

身体的侵襲による証拠収集についての考察

清水 真

序

I 令和3年東京高判

II 比較法的考察

III おわりに

序

筆者は、財務省税関研修所高等科において刑事訴訟法、同じく高等専科においては関税法の犯則調査手続分野に関する講師を長年続けているが、犯則嫌疑者が輸入禁制品の容器等を嚥下して消化管に隠匿した上で通関線を越えようと図る事案においては、消化管内部の容器を収集することが必要となり、その場合に採り得る方策が問題となっている¹⁾。他方で筆者は、

1) 本稿を執筆している時点(令和4年9月上旬)における関税法上の犯則調査としての鑑定処分は対物的強制処分に限られており(関税法136条2項反対解釈)、また刑事訴訟法上の検証としての身体検査で身体の外表面及び体腔周辺を観察することが許容されるのとは異なり、関税法上の臨検(関税法121条及び124条)は人の身体には及ばないものと解されている。鬼澤友直「嚥下物、体腔への挿入物の搜索差押え」別冊判タ35号(高麗邦彦・芦澤政治編「令状に関する理論と実務Ⅱ」)117頁、鈴木巧「体内に嚥下され、又は挿入された疑いのある証拠物の取得方法」田中康郎監修『令状実務詳解』(立花書房・令和2年)848頁等。従って、現行法上、関税犯則に対する強制調査としての経肛門的な大腸内視鏡挿管が認められる余地はない。

東京医科歯科大学における臨床倫理委員と医学部（研究）倫理委員をも長年務めており、医的侵襲行為の全般について必要性・緊急性に鑑みて相当性を判定すべき立場にある。そのような立場から、極めて興味深い裁判例が後述する経肛門的な大腸内視鏡挿管による証拠物の収集事案であった。後述するように、当該事案は関税法違反被告事件ではなく、いわゆる盗撮行為のための住居侵入、及び、逃走を図っての傷害事件であった。控訴審判決は新聞報道等もなされ、一般にも広く知られているが、筆者は第1審での審理中から既に当該事案に接し、控訴審判決についても関係者の御厚意により、非常に早い段階で内容を検討する機会を得た²⁾。この事案は、控訴審判決で確定したため、「判例」ではないものの、目下のところ唯一の高裁裁判例である。他方、被疑者が証拠物を嚥下することによって隠滅を図る事案は過去にも散見されており、今後も発生する可能性がある。また、前述のように、輸入禁制品を嚥下した上で消化管内に隠匿し、通関線を越えて関税法に違反する行為に及ぼうとする事案は随分前から頻発している。

今回、尊敬する中野目善則先生に献呈する論文を執筆する栄誉を頂いたので、経肛門的な大腸内視鏡の挿管による証拠収集を中心に、身体への侵襲による証拠採取の問題について若干の考察を試みたい。尚、本稿の性格上、臨床医療用語を多用しているが、敢えて医学用語辞典等を紐解く迄もなく、読者において概念内容を理解することは可能であると思われるので、逐一注釈を付さないことをお断りする。また、経尿道的な導尿法による採

2) 第1審における証拠調べ請求却下決定、これに対する異議申立て棄却決定、及び、第1審判決として、千葉地決令和元年10月29日・千葉地判令和2年3月31日判タ1479号241頁、控訴審判決として、東京高判令和3年10月29日公刊物未登載。

尚、第1審判決の評釈として知り得たものに、黒澤陸・判批・法教489号171頁、淵野貴生・判批・法セミ増刊速報判例解説29号（新・判例Watch2021年10月号）229頁以下、水野智幸・判批・刑ジャ69号250頁以下がある。

尿、血管穿刺による採血等、実務上、既に長らく定着している身体的侵襲による証拠収集に関する言及は、最小限度にとどめることにする。

I 令和3年東京高判

1 事実の概要

事案は、大要、以下の通りであった。

甲は平成30年10月18日、乙方住宅の浴室を覗く目的を以て、乙方住宅敷地内に侵入し、乙方家人に発見されて逃走を図ったものの、追いついた乙方家人を手拳で殴打する等の暴行を加え、加療約1箇月を要する左肩咬創・四肢擦過創・左眼球結膜下出血・下口唇粘膜損等の傷害を負わせ、通報によって臨場した警察官により上記住宅付近路上で現行犯逮捕された。その際、甲はマイクロSDカード（以下、SDカードと略する）に映像が記録されるように設定されたビデオカメラを所持していたものの、同ビデオカメラにはSDカードが挿入されておらず、乙方住宅敷地内及び逮捕現場付近を捜索してもSDカードが発見されなかったことから、警察官は甲が証拠隠滅を図ってこれを嚙下したことを疑った。更に警察官は、甲がいわゆる盗撮を目的として不法侵入したものと疑い、未だ発見されていないSDカードに盗撮画像が保存されている可能性が高いものと判断した。逮捕の翌日、①捜索すべき場所等を甲の身体、差し押さえるべき物を甲の嚙下物とする捜索差押許可状、②体腔内の検査及び異物の採取に必要な甲の身体を対象とし、医師をして医学的に相当な方法によることを条件とする身体検査令状、③甲の体腔内を検査し、異物を採取することを鑑定嘱託事項とし、医学的に相当と認められる方法によらなければならないとの条件を付した鑑定処分許可状の発付を受けた。警察官は逮捕3日目、甲を病院に連行し、医師によるCT検査でSDカード様の異物画像が大腸内にあることが読影された。同日、前記捜索差押許可状に基づく甲の排泄物につき捜索がなされたが、SDカードは発見されなかった。警察官は身体検査令状・鑑

定処分許可状の発付を受けて甲に医師をして浣腸を実施すると共に、11月28日迄、多数回にわたり複数種類の下剤を服用させたが、SDカードは排泄されなかった。長期にわたる異物の停滞によって腸管の炎症・膿瘍形成を懸念したにとどまると筆者としては推察するが、医師からの腸管損傷の虞もある旨の示唆を受け³⁾、警察官は、鑑定処分許可状及び身体検査令状に基づき医師の手で前処置としての鎮静剤の投与により甲を半覚醒の状態にした上で、肛門から内視鏡を約80cm挿入し、回盲弁に付着していた約1.5cm²・厚さ約0.1cmの本件SDカードを把持鉗子によって回収し、体外において搜索差押許可状により差し押さえた。尚、この手技の所要時間は数十分間であった。

甲は、本件不法侵入及び傷害に関して公訴提起され（公訴事実①及び②）、本件SDカードに保存されていた映像等に基づき、甲は平成30年3月10日深夜から翌日未明にかけて丙方敷地内に侵入したという公訴事実③、同年9月6日、丙方敷地内に侵入したという公訴事実④、同月16日夜間に丙方家屋内に侵入したという公訴事実⑤についても公訴提起され、併合審理を受けた。

2 第1審判決

第1審は、公訴事実①②の傷害と不法侵入について懲役1年6月・執行猶予3年の刑を言い渡しつつ、公訴事実③④⑤の各住居侵入については本件SDカードの採取を令状主義の精神に反する重大な違法であり、本件SDカードに保存されていた動画に関する証拠及びこれに派生する証拠を許容することは将来の違法捜査抑止の観点から相当でないとして、関連証拠を排除の上、無罪判決を下した。その理由は長文にわたるが、大要、(1) 通常の診療において大腸内視鏡を用いる場合とは異なり、本件で採取され

3) 当該医師の公判期日における証言によれば、直ちに腸管内異物を回収すべき医療上の緊急性があることまでも意味するものではなかった。

たSDカードは微小と言えず、(2) 鎮静剤投与に伴う副作用もあり得るにも拘わらず、(3) 本件令状請求を受けた裁判官に対して手技の具体的内容と身体への侵襲の程度、それに伴う健康面での危険性と精神的負担を踏まえ、強制採尿に関する昭和55年最高裁決定⁴⁾において判示された要件である捜査上真にやむを得ない最終手段と言えるのかについての疎明が十分とは言えないので、実質的な令状審査を経ていない強制処分であると解されるところのものであった。

3 控訴審判決

検察官からの控訴も棄却されたが、控訴審判決においても、大要、以下の通り判示された。

内視鏡による異物の強制採取は強制採尿よりも相当強度の身体への侵襲であること等に照らすと、強制処分として行うことができる場合があるとしても、当該事案の具体的状況の下で、犯罪の捜査上真にやむを得ないと認められる場合（身体侵襲の程度を踏まえた意味での「高度の必要性」）でなければ許されないが、本件においてこのような事情が認められず、令状請求に際して高度の捜査上の必要性判断のために検討が必要な重要事項について必要な疎明がされておらず、担当裁判官において、これを踏まえた検討をしておらず、本件各令状は実質的審査を欠き、高度の捜査上の必要性が認められないのに発付されたものと認められるので、本件強制処分には重大な違法があり、将来の違法捜査を抑止する観点から、本件SDカードの証拠能力を否定するのが相当であり、これと密接に関連する証拠である本件各証拠の証拠能力を否定した原審に法令違反は認められない。

4 小 括

第1審判決及び控訴審判決は、いずれも、大腸内視鏡の経肛門的な挿管

4) 最決昭和55年10月23日刑集34巻5号300頁。

による腸管からの証拠物採取における手技の侵襲性の高さや腸管穿孔等の偶発症の危険性、前処置としての鎮静剤投与の副作用の虞等に鑑み、令状裁判官に対して犯罪の捜査上真にやむを得ない場合の最終手段であるか否かの疎明が十分になされておらず、発付された各令状は実質的な令状審査を欠いていたという点を骨子とする。第1審判決・控訴審判決が判断基準の前提とする経尿道的な導尿法による強制採尿に関する昭和55年最決については、厳格な要件の下で実務に根付いて久しいが、今猶、被処分者の羞恥心の強さ等を根拠に、憲法31条に反するとの反対論、あるいは疑問を呈示する学説も根強い⁵⁾。このような見方を前提に、本件第1審判決の評釈の中には昭和55年最決を前提に本件強制処分の適法性判断をすることに批判的な見解も見られる⁶⁾。

とはいえ、経尿道的な導尿法による強制採尿は臨床医療で一般に実施されている手技と態様において大差がなく、技術・知識のある専門家の手による限り危険性は低く⁷⁾、昭和55年最決が判示しているように、体内内の証拠物の有無を身体検査で確認すること等に比較すると経尿道的な導尿法による証拠採取を殊更に非人道的な措置であると評価することは首肯し得ない。昭和55年最決で判示された「被疑事件の重大性、嫌疑の存在、当該証拠の重要性とその取得の必要性、適当な代替手段等の不存在等の事情に照らし、犯罪の捜査上真にやむを得ないと認められる場合には、最終的手段として」許されてしかるべきであるとの基準は、身体への侵襲性の高い証拠収集に関する一般的な要件として用いられるべきであろう⁸⁾。本件事案

5) 井上正仁『強制捜査と任意捜査・新版』（有斐閣・平成26年）104-106頁、小早川義則『強制採尿の違憲性』（成文堂・平成31年）11頁以下、酒巻匡『刑事訴訟法・第2版』（有斐閣・令和2年）148-153頁、三井誠『刑事手続法1・新版』（有斐閣・平成9年）63頁等。

6) 淵野・前掲注2）231頁。尚、酒巻・前掲注5）148頁も本件の評釈ではないものの、同様の見方を取る。

7) 水野・前掲注2）253頁も、強制採尿による健康被害の報告例はない旨指摘する。

のように、連日、大量の下剤を投与しても猶、SDカードの排泄に至らなかった場合、開腹手術又は腹腔鏡手術による外科的手法以外にSDカードを採取する方法は、現時点で本件のような内視鏡による手技のみである。仮に下剤投与を継続して排泄を待つとすれば、甲の身柄の長期間の拘束と排泄行為への入念な監視という、自由・プライバシーへの強度の干渉、並びに、長期にわたる下剤投与の副作用の危険を考えざるを得ない。また、外科手術によるSDカードの採取は、言うまでもなく観血的侵襲であるから侵襲性が一層強く、全身麻酔の実施を要することも含めて危険性は経肛門的な大腸内視鏡挿管による採取を大きく凌駕する上に、術後も離床できるようになる迄に時間を要し、縫合による閉創後も創部に疼痛も続くことになる。それ故、後述するように、医療上の適応が認められない限り、許容されるべきではない⁹⁾。本件各令状は「体腔内の検査」「体腔内の異物の採取」を目的に請求され、発付されたものであるから、令状裁判官としては、肛門内の比較的浅い部位、つまり、せいぜい直腸下端である肛門管の直上を検査し、証拠物を採取するに留まる処分であることを想定して令状の審査及び発付をしたに過ぎない可能性を否定し得ない¹⁰⁾。第1審判決及び控訴審判決が指摘するように、前処置としての鎮静剤投与による副作用、及び、通常の診療行為を上回る大きさの異物の除去に伴う腸管穿孔等の偶発症の危険性も含めて、手技の態様・有害事象発生の危険性に関する十分な記載のある令状請求書と疎明資料をも審査した上での令状の発付と執行であれば許容された余地は猶も残っていると見るべきであろう。その上で、

8) 鬼澤・前掲注1) 117頁、鈴木・前掲注1) 847頁。尚、水野・前掲注2) 255頁も、この趣旨かと思われる。

9) 鬼澤・前掲注1) 116頁、津田賛平「嚥下された証拠物の差押え」平野龍一・松尾浩也編『新実例刑事訴訟法I』（青林書院・平成10年）249頁等。

10) 小林充「体腔に挿入され又は嚥下された疑いのある証拠物の搜索差押えと身体検査」新関雅夫他編『増補令状基本問題下』（一粒社・平成8年）307頁も、体腔内の浅い部位についての身体検査を認めたものと思われる。

控訴審判決が「高度の必要性」との基準に言及しているのは、経肛門的な大腸内視鏡挿管による証拠採取が、鋭い異物ではなくとも、導尿管による強制採尿に比して危険性が高いことに着目して要件を加重したものと思われる。尚、異物の誤嚥事故等に際して、上部消化管（食道・胃・十二指腸）への経食道的な内視鏡挿管によって救命等の医療目的で異物を除去した臨床例は多数に上るものの、大腸等の下部消化管への経肛門的な内視鏡挿管により異物を除去した臨床例は必ずしも多いとは言えず¹¹⁾、取り分け、回盲弁に近い部位である虫垂からの内視鏡による異物摘出は、本邦においては、嚥下された「待ち針」を回収した臨床例迄は報告例がなかったとされる¹²⁾。

Ⅱ 比較法的考察

現行憲法・刑事訴訟法が制定されて以来、我が国の実務・学理に大きな影響を及ぼしてきた米国では、連邦法域・州法域を問わず、人の身体への侵襲性の強い証拠収集方法に対して必ずしも消極的であるとは言えず、当該証拠を保全する必要性・緊急性及び侵襲の重大性の程度との衡量によって許容性が判断されているものと思われる¹³⁾。

1 嘔吐剤注入による証拠取得

規制薬物の捜査のため被疑者の寝室に警察官が立ち入ったところ、規制

11) 木幡義彰他「内視鏡により摘出しえた大腸異物の3例」消化器内視鏡の進歩 43号211-214頁、藤野一徹他「下部消化管内視鏡で摘出したS状結腸異物の1例」Progress of Digestive Endoscopy (旧誌名・消化器内視鏡の進歩) 96巻1号61-63頁等。

12) 杉浦裕美子他「内視鏡的に除去し得た虫垂異物の1例」日本消化器内視鏡学会誌53巻2号290-295頁。

13) 井上・前掲注5) 88-94頁。

薬物が入っていると思われるカプセルを嚥下したため、被疑者を強制的に医療機関に連行した上で、処置台に拘束し、医師の手によって胃部への経食道挿管により嘔吐剤を注入する手技を用いて胃内容物である上記カプセルを嘔吐させ、これを差押えたという処分の適法性が問題となった。これに対して合衆国最高裁判所は「良心に衝撃を与える」ものであって「正義の感覚」に反することを理由に合衆国憲法第14修正違反となる旨判示している¹⁴⁾。但し、その後の裁判例の中には、緊急状況下で胃部への経食道挿管により嘔吐剤を注入する手技を用いた証拠収集を適法と判示したものもある¹⁵⁾。

もとより、当該カプセルの内容物である規制薬物の危険性と嚥下後の時間経過次第では、カプセルが溶解し、消化器から吸収された規制薬物の作用によって被疑者の生命・健康に重篤な危険を及ぼす蓋然性もある。搭乗していた国際線航空機の遅延によって、消化管内のカプセルの溶解により関税法の犯則嫌疑者である旅客の生命・健康に重大な危険性が生じているとして、国際空港に併設されている医務室、あるいは近傍の医療機関において経食道的挿管によって緊急の胃洗浄等が実施されることも稀有ではない。このように、救命医療行為の目的でカプセルを体外排出させることは、原則として被処分者の同意の下に実施されるが、仮に真摯な同意が得られなかった場合であっても、パターンリスティックな処置として適法であろう。更にその後、当該カプセルを差押又は任意提出によって証拠として取得することは許容されるものと考えられる。これと比較的類似の問題として、我が国においては、自傷行為で搬送された患者の腰部部CT読影によっても腎臓損傷の有無を判断しきれないために、血尿の有無を検査する目的で尿を採取後、患者の言動から規制薬物の使用を疑って当該尿検体に簡易薬物検査を実施し、覚醒剤反応が得られたため、医師が通報した事案につ

14) Rochin v. California, 342 U.S.165 (1952).

15) State v. Strong, 493 N.W.2d 834 (Iowa.1992).

いて、これを適法である旨判示した平成17年最決がある¹⁶⁾。また、米国の裁判例の中にも、交通事故で負傷し、意識が清明ではない被疑者の膀胱損傷の有無を診断するための医療目的での必要上、血尿検査を目的として経尿道的な導尿法で採尿した後、当該検体をアルコール濃度検査に付して立件した事案がある¹⁷⁾。

2 血液採取

自動車を運転中に事故を起こし、負傷して医療機関に搬送され、処置を受けている被疑者に酒酔い運転罪の嫌疑が生じたため逮捕し、警察官の要請で無令状の血管穿刺による採血がなされた事案の適法性が問題になった事案が散見される。これらの事案において合衆国最高裁判所は、合衆国憲法第4修正違反に当たらない旨判示している¹⁸⁾。他方で、飲酒運転を認知された27分後、既に2度呼気検査を拒否していた被疑者に無令状の強制採血がなされた事案においては、令状入手の余裕がない緊急状況であると認められないことを理由に合衆国憲法第4修正に違反する旨判示されている¹⁹⁾。

16) 最決平成17年7月19日刑集59巻6号600頁。

この判例に関し本文中で述べた点を詳述した論稿として、清水真「臨床医の犯罪認知と捜査機関への通報」明治大学法科大学院論集3号227-241頁。尚、笹倉宏紀・判批・ジュリ別冊258号（甲斐克則・手嶋豊編「医事法判例百選・第3版」）50-51頁及びそこに掲記の文献も参照。

17) *People v. Fidler*, 485P.2d 725 (Colo.1971).

18) *Breithaupt v. Abram*, 352U.S.432 (1957); *Schmerber v. California*, 384U.S.757 (1966); *Mitchell v. Wisconsin*, 588U.S. ___, 139S.Ct.2525 (2019).

尚、強制採血に関する米国判例についての邦語文献として、渥美東洋『捜査の原理』（有斐閣・昭和54年）52-53頁、井上・前掲注5）90-92頁、塚本重頼『アメリカ刑事法研究』（中央大学出版部・昭和53年）149頁以下、緑大輔『刑事捜査法の研究』（日本評論社・令和4年）193-198頁等を参照。

19) *Missouri v. McNeely*, 569U.S.141 (2013).

尚、この判例の邦語での解説として知り得たものに、椎橋隆幸編『米国刑事

勿論、呼気中に含有されるアルコール量と血中アルコール量との換算が可能であれば、ほぼ侵襲性がない呼気検査によるだけでも証拠収集が可能なのであるから、たとえ血管穿刺による採血が臨床医療で一般に実施されている安全な手技であり、採取される血液の量も極めて僅かであるとはいえ、身体への侵襲を伴う方法なのであるから、この方法によって血液を採取することは認められないであろう。しかし、被疑者が呼気検査に協力しない場合、あるいは被疑者が意識を失っている場合には無意味である上に、血中アルコール濃度が時間経過と共に低下することによって、証拠が消失する前に保全する目的で強制採血をする緊急性が認められる。合衆国憲法第4修正は、不合理な搜索・押収を禁じるに過ぎず、伝統的に判例法理は広く無令状処分を認めて来たので、合憲判決が下ったものと考えられる。尚、呼気検査拒否罪が法定されているNorth Dakota州及びMinnesota州においても、緊急状況にない場合には、無令状での採血を拒否する行為を処罰することが合衆国憲法第4修正に照らし許されない旨、3件のCompanion Caseについて判示されている²⁰⁾。

もっとも、我が国の裁判実務においては、強制処分法定主義との関係で強制処分における事前の令状審査を厳格に要求し、無令状での血管穿刺による採血を令状主義に反する重大な違法と判示し²¹⁾、無令状でなし得るのは体外に流出した血液の採取に限られるとの立場を取っているが²²⁾、必要

判例の動向Ⅶ』〔柳川重規執筆分〕（中央大学出版部・令和4年）383-396頁がある。

20) Birchfield v. North Dakota, 579 U.S.,136S.Ct.2160 (2016).

尚、Birchfield v. North Dakotaと共にBarnard v. Minnesota; Beylund v. North Dakotaが審理・判断されている。この判例の邦語での解説として知り得たものに、椎橋隆幸編『米国刑事判例の動向Ⅶ』〔柳川重規執筆分〕（中央大学出版部・令和4年）350-364頁がある。

21) 仙台高判昭和47年1月25日刑月4巻1号14頁・札幌地判昭和50年2月24日判時786号110頁、高松高判昭和61年6月18日刑月18巻5=6号709頁。

22) 福岡高判昭和50年3月11日刑月7巻3号143頁、松山地大洲支判昭和59年6

性と安全性への配慮がある限り、強制採血がおよそ許されない旨の立場は取られていないので、米国の裁判法理とは差異が見られる。

3 外科手術

本稿 I の 4 で触れたように、外科手術は観血的侵襲行為であるから、体内への挿管による証拠採取よりも侵襲性が一般的に強い処分であるという評価に異論はないと思われる。また、局所麻酔にとどまる場合は別論として、全身麻酔を伴う場合には、麻酔事故発生の危険性を孕んでいることも無視し得ない。米国においては、手術の規模が小さく、生命への危険性が小さいことを根拠に、外科手術による体内からの証拠採取が許容される旨判示した裁判例も稀有ではない²³⁾。他方で、手術が脊椎付近や胸部筋肉組織下等の危険な部位であり、全身麻酔の必要性等に鑑み、外科手術による証拠採取の許容性を否定した裁判例も下されていた²⁴⁾。更には、外科手術による証拠収集がおよそ許容されない旨の裁判例もあり²⁵⁾、また、被疑者の身体からの弾丸摘出を対審の聴聞手続によらず、書面に基づく事実の取調で実施した点で不適法と判示された裁判例もあった²⁶⁾。

このような状況で、強盗殺人未遂の被害者と拳銃で相撃ちになった後、

月28日判時1145号148頁。

23) *United States v. Crowder*, 543 F.2d 312 (D.C.Cir.1976); *Ex parte Johnson*, 452 So.2d 25 (Ala.Crim.App.1984); *Hughes v. United States*, 429 A.2d 1339 (D.C.App.1981); *Doe v. State*, 409 So.2d 25 (Fla.App.1982); *Creamer v. State*, 192 S.E.2d 350 (Ga.1972); *Allison v. State*, 129 Ga.App.364,199 S.E.2d 587 (1973); *Andrews v. Love*, 763 P.2d 714 (Okla. Crim.App.1988); *State v. Allen*, 291 S.E.2d (S.C.1982).

24) *Bowden v. State*, 256 510 S.W.2d 879 (Ark.1974); *People v. Browning*, 108 Cal.App.3d 117,166 Cal.Rptr.293 (1980); *Bloom v. Starkey*, 65 A.D.2d 763,409 N.Y.S.2d 733 (1978); *People v. Smith*, 362 N.Y.S.2d 909 (N.Y.Sup.Ct.1974).

25) *Adams v. State*, 299 N.E.834 (Ind.1973).

26) *State v. Overstreet*, 551 S.W.2d 621 (Mo.1977).

搬送先である救命救急部の処置室において、被害者から犯人として識別供述された被疑者の胸部に盲管銃創があり、その鎖骨下の胸部筋肉組織内に銃弾が遺留しているため、それが被害者の銃器から発射された銃弾か否かの旋条痕鑑定を目的として銃弾摘出手術の差し止め決定が合衆国最高裁判所において確定している²⁷⁾。この事案においては、手術そのものの危険性ではなく、全身麻酔が必要であるとの鑑定医の所見の故に不合理な捜索に該当する点が理由となった。

4 下部消化管への内視鏡挿管による証拠採取

麻薬密売の被疑事実によって逮捕された被疑者がズボンの中に手を入れて下半身に証拠物を隠匿したものと疑われる状況の下で、捜査官が被疑者を脱衣させて肛門を肉眼で観察したところプラスチック製容器が見えたため、令状を得て医療機関に連行した上、直腸鏡を用いることによってこれを採取した処分について、合衆国憲法第4修正に違反する不合理な捜索に当たる旨判示した裁判例がある²⁸⁾。その主な論拠は、被疑者に屈辱感を与え、その尊厳への重大な侵害に該当し、被疑者の健康・安全を損なう危険性であるとされている。

この事案においては、当初被疑者を連行した医療機関の救急救命医であるP医師が肉眼で体腔内の対象物を視認できなかった上に、一度、直腸内視鏡挿管も下剤投与も拒絶したために、捜査官が改めて「吐瀉物又は消化管内容物を採取するに必要と思料される一切の医学的手段、又は肛門内の体腔から規制薬物を採取するに必要な一切の物理的手段」を許容する旨の

27) *Winston v. Lee*, 470 U.S.753 (1985).

尚、この判例に関して知り得た邦語文献として、渥美東洋編『米国刑事判例の動向Ⅳ』[安富潔執筆分]（中央大学出版部・平成24年）335-342頁、鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究第三巻』[高橋則夫執筆分]（成文堂・平成元年）77-83頁、小早川・前掲注5）146頁以下、ジュリ855号64頁がある。

28) *State v. Brown*, 932 N.W.2d 283 (Minn.2019).

令状の発付を受け、別の医療機関において救急救命医であるN医師にこれを呈示したものであった。尚、令状の記載が上述の文言となったのは、当該令状の請求者であった警察官が医学用語に疎かったためである旨、後日、公判廷において当該警察官自身が供述している。N医師は、被疑者自身の手で体腔内の容器を抜去すること等を提案したものの、被疑者の同意を得られなかった。鎮静剤投与は不要と判断されたため、警察官立会の下で直腸内視鏡を経肛門的に挿入し、直腸内から当該容器を抜去したところ、2.9gのコカインが内包されていた。尚、この手技に伴って、出血も創傷も確認されいない。また、N医師自身は令状の記載文言について、合理的な手技に限られる旨理解していたが、医学的な観点から緊急性はなかった旨、公判期日において供述している。

公訴提起後、本稿Ⅱの4で触れた合衆国最高裁判例のWinston 判決²⁹⁾に依拠して、違法収集証拠に当たる旨の証拠排除申立がなされたが、この申立は却下されて有罪判決が下り、控訴も棄却されたが³⁰⁾、Minnesota州最上級裁判所において、直腸内から得られた証拠が排除されるべき旨判示した上、差戻判決が下った³¹⁾。その理由として、直腸内視鏡を適切に使用したとしても、腸管穿孔等の創傷が生じる潜在的危険性がある反面、直腸内でプラスチック容器が損傷しコカインが腸管から吸収される危険性もないので直腸内視鏡を用いるべき緊急性もなく、自然排泄を待つて差し押さえる時間的余裕があったこと、及び、当該処分が不快感を及ぼし個人の尊厳を犯す不合理な搜索に当たること等が挙げられている。

また、逮捕される直前に規制薬物を嚥下したことが明らかな被疑者の身体で当該規制薬物を搜索する令状を警察官が入手したものの、当該手技に不可欠な麻酔実施について令状に記載がなかった事案において、医療上の

29) Winston v. Lee, *supra* note 27).

30) State v. Brown, 915 N.W.2d 896 (Minn.App.2018).

31) State v. Brown, *supra* note 28).

緊急性等を根拠に適法と判示した裁判例があり³²⁾、また、緊急状況下において類似の処分を無令状で認めた裁判例もある³³⁾。

5 小 括

以上、概観したように、米国の裁判実務においては、連邦法域・州法域を問わず、身体の不可侵性あるいは尊厳のみを理由として身体への侵襲的証拠収集行為を認めないという傾向は見られない。身体への侵襲的証拠収集に用いられる手技が齎す生命・身体への危険性がある場合に、この点をも考慮した上で当該処分を許容しない傾向があると見るべきである。身体への侵襲性の強い証拠収集についても、当然のことながら、緊急性がある場合には侵襲性の高い手技をも証拠収集の手段として認めている。

Ⅲ おわりに

本稿のⅠの4においても指摘した通り、令和2年千葉地判・令和3年東京高判は、経肛門的に大腸内視鏡を挿管して証拠物を採取する処分が被疑者に屈辱感を与えて尊厳を損ない、偶発症としての腸管穿孔等の危険性があることのみを以て、当該処分を違法と判示した訳ではない。この点は、米国の裁判実務とも隔たりがあるものではない。医療上又は証拠保全上の緊急性が認められる事案で、且つ、令状裁判官において手技の内容と偶発症の危険性を判断する令状請求書と疎明資料であったならば、当該処分が適法である旨判示された可能性も十分にあると考えられる。上記事案において、SDカードが長期間にわたって腸管内に留まっていることが腸管炎症・膿瘍等の有害事象を生じる危険性、医療上の緊急性、長期間にわたる下剤投与の有害性と排泄監視の問題性をも併せて考えると、今後、類似の

32) United States v. Husband, 312 F.3d 247 (7th Cir.2002).

33) State v. Payano-Roman, 290 Wis.2d 380,714 N.W.2d 548 (2006).

事案において、令状請求の在り方に留意した上で、大腸内視鏡の経肛門的挿管によって証拠収集が認められるべき場合があると思われる。

〔付記〕

筆者が中央大学法学部4年に在籍していた当時、中野目先生は既に中央大学法学部で1・2年生対象の演習科目を担当されておられ、また、比較法雑誌に発表された論文「検察官上訴と二重危険」で学界の注目を浴びる存在でいらっしゃいました。筆者は、米国刑事判例研究会・中央大学刑事判例研究会等の様々な機会に40年近くにわたり、中野目先生から数多くの有益な御助言を頂きながら、研究活動に従事して参りました。10年前の網膜剥離の後遺症のため、関連判例並びに文献の十分な渉猟・検討をすることができず拙い論文ではありますが、長年の御厚情に感謝しつつ本稿を御捧げ致します。

（明治大学法科大学院教授）