

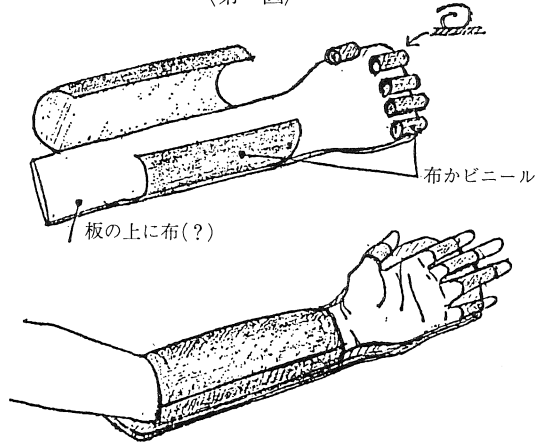
## 被逮捕者の指紋採取と令状主義

渡 辺 修

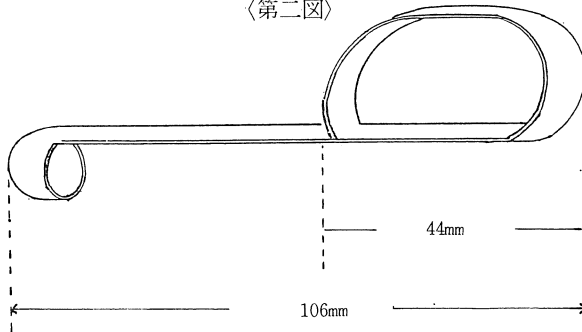
### (一) はじめに

外国人登録法は、外国人登録証の申請の手続の際に、指紋押捺を義務づけている。かかる規定が、特異な歴史的事情から我国に住むに至った定住韓国人等を差別するものであるとして、一時期指紋押捺の運動が盛んになったことは、マスコミでも広く取り上げられ、なお耳目に新しいところである。ところで、かかる指紋押捺拒否罪を進んで犯した人に対する逮捕状の執行後、指紋を採取するに際して、強制具が用いられた事実もまた新聞報道されたことがある。第一図は、尼崎北署で使用された器具を被疑者が描いたものを、朝日新聞一九八六年一月七日(朝刊)から転載したものである。記事によると、この器具は、「指の第一関節からひじまでの長さで、布みたいなのを張った板状のもの。腕と指をそれぞれ布かビニールのバンドのようなもので固定し、指や腕の自由を全く奪う

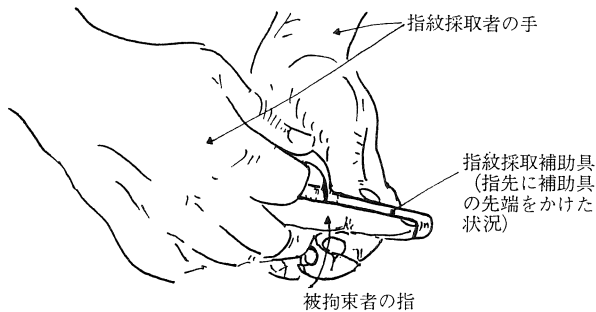
〈第一図〉



〈第二図〉



〈第三図〉



形になっていた」とのことである。また、金属性でできた指の先端を引っかけて指を曲げるのを防ぐ器具が、一九八六年五月二六日に、川崎臨港署で逮捕された指紋押捺拒否者に対しても用いられていた。<sup>(1)</sup>第二図は、同逮捕を違法として争う国家賠償事件の証拠として提出された「指紋採取補助具の寸法等の測定について」と題する捜査報告

書添付の測定図から筆者がトレースし、第三図は同じく証拠とされた「写真撮影報告書」添付の写真を参考にして器具の使用状況をスケッチしたものである。<sup>(2)</sup>

さて、刑事訴訟法二一八条二項は、「身体の拘束を受けている被疑者の指紋若しくは足型を採取し、身長若しくは体重を測定し、又は写真を撮影するには、被疑者を裸にしない限り、前項の令状によることを要しない」と規定し、被逮捕者等については、無令状の指紋採取を許している。そこで、かかる条文の解釈上、上記のような強制具の使用も許されるのか、そこに限界はないのか、説明しておく必要がある。<sup>(3)</sup>

ところで、我国刑事訴訟法は、総則におかれた証拠保全に関する規定を捜査手続に準用する構成となっている。上記の問題との関連では、身体検査に関する総則の一三七条の規定が二二二条一項により準用されている。しかし、条文を仔細にみると、捜査手続に準用したときにどのような意味をもつのかが一義的には判明しない場合が多々ある。以下で取り上げる一三九条や一四〇条もその例である。にも拘わらず、二二二条一項による準用規定については必ずしも丁寧な解釈が施されていなかった憾みがある。しかし、総則に定められた令状主義の原理が捜査手続においてどのような形で保障されるべきかは、重要な課題である。そこで、上記の指紋採取における器具使用（今少し広げて有形力の行使）の限界を素材にして、二二二条一項の「準用」の意味をいささかなりとも埋めてみたい。<sup>(4)</sup>

本稿は、以上の二つの課題に取り組むものである。

(1) 朝日新聞一九八六年五月二八日（川崎）参照。

(2) 光末義「指紋 その理論と実際」（一九七三年・近代警察社）一六一頁には、これとほぼ同型の器具が「死体指紋採取

器具」として掲載されている。

(3) 筆者は、以前に尼崎署の器具使用の記事を材料にしてこの問題について、若干の考察をこころみたことがある。参照、拙稿「被逮捕者の指紋採取と強制具の使用」神戸弁護士会報一五九号（一九八八年）五頁。本稿は、これをもとにしたがらその後の検討を踏まえて再構成したものである。

(4) 但し、註釈刑事訴訟法二卷（一九七六年）二〇七頁以下（伊藤栄樹）参照。

## (二) 「身体の拘束」と「指紋採取」

一 刑法法二一八条二項は、身体拘束中の者について令状なしに指紋・足型の採取、身長・体重の測定、写真撮影ができる<sup>(1)</sup>と定める。かかる無令状の処分が認められる理由については、一般に逮捕等適法な身体拘束という大なる法益侵害に伴う小なる法益侵害に留まることが指摘されている。そうであれば、指紋採取等のためだけに別途に令状審査を行うよりも、捜査の効率性を優先させた<sup>(2)</sup>とみれる。ただ、従来の学説をみると、身体拘束と指紋採取等の処分との関係について、二つの考え方が<sup>(3)</sup>ある。

(1) 指紋採取Ⅱ「身体拘束」付随処分説 指紋採取の強制に関しては、早くから検事会同で「身体<sup>(1)</sup>の拘束を受けている被疑者について指紋の採取を強行することは逮捕又は勾留の強制処分に含まれる」との行政解釈が示されていた。これは、指紋採取等は身体拘束処分に当然含まれるから身体検査ではなくこれに関する規定の準用はないと<sup>(2)</sup>考える説である。<sup>(3)</sup>

(B)指紋採取Ⅱ「身体検査」説 他方、警察は「指紋の採取等は身体検査と解されるから、身体検査の拒否に対する刑罰、身体検査の直接強制等は当然準用される」とし「被疑者がこれを拒否した場合においても、その意に反して強制的に指紋等を採用することができると解している。」<sup>(4)</sup>これは、身体検査の一種とする説である。

(1) さしあたり、高田卓爾・刑事訴訟法(二訂・一九八四年)三四六頁参照。

(2) 全国公安係検事会同質疑問答集・一九五二年。

(3) 同旨、警察大学校刑事訴訟法研究会編、捜査手続法資料二四七頁。なお、註釈刑事訴訟法二卷(一九七六年)一九七頁(伊藤栄樹)は、「身体拘束という行為は、被疑者にこの程度の強制を加えて証拠を収集することを予定している」とし、身体拘束付随処分説にたっている。しかし、同書二〇四頁(伊藤栄樹)では、二二〇条一項二号の逮捕に伴う無令状の捜索・差押・検証の説明中、検証には身体検査も入り、その身体検査の中に指紋採取も入ると解している。ふたつの説明に矛盾があるため、同書(伊藤栄樹)が本説と次の身体検査説のいずれに立つのか判断しかねる。

(4) 刑事警察質疑問答集四六七二頁。同旨、池田茂穂・捜査研究三四卷三号(一九八五年)四六頁、安西温・刑事訴訟法(上)(改訂・一九八七年)三四九頁。

一 思うに、逮捕等「身体拘束」が、身体自由の侵害を正当化するものであることは確かであるが、指紋・顔写真などは、身体自由に含まれない独自の利益、つまり、プライバシーに関する利益に関わる。<sup>(1)</sup>従って、身体拘束が正当化されるとしても、そこに後者の利益侵害も当然に含まれるものではない。かかる処分は本来「身体検査」としてなされるべきである。法が、二二二条により一三七条以下を準用するのはこのためである。<sup>(2)</sup>では、器具その他の有形力を用いて指紋採取を行なう場合、その限界はどこにあるのか。これをまとめると、(1)目的の正当

性、(ロ)手続の適正性、(ハ)有形力行使の必要性と相当性の三要件の充足を要するものと考え。以下、詳説する。

(1) 参照、浦部法穂「指紋押捺強制とプライバシーの権利」ジュリスト九〇八号(一九八八年)四五頁。

(2) 伊藤英樹・刑事訴訟法の実際問題八六頁は処分の性質では前説を支持しつつ、準用には賛成。

### (三) 指紋採取と令状主義

一 まず、指紋採取の目的について考えよう。一般には、被疑者の身元確認と証拠保全のためと考えられている。<sup>(1)</sup>問題になるのは、余罪捜査・情状捜査のための指紋採取である。この点で、犯罪捜査規範一三一条は、被逮捕者につき「引致後すみやかに、指紋を採取し……指紋照会ならびに余罪および指名手配の有無を照会しなければならぬ」と定める。被疑者の身元照会のための指紋採取の他に、情状関係の照会、特に前科・前歴、そして、余罪の照会を考えている。確かに、累犯加重・常習性等の認定にとり前歴・前科照会は不可欠といえる。が、逆に被疑者の身元が明らかで、犯罪証明の証拠が既に保全されており、前歴・前科を疑う事情のないとき等には、指紋採取は不要と考えなければならぬ。また、法一九九条一項但書に定める軽微事件やこれに準じる実質上軽微な事件の場合、捜査比例の原則に鑑み、情状照会のためだけの指紋採取は前科・前歴を疑うべき事情のある場合に限るのが妥当ではないか。

(1) 宮下明義・新刑事訴訟法逐条解説Ⅱ(一九四九年)九四頁。

二では、専ら他事件の捜査や将来の再犯に備える等、当該被疑事実捜査と関連なき目的による指紋採取はどうか。朝日新聞一九八六年三月二〇日（夕刊）に、「コンピューター、昔の強盗割り出す」と題して、一九七九年に東京で発生した郵便局強盗事件の犯人が検挙されたとの記事が掲載されている。「警察庁が三年前に開発した自動指紋読み取りシステムで現場に残された指紋を調べたところ、一〇年前にスピード違反で捕まった男の指紋と一致、追及したところ、強盗を自供した。時効の完成目前だった」というものである。こうした記事を見ると、被逮捕者の指紋採取・写真撮影等によって蓄積された情報がその後の犯罪捜査に役立つことが解る。そのためもあってか、実際には、指紋採取等はその目的の正当性等を個別的に判断することなく、機械的に実施されていると思われる。その意味で、現実的には行政警察的性格の濃い処分といえる。しかも、一度登録された指紋情報は、本人のアクセス不可能な形で、捜査機関に利用され続ける。その限りで、プライバシーの利益の侵害は継続・拡大している。しかし、法は予防警察目的には有効であっても、そのために個人にプライバシーを侵害して情報を収集する強制処分は認めていない。既に生じた犯罪の解明に必要であるという具体的な理由があつて始めて個人のプライバシーの侵害の必要性を認めるのが、現行法における捜査の利益と個人の利益のバランスの測り方の基本である。専ら将来の犯罪の捜査のための指紋採取は現行法上は許されない。

三次に、指紋採取と有形力行使の関係について考察しよう。指紋採取に際しては、条文上二二三条一項により一三九条が準用されるため、捜査機関において間接強制が奏功しないと判断したときには、直接強制ができると解釈する裁判例がある（東地決昭五九年六月二二日・刑裁月一六卷五・六号五〇五頁）。その際、指紋押捺を徹底的に拒否す

る窃盜容疑の被疑者に対して、四名の警察官が相手の「上体を起して両腕を引っ張る」、「説得を重ねながら……その手首をつかもうとする」、「両手首を数人がかりでとる」行為は「指紋採取の目的を達するために必要最小限度」であったとも判示されている。こうした解釈は妥当か。この問題を考える場合、まず、二二〇条一項三項による逮捕に伴う無令状の搜索・差押・検証と二一八条二項の無令状の指紋採取等との差異を明らかにしておかなければならない。逮捕現場であれば、逮捕目的の実現のため、相手の抵抗を制する有形力の行使の結果、傷害が生じることがもやむをえない。しかし、二一八条二項では、身柄は安全に確保されていることが前提になっている。この点の緊急性はないし、逮捕現場ほど罪証隠滅のおそれもない。この状況の差があるため、法は身体だけを対象とし、かつ、その外面の徴表の検査しか許さなかつたのである。従って、身柄の安全な保全がすすんでいる段階で、傷害のおそれある有形力を使用したときに、これも「身体の拘束」に含まれる軽微な法益侵害に留まり、従って、格別の令状がなくとも正当化されるとはいえない。殊に、器具を用いる強制指紋採取は、行使される有形力の程度が大きくなるのにとどまらず、器具使用それ自体が、相手方にかなり強度の精神的な恐怖、不安を与えるのではないか。場合に より拷問に近しいと受けとめられかねない。加えて既に述べたように、指紋採取は身体の拘束とは異質の利益侵害を含むと考えられる。

ところで、二一八条二項自身も、被疑者を裸にする場合には身体検査令状をえなければならぬことを予定しているから、これに準ずるような新たな利益侵害を予定するときには、やはり令状を要すると解せる。そして、指紋採取という身体拘束とは異質な利益侵害、並びに「身体の拘束」を超過する身体の自由・安全に対する侵害とを伴



う場合は裸にする場合に匹敵するとみれる。とすると、器具を使用する場合や、相手方の抵抗が激しく相当の有形力行使を要する場合には、令状主義の原則への回帰が必要となる。つまり、人権侵害の理由と必要性は裁判所による慎重な判断を経なければならないという原理が優先しなければならない。

以上をまとめると、次のような形で捜査の利益と令状主義の原理との適正なバランスをはかるべきではないか。まず、身体拘束を含むことのできる程度の有形力行使により、目的を達成できる場合には、捜査の利益を優先し、身体検査令状を要しない。しかし、それをこえる有形力を行使する場合には、身体検査令状を要する。

四 次に、身体検査令状の執行にあたり、どのような手続をふめば有形力行使が許されるのか考察する。結論的には、捜査機関において、まず令状を提示して指紋採取に服すべきことを命令し、次にこれに従わずに指紋採取を拒む相手に対しては、裁判所による間接強制（過料）を試みなければならない。その際、あらかじめ検察官に対して過料の制裁を申請することに関する意見と間接強制でも奏功しないときには直接強制を行なう必要性・相当性があるかについても判断を求めておかなければならない。間接強制が奏功しない場合、相手に異議の理由を述べる機会を与えた上で、なお必要と判断するときには、直接強制に踏み切ることができる。それが、捜査段階にも一三七条以下の諸規定が準用されたことの意味といえる。以下、説明する。

まず、一三九条について考えてみる。同条は「裁判所は、身体を検査を拒む者を過料に処し、又はこれに刑を科しても、その効果がないと認めるときは、そのまま、身体を検査を行うことができる」と規定する。これが二二二条一項により捜査手続に準用されたときに、どのような読み替えが妥当か。まず、条文の「裁判所」を「検察官、

「検察事務官又は司法警察職員」と読み替えるのがもつとも素直である。とすると、形式的には、令状執行にあたる捜査機関において、被疑者は間接強制を科しても身体検査に応じないと合理的に判断すれば、直ちに直接強制がでさることになる。しかし、被疑者と対立する関係にある捜査機関が、裁判所の間接強制にも被疑者が服さないと判断して直接強制に訴えるというのでは、その判断の公正・中立性に疑問が出て来る。捜査の便宜・迅速を重んじがちだからである。そこで、令状を呈示して検査に服すべきことを命じ、これに従わないときには、もう一度、裁判所から過料の制裁を命ずべきではないか。身体検査は、人格の尊厳・自律性に関わる利益を侵害するものである。従って、捜査比例の原則からしても、この程度の慎重な手続の保障が求められる。ただ、事件の性質、被疑者の態度等から判断して、捜査機関の命令にはもちろん、裁判所の命令にもいっさい従う意思のないことが合理的にみて明らかであるような事例がないではない。そうした例外的な場合には、間接強制の手続を踏まえなくともよからう。しかし、捜査機関にはいっさい協力しないが、法廷では争うと主張する被疑者の場合には、裁判所による過料の制裁まで受けるのであればこれには従うと考える者もありえる。従って、原則として間接強制を前置するのが妥当であらう。むしろ、なおかつ奏功しないときには、直接強制に訴えて差し支えない。

五次の問題は、総則の一四〇条が、捜査段階に準用されたときに、いかなる意味をもつのかである。幾つか問題がある。まず、条文の文言である。本文について一三九条と同じ読み替えをすると、条文中「検察官、検察事務官又は司法警察職員」が、「第一三七条の規定により過料を科す場合が出て来るかに読める。しかし、この点については、二二二条七項が、身体検査拒否者を過料に処するには、「裁判所にその処分を申請しなければならぬ」

と注意規定を設けて、条文上の矛盾が生じるのを防いでいる。ところが、このままでは、直接強制を求めている捜査機関自身が、被疑者に異議を申し立てる機会を提供することになるが、そうした手続に実質的に意味があるのか疑問がある。

次に、条文の実質的内容の点では、本条は訓示規定なのか強行規定なのかが争われている。訓示規定説の根拠は必ずしもはっきりしない<sup>(1)</sup>。考えられるのは、同条は、直接強制にあたり、「あらかじめ、検察官の意見を聴き、且つ、身体の検査を受ける者の異議を知るため適当な努力をしなければならぬ」と定め、「適当な努力」という文言を用いている点である。これを手がかりに、そうした慎重さを求める訓示規定と解する余地がないではない。そう考えると、格別の機会を与えなくとも直ちに違法となることはない。他方、強行規定説としては、(イ)直接強制の前に相手方に告知聴聞の機会を与えないと、「憲法三一条の適正手続を欠くこととなる疑いが濃厚である」とする説と、(ロ)少なくとも過料の決定を本規定の手続を踏む事なく行くと、即時抗告の対象になるという限度では、訓示規定をこえる法的拘束力を認める説とのふたつがある<sup>(2)</sup><sup>(3)</sup>。

しかし、いずれの説にも疑問がある。訓示規定説では何故検察官の意見聴取の欠如は違法とならないのか明らかでない。おそらく、検察官に事件送致をする前であれば、捜査の必要性に関しては、司法警察職員において判断する権能が与えられていること(一八九条二項参照)、別言すると、この場合には検察官には具体的指揮権が発生していないこと(一九三条二項参照)が、その理由になるかと推測される。こうした解釈の当否については、一四〇条の検察官の意見聴取を求めている理由をどう解するのかという点から考え直す余地がある。(ロ)の強行規定説につ

いては、過料よりも直接強制が被疑者にとって重大な利益侵害であるのに、何故直接強制については検察官の意見聴取・告知聴聞の機会を与えなくとも違法とならないのか、従って、不服申立の機会を与えなくともいいのか、定かではない。最後に、両説とも、総則の解釈として展開されているため、同条が捜査に準用されたときに、なんらかの内容上の差異を生じるのか明らかではない。

(1) 参照、条解刑事訴訟法(一九八四年)二〇一頁。

(2) 註釈刑事訴訟法二卷(一九八七年)五〇六頁(亀山)。なお、強行規定か否かを論じずに、同条が捜査手続に準用された場合には、異議の理由を知るための適当な努力をするという部分のみ準用されると解釈する説として、註釈刑事訴訟法二卷二二六頁(伊藤栄樹)。

(3) 注解刑事訴訟法(上)(一九八七年)四二四頁(鈴木)、ポケット刑事訴訟法(上)(一九八六年)三〇〇頁。

六 以下、規定の性格と準用されたときの内容について、私見を述べる。

第一に、法は、検察官の意見聴取に関してはもとより、異議申立の機会についても、「しなければならぬ」と明記している。この文言上、直ちに訓示規定とはいいいにくい。

第二に、実質的に考えても、直接強制による身体検査は、事の性質上、相手方のプライバシーの権利、人格の尊厳、身体の安全に重大な脅威を与える。そこで、単に、身体検査令状を事前に得ておくという適正手続だけではなく、その執行においても適正手続を求めていると考える方が合理的であろう。

第三に、捜査手続に準用された場合の意味について考えてみたい。さて、一四〇条の定める、検察官への報告の

意義については、①検察官はもとも公益の代表者として過料等の手続に関与することが求められていること（非訟二〇七条二、三項）、②公訴権者として二三七条の身体検査拒否罪の処罰請求をするか否か判断・決定する責務を負うことが指摘されている。<sup>(1)</sup>しかし、それと同時に、同条が捜査手続にも準用されている以上は、当該事件の捜査上、直接強制によってまでも指紋を採取すべきか否かについて指示をえるという観点からも捉えなければなるまい。つまり、当該事件の公訴権行使の責任にあたる検察官の判断を求めることを法が特に定めたものである。また、事件がまだ検察官に送致されていないときであっても、一九三条二項の具体的指揮権の特別規定として身体検査の直接強制に関する必要性の判断を検察官の責務として、慎重を期したのである。

第四に、以上の実質論を踏まえながら、条文に可能な限り忠実に解釈するとすれば、(イ)間接強制前置である（上記四参照）、(ロ)裁判所が過料に処するには、「あらかじめ、検察官の意見を聴き、且つ、身体の検査を受ける者の異議の理由を知るための適当な努力をしなければならない」、(ハ)間接強制が奏功しないときには、捜査機関が「身体検査をするにあたつては」、あらかじめ検察官の意見を徴し、本人にも異議の理由申立の機会を与える、(ニ)その上で、なおかつ必要と判断したときには、直接強制を行なうことになる。

(1) 註釈刑事訴訟法一巻五〇六頁（龜山）。

七 最後に、有形力行使の必要性・相当性についてであるが、これは、上述の目的の正当性の他に、事案の軽重・指紋採取により得られる捜査上の利益とその確保の緊急性・相手に与える不利益等を総合衡量して判断することになる。なお、直接強制にあたり、指紋採取に必要最小限の有形力の行使にとどめるべきであるのは、当然のことである。

ある。

## 結 び

無令状の指紋採取は、あくまで令状主義の例外である。そうとすれば、その範囲はなるべく限定して解釈しなければならぬ。また、令状による指紋採取についても、目的の正当性・手続の適正性・有形力の必要性・相当性という三要件の充足が令状執行の適法性の要件である。こうした解釈論が、ときに現場における迅速・効率的な捜査の遂行の妨げになるおそれはある。しかし、こここそが、捜査の利益と令状主義との拮抗点ではないか。このバランスを維持しつつ、捜査目的（犯人発見・証拠保全）を実現することが、捜査機関の責務なのである。

以上、身柄拘束中の者の指紋採取の限界と、これに関連して二二二条一項の準用規定の解釈に関する私見をまとめたが、こうしたバランスの測り方が真に妥当なのかについては、現場実務のあり方の研究を含めて、なお今後とも吟味を重ねていきたい。