

合衆国における同意搜索の問題

緑 大 輔

目次

- 一 同意搜索における「同意」の意味
- 二 同意の主体と範囲——有体物——
- 三 同意の主体と範囲——無体物・盗聴——
- 四 合衆国の議論からの示唆——結びにかえて——

本稿では、無令状搜索押収の類型のうち、いわゆる同意搜索について検討する。日本の刑法では、同意に基づく無令状の押収処分として、二二一条が「……被疑者その他の者が遺留した物又は所有者、所持者若しくは保管者が任意に提出した物は、これを領置することができる」と定めている。ここでは同意に基づく押収または遺留物の押収が規定の対象となっており、同意に基づく搜索自体は刑法上の規律がない。それは、犯罪捜査規範一〇八条で禁じられているにとどまる。⁽¹⁾それゆえ、日本の同意搜索は刑法上違法ではない以上、捜査手段として実際には用いられている可能性もある。そのため同意搜索の規律を検討する必要がある。

従来、同意搜索をめぐることは、一定の例外を除き認められるという議論はあったものの、必ずしも活発且つ詳密な議論は行われてこなかったように思われる。しかし、合衆国には「Consent Search」という類型で、同意搜索についての議論が判例上も展開されている。以下では、合衆国の修正四条と「同意搜索 Consent Search」をめぐる議論を確認した上で、日本の同意搜索の規制の在り方を探る。同時に、そこで為される議論の展開は、刑法二二一条の同意に基づいて為される領置の規制について——特に「同意」の意味や同意権者の範囲について——一定の示唆を得られると思う（遺留物の押収については別の機会に検討する）。

具体的に、日本の同意搜索及び刑法二二一条（及び一〇一条）の解釈として問題になりうるのは、以下の点である。即ち、(1)同意搜索においては、どのような要件を満たせば有効な同意と考えられるのか、また、二二一条は「任意に」提出した物であれば無令状で領置できるとしているが、どのような要件を具備すれば「任意」と認められるか。(2)同意搜索においては誰が搜索に対して同意を為しうるのか、また二二一条は「所有者、所持者若しくは保管者」が任意に証拠物を提出できると規定するが、その提出権者の範囲は限定されないのか（合衆国では「同意搜索」における同意権者の問題とされる）。

これら諸問題の解決のために、合衆国の議論を検討する。

一 同意搜索における「同意」の意味

1. 同意搜索は有効な捜査方法？

合衆国では、無令状搜索押収を扱う際に、「同意搜索 Consent Search」がしばしば大きなテーマとして認識される。⁽²⁾ 日

本では合衆国のように「同意搜索」が大きく取り上げられることはむしろ稀である。

この違いが生じる背景として、いくつかの要因が考えられる。第一に、合衆国ではプレインビュー法理が採用されており、同意搜索を行った結果獲得された他罪の証拠物が裁判所に提出されうる。その証拠排除のために、押収に先行して為された「同意搜索」が問題となりやすい。第二に、日本の刑法では同意搜索について直接定めた規定を持たず（刑法二二一条も「領置」という押収処分に關する規定である）、また捜査段階の重要な不服申立手段である準抗告においても、刑法四三〇条が申立ての対象として搜索行為を想定していない。それゆえ、日本では同意搜索自体は争点になりにくい。合衆国では、同意搜索は捜査のために有効な手段として認識されているようであるし、捜査官が同意搜索を好んでするようである。ラフエイヴによれば、被処分者の同意の任意性を立証する負担を考慮に入れたとしても、同意搜索には以下のメリットがあるという。⁽³⁾ 第一に、「同意」は、証拠排除のリスクを回避するためには「もつとも安全な」手段であること。第二に、令状取得に要する時間を節約できること。また第三に、少なくとも被処分者が自分の為す同意について慎重に判断していない場合、搜索令状取得時よりも広範な搜索が可能になりうること。そして第四に、「相当な理由」が欠けていて、本来なら搜索令状の取得が不能である場合にも、同意によれば搜索押収を為しうること。つまり、搜索を為す法的根拠がない状況でも証拠発見を為しうる上、同意搜索で証拠が発見できなくとも嫌疑の存否を確認できるために、労力を効率よく割くことが可能になる。また、搜索への同意を拒否する場合には嫌疑が高まり、重点的な捜査対象と考えることができるようになる。

このように合衆国では同意搜索について、様々なメリットがあると理解されている。しかし、右に列挙されたメリットを見ると、被処分者の権利保障の面では危ういものもある。同意搜索における権利保障は、どのようになされるべきか。

後で見るように、合衆国判例では、同意搜索の適法性を判断する要件として、①当該同意に任意性があること、②当該同意を為した者に権原が存在すると認められること、が求められている。まずは「適法な同意」とはどのような同意を意味するのか、見ることにする。

2. 同意の意味と不利益告知の要否

合衆国では、被処分者による「適法な同意」を判定する基準について、どのような手法を採用しているのか。また、どのような要件があれば、同意は修正四条に適合的だと判定されるのか。

(1) 任意性テストと権利告知 同意が修正四条の憲法上の権利を放棄することを意味するのならば、それは伝統的には「権利や特権の存在を認識しながら放棄すること」を意味していた。⁽⁴⁾ 実際、一九四六年の連邦最高裁判決では、同意搜索につきこの考え方を採用し、同意に際しては権利告知が必要とするものも現れた。⁽⁵⁾ しかし、同年に「権利告知は不要であり任意性があれば足りる」とする連邦最高裁判決も出ており、⁽⁶⁾ その後、同意搜索の要件としての「同意」は、権利告知の要否をめぐって、下級審において争われるようになったのである。⁽⁷⁾

連邦最高裁も右状況を受け、一九六八年にはバンパー判決で同意の意味をめぐる問題に触れた。⁽⁸⁾ バンパー判決法廷意見では、同意搜索について「憲法上の権利の放棄」として位置付けている反面、⁽⁹⁾ 同意した者の「任意性」を検察官が立証しなければならぬとも判示しており、⁽¹⁰⁾ 権利告知の要否については不明確なところが残ったのである。

(2) シュネクロス判決 この問題を決着させた連邦最高裁判例として、シュネクロス判決を挙げられる。⁽¹¹⁾ 同意の任意性判断の方法について、スチュワート判事法廷意見は、状況を総合的に検討して適法性を事案ごとに判断する方法を採用して

いる（このような事案ごとに個別的な事実から適法性を判断する手法を、本稿では総合考慮基準と呼ぶことにする）。そして、任意性の判断に際しては、ミランダ告知のような、「権利放棄がどのような意味を持つのか」についての告知の有無は影響せず、そのような告知は必要ないものとする。しかし、この判断は、次のような疑問を生じさせる。それは、身体拘束下の黙秘権については判例上告知が要求されているにもかかわらず、⁽¹²⁾ 搜索押収における同意の場合には、なぜ権利についての告知を要しないのか。この実質的な根拠について、法廷意見は次のように説明する。

第一に、告知するための状況の相違を指摘する。身体拘束という状況の変化に乏しい状態で黙秘権を告知するのとは異なり、搜索押収手続においては状況の変化が多く、それに対応する必要性が大きい。しかも、同意搜索は効果的な刑法の実現手段であり、告知によりその利用が妨げられることには弊害がある。そのため、搜索押収の過程において告知を求めることは不合理である、という。

第二に、黙秘権を告知しない場合の効果の相違を指摘している。黙秘権を告知しない場合、被疑者の供述の有無や内容などが変容する可能性が高い。つまり、証拠としての性質が変わる可能性が高い。これに対して、搜索押収を受けない権利の告知が為されなくても、証拠物自体の内容が変化するわけではない。

第三に、過去の判例は、第三者が搜索押収に対して同意を為すことについて、本人の明示的な同意の有無にかかわらずプライバシーの要保護性の判断を為しうるものとしており、それら判例との整合性の面で、被処分者に告知を求めることは整合性を欠く、とする。⁽¹³⁾

このような理由を掲げて、搜索押収を受けない権利については、告知をしないことが一律に修正四条違反になるわけではなく、搜索押収への同意の任意性は、総合的に状況を考慮して判断すべきだと判示した。

これに対して、マーシャル判事反対意見は、搜索押収への同意につき被処分者に修正四条の権利告知が必要であり、その告知を欠く場合は修正四条に違反すると主張する。⁽¹⁴⁾

マーシャル反対意見は法廷意見に対して、先例は権利告知を否定せず、むしろ肯定しうる内容を含んでいるとした上で、被処分者がどんな権利を有しているのかを認識することなく、搜索押収に対して同意を与えることは「理解しがたい incomprehensible」と主張する。その根拠として、「任意性」テストにおける立証の困難さを指摘する。むしろ、「同意」の有効性判断にあたって権利告知義務を採用すれば、立証は検察側にせよ被告人側にせよ、比較的容易になるという。⁽¹⁵⁾ つまるところ、マーシャルの反対意見は、権利告知に際しては、事案の状況にかかわらず一定の要件を欠けば一律に違法とする、いわば一律基準に基づくべきと主張しているのである。⁽¹⁶⁾

(3) 法廷意見への批判 このマーシャル反対意見を受けてか、法廷意見に対する評価は学説上も厳しいものがある。

マーシャルの危惧を同様に抱く指摘として、法廷意見が採用した「任意性テスト」は「抽象的」だという批判がその一つである。⁽¹⁷⁾ この「任意性テスト」は、結局のところ権利告知を適法な同意の要件とはせず、同意の為された状況を総合的に考慮して、同意の適法性を判断する基準である。そのため、下級審では「任意性」の判断をめぐって様々な困難に直面することになる。膨大な判例を分析したラフエイヴをもってしても、「任意性テスト」について次のように言わざるを得なかった。⁽¹⁸⁾

「任意性テストに内在する曖昧さに加え、下級審が最高裁の決定に従おうとする一方で各自の価値観を注入しようとするため、同意の有無を明らかにするのに不可欠となる要素を特定して、自信を持って言うことは、なかなか困難である it can seldom be said with confidence」。

この言葉は結局、「任意性テスト」における要件の特定が、判例分析では非常に難しいということを示す。

また、法廷意見が、効果的な刑法の実現手段として同意捜索が必要であることを主張している点も批判されている。というのも、修正四条は「不合理な捜索」を禁じているに過ぎず、捜査官は被処分者の同意が得られない場合であっても、証拠収集方法として無令状捜索押収の方法を別途承認している。そのため、同意を獲得する方法に制限を加えても不都合はない、というものである。⁽¹⁹⁾

さらに、過去の判例との整合性についても、次のような指摘がある。まず告知の要否について、法廷意見は、被処分者が捜索に同意する場合に、権利告知がなくとも「不公正」とは言えない、としている。しかし、その「不公正」性を、被処分者が権利の存在を知っているか否かを問題とせずに判断できるのか、という疑問も示されている。⁽²⁰⁾そこでは、かつての判例が、「どんな刑事司法システムも、憲法上の権利の不知によって市民の権利放棄が為されることで、効率性を維持するような状況であるならば、存立できないしすべきではない」と判示したことが挙げられ、⁽²¹⁾この判例との整合性が問題とされる（マーシャル反対意見の中でも、ミランダ判決が権利告知を要すると判示した例として引用されている）。

また、法廷意見は、被処分者に権利告知を必要とすると、第三者の同意についての判例（第三者の同意に際しては権利告知不要）と「矛盾する」と判示したが、それは誤りである、という指摘もある。というのも、共有者たる第三者の同意の場合は、既に当該被処分者がプライバシーの合理的期待が制約されるリスクを負担しており要保護性が小さい。そのため、同意についての権利告知を要せずに捜索が認められるに過ぎない。他方で、被処分者本人が同意する場合は、第三者の同意の場合と異なり、本人によるリスク負担の意思表示すら為されていない以上、権利告知を行うべき、と主張するのである。⁽²²⁾

以上の諸批判に加えて、より根本的な批判もある。

スタンツは、権利放棄について民法領域における契約と比較して次のような指摘をする。スタンツによれば、実体的権利 substantive right の処分に際しては、2つの類型のルールが存在するという。それは、対等当事者間の権利の行使を前提とする「契約法的ルール」と、非対等当事者間の権利行使を前提とする「保護的権利放棄ルール」である。非対等な当事者間において締結される契約は、民法上、消費者保護の特別法の発想で、弱者たる消費者側に様々な手続的負担を担保している（日本で言うなら、製造物責任法や消費者契約法などがこれに該当するであろう）。

このように、法は権利の行使に際して、当事者間の能力が非対等の場合には、弱者たる当事者側に権利行使が適切に為されるように配慮をする。翻って、刑事手続きについて考える場合、「保護的権利放棄ルール」が馴染むはずだという指摘をスタンツはする。スタンツによれば、修正四条、五条、六条は憲法上これを反映したものである。というのも、被告人側が刑事手続きにおいては弱者であり、権利放棄によって生じうる不利益も大きい。そのため、権利放棄を為すに際しては通常の契約などにおける同意以上に慎重に判断できるような手当てが必要だといふのである。⁽²³⁾ この観点からすれば、刑事手続きにおいて被処分者が同意する場面においては、消費者契約において様々な事項が告知されると同じように、権利告知が行われるべきだといふのである。まさに、この点において、シユネクロス判決は問題あったと批判する。⁽²⁴⁾

以上の批判からするに、同意搜索に着手する場面においては、必ずしも任意性テストのような総合考慮基準アプローチの方が、権利告知を一律に求める一律基準アプローチよりも権利保障に資するわけではないように思われる。仮に総合考慮基準において、権利制約を必要最小限にするための手段を講じなければならぬとしても、結果的には権利告知を行わざるを得ないのではないか。

3. 同意の意味と欺罔による同意

以上のような強い批判が法廷意見に対して示されたものの、「任意性」を総合的に判断する総合考慮基準は維持され続けている。そして、どのような要素を具備すれば「任意性あり」と判断されるのかをめぐっては、膨大な判例が形成されている。先に紹介したように、ラフエィヴは、決定的な要素が何なのか自信を持って言うことができないとしつつ、強制力など脅迫的行為の利用があつた場合、搜索令状をとってくるという脅しをかけた場合、警察官によつて同意の前に違法な行為が行われた場合など一定の判断系統に分類して、判例を分析している。⁽²⁵⁾

しかし、ここでは同意の獲得に際して、欺罔が行われた場合についてのみ取り上げようと思う。一律基準に基づく権利告知必要説と、総合考慮基準に基づく権利告知不要説との間で、最も対照的な帰結をもたらすからである。

まず、判例は形成されていないが、一律基準に基づく権利告知必要説の場合にはどのような帰結になることが予想されるか。例えば、住居に立ち入る際に宅急便や引越し業者を名乗つて立ち入るような種の欺罔による同意は、搜索押収を受けない権利を何ら告知していないことになる。⁽²⁶⁾ そのため、権利告知を為していない以上、権利告知必要説の論理的帰結として、一律に違法な搜索押収になるはずである。

他方で、総合考慮基準に基づく「任意性」テストで同意の適法性を判断する場合はどのような帰結をもたらすだろうか。この点、確かに、「任意性」テストにおいても、欺罔が違法となる可能性はある。しかしながら、実際のところは、違法にならない場合も多い。総合的に欺罔以外の事情も考慮した結果として、任意性を肯定する余地が生じるからである。⁽²⁷⁾

そのように考えると、欺罔の種類によつても判断が異なってくる可能性がある。例えば、欺罔により、(1)被処分者が、同意相手の身分を捜査官ではない者と誤信して、家宅への立入りを許容するような場合と、(2)同意相手を捜査官として認

識しつつも、その搜索押収の目的を誤信する場合がありえよう。

(1) 身分欺罔型の同意 まず、被処分者が、同意相手の身分を捜査官ではない者だと欺罔により誤信して、搜索押収を許容する類型について考える。この類型は、日本では「囹捜査」と呼ばれる捜査手法として問題になるかも知れない。

このような場合について、初期の判例は同意の有効性を承認するものの、その論理は明確ではない。例えば、オン・リー判決においては、被告人の知故である元従業員が、政府のエージェントであることを秘して被告人の事務所に入り、自己負罪につながる供述を盗聴した事案において、「被告人の同意を得て商業用の場所に立ち入った」のであり、「欺罔により立ち入ることについての同意を得たことは不法行為であるという主張は却下されなければならない」と、論拠を明確に示すことなく欺罔による同意の有効性を承認している。⁽²⁸⁾

その後、一九六六年に、連邦最高裁で二件の身元の欺罔に基づく搜索押収事件について取り上げられている。

まず、ホッフア判決では、⁽²⁹⁾やはり政府の情報員として派遣された人物に対して、そうと知らずに自らの被疑事実に関する会話を話し、それが記録されて証拠として用いられた。この件について、連邦最高裁は、スチュアート判事法廷意見において、修正四条違反の部分に関しては、そもそも本件においては修正四条によって「正当に保護される利益がないことが明らか」だといふ。⁽³⁰⁾ 本件では、被告人が、自らの違法行為を話した相手が、他にその内容を漏らさないという「誤った信頼」をしてしまったに過ぎないといふ。⁽³¹⁾ そして、過去の判例を引いて、このように話し相手の身元の勘違いや話し相手の裏切りなどは、「人間社会の状況としておそらく当然に生じるもの」であり、「我々が話すときは常に考慮することが必要な危険 risk」だと判示したのである。⁽³²⁾

また、同日に下されたルイス判決も、⁽³³⁾身元を隠した政府職員に住居で薬物を販売して起訴された事案で保護されないと

いう。即ち、ウォーレン判事法廷意見は、一般住居ではなく、商業目的で転用されている住居においては、違法な取引目的で客が来訪しており、店や道路などと保護の程度は変わらない、と位置付ける。その上で、政府職員が被告人の招きに応じて取引を行い、それをもとに起訴することは違法ではないと判示した。

ただ、注意すべき点が一つある。それは、ルイス判決法廷意見で被告人の同意が有効としたウォーレンは、ホッファ判決では反対意見を書いているのである。即ち、ホッファ判決のように「友情 friendship」を被告人に訴えて会話をしている事案では、ルイス判決のような商業用地における要保護性の低さとは異なり、修正四条の保障を受けるべきと主張したのである。

ここに、ホッファ判決法廷意見を書いたスチュアートと、ルイス判決法廷意見を書いたウォーレンの間で、修正四条の保障利益に対する見方の相違が現れているように思われる。即ち、一方でウォーレンは、同意を与える相手との接点が「商業目的」か「友情」かによって、プライバシーや財産の要保護性が変化しうると考えている（つまり修正四条の保障段階の多様性を考慮している）。他方で、スチュアートは、同意を与える相手の如何を問わず、同意をする者は一律に相手による背信的行為の危険を背負うという考えを採用している（つまり修正四条の保障段階の多様性を考慮しない）、と理解できるのではないか。

そして、ウォーレンの考え方は連邦最高裁の中で多数を制することができず、ホッファ判決法廷意見のように、身元を欺罔した捜査官に対して与えられる同意は、同意する者が危険を背負っている以上、誤信の有無に関わらず保護されない（つまり同意は有効になる）⁽³⁴⁾という規範が形成されたのである。

以上の議論の経過を見るに、仮に事前の権利告知が義務的に行われなかったとしても（つまり「任意性」テス

トを採用する場合)、もし修正四条が実体的権利としてプライバシー権を保障しているのだとすれば、ウォーレンの考え方のように、プライバシーへの保護の期待がどのような場合には高いと一般に理解されているかについて、個別具体的に検討する手法の方が適格的であろう。それは、商取引で接する相手と、友人として接する相手との間で、同意の与える意味が自ずと異なるというのが、少なくとも私の経験上も馴染むように思われるからである。

他方で、もし修正四条が捜査機関の統制のために明確なルールで規制することを志向し、ルールが簡便で使いやすいことを求めるとすれば、スチュアートの考え方のように、同意を与えた相手の違いに関わりなく、同じように同意を与えた者に危険を負担させるという方が使用しやすいであろう。というのも、利益の細かい衡量を省くことができるからである。もつとも、そうであるとするなら、権利告知を行う方が簡便であるように思われるが。

以上のように、欺罔をめぐる上記判例は、「任意性」⁽³⁵⁾テストに拘泥することで、却って難しい判断を強いられているようにも思える。「任意性テスト」の場合、権利保障を解除する要件の設定において、非常に複雑な議論をもたらす。むしろ、実体的権利保障を志向し、かつ明確なルールを提供できるという点で、権利告知を行うことがもつともシンプルで捜査機関も使いやすい、且つ権利保障に資することを、上記判例は示しているようにも思われる。

(2) 搜索押収目的欺罔型の同意 次に考えられる欺罔の類型として、同意相手が捜査官であることを被処分者が認識しつつも、住居への立入りの目的を欺罔により誤信し、同意を与えてしまうものが考えられる。例えば、盗品たる宝石を捜しているとして被処分者から財布の中の搜索について同意を得たものの、捜査官の真意は盗まれた紙幣を搜索することにある場合、被処分者の同意は有効なのだろうか。⁽³⁶⁾この事例を扱った裁判所は、同意に基づいて搜索した結果得られた証拠を根拠に逮捕したこの事案について、同意が有効であることは所与の前提とした上で、逮捕執行者にもともと州法上の逮

捕権限がなかったことを理由に違法と判示した（アレクサンダー判決）。しかし、なぜこのような同意がそもそも有効と考えてよいのか、自明ではない。⁽³⁷⁾

他方で、捜査官がガス漏れ調査が目的だと称して、部屋の扉を開けさせて住居内に立ち入った事案がある。⁽³⁸⁾この事案では、捜査官は自らを警察官と名乗った後（身分に欺罔は無い）、その目的をガス漏れ調査である旨を告知した。このように、虚偽の立ち入り目的を告知して住居に立ち入った点につき、裁判所は「被告人の憲法上の権利を侵害している」と述べて違法と判断している（ジェファースン判決）。もっとも、それ以外に根拠は示されず、実質的な根拠は不明確である。

一体、両者の判決の判断の違いはどこに起因するのか。まず、上記下級審の両判決を統合して理解することを考えよう。そうすると、次のような説明がありうる。即ち、前者の判決（アレクサンダー判決）の場合は、被処分者は押収対象物については欺罔されていたものの、財布の搜索行為自体は同意していた。他方で、後者の判決（ジェファースン判決）の場合は、ガス漏れ調査の目的においてのみ同意したに止まり、そもそも搜索行為自体について同意をしていなかったと理解できる。そうすると、押収対象物の欺罔については許容されるが、搜索行為であることの欺罔は許容できないという線引きを読み取ることが出来る。

このような線引きがなぜ可能なのか。その理由は、被処分者に搜索押収についての選択の機会が与えられているか否かという点にあるのではないか。まず、ジェファースン判決においては、ガス漏れ調査と欺罔して搜索行為自体の同意を確認しなかったことで、被処分者に自由な選択を為しうる機会自体が提供されていない。これに対し、アレクサンダー判決は、押収対象物について欺罔はあるものの、少なくとも被処分者に搜索押収を受けるか否かの選択を為す機会が提供されている。仮に同意の適法性を「任意性」テストで行うとしても、このような選択の機会の有無が決定的な要素になりう

ることを、これら判決は示しているのではなからうか。

しかし、ここでもどのような場合に欺罔が「任意性」を害することになるのか、微妙な判断が求められることを示している。このような判断の難しさを受けて、学説上は、欺罔の存在それ自体で、一律に任意性を否定すべきという主張も見られる。⁽³⁹⁾なぜこのような学説まで登場するのかと言えば、判断の難しさ以外にも、背景として、合衆国ではプレインヴェー法理が存在することも一因である。即ち、同意により立ち入りに成功すれば、犯罪証拠物は（捜査官が被疑事実として想定しているか否かを問わず）プレインヴェー法理によつて捜査官の目に止まれば押収できる。そのため、同意搜索は、「相当な理由」がなくとも、欺罔を用いてもやる価値がある、と捜査官に考えられがちとされる。⁽⁴⁰⁾つまり、実質的に同意搜索は、憲法上は本来「相当な理由」が必要とされるはずの搜索を、「相当な理由」要件を満たさないで行う手段として利用されうる側面があるということになる。

このような状況が存在するとすれば、尚更、同意の際に権利告知を一律に行う方が、権利保障に資するのではないか、という疑問を生じさせる。

二 同意の主体と範囲——有体物——

1. 誰が「同意」するのか？

同意搜索における問題は、「同意」自体の意味にとどまらない。誰に「同意」を行う権限が存在するのか、という問題も生じてくる。もっとも端的な形で生じてくるのは、本来の所有権者ではない第三者が、搜索押収に対して同意を為しう
⁽⁴¹⁾
るのか、という問題である。この同意権限者の範囲の問題は、搜索される場所、押収される物への管理権（財産権、プラ

イバシー権」をどのような論理で構成するかに左右される。合衆国では、修正四条の実体的権利の内容への理解が、同意権限の存否判断に対して重要な影響を及ぼすことになる。

以下では、合衆国連邦最高裁の判例を中心に、その判断枠組みを検討する。⁽⁴²⁾

2. 財産権理論

(1) 第三者の同意をめぐる初期の判例 当初の連邦最高裁判例は、明確な根拠を示すことなく第三者による同意を否定していた。一九二〇年のアモス判決がその例である。⁽⁴³⁾ 被疑者が留守の間に、被疑者の妻が捜査官に捜索することにつき同意を与えた事案で、「妻による同意が可能であったか否かを考えるまでもなく」「強制が存在したので」⁽⁴⁴⁾ 同意捜索は無効だと判示した。しかし、同意を強制していたことを示す事実を認定していない点が、わかりにくい。

このアモス判決以降、一九六一年に至るまで、第三者による同意が問題となった事案は連邦最高裁では扱われなかった。⁽⁴⁵⁾

そして一九六一年、チャップマン判決⁽⁴⁶⁾は「連邦最高裁によつて最初に実質的に判断された第三者の同意事案」⁽⁴⁷⁾となった。本件では、被告人の家主が、警察官に被告人宅への立入りを同意したことにつき、修正四条の原則たる令状主義を説明し、捜査官による一般的探索行為を防止してプライバシーを保護する必要性を強調した上で、(1)家主と捜査官は無理やり窓を開けて侵入し、(2)その目的は敷地点検（＝家主の裁量行為）ではなく酒類の蒸留装置があるか否かを確認する点にあったところ、家主が本来有する裁量行為に基づいていない。また、(3)家主が自由に搜索押収に同意をできるとなると、借主の家の安全 *secure* は家主の裁量行使の仕方次第になってしまうため不適切である、⁽⁴⁸⁾と判断した上で、本件同意に基づく搜索は違法と判示された。

この判決では、犯罪行為を確認する目的での立入りについては、家主には同意権限がないことが示されている。その根拠につながる考え方として、この判決が「プライバシー」という言葉を用いているため、家主と借主にはプライバシーは別個に存在するという発想が前提であるようにも理解できる。しかしながら、いきなり「家主の裁量行為」の限界を論じているこの判決においては、理論的根拠は明示されていない、という評価が与えられている。⁽⁴⁹⁾これは察するに、家主の裁量権が犯罪行為の確認について及ばない理由が示されていないことに起因するのであろう。他方で、家主の裁量権行使の限界に着目していることそれ自体から、財産権理論の発想ありとする評価も存在する。⁽⁵⁰⁾いずれにせよ、この時期の判決は、まだ第三者の同意権限の限界を設定する理論的根拠は、必ずしも明確ではないようである。

(2) 財産権理論? しかし一九六四年のストーナー判決は、民事法領域における財産法の理論を用いている部分を看取れる。⁽⁵¹⁾

法廷意見はホテル従業員の同意権限について、ホテル従業員が客の包括的代理権 blanket authority を有するというカリフォルニア州法が判例上は存在しないことを確認し、捜査官が従業員に代理権があると合理的に信じるに足る根拠が提示されていない上、修正四条の保護する権利は「表見代理 apparent authority (他者から見ると存在しているかのように見える代理権)」による侵害を認めるべきではない、と判示した。そこから、ホテル従業員が搜索押収について与えた同意は無効であり、証拠能力は否定されるべきとしたのである。

この判決で注目すべきは、「包括的代理権」「表見代理」と言った民事財産法上の用語を用いて、第三者による同意権限の存否を判断している点にある。これは、法廷意見の根底に、修正四条を保護している利益が財産権であることを示すようにも見え⁽⁵²⁾る。同時に、本件は宿泊客が部屋を占有して使用する利益が修正四条によって保障されることを意味している。

そのため、ここにいう「財産権」保障の内容とは、純粹に所有権のみを指しているわけではないことになる。むしろ、契約など権原に基づいて認められている占有状態など広く財産法上の利益が修正四条の財産権として保障されていることを意味する。

さらに、先にも触れた一九六八年のバンパー判決でも、⁽⁵³⁾ 財産権の発想が存在するという指摘がある。被疑者の祖母が被疑者に代わって搜索押収について捜査官に同意を与えた事案である。

本件では祖母の同意に任意性が存在したかについて判示しており、「そもそも祖母に同意権限があったか」は問題とされていない。しかし、祖母の同意の任意性を問題としたことから、祖母が当該住居及びライフル銃への所有権・共同の管理処分権限を有していたことは前提とされていたことが読み取れる。判決文も「住居とライフル銃双方を有していた owned」と認定している。そのため、バンパー判決は、祖母と被疑者の間での財物の共有関係を認定した上で任意性を判断しているように読むことができ、財産権論に則ったものと位置付けられる。⁽⁵⁴⁾

これらは修正四条が実体的権利として財産権を保障している、という認識を基礎にして、誰が修正四条の保護を受け、その権利を処分できるのか、という考え方をしているように思われる。そして、ここにいう「財産権」とは、単に所有権にとどまらず、民事財産法上の債権債務関係や物権（本権）などを広く指していることも読み取れる。上記判例で、包括的代理権の有無や、家族による占有の存在などを認定している点は、その例と言えるだろう。

(3) 財産権理論の下での危険推定論 “Assumed the Risk” formula ⁽⁵⁵⁾ その後、一九六九年のフレイザー判決は、新たな概念を同意権限者の判定のために持ち出した。事案は次の通りである。被告人Aと従兄弟Bは、一つのカバンの中を仕切って共同使用していた。従兄弟Bは、自宅で殺人の被疑事実で逮捕された。その逮捕に伴う無令状搜索押収の過程で、Bは搜

査官の搜索の求めに同意し、カバンの中が搜索された。すると、そのカバンの中から事件時のAの服が発見された。Aはカバンから見つけられた服の証拠能力をめぐり、Bの同意の有効性を争ったのである。

マーシャル判事法廷意見は、(1)逮捕に伴う適法な搜索活動の過程で捜査官に搜索の同意を与えたBは、カバンの共同使用者であつたため、明らかに「同意の代理権 authority」を有しており、(2)被告人AはBとカバンを共同使用し且つBの自宅にそのカバンを置いていたことから、Bが誰か他人にカバンの中を見せるといふ「危険を推定」しなければならぬ、と判示した。そのため、本件でBが為した同意は有効であり、Aの証拠排除請求は棄却された。

ここで注目すべきは、実質的に共同で使用されているカバンについて、単に共同使用状態があることが、搜索押収への同意権限が存在することを正当化するという点である。つまり、共有によつて不利益が生じる「危険⁽⁵⁶⁾」が推定される、という立論にある。この論理は、必ずしも財産権に基づく立論を放棄したことを意味するわけではない。そのことは、法廷意見が全く同意搜索に関する先例を引用していないことから推測できる。判例変更を意図して判示したのではないとすれば、ストーナー判決で明確に示されている財産権論が放棄されたわけではないだろう。⁽⁵⁷⁾

では、なぜ「危険」を「推定」する必要があつたのだろうか。本件では、明らかにBの領域内にカバンが存在していた上、通常カバンの中身を分割して、他者であるAと共有していることを想定することは困難である(一般的には、このようなことは行われないであろう)。そのような特殊な事案だったため、カバンを共有していたAに「危険を推定」することを求めたのではないか。

本判決で、この危険推定論が財産権論の下で利用できることが明らかになった。ただ、上記判例では、同意を与えた当該物の占有者は、占有することについて、財産法上の正当性を有している者であつた。その意味で、財産権理論の中に組

み込まれた形での危険推定論であることには留意すべきである。

3. 危険推定論の展開

(1) マトロック判決の意味 一九七四年、マトロック判決は、第三者の同意権限の存否にあたつて、注目すべき判断を下した。⁽⁵⁸⁾ この判決において、法廷意見は、同意権限の有無の判定について、次のように述べた。「被告人によつて与えられた同意に限らず、搜索対象となる住居もしくは動産に対して共同の権限 *common authority* か他の充分な関係 *sufficient relationship* が存在する第三者から搜索の同意を得られれば」、同意の任意性は証明される、と。しかも、ここで「共同の権限 *common authority*」という言葉の意味について、脚注を付して、以下のように述べたのである。

「(1)にいう) 共同の権限とは、当然第三者が有する財産権に限られない。第三者の同意を正当化する権限 *authority* は…財産法上の利益によるのではなく、むしろ大体の目的で使用支配している者による財産の共同使用(状態)による」。「そのため、どの共同居住者も自分自身の権利として搜索行為を認める権限を有し、その他の者は仲間の誰かが共有領域が搜索されることを同意するかも知れないという推定された危険を有するのである」(傍点は筆者による)⁽⁵⁹⁾。

しかもこの脚注では、先のチャップマン判決、ストーナー判決を「財産法上の利益」によつて同意権限を認めた判例として掲げた上で、判例の変更を宣言されている。ここに、同意権限の存否は財産権とは切り離され、被告人との関係で「共同使用(状態)」その他「充分な関係」があるか否かが問われることになったのである。「共同の権限」は、まだ財産法上の権利との連続性を看取することも不可能ではないが、「充分な関係」という概念は不明確である。

本件では、被告人と妻は搜索された住居部分で起居していたため、共同の権限が存在すると認定され、妻による搜索押収についての同意は有効だったと判示された。

ここに、同意の有効性判断は、実体的権利たる財産権の存否に拘束されなくなったのである。しかし、この場合、搜索押収における同意は、権利の放棄を必ずしも意味しないことになる(法廷意見の論理によれば、処分権限を本来有していない人間も、処分権限者と「充分な関係」を有していれば、搜索押収に応じうることになるので)。これでは、令状主義の例外としての同意のどこに正当性があるのか、理論的な説明が困難になるという指摘がある。⁽⁶⁰⁾というのも、なぜ同意が令状主義の例外として許容されたのかといえ、被処分者が自らの実体的権利及び手続的権利を放棄する点に根拠があったはずだからである。

なお、法廷意見に対し、ブレナンとマーシャル両判事は反対意見を書き、同意権限は、拒否できることを認識しつつ同意しているか検討すべきである旨を主張している。⁽⁶¹⁾また、ダグラス判事は反対意見で、同意搜索が可能なのは搜索差押令状の取得可能性を欠くときのみだと主張している。⁽⁶²⁾

(2) マトロック判決のもたらした帰結 以上のようなマトロック判決は、第三者の同意をめぐる諸問題に対して、どのような帰結を与えたのであろうか。とりわけ、マトロック判決において示された同意権者の要件「共同の権限 common authority か他の充分な関係 sufficient relationship」の意味が問題となる。

① まず、第三者の同意が有効ならしめる要件に、共同使用者間における親密な関係は必要なのであろうか。

これは、必要ない、ということになりそうである。というのも、法廷意見は、同意権限が「第三者自身の権利」である旨を判示していた。つまり、本来の所有者に代理して同意しているのではない。マトロック判決は「被告人—第三者」間

の關係が同意權限に影響すると判示したのではなく、押収対象物・搜索対象領域と第三者の關係が同意權限の存否に影響すると判示したものと思われる。被告人と第三者の關係も、物や領域を媒介としてのみ関わってくるに過ぎない。そのため、例えば、住居を共有せず、また所有権者とも親密でもない人物も、共同で使用している状態があれば、同意を為する。なお、下級審の判例では、所有権者から性的虐待を受けている同居人⁽⁶³⁾、暴行を受けている同居人⁽⁶⁴⁾について、当該領域を使用している状態さえ存在すれば、搜索押収に同意できると判示している。

②第二に、共同使用者の一人が予め第三者に搜索押収を拒絶するよう求めていたにもかかわらず、第三者が搜索押収に同意した場合、この同意は有効なのであろうか（なお、捜査官はこのような約束の存在を知らなかったものとする）。

マトロック判決に従えば、第三者は当該搜索対象物・領域を共同で使用している以上、自分自身の「権利」として判断可能とされていた。そのため、他者の指示に影響されないという帰結を論理的にはもたらしうる。⁽⁶⁵⁾

しかし、契約として、特定人物の住居への入室を拒むことを取り決めた場合はどう処理すべきか、マトロック判決では処理方法が不明確である。⁽⁶⁶⁾ それでも、危険の推定という論理によれば、約束を破ることも共同使用者が負うべき危険だったという説明によって、同意は有効だったという判断が為されうる。とりわけ、その約束・契約が犯罪にかかわる目的であった場合は、プライバシーの合理的期待が存在せず、保護されないと考えられることも可能だという見方もある。⁽⁶⁷⁾ 確かに、カツ判決はプライバシーの要保護性は、社会的に是認されるものであることを要求している。⁽⁶⁸⁾ そのため、犯罪目的で他人の立入りを禁止する契約を他の共同使用者と締結していても、通常の契約以上にその契約が破られる危険を背負うべきという主張には一理ありそうである。

ただ、もし犯罪目的以外の場合一般に、「無断で搜索押収をさせないという約束が破られる危険を、共同使用者が負う」

のだとすれば、それは共同使用者の実体的権利保障（財産の使用収益についての保障）を受けられないに等しいように思われる。ここまで徹底されるのかどうかについては、マトロック判決の帰結は曖昧さを残しているように思われる。

③第三に、共同使用者の一人が予めあるいは現に搜索を拒絶していることを、捜査官が認識しているにも関わらず、他の共同使用者の同意で搜索することは可能であろうか。この場合の第三者の同意は有効なのであるか。

このうち、まず共同使用者の一人Aが予め拒絶したに過ぎず、捜査官が搜索押収しようとする現場にA本人はいない場合（具体的には、一度目に捜査官が搜索押収を求めた際には共同使用者の一人Aが拒絶し、二度目に捜査官が訪れて搜索押収を求めた際には、他の共同使用者Bが同意した場合）については、下級審も見解が割れている。一方には、明示的に拒絶して憲法上の権利を行使している以上、他の者の同意によりこの権利を放棄させることはできない、という説明がある。⁽⁶⁹⁾他方で、共同で支配権限を有しているという根拠から、自分が不在の折に他の共同使用者が同意してしまう危険を負うべき、という説明をし、同意を有効と判示するものもある。⁽⁷⁰⁾

しかし、もしマトロック判決が、憲法上の実体的権利保障から同意権限を切断したとすれば、その帰結としては後者の判例の方が、マトロック判決に馴染むことになるだろう。つまり、たとえ捜査官がAの「拒絶意思」を知っていたとしても、他の共同使用者Bが、自分自身の権利として判断することが可能であり、同意してしまうことについての危険を負っている以上、被処分者の事前の意思表示に関わらず、Bの同意が有効になる。実際、学説もマトロック判決の帰結としてはこのようになってしまふことを指摘している。⁽⁷¹⁾

では、今度は上記設例とは異なり、他の共同使用者Bが搜索押収に同意しているものの、搜索押収を求める捜査官の面前で、現に共同使用者の一人Aが搜索押収を拒絶している場合はどうなるのであろうか。

合衆国の下級審では次のような事例がある。Aを大麻所持で逮捕した後、Aの住居で搜索押収を行うことの同意を得た。そしてAの住居に捜査官が向かったところ、同居人Bがドアにチェーンをかけて搜索押収を拒絶した。そこで捜査官が、ドアを蹴破つて住居内に立ち入ったというものである。⁽⁷²⁾

この事件では、裁判所は次のように判断している。まず、共同賃借人の一人Cが、他の賃借人Dの意思にかかわらず契約の取消しや賃借権の譲渡を行った場合、DはCの取消しの効果を争えない旨の民事法判例を引き、「とりわけ住居においては、財産の共同使用は、共同占有者相互の権利について、合理的な制約が求められて」おり、「住居における共同占有者のプライバシーの権利は、完全に、法的な支配権を有する他の者のなすがままになるわけではない」と判示する。「したがって、住居から離れている者は、現に住居にいる者の反対にかかわらず、捜査官に住居への立入り及び搜索について正当性を与えることはできない。しかも、少なくとも本件では、事前に警告も(Bに)与えられてなく、緊急性も存在せず、捜査官は来意を(Bに)告げず、且つ現場にいないAが同意していたこともBに伝えていない」。加えて、「Aは、Bの反対にかかわらず捜査官は立ち入ってもよいという同意まで与えていない。Aは捜査官に、犯罪組成物が住居内にあることを確認するために、鍵を渡したに過ぎない」。⁽⁷³⁾よって本件同意搜索は違法、と判断した。

厳密に考えるなら、「住居における共同占有者のプライバシーの権利は、完全に、他の共同占有者のなすがままになるわけではない」という命題が、搜索を同意する者の意思よりも搜索を拒絶する者の意思を優位に置く旨を、直ちに導くわけではない。その点ではこの判決には論理的に飛躍がある。

しかし、ラフエイヴは、上記判決は、搜索押収に対するBの拒絶がAの同意に勝るということが、最も重要な点ではないと指摘する。本件の結論に決定的な影響を及ぼしたのは、Bに対する来意告知の欠如や緊急性の欠如、Aの同意の内容

と捜査官の行為の間の齟齬にあるという。⁽⁷⁴⁾ この指摘は適切であるように思う。そして、この判決の意味として、次のようなことは導きうる。「一方の共同使用者は次のような効果を持つ同意は為しえない。それは、侵害内容を告知されていない他の共同使用者のプライバシーを侵害するような効果がある場合である」。⁽⁷⁵⁾ つまり、仮に共同使用者のうち一方が搜索押収に同意をしても、他方の共同使用者が搜索押収による侵害内容を充分に把握していない場合は、もとの同意は有効とはいえない、ということである。

それでも問題は残る。では、共同使用者が全員、搜索押収による権利制約の内容を把握している場合に、意思が対立している場合はどうなるのか。設例として言うなら、共同使用者AとB双方が現場にいて、搜索押収に対する意思が対立する場合はどうなるのか。このような事例は、控訴審に現れることも稀であるという。⁽⁷⁶⁾ しかも、先のマトロック判決は、注意深く、このような状況を除外して想定しているようにも読める。というのも、マトロック判決は、その判決文の中で、「共同の権限 common authority を有する者の同意は、その場にいらない者 the absent に反するものであっても有効」と述べており、⁽⁷⁷⁾ 現場で意見が対立する場面は想定していない表現になっているからである。

それゆえ、この点も見解が分かれるところである。まず、被告人になりうる者が現場にいて搜索押収に反対する場合であっても、共同使用者は私益(＝搜索拒絶)と公共の利益(＝搜索同意)のいずれを選択するか⁽⁷⁸⁾の自由を保持しており、搜索押収を拒絶している者は他の共同使用者が公共の利益を選択するリスクを負うべきという見解がある。即ち、マトロック判決における「危険推定」を重視するのである。したがって、同意搜索押収を認めることになる。⁽⁷⁸⁾ この見解は、搜索押収を拒絶する共同使用者の利益Ⅱ「私益」、搜索押収に同意する共同使用者の意思Ⅱ「公益」との間の対立とみなして、原則として後者により大きな利益があるという発想をとっているのであろう。

これに対して、現場に全員いる場合は双方の同意をとりうる以上、対等な共同使用者であれば同意を双方から得られない限り、同意搜索押収は認められない（一方の共同使用者が現場で搜索押収を拒絶すれば同意搜索不可）という見解も主張されている。⁽⁷⁹⁾ この見解は、マトロック判決が、搜索押収に対する同意を共同使用者個々人が独立して為しうる旨を判示した点に重きがあると理解し、個々人が現場で対立する以上は、双方の同意がない限りは権利制約を行えない、と考えるのである。

この問題は下級審判例も分裂し、一致した見解はない。⁽⁸⁰⁾ しかし少なくとも、共同使用者の一人が現場で搜索を拒絶する場合、搜索押収を行わなければ誰の権利制約も生じないのに対し、搜索押収を行えば拒絶した者にとっては強制処分が無令状で為されることになる。財産権、プライバシー権等の実体的権利の保障を志向するのであれば、後者の見解の方が馴染みそうである。⁽⁸¹⁾

④最後に、住居に共同使用者が同居している時、ある共同使用者の同意の効果は、他の共同使用者専用の部屋などにも及ぶのだろうか。マトロック判決が述べた、「共同の権限 common authority か他の充分な関係 sufficient relationship」の意味がここでも問題になりうる。

この問題については、もし財産権、プライバシー権等の実体的権利、令状を要求する手続的権利を可能な限り保障しようとするなら、個別具体的な検討が避けられないだろう。ある学説上の見解は、台所、居間、浴室、寝室などは一般に共同使用状態の程度が高いとし、書斎、机や衣装棚などは一般に共同使用状態は低いと説明している（同時に例外も各住居によつてはあり得ることも述べているが）。そして、後者の類型においては、他の同居人の同意によつても搜索は為しえないということになる。⁽⁸²⁾ この説明に近い下級審判決も確かに存在する。⁽⁸³⁾

しかし、このような見解は連邦最高裁の判例の下で成り立つのか。ここで判例の論理を確認しておく必要がある。

フレイザー判決以降の危険推定論は、権利放棄のリスクを共同使用者は背負わされるというものであった。ここで負うリスクは、「自分が普段一人で用いている場所だから、他人の同意で捜査官が入ることは認められない」という抗弁を認めるのかどうかは微妙である。というのも、マトロック判決が、「共同の権限」の意味について脚注をわざわざ付して、「財産法上の利益」の共有がなくとも共同使用は認定しうる、と判断していたことによる。

このマトロック判決の理解に従えば、日頃他者が用いてなくても、「入ろうと思えば容易に立ち入ることができる領域」であれば、たとえ財産法上の共有が存在しなくとも、共同使用のリスクは背負っているものと認定しうる。⁽⁸⁴⁾ 逆に言えば、日頃から施錠しており、家人も容易にアクセスできないような場所・物であれば、マトロック判決の下でも、他人の同意から保護される可能性は高い。⁽⁸⁵⁾ 例えば、友人同士での共同賃借で共有の居間と各人の部屋(鍵付き)があるとき、各人の部屋についてまで第三者は同意はなしえないであろう。というのも、各人の部屋については共同利用の事実を欠いており、鍵の存在により高度に各部屋が独立しているからである。

以上、マトロック判決の帰結を様々な場面を設定して見てきたが、財産権の所在に依拠しない形で同意権限の判断を行う結果として、議論への混乱がもたらされたり、権利制約性が大きくなったりするなど、問題を抱えているように思える。先に示した、「令状主義の例外としての同意のどこに正当性があるのか、理論的な説明が困難になる」という指摘が、⁽⁸⁶⁾ 同意搜索における第三者の同意の適法性判断の説明においても、困難さをもたらししているように見えるのである。

(4) 判断の形式化 このように難しい判断を行うことを連邦最高裁は嫌ってか、一九九〇年のロドリゲス判決では、「共同使用(状態)」その他「充分な関係」が被処分者間に存在しているか否かの判断手法について、実質判断を行わない方

向を示した。⁽⁸⁷⁾即ち、同意をした者が、他の者と事実上共同使用をしているか否かの判断は、捜査官の「主観」によって判断することが認められる、と判示したのである。このことは、同意した者に権限が存在したことの説明を為す責任が、捜査機関にはないことを意味する。つまり、同意権限の存否の判断を、良く言えば（捜査機関・裁判所にとって）効率化、悪く言えば（被処分者にとって）形式化・形骸化したと言えるだろう。

この判決により、被処分者の同意権限の有無の判定は、捜査機関にとって使いやすい基準へとシフトしたと言えるだろう。このことは、同時に、被処分者の権利制約の正当性を個別具体的に吟味する判断手法から後退し、実体的権利の保障からも遠ざかっていく可能性を示しているように思われる。

4. 同意の効果

さて、搜索押収について同意を為されたことにより、どこまで搜索を為すことが許されるのであろうか。この点については、連邦最高裁では指針となる判例が出されていないため、下級審の裁判例を確認する。

まず、搜索押収の対象をきちんと明示せずに、概括的に被処分者からの同意を得た場合、搜索はどこまで許されるのであろうか。対象を特定した同意ではないため、広範囲に為すことができるのであろうか。

この点については、下級審は、白紙委任的に自由に搜索可能というわけではない旨を判示している。即ち、搜索範囲は「実際の同意搜索は、（搜索押収対象が）特定された令状があるのと同じように搜索範囲の限界が画され」、⁽⁸⁸⁾「合理的な範囲に制約される。捜査官が合理的に方針に合うように同意内容に含まれると解釈できる場所」になる、という。もっとも、このような規範は、実際には令状が出ていないからこそ同意搜索が為されているのであり、令状が発付されているのと

「同じように」と言われても、基準としてはわかりにくい。また、「捜査官の合理的な方針」に合致するように同意を解釈できるとしている点は、裁判所がどこまで同意の及ぶ範囲を有権的に解釈を行ってよいのか、不明確である。以上の問題点から、同意捜索においては搜索押収を為す目的と、対象物の告知が原則として必要と考える方がよいように思われる。

では、捜査官が特定の物の押収を求め、被処分者がその達成に必要な対象場所及び対象物を示した場合、搜索押収をさらに広く行うことは許されるのだろうか。

この問題について、下級審は、被処分者側が必要十分な範囲の対象物を提出した場合、それを超えて押収をさらに行うことは違法だと判示している。⁽⁸⁹⁾ 同判決においては、これは同意によつて放棄された「憲法上の搜索押収をされない権利」の範囲を超えるためだ、と説明されている。そして搜索令状が認めるだろう制限を超えて搜索押収を行う権限は捜査官にはない、とも述べている。

確かに、必要十分な証拠を被処分者から提出されているにもかかわらず、それ以上の搜索押収を認めてしまうと、同意搜索が一般探索的な搜索押収に転化しやすくなってしまうであろう。ラファイヴは、上記の例とは異なり搜索押収の範囲が明確にされていない場合においても、「合理的 reasonable か否か」という基準から同意内容を搜索押収時の会話から判断する必要があるとしている。⁽⁹⁰⁾ 「合理的か否か」を判断する基準が、捜査官の主観に依拠しないという趣旨であれば、この指摘は裁判所の認定すべき事実を示している点で有効な場合もあるかも知れない。

また捜査官が、同意を得る際に示した搜索押収の目的物以外の物を搜索押収することは認められないとする裁判例も出ている。⁽⁹¹⁾ これは一般探索行為を予防するために、令状の呈示に代わる搜索押収対象の告知として捜査官の説明を重視したものと言えよう。

この判例から読み取れることは、(1)押収対象物を発見したら、即座に搜索押収行為をやめなければならないということ、(2)令状記載の対象特定に相当する形で告知を行い、その上で搜索すべきと考えている点である⁽⁹²⁾。

その他にも様々な問題が、同意の効果と搜索押収の範囲の関係で生じうるが、全般に総合考慮基準の下、搜索押収対象を特定した令状が発付される場合以上に権利制約が為されないように事例が蓄積されていっていると考えてよいであろう。つまり、同意の効果の部分では、個別具体的な判断により権利制約を最小限にする志向が存在する。もつとも、もし被処分者が同意により、令状を要求するなどの手続的権利をも放棄しているのだとすれば、なぜ「搜索押収対象を特定した令状」と同等であることを判例が求めるのか、説明が難しいように見えるかも知れない。しかし、判例が「搜索押収対象を特定した令状」に言及する意味は、同意搜索押収に伴う権利制約を最小限にするために、搜索押収対象をきちんと特定すべし、という含意を持つにとどまるように思われる。つまり、手続的権利放棄の範囲を画定する基準として（どれくらいの範囲について手続的権利を放棄したのか画定する基準として）、「搜索押収対象を特定した令状」を例示的に示しているのである。

三 同意の主体と範囲——無体物・盗聴——

ここまでは、有体物に対する同意搜索の問題を検討してきた。次に、無体物である会話に対する同意搜索、つまり一方当事者の同意に基づく盗聴⁽⁹³⁾について検討する。

1. 一方当事者の同意に基づく盗聴

一方当事者の同意に基づく盗聴について判断した合衆国連邦最高裁判例は、一九六〇年のホッフア判決である。⁽⁹⁴⁾ ホッフア判決は、欺罔により近づいてきた政府の情報員たる「友人」との通話が証拠として出され、その適法性が問題となった。この事案においてスチュアート法廷意見は、先に紹介したとおり、話した相手が他にその内容を漏らさないという「誤った信頼」をしてしまったに過ぎず、⁽⁹⁵⁾ このように話し相手の身元の勘違いや話し相手の裏切りなどは、「人間社会の情況としておそらく当然に生じるもの」であり、「我々が話すときは常に考慮することが必要な危険risk」だと判示した。⁽⁹⁶⁾

ここでは、電話による会話においては、一方当事者が会話内容を他者に伝達し、情報が開披されてしまうリスクを話者は負担すべきだ、という考えが前提となっている。つまり、電話におけるプライバシーの保護は当事者間においては存在しないことが前提になっている。そのため、一方当事者が電話の盗聴について同意を捜査機関に与えている場合、その盗聴は状況を問わず適法という帰結が導かれることになる。換言すれば、「通話自体に当事者間ではプライバシーの保護が存在しない」と理解するため、一方当事者が通話内容を第三者に開披する場合には、会話の個性を捨象して（犯罪にかかわる会話か否か、緊急事態か否かを問わず）一律にリスク負担を盗聴される話者に負わせる理論構成なのである。

このような連邦最高裁の発想は、ホワイト判決⁽⁹⁷⁾においても採用されているように思われる。このホワイト判決では、ホワイト判事執筆相対的多数意見において、カツツ判決以降採用されている「プライバシーの合理的期待」論を引き、会話が保護に値する利益なのか、検討する。その際に、先のホッフア判決を引用して、通話相手が政府に通話内容を伝送している場合、「どんなに強く被告人が通話相手を信頼しようとも、この点においては被告人の期待は修正四条によって保護されないのである」と述べる。というのも、ホッフア判決で述べたのと同様、他者との会話においては、会話相手への「誤っ

た信頼」が存在することは一般的であり、またその危険性は通常予想されるからだ、という⁽⁹⁸⁾。そして、このように会話が漏れてゆく危険は、会話者が負担すべきであるという。

しかも、会話が漏れてゆく危険性の程度は、情報員の記憶による会話漏洩の危険と機器の利用による会話漏洩の危険との間で違いは無いという⁽⁹⁹⁾。したがって、本件のように通信機器を利用して会話がそのまま盗聴される事案においても、単に会話内容を口頭で伝えるのと同じくらいしか危険性は存在しない、ということになる。

このようにホワイト判決においても、基本的には、カッツ判決以前に出たホッフア判決の論理が踏襲されている。カッツ判決後、「プライバシーの合理的期待」論を採用するにあたって、通話の個性を重視せず（緊急事態で為されている会話か／友人との会話か／公務員との会話か／など）、通話内容が盗聴される危険を発話者に一律に負わせる構成を判例は採用しているのである⁽¹⁰⁰⁾。

確かに、このように考えれば、一方当事者さえ同意すれば通話の性質問わず盗聴可能という点において、ルールとしては簡便である。いわば、形式的な一律基準的手法といえる。

2. 通話における多様性の排除

しかし、このように理解すると、問題は様々な形で表出してくるのではないか。人がコミュニケーションの手段として用いる「会話」は、そのときの相手、状況などによって性質は多様であり、他者に漏洩されないことへの期待も、多段階的に存在すると解すべきではないか。しかし、上記合衆国判例の見方に基づけば、そのような考慮が一切為されないことになってしまふのである。

例えば、ホッフア判決やホワイト判決に従えば、公園などでも、一方当事者が同意さえすれば、その会話について盗聴機を設置することが可能、ということになる。というのも、連邦最高裁判例の論理によれば、公園という公共の場において、会話の一方当事者が盗聴に同意している以上、会話内容が政府によって把握される危険は発話者が負担しなければならぬからである。

しかも、会話が機器によつて正確に記録され、政府に伝わってしまうのと、口頭により伝聞で会話が伝わるのでは、プライバシーの制約の程度にも違いが生じるのではあるまいか。⁽¹⁰¹⁾ というのも、我々は通常、会話内容が「口頭で」他者に様々な形で伝播してしまう危険をある程度想定することはあつても、相手が機器を用いて会話内容を記録し、他者に伝播していくという危険までは想定しないし、決して後者のような事態は一般的に起こることではないからである。それにも関わらず一律に、会話の場合は誰か関与者が同意すれば保護を受けられないとすることが果たして適切なのか、という疑問が生じる。ウォーレンが先のルイス判決で述べ、ホッフア判決反対意見で述べていたように、個別具体的に要保護性を丁寧⁽¹⁰²⁾に検証することこそが、被処分者の権利保障に資するのではなからうか。

四 合衆国の議論からの示唆—結びにかえて—

本稿は、合衆国の同意搜索及び遺留物をめぐる判例と判例をめぐる議論を確認した。ここでの議論から、以下のことが示唆として得られるものと思われる。

1. 一律基準の有効性と総合考慮基準の有効性

(1) 権利告知と一律基準 まず、搜索押収を受けない権利と言う「憲法上の権利」の放棄について、「同意」を得るためには、権利告知が必要なのではないか、という点である。本稿では、同意の有効性を「任意性」テストで判断することに対する学説上の強い批判を確認した。無令状搜索押収の適法性判断の手法として、総合考慮基準よりも一律基準の方が権利保障に資する場合があり、それが同意搜索における同意獲得の際の権利告知であることを、合衆国判例への批判は表しているのではないか。その象徴的な例が、本稿で見たように複雑な議論が展開されていた、欺罔による同意搜索であったように思われる。

(2) 総合考慮基準の有効性 他方で、同意の効果として、どこまで搜索押収を為しうるのか、という問題は、総合考慮基準に基づき、権利制約を最小限にするための事案の蓄積が為されていることを示した。同意の結果として、どこまで搜索押収を為しうるのかは、やはり一律基準により常に「住居全体」などの形でルール化することは困難である。被処分者によって為された同意の意味を吟味しつつ、権利制約をいかに少なくするか、という発想で適法性を判断することの有効性(と可能性)が示唆されていたように思われる。

2. 修正四条における「プライバシー」の性質

次に、連邦最高裁が考えているところの、修正四条において保障されている実体的権利としての「プライバシー」の性質が、同意搜索の場面を検討することで浮かび上がってきているように思われる。

それは、まず、共有されている財物における同意権限の存否について、有体物及び無体物に関して連邦最高裁が判断し

た事例から、推測することが可能である。即ち、先に見たとおり、連邦最高裁は、いわゆる危険推定論に依拠して、有体物が無体物を問わず（プライバシーの属性が住居であるか会話であるかを問わず）、複数人の間で共有されているプライバシーの処分に際しては、関与者全員の同意は不要であると判断していた。つまり、一人でもプライバシーの開披に同意すれば（他者からのアクセス可能性があれば）、そのプライバシーの要保護性は喪失するという発想を抱いているのである。

ここから、合衆国における「プライバシー」概念の単層性を読み取ることが可能であるように思われる。つまり、「プライバシー」という概念によって保護される個人の情報は、その性質の区別を問わず、「他人が自己の情報を知りうるか」「他者が自分の情報にアクセスできるか」という基準を常に採用し、同じように危険推定論によって同じ程度の保障を受けるものと扱われているのではないか。裏返せば、「プライバシー」という概念の下で、個人の情報の取り扱いの多様性を承認しようとは必ずしも考えていないように思われる。⁽¹⁰⁸⁾ 即ち、会話などに対して特別な扱いをしていない。

このように、「プライバシー」が有体物に属しているか無体物に属しているかという属性の違いを問わず、「他者からのアクセス可能性」によって「プライバシー」の要保護性を判断するという手法で理論的に一貫している点は、基準として簡便であり用いやすそうである。しかし、抽象度の高い「危険」の負担という考え方を持ち出し、形式的に一律基準的手法でプライバシーの要保護性を否定することが適切なのだろうか。安易に住居も会話も遺留物も同じように扱ってよいのであろうか。これらの間に、価値の相違は存在しないのか。

本稿における合衆国の議論は、上のような疑問を惹き起こさせる。これは日本法の解釈においても検討を要すべき問題であるように思われる。

3. 実体的権利からの乖離と混迷

最後に、実体的権利保障の意義を確認することができた。

まず、有体物における同意の主体に関する初期の合衆国判例において出てきたのは、「財産権」として保障される内容が、単に所有権にとどまらず、契約に基づく債権債務の効果として発生している占有状態も含まれることが明らかにされた。逆に所有権を有していない者であっても、契約に基づき適法に占有している者であれば、搜索押収について同意を為しうることで、そして所有権者はそのリスクを負担しうることで判例から読み取れた。

他方で、財産権という実体的権利保障の視点から乖離した結果もたらされた、判例の混迷ぶりも確認できた。即ち、同意権者は財産法上の利益ではなく共同使用の事実さえあれば、搜索押収について同意を為しうるという構成に起因する混乱であった。具体的には、同意搜索においてマトロック判決以降の様々な問題の検討から浮かび上がってきた。即ち、複数の者が権利制約を受ける場合においてその中で意思が対立する状況が生じたら、どのように処理すべきなのか、不明確な場面が生じていた。これは、財産権という実体的権利の保障という基礎を喪失すると、どのような利益をどこまで考慮すればよいのかが不明確になってしまう例として考えられる。マトロック判決下で、学説のようにプライバシーの共有や「充分な関係」の存在とそのリスクという視点で説明を与えようとしても、共有者間の顕在的な意思対立が発生した場合の処理が困難になることが示唆されていた。

以上のことから、日本における同意搜索および任意提出を検討するに際しても、以下の諸点を検討する価値があるように思われる。第一に、同意を得るに際しては、その同意の任意性判断にあたり、拒絶する権利や為される処分の内容を一

律に告知する必要があるか否か。合衆国の経験から察するに、告知を為す方が権利保障に資するように見える。第二に、同意を為す権限の存否の判断は、実体的権利、とりわけ財産権の存否を基礎に個別具体的に行うことが有効なのではないか。第三に、搜索押収において考慮されるプライバシーの要保護性は、当該プライバシーが化体している物の性質に依じて異なる基準をたてて判断すべきか、一律に同一の基準をもって判断すべきか。合衆国では、プライバシーを化体している対象が、住居か、会話を問わず、要保護性を他者からのアクセス可能性という物差しのみで判断していたが、日本も同様でよいのか否か。

これらの帰結を導くに際しては、憲法三五条で保障されている権利がどのようなものであり、同意によってどのような利益が放棄されているのか、見極める必要がある。その上で、憲法三五条の利益の保障のために有効な解釈手法をどのように採用すべきか、検討する必要がある。これらを検討するのが、次なる課題である。

- (1) 例えば、最大判昭和三六年六月七日刑集一五卷六号九一五頁、福岡高判平成五年三月八日判タ八三四号二七五頁など。日本の判例は逮捕に伴う無令状搜索押収の時間的限界を緩く理解する傾向にあるため、逮捕直前に為された同意搜索が、後の逮捕により刑法二二〇条の問題に吸収されてしまいがちであるように思われる。例えば、同意搜索により法禁物を発見して現行犯逮捕を為した場合、それは逮捕に伴う無令状搜索の適法性の問題としてとらえられることになる。ここにも、同意搜索の問題が表出しにくい原因があるように思われる。
- (2) 合衆国の刑法の代表的な教科書 WAYNE R. LAFAVE, JEROLD H. ISRAEL AND NANCY J. KING, CRIMINAL PROCEDURE (3rd ed., 2000), at 246 では、一〇頁も「同意搜索」の解説が為されている。
- (3) WAYNE R. LAFAVE, SEARCH AND SEIZURE—A TREATISE ON THE FOURTH AMENDMENT—Vol. 3 (3rd Ed., 1996), at 596-597.
- (4) *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458 (1938).

- (5) *Johnson v. United States*, 333 U.S. 10 (1946).
- (6) *David v. United States*, 328 U.S. 582 (1946).
- (7) See, LaFave, *supra* note (3), at 599.
- (8) *Bumper v. North Carolina*, 391 U.S. 543 (1968). 捜査官が搜索令状を持たないにもかかわらず、搜索令状を有している旨を宣言したところ、被告人の祖母が住居内の搜索に同意し、同住居内の台所で被告人のライフル銃を押収した事案。実質的には祖母の同意を根拠に搜索を為した点につき、有効な同意とは認められない旨を認定し、ライフル銃の証拠能力を否定した。この判例については後述する。

(9) *Bumper*, 391 U.S., at 549 n 14.

(10) *Bumper*, 391 U.S., at 548.

(11) *Schneekloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218 (1973). 事案は次の通り。ヘッドライトとナンバープレートのライトが消えている状態で六名を乗せて走っていた自動車を、捜査官が停止させて運転手の免許証を確認しようとした。運転手Aは無免許であることが明らかになったが、同乗者Bだけは免許を持っていた。同乗者Bは自動車が自分の弟の所有物である旨を述べた。捜査官は自動車内の搜索についてBに同意を求め、逮捕のおそれを何ら感じていなかったBの「愛想の良い」協力を得て車内を搜索したところ、盗品である小切手が発見された。この判決については、東條喜代子「アメリカにおける承諾搜索」産大法学一三巻四号（一九八〇年）九二頁以下に紹介がある。

(12) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

(13) *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971), at 487-490, *Frazier v. Cupp*, 394 U.S. 731 (1969), at 740, *Abel v. United States*, 362 U.S. 217 (1960) を法廷意見は掲げている (*Schneekloth*, 412 U.S., at 245-246)。

(14) *Schneekloth*, 412 U.S., at 277 (J. Marshall dissenting).

(15) *Schneekloth*, 412 U.S., at 285-286.

(16) これに対して、連邦最高裁は、今も告知は不要としている。See, *United States v. Drayton*, 535 U.S. 194 (2002). このドレイトン判決においても、捜査官は、バス乗客に対して持ち物検査を行う際に、協力しない権利や拒絶する権利を告知する必要はないと

合衆国における同意搜索の問題（緑）

判示している。

- (17) Lloyd L. Weinreb, *Generalities of the Fourth Amendment*, 42 U. CH. L. REV. 47 (1974), at 57.
- (18) LaFave, *supra* note (3), at 637.
- (19) LaFave, *id.*, at 603.
- (20) LaFave, *ibid.*, citing Note, 49 NOTRE DAME LAWYER 891, at 902.
- (21) *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964).
- (22) Note, *Standards for Valid Consent to Search*, 52 N. C. L. REV. 644 (1974), at 653-654.
- (23) William J. Stuntz, *Waiving Rights in Criminal Procedure*, 75 VA. L. REV. 761 (1989), at 772.
- (24) *Id.*, at 786-789. See also, Note, *Rethinking Schneckloth v. Bustamonte: Incorporating Obedience Theory into The Supreme Court's Conception of Voluntary Consent*, 1997 U. IL. L. REV. 215 (1997) at 240-251, Comment, *Another Stab at Schneckloth: The Problem of Limited Consent Searches and Plain View Seizures*, 89 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 313 (1998), at 344-346.
- (25) LaFave, *supra* note (3), at 634-713. 任意性テストの分析に当たって、ラフエイヴはこの本では八〇頁もの分析を行い、それでも「不可欠となる要素を特定して、自信を持って言うことは、なかなか困難」と言う。この意味は大きいように思われる。
- (26) Stuntz, *supra* note (23), at 772-773は、非対等な当事者間における「保護的権利保護ルール」では、欺罔に基づかずに権利放棄が得る状況を保障するというのが期待される旨を示唆する。
- (27) Note, *We Can Do This the Easy Way or the Hard Way: The Use of Deceit to Induce Consent Searches*, 100 MICH. L. REV. 868 (2002), at 882. See also, LaFave, *supra* note (3), at 710.
- (28) *On Lee v. United States*, 343 U.S. 747 (1952). もともと、このオン・リー判決が出された当時は、修正四条の保障する利益が財産権を中心に考えられていた可能性もある。そのため、欺罔によるにせよ同意に基づいて立ち入るのみで、他の財産権的制約が存在しない場合は「不法行為 trespass」を構成しないという考え方が根底にあった可能性もある（実際、本件は会話の盗聴が修正四条違反であるかが争われた事案であった）。
- (29) *Hoffa v. United States*, 385 U.S. 293 (1966). 独禁法違反で告発されていた被告人Xが陪審員を買収している、という疑いから、

連邦政府が情報員としてAをXの宿泊先ホテルに送った。AはXと自らの間の会話を録音し、これを証拠の一つとして陪審員買収の被疑事実でXが起訴された事案。

(30) *Hoffa*, 385 U.S., at 302.

(31) *ibid.*

(32) *Hoffa*, 385 U.S., at 303.

(33) *Lewis v. United States*, 385 U.S. 206 (1966). 連邦政府職員が被告人に接触し、薬物購入を希望した。その後、職員が被告人宅に行き、今後の取引について相談した後、職員がマリファナを購入した。二度目の訪問で、更にマリファナを追加購入し、これら取引について麻薬売買の罪により被告人が起訴された事案。

(34) *See, LaFAVE et al, supra note (1), at 251.*

(35) *See, Note, supra note (27), at 882-885.* 下級審の判断の混乱を指摘する。

(36) *Alexander v. United States*, 390 F.2d 101 (5th Cir. 1968).

(37) *LaFAVE et al, supra note (1), at 251.*

(38) *People v. Jefferson*, 43 A.D.2d 112 (N.Y. 1973).

(39) *Note, supra note (27), at 884.*

(40) *See generally, Comment, supra note (24).*

(41) なお「誰が『同意』できるのか」という問題は、子どもの同意主体性についても問題になりうる。*See, Note, And a Child Shall*

Lead Them: The Validity of Children's Consent to Warrantless Searches of the Family Home, 34 U. OF LOUISVILLE J. OF FAM. L. 747 (1995).

(42) 牧田有信「第三者の同意による捜索—アメリカ合衆国での展開を中心に—」*亜細亜法学*二六巻一号（一九九一年）一七五頁以下でも連邦最高裁の判決を中心に紹介が為されている。

(43) *Amos v. United States*, 255 U.S. 313 (1921). 被疑者（被告人）たる男性の留守中に、その妻が住居への捜査官の無令状での立ち入りを同意したことにつき、妻の同意の有効性を争った事案。住居内で証拠が発見されたのでその証拠能力が争点となった。なお被疑事実や具体的な証拠物については、最高裁判決文中では不明である。

合衆国における同意捜索の問題（緑）

- (44) *Amos*, 255 U.S., at 317.
- (45) *LaFare*, *supra* note (3), at 714.
- (46) *Chapman v. United States*, 365 U.S. 610 (1961). 被告人宅の家主が酒 *hash* の匂いを感じ、警察に通報した。その後、警察二名に被告人宅への立ち入りの許可を家主が与え、警官は家主ともども窓から室内に入った。そこで蒸留装置及び酒を発見した事案。家主の同意権限の存否が争われた。
- (47) Comment, *Third-Party Consent under the United States and Utah Constitutions: Should Utah Adopt the Federal Standard?*, 1999 B. Y. U. L. Rev. 381 (1999), at 389.
- (48) *Chapman*, 365 U.S., at 616-617.
- (49) *LaFare*, *supra* note (3), at 715.
- (50) Comment, *supra* note (47), at 390.
- (51) *Stoner v. California*, 376 U.S. 483 (1964). 二人組の強盗が発生し、捜査官は犯人目撃情報から、被疑者がホテルに滞在していることを把握した。そこで、ホテルの従業員の同意を得て被疑者が不在である時に、被疑者が宿泊している部屋を搜索した。その部屋から目撃情報にあった武器・服装その他を差し押さえた。本件ではホテル従業員の同意に基づいて差し押さえられた証拠の証拠能力が争われた。
- (52) 後の判決は、この判決を「財産法上の利益」によって同意権限を認めた判例として掲げている。See *infra*, note (58).
- (53) *Bumper v. North Carolina*, 391 U.S. 543 (1968). 強姦罪の被疑事実がある被疑者の祖母が、「搜索令状を持参している」と称する捜査官に応じて（令状の呈示なし）、捜査官の住居への立入りに同意し、住居内で被疑者のライフルが証拠物として押収された事案。ライフルの証拠能力をめぐって、祖母の同意の有効性が争われた。
- (54) *LaFare et al*, *supra* note (1), at 252. 牧田・前掲注(42) 一八一頁。
- (55) *Frazier v. Cupp*, 394 U.S. 731 (1969).
- (56) 牧田・前掲注(42) 一八三頁。
- (57) See, *LaFare et al*, *supra* note (1), at 252.

(58) *United States v. Matlock*, 415 U.S. 164 (1974). 強盗罪の被疑事実があった被疑者が賃借りしている自宅前の庭で捜査官に逮捕された。その後、捜査官は戸口に向かい、被疑者の妻の同意を得て、住居内で彼らが賃借りしている部分(住居建物の東部分)の捜索を行ない、強盗で奪われた金銭を発見した事案。妻の同意の有効性が争われた。

(59) *Matlock*, 415 U.S., at 171.

(60) Comment, *Third-Party Consent Searches, the Supreme Court, and the Fourth Amendment*, 75 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 963 (1984), at 993.

(61) *Matlock*, 415 U.S., at 171 (J. Brennan, with whom J. Marshall joins, dissenting).

(62) *Matlock*, 415 U.S., at 178 (J. Douglas, dissenting).

(63) *United States v. McAlpine*, 919 F.2d 1461 (10th Cir. 1990).

(64) *United States v. Lawless*, 465 F.2d 422 (4th Cir. 1972).

(65) Weinreb, *supra* note (17), at 62.

(66) LaFAVE, *supra* note (3), at 724.

(67) James B. White, *The Fourth Amendment as A Way of Talking about People: A Study of Robinson and Matlock*, 1974 S. CT. REV. 165 (1974), at 223-224. See also, LaFAVE, *id.*, at 726.

(68) *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

(69) *People v. Mortimer*, 46 A.D.2d 275 (N.Y. 1974).

(70) *United States v. Baldwin*, 644 F.2d 381 (5th Cir. 1981).

(71) LaFAVE, *supra* note (3), at 727-728. See also, Weinreb, *supra* note (17), at 62.

(72) *Tompkins v. Superior Court*, 378 P.2d 113 (Cal. 1963).

(73) *Tompkins*, 378 P.2d, at 116.

(74) LaFAVE, *supra* note (3), at 729.

(75) *Id.*, at 729-730.

- (76) *ibid.*
- (77) *Matlock*, 415 U.S., at 170.
- (78) *White*, *supra* note (67), at 222.
- (79) *Weinreb*, *supra* note (17), at 63.
- (80) *LaFare*, *supra* note (3), at 729-732. 現場にいた男女が、搜索について賛成、反対が分かれた場合の同意の有効性を認めた裁判例として、*Silva v. State*, 344 So. 2d 559 (Fla. 1977).
- (81) もともと、共同使用者の一方が他方に対して現に侵害行為を為しているなど、緊急事態が存在する場合は、被侵害者の同意により住居に立ち入ることは可能だろう。もともこの場合は、緊急事態例外の一類型として正当化されることになるだろう。
See, *LaFare*, *supra* note (3), at 732-733.
- (82) *Weinreb*, *supra* note (17), at 60-62.
- (83) *State v. Evans*, 372 P. 2d 365 (1962). 妻が夫の衣装棚中にあつたカフスケースの中身を確認することに同意したことについて、当該同意の有効性を否定した。
- (84) See, *LaFare*, *supra* note (3), at 739-740. 容易に立ち入れるとすれば、住居内における「プライバシーの合理的期待」がそもそも低いものと看做される可能性もある。
- (85) See, e.g. *In Re Scott K.*, 595 P. 2d 105 (Cal. 1979). 父親であっても、息子の施錠している箱を捜査官が開くことを同意したことは無効である旨を判示した。
- (86) Comment, *supra* note (60), at 993.
- (87) *Illinois v. Rodriguez*, 497 U.S. 177 (1990). 被告人Xのところに時々訪れる関係 *infrequent visitor* にあつたAが、捜査官に対してXの住居内の搜索及び押収に同意を与えた。捜査官側は、Aが度々Xの住居のことを「わたしたちの *out* アパート」と以前に言っていたことから、「共同の権限」がAにもあると信じて、Aの同意に基づき無令状で搜索押収行為を行った。これを受けて被告人Xは、Aが「共同の権限」を実際には有していない以上、Aの同意は無効だった旨を主張し、証拠排除を求めた事実。ス

カリア判事法廷意見は、誤認逮捕に基づく無令状搜索押収が無効とされないのと同じように、捜査官が同意をした者に対して「合理的な信頼 reasonable belief」を主観的に抱く場合は、当該同意は有効となる旨を判示した。これに対して、マッシュナル判事反対意見は、修正四条の無令状搜索押収は原則として緊急事態が存在する場合に認めてきたとし、逮捕に伴う場合も緊急事態ゆえに認められると説明する。他方で同意搜索は緊急事態ではない以上、誤った信頼は無令状搜索押収を適法なものにするわけではないと解すべき、と主張している。なお、本判決の紹介として、東條喜代子「第三者の表見承諾による承諾搜索の適法性について」産大法學二八巻三二四号（一九九五年）三七〇頁以下がある。

- (88) *United States v. Strickland*, 902 F.2d 937 (11th Cir. 1990), at 941. 本判決では、自動車の搜索の同意を得た捜査官が、コンパートメントだけでなくスペアタイヤの中を搜索したところ、銃器や薬物を発見した事案であり、スペアタイヤを搜索したことが、同意の範囲を超えているという被告人の主張が為された。しかし「合理的な範囲」の中にスペアタイヤも含まれると判示され、被告人の証拠排除申立は棄却された。

- (89) *People v. Schnoll*, 48 N.E.2d 933 (Ill. 1943), at 934. 外科医が中絶手術をしたことにより逮捕された。逮捕後、外科医は自らの事務所の搜索押収に同意し、外科医の兄弟が警察の搜索押収に立ち会った。その際、兄弟が被疑事実に関する書類のみを取り出して警察に渡したにもかかわらず、警察側は事務所の書類すべてを押収した事案。裁判所は警察の搜索押収を違法と認定し、証拠を排除した（有罪判決も破棄された）。

- (90) *LaFave, supra* note (3), at 623.

- (91) *United States v. Dichiarante*, 445 F.2d 126 (7th Cir. 1971). 薬物売買の罪で逮捕された被疑者から、他に薬物が自宅にないか搜索する点について同意を得て、捜査官が被疑者の自宅を搜索したところ、脱税に関わる証拠を発見した。そこで脱税の罪について起訴された事案。裁判所は、被疑者から得た同意によって許されるのは、薬物についての搜索押収のみであると判示し、脱税の罪に関する証拠を排除した。なお、本件では脱税の証拠は、引き出し中にあったため、プレインビュー法理の適用は認められなかった（at 130）。

- (92) *LaFave, supra* note (3), at 623.

- (93) 本稿では、特に連邦最高裁の解釈手法の特徴が顕著に現れる「会話」の同意盗聴について紹介・検討する。ペンレジスターも合衆国における同意搜索の問題（緑）

含めて、より網羅的に合衆国の判例を紹介しているものとして、井上正仁「電話逆探知の適法性」松尾浩也ほか編『内藤謙先生古稀祝賀・刑事法学の現代的状況』（有斐閣、一九九四年）四八三頁以下。

(94) *Hoffa*, 385 U.S. 293 (1966). See, *supra* note (29).

(95) *Hoffa*, 385 U.S., at 302.

(96) *Hoffa*, 385 U.S., at 303.

(97) *United States v. White*, 401 U.S. 745 (1971). 被告人の麻薬取引行為に関する証拠収集のため、連邦政府が情報員Aに小型の音声送信機を身に付けさせた。その上で、被告人宅及びA宅での被告人とAの間の会話を、Aが送信した。この会話中、被疑事実関連部分が捜査官からの証言として証拠とされたため、証拠排除と下級審での有罪判決破棄を求めた事案。この判決を紹介する論稿として、渥美東洋『捜査の原理』（有斐閣、一九七九年）一〇五頁以下。

(98) *White*, 401 U.S., at 749.

(99) *White*, 401 U.S., at 751.

(100) もともと、この論理構成では、公権力は一方当事者の同意による会話であれば、ことごとく盗聴可能となってしまう。そのため、州によっては立法によって同意盗聴について規制が加えられている。例えば、一九八八年に設けられた Cal. Pen. Code Ann. § 631は、(a)項において、何人も同意盗聴を通話者全員 *all parties* の同意なく行えば罰せられるとし、(c)項はこの条項に反して得られた証拠を訴追に用いても証拠能力が認められない旨を定める。

(101) See, *White*, 401 U.S., at 785 (J. Harlan, dissenting). また、井上・前掲注(93) 五一〇頁参照。

(102) *Lewis*, 385 U.S. 206.

(103) 合衆国でも、住居と商業用地では、その保護が異なるものとして扱っている、という批判があるかもしれない。しかし、本稿ではそのような違いを否定して、プライバシーの意味が「単層性」と述べているわけではない。本稿が「単層性」という言葉を用いているのは、「他人が自己の情報を知りうるか」「他者が自分の情報にアクセスできるか」という基準のみでプライバシーの要保護性を判断している点を「単層性」という言葉で表している。換言すれば、「会話は住居などの空間と異なり、特に保護に値する」として、他人からのアクセス可能性とは別の物差しに基づく判断を、「プライバシー」の要保護性判断において採用していない点を「単層性」と述べている。