

無令状搜索押収と適法性判断 (1)

——憲法35条による権利保障——

緑 大 輔

- I 問題の所在
- II わが国の問題状況の概観
- III 合衆国憲法修正4条における保障利益と解釈準則
 - 1. 合衆国憲法修正4条の保障利益
 - (1) 前史：修正4条の保障する実体的価値
 - (2) カッツ判決以前～財産権論
 - (3) カッツ判決～プライバシー論？
 - (4) 「プライバシー」と「財産」
 - (5) 小括（以上、本号）
 - 2. 修正4条の解釈準則
 - 3. 実体的権利と適法性判断基準
- IV 憲法35条の保障利益と解釈準則
- V 結 び

I 問題の所在

問題意識 本稿は、刑事訴訟法における無令状搜索押収の解釈問題を、アメリカ合衆国の修正4条の議論を参照しつつ、憲法35条との関係で解決することを目的とする。憲法35条の文言に基づき、通常、搜索押収を行うにあたっては、「司法官憲」即ち裁判官の発付する令状が必要とされる。この令状主義を採用したことについての一般的な説明として、現行刑訴法は令状の発付権限を裁判官に委ねることによって、司法によるコントロール（司法的抑制）を捜査官に及ぼし、捜査の適正性を担保しようとするものとされる¹⁾。しかし、現行法の搜索押収の中には、令状主義による司法的

1) 代表的な教科書での説明として、田宮裕『刑事訴訟法』（新版、有斐閣、1996年）44頁、松尾浩也『刑事訴訟法・上』（新版、弘文堂、1999年）36頁など。また ↗

抑制に服していない領域—無令状搜索押収—も同時に存在する。

憲法35条は「第三十三条の場合」として逮捕の場合を令状主義の例外として規定し、それを受けて刑法も220条で逮捕に伴う無令状搜索押収を規定している。また、刑法221条では「領置」について定め、被処分者の同意が存在する場合には、当該物を押収することを認めている。このように現行法自体、一定の範囲で「無令状搜索押収」の領域を設定している。また、近時では合衆国の判例に倣って、無令状搜索押収として、いわゆるブレイン・ビュー法理や自動車例外についても、解釈論ないし立法論として採用することを主張する論者も見られる²⁾。これら処分に通底する特徴は、令状という司法的抑制が欠如しているという点である。

かつて、鴨良弼は、刑事手続上、「裁量権」とりわけ「警察裁量」が「問題となる余地の残されている手続領域」であると³⁾、その例として逮捕に伴う無令状搜索押収を挙げて「注意すべき危険な領域」と評した⁴⁾。この指摘は、事前の司法的抑制の作用しない場面においては、捜査機関の現場裁量が大きくなりうる点で、正鵠を射たものであろう⁵⁾。この鴨の問題意

- ↘ 令状主義を扱った比較的最近の論稿での説明として、後藤昭「強制処分法定主義と令状主義」法学教室245号（2001年）10頁、堀江慎司「令状主義」法学教室268号（2003年）14頁以下、15頁など。
- 2) プレイン・ビュー法理とは、適法な搜索に着手している場合、その際に発見された他罪の証拠物については無令状で押収することが許されるとの理論。例えば、酒巻匡「いわゆる「緊急差押」について—「プレイン・ビュー (plain view)」法理の検討」松尾浩也ほか『内藤謙先生古稀祝賀・刑事法学の現代的状況』（有斐閣、1994年）431頁以下参照。導入を主張する論者として、渥美東洋『刑事訴訟法』（新版補訂、有斐閣、2001年）96頁以下など。また、自動車例外とは、被疑事実に関する証拠物が自動車内にあると考える相当な理由が存在する場合、無令状で自動車内を搜索することができるとの法理。立法論として主張する論者として、洲見光男「自動車に対する無令状搜索・差押の適法性」判タ802号（1993年）51頁以下など。
 - 3) 鴨良弼『刑事訴訟法の基本理念』（九州大学出版会、1985年）31頁以下、37頁。
 - 4) 同前42頁。
 - 5) ここでいう「裁量」とは、搜索押収について適用すべき規準が、令状の欠如により機械的には適用され得ず、捜査官の判断の行使が必要とされる状態を指す。ロナルド・ドゥオーキン著・木下毅ほか訳『権利論』（木鐸社、1986年）27頁。

識は、現在においてもなお重視されるべきだと思われる。

無令状搜索押収の場面においては、通常保護されている利益が、事前の司法審査を欠く状態で、つまり第三者による審査を経ることなく、制約や侵害にさらされることになる。そこでは、通常搜索押収の場面以上に先鋭的に、その利益の特質が現れてくるのではないか。つまり、無令状搜索押収の場面では、実体的な利益が、事前司法審査による捜査機関への授權を前提とせずに、捜査権限を行使する利益と衡量されることになる。そのため、通常搜索押収の場合よりも、本来搜索押収を受けない自由として保障されている実体的な利益の内容が明らかになるのではないか。本稿が「無令状」搜索押収を取り上げる所以はここにある。

しかも、このように、無令状搜索押収は「注意すべき危険な領域」の問題であるにも関わらず、従来の学説は、同意搜索・領置、逮捕に伴う無令状搜索押収、自動車例外、プレインヴュー法理といった無令状搜索押収の各場面において、別個ばらばらに規範を立てて対処する傾向があったように思われる。従来の学説は、憲法35条が実体的権利として保障する利益の内容と、刑訴法の無令状搜索押収関連規定の解釈準則との関係を、十分に結合して検討してこなかった。この検討を欠いていたために、無令状搜索押収を一貫した問題として検討してこなかったのではないか⁶⁾。「憲法上保障される利益」と「無令状搜索押収の適法性を判断するための基準」という両者を結合させた場合、いかなる解釈準則が憲法35条の下で採用されるのか、それを明らかにすることが目的となる⁷⁾。

従って、本稿では憲法35条の保障する利益を分析した後、その利益の保

6) このような視点を持っていたかも知れない研究として、渡辺修「修正4条とプロパティー概念、プライバシー概念」神戸学院法学14巻2号（1983年）207頁以下における紹介がある。しかし、「法形式主義」と「法現実主義」という観念的な対立軸を示すにとどまり、実際に搜索押収に適用しうる具体的な解釈基準の提示には至っていない。

7) 三井誠「人身の自由と刑事手続」ジュリスト1192号（2001年）132頁以下、135頁は、「憲法三一条以下の刑事人権規定の構造的・分析的検討」が望まれるとする。

障のためには、どのような解釈基準を刑法において採用すべきなのか、憲法35条から演繹的に導くことになる。結論の一部を先取りすることになるが、本稿は、憲法35条の搜索押収についても、従来憲法学で用いられてきた「合憲性判定基準」を用いる必要があると考えている。従って、刑法解釈のための準則は、本稿においては「合憲性判定基準」、憲法に反しないための解釈準則という形で導かれることになる（この考え方については後で検討する）。

なお、同意搜索・領置を取り上げるとすれば、我が国で任意処分と強制処分の区別の問題として議論される職務質問に伴う所持品検査も問題となりうる。実際、合衆国では修正4条の射程内の問題として議論されている。しかしながら、職務質問に伴う所持品検査は、その行為の性質として、行政作用であるのか司法作用であるのかが明確ではない。合衆国では行政作用であるか司法作用であるかを問わず、修正4条の問題として扱われているが、そのような扱いが可能である一因として、修正4条が第一文で「不合理な搜索・押収」を禁じるという規定形式を採用しており、令状主義の採用の宣言に加えて、令状を通常用いない行政作用としての搜索・押収行為にも規制を及ぼしやすい文言であることが考えられる。しかしながら、合衆国の修正4条よりも明確に令状主義を宣言し、「不合理な搜索・押収」を一般的に禁止する規定形式を採用していない日本でも、合衆国と同じように憲法35条の解釈論として行政作用に関わりうる行為を扱うことが適切か否かは、別途検討する必要がある。すなわち、職務質問やそれに伴う所持品検査について、憲法35条も問題として扱うべきか否かについては、行政調査と憲法35条の関係なども本来は検討する必要があるように思われる（行政作用の側面については、行政法学で培われてきた法原則との関係も考慮する必要がある）。本稿では、問題の所在を明確にするために、司法作用と行政作用の関係については扱わず、司法作用であることが明確である無令状搜索押収の問題にしぼって検討することにした。そのため、職務質問に伴う所持品検査については、ここでは扱わない。司法作用と行政

作用を踏まえた体系化は、別の機会に行うこととしたい⁸⁾。

なぜ「アメリカ合衆国」なのか？ さて、本稿では無令状搜索押収に関わる合衆国の判例及び学説を素材に検討する。その理由は二点ある。第一に、合衆国憲法の修正4条は、我が国で令状主義について定める憲法35条の制定の際に参考にされた条文であり、いわば母法といえる⁹⁾。修正4条をめぐる議論は、憲法35条及びその下位法としての刑訴法の解釈に有益な示唆を与えてくれるはずである。第二に、無令状搜索押収をめぐる日本の学説は、これまで合衆国の議論の影響を強く受けてきた。例えば、逮捕に伴う無令状搜索押収をめぐる学説は、管見の限りでは平野龍一が合衆国判例を援用してきたことに端を発する。また同様に、プレイン・ビュー法理、自動車例外も、合衆国判例の影響を強く受けて展開されている議論である。これらの議論を憲法35条で保障しようとする利益を基に結合し、再定位するためには、合衆国の判例・学説の理解を深めるところから議論をしていく必要があるだろう。

次に、合衆国判例を素材として、何を明らかにすることにより、解釈基準を導こうとするかが問題となる。

この点について、本稿では、①まず合衆国憲法修正4条がどのような利益を保護しようとしているのかを明らかにすることから議論を出発したい。修正4条が保護しているのは、令状審査による手続の適正性担保という、いわば手続的権利のみを保障するための条項であるのか、それともプライ

8) 権限行使の現場裁量の大きさという点では、行政調査も間接強制を通じて無令状で行われるため、同じく問題になりうる。行政調査については以下の論稿が合衆国判例を紹介している。高井裕行「非刑事手続における修正四条の射程と適用—合衆国最高裁アクトン判決を素材として」榎原猛ほか編『国法学の諸問題・宮田豊先生古稀祝賀』(嵯峨野書院, 1996年) 349頁以下、洲見光男「行政搜索と修正四条—事業所への立入り検査を中心として」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第四巻』(成分堂, 1998年) 75頁以下、曾和俊文「行政調査とプライバシー保護」現代刑事法5巻5号(2003年) 57頁以下。

9) 高柳賢三ほか編著『日本国憲法の制定過程—連合国司令部側の記録による—I 原文と翻訳』(有斐閣, 1972年) ほか。

プライバシーなどの実体的な権利も同時に保障するための条項なのか（前者の場合は、プライバシー権等の実体的権利は修正14条などの別条項で保障されると理解することになるだろう）。実体的権利も保障しているとすれば、その内容はどのような権利保障なのか。②そして、この理解の分岐が、無令状搜索押収の場面でどのような帰結を解釈上もたらすことになるのか。後述するが、近時の合衆国連邦最高裁の判例の傾向は、捜査官にとってわかりやすい規範の明示を志向する、いわゆる「明白なルール Bright Line Rule」を採用しているとされる。このようなルール明示重視の志向は、修正4条の保障利益への理解とどのように関わるのか（整合的なのか）。またこのルール明示重視の志向には問題がないのか。あるとすれば、どのような問題なのか。

これらについて合衆国の判例・学説を素材に検討する。その上で、合衆国の議論から得られた知見を比較参照しつつ、日本国憲法35条の保障する利益と、解釈準則との関係について検討したい¹⁰⁾。そして、この検討の中から、日米における裁判所の役割への期待の相違も見えてくるであろう。

「差し当たり」の定義 さて、本論に入る前に、議論を円滑に進めるために、多義的な用語の意味について「差し当たり」の定義を与えておきたいと思う。

「財産権」「プライバシー権」 上記の文章中、既に何回か、「財産権」「プライバシー権」という用語が登場した。この二つの用語は、講学上多義的な意味を付与されているが、本稿では差し当たり、以下のような意味を与えておきたい。

「財産権」とは、所有権のみを差す狭い意味ではなく、民法でいうところの財産法上の利益一般を指すものとして用いる。英米法で言うなら、当該利益侵害が民事不法行為 trespass として構成しうるような内容を指す。

そして、「プライバシー権」とは、合衆国では自己決定権も含むものとし

10) 渥美・前掲注(2)59頁は、搜索押収に通底する解釈基準を求める点で、本稿と問題意識を同じくする面もある。渥美説への評価については後述する。

てしばしば理解されるが、本稿では搜索押収を対象としたものである以上、そのようには理解しない。「被処分者が情報コントロールを行う権利」として用いる。なお、学説上は「一人で放っておいてもらう let me alone 権利」という定義も存在するが、少なくとも本稿においては「被処分者が情報コントロールを行う権利」という意味で読み進めて問題は生じない。

もっとも、無令状搜索押収について各論的な分析を行う中で、これら定義は修正を迫られていくはずである。より詳密にその権利の内容は説明され、また合衆国と日本の間でも権利の内容に相違が見られることになるだろう。この点については、稿を改めて検討したい。従って、上記の定義はあくまで「暫定的」なものであることを、確認しておきたい。

「実体的権利」「手続的権利」また、本稿ではしばしば「実体的権利」、「手続的権利」という言葉が登場する。「手続的権利」とは、憲法35条や修正4条によって規定されている、裁判所による司法審査を経て、搜索押収対象が特定されている令状による搜索押収を求める権利を指す。これに対して、「実体的権利」とは、令状手続のような手続過程そのものの保護ではなく、財産権、プライバシー権といった実体的な利益を指す。

II わが国の問題状況の概観

日本国憲法35条では、どのような利益が、考慮する対象となっているのであろうか。この点について検討し、そこから無令状搜索押収の解釈準則を導き出すことが、本稿の目標である。我が国の学説については本稿の後半で詳しく分析するが、我が国の議論の大枠を先に理解しておくことは、合衆国の議論を見ていく上でも理解に資すると思われる。本論に入る前に、まずは憲法35条がどのような利益を保障していると認識されているのか、主要な憲法学説を確認する。

日本の代表的な憲法の教科書は、35条について「通信の秘密と並んで私生活の自由ないし広義のプライバシーの権利の一つを構成するものと解す

ることもできる」と述べ¹¹⁾、あるいは「35条の主要な目的はプライバシーの保護にある」と述べるように¹²⁾、憲法35条は実体的なプライバシー権の保護にあるという理解を示す（以下、実体的権利保障説と呼ぶ）¹³⁾。

他方で、憲法35条はプライバシー権のような実体的権利の保障を主要な目的としているのではなく、むしろ令状審査を請求する権利というべき手続的権利のみを保障しているものと主張する見解が存在する¹⁴⁾。それは、憲法33条及び憲法35条が、自由を剥奪する手続として令状主義という「制度の確立」を主要な目的としており、市民の自由の「剥奪」が正当化されるための手続的要件を定めているものだという。そのため、憲法33条、35条の手続的要件を国家は満たさなければ、市民の自由を制約することができず、また市民の側は33条35条の手続的要件を欠いた権利侵害に対しては排除を請求できる、という。このように憲法35条を「手続法的な請求権」と見ることで、「自由のありように考察の重点を置くのではなく」、手続制度の在り方に考察を集中すべきであるという。

この見解には、手続条項たる35条で、実体的な自由を保障対象として理解すると、「公共の福祉」によって自由を制約することを認めることにつながり、手続の例外を幅広く認める素地をつくってしまう、という問題意識がある（以下、手続的権利保障説と呼ぶ）。

また、通説がプライバシー権のみに関心を向けている点を問題視し、実体的権利のみならず令状審査という手続的な権利も同時に35条が保障していると説明する見解も存在する。すなわち、住居の自由という実体的権利自体がまず憲法35条で保障されているとした上で、同実体的権利の保障を解除する刑事手続について、令状主義を定めることで手続的保障を明示し

11) 芦部信喜著、高橋和之補訂『憲法』（第三版、岩波書店、2002年）227頁。

12) 長谷部恭男『憲法』（第三版、新世社、2004年）264頁。

13) 他に同様の理解を示すものとして、辻村みよ子『憲法』（日本評論社、2000年）297頁など。

14) 奥平康弘『憲法Ⅲ』（有斐閣、1993年）298-300頁。

ていると主張する¹⁵⁾。もっともこの論者は、憲法35条の制定経緯を分析する中で、「実体的権利」とは、「住居の不可侵」の権利であるとしているが、その内容は必ずしも明確ではなく、またプライバシー権と同権利の関係も明らかではない。

いずれにせよ、このように憲法35条を実体的権利及び手続的権利の双方を保障したもものとして説明する見解も主張されている¹⁶⁾。

これら諸見解についての評価は後に行うことにするとして、ここで確認しておきたいことは、上記諸見解は、従来、必ずしも十分に無令状搜索押収の問題と結びつけて主張されてこなかった点にある。しかし、本稿では以下、憲法35条の保障する利益をどのように理解するかが、無令状搜索押収の刑訴法解釈などにも大きく影響するのではないか、という問題意識で分析することを試みたい。35条が手続的権利保障のみを念頭に置いているのか、それとも実体的権利の在り方も念頭に置いているのか。実体的権利を念頭に置くとすれば、その権利の内容はどのようなものなのか。そしてこれらの理解は、どのような解釈準則を導くのか。本稿の目標は、これらの問題の解決を目指すという点にある。

以下では、上述のような日本の学説状況を踏まえて、憲法35条の保障利益をどのように理解すべきなのか、それが無令状搜索押収の解釈準則にどのように関係するのか、を検討する。そのために、まずは合衆国憲法の修正4条の保障する利益、そしてその解釈準則についての議論を検討する。その上で、上述した日本国憲法35条の保障する利益について、より詳細に分析検討し、上記で紹介した各学説の評価についても触れる。最後に、保障利益の内容を踏まえて憲法35条から無令状搜索押収に関する刑訴法上の適法性を判断するための解釈基準を導きたい。

15) 大石眞「憲法35条解釈の再構成」法学論叢136巻4 = 5 = 6号 (1995年) 165頁以下、189頁。

16) 教科書で主張しているものとしては、松井茂記『日本国憲法』(第二版、有斐閣、2002年) 508頁以下。

Ⅲ 合衆国憲法修正4条における保障利益と解釈準則

以下では合衆国の保障利益をめぐる判例・学説の展開を追うとともに、修正4条下の搜索押収の適法性（合憲性）判断基準との関係について検討する。

まず、合衆国修正4条の保障する利益の実体についての議論を追う。その上で、修正4条の下で無令状搜索押収の適法性（合憲性）を判断するための解釈準則（合憲性判定基準）についての議論を追い、修正4条の保障する利益との関係ではどのような解釈が適合的と考えられているのか、確認したい。ここで注意すべきは、合衆国判例では、無令状搜索押収は端的に「修正4条違反か否か、合憲か否か」という問題意識で議論されている。従って、ここでの議論は自ずから、当該無令状搜索押収の合憲性を問うことになる。

1. 合衆国憲法修正4条の保障利益

(1) 前史：修正4条の保障する実体的価値

合衆国憲法の修正条項は1791年に成立した。その時から現在まで、修正4条は改正されることなく維持されてきている。修正4条の条文は、以下の通りである。

Amendment IV

The right of the people to be secured in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrant shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

不合理な搜索及び逮捕・押収に対してその身体、住居、書類及び所持品

が保障されるという人民の権利は侵されてはならない。また令状は、宣誓または確約によって裏付けられた、相当な理由に基づいて、かつ、搜索される場所及び押収される人又は物を特定の記述していない限り、発せられてはならない（松井茂記訳¹⁷⁾。

合衆国の修正4条は、第一文で「不合理な搜索押収」を禁じ、第二文では特定性のある令状が発付されなければならない旨を規定する。この条文は、どのような利益を保護するために、設けられたのであろうか。まずはこの修正4条の制定の背景を確認することで、修正4条が保護しようとしていた価値・利益を明らかにしたい（もっとも、本稿は歴史の分析を主たる関心事としているわけではないため、必要最小限の記述に限る）。

(a) イングランドにおける令状

令状という形式による搜索押収行為自体は、周知のように合衆国建国以前のイングランドにおいて既に採用されていた。1604年のセマイン判決では有名な法諺である「Every man's house is his castle」が確認されていたものの¹⁸⁾、国王の令状を執行する場合や、逮捕する場合（この場合は無令状）には¹⁹⁾、官吏は市民の住居に立ち入ることができた²⁰⁾。また、司法機関による要件審査を欠いた令状がしばしば用いられた。この令状は、搜索場所等の特定を欠いたものであり、「一般令状 general warrant」と呼ばれる。この一般令状は、とりわけ15世紀から17世紀の絶対王政期には、言論を封殺するべく、宗教的・政治的反対者を摘発するために用い

17) 松井茂記『アメリカ憲法入門』（第五版、有斐閣、2004年）337頁。

18) *Semayne's Case*, 5 Coke's Rep. 91a, 77 Eng. Rep. 194 (K.B. 1604).

19) 重罪事件の逮捕の場合には、追呼 *hue and cry* と呼ばれる無令状搜索が為された。被疑者の身体確保、逮捕執行者の身体・安全確保、被疑者による証拠破壊の防止などが目的だったようである。See, *United States v. Rabinowitz*, 339 U.S. 56 (1950), at 72 (Frankfurter J., dissenting)

20) JOHNNY H. KILLIAN AND GEORGE A. COSTELLO ED., *THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES OF AMERICA* (1996), at 1199.

られたという²¹⁾。清教徒革命以後も、反政府活動の取締りや徴税のために一般令状が用いられ、批判が高まった²²⁾。この批判を受けて、裁判所は、市民による官吏への賠償請求事件である1763年のウィルクス判決²³⁾及び1765年のエンティック判決²⁴⁾において、一般令状を市民の自由を破壊するものとし、当該搜索差押えを違法と判示した。この中で、ウィルクス判決は、搜索押収への規制が他の自由権保障のための前提となることを如実に示す。

ウィルクス事件は、政府の物品税課税に反対した庶民院議員ウィルクスに対して、国務大臣が扇動的文書罪を根拠に一般令状を発付し、執行官が同令状に基づいてウィルクス他48名を逮捕するとともに、多数の書籍及び文書を押収した事件である。これに対するウィルクスらの損害賠償請求の訴えに対して出された判決の中で、一般令状の執行が「王国内のあらゆる人民の身体及び財産に対する侵害を生じうるものであり、被処分者の自由を完全に **totally** 破壊してしまう」と判示している²⁵⁾。

ここで注目すべきは、一般令状が言論の封殺、宗教的政治的反対者の摘発、徴税という政府の権力行使と密接に関わる形で用いられている点である。即ち、言論の自由、表現の自由、信教の自由、財産権など諸々の価値を制約するために濫用され、批判を浴びたという経緯は、充分に留意しておく必要がある。そして、ウィルクス判決が、一般令状による

21) William John Cuddihy, *The Fourth Amendment: Origins And Original Meaning, 602-1791* (Search And Seizure) (1990 Ph.D. dissertation, Claremont Graduate School), at 50-. See also, N. LASSON, THE HISTORY AND DEVELOPMENT OF THE FOURTH AMENDMENT TO THE UNITED STATES CONSTITUTION (1937), at 38-39 cited by WAYNE R. LAFAYE, SEARCH AND SEIZURE—A TREATISE ON THE FOURTH AMENDMENT—VOL. 1 (3rd Ed., 1996) at 3-4. 井上正仁「令状主義の形成過程」司法研修所論集1997年Ⅲ号200頁以下, 203-208頁参照。

22) Cuddihy, *supra* note (21), at 291-307. 井上・同前208頁。

23) *Wilkes v. Wood*, 98 E.R. 489 (C.P. 1763).

24) *Entick v. Carrington*, 19 HOWELL'S STATE TRIALS 1029, 95 ENG. 807 (C.P. 1765).

25) *Wilkes*, 98 E.R., at 498.

搜索押収が人身・財産などの自由権を「完全に破壊」してしまうという認識を示している点は、注意すべきである。

(b) 植民地における令状と各州／邦の権利章典

イングランドでこのように一般令状への風当たりが強まる中、アメリカ大陸各植民地は本国の法制に従い、当局は「援助令状 writ of assistance」を用いて搜索を行っていた。この援助令状は、清教徒革命後から用いられたものであり、法禁物や密輸品に対する搜索差押えを行う手段として、あらゆる住居への立入りを認め、また被処分者に対して令状執行者への協力を義務付ける内容を有していた。しかも、令状発付の根拠となる嫌疑の存在について審査されていなかった。

しかしながら、ウィルクス判決、エンティック判決が出された時期は、アメリカ大陸各植民地が自治権の獲得のために動いていた時期でもあった。そのため、自治の阻害要因になりうる上記のような審査制度に対して疑義が示された²⁶⁾。そして、自治の制約となりうる援助令状に対する批判として、イングランドのクック卿らによる一般令状批判の主張が各植民地にもたらされたのである（クックは、イングランドのコモンローに照らしても、令状発付のためには特定性と嫌疑の存在が必要なはず、という主張をしていた²⁷⁾）。以上の出来事は、アメリカ大陸各植民地が権利宣言を出す直前であった。そのため、各植民地権利宣言及び合衆国

26) マサチューセッツ州など早いところでは、ウィルクス判決がイングランドで出される以前である1750年前後から、援助令状への批判は為されていた。例えば、援助令状について、1755年にチャールズ・バクストン Charles Paxton がマサチューセッツ州上位裁判所に訴願し、訴えを退けられている。また、後年マサチューセッツの権利宣言を起草することになるジョン・アダムズ John Adams は援助令状を「自由を制約するもの」として批判し、先例などの分析から、より特定された令状こそが必要である旨の文章を作成している。See, NEIL H. COGAN, COMPLETE BILL OF RIGHT—THE DRAFTS, DEBATES, SOURCES, AND ORIGINS (1997), at 250–252.

27) Andrew J. Glidea and David J. Weiler, *Unreasonable Search and Seizure*, 26 AM. CRIM. L. REV. 1397 (1989), at 1399.

憲法修正4条は、その制定に際して一般令状批判の主張の影響を強く受けたと言う²⁸⁾。この理解が正しいとすれば、合衆国憲法修正4条は、一般令状による種々の権利制約を防止するという意図の下で、制定されたことになる。

1776年独立宣言と同年、ヴァージニア、デラウェア、メリーランド、ペンシルバニアなどいくつかの邦 State で早くも権利宣言が出された²⁹⁾。各邦の文言の微妙な相違から、搜索押収について何を一番の問題と考えていたかについて、微妙なスタンスの違いを読み取ることができる。

例えば、権利章典制定に関わることになるベンジャミン・フランクリンがいたペンシルバニアの権利章典では、次のような規定が設けられた。

X. That the people have a right to hold themselves, their houses, papers, and possessions free from search or seizure; and therefore warrants without oaths or affirmations first made, affording a sufficient foundation for them, and whereby any officer or messenger may be commanded or required to search suspected places, or to seize any person or persons, his or their property, not particularly described, are contrary to that right, and ought not to be granted.³⁰⁾

この条文は、第一文で搜索押収に対して、人身、住居、文書、所有物 *possessions* を自由に保持する一般的な権利について保障し、第二文で令状の形式について、搜索押収対象の特定など所定の手続を要求する旨を規定する（1条ではこれとは別に財産権が保障される旨が規定されてい

28) *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886), at 626. See also, *Harris v. United States*, 331 U.S. 145 (1947), at 157 (J. Frankfurter dissenting).

29) 以下、各邦の権利章典条文については、*Cogan*, *supra* note (26), at 234–235.

30) PENNSYLVANIA; CONSTITUTION, 1776. Cf. *COGAN*, *supra* note (26), at 235.

る)。このようなペンシルバニア形式の規定方法は、ヴァーモント、マサチューセッツ及びニューハンプシャーで採用された。

他方で、ヴァージニアの権利章典では次のような規定が設けられた。

X. THAT general warrants, whereby an officer or messenger may be commanded to search suspected places without evidence of fact committed, or to seize any person or persons not named, or whose offence is not particularly described and supported by evidence, are grievous and oppressive, and ought not to be granted.³¹⁾

一読してわかるとおり、この規定は、ペンシルバニア形式と異なり、一般令状の禁止のみを念頭においている。即ち、手続的規制の適正化のみを文言上定めていると評することが可能であろう（財産権など実体的権利に関しては1条で別途規定している）。このヴァージニア形式の規定方法は、他にもノースカロライナ、デラウェア、メリーランドで採用された。

以上の各邦 State の権利章典の制定状況を確認すると、ペンシルバニア形式は第一文で人身、住居、文書、所持品を自ら保持する権利を一般的に定めた上で、令状における搜索押収対象の特定性・嫌疑の存在の必要性を求めているのに対し、ヴァージニア形式は一般令状の禁止のみを定めている。純粋に手続的権利保障のみを規定するのであれば、ヴァージニア形式の規定方法も充分にありえた。それにもかかわらず、ペンシルバニア形式では純粋に手続のみを規定する形式ではなく、その前に人身や住居などを各人が保持する権利を承認する形式を採用しているのである。このようにペンシルバニア形式の規定方法の文言の意味、ヴァージニア形式との文言の相違を考えるのであれば、次のように評価するこ

31) VIRGINIA: DECLARATION OF RIGHTS, May 6, 1776. Cf. COGAN, *ibid.*

とが可能ではないか。即ち、これはペンシルバニア形式が令状手続の厳格化と同時に、実体的権利の保障も同じ条文で実現することを志向していたのに対して、ヴァージニア形式は搜索押収に関する規定においては令状手続のみの厳格化（手続的権利保障）を志向していた、と。

修正4条の制定前に、搜索押収を規制する条項の定め方として、このように二つの形式が既に示されていたことには留意しておく必要がある。

(c) 合衆国憲法修正4条

では、合衆国憲法修正4条はどのように制定されたのであろうか。1781年に、各邦 State が緩やかな連合を形成する連合規約が締結され、その後、1783年にアメリカ合衆国として独立した。この独立を受けて、連合規約下で連邦政府に権限がほとんどないことに不都合が生じたため、1787年、連邦規約改正のための憲法会議が開かれた。この会議中、連邦と州との間での権限配分をめぐる熾烈な対立が生じ、権利章典自体も合衆国憲法に定めるべきか、州憲法に委ねるべきかで議論が為されたが、結局、フェデラリストが主張する強力な連邦政府の設置を承認する代わりに、その手足を縛るための権利章典を合衆国憲法中に設けることになる³²⁾。

権利章典は憲法の修正条項として設けられることになり、1789年6月8日、ジェームズ・マディソン James Madison が草案を提出した。

The rights of the people to be secured in their persons, their houses, their papers, and their other property, from all unreasonable searches and seizures, shall not be violated by warrants issued without probable cause, supported by oath or affirmation, or not particularly describing the places

32) このときの議論の様子は、邦語文献では、A. ハミルトンほか『ザ・フェデラリスト』（岩波書店、1999年）や中野勝郎『アメリカ連邦体制の確立』（東大出版会、1993年）に詳しい。

to be searched, or the persons or things to be seized.³³⁾

一文で規定する形式になっているものの、まず一般的に不合理搜索押収によって、「人身、住居、文書、その他の財産」が侵されない旨を規定し、次いで令状における搜索押収対象の特定性・嫌疑の存在の必要性を求めている。これは実質的には先ほど確認したペンシルバニア形式の規定方法である（より厳密に言うなら、ペンシルバニア形式に分類できるマサチューセッツの権利章典に酷似した文言を採用している）。マディソンが草案を作成する段階では、ヴァージニア形式を選択する余地は充分にありえた。というのも、修正5条にも私有財産や自由を保障する文言は別途存在しており、実体的権利保障を修正4条でまかなわない方法もありえたからである。しかし、マディソンは令状の手続方法のみを規定する形式を選択せず、より一般的に「人身、住居、文書、その他の財産」の保障を明言する形式を選択したのである。

この後、6月28日、「from all unreasonable searches and seizures」が削除された案が下院委員会で討議に付されたが、8月17日にベンソン Benson（ゲリー Gerry が提案したともいわれる）の提案で「宣言的な意味」で「against unreasonable searches and seizures」という文言が元の場所に挿入された。この過程は興味深い。というのも、マディソン案から「from all unreasonable searches and seizures」が削除されると、前半部分は、実体的権利である「人身、住居、文書、その他の財産」が侵されないことが、マディソン案よりも明確に示されるからである。しかも、「against unreasonable searches and seizures」という文言が元の場所に挿入された理由が「宣言的な意味」であることからすれば、前半部分の重点は実体的権利が制約されないことにあったことが読み取れる。

さらに、同時に「by warrants issuing」³⁴⁾の部分につき、「and no

33) Cogan, *supra* note (26), at 223.

34) 既に下院委員会に付された時点で、マディソン案の「by warrants issued」とい

warrant shall issue」に文言を変更する提案もなされた。「by warrants issuing」という文言に反対した理由として、ベンソンが「不十分 it was not sufficient」と考えていたというが、その具体的な意味は明らかではない³⁵⁾。この提案は否決されたが、なぜか上院に回付される際には採用されており、そのまま可決されるに至っている³⁶⁾。いずれにせよ、これにより修正4条は第一文と第二文に分割されることになり、後年の議論の種となった³⁷⁾。第一文が「不合理な搜索押収」を禁じるのに対し、第二文が令状取得要件を規定しており、この両者の関係が、(1)令状に基づく搜索押収を「原則」とする趣旨として理解する見解と、(2)第二文はあくまで令状を取得する場合の要件を定めたに過ぎず、令状取得を『原則』とする趣旨ではない（第二文は原則として令状必要であることを求めているわけではない）、とする見解である（この議論については、修正4条における無令状搜索押収の適法性判断の要件との関係で議論されるこ

↘ う文言が「by warrants issuing」に変更されていた。*Id.*, at 223-224.

35) この意味について、「no warrant shall issue」としていることから、特定性要件がすべての令状につき満たされることを強調し、一般令状の禁止をより徹底することを意図していたと見る者もある。Silas J. Wasserstrom, *The Fourth Amendment's Two Clauses*, 26 AM. CRIM. L. REV. 1389 (1989), at 1391. 私見では、二文に分割することで、第一文が実体的権利の保障を、第二文では手続的権利の保障を、それぞれ明確に示すことを目指していたものと解すべきように思われる。

36) COGAN, *supra* note (26), at 224-231.

37) なお、このときの議会では無令状搜索押収の問題については一切討議されなかった。TELFORD TAYLOR, *TWO STUDIES IN CONSTITUTIONAL INTERPRETATION* (1969), at 27-29. 従って、起草者・制定者意思から直ちに無令状搜索押収に関する規範を導くことは難しい。これについては、コモンロー上の逮捕に伴う無令状搜索差押えについては、一般令状で行われうるような大きな権利侵害性が当時の権利意識に照らして存在しなかったから、修正4条の制定過程で議論にならなかったとも考えられる。See, Joseph D. Grano, *Rethinking the Fourth Amendment Warrant Requirement*, 19 AM. CRIM. L. REV. 603(1982), at 613-621; Thomas Y. Davis, *Recovering the Original Fourth Amendment*, 98 MICH. L. REV. 547 (1999), at 724. それゆえに、却って修正4条と無令状搜索押収の関係をめぐる議論が後の時代に噴出することとなった。

とになる)³⁸⁾。

以上の過程を経て、現在の修正4条が制定された。ここで確認すべきは、令状記載方法のみを規定するヴァージニア形式ではなく、より一般的に実体的権利の存在を確認する形式であるペンシルバニア形式を草案起草者及び議会が選択した点にある。もし純粹に手続保障のみを規定するのであれば、ヴァージニア形式の方がはるかにシンプルな規定であった。しかし、合衆国憲法修正4条がヴァーモント形式を採用しなかったということは、手続的権利保障に尽きない、実体的権利保障を念頭に置いていたのではあるまいか。そして、もしそうであるとすれば、立案者たちは、単に手続的に一般令状を禁止することのみならず、実体的な権利の保護を狙っていたのではなかろうか。このことは、条文の構成からもうかがえる。現在しばしば財産権やプライバシー権保障の根拠として主張される修正14条は、修正4条が制定されてから約80年後の1868年のことである。それまで修正4条の他に、住居への侵入や私有財産を保障する条文は存在しなかった。

実際、この後確認するとおり、修正4条は、その保障する利益として実体的権利が含まれることを自明なものとした上で、実体的権利の内容をめぐって、判例も変遷していくことになる。

(2) カッツ判決以前～財産権論

上述のような過程で制定された修正4条は、判例法上、どのような利益を保障するものとして位置づけられてきたのであろうか³⁹⁾。

38) 本稿Ⅲ-2 参照。

39) 以下、カッツ判決までの流れを紹介する邦語文献として、渥美東洋『捜査の原理』(有斐閣, 1979年) 38頁以下, 渡辺修・前掲注(6) 207頁以下, 大野正博『現代型捜査とその規制』(成文堂, 2001年) 75頁以下がある。また盗聴に即した形でカッツ判決に至る流れを紹介する文献として、井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』(有斐閣, 1997年) 6-10, 23-31頁がある。そのため、本稿では、本稿の視点に関わる部分のみ判例の概要を示す。判例の詳細な動向は、渥美『捜査の原理』が丁寧に紹介する。

(a) 証拠排除の黎明期：ボイド判決，ウィークス判決

ボイド判決 修正4条が搜索押収に関する重要な裁判規範として用いられた判例として、19世紀末に出たボイド判決が挙げられる⁴⁰⁾。というのも、ボイド判決では違法収集証拠排除法則を連邦レベルの事件に初めて適用した事案だからである。違法収集証拠排除法則は、修正4条の手続的権利保障を実効的に行うために、重要な意味を持つ。しかし、同時に、その排除の際の説明として、搜索押収の被処分者への実体的権利侵害を認定することから、修正4条の保障する実体的権利の内容に対する連邦最高裁の理解を把握する手掛かりとなる。

本判決は、明文の規定を欠くにもかかわらず違法に収集された証拠を裁判上排除する論理として、修正4条の「不合理な搜索・押収を受けない権利」を修正5条のいわゆる自己負罪拒否特権とパラレルに考えられることを示した。その中で、両者を同視するための説明をブラッドリー判事の法廷意見は試みる。

ブラッドリー判事は、まず修正4条の制定の経緯を述べた上で立法者はウィルクス判決などを十分に認識していたと指摘し、エンティック判決におけるカムデン卿 Lord Camden の言葉を引用する⁴¹⁾。「人が社会に関わる重要な目的は、その財産を守ることにあつた。その権利（財産を守る権利）は、あらゆる場面において神聖なものであり、かけがえのないものである。この権利は、全体の利益のために何らかの法によって奪われたり制約されたりすることはなかった」（傍点筆者）。このような利益をカムデン卿は「財産権 *this right of property*」と呼び、その保障が私

40) *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886). 事案は以下の通り。被告人Xが、当初の契約内容以上にガラスを輸入したため、国が関税を徴収するために、書類等の私文書を提出命令によって押収し、この証拠に基づき有罪となった。Xはこの私文書の押収が修正4条及び修正5条違反に当たるものとして連邦最高裁に上訴した。本判決により当該私文書は排除されている。

41) *Boyd*, 116 U.S., at 627 citing *Entick v. Carrington*, 19 Howell's State Trials 1029 (C.P. 1765).

文書などに及ぶことを説明している。このカムデン卿の理解を、ブラッドリー法廷意見は「本法廷意見の中に伏在するこの原理が、憲法上の自由と保障の本質に影響している」と言及する⁴²⁾。以上のように、恣意的な権力行使に基づく財産権制約からの防御が、修正4条を生み出したと説明している。

その上で、修正4条と修正5条は、刑事手続における権力の恣意的な行使からの権利保障にある点で共通であるとする。修正4条が自己負罪につながる証拠を不合理な搜索押収で提出させられることを禁じていることと、修正5条が自己負罪につながる供述を強制されないこととの間で、「実質的な相違を見出すことができない」という⁴³⁾。とりわけ私文書ではこの共通性が顕著であり、被窃取物などとは異なり、修正4条と修正5条に基づき証拠排除が認められるべき、と判示した。

以上の法廷意見の説明、とりわけカムデン卿の言葉を長文で引用していることから、連邦最高裁は、修正4条を、刑事手続の文脈における「実体的権利としての財産権」を保障する条項として認識していたことが読み取れる⁴⁴⁾。もっとも、違法に収集された私文書を証拠排除する根拠として、修正4条と修正5条を併用しているため、財産権保障が直接

42) *Boyd*, 116 U.S., at 630.

43) *Boyd*, 116 U.S., at 633-634.

44) この点、大野・前掲注(39)76頁は本判決が「個人の住居の神聖性と、生活におけるプライバシーの侵害(at 630)」に修正4条及び修正5条が適用されるとした点を重視して、これが違憲判決の根拠になったように記述している。しかし、1886年当時に用いられた、判決文中に1回しか出てこない「プライバシー」の語の理解は、現在と同じように理解すべきとは思えない。判決文は、直截に財産権保障を意識していたと解すべきだろう。なお、「プライバシー」の概念を権利として構成したウォーレンらの論文が出るのはこの判決よりも後のことであり、しかも私人間の紛争解決が念頭に置かれていた。See, Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. R. 193 (1890). 民事不法行為の事案では、「プライバシー」の用語が明示的に用いられた裁判例も出始めてはいたようであるが、「権利」として成立していたとまで言うことが適切とは考えにくい。See, *DeMay v. Roberts*, 9 N.W. 146 (1881). 新保史生『プライバシーの権利の生成と展開』(成文堂, 2000年)12頁参照。

に証拠排除につながるのかは、やや曖昧である（実質的には自己負罪拒否特権から証拠排除を導いているようにも読めなくもない）。しかし、少なくとも修正4条が財産権を保障するという認識が、連邦最高裁によって表明されたのである。

ウィークス判決 合衆国憲法修正4条が、搜索押収の問題に対する重要な規範として、実質的に機能し始めるのは、1914年のウィークス判決からであろう。というのも、違法収集証拠排除法則を修正4条単独の侵害でも適用できると宣言したからである⁴⁵⁾。

このウィークス判決では、修正4条の保障する利益について、先のボイド判決から、違法な搜索押収が「身体の安全、人身の自由、私有財産への権利」を侵害するとした部分を引用し⁴⁶⁾、これらの権利が、刑事事件の被疑者被告人であるかにかかわらず保障されると判示されている。別の箇所でも「人身と財産」について「市民を守る」ことが修正4条の意図である旨が明言されている⁴⁷⁾。他方で、同時に「プライバシー」の語が2回にわたって出てくる。いずれも「住居とプライバシーへの侵害 *invasions of the home and privacy*」という表現で登場している。もっとも、本判決において、プライバシー概念が、どのような実質的な意味があるのかは判然としない。

しかし、少なくともボイド判決、ウィークス判決のような違法収集証拠排除法則を適用し始めた黎明期において、修正4条は財産権 *property* という実体的な権利の保障を意図した条項であることを、連邦最高裁が意識していたことをうかがわせる。他方で、この実体的権利の保障内容が、解釈上どのような具体的帰結をもたらすのかは、この時点では明ら

45) *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914). 賭博に用いるクーポンやチケットを郵送したという賭博関与の被疑事実で、被疑者が勤務先において無令状で逮捕された事案。その際、別の警察官が留守である被疑者宅を訪れ、無令状で被疑者の部屋の搜索を行い、証拠書類を差し押えた。

46) *Weeks*, 232 U.S., at 391.

47) *Weeks*, 232 U.S., at 394.

かではない。この問題は、連邦最高裁が修正4条の実体的権利の保障内容として、どのような利益を想定することが適切なの、自覚的に検討を始めるオルムステッド判決からカツツ判決に至る流れを確認することで、示唆を得ることができる。

(b) 財産権保障論の採用：オルムステッド＝ゴールドマン法理

判例が財産権の保障を謳っているときに、修正4条が保障する実体的権利の内容が直接に問われるのは、財物の形態を有しない利益が問題になるときであろう。その意味で、修正4条の実体的権利の保障内容を自覚的に検討した連邦最高裁判例が、1928年のオルムステッド判決であった⁴⁸⁾。

オルムステッド判決では、禁酒法に基づく取締りの一環として行われた電話線を通じての盗聴 **wiretapping** の適法性が争われた事案である（盗聴によって得られた通話記録の証拠排除を求めた）。同判決タフト判事法廷意見では、修正4条の「搜索及び押収」から保障される利益は、「人身、私文書ないし有体物である動産 **his tangible material effects** あるいは現実には為された物理的な住居への侵入 **actual physical invasion of his house**」に限られると判示した。その上で、本件通話はこれら修正4条の保障する利益に該当しないものとし、盗聴について、被告人のところから外部に電話線を通じて伝えられる音声は修正4条の保護の対象とするのは合理的ではない、と判断したのである⁴⁹⁾。

この上記の文言中、①「有体物である動産」であることや、②住居への「物理的な侵入」から修正4条が市民に保護を与えているという点は、修正4条の保障する利益を明言した部分と言えるであろう。連邦最高裁は、修正4条について、実体的権利の保障の内容を確認することによって、搜索押収から保護される範囲を画定するという判断手法を用いてい

48) *Olmsted v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

49) *Olmsted*, 277 U.S., at 466.

る。そして、ここで想定されている実体的権利の保障の中身は、実質的には財産権であることも読み取れる。有体物の保護と物理的侵入からの保護が念頭に置かれているからである⁵⁰⁾。

このように実体的権利の保障内容から手続的権利の保障範囲が画定されるという判断枠組みは、その後の判例においても維持された。1942年のゴールドマン判決は、アパート隣室でのマイク *detectaphone* による盗聴の事案について扱う中で、オルムステッド判決と本件の区別は困難と判示して、オルムステッド判決同様に修正4条による保護を否定している⁵¹⁾。その際に、本件のマイクによる盗聴は不法行為 *trespass* を構成しないということも根拠に挙げており⁵²⁾、基本的にオルムステッド判決同様に財産権ベースで要保護性を判断していると言えよう（もっともマイクの場合、部屋に密着して盗聴を行うため、ワイヤタッピングに比べて「他人の財産領域に接着した侵害」⁵³⁾ という論理構成はありえたのかも知れないが、判例は実質的な財産権への制約を認定せず、その論理は採用していない。やはりアパートの居室が異なり、管理権限が異なっている点を重視しているのであろう)。

このように、オルムステッド及びゴールドマンは財産権の保障を基礎

50) もっとも、ブランドイス判事の反対意見は、修正4条は盗聴から会話を保護する旨を主張する。その理由として、ブランドイスは修正5条を挙げる。修正5条は、「刑事事件において自己の不利益をもたらす証言を強制されない」（強調部筆者）という文言を規定しているにもかかわらず、民事手続においても刑事訴追につながりうるような事項については供述する義務はなく、修正5条が適用されるとした判例を引いて、修正条項の保障内容は必ずしも文言に強く拘束されているわけではなかったと主張する。その上で、修正4条も同様に市民の自由を保護するために広く適用すべきであり、盗聴についても市民の自由を強く制約する虞がある以上、修正4条が適用され、令状によるコントロールが必要だとしている。もっとも、ここでは「プライバシー」という概念は用いられず、「自由 *freedom/liberty*」という語が用いられている。*Olmsted*, 277 U.S., at 471 (J. Brandeis, dissenting).

51) *Goldman v. United States*, 316 U.S. 129 (1942).

52) *Goldman*, 316 U.S., at 134–135.

53) 渥美・前掲注 (39) 46頁。

として修正4条の手続的保障の範囲を画定した。このように実体的権利たる財産権保護を修正4条の下で徹底していった帰結が、いわゆる純粹証拠法則 *mere evidence rule* であるように思われる。純粹証拠法則とは、1921年のグーレッド判決で明確に採用された押収に関するルールである⁵⁴⁾。法禁物、被窃取物などそもそも占有者が財産権を主張する権原を欠くような物（犯罪によって得られた果実）と、犯罪組成物についてのみ、法執行官は押収を行うことが可能であるという法理であり、この法則の下では、単に犯罪を帰責させる証拠であるという理由だけでは（純粹な証拠は）押収することが認められなかった。即ち、上記の物品以外について国家は優越的な財産権を主張できないとされ、その占有は絶対的な保護の対象とされた。つまり、もともと押収は、財産権保障が欠如している場合にのみ執行されていたのである⁵⁵⁾。この法理の下での令状審査は、当該対象物が法禁物、犯罪組成物、犯罪によって得られた果実に該当するか、これらを押収するために搜索を為す必要があるか、を審査することになろう。

この法則が採用された意味は、まさに修正4条が財産権の保障を念頭に置いていたことを示すのではあるまいか。

以上のように、20世紀初期においては、修正4条は実体的権利としての財産権と密接に結びつけて解釈されていたように思われる。

(c) プライバシー権保障論の萌芽

プライバシー概念の使用　しかし、このように財産権を基軸とした保

54) *Gouled v. United States*, 255 U.S. 298 (1921).

55) その意味では、純粹証拠法則採用時の押収はかなり限定的なものであり、捜査機関の捜査権限はかなり制約される可能性があった。例えば銀行の預金残高に関する文書などは押収できない（犯罪の道具ではなく、銀行の財産権として要保護性があるとされる）。しかし、犯罪組成物の定義を曖昧に運用することで問題を解消していた面もあったようである。See, AKHIL R. AMAR, *THE CONSTITUTION AND CRIMINAL PROCEDURE* (YALE UNIV. PRESS, 1997), at 16.

障は、その後徐々に方向を変えていくことになる。民事不法行為の領域で判例が蓄積されていき、徐々に「プライバシー」という概念が20世紀前半を通じて裁判上も利用されてきた。そんな中で、1949年のウォルフ判決は、判例変更について言及することなく、修正4条が保障する利益について従前の判例とは異なる見解を打ち出した⁵⁶⁾。フランクファーター判事の法廷意見は、「捜査官の恣意的な侵害に対する個人のプライバシーの安全 The security of one's privacy は—修正4条の核心であるのだが—自由な社会の基礎である」と述べたのである⁵⁷⁾。

もっとも、本件は州には証拠排除は適用されないとし（本件が証拠排除法則を州にも適用したマップ判決以前のものであることに注意⁵⁸⁾）、証拠排除の要否を具体的に判断していない。それゆえ、ここにいう「プライバシー」をどのような意味で用いようとしているのか、判決文からは明らかとは言いにくい。しかし、判例変更をしていないことからすると、従前の判例で「財産への権利」が修正4条で保障されているとされていることと、「プライバシーの安全」という概念の間の相違は、あまり認識されていなかったのかもしれない。そうであるとしても、「プライバシー」という用語が頻繁に判決文中で登場してきた点は、この判決に特徴的な点である。この「プライバシー」は、州への違法収集証拠排除法則の適用を認めた、有名な1961年のマップ判決において、「プライバシーへの権利」という権利としての位置づけを与えられつつ引用されるに至っている（もっともその権利の内実は明らかではない⁵⁹⁾）。

その後、複数の判決が相次いで「財産権」論からの説明がかなり困難な事案で修正4条違反を宣言するに至る。シルバーマン判決では、被疑者宅の隣家から釘の形状をした細長いマイクを生垣の下を通して暖房用

56) *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949).

57) *Wolf*, 338 U.S., at 27.

58) *Wolf*, 338 U.S., at 28–33.

59) *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), at 656.

排気口から会話を盗聴するという事案で、修正4条違反を宣言した⁶⁰⁾。そこでは「物理的侵入」は実質的には為されていないように見えるが、マイクを差し込んだことを「物理的侵入」とみなして修正4条違反としたのである。これは、民事財産法上の不法行為 *trespass* を辛うじて構成させたと言えるが、真に「物理的侵入」と呼んでよいのか難しいところであろう。また結局本判決により保護された利益は、実質的には会話内容であり、「有体物」を保護の要件として掲げていた、かつての連邦最高裁の姿はもうここにはない。

さらに一方当事者の同意に基づく通話盗聴を認めたホッフア判決においても、会話の保護が修正4条の保護の範囲の問題として取り上げられた。そこでは、会話が有体物同様に保護されうる旨が判示されたのである⁶¹⁾。つまり、「財産権」による説明を行っていない⁶²⁾。

しかし、もっとも修正4条のプライバシー権保障論に直接的な影響を与えた判決は、グリズウォルド判決であろう⁶³⁾。

憲法上の「プライバシー権」 グリズウォルド判決は、直接には搜索押収について争った事案ではなく、避妊のための診療をしたことについてコネチカット州法により罰せられた点を、修正14条違反で争ったものである。しかし、判決文の中で、修正4条と実体的権利としてのプライバシー権の関係について言及している箇所がある。

グリズウォルド判決ダグラス判事法廷意見は、まず「修正1条の表現の自由・言論出版の自由が、頒布する自由、受領する自由、読む自由、研究する自由、思想の自由、教授の自由」を含むのと同じように、プラ

60) *Silverman v. United States*, 365 U.S. 505 (1961).

61) *Hoffa v. United States*, 385 U.S. 293 (1966), at 301. なお、この判決については緑大輔「合衆国における同意搜索の問題」*修道法学*27巻1号(2004年)1頁以下、30頁参照。

62) この他にも、財産権では説明困難な判決が複数存在するが、紹介は略す。それらを紹介するものとして、渥美・前掲(39)46-62頁、大野・前掲(39)80-83頁。

63) *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

イバシーの権利は周遍的な権利の保障を含んでいる，とする⁶⁴⁾。その上で，プライバシー権について，「権利章典の特定の保障は，その保障内容に生命 *life* と実体 *substance* を与えるのに資するように，特定の保障から照射 *emanations* されることによって形成される（保障の）境界領域／半影 *penumbras* を有している。多様な保障がプライバシーの領域を形成しているのである」という⁶⁵⁾。この文の意味をさらに法廷意見は，修正条項を個別的に掲げて（修正1条，修正3条，修正4条，修正5条，修正9条），プライバシー権を導きうる要素を列挙していく。その中で，特に修正4条を「プライバシー権」保障を明確に示したものとして挙げ，「プライバシーへの権利を創出する *create* 規定として修正4条について言及した」例としてマップ判決を引用している⁶⁶⁾。

この判決の中で，プライバシー権を「創出する *create*」ものとして修正4条を位置付けている点は，重要である。少なくとも，合衆国連邦最高裁はこの時期，修正4条を単なる手続的規定としてはとらえていない。実体的権利を創設する規定として修正4条をとらえている。そして同時に，マップ判決で「プライバシーへの権利」と表現された意味が示されたのである。他の修正条項と相俟って形成されるものの一部として修正4条上の権利としてプライバシー権が存在する。つまり，プライバシー権は単一の条項のみに存在するのではなく，複数の条項に分散して存在し，相互に相俟って権利として保障する機能を果たすと理解するのである（この理解の仕方は，本稿においては，後の日本国憲法解釈においても意味を持つ⁶⁷⁾）。

64) *Griswold*, 381 U.S., at 482.

65) *Griswold*, 381 U.S., at 484.

66) *Griswold*, 381 U.S., at 484-485.

67) もっとも，本判決では，避妊への処罰について，「本件の実体的事項に関しては，修正14条のデュープロセスに関わる広い範囲の問題としての関連性が認められる」としており，修正14条の問題たりうることも示している。*Griswold*, 381 U.S., at 482. また，後に連邦最高裁は修正14条のデュープロセスにプライバシー権保障を充填し，「実体的デュープロセス」論を展開することになる。

純粹証拠法則の放棄 以上のように修正4条の保障内容がプライバシー権であるという認識が強くなることに加え、1967年には純粹証拠法則が放棄され、犯罪の証拠一般の押収が認められることになる⁶⁸⁾。先に述べたとおり、純粹証拠法則は市民の財産を保護する機能を果たす法則であった。この法則が放棄されたということは、財産権保障の絶対性を緩和したと理解できる。ここに、必ずしも「修正4条＝財産権保障規定」という発想に拘束されずにすむ状況が整いつつあったことがうかがわれるように思われる。

(3) カッツ判決～プライバシー論？

1967年12月18日。合衆国の修正4条解釈に大きな影響を与える判決が出された。カッツ判決である⁶⁹⁾。本件は、周知のように盗聴に関する事案である⁷⁰⁾。本判決を、無令状の場合を含む搜索差押え一般について転機となった判決として位置付ける論者は多い⁷¹⁾。無令状搜索押収に影響を及ぼす判旨としては、以下の二点がある。

第一は、本判決のスチュアート判事法廷意見は、修正4条が「場所ではなく個人を保護するものである」として物理的侵入以外の「個人」への権利制約的行為についても修正4条の問題になりうる、とした。その上で、

68) *Warden v. Hayden*, 387 U.S. 294 (1967). なお、この判決を紹介する論稿として、松尾浩也『刑事訴訟の原理』(東大出版会、1974年)221頁以下(初出:アメリカ法1969年1号)など。

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

70) 本判決については日本でも多くの論文の中で言及されている。例えば、渥美・前掲注(39)73頁以下、洲見光男「アメリカの刑事手続における令状主義の意義(上)」朝日法学論集9号(1992年)69頁以下、井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』(有斐閣、1997年)9頁以下、安富潔『ハイテク犯罪と刑事手続』(慶應義塾大学法学研究会、2000年)27頁以下、大野・前掲注(39)86頁以下など。

71) See e.g. Anthony Amsterdam, *Perspectives on the Fourth Amendment*, 58 MINN. L. REV. 349, at 403 (1974), Wayne R. LaFare, *Fourth Amendment Vagaries*, 74 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 1171, at 1173 (1983), Andrew J. Gildea and David J. Weiler, *Unreasonable Search and Seizure*, 26 AM. CRIM. L. REV. 1397, at 1422-1423 (1989).

従来有体物 **tangible property** に限られていた保障対象についても、プライバシーを修正4条が保障している以上、口頭の会話も含むと判示した。これにより、オルムステッド判決やゴールドマン判決から判例変更が為されたことになる⁷²⁾。これを受けて、自分の住居あるいは事務所であっても、公衆に故意に開披しているようなものは修正4条の保護の対象にならず、また個人が私的な部分 **private** にしておこうとする場合は、たとえ公衆がアクセスできる領域であっても憲法上の保護を受ける可能性がある、とする⁷³⁾。

第二に、以上のように修正4条の保護する利益を設定し、「個人」を保護する方法を修正4条が定めている以上、「特別に成立して明確に示されている一部の例外 **a few specially established and well—delineated exception**」を除き、「判事やマジストレイトの事前審査を欠く、司法プロセス外で為される捜索行為は、修正4条の下では一律に *per se* 不合理なのである」⁷⁴⁾ とする。この部分が、令状原則を宣言した部分として評され、また令状主義の例外を限定的にとらえたと評される部分である⁷⁵⁾。修正4条の保護対象たる「個人」を守るためには、**原則として司法審査を経た令状を必要とすべき**としている点から、第二文を重視していることは疑いをいれないところであろう。そして、このような令状主義の強調は、裏返せば中立な司法審査を経た令状を獲得すれば、政府によるプライバシー侵害が正当化されるという含意がある。

以上の判旨のうち、第一点、法廷意見が「場所」ではなく、「個人」を保護すると宣言した意味はややわかりにくい。「個人」の保護とは一体何を意味しているのか。この点について、後のカッツ判決の解釈に大きな影響を与えたハーラン判事の補足意見は「プライバシーの合理的期待」⁷⁶⁾ によ

72) *Katz*, 389 U.S. 347, at 350–353.

73) *Ibid.*

74) *Id.* at 357.

75) *Gildea et al, supra* note (71), at 1422–1424.

76) *Katz*, 389 U.S., at 360 (J. Harlan, concurring).

る説明を試みている。本件電話ボックスにおける会話が修正4条で保障される理由について述べる文脈で、電話ボックスが住居と同様に「人が有するプライバシーに関する合理的期待を憲法上保護されている領域」であり、この意味において私的領域への物理的侵入と同様の効果を盗聴がもたらすことから、盗聴は修正4条違反となりうる旨を宣言している。そして、この「プライバシーの合理的期待」とは「第一は、ある個人がプライバシーに関する現実の（主観的）期待を提示すること、第二は、その期待が、社会にとって、『合理的な』ものとして予め認識されているものであること⁷⁷⁾」という二つの要素を含むとされている。

このうち、とりわけ第二の要素、プライバシーへの期待が「社会にとって」合理的であることを要求している点は、無令状搜索押収を許容するか否かを判定する際に重要な意味を持つと同時に、曖昧さを残したと言える。この「社会」という言葉が曖昧であるがゆえに、結局、如何なる場合に、修正4条の保護を受けることが可能なのか、という重要な判断を事案毎の判断に委ねたものと考えられる。そしてそれは、修正4条の保護対象について、政策的判断を入れる余地を残したとも言えるかもしれない。

また、第一の要素、個人が主観的なプライバシーに関する期待を提示することについても問題は残る。というのも、予め搜索をすることを市民に明確に示しておいたり、市民が自らタイムズスクエアのような公共の広場で散歩したりする場合、市民のプライバシーへの期待は現実的なものとして認められず、結果的に修正4条の保護が及ばない、ということになりうるからである⁷⁸⁾。これも無令状搜索押収の適法性判断において、重要な意味を持つ概念である。

このように、「プライバシーの合理的期待」概念は運用如何によっては、修正4条の保護対象となる市民の行為をかなり狭くしてしまう可能性が存

77) *Id.* at 361.

78) WAYNE R. LAFAVE, JEROLD H. ISRAEL, AND NANCY J. KING, *CRIMINAL PROCEDURE* (3rd Ed., 2000) at 134–135.

在していた。無令状捜索の場面に即して言えば、たとえ住居内に居ようとも、当該「個人」について「プライバシーの合理的期待」が無いと判断されれば、修正4条の保護が及ばず、無令状での探索行為が許容されることになる。

以上のように、カツツ判決は無令状捜索差押えにとって、「諸刃の剣」になりうる判決であったと考えられる。令状主義原則の宣言が為された反面、無令状捜索差押えを広く許容する可能性も生み出した。即ち、住居内であろうと、その個人が「プライバシーの合理的期待」を欠く場合は無令状捜索差押えが為されうる部分、そして令状主義の「例外」が許容される場合につき具体的な判断基準を設けなかったため、「例外」が拡大しうる部分が存在していたのである⁷⁹⁾。

同時に、カツツ判決は修正4条の解釈基準の提示という意味においても重要な意味を持ったと考えられる。ハーラン判事補足意見にいう「プライバシーの合理的期待」（これがプライバシー権保護の範囲画定に用いられるのであるが）は、個人による主観的な保護への期待の表明と、社会による保護の合理性の是認の二つを、修正4条による保護の条件として掲げていた。抽象度の高いこの要件の判断について、個別具体的に事案毎の判断を行って要保護性を判断する発想を貫徹すべきか、それとも後に出てくるように、合衆国判例におけるルール志向—個別具体的に事案毎の判断を現場捜査官に行わせないようにするために、出来るだけ簡易なルールを判示する志向—によって判断を形式的に行うべきか、という選択肢を導出するきっかけになったに思われる⁸⁰⁾。

79) Gildea, *supra* note (71), at 1424. See generally, JEROLD H. ISRAEL AND WAYNE R. LAFAVE, CRIMINAL PROCEDURE (6th Ed., 2001, West Group), at 60-71.

80) このルール志向（いわゆる「明白なルール Bright Line Rule」）については後述する。

(4) 「プライバシー」と「財産」

(a) 修正4条＝プライバシーのみの一元的保障？

以上のように合衆国判例はカツ判決に至るまで、「修正4条が保障する実体的な権利の内容はいかなるものか」という問題に関わってきた。そして、カツ判決以降、連邦最高裁が修正4条の事案を審査するに際しては、まず①「プライバシーの合理的期待」の有無を判断することで、修正4条で保障される「資格」の有無を審査し、保障される資格があると判断された場合には、②当該搜索押収について「相当な理由 **probable cause**」や同意の有効性、緊急事態の有無などの正当化事由の有無が審査されるという形式になった。

では、「プライバシーの合理的期待」が修正4条によって保障されるということは、財産権保障という構成を完全に放棄してしまったのであろうか。実際のところ、カツ判決以後の判例で、修正4条は財産権に関する規定ではなくプライバシー権に関する規定であることを明言する判例が複数登場した⁸¹⁾。そして、「修正4条は財産に関する規定ではなく、プライバシーに関する規定である」という言葉に「異論はない」と評されることすらある⁸²⁾。

では、修正4条の保障する実体的な権利の内容は、プライバシー権一元的保障論なのか、財産権＝プライバシー権二元的保障論なのか。どの

81) 例えば、*Mancusi v. DeForte*, 392 U.S. 364 (1971), at 368は、「カツ判決は、制限された領域では、修正条項の保護を受ける適格性を財産権に基づいて判断しないことを明らかにした」と表現している。この判決の事案は以下の通り。二社によって共有されている一つの事務所の中に、捜査機関が搜索押収を行った。被疑者が属していなかった方の会社側が搜索の違法性を争い、民事事件としてその申立適格について判示された。連邦最高裁は「侵害された場所の財産権によっては、修正4条の保護を主張する適格性は決定されないことをカツ判決は明らかにした」と判示し、同人のプライバシーの要保護性を容れて申立適格を認めた。See also, *Bivens v. Six Unknown Named Agents of Fed. Bureau of Narcotics*, 403 U.S. 388 (1971), at 393-394.

82) Daniel Yeager, *Search, Seizure and the Positive Law: Expectations of Privacy outside the Fourth Amendment*, 84 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 249 (1993), at 249.

ように判例は理解されているのか。カツ判決以後の展開として検討しておく必要がある。

(b) 修正4条における「プライバシー」と「財産」

カツ判決の意味 カツ判決以後の判例を見ると、必ずしも「財産 property」という概念が用いられなくなったわけではない⁸³⁾。問題はむしろ、「財産 property」という概念の使い方である。

もともと、カツ判決で修正4条が「場所ではなく人」と保障対象に言及したのは、修正4条が財産権を保障しているという財産権理論では盗聴事案の救済及び令状による司法的コントロールが、理論的に困難であったからである。つまり、従来の財産権論が、「有体物に対して排他的な支配を及ぼす権利」という意味合いを持っていた以上、「無体物」である会話には適用が困難だった。このことをカツ判決は踏まえて、「場所ではなく人」と判示したのである。「無体物に対して排他的な支配を及ぼす権限」をどのように保障するかに主眼があったに過ぎない。従って、プライバシーと財産の保障が非両立とまでは述べていない。

むしろ、「プライバシーの合理的期待」による保障の範囲が、結果的に「第一は、ある個人がプライバシーに関する現実の（主観的）期待を提示すること、第二は、その期待が、社会にとって、『合理的な』ものとして予め認識されているものであること」を要請するとされた以上、その判断のために財産権を一要素として用いる可能性が存在している。しかし、

83) このことは、カツ判決自身が「(修正4条は)ある種の政府の侵害からプライバシーを保障するものであるが、プライバシーと何ら関係のない利益についても、その保障が及ぶことは頻繁にある」と認識していることからもうかがわれる(Katz, 389 U.S., at 350)。このことをとらえて、ある論者は、カツ判決の意味を、財産権保障が機能しない場合に「プライバシーの合理的期待」による保障が作動するものと見る。Note, *Tracking Katz: Beepers, Privacy and the Fourth Amendment*, 86 YALE L. J. 1461 (1977), at 1477-1484. See also, Amsterdam, *supra* note (71), at 385, WAYNE R. LAFAVE AND JEROLD H. ISRAEL, *supra* note (79), at 54. また、同様の認識を示すものとして、大野・前掲(39)88頁。

その用い方は後の連邦最高裁判事の中でも異なるものとなったのである⁸⁴⁾。

レーンキストらの「プライバシー」と「財産」への認識 例えば、ラカス判決において⁸⁵⁾、レーンキスト Rehnquist 判事法廷意見は次のように述べる。まず、「プライバシーの正当な期待」は修正4条の外に根拠を有していなければならないとし、その例として、他者の使用収益を排除するという排他性の性質を持つ財産権の存在を考慮しうる、とした(同時に、「プライバシーの正当な期待」の根拠は財産権のみに尽きるわけではないという留保も付されている)。そして「プライバシーの合理的期待」は「財産という概念 concepts」を利用することを「排除するわけではない」とし⁸⁶⁾、修正4条違反を争うための適格性として、当該搜索が行われた場所に適法に居たことに加えて、押収対象物を適法に所有していることの双方が必要であると判示した。

ここでの判断手法には注意する必要がある。ここでは、民事財産法上の財産権が必ずしも保障されないことが含意されている。つまり、「財産」はあくまで「プライバシーの合理的期待」の判断の一要素に過ぎないのであり、通常は民事財産法において保護されうる利益も、「プライバシーの合理的期待」論の下で、利益衡量の対象になりうる。そして、本判決では違法収集証拠排除の申立適格を限定するという、権利制約方向で財産権を用いたのである。

84) 以下の分析について、See, Yeager, *supra* note (82), at 283–306.

85) *Rakas v. Illinois*, 439 U.S. 128 (1978). 事案は以下の通り。自動車搜索によって押収された品が、自動車に対する所有権を有していなかった同乗者たる被告人の公判廷に提出された。被告人たる同乗者たちが当該搜索押収行為を過剰な無令状搜索として修正4条違反で争った。同乗者たちは、搜索の為された車に適法に乗っていた以上、プライバシーの制約を受けたと考えられるとして、搜索の合法性・証拠排除を争う適格性を有すると主張したが、連邦最高裁は同乗しているだけではプライバシーの正当な期待を有しているとは言えないとして、申立適格を否定した。

86) *Rakas*, 439 U.S., at 143.

レーンキストは後年、ローリングス判決においても、財産と修正4条の関係について触れている⁸⁷⁾。レーンキストは法廷意見の中で、被告人自身の財物（法禁物）が友人の財布内にあったことから、友人の財布を違法に搜索したことについて、自らの「プライバシーの合理的期待」も侵害されたとして証拠排除を申し立てたことについて、次のように言う。「ラカス判決は、財産法の『複雑な』概念によって修正4条の保障を主張する適格性を決するべき、という主張を強く否定したのである」と⁸⁸⁾。その上で、被告人自身の財産が友人への違法搜索により制約されたとしても、「プライバシーの合理的期待」として保護すべき利益は存在しない旨を判示した。ここでは、「財産」に対する自らの支配権の存在は、何ら権利保障に影響していない。もし財産への支配権を主張できるのであれば、本件では被告人は証拠排除の申立適格を有しているものとされたはずである。

また、オリバー判決において、パウエル Powell 判事法廷意見は、被告人のプライバシーが開披されている空間 **Open Field** ではあるものの、被告人が所有権を有する農場について、プライバシーが開かれており、要保護性が欠如していることを理由に、捜査目的の無令状での立入りを許

87) *Rawlings v. Kentucky*, 448 U.S. 98 (1980). 事案は以下の通り。Aの逮捕のために令状をもってAの住居に立ち入ったところ、Aは見つからなかった。しかしAを搜索する際に、マリファナの臭いを捜査官が感じ取ったため、一部の捜査官が搜索令状を申請し、他の捜査官は現場に居残って「身体の搜索に同意するなら現場から去ってもよい」と現場にいた被告人Xらに告知した。その後、搜索令状を得て、ミランダ告知を行った上で、Xの側に座っていたBの財布を調べたところ、マリファナが発見された。Xは発見されたマリファナの所有権 **ownership** はBではなくX自らにあると主張したため、捜査官がXの身体も調べたところ、4500ドルの現金などが見つかったため、Xは売買目的のマリファナ所持で逮捕された。裁判では(1)身体拘束がミランダ告知の前に実質的に行われていた点、(2)違法な身体拘束の果実として、Bの財布を調べて（違法な搜索）、Xのマリファナを押収したこと（違法な押収）がXの「プライバシーの合理的期待」を侵害している点を主張し、証拠排除を求めた。これに対して、レーンキスト法廷意見は、搜索がXのプライバシーを制約していない点から、修正4条に反しないものとした。

88) *Rawlings*, 448 U.S., at 105.

容する判決を出した⁸⁹⁾。ここでは、無断の立入りにより所有権が損なわれていると考えられるにも関わらず、財産権の要保護性だけでは「充分ではない」とした上で、プライバシーの要保護性が欠如している点を重視して、修正4条の保障対象にあたらないとしている（民事不法行為 trespass は修正4条に「関係がない」とも述べている⁹⁰⁾）。

このレーンキスト、パウエルの発想は、財産権を権利として保障するというものではなく、修正4条の「プライバシーの合理的期待」を認める際に判断要素として用いているに過ぎないように見える。そして、実質的に財産権は、修正4条において要保護性が存在する範囲を限定させるために機能しているように思われる⁹¹⁾。つまり、財産権を保障するという意味合いは修正4条から抜き取られ、「プライバシーの合理的期待」の解釈のためにのみ用いられているという側面がある（この場合は、修正4条を実質的にはプライバシー権のみを一元的に保障しているものとして見ることに近い）。

レーンキストらの発想の下で、財産権はプライバシーの合理的期待の保障に組み込まれ、「合理的期待」の判断の一要素になり、修正4条から財産権保障の視点が除去ないし弱められる結果になったのではあるまいか。

マーシャルらの「プライバシー」と「財産」への認識 このようなレーンキストらの発想と好対照を成すのが、マーシャル Marshall らである。マーシャルはラカス判決、ローリングス判決、オリバー判決のいず

89) *Oliver v. United States*, 466 U.S. 170 (1984). 被告人住居前の農場に捜査目的で無令状で立ち入り、マリファナ栽培の場所を発見した事案。連邦最高裁法廷意見は、農場が open field でプライバシーの正当な期待を有していないとし、搜索行為を許容した。

90) *Oliver*, 466 U.S., at 183–184.

91) そして、もともと財物として所有権が問題とならない性質を持つ「会話」などの場合は、そもそも要保護性審査の対象となる財産権が存在しないため、財産権による要保護性の審査を必要とせず、プライバシー権のみの問題として要保護性が審査される。これによりカツ判決との連続性は維持される。

れについても反対意見を執筆し、レーンキストと対峙する。とりわけマーシャルの姿勢が明確に示されているのが、ローリングス判決反対意見である。

同判決の反対意見の中で、マーシャルは修正4条の保障する利益について、過去の修正4条の判例を紐解き、カツツ判決が「(修正4条は)ある種の政府の侵害からプライバシーを保障するものであるが、プライバシーと何ら関係のない利益についても、その保障が及ぶことは頻繁にある」⁹²⁾と判示している点を重視して次のように言及する。

「ラカス判決は、搜索された場所においてプライバシーの利益が存在する場合にのみ、不合理な搜索押収から個人が保護される旨を示したわけではない」⁹³⁾。「法廷意見は修正4条について狭すぎる解釈をしている。法廷意見は、…人身と場所に対する不合理な搜索押収しか保護しないかのように修正4条を誤読している。…修正4条は、その平明な文言の中で、『所持品 effects』も不合理な搜索押収による制約から守られることを示しているように、私には思われる」⁹⁴⁾。「修正4条の歴史は、同条項がプライバシーの利益と同様に財産の利益を保障するために設けられたことを示している」(傍点筆者)。カツツ判決は「財産権からは導けない場合であってもプライバシーの利益が保障されるということ」を示したのである⁹⁵⁾、と。

その上でマーシャルは、ローリングス判決において被告人の申立適格を認めるべきと主張し、またラカス判決においても同様の説明から被告人の申立適格を認める主張を展開した。オリバー判決においても、農場のような個人の敷地への立入りが不法行為として州法で理解されていることも重視して、要保護性を認めている。

92) *Katz*, 389 U.S., at 350.

93) *Rawlings*, 448 U.S., at 114 (J. Marshall, with whom J. Brennan joins, dissenting).

94) *Rawlings*, 448 U.S., at 117.

95) *Rawlings*, 448 U.S., at 119.

以上のマーシャルの引用と判断からは、修正4条が財産権とプライバシー権の双方を保障しており、どちらか一方が制約される場合は、修正4条の保障を求めることができる、という発想が読み取れる（その意味では、カッツ判決が「場所ではなく人」を保護すると判示していたのを、実質的には「場所も人も」保護するものとして理解しているようにも見える。つまり、「場所」＝財産権と、「人」＝プライバシー権の双方を保障するという意味としてである）⁹⁶⁾。

法廷意見と反対意見の分岐は、「実体的権利たる財産権をどのように位置付けるか」にあると言ってよいだろう。一方で、レーンキストラは、「プライバシーの合理的期待」の中に財産権を組み込み、その権利性を弱めた。他方で、マーシャルらは、財産権とプライバシー権を並列的に、いずれも権利として修正4条において保障されるものとして位置付けたのである。この意味で、連邦最高裁の判事たちは財産権を保護される利益として認識しつつ、その利用の方向性が異なるのである⁹⁷⁾。少なくとも

96) See also, Lloyd L. Weinreb, *Generalities of the Fourth Amendment*, 42 U. CHI. L. REV. 47 (1974), at 52-54. 修正4条で保障されるべき利益として、「行動のプライバシー Privacy of Presence」と「場所のプライバシー Privacy of Place」の双方を掲げる。前者は人が行動することについての情報の保護（会話を含む）、後者は空間としての場所の情報の保護（財物を含む）を差し、双方の保障が為されなければ個人の自律 *autonomy* は保護されないと主張する。なお、「行動のプライバシー Privacy of Presence」について、他人の家に訪問している者のプライバシーを保護する文脈でも再論し、議論の枠組みを維持している。Lloyd L. Weinreb, *Your Place or Mine? Privacy of Presence under the Fourth Amendment*, 1999 S. CT. REV. 253 (1999).

97) Yeager, *supra* note (82), at 304は同意搜索において、一見財産権の考えを否定したと思える判例であっても、連邦最高裁は財産権の考え方を採用している、という。*United States v. Matlock*, 415 U.S. 164 (1974). 事案は以下。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）の搜索を行ない、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。その中で、妻の同意権限の存在について、ホワイト判事法廷意見は次の説明を付した。「(ここにいう) 共有の権限とは、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 ↗

も、修正4条の文言が「所持品 effects」という言葉を用いている点からすれば、マーシャルらの発想の方が合致しているとは言えそうである。つまり、プライバシー権と財産権の二元的保障として修正4条をとらえ、いずれか一方が制約されれば、修正4条が発動する、という見解である。

(c) 「修正4条＝強制からの保護」論

しかし、合衆国における学説上の議論では、「財産権」と「プライバシー権」の問題として修正4条をとらえること自体への懐疑も生じている。

スタントツは、「プライバシー」という概念自体が修正4条の保障を形骸化させているという認識を示して、「強制からの保護」こそが修正4条の本旨であると主張する⁹⁸⁾。

スタントツによれば、プライバシー権自体の問題として、(1)搜索の定義を狭め、プレインヴェュー法理を緩やかに許容し（プレインヴェューにおいては、既に適法な立入りでプライバシーが開披されている以上、被侵害利益としてのプライバシー権は存在しないため「搜索」に該当しないものとされる）、(2)秘密が公共の場で開披されている場合に要保護性が低下するとして修正4条の保障対象から除外し、(3)修正4条で押収も同様に規定されており、財産や人身の自由が問題になりうるはずなのにプライバシー権の問題に重心が行ってしまい財産や人身が十分に保護されない、とする。確かに、「プライバシーの合理的期待」論の登場後、財産権保障の側面が弱くなったことは、先にレーンキストラの発想を確認した通り

↳ …財産法上の利益によるのではなく、むしろ日頃から多くの場合に使用支配している者の共同使用（状態）によって決まる」（強調部筆者）。これについて、「日頃から使用支配」というのは実質的には財産権の有無を認定する用語法と同じだという。

98) William J. Stuntz, *Privacy's Problem and the Law of Criminal Procedure*, 93 MICH. L. REV. 1016 (1995). See also, William J. Stuntz, *Privacy in the Criminal Context: Panel IV The Distribution of Fourth Amendment Privacy*, 67 GEO. WASH. L. REV. 1265 (1999).

であり、スタンツの指摘にももっともな点があるだろう。

スタンツの歴史認識によれば⁹⁹⁾、ボイド判決以降、純粹証拠法則が採用され、搜索押収の対象を限定することで、実体的権利としての財産権を絶対的に保障する考え方が採用された。しかし、純粹証拠法則の緩和、放棄を通じて実体的権利としての財産権保障から、プライバシー権保護へと移行した。その結果、何が起きたかといえば、「プライバシーの合理的期待」論は「政府の任務遂行の利益」対「個人の利益」という相対的な利益衡量の手法をもたらし、しかも前者が優位に判断されるようになってしまった。この指摘は、ここまで本稿で行ってきた実体的権利の分析と軌を一にする。

しかし、スタンツはここで、プライバシー権の保障に加えて、財産権保障にも回帰するという方向性を目指さない。そもそもプライバシー権に問題が内在する以上、単純に財産権保障を加重すれば足りるとは考えないのである。スタンツによれば、それは「強制からの自由」の保障という側面をプライバシー権や財産権では拾いきれないからだという。

第一に、路上での捜検行為の場合、一般市民にとってはポケット内を調べられることよりも、それに伴う強制力行使及びスティグマ付与の方に利益侵害性を感じるはずである。路上で搜索への同意を求められたとき、断れる市民はなかなかいない¹⁰⁰⁾。

99) See also, William J. Stuntz, *The Substantive Origins of Criminal Procedure*, 105 YALE L. J. 393 (1995).

100) スタンツはここで *Florida v. Jimeno*, 500 U.S. 248 (1991) を挙げて検討を加えている。本件では被告人の自動車に薬物を隠していると睨んだ捜査官が交通法違反の微罪で停車させ、薬物の搜索に関する自動車搜索の同意を求めた。被告人は同意したが、捜査官は車内の椅子の下にあった封緘物の封を開けて中を調べた。そのため、公判では封緘物の開披まで被告人の同意に含まれていたかが争われた。しかし、スタンツは一般人であれば、そんなことよりも、武装した捜査官の前で被疑事実を告知されれば、搜索について任意に同意できなるはずはなく、むしろ捜査官の強制的な接し方を問題とすべきだという。Stuntz (1995), *supra* note (98), at 1063–1065.

しかし、捜検について判示したテリー判決¹⁰¹⁾でもほとんど強制力行使の形態について修正4条との関係で検討されていない。捜検への着手要件とされた「合理的な嫌疑 reasonable suspicion」もポケットへのプライバシー侵害の可否に関する要件に過ぎず、強制的な手段の行使の適切性について判示していない、という。

第二に、住居内捜索についても同じ問題があるという。連邦最高裁において次のような事案があった。被疑者が潜伏中として、被疑者の親族宅に無令状で立ち入った警察官の行為について、被疑者捜索のために親族に暴行をはたらいた点を争点として取り上げず、プライバシー侵害の問題として住居への立入りの相当な理由 *probable cause* と緊急事態の存否を判断するのみであった¹⁰²⁾。これも「強制からの自由」という発想が連邦最高裁に欠如していることに起因するという¹⁰³⁾。

以上のような問題から、修正4条では、プライバシー権ではなく「強制からの自由」を問題とすべきだという¹⁰⁴⁾。令状主義も、もともと「強制からの自由」を保障するために設けられたものであり、令状は強制力行使の抑止に役立つ、と指摘する¹⁰⁵⁾。

このようなスタントの主張に対しては、批判がある。(1)スタントが求めるところの、捜査官による強制的行為からの保護は、捜査官に「合理的な」行動を求める中で修正4条において考慮されており、判例中に「合理性」という言葉を通じて強制力行使の適正性も問うものはある、(2)強制からの保護が必要であるとしても、それがプライバシーを保護する必要性を失わしめるものではなく、プライバシー権を保障することは別途

101) *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1967).

102) *Anderson v. Creighton*, 483 U.S. 635 (1987).

103) 以上のようなスタントの批判を概ね支持する論稿として、*See, Louis Michael Seidman, The Problems with Privacy's Problem*, 93 MICH. L. REV. 1079 (1995).

104) Stuntz, *supra* note (99) は歴史的にも本来は捜査官の誤った行為を政府が規制しようとしてきたことを論証しようとする。

105) William J. Stuntz, *Warrants and Fourth Amendment Remedies*, 77 VA. L. REV. 881 (1991).

必要なはずである、というものである¹⁰⁶⁾。

以上のようなスタンツの見解は人身の自由を修正4条で保障すべきという考えに近いように思われる。修正4条の「seizure」には人身の確保(身体拘束)の意味も含まれているため、プライバシー権を保護利益とすることへの問題意識が顕著になったのではなかろうか(日本では逮捕と搜索押収はそれぞれ33条、35条に分けて規定されている)。

もっとも、スタンツの見解は人身の自由に尽きるものではない。搜索押収の執行方法の適正性が十分に規制されていないのではないかと、という問題意識も存在している。これはいわば、修正4条の手続的権利保障の側面を突いている指摘であるように思われる。スタンツ以前の議論は、専ら修正4条において保障されるべき実体的権利の内容をめぐるものであった。しかし、スタンツの問題意識の大半は、手続執行の場面における強制力行使の在り方(暴行をしないか否かなど)である。プライバシー権保障という立論を放棄して、「強制からの自由」つまり手続執行の適正性保障へとシフトしようとするスタンツの発想は、修正4条を手続的権利保障に一元化することで、搜索押収手続における暴行など違法な強制力行使を抑止することを戦略的に狙っているものと言えよう。

しかし、そうであるとしても、イーガーが「強制からの保護が必要であるとしても、それがプライバシーを保護する必要性を失わしめるものではなく、プライバシー権を保障することは別途必要なはず」としている点に説得力があるように思われる。つまり、イーガーの主張には、スタンツの主張するように手続的権利に一元化する必要はない、手続的権利と実体的権利の双方を保障するものとすれば良い、という発想が根底に伏在しているのではあるまいか。

スタンツの問題提起は、合衆国版の「手続的権利保障説」であるように思われる。

106) Daniel Yeager, *Does Privacy Really Have a Problem in the Law of Criminal Procedure?*, 49 RUTGERS L. REV. 1283 (1997).

(5) 小 括

以上の検討の中で、合衆国の修正4条をめぐる議論は、基本的に実体的権利が保障されるとした上で、何が権利として保障されるべきかという問題意識によるものであった。つまり、修正4条が権利創設規定であることを自明として扱う傾向にあったと思われる。

グリズウォルド判決で示されたように、合衆国が修正14条（**due process clause**）でも財産権・プライバシー権を保障しているとされているにもかかわらず、修正4条でも同じく実体的権利を創設 **create** していると考えているのである。

しかし、保障内容として「プライバシーの合理的期待」という利益が存在することは定着したものの、その内容をめぐっては深刻な対立を残した。レーンキストらの発想と、マーシャルらの発想の問題である。レーンキストらは、「プライバシーの合理的期待」の中に財産権を組み込み、プライバシー権の範囲を限定する概念として財産権を用い、修正4条の権利性を狭めた。他方で、マーシャルらは、財産権とプライバシー権を並列的に、いずれも権利として修正4条において保障されるものとして位置付け、修正4条の保障範囲を広げたのである。この対立は、無令状搜索押収の各論においても、顔を覗かせることになる（詳細は別稿に譲る）。また、スタンツのように、手続きの執行場面での適正性を修正4条の保障すべき内容として主張する見解を確認した。（つづく）