

# 無令状搜索押収と適法性判断 (2)

——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 (以上, 第28巻1号)
  - 2. 修正4条の解釈準則
    - (1) “Bright Line Rule” (明白なルール) の登場と展開
    - (2) “Bright Line Rule” 批判
    - (3) 実体的価値との接続
  - 3. 実体的権利と適法性判断基準 (以上, 本号)
- IV 憲法35条の保障利益と解釈準則
- V 結 び

## III 合衆国憲法修正4条における保障利益と解釈準則 (承前)

### 2. 修正4条の解釈準則

以上, 修正4条について, 合衆国判例は実体的権利をどのように理解すべきかを検討してきた。結果として, 紆余曲折があったが, 実体的権利の内容が「プライバシーの合理的期待」であることについては連邦最高裁の中で定着を見た。

そうすると, 期待される展開は, 「プライバシーの合理的期待」の保護を徹底するために, いかなる解釈準則が採用されていくか, という点に向けられるはずである。即ち, 以下のような問題を解決するための修正4条の下での搜索押収の適法性判断の基準はどのようなものになるか, という問題である。どのような場合に, 実体的権利保障のために, 令状という手続的権利保障が求められるのか。手続的権利保障が解除されるとすれば, そ

れはどのような場合か。

しかし、実際には、実体的権利保障の徹底という展開には向かわなかった。その後展開した方向性の鍵は、捜査官にとってわかりやすい、「ルール」の形成だったのである。換言すれば、権利保障と捜査の効率性の間で緊張関係が生じる場面において、後者を選択する方向へと動いたのである。

## (1) “Bright Line Rule”（明白なルール）の登場と展開

### (a) 権利の守護者としての“Bright Line Rule”

発端は、1973年の連邦最高裁によるロビンソン判決であった<sup>1)</sup>。ロビンソン判決は、一般に武器による抵抗が考えにくいと思われる無免許運転に基づく逮捕であろうと、逮捕行為は捜査官にとっては類型的に危険性が存在するため、逮捕時に被逮捕者の身体への搜索は一律に着手可能とした判決である。この判決の特徴は、事件の個別具体的な特徴について検討を加えずに、一般的一律に、今回の無令状搜索差押えが「逮捕に伴ったものである」という理由だけで適法と判断したのである。

この判断手法は、後に「明白なルール *bright line rule*」と呼ばれることになる。即ち、細かい利益衡量の判断を省き、より明白な基準を定立するという解釈準則である。本判決は、その嚆矢ともいえるものであった。

この判決を評釈したラフェイヴは、この「明白なルール」の定着に一役買うことになる。彼は論文の中で、ロビンソン判決を高く評価して、次のように述べた<sup>2)</sup>。修正4条の主たる目的は「捜査官の日々の活動を規制すること」にあり、同条項の法理は、「捜査官が必然的に従事する法執行活動の場面で、捜査官によって容易に適用できる表現で示されるべき」である、と。そして、微妙なニュアンスを持っていたり非常に細かい区別を要したりする基準は、「現場の捜査官が文字通りに適用することは不

1) *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973).

2) Wayne R. LaFave, “Case-by-Case Adjudication” versus “Standardized Procedures”: *The Robinson Dilemma*, 1974 SUP. CT. REV. 127 (1974), at 141–142.

可能であるおそれがある」と主張したのである。というのも、現場捜査官にとって適用困難な基準は、結局市民に対して権利侵害をもたらすおそれがある。そうである以上、権利制約のルールを明確なものにしてこそ、市民の権利は保障されると理解すべきだ。

ラフェイヴはこのように主張した上で、準則化された手続“standardized procedure”，定式化“set routine”に基づく手続きこそが必要だとしたのである。

もっとも、同時にラフェイヴは留保もしていた。それは、このような定式化されたルールが「特に適切」であるのは、①比較的プライバシー侵害が軽微であり、②非常に頻繁に執行される制約行為であり、③個別事案における固有な事実を現場で説明することが困難な類型の行為である、というものである。その上で、先のロビンソン判決は、これら①～③の条件に合致する点で適切だと評した（同判決法廷意見は、一律の搜索着手の正当化に際して、①～③を掲げている）。

ここでラフェイヴによって描かれた「明白なルール Bright Line Rule」は、権利の守護者としてのイメージを持っていた。というのも、その見解の主眼は、「個別具体的な判断によれば捜査官の恣意的な行為の抑止不能」という点にあり、明白なルールを裁判所が提示することで、捜査官の裁量的な権限行使を抑止することができるという考え方に支えられたものだったからである<sup>3)</sup>。

実際、後にブラッドリーは、ラフェイヴのようなルール重視の「明白なルール Bright Line Rule」が、「法と秩序 Law and Order」論者には受容することができないくらい自由を重視した見解であり、他方で、事案毎の個別具体的な解決を図る「ケース・バイ・ケース」基準“Case-by-case basis” Rule の方は、「市民的リバタリアン Civil Libertarian」には到

3) 洲見光男「修正四条の適用判断と「明白な準則」」三原憲三先生古稀祝賀論文集編集委員会編『三原憲三先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2002年）695頁以下は、この点から「明白なルール Bright Line Rule」志向を好意的に評価する。

底受容することができないくらい権利制約的であると紹介したくらいである<sup>4)</sup>。

このように、「明白なルール **Bright Line Rule**」は当初は簡明なルールを提示することで捜査官の恣意的な法運用を抑止し、権利保障のために提唱された解釈方法論であった。しかし、この基準は、ラフェイヴの期待とは異なる方向へと動き出すことになるのである。

(b) 判例の描く“**Bright Line Rule**”～ラフェイヴとの距離～

ラフェイヴが描いた判断手法は、捜査機関による恣意的判断の予防という点に主眼があった。しかし、連邦最高裁が描く「明白なルール **Bright Line Rule**」は、ラフェイヴとは異質なものであった。それが刑事手続の場面で端的に表出したのが、いわゆる「自動車例外」の場面においてである。

その萌芽は、1970年のチャンバース判決において既に見られてはいた<sup>5)</sup>。「自動車例外」は、合衆国において判例上認められてきた、無令状捜索押収を容認する法理である。その根拠が、当初の判例では自動車の移動可能性の高さに起因する、緊急に対応する必要性にあったため、判例では自動車の移動可能性を個別事案に応じて運転者の有無などを勘案して判断されてきた<sup>6)</sup>。しかし、チャンバース判決は、自動車であるというただそれだけの理由で、移動可能性を認定し、個別具体的な、現実的な移動可能性の存否を認定せずに無令状捜索差押えを適法と判断したのである。

4) Craig M. Bradley, *Two Models of the Fourth Amendments*, 83 MICH. L. REV. 1468 (1985), at 1471.

5) *Chambers v. Maroney*, 399 U.S. 42 (1970).

6) 「自動車例外」の詳細は機会を改めて検討する。なお、「自動車例外」における無令状捜索押収の問題を検討したものとして、例えば、香川喜八郎「自動車に対する無令状捜索・押収 (一)～(二・完)」法学新報94巻11＝12号(1988年)1頁以下、同95巻1＝2号(1989年)1頁以下、洲見光男「自動車に対する無令状捜索・差押の適法性」判タ802号(1993年)51頁以下、同「自動車をめぐる捜索・差押え」現代刑事法5巻5号(2003年)39頁以下参照。

個別具体的判断を回避し、単純なルールを定立することを志向する判断方法が、この時期には既に現れ始めてはいたのである。

そして、連邦最高裁は、ルール提示の方向性をより一層強めていくことになる。同じく「自動車例外」の事案で、1981年のベルトン判決では、連邦最高裁法廷意見がラフェイヴの先の論稿<sup>7)</sup>を引用して、ルールの形成こそが必要とした上で、次のような判断をした<sup>8)</sup>。即ち、被逮捕者を車から遠ざけた後もなお、自動車の座席部分全体が、一般的には **generally** 手の届く範囲であり、逮捕に伴う搜索押収としてチャイメル判決に言うところの(被逮捕者の)「直接支配下」に同所は該当する。逮捕に伴う場合、自動車についてはコンパートメント内の物については、封緘物についても搜索を為しうる、と<sup>9)</sup>。つまり、ベルトン判決では実際に自動車に対して被逮捕者が接触できるか否かを問題とせず、一般論として自動車への接触の可能性を承認して無令状搜索押収を認めたのである。

ここで法廷意見がラフェイヴの、準則化された手続き、定式化に基づく手続きを認める論稿を引用していたことが、ラフェイヴの反発を買うことになる。

ラフェイヴは、ベルトン判決の同年、「私は、最高裁が私のことを丁重に扱ってくれたなどとは全く思っていない」と激しく批判した<sup>10)</sup>。そこでは、ベルトン判決の法廷意見がラフェイヴを引用の上、自らの論理を正当化している点について批判をしたのである。ラフェイヴの法廷意見

---

7) LaFave, *supra* note (2), at 141.

8) *New York v. Belton*, 453 U.S. 454 (1981).

9) さらにその後、ルール志向は徹底されて自動車に乗っている者が複数いる場合に、車内の誰か一名について証拠存在についての「相当な理由」がある場合に、乗車していた者全員に対する無令状搜索押収が正当化されることになる。*Wyoming v. Houghton*, 526 U.S. 295 (1999). なお、チャイメル判決 (*Chimel v. California*, 395 U.S. 752 (1969)) については、緑大輔「合衆国での逮捕に伴う無令状搜索」一橋論叢128巻1号(2002年)75頁以下を参照。

10) Wayne R. LaFave, *The Fourth Amendment in an Imperfect World: On Drawing "Bright Lines" and "Good Faith"*, 43 U. PITT. L. REV. 307 (1981), at 325.

に対する疑問として、明白なルールを採用するに当たり、以下の4つの要件を満たすことが必要なはずだと主張する。

第一に、個別事案毎の評価を要しないような明白で確実な基準を当該ルールが提示できているのか。第二に、正確に個別具体的判断を行った場合の仮定結果と、明白なルールを適用した結果が近いものであるか。第三に、個別事案毎の判断では機能しないから明白の準則を用いているのか。第四に、捜査機関による容易なごまかしや侵害行為をもたらさないか。これら4つの要件を、ベルトン判決の提示したルールが、いずれも満たしていないと指摘する。それにも関わらず「明白なルール **Bright Line Rule**」を名乗ってラフェイヴの論文を引用したことは誤りとして批判した<sup>11)</sup>。

ここに、法廷意見とラフェイヴの理解の間に隔たりが存在する。とりわけ、ラフェイヴが、①個別具体的判断の適用結果と「明白なルール」の適用結果が近似していることを求めている点、②設定された「明白なルール」が容易に侵害行為をもたらさないことを求めている点、③個別具体的判断が機能しない場合の手段として「明白なルール」を位置づけている点は、法廷意見にはほとんど見出せない視点である。ここに、も

- 11) より具体的には、ベルトン判決についてラフェイヴは以下のように指摘している。第一に、法廷意見は「車内 **interior**」の場所的範囲、「被逮捕者を遠ざけた後」の時間的範囲などが不明確であり、どのような場合に搜索に着手できるのかわかりにくく、チャイメル判決が逮捕時に「手の届く範囲」の搜索を判示した正当化理由（証拠破壊・武装の防止）と乖離しており捜査官に混乱をもたらす (*id.*, at 326-327)。第二に、車外に被疑者を移置した上で車内を搜索している点で、チャイメル判決が想定する証拠破壊の可能性がないため、搜索が正当化されないはずであり結論に乖離がある（この点、ロビンソン判決は逮捕時の身体搜索だったため、チャイメル判決に言う「手の届く範囲」に適合的だった）(*id.*, at 328-329)。第三に、チャイメル判決のように証拠破壊可能性などがあれば被疑者を移置するという従前の対応策で足りたにもかかわらず、無令状搜索を認めたことで、却って自動車の場合はいかなる場合に無令状搜索を着手してよいかのかわかりにくくなった (*id.*, at 330)。第四に、相当な理由なくとも車内の搜索が逮捕時には可能となる論理を含んでいる点で、個別具体的判断より侵害のおそれが大きくなっており、と指摘する (*id.*, at 331-333)。

ともラフェイヴが主張した「明白なルール」の用法と、連邦最高裁判例が実際に用いる「明白なルール」の間に、相違が生じるにいたったのである<sup>12)</sup>。

とりわけ、上記②、つまり設定された「明白なルール」が容易に侵害行為をもたらさないことをラフェイヴが求めているのに比べて、連邦最高裁はその発想が弱い。そのため、連邦最高裁の用いる「明白なルール」は、ラフェイヴの想定していた「明白なルール」に比して、より権利制約的に機能しうることになったのである<sup>13)</sup>。

このように現在に至るまで連邦最高裁の採用する「明白なルール」が孕む問題点が、学説に「明白なルール」批判の流れを生じさせることになる。

## (2) “Bright Line Rule” 批判

### (a) 実体的権利保障からの乖離

ラフェイヴの考えていたものとは異なる、独自の「明白なルール」の

- 
- 12) ラフェイヴが、「明白なルール」の適用を想定していた事例は、連邦下級審ドーマン判決 *Dorman v. United States*, 435 F. 2d 385 (1970) のように、捜査官が考慮すべき事項をいくつも提示し、現場の捜査官が現実には適用しにくい判決であった。ドーマン判決は、無令状で夜間の住居に立ち入り、強盗の被疑事実で被疑者を逮捕した事案である。緊急追跡 **Hot pursuit** ではないにも関わらず夜間に無令状で住居に立ち入った上で逮捕した点が争われた。判決は、(1)被疑者によって傷害のような重大な侵害行為が為されたか、(2)被疑者が武装していると信じる合理的な理由があるか、(3)被疑事実が被疑者に存することにつき、単なる最低限の相当な理由ではなく、明白な相当な理由 **a clear probable cause** があるか、(4)被疑者が住居内にいると信じるに足る強い理由があるか、(5)迅速に執行しなければ被疑者が逃亡する可能性があるか、(6)立ち入りが、同意がないにせよ、平穩に為されるか、(7)立ち入りが夜間か(夜間の場合、当時は令状取得に時間を要した)、という7つの要素を掲げ、本件搜索はこれら要件を満たすとした上で適法とした。
- 13) より具体的には、各論的な検討を要する。その一部として、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、同「刑事手続における遺留物の領置——合衆国における「放棄された財物」——」*修道法学*27巻2号(2005年)77頁以下。

採用をベルトン判決で明示的に宣言した連邦最高裁であったが、その適用方法に対する批判は間もなく現れてくることになった。アルシューラーは、連邦最高裁の適用する「明白なルール」について、次のように指摘する。

「連邦最高裁の援用する“Bright Line Rule”の大半が、捜査官に『捜索は許されない』というよりもむしろ、『捜索は許される』と語るのは、全く偶然というわけではない<sup>14)</sup>。

アルシューラーによれば、「明白なルール」の発想は、基本的に現場の捜査官が適用しやすいルールを志向する点にあるため、結果的に捜査官にとって使いやすいルールを形成しがちであるという。このような発想の背景には、大部分の捜査官は不公正 *unfair* なことを行わない、という発想が存在するのではないか、という指摘をする。ラフェイヴがそもそも1974年時点で主張していた基準化された手続き“*standardized procedure*”，定式化“*set routine*”に基づく手続きは、ルールの不明確性から生じる捜査官の恣意的な対応を防止する点に主眼を置いていた。しかし、連邦最高裁がベルトン判決で示した「明白なルール」は、専ら捜査官にとっての適用のしやすさを念頭に置いている。先に挙げたように、ラフェイヴが本来提示していた、設定された「明白なルール」が容易に侵害行為をもたらさないことという要件が欠けている点に、まさに問題が存在するのである。アルシューラーの指摘は、その視点の違いを的確に読み取っているものであろう。アルシューラーの指摘から示唆されることは、連邦最高裁のバージョンの「明白なルール」は、捜査機関の捜査実務に対して、現状肯定的な判断に傾斜する素因を含む判断方法である、という点である。

14) Albert Alschuler, *Bright Line Fever and the Fourth Amendment*, 45 U. Prrt. L. Rev. 227 (1984), at 242.



このことは、もともと修正4条に関して実体的な権利の保障について模索してきた合衆国判例が、実体的権利保障を個別具体的に考えなくなってきたことを意味する。カツツ判決に至るまで、修正4条が保障しようとする実体的な権利内容が何なのかについて、判断が積み重ねられてきた。しかし、ルール志向の判例が登場した結果、捜査官へのルールの提示が優先される傾向が生じたのである。連邦最高裁型「明白なルール」に基づくアプローチが内在する問題は、まさにこの点にある。実体的権利の保障と捜査官へのルール提示の間で、緊張関係が生じたときに、連邦最高裁型「明白なルール」志向は、捜査官へのルール提示を優先してしまう。このことを、ラフェイヴは反発し、またアルシューラーは批判しているのではなからうか<sup>15)</sup>。

(b) ルール形成とその負担

さらに、実体的権利の保障から乖離していくという面以外にも、「明白なルール」志向を徹底していくと、別の方面から問題が生じうる。確かに「明白なルール」志向は、捜査官に簡明なルールを提示できるように思える<sup>16)</sup>。しかしながら例えば、無令状搜索押収の領域において、連邦

15) これに対して、実体的権利の保障のために、非常に狭く「明白なルール」を設定し、それ以外の行為はすべて違法な搜索押収として考える方法も論理的にはありうる。例えば、逮捕に伴う無令状搜索の範囲は「被疑者の手の届く範囲」のみとし、それ以外の範囲については、どのような事情があろうと一切無令状搜索を認めない、というものが考えられる。しかしこの場合、捜査官による緊急事態への対処は実質的には困難になる。被逮捕者以外の第三者が証拠を破壊する可能性があるときや被逮捕者を奪還しようとする可能性があるとき、実際に破壊ないし襲撃されるまで（つまり正当防衛状況や現行犯成立状況などを迎えるまで）何も捜査官はできないとすべきなのか、問題が生じる。もしそのような状況になるまで捜査官は何もできないとすれば、例えば日本では、第三者による証拠破壊の場合は証拠隠滅罪などには未遂罪が存在しないため、証拠が破壊された後に初めて逮捕及びそれに伴う搜索押収が可能になるという不合理な帰結を導くことになりうる。

16) See, e.g. Anthony Amsterdam, *Perspective on the Fourth Amendment*, 58 MINN. L. REV.349 (1974), at 393.

最高裁は「明白なルール」を住居・自動車（自動車の中でも一般乗用車と Motor home を区別する）など、搜索場所や搜索対象物（住居内の封緘物と一般の物、自動車内の封緘物と一般の物）の類型を細分化し、各カテゴリー毎にルールを設定してきている<sup>17)</sup>。そのようなルールの細密化によって、どのような状況がもたらされるのか。

これについて、アルシューラーは架空の優秀な警察官 Gazenga なる人物を想像して、数年後の合衆国における捜査実務を次のように描いている。

437個の Bright Line Rule をすべて暗記している Gazenga が自動車の搜索をする際、「封緘物は相当な理由がないため Belton 判決脚注4に基づき開封しない」し、住居内の逮捕時搜索では異なるルールが働くので「被疑者が現場にいない限りは机の引き出しは開けない」けれども、「車のコンパートメントは被疑者がいなくても搜索してもよい」。今度はキャビンクルーザーの逮捕時搜索をしようと向かったところ、「しまった！最高裁はキャビンクルーザーのための Bright Line Rule を Gazenga に与え忘れていた！可哀想な Gazenga はどうすればいいのか？」、と<sup>18)</sup>。

結局、カテゴリカルに膨大なルールを形成していくと、アルシューラーの言葉を借りるなら、「ラフェイヴ教授の3巻組み（当時）Search and Seizure をマスターするような捜査官」でなければ実際のルールの適用は困難なのである<sup>19)</sup>。ここから見えてくるのは、明白なルールを志向すること自体が、必ずしも捜査官の行為規範として有効に機能するわけではない、ということである。連邦最高裁が捜査官にとってわかりやすいように、ルールの明確化を志向したとしても、結局は膨大なルールの形成をもたらし、それを十分に捜査官が使いこなすためにはかなりの負

17) 詳細は別の機会に検討する。逮捕に伴う無令状搜索における例として、緑大輔「合衆国での逮捕に伴う無令状搜索」一橋論叢128巻1号（2002年）75頁以下、77-79頁参照。

18) Alschuler, *supra* note (14), at 285-288.

19) *Id.*, at 287.

担を強いることになる。

以上のように、「明白なルール」志向を徹底すると（「明白なルール」に純化して解釈基準を立てると）、権利保障のためには必ずしも有効とはいえない面が存在することが、ここまでの検討から浮かび上がってきた。そうであるとすれば、権利保障のためには個別事案毎 *case-by-case* の判断も活かす必要がある。

### (3) 実体的価値との接続

#### (a) 社会通念？

では、原則として個別具体的な判断を行うことが、実体的権利の保障の面で望ましいとしても、その判断方法の手掛かりはないのだろうか。個別具体的な判断と言っても、場当たりの判断であれば、実体的権利保障に資する方向にも制約する方向にも作用してしまう。判断基準の定立が必要になってくるはずである。

そこで修正4条第一文の文言「不合理な *unreasonable*」を重視して「合理的な搜索押収」の判断基準を検討しているのはアマーである。アマーの判断基準は、修正4条における令状主義自体の位置づけと密接に関わっている。しかも、アマーの修正4条解釈は、1990年代に合衆国の *Law Review* 上でしばしば議論になり、一定の影響があったものと思われる。連邦最高裁のスカリア判事はアマーの解釈手法に関心を寄せているとも言われる<sup>20)</sup>。そこで、まずはアマーの理解するところの修正4条の意味を確認したい。

裁判所不信の修正4条？ アマーの見解を正確に理解するためには、彼の憲法理論も確認しておくべきであろう。アマーは、憲法典を多数者主義 *majoritarian* 及び大衆主義 *populism* 保護のためのカタログとして理解する。その意味は、①中央の少数支配者による圧政から市民を保護し、

20) See, Davis Sklansky, *The Fourth Amendment and Common law*, 100 COLUM. L. REV. 1739 (2000), at 1762.

②市民の代理たる政府の腐敗（いわゆる「代理コスト agency cost」）を最小化するための措置として、多数者主義としての民主主義を憲法典が採用し、その擁護のために諸権利が制定された、というものである。この見解は、憲法制定過程において、フェデラリストと反フェデラリストの間で対立と妥協が行なわれた結果として憲法が制定された意味合いを重視している（反フェデラリストは中央連邦政府が強力になって、州政府を脅かすことを警戒していた）。それゆえ、私益で動いてしまう政府への不信感を前提とし、その防止のために市民が積極的に多数決に参加することを、公権力行使の様々な場面で要求するのである<sup>21)</sup>。

では、このアマーの憲法典への見方が、修正4条ではどのように反映されるのであろうか<sup>22)</sup>。合衆国の修正4条についての多数説は、「搜索差押えには原則として令状が必要」としているとし、アマーはこれを「素晴らしい考えだが、決定的に誤っている」という。修正4条の条文構造を見ると、第一文で「合理的な reasonable 搜索押収」を求めているが、第二文の規定内容である「相当な理由 Probable Cause」あるいは令状主義 Warrant Requirement、判例が形成されている違法収集証拠排除を「原則」として要請しているわけではない、という。その上で、修正7条が民事陪審（国家賠償事件も含む）を設けていることから、違法捜査に対処する手段として、市民による陪審を起草者は想定していたはず、と主張し、捜査は裁判所ではなく市民がコントロールすべきだとするのである。

ここで貫かれている発想は、令状審査システムを運営する裁判所に対

21) Akhil Reed Amar, *The Bill of Rights as a Constitution*, 100 YALE L. J. 1311 (1991), at 1312–1313. See also, AKHIL REED AMAR, *THE BILL OF RIGHTS* (YALE UNIV. PRESS, 1998).

22) 以下、AKHIL R. AMAR, *THE CONSTITUTION AND CRIMINAL PROCEDURE* (YALE UNIV. PRESS, 1997), ch. 1 による。アマーの見解はわが国では管見の限り丁寧に紹介されていないため、以下では脚注を含めてやや詳しく説明する。See also, Akhil Reed Amar, *Fourth Amendment: First Principle*, 107 HARV. L. REV. 757 (1994).

する不信任と、市民への高度な信頼である。

このような認識を基礎として、アマーは「令状によらなければ原則として搜索押収は禁じられる」という通説的な修正4条理解を批判する。文言・歴史などから、修正4条は無令状搜索押収を広く認めてきたとして、以下のような批判を投げかける。第一に、無令状逮捕（現行犯など）において、身体拘束が無令状で可能なら、ましてや物について可能なはずである。第二に、逮捕時の無令状搜索押収はコモンローで古来より許容してきた。第三に、修正4条が制定されたのと同時期に、海事調査官 *naval inspectors* が無令状で船に立入り検査することを認める立法を議会は行っていたし、関税法違反の場合に店舗への立入りを認める立法を行っていた以上、修正4条制定時に無令状搜索押収を行うことは想定済みだったはずである。第四に、コモンローは、無令状搜索をした結果、嫌疑がない場合には損害賠償の問題が生じたが、他方で、嫌疑が確認された場合には遡及的に当該無令状搜索押収を正当化していた（成功例外）。つまり、18世紀19世紀には、令状主義を「原則」として厳格にとらえていなかった。以上の四点に加えて、現在の判例法においても令状主義の無意味さは実証可能だという。それは、現在に至る合衆国の判例法自体が緊急事態例外、同意搜索、プレインビュー法理、日常生活上での搜索行為（空港手荷物検査、公立学校での持ち物検査）を無令状で執行できる旨、認めており、修正4条第二文の令状主義を「原則」として位置付けて貫くことは困難と主張する<sup>23)</sup>。

このように令状主義の「原則」性を否定した上で、アマーは第二文の令状発付についての規定は、「曖昧な令状（一般令状）*Broad warrant* = 一律不合理」とする趣旨であって、令状主義原則の宣言ではないとする。アマーによれば、起草者は司法過程自体に対して疑いの眼差しを抱えており、令状発付権限を制約するために第二文を設置したというのである。

23) AMAR, *supra* note (21), at 4–10.

このような起草者にとって、違法捜査抑止のために裁判所より信頼するに足るのは、12名の陪審員たちであったという。このように民事陪審によって違法捜査を抑止するという発想には歴史的な裏づけが存在する、とアマーは言う。第一に、イングランドの判例を確認すると、米国であれば修正4条に関わってきそうな事例はいずれも民事陪審の訴訟事件として処理してきた。第二に、1787年ペンシルバニアの反フェデラリストの主張では、陪審こそが搜索押収から無力な市民を守るとされていた。第三に、メリーランドにおける権利章典批准時の反フェデラリストの主張も、陪審以外に一般令状執行による権利侵害からの救済方法はないというものであった。第四に、初期の裁判官の中にも搜索押収における救済として民事陪審を念頭に置く者があった<sup>24)</sup>。

このようにアマーは主張して、違法収集証拠排除法則の採用を否定し<sup>25)</sup>、民事陪審による捜査の規制を主張する。

**アマーの修正4条解釈基準とその問題** その帰結として、修正4条第一文の「合理性」の解釈基準として以下の二つを提案する（当然、無令

24) *Id.*, at 11-15.

25) アマーは排除法則については、以下のように主張する。①排除法則の根拠とされている司法の廉潔性については、行政訴訟で証拠排除法則なくとも司法の廉潔性に疑義が生じないのに刑事手続においてのみ廉潔性が問題となるのはおかしい。また証拠排除により真実究明をしにくくなるとすれば、却って廉潔性への疑義が生じる。②証拠排除による抑止効という根拠については、証拠排除によるよりも、損害賠償による方が違法捜査の抑止は期待できるし、そもそも抑止効論によれば政策的に救済の要否を判断することになり、被告人にとって違法捜査の追及は自らの「権利」行使とは言いにくい。③元来、違法収集証拠排除法則は自白排除法則（修正5条）を証拠物についてパラレルに考えられたものであるが、修正5条が純粹に刑事手続についての規定であるのに対し、修正4条は非刑事手続にも適用されるものであり、そもそもパラレルに考えること自体がおかしい。以上のようにアマーは主張している。*Id.*, at 23-31. しかしながら、このようなアマーの主張が説得的といえるか問題とする余地はあろう。というのも、違法収集証拠排除法則による救済と民事陪審による救済が二者択一であるべき必然性はないからである。究極的には、違法収集証拠排除法則が真実追求の阻害要因になりうるとアマーが認識している点が、排除法則の否定という帰結につながっているのであろう。

状搜索押収にも適用される)。第一に、「社会通念（常識）としての合理性 Common-sense Reasonableness」である。これは、市民が陪審で判断することを前提とした基準である。証拠物の存在可能性、搜索押収による権利制約の大きさ、搜索押収対象物の明確性、搜索押収を達成するための他の手段の有無などを考慮し、重罪犯罪ほど広範に、軽微犯罪ほど厳格に判断するのだという<sup>26)</sup>。

第二に、「憲法的合理性 Constitutional Reasonableness」である。上記の社会通念とは別個に、憲法上認められている価値を保障するために、それらの価値を「合理性」の中に充填して解釈することが必要だという。例えば、新聞社への搜索押収では表現の自由の制約が問題となりうるので、証拠が存在する可能性のみならず、当該証拠が破壊される可能性も搜索押収の正当化事由として必要となる、などである。

アマーの見解の魅力は、市民による徹底した公権力監視の視点にある。実体的権利の保障を実現するために、民事陪審による懲罰的損害賠償を活用すべきという提案もしており、アイデアとしては目を引く面もある。しかし、批判も多い。修正4条の解釈基準の定立に際して、歴史分析から令状主義の「原則性」を否定しているものの、その歴史分析自体に誤謬が数多く存在するという指摘<sup>27)</sup>、また違法と宣言することの効果

26) アマーはここで、盗聴の場合、事前に被処分者への告知や対象会話の特定ができない以上、「令状主義」原則を採用してしまうと修正4条違反は免れないとし、自らの提案する第一文を中心とした理解（令状主義の原則性を否定する見解）に立つメリットは、盗聴を合憲にできる点にあると主張する。アマーの論理に従えば、明らかに令状主義の原則性を宣言している日本国憲法35条の下では、盗聴は正当化しえないということになろう。日本で盗聴の違憲性を主張する論者の中でも、このアマーの論理を採って日米を比較する主張として、小田中聰樹ほか『盗聴立法批判』（日本評論社、1997年）104頁以下、特に110頁以下 [村井敏邦]。

27) アマーへの批判として多いものが、歴史分析における問題性である。例えば、マクリンらによれば、そもそも修正4条が第2文で要求している「搜索押収対象物を特定した令状」自体が、英国及び植民地であり採用されてなかった（1776-1784年にかけて一部の州で一般令状が禁止されたにもかかわらず、多くの州では援助令状または一般令状が使用されていた）。このような一般令状による権利制約



としての違法収集証拠排除法則を否定するという帰結の不合理さに対する指摘である<sup>28)</sup>。

◇ の状況を受けて、起草者は令状を用いるのみならず、当時の慣行に対して令状の特定化を要求すると言う、いわば上乗せの規制を憲法典で定めたという。この事実を重視する理解に立てば、特定されていない令状を用いた執行官による権利侵害を抑止するために、令状の特定化を憲法は要求しているのであり、より執行官による濫用のおそれが大きい無令状搜索押収は、令状搜索押収並みの要件を求められるはず、という見方が出てくる（即ち、Probable Causeこそ修正4条の核心であり、この要件は無令状搜索押収にも求められる。また、執行官の権限濫用を抑制するためには、無令状よりは特定化された令状の方が望ましいという理解が起草者にあったはず、という理解も導かれる）。マクリンらによれば、制憲前後に慣行として用いられていた無令状搜索押収と、「原則として令状が必要」という起草者の目指していた規範は、必ずしも一致するわけではない。起草者は、当時の慣行・コモンローよりも厳しい規範を憲法を通じて設定していたという理解に立っている。See, Tracey Maclin, *When the Cure for the Fourth Amendment is Worse than the Disease*, 68 S. CAL. L. REV. 1 (1994), Donald Drips, *Akhil Amar on Criminal Procedure and Constitutional Law: "Here I Go Down That Wrong Road Again"*, 74 N.C.L. REV. 1559 (1996), Carol S. Steiker, *"First Principle" of Constitutional Criminal Procedure: A Mistake?*, 112 HARV. L. REV. 680 (1999), William John Cuddihy, *The Fourth Amendment: Origins And Original Meaning, 602-1791* (Search And Seizure) (1990 Ph.D. dissertation, Claremont Graduate School). このように、アマーの歴史認識自体に疑義が示されている。修正4条の解釈・判断のために、コモンローなどの歴史を決定的根拠として使うこと自体が、アマーの解釈方法論から論理必然的には導かれず、不明確な一定の価値観に依拠しているのではないか、という指摘もある。See, Louis Michael Seidman, *Akhil Amar and the (Premature?) Demise of Criminal Procedure Liberalism*, 107 YALE L. J. 2281 (1998), at 2292-2293.

28) 違法収集証拠排除法則を否定することについては、次のような指摘がある。アマーの修正4条解釈によれば、証拠排除を否定し、また修正5条違反による毒樹の果実で得られた証拠の排除も否定される。これは、被疑者被告人の権利擁護手段としての証拠排除が、真実発見を阻害するという事実認識に基づく。他方で、供述は違法に採取されると内容の信用性に疑問が生じるため、修正5条自己負罪拒否特権違反によって採取された供述は、捜査段階であれ公判段階であれ、証拠能力を否定される、と説明する。AMAR, *supra* note (21), ch.2. しかし、もし修正4条におけるアマーの論理を徹底するのであれば、修正5条の自己負罪拒否特権侵害に基づく捜査段階での自白の証拠排除も否定されるはずであり、その点が不徹底であると批判する。というのも、修正5条の文言上、強制が禁じられているのは「証言 witness」であって、捜査段階での供述ではないからである（身体拘束された下での供述も、文言上は強制から保障される対象となっていない）。そして、捜



このようなアマーの論理で無令状搜索押収の適法性判断基準を検討する場合、令状主義の「原則性」を否定する以上、無令状搜索押収の適法性判断にあたって、「搜索差押令状を取得する時間的余裕があったか」という基準は論理的に採用しないことを意味する。令状が法的規範として必ずしも求められるわけではない以上、無令状搜索押収の適法性判断において令状取得可能性を考慮する理由が失われる。

また、修正4条の解釈基準として厄介なのは、「社会通念（常識）common sense」による適法性判断を認める点にある。この「社会通念」が実体的権利保障のために、どのように機能するのかは、非常に不明確である。重大事件であれば、搜索押収の被処分者のような権利制約をされた者にとってかなり権利制約的に運用されるおそれも否定できない。このようなりスクを搜索押収の被処分者に負わせてよいのか、問題となりうる。

このようにそもそも曖昧な基準であるが、アマーの論理が、もともと裁判所不信を沿革に持つ民事陪審による救済を前提とし、また憲法典を各州が自律的に統治を行うために市民参加を憲法起草段階から想定されていたことを前提としている点にも、注目すべきである。アマーによれば、修正4条が、抽象的な文言である「合理性 reasonable」を規定している含意は、陪審による公権力行使のチェックという文脈において「社会通念」を判断基準として取り込む意味があった。すなわち、「社会通念」という概念は、陪審制度とセットで用いられており、この点ではわが国と想定される状況に相違がある点には留意しておく必要がある。

↘ 査段階での違法が仮にあるとしても、それはアマーが修正4条の箇所でも主張するように、民事陪審で救済すれば足りるはずである。See, Michael Stokes Paulsen, *Dirty Harry and the Real Constitution*, 64 U. CHI. L. REV. 1457 (1997). この点でアマーの解釈手法は一貫性が欠けているという批判がある（もっともこの指摘をするポールセンは、アマーの論理を徹底させて、違法な収集手段により得られた自白も証拠排除すべきではない、という帰結を導くが、そのことの適否は別途問題になろう）。

(b) “Less Intrusive Means” 法理？

実体的権利保障としての修正4条の機能に、アマーの議論よりも合致しうる判断基準を提示し、示唆的な議論をしていると思われるのが、ストロッセンである<sup>29)</sup>。ストロッセンは基準としては厳格なものを主張する。それは“Less Intrusive Means”の基準あるいは、“The Least Intrusive Means”の基準である（なお、ストロッセンの用語としては後者を用いている。ラフェイヴは前者の言葉を用いている）。つまり、より侵害的でない手段を捜査機関が採用しない限り、当該捜査方法は違憲となるという基準である。この基準においては、令状による搜索押収の方が、無令状搜索押収に比して司法審査を経ており権利制約行為を限界付けることができるため、原則として権利制約を最小限にするために令状を要するとする。つまり、アマーと異なり、無令状搜索押収の正当化には「搜索押収令状を取得する可能性」がなかったことが求められる。加えて、この基準の適用に当たっては、目的と手段との間に抽象的・観念的な関連性があればよいというのではなく、具体的・実質的な関連性が求められる。これは、日本の憲法学においてしばしば表現の自由の合憲性判定基準に用いられる、「より制限的でない他の手段」基準、あるいはLRA基準（Less Restrictive Alternative）と呼ばれるものと同じ内容を持つ<sup>30)</sup>。この基準は、スタントの主張していた「強制からの自由」論と

29) Nadine Strossen, *The Fourth Amendment in the Balance: Accurately Setting the Scales through the Least Intrusive Alternative Analysis*, 63 N. Y. U. L. REV. 1173 (1988). 同様の視点に立ちつつ、特に「相当な理由」要件について分析したものとして、See, Thomas K. Clancy, *The Role of Individualized Suspicion in Assessing the Reasonableness of Searches and Seizures*, 25 U. MEM. L. REV. 483 (1994).

30) 洲見光男は、この基準を、ドイツの行政法学において採用されている「警察比例の原則」と類似のものとして、「比例原則」の一部と位置付けている。洲見光男「修正四条による裁量統制手法」小早川義則ほか編『光藤景皎先生古稀祝賀論文集・上巻』（成文堂、2001年）179頁以下、180頁及び184頁。なお、戸松秀典『憲法訴訟』（有斐閣、2000年）311頁、313頁参照。しかし、「警察（捜査）比例の原則」の理解については注意を要する。もし「警察比例の原則」に、必要最小限の手段であることを要求する旨が含まれるとすれば、LRA基準は比例原則と同視す

共通する部分が存在する。それは、捜査機関によって行使される手段について、最小限性が求められる点である。しかし、スタントの主張ではカバーされていないプライバシー権や財産権の保障を、ストロッセンの基準の場合は取り込むことができる。つまり、搜索押収の適法性判断に際して、プライバシー権や財産権の性質を考慮に入れることが可能となる。この点にスタントの見解との大きな違いが存在する。

そして、ストロッセンによれば、連邦最高裁の判例の中にも、“Less Intrusive Means” ないし “The Least Intrusive Means” を適用したと思われるものがあるという<sup>31)</sup>。具体的には、1968年のテリー判決<sup>32)</sup>、1983年

ることができる。他方で、「警察（捜査）比例の原則」が、手段について「相当性」を要求するものであり、捜査機関に一定の裁量を認め、手段と目的が「明らかに」均衡を失わない程度であることを求めるにとどまるとすれば、LRA 基準を比例原則と同視することは困難である。ドイツの比例原則においては、「必要最小限性」が厳格に要求されるか否かについて、コンセンサスが成立しているわけではなく、LRA 基準を比例原則と同視してよいか否かは注意を要する。高木光「比例原則の実定化——「警察法」と憲法の関係についての覚書——」樋口陽一ほか編『芦部信喜先生古稀祝賀・現代立憲主義の展開・下』（有斐閣、1993年）211頁以下参照。例えば、任意捜査における有形力行使の適法性などは、しばしば「必要性、緊急性、相当性」を満たす必要があるとされるが、これが、LRA 基準のように手段の「必要最小限性」を具体的実質的に立証することが求められる、という意味を含めているのか、疑わしいように思われる。なお、田宮裕『総合判例研究叢書・刑事訴訟法（16）』（有斐閣、1965年）28-29頁は、捜査比例の原則について、実力行使の必要最小限性が求められるものと解すべきだとしている。

31) Strossen, *supra* note (28), at 1215.

32) *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968). 事案は以下の通りである。私服捜査官がパトロール中、二人組の不審な男性を発見した。彼らは、ある店を十数回繰り返し覗いては、第三の男と会話していた。これを見た捜査官は強盗の可能性があると判断し、二人組に近寄り、身分を明かした上で氏名を確認。明確に答ええないため、Xをつかまえて着衣の外からはたいところ、胸ポケットに拳銃があることが判明した。拳銃をポケットから取り出すことが困難だったので、捜査官はXらに対して近くの店に入るように命じ、そこでオーバーを脱がせて拳銃を押収した。三人とも同様に着衣の外からはたき、Yからも拳銃を押収した。そこで武器の不法所持で逮捕した。以上の過程中的拳銃押収の点につき、フリスタの適法性が争われた。ウォーレン判事による法廷意見は、可能な限り令状によって搜索を行うことが原則であると認めつつ、令状取得が不可能な例外的な事情が存在する場合があ

ロイヤール判決<sup>33)</sup> など4件の判例をその例として掲げる<sup>34)</sup>。その4件の判例の共通している判断枠組みは、捜査の目的と手段の関係を検討し、目的達成の手段として当該手段が「最小限だったと言えるか否か」を検討する手法を採用している点にあるという。

確かに、ストロッセン自身も認め、また日本では洲見光男が指摘するとおり、連邦最高裁は“Less Intrusive Means”を明示的に否定した判例も出している<sup>35)</sup>。

しかし、修正4条が実体的権利の保障を含み、その保障の充実のために手続の保障をしているのだとすれば、個別具体的判断の枠組みとして、“Less Intrusive Means”ないし“The Least Intrusive Means”を採用することは魅力的であるように思われる。この見解を根拠付け、整理することはできないだろうか。そのような試みは、合衆国の学説上見られないのであろうか。その示唆は、合衆国の連邦最高裁判例を見ていくと、各判事の意見の中に、そしてその意見に着想を得た学説の中に存在する。



るとし、個人の利益とそれに対する権利制約の必要性との比較衡量によって決定すべきとする。その上で、逮捕の相当な理由がなくとも、相手が武器を所持しており危険だと信じるべき理由がある場合には武器の捜検は許されるとし、本件は捜査官が自らの身体の安全確保のために、着衣の上からはたいたに止まるため、採用した探索の手段として適法と判示した。

33) *United States v. Royer*, 460 U.S. 491 (1983). 事案は以下の通りである。空港で情報提供者から事前に薬物売買の被疑事実のある人物について、外観などの情報を得ていた捜査官が、似た人物を発見し、同行を求め、小さな室内に連れて行った。そこでカバンの開封を求めたところ、被疑者が鍵を出したため開封、薬物を発見し、逮捕した。ホワイト判事法廷意見は、同行を求めた段階で、同行を拒絶することができることを示さないままに小部屋に連行した点を捉えて、違法な身体拘束状態であったことを認定し、身体拘束下の同意に基づく搜索に任意性が欠けていることを挙げて証拠を排除した。

34) 他に、*Delaware v. Prouse*, 440 U.S. 648 (1979), *United States v. Brignoni-Ponse*, 422 U.S. 873 (1975).

35) 例えば、*Illinois v. Lafayette*, 462 U.S. 640 (1983)[被逮捕者の留置の際の所持品検査]、*Colorado v. Bertine*, 479 U.S. 367 (1987)[被逮捕者の自動車の積載物目録作成のための検査]など。なお、洲見・前掲注(29)184頁参照。

(c) フランクファーターの蘇生

**Less Intrusive Means の根拠** 合衆国連邦最高裁判事、フランクファーターの評価は、人によって様々である。国旗への敬礼を「エホバの証人」信者が拒否した事案において、その信者の行為を修正1条によって保障することを拒否したという面もある<sup>36)</sup>。しかし、同時に彼はACLU (American Civil Liberties Union) に参加していた。個人の権利保障、自由な社会の維持を志向していた面もある<sup>37)</sup>。

修正4条については、フランクファーターの判断は実体的権利の保障を強く志向したものであったと思われる。逮捕に伴う無令状搜索差押えについて、住居全体を広範囲且つ長時間にわたって搜索したことを合憲と判断したハリス判決において、フランクファーターはその反対意見で次のように述べた<sup>38)</sup>。

「(修正4条の歴史を説いた上で) 私にとって、権利章典の他の保障を享受するための中心となっている条項として、[修正4条の] 背景は尊重されるのである。捜査官が逮捕を執行するというだけで、屋

---

36) *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586 (1940). *See also, West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), at 646 (J. Frankfurter dissenting).

37) フランクファーターは12歳のときにユダヤ系オーストリア人として移民してきたことに強いアイデンティティを有しており、公民権を合衆国で得て連邦最高裁判事になった自分を承認した国家に対し、強い愛着を抱いていたという。そのため、「個人」の自由の保障を重視した反面、戦争の最中という特殊な環境下の判決において、自由を保障する国家自体を崩壊させないために「個人」に対して国家との統合 **unity** を求めたものとして分析できるという。これに対し、バーネット判決で国旗敬礼の強制を違憲としたジャクソンは、国家に統合されない「個人」によってこそ、自由が形成され、そこから国家を形成する自由が生まれるという発想であった。以上の分析について、蟻川恒正『憲法的思惟』(創文社、1994年) 106-123, 151-171頁参照。本稿は、このようなフランクファーターの思想それ自体を支持するものではない。

38) *Harris v. United States*, 331 U.S. 145 (1946), at 163 (J. Frankfurter dissenting).

根裏から地下室まで無令状で人々の住居を捜索できるとすれば、思想の自由、表現の自由、宗教の自由が、どうして存在し得ようか?」

また、このフランクファーターの「後継者」だったと評されることもある<sup>39)</sup> マーシャルは、ローリングス判決においてフランクファーターの言葉を引用して、以下のように表現する<sup>40)</sup>。

「フランクファーター判事によれば、『(修正4条に関する)判決は、同修正条項が権利章典のどの条項よりも重要だと位置づけるか、全体として犯罪に対する戦争のためには迷惑で重大な障壁になっていると考えるか、の問題に帰する』 *Harris v. United States*, 331 U.S. 145 (1946), at 157 (dissenting opinion)。…民主主義の社会における諸自由を保障するためには、修正4条を躊躇することなく適用することが不可欠であると、私は信じ続けている」

マーシャルも、フランクファーターと同様に、修正4条による権利保障を実効的に行うことなしに、その他の権利を保障することはできないという理解を示していたと言える<sup>41)</sup>。このマーシャルの発想は、個人々の権利の実質的救済を重視している点で、「明白なルール」準則を捜査の効率性と結合させた形で展開している、近時の連邦最高裁判例と好対照をなす<sup>42)</sup>。

このようなフランクファーター、マーシャルの発想は、修正4条について、次のような位置づけを与えていると言えるのではないか。即ち、

---

39) Mark Tushnet, *Constitutional Interpretation, Character, and Experience*, 72 B.U.L. REV. 747 (1992), at 758.

40) *Rawlings*, 448 U.S., at 121.


41) Tracey Maclin, *Justice Thurgood Marshall: Taking the Fourth Amendment Seriously*, 77 CORNELL L. REV. 723 (1992), at 731.

42) *Id.*, at 741.

修正4条の搜索押収を受けない権利が、思想良心の自由、表現の自由などの保障の前提になる権利章典の枢要な部分であるとの理解があるのではないか<sup>43)</sup>。搜索押収、身体拘束が濫用される社会においては、民主主義自体の基盤が崩壊するという認識、つまり搜索押収、身体拘束からの自由が他の自由権に対して論理的に先行して保障される必要があるという認識が存在しているように思われる。より丁寧に言うなら、財産の公用収容などとは異なり、搜索押収という文脈で財産権やプライバシー権が制約される場合、その制約は刑罰権の発動という人身の自由への危機をもたらす。そして、その人身の自由が不当に制約されることは、他のあらゆる自由権—表現の自由や信教の自由、経済活動の自由など—を行使できなくなることを意味する。従って、搜索押収という文脈における財産権・プライバシー権は、他の自由権に先んじて保障される必要がある。—フランクファーターの言葉を、わかりやすく表現するなら、このように言えるのではないか。

この場合、修正4条の搜索押収を受けない権利は、思想良心の自由・表現の自由が存在する前提になるにもかかわらず、搜索押収行為の合憲性判定基準が緩くてもよいはずがないであろう。搜索押収を受けない自由の価値の高さが、フランクファーターやマーシャルの主張から見出すことができ、その価値の高さを前提とするのであれば、合憲性判定基準も厳格なものが採用されるはずである。そこで、修正4条は修正1条〔表現の自由〕で保護される政治的言論と同様の保障程度を要すると解すべき、という主張が導かれるのである<sup>44)</sup>。このようなフランクファーター

43) *Boyd*, 116 U.S., at 625には、同じような認識を示していた1761年2月のボストン（当時はまだ植民地）でのジェームズ・オーティス James Otis の主張を引用している（パクストン事件において主張した。同事件については既に述べた）。ボイド判決の引用するところでは、オーティスは、当時用いられていた援助令状による搜索押収が「恣意的な権力行使のための最悪の道具であり、もっともイングランドの自由を破壊するもの」と評している。

44) Strossen, *supra* note (28), at 1241. See also, Joseph D. Grano, *Probable Cause and Common Sense: A Reply To The Critics of Illinois v. Gates*, 17 U. MICH. J. L. REF. 



の発想は、先ほど確認した市民（民主主義）による捜査機関統制を志向するアマーに対して、裁判所（立憲主義）による捜査機関統制を志向しているもの<sup>45)</sup>として位置付けることも可能であろう。

フランクファーターの蘇生<sup>46)</sup>では、修正4条における合憲性審査基準は、どのように設定されるべきであろうか。この点について、修正1条の表現の自由においてしばしば用いられる「厳格な基準 Strict Scrutiny」を用いる論者が出てきている<sup>46)</sup>。

この場合、合憲性の判定の際には、目的とその手段、そして両者の関連性について審査が求められることになる。

まず、目的審査においては、無令状搜索差押えを行うことについての緊急の必要性 *necessity* の立証が求められるという。つまり、緊急事態が存在するなど、令状を用いることができないという理由を政府が証明する必要が生じる。これにより、無令状搜索押収が許容される範囲は、緊急事態などによって令状の取得ができないことが正当化できる範囲に限定されることになる<sup>47)</sup>。

同時に、犯罪の立証、訴追のために搜索押収を行う必要性として、「やむにやまれぬ政府の利益 *Compelling Government Interests*」が求められる。搜索を行うことについて、どうしても必要となる利益が存在することの立証も、政府が負うべき責任である<sup>48)</sup>。これは、日本でいうところの「正当な理由」、つまり「搜索押収の必要性」「嫌疑の存在」の立証が、令状請求者・捜査機関に求められることと平行に理解できるかも知れない。なお、この論者によれば、「やむにやまれぬ政府の利益」の存否

◇ 465 (1984), at 520–521, *Maclin, id.*, at 731.

45) Sklansky, *supra* note (19), at 1763–1764.

46) Wayne D. Holly, *The Fourth Amendment Hangs in the Balance: Resurrecting the Warrant Requirement through Strict Scrutiny*, 13 N. Y. Sch. J. Hum. Rts. 531 (1997), at 566.

47) Holly, *id.*, at 567–570.

48) *Id.*, at 571.



の判断にあたっては、犯罪の重大性（被侵害利益の重大性）を考慮することも認められるという。例えば、飲酒運転を緊急追跡 hot pursuit し、そのまま運転者の住居寝室へ無令状搜索で立ち入り、同運転者を逮捕したような事案は、その犯罪の軽微さに鑑みて、無令状搜索を正当化できるだけの「やむにやまれぬ政府の利益」が存在しないために違法と判断できる<sup>49)</sup>。これに対して、強盗（殺人）の被疑者を緊急追跡 hot pursuit し、無令状で逃げ込んだ先の住居寝室へ無令状搜索を行って逮捕することは、犯罪の重大性に鑑みて、「やむにやまれぬ政府の利益」が認められることになる。後者の場合は、少なくとも目的審査はパスすることが期待できる。

次に、手段審査においては、もっとも侵害性のない手段 The Least Intrusive Means の行使であるか否かが審査されることになる。目的審査が法執行の目的の適正性審査であるのに対し、この手段審査においては、法目的を達成するための、より徹底的でない方法、あるいはより制限的でない他の選びうる手段を採用できたことを指摘して違法との判断を下しうる。

そして、目的達成のために採用された手段として、目的との間に実質的具体的な関連性がある旨を立証することを、法執行機関たる捜査機関は求められることになる。例えば、犯罪の逃亡に用いられた自動車を搜索するのに、机の引き出しを捜すような行為は、関連性を欠くために違

---

49) *Welsh v. Wisconsin*, 466 U.S. 740 (1984). *See against, Atwater v. City of Lago Vista*, 532 U.S. 318 (2001). この2001年のアットウォーター判決では、シートベルト着用義務違反のように罰金刑しか科されない軽微犯についても、無令状逮捕を為しうるとしている。根拠として、明確な基準の設定の必要性を挙げ、「明白なルール」を宣言したとされている *Robinson*, 414 U.S. 218 (1973) や *Belton*, 453 U.S. 454 (1981) を引いている。ここでは、ルール形成が重視されており、1984年のウェルシュ判決のような、比例性への配慮が見られない。アットウォーター判決の以上の点を批判する論稿として、*See e.g., Comment, The Fourth Amendment: Administrability Defeats Reasonableness in the Application of Arrest Law*, 54 Fla. L. Rev. 827 (2002).

法と判断される。この判断要素は、先に見たスタントツが主張していた「強制からの自由」の保障の側面を含みうるであろう<sup>50)</sup>。

このような判断手法に対しては、いくつか批判がありうる。第一に、司法府に法執行機関並みの判断を要求することになり、現場で活動を行っているわけではない裁判所には、実質的な判断を行うことは困難ではないか、という批判がありうる。

これに対しては、ありうる最小限手段の提示は被告人側の争点形成に委ねることになるので、さほどの困難はないし、表現の自由などの領域では現に LRA 基準を用いているが裁判所の判断能力に対する疑義は示されていないことが反論として可能であるという。

第二に、このように厳格な判断を行うと、現場捜査官の迅速な判断を妨げることにならないか、という批判がありうる。しかし、これに対しても、捜査官は犯罪捜査の専門家として様々な捜査方法を熟知しているはずであり、現にテリー判決で見られたように適切な手段 (patting) をとる能力は充分にあるはず、と反論する<sup>51)</sup>。

以上のような厳格な基準を利用する議論は、実体的権利保障の条項として修正4条を位置付け、その実効的な保障を意図する際に、極めて示唆的な適法性判断基準であるように思われる<sup>52)</sup>。ただ、この厳格な基準

50) See, William J. Stuntz, *Privacy's Problem and the Law of Criminal Procedure*, 93 MICH. L. REV. 1016 (1995). 緑大輔「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——」修道法学28巻1号 (2005年) 143頁, 182頁以下参照。

51) Holly, *supra* note (45), at 579-589.

52) 本稿では自由な民主主義社会を維持する必要性から説明する論理を紹介したが、近時、刑事手続における実体的権利保障の重要性を憲法基礎理論から説明しようとする試みも現れている (先のアマーの所説も憲法基礎理論の利用という側面がある)。搜索押収からの自由, 身体拘束からの自由を, 保障すべき価値の高い権利として位置付けるために, 共和主義, 個人の尊厳など政治哲学から説明するものがある。See e.g., JOHN H. ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST* (HARV. UNIV. PRESS, 1980), at 96-97, Silas J. Wasserstrom & Louis Michael Seidman, *The Fourth Amendment as Constitutional Theory*, 77 GEO. L. J. 19 (1988), CASS SUNSTEIN, *PARTIAL CONSTITUTION* (HARV. UNIV. PRESS, 1993), at 136, Erik G. Luna, *Sovereignty and* ↗

を利用する解釈準則は、主に個別具体的な事実を事案毎に勘案する、総合考慮アプローチとして位置づけられる。

しかし、ラフェイヴが先に指摘していたように、実体的権利保障の実効化を念頭に置くとすれば、場面によっては事案の性質・個別具体的な事情を考慮せずに、一定の要件の具備の有無のみで一律に適法性を判断する一律判断アプローチも用いる余地があるかも知れない（以下、本稿では、実体的権利保障を第一次的に考え、事案の個別事情によらずに適法性を判断する手法を、「明白なルール」志向と区別して「一律判断アプローチ」と呼ぶ）。

権利制約を必要最小限にするために、総合考慮アプローチと一律判断アプローチの両者を、どのように組み合わせて用いるべきか、検討する必要があるだろう。

### 3. 実体的権利と適法性判断基準

ここまで、合衆国憲法修正4条の制定経緯を概観し、その後、判例が修正4条の保障する利益についていかに苦悩してきたかを見てきた。そこで見えた事実、それは合衆国が修正4条の保障する利益としての「実体的権利」の内容を、どのように理解するかをめぐる曲折であった。そして、実体的権利の保障内容の理解の相違が、盗聴への令状主義の要否や、違法収集証拠排除の申立適格などの問題にも影響してきたことを確認した。

ここからわかることは、搜索押収をめぐる問題を、実体的権利の保障の問題と切り離して検討することの困難さであり、両者の結びつきの強さである。

さらに、実体的権利としての「プライバシーの合理的期待」がコンセンサスを得た後、解釈準則として、捜査官の効率的な法執行を重視した「明

↘ *Suspicion*, 48 Duke L.J. 787 (1999), *and so on*. もっとも、ここに掲げた論稿は憲法基礎理論に主眼を置いたため、具体的な帰結が不鮮明なものも多い。なお、政治哲学を判例の分析に用いることに懐疑的な論稿としては、Tushnet, *supra* note (38).

白なルール」志向が判例の中で目立ってきていることを確認した。しかし、その結果は、本来実体的権利の保障を志向してきたはずの合衆国の過去の判例から乖離するという結果をもたらした。実体的権利を保障するために必要なはずの解釈準則が、その機能を果たさない様子を垣間見た。そして、「明白なルール」志向を克服するための学説上の議論を追った。それにより、実体的権利の保障を念頭に置くのであれば、個別具体的な判断は避けられないことが浮かび上がってきた。

すなわち、適法性を判断する際の判断枠組みとして、事案の個別性を問わない「明白なルール」基準と、事案の個別具体的な事情を適法性判断に取り込む総合考慮アプローチが選択肢として存在するところ、特に無令状搜索押収においては、「明白なルール」志向では過度に定型化された判断枠組みが、却って権利制約的に作用してしまう可能性を持つため、総合考慮アプローチが必要な場面が存在することが示唆されていた。

次に、総合考慮アプローチの下では、個別具体的な判断を行う際の衡量基準が問題となりうる。

その基準のひとつとして、アマーによる「社会通念」と「憲法合理性」をミックスした基準を取り上げた。しかし、アマーの判断基準は、修正4条は強い裁判所不信に基づく規定であり、違法な搜索押収からの救済は民事陪審による国家賠償が想定されている。他方、日本の憲法では、合衆国のような裁判所不信を前提として憲法35条が設けられたわけではなく、むしろ警察官・検察官による搜索押収の在り方への不信と、それに対する裁判所によるコントロールへの期待から35条は設けられたと思われる。実際、合衆国憲法と異なり、捜査機関の搜索押収に対する事後的な適法性判断として、民事陪審を想定している規定は存在しない。そのため、仮にアマーの歴史理解が妥当であるとしても、合衆国と日本では令状主義採用の前提が異なる、ということになろう。「社会通念」が判断基準として、適法性判断への市民参加と結合して主張されるのだとすれば、憲法35条は市民による事後的な適法性判断を想定していない以上、憲法上、市民による判断

を想定した形での「社会通念」を無令状搜索押収への規範として用いることは不適切、ということになりそうである。従って、アマーの議論は、合衆国では成り立ちうるとしても、日本国憲法の下で同じ論理を成り立たせることは困難であり、また無令状搜索押収の適法性判断基準としても日本に導入することは難しいように思われる。

そこで、本稿は、刑事手続における搜索押収という特殊性を重視し、搜索押収を受けない権利は特に価値が高いという議論を目にした。即ち、搜索押収という文脈で財産権やプライバシー権が制約される場合、その制約は刑罰権の発動という人身の自由への危機をもたらす。そして、その人身の自由が不当に制約されることは、他のあらゆる自由権—表現の自由や信教の自由、経済活動の自由など—を行使できなくなることを意味するため、搜索押収という文脈における財産権・プライバシー権は、他の自由権に先んじて保障される必要がある、という主張である。この特殊性に鑑みて、ストロッセンらが主張する厳格な基準（Less Intrusive Means）が示唆的であることを示した。

以上を簡潔にまとめると、捜査官に明確な行為規範を与えるべく定型化したルールを提示しても、そのルールが過度に一般化されれば却って不合理な権利制約を正当化してしまう危険性が確認されたといえる。そして、そのような状況を予防するには、事案毎に個別具体的な判断を行い、その際の判断準則として必要最小限の権利制約か否かを厳格に審査する方が有効な場合も多いことが示唆されていた。また、権利制約性の存否を判断する際には、憲法条項が保障する権利内容を吟味することが有益であることも示唆されていた。

これらの知見を基礎に、わが国の憲法35条について、その保障内容が実体的権利と手続的権利を含むのか否か、またその保障内容を実現するために、総合考慮アプローチと一律判断アプローチをどのように用いるべきなのか、分析していくことにする。(つづく)