

# 米連邦権利章典と修正第一四條適法手續條項（II）

## 基本権と普通法アプローチ

町井和朗

一 適法過程の独立性と基本権的性格

二 適法過程の新展望—新権利の誕生

### 一 適法過程の独立性と基本権的性格

一八九七年の *Chicago, B. and Q. R. Co. v. Chicago*<sup>(1)</sup> までの連邦権利章典と修正第一四條適法條項との關係を簡単に振り返って見ると、それは次のようになる。先づ適法條項の保障とは、手續の保障であり、それも告知・弁護の機会といった最小限の手續の保障であった。故にそれは、連邦権利章典に特定された権利とは違った権利と考えられていた。そしてこの考えを支えてきたのが、*Barron v. Baltimore*<sup>(2)</sup> を基点とする一連の先例であり、又 *Davidson v. New Orleans*<sup>(3)</sup> や *Hurtado v. California*<sup>(4)</sup> で発動された論理解釈であった。

ところがその間、いわゆる実体的適法條項というものが発展してきていた。これは「適正な法の過程」とは、手續だけに関する概念ではなく、法律の内容にもかかわりある概念だと主張するものである。別の言葉で言えば、それは法律執行の手續だけでなく、執行する法律そのものの内容、すなわち実体、にも適正さを要求する概念だとするのである。

一八九七年の *Chicago, B. and Q. R. Co. v. Chicago* は、この実体的適法条項発展の一効果であった。私有財産の収用に関して、その収用手続だけではなく、その収用自体も適正でなければならず、それが適正であるためには公正な補償が必要とされるというわけである。収用権の行使に伴う公正な補償の要件は、連邦権利章典修正第五条の要件でもある。こうして権利章典の中の特定権の一つが、先づ修正第一四條適法条項の中に導入されたわけである。

ところで、権利章典の中の一つの権利が、適法条項の内容であるということになれば、他の権利もそうかも知れないという推定が当然成り立つ。裁判所が、何らかの理由により、その推定を否定しなければならぬとすれば、そこでは裁判所にその否定をこのシカゴ判決と調和させなければならないという仕事が託される筈である。最高裁はこの仕事に初めとまどったように見える。

一八九九年の *Brown v. New Jersey* では、刑事陪審が適法条項の要件として州の裁判にも要求されるかという問題が提示された。<sup>5)</sup> それに対する最高裁の答えは、

「連邦憲法の最初の修正十ヶ条は、州権に対しては何等の制限も課しているわけではなく、連邦政府に対してのみ効果を持つべく意図されている。<sup>6)</sup>」

というものである。この結論を支持すべく挙げられた先例は、今まで何度も見てきた *Barron v. Baltimore* であり、又それに根拠をおく一連の同種の先例であった。<sup>7)</sup> しかしこれはもう理由にはならない筈である。シカゴ事件では、権利章典の中に特定された権利の一つが、すでに適法条項の内容として州にも適用されるとされているからである。

そこで最高裁は、次に、次のようにも言っている。

「州は民事事件においても刑事事件においても、それが基本権の否定にならず、又連邦憲法に特定されている関

連規定にも抵触しない限り、その裁判所における手続に完全な支配権を持っている。<sup>8)</sup>更に、これに基づき、この事件の具体的な問題となった *struck jury* について言えば、

「……それは確かに公平な陪審を得るのに公正 (fair) で妥当 (reasonable) な方法であり、又州法によって規定もさ  
れていた。これはこの点について適法手続が要求するすべてである。」<sup>9)</sup> というわけである。結局、ここで言われて  
いることは、適法条項が保障している権利とは、それが侵害されれば公正を欠き、又不当になるような何か「基本的な  
権利」であるということである。<sup>10)</sup> この *Brown v. New Jersey* では、先例としての *Barron v. Baltimore* と、この「基本権」  
の二つの根拠が示されている。しかし、このうや *Barron v. Baltimore* が先例としての権威を失ってしまったというの  
は、先に見た通りである。次の一九〇〇年の *Maxwell v. Dow* では、この *Barron v. Baltimore* の線は、もはや見られ  
なくなっている。<sup>10)</sup>

*Maxwell v. Dow* で問題となったのは、又刑事陪審である。普通法は有罪判決に十二人の陪審員の全員一致の評決を  
必要とし、<sup>11)</sup> これは又修正第六条の連邦裁判の要件にもなっていた。<sup>12)</sup> それに対し、ユタ州は八人の陪審員による刑事陪審を  
規定していた。この事件においても、最高裁は刑事陪審が適法条項の要件であることを否定している。その根拠として最  
高裁が委存したのは、主として *Hurtado v. California* である。*Hurtado v. California* では、大陪審の制度は州に対しては  
要求されないとなっていた。<sup>13)</sup> そこで最高裁によれば

「もしも州が大陪審並びにそれに伴う起訴手続を廃止する権限を持っているなら、その権限を確立する同じ論理過程  
が、普通法に規定された刑事陪審の人数を変える権限を確立するだろうし、又事実確立もする。」<sup>14)</sup>  
というわけである。

「同じ論理過程」がと言っても、その論理は、*Hurtado v. California* の論理であった例の論理解釈ではない筈である。シカゴ事件では、権章章典に特定されている一つの権利——即ち収用におけ公正な補償——が、適法条項の内容として認知され、又そのことによって、「適正な法の過程」とは、連邦権章章典の中のいかなる権利も意味しないとはもう言えない筈だからである。そこで最高裁は、刑事陪審を適法条項の内容としては否定するため、次の議論を展開することになる。

最高裁が先づ言うのは、「刑事陪審が適正な法の過程の要件であるとは、未だかつて承認されたことがない<sup>15</sup>」ということである。そしてその理由は、「*Hurtado* で引証され、又解説された事件の中で、刑事陪審をそのような過程の要件としたものは一つもない<sup>16</sup>」からと言うのである。今まで見てきたように、この時までには、この種の事件はもう大分たまってきている。そこで最高裁は、ここでは、それら一連の事件をふり返り、そこに流れる一貫した底流を探り出そうとするわけである。これは典型的な普通法のアプローチであるが、勿論この過程では、それら事件の判決理由であった *Barron v. Baltimore* や論理解釈は、もう全然かえり見られないわけである。

その結果最高裁が引き出した結論は、

「その州の管轄の下にあるすべての人々が、同種の手続で訴追され、同種の裁判を経、法の平等な保護を保障される限り、問題は適法条項の枠内には来ない<sup>17</sup>。」

というものである。これは適正な法の過程を法の下の平等と同じものにする考えである。更に結論において、最高裁は、*Brown v. New Jersey* におけるブルーワー判事の言葉を借りて、次のようにも言っている。

「州は、民事事件においても刑事事件においても、それが基本権の否定にならず、又連邦憲法に特定されている関連

規定にも抵触しない限り、その裁判所における手続に完全な支配権を持っている。」<sup>18</sup>  
これは勿論先程見た「基本権」の考えである。

実はこの考えは *Hurtado v. California* においてもすでに述べられていた。*Hurtado v. California* にはその結論に二つの理由が示されていた。一つは例の論理解釈である。修正第五条にも適法条項があり、これは連邦権利章典の中で他の特定権と並列されている。だから、もし、適法条項がそれら特定権を意味するものとするなら、適法条項そのものは無意味になってしまおうというわけである。<sup>19</sup> 最高裁は、ここでこの分析に先き立ち、「我々はこの語句を憲法自体の論理により解釈する」<sup>20</sup> と言っているから、この理由が判決理由であったことは確かである。

しかし、それに引き続き、最高裁は、適法条項が連邦権利章典の特定権を意味しないからと言って、それは権力の抑制に無力というわけでは決してないと強調し、<sup>21</sup> 色々な判例から引用し、適法条項を次のように規定している。「適正な法の過程」によりと言うからには、その法は「社会を治める一般法 (general rules)<sup>22</sup> でなければならず、特定の人、又は事件目当ての特別法 (special act)<sup>23</sup> であってはならない。又その語句は、「我々の制度がそこから由来した法制度が、ずっと認めてきた基本権」<sup>24</sup> を保障するものであり、「国家の支配の及ばない自由な政府の下における諸権利」<sup>25</sup> を保障するものであり、又「それなしには、他のすべての権利が、その価値を失うだろう神聖にして且つはかり知れない権利」<sup>26</sup> を保障するものだという。

この「基本権」の考えと先の論理解釈には、矛盾を生む要素がある。憲法自体の論理解釈によれば、適法条項は連邦権利章典の特定権を意味する筈がなかった。その論理に従えば、連邦権利章典の特定権は、どれも「基本権」ではないということになる。又特定権のどれかが「基本権」ということになれば、論理解釈はそれだけでもう維持できなくなっ

てしまう。この *Hurtado v. California* では、この矛盾は表面には出なかった。それが表面化したのが、まさに *Chicago, B. and Q. R. Co. v. Chicago* であつたわけである。

この「基本権」の考えは、実体的適法条項の発展の原動力であつたし、この適法条項の解釈に關し当時一貫して流れつゝいた潮流だつた。Maxwell v. Dow でも、*Hurtado v. California* に見られた二つの理由のうち、結局残つたのはこの「基本権」の考えである。適法条項のこの後の発展では、この「基本権」の考えが、普通法のアプローチをとり、先例を検討することにより段々具体化されていくことになる。しかし、この時点では、それはまだ十分展開されておらず、又色々な問題を含んでゐた。そこでその弱点が、この事件における唯一の反対意見を書いたハーラン判事によって追求されることになるのである。

刑事陪審は、英米法国家において長らく適正な法の過程の内容と信じられてきた<sup>27</sup>。だから歴史的にいつて、「刑事陪審が適正な法の過程の要件であるとは、未だかつて承認されたことはない」と言うのは間違いである。歴史的に言えば、それはシカゴ事件における収用に際しての公正な補償よりはるかに適法条項の内容としては確かな筈である。

この点はハーラン判事によって直ちに追求された。彼は、シカゴ事件では修正第五条の公正な補償が、適法条項の内容として認知されたことを指摘する<sup>28</sup>。そこで、この権利を適法条項に組入れながら、ここで刑事陪審を排除するのは、私有財産の保障を人身の自由の保障より高く評価するものと推論する<sup>29</sup>。彼によれば、刑事陪審は市民の自由に欠けてはならないものであり、それが故に建国の父達も刑事陪審を権利章典の中に規定したのであるという<sup>30</sup>。そこで刑事陪審という要件は、権利章典の中の他のいずれの特定権とも同等に扱われるべきであつて、同じよう保護されるべきだと論じるわけである<sup>31</sup>。そのうちの或るものが他のものより優越しているとすることは、権利章典そのものからは判断できず、

裁判所にそういった区別をつける権限を推定しない限りそうすることは不可能である、と彼は多数意見を批判している。<sup>32</sup>  
この議論には、いささか言いすぎといった面もある。問題になっているのは、八人の陪審員による裁判であって、陪審をすべて廃止してしまったわけではない。しかし、ここでは多数意見も、刑事陪審は適法条項の内容ではないと言っているの<sup>33</sup>で、彼は、裁判所が十二人の陪審員を八人に減らすことができるなら、それは陪審制そのものを廃止することができる<sup>34</sup>ことになる<sup>34</sup>と批判するわけである。

こうしてみると、ハーラン判事の反対意見にも一理あるよう思われる。ただこういった論理的、歴史的観点を離れて、別の角度からこの事件を見れば、多数意見の結論にも理由が無くは無いのである。一つには、ここで問題となったユタ州のこの制度は、先にも言ったように、十二人という普通法における陪審員の数を八人に減らしただけのものである。更に、刑事陪審そのものについても、民事陪審ほどではないにしても、その厳格な要求は色々な問題を生んできていた。修正第六条において十二人の陪審員による刑事陪審が要求されている連邦レベルでさえ、或るいはむしろそれが故に、陪審裁判そのものの権利放棄の制度が導入され始めてきたのもこの時代である。<sup>35</sup>ここで問題となった州レベルにおける陪審制度にかかわる変化も、同じような時代の趨勢に副っていたわけである。だから、裁判所が、刑事陪審が特定されている連邦裁判所における裁判においてならともかく、そうでない州裁判所における裁判にまで、十二人の陪審員の全員一致の評決という厳格な普通法の要求を適法条項の名において延長するのにちゅうちょしたには、それなりの現実的理由があつたのである。

ただ問題は、その結論は妥当としても、その結論に到達する理由が十分でなかったのである。収用に際しての公正な補償も刑事陪審も、共に権利章典に特定されている権利であるから、共に基本権という推則は容易に成り立つわけであ

る。ところが公正な補償は適法条項の要件として認知されるが、刑事陪審は否というなら、当然その差別の理由が尋ねられる筈である。最高裁の考えは、明らかに、公正な補償は刑事陪審より、より基本的というものであるが、その理由として歴史を持ち出すのは当を得ていない。適法条項の内容としては、歴史的に言えば、刑事陪審の方が公正な補償よりむしろ分があるからである。

当時最高裁はこの問題の処理にいささか手を焼いていたようである。次の一九〇四年の *Adams v. New York*<sup>36</sup> では、違法な手段で収集された証拠の証拠能力が問題となった。被告の主張は、これに証拠能力を認めることは、修正第四条（不当な搜索、押収の禁止）、修正第五条（不利益な供述強要の禁止）、又修正第一四条に違反する、と主張していた。そこで裁判所は、修正第四条と修正第五条が、修正第一四条を通して州にも適用されるのか、という問題に答えなければならぬ筈だった。

しかし、最高裁によれば、「我々は、修正第一四条が、修正第四条と第五条の規定を州にも適用させるようにした、という主張を検討するよう要求されているとは思わない<sup>37</sup>」ということであり、そしてその理由は、「記録を調べてみれば、不当な搜索、押収についても、又上告人に対する不利益な供述の強要についても、これら憲法上の制約違反は無かったものと確信できる<sup>38</sup>」からというものである。別の言葉で言えば、ここで最高裁が言っているのは、不当な搜索、押収の禁止も、又不利益な供述強要の禁止も、違法な手段により収集された証拠の排除までも要求するものではない、ということである。だからここでは、修正第四条や第五条が州にも適用されるかどうか、考える必要はないというわけである。この最高裁の処置に一理無くはない。証拠の証拠能力が、その証拠を入手した手段の非合法性によって左右されないということは、普通法の法理として長らく維持されてきた<sup>39</sup>。そして、その原則は又当時の連邦裁判における原則で



もあつた<sup>40</sup>。そこで最高裁は、証拠の排除は修正第四条にも第五条にも包括されないとして、これら連邦権利章典に特定された権利が、修正第一四条を通して州にも適用されるようになったかどうか、という問題を避けることができたわけである。

確かにこうすれば問題を避けることができる。しかしこの方法が何時でも使えるとは限らない。更にこの方法だと、何が不当な捜索、押収の禁止に含まれるのかとか、何が不利益な供述強要の禁止に含まれるのか、といったことを定義しなければならなくなる。その結果は連邦権利章典を定義することでもある。州行為の規制のため、それとは違った域内にある連邦政府に対する権利まで定義しなければならぬとすれば、それはそれで又色々な問題を生むことになる。そのためかどうか、次の一九〇四年の *West v. Louisiana*<sup>41</sup> では、最高裁は又「基本権」のアプローチに戻ることになる。

ここで直接問題となったのは、刑事事件における証言記録書 (deposition) の証拠能力である。普通法では、刑事被告人が自己に不利益な証人に対面し反対尋問を行うことは、彼の権利とされ、それは修正第六条にも規定されている。しかし、この権利には例外もある。証人が死亡、精神異常、病気等のため出廷できない時には、その証言録取書に証拠能力が認められる。この事件では、このいずれにも属さない場合が問題となった。海外永住者の証言録取書が証拠能力を持つかどうかという問題である。被告人はその証言に対面も反対尋問もできないし、又認められた例外にも属さないから、この証言録取書に証拠能力を認めることは、修正第六条に違反し、又それが故に修正第一四条の適法条項に違反するというわけである。

この主張に対し、ペッカム判事を通して最高裁は、先ず、「修正第六条は州裁判所における裁判には適用されない」とし、次いで、

「故に、ここで唯一の問題は……この事情の下に証言録取書を読むことが、適正な法の過程なしに上告人から彼等の自由を剝奪することにより、州が修正第一四条に違反したことになるかどうかである。」<sup>42</sup>

と言っている。これは適法条項と連邦権利章典を切り離そうとする試みである。なんとならば、ここでは、この事件の争点を修正第六条の対面権とは無関係に、修正第一四条の適法条項の観点からだけ検討しようと言っているわけだからである。

最高裁がいかにこの区別に重点を置いたかは、その判決に引き続き同じことをもう一度念を押していることから容易に判断がつく。この事件の結論は、結局は合憲判決であったわけであるが、その結論に引き続いて最高裁は、

「我々はこれを、証言録取書に証拠能力を認めることが、被告人に修正第一四条に規定されている適正な法の過程を与えるのに欠けることになるのかどうかという問題について言っている。修正第六条は州には適用されないから、その規定の下に対面権を保障するのに何が要求されるかという問題は、この事件ではこの裁判所による審査からはまったく排除されている」<sup>43</sup>

ともう一度適法条項と権利章典の分断を強調している。

こういった前提の下に問題の証言録取書の証拠能力を検討した結果、最高裁はその論点について、この普通法の例外は、「それほど基本的性格を持っていない」し、又それは「不合理 (unreasonable) でもないし、不適當 (improper) でもない」<sup>44</sup>と論じている。「基本的」とか「不合理、不適當」とかいう言葉は、ここでも我々が前に Maxwell v. Dow で見たように、適法条項の内容として「基本権」の考えを示唆している。

簡単にまとめてみると、この問題に対する最高裁のアプローチは、先ず「適正な法の過程」という概念を権利章典と

は独立した概念として捉え、次にそれを基本的と目される或る権利のみを保護するものとして定義するものと思われる。ここでは最高裁のこの問題に対する基本的姿勢というものはうかがえる。しかし「基本的」とか「不当」とか言うだけでは、これらは司法審査の基準としてはあまりに抽象的である。もっと精巧さが要求されるわけである。その答は、部分的にはあるが、次の一九〇八年の *Twining v. New Jersey* によって与えられることになる。

*Twining v. New Jersey* <sup>(45)</sup> で問題となったのは、自己に不利益な供述強要の禁止である。ニュージャージーの刑事事件では、被告人が彼の有罪を示す証言に対し黙否すれば、裁判官が、彼の陪審に対する説示(Charge)の中で、その供述拒否について論評することを認めていた。裁判官は先ずその供述拒否という事実<sup>(46)</sup>に陪審員の注意を惹き、次いでその事実が必ずしも有罪の推定を生むものではないことを注意した後、その事実から何を推論するかを陪審員の自由心証に委ねるのである。供述拒否からの推定は、陪審員がその自由心証によって引き出すのであるから、彼等が場合によってそこから有罪を推定することもあり得るのである。そこで被告人にとっては、自己に不利な証言を求められた時、証言すれば、それは己れを罪に落とし入れることになるかも知れず、又証言を控えれば、そこから有罪を推則されるかも知れないという、まことにつらい立場に立たされるわけである。別の言葉で言えば、この有罪の推則は、証言拒否に対する罰をも構成し兼ねず、それが故にこの証言拒否に対する論評は、自己負責の強要に相当するとも考えられるわけである。

しかし、勿論、この論評は論理的には以上のように考えられないことはないにしても、その性質は、肉体的拷問によって自白を強要したり、或るいは証言拒否を法廷侮辱として罰したりすることとはいささかその質を異にし、果してこれが修正第五条にいう自己負責の強要に当るかどうかは、疑問の持たれるところでもある<sup>(46)</sup>。しかし、最高裁はここでは適法条項と自己負責強要禁止の關係の問題に直面している。その問題に対する最高裁の答えは、今まで検討してきた

Maxwell v. Dow 及 West v. Louisiana で提供された理論の発展であり、又結晶でもある。

収用に際しての公正な補償を適正過程の内容とした Chicago, B. and Q. R. Co. v. Chicago に言及して、最高裁は、ムーディ判事の言葉により、次のように言っている。

「もしこれがそうなら、それはこれら権利が最初の修正八箇条に列挙されているからではなく、それらが適正な法の過程という概念の中に含まれているような性質を持つからである。<sup>47</sup>」

これは適正な法の過程ということはそれ自体独立の概念であるという見解である。独立の概念ということになれば、それは違った概念ということではないから、権利章典と重複するとも考えられるし、そうすれば、権利章典の中の或る権利はその内容に含まれるが、外の権利はそうでないということが言えるわけである。

このように最高裁は先ずその前提的問題を解決してから、次のより具体的な問題——即ち、それでは何が適法条項の内容かという問題——に取組んでいる。最高裁は普通法の歴史を取り上げ、そこでは自己責任の強要禁止は適正な法の過程の内容としては確立されていなかったということを詳細に立証する。<sup>48</sup>しかし最高裁にとって、この歴史的分析はほんの序論であったようである。なんとならば、それにすぐ続き、最高裁は、「そのテストを否定するわけでもないし、又それに疑問を持つわけでもないが、我々は、我々の決定をより広い基盤の上にうち立てたいと思う……」<sup>49</sup>と言っている。

普通法の歴史的分析だけでは、たとえこの自己責任強要の禁止が、普通法の歴史上、適法過程の内容としては認められていないという立証が正しいとしても、ここで問題となっている問題に対する答えにはならないということを我々はずで見えてきている。そのアプローチは、自己責任の事件においては有効かも知れないが、この事件以前の大陪審や刑事陪審の場合には有効でないのである。普通法の歴史を調べれば、大陪審や刑事陪審は適法過程の内容として強い権利

を主張できるからである。そのことは最高裁も十分承知していたようである。そこで最高裁は普通法の歴史分析から更に一步を進めるわけである。

それでは、最高裁は、より具体的には、何をもって適法過程の内容としようとするのかというと、それは、不利益な供述を強要されない権利が、果して「自由政府というまさにその概念の中に内在する自由と正義の基本的原則か、又そのような政府の市民の持つ生得の権利なのか」と尋ねている。我々はこの「基本権」の考えを先の事件で見ている。同時に、我々は、これだけでは、これもこの問題の解決に十分でないということも知っている。自己負責強要からの免責は連邦権利章典にリストされているくらいだから基本権の一つであり、同じくそこにリストされている収用に際しての公正な補償への権利が、基本権だから適法条項の内容として認知されるなら、この自己負責強要からの自由も同様認知されるべきだという主張は容易に成り立つわけだからである。

ここまでは、この *Twining v. New Jersey* も、それ以前の事件と大差はない。裁判所に要求されているのは、何故公正な補償への権利は基本的で、その他―すなわち、大陪審や刑事陪審への権利―はそうでないのかという説明である。この *Twining v. New Jersey* における最高裁の考え方は、次のようなものだった。

「この免責の価値は、ベンサム時代以来、万人の承認するところのものではない。多くの人々が今日それに疑問を持っている、そしてそれは、もっとも良く言って、普遍的正義の不変の真理というより、我々が便利だと思つた一つの法の経験として弁護されるだけである。それは、普通法の域外では、自由な文明諸国の法体系には見られない。いし、我々自身の間でも、真実の追求に関し、裁判以外の分野ではどこにも見られないものである。」<sup>51</sup>

「万人の承認」とか、「普遍的正義」とか、或るいは「普通法圏外の自由な文明諸国の法体系」といったような語句は、

世界法の考えを示唆している。これは依然として抽象的な概念ではあるが、ただ「基本的」というよりは具体的である。要するに、普通法に特有なものとか、その価値について意見が割れているようなものは、適法条項による保護の対象とはならないということと思われる。同時に、ここでの考えは、この保障が恐らくはごく限定されたものであることも示唆している。反面、この考えからすれば、この保障は財産権の保障だけに限られないかも知れないとも言える。これが *Chicago, B. and Q. R. Co. v. Chicago* 以来最高裁が到達した一つの合理化であった。これがどのように機能するかは、以後の事件が示すことになる。

- (1) *Chicago, B. and Q. R. Co. v. Chicago*, 166 U. S. 226 (1897).
- (2) *Barron v. Baltimore*, 7 Pet. 243 (1833).
- (3) *Davidson v. New Orleans*, 96 U. S. 97 (1878).
- (4) *Hurtado v. California*, 110 U. S. 516 (1884).
- (5) *Brown v. New Jersey*, 175 U. S. 172 (1899). ここでは裁判は陪審によって行なわれていた。しかしその陪審は、普通法における一般的方法によって選ばれたものではなく、“struck jury”という特殊な方法で選ばれたもので、理由を示さないで出し得る忌避の数にも制限があった。

(6) *Id.* at 174.

(7) *Ibid.*

(8) *Id.* at 176.

(10) Maxwell v. Dow, 176 U. S. 581 (1900).

(11) 陪審の人数の歴史的調査については、Thayer, A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law 85～90 (1898) 参照。陪審制初期には特に十二人と決まっていたわけではないようだが、一四世紀後半までには十二人が普通法の原則として確立されていたようである。

(12) Thompson v. Utah, 170 U. S. 343, 349 (1897). 民事陪審については American Publishing Co. v. Fisher, 166 U. S. 464 (1896). 上の Thompson v. Utah での近年となつて陪審のふたつは廃棄された。William v. Florida, 399 U. S. 78 (1969)。

(13) Hurtado v. California, 110 U. S. 516 (1884).

(14) Maxwell v. Dow, 176 U. S. 581, 602～603 (1900).

(15) Id. at 603.

(16) Ibid.

(17) Id. at 604.

(18) Id. at 605.

(19) Hurtado v. California, 110 U. S. 516, 534～535 (1884).

(20) Id. at 534.

(21) Id. at 536.

(22) Ibid.

(23) Id. at 535.

- (24) *Id.* at 536.
- (25) *Ibid.*
- (26) *Id.* at 537.
- (27) Corwin, "The Doctrine of Due Process of Law before the Civil War," 24 *Harv. L. Rev.* 366, 368 (1910-1911).  
「due process of law」という語句は、「the law of the land」という語句とその内容は同じで、マグナ・カルタ第39章から由来し、その意味は陪審裁判の保障であると言われた。これが有名なクック卿によるこの語句の定義である。これは歴史的には間違いだと言われる。なんとならば、一二一五年のマグナ・カルタの時点では、まだ刑事陪審は発展してきていなかったからである。しかしこのクック卿の定義は、この「due process of law」という語句に関し、長らく英米法を支配していた。
- (28) *Maxwell v. Dow*, 176 U.S. 581, 614 (1900).
- (29) *Ibid.*
- (30) *Id.* at 609.
- (31) *Id.* at 616-617.
- (32) *Ibid.*
- (33) *Id.* at 603.
- (34) *Id.* at 612.
- (35) *Thompson v. Utah*, 170 U.S. 343 (1897) によつて、連邦レベルでは刑事陪審に十二人の陪審員を必要とするとい



うことが確定された。しかしこの事件に端を発し、丁度同じ頃から陪審裁判そのものの権利放棄が憲法上可能かどうか争われ、Patton v. United States, 281 U. S. 276 (1930) で権利放棄の制度が認められた。この過程については、Grant, "Waiver of Jury Trial in Felony Cases," 20 Calif. L. Rev. 132, 147-156 (1932) を参照。

- (36) Adams v. New York, 192 U. S. 585 (1904).
- (37) Id. at 594.
- (38) Ibid.
- (29) Olmstead v. United States, 277 U. S. 438, 467 (1927).
- (40) 現行の違法収集証拠排除の連邦法則は、Weeks v. United States, 232 U. S. 383 (1914) に始まる。この法則は今では適法条項の要求ともなっている。Mapp v. Ohio, 367 U. S. 643 (1961).
- (41) West v. Louisiana, 194 U. S. 258 (1904).
- (42) Id. at 262.
- (43) Id. at 264.
- (44) Id. at 263.
- (45) Twining v. New Jersey, 211 U. S. 78 (1908).
- (46) 連邦レベルでは、法律で証言拒否が被告に不利な推定をもたらさないとなっていた。Act of March 16, 1878, ch. 37, 20 Stat. 30. 近年になって、この種の論評は自己負責の強要を構成するとなった。Griffin v. California, 380 U. S. 609 (1965).

(47) *Twining v. New Jersey*, 211 U. S. 78. 99 (1908).

(48) *Id.* at 102-106.

(49) *Id.* at 106.

(50) *Ibid.*

(51) *Id.* at 113. 不利益な供述強要禁止の是非については、英米法学界は事実分裂している。この問題についての賛否両論、又それらの分析については、8 Wignore, *Evidence* (McNaughton rev. 1961), § 2251 参照。

## 二 適法過程の新展望—新権利の誕生

権利章典の適法条項への導入の問題に関し、*Twining v. New Jersey* に続く最初の事件は、一九〇九年の *Nelson v. Oregon*<sup>(1)</sup> である。ここでは州間の競合管轄が問題となり、最高裁はそれに付随して、「……或る州の裁判所で有罪又は無罪となった者は、同じ犯罪のため他の州の裁判所で訴追されることはあり得ない」と述べている<sup>(2)</sup>。連邦憲法には特に州に対し二重訴訟を禁止する規定はない。そこでこの時点では、最高裁には、「二重訴訟の禁止は、適法条項の内容との考えがあったと思われる。しかし、この意見は付随意見であり、その理由についても何も述べられていなかった。*Twining v. New Jersey* の法理の真のテストは、この事件に引き続いた一連の言論の自由の事件その他にやってくることになる。

一九二二年の *Prudential Insurance Co. v. Cheek*<sup>(3)</sup> において、最高裁は、初めて、言論の自由は適法条項の内容として州にも強制されるのか、という問題に出会うことになる。しかしながら、その問題に対する最高裁の答はごく簡単なも

のだった。それによれば、

「修正第一四条も、又連邦憲法の他のいかなる規定も、州に対しては言論の自由、或るいは沈黙の自由についていかなる制限も課しているわけではなく、……人又は法人に何らかのプライバシーの権利を認めているものでもない」<sup>(3)</sup>とのことである。それでは適法条項の制約はどうしたかという点、州議会がその理由のために「当然 (reasonably)」制定したと思われる十分な理由があり、それが「理不尽に (arbitrarily)」制定したということが証明されなければ、その州行為に対する裁判所の審査は十分であるとされている。<sup>(4)</sup> だからここでは、適法過程というテストは、又々非常に抽象的な妥当性、或るいは理不尽性である。そしてこの事件に関しては、問題となった州行為は妥当であり、又理不尽でなかったわけである。

この事件の事実から見れば、この最高裁の判決は、実際不合理なものではないのである。ここで問題となった州法は、使用者に対して、被用人がその会社を退社する際には、被用人の要求に対し彼の当該会社における勤務状態の証明書の発行を要求するものだった。この事件の被告は、この発行を拒み、この要求は言論の自由に違反すると主張していたものである。その主張は、まさにこじつけとしか言えないものであった。被告は、言論の自由があるとところには沈黙の自由もある筈だとし、この証明書の要求はこの沈黙の自由に違反し、ひいては言論の自由を侵害すると主張していたものである。これは、実質的には、退社する被用人に対する企業のサービス拒否権の主張であったのであり、このような主張を却下した最高裁の決定は、当然とも言えるものであった。ただここでは最高裁は、この目先の問題についてだけでなく、もっと一般的に言論の自由は州に対しては主張できないとはっきり言っている。これが三年後の *Gilow v. New York* で変わることになる。

Gitlow v. New York では、サンフォード判事を通して最高裁は、先の事件における決定を単に「付随的」なものとして片付けてしまい、<sup>6</sup>次いで次のように判示している。

「この事件に関して言えば、我々は、言論出版の自由—すなわち修正第一条によって連邦議会による侵害から保護されている権利—は、修正第一四条適法条項によって州による侵害からも保護されている基本的人権並びに自由の一つであると推定する。<sup>7</sup>」

この結論は、この点に関し実質的に全員一致だった。ホームズ判事とブランドイズ判事はこの事件において多数意見に反対した。しかし、その反対は、この事件の最終的処置に対してであって、この言論の自由が修正第一四条適法条項により州に対しても保護されるかどうかという前提的問題に対してではなかった。<sup>8</sup>だから言論の自由の保障の州に対する適用という点では、最高裁は全員一致であったのである。ただこの事件における言論の自由の適法過程への導入は推定であるし、又その導入の理由は、この権利が基本的であるということ以外何も述べられていない。言論の自由の適法条項への完全な編入は、次の一九二七年の Fiske v. Kansas<sup>9</sup>で行なわれることになる。ここでは州法が、修正第一四条適法条項に内在する言論の自由を侵害したとして違憲無効とされた。言論の自由の保障が州に対しても主張できるかどうかという問題は、もはや論議されず、それはもう当然のこととして受け入れられていた。

このように、言論の自由の適法条項への編入は、殆んど理由なしに行なわれた。しかし、この編入の理由が推測できないわけではない。その手がかりは、Gitlow v. New York におけるホームズ判事の意見に見出される。彼によれば、「言論の自由という一般原則は、修正第一四条に使われている自由という語句に現在与えられてきている意味にかんがみ、修正第一四条の中に取り入れられるべきである<sup>10</sup>」とのことである。

この時までには、実体的適法条項は更に発展を遂げていた。実体的適法条項とは、「適正な法の過程により」とは、法執行の手續だけでなく、法の内容にも適正さを要求するという主張から出ていた。つまり生命、自由、財産を「適正な手續によらずして」だけでなく、「適正な法によらずして」剝奪してはならぬというわけである。一旦この考えが確立された後では、同条項の発展は、こんどはその中の「自由」という言葉の拡張を通して行なわれてきた。そして、この時代は、裁判所が「契約の自由」の名の下に、賃金や労働時間に関する州の社会立法を規制し始めた時代である<sup>11</sup>。元来普通法においては、「自由」とは、正当な理由なしに肉体的拘束を受けない権利より以上のものは意味しなかった<sup>12</sup>。もしも普通法でそんなに狭い意味しか持たなかった自由という概念が、個人や企業が労働条件を自由に契約する権利にまで拡張されるなら、何故そこに言論の自由が入らないのか、我々は当然疑問に思うだろう。実際、言論出版の自由とか、宗教の自由などというものは、英国においてよりも植民地時代のアメリカにおいてより発展し、又それが故に、それら権利の保障が、連邦権利章典にも規定されていたのである。その背景から見れば、自由という概念の中に言論の自由を組み込むことは、当時としてはもうすでにおかしくなかったし、又「契約の自由」が組み込まれた後では特に当然と思われる。そうでなければ、最高裁はまさに財産権を人権に優先させるものとして批判されてしかるべきだったろう。

実際この考えは、ブランドイズ判事によってすでに先鞭をつけられていた。一九二〇年の *Gilbert v. Minnesota* では、付随的意見とも言うべきものではあったが、「修正第一四条で保障された自由が、財産を取得、享受する自由だけとはとても信じ難い<sup>13</sup>」と彼は強く主張していた。ホームズ判事もブランドイズ判事も、*Prudential Insurance Co. v. Cheek* では多数意見に賛成した。多分これは、この事件が、彼等にとって言論の自由の事件というより、実質的には財産権主張の類型態だったからであろう。ホームズ判事は、自由という概念が「契約の自由」にまで拡張されるのに反対していた<sup>14</sup>。そ

の反対はしかし空しかった。だが一旦自由という概念が「契約の自由」まで内包するということになってしまえば、それは言論の自由も内包すべきだと、彼はまさに感じたに違いない。

*Gilow v. New York* で多数意見を構成した七人の判事のうち、タフト長官とヴァンデヴァンター、マクレイノルド両判事の立場には興味がある。この三人は先の *Prudential Insurance Co. v. Cheek* では多数意見に反対していた。<sup>15</sup> この事件が、言論の自由に関連し「沈黙の自由」の問題を取り扱ったものであることは、先にすでに見てきている。それと同時に、この沈黙の自由という主張が、実は財産権保護の主張であったことは、これも先程見たとおりである。ここで多数意見は、連邦憲法は州に対しては言論の自由を保障してはいないと判決したわけであるが、これに対し、タフト長官を始め、ヴァンデヴァンターとマクレイノルド両判事が反対したわけである。

この反対に反対意見は付されていなかったのも、この反対の理由は明らかではない。言論の自由の保障を州にも延長しようとすることを否定する意見に反対しているのであるから、彼等は一見言論の自由を支持しているようにも見える。しかし、これら判事達は、当時の最高裁にあってはいわゆる保守派としてその名をしるされた人々である。<sup>16</sup> 次の *Gilow v. New York* において、この三名は多数意見に加わるわけであるが、この多数意見が、少数意見であるホームズ判事が言論の自由は適法条項の内容で「あるべきだ」と言うのに対し、それをその内容と「推定」するというものだったことは先程見たとおりである。更にこの *Gilow v. New York* において、多数意見は、問題となった州法が言論の自由を侵害するものではないとしてその合憲性を認め、これを違憲とするホームズ判事やブランドイズ判事とその意見を異にしているのである。こうして見ると、これら三人には、言論の自由の保障に対する熱意はあまり強く感じられない。この観点から見れば、*Prudential Insurance Co. v. Cheek* におけるこの三人の反対は、そこで言論の自由の州における保障

が否定されたからというより、むしろ「沈黙の自由」というこの場合における企業の利益が否定されたからとも考えられるわけである。

しかし、財産権の保護が第一次的関心事であったとしても、ここでその保護を結局言論の自由から引き出さなければならぬとしたら、言論の自由そのものの価値も、これは認めざるを得ないわけである。言論の自由そのものへの熱意はともかく、言論の自由は、こうして当時の最高裁のもっとも保守的な一派からさえ賛同を得、ここに適法条項への編入を果したわけである。結局、この権利章典に特定された権利のうち第二番目の権利の修正第一四条の適法条項への編入も、第一番目の収用権の編入ほど直接的ではないにしても、それは、実体的適法条項の発展の派生的効果であったし、又類推を通して発展する普通法アプローチの効果でもあったようである。

ここで編入が決まったからといって、これで言論の自由の問題がすべて解決されたというわけでは無論ない。言論の自由が州に対しても主張できるとして、それでは州に対してはどんな基準が適用されるのかという問題が残っている。Gitlow v. New York<sup>17</sup>では、連邦の基準として一九一九年の Schenck v. United States<sup>18</sup> で編み出された「明白にして現存する危険」というテストの州に対する適用が問題となった。ホームズ判事は、このテストの下に、問題となった州法を言論の自由を侵害するものと主張していた<sup>19</sup>。それに対し多数意見は、Schenck v. United States とこの Gitlow v. New York を区別し、前者で問題となった州法は、そこで使われる言葉については何も規定することなく或る行為を禁止しているのに対し、後者で問題となった法律は、或る種の発言そのものを禁止しているとしている。ここではすでに州議会がそこで禁止されている発言そのものが危険をもたらすものと判断しているのであり、裁判所はこの判断を尊重しなければならぬと言っているのである<sup>19</sup>。だからここでは必ずしも「明白で現存する危険」のテストが州行為に対しては適用され

ないと言っているのではない。しかし同時に、ここでは州に対しても連邦政府に対しても同じ基準が適用されるというはつきりした宣明はないし、又そう推則する根拠も示されていない。

ただこの適法条項における言論の自由の基準に関し、連邦の法理であった「明白にして現存する危険」のテストを州に対しても適用するよう主張し、又その適用の結果当該州法を違憲として多数意見に反対したホームズ判事でさえ、次のように言っていることが注目される。彼によれば、言論の自由が修正第一四条に導入さるべきは当然として、しかし、「多分それは、連邦の法律を支配している、或るいは支配すべきものであるあの妥協のない文体によって連邦議会に許されているよりも、やや解釈に幅をもたせて受け入れられるべきかも知れない<sup>20)</sup>」とのことである。これはしかしホームズ判事の意見であり、それに加わったブランドイズ判事はともかく、この考えが他の判事にも受け入れられたという形跡は見当らない。この二重基準の問題は、後に大論争を呼ぶことになる。我々はそのことを後で検討することになるだろう。こうしてこの事件では、適法過程の基準が理論的に具体化されたわけではない。結局は「不合理・理不尽」といったテストで問題は処理されている<sup>21)</sup>。これは *Fiske v. Kansas* でも同様である<sup>22)</sup>。

このように、これら一連の言論の自由に関する事件は、権利章典の適法条項への編入に関し色々な理論的問題を示唆しているが、この時点においては何と云ってもその最大の意義は、その編入という事実そのものにある。これは権利章典の中の特定権としては第二番目の編入である。収用に際しての公正な補償だけなら、これは例外と言えるかも知れない。しかし、ここで財産権とは異質の人権が適法条項の内容として認められたということになれば、その理由はどうあれ、その事実そのものが、外の人権の適法条項への編入の主張を非常に強化したことは間違いない。第一番目と第二番目の編入の間には、三〇年という才月が流れていた。しかし、第二番目の編入以来、その過程は促進された。そのこと



は、この時以来、続けざまの修正第一条の特定権の修正第一四条への編入によって明らかに示される。一九三一年には出版の自由が<sup>23</sup>、一九三七年には集会の自由が<sup>24</sup>、一九四〇年には信条の自由が<sup>25</sup>、そして一九四七年には国教の禁止が<sup>26</sup>、適法条項への編入を果している。これら権利の編入に関しては、何の問題も起らなかった。勿論これら事件には、それぞれ熱い争点があった。しかし、この編入の点については、最高裁は全員一致だった。修正第一条は、それら権利に關し皆同じように書かれてある。もしその中の一つが編入されるなら、何故他のものは編入されないのかという理由は何もない。そこでそれらは、当然のこととして、適法条項に組み入れられることになったのである。

このように、修正第一条の諸権利の適法条項への編入は、一旦言論の自由が組み入れられてからは問題なく行なわれた。しかし、それら権利と異質な権利の適法条項への道は、そう平坦ではなかった。言論・出版の自由に次いで適法過程という考えの中に編入されるようになったのは、刑事事件における被告人の弁護人依頼権である。歴史的に言えば、弁護人依頼権は英国における普通法に認められた権利ではなかった。民事事件や、刑事事件における軽罪事件においては、その権利は認められていたけれど、それは叛逆罪や重罪事件においては否定されていた<sup>27</sup>。その状態は一六九五年以後徐々に変わってきてはいた。しかし、その権利は、完全な意味ではやっと一八三六年に確立されることになったのである<sup>28</sup>。この点に關しアメリカにおける発展は著しかった<sup>29</sup>。しかし、純粹に歴史的意味から言えば、弁護人依頼権は、適法過程の内容とは主張し得ないのである。

一九三二年の *Powell v. Alabama* では、最高裁はこの事実をよく知っていたよう思われる<sup>30</sup>。しかし、この事件でそれは次のように宣明している。

「……死刑事件において、そしてそこで被告人が、弁護人を依頼することができず、又無智、無氣力、文盲、その他

の理由により自分を十分に弁護し得ない場合には、そう要求されようがされまいが、適法過程の内容としての彼の  
ため弁護人を任命することが、裁判所の義務である。<sup>31</sup>」

ここでは特にこの権利と修正第六条により連邦政府に要求されている弁護人依頼権との関係については何も言われてい  
ない。又事実、ここで述べられた適法過程のこの問題に関する要求と、当時の連邦基準とは、色々な点で違っていた。

まず一見して、我々は、ここで認められた権利が、かなり条件つきであることを知る。一方、ここで認められた権利  
は、ただ単に弁護人を依頼するだけの権利ではない。それは裁判所によつて弁護人を任命してもらう権利である。更に  
ここでは、或る条件が満たされた時には、裁判所は「要求されようがされまいが」弁護人を任命しなければならぬので  
ある。<sup>32</sup> この点に関する当時の連邦の基準は、「被告の要求により」弁護人を任命するものだった。<sup>33</sup> だから、この点におい  
て *Powell v. Alabama* のルールは、当時の連邦の水準を上まわるものだった。他方、連邦の基準によれば、裁判所は「す  
べての死刑事件」に弁護人を任命することになっていたが、<sup>34</sup> この *Powell v. Alabama* では、裁判所は被告が「無智、無  
気力、文盲、その他の理由により自分を十分に弁護し得ない」死刑事件においてのみ、裁判所による弁護人任命を要求  
している。<sup>35</sup> 更にここでは裁判所は、このルールが必ずしも適法過程の要求のすべてでない<sup>36</sup>と念を押している。それによ  
れば、「これが他の刑事事件、又は他の条件の下でそうであるかを、我々はここで決定する必要はない」とのことである。  
我々はここにこの問題に関する最高裁のアプローチを見ることがができる。最高裁としては、明らかに、この弁護人依頼  
権に関する適法条項の要求を、窮屈な枠の中に固定してしまうことにはためらっているわけである。適法条項の内容は、  
色々な場合が、色々な刑事事件において、又色々な条件の下に裁判所の前へ提供されるにつれ、除々にその姿を現わし  
てくるものである。これが当時最高裁が、考えていたことであつたのだろう。

それでは何故最高裁が、この事件においては適法過程が弁護人の任命を要求すると考えたかという点、それによれば、「今述べられた条件の下では、弁護人の必要性は絶体且つ不可避である」とのことである。この事件は、俗にScottsboro事件と呼ばれる事件で、ここでは一団の黒人少年達が、白人婦女子暴行のかどでアラバマ州で裁判を受けていた。ここで米国の人種問題について述べるつもりはない。しかし、白人社会が、特に一九三〇年代の南部の州で、いかにこの種の犯罪に反応したかは、容易に想像できるだろう。リンチとまではいかなかったけれども、その裁判は、「緊迫した、敵意にみちた、そして興奮した市民感情のただ中」で行われ、<sup>38</sup>そしてその中で「これら無智文盲の被告達は、彼等が弁護人を持っているのか、或るいは弁護人を依頼できるのか、はた又弁護人を任命してもらいたいのか、或るいは連絡のつく友人又は家族がいるのか、といったことを尋ねられさえしなかった」のである。<sup>39</sup>最高裁が、この種の裁判に反発したのは、当然であった。

しかし、この反発だけが、この事件における最高裁の態度を決定した、とも言えないようである。弁護人依頼権は、米国において偉大な発展を遂げてきていた。先程簡単に見たように、この点における英国の発展は、遅々としたものだった。しかしアメリカにおける成長は目覚ましかった。修正第六条における弁護人依頼権の保障も、その発展の一段階にすぎなかった。元々その規定は、弁護人を雇う権利を意味したにすぎなかったが、それはすぐに、連邦法を通して、弁護人を裁判所によって任命してもらう権利にまで延長された。<sup>40</sup>その発展は州においては更に著しかった。この時までに、すべての州が、弁護人を依頼することができない被告のため、弁護人を任命する制度を持ち、大部分の州でその制度は、すべての刑事事件に適用されるようになっていた。<sup>41</sup>だからこの弁護人依頼権の場合は、大陪審や陪審裁判の場合と丁度逆なのである。後者の場合、州の実情は明らかにその縮少に向っていたが、前者の場合は、まさに発展途上にあっ

たわけである。この点に関する、最高裁による連邦や州の実情の分析は、最高裁がこの傾向をよく知っていたということを示唆している。最高裁は、その事実が示す将来の方向を知っていたわけである。弁護士依頼権は、その特殊な一型態ではあるが、こうして修正第一四條適法条項の中に組み入れられることになったのである。

連邦権利章典に特定された権利のうち、この第三番目の適法条項への編入の意義について、多くを語る必要はないだろう。一番目と二番目の編入、すなわち公正な補償と言論の自由、は共に実体的権利にかかわるものであった。この適法条項拡大の過程において、ここに始めて手続上の権利が適法条項の内容として認知されたのである。一旦こうして弁護士依頼権が編入されてからは、他の手続上の権利も、すぐその後を追うことになる。

Powell v. Alabama から四年後、最高裁が Brown v. Mississippi で出会ったのは、自白強制の事件である。その事件では、被告は、州公務員による拷問によって強制された自白を唯一の証拠として、殺人罪の有罪判決を受けていた。そこでここでは、この有罪判決が、修正第一四條適法条項に照して成立するものかどうか、が問題となった。

その有罪判決を維持せんがため州が委存したのは Twining v. New Jersey である。我々が見てきたように、その事件では、不利益供述強要の禁止は、適法条項の内容ではないとなっていた。検察としては、明らかに、拷問による自白の強要は、不利益供述の強要の一部と考えていたものである。最高裁はしかしそうは思わなかった。ヒューズ長官によるその意見は、

「不利益供述の強要からの自由を否認する州の権利は、ここでは問題となっていない。……その強要とは、被告がそこで証人として呼ばれ、証言を要求されるかも知れない裁判における強要である。自白を引き出すための拷問による強要は又別のものである」<sup>(43)</sup>

というものである。連邦権利章典には、拷問からの自由は、特に規定されていない。だから、もし最高裁がここで言うように、不利益供述の強要は、肉体的拷問とは違うということになれば、権利章典の中には、もし適法条項がそれをカバーしないなら、拷問に対する保護は何も無いことになるわけである。だからここで拷問に対する保護を権利章典に求めるなら、それは無益であって、拷問に基く自白は、有効ということになってしまふのである。

最高裁は勿論そのようなことはしなかった。一方において、不利益供述強要の禁止は、拷問の場合を含まないとしながら、他方、最高裁は、次のように言っている。

「これら上告人の自白を得るため取られた手段より、もっと我々の正義感に反発を与える手段を考えることは難かしい。そこで、このようにして得られた自白を有罪の評決や判決の基礎とすることは、明らかに適法過程違反である。<sup>(44)</sup>」

この判決は、最高裁が、適法過程を権利章典とは独立の概念であると考えていることを明らかに示唆している。ここでは、適法過程とは、権利章典には無い権利を含むものと考えられているからである。

ここで採用された適法過程のテストは、又非常に抽象的な「我々の正義観に反発を与えるもの」というものである。正義観には人により違いがあるかも知れない。しかし、ここでの事実にそれが適用された時、そのテストは確かに意味を持っていた。実際この事件の事実は、米國憲法史上もつとも不名誉なものの一つとも言えるものであった。その黒人の被告達の一人について言えば、副保安官を含む一団の白人は、「彼を木の太枝に縄でつり上げ、一度下してから再び彼をつり上げ、そして彼が二度目に引き下げられ、尚依然として彼の無実を訴えた時、彼を木にしばりつけ、鞭で打ちのめした。<sup>(45)</sup>」同様黒人である他の被告人達は、「裸にされ、椅子の上に投げだされ、その背中をバックルのついた革の鞭で

千々に切り裂かれた。」<sup>46</sup>これが、ここでのいわゆる自白が得られた方法だったのである。

このような方法で得られた自由を唯一の証拠とする有罪判決が破棄されるのに、理論は必要ないだろう。それはまさに正義観にシュックを与えるものである。しかし、このような極端な場合は別として、他の場合は、事体はそう簡単ではない。我々は、*Twining v. New Jersey* で、証言拒否に対する論評の事件を見てきた。我々の正義観が、こういった論評に反発するかどうか、という問題である。同じような問題が、一九三七年の *Palko v. Connecticut* で最高裁に提出された。この度は検察官上訴の問題である。

被告は有罪判決に対し上訴できるが、政府は無罪判決に対しては上訴できないというのは、英米法の特長である。その理由としては、検察官上訴は二重の危険に概当するからということが言われている。<sup>47</sup> 米国諸州の中では、コネクティカットだけが、このルールに対する例外を規定していた。そこで *Palko v. Connecticut* <sup>48</sup> では、検察官上訴が二重の危険を構成するのか、又もしそれがそうなら、修正第一四条適法条項は、州の裁判において市民を二重の危険から保護するのか、という問題が提供された。最初の問題について、最高裁は、先ず、二重危険の禁止が検察官上訴を禁じている連邦の基準に言及し、次いで、「この事件に限っていえば、このことは、すべてそう推定されてもよいかもしれない」と述べている。第二の争点については、最高裁は、まず、「法律が被告に課しているこの種の二重危険は、我々の政体がそれに堪え得ないほど、そんなにひどいシュッキングな難儀だろうか」<sup>49</sup> と尋ね、それからすぐに「その答えはまさにノーである」と答えている。

ここで述べられたことの中には、目立つことが二つある。第一に、最高裁はここでは検察官上訴を二重の危険に相当すると推定しているにすぎない。第二には、ここで適法過程という概念に違反せずとされているのは、「この種の二重危

險」だけである。この最高裁の態度の理由についてこれから検討することとしよう。この問題をめぐる当時の状況は、微妙なものだった。一九〇四年の *Kepler v. United States* は、検察官上訴は二重危険の禁止に違反すると、連邦レベルでは決定していた。<sup>52</sup> だから、一方では、最高裁はここ *Palko v. Connecticut* で、検察官上訴は二重危険の禁止の中には含まれないとして、この事件を処置することができなかったわけである。他方、*Kepler v. United States* では、この点に関し強力な反対意見があった。<sup>53</sup> それ故、この検察官上訴の不安定な地位にかんがみ、最高裁は、ここ *Palko v. Connecticut* で、検察官上訴は二重危険を構成すると明確に述べることでもできなかったのである。この事件における推定は、このような事情を反映したものと思われる。

検事控訴が二重の危険を構成すると推定されてからも、今度は、それでは二重の危険禁止が、適法過程の内容として認められるかということに、最高裁は難しい問題を抱えることになる。もし二重の危険が、適法条項によって保護されないということになれば、純粋な形での二重危険、すなわち新しい独立した事件における訴追の危険も適法条項では保護されないということになってしまう。我々は、前に最高裁が、*Nielson v. Oregon*<sup>54</sup> で、二重危険は州においても禁止されると言っていたのを覚えている。これは付随的意見ではあったけれど、それに反対はなかった。ということは、二重危険の禁止ということが、英米法に強く根づいている考えであるということを示している。そこで適法条項の解釈において、純粋な形での二重危険の禁止がそこには含まれないとするのは、非常に言い難いわけである。

だからと言って、逆に、二重危険は適法条項によって禁止されていても、最高裁は言い難いのである。そうすれば、ここで問題となったような二重危険、すなわち検察官上訴、も違憲無効ということになってしまうからである。先程見たように、検察官上訴が二重危険を構成するかどうかは、連邦レベルでさえ論争されている問題なのである。更に検察官

上訴は、普通法圏外の文明諸国では、当然のこととして認められている制度でもある。最高裁としても、このような制度の禁止を適法条項の名において州に強制することには、ためらいがあつてしかるべきだったのである。これらすべての結果として、最高裁のこの事件における決定は、非常に幅の狭いものだった。それは、わづかに「この種の二重危険」だけを、適法条項による保護の範囲外としたのである。

これは *Twining v. New Jersey* の場合と少し違っている。その事件で直接問題となつたのは、証言拒否に対する論評だったが、そこではもっと広い意味で自己負責の強要そのものの価値に疑問が持たれ、その結果自己負責強要の禁止全体が、適法条項による保護の対象からはずされてしまった。この逆を考えれば、或る権利が、その保護の対象となる時には、その権利全体がとも考えられる。この *Palko v. Connecticut* でも、それに似た考えがないわけではない。カードローソー判事によれば、

「これらの場合には、それぞれの修正に明記された誓約によって連邦政府に対し有効な諸権利は、秩序ある自由という概念に内蔵するものとされ、そしてそれが故に、修正第一四条を通して州に対しても有効とされたのである」<sup>56</sup>とのことである。ここでは権利章典の中の或る特定権は、そのまま州にも適用されると言っているように見える。これが後年ブラック判事によってとり上げられ、いわゆる選択的編入の根拠とされた発言である。

しかし同時にこの事件では、二重の危険のマーヂナルな場合ともいうべき検察官上訴は、適法条項の要件から排除されても、純粹な形での二重危険も排除されるかどうかは、言われてはいないわけである。逆に言えば、このアプローチの下では、権利章典の中の特定された権利でも、その一部は適法条項に編入され、他の部分はそこから排除されるということがあるわけである。今までの権利章典中の特定権の適法条項への編入過程をまとめてみると、それは次のように



なる。第一に、一つの権利全体が編入、或るいは排除、されることがあるかも知れないとも考えられる、第二には、或る権利の一部が編入され、残りの部分が排除される場合もあるかも知れないとも考えられる。第三には、*Brown v. Mississippi* におけるように、権利章典にはないとされる権利でも、適法過程の内容として認知される場合もあるわけである。

それではその間の区別をどうつけるのかというと、カードソー判事によれば、

「もし修正第一四条が、それら権利を吸収したものとすれば、その吸収過程は、それら権利が犠牲にされたら自由も正義も存在し得ないだろうという信念にその源を持っている」<sup>56</sup>

とのことである。それら権利は「秩序ある自由という枠組のまさに精随」<sup>57</sup>であり、又「基本的と位置づけられる程、我々同胞の伝統と良識に根づいている正義の大原則」<sup>58</sup>であり、又「他のほとんどすべての自由の基盤であり、又欠くことのできない条件」<sup>59</sup>なのである。だから州政府がこれら権利を侵害すれば、それは「理不尽或るいは不用意」<sup>60</sup>なものとして、又「抑圧的或るいは理不尽」<sup>61</sup>なものとして、裁判所によって違憲無効と宣せられるというのである。そこでこの事件では、裁判所は、

「この種の二重危険は、我々の政体がそれに堪え得ないほど、そんなにひどいショックな難儀だろうか。一体それは、我々の社会・政治制度のすべての根底に横たわっている自由と正義の基本的原則を侵害しているだろうか」<sup>62</sup>

と尋ねるわけである。

これが一八九七年の *Chicago, B. and Q. R. Co. v. Chicago* 以来落ついた所である。適正な法の過程とは、連邦権利章

典の中に特定された権利とは独立した概念であり、それは実体法に関しても、又手続に関しても、「基本権」だけを保護するものである。そして「基本権」という時、それは、その保障なくしては自由社会が存在し得ないという、又その侵害は我々の正義観にショックを与えるようなものというわけである。この「基本権」の考えは、一方において、この保障が恐らくはごく限定された最低限のものであろうということを我々に示唆している。しかし、反面、それは、どのように表現されたとしても、それ自身を取り上げてみれば、非常に抽象的な概念である。それがより具体的には何を意味するかは、今後事件が裁判所に持ち込まれるにつれ、その度毎に検討されるというわけである。

これは司法作用の基準としては頼りなさそうにみえる。特に分析法学の立場から見ればそうであらう。しかし、最高裁がこの問題について結局このようなアプローチに落つたのには、それなりの理由がある。この適法条項適用の過程は、司法審査の形はとるが、実際にはこれは州に対する立法に近いものである。適法条項の名において州に対して要求される諸権利の保障は、裁判所がそう宣言するまでは、連邦憲法の要請としては決して州に対して要求されていたものではなかったからである。こうしてみると、この適法条項適用の過程は、二重の意味で純粹な連邦裁判所の機能から離れている。第一に、それは、今言ったように、実質的には司法機関による立法行為とも言えるものであり、第二に、その立法行為は、連邦裁判所によって州に対して行なわれるものであるということである。米国の連邦制度の下では、連邦議会でさえ州に対してはこのような権限は持っていないのである。

更には米國司法審査制の特徴として、その違憲判決は当時遡及効を持っていたという事情がある。この権限は、或る意味においては、議会の持つ立法権より以上の効力を持っているのである。長らく実施されてきた州行為を違憲とすれば、その効果はその事件を拘束するだけでなく、実質的には既済事件にまで影響を及ぼすことになる。例えそれが訴訟

手続であっても、それが違憲と宣せられれば、同じ手続の下に有罪判決を受けていた者は、人身保護令状を申請し、再審を求めることができる。古い事件であれば、その事件の証人などもはや生存していないかも知れないし、そうなれば裁判は不可能で、被告は自由の身になってしまふわけである。米国の司法審査はそのような効果を持っていた。勿論、もしも問題となった州行為が、肉体的拷問といったような本当にショッキングなものであれば、州権や州の行政に対する考慮など、何も必要ないわけである。しかしこれが証言拒否に対する論評とか検察官上訴とかいった手続であれば、問題は当然又別である筈である。財産権の保護に急なあまり、裁判所は適法過程というパンドラの箱を思わず開いてしまったと言える。次の問題は、いかにそれがもたらす問題を整理するかにある。適法条項の背後にある色々な要件に対し、最高裁は、時にはそれらに留意し、又時にはそれらに特に言及はしていない。しかしそれら背景を考慮に入れれば、最高裁のこの問題へのアプローチには、それなりの実際的な理由があったわけである。

確かに、「基本的」というだけでは、それ自体を取り上げれば、それは、非常に抽象的な、はっきりしない概念である。しかし、それが個々の事件の背景の中に置かれた時は、それは確かに或る意味を持っている。証言拒否に対する論評と、バックル付きのベルトで打ちのめし告白を強要するのとは、確かに次元の違う問題である。又、緊迫した市民感情の中で、無智・文盲の被告を弁護人なしで裁判するのと、検事控訴を同じレベルで取り扱うわけにはいかない。更には、縮小に向っている大陪審や陪審裁判と、発展途上にある言論の自由、又は弁護人依頼権を同日に語るわけにもいかないのである。この *Palko v. Connecticut* におけるカードーン判事の意見は、全員一致で支持されていた。そこでこのアプローチは、ここに定着したように思われた。しかし、実際には、それはこの *Palko v. Connecticut* で確立されるや否や、直ちに挑戦を受けることになる。その挑戦に指導的役割を果たしたのが、新たに最高裁に任命されていたブラック判事だっ

たのである。

- (1) *Nielson v. Oregon*, 212 U.S. 315 (1909).
- (2) *Id.* at 320.
- (3) *Prudential Insurance Co. v. Cheek*, 259 U.S. 530 (1922).
- (4) *Id.* at 543.
- (5) *Id.* at 546.
- (6) *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 666 (1925).
- (7) *Ibid.*
- (8) *Id.* at 672. 編入の意志は、多数意見よりむしろ少数意見の方が強かったとも言える。多数意見では、言論の自由の編入は推定であったが、少数意見は、「言論の自由という一般原則は、修正第一四条の中に編入されるべきである」と書いてゐる。
- (9) *Fiske v. Kansas*, 274 U.S. 380 (1927).
- (10) *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 672 (1925).
- (11) 一九〇四年 *Lochner v. New York* は「契約の自由」という有名な法理を確立した。それによれば、労働を売置する権利は、個人が彼の商取引において契約を結ぶ一般的権利の中に含まれ、その「契約の自由」は、修正第一四条適法条項によって保障された自由の一部を構成すると言う。更にこの自由は、売手の自由であると同時に、買手の自由でもあると

言うのである。そこでこの自由に不当に介入する州法は違憲ということになる。Lochner v. New York, 198 U. S. 45 (1904).

(12) 普通法における自由ということの元来の意味については、Shattuck, "The True Meaning of the Term 'Liberty'" 4 Harv. L. Rev 365 (1891) 参照。

(13) Gilbert v. Minnesota, 254 U.S. 325, 343 (1920) .

(14) Lochner v. New York, 198 U.S. 45, 74 -76 (1904) . におけるホームズ判事の反対意見参照。

(15) Prudential Insurance Co. v. Cheek, 259 U.S. 530, 548 (1922) .

(16) ヴァンデヴァンター判事は当時の「最高裁のもっとも保守的なグループと」行動を共にし、マクレイノルド判事も又「最高裁のもっとも保守的な一派と」行動を共にしたと言われる。タフト長官の社会哲学も又保守的であった。「彼の人間と公務についての智識は、彼が反動的な無分別さをもって行動するのを妨げはした。しかし、彼は過激派とは決して心が通うことはなかったし、又一般的にリベラルと目されている人々とさえも、滅多に心が通することはなかった」ということが言われている。Swisher, American Constitutional Development 565, 592, and 771 (2d ed. 1954) .

(17) Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919) . 「明白で現存する危険」という法理は、Schenck v. United States においてホームズ判事によって展開された。簡単に言って、それは言論の自由に対する国家の介入は、その言論が「明白で現存する危険」を社会にもたらす時点においてのみ正当化されるというのである。

(18) Gitlow v. New York, 268 U.S. 652, 672 - 673 (1924) .

(19) Id. at 668.

(20) *Id.* at 672. 修正第一条の言論の自由の保障は、「連邦議会は言論の自由……を奪う法律を制定してはならない」とその言葉づかいは絶対的で、その保障には何の条件も留保も付せられていない。

- (21) *Id.* at 672.
- (22) *Fiske v. Kansas*, 274 U.S. 380, 387 (1927) .
- (23) *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931) .
- (24) *De Jonge v. Oregon*, 299 U.S. 353 (1937) .
- (25) *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940) .
- (26) *Everson v. Bd. of Ed.*, 330 U.S. 1 (1947) .
- (27) *Grant, Our Common Law Constitution* 5 - 7 (1960) .
- (28) *Id.* at 7-9.
- (29) *Id.* at 9-10.
- (30) *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45, 65 (1932) .
- (31) *Id.* at 71.
- (32) *Ibid.*
- (33) *Act of April 30, 1790, ch. 9, sec. 30, 1 Stat. 112, 119 (Now Act of June 25, 1948, ch. 645, 62 Stat. 814, 18 U.S.C. § 3005 (1970).* 現行法では言葉づかいが少し変わっているだけである。これは法律による要請で、修正第六条による憲法上の要

請とは考えられていなかった。裁判所による弁護人の任命が修正第六条の要請となったのは *Johnson v. Zerbst*, 304 U.

S. 458 (1938) からである。修正第六条の弁護士依頼権の発展については、Holzoff, "The Right of Counsel under the Sixth Amendment," 20 N. U. L. Q. R. 1 (1944) 参照。

- (34) Ibid.
- (35) Powell v. Alabama, 287 U.S. 45, 65 (1932).
- (36) Id. at 71.
- (37) Ibid.
- (38) Id. at 51.
- (39) Id. at 52.
- (40) Act of April 30, 1790, ch. 9, sec. 30, 1 Stat. 112, 119 (Now Act of June 25, 1948, ch. 645, 62 Stat. 814, 18 U.S.C. § 3005 (1970)).
- (41) Powell v. Alabama, 287 U.S. 45, 73 (1932). ここで問題となったアラバマ州においてさえ、法律が死刑事件においては、裁判所による弁護士任命を規定していた。しかし、この事件ではアラバマ州裁判所は、事実調査の上、この要件は満たされていなかったと決定していた。
- (42) Brown v. Mississippi, 297 U.S. 278 (1936).
- (43) Id. at 285.
- (44) Id. at 286.
- (45) Id. at 281.

- (46) *Id.* at 282.
- (47) *Kepner v. United States*, 195 U.S. 100, 126 (1904), 同様に *United States v. Oppenheimer*, 242 U.S. 85 (1916) 参照。

(48) *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937) .

(49) *Id.* at 323.

(50) *Id.* at 328.

(51) *Ibid.*

(52) *Kepner v. United States*, 195 U.S. 100 (1904) .これはフィリップスが米国の領土であった時代そこで起った事件である。米本土における連邦裁判においては、検察官上訴の憲法問題は起らない。そこでは検察官上訴は行なわれていないからである。

(53) *Id.* at 134. 三人の判事が反対したがその反対意見はホームズ判事によって書かれた。ホームズ判事の名声が、この反対意見に特別な重味をもたらしている。

(54) *Nielson v. Oregon*, 212 U.S. 315, 320 (1909) .

(55) *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 325 (1937) .

(56) *Id.* at 326.

(57) *Id.* at 325.

(58) *Ibid.*



(59) *Id.* at 326.

(60) *Ibid.*

(61) *Id.* at 327.

(62) *Id.* at 328.

(63) 米国司法審査における違憲判決の効力については、Field, *The Effect of an Unconstitutional Statute* (1971) 参照のこと。遡及効果はあまりにその影響が大きいため、時にはやや緩和されることがあるという。この違憲判決遡及の原則は、近年になって大幅に変更された。Linkletter v. Walker, 381 U.S. 618 (1965), Angelet v. Fay, 381 U.S. 654 (1965), Tehan v. U.S. ex rel. Shott, 382 U.S. 406 (1966)