

米連邦權利章典と修正第一四條適法手續條項(Ⅲ)

——權利章典方式の台頭——

町 井 和 朗

- 一 權利章典方式論の展開
- 二 權利章典方式と普通法方式
- 三 公開裁判權と弁護人依頼權
- 四 搜索・押収と証拠排除則

一 權利章典方式の展開

「その修正〔修正第一四條〕第一節の諸規定が、個別的に又全体として達成せんとした主たる目的の一つは、權利章典を州にも適用させることにあつた。⁽¹⁾」

これは一九四七年 *Adams v. California* におけるブラック判事の言明である。これが後に「合体 (incorporation)」論と呼ばれるようになった理論の嚆矢である。

簡単に言つて、この新理論によれば、連邦権利章典がそっくりそのまま修正第一四条適法条項の内容となるということになる。「合体」という言葉が権利章典に特定された諸権利の、適法条項へのそっくりそのままの編入を特に表わすわけである。その編入は権利章典の一部でもないし、またその一片でもない。言い換えれば、この見解は権利章典と適法条項を同一化するものである。それによれば、適法過程とは権利章典の略字とも言うべきものである。

カードーズ判事によって編み出された Palko 理論によれば、適法条項と権利章典は、時に重複することはあるにしても、本来それらは相互に独立の概念であるはずだった。「合体」説はこの Palko 理論と完全に対立している。この対立競争が、以後の最高裁の、適法過程の定義に関する諸判決の主たるテーマとなるのであり、そしてまたこの対立競争の中でこの新理論は、後に「刑事革命」とも呼ばれる、米國憲法の一大変革にその原動力として働くことになるのである。⁽²⁾

もっとも合体説と言つても、それにはいろいろな変種がある。これら変種は、理論的に言つて、時には基本的見解の相違に根ざしたものでさえある。そうした詳細については、それらが問題となるその時々⁽³⁾に改めて検討することとなるだろう。ここではまづ、この新理論の台頭、その発展、そしてその Palko 理論との対立競争について分析することにする。

この新理論が初めて示唆されたのは、恐らく一九四〇年 Chambers v. Florida だったろう。これは「最も太い神経と最も頑強な抵抗でさえ打破すべく計算された状況の下に」⁽³⁾行なわれた「長時間にわたる取調べと交互尋問」⁽⁴⁾により被疑者から引き出された自白の証拠能力が問題になった事件である。ここではこの自白の証拠能力は否定されたが、その結論の基礎となったのは一九三六年の Brown v. Mississippi であつた。Brown v. Mississippi では、⁽⁵⁾そこでの証拠排除は修正第一四条適法条項によるもので、連邦権利章典不利益供述強要禁止条項によるものではないということが明確に述べられていた。そこでこの Chambers v. Florida における自白の排除も、単に Twining-Palko アプローチに沿つた一発展⁽⁵⁾だったと考えられる。

しかし、この事件の判決理由を書いたブラック判事は、修正第一四条適法条項の分析に関連し、その註において次のような点に留意している。それは

「修正第一四条は、権利章典（修正第一条から第八条まで）により連邦の侵害から保護されているすべての権利を、州に対しても安全となすべく意図されているという一連の意見が今までずっと継続してきている」⁽⁶⁾
というものである。

ブラック判事は、この意見がかって一度も最高裁を支配したことはないということは認めている。⁽⁷⁾ 彼は *Palko v. Connecticut* ではカードーズ判事の判決理由に参加しているし、またこの *Chambers v. Florida* では、⁽⁸⁾ そこでの問題を *Brown v. Mississippi* に基づき解決している。そこでこのブラック判事による権利章典への留意が、米國憲法史上はかり知れない重要性を持ったものだったとは、この時点では恐らくは誰も気づかなかつた。

同年の、宗教の自由に関する *Cantwell v. Connecticut* ⁽⁸⁾ では、今度はロバート判事が全員を代表し、次のように述べている。「その修正「修正第一四条」に盛り込まれている自由という基本的概念は、修正第一条によって保障されている自由をも包含する。」⁽⁹⁾ その結果、州の議会は、⁽¹⁰⁾ 国教の設立を認め、あるいは宗教の自由を禁止する法律を制定することについて、「連邦議会と全く同様無力にされている」のである。この言葉使いから見ると、ここでは修正第一条そのものが州にも適用されるようになったように思われる。

次に見るように、ロバート判事は決して権利章典方式を採るものではない。しかし、修正第一条に関してだけ言えば、これがそのまま州に適用されるということは、当時の最高裁判事達すべてに暗黙のうちに了解されていたようにも思われる。この *Cantwell v. Connecticut* は全員一致であった。むしろ翌年の *Bridges v. California* では、今度はブラック判事の意見で、

「修正第一条により連邦による侵害から保護されている言論並びに報道の自由は、修正第一四条によってすべての人に州による侵害からも同様に保障されている」⁽¹¹⁾

ということが判示されている。これから六年後の *Everson v. Board of Education* でも、またまたブラック判事の言により、ここでの問題を支配するのは、「修正第一四条により州にも適用されるとされた修正第一条……」とされている。⁽¹²⁾ この事件には反対意見もあった。しかし、その反対はこの修正第一条の州への適用という点にあったのではない。こうして見ると、修正第一条そのものの州への適用は、合体論が全面的に展開されるかなり前に、すでにほぼ確立されていたように思われる。これがブラック判事にとっては意識的なものであったことは、ほぼ間違いのないところである。他の判事達がこの立場を意識的にまた積極的に支持したかどうかは明らかでない。⁽¹³⁾ しかし、この修正第一条そのものの州への適用の、少なくとも黙認が、後の権利章典アプローチに一つの強力な武器となったことは間違いない。これは合体の具体的な一例となったからである。

修正第一条の合体についての疑義はとにかく、一九四〇年においては *Palko* 理論は支配的であり、それに対する挑戦がまだ表だったものではなかったことも事実である。その最も確かな証拠は一九四二年の *Betts v. Brady* ⁽¹⁴⁾ である。これは州の裁判における弁護士依頼権に関する事件であって、そこでは貧困者が弁護士なしに窃盗罪で訴追され、有罪となっていた。彼は州裁判所に人身保護令状を申請したが却下され、連邦最高裁に上訴した。しかし、最高裁はこの上訴を棄却し原判決を確認した。ここでの弁護士不在の裁判は、修正第一四条適法条項に違反するものではないとされたわけである。

一九三二年の *Powell v. Alabama* において、死刑事件では、被告人の無知、無気力、文盲といった特殊な事情のある時、適法条項は貧困な被告人に裁判所が職権で弁護士を選任することを州に対し要求しているということが確立されてい

(15) *Betts v. Brady* は基本的には、この *Powell* 法理の適用である。事件は死刑事件ではなかったし、争点は簡単で、被告人は「年齢四三歳、且つここでの限定された争点の裁判における自己の利益を守るに足る、一般人としての知力と能力を持っていた」⁽¹⁶⁾。そこで、弁護人の助けは、ここでは必要不可欠なものではないとされたのである。

Powell 事件との *Betts* 事件の間には、一九三八年の *Johnson v. Zerbst* が狭っていた。これは連邦裁判に関する事件であったが、そこでは修正第六条は、すべての刑事事件において、自ら弁護人を依頼することのできない被告人に裁判所が弁護人を付することを要求するとされていた。⁽¹⁷⁾これが *Betts v. Brady* の時点における連邦裁判の、弁護人に関する基準であったわけである。

この *Johnson v. Zerbst* と *Betts v. Brady* との間のギャップは、最高裁が連邦裁判と州裁判に二元的基準を考えていたということを明らかに示している。事実、最高裁はこのことをはっきりと明言している。*Betts v. Brady* の判決理由を書いたロバート判事によれば、

「連邦憲法修正第六条は、連邦裁判所における裁判にのみ適用される。修正第一四条適法法条項は、修正第六条に見出される特定された諸保障を、そのものとしてそこに包括するものではない」⁽¹⁸⁾
とのことである。すなわち、適法過程とは、権利章典の特定権「ほど厳格でなく、より柔軟な」⁽¹⁹⁾概念を表わしているものとするのである。

この多数意見に対し、ブラック判事は彼の反対意見の中で、「私は修正第一四条は修正第六条を州に対しても適用させたと信じている」と書いて⁽²⁰⁾いる。しかし、ここではその理由はまだ展開されていない。この時点では、まだはっきり考えが固まっていなかったのかも知れない。あるいは、彼の考えが最高裁の多数に受け入れられる可能性がまだなかったからかも知れない。しかし、この *Betts v. Brady* から五年後の *Francis v. Resweber* の頃になると、ブラック判事の合体

論は、最高裁の中でかなりはっきりした形をとってきたように思われる。

一九四七年の *Francis v. Resweber* は、機械の故障により電気椅子が正常に作動せず執行を免れてしまった死刑囚が、再度の死刑執行を二重処罰でありまた残虐、異常な刑罰であると主張して起った事件である。⁽²¹⁾ 最高裁の結論は、ここにおける再度の死刑執行は適法条項違反とはならないというものであったが、リード判事によって書かれたこの事件の多数意見は、

「我々はこの状況を、二重危険や残虐且つ異常な刑罰に関する修正第五条並びに修正第八条の原則は、修正第一四条適法条項違反になると、そう決定はしないが、そうした推定の下に検討しよう」⁽²²⁾

という言明でまづ始まっている。一見、ここには修正第五条と修正第八条が適法条項の内容であるという推定があるよう思われる。しかし、実際には、ここでの推定は修正第五条と第八条の「原則」の適用であり、これとそれら修正そのものの適用との間には微妙な相違があるとも考えられる。その推定の論拠として挙げられた先例も、*Twining v. New Jersey*, *Palko v. Connecticut* とうらものだった。⁽²³⁾

事実、ここでの結論は決して修正第五条や第八条に基づくものではなかった。修正第五条二重危険条項について言えば、リード判事の多数意見は、「この事件は州法に基づく訴追であるから、二重危険に関する限り *Palko* 理論が決定的である」⁽²⁴⁾ と明確に述べている。この多数意見は、修正第一四条がその適法条項により、州による残虐刑を禁止しているということ⁽²⁵⁾ は認めている。しかし、この事件の事実に関し、リード判事は更に、

「我々は、上訴人に課せられたこの困難が、その残虐性のため適法過程の否定として非難さるべき段階に達したという考えには、とても賛意を表するわけにはいかない」⁽²⁶⁾

としている。我々はここに、ある種の残虐刑は、修正第一四条適法条項によって州に禁止されているということを酌みと

ることができる。しかしここではその人権保障が、修正第八条残虐刑条項により連邦政府に要求されているものと同じものという示唆はない。こうして、このリード判事の多数意見は、結局は Palko 理論の上に立つもので、そこからの遊離はここでは何も感じられていない。

こうした事実にも拘らず、この事件ではフランクファーター判事が補足意見を書き、次のように言っているのは注目される。彼はまづ

「修正第一四條適法条項が、単に権利章典の便利な索引にしかすぎないという考えは、ごく最近までは示唆されたこととはなかった」⁽²⁷⁾

と指摘し、次いでその考えを批判し、

「今まで最高裁は、修正第一四條適法条項は、権利章典に特別に列挙されている諸保障によっては定義されない文化的水準という要求を表わしているのであると、あまたの判例の中でずっと判示してきている。それは最初の修正八箇條の特定権を含むものでもないし、又それらに限定されるわけでもない」⁽²⁸⁾

と述べている。これらの記述をみると、最高裁内部でいわゆる合体理論が、この時点で既に議論され始めてきたということとは明らかであると思われる。そうでなければ、フランクファーター判事がわざわざ補足意見を書き、それを批判する必要もなかったろうからである。

Palko v. Connecticut 以来ここまでの事件をふり返って見ると、それは次のようになる。基本的には Palko 理論は継承され、それに対する公然の挑戦はまだ見られていない。しかし表面上の静かさと別々に、すでにその底流には新理論の萌芽が見られる。ブラック判事はこの時までには彼の新理論を十分構成し、その展開に動き始めていたことは明らかに推則される。限定された範囲内ではあるけれど、修正第一条の州への適用に関する一連の事件は、その成功を暗示するものであ

ったかもしれない。これら過程は次の *Adanson v. California* に一つの頂点を迎えることになる。

一九四七年の *Adanson v. California* ⁽²⁸⁾ には、当時の適法条項に関するすべてのアプローチが集約されて展開されている。ここで問題となったのは、*Twining v. New Jersey* におけると同じ、例の陪審に対する、被告人の黙否という事実の指摘である。これが自己に不利益な供述強要の一型態として適法過程に違反しないかどうかが再び問われたわけである。この問題について最高裁は、五対四という採決で辛うじてその証言拒否に対する言及を合憲とした。しかし、最高裁内部の分裂は実際にはもっと複雑なものだった。

より明白な見解からまづ始めるとして、ここではブラック判事が、ダグラス判事の賛意を得て、少数意見としてではあったが彼の合体説の全貌を初めて展開することになる。彼によれば、

「その修正〔修正第一四条〕第一節の諸規定が、個別的に又全体として達成せんとした主たる目的の一つは、権利章典を州にも適用させることにあった⁽³⁰⁾」

とのことである。

ラトリヂ判事の賛意を得て、マーフィ判事は別の少数意見を展開した。彼の考えは、

「訴訟手続の基本的水準からあまりにかけ離れているので、権利章典には明示規定がないにも拘らず、適法過程が欠けているという理由で違憲宣告に値する場合が生じ得る⁽³¹⁾」

というものである。結局、彼等は適法過程の要求を権利章典に限定することなく、権利章典と、それに加えてその他の基本権の保障とするものである。

これら二つの権利章典を伴うアプローチに対し、フランクファーター判事は彼の補足意見で、まずすでに廃棄されたはずの例の論理解釈をここで再び持ち出している⁽³²⁾。そのメリットはとにかく、ここで明らかなのは、この議論は権利章典を

適法過程という概念から完全に閉め出すものであることであり、それはまた適法過程の独立性を強調するものであるというものである。すなわち、彼は、

「その修正〔修正第一四条〕は、我々の建国の父達が連邦政府を制約するのに適当と考えた明示規定を包括するものでもないし、又それらに限定されるものでもない。修正第一四条適法条項は独立の可能性を持ったものである……」⁽³³⁾

以上三つの立場は、しかし、皆反対意見か補足意見である。この事件の判決理由はリード判事によって書かれ、それにはヴィンセン長官、ジャクソン判事、バートン判事が参加している。この意見は少し分析を要する。それはまづ、被告人の黙否の事実を陪審に指摘することは、修正第五条の下ではその被告人に自己に不利益な供述を強要することになるといふ推定から始まる。⁽³⁴⁾しかし、それからこの意見は、*Palko v. Connecticut* の権威の下、次のように述べている。「修正第一四条適法条項は連邦権利章典のすべての権利をその保護の下に置くものではない。」⁽³⁵⁾そして、特に不利益供述強要について言えば、

「適法条項は、それが存在するというだけで、修正第五条によって連邦の介入に対し被告人に保障されている証言拒否の自由を、州における裁判においても保護するものではない」⁽³⁶⁾

と述べられている。一見、これはフランクファーター判事の理論と同じものとも思われる。確かにこのリード判事の多数意見は、フランクファーター判事の補足意見同様、*Twining v. New Jersey* や *Palko v. Connecticut* に深く依存している。しかしその意見は、適法条項が権利章典の中のある特定権をその保護の下に置くかも知れないということも示唆している。この「保護の下に置く」ということが具体的に何を意味するかは、ここでは、はっきりとは分らない。しかし、一つ確かなことは、このリード判事による多数意見は、フランクファーター判事の意見ほど適法過程という概念の権利章典からの独

立性を強調してはいないということである。これら二つの意見は、表面上同一に見えるものの、そこには微妙な相違があるようにも考えられる。

ここで興味ある事実は、フランクファーター判事の補足意見の中にも、ブラック判事の反対意見の中にも、いわゆる「選別的合体 (Selective Incorporation)」についての言及があるということである。⁽³⁷⁾ 選別的合体とは、権利章典の中のある特定権だけが適法条項と合体し、そっくりそのまま州に適用されるという考えである。だから合体が選別的であるわけである。修正第一条についてだけ言えば、われわれはそれが修正第一四条適法条項を通して、修正第一条の特定権そのものとして州にも適用されるということがほぼ確立されたよう思えるということを一先程見てきている。もしそうなら、これは一つの選別的合体である。

この選別的合体という考えは、最終的には最高裁に支配的となる考えである。権利章典の特定権は、このプログラムに沿ってやがて一つづつ修正第一四条適法過程に合体することになる。これは先の話であるが、この時点ですでにその萌芽は明白に見られるわけである。まだはつきりした理論を構成したわけではないにしても、選別的編入がこの時まで最高裁における一つのトピックとして取り上げられるようになっていたという事実には、疑問の余地がないところである。

要約すれば、この *Adams v. California* では、権利章典について四つの理論が出揃ったことになる。その両極に位置を占めるのがフランクファーター判事とブラック判事である。前者によれば、権利章典と適法条項は何等の関係を持つものでなく、それらはそれぞれ相互に独立の概念であるはずである。後者によれば、それらは完全に同一で、それぞれは他方以外の何ものをも意味するものではないということになる。その中間を占める考えの一つに、マフィー判事とラトレヂ判事によって展開された理論がある。それによれば、適法条項は権利章典とそこには含まれないその他の基本権をも包括するものである。同じく中間理論として選別的合体説によれば、権利章典の特定権のうち、あるものだけが適法条項の中

に統合されるということになる。この後の適法条項の歴史は、基本的には、これら四つの理論の主導権を求めての対立競合の歴史となる。先程簡単に述べたように、結局は選別的合体論が大勢を占めることになるのであるが、その発展過程を検討する前にこれら理論をもっと詳細に分析する必要がある。まづはブラック判事の合体論から。

- (1) *Adanson v. California* 332 U.S. 46, 71-72 (1947) (Black, J., dissenting opinion.)
- (2) 一九六〇年代から一九七〇年代にかけての、米国における刑事訴訟法の一大変革については、その簡明な参照図書として、*The Editors of Criminal Law Reporter, The Criminal Law Revolution and Its Aftermath, 1960-1972* (1973) 参照のべし。

- (3) *Chambers v. Florida*, 309 U.S. 227 (1940).

- (4) *Id.* at 238-239.

- (5) *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278, 285 (1936). これは黒人の被疑者達につき、副保安官を含む一団の白人達が彼等を鞭で、又バットル（木の革ベルト）で打ちのめすといった拷問によりひき出された自白の証拠能力が否定された事件である。

- (6) *Chambers v. Florida*, 309 U.S. 227, 236 n. 8 (1940).

- (7) *Ibid.*

- (8) *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940).

- (9) *Id.* at 303. 修正第一条に関連ある権利として、このときでは言論の自由 (*Fiske v. Kansas*, 274 U.S. 380 (1927)), 報道の自由 (*Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931)), 集会の自由 (*De Jonge v. Oregon*, 299 U.S. 353 (1937)) が適法条項の内容とされていた。

- (10) *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, 303 (1940).

- (11) *Bridges v. California*, 314 U.S. 252, 263 (1941).

- (12) *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1, 8 (1947).

- (13) *Cf. N.A.A.C.P. v. Alabama*, 357 U.S. 449, 460 (1958). ここではハーラン判事により、全員一致で、「信仰、思想を推し進せんがための結社の自由が、言論の自由を包括する修正第一四条適法条項によって保障されている自由の不可欠な一部である

ということ疑いの余地のないところである」とされ、ここには修正第一条への言及はない。これは普通法方式を推進したハーラン判事の意見であるから当然とも思われるが、同時に権利章典方式論者もこれを受け入れざるを得なかったものと思われる。修正第一条に結社の自由は明示されていないからである。

- (14) *Betts v. Brady*, 316 U.S. 455 (1941).
- (15) *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45, 71 (1932).
- (16) *Betts v. Brady*, 316 U.S. 455, 472 (1941).
- (17) *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458, 463 (1938). 修正第六条における弁護士依頼権の発展については、特に *Beaney, Right to Counsel in American Courts* (1955); *Fellman, "The Constitutional Right to Counsel in Federal Courts,"* 30 *Neb. L. Rev.* 559 (1951) 参照のあり。°
- (18) *Betts v. Brady*, 316 U.S. 455, 461-462 (1941).
- (19) *Id.* at 462.
- (20) *Id.* at 474 (Black, J., dissenting opinion). 結論としては、ブラック判事は多数意見と同じアプローチからここでの弁護士不在を修正第一回条違反としていた。
- (21) *Francis v. Resweber*, 329 U.S. 459 (1947).
- (22) *Id.* at 462.
- (23) *Id.* n. 2.
- (24) *Id.* at 463.
- (25) *Ibid.*
- (26) *Id.* at 464.
- (27) *Id.* at 467 (Frankfurter, J., concurring opinion).
- (28) *Id.* at 468.
- (29) *Adams v. California*, 332 U.S. 46 (1947).
- (30) *Id.* at 71-72 (Black, J., dissenting opinion).

- (31) *Id.* at 124 (Murphy, J., dissenting opinion).
- (32) *Id.* at 66 (Frankfurter, J., concurring opinion). ハリスの論理解釈とは、Davidson v. New Orleans, 96 U.S. 97 (1878) で展開され、Hurtado v. California, 110 U.S. 516 (1884) によって継承された適法条項の論理解釈である。それによれば、修正第一四条適法条項は権利章典を意味する筈がないという。なんとならば、権利章典中、修正第五条にも適法条項があり、これが権利章典を意味するなら、それ自体は無意味になってしまふからというものである。この論理解釈は、一八九七年の Chicago, B. and Q. R. R. Co. v. Chicago, 166 U.S. 226 (1897) で実質的に変更された。そこでは修正第五条の収用条項が適法条項の内容とされたからである。更にこれは後に、単なる「解釈の一助」にしかすぎないと、明示的にその憲法上の資格を剥奪された。Powell v. Alabama, 287 U.S. 45, 67 (1932)。この推移、顛末については、拙著「米連邦権利章典と修正第一四条適法条項(一)」(大東法学、創刊号、一九七四年五月) 213-228頁参照されたし。
- (33) Adamson v. California, 332 U.S. 46, 66 (1947) (Frankfurter, J., concurring opinion).
- (34) *Id.* at 50 (Reed, J., opinion of the court)。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ことにならなかつた。Act of March 16, 1878, ch. 37, 20. Stat. 30 (Now Act of June 25, 1948, ch. 645, 62 Stat. 833, 18 U.S.C. §3481 (1970)。その中で、この種の論評が修正第五条不利益供述強要禁止条項に違反するかどうかは問題となつたことはなかつたのである。
- (35) Adamson v. California 332 U.S. 46, 53 (1947).
- (36) *Id.* at 54.
- (37) *Id.* at 65 (Frankfurter, J., concurring opinion); *Id.* at 89 (Black, J., dissenting opinion)。ブラック判事はハリスでは、Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937), は「選別的合体論」を展開したという解釈を採っている。

二 権利章典方式と普通法方式

修正第一四条適法条項の内容として連邦権利章典を示唆したのは、必ずしもブラック判事が最初ではない。フランクフ

アータ判事の言葉によれば、風変りな例外であったにしても、⁽¹⁾すでに一八八〇年代ハーラン判事が、適法条項は権利章典の諸権利を州に対しても保障するものとみなしていた。⁽²⁾しかし、ブラック判事の考えには彼特有の特徴があり、そしてその特徴が彼の考えを半世紀前のハーラン判事のそれとは全く違ったものとしていた。

ブラック判事の考えの特徴の一つは、まづ彼は適法条項の内容としては権利章典だけを考え、それ以外は何もその内容と認めないという点にある。ラトリヂ判事もマーフィ判事も、権利章典を適法条項の内容として挙げている。しかし彼等の場合、権利章典は適法条項の一内容にしかすぎない。彼等にとって適法条項は、権利章典とそれ以外の基本権を保障するものなのである。半世紀前のハーラン判事の立場も恐らくはそういうものだった。⁽³⁾それらに反し、適法条項の内容を権利章典に限定したという点が、ブラック判事の合体論の非常にユニークな点である。

この特徴に関連し、ブラック判事の理論にはもう一つの特徴がある。彼が連邦権利章典が州に適用されるという時、それは連邦憲法の最初の修正八箇条だけの適用なのである。⁽⁴⁾米國憲法における権利章典は、その憲法の原文に対する修正の形をとっている。十箇条の修正がこのように原憲法に追加されたわけである。それら十箇条は一括して提案され、一括して採択されている。⁽⁵⁾一般的にはこの最初の十箇条が権利章典と呼ばれるもので、ブラック判事もまたそう考えているようである。⁽⁶⁾しかし、彼が権利章典は適法条項を通して州にも適用されるという時の権利章典は、修正第一条から第八条までなのである。

第三の特徴として、ブラック判事が権利章典を州に適用する時、それは権利章典そっくりそのままの適用なのである。この事実⁽⁷⁾に合体という言葉の意義があるのである。彼は連邦と州との間に絶対に一二元的基準を認めない。一九四一年の *Bridges v. California* では、ブラック判事は言論並びに報道の自由を侵害する州権を厳格に制限している。そしてその理由は、「なんとならば、修正第一条は、まぎらわしい言葉を使つてはいない」⁽⁷⁾からというものである。事実、修正第一条

は、「連邦議会は：言論、報道の自由を奪う法律を制定してはならない」と、その要求は絶対的で、そこには何の留保も条件も付せられていない。そこで彼によれば、修正第一条の禁止は、「明示された言語が、自由愛好社会という文脈の中で意味し得る最大限の幅を持った要請と考えるべきだ」ということになるのである。⁽⁸⁾

後にわれわれは、ブラック判事が州の搜索・押収を憲法に照して審査する時、彼の憲法上の要求が、かなり緩いものであることを知るだろう。ブラック判事によって提供されたその理由は、この点に関する修正第四条の要請は単に「不当な」搜索・押収を禁止しているものだからというものである。⁽⁹⁾ 「不当な」という言葉そのものが相対的なもので、ある搜索・押収の違憲性審査における裁判官の判断を示唆しているからというわけである。⁽¹⁰⁾ だから、ブラック判事が権利章典は適法条項を通して州にも適用されるという時、それは権利章典そっくりそのままの適用であり、さらにそれは権利章典の語句そのものの州への適用ということになる。ここにブラック判事の合体論の第三の特徴があるわけである。これら特徴が一体どこからくるかを、次に検討することとする。

ブラック判事の方法論の特徴の最後の点は、それが言語、すなわち憲法の成文に非常に依存しているものであることを告げている。ブラック判事は彼のアプローチを歴史的に見て正当だと考えている。Adamson v. Californiaで彼は修正第五条の保障を州に対しても延長せんとしているが、この延長につき彼は、「私はこれを修正第一四条の本来の目的に沿って行うものだ」と述べている。⁽¹¹⁾ そして、彼によれば、この本来の目的のよって来るところは、

「最終的に修正第一四条に集約された、それをめぐる歴史的出来事と、その修正を発起しそれに賛成した人々の、またその提案と採択に反対した人々の発言についての彼の研究」

であるということになる。⁽¹²⁾ 実際、彼は彼の反対意見に続き、彼の見解を補強するため修正第一四条の立法過程を分析する付録を提出している。

このブラック判事の歴史分析は、米国の近代憲法史学において最も論議をよび起したものである。ここでその是非を検討する必要はない。⁽¹²⁾ その真のメリットはとにかく、修正第一四条の立法意思が、かくして一旦その法制史研究から確立されるや、ブラック判事のその後のアプローチは、今度は全く分析法学のそれである。彼の意見は言語に対する強調で満ちている。彼は、

「最高裁自身の品位とか基本的正義とかいう考えを、権利章典の言語に代替させる最高裁の慣行の結果」⁽¹⁴⁾
を憂慮し、また

「最高裁が、権利章典のどの規定が強制され、又その場合どの程度まで、ということを決定することができるとすることは、それは成文憲法という偉大な企画の目的を無にってしまうことになる」⁽¹⁵⁾
と主張する。

この彼の成文法における言語の強調に平行するのは、彼の自然法に対する厳しい批判である。Adams v. California の多数意見は、彼によれば、

「この憲法によって最高裁は自然法の下に限界のない権力を付与されているという……憲法論」⁽¹⁶⁾
を再び主張しているものとなる。この「自然法法理は……我が憲法とはなじまないこぶのようなものであり、放棄さるべき」⁽¹⁷⁾ものとなるのである。

ブラック判事が自然法理論に反対するのは、

「最高裁の或る一時点における文化的品性とか基本的正義とかいう考えに合わせるため、それが憲法の基準を周期的に拡張したり縮小したりする」⁽¹⁸⁾
からである。その結果この自然法理論は、

「立法権を制限する憲法の明文規定が無い分野においてさえ、議会の犠牲において裁判所に立法政策に関する最終的権限を巧みに与える」⁽¹⁹⁾

ことになる。簡単に言つて、自然法というものは、そのあいまいさと抽象性の故に、裁判官の個人的また主観的判断に染まり易く、またその結果、裁判所に憲法がそれに認めていない立法権を事実上行使させることになる。これがブラック判事の自然法批判の骨子である。

ここまでくると、ブラック判事が自然法ということは何を意味しているか明らかになつたろう。実際、ブラック判事が自然法という時、それは、それによって裁判所が私有財産保護のためあまたの社会・経済立法を無効とした、あの「実体的適法過程」を指すのである。彼によれば、これらの違憲判決は、「最高裁の適法条項の用途に、私有財産保護のため、新しくかつ今まで知られなかつた分野を自然法概念の下に与えた適法過程理論」によって達成されたものである。⁽²⁰⁾

同時に、「この新理論は、権利章典に列举された人権を州による侵害から保障するものとしての修正第一四条の効果を縮小してしまつた」⁽²¹⁾。拡張も縮小も、どちらも「この最高裁の、国家に対する最も満足すべき貢献と直ちに分類され得るものではない」⁽²²⁾。「こうブラック判事は論述する。この「自然法適法過程」の法理は、過去において用いられた。そこでブラック判事は、その法理が、

「将来においても用いられ、規制立法の審査に際しこの最高裁に、政策、道徳という広い分野で自由勝手に行動することを、又連邦政府のみならず州の立法分野をも全く気ままに侵害することを許下することになる」⁽²³⁾。これも知れぬと懸念するのである。

これらの自然法に対する批判、またそれに対する懸念が、先程紹介された彼の成文への依存と照し合わせて考えられた時、彼の権利章典の適法条項への合体の目的は、明確に浮き彫りされてくる筈である。それは適法条項を具体化し、定着

させることにある。⁽²⁴⁾ 権利章典の諸権利は成文で表現されている。もし裁判官がそこでの文字本来の意味に忠実に従えば、裁判官の個人的見解が憲法に入り込む余地は、その限りにおいて狭められるわけである。また、同様、その限りにおいて、裁判所はそれ本来の機能、すなわち法の制定でなく、法の適用に忠実でいられるわけである。明らかに以上がブラック判事が目指す目的と思われる。

この観点から見た時、われわれはブラック判事の「合体論」の特徴をよく理解できる。先程見たように、彼の理論の特徴の一つは、適法条項は権利章典のみをその内容とし、それ以外の何物をもそこから排除するという点にあった。これはそのはずである。何とならば、もし何かはつきり定義され得ないものが権利章典に添加されるなら、その追加は、「合体」の目的、すなわち適法条項を具体化し、定着させることを直ちに破壊してしまうからである。共に権利章典アプローチを採りながら、この点でブラック判事はラトリヂ、マーフィ両判事とは根本的に違っている。明確に定義されていない「基本権」の余地を残しているラトリヂ、マーフィ方式は、これこそ自然法の流れをくむものとも考えられるのである。

ブラック判事はまた権利章典を最初の修正八箇条に限定している。これもそのはずである。何とならば、修正第九条と第一〇条は、まさにあいまいで、具体的に定義されていないもの、すなわち「列記されていない権利」と「留保された権利」の保障であるからである。⁽²⁵⁾ この点で彼は、修正第九条の発動を辞さない後のゴールドバーグ判事などは、根本的にその立場を異にしているのである。⁽²⁶⁾ さらにブラック判事は連邦行為と州行為に二元的基準を認めず、両者に対し権利章典の明文規定を画一的に適用せんとする。これもまたそのはずである。さもなければ、彼はまさに彼の目的を達成できないからである。

要約すれば、ブラック判事はなканづく分析法学の使徒である。時に彼は司法積極主義者とも呼ばれていた。⁽²⁷⁾ 確かに彼は確立された先例を変更するのに躊躇しなかった。それはこの権利章典と適法過程の分野でもまさにその通りである。し

かし、ブラック判事がここで先例を変更する時、それはその先例が、彼の目から見ても、裁判所に司法積極主義の余地を与える先例と考えられたからである。実際には彼は司法積極主義とは全く逆なのである。彼の目的は憲法を具体化し、安定させることであり、そのために彼が依存したのは、憲法の成文であった。方法論に関して言えば、ブラック判事は先づ第一に、なによりも分析法学者であり、そしてこの点で彼は、彼のライバルであったフランクファーター判事とは勿論のこと、ラトリヂ判事やマーフィ判事と、さらには時として彼と同一視されたダグラス判事とさえその立場を異にするのである。⁽²⁸⁾

このブラック判事の攻撃に真つ向から立ち向ったのが、近代最高裁のもう一人の巨人、フランクファーター判事である。ブラック判事の「権利章典適法過程合論」に対し、フランクファーター判事は、適法過程を独立の概念と主張する。彼によれば、適法条項は権利章典に明示されていない権利でもその中に包括することがあるかも知れないのである。また権利章典のある特定権の原則が、それが「秩序ある自由」という概念や「英語国民の正義」という概念に潜在しているという理由で、適法条項の内容とされることもあり得る。しかしそれらは、権利章典の特定権であるが故に、そのものとして適法条項の内容となるのではない。その編入は単に偶然の一致にしかすぎないのである。

このフランクファーター判事のアプローチを明らかにするために、先づブラック判事の権利章典論に対する彼の反論を検討してみることにする。先づ、彼によれば、

「適法条項適用の際の司法的判断は、定着した正義という概念の枠内で行なわれなければならないのであって、それは単なる個人的判断という特殊性にその基礎を置くものであってはならない」⁽²⁹⁾

ということである。これは個人的判断に関する批判である。ブラック判事の、彼が「自然法適法過程法理」と呼ぶものに対する第一の批判も、その方式が持つとされた主観性、あるいは恣意性にあった。この主観性排除こそが、ブラック判事

が権利章典をもつて「秩序ある自由」といった概念に代替させようとした根本理由なのである。しかし、ここではフランクファーター判事も、ブラック判事の権利章典方式を、同じ主観的という理由で批判しているわけである。この批判は一体どこからくるのだろうか。

このブラック判事に対する特異性という批判が、フランクファーター判事の先例研究からきていることは間違いない。先程見たように、彼は、ブラック判事のような考えはごく最近まで示唆されたことはなかったし、また最高裁は数多くの判例で一貫して適法条項と権利章典を相互に独立した概念としている⁽³⁰⁾ことを強調している。こうした一連の先例に反する考えは、彼にとってまさに個人的、主観的、また特異なものとなるわけである。

フランクファーター判事によれば、この権利章典方式は、その基本的前提が主観的であるだけではない。例えそのアプローチが確立されたという場合でさえ、それは個々の裁判官の個人性、主観性、特異性から離れることができないものときれる。その理由はフランクファーター判事によれば、まづ、

「例え最も勇氣ある改革者であっても、州はもはや大陪審による起訴以外刑事訴追を提起することはできないとか、あるいは、連邦のすべての州は今後二〇ドルを超える請求を含むすべての民事事件に、一二名からなる小陪審を提供しなければならぬとかを、半数以上の州に敢えて示唆することはできないだろう⁽³¹⁾」

というものである。この時までには、大陪審起訴とか陪審裁判、特に民事陪審はすでに斜陽の傾向にあり、多くの州でそれらは現代社会にもっと適した方法によってとって代わられていた⁽³²⁾。権利章典を州に強制することは、当然、これら制度を州に強制することになる。しかしほとんどの人が、その提案が非現実的ということを認めている。

いわゆる「選別的合体論」というものが生れてきた理由も、まさにここにある。それが「選別的」であるが故に、そのアプローチでは、大陪審や民事陪審といった制度を適法条項から排除することができず、そしてその結果、適法条項と権利

章典の完全な合体が州にもたらすであろう破局を避けることができるのである。ところがこの選別的合体論に対しても、フランクファーター判事は厳しく反発している。もしその選別の基準が、単にそれらが自由人の尊厳と幸福に必要不可欠というだけなら、「我々は単に主観的テストに逆戻りするにすぎない」というわけである。³³⁾

この主観性の結果は、フランクファーター判事によれば、全く憂慮すべきものなのである。

「それは、適法過程によっては明らかに非難されるべきものではあるが、簡単には、権利章典の明文規定という鳩の巣箱に合わない行為を、無理にその中に持ち込もうとせんがため、その明文規定の解釈に歪曲をもたらすことを不可避とする」³⁴⁾

結局、この権利章典アプローチは、単に権利章典の特定権の選別が恣意的ならざるを得ないだけでなく、そう選択された特定権の内容も恣意的ならざるを得ないというわけである。すなわち、フランクファーター判事にとって、人間社会の生み出す問題は時代と共に変わっていく。適法過程という柔軟な概念が権利章典に固定されてしまえば、今度は、権利章典そのものが裁判官の恣意により拡張、縮小されざるを得ない。これがフランクファーター判事による「適法過程権利章典合体論」批判の骨子である。

先程見てきたように、ブラック判事の、彼が「自然法適法過程」理論と呼んだものに対する批判も、まさにその恣意性にあり、またその恣意性が修正第一四条適法条項にもたらした結果にあった。ここでは、フランクファーター判事が、全く同じ趣旨からブラック判事の「適法過程権利章典」理論を批判している。別の言葉で言えば、彼等は彼等の目的についてはほとんど違いはないのである。両者の目的は共に適法過程から裁判官の主観性、恣意性を排除することにある。ブラック判事は、権利章典を適法過程に合体させることによってのみ、その目的が達成されると考えた。しかし、フランクファーター判事はそうは思わなかった。それでは、彼の積極的な意味での提案はどんなものだったろう。

ブラック判事の成文の強調とは対照的に、またそれに対立して、フランクファーター判事の意見は歴史への言及で満ちている。彼にとって、この分野の先例は、「我々に過去の遺産に十分気を配るよう命じている。」⁽³⁵⁾ Bridges v. California における判決は、「我々の全歴史」に反するものである。⁽³⁶⁾ この「連綿と続いた憲法史」との断絶は、憲法上何等正当化されるものではない。⁽³⁷⁾ このような州の「歴史的権限」の剥奪は、思想の自由という概念の誤解から来るものである。⁽³⁸⁾ 修正第一四条によって保障された自由とは、「歴史の経験」を要約したものであり、またカリフォルニア州の裁判所によって行使された権限は、自由を愛する英語圏国民によって「培かれた」司法制度に「深く根ざしたもの」である。⁽³⁹⁾ 等、等、というわけである。

この歴史の強調に平行して、フランクファーター判事の分析法学批判が展開される。時代を経た方式を否定することは、単に「歴史に背を向ける」だけでなく、それは憲法裁判には値しない「無意味な言葉の遊びに耽けること」になる。⁽⁴⁰⁾ なんとならば、「憲法は……一つの数式ではない」からである。⁽⁴¹⁾

こうした歴史性の強調にも拘らず、フランクファーター判事は決してロマンチストではない。明らかに権利章典方式を指しながら、彼は「我々が解釈せんとしているのは、まさに憲法なのである。」そこでそれが故に、その解釈は、「たとえ一八世紀の承認を受けていたものであったとしても、単に法の形式にすぎないものに拘束されるべきものではない」と主張している。⁽⁴²⁾

ここまで来ると、フランクファーター判事が考えていることが、少しは明らかになって来たと思われる。適法過程と言え、それ自体を取り上げてみれば抽象的で、あいまいであるけれど、それは歴史の意味、あるいは内容を持っている。この内容は、それが過去の遺物という意味で歴史的のではなく、それが過去から現在にかけて成長してきたものという意味で歴史的なのである。確かにそれは長い間には拡張したり、縮小したりするかも知れない。しかし、それはある一時点で

は具体的なのである。

それではこの歴史的内容とは一体どこに見出されるものなのだろう。フランクファーター判事によれば、適法過程とは、元来、「思考や経験に適応できる柔軟な概念たるべく意図されている」のであり、そしてその経験とは、「安定した一連の判例に反映されている経験」なのである。⁽⁴³⁾一連の先例という時、これはある一個人の経験でもないし、またそれはある一時代の経験でもない。それは時代を通しての、その時までの人智の結晶とも考えられるわけである。フランクファーター判事の歴史とは、より具体的にはこの一連の先例であり、それへの依存が、ブラック判事と特に対照的に、フランクファーター判事の一大特徴と言えるものである。

一連の先例という時、この歴史的内容とは、具体的であると同時にそれは静止したものではないということが推則される。そもそも裁判とは、「ある一つの事件を、あたかもそれがそれ自体独立したものかのように処理す」べきものではない。⁽⁴⁴⁾それは一つの事件を「連続的判断過程の一部として、すなわち過去の事件との関連において捉え、さらには将来の事件への指標たるべく処理する」ものなのである。⁽⁴⁵⁾ *Compers v. United States* から引用し、フランクファーター判事は次のように言明する。

「憲法の諸規定は、その本質が形式にある数式ではない。憲法の規定とは、英国本土から移植された生命のある有機体である。それらの意義はその生命にあり、その形式にあるのではない。そして、その生命とは、単に言葉と辞書によって知られるものではなく、その源流とその成長ラインを考慮することによってのみ知られるものである。」⁽⁴⁶⁾

これはブラック判事によって批判された自然法学でもないし、また単なる歴史法学でもない。これはまさに英米法国家に伝統的な普通法アプローチである。ブラック判事が分析法学の使徒であったのに対し、フランクファーター判事こそ、まさに普通法法学の使徒であったのである。⁽⁴⁷⁾

一九四七年の *Adanson v. California* 以降の最高裁の歴史は、この分析法学と普通法法学の闘争にある。初めのうちは普通法アプローチが断然優勢だった。しかし、時が経つうちに、いわゆる選別的合体というプログラムの下、権利章典方式は次第に前進してきた。権利章典の特定権は、一つづつ適法条項の中に組み入れられるようになってきた。この意味で権利章典アプローチはそのゲームに勝ったということもできる。しかし、それは本当にそうだったのだろうか。編入過程が進むにつれ、それに伴ういろいろな問題が表面化し、その前進が本当にそのアプローチの成功だったのかどうか、確言できない面もでてきたのである。簡単に言って、この編入過程は、これら異なるアプローチのメリットまたはデメリットのままに実験室を提供しているとも言える。われわれはまず次に権利章典アプローチのけわしい前進を検討することにする。

(1) *Adanson v. California*, 332 U.S. 46, 62 (1947) (Frankfurter, J., concurring opinion).

(2) *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516, 547-548, 557-558 (1884) (Harlan, J., dissenting opinion); *Maxwell v. Dow*, 176 U.S. 581, 614-615, 617 (1900) (Harlan, J., dissenting opinion)。ハーラン判事は権利章典は修正第一四条特権条項によっても州行為から保護されると言った。Maxwell v. Dow, supra 606-608. この考えはフィールド判事によって示唆されていた。O'neil v. Vermont, 144 U.S. 323, 363 (1892) (Field J., dissenting opinion)。しかし、この考えは永続的影響を持たなかった。

(3) ハーラン判事は実際には自然法の信奉者であった。Chicago, B. & Q. R. Co. v. Chicago, 166 U.S. 226, 233-241 (1897) (Harlan, J., opinion of the court) 参照。これは権利章典の一特定権、即ち土地収用に際して公正な補償を受ける権利が、初めて修正一四条適法条項の内容であるとされた事件であるが、ここでのハーラン判事の論拠は権利章典ではない。彼の議論は全部自然法にその基礎を置くものである。自然法に基づくこの事件の判決理由の分析として、Grant, "The Natural Law Background of Due Process," 31 Colum. L. Rev. 56, 79-80 (1931) 参照。尚、権利章典の適法適程への編入に関し、この事件が持つ意義については、拙著「米連邦権利章典と修正第一四条適法手続条項(I)」(「大東法学」創刊号、一九七四年

五月)二二二頁参照。

- (4) *Adamson v. California*, 332 U.S. 46, 98, 105, 106, 113, 115, 121, 122(1947)(Black, J., dissenting opinion-Appendix) 参照。ここでブラック判事が引用するビンガム議員その他の、修正第一四条の目的に関する発言は、殆んど最初の修正八箇条に限定されている。最初の修正十箇条への言及は、フィールド判事のものだけである。ブラック判事の、州に対する修正第九条発動に対する反対については、*Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 507-527 (1965) (Black, J., dissenting opinion) 参照。彼はごく初期の頃から権利章典を最初の修正八箇条に限定すべく意図していたと思われる。 *Chambers v. Florida*, 309 U.S. 227, 236 note 8 (1940)。これは権利章典方式が初めて暗示された事件であるが、この時既に権利章典は修正第一条から第八条までとなっている。しかし、Black, "The Bill of Rights," 35 N. Y. U. L. Rev. 865, 866 (1960) 参照。このブラック判事の言により、最初の修正十箇条が修正第一四条を通して州に適用されるようになったのであり、これが *Adamson v. California* における彼の見解だとされている。しかし、これは一九六五年 *Griswold v. Connecticut*, *supra* における彼の立場と矛盾している。
- (5) 最初の修正では、実際には十二箇条が州に提案された。しかし、最初の二箇条は批准されなかった。それらは人権を保障したものではない。第一回連邦議会における修正の提案については、*Rutland, The Birth of the Bill of Rights 1776-1791*, at 194-221 (*Collier Books ed.*, 1962)。
- (6) Black, "The Bill of Rights," 35 N.Y.U.L. Rev. 865 (1960)。同時にブラック判事は、個人の自由を保障する憲法の規定は、すべて権利章典と考えたいという拡大された権利章典観も展開している。 *Ibid.*
- (7) *Bridges v. California*, 314 U.S. 252, 263 (1941)。
- (8) *Ibid.* ブラック判事の権利章典方式に対しては、フランクファーター判事が、それは一八世紀のお仕着せを二十世紀に押しつけるものだと非難している。 *Francis v. Resweber*, 329 U.S. 459, 468 (1947) (*Concurring opinion*) ; *Adamson v. California*, 332 U.S. 46, 66(1947) (*Concurring opinion*)。しかし、ブラック判事が権利章典の立法意思と言う時、その意味は必ずしもそれが一八世紀に実際に考えられていた意味というものではないようである。むしろ、その立法意思はそこで使われた言語からくみ取るべきものと考えているものである。ブラック判事の直訳主義については、*Cahn and Black, "Justice Black and First Amendment 'Absolutes': A Public Interview,"* 37 N.Y.U.L. Rev. 549, 552-554 (1962) 参照。しかし、ブラック

判事が言語と歴史により真に追求したのは、権利章典の「精神」と「目的」であると云われる。Reich, "Mr. Justice Black and the Living Constitution," 76 Harv. L. Rev. 673, 733-736 (1963)。

- (9) Rochin v. California 342 U.S. 165, 176 (1952) (Black, J., concurring opinion).
- (10) Ibid.
- (11) Adamson v. California, 332 U.S. 46, 90 (1947) (Black, J., dissenting opinion).
- (12) Id. at 71-72.
- (13) この問題については、既に数多くの文献がある。これら歴史分析すべてが告げることには、結局それらはこの合体説の歴史的根拠について、それぞれ十分な証拠と、これ又十分な疑惑とを提供しているということになるのかも知れない。Hall et al, Basic Criminal Procedure 23 (3d ed. 1969). 簡単に言つて、ブラック判事の論拠は、修正第一四条の立法過程における、その修正のスポンサーの一人であったビンガム議員の修正第一四条の目的は権利章典を州にも適用させることにあるという発言にある。Adamson v. California, 332 U.S. 46, 92-122 (1947) (Black, J., dissenting opinion-Appendix)。これに対してフエアマン教授は、その修正を批准した人々は、そのような考えを述べてはいなかったことを、種々の老大な資料を駆使して立証する。Fairman, "Does the Fourteenth Amendment Incorporate the Bill of Rights? The Original Understanding," 2 Stan. L. Rev. 5 (1949). 尚、これに対しては、ブラック判事は更には、立法意思探究に際しては、述べられていないことよりも、「述べられてゐること」特にその「スポンサーによつて述べられたこと」を重視すべきだとし、それが彼が彼の上院における活動から得た教訓であると反論する。Duncan v. Louisiana, 391 U.S. 145, 165 (1968). ブラック判事とフエアマン教授両者に対する批判として Kelly, "Chio and the Court An Illicit Love: Affair," 1965 Sup. Ct. Rev. 119, 132-34 参照の如し。
- (14) Adamson v. California, 332 U.S. 46, 89 (1947) (Black, J., dissenting opinion).
- (15) Ibid.
- (16) Id. at 69.
- (17) Id. at 75.
- (18) Id. at 69.
- (19) Id. at 75.

- (20) *Id.* at 79.
- (21) *Id.* at 81.
- (22) *Id.* at 83.
- (23) *Id.* at 90.
- (24) しかし、Reich, "Mr. Justice Black and the Living Constitution," 76 *Harv. L. Rev.* 673, 727-736 (1963) 参照。この
ではブラック判事の憲法観は、もっとダイナミックなものであるとされている。
- (25) 「或る権利が憲法の中に列記されているという事は、国民によって依然保持されている他の権利を否定し、或るいは軽んず
るものと解釈されてはならない。」U.S. Const. amend. IX. 「憲法によつて米國に移讓もされず、又州に禁止もされていない権
力は、それぞれの州か、或るいは國民に留保せられてゐる。」U.S. Const. amend. X.
- (26) Cf. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 511-527 (1965) (Black, J., dissenting opinion). ブラック判事はこの「
修正第九条を州に対して発動せんとするゴールドバーグ判事に厳しく反発し、自然法法理と同じものとして非難している。
(27) 簡単に言つて、司法積極主義とは、裁判所による積極的な政策の選択、即ち法創造を認める考である。ブラック判事をもつ
て司法積極主義者とする説は、Schlesinger, "The Supreme Court: 1947." 35 *Fortune* 73 (Jan. 1947) 参照。この
観点からする最高裁分析は、Pritchett, *The Roosevelt Court 277-287* (Quadrangle Paperbacks ed. 1969) に紹介されてい
る。
- (28) Cf. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 508-510 (1965). ブラック判事はこの「
権利章典の特定権には「すそ野
(penumbra)」があるというダグラス判事の意見に反対してゐる。
- (29) *Adamson v. California*, 332 U.S. 46, 68 (1947) (Frankfurter, J., concurring opinion).
- (30) *Francis v. Resweber*, 329 U.S. 459, 467-468 (1946) (Frankfurter, J., concurring opinion); *Adamson v. California*,
supra note 29, at 62 (Frankfurter, J., concurring opinion).
- (31) *Adamson v. California*, *supra* note 30, at 65.
- (32) 大陪審について言えば、今日では二二の州で検察官が大陪審起訴か略式起訴 (information) か、どちらかを選択する権利を
持つ。しかし、これらの州の大部分では実質的には略式起訴が殆んど唯一の起訴方法となつてゐる。Hall et al., *Modern*

Criminal Procedure 788-789 (3d ed. 1969). 大陪審起訴から略式起訴への移行は、米国において一九三〇年代初期にその頂点に達した司法制度改革運動の結果である。しかしその運動も一九三〇年代後期に突然終止符をうち、それ以来大陪審起訴か略式起訴かという問題についての各州の態度は殆んど変わらず今日に至っている。Ibid. 民事陪審の今日の性格については、Green, "Jury Trial and Mr. Justice Black," 65 Yale L. J. 472, 482-488 (1956) 参照。民事陪審の権限は実質的には上訴審に移つてしまつてゐると言われてゐる。

- (33) Adamson v. California, 332 U.S. 46, 65 (1947) (Frankfurter, J., concurring opinion).
- (34) Id. at 67.
- (35) Id. at 66.
- (36) Bridges v. California, 314 U.S. 252, 279 (1941) (Frankfurter, J., dissenting opinion). ハリジは新聞、労組による裁判批判が、法廷侮辱罪に問われていた。ブラック判事が多数意見を書き、修正第一四条を通して州にも適用される修正第一条の要請は絶対的なものであるとして、ここでの裁判批判に対する法廷侮辱罪の適用を違憲とした。フランクファーター判事の反対意見は、この多数意見に向けられたものである。
- (37) Ibid.
- (38) Ibid.
- (39) Id. at 284.
- (40) Id. at 295.
- (41) Ibid.
- (42) Adamson v. California, 332 U.S. 46, 66 (1947). Francis v. Resweber, 329 U.S. 459, 468 (1948) を参照のハジ。
- (43) Bartkus v. Illinois, 359 U.S. 121, 127 (1959).
- (44) Irvine v. California, 347 U.S. 128, 147 (1954) (Frankfurter, J., dissenting opinion).
- (45) Ibid.
- (46) Gompers v. United States, 233 U.S. 604, 610 (1914), quoted in Bridges v. California, 314 U.S. 252, 293 (1941) (Frankfurter, J., dissenting opinion).

(47) フランクファーター判事についても多くのことが言われている。彼はかつては「地に墜ちた天使」と呼ばれたこともある。フランクファーター判事の立場の分析、又その弁護については、Jaffe, "The Judicial Universe of Mr. Justice Frankfurter," 62 Harv. L. Rev. 357 (1949) 参照。Pollak, "Mr. Justice Frankfurter: Judgment and the Fourteenth Amendment," 67 Yale L. J. 304 (1959) は特に修正第一四条についてのフランクファーター判事の司法観を分析している。

三 公開裁判権と弁護人依頼権

Adamson v. California 後最初に最高裁に來た事件は、一九四八年 *In re Oliver* ⁽¹⁾ である。ここでは、単独判事からなる大陪審による証人の非公開審問中、そこでの偽証のため侮辱罪が適用されていた。⁽²⁾ すなわち、この侮辱罪の適用が非公開で行なわれたことが、適法過程に違反しないかが問われたわけである。この事件の判決理由を書いたブラック判事の結論は、上訴人は「このようにして禁固刑に処せられることはない」というものだった。⁽³⁾ すなわち、ここでは公開裁判を受ける権利が認められたわけである。

公開裁判の権利と言えば、われわれは修正第六条を思い起すかも知れない。⁽⁴⁾ 特に *Adamson v. California* におけるブラック判事の権利章典方式を思い出せば、修正第六条を思い浮べても不思議ではない。しかし実際には、ここでのブラック判事の結論は修正第六条にその基礎を置くものではない。公開裁判を受ける権利は、彼によれば、

「非公開裁判に対する我が国の伝統的不信感、自由に対するその本来の危険性、又我が連邦及び州政府の、刑事裁判は公開たれという普遍的要求という観点から見て」⁽⁵⁾

修正第一四条適法条項によって州行為からも保障されるべきだというのである。

ラトリヂ判事だけが、彼の補足意見の中で、「この権力集中は単に公開裁判の権利のみならず、修正第六条によって保

障されたその他の諸権利をも被告人に否定している⁽⁶⁾と特に修正第六条に言及し、それを彼の意見の論拠としている。しかし誰もこの意見には合意していない。その点から見ても、ブラック判事の判決理由が権利章典にその論拠を持つものではないということは明らかである。

それでは、ブラック判事は、彼の権利章典方式を諦めたのだろうか。そうではないようである。この公開裁判の権利侵害に加えて、ブラック判事は、

「我々は更に、偽証という訴因に対し上訴人に自らを弁護する機会を与えなかったことは、適法過程の否定であるとも決定する。時機に適した訴因の告知と弁護の機会という人権、即ち、裁判を受ける権利は我が法制度に基本的なものである。そしてこれら諸権利は、最底、自分に不利益な証人を審問し、自己のための証言を提出し、又弁護人に自らを弁護してもらう権利を含むものである⁽⁷⁾」

と判示している。これら諸権利の保障も、「我が制度に基本的なもの⁽⁸⁾」だから適法過程により保障されているのであって、その保障の根拠はここでも権利章典ではない。しかし、これら証人審問権、証言提出権、弁護人依頼権といった諸権利への言及は、ブラック判事の心の中にあつたものが何かをはっきり物語っている。これら諸権利は公開裁判権と共に、まさに修正第六条を構成する権利だからである。

フランクファーター判事はこの事件で反対意見を書いていた。彼は「告知、弁護の機会が不可欠なものであり、また「その権利は、彼に対する訴因を密室でなく公開の席で検討する機会を含むものである」ということを当然と認めている⁽⁹⁾。しかし同時に彼は、「州が被告人に、彼が彼に対する決定から解放される十分な別の機会を提供するなら」、その問題となつた侮辱罪の裁判は、適法過程違反とはならないだろうという考えも示している⁽¹⁰⁾」

こうして見ると、ブラック判事の意見は、この問題となつた手続きの違憲無効性に他のメンバーの賛意を得んがため、

一步譲って彼の言葉を和らげ、権利章典を前面に押し出すことを避けたものとも思われる。反面、公開裁判権を始め、証人審問権その他明らかに修正第六条を参照したと思われる諸権利に言及することにより、将来に一つの手がかりを残したことになったのである。これは権利章典方式の前進とは言えないかも知れない。しかし、ここにそのための一つの布石がうたれてはいたのである。

次の一九四九年の *Gibbs v. Burke*⁽¹¹⁾ についても同じことが言える。ここでは被告人は弁護士なしに裁判され有罪とされていた。その原審では、弁護士は求められもしなかったし、また任命さるべく問われてもいなかったのである。ここではこの弁護士不在の裁判が、修正第六条に違反し、違憲無効と主張されたのである。この主張に対し、リード判事は多数判事を代表し、「我々はこの事件を *Bets v. Brady*⁽¹²⁾ で支持された法理に立って検討する」と述べている。明らかにこの多数意見は権利章典の下にこの事件を処理してはいない。

このリード判事の多数意見に対し、ブラック判事は、ダクラス判事と共に、「この *Bets v. Brady* は変更さるべきだと主張している。⁽¹³⁾」しかし、この先例は多数決によって維持されてしまったので、彼もこの先例の下、多数意見の結論に賛成している。⁽¹⁴⁾ ラトリッジ判事は、マーフィ判事と共に、多数意見ともブラック判事の補足意見とも別個に、結果的には多数意見の結論に賛成した。⁽¹⁵⁾ しかし、それに理由は付されていない。結論に賛成しながら彼がその賛成を多数意見とは別個に表明したということは、彼が多数意見のアプローチに不満だったことを示している。また、彼がブラック判事とも別個にその意思表示をしたのは、彼が、ブラック判事のような、*Bets v. Brady* が維持されている間はその権威を認めるという考え方をあきたらなく考えたからかも知れない。とにかくこの時点では、権利章典方式に対する最高裁九人の判事達の五人の反対が堅固で、権利章典推進派もどうしようもなかったものと思われる。

方法論に関しては以上のような分裂があったが、この事件そのものの結論について言えば、それは全員一致だった。

Betts v. Bradyの法理の下と言え、われわれはここで問題となった弁護人不在の裁判は合憲とされたと考えるかも知れない。この事件は死刑事件ではなかったし、またここではPowell v. Alabama⁽¹⁶⁾で確立された無知、無気力、無学文盲といった特別な要素もなかったからである。しかし、リード判事によれば、その結論は、

「我々は、この事件の事実関係、特に裁判中の諸出来事は、上訴人が公正な裁判を受ける彼の憲法上の権利を否定される程度まで、弁護人不在によって不利とされたということを明らかに示している⁽¹⁷⁾と考える」というものである。

これはPowell v. AlabamaやBetts v. Bradyからは実質的には非常な発展である。弁護人の必要性を、「事件の事実関係、特に裁判中の出来事」から判断するということであれば、これでは弁護人の必要性について基準を示したことはならない。また、これではどんな事件でも弁護人なしに行なわれたものは、再審査の対象となるということも意味している。これが最高裁に非常な重荷になるだろうということは、容易に想像できることである。⁽¹⁸⁾ 弁護人依頼権に関する適法条項の要求は、その性質を変えてきたよう思われる。それは後の問題として、とにかくこの事件では結論に関しては全員一致であり、方法論対立のインパクトは、まだ明らかに現われてきたわけではない。しかし、この適法過程権利章典合体系⁽¹⁹⁾過程における最も重大な問題は、搜索・押収の分野に関連して起ってきた。そのはしりは、一九四九年のWolf v. Colorado⁽¹⁹⁾である。

(1) In re Oliver, 333 U.S. 257 (1948).

(2) 単独判事による大陪審制度はミシガン州特有の制度である。ここでは一人の裁判官に被疑者を取調べ、彼に相当な理由があると認められた時、彼を起訴する権限が与えられていた。彼には更にそこでの偽証その他に大陪審侮辱罪を適用する権限も与えられている。この大陪審審問は大陪審制度が常にそうであったように非公開であり、故にそこでの侮辱罪の適用も当然非公開で行

なわれていた。その特異性から見て、ここではこの単独判事—大陪審制度そのものの違憲性が問題となる可能性もあった。しかし、この事件の判決理由を書いたブラック判事は、「その問題はここでは提起されていなかった」という理由でそれを簡単に処理してしまつた。In re Oliver, *supra* note 1, at 264.

(3) In re Oliver, 333 U.S. 257, 273 (1948).

(4) 「刑事被告人は、すべての刑事事件において……公正な陪審による迅速な公開裁判を受け、起訴の性質と訴因を告知され、彼に不利な証人を審問し、自己のために強制手続により自己に有利な証人を求め、そして彼の防禦のため弁護人の助けを受ける権利を享有する。」U.S. Const. amend. VI.

(5) In re Oliver, 333 U.S. 257, 273 (1948).

(6) Id. at 278 (Rutledge, J., concurring opinion).

(7) Id. at 273 (Black, J., opinion of the court).

(8) Ibid.

(9) Id at 285 (Frankfurter, J., concurring opinion).

(10) Ibid.

(11) Gibbs v. Burke, 337 U.S. 773 (1949).

(12) Id. at 780. Betts v. Brady, 316 U.S. 455 (1942) は、適法条項の要求は権利章典の特定権の要求「ほど厳格でなく、より柔軟な」ものとし、その後の弁護人不在の裁判を Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938) に拘らず、合憲とした事件である。本論文第一章参照。

(13) Gibbs v. Burke 337 U.S. 773, 782 (1949). これは両判事の意見でなく、その立場の記録である。

(14) Ibid.

(15) Ibid.

(16) Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932). *ルジャ*では、「死刑事件で且つ特別な事情のある場合」裁判所による弁護人職権選任が要求されていた。一九四八年の Bute v. Illinois では、「死刑事件か或るいは特別な事情がある場合」と更に発展したようである。333 U.S. 640, 677.

(17) *Gibbs v. Burke*, 337 U.S. 773, 781 (1949).

(18) *Betts v. Brady*, 316 U.S. 455 (1942) 以来の多数意見のアプローチが生む不安定性と、その司法行政への重荷に対する批判 *ニヨリテ* Green, "Liberty under the Fourteenth Amendment," 27 *Wash Univ. L. Q.* 497, 534 (1942), and "The Bill of Rights, the Fourteenth Amendment and the Supreme Court," in *McCloskey ed., Essays in Constitutional Law* 385, 414-422 (1957) 参照。

四 搜索・押収と証拠排除則

Wolf v. Colorado⁽¹⁾ における搜索・押収が違憲なものであるという点については、全員が一致した。すなわち、修正第一四条適法条項は、私生活の自由をも州の侵害から保障するという事になったのである。⁽²⁾ しかし、この合意の根拠については例の対立があった。基本的アプローチに関して言えば、五対四の採決はそのまま維持され、この事件もその点では今までの事件と大差ない。ここで真の争点となったのは、違法な搜索・押収によって収集された証拠の証拠能力の問題である。

違法収集証拠排除の原則は、この時までに修正第四条不当な搜索・押収禁止条項の不可欠な一部としてすでに確立されていた。⁽³⁾ そこで、これは反対意見ではあったが、ダクラス、マーフィ、ラトリヂ三判事は、ここで全員一致で不当、違憲とされた搜索・押収により収集された証拠を排除することを主張した。⁽⁴⁾ これら三人の判事達は、権利章典が修正第一四条適法条項を通して州にも適用されるべきだという点で基本的には皆一致していた。この基本的立場に立てば、州の搜索・押収には修正第四条が適用されるのであり、またそれがさらに証拠排除則の州への適用を意味していたのは当然である。さてそれでは、権利章典アプローチのチャンピオン、ブラック判事はどうだったろう。われわれは彼も前記三名と同意

見と考えるかも知れない。奇妙なことに、事實はそうではなかった。ブラック判事によれば、

「連邦証拠排除則は、修正第四条の要請ではない。それは連邦議会が廃止し得る、裁判所が制定した証拠法である」とのことである。言い換えれば、ブラック判事は連邦証拠法を二つの部分に分割したのである。その一部は不当な搜索・押収を規制する連邦法であり、もう一つは連邦証拠排除則である。前者は修正第四条の要求である。そこでブラック判事は、彼の権利章典アプローチに従い、この憲法上の要請をコロラド州に適用し、ここで問題となった搜索・押収を違憲と認めつけたのである。しかし、連邦の証拠排除則の州への適用は、彼はこれを拒否した。なんとならば、彼によれば、これは裁判所の規則制定権に基づき、連邦裁判に対する規制であるからというわけである。連邦最高裁の州裁判に対する規制力は、当然連邦憲法にその根拠を持たなければならず、連邦裁判についての認められるその規則制定権に基づくものであってはならない。これが米連邦制が要求するところのものである。ところで、この問題に対する以上三つの立場は、すべて反対意見または補足意見で表わされたものである。これらの立場の理由については後で分析することにする。その前にこの事件の多数意見の立場について。

第三の立場は、多数意見を代表したフランクファーター判事によって展開された。彼は私生活の自由が「秩序ある自由」という概念に内在し、それ故修正第一四条適法条項を通して対州規制力を持つものだとこのことを当然と認めている。⁽⁶⁾しかし、証拠排除に関して言えば、彼は、

「そういった恣意的な行為が、どのように抑制されるべきかという問題は、いろいろな解決策を前もって制限してしま⁽⁷⁾うように独断的に答えらるべきものではない」

と判示する。彼はこの点に関する連邦の、州の、また普通法諸国の慣行を検討し、そこから次のような結論を引き出している。すなわち、

「それ本来の性質から見て、人はこの問題を、プライバシーの権利保護に全面的に献身している人々の間にさえ意見の相違が出てくるような、そんな問題と考えるだろう」⁽⁸⁾

というものである。別の言葉で言えば、これは、違憲収集証拠を排除しなくても、すなわち、それに証拠能力を認めても、それは自由愛好家にとって「ショッキング」という程のものではないというわけである。

連邦裁判における証拠排除則について言えば、フランクファーター判事は、

「それは修正第四条に明示された要求でもないし、憲法施行のための、連邦議会の政策を具現する法律にその根拠を持つものでもない」⁽⁹⁾

という点に留意している。彼にとって、それは裁判所が「暗に含ませた意味」なのである⁽¹⁰⁾。一見してこの考えは、連邦証拠則を裁判所の規則制定権に基づくものとしたブラック判事の考えと同じものとも思われる。しかし、よく検討してみると、フランクファーター判事とブラック判事の間には、実際には微妙な違いがあるのである。フランクファーター判事は引き続き次のようにも述べている。

「……もし連邦議会が、その立法権の下、weeksの法理を否定せんとする法律を制定するなら、また違った問題が提起されることになるだろう。そうなった時我々は、立法府の判断が無かった時点で我々自身の判断に依存せざるを得なかった問題についての立法府の判断に、どれほどの配慮が払われねばならないかという問題に直面することになるだろう」⁽¹¹⁾

ここではフランクファーター判事は、連邦証拠排除則の憲法上の資格については最終的には決定していないのである。彼はその規則制定権に基づくものとも、それが修正第四条に基づく憲法上の要請とも、どちらとも明言していない。それが憲法上の要請とは、裁判所が「暗に含ませた意味」なのである。結局、彼はここでは単にその問題を提起しているだけ

である。フランクファータ判事には、このような中立的な立場を採ることが可能なのである。なんとならば、彼はここでの捜索・押収を修正第四条の不当な捜索・押収の問題として取り扱っているのではなく、修正第一四条適法条項の問題として取り扱っているものであり、またこの適法過程アプローチからは、連邦の証拠排除則が憲法上の要請か、それとも単なる裁判所規則の要請かといった問題はここでは全然起ってこないのである。

違法収集証拠排除に関するこれら三つの立場は、その後しばらく競合することになる。われわれがその進展、またその終局的帰結に移る前に、先づこれら見解の相違の理由を検討してみる必要がある。その分析は、権利章典アプローチがこの時代におけるアメリカの実生活に適用された時、それが遭遇した問題、困難を明確に浮び上らせることになる。

違憲収集証拠の証拠能力に関するこれら三つの立場のうち、ブラック判事の立場は最も奇妙である。先程指摘したように、証拠排除則はこの時まで修正第四条の要求と確定されていた。この点に関しては、ラトリヂ判事は全く正しかったのである。ブラック判事の権利章典アプローチは、捜索・押収に関しては修正第四条を州にも適用することを求めている。実際、ブラック判事はその基本的理論に忠実に、この事件における州の捜索・押収にも修正第四条の適用を求めている。それなら、なぜ修正第四条に確立された先例を覆えてまで、証拠排除則の適用はそれを拒んだのだろうか。それにはそれなりの理由があったのである。

捜索・押収に関する当時の連邦法は、ここでの分析の主題ではない。しかし、それはこの *Wolf v. Colorado* における最高裁の分裂と、実は大きな関係を持っている。UCLA グラント教授は、彼の *Our Common Law Constitution* の中で当時の連邦法を次のように評している。

「……現在まで捜索令状に関するルールは全く満足すべき状態にないし、令状なしに行なわれる捜索・押収に関するルールはあまりに技術的であり、矛盾に満ち、又不安定であり、そして証拠排除則には例外が多すぎる……」⁽¹²⁾

違憲収集証拠排除という原則は、搜索・押収の違憲性をテストする一連の基準があって初めて意味を持つものと言える。その基準がなければ、法を執行する者も、どんな搜索・押収が違法で、またそれが故にそこで収集された証拠が排除されてしまうのか見当もつかないわけである。このような状況の下では、証拠排除則の州に対する適用は、不当な搜索・押収の抑止力となるどころか、州の警察力に対する連邦裁判所の恣意的介入以外の何ものをも構成しなかったらうと考えられる。⁽¹³⁾

ラトリヂ、マーフィ、ダグラスといった諸判事は、こういった実際的な問題には注意を払わなかった。彼等は証拠排除といった強力な手段なしには、修正第四条はその実際的効果を持たないと強調するわけである。⁽¹⁴⁾ 他方、ブラック判事はその状況を十分理解していたと思われる。⁽¹⁵⁾ その状況に対処する彼の手段が、まさにこの「連邦証拠排除則は、修正第四条の要請ではなく、それは連邦議会が廃止し得る、裁判所が制定した証拠法である」というルールである。彼は、こういった方法によって、修正第四条の対州規制力という彼の理論的絶対価値を維持しながら、他方証拠排除則の州に対する適用が必ずもたらしたであろう破局を避けることができるかと考えたわけである。

ブラック判事のこの戦術は、確かに目先きの問題に対処するには成功した。しかし、それは完全なものとは言い難い。この考えに立つ限り、搜索・押収に関して言えば、それがどんなに非道な方法によったにしても、それによって収集された証拠を排除することはできなくなる。さらに、この方法は権利章典そのもののレベルダウンの可能性にも道を開いたことにもなる。

フランクファーター判事がブラック判事の考えに同意しなかったのは、恐らくは彼はその考えのそういった潜在的意味に気付いていたからに違いない。フランクファーター判事が、違法収集証拠排除則の州に対する適用を拒んだことは、彼が搜索・押収に関する連邦法をめぐる状況をよく知っていたということも示している。彼の基本的アプローチ、すなわち適法

過程アプローチに立てば、彼がブラック判事と同じコースを採らなければならぬという理由は少しもなかった。彼にとって、適法過程とは独立の概念であり、またその要求は権利章典の要求ほど厳格でなく、より柔軟なものである。そこには権利章典そのものをレベルダウンさせる必要は無いのである。厳格なアプローチと柔軟なアプローチの差は、ここ証拠排除の分野で歴然とその姿を現わしてきたのである。

これら問題はしかし将来の問題である。この *Wolf v. Colorado* では、それら問題の示唆はある。しかし、ここではそれらはまだ鮮明になってきたわけではない。この事件で重要なことは、この違憲な方法で収集された証拠の証拠能力に対するそれぞれの判事の立場が、それぞれの基本的アプローチという大前提から引き出され、確定したということである。以後しばらくは、それぞれは、それぞれ自分の立場から以後の事件に対処することになる。しかし、それら理論が現実にテストされるのに長くはかからなかった。そのテストは先づ第一に一九五二年の *Rochin v. California* にやってくることになる。

一般に「胃ポンプ」事件と呼ばれる一九五二年の *Rochin v. California* ⁽¹⁶⁾ は、最高裁に異常な事実を提供した。この事件の被告は、警察の麻薬捜索中、二つのカプセルについてそれが何であるかを尋ねられた時、急いでそれらを呑み込んでしまった。彼は直ちに病院に運ばれ、そこでそれらを器具によって吐き出させられた。そのカプセルからはモルヒネが発見され、その証拠の下、彼は有罪となっていた。この証拠収集方法のユニーク性が、ここで難かしい問題を提起した。この州行為は、もしもそれが違憲というなら、米國憲法のどの禁止規定に違反したことになるのだろうか。

この事件の多数意見を書いたフランクファーター判事にとっては、その問題はさして難かしいものではなかった。彼によれば、「この行為は我々の良心にショックを与えるもの」⁽¹⁷⁾であり、そしてこの適法過程アプローチは、*Brown v. Mississippi* を直ちにその先例として示唆するはずである。*Brown v. Mississippi* では拷問によって強制された自白の証拠能

力が問題となっていた。⁽¹⁸⁾この「胃ポンプ」は厳格に言って拷問ではない。しかし、フランクファーター判事によれば、ここでの残酷な行為は、強制自白と全く同様「我が社会のフェアプレイと品位の感覚に反するものである」ということになる。⁽¹⁹⁾こうして、ここでのモルヒネは、この *Brown v. Mississippi* からの類推により、その証拠能力を否定された。

このフランクファーター判事の多数意見には、六名の他の判事達が参加している。マーフィ判事とラトリヂ判事は一九四九年に死亡し、この事件ではもはや最高裁のメンバーではなかった。その結果、権利章典アプローチはこの時点では明らかに衰退に向っていた。わづかにブラック判事とダグラス判事の二名だけがここで補足意見を書き、フランクファーター判事のアプローチに反対するだけとなっていた。

ブラック判事にとって、「フランクファーター判事のアプローチは「アコーディオンのようなもの」⁽²¹⁾であり、ダグラス判事にしてみれば、それは証拠排除則を最高裁の判事達の「特異性」に依存させるものとなる。⁽²¹⁾ 両者共、この事件を一種の不利益供述の事件と看做している。そこで両者にとって、この事件に適用さるべきものは、修正第五条の不利益供述強要禁止条項ということになる。「我が共同体の公正感と品位感」というテストと比較して、修正第五条は「州裁判所においても連邦裁判所においても、共にまぎれがなく、明確で、また実用性のある証拠法である」とダグラス判事は論じ、⁽²²⁾「権利章典に明示された保障に忠実に従うことが、個人の自由をもつとも永久的に保障することになる」とブラック判事は主張する。⁽²³⁾

しかし、実際には、権利章典はそれほどまぎれないものでもないし、また明確なものでもない。また、それに忠実に従うことも、そんなにたやすいことではない。ここでの権利章典方式の真の問題は、そこでは「胃ポンプ」に対する保障など、どこにも明記されてはいないという事実にある。これは当然そうである。なんとならば、一八世紀にはそんな行為は知られていなかったからである。そこで修正第五条の文理からは、ここでの胃ポンプが一種の不利益供述の強要とは、

決して一見明白なことではない。修正第五条は、「自分自身に不利益な証人たるべく強要されること」から人を保障しているのである。ここでの証人という言葉は、ここで保障されているのが「証言」であるということ⁽²⁴⁾を当然示唆しているところだが、この事件で強制的に取り出された証拠は「物」である。もしも類推解釈がここで必要とされるなら、「不当な押収」も「不利益供述」同様、あるいはそれ以上、その目的を達成するものと思われる。

ブラック判事が修正第四条でなく、修正第五条を彼の論拠とした理由は明らかである。ブラック判事は *Wolf v. Colorado* の証拠排除の連邦則は修正第四条の要請ではないとした。これはこの原則は州には適用されないということ⁽²⁵⁾を意味している。もっと具体的に言えば、もしこの *Rochin v. California* で収集された証拠品が、不当な搜索・押収の成果であるとして取り扱われれば、それはこの州事件では、排除されることなくその証拠能力を認められるということになる。ここでこの証拠を排除しようとするれば、それを不利益供述強要の成果とみななければならなかったわけである。こうして見れば、ここでの修正第五条不利益供述強要禁止条項の拡張は、それがフランクファーター判事が「歪曲解釈」と非難するものに近づいてはいるものの、ブラック判事のアプローチの避け得られなかった帰結でもあったのである。

結局、権利章典アプローチにも、それ特有の問題はあるのである。ある行為の違憲性が問われる時、そこでは先づ第一にその行為が何を構成し、権利章典のどの規定によってカバーされるかを考えなければならぬ。すなわち、フランクファーター判事の言う「鳩の巣箱」を探さなければならぬのである。しかし、権利章典の言語は、それ自体では必ずしもその「巣箱」を明確に示しているとは限らない。どこかに入れないとしたり、あるいはどこかから外さなければならぬとしたら、それに応じてある「巣箱」を拡張、縮小しなければならぬ。この *Rochin v. California* は巣箱拡張の場合であり、先程の *Wolf v. Colorado* はその逆の場合であった。そして、そのいずれの場合でも、その拡張、縮小をコントロールする概念は、まさに一種の「正義観」以外の何物でもない。その拡張、縮小は、そうしなければ

当該事件に正義を行なうことができないう信念に基づくものであろうからである。こうして見れば、この権利章典方式も、その安定性への主張にも拘らず、結構あいまいで不安定ならざるを得ないとも考えられる。

刑事実体法についてはとにかく、この訴訟法分野での拡張、縮少は、ある限度内でそれ自体はそんなに悪いことではないかも知れない。これこそ、フランクファーター判事のアプローチが唱えてきたものでもある。しかし、ブラック判事の権利章典アプローチにとっては、それは自殺行為をも形成しかねない。その目的は適法条項の具体化、安定化にあったはずであるからである。たとえば、ここにおけるように、違憲収集証拠を排除せんがため修正第五条不利益供述禁止条項をあまりに拡張し過ぎれば、証拠排除の連邦則を修正第四条不当な搜索・押収条項から除外したことが無意味になってしまう。そこで不利益供述強要禁止にも限界があるとすれば、今度はいかにその収集方法が非道でも、排除できない証拠もでてくるかも知れない。この *Rochin v. California* では、修正第五条はとにかく拡張し得た。そこで、これら問題はここでは単なる仮説としてしか提起されていない。しかし、一九五四年 *Irvine v. California* では、その問題は現実のものとなった。

Rochin v. California では、判事達はその理由については分裂したが、彼等の結論、すなわちそこでの証拠排除という点では皆合意した。そこで、そこでは、その基本的な分裂のデメットは、まだ直接感じられてはいない。しかし、一九五四年の *Irvine v. California* ⁽²⁵⁾ では、事態は完全に変わっていた。ここでは捜査官が、被告人の家に合鍵を使って忍び込み、広間に、また後には「寝室」に隠しマイクを取り付け、その家の屋根に穴をあけ、そこから電線を近隣に引き、そこで盗聴を行っていた。⁽²⁶⁾ この事件の証拠とは、このような方法で被告人の会話を「一箇月以上にわたって」盗聴した結果得られたその成果であったのである。

最高裁の多数にとって、この行為はまさに「殆んど信じ難い」ほどのものであった。⁽²⁸⁾ われわれはそれではこの証拠は排

除されたと思うかも知れない。しかし、最高裁は実際にはここでこれに証拠能力を認めている。これに対し、三名の判事達、すなわちフランクファーター判事、ブラック判事、それからダグラス判事が、それぞれ全く異なる理由から多数意見に強く反対している。

ここではジャクソン判事が、ウォーレン長官、リード判事、ミントン判事を代表し、多数意見を書き、そこで証拠排除則のこの事件への適用を拒否している。その理由は、彼によれば、Wolf v. Colorado が「修正第一四条は、不当な捜索・押収により収集された証拠の証拠能力を、州の犯罪に対する州裁判所では否定しているものではない」というルールを確立しているからというものである。⁽²⁹⁾

確かに Wolf v. Colorado では、不当な捜索・押収の成果でもその証拠能力を認められている。しかし、だからと言って、この事は、州における裁判ではその収集方法如何に拘らずどんな証拠でも証拠能力を持つということを意味するわけではない。事実、つい前に検討した Rochin v. California では、「胃ポンプ」という手段によった証拠品は、その証拠能力を否定されているわけである。

この事実はフランクファーター判事の反対意見によって直ちに指摘された⁽³⁰⁾。しかし、これに対しジャクソン判事は、Rochin と Irvine を同一に扱うわけにはいかない理由があると言う。彼によれば、Rochin は「ここでは全然欠けている一つの要素、すなわち（最高裁が一七三頁で指摘したように）物理的強制を提起していた」のである⁽³¹⁾。これに対し、フランクファーター判事はさらに、Rochin の理論的根拠は、

「はたしてそれら行為が、英語圏国民の持つ正義観を表わす品位と公正の規準に違反するかどうか⁽³⁶⁾」
という点にあったと反論している。確かに、ここ Irvine v. California には、Rochin に見られた物理的強制は欠けている。しかし、フランクファーター判事によれば、

「我々がここで Irvine の生活の上に持っているのは、一個の限定された物理的侵害よりも、もっと強力で犯罪的なコントロールである」⁽³³⁾
ということになる。

ジャクソン判事の多数意見も、ここでの警察行為が「殆んど信じ難い」ほどのものであったことは認めている。この認識にも拘らず、ここでジャクソン判事が物理的要素をもって尚判別のしるしと強調するのは、それは、

「……「フランクファーター判事によって」主張されている区別では、それはそのルールをあまりにあいまいなものとしてしまい、その結果、州裁判所はどれも、そこでの訴訟手続を安定した憲法上の基盤に維持するにどう判決を下してよいのか全く分からなくなってしまふだろう」⁽³⁴⁾

からである。これに対し、フランクファーター判事は、程度の差といった柔軟性は、むしろ文明のしるしであるとさらに反論している⁽³⁵⁾。その是非はとにかく、ここでははっきりしてきたのは、フランクファーター判事のアプローチはこの証拠排除の分野で今や決定的に不評となってきたということである。そして、その不評の原因が、そのアプローチが持つとされる安定性の欠如にあることも、これまた明白になってきたわけである。

ジャクソン判事が法の安定性を志向しながら、ここで違憲収集証拠の証拠能力を否定でなく肯定の線で統一しようとしたのは、Wolf v. Colorado をめぐる諸条件がまだ生きていたからである。一方において、Wolf 判決の理由は「非常に説得力を持って述べられており」⁽³⁶⁾、さらには、搜索・押収に関する連邦法は依然きわめて不満足な状態にあった。そこでジャクソン判事によれば、

「最高裁並びにそのメンバーが、それについてあまりにvarietyやすく、また一貫していなかった基準に適合しないから
といて、彼等「州」に連邦による破棄という賭をおかさせることは、決して正当とは言えないだろう」⁽³⁷⁾

となるわけである。

すなわち、ジャクソン判事にとって、フランクファーター判事の「シヨッキング」テストはあまりに不安定である。しかし、連邦証拠排除則の修正第一四条適法条項への合体は、これまた州に対しあまりに苛酷と思われたわけである。第三の道として彼が選んだのが、残りの厳格規定、すなわち証拠排除則の全面的不適用となったのである。その結果として、この事件では、個人の寝室に仕掛けられた隠しマイクから得られた会話の証拠能力が認められることになってしまった。この「不正」には、やむなく目をつぶらざるを得なかったのである。この結果は、法の安定性志向から生れてきたものではあるが、これが厳しい選択であったことは誰の目にも明らかである。

クラーク判事にとっては、この状態は確かに堪え難いものだった。彼によれば、フランクファーター判事の「シヨッキング」方式は、「あまりに不安定で又予則不可能であり」、それは結果的には単なる「その場限りの」といったアプローチにしかないものである。⁽³⁸⁾ 他方、彼はジャクソン判事の方式が生む「不正」にも困惑を禁じ得ない。⁽³⁹⁾ フランクファーター方式が不安定で、ジャクソン方式が公正を欠くなら、これはもう証拠排除則を適法条項に全面的に取り入れなければおさまるものではない。そこでクラーク判事は、今やWOLFルールの変更を求めることになる。⁽⁴⁰⁾ クラーク判事は後に見るようになり、「権利章典適法過程合体論者」ではない。しかし、この違憲収集証拠排除という限られた分野では、合体論はここに一人有力な味方を獲得したわけである。

クラーク判事と同じジレンマは、ブラック判事によっても強く感じられたはずである。彼の、連邦証拠排除則は修正第一四条の要請ではないという説では、ここでの、「個人の寝室に仕掛けられた隠しマイク」による盗聴の証拠能力を否定することはできないからである。しかし、この事件における彼のアプローチは最も奇妙である。彼はこの争点には全然触れていないのである。この事件では、ブラック判事は反対意見を書いている。しかし、彼によればその反対理由は、「私は

公開を義務づけ、スタンプを要求している連邦法は……修正第五条に違反すると考える⁽⁴¹⁾からというものである。

ここには、賭博営業者に対し、その営業の連邦政府への報告と、その営業に関して連邦印紙の購買を要求している連邦法があった。一方では、これら報告や印紙は当然賭博営業の確かな証拠である。他方、カリフォルニア州では賭博営業は一つの犯罪を構成していたのである。この *Irvine v. California* では、被告人はここカリフォルニア州における賭博営業の廉で起訴されていた。ここに連邦政府によって要求されていた報告とスタンプが、この賭博営業の証拠として提出されていたのである。そこで、ブラック判事の議論は、この連邦法の要求は不利益供述強要を構成し、修正第五条違反であり、その成果、すなわち報告と印紙は証拠能力を否定さるべきだというものである。

この種の不利益供述の強要の問題は、かなり微妙なもので、これに関する論争が最高裁でもずっと続けられていた⁽⁴²⁾。この問題はそれ自体興味ある問題ではあるけれど、ここではそれを検討する必要はない。ここでの関連においてのこの問題の意義は、それはわれわれがここで検討している争点とは何等関係がないという事実にある。ここでわれわれが問題としているのは、個人の寝室に隠しマイクを仕掛けるといった、州権力による非常識なやり方であり、そこでの争点は、このようにして収集された証拠が証拠能力を持つかどうかということである。これがブラック判事を除いて、他のすべての判事がここで取り組んだ問題なのである。ブラック判事は全くこれを無視してしまった。

ブラック判事がこの争点を避けた理由は推則できる。 *Wolf v. Colorado* で彼は証拠排除という連邦則は修正第一四条の要請ではなく、ゆえにそれは州に対しては適用されないという説を展開していた。この *Irvine v. California* でも、彼は依然その自説に固執していたものと思われる。ダグラス判事が別個の反対意見で、証拠排除則は修正第四条の当然の一部であると強調していた⁽⁴³⁾。ブラック判事は、しかし、このダグラス判事の反対意見には参加していない。とすれば、*Wolf* におけるブラック説の下では、この *Irvine* における盗聴は、もしそれが不当な搜索・押収の一形態ということになれば、

証拠能力を持つということになる。だから、ブラック判事がここでの盗聴証拠を排除したいと欲っしても、それは彼にとって理論的に不可能なわけである。しかし、その収集方法から見て、ブラック判事がその排除を望んだことは間違いないだろう。

Rochin v. California では、ブラック判事は「胃ポンプ」という手段によって得られた証拠の排除に結論としては合意した。彼は彼の Wolf における説にも拘らず、そこではそうすることができた。なんとならば、彼は「胃ポンプ」を修正第五条で規制された不利益供述強要の一形態と看做したからである。しかし、この Irvine v. California には、強要という要素は、その言葉の一般的意味では、含まれていない。先程見てきたように、ブラック判事にとって先づ第一の関心事は憲法の成文である。これが彼の権利章典方式のまさに中核にあったわけである。しかし、修正第五条不利益供述強要禁止規定の明文を見れば、そこで禁止されているのは、人に彼自身に不利益な証人となることを「強要する」ことである。Irvine v. California にはこの強要の要素はない。ここでは捜査官は「秘かに」会話を「盗んだ」のである。

もし修正第五条の不利益供述禁止規定が、この Irvine におけるような場合もカバーするものならば、われわれはそれではそれは何をカバーすることができないのかと尋ねたくなるだろう。それは不当な方法で収集された証拠はどんなものでも包括することになるだろう。そして、もし不利益供述という概念がそこまで拡張されるなら、その拡張解釈は、ブラック判事自身が Wolf v. Colorado で形成した証拠排除則に関する法理を実質的に破壊してしまうことになるだろう。

連邦証拠排除則を修正第四条の要請ではないとしたブラック判事の考えには、彼なりの理由があった。その理由を理由あるものと考えれば、不利益供述強要禁止条項は、この理由と矛盾するまで拡張されてはならないはずである。

要約すれば、ブラック判事はこの Irvine v. California で全くジレンマに陥っていたと思われる。もし彼がこの事件を不当な捜索・押収の事件として考慮すれば、彼は Wolf における彼の説を放棄することなしにこの証拠を排除することが

できないわけである。しかし、彼は、その非常識な警察行為から見て、ここでの証拠を排除したいと欲っしたに違いない。しかし、修正第五条不利益供述強要禁止条項もこの場合助けにはならないのである。なんとならば、その拡張は彼の Wolf における法理を実質的には、これまた破壊してしまうことにもなったからである。

ブラック判事はこのジレンマから何とか出口を求めたに違いない。彼は、連邦政府によって要求されている報告とスタンプが、ここでその犯罪の証拠として提出されていたという事に気がついた。彼はこの証拠を不利益供述強要の一形態と考え、その上に立ってここで彼が望んだこと、すなわち原判決の破棄を、少くとも形式的には主張することができたわけである。

彼のアプローチの限界は、しかしながら、もう明らかである。この *Irvine v. California* という事件では、彼は修正第五条不利益供述強要禁止条項を發動する手がかりを、たまたま発見した。しかし、事件の全証拠が、寝室に隠しマイクを仕組むといった非常識な手段で収集されたもの、あるいはそれからの派生物で構成された事件を考えてみよう。そうなれば、ブラック判事はいやでもそのような証拠に証拠能力が認められるかどうかという争点に直面しなければならず、そこで彼がこの *Irvine* では辛うじて逃れ得たジレンマに出会うことになるだろう。これが彼の厳格な権利章典アプローチが不可避免的に示唆するコースである。われわれはブラック判事がこの堪え難い立場をいつまでも続けることはできないだろうと予言してよいかも知れない。そして、変わるならどちらの方向に向うかは、彼がその法的安定性志向を変えない限り、容易に推則できるはずである。違憲収集証拠排除則を修正第四条の要請とすることが、恐らくは彼に残された唯一の代案であったかも知れない。そして、この事は、この時から七年後の *Mapp v. Ohio*⁽⁴⁴⁾ でまさに起ったことである。この *Irvine v. California* についてだけ言えば、この時点で証拠排除則を含む修正第四条の州への適用を主張していたのは、ダグラス判事唯一人だけだった⁽⁴⁵⁾。しかし、変化の火種はこの時点ですでに埋められていたのである。

結局、この *Irvine v. California* では、当時の最高裁のメンバーが適法過程に関して持っていた理論的立場の意義が、かなり鮮明に浮き彫りされてきた。彼等の間での理論的対立は、単にアカデミックなものでもないし、勿論単なる言葉の遊戯ではない。それら方法論は、米国の実社会に起ってくる問題に適用された時、それに対する実際的な対応の相違を生むものなのである。一般的に言えば、ここまでは依然普通法方式が、米最高裁に支配的であった。ブラック判事を頂点とする権利章典方式は、まだやっとその芽を出しかけた状態にしか過ぎない。しかし、この状態にもすでに微妙な変化の萌しは見えてきている。特に不当な搜索・押収による証拠排除則をめぐっての最高裁内の抗争に、それはまづ第一に現われてきた。フランクファーター判事の「シヨッキング」方式は、ここで決定的に不評になってきたのである。これは、必ずしも、ここで権利章典方式が進出したということの意味するわけではない。ここでの多数は、依然基本的には *Palko* 論者である。しかし、その不評の理由は重要である。ここでの不評の理由となったのは、フランクファーター方式の、多数意見から見ての不安定性である。ブラック判事がフランクファーター方式を批判する理由も、これまた彼がそこに内在すると主張する不安定性にあったことは先程見てきた通りである。ここでの多数意見の法的安定性志向は、権利章典グループのそれと全く一致したのである。

この不当な搜索・押収の分野で多数が法的安定性志向で一致すれば、他の分野でもそうなる可能性は出て来るはずである。例えば、われわれは *Gibbs v. Burke* において、基本的には *Palko* 理論を継承しながら、最高裁は弁護人の必要性を「裁判中の諸出来事」から判断するところを見てきたところである。⁽⁴⁶⁾ この基準とはなりそうもないルールが実行に移されるなら、それはこの弁護人の分野に非常な不安定性を持ち込むことになるだろうというところは、容易に想像される場所である。普通法アプローチは、その最善の姿をとった時でも、それは常に明確に定義されない薄暮ゾーンというものを残すものである。これはフランクファーター判事にとっては文明進化のしるしとなる。しかし、大勢が法的安定性に傾

けば傾くほど、普通法アプローチが不評になることは推則されることである。そして、それが、その代案として権利章典アプローチに近づくのは、絶対にではないにしても、かなり蓋然性の高いものとも考えられる。⁽⁴⁷⁾

この現象は、しかし、必ずしも権利章典方式の優位性を示しているものとは言えない。すでにそのアプローチの台頭以来ここまでのわづかな間にも、その方式の問題点もまたその姿を現らわしつつある。しかし、この時点ではそれはまだ問題の萌芽である。権利章典方式は最高裁の大勢を占めるにいたっていないが故に、その問題点もまだ表舞台に上ってこなかったのである。ある意味で、Palko 方式は、実行に移されたが故にその問題点が表面化したとも言える。しかし、権利章典の次の前進は、この間隙を行って行なわれることになったのである。

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

(2) Id. at 28-29.

(3) 証拠の証拠能力がその収集方法の違法性によって左右されないという原則は、普及法に最も安定して確立されていた法理だった。Olmstead v. United States, 277 U.S. 438, 467 (1928)。これは裁判中には付随的な争点 (collateral issue) の審理は「なごころ」普通法の原理によるものだ。Lason, The History and Development of the Fourth Amendment to the United States Constitution 112-114 (1970)。州の裁判における証拠排除が、かつて問題となった Adams v. New York, 192 U.S. 585 (1903) の判決も、この法理の上に立っていた。この普通法における手続上の原則の分析については、8 Wigmore, Evidence §2183, at 7 (McNaughton rev. 1961) 参照。しかし、最高裁は一九一四年、違法収集証拠の証拠能力の問題が裁判中でなく、裁判前に提起された時、証拠排除則を修正第四条不当な搜索・押収禁止条項の中に見出した。Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914)。この排除則は以後の事件でも一貫して適用されてきた。Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25, 28 (1949)。この排除則が修正第四条の要請とされていたことは、殆んど疑いはなかった。Cf. Note, 56 Yale L.J. 1076, 1077-78 n. 11 (1947)。

(4) Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25, 40, 41, 47 (1949) (Douglas, J., Murphy, J., Rutledge, J., dissenting opinions)。↵

トリヂ判事にとって、「修正第四条は、それ自体、不法収集証拠の連邦刑事裁判への提出を禁じているという見解は、長い経歴を持つもので、確固として確立されてゐる。」*Id.* at 48. Cf. Note, 56 Yale L. J., *supra* note 3.

(5) *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25, 40 (Black, J., concurring opinion).

(9) *Id.* at 28-29 (Frankfurter, J., opinion of the court).

(7) *Id.* at 28. 不当な搜索・押収を抑制する手段として伝統的なものは、違法行為を行った捜査官に対する刑事責任追求、彼に対する民事損害賠償請求、彼に対する行政上の懲罰措置といった一般的な救済である。しかし、これらは効果的ではないようである。Cf. *infra* note 14.

(8) *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25, 28-29 (1949) (Frankfurter, J., opinion of the court)。実際、連邦レベルで証拠排除則が確立された後でも、そのルールは州レベルでは三十一の州では依然認められず、米国以外の普通法諸国でも全然認められていなかった。*Wolf v. Colorado*, *supra*. これは或る意味で当然とも考えられる。搜索・押収の場合、その手段がいかに不当でも、そこで得られた証拠は多くの場合決定的にその犯罪を立証するのである。真実の発見という点から見れば、不当な搜索・押収の果実は、その信ぴょう性に疑問の持たれる強制自白とは、その性質を異にするのである。尚、この違憲収集証拠排除則は、後に修正第一四条適法条項の要求とされ、現在ではすべての州にも適用されている。*Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 506 (1961)。そのようなものの、それにはまだ色々な問題があり、依然厳しい批判がそれに寄せられている。*George, Constitutional Limitations on Evidence in Criminal Cases* 333-339 (1973 Printing) 参照。

(9) *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25, 28 (1949).

(10) *Ibid.*

(11) *Id.* at 33. フラン克福ォーター判事は、いわゆる「司法消極主義」という考えでも知られている。この考えの現在における最大の推進者は、かつてのフラン克福ォーター判事の補佐官、現エール大ビッケル教授である。*Bickel, The Least Dangerous Branch* (Bobbs-Merrill, 1962) 参照。

(12) *Grant, Our Common Law Constitution* 50 (1960)。連邦レベルにおける捜査令状に関して言えば、当時のルールでは、令状は、それが単に犯罪の証拠となると言うだけでなく、それが同時に犯罪に使われた道具、本来その所持を禁じられているものといったものにしか発行されなかった。*Boyd v. United States*, 166 U.S. 616, 623, 627-8 (1886); *Gould v. United*

- States, 255 U.S. 298, 309 (1921); *United States v. Lefkowitz*, 285 U.S. 452, 464-5 (1932)。この単に証拠にしかすぎないものの捜索には捜査令状を発行できないというルールは、当然捜査令状の用途を非常に限定してしまった。このルールの本来の目的は、当然プライバシーの権利の保護にあった筈である。しかし、その非実用性が逆に今度は捜査令状無しの捜索・押収の慣行を生み、それが更にその慣行を規制するルールを生んでいった。ところが、このルールが少しもルールになっていないのである。Grant, *Supra* at 48-50 参照。証拠排除則の例外については、Grant, "Circumventing the Fourth Amendment, 14 So. Calif. L. Rev. 359 (1941) 参照。尚「単なる証拠」の法理は、最近変更された。Warden v. Hayden, 387 U.S. 294 (1967)。
- (13) Cf. *Irvine v. California*, 347 U.S. 128, 134 (1954)。 Wolf v. Colorado より五年後の事件であるが、このでもシヤトン判事の判決理由により、このような状態の下で州にも証拠排除則を適用するのは苛酷すぎるとされている。
- (14) *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25, 41-47 (1949) (Murphy, J., dissenting opinion)。 *Irvine v. California*, 347 U.S. 128, 151-156 (Douglas, J., dissenting opinion) も参照のこと。この考えにも一理はある。伝統的な抑制手段、即ち違法な捜索・押収を行った捜査官に対する刑事、民事、行政責任の追求は、実際的にはうまく機能していない。George, *Constitutional Limitations on Evidence in Criminal Cases* 93-96 (1973 Printing) 参照。
- (15) UCLA グラント教授は、修正第四条証拠排除則の州への適用がもたらす災害について、ブラック判事の補佐官と手紙で意見の交換を行なったという。その補佐官は、その適用が州にもたらす破局について全く同感したという。しかし、彼によれば、ブラック判事はその事を十分に考慮に入れていないと主張した。Grant, *Our Common Law Constitution* 53-54 (1960)。
- (16) *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952)。
- (17) *Id.* at 172。(Frankfurter, J., opinion of the court)。
- (18) *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278 (1936)。
- (19) *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 173 (1952) (Frankfurter, J., opinion of the court)。
- (20) *Id.* at 177 (Black, J., concurring opinion)。
- (21) *Id.* at 179 (Douglas, J., concurring opinion)。
- (22) *Ibid.*

(23) *Id.* at 175 (Black, J., concurring opinion).

(24) ここではブラック判事は、「単に人が証言すべく強要された時なみならず、ここにおけるように犯罪を立証する証拠が、現代科学の発明品により人から強制的に取り出された時も、人は彼自身に不利益な証人たるべく強要されたと考える」と言っている。Rochin v. California, 342 U.S. 165, 175 (1952)。この「証人たるべく強要される」ということの意味については、特に血液検査に関連して最高裁で長らく論争されることになる。一九六六年の *Schmerber v. California* では、ブラック、ダグラス、ウォーレン、フォータス等四人の判事達の反対に対し、ブレナン判事の多数意見は、不利益供述強要禁止は、自分自身に不利益な「証言をする」ことを強要されることと、その他の方法によって州に「証言的な」或るいは「伝達的な」性質を持った証拠を提供することを強要されることから、被告人を保護するものであるとしている。Schmerber v. California, 384 U.S. 757, 761 (1966)。修正第五条の語句の解釈としては、この方が確かに自然と思われる。不利益供述強要からの自由と不当な搜索・押収からの自由は、歴史的にもその発生、発展過程を異にしている。8 Wigmore, *Evidence* §§2250 and 2183 (McNaughton rev. 1961)。Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964)の結果、この定義は修正第五条と修正第一四条両者における不利益供述の定義となった。

(25) *Irvine v. California*, 347 U.S. 128 (1954)。

(26) *Id.* at 130-131。

(27) *Id.* at 132。

(28) *Ibid.*

(29) *Ibid.* 以上の盗聴を多数意見は不当な搜索・押収の一型態と看做している。盗聴の憲法上の性格は長らく最高裁で論争されたものである。盗聴事件のパイオニアとも言うべき一九二八年の *Olmstead v. United States* では、電話の盗聴は修正第四条の不当な搜索・押収には概当しないとされた。修正第四条は、「人、家、文書、家財」に対する不当な搜索・押収を禁じている。電話盗聴は聴覚によるものであり、物理的侵害を伴うものでもないというのがその理由である。277 U.S. 438, 464-465 (1928)。「物理的侵害」という要件は不当な搜索・押収の一大要件であったからである。Cf. *George, Constitutional Limitations on Evidence in Criminal Cases* 35-36, 133, 145-146 (1973 Printing)。連邦レベルにおける電話盗聴については、その後一九三四年の *Federal Communications Act* が修正された。それによって個人のプライバシーを保護するようになった。47 U.S.C.

§605 (1952)。しかし、科学の進歩は電子式盗聴器とつたものを生み出すようになり、それに合わせて連邦憲法の規制も発展せざるを得なかった。Cf. *Goldman v. United States*, 316 U.S. 114 (1942); *Silverman v. United States*, 365 U.S. 505 (1961); *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967)。盗聴が修正第四条の捜索・押収の一形態といふことが確立されたのは *Katz v. United States*, *supra* である。U.S. *Irvine v. California* は、殆んど信し難い程の「物理的侵害」があったわけであるから、これが捜索・押収と考えられたのは当然であつた。

- (30) *Irvine v. California*, 347 U.S. 128, 144 (1954) (Frankfurter, J., dissenting opinion).
(31) *Id.* at 133 (Jackson, J., opinion of the court). *Rochin v. California* は、確かに物理的強制といふ点も指摘されてゐる。342 U.S. 165, 173 (1952)。

(32) *Irvine v. California*, 347 U.S. 128, 145 (1954) (Frankfurter J., dissenting opinion)。

(33) *Ibid.*

(34) *Id.* at 134 (Jackson, J., opinion of the court).

(35) *Id.* at 143 (Frankfurter, J., dissenting opinion).

(36) *Id.* at 134 (Jackson, J., opinion of the court).

(37) *Ibid.* 当時の捜索・押収に関する連邦法の状態については、*supra* note 12 参照。

(38) *Irvine v. California*, 347 U.S. 128, 138 (1954) (Clark, J., concurring opinion).

(39) *Id.* at 139.

(40) *Ibid.* クラーク判事はここでは結論としてはシャットン判事の多数意見に同意し、ここでの証拠に証拠能力を認めている。しかし、その理由は「その『*Wolf v. Colorado*』判決の趣意に厳格に従ふことは、恐らくはその変更に必要な転向者を生み出すだろう」からとつたものだ。

(41) *Irvine v. California*, 347 U.S. 128, 139 (1954) (Black, J., dissenting opinion)。

(42) この問題は俗に「義務づけられた記録 (required records) の法理」の問題と言われる。この法理の下では、法律が人に或る種の記録をとることを要求しているなら、その記録は不利益供述強要禁止によっては保護されないというものである。法律が要求することにより、この記録は公文書になったという理由からである。Shapiro v. United States, 335 U.S. 1 (1948). *Irvine*

v. California と同じ頃、同じような、納税の必要という口実の下に報告と登録を義務づけている法律の違憲性が最高裁で論議された。その合憲性が確認された。United States v. Kahrigier, 345 U.S. 22 (1953) ; Lewis v. United States, 348 U.S. 419 (1955). フロミンタ判事が行った事件はその合憲判決に反対した。Kahrigier, supra 36-37 ; Lewis, supra 423-425. この Irvine v. California における彼の意見は、その反対の線に沿ったものである。尚、これら先例は後になって変更された。Marchetti v. United States, 390 U.S. 39 (1968) ; Gross v. United States, 390 U.S. 62 (1968) ; Haynes v. United States, 390 U.S. 85 (1968). 一般的に George, Constitutional Limitations on Evidence in Criminal Cases 250-254 (1973 Printing) 参照。

(43) Irvine v. California, 347 U.S. 128, 151 (1954) (Douglas, J., dissenting opinion).

(44) Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643, 661-662 (1961) (Black, J., concurring opinion). 彼は修正第四条が証拠排除を要求するかということには依然疑問を持つ。しかし、修正第五条不利益供述強要禁止規定と考え合わせた時、修正第四条は違法収集証拠の排除を要求するところである。Wolf v. Colorado におけるブラック説、即ち証拠排除則は修正第四条の要請でなく、裁判所の規則制定権に基づくものだとする考えは、一九六〇年になって初めて多数意見として確立された。Elkins v. United States, 364 U.S. 206, 216 (1960). したがって一年後 Mapp v. Ohio, supra 再び覆えられたわけである。

(45) Irvine v. California, 347 U.S. 128, 151 (1954) (Douglas, J., dissenting opinion).

(46) Gibbs v. Burke, 387 U.S. 773, 781 (1949).

(47) この時までにはケース・バイ・ケース方式には、この分野でそれが持つとされる主観性、恣意性、不安定性のため、学界からも厳しく批判が寄せられていた。Green "Liberty under the Fourteenth Amendment," 27 Wash. Univ. L. Q. 497, 534 (1942) and "The Bill of Rights, The Fourteenth Amendment and the Supreme Court," 46 Mich. L. Rev. 869 (1948) and McCloskey ed., Essays in Constitutional Law, 385, 414-422 (1957). 尚、この普通法方式が憲法分野に適用される時の一般的批判として、Reich, "Mr. Justice Black and the Living Constitution," 76 Harv. L. Rev. 673, 736-742 (1963)。