

# 米連邦権利章典と修正第一四條適法手續條項(完)

## ——選別的合体とそのインパクト——

町 井 和 朗

### 目 次

- 一 選別的合体論の台頭
- 二 選別的合体方式の確立
- 三 選別的合体方式の背景
- 四 選別的合体の結果

#### 一 選別的合体論の台頭

一九五四年の *Irvine v. California*<sup>(1)</sup> の時点では、普通法方式は依然大勢を占めていた。<sup>(2)</sup> しかし、その間においても、その方式に対する批判は徐々に高まって来ていた。<sup>(3)</sup> 一九五〇年代も後半になると、同じような現象が捜索押収以外の分野でも見られるようになる。*Irvine v. California* の前年には *Brock v. North Carolina*<sup>(4)</sup> で二重危険の原則の州に対する適用が再び問題となった。一度誤判 (*mistrial*) を宣せられた事件の再度の裁判が、二重危険を構成すると主張されたのである。ミントン判事によって書かれたこの事件の判決は、ここでの再度の

裁判を正当な法の手続に反するものではないとした。<sup>(5)</sup> この判決に対してはヴィンソン長官が反対意見を書いてしたが、その反対は、ここでの再度の裁判は正当な法の手続に違反するというもので、アプローチそのものに対する反対ではなかった。<sup>(6)</sup> ブラック判事はこの事件に関与せず、ダグラス判事が唯一人多数判事達のアプローチに反対していた。<sup>(7)</sup> この時点では、二重危険に關しても普通法方式は絶対優位に立っていたのである。

Irvine v. California をはさんでその翌年、Hoag v. New Jersey<sup>(8)</sup> でも、またまた二重危険の対州規制力が問題となった。ここでは四人の犠牲者を含む一つの強盗事件に際し、被告人は、第一、第二、第三の犠牲者に関する起訴については無罪判決を受けながら、第四の犠牲者に関する起訴について有罪判決を受けていた。ここで無罪判決が第四の起訴に対する傍系事件における禁反言 (collateral estoppel) を構成し、それに違反する第四の訴追が被告人に二重の危険を課し、正当な法の手続に違反することになるかが問題となったのである。アプローチという点から言えば、この事件も先の Brock v. North Carolina とほぼ同じだった。僅かにダグラス判事とブラック判事だけが修正第五条の州への適用を強く推していた。<sup>(9)</sup> この時までにはウォレン長官がヴィンソン長官の後を継ぎ、ウォレン・コートは既に始まっていた。しかし、ウォレン長官は、この Hoag v. New Jersey では反対意見を書いてはいたものの、その反対は多数意見の結論に関するもので、そのアプローチについてはなかった。アプローチに関しては、ウォレン長官も「ここでの争点は、この有罪判決が：修正第一四条適法条項により保障された公正な手続という要求に違反しないかどうかという点にある」としている。<sup>(10)</sup> これは適法過程方式の明言である。

Hoag v. New Jersey と同年の N. A. A. C. P. v. Alabama<sup>(11)</sup> では、チャクソン判事の後を継ぎ、新たに最高裁の一員になっていたハーラン判事の判決文により、結社の自由は、「修正第一四条適法手続条項により保障さ

れた自由の不可欠の一部である」と宣言された<sup>(12)</sup>。この意見は全員一致で支持され、権利章典推進派もここではこのハーラン判事の適法過程方式に特に異議は唱えていない。

その翌年、一九五一年の *Bartkus v. Illinois*<sup>(13)</sup> では、フランクファーター判事による判決文は、連邦裁判における無罪判決に引き続き、同一行為に対する州の刑事訴追を正当な法の手続に違反するものではないとした。ブラック判事はこの判決に反対した。しかし、その反対は、「その条項〔修正第五条二重危険条項〕が連邦政府に対してと全く同程度に州をも拘束するかどうかという問題とは別に」「同一犯罪に対する再度の訴追は、*Palko v. Connecticut*... で表明された修正第一四条の定説にさえ違反するほど我が自由国家の精神に反する」からというものだった<sup>(14)</sup>。この意見にはウォレン長官とダグラス判事が同調したが、この反対は明らかに権利章典修正第五条にその基礎を置くものではない。この時期までにミントン判事の後を継ぎ、最高裁の一員となっていたブレナン判事も、フランクファーター判事の多数意見に対し反対意見を書いた。しかし、その反対の理由は、ここでの州による訴追を、そこへの広範囲にわたる連邦の介入の故に、実質的には連邦の訴追であるとし、この修正第五条二重危険条項違反の連邦行為には連邦裁判所の監督権が及ぶというものだった<sup>(15)</sup>。州行為に対してどんな基準が適用されるのか、ここには明確な言明はない。

*Bartkus v. Illinois* と同年の *Mills v. Louisiana*<sup>(16)</sup> では、不利益供述の強要に関して *Bartkus* と全く同種の問題が起きていた。ここでの裁判所意見は、一九五八年の、修正第五条不利益供述条項は州に対しては適用されないとする *Knapp v. Schweitzer*<sup>(17)</sup> の権威の下に、ここで上訴されていた下級審判決を承認した。それにはウォレン長官とダグラス判事の反対があった。ウォレン長官は、ここでの州大陪審審問を、そこへの連邦関与という理由から連邦による審問とし、その連邦行為に対して不利益供述条項の発動を主張し<sup>(18)</sup>、ダグラス判事は、州裁

判所に対し不利益供述強要からの免責という、連邦が保障する権利の尊重を要求している。<sup>(19)</sup>しかし、ここにも州行為に対する第五条の適用という主張は見られない。一九五〇年代後半の、こうした一連の判例のここまでの分析から見ると、この時点では適法過程方式が圧倒的に優位に立ち、権利章典方式はむしろ退潮していたかのように見える。しかし、事実はもっと複雑だった。

上述の *N.A.A.C.P. v. Bartkus* でも、また *Mills* でも、権利章典方式は特に主張されなかった。しかし、これは必ずしもこの方式が放棄されたからではないようである。実は、これら事件には、権利章典方式を主張し難い事情があった。*N.A.A.C.P.* で問題となった権利は結社の自由であるが、この自由は修正第一条には明記されていない。修正第一条に明記されているのは、言論、報道の自由であり、集会の権利であり、請願の権利である。勿論これら自由、権利から結社の自由を推則することは当然可能である。<sup>(20)</sup>しかし、これを修正第一条の語句をもって示すのは不可能である。今までの判例で修正第一条が対州規制力を持つことはほぼ確立されていた。ここ *N.A.A.C.P.* では、アプローチはともあれ、結社の自由はとにかく州に対しても保障されるとされ、それに応じてここで問題となった州行為は違憲無効とされたのであるから、敢えてここで修正第一条を持ち出し、その方式の弱点を指摘されるのは避けたのかも知れない。

*Bartkus v. Illinois* で問題となったのは、連邦裁判において無罪判決を得た行為に対する、州による再度の訴追であるが、ここでもこの州行為に対し修正第五条の二重危険条項を発動するには問題があった。修正第五条二重危険条項には、「二つの主権」という法理が既に確立されていた。<sup>(21)</sup>簡単に言って、この法理は、二重危険に關しては連邦と州を二つの別個の主権国と看做すものである。二重危険条項は一つの主権国内における二重の訴追を禁止するものであって、二国間にまたがる二重の訴追を禁止するものではない。そこで、二重危険条項にも拘

らず、州による無罪判決或るいは有罪判決に引き続く、同一行為に対する連邦の訴追は、連邦レベルにおいてさえ可能であったのである。そのことは、更に、たとえ二重危険条項が修正第一四条に合体し、対州規制力を持つとされても、それはここ *Bartkus* で問題となった州行為、すなわち連邦による無罪判決に引き続く、同一行為に対する州の訴追を禁止するものではないということの意味する。すなわち、「二つの主権論」が有効なうちは、二重危険条項の合体もここ *Bartkus* におけるような事件では無意味なわけである。その合体が意味を持つためには、二つの主権論が先ず廃棄されなければならなかった。<sup>(22)</sup>

*Mills v. Louisiana* における問題も *Bartkuu* における問題と全く同権のものである。ここでの訴願人は、州の大陪審審問に際し、州の免責は与えられていながら連邦の免責が与えられていないことを理由に修正第五条を発動し、証言を拒否した結果、大陪審侮辱罪の適用を受けていた。修正第五条の不利益供述条項についても「二つの主権論」が確立されていた。<sup>(23)</sup> ここでもこの「二つの主権論」が有効な限り、たとえ不利益供述条項を適用しても、それはここでの証言拒否に対する侮辱罪の適用を違憲無効とし得ないのである。

ブラック判事はこの「二つの主権論」の変更を先ず主張する。<sup>(24)</sup> しかし、この時点では、この主張はとも最高裁の多数を制するにはいたらなかったようである。*Bartkus* におけるブラック判事の反対意見には、ウォレン長官とダグラス判事が同調している。この二人は、ブラック判事の、二つの主権論に対する反対にも同調しているものと推定される。しかし、ブレナン判事はブラック判事の反対意見には同調していない。<sup>(25)</sup> *Mills v. Louisiana* では、ブレナン判事は、この事件で二つの主権論を再考することは不適であると明示している。*Bartkus* や *Mills* には以上のような事情があり、権利章典推進派も二重危険条項や不利益供述条項を発動することができなかった。ブラック判事による「自由国家の精神」というアプローチなどは、必ずしも権利章典方式が放棄された

ことを意味するものではなかったのである。

その事実は *Bartkus* や *Mills* と同年の *Frank v. Maryland*<sup>(26)</sup> に明確に現われる。ここで問題となったのは、衛生検査という行政上の捜索である。捜索押収に関して言えば、我々は、*Wolf v. Colorado* が、プライバシーの権利は州権力の行使からも保護されると決定していたのを知っている。<sup>(27)</sup> *Frank v. Maryland* における多数意見を書いたフランクファーター判事によれば、この *Wolf* 判決は、「警察による恣意的な侵入に対する個人のプライバシーの安全は、自由社会に基本的なものであり、それが故に修正第一四条によって保護される」というものである。<sup>(28)</sup> ここ *Frank v. Maryland* における行政上の捜索は、この「適法過程」という一般的制約<sup>(29)</sup> に照して判断され、憲法違反ではないとされた。

この多数意見に対しダグラス判事が反対意見を書いた。彼によれば、この *Wolf* 判決は、「修正第一四条適法手続条項は、修正第四条に規定されたプライバシーの保障を州に対しても要求する<sup>(30)</sup>」ものである。すなわち、*Wolf* 判決が州に対して適用するとしたのは修正第四条であり、「適法過程という一般的制約」ではないというわけである。ここでは、*Wolf* 判決の意味に関し、フランクファーター判事とダグラス判事が真っ向から対立している。更に、ダグラス判事によれば、「それは「修正第四条」、そこでの文字通り、その侵害がどんなものであっても、政府による不合理な捜索・押収から市民を保護する<sup>(31)</sup>」ものであり、それは故に行政上の捜索・押収にも当然適用され、その結果ここでの令収を欠く衛生検査を違憲無効とするのである。このダグラス判事の反対意見は、ブラック判事に加え、ウォレン長官とブレナン判事も同調している。修正第四条に関して言えば、ウォレン長官もブレナン判事もその修正第一四条への合体に合流したものと思われる。<sup>(32)</sup> 更に、ここでは、一九五八年にリード判事の後を継いでいたホイッタカー判事でさえ、*Wolf* 判決をもって修正第四条を州に対しても適用すると

したものとして<sup>(33)</sup>。修正第四条については、今や最高裁の過半数を構成する五人の判事達が、その修正第一四  
条条への合体を支持するにいたったのである。

一年において一九六一年の *Ferguson v. Georgia*<sup>(34)</sup> では、弁護人の保障がまたまた取上げられることになる。  
この事件の多数意見を書いたブレナン判事は、そこでの争点を次のように述べている。

「上訴人が我々に正当に提示した唯一の問題は、果してこのジョージア裁判所による §38—415 の適用  
は、上訴人に対し修正第一四条により州に要求される適法過程の、この点に関する要求に照して、*Powell*  
*v. Alabama*... に言う、彼に対する訴追におけるあらゆる段階での弁護人の導きの手を否定したかどうか  
ということである。」<sup>(35)</sup>

このブレナン判事の多数意見には、ブラック判事やダグラス判事も同調している。しかし、ここで言及された  
弁護人依頼権は *Powell v. Alabama* におけるもので、修正第六条のそれではない。故に、この事件がここでは  
適法過程の下における弁護人事件と看做されているのは明らかである。

しかし、この事件には奇妙な点が一つある。この事件の原審では実際には被告人に弁護人は付けられていたの  
である。弁護人が付けられていたのに何故弁護人依頼権が問題となったかという点、それは次のような事情によ  
る。ジョージア州は、一定の被告人には宣誓の下に証言することを認めていなかった<sup>(36)</sup>。宣誓証言の代りに宣誓を  
伴わない単なる供述は提出することができたのである。原審では被告人はこの単なる供述を提出していた。とこ  
ろが、この供述は宣誓の下に述べられたものではないので、それに対しては検察官は反対尋問を行うことは許さ  
れず、またそれが故に弁護人も主尋問を行うことが認められていなかった。この弁護人が何も尋問できないとい  
うことが、被告人に弁護人の援助を否定するとされたのである。<sup>(37)</sup>

単なる供述に尋問を許さないことそれ自体には何等不都合はない。宣誓によって支持されていない限り、それは証拠能力を持たないからである。ここで本当の問題は、被告人は宣誓に基づく証言を提出することができなかった、すなわち被告人に証言権がなかったという点にある。補足意見を書いたフランクファーター判事とクラーク判事はそのように論じ、その点からこの州制度を違憲と断じた。<sup>(38)</sup>しかし、問題がそのような形で提示されれば、それは権利章典推進派には困難な問題を提出したことになるだろう。権利章典には被告人の証言権など明示されていないからである。ブレナン判事による多数意見が、上訴人が正当に提示した争点は弁護人に関する問題だけであるとして、この事件を弁護人に関する事件として処理している背景には、このような問題もあったのかも知れない。ブレナン判事は、この弁護人依頼権に関しては、アプローチの点から言えば依然適法過程方式を採っている。しかし、適法過程方式に基づく弁護人依頼権でも、それがここで大幅に拡張されたことは明らかである。

Ferguson v. Georgia<sup>(39)</sup>における弁護人依頼権については、権利章典推進派の進出はまだ顕著ではなかったが、同年のCohen v. Hurley<sup>(39)</sup>では不利益供述強要についてその前進が明らかになる。これは、弁護士の職業倫理に関する司法調査に際し、不利益供述強要を理由に証言を拒否した弁護士が弁護士資格を剝奪されたことから起きた事件である。州裁判所における不利益供述強要については、Twining v. New Jersey<sup>(40)</sup>や Adamson v. California<sup>(41)</sup>がその取扱いを既に確立していた。明らかにこれら先例をふまえ、ハーラン判事による多数意見は、「連邦の観点から見れば、州が、その州における不利益供述強要からの免除の範囲を規定するにあたり、大幅な自由裁量を持っているということに疑いの余地はない」と述べている。<sup>(42)</sup>そこで、その多数意見は、ここでの審査の範囲を「結果として恣意的な或るいは差別的な州行為がそこに見出されるかどうか<sup>(43)</sup>」という問題に限定し、そこにそのような不正はないと結論する。



四人の判事達——ウォレン長官、ブラック判事、ダグラス判事、ブレナン判事——がこの多数意見に反対し、計三つの反対意見を書いた。ダグラス判事はその中の一つを書いたが、彼の反対の理由は我々にはよく知られていないものである。彼によれば、「修正第五条に規定された不利供述からの免除が：格下げされることがあってはならない<sup>(44)</sup>」ということになる。ブラック判事はこの意見に同調した<sup>(45)</sup>。第三の反対意見はブレナン判事によって提出された。彼はここで「訴願人は修正第五条により保障された不利供述強要からの免除により保護されている<sup>(46)</sup>」と明言している。彼によれば、「一つの特定権を或る目的のためには適用するが、他の目的のためにはその適用を否定するという論理<sup>(47)</sup>」にはついて行くことができないし、「許し難い主観的判断のみが、その特定権の全面的合体の阻止を説明する<sup>(47)</sup>」ということになる。ウォレン長官はこのブレナン判事の反対意見に同調した。これをもって、最高裁九人の判事達のうち四人が、修正第五条不利益供述条項の、修正第一四条への合体に合流したことになる。権利章典の進出はきわめて顕著となった。

一九五〇年代後半、権利章典推進派は表面的には退潮しているように見えた。しかし、事實はまさにその逆だったのである。一九五九年の *Frank v. Maryland* 以前には、ウォレン長官もブレナン判事も権利章典方式を主張したこともなかったし、またその主張に同調したこともなかった。しかし、時が経つにつれ、先ずウォレン長官の態度が最高裁主流派のそれとは一味違ったものであることが目につくようになって来た。同じ適法過程方式を採りながらも、彼の州に対する手続上の要求は、主流派のそれより厳しいものがあつた。ウォレン長官は、*Hoag v. New Jersey* では多数意見に反対し、ここでの州行為を正当な法の手続に違反するものとし<sup>(48)</sup>、*Bartkus v. Illinois* でもそこでの州行為を自由国家の精神に反するとするブラック判事の意見に同調している<sup>(49)</sup>。ウォレン長官の出発点は確かに適法過程方式であつたが、その方式の下、主流派と意見を異にするにつれ、彼が

その方式自体に疑問を持って来たということは考えられることである。

ウォレン、ブラック、ダグラス、ブレナンというこれら四人の判事達は、ここに来て益々共同歩調をとるようになって来た。しかし、彼等は方法論に関して決して一心同体ではないようである。ブラック判事が全権利章典を修正第一四条へ合体させようとしていることは、今まで何度も見て来た通りである。<sup>(50)</sup>ダグラス判事もブラック判事のこの立場に同調していた。しかし、ブレナン判事は、*Cohen v. Hurley* で「判例の流れは今までその見解にはついて来ていない」という点に留意している。<sup>(51)</sup>更に、ここにおける彼の合体論も、「たとえ少くとも或る保障については連邦制への考慮があるとしても」<sup>(52)</sup>、一つの特定権の部分的吸収という論理にはついて行けないというものである。一旦或る特定権が合体ということになれば、その権利が全面的に適用されるのは、ブレナン判事にとって絶対である。しかし、全権利章典が修正第一四条に合体するかどうかについては、彼はまだその態度を保留しているよう考えられる。連邦制への考慮の余地を残しているからである。

ここでブレナン判事が「連邦制への考慮」の余地を残した理由は明らかである。一八世紀に形成された権利章典の中には、今日では明らかに時代遅れと考えられる制度の保障も残されている。*Cohen v. Hurley* と同年、ブレナン判事は、ニュー・ヨーク大学でデュイムス・マヂソンの記念講演を行ったが、その中で彼は、これまで最高裁が民事陪審制の州への適用を拒否して来たことは、マヂスンもこれを州権尊重という見地から容認するであろうと肯定的に評価している。<sup>(53)</sup>最初の修正八個条の、州に対する全面的適用には、ブレナン判事も同意しかねるのである。他方、ブレナン判事は、「多くの人々は、修正第一条と修正第四条の、修正第一四条への合体は正当としながら、他の修正六個条の合体は正当としない基準を見出すのに困難を感じている」とも述べている。<sup>(54)</sup>権利章典の特定権を州に適用しながら、民事陪審制などは避けなければならないとすれば、その適用は選別的になら

ざるを得ない。ここからいわゆる選別的合体という過程が由来するのである。

このブレナン判事の意見にはウォレン長官が同調している。ブラック判事もかつて選別的合体を次善策として承認したことがあった<sup>(55)</sup>。この時まで全権利章典の合体にはどうしても反対が強かったのであるから、ブラック判事やダグラス判事がここで選別的合体に妥協したのも肯ける。選別的合体でも、その合体過程が進めば、結果的には権利章典の合体に近いものが得られるかも知れないからである。これら四人の判事達には他の点でも微妙な相違が見られる。ここ *Cohen v. Hurley* でも、ブラック判事の意見にはダグラス判事と共にウォレン長官も同調しているが、ブレナン判事は同調していない。ダグラス判事の反対意見にはブラック判事のみが同調し、ウォレン長官とブレナン判事は同調していない。これら詳細についてはまた後に分析する機会を持つかも知れない。ここでは先ずここで提案された選別的合体のその後の発展を検討する。

- (1) 347 U.S. 128 (1954).
- (2) 適法過程に対する普通法方式については、拙著、「米連邦権利章典と修正第一四条適法手続条項(Ⅲ)——権利章典方式の台頭」(「大東法学」, 第三号, 一九七六年三月)、一二三頁—一二七頁参照されたし。
- (3) *Irvine v. California*, 347 U.S. 128 (1954) における、普通法方式に対する批判は、前掲書一四六頁—一五四頁で分析されている。
- (4) 344 U.S. 424 (1953).
- (5) *Id.* at 428. 誤審—再審というパターンは、修正第五条二重危険条項の下でも必要な場合には承認されていた。E.g., *Thompson v. United States*, 155 U.S. 271 (1894) (陪審員資格喪失のため誤審宣告); *Wade v. Hunter*, 336 U.S. 684 (1949) (戦場における軍事的必要のため誤審宣告)。また、裁判官は修正第五条の下においても誤審宣告の必要性判断にかなりの裁量権を持っていたものと思われる。Cf. *Gori v. United States*, 367 U.S. 364 (1961). しかし、後年、誤審宣告の基準は厳格となった。Downum v. United States, 372 U.S. 734 (1963).

- (9) *Brock v. North Carolina*, 344 U.S. 424, 432 (1953). ヴァンスン長官も、「この事件における記録が基本的公正と適法過程に対する違反を示しているかどうか」にあるとしている。彼は、「ここでの誤審の宣告を被告人の責任によるものでなく、単に検察側の都合によるものとして正当な法の手続に違反するものとした。」 *Id.* at 439.
- (7) *Id.* at 442. ダグラス判事は、「ここで再審が認められれば、「二重危険からの保護と言う約束は、憲法が書かれた時それが持っていたと考えられる偉大な力を失うことになる」と抗議している。ここでは特に修正第五条二重危険条項を明示しているわけではない。しかし、「憲法」という時、この事件の文脈の中では、ダグラス判事にとってそれが修正第五条二重危険条項を意味していたことはほぼ間違いない。 *Cf. Hoag v. New Jersey*, 356 U.S. 464, 477 n. 1 (1958).
- (8) 356 U.S. 464 (1958).
- (6) *Id.* at 477. ダグラス判事は「この州事件への *Green v. United States*, 355 U.S. 184 (1957), の適用を主張している。 *Green* は連邦事件であるから、それは修正第五条二重危険条項の下に裁判された事件である。 *Green* 法理の適用の主張は、当然修正第五条の適用の主張である。
- (10) *Hoag v. New Jersey*, 356 U.S. 464, 474 (1958).
- (11) *N. A. A. C. P. v. Alabama*, 357 U.S. 449 (1958).
- (12) *Id.* at 460. 現在の *John Marshall Harlan* 判事は「一八七七年から一九一一年にかけて最高裁判事だった同名のノーラン判事の孫である。」
- (13) 359 U.S. 121.
- (14) *Id.* at 150—151.
- (15) *Id.* at 165—166, 169—170.
- (16) 360 U.S. 230 (1959).
- (17) 357 U.S. 371.
- (18) *Mills v. Louisiana*, 360 U.S. 230, 234—236 (1959).

- (19) *Id.* at 239.
- (20) *Cf. Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 483, (1965). ダグラス判事は、結社の自由は修正第一条のすそ野にありと主張する。
- (21) *United States v. Lanza*, 260 U.S. 377 (1922). 「二重危険における「二つの主権論」の批判的分析としては、Grant, "The Lanza Rule of Successive Prosecution," 32 *Colum. L. Rev.* 1309 (1932); "Successive Prosecutions by State and Nation: Common Law and British Empire Comparisons," 4 *U.C.L.A.L. Rev.* 1 (1956), 参照の如し。
- (22) 「二つの主権論」は後半 *Murphy v. Waterfront Comm. of N. Y. Harbor*, 378 U.S. 52 (1964), で廃棄される如しである。
- (23) *Feldman v. United States*, 322 U.S. 487 (1944). 不利益供述強要の分野における「二つの主権論」の批判的分析として、Grant, "Immunity from Compulsory Self-Incrimination in a Federal System of Government," 9 *Temple L. Q.* 57; "Federalism and Self-Incrimination," 4 *U.C.L.A.L. Rev.* 549 (1957) 参照の如し。
- (24) *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121. 155-164 (1959).
- (25) 360 U.S. 230 (1959).
- (26) 359 U.S. 360 (1959).
- (27) *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949). 修正第一四条適法過程の問題におけるこの事件の意義については、拙著、「米連邦権利章典と修正第一四条適法手続条項(Ⅲ)——権利章典方式の台頭」(「大東法学」第三号、一九七六年三月)、一三八頁—一四三頁参照されたし。
- (28) *Frank v. Maryland*, 359 U.S. 360, 362-363 (1959).
- (29) *Id.* at. 363.
- (30) *Id.* at 374.
- (31) *Ibid.*
- (32) ダグラス判事は、彼の合体意見を、「その保障を強制すべく、修正第四条の下に確立された手段がどんなものであ

るにしても」と修飾している。そこで、この保障の強制手段、すなわち証拠排除則については、ここではその修正第一四条への合体が主張されているわけではない。証拠排除則については、ウォレン長官の立場も、ブレナン判事の立場も、この時点ではまだ分らないわけである。

(33) Frank v. Maryland, 359 U.S. 360, 373-374 (1959). ホイッター判事は、ここでの衛生検査は修正第四条に照しても違憲ではないとして結論的にはフランクファーター判事の多数意見に合流している。

(34) 365 U.S. 570.

(35) Id. at 572.

(36) 普通法においては、かつては裁判の当事者には証言権は全面的に否定されていた。利害関係は証言を禁止するという理由からであった。ここで問題となったジョージア州の制度は、この古い、普通法上のルールの極めて稀な、なごりだった。利害関係者の証言権の拡大については、Grant, *Our Common Law Constitution* 37-42 (1960), 参照のしよ。

(37) Ferguson v. Georgia, 365 U.S. 570, 596 (1961).

(38) Id. at 598-603.

(39) 366 U.S. 117 (1961).

(40) 211 U.S. 78 (1908).

(41) 332 U.S. 46 (1947).

(42) Cohen v. Hurley, 366 U.S. 117, 125, (1961).

(43) Ibid.

(44) Id. at 150.

(45) Id. at 134. ブラック判事は、別個に彼自身の反対意見も書いている。彼は、そこで、弁護士という一つの階級に不利益供述からの免除を否定することは、平等条項の違反にもなると指摘している。

(46) Id. at 154.

(47) Id. at 158.

- (48) 356 U.S. 464, 477 (1958) (dissenting opinion).
- (49) 359 U.S. 121, 150—151 (1959) (Black, J., dissenting opinion).
- (50) ブラック判事の合体論については、拙著「米連邦権利章典と修正第一四條適法手続条項(Ⅲ)——権利章典方式の台頭」(「大東法学」第三号、一九七六年三月)、一一七頁—一二三頁、を参照されたし。
- (51) 366 U.S. 117, 155—156 (1961) (dissenting opinion).
- (52) Id. at 157—158.
- (53) Brennan, "The Bill of Rights and the States," 36 N. Y. U. L. Rev. 761, 772 (1961).
- (54) Cohen v. Hurley, 366 U.S. 117, 157 (1961) (dissenting opinion).
- (55) Adamson v. California, 332 U.S. 46, 89 (1947) (dissenting opinion).

## 二 選別的合体方式の確立

選別的合体方式の最初の勝利は、Ferguson v. Georgia や Cohen v. Hurley と同年の、証拠排除則をめぐる一九六一年の Mapp v. Ohio<sup>(1)</sup> に現われた。証拠排除則の州への適用の問題が最高裁の最も困難な問題の一つだったことは、既に検討されて来た。<sup>(2)</sup> 簡単に言って、この Mapp v. Ohio<sup>(3)</sup> までは、違憲収集証拠の排除は修正第四条に基づく憲法上の要請ではないということになっていた。<sup>(3)</sup> この立場が Mapp v. Ohio で破棄されることになる。この事件の判決理由を書いたクラーク判事によれば、「我々は、憲法に違反する搜索押収により収集されたすべての証拠は、それと同じ権威により、州裁判所においても排除されると決定する」とのことである。<sup>(4)</sup> この「それと同じ権威により」ということは、明らかにそれに先だつ「憲法」を指している。証拠排除則が憲法上の要請とされたことは明らかである。

クラーク判事は Irvine v. California で既に Wolf v. Colorado の法理に不満を示していた。<sup>(5)</sup> そこで、この

Mapp における彼の意見はほぼ予見されたものである。このクラーク判事の意見には、Wolf v. Colorado 後最高裁のメンバーとなっていたウォレン長官とブレナン判事が同調した。この三名に加え、ブラック判事も理由は異にしていたが結論的には証拠排除則を州に適用することに同意した。我々はブラック判事こそが連邦証拠排除則は裁判所の規則制定権に基づくもので、憲法上の要請ではないという考えの創設者であったことを記憶している。<sup>(6)</sup>しかし、この Mapp v. Ohio で彼は、「人の個人的な本や文書を彼に不利な証拠として使うため押収することと、彼に自分自身に不利な証人たるべく強要することの間にどんな実質的差異があるのか見きわめることは不可能」という、Boyd v. United States における宣明を引用し、この修正第四条と修正第五条の協力の下に州による違憲収集証拠の排除に合流した。<sup>(7)</sup>証拠排除則の合体のため長らく孤軍奮闘していたダグラス判事は、今や完全に勝利をおさめたのである。彼によれば、「あらゆる敬意をもってしても、それ〔Wolf 法理〕は理性からの声でもないし、原理に基づくものでもなかった」ということになる。<sup>(8)</sup>これで最高裁九人の判事達のうち五人が、証拠排除則の修正第一四条への合体にふみ切った。ハーラン、フランクファーター、ホイッタカーの三判事がこの全体に反対した。<sup>(9)</sup>しかし、スチュアート判事はこの問題に対する彼の態度を保留し、<sup>(10)</sup>彼等は今や完全に少数グループとなってしまうたのである。

証拠排除則については五人の判事達が合体に合流したが、弁護人の保障についてはまだ直ぐにはそうはならなかった。Mapp v. Ohio の翌年、一九六二年に最高裁は Carnley v. Cochran<sup>(11)</sup> で、弁護人不在のまま裁判された非死刑事件を審査した。ここではブラック、ウォレン、ダグラスの三判事が、Betts v. Brady<sup>(12)</sup> を変更し、官選弁護人をすべての刑事事件に要求する修正第六条を州に対しても適用すべしと主張した。<sup>(13)</sup>しかし、ブレナン判事によって書かれた多数意見は、先ずこの事件における第一審裁判を審査し、「弁護人の援助は、この事件の



いくつかの争点に取組むにおいて訴願人を実質的に助けたかも知れない<sup>(14)</sup>。その結果、ここでの弁護人を欠く裁判は、「修正第一四条によって彼に保証された権利<sup>(15)</sup>」を侵害するものであるとされた。

基本的アプローチという観点から見れば、これは *Betts v. Brady* におけるもので、合体のそれではない。しかし、同時に、この事件の処理が、実質的には *Betts* からはるかに離れてしまったものだということは明らかであり、*Gibbs v. Burke* に関して言われたことは、<sup>(16)</sup> ここでも全く同じである。弁護人が援助し得たかも知れない点が被告人に対し弁護人の援助を受ける権利を否定したということになれば、上訴裁判所はこうした瑕疵の審理に忙殺されることになるだろう。また、裁判におけるこうした瑕疵がすべて弁護人不在のためということになれば、実質的には裁判に弁護人は不可欠ということになる。<sup>(17)</sup> ブラック、ウォレン、ダグラスの三判事は、既に *Betts* 理論の変更を求めている。その変更が起きたのは、*Carnley v. Cochran* から僅か一年経ってからだった。

一九六三年の *Gideon v. Wainwright*<sup>(18)</sup> で問題となったのも、弁護人不在で裁判された非死刑事件だった。最高裁が前年の *Carnley* 判決を継承するなら、ここでは弁護人が援助し得た点があったかどうかについて原審の記録を調べた筈である。しかし、ブラック判事によって展開された多数意見は、そのような面倒はとらなかつた。それは、「我々は、我々の先例に基づいた、公正な裁判に基本的且つ不可欠な権利章典の規定は、修正第一四条により対州規制力を持つという *Betts v. Brady* の前提を受け入れる。しかし、我々は、*Betts* における最高裁は、修正第六条の弁護人の保障はこれら基本権の一つではないと結論したことにおいて誤りを犯したものと考<sup>(19)</sup>える」というものである。これは基本権方式と権利章典方式の合流である。権利章典の特定権は基本権だから修正第一四条を通して対州規制力を持つというものである。ここでブラック判事の考える基本権が、*Twining v.*

New Jersey の、万民法における基本権とはその性質を異にするものであることは明らかであり、この論理はいささかこじつけとも考えられるものではあった。しかし、このブラック判事の意見は、弁護人の保障に関する限り合体の問題に決着をつけたものと思われる。ウォレン長官を初め、ブレナン、スチュアート、ホワイト、ゴールドバークという五判事がこのブラック意見に同調し、ダグラス判事も別個の補足意見でそれに合流した。

この多数意見に対し、クラーク判事とハーラン判事が、共にここでの弁護人不在の裁判を違憲とする多数意見の結論には同調しながら、それぞれ別個の補足意見を展開している。クラーク判事はこの *Gideon* 判決は修正第一四条適法手続条項の権利に単に死刑事件と非死刑事件の区別を撤廃しただけのものとし、ハーラン判事はこの判決を「かなりの禁錮刑の可能性を伴う犯罪」にだけ適用されるものとしている。<sup>(22)</sup> 共にこの判決の広い意味を限定しようとする試みであり、特にハーラン判事の考えは、弁護人の保障に関し連邦と州に依然二重基準を維持せんとするものである。明らかにこの可能性に対し、ダグラス判事はいかにもダグラス判事らしく、「修正第一四条適法手続条項により州による侵害から保護されている権利は、権利章典が保障する権利の水増し版ではない」と強く抗議している。<sup>(23)</sup> ダグラス判事の立場は、この弁護人事件においても同一基準が連邦と州を支配するとう、いわゆる「複写論」である。この二重基準方式か複写方式かという問題に決着を見るのに長くはかからなかった。*Gideon v. Wainwright* と同年、*Ker v. California* に我々はその典型的な一例を見る。

一九六三年の *Ker v. California* は、<sup>(24)</sup> またまた搜索押収の事件だった。クラーク判事を通して最高裁は、*Mapp* 判決に言及し、「これは…修正第四条は、連邦政府に対してと同じ排除という罰により、また、不合理な搜索・押収」を禁止する同一の憲法基準の適用によってそれら「州」に対し強制されるということを意味している」と述べている。<sup>(25)</sup> クラーク判事の意見のこの部分に関しては、ハーラン判事を除く全員が同調している。二重基準方

式は、はっきり否定されたわけである。この選別的合体というプログラム下における複写方式は、Kerの翌年 *Mallory v. Hogan* で更に強化される。

一九六四年の *Malloy v. Hogan*<sup>(26)</sup> は不利益供述強要の事件である。これは州における裁判であったから、*Twining v. New Jersey*<sup>(27)</sup> や *Adamson v. California*<sup>(28)</sup> とつた先例に従えば、修正第五条による保護はそこには延長されない筈だった。しかし、ブレナン判事によって書かれた多数意見は、「我々は今日修正第五条の不利益供述強要からの免除は、修正第一四条により州による制限に対してもまた保護されると決定する」とし、更に「連邦裁判においてであろうが州裁判においてであろうが、同一基準が被告人の黙秘が正当かどうかを決めねばならない」としている。<sup>(30)</sup> これはまぎれなく複写方式の宣明である。このブレナン判事による不利益供述条項の修正第一四条への合体意見には、ウォレン長官、ブラック判事、ダグラス判事、ゴールドバーグ判事の四人が同調し、彼等はブレナン判事共々最高裁の過半数を形成している。ホワイト判事と彼に同調したスチュアート判事は、この多数意見に反対している。しかし、その反対は多数意見の結論に対するもので、不利益供述条項の州への適用については、彼等も多数判事達と意見を異にしている。<sup>(31)</sup> この合体方式に対しては、僅かにハーラン判事が例の如く二重基準方式という立場から反対し、その反対意見にはクラーク判事が同調しているだけである。<sup>(32)</sup>

複写方式は、選別的合体というプログラムの下、ここに完全に確立されたように思われる。この時以来、合体過程の進行はまさに一瀉千里である。一九六五年には、*Pointer v. Texas* において最高裁は、ブラック判事の多数意見により、「修正第六条の、被告人が自己に不利な証人との対審を求める権利は：基本権であり、修正第一四条により州を拘束するものとされる」と宣言した。<sup>(33)</sup> その後一九六七年には、*Klopper v. North Carolina* において修正第六条の迅速な裁判を受ける権利が、同じく一九六七年には *Washington v. Texas* において同じ

く修正第六条の、被告人が自己に有利な証人を得るために強制的手続を取る権利が、一九六八年には *Duncan v. Louisiana* において、修正第六条の、刑事訴追において陪審裁判を受ける権利が、そして一九六九年には *Benton v. Maryland* において修正第五条の二重危険からの自由がと、<sup>(37)</sup> 権利章典の特定権は続々と修正第一四条適法手続条項に合体し、対州規制力を持つことになる。

権利章典の特定権が州に適用される時、州は連邦政府と同一基準に拘束されるとして、それではこの方式では権利章典のどの特定権が州に適用されることになるのだろうか。権利章典の特定権の選別的合体ということになれば、当然その選別の基準が要求される。この合体過程にあって選別の基準には微妙な変化が見られる。先程見たように、*Gideon v. Wainwright* では、修正第六条における弁護人の保障は「公正な裁判に基本的且つ本質的」だから修正第一四条を通して州に対し要求されるということだった。<sup>(38)</sup> この言い方は、一九六五年の *Pointer v. Texas* でも<sup>(39)</sup>、一九六七年の *Washington v. Texas* でも<sup>(40)</sup> ほぼ同じである。しかし、同年の *Klopper v. North Carolina* では、迅速な裁判は「我が英法の伝統の礎石にその根を持っている」となり、<sup>(41)</sup> 一九六八年の *Duncan v. Louisiana* では、刑事陪審が「アメリカ司法制度に基本的」と変化して来ている。<sup>(42)</sup> ホワイト判事によれば、この言い方は、「必ずしもあらゆる刑事制度において公正というものに基本的というわけではない」が「アメリカの制度によって維持された刑事制度という枠組の中で基本的」ということを意味する。<sup>(43)</sup> 「基本権」も万民法における基本権からアメリカ法における基本権に変身したわけである。このアメリカ法における基本権という考えは、一九六九年の *Benton v. Maryland* においても、二重危険防止は「我が憲法の伝統に基本的理想」と継承<sup>(44)</sup> され、確立されたものと思われる。

基本権の考えがそのように拡張された理由は明らかである。*Duncan v. Louisiana* で問題となったのは、英

米法に特有な刑事陪審制度であり、万民法における基本権という枠組ではその基本性は立証されないからである。反面、正当な法の手続という保障がアメリカ法における基本権の保障ということになると、それはまた別の意義も持って来る。この考え方によれば、適法条項の保障は、権利章典の特定権の保障に限定されないかも知れない。事実、一九七〇年の *In re Winship*<sup>(45)</sup> でそのことは明らかになる。ここでは、有罪判決には「合理的な疑問の余地のない立証」(proof beyond reasonable doubt)<sup>(46)</sup> が要求されるという英米法の原則が、それはアメリカの刑事訴訟手続の枠組の中できわめて重要な役割<sup>(46)</sup> を果しているという理由で、修正第一四条適法条項の内容とされ、州にその遵守が要求されることになった。ここには権利章典への言及はない。ブラック判事が唯一人この保障は権利章典には無いという理由で反対していた<sup>(47)</sup>。簡単にいって、選別的合体方式は、同じ権利章典方式でも、ブラック判事のそれとは二つの点で異なっている。この方式によれば、修正第一四条適法条項の内容は、全権利章典でもないし、また権利章典に限定されるわけでもない。この方式はまたフランクファーター判事やハーラン判事の基本権方式とも根本的に違っている。選別的合体方式にあっては、権利章典の特定権が一度合体ということになれば、それはその権利の州への全面的適用ということになる。反面、或る特定権は合体しないということになれば、その権利は全面的非適用ということになる。

この選別的合体という方式は、修正第一四条適法手続条項の成文にその根拠を持つものではない<sup>(48)</sup>。そこでは単に「またいかなる州といえども正当な法の手続によらないで、何人からも生命、自由または財産を奪ってはならない」とされているだけだからである。全権利章典については、その修正第一四条への合体に、たとえその真偽に疑問は持たれるにせよ、一応の歴史的根拠というものがあつた<sup>(49)</sup>。しかし、修正第一四条採択の歴史には、選別的合体の根拠は皆無である。そして、我々が今まで見て来たように、最高裁の憲法理論にも、1960年代初めてそ

れが現われるまで、選別的合体という考えはそのかけらも無かったのである。

更に、選別的合体という方式は論理的にも問題があるよう思われる。元来合体論というものは、普通法方式が持つとされる、その主観性批判から始つていたものである。この主観性批判は、選別的合体論にも継承されている。<sup>(50)</sup>しかし、選別的合体方式によれば、選別されるものは、公正な裁判に基本的なもの、或るいはアメリカ司法制度に基本的なものとなるのであり、ここでも基本権という抽象的考えから決して解放されたわけではない。公正な裁判に基本的というだけでは、普通法方式における基本権という考えよりもっと抽象的である。普通法方式の基本権には、たとえそれに厳格に拘束されるわけではないにしても、先例という拠り所があるからである。

公正な裁判に基本的な権利がアメリカ司法制度に基本的な権利と変つても、事態が改善されたとは言えない。*Duncan v. Louisiana* における、アメリカ司法制度に基本的な権利ということを更に分析すると、それは次のようなものであるらしい。先ず第一に、そこでは刑事陪審制が英米法制度に非常に古い歴史を持つていたという点が指摘されている。<sup>(51)</sup>しかし、この歴史性はこれだけでは当然選別の基準とはならない。民事陪審制も大陪審も、刑事陪審制と同じ、或るいはそれ以上、古い歴史を持つていて、そこで、刑事陪審制がアメリカ司法制度に基本的であるとする第二の理由として、その制度が米国において強い支持を受けているということが指摘されている。<sup>(52)</sup>刑事陪審制を廃止してしまつた州は無く、またいずれの州においてもその廃止運動などは見られないからというのである。

この歴史性と支持性がアメリカ司法制度に基本的なということの要件なら、*Duncan v. Louisiana* で問題となつた刑事陪審制は、確かにこの要件を満たし、アメリカ司法制度に基本的なことができる。また、基本権の要件をこのように定義すれば、民事陪審制や大陪審制の州への適用を避けることもできる。これら制度は、その

歴史性はともかく、それらへの支持が米国ではもはやあまり強くない制度だということ(53)は事実だからである。しかし、この定義では今までの特定権の合体は説明できないし、この定義からは大体特定権の合体ということはあり得ない。連邦権利章典の特定権は発展して来ている。そこにはさして歴史性を持たない部分もあるし、また州の慣行にもなっていない部分もある。証拠排除則などはその典型である。これまでの合体を合理化するということになれば、この定義では不可能であり、それにも拘らずこの定義で押し通すということになれば、それはこれまで合体された特定権の再検討、縮小を要求することにもなりかねない。これまでのことはそれとして、今後の合体はこの基準で判断するるのであれば、この基準はいかにもとってつけたものということになってしまふ。簡単に言つて、選別的合体論は、それが批判する基本権という概念から自らを解放することができず、しかもその基本権という概念を合理的に定義することもできないのである。そこで、この選別合体論は、全権利章典の合体論に、その理論的裏づけ無しに盲従するものとしてハーラン判事に批判される(54)。また、ここで何らかの基準により基本的ということによる区別ができるなら、それぞれの特定権の基本的側面だけが対州規制力を持つということができないわけでもない筈であると、これもハーラン判事の批判の的となるのである(55)。以上のように、この選別的合体論の根拠は、すべての面で薄弱だったし、またその弱さはこの論者に自認もされている(56)。これがこの方式の理論的展開が少ないゆえんであるかも知れない。しかし、現実には、これが最高裁の大勢を制した方式であった。これは一体どのような理由によるものだろう。次にこの選別的合体の背景を分析する。それは非常に複雑なものだった。

(1) 367 U.S. 643.

(2) 証拠排除則の州への適用をめぐる最高裁内の論争については、拙著「米連邦権利章典と修正第一四條適法手続条項

- (Ⅲ)―権利章典方式の台頭」(「大東法学」, 第三号, 一九七六年三月)、一三八頁―一五四頁、を参照のこと。
- (3) 証拠排除則の憲法上の資格については、*Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949), の時点までは最高裁は分裂していた。しかし、一九六〇年までに、違憲収集証拠の排除は最高裁の監督権によるということが確立されたものと思われる。この考えは、*Elkins v. United States*, 364 U.S. 206, 216 (1960). に初めて多数意見として現われる。しかし、これが僅か一年後の *Mapp v. Ohio* でまたまた変更されることになるのである。
- (4) *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 655 (1961).
- (5) *Irvine v. California*, 347 U.S. 128, 138-139 (1954).
- (9) *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25, 39-40 (1949).
- (7) 367 U.S. 643, 662 (1961), quoted from *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616, 633 (1886).
- (8) *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 669 (1961).
- (9) *Id.* at 672.
- (10) *Ibid.*
- (11) 369 U.S. 506.
- (12) 316 U.S. 455 (1942).
- (13) *Carnley v. Cochran*. 369 U.S. 506, 518-519 (1962) (Black, J., concurring opinion).
- (14) *Id.* at 507 (Brennan, J., opinion of the court).
- (15) *Id.* at 512-513.
- (16) *Gibbs v. Burke*, 337 U.S. 773 (1949), 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(Ⅲ)―権利章典方式の台頭」(「大東法学」, 第三号, 一九七六年三月)、一三五頁―一三六頁、における分析を参照されたし。*Gibbs v. Burke* では、弁護人の援助の必要は、「裁判中の諸出来事」から判断されるとされた。*Gibbs v. Burke*, *supra* at 781.
- (17) *Carnley v. Cochran* で問題とされた点は、そこで適用されていた制定法の、治療やリハビリテーションのための入院制とか、精神病検査制の活用が要求されていなかったとか、黙秘権については告知されていないながら、証言の結果



については知らされておらず、敢えて証言することを選んだ結果、その証言の信憑性が挑戦され、彼の前科が法廷に提出されてしまったと言ったようなものだった。369 U.S. 506, 507-512 (1962).

- (18) 372 U.S. 335 (1963).
- (19) *Id.* at 342.
- (20) *Twining v. New Jersey*, 211 U.S. 78 (1908). では、不利益供述強要からの免除が、「万人の承認する」「普遍的正義」の要求ではないとして修正第一四条適法条項の保障外であるとされていた。この事件の判決理由に見られる万民法の考えについては、拙著、「米連邦権利章典と修正第一四条適法手続条項(Ⅱ)―基本権と普通法アプローチ」(「大東法学」第二号、一九七五年三月)、一六七頁―一六八頁、を参照されたし。
- (21) *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 348 (1963).
- (22) *Id.* at 351.
- (23) *Id.* at 347.
- (24) 374 U.S. 23.
- (25) *Id.* at 30-31.
- (26) 378 U.S. 1 (1964).
- (27) 211 U.S. 78 (1908).
- (28) 332 U.S. 46 (1947).
- (29) *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1, 6 (1964). 修正第五条の不利益供述条項の州への延長と同時に「この条項に付属して来た「二つの主権論」も廃棄された。 *Murphy v. Waterfront Comm. of N. Y. Harbor*, 378 U.S. 52 (1964).
- (30) *Malloy v. Hogan*, *supra* note 29, at 11.
- (31) *Id.* at 33-34. ホワイット判事は、不利益供述強要と言う主張に対しては、少くとも被告人にその理由を疎明させるべきだと主張する。 *Id.* at 38.
- (32) *Id.* at 16-17.

- (33) *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400, 403 (1965). この事件で直接問題となったのは、証言録取書の証拠能力である。証言録取書に対しては反対尋問を行うことができない。そこで裁判におけるその使用は、自己に不利な証人との対審を求める被告人の権利を侵害するとされた。
- (34) 386 U.S. 213 (1967). この事件で直接問題となったのは、英米刑事法における起訴猶予 (*nolle prosequi*) である。この制度が迅速な裁判を受ける権利を侵害するものとされた。
- (35) 388 U.S. 14 (1967). ここで直接問題となったのは、刑事被告人が彼の共犯者の有利な証人となることを禁止した制度である。この制度が、その共犯者が自己に有利な証人を得るために強制的手続を取る権利を侵害するとされた。
- (36) 391 U.S. 145 (1968).
- (37) 395 U.S. 784 (1969). ここで直接問題となったのは、傍系事件における禁反言 (*collateral estoppel*) の原則である。この原則が修正第五条二重危険条項により保護され、対州規制力を持つとされた。
- (38) 372 U.S. 335, 342 (1963).
- (39) 380 U.S. 400, 403.
- (40) 388 U.S. 14, 17-18.
- (41) 386 U.S. 213, 223 (1967).
- (42) 391 U.S. 145, 149.
- (43) *Id.* at 150, n.14.
- (44) 395 U.S. 784, 794 (1969).
- (45) 397 U.S. 358.
- (46) *Id.* at 363.
- (47) *Id.* at 377.
- (48) 選別的全体方式の批判的分析としては、Henkin, "Selective Incorporation in the Fourteenth Amendment," 73 *Yale L.J.* 74 (1963), 参照のこと。選別的合体も基本権と言う概念から解放され得ないこと、実質的権利と手

続上の権利を区別し、前者については連邦と州に同一基準を適用し、後者については州に対しては「公正な手続」という基準を適用することなどを示唆している。

- (49) *Adams v. California*, 332 U.S. 46, 92-123 (1947) (Appendix to the dissenting opinion of Justice Black). ブリックマン説に対する最も代表的な反論は Fairman, "Does the Fourteenth Amendment Incorporate the Bill of Rights? The Original Understanding," 2 *Stan. L. Rev.* 5 (1949), を展開されている。
- (50) *Cf. Cohen v. Hurley*, 366 U.S. 117, 158 (1961) (Brennan, J., dissenting opinion); *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400, 413 (1965) (Goldberg, J., concurring opinion). ハリドは普通法方式は「許し難い主観的判断...」であり、「極端に主観的で、過剰に裁量的な決定」と批判されている。
- (51) 391 U.S. 145, 151 (1968).
- (52) *Id.* at 154.
- (53) 米国では一九三〇年代にその頂点に達した司法制度改革の結果として、今日では二一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限を持っている。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っている。Hall et al, *Modern Criminal Procedure* 788-789 (3d ed 1969). 民事陪審のメリットについては各方面から疑問が表明せられ、その事実が最高裁にも認識されている。Duncan v. Louisiana, 391, U.S. 145, 156-157 (1968) (White, opinion of the court). *Cf. Alexander v. Virginia*, 413 U.S. 836 (1973). ハリドは文書の猥褻性を決定する州民事裁判には陪審裁判は要求されないとされている。民事陪審の今日における性格については 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って来ていると言われている。
- (54) *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145, 181, 183 (1968), (Harlan, J., dissenting opinion).
- (55) *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400, 409 (1965) (Harlan, J., concurring opinion).
- (56) *Cohen v. Hurley*, 366 U.S. 117, 157 (1961) (Brennan, J., dissenting opinion), 参照のこと。ハリドは選別的合体方式の推進者、ブレナン判事の言により、「多くの人々は、修正第一条と修正第四条の、修正第一四条への合体は正当としながら、他の修正六個条の合体は正当としない基準を見出すのに困難を感じている」とされ、選別

に理論的根拠が欠けていることが認識されている。

### 三 選別的合体方式の背景

選別的合体の背景の分析は、便宜上、この合体過程の途中に起った *Griswold v. Connecticut*<sup>(1)</sup> の分析を中心とする。一九六五年の *Griswold v. Connecticut* で問題とされたのは、この州の避妊防止法である。この州法は、結局、夫婦生活の自由を侵害するものとして違憲無効とされた。それでは、この夫婦生活の自由とは、どのようにして州権による介入から保護されていると判断されたのだろうか。先ずこの事件の判決理由を書いたダグラス判事によれば、「∴権利章典の特定権は「すそ野」(penumbra)を持っており、修正第一条、第三条、第四条、第五条といった「諸保障は私的自由というゾーンを創設している」ということになる。<sup>(2)</sup> ダグラス判事にとっては、権利章典の特定権のすそ野も州に適用されるのであり、ここで問題となった避妊防止法も、そのすそ野の一端ともいべき私的自由というゾーンに抵触し、憲法違反となるのである。

このダグラス判事の判決理由に対し、ゴールドバーグ判事が補足意見を書き、その補足意見にはウォレン長官とブレナン判事が同意している。ゴールドバーグ判事は、先ず、修正第一四条における正当な法の手続という概念は最初の修正八個条全部を吸収合体するという考えにはまだ同調していないことを明らかにする。<sup>(3)</sup> 彼も選別的合体という立場を採るのである。しかし、同時に、彼は自由という概念は基本的人権を保護するものであり、権利章典の明文に限定されるものではないとしてもしている。<sup>(4)</sup> 正当な法の手続という概念が権利章典の特定権に限定されない理由として彼は修正第九条を挙げる。<sup>(5)</sup> 修正第九条は、「憲法中に特定の権利を列挙した事実をもって、人民の保有する他の諸権利を否認しまたは軽視したものと解釈することはできない」とし、権利章典の特定権以外

にも人民に保障された権利のあることを示唆している。<sup>(6)</sup>

これら二つの立場に対してはブラック判事が厳しく反発した。ダグラス判事の「すそ野」という考えに対しては憲法にそのような規定は無いとし、<sup>(7)</sup> ゴールドバーグ判事の修正第九条に対しては、これをハーラン判事やホワイット判事の「自然権」思想と同じものときめつけている。<sup>(8)</sup> ブラック判事が権利章典方式を推進する最大の目的が、正当な法の手続という抽象的な概念を具体化し、それを確定することにあつたことは先に見た通りである。<sup>(9)</sup> これがブラック判事が適法過程の内容を権利章典に限定した理由であつた。選別的合体に合流はしたものの、彼のこの基本的態度にはこの時点でも少しの変化もなかつたのである。

このブラック判事に対し、同じ権利章典方式を採りながら、適法過程の内容として権利章典に「列挙されていない諸権利」の余地を残すゴールドバーグ判事、また彼の補足意見に同意したウォレン長官やブレナン判事などは、実際にはブラック判事とは根本的にその立場を異にしている。ウォレン長官が、元々適法過程方式で出発しながら、フラン克福ーター・ハーラン一派の、州に対する低基準方式に不満を持って来たのは先に見た通りである。ブレナン判事はかつてニュー・ヨーク大学で、「修正第一四条適法過程が過去の知恵にとって意味したものが、現代のビジョンにとってもその尺度となる筈が無い」と、その概念の柔軟性、発展性を主張したことがあ<sup>(10)</sup>る。この考えは彼の時局認識にその根拠を持っている。彼によれば、「現代ほど自由の灯をともし続ける意義の高い時は無い」のであり、その時にあつて、最も反発を感じさせる事件にのみ司法の介入を留保する司法消極主義は、憲法の保障する偉大な人類の権利を向上させることにはならないのである。<sup>(11)</sup> こうして見ると、同じ権利章典方式を採りながら、ブレナン判事の動機は、この方式の父とも言えるブラック判事のそれと全く違つていることが明らかである。その動機は、適法過程の内容の具体化、安定化ではなく、むしろその向上にあつたものと

思われる<sup>(12)</sup>。

*Grissold v. Connecticut* では、以上の諸判事達に加え、ホワイト判事も彼の補足意見を書いている。彼は結論的にはこの事件の判決に合流し、ここでの避妊防止法を憲法違反とした。しかし、その理由は、彼によれば、この州法は夫婦から「その概念が修正第一四条で使われている意味で正当な法の手続によらず「自由」を「奪ったからというものである<sup>(13)</sup>。ここではホワイト判事は権利章典の特定権に依存せず、修正第一四条適法手続条項をそのものとして適用している。そこで、彼は権利章典方式に対し、独立の概念としての適法過程方式を採っているものと思われる。

しかし、実際には、ホワイト判事は *Gideon v. Wainwright* 以降の、権利章典の特定権の修正第一四条への合流に殆んど合流し、また彼自ら合流の意見を書いたことさえある<sup>(14)</sup>。彼はこの意味では完全な合流派なのである。しかし、合流派と言っても、ホワイト判事の態度には他の合流派判事とは大きく違った点もある。彼の考える権利章典の特定権は、その要求の程度から言ってウォレン長官、ブレナン判事等のそれより低いのである。例えば彼にとって、*Malloy v. Hogan* における証人の不利益供述強要という主張は、連邦基準に照しても認められるものではなく、*Griffin v. California* における証言拒否に対する言及も不利益供述強要を構成するものではない<sup>(15)</sup>。合流に合流したといっても、ホワイト判事は、その合流の動機が適法過程の向上にあると考えられるウォレン長官、ブレナン判事一派とはその立場を異にし、実質的には適法過程方式を採るスチュアート判事とむしろ最も近い存在になる。更には、権利章典の特定権の適用範囲が狭いがためか、ホワイト判事の考えには独立の概念としての適法過程の余地が残り、この点で彼の考えはブラック判事の合流論とも基本的に対立することになる。

*Grissold v. Connecticut* は丁度こうした場合だったのである。

この *Grissold v. Connecticut* ではブラック判事の反対意見にはスチュアート判事が同調している。スチュアート判事は別個に彼自身の反対意見を書き、それには今度はブラック判事が同調している。その反対意見では、先ずホワイト判事やハーラン判事の適法過程に基づく判断に対しては、「修正第一四条適法条項は、そのものとしてはこの事件の指標ではない」として反対し、ダグラス判事の「すそ野」論に対しては、ここでダグラス判事の挙げる権利章典の特定権には、ここで問題となった州法を無効にするものは何もないとしてこれにも反対し、最後にゴールドバーグ判事の修正第九条に対しては、それは歴史の逆転を図るものとして反対している。<sup>(17)</sup> こうして見ると、スチュアート判事とブラック判事は、まさに一心同体とも考えられる。ところが実際には全くその逆なのである。この *Grissold v. Connecticut* でも、彼は「たとえこれらすべての修正条項が全面的に州に適用されると仮定しても」と言っ<sup>(18)</sup>て、これら修正条項の合体を彼が必ずしも承認したわけではないことを示唆している。

実際、この合体過程におけるスチュアート判事の態度はいささか謎めいている。彼は一九六一年の *Mapp v. Ohio* では証拠排除則の合体についてはその態度を保留し、<sup>(19)</sup>一九六二年の *Carnley v. Cochran* では適法条項に基づくブレナン判事の多数意見に合流していた。<sup>(20)</sup>しかし、一九六三年の *Gideon v. Wainwright* ではブラック判事による、修正第六条弁護人依頼権の合体意見に合流し、<sup>(21)</sup>同年の *Ker v. California* でもクラーク判事による、捜索・押収における同一基準意見に合流している。<sup>(22)</sup>一九六四年の *Malloy v. Hogan* ではスチュアート判事はホワイト判事の反対意見に同調した。しかし、その反対は、ここで問題となった証言拒否は、修正第五条不利益供述条項に照しても認められるものではないというもので、その条項の適用自体に対する反対ではない。<sup>(23)</sup>ここまでのスチュアート判事には、彼もまた選別的合体に転向したのではないかというあらゆる示唆があったこ

とは確かである。

ところが、一九六五年の *Pointer v. Texas*<sup>(24)</sup> になると様相が一変する。ここではブラック判事による多数意見が、修正第六条の対審権に基づき証言録取書の証拠能力を否定していた。スチュアート判事はその結論には同調したが、その理由は異にした。ここで、彼は、「修正第六条の、自己に不利な証人との対審を求める被告人の権利を州に対しても適用するとする裁判所の宣明には私は同調しない」と明言し、<sup>(25)</sup> ブラック判事と対立している。スチュアート判事は、修正第六条の対審権の合体などここではその必要は全然無いという。なんとならば、この事件は「いかなる州といえども正当な法の手続によらないで、何人からも生命、自由または財産を奪ってはならない」という修正第一四条の保障によって直接支配されているから」というのである。<sup>(26)</sup> スチュアート判事はここでは適法過程に明らかに独立の概念としての余地を残している。この態度は *Pointer v. Texas* と同日の *Douglas v. Alabama* でもほぼ同じである。<sup>(27)</sup> 一九六七年の *Klopper v. North Carolina*<sup>(28)</sup> ではウォレン長官の合体意見に対し意見を述べることなくその判決の結論にだけ合流し、更に一九六八年の *Duncan v. Louisiana* また一九六九年の *Benton v. Maryland*<sup>(29)</sup> では、反合体論を説くハーラン判事の反対意見に同調しさえしている。こうして見ると、スチュアート判事は完全な反合体論者である。

しかし、スチュアート判事はこの間にあっても何度か合体意見に合流しているという事実が更に事態を複雑にする。彼は一九六六年の *Parker v. Gladden*<sup>(31)</sup> では修正第六条を州に対しても適用するとする裁判所意見に合流し、一九六七年の *Washington v. Texas*<sup>(32)</sup> でも「修正第六条に保障された、自己に有利な証人を得るための強制的手続は、公正な手続にとって基本的なものであり、州に対し強制される」とするウォレン長官の判決理由に合流している。最後に、スチュアート判事は、一九七〇年の *Ashe v. Swenson*<sup>(33)</sup> では、修正第五条二重危険条



項を州に対して適用する判決理由を彼自ら書いてさえいる。こうした一見「無節操」とも見える態度は一体どこから来ているのだろうか。

最後に言及した *Ashe v. Swenson* におけるスチュアート判事の合体論は容易に説明がつく。この事件に先立つ一九六九年の *Benton v. Maryland*<sup>(34)</sup> で、修正第五条二重危険条項の合体は既に確立されていた。スチュアート判事はここではその合体に反対するハーラン判事の反対意見に同調していた。しかし、多数意見により一旦合体が成立してしまえば、それは先例となり後の類似の事件を拘束することになる。スチュアート判事はこの英米法における先例拘束の原則に忠実だったように思われる。*Ashe v. Swenson* では彼は *Benton v. Maryland* を指摘し、この「*Benton*…に照して」ここで問題となった州行為を二重危険に対する修正第五条の保障違反として<sup>(35)</sup>いる。この先例拘束の原則の尊重はハーラン判事にも共通している。ハーラン判事は、フランクファーター判事の後を承け、一貫して合体方式に反対して来た。しかし、そのハーラン判事でさえ、合体が一旦成立してしまえば、その先例には最大の尊重を払わなければならなかったのである。<sup>(37)</sup>

こうした特別の場合を除いて、スチュアート判事は基本的にはハーラン判事と同じく反合体論者であり、独立の概念としての適法過程方式を採るものと思われる。彼が合体意見に合流するのは、たまたまその地点で適法過程と権利章典が交叉するからである。しかし、ハーラン判事の適法過程方式では合体と合流することは皆無である。適法過程方式を採りながらスチュアート判事が時には合体方式に合流できる鍵は、スチュアート判事の権利章典の特定権についての考え方にあるものと思われる。一般的に言って、スチュアート判事の考える権利章典の特定権の範囲はあまり広いものではない。この点で彼はしばしば同じく特定権の範囲を狭く考えるホワイト判事と共に、それを広く解釈するダグラス、ウォレン、ブレナンと言った諸判事と対立することになる。<sup>(38)</sup>この点でス

チュアート判事はハーラン判事とも意見を異にする。ハーラン判事は連邦と州に二重基準を唱えている。彼が合体に反対する大きな理由は、水準の高い権利章典の特定権を州にも適用すれば、それは州に対してあまりに苛酷になり、またあまりに苛酷になるが故に今度はその適用が権利章典のレベル・ダウンを招くからというものである。<sup>(39)</sup>ハーラン判事にとっては、彼の権利章典はその水準が高いが故に、その修正第一四条への合体には絶対合流できないのである。これに対し、スチュアート判事の権利章典は、その水準が元々低いが故に、その合体も正当な法の手続の向上にあまりつながらず、州に対しあまり苛酷なものとはならず、また権利章典の水準低下を懸念する必要もない。権利章典も正当な法の手続もスチュアート判事にとってはほぼ同程度の要求なのである。そこで、合体に反対といっても、彼にとってその反対の理由は、ハーラン判事におけるようにそれが米国の憲法大系に大変革をもたらすからというより、それが不必要な *tour de force* だからということになる。<sup>(40)</sup>

このようにスチュアート判事の権利章典の考えはその水準が低い。それが故に彼はこれまた権利章典の水準を低く考えるホワイト判事としばしば合流<sup>(41)</sup>し、また権利章典の成文に厳格なブラック判事と合流することさえある。Griswold v. Connecticut はこうした場合だったのである。反面、彼の、正当な法の手続という概念は権利章典の特定権以外の保障も含むものである。Pointer v. Texas や Douglas v. Alabama における、権利章典とは関係ない適法過程そのものの適用はその一例である。しかし、適法過程方式を採ると言っても、彼の適法過程の考え方は、ハーラン判事やホワイト判事のそれとも一味違っている。彼の適法過程の要求は、法の明確性と手続上の要求に限定される<sup>(42)</sup>。そこで、Griswold v. Connecticut におけるように、問題とされた州法が社会問題に關するような場合には、たとえそれを馬鹿げたものと考えても、ハーラン判事やホワイト判事におけるように、それに対して修正第一四条適法条項を発動することはしないのである。

クラーク判事は *Grissold v. Connecticut* では自分の意見は発表していない。最高裁の公式意見であるダグラス判事の意見に合流したものと思われる。クラーク判事は長らく権利章典方式には興味を示さなかった。しかし、一九六一年の *Mapp v. Ohio* で彼が証拠排除則を州にも適用するという最高裁の多数意見を書いたのは先に見た通りである。彼は *Ker v. California* でも、搜索・押収の合理性判断に際し、連邦にも州にも同一基準を適用するという多数意見を自ら書いている。クラーク判事は搜索・押収の分野では全くの合体論者であるかのように行動していた。しかし、彼の場合、合体の範囲は、少くともこの合体過程の初期には、ごく限られたものだった。修正第六条弁護人条項の合体を決定した、一九六三年の *Gideon v. Wainwright* では、クラーク判事は修正第一四条適法条項に基づき、そこでの弁護人不在の裁判を違憲とする多数意見の結論にだけ同調し、<sup>(43)</sup> また修正第五条不利益供述条項の合体を決定した一九六四年の *Malloy v. Hogan* では、反合体論を説くハーラン判事の反対意見に同調している。<sup>(44)</sup> こうした点から見れば、クラーク判事は、*Mapp* や *Ker* における彼の意見にも拘らず、合体推進派でないのは明らかである。*Mapp* や *Ker* においても、彼が州に適用せんとしたのは、証拠排除則と合理性判断における同一基準だけであって修正第四条全体ではなかったのかも知れない。彼の場合は、権利章典の特定権の選別的合体というより、それら特定権の部分的吸収と言った方が当っているかも知れない。証拠排除則の合体についても、彼はかなり慎重だった。*Wolf v. Colorado* におけるフランクファーター判事的方式については、彼はそれでは「場当りの」アプローチにしかならないと早くから批判的だった。<sup>(45)</sup> しかし、彼が *Mapp v. Ohio* で証拠排除則の合体にふみ切ったのは、<sup>(46)</sup> それが支配的ではないにしても、*Wolf v. Colorado* 以来重要な条件に変化があったからとするのである。確かにこの時までには証拠排除則はかなりの州で独自に採用され、その州への適用も *Wolf* の時点における程州に苛酷とはならなくなっていた。<sup>(47)</sup> クラーク判事には連邦制へ

の考慮が十分あるのである。合体過程が進行するにつれ、クラーク判事も合体意見に合流することが多くなり、修正第六条の諸条項の合体には殆んど異議を唱えていない。しかし、彼における合体が、適法過程の向上を図る一派の合体とは意味が違うことは考えられることである。合体過程が進むにつれ、やがてこのことは明らかにな  
って来る。ハーラン判事唯一人最後まで連邦と州に二重基準を唱え、権利章典の合体に反対した。<sup>(48)</sup> そのハーラン判事でさえ、やがては合体を承認せざるを得なくなつて来る。普通法方式を唱えるハーラン判事にとって、先例拘束の原則は無視できないものである。合体が一旦成立してしまえば、彼も止むを得ず次の類似の事件では合体という前提の下にその事件を処理せざるを得なくなる。<sup>(49)</sup>

権利章典と修正第一四条適法条項との合体は、その中に多種多様な動機、目的を抱えながら進行して行ったのである。或る者は合体により適法過程の安定を目指し、或る者はその向上を期待し、また或る者は連邦と州に均一性を望み、また或る者は現実の必要から、そして或る者は全く止むなく、結局最高裁の大多数は選別的合体に合流して行った。選別的合体方式は理論的でないが故にこれら多様な考えを吸収し得たとも言える。しかし、それはこの多様性を結局統一し得ただろうか。答えは全く否定的であるように思われる。次にこの選別的合体の結果を分析する。

- (1) 381 U.S. 479 (1965)
- (2) *Id.* at 484.
- (3) *Id.* at 486.
- (4) *Id.* at 486-487.
- (5) *Id.* at 487.
- (6) ダグラス判事も彼の判決理由の中で修正第九条に言及していた。*Id.* at 484. ダグラス判事は修正第九条を彼の、

権利章典の特定権は私的自由と言うゾーンを創設していると言う考えの根拠として挙げているよう思われる。このダグラス判事の修正第九条と、ゴールドバーグ判事のそれとの間に具体的どんな違いがあるのか明らかではない。理論的に見れば、ダグラス判事の修正第九条の方が、ゴールドバーグ判事のそれより範囲が狭いようにも考えられる。特定権が創設する私的自由とえば、それは、ただ列挙されない権利と言うより、理論的には特定権の周辺に限定されると思われるからである。

- (7) *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 508 (1965).
- (8) *Id.* at 511.
- (9) ブラック判事の考えについては、拙著「米連邦権利章典と修正第一四条適法手続条項(Ⅲ)―権利章典方式の台頭」〔大東法学〕第三号、一九七六年三月、一一七頁―一二三頁、を参照されたし。
- (10) Brennan, "The Bill of Rights and the States," 36 N. Y. U. L. Rev. 761, 777 (1961).
- (11) *Id.* at 777-778.
- (12) Cf. Pye, "The Warren Court and Criminal Procedure," 67 Mich. L. Rev. 249 (1968). ウォレン・コートによる「刑事革命」は、米国における少数民族、特に黒人の市民権運動と密接な関連を持つと言う点が指摘されている。刑事被告人は、多くの場合、これら少数民族に属する貧しい人々で、裁判においても実質的には差別待遇を受けていた。この著者は、ウォレン・コートによる「刑事革命」を、法の下の平等の実体化に貢献したものと高く評価している。
- (13) *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 502 (1965).
- (14) ホワイト判事は、刑事陪審の合体を決定した *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968), ではその判決理由を自ら書いている。
- (15) *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1, 33-35. (1964). ホワイト判事は、ここでは、証人の不利益供述強要と言う主張は自動的に認められるべきものではなく、その主張に合理的理由があるかどうかは裁判官が判断すべきであり、その判断に資するため証人にその主張の疎明が要求されると言う見解を示している。彼によれば、これが連邦基準であるとのことである。

- (16) Griffin v. California, 380 U.S. 609, 620-623 (1965) (Stewart, J., dissenting opinion). ホワイト判事からの  
反対意見に同調しつゝな<sup>9</sup>。
- (17) 381 U.S. 479, 528-529 (1965) (dissenting opinion).
- (18) Id. at 528.
- (19) 367 U.S. 643, 672 (1961).
- (20) 369 U.S. 506 (1962).
- (21) 372 U.S. 335 (1963).
- (22) 374 U.S. 23 (1963).
- (23) 378 U.S. 1, 33-35 (White, J., dissenting opinion). ホワイト判事の反対理由については、supra note 15 参  
照の事<sup>10</sup>。
- (24) 380 U.S. 400 (1965).
- (25) Id. at 409-410.
- (26) Ibid. Pointer v. Texas で直接問題となったのは、証言録取書の証拠能力である。簡単に言つて、ブラック判  
事の多数意見は、反対尋問の権利は、修正第六条の自己に不利な証人と対審する被告人の権利に含まれ、証言録取書  
に対しては反対尋問を行うことができないから、それは被告人から自己に不利な証人と対審する権利を奪うと言ふも  
のだった。Id. at 404. これに対して、ステュアート判事は、自己に不利な証人と対審する被告人の権利は、反対尋  
問権を含むものでなく、弁護人の反対尋問権は、修正第一四条適法条項の、公正な裁判を受ける権利により保護され  
ると主張するのでもあ<sup>11</sup>。
- (27) 380 U.S. 415, 423 (Stewart, J., concurring in the result).
- (28) 386 U.S. 213, 226.
- (29) 391 U.S. 145, 171-193 (1968).
- (30) 395 U.S. 784, 801-813 (Harlan, J., dissenting opinion).
- (31) 385 U.S. 363 (1966).

- (32) 388 U.S. 14 (1967).
- (33) 397 U.S. 436 (1970).
- (34) 395 U.S. 784 (1969).
- (35) 397 U.S. 436, 437, 442 (1970).
- (36) *Id.* at 445.
- (37) *Cf.* *Aguilar v. Texas*, 378 U.S. 108, 116 (1964) (Harlan, J., concurring opinion); *Griffin v. California* 380 U.S. 609, 615-616 (1965) (Harlan, J., concurring opinion); *Ashe v. Swenson*, 397 U.S. 436, 448 (1970) (Harlan, J., concurring opinion).
- (38) *Cf.* *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964); *Griffin v. California*, 380 U.S. 609 (1965); *Cichos v. Indiana*, 385 U.S. 76 (1966).
- (39) *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1, 16-17, 28 (1964) (Harlan, J., dissenting opinion).
- (40) *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400, 410 (Stewart, J., concurring opinion).
- (41) *Supra* note 38 記載の諸事件参照の「*Id.*」。
- (42) *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 528 (1965) (Stewart, J., dissenting opinion).
- (43) 372 U.S. 335, 347-349 (1963) (Clark, J., Concurring in the result).
- (44) 378 U.S. 1, 14-33 (1964) (Harlan, J., dissenting opinion).
- (45) *Irvine v. California*, 347 U.S. 128, 138 (1954) (Clark, J., concurring opinion).
- (46) *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 650-653 (1961).
- (47) *Id.* at 651. See *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206, Appendix, pp. 224-232 (1960). 一九四九年の *Wolf v. Colorado* の時点では、約2/3の州が証拠排除則に反対していたが、一九六〇年の時点では半数以上が証拠排除則の全面的または部分的採用にのみ切ったと言われた。
- (48) *E. g.*, *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 203-204 (1964); *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400, 408-409 (1965); *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145, 171-193 (1968)

(49) *Supra note 37* 記載の諸事件参照のこと。

#### 四 選別的合体の結果

米国における刑事訴訟法に及ぼした、この合体過程のインパクトを検討することは、その全分野を検討することであり、それは不可能である。ここではそのごく一部、主として捜索・押収の分野におけるインパクトを簡単に展望することとする。権利章典の特定権が州に対しても適用されると、その特定権を定義することが直ちに要求される。我々はその典型的な一例を修正第四条について既に見た。修正第四条が全体として修正第一四条に合体し、州に対し適用されるとして、果して証拠排除則がその修正第四条の一部を構成するかどうかということは大きな問題である。<sup>(1)</sup> この問題は、結局、証拠排除則は修正第四条の、憲法上の要請ということで見<sup>(2)</sup>た。ところが、これだけでは話はまだ終わったわけではない。

一九六三年の *Ker v. California* でクラーク判事による多数意見は次のように言っている。

「合理性の基準は修正第四条の下においても修正第一四条の下においても同一ではあるが、我が連邦制度という要求は、連邦裁判所に対し我々が持つ監督権により証拠能力を否定された証拠と、米国連邦憲法によって禁止されているが故に証拠能力を否定された証拠とを区別することを我々に要求する<sup>(3)</sup>。」

この後半の部分は、証拠排除にも二種類あることを示唆している。一つは憲法に基づくもので、これは当然州に対しても適用される。もう一つは最高裁判所の監督権に基づくもので、これは州に対しては適用されない。この監督権は連邦裁判所に対するもので、州裁判所には及ばないからである。この考えは最高裁のほぼ全員に受け入れられたよう思われる。<sup>(4)</sup> それでは、この憲法上の証拠排除と監督権による証拠排除はどう区別されるのだろうか。



Ker v. California で特に争点となっていたのは、搜索・押収に際しての立入りの方法である。一九五八年の Miller v. United States<sup>(5)</sup>では、無断立入りの結果収集された証拠は排除されていた。これが Ker v. California の時点における連邦基準であったのである。しかし、クラーク判事によれば、「連邦制定法違反が Miller における証拠排除を要求した」のであり、そこで「その事件は、証拠能力の問題が憲法の基準によって左右される、州の刑事裁判には権威として適当でない」ということである<sup>(6)</sup>。ここで言われていることは、Miller v. United States における、立入りに際しての告知義務は、連邦法上の要求であって、憲法上のそれではなく、それが故にその事件における証拠排除は最高裁の監督権に基づくものであったというものである。カリフォルニアの法律は、或る特別な事情の下では無断立入りを認めていた<sup>(7)</sup>。この告知義務の例外は、修正第四条に照しても不合理なものではないとされ、そこで、ここで無断立入りの結果得られた搜索の果実も証拠能力を持つとされた。

クラーク判事の意見のこの部分に対しては、ブレナン判事が反対意見を書き、それにはウォレン長官、ダグラス判事、ゴールドバーグ判事が同調した。ブレナン判事は、Miller における証拠が、最高裁の連邦裁判所に対して持つ監督権によって排除されたものだということには異議を唱えなかった<sup>(8)</sup>。しかし、彼は、Miller における監督権の発動は、憲法問題は可能な限り回避するという、最高裁の慣習の一例にしかすぎないとし、「その処置は、同じ結果が修正第四条によっては要求されないということを意味するものではなく<sup>(9)</sup>」と主張する。ここ Ker v. California における無断立入りは、ブレナン判事にとっては、「修正第四条によって保障された諸権利を明白に侵害する」<sup>(10)</sup>ものであり、不合理なものであるから、ここで入手された証拠は排除されるべきものとなる。連邦と州には同一規準という点では合意しながら、最高裁はその同一基準が何かということと真二つに割れてしまったのである。しかも、ここでは憲法上の要請と最高裁の監督権の要請を区別する基準となる先例があつてさ

えそうなのである。以上の二グループの外に、ハーラン判事はここでの問題を基本権方式によって処理し、結果的にはクラーク判事の判決に合流した<sup>(11)</sup>。その結果、最高裁はここでの州行為を五対四という採決で辛うじて合憲としたのである。

*Ker v. California* における結果は以上の通りだったが、それから一年後の *Aguilar v. Texas*<sup>(12)</sup> では勝敗所を変へることになる。搜索・令状の発行基準に関して、連邦と州に同一基準が適用されるという点については合意を見た<sup>(13)</sup>。この事件における多数意見を書いたゴールドバーグ判事によれば、令状発行の連邦基準は一九五八年の *Giordenello v. United States* において宣言<sup>(14)</sup>されていた。ゴールドバーグ判事は、この *Aguilar v. Texas* での問題とされた令状は、この *Giordenello* 基準に照して欠陥があり、故にその令状の下に収集された証拠は裁判において排除されると決定した。この意見にはハーラン判事も合流した。ハーラン判事は、ここでの令状は修正第一四条適法条項の下では合憲であるとした<sup>(15)</sup>。しかし、彼は *Ker v. California* における修正第四条の合体に留意し、修正第四条の下ではこの令状が違憲であることは明白であるとし、止むなくゴールドバーグ判事の違憲判決に合流したのである<sup>(16)</sup>。これら意見に対しては、クラーク判事、ブラック判事、スチュアート判事が反対した。反対意見を書いたクラーク判事は、*Giordenello* における証拠排除は、最高裁の監督権の行使によるもので、修正第四条そのものの要請から来たものではないと主張する<sup>(17)</sup>。修正第四条が適用されるという点については合意しながら、結局ここでも最高裁は、修正第四条の意味そのものについて割れてしまったのである。

*Aguilar v. Texas* では、修正第四条により保障された権利の拡張が見られた。しかし、先例の解釈が常に権利の拡張につながるものとは限らない。我々は逆の例を一九六七年の *Warden v. Hayden*<sup>(18)</sup> に見る。*Warden v. Hayden* では、一九二一年の *Goeld v. United States*<sup>(19)</sup> で確立<sup>(19)</sup>された、いわゆる「単なる証拠」という

法理が変更された。この法理によれば、搜索令状は盗品、犯罪の道具、禁制品の搜索のためには発行され得るが、単に刑事裁判の証拠収集のためには発行され得ないということになって<sup>(20)</sup>いた。Warden v. Hayden のブレンナン判事は、この法理に対し、「修正第四条の言語には、単なる証拠と犯罪の道具、盗品、または禁制品とを區別するものは何もない<sup>(21)</sup>」として、単なる証拠の収集のためにも搜索令状は発行し得るものとした。ダグラス判事はこの判例変更<sup>(22)</sup>に強く反対し、フォータス判事とウォレン長官も、結果的には多数意見の判決に同調はしたが、この令状発行の条件という点ではその判例変更と同じく反対した<sup>(23)</sup>。この「単なる証拠」という法理は、確かに連邦政府にとってさえいささか厳し過ぎるとも思われるもので、その廃棄それ自体はむしろ合理的とも考えられる。しかし、その法理はこの時点までは連邦における搜索・押収を支配していたものである。これがこの時点で変更され、連邦における搜索令状発行の条件が緩和された背後には、明らかに修正第四条合体の影響がある。連邦に對してはとにかく、州にまでこの厳格な法理を適用するということになれば、それは州の警察行政の実効性をあまりに阻害する<sup>(24)</sup>と考えられたからに違いないのである。ブレナン判事はこの判例を修正第四条の言語を根拠として変更した。しかし、実際には、修正第四条の言語も憲法判断には決して支配的ではない。Warden v. Hayden と全く同年の Kats v. United States <sup>(24)</sup> 一九二八年の Olmstead v. United States <sup>(25)</sup> は変更され、修正第四条の保障は、そこでの「身体、住居、書類および所有物」という語句にも拘らず、人の会話にまで延長されて<sup>(26)</sup>いる。この延長に反対したのは、憲法の成文を強調するブラック判事唯一人だけだった<sup>(27)</sup>。

我々が以上見て来たのは、結局何が連邦の憲法基準かという問題である。修正第四条搜索・押収条項が州にも適用されると言っても、そのことは搜索押収に関する連邦基準がそのまま州に適用されるということとは意味しない。州に適用されるのは、連邦基準のうち憲法上の要請とされる部分だけである。そこで、修正第四条の州への

適用に際しては、連邦基準のうちどこまでが法律上または規則上の要求で、どこから憲法上の要請になるかという区別を事件毎に判断しなければならない。この判断に憲法の成文や先例は必ずしも支配的ではない。修正第四条の合体は、修正第一四條適法手続条項の解釈に決して決着をつけたわけではなかった。むしろ、それは新しい問題を生み出したのである。その問題は修正第四条にだけ特有な問題ではない。合体されたすべての特定権に伴う問題である。修正第五條不利益供述条項が州に適用されるとして、それでは黙秘の事実の陪審への指摘が不利益供述強要を構成するかどうか<sup>(28)</sup>、修正第六條刑事陪審条項が州に適用されるとして、その陪審は十二名で構成されなければならないかどうか<sup>(29)</sup>、といったように問題の種は尽きない。権利章典の特定権の合体は、その分野における米国内訴訟の全面的再点検を要求することになったのである。

権利章典の特定権の修正第一四條への合体は、その特定権についての米連邦と州に刑事訴訟の变革をもたらしたわけではない。それはもっと一般的な憲法原則にも大きな影を投じている<sup>(30)</sup>。一九六三年の *Fahy v. Connecticut* では、ハーラン、クラーク、スチュアート、ホワイトという四名の判事達が、また一九六八年の *Bumper v. North Carolina* では、ブラック、ハーラン、ホワイトという三名の判事達が、修正第四条に違反して押収された証拠には、「無害の瑕疵」という法理を適用することを主張した<sup>(31)</sup>。長らく最高裁は、刑事裁判における強制自白の使用は、それ以外の有罪の証拠がいくらあろうとも、それだけでその有罪判決を自動的に破棄してしまおうという立場を採っていた<sup>(32)</sup>。この「自動的破棄」という法理は、強制自白についてだけでなく、憲法上の瑕疵すべてに適用されるものと考えられていたと言われる<sup>(33)</sup>。「無害の瑕疵」という法理の導入は、この「自動的破棄」という法理を緩和するものである。憲法違反があっても、それが判決に「無害」であれば、それはそれだけではその有罪判決を自動的に破棄することにはならないとするのである。この無害の瑕疵という法理は、被告人の黙秘の事実

の指摘や違憲無効な検証などには既にその適用があるものとされて来ている。<sup>(34)</sup>

「自動的破棄」と並んで、違憲判決の遡及的適用も変更された。米国司法審査制の特徴として、違憲判決は遡及効を持つのが原則だった。裁判に法の創造を認めず、判例の変更は、それが悪法だったからという理由からではなく、それが初めから法ではなかったからという理由で行なわれるからである。しかし、一九六五年 *Linkletter v. Walker* <sup>(35)</sup>、同年の *Angelet v. Fay* <sup>(36)</sup>、「憲法は遡及効を禁止するものでもないし、それを要求するものでもない」<sup>(37)</sup>とされ、七対二の採決をもって修正第四条証拠排除則についての *Mapp* 判決は将来に向ってのみ効力を持つとされた。更に、一九六六年の *Tehan v. U.S. ex rel. Shott* <sup>(38)</sup>では、五対二の採決をもって、陪審に対する被告人の黙秘の事実の指摘についての *Griffin v. Illinois* における新ルールも将来に向ってのみ適用とされ、ここに憲法判例の遡及的適用という原則は完全に崩壊した。もっとも、すべての判例変更が将来に向ってのみ適用されるということになったわけでもない。最高裁は、一つ、一つの問題について判例変更の効力を検討することになったのである。

これら法理の変更が、権利章典合体の効果であったことは容易に推則できる。権利章典の特定権が拡張され、更にそれが州に延長されるということになると、自動的破棄という法理は警察行政にとってあまりに苛酷な法理となって来た。憲法違反を含む刑事訴追の自動的破棄は、本来憲法違反は重大な瑕疵だからという前提に立っていた。権利章典の特定権の拡張に伴い、憲法違反の範囲は当然拡大したが、同時にさして重大でない手続上の瑕疵も憲法違反になって来た。その前提が変わって来た以上、自動的破棄という法理が緩和されなければ、全体の均衡が崩れて来たのである。

違憲判決の遡及効の変更についても全く同じことが言える。人身保護令状には一事不再理もないし、時効もな

い。判例の変更があれば、それは受刑者にとって人身保護令状請求のまたとない理由になる。しかし、証拠排除則の州への適用におけるような場合には、その決定の遡及的適用は重大な問題を引き起こすことになる。この一九六一年の決定以前に執行された捜索・押収の合法性を証明することはまず不可能である。なんとならば、それを証明する証拠など、当時の法の下では全く必要の無いものだったのであるから、当然収集されもしなかつたし、また保管されてもいなかつたからである。人身保護令状事件において有罪の証拠が排除されてしまえば、再審においてそれ以外の証拠をもって有罪を立証することも殆んど不可能である。古い事件においては、そのような新しい証拠など何も残っていないからである。このような場合には、結局、その受刑者の無罪放免ということが、唯一の残された結果となってしまう。捜索・押収の場合、証拠入手の手段は違法でも、入手された証拠の信憑性には疑問の余地の無いのが普通であるから、はっきり犯罪者と分っている者が無罪釈放となってしまう。最高裁による近年の相継ぐ判例変更は、州刑務所におけるこのような者達の一大解放にもつながるものだったのである。

ここに我々が見ているのは、そのごく一部ではあるが、米国刑事訴訟法の全面的再構築である。権利章典が連邦にだけ適用されている間はこんな問題は起きて来なかつた。単なる証拠という法理にしても、自動的破棄という法理にしても、また違憲判決の遡及効という法理にしても、それ自体を取り上げれば厳しすぎると思われる面もあった。しかし、それら法理は決して非実際的というものではなかつた。たとえ権利章典が一八世紀の遺物をその中に残していても、それが厳格な要求であつても、連邦刑事訴訟法は元来権利章典を基礎とし、その上に建てられ、それから発展して来ていた。州においては、合体過程が始まるまでは修正第一四条適法条項は基本権方式により解釈されていた。この制度の下では、修正第一四条適法条項により保障された権利は、実際に「基本

的」なものであり、そこでの適法条項違反とは実際に「憲法的」と呼ぶに足る重大な違反だった。このような事情の下では、手続上の憲法違反を含む事件の自動的破棄とか、違憲判決の遡及効とかいう法理はそれなりの合理性、実際性を持っていたのである。権利章典の特定権の拡張と、これら拡張された特定権の州への延長という事態は、これら法理の前提条件を覆えしてしまい、更に、この前提条件の変更が、これら法理を非合理的とし、また非実際的としてしまったのである。これら法理の変更は、特定権の合体が州にもたらす蔽しさを別のレベルで緩和するものであり、失なわれた均衡を回復するものであった。

別の見地から見れば、権利章典が国有化されるにつれ、修正第一四條適法条項は過剰に憲法化されたとも言える。たとえ最高裁が憲法違反と宣言しても、実際にはその違反が「憲法的」と呼ぶに足る重要性を持つとは常識的に考えられない憲法違反がでて来たのである。このような「些細な」違反が連邦憲法違反の名において州の警察、司法行政を破棄する時、それに対する州の反発は容易に想像できる。州は権利章典の合体に全面的に反対しているわけではない。或る特定権の合体には州も賛成している。<sup>(39)</sup>しかし、他の特定権の合体には、特にその特定権の過大に拡張された形における合体には大反対である。<sup>(40)</sup>そして、反対しているのは、連邦最高裁の批判の的になっている州警察だけではない。連邦最高裁の判事達の、言わば同業者と言える州裁判官でさえ反対しているの<sup>(41)</sup>である。権利章典は国有化されたと言われる。しかし、それによって連邦制が廃棄されてしまったわけではない。州権は依然尊重されなければならず、連邦の介入が行き過ぎれば、それはどこかで調整されなければならない。憲法上の要請と法律上の要請の区別、有害の瑕疵と無害の瑕疵の区別、遡及的効力と将来に向っての効力という区別は、この調整のため要求されるのである。

これら区別が要求されるとして、その区別は簡単につくものではない。憲法上の要請と法律上の要請の区別は

どうつけられるのだろう。憲法の成文が支配的でないことは先程見た。先例が当にならないことも既に見た通りである。権利章典の特定権の編入、排除は、「アメリカ司法制度に基本的」ということで区別されることになった。<sup>(42)</sup> 結局、類似の概念が、ここ憲法上の要請と法律上の要請の区別にも要求されるのではないだろうか。有害の瑕疵と無害の瑕疵の区別については、「或る特定の事件の環境の中では」「全く重要でなく、些細な」憲法上の瑕疵があるとされ、<sup>(43)</sup> それは「問題とされた証拠が有罪判決に影響を及ぼしたかも知れないという合理的な可能性の存否」によって判断されるとされている。<sup>(44)</sup> 反面、先例が、「公正な裁判に基本的であるが故に、その侵害が決して無害の瑕疵とはされない憲法上の権利」を示唆していることも認識されている。<sup>(45)</sup> 新しい憲法上の規則の、遡及的適用と将来に向っての適用については、その区別は、そこで適用された憲法条項いかによるのでなく、そこで問題となった憲法上の価値いかによるものでもないと言われている。<sup>(46)</sup> その区別は、新規則が達成せんとする目的、旧規則へのそれまでの依存度、新規則の遡及的適用がもたらす司法行政への影響という三つの要素を「事件毎に」<sup>(48)</sup> 勘案して判断されると言われる。しかし、同時に、裁判の公正、すなわち事実認定過程の純正そのものにかかわる原則は遡及的に適用されるとも言われている。<sup>(49)</sup> こうした区別の問題は、それ自体それぞれの分野で独自の研究を要求する問題である。そのような研究を行う余地はここには無い。しかし、上記の簡単な紹介をもってしても、これら区別が、そこに「基本的」という概念を使うかどうかは別として、いずれにしても価値判断から解放され得ない問題であるということは明らかと思われる。先程来再々述べているように、権利章典の特定権の合体も、修正第一四条適法条項の問題に決して決着をつけたわけではない。それは各種の新しい問題を生んで来ている。そして、それら新しい問題の中心には、依然連邦制と基本権の存在が見られるのである。

こうした見地から各方式の功罪を簡単に検討して見ることにする。一見最も成功したかのように見えながら、



実際にはそうではないのがブラック判事のアプローチと言えよう。全権利章典の合体には至っていないが、重要な特定権は大部分合体を果して来ている。この意味でブラック判事は大成功を収めたとも言える。しかし、ブラック判事はその成功によって彼の合体の目的を達成しただろうか。答えは決定的に否定的である。ブラック判事が権利章典の言語をもって適法過程を具体化し、安定化しようとして来たのは何度も見て来た通りである。しかし、権利章典の特定権の合体の結果は、適法条項の具体化、安定化からはほど遠いのである。むしろ不安定が増したとさえ言える。権利章典合体の結果は、適法過程の権利章典化というより、権利章典の適法過程化という様相を示して来ている。結局、憲法成文の言語も、社会的必要という要求には道を譲らなければならなかったのである。

あらゆる問題点にも拘らず、選別的合体の結果、適法過程の内容が全体として向上したのは事実である。<sup>(50)</sup>しかし、合体方式を採ったが故に、その向上が適法過程の過剰な憲法化を生んだことも否めない。現在その調整過程が進行中であることは先に見た通りである。普通法方式でも当然法と社会的必要の調整は要求される。しかし、合体方式により連邦と州に同一基準を適用するとした結果、ここでの調整がより難かしくなったことは否定できない。その調整は、連邦と州という異なる条件の調整ということになったからである。この調整の指導理念が何らかの形で基本権という概念から解放され得ないのではないかということ<sup>(51)</sup>は先に見た。同時に、この調整は憲法の法典化を生む危険性も内包している。<sup>(52)</sup>この基本権という抽象的な概念と憲法の法典化は一見矛盾しているようであるが、実は密接な関係を持っている。基本権というだけでは、これはあまりに抽象的で行動の指標とはなり得ない。法の執行に携る側から明確性の要求が出て来るのは当然である。手続上の憲法違反は、証拠の排除、有罪判決の破棄という厳しい結果を伴うものであるからである。この明確性の要求に応じようとするれば、訴訟手続

を細微に至るまで規定しなければならなくなる。州に対してはこれら規定は憲法上の要請とされなければ強行できないのが米連邦制の特徴であるから、ここから「憲法の法典化」という現象が出て来るのである。

刑事訴訟手続の「法典化」そのものには当然問題はない。しかし、その法典化が憲法の名において行なわれる時、それは大きな問題を残す。それは立法による改正を不可能としてしまうからである。勿論最高裁がその憲法判例を通して合理的な法典を作って行ければ問題はない。しかし、ケース・バイ・ケース方式にはそれなりのメリットはあるものの、合理的な訴訟手続の法典がこうした方法で達成されるとは考えられないことである。試行錯誤は或る意味で司法過程の一部ではある。しかし、憲法判例の変更があまりにも乱調では、先例は行動の指標とはなり得ないし、憲法の権威そのものが危機に瀕する恐れさえある。そうした事態を避けようとすれば、憲法上の要請の範囲を狭く限定しなければならなくなる。そうすることによって初めて立法による改正、調整が可能になるからである。しかし、そうすることは、反面、権利章典そのもののレベルを下げることもある。フランクファーター判事やハーラン判事が合体方式に執拗に反対した理由もそこにあった。<sup>(53)</sup> 権利章典合体の効果を最終的に評価することは、現時点では時機尚早である。しかし、修正第一四条適法過程へのアプローチとして普通法方式を主張し、条件の異なる連邦と州に二重基準を主張したフランクファーター・ハーラン方式に郷愁を感じる時がやがて来るかも知れないのである。

(1) Cf. 拙著「米連邦権利章典と修正第一四条適法手続条項(Ⅲ)——権利章典方式の台頭」(『大東法学』、第三号、一九七六年三月)、一三八頁—一五四頁。

(2) *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

(3) 374 U.S. 23, 33.

(4) *Ker v. California*, *supra* note 3 では、クラーク判事の判決理由は五つの部分から成っていた。その第一部で

は、搜索・押収の合理性判断には連邦と州に同一基準が適用されるとされている。憲法上の証拠排除と監督権に基づく証拠排除の区別も第一部で示めされている。この第一部にはハーラン判事を除く全員が参加している。

(5) *Miller v. United States*, 357 U.S. 301 (1958). ここでは、搜索・押収における立入りに際しては、捜査官が「彼の権限と目的を述べること」が要求されるとされていた。*Miller v. United States*, *supra* at 308.

(6) *Ker v. California*, 374 U.S. 23, 39 (1963).

(7) 捜査官に危険が及ぶおそれがある場合、容疑者に逃亡のおそれがある場合、また証拠物が破壊されるおそれがある場合には、搜索、逮捕に際し、捜査官は告知・要求と言う義務に拘束されないと言うのが普通法のルールだった。

(8) *Ker v. California*, 374 U.S. 23, 53 (1963).

(9) *Ibid.*

(10) *Id.* at 64.

(11) *Id.* at 44.

(12) 378 U.S. 108 (1964).

(13) *Id.* at 110 (Goldberg, J., opinion of the court).

(14) *Id.* at 112-114. *Giordanello v. United States* では、ハーラン判事の意見により、捜査令状発行に必要な「相当な理由」(probable cause) を確立するためには、個人的知識、取材源などが示されなければならないとされ、更にその要求は修正第四条の要求であるとされていた。357 U.S. 480, 485-486 (1958). *Aguilar v. Texas* では、抽象的な「信頼すべき人からの確実な情報」と言う主張に基づく令状の申請が、この *Giordanello* 基準に満たないとされた。378 U.S. 108, 109, 113-114 (1964).

(15) 378 U.S. 108, 116 (1964).

(16) *Ibid.*

(17) *Id.* at 118.

(18) 387 U.S. 294.

(19) 225 U.S. 298.

- (20) *Id.* at 309.
- (21) 387 U.S. 294, 301 (1967).
- (22) *Id.* at 312-325.
- (23) *Id.* at 312. フォータス判事は、この証拠品は“hot pursuit”の結果入手されたものであるとし、その理由でこの押収を合憲とした。
- (24) *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).
- (25) *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).
- (26) もともとこの時までには *Olmstead* の法理が大分侵蝕されていたのも事実である。盗聴であっても、それが多少なりとも物理的侵害を伴えば、修正第四条に違反するとされて来た。Silverman v. United States, 365 U.S. 505 (1961) (壁に突き刺した盗聴器)。Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963), では最高裁判、口頭による証拠でも修正第四条の保護の下に来るかも知れないと言ふことを初めて明らかにした。Katz v. United States における一連の判例の流れの当然の帰結だった。
- (27) *Berger v. New York*, 388 U.S. 41, 78 (1967) (Black, J., dissenting opinion); *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 365 (1967). (Black, J., dissenting opinion).
- (28) *Griffin v. California*, 380 U.S. 609 (1965). この *Griffin v. Twining v. New Jersey*, 211 U.S. 78 (1908) の *Adamson v. California*, 332 U.S. 46 (1947) は変更され、黙秘の事実の指摘は不利益供述強要を構成するとされた。
- (29) *Williams v. Florida*, 399 U.S. 78 (1970). この *Thompson v. Utah*, 170 U.S. 343 (1898) は変更され、連邦憲法第三条 第二節、第三項並びに修正第六条における刑事陪審は、普通法における十二名から成る陪審を要求しないとされた。
- (30) *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961) による、証拠排除則の州への延長がもたらすインパクトの正確な予言として *Allen*, “Federalism and the Fourth Amendment: A Requiem for Wolf,” 1961 Sup. Ct. Rev. 1, を参照のこと。後年の判例の流れはまさにこの予言の通りになった。

- (31) *Fahy v. Connecticut*, 375 U.S. 85, 92-95 (1963); *Bumper v. North Carolina*, 391 U.S. 543, 553, 560-561, 562 (1968).
- (32) *E.g., Malinski v. New York*, 324 U.S. 401 (1945); *Payne v. Arkansas*, 356 U.S. 560 (1958); *Spano v. New York*, 360 U.S. 315 (1959); *Haynes v. Washington*, 373 U.S. 503 (1963).
- (33) *Hall et al, Basic Criminal Procedure* 530 (1969).
- (34) *Chapman v. California*, 386 U.S. 18, 22 (1967). *ルジャビ*の黙秘の事実の指摘は無害ではないとされた。  
*United States v. Wade*, 388 U.S. 218, 242 (1967).
- (35) 381 U.S. 618.
- (36) 381 U.S. 654.
- (37) 381 U.S. 618, 629.
- (38) 382 U.S. 406.
- (39) *Cf. Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963). *ルジャビ*の二十二の州が、法廷助言者 (*amicus curiae*) として、死刑事件でもなく、特別な事情もない州裁判には、官選弁護人の任命は要求されないとする原判決の破棄を要求した。全刑事事件に官選弁護人の任命を要求する制度の州への延長に反対した法廷助言者は、僅かにアラバマと北カロライナの二州だけだった。
- (40) *Cf. Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 438-439 (1966). *ルジャビ*では二十九の州が、法廷助言者として、官選弁護人の制度や黙秘権告知制度を、州警察における取調の段階にまで延長するのに反対していた。
- (41) *Cf. Younger, "The Perjury Routine," The Nation*, May 8, 1967, pp. 596-597. ここでヤンガー教授は、ニューヨーク市刑事裁判所における警察官による偽証の慣行を報告している。捜索の状況について尋問された警察官は、証拠物件は被告人が地面に落したものと一様に証言すると言うものである。この一般に「落し物証言」と呼ばれるこの証言が偽証であることは明らかである。そのようなことが毎事件起る筈がないからである。裁判所ではこの偽証がすべて証言として通ってしまうと言われる。この「落し物証言」と言う日課は、一九六一年の *Mapp v. Ohio* による証拠排除則の州への適用以来始ったもので、明らかにこのルールを回避するため考案されたものである。言い

換えれば、これは、ニューヨーク裁判所における、警察官、検察官、裁判官の「共謀」による、修正第四条の無効宣言とも言えるものである。

- (42) *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145, 149 (1968).
- (43) *Chapman v. California*, 386 U.S. 18, 22 (1967).
- (44) *Id.* at 23, quoted from *Fahy v. Connecticut*, 375 U.S. 85, 86-87 (1963).
- (45) *Chapman v. California*, 386 U.S. 18, 23 (1967). スチュアート判事は、彼の補足意見で、ケース・バイ・ケースと言ったアプローチでは、最高裁は事件毎に憲法違反の、有罪判決への影響度を審査しなければならなくなるとし、むしろ憲法上の価値を分類し、価値の種類に応じて無害の瑕疵と言う法理を適用することを提案している。
- Chapman v. California*, *supra* at 44-45. 反対意見を書いたハーラン判事は、実質的には、この憲法違反の有害か無害かの区別にも修正第一四条適法条項の基本的公正と言う概念が適用されると主張している。 *Chapman v. California*, *supra* at 51.
- (46) *Johnson v. New Jersey*, 384 U.S. 719, 728 (1966) (Warren, C.J., opinion of the court).
- (47) E.g., *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618, 636 (1965); *Tehan v. United States ex rel. Shott*, 382 U.S. 406, 413 (1966); *Johnson v. New Jersey*, 384 U.S. 719, 727 (1966); *Desist v. United States*, 394 U.S. 244, 249 (1969).
- (48) *Linkletter v. Walker*, *supra* note 47, at 629; *Johnson v. New Jersey*, *supra* note 47, at 728.
- (49) *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618, 639 (1965). ハリスは「信憑性」と言う概念の復活が見られる。「信憑性」はかつては証拠能力決定の一大基準だった。近年における米国の証拠排除則の発展は、証拠入手の手段の「道義性」に重点を置き、証拠自体の信憑性は背景に押しやられてしまっていた。「信憑性」と言う基準の違憲判決の効果への導入は、その概念の、別のレベルでの復活とも言える。尚、この「信憑性」基準の、違憲判決の効果への導入に力のあった分析としては、Mishkin, "The High Court, The Great Writ, and the Due Process of Time and Law," 79 *Harv. L. Rev.* 56 (1965) 参照のハリス。
- (50) Cf. *Pye*, "The Warren Court and Criminal Procedure," 67 *Mich. L. Rev.* 249 (1968)。パイ教授は、刑事

訴訟手続の質の向上と言う点から、ウォレン・コートの「刑事革命」を高く評価している。この「刑事革命」は米國における人種問題と関連があり、それに大きな意義を持つと言う評価である。

(51) この見地からの合体方式批判としては、Henkin, "Selective Incorporation' in the Fourteenth Amendment," 73 Yale L. J. 74 (1963) 参照のこと。

(52) Cf. Friendly, "The Bill of Rights as a Code of Criminal Procedure," 53 Calif. L. Rev. 929 (1965); George, Constitutional Limitations on Evidence in Criminal Cases 346-349 (1973)。この著者は、*共産*憲法の法典化への傾向と、それがもたらすであろう困難について懸念を表明する。

(53) E.g., *Adams v. California*, 332 U.S. 46, 67 (1947) (Frankfurter, J., concurring opinion); *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1, 16-17 (1964) (Harlan, J., dissenting opinion)。