

【紹介】

修正四条とプロパティー概念、プライバシー概念

——法形式主義から法現実主義へ——

渡 辺 修

本稿は、Note, Formalism, Legal Realism, and Constitutionally Protected Privacy under The Fourth and Fifth Amendments, 90 HARV. L. REV. 945 (1977) の紹介である。右論文は、修正四条、五条が保護しようとしている利益——これを、最広義における「市民生活のプライバシー (privacies of life)」と称している——が、歴史上、どのように考えられてきたかという理論史を、法形式主義から法現実主義へと推移する思想史の流れと絡めて理解しようとしている。特に、財産^{プロパティー}権から狭義のプライバシー^{プロパティー}（カッツ事件⁽¹⁾で予定された「プライバシー」概念）へと変遷するプロセスが、個人の絶対的な憲法的権利を相対化していくもので

あったことを指摘し、右概念のもつ内在的な構造上の弱点を明らかにしている点は興味深い。論文は、そうした反省を踏まえて、結論としては、国家的干渉を一切排しうる絶対的なプライバシー領域の再構築、それを憲法的権利として保障することを試みている。

我国でも、令状主義の保護法益、つまり、憲法三五条の保護法益をプライバシーの権利として統一的に理解しようとする有力な見解が表われている⁽²⁾。ただ、従来は、身体⁽¹⁾の自由、住居、書類、所持品という具体的な財産的利益を保障することにより、私的空間、私的人間関係のプライバシーベータな生活領域を保障し、市民的安全を確保するというのが、憲法三五条

修正四条とプロパティー概念、プライバシー概念 渡辺

の趣旨とうけとめられてきたように思われる。⁽³⁾ こうした財産に注目した保護法益の古典的な理解と、新しいプライベートの権利との関わりをどうみるのか、固有のプライベート概念の中味をどうするのかといった問題点については、今少し慎重に吟味していく必要があるやに思われる。とりわけ、プライベート概念の誕生したアメリカ法における検討作業には注意を払う必要がある。右論文は、かかる意味で、我國の問題を考察する際の素材を提供してくれるものと思はれる。⁽³⁾

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

(2) 渥美東洋「捜索・押収におけるプライベートの概念」岩田誠幸祝賀『刑事裁判の諸問題』(昭五七) 一八五頁。

(3) さしあたり、宮沢俊義『憲法Ⅱ(新版)』(昭四九) 四〇三頁。

(4) 拙稿「証拠排除と甲立適格」(二)「神戸学院法学二巻」号(昭五六) 一九一頁以下参照。

(5) 後述の「純粋証拠押収禁止ルール」に関しては、拙稿「ビデオテープの証拠能力—東京地裁ビデオテープ証拠採用決定を喚機として—」神戸学院法学二巻三号(昭五六) 一七四頁以下参照。

のプライベート⁽²⁾並びに個人の不可侵の財産権^{プロパティ・ライツ}とを同一視し、捜索令状または文書提出命令が相当の理由があり特定性の要件を充足する場合であっても、私文書を証拠として使用することは修正四条に反するとした。ところが、近年、フィッシャー事件⁽³⁾、アンドレーセン事件⁽⁴⁾で、被告人またはその会計士の作成した納税書類、被告人の机の抽出にあった私文書などで自己負罪的内容を含む書面が、いずれも証拠として許容されたのである。最高裁は、この二判決において、書類^{コンテンツ}の實質^(content)が私的なものであり自己負罪の性質のものであるか否かに拘わらず、書類保全の態様^(manner)に照らし被告人に提出を強制しまたは法廷で自己の文書である旨確認することを強制したものでない限り、修正五条は適用がなしいとしたのである。従って、修正四条の令状条項のみがかかる私文書の証拠保全の限界を画するものとなったのである。つまり、修正四条、五条の保護範囲を設定するに当たり、ポイド事件の用いた証拠の實質——私文書としての性質ではなく、証拠保全の態様と手続とに焦点をおくアプローチが表われてきたといえる。もともと、すでに、ウィグモアも、ポイド事件の立場に対しては、修正五条とは被告人の身体に直接強制を加え一定の明示的な行為を行なわせ、または、有罪

◆ ◆ ◆
連邦最高裁が、ポイド事件⁽¹⁾において、私文書を取得するあらゆる国家の処分を修正四条と修正五条の自己負罪供述拒否権に反するとしたことは有名である。判決は、人格と「生活

を認める供述を引き出すことを禁止するものであるとの理解に立ってこれに反対していた。⁽⁵⁾

ただ、右の対立は、より深い法思想上の対立なり変遷を反映したものである。つまり、ボイド事件のアプローチは形式主義 (formalism)・絶対主義 (absolutism) に立ち、ウィグモアの批判は巧利主義・相對主義法思想 (pragmatic and relativist vision of law)・法現実主義 (legal realism) の影響によっているのである。従って、上記フィッシャー事件は、単にバーガー・コートの保守主義がもたらしたというだけにとどまらず、右のような法思想の広い潮流の変化を反映したものである。そこで、かかる視角から修正四条、五条の権利に関する最高裁の見方をたどってみよう。

第一章 修正四条、五条によるプライバシーの保護

——ボイド事件からオルムステッド事件まで

(A) 一九世紀の法形式主義と自然権の伝統

一九世紀後半、二〇世紀初期の修正四、五条に関する最高裁判決は、所謂法形式主義 (legal formalism) の文脈から理解することができる。この考え方は、裁判とは自然法を根

修正四条とプロパティー概念、プライバシー概念 渡辺

拠としてコモン・ローと憲法に規定された絶対的な法原則からの演繹であると考えるものであった。法形式主義の批判者によれば、ポリシーを考慮し当該事件に関する具体的事実と背景との衡量によって最も妥当で社会的に好ましい結果を定めるといふ現代的手法と対比すると、法形式主義とは、機械的、解釈にすぎず客観性を装うにすぎないとされている。⁽⁶⁾ 確かに、法形式主義の演繹方法そのものは、一定の価値的前提を伴うものではない。しかし、この方法論が現に機能する際に抛って立つた実体的価値には注目しておかなければならない。

かかる実体的価値としては、憲法の条文とその条文解釈上の実質的指標を与えた自然法思想がまずある。一九世紀のロック主義者は、自然法は個人に対して不可譲の権利を与えており、この権利は国家創設以前のものであって、国家はこれに干渉しないと確信していたのである。⁽⁷⁾ 一九世紀末頃までに、自然法思想は徐々に実定法主義にとってかわられていくものの、基本的には、実定法もまた自然法と自然権とが示している先験的道義を維持するためのものと扱えられていたのである。⁽⁸⁾ とまれ、かかる自然法思想にとって、財産権 (the right to property) がもつとも重要なものであった。ロックは、私的財産は社会の産物ではなく、個人の労働の果実で

あって、個人はこれを所有する自然権を有し、各個人はかかる財産権プロパティ・ライツを守るために社会を作ったと説いている。ロックにいう財産権の概念は、単に財のみを指すのではなく、「生命、自由並びに財産」を意味するとされている。そこで、法形式主義者も、財産権概念に職業選択の自由などの非物質的権利をも含めしめて考えするという手法により、このロックの思想を実定法解釈にも生かそうとしたのである。

第二の実体的価値は、コモン・ローであった。ブラックストーンは、「法は、私的財産の保護には極めて重大な関心を寄せており、これをいささかでも侵害することは法の認めないところである。コミュニティー全体の⁽⁹⁾一般的福祉のためであつても許されないのである」と説いて⁽¹⁰⁾いた。一九世紀の法学者は、かかるコモン・ローも自然法を淵源とするものにとらえ、この結果、コモン・ロー上の財産権概念についても、自然法の理念が影響を与えようというオーバラップした関係に置いていたのである。然も、元来、コモン・ロー上の財産権概念とは、私人間の紛争処理の文脈で発展してきたものであつて、そこでは国家的利益は直接には問題とされていなかったのである。そこで、一九世紀当時、裁判官は、国家に対する個人の憲法上の権利の領域を定めるにあたり、自然法の

価値を盛り込みつつ、国家との関係では中立的な衣につつまれたコモン・ローを根拠として援用することにより、政策的判断を行っているのではなく、客観的な決定形成をしていると信じていたのである。⁽¹¹⁾かかるコモン・ローの財産権概念が、修正四条、五条の保護法益である所謂「ブライバンシー」の解釈上も客観的ルールを設定するのに役立っていたのである。以下、具体的な解釈論の中味をみてみよう。

(B) コモン・ローの財産論プロパティと実体中心のブライバンシー概念
法形式主義の解釈論を示した最初の判決は、一八八六年のボイド事件である。本件は、連邦政府による関税通脱輸入物品の没取訴訟である。当時、一八七四年法は輸入者は連邦政府の求めに応じて検査または複写のため「商業帳簿、運送状その他の書類」を提出する義務があると定めていたが、連邦政府は文書提出命令 (subpoena) を得て、本件の運送状を提出させ証拠とした。これに対し、連邦最高裁は、右法律自体が違憲であり、運送状は修正四条の合理性条項並びに修正五条の自己負罪禁止条項に反して公判に提出されたとしたのである。

法廷意見を執筆したブラッドレイ判事の採った修正四条の解釈論は、提出命令が令状条項の要件を充足していることの

他に、更に押収が「合理的」であつたかどうかをも吟味しなければならぬとするものであつた。当時、コモン・ロー上、国家は贓品並びに禁制品を除く他、優越的な財産権を主張しえない個人の所有物については捜索・押収をなしえないと解されてきた。⁽¹²⁾そこで、ブラッドレイ判事は、修正四条の合理性条項の解釈にあたり右のコモン・ローの原則を取り込んだのである。則ち、自然法上の財産権はコモン・ローの実質であり修正四条の合理性条項によって憲法上も保障されたものであつて、この権利により私文書その他一定の私的財物は犯罪の証拠の収集を行う国家から絶対的に保護されることになることとされたのである。判決によると、国家の所有物の他、右で述べたように、贓物等の「犯罪の果実(fruits of crime)」(贓品はコモン・ロー上真正の所有者に返還する間、国家が没収し保管するものとされていた)、税金遁脱目的で隠匿した財物、「禁制品(contraband)」(一般市民の所持が不法とされてゐる偽造通貨、賭博券、賭博用具等)⁽¹³⁾については、国家が優越的財産権を有しているとされてゐる。しかし、これ以外の私的財物については、「相当の理由」が証明され、捜索場所と押収すべき物の特定性がいかように満たされていても、令状または提出命令を発することはできないとしたのである。⁽¹⁴⁾

修正四条とプロパティイ念概、プライバシー概念 渡辺

修正五条の自己負罪拒否権の侵害については、ブラッドレイ判事は、有名な一七六五年のエンティック対キャーリントン事件⁽¹⁵⁾におけるキャムデン卿の執筆した判決に依拠した。この事件は、私文書の捜索・押収を不法侵害とし損害賠償が請求されたものである。キャムデン卿は、コモン・ローの財産概念を根拠として私文書の捜索と贓物の捜索を区別し、前者の捜索を行う権限を認める先例がないとして、これを違法としたのである。その実質的根拠は、「我が法上、有罪判決を導くのを助けるために……私文書の捜索を行うことは許されていない」ことにあるとし、これは、殺人、強姦、強盗その他の重大な犯罪に関する証拠を収集する場合でも同じであるとしたのである。ブラッドレイ判事は、かかるコモン・ローの理念を修正五条の解釈に盛り込み、私文書を所有者の利益証拠に用いることは、自己負罪禁止に反するとしたのである。むろん、この場合、被疑者の身体に対して強制が加えられたか否か、捜索・押収令状や提出命令が修正四条の要件を充足するものであつたか否かは関わりがないとされたのである。

そして、かかる修正四条、五条の解釈をふまえて、違法収集証拠物については、右の権利の不可欠の内容として証拠排

除並びに還付が認められるとしたのである。⁽¹⁷⁾

一九一四年のウィークス事件⁽¹⁸⁾は、賭博用クーポン券の郵送が連邦法違反に問われた事件であり、無令状の搜索により押収された私文書の許容性が争われた。最高裁は、令状条項に反して証拠物を保全することは、「被疑者の憲法的権利の侵害」にあたるとした。⁽¹⁹⁾更に、これに続くグーレッド事件⁽²⁰⁾では、政府に対する詐欺行為の共謀被疑事件において、捜査官が友人として被疑者宅を訪れた際に密かに盗んだ私文書とその後搜索令状により押収した私文書とが証拠として許容されるかが争われた。最高裁は、ボイド事件を引用しつつ、私文書の押収処分は修正四条に反し、その証拠としての顕出は修正五条に反するとしたのである。判決は、国家がコモン・ロー上の優越的財産権^{superior property right}を主張しえない財産については搜索・押収から絶対的に保護されるのであって、これを搜索の対象とすることはできないとした。⁽²¹⁾また、修正五条との関連では、私文書の搜索そのものが被告人に供述等を強制するものでなかったとしても、なお自己負罪拒否権の侵害になるとしたのである。⁽²²⁾

こうして、ボイド、ウィークス、グーレッド三事件により、修正四条、五条の領域における法形式主義的法理の構造が完

成したといえる。則ち、修正五条は、性質上供述とみることでできる証拠については、法廷において証言を強制して得られたものであれ、私有財産の搜索・押収によって得られたものであれ、これを強制的に公判に提出され証拠として用いられることのない絶対的権利を個人に保障しているとする。次に、修正四条は、犯罪の果実、道具、並びに禁制品を除いては搜索を行うことができないと解され、また、手続の面からは、自動車例外⁽²³⁾、逮捕に伴う搜索の場合を除き、令状によってのみ搜索を行えるとされた。最後に、個人は、こうした原則に反して得られた証拠の排除を求める憲法的権利を有しているのである。⁽²⁵⁾このように設定された明確な枠内にある限り、個人は修正四条、五条により包括的に保護を受けられるというのが、ほぼ一九二五年までにできあがった法形式主義の解釈であった。

なお、禁制品、犯罪の道具、果実を除いて私的財産を有罪を獲得する証拠としてのみ用いる目的で搜索をすることは許さないとする右のルールは、「純粋証拠押収禁止ルール (mere evidence rule)」として確立していくのである。

しかし、頂度この頃から法形式主義的解釈では処理しきれない新しい問題がでてきた。つまり、科学技術の発展に伴っ

て、個人のプライバシー領域を侵害する手段がでてきたことである。そして、そのひとつである盗聴の適法性に関する一九二八年のオルムステッド事件⁽²⁶⁾において、法形式主義とトーン⁽²⁶⁾の異なる理論が主張されるようになるのである。法廷意見が執筆したタフト長官によれば、非物質的な会話には「モモン・ロー上の財産^{プロパティ}としての利益は存在していないこと、修正四条の文言の文理解釈上、電話での会話は「身体、住居、書類および所有物」に該当しないことを理由に、盗聴は修正四条の搜索・押収に該当しないと⁽²⁷⁾した。また、国家側は被告人から物的な財産を押収したものではないため、ボイド事件で認められた純粹証拠押収禁止ルール、自己負罪禁止ルール⁽²⁸⁾いづれの違反にもあたらないとした。加えて、「不法侵害^{トレス}」もない以上、事前に令状を得る必要もないとしている。むしろ、被告人に対し強制力を用いて電話で会話をするように強いたものでもなく、修正五条にも反しないと⁽²⁹⁾したのである。要するに、法廷意見は公共の電線を通じて伝わる電話会話は、ボイド、ウィークス事件で輪郭を示した憲法による絶対的保護の範囲外としたのである。ただ、右のような法形式主義的解釈論の展開とあわせて、功利主義的思考方法の影響もみられたのである。タフト判事は、一般社会を「極めて重大な共謀

罪」から守らなければならないとし、盗聴により得られた証拠の排除の結果、「社会が苦しみを与えられる一方、犯罪者が以前に認められていた以上に免責を許されることになる」ことをも恐れていたのである。⁽³¹⁾こうした説明を加えている点に、個人の絶対的財産権領域の形式的解釈とは別の理由付をもしようとする試みが伺えるのである。

これに対し、ホームズ判事は、明確に法形式主義的分析を避け、「確立したルールからの論理的演繹⁽³²⁾」に代えて、相対立する社会的ポリシーの調整の問題として扱えようとしている。つまり、「犯罪者は発見されなければならないという点と……国家自身が犯罪を育み、後にその報いを受けるようなことになるべきではないという点……との我々が望む二つの目的」をバランスにかけるのである。⁽³³⁾その上で、ホームズ判事は、「国家が下劣な役割を担うよりも、犯罪者が幾人か処罰を免かれることのほうが不正の程度が低い」として、盗聴による証拠を排除すべきとしたのである。⁽³⁴⁾

ブランドイス判事は、まず、最高裁は「現代的条件」下での問題に因應するように常に憲法の再解釈を行ってきた点を強調している。⁽³⁵⁾そして、すでに一八七七年のジャクソン事件⁽³⁶⁾で、令状がなければ郵送に付された信書を開披しえないと

解釈したことを引用して、「封緘した信書と私的な電話によるメッセージの間に本質的な差はない」とした。のみならず、電話盗聴は被疑者が電話をかけたなり受けたりする者全員の会話を盗聴を意味し、一般探索的搜索と変わりないとする。こうした評価の前提として、法の機能は「至る所何処にでもいる教師」としての役割であるとしている。⁽³⁷⁾「法に対する尊敬を維持すること……司法の運用に対する確信を育てること……司法手続を汚濁から守ること」という啓蒙的な社会的ポリシーを促進すべきであるとする。とりわけ、司法部が国家の不法行為を黙認することにより法に対する一般的信頼が失われることを懸念していたのである。⁽³⁹⁾ここにも、プラグマティックな法解釈方法が読みとれるのである。

以上に対し、バットラー判事の反対意見のみが、伝統的な法形式主義的解釈に立った上でタフト長官と相反する結論を導いている。つまり、コモン・ロー上の財産権は電話線と非物質的な会話をも含むしたのである。電話線の盗聴により、国家は優越的権利なき財産を正に押収したのであると説いている。⁽⁴⁰⁾しかし、やがて前者のプラグマティックな方法論が主流を占めていくようになるのである。

第二章 修正四条、五条と現代的アプローチ

(A) 功利主義、法現実主義と憲法的絶対性の否定

一九三〇年代頃には、法形式主義に代わって、功利主義・法現実主義が登場する。⁽⁴¹⁾これは、国家の行為は社会的善を最大限実現する手段として正当化され、それゆえに経済統制もまた認められるとする。従って、個人の権利に対する「行きすぎた尊敬」を払う法形式主義の方法論はとれないとするのである。

功利主義的認識によれば、法哲学は「形而上学から離れて、社会工学 (social engineering) に傾注しなければならぬ」とする。⁽⁴³⁾法形式主義が自然法やコモン・ローの中に発見される先験的で証明不可能な道德価値 (moral values) に依拠する「形而上学」であるのに対し、「社会工学」は経験と実証的検証によって裏付けられるものである。⁽⁴⁴⁾自然権もまた経験による検証、つまり、これを保障する法規が社会に利益をもたらすか否かという検証を経なければならぬのである。超社会的な乃至社会的有用性 (social utility) 一般を超越した自然権なるものは、その定義自体から功利主義哲学の受け入れ難いものである。⁽⁴⁵⁾法現実主義は、憲法上の権

利その他の法原則は社会的有用性に役立つ限りで正当化されると考えるのであり、同時に、かかる思考の結果、個人の絶対的権利と絶対的道德価値とを同一視する法形式主義に対し、道德的相対主義 (moral relativism) を主張した。つまり、法と道德との区別である。(46) 法現実主義からみると、自然法を根拠とする絶対的道德価値とは、社会内の相対立し合う利害集団のいずれかの利益以外の何物でもないとする。(47) とりわけ、経済規制の分野では、絶対的道德価値及び権利の名によりことさら社会内の一方の利益を守り、法の実現しようとする社会的利益を妨げる役割しか果たさない。もともと、法的価値判断は、先験的、証明不可能な絶対的テーゼとして存在するのではなく、(48) 問題とされている事実関係、時代、地域、社会により変容しうるものである。(49) 従って、端的に、社会内の相対立する諸利益の衡量と調整により妥協と便宜とを実現することが重要となるのである。(50) これが、社会が社会に内在する自らの価値を発見し、最大の社会的効率性 (maximum social efficiency) を獲得していく道なのである。(51)

問題は、こうした功利主義・法現実主義が刑事手続に及ぼした影響である。すでにみたように、法形式主義的解釈の結果、被疑者の衣服などを証拠物として搜索・押収することは

修正四条とプロバイダー概念、プライバシー概念 渡辺

できないが、盗聴により負罪供述を収集することは許されるというアンバランスが生じていた。そこで、法現実主義的方法論に立つて、証拠保全に対する絶対的障碍は除去し、修正四条のプライバシーについては令状条項の要求する手続的な保障にその保護を任せることで、これを克服しようとした。他面で、市民のプライバシーと犯罪捜査の利益とのバランスにより、より大なる社会福利を実現する必要上令状主義の例外を拡大することを正当化する方向もでてきた。また、後述のように、証拠排除についても個人の絶対的権利という認識は薄れていく。むしろ、司法部が、排除の利益と有罪判決を言渡せなくなる社会的コストを衡量して判断すべき裁量的な救済手段であるという認識が強まってくるのである。以下、これらの変化をたどってみよう。

(B) 修正四条のプライバシー概念の相対化

功利主義的思考は、まずポイド事件、グーレッド事件にいう「純粹証拠」概念の限定をもたらした。連邦最高裁は、犯罪の「道具」概念を拡張することにより、押収対象物件を広げていったのである。(52) 例えば、一九二七年のマローン事件(53)では、もぐり酒場営業罪に関して帳簿の押収が適法とされたが、

これは、「当該犯罪の実行に現に使用された道具乃至用具の一部」であり、また、電気代請求書については、「営業と密接に関連しており、犯罪実行に用いられたと考えられることも不合理ではない」として、その押収を適法としている⁽⁵⁴⁾。下級裁でも、銀行強盗時に着用していた靴の押収⁽⁵⁵⁾、逮捕に伴う血のついたシャツとズボンの押収⁽⁵⁶⁾などが適法とされた。つまり、「道具」概念を広く解し、搜索そのものが適法である限り、いかなる物件をも証拠として許容するという考え方がでてきたといえる。

このように、証拠の本質規定ではなく、保全手続の態様を分析して証拠の許容性を判断するという方法論の登場は、修正四条解釈の転換点となった。ボイド、グーレッド事件では、修正四条の合理性条項こそが、コモン・ロー上の絶対的財産^{イヘイ}権を規定するものと読まれていたが、新しい方法論^{コトバ}によれば、合理性条項は元來令状が必要でない⁽⁵⁷⁾とされてきた場合、例えば逮捕に伴う搜索などの場合で、一般的・探索的搜索を禁ずる令状条項のポリシーを実現していくための付随的な条文と位置づけられるのにとどまることとなった。ハンド判事は、以上の点を次のように説いている。「修正四条が対象としていた真の害悪は搜索そのものである。……搜索が凡そ許

容されるものであるならば、何が押収されるのかはさほど違いを生むものではあるまい⁽⁵⁷⁾」と。
そして、一九六七年に至り、連邦最高裁は、ヘイドン事件⁽⁵⁸⁾において、ついに「純粹証拠押収禁止ルール」そのものを破棄したのである。

他方、盗聴には修正四条の適用はないとしたオルムステッド事件に対しては、最高裁でもこれを疑問とする向きがでてきた。少くとも令状による場合は盗聴を許そうとする考え方である。この考え方は、ダグラス判事を除き、電話の秘密の会話そのものがボイド、グーレッド事件の認めた私文書の絶対的保護の範囲に入るといふ認識に依拠せず、証拠が押収される態様に力点をおいた考え方であったといつてよい。結局、最高裁自身も、一九六七年にカツツ事件に於てオルムステッド事件を破棄し、公衆電話の盗聴は令状に従つてのみ行える⁽⁵⁹⁾と判示した。その際、修正五条は被疑者自身をその意に反して不利益証拠の源とすることになる搜索・押収を禁じている⁽⁶⁰⁾というボイド、グーレッド事件での解釈は顧みられなかったのである。

つまり、ヘイドン、カツツ事件の意味するところは、電話会話には確かに修正四条の保護が及びうるようになったもの

の、他方で、修正四条による保護とは最早絶対的な権利ではなくなり、国家が正当化事由を示したまたは手続上適切な態様が保障される限り、対象物件の本質に拘わりなく、捜索・押収が許されるという相対的なものとなったということである。令状条項の手続的保障の下で相対的なプライバシーの権利だけが認められたといってもよいであろう。これらは、最高裁が功利主義—法現実主義の方法論に移行したことの結果である。

(C) 修正五条のプライバシー概念の放擲

次に、修正五条で保護されていたプライバシーの権利に関する最高裁の解釈の変遷をみよう。ヘイドン事件の段階では、ボイド、グーレッド事件におけるような性質上「供述的乃至会話的 (testimonial or communicative)」な財物並びに私文書のように人格の延長線にあるといえる財物に関しては修正五条により完全に保護されると述べていたが、この点にも、除々に法現実主義の論理が浸透してくる。

ボイド、グーレッド事件の解釈については、概ね三つの考え方がみられた。そのひとつは、ダグラス⁽⁶³⁾、ブレナン判事の⁽⁶⁴⁾とするものである。つまり、修正五条は、強制による、自白とい

った剥き出しの手段による負罪供述を禁ずるにとどまらず、個人のプライバシー、尊厳、自律を国家の過剰な干渉から保護するという目的をも持っているとするものである。第二は、ウィグモアの主張するところである。ウィグモアは、刑事訴訟の弾劾構造の維持と証拠の信用性の確保とを目的とし、そのためには、国家が被疑者に対して残虐な処置を加えることを抑制し、被疑者以外から自らの努力で証拠を発見・収集するよう奨励する必要があるとする⁽⁶⁵⁾。かかる考えによれば、証言が何等かの強制的手段でえられた場合に限り自己負罪拒否権が侵害されることとなり、従って、電話の会話についてもそれが任意になされているのであれば国家がこれを盗聴し会話内容を手入することに対して保護を与えることはできないとしている。

第三の見解も、ウィグモアの指摘するもので、これは、提出命令に従って被告人に私文書を提出させること自体が自己負罪拒否権の侵害になるとするものである。提出行為は提出した物件が正しく提出命令の対象とされているものであることを確認するよう強制するものであり、これは「証人」による確認と同じであり、かかる「暗黙裡の認証行為 (implicit authentication)」も性質上「供述的」といえるとする⁽⁶⁶⁾。第

三の見解も、証拠の性質ではなく、保全の手續に分析の焦点を置いた点では、法現実主義的手法によるといえる。しかし、私文書の提出命令に従うことが、証拠の信用性を害するような態様で強制される重大な危険性があるとみることはできない。

連邦最高裁も、一九六六年のシュマーバー事件段階では、第一のダグラス、ブレンナン判事の見解に基本的には従っていた。本件は、酩酊運転による事故現場で被告人の身体から血液を採取したことが修正五条に反しないかが争われた。最高裁は、血液採取は、なんら性質上「供述的乃至会話的」証拠を伴うものではないことを理由として、修正五条違反はないとした。則ち、「自己負罪拒否権は、被疑者が強制的に自己に不利益な供述をさせられ、またはその他の方法で国家に対し供述的乃至会話的性質の証拠を提出するよう強制されることに対してのみ保護を与えるものであると考える」と。(68)つまり、修正五条の適用可能性を決定するのは、証拠の供述としての実質であるとしたわけである。

しかし、こうした修正五条の解釈にも変化が表われはじめた。一九七三年のカウチ事件(69)では、被疑者の会計士が提出命令に従って保管していた被疑者の財務書類を提出した事件で、

書類の許容性を肯定するにあたり、修正五条の禁止する強制とは被疑者自身が証拠を所持していることが前提であるとしていた。(70) また、カウチ事件(71)、ベリス事件(72)の部分では、私文書の提出命令が修正五条に反するとする際、前述の「暗黙裡の認証行為」にも言及していた。さらに、修正五条は自己負罪のおそれなき限り適用が認められず、従って、友人や信頼を裏切つて負罪証拠を提供することになっても、自己負罪拒否権を主張することは認められていない。(73) 無論、「イミュニティー (immunity)」により被疑事実につき免責が与えられれば権利は援用しえない。加えて、シュマーバー事件でも証拠の性質が「供述的乃至会話的」と認められなければ、保護されないという意味も持っていた。つまり、この段階においても、修正五条によるプライバシー保護はかなりの限定をうけていたのである。

そして、一九七六年のフィンチャー、アンドレーセン事件に至って、最高裁は、相対主義的な証拠保全の態様を分析の中心とする方法論を採用したのである。

フィンチャー事件(75)では、被疑者の会計士が所得税支払のために準備した書類を弁護士が保管中、弁護士に対して提出命令を発してこの書類を提出させることは適法と解されたの

である。判決は、すでに先述のカウチ事件によって、被告人の私文書の提出を求める第三者に対する提出命令は被告人自身に強制を加えるものではないので修正五条の侵害はないという解釈が示されているとする⁽⁷⁶⁾。修正五条の保護するプライバシーは、この文脈では存在しておらず、あとは修正四条による手続的保障のみが問題となるとする⁽⁷⁷⁾。

ただ、判決は、ウィグモアの指摘するように、「提出命令に於いて証拠を提出する行為が……提出された書類と全く別箇にそれ自体会話的性質を持つ」のであれば修正五条違反の問題が生じうるとする⁽⁷⁸⁾。しかし、自己負罪拒否権は、「当該事件乃至事件類型の個別的な事実その他の事情」に従って適用の有無が定められるのであり、本件のように会計士作成の書類を弁護人が提出する行為には何等被告人の供述的乃至会話的要素もなく、自己負罪的な要素も認められないとする⁽⁸⁰⁾。何故なら、本件書類は、会計士が客の依頼により通常作成するものであって、納税者たる本件被告人がかかる書類の存在を認めたとしてもそれだけでは国家は書類から得られる以上の情報を入手しうるものではない⁽⁸¹⁾。また、会計士に納税用書類の作成を依頼することはなんら犯罪ではない以上、かかる書類の存在を認める行為も、「納税者が自己負罪を行う現実

修正四条とプロバティ概念、プライバシー概念 渡辺

的な虞れ」はないとする⁽⁸²⁾。次に、本件納税者の証言は、第三者の作成した書類を認証する資格はないので、本件では、「暗黙裡の認証行為」理論の適用はないとする。「認証」といえるためには、書類の提出を通して、納税者が書類の「正確さ」、「内容の真实性」を保証することになる場合でなければならぬ⁽⁸⁴⁾。本件の書類提出では、当該書類は提出命令記載の書類であると被告人が信じているという以上のことは明らかにならないとする⁽⁸⁵⁾。

アンドレーセン事件⁽⁸⁶⁾では、被疑者の自己負罪供述を含む私文書の捜索・押収に対しては修正五条は一切保護を与えないとされた。つまり、グーレッド、シュマーバー事件では、適法になされた捜索・押収であってもなお修正五条に反する「強制」が認められうると考えられていたが、これが否定されたわけである。何故なら、フィッシャー事件に従えば、被疑者自身が「何かを供述し、または行う」よう強いられない限り、修正五条は適用されないからである⁽⁸⁷⁾。加えて、ヘイドン事件の結果、修正四条は私文書に対する絶対的保護を与えるものではないとされた。従って、今や、被告人個人の業務用の書類の押収と銀行強盗が出納係に示した脅迫状の押収とに差はなく⁽⁸⁸⁾、いづれについても修正四条の令状条項の定める

手続要件を除き、ブライバシーの特別の保護は与えられないことになったのである。

以上のフィッシャー、アンドレーセン事件は、次のような意義を有している。

第一に、国家が搜索・押収、その他の保全手段を手続上適切に実行する限り、いかなる種類の証拠物、会話が絶対的な保護を与えられないことになった。業務上の記録書類と日記との区別も、殺人に用いられた武器を目的とする寢室の搜索と避妊具を目的とする寢室の搜索との区別も最早認められなくなったのである。これらいずれの場合にも、証拠は被疑者になんらかの行為をしまはは供述するよう強制して得られたものではないので、「供述の強制」は欠けているのである。

第二に、供述的性質を持つ物件や会話が、修正四条に反して押収された場合であっても、被疑者に対し積極的行為を強要しているものではない以上、それだけでは、修正五条によつてこれらを証拠から排除することはできないのである。

第三に、第三者に対して発された提出命令は、被疑者の関わる私文書、信書、会話の記録帳等の提出を要求するものであつても、適法とされる。理由は、被疑者自身に対する強制が欠けるからである。

第四に、もっとも重要な点として、被疑者自身に対する先述の如き物件の提出命令を発することも適法とされる可能性がでてきたことである。フィッシャー事件の趣旨に照らすと、提出命令に従うことは証拠物件の存在またはこれを支配下にしていることを暗黙裡に承認することを意味し、この結果、国家は、搜索令状によっては取得しえないような物件の提出をも受けることができるが、これだけではなお修正五条の保護を発動するのに充分とはいえない。かかる認証行為は、犯罪の自由に至らない限り、自己負罪のとはいえないからである。もっとも、逆に言うと、以上の結果、私文書を目的とする提出命令に関しては一切の障碍が除去され、国家は被疑者の支配下にはあるが所在を確実につかめない書類の "fishings expeditions" を行うことが許されることとなる。また、フィッシャー事件の云うような、被疑者の提出命令に従う行為が提出物件の内容の真实性を保証することになるようなケースは考えにくく、結局、実際に保護される場合はないに等しくなる。

(D) 相対的な保護の不充分さ

結局、フィッシャー、アンドレーセン事件による修正五条

の限定解釈とヘイドン事件による「純粹証拠押収禁止ルール」の破棄により、個人のプライバシーを守る唯一の手段は修正四条の令状条項のみとなつてしまつた。これは、正しく、法現実主義の予定する裁判所の機能とも一致する変化といえる。

つまり、法現実主義の認識によれば、裁判所の役割とは個々の被告人の権利を保障するというよりも、国家の恣意的干渉に対し市民一般の利益を擁護する点にあるとされている。これを、修正四条の令状条項に則して述べれば次のようになる。

「相当の理由」の要件とは、国家の捜索・押収の対象となる者を、有罪と信ずるに足りる事由ある者に限定すること
をねらいとしており、⁽⁸⁹⁾「一般的捜索」を禁止するた
めの令状の特定性要件もこれと同じ趣旨によつてゐる。⁽⁹⁰⁾また、
捜索・押収の事前に令状を得なければならぬとするのも、
右の「相当の理由」と特定性の要件を「中立、公正なマジス
トレイト」による「公平な判断」に委ねるためである。かく
して、犯罪者たる可能性の高い者を他の社会成員の中から抽
出し、警察のプライバシー侵害をこのグループに限定しよう
とする法政策を実現したものと見て、修正四条の令状条項を
理解するのである。⁽⁹²⁾ こうした基本的な法政策の枠内で、裁判

所は、無辜の者のプライバシーに対する侵害の発生と警察が
刑罰法規執行上重要な証拠一切を迅速かつ効率的に収集する
能力の維持という二つの利益の調整を任務とするのである。
実際には、右の調整にあたり、ウォーレン・コートの時代
には、無辜の市民に対する誤つた捜索の可能性を防ぐため、
やや厳しい規制を課す傾向にあつたが、⁽⁹³⁾ バイガー・コートに
入つてからは、令状条項の要件を緩め、警察に広い権限を与
えるようになってきてゐる。⁽⁹⁴⁾

この点の調整方法上の変化の好箇の例として、違法収集証
拠排除法則に関する理解の仕方の変遷がある。

排除法則は、修正四条の令状条項を実効あらしめる主要な
手段である。当初、ウィークス事件では、修正四条に基づい
て個人は違法に押収された証拠を国家が使用することを禁ず
る権利を有し、従つて、この権利の反映として、裁判所は違
法収集証拠を使用してはならないという義務を負うと理解し
ていたといえる。これに対し、現在、最高裁は、排除法則と
は、「抑止効果によつて修正四条の権利を保護するために司
法部の創造した救済手段 (judicially created remedy) で
あつて、被害を被つた個人の憲法的権利ではない」と理解し
てゐる。⁽⁹⁵⁾ 個人の権利ではなく、警察の不法活動を抑止する社

会的利益が保護対象とされている。⁽⁹⁶⁾つまり、衡量すべきなのは、抑止の利益と有罪の被告人に現に有罪判決を言渡すことができなくなるといふコストであつて、いずれも社会的利益としては同質なのである。

最高裁は、この二つの利益を衡量した上で、排除の当否を判断することになるのであるが、現実には、排除を認める手続が縮減されてきており、人身保護手続⁽⁹⁷⁾、連邦民事事件⁽⁹⁸⁾、大陪審手続⁽⁹⁹⁾での適用が否定されている。

確かに利益衡量 (Balance) 自体は、方法論としては客観性を保ちえ、従つて、個人のプライバシーの保護に役立つ結果を導き出すものでもある。しかし、歴史的にみた場合、この利益衡量論とは、法現実主義・相対主義への推移と相俟つて、修正四条、五条による個人のプライバシー保護の範囲を狭める役割を果たしてきたとしかいえないのである。

更に、利益衡量自体にも問題がある。衡量の結果は、多分に衡量する諸要素の取捨選択によつてゐる点である。連邦最高裁は、排除法則の適用上、不法な警察活動の抑止効果の増加という利益と証明力ある証拠の排除のコストとを衡量してゐた。しかし、その際、焦点の置かれるべきなのは、当該事例上、排除法則の適用を否定することにより生ずる抑止効果

の限界的な減少の程度ではなく、適用例外が増加することにより生ずる抑止効果全般の累積的な減少でなければならない。また、利益の取捨選択後、各利益——排除法則のコスト・ベネフィット——は事実による検証乃至実証を伴う記述がなされなければならないが、今のところ、かかる実証的裏付けはない。つまり、「裁判官にとつて、結論を予見しておかずに『諸利益』を抽出するのは極めて困難である⁽¹⁰⁰⁾」というのが、利益衡量の現実なのである。

しかも、利益を一応同一次元に乗せ、事実による実証に成功したとしても、利益衡量論は最終的選択の基準を提供しえないのである。⁽¹⁰¹⁾例えば、マーティネス・フルト事件⁽¹⁰²⁾において、連邦最高裁は、国境付近に設けられている常設検問所で停止させられ質問をうける個人のプライバシーと外国人の不法入国を阻止する社会的利益とを衡量した。その際、後者については、不法入国人数の増加がアメリカ人の失業数を増加させる等の数字で裏付けた。しかし、プライバシーの利益については、七三年に約一七、〇〇〇人の不法入国外人が逮捕されたが、検問した車両中五台に四台は犯罪と無関係であつたとする数字などが示されたものの、充分に数量化しえていない。とまれ、最高裁は、プライバシーの侵害を「ごく

わずか」であると認定し、「合理的に設置された検問所であるのならば、個別的に嫌疑がなくとも……停止・質問を行う」ことは「社会的利益」により正当化されるとした。⁽¹⁰³⁾しかし、ここでの利益衡量は、最大の社会的利益を事実によって明らかにしてなされたというよりも、最高裁が法執行という一方の利益に当初から与えていたブレ、ミ、ムに基づくものであったように思われる。

利益衡量は、究極的には価値判断に基づいてなされるのであるが、衡量の方法論自体は価値の選択に関わりを持たない。このため、右の例にも示されているように、好ましからざる価値選択の結論に対しては当初から一定の偏見が入りこむことを防ぎえないのである。従って、個人の権利も、社会的福利一般に役立つ限りでのみ存在が正当化されるのであって、別言すれば、法現実主義の論理によると、社会的コストが具体的かつ不可避的に存する場合には、プライバシーなどのように漠然としてつかみどころのない「権利」を擁護することはできなくなるのである。私的会話に絶対的保護を与え、⁽¹⁰⁴⁾相当の理由を厳格に絞ること⁽¹⁰⁵⁾、事前の令状発付の要件を厳しく課すことは、⁽¹⁰⁶⁾その社会的非効率性の故に認めえないのである。

第三章 個人のプライバシーの権利の明確化と実現に向けて

法形式主義は、人格と財産^{プロパティ}とを同一視する点で足らざる面、過ぎる面をもっていたが、個人の人權は他の社会的諸利益と相対的連関しないとする法現実主義も極端すぎる。いずれも、人間の営為が、社会の構成部分として社会的であると同時に、他面で、社会的でもないという二面性を持つことに正しく注意を向けていない。個人人格の私的な側面を認識し、これを保護する必要性に鑑みれば、修正四条、五条は、一定の核となる人の表現行為と財物とを絶対的に保護するものであるとの結論を導かざるを得なくなる。西洋社会において、個々人の独自性に対する確信が、基本的な道義的信念とされている。そして、個人人格の独自性とは、人間に本来備わっているものであって、国家が賦与したものではない。法の主たる目的のひとつも、私的生活に対する不当な侵害やその暴露を受けない権利を保障することにより、右の確信を尊重しようとする点にあるといえる。⁽¹⁰⁷⁾同様に、人間が相互に親しくかつ私的に思想や感情を共有するとき、それぞれ自己の内側を互いに開示しようとする。信書、テープ、電話、実

際の会合、そして会話一般が、かかる共有の経験といえる。

連邦最高裁自身が、全く私的な行為を統制する方法を違憲としたのは、私的な内省、相互の意思疎通、人格の間にある密接な相互連関の重要性を認識したからに他ならない。とすれば、捜索令状、提出命令による私生活への干渉も、刑事法執行に伴う必要な手段として忍受するべきではなく、修正四条、五条の下で禁止されているというべきではなからうか。プライベートの価値は、人が犯罪に関わっていると信ずるに足りる理由があるということのみで、剝奪されてはならないのである。

もう少し別の角度から考えてみよう。アメリカの国家論は、多数者が権力を行使して少数者の人間的尊厳、法の下の平等を奪ってはならないという理論を基礎にしている。プライベートの権利は、人格の独自性並びに人間の尊厳と密接な関連を有しているのであって、右の理論上も、相当の関心を払わなければならない。何故なら、プライベートの権利の否定は、多数者により刑法その他の立法で一定の者が社会から外き出されることを意味し、また、かかる事態の有する政治的な重要性をも否定することになるからである。プライベートの保護は、広義での政治的自由を保障する第一歩であるともいえる。

よう。

以上の意味で、個人のプライベートの権利乃至自己実現とこれに伴う私的な意思疎通の持つ価値には、憲法の価値構造上優越的地位が与えられるべきなのである。かくして、修正四条、五条は、人格的な会話、書類、財産等一定の核となる領域については絶対的な保護を与えていると解さなければならぬ。

問題は、右の絶対的な保護の範囲である。私的な供述、私的な会話及び連邦最高裁が「基本的」と認識している私的な個人的権利乃至利益と不可分の関係を有する証拠は、右の領域に入る。但し、人格の私的側面 (the private aspect of personality) との相互連関性 (correlation) がなければならぬ。一定の証拠物が右の連関を有するかどうかの判断にあたり、裁判所は人格間の関係、行為を吟味しなければならない。さしあたり、日記、個人的な友人・知人間の会話及び信書は、右領域に入る。

とまれ、一定の証拠物件が右の絶対的保護の領域にあると判断された場合、権利主体自ら任意にこれを開示しない限り、裁判所は証拠として用いえない。権利主体が一定の私文書等を銀行等の第三者に開示していたとしても、国家との関わり

では絶対的保護をうける権利は失われない。⁽¹⁰⁹⁾ この意味で、社会的利益による制約はありえない。但し、他人の権利と衝突する場合には、一定の制約が被つてこよう。

ひとつの例として、被疑者が自己負罪供述を記した信書を弟に郵送したところ、弟がこれを任意に警察に提出した場合、被疑者のブライバシーと弟のそれとが衝突することになる。

弟も、いかなる機会に自己の所持する情報をどの程度開示するかを決定する権利を有するからである。しかし、この場合、被疑者は、弟自身もまた独立の開示権を有する自律的人格主体であることを認識しつつ、信頼して信書を送ったものである以上、弟の権利が優越することにならう。

第二に、一方当事者の同意のみによって、国家が電話会話を秘聴する場合には、そこに、強制的契機が証拠収集プロセス自体に存するので、違憲となる。

同様に、被疑者が国家の送りこんだ秘密の情報提供者に監視されている場合、この情報提供者と交わした会話は、違法な「押収」をうけたことになる。

以上のことを今一度理論的に説明すると、被疑者の所持する私的な供述的性質の証拠は、修正四条、五条がそれぞれ別個にまたは競合適用により保護を与えているのである。提出

命令も「搜索」の一つであつて、絶対的保護をうける権利の領域内にある証拠物を保全するために発することは禁止される。むしろ、それ以外の物件を対象とするときにも、特定性の要件を充足しなければならないのは当然である。また、同様に、捜索についても、手続上適正になされたか否かを問わず、証拠の性質上供述的要素のある物件を対象とするときには、修正五条を侵害するに足る強制があつたことになる。被疑者が、かかるブライバシーの利益を有している供述的証拠が、たまたま第三者の所持するところであつたとしても、国家が強制手段を用いてこれを保全することは、修正四条の合理性条項に反することになる。

以上の理論により、市民のもっとも私的な物件並びに活動は国家から絶対的に保護されえよう。同時に、かかる保護対象物に対する提出命令、搜索令状の発付は許されないという明瞭なルールも設定しえ、これを通じて、違法な警察活動を抑止する裁判所の力量も高まるであらう。

(1) *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886).

(2) *Id.*, at 630.

(3) *Fisher v. United States*, 425 U.S. 391 (1976).

(4) *Andresen v. Maryland*, 427 U.S. 463, 96 S. Ct. 2737 (1976).

- (45) 8 J. WIGMORE, EVIDENCE § 2264 (3d ed. 1940).
- (46) Pound, Mechanical Jurisprudence, 8 *COLUM. L. REV.* 605 (1908).
- (47) Corwin, The "Higher Law" Background of American Constitutional Law (pt. 2), 42 *HARV. L. REV.* 365, 383—384 (1928).
- (48) Corwin, The Basic Doctrine of American Constitutional Law, 12 *MICH. L. REV.* 247—48 (1914).
- (49) Slaughterhouse Cases, 83 U.S. (16 Wall) 36, 116 (1873) (Bradley, J., dissenting) (「憲法の原則を以ては、その人の自由と権利を保護するに在り」)。
- (50) 2 W. BLACKSTONE, COMMENTARIES, 139.
- (51) Pound, The Theory of Judicial Decision (pt. 2), 36 *HARV. L. REV.* 802, 815 (1923).
- (52) Kaplan, Search and Seizure: A No-man's Land in the Criminal Law, 49 *CALIF. L. REV.* 474, 475—77 (1961).
- (53) 116 U.S. at 624.
- (54) *Id.* at 622—629.
- (55) *Entick v. Carrington*, 19 *How. St. Tr.* 1029.
- (56) *Id.* at 1073.
- (57) 116 U.S. at 638.
- (58) *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).
- (59) *Id.* at 398.
- (60) *Gould v. United States*, 255 U.S. 298 (1921).
- (61) *Id.*, at 309, 310—11.
- (62) *Id.*, at 306.
- (63) *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132 (1925).
- (64) *See, Weeks v. United States*, 232 U.S. 383, 392 (1914).
- (65) *Agnello v. United States*, 269 U.S. 20 (1925) (「憲法の精神は、個人の自由と権利を保護するに在り」)；*Amos v. United States*, 255 U.S. 313 (1921) (「憲法は、個人の自由と権利を保護するに在り」)。
- (66) *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).
- (67) *Id.* at 464.
- (68) *Id.* at 465—66.
- (69) *Id.* at 462.
- (70) *Id.* at 455.
- (71) *Id.* at 468.
- (72) *Id.* at 470 (Holmes, J., dissenting).
- (73) *Ibid.*
- (74) *Ibid.*
- (75) *Id.* at 472 (Brandeis, J., dissenting).
- (76) *Ex parte Jackson*, 96 U.S. 727 (1877).
- (77) 277 U.S. at 475—476.
- (78) *Id.* at 484.
- (79) *Id.* at 484—85.
- (80) *Id.* at 487.
- (81) *See, B. CARDOZO, THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS* 112—14 (1921).

- (31) Pound, *The Spirit of the Common Law* (1905), in *ROSCOU POUND AND CRIMINAL JUSTICE* 79 (S. Glueck ed. 1965).
- (32) M. WHITE, *SOCIAL THOUGHT IN AMERICA*, 7 (1957).
- (33) Pound, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, 25 *HARV. L. REV.* 489, 514 (1912).
- (34) E. PURCELL, JR., *THE CRISIS OF DEMOCRATIC THEORY*, 74-75, 62-64 (1973).
- (35) O. W. HOLMES, *The Path of the Law*, in *COLLECTED LEGAL PAPERS* 179 (1920).
- (36) SHAPIRO, *FREEDOM OF SPEECH* 34-39 (1966).
- (37) Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence—The Next Step*, 30 *COLUM. L. REV.* 431, 439-53 (1930); J. FRANK, *LAW AND THE MODERN MIND* 170-96 (1930).
- (38) E. PATTERSON, *JURISPRUDENCE* 472 (1953). cf., W. JAMES, *PRAGMATISM* 222 (1925).
- (39) Purcell, Alexander M. Bickel and the Post Realist Constitution, 11 *HARV. C. R.-C. L. L. REV.* 521, 536, 556 (1976).
- (40) Llewellyn, *op. cit.* 439-59.
- (41) Go-Bart Importing Co. v. United States, 282 U.S. 344 (1931).
- (42) Marron v. United States, 275 U.S. 192 (1927).
- (43) *Id.* at 275.
- (44) United States v. Guido, 251 F. 2d 1 (7th Cir. 1959).
- (45) Morton v. United States, 147 F. 2d 28 (D. C. Cir. 1945).
- (46) United States v. Poller, 43 F. 2d 911, 914 (2d cir. 1930).
- (47) Warden v. Hayden, 387 U.S. 294 (1962).
- (48) See, e.g., *Osborn v. United States*, 385 U.S. 323, 340, 352 (1966) (Douglas, J., dissenting); *Berger v. New York*, 388 U.S. 41, 64 (1967) (Douglas, J., concurring).
- (49) *Goldman v. United States*, 316 U.S. 129, 136 (1942). (Murphy, J., dissenting); *On Lee v. United States*, 343 U.S. 747, 765 (1952) (Burton, J., dissenting).
- (50) *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).
- (51) *Warden v. Hayden*, 387 U.S. at 302-03.
- (52) See, e.g., *Couch v. United States*, 409 U.S. 322, 338-44 (1973) (Douglas, J., dissenting).
- (53) *Andresen v. Maryland*, 96 S. Ct 2737, 2750-54 (1976) (Brennan, J., dissenting).
- (54) 8 J. WIGMORE, *EVIDENCE* § 2251, at 309, 3d ed. 1940).
- (55) 8 J. WIGMORE, *EVIDENCE*, § 2264, at 363-64 (3d ed. 1940).
- (56) *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966).
- (57) *Id.* at 761.
- (58) *Couch v. United States*, 409 U.S. 322 (1973).
- (59) *Id.* at 331.
- (60) *Ibid.*

- (81) *Bellis v. United States*, 417 U.S. 85, 91 (1974).
- (82) *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43, 69—70 (1906); *Burdeau v. McDowell*, 256 U.S. 465, 476 (1921).
- (83) *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 551 (1972).
- (84) *Fisher v. United States*, 425 U.S. 391 (1976).
- (85) *Id.* at 396—501.
- (86) *Id.* at 400.
- (87) *Id.* at 410.
- (88) *Ibid.*
- (89) *Id.* at 410—411.
- (90) *Id.* at 411.
- (91) *Id.* at 412.
- (92) *Id.* at 413.
- (93) *Ibid.*
- (94) *Id.* at 412—413.
- (95) *Andressen v. Maryland*, 427 U.S. 463, 96 S. Ct. 2737 (1976).
- (96) 96 S. Ct. 2744—45.
- (97) *Id.* at 2745.
- (98) See, e.g., *Fisher v. United States*, 425 U.S. 391, 400 (1976).
- (99) *United States v. Lefkowitz*, 285 U.S. 452, 465 (1932).
- (100) *Johnson v. United States*, 333 U.S. 10, 13—14 (1948).
- (101) *Go-Bart Importing Co. v. United States*, 282 U.S. 344, 357 (1931).
- (82) See, e.g., *Aguilar v. Texas*, 378 U.S. 108 (1964) (準 照 函 照); *Spinelli v. United States*, 393 U.S. 410 (1969) (準 照 函 照); *Chimel v. California*, 395 U.S. 752 (1969) (準 照 函 照 之 類 似)。
- (83) See, e.g., *United States v. Harris*, 403 U.S. 573 (1971); *Schneekloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218 (1973); *Almeida-Sanchez v. United States*, 413 U.S. 266 (1973); *Cardwell v. Lewis*, 417 U.S. 583 (1974); *Texas v. White*, 423 U.S. 67 (1975); *South Dakota v. Opperman*, 428 U.S. 370 (1976); *United States v. Martinez Fuerte*, 96 S. Ct. 307 (1976).
- (84) *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338, 348 (1974).
- (85) *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465, 96 S. Ct. 3037, 3051 (1976).
- (86) *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465, 96 S. Ct. 3037 (1976).
- (87) *United States v. Janis*, 428 U.S. 433, 96 S. Ct. 3021 (1976).
- (88) *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1973).
- (89) *Frantz*, Is the First Amendment Law? A Reply to Professor Mendelson, 51 CAL. L. REV. 729, 747 (1963).
- (90) Note, Specifying the Procedures Required by Due Process: Toward Limits on the Use of Interest Balancing, 88 HARV. L. REV. 1510, 1519—20 (1975).
- (91) *United States v. Martinez-Fuerte*, 96 S. Ct. 3074 (1976).
- (92) *Id.* at 3084.
- (93) Cf., *Hoffa v. United States*, 385 U.S. 293 (1966).

(25) Cf., Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968).

(26) Cf., Warden v. Hayden, 387 U.S. 294 (1967).

(27) See, Olmstead v. United States, 277 U.S. 438, 478 (1928) (Brandeis, J., dissenting).

(28) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965); Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557 (1969); Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

(29) See, Perlman v. United States, 247 U.S. 7 (1918) (被告が民事事件で私文書を提出したとき、後の偽証罪の訴追に關して、修正五条の特権は放棄せられてゐるとした); United States v. Miller, 425 U.S. 435, 442-43 (1976) (小切手、財務書類、預金伝票等は「任意に銀行に与えられ、その従業員に開示された情報しか含まれていない」ので、プライバシーの合理的期待を欠くこと)。

◆ ◆ ◆
最後に、若干、感想を付しておく。カッツ事件で「プライバシー」が修正四条の保護法益と宣せられたことは、科学技術の發展した現代社会で、市民が他人に開示したくない領域を保護するための法的概念を用意した点では、大きな意義があった。しかし、この概念は、当初からその外延が不分明であり、ともすれば、従来の古典的な財産的利益をも包括した広い意味を与えられがちであった。その結果、現代社会における市民的安全を端的に示す標語にはなりえても、具体的な

事件でどのような利益を意味するのかについては、明確な基準を与えていない。また、この範囲を画する方法とされている所謂「balancing」は、譲りえない市民的利益の最後の核をも相対化し、考慮事由として扱い、他の国家的利益等と同一平面に置く役割を担っている。ここに、アメリカ法で生成し來った「プライバシー」概念の弱点がある。それ故、本論文のように、私的な供述的性質の証拠物件を、搜索・押収、提出命令の対象とすることを禁止し、その証拠使用は自己負罪拒否権を侵害するという明確な絶対的保護領域を設定することは、右の弱点を克服するひとつの方途ではある。

我が国憲法三五条の保護法益についても、アメリカ法から輸入した「プライバシー」概念により包括的に説明する方向には、やや疑問が残る。さしあたり、財産的利益が市民のプライベートな空間、思考、表現と一体的なものであるというロック流の理念を定着させる一方、プライバシーの権利については、憲法二三条を根拠としつつ、三五条では被えない、不定型的な私的領域を保護していくという枠組みで考えていくべきではなからうか。