

情報技術の高度化と犯罪捜査(3)

——犯罪捜査のための情報収集の法的規律の在り方——

池 亀 尚 之

はじめに

第1章 憲法35条の射程とその保障内容の概観

I 憲法35条の射程

II 問題状況の確認——憲法35条の保障内容

第2章 修正4条の「search」該当性判断基準・保護法益論の展開

I アメリカ合衆国最高裁判例における修正4条の保護法益論

A property-based approach

1. 財産的利益の意識と主題化

2. 財産権的説明の緩和

B reasonable expectation of privacy

1. 憲法上の権利としてのプライバシー権の承認

2. 修正4条の解釈論の「転機」

C 高度化する情報収集活動へのKatz基準の適用

D property-based approach と privacy-based approach

E 小括(以上, 215号)

II Katz基準との格闘

A Katz基準への批判

B Katz基準の明確化の試み

1. Kerr教授による類型化

2. Slobogin教授による侵害度の社会調査

3. 小括

C 「search」該当性判断基準の再構築

1. プライバシー概念の展開と刑事手続
 - a 私事の秘匿と自己情報のコントロール
 - b 修正4条の解釈論におけるプライバシー—私事の秘匿—と「情報の自発的開示・危険の引受け」
 - c 修正4条の解釈論におけるプライバシー—私事の秘匿—と情報取得時規制への集中
 - d 自己情報コントロール権の「search」該当性判断基準への反映
 - e プライバシー権の客観的な把握
 2. 財産権への回帰
 3. 強制からの自由 (Freedom from coercion)
 4. 客観規範としての修正4条— A right of security
- Ⅲ 小括 (以上, 217号)
- 第3章 憲法35条の保障内容
- I アメリカ合衆国憲法修正4条の制定経緯
 - A Writs of Assistance Case
 - B General Warrant Case
 - C 修正4条の制定とその保護法益
 - II 日本国憲法35条の制定経緯
 - III 個人生活の安全保障規定としての憲法35条
 - A 憲法35条の保障の性質
 - B 「個々人の生活の安全」——一般論
 1. 自由で開かれた民主社会
 2. プライバシー権論との関係
 3. 個々人の生活の安全
 4. 「住居, 書類及び所持品」／「侵入, 搜索及び押収」
 5. 「the right ... to be secure」
 - C 小括 (以上, 本号)
- 第4章 捜査機関による情報収集活動の法的規律の在り方
- 第5章 所在把握捜査の高度化とその法的規律の在り方
- おわりに

第3章 憲法35条の保障内容

I アメリカ合衆国憲法修正4条の制定経緯

日本国憲法35条の母法であるアメリカ合衆国憲法修正4条の立法趣旨を理解するには、同条の制定経緯を考察する必要がある⁽¹⁾。そこで、修正4条の制定経緯に関する近時の詳細な研究成果である Cuddihy 教授の著書⁽²⁾と Clancy 教授の論文⁽³⁾を主たる参照資料として修正4条の制定経緯を辿り、同条が制定されたねらいを探ることとしたい。

A Writs of Assistance Case

修正4条の制定の直接のきっかけとなったのは、独立戦争直前期の出来事——植民地時代のアメリカにおける「writs of assistance (援助令状)」に関する事件とイギリス本国における「general warrants (一般令状)」に関する事件——である⁽⁴⁾。

1696年、英国議会は、植民地における徴税遂行のため、嫌疑に基づか

(1) Thomas K. Clancy, *The Framers' Intent: John Adams, His Era, and the Fourth Amendment*, 86 IND. L.J. 979, 983 (2011).

(2) WILLIAM J. CUDDIHY, *THE FOURTH AMENDMENT: ORIGINS AND ORIGINAL MEANING* 602-1791 (2009).

(3) Clancy, *supra* note 1.

(4) *Stanford v. Texas*, 379 U.S. 476, 482 (1965). これより以前のイギリス本国における問題の展開については、井上正仁『強制捜査と任意捜査〔新版〕』(有斐閣, 2014) 38頁以下(初出は「令状主義の形成過程」司法研修所論集99号〔1997〕200頁以下)に詳しい。同46-53頁では、合衆国憲法修正4条の制定に至る経緯が概観されている。合衆国憲法の制定過程について紹介する近時の邦語文献として、國生一彦『アメリカの憲法成立史—法令索引、判例索引、事項索引による小辞典的憲政史—』(八千代出版, 2015)がある。

ずに発付される writs of assistance の使用を認める法律を制定した⁽⁵⁾。北アメリカの植民地で密輸が横行していたのに対して、違法行為についてのいかなる嫌疑もなく発付され、あらゆる場所への立入りとあらゆる物の検査を許容する writs of assistance が、密輸品を押収する手段とされたのである⁽⁶⁾。この writs of assistance は「徴税官吏が保有する永久の搜索令状のようなもので、国王の存命中、無制限の裁量に基づいて使用された」⁽⁷⁾。中でも、北アメリカの他の12の植民地と比べて、マサチューセッツ邦では writs of assistance が頻繁に用いられた⁽⁸⁾。

1761年、イギリス国王ジョージ2世の死去に伴い新たな writs of assistance が請求されると、ボストンの商人達はそれを阻止するため、James Otisを代理人として上位裁判所に提訴した⁽⁹⁾。弁論においてOtisは、次のように熱弁した。

「ある者の住居はその者の城である。平穩に過ごす限り、同人はまるで城の中にいる王子のように保護される。本件のような令状が認められるならば、このような特権が徹底的に踏みにじられるであろう。徴税官吏は、自分の望むときにいつでも、我々の住居に足を踏み入れてよいことになっ

(5) CUDDIHY, *supra* note 2, at 255-58; M. H. SMITH, THE WRITS OF ASSISTANCE CASE 117-18 (1978).

(6) JACOB B. LANDYNSKI, SEARCH AND SEIZURE AND THE SUPREME COURT: A STUDY IN CONSTITUTIONAL INTERPRETATION 20, 30 (1966).

(7) LANDYNSKI, *supra* note 6, at 31. 1701年以降、writs of assistance は、発付時の国王の存命中とその死後6か月間は効力が維持されるようになった。See NELSON B. LASSON, THE HISTORY AND DEVELOPMENT OF THE FOURTH AMENDMENT TO THE UNITED STATES CONSTITUTION 57 (1937).

(8) CUDDIHY, *supra* note 2, at 490-503; LANDYNSKI, *supra* note 6, at 31.

(9) CUDDIHY, *supra* note 2, at 380-81; TELFORD TAYLOR, TWO STUDIES IN CONSTITUTIONAL INTERPRETATION: SEARCH, SEIZURE, AND SURVEILLANCE AND FAIR TRIAL AND FREE PRESS 36 (1969).

てしまう。」⁽¹⁰⁾

商人達の主張は裁判所に容れられなかったが、Otis の上記弁論は、「search の一般権限に対するアメリカの人々の伝統的な考え方が初めて示された」⁽¹¹⁾のものであり、合衆国憲法の「令状条項の制定につながる考えの核心が初めて記録された宣言」⁽¹²⁾であると位置づけられ、その後の合衆国最高裁の判例でたびたび引用されるのである⁽¹³⁾。

この1761年の「パクストン事件」⁽¹⁴⁾で注目されるのは、John Adams が傍聴席で Otis の上記主張をメモし⁽¹⁵⁾、数週間後にその要旨を丁寧にとまとめていたことである⁽¹⁶⁾。というのも、後に見るように、Adams はこの19年後、1780年にマサチューセッツ憲法を起草するが、その14条が修正4条の制定に強い影響を与えたからである⁽¹⁷⁾。

パクストン事件後、Otis は植民地議会の議員に選出され、Otis の尽力もあって、植民地議会は、特定の場所で特定の人が法律違反の取引を行っ

(10) WILLIAM TUDOR, THE LIFE OF JAMES OTIS, OF MASSACHUSETTS 67 (1970); 2 THE WORKS OF JOHN ADAMS : SECOND PRESIDENT OF THE UNITED STATES app. A, at 524-25 (Charles Francis Adams ed., 1850). 後掲注⁽⁵⁷⁾ も参照。

(11) SMITH, *supra* note 5, at 7.

(12) CUDDIHY, *supra* note 2, at 382.

(13) See e.g., Payton v. New York, 445 U.S. 573, 583 n.21 (1980); Frank v. Maryland, 359 U.S. 360, 364 (1959); Boyd v. United States, 116 U.S. 616, 625 (1886).

(14) 1761年のボストンにおける訴訟については様々な呼称が使用されているが、writs of assistance を請求した徴税官吏 Charles Paxton の名前から、「Paxton's Case」と呼ばれるのが一般的である。Clancy, *supra* note 1, at 992 n.79.

(15) Clancy, *supra* note 1 at 996-97 (citing JOSIAH QUINCY, JR., REPORTS OF CASES ARGUED AND ADJUDGED IN THE SUPERIOR COURT OF JUDICATURE OF THE PROVINCE OF MASSACHUSETTS BAY, BETWEEN 1761 AND 1772, at 469, 471-75 (1865)).

(16) Clancy, *supra* note 1, at 996-97.

(17) 本節C参照。

ていることについて、徴税官吏が特定の情報源からの信頼できる情報を有している場合にのみ writs of assistance を発付できる法律を可決した。しかし、植民地の総督は、拒否権を行使してその発効を阻止した⁽¹⁸⁾。

このような動きに対して、英国議会は、1767年、植民地における writs of assistance の発付を依然として正当化する Townshend Act を成立させた。しかし、植民地の裁判所が writs of assistance の発付を拒否する事例が相次いだという⁽¹⁹⁾。もっとも、マサチューセッツ邦ではその後も writs of assistance の発付が続いたことから、特定性を要求する修正4条の令状条項のアイディアのほとんどが、植民地時代のマサチューセッツ邦において形成されたといわれる⁽²⁰⁾。

B General Warrant Case

パクストン事件の2年後、イギリス本国で Wilkes 事件⁽²¹⁾が起きた。『North Briton』という匿名のパンフレットで政府の政策を批判していた John Wilkes は、同誌45号で議会開会式の国王のスピーチをも非難した。そこで、文書扇動罪の被疑事実の捜査のために、逮捕・搜索・押収の対象者・対象場所・対象物を特定しない一般令状が発付された。この令状の執行により、3日間で Wilkes の他、印刷出版業者48人が逮捕されるとともに、令状に記載されていたとおりに、Wilkes の住居等が「入念に搜索」され、ありとあらゆる書類が押収された⁽²²⁾。

Wilkes らはこの捜査が誤っていたと主張し、それぞれ損害の賠償を請

(18) CUDDIHY, *supra* note 2, at 402-05; SMITH, *supra* note 5, at 567-68.

(19) CUDDIHY, *supra* note 2, at 490-91; SMITH, *supra* note 5, at 438-70.

(20) CUDDIHY, *supra* note 2, at 327.

(21) Wilkes v. Wood, 98 Eng. Rep. 489 (C.P. 1763).

(22) CUDDIHY, *supra* note 2, at 440-43; LASSON, *supra* note 7, at 43-44.

求した。Wilkes の訴訟において、Pratt 首席判事は、対象の特定を欠き法執行官の裁量を許す、すなわち、あらゆる場所への立入りとあらゆる書類の押収を認める令状の発付が許容されるとすれば、「すべての者の身体や財産が侵害され、対象者の自由が完全に破壊されてしまう」と述べた⁽²³⁾。この Wilkes 事件は「修正 4 条の起草者の念頭にあり」⁽²⁴⁾、その説示は「修正 4 条によって保護される権利の源泉」⁽²⁵⁾であるといわれる。

その後、Wilkes 事件と同様の損害賠償請求訴訟が続いたが、合衆国最高裁判例で頻繁に言及される⁽²⁶⁾のが Entick 事件⁽²⁷⁾である。扇動文書の作成に関与したとして逮捕された Entick の住居が令状により搜索され、発見されたすべての文書が押収された⁽²⁸⁾。この令状では、対象者は Entick として特定されていたが、搜索場所・押収物は特定されていなかった⁽²⁹⁾。

Entick が提起した trespass 訴訟において、Camden 卿と呼ばれるようになっていた Pratt 首席判事は、財産権の重要性を指摘して、一般令状による搜索押収を非難したのである⁽³⁰⁾。

これらの事件はアメリカ植民地でも大きく報道され⁽³¹⁾、一般令状に対す

(23) *Wilkes*, 98 Eng. Rep., at 498.

(24) *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616, 626-27 (1886).

(25) *Stanford v. Texas*, 379 U.S. 476, 484 (1965).

(26) *See e.g.*, *United States v. Jones*, 565 U.S. 400, 405 (2012); *City of West Covina v. Perkins*, 525 U.S. 234, 247 (1999); *Brower v. County of Inyo*, 489 U.S. 593, 596 (1989); *Payton v. New York*, 445 U.S. 573, 608 (1980); *Berger v. New York*, 388 U.S. 41, 49 (1967); *United States v. Lefkowitz*, 285 U.S. 452, 466 (1932); *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616, 626 (1886).

(27) *Entick v. Carrington*, 19 Howell's St. Tr. 1029 (C.P. 1765).

(28) *Entick*, 19 Howell's St. Tr., at 1044.

(29) *Id.* at 1031.

(30) *Id.* at 1066.

(31) Thomas Davies, *Recovering the Original Fourth Amendment*, 98 MICH. L. REV.

る植民地の人々の反感を強めたという⁽³²⁾。

C 修正4条の制定とその保護法益

(1) 援助令状や一般令状についてのA・Bの展開は、合衆国憲法修正4条の制定に関わった人々にどのような懸念を抱かせたのであろうか。

修正4条の草案を起草したのは、James Madisonである。Madisonが1789年6月8日に議会に提出した修正4条の草案は以下のとおりである。

The rights of the people to be secured in their persons, their houses, their papers, and their other property, from all unreasonable searches and seizures, shall not be violated by warrants issued without probable cause, supported by oath or affirmation, or not particularly describing the places to be searched, or the persons or things to be seized.⁽³³⁾

(あらゆる不合理な搜索押収から身体、住居、書類その他の財産の安全を保障されるという人々の権利は、宣誓又は確約によって根拠づけられた相当な理由を欠いて発付された令状や、搜索される場所や抑留される人又は物件を特定して記していない令状により侵害されてはならない。)

注目すべきは、このMadison草案がいかなる考慮の末にできあがったのかということと、このMadison草案とそれに修正が施されて成立した現在の修正4条の差異である。

(2) 1787年9月に憲法制定会議において完成した合衆国憲法案は連合会議に提出され、連合会議は、各邦(独立13州)へ批准を求めてこれを送

547, 562-65 (1999).

⁽³²⁾ CUDDIHY, *supra* note 2, at 538-40.

⁽³³⁾ NEIL H. COGAN, THE COMPLETE BILL OF RIGHTS: THE DRAFTS, DEBATES, SOURCES AND ORIGINS 223 (1997).

付した。

既に連合会議においてバージニア邦やニューヨーク邦の代議員から権利章典の追加が提案されていたが⁽³⁴⁾、いくつかの邦の批准会議において権利章典の欠如が議題になり、バージニア邦、ニューヨーク邦等の4邦が搜索押収条項を含む修正条項を提案した。これらの提案のうち、他邦に影響を与えたのが、Madison 自身も参加していた、バージニア邦の批准会議において提案されることになった以下の搜索押収条項案であった⁽³⁵⁾。

That every free Man has a Right to be secure from all unreasonable Searches and Seizures of his Person, his papers, and his property. All Warrants therefore to search suspected places, or to seize any freeman, his papers, or Property, without Information upon Oath (or Affirmation of a Person religiously scrupulous of taking an Oath) of legal and sufficient Cause, are grievous and oppressive; and all general Warrants to search suspected places, or to apprehend any suspected Person, without specifically naming or describing the place or Person, are dangerous, and ought not to be granted.⁽³⁶⁾

(すべての者は、その身体、書類、財産に対するあらゆる不合理な搜索押収から安全を保障される権利を有する。宣誓〔又は宣誓することの誠実な確約〕に基づく資料及び十分な理由なく、疑わしい場所を搜索し、あらゆる人やその書類、財産を抑留する令状は、苛酷かつ圧制的である。場所や人を明確に特定せずに、疑わしい場所を搜索し、あらゆる疑わしい者を逮捕

(34) CUDDIHY, *supra* note 2, at 671-72. バージニア邦の代議員・Richard Henry Lee が提案した条項の一つに、後述のマサチューセッツ憲法14条を引用した搜索押収条項があった。

(35) Clancy, *supra* note 1, at 1035-37.

(36) COGAN, *supra* note 32, at 233.

する一般令状は危険であり、認められてはならない。)

もっとも、バージニア邦ではアメリカ独立宣言と同年(1776年)、既に権利章典が制定されており(この制定にも Madison が関与していた)、その10条に搜索押収に関する条項が置かれていた。バージニア権利章典10条は次のとおりである。

That general warrants, whereby an officer or messenger may be commanded to search suspected places without evidence of a fact committed, or to seize any person not named, or whose offense is not particularly described and supported by evidence, are grievous and oppressive, and ought not to be granted.⁽³⁷⁾

(犯罪事実の証拠もなく疑わしい場所を搜索することや、不特定の者やその犯罪行為が証拠に基づいて明確に記されていない者を抑留することを官吏や執行吏に命じ得る一般令状は、苛酷かつ圧制的であって、認められてはならない。)

両者を比較すると、バージニア権利章典10条が「general warrants」を禁止しているのに対して、バージニア邦が提案した憲法修正条項案は、まず、前段において身体等が「あらゆる不合理な搜索押収から安全を保障される権利」の存在を明らかにし、後段で令状に関する事項を定めているという違いがある。権利章典を制定していた邦の典型的な規定は、バージニア権利章典10条のように一般令状のみを禁止するものであり⁽³⁸⁾、自邦もそのような搜索押収条項を置いていたにもかかわらず、バージニア邦が前段・後段から成る修正条項案を提案するに至ったのはなぜか。

Clancy 教授の分析によると、ここに大きな影響を与えたのが、John

⁽³⁷⁾ *Id.* at 235.

⁽³⁸⁾ Clancy, *supra* note 1, at 1027.

Adams が起草した1780年のマサチューセッツ憲法14条であるという⁽³⁹⁾。マサチューセッツ憲法14条の特徴の一つは、以下に示す条文の前段のとおりに、まず、一般令状に限定せずに「あらゆる不合理な搜索押収」に対する広範な権利を言明していることである⁽⁴⁰⁾。

Every subject has a right to be secure from all unreasonable searches and seizures of his person, his house, his papers, and all his possessions. All warrants, therefore, are contrary to this right, if the cause or foundation of them be not previously supported by oath or affirmation, and if the order in the warrant to a civil officer, to make search in suspected places, or to arrest one or more suspected persons, or to seize their property, be not accompanied with a special designation of the person or objects of search, arrest, or seizure; and no warrant ought to be issued but in cases, and with the formalities prescribed by the laws.⁽⁴¹⁾

(すべての者は、その身体、住居、書類、所持品に対するあらゆる不合理な搜索押収から安全を保障される権利を有する。宣誓又は確約により明確に裏付けられた理由や根拠を欠く、又は、搜索すべき場所、逮捕すべき者、差し押さえるべき物を特に指示することなく、官吏に対して疑わしい場所を搜索させ、疑わしい者を逮捕させ、財産を差し押さえさせる令状は、この権利に反する。法律により定められた手続に従わない限り、令状は発付されてはならない。)

(39) *Id.* at 1041.

(40) *Id.* at 1028.

(41) COGAN, *supra* note 33, at 234. マサチューセッツ憲法制定時点で、一般令状の禁止にのみ言及する権利章典を規定していたのは、バージニア邦、メリーランド邦、ノースカロライナ邦、デラウェア邦の4邦であった。*Id.* at 234-35.

このマサチューセッツ憲法14条が、バージニア邦の連合会議の代議員であった Richard Henry Lee や George Mason らバージニア邦の実力者に影響を与えた結果⁽⁴²⁾、バージニア邦の搜索押収条項案は、前段・後段から成る「構造」とすべての不合理な搜索押収に対する権利の言明という「文言」において、マサチューセッツ憲法14条から「明らかな影響」を受けている⁽⁴³⁾。バージニア邦の搜索押収条項案は、同邦の批准会議での採択後、直ちにニューヨーク邦に送られ⁽⁴⁴⁾、ニューヨーク邦でも最終的に同様の搜索押収条項案が採択された⁽⁴⁵⁾。

1776年にペンシルベニア邦において、搜索押収に対して「身体、住居、書類、所持品を自由な状態に保つ権利」を言明する前段と、搜索場所等の特定を要求する令状についての後段から成るペンシルベニア権利章典10条⁽⁴⁶⁾が規定されていたことから考えると、搜索押収に関する条項の規

(42) Clancy, *supra* note 1, at 1030-31 n.337. Lee がマサチューセッツ憲法14条を引用した提案を行っていたことについては、前掲注34参照。

(43) *Id.* at 1041. もっとも、バージニア邦の搜索押収条項案の起草者について、Cuddihy 教授が George Mason であると主張するのに対して、Clancy 教授はそれに疑問を呈する。CUDDIHY, *supra* note 2, at 684-85; Clancy, *supra* note 1, at 1037-38 n.358.

(44) CUDDIHY, *supra* note 2, at 703 n.121.

(45) Clancy, *supra* note 1, at 1041. バージニア邦、ニューヨーク邦の他に搜索押収条項案を採択したのはノースカロライナ邦とロードアイランド邦であるが、Clancy 教授曰く、これら4邦の搜索押収条項案は、マサチューセッツ憲法14条前段を「一語一句そのまま」引いている。*Id.* at 1044.

(46) 同条は「That the people have a right to hold themselves, their houses, papers, and possessions free from search and seizure, and therefore warrants without oaths or affirmation first made, affording a sufficient foundation for them, and whereby any officer or messenger may be commanded or required to search in suspected places, or to seize any person or persons, his or their property, not particularly described, are contrary to that right, and ought not to be granted. (「人民は、自己

定形式について、Adams が与えた影響を過大評価することはできないが、少なくとも、一般令状により行われる「(不合理な) 搜索押収」に限らず、「すべての不合理な搜索押収」に対する懸念を搜索押収条項に明示するという点において、各邦の搜索押収条項案に Adams の起草したマサチューセッツ憲法14条が影響を与えたことは疑いない。

(3) Madison による修正 4 条の草案は(1)に示したとおりであるが、注目すべきは、自邦の権利章典の搜索押収条項と、自邦の提案した搜索押収条項案を当然に踏まえていたはずの Madison が、(1)の修正 4 条の草案を提出したことである。

Madison 案は、形式的には一文で成り立っているが、「あらゆる不合理な搜索押収から身体、住居、書類その他の財産の安全を保障されるという人々の権利」の存在を明らかにした上で、その権利が相当な理由と搜索押収対象の特定を欠く令状により侵害されないことを規定している。一般令状を規制するだけの形式を採用していないことから、Madison 案は、

ならびにその住居、書類および所有物を搜索・押収(逮捕)から自由な状態に保つ権利を有するのであり、それ故、その発付に先立ってなされる宣誓または確約により十分な根拠を示さず、搜索の場所や押収(逮捕)すべき人やその財産を特定表示することなく、疑わしい場所を搜索すること、または、いかなる人やその財産をも押収(拘束)することをあらゆる官吏や執行吏に命じ得るような令状は、その権利に反するものであって、発せられるべきではない」〔訳文は、井上・前掲注(4) 50頁による〕という規定である。COGAN, *supra* note 33, at 235.

Clancy 教授は、前段が後段の一般令状の禁止の「前提としてのみ機能することは明らか」であるという。Clancy, *supra* note 1, at 1027 n.323. 「search and seizure」に「[all] unreasonable」といった修飾語句が付いていないことから、同条の主眼は、権利の存在を明らかにすることと一般令状を禁止することの両者にあったというよりも、後者にあったとも考えられるであろう。

なお、1791年まで合衆国に加盟していなかったバーモント邦でも、1777年にペンシルベニア邦と同じ搜索押収条項が規定されている。COGAN, *supra* note 33, at 235.

当時の各邦の一般的な権利章典の規定ぶりを維持したのではなく、マサチューセッツ憲法14条やその影響を受けたバージニア邦の搜索押収条項案の影響を受けていることは明らかである。Clancy 教授の分析では、Madison 案は、①搜索押収に対する権利であること、②その権利は「不合理な」侵害に対するものに限られていること、③身体・住居・書類・「その他の財産」という保護対象が列挙されていること、④「安全を保障される権利」として保護される権利が明確にされていること、という4つの重要な点で Adams の言い回しを「ほとんど一言一句模倣」しているという⁽⁴⁷⁾。もっとも、Adams の影響を受けた規定ではあるものの、Madison の議会演説を踏まえると、Madison 自身のねらいは一般令状の禁止にあったという⁽⁴⁸⁾。

その後、下院の審理において、搜索押収条項が「権利を宣言するもの」であり、前段による権利が後段とは「無関係である」ことを文言上明確にするために⁽⁴⁹⁾、「by warrants issuing」⁽⁵⁰⁾という部分が「and no warrant shall issue」に変更されることにより、前段と後段を明確に分ける形式に

(47) Clancy, *supra* note 1, at 1046.

(48) *Id.* at 1045-46 (citing James Madison, *Speech at the First Congress, First Session: Amendments to the Constitution* (June 8, 1789), in 5 WRITINGS OF JAMES MADISON 370 (Gaillard Hunt ed., 1904)).

(49) *Id.* at 1048.

(50) Madison 案は下院本会議前の第11委員会における審理で若干修正され、「their other property」が「effects」に、「by warrants issued」が「by warrants issuing」に修正されていた。LASSON, *supra* note 7, at 100-01. また、「from all unreasonable searches and seizures」という文言が「軽率にも」削除されたが、本会議において「against unreasonable searches and seizures」という文言が再び挿入された。Clancy, *supra* note 1, at 1048.

修正されることになった⁽⁵¹⁾。一文形式の Madison 案が「十分ではない」⁽⁵²⁾と判断され、修正されるに至ったのは、Madison が一般令状を禁止することを主眼として搜索押収条項を起草していたことから前段と後段を明確に分ける形式を採用しなかったためではないだろうか⁽⁵³⁾。

その後の下院・上院の審理経過や各邦における批准経過は記録上明らかでないものの⁽⁵⁴⁾、Madison 案からの最大の変更点は、上記のように前段と後段の分離を明確にしたことである。Madison 案は「保護される権利の言明が不十分であり、搜索押収条項は、広範な権利の言明と、それとは別に一般令状を非難する要素を持つ Adams の規定形式に回帰すべきであった」⁽⁵⁵⁾のである。

以上の経緯によって、あらゆる不合理な搜索押収との関係で保護されるべき権利を言明する前段と、一般令状を防ぐための令状発付の条件を明らかにした後段から成る修正 4 条が成立したことから考えると、少なくとも、修正 4 条制定時に「既に存在していた、政府による恣意的な侵害からの自由という権利」⁽⁵⁶⁾を前段において鮮明にしようとする関係者の意図が

(51) LASSON, *supra* note 7, at 101.

(52) *Id.*

(53) 下院におけるこの「修正」を主導したのが誰かについては、ニューヨーク州選出の Egert Benson であるという見解とマサチューセッツ州選出の Elbridge Gerry であるという見解が対立している。Clancy 教授は、Benson が独立戦争期に一般令状を使ってニューヨーク市民を攻撃していたと Cuddihy 教授が主張していること、Gerry がマサチューセッツ州選出であることや、長年 Adams と親しかったことを考えると、マサチューセッツ憲法14条に近づくような修正を主導したのは Gerry であると考えるのが自然であると考えている。Clancy, *supra* note 1, at 1049-50.

(54) LASSON, *supra* note 7, at 103; CUDDIHY, *supra* note 2, at 712-23.

(55) Clancy, *supra* note 1, at 1050.

(56) LANDYNSKI, *supra* note 6, at 43. 緑大輔「無令状搜索押収と適法性判断(1)—憲法35条による権利保障—」*修道法学* 28巻1号(2005)161頁は、「立案者たちは、単に手

読み取れる。これは、修正4条制定時、さらにはマサチューセッツ憲法14条制定時に、その成立に影響を与えた者たちが共有していた懸念の現れともいえる。では、この「懸念」とは、より具体的に何であったのか。

(4) 以上のように、マサチューセッツ憲法14条が結果的に修正4条に与えた影響は大きかったが、マサチューセッツ憲法14条はどのような「懸念」が反映されて規定されたのか。

マサチューセッツ憲法14条を起草したのは、後に合衆国第2代大統領に就任する John Adams である⁽⁵⁷⁾。Adams は、Aにおいて触れたように、バクストン事件における Otis の主張を法廷で直に聞いていた。Otis の主張は、Adams に対して「生涯にわたる重大な影響を与えた」という⁽⁵⁸⁾。また、Adams は、イギリス本国の一般令状に関する事件についても大きな

統的に一般令状を禁止することのみならず、実体的な権利の保護を狙っていたのではなかろうか」と分析する。

⁵⁷⁾ Adams がマサチューセッツ憲法の唯一の起草者になった経緯については、3 ADAMS FAMILY CORRESPONDENCE 225-28 n.3 (1963) 参照。

⁵⁸⁾ Clancy, *supra* note 1, at 1052. Clancy 教授は、Adams の日記や自伝、手紙を引用し、Otis の主張が Adams に与えた影響の強さを論じている。Id. at 1004-06. このうち、1886年の Boyd 判決をはじめ、多くの裁判官や論者に引用されるのが、Adams が William Tudor に送った手紙の「Every man of a crowded audience appeared to me to go away, as I did, ready to take arms against writs of assistance. Then and there was the first scene of the first act of opposition to the arbitrary claims of Great Britain. Then and there the child Independence was born.」(すし詰め聴衆の誰もが、私のように writs of assistance に立ち向かおうとしているように思われた。大英帝国の専制的な要求に対する最初の抵抗であった。あそこで独立運動が始まったのだ)という部分である。See *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616, 626 (1886). これに対して、アメリカ植民地における writs of assistance に関する事例が Adams や修正4条の制定に与えた影響を疑問視する見解として、AKHIL REED AMAR, THE BILL OF RIGHTS: CREATION AND RECONSTRUCTION 66 (1998)。

関心を持っており、Wilkes 事件後、フランス等に亡命していた Wilkes が 1768年にイギリスに帰国し、下院議員に当選した際、ボストンの Sons of Liberty の一員として祝福の書簡を送ったという⁽⁵⁹⁾。

さらに、Adams は法廷弁護士として、搜索押収、逮捕に関する多くの訴訟を目の当たりにするとともに、弁護士や代理人として事件の解決に関与した。そこで問題となったのは、writs of assistance や一般令状による搜索押収だけでなく、令状発付の適切な基準として相当な理由を求めるべきであること⁽⁶⁰⁾、夜間の令状の執行の制限や住居への立入り態様⁽⁶¹⁾であった。また、Adams は、搜索押収法理に関する当時の主要な論文を幅広く読んでおり⁽⁶²⁾、マサチューセッツ憲法の起草に当たって、先行する他邦の憲法を調べていた⁽⁶³⁾。

これらのすべてを反映して、Adams はマサチューセッツ憲法14条を起草したのである。

同条の特徴は、その前段において、他邦の権利章典中の搜索押収条項には見られない「secure」・「unreasonable」という術語を用いて搜索押収から保護される権利の内容や範囲を画定しようとしている点にある。修正4条の制定のねらいを探るといふ本節の関心との関係では、Adams が何を「懸念」していたのかが問題である。

既に述べたとおり、Adams は、令状執行を行う者の恣意・裁量を許す writs of assistance や一般令状による住居への立入り、ありとあらゆる私

⁵⁹⁾ Clancy, *supra* note 1, at 1011-12 (citing 1 PAPERS OF JOHN ADAMS 215-16 n.1 (1977)). Wilkes 事件の事実関係については、前谷和則「ウィルクス事件始末」朝日大学教職課程センター研究報告9号(2001)78-86頁参照。

⁶⁰⁾ *Id.* at 1018-21.

⁶¹⁾ *Id.* at 1021-26.

⁶²⁾ *Id.* at 1012-17.

⁶³⁾ *Id.* at 1028.

的文書の押収に限らず、特定性を欠かない令状であってもその執行態様が問題となる事件を経験していた。「身体」や「住居」、「書類」、「財産」という個々人の生活の本拠がイギリス本国の官吏による搜索押収で不当に干渉された体験から、Adamsは、個人の生活の平穩を防御する仕組みの必要性を強く感じたのではないか。Adamsは、writs of assistanceや一般令状のみならず、「身体」や「住居」、「書類」、「財産」という個人の生活上の重要品目が当局により不当な干渉を受けないようにするため、すなわち、単に令状発付の条件を規定したにとどまらず、徴税官吏等の法執行機関との関係における個々人の生活の安全保障規定——まさに、人々が「安全を保障される権利 (a right to be secure)」を有するという規定——として、マサチューセッツ憲法14条を用意したと考えるべきであろう。

さらには、Wilkes事件後、アメリカ植民地では「Wilkes and Liberty」がイギリス本国の圧政を嫌悪する人々のスローガンになっていた⁽⁶⁴⁾ことも見逃せない。イギリスの植民地支配に反対して組織されたSons of Libertyのボストンにおけるメンバーの一員として、Adamsが「The friends of Liberty, Wilkes」という書き出しの手紙を送り、Wilkesの下院議員当選を祝福したことは前述のとおりである。Wilkes事件は、当時のイギリス政府の政策とイギリス国王を非難したパンフレットが政府当局により問題視された事件である。一般令状が反体制派の徹底的な捜査に使用され、政治的表現の自由の圧迫の一手段となっていたことも、Adamsに強い影響を与えたはずである。「徹底的・入念な」搜索を命じる一般令状に基づき⁽⁶⁵⁾、「Wilkesの住居が押し入れられ、私的書類がくまなく捜さ

(64) Akhil Reed Amar, *Fourth Amendment First Principles*, 107 HARV. L. REV. 757, 772 n.54 (1994).

(65) LASSON, *supra* note 7, at 43 (citing the warrant).

れ、読まれ、差し押さえられ、Wilkes が逮捕された」⁽⁶⁶⁾という捜査経緯は、Adams に、法執行機関の中でもとりわけ警察権を適切に監督することが喫緊の課題であり、個々人の生活の安全を保障することが、政治的な意味での「liberty」の実現にとっても欠かすことができないという思いを抱かせたのではないだろうか。

Adams にとっての「自由」の意味を考えると、平穏な個人生活を確保することそれ自体にも重要な意義が認められるが、さらには、平穏な個人生活を基盤にした政治的・民主的な自由の実現という要素も、マサチューセッツ憲法14条の保障する利益に当然に含まれていたと考えるべきであろう。

(5) しかも、このような Adams の懸念は、修正4条の制定に関与した関係者たちにも広く共有されていたとみることができる。

各邦では憲法の批准過程において、搜索押収との関係で、一般令状への懸念以外にも不当な搜索押収全般への懸念、法執行官の権限や令状の範囲、中央政府の官吏による住居への押入りといった「様々な懸念が表明された」⁽⁶⁷⁾。長年続いていた物品税徴税のための搜索の範囲に対する批判は、憲法案の批准論議が各邦で行われた1787年から1788年の間、特に激しかったという⁽⁶⁸⁾。

これらの懸念をめぐる論争を経て搜索押収条項案を採択したニューヨーク邦、ノースカロライナ邦及びバージニア邦は、前段において「すべての不合理な搜索押収」から保護される権利を言明した上で、後段において令状発付の条件を明らかにするというマサチューセッツ憲法14条の規定形

(66) Amar, *supra* note 64, at 772 n.54.

(67) Clancy, *supra* note 1, at 1035.

(68) CUDDIHY, *supra* note 2, at 674-80.

態を採用した⁽⁶⁹⁾。程度の差こそあれ、writs of assistance に苦しんでいた北アメリカの13の植民地において、Wilkes 事件が大々的に報道され、一般令状への嫌悪が高まっていたことを踏まえると⁽⁷⁰⁾、一般令状に基づいた、搜索押収の対象が特定されず、嫌疑の程度が考慮されない搜索押収ももちろん排除すべき大きな害悪であったに違いないが、それだけにとどまらず、個々人の生活の安全を防御する仕組みの必要性を強く感じていたからこそ、「すべての不合理な搜索押収」から保護される権利を言明する形態の搜索押収条項案が提案されるに至ったといえる。

(6) 修正4条の「起草者たちが一般令状を嫌悪し、それを禁じようとしたことは誰も疑わない」ところであるが⁽⁷¹⁾、起草者たちが「懸念」したのはそれだけではない。起草者たちは、「身体、住居、書類、財産」という個々人の生活上の重要アイテムが、法執行機関による「すべての不合理な搜索押収」によって様々な干渉を受けないという「権利」を「保障」しなければならないという共通認識の下、法執行権限——とりわけ、刑事警察権——から個々人の生活を保護する安全保障の仕組みを用意したのである。Cuddihy 教授のいうとおり、「修正4条の制定に至る経緯が、文言以上の深さと複雑さを示している。同条項を一般令状に対する権利であると考えれば、そのような込み入った事情を見過ごすことになる。修正4条は一つのアイデアが表われたものではなく、歴史的な文脈の中で多様に展開されてきたアイデアの集合体なのである」⁽⁷²⁾。

そして、このような個々人の生活の多面的な安全保障の仕組みの必要性は、現在の情報社会においても変わらない、どころか、情報テクノロジー

(69) COGAN, *supra* note 33, at 233.

(70) CUDDIHY, *supra* note 2, at 538. See also Davies, *supra* note 31, at 562-65.

(71) Davies, *supra* note 31, at 583.

(72) CUDDIHY, *supra* note 2, at 770.

の進展によってむしろ高まっているのである⁽⁷³⁾。

II 日本国憲法35条の制定経緯

(1) 日本国憲法35条の母法である合衆国憲法修正4条の制定経緯から同条の存在意義を探るIの考察は、憲法35条の立法趣旨の考察にも妥当する上、憲法35条の制定に至る以下の考察によると、刑事警察権の適切な監督の必要性について、我が国特有の考慮が加わったことが明らかとなる。

(2) GHQの民生局法規課長Milo E. Rowell中佐は、日本側から提示される憲法案の審査に備えて大日本帝国憲法を分析し、1945年12月6日、「明治憲法およびその運用の実際を分析して得た所見と、その結論としての、総司令部によって承認される憲法に設けられるべき諸規定の提案」をまとめた『レポート・日本の憲法についての準備的研究と提案』を作成した⁽⁷⁴⁾。このレポートの権利章典に関する付属文書では、「憲法改正案には、次の諸権利を保障する権利章典が含まれていなければならない」とされ、「権限ある裁判所の発した令状なしに、逮捕され、あるいは私宅の捜索を受けることがないこと。逮捕については、現行犯を追跡する場合、捜索については、逮捕の際になされる場合を除く」という項目が挙げられた。また、「入れることが望ましいが、必ず入れなければならないというものではない」ものとして、「プライバシーの権利。特に警官による盗聴と私宅の頻繁な訪問を禁ずること。後者については、法律の定めのある場合を除く」という項目も挙げられた⁽⁷⁵⁾。

73) 第4章II Aにおいて論じる。

74) 高柳賢三ほか編著『日本国憲法制定の過程—連合国総司令部側の記録による— II 解説』(有斐閣, 1972) 17頁。

75) 高柳賢三ほか編著『日本国憲法制定の過程—連合国総司令部側の記録による— I 原

その後、Rowell 中佐は、1945年12月27日に発表された日本の私的グループ「憲法研究会」の憲法草案を検討し、その所見をまとめた1946年1月11日の覚書において⁽⁷⁶⁾、身体拘束・搜索・押収の規定の必要性について、次のように記している。

「日本では、個人の権利の最も重大な侵害は、種々の警察機関、とくに特別高等警察および憲兵隊の何ら制限されない行動並びに検察官（検事）の行為を通じて行なわれた⁽⁷⁷⁾。あらゆる態様の侵害が、警察および検事により、一般の法律の実施に際し、とりわけ思想統制法の実施に際して、行なわれた。訴追されることなくして何ヵ月も何年間も監禁されることは、国民にとって異例のことではなく、しかもその間中、被疑者から自白を強要する企てがなされた」⁽⁷⁸⁾。このような人身の自由の侵害に限らず、「日本の警察は、際限なく市民の家庭に対して搜索および押収を行なったことで悪名が高い」ことから、「不当な搜索および押収を禁止する規定が設けられなければならない」⁽⁷⁹⁾。

Rowell 中佐がこのような見解を示すに至ったのは、Rowell 中佐の上記『レポート』にあった提案の多くが「憲法研究会」の憲法草案に含まれており、「この憲法草案中に盛り込まれている諸条項は、民主主義的で、賛成できるもの」であったにもかかわらず、同草案に「不当な搜索および押収に対し国民を保障すること」が含まれていなかったからである⁽⁸⁰⁾。

文と翻訳』（有斐閣、1972）9頁。

(76) 高柳ほか・前掲注(74) 18頁。

(77) 特別高等警察の活動については、杉本守義「特高警察の組織と運用(1)・(2)」ジュリスト14号19頁・同15号38頁（1952）参照。また、戦前の捜査の実態については、小田中聰樹『刑事訴訟法の史的構造』（有斐閣、1986）10頁以下に詳しい。

(78) 高柳ほか・前掲注(75) 29頁。

(79) 高柳ほか・前掲注(75) 29頁。

(80) 高柳ほか・前掲注(75) 35頁。

(3) その後、日本政府が作成していた憲法改正案と思われるものが新聞報道で明らかになり、その「内容がポツダム宣言の要求から遠く離れたものである」と判断したGHQは、独自に憲法改正案を起草することにした⁽⁸¹⁾。その起草過程において、(2)のRowell中佐の見解を受け、GHQ内の憲法草案を準備する委員会のうち「人権に関する小委員会」が、次の搜索押収条項試案を準備した。

「第 条 何人も、その身体、住居、書類および所持品について、《不合理な》搜索および拘置または押収を受けることがないという権利は、侵害されることはない。また、令状は、〔犯罪成立の〕蓋然性の認められるような理由に基づき、かつ搜索する場所および拘置または押収される人または物を明示してでなければ、発せられてはならない。

搜索または拘置もしくは押収は、裁判所の一員で権限を有する者により、その〔搜索または拘置もしくは押収の〕ために各別に発せられた令状により、行われなければならない。〕⁽⁸²⁾

小委員会における上記試案の検討において、「不合理な」という文言が削除されるとともに、「侵入」という文言が付加され、配られた試案にペン書きによる修正が施された。

GHQにおける憲法草案起草過程では、「現行の大日本帝国憲法の歴史的発展が十分に検討されたのみならず、アメリカ国民および若干のヨーロッパ諸国の国民の生活を規制する憲法上の諸原則に対しても、慎重に注意が

(81) 高柳ほか・前掲注(74) 23頁。このとき報道された草案と日本政府からGHQに提出された「憲法改正要綱」の搜索押収条項は、「日本臣民ハ其ノ住所ヲ侵サルルコトナシ 公安ヲ保持スル為必要ナル制限ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」である(佐藤達夫『日本国憲法成立史第二巻』〔有斐閣、1964〕489頁、651頁)。

(82) 高柳ほか・前掲注(75) 231頁。

払われ」ていた⁽⁸³⁾。上記搜索押収条項の小委員会案が合衆国憲法修正4条を基に作成されたことは、その規定ぶりからも明らかである。この小委員会案が修正され、日本側に提示されたものが、いわゆる「マッカーサー草案」である。外務省の訳によるマッカーサー草案の搜索押収条項は以下のとおりである。

「第三十三条 人民カ其ノ身体、家庭、書類及所持品ニ対シ侵入、搜索及押収ヨリ保障セラルル権利ハ相当ノ理由ニ基キテノミ発給セラレ殊ニ搜索セラルヘキ場所及拘禁又ハ押収セラルヘキ人又ハ物ヲ表示セル司法逮捕状ニ依ルニアラスシテ害セラルルコト無カルヘシ

各搜索又ハ拘禁若ハ押収ハ裁判所ノ当該官吏ノ発給セル各別ノ逮捕状ニ依リ行ハルヘシ」⁽⁸⁴⁾

小委員会案とマッカーサー草案は、一文か二文かという形式面で違いがあるものの、どちらにも「身体拘束や搜索押収から保障される権利」の言明がある点で、修正4条の制定過程において存在した規定形式の違いとは異なる。

注目すべきは、修正4条に忠実であった小委員会の当初案から「不合理な」という文言が除かれたことと、一文にまとめられたことである。

この経緯は明らかではないものの、「現行の大日本帝国憲法の歴史的発展」を十分に検討し、「アメリカ国民……の生活を規制する憲法上の諸原則」に慎重に注意を払った結果として、どのような搜索押収が「不合理」なのかという論争を防ぐことと、搜索押収から保障される権利の制約が正当化される場合を鮮明にしておくことが、「権利章典を拡充し、かつ国による基本権の侵害に対する防壁を確立する」という「改正案全体の根本に

(83) 高柳ほか・前掲注(75) 259頁。

(84) 佐藤達夫著、佐藤功補訂『日本国憲法成立史第三卷』（有斐閣、1994）37頁。

ある一般原則」⁽⁸⁵⁾に沿うと考えられたのではないだろうか。というのも、合衆国憲法修正4条は、「不合理な搜索および押収または抑留に対し、身体、家屋、書類及び所有物の安全を保障されるという人民の権利」を明らかにする前段と、令状の発付に求められる「相当な理由」と搜索押収対象の特定を規定する後段とに分かれていることにより、今なお前段と後段の関係についての見解が分かれているのである⁽⁸⁶⁾。合衆国最高裁においても、同最高裁が違法収集証拠排除法則を採用し、「修正4条に関係する争いの急増」⁽⁸⁷⁾のきっかけとなった1914年の Weeks 判決⁽⁸⁸⁾以降、日本国憲法制定作業が行われた1946年までの間に、主として「逮捕に伴う無令状搜

85) 高柳ほか・前掲注75) 305頁。

86) 大別すると、一方で、前段で言明された搜索押収に対する権利の侵害が不合理ではない場合について明らかにしたのが後段である、すなわち、後段は前段の「不合理な搜索押収」を解釈したものであるという、修正4条が令状主義の原則を定めた規定であると捉える見解があり (LANDYNSKI, *supra* note 6, at 43)、他方で、前段は搜索押収が合理的であることを要求した規定であるのに対して、後段は搜索令状が令状により行われる場合についての規定であり、修正4条の主眼は令状発付を制限することにあるのであって、令状によらない搜索押収についてまで規定したものではないという見解がある (TAYLOR, *supra* note 9, at 43-47)。See generally 1 JOSHUA DRESSLER & ALAN C. MICHAELS, UNDERSTANDING CRIMINAL PROCEDURE 157-64 (6th ed. 2013)。同書の邦語訳書として、指宿信監訳『アメリカ捜査法』(Lexis Nexis, 2014)がある。

87) California v. Acevedo, 500 U.S. 565, 582 (1991) (Scalia, J., concurring).

88) Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914).

索」⁽⁸⁹⁾や「自動車の無令状搜索」⁽⁹⁰⁾について令状によらない搜索の合憲性が争われてきた。合衆国最高裁は、逮捕に伴う無令状の搜索を行う権限や自動車について無令状の搜索を行う権限を認める一連の判例において、「私的住居の無令状搜索はそれ自体不合理である」⁽⁹¹⁾、あるいは「被疑者の身柄確保に力が入っている官吏の判断によるよりも搜索令状によることで、違法な搜索に対する安全はより確実に達成される」⁽⁹²⁾といった説明によって令状の重要性を繰り返し示す一方で、「合理性の判定について決まった公式は存在しない。それぞれの事案は、その事実関係や具体的状況に基づいて判断される」とも説示し、令状主義の原則を明確に宣言してはいなかった⁽⁹³⁾。もっとも、少なくとも、逮捕に伴う無令状の搜索を広く認めた1950年のRabinowitz判決⁽⁹⁴⁾までは、修正4条前段の「不合理な搜索に対する

(89) *Agnello v. United States*, 269 U.S. 20 (1925); *Marron v. United States*, 275 U.S. 192 (1927); *Go-Bart Importing Co. v. United States*, 282 U.S. 344 (1931); *United States v. Lefkowitz*, 285 U.S. 452 (1932)。なお、既に *Weeks* 判決の傍論において、「英米法の下で常に認められてきた、犯罪取得物件や証拠物件の発見・押収のために、適法に逮捕された被疑者の身体を搜索する権限」についての言及があり、*Carroll* 判決の傍論においても、逮捕に伴う無令状押収についての言及がある。See *Weeks*, 232 U.S. at 392, *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132, 158 (1925)。

(90) *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132 (1925)。自動車例外については、洲見光男「自動車の搜索・差押え」曾根威彦ほか編『岡野光雄先生古稀記念 交通刑事法の現代的課題』（成文堂、2007）439頁以下参照。

(91) *Agnello*, 269 U.S. at 32。

(92) *Lefkowitz*, 285 U.S. at 464。

(93) 合衆国最高裁が令状主義の原則を明確に打ち出したのは、1967年の *Katz* 判決においてである。第2章I参照。

(94) *United States v. Rabinowitz*, 339 U.S. 56 (1950)。Rabinowitz 判決は、1969年の *Chimel* 判決 (*Chimel v. California*, 395 U.S. 752 (1969)) により覆された。逮捕に伴う無令状搜索押収に関する合衆国最高裁判例の展開については、田宮裕『捜査の構造』（有斐閣、1971）215頁以下、緑大輔「合衆国での逮捕に伴う無令状搜索一チャ

強い非難は、令状要件と切り離されるのではなく、結び付けられて解釈されてきた」⁽⁹⁵⁾のである。

GHQの担当者は、このような自国での判例の展開に慎重に注意を払うとともに、それまでの日本の「捜査の実態」を十分に検討した結果、(4)のとおり司法権を強化した上で、「身体、家庭、書類及所持品ニ対シ侵入、搜索及押収ヨリ保障セラルル権利」が「相当ノ理由」と搜索押収対象を「表示」した「裁判所ノ当該官吏ノ発給セル」令状によらない限り侵されないことを鮮明にした、すなわち、このような「権利」を保護するための「捜査活動の統制規定」であることを明確にしたと思われるのである。

ここで問題視された「捜査の実態」とは、「捜査機関が行政検束や違警罪即決令の拘留を捜査のために濫用した」ため「人身の自由が侵害される事例が続出した」ことや、「令状主義は形式的には認められていたが、必要性はもとより、一定の嫌疑の存在すら令状発付の要件ではなかった」ので、捜査に対する司法的抑制が機能しないものであった」ため権限の濫用に拍車がかかったこと⁽⁹⁶⁾はもちろんであるが、搜索押収との関係では、治安維持法の下、京都学連事件、三・一五事件、横浜事件等において、「見込み捜査・捜査のための捜査」として、目ぼしい被疑者の「家宅搜索」によってありとあらゆる「書類」が押収され、それを精査することが当該被疑者や他の被疑者の検挙のための手段として重用されたこと⁽⁹⁷⁾も見逃すこ

イメル判決以降」一橋論叢128巻1号(2002)75頁以下に詳しい。

⁽⁹⁵⁾ LANDYNSKI, *supra* note 6, at 109.

⁽⁹⁶⁾ 三井誠「戦後刑事手続の軌跡」田中成明編『現代の法5 現代社会と司法システム』(岩波書店, 1997)74頁。

⁽⁹⁷⁾ 例えば、日本共産党と関係の深い諸団体の事務所や幹部の住居等百数十か所の家宅搜索が行われた三・一五事件については、奥平康弘『治安維持法小史』(筑摩書房, 1977)84-86頁、小田中・前掲注⁽⁷⁾10頁参照。「捜査当局自身も持っている材料は、スパイなどによる報告・聞込みといったあやふやな情報でしかなかったため、当初か

とはできない⁽⁹⁸⁾。「際限なく市民の家庭に対して捜索および押収」を行うなど、「あらゆる態様の侵害が、警察および検事により、一般の法律の実施に際し、とりわけ思想統制法の実施に際して、行なわれた」⁽⁹⁹⁾ことにより生じる害悪は、修正4条制定過程以上に、刑事警察権を適切に制御して個々人の生活の安全を保障する仕組みの必要性和、平穏な個人生活を基盤にした政治的・民主的な自由の実現の必要性を示しているからである。

(4) マッカーサー草案の提示を受けた日本側は、いわゆる『三月二日案』と呼ばれる草案を作成する。三月二日案における以下の捜索押収条項

ら家宅捜索に重点がおかれ、それを通じて「党の組織・活動にかんする文書、被疑者間の往復文書や日記・手帖類、合法非合法の定期刊行物・パンフレットなど、治安維持法違反事実をしめす証拠をさがし出そう」とするという「捜査のための捜査」が行われたという。

98) 当時の刑事訴訟法では、公訴提起前の強制処分は現行犯事件や要急事件を除いて予審判事の専権とされており、強制処分が必要な場合、検察官は予審判事に請求することになっていた(旧刑事訴訟法255条)。しかし、予審判事は捜査の全体状況を把握していないことから、請求の要否を適切に判断できないため、予審判事には強制処分の要否の判断権限がないと解されていた(林頼三郎『刑事訴訟法講義各則上巻』[中央大学、1922] 35頁)。さらに、1941年の治安維持法の改正により、同法対象事件については捜査機関に強制捜査権限が認められることになった。司法省は、当時問題視されていた行政検束の濫用を防ぐためには、「積極果敢な検挙の断行が必要であり、検事は令状の出し惜みをすべきでない」という方針を繰り返し表明するようになる(小田中・前掲注77) 145頁)。旧刑事訴訟法における強制捜査権の拡充や予審廃止を目標とする法改正の動きは、「刑事訴訟法が捜査機関に十分な権限を与えていない」ことが「違警罪即決処分や行政検束の濫用」を生じさせているのであり、「捜査機関の権限を強化する法律改正によってのみ人権蹂躪の根絶は可能になる」という考え方に立脚していたという(松尾浩也「刑事訴訟の課題」『刑事法学の地平』[有斐閣、2006] 41頁)。

99) 高柳ほか・前掲注75) 29頁。

は、「明治憲法の形を借用」⁽¹⁰⁰⁾し、「簡潔な形とした」⁽¹⁰¹⁾ものであった。

「第三十四条 凡テノ国民ハ法律ニ依ルニ非ズシテ住所ニ侵入セラレ及搜索セラルルコトナシ。

緊急ノ場合ヲ除クノ外住所ノ侵入、搜索及押収ハ正当ナル令状ニ基クニ非ザレバ之ヲ為スコトヲ得ズ。」⁽¹⁰²⁾

書類や所持品への言及と令状発付の具体的条件を欠いていた『三月二日案』の搜索押収条項案は、日本側とGHQの逐条審議において、「刑事手続というものは過去において非常に弊害があったことであるから、この部分は厳格にマッカーサー草案に従ってもらいたい」というGHQからの申入れを受け⁽¹⁰³⁾、マッカーサー草案の規定に戻ることになる。憲法35条の刑事手続関係規定の制定過程において、(3)で述べたような弊害の懸念を憲法レベルで払拭しなければならないという問題意識がGHQ側には存在し、それが明確に日本側に伝えられているこのようなやり取りは、憲法35条の制定目的を探求する上で重要であろう。

さらに、この逐条審議において、逮捕令状発付権者が「a competent officer of a court of law」から「competent judicial officer」に修正された

(100) 「憲法制定の経過に関する小委員会第二十七回議事録」16頁。

(101) 佐藤・前掲注(84) 79頁。「刑事手続に関する諸規定については、法律にゆずってもよいと思われたものが少なくなかったし、またこの種の事がらについて、マッカーサー草案の刑事手続についてのいくつかの規定を「除外」した上、残した規定は「簡潔」にしたという。

(102) 佐藤・前掲注(84) 97頁。大日本帝国憲法の搜索押収条項は、25条の「日本臣民ハ法律ニ定メタル場合ヲ除ク外其ノ許諾ナクシテ住所ニ侵入セラレ及搜索セラル、コトナシ」である。

(103) 前掲注(100) 15頁。

ことに伴い、捜索押収令状の発付権者も同様に修正された⁽¹⁰⁴⁾。この修正についての日本側の意図は、「検察官および司法警察官に対して強制捜査権限（令状発行権）を付与する」ことであつたが⁽¹⁰⁵⁾、「judicial officer」に検察官も含まれるということをGHQ側が了解していたかについては大いに疑問である。というのも、GHQは、憲法草案作成当初から検察官を「行政部の代表者」と位置付け⁽¹⁰⁶⁾、「日本の裁判所はこれまで、検察官と司法省の支配下にあつた」という認識であつたため⁽¹⁰⁷⁾、「裁判所の権限は、従来の無力を補うために、意識的に持ち上げられて」いたからである⁽¹⁰⁸⁾。

(5) その後、まとめられた成案は、直ちに要綱の形式で発表されることになり、『憲法改正草案要綱』が作成された。1946年3月5日午後5時に発表された『憲法改正草案要綱』の捜索押収条項は、以下のとおりである。

「第三十一 国民ガ其ノ身体、家庭、書類及所持品ニ付侵入、捜索及押収ヲ受ケザル権利ハ相当ノ理由ニ基キ且捜索スベキ場所及拘禁又ハ押収スベキ人又ハ物ヲ明示スル令状ヲ発スルニ非ザレバ侵サルルコトナカルベキコト

捜索又ハ拘禁若ハ押収ハ権限アル司法官憲ノ発スル各別ノ令状ニ依リ之ヲ行ウベキコト」⁽¹⁰⁹⁾

(3)のとおり、マッカーサー草案については、外務省が「the right of the people to be secure in their persons, homes, papers and effects against

⁽¹⁰⁴⁾ 佐藤・前掲注⁽⁸⁴⁾ 125頁。

⁽¹⁰⁵⁾ 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(6)」法学協会雑誌92巻5号(1975)100頁〔小田中聰樹〕。

⁽¹⁰⁶⁾ 高柳ほか・前掲注⁽⁷⁵⁾ 19頁。

⁽¹⁰⁷⁾ 高柳ほか・前掲注⁽⁷⁵⁾ 317頁。

⁽¹⁰⁸⁾ 高柳ほか・前掲注⁽⁷⁵⁾ 187頁。

⁽¹⁰⁹⁾ 佐藤・前掲注⁽⁸⁴⁾ 192頁。

entries, searches and seizures」という部分を「身体, 家庭, 書類及所持品ニ対シ侵入, 搜索及押収ヨリ保障セラルル権利」として正確に翻訳していたが, 「英文をうごかさないといい枠の中で, 日本文の表現を整えることが中心」⁽¹¹⁰⁾であった要綱作成作業の過程で, この部分が「身体, 家庭, 書類及所持品ニ付侵入, 搜索及押収ヲ受ケザル権利」という表現に変更されたことにより, 本来の意味が伝わりにくくなってしまったように思われる。Ⅲ Bで論じるとおり, 個々人の生活の安全を保障するという憲法35条の立法趣旨を踏まえれば, この部分は, 原文に忠実に「侵入, 搜索及び押収に対して, 身体, 住居〔家庭〕, 書類及び所持品の安全を保障される権利」と表現されるべきなのである。

その後, この『要綱』が成文化されるのであるが, その間の訂正交渉においても, (4)と同様に日本側とGHQ側との注目すべきやり取りがある。

日本政府は, 改正草案要綱発表後の政府部内の研究において, 搜索押収条項については, 「せめて現行犯の場合くらいは同時に令状なしに調べようにしておかぬと具合が悪い」という結論に至り⁽¹¹¹⁾, 成文化に向けてGHQと要綱の訂正交渉に臨むことになった。そこで, 第一回目の要綱訂正交渉において, 日本側が, 犯罪捜査上の困難を理由に現行犯の場合についての例外を設けることと, 逮捕に関する規定が別に設けられていたことを理由に搜索押収条項から「身体」を除くことを要望したところ⁽¹¹²⁾, GHQ側は, 後者については「直ちに同意」したが, 前者については, 「このような例外を設けると, 政党の集会が行われている場所に, 現行犯に名をかりて家宅搜索をするようなおそれがある」という懸念を示して容易に応じ

(110) 佐藤・前掲注(84) 175頁。

(111) 前掲注(100) 16頁。

(112) 佐藤・前掲注(84) 287-88頁。

なかったという⁽¹¹³⁾。最終的に、逮捕に関する条項「ニ規定スル所ニ依ルニ非ザレバ」という文言が加えられることになり⁽¹¹⁴⁾、令状によらない搜索押収が、現行犯に限られず逮捕が行われる場合一般に認められることになったが⁽¹¹⁵⁾、(4)のやり取りと同様に、GHQ側が一貫して(3)で述べた「弊害」についての懸念を抱き、そして、それが日本側に明確に伝えられていたことを見逃すことはできない。

成文化された憲法改正草案の帝国議会における逐条審議では、刑事関係規定の審議において、特高警察等による過去の「人権蹂躪」を防ぐという観点からの質疑が度々行われており、司法大臣が過去の「人権蹂躪」を認めた上、例えば、逮捕についての現行33条の規定の審議においては、「民主政治の中で何が一番必要であるか。これは人の生命、自由なんだ。これは保障しなければいかぬのだ。これが根本になってこの規定に現われて居るのであります」と答弁している⁽¹¹⁶⁾。「この新憲法草案が実施されました暁に於ては、……従来のような人権蹂躪の跡を絶つように、有らゆる方面から工作をして行きたいと考えて居ります」⁽¹¹⁷⁾という決意表明は、日本側

(113) 佐藤・前掲注84) 294頁。

(114) 佐藤・前掲注84) 295頁。

(115) 完成した憲法改正草案の搜索押収条項は、

「第三十二条 国民が、その住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利は、第三十条の場合を除いては、正当な理由に基いて発せられ、且つ搜索する場所及び押収する物を明示する令状がなければ、侵されない。

搜索又は押収は、権限を有する司法官憲が発する各別の令状により、これを行ふ。」である（佐藤・前掲注84) 340頁）。

その後、枢密院における審議で「国民が」が「何人も」に修正され、また、衆議院において国民の要件に関する規定（現行10条）等が新設された結果、条文番号が変更されたが、搜索押収条項について実質的な変更・修正は行われなかった。

(116) 清水伸『逐条日本国憲法審議録第二巻』（有斐閣、1962）747頁。

(117) 清水・前掲注(116) 734頁。

とGHQ側が、個々人の生活の安全を保障する仕組みの必要性和平穏な個人生活を基盤にした政治的・民主的な自由の実現の必要性という立法目的を共有しつつあったことを示している⁽¹¹⁸⁾。

(6) (5)までの経緯を踏まえると、次のことがいえる。

日本国憲法35条は、合衆国憲法修正4条と同様に、とりわけ刑事警察権の行使との関係における「個々人の生活の安全」を保障することを目的として制定された。

それだけにとどまらず、日本特有の「戦前の刑事手続に対する厳しい反省」を踏まえ⁽¹¹⁹⁾、日本国憲法には「全体の約一割、比較法的にみても類例がないほど、詳細な刑事手続に関する規定」が設けられることになった⁽¹²⁰⁾。これは、刑事関係の条文数が多く、様々な場面を規律する規定が憲法レベルで設けられているというだけにとどまらず、「憲法が採用した価値体系の下における評量を憲法自身が具体的に例示した」⁽¹²¹⁾結果として、各規定の内容が「詳細」に捜査活動を統制する形式で用意されているということである。

⁽¹¹⁸⁾ 帝国議会における逐条審議については、さらに、貴族院の憲法改正委員会において、牧野英一議員が、「言葉の『レトリック』な議論」として、憲法35条案は「斯う云う権利は斯く云う場合でなければ侵されないとあって、相当に廻り遠い規定になって」いるから、「何人も、その住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利」を明らかにした上、「その権利は正当な理由に基いて発せられ、且つ令状のある場合のみ制限せられる、と斯く云うような風に分けて御書き下さると大変分りが宜い」と提案している点が注目される(清水・前掲注⁽¹¹⁶⁾ 758頁)。具体的権利保障規定であることを前提に、その権利保障が解除される場合の規定であるという認識を示した提案であるとする、憲法35条のねらいについて、本稿の捉え方と近い。

⁽¹¹⁹⁾ 三井・前掲注⁽⁹⁶⁾ 72頁。

⁽¹²⁰⁾ 三井誠『刑事手続法(1)〔新版〕』(有斐閣、1997) 1頁。

⁽¹²¹⁾ 井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』(弘文堂、1985) 371-72頁。

そのような規定の一つである憲法35条は、「公共の福祉」による権利保障の限界が認められる他の自由権保障規定とは異なり⁽¹²²⁾、「公共の福祉」⁽¹²³⁾と「個々人の生活の安全」の評量の結果としての「権利保護の解除の具体的条件」までもが憲法自体に明記され、さらに、その条件の審査が、独立の司法機関によって行われることまでも規定しているという点において「詳細」な、「個々人の生活の安全」という実体的権利を保障する「捜査活動の統制規定」なのである⁽¹²⁴⁾。

Ⅲ 個人生活の安全保障規定としての憲法35条

A 憲法35条の保障の性質

Ⅱのとおり、憲法35条は、「個々人の生活の安全」を保障することを目的とする「捜査活動の統制規定」として規定された。そして、このような規定の必要性は、Bのとおり、憲法35条制定時に限らず、現在にも当てはまる。

もっとも、憲法35条の保障の性質について、憲法35条の保護法益と同条による法的規律の在り方に影響を与える以下の鋭い指摘がある。そこで、本稿の考える憲法35条の具体的保障内容を明らかにする前に、刑事手続に関する権利保障規定を手続的規定として純化して捉える奥平康弘教授の見解について考察する⁽¹²⁵⁾。

(122) 高橋和之「憲法学からみた刑事訴訟法」松尾浩也ほか編『刑事訴訟法の争点〔新版〕』（有斐閣、1991）10-11頁。

(123) ここでの「公共の福祉」とは、「発生した犯罪の犯人を糾明し処断することによる法秩序の回復といった意味」をもつ（三井誠ほか編『新基本法コンメンタール刑事訴訟法〔第3版〕』（日本評論社、2018）15頁〔三井〕）。

(124) 既に憲法自身が明らかにしているのと同価値の権利保護解除要件を、法律で規定することが一切許容されないかどうかについては、別途検討を要する。

(125) 刑事手続法学説においては、このような傾向が強いと思われることについては、第

奥平教授によると、「憲法三十一条以下は、なにか実体的な内容のある自由を、それとして保障するのが目的なのではなくて、その意味でいわゆる『自由権』を保障することに眼目があるのではなくて、逆に、人間に自然的に具わっている自由が、国家によって剥奪される場合の条件を指し示している」⁽¹²⁶⁾。このような捉え方をするのは、刑事手続に関する人権が他の自由権のように「公共の福祉」や「内在的制約」に服するのを避けるためである。奥平教授は、憲法31条以下を「自由否定という例外を正当化する手続要件を特記した規定」であると捉えることによって、「手続要件をはめ込むことによって例外が定められているとすれば、もうこれ以上さらに例外の例外ということは、あり得ない」⁽¹²⁷⁾と考えるのである。

「われわれの自由権確保にとっては、実体的な権利保障もさることながら、それが侵害されそうな場合の手続的、予防的な権利保障や、権力分立の原則をはじめとした権力の側の整備といった制度的な保障も、同じように重要であり必要なのである」という指摘が、刑事手続に関する権利保障規定を手続的規定——制度的保障——と捉えることの重要性を説得的に明らかにしていることは確かである。

さらに、奥平教授によると、「国家権力の組織と作用を前提としてのみ成立する」憲法31条以下に規定される憲法上の権利は、「権力にかかわる客観的な法、客観的な制度のありようと無関係たり得ない」ことから、「刑事的正義に関する市民の権利の存立にとっては、刑事的正義を請け負う側の機構と手続がしっかりしていることが是非必要」であり⁽¹²⁸⁾、「自由のありように考察の重点を置くのではなくて、手続的制度的な保障のあり

1章Ⅱ注(39)参照。

⁽¹²⁶⁾ 奥平康弘『憲法Ⅲ』（有斐閣、1993）293頁〔傍点著者〕。

⁽¹²⁷⁾ 奥平・前掲注⁽¹²⁶⁾ 300頁〔傍点著者〕。

⁽¹²⁸⁾ 奥平・前掲注⁽¹²⁶⁾ 304頁〔傍点著者〕。

ように全注意を集中させる」⁽¹²⁹⁾必要があるという。このような考え方を突きつめると、例えば、情報取得段階において何らかの権利への具体的害悪（実害）が生じないと思われる段階であっても——保護法益の侵害を捜査活動の統制原理とすることなく——、捜査活動を統制する客観規範を導き得るとも思われる。

しかし、既にⅡにおいて述べたとおり、憲法35条は、公共の福祉と個人生活の安全保障の衡量を憲法自身があらかじめ行い、その結果としての「権利保護の解除の具体的条件」までをも明記している。そうすると、同条を純粋な手続的規定と捉えるまでもなく、そもそも「公共の福祉」や「内在的制約」という憲法上の人権制約原理がさらに作用すると考えるのは困難であろう。

むしろ、刑事人権規定を手続的規定としてのみ捉えることにより「条文の文理解釈以上の解釈適用を施される可能性」が閉ざされてしまうことになり⁽¹³⁰⁾、例えば、明らかに刑事手続を想定した令状主義規定を刑事手続以外に類推適用することが困難になるといった不都合性は無視できないように思われる。

さらには、「手続保障と実体的自由権の規範内容」とは「截然と区別できない」はずなのである⁽¹³¹⁾。というのも、棟居快行教授の指摘するとおり、憲法上の実体的自由権やそれについての解釈論は、奥平教授のいう「自然的に具わっている自由」そのものではなく、むしろそのような「自由」——憲法が選択した価値・理念——を実現するための「制度的装置の束と

(129) 奥平・前掲注⁽¹²⁶⁾ 300頁。

(130) 棟居快行「適正手続と憲法」樋口陽一編『講座憲法学4 権利の保障2』（日本評論社、1994）235頁。

(131) 棟居・前掲注⁽¹³⁰⁾ 236頁。

いう性質を有している」からである⁽¹³²⁾。憲法35条においては、「実体的な権利解釈論」と「国家権力の統制」は結びついているのであって、解釈により導かれる権利利益の侵害可能性が、国家権力を統制する制約原理となるはずなのである⁽¹³³⁾。「実体的権利保障規定としての『住居の不可侵』は、それ自体として、あらゆる公的侵害に対する豊かな内容をもった基本的権利」であると「再認識」されるべきであろう⁽¹³⁴⁾。

憲法35条は手続保障規定に純化されるものではなく、その1項前段において——刑事手続の文脈においては「個々人の生活の安全」という——実体的権利・利益を保障し⁽¹³⁵⁾、この実体的権利・利益が捜査活動の制約原理として機能することで、1項後段と2項は、権利保障の解除が典型的・先鋭的に問題となる刑事手続の場面において、「侵入、捜索及び押収」という一定レベルの捜査活動によりその実体的権利・利益が侵害される場合の権利保障の解除要件を規定していると考えべきである⁽¹³⁶⁾。

(132) 棟居・前掲注⁽¹³⁰⁾ 235頁。

(133) このような意味で、修正4条についても、同条を客観規範として捉える見解は適切であるとは思われない。第2章ⅡC 4. 参照。

(134) 大石眞「憲法三十五条解釈の再構成—『住居の不可侵』と適正手続保障との間—」法学論叢136巻4・5・6号(1995)189頁。

憲法35条を手続規定であると解釈すると、「一七八九年人権宣言以来のフランス憲法史でも、十九世紀初頭以来のドイツ憲法史などでも必ず見出され、その保障規定のない例を探すほうがむずかしい」といわれる「住居の不可侵」の保障が、「日本国憲法では、まったく明文規定を欠く」ことになる。このような捉え方は、大石教授の指摘するとおり、「実定法解釈のありかたとして決して適当とは思われない」(同172頁)。

(135) もちろん、個別具体的な捜査活動の合憲性が問題となる具体的文脈において、「豊かな内容を」を持つ「個々人の生活の安全」の意味内容がより具体化されなければならない場面も多い。例えば、第4章ⅡA参照。

(136) もっとも、このように捜査活動の統制原理としての実体的権利を解釈により措定す

B 「個々人の生活の安全」——一般論

1. 自由で開かれた民主社会

(1) 日本の刑事手続に関する法体系の基本となる法典は刑事訴訟法である。その上位規範は日本国憲法であり、「刑事訴訟法は憲法の精神に即応してその要請を充たしていなければならない」⁽¹³⁷⁾。捜査機関による情報収集活動の法的規律の在り方も、「憲法の精神に即応」していなければならないが、日本国憲法自身が以下のように「自由で開かれた民主社会」が望ましいという根本的な価値選択を既に行っており、この「精神」に「即応」した解釈論が展開されなければならない。

日本国憲法は前文において、基本原則として「国民主権」と「基本的人権の尊重」を採用することを明らかにしている。そもそも、「①国民が権力の支配から自由であるためには、国民自らが能動的に統治に参加するという民主制度を必要とするから、自由の確保は、国民の国政への積極的な参加が確立している体制においてはじめて現実のものとなり、②民主主義は、個人尊重の原理を基礎とするので、すべての国民の自由と平等が確保されてはじめて開花する、という関係」⁽¹³⁸⁾にある。「専制政治の下では、基本的人権の保障が完全なものとなりえないことは当然であり、民主主義政治の下ではじめて人権保障が確立する」から、自由の原理と民主の原理

ると、ある捜査活動が憲法上の厳格な制約を受けるかどうか——強制処分に該当するかどうか——は、「法定の厳格な要件・手続によって保護する必要があるほど重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約を伴う場合」(井上・前掲注(4) 12頁〔傍点著者])である、といったように、ともすれば法的規律の在り方の考察が循環性を伴うものになりかねない。この点についての本稿の考え方については、第4章I Aにおいて論じる。

⁽¹³⁷⁾ 三井・前掲注96) 69頁。

⁽¹³⁸⁾ 芦部信喜著、高橋和之補訂『憲法〔第6版〕』(岩波書店、2015) 17頁。

は「不可分の関係」にあり⁽¹³⁹⁾、「このような自由と民主の結合は、まさに、近代憲法の発展と進化を支配する原則」である⁽¹⁴⁰⁾。日本国憲法は、上記のとおり、前文において「国民主権（民主の原理）」と「基本的人権（自由の原理）」を採用することで、「自由で開かれた民主社会」が望ましいという根本的な価値の選好を明らかにしているのである。

そうだとすれば、憲法上、そのような「自由で開かれた民主社会」にとって不可欠な諸権利が保障されているはずであるし、また、保障されていないはずではないはずである。

(2) このような価値選好の下、第1章Ⅱで概観したように、憲法35条が保障している利益の実体が「プライバシー」であると解されるのには理由がある。というのも、自由で開かれた民主社会にとっては、自律性——自己の人格（心的特性）全般を形成・維持する人間の能力——を持った個人が不可欠であって、プライバシーの保障がなければ個人の自律もあり得ないと考えられているからであり⁽¹⁴¹⁾、また、その保障のために捜査活動の統制が必要であると考えられるからである。

プライバシーと個人の自律の結びつきは、第2章ⅡC 1. a で述べたように、程度や位置づけの差こそあれ、私事の秘匿という原始的なプライバシー観においても自己情報のコントロールというプライバシー観においても必ずといっていいほど指摘されるどころであり、さらに、プライバシーと民主的な自由社会との関連も絶えず強調されてきた。既に1949年のWolf判決において、合衆国最高裁が「警察による恣意的な侵入に対して、ある人のプライバシーを保障すること——それが修正4条の核心である——が、自由な社会の基盤である」と判示してプライバシーの社会的価

(139) 芦部・前掲注(138) 36頁。

(140) 芦部・前掲注(138) 17頁〔傍点著者〕。

(141) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011）182頁。

値を指摘していたが⁽¹⁴²⁾、プライバシーの民主主義的価値を強調する見解を象徴しているのは、Emerson 教授の以下の説明である。

「プライバシーの仕組みは、民主的過程を機能させる上で不可欠である。民主主義は、個々の市民が、行動的かつ独立に意思決定に参加し、社会制度の運営に参加することを前提とするものであるが、個人がこの役割を果たすには、ある程度、集合的生の圧力や一致から隔てられていなければならない」⁽¹⁴³⁾。

このような考え方の根底には、プライバシーのもつ個人主義的な価値を重視し過ぎることで、「プライバシーのより広範な社会的重要性を認め損なってきた」⁽¹⁴⁴⁾という問題意識があるが、特徴的なのは、プライバシーが民主社会のために機能する「仕組み (system)」として捉えられていることである。プライバシー権を自己情報コントロール権として構成した先駆者である Westin 教授も、プライバシーはそれ自体が目的ではなく、「自己実現という個人の目的を達成するための手段」であると位置づけていた⁽¹⁴⁵⁾。プライバシーを何らかの目的のための手段として捉える発想をもつのは、プライバシーの社会的・民主主義的価値を強調する論者に限られないのである。

Solove 教授がまとめているように、「論者は、プライバシーの価値について、親密さを保護するもの、友愛を保護するもの、尊厳を保護するもの、個性を保護するもの、人間関係を保護するもの、自律性を保護するもの、自由を保護するもの、主体的な自己啓発を保護するもの、創造性を保

⁽¹⁴²⁾ Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25, 27 (1949).

⁽¹⁴³⁾ THOMAS I. EMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION 546 (1970).

⁽¹⁴⁴⁾ PRISCILLA M. REGAN, LEGISLATING PRIVACY: TECHNOLOGY, SOCIAL VALUES, AND PUBLIC POLICY 212 (1995).

⁽¹⁴⁵⁾ ALAN F. WESTIN, PRIVACY AND FREEDOM 39 (1967).

護するもの、自立を保護するもの、想像力を保護するもの、反体制文化を保護するもの、奇抜さを保護するもの、思想の自由を保護するもの、民主主義を保護するもの、名誉を保護するもの、心の健康を保護するものと示してきた」が、「プライバシーは様々な価値を持つのであり、何がプライバシーかは、文脈により異なる」のである⁽¹⁴⁶⁾。このように「プライバシー」が手段的・機能的な価値概念であるとすれば、プライバシーの法的権利の内容について一つの答えがないのは当然のことである。そして、「プライバシーが文脈に応じて評価されなければなら」ないとすれば⁽¹⁴⁷⁾、「プライバシー権の概念やプライバシーの類型化の議論に深く立ち入らず、むしろプライバシーの名のもとに裁判上保障され、あるいは保障されるべきであると解される広汎な領域にわたる法的利益の実質的範囲と保障の程度の検討に重点を置く議論も、十分に成り立つ」⁽¹⁴⁸⁾と思われる。

そうすると、考えなければならないのは、「プライバシーとは何か」というよりも、「なぜプライバシーを権利として保障しなければならないのか」であり、さらには、「犯罪捜査の文脈において、プライバシー権の名の下に保護されてきたものは何か」であって、その「文脈の根底にある価値」⁽¹⁴⁹⁾は何か、であろう。

2. プライバシー権論との関係

より実質的に考えると、刑事手続において捜査活動の統制原理を、「プライバシー」という、論者により意図する実質的内容や価値、機能に差異

⁽¹⁴⁶⁾ DANIEL J. SOLOVE, UNDERSTANDING PRIVACY 98 (2008).

⁽¹⁴⁷⁾ Daniel J. Solove, *Conceptualizing Privacy*, 90 CAL. L. REV. 1087, 1144-45 (2002).

⁽¹⁴⁸⁾ 芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』(有斐閣, 1994) 358頁。

⁽¹⁴⁹⁾ LAWRENCE LESSIG, CODE VERSION 2.0, at 230 (2006). 同書の邦語訳書として、山形浩生訳『CODE VERSION 2.0』(翔泳社, 2007)がある。

のある概念に求めるよりも、Ⅰ・Ⅱのとおり、合衆国憲法修正4条・日本国憲法35条の制定経緯や警察活動を統制する意義から考えて適当な「個々人の生活の安全自体」と捉える方が、実体に即していると思われる。論者がそれぞれに考えるところの「プライバシーの利益」を制約し得ない警察活動の法的規律の在り方を考えなければならない場合に、プライバシー概念を「修正」・「拡張」したり、「プライバシーの利益とは別の利益が（も）保障されていた」と新たな説明を「追加」したりすると、説明が複雑になるだけのように思われるのである。プライバシー概念の論争が警察活動の統制の文脈に持ち込まれることで、修正4条が独自の意義を失ってしまいかねないという Rubenfeld 教授の危惧⁽¹⁵⁰⁾は的を射ているというべきであろう。

「search」該当性の判断に限ってみても、警察活動の態様は様々であり、それにより制約され得る権利利益も何か一つには限られないはずである。そうだとすれば、Solove 教授のいうとおり、研究者たちは「修正4条の保障の核心について、様々な候補——物理的侵入、プライバシー侵害、政府の権限、過度の強制力、一般令状——を提案している」が、これらの「どれか一つに突きつめられる必要はない」⁽¹⁵¹⁾のである。まさに、修正4条は警察活動統制のための「アイディアの集合体」⁽¹⁵²⁾であり、「個々人の生活の安全」の保障に必要な諸利益が保護されていると考えるべきである⁽¹⁵³⁾。

(150) Jed Rubenfeld, *The End of Privacy*, 61 STAN. L. REV. 101, 115 (2008). 第2章Ⅱ C 4. 参照。

(151) Daniel J. Solove, *Fourth Amendment Pragmatism*, 51 B.C. L. REV 1511, 1527 (2010).

(152) CUDDIHY, *supra* note 2, at 770.

(153) Gerstein 教授は、プライバシーという言葉の背後には何ら実質的概念は存在しないから、プライバシーを定義しようとするのがそもそも「誤り」であって、プライバシーの権利は、いわば「私的生活を持つ権利 (a right to have a private life)」と

合衆国憲法修正4条や日本国憲法35条についてのこのような理解によると、修正4条の解釈論における「財産権」や「プライバシーの合理的期待」の侵害というアプローチは、「個人の生活の安全」への「危険」が、何らかの正当化要件を備えない限り許されないレベルに達するかどうかを判断するプロセスを言い表した個別準則であり、相互に排他的なものではないし、また、どちらからどちらへと思考様式が移り変わるというものでもない。合憲性が問題となっている具体的な警察活動によって対象者に生じ得る権利利益の制約が、個人の生活の安全保障の見地から事前の司法審査を要求すべきレベルに達するかどうかという規範的判断が問題の本質であり、財産権に基礎を置くアプローチもプライバシーに基礎を置くアプローチも、その規範的評価の思考過程の具現化に他ならないのである。

3. 個々人の生活の安全

1. で述べたとおり、憲法は「自由で開かれた民主社会」が望ましいという根本的な価値の選択を行っている。そうだとすれば、「自由で開かれた民主社会」にとって不可欠な諸権利が保障されているはずであるし、ま

もいうべきばらばらの権利の集合体であると考えべきであるという。See Robert S. Gerstein, *California's Constitutional Right to Privacy: The Development of the Protection of Private Life*, 9 HASTINGS CONST. L.Q. 385, 414-15 (1982). 本文のような修正4条・憲法35条により保障される「実体」の説明をあえてプライバシー権論に位置づけようとするれば、このような説明が近い。もっとも、本稿は「私的生活」という表現ではなく、「個人(の)生活」という表現を用いる。保護されるべき「私的」な生活・領域かどうかは、個人の自律にとって必要な「個人領域」を画定する規範的な価値判断であり(第4章I A 1. 参照)、ともすれば、「保護されない公的・社会的な生活以外の保護される私的生活」という対比構造の中で用いられがちな「私生活(private life)」という術語よりも、第2章II C 4. において考察したRubinfeld教授の見解のように、「個人生活(personal life)」という術語を用いるのが適切であると思われるからである。

た、保障されていなければならない。このような憲法の根本的価値観に沿うように憲法35条が保障する「個々人の生活の安全」を一般論として提示すると、次のようになろう。

憲法35条は、「自由で開かれた民主社会」に不可欠な構成要素としての「自律性——自己の人格（心的特性）全体を形成・維持する人間の能力⁽¹⁵⁴⁾——のある個人」にとって必要な「個人生活——誰はばかることなく意識（感覚・感情・事実認識）を形成し、それに沿って活動できる領域——」の、「安全——危険のない状態——」が保障されなければならないという根本思想の下、歴史的にこのような個人生活への過度の干渉が見られた警察活動を統制することによって、ひとりひとりの生活の安全を「何人」に対しても保障していると考えべきである。というのも、社会規範——他者と関わる上で守るべき法、道徳、習慣等の規律——が及ばないという意味での「自由」な環境において、個々人が多様に人格形成し、そのような個人が社会を構成するからこそ、自由で開かれた——多様性のある——社会が実現されるからであり⁽¹⁵⁵⁾、逆に、「個性ある人々の存在は、多元的な民主主義社会に必要不可欠」であるにもかかわらず、「社会から隔絶された個人の領域」が脅かされると「人は個性を失いがち」になってしまうからである⁽¹⁵⁶⁾。IIの憲法35条の制定過程を振り返ると、同条は、まさにこのような意味での「個々人の生活」が圧迫されてきた歴史的反省の上に立って規定されたと考えられる。

(154) CHARLES TAYLOR, SOURCES OF THE SELF: THE MAKING OF MODERN IDENTITY 15 (1989). Robert C. Post, *Three Concepts of Privacy*, 89 GEO. L.J. 2087 (2001) は、「自律性」と「尊厳」の違いと、それぞれのプライバシーとの結びつきについて考察する。

(155) Post 教授は、自由との結びつきを基にプライバシー概念を把握しようとしている。See Post, *supra* note 154.

(156) 佐伯仁志「プライバシーと名誉の保護(3)」法学協会雑誌101巻9号（1984）101頁。

さらに、このような個人の自律にとって必須の個人領域を保障する必要性は、憲法制定時に限らず、現代においても等しく妥当する。刑事手続の領域においては、特に、William Pitt の「城の法理 (The castle doctrine)」すなわち「如何に貧しき者といえども、自己の小屋の中では、国王のあらゆる力を無視し、反抗することが許される。その小屋はもろく、屋根はきしみ、風はその中に吹き込み、嵐も入り込み、雨も降り込むが、イングランドの国王は入ることを許されない」⁽¹⁵⁷⁾ という1763年の貴族院における演説が繰り返し引かれるが、この演説の価値は、「時代がどのように進んでも、そして高度のハイテク社会においても」⁽¹⁵⁸⁾、変わることはないはずである。ここで保護されるべきは、物理的な「城」だけではない。「個人には、社会の交渉・干渉から解放された独自の生活領域がなければならない」のであり、「自己の生活について、カーテンを引き得る利益がなければならない」⁽¹⁵⁹⁾ のである。このような「領域」がなければ、「個人の主体性も自由もありえない」⁽¹⁶⁰⁾ からである。このような考え方は、「憲法35条は、『住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利』を規定しているところ、この規定の保障対象には、『住居、書類及び所持品』に限らずこれらに準ずる私的領域に『侵入』されること

⁽¹⁵⁷⁾ 渥美東洋『刑事訴訟における自由と正義』(有斐閣, 1994) 164頁。See, e.g., Miller v. United States, 357 U.S. 301, 307 (1958), Minnesota v. Carter, 525 U.S. 83, 99 (1998) (Kennedy, J., concurring), Georgia v. Randolph, 547 U.S. 103, 115 (2006). Pitt の演説が当時の植民地の状況に「共鳴し」、また、植民地全体に「反響を及ぼした」ことに「疑いはない」という (Payton v. New York, 445 U.S. 573, 601 n.54 (1980))。前掲注(10)も参照。

⁽¹⁵⁸⁾ 田口守一「搜索・差押えにおけるプライバシー保護」現代刑事法2巻5号(2003) 17頁。

⁽¹⁵⁹⁾ 嶋良弼『刑事訴訟法の基本理念』(北九州法学会法政叢書刊行委員会, 1985) 67頁。

⁽¹⁶⁰⁾ 嶋・前掲注⁽¹⁵⁹⁾。

のない権利が含まれるものと解するのが相当である」⁽¹⁶¹⁾という最高裁判所の憲法解釈の背後にもあると考えられる。

4. 「住居，書類及び所持品」／「侵入，搜索及び押収」

憲法35条の保護法益についての3.の理解と、同条1項の「住居，書類及び所持品」及び「侵入，搜索及び押収」という文言の関係は、次のように整理できる。

日本国憲法35条も合衆国憲法修正4条も「住居，書類及び所持品」を挙げており、「安全」が保障される対象を限定しているかのようにも読める。実際、合衆国では、修正4条は「場所ではなく人を保護する」と判示したKatz判決後⁽¹⁶²⁾も、同条に挙げられている「homes, papers and effects」の中で、「homes（住居）」は「特別に保護」されてきた⁽¹⁶³⁾。

もっとも、これは、住居という有体物自体に高度の保護価値が認められてきたというよりも、住居が「個人生活」の営まれる最たる場所であることから「特別に保護」されてきたとみるべきであろう。修正4条も憲法35条も、法執行当局による行き過ぎた「住居」への立入りと、ありとあらゆる「書類」や「所持品」の押収という害悪を防ぐために規定されたと考えられるべきことは既にみてきたとおりであるが、修正4条も憲法35条も、そこに挙げられた「住居，書類及び所持品」という有形の存在自体を保護しようとしているのではない。個人生活にとって場合によっては欠かすことのできないものとして「住居，書類及び所持品」が挙げられているので

(161) 最大判平成29・3・15刑集71巻3号13頁〔16頁，傍点筆者〕。

(162) Katz v. United States, 389 U.S. 347, 351 (1967).

(163) I WAYNE R. LAFAYE, SEARCH AND SEIZURE: A TREATISE ON THE FOURTH AMENDMENT 724-803 (5th ed. 2012).

ある⁽¹⁶⁴⁾。したがって、「侵入、搜索及び押収」は、「住居、書類及び所持品」という有形の存在に干渉する警察活動というよりも、憲法35条の保障する個々人の生活の安全を侵害する処分の総称なのである⁽¹⁶⁵⁾。

5. 「the right ... to be secure」

3. の理解は、「侵入、搜索及び押収に対して、住居、書類及び所持品の安全を保障されるすべての人の権利」(the right of all persons to be secure in their homes, papers and effects against entries, searches and seizures) という文言にも適合的である。

合衆国憲法修正4条は「人々の安全を保障する規定である」というRubenfeld教授のいうとおり⁽¹⁶⁶⁾、ここでの「secure」を「protected」という意味に捉えると、「the right ... to be secure」は不要な文言になり、単

⁽¹⁶⁴⁾ Thomas P. Crocker, *From Privacy to Liberty: The Fourth Amendment After Lawrence*, 57 UCLA L. REV. 1, 58 (2009). 人の生活が営まれている場所や建物を「住居」と呼んでいるのである。

前述のとおり、近時、最高裁判所は、憲法35条の「保障対象には、『住居、書類及び所持品』に限らずこれらに準ずる私的領域に『侵入』されることのない権利が含まれるものと解するのが相当である」(最大判平成29・3・15刑集71巻3号13頁〔16頁、傍点筆者〕)と判示した。

⁽¹⁶⁵⁾ 刑事訴訟法上の「差押え」は有体物を対象とし、無体物は搜索の対象にもなり得ないと考えられてきた(川出敏裕『判例講座 刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』〔立花書房, 2016〕141頁)。憲法上の「侵入、搜索及び押収」は憲法35条の保護法益を侵害する処分の総称であり、刑事訴訟法上の搜索差押えのすべてを包摂する「上位概念」(井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』〔有斐閣, 1997〕92頁)として位置づけられるから、憲法35条が保障する「私的領域」に侵入する捜査活動が憲法上の「侵入、搜索及び押収」に該当する一方で、それが刑事訴訟法上の既存の処分類型に該当しないことは当然あり得る。

⁽¹⁶⁶⁾ Rubenfeld, *supra* note 150, at 119-20. 第2章II C 4. 参照。

に「搜索押収に対する権利は侵害されない」と規定すればよかったことになるはずである。それにもかかわらず、「the right ... to be secure」という文言が使用されているという事実、さらにはこの文言が選好された歴史的経緯を考えると、「secure」＝「安全な（状態）」には意味があると思われるのである。

C 小括

以上のとおり、日本国憲法35条は、合衆国憲法修正4条と同様に、とりわけ刑事警察権との関係における「個々人の生活の安全」を保障することを目的として制定された。自律——自己の人格全体を形成・維持する人間の能力のある状態——した個々人が「自由で開かれた民主社会」に不可欠の構成要素であり、自律した個々人の存立に必須の「個人生活の安全」を、個々人に対して保障しているのである。そして、そのために、憲法自身により、その安全保障が解除される条件をも明示しているのである。

次なる問題は、このような保障内容を持つ憲法35条によって、捜査活動が具体的にどのように規律されるか、である。