



Title	強制処分概念をめぐる最近の議論について
Author(s)	松田, 岳士
Citation	阪大法学. 2018, 67(6), p. 33-62
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87057
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

強制処分概念をめぐる最近の議論について

松 田 岳 士

一 はじめに

(1) 最高裁判所は、平成二九年三月一五日の大法廷判決^①において、いわゆる「GPS捜査」、すなわち、「車両に秘かにGPS端末を取り付けてその位置情報を検索し把握する捜査手法」の現行刑事訴訟法（以下、「刑事法」という）上の許容性を否定する内容の判決を言い渡した。同判決には、刑事法一九七条一項但書の「強制の処分」や「法定主義」の内容ないし趣旨に関する重要な判断が含まれており、とりわけ、「個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品に秘かに装着することによって、合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法であるGPS捜査は、個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして、刑事法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分に当たる」という判示については、「強制の処分」該当性の判断基準を「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」^②か否かに求める有力説と「実質的に異なることを述べているわけではない」との指摘もある^③。

しかしながら、学説においては、刑事法一九七条一項但書が定める強制処分法定主義の意義ないし趣旨およびそ

の適用対象となる「強制の処分」の定義をめぐっては、「刑訴法上の最も基本的な問題」であるにもかかわらず、「議論が整理されていないため混乱した状況が続いている」とされてきたのであり、そのような状況は現在に至っても解消されているわけではない。実際、「強制の処分」概念をめぐっては、最近でも、新たな見解が次々と提示されるに至っているが、議論は収斂していくどころか、むしろ、混乱の度を深めているようにさえ思われる。

(2) 従前より、刑訴法一九七条一項但書が定める「強制処分法定主義」については、その内容自体をめぐって、①「既成の強制処分は個々の規定のとおりに法定の令状主義に従う」という意味に理解する立場と、②強制処分は、「国民の代表による明示的な選択を体现する法律……に根拠規定がない限り、行うことが許されない」という意味に理解する立場が基本的に対立してきたが、いずれの立場においても、「強制の処分」の本質的指標を何処に求めるかについては統一的な説明がなされているとはいえない状況にあった。

すなわち、①の立場を代表する見解においては、強制処分に該当するか否かは、直接強制または間接強制を伴うか否かという「処分態様の異常性」だけでなく、「相手方の権利侵害をきたす」か否かという「処分の向けられた法益の内容」にも注目して判断すべきであるとされ、性質の異なる二つの指標が並列的に提示されていた。⁽⁷⁾他方、②の立場を代表する見解においては、「強制の処分」を「人の重要な権利・利益を本人の意思に反して制約することと内容とする」処分として定義した上で、「当の権利・利益の主体が同意ないし承諾する場合には、その権利・利益の侵害ということがそもそも問題とならない」として、「本人の意思に反して」という要素の「権利・利益の制約（侵害）」という要素への還元が試みられてはいるが、強制処分該当性の判断指標としてのこの二つの要素間の関係をどう理解するかについては、依然として意見の対立がある。⁽⁸⁾⁽⁹⁾

これらの議論の背景には、実質的に刑訴法一九七条一項の「法定主義」の適用対象とすべき処分と、「強制の処

分」の文言ないし語義の間に齟齬があるとの問題関心があるように思われる。とくに②の立場についてより具体的に言えば、これらの諸見解は、「対象となる人のプライバシーその他の重要な権利や利益に重大な影響を及ぼすような手段」について、「刑事訴訟法上特別の根拠規定がなくても……実施することができるといふ取扱いは、「事柄の実質からみて、……適切であるかは疑問である」が、このような捜査手法を、いかにして「強制的処分」という文言ないし語義の解釈と調和させつつ同概念に取り込み、刑法一九七条一項但書の「法定主義」の適用対象とするかという問題をめぐって議論を重ねてきた面があるように思われるのである。

(3) ところが、最近では、「強制的処分」について、もはやその文言や語義を顧慮することなく、これを、「議会が、その前提・状況・結果に関する決定を通して、規制すべき処分」と定義する見解⁽¹²⁾や、「ある捜査手法のエンジニア・コストが民主主義の健全性を損なうほどに高いことに鑑み、その統制に特別の法的規律を必要とする」捜査手法という意味に理解すべきだとする見解⁽¹³⁾が提示されるに至っている。これらの見解は、それぞれドイツやアメリカ合衆国といった外国の議論に依拠しつつ、「特別の定」による「法定主義」の意義ないし趣旨を再検討した上で、捜査法においてその適用対象とされるべき処分の性質を論じ、これをもって「強制的処分」の定義ないし該当性判断の指標とすることを主張する点に特徴がある。

しかしながら、このように、いかなる処分が「法律に特別の定のある場合でなければ」許容することが相当でないか、あるいは、いかなる処分を法律の「特別の定」による授權・規制の対象とすべきかを、「強制的処分」の文言ないし語義と無関係に論ずるのであれば、それは、「法定主義」論ではあっても、もはや「強制処分法定主義」論ではなく、刑法一九七条一項但書の「解釈」の枠組みを超えているといわざるを得ないように思われる。なぜなら、これを敢えて「強制的処分」の解釈ないし定義の名の下に議論することは、立法者の名を借りて自己の主張

をするに等しく、しかも、その内容からすれば、同規定を、捜査機関の活動を規制する規範から捜査法に関する立法のあり方を定める規範に転換することになりかねないという意味でも、妥当とは思われないからである。そして、このような規定の文言や基本的性格を無視ないし軽視する「解釈」態度が、捜査活動に対する「国会を通した民主主義的統制」や、捜査活動の統制方法の「民主主義的熟議」を通じた考案を重視するこれらの見解の主張と一貫するかも疑問である。

そこで、本稿においては、「強制の処分」概念をめぐる最近の議論のうち、とりわけ、行政法や外国の議論に依拠して「(特別)法定主義」の意義を再検討し、その適用対象とすべき処分はいかなる処分かという観点から、「強制の処分」の意義を論じる諸見解の内容について、批判的に検討してみることにした。

- (1) 最大判平成二九年三月一五日刑集七一巻三号二七九頁。
- (2) 井上正仁『強制捜査と任意捜査』(有斐閣、新版、二〇一四年)一二頁。
- (3) 最高裁平成二九年大法院判決に関する伊藤雅人Ⅱ石田寿一「時の判例」ジュリスト一五〇七号(二〇一七年)一一一頁。
- (4) 椎橋隆幸『刑事訴訟法の理論的展開』(信山社、二〇一〇年)一七頁。
- (5) 田宮裕『刑事訴訟法』(有斐閣、新版、一九九六年)七二頁。
- (6) 井上・前掲注(2)二八頁。
- (7) 田宮・前掲注(5)七一頁。
- (8) 井上・前掲注(2)二頁以下。
- (9) この問題をめぐる議論については、井上・前掲注(2)一七頁以下および同書が引用する諸文献を参照。
- (10) 井上・前掲注(2)二二頁。
- (11) 井上・前掲注(2)三頁は、「やはり、相手方の意思に反しても実施する……というときにはじめて、『強制』といえる」とし、「強制」の文言ないし語義への配慮を示していた。

(12) 斎藤司「強制処分概念と任意捜査の限界に関する再検討」川崎英明・白取祐司編『刑事訴訟法理論の探求』（日本評論社、二〇一五年）二六頁。

(13) 稲谷龍彦『刑事手続におけるプライバシー保護——熟議による適正手続の実現を目指して』（弘文堂、二〇一七年）二八二頁。

(14) 宇藤崇「強制処分の法定とその意義について」研修七三三号（二〇〇九年）三頁以下、斎藤・前掲注（12）一九頁以下、稲谷・前掲注（13）二七四頁以下。

二 「規律密度」論と「議会の自己決定義務」論

(1) 刑訴法一九七条一項但書については、最近、とりわけ行政法の分野における「法律の留保（原則）」との類似性に着目して、同原則における「法定主義」の意義ないし趣旨に関する説明を、同規定の「法定主義」の趣旨説明に援用し、その内容から導き出される同主義の「規律対象」とすべき処分の属性によって、同規定の適用対象となる処分、あるいは「強制的処分」を定義づけようとする試みが提示されている。

(2) このような見解の一つは、行政法の分野における「法律の留保原則」を刑訴法一九七条一項但書の解釈に援用することを主張し、その根拠を、両規範を支える「ベクトル」——具体的には、権利義務創出のための立法権による授權、抑制的行動の要請、実体ルールの稠密度（規律密度）の要請という考え方——に共通性が認められることに求め、このうち、とくに、「稠密度（規律密度）の要請」を重視して、同規定の「法定主義」を、いわば「個別・具体的法定（授權）主義」として理解すべきことを説く（「規律密度」論¹⁵⁾）。

この「規律密度」論によれば、「刑訴法一九七条一項は、強制処分法定主義を定める但書だけではなく、それ全体が憲法三十一条を受けた規定であり、そのため規律の対象となる侵害の程度、質等を踏まえた稠密度が定められな

なければならない」のであり、「但書が規定する強制処分法定主義は、その旨をとくに強制処分について具体化したもの」とされる。言い換えれば、「捜査のための処分」は、「授權規定が必要なものの、概括的授權で十分と思われる処分」と、「概括的授權」では不十分であり、個別・具体的な授權規定が必要なもの」に分類され、「前者が刑法一九七条一項本文、後者が同項但書で対処される」というのである。⁽¹⁶⁾

ここでは、刑法一九七条一項但書だけでなく、その本文も、ともに、「捜査のための処分」に関する「法定主義」——同見解によれば、これは、憲法三二条の要請であるとされる——を具体化するものとされ、両者は、その「法定」あるいは「授權」のあり方について、異なる「稠密度」を要請するものとされる。すなわち、刑法一九七条一項は、「捜査のための処分」について、その本文で「概括的法定（授權）主義」を、但書で「個別・具体的法定（授權）主義」を、それぞれ定めるものとされるのである。

(3) このように、「規律密度」論は、刑法一九七条一項の本文と但書が要求する「規律密度」の差異に着目し、但書が定める「法定主義」の趣旨を、「個別・具体的な授權規定が必要」であることに求める。言い換えれば、同見解は、同規定の「この法律に特別の定のある場合でなければ、……することができない」の文言を、「この法律に個別・具体的な授權規定がなければ、することができない」の意味に解するのである。その上で、「法律の留保原則」の考え方を援用しつつ、このような「個別・具体的法定（授權）主義」からは、その「規律対象」として、「法律という形で国民の選好が明示されなければならないほど重要な捜査活動」が導き出されるといえる。⁽¹⁷⁾

他方、「規律密度」論は、刑法一九七条一項但書自身がその「法定主義」の適用対象として明示的に定める「強制的処分」については、その文言の「語義の点」に配慮しつつ、行政法学における「即時強制」の定義を手がかりに、これを、「処分対象者との関係で受忍義務を課するような形態での処分」として定義し、その「中心的な

性格」は「意思の拘束」に求められ、「受忍義務」がその「不可欠な要素」となるとする。⁽¹⁹⁾

問題は、このように「強制的処分」の語義に即して導き出される「処分対象者との関係で受忍義務を課するような形態での処分」と、「個別・具体的法定（授權）主義」の「規律対象」として導き出される「法律という形で国民の選好が明示されなければならないほど重要な捜査活動」の関係である。

この点に関して、「規律密度」論は、刑訴法一九七条一項但書は、「個別・具体的法定（授權）主義」を、「とくに強制処分について具体化したものである（傍点引用者）」とする。⁽²⁰⁾ すなわち、同見解が考える「授權規定は必要なもの、概括的授權で十分と思われる処分」と「それでは不十分であり、個別・具体的な授權規定が必要なもの」の区分は、立法者が、刑訴法一九七条一項の本文と但書において採用する「強制的処分」とそれ以外の処分（すなわち、任意処分）の区分と過不足なく重なり合うものではなく、「必ずしもそれ自体を強制処分として捉えることができないようなものであっても、なお選好の明示が求められる場合」、言い換えれば、「任意処分」であっても、「個別の授權規定および規律規定をおくことが妨げられず、むしろ望ましい場合」もあるというのである。⁽²¹⁾

その上で、「規律密度」論は、刑訴法一九七条一項は、「包括的規定では法律的根拠としての規律密度を充たし得ない場合のうち、強制処分に分類されるものにつき一定の密度を備えた規律の必要なることを確認した規定」であり、「その但書において、強制処分についてのみ法律的根拠を求めたわけではない」として、同規定の適用範囲を、「強制的処分」以外の「個別・具体的な授權規定が必要な処分」にも拡大すべきことを説く。⁽²²⁾ すなわち、同見解は、刑訴法一九七条一項但書の「この法律に特別の定のある場合でなければ、……することができない」という部分の意義を「個別・具体的法定（授權）主義」に求め、行政法学における「法律の留保原則」の考え方によりその「規律対象」として導き出される「法律という形で国民の選好が明示されなければならないほど重要な捜査活動」を、

「強制の処分」の文言ないし語義にかかわらず、同規定の適用対象とすべきことを主張するのである。

(4) 「規律密度」論が、このように、刑法一九七条一項但書は、「強制処分についてのみ法律的根拠を求めたわけではない」とするのは、あるいは、「強制の処分」を「個別・具体的法定（授權）主義」の「規律対象」とすべき処分の例示として位置づける趣旨なのかもしれない。しかしながら、そのような理解は、刑法一九七条一項がその本文において、（任意処分に限らず）「捜査のための処分」全般について「その目的を達するため必要な取調をすることができ」として「概括的授權」をした上で、但書において、「強制の処分」についての特例を定める構造をとっていることからして、困難であるように思われる。⁽²⁴⁾

そうであるとなると、「規律密度」論は、実質的に、刑法一九七条一項但書の「強制の処分」を、「個別・具体的な授權規定が必要な」処分と読み替えることを主張していることになる。しかしながら、「個別・具体的法定（授權）主義」は、もともと同規定の「この法律に特別の定のある場合でなければ、……することができない」という文言の「解釈」だったはずであるから、このような理解の下では、同規定は、結局、「それを行うために個別・具体的な授權規定が必要な処分は、個別・具体的な授權がなければすることができない」という同意反復的^{トートロジー}で、「捜査法」としての意義を認めたい規定となってしまうことになる。⁽²⁵⁾

そもそも「規律密度」論が、上述のような刑法一九七条一項但書の「個別・具体的法定（授權）主義」の「規律対象」となる処分を導き出すに当たって依拠するのは、行政法学における「法律の留保原則」、および、同規定の解釈に関する「代表的見解」によって、憲法三二条から導き出されるとされる、「重要な国民の権利・利益を奪う処分……を用いることを許すかどうか」は、「国民自身が、その代表である国会を通じて、意識的かつ明示的に決断すべきである」という要請⁽²⁶⁾であった。そうであるとすれば、「個別・具体的法定（授權）主義」の観点から

「強制処分以外にも個別の法律的根拠が求められるべき場合のあること」が認められるとしても、それは、刑訴法一九七条一項但書ではなく、「行政法、とくに行政作用法を規律する法原則」⁽²⁷⁾、あるいは、憲法三一条から直接導かれる要請として提示されるべきであつたように思われる。⁽²⁸⁾

(5) 行政法(学)における「法律の留保」に関する考え方を刑訴法一九七条一項但書の解釈論に「活用」すべきことを主張する見解としては、さらに、「議会の自己決定義務」論を挙げることができる。これは、「行政法の領域」において「一九七〇年代のドイツで、判例法上確立された考え方」である「本質性理論」により提示される「『本質的事項』についての議会の『自己決定義務』」という考え方を、「強制処分法定主義の趣旨を理解するうえでも活用」し、そのようにして得られた強制処分法定主義の趣旨説明と「直結」させる形で「強制の処分」の再定義を試みる見解である。⁽²⁹⁾

同見解によれば、「強制の処分」は、「議会が、その前提・状況・結果に関する決定を通して、規制すべき処分」として定義され、これに該当するかどうかは、「本質的事項」に当たるかどうか、すなわち、「その処分が国民の権利や利益を侵害する内容であるかどうか」に加えて、「従来の歴史的経緯なども踏まえて、捜査機関による権限濫用の危険性が高い」かどうかを考慮して判断されるという。また、「強制処分法定主義」の趣旨については、「すべての権利を侵害・制約する処分や権限濫用の危険のある処分など、『議会が、その前提・状況・結果について決定を通して、規制すべき処分』について、その根拠、要件や手続を法定すべき」であり、「重要な権利・利益が重要であればあるほど、そして権限濫用の危険が高ければ高いほど、その要件や手続についての議会の自己決定義務、すなわち規律密度は高度なものが求められる」という意味に解することができる⁽³⁰⁾とされる。

(6) この「議会の自己決定義務」論は、法定主義の「趣旨」を「議会による『意識的・自覚的な決断』」に求め

た上で、これが、「強制処分」の定義とどのように関係する（傍点引用者）のかを問題とするとしており、この点においては、「規律密度」論と問題関心を共有するようにも見える。しかしながら、同見解は、実際には、「法定主義」の趣旨と「強制処分の定義」の「関係」を検討するものではなく、「強制の処分」の文言ないし語義には頓着することなく、もっぱら「法定主義」の内容ないし趣旨から、その適用対象とすべき処分の属性を特定し、これを「強制の処分」解釈の名の下に提示するものとなっている。すなわち、「議会の自己決定義務」論は、「本質的事項」についての議会の『自己決定義務』という考え方を、「強制処分法定主義の趣旨を理解するうえで……活用」し、そのようにして得られた趣旨説明と「強制の処分」の定義を「直結」させる——すなわち、そのような趣旨の「法定主義」の適用対象とすべき処分をもって「強制の処分」の名の下に提示する——結果、その文言ないし語義を考慮の外に置くのである。

実際、「議会が、その前提・状況・結果に関する決定を通して、規制すべき処分」、あるいは、「その前提や状況、結果について捜査機関の独断に委ねてはならない処分」という同見解による「強制の処分」の「定義」にはもちろん、「その処分が国民の権利や利益を侵害する内容であるかどうか」、あるいは、「従来の歴史的経緯なども踏まえて、捜査機関による権限濫用の危険性が高い」かどうかという「強制の処分」該当性の判断基準にも、「その人の意思に反して無理にある事をさせる」⁽³¹⁾「威力・権力で人の自由意思をおさえつけ、無理にさせる」⁽³²⁾という意味での「強制」の要素を見出すことはできず、また、この点についての検討や説明はなされていない。

くわえて、同見解の下では、「現行法において具体的な根拠規定を有し、要件や手続が規定されている任意同行やその後の取調べ」も、「従来の歴史的経緯なども踏まえて、捜査機関による権限濫用の危険性が高い」処分として、「強制処分と位置づけられるべきことになる」とされるが、仮に⁽³³⁾ここにいう「任意同行やその後の取調べ」が、

刑訴法一九八条一項によるそれを意味するとすれば、「出頭を拒み、又は出頭後、何時でも退去することができ」場合までも「強制の」処分と位置づけるのは、文言解釈として明らかに無理があり、同見解においては、「強制の処分」の文言ないし語義が無視されているといわざるを得ないように思われる。

その結果、「議会の自己決定義務」論においては、「強制の処分」の文言が、実質的に、「本質的事項」、あるいは、「議会の自己決定に委ねられる処分」と読み替えるべきことが主張されていることになる。このことは、結局、「一九七〇年代のドイツで、判例法上確立された考え方」に倣って刑訴法一九七条一項但書の「強制の処分」の文言の改変を行うのと変わりがないことになるが、このような規定の文言ないし語義を無視した「解釈」態度が、「法治国家原則」や「国会を通じた民主主義的統制」を重視する同見解の立場と一貫するものであるかは疑問であるといわなければならない。

(7) 「議会の自己決定義務」論による刑訴法一九七条一項但書の「法定主義」の内容ないし趣旨説明については、さらに、同規定を、いかなる主体のいかなる行為に関する規範を定めるものとして理解する趣旨なのか明らかにされていない点において、その妥当性に根本的な疑問が提示されるように思われる。

すなわち、「議会の自己決定義務」論は、刑訴法一九七条一項但書を、「すべての権利を侵害・制約する処分や権限濫用の危険のある処分など、『議会が、その前提・状況・結果に関する決定を通して、規制すべき処分』について、その根拠、要件や手続を法定すべき」である旨、そして、「重要な権利・利益が重要であればあるほど、そして権限濫用の危険が高ければ高いほど、その要件や手続についての議会の自己決定義務、すなわち規律密度は高度なものが求められる」旨定めるものとするが、これを文字通りに理解するならば、同規定は、捜査機関の活動を規制する規範ではなく、議会の捜査に関する立法活動に関する規範——議会が、捜査活動に関して、いかなる処分を

いかに法定すべきかを定める規範——として理解されることになるように思われる。

実際、同見解は、刑訴法一九七条一項但書の「法定主義」にも、——「本質性理論」が、「すべての権利侵害行為を含めた本質的事項にかかる行為について法律の留保が必要であることを前提とし、議会が自己決定したといえるほど十分な規律密度を有した法律上の根拠を求めている」ことに対応して——「重要な権利・利益が重要であればあるほど、そして権限濫用の危険が高ければ高いほど、その要件や手続についての議会の自己決定義務、すなわち規律密度は高度なものが求められることを要求する」趣旨が含まれるとし、これを、「立法レベルにおける比例原則」を具体化するもの、あるいは、「強制処分に関する規定のあり方に関する検討の視点」を示すものであるとするが、ここでは、まさしく、同規定は、議会による「特別の定」についての立法のあり方を定める規範として理解されているものといえよう。⁽³⁶⁾

しかし、——「本質性理論」については、行政法に関する一般原理として、個別の行政法規に関する立法指針としての意味を（も）認めることができるとしても——刑訴法一九七条一項（但書）に、同じ刑訴法に属する「特別の定」または「根拠規定」の「規定のあり方」を定める上位規範的な意義を認めるのは、無理があるといふべきであろう。⁽³⁷⁾ また、刑訴法一九七条一項は、その本文も但書も、主語こそ明示していないものの、捜査機関を適用主体とし、その権限について定める規定であること、そして、但書が定める「法定主義」は、捜査機関が、「法律に特別の定のある場合でなければ、〔強制の処分を〕することができない」旨定めるものであって、議会に、一定の処分について「法律に特別の定」を置くべきことそれ自体を命じるものではないことは、その文言上明らかであるように思われる。

実際、刑訴法一九七条一項但書を、その文言に即して、捜査機関を適用主体とする規範としてみるならば、同規

定は、むしろ、「この法律」、すなわち、刑法において、逮捕、勾留、押収、搜索、検証、電気通信の傍受等に関する「特別の定」ないし「根拠規定」が、立法者により、憲法の関連規定に抵触しない範囲において政策的な考慮も行った結果として、一定の「規律密度」の下で定められ（てい）ることを前提として、そのような処分類型に該当しない「強制的処分」については、捜査機関は、——それを許容するような「特別の定」が新たに設けられない限り——「これを行うことができない」旨定めるものと解するのが妥当であるように思われる。

その意味において、同規定は、むしろ、立法者が「単に根拠規定をおいたという形式的判断」⁽³⁸⁾を問題とするものであり、その「根拠規定」の定め方や、いかなる「規律密度」の下に「特別の定」を設けるかは、憲法の関連規定との抵触ないし立法の合理性の問題であるとしても、強制処分法定主義それ自体によって規律される事柄ではないというべきであろう。

(8) このような「議会の自己決定義務」論による「法定主義」の内容ないし趣旨説明の曖昧さは、「強制的処分」の定義やその該当性判断基準にも当然に引き継がれることになる。なぜなら、「議会の自己決定義務」論は、上述のように、このような「法定主義」の内容ないし趣旨説明と「強制処分の定義」を「直結」させる、すなわちそこから直接、その適用対象となる処分の属性を導き出し、これを「強制的処分」の解釈の名の下に提示するからである。

実際、同見解による「強制的処分」の定義ないしその該当性の判断基準の下では、刑法一九七条一項但書それ自体に、捜査機関の活動を規制する規範としての性質を認めることは困難となるように思われる。なぜなら、具体的な処分が、「議会が、その前提・状況・結果に関する決定を通して、規制すべき」であるがゆえに、「その前提や状況、結果について捜査機関の独断に委ねてはならない処分」に当たるか否かの判断を、当の捜査機関自身に委ね

ることができるかは疑問であるし、また、「その処分が国民の権利や利益を侵害する内容であるかどうか」はともかく、「従来の歴史的経緯なども踏まえて、捜査機関による権限濫用の危険性が高い」か否かといった判断を行う適格が、その権限濫用の主体として想定されている捜査機関自身に認められるとは考えにくいからである。

このことからしても、捜査法において、「国民の権利や利益を侵害する」ことを内容とする処分や「捜査機関による権限濫用の危険性が高い」処分については、議会が、その前提・状況・結果に関する決定を通してその根拠、要件や手続を法定するのが妥当であるとの「議会の自己決定義務」論の主張も、やはり刑法一九七条一項但書の「解釈論」として提示するには無理があり、むしろ、憲法論、あるいは捜査法に関する立法論ないし政策論として提示されるべきであつたように思われる。

(15) 宇藤・前掲注(14) 八頁によれば、「規律密度」の要請とは、「種々の可能性から国民が選び取ったものが何かを明示する必要性と、それに見合った形で適切な密度の授權規定(また規律規定)を法定していくこと」を意味する。

(16) 宇藤・前掲注(14) 九頁以下。

(17) 宇藤・前掲注(14) 一〇頁。

(18) 宇藤・前掲注(14) 一一頁は、「受忍義務」が「強制の処分」の不可欠な要素として提示されるとすれば、「語義の点でも問題点は少ない」という。

(19) 宇藤・前掲注(14) 一〇頁、一五頁。

(20) 宇藤・前掲注(14) 一〇頁。

(21) 宇藤・前掲注(14) 一五頁。

(22) 宇藤崇「GPS捜査大法廷判決について」刑事法ジャーナル五三号(二〇一七年)六五頁。

(23) もっとも、宇藤・前掲注(14) 一〇頁は、当初、この点について、刑法一九七条一項但書の「規律対象となりうるところ」は、「法律という形で国民の選好が明示されなければならないほど重要な捜査活動のうち、『強制の処分』と分類され

るもの」であるとしていた。

(24) そもそも「規律密度」論の問題関心は、刑訴法一九七条一項の「本文も含む……構造全体」にあつたはずである（宇藤・前掲注（22）六五頁参照）。

(25) このことは、「強制的処分」を、「法律という形で国民の選好が明示されなければならないほど重要な捜査活動」と定義したとしても、それが、「それを行うことを許すためには、法律という形で国民の選好が明示されなければならないほど重要な捜査活動」という意味であるとすれば、実質的に変わりはないというべきであろう。

(26) 井上正仁『強制捜査と任意捜査』（有斐閣、二〇〇六年）一七頁。

(27) 宇藤・前掲注（14）三頁は、現行法の下では、捜査機関は行政機関として位置づけられ、捜査のために行われる処分も行政機関が行う一種の活動であるため、「その規律の在り方についても、行政法、とくに行政作用法を規律する法原則が踏まえらるべきである」とする。

(28) もっとも、その場合にも、いかなる処分が、「法律という形で国民の選好が明示されなければならないほど重要な捜査活動」に該当するのかについての具体的な判断基準が示されなければ、捜査法に関する議会の立法指針としてはともかく、捜査機関による活動を規制する規範としては抽象的にすぎ、十分に機能し得ないものと考えられる。

(29) 斎藤・前掲注（12）二五頁以下。

(30) 斎藤・前掲注（12）二七頁以下。

(31) 北原保雄ほか編『日本国語大辞典第四卷』（小学館、第二版、二〇〇一年）四五五頁。

(32) 新村出編『広辞苑』（岩波書店、第六版、二〇〇八年）七三二頁以下。

(33) 斎藤・前掲注（12）三一頁。

(34) 斎藤・前掲注（12）二七頁以下。

(35) 斎藤・前掲注（12）二七頁。

(36) このような認識は、同見解が用いる「議会の規律責務」や「議会の自己決定義務」という表現にも看取することができよう。

(37) まさにその意味において、「行政法の議論を刑訴法の領域に直接持ち込むことには慎重でなければならない」（斎藤・前

掲注(12)「二六頁」ものと言えよう。

(38) 斎藤・前掲注(12) 二六頁。

(39) そう解さなければ、捜査機関は、「強制の処分」を行うに当たり、仮に根拠規定があるとしても、それが、「議会の規律責務を果たしたと評価できるほど十分な規律密度を有しているか」を判断しなければならないということになるであろうが、捜査機関にこのような判断を期待するのは困難であるように思われる。

三 「制度的差止」論

(1) 「規律密度」論や「議会の自己決定義務」論とは異なる観点からではあるが、やはり刑法一九七条一項但書の「法定主義」の内容ないし趣旨説明を再構成し、その適用対象として導き出される処分を「強制の処分」の「解釈」として提示する見解として、「制度的差止」論が挙げられる。

「制度的差止」論は、「刑事司法の運営・形成に携わる諸主体の能力・影響関係を考慮に入れた上で重層的な民主主義過程を通じて、それらのエージェンシー・コストを漸次的に合理的なレベルまで低減し、捜査活動を最適化すること、通時的に人民の利益の最大化を図ろうという〔アメリカ〕合衆国の議論における基本的視点」を参考としつつ、刑法一九七条一項但書を、「刑事手続の形成・運営に携わる諸主体の行動を、国民の利益を最大化する方向へと動機づけるための法を生み出すダイナミズムが組み込まれた規定であり、熟議による適正手続の実現を目指す上での核となる規定」とみるべきだとし、同規定の「強制の処分」を次のように定義すべきことを主張する。⁽⁴⁰⁾

すなわち、「強制の処分」とは、「健全な民主主義を維持するために国民から捜査権限・資源を委託され、『法の支配』の実現により国民の利益を最大化する義務を負っている、政府による当該捜査手法の実施が、国民との委託

信任関係の趣旨に照らして不適切な意図・判断……に基づいていた場合……に、健全な民主主義の存立にかえって重大な危険……をもたらす捜査手法」であり、かつ、「当該捜査手法の実施に関する捜査機関へのモニタリングが、その危険の発生する蓋然性を合理的なレベルまで引き下げるほど十分には機能していないため、重層的な民主主義的熟議に基づく捜査活動の最適化を通時的に実現するという観点からは、その実施を特別の法的統制の下に置き、危険発生の蓋然性を合理的に低下させなければならない捜査手法」を指すというのである。⁽⁴¹⁾

(2) 「制度的差止」論は、「強制処分」と「任意処分」の区別の意義を、「ある捜査手法のエージェンシー・コストが民主主義の健全性を損なうほどに高いことに鑑み、その統制に特別の法的規律を必要とする」捜査手法か、それとも、「その実施に当たって犯罪捜査のために特別の訓練を受けた専門家たる捜査機関の裁量を尊重することが、刑事司法を通じた国民利益の最大化という観点から基本的に望ましい捜査手法」かに求めているが、⁽⁴²⁾ここにも、「強制の処分」の本質は、「特別の定」による「法定」の適用対象とすべき処分であることに求められるとの発想を看取することができよう。⁽⁴³⁾

その上で、同見解は、刑訴法一九七条一項但書によれば、「問題とされている捜査手法が、条文に規定のない『強制の処分』に当たる場合、国会による当該捜査手法を適正に統制するための特別の立法が無い限り、当該捜査手法の実施は将来にわたって停止される」ことに注目し、これを、「十分な統制を受けていないために民主主義に重大な危険を生じさせる捜査手法の最適な統制方法を、民主主義的熟議を通じて考案するよう求めることが出来る規定」とみて、裁判所が、「健全な民主主義のあり方自体に危険を及ぼしうるような捜査手法については、……民主主義過程の健全性を維持することを目的として、積極的に対応」するための手段たる「制度的差止命令」の一種として「活用」すべきであると説く。⁽⁴⁴⁾

(3) このように、「制度的差止」論は、刑訴法一九七条一項但書が「特別の定」の存在を要求する点に着目してその「法定」の内容ないし趣旨を論じ、そこからその適用対象として導き出される処分の属性に同規定の適用対象たる「強制の処分」の本質を求める点や、国会を通じた捜査に対する民主主義的統制を重視する点においては、「規律密度」論や「議会の自己決定義務」論と関心を共有しているということもできるように思われる。⁽⁴⁵⁾もつとも、「制度的差止」論のいう「法定主義」の具体的内容の理解は、次の点において、「規律密度」論や「議会の自己決定義務」論によるそれとは基本的に異なるものである。

すなわち、「規律密度」論や「議会の自己決定義務」論が、刑訴法一九七条一項但書の「法定主義」の「規律対象」となるべき処分の本質を、基本的に、「侵害の程度、質等」や「国民の権利や利益を侵害する内容であるかどうか」に求めるのに対して、「制度的差止」論は、むしろ、同規定の解釈において、「対象者の権利・法益の侵害・制約を捜査機関統制の根拠とし、……重要な権利・利益……を厳格な統制によって保護に値する権利・利益と解」⁽⁴⁶⁾することを——「除かれるべき『蹟きの石』」として——積極的に忌避するのである。

その背景には、「制度的差止」論による（刑訴法一九七条一項但書を含む）「捜査法」一般の「目的」ないし「解釈指針」に関する次のような理解がある。すなわち、「制度的差止」論は、「捜査法」の目的は、「捜査活動の最適化」という観点から、「捜査機関が刑罰権の実現に寄与することによって国民全体の法益を増進するために与えられた権限と資源とを、不当な目的に濫用・費消することなく、真に国民の期待に沿う形で最大限に活用してもらうための捜査機関統制構造を具現化すること」に求められるべきであるとし、その解釈指針も、「捜査対象者の権利・法益を適切に保護するという観点」から、「捜査機関の統制構造が国民の利益を最大化するように具体化されているかどうか」という観点に転換すべきであると説く。

そして、このような「捜査活動の最適化」という高度の政策的判断⁽⁴⁷⁾を行うには、「大量の情報適切に収集・処理するための人的資源……、時間……、さらにはそれを実効化するための制度的能力ないし基盤」が必要であり、また、「刑事司法によって保護されるべき者の利益と刑事司法によって脅かされる者の利益とが、個々人の根本的価値観に基づいて激しく対立しうる状況を、価値多元社会に生きる国民に受け入れ可能な形で解決するためには、民主的正統性を備えた国民の代表によって構成される」機関における「熟議」が必要となるため、その役割は、そのような制度的能力ないし基盤をもたない裁判所ではなく、これを備えた国会に委ねられるべきであるというのである⁽⁴⁷⁾。

しかしながら、「制度的差止」論による刑法一九七条一項（但書）の解釈論も、捜査機関統制構造の具現化の方法という観点から「特別の定」による「法定主義」の内容ないし趣旨を検討し、そこからその適用対象として導き出される処分を「強制的処分」の定義として提示する反面、その語義を等閑視する点においては、「規律密度」論や「議会の自己決定義務」論によるそれと同様の問題を孕む。のみならず、その問題性は、同見解が依拠する「捜査法」の目的論ないし解釈指針それ自体に起因するか、あるいは、背馳する面もあるという意味においては、同見解には、より重大な問題が内在しているように思われる。

(4) 上述のように、「制度的差止」論が、「強制的処分」の「本質」を、「その統制に特別の法的規律を必要とする」点に求めつつ、刑法一九七条一項但書をそのような処分の「制度的差止命令」として「活用」すべきことを説くのは、実質的には、これを、同規定の定める「法定主義」を適用するべき処分、すなわち、「この法律に特別の定のある場合でなければ、……することができない」処分と考えるからであると解される。実際、同見解は、最高裁昭和五一年三月一六日決定⁽⁴⁸⁾による、強制処分についての「特別の根拠規定がなければ許容することが相当でな

い手段」との判示について、「より直截かつ有効な分析枠組みを用意する」⁽⁴⁹⁾ものであるとするが、これは、同判示を、「特別の法的規律による統制がなければ許容することが相当でない手段」と読み替える趣旨とも解される。⁽⁵⁰⁾

このような理解によれば、同見解のいう「その統制に特別の法的規律を必要とする」処分とは、実質的には、捜査機関が、「特別の法的規律（による統制）」がなければ、することができない」処分、あるいは、捜査機関に、「特別の法的規律による統制がなければ許容することが相当でない」処分を意味することになろう。

しかし、仮にそうであるとすると、「制度的差止」論が、「強制の処分」の「本質」や「定義」として提示するのは、実質的には、刑訴法一九七条一項但書の文言のうち、「強制の処分」の部分ではなく、「この法律に特別の定のある場合でなければ、……することができない」の部分の解釈から導かれる属性であることになり、これを、敢えて刑訴法一九七条一項但書の「強制の（処分）」という文言の「解釈論」として提示すれば、同規定は、結局、「この法律に特別の定のある場合でなければ、することができない（と同見解が考える）処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、することができない」という同意反復的規定^{トートロジー}となってしまうことになる。

このような同意反復を避けるためには、同見解のいう「その統制に特別の法的規律を必要とする」処分を、「立法による特別な統制をおこなうことが望ましい」⁽⁵¹⁾処分という意味に理解するしかないであろう。しかしながら、このような定義の下でも、やはり、刑訴法一九七条一項但書自体の「捜査機関の捜査活動を統制する法」としての性格との齟齬という問題は残される。すなわち、この定義の下では、特定の処分が「強制の処分」に該当するか否かの判断基準は、「捜査機関による情報の収集・保存・利用を統制する既存の制度そのものに明白な不備があるために、ある捜査手法について特別の統制を行わなければ、健全な民主政を損なうような深刻なエイジェンシー・スラックが生起する蓋然性が相当程度高いと認められる」⁽⁵²⁾か否かに求められるものとされるが、このような判断は、ま

さしく捜査活動の危険性や統制のあり方についてのものであるから、当の捜査機関自身にこれを行う適格が認められるかについて疑念が生じるからである。

このような問題は、「制度的差止」論による「強制的処分」該当性判断基準が、刑訴法一九七条一項但書を、裁判所が国会に対して「十分な統制を受けていないために民主主義に重大な危険を生じさせる捜査手法の最適な統制方法を、民主主義的熟議を通じて考案するよう求める」ための手段として「活用」すべきであるとの関心から導き出されることに起因するものといえよう。なぜなら、このような理解の下では、当該捜査手法が、「十分な統制を受けていないために民主主義に重大な危険を生じさせる捜査手法」であるか否かの判断主体としては、その「統制」の主体である裁判所や国会が想定され、その対象である捜査機関自身はそこから除かれることになるものと解されるからである。

しかしながら、刑訴法一九七条一項は、その文言および内容からすれば、少なくとも第一次的には「捜査法」に属する規定であると理解すべきであるように思われる。実際、「制度的差止」論自身も、「任意処分」について、捜査機関が、「刑事訴訟法一九七条一項本文に基づき、特別の裁量統制規範に服することなく実施しうる」処分であるとするが、これは、同規定を捜査機関自身を適用主体とするものとみているためであろう。また、同条項の但書が「制度的差止命令」の一種として有効に働くためには、「問題とされている捜査手法が、条文に規定のない『強制的処分』にあたる場合、……当該捜査手法の実施は将来にわたって停止される」必要があるが、そのためには、同規定が「捜査法」として機能することが前提となるといふべきであろう。そうであるとすれば、同見解による「強制的処分」の定義は、刑訴法一九七条一項但書の規範としての基本的性格との間に齟齬をきたすことになろう。

(5) くわえて、「制度的差止」論による「強制的処分」の定義に、「強制」の要素を見出すことは困難である。す

なわち、「強制」の語義が、上述のように、「その人の意思に反して無理にある事をさせること」に求められるとすれば、その文言に忠実であろうとする限り、「誰の意思にかかわりなく、何を」強制するかを考慮に入れることなく同概念の具体的内容を説明することはできないと考えられるが、同見解による「強制的処分」の「定義」には、このいずれの要素も含まれていない。

このうち、とくに「誰の意思にかかわりなく」という要素が含まれていない点は、あるいは、「制度的差止」論が依拠する「捜査法」の「目的」論ないしそこから導かれる「解釈指針」に起因するものといえるかもしれない。なぜなら、同見解は、刑訴法一九七条一項但書を含む「捜査法」の目的を「捜査活動の最適化」に一元化することを説き、その「解釈指針」も「捜査機関の統制構造が国民の利益を最大化するように具現化されているか」に求められるとすると同時に、従来の見解がとってきた「捜査対象者の権利・法益を適切に保護する」という観点からの解釈を批判するあまり、「捜査法」の解釈に当たり、「捜査対象者に生じうる不利益な事情」を、個人が負うことになる不利益それ自体として考慮に入れることを忌避する⁽⁵⁶⁾ようにも思われるからである。

しかしながら、上述のように、「強制」は一定の「対象者」ないし「相手方」を前提ないし内包する概念といふべきであるから、この点を除外して同概念の内容を説明するのは無理があるといわざるを得ない。したがって、

——「捜査対象者の権利・法益の侵害・制約」を直接考慮するかはともかく——少なくとも「捜査対象者側に生じ得る不利益な事情」を考慮に入れることなく、「強制の」という文言の解釈論を展開することは困難であるように思われる⁽⁵⁷⁾。その意味において、「制度的差止」論による「強制的処分」の定義の、その文言ないし語義からの乖離は、同見解が依拠する「捜査法」の「目的」論ないし「解釈指針」に起因するものとも解されるのである⁽⁵⁸⁾。

いずれにしても、このような「強制的処分」の文言ないし語義を無視した「解釈」は、立法者が、「民主主義的

熟議」の結果、刑訴法一九七条一項但書の「法定主義」の適用対象となる処分として選んだはずの「強制の処分」の文言を、「その統制に特別の法的規律を必要とする処分」に読み替える、あるいは、実質的に改変することを意味することになろう。読み替えの内容それ自体の妥当性についての上述のような疑念をさておくとしても、刑訴法一九七条一項但書について、裁判所に、同規定を「制度的差止命令」の一種として「活用」させるために、このように同規定の文言を無視した「解釈」を説くことは、法律による統制が言語による統制であることを否定しない限り、まさしく、裁判所に、「民主主義的熟議を……ショートカット」すべきことを主張するに等しいというべきであるように思われる。

(6) 以上の検討の結果からすれば、刑訴法一九七条一項但書の「制度的差止命令」としての「活用」論とは、実質的には、同規定の「強制の処分」を、その文言ないし語義を無視して、「その統制に特別の法的規律を必要とする」処分、あるいは、「立法による特別な統制をおこなうことが望ましい」処分と読み替えることにより、論者が「合衆国の議論における基本的視点」に倣って「特別の定」により統制すべきであると考える処分を、「法律に特別の定のある場合でなければ、……することができない」という効果に結び付けるために、同規定を「利用」することを説くものにほかならないことになろう。それは、結局のところ、同規定を、「捜査法」というよりも、むしろ、「捜査法」に関する「立法指針」を定める規定とみることを意味する。

しかしながら、上述の通り、刑訴法一九七条一項但書の「法定主義」は、「強制の処分」については、捜査機関が、「法律に特別の定のある場合でなければ、これを行うことができる旨」を定めるものであり、「特別の定」については、その有無を問題とするにとどまり、いかなる処分についていかなる「定」を置くべきかについては何ら言及してはいない。後者も「法定主義」と呼びうるものであるかもしれないが、それは、同規定の「捜査法」として

の「法定主義」とはその内容を異にし、むしろ、「捜査法」に関する立法のあり方を問題とするものであって、憲法の関連規定との適合性ないし立法政策の合理性に属する事柄ではあるとしても、強制処分「法定主義」によって規律される事柄ではないというべきである。

(7) ところで、「制度的差止」論は、上述のような「強制の処分」の解釈は、「熟議を通じて法形成の動態的な展開」を重視するものであるとし、同解釈の下では、「強制処分概念と任意処分概念は、とりわけその境界線において、相当程度流動的な関係に立つことになる」という。⁽⁵⁹⁾ しかしながら、「熟議による発見と創造のプロセスに独自の価値を見出」すもの、あるいは、「熟議を通じて法形成の動態的な展開を重視する」ものとして同見解が誇るこのような「解釈」は、刑法法一九七条一項但書を、その文言を無視して——言い換えれば、「民主主義的熟議をショートカット」して——「捜査法」に属する規定から、立法のあり方を定める規定に「読み替える」ことによつてはじめて可能となるものであり、その妥当性には根本的な疑念が提示されうる。

さらに、この問題とも関連して、刑法法一九七条一項但書を「制度的差止命令」として「活用」すること、このような「法形成の動態的な展開」が実現するか、また、これを実現させることが妥当かについても疑問がある。なぜなら、この方法により同見解のいう「熟議による適正手続の実現に向けたダイナミズム」が起動され、「司法と政治部門との生産的なフィードバック」による「熟議を通じて法形成の動態的な展開」が実現するためには、複数の条件が充たされる必要があるが、その充足は制度的に保証されるものではなく、また、これを保証するための「処置」を積極的に講じることが、むしろ、「制度論的」にも問題が多いものと思われるからである。

すなわち、同見解は、このような「ダイナミズム」が起動されるには、「刑事被告人」に、「具体的事実関係に即した捜査手法の民主主義社会への危険性の指摘を行わせる」必要があるというが、ここでの「指摘」は、基本的に

違法収集証拠排除の申立によって行われることが想定されているようである。しかしながら、そもそも当該捜査手法が（被疑者または第三者に対して）用いられた事件の被疑者が常に起訴されるとは限らず、また、起訴されたとしても、被告人がそのような「指摘」を行う保証はない。論者は、刑事被告人は、「自身の裁かれる刑事手続の適正さについて、最も重要な利害関係を持つ」ものとするが、ここでの「適正さ」の内容が「国民の利益の最大化」や「刑事司法制度運営における資源配置の最適化」に求められることからすれば、被告人個人が、この点について常に「最も重要な利害関係を持つ」と考えるかは疑問である。さらに、仮に被告人がそのような「指摘」を行い、裁判所が同規定を「活用」して特定の「捜査手法の実施」を「将来にわたって停止」することに成功したとしても、国会が、その「最適な統制方法」を「民主主義的熟議を通じて考案」という制度的な保証もない。

このことは、刑法一九七条一項但書を「制度的差止命令」として「活用」して「司法と政治部門との生産的なフィードバック」を起動させることによる「熟議を通じた法形成の動態的な展開」の実現という構想それ自体が、「制度的論的」に無理があることを示しているように思われる。たとえば、「制度的差止」論は、被告人側が上記のような「指摘」を行う「インセンティブを高める」ために、「報償処置を留意する」必要があるとし、「証拠排除法則の評価」や「違法捜査についての損害賠償を行うための制度のあり方」を再検討すべきであると説く。⁽⁶¹⁾しかし、このような「処置」を講じることは、刑事手続もしくは損害賠償制度、あるいは、そのような「指摘」が行われる手続における当該具体的事件の解決に、「刑事司法制度運営における資源配置の最適化」といった一般的かつ政策的な考慮を忍び込ませ、ひいては、司法の場に、「個別具体的事件の解決という……本来の任務を離れて、……当該事件の解決に必ずしも必要とはいえないような」⁽⁶²⁾問題を持ち込むことになりかねず、妥当とはいえない。

「刑事司法制度運営における資源配置の最適化」は、同見解も説くように、本来的に立法や行政によって実現さ

れるべきものであり、そのために必要な立法が欠けているのであれば、その主張も、刑訴法一九七条一項但書の「捜査法」としての性質、あるいは、その文言ないし語義を無視した「解釈」によつてではなく、正面から立法論ないし政策論（あるいは、せいぜい憲法論）として提示すべきであるように思われる。

(40) 稲谷・前掲注(13) 二七四頁以下。

(41) 稲谷・前掲注(13) 二八一頁以下。

(42) 稲谷・前掲注(13) 二八二頁、三〇〇頁。

(43) 稲谷・前掲注(13) 三〇〇頁は、刑訴法「一九七条一項本文に基づき、特別の裁量統制規範に服することなく実施し得る任意処分は、……捜査機関限りの判断と裁量でまず実行できる点に眼目がある」としており、このことから、「強制処分」は、同規定但書に基づき、特別の裁量統制規範に服することなく実施し得ない処分として位置づけられているものと考えられる。

(44) 稲谷・前掲注(13) 二九三頁、二九九頁。

(45) 斎藤・前掲注(12) 二七頁は、「制度的差止」論は、「国会を通した民主主義的統制を重視することで強制処分を定義しようとする点」において、「議会の自己決定義務」論の立場と近いとする。また、宇藤・前掲注(14) 六五頁は、同見解を、「刑訴法一九七条一項但書にいう『強制的処分』を、端的に法律的根拠が要する処分類型と捉えなおす」ものとした上で、これを「強制処分」と「法定主義」の規律対象の間の齟齬の問題への対処法の一つとして評価する（もともと、「制度的差止」論は、個別・具体的な「法律的根拠」というよりも、むしろ、「特別の法的規律」による「統制」に「特別の定」の意義を求める点において、両見解による「法定主義」の理解には差異があるというべきであろう）。

(46) 稲谷・前掲注(13) 二八三頁。

(47) 稲谷・前掲注(13) 四頁以下。

(48) 最三小決昭和五一年三月一六日刑集三〇巻二号一八七頁。

(49) 稲谷・前掲注(13) 二八四頁。

- (50) もっとも、最高裁昭和五十一年第三小法廷決定は、「特別の定」を「特別の根拠規定」と解釈するものであるから、その重点は当該処分の規律ないし統制内容の特別性ではなく、法的授權の個別性に置かれているというべきであり、これを、「特別の法的規律」ないし「特別の法的統制」の意味に解する「制度的差止」論とは理解を異にするものと思われる。
- (51) 稲谷・前掲注(13) 三〇〇頁。
- (52) 稲谷・前掲注(13) 三〇〇頁。
- (53) 稲谷・前掲注(13) 二九九頁。
- (54) 稲谷・前掲注(13) 二九九頁。
- (55) 稲谷・前掲注(13) 二八三頁。
- (56) 稲谷・前掲注(13) 四四頁は、「捜査権限が濫用ないし不適切に行使され」た場合でさえ、「制約された権利や法益は、基本的にはそのまま社会的費用として計上されることになる」という。
- (57) なお、この点に関する私見については、松田岳士『刑事手続の基本問題』(成文堂、二〇一〇年)二二七頁以下参照。
- (58) たしかに、現行刑法に含まれる「捜査機関による捜査活動の統制に関わる法」のなかには、相手方の実体的権利・法益の「保護」という観点(だけ)からはその内容ないし趣旨を説明することが困難なものも存在するであろう。しかし、このことは、「捜査法」に属するすべての規定の目的を「捜査活動の最適化」の観点から一元的に説明できるということを意味するわけではなく、各規定の内容ないし趣旨は、その規定の文言に即して、きめ細かに特定していく必要があるだろう。
- (59) 稲谷・前掲注(13) 三三三頁以下。なお、この点に関して、緑大輔「強制処分法定主義(一九七条)」法学教室四一一号(二〇一四年)一六頁は、「制度的差止」論を、「統治機構の制度の関係を動態的にとらえて強制処分の内容を構成する、注目すべき見解」と評している。
- (60) 稲谷・前掲注(13) 三四三頁。
- (61) 稲谷・前掲注(13) 三〇〇頁。
- (62) 稲谷・前掲注(13) 六〇頁。

四 おわりに

(1) 以上、本稿においては、刑訴法一九七条一項但書の「法定主義」の内容ないし趣旨を再検討し、その適用対象とすべき処分とは何かという観点から、「強制の処分」ないし同規定の解釈論を展開する諸見解、具体的には、「規律密度」論、「議会の自己決定義務」論および「制度的差止」論の妥当性について検討してきた。

これらの見解は、それぞれ異なる観点からではあるが、行政法ないし外国の議論に依拠しつつ導き出した、捜査法において「特別の定」による授權ないし規制の対象とすべき処分はいかなる処分かという問題に対する自己の主張を、刑訴法一九七条一項但書の「解釈論」の名を借りて展開しようとした結果、その文言を無視ないし軽視し、同規定を同意反復的なものにするか、あるいは、同規定の「捜査法」としての「法定主義」を「立法指針」としてのそれとして読み替えるものとなっているように思われる。

その意味で、これらの見解は、少なくとも刑訴法一九七条一項但書の「解釈論」としては妥当であるとはいえず、その主張は、本来、捜査法における「法定」のあり方に関する憲法論、あるいは、立法論ないし政策論として提示されるべきものであったように思われる⁽⁶⁾。

(2) 「規律密度」論、「議会の自己決定」論および「制度的差止」論による刑訴法一九七条一項但書の「解釈論」に本稿が指摘するような問題が内在するとすれば、その一因は、これらの見解が、刑訴法一九七条一項但書の解釈に関する有力説とされる「重要権利益侵害説」の問題関心の一部を引き継ぎ、これを外国の議論に依拠して解決しようとした結果、実質的には、同規定の文言それ自体ではなく、むしろ、この「有力説」の「解釈論」となってしまうことに求められるように思われる。

すなわち、これらの見解は、刑訴法一九七条一項但書の「法定主義」について、その適用対象となる処分を「用いることを許すかどうか自体、国民自身が、その代表である国会を通じて、意識的かつ明示的に決断すべきである」、あるいは、「国民の代表による明示的な選択を体现する法律……に根拠規定がない限り、行うことは許されない」旨の要請であるとする「重要権利益侵害説」による趣旨説明をそれぞれの問題関心から引き継ぎ、⁽⁶⁵⁾行政法、あるいは、ドイツやアメリカ合衆国といった外国の議論に依拠してその「解釈論」を展開したため、同見解においては維持されていた「強制」の文言ないし語義への配慮を捨て去る結果となっているように思われるのである。

いずれにしても、このように、これらの諸見解が、刑訴法一九七条一項但書の「法定主義」それ自体ではなく、同規定に関する「重要権利益侵害説」の趣旨説明と、行政法に関する議論、あるいは、外国の関連の議論の間に問題関心の共通点を見出し、後者を前者の「解釈」のために援用しつつ議論を展開する結果として、⁽⁶⁶⁾捜査活動に対する「民主主義的統制」や「法治主義」の意義を強調する一方で、まさにその捜査活動統制に関する基本的規範である刑訴法一九七条一項但書の文言ないし語義を軽視ないし無視する結果となっているのは、皮肉なことといわざるを得ないように思われる。これは、これらの諸見解が、「法定主義」の「民主主義的側面」を強調するあまり、法による統制が言語による統制であることを等閑視した結果であるとも考えられ、そうであるとすれば、これらの見解が依拠する「法定主義」理解の妥当性それ自体にも疑念が生じることになるう。

(3) 刑訴法一九七条一項但書の「解釈論」を展開するに当たっては、同規定それ自体に捜査活動に対する「民主主義的統制」のための規範としての性格を取り戻させるためにも、また、論点のいたずらな拡散を避け、議論を収斂していくためにも、「強制の処分」の文言ないし語義の解釈に⁽⁶⁷⁾回帰する必要があるように思われる。

(63) その意味では、これらの見解に、憲法の研究者から注目が寄せられているのも（山本龍彦「京都府学連事件判決というパラダイム」法学セミナー六八九号（二〇一二年）一三頁以下、山田哲史「強制処分法定主義の憲法的意義」公法研究七七号（二〇一五年）二二五頁以下、山本龍彦「GPS捜査違法判決というアポリア？」論究ジュリスト二二二号（二〇一七年）一五五頁、「GPS捜査と憲法」法学セミナー七五二号（二〇一七年）三〇頁等）、理由のないことではなからう。もともと、少なくとも、これらの見解が依拠する憲法三一条の内容ないし趣旨理解の妥当性には疑念が提示されうるように思われるが、この点についての検討は他日を期すことにしたい。

(64) 井上・前掲注（2）二八頁。

(65) 「規律密度」論が、「強制処分法定主義」と「法律の留保原則」を支える「ベクトル」の間に「稠密度の要請」を中心とする共通性を認める際に依拠するのは、「重要権利利益侵害説」が憲法三一条から導き出す同主義の趣旨説明である（二(4)参照）。また、「議会の自己決定義務」論も、「そのような処分を用いることを許すかどうか自体、国民自身が、その代表である国会を通じて、意識的かつ明示的に決断すべき」処分と「強制の処分」の定義をいかに「直結」させるかをその問題関心の出発点においている（斎藤・前掲注（12）二三頁）。他方、「制度的差止」論は、「重要権利利益侵害説」を、「捜査対象者に生じる具体的な権利侵害を代理変数としてエージェンシー・スラックの民主政に及ぼす危険性を測定し、特別の手続規定による捜査機関へのモニタリング機能の向上を主張してきた」と捉えた上で、この「代理変数」という「躰きの石」を取り去って、「直截に問題の本質を把握するよう主張するものである」というが（稲谷・前掲注（13）二八三頁）、ここで「問題の本質」として念頭に置かれているのも、「事柄の実質」からみて、「国民の代表による明示的な選択を体现する法律……に根拠規定がない限り、行うことは許されない」のはいかなる処分か、ということであろう。

(66) なお、日本法に関する議論に、それとは文言や文脈を異にする外国法の議論を援用する際の問題については、松田岳士「刑事法学における学問共同体の課題」法律時報八九巻八号（二〇一七年）八七頁参照。

(67) 「強制的処分」の文言ないし語義に即して刑訴法一九七条一項但書の解釈を試みた私見として、松田・前掲注（57）二二七頁以下。