



Title	「熟議による適正手続」論について（一）
Author(s)	松田, 岳士
Citation	阪大法学. 2018, 68(2), p. 1-26
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/87149">https://doi.org/10.18910/87149</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

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

The University of Osaka

## 「熟議による適正手続」論について（一）

松田岳士

## 一 はじめに

(1) 日本国憲法三一条は、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられない」と定める。同規定は、「刑罰権は国家が独占することを前提に、その刑罰権の行使の濫用を抑止し、国民の自由の保全をはかる趣旨から、立憲主義憲法が展開せしめた諸種の原則の出発点をなす基礎的規定」であるとされ、ここにいう「法律の定める手続」の意義をめぐっては、科刑の手続だけでなく、実体要件も含まれるか、あるいは、単に形式的に「法律」の定める手続にとどまらず、その内容において実質的に適正な手続を意味するかについて諸説ありうるものの、科刑の手続および実体要件の双方につき法定されなければならぬのみならず、その内容はともに適正なものではなければならぬとする説が通説的地位を占めるとされてきた。<sup>(1)</sup>

さらに、この「適正手続」の要請が具体的に何を意味するかについても議論があるものの、そこには、少なくとも「その生命若しくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられ」る者にとつての、当該科刑手続の「適正」と

いう要素が含まれることについては、概ね共通の認識とされてきたように思われる。より具体的には、特に憲法学説上、憲法三一条により科刑手続に要求される「適正手続」が、「当事者に告知・聴聞（弁解・防禦）の権利を与える手続」<sup>(2)</sup>を意味するというについては、ほとんど争いはなく、また、判例も、「告知、弁解、防禦の機会を与えること」を、同規定が要請する「適正な法律手続」の一内容と捉えてきたもの<sup>(3)</sup>と解される。

この意味において、従来の「適正手続」論においては、その内容について、「元来被疑者・被告人に適正な手続を保障することを意味するから、刑事手続における人権の尊重といいかえることができる」<sup>(4)</sup>とするか、あるいは、「憲法が予定する、必罰要求と人権保障の均衡の保持された手続のことにほかならない」<sup>(5)</sup>とするかについては議論があつたものの、同要請の内容の少なくとも一つに、科刑の（潜在的）対象者（以下、「科刑対象者」という）に対する当該科刑手続自体の「適正」性が含まれること、そして、その要素として、主として「告知と聴聞」あるいは「告知、弁解、防禦の機会」を具体化するような手続的な権利保障が重視されることについては、共通の理解があつたといえることができる。

(2) 他方で、とりわけ刑事訴訟法学においては、憲法三一条の内容ないし趣旨は、捜査法、とりわけ刑事訴訟法一九七条一項但書が定める「強制処分法定主義」との関連において論じられることも少なくない。

実際、「強制処分法定主義」については、「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を内容とする強制処分は、国民の代表による明示的な選択を体现する法律——中でも、刑事手続に関する基本法典たる刑事訴訟法——に根拠規定がない限り、行うことは許されないと趣旨」に理解する見解が有力とされているが、この有力説は、その趣旨説明を、「憲法三一条との関連のもとに刑事訴訟法一九七条一項但書の規定をみる」ことから導き出すことができるとし、その前提となる憲法三一条の趣旨について、次のように説明する。すなわち、同規定

は、「個人の生命や自由などの重要な権利・利益を奪う処分については、その要件や手続を予め法律で明示しておくことにより、濫用を防ごうとするものだ」と一般に解されているが、それだけにとどまらず、まさにそのように重要な国民の権利・利益を奪う処分であるので、そもそ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であるという趣意を含むものと考えられるべきである<sup>(6)</sup>と。

この見解は、捜査機関が行う「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を内容とする」処分とする定義を前提として、「重要な国民の権利・利益を奪う処分」である点に「強制処分」と「刑罰」の共通点を見出して、憲法三一条が定める（罪刑法定主義を含む）「科刑手続法定主義」についての趣旨説明を、刑訴法一九七条一項が定める「強制処分法定主義」のそれに援用するものと考えられる。しかしながら、これはあくまで「法定主義」の趣旨説明の援用であり、「科刑手続」において重視されてきた「告知・聴聞」あるいは「告知、弁解、防禦」の機会の付与が、令状主義に代表される「強制処分」の手続においては、少なくとも公判手続において保障されるような態様では妥当しないことから明らかなように、「刑罰」を科す手続にその条件として要請される「適正手続」の内容は、そのまま「強制処分」の手続に妥当するわけではない。

実際、この点に関しては、違法収集証拠排除の根拠をめぐっては、次のような指摘があったことにも注意すべきであろう。すなわち、憲法三二条以下の「いわゆる司法上の人権保障の規定」のなかでも、とりわけ捜査法とも関係が深い同法三三条ないし三五条の規定は、「専らそのような違法な行為それ自体により直接侵害されるべき享受者の利益の適正な保護を目的とするもの」であり、「違反行為による保護目的の侵害は、いわば即成的であり、その結果が訴訟上利用されるということにより、その侵害が格別拡大されるわけではない」ため、たとえば、

「違法な捜索・押収を受けた者と後の訴訟手続の被告人とが同一人である場合」にも、「違法な捜索・押収により〔その対象者が〕受けた利益侵害と、押収物を証拠として使用されることによりその者が被告人として蒙る不利益との間には、本来的な同一性・連続性は何ら存在しないのであるから、そのような証拠の使用が違法な捜索・押収を受けない権利の保障——従って、その段階における適正手続の保障——に反するものとは必ずしもいえない<sup>(7)</sup>」との指摘である。

ここでは、憲法三一条は、「適正手続の保障を宣明したものである」とあり、また、同法三二条以下の「司法上の人権保障の規定」は、「憲法三二条に規定された適正手続の保障の基本的内容をなすものであるとの理解を前提としてつとも、同法三三条ないし三五条による「違法に身柄を拘束されない権利」や「違法な捜索・押収を受けない権利」保障の「段階における適正手続の保障」が、「科刑手続」自体における「適正手続」の保障とはその内容ないし性質を異にするものとして明確に区別されており、<sup>(8)</sup>前者に対する違反は、——それ自体としてはもちろん、その結果収集された証拠の使用を介してさえ——後者に対する違反を直接には帰結しないとされていた。上記の有力説が、憲法三一条の「法律主義」ないし「法定主義」の趣旨説明——とりわけ、その民主主義的側面——を、「強制処分法定主義」の趣旨説明に援用する際に、「適正手続」の内容に言及していない理由も、あるいは、この点に求めることができるかもしれない。<sup>(9)</sup>

(3) ところが、最近では、「刑事手続における適正なプライバシー保護を実現する」という問題関心のもとに、「刑事司法制度」を構成する手続のなかでもとりわけ——「プライバシー保護」が問題となる——「捜査活動」<sup>(10)</sup>あるいは、それを規制する「捜査法」のあり方を念頭において、憲法三一条が要請する「適正手続」の意義を論じる見解が提示されるに至っている。

これは、「刑事手続におけるプライバシー保護」と「捜査機関が」刑罰権の実現（に寄与すること）<sup>12</sup>が、ともに「健全な民主主義社会を存続させるために必要不可欠な価値多元主義社会の保護」と密接な関係にあるという認識のもと、「憲法三二条に定められた適正手続」とは、「価値多元主義社会における健全な民主主義を成立させるという観点」から「捜査活動」ないし「刑事司法」を「最適化することができるような刑事手続」のことをいい、それは、「重層的で豊かな民主主義的熟議を通じてのみ実現可能であるからこそ、憲法三二条は『法律』という——民主主義的熟議を強く想起させる——文言に敢えて言及したと解すべき」であるとして、同規定の「法定主義」の民主主義的側面を強調する見解（以下、「熟議による適正手続」論という）である。<sup>13</sup>

同見解において、「刑事司法の最適化」とは、具体的には、「力の支配」の排除と『法の支配』の実現<sup>14</sup>を通じて、「価値多元主義社会における健全な民主主義を成立させるという観点」から「国民全体の法益」あるいは「社会的法益」を「最大化」するために、「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体化すること<sup>15</sup>を意味するものとされる。そして、それを実現するためには、「大量の情報を収集・分析するために必要な人的・物的資源を備え、さらに、収集・分析された情報に基づいて、いかなる捜査機関統制方法が捜査活動を最適化するのかについて、時間的制限なく熟慮・議論することができる、しかも、熟議を通じて到達した結論を立法・予算措置によって適宜現実化することができる」国会による立法が必要不可欠であり、憲法三二条が、「法律による刑事手続の形成を求める」のもそのためであるというのである。<sup>16</sup>

しかし、仮に、憲法三二条が要請する「適正手続」が、同見解のこのような意味で「捜査活動」ないし「刑事司

法」が「最適化」された刑事手続をいうものであるとすれば、同要請は、「国民全体の法益」の最大化という観点から、科刑手続の一般的な制度内容に関する政策論上の合理性を問題とするものであることになるが、このような理解の妥当性については、同規定の文言、あるいは、「告知と聴聞」や「告知、弁解、防禦の機会」を中心として、科刑対象者個人に対するその具体的刑事手続自体の「適正」を問題とするものとして捉えてきた従来の学説や判例における「適正手続」の内容理解との関係において検討を要する点も少なくないように思われる。

また、「法定主義」の意義についても、同見解は、（捜査機関の取得情報の現行管理監督体制・運用を妥当とする見解について）「客観的『正しさ』を理由とする見解は、憲法三一条が熟議による適正手続を規定した趣旨を見誤っている点で、また民主的正統性を理由とする見解は、実質的熟議を伴わない手続であるとしても、民主的正統性が備わると誤解している点で、両者とも誤っている」<sup>(15)</sup>などとして、憲法三一条の「法定主義」における「熟議（民主主義）」の役割の重要性を強調するものの、ここにいう「熟議」が、憲法が予定するものと解される「代表制民主主義」や「多数決制」といかなる関係にあるのか、あるいは、「民主的正統性」や法内容の「正当性」と実質的にいかなる関係にあるのかについてはほとんど言及さえされていない。

(4) そこで、本稿においては、以上の点に着目しつつ、「熟議による適正手続」論による憲法三一条解釈の内容を批判的に検討することを通じて、同規定が要請するとされる「適正手続」および「法定主義」の意義について考察を加えることにしたい。

(1) 樋口陽一＝佐藤幸治＝中村睦男＝浦部法穂『註解法律学全集憲法Ⅱ』（青林書院、一九九七年）二五八頁以下（佐藤幸治）、野中俊彦＝中村睦男＝高橋和之＝高見勝利『憲法Ⅰ』（有斐閣、第五版、二〇一二年）四〇八頁以下（高橋和之）等参照。これに対し、憲法三一条は、「手続的にも実体的にもデュー・プロセスとは関係のない条文」であるとするものとして、

- 憲法的刑事手続研究会『憲法的刑事手続』（日本評論社、一九九七年）二二二頁（高野隆）がある。
- (2) 佐藤功『ポケット註釈全書憲法（上）』（有斐閣、新版、一九八三年）五〇七頁。
- (3) 最大判昭和三七年一月二八日刑集一六卷一〇号一五九三頁は、所有物の没収が、「被告人に対する附加刑として言い渡され、その刑事処分の効果が第三者に及ぶ」場合に、その第三者についても、憲法三二条に基づき、「告知、弁解、防禦の機会を与えることが必要」であるとし、「これなくして第三者の所有物を没収することは、適正な法律手続によらないで、財産権を侵害する制裁を科するに外ならない」とする。そのほか、憲法三二条の関連判例については、浦田賢治Ⅱ大須賀明編『新・判例コンメンタール日本国憲法2』（三省堂、一九九四年）二〇七頁以下、戸松秀典Ⅱ今井功『論点体系判例憲法2』（第一法規、二〇一三年）二八二頁以下等参照。
- (4) 田宮裕『刑事訴訟とデュー・プロセス』（有斐閣、一九七二年）一六八頁。
- (5) 鈴木茂嗣『刑事訴訟の基本構造』（成文堂、一九七九年）四頁。
- (6) 井上正仁『強制捜査と任意捜査』（有斐閣、新版、二〇一四年）二八頁。
- (7) 井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』（弘文堂、一九八〇年）三七二頁。
- (8) 井上・前掲注（7）三七二頁以下。
- (9) なお、最判昭和五三年九月七日刑集三三卷六号一六七二頁は、違法収集証拠排除の根拠につき、「事案の真相の究明も、個人の基本的人權の保障を全うしつつ、適正な手続のもとでされなければならないものであり、ことに憲法三五条が、憲法三三条の場合及び令状による場合を除き、住居の不可侵、捜索及び押収を受けることのない権利を保障し、これを受けて刑訴法が捜索及び押収等につき厳格な規定を設けていること、また、憲法三二条が法の適正な手続を保障していること等にかんがみると、証拠物の押収等の手続に、憲法三五条及びこれを受けた刑訴法二一八条一項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でない」と認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである」と判示したが、ここに「法の適正な手続」の語がいかなる意味で用いられているのかは判然としない。
- (10) 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）。
- (11) 稲谷・前掲注（10）五頁以下、八五頁以下、二八〇頁。

- (12) 稲谷・前掲注(10) 五頁、四三頁。
- (13) 稲谷・前掲注(10) 五五頁、二七九頁。
- (14) 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」刑法雜誌五三卷二号(二〇一四年) 一—六頁は、「一般論として、社会的弱者に対する犯罪を十分に解決し、かつそのために用いられる捜査手法の濫用される危険性が解消されるような法的スキームが構築されていれば、刑罰権によって得られる利益は最大化していると考えることができる」という。
- (15) 稲谷・前掲注(10) 三三三頁。

## 二 「熟議による適正手続」論における「適正手続」の内容

(1) 「熟議による適正手続」論は、「憲法三二条に定められた適正手続」とは、「刑事司法を最適化することができ、さるような刑事手続」をいうものとし、ここに「刑事司法」の「最適化」とは、「刑罰権が執行されないことによる社会的強者の専横と、政府による刑罰権の自己目的利用という二つの『力の支配』の現出を防ぎ、自らの身を守ることの出来ない社会的弱者を可及的に保護」して「法の支配」を具現化し、「価値多元主義社会における健全な民主主義を成立させるという観点」から、「社会的法益」ないし「国民全体の法益」を「最大化」することを目的とする。「刑事司法制度運営における資源配置の最適化」を意味するものとされる。<sup>(17)</sup>

この「刑事司法制度運営における資源配置の最適化」においては、とりわけ「捜査活動の最適化」が重視される。なぜなら、「熟議による適正手続」論が「憲法三二条に定められた適正手続」の内容を論じるにあたって出発点とする主要な問題関心は、「様々な情報技術の革新に伴い、我々の生活行動の記録たるライフログは一層蓄積し、それを利用した様々な監視・分析型の捜査手法が用いられるようになることは最早避けられない」現状の下での「刑

事手続における適正なプライバシー保護のあり方」にあり、また、この問題は、刑事司法の目的であるとされる、「健全な民主主義社会を存続させるために必要不可欠な価値多元主義社会の保護」と「密接な関係にある」からである<sup>(18)</sup> (傍点引用者)。

その意味において、同見解は、「捜査活動を最適化し、刑事手続において適正なプライバシー保護を実現すること、あるいは、「捜査機関の情報取得・保存・利用の各段階において、情報技術の発展に応じた適切な統制構造を組み合わせ、通時的・漸次的に捜査機関統制構造の最適化を図っていくこと」こそが、「今後の刑事手続法の重要な課題」となるとの問題認識の下に、「プライバシー保護」ないしそれが最も問題となる捜査活動(の統制)を中核に据えた「適正手続」論の再構築を試みるものということができであろう。<sup>(19)</sup>

(2) もつとも、憲法三二条は、その文言上、少なくとも直接的には、「科刑手続」についての「法定主義」ないし「法律主義」を定めるものであり、「捜査手続」や「プライバシー保護」には言及してはいない。したがって、憲法三二条の「法定主義」が「適正手続」を要請するものであるとする通説を前提としても、それが捜査手続における「プライバシー保護」のあり方にまで及ぶか、仮に及ぶとすればいかなる理由によってかについては、別途検討を要するものと思われる。

この点に関しては、憲法三二条以下の規定は、「憲法三二条に規定された適正手続の保障の基本的内容をなすもの」であり、「プライバシー」もそのうちの憲法三五条によって「厳格な手続で保護され」る以上、「プライバシー保護」のあり方についても憲法三二条の「適正手続」の要請が及ぶとの理解もあり得よう。<sup>(20)</sup>しかし、仮にこのような理解に立ったとしても、上述の通り、憲法三五条による「違法な捜索・押収を受けない権利」保障の段階において要請される「適正手続」は、「科刑」それ自体の手続に要請されるそれとは内容ないし性質を異にするものとさ

れるのである。<sup>(21)</sup>では、「適正手続」は、いかにして「刑事手続におけるプライバシー保護」(を主として念頭において)「捜査機関統制」と「科刑手続」にともに妥当する包括的な要請として理解されるのか。

この点について、「熟議による適正手続」論は、「民主主義と刑事司法との相互依存的・循環的關係」に着目し、「健全な民主主義社会を維持する」という観点から、「プライバシー保護」ないし「捜査機関統制」と「国家刑罰権の実現」の問題を「適正手続」の名の下に統括できると説く。すなわち、「プライバシー保護」ないし「捜査機関統制」と「国家刑罰権の実現」を、「政府による『力の支配』の除去」と「犯罪による『力の支配』の除去」、「社会的弱者」の「国家権力による弾圧」からの保護と「社会的強者による圧迫」からの保護、あるいは、「自由と安全」の關係に置き換え、これらの二つの要請を両立させ、「健全な民主主義社会を維持する」ことができるように、「功利主義的な観点」から、「捜査活動」、ひいては「刑事司法全体」を「最適化」することを、憲法三一条が定める「適正手続」の要請として措定するのである。<sup>(22)</sup>

いかえれば、同見解は、「暴力や不正、あるいは政治的弾圧等によって、社会的弱者やマイノリティの意見が封殺・圧殺されることを防ぎ、価値多元主義社会に生きる各国民の意見・価値観が、民主主義的意思決定過程において適切に反映されるため」、あるいは、「自律的存在として尊重される個人によって構成される民主主義社会という、日本国憲法の崇高な理念を実現する」ためには、「捜査活動」ひいては「刑事司法全体」の「最適化」が「必要不可欠な条件」となるとの認識を前提に、この「健全な民主主義社会の維持」という「国民全体の法益」を「最大化」するように「刑事司法制度運営における資源配置」が「最適化」された手続こそが、憲法三一条が要請する「適正手続」であるというのである。<sup>(23)</sup>

- (3) 「熟議による適正手続」論が「憲法三一条に定められた」ものとして主張するこのような「適正手続」は、

とりわけ、「国民」ないし「社会」全体の「法益の最大化」という観点からの捜査手続ないし刑事司法の制度としての一般的・政策的なあり方に関する要請として理解されている点において、従来の学説や判例が想定してきた「適正手続」とは基本的にその内容ないし性格を異にするものであるように思われる。

より具体的には、まず、同見解が「憲法三一条に定められた適正手続」の内容として主張する「刑事司法の最適化」とは、「刑罰権が執行されないことによる社会的強者の専横」と、「政府による刑罰権の自己目的利用」という「二つの『力の支配』の現出を防ぎ、自らの身を守ることの出来ない社会的弱者を可及的に保護して国民の利益を最大化することを目指して、「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おうための捜査機関統制構造を具現化」することを意味するものとされる<sup>(24)</sup>。

このうち、「刑罰権が執行されないことによる社会的強者の専横」現出の防止という「国民の法益」については、その例として、「ある殺人事件を解決することによって得られる社会的便益」としての「犯人の更生、刑罰による抑止効を通じた将来の殺人数の減少、治安の回復を通じた地域住民の自由の回復」等が挙げられるが、ここでは、当該殺人事件それ自体の解決の仕方ではなく、むしろ、その解決によって——したがって、その解決後に——「一定の蓋然性に基づいてその獲得が期待される社会的便益」が問題とされている。また、その「受益者」としては、「一般に、刑罰の威嚇効や犯罪者の更生によって受益する者、つまり犯罪の潜在的被害者たる社会的弱者（傍点引用者）」が想定されており、<sup>(25)</sup>ここでも、具体的な刑事事件の解決、あるいは、その犯人に対する刑罰権の執行は、そのような「社会的便益」を得るための手段として位置づけられている<sup>(26)</sup>。

他方、「政府による刑罰権の自己目的利用」現出の防止として念頭に置かれているのも、「個別具体的な捜査活

動」において「捜査機関が……与えられた権限と資源とを、不当な目的ないし誤った判断に基づいて」行使すること——さらには、その結果、刑罰権が「不当な目的ないし誤った判断に基づいて」行使されること——それ自体からの個人の保護というよりも、むしろ、より一般的に、「捜査活動における資源配置の最適化」により、捜査機関がそのような「権限と資源」を「濫用・費消する」ことの防止であり、ここでも、「政府による刑罰権の自己目的利用」の問題性は、当該具体的な刑事手続やその対象とされる個人との関係においてはではなく、むしろ、「国民全体」ないし「社会全体」にとつての、捜査活動全般に割り当てられた「限られた資源」の「濫用・費消」に求められるのである。<sup>(27)</sup>

その上で、同見解は、「適正手続」の内容は、「捜査機関が刑事司法の適正な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、不当な目的ないし誤った判断に基づいて濫用・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おうための捜査機関統制構造」を「システムとして具現化すること」、あるいは、そのような捜査機関統制構造の最適化を「通時的・漸次的に……図っていくこと」に求められるというのであり、<sup>(28)</sup>ここにおいては、いずれの意味においても、「適正手続」が、「その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられ」る者個人にとつての当該具体的な科刑手続に関する要請ではなく、「国民」ないし「社会」全体の「法益増進」という観点からの捜査手続ないし刑事司法の制度一般に関する要請として捉えられていることは明らかであろう。

また、「熟議による適正手続」論によれば、このように、刑事手続の下で、「社会的弱者が犯罪からも捜査機関による権限濫用からも適切に保護され」ているかどうか、言い換えれば、「健全な民主主義社会を維持する」という観点から「社会全体の法益」が「最大化」されるように「捜査活動」ないし「刑事司法」が「最適化」されている

かどうかの判断は、「高度の政策的判断」であるとされる。すなわち、「刑事司法（捜査活動）の最適化」は、「捜査機関に付与する資源・権限及び捜査機関への法的規律のあり方」をめぐる「自由と安全という各国民の根本的価値観に関わる問題」、あるいは、「国民間での価値観の相違から激しい対立が予想される問題」であり、これに関わる「スケール」は、「合理的に対立しうる個々人の価値観に基づいて、多種多様なものとなりうる」ため、「十分な情報をもとに、生産的・継続的に決断する必要がある」というのである。<sup>29)</sup>

さらに、その判断は、「功利主義的な観点」から経済分析的に、すなわち、「大量の情報を収集・分析した」上で、「捜査によって得られる社会的便益を踏まえた捜査機関統制手法についての費用便益分析」によって行われることが想定されている。より具体的には、それは、「一定の確率で権限濫用の危険が存在するとしても、その権限を与えることによって得られる期待便益の方が、権限濫用によって失われる期待費用より大きいと判断できるか」、あるいは、「当該捜査活動によって一定の蓋然性に基づいてその獲得が期待される社会的便益……が、当該捜査活動によって一定の蓋然性によってその発生が予期される社会的費用を上回る」かといった「費用便益計算」によって行われることが想定されているのである。<sup>30)</sup>

(4) たしかに、「捜査が限られた資源を用いて行われるという事実」を直視する<sup>31)</sup>——そして、この事実が刑事司法に一般的に妥当する——ならば、刑事司法に関する具体的な制度設計および運用のあり方を考察する際に、多かれ少なかれこの種の「功利主義的な観点」からの「費用便益分析」に基づく「政策的判断」が要求されるのは当然のことであろう。しかしながら、このような意味での「捜査活動」ないし「刑事司法制度」の「最適化」は、憲法が要請する「適正手続」それ自体の内容ではなく、むしろ、それに反しない限度において、いいかえれば、憲法が立法ないし行政（法執行）に認める裁量の枠組内において実現されるべきものであるように思われる。

実際、憲法三一条にいう「法律の定める手続」の具体的内容についても、立法裁量に委ねられるべき点は少ないであろう。しかしながら、従前より、判例や学説の多くは、同規定の「法定主義」には、立法をも拘束するものとして、「科刑手続」の実質的な「適正」性を要請する意義も含まれるものとし、また、その要請は、「その生命若しくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せ」られ（う）る個人に対する当該具体的な科刑手続あるいは当該刑事事件それ自体の解決のあり方に妥当するものと理解してきた。より具体的には、「適正手続」の要請には、少なくとも、「科刑対象者」に対する当該個別具体的な刑事手続における「告知と聴聞」あるいは「告知、弁解、防禦」の機会保障等の手続的（権利）保障が含まれると考えられてきたのであり、このことは、「適正手続論」に、「犯人必罰の要請をも視野に入れつつ、適正な手続かどうかを論じ」る「一種の『利益考量論』的側面」を認めたとしても変わりはないといべきであろう。

これに対して、仮に「憲法三一条に定められた適正手続」が、「社会全体」あるいは「国民全体」を「受益者」として、その利益を「最大化」し、「価値多元主義社会における健全な民主主義を成立させるといふ観点」から「刑事司法を最適化することができるような刑事手続」を「システムとして具現化」することを要請するものであるとすれば、同規定は、「科刑対象者」個人に対する権利保障を中心とする当該科刑手続に妥当する要請を定めたものではなく、むしろ、刑事手続に関する一定の「立法政策（立法裁量行使）の方針」を意味するもの、あるいはせいぜいある種の「制度的保障」を定める規定であることになろう。<sup>34</sup>しかしながら、この場合には、憲法三一条は、「科刑対象者」個人が、当該具体的刑事手続について「適正手続」違反を主張する根拠として援用することが困難な規定として性格づけられることになろうに思われ<sup>35</sup>る。

(5) ところが、この点について、「熟議による適正手続」論は、「自らが関わる刑事手続が、個別具体的事実関係

に照らしても、なお真に適正なものといえるのか、真に国民の利益を最大化し、憲法の理念を実現することに寄与するものといえるのかについての審査を求める地位、つまり権利は、国民に絶対に付与されなければならない」とし、このような「権利」は、「適正手続を求める権利」として、「憲法三一条とともに憲法一三条前段によつて保障されていると解すべきである」という。<sup>(36)</sup>

ここに「適正手続を求める権利」とは、「自らが関わる刑事手続が、個別具体的事実関係に照らしても、なお真に適正なものといえるのか……についての審査を求める地位、つまり権利」であつて、「具体的な裁判の場面において」主張されるものであり、「その人がその手続で処罰されること自体を受け入れられないということ……彼の価値観で言う機会」を意味するものとされる。<sup>(37)</sup>このことからすれば、同権利は、「科刑対象者」または「裁判」を受ける「被告人」により、当該具体的科刑手続における処罰の条件として主張されることが想定されており、この点においては、判例や従来の学説が想定してきた「適正手続」の要請と共通する面をもつようにも見える。しかしながら、他方で、この「適正手続を求める権利」における「適正手続」の内容は、「告知と聴聞」あるいは「告知、弁解、防禦」の機会の保障をはじめとする当該科刑手続における「科刑対象者」または「被告人」個人に対する手続的保障に求められているわけではなく、やはり刑事司法、とりわけ、捜査機関統制が、「システムとして」一般的に、「真に国民の利益を最大化……するものといえ」るか否か、あるいは、「ちゃんと社会利益を最大化するように出来上つて」いるか否かを問題とするものとされている。<sup>(38)</sup>

そうであるとする、同見解の下では、憲法三一条は、「科刑対象者」または「被告人」に、当該「個別具体的事実関係に照らして」判断されるとはいえ、刑事司法、とりわけ捜査機関統制の制度内容が、「国民全体」ないし「社会全体」の「利益」を「最大化」するように「最適化」されているか否かという問題を、自己に対する科刑の

条件として、「具体的な裁判の場面」に持ち込み、裁判所の審査ないし判断に委ねることを予定した規定ということになるが、このことは、まさしく同見解が問題視する「制度論の問題」、すなわち、「国家機関が、法の解釈・運用・創造を行うに当たり必然的に問われることとなる……各国家機関の制度的基盤・特性等に関わる問題」<sup>(39)</sup>に直面することになるように思われる。

より具体的には、現行刑事手続が、「価値多元主義社会における健全な民主主義を成立させるという観点」から「真に国民の利益を最大化」するようできているか否かといった判断が、「功利主義」的発想に基づく「費用便益計算」に基づくもの<sup>(40)</sup>、あるいは、「国家の基本的価値選択」に関わる「高度の政策的判断」であるとすれば<sup>(41)</sup>、「当事者からの限られた情報を基に、限られた構成員で、限られた時間内に法の問題を判断しなければならぬ」という制約が制度的に課せられている」裁判所がこれを行うことは「極めて困難である」といわざるを得ず<sup>(42)</sup>、憲法三一条がこのような事態を予定する規定であると解することには、相当な無理があるように思われるのである<sup>(43)</sup>。

(6) では、そもそも、このように、「自らが関わる刑事手続」の「具体的な裁判の場面」において、「真に国民の利益を最大化し、憲法の理念を実現するものといえるのか」といった刑事司法制度に関する立法政策的な妥当性について、「審査を求め」、「自己の価値観を主観的に主張できる機会」、あるいは、「捜査機関の統制に関する個人の価値観を申し立てる機会」を、刑事事件の被告人となった「国民」個人に付与することには<sup>(44)</sup>、いったいいかなる意義が認められるというのであろうか。

この点について、「熟議による適正手続」論は、「適正手続」を「客観的な法秩序の構成原理としてのみならず、主観的権利としても解する」ものとし、それは、「適正手続の実現のためには、国会の『政治的』決断を通じて制定された一般的・抽象的規範が、個別具体的訴訟における事実関係に照らしてもなお妥当性を保っているか否かに

ついて審査する機会が必要であり、かかる審査を充実させるためには、公平な判定者たる裁判所の前で、直接の利害関係人たる国民と政府とが対等に論争することが必要だ」からであるという。また、「適正手続を求める権利」の行使は、同権利が付与される「国民」個人にとつては、「具体的な裁判の場面」において、「自律的生の尊重という、憲法一三条前段の保障する奪うことのできない権利を主張することで、同時に、憲法三一条が予定する熟議を通じた新たな価値秩序の形成を求める」意義をもち、ここにおいては、「主観法と客観法とが分かち難く結びついており、個人は自らの権利行使によって、新たな法秩序の形成を駆動し、他者との間に新たな関係性を取り結ぶ可能性を与えられている」という。<sup>(45)</sup>

しかしながら、このような「適正手続を求める権利」の構想は、仮にそれ自体としては——たとえば、従来、判例および学説が想定してきた「適正手続」の内容理解の下では——一定の範囲で妥当性が認められうるとしても、「熟議による適正手続」論が想定する「適正手続」の内容ないし性質を前提とすると、とりわけ刑事手続の「本案」たる当該刑事事件の解決のあり方との関係において、次のようないくつかの重大な問題に直面することになるものと考えられる。

まず、この「適正手続を求める権利」は、「国民」に付与されなければならないとされるが、それは、おそらく、同権利が、憲法三一条だけでなく、「すべて国民は、個人として尊重される」と定める憲法一三条からも導かれるものとされることに加え、「刑事司法（捜査活動）の最適化」が、「国民の利益の最大化」という、「国家の基本的価値選択に関わり」、したがって、「各国、民がそれぞれの価値観に基づいた合理的な意見をもつことが予想される」問題とされるためであると考えられる<sup>(46)</sup>（傍点引用者）。

しかしながら、憲法一三条についてはともかく、三一条の適用対象は、その文言からしても、「国民」であると

否とを問わず、「何人」にも及ぶものとされているものと解するべきであるように思われ、また、実質的にも、「国民」と同様に科刑の対象とされうる外国人たる被告人を同規定の適用対象から除外することが妥当であるとは思われない。

次に、「適正手続を求める権利」の行使に、「新たな価値秩序の形成を求める」、あるいは、「新たな法秩序の形成を駆動」する意義が認められるというのは、<sup>(47)</sup>「熟議による適正手続」論が、捜査活動ないし刑事司法の「通時的・漸次的」な「最適化」を実現するうえで重視する「重層的な民主主義的熟議を通じて権利と権限とを創出・改訂し続けるダイナミズム」——そこでは、「裁判所が国会の立法の問題点を個別具体的事件に即して吟味し、その法解釈・憲法解釈を通じて国会の熟議の質を向上させるよう努める」ことが期待される——を「起動」する役割を、刑事被告人たる「国民」による「捜査機関の統制に関する個人の価値観を申し立てる」権利の「具体的な裁判の場面」における行使に求める趣旨であるものと考えられる。<sup>(48)</sup>

しかしながら、刑事裁判に、「捜査活動を最適化するためには、捜査機関による情報の取得・保存・利用をどのように統制・監督するべきであるか」についての「価値判断ないし政策的判断」<sup>(49)</sup>の役割を求めることには、とりわけ同手続の「本案」である当該刑事事件の解決のあり方との関係において、看過できない問題を生じさせることになるように思われる。

すなわち、同構想の下では、まず、「全ての国民が自律的生として尊重される価値多元主義社会の実現」のための「新たな法秩序の形成」の起動に向けられた「適正手続を求める権利」行使の場が与えられるか否かは、当該「国民」が起訴されるか否かに依存することになるものと考えられるが、そうであるとすると、同権利の保障と検察官の訴追裁量との関係が問題となろう。

また、仮に同人が起訴され、同権利を行使したとしても、「熟議による適正手続」論による憲法三一条解釈の下では、刑事手続が、「個別具体的事実関係に照らして」ではあるにせよ、「社会的弱者が犯罪からも捜査機関による権限濫用からも適切に保護され」て、「社会利益を最大化するように出来上っていない」と判断される場合には、「適正手続」違反が認められ、公訴事実について有罪と認められる被告人であっても、「その手続で処罰」することはできなくなるとの帰結が導かれることになるものと考えられる<sup>(50)</sup>。しかしながら、このことは、「社会全体の法益」が「最大化」されるように、「刑事司法」、とりわけ「捜査活動」が「最適化」されているか否かといった一般的・政策的考慮を具体的な刑事事件の解決の場に直接的に持ち込むことを意味するため、この帰結を正当化するためには、少なくとも、同見解のいう「刑事司法の最適化」が、「適正手続」の要請内容として当該具体的科刑手続の対象者個人の処罰の条件とされる実質的な根拠が示される必要がある<sup>(51)</sup>。

他方、同構想の下では、憲法三一条が、「捜査機関統制」がシステムとして「最適化」されているか否かに関する審査を求める権利を被告人に保障するものとされることからすると、「本案」の刑事事件について被告人が無罪であると認められる場合にも、裁判所は、同人から申立があれば、刑事手続が「真に国民の利益を最大化」することといえるのかについて審査および判断を行い、国会の立法活動の「触媒」としての役割を果たす必要があることになるようにも思われる。しかしながら、仮にそうであるとすると、憲法三一条は、刑事手続における「本案」である当該具体的刑事事件の解決ではなく、「捜査統制」の制度形成のあり方に主眼を置いた規定であることになる<sup>(52)</sup>が、このような理解は、少なくともその文言解釈上は無理があるといふべきであろう<sup>(53)</sup>。

さらに、ここに「他者との間に新たな関係性を取り結ぶ可能性」として、具体的に、いかなる事態が想定されているのか、そしてそれがいかなる意義が認められるのかも必ずしも明らかではない。

「熟議による適正手続」論においては、「自己が他者との関係の中で自らを導き、構成する自由の実践」<sup>(52)</sup>を許すことによる「より望ましい共生のあり方についての導き合い」の可能性、「個人が正に私の生き方を、国家の通用させようとする価値観と戦わせる」、あるいは、「私の生の価値観を社会的に通用させる」可能性を意味するものとされる。<sup>(53)</sup>しかし、ここでの「価値観」が、「不当な目的ないし誤った判断に基づいて」自己が処罰されることの不当性についてのものですらなく、当該「個別具体的事実関係に照らして」のものであるとしても、「犯罪からの保護によって得られる利益と、権限濫用を防ぐことによって得られる利益との総和」が「国民全体」にあって「最大化」されるか否かという観点からの「捜査機関の統制」に関する立法政策論上の妥当性に関する判断の際に依拠する「価値観」を意味するものであるとすれば、<sup>(54)</sup>それは、結局のところ、「費用便益分析」に基づく「刑事司法（捜査活動）の最適化」に関する評価ないし意見にすぎず、これを、「私の生き方」、あるいは、「私の生の価値観」といった名の下に議論することが妥当であるかは疑問である。

また、「熟議による適正手続」論は、このような意味での「適正手続を求める権利」の保障は、「自律的存在としての個人の尊重原理を規定した憲法二三条」から導かれるというが、<sup>(55)</sup>同見解が想定する同権利の内容が、そもそも「個人」を「自律的存在として」とらえる見方と親和的であるかにも疑問がある。なぜなら、同見解においては、「適正手続を求める権利」の行使主体となる「個人」が「その手続で処罰されること自体を受け入れられない」と考えるとき、その理由は、刑事司法、とりわけ捜査機関統制が、「ちゃんと社会利益を最大化するように出来上っていない」ことに求められることが想定されており、<sup>(56)</sup>ここにおいては、「個人」が、「刑事司法の最適化」による功利主義的な観点からの「社会利益の最大化」という特定の「価値体系」を予め共有し、それに従属することが前提とされているように思われるからである。いいかえれば、ここでは、「国民」たる「個人」の自己の「処罰」の問

題が、同人の「主観」においてさえ、「国民」ないし「社会」全体の「捜査機関統制」に関する「費用便益」の問題に解消されることが予定調和的に前提とされているといわざるをえず、<sup>(57)</sup>このような「個人」観が、「自律的存在」としての個人の尊重原理」と調和するかは疑問であるといわなければならぬ。<sup>(58)</sup>

このように、「熟議による適正手続」論による「適正手続を求める権利」においては、刑事手続の「本案」であるはずの当該刑事事件それ自体の解決のあり方が関心の外に置かれると同時に、「国民全体の利益の最大化」を旨とする「客観的な法秩序」形成の手段として位置づけられる一方で、同権利が付与されるべき「個人」ないし「主体」も、自己の処罰の可否を主張するにあたってさえ、そのような功利主義的な観点からの「刑事司法の最適化」による「健全な民主主義社会の存続」という特定の「価値体系」に自ら従属・奉仕することが想定されているのであって、憲法三一条（ないし三三條）の解釈論として妥当であるとはいいがたいように思われる。

(16) 稲谷・前掲注(10) 二八〇頁。

(17) 稲谷・前掲注(10) 三八頁以下、二八一頁。

(18) 稲谷・前掲注(10) 八九頁。もともと、「政府による『力の支配』」の問題を、「プライバシー保護」の問題に還元することができると、あるいは、同問題を中心として論ずることで足りるかは疑問である。なぜなら、「刑罰権の適正な実現に名を借りた捜査機関の権限・裁量の濫用」は、たとえば、人身の自由をめぐることも典型的に問題とされうるし（なお、「プライバシー」と「人身の自由」の関係については、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）八八頁注26参照）、また、たとえおとり捜査のように、捜査、訴追、処罰の理由を国家側が不当に惹起・創出するおそれのある捜査手法においても、問題となりうるからである（おとり捜査に関しては、松田岳士『刑事手続の基本問題』（成文堂、二〇一〇年）一五一頁以下参照）。

(19) 稲谷・前掲注(10) 五五頁、三三九頁以下。

- (20) 稲谷・前掲注(10) 八九頁参照。
- (21) 井上・前掲注(7) 三七頁以下。
- (22) 稲谷・前掲注(10) 四三頁、八八頁以下、九〇頁、九五頁参照。
- (23) 稲谷・前掲注(10) 八八頁、三四三頁参照。もつとも、「自由と安全の両立」による「価値多元主義社会における健全な民主主義」の成立ないし維持のあり方を政策的に論ずるのであれば、「捜査活動」ないし「刑事司法」のあり方だけではなく、犯罪予防のあり方——その課題は、警察等の治安当局による狭義の犯罪予防だけでなく、行政のあらゆる分野に及びうる——も射程に入れる必要があるろう。そして、仮に、憲法三二条が「自由と安全の両立」による「健全な民主主義社会」の維持を問題とするものだとすれば、その適用対象が科刑手続に限定される理由についても説明が必要とされるというべきであろう。
- (24) 稲谷・前掲注(10) 五頁、二八一頁参照。
- (25) 稲谷・前掲注(10) 四一頁。もつとも、「刑罰の威嚇効や犯罪者の更生によって受益する者」が、一般に、「社会的弱者」であるとの認識が妥当かは疑問であろう。現実には、「社会的弱者」が「犯罪者」となる場合も少なくないものと思われるからである。なお、注(41)も参照。
- (26) 実際、同見解においては、「刑事司法を通じた犯罪の解決」の意義を論ずるに際しても応報刑論への言及はなく、たとえば、罪刑均衡等、当該具体的刑事事件それ自体の解決のあり方に関する問題は考慮に入れられていない。
- (27) 稲谷・前掲注(10) 四二頁以下。
- (28) 稲谷・前掲注(10) 四三頁、三四〇頁。
- (29) 稲谷・前掲注(10) 六頁、七〇頁、九五頁、八六頁。
- (30) 稲谷・前掲注(10) 四〇頁以下。
- (31) 稲谷・前掲注(10) 四二頁。
- (32) 鈴木・前掲注(5) 六頁。
- (33) 実際、「熟議による適正手続」論は、「適正手続」を「客観的な法秩序の構成原理」として解するものであるとされる(稲谷・前掲注(10) 九一頁注206)。

- (34) 「制度的保障」の理論とは、「議会は、憲法の定める制度を創設・維持すべき義務を課され、その制度の本質的内容を侵害することが禁止される」とするものであるとされる(佐藤幸治「憲法」(青林書院、第三版、一九九五年)三九七頁)。
- (35) 「制度的保障」についてさえ、「直接の保障対象は制度それ自体であって、個人の人権そのものではない」とされ、「国家を前提とし、政策的配慮に基づき法律によってその具体的内容が規定されることを予定する」点において、人権保障とは「相いれない性格をもっていることは否めない」とされる(佐藤・前掲注(34)三九七頁)。
- (36) 稲谷・前掲注(10)三一九頁。
- (37) 座談会「強制・任意・ブライヴァシー」「統」法律時報九〇巻一号(二〇一八年)八三頁(稲谷龍彦発言)。
- (38) 稲谷・前掲注(10)三一九頁、座談会・前掲注(37)八三頁(稲谷発言)。
- (39) 稲谷・前掲注(10)五頁。
- (40) この点については、強制処分法定主義との関係においてであるが、「裁判所が経済分析を用いて議会の領分を画定できるのか」との疑問も提示されている(座談会・前掲注(37)八三頁(山田哲史発言)。山田哲史「GPS捜査と憲法」法学セミナー七五二号(二〇一七年)三〇頁も参照)。
- (41) 「熟議による適正手続」論は、刑事司法によって得られる「社会的公益」ないし「国民全体の公益」は、具体的には、「相対的な社会的弱者が、自律的生を営み、またその幸福を追求することを可能にすること」、あるいは、「社会的弱者やマイノリティが自らの意見を闊達に表現すること」による「価値多元主義社会における健全な民主主義」の成立ないし維持に求められるという(稲谷・前掲注(10)四七頁以下)。ここにみられる「刑事司法は本来的に、自らの手で自らを守ることのできない社会的弱者の救済を目的としている(座談会・前掲注(37)七八頁(稲谷発言)」との認識の妥当性はさておくとしても、そのような目的が達成されるか否かの判断それ自体、とりわけ裁判官がこれを行うには相当な困難が伴うというべきであろう。なぜなら、とりわけ現代社会においては、誰が「社会的強者」あるいは「社会的弱者」に当たるかの判断はその比較対象や場面、基準を何処に求めるかにより大きく変わり得る上に、両者の関係は必ずしも固定的なものではないからである。同見解は、「社会的強者」として、「虐待する両親」、「捜査『慣れ』している常習犯や組織犯罪構成員、あるいは弁護士をすぐ雇うことが出来る富裕層」を想定しているようであるが(稲谷・前掲注(10)二七六頁以下)、これに対しては、社会的「強者」と「弱者」、さらには、「犯罪者」と「犯罪被害者」の対応関係について、固定的で偏った理解を前提と

するものとの批判も可能であろう。

(42) 稲谷・前掲注(10) 五頁、四三頁、四九頁、五九頁、七〇頁。

(43) 強制処分法定主義に関してではあるが、座談会・前掲注(37) 八三頁〔稲谷発言〕は、「裁判所には経済分析ができない……からこそ、裁判所限りで問題を解決するのではなく、制度設計を立法院に委ねることに意味を見出〔す〕べきである」と説く。しかし、「経済分析」に属する問題の解決については、「裁判所限りで問題を解決する」ことは制度上最初から想定されておらず、もともと行政ないし司法に委ねられているというべきではないか。

(44) 座談会・前掲注(37) 八三頁〔稲谷発言〕。

(45) 稲谷・前掲注(10) 九一頁注206、稲谷・前掲注(10) 三一九頁。

(46) 稲谷・前掲注(10) 五八頁以下。

(47) なお、稲谷・前掲注(10) 三一九頁は、「適正手続を求める権利」が国民に付与されなければ、「刑事手続における適正なプライバシー保護法制への途を開く、一切のダイナミクスは起動しない」という。しかしながら、国会による同法制に関する立法活動の「起動」は、制度上、具体的な刑事「裁判の場面」における被告人の申立に依存するものとされているわけではない以上、その認識の妥当性については疑問がある。

(48) 稲谷・前掲注(10) 九一頁、三一九頁以下。座談会・前掲注(37) 七八頁〔稲谷発言〕は、「立法院と裁判所とのキャッチボールの必要性と共に、そのキャッチボールを始めるに際して、訴訟の場で自己の価値観を主観的に主張できる機会を付与することの必要性」を強調する。

(49) 稲谷・前掲注(10) 三二〇頁。

(50) 稲谷・前掲注(10) 五八頁。

(51) この構想は、「フーコーが提示した『新しい権利』すなわち『個別的な審理を語り続ける権利』に対する応答の一例」として、「アメリカの制度改革訴訟」を挙げる見解(関良徳『フーコーの権力論と自由論——その政治哲学的構成』(勁草書房、二〇〇一年) 二〇五頁以下)を想起させる。しかし、この見解は、憲法三一条を「制度改革訴訟」を予定した規定として解釈するものではなく、また、少なくとも同見解が挙げる「制度改革訴訟」の例においては、「個別的紛争」における本案とそれにより問題化された「公共的価値」の間に内容の一致があることが前提とされているように思われる。

(52) 稲谷・前掲注(10) 八七頁。なお、この表現の参照元である箱田徹『フーコーの闘争』(慶應義塾大学出版会、二〇一三年)二三五頁においては、「自己が自己と他者との関係のなかで自らを導き、構成する自由な実践」とは、「後期フーコーによる統治概念の導入と、その主体論としての展開」における「抵抗と権力の両者を織り込んだ、統治する主体を見出すプロセス」の内容を表すものとされ、ミシェル・フーコー(廣瀬浩司訳)「自由の実践としての自己への配慮」蓮實重彦Ⅱ渡辺守章監修『ミシェル・フーコー思考集成Ⅹ倫理／道徳／啓蒙』(筑摩書房、二〇〇二年)二四五頁においては、「自由に、自己の自己への関係や他者への関係に基づく」く「統治性」概念から出発する権力分析が、「主体」を「法Ⅱ権利の主体」、すなわち、「法Ⅱ権利を付与されたり、されなかつたりする主体」、あるいは、「政治社会の制度によって、法Ⅱ権利を受け取つたり喪失したりする主体」として「法的に考察」するような権力分析と対置されている(傍点引用者)。このことからすれば、この表現を「法Ⅱ権利」の内容を説明するものとして援用することが適切であるかには疑問が残る。

(53) 稲谷・前掲注(10) 八七頁、座談会・前掲注(37) 八三頁(稲谷発言)。

(54) 稲谷・前掲注(14) 一六頁参照。

(55) 稲谷・前掲注(10) 八七頁。

(56) また、「適正手続を求める権利」の行使には、「各人に各人の真理言説」を許す意義、あるいは、フーコーがいうところの「パレシアシアストとしての自律実践」としての意義が認められるものとされる(稲谷・前掲注(10) 八七頁、三二〇頁注(68))。しかしながら、「犯罪からの保護によって得られる利益と、権限濫用を防ぐことによって得られる利益との総和」が功利主義的な観点から「最大化」されるように捜査活動ないし刑事司法が「最適化」されているかについての判断は、「個々人の価値観に左右されるため、複数の合理的解がありうる」ところではあるとしても、そのような「ある種のコードや制度化されたコンテキストを前提する」申立を、——「ある突発的な出来事を構成し、それを語る主体に不確定な、あるいはあまり確定されていない危険を開く」ような言表とされる——フーコーがいうところの「<sup>パレシアシア</sup>真実の語り」(廣瀬浩司『後期フーコー——権力から主体へ』(青土社、二〇一一年)二四四頁以下参照)の名の下に論ずることが適切であるかについても疑問が残る。

(57) 「熟議による適正手続」論において、「適正手続を求める権利」は、「主観と客観の接合面みたいなイメージ」によって語られ、そこにおいては、「主観法と客観法とが分かち難く結びついて」いるとされる(稲谷・前掲注(10) 三一九頁、座

談会・前掲注(37)八三頁(稻谷発言)。しかし、同権利の内容として想定されているのは、むしろ、「主観の客観への解消」、あるいは、「主観法の客観法への従属」とでも呼ばれるべき事態ではないか。

(58) 他方で、稲谷・前掲注(10)八七頁は、「自律的存在としての個人の尊重原理」を規定した憲法二三条の下では、『自己が他者との関係の中で自らを導き、構成する自由の実践』を許すことが要請されるという(この表現については、稲谷龍彦「技術の道徳化と刑事法規制」松尾陽編『アーキテクチャと法』(弘文堂、二〇一七年)一〇七頁も参照)。しかしながら、注(52)および(57)に示した疑念からすれば、同見解が想定する「適正手続を求める権利」の行使「主体」についてはもちろん、憲法二三条が尊重を要請する「個人」についても、これを、後期フォーコーにおける「統治する主体」に擬して論ずることができるかは疑問である。