The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

| | |
|---|---|
| Title | 「熟議による適正手続」論について（二・完） |
| Author(s) | 松田, 岳士 |
| Citation | 阪大法学. 2018, 68(4), p. 1-26 |
| Version Type | VoR |
| URL | https://doi.org/10.18910/87173 |
| rights | |
| Note | |

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

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

The University of Osaka

論　説

# 「熟議による適正手続」論について（二・完）

松　田　岳　士

## 三　「法定主義」と「熟議（民主主義）」

(1)　このように、「熟議による適正手続」論の下では、憲法三一条が定める「適正手続」の内容が、「刑事司法制度運営における資源配置の最適化」あるいは「捜査活動の最適化」に求められることから、同規定の「法定主義」ないし「法律主義」の意義ないし趣旨についても、従来とは異なる説明が導かれるものとされる。

すなわち、同見解が「適正手続」の内容として説く「刑事司法制度運営における資源配置の最適化」ないし「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」るものとされ、しかも、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」によって行われるものとされる。[59] したがって、「憲法三一条に定められた適正手続」を実現するには、「制度論的問題」、いいかえれば、「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」を考慮に入れて、同規定の「法定主義」ないし「法律主義」の意義も、「今一度問い直」す必要があるとされる。[60] すなわち、その実現は、「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、しかも、熟議を通じて到達した結果を立法・予算措置によって適宜現実化することができる」国会によってこそ図られるべきであるというのである。[61]

このことは、同見解の主たる関心事である「刑事手続における適正なプライバシー保護の実現」という観点からは、とりわけ重要な意味を持つものとされる。なぜなら、同見解によれば、「プライバシー」とは、「科学技術の発展や社会の価値観の変化と歩調を合わせて、自由と安全の両立を目指し、また、『法の支配』と『個人の尊重』という憲法の理念の実現を目指して、永続的に再定義され続けられるべきもの」であって、「その外延・射程が、結局のところ、どのような法的スキームを彫塑すれば憲法の理念をよりよく実現することになるのかについての絶えざる価値判断・政策的判断に依拠している」ような「高度に関係的な概念」であり、したがって、「国会の『法律』による刑事手続の形成を規定した憲法三一条の下、国会における熟議に基づく立法を中心とした捜査機関統制――『熟議による適正手続』――を目指すことが、刑事手続において適正なプライバシー保護を実現するために必要」とされるからである。[62]

こうして、「熟議による適正手続」論においては、「憲法三一条に定められた適正手続とは、刑事司法ないし捜査

活動を『最適化』することができるような刑事手続であり、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、同規定は、「『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」であるとされるのである。(63)

「熟議による適正手続」論によるこのような「法定主義」ないし「法律主義」の趣旨説明は、前節においてみたように、憲法三一条の解釈論としての妥当性に根本的な疑念が提示される「適正手続」の内容理解から導かれるものである点においてすでに重大な問題を孕むものである。しかし、この点をさておくとしても、「憲法三一条に定められた適正手続」が、「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」、あるいは、「捜査活動の最適化」が、「民主主義的過程を通じてこそ、とりわけ国会における熟議を通じてこそ実現されるべきである」という主張の妥当性については、疑問がないわけではない。なぜなら、ここにおいて、「捜査活動の最適化」実現のために、「民主主義」に加えて「熟議」が必要とされる法律的理由は何処にあるのか、また、その前提として、そもそも「熟議」あるいは「民主主義的熟議」に、「捜査活動の最適化」を実現する上で、実質的にいかなる意義が認められるのかが、同見解においては必ずしも明らかではないように思われるからである。

(2) まず、「熟議による適正手続」論において、「民主主義的過程」に加えて、「熟議」が、「刑事司法」ないし「捜査活動」の「最適化」を実現する上でいかなる意味を持つのか、なぜその条件とされることになるのかは、必ずしも明らかではない。より具体的には、同見解においては、「刑事司法」ないし「捜査活動」の「最適化」が、「民主主義的過程を通じてこそ、とりわけ国会における熟議を通じてこそ実現されるべきである」とされ、その根拠は、主として、「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」に求められるが、この「制度論的問題」または「不適合問題」の内容と、

「熟議」ないし「熟議民主主義」の要請との間に、具体的にいかなる関連性が認められるのかが十分に明らかにされているとはいいがたいのである。

この点について、「熟議による適正手続」論は、まず、「捜査活動の最適化」を実現するためには、「大量の情報を適切に収集・処理する」ための「人的資源」、「時間」、「それを実行化するための制度的能力ないし基盤」が必要となるため[64]、それは、「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的問題を判断しなければならないという制約が制度的に課されている」裁判所ではなく、「大量の情報を収集・分析することのできる制度的基盤」をもつ国会によって図られるべきであるという[65]。そして、このような「制度的能力ないし基盤」と「熟議」の関係について、「国会は、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、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ため、裁判所の直面する制度論的問題を克服できる」と説明する[66]。

しかしながら、ここにおいて、「熟議」には、必ずしもそれ自体に「捜査活動の最適化」実現のための「制度的能力ないし基盤」の要素としての積極的な意義が認められているわけではないように思われる。なぜなら、ここでは、「熟議」が「熟慮・議論」と言い換えられているものと考えられるところ、「熟慮」はもちろん、「議論」も、それ自体は、裁判所においても、――公判手続を含めればもちろんのこと、評議だけをとってもとりわけ合議体であれば――実現されうるものであり、国会における立法過程に固有のものではないからである[67]。あるいは、ここで問題とされているのは、むしろ、「時間的制限」がなく、したがって、（「熟慮」と）「議論」を、それが「熟」すまで尽くすことができるということなのかもしれない。しかし、この意味での「熟議」もまた、それ自体、裁判所に

おいても制度的に実現不可能であるわけではないどころか、むしろ「期待されている」ものということができ、[68]「制度論的問題」ないし「不適合問題」を決定づける要素とはならないものと思われる。

もっとも、この点に関して、同見解は、「とりわけ刑事手続の制定という、各国民の価値観が激烈に対立しうる分野において一朝一夕に議論が熟さないからといって、そのような問題を解決するにふさわしい制度的能力を持たない裁判所が、徒に刑事手続の具体化に介入することは厳に避けられるべきである（傍点引用者）[69]」としていることからすれば、ここにおいて、「熟議」、あるいは「議論が熟」するとは、実質的には、「国民間での価値観の相違に基づく対立を……乗り越える」[70]まで議論を尽くすことを意味するものとも解される。

そうであるとすると、ここでの「熟議」の意義は、結局、「捜査活動の最適化」に関する「制度論的問題」あるいは「不適合問題」を根拠づけるもう一つの事情、すなわち、「捜査活動の最適化に関わるスケール〔が〕、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」こととの関係において、認められることになろう。より具体的には、現代社会においては、「普遍的価値体系が所与のものとしては現実に存在しえず、むしろ何を共有すべき価値とするかについてこそ、議論を尽くすべき必要がある」ところ、「捜査活動の最適化」をめぐっては、「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」ことから、このような状況を、「価値多元主義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、国会における熟議こそが必要とされる」というのである。[71]

しかし、このように、「捜査活動の最適化」に関する「国民間での価値観の相違に基づく対立を……乗り越え」、あるいは、「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、価値多元主義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、[72]「国会における熟議」が要求されるとすれば、[73]その理由は、「国会」が「熟議」の場であることというよりは、むしろ、「民主的正統性を備えた国民の代表によって構成される」[74]ことに求められるというべきであるように思われる。

なぜなら、仮に「国会における熟議」に「国民間での価値観の相違に基づく対立を……乗り越え」る意義が認められるとすれば、それは、――裁判所においても「熟議」は可能であるが、それに同様の意義が認められないとされることからも明らかなように――「国会」が「民主的正統性を備えた国民の代表によって構成される」機関であるからであり、反対に、必ずしも「熟議」を経ない「決断」であっても、それが「民主的正統性を備えた国民の代表によって構成される」国会におけるものである限りは、「国民間での価値観の相違に基づく対立を……乗り越え」る意義が認められるものと考えられるからである。そうであるとすれば、仮に「捜査活動の最適化という高度の政策的判断」は、「民主主義的過程を通じてこそ」実現されるとしても、それは、必ずしも「熟議を通じて」しか実現できないわけではないということになろう。

(3)　にもかかわらず、「熟議による適正手続」論においては、「捜査活動の最適化という高度の政策的判断は、民主主義的過程を通じてこそ、とりわけ国会における熟議を通じてこそ実現されるべきである」として、「民主主義的熟議に基づく立法」が、事実上、「刑事司法」ないし「捜査手続」の「最適化」実現のために不可欠な条件とされるだけでなく、[75]憲法上の制度的ないし規範的な要請でもあるとされる。すなわち、憲法三一条が、「『法律』という……文言に敢えて言及した」のは、それが、「民主主義的熟議を強く想起させる」からであり、同条項の理念は、「熟議による適正手続の実現に求め」られるというのである。[76]

しかしながら、現行憲法上、「民主主義的熟議に基づく立法」を制度的ないし規範的な要請として理解すること

ができるかはそれほど自明なことではない。なぜなら、日本国憲法は、「立法」の手続として、「代表制（代議制）民主主義」の下での「多数決」制を予定しているものと解され（憲法前文、第四章）[77]、同制度の下では、事実上も制度上も、「審議」は予定されているとしても[78]、「熟議」を経ずして――たとえば、「決断」によって[79]――立法が行われる可能性は排除されないのであって[80]、「熟議民主主義」それ自体が制度的に予定されているかはその文言上明らかではないからである[81]。

そうであるとすれば、憲法の関連諸規定が採用する「代表制民主主義」および「多数決制」と「熟議」ないし「熟議民主主義」の関係について検討を加えることなく[82]、憲法三一条が、「法律」という文言に言及していることのみをもって当然に「民主主義的熟議」による立法を想定しているとまでいうことはできないというべきであろう[83]。

(4) 「熟議による適正手続」論は、さらに、憲法一三条についても、これを、「自律的存在としての個人の尊重原理を規定した」ものとしたうえで、「各人に各人の真理言説と『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』を許し、より望ましい共生のあり方についての導き合いの機会――すなわち熟議の機会――が与えられてこそ、個人の自律的存在と、それが共生するために共有すべき価値体系とは初めて調和しうる」とし、「熟議の機会」が与えられることが、同規定の要請でもあるかのように説いている[84]。

ここに「熟議」の内容として示される「各人に各人の真理言説と『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」すことによる「より望ましい共生のあり方についての導き合い」として、具体的にいかなる事態が想定されているのかは必ずしも明らかではない[85]。もっとも、「熟議による適正手続」論が、「適正手続を求める権利」について、「憲法一三条前段によって」保障されるものとし、これには、「個人〔が〕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」る意義が認められる

ものとしていることからすれば、「より望ましい共生のあり方についての導き合い」を構成する「各人の真理言説」と「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」には、この「適正手続を求める権利」の行使も含まれることになるものとも解される。

このような理解を前提とすると、ここにいう「熟議」には、「個人」が、「具体的な裁判の場において」、「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」、それに応じて、「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」すること、すなわち、「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おいてもなお妥当性を保っているか否かについて審査する」ことも含まれることになろう。(86)

そうであるとすれば、同見解が「憲法三一条に定められた適正手続……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、憲法三一条は『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」というとき、そこでの「熟議」は、「国会」だけでなく、「重層的な民主主義過程」、すなわち、「国会と裁判所とが動態的に協働・均衡しながら漸次的・継続的に法形成を行う」過程において実現されることが想定されていることになる。このことは、現行憲法において、刑事裁判が、「重層的な民主主義過程」の一要素、あるいは、「国会の立法活動の……『触媒』」として、「国会の立法の問題点」について「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」(87)場として（も）位置づけられているという理解を前提とすることになるものと考えられる。

しかしながら、このような理解が、個別具体的な刑事事件の解決のための「科刑手続」の一環としての刑事裁判

のあり方との関係で重大な問題を孕むことは前節においてみた通りであり、いずれにしても、現行憲法が予定する統治機構の枠組内における司法の役割、あるいは、司法作用と立法作用の関係について改めて検討を加えることなく、憲法一三条については、「自律的存在としての個人の尊重原理を規定し」ていること、そして、同法三一条については、「『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」ことのみを理由として、これらを「重層的な民主主義過程」を想定した規定とみるのは、無理があるというべきであろう。

(59) 稲谷・前掲注(10)六頁、四〇頁以下、七〇頁、八六頁、九五頁。

(60) 稲谷・前掲注(10)七頁。しかしながら、前節においてみた通り、同見解のいう「適正手続を求める権利」の構想こそ、「制度論的問題」に直面することが避けられないものと考えられる。

(61) 稲谷・前掲注(10)五五頁。

(62) 稲谷・前掲注(10)七頁以下、八六頁、三一八頁。

(63) 稲谷・前掲注(10)二八〇頁。

(64) とりわけ、プライバシーとの関係では、「捜査活動の最適化を目指して、ある捜査手段によって制約されるプライバシーの性質や価値と、その『保護』に必要な法的処置とを、的確・妥当に判断・決定するためには、その捜査手法についての規制の有無や程度等が、国民の社会生活や、刑事司法制度の運営に及ぼす影響等についての十分な情報収集・分析が必要になる」とされる（稲谷・前掲注(10)四九頁）。

(65) 稲谷・前掲注(10)六頁、八六頁。

(66) 稲谷・前掲注(10)五五頁。

(67) 一般に「熟議」は deliberation の訳語として用いられるが、柳瀬昇『熟慮と討議の民主主義理論――直接民主制は代議制を乗り越えられるか』（ミネルヴァ書房、二〇一五年）六七頁も指摘するように、「議会における審議も、裁判所における評議も、英語で表記すれば、deliberation である」。

(68) 裁判所も、十分に「熟す」まで評議を尽くしてから評決を行うのが望ましいという意味では、国会における審議と変

わりはないというべきであろう。この点について、柳瀬・前掲注(67)七頁は、「議会も裁判所も、その実態が討議的であるかどうかは別論として、本来は討議が行われるべき場として、憲法上設計されている」という。

(69) 稲谷龍彦「身分秘匿捜査の法的規律について」法学論叢一八二巻一・二・三号（二〇一八年）三七三頁。

(70) 稲谷・前掲注(10)八六頁。

(71) 稲谷・前掲注(10)六頁、八七頁。

(72) 稲谷・前掲注(10)六頁、七〇頁。

(73) その前提として、そもそも「民主主義的熟議」によって、「国民間での価値観の相違に基づく対立を……乗り越え」、「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、価値多元主義社会に生きる国民に受け入れ可能な形で解決する」ことが可能であるとの認識が果たして妥当であるかも疑問なしとしない。「熟議による適正手続」論が、この問題に関して「熟議」による予定調和的な「解決」を想定しうるのは、むしろ、同見解においては、「国民」が、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「根本的価値観」ないし「価値体系」を共有していることが暗黙の前提とされているからではないか（前節(6)参照）。なお、フーコーは、熟議民主主義の理論的源泉の一つとされるハーバーマスのコミュニケーション論について、「権力の諸関係を完全に透明なコミュニケーションというユートピアに解消するもの」と評しているが（フーコー・前掲注(52)二四二頁以下）、稲谷・前掲注(58)一〇〇頁は、この「透明なコミュニケーション」について「少々寒々しいもの」であるという。

(74) 稲谷・前掲注(10)七〇頁参照。

(75) 「熟議による適正手続」の語は、稲谷・前掲注(10)の副題にも含まれていることからしても、同見解においては重要な意義を持つものと思われる。

(76) 稲谷・前掲注(10)二八〇頁、三四三頁。また、稲谷・前掲注(69)三七二頁も、「憲法三一条があえて刑罰権の実現を『法律の定める手続』にかからしめているのも、民主主義的熟議に基づく立法を中心とした適正手続の実現を、日本国憲法がその理念として追求しようとしているからであると解される」という。

(77) 日本国憲法は、「衆議院及び参議院の両議院で」構成される「国会」を「国の唯一の立法機関である」とし、両議院

は、「全国民を代表する選挙された議員でこれを組織する」として、「代表制（代議制）民主主義」を採用し、さらに、「両議院は、各々その総議員の三分の一以上の出席がなければ、議事を開き、議決することができない」とした上で、「両議院の議事は、この憲法に特別の定のある場合を除いては、出席議員の過半数でこれを決し、可否同数のときは、議長の決するところによる」とするのであり、「多数決制」による立法を予定しているものと解される。なお、稲谷・前掲注(69)三七二頁は、「捜査活動の最適化」の問題を最終的に解決するのに相応しい機関は「国会」であるとする理由として、同機関が「憲法四三条によって『全国民の代表』の代表とされ、また、憲法四一条によって『国権の最高機関』と称され」ていることを挙げる。

(78) 佐藤幸治『憲法』（青林書院、第三版、一九九五年）一六三頁以下は、「近代議会制を支える重要な原理」として、「議会の構成員による自由な討議を尽くすことが肝要である」という「審議の原理」を挙げ、この原理は、「議事公開の原則」とともに、「近代議会制が依拠する多数決の原則」を有意的なものとするための条件となるという。

(79) 稲谷・前掲注(10)七〇頁は、「憲法三一条」、あるいは、「国会による憲法解釈や法解釈が立法によって具体化される過程」を、「法内容の正当性に必ずしもつながるものではなく、『許可』や『決断』という形での民主主義的正統性のみに関わるものとして」捉える見方を批判する。

(80) 稲谷・前掲注(10)五五頁も、「もちろん国会による立法が常に内容的に適正なわけではない」とし、法律が、「特定の集団の私的利益を追求するためだけに作られ」る可能性を認める。にもかかわらず、「熟議民主主義」が憲法上の要請であり、「国会による立法」には、「（民主的）正統性」のみならず、内容の「正当性」も認めることができるかのように説くことは、「熟議民主主義」の名の下に「代表制民主主義」の下での「多数決」制の問題性を隠蔽することにつながりかねないというべきであろう。

(81) この点について、「国会における審議」や「裁判所における評議」を念頭に置いて「日本国憲法の統治機構に関する諸規定の討議論的再解釈」を提示する柳瀬・前掲注(67)六八頁以下も、同解釈は、「討議民主主義理論……に基づけば、日本国憲法の規定する統治のシステムをこのように解釈することもできるということを示すにとどまるもの」であるとの留保をつけていることに注意すべきであろう。

(82) 「代表制民主主義」と「熟議（討議）民主主義」の関係をめぐる憲法学上の議論については、柳瀬・前掲注(67)六三

頁以下参照。

(83) 山田・前掲注(40)三〇頁も、「強制処分法定主義」に関する「制度的差止」論についてではあるが（「制度的差止」論については、松田岳士「強制処分概念をめぐる最近の議論について」阪大法学六七巻六号（二〇一八年）三三頁以下参照）、同規範を「一時的には捜査官の判断に委ねつつ裁判所による事後統制がなされるべき領域（任意捜査）と、熟議に基づく議会の判断に委ねられるべき領域（強制処分）とを区別する」ものとする点について、「各憲法機関の制度的能力に着目すると基本的には妥当である」とする。しかし、そのようにいうためには、その前提として、憲法が予定する立法手続における「熟議」の位置づけを論じておく必要があるというべきであろう。

(84) 稲谷・前掲注(10)八七頁は、その前提として、「普遍的価値体系〔は〕所与のものとしては現実に存在しえず、むしろ何を共有すべき価値とするかについてこそ、議論を尽くすべき必要がある」、そして、「普遍的な価値体系の国家権力の発動を通じた共有は、人間の個性や創造性を一定の枠に封じ込め、『自律と共生』の名の下に、既存の価値体系をただ押し付けることに堕しかねない危険を生じさせうる」との問題関心に言及する。

(85) 「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」という表現は、哲学者ミシェル・フーコーに由来するものとされる（注(52)参照）。しかし、この表現は、参照元である箱田・前掲注(52)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（傍点引用者）」とされており、この「自己と」という文言は、「自己の自己への関係」を含意するとされるフーコーの「統治性」概念においては重要な意味を持つものと考えられるが（フーコー・前掲注(52)二四四頁以下参照）、稲谷・前掲注(10)八七頁が、これに触れない理由は明らかではない。いずれにしても、「熟議による適正手続」論によるこの表現の援用の妥当性については、注(52)および(56)に示したような疑念があるだけでなく、そもそも憲法一三条の「自律的存在としての個人の尊重原理」の意義を説明するために何故同表現を援用する必要があるのかについて十分な説明が示されているかも疑問である。「熟議による適正手続」論の提唱者は、自身の研究を、「哲学や経済学、社会学、認知科学といった学際的な視点から、刑事法の解釈・立法を論ずる」ものであるという（座談会・前掲注(37)五六頁〔稲谷発言〕）。しかし、少なくとも同表現の援用に関しては、「フーコーの文章であることを示す引用符を外したときに、説得力を失う文章などにまったく意味はない（芹沢一也＝高桑和巳編『フーコーの後で――統治性・セキュリティ・闘争』（慶応義塾大学出版会、二〇〇七年）二七六頁〔芹沢一也〕）」との批判も妥当

しうるように思われる。

(86) 稲谷・前掲注(10)九一頁、三一九頁。

(87) 稲谷・前掲注(10)九一頁、二八〇頁。

## 四　おわりに――憲法三一条と捜査法の関係

(1) 「熟議による適正手続」論は、「刑事手続における適正なプライバシー保護のあり方」を検討するという問題関心をその出発点として、とくに「捜査法」のあり方を念頭において、憲法三一条の解釈論の再構築を試みるものであるということができる。しかしながら、まさしくそのことゆえに、同見解による「適正手続」の趣旨説明（ないしそれに基づく「法定主義」の趣旨説明）は、憲法三一条の文言解釈として無理があるだけでなく、実質的にも数々の看過できない重大な問題に直面するものといわざるをえないように思われる。

(2) そもそも「捜査法」のあり方を念頭において「憲法三一条が定める適正手続」の内容を論ずるのは、その文言解釈として無理があるというべきであろう。

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はれ、又はその他の刑罰を科せられない」と定めるのであり、同規定が「適正手続」を要請するものであるとすれば、それは、少なくとも第一義的には、「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「個人」に対する「科刑手続」の「適正」性を問題とするものであると考えられる。

そうであるとすると、この意味での「適正手続」の要請は、基本的には、刑事手続全体、あるいは、「科刑」に直結する手続である公判手続に妥当するものであり、――とりわけ現行刑訴法が採用するとされる弾劾主義（当事

者主義）的刑事手続においては、起訴状一本主義ないし伝聞法則等の制度により公判と「切断」され、一方当事者の公訴準備の手続として位置づけられる――捜査手続には、少なくとも公判手続と同様のかたちでは妥当しないものというべきであろう。[88]

実際、この点に関しては、違法収集証拠排除の根拠についてではあるが、とりわけ捜査法違反を念頭において、「違法に収集された証拠を使用することは、訴訟手続の公正さを損ね、適正手続の要請に反する」という考え方に対して、「証拠収集手続の違法が当然にその結果たる証拠の使用を違法なものとするわけではないから、そのような使用が直ちに適正手続の要請に反するものだということはできない」との批判があったことからもうかがわれるように、「捜査法」違反と「科刑手続」の「適正手続」違反の間には、「本来的な同一性・連続性」は認められないものとされてきた[89]ことが想起されるべきであろう。

もっとも、このような指摘は、まさしく「熟議による適正手続」論が批判する、「捜査対象者の権利・法益を適切に保護するという観点」から捜査法解釈論を展開する「従来の見解[90]」を前提としてなされたものであることもたしかである。そのことは、「捜査法」違反と「科刑手続」の「適正手続」違反の間の「本来的な同一性・連続性」を否定する上記見解が、憲法三三条および三五条について、「専ら……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」とし、「違法な捜索・押収を受けた者」と「後の訴訟手続の被告人」が同一人である場合でも、「前者の立場と後者の立場とは、事実上同一人の上に競合しているだけであって、違法な捜索・押収によりその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って、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……に反するものとは必ずしもいえない」とすることからも明らかであろう。[91]

しかしながら、「熟議による適正手続」論が説くように、「捜査法」の解釈指針を、「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、「捜査機関の適正な統制を通じた国民利益の最大化」という観点に転換し、これに対する違反の実質的な問題性を、「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」ことに求めた[92]としても、捜査手続と科刑手続における「適正手続」の「本来的な同一性・連続性」を確立することはできないというべきである。なぜなら、そのような意味での「捜査法」違反によって損なわれるのは、「国民」ないし「社会」全体が「捜査活動の最適化」から得る利益であって、これは、刑事訴訟の本案たる具体的刑事事件の被告人ないし科刑対象者「個人」の当該手続上の権利ないし利益と重なり合うものではないことに変わりはないからである。

にもかかわらず、「熟議による適正手続」論は、「適正手続を求める権利」保障の名の下に、憲法一三条および三一条の解釈論において、被告人ないし科刑対象者「個人」の利益を「国民」ないし「社会」全体の利益のなかに解消し、また、個別具体的な刑事事件の解決を「客観的法秩序」形成の手段として位置づけるという二重の意味において、「個」の問題を「全体」の問題に還元することによって、「捜査手続」と「科刑手続」の「適正」性を合致させようとするものであるように思われる。

しかしながら、ここにおいて同見解が想定する、「功利主義的な観点」からの「国民」ないし「社会」全体の利益の「最大化」といった「価値観」に自ら従属・奉仕する「個人」観が、同見解自身が憲法一三条が定めるものとして説く「自律的存在としての個人の尊重原理」と調和するといえるかには疑念があり、また、刑事手続の本案である個別具体的な刑事事件の解決を「客観的法秩序」形成の手段に還元することが、憲法が予定する司法作用の性

質と適合するかも疑問であり、いずれにしても、科刑手続の「適正」性を要請する同法三一条の解釈論として妥当であるとは、到底いいがたいように思われる。

(3)　もっとも、このことは、「捜査手続」上の事情が、およそ「科刑手続」の「適正」性を否定する理由となりえないということまでをも意味するわけではなかろう。たとえば、捜査機関が、一定の対象者に目をつけ、政治的弾圧など、政府による「刑罰権の自己目的利用」のために、その理由となる犯罪ないしその証拠を不当に探索、惹起または創出したような場合には、この行為は、――正当な理由のない捜査権限の行使、あるいは、「捜査権限の濫用やその不適切な行使」として捜査法上違法とされる可能性があるだけでなく――場合によっては、それによって発見、惹起または創出された犯罪を理由とする「処罰」の「適正」性を否定する根拠ともなりうると解する余地もあるのではないかと考えられるからである。(93)

ただし、この場合において想定される「処罰」の「適正手続」違反は、事実的には、捜査活動上の事情によって根拠づけられるとはいえ、法律的には、捜査法違反を介することなく、あくまで、「処罰」それ自体の「適正」性を問題とするものというべきであろう。なぜなら、これは、犯罪ないし証拠を不当に探索、惹起または創出する行為が捜査法に違反して行われたことを問題とするものではなく、そのようにして発見、惹起または創出された犯罪を理由として当該「処罰」を行うことそれ自体が、政府による「刑罰権の自己目的利用」に当たり、「適正手続」に反するものとして許容されないとするものだからである。(94)

そして、「熟議による適正手続」論が、「刑事手続法」の役割（の一つ）として「政府による刑罰権の自己目的利用」という「力の支配」の防止を挙げ、このことを、同法が実現すべき「適正手続」の一要素とする点についても、このような意味において、被告人ないし科刑対象者に、自らが「政府による刑罰権の自己目的利用」の対象とされ

る場合には、「その手続で処罰されること自体」が、憲法三一条に反するがゆえに「受け入れられない」旨主張して、「自らが関わる刑事手続が、……真に適正なものといえるのか」を争う権利を認める趣旨に理解する[95]ことも、あるいは可能であるようにみえなくもない。

ところが、実際には、同見解は、「刑事手続法」の役割を、「政府による刑罰権の自己目的利用」の防止それ自体ではなく、むしろ、「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ための『法の支配』の具現化」、あるいは、「刑事司法制度運営における資源配置を最適化し、『力の支配』の排除と『法の支配』の実現を通じて、国民の利益を最大化すること」に求める。そのため、同手続に妥当する「適正手続」の要請も、個別具体的な手続において「政府による刑罰権の自己目的利用」からその対象となる個人を保護ないし救済するものというよりも、むしろ、「自らの身を守ることの出来ない弱者の尊厳が暴力や圧政によって踏みにじられること無く、社会的強者同様に『個人として尊重される』（憲法一三条前段）民主主義社会の実現」という「国民」全体のより一般的な「利益」を保護するものとして構想されるのである[96]。

「熟議による適正手続」論が、このように「政府による刑罰権の自己目的利用」を、その対象とされる「個人」の問題としてではなく、もっぱら「政府」と「国民」の間の「利益」の問題として捉えることは、刑事手続法上の問題をも、「プリンシパル＝エージェント問題」、すなわち、「本人 principal の利益が、代理人 agent の行動に依存している状態において、エージェントが本人の利益を図るために行動せず、むしろ自らの利益を図るために行動することによって、本人の利益が害されてしまうという問題[97]」という経済学的な枠組に一元的に依拠して把握するという同見解の問題関心と無縁ではないものと思われる。すなわち、同見解においては、刑事司法の問題性が、刑罰

権の実現に関して、「代理人」たる「政府」が、「本人」たる「国民」の利益を害するかという点に求められ、処罰の対象とされる「個人」の救済は、基本的にその関心ないし考察の外に置かれるか、せいぜい副次的問題として扱われるにすぎないのである。[98] しかし、憲法三一条は、その文言からしても、少なくとも第一義的には処罰対象とされる「個人」に対する当該具体的科刑手続の「適正」性を問題とするものと解され、実質的にも、具体的な刑事事件の解決を旨とする刑事司法のあり方を論ずるにあたり、この問題を等閑に付すのは適切とは言い難いように思われる。

くわえて、「熟議による適正手続」論においては、「政府による刑罰権の自己目的利用」についても、少なくともそれが捜査活動において探索、惹起ないし創出された「理由」に基づく場合には、「捜査法」違反を介することなく、「処罰」それ自体が、直接、「適正手続」に反するものとして許容されないとすることは、基本的に想定されていないものと考えられる。[99]

なぜなら、同見解は、「捜査法」の目的を、「刑罰権の実現」ないし「刑事司法の適正な実現」への寄与に求め、[100] これを、「憲法三一条が定める適正手続」の内容として論じているが、ここでは、「刑事手続法」に属する諸規範のうち、「公訴法」や「公判法」など、「捜査法」以外の――「刑罰権の実現」ないし「刑事司法の適正な実現」をより直接的に左右する手続に関する――諸規範との関係は考慮に入れられていないからである。[101] このことは、同見解が、「捜査法」を、「国民の利益を最大化するための『法の支配』の具現化」という「刑事手続法」の役割の中核に位置づけ、「政府による刑罰権の自己目的利用」を、「公訴法」や「公判法」等の問題としてではなく、「捜査権限・資源の濫用・費消」の問題として扱うものであることからもうかがわれる。しかし、仮にそうであるとすれば、同見解は、「刑事司法」ないし「刑事手続法」における「捜査法」の意義を過度に一般化すると同時に、「捜査手

続」と「科刑手続」の差異、あるいは、「公訴法」や「公判法」との関係を不当に看過するものであって、妥当であるとはいいがたいというべきであろう。[102]

(5)　ところで、このように、「熟議による適正手続」論が、「刑事手続法」に属する諸規範のうち、もっぱら「捜査法」のあり方を念頭において、「憲法三一条が定める適正手続」の内容を論じる背景には、同見解が、その主たる問題関心を、（とりわけ捜査手続において問題が先鋭化しやすい）「刑事手続における適正なプライバシー保護のあり方」[103]におくことにくわえ、「捜査法」に属する刑訴法一九七条一項但書について、その趣旨を「憲法三一条との関連のもとに……見る」有力説[104]の影響の下、これを「憲法三一条の手続法定主義を受けた規定」とする理解[105]を共有した結果、「強制処分法定主義」と「手続法定主義」の差異ないし関係を十分に意識しないまま、「適正手続」の意義を論じようとするものであるという事情[106]もあるように思われる。

実際、「熟議による適正手続」論は、刑訴法一九七条一項但書が定める「強制処分法定主義」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」、あるいは、「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ことで、熟議による適正手続の実現に向けたダイナミズムを起動し、刑事手続における適正なプライバシー保護を実現するための動力源となる」という意味で、「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」であるとしている。[107]

さらに、ここに「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」という表現は、同見解のいう「適正手続を求める権利」、すなわち、「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……権利[108]」の行使を想起させるものでもあり、ここには、「手続法定原則（憲法三一条）の要請」を具体化するものとして、「捜査法」に属する刑訴法一九七条一項但書[109]に特権的な地位が認められるとの考え方を看取することができよう。

しかしながら、憲法三一条と刑訴法一九七条一項但書の間には、「法定主義」という意味では一定の範囲において共通点を見出すことができるとしても[110]、両規定が適用対象とする処分は、少なくともその文言上は、それぞれ「刑罰」と「強制処分」であり、これらは目的も性質も異にするものであるから[111]、刑訴法一九七条一項但書と、「憲法三一条が定める適正手続」の要請を単純に重ね合わせることはできないというべきであろう[112]。

このことは、とりわけ、「熟議による適正手続」論において、捜査手続に「強制処分法定主義」違反が認められる場合に、法律的にいかなる帰結が導かれるか、あるいは、「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」が、いかなる法的文脈ないし場面において行われることが想定されているかを考えてみれば明らかである。すなわち、同見解は、「自身の裁かれる刑事手続の適正さ」について、「刑事被告人」が、「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」を行う文脈ないし場面として、「証拠排除法則」の適用や「違法捜査についての損害賠償」請求を想定するようであるが[113]、「損害賠償」はもちろんのこと、「証拠排除法則」においても、刑訴法一九七条一項に対する違反は、当該具体的事件における「処罰」それ自体を直接に妨げる理由とはならないのであって、このような規範を、憲法三一条の「適正手続」の要請の内容ないし趣旨と重ね合わせて理解することは、後者の規定が、「法定主義」、ひいては「適正手続」を、少なくともその文言上は、「処罰」それ自体の条件として定めていることと適合しないというべきであろう。

(6)　本稿において指摘してきたような「熟議による適正手続」論が直面する種々の問題点は、結局のところ、同

見解が、憲法三一条が定める「（科刑）手続法定主義」と刑訴法一九七条一項但書が定める「強制処分法定主義」の関係、あるいは、「刑事手続法」全体と「捜査法」に妥当するとされる「適正手続」の要請の関係について、従来の学説が曖昧なまま放置していた認識ないし問題を無批判に引き継いだうえで、徒に「法と経済学分析と批判法学的分析の双方に依拠しながら、制度論的展開と呼ばれる法解釈手法の成果を取り込ん」で、捜査法理論の枠組みを「刷新」しようとしたため[114]に生じたものと考えられる。

同見解が陥った陥穽を避けるためにも、憲法三一条の「手続法定主義」の意義――とりわけそれが「捜査法」との関係においてもつ意義――を解明するにあたっては、「罪刑法定主義」、「手続法定主義」、「強制処分法定主義」等の「法定主義」の具体的内容の異同や、「刑事手続法」に妥当する「適正手続」と「捜査法」に妥当するそれとの差異について、刑事手続の全体構造、いいかえれば、捜査、公訴、公判等、刑事手続を構成する各手続の関係を考慮に入れながら検討を加える必要があるように思われる。

(88) とりわけ弾劾主義・当事者主義的刑事手続においては、捜査手続は、「公開の対審」の要請が妥当する公判手続とは異なり、一方当事者による公訴の準備手続として位置づけられるがゆえに、基本的に一方的な性格を持ちうるものと解され、その構造の差異に対応して、各手続の内容を定める「公判法」と「捜査法」の間にも、基本的な問題関心に差異が生じるということができる（松田岳士『刑事手続の基本問題』（成文堂、二〇一〇年）一一三頁以下参照）。

(89) 井上・前掲注(7)三七二頁。

(90) 稲谷・前掲注(10)四頁。

(91) 井上・前掲注(7)三七二頁。

(92) 稲谷・前掲注(10)四三頁。

(93) このことは、たとえば、「一般的（渉猟的）探索」により証拠が発見された場合、捜査機関による証拠の偽造があった場合や、「おとり捜査」により惹起された犯罪、いわゆる「転び公妨」により創出された犯罪等を理由とする処罰につ

いて問題とされることになろう。

(94) もちろん、この場合においても、捜査法違反は別途問題とされうるが、これに対しては、刑事手続上は、「科刑手続」の「適正手続」違反というよりも、むしろ、司法の無瑕性保持、違法捜査抑止等の政策的な論拠による違法収集証拠排除や手続打切等による対処が考えられよう。

(95) 稲谷・前掲注(10)四三頁、二八一頁、三一九頁、座談会・前掲注(37)八三頁〔稲谷発言〕。

(96) 稲谷・前掲注(10)二八一頁、三一七頁。

(97) 稲谷・前掲注(14)一〇七頁。

(98) なお、稲谷・前掲注(69)二九〇頁以下は、「おとり捜査」に関する「二分説の本来の問題意識」は、「おとり捜査そのものの規制ではなく、国家によって作出された理由に基づく後続の訴訟手続の適法性についてのものである」とする私見（松田・前掲注(88)一五一頁以下）について、「考察の対象を後続の手続に拡張し、その正当な理由の有無を問うたとしても、本質的な問題は解決しない」として論難する。その理由は、「おとり捜査」の「本質的な問題」は、「特定の態様のおとり捜査を利用することにより、国家が恣に自らの『敵』を政治的に弾圧するリスクが生じてしまうという……エージェンシー・スラック」にあるところ、「ある捜査手段の統制について、捜査法の枠組みで論じるべきか否かという問題は、エージェンシー・スラックが生じうる時点（あるいはその発生の危険性が最も高まる時点）がどこかという問題とは、直接的には関係しない」ことに求められるようである。しかしながら、そもそも私見が問題としたのは、「捜査手段の統制」ではない。なぜなら、私見は、「特定の態様のおとり捜査を利用することにより、国家が恣に自らの『敵』を政治的に弾圧するリスク」を「国民の利益」の観点から問題とするものではなく、訴追、処罰等の処分を「国家が恣に……弾圧する」手段として利用することの許容性を、処分の対象とされる「個人」の当該「弾圧」からの保護ないし救済という観点から問題とするものであるからである。「おとり捜査」に関しても、論者のいう「エージェンシー・コストの合理的なコントロール」については、「捜査手段の統制」あるいは捜査法――具体的には、捜査の「理由」――の問題として別途検討を要することはたしかであるが（宇藤崇＝松田岳士＝堀江慎司『刑事訴訟法』（有斐閣、第二版、二〇一八年）三三頁以下、一八三頁〔松田岳士〕参照）、政府による公訴権ないし刑罰権の「自己目的利用」の実現を直接的に阻むのは、あくまで公訴法ないし公判法なのであり、二分説において、犯意誘発型のおとり捜査が行われた場合の刑事手続上の帰結

について、無罪説、免訴説、公訴棄却説が有力視されていたのもそのためであると解される。その意味において、上記の批判は誤解ないし曲解に基づくものであり、このこと自体、「熟議による適正手続」論の提唱者が、「エージェンシー＝プリンシパル」問題に徒に拘泥するあまり「おとり捜査」について二分説ないし私見がその「本質的な問題」としてきたところを把握し損なっていることの証左であると同時に、「違法な身分秘匿捜査がなされた場合」の「適切な救済策」について一貫性を欠く結論を導く（注(99)参照）原因となっているように思われる。

(99) 「熟議による適正手続」論の提唱者は、「政治的リスクや資源の無駄を理由として身分秘匿捜査が違法とされる場合」の「適切な救済策」について、「いわゆる嫌疑なき起訴であるとして公訴棄却とするのが望ましい」とする（稲谷・前掲注(69)三八七頁以下）。ここでの「違法」は、具体的には、「法定の手続の存しない現状において」、「政治的リスクを生じさせる、強制処分とするべき身分秘匿捜査が実施された」という意味において、刑事訴訟法一九七条一項但書に対する違反を意味するようであるが、いずれにしても、これを、「違法捜査に基づく起訴」ではなく、「嫌疑なき起訴」とすべきであるとすること自体、「刑事手続法」における「捜査法」の位置づけに関する同見解による理解に問題があることを示唆しているということができよう。なぜなら、嫌疑がないことを理由に公訴が棄却されるとすれば、それは、そのような公訴の提起が「公訴法」に違反するからであって、捜査に違法があったことによるのではないからである（一般に、「嫌疑なき起訴であるとして公訴棄却とする」ために、先行する捜査手続が違法である必要はない）。なお、同見解は、その理由として、この場合には「端的に処罰を回避する処置を選択することが望ましい」との事情を挙げるが、そうであれば、文字どおり「端的」に「処罰」の是非を問題とすべきであろう。

(100) 稲谷・前掲注(10)五頁、四三頁。

(101) 実際、「熟議による適正手続」論においては、「捜査法」ないし「捜査活動」の語が、「刑事手続法」ないし「刑事司法」の語と明確に区別されることなく用いられていることも少なくないように思われる。

(102) また、「熟議による適正手続」論が「捜査法」というとき、そこでは、「捜査活動の統制に関わる法」に属する個々の規範というよりも、むしろ、そのような規範一般ないし全般が想定されていることも少なくないように思われる。しかしながら、「捜査法」に属する諸規範の内容は多様でありえ、その趣旨も、したがって、それに対する違反から導かれる帰結も、個別の規範毎に異なりうるというべきであろう。

(103) 稲谷・前掲注(10)の題名も、まさしく「刑事手続におけるプライバシー保護」である。なお、この「刑事手続におけるプライバシー保護」のあり方は、捜査手続だけでなく、公訴や公判の手続との関係でも問われうるはずであるが、同書においてはこの点についての検討はみられない。

(104) 井上・前掲注(6)二八頁。

(105) 酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造(1)」法学教室二八三号（二〇〇四年）六一頁。また、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）八頁は、「いかなる強制処分が許されるかは、国民の明確な選好のもとに置かれるべき」であり、「これこそが、……憲法三一条が手続の法定を規定する理由の一端であろう」という。

(106) 稲谷・前掲注(69)三七二頁も、刑訴法一九七条一項但書の強制処分法定主義は、憲法三一条が定める「法律による適正手続」を「受けて規定されたと考えられる」とする。

(107) 稲谷・前掲注(10)二九九頁。また、座談会・前掲注(37)八三頁〔稲谷発言〕は、「熟議による適正手続」論について、「憲法一三条と三一条の両方が結び付いている点として、国家に対して個人の価値観に基づいて適正な手続とは何かを申し立てる機会を捉え、その文脈で適正手続や強制処分法定主義も考える」ものであるという。

(108) 稲谷・前掲注(10)三一九頁。

(109) 酒巻匡「捜査手続(1)総説」法学教室三五六号（二〇一〇年）六五頁、酒巻匡『刑事訴訟法』（有斐閣、二〇一五年）二二頁。

(110) 「強制処分法定主義」における「法定主義」については、その「民主主義的」側面にくわえ「自由主義的」側面が指摘され、とりわけ後者の意義については、「強制処分については、個別具体的事件における事後判断ではなく、その要件・手続があらかじめ一般的な法規範の形式で定立され予告されていることにより、国民の行動の自由が確保される」との説明もある（酒巻・前掲注(109)六六頁）。この説明は、おそらく、「憲法三一条の『法律の定める手続』の要請」の「実体法における現れが『罪刑法定主義』であり、手続法においては『強制処分法定主義』として表現されている」との認識を基礎に（酒巻匡「強制処分法定主義」法学教室一九七号（一九九七年）三〇頁）、罪刑法定主義の趣旨説明を強制処分法定主義にも援用しようとしたものと思われる。しかしながら、「強制処分」については、――それが被疑者以外の第三者を対象として行われる場合を考えてみれば明らかであるように――「その要件・手続があらかじめ一般的な法規範の形

式で定立され予告されている」としても、その「法規範」の名宛人は基本的には捜査機関であり、また、いずれにしても処分の潜在的対象者は自己の意思によってこれを回避することはできないという点において、少なくとも「予告」の意義は、「罪刑」の場合と同列に論じることはできないというべきである。その意味において、強制処分法定主義に自由主義的意義が認められるとしても、それは、せいぜい「処分の要件・手続を予めルールとして明示しておくことにより、捜査機関による権限の濫用を防止」するという程度にとどまるものとして理解しておくべきであろう（大澤裕「強制捜査と任意捜査」法学教室四三九号（二〇一七年）五九頁参照）。なお、「強制処分法定主義」の「民主主義的意義」を「罪刑法定主義」と対比して論ずるものとして、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）一五頁参照。

(111) 松田・前掲注(88)二四〇頁以下参照。

(112) いずれにしても、「熟議による適正手続」論の提唱者による刑訴法一九七条一項但書の解釈論である「制度的差止」論には、同規定の文言を無視し、これを「捜査法」というよりも、むしろ「立法指針」を定める規定に読み替えるものであるという意味において、その妥当性に根本的な疑念がある（松田・前掲注(83)四八頁以下）。なお、論者は、最近の論稿において「身分秘匿捜査の法的規律」を論じているが（稲谷・前掲注(69)二八九頁以下）、そこでは、そもそも「身分秘匿捜査」の刑訴法一九七条一項但書に照らしての許容性ないし適法性の判断方法ないし基準が論じられているのか、それとも、立法論として「その法的規律のあり方」が論じられているのかが判然としない。また、論者は、「おとり捜査」の主として現行法上の取り扱いを論じてきた従来の学説に対して、「その望ましい法的規律のあり方について明らかにすることができなかった」とする筋違いの批判を行っている。このことも、同見解において、二つの問題が混同されていることの証左となろう。

(113) 稲谷・前掲注(10)二三〇頁注37)は、「被告人側がこの指摘を行うインセンティブを高めるために、どのような報償処置を用意するべきかについては、証拠排除法則の評価や、被告人に違法捜査についての損害賠償を行わせるための制度のあり方等を巡る包括的な検討が必要である」という（このことの妥当性については、松田・前掲注(83)四八頁以下参照）。もっとも、稲谷・前掲注(69)二八九頁以下は、「政治的リスクや資源の無駄を理由として身分秘匿捜査が〔刑訴法一九七条一項但書に照らして〕違法とされる場合」には、「嫌疑なき起訴であるとして公訴棄却とするのが望ましい」ともして

いる。

(114) 稲谷・前掲注(10)三四三頁以下。

＊ 本稿は、科学研究費補助金・基盤研究（C）「『証拠収集等への協力及び訴追に関する合意制度』と証拠法」（平成二八～三一年度）の研究成果の一部である。

【訂正】「『熟議による適正手続』論について（一）」阪大法学第六八巻第二号（通巻第三一四号）二四頁。

・注(50) 稲谷・前掲注(10)五八頁。→ 稲谷・前掲注(10)五八頁、座談会・前掲注(37)八三頁〔稲谷発言〕参照。

・注(51) 『個別的な審理を語り続ける権利』→『個別的な真理を語り続ける権利』