



Title	捜査法の解釈方法：最近の刑訴法学における主観法・客観法論争について
Author(s)	松田, 岳士
Citation	阪大法学. 2022, 72(3-4), p. 278-257
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/89707
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

捜査法の解釈方法

——最近の刑訴法学における主観法・客観法論争について——

松田 岳士

一 はじめに

(1) 刑事訴訟法（以下、「刑訴法」という）、なかでもとりわけ捜査法の解釈方法をめぐっては、最近、一部の論者の中で、『主観法モデル』に依拠した捜査法の限界を抉出する著作^{モノグラフィ}が現れ、その主張は、刑訴法学の域を超えて注目を集めている〔ルビ原文⁽¹⁾〕一方で、「客観的な思考方法の重要性を説く見解が登場し、注目を集めている⁽²⁾」ものとされ、このような状況を受けて、「捜査法における大きなパラダイム転換の是非をめぐって本格的な議論が始まろうとしているようにみえる⁽³⁾」との指摘もある。

この捜査法の解釈方法における「主観法（的思考）」と「客観法（的思考）」の対置の意味は、基本的には次のような点に求められるものと考えられる。すなわち、「従来の学説は、『権利・利益』を武器として捜査の適正を実現することに傾注し、強制処分法定主義、令状主義、比例原則はすべて『主観法』の効果として捉えられていたため、『主観法』の侵害に連動して規律が演繹的に導かれるものとされてきた」が、「捜査法上の『権利・利益』の保護、そして、捜査の適正の確保が、捜査権限に『関わる客観的な法、客観的な制度のありよう』と、無関係たり得ない」とすれば、強制処分法定主義や令状主義が、『客観的な法、客観的な制度のありよう』を前提とし、それらと相補的な関係にあるものとして存在していることに目を向け、その射程と機能を吟味し直すべき」であり、さらには、「より端的に、主観法の侵害を前提としない客観法による捜査権限の統御をも構想すべきである⁽⁴⁾」。

捜査法の解釈方法

(2) ここには、「『主観法』と『客観法』を対置しつつ『権利』を語ろうとする憲法学・行政学」の影響も看取されるが、⁽⁵⁾「憲法学・行政学」において、「『主観法』と『客観法』を対置しつつ」問題とされてきたのは、基本的に、「『権利』を語」ること、すなわち、「個人の権利」保障のあり方についての理解であるように思われる。

これに対して、最近の刑訴法学——具体的には、「熟議による適正手続」論と主観法モデル更新論という相互に注目ないし支持しあう見解——における⁽⁶⁾（捜査法についての）「主観法と客観法の問題」をめぐる議論においては、「主観法（的思考）」が、「個人の権利（保障）」を「前国家的な超越的存在」と捉えるある種の「自然権論」と実質的に同視され、また、「客観法（的思考）」については、その「制度設計」の基礎に置かれるべき「法政策分析」が、もっぱら「法と経済」——より具体的には、「費用便益分析」と「エージェンシー理論」——に求められる傾向がある。その結果、そこでは、「主観法（的思考）」と「客観法（的思考）」の名の下に、ある種の「自然権論」と「法と経済」（あるいは「功利主義」）が対置され、しかも、これらが、捜査法の解釈方法として、ほとんど二項対立的に論じられるのである。

しかしながら、「自然権論」も「法と経済」（あるいは「功利主義」）も、「主観法（的思考）」および「客観法（的思考）」と同義ではなく、むしろ、「主観法」および「客観法」を根拠づける「理念」としてとりうる選択肢の一つに過ぎないから、これらを同一視するかのような議論は、多分に^{イデオロギー}理念対立的な様相を呈することになるだけでなく、「従来の見解」の理解やそこから導かれる具体的「解釈」の内容にも、誤解ないし偏りを生ぜしめるおそれがある（「偏った主客二元論」）。

そこで、本稿においては、「捜査法における大きなパラダイム転換の是非をめぐって本格的な議論が始ま」る前に、これらの見解において「客観法と主観法の問題」として論じられている事柄の内実について検証しておくことにしたい。

(1) 笹倉宏紀「強制・任意・プライベート——『主観法モデル』でどこまで行け
（阪大法学）72（3・4-277） 905 [2022.11]

るか」酒巻匡ほか編著『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2019年）257頁。引用中の「著作」とは、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、2017年）を指す（以下、同書の立場を「『熟議による適正手続』論」という）。

- (2) 稲谷龍彦「刑事訴訟法解釈の方法」山本敬三ほか編『法解釈の方法論——その諸相と展望』（有斐閣、2021年）260頁。引用中の「客観法的な思考方法の重要性を説く見解」とは、笹倉・前掲注(1)253頁以下をいう（以下、同見解を「主観法モデル更新論」という）。
- (3) 中川孝博「裸の強制処分法定主義——刑事訴訟法197条1項の解釈試論」犯罪と刑罰29号（2020年）6頁。
- (4) 笹倉・前掲注(1)286頁。
- (5) 笹倉・前掲注(1)273頁。
- (6) 稲谷・前掲注(2)260頁。

二 「熟議による適正手続」論による前稿に対する「反論」の妥当性

(1) 捜査法の解釈方法をめぐる「主観法と客観法の問題」を考察するにあたり、まずは、筆者が前稿において示した批判に対して、「熟議による適正手続」論者から提示された「反論」の内容を検証しておくことにしたい。なぜなら、そこに見られる私見についての誤解ないし曲解の仕方には、同見解が依拠すると考えられる「偏った主客二元論」の問題性が端的に表れているように思われるからである。

(2) 前稿において、筆者は、「熟議による適正手続」論に対し、「『適正手続を求める権利』保障の名の下に、憲法13条および31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」ものであり、ここに「適正手続を求める権利」の内容として想定されているのは、「『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」である旨指摘した⁽⁹⁾。

ところが、「熟議による適正手続」論者は、この指摘の趣旨について、「客観

捜査法の解釈方法

法的な思考を取り入れた刑事訴訟法解釈を批判」し、「主観的権利が客観法に飲み込まれることを危惧したり、あるいは、制度的保障と客観法をほぼ同視し、それによって主観的権利が不当に制約されるという問題提起を行ったりする」ものと理解した上で、次のような反論らしきものを示す。⁽¹⁰⁾

すなわち、「少なくとも理論的には、主観法と客観法とは、両者間で侵犯や対立が生じるような関係ではない。一般的な理解に従えば、客観法とはこの世界を遍く貫く法秩序・価値秩序そのもののことであり、主観法とは客観法に基づいて個人に具体的に割り振られる権利である。つまり、両者はいわば『視点を違えて』同じものを見ているのであり、どちらかがどちらかを侵犯したり、対立・相克したりするような関係にはない。また、我が国憲法学における制度的保障論理解の問題点については、周知のように優れた分析が既になされているが、それに従うならば、我が国において制度的保障ということばを用いる意味はほとんどなく、制度的保障による権利侵害とされる問題は、要するに客観法秩序を前提とした上での主観的訴権の範囲に関する問題へと解消される。したがって、刑事訴訟法解釈における主観法と客観法との関係をめぐって展開されている議論は、実質的には、刑事訴訟法をどのような制度として理解し、手続の当事者にどのような訴訟上の請求権を認めることが規範的に望ましいのかをめぐる議論であると整理できる。つまり、主観法の客観法秩序への吸収を危惧する議論の実質的な意義は、制度構想や訴権をめぐる見解の相違に帰着する。」

(3) しかしながら、前稿は、そもそも「客観法的な思考を取り入れた刑事訴訟法解釈」一般を批判するものではないし、「主観的権利が客観法に飲み込まれること」一般を「危惧」するものでも、ましてや、「客観法……によって主観的権利が不当に制約される」といった問題提起を行うわけでもなく、ただ、「熟議による適正手続」という「制度構想」における「適正手続を求める権利」の具体的内容が、「主観法の客観法への従属」を意味するものとなっているだけでなく、同構想が想定する「人間」像において、「主観の客観への解消」が看取される旨指摘しているに過ぎない。⁽¹¹⁾

実際、「熟議による適正手続」論者は、「憲法31条に定められた適正手続」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」

と説くが、ここにいう「客観的な法秩序」として、「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」刑事手続が、また、「主観的権利」として、「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地位、つまり権利」が想定されているとすれば、⁽¹²⁾両者の間には、「いわば『視点を違えて』同じものを見ている」という関係というよりも、むしろ、「主観法の客観法への従属」が認められるというべきである。

すなわち、仮に「適正手続」が、「刑罰権が執行されないことによる社会的強者の専横」および「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」するような刑事手続のことをいうとすれば、それは、「社会的弱者」ないし「国民」全体の利益を問題とするものであって、「適正手続を求める権利」が付与される当該「個人」として想定される「被告人」のそれを問題とするものではなく、また、そこでの「適正」性は、当該個別具体的な刑事事件の解決の「適正」性ではなく、「通時的・漸次的に」みた「システムとして」の刑事手続——しかも、とくに捜査手続——の「適正」性である。⁽¹³⁾その結果、同見解の下では、憲法31条は、「『科刑対象者』個人が、当該具体的な刑事手続について『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」となり、⁽¹⁴⁾「適正手続を求める権利」が付与される「個人」には、その「反射的利益」すら認められないことになる。⁽¹⁵⁾

にもかかわらず、同見解による「適正手続を求める権利」において、仮に「主観法と客観法とが分かち難く結びついて」いるとすれば、その内実は、同権利が付与される主体たる「個人」の「利益」が、「国民」全体の「利益」において清算され、また、当該具体的な事件処理の「適正」性も、常に将来の刑事手続の制度一般の内容において回収されるという事態だということになる。⁽¹⁶⁾それでもなお、論者が、両者の間に「いわば『視点を違えて』同じものを見ている」という関係を認めるとすれば、そこでは、「適正手続を求める権利」主

捜査法の解釈方法

体としての被告人「個人」と「国民全体」の「利益」が予定調和的に一致し、また、当該具体的な事件処理の「適正」性が、「通時的」に捉えられた「システムとして」の刑事手続の「適正」性に還元されることが想定されていることになる。

このような想定は、「国民全体」と完全に利害を共にする法的「主体」ないし「個人」あるいは「被告人」像と、個別具体的な刑事事件の解決と将来の刑事手続制度一般の内容の「適正」性の同一視を前提とするものといえよう。実際、同見解においては、「適正手続を求める権利」が付与される「主体」が、「その手続で処罰されることを受け入れられない」と考えるとき、その理由は、同「主体」が、当該具体的な事件に対する刑事手続において「個人」として不当な扱いを受けたことではなく、「通時的」に捉えられた刑事手続が、制度として、「ちゃんと社会利益を最大化するように出来上がっていない」ことに求められるのである。⁽¹⁷⁾

こうして、「適正手続を求める権利」という「主観法」と「適正手続」という「客観法」の間には、たしかに、「どちらかがどちらかを侵犯したり、対立・相克したりするような関係」は認められないが、それは、両者の間に「『視点を違えて』同じものを見ている」という関係が認められるからではなく、むしろ、同見解が、「適正手続を求める権利」の「主体」としての「個人」の利益を「社会的弱者」ひいては「国民全体」の利益に解消すると同時に、刑事手続における個別具体的刑事事件の解決を「通時的」な「客観的法秩序」形成の手段として位置づけるからにほかならない。⁽¹⁸⁾

(4) 筆者が、前稿において、「熟議による適正手続」論にいう「適正手続を求める権利」が付与される「主体」たる「個人」は、『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、あるいは、「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」が予定調和的に想定されている、あるいは、「適正手続を求める権利」が、「主観の客観への解消」を想定した「主観法の客観法への従属」を意味する旨指摘した⁽¹⁹⁾のは、このような意

味においてであって、「熟議による適正手続」論を離れて、一般的に、「主観法（的解釈）」と「客観法（的解釈）」の関係性について論じる趣旨ではない。

にもかかわらず、論者は、唐突にも、私見を、「『主観法的解釈』を重視する見解」、あるいは、「『客観法的解釈』を批判する見解」であると断定し、「熟議による適正手続」論ではなく「客観法的解釈」一般が、「『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具体的刑事手続自体の『適正』を問題としてきた従来の『適正手続』理解と離れうること自体に疑念を提起」するものとした上で、「刑事手続法上の権利」は「前国家的な超越的存在」ではない以上、その「付与を正当化する制度設計とその政策的帰結とについての規範的根拠と評価とを伴った議論が必要である」にもかかわらず、「単に主観的権利が『保障されている』あるいは『侵害されている』という論者の価値判断の結論部分を提示する」だけで、「権利自体の設計問題について論じる方法を持たない」などと論難する。⁽²⁰⁾

しかしながら、前稿において、筆者が、「客観法的解釈」一般ではなく「熟議による適正手続」論による憲法31条の「解釈」について、「『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具体的刑事手続自体の『適正』を問題としてきた従来の『適正手続』理解と離れうること」に疑念を提示したのは、「主観法的解釈」を重視するからでも、ましてや、これらの「権利」を「前国家的な超越的存在」と位置づけるからでもなく、同見解が、「適正手続」の内容を論ずるに当たり、とりわけ「捜査法」において「プライバシーを適正に保護する」ことに主眼を置くあまり、その「制度構想」において、刑事手続全体の「本案」である——がゆえに、公訴法ないし公判法において主として問題とされる——科刑対象者「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」のあり方の「適正」の要請との関係性を全く考慮に入れていない点を問題視する趣旨であった。⁽²¹⁾

いいかえれば、前稿において、筆者が、公訴法ないし公判法上の手続的保障との関係性に言及したのは、まさしく、「刑事訴訟……をどのような制度として理解し、手続の当事者にどのような訴訟上の請求権を認めることが規範的に望ましいのか」という問題関心から、刑事手続が「国民の利益を最大化するも

捜査法の解釈方法

のといえるのかについての審査を求める」ことを内容とする「適正手続を求める権利」には、個別具体的な「刑事事件」について「事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現する（刑訴法1条）」ことを本案とする刑事訴訟においては、「訴権」としての性質が認めがたいことを理由として、「熟議による適正手続」論という「制度構想」の妥当性に根本的な疑念を提示する趣旨においてであったのである。⁽²²⁾

- (7) 松田 岳士『『熟議による適正手続』論について（一）（二・完）』阪大法学68巻2号（2018年）1頁以下、同68巻4号（2018年）1頁以下。
- (8) 松田（二・完）・前掲注（7）15頁。
- (9) 松田（一）・前掲注（7）26頁注（57）。
- (10) 稲谷・前掲注（2）260頁。
- (11) 松田（一）・前掲注（7）26頁以下注（57）。
- (12) 稲谷・前掲注（1）319頁。
- (13) 稲谷・前掲注（1）281頁、340頁。
- (14) 松田（一）・前掲注（7）14頁以下。
- (15) 「熟議による適正手続」論者が、「我が国憲法学における制度的保障論理解の問題点」についての「優れた分析」として引用する石川健治『自由と特権の距離』（日本評論社、増補版、2007年）235頁は、「制度的保障と認定されることによって発生されるとされる訴権性の否定〔は〕、要するに、客観法の反射（反射的利益）の問題に過ぎない」とするところ、前稿は、同書にいう日本の「従来の制度的保障説の文法」に敢えて従って、「熟議による適正手続」論による憲法31条解釈の下では、被告人の「訴権性」が否定されるのみならず、「反射的利益」すら認められなくなることを、同規定が「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〔る〕と表現したのであって（松田（一）・前掲注（7）14頁）、「制度的保障と客観法をほぼ同視」したわけでも、「それによって主観的権利が不当に制約されるという問題提起を行った」わけでもない。
- (16) 稲谷・前掲注（1）319頁、340頁。
- (17) 稲谷・前掲注（1）43頁、360頁。
- (18) 論者が「主観法と客観法とが分ち難く結びついている」、あるいは、「主観と客観の接合」がみられるというのも（稲谷・前掲注（1）319頁、座談会「強制・任意・プライバシー〔統〕」法律時報90巻1号（2018年）83頁〔稲谷龍彦発言〕）、このような事態のことをいうものと考えられる。
- (19) 松田（一）・前掲注（7）25頁注（57）。

(20) 稲谷・前掲注(2)261頁以下。

(21) この点について、「熟議による適正手続」論者は、「これらの手続が適正手続の中身をなさない」と述べたことは一度もない」という(稲谷・前掲注(2)261頁以下注18))。しかし、そもそも、前稿は、論者が「これらの手続が適正手続の中身をなさない」と述べたことを問題としたわけではなく、従来、「科刑手続法定主義」の主要な内容として論じられてきた「科刑対象者個人に対する具体的刑事手続自体の『適正』」の問題をおよそ考察の対象とすることのないまま、「憲法31条に定められた適正手続」の内容を説明した結果、「事案の真相を明らかにし、刑罰法令を……適用実現する」という刑事訴訟の「本案」との関係において、「適正手続を求める権利」にいかなる「訴権性」が認められるかが示されていない点を批判したのであり、その意味において、まさしく論者が「適正手続の中身」を論ずるにあたり、「これらの手続」について「述べたことは一度もない」ことを問題視したのである。

(22) この点は、前稿による「熟議による適正手続」論批判の骨子であって、松田(一)・前掲注(7)1頁以下、14頁以下等においても繰り返し説明されており、誤解の余地はないものと考えられる。

三 「主観法的思考」≒「自然権論」、「客観法的思考」≒「法と経済」？

(1) このように、「熟議による適正手続」論者が、「客観法と主観法の問題」として前稿について指摘するところは的外れというほかないが、ここには、私見を含む従来の捜査法解釈を、その内容を精査することなく自動的に「客観法的思考」によるものと「主観法的思考」によるもののいずれかに分類する「主客二元論」的発想が看取されるだけでなく、その前提となる「主観法(的思考)」と「客観法(的思考)」の理解それ自体にもかなりの偏りがあることがうかがわれる。そして、同様の傾向は、同論者が「従来の解釈手法論の問題と限界を正しく認識し」て、「『客観法的解釈』の必要性を認識し、手続のより精緻な分析を試みる⁽²³⁾」ものとして評価する主観法モデル更新論も、相当程度共有するものと思われる⁽²⁴⁾。

すなわち、両見解は、「主観的な権利言説のみに基づく刑事訴訟法解釈が、科学技術の発展や人々の価値観の多様化によって容易には維持することができ

なくなってきた」との問題関心から、捜査法解釈における「主観法的思考」の限界を認識して、「客観法的思考」によって「思考枠組みの更新を図る」必要があるとの問題認識を共有するところ⁽²⁵⁾、ここにおいて対置されているのは、実質的には、「主観法的思考」と「客観法的思考」というよりも、むしろ、ある種の「自然権論」と「功利主義」なのであり、その結果、両見解による従来の刑訴法学説の理解や、両見解の下で想定される「主観法的思考」および「客観法的思考」の内容にはかなりの偏りが生じているように思われるのである。

(2) まず、「主観法的思考」について、「熟議による適正手続」論者は、「従来の『主観法的解釈』を重視する見解」は、「単に主観的権利が『保障されている』あるいは『侵害されている』という、論者の価値判断の結論部分を提示する主張にとどまる」ところ、そのような主張は、「刑事手続法上の権利が前国家的な超越的存在であれば、……意味があるかもしれない」とし、実際、「主観的権利言説の論者」は、「刑事訴訟法における権利は、刑罰権をめぐる特定のポリティカル・エコノミーの中でこそ意味を持つ、歴史的・偶然的なものである」にもかかわらず、「しばしば刑事訴訟法における権利をそれ自身として超越的・普遍的なものとして位置付ける」とする。また、主観法モデル更新論も、「主観法モデル」は、「個人の『権利』は前国家的な自由を保護するものとして刑事司法の存在とは関係なく存在しており、捜査権限の行使に対抗しそれを原則として違法とするものだ……という観念」、あるいは、「実体的な価値を持つ前国家的な権利」の存在を前提とするという⁽²⁶⁾。

ここにおいては、捜査法における「主観法的思考」が、——個人の「権利」が「刑事司法の存在とは関係なく存在して」いるという観念を基礎として、「捜査手段によって生じる個人の主観的な『権利・利益』（法益）の侵害の質・程度を明らかにし、それとの相関関係によって法規制の内容と方式を決定する」という手法⁽²⁸⁾を超えて——個人の「権利（保障）」を「歴史的・偶然的なもの」ではなく、「超越的・普遍的なもの」あるいは「実体的な価値を持つ前国家的なもの」として措定する、ある種の「自然権論」と実質的に同視されている。しかしながら、この種の「自然権論」は、個人の「権利」の「保障」のあり方というよりも、むしろ、その正当化根拠となる理念の一つというべきで

あるから、「主観法的思考」および「主観法モデル」の当然の前提となっているかのように扱うのは妥当ではなかろう。

実際、たとえば、「熟議による適正手続」論は、私見が、同見解の下では、「『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具体的刑事手続自体の『適正』を問題としてきた従来の『適正手続』理解と離れうること自体に疑念を提起」した点について、唐突にも、「国家刑罰権や特定の権力作用を帯びた裁判所の存在を所与の前提とする」はずの「刑事手続上の権利」を「前国家的な超越的存在」として措定するものとして論難⁽²⁹⁾する。

しかしながら、そもそも刑訴法は、基本的に、それに関与する諸機関・個人に一定の「役割」を割り当てることにより「刑事手続」という「制度」を創設する「手続法」としての性質をもつところ、同法による一定の個人への「権利」保障も、そのような「役割」の割当方法の一形態として、刑事手続「制度」の内容の一部を構成するのであって⁽³⁰⁾、「国家刑罰権や特定の権力作用を帯びた裁判所の存在を所与の前提とする」こと、あるいは、「刑事司法の存在とは関係なく存在し」えないことは議論の当然の前提である。

とりわけ、前稿が問題とする「告知と聴聞」、あるいは「告知、弁解、防禦」の機会は、公訴法ないし公判法上の「権利」であって、刑事裁判制度を前提として検察官や裁判所の行為によって——より正確には、刑事裁判制度の「内容として」、訴訟主体間の一定の関係性において——被告人に「保障」されるものであることは明らかであるから、「刑事司法の存在とは関係なく存在」するなどとはおよそ考えられないのであって、論者は、そのような指摘を敢えてすることにより、かえって私見に対する偏見と刑事手続法上の権利の性質についての無理解を露呈してしまっているというべきである。

もっとも、主として公判法において「保障」されるこれらの純粹に手続的な権利と異なり、捜査法上は、むしろ、身体、住居、財産等の不可侵のように、それ自体が直接刑事手続制度を構成するわけではない「権利」が問題とされることも多く、これらについては、「刑事司法の存在とは関係なく存在」するものと観念する余地もあろう。そして、たとえば、刑訴法197条1項但書の「強

制の処分」を「相手方の意思に反して、法定の厳格な要件・手続によって保護する必要の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処分〔傍点原文〕」の意義に解する「通説的な見解」⁽³²⁾も、その「重要な権利・利益」について、これを、「刑事司法の存在とは関係なく存在」するものと想定しているとの指摘も、あるいは可能なものかもしれない。

ところが、「熟議による適正手続」論者は、それにとどまらず、この「通説的な見解」にいう「重要な権利・利益」について、「単に主観的権利が『保障されている』あるいは『侵害されている』という、論者の価値判断の結論部分を提示する主張にとどま」るか、あるいは、「前国家的な超越的存在」もしくは「超越的・普遍的なもの」⁽³³⁾として措定するものと断定する。

しかしながら、「権利」を「客観法などと無関係に存在する」ものとして観念することと、その保障の正当化根拠を、それを「前国家的な超越的存在」あるいは「超越的・普遍的なもの」⁽³⁴⁾として措定する一種の「自然権論」に求めることは別問題であり、実際、この「通説的な見解」も、「重要な権利・利益」を「憲法上の重要な権利」といいかえていることからすれば、その保障の正当化根拠を、現行憲法——を通じて「国民」——により「重要な権利」として承認され（続け）ていることに求めるにとどまるものと解する余地もあり、これを「自然権論」にまで踏み込むものと断定するのは早計というべきであろう。⁽³⁵⁾

(3) 他方、「客観法的思考」についても、両見解は、これを、単に、刑事手続上の権利は「国家権力の組織と作用を前提としてのみ成立する」⁽³⁶⁾という考え方、あるいは、「『客観法』ないし『制度』の措定がまず先行し、そこから逆算して個人の実体的な地位〔を〕導〔く〕」、「『客観法』優位の『制度的権利』の思考」⁽³⁷⁾としてのみならず、その「客観法」ないし「制度」についての「法政策分析」、あるいは、その手法としての「法と経済」と、実質的に同一のものとして扱っているように思われる。

すなわち、「熟議による適正手続」論者は、「客観法的思考」を「ある制度設計の持つ政策的帰結を規範的に分析し、それを法解釈・立法論に反映させる」ような考え方をいうものとし、そのような分析のための判断枠組のことを「法政策分析」とよぶ。そして、この「法政策分析」こそが、「従来の刑事訴訟法

解釈に欠けていた」とした上で、とりわけ「社会状態の流動化や人々の価値観の多様化が進む状況」における捜査法については、「従来の直感的で主観的な利益衡量論」ではなく、「法と経済」こそが、「経験的で反駁可能な費用便益分析を可能とする」がゆえに、その「有望なアプローチの一つ」となるとする。⁽³⁸⁾ また、「主観法モデル更新」論も、「客観法的思考」（における捜査の「合理性や正当性」判断）の本質は「費用便益の計算にほかならない」とし、「法の経済分析・実証分析（あるいは『数理法務』）という手法」を、「対立利益の均衡点を客観的に可視化すること〔が〕できる」ことを理由として、「客観法的思考」としてとりうる唯一の選択肢であるかのように扱う。⁽³⁹⁾

たしかに、捜査も限られた人的・物的・時間的資源の中で運用されるべき「制度」である以上、とりわけ立法論上、「ある法解釈や立法がもたらす社会的な便益や費用を丁寧に分析し、受益者たるべき市民にとって真に益する制度となっているか否かを検証する」といった「費用便益分析」的な考え方が、その「法政策分析」の方法として有用な場合があることは否定できない。⁽⁴⁰⁾⁽⁴¹⁾

また、「熟議による適正手続」論は、「法と経済の観点から見れば、捜査法の問題とは要するにエージェンシー問題であり、エージェンシー・スラックを効率的に抑止できる法制度とは何かについての議論であったと整理することができる」と⁽⁴²⁾とするが、捜査法に属する規範の多くは、捜査機関に一定の権限を付与すると同時に、一定の要件・手続を課すことでその濫用の防止を図るものとなっており、そこでは、「エージェンシー問題」——すなわち、「本人の利益が代理人の行動に依存している場合に、代理人が本人の利益を最大化するために行動せず、しばしば代理人自身の利益を図るよう行動するという問題状況」⁽⁴³⁾——と類似の問題への対処が想定されているといえることができる。なぜなら、捜査権限の「濫用」とは、捜査機関が、同権限を、それが「国民」から負託された趣旨を逸脱した不当な目的達成のために行使することをいうものと解されるところ、「エージェンシー問題」において、「本人」を「国民」に、「代理人」を「捜査機関（政府）」に見立てるならば、捜査権限濫用の問題状況と概ね一致することになるからである。

(4) しかし、他方で、「法と経済」は、「法政策分析」の唯一の合理的方法と

捜査法の解釈方法

いうわけではなく、論者自身も認める通り、その「アプローチの[・]一[・]つ」にすぎない。また、「法政策分析」が、「ある制度設計の持つ政策的帰結」の「規範的分析」を意味するとすれば、それは、(『客観法』優位の『制度的権利』の思考)としての「客観法(的思考)」と同義でも、また、それに固有の問題でもないというべきである。

ところが、「熟議による適正手続」論者は、「主観法的思考」に基づく「従来
の利益衡量論」については、「直感的で主観的な」性格をもち、「捜査の必要性
や個人の権利という概念に込められた思いの違いによって、ほとんど決着不能
な論争が展開されてしまうという問題」があるとして「法政策分析」との不適合
を指摘する一方で、これとは異なり、「経験的で反駁可能な費用便益分析」
を可能とするものとして、「法と経済」の「法政策分析」の手法としての優位
性を強調する⁽⁴⁴⁾。

しかしながら、特定の「概念に込められた思いの違いによって、ほとんど決
着不能な論争が展開されてしまうという問題」は、「法と経済」においても不
可避のものというべきである。なぜなら、論者自身も認める通り、「費用便益
分析」においても、「そもそも便益や費用として計上すべき事柄について〔は〕、
意見が一致しないことも当然に予想される」が、その原因は、「便益」や「費
用」とされる事柄の特定自体が、——「従来利益衡量論」が「直感的で主観
的」であるのとまさしく同じ意味において——「直感的で主観的な」性格をも
つことに求められるものと考えられるからである。

また、いずれにしても、捜査手続についても、「開かれた社会においては、
我々はそれぞれの生き方や価値観に基づいて、制度設計にあたって考慮されう
るあらゆる事柄について、各人がよりよい生を実現することができると思
うような測り方や重みづけを主張することができ」、「民主主義を選ぶ以上、我
々はそれぞれの測り方や重みづけについて、それを支える真理と共に議論を戦
わせ、一定の結論を導いていくことになる」のだとすれば⁽⁴⁵⁾、その「結論」は、必
ずしも「費用便益分析」を用いた「法と経済」的議論の結果に限られるわけ
ではなく、それ以外の、たとえば、——「自然権論」にその正当化根拠を求め
るか否かはともかく——「主観法的思考」に基づく「権利」保障的な規定の導入

であっても、その選択が、「民主主義的熟議」の結果、各人の「よりよい生」の実現に資するものと「結論」づけられるのであれば採用されてよく、その場合には、むしろ、「主観法的思考」を考慮に入れた「法政策分析」による捜査法解釈こそがとられることになるだろう。

(5) このように、「客観法(的思考)」、「法政策分析」、「法と経済」はそれぞれ次元を異にする概念であるから、「法と経済」により「客観法(的思考)」または「法政策分析」を代表させるかのような議論の仕方は妥当とはいいがたく、とりわけ、「客観法的思考」による「更新」の名の下に、やみくもに「法と経済」に依拠して捜査法に属する諸規範を「解釈」することは、法の文言との間に看過することのできない乖離を生ぜしめ、また、同理論が念頭に置く問題状況と当該規範が置かれた制度的文脈の差異を看過して、その「制度設計のもつ政策的な帰結」を考慮に入れ損なうおそれがあるという意味で、妥当とはいえない。

実際、たとえば、「熟議による適正手続」論者は、刑訴法197条1項但書の「強制的処分」を、「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」処分と定義し、⁽⁴⁶⁾「主観法モデル更新」論も、同見解について、「情報収集と意見集約の能力に長ける国会が、費用便益計算に基づく政策的判断によって捜査法を創造すること」を可能とするものとして積極的に評価する。⁽⁴⁷⁾

しかしながら、既に別稿において論じた通り、⁽⁴⁸⁾「強制的」処分を「その統制に特別の法的規律を必要とする」処分として理解することは、「強制的」という文言に「一切の手がかりのない判断を行う」という意味において「もはや法解釈とは呼べない」⁽⁴⁹⁾一方で、実質的には、「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」という文言の解釈を「強制的」という文言の解釈の名の下に提示することによって、同規定を、「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は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これをするすることができない」旨の同意反復とみることに帰するのであり、およそ同規定の「解釈論」としての体を成していないといわざるをえない。

捜査法の解釈方法

また、「熟議による適正手続」論は、令状主義について、その趣旨を、「捜査機関が真に社会的便益を増進させる犯罪捜査に従事する目的で行動しているか否かをスクリーニングし、捜査機関によるエージェンシー・スラックを抑止する」ことに求める結果、同規範は、「個別具体的で一回的な捜査活動ではなく、反復して実施される特定の捜査活動について典型的に社会的便益を増進させるための規制として理解可能」となるとする⁽⁵⁰⁾。また、「主観法モデル更新」論も、憲法35条について、同規定は、「正当な理由……がなければ……侵入、搜索及び押収を受けることのない権利」を保障するのであるから、同権利は、『正当な理由があれば、……侵害はないことになるはずである〔傍点原文〕』とするにとどまらず、その「合理性や正当性は『証拠収集という捜査の必要と保護されるべき私生活圏、すなわちプライバシーの間に、妥当な調整をはかる』ための概念であるから、その本質は、費用便益の計算にほかならない」とする⁽⁵¹⁾。

たしかに、令状主義は、特定の処分を行う「正当な理由」があるか否かを「司法官憲」たる裁判官に事前審査させることにより、捜査機関が「犯罪捜査に従事する目的で行動しているか否か」を「スクリーニング」する制度であるといえ、その限りにおいては、「エージェンシー理論」の援用には理由がないわけではない。しかしながら、他方で、この経済学上の理論——および「費用便益の計算」——に依拠する結果、同規範の趣旨説明において、もっぱら、「本人」たる「国民」と「代理人」たる「捜査機関」の関係に、そして、「反復して実施される特定の捜査活動について典型的に社会的便益を増進させる」ことに焦点が合わせられることになるとすれば、問題である⁽⁵²⁾。

なぜなら、その場合には、令状主義は、その違反があった場合に、「個別具体的で一回的な捜査活動」によって損害を被る特定の「個人」を保護するものではなく、その「違反」によって「権利」を侵害された「個人」や、当該権限の「濫用」の犠牲となる「個人」に、民事上ないし刑事上の救済を求めるための「訴権」を認める理論的根拠が失われることになるだけでなく、そのような「趣旨説明」は、憲法35条が、「何人も」を主語として、個人の「権利」を定める形式をとっていることとも適合しないことになるからである。

この意味において、「エージェンシー理論」および「費用便益分析」に依拠

した令状主義の「解釈」は、法の文言のみならず、その「制度設計」のもつ解釈論上の帰結、とりわけ、「手続の当事者にいかなる申立てを認めることが規範的に適切か、という訴権の範囲・構成にかかわる問題⁽⁵⁴⁾」を適切に考慮に入れていないといわざるをえず、少なくとも、その「解釈論」としての妥当性は認めがたいのである。⁽⁵⁶⁾

- (23) 稲谷・前掲注(2)262頁。
- (24) もっとも、同見解は、結論としては、「前国家的権利を想定する『主観法モデル』だけでは『そう遠くにはいけない』が、『制度的展開』論者からの批判を受けてそれを鍛え直すとともに、『客観法モデル』を適宜併用する」という折衷的な立場に立つ(笹倉・前掲注(1)299頁)。
- (25) 稲谷・前掲注(2)260頁、笹倉・前掲注(1)285頁。
- (26) 稲谷・前掲注(2)262頁、273頁。
- (27) 笹倉・前掲注(1)257頁、279頁。
- (28) 笹倉・前掲注(1)256頁。
- (29) 稲谷・前掲注(2)261頁以下。
- (30) 稲谷・前掲注(2)272頁注41)は、「刑事訴訟法の中には、実体的な権利の体系として理解することが適切ではない場面があることを正面から認め、その理論化を図るべき」であると説くが、そもそも、刑訴法は、被疑者・被告人その他の個人への権利の付与のほか、一定の機関への一定内容の権限の付与、一定の行為の禁止や義務づけ等、様々な方法で各主体に「役割」を割り振ることによって刑事手続という制度を創設するものであって、従前も、同法が単なる「実体的な権利の体系」として理解されてきたかは疑問である。
- (31) なお、稲谷・前掲注(1)314頁以下は、強制処分法定主義が権利・利益の制約・侵害を直接問題とするものではない旨述べる松田岳士『刑事手続の基本問題』(成文堂、2010年)241頁注34)を、唐突にも、「静態的で客観的な『正しさ』の追及という点を押し進めた場合」の帰結として引用した上で、「我々の生きるこの世界では、誰も神の目を持たない」といった見当違いの批判を向けているが、これも、私見に対する論者の偏見の表れというほかなかるう。
- (32) 井上正仁『強制捜査と任意捜査』(有斐閣、新版、2014年)9頁、12頁。稲谷・前掲注(2)261頁は、同見解を、「捜査法に関する通説的な見解」という。
- (33) とはいえ、この「通説的な見解」における「権利の『重要性』」という概念が、「内容的には空虚であり、その妥当性を検証することはもちろんのこと、共有することすら困難である(稲谷・前掲注(2)262頁)」ことに変わりはない。ただし、

捜査法の解釈方法

その理由は、同見解が「主観法的」であることにはなく、むしろ、「同意反復的」であることに求められるというべきであり、そうであるとすれば、その同意反復性をより純化させた「強制的処分」解釈を提示する「制度的差止論」は、いっそう「内容的には空虚であり、……共有することすら困難」となろう（松田岳士「刑事訴訟法学における同意反復的解釈について」阪大法学72巻1号（2022年）384頁参照）。

- (34) 井上・前掲注(32)12頁。
- (35) なお、念のため付言しておく、私見も捜査法上問題となる身体・住居・財産等の不可侵の正当化根拠として「自然権論」をとるものではない。この点について、たとえば、松田岳士「刑事法学における学問共同体の課題」山本元ほか編著『グローバル化と法の変容』（2018年、日本評論社）215頁が、憲法35条の趣旨説明について、「『プロパティ―』保護あるいは『城の法理』のもつ歴史的・現代的意義を再検討することなく『プライバシー保護』に一元化してしまっようのか」とし、同「令状なしのGPS捜査が違法とされた事例」季刊刑事弁護91号（2017年）99頁以下が、同条項の保障対象について、判例（最判平成29年3月15日刑集71巻3号13頁）が「その歴史的沿革や思想的背景を考慮に入れることなく性急に『プライバシー』保護への一元化を宣言するとは考えにくい」としたのも、その起源においては「自然権」として措定された個人の「プロパティ―」保障でさえ、日本国憲法によって「歴史的・偶然的」に採用されたものであるとの認識を前提とするものである。
- (36) 奥平康弘『憲法Ⅲ——憲法の保障する権利』（有斐閣、1993年）299頁。
- (37) 笹倉・前掲注(1)279頁。
- (38) 稲谷・前掲注(2)262頁以下。
- (39) 笹倉・前掲注(1)276頁、283頁。
- (40) 稲谷・前掲注(2)266頁。
- (41) 松田（一）・前掲注(7)13頁以下参照。なお、このような事情は公訴や公判の手續についても妥当するから、「費用便益分析」が、「捜査法に限らず、公判法・証拠法にも応用することが十分に可能（稲谷・前掲注(2)265頁）」であることもまた当然である。
- (42) 稲谷・前掲注(2)264頁。
- (43) 稲谷・前掲注(2)264頁注24。
- (44) 稲谷・前掲注(2)263頁、266頁。
- (45) 稲谷・前掲注(2)276頁。
- (46) 稲谷・前掲注(2)281頁以下。
- (47) 笹倉・前掲注(1)296頁。

- (48) 松田・前掲注(33)384頁。
- (49) 論者自身、「もちろん、法律や判例の文言に一切の手がかりがない判断を行う場合には、もはや法解釈とは呼べない」ことを認めている(稲谷・前掲注(2)269頁注39)。
- (50) 稲谷・前掲注(2)264頁以下。この点については、同「刑事司法をシステムとして考える」法学セミナー790号(2020年)127頁も参照。
- (51) 笹倉・前掲注(1)279頁。
- (52) この点に関して、稲谷・前掲注(2)264頁は、令状主義の標的が「エージェンシー・コストであると理解されること」により、「重要な証拠を発見し、社会的利益を増進させた捜索・押収であっても手続的規制に従わなかった場合には違法となり、反対に一切証拠が発見できない捜索・押収であっても手続的規制に従っていれば適法となる理由が適切に説明できる」という。しかし、このことは、令状主義の趣旨を、「正当な理由」の有無の事前審査すなわち、捜査機関が「犯罪捜査に従事する目的で行動しているか否か」の「スクリーニング」に求めることによって、すでに十分説明可能である。
- (53) 松田(二・完)・前掲注(7)17頁以下参照。なお、この点について、稲谷・前掲注(2)265頁注25)は、「エージェンシー・コストを蓋然的な問題であると理解した上で費用・便益計算を行って手続・制度を設計……することと、現に裁判所がエージェンシー・スラック……を認定できた場合に適正手続条項を用いて違法と宣言することは全く矛盾しない」とし、「前者は制度として典型的に行う審査方法(さらにはその設計)に関する問題であり、後者は個別具体的に認定されたエージェンシー・スラック(したがって、既に全体最適でないことは明白である)に対する法的措置の問題であるため、両者は場面が異なる」と反論する。令状主義の下で裁判官により個別具体的事案について行われる「正当な理由」の有無の審査を「制度として典型的に行う」とはどのような意味なのか、また、「適正手続条項を用いて違法と宣言する」とは、誰のどの行為をいかなる場面・意味で「違法と宣言する」ことをいうのかが不明である点をさておくとしても、前稿において筆者が問題としたのは、まさしく、「個別具体的に認定されたエージェンシー・スラック」の問題性を「全体最適でない」ことに求めることの妥当性である。
- (54) 稲谷・前掲注(2)271頁。
- (55) 同様の問題は、両論者による「おとり捜査」論(稲谷龍彦「身分秘匿捜査の法的規律について」法学論叢182巻1・2・3号(2018年)290頁以下、笹倉・前掲注(1)293頁以下)においても、顕著にみられるところである(松田(二・完)・前掲注(7)22頁以下注(98)(99)参照)。

捜査法の解釈方法

(56) また、このような「法と経済に基づく判断枠組みでの分析」が、そもそも令状主義の「解釈」を示すものといえるかも疑問である。たとえば、稲谷・前掲注(2)264頁以下は、「エージェンシー理論」に従えば、「捜査権限が濫用された場合の費用とは何か……を列挙し、それをどの程度軽減する……ために、どの程度のモニタリングコストを負担するべきか……という形で、より生産的な議論が可能である」、あるいは、「エージェンシー・コストが高過ぎる場合には、それを引き下げなければならないことや、モニタリング・コストが高過ぎる場合には、そのような措置は肯定できないことが、論者の考慮要素と共に明確に示されるため、その限りで検証可能な議論が成立する」というが、この種の「議論」は、憲法33条ないし35条の「解釈論」ではなく、むしろ、(令状主義を含む)捜査権限濫用防止制度一般の設計のあり方に関する「立法論」というべきであろう。

四 おわりに

(1) 以上の考察の結果をまとめると、「熟議による適正手続」論や主観法モデル更新論といった最近の刑訴法学説⁽⁵⁷⁾によって捜査法解釈における「主観法と客観法の問題」をめぐる展開されてきた議論は、「主観法(的思考)」と「客観法(的思考)」の名の下に、——「個人の権利(保障)」と「客観的制度」の関係の問題とするにとどまらず——ある種の「自然権論」と「功利主義」を対置し、後者による前者の「更新」の必要を説くと同時に、その二項対立的図式に「従来の見解」や強制処分法定主義や令状主義といった捜査法の一般規範の「趣旨説明」を押し込めた結果、文献・規定の文言やそれらが置かれた文脈を無視した「解釈」を示すことになったものと考えられる。

この種の議論が展開される背景には、とりわけ、「現代社会」においては、「情報通信技術の発展と普及に伴い今後の捜査法理論の主戦場になるであろう『プライバシー』……の内実や機能に関する理解が拡散している」こともあり、「『権利・利益』の価値の評価が分かれ、あるいは、『権利・利益』の内容やそれが果たすべき機能⁽⁵⁸⁾についての見方が動揺」し、「合意点を見出すこと〔が〕難しく」なっている、あるいは、「主観的な権利言説のみに基づく刑事訴訟法解釈」が、「科学技術の発展や人々の価値観の多様化によって容易には維持することができなくなってきた⁽⁵⁹⁾」という問題認識があり、両見解は、このような

問題を「客観法的思考」による「主観法的思考」の「更新」だけでなく、「功利主義」による「自然権論」の「更新」によって克服することで、捜査法における「近代（法）の超克」を目論むものであるようにもみえる。⁽⁶⁰⁾

(2) しかしながら、刑法ないし捜査法の解釈方法を、規定の文言やそれが置かれた制度的文脈を無視して、「自然権論」対「功利主義」といった抽象的理念の対立図式に従って論ずるやり方は、結局のところ、「『紕問的捜査観』対『弾劾的捜査観』、『実体的真実主義』対『デュー・プロセス』⁽⁶¹⁾（ないし『適正手続主義』）といった両極の理念型の対抗による二元的議論」と同様に、「実質的な論拠を伴わない結論ありきの主張」⁽⁶²⁾に陥りがちである。

「捜査法」が捜査活動に規制をかける態様は一様ではなく、その内容・趣旨も、また、その違反から導かれる法的帰結も、各規範ごとに異なりうる。⁽⁶³⁾ また、とくに「熟議による適正手続」論者が「個々人の根本的価値観に基づいて激しく対立する状況を、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」ものとして重視する「国会における熟議」⁽⁶⁴⁾の結果は、法律の文言にこそ結実するものというべきであろう。

そうであるとすれば、その「解釈」の出発点は、「自然権論」や「功利主義」といった抽象的理念ではなく、むしろ、その文言や刑事手続における制度的位置づけに置かれるべきであろう。「困難な時代に差し掛かっている刑事訴訟法解釈論……が、より共有可能で、検証可能な議論枠組みで行われるようになる」⁽⁶⁵⁾ためには、理念先行の抽象論ではなく、このような意味において地に足の着いた議論に立ち返るべきである。

(57) そのほか、たとえば、緑大輔『刑事捜査法の研究』（日本評論社、2022年）391頁は、前稿（松田・前掲注(7)）を、「客観法的思考への移行が、人の尊厳を利益衡量のなかに埋没させるおそれがある」との懸念を示すものと理解した上で、「主観法モデルも利益衡量を否定するものではない以上、そのような問題は生じうる」のであり、「客観法を用いること自体が個人の尊厳を含む普遍的価値を埋没させることに一義的につながるわけではない」と指摘する。しかしながら、上述のとおり、前稿は、「熟議による適正手続」論が、「主観の客観への解消」を想定した「主観法の客観法への従属」を説くものである旨指摘するものであり、

捜査法の解釈方法

「人の尊厳」や「個人の尊厳を含む普遍的価値」を説くものでも、ましてや「客観法的思考」一般の問題を指摘するものでもない。同見解は、「熟議による適正手続」論者に倣い、自らも「客観法的思考」と「熟議による適正手続」論を混同した上で私見を誤解ないし曲解するものであって、不当というほかない。

- (58) 笹倉・前掲注(1)257頁。
- (59) 稲谷・前掲注(2)260頁。
- (60) 笹倉・前掲注(1)284頁以下、稲谷龍彦「近代刑事司法と日本」法学セミナー795号(2021年)110頁以下参照。
- (61) 井上・前掲注(32)i頁。
- (62) 笹倉・前掲注(1)256頁。
- (63) 松田(二・完)・前掲注(7)23頁注(102)参照。
- (64) 稲谷・前掲注(1)6頁、70頁。
- (65) 稲谷・前掲注(2)279頁。