Osaka University Knowledge Archive

Title	刑事訴訟法の「動態性」について
Author(s)	松田, 岳士
Citation	阪大法学. 2023, 72(6), p. 158-138
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/91000
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

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

Osaka University

論　　説

刑事訴訟法の「動態性」について

松 田 岳 士

一　はじめに

(1)「熟議による適正手続」論者は、「刑事訴訟法解釈の方法」と題された最近の論稿において、「法の動態性を重視する」自身の立場について、「法の正しさとは何か」を問題とするものとした上で、次のように説く[(1)]。すなわち、「正しさを求める運動には終わりがなく、したがって、果てしないトライアル・アンド・エラーを繰り返しながら、不完全に理論化された合意に基づくネットワークを張り巡らせ続けることこそが法の運動であ」るが、「この運動こそが、変革の時代を迎えた価値多元主義社会においても、刑事訴訟法が人々の拠り所となりうる法であり続けるために必要」である。

仮にこれが、(刑訴)法は、新たな問題に直面するたびに解釈し直され、また、その限界を超え、かつ必要があれば改正されると同時に、その体系も再構築されていくのであり、それが終わりのない試行錯誤の過程であるということであれば、本稿の筆者も、まがりなりにも(刑訴)法の解釈および立法を論じてきた経験から実感させられるところであって、特段、異論があるわけではない[(2)]。

ところが、論者は、その著書『刑事手続におけるプライバシー保護』において、刑訴法197条1項但書の「強制の処分」を、(「法と経済」を援用して)「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」処分と解する自身の立場を、「法の動態的展開を重視する」ものとする反面、筆者を、「静態的で普遍的な『神の

意図』を明らかにしようと努める論者」であると断定し、その理由を、筆者が、「強制の処分」を、――「重要な権利・利益の侵害の有無を問題とする」概念として捉える有力説[(3)]などとは異なり――その文言に即して、「一定『内容』の処分によって一定の捜査『目的』を、『強制』的に、すなわち、その対象者のそれに協力するか否かの意思の如何にかかわらず実現する」処分と解釈するに際して次のように述べた点に求める[(4)]。

すなわち、「捜査機関が一定の捜査目的の実現のために一定内容の処分を行うに際して、人の重要な権利・利益を制約・侵害することが許されるか否か、許されるとしていかなる要件・範囲においてかは、直接的には、強制処分法定主義の問題というよりも、むしろ実体的には比例原則の、手続的には令状主義の問題として扱えば足りる[(5)]。」

論者の理解によれば、この記述は、「〔捜査機関統制のあり方〕が法定されようが無かろうが問題ではないし、むしろ法定するためにかけるコストの方が無駄」であって、「遍く通用すべき権利論という『真理言説』を用いて、裁判所が『正しい』規制のあり方を示す方が、よほどスマートである」といった考え方を示すものであって、「『正しい』捜査機関統制のあり方を決定する」ことを問題とするもの、あるいは、「静態的で客観的な『正しさ』の追求という点を押し進めた場合」に「行きつく」ものなのだそうである。

⑵　このことからすると、「熟議による適正手続」論者は、私見が、捜査機関統制における「法定」の意義を軽視し、「遍く通用すべき権利論という『真理言説』を用いて、裁判所が『正しい』規制のあり方を示す」ことを志向するものと理解するようであるが、これは、あるいは、私見を、いわゆる「新しい強制処分説[(6)]」のように、「1960年代のアメリカ連邦最高裁判所……による『刑事法革命』の影響を強く受け」、「人権保障の主たるトポスを、国会（法律）ではなく、もっぱら裁判所（判例）に求める[(7)]」見解と同視するためかもしれない。

しかしながら、私見は、刑訴法197条１項但書の定める「法定主義」を、「法律……に根拠規定がない限り、行うことは許されない」旨の規範と理解するのであって、「新しい強制処分説」のように、「既成の強制処分は各々の規定のとおり法定の令状主義に従う」旨を定めた「令状主義の重要性にてらしてとくに

設けられた総則・確認規定」とみる[8]わけではない[9]。また、「人の重要な権利・利益を制約・侵害することが許されるか否か、許されるとしていかなる要件・範囲においてかは、直接的には、強制処分法定主義の問題〔ではない〕」としたのは、同規定の「法定主義」の適用対象となる「強制の処分」を、その文言に即して、――「重要な権利・利益の侵害の有無」を直接に「問題とする」概念としてではなく――特定の個人の当該捜査に協力するか否かの「意思にかかわらず」行われる処分として解釈する趣旨であって、そもそも「強制の処分」を「人権保障」とは異なる文脈において理解するものである[10]。

他方、権利・利益の制約・侵害を「実体的には比例原則の、手続的には令状主義の問題として扱」うことが、「権利論」を「遍く通用すべき」ものとして措定する趣旨ではないことは、とりわけ、捜査対象者に生ずる権利・利益の制約・侵害を、基本的に、「当該処分による一定の捜査目的の実現に『副作用』的に伴う」に過ぎないものと位置づける私見[11]においては明らかであろう[12]。

⑶　ところが、この（誤解ないし曲解された私見に対する）批判は、論者によって、さらに次のように展開される[13]。

「我々の生きるこの世界では、誰も神の目を持たない。また、客観的・普遍的な『正しさ』とされるものは、しばしばそれが宿る典型とされてきた自然科学においても、相対的確実性を高めるための、無限とも思える営みの積み重ねなくしては存立しえない。」「それゆえ、現実の法解釈が、限定合理性に囚われた諸主体の不断の『もがき』として現れるものであり、相対的に確実な『解』はその結果としてのみ立ち現れうることを直視した場合、このような考え方は正しくないというべきであろう。」「むしろ、このような静態的で客観的な『正しさ』を追求する考え方の方が、客観的『正しさ』を盾に、またそこで使用される権利論という『真理言説』の力を背景に、刑事司法制度を最適化するために現実には必要不可欠な営みを――つまり価値多元主義社会における民主主義的熟議を――ショートカットし、結局は刑事司法制度を蝕む危険を孕むものと言わざるを得ないだろう。」

刑訴法197条１項但書の「強制の処分」の文言に即した解釈や、捜査の「副作用」としての権利・利益の制約・侵害が比例原則および令状主義の問題とし

て扱われる旨の指摘に対して、このように大仰かつ抽象的な批判が向けられること自体にも違和感を禁じえないが[14]、いずれにしても、ここには、「法と経済」および「法定主義」を法の「動態性」に対応させる一方で、「権利論」および「司法中心主義」をその「静態性」に対応させる極めて図式的な問題認識が看取される。

より具体的には、ここでは、刑訴法の「運動」ないし「動態性」は、「法と経済」に基づく捜査機関統制規範の「法定」、すなわち、国会における「民主主義的な熟議」――とりわけ、刑訴法197条１項但書を「制度的差止命令」として活用した結果としての「司法と政治部門との生産的なフィードバック」の起動、あるいは、「憲法13条＝31条としての適正手続を求める権利」の行使の結果として実現されるそれ――を通じた「刑事司法制度の最適化」を通じてのみ実現される一方で、「権利論……を用いて、裁判所が……規制のあり方を示す」ことは、直ちに「静態的で客観的な『正しさ』を追求する」ことを意味するとの理解が窺われるのである[15]。

⑷　しかしながら、仮に刑訴法の「運動」ないし「動態性」が、「変遷し続ける現実と〔刑訴〕法が結びつ」くことを意味するとすれば、それは、まさしく「法解釈」が目指してきたところであって、このことは、「権利論」が援用されるとしても、また、その主体として「裁判所」が想定されるとしても変わりがないというべきではないか。

さらに、論者は、「裁判所が……規制のあり方を示す」ことの問題性を、とりわけ、「裁判所の制度的能力を考慮する」と、「急速に発展する科学技術によって社会状態が流動化し、グローバル化の進展と民主主義の高度な発展によって人々の価値観が多様化する現代社会においては、問題の解決というよりも、その一層の複雑化をもたらす危険性が高い」という、いわゆる「制度（論）的問題」に求め、さらには、刑事裁判所に、「法政策分析を微調整したり、そのフィードバックループを機能させる」任務を果たさせるために、「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・構成に関わる問題」を検討する必要があると説く[16]。

しかしながら、刑事訴訟は、基本的に、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」ために、そのようなものとして設計された制度なのであって（刑訴法１条参照)、そもそも、捜査活動規制のあり方を提示したり、刑事手続法を形成したりすることを目的とするものではないとすれば、刑事裁判所が「法政策分析に必要とされる費用便益分析を……全て行う」任務は、制度上、最初から想定されていないものと考えられ、論者のいう「制度（論）的問題」については、その問題設定のあり方自体の妥当性に根本的な疑念が生じることになる。

そこで、本稿においては、これらの疑問を解消するべく、「熟議による適正手続」論者がその重要性を強調する刑訴法の「動態性」ないし「運動」の内実について検証するとともに、同見解がその拠り所とする「制度（論）的問題」という問題設定の妥当性について改めて検討することにしたい。

（１）　稻谷龍彦「刑事訴訟法解釈の方法」山本敬三＝中川丈久編『法解釈の方法論――その諸相と展望』（有斐閣、2021年）279頁以下。

（２）　この点については、松田岳士「刑事法学における学問共同体の課題」山元一＝横山美夏＝髙山佳奈子編著『グローバル化と法の変容』（日本評論社、2018年）216頁以下も参照。

（３）　井上正仁『強制捜査と任意捜査』（有斐閣、新版、2014年）２頁以下。

（４）　稻谷龍彦『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）314頁以下。

（５）　松田岳士『刑事手続の基本問題』（成文堂、2010年）241頁。

（６）　田宮裕『刑事訴訟法』（有斐閣、新版、1996年）70頁以下。

（７）　山本龍彦『プライバシーの権利を考える』（信山社、2017年）237頁。

（８）　田宮・前掲注(６)72頁。

（９）　松田・前掲注(５)228頁注８）参照。仮にこの点に誤解があるとすれば、論者は、刑訴法197条１項の「法定主義」の意義の問題と、それが適用される「強制の処分」の定義・範囲の問題とを混同している疑いがある（両問題の間の関係性については、松田岳士「刑事訴訟法197条１項但書の構造について」阪大法学70巻３・４号（2020年）101頁以下参照)。

（10）　なお、刑訴法197条１項但書の「法定主義」とは別個に、任意処分についても、その要件・手続等を個別に「法定」する必要性ないし妥当性が認められる場合もありえよう（座談会「強制・任意・プライバシー[続]」法律時報90巻１号

（2018年）75頁〔山本龍彦発言〕、緑大輔「捜査法における明文規定の必要性とその規律密度」犯罪と刑罰29号（2020年）25頁以下、山田哲史「法律の留保原則と強制処分法定主義――憲法学の観点から」犯罪と刑罰29号（2020年）73頁以下参照）。

(11)　松田・前掲注(５)228頁。この点については、稲谷・前掲注(４)85頁においても言及されている。

(12)　私見によれば、捜査比例の原則は、捜査行為の目的合理性（目的達成のための手段としての合理性）を問題とするものであり、令状主義は、一定類型の処分が「正当な理由」に基づいて行われることを手続的に担保するものである（宇藤崇＝松田岳士＝堀江慎司『刑事訴訟法』（有斐閣、第２版、2018年）35頁以下、48頁〔松田岳士〕参照）。これらの規範においては、捜査機関が、個人の権利・利益の制約・侵害を「自己目的化」する形での捜査権限行使や「正当な理由」なき個人の固有領域への侵犯を伴う捜査権限の行使等、主として不当な目的達成のための捜査権限の濫用が問題とされているものと解される。

(13)　稲谷・前掲注(４)315頁。

(14)　この点について、船越資晶「裁判理論の熟議／闘技民主主義――新制度論研究ノート」法学論叢184巻１号（2018年）46頁注(50)は、「従来の（刑事）法学が前提としてきた『静態的で客観的な「正しさ」を追求する考え方』」に対する稲谷の批判は、船越による「『正解の形而上学』に対する批判……と大筋で重なり合うものであるように思われる」というが、論者が具体的に何を根拠に（とりわけ刑訴法197条１項但書の「強制の処分」解釈に関する）私見を含む「従来の（刑事）法学」が「静態的で客観的な『正しさ』を追求する考え方」を前提とすると評価するのかは明らかでない。

(15)　稲谷・前掲注(４)313頁以下、319頁。

(16)　稲谷・前掲注(１)258頁、266頁以下。

二　「静動二元論」の妥当性

(1)「熟議による適正手続」論者は、刑訴法の「動態性」、あるいは、「現実に適合的に変化し続ける流動的・動態的な法としての刑事訴訟法を実現する」ことを重視する立場から、「従来の刑事訴訟法解釈手法論」について、これを、「被疑者・被告人の権利・利益の保障を中核と〔し〕」、「日々生起する新たな問題を、裁判所の創造的な法解釈によって解決すること」を志向するものと理

解した上で、次のように説く[(17)]。

「司法による法解釈に特別の地位を与えるという従来の考え方の背景には、安定した理想的な社会状態が書き込まれた法から普遍の真理が宿る静態的な法体系を引き出し、これを垂直的に適用することで社会秩序を維持するという国家権力のイメージが存在していたように思われる。しかし、今や社会状態はますます流動化し、人々が理想を共有することもますます困難になっている。このような状況下で、法がなお現実との結びつきを求めるならば、法自体も価値多元主義社会に開かれた、流動的で動態的なものとならざるをえないだろう。そして、刑事訴訟法という法が、科学技術の発展によって変化する社会状況や、価値観の多様化によってより激しくなる人々の政治的対立に巻き込まれてきた歴史に鑑みれば、この法が流動化・動態化する必要性は、より差し迫ったものとして理解されるであろう。」

⑵　しかしながら、「手続法」である刑訴法について、そもそも、「安定した理想的な社会状態が書き込まれた法から普遍の真理が宿る静態的な法体系を引き出し、これを垂直的に適用することで社会秩序を維持するという国家権力のイメージ」が妥当しうるかは疑問である。

なぜなら、――たとえば、刑事法のなかでも、「社会状態」を直接規律するものとみることも可能な「実体法」である刑法についてはともかく――刑訴法は、刑事手続という法制度を、主としてそれに関わる特定の機関・個人に一定の役割を付与することにより創設する「手続法」としての性格をもつから、「社会」それ自体の「状態」ないし「秩序」というよりも、むしろ、「国家権力」の側の「秩序」、あるいは、「国家権力」と刑事手続に関わることになる特定の個人の間の関係性を定めるものであって[(18)]、そこに、「安定した理想的な社会状態が書き込まれ」ているとはどういうことなのか、あるいは、そこから「普遍の真理が宿る静態的な法体系を引き出し、これを垂直的に適用することで社会秩序を維持する」とは具体的にいかなる事態なのかを「イメージ」すること自体、困難といわざるをえないからである。

⑶　また、この点をさておくとしても、「司法による法解釈に特別の地位を与えるという……考え方」に基づき、「被疑者・被告人の権利・利益の保障を

中核と」し、「日々生起する新たな問題を、裁判所の創造的な法解釈によって解決する」ことを重視する立場が、「安定した理想的な社会状態が書き込まれた法から普遍の真理が宿る静態的な法体系を引き出」す、あるいは、「静態的で普遍的な『神の意図』を明らかにしようと努める[19]」といった考え方を背景とするものであるということにも、相当に無理があるというべきである。

なぜなら、まず、「被疑者・被告人の権利・利益の保障」――それは、刑事手続の成立に不可欠な関与主体への手続上の「役割」付与の一形態でもある[20]――を刑訴法解釈の中核に置くことと、「人権の普遍性を根拠とする」こと、あるいは、「普遍の真理が宿る静態的な法体系」を想定することは別問題であるし[21]、なによりも、「日々生起する新たな問題を、……創造的な法解釈によって解決する」ことを「静態的」だというのは、ほとんど形容矛盾といわざるをえないように思われるからである。

もっとも、この点について、論者は、「立法府や行政府に代表される政治部門が、少なくとも通常の方法によっては変更できない規範」である「人権規範」には、「刑事司法という『制度』の動態を一定の方向に統制するために特定の均衡状態を固定する、一種の『固定点』を作り出す役割」、あるいは、「自由や財産などの『善』の帰属先や帰属方法を通常の政治過程によって変更できないようにすることで、ある共同体の中での『善』の帰属先や帰属方法を固定化する」機能が認められるという[22]。

また、この点に関しては、別の論者からも、とくに憲法33条および35条により保障される権利について、「従来の学説」は、「その『衡量』の確定性、つまり、権利の『輪郭』の一義性、固定性を強調し、公権力の行使に対抗する防御権としての性格を持つことを強調」してきたのであり、そこでは、「個人は、刑事司法制度の存在以前に、人身の自由や住居の不可侵を始めとする『権利』を有しているところ、憲法は、その違法性阻却のための利益衡量をすでに済ませ、それを要件として定立しているから、……解釈者が自ら衡量を行う余地はな〔い〕」とされてきたとの指摘もある[23]。

しかしながら、まず、「通常の政治過程によって変更できない」のは、「人権規範」に固有の特徴というよりも、むしろ、「憲法規範」としての性格であろ

うし、これらの規範であっても、制度上、（一定限度内での）「変更」（改正）の可能性が否定されているわけではない。また、仮に憲法33条および35条の下で、「個人は、刑事司法制度の存在以前に、人身の自由や住居の不可侵を始めとする『権利』を有して」おり、その「権利」には「公権力の行使に対抗する防御権としての性格」が認められると解されるとしても、そのことと、その「権利」の「輪郭」に「一義性、固定性」が認められるかは別問題である。なぜなら、「人権規範」であっても、その文言（テクスト）は、「唯一のいわば神学的な意味……を出現させるものではな」く、その「解釈」は、解釈者の「能動的で創造的な『読み』によって成立する[24]」ことに変わりはないものと考えられるからである。

実際、「従来の学説」が、「権利の『輪郭』の一義性、固定性」を強調してきたとされる憲法35条についても、「解釈者が自ら衡量を行う余地はな〔い〕」どころか、「『科学技術の急速な発展・普及、社会の国際化・情報化や犯罪の組織化・複雑化に対応して、犯罪捜査の上でも、種々の新たな手段・方法が考案され、用いられるようになってきた』状況に適応する[25]」ために「『住居、書類及び所持品』の範囲においてすら、その占有や利用といった物権的権利の保護から個人のプライヴァシーという無形の権利ないし価値の保護に移ったと一般に理解され」るに至っており[26]、さらに、その「プライバシーの権利」は、現在でも、むしろ、「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、……再定義され続けられ[27]」ていることは明らかであって[28]、その当否はともかく[29]、この種の「解釈」の背景に、「安定した理想的な社会状態が書き込まれた法から普遍の真理が宿る静態的な法体系を引き出」す、あるいは、「静態的で普遍的な『神の意図』を明らかにしようと努める」といった「イメージ」を見い出すことは相当に困難である。

そうであるとすれば、刑訴法に関する「従来の見解」が、仮に「被疑者・被告人の権利・利益の保障を中核とする」ものであったとしても、そのことから直ちに「憲法解釈による権利内容の固定化」が導かれるわけではないのであって、それは、「日々生起する新たな問題を、……創造的な法解釈によって解決

する」ことを志向する限りにおいて、むしろ、(刑訴) 法の「流動化・動態化」と親和的であるものといわなければならない。

(4) ところが、「熟議による適正手続」論者は、まさしくこの「創造的な法解釈」について、とりわけ、それが「(最高) 裁判所」によって行われる場合を念頭において、「急速に発展する科学技術によって社会状態が流動化し、グローバル化の進展と民主主義の高度な発展によって人々の価値観が多様化する現代社会において……問題の解決というよりも、その一層の複雑化をもたらす危険性が高い」とし、「裁判所による判断手法」は、むしろ、「従来の刑事訴訟法解釈に比して謙抑的なものとなるべきである」という[(30)]。より具体的には、裁判所は、「これまでの判断における事実関係との類推を通じて、既存の法政策分析の結果を応用する」か、あるいは、「既存の法政策分析が明らかに不当であると判断する場合に……、その理由を具体的事実関係に即して詳細に述べ、問題を政治部門へと送り返すフィードバックループを起動する」かのいずれかの「判断」を行うべきだというのである。

もっとも、これらの「判断手法」が「適切」とされる理由は、それが、「創造的な法解釈」と比べて、刑訴法の「流動化・動態化」に資するということにではなく[(31)]、むしろ、「制度的に制約された裁判所にとって無理〔が〕な」く、「内容的に正当で、民主的正統性の高い法を、変遷する価値多元主義社会において維持する上で望ましい」方法であることに求められている[(32)]。

しかし、そうであるとすれば、論者が、「裁判所の創造的な法解釈」について実質的に問題視しているのは、「静態的で客観的な『正しさ』を追求する考え方」ではなく、むしろ、論者のいうところの「制度 (論) 的問題」、すなわち、情報収集・分析能力に乏しく、また、「民主的正統性が高くない」裁判所に、「適正手続 (デュープロセス) を実現する」、あるいは、「刑事手続のあるべき姿を示す」役割を担わせる[(33)]ことであるというべきであろう。

実際、論者は、私見を含む「従来の見解」について、「『神の目』から裁判所が客観的に『正しい』法解釈を示すことを目的とする」ものと断定した上で、これを、「熟議による発見と創造のプロセスに独自の価値を見出さない」立場と言い換えており、また、「客観的『正しさ』を盾に、またそこで使用される

権利論という『真理言説』の力を背景に、刑事司法制度を最適化するために現実には必要不可欠な営みを――つまり価値多元主義社会における民主主義的熟議を――ショートカット」するものとして批判するが[34]、この「民主主義的熟議」の場として「国会」が想定されていることからすれば、ここで「裁判所の創造的な法解釈」について実質的に問題とされているのが、裁判所が国会における「民主主義的熟議」を回避して刑事手続を形成すること、すなわち、「裁判所主導型の刑事手続法形成[35]」であることは明らかである。

しかし、仮にそうであるとすれば、この問題を法の「静態性」と「動態性」を対置する「静動二元論」の枠組に当てはめて論ずることの妥当性について疑念が生じることになろう。また、それ以前に、「裁判所主導型の刑事手続法形成」批判についても、そもそも、制定法主義を建前とするわが国における「従来の刑事訴訟法解釈論」の前提に、本当に「裁判所こそが、刑事手続上保護されるべき権利・利益の解釈を通じて、刑事手続法を彫琢する地位にあるという暗黙の想定」があったといえるのか、そして、個別具体的な刑事事件の解決をその基本的目的とする刑事訴訟において、その制度上、裁判所に「刑事手続法形成」の任務を委ねることが最初から想定されていないとすれば、「熟議による適正手続」論は、単にこのことを確認する以上の意味をもたないのではないかとの疑問もある。そこで、次節においては、これらの問題について検証してみることにしたい。

(17)　稲谷・前掲注(１)258頁以下。

(18)　この点について、酒巻匡『刑事訴訟法』(有斐閣、第２版、2020年) １頁も、「刑事手続は、その主要部分が……『刑事訴訟法』によって記述・明定され、主として法解釈・適用の専門家（警察官、検察官、弁護士、裁判官）によって取り扱われることを予定した『法制度』であ」り、「手続きを造型する条文群の多くは、手続に関与する専門家の権限や義務の要件と範囲を記述している」とする。

(19)　稲谷・前掲注(１)258頁以下、279頁。

(20)　なお、いうまでもないことであるが、刑事手続上、その「権利・利益」の「保障」ないし「保護」が問題とされるのは、「被疑者・被告人」だけではない。論者の問題関心の中心におかれる強制処分をとってみても、被疑者・被告人以外の第三者を対象に行われることもあり、その際には第三者たる私人の権利・利益の

「保障」ないし「保護」も問題となる。

(21) 松田岳士「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」阪大法学72巻3・4号（2022年）101頁以下参照。

(22) 稲谷龍彦「近代刑事司法の現代的課題(2)」法学セミナー773号（2019年）109頁。

(23) 笹倉宏紀「強制・任意・プライヴァシー——『主観法モデル』でどこまで行けるか」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）278頁。

(24) 稲谷龍彦「近代刑事司法の現代的課題(1)」法学セミナー772号（2019年）111頁。

(25) 笹倉・前掲注(23)256頁。

(26) 井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』（有斐閣、1997年）14頁。

(27) 稲谷・前掲注(4)318頁。

(28) わが国における「プライバシーの権利」をめぐる学説ないし判例の展開過程については、たとえば、山本・前掲注(7)3頁以下、音無知展『プライバシー権の再構成——自己情報コントロール権から適正な自己情報の取扱いを受ける権利へ』（有斐閣、2021年）7頁以下を参照。

(29) 稲谷・前掲注(4)317頁以下は、この「プライバシー権」について、「刑事手続法解釈を充実させる観点からは、……積極的意味内容を見出し難い」とし、その理由として、「プライバシーという概念を、個人の所有財のアナロジーで考えようとする」ことの問題性を指摘する。私見も、同様の理由から、少なくとも憲法35条の趣旨を「プライバシー」保護に求めることには基本的に懐疑的である（松田岳士「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）100頁以下、同・前掲注(2)212頁以下参照)。

(30) 稲谷・前掲注(1)259頁、267頁以下。

(31) もっとも、この点について、稲谷・前掲注(1)269頁以下は、「類推による理由づけ」は、「プロトタイプとその拡張という方法論」に基づくものであるところ、同方法論の下では、「カテゴリーには本質が存在」せず、「法解釈を行うたびに、カテゴリーが再構成される」ことになる点において、「定義ベースで権利保障範囲を画するという、いわゆる古典的なカテゴリー理論」を利用する「静態的で普遍的な従来の実体的権利保障」とは、「根本的に異なる」とする。しかしながら、「類推による理由づけ」は、「人権規範」の適用の際にも用いられるものと考えられるから、これを「実体的権利保障」と対置すること自体適切とはいい難く、また、「定義ベースで権利保障範囲を画する」手法においても、その「定義」自体が「法解釈を行うたびに、……再構成される」とすれば、少なくとも刑訴法の動態的形成という点では、「類推による理由づけ」との間に径庭はないというべきであろう。

(32) 稲谷・前掲注(1)267頁以下。

（33）　稲谷・前掲注（１）256頁。
（34）　稲谷・前掲注（４）314頁以下。
（35）　稲谷・前掲注（１）257頁。

三 「制度（論）的問題」の妥当性

⑴「熟議による適正手続」論者は、「従来の刑事訴訟法解釈手法論」に対して、次のような批判を向ける[36]。すなわち、「従来の見解」は、「被疑者・被告人の権利・利益の保障を中核と」し、「糺問主義から弾劾主義へという戦後刑事訴訟法の出発点に存在したモメンタムが、ウォーレン・コート期のアメリカ合衆国連邦最高裁判所による人権条項解釈を通じた刑事手続法の造形という方法論に触発されて具現化し、刑事立法の停滞という状況下において、日々生起する新たな問題を、裁判所の創造的な法解釈によって解決するために洗練されてきたものであった」。しかし、「このような方法論は、急速に発展する科学技術によって社会状態が流動化し、グローバル化の進展と民主主義の高度な発展によって人々の価値観が多様化する現代社会においては、問題の解決というよりも、その一層の複雑化をもたらす危険性が高い」。

しかしながら、まず、仮に「従来の見解」が「被疑者・被告人の権利・利益の保障を中核とする」ものであったとしても、そこには相応の理由があったというべきであろう。なぜなら、刑訴法は、「公共の福祉の維持」のほか、「個人の基本的人権の保障」をも「全う」することをその（少なくとも附随的な）目的としており（同法１条）、また、同法は、基本的に、それに関わる特定の機関・主体に一定の「役割」を付与することにより刑事手続という「法制度」を創設する「手続法」であって、「権利・利益の保障」もその一態様であるとすれば、刑事訴訟の当事者である被告人の「権利・利益」は勿論のこと、捜査の直接の利害関係者であると同時に将来被告人となる可能性のある被疑者の「権利・利益」の保障もその重要な要素の一つであることは否定できないからである[37]。

他方で、刑訴法は、刑事手続という「法制度」を創設するにあたり、捜査機

関、訴追機関、裁判機関、証人、鑑定人、犯罪被害者等、被疑者・被告人以外の機関・個人にも様々な「役割」を与えており、また、その方法は「権利・利益の保障」に限られるわけではないから、このことゆえに、刑訴法に属する諸規範の解釈を論じてきた「従来の見解」が、もっぱら「刑事手続上〔被疑者・被告人に〕保護されるべき権利・利益の解釈を通じて、刑事手続法を彫琢する」ことを想定していたとも考えにくい[(38)]。

また、わが国の刑訴法に関する「従来の考え方」が、一般的に、「裁判所こそが、……刑事手続法を彫琢する地位にあるという暗黙の想定」の下に、「ウォーレン・コートによる刑事手続法の革命を受容することにより、裁判所による法解釈を通じて被疑者・被告人の権利・利益を保障して適正手続（デュー・プロセス）を実現するという、裁判所主導型の刑事手続法形成」を志向するという意味において、「司法による法解釈に特別の地位を与え」ていた[(39)]といえるかも疑問である。

たしかに、わが国の刑訴法学においては、「ウォーレン・コートによる刑事手続法の革命」の受容に積極的で、「適正手続」の具体化において、「法改正の現実の可能性とデュー・プロセス概念の柔軟性とを考えると、判例の展開に期待するものが大きい」と主張する論者がなかったわけではない[(40)]。しかしながら、この論者でさえ、「わが国の伝統からいえば、立法過程を踏むのが筋であり、その方が望ましい」、そして、「わが国の裁判官の間の根強い法規物神性からすると、その実現もなかなか困難かと思われる」との認識を示していた[(41)]ことからも明らかであるように、制定法主義を建前とし、また、刑事手続「法定」主義を定める憲法31条をもつわが国の刑訴法学説において、一般的に、「裁判所こそが、刑事手続法を彫琢する地位にあるという暗黙の想定」が共有されていたとまでいえる[(42)]かは疑問である。

⑵　いずれにしても、「熟議による適正手続」論者は、「裁判所による法解釈を通じて被疑者・被告人の権利・利益を保障して適正手続（デュープロセス）を実現するという、裁判所主導型の刑事手続法形成[(43)]」を推進するものとして理解された「従来の刑事訴訟法解釈手法」は、「急速に発展する科学技術によって社会状態が流動化し、グローバル化の進展と民主主義の高度な発展によって

人々の価値観が多様化する現代社会においては、問題の解決というよりも、その一層の複雑化をもたらす危険性が高い」とし、この問題は、「裁判所の制度的能力を考慮することで一層明瞭になる」という。

具体的には、「情報技術の発展による官民の情報ギャップ〔が〕、……専門家集団である行政機構ですら適切な法的規制に必要な情報を収集・蓄積・分析・伝達することを困難にしている」状況において、「その制度としての特性から来る制約によって、……情報収集・分析能力に劣っている」裁判所が、「将来の政策的選択肢を狭めかねない判断を行うことのリスクは、向上していく一方である」、また、「共有された普遍的価値観」が「縮減・消滅」しつつある状況下においては、「強い民主主義的基盤を持たない」（最高）裁判所の「人権条項解釈に基づく最終的な価値判断」は、「社会の統合ではなく、反対に深刻な分裂をもたらすリスクも高い」というのである。[(44)]

しかしながら、少なくとも現行刑事訴訟については、その制度上の「目的」は、基本的に、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こと」に求められ（以下、これを「具体的なまたは特定の刑事事件の解決」とよぶ）、その内容も、このような目的達成に適した形に設計されているものと解されるのであって（刑訴法１条参照）、そのような制度において、刑事裁判所に、捜査活動の「法的規制に必要な情報収集・分析能力」や「強い民主主義的基盤」が与えられていないのは当然である。

そうだとすれば、論者のいう「刑事手続法形成」についても、現代社会における社会状態の流動化や人々の価値観の多様化を待つまでもなく、まずは、それが、具体的な刑事事件の解決という現行刑事訴訟における「本案」に属する事柄に含まれないため、現行制度上想定されている刑事裁判所の訴訟法上の権限に属さないことを確認すべきなのであって、この点の検討・確認を経ることなく、直接、制度上想定されていない行為について、当該制度において敢えてこれを実施することに伴う「リスク」を論じるのは、倒錯した議論の仕方だというべきであろう。

ところが、論者は、次のように述べて、あたかも「捜査活動の最適化」を、

現行刑事訴訟制度の「本案」であるかのように扱った上で、「従来の見解」において、刑事裁判所に「捜査活動の最適化という任務」を担わせるために当事者にいかなる申立を認めるべきかという問題が、「通常議論にならなかった」ことを問題視する。[(45)]

すなわち、「法形成の基礎となる費用便益分析に、一定の柔軟性と適切なフィードバックループとが組み込まれることにより、情報技術の発展がもたらす社会状態の流動化や、人々の価値観の一層の多様化という問題にも、刑事訴訟法は法解釈や新規立法によって自らの姿を通時的に変化させ続けることで対応できるようになる。もっとも、法政策分析の微調整やフィードバックループを担う裁判所は受動的な機関である。裁判所は、個別具体的な申立てがなされない限り、法政策分析を調整したり、政治部門に対して問題を送り返すことができない。この意味で、個々人の法的な申立てこそが、刑事訴訟法を社会の時的変化に適合させる上で、重要な役割を担うことになる。そのため、法政策分析という観点からは、どのような申立てを個々人に認めることが、法政策分析を微調整したり、そのフィードバックループを機能させる上で望ましいかという問題が生じることになる。すなわち、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・構成に関わる問題である。」「従来の見解においては、この問題は通常議論にならなかった。刑事訴訟法を実体的な権利の体系として構成する限り、当事者の実体的な権利侵害を認めにくい例外的な場面を除いて、当事者にどのような申立てを認めることが規範的に望ましいかという問題を論ずる意義がないからである。」

しかし、「従来の見解」において、論者のいう「訴権の範囲・構成に関わる問題」が「議論にならなかった」のは、それが、「刑事訴訟法を実体的な権利の体系として構成」してきたからというよりも、刑事訴訟の基本的目的が特定の刑事事件の解決に求められることから、刑事裁判所に、捜査活動の最適化のために「法政策分析を微調整したり、そのフィードバックループを機能させる」ことは、そもそも制度上想定されていないものと理解されてきたからであろう。

そうであるとすれば、ここでも、「従来の見解」における「訴権の範囲・構

成に関わる問題」についての議論の不在を問題視する前に、その前提として、刑事裁判所に、「法政策分析の微調整やフィードバックループを担う」ことによる「捜査活動の最適化」の任務を附随的に委ねることが、特定の刑事事件の解決を「本案」とする刑事訴訟においていかにして可能かつ妥当となるかという観点から、この問題を検討すべきであったように思われる。(46)

(36)　稲谷・前掲注(１)256頁。

(37)　稲谷龍彦「徳倫理学的刑事法序説」法学セミナー784号（2020年）119頁は、「我々は他者に対して、正しさに基づいて不可避的に権力を振るう以上、その他者に理由を提示し、納得してもらうか、反論の機会を与える必要がある」というが、刑事手続上、被疑者・被告人に認められる「権利」の多くは、基本的に、同人に対する国家の権力行使にあたりその「理由を提示」され、「反論の機会」を与えられることを内容とするものである。そうであるとすれば、論者の立場からも、刑訴法の解釈にあたり「被疑者・被告人の権利・利益の保障を中核とする」ことには十分な理由が認められるというべきであろう。

(38)　あるいは、ここで、論者が、「従来の刑事訴訟法解釈手法論」として主として念頭においているのは、強制処分法定主義、あるいは、せいぜい令状主義、捜査比例の原則等、捜査法上の一般規範に関する重要権利利益侵害説を中心とする「通説」なのかもしれない。しかし、そうであるとすれば、ここでの議論を「刑事訴訟法解釈論」一般にまで及ぼすのは、過度の一般化・抽象化というべきである。

(39)　稲谷・前掲注(１)256頁。山本・前掲注(７)237頁も、「1960年代のアメリカ連邦最高裁判所――リベラルと評されるウォーレン・コート――による『刑事法革命』の影響を強く受けた、1960年代～1970年代のわが国刑訴法学は、裁判所＝判例による刑事人権規定の拡充（裁判所による立法的解釈）に多くの期待をかけていた」という。

(40)　田宮裕『刑事訴訟とデュープロセス』（有斐閣、1972年）208頁。

(41)　田宮・前掲注(40)208頁。

(42)　稲谷・前掲注(１)256頁注２）は、その根拠として、「現在に至るまで、適正手続ないし被疑者・被告人の人権保障と実体的真実発見は対置ないし対照され、両者の対立状況においては、前者が相対的に重視されるべきであると説かれることが多い」ことを挙げるが、このことと、「裁判所こそが、刑事手続法を彫琢する地位にある」と想定することとは別問題である。また、同・256頁は、「画期的といわれる刑事手続法に関する最高裁判所の判例には、被疑者・被告人の権利・利

益に言及した上で、手続のあるべき姿を示すというスタイルが採られているものが多くみられる」とするが、その例として挙げられる諸判例も、基本的には、当事者の主張に応ずる形で、また、当該事案の解決に必要な範囲でそのような判断を示したものと解すべきであって、直ちに「裁判所主導型の刑事手続法形成」までをも意図したものといえるかは疑問である。同・270頁は、たとえば、最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁が「現行犯類似状況であることに言及した」点を批判するが、同言及は、「裁判所主導型の刑事手続法形成」を意図したものではなく、むしろ、当該具体的事案において捜査機関が写真撮影を行う「理由」が十分に認められる根拠を示すものと解するべきであろう（宇藤ほか・前掲注(12)176頁〔松田岳士〕参照)。

(43)　稲谷・前掲注(１)258頁以下。

(44)　稲谷・前掲注(１)258頁以下。

(45)　稲谷・前掲注(１)270頁以下。

(46)　この点については、松田岳士「『熟議による適正手続』論について（一)」阪大法学68巻２号（2018年）16頁以下も参照。

四　おわりに

(1)「熟議による適正手続」論者は、「捜査活動の最適化」は、「限られた情報と人員で、限られた時間内に出した結論を基に、限られた手段でしか捜査機関を統制することのできない裁判所に、……〔そ〕の任務を委ねることには、根本的に無理があ」り、「大量の情報を収集・分析することのできる制度的基盤を持ち、国民間での価値観の相違に基づく対立を熟議によって乗り越えることを期待されている国民代表機関たる国会によってこそ……図られるべきである」と説いた上で、このような議論は、「普遍的な価値体系が存在し、国家権力が法に基づいてそれを実現するべきであると考えるのであれば、不要な議論に見えるかもしれない」という。

そして、「とりわけ強制処分法定主義の意義を、主として法内容の妥当性・正当性ではなく、民主主義的正統性や法内容の形式的整合性に重きを置いて理解する場合には、そうした疑問が生じることとなるだろう」、あるいは、「普遍的価値体系に基礎を置く、静態的で閉じられた法の姿を明らかにすることこそ

が、法学の役割であるという考え方[47]からも、……熟議を重視し、動態的で、実験的な法生成を重視することには異論があるかもしれない」という[48]。

⑵　ここでは、刑訴法について、（その形成過程における）「熟議を重視」する「動態的」な見方と「普遍的価値体系」に基礎を置く「静態的」な見方が対置されているが、そもそも刑訴法を、この種の「静動二元論」に当てはめて論ずることが適切であるかは疑わしい。

なぜなら、とりわけ制定法主義の下では、刑訴法の文言（テクスト）は、――それが「熟議」を経たものであると否と、また、論者が「普遍的価値体系」の代表とみなす「人権規範」であると否とにかかわらず――一定形式の文字列という形で、伝統的には、紙の上に残された特定の形のインクの染みという物理的方法により「客観的（物的）（オブジェクティヴ）」に固定されるという意味において「静態的（スタティック）」である一方で、その文言の許す範囲内において「創造的」に解釈され、その限界を超えれば改正されることによって、「変遷し続ける現実と……結びつき続けられる」という意味で「動態的（ダイナミック）」たりうるものと考えられるからである。

すなわち、刑訴法は、「静態的」であると**同時に**「動態的」でもあることによって機能するだけでなく、論者が刑訴法の「動態性」ないし「運動」実現の手段として重視する（「民主主義的熟議」による）「法定」の意義も、法の文言を「客観的＝物的」に、すなわち、「静態的」に固定することに求められるということもできるのであって、刑訴法の解釈・立法の方法について、「動態性」の実現を自己目的化するかのような議論の仕方が適切でないのは勿論のこと、そもそも、刑訴法の見方を、「静態」と「動態」の二項対立的発想の下で論じること自体、妥当ではないものと考えられるのである。

⑶　また、仮に論者のいう通り、「熟議による適正手続」論が「不要な議論に見える」とすれば、それは、「従来の見解」が、「普遍的な価値体系が存在し、国家権力が法に基づいてそれを実現するべきである」、あるいは、「普遍的価値体系に基礎を置く、静態的で閉じられた法の姿を明らかにすることこそが、法学の役割である」といった考え方をとるからではなく、むしろ、論者の想定する「制度（論）的問題」の設定の仕方自体が当を得ていないためではないかと思われる。

より具体的には、刑事裁判所に「捜査活動の最適化」に必要な情報・人員・時間・手段が与えられていないのは、特定の刑事事件の解決をその基本的な制度目的とする現行刑事訴訟において、刑事裁判所が、「捜査機関を統制すること」が想定されていないとすれば当然のことなのであって、この点を確認することなく、「限られた情報と人員で、限られた時間内に出した結論を基に、限られた手段でしか捜査機関を統制することのできない裁判所に、……〔そ〕の任務を委ねること」の是非を敢えて問題とするような議論は、とりわけ、「違法捜査に基づく起訴」や「違法収集証拠排除」等の問題をめぐって、違法捜査の問題を、特定の刑事事件の解決を「本案」とする刑事訴訟においてどのように位置づけ、扱うことが可能ないし妥当かを論じてきた「従来の刑事訴訟法解釈手法論」にとっては、「不要な議論に見え」たとしても仕方がないというべきであろう。

(4) 仮に、論者のいうように、「捜査法」の目的が、「捜査活動の最適化」に求められるとしても、そのことは、「刑訴法」全体の目的、あるいは、「公訴法」ないし「公判法」の目的にも当然に「捜査活動の最適化」が含まれるということを意味しない。なぜなら、「刑訴法」は、単なる「プライバシー保護法」でも、「捜査活動最適化法」でもなく、捜査、公訴、公判といった性質を異にする複数の手続の組み合わせにより、究極的には具体的な刑事事件についての「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」ことを目的とする刑事手続という制度を創設する法律だからである。

その意味において、少なくとも、具体的な刑事事件についての真相解明と刑罰法令の適用実現という刑事訴訟（法）の基本的目的との関係、あるいは、捜査、公訴、公判といった手続間の関係性を考慮に入れることなく、「捜査活動の最適化」の観点からのみ「刑事手続（法）」一般のあり方を論じるような議論は、「制度（論）的に」妥当とはいえないのである。

(47) 笹倉宏紀「捜査法の体系と情報プライバシー」刑法雑誌53巻３号（2016年）43頁注15）は、「我が国では、『理論が法を作り出す』のであって、法的問題には理論上一義的に定まっている共時的な最適解があるはずであり、それを発見し適用するのが法律家の役割であるという静態的な法律観……がなお支配的である」と

いうが、「理論が法を作り出す」という認識と、「法的問題には理論上一義的に定まっている共時的な最適解があるはず」だとの想定は無関係であろう。なぜなら、「理論が法を作り出す」としても、その「正解」が一義的に定まるとは限らないとの考え方も十分に成り立ちうるからである。

(48)　稲谷・前掲注(４)86頁以下。