

渥美刑訴法学と憲法

山 本 龍 彦

ご紹介にあずかりました慶應義塾大学の山本と申します。私は専門が憲法学でして、刑訴法学ではないということと、渥美先生の門下生でもございませんので、非常にここで話しするのは二重の意味でつらいわけです。何か渥美先生のご業績を振り返ることで議論の発展に資するところがあればいいなということで、お話をさせていただきます。よろしくお願い致します。

はじめにでありますけれども、これは田村先生、川出先生の方から何度もご指摘がありましたけれども、渥美先生の刑事訴法学というのは、アメリカ憲法の理念を非常に色濃く受けているように思われます。

憲法学者としての渥美先生というふうに書かせていただきましたけれども、本当に渥美先生のご本を拝読致しますと、憲法学者なのではないかと思うような、重厚なアメリカ憲法の記述があるわけです。そういう意味では、憲法との結び付きというのを誰よりも強く意識しておられたのではないかなと感じております。

本当にアメリカの憲法史であるとか、憲法判例に深い造詣をお持ちで、私が憲法研究者としてとくに驚いたのは、アメリカの財産権論に非常にお詳しいと申しますか、ご見解をお持ちだったということがあります。

財産権というのは、アメリカ憲法では20世紀の頭まで、非常にファンダメンタルな、基本的な権利だというふう考えられておりまして、財産権、あるいは契約の自由というものが重視されるような、そういう判例法理が形成されておりました。それがロックナーの悪夢 (Lochner v. New York, 198 US 45 (1905)) と言われるような、ある意味での悪夢を呼んだわけです。つまり、政府が経済介入をしようと試みる、ニューディール政策もその一つですけれども。しかし、最高裁は、これは経済的自由への政府の不当な介入だと言うわけですね。財産権の侵害だから違憲だと。

これでルーズベルト大統領は怒るわけです。ニューディール政策が立ち行かなくなると。いわゆるコートパッキングプランも、最高裁の高齢裁判官に向かって、裁判官の数を増やしてニューディーラーで包囲してしまうぞと脅す。これは実現されませんでしたけれども、最高裁は態度を転換していくわけです。

財産権の保護というものを、それほど強いものと考えないという方向で変わっていく。そうすると、財産権の概念も神聖不可侵なものというものから、人為的・政策的なものに変わってくる。それが渥美先生のプライバシー権の根底にあるわけであります。

つまり、その財産権というのは非常にプラグマティックなもので、何らかを守るための「手段」にすぎないんだと。

そうすると、その財産権を、それまで修正4条を盾に不合理な搜索から守っていたわけですが、その財産権に固執するというのは、もはや必要なくて、その財産権が守るべき価値をほかの手段で守ってもよいということになる。それがプライバシーということにつながっていくわけです。これは財産権概念に関する深いご見識がなければ出てこない洞察かなと思うわけであります。

ちょっと前置きが長くなりましたが、私がびっくりしたのはそういうところであったということです。プライバシーのご論文を読むと、最初、財産権の歴史的な展開が書かれているというところに非常に驚いた。感銘を受けたということがあります。

2番目の、刑訴法の時代区分と渥美刑訴法学ということですが、戦前と戦後、時代区分の中のどこに、渥美先生は位置付けられるのだろうかというふうにもいろいろ考えておりました。時代区分につきましては、刑訴法のご専門の方から見ると、いろいろご指摘があるところなのかもしれませんが、三井誠先生の枠組みに依拠しております。

戦前と戦後ということですが、戦前はご承知のとおり、明治憲法の23条には、「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシ

テ逮捕監禁審問処罰ヲ受クルコトナシ」、25条には法律に定める場合を除くほか、許諾なく住居に侵入されたり、搜索されないということが規定されているわけです。これは要するに、「法律があればよい」という発想です。いわゆる法律の留保論で、憲法があつて憲法がないようなものであるわけです。法律によって捜査の範囲というものが、あるいは自由の範囲というものが画されていくという時代であつたわけであります。

ほかにも、職権主義を基本構造とした大陸系の考え方が、刑事手続きにおいては取られていたであるとか、糾問的で人権抑圧的な捜査がなされていた。また、後でもう一度触れようと思つていますが、いわゆる予審判事が強制処分を行うということ、予審判事、つまり裁判官による、ある意味糾問的な活動が行われることもありました。

戦後の日本国憲法に最も強い影響を受けたのが、刑事法だつたと言われています。民法なんていうのは、憲法が変わつても変わらずということだつたわけです。本来、最高法系が変わると下位の法律も変わるというのが、常識的な感覚のように思うわけですが、ほかの実定法では、そうはならなかった。

ところが、唯一基本法の法典の中で全面改正されたのは刑事訴訟法典だつたということになるわけで、やはり、新憲法の影響を非常に強く受けることになるわけであります。

三井先生のご議論によりますと、戦後の刑事訴訟法の、基本的な特徴は以下の四つということになります。一つは憲法化ということであります。法律の留保の規定というのが、基本的にはなくなります。

2番目がアメリカ法化、アメリカ法の影響を強く受けることになると。

3番目に当事者主義化ということ。

4番目に捜査の適正化ということが挙げられています。

しかし、現実と致しましては、これもよく指摘されるところでありますけれども、大陸法の要素を、つまり戦前との関係性を色濃く残す、「混血児」だつた。いま挙げた四つの特色というのが、指導原理だということについては大方の了解があつたと言われています。現実としては混血なのだけでも、理念としてはこういうものがあつたというところにコンセンサスがあつたということであります。

第1期というふうに三井先生がおっしゃるのは、1950年代ですけれども、この1950年代というのは、「模索と定着」の時代と呼ばれます。これは新しい「刑事訴訟法」に対する違和感、戸惑い、無理解というものがあつたと。たしかに日本の土壌、伝統を背景に運用面で旧法の姿勢を保とうとする動きがありました。

これは戦後の混乱期ということもあるでしょうけれども、憲法化と捜査の適正化については、顕著な歩みは見られなかった。むしろ、立法面においては後退現象があつたというご指摘もあるところであります。

ところが第2期と呼ばれる時代、これは1960年代から1970年代の半ば、この時代区分が非常に重要ですけれども。これは「判例の展開」と呼ばれる時代であります。判例の解釈によって、新刑訴法の理念・特色が具体化され始めた時代だと言われているわけであります。これは判例、つまり裁判所によって刑事司法がリードされる時代であつたと。

この1960年代から1970年代半ばというのは、これは渥美先生が教授になられる時代です。渥美先生は1935年生まれで、1957年に中央大学の助手、22歳ということですから、非常に若い。1969年、34歳のときに教授に昇進されておりますけれども。まさにこの第2期の時代に、もちろん、そのあとにご活躍されるわけですが、おそらく非常に精力的に研究を行っていたのだらうと。この時代を駆け抜けたというふうに思います。

この1969年というのは、京都府学連事件という、これはデモをやっている学生を警察官が写真撮影したという事案で、写真撮影の強制処分性が問題になりました。

ここで、この京都府学連事件判決は、肖像権と呼ぶかどうかは別としてということですが、みだりに姿態・容貌を撮影されない自由というのを憲法13条から導き出すわけであります。

ここで結論としては、違法ではないということになったわけですが、こういう場合でないと写真撮影できませんよ、

という、かなり厳格な基準を示しました。これは、令状主義の精神を踏まえた厳格な審査というふうに考えられています。まさに裁判所が判例の中で基準を示す。これは、法律というものによるのではなくて、判例の中で令状主義にのっとった厳格な基準を裁判所が示していくということだったわけです。

この1969年も判決の背景にあるのは、アメリカの連邦最高裁判例の動きだったというふうに指摘されています。つまり、これはアール・ウォーレンというリベラルな最高裁判事がチーフ・ジャスティスだった時代ですけれども、この時代は「刑事法革命」と呼ばれるほど、ある意味で非常にリベラルな判決が次々と出されるわけです。マップ判決、ミランダ判決などです。カッツ判決は、1967年ですけれども、京都府学連事件判決の2年前です。それは、渥美先生が教授になられる2年前でもあります。

この時代、田宮先生、渥美先生など、このときの刑訴法学の先生方は、アメリカのウォーレン・コートを参照しつつ、あるいは、それに憧憬を抱きながら、こういった判例を正当化する作業を行っていたように思われます。

つまり、田宮先生の「新しい強制処分説」というのは、刑訴法の中に規定されない新しい強制処分というのは、必ずしも法律はいらないんだという考え方であります。

もう少し、厳密に説明する必要があるかもしれませんが、刑訴法197条1項ただし書きが「法定」を要求する強制処分というのは、あくまでも古典的・伝統的な強制処分を言うのであって、通信傍受や写真撮影のような新しいタイプの強制処分は、同ただし書きの直接の適用を受けない。法定主義の背景にある令状主義の精神による実質的な規制を受けるにとどまるのだという考え方を示すわけです。

つまり、「法定」は要求されない。裁判所が厳格な基準を、つまり令状主義の精神にのっとった厳格な基準を示しておけばよいという考え方を示している。これはまさに判例による刑事司法のリードということを、ある意味後押しするような議論だったように思います。

実は、渥美先生もこういうご発言をされています。強制処分法定主義というのは、憲法33条、35条の定める、いわゆる令状主義と同程度に重要な原則なのであろうかと。法定主義というものを、ある意味において相対化するようなご発言をされておりまして。

こういうふうに「判例頑張り」ということで、刑訴法領域での立法の遅れというものが、あまり目立たなかった。つまり、アメリカ法型の判例法、コモンローで、とにかく判例形成をしていくという方向でいこうというような考えが、この第2期にはあったようにも思います。

憲法学も、これを支持します。リベラルなウォーレン・コートの影響がありますので、やはりアメリカ憲法に詳しい芦部信喜先生をはじめとした憲法学者も、とにかく判例、裁判所が頑張ればそれでいいではないかという考え方を示され、有力化します。

これは戦前の法律の留保論とも関係しておりまして、先ほど申し上げましたように、戦前、法律があればよいのだという考え方で、法律があるということに対して否定的な評価がなされておりまして。ですから、この法律を厳格に求めていくという考え方が力を持ちづらい状況にあったように思われます。

ところが第3期と三井先生がおっしゃる時代、1970年代半ばから、1980年代後半ということですけど、「日本的刑事司法」と呼ばれる時代に入っていく。ここでは、期待のかけられていた判例が失速していくと。つまり、判例が厳格な基準を示すという考え方から、ある意味で後退していくということでありまして、一部の先生方からは、判例による「憲法」化の限界だと言われるようになります。

これはアメリカでも同じことが起きておりまして、ウォーレン・コートの後を継いだバーガー・コートは、これもいろいろな見方ができますけれども、保守的になっていきます。

また、「強制処分」を、どういう基準で、どの範囲で認めてよいのかという一般準則を、個別事案の解決を生業とする

裁判所が定立できるのかという、裁判所の能力の問題も指摘されるようになってくるわけであります。

そういう意味で、第3期と言われるのは、判例に期待していたのだけでも、思うように判例が展開していないということに気づかされる時代といえそうです。立法の遅れを、判例で補完するという、ある意味でのアメリカ型にいかずに、かと言って、法律の留保を重視して、法治国家の考えから、捜査活動に法律の根拠を厳格に求めていくという傾向のあるドイツのような考え方にもいかない。両者のはざまに落ち込むような、そういう日本的なまさに刑事司法というものに変わっていったかのようにも思えるわけです。

さて、最後に現代憲法学から見た渥美刑訴法学ということですけども、第4期、このあとに続く考え方、枠組みから渥美刑訴法学を見て報告を閉じようと思います。

この時期は理念として、立法化、立法による「憲法」化を求めるという時代に入っていくように思います。新しい強制処分説の批判が、これは井上正仁先生であるとか、酒巻匡先生からされていくわけであります。

つまり、強制処分法定主義と令状主義はやっぱり違うと。令状主義というのは「個別」の捜査に対して「裁判所」が統制を掛けるという考え方であるのに対して、法定主義は、どういう強制処分を、どの範囲で認めるかを、「一般的」に、「立法府」が民主主義的に決めていくという、機関間の権限配分の原理であるという考え方が示される。

令状主義と強制処分法定主義とを一体的に捉えていた「新しい強制処分説」に対して、こういった再考論というのは、「法定主義」の意味を再発見する。法律の根拠を求めるということは、民主主義的な、あるいは権限配分としての意味を持つのだという考え方が1990年代以降、有力に主張されていくわけです。

田宮先生も新しい強制処分説を唱えておりましたが、その時代になると、やや反省的と申しますか、そういう発言もいろいろ出てきます。「判例の時代」が少し間延びし過ぎたであるとか、そういうご発言をされて、立法による統制の重要性を1996年には語っております。

この時代には通信傍受法の成立というかたちで、立法による「憲法」化は一部現実化していくわけですがけれども、あくまでもそれは一部であり、しかも判例は、通信傍受法の成立以前に、通信傍受についても令状があれば、これは認められるとか、必ずしも具体的に「法定」される必要がないということを示しておりました。その意味では、この1990年代以降、立法による統制という考え方が主張されるのだけでも、判例実務とは大きな隔たりがあったように思います。

ちょっと時間がオーバーして申し訳ありません。かいつまんで説明しますけれども、このときに、どうしても考えざるを得ないのは、再考論の限界だろうかと思います。一つは強制処分法定主義の再考論でも、法定されるべき範囲がやはり限定されるということがございます。「強制処分」でなければ、これは民主的統制の話にならないということになるので、任意処分については、これは裁判所による比例原則ないし、比較衡量の対象になっていく。そこでは、なお裁判所による解決が期待されるわけです。

もう一つは、強制処分か任意処分かの区別に重きを置き過ぎる。その二分法というものにこだわっているところがある。この区別によって、実は大きく結論が変わるわけですけど、しかし、その区別自体が非常に困難で、強制なのか、任意なのかというのは、必ずしも明確ではない。

かつ、「捜査」と「予防的な行政活動」との区別も曖昧になってくるので、この区別を維持していくこと自体が、硬直的な議論を引き起こして、機能的な統制を妨げていたという感もあるように思います。

そこで第5期なのかどうか。これはもはや、三井先生の枠組みを超えていますけれども、強制処分法定主義を超える議論が近年出てきております。

一つは、法律の留保論と強制処分法定主義を区別するというものです。法律の留保論というのは、権利侵害がある場合や、本質的な問題には法律の根拠が必要であるという考え方で、法定の範囲が強制処分法定主義と異なり、また広い。強制処分法定主義にこだわり過ぎると、「強制処分」ではない限りは、法定が求められない。民主的統制の範囲が限定され

るわけです。

例えば、酒巻先生はカメラ撮影については権利侵害を認める。侵害留保説によると権利侵害を認める以上、法律が必要になってくるはずだと。しかし、酒巻先生のご議論だとそれは強制処分とはいえないので、法律は必要とされないということになってくる。

もう一つはインセンティブアプローチという考え方です。これまで警察による、情報通信技術を用いた犯罪捜査や予防の規律は、取得の段階にポイントを置いてきました。いわゆる「取得時中心主義」という考え方ですけれども、撮影する段階、あるいはN-Systemも撮影する段階ですけれども、これが正当化されるかという方向での議論だったわけです。しかし、現状の情報通信技術を考えると、撮った後どうするのか、収集後の保存管理というものをどう規律するのかという問題提起が出てくる。これが、インセンティブアプローチの基本的な問題意識です。

最近では、「撮られる」ということを、実はあまりわれわれは懸念していなくて、むしろ、撮った後にこの情報がどう警察に使われて、どこまで保存されていくのだろうかという懸念の方が、むしろ強くなっているのではないかと。そういうお話を、2010年にこの警察政策学会のシンポジウムでご報告させていただきました。そのとき、渥美先生が一番前の席に座っていらっしゃって、それは私が言っていたことだ、というお話をされて。

そのあと、非常に長文のお手紙を頂きまして、これこれの論文に書いてあるということを言われて、そのときに読んでみたのですが、あら見当たらないぞと。ところが、後でちょっとお話をさせていただきますが、たしかに先生はお考えになっていたのだろーと思いました。

話を戻します。情報の収集と保管を一体的なプロセスとして考えていくということが現代では重要なのですが、こうなってくると、裁判所の統制というのは、やはり難しく、撮った後の、どういう情報管理の仕組みをつくっていくのかということは、やはり立法によらざるを得ない。情報管理の仕組みを法律によって整えていかざるを得ないのではないかということがあります。ですから、私も法律による統制が重要だと考えております。

しかし、法律の留保論を厳格に適用して、法律がなければ無効だとは、判例実務上なかなかいえない。そうすると、権利侵害の度合いを査定するところで法律の有無を考慮するというのが一つポイントになるのではないかと。

法律があって、撮った後の保存であるとか、そういうものについて法律上の統制が用意されているのであれば、われわれは撮った後どうなるんだろーという心配が、基本的にはなくなる。その後もきっちり統制されていくんだろーということになれば、基本的には不安感が取り除かれるので、侵害度は低く見積もればいい。ところが法律がなければ、撮られた後の不安を強く感じることになるので、侵害度を高く見積もるべきではないかと。

高く見積もられると、比例原則上、その正当化のために、より高く、差し迫った政府利益、公共的な利益を示すことが必要となるので、警察実務にとっては非常に苦しくなる。そうすると、やはり法律制定に向かうだろうと。法律があれば、侵害度は逆に低く見積もられますから。このようにあ、法律の有無を権利侵害度の査定に結びつけて、法律制定を促すというのが、インセンティブアプローチの考え方であります。

これは実は警察の実務にとっても、メリットがあると思います。つまり、法律制定を通して、撮った後の体制がしっかり整えられている、捜査に差し障りがない限りでちゃんと透明化され、適正に管理が行われているということであれば、権利侵害度は低く見積もられ、情報取得場面でのハードルが下がるので、むしろ捜査の取得活動というのはしやすくなるからです。

最後にこういう新しい問題に、渥美先生は気付いていたのではないかとということをお話したいと思います。つまり、あくまで渥美先生は、強制処分を法定しなければならないという、刑法197条ただし書きの「強制処分法定主義」を否定していただいている。それは予備判事による処分の法的統制だったからです。戦前からある規定で、予備判事を前提とした規定だから、旧刑法の残滓として把握されていた。

そういう意味で、強制処分法定主義に対してあまりウエイトを置かなかったのだけでも、立法の重要性は1972年のプライバシーに関するご論文で、何度も指摘しておられた。これは通信傍受等を、主な対象にしながら書かれていたものですが、例えば、こういうことをおっしゃっている。犯罪捜査や行政的調査、公安調査活動での利用により、いままでの時代にはない徹底した監視の制度が生まれよう。これは単に犯罪捜査や行政、公安調査の分野に限られない、人々が好んで用いるクレジットカードや、銀行取引でのオンラインの利用等々によって、情報を全部集合すれば、誇張すれば、人々の一生の生活は余すところなく記録し、それに保存することが可能になる。

これは1972年のご発言ですが、まさにマイナンバーの時代とか、そういうものを予測されているようなところがありまして、まさに情報の保存・管理ということに関心を寄せておられます。シンポジウムの発言の後に私に自慢げにおっしゃったのは、このことかと思ったわけですが、それでも。

こういうことについて渥美先生は、例えば、これは通信傍受の規律に関してですが、それは判例法の領分ではない。やはり、立法を待つことが最善だろうという考え方を示しておられます。ということは、こういう「撮った後の統制」というものについては、裁判所の統制には限界があり、やはり立法が要求されるという考え方をお持ちだった。しかも、1972年の段階で。

こうみると、われわれは、やはり、渥美先生の見解の明に驚かされるといわざるをえない。先生のご議論には、なお参照して検討するに値する、非常に重要な意味があるのではないかということが、大変長くなって恐縮ですが、私が最後に申し上げたかった点でございます。ご静聴ありがとうございました。