

強制処分法定主義の現代的意義

小木曾 綾

- 一 はじめに
- 二 強制処分法定主義規定の沿革
- 三 裁判官による捜査
- 四 令状の機能と強制処分法定主義
- 五 裁判による法形成

一 はじめに

現行刑事訴訟法制定から五〇余年を経る間に、犯罪現象もその解明に必要な捜査手法も変化してきた。日本の刑事警察活動は、「任意」捜査を原則とし、刑事訴訟法（以下法といい、単に条文を記すときは同法の条文を指す）一九七条一項但書のいわゆる強制処分法定主義により、「強制的処分」は「法律の特別の定めのある場合でなければ」する

ことができないとされている。ただ、職務質問をめぐる法執行活動などを想起すれば明らかのように、そこでいう「任意」と「強制」には、日常用語における意味ではなく、規範的な意味が与えられてきた。有形力行使即ち「強制の処分」なのではない、という解釈がそれである。また、「科学的捜査方法」とか「新しい強制処分」とよばれる捜査方法の規律を考える際に、物理的侵入や有形力行使の有無を基準に「強制の処分」を定義し、それにあてはまらない活動は一切「任意」捜査と解するのでは、法が本来予定したような捜査活動の規律はできないということにも今日では異論をみないといつてよいであろう。そこで、個人のなんらかの法益やプライバシーを侵害する活動こそが現代では「強制処分」であると解し、一九七条一項但書は、明文規定をもつ活動だけを強制処分と定める趣旨ではなく、強制処分は法律の定めた手続に従って行うべきことを定めたものと解して、明文のない強制処分については別になんらかの規律方法を考えるべきであるという考え方には説得力がある⁽¹⁾。

さて、この強制処分の規律については、個人の権利を制限する行政府の活動は、まず立法府によって授權され（強制処分法定主義）、その執行については原則として司法官憲の発する令状を得ることによって適正さが担保される（令状主義）⁽²⁾ことが憲法三二条、三三条、三五条の要請であると理解すると、明文規定はないが強制処分にあたりと解すべき活動を捜査機関が行うことは、立法府の授權がなく、したがって令状も存在しないゆえに違法であり、裁判所が明文にない要件・条件等を設けて「新たな」令状を発付し、そうした活動を規律しようとするのは、裁判所による法の創設であるとか、裁判所が犯罪摘発の必要に迫られて現状を追認するものであつて許されないと批判される⁽³⁾。このような立場は、捜査の規律をまず三権分立論や法定主義の視点から考える立場であるといえるだろう。

今日の行政権の強大さ、個人の自由の貴重さに鑑みれば、議会による授權という一般的規律Ⅱ民主的コントロール

ルの枠内で、さらに捜査機関の具体的な活動要件の有無を裁判所が審査するという制度の意義は大きい。しかしながら、ここで「令状主義」を「裁判官が定型の令状を出してはじめて捜査活動が許される」ことを意味するものと理解し、一方で「法定主義」を憲法三一条の内容と理解するならば、それは元来、捜査を裁判官に委ねる法制度の下でとられてきた原則であるという点に注意しなければならない。

他方、より直接的に個人の尊厳や自由、プライバシー保障に目を向けると、別の考え方もできる。個人が自由に活動する空間や居場所を保障することは、人がその能力を存分に発揮して人と関わり、家庭や社会を構成してゆく基礎となる。そうした人の自由や尊厳は、政府によっても犯罪によっても侵されてはならない。犯罪を予防、摘発し、犯罪によって侵害された個人の尊厳・利益を保護し回復することも社会の重大な関心事であるから、政府にはそのための手段が与えられなければならないが、これには必然的に個人の自由への介入が伴う。そこで、自由への介入の度合いが強い活動については要件を設け、その要件が充足されたときにかぎってそうした活動が許されることとする。政府の活動を限定し、個人の利益と犯罪捜査の間でバランスをとるのである。この要件を緩くすれば犯罪捜査の効率は上がるかもしれないが、人の自由に対する制約は大きくなり、逆にこれを厳格にすれば自由の保障は厚くなるが、犯罪捜査は困難になる。ある権限を政府に与えることが、個人の自由保障と犯罪解明や社会の安全維持などの兼ね合いからみて正しいかどうかについては主権者による議論がなされなければならないが、その結果制定された法律が個人の自由を不当に制限するようなものであれば、それは憲法に違反して無効である。したがって、手続が法定されることと、その内容が適正であるかどうかは別次元の問題であり、個人の自由保障という観点からは、強制処分要件が個人の利益と犯罪捜査の必要のバランスを正しくとっているかどうかこそが問

われなければならぬ。⁽⁴⁾

本稿は、日本の捜査手続とフランス、アメリカのそれを比較しながら、(ア)明文の定めのない強制処分の権限を国に与えるかどうか、与えんとすればそれをどのように規律するかについては立法者による議論を経るべきであるが、(イ)裁判所が従来の強制処分の基準を指針とし、新たな要件を設けて明文のない捜査活動に規律を加え、法形成に参加することを日本の憲法は禁止していない、ことを論証しようとするものである。

(1) 渥美東洋『刑事訴訟法要諦』七四頁、同『刑事訴訟法』六四頁、同『刑事訴訟法（新版）』九九頁、田宮裕『刑事訴訟法（新版）』七二頁など。

(2) 本稿は特定の処分の可否を論ずるものではないが、強制処分法定主義との関係では盗聴に関する文献が多数ある。いくつかを挙げれば、井上正仁「任意捜査と強制捜査の区別」刑事訴訟法の争点（新版）四二頁、同「科学捜査の限界」法学教室一一四号一六頁・一九頁、酒巻匡「③強制処分法定主義」法学教室一九七号三〇頁、三井誠『刑事手続法（1）（新版）』七五頁、久岡康成「電話傍受肯定論の再検討」『新・生きている刑事訴訟法（佐伯千仞先生卒寿祝賀論文集）』所収、川崎英明「盗聴の規制と令状主義・強制処分法定主義」『刑事裁判の復興（石松竹雄判事退官記念論文集）』所収などがある。

(3) たとえば、松本一郎・刑事訴訟法判例百選（第六版）六四頁、渡辺修・平成三年度重要判例解説一七七頁、井上前掲「科学捜査の限界」二五頁など。

(4) 渥美東洋『刑事訴訟法（新版）』六四頁以下、田宮裕編『刑事訴訟法・I』一三二頁以下（田宮）

二 強制処分法定主義規定の沿革

周知のとおり、現行法の一九七条一項但書と同様の条文は旧法にもあったが、その意義は旧法と現行法とは異なっている。旧法では予審制度の下、いわゆる強制処分権限は原則として予審判事だけに与えられていたので、検察官およびその補助者としての司法警察官が行う捜査では基本的に任意捜査により証拠を収集しなければならず、強制処分は例外的に許されているにすぎなかった。そこで、予審判事以外の者が強制処分を行うことのできる場合を法定して明らかにしておく必要があったのである。したがって、予審が廃止され、捜査をもっぱら行政機関たる司法警察職員と検察官が行う現行法制の下では、当然に強制処分を法定することの意義は異なってくる。以下では、治罪法から旧刑事訴訟法に至るまでの捜査権限の分配についてその経緯をたどってみることにする。

(一) フランス治罪法 (*Le Code d'instruction criminelle* (1808)) を範とした明治一三年公布の治罪法は、その九二条で「検察官は、告訴・告発・現行犯その他の原由により犯罪があることを認知し、または犯罪ありと思料した時は、その証憑および犯人を捜査すべき」旨を定めていた。ここでいう証憑の捜査とは、被疑者・被告人の尋問や証拠の捜索・押収などを含む活動ではなく、事件を裁判官に送致すべきどうか、送致すべきならばどの裁判官に送致すべきかについて判断するため必要な任意の情報収集活動のことであった。今日にいう強制処分を含む捜査は予審判事の権限であったからである。ただし、現行犯の場合には、検察官にも予審判事と同等の捜査権限が与えられていた。同様にして「犯人の捜査」も、現行犯を除き、被疑者の身柄を拘束する処分を含むものではなく、被疑者の「住所地の警察官若しくは戸長に通知しその行状を取調べるが如き」活動⁽¹⁾を指した。こうした活動は、起訴・不起訴の判

断をするのに必要な資料を収集するため行われたが、訴追権限をもち、訴訟を遂行するのは検察官であるから、その権限をもたない司法警察官には、通常は独立の捜査権限はなく、制度的には検察官の補助機関としての役割が期待されていたにすぎなかつた。⁽²⁾

これに対して予審とは、重罪および軽罪について証拠を収集し、事件を公判に付すべきか否かを判断するための活動であつて、検察官または私訴原告の請求があるときに開始された。予審判事は自ら予審を開始することは原則としてできないが、現行犯の場合はこの例外とされていた（治罪法一一三条）。予審は、公判⁽³⁾正式裁判の予備手続であり、予審判事は真実発見のため有罪・無罪両面から公平・中立に証拠収集にあたるのである。その手段として予審判事には、臨検、搜索・差押え、被告人および証人の尋問、鑑定などの処分権が与えられており、これを行うについては原則として書記が立会い、その調書が作成された。⁽⁴⁾

(二) 明治二三年公布の旧々刑事訴訟法は治罪法を基礎としていたから、捜査のあり方は治罪法のそれと同一であつた。すなわち、告訴・告発を受けた司法警察官はこれを検察官に通知し、その補佐としてその指揮を受けて犯罪の捜査をする（明治刑訴法四七条、四九条、五三条）。ただし、重罪および軽罪の現行犯では無令状で被疑者を逮捕することができる（同五八条）。予審は、検察官の請求を待つて開始され（同六七条）、予審判事はまず被告人を召喚してこれを訊問する（同六九条、九三条）ほか、逮捕、勾引、勾留、検証、搜索・差押えなどを自ら行い、または司法警察官に行わせることができる（同七一条、七三条、七五条、八〇条、九八条、一〇二条等）。現行犯の場合で急速を要するときは、予審判事は検察官の請求なくして予審を開始することができる（同一四二条）。

検察官の捜査においてとり得る手段については特別の定めがないが、現行犯の場合を除いて予審判事に属する権

限を行使することはできない(同一四四条⁽⁵⁾以下)。予審は、被告事件について公判を開くべきか否かの決定および公判に備えた証拠収集が目的であるので、檢察官の行う捜査とあわせて公判の準備手続としての性質をもつと同時に、一方で、裁判官の行う手続であり、被告人の権利制限を伴うこともあるので、公判とあわせて裁判所の審理手続を構成する、と理解されていた⁽⁶⁾。捜査手続であるから、「ことの曲直を断ずる」公判と異なつて、それは密行し、書面主義による⁽⁷⁾。しかし一方、個人の権利制限を伴う処分は、真実の発見と個人の権利保護に責任を負う裁判所(予審判事)にしか許されなかつたのである。

(三) 「日本の刑事法制がフランス法系からドイツ法系へ転換を遂げたことを象徴的に示すといわれる大正刑事訴訟法の立法にあたっては⁽⁸⁾、以下の点がとくに考慮された。一つ目は、外国法を参考としながらも、日本の実情に適した法律とすること。二つ目は、権利義務と同時に「道義」を重んじ「淳風良俗」の保持にも必要な規定を設けること。そして三つ目は、訓示的事項も重要なものは法規として明定すること、である。捜査については、その手続に準則を設け、必要な場合は檢察官が予審判事に強制処分の請求をすることができるとしたこと、重罪で義務的だつた予審を檢察官の裁量によるとしたこと、予審の目的を、事件を公判裁判所に付すべきか否かの判断に必要な範囲の取調べに限定することで、予審よりも公判を刑事手続の中心としようとしたこと、⁽⁹⁾司法警察官を警察官および憲兵としたうえ、勅令をもって他の者を司法警察官と定めることができるとしたこと、⁽¹⁰⁾などが大きな改変であつた。

檢察官は、犯罪があると思料するときは司法警察官および憲兵に補助をさせ、犯人および証拠を捜査する(大正刑事訴訟法二四六条、二四八条、二四九条、二五〇条)。司法警察官は、告訴または告発を受けたときは、それに関する書類お

よび証拠物を検察官に送付する（同二七四条）。捜査についてはその目的を達するため必要な取調べをすることができ、強制の処分は別段の規定がある場合でなければできない（同二五四条）。強制処分が必要なときは、検察官は公訴提起前であっても捜索、押収、検証および被疑者の勾留、被疑者または証人の尋問、鑑定の処分を予審判事または区裁判所判事に請求することができる（同二五五条）。

予審判事は、被告人の召喚、勾引、勾留（同一二二条）、被告人および証人の尋問（同三〇〇条、三〇二条、二二三条）、捜索および押収（同一六九条）、検証（同一七九条）、鑑定（同二二八条）を命ずることができる。

通常の手続で逮捕の規定がないのは、身柄拘束の処分は予審判事の権限なので、勾引の処分が逮捕に代わることによるが、現行犯の場合には、検察官または司法警察官に逮捕の権限が与えられていた（同一二四条以下）。また、一定の場合に、急速を要し、裁判官の勾引状を求めるときは、検察官自ら勾引状を発することが許されていた（同一二三条⁽¹¹⁾）。それに際して、急速を要するときには、公訴の提起前に限って、検察官および司法警察官は捜索または押収をすることができ、さらに、家屋などの中にいる現行犯人を逮捕するときで急速を要する場合はその内部で犯人の捜索のほか押収および捜索をすることができた（同一七〇条ないし一七二条）。このほか、被疑者の尋問および勾留、検証、証人尋問についても現行犯の特則が設けられていた（同一二七条、一二九条、一八〇条、一八一条、二二四条、二二八条）。

二五四条は、捜査手段に関する根本法則を定めたものであり、捜査は人の権利に抵触しない範囲であることを原則とし、強制の処分は別段の規定がある場合に限って許されると定めている⁽¹³⁾。原則として強制処分を用いることができないのは、捜査は犯罪の嫌疑だけで開始されるから強制処分を許すのは権利尊重の趣旨に一致しないこと、ま

た、捜査機関は犯罪を検挙・摘発する側であるから、強制処分を認めると公平性に疑問があることを理由とすると説明されている。そこで、強制処分権をもつのは原則として中立の予審判事のみとし、ただ、急速を要する場合にも強制処分が許されないのでは捜査の目的を達することができない虞があることから、捜査機関にも強制処分が許される場合を例外的に定めたのである。また、検察官が捜査に際して強制処分が必要と判断して予審判事にそれを請求したときは、予審判事にその要否を判断する権限はなく、請求が違法でない限り予審判事にはこれに応ずる義務があると解されていた。捜査は検察官が主宰するものであるので、予審判事はこの段階では捜査の全体像を知っているわけではなく、強制処分の要否を判断する能力をもたないと考えられたからである⁽¹⁴⁾。したがって、犯罪の存在確認および犯人の特定を目的とした捜査活動は原則として任意処分により実施されるが、特定の事項について強制処分を行わなければ捜査目的が達成できない場合は、検察官が個々の強制処分を予審判事に請求することとされていたわけである。これに対し、一定の方針の下に種々の強制処分を用いて全体的に事件を解明する段階になったときは、検察官は予審を請求するのである。なお、予審の請求には被疑者の特定が求められるので(同二九一条)、被疑者を特定するまでは検察官の捜査が行われた⁽¹⁵⁾。

予審は、捜査によって特定された犯人および犯罪について審理し、事件を公判に送致するか否かを決定する手続であり、検察官の請求を待つて開始される。訴追側の訴追を待つて開始される点で、形式的には公判の準備手続として裁判の一段階であるが、その内容は裁判官による捜査である。大正刑訴は、予審の目的を限定して事案の審理を公判中心にしたといわれるが、事件を公判に付すためには、単なる嫌疑が明らかになっただけでは足りず、具体的な犯罪事実および処罰条件についても明らかにしていなければならぬと解されていた⁽¹⁶⁾。

公判以前の手續をこのように檢察官の捜査と予審に分ける制度には、捜査に二重の手間をかけたうえ、公訴の維持にあたる檢察官の手から捜査の主導権を奪うことの不都合や、強大な権限をもつ裁判官による密行した捜査の記録が作成され、それが公判で証拠となることの危険などから立法政策上疑問の余地があるという指摘もされていた。⁽¹⁷⁾

ともあれ、大正刑訴は、予審請求を檢察官の裁量に委ね、捜査にあたって現行犯の場合以外にも檢察官に強制処分を用いる可能性を認め、実質的な捜査の主体を檢察官とその指揮を受ける司法警察官としたことで、捜査を予審判事主導から檢察官および司法警察官主導へとシフトさせたことが窺える。しかし、人の権利制限の著しい強制処分権は原則的に予審判事のものとして、これを用いなければ事件全体の解明ができないときには予審により公判送致の必要性の有無を判断するという公判前手續を採用していたのである。

(四) このように、治罪法以来大正刑訴までの公判前手續は、大正刑訴による方向転換はあったものの、概ね、フランス法に倣って公判の準備手續として予審をおき、事案解明のため必要な強制処分権を予審判事に与え、その前段階の情報・証拠収集活動として、基本的に強制処分権をもたない檢察官とその補助者たる司法警察官による捜査を予定していた。予審判事と檢察官の権限がこのように分配されていればこそ、檢察官の行う捜査については「其ノ目的ヲ達スル為必要ナル取調ヲ為スコトヲ得但シ強制ノ処分ハ別段ノ規定アル場合ニ非サレバ之ヲ為スコトヲ得ス（大正刑訴二五四条）」との規定が必要とされたのである。

(1) 堀田正忠『治罪法釋義』八〇〇、八〇一頁（明治一四年）

(2) 治罪法六〇条は、東京警視本署長および府縣長官には犯罪の捜査について検事と同等の権限を与え、その他の警察

- 官等は検事の補佐をすべきことと定めていた。堀田前掲書六六九頁。ここに、捜査を訴訟の準備手続とみる考え方が現れている。富田山壽『刑事訴訟法要論（下）』八九〇頁（大正二年）
- (3) 予審判事がこのような中立の裁判官でありうるかについては(17)に対応する本文に述べたような小野教授の指摘がある。
- (4) 治罪法一四七条、一四八条。一四七条は、「予審判事は、検察官、民事原告人、被告人の請求により、または職権をもつて事実発見のため必要な証拠・徴憑を収集す」べき旨を定める。
- (5) これはフランスの制度に倣ったものであり、訴追側たる検察官やその補助者の司法警察官に強制処分権を与えること、被告人の防御権を侵害する虞があることを理由としていたが、証拠収集を迅速に行うという関心からは、ある程度の強制処分を認めるべきであるとも指摘されていた。富田前掲書八九一、八九二頁
- (6) 富田前掲書九四五頁
- (7) 堀田前掲書二〇八三頁以下
- (8) 中山善房『大コンメンタール刑事訴訟法（第一巻）』七頁
- (9) 予審で一切の事実を解明するのではないとすることで、予審から公判準備手続という位置づけを奪ったといわれるのである。
- (10) 林頼三郎『刑事訴訟法要義（総則上巻）』二頁以下、一二六頁（大正二年）。小野清一郎『刑事訴訟法講義』二三頁以下（昭和六年）。なお、一八八一年（明治一四）三月、フランスの憲兵制度を模範にして制定された憲兵条例は、憲兵の役割を「陸軍大臣ノ管掌ニ属シ主トシテ軍事警察ヲ掌リ兼テ行政警察司法警察ヲ掌ル」とした。
- (11) 一定の場合とは、被疑者が定まった住所をもたないとき、現行犯人がその場所にいないとき、現行犯の取調べによりその事件の共犯が発見されたとき、既決の受刑者または身柄拘束下にある者が逃亡したとき、死体の検証によって犯人を発見したとき、被疑者が常習として強盗または窃盗を犯したとき、である。
- (12) 公訴提起は予審または公判請求により行われる（大正刑訴法二八八条）。

(13) 林頼三郎博士は、権利者の意思に関わらず公力をもって強行する処分を「強制的処分」とした。林前掲書各則上巻三〇頁

(14) 林前掲書各則上巻三〇ないし三六頁。予審段階でも検察官は、予審判事の取調べが不十分と思料するときは予審判事に取調べるべき事項を指示して取調べ請求をすることができた（三〇七条）が、予審は予審判事の主宰するものであるから、この請求に応ずるか否かは予審判事に判断権があった。

(15) 林前掲書各則上巻三九ないし四〇頁。予審判事が捜査の主体であるフランスでは、被告人不特定のまま予審が開始されることがある。

(16) 林前掲書各則上巻一二四頁ないし一二七頁、牧野英一『刑事訴訟法』三八二頁以下（昭和一五年）

(17) 小野前掲書三三一頁

三 裁判官による捜査

予審判事Ⅱ捜査担当裁判官の手に犯罪捜査を委ねる制度はフランスに由来するものである。このような制度をフランスが発展させたことの意味については、その捜査の構造と三権分立のあり方の双方から分析する必要があると思われるので、まず予審の歴史的発展を概観してから現在の捜査の構造を分析し、次いでフランスにおける司法（刑事）裁判所の役割を検討する。

(一) 予審制度の発展⁽¹⁾

1 正式裁判の前に裁判官による捜査を行う刑事手続の起源は、ローマ法とカノン法に求めることができる。⁽²⁾ 裁判権を統治者が独占し、その任命する裁判官が事実（真実）解明のため、被疑者・被告人の取調べを中心とする捜査活動を非公開・書面・非対審構造で行う裁判手続は、国家の統一と統治権の確立に奉仕するもので、帝政ローマに

その起源を見出すことができるが、同時にそれは一元的な価値を追求する教会での裁判にも馴染むものであった。歴史的には、教義の完遂を目指す教会でも裁判は告訴権者の告訴がなければ開始されなかったが、聖職者の逸脱行為をより効果的に罰するため、また、異端者の摘発のために、一二世紀末には教皇インノケンティウス三世によって、告訴・告発を待たずに裁判官が職権で証人を召喚し、被疑者を取調べ、場合によっては身柄を拘束して、その有罪・無罪を解明する手続が制定されるに至った。⁽³⁾

中世から近世にかけて世俗権力による国家統一が進むにつれ、教会と封建領主から裁判権を奪い、これを国王の裁判権に統一する過程で刑事手続の法制化が進められた。⁽⁴⁾ 刑事裁判は、現行犯の場合に裁判官が職権で捜査を開始する場合のほか、主に告発によって開始されたが、一三世紀から一四世紀にかけて検察官が登場すると、検察官が告発を受けて裁判を請求する手続がとられるようになった。検察官は、国王や領主の重要な収入源であった罰金や没収の執行を監督する役割を負っていたが、やがて、犯罪を認知し、統治者の利益を代表して裁判を請求する訴追者としての役割を負うようになった。⁽⁶⁾

裁判官による捜査手続が必要とされるようになったのは、告訴を待つて裁判が開始される制度の下で告訴人に負わされた重い負担や危険を回避して、犯罪を検察官に告発することで手続が開始できるようになったことと、神明裁判や決闘に代わる証明手段とそのため証拠収集活動が求められたことによる。そのとき参考にされたのが、インノケンティウス三世以来行われていた宗教裁判所における審問手続であった。⁽¹⁾ 審問手続とはすなわち、書面・非公開審理で、主として被告発者を含めた証人から供述を得る手続だったのである。こうして、まず検察官が捜査担当の司法官 (lieutenant criminel) に捜査を請求し、その証拠収集活動の結果を待つて公判審理が行われる制度が定

着していった。⁽⁸⁾

ルイ一四世による法典編纂の一環であり、それまでの実務や法令を統一した一六七〇年の王令によれば、刑事手続は、検察官 (procureur du roi) への告発、被害者または検察官からの裁判官への捜査請求、または裁判官の職権によって開始される。裁判官は、証人の供述を採取し、勾引状や勾留状を発し、被告人を尋問する。この際被告人は、宣誓のうえ真実を述べる義務を負ったが、捜査担当裁判官は尋問にあたって被告人を陥れるような方法を用いてはならないと規定されていた。⁽⁹⁾ 捜査活動の調書は検察官に送付され、必要な場合には再尋問や対質が行われ、検察官、私訴原告、被告人に意見陳述の機会が与えられたうえ、その報告書が合議体の裁判所に送付・審理されて、事件を公判に送致するか否かの判断が下される。この際、証拠が不十分でさらに取調べが必要な場合には拷問が命じられた。⁽¹⁰⁾

2 一八世紀になって、ベツカリーア、モンテスキュー、ヴォルテールなどの著作に代表されるように刑事司法制度への批判が高まり、革命を経てフランスの刑事司法には大きな改正がもたらされた。この改正は、革命の混乱が一応収束した後の一八〇八年フランス治罪法 (Le Code d'instruction criminelle) に帰結するのであるが、⁽¹¹⁾ その後多くの改正を経たとはいえ、現在のフランス刑事司法の基礎はここで定められたと言つてよいであろう。

陪審の導入をみても判るように、この時フランスが参考としたのはイングランドの刑事手続であった。公判前の手続に関しては、まず一七九一年の法律で、司法警察および憲兵のほか、郡 (canton) 毎に選出される治安判事 (juge de paix) と起訴陪審 (jury d'accusation) が設けられた。治安判事は司法警察の職務も行い、告訴・告発のあったときのほか、現行犯や死因不明の死体が発見された場合にも職権で捜査を開始し、被疑者を召喚・勾引して取調べ、

罪を犯したことを疑うに足る事情があればその身柄を拘束し、なければ釈放する。前者の場合は、事件が裁判所に送致される。捜査と予審を兼ねたこの治安判事の権限は、地方では憲兵隊の将校にも与えられていた。⁽¹²⁾

一方、重罪裁判所には八名で構成される起訴陪審があり、裁判所の職業裁判官が交代で務める起訴陪審説示官 (*directeur du jury*) がおかれていた。起訴陪審説示官は、治安判事が作成した一件書類を受理し、証人および被疑者を尋問して、訴追に足る証拠があると判断するときは訴追状 (*act d'accusation*) を作成して起訴陪審に提出する。そして、非公開で証人尋問などの証拠調べが行われた後、説示官は起訴陪審に説示を与え、陪審のみで評議・評決が行われる。この時には、検察官が廃止され、代わりに公訴官 (*accusateur public*) と国王代理官 (*commissaire du roi*) がおかれた。公訴官は起訴陪審が事件を起訴した場合、証拠を提出し、弁論をするなど公訴の維持にあたるが、捜査および訴追決定には関与しない。国王代理官は、法の適用と執行を監督する官吏であった。⁽¹³⁾

一七九一年とブリュメール四年の法律では、訴追は公訴と私訴に分けられ、治安判事と起訴陪審説示官に捜査と訴追が委ねられていたが、プリュヴィオズ九年には、検察官が復活し、訴追と裁判官による捜査の分離が明確にされた。すなわち、各県の刑事裁判所に対応して第一統領に任命される検察官 (*commissaire du gouvernement*) をおき、これに司法警察の指揮・監督と犯罪の訴追を委ねたのである。治安判事は検察官の補助機関となった。司法警察は、現行犯および告発があったとき、自由刑が科される罪が犯されたときには被疑者を拘束することができ、検察官には引致された被疑者を勾留する権限があった。検察官は引致から二四時間以内に起訴陪審説示官に事件を送致し、説示官は検察官の意見を聴きながら捜査を進めた。この起訴陪審説示官が、後の予審判事である。捜査は書面主義で、被告人には犯罪事実の告知を受ける権利はなく、ただ捜査の終了時に証人の供述を閲覧することができ

るにとどまった。起訴陪審もそれまでとは異なつて書面審理で起訴・不起訴を決定した。このように、やがてナポレオンによる帝政が開始されるこの時期の刑事手続は、革命の混乱によつて不安定になつた治安を回復するため、書面審理と予審を復活させたという点でアンシャン・レジーム時代のそれに回帰し、同時に一八〇八年の治罪法を方向づけたのである。⁽¹⁴⁾

ナポレオン法典の一環として刑法と共に制定されたフランス治罪法（一八一一年施行）は、プリュヴィオズ九年の制度を基本的に踏襲し、密行・書面主義の予審手続を予審判事（Juge d'instruction）に、具体的な捜査活動を司法警察に委ねた。予審を終了すると、軽罪については軽罪を扱う裁判所の訴追部で予審判事も参加して公判送致決定をし、重罪については起訴陪審に代えて控訴院におかれる訴追部で公判送致決定をすることとなつた。

（二）現在の捜査の構造

その後幾多の改正を経て成立した現行のフランスの捜査手続を以下に要約してみよう。

1 司法警察が捜査を遂げたときは、その結果を共和国検事（*procureur de la République*）に報告し、共和国検事が起訴・不起訴の決定をする。⁽¹⁵⁾ 共和国検事は、犯罪の訴追に必要な捜査活動を行い、司法警察の活動を指揮・監督する（刑法法四一条）。犯罪の発生を認知したり、告訴・告発を受けた司法警察の活動は二種類に分けられる。⁽¹⁶⁾ ひとつは、予審が開始された後に強制処分権をもつ予審判事の指示を受けて捜査に従事する場合であり、もうひとつは、予審が開始されていないときに任意捜査によつて犯罪の情報・証拠を収集し、被疑者を特定する場合であつて、これには現行犯の例外がある。

現行犯とは、現に重罪または軽罪を行い、または現に重罪または軽罪を行い終つたとき、および、犯人として追

呼され、重罪または軽罪を犯したことを疑わせる物を所持し、あるいは犯罪の証跡を残す者が、罪を行い終つてから間がないときをいう。このほか、重罪または軽罪が住居内で犯され、その管理者(chef)が共和国検事または司法警察員にその捜査を求めたときも現行犯とみなされ(刑訴法五三条)、死因不明の死体が発見されたときもこれに準じて扱われる(刑訴法七四条)。この場合、司法警察員は直ちに共和国検事に通報した後現場に赴いて、搜索・差押え、検証、鑑定、現場にいる者の退去禁止、被疑者および証人の取調べならびにガルダ・ヴュ(garde à vue)など犯罪の解明に必要な活動を行うことができる⁽¹⁷⁾。現場に到着した共和国検事はこれと同様の権限を有するが、司法警察員に活動を継続するよう命ずることもでき、重罪では予審請求する前に被疑者の逮捕状(mandat d'amener)を発することができ、予審判事が現場に到着したときは、予審判事が捜査を司る(刑訴法五三条ないし七三条)。いわゆる強制処分権は本来予審判事のものであるが、緊急性を理由として、検察官および司法警察員がこれを行行使することが認められているのである⁽¹⁸⁾。

2 軽微な犯罪では、強制処分を用いなくとも犯罪事実が明らかになり、被疑者も特定されて、直ちに裁判できる場合がある。一方、複雑・重大な犯罪では、事実が犯罪を構成するか否かの判断や被疑者の特定のため予審開始以前に情報を収集する必要がある。こうした目的で、検察官の指示により、または司法警察員の裁量で行われるのが司法警察による捜査(l'enquête préliminaire)である。予審開始以前の司法警察の活動においては、その性質上強制処分を用いることはできないから、このときの捜査方法は任意の取調べや対象者の同意を得た搜索などであり⁽¹⁹⁾、たとえば、予審判事の権限として認められた電話傍受は司法警察員の裁量で行うことは許されない⁽²⁰⁾。ただ、被疑者の身柄については、司法警察員の裁量による取調べ目的の身柄拘束IIガルダ・ヴュが認められている⁽²¹⁾。

3 前述のような経緯を経て成立した予審制度は、法の授權に基づいて裁判所（予審判事および控訴院訴追部（*chambre d'accusation*））が行う捜査であり、正式裁判の予備手続として法律に定められた厳格な手続に従って行われる。この際、予審判事は司法警察員に命じて必要な捜査を行わせることができ（*commission rogatoire*）刑訴法一四條二項、一五一條⁽²²⁾）、この場合司法警察員は予審判事と同等の権限を行使することが許されるが、被告人の尋問と身柄拘束に關して予審判事がもつ権限は与えられていない。この捜査命令は捜査方法を特定して行われることもあるが、多くは事件に關する一般的な捜査権限付与によって行われている（*commission rogatoire générale*）⁽²³⁾。

予審は檢察官の請求により、特定された被告人に対して、または被告人不祥のままでも開始され（刑訴法八〇條）、予審判事は法律に従って真実の解明に必要なあらゆる活動を行うこととされている（刑訴法八一條）。具体的には、証人尋問、被告人尋問、搜索、押収、電話傍受、鑑定命令、勾留などの処分が法定されており、これらの捜査活動は控訴院訴追部による審査および手続無効の制裁によって規律されている。このうち、違法な手続があつた場合にそれを無効にするという規律方法は、その効果においてアメリカ合衆国の排除法則と類似するかに思われるが、その存在理由はおそらく元來全く別のものである。フランスでは、すでにみてきたように、正式裁判（公判）の準備手続として予審が位置づけられているので、それを司るのは裁判官であり、捜査方法は法定され、捜査の結果は公判に引き継がれて、裁判所による一貫した事案解明が行われる。これがまさに職權主義なのであつて、このような手続構造は、行政機関に捜査を委ね、公判を捜査から分離する英米型のそれとは異質のものである。フランスでは、予審判事の捜査権限が議会によって定められ、民主的コントロールに服しているということが重要なのであり、その範囲内で予審判事はその責任において必要なあらゆる手段をとることが許される⁽²⁴⁾が、活動が法定の手続に違反すれ

ばそれが手続の無効原因となる。⁽²⁵⁾ 予審はマジストラ(判事・検事(magistrat))の責任で真実を解明する手続であるから、一九九三年の法改正までは、無効の疑いのある手続については予審判事自らまたは検察官がその判断を控訴院訴追部に仰ぐことができるだけで、無効を主張する権利は予審被告人には与えられていなかった⁽²⁶⁾のである。

さて、このようなフランスの捜査手続は、三権分立論からも分析してみることが有益である。

(三) 司法裁判所の役割

「主権者は、これを構成する個々人から成っているので、個々人の利益に反する利益をもたないし、またもちえない。したがって、政治体が構成員を害しようとすることはありえないために、主権は臣民に対してどんな保証も必要としないのである。」

「一般意志は常に正しく、常に公共的利益を志向する。」

ルソー『社会契約論』(井上幸治訳)へ中公バックス「世界の名著」

よく知られているように、フランスの司法権は立法ならびに行政権に対する審査権をもたず、行政訴訟は行政裁判所が管轄し、憲法問題は司法裁判所とは無縁の憲法院がこれを判断する。アンシャン・レジームにおける高等法院が貴族の利益を守るために勅令の登記を拒むなどして王権に対抗したため、司法権への警戒からそのような制度が生まれたといわれ、司法権による立法権および行政権への介入を禁ずるところに革命以来のフランス型三権分立

の特徴がある。

ところが、そのような歴史的事情のほか、後の第三共和制（一八七二—一九四〇）から第四共和制（一九四六—一九五八）を経て現在の第五共和制（一九五八—）に至る憲政史にもそのような制度を維持発展させる事情があった。つまり、第三共和制でも第四共和制でも、首相は大統領と議会双方の信任を得なければならぬいわゆるオルレアン型（二元型）議院内閣制が採用されたのであるが、いずれの場合も多党制のゆえ強固な多数派が存在せず、安定した政権は樹立されなかった。そのような第三共和制下で初めて、議会が政府に立法権を委任して制定される *decret-loi* という立法形式が登場したのである。⁽²⁷⁾ 不安定な政権の下で内外の問題に効果的に対処できなかったことへの反省から、第五共和制憲法では、法律の所管事項を限定列挙し（三四条）、それ以外の事項は政令（*decret*）で定めることとしたうえ（三七条）、*ordonnance* による委任立法を認めて（三八条）行政権が強化され、議会の相対的な弱体化が図られた。一九六二年には国民投票による憲法改正の結果、それまで間接選挙だった大統領選挙が直接選挙で行われることとなった。第三、第四共和制の議会中心主義の下では、議会は多党制のため効果的に機能し得ず、そのため第五共和制では強力なリーダーシップを発揮できる大統領制の実現が志向されたのであり、その結果現在では、直接選挙で選出される大統領や、民意を直接国政に反映する国民投票制が一般意志を体现するものとして正当性を与えられ、大統領多数派と議会多数派の一致が予定される強固な政府には臨機に法規を制定する権限が与えられているのである。また、実際に議会や政府による立法、法規制定活動は極めて盛んである。

したがって、フランスの司法裁判所に違憲立法審査権はなく、その役割は、議会が制定した法律を「法を語る口」として事実適用することに限定される。⁽²⁸⁾ そこで、裁判には具体的な事実も理由も示されず、「法はかくある」とし

て結論だけが示される。また、ナポレオン以降、裁判官の人事は政府が司る伝統があり、⁽²⁹⁾現在、破棄院の裁判官と控訴院長たる裁判官は、大統領が主宰し、マジストラで構成される司法官会議(Conseil supérieur de la magistrature)の提案に基づいて、それ以外の裁判官は同評議会の意見を参考にした法務省の提案に基づいて、大統領が任命している(憲法六五条)。

「誤ることのない一般意志」を体现する議会(現在のフランスでは行政府にも同じ正当性が与えられている)は、一般意志に反する法を制定するはずはなく、制定したとしてもそれは直ちに改正されるはずである。その活動に、民主的なコントロールを受けない司法府が介入してはならないし、その必要もない。一九七一年の憲法院判断までは、「法律の優位」の下で、憲法学は統治機構分析、つまり現実の政治権力と憲法の関係を分析するものと考えられ、人權宣言をはじめとする権利保障条項には裁判規範としての効力はなかった。したがって、議会や行政府の活動を憲法規範に照らして司法府が審査するという形式による個人の権利保障はそれまであまり重視されてこなかったのである。⁽³⁰⁾

ここまで、強制処分法定主義の沿革と、その母法のフランスの制度を概観してきた。予審Ⅱ捜査担当裁判官を中心とした捜査は、犯罪解明と個人の利益保護を廉潔な司法の手に委ね、警察、検察、さらには被告人にも協力させて、司法府が一元的に犯罪を解明しようとする刑事手続の一部なのであって、その構造は、犯罪予防と解明を行政機関に委ね、その権限行使が濫用に互ることのないように裁判所が関与するという英米型Ⅱ現行の日本の捜査構造とは根本的に異なっている。⁽³¹⁾以下では日本の捜査を規律するといわれる令状主義と強制処分法定主義について検討

する。

- (1) 予審制度については、高内寿夫「予審的視点の再評価」刑法雑誌三五卷三号三六六頁、同「フランス刑事訴訟における予審の機能」(1)―(5)「國學院法政論叢一二号―一六号、佐藤美樹「現行フランス刑事訴訟法における予審判事の機能」関西大学大学院法学ジャーナル五六号二四頁、白取祐司「憲法・刑事手続・予審」北大法学論集四一卷二号、梅田豊「日本の刑事訴訟法における強制処分規定の変容とひずみ」新潟大学法政理論二五卷号五三頁など。
- (2) フランスの刑事手続に最初に影響を与えたのは今日でいう弾劾主義をとっていたゲルマン法であるが、やがて帝政ローマにおける裁判手続を範とした宗教裁判所の糾問手続が世俗裁判所でも用いられるようになった。Stefani, *Levasseur, Bouloc, Procédure pénale*, 15^e. édition, n° 65-67 ; Esmein, *History of Continental Criminal Procedure* (Continental Legal History Series), p.39 ; Lainguil, *Lebigre, Histoire du droit pénal II La procédure Criminelle*, pp. 47, 51. ただ、宗教裁判所がまったく独自に裁判の諸制度を創造したわけではなく、既存の世俗裁判所の手続に新たな原理をもち込んだのだという。See, Esmein, *supra*, p.78
- (3) Esmein, *supra*, p.81. インノケンティウス三世以前の裁判は、犯罪が明白であるときには職権で開始されたが、軽微な罪については告発があったとき、教会秩序を破壊するような罪については、その告発の役割を負っていた者（九世紀には七人の聖職者から成る今日の大陪審類似の組織があった）の告発があったときに開始された。九世紀に入ると、被告発者は自らの無実を証明する義務を負わされるようになり、さらに、宣誓のうえで真実を述べることが義務づけられた。これには、かつて告発に基づいて裁判が行われていたとき、被告発者が自ら無実を証明するにはその宣誓供述に加えて証人を提出しなければならなかったのであるが、裁判官主導の裁判にあっては自らの宣誓だけで無罪を証明することができるといふ理由づけがされた。Esmein, *supra*, pp.82,83 ; Lainguil, *Lebigre, op.cit.*, p.47
- (4) Esmein, *supra*, p.211
- (5) 告訴 (accusation) をした者は手続を通じて重い責任を負わされたので、告訴はやがて用いられなくなり、告発

- (dénunciation) がそれに代わった。Stefani, Levasseur, Bouloc, op.cit., n° 69
- (9) Esmein, Supra, pp.114-118.
- (7) Laingui, Lebigre, op.cit., p.55. Esmein, supra, p.151. その結果、拷問が用いられることにもなった。なお、被告人から供述を得ることは、今日でも刑事手続上当然必要なこととされ、これが英米法とフランス法の相違のひとつであると説明されている。Stefani, Levasseur, Bouloc, op.cit., n° 531. 因みに、Langbein 教授によれば、ロモン・ロー諸国で自己負罪拒否特権が確立したのは、一八世紀に被告人の弁護権が認められ、裁判は訴追側の主張を吟味する場であると理解されるようになってからで、それまでは、裁判はむしろ被告人から弁解を聴く場であると理解されていたという。Langbein, *The Privilege and Common Law Criminal Procedure : The Sixteenth to the Eighteenth Centuries, The Privilege against Self-Incrimination* (1997)
- (8) Esmein, supra, p.119. 軽微な犯罪の予審は、民事裁判と類似の手続 (procédure ordinaire) が、重大犯罪では今日知られているような書面、非公開の予審の手続 (procédure extraordinaire) が用いられていた。Laingui, Lebigre, op.cit., p.63
- (9) この王令の影響は一八〇八年のフランス治罪法典 (Le Code d'instruction criminelle) にまで及んでいるといわれるが、その骨格は一四九八年および一五三九年の王令でできあがっていたという。なお、重い罪ではいかなる場合も弁護権は認められない一方、被告人の自白のない場合には重い刑罰は科し得ず、したがって、被告人尋問は極めて重要な意味をもち、被告人が宣誓または供述を拒んだときは、その事実は被告人に対して不利に働いた。Laingui, Lebigre, op.cit., p.93 ; Esmein, supra, pp.149, 224, 226
- (10) Laingui, Lebigre, op.cit., p.89 et suiv. ; Esmein, supra, p.211
- (11) 一七八九年、一七九一年、ブリュメール四 (一七九五) 年、ブリュヴィオズ九 (一八〇一) 年にそれぞれ大きな改正が行われた。
- (12) Esmein, supra, p.410 ; Laingui, Lebigre, op.cit., p.136 et suiv. ; Stefani, Levasseur, Bouloc, op.cit., n° 76

- (13) Esmein, *supra*, p.414 ; Laingui, Lebigre, *op.cit.*, pp.137-138
- (14) Laingui, Lebigre, *op.cit.*, pp.136-141 ; Esmein, *supra*, pp.393-461
- (15) このとき起訴というのは、予審が必要な場合では予審請求を指す。
- (16) 周知の通り、捜査権限をもつ予審判事の補助機関として活動するのでこれを「司法」警察 (*police judiciaire*) と呼び、それ以外の活動をする行政警察 (*police administrative*) と区別するのである。
- (17) 出頭を求められた者には出頭義務があり、これを拒むと共和国検事により勾引される（刑訴法六二条）。
- (18) かつて予審判事は現行犯の場合には自ら予審を開始することが許されていたが、現行法では、訴追と真相解明にあたる者の分離原則を貫くため、予審開始前に予審判事が犯罪現場に赴いた場合でも、その場合予審判事は司法警察の職務を遂行し、その結果を共和国検事に通知することとされている（刑訴法七二条）。Stefani, Levasseur, Boulloc, *op.cit.*, n° 302 et suiv.
- (19) この同意は対象者の自筆の同意書によらなければならない（刑訴法七六条）。日本の警察実務は、任意捜査を原則とし、強制処分はやむをえない場合でなければ用いないこととされているが、この点で、フランスの警察実務と日本のそれは類似している。日本では任意捜査を原則とするからであるが、フランスでは司法警察に強制処分権がないからである。
- (20) 電話傍受は刑訴法一〇〇条以下に定められている。なお、フランスでも日本の職務質問に類似する身分確認のための質問および捜検が認められており、場合によっては四時間までの留置きが許されている（刑訴法七八―一条ないし七八―五条）。Voir, Stefani, Levasseur, Boulloc, *op.cit.*, n° 322
- (21) 一九九三年の法改正までは、現行犯の場合と同様に被疑者および証人の身柄拘束が認められていた。
- (22) 予審判事は、所属する裁判所の他の裁判官、予審判事、ならびに司法警察員に捜査の依頼をすることができる。この場合、司法警察員はその旨を共和国検事に通知する。なお、この場合にも司法警察員は被疑者をガルダ・ヴュに付すことができる（一五四条）。

(23) 田端智明、石田高久「仏・英・独の身柄拘束制度と拘禁施設の現状(一)」警察学論集四九卷九号一〇二頁

(24) その広範な権限の中に電話傍受も含まれると解釈されてきたが、個人の権利侵害の大きさ、それに加えられる規律の曖昧さゆえにそのような解釈は批判され、一九九一年に電話傍受を定めた法律が制定されるに至った。只木、小木曾「フランスの電信・電話傍受法制」法学新報一〇二卷二二号・二二二八頁

(25) 無効原因は、①法律違反が無効となる場合(刑訴法五九条)と、②主に被告人の利益を侵害するような法律違反があった場合に分けられる(刑訴法一七一条、八〇二条)。Stefani, Levasseur, Bouloc, op.cit., n° 609

(26) 予審被告人は予審判事の職権発動を促すことができるにすぎなかったが、一九九三年の法改正で、予審被告人ならびに私訴原告にも手続の無効を主張する権利が与えられた(刑訴一七三条)。なお、渥美東洋『刑事訴訟法(新版)』七頁以下。

(27) 第三共和制では当初、大統領と議会双方の信任を得る二元型内閣制(オルレアン型議院内閣制)がとられたが、やがて大統領が弱体化し、議会が優位にたった。ところが、多党制のゆえ第三共和制下の約七〇年間に一〇四もの内閣が出現し、政府は不安定で官僚機構が発展した。第二次世界大戦のパリ陥落で第三共和制が終わった後、ヴィシー体制を以て一四六六年に発足した第四共和制では、行政権の強化が図られた。首相は議会の信任を得たうえで大統領により任命されることになっていったが、事実上、組閣の後に内閣は議会による信任を得なければならぬとされていたので、結局行政権の強化は実現せず、第四共和制の一二年余の間に二三の政府が登場した。これも議会の強固な多数派が存在しなかったためである。安部照哉編『比較憲法入門』「フランス(矢口俊昭)」二二八頁以下

(28) Emeri, Bidegaray, La Constitution en France, p.166. 憲法問題は第五共和制で創設された憲法院(Conseil constitutionnel)で判断される。憲法は国家の統治機構を定める法規であると解されてきたから、憲法院の当初の役割は、司法権が行政権や立法権に介入しないように監視することであった。しかし、一九七〇年代になって、人権宣言や、一九四六年憲法前文、現行憲法前文に裁判規範としての効力が認められ、さらに法律の合憲性審査の付託権限が議会の少

数派にも与えられることになって、憲法院は権利保障のための違憲審査権を行使するようになった。大統領多数派と議会多数派の不一致 (cohabitation) という事態とも相俟って、一元的な国家像にも変化が現れている。

(29) Voir, Vincent, Montagnier, Varinard, *La justice et ces institutions*, pp.60, 61 ; ジャン・ルイ・メストル「裁判の歴史」小島武司編『フランスの裁判法制』一一一頁

(30) この判断を契機に憲法院が権利保障機関として活動し始め、同時に憲法学の「法律学化」や議会に対する憲法の優位が論じられるようになった。辻村みよ子「憲法学の『法律学化』と憲法院の課題」ジュリスト一〇八九号七〇頁、ルイ・フアヴォール「憲法裁判」小島武司編『フランスの裁判法制』五頁以下

(31) フランスでも、犯罪の予防、とりわけ国家の安全保障、経済的利益の保護などは行政警察の役割である。また、予審判事に与えられた強大な権限が改正論議の対象となったことは記憶に新しい。Voir, *Commission Justice pénale et Droit de l'homme, La mise en état des affaires pénales, Rapports*

四 令状の機能と強制処分法定主義

(一) 現行法における令状の機能

1 日本国憲法三五条の範となったアメリカ合衆国憲法第四修正は、不合理な搜索・押収を禁止するとともに、令状は、宣誓に基づいた相当理由がある場合に、搜索対象場所および押収対象物を具体的に明示するものでなければ発付されてはならないと定めている (The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.)。この条項は、一般令状や writs of assistance による財産権への無限定な侵害から個人を守るために

起草されたものであって、その文言からしても、捜査活動が令状によらなければならぬことを定めたものではなく、個人のプライバシーが一般令状によつて侵害されてはならないこと、国の犯罪捜査活動に正当な理由を与える事情(要件)が備わったときにかぎつて令状を発することができること、逆に言えば、その要件がなければ令状は発せられてはならないことを定めたものである⁽¹⁾。そこには、是非にも実現しなければならぬ国や社会の利益(compet-ling interest)があるとき、その目的を達成するのに必要な限度でしか国は個人の自由を制限することができないという立場が明確にされている。

捜査のあり方を同じくする日本の憲法三三条および三五条は、個人の行動の自由および住居など(個人の支配する領域)の不可侵を保障して、犯罪の捜査のために捜査機関が個人の自由などを制限する場合には、原則として権限を有する司法官憲が発する令状によらなければならぬことを定めている。これを受けて刑法は、たとえば個人の身柄を拘束するときには、その理由と必要、すなわち(ア)罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由(法一九九条一項)、(イ)逃亡または罪証隠滅の虞(刑訴規則一四三条の三)を実体的な要件とし、裁判官が事前にその要件の有無を審査して令状を発することを手続的な要件とした。同様にして、個人の支配している領域で搜索・押収を行う際には、(ア)罪を犯したことを疑うに足りる理由(正当な理由)があり、(イ)搜索場所および押収対象物が限定されていること(押収対象物がその犯罪の証拠であること、その証拠が存在する蓋然性の高い場所に限つて搜索すること・法二一八条一項、二一九条一項、規則一五六条三項)を実体的な要件とし、裁判官が令状を発することを手続的な要件としている⁽²⁾。また、事態が緊急で、裁判官による審査を求めることができない場合には、令状要件の例外が認められている。現行犯や緊急逮捕、逮捕現場での無令状搜索・押収、検証活動(法二二二、二二〇、二二〇条)については、令

状発付を請求すれば当然に令状が発付されるような事情は備わっているが、令状入手の時間的な余裕がないために手続要件が緩和されているのであろう。不合理な搜索・押収を禁ずる合衆国では、伝統的に、相当理由がある場合の公の場所での逮捕は無令状でも許されてきたし、無令状の搜索も、その場所にその犯罪の証拠が存在すると疑う合理的理由があり、緊急性のある場合には許されている⁽³⁾。

2 予審制度をとる国では、捜査権限が裁判官にあり、警察はその補助機関として活動する。真実の解明にあたる公正・中立、廉潔な裁判官は、犯罪捜査の目的と個人の権利保障の双方を全うすることができると考えられているので、個々の捜査活動はそれが法律による授權の範囲内であれば適正であるとみなされるが、活動が法律の定め違反している場合はその手続は無効とされる。予審判事が司法警察に捜査を命じ、または被告人の身柄に関する処分をする際には法律に定められた令状が発せられるが、これは書面主義の予審における予審判事の権限とその委任の範囲を明確にするためのものである。

これに対して、犯罪捜査を行政機関に委ねたときには、捜査機関が自らの判断で強制処分を含む活動を行う。ただ、捜査機関は犯罪摘発に熱心なあまり、または、その権限を濫用して不当に、個人の自由を脅かす虞があるので、個人の自由に干渉する活動については、その活動の正当な理由と必要性などからなる要件を設け、その要件の充足を捜査機関以外の者が事前に審査する制度をもつことで、個人の自由を保障しつつ犯罪捜査が行われるような方策が用意されることになる。日本の現行法は、第一次捜査機関を司法警察職員とし、検察官を第二次捜査機関として、捜査をかつてのように司法機関に委ねてはいない（法一八九条二項、一九一条一項）。そして、犯罪の捜査のため必要があるときは捜査機関が裁判官に令状の発付を請求し、裁判官は処分の理由と必要の存否を判断して令状を発付す

ることとされている(法一九九条一項、二項、二一八条一項、規則一三九条ないし一四三条の三、一四七条、一四八条、一五二条、一五五条、一五六条)。

同じように令状が発付されて捜査が行われるとはいえ、大陸法と英米法における令状の機能はこのように全く異なる。合衆国でも日本でも、政府機関が個人の身柄を拘束し、または、その支配する空間に何らかの形で侵入するためには実体的な要件が必ず具備しなくてはならず、それが具備したときにかぎって国が個人の自由に制限を加える正当性があり、手続的にその正当性を担保するために裁判官が令状を発する、というのが憲法および法律の立場であり、令状の機能であるということになる。したがって、日本の現行刑法で裁判官が発付する令状は、フランス法のように裁判官が本来もつ権限を補助機関に行使させるための命令状ではあり得ず、日本の「令状主義」⁽⁴⁾とは、裁判官が形式的に定型の令状を発してはじめて捜査活動が許されることを意味するものと解すべきではなく、上述のような令状の機能を意味するものと理解すべきであろう。⁽⁵⁾

(二) 強制処分を法定することの意義

1 現行刑法の強制処分法定主義規定は、捜査の構造が異なるゆえに旧法とは当然に異なった意味をもつ。現行法が定めるいわゆる強制処分は、逮捕、勾留、搜索、押収、検証、鑑定、証人尋問であって、こうした活動は、個人の自由やその支配領域の不可侵(プライバシー)といった権利・利益への重大な干渉・制限である。個人の基本権を保障し、国政が国民の信託によるものとする現行憲法体制の下では、犯罪捜査の必要のために個人の権利・利益を制限する活動には、民主的なコントロールが及ぶべきであり、それは議会の授權があつてはじめて許される。⁽⁶⁾ 今日、法一九七条一項但書はこのことを定めたものであると理解できよう。

さて、この強制処分法定主義を「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な
い旨を定める憲法三一条の要請であると理解する立場が支持を得ており、いわゆる科学的捜査方法ないし明文に定
めのない新しい捜査方法について、たとえば、検証令状による電話傍受（盗聴）は、憲法上の搜索・押収に含まれる
としても、法律で定められていないので憲法三一条違反であると主張されている。⁽⁷⁾

すでにみてきたように、法定主義は元来、立法院による一般意志の表明としての法律を至上とする一元的で集権
的な多数派民主主義体制、すなわち、民主的に選出された代表で構成される議会が国民の利益を常に正しく反映す
ることを前提に、国民の権利義務を保護し、あるいは制限する権限を議会にのみ与え、そのようにして制定された
法律を事実適用することのみに裁判官の役割を限定する法制度の下で採用されてきた原則である。⁽⁸⁾ 犯罪捜査には
個人の権利を制限する活動が不可欠である一方、臨機の対応が必要になるので、そのような法制の下では、真実の
解明と権利保障を共に実現することができる⁽⁹⁾とされる裁判官にこれを委ね、議会の授權の範囲内で一定の裁量に基
づく活動を許すことになる。したがって、捜査活動の適法性は、ある処分が、議会が捜査担当者に与えた権限の範
囲内であるかどうかを基準として判断される。刑事手続における法定主義には、捜査機関の活動に民主的なコン
ロールを及ぼすことで個人の権利保障を図るという意義を認めることができるが、ただ、この考え方は、分立さ
れた三権の間の権限配分を重視し、それぞれが他の機関の活動を侵さないようにすることに配慮されるが、その
枠組みの中では権限行使者にその責任において比較的広い裁量権を与える傾向がある。⁽⁹⁾ したがって、刑事手続にお
いて具体的に捜査の必要と個人の基本権とのバランスをどのようにとるかということは、もっぱら捜査担当者の裁
量に委ねられるのである。⁽¹⁰⁾

2 日本国憲法三一条はアメリカ合衆国憲法第五修正および第一四修正の適正手続条項の影響を受けているとされるが、アメリカ法の適正手続は法定主義とは無縁のものであり、⁽¹¹⁾他方、法定主義を強調する法制度にあつては、判例によつて形成される「適正手続」という概念はない。「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。」と定める憲法三一条の内容は(ア)科刑等の手続および実体法の双方が法定されるのみならず、(イ)その内容がともに適正なものでなければならぬことを求めていると解されている。⁽¹²⁾同条は、捜査活動への民主的なコントロールと、手続の適正さ双方を要求しているように思われるが、日本の刑事手続において、手続の法定は、捜査の規律方法としてどのような効果をもつものなのであるか。

捜査機関による写真撮影に関する判断で最高裁は、写真撮影を任意とも強制とも明言しなかったが、みだりに風貌等を撮影されない個人の自由を認めたいうえ、(ア)現行犯・準現行犯の場合で、(イ)証拠保全の必要性・緊急性があり、(ウ)手段が相当であれば、それが許される場合があると判示し、これは自動速度違反取締装置に関する判断でも踏襲された。⁽¹³⁾法定された強制処分ではなくとも、憲法上保障される個人の自由を侵害する行為には、一定の要件が必要であると判示されたのである。また、第三者没収に関する昭和三五年判決で反対意見を執筆した入江裁判官は、「憲法三一条)にいわゆる法定手続の保障は、単に形式上法律でさえ定めれば、それで本条の要請を満たしたものであるのではなく、たとえ法律で定めても、その法律の内容が、近代民主主義国家における憲法の基本原理に反するようなものであれば、本条違反たるを免れ」ない、と述べている。⁽¹⁴⁾処分が法定されることと、その基準がどのように定められるかということは別次元の問題であり、強制処分が法定されていさえすれば、または、任意処分でありさえすれば、あらゆる活動が許されるわけではないということに異論はなからう。また、職務質問に付

随する所持品検査も、任意処分であるから法律に定めがなくとも許されると解されたわけではなからう。搜索に至らない活動であっても、それは、所持品をむやみに検査されないという個人の正当な利益・期待に対する制限である。したがって、自傷他害防止や職務質問の実効性をあげるため、不審事由解明の限度で検査が行われるという基準が充たされてはじめて、それは適法と判断されるのである⁽¹⁵⁾。具体的な捜査の必要に対して個人の権利をどのように保障するかという観点からは、手続が法定されていることよりも、その基準がどのように定められるかこそが問われなければならないのである。

このような主張に対しては、ある捜査手段を法定するというのは、その手段をとるか否かの意志表示＝価値選択がされることに意義があるので、主権者による価値選択以前に、裁判所による要件設定がされさえすればよいというのは本末転倒であるとの批判がある⁽¹⁶⁾。そこで、最後に裁判による法形成について考え、本稿の結びとしたい。

- (1) White, Search and Seizure, Kadish ed., Encyclopedia of Crime and Justice, p.1415. 渥美東洋『レススン刑事訴訟法（上）』七三頁以下
- (2) 渥美東洋『刑事訴訟法（新版）』六四頁
- (3) LaFare, Search and Seizure, 3rd. ed., vol.3 at 12, vol.2 at 401. ただ、合衆国の無令状搜索・押収の法理はまだ十分に理論的に整理されているとはいえない。
- (4) 平野竜一『刑事訴訟法』八三頁。令状の性質をめぐる平良木登規男『捜査法』七頁の見解は的を射ていると思われる。また、捜査の弾劾化が、不利益処分を受ける者からの不服申立ての機会を拡充すべきであるということならば、アメリカ合衆国の聴聞手続に学ぶものが多いように思われる。

(5) このように考えると、排除法則に関する判例のいう「令状主義の精神を没却するような重大な違法」とは、実体的な正当性の欠如や、手続的担保の意図的回避を指し、それはとりもなおさず憲法違反となる程度の違法と解してよいであらう。

(6) 第一章注2に掲げた文献参照。

(7) 渡辺修前掲重要判例解説、松本一郎前掲重要判例解説など。

(8) Emeri, Bidegaray, op.cit., p.154. 樋口陽一「フランス革命と近代憲法」法律時報六一巻八号二二頁以下

(9) かつて予審判事による電話傍受の適法性が議論になったときにも、個別具体的な捜査活動が個人の利益(プライバシー)に与える影響と捜査の必要のバランスを論ずるよりも、電話傍受が予審判事の捜査権限を定めた刑法八一条の「**「**真実発見に必要なあらゆる手段」**」**に含まれ得るか否かが議論されてきた。

(10) したがって、それは職権主義に馴染みやすく、予審判事のもつ強力な権限、とりわけ予審被告人の身柄拘束について批判が高まったことも一因として一九九三年に刑法の大規模な改正が行われた。

(11) 合衆国憲法には合衆国政府の行為に適用される第五修正と、州政府の行為に適用される第一四修正の二つのデュー・プロセス条項がある。何が適正であるか、何か保護されるべき自由であるかは、最高裁判所の判断に委ねられており、極めて柔軟な内容をもつ。とりわけ、州が法の正当な手続によらないで人の生命、自由、財産を奪うことを禁ずる第一四修正は、合衆国憲法上の権利保障を州に及ぼす効果をもつ条項であって、この適正手続条項に合衆国最高裁判所の判断によって次第に合衆国憲法第一修正ないし第八修正の権利が含まれるようになってきた (selective incorporation)。すなわち、第一修正から第八修正までの権利章典が第一四修正を通じて州にも適用される過程で第一四修正のデュー・プロセスの具体的な内容が形成されてきたのである。第一四修正にいう手続の「適正さ」は、合衆国政府との関係で具体的な個人の権利を保障した修正条項のどれがどの限度で州にも適用されるか、という形で問われたのであって、どのような手続が「適正」であるかは、具体的な権利の内容がどのように定められ、あるいは制限されるかによって決まるのである。渥美東洋『レススン刑事訴訟法(上)』一〇〇頁 Abraham, The Judiciary, 10th ed.,

p.123

- (12) 橋本公且『日本国憲法』二八七頁、佐藤幸治『憲法』（第三版）五八六頁、伊藤正己『憲法』第三版三三二頁
- (13) 最判昭四四・一二・二四刑集二三卷一二号一六二五頁、最判昭六一・二・一四刑集四〇卷一号四八頁。判例がこうした活動を任意とも強制とも明言しないのは、強制処分法定主義を慮ってのことであるかもしれない。
- (14) 最判昭三五・一〇・一九刑集一四卷一二号一五七四頁
- (15) 東京高判昭四七・二一・三〇高刑集二五卷六号八八二頁（厚木事件）、最判昭五三・六・二〇刑集三三卷四号六七〇頁（米子事件）、最判昭五三・九・七刑集三三卷六号一六七二頁（大阪覚せい剤事件）など。
- (16) 井上前掲論文

五 裁判による法形成

「制定法の形で表明された立法部の意思が、憲法の形で表明された人民の意思に反する時には、判事は、制定法によってではなく、憲法によって支配されるべきである」

「権力を制限する憲法にとって、司法裁判所は立法部の権力篡奪を防ぐ防塞である」

『ザ・フェデラリスト』（斎藤真訳）へ中公バックス「世界の名著」

(一) アメリカ合衆国における裁判所の役割

コモン・ローの伝統をもつ英米においては、裁判所は法形成の役割を負っている。とりわけ合衆国では、事件性を前提として立法および行政機関の行為を審査する違憲立法審査権が裁判所に与えられ、トクヴィルが記したよう

に、アメリカ合衆国の裁判官は最終的には法律ではなく憲法に基づいて判断を下すことが求められている⁽¹⁾。事実の概要から書き始められる最高裁判所の判断は、法廷意見、反対意見それぞれの立論が詳細に展開されるうえ、*amicus curiae*の制度によって裁判官以外の法律家の意見も反映されて法形成が行われている。排除法則に善意の例外を認めた *United States v. Leon* の反対意見でブレナン裁判官はこのように述べている。「合衆国憲法は、その重要な規範のほとんどを概括的に規定している。したがって、それに意味を与える役割を負うのは、具体的な事案における裁判所の判断である。……憲法の本質は、大筋を定め、重要な目的を設定することにあり、その目的を達成するための具体的な手段は、その目的から論理的に導き出されるものなのである。……政府の権限を制限する憲法の下では、司法府も憲法上の権利の保障について行政府に優るとも劣らない責任を負っている。」

裁判官は、場合によっては裁判を通じて事実上政策決定にも影響を与えることになるので、州レベルの裁判官の任命は公選制によることも多く、連邦裁判所の裁判官は、大統領によって任命されるが、上院の承認を得なければならぬ⁽²⁾ことで、その任命に民主的なコントロールが及ぼされているとみることができよう⁽³⁾。議会制定法を至上とする立場を一元的な法形成を求めるといふならば、アメリカでは多元的な法形成が認められているといえるだろう⁽⁴⁾。合衆国では、裁判所の判断と議会の立法の相互作用によって法が形成されていくのであり、たとえば、合衆国最高裁判所は一九七二年に *Furman v. Georgia* でそれまでの死刑科刑手続を違憲と判断したが、死刑を存置する州ではこれを受けて法改正に着手し、一九七六年にそれらの改正法の合憲性が再び最高裁判所で判断されることになったのである⁽⁵⁾。そこには、民主制による多数派原理に基づきながら、制限政府の考えかたをとり、個人の多様な生き方を権利として認めて、その保障を裁判所に委ねた国と、歴史的にみて、国家統一のため裁判にも国家意

志の実現を求めた国との相違が見出される。もつとも、今日では、成文法国における判例の重要性も、英米における制定法の重要性もそれぞれ認知されているところであつて、文脈によつては、その国がどちらの法域に属するかを議論の根拠とすることにさしたる意味がない場合もあるう。

(二) 日本における裁判所による法形成⁽⁶⁾

1 日本の刑事訴訟法は大陸法を継受した後、アメリカ法の圧倒的影響の下に成立した。アメリカ合衆国はコモン・ローの伝統をもつ国であり、大統領制をとる点で日本のそれと異なる三権分立制度をとる。合衆国最高裁判所には、連邦制や法執行機関の分権性などの事情により、合衆国全体の法運用を統一する役割が与えられており、裁判官の選出方法も法律家のキャリアも日本とは異なる。したがつて、合衆国で裁判による法形成が行われていることだけを理由に、日本でもそれが行われるべきだと主張するわけにはいかない。同様にして、法定主義がフランスに由来するといつても、日本の法定主義がフランスのそれと同一の原理・原則に基づく必然性はない。重要なのは、日本の法制度に影響を与えた国々の法制度やその背景を知つたうえで、日本に相応しい制度を考えることであらう。

2 日本は、コモン・ローの伝統をもたないが、判例違反は上告理由であるし（法四〇五条）、所持品検査、告知・聴聞を受ける権利、証拠開示、排除法則、迅速裁判などに関する最高裁の判断が判例として定着しており、刑事手続についても裁判所による法形成が行われていることについては疑いがない。また、議院内閣制により議会の多数派が行政府を構成することになっているが、アメリカ法に倣つて裁判所には違憲立法審査権が与えられている。したがつて、立法府の法定能力を信頼し、制定された法律の無謬性¹¹法律の至上性を前提として、議会の制定した法律の適用のみが司法府の役割であるとするフランス型の三権分立・法律至上主義は日本では採用されていない。

むしろ、行政機関や議会の活動を憲法に照らして審査し、個人の権利を保障する役割が裁判所に期待されている。違憲立法審査制度の下では、たとえ法律が制定されても、それが憲法に違反すればそれは無効と宣言されなければならないのである。憲法四一条は、国会を唯一の立法機関としているが、これは国会が憲法の下で最高の立法機関であることをいうものと理解すれば、⁽⁷⁾ 裁判所によって形成された法を議会が立法で変更することは禁じられていないのであるから、判例による法形成は三権分立には反しない。また、将来起こり得るあらゆる社会の変化を想定した立法は不可能であるし、議会における立法活動は様々な利害調整を経て行われるものであることから、立法府に、迅速な法制定や真に国民の多数が望む法律の制定を期待することには一定の限界がある。⁽⁸⁾

もちろん、判例による法形成は、その担い手、判断材料、判断対象などにおいて議会の立法とは異なる性質をもつ。⁽⁹⁾ 日本の裁判官は、国民に対して直接に政治的な責任を負う立場にはないし、議会が多くの判断材料を用いて政策実現のために立法するのに対し、裁判所は具体的な事案解決の限度で、提出された証拠だけに基いて判断を下す。また、議会の立法にはある程度幅のある文言が用いられるので、直接間接に規律される事象にも幅が生じるが、裁判では具体的事件の解決に必要な範囲で法形成が行われる。このことは、逆に言えば、立法には必然的にある程度の曖昧さが伴い、実社会と法律との間を裁判所の判断が埋めていかなければならないということも意味するだろう。

3 このように、日本において一般的に判例による法形成が認められるとしても、捜査手続に関する強制処分法定主義が、「法律の定める手続によらなければ」生命・自由を奪われないと謳う憲法三一条に基づくものと解する以上、明文に定めのない捜査方法について、あらたな強制処分（令状）を裁判所が「創造」することを憲法は許さないという反論があろう。

確かに、公権力行使の正当性が国民に由来することを前提とする社会にあつては、主権者たる国民の議論・価値判断を経ず、その同意を得ない公権力行使は認められないから、個人の自由や法益を制限する処分は法定されるべきである。しかし、そのことは裁判所が法形成に参加してはならないことを意味するだろうか。日本の現行の捜査手続では、裁判官は、捜査活動の理由と必要の有無を審査して令状を発する役割を与えられているが、それは、職権主義におけるように裁判官が定型の令状を発してはじめて捜査が許されるということの意味するわけではない。個別の事案において個人の権利保障と捜査の必要のバランスをとることが現在の裁判官の役割なのである。もちろん、裁判所による基準設定は、主権者による価値選択や基準設定と同じではない。しかし、繰り返しになるが、国の活動から個人の自由を保障するには、まず、その活動の具体的な基準・要件が適正であることが重要なのであり、裁判所の示した基準が正しくないと主権者が判断するときは、議会がそれを変更することで、国民の議論・価値判断の場は残されているのである。⁽¹⁰⁾ また、そのためにも裁判所は結論に至った理由をできるだけ詳細に示すことが望まれる。

このような主張には、さらに、具体的な事案の解明を使命とする裁判所は犯罪捜査の現状を追認する傾向があり、なし崩しに国に犯罪捜査の便法を与えることは危険であるという批判があろう。国が個人の内心まで統制しようとした過去の歴史が教えるところは大きく、現状を追認するための裁判であれば立法も裁判もその意義を失う。しかし、裁判所の判断は憲法の原理・原則の枠内で行われるのであつて、いかに犯罪摘発にとって効率的な手段であつても、憲法の示す価値や基準に違反すれば、それは決して許されてはならないのである。したがって、法律に定めのない処分が許されるかどうかは、憲法に示された基準を充たすことができるかどうかで決まるのであり、裁判所

は現状を追認するために理論構成をするわけではない。⁽¹¹⁾

個人の自由や尊厳は、国家によっても犯罪によっても理由なく奪われてはならない。強制処分法定主義は、国の強制処分権に民主的コントロールを及ぼすことによつて個人の権利を保障しようとするが、裁判所にも個人の権利を保障する役割は与えられている。裁判所の判断は議会の権限を奪う最終的なものではないのであり、裁判例も材料に議会における議論が深まり、多元的な法形成が行われることを日本で禁ずる理由はないと思われる。

- (1) Tocqueville, *Democracy in America*, Harper & Row, Publishers (1966), p.90 違憲立法審査権は、それを裁判所が行使した場合は、それに反する一切の行為が無効になるという点で最終的 (final) なものであり、通常の裁判所による法形成とは意味あい異なるが、本稿ではその相違には踏み込む必要はない。See, Wellington, *The Nature of Judicial Review*, 91 *Yale Law Journal* 486 (1982)
- (2) *United States v. Leon*, 468 U.S.897 (1984) (Brenann, J., dissenting)
- (3) Neubauer, *Judicial Process* 2nd ed., p.159
- (4) 樋口前掲論文二六頁
- (5) *Furman v. Georgia*, 408 U.S.238 (1972); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976); *Woodson V. North Calorina*, 428 U.S. 280 (1976)
- (6) 田宮裕「刑事訴訟における判例の機能」『刑事裁判の理論』鴨良弼先生古稀祝賀論集所収、久岡康成「刑事手続における裁判による法創造とデュー・プロセス」立命館法学二四三・二四四号二五三頁、田中英夫「判例による法形成」法学協会雑誌九四巻六号七五五頁、田中成明「裁判による法形成」新・実務民事訴訟法講座(1)所収、中野目善則「法定主義について」亜細亜法学三一巻一号一三九頁

- (7) 田中前掲論文九四頁
- (8) 日本の現実の立法事情にも目を向けないわけにはいかない。
- (9) 田中英夫前掲論文九三頁、田宮裕前掲論文八四頁
- (10) したがって、憲法三一条は法律主義を定めたものというよりは、アメリカ法に倣った適正手続を定めた規定と解すべきであろう。
- (11) 久岡前掲論文は、議会で立法されやすい多数派の利益を守る事項、たとえば国にある権限を与えるといった事項については、裁判所が法形成すべきではないが、少数派の権利を守るためには裁判所が法形成をすることが許される、とする。しかし、憲法に示された原理・原則に従って事案を判断する裁判所にそのような政策的配慮を期待すべきではないと考える。また、そのように解しても、たとえば、尿を対象物とした搜索・差押許可状に条件をつけることなどは、被疑者に身体的な危険が及ばないための配慮であるから許されると解し得るのではないだろうか。