The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	いわゆる「意思制圧説」について
Author(s)	松田, 岳士
Citation	阪大法学. 2025, 74(5), p. 1-22
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/100306
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

論　　説

いわゆる「意思制圧説」について

松 田 岳 士

一　はじめに

(1)　刑事訴訟法197条１項但書の「強制の処分」の解釈については、これを、①「相手方の明示または〔合理的に推認される〕黙示の意思に反して」、②「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」処分と定義する重要権利利益侵害説[(1)]が、現在の「通説」ないし「有力説」とされる[(2)]。

同見解の主唱者によれば、この定義は、最決昭和51年３月16日刑集30巻２号187頁（以下、「最高裁昭和51年決定」という）が、「有形力が現に用いられた当該事案」との関連で示した、「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段」という「強制手段」の定義を、「通信・会話の傍受や写真撮影など、必ずしも有形力の行使を伴わない処分……への波及の可能性」をも視野に入れて、「刑事訴訟法197条１項但書の『強制の処分』を統一的・整合的に理解するために……整備し、汎用性のある基準」としたものとされる[(3)]。

そして、同見解に見られるような「強制の処分」該当性判断において「重要な権利・利益の侵害の有無を問題とする[(4)]」考え方は、電話傍受およびエックス線照射による宅配便荷物の内容物の観察行為について強制処分該当性を認めた最決平成11年12月16日刑集53巻９号1327頁（以下、「最高裁平成11年決定」という）および最決平成21年９月28日刑集63巻７号868頁（以下、「最高裁平成21

年決定」という）を経て、いわゆる「GPS 捜査」について、「個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品に秘かに装着することによって、合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法」であって、「個人の意思を制圧して、憲法の保障する重要な法的利益を侵害する」ものとして強制処分該当性を認めた最大判平成29年３月15日刑集71巻３号13頁（以下、「最高裁平成29年大法廷判決」という）により、判例もこれを共有するに至ったとの評価もある[5]。

しかしながら、この重要権利利益侵害説が提示する「強制の処分」該当性の判断指標のうち、とくに、①「相手方の明示または黙示の意思に反して」行われるという点に対しては、主として最高裁昭和51年決定をはじめとする判例の解釈としてではあるが、「相手方の意思に反するという程度を超えて、それを制圧する[6]」、「意思に反するばかりではなく意思を制圧する[7]」、あるいは、「相手方の意思を制圧するというような強度の有形力を加える[8]」に至ってはじめて強制処分該当性が認められるとする諸見解[9]――その具体的な主張内容には差異があるが、「意思を制圧して」という表現を重視することから、「意思制圧説」と総称される――が一定の支持を得るに至っており、「強制の処分」の解釈をめぐる学説上の議論は、現在、この２つの見解の対立を軸として展開されているといってよい[10]。

(2)　意思制圧説は、とりわけ、行為の手段・方法・態様に着目して強制処分性を論じる[11]点において、強制処分該当性の判断指標について、「権利侵害を基軸とする[12]」重要権利利益侵害説が「通説」ないし「有力説」とされるなかで、ともすれば、上記②の「権利侵害性」の要素に注目が集まりがちであったところ、むしろ、刑訴法197条１項但書および最高裁昭和51年決定の文言に忠実に、①の「強制的に」行われるというその手段・方法・態様（「強制性」）に目を向ける契機をもたらしたという点において、重要な指摘を含むものである[13]。

しかしながら、両見解の間でこれまで展開されてきた議論は、強制処分性の本質、あるいは、「強制の処分」概念を構成する２つの要素の関係性等の根本的な解明に向かうというよりは、①の「強制性」要素の内容理解の範囲にとどまってきた。しかも、両見解がその眼目とする「意思に反して」と「意思を制

圧して」という表現自体についても、その意味するところや想定される場面が明確に特定されてこなかったこともあり、同議論にはすれ違いの感がないわけではない。

具体的には、たとえば、重要権利利益侵害説の側からは、「意思の制圧」を「文字通り現実に対象者の意思を制圧すること」として捉えた上で、同指標の下では、とりわけ、対象者の不知のうちに行われる――ために、それに同意・承諾するかについての同人の「意思」がそもそも存在しない――処分に強制処分該当性を認めることが困難になると指摘される[14]。

しかし、この問題は、「意思に反して」という表現にも同様に妥当するというべきであり、同見解が、「合理的に推認される黙示の意思」に反するか否かという指標の援用を必要とするのもまさしくそのためであろう。反対に、仮に「意思に反して」という表現の下でこの「合理的に推認される黙示の意思」指標による解決が有効であるとすれば、同じことが、「意思を制圧して」という表現についても妥当することになり、そうであるとすれば、この点においては、両見解の間に優劣関係は認められないことになろう。

他方、意思制圧説の側からは、捜査行為が「強制の処分」に該当するというためには、それが単に処分対象者の「意思に反して」行われただけでは足りず、その「意思を制圧して」行われる必要があることが強調される。

しかし、実際には、重要権利利益侵害説も、「意思に反して」を「意思を尊重せずに」と言い換えている[15]ことからすれば、一度は「反対意思」を示した処分対象者から（自由な意思決定に基づく）同意・承諾を得るよう「説得」するための行為を「意思に反する」ものだとはいわないであろう[16]し、他方、意思制圧説に属する見解においても、「意思の制圧」を、「文字通り現実に対象者の意思を制圧すること」だけではなく、むしろ、これを含む「〔対象者の意思を〕意に介することなく専断的に捜査目的を完遂する」こと全般を意味するものと「解釈」するものもあり[17]、また、いわゆる「間接強制」による義務づけなども「意思の制圧」と同等に扱う説もあることからすると[18]、「強制性」に関する両見解の実質的差異が何処に求められるかは必ずしも明らかではない。

(3) そこで、本稿においては、刑訴法197条１項但書の「強制の処分」概念

を構成する「強制性」の要素の意義および内容について考察するための手掛かりを得ることを目標に、対象者の不知のうちに行われる処分の強制処分該当性の根拠づけをめぐって重要権利利益侵害説と意思制圧説の間で展開されてきた議論の内容を改めて検証した上で、両見解が、それぞれ、「意思に反して」および「意思を制圧して」という表現の下で実質的に何を問題としてきたのかについて考察を加えてみることにしたい。

（1）　井上正仁『強制捜査と任意捜査』（有斐閣、新版、2014年）12頁。
（2）　渡辺咲子「強制処分――任意処分との区別」明治学院大学法科大学院ローレビュー25号（2017年）125頁、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』（有斐閣、第３版、2021年）13頁等。
（3）　井上・前掲注（1）18頁以下。
（4）　井上・前掲注（1）21頁。
（5）　川出敏裕「『強制処分』の概念とその規律――現状と今後の課題」刑法雑誌58巻３号（2020年）11頁。
（6）　川出敏裕「任意捜査の限界」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀　刑事裁判論集　下巻』（判例タイムズ社、2006年）28頁。
（7）　渡辺・前掲注（2）129頁。
（8）　小林充「強制処分と任意処分」研修671号（2004年）８頁。
（9）　そのほか、意思制圧説に分類される見解として、佐々木正輝＝猪俣尚人『捜査法演習――理論と実務の架橋のための15講』（立花書房、2018年）53頁以下〔佐々木正輝〕、津田敬三「行為規範としての刑事訴訟法197条１項の解釈――最大判平成29年３月15日を巡って」慶應法学43号（2019年）53頁等。
（10）　大澤裕「強制捜査と任意捜査」法学教室439号（2017年）58頁以下、古江・前掲注（2）11頁参照。
（11）　小林・前掲注（8）13頁、川出・前掲注（6）27頁。
（12）　川出・前掲注（5）９頁。
（13）　松田岳士「強制処分該当性判断の方法について」阪大法学74巻２号（2024年）353頁以下。
（14）　井上正仁「連載／刑事訴訟法１　序章〔捜査概説〕２」有斐閣 Online ロージャーナル（2023年）（YOLJ-L2311002）¶018~020。
（15）　井上・前掲注(14)¶019。
（16）　大澤・前掲注(10)64頁以下、井上・前掲注(14)¶014参照。
（17）　佐々木・前掲注（9）71頁。

(18)　小林・前掲注(８)10頁参照。

二　密行的捜査行為の強制処分該当性

(1)　重要権利利益侵害説の主唱者は、意思制圧説について、「『強制』と言えるためには、単に対象者の同意ないし承諾なく権利・利益を侵害するというだけでは足らず、有形力を用いるなどして、当該処分に対する物理的抵抗を排除したり、対象者をしてその処分に服することを余儀なくさせるなど、その方法ないし態様が相手方の意思を『制圧』するものであることが必要であり、最高裁昭和51年決定は、まさにその点こそを強制処分と任意処分を分ける分水嶺としたものだ、とする見解」として定義する。

その上で、対象者の不知のうちに行われる処分の強制処分該当性について、次のように述べて、意思制圧説の「〔最高裁昭和51年決定〕の事案を離れて他の処分や措置を視野に入れた場合の判定基準としての汎用性ないし有効性」に疑問を提示する[(19)]。

「意思制圧説のように、〔「意思の制圧」という〕要因を《有形力の行使などに依る現実の制圧》を意味するものと解し、これを判別のキー・ポイントとした場合、例えば、居住者や管理権者が不在のときに住居等に立ち入って捜索を行うことや、対象者に知られずに実施されることを言わば本来的属性とする通信・会話の傍受や……GPS 捜査などは、対象者が反対意思を表明する余地すら凡そなく、従って、それを制圧するということもないから、任意処分だという結論にならざるを得ないが、これは明らかに当を得まい。

すなわち、当事者の不知のうちに行われる処分の場合には、「当の処分が行われることを対象者が知らないから反対せず、従って、その制圧の必要がないというだけのことであり、本人が知れば通常、当然拒否すると考えられる場合に、そのように『合理的に推認される対象者の意思』に反して同人の権利を奪うのも、現実に表明された対象者の反対意思を制圧して同様のことを行うのと、価値的に同等――即ち、後者では現実の意思制圧という露骨で強度の（しかし付加的な）侵害に依り加重されている、と見えるとは言え、対象者の重要な権

利・利益を、本人の意思を尊重せずに、実質的に侵害するという中核においては何等異ならない――と言え、従って、強制処分該当性についても別異の扱いをすべきものではない……。

その意味で、〔「意思の制圧」という〕要因は、『対象者の明示または合理的に推認される黙示の意思に反すること』と言い直すことに依り、それらの場合にまで有効に適用し得る基準とするのが適切だと考えられる。」

(2)　ここでは、まず、意思制圧説の下での「意思の制圧」が、「現実の制圧」、すなわち、処分対象者によって「現実に表明された……意思」の「制圧」を意味するものとされ、そのことが、対象者に知られずに実施される密行的処分の強制処分該当性を根拠づけるにあたっての桎梏となるとの認識が示されると同時に、この点について、自己の主張にかかる「意思に反して」という指標の優位性が主張されている。

しかしながら、対象者の不知のうちに行われる処分においては、同人が「反対意思を表明する余地すら凡そない」のだとすれば、それを「制圧する」ことだけでなく、それに「反する」ということもやはりないはずであるから、後者の表現の下でも、これを文字通りに解するならば、密行的処分が「任意処分だという結論にならざるを得ない」ことに変わりはないというべきであろう。

すなわち、「現実に表明された……意思」の存在を前提とするという問題は、「意思を制圧して」という表現に固有のものではなく、「意思に反して」という表現にも同様に認められるのであり、後者の指標の下で、密行的な処分の強制処分該当性を認めるために「合理的に推認される対象者の意思」という概念が援用されるのも、まさしく、そのような「現実に表明された……意思」の欠如を補うためであろう[20]。

また、そうであるとすれば、逆に、意思制圧説においても、「合理的に推認される対象者の意思」という指標を援用することによってこの問題は解決されることになるはずである[21]。実際、対象者の不知のうちに行われる処分については、「本人の意思を尊重せずに」行われるという点において、その「意思に反して」行うことと「意思を制圧して」行うことが、「価値的に同等」とされるのであるとすれば、この場合には、捜査機関は対象者の「意思」におよそ頓着

せずに当該処分を行う以上、その不尊重の度合いという点において、当該処分は、「合理的に推認される対象者の意思を制圧して」行われるということに支障はないものと考えられる。

実際、この点について、意思制圧説のなかには、「意思の制圧」には、「対象者が当該捜査を受けていることを認識したならば当然これを受容しないことが予想されるにもかかわらず、それ――推定的拒絶――を意に介することなく専断的に捜査目的を完遂する場合」も含まれると説く見解もあるが[22]、これは、「合理的に推認される対象者の意思を制圧して」行われる処分に「強制」性を認める趣旨に理解することができよう[23]。

その意味において、重要権利利益侵害説の主唱者による上記のような指摘が、少なくとも同説による意思制圧説に対する批判として成り立ちうるかは疑問であり、対象者の不知のうちに行われる捜査行為の強制処分該当性の根拠づけという点では、「意思に反して」という表現には、「意思を制圧して」という表現に対する優位性は認められないというべきである[24]。

(19)　井上・前掲注(14)¶018~020。

(20)　より正確には、「意思に反して」というためにはその対象となる「意思」が必要となるところ、密行的処分においては、そもそもそのような「意思」自体が存在しないため、代わりに架空の「推認される黙示の意思」を援用する必要が説かれるのである。なお、大澤・前掲注(10)65頁は、「相手方に秘密裡に行われる処分の場合」には、「相手方の承諾がなく、その権利・利益が放棄されたといえない以上、……相手方の意思に反しているといえ〔る〕」というが、この場合には承諾がない以前にそもそも「意思」それ自体がないのであるから、「意思に反している」とはいえないはずである。

(21)　「合理的に推認される黙示の意思」という指標を援用することの妥当性については議論があるが（後述**五**(2)参照）、本稿においては、重要権利利益侵害説と意思制圧説の間で展開されてきた議論の妥当性を検証するために必要な範囲の言及にとどめ、この点についての検討には立ち入らない。

(22)　佐々木・前掲注(９)71頁。

(23)　佐々木・前掲注(９)143頁は、「合理的推認を施して反対意思を認定することは両説共通」であるとする。

(24)　なお、意思制圧説に分類される見解のなかには、「有形力の行使は、現実的に

行使される場合のほか観念的にこれと同視できる場合をも含む」とし、「相手方の意思を制圧するというような強度の有形力」は、現実的に行使されなくとも、「観念的にこれと同視できる場合」にもその行使があったということができると説くものもあるが（小林・前掲注(８)９頁以下)、ここに「観念的に〔有形力の行使〕と同視できる」行為とは、刑訴法上の「特別の定」に基づいて行われる行為をいうものと解され、根拠規定が存在しないか、存在するとしても所定の手続がとられていない場合に問題となる「合理的に推認される対象者の意思」を制圧して行われる処分とは異なるものである（大澤・前掲注(10)70頁参照)。

三　「二分的判例解釈」の妥当性

(1)　このように、重要権利利益侵害説および意思制圧説は、「強制」性の意義を、それぞれ、処分対象者の「意思に反すること」および「意思を制圧すること」に求めるが、これらはいずれも、「反する」あるいは「制圧する」対象となる処分対象者の「意思」の存在を前提とする表現であるため、そのままでは、密行的に行われる――がゆえに、それに同意・承諾するか否かの対象者の「意思」自体がそもそも存在しない――処分の強制処分該当性を根拠づけることができないことに変わりはなく、「合理的に推認される対象者の意思」という概念の援用は、まさしく、この問題を解決するための便法の一つであったということができる。

もっとも、同問題については、基本的に意思制圧説的な考え方に立ちつつも、「問題とされる処分の態様に応じて、二つの基準を使い分ける」ことによる解決の可能性を――直接的には最高裁昭和51年決定、平成11年決定、平成20年決定等の最高裁判例の解釈として――示唆する見解もある。より具体的には、捜査行為が、Ⓐ「直接に相手方に向けてなされる」場面とⒷ「対象者が気付かないうちに行われる」場面とを分け、その強制処分該当性は、Ⓐの場面では、「制約される権利の重要性ではなく、あるいは、それとならんで」、その「行為態様」が、「相手方の意思に反するという程度を超えて、それを制圧する程度に至っていたか」否かにより判断されるのに対して、Ⓑの場面においては、「意思を制圧することと、意思に反することとの区別はできず、要は推定的な

意思に反するという基準しかありえない」から、「意思に反した重要な権利、利益の制約」があるか否かにより判断されるというのである。[25]

(2) このいわゆる「二分的判例解釈」に対しては、重要権利利益侵害説の主唱者から、次のような批判が向けられている。[26]

「刑訴法197条１項但書という同じ法規の『強制の処分』という一つの語句の解釈として、そのような使い分けが当然あるいは随意に許される、というものではない筈である。むろん、論者が言う〔Ⓐ〕・〔Ⓑ〕両者の処分の間に性質上有意の差異があり、そのことから、そのような異なった取扱いをすべきであることが合理的に導かれるのであれば別であるが、その点の論証は為されていない。

特に、〔重要権利利益侵害説の主唱者〕などの考え方は、〔Ⓐ〕の場合の強制処分該当性を否定するわけではなく、その場合をも包摂して、これを肯定するものである。それにも拘わらず、そこから敢えて〔Ⓐ〕の場合を切り出し、これについては意思制圧説が言う『制圧』がある場合に強制処分該当性の範囲を限定して、〔Ⓑ〕の場合と並立させることに――……最高裁昭和51年決定の用語のやや硬直的な語義解釈を墨守する以上の――何らかの実質的な意味ないし正当な理由があるかは、疑問である。」

(3) たしかに、二分的判例解釈が、ⒶおよびⒷの場合の強制処分該当性について、性質を異にする判断指標が「あたかも所与のものであるかのように」妥当する旨説くものであるとすれば、このような「使い分け」は便宜的に過ぎ、また、「強制の処分」という同一の文言の統一的解釈を最初から放棄するものとして、「刑事訴訟法学の在り方として問題があるばかりか、徒に混乱を生じさせるもの」[27]というべきであろう。

この点について、たとえば、同見解は、Ⓐ「直接に相手方に向けてなされる」場面においては、「制約される権利の重要性ではなく、あるいは、それとならんで（傍点引用者）」、「意思の制圧」の有無が問題とされるとするが、これが仮に、この場面においては、「制約される権利の重要性」が最初から問題とならない場合があるという趣旨であるとすれば、その妥当性には疑問がある。

なぜなら、強制処分性を構成するものとして挙げられる「強制性」と「権利

侵害性」という二つの要素間の関係については、後者の「権利侵害性」は、捜査機関が当該行為を行うにあたり、特定の個人の意思を尊重すべきであるとすればそれはなぜか――あるいは、その個人に、当該捜査行為への協力を拒否する法的資格が認められるか否か――を問題とするものであるという意味で、前者の「強制性」の有無を問題とする前提となるものと解され[28]、そうであるとすれば、「制約される権利の重要性」[29]を欠く場合には、そもそも「意思の制圧」の有無を問題とする前提を欠くことになるはずだからである[30]。

(4)　もっとも、二分的判例解釈論者は、他方で、「すべての捜査行為を対象とする統一的な強制捜査の定義を立てるのであれば、〔重要権利利益侵害説〕のように、相手方の意思に反した重要な権利、利益の制約を伴う処分ということになろう」としている[31]ことからすれば、Ⓐ「直接に相手方に向けてなされる」場面においても、基本的には、「制約される権利の重要性」を考慮した上で、「それとならんで」、「意思の制圧」の有無を問題とする趣旨に解することもできよう。

そうであるとすると、同見解が、敢えて「問題とされる処分の態様に応じて、二つの基準を使い分ける」意味は、結局のところ、Ⓑ捜査行為が、「対象者が気付かないうちに行われる」場合について、――Ⓐの「直接に相手方に向けてなされる」場合と同様の「推定的な意思を制圧する」という基準ではなく――「推定的な意思に反する」という基準を援用する点に求められることになる。

しかしながら、このような「使い分け」に、「何らかの実質的な意味ないし正当な理由があるかは、疑問である」ように思われる。なぜなら、同見解は、その理由を、Ⓑの場面においては、Ⓐの場面におけるのと異なり、「意思を制圧することと、意思に反することとの区別はできず、要は推定的な意思に反するという基準しかありえない」ことに求めるが、そもそも、この場合に、「意思を制圧すること」と「意思に反すること」との区別ができないのであれば[32]、反対に、「推定的な意思を制圧する」という基準も十分にありえるものと考えられるからである。

実際、Ⓑの場面においては、対象者には――重要権利利益侵害説の主唱者も説く通り[33]――「反対意思を表明する余地すら凡そ」与えられないが、このこと

は、処分対象者の「意思」の不尊重の程度という意味においては、「現実に表明された対象者の反対意思を制圧して……行うのと価値的に同等」か、あるいはそれ以上のものというべきであって、「推定的な意思」の概念を援用する場合には、それに「反する」というよりも、むしろ、それを「制圧する」という方が、少なくとも「価値的に」はより実態に適合しているようにも思われる。[34]

にもかかわらず、二分的判例解釈論者が、Ⓑの場面においては、敢えて「推定的な意思に反するという基準しかありえない」として、Ⓐの場面における「意思の制圧」と区別すべきことを説くのは、あるいは、同論者においても、「意思の制圧」というためには、「文字どおり現実に対象者の反対意思を制圧することまで要求」されるとの認識[35]が（重要権利利益侵害説の主唱者と）共有されているからかもしれない。

しかし、前節において確認した通り、その文字通りに理解するならば、対象者の「意思」の存在が前提とされるという問題は、「意思に反して」という指標においても同様に妥当するのであり、「合理的に推認される対象者の意思」指標は、まさしく、そのような「意思」の不存在を補うために援用されるのであるから、このことは、「意思を制圧して」という基準についても当然に当てはまるものというべきであろう。

そうであるとすれば、Ⓑの場面においても「推定的な意思を制圧する」という指標が妥当するのであって、二分的判例解釈論者において、強制処分該当性の判断方法・基準について、「対象者が気付かないうちに行われる」処分と「直接に相手方に向けてなされる」処分の間で「異なった取扱いをすべきであることが合理的に導かれ」ているかは、やはり疑問であるといわなければならない。

(25)　川出・前掲注(6)29頁。
(26)　井上・前掲注(14)¶024, 025。
(27)　井上・前掲注(1)21頁。
(28)　松田岳士「『強制の処分』の定義と捜査妨害排除」阪大法学71巻3・4号（2021年）40頁以下。
(29)　「権利侵害性」を「強制性」の前提問題ないし先決問題として捉える私見によ

れば、ここで問題とされるべきは、正確には、「制約される権利の重要性」ではなく、むしろ、個人が捜査行為への協力を拒否する法的資格を根拠づけるような権利の「質」あるいは「内容」を意味するものということになる（松田岳士「『強制の処分』概念と個人の『権利』」宇藤崇ほか編『渡辺修先生古稀祝賀論文集 刑事司法の理論と実践』（現代人文社、2024年）10頁）。

(30)　川出・前掲注(６)30頁は、「意思に反するにとどまらず、意思を制圧するにまで至っている場合については、それだけ重大な権利の制約がなされるのであり、その意味で、制約される権利の質ということが、そこには組み込まれている」との理解の可能性を認めるが、ここには、「強制性」と「権利侵害性」の要素の関係の倒錯がみられるというべきであろう（松田・前掲注(13)355頁）。

(31)　川出・前掲注(６)30頁。

(32)　なお、渡辺・前掲注(２)129頁は、「相手に知られない処分であっても、その処分の態様や強度が問題となると考えるのが自然」であるという。

(33)　井上・前掲注(14)¶019。

(34)　「意思の制圧」には、対象者の「推定的拒絶」を「意に介することなく専断的に捜査目的を完遂する場合」も含まれるとする見解（佐々木・前掲注(９)71頁）も、おそらくそのような認識を前提とするものと思われる。

(35)　井上・前掲注(14)¶012。

四　「意思に反して」と「意思を制圧して」の差異

(1)　以上において、「強制の処分」概念の一構成要素としての「強制性」の意義をめぐって重要権利利益侵害説と意思制圧説（二分的判例解釈を含む）の間で展開されてきた議論を検討してきたところからは、少なくとも、対象者の不知のうちに行われる処分に強制処分該当性を認めるための根拠という点では、「意思に反して」と「意思を制圧して」という表現の差異には、特段の意味が認められないことが確認された。

他方、被処分者の認識可能な捜査行為の強制処分該当性の判断指標としては、意思制圧説の側から、「『意思の制圧』と『意思に反する』は明らかに異なる」のであって、「『相手の意思に反する』というのは、強制処分にあっては当然の前提であるし、相手の意思に反してもなお任意処分である場合を認める以上、これは、強制処分と任意処分の区別の判断基準にはなり得ない」などとして、

両者の間の「態様や強度」の差異が強調されてきた。[36]

では、重要権利利益侵害説および意思制圧説が、それぞれ「意思に反すること」および「意思を制圧すること」という表現の下で想定している事態の間には、具体的に、そして実質的にいかなる差異が認められるのであろうか。

(2) この点について、重要権利利益侵害説の主唱者は、意思制圧説の下では、「『直接に相手方〔対象者〕に向けられる処分』自体との関係でも、……強引ないし無理な説明を余儀なくされたり、明らかに当を得ない帰結を導いたりすることになりかねない」として、次のような指摘を行っている。[37]

「意思制圧説に依る限り、意思の現実の『制圧』は、……『重要な権利・利益の実質的な侵害』に当たると誰もが認めるような場合においても、強制処分性を肯定するためには不可欠とされる。しかし、例えば、住居に立ち入り捜索するため――『強制処分』の手続を取ることなく――当の住居に赴いた捜査官らに対して、ドアを開けて応対した居住者が、黙っていて反対意思を明示せず、または明示しても抵抗や妨害まではしないので、捜査官らがそのまま、直ちに住居内に入って捜索を行ったとしても――論者の見解では、相手方の明示の意思に反する場合でさえ、それだけでは『意思の制圧』があったことにはならないと言うのであるから――『強制処分』には当たらないことになるが、これは明らかに当を得まい。

抑々、対象者の重要な権利・利益を本人の意思に反して実質的に侵害するか、し得るものなのに、これに加えて格別に、その意思の現実の『制圧』までなければ『強制処分』に当たらず、従って、刑訴法に根拠規定がなく厳格な法定の要件・手続に依らなくても実施できる――対象者の側に立って見れば、当の処分に単に同意しないというに止まる場合はもとより、反対意思を表明している場合でさえ、それだけでは足らず、処分に対抗する能動的動作に出て実力で排除ないし圧伏されるか、あるいは捜査官の行為・措置に依り物理的・心理的にそのような動作に出ることができない状態に置かれるという程度にまで至らない限り、強制処分法定主義に依る保護は受け得ない――とすることに、果たして、そして如何なる正当な理由があるのか。論者からはこれまでほとんど説明されてこなかったし、筆者には了解困難である。」

(3)　しかしながら、まず、「ドアを開けて応対した居住者が、黙っていて反対意思を明示……しないので、捜査官らがそのまま、直ちに住居内に入って捜索を行った」行為は、「反する」あるいは「制圧する」対象となる「意思」が表示されないまま行われる点において、捜査官にとってはその「意思」が存在しないのと同じであるから[38]、対象者の不知のうちに行われた処分の「強制性」に関する議論がここでも妥当することになろう。

すなわち、重要権利利益侵害説によれば、この場合にも、「合理的に推認される黙示の意思に反する」として強制処分該当性が根拠づけられ[39]、そうであるとすれば、「意思を制圧すること」という表現の下でも、同様に「合理的に推認される黙示の意思」という指標の援用によって「強制」性が肯定されうることになるものと解されるのである。

(4)　これに対して、「ドアを開けて応対した居住者が、……反対意思を……明示しても抵抗や妨害まではしないので、捜査官らがそのまま、直ちに住居内に入って捜索を行った」行為については、たしかに、「意思の現実の『制圧』」は行われないため、一見すると、対象者の「意思に反する」としても、「意思を制圧し」てはいないということになりそうである。

しかし、意思制圧説の下で、このような場合に、「〔対象者が〕処分に対抗する能動的動作に出て実力で排除ないし圧伏されるか、あるいは捜査官の行為・措置に依り物理的・心理的にそのような動作に出ることができない状態に置かれるという程度にまで至」っていないことを理由に強制処分該当性が否定されることになるかについては、議論の余地があるように思われる。

ところで、処分対象者の「意思に反して」という表現においては、これを文字通りに理解する限り、同人の（合理的に推認されたそれを含む）「反対意思」がいちおう確定的に決定ないし表明されていることを前提に、捜査行為がそれに「反して」行われたか否か――あるいは、逆に、一定の捜査行為が行われた場合に、それについての対象者の（確定的）意思の内容が「反対意思」であったか否か――が問題とされる一方で、捜査機関が、その同意・承諾を得るべく対象者の意思決定それ自体に働きかける場面については基本的に考慮の外に置かれてきたように思われる[40]。

これに対して、「意思を制圧して」という表現の下では、処分対象者により確定的に表明された「意思」に反する程度というよりも、むしろ、その「意思決定」の過程への介入の態様の方がその主要な問題とされてきたものと考えられる。

たとえば、意思制圧説の下では、最高裁昭和51年決定が、当該事案における警察官の制止行為について、対象者を「説得するために行われたものであり、その程度もさほど強いものではない」ことを理由に「強制手段にあたるものと判断することはできない」としたことについては、「意思を『制圧』したもとでは、『説得』はありえず、その意味で『説得』と『制圧』は相容れないとすれば、『説得するために行われた』とは、……『制圧』に至っていなかったことを示す趣旨にほかならないと見ることができる」との指摘が――重要権利利益侵害説の側から――なされている[41]が、ここにおいて、「制圧」と対比される「説得」とは、まさしく「意思決定」過程への介入の一態様と考えられる。

実際、意思制圧説のなかには、「意思を制圧する」とは、「対象者の意向がどうであろうとも一切構うことなく一方的に公権力の行使を断行・完遂する」ことをいうものとする見解もある[42]が、これを、捜査機関が対象者の「意思決定」過程に介入する場面に即して見れば、同見解にいう「意思に反するばかりではなく意思を制圧する[43]」とは、かならずしも、その「強度」において「相手方の意思に反するという程度を超えて、それを制圧する[44]」という意味ではなく、むしろ、たとえ対象者によりいったん反対意思が示されても、同意・承諾を得るための働きかけを行うことは可能であるところ、それが翻意を促すための「説得」にとどまるのであれば「任意」であり、反対に、その「意思を制圧」するに至れば「強制」となるという意味に理解することも可能である[45]。

(5)　このような理解の下では、意思制圧説においても、「居住者が、反対意思を明示しても抵抗や妨害まではしない」場合には、捜査官が、同意・承諾を得るべく同人を「説得」することまでは「任意」であるとしても、表明された反対意思を無視して「そのまま」――翻意を促すための「説得」を試みることもなく――「直ちに住居内に入って捜索を行った」場合には、「意思の制圧」が認められることになるものと考えられる。

そして、このような判断基準は、重要権利利益侵害説の立場からも十分に受け入れ可能なのではないかと思われる。実際、最高裁昭和51年決定を、「当該事案における警察官の制止行為」は、「あくまで『説得』のための行為であり、被疑者の意思を『制圧』しようとまでしたものではなかったため、『強制処分』には当たらない」としたものと見る可能性は、同見解の立場からも肯定されている。(46)

また、重要権利利益侵害説にあっては、「意思に反して」とは、「相手方の承諾がなく、その権利・利益が放棄されたとはいえないこと」を意味すると説かれることがあるが、(47) ここでは、その「承諾」を行う際に、同人が「真に《自らの考えに依り自由に意思決定のできる心理状態》であること」(48)が確保されていることが前提とされているものと考えられる。

そうであるとすれば、同見解にあっても、実質的には、処分対象者の「意思決定」への働きかけが行われる場面において、捜査機関が、「自らの考えに依り自由に意思決定のできる心理状態」を確保しつつ同意・承諾を得られるよう対象者を「説得」するところまでは「任意」であるが、その意思を「意に介することなく専断的に捜査目的を完遂する」(49)場合には「強制」に当たるということになるものと考えられるのである。

(6)　以上の考察に理由があるとすれば、重要権利利益侵害説および意思制圧説が、捜査行為の強制処分該当性の判断指標として援用する「意思に反して」と「意思を制圧して」という表現の差異は、「処分の態様や強度」それ自体の差異に着目したものというよりも、むしろ、想定する場面の差異を反映するものであるということになろう。

すなわち、意思制圧説は、主として、捜査機関が処分対象者の意思決定の過程に介入する場面を想定して、その介入が「説得」の域を超えて「意思を制圧する」に至っているか否かを問題とするのに対して、重要権利利益侵害説は、処分対象者が確定的に反対意思を決定ないし表明した場面を想定して、捜査機関がこれに「反して」当該行為を行うか否かを問題としてきたものと思われ、その意味において、ここには「対立」というよりも、議論のすれ違いがあるというべきである。

もっとも、意思制圧説も、処分対象者が確定的にその意思を表明する場面を考慮の外に置くわけではなく、また、「意思の制圧」を認めるために、必ずしも「文字どおり現実に対象者の反対意思を制圧することまで要求する」わけでもなかろう。むしろ、「意思の制圧」については、「説得」との対比において、対象者の意思を「意に介することなく専断的に」行うことを意味するものと「解釈」することにより、対象者が表明した反対意思を無視して――その翻意を求めて説得することもなく――捜査行為を実施するような場合には、「意思の現実の『制圧』」がなくても、「意思の制圧」を認めるものと解される。

また、その「強度」それ自体についても、それほど強いものが想定されているわけではなく、対象者が確定的に「反対意思」を表明する場合に、それにもかかわらず当該行為を断行するような場合には、通常は、「意思の制圧」があったと評価されるのではないかと思われる。実際、意思制圧説のなかには、「起訴前の証人尋問」や「身体検査」のように、「これに応じない場合は過料・罰金等の措置をとりうる」という意味において「相手方に間接強制を伴う義務を負わせる類型」の処分についても、「相手方に強い心理強制を与えるものであるから、〔相手方の意思を制圧するというような強度の有形力を加えるという〕類型との均衡上も強制処分に含めるべきである」とする見解もある[(50)]が、この立場からすると、「意思の制圧」を認めるには「間接強制」と同程度の「強度」で足りるということになろう。

他方、重要権利利益侵害説も、捜査機関による意思決定への働きかけのあり方について、これを完全に考慮の外に置くわけではなく、対象者の同意・承諾の有効性――すなわち、働きかけの結果、対象者が同意・承諾した場合に、それが「自らの考えに依り自由に意思決定できる心理状態」の下で行われた「真に任意の有効なもの」であるか否か――という形で、当該行為が「意思に反して」行われたか否かとは別に問題化するものと考えられる[(51)]。

そうであるとすると、被処分者の認識可能な処分の強制処分該当性判断についても、重要権利利益侵害説および意思制圧説から導かれる具体的な帰結に実質的な差異はなく、両見解の間に真の意味で「対立」があったかは疑問である。それどころか、両見解間の議論は、「意思に反して」および「意思を制圧し

て」という表現の形式的な妥当性をめぐって、しかも、各指標の妥当領域として異なる場面を想定して展開されてきたという意味で、十分に嚙み合ったものではなかったのではないかとの疑いが残る。

(36)　渡辺・前掲注(２)129頁。

(37)　井上・前掲注(14)¶026, 031, 032。

(38)　「強制性」の有無は、「実際に被処分者の内心がどうなったかを見るのではなくて、客観的に評価する」ことになるとの見方を示すものとして、佐々木・前掲注(９)141頁を、「対象者の意思に着目するのではなく、その態度等を勘案しつつも、捜査機関側の態度に着目」して判断されるとするものとして、津田・前掲注(９)53頁を参照。

(39)　井上・前掲注(14)注126）は、「『合理的に推認される意思』に反するか否かの基準による理論構成」は、「当の処分ないし行為が為されるのを対象者が認識しながら、同意・不同意いずれとも意思を表明しないような場合にも、その機能を発揮することが想定される」とする。

(40)　津田・前掲注(９)53頁は、「『拒否権を与えず意思を制圧する処分』としての強制処分に対置されるものとして、『承諾を得て行う処分』に加えて『承諾がない状況下での働き掛け（説得)』を含み得る点を直視したとき、〔重要権利利益侵害説から導かれる〕『承諾の有無』という基準は充分に機能しない」という。

(41)　大澤・前掲注(10)65頁。井上・前掲注(14)¶014、渡辺咲子「任意捜査の限界」三井誠ほか編『新 刑事手続Ⅰ』（悠々社、2002年）147頁も参照。

(42)　佐々木・前掲注(９)72頁。

(43)　渡辺・前掲注(２)129頁。

(44)　川出・前掲注(６)28頁。

(45)　渡辺・前掲注(２)129頁が、「『相手の意思に反する』というのは、強制処分にあっては当然の前提であるし、相手の意思に反してもなお任意処分である場合を認める以上、これは、強制処分と任意処分の区別の判断基準にはなり得ない」とするのも、あるいはこのような意味に解することができよう。また、津田・前掲注(９)53頁は、「強制処分において〔は〕、嫌疑が存在する場合において、対象者から承諾を得られないとしても、まずは説得し承諾を得ようとすることを市民は捜査機関に期待し、その限度においての受忍を市民の側が承認した結果が法となっている」とし、「説得により承諾を得るとの方法を断念・放棄し、相手の意向にかかわらず処分を断行するとの態度が看取される状況に至れば、これは処分の受忍を義務付けることになり、相手の意思を制圧するものとして『強制処分』と

なる」としている。

(46)　大澤・前掲注(10)65頁、井上・前掲注(14)¶014も参照。

(47)　大澤・前掲注(10)66頁。

(48)　井上・前掲注(14)¶064。

(49)　佐々木・前掲注(９)71頁。

(50)　小林・前掲注(11)10頁。

(51)　井上・前掲注(14)¶065~067参照。

五　おわりに

(1)　以上、重要権利利益侵害説と意思制圧説の間で展開されてきた議論について、本稿において検討してきたところから導かれる結論をまとめると、次のようになろう。

まず、処分対象者の不知のうちに行われる密行的捜査行為の強制処分該当性を根拠づけるにあたっては、処分対象者の「意思に反して」行うか、それとも、「意思を制圧して」行うかという表現の差異には特段の意味は認められないものというべきである。

すなわち、「意思に反して」、あるいは、「意思を制圧して」という表現においては、いずれも、特定の事柄について処分対象者の「意思」があることを前提に、これに「反して」、あるいは、これを「制圧して」当該行為が行われることが想定されており、処分対象者の不知のうちに行われる処分のように、処分対象者において、それに「反し」たり、「制圧」したりする対象となる「意思」それ自体が存在しない場合については、これらを文字通りに解する限り、この種の処分に「強制」性を認める理由の説明に困難があることに変わりはなく、両見解の間で優劣をつけることはできない。

他方、対象者が処分の実施を認識している場合については、重要権利利益侵害説は、対象者に確定的な「反対意思」がある場面を念頭において「意思に反して」という指標を示すのに対して、意思制圧説は、むしろ、主として捜査機関がその同意・承諾を求めて対象者の意思決定に働きかける場面を想定して「意思を制圧して」という指標の有効性を強調するのであり、ここには議論の

すれ違いがあったといわざるをえない。

そして、これらすべての場合を射程に入れて考えるときには、重要権利利益侵害説と意思制圧説のいずれの見解においても、「強制」性の意義が、実質的には――「意思に反して」、「意思を制圧して」という文言にかかわらず――、捜査機関が、処分対象者の「意思」を「尊重せずに」あるいは「意に介さずに」行為を行う点に求められていることに変わりはないのであり、両見解の間に「対立」があったといえるかは疑問である。

⑵　以上の考察に理由があるとすれば、重要権利利益侵害説と意思制圧説が想定する「強制性」の実質的な内容理解には差異はなく、「意思に反して」と「意思を制圧して」という表現の差異は、もっぱらその文言の形式にあるということになり、その意味においては、両見解を過度に対立的に捉えることは適当ではないというべきであろう。[52]

他方で、そうであるとすれば、――最高裁昭和51年決定ないし平成29年大法廷判決にいう「個人の意思を制圧し（て）」という文言の解釈としてはともかく――刑訴法197条１項但書の「強制の処分」の解釈を論じるにあたっては、その該当性判断のための「汎用性のある基準」を示すためにも、「意思に反して」または「意思を制圧して」といった表現に囚われ、あるいは過度にこだわるのは適当ではないというべきであろう。

実際、特定の捜査行為が「強制的に」行われたと評価される場合には、少なくとも、⒜対象者に、「意思」それ自体を決定ないし表示する機会がおよそ与えられなかった場合、⒝対象者が、「意思」を決定ないし表示する過程に、捜査機関がその自由を損なう形で介入した場合、そして、⒞対象者が「反対意思」を確定的に決定し、表示したが、それが無視された場合が含まれるが、このうち、「意思に反して」という表現は⒞の場合を、「意思を制圧して」という表現は⒝ないし⒞の場合をそれぞれ想定したものであって、いずれも、文字通りに理解する限り、これらすべての場合を包括する指標とはなりえない。

そのため、重要権利利益侵害説も、意思制圧説（の一部）も、⒜の場合については、対象者の「意思」それ自体が実際には存在ないし表明されないにもかかわらず、敢えて捜査行為が「意思に反して」または「意思を制圧して」行わ

れたというために、「『合理的に推認される意思』に反するか否かの基準による理論構成」の援用を説くが、この基準については曖昧さも指摘され[53]、また、その「理論構成」自体の妥当性についても疑念が示されている[54]。

また、重要権利利益侵害説においては、(b)の場合の「強制性」については、その結果決定ないし表示された同意・承諾の有効性の問題として論じることが想定されているものと考えられるが、このような理論構成では、まさしく最高裁昭和51年決定の事案がそうであったように、捜査機関による対象者の意思決定過程への介入行為の結果、対象者から同意・承諾が得られなかった――がゆえに、その有効性が問題とされることもない――ような場合に、同行為の適法性の判断基準を何処に求めるのかが問われることになろう[55]。

(3) 重要権利利益侵害説と意思制圧説の間の「対立」の狭間に残されたこれらの諸課題を解明するには、刑訴法197条1項但書の「強制の処分」概念を構成する「強制性」要素の具体的内容について、もう一つの要素である「権利侵害性」との関係性をも考慮に入れつつ、新たな視点から理論的考察を加える必要があるように思われるが[56]、この点についての検討は別稿に譲ることとしたい。

(52) なお、大澤・前掲注(10)65頁は、「身体・行動の自由を制約する処分」については、「両見解を過度に対立的に捉えることは適当ではない」というが、「身体・行動の自由を制約する処分」のみならず、すべての種類の処分について、両見解の実質的結論の間に径庭はないものと考えられる。

(53) 松田岳士『刑事手続の基本問題』(成文堂、2010年) 233頁、池田公博「捜査対象者の同意と捜査手法の適否」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) 238頁参照。

(54) 最高裁平成29年大法廷判決の「合理的に推認される個人の意思に反して」という文言についてではあるが、池田公博「捜査に対する被処分者の同意の意義と有効性」研修863号 (2020年) 13頁参照。

(55) 重要権利利益侵害説の主唱者は、最高裁昭和51年決定のような事案においては、強制性に関わる「意思の制圧」の有無ではなく、「身体ないし行動の自由を奪い、あるいは実質的に侵害する」程度のものであったか否かが「強制処分と任意処分を分けるキー・ポイントとなる」という (井上・前掲注(14)¶014, 015参照)。しかし、ここに看取されるような、「強制性」を「権利侵害性」に還元する考え

方の妥当性には疑問があり（松田・前掲注(13)354頁以下）、いずれにしても、この基準は、対象者の身体に向けられるものであるがゆえにその「強制性」と「権利侵害性」が「一体の関係にある」といいうる行為にしか妥当しないため、それ以外の行為をも含む「汎用性のある基準」を何処に求めるかが問題となろう。

(56)　「権利侵害性」要素の内容について、「強制性」要素との関係性を再構成しつつ理論的検討を加えた論稿として、松田・前掲注(29)10頁以下参照。

※　本稿は、科学研究費補助金・基盤研究(C)「捜査法の適用方法に関する研究（課題番号：23K01145）」（令和５～７年度）の研究成果の一部である。