The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	刑事訴訟法197条1項但書の「強制」の意義について(1)
Author(s)	松田, 岳士
Citation	阪大法学. 2025, 75(1), p. 1-16
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/101422
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

論　　説

刑事訴訟法197条１項但書の「強制」の意義について（１）

松 田 岳 士

一　はじめに

⑴　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）は、「捜査において強制手段を用いることは、法律の根拠規定がある場合に限り許容されるものである」とした上で、ここにいう「強制手段」とは、「有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、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」を意味すると判示した。他方、刑事訴訟法197条１項但書は、「強制の処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これをすることができない」と定めるが、この「強制の処分」の定義をめぐる最近の学説上の議論は、最高裁昭和51年決定における「強制手段」の定義を出発点として展開されてきた。

すなわち、この問題についての議論は、重要権利利益侵害説[(1)]と意思制圧説[(2)]の対立を軸として展開されてきたが[(3)]、前者は、同決定による「強制手段」の定義を、「有形力の行使を伴わない処分」にも妥当しうる「汎用性のある基準」として整備し直すとの問題関心の下に、「強制の処分」を、「相手方の明示または黙示の意思に反し」て、その「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」処分として定義する[(4)]のに対して、後者は、同決定の文言どおり、「個人の意思を制圧し」て行われる点に強制処分該当性判断の主要な指標を求めるのである。

⑵　重要権利利益侵害説と意思制圧説は、「強制の処分」の概念が、最高裁昭和51年決定にいう「個人の意思を制圧し」に相当する「意思」に関する要素（以下、これを「強制性」と呼ぶ）と、「身体、住居、財産等に制約を加えて」に相当する「権利制約」に関する要素（以下、これを「権利制約性」と呼ぶ）という２つの要素から構成されるとする点においては概ね認識を共有してきたものと考えられる。

他方、重要権利利益侵害説は、「強制性」の要素を、対象者の「意思に反して」という意味に解した上で、「権利制約性」の要素の方を「強制処分の指標の中核に据える[5]」のに対し、意思制圧説は、むしろ、行為の手段・方法・態様に関する「強制性」の要素を重視した上で、これを、対象者の「意思に反するという程度を超えて、それを制圧する[6]」、あるいは、「意思に反するばかりではなく意思を制圧する[7]」という意味に理解する点において、両者は対立するものとされる。

しかしながら、前稿[8]において検証したとおり、この２つの見解が想定する強制処分該当性判断の内容に実質的な差異があるかは疑問であり、そこには、むしろ、各見解が想定する場面の差異に起因する議論のすれ違いが認められるだけでなく、両見解が採用する「意思に反して」および「意思を制圧して」という指標は、いずれも、その文言どおりに解する限り、両見解が「強制性」を認めるすべての場面に妥当するものとなっていない。

すなわち、重要権利利益侵害説が採用する「意思に反して」という表現は、処分対象者の「意思」の内容を指標とするものであるため、これを文字どおりに解する限り、当該事柄についての「意思」が存在しないか、あるいは、その内容が未確定である場合――「意思」がそもそも存在しない場合や、その内容が未決定ないし未表示である場合――には、「強制性」の有無の判断指標として機能しえない。

なぜなら、特定の処分が対象者の「意思に反して」行われるということができるのは、その「反対意思」にもかかわらず捜査機関が当該行為を行う場合に限られるのであって、そもそも当該事柄についての「意思」が存在しない、あるいは、その内容が未確定である場合には、当該行為の実施が「意思に反し

て」いるとも「意思に反して」いないともいえないはずだからである。

他方、「意思を制圧して」という表現は、「強制性」の判断指標を、処分対象者の意思内容ではなく、（その意思作用に対する）捜査機関の態度に求めるものであることから[9]、「決定ないし表示された反対意思を制圧して」という意味だけでなく、「意思の決定ないし表示の自由を制圧して」という意味をも含みうるため、対象者の「意思」の内容が未確定である場面においても「強制性」の有無の判断指標としての意味をもちうることになる。

もっとも、この表現も、処分がその対象者の不知のうちに行われるがゆえに、そのことに関する同人の「意思」がそもそも存在しない場面については、「制圧」の対象となる「意思」自体が存在しない以上、それ自体としては「強制性」の判断指標とはなりえないことになろう。

ところが、重要権利利益侵害説も意思制圧説も、捜査機関が、対象者の確定的な「反対意思」を無視して捜査行為を行う場合だけでなく、その「意思」内容の決定ないし表示の過程にその自由を損なうような形で介入する場合や、そもそも当該事柄についての「意思」自体が存在しない場合においても、「意思に反して」および「意思を制圧して」を、それぞれ「意思を尊重せずに」および「〔意思を〕意に介することなく専断的に」と言い換えたり、あるいは、対象者の「合理的に推認される意思」という概念を援用したりすることによって、これらの表現に「強制性」の判断指標としての有効性が認められると主張する[10]。

しかしながら、この「合理的に推認される意思」という概念については曖昧さが指摘されるだけでなく、これを援用することについての理論的妥当性についても疑問があり[11]、また、「意思に反して」または「意思を制圧して」という表現は、「意思を尊重せずに」または「意思を意に介することなく専断的に」と同義であるとはいいがたい[12]。

そして、そもそも、「意思に反して」にせよ、「意思を制圧して」にせよ――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）も含め、判例が用いる表現ではあるとしても[13]――刑訴法197条１項但書自体が用いる表現ではないのであるから[14]、少なくとも同規定の「強制」という文言の解釈という観点からは、これらの表現に固執する意味はないとい

うべきであろう。[15]

(3)　さらに、従来の学説においては、「強制性」の判断指標を論ずるにあたり、個人の「権利制約性」という「強制の処分」性のもう一つの構成要素との関係性――あるいは、個人の「権利制約性」が「強制性」と並ぶ「強制の処分」性の構成要素とされる理由――が十分に考慮に入れられてこなかったきらいがある。

たとえば、重要権利利益侵害説の下では、両構成要素の関係性について、「相手方の意思については、処分に対する承諾により、権利・利益は放棄されるから、相手方の明示または黙示の意思に反することが、権利・利益の制約を肯定する前提となる」[16]と説明される。

しかしながら、「権利制約性」が、「強制性」と並ぶ「強制の処分」性の構成要素とされるとすれば、その理由は、この要素が、特定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根拠となるために、捜査機関は当該行為を行う際にその個人の「意思」を無視することができないということに求められるというべきである。[17]

そうであるとすれば、「相手方の明示または黙示の意思に反することが、権利・利益の制約を肯定する前提となる」のではなく、反対に、個人の「重要な権利・利益の制約」を伴うことこそが、その「意思」が問題とされる前提となるのであり、「強制性」とは、そうであるがゆえに当該捜査行為を実施する際に尊重されるべき個人の「意思」に頓着することなく行うという捜査機関の態度を意味することになろう。

(4)　そこで、本稿においては、刑訴法197条１項但書にいう「強制」とは、処分対象者――すなわち、当該処分に伴って、憲法がその不可侵性を保障する「個人の領域」が侵犯・干渉される者[18]――の「意思」を、捜査機関がどのように扱うことを意味するかという問題について、従来の主要な学説が示してきた「意思に反して」および「意思を制圧して」という指標の妥当範囲を改めて検証しながら考察することにしたい。

（１）　井上正仁『強制捜査と任意捜査』（有斐閣、新版、2014年）１頁以下。意思制

圧説と対比した上で重要権利利益侵害説を支持するものとして、大澤裕「強制捜査と任意捜査」法学教室439号（2017年）58頁以下、佐藤隆之「強制処分の意義と任意処分の限界」大澤裕＝川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選』（有斐閣、第11版、2024年）４頁以下等がある。

（２） 意思制圧説に分類される見解として、小林充「強制処分と任意処分」研修671号（2004年）８頁、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）23頁以下、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頁以下、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、第２版、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頁以下、福崎伸一郎「強制処分の意義」サブスクロー・ジャーナル（判例時報社、2023年）１頁以下等がある。もっとも、論者によって具体的な主張内容には差異がある。

（３） 注（1）および（2）掲記の諸文献のほか、強制処分の定義をめぐる現在の議論について両見解を対置して説明する教材類として、たとえば、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』（有斐閣、第３版、2021年）13頁、池田公博＝笹倉宏紀『刑事訴訟法』（有斐閣、2022年）15頁以下、吉開多一ほか『基本刑事訴訟法Ⅱ 論点理解編』（日本評論社、第２版、2025年）８頁等が挙げられる。

（４） 井上・前掲注（1）18頁以下。

（５） 大澤・前掲注（1）63頁。

（６） 川出・前掲注（2）28頁。

（７） 渡辺・前掲注（2）129頁。

（８） 松田岳士「いわゆる『意思制圧説』について」阪大法学74巻５号（2025年）１頁以下。

（９） 意思制圧説の立場からは、「強制性」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、客観的に見て評価する」べきものである（佐々木・前掲注（2）141頁）、あるいは、「強制処分における『強制』の語義は、対象者の主観を基準に『意思に反する』と解することは必ずしも妥当ではなく、処分と併せて見たとき、これを行う側の態度に着目して、『拒否権を認めない態度』として理解するのが妥当」である（津田・前掲注（2）54頁）などと指摘される。

（10） 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）¶019、佐々木・前掲注（2）71頁。

（11） 池田公博「捜査対象者の同意と捜査手法の適否」酒巻匡＝大澤裕＝川出敏裕編著『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2019年）238頁以下。

(12)　たとえば、重要権利利益侵害説の主唱者自身、「相手方の意思に反しても実施する……というときにはじめて、『強制』といえる」とするが（井上・前掲注（1）9頁）、ここに「意思に反しても」とは、「意思に反して」と同義ではなく、むしろ、その場合をも含む「意思に頓着せずに」という意味に解されよう。

(13)　同大法廷判決は、「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るGPS捜査は、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、刑訴法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分に当たる」と判示する（傍点引用者）。

(14)　なお、警察官職務執行法2条3項においては、「その意に反して」という文言がみられるが、そこでは「連行」という特定の場面が想定されていることに注意が必要であろう。

(15)　意思制圧説に分類される見解の多くは、直接的には判例の解釈として提示されている。これに対し、本稿においては、敢えて判例の文言解釈とは別個に、刑訴法197条1項但書の「強制」の解釈に相応しい表現のあり方を検討することにしたい。

(16)　佐藤・前掲注（1）4頁。

(17)　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）372頁以下。

(18)　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）2頁以下。

二　密行型処分に「強制性」が認められる根拠

(1)　対象者の不知のうちに行われる密行型の捜査行為の「強制性」をめぐっては、かつては、たとえば、その典型例として挙げられる通信・会話の傍受（秘聴）について、「強制捜査と任意捜査の違いは、処分を受ける者の意思の自由を制圧して実施されるか否かを基準にして決せられる」ところ、「秘聴は、その処分を受ける者の自由意思の制圧ということはありえない」から、「任意捜査の一種であると解するのが妥当」であるとの見解が示されたこともあった。[19]

ここには、「当事者に知られずに実施する」処分は、「当事者が知らない以上、反対するということは考えられず、従って、その意思を制圧するということも

ないから、任意処分だ」との認識がうかがわれるが、このような理解の下では、密行型捜査行為にはおよそ「強制性」が認められる余地がないことになろう。[20]

しかし、このような考え方は支持を得るに至っておらず、現在では、処分対象者の不知のうちに行われる捜査行為にも「強制性」が認められ（う）ることについて争いはないものと考えられる。

⑵　問題はその理由であるが、重要権利利益侵害説の主唱者は、この点について次のように説明する。すなわち、この種の処分の実施は、「当事者が知らないから反対せず、従って制圧の必要もないというだけのことであり、本人が知れば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当事者の意思に反してその人の重要な権利を奪うのも、現実に表明された当事者の反対意思を制圧して同様のことを行うのと、価値的には何ら変わらない」ため、「相手方の……黙示の意思に反する」ということができる。[21]

また、意思制圧説を支持する論者のなかにも、同様に、「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、やはり「意思の制圧」が認められるとし、「合理的推認を施して反対意思を認定する」ことによって、密行的処分の強制性を肯定することができる旨説くものがある。[22]

たしかに、「意思に反して」ないし「意思を制圧して」という表現の下では、「反する」ないし「制圧する」対象となる「意思」の存在が必要となるため、「合理的に推認される……意思」あるいは「推定的拒絶」といった概念を援用しなければ、密行型捜査行為の「強制性」を肯定することは困難となろう。[23] しかしながら、この――最高裁平成29年大法廷判決も採るものと考えられる――「『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」[24]については曖昧な点も多く、その妥当性については改めて検討を加えておく必要があるように思われる。

⑶　まず、このような「理論構成」については、「『〔処分の実施を〕本人が知れば当然拒否すると考えられる』かどうか、あるいは、その意思に反するものとみることが『合理的』と評価されるのが、いかなる場合であり、またそれ

がどのような理由に基づくのかについては、必ずしも明示的には議論がなされていない」という指摘があり[25]、実際、その判断には相当の困難が伴う場合も少なくないように思われる。

この点について、重要権利利益侵害説の主唱者は、処分対象者の「意思」の「合理的推認」は、「端的に《その状況・立場にある人が通常どう思うか》という至ってシンプルな事柄であり、それに尽きる」というが[26]、そもそも、「その状況・立場にある人が通常どう思うか」の推認が、それほど「シンプルな事柄」であるかは疑問である。

たとえば、捜査機関が、誘拐事件の犯人により身代金要求の電話がかけられることを察知した場合にその傍受をすることについて、当該電話を――かける側の被疑者が「どう思うか」はともかく――かけられる側の被害者が「どう思うか」は、一概に判断することはできないであろう[27]。また、被疑者の身体や住居の捜索、検証等の処分についても、「本人が知れば当然拒否すると考えられる」といえるかは「その状況」次第なのであって、被疑者が、かけられた嫌疑を晴らすために[28]、あるいは、捜査攪乱の目的をもって、それに同意ないし承諾することも十分に考えられるというべきであろう[29]。

くわえて、「本人が知れば当然拒否すると考えられる」かという推認は、その前提として、当該処分について、「本人」が具体的にいかなる事実を「知れば当然拒否すると考えられる」のか――いいかえれば、ここでの「意思」がいかなる事柄についてのそれなのか――が特定されなければ不可能というべきであろうが、この問題も十分に解明されているとはいいがたい[30]。

たとえば、重要権利利益侵害説の主唱者は、処分対象者の「同意ないし承諾とは権利・利益の放棄を意味〔する〕」とした上で[31]、その――同意ないし承諾をするか否かの――「意思」は、同人が「捜査官の身分や目的を知っていた」という想定の下で「合理的に推定」されるという考え方を「正当とは言い難い」としている[32]ことからすると、当該行為が誰によりいかなる目的で行われるかは、「本人が知れば当然拒否すると考えられる」か否かの判断の際には考慮の外に置かれることが想定されているものと考えられる[33]。

しかしながら、たとえば、自己の住居への第三者の立ち入りに同意・承諾す

るか否かについての「意思」は、それが誰によりいかなる目的で行われるかに左右されるのが「通常」であろうから、この点を考慮に入れることなく、「住居の不可侵」という「〔重要な〕権利・利益の放棄」をするか否かの対象者の意思を「合理的に推認」することが果たして可能なのか、また、仮に可能であるとしても妥当であるかは疑問である。

⑷　さらに、この「合理的に推認される意思」という指標については、「被処分者に、〔処分の実施〕を受忍するか否かの選択の余地が認められない処分であっても、その実施を受忍する意思があると推認するのが合理的であると評価することを可能にする、即ちその判断の自律性を擬制する」機能をもつことになる点において問題があるとの指摘もある[34]。

この指摘は、対象者の不知のうちに行われる（その重要な権利・利益の侵害を伴う）処分について、「合理的に推認される意思」に反しないとして、強制処分該当性が否定される（理論的）余地を認めることそれ自体の妥当性を疑問に付すものである点において、同指標に対するより根本的な批判を含むものである。

なぜなら、ここでは、「密行的な捜査手法」は、「被処分者は処分の存在を知りえない以上、被処分者の意思が処分の可否を決する可能性〔が〕全面的に否定されて〔いる〕」という意味で、その「自律的判断により受け入れる余地のない態様で実施」されるため、「強制性」が否定される余地は最初からないとの認識が前提とされているものと考えられるからである[35]。

実際、重要権利利益侵害説の主唱者自身、対象者が当該処分の実施を知って「現に行った意思決定」については、それが、「たとえ……同様の状況・立場にある人なら通常そうするであろうと考えられる決定（すなわち、『合理的に推認される意思』）とは異なるものであったとしても」、「その意思決定の自由が確保されている限り、……有効な筈である」というが[36]、このことが、対象者の不知のうちに行われる処分の実施について、「合理的に推認される意思」基準の下で、「同様の状況・立場にある人なら通常そうするであろうと考えられる」意思に反しない――すなわち、同意ないし承諾があったと推認される――可能性を認めることと一貫するかは疑問である。

なぜなら、同見解によれば、「どのような意思決定をするかは当人が自律的に判断することであるから、それがどのような内容になろうと、有効」であるという命題[37]は、処分対象者が現に意思決定を行う場合には妥当するのに対して、処分が対象者の不知のうちに行われるがゆえに、同人におよそ「意思決定」の機会が与えられない場合には妥当しない（場合がある）ということになるが、両場面におけるこのような取扱いの差異を正当化することは困難であるように思われるからである[38]。

もっとも、ここで、密行型捜査行為に「強制性」が認められる理由が、その対象者の「判断の自律性」ないし「意思決定の自由」の侵害に求められるかについては、疑問がないわけではない[39]。

なぜなら、そもそも、「意思」とは、抽象化された概念としてはともかく、実際上は、常に、特定の事柄についての「意思」でしかありえないところ[40]、この場合には、対象者は当該捜査行為の実施について知らされていないのであるから、「判断の自律性」ないし「意思決定の自由」が損なわれるという以前に、それに同意ないし承諾するか否かについての「判断」ないし「意思」それ自体が存在しないというべきであって、対象者が当該行為の実施を認識した状態で行われる捜査行為の「強制性」との差異もまさしくこの点に求められるように思われるからである。

いずれにしても、密行型捜査行為については、対象者にその「存在を前提とする意思決定の機会すら与え」ずに行われる[41]、あるいは、「処分の存在を知らない被処分者がその実施に同意する可能性がない[42]」という意味において、捜査機関は、対象者の「意思」を尊重することなく、あるいは、その「意思」に頓着することなくこれを行うのであるから、その内容を「本人が知れば」という仮定的条件の下で「合理的に推認」するまでもなく、そのような捜査機関の対象者の意思に対する不尊重ないし無頓着の態度自体によって直ちに「強制性」が肯定されるというべきであるように思われる。

(5)　重要権利利益侵害説は、「意思に反して」という指標の下で「『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」を援用する理由について、「『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」こと

は、「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」ことと「価値的に同等」であるとし、両者は、「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」と説明する[43]。

そして、この点については、同見解においては、「被侵害法益の重要性こそが強制処分かどうかを決する分水嶺な〔の〕だから、相手方の意思に反するのであれば、意思の現実的な制圧の場合であろうと、制圧まで至らない明示の意思に反する場合であろうと、はたまた合理的に推認される意思（黙示の意思）に反する場合であろうと、その違いは、強制処分の意義にとって重要ではない」という趣旨に解されるとの指摘もある[44]。

しかしながら、対象者の不知のうちに行われる処分の「強制性」が、「意思の現実的な制圧の場合」や、「制圧まで至らない明示の意思に反する場合」のそれと「中核においては何等異ならない」がゆえに「価値的に同等」とされる事柄は、「被侵害法益の重要性」というよりも、むしろ、対象者の「意思を尊重せずに」実施される点に求められるべきであるように思われる。

なぜなら、「被侵害法益の重要性」――より正確には、当該行為が、公権力からの不可侵性が保障される「個人の領域」に踏み込んで行われること――は、それ自体が直接に強制処分該当性を根拠づけるわけではなく、むしろ、当該行為の許容性が特定の個人の「意思」に依存させられる理由となるという意味において、「強制性」判断の前提問題――としての「処分対象者」の存否判定ないし特定のための指標――となるにすぎず[45]、したがって、「強制性」の要素には、「被制約利益の重要性とは異なる固有の性質[46]」が認められるというべきだからである[47]。

すなわち、捜査機関は、憲法上その不可侵性が保障される「個人の領域」に踏み込むことなく（公的領域内にとどまって）捜査を行うにあたっては、いかなる個人の意思にも頓着することなくこれを行うことができるのに対して、同領域に踏み込んでこれを行うには、――「特定の定」によるのでなければ――その許容性が特定の個人の「意思」に依存させられることになるところ、密行型の処分は、その「意思を尊重せずに」実施される点において、「意思の現

実的な制圧の場合」や「明示の意思に反する場合」と「価値的に同等」であるということになるのである。

そして、このように、密行型捜査行為の「強制性」の「価値」あるいは「中核」が、それにより自己の「個人の領域」に踏み込まれることになる「処分対象者」の「意思を尊重せずに」行われることに求められるとすれば、この種の行為については、対象者に知らせずに行われるがゆえにその「意思」が最初から無視されていることから直ちに「強制性」が認められるのであり、そうであるにもかかわらず、敢えて「合理的に推認される意思」に反するか否かという指標を持ち出すことは不必要であるだけでなく、――同意・承諾の意思を「推認」して「強制性」を否定する余地を残す点において――妥当でもないというべきであろう。

(6) ところで、重要権利利益侵害説の主唱者は、この「『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、対象者の不知のうちに行われる行為だけでなく、「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[48]」という。そうだとすれば、たとえば、「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[49]」行為などについても、その「合理的に推認される黙示の意思に反する」か否かによって、強制処分該当性が判断されるということになろう。

しかしながら、この種の行為に「強制性」が認められるとすれば、その根拠も、やはり、その住居の「不可侵」の権利の享受主体であるがゆえに捜査機関による立ち入りを拒否する法的資格が認められる居住者個人の「意思」の決定ないし表示を待つことなくその内部に立ち入ったという捜査機関の処分対象者の意思不尊重の態度に求められるのであって、対象者の「合理的に推認される意思」の内容に求められるのではないというべきであるように思われる。

なお、このような場合に、対象者が、(その実施に応じない自由があることを認識した上で)「処分の実施を妨げない」ことから、「〔同人はそれに〕消極的には同意している、あるいは、〔その実施は同人の〕黙示の意思には反して

いないものといえる」とすれば、その「強制性」が否定されることになるとの指摘もあるが[50]、このようにいうことができるのは、対象者が、そのような「意思」を――明示まではしてはいないにせよ――決定したと判断される場合に限られよう[51]。すなわち、ここでは、既に決定された意思内容を対象者の態度から「推認」することが問題となるのであって、重要権利利益侵害説の下で、現実には存在しない「意思」の内容を仮定的に「推認」することを内容とする「『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」が援用される場面ではない。

(7) いずれにしても、このように、「『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」の妥当性については疑問がある一方で、対象者の不知のうちに行われる密行的捜査行為（や対象者が認識しながらもその意思を決定・表示する前に行われる捜査行為）の「強制性」の「中核」的な「価値」は、それにより自己の「個人の領域」の侵犯・干渉を受ける「処分対象者」個人の「意思」に対する「不尊重」ないし「無頓着」という捜査機関の態度に求められるとすれば[52]、この種の捜査行為の「強制性」の意義を説明するにあたっては、「意思に反して」あるいは「意思を制圧して」という表現に固執する理由はなく、捜査機関が、一定の処分を、その対象者の「意思を尊重せずに」、あるいは、その「意思に頓着せずに」行うことを意味するといえば足り、また、そうするのが妥当というべきであろう[53]。

(19) 土本武司『犯罪捜査』（弘文堂、1978年）130頁。

(20) 井上・前掲注（1）11頁。同・前掲注（10）¶018も参照。

(21) 井上・前掲注（1）11頁。なお、ここにいう「当事者」としては、「通信・会話」の当事者が想定されているようであるが、この説明は、通信・会話の傍受だけでなく、あらゆる内容の密行型処分について妥当するものと考えられる。

(22) 佐々木・前掲注（2）71頁、143頁。また、川出・前掲注（2）29頁は、「直接に相手方に向けてなされる」処分の強制処分該当性は対象者の「意思……を制圧するに至っていたか」否かにより判断される一方で、「対象者が気付かないうちに行われる」処分については、その「推定的な意思に反するという基準」によって判断される旨説く。

(23) 松田・前掲注（8）５頁以下。

(24)　井上・前掲注（10）注124)。
(25)　池田・前掲注（11）238頁。
(26)　井上・前掲注（10）注90)。
(27)　松田岳士『刑事手続の基本問題』（成文堂、2010年）233頁注15。
(28)　なお、津田・前掲注（2）52頁は、職務質問について、「対象者は、現に犯罪に関与していれば当然、また、普通に生活を送っている市民の立場でも、警察官に自己の情報を喜んで開示するものは少ないであろう」が、「警察官が誤った嫌疑を抱こうとするとき、自己の情報を一部開示することでそれを容易に解消し得る」と指摘する。
(29)　ここでは、処分対象者が、「その状況・立場にある人が通常どう思うか」にくわえて、その前提となる「状況・立場」の設定の仕方も問題となるのであり、両者ともにそれほど「シンプルな事柄」ではないというべきである。
(30)　池田・前掲注（11）240頁注（11）は、重要権利利益侵害説にいう「『本人が知れば当然拒否する』というときの『知』る対象がなんであるかには議論の余地がありうる」という。
(31)　井上・前掲注（1）９頁。
(32)　井上・前掲注（10）¶101参照。
(33)　「その状況・立場にある人が通常どう思うか」の判断も、その「状況・立場」として具体的にいかなる事情が考慮に入れられるかが示されなければ、不可能である。注（29）参照。
(34)　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。これは、直接には、最高裁平成29年大法廷判決が用いる「合理的に推認される個人の意思」という文言についてなされた指摘であるが、学説における同様の表現にも妥当するものといえよう。
(35)　池田・前掲注（11）239頁。
(36)　井上・前掲注（10）¶100。
(37)　井上・前掲注（10）¶100。
(38)　なお、重要権利利益侵害説を支持する見解のなかには、「相手方に秘密裡に行われる処分の場合」には、「侵害される権利・利益の主体である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」るとするものもある（大澤・前掲注（1）65頁)。そうであるとすれば、密行型の捜査行為においては「相手方の承諾」がありえない以上、「合理的に推認される当事者の意思」を援用するまでもなく、常に「相手方の意思に反している」ことになろう。
(39)　同じことは、「被処分者に……捜査行為の存在を前提とする意思決定の機会す

ら与えない」ものであるから、「その意思を決定する自由を奪った」ことを理由に強制性が認められるとする見解（中谷雄二郎「DNA 型情報の詐欺的取得について――捜査行為の強制処分性の判断基準」刑事法ジャーナル59号（2019年）51頁）にも妥当するであろう。

(40)　松田・前掲注（8）373頁。

(41)　中谷・前掲注（39）51頁。

(42)　池田・前掲注（11）239頁。

(43)　井上・前掲注（10）¶100。

(44)　古江・前掲注（3）19頁以下。

(45)　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、同「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）１頁以下参照。

(46)　池田・前掲注（11）239頁。

(47)　松田・前掲注（8）383頁以下。

(48)　井上・前掲注（10）注126）。

(49)　井上・前掲注（10）¶031。

(50)　池田・前掲注（11）238頁。

(51)　もっとも、実際には、対象者の「処分の実施を妨げない」態度が、意思の未決定によるものか、それとも、黙示の同意・承諾によるものかの判断は容易ではない場合も少なくなかろう。

(52)　その意味においては、「強制性」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、客観的に見て評価する」べきもの（佐々木・前掲注（2）141頁）、あるいは、「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」して判断されるもの（津田・前掲注（2）53頁）であるということができよう。

(53)　意思制圧説を支持する見解のなかには、「意思を制圧する」を、「被処分者がどう思おうと意にも介さず……処分をほしいままに専断すること」、あるいは、「相手の意向にかかわらず処分を断行する」ことを意味するものと解するものがある（順に、佐々木・前掲注（2）140頁、津田・前掲注（2）53頁）。しかしながら、「意思を制圧する」という表現は、文字通りに解する限り、「制圧」の対象となるべき「意思」の存在を前提とするため、これが存在しない場合をも含む「被処分者がどう思おうと意にも介さず」あるいは「相手の意向にかかわらず」という表現とは意味範囲を異にする。これらの見解が念頭に置くのは、判例の「意思を制圧し（て）」という文言の解釈であるが、刑訴法197条１項但書の「強制」の解釈としては、同表現にこだわる理由はなく、むしろ、直接、「被処分者がどう思

おうと意にも介さず……処分をほしいままに専断すること」または「相手の意向にかかわらず処分を断行する」ことを意味するものと説明すれば足りるというべきであろう。

※　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。