

Title	刑事訴訟法一九七条一項但書の構造について
Author(s)	松田, 岳士
Citation	阪大法学. 2020, 70(3-4), p. 99-117
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/87305">https://doi.org/10.18910/87305</a>
rights	
Note	

*Osaka University Knowledge Archive : OUKA*

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

Osaka University

# 刑事訴訟法一九七条一項但書の構造について

松田岳士

## 一 はじめに

(1) 刑事訴訟法（以下、「刑訴法」という）一九七条一項但書は、「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、これを行うことができない」と定める。この規定の解釈をめぐっては、従来、主として、「強制の処分」の定義、あるいは、強制処分（強制捜査）と任意処分（任意捜査）の区別の基準を中心に議論が積み重ねられてきた<sup>(1)</sup>。

他方、同規定に照らして捜査行為の許容性ないし適法性を判断するためには、「強制の処分」該当性に加えて、「この法律に特別の定〔が〕ある」か否かについても検討する必要がある。従来、この点についての検討は、個別の判例との関係で、強制採尿、電話傍受等をめぐって散発的に行われるにとどまっていたが、最高裁が、最大判平成二九年三月一五日刑集七一巻三号一三頁において、いわゆる「GPS捜査」、すなわち、「車両に使用者らの承諾なく秘かにGPS端末を取り付けて位置情報を検索し把握する刑事手続上の捜査」について、比較的详细な理由を示しつつ、「刑訴法一九七条一項ただし書の『この法律に特別の定のある場合』に当たるとして同法が規定する令

状を発付することには疑義がある」と判示して以降、その一般的な判断基準やそれを導くための理論的検討の必要性が意識されつつあるものと考えられる<sup>(2)</sup>。

これに対して、この「強制の処分」該当性と「この法律に特別の定のある場合」への該当性という二つの問題の間に認められる関係、あるいは、これらの各問題に、刑訴法一九七条一項但書に照らしての捜査行為の許容性ないし適法性の判断においていかなる意義が認められるのかについては、これまで、正面から論じられることはなかったように思われる<sup>(3)</sup>。

(2) とところで、最近では、刑訴法一九七条一項但書という「強制の処分」を、「この法律に強制処分として規定されている処分群の総称」であるとしたり<sup>(4)</sup>、あるいは、「現時点まで議会が『排他的に』カタログ化し、他の機関による『自己決定』を禁止してきたもの<sup>(5)</sup>」として理解すべきであるとし、「強制の処分」該当性を、「この法律に特別の定のある場合」への該当性判断と同視するかのような見解が提示されるに至っている。

しかし、これらの見解によれば、同規定は、つまるところ、「この法律に特別の定のある処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これを行うことができない」旨定めるものであることになるものと考えられ、そうだとすると、——「この法律に特別の定のある」処分が行われるときは、その定義上、常に「この法律に特別の定〔が〕ある」ことになる以上——この規定は、それに対する違反が論理的に想定しえないことを禁ずるという意味で、無意味な規範を定めるものであるということになってしまおうであろう。

このように、これらの「強制の処分」の定義は、刑訴法一九七条一項但書の規範的意義を失わせるものであるという意味において、およそその解釈論としての体を成していないように思われるが、このような見解が提示されるに至った背景には、講学上、「強制処分」の語が、文脈に応じて、「事実上、強制的に行われるまたは行われた具体

的処分」と「法律上、強制的に行うことが許されている処分（類型）」という二つの意義で用いられてきたことに加え、「強制的処分」該当性の判断が、捜査機関による特定の処分の刑罰法一九七条一項但書に照らしての許容性ないし適法性の判断にとつていかなる意味をもつのか、そして、それが、「特別の定」の有無の判断といかなる関係に立つのかという問題についての検討が、これまでほとんどなされてこなかったという事情の存在を指摘することができるよう思われる。

(3) そこで、本稿においては、これらの見解を批判的に検討しつつ、刑罰法一九七条一項但書の「強制的処分」および「この法律に特別の定のある場合」という文言が、それぞれ、同規定に照らしての捜査行為の許容ないし適否を判断するにあたって果たす役割について、改めて考察してみることにしたい。

(1) 「強制的処分」概念に関する最近の解釈論を批判的に検討するものとして、松田岳士「強制処分概念をめぐる最近の議論について」阪大法学六七卷六号（二〇一八年）三三三頁以下。

(2) 最高裁判平成二九年大法廷判決に関する伊藤雅人石田寿一「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成二九年度）』（法曹会、二〇二〇年）五五頁以下参照。

(3) この問題については、松田岳士「刑事手続の基本問題」（成文堂、二〇一〇年）一三七頁以下も参照。

(4) 中川孝博「裸の強制処分法定主義——刑事訴訟法一九七条一項の解釈試論」犯罪と刑罰二九号（二〇二〇年）一四頁。

(5) 斎藤司「議会の自己決定権」と「法律の留保原則」そして『強制処分法定主義』の意義犯罪と刑罰二九号（二〇二〇年）七〇頁。

## 二 「強制的処分」該当性と「特別の定」の有無の関係

(1) 刑罰法一九七条一項は、「捜査については、その目的を達するため必要な取調をすることができる」とした

上で、「但し、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、これを行うことができない」と定める。この本文Ⅱ但書構造を踏まえると、同規定は、捜査機関は、「捜査……の目的を達するため必要な取調」をすることができるが、そのような「取調」であつても、とくに「強制の処分」に該当する場合は、「この法律」、すなわち、刑訴法に、それに関する「特別の定」がなければこれを行うことができないという趣旨に解することができる。

すなわち、刑訴法一九七条一項全体の文脈におきなおしてみると、同条項の——本文は「強制の処分」である——とそれ以外の「任意処分」であるとを問わず、すべての捜査行為に適用されるのに対して——但書が定める「法定主義」は、「強制の処分」に該当する行為にのみ適用される規定であることを改めて確認することができる。

(2) ところで、従来、刑訴法一九七条一項但書の解釈をめぐっては、主として、「強制の処分」該当性、あるいは、強制処分（強制捜査）と任意処分（任意捜査）の区別の判断基準が論じられてきたが、改めて同規定の本文Ⅱ但書構造の中におきなおしてみると、この「強制の処分」該当性は、同項但書が定める「法定主義」に照らしての捜査行為の許容性ないし適法性それ自体の判断基準ではなく、むしろ、その前提問題としての、当該捜査行為に同規範が適用されるか否かの判断基準であるということが確認できる。

すなわち、捜査機関による具体的行為が「強制の処分」に該当するのであれば、但書の「法定主義」が適用されない——すなわち、「任意処分」に該当する——場合には、但書は適用されず、「この法律に特別の定」がなくとも本文によってそれを行うことが許容されることになるのである。

では、刑訴法一九七条一項但書に照らして（「強制の処分」に該当する）捜査行為が許容されるか否かないし適法とされるか否かの判断基準は何処に求められるか。それは、その「強制の処分」について、「この法律に特別の

定のある場合」に当たるか否か、いいかえれば、刑訴法に当該処分を許容する「根拠規定」があるか否かに求められるというべきであろう。

すなわち、そのような「特別の定」がない場合には、捜査機関は当該「強制の処分」を行うことが許されず、また、行つたとすれば刑訴法一九七条一項但書違反となる。これに対して、「特別の定」がある場合には、少なくとも「強制処分法定主義」との関係では、当該行為を行うことが許されないわけではなく、それを行つた場合にも、同規範違反は認められない。もちろん、後者の場合であっても、捜査機関がその「特別の定」が規定する要件・手続に従わずに当該行為を行うことは許されず、また、同要件・手続に対する違反があつた場合には、その行為は「違法」と評価されることになるが、その「違法」の内容は、刑訴法一九七条一項但書違反ではなく、当該要件・手続を規定する「特別の定」自体に対する違反に求められることになる。<sup>(6)</sup>

そして、このように、「強制の処分」該当性は、捜査機関による具体的な行為に、刑訴法一九七条一項但書の「法定主義」が適用されるか否かの判断基準としての意味をもつのに対して、「特別の定」の有無は、「強制の処分」に該当するものとされた) 捜査機関の具体的な行為が、同規範に照らして許容されるか否か、あるいは、適法とされるか否かの判断基準として位置づけられるとすると、——同規定に照らしての捜査行為の許容性ないし適性は、同規定が当該行為に適用される場合にのみ問題となる以上——「強制の処分」該当性判断は、それに関する「特別の定」の有無の前提問題として、それとは独立して行われうるものでなければならぬというべきであろう。

(3) ところが、最近では、この二つの問題を同視し、刑訴法一九七条一項但書にいう「強制の処分」を「この法律に特別の定のある」処分という意味に解すべきだとするかのようない見解が提示されるに至っている。すなわち、同規定の「強制の処分」を、「この法律に強制処分として規定されている処分群の総称」であるとする見解や、<sup>(7)</sup>「現

時点まで議会が『排他的に』カタログ化し、他の機関による『自己決定』を禁止してきたものが『強制的処分』である<sup>(8)</sup>と説く見解がそれである。

これらの見解が、刑法一九七条一項但書に照らしての捜査行為の適法性ないし許容性判断において、「強制的処分」該当性の問題と「この法律に特別の定のある場合」への該当性の問題を実質的に同視するものであることは、その「強制的処分」の定義からも明らかであるが、とくに前者の見解において、「強制的処分」における『強制』の意味を具体的に明らかにしない解釈をとったとしても、当該処分の定義等は個々の『特別の定』の解釈によって行えるため、『強制的処分』といえるかどうかを判断することができる<sup>(9)</sup>とされ、また、「強制処分の内容については個々の『特別の定』の解釈に委ねることによって一九七条一項但書に課せられてきた負担を軽減し、類推解釈を行うなど『特別の定』にそわないふるまいを禁止する行為規範として純化する<sup>(9)</sup>」ことが主張されていることから確認できよう。

しかしながら、上述のとおり、「強制的処分」該当性は、捜査機関による特定の行為について、刑法一九七条一項但書が定める「法定主義」が適用されるか否かの判断基準であって、同規範に照らしての許容性ないし適法性自体の判断基準である「この法律に特別の定〔が〕ある」か否かが問題とされる前提として、それとは独立に検討されるべき問題であるとすれば、両者を同視することはできないというべきである。

実際、仮に両者を同視し、「強制的処分」が「この法律に特別の定のある処分」を意味するものであるとすると、刑法一九七条一項は、「この法律に特別の定のある処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これを行うことができない」旨定めるものという<sup>(10)</sup>ことになるが、これは、まさしく、同規定を「無意味化するもの<sup>(11)</sup>」というべきであろう。

なぜなら、「この法律に特別の定のある」処分については、その定義上、常に「この法律に特別の定（が）ある」はずであるから、この理解によれば、同規定は、それに対する違反がおよそ想定できない規定であるということになるが、そのような論理的に——したがって、事実上も——ありえない行為を敢えて禁止する規定に、そもそも規範としての意義を見出すことはできないものと考えられるからである。<sup>(12)</sup>

(4) ところが、「強制の処分」を「この法律に強制処分として規定されている処分群の総称」と解すべきであるとする見解は、このような解釈によっても不都合が生じることはないとし、その理由として、この定義の下では、「強制か任意かが争われるような事案」における（捜査行為の許容性の）「判断過程」が、「当該処分を許容する明文規定があるか否かを探り、あれば規定される要件に従って処分を行い、なければ強制処分として当該処分を行うことを断念することになる」というかたちで行われるためであると主張する。<sup>(13)</sup>

しかしながら、「強制の処分」が、「この法律に強制処分として規定されている処分群の総称」を意味するのであれば、その定義上、それは、「この法律に強制処分として規定されている」のであるから、「当該処分を許容する明文規定」がないという事態は生じえず、したがって、「当該処分を行うことを断念すること」はもちろん、それ以前に、「当該処分を許容する明文規定があるか否かを探り」す必要も最初からないはずである。そうであるとすると、同見解による「強制の処分」の定義と捜査行為の許容性の「判断過程」との間には齟齬ないし自己矛盾があるということになるう。

また、仮にこの点をさておくとしても、「当該処分を許容する明文規定があるか否かを探り、あれば規定される要件に従って処分を行い、なければ強制処分として当該処分を行うことを断念することになる」というその「判断過程」自体からも、特定の捜査行為の刑罰法一九七条一項但書に照らしての許容性ないし適法性を判断するにあた



り、重大な「不都合が生じる」ことになるものと思われる。

なぜなら、この「判断過程」においては、「当該処分を許容する明文規定」がない場合には、捜査機関は、「強制処分として当該処分を行うことを断念することになる（傍点引用者）」のであるから、「当該処分を行うことを断念する」べきか否かは、結局のところ、それが「強制処分として」行われるか否かに依存することになるものと考えられるところ、同見解は、「『強制の処分』における『強制』の意味を明らかにしない解釈をと」り、その判断基準を示さないからである。<sup>(14)</sup>

実際、同見解は、いわゆる高輪グリーンマンション事件<sup>(15)</sup>におけるような「宿泊を伴う長期間の取調べが問題となった事案」においては、「逮捕・勾留されていない被疑者の取調を強制処分として認める規定はないと解されているため、強制処分として行うことはできない」とする。<sup>(16)</sup> そうであるとすると、結局、その取調ができるか否かは、それが「強制処分として」行われるか否かに依存することになるはずであるが、同見解は、その「『強制』の意味を明らかにしない」のである。

また、同見解は、京都府学連事件<sup>(17)</sup>におけるような「公道上をデモ行進中の被疑者ら」の「写真撮影」は、「検証そのものとして、または検証の際に『必要な処分』として行うものであるが、令状がないなど二一八条等が要求する要求を満たさないため、行えない」とする。<sup>(18)</sup> しかし、仮にこのような「写真撮影」が「検証」に当たる理由が、「一定の場所、物、人の身体につき、その存在や形状、状態、性質等を五官の作用によって認識する行為」という<sup>(19)</sup> その一般の定義にあてはまることに求められるとすれば、たとえば、（人のいない）公道それ自体の写真撮影もこれに該当することになるが、このような行為が「強制の処分」に該当するというのは無理があるろう。

もっとも、同見解は、他方で、「強制処分として行えない処分については、一九七条一項本文に基づき、任意処

分として許される」とし、「任意か否かは、対象者の自由意思によるものか否かで判断される」とするから、この場合にも、「対象者の自由意思による」処分——あるいは、公道自体の写真撮影のように、「対象者の自由意思」を問題とする必要のない処分——であれば許されるということになるのかもしれない。

しかし、そうであるとすれば、結局のところ、「強制処分」は「対象者の自由意思によらない」処分を意味することになるが、このことは、「この法律に強制処分として規定されている処分群の総称」という同見解による「強制の処分」の定義との間に齟齬をきたすことになる。なぜなら、特定の捜査行為が、「対象者の自由意思によるものか否か」は、「この法律に強制処分として規定されている」か否かとは別問題なのであって、両者はその性質および内容を異にする概念だといべきだからである。

(5) このように、刑事法一九七条一項但書にいう「強制の処分」を「この法律に特別の定のある」処分の意義に解すべきことを主張する見解については、「強制の処分」該当性と「特別の定」の有無という問題を混同し、刑事法一九七条一項但書から規範としての存在意義を失わせるものであるか、あるいは、それ自体、具体的な捜査行為の刑事法一九七条一項に照らしての許容性ないし適法性の判断基準を何ら示すものではないという意味において、同規定の「解釈論」としての体を成していないといわざるを得ないように思われる。

刑事法一九七条一項但書を規範として「無意味化」せず、同規定による捜査行為の許容性ないし適法性判断を行うにあつての「耐え難い不都合」を回避するためには、「この法律に特別の定のある場合」の意義とは別個に、「強制の処分」における「強制」の意味を具体的に明らかに「する必要があるといべきである」。

(6) たとえば、「搜索」に該当する行為が無令状で行われた場合には、強制処分法定主義（刑事法一九七条一項但書）違反ではなく、令状主義（刑事法二二八条）違反が認められることになる。なお、この点については、刑事法一九七条一

項但書を、「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」という意味に解する見解もあるが（田宮裕『刑事訴訟法』（有斐閣、新版、一九九六年）七二頁）、同見解の下では、（令状主義を定める）「特別の定」違反と刑訴訟法一九七条一項違反が重なり合い、後者に独自の意義は認められないことになるという問題が指摘される。

(7) 中川・前掲注(4) 一四頁。

(8) 齋藤・前掲注(5) 七〇頁。

(9) 中川・前掲注(4) 一七、二二頁。

(10) 「強制の処分」が、「この法律に強制処分として規定されている処分群の総称」または「現時点までに議会が『排他的に』カタログ化し、他の機関による『自己決定』を禁止してきた」処分を意味するとすれば、刑訴訟法一九七条一項但書は、「この法律に強制処分として規定されている処分」または「現時点までに議会が『排他的に』カタログ化してきた」処分は、「この法律に特別の定のある場合でなければ、これを行うことができな」旨定める規定ということになるが、このような文字列に規範的意義を認めることは困難であろう。

(11) 中川・前掲注(4) 二〇頁は、同見解について、「これまでの学界の営みを無にし、一九七条一項但書を無意味化するものである」という批判が予想される」とするが、そのような批判は、論者が「予想」していないかたちで妥当することになる。

(12) なお、中川・前掲注(4) 一四頁は、「強制ノ処分ハ別段ノ規定アル場合ニ非サレハ之ヲ為スコトヲ得ス」と定めていた旧刑訴訟法二五四条一項但書における「強制ノ処分」も「法典の中に強制処分として規定しているさまざまな処分を総称」するものであったというが、疑問である。なぜなら、そのような理解の下では、同規定も「無意味化される」ことに変わりはないからである。

(13) 中川・前掲注(4) 一八頁。

(14) これを「耐え難い不都合（中川・前掲注(4) 二〇頁）」といわずして何とすべきであろうか。しかも、この見解は、「特別の定」の有無についての一般的な判断基準を示すわけでもないのである。

(15) 最決昭和五九年二月二十九日刑集三八卷三号四七九頁。

(16) 中川・前掲注(4) 一八頁。

(17) 最大判昭和四四年二月二四日刑集二三卷一一号一六二五頁。

(18) 中川・前掲注(4)一九頁。なお、この文章の意味自体、必ずしも明らかではない。当該写真撮影は「強制の処分」には該当するが、「特別の定」はあるため刑事訴訟法一九七条一項但書違反ではなく、その「特別の定」の内容たる令状主義等に対する違反が認められるという趣旨か。

(19) 宇藤崇Ⅱ松田岳士Ⅱ堀江慎司『刑事訴訟法』(有斐閣、第二版、二〇一八年)一四七頁〔堀江慎司〕。

(20) 中川・前掲注(4)二〇頁。

### 三 「強制処分」の二つの用法

(1) 前節において確認したとおり、刑事訴訟法一九七条一項但書に照らして捜査機関による特定の行為の許容性ないし適法性を判断するにあたっては、「この法律に特別の定〔が〕ある」か否かという問題は、その許容性ないし適法性自体の判断基準として、同規定の適用の有無の判断基準である「強制の処分」に該当するか否かという問題とは明確に区別されなければならないが、このことは、もちろん、前者が「強制」の概念と無関係であるということまでをも意味するわけではない。

なぜなら、刑事訴訟法一九七条一項但書にいう「この法律に特別の定のある」との文言が、具体的な「強制の処分」について「法律の根拠規定がある」<sup>(21)</sup>ことを意味するとすれば、その「特別の定」は、当該処分が当てはまる行為類型について、捜査機関がそれを「強制的に」行うことを許容する趣旨の規定でなければならないと解されるからである。

実際、刑事訴訟法は、取調べ、逮捕、勾留、搜索、押収、検証というように、その目的・内容に着目して捜査行為を類型化した上でこれに関する「定」をおいているものと解されるが、そのような規定のなかには、一九八条一項但

書のように、当該行為が「強制的に」——すなわち、相手方の意思にかかわらず、あるいは、意思に反してでも——行われることをむしろ許容しない趣旨に解されるものもある。すなわち、一定類型の処分について刑法に「定」が置かれているとしても、そのことだけでは当然に「強制的処分」の「根拠規定」となるとは限らないのであって、当該「定」が「強制的処分」の「根拠規定」であるというには、同規定が当該類型の処分を「強制的に」行うことを許容する趣旨のものであるかを確認する必要があるものと考えられるのである。

(2) このことからすれば、「この法律に特別の定のある」処分とは、「法律上、強制的に行うことが許される処分（類型）」を意味することになるが、これは、「強制的処分」と同義ではないことに気をつけなければならない。なぜなら、前節において確認したとおり、「強制的処分」が、捜査機関による具体的な捜査行為の許容性（ないし適法性）を決定づける規範としての刑法一九七条一項但書の適用対象となる処分を意味するものであるとすれば、それは、捜査機関により「事実上、強制的に行われる（または行われた）具体的処分」を意味するものと解され、両者の間には、この点において、実質的な差異があるものと解されるからである。

ところで、講学上、「強制処分」の語は、その文脈に依じて、この双方の意義に、すなわち、「事実上、強制的に行われるまたは行われた具体的処分」を意味するものとしてだけでなく、「法律上、強制的に行うことが許される処分（類型）」を意味するものとしても用いられてきた。たとえば、「逮捕」は、「被疑者を比較的短時間拘束する強制処分である」と定義されることがあるが<sup>22)</sup>、この定義には、おそらく「事実上、強制的に行われるまたは行われた具体的処分」としての「逮捕」と、「法律上、強制的に行うことが許される処分（類型）」としての「逮捕」の双方の意義が含まれているものと考えられる。

このことからすれば、「強制的処分」と「この法律に特別の定のある」処分が、それぞれ、「事実上、強制的に行

われるまたは行われた具体的処分」と「法律上、強制的に行うことが許される処分（類型）」を意味するとしても、両者はともに「強制処分」と呼ばれうるものであって、ことさらその差異を強調しなくてもよいように思われるかもしれない。

しかしながら、刑訴法一九七条一項但書の解釈に当たっては、両者は明確に区別して論じなければならない。なぜなら、同規定にいう「これ」は、「強制の処分」を指示するものと解されるどころ、それは、「することができない」という述語に対応する主語であるから、捜査機関により「事実上（実際に）、強制的に行われる具体的処分」の意義に解される一方、「この法律に特別の定のある場合」とは、前述のとおり、「刑事訴訟法に強制的に行うことを許容する特別の規定が置かれている場合」を意味するものと解されるのであって、また、そう解することによつてはじめて、同規定は、捜査機関による具体的な行為についての許容性ないし適法性の要件を定める規範としての意義をもつことになるものと考えられるからである。

(3) ところが、刑訴法一九七条一項但書の「強制の処分」を、「この法律に強制処分として規定されている処分群の総称」、あるいは、「現時点まで議会が『排他的に』カタログ化し、他の機関による『自己決定』を禁止してきた」処分として定義する見解は、まさしくその定義において、同規定の「強制の処分」を、「法律上、強制的に行うことが許される処分（類型）」の意味に理解すべきであると説くものとなつてしまつている。

実際、「強制の処分」を、「この法律に強制処分として規定されている処分群の総称」として定義する見解は、このような定義を採用する根拠の一つとして、「立法者は、『強制の処分』という上位概念をまず構築し、総則的に何かを規定したあと、下位概念である個々の強制処分を各論的に規定していくという構成を考えていない」ことを挙げるが<sup>(23)</sup>、ここでは、「各則に規定」される「個々の強制処分」が、刑訴法一九七条一項但書の「強制の処分」の

「下位概念」として位置づけられることが前提とされている。

他方、「強制の処分」を、「現時点まで議会が『排他的に』カタログ化し、他の機関による『自己決定』を禁止してきた」処分として定義する見解は、強制処分法定主義の下では、「通説的な理解の下で、重要な権利・利益の實質的な侵害・制約を伴うと判定された処分は、『強制の処分』として、特に刑事手続の基本法である刑事訴訟法においてカタログ化される（傍点引用者）」とする命題<sup>(24)</sup>に依拠するものと考えられるが、この命題自体、「強制の処分」を「法律上、強制的に行うことが許される処分（類型）」の意義に解するものであるように思われる。なぜなら、ここに「強制の処分」として「刑事訴訟法においてカタログ化される」とは、具体的処分が「事実上、強制的に行われる」ことではなく、一定類型の処分が「法律上、強制的に行うことが許される」ことを意味するものと解されるからである。<sup>(26)</sup>

(4) しかしながら、上述のとおり、刑訴法一九七条一項但書に、具体的な捜査行為の許容性（ないし適法性）判断の標準となる規範としての意義を認めるためには、「強制の処分」は、「事実上、強制的に行われる（または行われた）具体的処分」の意義に解すべきであって、「法律上、強制的に行われることが許される処分（類型）」という意味の「強制処分」と混同すべきではない。

これらの見解は、「強制の処分」を、「各則に規定」される「個々の強制処分」類型の「上位概念」として捉え、あるいは、「刑事訴訟法において」強制的に行われることが許されるものとして「カタログ化」された処分（類型）の意義に解する点において、二つの意義の「強制処分」を混同しており、そのために、同規定を「無意味化」するものとなっているといわざるをえないように思われる。

(21) 最決昭和五二年三月一六日刑集三〇巻二号一八七頁。

(22) 堀江・前掲注(19)六七頁。

(23) 中川・前掲注(4)一四頁。

(24) 緑大輔「最高裁判例と強制処分法定主義、令状主義——一九七六年と二〇一七年」指宿信編著『GPS捜査とプライバシー保護——位置情報取得捜査に対する規制を考える』(現代人文社、二〇一八年)一九九頁以下。

(25) 斎藤・前掲注(5)六六頁。

(26) また、後述のように(四②)、刑訴法一九七条一項但書は、強制処分に関する「法定」を(国会に)要求するものではないため、「重要な権利・利益の実質的侵害・制約を伴うと判定された処分」が、つねに「刑事訴訟法においてカタログ化される」とは限らないという意味でも、この命題は妥当性を欠くというべきであろう。

#### 四 おわりに

(1) 以上、本稿において検討してきたところからは、刑訴法一九七条一項但書にいう「強制的処分」該当性とは、捜査機関による具体的な行為について、同規定が適用されるか否かの判断基準として、それが、事実上(実際に)、「強制的に」行われる否か、あるいは、行われたか否かを問題とするものであるのに対して、「この法律に特別の定のある場合」に当たるか否かは、当該捜査行為が同規定に照らして許容されるか否か、あるいは、適法とされるか否かの判断基準として、同行為が当てはまる一定の処分類型について、法律上、「強制的に」行うことが許容されるか否かを問題とするものと解すべきであることが確認された。

「強制的処分」を「この法律に強制処分として規定されている処分群の総称」、あるいは、「現時点まで議会が『排他的に』カタログ化し、他の機関による『自己決定』を禁止してきた」処分の意義に解すべきことを主張する最近の見解は、区別されるべきこの二つの問題を混同した結果、刑訴法一九七条一項但書を規範として「無意味



化」するものであって、同規定の解釈論としての妥当性を認めたいというべきである。

もつとも、これらの見解が、刑訴法一九七条一項但書が定める「法定主義」を、捜査機関に対する、「法律に特別に規定された強制処分しか行つてはならないという行為規範として捉え」、したがって、「特別の定」という「文言は捜査機関による類推解釈の禁止という意味を持つ」としたり、行政機関や司法府による「カタログ化された『強制の処分』についての『自己決定』、すなわち、『対象者に不利益な類推適用』（本質的領域に関する行政機関・司法府による『自己決定』）や一般条項（刑訴法一九七条一項本文）の活用」を禁止する趣旨に理解すべきことを強調していることからは、その主眼は、おそらく、——具体的な捜査行為の「強制の処分」該当性の判断ではなく——「この法律に特別の定のある場合」への該当性判断を厳格化することにおかれているものと解される。

仮にそうであるとすれば、これらの見解が展開すべきであったのは、「強制の処分」の「解釈論」ではなく、「この法律に特別の定のある場合」の解釈論であつて、その該当性判断の一般的基準——すなわち、具体的な捜査行為について、刑訴法に「根拠規定」があるか否か、法定の「処分類型」に当てはまるか否かを、いかなる観点から判断すべきか——の提示を目指すべきであつたといふべきであるが、<sup>(29)</sup> いずれの見解においても、この問題については正面から論じられていない。<sup>(30)</sup> この点において、これらの見解には、その内容と問題関心の間に齟齬があるといわざるをえないように思われる。

(2) とところで、これらの見解が、「この法律に特別の定のある場合」の意義をことさら重視する背景には、刑訴法一九七条一項但書を、捜査機関による具体的な「強制処分」の許容性ないし適法性の要件を定めるものとしてではなく、むしろ、「強制処分」に関する「法定」それ自体を要請し、あるいは「法定」のあり方を定める趣旨の規定として捉える最近の議論の影響があるように思われる。

すなわち、最近では、強制処分法定主義を、「特に『強制の処分』に該当する場合には、基本法典の一つである刑事訴訟法典に集約してリスト化」し、「規律密度を類型的に引き上げる」<sup>(31)</sup>ことを要求するもの、あるいは、「権利制約の度合いについて閾値を超えるものについて『強制処分』と呼び、基本法典たる刑事訴訟法典に列挙すべきことを要求したもの」<sup>(32)</sup>として理解するなど、同規範を、——捜査機関に、「法定」の根拠規定のない「強制処分」を行うことを禁止する旨の規範としてではなく——立法機関に、「強制処分」についての一定内容の「法定」それ自体を要請する規範として捉える傾向がみられるのである。

また、これらの議論のなかには、刑法一九七条一項但書を、「規律密度」をはじめとするその「法定」のあり方<sup>(34)</sup>を定めるものとみるだけでなく、さらには、裁判所が、「強制処分に該当する処分」について「既存の手續や要件では十分に制御できないと考える場合」に、国会に「立法的措置を促す」ための規定とみるものまである<sup>(35)</sup>。これらによれば、同規定は、捜査機関による「強制の処分」について、立法による規制の仕方を定めるにとどまらず、司法と立法の間に特別な関係を構築する意義をもつ規範ということになる。

しかしながら、これらの見解は、少なくとも刑法一九七条一項但書の解釈論としては無理があるというべきであるように思われる。なぜなら、同規定は、捜査法の一環として、基本的に捜査機関を名宛人とし、「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、これを行うことができない」旨定めるものなのであって、それ以上のもではないというべきだからである<sup>(36)</sup>。

(3) 刑法一九七条一項但書の解釈論を展開するにあたっては、同項本文との関係も考慮に入れつつ、「強制の処分」の文言ないし語義のみならず<sup>(37)</sup>、規定全体の文言ないし意義についても、改めて確認しておく必要があるように思われる。

(27) 中川・前掲注(4) 一五頁。

(28) 斎藤・前掲注(5) 七〇頁。

(29) この点を指摘するものとして、松田・前掲注(3) 二二七頁以下参照。なお、山田哲史「法律の留保原則と強制処分法定主義」犯罪と刑罰二九号(二〇二〇年) 八三頁は、この私見においては、「捜査活動の『目的』と『内容』から強制処分が定義づけられるべきことが説かれる」とする。しかし、私見は、処分の「目的」と「内容」を、「強制の処分」を定義づけるものとしてではなく、「特別の定のある場合」への該当性判断の基準として挙げていたのである。この誤解からは逆に、論者がこの二つの問題を混同していることがうかがわれる。

(30) 中川・前掲注(4) 一五頁は、「特別の定」という文言に重要な意義があると考える論者は従来ほとんどいなかったと思われる」とするが、「特別の定」の厳格な解釈の必要性は、実質的には、GPS捜査以前から、すでに強制採尿、電話傍受等をめぐって指摘されてきたところである。いずれにしても、検討が必要とされるのは、「特別の定のある場合」への該当性判断の一般的基準であろう。

(31) 緑大輔「捜査法における明文規定の必要性とその規律の密度」犯罪と刑罰二九号(二〇二〇年) 三八頁。

(32) 山田・前掲注(29) 八九頁。

(33) そのほか、原田大樹「行政法学から見た強制処分法定主義」犯罪と刑罰二九号(二〇二〇年) 一〇五頁も、強制処分法定主義は、「任意捜査の範疇を超える『強制の処分』について、刑事訴訟法上の規定を要求するという構造を持っている」とし、「一方では刑事訴訟法本体に強制処分を書き込ませることによって通覧性を高めるとともに、他方では刑事訴訟法の立法者が特に根拠規定が必要と判断した措置について法律の規定を置かせるといふ、立法者を嚮導する性格をはじめから内包しているように見える」としている。

(34) この点に関連して、中川・前掲注(4) 二二二頁は、「現行法令の強制処分に関する規定の密度はばらばらに過ぎ」、「一処分の定義についてだけみても顕著な差がある」と指摘する。しかし、捜査行為の類型化は、結局のところ、その問題性や規制の内容に見合ったかたちで行わざるをえないものと考えられるし、いずれにしても、基本的には立法者の合理的な裁量に委ねられるものというべきであろう。

(35) 緑・前掲注(31) 三三頁。類似の見解として、強制処分法定主義を、裁判所が国会に、「十分な統制を受けていない

ために民主主義に重大な危険を生じさせる捜査手法の最適な統制方法を、民主主義的熟議を通じて考案するよう求めることのできる規定」とみる稲谷龍彦『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、二〇一七年）二九九頁があるが、同見解による刑訴法一九七条一項但書の解釈論には、いくつかの根本的問題が指摘される（松田・前掲注（一）三三三頁以下参照）。

（36） 実質的にも、司法と立法の間そのような特別な関係を構築する意義が、とくに刑事司法作用の、しかもその一部を構成するにすぎない捜査機関による「強制の処分」についての定められると解するのは、無理があるというべきではないか。松田岳士『熟議による適正手続』論について（二・完）阪大法学六八巻四号（二〇一八年）一三頁以下も参照。

（37） なお、松田・前掲注（一）三三三頁以下が、「規律密度」論、「議会の自己決定義務」論、「制度的差止」論を批判し、「論点のいたずらな拡散を避け、議論を収斂していくためにも、『強制の処分』の文言ないし語義の解釈に回帰する必要がある」とする点について、中川・前掲注（4）一三頁は、「現行刑事訴訟法を制定した者が『強制の処分』として何を想定していたか——ははつきりせず、かつ、憲法三二条における『自由』という文言をどのような意味で用いたのかもはつきりしない以上、目的論的解釈を施さねば立ち行かないと考えるのは自然であり、「そのような意識のもとに提唱された論者たちの見解に対し、語義に合わない」という批判をすることは、さほど意味のあることとは思えない（傍点引用者）」として論難する。しかしながら、私見がこれらの見解について問題としたのは、「強制の処分」の文言ないし語義を最初から「考慮の外に置」き、それと「無関係に論」じている点において、不当に「軽視ないし無視」することなのであって、単に「語義に合わない」こと（だけ）ではない。このことは、拙稿が、これらの見解について、「行政法ないし外国の議論に依拠しつつ導き出した——自己の主張を、刑訴法一九七条一項但書の『解釈論』の名を借りて展開しようとした結果、その文言を無視ないし軽視」している旨、あるいは、「実質的には、同規定の文言それ自体ではなく、むしろ『重要な権利・利益侵害説という』『有力説』の『解釈論』となってしまう」旨指摘していることからも明らかである。