



Title	「強制の処分」の定義と捜査妨害排除
Author(s)	松田, 岳士
Citation	阪大法学. 2021, 71(3-4), p. 29-54
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87372
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

「強制の処分」の定義と捜査妨害排除

松田岳士

一 はじめに

(1) 第三者から捜査妨害があるとき、捜査機関は、これを強制的に排除することができるか。この問題について、「強制の処分」を、「相手方の意思に反」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（傍点被引用者）」処分として定義する有力な見解（以下、「重要権利利益侵害説」と呼ぶ）は、捜査機関が、「対象者とは別の第三者が妨害等に及ぶので、実力でこれを排除する」などの「それ自体として強制処分性を帯びる」措置は、「本体の処分が強制処分の形で実施される場合には、これに付随するものとして許される」とする⁽¹⁾。

ここには、その前提として、捜査機関による捜査目的実現のための「本体の処分」だけでなく、それに付随する捜査妨害排除行為であっても、それ自体、当該第三者の「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」のであれば刑事訴訟法（以下、「刑事法」という）一九七条一項但書にいう「強制の処分」に該当し、したがって、「この法律に特別の定のある場合でなければ、これをするできない」、あるいは、——最決昭和五一年三月一六日刑集三〇卷二号一八七頁（以下、「最高裁昭和五一年決定」という）の文言を借りれば——「法律……

に根拠規定がない限り、行うことは許されない」との認識が看取される。

このように、第三者による捜査妨害の強制的な排除行為も、刑法一九七条一項但書にいう「強制的処分」に該当し、したがって、強制処分法定主義が適用されるといふ認識は、他の学説においても一般に共有されてきたように思われるが、このような前提の下では、強制的な妨害排除行為は、「本体の処分」が「強制処分」の形で実施される場合」には、これに付随するものとして許されるとしても、任意処分」の形で実施される場合には、現行刑法にそれを許容する「特別の定」ないし「根拠規定」が設けられない限り、少なくとも刑法上は許されないことになろう。実際、重要権利益侵害説も、——公道上での「写真撮影の対象者とは別の第三者が妨害等に及ぶので、実力でこれを排除するという場合」を念頭に置いて——「それ自体として強制処分性を帯びる」ような第三者による妨害の排除は、「本体の処分が任意処分として実施される限り許されない」とするのである。⁽³⁾

たしかに、重要権利益侵害説が説くように、「強制的処分」概念の核心的意義が権利・利益の侵害ないし制約に求められるとすれば、おそその人の権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約を伴う捜査機関の行為であればすべて「強制的処分」に該当し、「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」ことになろう。

しかしながら、このような前提の下では、たとえば、(在宅)被疑者の取調べや公道における実況見分等の任意処分を第三者が妨害(しよう)するとき、現行刑法上、捜査機関はこれを強制的に排除することはできないことになるが、この結論は妥当であろうか。また、「本体の処分」が強制処分であると任意処分であるとかかわらず、そもそも本体の捜査行為によつてその身体、住居、財産等に制約が加えられるわけでもなく、したがって、その実施に反対ないし抵抗する正当な理由が認められるわけでもない「第三者」がそれを妨害(しよう)するのに対して、捜査機関は、「特別の定」がなければこれを強制的に排除することはできないのであろうか。

(2) ところで、重要権利利益侵害説およびその影響下にある諸学説においては、「強制の処分」の定義について、刑法一九七条一項但書の下で、それが、「特別の定」がなければ許されないとされるのは何故か、あるいは、「特別の定」がなければ許され（るべきで）ない処分とはいかなる処分かという観点から議論する傾向がみられる。⁴⁾

しかしながら、「強制」の語義は、「個人の意思にかかわらず行われる」ことに求められること、そして、一般に、刑法一九七条一項但書が適用されうる「処分」であっても、相手方の同意または承諾があれば、任意処分として、「特別の定」の有無にかかわらず許容されると考えられていることに着目するならば、「強制の処分」の意義については、むしろ、「特別の定」によらない限り、当該処分の許容性が特定の「個人」の「意思」にかからしめられるのは何故か、あるいは、その許容性が特定の「個人」の意思にかからしめられるべき処分とはいかなる処分かという観点から検討し直す必要があるように思われる。⁵⁾

なぜなら、このように捜査行為の許容性を決定づけるような「個人の意思」があるとすれば、それは、誰のどのような意思であつてもよいわけではなく、当該捜査行為の実施に反対ないし抵抗する正当な理由のある者の、それに協力するか否かについての意思、より具体的には、当該処分の実施によりその身体、住居、財産等に制約が加えられるために、捜査目的を実現するにはその受忍という形で「協力」が不可欠とされる「個人」の、そのような「協力」を行うか否かについての「意思」を意味するものと解され、⁶⁾ そうであるとすれば、「処分対象者」とは異なり、当該捜査行為の実施に反対ないし抵抗する正当な理由が認められない「第三者」の「意思」については、捜査機関が捜査行為を行うに当たりこれに頓着する必要はないのであるから、同人による捜査妨害の排除行為については、「強制の処分」該当性が最初から問題とならないものと考えられるからである。

(3) そこで、本稿においては、「強制の処分」の定義のあり方について、重要権利利益侵害説をはじめとする従

来の学説とは異なる観点から改めて検討を加えつつ、捜査機関による第三者からの捜査妨害の強制的排除の手続上の許容性について考察することにした。

(1) 井上正仁『強制捜査と任意捜査』(有斐閣、新版、二〇一四年) 一二頁、一三三頁。

(2) なお、第三者による捜査妨害に対しては、公務執行妨害罪による現行犯逮捕によりその排除の目的が事実上達成できる場合もある。しかし、このような場合であっても、捜査妨害については、これを「犯罪」として扱う以前に、手続上排除することを優先すべき場面も少なくないものと考えられ、また、それ以前に、同罪の成立要件を充たさない妨害行為やいまだ実行されるに至っていない妨害行為を(予め)排除する必要が生ずることもある(逮捕に対する妨害排除について、渡辺恵一「任意同行・逮捕——檢察の立場から」三井誠ほか編『刑事手続上』(筑摩書房、一九八八年) 二三六頁、安井哲章「強制処分と妨害排除効」研修八五八号(二〇一九年) 六頁参照)。さらに、この問題は、後述の通り、「強制的処分」の定義とも密接に関連することから、理論上も重要な検討課題となるものと考えられる。

(3) 井上・前掲注(1) 二三頁。

(4) この種の議論は、とりわけ、刑法一九七条一項但書の文言を無視ないし軽視し、同規定を同意反復的なもの、あるいは、「捜査法」ではなく「立法指針」に読み替えるものとなっている点において、同規定の解釈論としての妥当性に根本的な疑義がある(松田岳士「強制処分概念をめぐる最近の議論について」阪大法学六七巻六号(二〇一八年) 三三頁以下)。

(5) すなわち、捜査妨害の強制的排除の許容性についての考え方は、「強制的処分」概念を構成するものとされてきた二つの要因——個人の意思にかかわらず行われるという要因と、個人の身体、住居、財産等の制約を伴うという要因——の間の相互関係性について、どのように理解するかによって左右されることになる。

(6) 松田岳士『刑事手続の基本問題』(成文堂、二〇一〇年) 二四二頁以下参照。

二 捜査妨害排除行為の許容性をめぐる従来の議論とその問題点

(1) 第三者による捜査妨害を強制的に排除する行為の許容性については、従来、一般に、強制処分の「付随的処分」あるいは、その「効力」の問題の一環として論じられてきた。すなわち、第三者からの捜査「妨害を實力により排除するなどの——それ自体として強制処分性を帯びる——措置は、本体の処分が強制処分の形で実施される場合には、これに付随するものとして許される」⁽⁷⁾、あるいは、「ある処分を強制的に実施できるということは、それに対する妨害行為がなされた場合に、それを實力をもって排除することを、その内容として含んでいる」から、「妨害に対して、それを排除するためになされる措置は、強制処分を認める以上、当然に認められ」、「その主体が強制処分の対象者であるか、それともその他の第三者であるかは無関係である」⁽⁸⁾などと説明されてきたのである⁽⁹⁾。

(2) 具体的な処分類型との関係では、たとえば、令状による捜索の現場において、「物理力を行使するなどして捜索の遂行を妨げ、あるいは、証拠隠滅を図るなどして捜索の目的達成を困難にする」者に対しては、「当該捜索を支援なく実施し、その目的を有効に達成するために合理的にみて必要かつ相当な措置をとること」は、「当該捜索の権限に当然含まれるものとして、許されている」⁽¹⁰⁾とか、「捜索場所にいた者が差押目的物を着衣の中に隠した疑いがあった」ような場合には、「捜索に対する妨害行為……を排除するための措置として」、「その者の「身体の捜索が可能である」⁽¹¹⁾、あるいは、「捜索・差押えが『強制』処分という権力作用であることから当然に、その実効性・目的達成を阻害する者の行為を制圧・阻止する等の妨害排除措置ができる」⁽¹²⁾などとされてきた⁽¹³⁾。

そして、刑法が、捜索状の執行中は、何人に対しても許可を得ないでその場所に入入りを禁止することを禁じているとができ、これに従わない者は、退去させ、または執行が終わるまで看守者を付することができる旨定めている

(刑訴法一一二条・一二二条一項)のも、「本体の処分とは別個の権限をとくに付加したものというよりは、そのような強制処分としての搜索の権限に本来含まれているものを——部分的には、立法政策上一定の制約を加えつつ——明示的に確認したものの⁽¹⁴⁾」、あるいは、「強制処分の附随的効力としての妨害予防・妨害排除措置を明記したものの⁽¹⁵⁾」として説明される。

また、逮捕との関係では、高等裁判所の裁判例⁽¹⁶⁾において、「通常逮捕状を執行するに際し、同逮捕状の効力として、被疑者以外の者すなわち第三者の身柄拘束が許されることを法律上直接明示した規定は見当らない」が、「第三者によつて被疑者に対する逮捕状の執行が妨害されるおそれがあり、とくに、逮捕状の執行に従事する捜査官の生命・身体に危害が加えられるおそれがあつて、右の捜査官において右のおそれがあると判断するについて相当な理由がある場合には、緊急やむを得ない措置として、逮捕状の執行に必要なかつ最少の限度において、相当と認める方法により一時的に右の第三者の自由を制限することができると解するのが相当である」としたものがある。同裁判例は、その理由について、「刑事訴訟法が逮捕状の執行という強制措置を認めている以上、これに対する妨害の予防ないし排除のために、右の程度の緊急措置は刑事訴訟法ないし警察官等の職務執行に関する法によつて当然に予定し、是認されているものと解すべきであり、このように解する以上、かかる強制手段の対象から第三者を除外すべきいわれはない」と説示するが、このような認識は、学説においても一般的に共有されているように思われる。すなわち、学説上も、一般に、捜査機関による逮捕に対する第三者からの妨害の強制的排除は、法文上の根拠を欠くため、強制処分法定主義に照らして許されないとする考え方は妥当でない⁽¹⁷⁾とされ、「犯人逮捕という強制処分の付随的処分として第三者にも一定の限度で実力行使が許される場合がある」⁽¹⁸⁾、「第三者が逮捕を妨害する場合には、第三者に対する実力行使を認めないと逮捕の実効性を確保できなくなる」⁽¹⁹⁾ため「逮捕状に付随する効力」として強

制的な妨害排除が許される⁽¹⁹⁾、あるいは、「逮捕は、そもそも国家刑罰権の実現という刑事司法目的のため認められた強制手段の一つであり、「国民に対する関係で、執行の相手方及び第三者からの妨害を排除し得る意味においていわゆる自力執行力を有する権力的公務の性格を有する」から、「その執行の対象は特定の者であるが、その執行の過程においては、その相手方のみならず、他の第三者からの抵抗、妨害をも排除し得る性格をもつ⁽²⁰⁾」ものとしてきたのである⁽²¹⁾。

これらの学説については、逮捕を、「第三者からの妨害をも排除して犯人の身体の拘束という目的を達し得る」強制処分として理解するという意味において、第三者からの妨害排除も「実質的には逮捕という強制処分の一連の行為として評価」するもの⁽²²⁾、あるいは、「逮捕の本質を、捜査官对被疑者関係という一対一の『線的』なものと捉えるのではなく、被疑者の逮捕という目的を達成するために、一時的に一定の範囲の者にいわば『面的』に一定の有形力を及ぼすことを当然に予定しているものと捉える⁽²³⁾」ものであるとの評価もある。しかし、これに対しては、「逮捕によって侵害することが予定されている法的利益は身体の自由であるが、これはあくまでも被疑者の身体の自由であって、第三者の身体の自由は含まれない」とした上で、「第三者は、逮捕者と被疑者との間に存在する法的人間関係に正当な理由なく変更を加える権利を有しない」ところ、「第三者が妨害行為に及ぶということは、自らの意思で『相手方に受忍義務を課す』相手方は受忍義務を負う」という法的人間関係の中に侵入することを意味⁽²⁴⁾し、そのような「強制処分の法的効果の影響を受ける地位に就くことになる」ことを理由に、逮捕に対する第三者からの妨害の強制的排除が許容されるとの説明も試みられている⁽²⁴⁾。

(3) いずれにしても、このように、従来の学説が、第三者による捜査妨害の強制的排除の許容性について、主として強制処分の付随的処分としての許容性、あるいは、強制処分の効力の問題として扱ってきた前提には、強制処

分法定主義と捜査妨害排除行為の許容性の関係に関する次のような認識があるものと推察される。

すなわち、①第三者による捜査妨害の排除も、「本体の処分」同様に、それが「強制的に実施」されるのであれば、刑法一九七条一項但書にいう「強制の処分」に該当するため、「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」ところ、②「本体の処分」について、「強制的に実施」することを許容する「特別の定」があり、当該処分が同規定により強制処分として行われる場合には、第三者からの妨害を強制的に排除することも同規定により同時にあるいは付随的に許容されているものといえるが、③任意処分として行われる処分については、第三者からの妨害行為があつても、別途それを許容する「特別の定」がない限り、捜査機関はそれを強制的に排除することはできないとの認識である。

たとえば、重要権利利益侵害説は、捜査機関が、「公道上にいる人の容ぼう等を公然と〔写真〕撮影する」行為について、「写真撮影の対象者とは別の第三者が妨害等に及ぶので、実力でこれを排除する」場合に、「そのような妨害を實力により排除するなどの——それ自体として強制処分性を帯びる——措置は、本体の処分が強制処分の形で実施される場合には、これに付随するものとして許されるけれども、本体の処分が任意処分として実施される限り、許されない⁽²⁵⁾」とするが、ここには、上記①～③の認識を看取することができる。

しかしながら、このような理解を前提とすると、たとえば、公道における実況見分や河川における証拠物の探索、あるいは、被疑者の同意ないし承諾に基づく取調べ等に対して第三者からの妨害がある場合に、前者については令状を取得して「強制処分の形で」これを行わない限り、後者については第三者からの「妨害予防・妨害排除措置を明記した」規定が別途刑法に設けられない限りは、捜査機関はそれを強制的に排除することができないことになるが、このような帰結が妥当であるかは疑問である。

なぜなら、これらの任意処分について、第三者からの妨害を排除することができないとすれば、捜査機関は妨害があった場合にはその実施を断念しなければならないことになるが、それでは、これらの処分権限が、刑法一九七条一項により一般的に、あるいは、一九八条等の規定により個別に、「国家刑罰権の実現という刑事司法目的のため認められた……手段」として捜査機関に付与されている意義が無に帰することになるように思われるからである。実際、「本体の処分」である任意処分を行うには「特別の定」は不要とされる一方で、その実効性を確保するために「第三者」からの妨害を排除するには「特別の定」を要するというのは、不自然の感が否めない。

また、そもそも「本体の処分」の「対象者」とは異なり、当該捜査目的達成のためにその身体、住居、財産等に制約が加えられるわけでもない「第三者」には、「個人」としてその実施に「抵抗」する正当な理由は認められないうべきであるように思われるところ、そのような「第三者」からの捜査「妨害」を強制的に排除することの許容性は、「処分対象者」による捜査に対する「抵抗」を強制的に排して同処分を行うことの許容性とは、刑法一九七条一項但書の「強制処分法定主義」の趣旨に照らすと、基本的に異なる意義が認められるというべきであるようにも思われる。

そこで、この問題に関しては、その前提となる上記①の認識、すなわち、第三者からの捜査妨害の排除行為も、「本体の処分」と同様に、それが「強制的に実施」されるのであれば刑法一九七条一項但書の「強制の処分」に該当することになるとの従来の学説の一般的な認識の妥当性について、「強制の処分」の定義のあり方に遡りつつ、検討し直すことにしたい。

(7) 井上・前掲注(1)二三頁。

(8) 川出敏裕「強制処分の効力について」井上正仁・酒巻匡編『三井誠先生古稀祝賀論文集』(有斐閣、二〇一二年)五

二四頁以下。引用部分は、とくに「強制処分に対する現実的な妨害行為があった場合」の妨害排除措置に関して述べられた箇所であるが、同論文は、「強制処分に対する妨害を排除するという正当化根拠自体は、妨害が現実に行われている場合だけでなく、そのおそれが存在する場合にも妥当することに加えて、実際に妨害が行われてしまうとそれを排除できない事態が生じる可能性もあることからすれば、「現実には妨害行為が行われてはいないが、そのおそれが存在する」場合の妨害排除措置も、強制処分の権限の中に含まれたものである」とするから、結局のところ、強制処分に対する妨害排除一般の許容性に妥当するものということができよう。

(9) その理由について、安井・前掲注(2)一三頁は、「強制処分の法的効果」は、「対象者に受忍義務を課すことにある」ところ、「第三者」は、捜査機関と処分対象者の間の「受忍義務を中心とした法的人間関係の中に正当な理由なく侵入したことにより、受忍義務という法的効果の影響を受ける地位に就く」ことに求められるという。しかし、たとえば、第三者が、同意ないし承諾に基づいて任意処分として行われる被疑者の取調べを妨害するときも、同人は、やはり捜査機関と被疑者の間の「法的人間関係の中に正当な理由なく侵入」することになるように思われるにもかかわらず、任意処分は「受忍義務を課す」という法的効果を伴わないため、その強制的排除が許されないことになるという点において、このような説明の妥当性には疑問がある。

(10) 井上・前掲注(1)三二〇頁。

(11) 川出・前掲注(8)五二五頁以下。

(12) 酒巻匡『刑事訴訟法』(有斐閣、第二版、二〇二〇年)一一八頁。

(13) 安井・前掲注(2)一頁以下は、捜査機関が、捜索に対する第三者からの妨害を強制的に排除することが許される理由は、第三者による妨害は、「捜査機関と〔捜索の対象場所の〕居住者・管理者との間に存在する法的人間関係の中に侵入することを意味する」ため、「居住者・管理者に受忍義務を課すという捜索の法的効果の影響を受ける」ことに求められるとする。

(14) 井上・前掲注(1)三二二頁。

(15) 酒巻・前掲注(12)一一八頁。

(16) 東京高判昭和五三年五月三一日刑月一〇卷四〓五号八八三頁。

(17) なお、最高裁の判例には、「犯人が路上の集団の中にまぎれ込んだ場合において、警察官が、その集団の中から犯人を探索してこれを検挙するため、その集団全体の移動を停止させるときは、これによつて犯罪にかかわりのない多数の第三者の自由をも制約することとなるのであるから、かかる停止が警察官の職務執行として軽々に許されるべきものでないことはいうまでもない」としつつも、当該事案における警察官による集団停止措置は、「犯人検挙のための捜査活動として許容される限度を超えた行為とまではいうことができず、適法な職務執行にあたる」としたものがあるが（最決昭和五九年二月二三日刑集三八卷三号二九五頁）、同決定は、その理由の一つとして、同措置は、「集団の者に対し停止を求めるための説得の手段の域にとどまるものと認めることができないうわけではな（い）」と説示していることからすれば、これを「任意捜査の一つの方法」とみており、強制手段を用いることまで許容されるかについては言及していないものとみるべきであろう（佐藤文哉「犯人探索のための歩行中の集団を停止させる措置の適法性」警察研究五九卷二号五一頁（一九八八年）五五頁以下）。なお、同決定にいう「検挙」の意義を「逮捕」と「任意捜査」のいずれに求めるかについても議論がある（則定衛「犯人検挙のために行う第三者の行動規制の適法性」研修四二九号（一九八四年）四一頁、大泉隆史「犯人検挙のための第三者に対する規制措置」法律のひろば三七卷五号（一九八四年）五〇頁以下、木谷明「集団の停止」刑事訴訟法判例百選第五版（別冊ジュリスト八九号、一九八六年）一八頁参照）。また、岡山地判昭和五四年一〇月一九日判タ四一〇号一五五頁は、「現行犯人の逮捕のために、犯人以外の者に対し有形力を行使できることを根拠づける規定はなく、原則としてこれらの者に対する有形力の行使は許されない」としつつも、「特段の事情がある場合」には、「比例の原則を考慮しつつ、必要最小限度の有形力を行使してこれら他の者を事前に排除し得ることが現行犯人逮捕ないし通常逮捕を認める刑訴法において、当然に予定されているものと解する余地がないではない」とするが、ここにいう「有形力の行使」が強制手段を意味するものか否かは判然としえない。

(18) 渡辺・前掲注（2）二二六頁以下。

(19) 高森高徳『Q & A 実例逮捕・勾留の実際』（立花書房、第二版、二〇一三年）六二頁以下。同書は、「逮捕の本質は、人の意思に反しても被疑者の身体を強制的に拘束するところになるから、実力行使の対象は被疑者本人であろうと第三者であろうと基本的に変わりはない」とするが、この場合、被疑者の意思は逮捕に「抵抗」する意思であるのに対し、第三者の意思はこれを「妨害」する意思であるから、強制処分法定主義との関係では、両者の意味合いは異なるとい

うべきであらう。

(20) 木藤繁夫「逮捕の際の犯人以外の第三者に対する有形力の行使」警察学論集三六卷一号（一九八三年）一八〇頁。

(21) そのほか、宇津呂英雄「第三者に対する有形力の行使」研修三八七号（一九八〇年）八三頁、大泉・前掲注（17）四九頁以下、西村浩司「逮捕に伴う第三者に対する自由制限の適法性」警察関係基本判例解説100（別冊判例タイムズ九号、一九八五年）一五四頁、森下元雄「逮捕に伴う第三者に対する有形力の行使」警察基本判例・実務200（別冊判例タイムズ二六号、二〇一〇年）二五六頁以下、井上・前掲注（1）三三二頁、川出・前掲注（8）五二六頁、安井・前掲注（2）七頁等。

(22) 木藤・前掲注（20）一七九頁。

(23) 種谷良二「逮捕に伴う第三者に対する有形力の行使」警察実務判例解説（任意同行・逮捕篇）（別冊判例タイムズ一〇号、一九八八年）六五頁。

(24) 安井・前掲注（2）三頁以下。

(25) 井上・前掲注（1）二三頁。

三 「強制の処分」概念の再構成——「意思」と「権利（制約）」の関係性

(1) 刑訴法一九七条一項但書の「強制の処分」の解釈をめぐっては、最近では錯綜した議論が展開されているものの、⁽²⁶⁾依然として有力とされているのは、これを、「相手方の意思に反」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重要権利利益侵害説である。この見解の基本的特徴は、「強制の処分」概念の理解について、「相手方の意思に反」して行われることと、「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」ことを、その二つの基本要因としつつも、とりわけ後者の方をその本質的要因として位置づけるという意味において、究極的には、「重要な権利・利益の侵害の有無を問題とする」⁽²⁷⁾、あるいは、「権利侵害を

基軸とする」点に求めることができる。⁽²⁸⁾

すなわち、この見解も、「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」ことに加えて、「やはり、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」として——「強制」の語義に一定の配慮を見せつつ——、「相手方の明示または黙示の意思に反すること」を、一応は、「強制の処分」の要因の一つとすべきだとする。ところが、同見解は、相手方の同意ないし承諾に基づいて行われる処分を任意処分とする理由を、「同意ないし承諾とは権利・利益の放棄を意味し、従って、当の権利・利益の主体が同意ないし承諾する場合には、その権利・利益の侵害ということがそもそも問題とならない」ことに求めることにより、⁽²⁹⁾「相手方の意思に反」して行われるという要因を、実質的に「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」という要因に還元してしまうのである。⁽³⁰⁾

しかしながら、「強制の処分」概念については、まず、その文言との関係において、これを、直接、「重要な権利・利益の侵害の有無を問題とする」ものとして理解することが妥当であるかは疑問である。なぜなら、「強制の処分」は、その「強制」の語義に忠実であろうとする限り、直接には、捜査機関によって、特定の個人の——「意思に反しても」というよりも、むしろ——「意思にかかわらず」あるいは「意思に頓着せず」に行われる処分を意味するものと解するべきであり、したがって、同概念については、基本的に「相手方の意思を問題視」⁽³¹⁾するものとして、その核心的意義は、「権利侵害」ではなく、むしろ、特定の個人の「意思にかかわらず」あるいは「意思に頓着せずに」行われる点に存するといふべきであるように思われるからである。

そうであるとすれば、仮に重要権利利益侵害説による「強制の処分」の定義を前提とするとしても、その基軸は、「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」という要因ではなく、むしろ、「相手方の意思に

反しても「行われる」という要因の方に求められるべきであろう。

(2) このような「個人⁽³²⁾の意思」を基軸とする「強制の処分」概念の理解は、単に文理解釈として優れているというだけでなく、同概念の内容に関して従来とは異なる観点からの検討を可能とし、ひいては、同概念を構成する個人の「意思」に関する要因と「権利（制限）」に関する要因の間の相互関係や、「強制の処分」性において「権利（制限）」がもつ意義について、よりの確な考察を導くことになるという意味においても妥当なものと考えられる。

ところで、重要権利利益侵害説の基本的な問題関心は、「客観的にみて何ら保護されるべき権利や利益もないのに、ただ当事者の意思に反するからというだけで、刑事訴訟法上の特別の根拠規定を必要とするのは、過当な要求」であり、「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場合にはじめて、強制処分ということになる」というところにあるものと考えられる。すなわち、同見解は、「強制の処分」について、それが、刑法一九七条一項但書の下で「特別の定」がなければ許容されないのは何故か、あるいは、「特別の根拠規定」がなければ許容されるべきではない処分とはいかなる処分なのかという観点からその定義を導き出すのである。

しかしながら、このような問題関心の下では、刑法一九七条一項但書は、結局のところ、「特別の定がなければ許容されるべきではない処分は、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」旨の同意反復的な規定であることに帰することになり、少なくとも捜査機関を名宛人とする捜査統制規範としては機能しえないものとなることは、同様の問題関心をより純化して引き継ぎ、その語義からさらに離れるかたちで「強制の処分」の意義を論じてきたその後の諸学説が、実質的に、同規定の解釈論ではなく、捜査に関する立法指針・過程論の様相を呈していることからも明らかであろう。

これに対して、「強制の処分」の核心的意義が、その語義どおり個人の「意思にかかわらず」あるいは「意思に頓着せずに」行われる点に求められるとすれば、同概念については、これとは異なる観点、具体的には、「特別の定」がない限り、捜査機関がそれを行うにあたって、特定の「個人の意思」を尊重し、それに頓着しなければならぬ処分とはいかなる処分か、あるいは、そのような「個人の意思」とは、誰のどのような意思をいうのかという観点から、改めてその内容を検討し直す必要があるものと考えられる。

すなわち、重要権利利益侵害説も説くように、「例えば、住居に立ち入り、搜索する場合にも、住居主がそれに承諾を与えたならば、もはや強制処分とはいえ〔ず〕」、「やはり、相手方の意思に反しても実施する……ときにはじめて、『強制』といえる」とすれば、⁽³³⁾「強制の処分」に該当しうるのは、「特別の定」がない限り、その許容性が、特定の「個人の意思」に依存することになるような行為であるということになるが、そうであるとすれば、ここにいう「個人の意思」とは、誰のいかなる内容の意思でもよいというわけではなく、当該捜査行為に反対ないし抵抗する「正当な理由」あるいは「権利」が認められる者の、当該捜査の実施に（反対ないし抵抗せずに）「協力」するか否かの意思でなければならぬものと考えられる。

そして、捜査目的の達成のために特定の個人の協力が必要とされ、あるいは、特定の「個人」に捜査行為の実施に反対ないし抵抗する「正当な理由」が認められる場合があるとすれば、それは、同行為が、憲法上、その不可侵性が保障される「個人」の支配領域に踏み込んで、あるいは、最高裁昭和五二年決定の文言を借りるならば、「個人の身体、住居、財産等に制約を加えて」行われる場合をいうものと考えられる。⁽³⁴⁾

(3) 以上を、刑法一九七条一項但書の趣旨という観点から説明し直すとすれば、次のようになる。すなわち、捜査行為の中には、公道における実況見分や河川における証拠物の探索等、個人の領域に踏み込むことなくつ

ら公共領域において行われうるものと、逮捕・勾留、取調べ、住居内の搜索・検証、個人の占有物の差押え等、身体、住居、財産等の憲法上不可侵性が保障される個人の領域に踏み込まずには行われえないものがあるところ、後者の類型の行為については、いかに捜査目的達成のために必要であつても、その許容性は、基本的に、その個人がこれに協力するか否かの意思に委ねられることになるのであり、その意思にかかわらず、あるいは、その意思に頓着せずにこれを実施するためには、それを許容する「特別の定」あるいは「法律の根拠規定」によらなければならないのである。

このような理解の下では、仮に重要権利利益侵害説の説くように、「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」ことが「強制の処分」の一要因として挙げられるとしても、その理由は、これらの「権利・利益」が「法定の厳格な要件・手続により保護する必要のあるほど重要」であることではなく、むしろ、その「実質的な侵害ないし制約を伴う」ことが、当該個人が当該処分による捜査目的の実現に協力することを拒否する正当な理由となることに求められることになる。そして、その意味において、「強制の処分」性の核心的意義は、あくまで「相手方の意思に反しても実施する」点にあり、「権利侵害」は、むしろ、当該個人の捜査協力を拒否する「意思」の正当性を根拠づける事情として位置づけられることになるのである。

かくして、「強制の処分」概念に関しては、仮に重要権利利益侵害説による定義を前提とするとしても、「相手方の意思に反しても」行われるという要因を、「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」という要因に還元するのではなく、反対に、「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」という要因の方が、「相手方の意思に反しても」行われるという要因に還元されるものとして理解するべきであることになる。

(26) 松田・前掲注(4) 三三頁以下のほか、同一刑事訴訟法一九七条一項但書の構造について「阪大法学七〇巻三・四号

(二〇二〇年) 九九頁以下も参照。

(27) 井上・前掲注(1) 二二頁。

(28) 川出敏裕『強制処分』の概念とその規律」刑法雑誌五八卷三号(二〇二〇年) 九頁。

(29) 井上・前掲注(1) 九頁以下。

(30) この点について、井上正仁『強制捜査と任意捜査』(有斐閣、二〇〇六年) 七頁以下は、——三井誠『刑事手続法(1)』(有斐閣、新版、一九九七年) 八一頁による、「同意があれば」「意に反していなければ」守るべき権利・利益の侵害がなくならない」とすれば、「特に独立の要件としてこの点を挙げる必要はない」との指摘を受けて——「処分の相手方の同意があり、あるいはその意に反していなければ、結果として、権利・利益の『制約』はないことになるのだから、究極的な基準は、……重要な権利・利益の制約の有無という点にこそある、と見ることもできなくはない」としていた。

(31) 三井・前掲注(30) 八一頁参照。なお、同書は、「強制の処分」の定義をめぐる諸学説が「意思の側面を重視する」のは、「強制・非強制ではなく、強制・任意という用語の対比」の結果かもしれないと指摘するが、「強制・非強制」という用語の対比の下でもこのことには変わりはないとすべきであろう。

(32) 松田・前掲注(4) 三三頁以下。

(33) 井上・前掲注(1) 九頁。

(34) 松田岳士「令状なしのGPS捜査が違法とされた事例」季刊刑事弁護九一号(二〇一七年) 九九頁以下参照。

四 捜査妨害排除行為の許容性論の再構成

(1) このように、刑法一九七条一項但書の「強制の処分」を、「特別の定」によらない限り、捜査機関がそれを行うにあたって、特定の「個人の意思」を尊重し、それに頓着すべき処分、あるいは、特定の「個人の意思」にその許容性が依存することになる処分として捉え直してみると、そもそも同規定にいう「強制」性は、当該捜査目的の達成のために、個人の身体、住居、財産等に制約が加えられる、あるいは、個人の不可侵領域に踏み込まれる

場合にのみ、かつ、当該個人に対してのみ問題となるということになる。なぜなら、ここにいう「個人の意味」とは、特定の捜査行為を行うに当たり、捜査機関により、その身体、住居、財産等の不可侵領域に踏み込まれることになるために、当該行為の実施への協力を拒否する正当な理由が認められる「個人」の——これを受忍して——捜査協力を行うか否かについての「意思」に限られることになるからである。

すなわち、捜査行為によって身体、住居、財産等に制約を加えられることになる個人を「処分対象者」、それ以外の者を「第三者」と呼ぶとすれば、刑法一九七条一項但書にいう「強制」性が問題となるのは、当該捜査行為の実施に反対ないし抵抗する正当な理由が認められるがゆえに捜査機関がその「意思」を尊重すべき「処分対象者」に対してのみであり、そうではない「第三者」に対しては、このことは最初から妥当しないものと考えられるのである。したがって、「第三者」が捜査妨害に及ぶときには、捜査機関がこれを排除する際にその身体、財産等に制約が加えられることになるとしても、そのことは、同人が当該捜査妨害排除行為に反対ないし抵抗する正当な理由とは認められず、刑法一九七条一項但書の「強制的処分」には該当しないということになる。

(2) より具体的には、まず、公道における実況見分のように、個人の領域に踏み込むことなく、もっぱら公共領域において行われる——いいかえれば、個人の身体、住居、財産等に制約を加えることなく行われる——捜査行為については、いかなる個人との関係においても「強制」性は問題とならない。なぜなら、この場合には、そもそも、当該捜査行為に反対ないし抵抗する正当な理由が認められる「処分対象者」が存在しないため、捜査機関は、法律によりその権限が認められている以上、捜査目的を達するため必要かつ相当である限りにおいて、いかなる個人の意味にも頓着することなく同行為を行うことができ、したがって、「第三者」からの妨害に対しては、「特別の定」がなくてもこれを強制的に排除することができるものと考えられるからである。

他方、捜査行為が、身体、住居、財産等の個人の不可侵領域に踏み込んで行われる場合には、「特別の定」によらない限り、その許容性は、当該捜査目的の実現に協力するか否かについての同人の意思に依存することになる。⁽³⁵⁾ なぜなら、そのような「個人」には、「処分対象者」として、当該捜査行為に反対ないし抵抗する正当な理由が認められるからである。

しかしながら、このような捜査行為が、「処分対象者」の同意ないし承諾に基づいて任意処分として行われる場合であると、「特別の定」に基づいて強制処分として行われる場合であるとかかわらず、「処分対象者」以外の者、すなわち、「第三者」には、当該捜査行為に反対ないし抵抗する正当な理由は認められない。したがって、捜査機関は、同行為を行うにあたりその「第三者」の意思に頓着する必要はなく、⁽³⁶⁾ 同人が捜査妨害に及ぶ場合にこれを強制的に排除するとしても、その行為は、刑法一九七条一項但書の「強制の処分」には該当しないものといえるべきである。このような「第三者」からの捜査妨害の排除は、捜査機関に当該処分を行う権限が付与されていることから当然に許容されるのであって、その意味において、それは、「強制処分の付随的効力」である以前に、任意処分を含む捜査権限一般の付随的効力として理解されるのである。

(3) このように、刑法一九七条一項但書にいう処分の「強制」性が、もっぱら当該処分に反対ないし抵抗する正当な理由が認められる「処分対象者」の「意思」に頓着せずに行われることに求められ、したがって、「処分対象者」との関係においてのみ問題となるとすれば、一般的に、捜査機関による強制的行為の許容性を検討する際には、「処分対象者」と「第三者」の区別——あるいは、それに対応して、「処分対象者」による捜査行為に対する「抵抗」と「第三者」によるその「妨害」の区別——が重要な意味をもつことになるが、両者の区別のあり方については、従来、ほとんど論じられることがなかったように思われる。⁽³⁷⁾

そこで、以下では、捜査機関が、街頭で人の容ぼう・姿態を撮影する場面を念頭において、両者の区別のあり方を検討してみることにしたい。なぜなら、この場合のように、特定の個人を対象とはするものの、その身体、住居、財産等に制約が加えられる、あるいは、個人の不可侵領域にまで踏み込むとまではいえない処分が行われる場合においては、「処分対象者」と「第三者」の区別が最も先鋭的な形で問題となるものと考えられるからである。

ところで、重要権利利益侵害説は、「公道上にいる人の容ぼう等を公然と撮影する」あるいは、「街頭で公然と行動している人を写真に撮る」行為について、「その人は、自ら自分の行動を他人の目に曝している」のであり、住居の中にいる場合などと同様にプライバシーを正当に期待ないし主張できる立場にいるとはいえない(ない)から、「法定の厳格な要件・手続によつ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場合」には該当せず、「強制処分とまではいえない」とする。そして、このことを前提に、同見解は、捜査機関が、撮影にあたり、「対象者とは別の第三者が妨害等に及ぶので、実力でこれを排除する」行為については、「そのような妨害を實力により排除するなどの——それ自体として強制処分性を帯びる——措置」は、「本体の処分が任意処分として実施される」以上、許されないとするのである。³⁸⁾

しかしながら、「本体の処分が任意処分として実施される」としても、その「本体の処分」たる撮影の対象とされるわけでもない「第三者」については、当該撮影に際して自己の身体、住居、財産等に制約が加えられるわけではない以上、これに反対ないし抵抗する正当な理由は認められないのであって、同人がその「妨害」に出る場合には、捜査機関は、「本体の処分」による捜査目的達成のために必要最低限の範囲において、撮影行為に付随して、その「妨害」を實力により排除することも許されることがあるといふべきであろう。

他方、被撮影者との関係においても、当該撮影行為が、「強制処分とまではいえない」とされる理由が、「その人

は、自ら自分の行動を他人の目に曝しているのであり、住居の中にいる場合などと同様にプライバシーを正当に期待ないし主張できる立場にいるとはいえない〔³⁸〕ことに求められるとすれば、それは、実質的には、同行為が、被撮影者の身体、住居、財産等の個人の領域にまで踏み込むものとまではいえ、公共領域にとどまるものと評価されるがゆえに、同人には、撮影行為に反対ないし抵抗する正当な理由が認められないため、捜査機関はその意思に頓着する必要がないことを意味するものと考えられる。

仮にそうであるとすれば、「公道上にいる人の容ぼう等を公然と撮影する」行為においては、被撮影者の容ぼう・姿態も「公共領域」の一部であるということになり、公道における実況見分の場合と同様に、そこには、刑法一九七条一項但書の「強制」の対象となりうるような「処分対象者」は存在しないということになる。そして、このような前提の下では、被撮影者も「第三者」として扱われることになり、³⁹したがって、同人がこれに反対する意思を行動にあらわすとしても、それは「抵抗」ではなく、その「正当な理由」が認められない「妨害」として扱われ、捜査機関は、「特別の定」によることなくこれを強制的に排除することもできるということになる。

したがって、この場合に、捜査機関は、「相手方が反対の意思を表明し、あるいは抵抗する余地のないほど即座にその撮影を行」うことや、「相手方が『撮るな』と叫ぶのを無視してこれを敢行」することだけでなく、「相手方が妨害行為に及んだので、これを実力で排除」することも、当該処分に付随するものとして、「特別の定」によらなくても許される場合がありうる⁴⁰ことになる。

いずれにしても、このような妨害排除行為も、比例原則の下で、撮影の目的を達成する、あるいは、撮影の実効性を確保するために必要かつ相当な限度において、あるいは、必要最小限の範囲で行われなければならず、⁴¹捜査妨害排除に名を借りて不当または過当に当該「第三者」の権利・利益を制約ないし侵害したり、損害を与えるような

ことが許されないことはいうまでもない。また、捜査機関が、妨害の排除を超えて、たとえば、相手方を羽交い絞めにして同人の容ぼう・姿態の「写真撮影を敢行」するようなことは、その相手方の意思にかかわらず、その「身体」に制約を加えて捜査目的を達成するものとして「強制的処分」に該当し、したがって、「特別の定」によらなければこれを行うことはできないものというべきであろう。⁽⁴²⁾

(35) たとえば、被疑者取調べについていえば、取調べは「個人」の領域に踏み込んで行われるものであるから、被疑者はその「処分対象者」となるが、その同意なし承諾があれば、任意処分として行われることになる。

(36) 捜査機関が、強制処分にせよ任意処分にせよ、捜査行為を行うにあたり、「特別の定」がない限り、その「処分対象者」だけでなく、それ以外のすべての「第三者」の意思にも頓着しなければならぬとすれば、捜査は事実上実施不可能となってしまうであろう。

(37) 実際、「被疑者が逮捕行為を妨害する」といった表現が用いられることもあるが(安井・前掲注(3) 四頁)、この場合の「被疑者」としては、被逮捕者たる「処分対象者」が想定されるとすれば、むしろ、「抵抗」の語が用いられるべきであろう。

(38) 井上・前掲注(1) 一四頁、二三頁。

(39) 最大判昭和四四年二月二四日刑集二三卷一二号一六二五頁が、「警察官が犯罪捜査の必要上写真を撮影する際、その中に犯人のみならず第三者である個人の容ぼう等が含まれても、これが許容される場合がありうる」とするの、少なくとも公共の場所における個人の容ぼう・姿態の写真撮影の文脈においては、「犯人」と「第三者」との扱いに本質的な差異がないとの理解を示唆するものと解することも、あるいは可能であろう。

(40) 井上・前掲注(1) 二二頁参照。

(41) とくに逮捕に対する妨害排除に比例原則が妥当することについて、則定・前掲注(17) 四二頁以下、大泉・前掲注(17) 六二頁以下、西村・前掲注(21) 一五四頁、渡辺・前掲注(2) 二二六頁、高森・前掲注(19) 六三頁、安井・前掲注(2) 七頁等参照。また、裁判例として、東京高判昭和五三年五月三二日前掲、広島高岡山支判昭和五七年三月二四

日判タ四六八号一五四頁、横濱地判平成四年三月三日判タ七九六号二二〇頁も参照。なお、この点について、木藤・前掲注(20)一八二頁以下は、「逮捕の本質を……、被疑者からであるか第三者からであるかを問わず、これに対する妨害抵抗を排除し得る性格のものであるとすると、妨害を排除するための有形力行使の限度に関する基準は、被疑者に対するものと第三者に対するものとは同一でなければならぬものであり、被疑者に対する基準として必要最少限度が厳格に過ぎると解されることから、第三者に対する基準としても相当とはいえない」として、この場合には、「必要最少限度」ではなく、「具体的状況に応じ、逮捕の目的を達するため合理的に必要と認められる限度」という基準を用いるのが妥当であるとす。

(42) この点について、小林充「強制処分と任意処分」研修六七一号(二〇〇四年)一七頁は、捜査機関によるデモの参加者等の写真撮影は、「有形力を伴わない通常の方法で行われる限り、……刑事法上の強制処分には該当しない」としつつ、「撮影のために特定の場所を設け、そこへの立入を禁止して行うとき、あるいはこれに対する阻止ないし妨害行為を排除して行うとき等は強制処分といわざるを得ないから、検証令状を必要とすると解すべき」であると、これに対して、井上・前掲注(1)二三頁は、「本体である写真撮影自体は性質上、任意処分に属するものに、相手方が抵抗するため、これを実力で排除する場合には、当の写真撮影全体が強制処分に当たるとする考え方そのものにも、疑問を禁じ得ない」とする。しかし、「強制の処分」とは、「強制手段を用いて」「捜査目的を実現する」行為をいうものと考えられるとすれば(最高裁昭和五一年決定参照)、単に消極的に妨害を排除するにとどまらず、積極的に相手方の身体に制約を加えてその容ぼう等の写真を撮影する行為は、「強制の処分」に当たるものといふべきであろう。もっとも、この問題も、「強制の処分」概念の根幹に関わるものであるから、別途検討の必要があろう。

五 おわりに

(1) 以上、本稿においては、「強制の処分」概念の再構成を試みつつ、第三者からの捜査妨害の強制的排除の許容性の問題について考察してきたが、その結論をまとめると次のようになる。

すなわち、——最近では、「この法律に特別の定のある場合でなければ、……することができない」処分とはいかなる処分かという観点から同意反復的に、あるいは、実質的には立法指針・過程の問題として論じられる傾向の強かった——「強制の処分」の定義について、「特別の定」によらない限り、その許容性が特定の「個人の意思」にかからしめられることになる処分とはいかなる処分かという観点から考察し直すと、それは、特定の「個人」に当該捜査行為に反対ないし抵抗する「正当な理由」が認められる処分、すなわち、身体、住居、財産等、憲法によりそ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がゆえに、同人の「協力」なくしては行いえない処分のみがこれに該当しうるものと解される。

そして、このように、捜査機関が捜査行為を行うにあたりその「意思」を尊重すべき「個人」が、当該行為によりその身体、住居、財産等に制約を加えられることになる「処分対象者」に限定され、また、刑法一九七条一項但書の「強制」が、そのような「処分対象者」の「意思」に頓着せずに行われることを意味するとすれば、「処分対象者」以外の「第三者」に対する捜査機関の行為については、その「強制の処分」該当性はそもそも問題とならないということになる。なぜなら、「第三者」は、当該捜査行為によって自己の身体、住居、財産等の不可侵領域に踏み込まれるわけではなく、その実施に反対ないし抵抗する「正当な理由」が認められない以上、捜査機関は、当該捜査行為を実施するにあたり、同人の意思に頓着する必要は最初からないものと考えられるからである。

したがって、身体、住居、財産等の「個人」の不可侵領域に踏み込むことなくもっぱら公共領域内で行われる捜査行為については、およそ「個人」たる「処分対象者」が存在しないことになり、これに対する——「第三者」からの——「妨害」がある場合には、捜査機関は、「特別の定」によらなくてもこれを強制的に排除することができ。他方、「個人」の不可侵領域に踏み込んで行われる捜査行為についても、それが「特別の定」に基づいて強制

処分として行われる場合はもちろん、「処分対象者」の同意ないし承諾に基づいて任意処分として行われる場合であつても、それ以外の「第三者」から「妨害」がある場合には、「特別の定」がなくてもこれを強制的に排除することができるといふことになる。

ただし、いずれの場合であつても、捜査機関による「第三者」からの捜査妨害の強制的排除は、比例原則の下で、当該捜査行為の目的を達成する、あるいは、当該捜査行為の実効性を確保するために必要かつ相当な限度において、あるいは、必要最小限の範囲で行われなければならないならず、捜査妨害排除に名を借りて不当または過当に当該「第三者」の権利・利益を制約ないし侵害したり、損害を与えるようなことが許されないことはいふまでもない。

(2) いずれにしても、刑法一九七条一項但書の「強制の処分」概念については、このように、その語義に忠実に、特定の「個人の意思」に頓着せずに行われる処分として定義されるべきであるが、このことは、同概念が、当該「個人」の「権利（の制約）」と無関係であることを意味しない。なぜなら、この定義は、捜査機関が当該行為を行うにあたって、特定の「個人の意思」を尊重すべき、あるいは、特定の「個人の意思」に頓着すべき場合があることを前提とするが、一定の「権利（の制約）」は、まさしく、特定の「個人の意思」が、捜査行為を行う際に尊重されるべきであり、したがって、当該行為の許容性がそれにかからしめられる理由となるからである。

本稿においては、このように、捜査機関が捜査行為を行うにあたり、特定の「個人」の、当該捜査に協力するか、それとも、反対ないし抵抗するかについての「意思」が尊重されるべき理由となる「権利（の制約）」の内容を、最高裁昭和五一年決定の文言に倣いつつ、身体、住居、財産等の「個人」の領域を侵されない権利（の制約）を求める立場に立った。もつとも、このような「権利」については、いわゆる「プライバシー」との関係性や、有力説である重要権利利益侵害説が問題とする「侵害ないし制約される権利・利益の『質』⁽⁴⁴⁾」との差異等、依然として検

討すべき課題は少なくないが、この点については稿を改めて論じることにはしたい。

(43) この点についての基本的な考え方は、その後の判例との関係を含め、松田・前掲注(34) 九九頁以下において示したところであるが、具体的にいかなる意味の「プライバシー」が、個人の不可侵領域に含まれるか、あるいはそれに準じて扱えるかについてはさらに検討を要しよう。

(44) 井上・前掲注(1) 一二頁。