



Title	強制処分該当性判断の方法について
Author(s)	松田, 岳士
Citation	阪大法学. 2024, 74(2), p. 1-23
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/97620
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

強制処分該当性判断の方法について

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」を、①「相手方の明示または默示の意思に反し」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の下では、特定の捜査行為が「強制の処分」に該当するか否かの判断方法について、次のように説明される。

すなわち、①の「相手方の明示または默示の意思に反し」で行われるか否かが事案ごとの「個別具体的な判断」であるのに対して、②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」か否かは、その性質上「一般的・類型的な判断」である。たとえば、人の容貌等の秘密写真撮影については、「撮影の対象・方法・態様により、生じ得る法益侵害の様相は異なるから、写真撮影一般について、それが強制捜査か任意捜査かという形で問題を設定するのは適切でな⁽³⁾く」、「住居内など普通では外から見えないような場所にいる人」の写真撮影と「街頭で公然と行動している人」のそれといった「行為類型」毎に「いかなる性質の法益がどの程度侵害されているかを、徹底的に分析」すべきである。

(2) しかしながら、刑訴法197条1項但書の「強制の処分」を、その「強制」という文言の語義に忠実に解釈するならば、仮に個人の「権利・利益（の侵害）」が強制処分該当性の判断指標の一つとなるとしても、それは、「重要な権利・利益」一般ではなく、身体、住居、財産等の個人の「固有領域」ないし

論 説

それに準ずる「^{プライバシー}私的領域」の不可侵性という特定内容の「権利」あるいは「法益」に求められるというべきである。⁽⁵⁾

なぜなら、「強制」が、その語義どおり、人の意思にかかわらず、あるいは、人の意向に頓着せずに何かを行うまたは行わせることを意味するとすれば、そもそも、そのような意味で「強制」的に行われる処分の許容性が問題となるのは、その実施にあたり捜査機関が特定の個人の意思ないし意向を尊重すべき行為、あるいは、特定の「個人の意思に反してすることの許されないような性質の行為」⁽⁶⁾についてであるものと解されるところ、それは、とくに公権力からの不可侵性が保障されるこれらの「個人の不可侵領域」への侵犯・干渉を伴う行為であるものと考えられるからである。

このような理解の下では、特定の捜査行為の強制処分該当性判断において、②の権利・利益侵害を伴うか否かは、「個人の不可侵領域」への侵犯・干渉を伴うか否かという形で、行為の内容如何にかかわらず、いいかえれば、あらゆる行為に共通して一律に妥当する基準により判断されることになるものと考えられ、したがって、それは、性質上、「行為類型」毎に行われるような「一般的・類型的な判断」ではなく、むしろ、——上記①の個人の意思を尊重することなく行われるか否かと同様に——事案ごとの個別具体的な判断であることになる。

(3) 実際、人の容貌等の秘密撮影についても、「住居内など普通では外から見えないような場所にいる人」のそれと「街頭で公然と行動している人」のそれの法的性質を決定づける基準は、各写真撮影に類型的・一般的に伴って侵害される権利・利益の内容というよりも、むしろ、当該撮影が、個人の不可侵領域に実質的に踏み込んで行われるか否かに見出されるというべきであるように思われる。

くわえて、従来、一般に、五官の作用による対象の認識行為が、個人の領域に踏み込んで行われる場合には、強制処分に該当するため、「検証」に関する規定に則って行われるが、そうでない場合は任意処分に該当し、「実況見分」⁽⁷⁾として行われるとされてきたことも考慮に入れるならば、このような判断基準は、人の容貌等の写真撮影だけでなく、物や場所の写真・動画撮影や音声の

強制処分該当性判断の方法について

録音等、「五官の作用による認識」を基本的内容とする行為全般に妥当するものというべきであろう。

さらに、このことが、上記のような刑訴法197条1項但書の文言に沿った解釈ないし趣旨説明から導かれる帰結であるとすれば、このような判断基準・方法は、五官の作用による対象の認識行為だけでなく、(証拠)物の探索・占有取得、身体の拘束、通信・会話の傍受・録音等を含む、あらゆる内容の捜査行為の強制処分該当性判断に妥当することになるはずである。

(4) また、このように、「強制の処分」の「強制」たる所以が、行為の内容の如何にかかわらず、個人の不可侵領域にその意思を尊重せずに踏み込んで行われる点に求められるとするならば、強制処分性は、捜査行為「本体」の内容とは無関係な、その「手段」の属性であるということになる。

ところが、重要権利利益侵害説の下では、捜査行為の強制処分性は、むしろ、その「本体」の属性であるものとされ、たとえば、公道上にいる人が「抵抗するため、これを実力で排除」してその容貌等の写真を撮影する行為についても、そのような抵抗の実力による排除は、「付隨的な措置にとどまり、本体である写真撮影自体の属性……でもなく、またこれを変質させるものでもない」から、そのことの故に写真撮影全体が強制処分となるわけではないという。⁽⁸⁾

しかしながら、たとえば、公道上にいる人であっても、顔を手で覆って隠そうとするので、背後から羽交い絞めにするなどして「これを実力で排除して」その顔貌を撮影する行為のように、人の「身体」に踏み込んで行われる写真撮影であっても、それ自体は任意処分であるとする結論が、「住居内など普通では外から見えないような場所にいる人」の撮影のように、(実質的に)個人の「住居」に踏み込んで行われる写真撮影の強制処分該当性を肯定する同見解の立場と一貫するかは疑問である。

また、このような説明は、法的義務を負わせるなどして間接的な形で目的の実現をはかる行為が「強制の処分」に該当するとされる根拠が、一般に、証人尋問や身体検査等といったその「本体」の内容如何にかかわらず、「間接強制」等による義務づけが行われる点に求められていることと一貫するか、さらには、「強制手段」や「強制的に捜査目的を実現する行為」といった判例が用

論 説

いてきた表現と整合的であるといえるかについても、疑問がある。⁽¹⁰⁾

(5) もちろん、この点については、これまでも、いわゆる意思制圧説のよう⁽¹¹⁾に、「処分の手段、方法に着目して」強制処分該当性を論じる見解がなかったわけではない。しかしながら、この見解も、「意思の制圧」の名の下に実質的に何を問題としているかが明確であるとはいがたく、結局のところ、強制処分性を「重要な権利・利益の侵害の有無を問題にする」ものとみるものであるとすれば、重要権利利益侵害説と同様の理論的問題を抱えているといわざるをえない。

なぜなら、「強制の処分」を、その文言に即して理解するならば、その本質は、相手方の意思を尊重せずにあるいはその意向に頓着せずに行われる点に求めるほかないのあって、②の重要な権利・利益の侵害（より正確には、個人の領域への侵犯・干渉）を伴うか否かは、それが強制処分該当性の判断指標の一つとなるとしても——当該捜査行為はその許容性が特定の個人の意思にからしめられるような行為か否か、そうであるとしてその個人とは誰かを特定するための指標となるという意味において——あくまで、①の「相手方の明示または黙示の意思に反し」て（より正確には、相手方の意思を尊重せずに）行われるか否かを問題とする前提条件ないし先決問題としてであるものと解されるからである。

(6) そこで、本稿においては、私見である捜査協力強制説の立場から、重要権利利益侵害説の下で想定されてきた「強制の処分」該当性判断の方法の妥当性を検証すると同時に、強制処分性の①と②の構成要素間の関係性について改めて理論的検討を加えることにしたい。⁽¹⁵⁾

- (1) 井上正仁『強制捜査と任意捜査』（有斐閣、新版、2014年）18頁以下。
- (2) 井上・前掲注(1) 8頁。
- (3) 酒巻匡『刑事訴訟法』（有斐閣、第2版、2020年）257頁。
- (4) 酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造(2)」法学教室284号（2004年）68頁。
- (5) 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』（現代人文社、2024年）2頁以下。
- (6) 後掲最高裁昭和51年決定に関する香城敏麿「判解」最高裁判所判例解説刑事篇昭和51年度（法曹会、1980年）72頁。

強制処分該当性判断の方法について

- (7) 宇藤崇＝松田岳士＝堀江慎司『刑事訴訟法』（有斐閣、第2版、2018年）147頁以下〔堀江慎司〕参照。
- (8) 井上正仁「連載／刑事訴訟法1 序章〔捜査概説〕2」有斐閣Online ロジヤーナル（2023年）(YOLJ-L2311002) ¶030。
- (9) 井上・前掲注(1)23頁。
- (10) 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）。
- (11) 小林充「強制処分と任意処分」研修671号（2004年）3頁以下。
- (12) 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）31頁注(14)。
- (13) 井上・前掲注(1)21頁。
- (14) 小林・前掲注(11)7頁以下、川出・前掲注(12)30頁。
- (15) 松田岳士『刑事手続の基本問題』（成文堂、2010年）227頁以下。

二 捜査行為「類型」と被侵害権利・利益

(1) 重要権利利益侵害説は、刑訴法197条1項但書にいう「強制の処分」を、①「相手方の明示または默示の意思に反し」て、②「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」処分と定義した上で、①に当たるかどうかが事案ごとの「個別具体的」な判断であるのに対して、②に当たるかどうかは「本体」たる処分に「一般的・類型的」に認められる属性であるという。⁽¹⁶⁾

しかしながら、このような「一般的・類型的」判断の前提となる行為の「類型」化の仕方を考慮に入れると、重要権利利益侵害説の下で想定されている②に該当するか否かの判断が、真に「一般的・類型的な」性格をもつといえるかは疑わしい。なぜなら、同見解の下でも、実質的には、捜査行為の強制処分該当性は、その「内容」の如何を問わず、「プライバシーを期待ないし主張できる場所」に踏み込んで行われるか否かという、その事案ごとの個別具体的な「方法・態様」によって決定されているものと考えられるからである。

(2) たとえば、重要権利利益侵害説の下では、人の容貌等の秘密写真撮影は、⑤「住居内など普通では外から見えないような場所にいる人」の（望遠レンズや赤外線フィルムを用いた）撮影と、⑥「街頭で公然と行動している人」の撮

論 説

影等に「類型」化され、Ⓐの場合は、「自分の行動を他人に見られることはない」というプライバシーの正当な期待を有しているから、これを侵害するのは強制の処分だということになる」のに対して、Ⓑの場合には、対象者は、「住居の中にいる場合などと同様にプライバシーを同等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、それに伴って侵害ないし制約される権利・利益は「みだりに容ぼう〔等〕を撮影されない自由」に留まり、「強制処分とまではいえない」とされる。⁽¹⁷⁾

そして、このように、「写真撮影」の「性質決定」にあたっては、「撮影の対象・方法・態様により、生じ得る法益侵害の様相は異なるから、写真撮影一般について、それが強制捜査か任意捜査かという形で問題を設定するには適切でなく〔く〕」、Ⓐが強制処分であり、Ⓑが任意処分であるとの結論を説得的に導くためには、写真撮影の各「類型」ごとに、「法益侵害の質・程度にどのような相違があるのかを一層具体的に分析しなければならない」と説明されるのである。⁽¹⁸⁾

ここには、特定の捜査行為の（強制処分に該当するか否かという）「性質決定」は、その「内容」だけでなく、その「対象・方法・態様」にも着目して設定された「行為類型」ごとに、「いかなる性質の法益がどの程度侵害されているのかを、徹底的に分析することによって導かれるべき」であるという認識をうかがうことができる。⁽¹⁹⁾

(3) しかしながら、このように複数の観点から設定された「行為類型」ごとの判断が、真に「一般的・抽象的な判断」であるといえるかは疑問である。

なぜなら、捜査行為に伴う「法益侵害の質・程度」は、その行為「内容」の観点から設定された「類型」によっては判断できず、さらに、その「対象・方法・態様」の観点からの「類型」化を施してはじめて「適切」に分析されることになるのであるとすれば、同判断は、捜査行為の「内容」ではなく、むしろ、その「対象・方法・態様」を基準に行われていることになり、しかも、ここで捜査行為の「対象・方法・態様」として想定されているのは、実質的には、「プライバシーを期待ないし主張できる場所」に踏み込んで行われるか否か⁽²⁰⁾という、事案ごとの個別具体的な事情であるものと考えられるからである。

強制処分該当性判断の方法について

(4) 実際、同じ人の容貌の秘密撮影についてみても、「公道を歩行中の人の容貌の秘密撮影と、家宅内の人の容貌の秘密撮影とを比較したとき、捜査機関により『みだりに撮影されない自由・利益』が侵害・制約される点に何ら変わりはない」とすれば、これらの処分の「法的性格」を決定づけているのは、結局のところ、その「内容」ではなく、むしろ、対象者が住居内等にいるために、「普通では外から見えないような場所」に踏み込んで行われるか否かというその具体的「対象・方法・態様」であるということになろう。⁽²¹⁾

そして、このような理解は、「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」が、一般に、個人の領域に踏み込んで行われる場合は強制処分に該当し、(当該個人の意思を尊重せずに行われる限り)「検証」として行われるが、「公道等の公の場所を対象に行う場合」には任意処分に該当し、「実況見分」として行いうるものと考えられていることとも一貫する。なぜなら、人の容貌等の写真撮影とは、機器・道具を用いた「一定の人の身体につき、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」にほかならないからである。⁽²²⁾

そうであるとすれば、人の容貌等の写真撮影だけでなく、その他の（機器・道具を用いて）「五官の作用……によって認識する行為」、たとえば、場所や物の写真撮影や、音声・会話の（秘密）聴取・録音行為等についても、その「法的性質」は、「私的領域の秘密性が保護されるような場所・状況」に踏み込んで行われるか否かによって判断されることになるというべきである。⁽²³⁾

すなわち、場所や物の写真撮影も、人のそれと同様に、「住居内など普通では外から見えないような場所」やそこに置かれた物を「高性能の望遠レンズや赤外線フィルムを用いて密かに写真に撮るような場合」には強制処分に該当するのに対し、公道上の場所やそこに置かれた物（の外表）を撮影する場合にはこれに該当しないということになり、また、音声・会話の聴取・録音も、それが、他人から聞かれることを受忍せざるを得ない場所における音声・会話であるか否かによってその「法的性質」が決まることになるものと考えられるのである。⁽²⁴⁾

(5) そこで、「私的領域の秘密性が保護されるような場所」、あるいは、「普

論 説

ライヴァシーを期待ないし主張できる場所」が、「強制の処分」性との関係でもつ意味を改めて考え直してみると、それは、とくに憲法により公権力に対する不可侵性が保障されるために、捜査機関がそこに踏み込んで捜査を行うには、原則としてその権利主体である個人の同意ないし承諾が必要とされる領域をいうものと考えられる。

なぜなら、刑訴法197条1項但書の「強制の処分」とは、その語義からすれば、人の意思にかかわらず、あるいは人の意向に順着せずに行われる処分を意味するものと解されるところ、そのような処分の許容性は、その実施にあたり、捜査機関がいかなる個人の意思も尊重する必要のない行為については最初から問題とならず、「個人の意思に反してすることの許されないような性質の行為」⁽²⁷⁾についてのみ問題となるものと考えられるからである。

そうであるとすれば、上記②の権利・利益侵害の要素の存否は、①の意思の不尊重の要素を問題とする前提条件または先決問題となると同時に、そこで実質的に問題とされるのは、「五官の作用……によって認識する行為」に限らず、あらゆる「内容」あるいは「類型」の捜査行為について、それが、個人の不可侵領域——すなわち、身体、住居、財産等の個人の「固有領域」^{プロパティ}ないしそれに準ずる「私的領域」——への侵犯・干渉を伴うか否かという点であることにならう。⁽²⁸⁾

(6) 実際、個人の不可侵領域への侵犯・干渉を伴うか否かという指標は、「現行刑事訴訟法の強制処分に関する一連の規定」⁽²⁹⁾が想定するあらゆる行為類型について、それが「強制の処分」に該当する理由を説明するために有用であるものと考えられる。

たとえば、「一定の場所や物、人の身体といった空間的領域において、差押えの対象物を発見すべく探索」⁽³⁰⁾する行為が強制処分に該当するのは、一般に、それが、身体、住居、財産等の個人の不可侵領域への侵犯・干渉を伴う場合であって、このような行為は、刑訴法上の「搜索」として、関連規定に従って行われなければならないものと考えられる。これに対して、同内容の探索行為であっても、たとえば、公道、公園、河川等の個人の支配に属さない領域においてであれば、任意処分として行いうるものと考えられる。⁽³¹⁾

強制処分該当性判断の方法について

すなわち、後者の「場所」はいかなる個人の不可侵領域にも属さない以上、捜査機関は、捜査「目的を達するため必要」である限り、刑訴法197条1項本文により、いかなる個人の意思にも頓着せずに探索行為を行うことができるのに対して、前者の探索行為は、個人の不可侵領域に踏み込んで行われる以上、その許容性は、「特別の定」によらない限り、当該個人の（それに協力するか否かの）意思に依存することになるのである。

また、「物の占有を取得し保持する」行為についても、それが強制処分に該当するのは、対象物が個人の固有領域に属する「財産」⁽³²⁾と解される場合であって、そうではなく、完全な無主物の占有を取得・保持するような行為は、これを「強制の処分」に当たるとする理由はなく、「特別の定」はなくとも、刑訴法197条1項本文により捜査「目的を達するため必要」な範囲で行うことができるというべきであろう。これに対して、個人の「財産」の占有取得・保持行為は強制処分に該当するため、刑訴法上の「押収」、——すなわち、対象物が「被疑者その他の者が遺留した物又は所有者、所持者若しくは保管者が任意に提出した物」であれば「領置」の、それ以外の物であれば「差押え」の——対象となるものと考えられる。

他方、身体の拘束（一定の場所への身体の移動ないし留め置き）を内容とする処分が強制処分に該当するとされる理由は、一般に、それが、「身体ないし行動の自由を奪い、あるいは実質的に侵害・制約する」⁽³³⁾ことに求められているが、むしろ、——強制採尿、身体検査、証人尋問等の「身体」を対象とするその他の行為と同様に——「身体」という個人の支配領域への侵犯・干渉を伴うこと求められるというべきであろう。したがって、人の「身体」への実質的な侵犯・干渉を伴う行為については、当該個人の意思ないし意向を尊重せずに行われるのであれば、それだけで強制処分に該当することになる。

また、電気通信の傍受・録音行為についても、それが「強制の処分」とされる理由は、「電気通信」という、（憲法上、身体、住居、財産等の個人の「⁽³⁴⁾」^{プロバティ}に準じてその公権力の不可侵性が保障されるべき）「⁽³⁴⁾」^{プライヴァシー}私的領域」に、いずれの通信当事者の意思をも尊重することなく踏み込んで行われることに求められよう。

論 説

(7) このように、(対象者の意思を尊重せずに行われる) 捜査行為の「法的性質」が、その内容の如何を問わず、個人の不可侵領域への侵犯・干渉を伴うか否かという事案ごとの個別具体的な事情によって決定されるとすれば、その判断は、重要権利利益侵害説の下で説かれるような「一般的・類型的な」性質をもつものではないといわなければならない。

もちろん、このことは、捜査行為の「類型」が、その「性質決定」と無関係であるということまでを意味するものではない。なぜなら、「行為類型」は、その設定の仕方によっては、個人の不可侵領域への侵犯・干渉をその必須の内容として含む場合もあるからである。

たとえば、上述のように、身体の拘束は、その定義上、「身体」という個人の固有領域に「拘束」という方法で侵犯・干渉することを意味するから、個人の不可侵領域への侵犯・干渉を伴うことが、その「類型」において最初から想定されているといえる。また、同様に、「電気通信の傍受・録音」も、一定の当事者間の「電気通信」が憲法上その不可侵性が保障されるべき個人の私的領域に属するとすれば、その「傍受・録音」は、定義上、これに対する侵犯・干渉の要素を含むことになろう。⁽³⁵⁾

しかしながら、ここにおいて「強制の処分」該当性と関連するのは、あくまで、個人の固有領域ないし私的領域への侵犯・干渉を伴うか否かという事情であって、行為の内容それ自体ではない。このことは、五官の作用による認識、(証拠) 物の探索・占有の取得・保持といった他の「行為類型」については、特定の捜査行為がその類型に該当するからといって当然に強制処分該当性が肯定されるわけではなく、その「法的性質」が、個人の不可侵領域の侵犯・干渉を伴うか否かというその「手段」の属性によって決定されることからも明らかというべきであろう。

(16) 井上・前掲注(1)8頁。直接的には、最高裁昭和51年決定にいう「意思の制圧」があったか否かと、「身体、住居、財産等」の「制約」があったか否かの判断について、後者は、その「性質上……一般的類型的な判断である」のに対し、前者は「個別具体的な判断である」とするものであるが、重要権利利益侵害説における①と②の要素にも同様に妥当するものと考えられる。

強制処分該当性判断の方法について

- (17) 井上・前掲注(1)14頁。
- (18) 酒巻・前掲注(3)257頁。
- (19) 酒巻・前掲注(4)68頁。古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』(有斐閣、第3版、2021年) 23頁も参照。
- (20) 井上正仁「連載／刑事訴訟法1 捜査序章【検査概説】1」有斐閣 Online ローリジャーナル(2023年)(YOLJ-L2305000) ¶117は、②の要件充足の有無について、「問題の権利・利益が現実に侵害されるという結果が生じて初めて、……要件を充たし、『強制処分』となるのではなく、一般的・類型的に見て、性質上そのような侵害を——当然に生じさせるか、生じさせ得る（その危険がある）という意味で——伴う処分である」か否かという形で判断されると説明する。しかし、その前提となる「類型」化の基準設定のあり方を不問に付したまま同判断に「一般的・類型的」性質を認めることに意味があるかは疑問である（後掲注(22)(25)(26)(35)参照）。
- (21) 酒巻・前掲注(4)68頁、古江・前掲注(19)23頁。井上・前掲注(20)¶130も、「みだりに〔自己の〕容ぼう〔等〕を撮影されない自由」は、「——公開の場を含め——何處に居ようと享有される筈のものである」とする。
- (22) そうである以上、「プライバシーを期待ないし主張できる場所」に踏み込んで行われるか否かという「方法・態様」を基準として人の容貌等の秘密撮影行為を「類型」化した上でその強制処分該当性を論じるのは、実質的には、同行為を、「強制処分に該当する人の容貌等の写真撮影」と「任意処分に該当する人の容貌等の写真撮影」に「類型化」した上で、その各々について強制処分該当性を論じることに帰することになるが、このような結論先取りの同意反復の「類型」化に実質的意義は認められないというべきである。そして、この問題は、「プライバシーを期待ないし主張できる場所」に踏み込んで行われるか否かという「方法・態様」を、「公道を歩行中の人」と「家宅内の人」というその「対象」者の居場所に置き換えて表現したところで解消されるわけではない。なお、大澤裕「強制検査と任意検査」法学教室439号(2017年)68頁は、「人の容ぼう等の写真撮影」の強制処分該当性は、「被撮影者が私的領域の秘密性が保護されるような場所・状況に在るかどうかで基本的に定まり、他の個別具体的な事情とはあまり関係し〔ない〕」という意味で「『一般的・類型的』判断と性格付けされることになる」というが、「被撮影者が私的領域の秘密性が保護されるような場所・状況に在るかどうか」自体、事案ごとの個別具体的な事情であるというべきではないか。
- (23) 宇藤崇ほか・前掲注(7)147頁以下〔堀江〕参照。
- (24) 大澤・前掲注(22)68頁。
- (25) 酒巻匡「検査手続法を学ぶ——検査手続(8)その他の検査手段」法学教室366号

論 説

(2011年) 28頁は、「場所や物の状態を撮影・保全する場合とは異なり、人の容貌・姿態の撮影には、別個固有の法益侵害が想定される」という。しかしながら、その「法的性格」が、対象者に「他者に見られていないとの合理的期待が認められる」か否かによって決まるという点においては、これら2つの行為類型の間に差異を見出すのは困難であろう。

- (26) 井上正仁「梶包内容のエックス線検査」井上正仁=大澤裕=川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選』(有斐閣、第9版、2011年) 71頁は、「住居内にいる人の声を密かに機械的に記録することは、……狭い意味でのプライバシーを侵害する」とし、その強制処分該当性を示唆する。また、酒巻・前掲注(25)31頁以下も、会話の聴取・録音行為の「法的性格」は、「通常、人が他人から会話内容を聴取されること自体は受容せざるを得ない場所」における会話か否か、あるいは、「会話内容の秘密侵害と私的領域への侵入を欠く」か否かによって判断されるという。
- (27) 香城・前掲注(6)72頁。
- (28) 松田・前掲注(5)10頁以下。
- (29) 井上・前掲注(1)12頁。
- (30) 宇藤ほか・前掲注(7)119頁〔堀江〕。
- (31) このことは、「人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若しくは船舶内（刑訴法220条1項1号）」等に立ち入ることなく被疑者の所在を探索する行為についても同様に妥当するというべきであろう。
- (32) 宇藤ほか・前掲注(7)119頁〔堀江〕。
- (33) 井上・前掲注(1)19頁参照。
- (34) 個人の固有領域と私的領域の関係については、松田岳士「令状なしのGPS捜査が違法とされた事例——最判平29・3・15」季刊刑事弁護91号（2017年）99頁、同「刑事法学における学問共同体の課題」山元一=横山美夏=高山佳奈子編著『グローバル化と法の変容』（2018年、日本評論社）212頁以下参照。なお、井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』（有斐閣、1997年）14頁は、電気通信は、憲法上、「個人の私生活の一局面ないしはその延長領域として、……住居等におけると同等のプライバシーの保護を受ける」という。
- (35) また、たとえば、「GPS捜査」も、「車両に使用者らの承諾なく密かにGPS端末を取り付けて位置情報を検索し把握する」行為として定義するならば、常に「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」であることになるのである（最大判平成29年3月15日刑集71巻3号13頁）、このようない形で一定の「行為類型」の下で強制処分該当性を論じることにも有用性が認められないわけではない。しかし、それはあくまで類型化の仕方の問題なのであって、強制処分該当性判断それ自体の性質とは別の問題である。

三 処分の「本体」と「手段」の関係

(1) このように、特定の捜査行為の強制処分性が、対象の認識、(証拠)物の探索・占有取得、身体の拘束、通信・会話の傍受・録音といった行為それ自身の内容の如何にかかわらず、個人の不可侵領域に、その意思を尊重することなく踏み込んで行われることに求められるとすると、それは、当該行為「本体」の属性ではなく、むしろ、その「手段」の属性であるということになろう。

(2) ところが、重要権利利益侵害説の下では、強制処分性は、あくまで当該捜査行為「本体」の属性であって、その「法的性格」は、「手段」の属性に左右されることはないものとされる。

たとえば、同見解の主唱者は、いわゆる意思制圧説が、「強制処分であるかどうかを決するについては、その対象となる権利、利益を限定するということではなく、その手段、方法を限定することを志向するのが方法論的に優れてい(36)る」として、「制約される権利、利益ではなく、処分の手段、方法に着目して(37)」強制処分該当性を論じる点について、捜査機関が「公道上にいる人の容ぼう等を公然と撮影する場合」を例に挙げて、次のように論難する。

「本体である写真撮影自体は性質上、任意処分に属するのに、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〔意思制圧説の〕考え方そのものに……、疑問を禁じ得ない。確かに、相手方の妨害を実力で排除するという部分において、その者の身体ないし行動の自由等を実質的に侵害・制約するものであることは間違いないから、その限りで強制処分に当たるとはいえるであろうが、それは付随的な措置にとどまり、本体である写真撮影自体の属性……でもなく、またこれを変質させるものでもないのに、そのことの故に写真撮影まで強制処分となるとするのは、……論理に飛躍があり、強引に過ぎるといわざるを得ないからである。」⁽³⁸⁾

それゆえ、意思制圧説については、「『強制処分』として厳格な法規制に依り保護しようとしているのは、実は、本体の処分に依り侵害されるべき権利・利益——それが何であれ——ではなく、^{ひたすら}只管、対象者の意思決定の自由……なの

論 説

ではないか、との疑いすら生じる」が、「もしそうだとすると、本筋を逸れ的^そを外す議論となってしまっている、と言わざるを得ない。」⁽³⁹⁾

(3) しかしながら、「強制の処分」の文言解釈という観点からは、むしろ、ここにみられるような、刑訴法197条1項但書が、「本体の処分に依り侵害される権利・利益」を「『強制処分』として厳格な法規制に依り保護」するものであるとの理解こそが、「本筋を逸れ的を外す議論」だというべきである。⁽⁴⁰⁾

なぜなら、「強制の処分」の「強制」たる所以が、文字通り「強制的に」、すなわち、特定の個人の意思にかかわらず、あるいは、その意向に頓着せずに行われることに求められるとすれば、刑訴法197条1項但書が——「厳格な法規制」によってというよりも、むしろ——その「法定主義」によって「保護しようとしている」のは、直接的には、(特定の)個人の——「意思決定の自由」というよりも、むしろ——「意思」なのであり、(個人の領域の不可侵という)「権利・利益」が問題とされるとしても、それはあくまで当該個人の「意思」がそのような「保護」の対象となる法的根拠となる限りにおいてといふべきであるように思われるからである。

そして、このような前提に立つならば、強制処分性は、処分「本体」の内容如何にかかわらず、個人の領域に、その意思に頓着することなく踏み込んで行われるか否かという統一的基準によって判別されるという意味において、処分の「手段、方法」の属性であるというべきなのであって、重要権利利益侵害説のように、これを処分「本体」の属性と見る方が、むしろ、「論理に飛躍があり、強引に過ぎる」ということになろう。

(4) 実際、このような観点から、「街頭で公然と行動している人」が、たとえば顔を手で隠すなどして「抵抗するため」、捜査機関が、背後から羽交い絞めにして「これを実力で排除」してその顔貌等を写真に撮影する行為の「法的性質」について考えてみると、このような行為は、個人の不可侵領域の中核に位置づけられる「身体」に、その意思を尊重することなく踏み込んで行われるものである以上、強制処分に該当するというべきであろう。⁽⁴¹⁾⁽⁴²⁾

ところが、重要権利利益侵害説の主唱者は、「街頭行動をする人の容貌等を警察官が公然と……写真に撮ること」に伴って侵害される「みだりに〔自己

強制処分該当性判断の方法について

の] 容貌〔等〕を撮影されない自由」と、「実力での抵抗排除行為に依って『制圧』される『意思』」の間には、後者が前者の「侵害自体の性質を悪化させ、またはその程度を重大化させる」という関係が認められない以上、前者の点における「固有の侵害の性質や程度に変化を来たさない筈の写真撮影本体まで強制処分となるとするのは、論理の飛躍である」という。⁽⁴³⁾

しかしながら、このような説明が、「住居内の、普通では外から見えないような場所に居る人を、高性能の望遠レンズや赤外線フィルムを用いて密かに写真に撮るような」行為の強制処分該当性を肯定する一方で、「街頭で公然と行動している人を本人の承諾を得ず写真に撮る」行為は、「強制処分とまではいえない」とする同見解の主張と一貫するかは疑問である。

なぜなら、「街頭で公然と行動している人を本人の承諾を得ず写真に撮る」行為の強制処分該当性が否定されるのは、その人が単に街頭にいるからではなく、「自ら自分の容貌・姿態や行動を他人の目に曝している」からであるとすれば、たとえば、写真を撮られないように手で顔を隠している人は、「街頭で公然と行動して」はいるとしても、少なくとも、自らその顔貌等を撮映者に曝しているわけではない以上、同人を、背後から羽交い絞めにしてその顔貌を撮影するといった行為は、「身体」という個人の中核的な不可侵領域への侵犯・干渉を伴うという意味において、「住居内の、普通では外から見えないような場所に居る人を……密かに写真に撮る」行為にもまして、当該「個人の意思に反してすることの許されないような性質の行為」⁽⁴⁴⁾であると考えられるからである。⁽⁴⁵⁾

重要権利利益侵害説の主唱者は、このような「実力での抵抗排除行為」は、「対象者の身体・行動の自由を実質的に侵害することは確かであるから、その限りで『強制処分』——より正確には、適法な強制処分に伴う場合であれば許され、そうでなければ許されない強制的な付随処分（必要な処分）——に当たる」というが、「住居内の、普通では外から見えないような場所」に（実質的に）踏み込むことは処分「本体」の内容に含まれるとする一方で、「身体」に踏み込むことは「本体」とは別個の「付隨処分」に当たるというのでは、行為「本体」とその「付隨処分」の区別自体が、恣意的あるいは場当たり的なもの

論 説

となっているといわざるをえないように思われる。

(5) くわえて、このように、特定の処分「本体」の強制処分該当性は、その「手段、方法」の属性により決定されるとの理解は、一般に、「法的な義務を負わせるなど間接的な形で〔目的〕実現を図る」行為が「強制の処分」に該当するとされることも整合的であるといえよう。⁽⁴⁷⁾

なぜなら、この種の行為においては、たとえば、身体検査、証人尋問等の処分「本体」の内容——あるいは、それ自体に伴って侵害される権利・利益——の如何にかかわらず、法的義務の賦課の有無というその「手段、方法」の属性が、その「本体」の強制処分該当性の共通の指標とされているものと解されるからである。⁽⁴⁸⁾

他方で、そうであるとすると、重要権利利益侵害説の下では、「法的な義務を負わせるなど間接的な形で〔目的〕実現を図る」処分の強制処分性は、「法的な義務を負わせる」ことにより「相手方の意思に反しても実施する」というその「手段、方法」の属性に求められるのに対して、それ以外の処分の強制処分性は、「重要な権利・利益の侵害」を伴うという「本体」の属性であることになろうが、「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果たして可能であり、かつ正当化され得るもの⁽⁵⁰⁾かは疑問である。

(6) さらに、このように、処分「本体」の強制処分性がその「手段、方法」の属性によって決定づけられるという理解は、たとえば、「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」とする最高裁昭和51年決定の説示とも親和的であるように思われる。

なぜなら、この説示が、仮に刑訴法197条1項但書の「強制の処分」該当性判断を念頭においていたものであるとすれば、判例においては、「強制の処分」の「強制」たる所以は、「捜査目的を実現する」ために用いられた「手段」の

強制処分該当性判断の方法について

「強制的」性質に求められているものと解されるからである。⁽⁵²⁾

重要権利利益侵害説の主唱者は、最高裁昭和51年決定による「強制手段」についての上記判示を、何らの留保もなく「強制の処分」の定義として理解し、「強制的に捜査目的を実現する行為」という文言を「強制処分」という言葉を言い換えただけのもの⁽⁵³⁾とするが、「強制手段」と「強制の処分」を無前提に同一視し、「目的」と「手段」の区別を看過するのは、判例の文言を軽視する点で問題があるだけでなく、⁽⁵⁴⁾処分の「本体」を「付隨的措置」と区別して考える同見解の立場とも一貫しないというべきであろう。

- (36) 小林・前掲注(11)13頁。
- (37) 川出・前掲注(12)31頁注(14)。
- (38) 井上・前掲注(1)23頁。井上・前掲注(8)¶028も参照。
- (39) 井上・前掲注(8)¶030。もっとも、小林・前掲注(11)7頁も、「強制処分といふ以上、相手方の同意なしに行なうことを前提とするから、それは、個人の権利や法益を侵害するものといわざるを得ず」、「強制処分の要件として、個人の権利ないし法益の侵害が挙げられることは明らかである」としている。
- (40) 重要権利利益侵害説の主唱者においては、このことが所与の前提とされているようであるが、その自明性に疑いを抱かない限り、私見である捜査協力強制説は、同人にとって「理解不能（井上・前掲注(1)8頁注9）」であり続けることになる。
- (41) したがって、意思制圧説は、少なくとも処分の「手段、方法」に着目して強制処分性を論じる点においては正鶴を得ていたというべきであろう。ただし、「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場合や「観念的にこれと同視できる場合」等に「手段、方法を限定する」こと（小林・前掲注(11)8頁以下）の妥当性については、なお検討を要しよう。
- (42) 井上・前掲注(1)23頁は、「公道上にいる人の容ぼうを公然と撮影する」際に、「相手方が抵抗するため、これを実力で排除する」行為を、「相手方の妨害を実力で排除する」行為といいかえている。しかし、捜査行為に対する「抵抗」と「妨害」の語は、それぞれ、自己の不可侵領域を侵犯・干渉される当の本人によるその排除行為およびそれ以外の第三者による排除行為を意味するものとして区別して用いるべきである。「公道上にいる人の容ぼうを公然と撮影する」行為の例でいえば、同人が両手で顔を覆ったところ、警察官が背後から羽交い絞めにしてその顔貌を撮影するような行為は、その意思を尊重することなく個人の不可侵領域である「身体」に踏み込んで行われるため強制処分に該当するが、「自ら自

論 説

分の容貌・姿態や行動を他人の目に曝している」被撮影者が、それを写真に撮ろうとする警察官から写真機を取り上げる行為は、任意処分たる撮影行為の「妨害」であって、その排除は当該撮影行為が捜査目的を達するために必要である限りにおいて（197条1項本文）、「特別の定」がなくても強制的に行いうるものというべきであろう（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）29頁以下参照）。

- (43) 井上・前掲注(8)¶028。
- (44) 香城・前掲注(6)72頁。
- (45) なお、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）155頁以下〔佐々木正輝〕は、意思制圧説の下で、公道上であっても、「相手方が『撮るな！』と叫ぶのをも無視して警察官が撮影を敢行するような」行為に強制処分該当性を認める可能性を示唆する。しかし、自ら自分の容貌・姿態や行動を他人の目に曝している者には、それらを撮影されることを拒否する法的資格が認められないとすれば、このような撮映行為は強制処分には該当しないというべきであろう。
- (46) 井上・前掲注(8)¶028。
- (47) 井上・前掲注(1)9頁。なお、小林・前掲注(11)10頁も、「相手方に間接強制を伴う義務を負わせる類型のもの」に強制処分該当性を認める。
- (48) 松田・前掲注(15)244頁参照。
- (49) 三井誠『刑事手続法(1)』（有斐閣、新版、1997年）80頁は、このような義務づけには、「制裁を予定した」と「制裁の伴わない」ものがあるとするが、小林・前掲注(11)10頁は、「何らの間接強制をも伴わない義務の場合」は、「強制処分に含めることは疑問であろう」とする。
- (50) 井上・前掲注(1)9頁。
- (51) 井上・前掲注(1)9頁は、「直接に相手方に向けられる処分」には意思制圧説的な考え方方が妥当するのに対し、「相手方に知られないで実施される処分」については重要権利利益侵害説の考え方方が妥当する旨説く川出・前掲注(12)23頁以下に対してこのような批判を向けている。
- (52) 佐々木ほか・注(45)153頁〔佐々木〕も参照。もっとも、この点に関する判例の立場については、他の関連判例も含め、別途検討する必要があろう。
- (53) 井上・前掲注(1)8頁。
- (54) 三井・前掲注(49)82頁は、最高裁昭和51年決定が「強制処分ではなく強制手段の語を用いていること」等を考慮に入れると、その説示から「直ちに強制処分・任意処分の一般的定義を導き出すことはできない」とした上で、「枝葉の個所を削ぎ落し、判示の趣旨は、意に反して、相手方の身体、住居、財産等個人の権

利・利益に制約を加えておこなう捜査目的を実現する行為を強制処分と定義づけたものである、今までいうのは行き過ぎ」であるという。

四 おわりに——意思の不尊重と権利利益侵害の関係性

(1) 捜査行為のなかには、①いかなる（憲法がその不可侵性を保障する）個人の領域にも踏み込むことなく行われるため、捜査機関がそれを行うにあたり、特定の個人の（当該捜査行為に協力するか否かの）意思に頓着する必要がないという意味でその「強制」性が問題となる前提を欠く行為と、②個人の不可侵領域に踏み込んで行われるため、その許容性が特定の個人の意思に依存することになるところ、①その意思を尊重し、同意ないし承諾を得るなどして実施される行為と、②⁽⁵⁵⁾その意思を尊重せずに「強制的に」実施される行為がある。刑訴法197条1項但書にいう「強制の処分」とは、これらのうち、②③の行為をいい、同規定が定める「法定主義」は、そのような行為の許容性を、刑訴法上の特別の根拠規定の存在にからしめる規範として理解される。

このような理解を前提とするならば、特定の捜査行為についての強制処分該当性は、行為「本体」の内容の如何にかかわらず（あらゆる内容の行為について一律に）、「強制手段を用いて」、すなわち、「個人の不可侵領域に、その意思を尊重することなく踏み込んで」行われる否かという形で判断されることになる。

したがって、強制処分性は、捜査行為「本体」ではなく、その「手段」の属性であると同時に、その有無は、事案ごとの個別具体的な事情に照らして判断されるべきものであって、重要権利利益侵害説の下で説かれてきたように、その判断にあたり、「行為類型」ごとに、その「本体」について、「いかなる性質の法益がどの程度侵害されているのかを、徹底的に分析する」必要などはないというべきである。

(2) 刑訴法197条1項但書について本稿が依拠するこのような解釈の下では、①（特定の）個人の意思を尊重せずに行われること、そして、②個人の権利・利益の侵害を伴うことという2つの要素のうち、強制処分性の本質は①に求め

論 説

られることになる。そして、②の要素は、①が問題とされる前提条件あるいは先決問題として位置づけられると同時に、その内容は、個人の領域の侵犯・干渉を伴うことに求められることになる。

これに対して、重要権利利益侵害説においては、強制处分性の本質が②の要素に求められ、①の要素はそれ自体として問題とされるものではなく、②の要素に還元しうるものとして理解されてきた。実際、同見解においては、「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」とされることにくわえて、たとえば、「身体ないし行動の自由の侵害」と「意思の制圧」の関係性について、次のように説明されている。⁽⁵⁶⁾

「抑々、人の身体の動作や行動は、生物学的反射動作などを別とすれば、当該個人の《身体を動かし、あるいは行動しようとする意思》の発現に外ならないから、身体ないし行動の自由というのもも、その主体である個人の意思と一体の存在であり、両者を切り離して考えることはできない性質のものである。それ故、『その意思を制圧し、あるいは実現できない状態に置く』と言うのも、『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』と言うのも、どちらから観るかに依る表現ないし修辞の違いに過ぎず、実体として異なるものではない。」⁽⁵⁷⁾

しかしながら、「強制の処分」該当性判断において、「身体ないし行動の自由の侵害」と「意思の制圧」の有無を、単なる「表現ないし修辞の違いに過ぎない」ものとして片づけてしまってよいかは疑問であり、両者は、むしろ「切り離して考え」た上で、刑訴法197条1項但書の文言に照らしてみて「どちらから観る」べきかを検討すべきである。

なぜなら、ここで究極的に問題とされているのは、「強制の処分」という文言の解釈なのであり、「強制」の語義が、対象者の意思にかかわらず、あるいは、対象者の意向を尊重せずに行われる（あるいは、行わせる）ことに求められるとすれば、同概念については、①の要素を基軸として理解する以外の選択肢は最初からないはずであって、そうであるとすれば、②については、それが仮に「強制の処分」概念の一構成要素となるとしても、あくまで、①の要素と

強制処分該当性判断の方法について

の関係においていかなる意味が認められるかが問われなければならないものと考えられるからである。

このような前提に立つならば、「有形力の行使など『直接に相手方〔対象者〕に向けられる処分』」の強制処分該当性についても、これを直接的に決定づける事情は、①個人の意思を尊重せずに行われたか否かなのであり、②の点は、その前提として、そもそも、捜査機関が当該行為を行うに当たり、そ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、当該個人に、その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だということになる。

いいかえれば、②の事情の有無は、当該捜査行為が、その許容性が特定の個人の意思にからしめられるような行為であるか否か、そうであるとしてその個人とは誰かを特定する意義をもつという意味において、①の事情の有無を論ずる前提条件ないし先決問題なのであるから、「身体ないし行動の自由の侵害」を伴う場合であっても、両者は「切り離して考え」なければならず、ましてや、①の事情が②の判断に影響するなどということにはならないということである。

(3) このような理解の下では、「相手方の抵抗等を排除して実施する」捜査行為においても、抵抗等の排除それ自体には、①の特定の個人の意思を尊重せずにされることとの関連での有意性は認められても、②の権利・利益の侵害を伴うという指標との関連性は認められないことになろう。

たとえば、捜査機関が、居住者の抵抗を排除して住居内に立ち入って行う行為について、それが——当該行為の内容如何にかかわらず——強制処分に当たるとすれば、それは、住居内という個人の不可侵領域に、その意思を尊重せずに踏み込むからであり、ここでは、居住者の抵抗を排除するという事情は、個人の（自己の領域の不可侵という）権利・利益の侵害を伴うか否かという②の指標との関係においてではなく、あくまで、相手方の意思を尊重せずに行われるか否かという①の指標との関係でのみ意味をもつものというべきである。

実際、同様の行為が、威圧的な言動や即座の行動により居住者に抵抗する余地を与えずに住居に立ち入ったり、居住者が不在のときにその住居に立ち入っ

論 説

たりして行われる場合には、これらの事情は、もっぱら①の指標との関係で意味をもつものと考えられ、そうであるとすれば、居住者の抵抗排除についてもこれらと同様に扱わなければ一貫性を欠くことになるというべきであろう。

さらに、この理は、対象者の抵抗を排除して一定の場所に移動させないしは留め置く行為のように、その「本体」の方に「身体ないし行動の自由の侵害」を伴うがゆえに、一見すると「それにより侵害される権利・利益」と「相手方の意思」が「一体の関係」に立つように見える検査行為についても、同様に妥当するものというべきである。⁽⁶³⁾

すなわち、この種の行為についても、それが強制処分に当たるのは、個人の不可侵領域としての身体にその意思を尊重せずに踏み込んで行われるからであり、ここでは、対象者の抵抗排除が①の指標と関連する事情として、その身体の一定の場所への移動ないし留め置き等が②の指標と関連する事情として、それぞれ考慮されることになるのである。

(4) いずれにしても、①(特定の)個人の意思を尊重せずに行われることと、②個人の権利・利益の侵害を伴うことという「強制の処分」概念の2つの構成要素間の関係性についての本稿の理解は、(a)②の権利・利益の内容を(重要な権利・利益一般ではなく)「個人の領域の不可侵」に特定し、(b) (当該検査行為の対象者本人による「抵抗」の排除行為ではなく)第三者による検査「妨害」の強制的排除行為の強制処分該当性を否定するという帰結を導くだけでなく、本稿において確認されたとおり、(c)具体的な検査行為の強制処分該当性判断の方法にも実質的な差異をもたらすのであって、重要権利利益侵害説と私見である検査協力強制説の間には、刑訴法の解釈手法の差異にも起因する「決定的な違い」があるというべきである。⁽⁶⁴⁾⁽⁶⁵⁾⁽⁶⁶⁾⁽⁶⁷⁾

(55) これに対して、①および②①は、任意処分ということになる。

(56) くわえて、井上・前掲注(1)9頁。ここでは、①の要素が、②が問題とされる前提条件あるいは先決問題と位置づけられているものとも考えられる(大澤・前掲注(22)63頁は、重要権利利益侵害説においては、①は②の「不可欠の前提(内在的要請)」であるという)。

(57) 井上・前掲注(8)¶015。

強制処分該当性判断の方法について

- (58) 井上・前掲注(8)¶023。
- (59) 井上・前掲注(8)¶015は、「《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》と言える程度のものであるか否かが、強制処分と任意処分とを分けるキー・ポイントである」というが、「強制処分と任意処分とを分けるキー・ポイント」は、むしろ、「意思を尊重しないこと」にあるというべきである。
- (60) 井上・前掲注(20)¶117は、強制処分該当性の判断において、「身体、住居、財産等」の「制約」の要件充足を確認した上で、「意思の制圧」の要件を問題とするというのが「論理的な順序」であるとするが、それは、まさしく、前者の要件充足が後者の先決問題とされるからにはかならないというべきであろう。
- (61) したがって、たとえば、「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、そこに組み込まれている（川出・前掲注(12)30頁）」といった指摘や、「意思の『制圧』によって、結果として生じる権利・利益の制約に差異が生じる（大澤・前掲注(22)65頁）」といった指摘は、本末転倒であろう。
- (62) 井上・前掲注(1)20頁。
- (63) 井上・前掲注(1)22頁参照。
- (64) 松田・前掲注(5)2頁以下。
- (65) 松田・前掲注(42)42頁以下。
- (66) 重要権利利益侵害説の解釈手法の問題点については、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）392頁参照。
- (67) 大澤・前掲注(22)71頁は、捜査協力強制説は、重要権利利益侵害説と「細かな点は別として、……見かけほどに大きく異なるものではないようにも思われる」としつつも、「細かな点と呼んだ部分に、実は決定的な違いが隠されているのかもしれない」という。

※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。