

1. 強制処分と任意処分の限界～最決昭 51.3.16【百選 1】

【論述例】

- 1 K 巡査は、両手で X の左手首をつかんでいる（以下「本件行為」という。）ところ、本件行為は、「強制の処分」（197 条 1 項ただし書）に該当する可能性がある。「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」（同項ただし書）し、「この法律に特別の定」があったとしても、その「特別の定」の要件を充たしていなければ違法となる。そこで、「強制の処分」の意義が問題となる。

まず、「処分」に対し承諾がある場合には、「強制」とは言い難いから、「処分」が合理的に推認される個人の意思に反して個人の意思を制圧することが前提となる。また、上記のとおり、「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」とされているから、「強制の処分」は、「この法律に特別の定」のある逮捕（199 条、210 条、213 条、憲法 33 条）、搜索、差押え（218 条、220 条 1 項 2 号、憲法 35 条）等と同程度に厳格な要件・手続を定めて保護するに値するだけの重要な法的利益を侵害するものに限定すべきである。したがって、「強制の処分」とは、合理的に推認される個人の意思に反して個人の意思を制圧し、身体・住居・財産等の憲法 33 条、35 条等が保障する重要な法的利益を侵害する行為を意味すると解する。

本件行為は、X の承諾なく行われているから、合理的に推認される X の意思に反して X の意思を制圧するものと認められる。しかし、本件行為は、呼気検査に応じるよう X 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から、これによって、X の身体・行動の自由（憲法 33 条）を侵害したとまではいえない。

したがって、本件行為は「強制の処分」には該当しない。

- 2 ただ、「強制の処分」にあたらぬ有形力の行使であっても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、「必要な」（197 条 1 項本文）限度でしか許されない。具体的には、必要性・緊急性なども考慮した上、具体的状況の下で相当と認められる限度において許容されるものと解すべきである。

本件行為は、酒酔い運転の罪の疑いが濃厚な X をその同意を得て警察署に任意同行して、X の父を呼び呼気検査に応じるよう説得を続けるうちに、X の母が警察署に来ればこれに応じる旨を述べたのでその連絡を X の父に依頼して母の来署を待っていたところ、X が急に退室しようとしたため、さらに説得のためにとられた抑制の措置であり、その程度もさほど強

いものではないのであるから、これをもって捜査活動として許容される範囲を超えた不相当な行為ということはできない。

3 よって、本件行為は適法である。

注1) 段落1について、最大判平 29.3.15【百選 30】は、本判例を引用しつつ、「憲法 35 条は、『住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利』を規定しているところ、この規定の保障対象には、『住居、書類及び所持品』に限らずこれらに準ずる私的領域に『侵入』されることのない権利が含まれるものと解するのが相当である。そうすると、前記のとおり、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的処分に当たる」と判示している。

注2) 段落1について、近時の通説は、「強制的処分」とは、「相手方の明示又は黙示の意思に反して、法定の厳格な要件・手続によって保護する必要があるほどの重要な権利・利益を実質的に侵害・制約する処分」をいうとする（重要権利利益実質的侵害説）。

注3) 段落1について、本判例の調査官解説は、「強制的処分」とは、「概括的には、特別の根拠規定（場合によっては令状）がなければおよそ許されない捜査方法、つまりは抽象的な根拠規定に基づいては捜査の必要性などの具体的状況がどうであっても許されない捜査方法」であり、「かりに捜査の必要性、緊急性など具体的状況が付け加わっても、特別の根拠規定がない限り、その手段を許容することが相当でないような類型的事情」が「強制的処分」の該当性の判断において基礎とすべき事情であるとする。

注4) 段落1について、平成 27 年司法試験の採点実感等に関する意見（刑事系科目第2問）は、『『重要な権利・利益とされる理由について、現在の有力な学説は、現に刑事訴訟法が定めている強制処分との対比（それらと同程度に厳格な要件・手続を定めて保護するに値するだけの権利・利益）や前記最高裁判例〔注：本判例〕で被制約利益として例示されている『身体、住居、財産』が憲法第 33 条及び同法第 35 条が保障するような重要で価値が高いものであることなどから、単なる権利・利益の制約ではなく、一定の重要な権利・利益の制約を意味すると解するものである」と指摘している。

また、平成 30 年司法試験の採点実感（刑事系科目第2問）も、「判例が示した基準による場合、『個人の意思を制圧』するということにはどのような意味合いがあるのか、『身体、

住居，財産等』の制約に着目するのはなぜか，あるいは，現在の有力な学説の示す基準による場合，なぜ『重要な』権利・利益の制約を伴う場合に限られるのか，そこでいう『重要な権利・利益』と，『身体，住居，財産等』という判例の文言とはどのような関係にあるのかなど，それぞれの文言が用いられている趣旨について十分な理由付け」をすることを求めている（なお，同実感は，「以上に述べたことは，平成 29 年大法廷判決〔注：前掲・最大判平 29.3.15【百選 30】〕の示した『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』か否か，という基準を用いる場合にも基本的に妥当する」とも述べている）。