

# 1. 強制処分の意義と任意処分の限界～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、本件行為が「強制の処分」である場合、このような捜査手段を直接定めた明文規定は存在しないことから、「この法律に特別の定」（197条1項ただし書）を欠くとして違法となるのではないか。

(1) 個人の意思を制圧することは、強制処分である以上当然の前提である。また、現に刑事訴訟法が定めている強制処分との対比から、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（身体、住居、財産のような憲法33条及び35条が保障するような重要で価値が高いもの）の制約を伴う場合に限られるべきである。したがって、「強制の処分」とは、相手方の意思を制圧し、身体、住居、財産等の重要な権利・利益を実質的に侵害し、制約を加える行為をいう。

なお、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というべきであるから、意思の制圧の有無は、合理的に推認される当事者の意思に反するか否かにより決すべきである。

(2) K巡査は、両手でXの左手首を掴んだところ、Xは、すぐさま同巡査の両手を振り払っているから、本件行為は、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というのであるから、これをもってXの身体・行動の自由（憲法33条）を実質的に侵害し、制約をえたとまではいえない。

(3) したがって、本件行為は「強制の処分」ではない。

2 もっとも、本件行為は「必要な」（197条1項本文）限度を超えて違法となるのではないか。

(1) 「強制の処分」にあたらない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、必要性・緊急性などをも考慮した上、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。

(2) 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。

(3) したがって、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) 論述例1(1)第1段落第1文については古江頼隆・事例演習刑事訴訟法〔第3版〕14頁、同第2文については平成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)9頁、同第3文については古江・前掲書20頁乃至21頁、同第2段落については井上正仁・強制捜査と任意捜査〔新版〕11頁及び増田啓佑・最判解刑事篇平成21年度384頁を参照。

注2) 論述例1(1)について、本決定は、「強制手段とは、……①個人の意思を制圧し、②身体、住居、財産等に制約を加えて③強制的に捜査目的を実現する行為など、④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」〔注：①乃至④は担当者〕と判示しているが、③は強制処分ということの言い換えにすぎず、④は197条1項ただし書きを裏からいったものにすぎないから、実質的に意味があるのは①②である(川出敏裕・判例講座刑事訴訟法〔捜査・証拠編〕〔第2版〕5頁)。

また、最近の通説(重要権利利益実質的侵害説)は、強制処分とは、「相手方の明示又は默示の意思に反して、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」と定義するところ、「重要な権利・利益」とは、「(住居内における)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」、「憲法35条の保障する私的領域におけるプライバシーの合理的な期待(他人から見られていないという期待)」、「私生活を他人から見られない権利という意味でのプライバシーの利益」などをいうとされる(古江・前掲書14頁乃至15頁、24頁)。

そして、最大判平29.3.15【百選31】は、「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、……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(最高裁昭和……51年3月16日……決定……参照)」と判示している。

よって、判例は通説の立場を採用していると理解することが可能である（斎藤司・刑事訴訟法の思考プロセス 24 頁）。

注 3) 論述例 1(2)について、香城敏磨・最判解刑事篇昭和 51 年度 72 頁乃至 73 頁は、「強制の処分」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、つまりは抽象的な捜査根拠規定に基づいては捜査の必要性などの具体的な状況がどうであっても許されない捜査方法」であり、「『強制の処分』の該当性の判断において基礎とすべき事情」は、「かりに捜査の必要性、緊急性など具体的な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」であると述べている。

注 4) 論述例 2(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）10 頁は、「この判断は、いわゆる『比例原則』に基づくものであり、個別具体的な事案において、当該捜査手段により対象者に生じる法益侵害の内容・程度と、捜査目的を達成するため当該手段を用いる必要性との合理的な權衡を欠いていないか、両者の比較衡量によって行われるから、実際の判断に当たっては、設問の事例に現れた具体的な事実がその判断枠組みにおいてどのような意味を持つのかを意識しながら、一方で、当該捜査手段によりどのような内容の法益がどの程度侵害されるのかを具体的に明らかにしつつ、他方で、対象となる犯罪の性質・重大性、捜査対象者に対する嫌疑の程度、当該捜査によって証拠を保全する必要性・緊急性に関わる具体的な事情を適切に抽出して当該捜査手段を用いる必要性の程度を検討し、それらを総合して結論を導く必要がある」と述べている。