

刑訴法における「強制処分」についての一考察

―「強制処分」の意義に関する議論を中心に―

金子 章

第一章 はじめに

第二章 適正手続の保障―憲法との関係における刑訴法の位置づけ

第三章 「強制処分」に関する理論的考察

第一節 捜査の定義

第二節 逮捕・勾留の趣旨・目的

第三節 強制処分の意義

第一款 最高裁昭和 51 年 3 月 16 日決定

第二款 強制処分の意義に関する分析・検討

第四節 任意処分に対する法的規律

第五節 小括

第四章 おわりに―本稿の総括―

第一章 はじめに

一 憲法は、刑訴法の上位規範として位置づけられる。この点については、およそ異論のないところであろう¹⁾。本稿は、このような至極当然とされている（、しかしながら、あるいは、それゆえに、これまでの刑訴法学上の議論においては、必ずしも十分に意識されてこなかったかのようにも思われる²⁾）理解を基点としながら、刑訴法 197 条 1 項但書が規定する「強制処分」の意義に

ついて理論的検討を試みようとするものである³⁾。

二 本稿の構成は、以下のとおりである。まず、適正手続の保障の意義を明らかにした上で、憲法との関係における刑訴法の位置づけについて確認する（第二章）。そして、それに引き続いて、刑訴法上の「強制処分」の意義について、理論的考察を進めることにする（第三章）。

第二章 適正手続の保障—憲法との関係における刑訴法の位置づけ

一 憲法は、国家と国民との関係を規律する法規範であり、憲法 13 条によれば、国家は、個別的具体的な意味において、国民の基本的人権を保障すべき憲法上の義務を負うものと解される⁴⁾。

他方でまた、憲法 13 条によれば、国家は、「公共の福祉」を維持すべき憲法上の義務、すなわち、国民全体、あるいは、一般的抽象的な意味において、国民の基本的人権を保障すべき憲法上の義務を負うことが想定されているのである⁵⁾。

もっとも、このように、国家は、憲法上、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持という二つの義務を負うとするならば、国家が負うべき二つの義務の間において対立・矛盾が生じることは避けがたいといえよう。そうだとすれば、国家が負うべき二つの義務の間において調整が図られるべきことをも当然に予定しているものと解されるのである。

以上からすれば、憲法 13 条の趣旨は、国家は、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持という二つの義務を負うことを前提としながら、その相対立する二つの憲法上の義務の間の調整が図られるべきことを要請することにあるものと理解されるべきであろう（いわゆる「比例原則」）⁶⁾。

二 このような憲法 13 条の趣旨は、いうまでもなく、刑事手続に関しても妥当するものといえよう⁷⁾⁸⁾。すなわち、刑事手続に即するというならば、憲法 13 条は、刑事手続に関して、国家は、個人の基本的人権を保障すべき義務、

および公共の福祉を維持すべき義務、具体的には、犯人を特定して処罰すること（刑法の具体的な実現・執行）を通じて、国民一般の生命・身体・財産等の権利利益を保護（犯罪の防止）すべき義務⁹⁾を負うことを前提としながら、その相対立する二つの義務の間の調整が図られるべきことを要請しているのである¹⁰⁾。

この点、憲法 31 条は、刑事手続に関して、適正手続を要求するものであると一般に理解されているところであるが¹¹⁾、この憲法 31 条の適正手続条項は、憲法 13 条に基づく比例原則が刑事手続に対しても適用されるべきことを、特に確認ないし強調したものとして理解されるべきであろう¹²⁾。

三 さて、このように、憲法 13 条ないし憲法 31 条は、刑事手続に関して、国家が負うべき二つの義務の間の調整を要求しているのであるが、それでは、国家が負うべき二つの義務の間の調整は、果たして、どのようになされるべきなのであろうか。

この点、上記のような憲法上の要請を受けて、刑訴法は、刑事手続に関して、国家が負うべき二つの義務の間の調整のあり方についての具体的かつ基本的な枠組みを提示しているのである¹³⁾。刑訴法 1 条が、この法律は、「公共の福祉の維持」と「個人の基本的人権の保障」とを全うするものと指摘しているのは、このような趣旨を踏まえたものとして理解されるべきであろう¹⁴⁾。

第三章 「強制処分」に関する理論的考察

さて、前章では、適正手続の保障の意義、ないし憲法との関係における刑訴法の位置づけについて確認したが、本章では、それを踏まえながら、強制処分の意義について理論的考察を行う。もっとも、その前提として、捜査の定義、および逮捕・勾留の趣旨・目的といった点についても言及する。

以下では、まず、捜査の定義づけを試みることから始め（第一節）、それに引き続いて、逮捕・勾留の趣旨・目的について論じる（第二節）。その上で、

最高裁判例に焦点を当てながら、強制処分の意義について検討を加えることにする（第三節）。なお、関連して、最後に、強制処分の意義に関する理解を前提にしつつ、任意処分に対する法的規律についても言及しておくことにしたい（第四節）。

第一節 捜査の定義

国家は、公共の福祉を維持すべき義務、すなわち、具体的には、犯人を特定して処罰することによって、国民一般の生命・身体・財産等の権利利益を保障すべき義務を負っていることは、先に述べたとおりであるが、国家による捜査活動¹⁵⁾は、まさに、国家がこのような義務を担保ないし実現するための手段・措置として位置づけられるべきものである¹⁶⁾。

このような理解を前提にすれば、「捜査」に関しては、犯人を特定し処罰するための証拠を収集・保全するための活動であるとの定義こそが理論的帰結であり、また、妥当な理解であるように思われる¹⁷⁾。

第二節 逮捕・勾留の趣旨・目的

一 刑法上、被疑者の身体・行動の自由を侵害する身柄拘束処分として¹⁸⁾、逮捕・勾留という処分が規定されているが、この逮捕・勾留という処分をめぐっては、逮捕・勾留の目的いかん、すなわち、そもそも逮捕・勾留は何のために存在しているのか、という基本的な問題が提起されている¹⁹⁾²⁰⁾。

この点、逮捕・勾留という処分が、それ自体として独立した捜査処分としての性格ないし性質を有していることは明らかであり、異論のないところであろう²¹⁾。そして、逮捕・勾留が捜査処分としての性格を持つとするならば、それは、犯人を特定し処罰するための証拠を収集・保全するための処分として位置づけられなければならないはずである。

このように考えるならば、詰まるところ、逮捕・勾留は、供述証拠の収集・保全に向けられた処分、すなわち、被疑者の取調べを目的とする処分であると

解するのが妥当であるように思われる²²⁾²³⁾²⁴⁾²⁵⁾。

二 もっとも、これに対して、学説上は、逮捕・勾留は、逮捕・勾留の要件として被疑者の逃亡のおそれ及び罪証隠滅のおそれが挙げられていることを論拠として²⁶⁾、逮捕・勾留は、被疑者の逃亡や罪証隠滅の防止を目的とする処分であると理解する見解が一般的である²⁷⁾。

しかしながら、このような見解が採用する論理には、根本的な疑問がある。すなわち、逮捕・勾留は何のために存在しているのかという逮捕・勾留の目的に関する問題と、逮捕・勾留はどのような場合に行うことが許されるのかという逮捕・勾留の要件に関する問題とは、別個の問題であり、理論的には明確に区別されるべきであるにもかかわらず、上記見解においては、それが混同されている嫌いが認められるのである。

逮捕・勾留の要件というものは、まさに文字どおり、逮捕・勾留の「要件」に過ぎないのであって、そこから直ちに、逮捕・勾留の「目的」に関して、一定の帰結が導かれることにはならない。逮捕・勾留の要件として、被疑者の逃亡のおそれ及び罪証隠滅のおそれが挙げられているとしても、そのことは、逮捕・勾留の目的は被疑者の逃亡や罪証隠滅の防止にあるとの帰結を導く論拠にはなり得ないのである²⁸⁾。

そもそも、逮捕・勾留の目的はいかなる点にあるのかという問題は、それ自体として正面から検討されるべき性質のものであり、そこでは、逮捕・勾留の捜査としての性格というものに着目して論じられる必要があるというべきなのである²⁹⁾³⁰⁾。

第三節 強制処分の意義

国家による捜査活動においては、強制処分が用いられる場合と、非強制処分としての任意処分が用いられる場合とがある（刑訴法 197 条 1 項参照）³¹⁾。

もっとも、強制処分とは何を意味するのか、という点に関しては、刑訴法上、必ずしも明らかにされているわけではない。そのため、学説上は、従前から、

強制処分の意義をめぐって、議論が展開されてきたところである³²⁾。そのような議論状況の下において、最高裁として初めて、強制処分の意義について重要な判断を下したのが、最高裁昭和51年3月16日決定³³⁾である³⁴⁾。

本節では、前節での検討の成果を踏まえつつ、最高裁昭和51年3月16日決定に焦点を当てながら、強制処分の意義について検討を加えることにする。

以下では、まず始めに、最高裁昭和51年3月16日決定を概観する（第一款）。その上で、当該最高裁判例に対する学説の理解ないし評価を基礎に、強制処分の意義に関して、どのように理解すべきであるか、論じることにする（第二款）。

第一款 最高裁昭和51年3月16日決定

X（被告人）は、昭和48年8月31日午前4時10分頃、岐阜市内の路上において、酒酔い運転のうえ、道路端に置かれたコンクリート製のごみ箱などに自転車を衝突させる物損事故を起こし、間もなく事故現場に到着したK、F両巡査から、運転免許証の提示とアルコール保有量検査のための風船への呼気の吹き込みを求められたが、いずれも拒否したので、両巡査は、道路交通法違反の被疑者として取り調べるためにXをパトカーで岐阜中警察署へ任意同行し、午前4時30分頃、同署に到着した。その際、Xは、顔が赤くて酒のにおいが強く、身体がふらつき、言葉も乱暴で、外見上酒に酔っていることがうかがわれた。

Xは、両巡査から警察署内の通信指令室で取調べを受け、運転免許証の提示要求にはすぐに応じたが、呼気検査については、道路交通法の規定に基づくものであることを告げられたうえ再三説得されてもこれに応じず、午前5時30分頃、Xの父が両巡査の要請で来署して説得したものの聞き入れず、かえって反抗的態度に出たため、父は説得をあきらめ、母が来れば警察の要求に従う旨のXの返答を得て、自宅に呼びにもどった。両巡査は、なおも説得をしながら、Xの母の到着を待っていたが、午前6時頃になり、Xからマッチを貸してほしいと言われて断ったとき、Xが「マッチを取ってくる」と言いながら急に椅子から立ち上がって出入口の方へ小走りに行きかけたので、K巡査は、Xが逃げ

去るのではないかと思い、Xの左斜め前に近寄り、「風船をやってからでいいではないか」と言って、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い、その左肩や制服の襟首を右手で掴んで引っ張り、左肩章を引きちぎったうえ、右手拳で顔面を1回殴打するなど暴れたため、公務執行妨害罪の現行犯人として逮捕され、その後起訴された。

第1審の岐阜地裁は、K巡査の制止行為について、「任意捜査の限界をこえ、任意とは称しながら実質上逮捕するのと同様の効果を得ようとする強制力の行使というべきであって、違法たるを免れない」などとして公務執行妨害罪の成立を否定したのに対し、原審の名古屋高裁は、Xに酒酔い運転の合理的な疑いがあったうえ、同人が突然立ち上がり出入口の方へ行こうとしたという本件の具体的事情の下では、その程度がさほど強いものであったとは認められないK巡査の行為は、Xの「飲酒検知拒否に対し翻意を促すためにとった説得手段として、任意捜査の範囲内の客観的に相当な実力行使と認めるべきである」として、第1審判決を破棄し、公務執行妨害罪の成立を肯定した。これに対して、被告人側が上告したが、最高裁は、以下のような職権判断を示した上で、上告を棄却した。

「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。しかしながら、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ものであって、右の程度に至らない有形力の行使は、任意捜査においても許容される場合があるといわなければならない。ただ、強制手段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、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもと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。

これを本件についてみると、K巡査の前記行為は、呼気検査に応じるよう被告人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、これをもって性質上当然に逮捕その他の強制手段にあたるものと判断することはできない。また、右の行為は、酒酔い運転の罪の疑いが濃厚な被告人をその同意を得て警察署に任意同行して、被告人の父を呼び呼気検査に応じるよう説得をつづけるうちに、被告人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被告人の父に依頼して母の来署を待っていたところ、被告人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って、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ではできず、公務の適法性を否定することができない。」

第二款 強制処分の意義に関する分析・検討

一 最高裁昭和51年3月16日決定によれば、強制処分とは、「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」と定義されることになる。もっとも、問題は、本決定が示した強制処分の定義をどのように実質的に理解すべきであるか、本決定が示した強制処分の定義の実質をどのように捉えるべきか、という点にある。

この点について、学説上は、次のような理解を示す見解が存在する。すなわち、「強制的に捜査目的を実現する行為」は、強制処分という言葉を使い換えたに過ぎないとし、また、「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」についても、それは強制処分法定主義の裏返し表現であり、トートロジーに過ぎないと指摘し、本決定が示した強制処分の定義ないし基準のうち、実質的に意味を持つのは、「意思の制圧」ということと、「身体、住居、財産等に制約を加え」ることの二点であるとしている。その上で、強制処分の実質的な定義ないし基準につき、強制処分とは、相手方の意思に反して、身体、

住居、財産等の重要な権利・利益を制約する処分であると結論付けているのである³⁵⁾。

このような判例の理解は、現在においては、学説上、多くの支持を獲得しており³⁶⁾、通説的見解と言ってよいであろう³⁷⁾³⁸⁾。

二 しかしながら、判例の理解の仕方として、このような通説的見解に対しては、必ずしも賛同し難いようにも思われる。疑問の核心は、「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」、及び「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」のそれぞれに対する理解の仕方の点に向けられる。

まず第一に、「強制的に捜査目的を実現する行為」に関して問題となる。

先に述べたように、国家による捜査活動においては、強制処分が用いられる場合と、非強制処分としての任意処分が用いられる場合とがあるが（刑訴法197条1項参照）、強制処分は、国家による捜査活動の一環として行われるものである以上、それは当然にして、捜査としての性格を内在的に有するものであることが確認されなければならないであろう。すなわち、強制処分は、捜査としての法的性格を当然に有するものとして存在しているはずなのである³⁹⁾。もっとも、この点は、強制処分の意義を理解する上で、極めて本質的かつ重要な要素であるにもかかわらず、従来の議論においては、むしろ当然のことであるがゆえに、十分に意識が向けられることなく、等閑視されてきた嫌いがあったように思われる。

このような理解を前提にすれば、最高裁昭和51年決定が、強制処分の定義において言及していた「強制的に捜査目的を実現する行為」については、単に強制処分という言葉を使い換えたに過ぎないと解し、この点に実質的意味を見出さないのは妥当性を欠くというべきである。むしろ、当該部分は、強制処分は捜査目的でなされるものである、という当然の、しかし、強制処分を定義づける上で極めて重要なメルクマールを明確に示していたものと理解すべきであろう⁴⁰⁾⁴¹⁾⁴²⁾。

第二に、「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」に関して問題となる。

この点、上記見解は、「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」とは、強制処分法定主義の裏返しの表現であり、トートロジーに過ぎないと指摘し、当該部分に実質的意味を見出してはいない。

しかしながら、強制処分とは「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」である、との判示の仕方がなされているのであればともかく、そうでない以上は、当該部分はトートロジーに過ぎず、この部分に実質的な意味はないと評価することは困難であるといわざるを得ないように思われる。むしろ、当該部分は、「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」との文言を受けて、そのうち、「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」、すなわち、強制処分法定主義により律するのが相応しい行為こそが、強制処分として位置づけられることを示したものと理解するのが妥当であるように思われる。その意味で、「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」の部分は、強制処分の範囲を限定する機能を果たすものであり、強制処分を定義づける上で、やはり重要なメルクマールを明確に示していたものと理解すべきであろう。

第三に、「身体、住居、財産等に制約を加えて」に関して問題となる。

この点、上記見解によれば、身体、住居、財産等の重要な権利・利益を制約するとの趣旨に理解されているが、しかし、少なくとも、当該文言を見る限りにおいては、権利利益の内容を重要なものに限定するとの趣旨を読み取ることは些か困難であるように思われる⁴³⁾。

三 以上の検討をまとめると、結局のところ、強制処分とは、一定の捜査目的で、相手方の意思に反して、身体、住居、財産等の権利利益を制約する処分のうち、強制処分法定主義という法的規律を課するに相応しいものと理解すべきなのである⁴⁴⁾。

この点、逮捕が強制処分的一种として位置づけられることに異論はないと

ころであるが⁴⁵⁾、この強制処分としての逮捕がまさに強制処分たるゆえんは、逮捕は、取調べを目的として、相手方の意思に反して、身体・行動の自由という重要な権利利益を侵害する処分であり、それが強制処分法定主義という法的規律を課するに相応しいものと判断されたことによると考えられるのである。

四 さて、最高裁昭和 51 年決定は、具体的事案に関する判断として、K 巡査の制止行為は、逮捕という強制処分には該当しない旨、判示している⁴⁶⁾。

先に述べたとおり、逮捕という強制処分は、被疑者の取調べを目的として、相手方の意思に反して、身体・行動の自由という重要な権利利益を侵害する処分である。しかしながら、K 巡査の制止行為は、たしかに、相手方の意思に反して、身体・行動の自由という重要な権利利益を侵害する処分であるといえるとしても、それは、「呼気検査に応じるよう被告人を説得するために行われたものであり」、したがって、K 巡査の制止行為を強制処分としての逮捕行為と評価することはできないというべきであろう⁴⁷⁾。

第四節 任意処分に対する法的規律

一 国家による捜査活動においては、強制処分が用いられる場合と、非強制処分としての任意処分が用いられる場合とがあるが（刑訴法 197 条 1 項参照）、先に述べたように、強制処分とは、一定の捜査目的で、相手方の意思に反して、身体、住居、財産等の権利利益を制約する処分のうち、強制処分法定主義という法的規律を課するに相応しいものを意味するとすれば、非強制処分としての任意処分は、それ以外の捜査処分全般を意味することになる⁴⁸⁾。

このような理解を前提にすると、任意処分においても、何らかの権利利益の侵害又はそのおそれを伴う処分が含まれることになるが、強制処分とは異なり⁴⁹⁾、刑訴法は、このような任意処分に対しては、何らの法的規律も用意してはいないのである。

二 もっとも、このような任意処分について、上記最高裁昭和 51 年 3 月 16 日決定は、任意処分であっても、「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、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもと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」と判示している。すなわち、任意処分は、原則として違法であるものの⁵⁰⁾、法益侵害の質・程度、つまり、違法性の質・程度⁵¹⁾と当該手段方法の広義の必要性とが合理的権衡を保っており、具体的状況の下で「相当」と評価される限りにおいて行うことが許容されるというのである⁵²⁾。任意処分に関しては、このような形で、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障との調整が具体的に図られているものと評価することができよう。

三 さて、最高裁昭和 51 年決定は、具体的事案に関する判断として、K 巡査の制止行為は、逮捕という強制処分には該当しないとして、当該行為を任意処分と位置づけた上で、結論として、当該行為は「不相当な行為ということはでき〔ない〕」と判示している。

本件では、身体・行動の自由の侵害の質・程度と広義の必要性とが合理的権衡を保っていて、具体的状況の下で相当といえるかが問題となるが⁵³⁾、この点、K 巡査の制止行為は「その程度もさほど強いものではない」のに対して、他方で、広義の必要性として、被告人は「酒酔い運転の罪の疑いが濃厚」であったこと、「被告人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、その必要性も十分に認められるだけでなく、緊急性さえも認められることなどから、本件においては、法益侵害の質・程度と広義の必要性とが合理的権衡を保ち、具体的状況の下で相当と評価されたものと見ることができよう⁵⁴⁾。

第五節 小括

一 本章では、強制処分の意義について理論的考察を行ってきたが、そこでの検討の成果を纏めておくことにする。

二 捜査とは、犯人を特定し処罰するための証拠を収集・保全するための活

動である。刑訴法上、被疑者の身体・行動の自由を侵害する身柄拘束処分として、逮捕・勾留という処分が規定されているが、この逮捕・勾留という処分は、それ自体として独立した捜査処分としての性格を有するものである。そうだとすれば、逮捕・勾留は、犯人を特定し処罰するための証拠を収集・保全するための処分として位置づけられることになり、結局のところ、逮捕・勾留は、供述証拠の収集・保全に向けられた処分、すなわち、被疑者の取調べを目的とする処分であると解すべきことになる。

三 刑訴法 197 条 1 項但書は、強制処分について規定しているが、その意義は必ずしも明かではない。この点に関して、重要な判断を示したのが、最高裁昭和 51 年 3 月 16 日決定である。本決定によれば、強制処分とは、「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」と定義されることになるが、問題は、本決定が示した強制処分の定義をどのように実質的に理解すべきか、本決定が示した強制処分の定義の実質をどのように捉えるべきか、という点にある。

この点、学説上、多数の支持を得ているのは、強制処分とは、相手方の意思に反して、身体、住居、財産等の重要な権利・利益を制約する処分であるとの理解である。しかしながら、このような判例の理解の仕方に対しては、いくつかの点で疑問を呈することが可能である。むしろ、強制処分とは、一定の捜査目的で、相手方の意思に反して、身体、住居、財産等の権利利益を制約する処分のうち、強制処分法定主義という法的規律を課するに相応しいものと理解すべきなのである。この点、逮捕につき、これが強制処分的一种であることに異論はないところであるが、逮捕がまさに強制処分たるゆえんは、逮捕は、取調べを目的として、相手方の意思に反して、身体・行動の自由という重要な権利利益を侵害する処分であり、それが強制処分法定主義という法的規律を課するに相応しいものと判断されたことに求められるのである。

最高裁昭和 51 年決定は、K 巡査の制止行為は、逮捕という強制処分には該

当しない旨の具体的事案に関する判断を示しているが、それは、K 巡査の制止行為が「呼気検査に応じるよう被告人を説得するために行われたものであ」ることを根拠にするものと理解することができる。

四 このように強制処分を理解することができるとすれば、非強制処分としての任意処分は、それ以外の捜査処分全般を意味することになる。そうだとすれば、任意処分においても、何らかの権利利益の侵害又はそのおそれを伴う処分が含まれることになる。もっとも、このような任意処分に対して、刑訴法は何らの法的規律も用意してはいないが、最高裁昭和51年3月16日決定は、このような任意処分について、法益侵害の質・程度と当該手段方法の広義の必要性及が合理的権衡を保っており、具体的状況の下で「相当」と評価される限りにおいて行うことが許容されるものと判示している。

最高裁昭和51年決定は、K 巡査の制止行為は逮捕という強制処分には該当しないとして、当該行為を任意処分と位置づけた上で、結論として、当該行為は「不相当な行為ということとはでき〔ない〕」との具体的事案に関する判断を示しているが、これは、身体・行動の自由の侵害の質・程度と広義の必要性及が合理的権衡を保っていて、具体的状況の下で相当であるとの判断を前提にしているものと理解することができる。

第四章 おわりに―本稿の総括―

一 本章では、最後に、第二章および第三章で行われてきた検討を簡潔に総括し、それをもって、本稿の結びとする。

二 憲法13条は、国家は、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持という二つの憲法上の義務を負うことを前提としながら、その相対立する二つの義務の間のバランスを図るべきことを要請している。憲法31条は、このような要請が刑事手続においても妥当することを確認ないし強調するものである。そして、このような憲法上の要請を受け、刑事手続に関して、国家が負うべき

二つの義務の間の調整のあり方についての具体的かつ基本的な枠組みを提示しているのが、刑訴法である。

三 捜査とは、犯人を特定し処罰するための証拠を収集・保全するための活動である。刑訴法上、被疑者の身体・行動の自由を侵害する身柄拘束処分として、逮捕・勾留が規定されているが、これらは、それ自体として独立した捜査処分としての性格を有するものであり、犯人を特定し処罰するための証拠を収集・保全するための処分として位置づけられることになる。したがって、結局のところ、逮捕・勾留は、供述証拠の収集・保全に向けられた処分、すなわち、被疑者の取調べを目的とする処分と解すべきことになる。

四 刑訴法 197 条 1 項但書が規定する強制処分につき、その意義は必ずしも明らかではない。この点、最高裁昭和 51 年 3 月 16 日決定は、強制処分につき、「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」と判示しているところであるが、実質的には、強制処分とは、一定の捜査目的で、相手方の意思に反して、身体、住居、財産等の権利利益を制約する処分のうち、強制処分法定主義という法的規律を課するに相応しいものと理解することができる。そして、このように強制処分の意義を理解することによって、強制処分たる逮捕が強制処分たるゆえんを適切に理解することができるだけでなく、さらには、最高裁昭和 51 年 3 月 16 日決定が下した具体的事案に関する判断についても、的確に理解することが可能になるのである。

(2011 年 8 月脱稿)

*本稿は、平成 23 年度科研費補助金・若手研究 (B) による研究成果の一部である。

- 1) 鈴木茂嗣「憲法と刑事訴訟法との関係」松尾浩也編『刑事訴訟法の争点』(1979 年) 4 頁〔鈴木茂嗣『続・刑事訴訟の基本構造 (上巻)』(1996 年) 所収〕【以下、「鈴木①」として引用】、

鈴木茂嗣『刑事訴訟法（改訂版）』（1990年）4頁【以下、「鈴木②」として引用】、田宮裕『刑事訴訟法（新版）』（1996年）7頁、松尾浩也『刑事訴訟法（上）（新版）』（1999年）5頁、田口守一『刑事訴訟法（第5版）』（2009年）3頁、福井厚『刑事訴訟法講義（第4版）』（2009年）6頁、渡辺直行『刑事訴訟法（補訂版）』（2011年）2頁、白取祐司『刑事訴訟法（第6版）』（2010年）1－2頁など。

- 2) 横山晃一郎博士は、かつて、「戦後刑事訴訟法学、判例の歩みをふりかえるとき、この当然のこと、すなわち憲法の基本理念に立って刑訴法解釈論を構築するということが、決して当然のことではなかった」と述べていたところであるが（横山晃一郎『憲法と刑事訴訟法の交錯』（1977年）はしがき）、このような認識は、現在においてもなお、基本的に維持されるべきものであろう。
- 3) 近時、刑訴法197条1項但書が規定する「強制処分」概念の意義をめぐって、学説上、議論が活発になっているところであり（例えば、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）』（2006年）23頁以下、松田岳士『刑事手続の基本問題』（2010年）227頁以下、宇藤崇「強制処分の法定とその意義について」研修733号（2009年）3頁以下、辻本典史『刑訴法上の『強制の処分』概念について（1）』近大法学56巻3号（2008年）1頁以下など）、本稿は、このような学説上の動向を一つの契機とするものである。
- 4) 憲法13条の法的性格については、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第5版）』（2011年）118頁以下、高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第2版）』（2010年）131頁以下、伊藤正己『憲法（第3版）』（1995年）228頁以下、大石眞『憲法講義Ⅱ』（2007年）46頁以下、高井裕之「幸福追求権」大石眞＝石川健治編『憲法の争点（新・法律学の争点シリーズ3）』（2008年）92－93頁など参照。
- 5) 高木光『ブレップ行政法』（2005年）59頁参照。
- 6) 芝池義一『行政法総論講義（第4版補訂版）』（2006年）84頁、藤田宙靖『行政法Ⅰ（総論）（第4版改訂版）』（2005年）100頁、小早川光郎『行政法（上）』（1999年）144頁、今村成和（畠山武道補訂）『行政法入門（第8版補訂版）』（2007年）90頁、大浜啓吉『行政法総論（新版）』（2006年）24、192頁、曾和俊文ほか『現代行政法入門（第2版）』（2011年）162頁〔亘理格〕、宮田三郎『警察法』（2002年）70頁、高木光「比例原則の実定化－『警察法』と憲法の関係についての覚書－」『現代立憲主義の展開（芦部信喜先生古稀祝賀）（下）』（1993年）228頁、渋谷秀樹『憲法』（2007年）244頁、北村和生ほか『行政法の基本（第4版）』（2010年）18、170頁〔高橋明男〕、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』（2008年）395頁、高田敏編『新版行政法』（2009年）42－43頁、藤井俊夫『行政法総論（第5版）』（2010年）13頁など。なお、比例原則一般については、萩野聡「行政法における比例原則」芝池義一＝小早川光郎＝宇賀克也編『行政法の争点（第3版）』（2004年）22頁、川上宏二郎「行政法におけ

- る比例原則」成田頼明編『行政法の争点（新版）』（1990年）18頁、須藤陽子「比例原則」法学教室237号（2000年）18頁〔須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』（2010年）所収〕など参照。
- 7) 鈴木①・前掲注1) 4、6頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟の基本構造』（1979年）5頁【以下、「鈴木③」として引用】、鈴木②・前掲注1) 17頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本問題』（1988年）4－5頁【以下、「鈴木④」として引用】参照。
 - 8) むろん、憲法13条の趣旨は、刑事手続にとどまらず、行政手続などにも広く及ぶものといえよう。高橋・前掲注4) 141頁、佐藤幸治『憲法（第3版）』（1995年）444、590頁、佐藤幸治『日本国憲法論』（2011年）192、334－335頁、松井茂記『日本国憲法（第3版）』（2007年）544頁、杉村敏正＝兼子仁『行政手続・行政争訟法』（1973年）96－97頁〔杉村敏正〕、芝池・前掲注6) 282頁、小早川光郎『行政法講義（下Ⅰ）』（2002年）52頁、川上・前掲注6) 19頁、萩野・前掲注6) 22頁、大石・前掲注4) 52－53頁など。
 - 9) 長沼範良「刑事訴訟法の目的」法学教室197号（1997年）26頁、田中開ほか『刑事訴訟法（第3版）』（2008年）5頁〔長沼範良〕参照。平川宗信『刑事法の基礎』（2008年）102－107頁、山口厚『刑法』（2005年）4－6頁、山口厚『刑法総論（第2版）』（2007年）2－6頁、西田典之『刑法総論（第2版）』（2010年）30－31頁、林幹人『刑法総論（第2版）』（2008年）13頁なども参照。
 - 10) 鈴木③・前掲注7) 5－7、19、140頁、鈴木②・前掲注1) 17頁、鈴木④・前掲注7) 4－5頁、鈴木①・前掲注1) 4頁参照。井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』（1985年）371頁も参照。
 - 11) 芦部・前掲注4) 235頁、高橋・前掲注4) 253頁、浦部法穂『憲法学教室（全訂第2版）』（2006年）282頁、野中俊彦ほか『憲法Ⅰ（第4版）』（2006年）392頁〔高橋和之〕、辻村みよ子『憲法（第3版）』（2008年）275頁、松井・前掲注8) 517頁、長谷部恭男『憲法（第5版）』（2011年）245頁、赤坂正浩『憲法講義（人権）』（2011年）170頁、大石・前掲注4) 80頁、鈴木③・前掲注7) 2頁、井上・前掲注10) 371頁、田宮・前掲注1) 4頁、白取・前掲注1) 75頁、三井誠『刑事手続法Ⅱ』（2003年）408頁、三井誠『刑事訴訟法の基本原理解』松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点（第3版）』（2002年）9頁、福井・前掲注1) 13頁、池田修＝前田雅英『刑事訴訟法講義（第3版）』（2009年）19頁、安富潔『刑事訴訟法』（2009年）2頁、上口裕『刑事訴訟法（第2版）』（2011年）6頁、上口裕ほか『刑事訴訟法（第4版）』（2006年）17頁〔後藤昭〕、田中ほか・前掲注9) 2頁〔長沼範良〕、渡辺直行『論点中心刑事訴訟法講義（第2版）』（2005年）6頁、渡辺・前掲注1) 3頁、渥美東洋『全訂刑事訴訟法（第2版）』（2009年）12頁、小林充『刑事訴訟法（新訂版）』（2009年）1頁、加藤康榮『刑事訴訟法』（2009年）2頁、井戸田侃『刑事訴訟法要説』（1993年）2頁、村井敏邦編『現代刑事訴訟法（第2版）』（1998年）26

頁〔大出良知〕、椎橋隆幸編『ブリッジブック刑事裁判法』（2007年）12頁〔椎橋隆幸〕、平川・前掲注9）204－205頁、酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造（1）」法学教室283号（2004年）59頁【以下、「酒巻①」として引用】、酒巻匡「刑事手続の目的と基本設計図」法学教室355号（2010年）36頁など。なお、最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁も参照。

- 12) 憲法31条については、一般に、その趣旨として、適正手続の保障とならんで、手続法定主義が指摘ないし強調されている（酒巻①・前掲注11）59頁、酒巻匡「捜査手続（1）総説」法学教室356号（2010年）65頁、田宮・前掲注1）4頁、田中ほか・前掲注9）2頁〔長沼範良〕、白取・前掲注1）75頁、福井・前掲注1）4－5頁、上口・前掲注11）2頁、平川・前掲注9）209頁、芦部・前掲注4）235頁など）。しかしながら、憲法31条が適正手続を保障しているとするならば、その要請を具現化するものとしての法律が制定されなければならないのは当然のことであるといえよう。すなわち、憲法上の適正手続の要請には、手続法定主義の要請が当然に含まれているのである。そうだとすれば、憲法31条の趣旨としては、適正手続の保障を指摘すれば足りるのであり、それとは別に、取り立てて、手続法定主義なるものを指摘ないし強調する必要性は乏しいように思われる。
- 13) 井戸田・前掲注11）2頁、鈴木②・前掲注1）4頁参照。宮下明義『刑事訴訟法逐條解説Ⅱ』（1949年）4頁も参照。なお、泉徳治「司法が担う役割」法政法科大学院紀要5巻1号（2009年）16頁も参照。
- 14) 鈴木茂嗣「刑事訴訟法の基礎理論」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点（新版）』（1991年）14頁〔鈴木茂嗣「続・刑事訴訟の基本構造（上巻）」（1996年）所収〕参照。
- 15) 刑訴法189条2項、191条1項、197条1項参照。
- 16) なお、最判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁参照。
- 17) これに対して、従来の議論においては、捜査とは、公訴の提起・追行を目的とする活動であると定義するのが一般的な理解であったものと思われる（平野龍一『刑事訴訟法』（1958年）82頁、団藤重光『新刑事訴訟法綱要（7訂版）』（1967年）317頁、高田卓爾『刑事訴訟法（2訂版）』（1984年）312頁、平場安治『改訂刑事訴訟法講義』（1955年）325頁、三井誠『刑事手続法（1）（新版）』（1997年）75頁、白取・前掲注1）83頁、福井・前掲注1）64頁、鈴木②・前掲注1）59頁、田宮・前掲注1）40頁、寺崎嘉博『刑事訴訟法（第2版）』（2008年）87頁、池田＝前田・前掲注11）72頁、小林・前掲注11）64頁、安富・前掲注11）37頁、安富潔『刑事訴訟法講義（第2版）』（2009年）43頁、寺崎嘉博編『刑事訴訟法講義』（2007年）9頁〔加藤克佳〕、庭山英雄＝岡部泰昌編『刑事訴訟法（第3版）』（2006年）19頁〔庭山英雄〕、長井圓『LSノート刑事訴訟法』（2008年）7頁、酒巻①・前掲注11）59頁、酒巻・前掲注12）63頁、酒巻匡「『捜査』の定義について」研修674号（2004年）3頁、川出敏裕「行政警察活動と捜査」法学教室259号（2002年）73頁、

- 緑大輔「行政警察活動と司法警察活動—職務質問をめぐって」法学セミナー 665 号 (2010 年) 111 頁、伊藤栄樹ほか『注釈刑事訴訟法 (新版) (第 3 巻)』(1996 年) 5 頁〔伊藤栄樹＝河上和雄〕、後藤昭＝白取祐司編『新コメンタール刑事訴訟法』(2010 年) 412 頁〔多田辰也〕、443 頁〔後藤昭〕、石丸俊彦ほか『刑事訴訟の実務 (上) (3 訂版)』(2011 年) 203 頁〔川上拓一〕、平場安治ほか『注解刑事訴訟法 (中巻) (全訂新版)』(1982 年) 3 頁〔高田卓爾〕、柏木千秋『刑事訴訟法』(1970 年) 32 頁、横川敏雄『刑事訴訟』(1984 年) 95 頁など。なお、井戸田・前掲注 11) 25 頁。また、捜査の定義に関連する問題については、酒巻匡『『捜査』の定義について』研修 674 号 (2004 年) 3 頁以下参照。
- 18) 酒巻匡「身体拘束処分に伴う諸問題」法学教室 291 号 (2004 年) 94 頁【以下、「酒巻②」として引用】、酒巻匡「捜査手続 (3) 被疑者の身体拘束」法学教室 358 号 (2010 年) 67 頁【以下、「酒巻③」として引用】、田中ほか・前掲注 9) 67 - 68 頁〔田中開〕など。
 - 19) 三井・前掲注 17) 9 頁、白取・前掲注 1) 157 頁、福井・前掲注 1) 103 - 104 頁、高田・前掲注 17) 349 頁など参照。
 - 20) この点をどのように考えるかは、むろん、逮捕・勾留をめぐるその他の問題にも大きな影響を及ぼすことになる。
 - 21) 酒巻①・前掲注 11) 60 頁、田中ほか・前掲注 9) 61 頁〔田中開〕、田口・前掲注 1) 42 頁、上口・前掲注 11) 60 頁、池田＝前田・前掲注 11) 79 頁、井戸田・前掲注 11) 94 頁、藤永幸治ほか編『大コメンタール刑事訴訟法 (第 3 巻)』(1996 年) 156 頁〔馬場義宣〕、椎橋隆幸編『よくわかる刑事訴訟法』(2009 年) 32 頁〔大野正博〕など。
 - 22) 実務では、逮捕・勾留は取調べのためのものとして理解されているとされる。平川・前掲注 9) 227、244 頁、石井一正「違法逮捕と勾留」佐伯千仞編『続・生きている刑事訴訟法』(1970 年) 59 頁参照。
 - 23) 刑訴規則 143 条の 3 は、「被疑者が逃亡する虞がなく、かつ罪証を隠滅する虞がない等」と規定しているが、「被疑者が逃亡する虞」や「罪証を隠滅する虞」は取調べの必要性を基礎付ける類型的事情の例示と見るべきであり、「等」とは、その他の取調べの必要性を基礎付ける類型的事情がないことを意味するものと解すべきであろう。したがって、逆に言えば、「被疑者が逃亡する虞」、「罪証を隠滅する虞」、ないし、その他の取調べの必要性を基礎付ける類型的事情の存在が、逮捕の要件として必要となるものというべきである。
 - 24) 逮捕・勾留が認められると、取調べのための身柄拘束が行われることになるが、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障の調整という見地から、取調べのための身柄拘束は、一定の期間に制限されている。したがって、あくまでも、起訴前の身柄拘束期間は、取調べのための期間として位置づけられるべきものである。なお、最判昭和 37 年 7 月 3 日民集 16 卷 7 号 1408 頁参照。また、逮捕・勾留の目的に関する通説的立場からの起訴前の身柄拘束期間の趣旨に関する理解につき、例えば、松尾・前掲注 1) 54 - 55、104

頁、川出敏裕『別件逮捕・勾留の研究』(1998年)68-69頁【以下、「川出①」として引用】、川出敏裕「別件逮捕・勾留と余罪取調べ」刑法雑誌35巻1号(1995年)4頁【以下、「川出②」として引用】、酒巻匡「供述証拠の収集・保全(3)」法学教室290号(2004年)79頁【以下、「酒巻④」として引用】、酒巻匡「捜査手続(4)供述証拠の収集・保全」法学教室360号(2010年)63頁【以下、「酒巻⑤」として引用】、「論争・刑事訴訟法(16)〈対談〉接見交通権と取調べ」法学セミナー579号(2003年)92-93頁〔長沼範良〕、長沼範良ほか『演習刑事訴訟法』(2005年)97頁〔大澤裕〕、101頁〔佐藤隆之〕、佐藤隆之「別件逮捕・勾留と余罪取調べ」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選(第8版)』(2005年)41頁、長沼範良「別件逮捕・勾留と余罪取調べ」井上正仁=大澤裕=川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選(第9版)』(2011年)40頁など参照。

- 25) なお、犯罪捜査規範120条3項参照。本条項は、「被疑者を緊急逮捕した場合は・・・身柄を留置して取り調べる必要がないと認め、被疑者を釈放したときにおいても、緊急逮捕状の請求をしなければならない」としているが、これは、逮捕の趣旨・目的は取調べにあることを前提ないし示唆しているようにも見える。
- 26) なお、刑訴規則143条の3の「等」の理解につき、三井・前掲注17)10頁、福井・前掲注1)103頁、小林・前掲注11)83頁、後藤昭『捜査法の論理』(2001年)62頁、佐々木史朗「逮捕・勾留の必要性」新聞雅夫ほか『増補令状基本問題(上)』(1996年)102頁、小林充「正当な理由のない捜査官への不出頭を理由とする逮捕の可否」新聞雅夫ほか『増補令状基本問題(上)』(1996年)110頁、渡辺修『被疑者取調べの法的規制』(1992年)7頁、平良木登規男『刑事訴訟法I』(2009年)113頁、長井・前掲注17)38頁など参照。
- 27) 上口・前掲注11)87頁、白取・前掲注1)157頁、田口・前掲注1)66頁、長沼ほか・前掲注24)93頁〔長沼範良〕、97-98頁〔大澤裕〕、池田=前田・前掲注11)114頁、福井・前掲注1)161頁、福井厚編『ベーシックマスター刑事訴訟法』(2009年)85頁〔山田直子〕、安富・前掲注11)81頁、酒巻④・前掲注24)79頁、酒巻②・前掲注18)94頁、酒巻③・前掲注18)69頁、酒巻⑤・前掲注24)62頁、田宮・前掲注1)74頁、光藤景皎『刑事訴訟法I』(2007年)53頁、椎橋編・前掲注11)67頁〔洲見光男〕、寺崎・前掲注17)134頁、松尾・前掲注1)52頁、鈴木②・前掲注1)77頁、鈴木④・前掲注7)72頁、小林・前掲注11)82頁、椎橋編・前掲注21)58頁〔滝沢誠〕、三井誠=酒巻匡『刑事手続法(第5版)』(2010年)24頁、三井・前掲注17)132頁、井戸田・前掲注11)95頁、椎橋隆幸編『プライマリー刑事訴訟法(第3版)』(2011年)83頁〔香川喜八朗〕、水谷規男『疑問解消刑事訴訟法』(2008年)55-56、67、81頁、山本正樹ほか『ブリーム刑事訴訟法』(2007年)43頁〔松田岳士〕、渡辺・前掲注11)65頁、渡辺・前掲注1)128頁、多田辰也「刑事訴訟における被疑者取調べの地位—取調べの比重軽減化への一試論—」刑法雑誌35巻1号(1995年)17頁、井上正治「捜査の構造と人権の保障」日本刑法学会編『刑事訴訟法講座(第1巻)』(1963年)119頁、三井誠ほか編『刑事手続(上)』(1988年)192頁〔熊本典道〕、

- 渥美・前掲注 11) 51 - 52、73 頁、村井編・前掲注 11) 53 頁 [大出良知]、川出①・前掲注 24) 20 頁、川出②・前掲注 24) 3 頁、川出敏裕「身柄拘束制度の在り方」ジュリスト 1370 号 (2009 年) 107、114 頁、三神正一郎「身柄拘束被疑者の取調べ受忍義務について」山梨学院大学法学論集 65 号 (2010 年) 131 頁、山口直也=上田信太郎編『ケースメソッド刑事訴訟法』(2007 年) 130、138、144、177 頁 [正木祐史] など。
- 28) したがって、同様に、逮捕・勾留の要件として被疑者の逃亡のおそれ及び罪証隠滅のおそれが挙げられているとしても、そのことは、逮捕・勾留の目的は被疑者の取調べにはないとの帰結 (上口・前掲注 11) 88 頁、田口・前掲注 1) 66 頁、渡辺・前掲注 11) 65 頁、渡辺・前掲注 1) 128 頁、後藤・前掲注 26) 62 頁、安富・前掲注 11) 202 頁など参照) を導く論拠にもなり得ないのである。
- 29) なお、被疑者の任意同行であっても、身柄拘束と評価される事態に至れば、それは実質的に逮捕がなされたものと一般に考えられている (田中ほか・前掲注 9) 92 頁 [田中開]、田口・前掲注 1) 113 頁、上口・前掲注 11) 76 頁、安富・前掲注 11) 47 頁、光藤・前掲注 27) 22 - 25 頁、松尾・前掲注 1) 66 頁、白取・前掲注 1) 111 - 112 頁、平良木・前掲注 26) 107 - 108 頁、河村博『公判に強い捜査実務 101 問 (改訂第 4 版)』(2009 年) 92 - 93 頁、佐々木正輝=猪俣尚人『捜査法演習』(2008 年) 98 - 118 頁 [佐々木正輝]、増井清彦『犯罪捜査 101 問 (補訂第 6 版)』(2010 年) 94 - 95 頁、渡辺・前掲注 11) 87 頁、渡辺・前掲注 1) 55 - 56 頁、酒巻匡「供述証拠の収集・保全 (2)」法学教室 288 号 (2004 年) 71 頁、酒巻⑤・前掲注 24) 56、59 頁、酒巻匡「任意取調べの限界について—二つの最高裁判例を素材として—」神戸法学年報 7 号 (1991 年) 288 頁、長沼ほか・前掲注 24) 64 頁 [大澤裕]、佐藤隆之「在宅被疑者の取調べとその限界 (一)」法学 68 巻 4 号 (2004 年) 1 頁、鈴木②・前掲注 1) 72 - 73 頁、鈴木④・前掲注 7) 59 - 60 頁、渡辺咲子『刑事訴訟法講義 (第 5 版)』(2008 年) 62 頁、長井・前掲注 17) 52 頁、松尾浩也監修『条解刑事訴訟法 (第 4 版)』(2009 年) 376 頁、小田健司「任意同行と逮捕の始期」新聞雅夫ほか『増補令状基本問題 (上)』(1996 年) 131 頁、福井編・前掲注 27) 48 頁 [緑大輔]、浅田和茂「宿泊を伴う取調べ」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法判例百選 (第 6 版)』(1992 年) 17 頁など)。他方で、任意同行の目的は取調べにあると考えられている (「論争・刑事訴訟法 (16) (対談) 接見交通権と取調べ」法学セミナー 579 号 (2003 年) 92 頁 [長沼範良]、上口・前掲注 11) 118 頁、安富・前掲注 11) 46 頁、光藤・前掲注 27) 95 頁、松尾・前掲注 1) 64 頁、松尾浩也「刑事訴訟法を学ぶ (第 2 回)」法学教室 3 号 (1980 年) 49 頁、田宮・前掲注 1) 128 頁、三井・前掲注 17) 83 - 84、128 頁、鈴木④・前掲注 7) 59 頁、渡辺咲子『刑事訴訟法講義 (第 5 版)』(2008 年) 62 頁、酒巻匡「供述証拠の収集・保全 (2)」法学教室 288 号 (2004 年) 70 頁、川端博=辻脇葉子『刑事訴訟法 (新訂版)』(2007 年) 86 頁 [辻脇葉子]、加藤・前掲注 11) 86 頁、木藤繁夫「任意捜査の限界と実質的逮捕の始期」警察学論集 34 巻 1 号 (1981 年) 163 頁、頃安健司「任意捜査と自由の制限」石原一彦ほか編『現

代刑罰法大系（5）刑事手続Ⅰ』（1983年）162頁、河村博『公判に強い捜査実務101問（改訂第4版）』（2009年）92頁、佐々木正輝＝猪俣尚人『捜査法演習』（2008年）97頁〔佐々木正輝〕など。そうだとすれば、そこでは、逮捕の目的は取調べにあることが暗に前提として認められていたようにも見える。仮に、逮捕の目的は被疑者の逃亡や罪証隠滅の防止にあると考えるのであれば、この点との整合性も問われることになる。少なくとも、逮捕の目的は被疑者の逃亡や罪証隠滅の防止にあると考える限り、被疑者の任意同行が身柄拘束と評価される事態に至ったとしても、実質的に逮捕がなされたものとの評価を与えることは困難といわざるを得ないように思われる。

- 30) なお、関連して、従来から、学説上、逮捕・勾留という身柄拘束処分の対象になっている被疑者につき、取調べのための出頭・滞留義務、すなわち、取調べ受忍義務の肯否という問題が議論されている。この点、身柄拘束中の被疑者については、刑訴法198条1項但書を反対解釈することにより、取調べ受忍義務を肯定するのが素直な解釈の有り様であり、また、このように解することによって、逮捕・勾留は取調べを目的とするものであるとの上記理解とも理論的整合性を取ることが可能になるものと思われる。もっとも、これに対しては、取調べ受忍義務と供述拒否権（黙秘権）の保障（刑訴法198条2項、憲法38条1項）との整合性といった観点からの疑問もあり得よう。すなわち、取調べ受忍義務を課すことは、供述拒否権（黙秘権）を侵害し、供述拒否権（黙秘権）の保障と抵触するというのである（平野・前掲注17）106頁、平野龍一『刑事訴訟法概説』（1968年）70頁、白取・前掲注1）181頁、三井・前掲注17）132－133頁、渡辺・前掲注11）99頁、渡辺・前掲注1）68頁、上口・前掲注11）118頁、三井ほか編・前掲注27）192頁〔熊本典道〕、高田昭正『被疑者の自己決定と弁護』（2003年）98頁、田宮・前掲注1）131頁、田口・前掲注1）114頁、安富・前掲注11）202頁、鈴木④・前掲注7）69－70頁、光藤・前掲注27）98－99頁、福井・前掲注1）161頁、福井編・前掲注27）104頁〔山田直子〕、椎橋編・前掲注11）105頁〔洲見光男〕、椎橋編・前掲注21）59頁〔滝沢誠〕、水谷・前掲注27）80－81頁、後藤・前掲注26）152頁、山本ほか・前掲注27）64頁〔松田岳士〕、井上・前掲注27）118頁、村井編・前掲注11）52頁〔大出良知〕、平川・前掲注9）227頁、淵野貴生「被疑者取調べの課題」法律時報79巻12号（2007年）44頁、庭山＝岡部編・前掲注17）74頁〔徳永光〕、黒木忍＝川端博編『刑事訴訟法』（1993年）62頁〔山田道郎〕など。しかしながら、取調べ受忍義務を課すか否かという問題と、供述拒否権（黙秘権）を侵害するか否かという問題は別個の問題であり、理論的には明確に区別すべきものであって、身柄拘束中の被疑者に取調べ受忍義務を課したとしても、そのことから直ちに、供述拒否権（黙秘権）を侵害するとの帰結が導き出されるわけではないはずである。このように考えると、取調べ受忍義務と供述拒否権（黙秘権）の保障との整合性といった観点からの疑問は成り立ち得ないというべきであろうと思われる。なお、取調べ受忍義務の肯否については、拙稿「在宅被疑者の取調べの許容性に

について（2・完）—その違法性の実質に関する議論を中心に—」横浜国際経済法学 19 巻 2 号（2010 年）41 - 43 頁も参照。

- 31) 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）64 - 65 頁、井上正仁「任意捜査と強制捜査の区別」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点（第 3 版）』（2002 年）46 - 47 頁〔井上正仁『強制捜査と任意捜査』（2006 年）所収〕、小林充「強制処分と任意処分」研修 671 号（2004 年）3 頁、佐々木＝猪俣・前掲注 29）43 - 44 頁〔佐々木正輝〕、緑大輔「強制と任意—強制処分法定主義をめぐって」法学セミナー 666 号（2010 年）113 - 114 頁【以下、「緑①」として引用】、緑大輔「捜査によって制約される利益—任意捜査の限界」法学セミナー 667 号（2010 年）114 頁など参照。
- 32) この点については、例えば、井上・前掲注 31）46 頁など参照。
- 33) 最決昭和 51 年 3 月 16 日刑集 30 巻 2 号 187 頁。
- 34) 酒巻・前掲注 31）67 頁など。
- 35) 井上・前掲注 31）47 頁。
- 36) 酒巻・前掲注 31）67 - 69 頁、酒巻・前掲注 12）69 頁、長沼ほか・前掲注 24）60 - 61 頁〔大澤裕〕、149、169 頁〔佐藤隆之〕、159 頁〔長沼範良〕、大澤裕「おとり捜査の許容性」『平成 16 年度重要判例解説』ジュリスト 1291 号（2005 年）191 頁、佐藤隆之「おとり捜査の適法性」法学教室 296 号（2005 年）43 頁、佐藤・前掲注 29）4 - 5 頁、後藤昭「おとり捜査」井上正仁＝大澤裕＝川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選（第 9 版）』（2011 年）27 頁、後藤昭「強制処分法定主義と令状主義」法学教室 245 号（2001 年）12 頁【以下、「後藤①」として引用】、後藤＝白取編・前掲注 17）445 頁〔後藤昭〕、田口・前掲注 1）42 - 44 頁、田口守一「演習」法学教室 343 号（2009 年）182—183 頁、上口・前掲注 11）61 頁、白取・前掲注 1）93 - 94 頁、田中ほか・前掲注 9）65 頁〔田中開〕、椎橋編・前掲注 11）63 頁〔洲見光男〕、伊藤ほか・前掲注 17）76 - 77 頁〔東條伸一郎〕、三井誠ほか編『新基本法コンメンタール刑事訴訟法』（2011 年）228 頁〔石井隆〕、山口＝上田編・前掲注 27）121 - 122 頁〔徳永光〕など。
- 37) 古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』（2011 年）14 頁、酒巻匡「刑事手続における任意手段の規律について」法学論叢 162 巻 1 - 6 号（2008 年）94 頁。
- 38) これに対して、学説上は、次のような有力な理解も存在する。すなわち、①判例が「個人の意思を制圧」と述べていることに着目し、強制処分を、単に相手方の意思に反して、ではなく、相手方の意思を制圧する程度の方法ないし態様をもって、権利利益を制約する処分と定義した上で、②この強制処分の定義は、「物理的な有形力の行使等、警察官の行為が直接に相手方に向けてなされるような場合」に限って妥当するというのである（川出・前掲注 3）26 - 30 頁）。しかしながら、この見解は、相手方の意思というもの

に関して、それに反する程度というものを想定しているように見えるが（川出・前掲注3）27頁。小林・前掲注31）7頁も参照）、そもそも、意思というものに関して、そのようなものを想定し得るのか疑問であり、むしろ、意思に関しては、それに反するか否かしか問題とし得ないように思われる（そうだとすると、結局のところ、相手方の意思を制圧する程度の方法ないし態様という要件の下で考慮されているのは、相手方の意思に反する程度そのものではなくて、実質的には、その方法ないし態様の性質に基づく相手方の意思に反する一般的可能性の程度に過ぎないのではないかとも思われる）。また、この見解は、強制処分の定義を類型ごとに区別しようとするが（川出・前掲注3）28－29頁）、たしかに、そのように強制処分の定義を類型ごとに区別することが形式的には可能であるにしても、なぜ強制処分の定義は類型ごとに区別されなければならないのか、なぜ強制処分の定義は類型ごとに設定される必要があるのか、その実質的根拠は必ずしも明らかではない。なお、その他の理解としては、例えば、松田・前掲注3）227頁以下、緑①・前掲注31）115頁、佐々木＝猪俣・前掲注29）42－45頁〔佐々木正輝〕、84－85頁〔猪俣尚人〕など参照。

- 39) 白取・前掲注1）92頁、酒巻①・前掲注11）60頁、酒巻匡「強制処分法定主義」法学教室197号（1997年）30頁、酒巻・前掲注37）91頁など参照。
- 40) そもそも、強制処分も処分として行われる以上、それが無目的で行われるものとは想定し難いといえよう。なお、松田・前掲注3）231頁も参照。
- 41) なお、「強制的に」という部分は、「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて」を受けて、当該部分を言い換えたものと理解すべきであろう。少なくとも、強制処分の定義を示した中で言及された「強制的に」を「強制」処分の意味に理解するのは妥当でないばかりか、おそらく論理的に無理があるように思われる。
- 42) なお、松田・前掲注3）228頁以下は、強制処分を理解するにあたって、強制処分は捜査目的を実現するものであることを当然の前提にしている。
- 43) 川出・前掲注3）30頁、古江・前掲注37）13頁参照。
- 44) したがって、強制処分と評価されるためには、捜査目的および制約される権利利益の具体的内容が強制処分法定主義を課するに相応しいものでなければならない。そうだとすれば、権利利益の具体的内容に関して言うと、實際上、強制処分と評価されるのは、制約される権利利益が重要なものである場合に限られることになろう。
- 45) 上口・前掲注11）60頁、田口・前掲注1）42頁、田中ほか・前掲注9）61頁〔田中開〕、酒巻①・前掲注11）60頁、酒巻・前掲注31）66－68頁、酒巻・前掲注39）30頁、井上・前掲注31）46頁、椎橋隆幸『刑事訴訟法の理論的展開』（2010年）3頁、小林・前掲注31）4頁、佐々木＝猪俣・前掲注29）44頁〔佐々木正輝〕、田宮裕「任意捜査と強制捜査」法学教室81号（1987年）63頁、田宮・前掲注1）63、74頁、田宮裕『注釈刑事訴訟』

- 訟法』(1980年)216頁、松尾浩也「任意捜査における有形力の行使」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法判例百選(第6版)』(1992年)7頁、松尾・前掲注1)36頁、三井ほか編・前掲注27)89頁〔河上和雄〕、小木曾綾「強制処分法定主義の現代的意義」駒澤大学法学論集58号(1999年)153頁、椎橋隆幸『刑事弁護・捜査の理論』270頁〔初出：「捜査の科学化」ジュリスト852号(1986年)〕、香城敏磨『刑事訴訟法の構造』(2005年)143、167、177、179、181頁、多田辰也「令状主義と強制処分法定主義—一つの覚書—」『激動期の刑事法学・能勢弘之先生追悼論集』(2003年)29頁、大野正博『現代型捜査とその規制』(2001年)4頁、寺崎・前掲注17)62頁、鈴木②・前掲注1)73頁、白取・前掲注1)156頁、渡辺・前掲注29)48、55頁、安富・前掲注11)38、81頁、高田・前掲注17)146頁、椎橋編・前掲注21)48頁〔柳川重規〕、平野・前掲注17)83頁、川端＝辻脇・前掲注29)90頁〔辻脇葉子〕、加藤・前掲注11)71頁、福井編・前掲注27)85頁〔山田直子〕、椎橋編・前掲注11)62頁〔洲見光男〕、上口ほか・前掲注11)8頁〔後藤昭〕、山本ほか・前掲注27)38頁〔松田岳士〕、井戸田・前掲注11)94－95頁、高田卓爾＝鈴木茂嗣編『新判例コンメンタール刑事訴訟法3』(1995年)32頁〔川崎英明〕、三井ほか編・前掲注36)230頁〔石井隆〕、藤永ほか編・前掲注21)156頁〔馬場義宣〕、渥美・前掲注11)134頁、藤木英雄ほか『刑事訴訟法入門(第3版)』(2000年)83頁〔土本武司〕、山口＝上田編・前掲注27)19頁〔山口直也〕、130頁〔正木祐史〕など。
- 46) 田宮裕「任意捜査において許容される有形力の行使の限度」警察研究51巻6号(1980年)76頁参照。
- 47) この点、先に述べた強制処分に関する通説的理解によれば、K巡査の行為が逮捕という強制処分に該当しないとされたのは、「軽度で一時的な有形力の行使であって」、身体・行動の自由という重要な権利利益を制約するに至っていないからだとして理解されることになる(大澤裕「強制処分と任意処分の限界」井上正仁＝大澤裕＝川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選(第9版)』(2011年)5頁。酒巻・前掲注31)66頁も参照)。しかしながら、軽度で一時的な有形力の行使であっても、身体・行動の自由の制約自体が発生していることは否定しがたいように思われる(葛野尋之「宅配便荷物のエックス線検査の適法性」法律時報83巻2号(2011年)123頁参照)。
- 48) 川出・前掲注3)24頁、酒巻・前掲注37)92頁参照。
- 49) 強制処分に対しては、刑訴法上、強制処分法定主義という法的規律が設けられている(刑訴法197条1項但書)。その趣旨は、強制処分は、原則として違法であるものの、あらかじめ法定された一定の(実体的)要件を充足する限りにおいて行うことが許容されるということにあるものと解されるのであり(後藤①・前掲注36)10頁、椎橋編・前掲注21)5頁〔柳川重規〕など参照)、強制処分に関しては、このような形で、公共の福祉の維持と個人の基本的な人権の保障との調整が具体的に図られているものと評価すること

とができよう。換言すれば、刑訴法が、強制処分に関して、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障との具体的な調整のあり方として提示しているのが、強制処分法定主義というべきである。この点、従来から、学説上、強制処分法定主義は、憲法31条にその根拠を持つと指摘されてきたが（三井・前掲注17）80頁、光藤・前掲注27）29－30頁、上口ほか・前掲注11）45頁（渡辺修）、上口・前掲注11）59頁、村井編・前掲注11）71頁〔川崎英明〕、後藤①・前掲注36）10頁、野中ほか・前掲注11）395頁〔高橋和之〕、堀江慎司「令状主義」法学教室268号（2003年）14頁など）、それは、このような意味において理解されるべきであろう。これに対して、強制処分法定主義は、憲法31条の手続法定主義を受けた規定であるとする見解もある（酒巻①・前掲注11）61頁、酒巻・前掲注39）30頁、井上・前掲注31）50頁、福井・前掲注1）100頁、平良木・前掲注26）95頁など）。しかしながら、憲法31条の趣旨として手続法定主義を指摘する点はさておくとしても、そこから、強制処分に対する規律としての強制処分法定主義を導き出すことができるのかについては、疑問の余地がある。

- 50) 古江・前掲注37）15頁、酒巻匡「おとり捜査」法学教室260号（2002年）105－107頁など参照。
- 51) なお、厳密に言えば、法益侵害、すなわち、法益の侵害又はそのおそれの存在それ自体が直ちに違法性を基礎付けられるわけではなく、それが憲法13条違反（義務違反）と評価されることによって初めて違法性が基礎付けられるのである。拙稿「在宅被疑者の取調べの許容性について（1）―その違法性の実質に関する議論を中心に―」横浜国際経済法学19巻1号（2010年）6頁も参照。
- 52) 井上・前掲注31）47頁、酒巻・前掲注31）64－67頁、酒巻匡「捜査手続（2）総説（続）・捜査の端緒」法学教室357号（2010年）72－73頁。拙稿・前掲注51）5－6頁も参照。
- 53) 川出・前掲注3）25頁参照。なお、香城・前掲注45）180、185頁参照。
- 54) この点、先に述べた強制処分に関する通説的理解においても、K巡査の行為は「軽度で一時的な有形力の行使であって」、身体・行動の自由という重要な権利利益を制約するものではないとし、当該処分を任意処分と位置づけた上で、法益侵害の質・程度と広義の必要性とが合理的権衡を保ち具体的事情の下で相当といえるかを判断し、結論として「不相当な行為ということはでき〔ない〕」としたものと理解されることになる（大澤・前掲注47）5頁）。しかしながら、このような任意処分の適否の判断枠組みが妥当するにしても、そこでは、いかなる法益侵害が想定されているのか、いかなる法益侵害を想定し得るのかは、必ずしも明らかではない。