

# 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—

金子 章

- 第一章 はじめに
- 第二章 捜査に対する法的規律
  - 第一節 適正手続の保障の意義
    - 第一款 憲法 13 条の趣旨
    - 第二款 憲法 31 条の趣旨
  - 第二節 捜査手続における適正手続の保障とその具体化
    - 第一款 捜査の定義
    - 第二款 強制処分に対する法的規律
    - 第三款 任意処分に対する法的規律
  - 第三節 小括 (以上、本号)
- 第三章 在宅被疑者の取調べの許容性に関する理論的考察
  - 第一節 逮捕・勾留の目的
  - 第二節 取調べ受忍義務の肯否
  - 第三節 在宅被疑者の取調べの許容性
    - 第一款 在宅被疑者の取調べの法的性質
    - 第二款 在宅被疑者の取調べに対する法的規律
      - 第一項 最高裁判例の状況—その基本的枠組み
      - 第二項 任意取調べの違法性の実質—学説の状況を踏まえて
  - 第四節 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<sup>1)</sup>。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<sup>2)3)</sup>）理解を基点として、憲法と刑訴法ないし刑訴法上の原則との関係を改めて確認するとともに、それを踏まえつつ、在宅被疑者の取調べの許容性という問題について、理論的考察を試みようとするものである。

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、それが捜査手続において、どのように具体化されているのかについて、検討を加える（第二章）。そして、それに引き続いて、在宅被疑者の取調べの許容性という問題について、その違法性の実質に関する議論を中心に、検討を加えることにする（第三章）。

## 第二章 捜査に対する法的規律

### 第一節 適正手続の保障の意義

本節では、まず、憲法13条の趣旨を確認した上で（第一款）、それと憲法31条との関係、さらには、憲法と刑訴法との関係にも検討を加えることにする（第二款）。

#### 第一款 憲法13条の趣旨

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条に拠れば、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ている<sup>4)</sup>。

他方でまた、憲法13条に拠れば、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<sup>5)</sup>。

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不可避といえよう。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なければならないことになるが、憲法 13 条は、このことをも要請しているものと解されるのである。

二 以上のことからすると、要するに、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憲法上の義務の間のバランスが図られるべきことを要請することにあるものと考えられるのである（いわゆる「比例原則」<sup>6)</sup>）。

## 第二款 憲法 31 条の趣旨

一 先に述べたような憲法 13 条の趣旨は、無論、刑事手続に関しても妥当することになろう<sup>7)8)</sup>。すなわち、刑事手続に即していえば、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<sup>9)</sup>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<sup>10)</sup>。

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<sup>11)</sup>、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見るべきであろう<sup>12)</sup>。

二 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<sup>13)</sup>。刑訴法1条が、この法律は、「公共の福祉の維持」と「個人の基本的人權の保障」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見るべきであろう<sup>14)</sup>。

## 第二節 捜査手続における適正手続の保障とその具体化

前節では、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、本節では、捜査手続に焦点を当て<sup>15)</sup>、刑訴法は、「公共の福祉の維持」と「個人の基本的人權の保障」との調整を具体的にどのように図っているのかを検討する。

以下では、まず始めに、捜査の定義づけを試みた上で（第一款）、強制処分および任意処分それぞれにおける上記調整のあり方について検討を加えることにする（第二款、第三款）。

### 第一款 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<sup>16)</sup>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<sup>17)</sup>。

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定義しておくのが妥当であるように思われる<sup>18)</sup>。

### 第二款 強制処分に対する法的規律

一 さて、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（強

制捜査)と任意処分が用いられる場合(任意捜査)とがある(刑訴法197条1項参照)。

もっとも、強制処分の意義については、刑訴法上、必ずしも明らかにされているわけではない。それでは、強制処分とは、果たして、何を意味する概念なのであるのか。この点について、明示的な判断を示しているのが、最高裁昭和51年3月16日決定<sup>19)</sup>である。

最高裁昭和51年決定は、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を意味する」と判示している。すなわち、そこでは、強制処分とは、対象者の重要な権利・利益の侵害・制約を伴う処分であると理解されているのである<sup>20)</sup>。

二 このような意義を有する強制処分に対しては、刑訴法は、いわゆる強制処分法定主義(刑訴法197条1項但書)という規律を用意している。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<sup>21)</sup>、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人権の保障との調整が具体的に図られているのである。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なのである<sup>22)</sup>。

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の指摘がなされてきたところであるが<sup>23)</sup>、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<sup>24)</sup>。

### 第三款 任意処分に対する法的規律

一 さて、強制処分とは、対象者の重要な権利利益の侵害・制約を伴う処分であるとの理解を前提にすれば、非強制処分たる任意処分には、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ろう。

二 このような任意処分に対しては、刑訴法は、なんらの規律も用意していないものの、前記した最高裁昭和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、法益侵害の質・程度（義務違反の質・程度）、つまり、違法性の質・程度が、捜査の対象となった犯罪の性質及びその重大性、捜査目的の達成にあたっての当該手段方法の必要性及び緊急性など広義の必要性と合理的権衡を保っていること、すなわち、具体的状況の下で捜査手段として「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<sup>25)</sup>。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のである。

### 第三節 小括

一 本章では、適正手続の保障の意義、そして、その適正手続の保障というものが、捜査手続において、どのように具体化されているのかといった点について、検討を加えてきたが、そこでの検討の結果を纏めておくことにする。

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つつ、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するものである。このような要請は、もちろん、刑事手続においても妥当するが、憲法31条は、このことを特に確認ないし強調したものとして理解することができる。刑訴法は、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たものとして位置づけることができよう。

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。捜査活動においては、強制処分が用いられる場合と任意処分が用いられる場合とがある。強制処分については、刑訴法は、強制処分法定主義（刑訴法 197 条 1 項但書）という規律が設けられているが、これは、強制処分における、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障との調整の具体的な表れと評価することができる。他方で、任意処分については、刑訴法は、特に規律を設けてはいないが、法益侵害の質・程度（義務違反の質・程度）、すなわち、違法性の質・程度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の理解が判例上示されており、これは、任意処分における、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障との調整の具体的な表れとして評価することができる。

- 
- 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頁など。
  - 2) その意味で、従来の刑訴法学上の議論は、自己完結的であったとも評することができよう。
  - 3) 例えば、拙稿「刑事手続における公正な裁判の保障について(3・完)ーアメリカにおける議論を中心にー」法学論叢 163 卷 6 号(2008年)102頁、拙稿「刑事手続における除斥制度について(1)ー『予断防止』としての位置付けの再検討ー」横浜国際経済法学 17 卷 2 号(2008年)62頁、拙稿「刑事手続における忌避制度について(1)ーその実質的意義の検討を中心にー」横浜国際経済法学 18 卷 1 号(2009年)62頁など参照。
  - 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4版)』(2007年)115頁以下、高橋和之『立憲主義と日本国憲法』(2005年)119頁以下など参照。
  - 5) 高木光『プレップ行政法』(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』

(1999年)26、143頁、曾和俊文ほか『現代行政法入門』(2007年)154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3版)』(2006年)15、160頁〔高橋明男〕、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』(2008年)395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頁など参照。

- 7) 鈴木①・前掲注1)4、6頁、鈴木②・前掲注1)17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】、鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本問題』(1988年)45頁【以下、「鈴木④」として引用】参照。
- 8) もちろん、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)128頁、佐藤幸治『憲法(第3版)』(1995年)444、590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)96-7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)46頁、山口厚『刑法総論(第2版)』(2007年)2-6頁、西田典之『刑法総論』(2006年)29-30頁なども参照。
- 10) 鈴木①・前掲注1)4頁、鈴木②・前掲注1)17頁、鈴木③・前掲注7)5-7、19、140頁、鈴木④・前掲注7)45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)229頁、高橋・前掲注4)229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4版)』(2008年)256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、白取祐司『刑事訴訟法(第5版)』(2008年)73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』松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点(第3版)』(2002年)9頁、福井厚『刑事訴訟法講義(第4版)』(2009年)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』(2009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、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）204-5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・前掲注11）59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11）73頁、福井・前掲注11）45頁、上口・前掲注11）2頁、平川・前掲注9）209頁、芦部・前掲注4）229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『新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) 安富・前掲注11）2頁参照。最判昭和45年11月25日刑集24巻12号1670頁参照。
  - 16) 刑訴法189条2項、191条1項、197条1項参照。
  - 17) なお、最判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁参照。
  - 18) 捜査の定義に関する従来の理解については、団藤重光『新刑事訴訟法綱要（7訂版）』（1967年）317頁、平野龍一『刑事訴訟法』（1958年）82頁、高田卓爾『刑事訴訟法（2訂版）』（1984年）312頁、松尾・前掲注1）35頁、鈴木②・前掲注1）59頁、白取・前掲注11）81頁、福井・前掲注11）64頁、田口・前掲注1）36頁、田中ほか・前掲注9）43頁〔田中開〕、平良木登規男『捜査法（第2版）』（2000年）2頁、上口ほか・前掲注11）34頁〔渡辺修〕、田宮・前掲注1）40頁、寺崎嘉博『刑事訴訟法（第2版）』（2008年）87頁、三井誠『刑事手続法（1）（新版）』（1997年）74頁、池田＝前田・前掲注11）72頁、小林・前掲注11）64頁、村井編・前掲注11）80頁〔川崎英明〕、加藤・前掲注11）18頁、安富・前掲注11）37頁、上口・前掲注11）52頁、酒巻・前掲注11）59頁、川出敏裕「行政警察活動と捜査」法学教室259号（2002年）73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。

- 19) 最決昭和 51 年 3 月 16 日刑集 30 巻 2 号 187 頁。
- 20) 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) 46-7 頁 [井上正仁『強制捜査と任意捜査』(2006 年) 所収]、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) 67 頁。なお、強制処分<sup>1)</sup>の意義をめぐる近時の議論については、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「刑事訴訟法 197 条 1 項について」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 (下巻)』(2007 年) 145 頁以下、辻本典央「刑訴法上の『強制的処分』概念について (1) (2)」近大法学 56 巻 3 号 (2008 年) 1 頁以下、57 巻 1 号 (2009 年) 1 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 頁以下など参照。
- 21) 後藤昭「強制処分法定主義と令状主義」法学教室 245 号 (2001 年) 10 頁、椎橋隆幸編『よくわかる刑事訴訟法』(2009 年) 5 頁 [柳川重規] など参照。
- 22) もちろん、強制処分の要件の具体的内容についても、公共の福祉の維持と基本的人権の保障の調整という観点からの考察が必要とされることになるが、それはまた別問題である。
- 23) 三井・前掲注 18) 80 頁、光藤景皎『刑事訴訟法 I』(2007 年) 29-30 頁、上口ほか・前掲注 11) 45 頁 [渡辺修]、上口・前掲注 11) 57 頁、村井編・前掲注 11) 71 頁 [川崎英明]、後藤・前掲注 21) 10 頁、野中ほか・前掲注 11) 395 頁 [高橋和之] など。
- 24) 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・前掲注 11) 61 頁、酒巻匡「強制処分法定主義」法学教室 197 号 (1997 年) 30 頁、井上・前掲注 20) 50 頁、福井・前掲注 11) 100 頁、平良木登規男『刑事訴訟法 I』(2009 年) 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してい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。
- 25) 井上・前掲注 20) 47 頁、酒巻・前掲注 20) 64 - 7 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) 100 - 1 頁も参照。