

強制処分概念とその規律について

—従来の議論に対する批判的検証の試み—

金子 章

- 第一章 はじめに
- 第二章 適正手続の保障
 - 第一節 憲法 13 条の構造
 - 第二節 適正手続の保障の意義と刑事訴訟法の位置付け
- 第三章 強制処分と強制処分法定主義
 - 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 日決定の概要
 - 第二款 学説における理解とその検討
 - 第四節 強制処分法定主義の意義・趣旨
 - 第一款 従来の理解
 - 第二款 新たな理解の試み
- 第四章 おわりに

第一章 はじめに

一 刑事訴訟法 197 条 1 項は、「捜査については、その目的を達するため必要な取調をすることができる。但し、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、これを行うことができない。」と定めている。同規定但書によれば、「強制的処分」は、強制処分法定主義という規律に服するものとされている¹⁾。もっとも、この「強制的処分」については、刑訴法上、なんらの定義も示されていないことから、刑訴法学において、「強制的処分」とはいかなるものなのか、その意義はどのように理解されるべきなのか、という点が重要かつ基本的な課題として位置づけられ、現在に至るまで、その点に関する議論が積み重ねられてきたところである。

本稿は、これまでの議論の積み重ねを踏まえつつ、強制処分の意義、および、それと密接に関連するものとして、強制処分に対する規律である強制処分法定主義の意義・趣旨について、いくばくかの考察を加えようとするものである。もっとも、それに際しては、憲法を頂点とする法体系のもとにおいて、これらの処分ないし原則が、どのように位置づけられるのか、という基本的な問題意識ないし問題視角に立脚しながら、検討を進めていくことにしたい。

二 そこで、本稿の構成としては、まずは、適正手続の保障の意義についての確認から始める（第二章）。そのうえで、本題である強制処分の意義、および強制処分法定主義の意義・趣旨に関する分析・検討を行うこととする（第三章）。

第二章 適正手続の保障

第一節 憲法13条の構造

一 憲法とは、いかなる性格を有するものであるのか、換言すれば、憲法とは、いかなる関係性を規律するものであるのか。この点については、憲法は、国家と国民との関係を規律する法規範である、との理解に、およそ異論はないであろう²⁾。

それでは、このような憲法の性格に関する基本的な理解を前提にすると、憲法13条の規定の意義ないし趣旨は、どのように理解されることになるであろう

うか。

憲法 13 条によれば、すべて国民は「個人として尊重され」、「生命、自由及び幸福追求」に対する権利、すなわち、幸福追求権を保障されている³⁾。そして、この幸福追求権については、「14 条以下に規定される個人人権を生み出す源泉・母胎としての性格を有する権利であり、個人人権すべてを包括するとともに新しい人権の根拠となるもの」⁴⁾と一般に考えられているのである⁵⁾。

このように、憲法 13 条は、個人、すなわち、個別的具体的な意味における国民に対して基本的人権を保障しているのであるが、先述した憲法の性格に照らし合わせるならば、このことは、国家が、個別的具体的な意味における国民に対して基本的人権を保障すべき義務を負うことを意味しよう^{6) 7)}。

もっとも、他方で、憲法 13 条は、このような国家が負うべき義務を規定しているとしても、憲法 13 条から抽出される国家の義務は、これに限られるわけではない。むしろ、憲法 13 条は、それにとどまらず、国家は、「公共の福祉」を維持すべき義務、すなわち、国民全体、ないし、一般的抽象的な意味における国民に対して基本的人権を保障すべき義務を負うことを規定しているものと見るべきであろう^{8) 9)}。

二 以上からすると、憲法 13 条は、国家に対して、個人の基本的人権を保障すべき義務を負わせているだけでなく、それに加えて、公共の福祉を維持すべき義務を負わせているものと解される。もっとも、問題は、その先にある。

このように、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ものとするならば、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、容易に想定できよう。このことは、憲法 13 条それ自体が、すでに認識していたものと考えられる。すなわち、憲法 13 条は、国家が負うべき二つの義務の間に矛盾・対立が生じる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しているものと解すべきである（いわゆる「比例原則」¹⁰⁾ ¹¹⁾ ¹²⁾）。換言すれば、憲法 13 条に基づき、国家は¹³⁾、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持とい

う二つの義務の間の調整を図るべき憲法上の義務を負っているのである。憲法13条が、幸福追求権について、「公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と規定するのは、その趣旨であろう¹⁴⁾。

第二節 適正手続の保障の意義と刑事訴訟法の位置付け

一 憲法13条の趣旨がどのようなものであるのかについては、先に述べたとおりであるが、このような趣旨は、刑事手続の領域においても妥当する¹⁵⁾。すなわち、刑事手続に即していうならば、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（将来の犯罪の防止・抑止）すべき義務¹⁶⁾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を図られるべきことを要請しているのであり¹⁷⁾、国家は、そのような調整を図るべき憲法上の義務を負っているのである。

他方で、憲法31条は、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない」と規定しており、これが、刑事手続に関して、適正手続を保障したものであるとの理解自体については、すでに一致した承認を得ている¹⁸⁾。問題は、この憲法31条と憲法13条の関係は、どのように理解されるのか、である。

この点については、憲法31条は、憲法13条と同旨のものと見るべきであろう。すなわち、この憲法31条のいわゆる適正手続条項¹⁹⁾は、憲法13条に基づく比例原則が刑事手続に対しても当てはまることを、特に確認ないし強調したものと理解されるべきであるように思われる^{20) 21)}。

二 それでは、以上のような憲法13条ないし憲法31条に関する理解を前提にすると、憲法13条ないし憲法31条と刑訴法とは、いかなる関係にあるのか、換言すれば、憲法13条ないし憲法31条との関係において、刑訴法はどのように位置づけられることになるのであろうか。

この点、憲法 13 条ないし憲法 31 条は、国家に対し、刑事手続に関して、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の間の調整を図るべき義務、つまり、適正手続を保障すべき義務を負わせているところ、刑訴法（の制定）は、そのような憲法上の義務を負うべき国家（立法府）が、そのような義務を担保する、ないし履行するために講じられた手段ないし措置として位置づけられるべきである²²⁾。すなわち、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って²³⁾、この趣旨は、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ことにも示されているものといえよう²⁴⁾。

第三章 強制処分と強制処分法定主義

本章では、強制処分の意義、および強制処分法定主義の意義・趣旨について分析・検討を行う。もっとも、その前提として、捜査の定義、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、まずは、捜査の定義を明らかにするとともに（第一節）、逮捕・勾留の趣旨・目的について確認する（第二節）。そのうえで、強制処分の意義（第三節）、さらには、強制処分法定主義の意義・趣旨（第四節）について、順次、検討を加えることにする。

第一節 捜査の定義

一 捜査²⁵⁾とは、いかなるものか、それは、どのように定義されるべきものなのか。まずは、この点を確認しておくことにする。

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、と定義されるのが一般的であり、この理解が通説としての地位を占めてきたものといつてよいであろう²⁶⁾。

もっとも、通説的理解に対しては、「不起訴処分で終結する場合にも捜査はその目的を達したというべきであるから妥当ではない」²⁷⁾との指摘がなされており、捜査について、「起訴・不起訴の決定と、起訴した場合の公判の準備」を目的とする活動である²⁸⁾、さらには、「公訴を提起しあるいは維持すべきかどうかを決する」ための活動である²⁹⁾、との理解も示されているのである³⁰⁾。

捜査の意義をめぐる従来議論は、このような様相を呈しているが、しかしながら、そこでの議論が、果たして、真の意味で、捜査の意義に関する議論であったのかどうかは、疑わしい。むしろ、一見、捜査の意義に関する議論がなされているように見えて、実のところ、捜査それ自体の意義については、何も語られていないように思われるのである。

二 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³¹⁾。

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。そして、捜査というものが、このように定義づけられるものであるとすれば、結局のところ、捜査の意義に関して行われてきた従来議論は、捜査それ自体の意義について真正面から論じるものではなく、むしろ、実質的には、そのような捜査の結果を受けた検察官の対応、すなわち、そのような捜査の結果を受けて、検察官として、いかなる対応ないし措置をとり得るのかを論じているにすぎないというべきであろう。このことは、捜査が「不起訴処分で終結する場合にも捜査はその目的を達したというべき」(傍点は筆者)とする、先述した指摘からも窺い知ることができるのである。

第二節 逮捕・勾留の趣旨・目的

一 さて、刑訴法上、被疑者の身体・行動の自由を侵害・制約する身柄拘束処分として³²⁾、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きた³³⁾。

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³⁴⁾。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。

このように考えると、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るのが妥当であるように思われる^{35) 36) 37)}。

二 もっとも、これに対して、学説上は、逮捕・勾留の要件として、被疑者の逃亡の虞および罪証隠滅の虞が掲げられていることを論拠として³⁸⁾、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といつてよいであろう³⁹⁾。

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あるのである。

逮捕・勾留の要件というものは、まさに、逮捕・勾留の「要件」にすぎないのであって、そこから、逮捕・勾留の「目的」に関して、一定の帰結が導かれるわけではない。逮捕・勾留の要件として、被疑者の逃亡の虞および罪証隠滅

の虞が掲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^{40) 41)}。

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^{42) 43)}。

第三節 強制処分 of 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）⁴⁴⁾。

もっとも、強制処分と任意処分をどのように区別するか、すなわち、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⁴⁵⁾。そのような議論状況のもとにおいて、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⁴⁶⁾である⁴⁷⁾。

以下では、まず始めに、最高裁昭和51年3月16日決定を概観したうえで、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、強制処分の意義について、どのように理解されるべきであるのか、検討を加えることにしたい。

第一款 最高裁昭和51年3月16日決定の概要

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わかれた。

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り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、その程度の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うえで、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 学説における理解とその検討

一 上記最高裁昭和51年3月16日決定が示したところに従えば、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ろう。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のか、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であるのか、という点にある。

この点に関しては、学説上、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の表現であり、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。そして、そのうえで、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⁴⁸⁾。

このような判例の理解は、学説上、すでに多くの支持を獲得しているのであり⁴⁹⁾、それは、通説的見解と評し得るものといえよう⁵⁰⁾。

二 しかしながら、このような通説的見解による判例の理解の仕方に対しては、疑問を禁じ得ないようにも思われる。すなわち、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」、および「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」のそれぞれに関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」についてである。

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⁵¹⁾、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⁵²⁾。もっとも、この点は、強制処分の意義を理解するうえで、きわ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もなく、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言い換えたに過ぎないと解し、この点に実質的な意味を見出さないのは、妥当性を欠くというべきである。それどころか、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うえで、きわ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^{53) 54) 55)}。

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」についてである。

この点、通説的見解は、「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、当該部分に実質的な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しているのであり、強制処分を定義づけるうえで、

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」についてである。

この点、通説的理解によれば、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とは、いささか困難であるように思われる⁵⁶⁾。

三 以上の検討をまとめると、強制処分の意義については、結局のところ、次のような帰結が導き出されることになる。すなわち、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しなければならないのである⁵⁷⁾。

この点につき、逮捕を例にとって考えてみよう。逮捕が強制処分の一種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⁵⁸⁾、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、(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ものと考えられるのであり、また、そう考えるべきものなのである。

先に述べたように、従来学説では、逮捕とは、相手方の身体・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理解されてきた。もっとも、他方で、これも先に述べたところであるが、学説においては、逮捕の趣旨・目的は何か、という点が問題とされ、議論が展開されてきた、にもかかわらず、そこでの議論の成果は、逮捕の意義に取り込まれることはなかったのである。もちろん、それは、強制処分の意義に関する通説的理解の影響によるものであろうが、いずれにせよ、逮捕の意義に関する理解と逮捕の趣旨・目的に関する理解とは、それぞれが独立したものであり、事実上、無関係のものとされ、それらの間には大きな乖離が存在していたように見える。むしろ、従来の通説的理

解を前提にする限りにおいては、逮捕につき、逃亡・罪証隠滅の防止を目的として、相手方の身体・行動の自由という重要な権利利益を侵害する処分と定義づけるのが筋であり、それどころか、逮捕を定義づけるに際し、その目的を考慮に入れず、それを明確に規定しないことは、きわめて不自然な事象であるといわざるを得ないように思われる。

四 なお、近時、学説においては、強制処分の意義をめぐる議論が活発になっており⁵⁹⁾、そこでは、上述した通説的理解の妥当性について、あらためて検証がなされているが、そのなかでも、とりわけ有力に主張されているのが、次のような理解である。すなわち、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でもって、権利利益を制約する処分と定義したうえで、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⁶⁰⁾。

たしかに、通説的理解に対するものとして、このような理解も充分にあり得よう。しかしながら、この見解に対しても、いくつかの疑問を指摘し得るように思われる。

第一に、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⁶¹⁾、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、疑問である。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もと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すぎないのではないかとも思われる。

第二に、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⁶²⁾、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のである。

第四節 強制処分法定主義の意義・趣旨

第一款 従来理解

一 強制処分に対しては、強制処分法定主義という特別な法的規律が課されるが（刑訴法 197 条 1 項但書）、それでは、この強制処分法定主義の意義ないし趣旨については、どのように理解されるべきであろうか。とりわけ、強制処分法定主義というものが、強制処分の範囲を限定する機能を果たすことを認めるのであれば、この点を確認しておくことは、より一層重要性を増すことになるだろう。

この点、従来から、学説上は、強制処分法定主義は、強制処分について、国民の代表たる国会が制定する法律の根拠規定を要求するものである、と理解されてきた⁶³⁾。すなわち、強制処分法定主義の意義は、強制処分の根拠規定が法律に定められること、それ自体に求められてきたのである。例えば、「強制処分は、国民の代表による明示的な選択を体現する法律—なかでも、刑事手続に関する基本法典たる刑訴法—に根拠規定がない限り、行うことは許されないという趣旨である」⁶⁴⁾と述べているのは、その例であろう。

二 たしかに、このような理解は、刑訴法 197 条 1 項但書の文言とも親しむものであり、一見、異論の余地はないようにも見える。しかしながら、実質的に見れば、このような理解は、もはや維持できないのではないかとも思われるのである。

先に述べたように、強制処分の意義に関する通説的理解は、強制処分を、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と捉えている。しかし、このような理解を前提にすると、強制処分について、法律の根拠規定が必要なのは当然のことである⁶⁵⁾。すでに述べたように、憲法

13 条ないし憲法 31 条は、国家に対し、刑事手続に関して、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の間の調整を図るべき義務を負わせているところ、国家（立法府）が、相手方の（重要な）権利利益を制約する処分たる強制処分につき、そのような二つの義務の間の調整の結果として、法律の根拠規定が設けられなければならないのは、当然だからである。同様のことは、強制処分の意義に関する私見を前提にした場合にも、妥当しよう。

いずれにせよ、強制処分が一定の権利利益を制約する処分であることを前提にする限り、強制処分につき、法律の根拠規定が必要となるのは必定であって、そうだとすると、結局のところ、強制処分法定主義は当然のことをわざわざ述べているにすぎないことになり、このような規律が設けられていることの意味が、ほとんど失われてしまうのである。

また、強制処分の意義に関する通説的理解を前提にすると、非強制処分たる任意処分においても、相手方の権利利益を制約する場合があります。そうだとすれば、そのような任意処分についても、上記のような二つの義務の間の調整の結果として、法律の根拠規定が設けられなければならないはずである。換言すれば、従来の強制処分法定主義の趣旨は、文字どおりに強制処分にのみ妥当するものではなく、任意処分についても妥当すべきものというべきであろう。このことは、強制処分の意義に関する私見を前提にした場合にも、妥当する。

第二款 新たな理解の試み

一 以上のように、強制処分法定主義に関する従来の理解の妥当性について、疑問が生じ得るのであれば、あらためて強制処分法定主義に関する新たな理解が示されなければならないであろう。それでは、強制処分法定主義の趣旨は、果たして、どのように認識されるべきなのであろうか。

この点、強制処分法定主義の趣旨は、むしろ、強制処分について、法律に根拠規定が設けられること自体に求められるべきではなく、強制処分につき、法

律に根拠規定が設けられることを当然の前提にしたうえで⁶⁶⁾、その規定の「仕方」を定めることにこそ、強制処分法定主義の真の意味ないし主眼が見出されるべきであるように思われる。

すなわち、憲法 13 条ないし憲法 31 条は、国家に対し、刑事手続に関して、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の間の調整を図るべき義務を負わせているところ、強制処分法定主義の趣旨は、国家（立法府）が、強制処分につき、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の間の調整の仕方ないし方法として、その調整を類型的に行い⁶⁷⁾、強制処分が許される場合ないし要件をあらかじめ一般的かつ明示的な規範として定立しておくよう指示することにあるものと見るべきであろう。そして、このことは、現行法における強制処分に関する規定の仕方、および、あらかじめ強制処分の要件の有無を裁判官がチェックするという令状主義の趣旨⁶⁸⁾との関係においても整合性が認められるように思われる。

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⁶⁹⁾、それは、以上のような意味において、すなわち、強制処分法定主義は憲法 31 条の適正手続の保障（ないし比例原則）が具現化されたものであるという意味において、理解されるべきなのである⁷⁰⁾。

二 なお、このように強制処分法定主義の趣旨を理解した場合に注意すべきは、強制処分法定主義により、法律に根拠規定がなければ強制処分を行うことは許されない、との帰結がただちに導かれるわけではないということである。もちろん、第一義的には、強制処分の要件は、あらかじめ法律によって規定されなければならないのは当然である。しかしながら、例えば、立法の不備により、あらかじめ法律上の根拠規定が認められない場合に、常に許されないというわけではない。裁判所は、先に述べた強制処分法定主義の趣旨に反しない限りにおいて、強制処分を創設する、その意味で法創造を行うことも⁷¹⁾、必ずしも排除されるものではないというべきであろう^{72) 73)}。このことは、国家機

関たる裁判所もまた、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の間の調整を図るべき義務を負うことと整合的であり、また、そのような義務を負うことを前提にすれば、それは当然の帰結であるともいえるように思われる。

第四章 おわりに

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、本稿の結びとしたい。

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調整が図られるべきことを要請している。すなわち、国家—立法府はもちろん、裁判所も含まれる—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の間の調整を図るべき憲法上の義務を負っているのである。このような趣旨は、刑事手続の領域においても妥当するが、憲法31条は、このことを確認ないし強調するものである。そのうえで、憲法13条ないし憲法31条に基づき、刑事手続に関して、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の間の調整を図るべき義務を負う国家（立法府）が、そのような義務を担保する、ないし履行するために講じられた手段ないし措置が、刑訴法（の制定）であるということになる。

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、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と理解されることになるのである。

四 刑訴法 197 条 1 項但書における「強制の処分」の意義については、刑訴法上、必ずしも明らかにされてはいない。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」との判断を示している。もっとも、問題は、こ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。

この点に関し、通説的見解は、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理解している。しかしながら、このような理解には、いくつかの点で疑問の余地が残されている。むしろ、強制処分については、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されなければならない。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説明することが可能となるのである。

五 強制処分に対しては、強制処分法定主義という特別な法的規律が課されることは明らかであるが、この強制処分法定主義の意義ないし趣旨をどのように理解すべきか、が問題となる。とりわけ、強制処分法定主義というものが、強制処分に関するメルクマールを構成し、強制処分の範囲を限定する機能を果たすことを認めるのであれば、この点を確認しておくことは、より一層の重要性を有するものとなる。

従来から、学説上、強制処分法定主義は、強制処分について、国会が制定する法律の根拠規定を要求するものである、と理解されてきた。これは、刑訴法 197 条 1 項但書の文言に親しむものであるが、しかしながら、このような理解は、もはや維持できない。強制処分について、法律の根拠規定が必要なのは当然のことであって、そうだとすると、詰まるところ、強制処分法定主義は当然のことをわざわざ述べているにすぎないことになり、このような規律が設けられていることの意味が、ほとんど失われてしまうからである。

むしろ、強制処分法定主義の意義ないし趣旨は、強制処分について、法律に根拠規定が設けられること自体に求められるべきではなく、強制処分につき、法律に根拠規定が設けられることを当然の前提にしたうえで、その規定の「仕方」を定めることにこそ、強制処分法定主義の中核的・核心的意義が認められなければならない。すなわち、強制処分法定主義の趣旨は、強制処分が許される場合ないし要件をあらかじめ一般的かつ明示的な規範として定立しておくよう指示することにあるのである。

このように強制処分法定主義の趣旨を理解した場合、強制処分法定主義により、法律に根拠規定がなければ強制処分を行うことは許されない、との帰結がただちに導かれるわけではない。むしろ、第一義的には、強制処分の要件は、あらかじめ法律によって規定されなければならない。しかしながら、例えば、立法の不備により、あらかじめ法律上の根拠規定が認められない場合に、常に許されないというわけではない。裁判所は、先に述べた強制処分法定主義の趣旨に反しない限りにおいて、強制処分を創設する、その意味で法創造を行うことも、必ずしも排除されるものではないのである。

(2013 年 1 月脱稿)

*本稿は、平成 24 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。

〔付記〕

池田龍彦先生、石渡哲先生のご退職にあたり、心からお祝い申し上げるとともに、両先生の今後のますますのご健勝とご活躍をお祈り申し上げたい。とりわけ池田先生には、私が本学に着任して以来、事ある毎にお気遣いをいただくとともに、大学で働く際の心構えをはじめとして、いろいろなお話をさせていただくなかで、多くのことを学ばせていただいた。懐が深く、私が心から尊敬し、信頼する先生が、定年というやむを得ない事由とはいえ、大学を去られることについては、残念

などという言葉では言い尽くせないものがある。これまでに賜ったご恩に対し、深甚なる感謝の気持ちをこめて、ここに拙稿を捧げる次第である。

- 1) 宇藤崇 = 松田岳士 = 堀江慎司『刑事訴訟法』(2012年) 37頁〔松田岳士〕、鈴木茂嗣『刑事訴訟法(改訂版)』(1990年) 72頁、田口守一『刑事訴訟法(第6版)』(2012年) 43頁、松尾浩也『刑事訴訟法(上)(新版)』(1999年) 35頁、光藤景皎『刑事訴訟法Ⅰ』(2007年) 29頁、田宮裕『刑事訴訟法(新版)』(1996年) 63 - 64頁、安富潔『刑事訴訟法』(2009年) 42頁など。
- 2) 山本敬三『公序良俗論の再構成』(2000年) 19頁【以下、「山本①」として引用】、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(1) 一私法関係における憲法原理の衝突」法学論叢 133巻4号(1993年) 2、8頁【以下、「山本②」として引用】、山本敬三「憲法と民法の関係—ドイツ法の視点」法学教室 171号(1994年) 48頁【以下、「山本③」として引用】、大石真『憲法講義Ⅰ(第2版)』(2009年) 9頁、君塚正臣『憲法の私人間効力論』(2008年) 4 - 5、9頁、道垣内弘人『プレップ法学を学ぶ前に』(2010年) 51 - 52頁、川崎政司『法律学の基礎技法』(2011年) 64、194頁、田中成明『法学入門』(2005年) 27頁など。
- 3) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第5版)』(2011年) 118頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法(第2版)』(2010年) 131頁、山本①・前掲注2) 24頁、大石真『憲法講義Ⅱ(第2版)』(2012年) 47、56頁など。
- 4) 高橋・前掲注3) 131頁。
- 5) 芦部・前掲注3) 118 - 119頁も、「個人尊重の原理に基づく幸福追求権は、憲法に列挙されていない新しい人権の根拠となる一般的かつ包括的な権利」であり、「個別の基本権を包括する基本権である」とする。また、大石・前掲注3) 57頁もまた、幸福追求権は、「明示的に列挙された諸権利だけでなく、「広くそれら以外の権利・自由をも包括的に保障する意味をもつ包括的な基本権の保障規定」としている。そのほか、同様の指摘をするものとして、伊藤正己『憲法(第3版)』(1995年) 228 - 229頁、高井裕之「幸福追求権」大石真 = 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、浦部法穂『憲法学教室(全訂第2版)』(2006年) 42 - 44頁、渋谷秀樹『憲法』(2007年) 173頁、渋谷秀樹 = 赤坂正浩『憲法1人権(第4版)』(2010年) 242 - 243頁〔赤坂正浩〕、安西文雄 = 卷美矢紀 = 宍戸常寿『憲法学読本』(2011年) 83頁〔卷美矢紀〕、松井茂記『日本国憲法(第3版)』(2007年) 336頁、小嶋和司 = 大石真『憲法概観(第7版)』(2011年) 86 - 87頁、芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』(1994年) 328頁、芦部信喜『憲法Ⅱ人権(1)』(1978年) 137 - 138頁〔種谷春洋〕、小山剛『「憲法上の権利」の作法(新版)』(2011年) 93頁など。

- 6) 高橋・前掲注3) 107、111、118頁。なお、山本①・前掲注2) 64、86、199、248、293頁、山本②・前掲注2) 17頁、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(2・完)―私法関係における憲法原理の衝突―」法学論叢133巻5号(1993年)7-8、26頁、山本③・前掲注2) 48-49頁参照。
- 7) もちろん、このことは、国家自身が基本的人権を侵害してはならないという意味をも含意する。このようなことを認めることは、上述したような国家自身が負うべき義務と明らかに背理・矛盾するからである。
- 8) 高木光『プレップ行政法(第2版)』(2012年)61頁参照。
- 9) なお、公共の福祉の意味については、人権相互の矛盾・衝突を調整するための原理として一般に捉えられてきた(高橋・前掲注3) 116頁、曾我部真裕ほか編『憲法論点教室』(2012年)70頁〔曾我部真裕〕、辻村みよ子『憲法(第4版)』(2012年)147頁)。その背景に戦前の反省があったことはもちろんであるが(宮沢俊義『憲法Ⅱ』(1974年)234-235頁、曾我部真裕ほか編『憲法論点教室』(2012年)70頁〔曾我部真裕〕)、しかしながら、このように、公共の福祉を調整原理として機能的に捉えることは、そもそも、公共の福祉という文言、あるいは、憲法13条の規定の仕方からして、疑問が持たれよう。公共の福祉の意味をめぐる議論の詳細に関しては、高橋・前掲注3) 110頁以下、曾我部真裕ほか編『憲法論点教室』(2012年)69頁以下〔曾我部真裕〕、芦部・前掲注5) 186頁以下など参照。
- 10) 比例原則の法的根拠として憲法13条を指摘するものとして、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(第3版)』(2012年)24、278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、宮田三郎『実践警察法』(2012年)39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・前掲注5) 244頁、渋谷秀樹『日本国憲法の論じ方(第2版)』(2010年)154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、宇賀克也編『ブリッジブック行政法(第2版)』(2012年)30頁〔横田光平〕、宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開』(2011年)23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。

- 11) そして、このように理解することによって、憲法 13 条が比例原則を規定することの意味を適切に捉えることができるように思われる。
- 12) 上述したように、比例原則とは、二つの義務の間の調整が図られるべきことを要請するものであり、それ以上でも、それ以下でもない。その意味で、抽象的な規範にとどまるのであって、憲法それ自体が、比例原則の名のもとで、具体的な基準を用意しているわけではない。なお、任意処分（刑訴法 197 条 1 項）の適否につき、法益侵害の程度と広義の必要性とが合理的権衡を保っているかで判断されるとしたうえで、これは「比例原則」の適用であると説明されることがあるが（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）65 頁【以下、「酒巻①」として引用】、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 頁【以下、「酒巻②」として引用】、川出敏裕「行政警察活動と捜査」法学教室 259 号（2002 年）76 頁）、比例原則をそのような具体的判断基準と同義に捉えているとするならば、いささか正確性を欠くようにも思われる。
- 13) ここには、立法府だけでなく、もちろん、国家機関である以上、裁判所も含まれる。
- 14) 高木・前掲注 10) 228 頁、藤田・前掲注 10) 100 頁、宇賀編・前掲注 10) 30 頁〔横田光平〕。
- 15) 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、6 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『刑事訴訟の基本構造』（1979 年）5 頁【以下、「鈴木②」として引用】、鈴木・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③」として引用】参照。
- 16) 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、棚町祥吉『逮捕（改訂）』（1992 年）v 頁参照。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）12 - 13 頁なども参照。
- 17) 鈴木②・前掲注 15) 5 - 7、19、140 頁、鈴木・前掲注 1) 17 頁、鈴木③・前掲注 15) 4 - 5 頁、鈴木①・前掲注 15) 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。
- 18) 芦部・前掲注 3) 235 頁、芦部・前掲注 5) 139 頁、高橋・前掲注 3) 253 頁、浦部・前掲注 5) 282 頁、野中俊彦ほか『憲法 I（第 5 版）』（2012 年）410 頁〔高橋和之〕、辻村・前掲注 9) 269 頁、松井・前掲注 5) 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 3) 102 頁、鈴木②・前掲注 15) 2 頁、井上・前掲注 17) 371 頁、田宮・前掲注 1) 4 - 5、65、301 頁、田宮裕『捜査の構造』（1971 年）120 頁、松尾浩也＝田宮裕『刑事訴訟法の基礎知識』（1966 年）1

- 頁、白取祐司『刑事訴訟法(第7版)』(2012年)76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5版)』(2012年)13頁、池田修=前田雅英『刑事訴訟法講義(第4版)』(2012年)19頁、安富・前掲注1)2頁、上口裕『刑事訴訟法(第3版)』(2012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16)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【以下、「渡辺①」として引用】、渡辺直行『刑事訴訟法(補訂版)』(2011年)3頁【以下、「渡辺②」として引用】、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(第2版)』(2012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16)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③」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、安西=卷=宍戸・前掲注5)191頁〔宍戸常寿〕、宍戸・前掲注10)38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。
- 19) 田宮裕「最近のデュープロセス論争」研修340号(1976年)3頁、上口・前掲注18)6頁参照。
- 20) その意味で、適正手続は、利益衡量を本質とするものである(鈴木②・前掲注15)6-7頁、井上・前掲注17)371頁、田宮・前掲注19)8頁参照)。さらにいえば、適正手続と比例原則は同義であり、互換性のあるものといってよく、そうだとすれば、それを適正手続と呼ぶか、比例原則と呼ぶかは、せいぜい言葉の問題にすぎないともいえよう(例えば、現に、憲法13条を適正手続の問題として論じるものとして、大石・前掲注3)62-63頁、高橋・前掲注3)141、254頁など参照)。
- 21) すでに述べたように、憲法31条が適正手続を保障するものであることは異論を見ない。もっとも、憲法31条については、それと並んで、手続法定主義なる原則が指摘ないし強調されることがある(酒巻③・前掲注18)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16)2頁〔長沼範良〕、白取・前掲注18)76頁、福井・前掲注18)4-5頁、上口・前掲注18)2頁、平川・前掲注16)209頁、芦部・前掲注3)235頁など)。たしかに、憲法31条は「法律の定める手続」と規定しており、このことは故なしとしない。しかしながら、憲法31条が適正手続を保障しているとすれば、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(憲法41条参照)。憲法31条の重点は、むしろ適正手続の保障に置かれているのであって、殊更手続法定主義なる原則を措定し、それを指摘ないし強調する必要は必ずしもなく、ましてや、それに特設ないし格別の意

- 味内容を含ましめることは避けるべきであろう。なお、大石・前掲注3) 64頁参照。
- 22) 国家、すなわち、立法府はもちろん、裁判所も個人の基本的な人権の保障と公共の福祉の維持という二つの義務の間の調整を図るべき義務を負うが、第一義的には、立法府が法律の制定という形で義務を履行することになる。他方で、裁判所による法創造という形での義務履行は二次的なものであり、補充的な位置付けにとどまる。なお、田中・前掲注2) 115、170頁、田中成明『現代法理学』(2011年) 289、463 - 466頁、山本①・前掲注2) 53、78、86、248 - 249、293頁参照。
- 23) 井戸田・前掲注18) 2頁、鈴木・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。
- 24) 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。
- 25) 刑訴法189条2項、191条1項、197条1項参照。
- 26) 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18) 85頁、福井・前掲注18) 72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18) 72頁、小林・前掲注18) 64頁、安富・前掲注1) 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『L Sノート刑事訴訟法』(2008年) 7頁、酒巻③・前掲注18) 59頁、酒巻・前掲注21) 63頁、酒巻②・前掲注12) 75頁、酒巻匡『『捜査』の定義について』研修674号(2004年) 3頁、川出・前掲注12) 73頁、緑大輔『刑事訴訟法入門』(2012年) 28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『新コン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、関正晴編『刑事訴訟法』(2012年) 7頁〔関正晴)、川端博=田口守一編『基本問題セミナー刑事訴訟法』(1994年) 61頁〔垣花豊順)、佐々木正輝=猪俣尚人『捜査法演習』(2008年) 75頁〔猪俣尚人)、小暮得雄「現行犯の『制止』」法律のひろば21巻5号(1968年) 52頁など。なお、捜査の定義に関連する問題につき、酒巻匡『『捜査』の定義について』研修674号(2004年) 3頁以下参照。
- 27) 鈴木・前掲注1) 59頁。
- 28) 鈴木・前掲注1) 59頁。鈴木茂嗣「捜査の本質と構造」石原一彦ほか編『現代刑罰法大

系5刑事手続I』(1983年)127頁も参照。同旨、上口・前掲注18)55頁、加藤・前掲注18)18頁、田口・前掲注1)39頁。

- 29) 鈴木・前掲注1)59頁。
- 30) なお、捜査は、起訴・不起訴の決定を目的とするものであるとの見解もあるが(井戸田・前掲注18)25-26頁)、これに対しては、起訴後の捜査もあり得るから疑問との指摘がなされている(鈴木・前掲注1)59頁)。
- 31) なお、最判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁参照。
- 32) 酒巻匡「身柄拘束処分に伴う諸問題」法学教室291号(2004年)94頁【以下、「酒巻④」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⑤」として引用】、田中ほか・前掲注16)67-68頁〔田中開〕など。
- 33) 三井・前掲注26)9頁、白取・前掲注18)163頁、福井・前掲注18)111-112頁、高田・前掲注26)349頁など参照。
- 34) 酒巻③・前掲注18)60頁、田中ほか・前掲注16)61頁〔田中開〕、田口・前掲注1)45頁、上口・前掲注18)63頁、池田=前田・前掲注18)81-82頁、井戸田・前掲注18)94頁、藤永幸治ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法(第3巻)』(1996年)156頁〔馬場義宣〕、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法(第2版)(第4版)』(2012年)162頁〔馬場義宣=河村博〕、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。
- 35) 捜査実務では、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16)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。また、犯罪捜査規範120条3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」としており、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見える。
- 36) 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づ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づ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づ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。
- 37) 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巻7号1408頁は、刑訴法208条2項の「やむを得ない事由」につき、「事件の複雑化、証拠収集の遅延もしくは困難等により、勾留期間を延長して更に取調をしなければ起訴もしくは不起訴の決定をすることが困難な場合をいう」と判示しており、起訴前の勾留期間は、取調べのための期間であることを前提にしているように見える。これに対し、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いては、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⑥」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⑦」として引用】、高野隆＝長沼範良＝後藤昭「論争・刑事訴訟法(16) 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。
- 38) なお、刑訴規則143条の3の「等」の理解につき、三井・前掲注26) 10頁、福井・前掲注18) 111頁、小林・前掲注18) 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」新関雅夫ほか『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」新関雅夫ほか『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26) 38頁など参照。
- 39) 上口・前掲注18) 93頁、白取・前掲注18) 163頁、田口・前掲注1) 71頁、長沼ほか・前掲注37) 93頁〔長沼範良〕、97 - 98頁〔大澤裕〕、池田＝前田・前掲注18) 130頁、福井・前掲注18) 177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1) 81頁、酒巻⑥・前掲注37) 79頁、酒巻④・前掲注32) 94頁、酒巻⑤・前掲注32) 69頁、酒巻⑦・前掲注37) 62頁、田宮・前掲注1) 74頁、光藤・前掲注1) 53頁、椎橋編・前掲注18) 67頁〔洲見光男〕、寺崎・前掲注26) 134頁、松尾・前掲注1) 52頁、鈴木・前掲注1) 77頁、鈴木③・前掲注15) 72頁、小林・前掲注18) 82頁、椎橋編・前掲注34) 58頁〔滝沢誠〕、三井誠＝酒巻匡『入門刑事手続法(第5版)』(2010年) 24頁、三井・前掲注26) 132頁、井戸田・前掲注18) 95頁、椎橋隆幸編『プライマリー刑事訴訟法(第4版)』(2012年) 84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『プリマール刑事訴訟法』(2007年) 43頁〔松田岳士〕、渡辺①・前掲注18) 65頁、渡辺②・前掲注18) 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

一] 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、熊本典道「被疑者取調べ—弁護の立場から」三井誠ほか編『刑事手続(上)』(1988年)192頁、渥美・前掲注18)51-52、73頁、村井編・前掲注18)53頁〔大出良知〕、川出①・前掲注37)20頁、川出②・前掲注37)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〕、関編・前掲注26)50、58頁〔滝沢誠〕など。なお、最大判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁は、「未決勾留は、刑事訴訟法の規定に基づき、逃亡又は罪証隠滅の防止を目的として、被疑者又は被告人の住居を監獄内に限定するもの」と判示している。

- 40) 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虞および罪証隠滅の虞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18)94頁、田口・前掲注1)71頁、渡辺①・前掲注18)65頁、渡辺②・前掲注18)128頁、後藤・前掲注38)62頁、安富・前掲注1)202頁など参照)を導く論拠にもなり得ないのである。
- 41) このように、従来の通説が、理論的に問題を抱えているにもかかわらず、なお通説たり得ているのは、逮捕・勾留によって、逃亡の防止や罪証隠滅の防止が図られているという側面があるからかもしれない。たしかに、逮捕・勾留にそのような側面があることは否定できないであろう。しかしながら、それは、逮捕・勾留に伴う事実上の効果にすぎず、これをもって、逃亡および罪証隠滅の防止を逮捕・勾留の目的とすることは本末転倒というべきであろう。
- 42) 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16)92頁〔田中開〕、田口・前掲注1)120頁、上口・前掲注18)80-81頁、安富・前掲注1)47頁、光藤・前掲注1)22-25頁、松尾・前掲注1)66頁、白取・前掲注18)112-113頁、平良木・前掲注38)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=猪俣・前掲注26)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①・前掲注18)87頁、渡辺②・前掲注18)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⑦・前掲注37)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37)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・前掲注1)72-73頁、鈴木③・前掲注15)59-60頁、渡辺咲子『刑事訴訟法講義(第6版)』(2012年)58-59頁、長井・前掲注26)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」新関雅夫ほか『増補令状基本問題（上）』（1996年）131頁、福井編・前掲注39）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（高野＝長沼＝後藤・前掲注37）92頁〔長沼範良〕、上口・前掲注18）125頁、安富・前掲注1）46頁、光藤・前掲注1）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26）83－84、128頁、鈴木③・前掲注15）59頁、渡辺咲子『刑事訴訟法講義（第6版）』（2012年）58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18）85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＝猪俣・前掲注26）97頁〔佐々木正輝〕など）。そうだとすれば、ここでは、逮捕の目的は取調べにあることが暗に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ろう。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。

- 43) 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と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26）106頁、平野龍一『刑事訴訟法概説』（1968年）70頁、白取・前掲注18）188頁、三井・前掲注26）132－133頁、渡辺①・前掲注18）99頁、渡辺②・前掲注18）68頁、上口・前掲注18）125頁、熊本・前掲注39）192頁、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）121頁、安富・前掲注1）202頁、鈴木③・前掲注15）69－70頁、光藤・前掲注1）98－99頁、福井・前掲注18）177頁、福井編・前掲注39）

104頁〔山田直子〕、椎橋編・前掲注18) 105頁〔洲見光男〕、椎橋編・前掲注34) 59頁〔滝沢誠〕、水谷・前掲注39) 80-81頁、後藤・前掲注38) 152頁、山本ほか・前掲注39) 64頁〔松田岳士〕、井上・前掲注39) 118頁、村井編・前掲注18) 52頁〔大出良知〕、平川・前掲注16) 227頁、渕野貴生「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26) 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。最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁も、「身体の拘束を受けている被疑者に取調べのために出頭し、滞留する義務があると解することが、直ちに被疑者からその意思に反して供述することを拒否する自由を奪うことを意味するものでないことは明らかである」と判示している。なお、学説のなかには、逮捕・勾留の目的は逃亡および罪証隠滅の防止にあるとしながらも、取調べ受忍義務を肯定する見解もある(井上清「逮捕・勾留の目的と被疑者の取調べ」河村澄夫=古川實編『刑事実務ノート(第3巻)』(1971年)133頁、上口ほか・前掲注18)72頁〔渡辺修〕など)。この点、「刑訴法(198条1項但書)が直接、拘束中の被疑者について付与した法的効果である」(井上清「逮捕・勾留の目的と被疑者の取調べ」河村澄夫=古川實編『刑事実務ノート(第3巻)』(1971年)133頁。同旨、頃安健司「身体拘束中の被疑者の退出権」河上和雄編『刑事裁判実務大系(11)犯罪捜査』(1991年)458頁、上口ほか・前掲注18)72頁〔渡辺修〕、佐々木=猪俣・前掲注26)376-377〔猪俣尚人〕)と説明されるが、これは、結局のところ、刑訴法が取調べ受忍義務を認めているからだということ述べているにすぎない。問題は、このような取調べ受忍義務が逃亡および罪証隠滅を目的とする逮捕・勾留との関係において何故に認められるのか、その実質的・理論的根拠である。少なくとも、逮捕・勾留の目的を逃亡および罪証隠滅の防止に求めながら、取調べ受忍義務を肯定することは、困難であるといわざるを得ないように思われる(上口・前掲注18)125-126頁、小田中聰樹『ゼミナール刑事訴訟法(下)』(1988年)74頁など参照)。取調べ受忍義務の肯否をめぐる議論については、拙稿「在宅被疑者の取調べの許容性について(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。

- 44) 酒巻①・前掲注12) 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26) 43 - 44 頁〔佐々木正輝〕、緑・前掲注26) 40 - 43、52 頁など参照。
- 45) この点に関しては、井上・前掲注44) 46 頁など参照。
- 46) 最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁。
- 47) 酒巻①・前掲注12) 67 頁など。
- 48) 井上・前掲注44) 47 頁。
- 49) 酒巻①・前掲注12) 67 - 69 頁、酒巻・前掲注21) 69 頁、長沼ほか・前掲注37) 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42) 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26) 445 頁〔後藤昭〕、田口・前掲注1) 44 - 47 頁、田口守一「演習」法学教室343号(2009年)182 - 183 頁、上口・前掲注18) 63 - 64 頁、白取・前掲注18) 94 - 95 頁、田中ほか・前掲注16) 65 頁〔田中開〕、椎橋編・前掲注18) 63 頁〔洲見光男〕、伊藤ほか・前掲注26) 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39) 121 - 122 頁〔徳永光〕など。
- 50) 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。
- 51) 長沼ほか・前掲注37) 57 頁〔酒巻匡〕。
- 52) 白取・前掲注18) 93 頁、酒巻③・前掲注18) 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50) 91 頁など参照。
- 53) そもそも、強制処分も処分として行われるものである以上、それが何らの目的もなく、いわば無目的に行われるということは想定し難いであろう。なお、松田岳士『刑事手続の基本問題』(2010年)231 頁も参照。
- 54) 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なかで言及された「強制的に」を「強制」処分の意味に理解するのは妥当ではないばかりか、おそらく論理的に無理があるのではないと思われる。
- 55) なお、松田・前掲注53) 228 頁以下は、強制処分を理解するにあたり、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。
- 56) 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)30頁、古江・前掲注50) 13 頁参照。
- 57) 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という特別な規律を課するに相応しいものでなければならぬ。そうだとすると、少なくとも権利利益の具体的内容に関して言えば、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る。

- 58) 上口・前掲注18) 63頁、田口・前掲注1) 45頁、田中ほか・前掲注16) 61頁〔田中開〕、酒巻③・前掲注18) 60頁、酒巻①・前掲注12) 66 - 68頁、酒巻・前掲注52) 30頁、井上・前掲注44) 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44) 4頁、佐々木=猪俣・前掲注26) 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、河上和雄「任意捜査の限界—検察の立場から」三井誠ほか編『刑事手続(上)』(1988年) 89頁、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』(1993年) 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26) 62頁、鈴木・前掲注1) 73頁、白取・前掲注18) 163頁、渡辺・前掲注42) 45、53頁、安富・前掲注1) 38、81頁、高田・前掲注26) 146頁、椎橋編・前掲注34) 48頁〔柳川重規〕、平野・前掲注26) 83頁、川端=辻脇・前掲注42) 90頁〔辻脇葉子〕、加藤・前掲注18) 70頁、福井編・前掲注39) 85頁〔山田直子〕、椎橋編・前掲注18) 62頁〔洲見光男〕、上口ほか・前掲注18) 8頁〔後藤昭〕、山本ほか・前掲注39) 38頁〔松田岳士〕、井戸田・前掲注18) 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49) 230頁〔石井隆〕、藤永ほか編・前掲注34) 156頁〔馬場義宣〕、河上ほか編・前掲注34) 162頁〔馬場義宣=河村博〕、渥美・前掲注18) 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〕、土本武司『刑事訴訟法要義』(1991年) 144頁、山口=上田編・前掲注39) 19頁〔山口直也〕、130頁〔正木祐史〕、関編・前掲注26) 57頁〔滝沢誠〕など。
- 59) 川出・前掲注56) 23頁以下、松田・前掲注53) 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、緑・前掲注26) 44 - 47頁、佐々木=猪俣・前掲注26) 42 - 45頁〔佐々木正輝〕、84 - 85頁〔猪俣尚人〕、辻本典央「刑事訴訟上の『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。
- 60) 川出・前掲注56) 26 - 30頁。
- 61) 川出・前掲注56) 27頁。小林・前掲注44) 7頁も参照。

- 62) 川出・前掲注 56) 28 - 29 頁。
- 63) 井上・前掲注 44) 50 頁、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、宇藤=松田=堀江・前掲注 1) 37 頁〔松田岳士〕、白取・前掲注 18) 90 頁、安富・前掲注 1) 38 頁、古江・前掲注 50) 14、21 - 22 頁、上口・前掲注 18) 60 頁、加藤・前掲注 18) 45 頁、後藤①・前掲注 49) 10 頁、田中ほか・前掲注 16) 62 頁〔田中開〕、光藤・前掲注 1) 29 - 31 頁、田口・前掲注 1) 43 頁、寺崎・前掲注 26) 62 頁、緑・前掲注 26) 40 頁、関編・前掲注 26) 11 頁〔関正晴〕、54 頁〔滝沢誠〕、渡辺②・前掲注 18) 28、37 頁、小林・前掲注 18) 68 - 69 頁、松尾・前掲注 1) 36 頁、山本ほか・前掲注 39) 38 頁〔松田岳士〕、寺崎編・前掲注 26) 24 頁〔加藤克佳〕、長沼ほか・前掲注 37) 58 頁〔酒巻匡〕、145 頁〔長沼範良〕、平良木・前掲注 38) 96 頁、酒巻・前掲注 52) 30 頁、酒巻③・前掲注 18) 61 頁、酒巻・前掲注 21) 65 - 66 頁、上口ほか・前掲注 18) 45 頁〔渡辺修〕など。
- 64) 井上・前掲注 44) 50 頁。
- 65) 強制処分の意義に関して通説的理解に立ちつつ、強制処分法定主義に関する従来の理解に言及するものとして、井上・前掲注 44) 50 頁、酒巻・前掲注 52) 30 頁、酒巻③・前掲注 18) 61 頁、酒巻・前掲注 21) 65 - 66 頁、古江・前掲注 50) 21 - 22 頁、田中ほか・前掲注 16) 62 頁〔田中開〕など。
- 66) 刑訴法 197 条 1 項但書にいう「この法律」は、刑事訴訟法典とされるのが一般であるが(井上正仁『強制捜査と任意捜査』(2006年)18頁参照)、このように刑事訴訟法典に限られる必要ない理由は必ずしもないであろう(同旨、酒巻・前掲注 52) 31 頁、酒巻③・前掲注 18) 61 頁、酒巻・前掲注 21) 65 頁、関編・前掲注 26) 54 頁〔滝沢誠〕)。注釈書においても、特別の定めは刑事訴訟法典に設けるべきことを将来の立法方針としつつも、刑事訴訟法典以外に特別の定めが設けられても、それは当然に無効となるものではないとされていることからすると(団藤重光『條解刑事訴訟法(上)』(1950年)255、361頁、平場ほか・前掲注 26) 46 頁〔高田卓爾〕、河上ほか編・前掲注 34) 161 頁〔馬場義宣=河村博〕)、上記のような理解は、必ずしも排除されてはいないように思われる。
- 67) 長沼ほか・前掲注 37) 61 頁〔大澤裕〕参照。永井敏雄「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成元年度)』30 - 34 頁も参照。
- 68) 後藤①・前掲注 49) 10 頁、椎橋編・前掲注 34) 5 頁〔柳川重規〕、緑・前掲注 26) 42 頁、田中ほか・前掲注 16) 63 頁〔田中開〕、池田=前田・前掲注 18) 80 頁など。
- 69) 三井・前掲注 26) 80 頁、光藤・前掲注 1) 29 - 30 頁、上口ほか・前掲注 18) 45 頁〔渡辺修〕、上口・前掲注 18) 60 - 61 頁、村井編・前掲注 18) 71 頁〔川崎英明〕、後藤①・前掲注 49) 10 頁、野中ほか・前掲注 18) 413 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。
- 70) なお、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の見解も

あり得る（酒卷③・前掲注18）61頁、酒卷・前掲注21）65頁、酒卷・前掲注52）30頁、井上・前掲注44）50頁、福井・前掲注18）108頁、平良木・前掲注38）95頁など）。これは、憲法31条の手続法定主義との関連で強制処分法定主義を位置づけようとするものであるが、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、そこからただちに、強制処分に対する規律としての強制処分法定主義が格別に導き出されるものとは思われない。ましてや、手続法定主義の趣意を、国民の重要な権利・利益を侵害する処分につき、法律の根拠規定を要求するものとの認識に立ち（井上・前掲注44）50頁など）、これとの関連で強制処分法定主義を導き出そうとする論理は、むしろ、結論の先取りではないかとも思われる。

- 71) 酒卷・前掲注52）31頁参照。
- 72) もっとも、別途、強制処分の要件が法律によって規定された場合には、そこでの判断が優先し、裁判所がそれに従わなければならないのは当然のことである（後藤①・前掲注49）12頁参照）。強制処分の要件は、第一義的には立法府が定めるべきものだからである。
- 73) そうだとすれば、例えば、強制採尿の可能性を肯定する最高裁判例（最決昭和55年10月23日刑集34巻5号300頁）に対しては、強制採尿は明文の根拠規定を欠くことから、強制処分法定主義との抵触を問題とする向きもあるが（上口・前掲注18）60－61、174頁、寺崎・前掲注26）100頁、光藤・前掲注1）167頁など）、しかし、強制採尿が許される要件を「犯罪の捜査上真にやむをえないと認められる場合」としている判例の立場が（宇藤＝松田＝堀江・前掲注1）143頁〔堀江慎司〕参照）、少なくとも強制処分法定主義との関係で問題を生ぜしめるものとは必ずしも思われない。