

#10 強制処分と任意処分の区別②

骨格 判例の2つの言葉を、どう「使える物差し」にするか

- 1 出発点：学説が重視するのは、最高裁の決定の「意思を制圧し」「身体、住居、財産等に制約を加えて」の2語。前者を字義どおり（物理的な抵抗の排除）に読むと、気づかれない捜査が任意になりかねない。
- 2 2語を2段に：通説的な見解は「意思の制圧」を明示または黙示の意思に反することと軽く読み、判断の重心を「制約」へ移す。
 - ①重要な権利・利益への実質的な侵害・制約があるか（類型的）→ ②自由な意思決定に基づく同意・承諾があるか（個別具体的）。
- 3 ①の物差し：法定主義・令状主義という厳格な手続から逆算する。法定の処分（逮捕・勾留、搜索・差押え、検証など）と同視しうる性質か。捜査の必要性は持ち込まない。
- 4 ②の物差し：同意・承諾があれば権利・利益の放棄 → 任意。少々でもよいが、身体の束縛・強い心理的圧迫の客観的な状況があれば否定。限界＝承諾留置・承諾家宅搜索。
- 5 当てはめ（解説書）：手首をつかんだ事件＝人身の自由への制約はあるが、**実質的ではない** → 任意処分（次に相当性）。決定は「性質上当然に」強制手段に当たるとはいえない、とした。
- 6 何が重要な権利・利益か（解説書の整理）：証拠収集系＝私的領域のプライバシー・通信の秘密／犯人確保系＝人身の自由（争点は「実質的」か）。

△ 類型的＝行為の中身を見ない、ではない（外すのは必要性）／任意捜査に落ちてても相当性の審査が残る／「重要な権利・利益」は昭51決定の言葉ではない

1 出発点：「意思の制圧」を字義どおりに読むと

字義どおりに読むと、相手に気づかれない捜査が任意捜査という結論になりかねません。通説的な見解は、この読み方を採りません。

- 区別が要る理由：「強制の処分」は、刑訴法に特別の定めが無ければできません（197条1項ただし書）。だから、ある捜査が強制処分に当たるかを定める物差しが要ります。
- 2語に絞られる理由：最高裁は、手首をつかんだ事件の決定（昭和51年＝以下「昭51決定」）で、強制手段を「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」としました。
 - 後半の2つの言い回しは「強制処分」の言い換えにすぎないとされ、学説は「意思の制圧」と「身体、住居、財産等への制約」の2つを重視します。

【判例】任意同行中に手首をつかんだ行為は、強制処分か 最高裁判所決定

判旨で使われた言葉（抜粋） 「意思を制圧し」「身体、住居、財産等に制約を加えて」

- 字義どおりに読む見解：有形力などで相手の物理的な抵抗を排除するか、処分に服することを余儀なくさせる程度が要る、とします。
 - 手首をつかんだ事件も「意思の制圧に達していないから強制ではない」と説明でき、結論は同じです。

(1) 気づかれない捜査で壊れる

- 場面：捜査機関が、対象者の持ち物に秘かに発信機を付けるなどして、まったく気づかれないまま、その私生活を継続的に把握する。本人は何も知らず、抵抗もしていません。
- 字義どおりだと：抵抗が無いので意思の制圧も無く、私生活を丸ごと把握されていても任意捜査になりかねません。
- 法律自身の言葉とも合わない：刑訴法222条の3は、当事者のいずれの同意も得ない電気通信の傍受を「強制の処分」と呼んでいます。
 - 例：捜査機関が、暴力団幹部の電話を、通話の双方に知らせないまま聞き取った → 本人は何も知らず抵抗もしていないので、字義どおりなら「意思の制圧」は無いことになり、222条の3と食い違います。

222条の3 | 刑事訴訟法 第二編 第一審 第一章 捜査（189～246条）

通信の当事者のいずれの同意も得ないで電気通信の傍受を行う強制の処分については、別に法律で定めるところによる。

- 使い分けの説明にも難点がある：「最高裁の基準は相手に向けた処分に当てはまり、相手が気づかない処分には別の考え方が当てはまる」とする説明です。
 - これでは、法が定める「強制の処分」（197条1項）を、統一的に理解できなくなります。

2 通説的な見解の組み直し：2つの言葉を、判断の2段に

通説的な見解は「意思の制圧」を軽く読み、判断の重心を「身体、住居、財産等への制約」へ移しました。この整理では、2つの言葉が判断の2段に対応します。

段	問うこと	もとの言葉（通説的な見解の読み）	判断方法	結論
①	重要な権利・利益への実質的な侵害・制約があるか	「身体、住居、財産等に制約を加えて」（判断の重心）	類型的	ない → 任意捜査／ある → ②へ
②	自由な意思決定に基づく同意・承諾があるか	「意思を制圧し」＝明示または黙示の意思に反すること	個別具体的	ある → 任意捜査（承諾留置・承諾家宅搜索に注意）／ない → 強制捜査

- ・ **進み方**：①で侵害・制約が無ければ、そこで任意捜査です。あるときだけ②へ進み、自由な承諾が無ければ強制捜査になります。
 - **例**：公道で通行人を呼び止め、名前を尋ねた → ①実質的な侵害・制約なし → 任意捜査（その先は相当性の問題）。
 - **例**：本人が「どうぞ」と自分で鞆を開け、警察官が中身の一つずつ取り出して確かめた → ①あり → ②自由な承諾あり → 任意捜査。
 - **例**：拒んでいる人の施錠された鞆を、警察官がこじ開けて中を探した → ①あり → ②承諾なし → 強制捜査。捜索として、法の定めと令状（またはその例外）が要ります。
- ・ **黙示の意思に反する**：はっきり拒んでいなくても足ります。気づかれない捜査も、本人が知っていれば当然拒んだと推認できるので、意思に反しているといえます。
 - のちのGPS捜査の大法廷判決は、「合理的に推認される個人の意思に反して」私的領域に侵入するGPS捜査を、「個人の意思を制圧して」重要な法的利益を侵害するとし、昭51決定を参照して強制の処分に当たるとしました。
- ・ **重心が移る理由**：刑訴法は強制処分に厳格な手続を結びつけています。だから決め手は、その手続で守るに値する制約かどうかです（第3節）。
 - 意思の要素は消えません。②の同意・承諾の段で働きます。
- ・ **注意**：昭51決定の文言は変わっていません。変わったのは、どちらの言葉で判断するかです。
- ・ **任意捜査に落ちても終わりではない**：次に、必要性・緊急性なども考慮して、具体的状況のもとで**相当か**が問われます（比例原則）。

3 物差し①：重要な権利・利益への実質的な侵害・制約

厳格な手続から逆算して「重要な権利・利益」を絞り、法定の処分と同視しうる性質かを典型的に判断します。捜査の必要性は、ここでは考えません。

(1) 手続の重さから逆算する

- ・ **出発点**：刑訴法は、強制処分に**強制処分法定主義・令状主義**という厳格な要件・手続を結びつけています。
- ・ **推論**：そうである以上、強制処分は、その手続で**守る必要があるほど重要な権利・利益**に対する**実質的な侵害・制約**を伴う場合に限られる、と考えます。
 - **例**：人の住む家に入って中を探すには、法は裁判官の令状を用意しています。手続の重さは、奪われるものの重さの裏返しです。
 - 判例の挙げた身体・住居・財産は、法が重く守ってきたものの**代表例**です。重さの足りない制約は「**実質的**」の語でふるい落とします。
- ・ **通説的な見解の定式**：強制処分とは、相手方の**明示または黙示の意思に反して、重要な権利・利益に対する実質的な侵害・制約**を伴う処分です。

出どころ	言葉
判例（昭51決定）	「意思を制圧し」「身体、住居、財産等に制約を加えて」
学説の基準	相手方の明示または黙示の意思に反する、 重要な権利・利益に対する実質的な侵害・制約
平易な説明（判例の言葉ではない）	強制捜査は、重要な権利や利益を、相手の意思に反して侵害・制約できる

- ・ 答案で「判例は～と述べている」と書くときは、判例の言葉と学説の定式を混ぜません。

(2) 典型的に判断する

- ・ **手順**：まず、重要な権利・利益への実質的な侵害・制約があるかを確かめます。無ければ、**無条件で任意処分**です。
- ・ **典型的**：その捜査が、刑訴法で典型的に法定されている「**強制的処分**」と**同視しうる性質**かを、客観的に見比べます。同視できれば、実質的な侵害・制約があります。
 - **目盛り**：**逮捕・勾留**（人を捕まえて拘束する）、**搜索・差押え**（物を探して取り上げる）、**検証**など。
 - 原則は令状が要りますが、現行犯逮捕（213条）・緊急逮捕（210条・事後に逮捕状を求める）・逮捕の現場での搜索・差押え・検証（220条1項・3項）は令状なしでできます。
- ・ **見るもの**：何を、どの程度したかという**行為の性質**です。解説書の当てはめも、手首をつかんだ行為を「軽度で一時的な有形力の行使」と評価して結論を出しています（第5節）。
 - **例**：「典型的なのだから、その日の事情は一切見ない」は誤りです。見ないのは嫌疑の強さ・事件の重大さといった必要性の側です。どこに手を入れたか、どれだけ強く押さえたか、といった行為の中身は見ます。
 - **例**：職務質問に伴う所持品検査（警職法）の事件では、承諾が無いまま、施錠されていないバッグのチャックを開けて中を一べつした行為が、所持品検査の必要性・緊急性が強い一方で、侵害はさほど大きくないとして、相当な所持品検査として許されるとした原判決が是認されました（搜索に至らないことは、相当性の判断に進んだことからの理解）。強制処分かを197条で判断した判例ではありませんが、物を探す行為でも、開け方・探し方で搜索と同視できるかが変わりうる、という目安になります。
- ・ **答案の問いの形**：「当該捜査は、刑訴法上、典型的に法定されている処分と、同視しうる性質を有するか」。

(3) 捜査の必要性は、ここに持ち込まない

	誤った考え方	正しい考え方
判断材料	事件の重大さ・捜査の必要性	同視しうる客観的な性質だけ
誤りの形	「重大事件だから強制処分」／「必要性が高いから、実質的な侵害とまではいえない（任意）」	必要性が大きくても小さくても、①の結論は動かない
必要性の出番	強制処分かどうかの判断	任意処分と決まった後の 相当性 （比例原則）

- 理由：典型的に判断する以上、事件の重さで判定が変われば、もう典型的な判断ではないからです。
 - 例：住人が留守の家に令状なしで入り、殺人事件の重要な証拠を探した。答案に「ほかに入手手段が無く必要性が高いから、実質的な侵害とまではいえない」と書く → 誤りです。家に入って物を探すのは搜索と同視しうる性質で、事件が重大でも変わりません。
- 判例の組み立てとも合う：昭51決定は、強制手段とはいえない理由として「説得するために行われた」「程度もさほど強いものではない」を挙げ、「性質上当然に」強制手段に当たるとはいえない、としました。
 - 「説得するために行われた」は、事件の重大さ・嫌疑の強さ（必要性）ではなく、行為の目的・性格（何のための、どんな行為か）を言ったもの、と読めます。
 - 疑いが濃厚・同意を得て任意同行・説得を続けていた、という事情は、その後の相当性の判断で挙げています。
 - 最高裁が「必要性は考えない」と述べたものではありません。決定文の並びが学説の整理と合う、という読みです。

4 物差し②：同意・承諾

侵害・制約があっても、自由な意思決定に基づく同意・承諾があれば、権利・利益の放棄として任意処分になります。その有無は、個別具体的に判断します。

- なぜ任意になるのか：同意・承諾があれば、明示または黙示の意思に反するとはいえません。守られるべき権利・利益を、本人が放棄しているからです。
- 判断方法が違う：同意・承諾の有無は、事案に応じて個別具体的に判断するとされています。①の典型的な判断とは方法が違います。
 - 例：警察官が、対象者の鞆の中身の一つずつ取り出して調べた → ①では、本人が何と言ったかは見ず、物を探す行為の性質を見ます。搜索と同視しうる方向です。②では、その場の言動を見ます。本人が「どうぞ、見てください」と自分で鞆を開いていたなら、自由な承諾があり、任意処分に落ちます。

	① 侵害・制約（典型的）	② 同意・承諾（個別具体的）
判断対象	搜索（行為）の客観的な性質	その場の対象者の言動・意思決定
見るもの	法定の強制処分と同視しうるか（何を、どの程度したか）	自由な意思決定に基づく同意・承諾があったか（黙示でもよい）
見ないもの	搜索の必要性（事件の重大さ・嫌疑の強さ）	—（侵害の強さは、同意の限界で効く：第4節(2)）
結論	同視できなければ任意処分	自由な承諾があれば任意処分

(1) 渋々でも、自由な意思決定はありうる

- 原則：完全に自発的である必要はありません。気が進まないまま説得に応じた渋々の承諾でも、自由な意思決定といえます。
 - 例：取調室で1時間ほど説得され、「仕方ないですね」と言って携帯電話の画面を見せた。扉は開いていて帰ることもできた → 気は進まなくても、拘束の客観的な状況が無く、任意の承諾という方向です。
- 例外：社会通念からみて、身体の束縛や強い心理的圧迫による自由の拘束があったといえる客観的な状況があれば、任意の承諾は否定されます。
 - 例：同じ言葉でも、警察官4人が出口をふさぎ「見せるまで帰さない」と言い続けた中でのもの → 強い心理的圧迫による自由の拘束といえ、任意の承諾は否定される方向です。

	パターンA	パターンB
場面	気は進まないが、説得されて、最後は自分で決めた	帰りたいのに、周りを囲まれて、帰れなかった
判断	自由な意思決定でありうる	自由な意思決定ではない（身体の束縛・強い心理的圧迫による拘束）

- 目印：渋々かどうかではなく、客観的な状況です。囲まれていたのは一例で、囲まれていなくても強い心理的圧迫があれば否定されえます。
- 次の判決の一文は、解説書が引用するものです（判決の原文は未確認）。

【要旨】 渋々の承諾と任意性 大阪高等裁判所判決
渋々でも、自由な意思決定はありうる 渋々承諾した場合でも、社会通念からみて身体の束縛や強い心理的圧迫による自由の拘束があったといい得るような客観的な状況がない限り、任意の承諾がある

- 承諾は明確なものが望ましい：黙示の承諾もありえます。ただ、その時の状況から承諾が明確でない限り、あとで「本当は承諾していなかった」とされるおそれが大きくなります。
 - 例：「何も言わなかったから承諾は無い」も「何も言わなかったから承諾した」も言い切りすぎです。警察官4人が車内を丹念に調べる間、黙って様子を眺めていた事案では、任意の承諾は無かったとする原審の判断を、最高裁が是認しました（職務質問に伴う所持品検査で自動車の中を調べた事件）。
 - それまでは調べることへの説得に応じず、白い粉の検査には「見てくださいよ」と答えて立ち会いました。その直後に、警察官が「車を取りあえず調べるぞ」と告げて調べ始めた経過です。
 - 最高裁は決め手を自ら述べず、原審の判断を是認しました。説得に応じていなかった流れの中で黙っただけでは、任意の承諾があったとはいえない、と読めます（他方で、明示の異議が無かったことは、違法の程度を小さくする事情の一つとして扱いました）。

(2) 同意があっても、任意で片づかない場面

- 同意・承諾の限界：同意があれば、すべて任意処分と考えてよいかは、別に問題になります。第2節の表の②「注意」は、この場面を指します＝②で同意があっても、それだけでは許されないとされる処分があります。

- ・ **承諾留置**：本人の同意を得て、警察の留置施設に泊まらせること。
- ・ **承諾家宅搜索**：住人の承諾を得て、令状なしで家の中を搜索すること。
- ・ 承諾留置は、同意があっても許されないと考えられています。承諾家宅搜索は、私的領域への侵害の程度が大きいので、同意があっても実施すべきでない、と解説書はします（犯罪捜査規範108条も令状を求めています）。
- ・ 許されない理由には、典型的に強制処分だからとする見解と、理論上は任意処分でも政策的に令状主義の下で行うべきだからとする見解があります（解説書）。最高裁の判例は無いとされます。高裁には、承諾家宅搜索も違法ではないとしつつ、完全な自由意思による承諾かは慎重に判断すべきだとして、その事件では違法としたものがあります。
- ・ 他方、**所持品・自動車**の承諾による搜索は、自由な承諾があれば任意捜査として許される、と解説書はします（第2節の範の例。これ自体を認めない見解もあります）。限界にかかるのは**住居**や留置のように侵害が大きいもの、という整理です。

5 手首をつかんだ事件に当てはめる

通説的な見解の言葉で言い直すと、人身の自由への制約はあるが、実質的な域には届いていないので、強制処分には当たらず任意処分です（解説書の当てはめ）。

- ・ **事案**：酒酔い運転の疑いで警察署に任意同行され、呼気検査に応じるよう説得を受けていた人が、急に退室しようとしてしました。警察官が、両手でその人の左手首をつかんで止めようとしてしました。

問い	判断	根拠
制約はあるか	ある	その場を離れる自由（人身の自由）という重要な権利・利益への制約
実質的な侵害・制約に至っているか	至っていない	決定は「説得するために行われた」「程度もさほど強いものではない」とした（決定が引く原判決の認定では、つかまれた人は「すぐさま」振り払っている）。解説書はこれを「 軽度で一時的な有形力の行使 」と評価
結論	強制処分に当たらず、 任意処分	次に、任意捜査としての相当性を問う（決定も別に判断し、不相当な行為とはいえないとした）

- ・ 「一時的」は解説書の評価の言葉です。決定は、つかんでいた時間の長さを認定していません。
- ・ 判例の結論を、通説的な見解の言葉で「侵害・制約はあるが、**実質的ではない**」と、理由まで説明し直せます。
 - ・ **例**：同じ場で、警察官が出口の前に立ちふさがり、数時間にわたって部屋から出さなかった → 人の身体を拘束する逮捕と同視しうる性質に近づき、実質的な侵害・制約がある方向に動きます。
 - ・ **例**：同じ手首の制止を、第一審は「実質上被告人を逮捕するのと同様の効果を得ようとする強制力の行使」として違法としました。最高裁は、強制手段に当たるとは判断できなしいとしました。同じ出来事でも、評価が分かれうる線です。

6 何を奪えば、重要な権利・利益なのか

証拠を集める捜査では私的領域のプライバシーと通信の秘密、犯人を確保する捜査では人身の自由が問題になります（解説書の整理）。

系統	中身	問題になる権利・利益
証拠収集系	証拠の発見・収集	プライバシー・人格権 （憲法13条）のうち 私的領域 のもの（憲法35条）／ 通信の秘密 （憲法21条2項）
犯人確保系	犯人の発見・確保	人身の自由 =身体・行動の自由（憲法33条・34条）

(1) 証拠収集系

- ・ **プライバシー・人格権**：中身はさまざまで、それだけで重要な権利・利益とは即断できません。捜査では、大なり小なりプライバシーの侵害が避けられないからです。
- ・ **私的領域**：解説書は、厳格な手続で守るほど重要なのは、**プライバシーが強く保護されるべき場所や空間**（私的領域）での侵害・制約だと考えます。
 - ・ **憲法35条1項の文言**：住居・書類・所持品について、侵入・搜索・押収を受けない権利。
 - ・ **GPS捜査の大法廷判決**：この権利には、住居・書類・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、としました。
 - ・ 所持品に機器を秘かに付ける・家の中をのぞくなど、私的領域に入り込む方法で私生活を継続的に把握する捜査なら、実質的な侵害・制約があると評価される余地は大きい、といえます。
 - ・ GPS判決も、公道上の所在を肉眼で把握したりカメラで撮影したりする手法とは異なる、と区別しています。この区別からすると、公道での観察そのものは、私的領域への侵入とはされていません。
 - **例**：公道を歩く人の姿を、遠くから撮影する → プライバシーは問題になりえますが、私的領域への立ち入りではないので、重要な権利・利益への実質的な侵害とすぐにはいえません。
- ・ **通信の秘密**：通信の内容を当事者に知られずに取得する捜査（通信傍受）では、通信の秘密への実質的な侵害・制約が問題になります。

21条（抜粋） | 日本国憲法 第三章 国民の権利及び義務（10～40条）

2項：検閲は、これをしてはならない。通信の秘密は、これを侵してはならない。

(2) 犯人確保系

- ・ **人身の自由**：憲法の基幹的な価値である個人の尊重の前提で、重要な権利・利益に当たるのは明らかです。
 - ・ だから、この系統で問われるのは、侵害・制約が「**実質的**」といえるからです（第5節）。