

#14 任意捜査の限界

骨格 任意捜査と決まった後、何で適法・違法を決めるか

- 1 出発点：任意捜査も無制約ではない。根拠＝197条1項本文の「必要な」。昭51決定の後半＝有形力の行使も、必要性・緊急性なども考慮し、具体的状況のもとで「相当と認められる限度」でだけ許される。
- 2 判断の順（答案の4行）：①侵害される権利・利益の特定 → ②実質的な侵害・制約に至っていないことの確認（至っていて同意も無ければ強制処分）→ ③必要性を具体的事実で積む → ④権衡＝相当性の結論。
- 3 行②の境目：有形力を使っても任意でありうる。境目は力の強さそのものではなく、重要な権利・利益への実質的な侵害・制約か（通説的な見解の整理。類型的＝必要性和と比べない）。
 - 強さ・時間・場所・退去の自由が積み上がると、実質的な逮捕へ動く。
- 4 行③④の天秤：左＝侵害・制約の程度／右＝捜査の必要性。緊急性は右の皿の中身、相当性は比べた結論。判断は個別具体的。
- 5 実演（自前の事例）：同じ強さで腕をつかんでも、軽微な疑いで代わりの手段がある場面は違法の方向、重大事件で凶器が捨てられる寸前の場面は適法の方向。
- 6 使いどころ：任意捜査では、比例原則は事後にしか効かず、明確な基準が無い。判例の個別基準で解ける問題はそれで解き、解けない問題を比例原則で解く。

△「必要性・緊急性・相当性の3要件」ではない／類型的＝事実を見ない、ではない（外すのは必要性）／天秤の定式は学説の整理で、決定の言葉は「相当と認められる限度」

1 出発点：任意捜査にも限界がある

任意捜査は、197条1項本文が「必要な」限度で許したものです。最高裁も、強制手段に当たらない有形力の行使を「相当と認められる限度」でだけ許しました。

197条1項	書いてあること	何の根拠か
本文	捜査の目的を達するため必要な取調べをすることができる	比例原則（任意捜査の限界）
ただし書	強制の処分は、法律に特別の定めのある場合でなければならない	強制処分法定主義

- 白紙の許可ではない：任意捜査には、強制処分のような令状は要りません。ただ、本文は任意捜査を許す条文で、「目的を達するため必要な限度でだけ」という条件が、許可の言葉の中に最初から入っています。
- 比例原則：相手が受ける不利益の重さと、捜査の必要性を比べ、釣り合う限度でだけ許す考え方です（第4節の天秤）。
 - 例：「任意捜査なら令状が要らないので、何をしてもよい」は誤り → 何の嫌疑も無い人を何日も尾行し続ければ、捜査の必要性はほぼありません。相当性を欠く方向へ動きます。

197条（抜粋） | 刑事訴訟法 第二編 第一審 第一章 捜査（189～246条）

1項：捜査については、その目的を達するため必要な取調べをすることができる。ただし、強制の処分は、この法律に特別の定めのある場合でなければ、これを行うことができない。

(1) 昭51決定の後半：有形力の行使が許される限度

警察署へ任意同行された人が急に退室しようとし、警察官が手首をつかんだ事件の最高裁決定（昭和51年＝昭51決定）です。

- 前半（強制手段の定義）：強制手段は、有形力の行使を伴う手段という意味ではなく、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です。その程度に至らない有形力の行使は、任意捜査でも許される場合があります。
- 後半（この回を中心）：それでも、何らかの法益を侵害し、または侵害するおそれがあるので、常に許されるわけではありません。必要性、緊急性なども考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度でだけ許されます。
 - 有形力＝物理的な実力（腕をつかむのも含む）。法益＝法が守ろうとする利益。

問い	最高裁の当てはめ
強制手段か	呼吸検査に応じるよう説得するため、力もさほど強くない → 性質上当然に強制手段に当たるとは判断できない
相当か	酒酔い運転の疑いが濃い人を、同意を得て同行し、父を呼んで説得し、母の来署を待つ間に急に退室しようとした。さらに説得するための抑制の措置で、程度もさほど強くない → 不相当な行為とはいえない

- 結論が割れた：第一審は同じ行為を「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。控訴審と最高裁は適法としました。争われたのは、強制か、任意なら相当か、という2段そのものです。

【判例】警察署で退室しようとした人の手首をつかんだ行為は、許されるか 最高裁判所決定

有形力の行使が許される限度 ただ、強制手段にあたらない有形力の行使であつても、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。

2 判断の順序：答案の4行

強制か任意かの判定は②で書きます。任意と判定してもゴールではなく、③④で相当性の結論まで書きます。

行	書くこと
① 権利・利益の特定	侵害・制約される権利・利益は何か（例：身体活動の自由、プライバシー）
② 至っていないことの確認	その侵害・制約が「 重要な権利・利益への実質的な侵害・制約 」には至っていない（至っていても、同意・承諾があれば任意処分）
③ 必要性を積む	嫌疑の程度・犯罪の重大性・証拠の重要性・緊急性・代替手段の有無を、具体的事実で
④ 権衡の結論	2つの皿が釣り合っているか＝ 相当性 の有無 → 適法／違法

- ②を飛ばさない：②を書かずに必要性だけ積むと、なぜ任意処分なのかが答案から抜け落ちます。
- ②と④をそろえる：②で「重要な侵害には至っていない」とした理由を、④でもそのまま前提にします。
 - 例：捜査官が隣室のベランダから、被疑者がベランダで携帯電話で話す声を録音した。②で「屋外で話す以上、プライバシーの利益は放棄されており、重要な侵害は無い」としながら、④で「プライバシー権の侵害を伴う」とだけ書く → 平成27年司法試験の採点実感（刑事系第2問）は、論理的に矛盾するかのような記述として指摘しています。直すなら、②で手放したと言えるのは隣の人の耳に聞こえることまでと限定し、④ではその外に残る不利益＝機械で録音・記録されることの重さとして程度を示します。
- ①を先に書く理由：昭51決定は「何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれ」を理由にしており、侵害・制約を前提にしています。だから、まず何の権利・利益かを特定します。
- 使い方：新しい捜査手法なら、この4行をそのまま当てます。判例・裁判例の基準がある手法は、②の後まずその基準で判断し、解けなければ天秤に戻ります（第6節）。
 - 例：昭51決定の事案で書くと → ①身体の自由 ②説得のための、さほど強くない一時の力で、実質的な制約には至らない ③酒酔い運転の疑いが濃い、説得を続けていた途中で急に退室しようとした ④抑制の程度は強くない → 相当。答案としての組み立てで、最高裁の理由をそのまま並べたものではありません。

3 行②：強制処分に至っていないか

有形力を使っても、任意捜査でありえます。通説的な見解では、境目は力の強さそのものではなく、**重要な権利・利益への実質的な侵害・制約があるかで、典型的に判断します。**

	有形力	強制の側（最高裁の規範の語は「強制手段」）
決定の言葉	強制手段は「有形力の行使を伴う手段」という意味ではない	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
通説的な見解の読み	（決定と同じ）	相手方の明示・黙示の意思に反して、 重要な権利・利益に実質的な侵害・制約 を加えるもの
任意捜査で	使える （強制手段に至らない限り。最高裁も正面から認めた）	使えない 。ここに達すれば任意捜査ではない
達すると	（任意捜査のまま、相当性を問う）	強制処分 になる。天秤より先に、条文・令状が問われる（執行の仕方には比例原則もかかる）

- 「**強制力**」という言葉：決定では、下級審の判断を紹介する部分にだけ出てきます。最高裁自身の規範の言葉は「強制手段」です。
- 「**意思の制圧**」の読み方：字義どおり、物理的な抵抗を排除したり、相手方を処分に服することを余儀なくさせたりする程度の力と読む見解もあります。通説的な見解は、相手方の**明示または黙示の意思に反すること**と読み、判断の重心を重要な権利・利益の実質的な侵害・制約に置きます。
 - 黙示の意思に反する：はっきり拒んでいなくても、知れば当然拒むと考えられる場合です（相手に気づかれずに行う処分など）。
 - だから、強制処分かどうかは力の強さだけでは決まりません（強さは目安の1つ＝第3節(2)）。
 - 例：相手に気づかれずに行う通信傍受 → 力は使いませんが、知れば当然拒むはずの相手の通信の秘密を実質的に侵害するので、強制処分になります。
 - 例：手首をつかんでも、昭51決定の事案のように説得のためで程度もさほど強くない力なら、通説的な見解からは身体的自由への実質的な制約に至らず、任意処分の側です。
 - 例：捜査官が被疑者を羽交い締めにして、身動きが一切取れない状態のまま数分間押さえ続けた → 身体的自由を実質的に奪う方向で、比例原則の話ではなくなります。強制処分（逮捕）として、令状・現行犯・緊急逮捕といった逮捕の要件を満たさなければ違法です。

(1) 典型的判断と個別具体的判断

行②（強制処分か）と行③④（比例原則）は、どちらも権利・利益への侵害を見ますが、判断の作法が違います。

	強制処分該当性（行②）	比例原則（行③④）
判断の作法	典型的	個別具体的
問い	この処分は、法律が定める強制処分（逮捕・搜索・検証など）と 同視しうる性質 か	目的と手段は、 この場面 で権衡しているか
捜査の必要性	入れない （事件の重大性・必要性の大小は考えない）	右の皿に乗せる
理由	法定主義・令状主義の厳格な手続で守るべき性質の処分かを仕分けるので、事件ごとの必要性で動かさない	決定の「 具体的状況のもとで 」。この場面でやり過ぎだったかを事後に測る

- ・ **類型的＝事実を見ない、ではない**：外すのは必要性との比較です。どこで・どのように・どれだけ続けたか、という行為の中身は見ます。どの事実が効くかは処分の型で違います（任意同行なら時間・監視状況など、撮影なら場所）。
 - ・ **例**：殺人事件の重要な被疑者だからといって、自宅の中にいる姿を望遠レンズで密かに撮影する → 必要性がどれほど大きくても強制処分です。「必要性が高いので任意処分」は、類型的判断に必要性を混ぜる誤りです。
 - ・ **例**：同じ容ぼうの撮影でも、公道上か、自宅の中かで、強制処分かどうかが分かります。場所という事実は見ます。
- ・ **同意・承諾の有無**：重要な権利・利益への実質的な侵害・制約があっても、自由な意思決定に基づく同意・承諾があれば任意処分です。行②はこの2段で、処分の性質の仕分けは類型的、その人が本当に自由に同意したかは、その場の客観的な事情（人数・口調など）から個別に確かめます。
 - ・ **例**：車内を見せてほしいと頼まれ、渋々「どうぞ」と言った → 裁判例は、渋々の承諾でも、身体の束縛や強い心理的圧迫といった客観的な状況が無ければ、任意の承諾があるとしています。大勢で車を取り囲み、強い口調で迫った末の「どうぞ」なら、任意性が否定される方向へ動きます。

(2) 実質的に強制になる境界：4つの軸

有形力の行使や任意同行が、実質的な逮捕などの強制処分と評価されるかは、態様の強さだけでは決まりません。

- ・ **4つの軸**：**態様の強さ**（力の強さそのもの）／**かかった時間**（一瞬か、長時間か）／**場所**（開かれた場所か、密室か）／**退去の自由**（帰ろうとして、帰れる状態だったか）。
- ・ **積み上がると**：腕を強くつかんでも、一瞬なら、有形力の範囲にとどまる方向に働きます。時間が重なり、場所が密室になり、帰ろうとしても帰れない状態が続けば、態様そのものが強くなくても、全体として実質的な逮捕と評価されることがあります。
 - ・ **例**：昭51決定の手首つかみを、つかんだまま何時間も離さず、部屋にとどめ続けた場面に変える → 行為は同じ「手首をつかむ」でも、身体の自由への制約が実質的になり、実質的な逮捕の方向へ動きます。
 - ・ **例**：同じ「時間」でも、効く段階が違います。任意同行後の取調べが深夜まで続けば、実質的な逮捕（行②）の事情です。公道上の撮影が長く続いても、解説書の考えでは強制処分にはならず、相当性（行④の左の皿＝制約の程度）で考えます。類型的に判断するなら、撮影で決め手になるのは私的な領域かどうかだからです。長時間の撮影で情報が集まり、私的領域への侵入と同視できれば強制処分とする考え方もあります。
- ・ **4つは目安**：任意同行が実質的な逮捕かについて、解説書は、同行を求めた時間・場所、同行の方法・態様、同行後の取調べ時間・監視状況、**逮捕の準備状況**、同行拒否・退去希望の有無、**被疑者の属性**の6つを挙げ、総合して判断するとします。上の4軸は、このうち代表的なものを語でまとめた目安です。
 - ・ **例**：時間・場所・態様・退去の申出の有無が同じでも、同行を求める前から逮捕状の準備を進めていた事情が加わると、実質的な逮捕と評価される方向へ動きます。

4 行①③④：天秤の皿は2つ

左の皿に権利・利益の侵害・制約の程度、右の皿に捜査の必要性を乗せ、釣り合えば相当性あり＝適法です。緊急性は右の皿の中身、相当性は比べた結論です。

	左の皿	右の皿
乗せるもの	権利・利益の侵害・制約の程度	捜査の必要性
例	腕をつかむ＝身体活動の自由／撮影・録音＝プライバシー	嫌疑の程度・犯罪の重大性・緊急性・代替手段の有無など

- ・ **権衡**：2つの皿が釣り合っている状態です。権衡していれば**相当性あり**＝適法、左の皿が重すぎて崩れれば**相当性なし**＝違法です。
 - ・ 目安は、捜査の必要性に照らして、侵害・制約が**必要最小限**にとどまっているかです。代わりの手段があることは、その強い手段を使う必要性を下げる事情になります。
- ・ **位置づけ**：この定式は、昭51決定の基準を学説が理論化したもので、「権衡」「相当性あり」は決定の言葉ではありません。最高裁・下級審が、すべての任意捜査を昭51決定の言い回しで判断してはいないため、学説が共通の枠を立てています（第6節）。

(1) 緊急性は第3の皿ではない

決定に「必要性、緊急性など」とあるため、「必要性・緊急性・相当性の3点セット」と覚えがちです。この回でいちばん区別したい点です。

	誤解（並列の3要素）	正しい構造（皿は2つ）
構造	必要性・緊急性・相当性を、 横並びの3要素 として順に検討する	左の皿 ＝侵害の程度／ 右の皿 ＝必要性。皿は2つだけ
緊急性の位置	独立した第3の要素	必要性を高める事情の1つ。広い意味の必要性に含まれる＝右の皿の中身
相当性の位置	要素の1つ として並べて終わる	天秤 そのものの結論 。権衡していれば相当性あり
答案	要素を並べるだけで、結論を書かずに終わる	必ず結論（相当性）まで書く

- ・ **緊急性**：「緊急性が高い」とは、右の皿（必要性）を重くする事情がある、ということです。
 - ・ **目印**：緊急性は右の皿を重くする事情の1つで、3つ目の皿ではありません。
 - ・ 最高裁も、昭51決定の当てはめで、必要性・緊急性を要件として1つずつ認定してはいません。事情をまとめて、相当性を判断しています（第1節の表）。
 - ・ **例**：目の前の会話は、今録らなければ消えてしまう → この「今でなければ取れない」は第3の要件ではなく、録音する必要性を押し上げる事情として右の皿に乗せます。

- 採点実感：平成27年司法試験の採点実感（刑事系第2問）は、「必要性」「緊急性」「相当性」を平面的に羅列するだけで、判断構造の理解が十分でない答案を指摘しています。同じ箇所、次の2つの答案も比較的多く見られたとしています。
 - 例（左の皿＝侵害される法益の具体的な内容を書かない答案）：公園のベンチでの会話を、離れた場所から集音器で録音した → 左の皿に「プライバシー」とだけ書くのでは足りません。屋外で他人に聞かれうる会話か、機械で記録されることでどこまで重くなるか、まで書きます。
 - 例（右の皿＝犯罪一般の取締りの必要性を挙げるだけの答案）：「特殊詐欺は社会問題で、取締りの必要性が高い」とだけ書く → 不十分です。その人への嫌疑の濃さ、その場でその手段を使わなければ何が失われるか、まで書きます。

5 天秤を動かす：同じ行為で、結論が逆の方向へ動く

行為（左の皿）が同じでも、右の皿（必要性）が動けば結論は逆の方向へ動きます。これが個別具体的にの意味です。

事実 自前の2つの事例

- 事例①：深夜、無施錠の自転車の近くをうろついていたBに、自転車盗の薄い疑いがかかりました。捜査官Aが任意で話を聴こうと名前と住所を尋ねると、Bは黙って立ち去ろうとしました。Aは、Bが痛みを感じるほど強く腕をつかんで引き止めました。
- 事例②：AとBの関係はそのまま、事件を強盗致傷（被害者は意識不明の重体）に差し替えます。Bへの嫌疑も明確で、Bは証拠となる凶器を、今まさに投げ捨てようとしています。Aは、事例①とまったく同じ強さ・同じ時間、Bの腕をつかみました。
- 職務質問（警職法2条1項）で停止させる場合は、捜査ではなく警職法の解釈の問題になるので、ここでは扱いません。
- 事例②で逮捕（緊急逮捕など）の要件を満たすかは別の問題です。ここでは、腕をつかんだ行為を任意捜査として測ります。

答案の4行	事例①	事例②
① 権利・利益	Bの身体活動の自由	(同じ)
② 至っていないか	一時の引き止めで、実質的な侵害・制約には至っていない	(同じ)
③ 事件・嫌疑	自転車盗の薄い疑い（軽微）	強盗致傷。嫌疑も明確
③ 緊急性	証拠が消える心配は無い	凶器が今まさに捨てられようとしている
③ 代替手段	ある（声をかけ続ける・近くの交番まで歩いて数十秒で、同行を求められる）	見当たらない
③ 必要性の評価	低い	高い
④ 権衡	崩れる → 違法の方向	保たれる → 適法の方向

- 右の皿は1つずつ動く：表の③の行（事件・嫌疑、緊急性、代替手段）が必要性の中身で、どれか1つを変えれば右の皿の重さが変わります。緊急性と代替手段も、答案では分けて書きます。ただし要件として1つずつ認定するのではなく、右の皿の中の事情として分け、最後は④の権衡にまとめます。
 - 例：事例①の嫌疑だけを変える：直前に被害にあった人が「あの人です」とBを指さした → 嫌疑が濃くなり、右の皿は重くなります。ただ、事件の重さや他の手段があることは変わらないので、結論はなお他の事情次第です。
 - 例：「今止めないと凶器が捨てられる」は緊急性の事情、「声をかけ続ければ足りる」「ほかの警察官が拾える」は代替手段の事情です。

6 いつ効くか：事前規制と事後規制

任意捜査では、比例原則は捜査の後に効きます。個別具体的に判断するので明確な基準が無く、判例の個別基準で解けない場面で使います。

	事前規制（強制処分法定主義・令状主義）	事後規制（任意捜査での比例原則）
いつ止めるか	捜査の前。法律で類型・要件を定め、令状裁判官が令状を出す段階で止める	捜査の後。裁判所が事後に、適法か違法かを判断する
対象	強制捜査	任意捜査（事前規制に服さない）

- 比例原則の弱点：一律に当てはまる、明確な基準がありません。現場の捜査官も対象者も、その場では適法かどうか判断できず、事後の判断を待つしかありません。
 - だから捜査官には、侵害を常に必要最小限にとどめる注意と、状況の変化に応じて必要性を見極める力が求められます。
- 答案戦略：撮影・秘密録音などには、判例・裁判例から読み取れる基準があります（事例判断のこともあります）。それで解ける問題はその項目に沿って事実を当て、事実関係が違って解けない問題は、汎用性のある基準である比例原則の天秤で解きます（何を乗せるかを毎回自分で組む）。
 - 例：公道を歩く被疑者の容ぼうをビデオ撮影した → まず撮影についての判例から読み取れる基準（合理的な理由・必要な限度・相当な方法）で判断します。問題文の事実が判例の前提と同じかを確かめてから使います。「相当な方法」は撮り方の行き過ぎを見る要件の1つで、天秤の結論としての相当性とは別物とされます（解説書の整理）。
 - 例：判例の基準が想定していない新しい手法 → 比例原則の天秤に戻り、4行で判断します。