

強制処分

——任意処分との区別——

渡 辺 咲 子

- 1 はじめに
- 2 昭和51年判例とその意義
 - (1) 昭和51年判例の示した強制処分の意義
 - (2) 時代背景と昭和51年判例の果たした役割
- 3 強制処分に当たるかどうかを判断した判例
 - (1) 所持品検査に関する判例
 - (2) 写真撮影に関する判例
 - (3) 検証に関する判例
 - (4) (1)～(3)の判断における考慮要素
- 4 昭和51年判例の判断要素
- 5 昭和51年判例から導き出される強制処分と任意処分の区別
- 6 残された問題その1～処分を受ける者と権利・利益を侵害される者
 - (1) 問題の所在
 - (2) 押収を受ける者とそれによって権利・利益の制約を受ける者
 - (3) 押収と検証の違い
 - (4) 実質的に権利を侵害される者を保護する検証令状のあり方
- 7 残された問題その2～「プライバシー侵害」という概念の明確化

1 はじめに

平成27年司法試験の刑事訴訟法の問題には、被疑者が不知の間に被疑者の電話による会話を録音することの適否を論じるものがあった。これについての「採点実感等に関する意見」は、きわめて詳細に「任意捜査と強制捜査の区別」について論ずべき点を指摘した。それによれば、最高裁昭和51年3月16日決定（刑集30巻2号187頁。以下、昭和51年判例と略称する）の判示を前提に、現在の有力な学説である「相手方の意思に反して、重

要な権利・利益を制約する処分かどうか」という基準を示す答案が多かったことを肯定的にとらえ、51年判例の基準から「有力学説」の基準を説得的に導き出すことを要求している⁽¹⁾。

裁判実務も概ねこのような理解に基づいているようである。宅急便の配達中に行ったエックス線検査が問題となった最高裁平成21年9月28日決定（刑集63巻7号868頁）も、昭和51年判例は、強制処分該当性の判断において、①個人の意思の制圧、②身体、財産、住居等に対する制約の二つの要因を示したものであり、学説も、これを支持した上、これを出発点として強制処分と任意捜査の

区別を考える見解が通説的地位を占めているとの認識を判断の前提としていると解説されている⁽²⁾。

しかし、「強制処分とは、相手方の意思に反して、重要な権利・利益を制約する処分をいう」というのは、「相手方の意思に反する処分であっても、重要な権利・利益を制約するものでなければ、任意処分として許される」ことを意味するに過ぎず、強制処分と任意処分を区別する基準として機能するものとはいえない。「重要な」という点に関し、何らの判断基準を示すものではないからである。また、「相手方の意思に反する」というのにも大きな意味を持たせることはできない。「相手方の意思に反しない」のであれば、任意処分であることは明らかであるからである。もちろん、相手方の意思に反しない場合でも、任意処分として許されない場合はあるが、それは、「強制か任意か」の問題とは別の考慮による（同様に、その性質上、そもそも強制処分としても許されないものもあり得る⁽³⁾）。

そこで、本稿では、強制処分について、任意処分との区別を念頭にその意義を考えてみたい。

2 昭和51年判例とその意義

(1) 昭和51年判例の示した強制処分の意義

昭和51年判例の示した強制処分の意義は、「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つて、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。」である。

(2) 時代背景と昭和51年判例の果たした役割

これは、司法警察職員が帰宅しようとする被疑者の左手首を掴んで制止しようとしたという「有形力の行使」が問題となった事案であった。このころまで、捜査には逮捕という強制手続が認められているから、任意捜査では一切の有形力の行使

を認めないという見解が有力であり⁽⁴⁾、一方、警察官職務執行法による職務質問については、2条1項に「制止させて」とあり、同条3項が「刑事訴訟に関する法律の規定によらない限り、身柄を拘束され、又はその意に反して警察署、派出所若しくは駐在所に連行され、若しくは答弁を強要されることはない。」とその限界を示すことから、逮捕に至らない有形力の行使が認められると解されていた。そこで、任意捜査において、有形力を行使した警察官は、常に、自己の職務を「職務質問であった」と主張するなど、不合理・不自然な運用がなされていた事情があったことがこの判例の前提として存する。

最高裁は、まず、「有形力の行使があれば、強制処分である」という命題を否定した。現在では、この部分は当然のこととしてあまり取り上げられないが、実は、極めて重要であった。

すなわち、いわゆる行政警察活動である職務質問・所持品検査等の限界は、警察官職務執行法2条3項が明示しているとおおり、「刑事訴訟法に定める強制手段」に至ったかどうかであったのに対し、捜査活動は、①一切の有形力の行使を伴わない、若しくは、相手の承諾のある手段、②逮捕、搜索等に至らないが、有形力の行使のある、若しくは、相手の意思に反する手段、③逮捕、搜索等の強制手段に分けられるとして、この中間的な部分をどのように解するかを問題とし、①は任意処分、③は強制処分であるとする、中間的な②の領域を認めざるを得ないのではないかという一部学説の苦悩をも解決したものと見える。したがって、任意の行政警察活動として許容される限界と任意捜査として許容される限界を異なるものとして考える必要がなくなったといえ、これがこの判例の果たした最も大きな役割といえよう⁽⁵⁾。

3 強制処分に当たるかどうかを判断した判例

昭和51年判例が強制処分と任意処分を区別する基準を示すものである⁽⁶⁾として、これを出発点として強制処分に当たるかどうかを検討すべきで

あるというのが判例実務の認識であるとしても、最高裁が強制・任意の区別を判断した例は僅かであり、実際に、同判例の判示そのものを当てはめて強制・任意の区別を行った事例は見当たらない⁽⁷⁾。

そこで、まず、同判例後に処分が強制か任意かを問題とした主な事例を概観してみよう。

(1) 所持品検査に関する判例 (①最判昭53.6.20刑集32巻4号670頁, ②最判昭53.9.7刑集32巻6号1672頁, ③最決平7.5.30刑集49巻5号703頁)

① 「職務質問ないし所持品検査は、犯罪の予防、鎮圧等を目的とする行政警察上の作用であつて、流動する各般の警察事象に対応して迅速適正にこれを処理すべき行政警察の責務にかんがみるときは、所持人の承諾のない限り所持品検査は一切許容されないと解するのは相当でなく、搜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、所持品検査においても許容される場合があると解すべきである。」

② 「職務質問ないし所持品検査の目的、性格及びその作用等にかんがみると、所持人の承諾のない限り所持品検査は一切許容されないと解するのは相当でなく、搜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、たとえ所持人の承諾がなくても、所持品検査の必要性、緊急性、これによつて侵害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、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場合があると解すべきである」「被告人の承諾がないのに、その上衣左側内ポケットに手を差入れて所持品を取り出したうえ検査した同巡査の行為は、一般にプライバシー侵害の程度の高い行為であり、かつ、その態様において搜索に類するものであるから、上記のような本件の具体的な状況のもとにおいては、相当な行為とは認めがたいところであつて、職務質問に附随する所持品検査の許容限度を逸脱したものと解するのが相当である。」

③ 「(懐中電灯等を用い、座席の背もたれを前に倒し、シートを前後に動かすなどして、本件自動車の内部を丹念に調べた) 警察官が本件自動車

内を調べた行為は、被告人の承諾がない限り、職務質問に付随して行う所持品検査として許容される限度を超えたものというべきところ、右行為に対し被告人の任意の承諾はなかったとする原判断に誤りがあるとは認められないから、右行為が違法であることは否定し難い」

(2) 写真撮影に関する判例 (最決平20.4.15刑集62巻5号1398頁)

「所論引用の各判例 (最高裁昭和40年 (あ) 第1187号同44年12月24日大法院判決・刑集23巻12号1625頁, 最高裁昭和59年 (あ) 第1025号同61年2月14日第二小法院判決・刑集40巻1号48頁) は、所論のいうように、警察官による人の容ぼう等の撮影が、現に犯罪が行われ又は行われた後間がないと認められる場合のほかは許されないという趣旨まで判示したものではない」「捜査機関において被告人が犯人である疑いを持つ合理的な理由が存在していたものと認められ、かつ、前記各ビデオ撮影は、強盗殺人等事件の捜査に関し、防犯ビデオに写っていた人物の容ぼう、体型等と被告人の容ぼう、体型等との同一性の有無という犯人の特定のための重要な判断に必要な証拠資料を入手するため、これに必要な限度において、公道上を歩いている被告人の容ぼう等を撮影し、あるいは不特定多数の客が集まるパチンコ店内において被告人の容ぼう等を撮影したものであり、いずれも、通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所におけるものである。以上からすれば、これらのビデオ撮影は、捜査目的を達成するため、必要な範囲において、かつ、相当な方法によって行われたものといえ、捜査活動として適法なものというべきである。」

(3) 検証に関する判例 (①最決平11.12.16刑集53巻9号1327頁 (以下、平成11年判例という)、②最決平21.9.28刑集63巻7号868頁 (以下、平成21年判例という))。

① 「電話傍受は、通信の秘密を侵害し、ひいては、個人のプライバシーを侵害する強制処分である」

②「本件エックス線検査は、荷送人の依頼に基づき宅配便業者の運送過程下にある荷物について、捜査機関が、捜査目的を達成するため、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、これに外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察したものであるが、その射影によって荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であって、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものであるから、検証としての性質を有する強制処分」に当たる」

もっとも、平成11年判例は、相手方に知られることなく行う処分が強制処分に当たり得ることを明示したものと評価されているが、この事案は当初から令状による処分が行われており、令状によっても許されないのではないかというのが争点であったから、「電話傍受」が強制処分に当たるかどうかを直接判断したものではないことに留意する必要がある。

(4) (1)～(3)の判断における考慮要素

(1)は、いずれも行政警察上の処分である所持品検査と捜索の限界について考慮したものであるから、任意捜査の限界とは異なるという見方もあろう。しかし、昭和51年判例が、相手方の意思に反する有形力の行使があっても任意捜査として認め得るものがあると判示した以上、所持品検査の限界を任意捜査の限界と別異に解すべき理由はない。そうすると、これは、同判例をストレートに適用できるケースといえる。

(2)は、被処分権利・利益が放棄し得るものであることを前提に、それを一部放棄したと認められる場合であることを根拠としており、強制処分かどうかを被処分権利・利益の大きさによって判断しているようである。

そうすると、(1)は、処分の権利・利益を侵害する態様・程度を問題としたのに対し、(2)は被侵害権利・侵害自体の性質・大きさを問題としている。すなわち、(1)(2)は、強制か任意かの区別をそれぞれ異なる面から判断したもので、その考慮要素を

直線的に決することはできない⁽⁸⁾。

(3)は、「検証」に当たると考えられている。判例は、当然のように個人ないし荷送人や荷受人のプライバシー（等）を（大きく）侵害するから、強制処分であるとしている。しかし、処分の直接の相手方は電話局・宅配便業者であってプライバシーを侵害された者とは異なるのであるから、(1)(2)とは別の検討を要するのではないかという点が問題となる。

4 昭和51年判例の判断要素

上記各判例は、昭和51年判例の示した強制処分の意義を引用してこれに当てはめた判断をするということにはなかつたものの、いずれも同判例を前提とした判断であると理解されていることについては、前述のとおりであるから、あらためて、同判例の示した強制処分の意義について検討をする必要がある。

昭和51年判例の強制処分の意義に関する部分は、「強制手段とは、①有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、②『個人意思を制圧し』、③『身体的、住居、財産等に制約を加えて』④『強制的に捜査目的を実現する行為』など、⑤『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つて、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。」(a)及び①～④、『』は筆者)であり、これについて、井上正仁教授は、①～④を取り上げて、これが同判例の強制処分の定義であるとした上、③は強制処分という言葉を言い換えただけのものであり、④も強制処分法定主義の裏返し表現で、トートロジーに過ぎないから、実質的な基準として意味を持つのは、①と②の2つであつて、この2つの要因は、強制処分と任意処分を区別する基準として、大筋において妥当なものであり、当該処分が強制処分か否かについては、まず、②に当たるかどうかを問題とし、これが肯定されたときに①を検討するのが論理的な順序であるとされている⁽⁹⁾。結局、同判例を、「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る処分をいう。」という極めてシンプルな定義に置き替えてしまったわけで、この整理は、多くの支持を得て、考察の出発点とされている⁽¹⁰⁾。

しかし、同判例は、決してすっきりした判文とはいえないものの、任意捜査と強制捜査の区別の基準を明らかにしようとしたものであるから⁽¹¹⁾、他の部分(②, ③, ④)をこのように切り捨てることはたして妥当であろうか。

まず、①, ②の「言い換え」について検討しよう。

① 「意思の制圧」と「意思に反する」

「被処分者の意思が制圧されたかどうか」は、その前提として、被処分者の認識可能な処分であり、被処分者がその意思を処分者に伝えることが可能であることを必要とする。そこで、「相手方に知られない処分は、意思を制圧する余地がないから、すべて任意処分である」との解釈が生まれる余地があり、それは不合理であるから、「意思の制圧」という考慮要素は、「相手方の明示又は黙示の意思に反すること」と言い直す方が適切だという見解が有力である⁽¹²⁾。

しかし、「意思の制圧」と「意思に反する」は明らかに異なる。昭和51年判例は「相手の意思に反する有形力の行使」がすべて強制処分となるのではなく、「相手の意思に反していても、その意思を制圧するに至らない有形力の行使」は任意処分であることを明示しているのであるから、相手に知られないことを理由にこのように「言い直す」のは論理的ではないし、判例の趣旨にも反する。眼前の処分について、「意思に反する」ものと「意思に反するばかりではなく意思を制圧する」ものを区別しようとしているのであるから、相手に知られない処分であっても、その処分の態様や強度が問題になると考えるのが自然ではなからうか。

前述したように、「相手の意思に反する」というのは、強制処分にあっては当然の前提であるし、相手の意思に反してもなお任意処分である場合を認める以上、これは、強制処分と任意処分の区別の判断基準にはなり得ない⁽¹³⁾。

なお、ここにいう「意思」については、当該処

分によって侵害される権利・利益の処分に対する意思ではなく、当該捜査協力に応ずる意思であるのとらえる見解⁽¹⁴⁾もあるが、一般に捜査における「任意」には消極的な受忍を含むと考えるべきである。また、捜査への協力の意思と解した場合も、結局、問題の権利・利益の内容や処分の態様・侵害の程度を検討せざるを得ないであろうから、この解釈によって問題は解決しない。

② 身体、住居、財産等に対する制約

昭和51年判例も捜査において制約を与える相手の権利・利益を身体、住居、財産に限定していない。これには異論は見あたらない。

何らかの権利・利益に制約を加えれば、すべて強制処分とするのは、同判例が有形力の行使について判示したところと矛盾する。そこで、強制処分に当たるかどうかは重要な権利・利益の制約かどうかを判断要素とするというのに誤りはなからう。

しかし、上記①「意思の制圧」が当然には、「意思に反する」と読み替えられないのと同様に、②「身体、住居、財産等に制約を加え」が当然に「重要な権利・利益に制約を加え」と読み替えられるものではない。

③ 「有形力の行使を伴う手段を意味するものではない」

これによって、同判例がそれまでの強制処分の考え方を否定し、中間的な領域を認める余地をなくしたことについては、前述のとおりであるが、③の意味は、それに止まらず、①「個人の意思を制圧」と併せて考える必要がある。単に意思に反するだけではなく、「制圧」という程度の高い処分であることを要するというのは、裏返していえば、意思に反しても任意処分として認められる場合があることを示している。これについては、処分の相手方と対面する処分でない限り、同意が推定されるか否かというだけで「制圧」に意味はないとの批判があるが、③と合わせて考えれば、単に有形力を行使したというだけではなく、意思を制圧するほどのものである場合をいうことになり、処分の態様・強度が考慮要素であることを明らかにしているといえる。

③ 強制的に捜査目的を実現する行為

これは、文脈から切り離した場合には、「強制処分」を言い換えたに過ぎないといえよう。しかし、③は、①から②を受けたものであることを忘れてはならない。捜査機関が捜査目的実現のためにする行為について、強制・任意を考えるとという趣旨であろう。捜査機関が全く別の動機・目的で行う行為については、別個の考察が必要である⁽¹⁵⁾。

④ 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

②「身体、住居、財産等に制約を加え」を「重要な権利・利益に制約を加え」と読み替える点について、井上教授は、「およそ何らかの権利や利益の制約があれば強制処分だというわけではなく、やはり、そのような法定の厳格な要件・手続によって保護する必要のあるほど重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約を伴う場合にはじめて、強制処分ということになる」⁽¹⁶⁾とされる。そうすると、この読み替えには、④を考慮に入れていることとなる。④を単なる「トートロジー」として排除した（同教授の説を支持する多くの学説がこの部分のみを引用する）わけではなさそうであり、「重要な」「実質的に」というキーワードも、強制処分法定主義との関連で理解する必要がある⁽¹⁷⁾。

5 昭和51年判例から導き出される強制処分と任意処分の区別

そうすると、強制処分と任意処分の区別については、処分の態様・強度とこれによって制約を加えられる権利の重要性・被保護性を総合して判断するというのが、同判例の趣旨であると解される。処分の強度の判断のポイントとなるのが、「意思の制圧」であり、権利の重要性・被保護性の判断のポイントとなるのが、「強制処分法定主義」、すなわち、そのような権利侵害を認めるためには、国権の最高機関である国会による立法を必要とするという考慮であるということになる⁽¹⁸⁾。

6 残された問題その1～処分を受ける者と権利・利益を侵害される者

(1) 問題の所在

捜査機関が(3)の平成11年判例の事案において、「電話傍受」を検証許可状を得て行い、平成21年判例の事案では、「X線検査」を任意捜査として行ったのは、電話傍受が「通話の秘密」を侵害するから強制処分であり、X線検査は任意処分であると考えたわけではなく、電話傍受には、電話局の任意の協力が得られず、X線検査には宅配便業者の協力が得られたためであろうと推察される。実際に、官公庁や会社などでは、自らの責任を回避するためもあり、「令状を持ってきてもらえれば協力する」という例が少なくない。平成21年決定の事案では、宅配業者（営業所長）の協力が得られたため令状を要するという発想に至らなかったと思われる。

(2)の写真撮影も検証の性質を有する処分であるが、処分の相手方を撮影対象者であると観念できる場合であったのに対し、(3)の各事例は、処分の相手方とこの処分によって実質的に権利・利益を害される者が異なる。そこで、(1)(2)について考えたように、処分の態様・強度、権利・利益の重大性、その侵害の態様・程度という判断基準をそのまま当てはめることができないように見える。

判例は、直接処分を受ける者の意思に反するかどうかを問題とせず、背後の実質的に権利・利益に制約を受ける者に着目して、これらを強制処分とした。この考え方は、少なくとも押収についての考え方とは異なる。

(2) 押収を受ける者とそれによって権利・利益の制約を受ける者

他人の秘密に関する物を委託されている場合、これについて押収を拒絶できるのは、医師等限られた立場にある者に限られる（刑訴法105条、222条により捜査にも準用）。この押収拒絶権は個々の秘密を託した者の保護ではなく、医師等の業務ないし業務に対する信頼を保護するためのもので

あると解されている⁽¹⁹⁾。

また、刑訴法100条(222条により捜査にも準用)は、通信事務を取り扱う者の保管・所持する郵便物等の差押えを認める。この場合、実質的に権利を侵害される者は郵便物等の受発信者であることから、裁判所に通知義務を課すが、審理が妨げられるおそれがある場合は、これを要しない。この考え方は、通信傍受法にも引き継がれている。

これらの場合、強制処分である差押えでは、強制処分の相手方は、あくまで弁護士等や通信事務を取り扱う者であって、その結果、プライバシー等を侵害される者ではない。差押えによって侵害されるプライバシー等については、差押えの必要性や相当性として判断されるにすぎない。

このことは、任意提出(101条, 221条)においてさらに明確である。刑訴法は、任意提出権者に所有者のほか、所持者、保管者を挙げており、保管者の提出した物により、所有者その他関係者のプライバシー等が侵害されるものかどうかを問わない⁽²⁰⁾。むしろ、その物が任意提出者以外の者の犯罪の証拠物であって、その意思に反することが明確な場合があることが当然に予想されているといつてよい。所有者等の意思に反する提出であったかどうかは、専ら所有者等と提出者(保管者)の私法上の問題に過ぎず、刑事訴訟法上押収の効力を左右するものではないという考えは一般に支持されている⁽²¹⁾。

この考え方によれば、処分を受ける者、すなわち、電話傍受では電話局の、X線検査では宅配便業者の権利・利益を考慮すれば足りるのであって、背後の通話者や荷送人・荷受人の意思や権利・利益は強制処分・任意処分の区別において考慮すべき事情ではないということになろう。実際、X線検査の事例において、捜査機関が宅配便業者から任意提出を受けて領置し、所要の検査を終えてこれを還付したと理解すれば、任意提出等の手続書類の不備や宅配荷物の運送契約違反の成否はともかく、この処分を違法とすることは、従来の裁判例を肯定する限り難しいように思える⁽²²⁾。

通信傍受については、立法的に解決がなされたが、X線検査については、判例は、検証許可状に

よることが可能であり、そうすべきであったとするので、なぜ、検証の場合は、物の所持者・保管者ではなく、所有者の権利を考えるのか、説明を要するであろう⁽²³⁾。

(3) 押収と検証の違い

捜査差押え許可状によって捜査中に発見された差押え対象物について、差押えを受ける者の利益を考慮して、これをより損なわない方法として、差押えをすることなく、写真撮影することは当然に許されるとの有力な見解がある⁽²⁴⁾。物を対象とする検証が、差押えに包含される処分であるとするならば、上記の差押えに関する検討はそのまま検証に当てはまることになろう⁽²⁵⁾。X線検査の事例でいえば、令状を呈示すべき処分を受ける相手方は宅配荷物を占有保管する宅配業者であるから、宅配業者の同意を得た以上、X線検査は任意捜査として行い得ることとなる。

しかし、通信傍受やX線検査について、これを強制処分とした最高裁の結論は、理由はともかく、概ね支持されるところではないと思われる。

これを説明するためには、

- ①一般に、強制か任意かの区別は、処分の相手方の意思や権利・利益ではなく、その処分によって明らかにしようとする実質的な対象者の意思は権利・利益を考えるべきである。
- ②検証は差押えとは異なる。検証については、①の考え方を採る。
- ③検証には、捜査機関(裁判所)自身が五官の作用によって認識する伝統的な検証と、(法改正前の)通信傍受やX線検査等のように伝統的な検証と異なる処分があり、後者については、①の考え方を採る。

という考えがあり得よう。

このうち、①は、すでに検討した差押えについての法の構造と異なるし、そもそも、捜査は被疑者の意思に反して被疑者の行動を明らかにすることがその本質であるから、一般論として、被疑者の意思や権利・利益を考えるという解釈には無理があろう。

②のように、検証一般について、検証が被疑者の意思に反するか、被疑者の権利・利益、とりわけ利益を害するかを判断基準とするというのも、検証には捜索に関する規定が多く準用されていることから見られるように捜索と異なる構造であるにとらえることは難しい。被疑者の意思やプライバシー侵害の程度によって強制か任意かを区別することができないのは、殺害現場である第三者住宅の検証を行う場合を考えれば明らかといえよう。

検証については、その内容を明確にする規定が少ない。「五官の作用によって対象の存否、性質、状態、内容等を認識、保全する処分」という検証の定義によっても、さほど処分を受ける者の権利を侵害するものではないと思われてきたのではなかろうか。

しかし、近年の科学技術の発達により、検証は、捜索差押えに該当しない処分であって、対象者のプライバシー等を明らかにするものとして極めて広く捉えられている。写真撮影、録音、X線検査、(通信傍受法制定前の)通信傍受などがそれぞれである。これらによれば、生の人間が五官の作用によって認識し得ないような対象者に関する情報を取得できる。このような処分を「捜索に含まれる、より権利・利益の制約の小さい処分」ととらえることは困難である。

人間の五官の作用ではとらえ得ない情報を取得する処分は検証に当たらない、したがって、新たに刑事訴訟法に規定を設けない限り、処分は認められないという考え方もあろう⁽²⁶⁾。しかし、検証は、客観的に把握できる事実をとらえる処分であって、人の「五官の作用」によるかどうかを検証に当たるかどうかという限界であるにとらえるのは刑事訴訟法の目的に照らしても妥当ではない。

そこで、③のように、直接人間が五官の作用によって認識する処分と、それを越えた手段・方法によって認識する処分はいずれも検証であるとしつつ、その限界については両者を区別して考えるのが相当ではなかろうか。人が五官の作用によって認識する検証の場合、検証の対象となる物や場所を保管・管理する者が処分の対象者であり、この場合、押収と同様に、その者の権利・利益を制

約するかどうかを考えればよいのに対し、人の五官の作用を超えた科学技術によって事実を認識する処分は、物や場所の保管・管理者をいわば乗り越した処分と観念でき、その場合、問題の物・場所に対する処分によって得られる情報を所有する者に対する処分であるとして、この者の意思、権利・利益を考えて強制か任意かを判断すべきだと解することができる。

平成21年判例も、X線検査と荷物を開披する検査はプライバシー侵害の程度が変わらないことを強制処分とする根拠の一つとしている⁽²⁷⁾から、X線検査のような強力な手段による検証を捜索・差押えに包含される処分であるとはとらえていないようである。

(4) 実質的に権利を侵害される者を保護する検証令状のあり方

ここまで検討したように、強制か任意かの区別を処分の態様・強度とこれによって制約を加えられる権利の重要性・被保護性を総合して判断するという判例の考え方は、正しいものであるが、「誰の権利・利益か」という点について、判例は明言を避けているように思われる。検証を上記のように2種に分けて考えれば、判例の判断がそのまま適用可能であろう。しかし、X線検査事例について、強制処分(検証)として検査が許されるのであれば、立法論としては、刑事訴訟法100条3項や通信傍受法23条のような規定を要するよう思える。もっとも、最高裁は、強制採尿について、条件を付した捜索差押許可状による処分を認めており、この考え方によれば、X線検査のような五官の作用を超える手段・方法による検証について、適切な条件を付すことも可能であろう。

7 残された問題その2～「プライバシー侵害」という概念の明確化

最高裁は、「個人のプライバシー」(平成11年判例)、「荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等」(平成21年判例)を侵害するものを強制処分としている。

プライバシー権については、宴のあと事件において、「私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利」との定義がなされている⁽²⁸⁾が、刑事事件において最高裁がこれを積極的に定義したことはない。平成11年判例は、プライバシーを侵害する処分はすべて強制処分であるとしているように受け取られ、プライバシーに極めて高い重要性を認めているように読める⁽²⁹⁾が、その内容やなぜこれが重要であるのかについての説明はない。これに対して、平成21年判例は、宅配荷物の内容について荷送人・荷受人のプライバシーが認められることを前提⁽³⁰⁾に、内容物がどの程度明らかになるかによってプライバシー侵害の大きさを判断している。すると、ここにいうプライバシーとは、宅配荷物の内容をみだりに明らかにされないことである。この場合、プライバシー侵害があれば、直ちに強制処分であると断ずることはできず、侵害の程度が考慮要素となっている⁽³¹⁾。

プライバシーを人に知られたくない私生活上の情報とすれば、その範囲は極めて広い。しかも、人身の自由や思想信条の自由、表現の自由、財産権など古典的な基本的人権については、その重要性や制約の法理が整理されているにも拘わらず、プライバシーについては、内容について精査することなく絶対の尊重を要するかのような風潮がある⁽³²⁾。

プライバシー権は、憲法13条によって保障されると理解されているが、同条は、他の具体的に定められた権利に含まれないものを保障した一般的・包括的な保障規定である。そうすると、刑事手続においては、できる限り侵害ないし制約される権利の内容を具体的に明示し、その制約法理を明らかにしていくのが今後の課題であろう。

注

- (1) ここでは、この両者の基準、強制処分のメルクマーとして「権利・利益の制約」に着目するとすればそれはなぜか、なぜ「重要な」権利・利益に限られるのか、なぜ、「身体、住居、財産等」という判例の文言を「重要な権利・利益」と等置できるのかについて論じることが求められるとして、「現在の有力な学説は、現に刑事訴訟法が定めている強制処分との対比（それらと同程度に厳格な要件・手続を定めて保護するに値するだけの権利・利益）や前記最高裁判例で被制約利益として例示されている『身体、住居、財産』が憲法33条及び同法第35条が保障するような重要で価値が高いものであることなどから、単なる権利・利益の制約ではなく、一定の重要な権利・利益の制約を意味すると解するものである」と、その「模範解答」が示されている。
- (2) 最判解平21〔増田啓祐〕383頁
- (3) 川出敏裕教授は、任意捜査の限界については、①相手方の意思に反した権利・利益の制約が生じている場合、②相手方の個人的利益に還元できない利益の侵害が生じている場合、③同意があっても許されない場合、④相手の同意があれば許されるが、対象者の不利益・負担を考慮して制約が生じる場合があり、これらの限界が生じる実質的根拠に照らした判断が必要だとする（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39頁）。
- (4) 団藤重光・条解刑事訴訟法(上)261頁、平野龍一・刑事訴訟法82頁等の記述がそのように理解されている。
- (5) この結果、警察においては、犯罪に対応する警察活動を行政警察活動と司法警察活動に区分することなく説明する傾向にある。
- (6) 昭和51年判例からは、強制処分・任意処分の一般的定義を引き出すことはできないとする見解（三井誠・刑事手続法特（新版）82頁）もあるが、同判例は、強請処分の定義と有形力の行使の有無との直接的な関係を完全に切り離すことにより、あらゆる形態の捜査行為に適用可能な基準を呈示するものとなっている（川出・前掲26頁）との評価が通説であり、妥当である。同判例が、任意捜査と強制捜査の区別を一般的に示すことを意図したものであることについて、最判解昭51〔香城敏磨〕68頁以下参照。
- (7) 理由中で同判例を引用したもの（最決昭53.9.7刑集32巻6号1672頁、最決昭59.2.29刑集38巻3号479頁）は、いずれも、任意捜査の相当性の判断

- の部分についてである。
- (8) 川出敏裕教授が、強制捜査との区別の観点から、任意捜査には、①対象者の意思に反する権利、利益の制約を伴わない処分、②相手方の意思に反した権利、利益の制約があるが、行為の態様が相手方の意思を制圧するほどのものではない処分、③相手方の意思に反した権利、利益の制約があるが、制約される権利、利益が重要性にかける処分の3つの類型があり、最高裁は②及び③の2基準を使い分けしていると指摘する(前掲29頁)のも、この点を考慮したものであろう。
- (9) 井上正仁「強制捜査と任意捜査(新版)」7頁
- (10) 大澤裕「強制処分と任意処分の限界」刑事訴訟法判例百選(9版)5頁
- (11) 香城・前掲同頁。本判例の射程を有形力の行使事例に限定する見解として三井・前掲82頁
- (12) 井上・前掲10頁
- (13) 増田・前掲384頁は、井上教授の前記解釈を引用しつつ、「個人の意思を制圧するものと同価値」であるかどうかを判断基準としているようである。
- (14) 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)149頁
- (15) 最決平8.10.29刑集50巻9号683頁参照
- (16) 井上・前掲12頁
- (17) 酒巻匡教授が「51年判例に例示されている身体、住居、財産等は、憲法33条及び35条が具体的に命じ列挙し基本権として保障するような重要で価値の高い法益を意味しているといえることができる。」(酒巻匡・刑事訴訟法29頁)とされるのも、同趣旨であろう。なお、井上教授も、平成21年判例に関する評釈中では、「法定の厳格な要件・手続によって保護する必要のあるほど重要な権利・利益に対する実質的な侵害・制約を伴う場合にはじめて強制処分に当たる」との解釈を示しておられる(井上・強制捜査と任意捜査432頁)。
- (18) 大澤裕教授は、意思の制圧に独自の意義を与える見解とこれを否定する見解があるが、意思の制圧の有無は、結果として生じる権利・利益の制約の差異にあらわれるから、両者を過度に対立的に捉えることは適当ではないと指摘される(刑事訴訟法判例百選9版5頁)。確かに、意思の制圧があったか(ないし、対面していれば意思を制圧しなれば実現できない態様・程度であったか)という事実の認定は、結果として表れる権利・利益の制約の態様・程度によって判断するほかないという点では正しい指摘であると思われるが、結果から推認される侵害の態様・程度を評価すると結果自体の大きさのみを評価するのは異なるのではなからうか。
- (19) 大コメ刑訴法(2版)2巻329頁〔渡辺〕。異論のないところであろうが、このことは、本法制定当時、押収拒絶権者の範囲をできるだけ限定しようとして、改正案に含まれていた薬剤師などが削られたことから明らかである。
- (20) 保管者が本人の意思ないし推定される意思に反して任意提出をした例として、覚せい剤使用の疑いのある患者から治療目的で尿を採取した医師から尿の残りを任意提出した例(東京高判平9.10.15東京高裁判決時報48巻1~12号67頁。同、札幌地判平4.9.10判時1443号159頁)、遺失物として届けられたバッグに在中の覚せい剤を警察署長が任意提出した例(東京地判平4.7.9判時1464号160頁)、公職選挙法所定の法定外文書について不在中の被頒布者の親、祖母から任意提出を受けた例(東京高判昭63.2.16東京高裁判決時報39巻1~4号1頁)、入院中の被告人の財産保全のために被告人の経営する診療所を整理中に覚せい剤を発見した前妻や友人がこれを任意提出した例(東京高判昭54.6.27判時961号133頁)、捜索に立ち会った被告人の内妻が被告人の所有する覚せい剤や刃物を任意提出した例(東京判昭50.2.20東京高裁判決時報)、負傷入院した者の衣服を准看護婦が任意提出した例(広島高判昭58.2.1判時1093号151頁)などがある。
- (21) 医師による提出に関する札幌地判平4.9.10判時1443号159頁参照
- (22) 笹倉宏紀「宅配便荷物のエックス線検査と検証許可状の要否」ジュリスト平成21年度重要判例解説209頁、井上・前掲434頁参照。医師が、救急患者から尿を採取し、採取した尿について薬物検査を行ったのは、患者から承諾を得ていなかったとしても、医療行為として違法とはいえず、検査の結果、違法な薬物の成分を検出した場合に、これを捜査機関に通報することは、正当行為として許容

されるとした事例がある（最決平17.7.19刑集59巻6号600頁）が、これも、患者のプライバシー侵害を適法性の判断基準としたものではない。強制処分かどうかを直接処分を受ける相手方の承諾の有無・権利侵害により判断するのであれば、通信傍受は、電話局の承諾・協力があれば任意捜査として可能であるが、それによって実際に侵害される権利・利益の重大性に鑑み、特に強制処分として法定したと考えることにならう。

- (23) 井上・前掲435頁は、平成21年決定が、運送業者の承諾によってX線検査が許されるものでないとしたのは、「宅配便が広く普及し、それを利用する個人も一般に寄託した荷物が運送過程においてみだりに開披され、内容物が暴露されることはいとの信頼を抱いているという状況認識が働いたことによるのかもしれない。そうだとすれば、宅配便に対し郵便物に準じるような保護が及ぶことを認めたものとしても、本決定は少なからぬ意味を持つと同時に、まさにそれ故に、その当否や波及効について立ち入った検討が必要となる」と指摘される。100条が通常の差押えに加えて特に郵便物の発信人又は受信人を保護した点は、3項の通知であるから、郵便物に準じると解するのであれば、原則として通知を要するということにならう。なお、笹倉・前掲は、105条・149条との関係を問題とするが、105条等は委託者の秘密を保護

するものではなく、受託者の業務を保護する趣旨であることについては、前述のとおりである。

- (24) 本田守弘「搜索差押えにおける写真撮影」新実例刑事訴訟法〔I〕200頁。同旨、馬場義宣・警論42巻12号147頁、高部道彦・研修496号47頁
- (25) 検証についても令状主義の保障が及ぶことについて、井上・前掲61頁
- (26) これを搜索・差押えとする解釈について、井上・前掲432頁。もっとも、搜索と解することによって問題が解決するわけではない。
- (27) 増田・前掲386頁
- (28) 東京地判昭39.9.28下民集15巻9号2317頁
- (29) 電話傍受にかかる検証令状の要件が強制採尿令状の要件より厳格なのは、通信の秘密ないし個人のプライバシーという侵害される権利の重大性を考慮したためであるとの解説がある（最判解刑平11〔池田修・飯田喜信〕228頁）。もっとも、この事例は検証令状によったもので、任意と強制の区別が問題となったものではない。
- (30) 増田・前掲（注9）391頁
- (31) 笹倉・前掲参照
- (32) 捜査は被疑者の「知られたくない」プライバシーを暴く処分にほかならず、「被疑者の意思に反し、被疑者プライバシーを侵害する処分は強制処分である」とすることができないのは明らかである。