

第1篇 捜査法

第1 強制処分と任意処分

1. 「強制の処分」の意義¹²

本件…行為が、「強制の処分」（197条1項ただし書）にあたれば、刑事訴訟法上に「特別の定」がない限り行うことができない。では、「強制の処分」とはどのような意義か。

（1）「特別の定」を要求する趣旨は、①要件・手続をあらかじめ法律で明示しておくことにより濫用防止を図る必要性と、②国会が制定した法律により民主的授權を行う必要性にある。

したがって、「強制の処分」とは、対象者の意思に反して、その重要な権利利益を実質的に制約する処分をいう。

（2）本件では…

1 強制処分法定主義の趣旨にかんがみれば、当該処分が強制処分に該当するかどうかは、現行刑事訴訟法において既に法定され、原則として事前の令状審査により統制されている法益侵害の内容と同等であるか、または機能的に同価値であるかを、類型的に判断すべきであり、個別事案において非処分者が実際に被った法益侵害の程度は無関係である。

2 制約法益が人身の自由や私生活の平穏等個人的利益である場合、権利放棄は可能であるとも思われる。しかし、その権利放棄が、権利内容や放棄の効果を熟知してなされたものな疑問が残る。そこで、このような場合には、任意の放棄を訴追側が積極的に立証した場合のみ適法になると考えるべきである。