

ろ、（逮捕or検証or差押えor検証）令状を欠いて実施しているため、令状主義に反して違法となる。そこで、「強制の処分」の意義が問題となる。

強制処分を行うためには、法定された厳格な手続が要求される。そのため、強制処分の被侵害利益は、そのような厳格な手続による保護に値するものであることが必要である。したがって、「強制の処分」とは、①個人の明示又は默示の意思に反し、②重要な権利利益を実質的に制約する処分をいう。

### ここで差がつく！

## Q 強制処分法定主義と令状主義の関係

強制処分法定主義と令状主義の関係を理解しているかどうかは、問題提起の質に直結てくる。現行刑事訴訟法上規定されている強制処分の中での代表例は、逮捕・検証・差押え・検証であろう。そして、捜査機関が行う捜査のうち大半がこの4つのうちのいずれかの捜査類型に吸収される関係にある。そのため、多くの問題では問題提起として、「強制処分にあたるか。あたる場合には～令状を欠くため、違法となる。」という問題提起がなされている。

しかし、当然のことながら当該捜査手法が法定されていない場合であれば、まず強制処分法定主義に反して違法となることになる（おとり捜査など）。

そのため、思考過程としては、当該捜査が強制処分にあたるとして、法定されているのか（法定されていない場合は、強制処分法定主義に反して違法）。法定されているとして、どの捜査類型にあたり、かかる捜査を行うための令状はあるのか（なければ、令状主義に反して違法）を思考することになる。

### 参考事例（最判21・9・28）

捜査機関が配達業者の営業所から、配達予定の荷物を借り受けたうえで、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、外部からX線を照射して内容物の射影を観察した。当該捜査手法は適法か。

### あてはめ例

1、本件捜査は、「強制の処分」(197条1項但書)にあたらないか。仮にあたるとした場合、本件捜査は、検証としての性質を有するため、検証令状(218条1項)なくして行うことは、令状主義に反して違法となる。そこで、「強制の処分」の意義が問題となる。

(1) 強制処分を行うためには、法定された厳格な手續が要求される。そのため、

強制処分の被侵害利益は、そのような厳格な手続による保護に値するものであることが必要である。よって、「強制の処分」とは、①個人の明示又は默示の意思に反し、②重要な権利利益を実質的に制約する処分をいう。

(2) 本件捜査は、荷送人や荷受人の承諾なく、荷物に対してX線を照射し、内容物の観察を試みている。荷送人及び荷受人は、かかる捜査機関の行為を知っていたとすれば拒んだといえるため、推定的有意思に反する(①充足)。

次に、本件捜査では、本来であれば荷送人と荷受人しか知り得ない配送物の中身を知り得る行為であるため、荷送人及び荷受人のプライバシーを害する。確かに、配送物を実際に開封したりして、中身を直接目視したわけではないため、プライバシー侵害の程度は大きくないよう思える。もっとも、X線の照射により、内容物の形状等が判明する。そして、形状や大きさが判明することにより、内容物によっては、配送物がなにかまで具体的に特定することが可能となる。そうだとすると、X線の照射にすぎないといえど、実質的には配送物の中身を確認したのと同視できる。そのため、プライバシー侵害の程度は大きいと言わざるを得ない。したがって、プライバシー権という憲法上も保護されている(憲法13条後段)重要な権利利益に対する、実質的な制約伴う処分だといえる(②充足)。

(3) したがって、本件捜査は、「強制の処分」にあたり、検証令状なくして行っているため、令状主義に反して、違法である。

### ここで差がつく！

#### Q 強制処分該当性のあてはめ

強制処分該当性のあてはめは、非常に差がつくポイントの一つである。まず、①の個人の明示又は默示の意思に反しの規範に関しては、そこまで分厚く書く必要がある場合は少ないが、被処分者が捜査されていることについて認識していないときは、「推定的有意思に反している」というあてはめのキーワードが使いやすい。

そして、主戦場になるのは②の重要な権利利益を実質的に制約する処分のあてはめだが、ここでは、大きく要素を2つに分けて思考する。まずは、「当該捜査によって制約されている権利利益はなにか。」を考える。そして、この権利利益が「重要」といえるのかを評価する。さらに、その重要な権利利益を「実質的に制約しているかどうか」を考える。すなわち、ここは制約の程度とも言い換えることができる。この制約の程度が軽微なのであれば、「実質的な」制約はないとして、強制処分該当性を否定することになる。

## 任意検査の限界

検査の適法性について、強制処分に該当しない場合には、いかなる規制に服するかというと、197条1項本文が、「検査については、その目的を達するため必要な取調をすることができる。」と定められている。そのため、検査は強制処分にあたらなければ何をしてもいいわけではなく、「その目的を達成するために必要な」範囲で行わなければならず、これを超えれば違法となる(検査比例の原則)。

### 論証例

(「強制の処分」に該当しないことを認定したうえで、)  
「強制の処分」に該当しないとしても、本件検査は(具体的な被侵害利益)を侵害している。そこで、検査比例の原則(197条1項本文)のもと、検査の必要性、緊急性を考慮したうえで、具体的状況において相当と認められる場合に限り、適法となる。

### 参考事例(平成30年司法試験改題)

平成30年1月10日前10時頃、A工務店の者と名乗る男が、H県I市J町のV方を訪問し、V(70歳、女性)に対し、V宅の屋根が倒壊しそうな旨の虚偽の事実を申し向け、100万円の工事費をだまし取った。

Vは、犯人の顔を見ており、さらに犯人が『A工務店』と書かれたステッカーが貼られた工具箱を持っていたことを供述した。そして、『A工務店』という工務店は、実際にV宅の付近に存在することが判明した。

そこで、検査機関は、『A工務店』付近の公道上に止めた車両内から『A工務店』の玄関先の様子を見ていたところ、『A工務店』の玄関ドアの鍵を開けて中に入していく男を目撃し、その男が出てきたところを見計らって、公道上を歩いている男を20秒ほど、ビデオカメラで撮影した。かかる検査は適法か。

### あてはめ例

(まず、本件検査が「強制の処分」に該当しないことを認定する。)

1、そうだとしても、本件検査は、他者から自己の容ぼう等をみだりに撮影されない権利を侵害している。そこで、検査比例の原則(197条1項本文)のもと、検査の必要性・緊急性を考慮し、具体的状況の下で相当といえる場合に限り、適法となる。

(1) 本件は、犯人が本来は工事が必要ないにもかかわらずそれが必要だと申し向けて、被害者Vをしてその旨信じさせ、工事代金として現金100万円を受け取ったという詐欺被疑事件である。その犯罪手口は再現性の高いものであり、被疑者を特定しなければ年配の世帯を中心にして、被害が拡大するおそれが高い。その

ため、犯罪傾向からして捜査の必要性が高い。

また、本件ではVの供述により、犯人は『A工務店』（以下、「本件工務店」という。）と書かれたステッカーが貼られた工具箱を持っていたことがわかっている。そして、実際に本件工務店が存在していることからすれば、本件工務店の内部の人間が犯人である可能性が高い。加えて、捜査対象者の男（以下、「男」）は、本件工務店の玄関ドアの鍵を開けて中に入っている。本件工務店の鍵を所持しているということは、本件工務店の内部の人間であることが強く推認される。そのため、男は犯人である可能性があり、男を対象者として捜査を行う必要性が高かった。

また、本件でVは犯人と一定程度のやり取りをしているため、犯人と男の同一性をVに確認してもらうためには、静止画だけでなく、実際に動いている男の姿を撮影することにより、挙動や雰囲気やしぐさなどの点も併せて確認してもらうことより確認の確度が高まる。そのため、ビデオカメラである程度の時間撮影する必要性もあった。

(2) 他方で、本件で撮影されたのは、公道上を歩いている男の容ぼうである。公道上とは、一般に他者からも観察される場所であり、公道上においてはプライバシー保護への期待権は一定程度減退する。したがって、捜査の必要性が非常に高い一方で、被侵害利益である自己の容ぼう等をみだりに撮影されない権利への侵害の程度は小さいため、本件捜査は具体的な状況のもとで相当といえる。

(3) 以上より、本件捜査は適法である。

### ここで差がつく！

#### Q 捜査の必要性・緊急性のあてはめ

捜査の必要性・緊急性のあてはめは、何を書いてもOKという側面がある。だからこそ、どういった視点で事案を分析するのかはあらかじめ準備をしておかないと、現場ではまとまりのない文章・あてはめになってしまいうリスクがある。そこで、あてはめ例を参考に、以下の視点をおさえておきたい。

- ① 犯罪類型への着目（被害の大きさ、再現性の高さ、証拠隠滅の容易さなど）
- ② 捜査対象者の嫌疑の程度（いわゆる犯人性の推認過程を具体的に示すことができると、説得力が増す。）
- ③ 具体的捜査手法の必要性（このとき、当該捜査により収集した証拠が、具体的にいかなる形で用いられるのかを想像してあてはめることができると、説得力が増す。）

## おとり捜査

**おとり捜査：捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、その意図や身分を相手方に秘して犯罪を実行するように働き掛け、相手方がこれに応じて犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕等により検挙する捜査手法**

ここで差がつく！

### Q おとり捜査の位置づけ

おとり捜査は、法定されている捜査手法ではないため、仮に強制処分にあたるとすると、強制処分法定主義に反して違法になる。ここを明確に分かっていないと、やはり問題提起の質に差が出てしまうので注意。

### 論証例

(設問等で、「おとり捜査」であることが前提になっていない場合には、まずおとり捜査該当性を論じる。)

**おとり捜査とは、捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、その意図や身分を相手方に秘して犯罪を実行するように働き掛け、相手方がこれに応じて犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕等により検挙する捜査手法である。**

本件では、～であるため、これにあたる。

そして、おとり捜査は刑訴法上明文規定がないため、「強制の処分」にあたれば、強制処分法定主義に反して違法になる。

強制処分を行うためには、法定された厳格な手続が要求される。そのため、強制処分の被侵害利益は、そのような厳格な手続による保護に値するものであることが必要である。したがって、「強制の処分」とは、①個人の明示又は默示の意思に反し、②重要な権利利益を実質的に制約する処分をいう。

本件捜査（おとり捜査）は、相手方がおとり捜査であることを知っていたのであれば、犯罪を実行しなかったといえるため、相手方の推定的意思に反している（①充足）。しかし、相手方は最終的には自身の意思決定によって犯罪を実行しているため、相手方の意思決定の自由を実質的に制約したとはいえない（②不充足）。

したがって、本件捜査（おとり捜査）は、「強制の処分」にはあたらない。

そうだとしても、おとり捜査は、他人から干渉を受けないで意思決定をするという、人格的自律権を侵害する以上、常に許容されるわけではなく、捜査比例の