

# 接見交通権の課題と展望

## 辻 本 典 央

- 一 はじめに
- 二 接見交通権の意義
- 三 接見指定制度の問題点
  - 1. 接見指定制度の合憲性
  - 2. 指定方式（一般的指定と具体的指定）
  - 3. 指定要件
  - 4. 余罪との関係
- 四 戒護および施設管理上の理由による接見制限
  - 1. 「接見所」以外での接見, 「面会接見」について
  - 2. 書類および信書等の検閲
  - 3. 執務時間外の接見
  - 4. 食事時間中の接見
- 五 接見交通権の展望
  - 1. 立法動向
  - 2. 準抗告審の充実
- 六 まとめ

### 一 はじめに

接見交通権は、被疑者・被告人が弁護人の援助を受ける上で不可欠の権利であり、また弁護人からしても、自身の活動を実効的なものとするために重要な権利であって、わが国の刑事訴訟法も、旧法とは異なり、身柄拘束被疑者・被告人に関して立会人のないいわゆる秘密交通権を保障している（刑訴法39条1項）。もっとも、他方で、わが国の刑訴法は、法令による逃亡、罪証隠滅、又は戒護に支障のある物の授受を防ぐため必要な措置

を規定することができる（刑訴法39条2項）ことに加えて、さらに、「捜査のため必要があるとき」は、公訴提起前に限定されるものの、被疑者と弁護人との接見をその日時、場所、時間を指定するという形で制限することを許容している（刑訴法39条3項）。

このように、接見交通権とその制限という問題は、まさに、刑事手続における被疑者・被告人（及びその弁護人）の本質的な権利と、一定の公的利益との対立が顕著となるものであり、わが国の刑訴法学説および裁判例において多くの議論が積み重ねられてきた。後述のとおり、20世紀の最後に、接見指定制度の合憲性に関して最高裁大法廷判決が、またそれを基にして最高裁でいくつかの重要な裁判が下され、それらで検討された論点に関して裁判実務上一応の決着を見た。もっとも、それらの裁判例の当否に関する検討に加えて、積み残された問題もあり、21世紀に入っても我々に多くの課題が残されている。

そこで、本稿では、刑事訴訟法上の最も重要な論点の一つであるこの接見交通権に関する従来の議論を総括し、今後の展望を探ることで、21世紀の刑事司法の行く末を占いたいと思う。

## 二 接見交通権の意義

刑訴法39条1項によると、「身体の拘束を受けている被告人又は被疑者は、弁護人又は弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者（括弧内省略）と立会人なくして接見し、又は書類若しくは物の授受をすることができる」。このように規定される被疑者・被告人と弁護人との接見交通権は、それ以外の者（例えば配偶者などの家族）の場合は「法令の範囲内」、すなわち立会人が同席の下で接見が許されていること（刑訴法80条前段、刑事施設ニ於ケル刑事被告人ノ収容等ニ関スル法

律50条、監獄法施行規則127条1項本文)との比較において、刑訴法上強い保護の下に置かれているといえる。この被疑者・被告人と弁護人との接見交通権の機能として、①身体を拘束され、外界と遮断された (incommunicado) 被疑者にとっての外界との窓口となり、その結果、心理的安定が確保され、市民としての自己回復が可能となる、②継続的な取調による不当なプレッシャーから解放させる、という点が挙げられるが、これらは、弁護人以外の者との接見によっても果されうるものであり、より重要であるのは、③弁護人との相談により、被疑者側の訴訟準備が可能となる、という点である<sup>(1)</sup>。すなわち、「被疑者側の防御活動は、被疑者と弁護人との密接な連絡のもとに行われる必要がある」<sup>(2)</sup>が、そのためには、両者の間での意思の疎通が十分図られることが必要であり、その前提として相互の間で重要な情報が共有されなければならない。そのような情報の中には、防御上他者、特に捜査機関には内密にされるべきものもあり、そのためには、立会人の無い、秘密交通権としての意義が重要となるのである。

この点について、旧刑訴法(大正刑訴法)では、公判開始前はなおのこと(同法111条は現行法80条と同様の規定であり、弁護人との接見もこの規定によって規律されていた)、公判開始後の接見についても立会人を置くことができると理解されていた<sup>(3)</sup>。しかし、第二次世界大戦後に創設された日本国憲法は、「何人も……直ちに弁護人に依頼する権利を与へられなければ、抑留又は拘禁されない。」(34条前段)、「刑事被告人は、いかなる場合にも、資格を有する弁護人を依頼することができる。被告人が自らこれを依頼することができないときは、国でこれを附する。」と定め、被疑者・被告人の基本的権利の一つとして、弁護人依頼権の保障を明示した。

---

(1) 田宮裕『刑事訴訟法・新版』142頁(1996年、有斐閣)。

(2) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法・改訂版』94頁(1990年、青林書院)。

(3) 小野清一郎『全訂刑事訴訟法講義・第3版』132頁(1933年、有斐閣)。

そして、このような基本的権利の一つとしての弁護人依頼権は、単に依頼するにとどまるといった形での形式的な保障にとどまらず、その核心において実効的な弁護を受ける権利という形で実質的に保障されなければならない。そのためには、まさに、前記のような被疑者・被告人と弁護人との秘密交通が必要不可欠のものとなるのである。例えば、最高裁大法廷（最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁）も、後述するように接見指定制度の合憲性を判断するにあたり、その前提として、「憲法34条前段……の弁護人に依頼する権利は、身体の拘束を受けている被疑者が、拘束の原因となっている嫌疑を晴らしたり、人身の自由を回復するための手段を講じたりするなど自己の自由と権利を守るため弁護人から援助を受けられるようにすることを目的とするものである。したがって、右規定は、単に被疑者が弁護人を選任することを官憲が妨害してはならないというにとどまるものではなく、被疑者に対し、弁護人を選任した上で、弁護人に相談し、その助言を受けるなど弁護人から援助を受ける機会を持つことを実質的に保障しているものと解すべきである。〔原文改行〕刑訴法39条1項が、『身体の拘束を受けている被告人又は被疑者は、弁護人又は弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者（弁護士でない者にあつては、第31条第2項の許可があつた後に限る。）と立会人なくして接見し、又は書類若しくは物の授受をすることができる。』として、被疑者と弁護人等との接見交通権を規定しているのは、憲法34条の右の趣旨にのっとり、身体の拘束を受けている被疑者が弁護人等と相談し、その助言を受けるなど弁護人等から援助を受ける機会を確保する目的で設けられたものであり、その意味で、刑訴法の右規定は、憲法の保障に由来するものであるといふことができる。」（傍点辻本；以下特に記載のない限り同様）と判示し、直接であるか間接であるかはおくとして、接見交通権が憲法上の保障を受けるべき重要な権利であるということを確認している。このような被

疑者・被告人と弁護人との接見交通権は、被疑者・被告人が弁護人の援助を受けうるための「刑事手続上最も重要な基本的権利に属するもの」であり、かつ、弁護人にとっても「その固有権の最も重要なものの一つ」<sup>(4)</sup>として、刑事手続における被疑者・被告人の主体的地位の尊重という観点からも最大限保障されるべきもの、すなわち「手続的基本権」と位置づけられるものである。

なお、弁護人との接見交通権は、自明であるが、「身体の拘束を受けている被告人又は被疑者」だけでなく、全ての被疑者・被告人に保障されるべきものである。この点について、福岡高判平成5年11月16日判時1480号82頁は、弁護人が任意同行取調中の被疑者との面会を求めたところ対応した警察官がこれを拒否した措置について接見交通権を不当に侵害するものであるとして国賠請求が提起された事件であるが、被告側の「任意同行中の被疑者に対する弁護人ないし弁護人となろうとする者の面会権については、憲法及び刑訴法に何らの規定もなく、また、任意同行中の被疑者は身柄の拘束を受けていないから何時でも取調を拒否して退出することにより弁護人の援助を受けるための手段を自ら取ることができるから、弁護人に面会権を認める必要もなく、かかる権利は現行法上認められていない。」との主張に対し、「被疑者の弁護人又は弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者（以下「弁護人等」という。）は、当然のことながら、その弁護活動の一環として、何時でも自由に被疑者に面会することができる。その理は、被疑者が任意同行に引き続いて捜査機関から取調べを受けている場合においても、基本的に変わるところはない」と判示して、被疑者が身柄を拘束されていない場合でも弁護人との接見交

---

(4) 最判昭和53年7月10日民集32巻5号820頁、福岡高判昭和63年4月12日判時1288号89頁、大阪地判平成16年3月9日判時1858号79頁。

通権が保障されるべきであるとの見解を示した上で、さらに、被疑者が取調中である場合、「弁護士等は、任意取調べ中の被疑者と直接連絡を取ることができないから、取調べに当たる捜査機関としては、弁護士等から右被疑者に対する面会の申出があった場合には、弁護士等と面会時間の調整が整うなど特段の事情がない限り、取調べを中断して、その旨を被疑者に伝え、被疑者が面会を希望するときは、その実現のための措置を執るべきである。」と判示して、単に取調中であるとの理由で弁護人の接見申出を拒否した警察の措置を違法であると結論づけた。このような結論について、本件被国と同様、法的根拠の欠如を理由に反対する見解も見られるが<sup>(5)</sup>、本件原審（福岡地判平成3年12月13日判時1417号45頁）が「憲法34条前段は、何人も直ちに弁護人に依頼する権利を与えられなければ、抑留・拘禁されることがない旨規定し、身柄拘束されている被疑者に弁護人依頼権を保障している。刑訴法30条1項は、右憲法の趣旨をさらに進めて、被疑者一般に対しても弁護人依頼権の保障を拡張している。これらの規定による弁護人依頼権の保障は、単に形式的に弁護人に依頼する権利を与えるのみならず、弁護人による実質的な弁護を受ける権利をも保障しているものと解される。……以上の理は、被疑者が身柄拘束中であると否とで変わりはないものと言うべきである。刑訴法39条1項は、身柄拘束中の被疑者に対してのみ、弁護士等のいわゆる接見交通権を定めているが、これは前記のような面会・打合せの自由が弁護権の内容をなすことを前提とした上で、身柄拘束中の被疑者は逮捕・勾留の効果により外界から遮断されることから、特に接見交通権という形で想定を置いたものと解される。」と判示しているように、身柄を拘束されていない被疑者に関しても、刑訴法30条1

---

(5) 角田正紀「判評」研修524号15,19頁（1992年）。但し、角田は、身柄不拘束の被疑者・被告人の弁護士等にも接見交通権に準じた利益を認めるべきであると述べ、結論において異なる。

項から直接的に、また憲法34条前段および刑訴法39条1項の趣旨から間接的に、弁護人との接見交通権は法的に保障されているというべきである。

### 三 接見指定制度の問題点

#### 1. 接見指定制度の合憲性

(1) 前記のとおり、被疑者・被告人と弁護人との接見交通権は、被疑者・被告人の防御にとって重要な手続的基本権であり、「憲法（34条前段）の保障に由来するもの」として位置づけられるべきものであるが、他方で、わが国の刑訴法は、39条3項においてこの権利を制限する規定、すなわちいわゆる「接見指定制度」を定めている。この規定は、「捜査のため必要があるときは、公訴の提起前に限り、第1項の接見又は授受に関し、その日時、場所及び時間を指定することができる。」というものであるが、憲法上根拠を持つ接見交通権を制限する規定であるため、その憲法適合性が問われなければならない。

この点について、弁護士実務家を中心に、接見指定制度は憲法違反であるとの主張が提起されている。かつては、接見指定制度の合憲性の検討に際して、「違憲論にしろ、合憲論にしろ、その論理の貧困さは否めない」との分析も見られたが<sup>(6)</sup>、近時は、この批判に応えるべく、詳細な論理を展開する見解も見られる。例えば、高野隆<sup>(7)</sup>は、「捜査官が弁護人の弁護活動を制約するというのは、憲法が保障する弁護権という概念そのものと矛盾する。……身体を拘束された被疑者の弁護人の役割は、黙秘権をはじ

---

(6) 若松芳也『接見交通権の研究』166頁（1987年、日本評論社）。

(7) 高野隆「刑事訴訟法三九条三項の違憲性—憲法は被拘禁者の弁護権として何を保障しているか」柳沼・若松編著『接見交通権の現代的課題』15,30頁（1992年、日本評論社）。

めとする被疑者の諸権利の保障を実質的に確保し、捜査官の違法行為を防止し、被疑者の防禦権に実体を与えることにある。この目的に奉仕する弁護人の諸活動は、捜査官の捜査活動を制約するものとして憲法上保障されているのである。弁護権は、国家が個人を刑事訴追するに際して遵守しなければならない憲法上の制約なのである。この弁護権を『捜査の必要』によって制限することを認めるのは、明らかな論理的矛盾である。」(傍点原文どおり)と述べ、また、村岡啓一<sup>(8)</sup>は、「憲法下における国家刑罰権は個人と個人の利益の衝突を調整する原理に他ならず、憲法34条の権利保障は、人身の自由を手続的に保障するため自由に伴う内在的制約を憲法自身が具体化したものであるから、改めて、国家刑罰権という公共の福祉によって制約を受けることはないのである。……[すなわち、]憲法34条がすでに捜査権を制約する手続的保障として憲法レベルでの比較衡量を終えており、接見交通権をつねに捜査権よりも優先するものとして位置づけた」ものと理解すべきであると述べ、それぞれ、接見交通権の捜査権に対する絶対的優位という関係から接見指定制度が憲法違反であることを主張している。また、丹治初彦<sup>(9)</sup>は、従来の議論は接見交通権をいわば「実体的請求権」として位置づけてきた点に問題があると分析した上で、むしろ、接見交通権を「手続的請求権」に属するものと位置づけた上で、「それが憲法上の権利である以上、立法上、国政上、最大の尊重を必要とし、被疑者の防禦権を形骸化するような規制を弁護活動に加えることは、もとより違憲となる。〔原文改行〕さらに手続的請求権と解することによって、捜査権の行使との調整を求める『公共の福祉』や『内在的制約』との衝突は問題とならないともいえる。」と述べ、権利の性質からこれを制限する接見

---

(8) 村岡啓一「第34条」憲法的刑事手続研究会『憲法的刑事手続』289頁(1997年、日本評論社)。

(9) 丹治初彦『「捜査弁護」覚書』92頁(2005年、現代人文社)。



指定制度が憲法違反であるとの結論を導いている。

また、研究者の中にも、接見指定制度を憲法違反であると断言する見解が見られる。その代表的論者である高田昭正<sup>(10)</sup>は、以下のように多角的な観点から、この問題を検討する。すなわち、接見交通権は、被疑者自身の「捜査上の主体的防禦活動のための基本的前提・基本的条件の一つ〔であり、〕身体拘束下にある被疑者にとって、接見交通権の保障なしには全ての防禦活動が著しく困難になり、無意味にもなる。『無意味になる』というのは、被疑者との接見交通なしに弁護人が行った弁護活動は、……被疑者の主体的地位と権利を侵害するものになってしまう。それは、弁護人自身が被疑者をたんなる『弁護の客体』としてしまうことを意味する。」との理解を前提に、この権利を制限する接見指定制度は、①(i)即時接見が可能であるのにこれを保障しない、あるいは本来の留置場所で即時に接見できるよう措置すべきなのにこれを保障しないといった形で、権利侵害の实质をもつ処分として解釈運用されてきた、(ii)接見指定処分は権利侵害の实质をもつ以上、その処分主体は本来は裁判官でなければならなかったはずであるのに、捜査機関が権限主体とされた、(iii)接見指定理由について「捜査のため〔の〕必要」という抽象的文言が使用されたため、捜査機関の裁量的判断を認める余地を与えるといった問題をもつことから、憲法34条の趣旨に違反する、②捜査活動の本質は公判準備にあり、いわばその「予備的手続」段階でも「刑事被告人」として保障されるべき「弁護人の実質的な援助を受ける権利」を侵害するものであるから、憲法37条に違反する、③被疑者取調を理由に接見指定を認めるという場合、黙秘権侵害の实质を持つものとして、憲法38条に違反する、さらに、④被疑者の、捜査

---

(10) 高田昭正『被疑者の自己決定権と弁護』132頁（2003年、現代人文社：初出「接見指定制度の問題性と違憲性—物理的不能説から違憲説へ」自正50巻2号120頁（1999年））。

手続で主体的に防御し、刑事手続の遂行処理過程に主体的に関与すべき法的地位と権利を侵害するものであることから、個人の尊厳を保障する憲法13条にも違反する、と結論付けている。また、梅田豊<sup>(11)</sup>は、「捜査のため必要」という要件は、極めて漠然としたものであり、「このような漠然とした概念で憲法上の権利を制限することを認める立法は、それ自体で合憲性に疑問がある」と述べ、同じく接見指定制度が憲法違反であることを主張する。さらに、渡辺修<sup>(12)</sup>は、刑罰権および捜査権は憲法上明文で保障された市民の権利を制約する根拠とはならないとの理解を前提に、接見指定制度は、これが強制処分であるとする、憲法34条、38条のみならず、憲法31条の強制処分法定主義、適正手続に違反する可能性があるとした上で、刑訴法39条3項が予定する接見指定は「任意処分」、すなわち指定自体に法的拘束力はなく、被疑者と弁護人に「協力を求める処分」として解釈することによってのみ憲法に適合するものとなると主張する。

(2) これに対し、最高裁裁判例では、従来、「捜査機関のする右の接見等の日時等の指定は、あくまで必要やむをえない例外的措置」であるとされつつ、その前提として「弁護人等と被疑者との接見交通権と捜査の必要との調整」を所与のものと理解し、接見指定制度の合憲性を詳細に検討されることはなかった<sup>(13)</sup>。また、合憲性を判断した下級審裁判例でも、原告側から主張される接見指定制度は違憲・違法であるとの主張は、一様に排除されている。例えば、浦和地判平成4年3月23日判時1440号116頁は、

---

(11) 梅田豊「被疑者の権利としての接見交通権についての覚書」『転換期の刑事法学—井戸田先生古稀祝賀論文集』235,246頁(1999年,現代人文社)。

(12) 渡辺修「接見交通の到達点と実効的保障の展望」刑弁26号25,30頁(2001年),上口ほか『刑事訴訟法・第4版』[渡辺修]78頁(2006年,有斐閣)。

(13) 最判昭和53年7月10日民集32巻5号820頁,最判平成3年5月10日民集45巻5号919頁,最判平成3年5月31日判時1390号33頁。

「憲法34条前段は、身柄を拘束された被疑者（及び被告人）の弁護人依頼権を保障しており、この被疑者と弁護人等の接見交通権が、憲法上の保障に由来する極めて重要な権利であることは前述のとおりである。〔原文改行〕しかし、このことから、接見交通権が全く無制約のものであることが当然に導かれるものではない。憲法は他方で、31条ないし40条で被疑者等の権利を規定していることの当然の前提として、社会秩序維持のための国家の刑罰権と刑罰権行使のための捜査権を認めていることが明らかである。そして、接見交通権と捜査権とは、ともに極めて重要な権利であって、一方が他方に対して当然に優越するものではないと言うべきである。〔原文改行〕ところで、弁護人依頼行為そのものとは異なり、接見は一定の時間的幅を要するものであり、ここから接見交通権と捜査権との時間的調整の問題が生ずることとなる。このように時間的調整の必要が生じた場合に、相対立し、しかもともに極めて重要な権利であって、一方のみを重視し、他方を軽視することのできない二つの権利をどのように調整するかは、右憲法の規定から一義的に定まるものではなく、従って、捜査機関の捜査権との調整のため、接見交通権につき、やむを得ない必要最小限度の制限を設定することも憲法上許容されると解される。」と判示し、接見交通権は絶対的に保障されるものではなく、一定の制限に服するとの見解を示したのを初めとして、それ以後も、現行法が定める接見指定制度は接見交通権と国家の刑罰権およびそのための捜査権との合理的調整として妥当であるとする見解が示されてきた<sup>(14)</sup>。

このような状況において、最高裁は、最大判平成11年3月24日民集53巻

---

(14) 大阪地判平成4年11月9日判時1470号106頁，仙台高判平成5年4月14日判時1463号70頁，札幌高判平成5年5月19日判時1462号107頁，東京地判平成5年12月7日判時1505号91頁，東京高判平成6年10月26日判時1519号91頁，福岡高判平成6年2月21日判夕874号147頁。

3号514頁において、接見指定処分の違法性を主張する国賠請求事件が改めて最高裁に係属した機会に、接見指定制度の合憲性という問題に正面から取り組み、この点をいわば抽象的一般的に判断するべくいわゆる「論点回付」によって大法廷審理を開き、「憲法は、刑罰権の発動ないし刑罰権発動のための捜査権の行使が国家の権能であることを当然の前提とするものであるから、被疑者と弁護士等との接見交通権が憲法の保障に由来するからといって、これが刑罰権ないし捜査権に絶対的に優先するような性質のものということとはできない。そして、捜査権を行使するためには、身体を拘束して被疑者を取り調べる必要が生ずることもあるが、憲法はこのような取調べを否定するものではないから、接見交通権の行使と捜査権の行使との間に合理的な調整を図らなければならない。憲法34条は、身体の拘束を受けている被疑者に対して弁護士から援助を受ける機会を持つことを保障するという趣旨が実質的に損なわれない限りにおいて、法律に右の調整の規定を設けることを否定するものではないというべきである。」と判示し、接見交通権は絶対的に保障されるべき性質のものではなく、刑罰権ないし捜査権といった公的利益からの制限を受けうるものであるとの見解を示した。

もっとも、最高裁大法廷は、さらに続けて、「刑訴法39条の立法趣旨、内容に照らすと、捜査機関は、弁護士等から被疑者との接見等の申出があったときは、原則としていつでも接見等の機会を与えなければならないのであり、同条3項本文にいう『捜査のため必要があるとき』とは、右接見等を認めると取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に限られ、右要件が具備され、接見等の日時等の指定をする場合には、捜査機関は、弁護士等と協議してできる限り速やかな接見等のための日時等を指定し、被疑者が弁護士等と防御の準備をすることができるような措置を採らなければならないものと解すべきである。そして、弁護士等から接見等の申出

を受けた時に、捜査機関が現に被疑者を取調べ中である場合や実況見分、検証等に立ち合わせている場合、また、間近い時に右取調べ等をする確実な予定があって、弁護士等の申出に沿った接見等を認めたのでは、右取調べ等が予定どおり開始できなくなるおそれがある場合などは、原則として右にいう取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に当たると解すべきである。」と判示し、接見指定の要件である「捜査のため必要があるとき」という規定はいわば合憲的に限定解釈されるべきことを判示した。その上で、「被疑者の取調べ等の捜査の必要と接見交通権の行使との調整を図る必要があるところ、(1)刑訴法39条3項本文の予定している接見等の制限は、弁護士等からされた接見等の申出を全面的に拒むことを許すものではなく、単に接見等の日時を弁護士等の申出とは別の日時とするか、接見等の時間を申出より短縮させることができるものにすぎず、同項が接見交通権を制約する程度は低いというべきである。また、前記のとおり、(2)捜査機関において接見等の指定ができるのは、弁護士等から接見等の申出を受けた時に現に捜査機関において被疑者を取調べ中である場合などのように、接見等を認めると取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に限られ、しかも、(3)右要件を具備する場合には、捜査機関は、弁護士等と協議してできる限り速やかな接見等のための日時等を指定し、被疑者が弁護士等と防御の準備をすることができるような措置を採らなければならないのである。このような点からみれば、刑訴法39条3項本文の規定は、憲法34条前段の弁護士依頼権の保障の趣旨を実質的に損なうものではないというべきである。〔原文改行〕なお、刑訴法39条3項本文が被疑者側と対立する関係にある捜査機関に接見等の指定の権限を付与している点も、刑訴法430条1項及び2項が、捜査機関のした39条3項の処分不服がある者は、裁判所にその処分の取消し又は変更を請求することができる旨を定め、捜査機関のする接見等の制限に対し、簡易迅速な司法審査の

道を開いていることを考慮すると、そのことによって39条3項本文が違憲であるということとはできない。」と分析し、現行法下での接見指定制度は接見交通権との合理的調整として憲法が許容する範囲にあるとして、合憲であると結論付けた。

(3) このようにして、最高裁大法廷において接見指定制度の憲法適合性について明確な判断が示されたことから、今後、裁判実務においては、この見解が所与の前提とされることになるであろう。もちろん、大法廷判決自体、右判示部分および他の憲法規定との関係に関する判示部分、すなわち、憲法37条3項は「被告人」の権利であって「被疑者」の権利ではない、また取調の必要を理由とする接見指定を認めることがいわゆる取調受忍義務を肯定するものであるとしても、憲法38条1項の保障する黙秘権を実質的に侵害するものではないとする点は、依然として検討の余地を残すものである。この点の検討は改めて行うこととして、本稿では、従来の問題点の整理および実務の将来を展望するという観点から、右大法廷判決において合憲性を基礎付ける要素として挙げられた要素を考慮しつつ、個別の問題点を検討することとする。

## 2. 指定方式（一般的指定と具体的指定）

### (1) 一般的指定方式

(i) まず、接見指定の方式についてみると、かつては、いわゆる「一般的指定方式」という方法が採られていた。この方式は、検察官または検察事務官が具体的事件についてあらかじめ「捜査のため必要があるので、右の者（被疑者）と弁護士又は弁護士を選任することができる者の依頼により弁護士となろうとする者との接見又は書類若しくは物の授受に関し、その日時、場所、及び時間を別に発すべき指定書のとおり指定する」という

内容の「接見等に関する指定書」（いわゆる「一般的指定書」）を作成し、その謄本を被疑者およびその弁護人と被疑者の在監する監獄〔刑事施設〕の長に交付しておき、弁護人から接見の申出があったときに指定の日時および時間、指定の場所を記載した「指定書」（いわゆる「具体的指定書」）を弁護人に交付し、接見させるという方式である。接見指定に関するこのような方式は、刑訴法上明示されているものではないが、法務大臣訓令事件事務規程（旧）28条において「検察官又は検察事務官が、刑訴第39条3項の接見等の指定を書面によってするときは、接見等に関する指定書（様式48号）を作成し、その謄本を被疑者及び被疑者の在官する監獄の長に交付し、指定書（様式49号）を同条1項に規定する者に交付する」と規定され、これを法的根拠として運用されていた。また、司法警察員が右書面を発行する場合もあり、その内容は検察官の場合と同様であった（司法警察職員捜査書類基本書式例で規定されていた）<sup>(15)</sup>。

確かに、接見指定のこのような運用（いわゆる「面会切符制」<sup>(16)</sup>）は、弁護人の来訪如何にかかわらず全事件について具体的接見を指定しておくことはおよそ不可能であり、他方で何もしなければ刑事施設責任者としては自由に接見を認めなければならないこととなり、およそ接見指定制度がほとんど機能しないこととなることから、捜査機関の側からすれば、具体的指定権の行使を円滑かつ確実にするものとして便宜な方式であるといえる。また、留置業務上も、無用の混乱を避けるとともに、およそ全ての事件について弁護人の面会申出に際し指定権者に取り次がなければならない

---

(15) 若松・前掲注(6)『接見交通権の研究』15頁。

(16) 毛利与一「奇形の定着——新刑訴の四半世紀——」自正24巻2号2,6頁(1973年)は、「面会切符制は秘密交通権を葬り去るためのそれなりの知恵である。指定権の乱用は当該検察官の力だけでやって行けるものではない。集団的な支えが必要である。その支えが切符制である。」と述べ、「刑訴骨抜き典例として珍重すべき資料である。」と批判する。

とするとその数は膨大なものとなることから、適切な業務遂行という観点からも便宜な方法といえよう。しかし、被疑者および弁護人の側からすると、一般的指定書が発せられている事件については、指定権者の発する具体的指定書を持参しない限り接見を拒否されることとなるから、接見交通は一般的に禁止、個別的にのみ解除という効果が生じることになる。それゆえ、当時、このような状況は、前記のとおり接見交通権は手続的基本権として憲法上の保護を受けるものとして最大限尊重されるべきものであり、本来は接見交通が原則であってその指定は例外的なものとするべき関係を逆転させるものである、このような運用は「捜査のため必要があるとき」の要件を捜査機関の便宜において広く解釈することを前提とするものであり、接見交通と捜査の必要との具体的衝突が生じていない段階において前者に制限を加えるものというものである、との批判が加えられていた<sup>(17)</sup>。そこで、このような一般的指定方式は、これに反対する見解が述べるように、接見交通と接見指定の関係を法が本来予定するものとは逆転させるような法的効果を持つものであるのか、具体的手続においてそのような文書が発せられた場合これを「処分」として不服申立（刑訴430条）することが可能となるのか、という点が問題となっていた。

(ii) この問題について、下級審裁判例では、当初、処分性を否定する見解が相次いで示されていた。例えば、岐阜地決昭和38年6月1日下刑集5巻5=6号635頁は、「一般的な接見等に関する指定書及び拘置所長に対する指示の性質について考えると、これは刑事訴訟法第39条第3項に規定する接見の指定処分そのものではなく右指示は検察官において右指定処分を

---

(17) 下村幸雄「被疑者の接見交通権の制限」『司法研修所十五周年記念論文集下巻』353,360頁（1963年）、佐伯千仞「消えてゆく秘密交通権／接見指定の問題」佐伯編著『生きている刑事訴訟法』19,25頁（1965年、日本評論社）、田宮裕『捜査の構造』408頁（1971年、有斐閣：初出「接見交通の指定をめぐって」判タ210号2頁（1967年））。



相当とする被疑事件につき、弁護人より被疑者を現に拘置している拘置所長に対し被疑者との接見申入があった際、右指定処分を遅滞なく適正に行うために、予め右拘置所長に対し、該被疑事件は指定処分相当の事件であるから、右接見申入があった際は接見に先立って直ちに検察官に対し右接見申入があったことを連絡すると共に、該弁護人に対し、該被疑事件については検察官において接見の日時、場所の指定をなす意向である旨表明することを依頼したにとどまるものと解すべく、右一般的な接見等に関する指定書は右拘置所長が弁護人に右依頼事項を表明するための参考として呈示するに過ぎない証拠書類に過ぎないものと解すべきである。蓋し刑事訴訟法第39条第3項に規定する指定処分は接見を求める弁護人又は弁護人となろうとする者に対する処分行為であるのに対し、右指示は拘置所長に対する前記依頼を内容とする意思表示であって、右弁護人らに対する指定処分とは全く趣を異にすることは明らかであり、右一般的指示書はその内容において何ら具体的に接見等の日時、場所を指定したものではなく、それは別に発する指定書に委ねられていることからみても、これが刑事訴訟法第39条第3項にいう指定処分と異なることは明らかである。」と判示し、このような一般的指定方式は接見交通権を侵害する違法の措置とはいえないと結論付けた（京都地決昭和33年2月21日第一審刑事裁判例集1巻2号327頁など同旨）。もっとも、本決定に対しては、青木英五郎・下村幸雄<sup>(18)</sup>より、「一般的指定書のもつ接見禁止処分としての本質（僧衣の下の鎧）が全く看過されてしまっている……弁護人に対して接見を指定した処分そのものではないからという形式的な理屈によって、検察官が一般的『指定書』によって弁護人の接見を差し止め、被疑者との接見が拒否されているという事実を否定するわけには行かない。……検察官は、一般的『指定書』

---

(18) 青木英五郎・下村幸雄・判評63号48,49頁（1963年）。

の発布〔付〕によって、法が裁判官にさえ禁じている被疑者と弁護人との接見禁止という強制処分を行っているのである（具体的指定書は実はその禁止を10日に1回15分間だけ解除するのである。）」（傍点原文）との批判が向けられている。

(iii) しかし、昭和40年代に入ると、下級審裁判例において大きな対立が生じることになる。その嚆矢となったのが、鳥取地決昭和42年3月7日下刑集9巻3号375頁である。鳥取地裁は、「一般的指定がなされると、實際上、具体的指定がない限り、弁護人は被疑者との接見交通を一般的に禁止され、具体的指定によって右一般禁止を解かれてその範囲内で接見交通をなし得るに至るというように運用されているのが実情である。もっとも右実情に着目しつつも、一般的指定そのものだけにとどまらずこれと具体的な接見日時等の指定の拒否または引延しとを併せてこれら一体をもって接見禁止ないし拒否処分があったものとみてこれを不服申立の対象と見る考え方もあり得よう。しかしながら、むしろ、具体的指定のない限り一般的指定自体が法39条3項の指定権にもとづいて発せられた処分ということができるのであって、具体的指定の拒否または引延しをまつまでもなく、一般的指定自体を不服申立の対象とすることができないわけではない。」として一般的指定の処分性、つまり被疑者と弁護人に対する法的効果の発生を肯定した上で、さらに、「つぎにこのような一般的指定によって弁護人と被疑者との交通権を一般的に禁止することは、法第81条、第39条の趣旨に徴し許されないものと解する。むしろ、具体的指定による内容が被疑者の防御準備の途を制限することになるような場合に比し、かかる一般的指定による方が被疑者の防御の準備の途を封ずることとなって（もっとも具体的指定によってこれが解除されることになる場合もあろうが、そのことは別として）、その救済の必要の度合もより一層強いものといわなければならない。」と判示し、一般的指定処分の違法性を肯定したのである（準

抗告を認容し、一般的指定処分を取り消した)。

このように、一般的指定の処分性を肯定し、違法であると判断する見解は、その後下級審裁判例で多数を占めるようになる。それらにおいては、以下に見るように様々な観点から検討が加えられている。例えば、富山地高岡支決昭和43年6月1日判時521号90頁は、「一般的に接見交通を制限し、接見交通できる日時を例外的に許可するようなことは、前記刑事訴訟法の法意に照らし、原則と例外を逆にするもの」と判示し、また、東京地決昭和43年7月4日判時529号82頁は、「接見等が本来自由であることを原則とした同条の趣旨に反し、同条3項の認める検察官らの権限を逸脱したものである」と判示し、接見交通権の原則保障という観点から一般的指定の違法性を基礎付けている。また、東京地決昭和43年7月4日判時529号83頁は、「『別に発すべき指定書のとおり』指定するというのでは、文言上は、何の指定もないのと同断であり、しかもそれが前述のような効果をもつ点において、何らかの指定とみられるとしても、同条但書にいう『被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限するようなもの』であるとの非難を免かれ難いことになる」と判示し、東京地決昭和43年7月4日判時529号84頁は、刑訴法39条3項による接見交通に対する制限が行われるとしても、「右にいわゆる『捜査のため必要があるとき』、とは、被疑者と弁護人等と接見交通が権利として認められた現行刑訴法の趣旨にかんがみ、捜査官が被疑者の取調べ中とか、その取調べのために被疑者が呼出を受けて出頭しようとしているとか、或は被疑者が実況見分に立会っているとかという場合をいうのであって、その他の捜査官の単なる捜査上の都合、便宜の点から右捜査の必要の有無を判断すべきではないと解すべきであるのみならず、右指定にあたっては、被疑者の防禦の準備をする権利を不当に制限してはならないのであるから、本件接見等に関する指定の如く、別に検察官の具体的指定のない限り、概括的、一般的に被疑者と弁護人等との接見交通を

禁止することになる指定は、違法なものといわなければならない。」と判示し、被疑者の防御準備権への不当な制限にあたるという観点からも、一般的指定処分の違法性を基礎付けている。さらに、東京地決昭和43年7月5日判時529号85頁は、「典型的にみて弁護権の行使を不当に制限することになるおそれがある」、東京地決昭和43年7月22日判時529号87頁は、「一般的制限の指定は、よほどの事情が肯認されない限り、……弁護人の秘密接見交通権を不当に侵害した違法な措置〔である〕」と判示し、一般的指定処分が典型的に不当な接見交通権侵害を導くものであることを理由にその（原則的）違法性を基礎付けている。さらに、東京地決昭和43年8月5日判時529号89頁は、「指定書の交付をうけた警察署の長およびその命をうけた職員は、弁護人から接見等について具体的な日時等を指定した指定書の提示がない限り、右の指定がなされていることを理由として、弁護人の接見交通を拒否している実情であるから、右の指定書は、弁護人が本来自由になしうる筈の接見交通を事実上、一般的に禁止する結果を招来していることが明らかである〔る〕」、東京地決昭和43年8月5日判時529号89頁は、「本件のような指定は、前記のとおり、すでに被疑者と弁護人に対し、事実上その接見等を規制する効果を生じているものである」、東京地決昭和47年5月24日判タ283号251頁は、「一般的指定処分によって接見を妨げられている者は、同法39条3項の処分に準じ、その事実上の拘束力を排除する為、同処分の取消を請求することができる」と判示して、一般的指定処分の法的効果を否定し（または疑問を提起し）つつ、それによって生じる事実上の効果に着目して処分性を基礎付けている<sup>(19)</sup>。これらの裁判例をま

(19) 昭和40年代に一般的指定処分を違法であるとした裁判例として、本文掲記以外に以下のものがある：高知地決昭和43年1月26日判タ218号96頁，東京地決昭和43年7月4日判時529号86頁，東京地決昭和43年7月29日判時529号87頁，東京地決昭和43年7月30日判時529号88頁，東京地決昭和43年8月3日判時529号89頁，広島地福山支決昭和44年3月4日刑月1巻3号335頁，松江地決昭和

とめると、一般的指定処分は、その効果が法的なものであるか事実的なものであるかはおくとしても、それによって本来原則であるべき接見交通権と接見指定の関係を逆転させるものである、このような効果は法が本来捜査機関に対して認めた権限を逸脱して発生させられるものであり、このことによって被疑者の防御準備権が不当に制限されるものであるから、およそ類型的に違法な処分と評価される、ということになる。

しかし、下級審裁判例では、なおも、前記のように一般的指定の処分性を肯定しこれを違法であると評価する見解に反対する見解も少なからず見られた。例えば、東京地決昭和43年7月5日判時529号85頁は、「一般的指定なるものは、右事務規程に定めるのみで、他に法的根拠はなく、訴訟法上なんらの効果を持つものでもな〔く、〕事実上の効果があるにすぎない。……それは、なんら同条項に規定する指定の実質を持たず、単なる事務連絡的な事実行為に過ぎない」と判示し、一般的指定は被疑者および弁護人に対する権利制限の効果を持たない、いわば捜査機関と留置担当者との内部的連絡行為であるとの理由で処分性を否定した<sup>20)</sup>。また、神戸地決昭和46年7月6日判時639号112頁は、「弁護人において検察庁に出向いてこれが交付をうける手数を要することは事実であろうけれども特段の事情がない限りかかる手数は通常 of 弁護活動に伴う当然の負担として甘受すべく、いふなれば個別的指定書の受領の如きは事務手続レベルに於ける負担にす

---

↘44年6月18日刑月1巻6号718頁，福岡地決昭和44年6月25日刑月1巻6号722頁，東京地決昭和45年4月17日判時595号102頁，名古屋地決昭和45年6月29日判時615号103頁，札幌地決昭和46年4月19日刑月3巻4号615頁，岡山地決昭和46年7月1日刑月3巻7号1039頁，京都地決昭和47年7月7日判タ288号388頁，福岡地決昭和47年11月20日判タ289号326頁，高知地決昭和47年12月15日判タ289号327頁，函館地決昭和48年4月19日刑月5巻4号870頁。

(20) 同旨の裁判例として、東京地決昭和43年7月8日判時529号86頁，東京地決昭和43年8月2日判時529号88頁，広島地決昭和47年2月26日判時668号98頁がある。

ぎ [ない]」と判示し、一般的指定による一定の負担の発生は当然に受忍されるべき軽微なものに過ぎないとの理由で、処分性を否定することを基礎付けた。他方、静岡地決昭和43年3月12日判時512号73頁は、一般的指定の処分性を肯定しつつ、「しかしながら一般的指定は、刑訴法第39条、第81条の解釈上、全く許されないものではなく、当該捜査事件の性質上、捜査の当初段階から弁護人と被疑者との接見等を許可すれば明らかに罪証をいん滅すると疑うに足りるような特殊の事情が認められれば、接見等の指定に関し、捜査機関としてはより慎重を期する意味において一般的指定を発することが許される場合がある」と判示し、一般的指定の処分性を肯定した上で、なおも適法である可能性を指摘している（もっとも、具体的事例において、処分は違法とまではいえないとしても、被疑者の防御準備権との関係において妥当な措置とはいえないとして、準抗告を認容し、処分を取り消している）。

(iv) その後、昭和50年代以降も、しばしば一般的指定の適法性が争われ、下級審裁判例において依然議論の対立が見られた。例えば、富山地判昭和54年9月28日判時958号99頁（浅井事件一審）、神戸地決昭和56年7月31日判時1019号143頁、秋田地決昭和58年8月12日判タ527号161頁では、一般的指定は接見交通権の原則的保障に反するとの理由で違法と判断され、従来から下級審裁判例において多数を占めてきた見解が引き継がれた。他方、処分性否定説からも、例えば東京地決昭和58年10月5日判タ527号162頁など、一般的指定書は単なる事務連絡用の書面であるとの理由で基礎付ける見解が見られる。

もっとも、この頃から、下級審裁判例において、単に処分性の当否だけを検討するというのではなく、一般的指定書によって生じる状況を個別具体的に検討する傾向が見られるようになった。例えば、神戸地判昭和50年5月30日判時789号74頁は、結論において処分の違法性を認めたが、その

過程において「捜査の必要と接見の必要とが矛盾抵触することにより双方に生じる不利益を事前に防止するため、捜査官は、取調等の必要があると判断したときは、弁護人や被疑者との間であらかじめ接見と取調等の双方の日時、時間等を調節するための協議をすることは双方にとり有利かつ合理的である。したがって、このような目的の実現のため必要な限度において、捜査官は接見等に関する措置をすることが許され、いわゆる一般的指定もこのようなものとしてならば是認できるであろう（即ち、……当裁判所が許容する一般的指定とは、通常言われているそれとは著しく性格を異にし、捜査官の弁護人等に対する提案程度のものにすぎない。）」と判示し、一般的指定書が発せられた後の捜査機関の具体的行為に着目して結論を導いている。

## (2) 通知書方式

(i) その後、裁判例において、より実質的に被疑者および弁護人に対する不利益が検討されるようになった。その理由として、従来の一般的指定方式、すなわち事件事務規程28条の様式48で定められていた、刑事施設の長だけでなく被疑者本人もその名宛人として書面を発出するという方式についてその処分性を肯定する（さらに違法であると判断する）裁判例が続出したことから、捜査実務において、右規定にもかかわらず、被疑者本人には書面を発付せず、具体的事件ごとに刑事施設の長のみ宛てて、或いは一般的に都道府県警察本部に宛てて（例えば、接見禁止決定が下された事件を対象とするなど）書面を発付するという方式（本稿ではこれを一般的指定方式とは区別する意味で「通知書方式」と呼ぶことにする）に改められるようになったことが挙げられる。通知書方式は、一般的指定の法的根拠とされてきた事件事務規程28条が1987年12月に改正され、様式48号が廃止されたことに応じて、従来の一般的指定書を改め、もっぱら刑事施設

の長に宛てて個別事件ごとに「被疑者と弁護人又は弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者との接見又は書類若しくは物の授受に関し、捜査のため必要があるときは、その日時、場所及び時間を指定することがあるので通知する。」という内容の書面を交付するという形で運用され、現在まで続いている。

このような通知書方式の適法性について、下級審裁判例では、当該通知書の発出自体について処分性を否定する見解が相次いで示された。例えば、東京地決昭和55年2月27日判時1019号140頁は、「本件指定書は、……一種の事務連絡用の書面と解することができる、これ自体によっては訴訟法上何の効果も発生していないと言うべきである」（京都地決昭和56年3月12日判時1019号142頁も同旨）、京都地判昭和59年5月11日判タ532号199頁（若松事件第一審）は、「本件一般的指定書は……代用監獄の長に対し交付した内部的な事務連絡文書と解せられる。」と判示し、それぞれ当該通知書は外部的効力を持たない「内部的な事務連絡文書」に過ぎないとの理由で処分性を否定する結論を基礎付けている。他方、福島地郡山支決昭和62年12月10日判タ665号235頁（安藤・斎藤事件準抗告審）は、従来の一般的指定処分に対する見解に従って、接見交通を一般的に拒否するものであるとして、違法であると判断している。

もっとも、このような通知書が発せられること自体の処分性を否定したとしても、これによって留置担当者が指定権者に問い合わせを行う間弁護人は待機させられることになる、つまり直ちに接見が実現されないという意味では、一般的指定方式と同様に、接見交通権の原則性を脅かすものではないかが問題となる。この点について、前出東京地決昭和55年は、「監獄の長としては本件指定書が発せられている以上、検察官に対し、刑事訴訟法39条3項所定の指定をするか否かを問合せることになるが、右に必要な時間は、それが合理的な範囲内である限り、いわば事務処理のための所



要時間であって、その間待たされたからといって直ちに弁護人と被疑者との接見を拒否したとみることはできないと解される。」と判示し、留置担当者による通常の接見業務に含まれるべき時間内においては、いわば接見交通権に内在するものであるとの理由から、通知書方式の適法性を基礎付けている（前出京都地決昭和56年、札幌地判昭和63年6月23日判時1283号32頁も同旨）。このような見解を前提にすると、「合理的な範囲」とはいかなるものであるかが問題となるが、例えば前出京都地判昭和59年は、「検察官は、このような一般的指定書が出されている場合〔、〕……接見の申出に対しては直ちにこれに認めるべき情況にあ〔る〕……場合には直ちに接見させるよう予め包括的に指示しておくか、代用監獄の担当者に対して直ちに連絡させ短時間内に接見させるような態勢に置く等常に弁護人の接見交通権を実質的に侵害することのないような措置を講じておかない限り検察官による一般的指定書は違法なもの」と判示し、弁護人を約28分間待機させたことについて右判示のような適切な措置が怠られたと結論付けた。

この問題について、最高裁は、最判平成3年5月31日判時1390号33頁（若松事件上告審）において初めて検討し、「弁護人等から接見等の申出を受けた者が接見等の日時等の指定につき権限のある捜査官（以下「権限のある捜査官」という。）でないため右の判断ができないときは、権限のある捜査官に対し右の申出のあったことを連絡し、その具体的措置について指示を受ける等の手続を採る必要があり、こうした手続を要することにより弁護人等が待機することになり又はそれだけ接見が遅れることがあったとしても、それが合理的な範囲内にとどまる限り、許容されているものと解するのが相当である。」と判示し、通知書方式によって生じる弁護人の待機時間も「合理的な範囲内」ととどまる限りは適法な措置であるとの見解を示し、前述のとおり第一審では違法であると判断された約28分の待機

時間が生じた（結果的に希望どおりの接見が実現されなかった）事実について、具体的事情（まず、応対した警察署留置主任が事件の捜査主任である他署の捜査官に連絡をし、右捜査官からさらに指定権者である検察官に連絡したところ、右検察官から右捜査官を通じて留置主任に対し弁護士より連絡をしてもらうよう伝言された）をも考慮すると違法ではないと結論付けた。このような見解は、近時、最判平成16年9月7日判時1878号88頁（第三次若松事件上告審）でも示され、40乃至45分間および34分間の待機時間が生じたという事例について、休日や早朝等の検察官の執務時間外での接見申出であったという具体的事情を考慮すると右待機時間は合理的な範囲にとどまるものであるとして、違法ではないと結論付けられている。もっとも、名古屋地判平成4年5月29日判時1438号94頁（第一次伊神事件一審）では、やはり検察官が登庁する前の早朝の接見申出に対して検察官と連絡が取れるまで40乃至45分間待機させた事例について、これを違法であるとの判断が示されている。

このように、「合理的範囲内」という基準は、具体的事例において明白な結論を導くには非常に曖昧なものであり、それ自体問題を含むものといえよう。仮にこのような基準を用いるとしても、右名古屋地判平成4年で判示されたように、「一般的指定を行った検察官は、右のような接見申出に備え、留置係員との連絡態勢を整え、その連絡を受けた時は、これに対応できる態勢を整えておく等の措置を講じ、これに速やかに対処すべき義務があるというべきである。」という観点からの考察が必要であると思われる。

(ii) 他方、このような通知書方式は、弁護士が速やかな接見を希望する場合には事前に検察官より「具体的指定」を受け、当該書面を持参して刑事施設へ赴くことを求めるという効果が生じるため、やはり接見指定の原則性の観点から問題が生じる。このような問題について、福岡地判昭和63

年4月27日判時1283号124頁は、「検察官が刑訴法39条3項の接見についての日時等の指定（具体的指定）をする方法として書面によるか口頭によるかについては、法の定めがなく、検察官の裁量に委ねられているものと解すべきところ、書面による指定は、指定の内容を明確にし、指定をめぐる紛争を防止し、不服申立てに際しての審判の対象を明確にするなどの利点があり、指定の方法として適法であることはいうまでもない。しかし、書面による接見指定の問題は、専らその送付方法にあり、検察官は、弁護人等に対し、指定の日時、場所及び時間を記載した具体的指定書を当該監獄まで持参するように要求するのが通例であるが、検察官が弁護人等の意に反して右書面を検察庁まで受け取りに来ることを強制することは、対等な立場にある検察官と弁護人等との間で、しかも、弁護人等の接見交通の自由を例外的に制約する場面において、法律上根拠のない義務を弁護人等に課するものであり、違法である。」と判示したのに対し、岐阜地決昭和60年2月12日判時1165号184頁は、「この程度の負担は制度の趣旨に照らし受忍すべき範囲内に属するものというべきである。」と判示して、真っ向から対立する見解が示された。

この問題について、最高裁は、最判平成3年5月10日民集45巻5号919頁（浅井事件上告審）において、「捜査機関が右日時等を指定する際いかなる方法を採用するかは、その合理的裁量にゆだねられているものと解すべきであるから、電話などの口頭による指定をすることはもちろん、弁護人等に対する書面（いわゆる接見指定書）の交付による方法も許されるものというべきである」と判示し、「その方法が著しく合理性を欠き、弁護人等と被疑者との迅速かつ円滑な接見交通が害される結果になるようなときには、それは違法なものとして許されない」としても、接見指定に際していかなる方法によるべきかは基本的に検察官の裁量に委ねられるとの見解を示した。最高裁がこのような見解を示して以後も、なお具体的指定書の持

参要求を違法とする裁判例（例えば、浦和地判平成4年3月23日判時1440号116頁）も見られたが、最高裁は、最判平成12年2月22日判時1721号70頁（安藤・斎藤事件上告審）<sup>21)</sup>において再び同様の見解を示し、具体的事例において弁護人に対し検察庁へ来庁の上具体的指定書の交付を受けるよう求めた措置を適法であると結論付けた。

このような最高裁の見解を前提とする限り、検察官が自身に与えられた合理的裁量の範囲を逸脱するというのはいかなる場合であるかが問題となる。この点について、例えば、前出最判平成3年（浅井事件上告審）では、「検察官は、甲警察署の警察官から電話による指示を求められた際、同警察官に被上告人側の希望する接見等の日時等を聴取させるなどして同人との時間調整の必要を判断し、また必要と判断したときでも弁護人等の迅速かつ円滑な接見交通を害しないような方法により接見等の日時等を指定する義務があるところ、こうした点で被上告人と協議する姿勢を示すことなく、ただ一方的に、当時往復に約2時間を要するほど離れている検察庁に接見指定書を取りに来させてほしい旨を伝言して右接見等の日時等を指定しようとするせず、かつ、刑訴法39条1項により弁護人等に認められている被疑者に対する物の授受について裁判所の接見禁止決定の解除決定を得ない限り認められないとしたものであるから、同検察官の措置は、その指定の方法等において著しく合理性を欠く違法なもの」であると判示したのに対し、前出最判平成12年（安藤・斎藤事件上告審）では、「A弁護士の事務所と地検支部との距離及び地検支部と甲警察署との距離はそれぞれ約1,250メートル及び約3,100メートルであり、それぞれの間の所要時間は自動車で10分内外であったことに加え、検察官は、接見指定書の受領に来るのは事務員でも差し支えないとの意向を示したり、第二次準抗告を審理する地

---

(21) 辻本典央「判例研究」甲南法学44巻1=2号159頁（2003年）。

裁支部の裁判官から事情聴取を受けた際には、その場でA弁護士に接見指定書を交付する旨提案するなどしたというのであるから、接見指定書を受領し、これを甲警察署に持参することがA弁護士及び上告人にとって過重な負担となるものであったとまではいえない。」と判示し、当該措置によって現実に保障されるべき接見に影響があったとはいえない、事件当時地検より弁護士事務所にファクシミリで送付することもできなかったなどの事情を考慮すると、検察官の措置は合理的範囲内にとどまるものであると結論付けられた。

これらの判断を見る限り、確かに、弁護人自身が原告となって提起する国賠請求事件の性質上、弁護人自身の負担の程度が重視される点は合理的な判断であるともいえよう。しかし、接見交通権は、弁護人固有の権利であるだけでなく、被疑者にとっての手続的基本権であることが看過されてはならない。仮に、具体的指定書の持参を要求することが弁護人にとって過剰な負担であるとはいえない場合でも、その要求によって本来保障されるべき接見交通を阻害するような効果が生じうるような場合には、もはや合理的裁量の範囲にあるとはいえないように思われる。また、弁護人がそのような措置に従わずに具体的指定書を受けることができず、その結果、いわば弁護人の責任として接見交通が実現されなかったという場合でも、そのような弁護人の過誤を被疑者の不利に帰することになるという結論からは、そもそもそのような状況を招くこととなる指定方式自体の再考を要するものと思われる。

(iii) さらに、近時、弁護人と被疑者とが接見を開始した後、留置係官が通知書事件であることを失念しまたは検察官より具体的指定を受けているものと誤解していたことに気づき、接見を中止させるという事例について、そのような措置の適法性が問題となっている。この問題について、名古屋地裁平成3年10月17日判時1424号95頁（第二次伊神事件第一審）は、接見

開始から1乃至2分経過後に具体的指定書を持たない面会であることを理由に接見が中止させられたという事例について、本件は接見指定の要件が欠けているにもかかわらず具体的指定書の持参を要求した、つまり接見指定した点は違法であると判断したが、このような状況においても、留置係官が通知書に従って検察官等と連絡を取る間弁護人を待機させる場合だけでなく、いったん開始された接見を右通知書の趣旨にかんがみて中止させる行為は、「接見指定権者である検察官に対し、原告が接見を申し出ている旨を伝達して、接見指定の要否、方法等について検討する機会を与え、同検察官と原告との協議の機会を設定しようとしたものである」との理由で違法とはいえないと結論付けた（その後、最判平成12年3月17日集民197号433頁でも同様の判断が下された）。

これに対し、名古屋地判平成6年7月8日判時1524号74頁（第二次浅井事件）は、接見指定要件が存在する状況において、接見開始から約15分後に検察官が留置担当者を通じて接見を中止させたという事例について、「A検事が接見の中止を指示した時点においては、直ちに接見を開始し、それが午後1時から予定されている取調べの開始を妨げないような時間までに終了するように接見指定することは十分に可能であり、かつ捜査機関の側でもそのような接見が行われることには格別の支障はなかったわけである。したがって、A検事としては、原告に対し現在行われている接見を一旦中断させた上で、その接見の終了見込みについて確認し、午後1時からの取調べの開始に支障とならないように終了することができるかどうか、原告と接見に関する協議をした上、その終了見込みが午後からの取調べの開始の支障となるおそれがあると判断される場合には、終了時刻を午後からの取調べ開始前の時刻と指定するか、あるいは午後の取調べ終了後の時間を改めて接見時間として指定するなどの方法により接見時間の指定を行うなどして、適切に接見指定権を行使すべき義務があったというべきであ

る。〔原文改行〕しかるに、A検事は、このような措置に出ることなく、原告と接見についての協議をしようとせずに、B警部及びC係長を介して、直ちに原告と被疑者との接見を確定的に中止させたものであって、このような措置は、弁護人と被疑者との間の自由な接見交通権を侵害し、弁護人である原告の弁護権を妨害する違法な職務行為と評価せざるをえない。……身柄の拘束を受けた被疑者と弁護人等との接見交通という性質に照らすと、特に終期が予定されずに接見が行われている場合には、突然に接見を中止させることは、それまでの接見時間が通常指定される接見時間や弁護人等の当初の申出時間に見合ったものであったにしても、申し入れにかかる接見の目的を十全に達していたものとまでは推認することができない。」と判示し、具体的状況における接見指定の方法および接見中止の重要性の観点から、検察官および留置担当者の措置を違法であると結論付けた。もっとも、本件は、控訴審（名古屋高判平成7年10月18日訟月43巻1号161頁）において右判断が覆され、上告審（最判平成12年3月21日訟月46巻9号3678頁）でも、「上告人〔原告〕は、C係長が過誤に基づいて接見を開始させたことを知り得、A検察官が接見の日時等を指定すればこれを中止せざるを得なくなることを予想し得たものであるから、同検察官の右の措置をもって違法ということはできないし、また、上告人は、既に右のとおり本件被疑者と接見していたこともあって、右の措置に対して抗議したり、接見の継続を求めたりせずに、そのまま警察署を退去したのであるから、同検察官が、右中止後、上告人と接見に関する協議をせず、上告人に対して改めて接見の日時等を指定しなかったことにより、上告人と本件被疑者との接見交通を違法に妨害したのもといえない。」と判示し、原告の主張を退けた。

また、京都地判平成13年7月12日判時1782号99頁（前出第三次若松事件第一審）は、接見開始から約5分後に、留置係官が具体的指定書の持参を

確認していなかったことに気づいて接見室に立ち入り、接見を中止させたという事例について、「身体の拘束を受けている被疑者が、弁護人に相談し有効な助言を得るためには、立会人のないところで弁護人と自由な意思の疎通を図ることが確保されなければならない。刑訴法39条3項は、接見又は物の授受の日時、場所及び時間を指定できる旨定めているにすぎないことに照らし、弁護人と被疑者とが接見を開始した後は、留置係官が、被疑者と弁護人の接見を中断させることはできないというべきである（留置係官がいつ接見室に立入り、接見を中断させるか知れないというのでは、落ち着いて接見をすることができず、上記の接見交通権の趣旨・目的を害することは明らかである。）。このことは、検察官から通知書の発せられている事件について、検察官に対する連絡をしないで接見を開始させた場合であっても変わりはない。」と判示し、留置係官の措置を違法であると結論付けた。本件は、控訴審（大阪高判平成15年3月19日公刊物未搭載）でも一審の判断が支持されたが、上告審（前出最判平成16年）は、「弁護人等から接見の申出を受けた留置係官が、『接見等の指定に関する通知書』が発せられているため、検察官に対して接見の申出があったことを連絡する等の手続を採る必要があったのに、これを失念し、同手続を採ることなく接見を開始させた後、これに気付いて、同手続を採るために接見を中断させる措置を採ることも、それが接見開始直後にされたものであるなど社会通念上相当と認められるときは、当該措置を採ったことを違法ということとはできないと解すべきである。」と判示し、接見を中断させた留置係官の措置は違法ではないと結論付けて、原審の判断を覆した。

以上のように、最高裁の判断によると、前記(ii)のとおり、捜査機関の接見指定権限を実効的なものとするため通知書事件について接見申出に対して即時の接見を認めず待機させることもそれが合理的範囲にとどまる限りは違法とはいえないという考え方を前提として、さらに、いったん接見



が開始された後も、それが「社会通念上相当と認められるとき」（例えば接見開始直後であるなど）は接見を中断（中止）させるという措置も許されるということで、実務の見解は定着したといえよう。

### (3) 小 括

(i) 以上のとおり、接見指定の方式に関して、従来の一般的指定方式から通知書方式に改められ、現在でもこのような形で運用されていることが確認された。前出鳥取地決昭和42年を嚆矢とする多くの下級審裁判例に見られるように、従来の一般的指定方式は、前記（三1）のとおり接見交通権の保障が原則であって、その制約（それが憲法上可能であるとして）に際しても被疑者の防御準備権への十分な配慮がなされなければならないという前提からすると、およそ一般的に接見を禁止しておき、部分的にこれを解除するというものであり、これによって広く捜査の便宜において接見を制限することが可能となることを考えると、憲法および刑訴法の接見交通権に対する理念に反するものであるといえよう。

(ii) もっとも、このような一般的指定方式が現在のような通知書方式に改められたことによって、問題点が全て解消されたといえるのであろうか。この検討にあたり、改めて一般的指定方式の問題点を確認しておくと、例えば、光藤景皎<sup>22)</sup>によれば、一般的指定方式は、①法が予定する接見交通権とその指定の原則と例外の関係を逆転させるものであること、②接見指定要件である「捜査のため必要があるとき」に該当しない状況において、接見指定権限が行使されうること、③具体的指定書の交付を受けなければ接見できないため、指定書を受領し、刑事施設へ持参しなければならないという負担を負わせるものであること、が問題点であった。そして、文書

---

<sup>22)</sup> 光藤景皎「接見交通権」井戸田侃編『総合研究＝被疑者取調べ』651,664頁（1991年、日本評論社）。

(事件事務規程旧28条様式48)の形式上、監獄〔刑事施設〕の長と共に被疑者もその名宛人とされ、一般的指定書の謄本が被疑者（およびその弁護人）に発出されることにより、右①乃至③の効果が法的に生じ、これによって接見交通権を不当に制限する処分が下されたと理解されたのである。

では、このような問題点は、通知書方式に改められたことによってどのように変化したのであろうか。この点について、前記（三2(2)）のように、裁判例においておよそ一貫して、このような通知書は検察官と留置係官との間の内部的事務連絡文書であり、その効果は国家機関内部での指示という効果にとどまるものであるから、被疑者および弁護人の接見交通に対して作用するものではない、つまり接見に関する処分には当たらない、とする見解が示されている。確かに、このような見解は、通知書方式は、書面の形式面から見ると、一般的指定書とは異なり、被疑者を対象者から除外し、もっぱら留置責任者を名宛人とするものであり、そもそも検察官による処分意思が被疑者および弁護人に向けられていないということもできよう。しかし、国家機関のある行為が市民にとっての処分という性質を持つかどうかは、単に書面の形式によるのではなく、その実質に着目されるべきものであると思われる。この点について、例えば、前出最判平成12年（安藤・斎藤事件上告審）の元原裁判官反対意見、すなわち「捜査機関が接見に関してなす処分には、弁護人等からされた特定の接見申出の機会にその接見に限定してなされるもの（以下「個別処分」という。）と、特定の接見申出の機会になされる処分ではあるが、処分の内容は、その申出に対するものであるのみならず、同一被疑者が同一被疑事実について留置されている期間、処分の効力が持続すると解されるもの（以下「包括処分」という。）とがある。後者の例としては、検察官が監獄の長に、弁護人等から接見等の申出があるときには、日時、場所及び時間を指定するため接見指定書を発行するから、直ちに連絡されたいとの内容の書面を送付して

おき、弁護士等が留置場所に直接出向いて接見を申し出た際に、留置担当官から接見指定書の受領と持参の必要性を告知させる場合がある。もちろん、右のような連絡書面が監獄の長に届いているのみでは、いまだ内部的連絡文書にすぎないといえようが、この文書の趣旨が担当官から弁護士等に伝達されたときは、接見指定書を検察官から受領して持参しない限り接見が不可能となる効果を生ずるのであるから、捜査機関によって刑訴法39条3項の処分がなされたということができる。」との見解は、まさに処分としての実質に着目するものとして支持されるべきであろう。

もっとも、通知書方式の処分性が肯定されるとしても、直ちにそれが違法な措置であるということにはならない。このような措置が採られることについて、仮にこれによって接見交通権が制限を受けるとしても、それが本来受忍されるべき合理的なものであるとするならば、なお許されてよいといえるからである。このような措置が採られるべきことの合理的根拠として、裁判例（三2(1)）が示すところによると、留置係官など接見指定権限を持たない者が接見申出を受けた場合、指定権限を持つ者に右申出に対して接見指定を行うか否かを判断させるために連絡を取り、具体的措置について指示を仰ぐことの必要性が挙げられる。確かに、接見指定制度が憲法によって許容され、接見交通権と国家の刑罰権および捜査権との合理的調整が必要になるという場合、この通知書の効果により指定権者には接見指定の機会が保障されることになることから、捜査機関の便宜という観点からは、通知書制度は必要的なものであるともいえよう。また、そのような書面によっては、単に国家機関内部における指示という効果しか生じないというのであれば、そもそも制限を受けるべき対象は存在せず、法的に何ら問題を生じさせるものではないともいえよう。しかし、このような通知書が実際に生じさせる効果が、従来の一般的指定の場合と同様の「一般的指定書で作り出される一般的禁止状況」を創出するようなのであれば、

それは、およそ右のような合理的調整を必要としない場合にまで一般的に制限を加えるものであり、ひいては、そもそも接見指定の機会を保障すべき必要性が疑われるものとなる。つまり、通知書が発せられることにより、具体的指定書を持参しない限り、即時の接見は認められず、指定権者との連絡に要する待機時間が常に生じることにより、これが一般的指定による場合に生じていた「接見封鎖」という状況を生じさせるものと評価できるかが問題となるのである<sup>23)</sup>。

この点について、裁判例（三2(2)(i)）によると、通知書方式によって具体的指定書を持参しない限り待機時間が生じることになるとしても、それが合理的範囲内にとどまる限りでなお許容されるべきものとされている。このような見解は、「どんな手続も若干の時間は必要」であるとの理解<sup>24)</sup>を根拠にするものといえよう。そして、同じく裁判例によると、接見申出から28分乃至45分の待機時間が生じた場合でも、具体的事件の状況から、例えば休日や早朝の接見申出であったために担当検察官と速やかに連絡が取れなかったというような場合、なお合理的範囲内にあるものとされる。この点について、確かに、市民が国家機関よりサービスを受けようとする場合、申請した時点からそのサービスを受けるために必要な限りで、右のような考え方は合理性を持つものといえよう。例えば、前述のように、具体的事情の下で、28分乃至45分間の待機時間も、それが接見交通に当然に必要であるというものであれば、接見交通権の実現というサービスを受けようとする市民にとって受忍すべき範囲内にあるともいえよう。また、前出名古屋地判平成4年で示されたように、通知書が発せられた事件におい

---

23) 田宮裕『日本の刑事訴追』412頁（1998年、有斐閣）（初出「接見指定に関する最高裁判例」ジュリ989号73,78頁（1991年））、田宮・前掲注(1)『刑事訴訟法』151頁。

24) 田宮・前掲注(1)『刑事訴訟法』151頁。

て、担当検察官は、常時の接見申出に備えて留置担当者との連絡体制を整えておくべき義務を負うものという場合、現在の通信事情をも併せて考慮するならば、待機時間も一段と限定されたものとなるであろう。例えば、前出最判平成12年3月17日の梶谷裁判官の反対意見では、担当捜査官との連絡ができない等の理由で合理的時間を超えて接見を実現させなかったときは、右接見を実現させる義務に違反すると述べられており、多くの場合、長時間の待機を余儀なくされるという状況は回避されるであろう。しかし、接見交通権と通知書方式との関係についての問題の本質は、接見の申出がなされた場合、これを受けた留置係官が指定権者に連絡を取り、その指示を仰ぐという手続が、市民が接見交通権の実現というサービスを受けるために必要なものであるといえるか、という点にある。つまり、たとえ待機時間は僅かなものであったとしても、理論的には、常に接見指定権者の判断を先行させ、具体的な接見指定をする場合はなおのこと、接見指定しない場合であっても、それはいわば一般的禁止に対する解除と変わるものではなく、これによって接見封鎖の状況が生じていると評価することができるのではないだろうか。

このような問題意識から、一部の弁護士実務家より、留置係官の捜査機関からの独立性<sup>25)</sup>を前提にして、留置係官は、接見の申出を受けた場合、通知書に拘束されず独自に接見指定要件を判断すべきである、という見解が主張されている<sup>26)</sup>。確かに、後述するように、接見指定の要件を解釈するにあたり、接見指定を被疑者の身柄の調整手段であるとする見解（限定説）によるならば、指定要件は明確であり、被疑者の身柄を管理する留置

---

(25) 留置実務研究会『留置業務ガイドンス』（未公刊）。

(26) 安藤和平「接見交通権と留置業務」柳沼・若松編『接見交通権の現代的課題』189,199頁（1992年、日本評論社）。本文最判平成12年3月17日の河合裁判官による反対意見も、これに同旨である。

係官にも容易に判断できるといえよう。しかし、そのような見解が自明のものであるかは、そもそも問題である。むしろ、留置係官の独立性を前提とするのであれば、留置係官は、そもそも捜査機関による接見指定に便宜を図るべき立場にはなく、捜査機関の権限である接見指定要件を独自に判断することは、それ自体そもそも不要であるように思われる。すなわち、留置係官は、被疑者の身柄が自身の管理下にある場合、留置管理業務との関係で特段の支障がある場合は別として（後述四）、弁護士からの接見申出を受けた場合には、通常の留置接見業務（接見室の準備や被疑者の出入等）に要する待機時間は別として、直ちに、接見を実現させるべきであると思われる。このように理解して、初めて、現実的にも、理論的にも、通知書による接見封鎖という効果を否定することができるのではないだろうか。また、実践的にも、確かに、28分乃至45分程度の待機時間は、量的に見れば僅かな負担に過ぎないといえるかもしれないが、しかし、弁護士の多忙な職務を考えると、まさにその時間に接見できなければ、その当日、さらには数日間接見が適わないという事態も想定され、ひいては被疑者の防御準備権に重大な制限となることも考えられる。

このように厳格に理解するならば、現実には接見指定を行使することはほとんど不可能になるとの問題点も考えられる。確かに、現実には、接見交通と捜査権との合理的調整が必要となる場面では、結論として、法が予定する以上に接見交通の方に有利に働くことになるかもしれない。しかし、問題の本質は、一般的な接見封鎖という状況の発生如何であり、接見交通権の原則性を併せて考慮するならば、捜査権が一定程度劣後することも致し方ないのではないだろうか。また、これによって通知書の効果が全く否定されるということにはなるわけでもない。すなわち、現実には合理的調整が必要である場合、例えば、被疑者の身柄を現に利用した捜査が実施されている最中のみならず、そのような捜査の（具体的）予定が事前に通知され

ていたような場合に接見申出を受けた場合、その旨を指定権者に連絡し、接見指定の有無を確認すべきことは、いわば留置係官の捜査機関からの独立性に基づく中立的立場から要請されるべき業務である。また、右のような場合に加えて、通知書事件では、接見を実現させた後に捜査機関から捜査の準備等の要請があった場合、捜査機関との合理的調整を図るべく、いわば捜査の申出を接見中の弁護人の取り次ぐという程度のことは、認められてよいものと思われる。但し、この場合においても、あくまで秘密交通権の趣旨に反しないような方法が要請される<sup>27)</sup>。要するに、留置係官は、接見業務に際していずれか一方（特に捜査機関側）の便宜を図るといふべき立場にはなく、いわばインフォメーションセンターとしての中立的な役割にとどまるべきである。

(iii) もっとも、現在の最高裁を初めとする裁判例による限り、弁護人としては、無用の混乱を避けるためには、接見申出に際して事前に具体的指定書を受領し、これを持参することが望ましい。このようないわゆる指定書持参方式について、前記裁判例（三2(2)(ii)）によると、指定の方法は検察官の合理的裁量に委ねられるべきものであり、弁護人に対して具体的指定書の受領持参を要求することも、それが著しく合理性を欠き、円滑かつ迅速な接見交通が害される結果になるような場合以外は許容されるべきものとされている。例えば、往復2時間を要する検察庁舎まで指定書を受領するために来庁するよう求める場合は違法であるが（前出第一次浅井事件上告審）、約10分程度の所要時間にとどまり、他の方法で受領するよう提

---

<sup>27)</sup> 例えば、本文前出最判平成16年（第三次若松事件上告審）における濱田裁判官の反対意見では、「いったん弁護人と被疑者とが適法に接見を開始した後においては、留置係官が接見の場所に突然に立ち入ることは、それが接見開始の直後であったとしても、弁護人等と被疑者との秘密交通権を侵害するおそれを生じさせることとなるものであるから、『被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限する』ものといわなければならない。」と判示されている。

案されていた場合には適法である（前出安藤・斎藤事件上告審）とされている。確かに、このような方法による場合、そもそも接見指定要件が存在しない場合は論外として、接見指定要件が存在する場合には、現実の接見に影響を与えないものであるならば、接見交通権に対する不当な制限に当たらないと判断することも可能であろう。しかし、指定書の受領を要求することで、接見の速やかな実現に影響がなかったとしても、その前提である指定が速やかに行われなくなるということは、被疑者の防御にとって不当な制限にあたるといえるのではないだろうか。すなわち、弁護人にとって、どのような内容の接見指定を受けるかは、捜査段階の緊迫した状況に如何に対応すべきであるかという観点から重大な関心事であり、また、被疑者にとっても、接見指定自体が速やかに行われることは、例えば、自身の防御計画を立てる上で重要なことである。もっとも、現在の接見実務において、接見指定が行われる場合には弁護人にのみ通知され、被疑者本人には通知されていないようであり、この限りでは接見指定が速やかになされるか否かは被疑者の防御準備にとって影響はないともいえよう。しかし、接見交通の主体には、弁護人だけでなく被疑者本人も当然に（条文上も）含むものであり、処分は両者に対して下されるものであるから、その前提から見直される必要がある。

また、仮に具体的指定書の受領持参要求が合理的裁量の範囲内にあるという場合、弁護人が頑なにこれを拒否し、指定書を持参しないで接見を求めるといった場合、結果的に被疑者の防御にとって不利益が生じることになる。確かに、弁護人のこのような態度を不適當なものであるとすると、弁護人固有の権利としての接見交通権が制限を受けることになったとしても致し方がないことともいえよう。しかし、弁護人のこのような瑕疵を直ちに被疑者の責任としてその結果を帰属させることは、問題があるように思われる。このような場合、被疑者の防御準備権の保障という観点からは、



捜査機関は、柔軟に対応すべきことが求められるといえよう。

### 3. 指定要件

接見指定の要件は、刑訴法39条3項に規定されているとおり、①「捜査のため必要があるとき」および②被疑者の防御準備権の保障である。接見指定の要件について、後述のとおり、従来、判例および学説において激しい議論が見られるが、それは、もっぱら、①の点に関する争いであった。しかし、指定要件の問題は、刑訴法39条3項の文言に示されるように、②をも加味して検討されるべきものであり、本来両者を独立して分析する方法が妥当であると思われる<sup>28)</sup>。

#### (1) 抽象的指定要件としての「捜査のため必要があるとき」

(i) まず、「捜査のため必要があるとき」とは、接見指定を行う段階でそもそも捜査状況が接見指定を必要とする場面であることが必要であり、いわば、接見指定が行われるべき抽象的要件と位置づけることができよう<sup>29)</sup>。この「捜査のため必要があるとき」の解釈として、従来、検証や実況見分に同行しているなど事実上被疑者の身柄に支障がある場合に限るという「限定説」と、右場合に限らず、例えば弁護人との接見により被疑者から供述を得ることが困難になるまたは罪証隠滅の虞があるなど、広く捜査全般の遂行上の支障が予想される場合を含むとする「非限定説」が対立してきた。

後者の非限定説は、限定説の論者による批判<sup>30)</sup>に見られるように、一

28) 田宮・前掲注23『日本の刑事訴追』420頁、辻本典央「判例研究」甲南法学44巻1=2号147,152頁(2003年)。

29) 辻本・前掲注28「判例研究」152頁。

30) 下村・前掲注17「被疑者の接見交通権の制限」360頁、佐伯・前掲注17「消

般的指定方式と密接に結びつくものであるといえよう。すなわち、捜査機関が被疑者と弁護人の接見において広く捜査全般の必要、つまり自白獲得の困難や罪証隠滅の虞を認める場合には、身柄を利用した具体的な捜査の必要に限定されず、いわば捜査遂行にとっての抽象的な危険を理由に接見指定できるとする見解であると評価できる。裁判例でも、従来、一般的指定を肯定する過程で、非限定説の考え方が示されてきた。例えば、札幌高判昭和25年12月15日高刑判特15号188頁は、刑訴法39条3項でいう「捜査のため必要があるとき」とは被疑者の身柄を利用した取調の必要があるときであるとの見解を前提とする、被疑者との接見が認められた時間以外、つまり一般的指定処分が下されていた時間は全て取調を行っていたということになるから、不当に長期間の取調が行われていたため自白の任意性が欠けるとの弁護人の主張に対し、「刑事訴訟法第39条第3項に『捜査の為必要』とは被疑者を直接取調べる為の必要のみを意味するものではない」と判示し、それゆえ一般的指定が行われていた間に取調が行われたということもできず、結果として自白の任意性は否定されない、と結論付けた。この判決は、現在においても、非限定説に立った裁判例の端緒となるものとして引用されている<sup>31)</sup>。

他方、限定説は、従来、まさにこのような一般的指定制度の違法性を主張する中で示されてきた見解である<sup>32)</sup>。もっとも、限定説の中でも、現に

---

↘えてゆく秘密交通権／接見指定の問題」25頁、田宮・前掲注(17)『捜査の構造』408頁、光藤・前掲注(22)「接見交通権」660頁。

(31) 藤永他編『大コンメンタール刑事訴訟法第一巻』[河上和雄] 405頁(1995年、青林書院)、中川清明「弁護人と被疑者との接見(1)」平野・松尾編『新実例刑事訴訟法I』153,160頁(1998年、青林書院)。

(32) 下村・前掲注(17)「被疑者の接見交通権の制限」360頁、佐伯・前掲注(17)「消えてゆく秘密交通権／接見指定の問題」25頁、田宮・前掲注(17)『捜査の構造』408頁、光藤・前掲注(22)「接見交通権」660頁。

被疑者を取調中の場合に限るとする見解<sup>(33)</sup>、右に加えて被疑者を検証および実況見分に立ち合わせている場合、および右処分を行おうとしている場合を含むとする見解<sup>(34)</sup>など、その範囲に関してさらに対立が見られる。しかし、この見解の主眼とするところは、非限定説のような捜査機関に広い裁量を与え、一般的指定制度を妥当であるとする見解は接見交通権の原則性に反するものであって、接見指定制度は被疑者の身柄を必要とする捜査活動との調整にすぎず、接見指定をそのような具体的必要性の認められる状況にまさに限定せんとするところにあり、そのような思考において共通するものである。

近時は、右二説に加えて、さらに「準限定説」または「折衷説」乃至「修正限定説」を加えて三説に分類されることもある<sup>(35)</sup>。もっとも、準限定説は、限定説のいう処分をまさいに行おうとするときも含む、時間的切迫性と実施の確実性の二要件によって、いわば現行犯と準現行犯の關係に類似した、つまり限定説の一類型と評価しうる見解であり<sup>(36)</sup>、「取調中であるなど被疑者の身柄を現に必要としている場合に限定されるものではなく、事件の内容、捜査の進展状況、弁護活動の態様など諸般の事情を総合考慮して、ただちに接見交通を認めると捜査の中断による顕著な支障が生ずる場合」であると理解する、つまり限定性の観点からの制限を否定し、ただ非限定説のような捜査機関の裁量を広く認める方向性に限定を加えようとするものと紹介される折衷説乃至修正限定説<sup>(37)</sup>とは、一線を画する見解

(33) 平野龍一『刑事訴訟法』105頁(1958年、有斐閣)、井戸田侃「弁護人の地位・権限」日本刑法学会編『刑事訴訟法講座1』93,110頁(1963年、有斐閣)。

(34) 下村・前掲注(17)「被疑者の接見交通権の制限」360頁。

(35) 中川・前掲注(31)「弁護人と被疑者との接見(1)」160頁、法務省刑事局刑事訴訟法研究会編『実務刑事訴訟法』114頁(1994年、立花書房)。

(36) 田宮・前掲注(23)『日本の刑事訴訟』419頁。

(37) 中川・前掲注(31)「弁護人と被疑者との接見(1)」160頁、法務省刑事局刑事訴訟法研究会編・前掲注(35)『実務刑事訴訟法』115頁。右文献では、田宮の見解

であるということに注意が必要である。

(ii) このような見解の対立の中で、最高裁は、最判昭和53年7月10日民集32巻5号820頁（杉山事件上告審）において、初めてこの問題について判示した。この事件は、弁護人が、被疑者が留置されている警察署に赴き、接見を申し出たところ、被疑者は警察署において現に取調中であったという事例について、接見指定をなしうるのは「現に被疑者を取調中であるとか、実況見分、検証等に立ち合わせる必要がある等捜査の中断による支障が顕著な場合」であり、接見指定を行う場合には、「弁護人等と協議してできる限り速やかな接見のための日時等を指定し、被疑者が防禦のため弁護人等と打ち合わせることでできるような措置をとるべきである。」と判示した（接見申出を受けた捜査官が指定権者である捜査主任の具体的指定を受けるよう求めた行為を違法とした原判決を破棄した）。

このように、最高裁は、接見指定要件について初めて一定の判断を下したのであるが、この見解をいかに解釈すべきかという点で評価が別れ、本判決によってさらに従来への対立が激しくなったようにも思われる。例えば、井戸田侃<sup>(38)</sup>は、「本件判決は、どこからみてもこのような捜査機関中心の発想〔つまり非限定説〕をとるものではない。」と断言し、本判決を限定説に立つものと評価している<sup>(39)</sup>。また、椎橋隆幸<sup>(40)</sup>は、本判決は「取調中等であって、しかも捜査の中断による支障が顕著な場合」に限り接見指定

---

↘をこの折衷説ないし修正限定説であると紹介されているが、田宮の右文献（前掲注23）では本文記載の準限定説を支持することが明言されており、右紹介は誤りであると思われる。

(38) 井戸田侃・刑訴法百選第5版40,42頁（1986年）。

(39) これと同旨の見解として、岡部泰昌・判評243号174,178頁（1979年）、佐藤博史・警研50巻9号98,102頁（1979年）、林修三・時法1033号54,61頁（1979年）、村重恵一・判夕390号172,173頁（1979年）、笹川隆太郎・法学47巻4号152,157頁（1983年）、

(40) 椎橋隆幸・憲法百選第2版230,231頁（1988年）。

を許すものであり、限定説を前提に、さらに厳格に解釈すべきことを示したという解釈も可能であると述べる。いずれにせよ、これらの見解は、本件判示による「現に被疑者を取調中であるとか、実況見分、検証等に立ち合わせる必要」というのはまさに「被疑者の身体を利用することが不可欠な場合」であり、また非限定説が挙げる罪証隠滅の虞を捜査の「中断」による支障と理解することは困難であるとの理解から、本判決を限定説に立ったものと評価するものである<sup>(41)</sup>。もっとも、最高裁調査官解説（時岡泰）<sup>(42)</sup>では、判決が例示する「捜査機関が被疑者の身柄を現に必要としている場合」以外にどのような場合が指定要件に「包含されるかは、必ずしも明らかでな [い]」と説明されており、最高裁として右見解が主張するように、必ずしも限定説に立つことを明言したものではないとの評価も可能とする余地を残すものであった<sup>(43)</sup>。それゆえ、例えば、河上和雄<sup>(44)</sup>によると、最高裁が示した「取調中であるとか、実況見分、検証等に立ち合わせる必要」というのは単なる例示列举に過ぎず、要件としての重点はその後の「捜査の中断による支障が顕著な場合」にあり、そこでは取調の中断とされていないことから明らかであるように、捜査全体の考慮においてその支障の顕著な場合を基準とされているのであるから、「明らかに通説 [限定説] を否定したもの」という評価も論理的には成り立ちうるものであったといえよう。それゆえ、前出最高裁調査官解説でも述べられているように、本判決以後もさらに、「事件の難易度、捜査の進行状況、弁護人等の弁護活

---

(41) 笹川・前掲注(39)157頁。

(42) 時岡泰・昭和53年最判解民事篇267,277頁（1982年）。

(43) 飯田英男「弁護人に対する接見指定の手続」研修363号63,67頁（1978年）、馬場義宣「被疑者と弁護人の接見指定について」ひろば31巻10号18,24頁（1978年）、人見信男「弁護人との接見交通」警論33巻7号25,37頁（1980年）。

(44) 河上和雄「検察実務からみた接見交通」法時54巻3号16,19頁（1982年）。

動の態様等具体的事情をも勘案し、慎重な吟味が必要であ[る]」との課題が残された<sup>(45)</sup>。

(iii) その後、最高裁は、最判平成3年5月10日民集45巻5号919頁（浅井事件上告審）において、改めてこの問題に取り組むこととなった。裁判所は、前出最判昭和53年（杉山事件上告審）とは異なり、弁護人が接見を申し入れた時点（12時40分頃）では現に被疑者を取調中ではなく、ただその直後（13時過頃）に取調が予定されていたという事例について、「捜査の中断による支障が顕著な場合には、捜査機関が、弁護人等の接見等の申出を受けた時に、現に被疑者を取調べ中であるとか、実況見分、検証等に立ち会わせているというような場合だけでなく、間近い時に右取調べ等をする確実な予定があって、弁護人等の必要とする接見等を認めたのでは、右取調べ等が予定どおり開始できなくなるおそれがある場合も含むものと解すべきである。」と判示し、右事情の下において指定要件の存在を肯定した（最判平成3年5月31日判時1390号33頁（若松事件上告審）も同旨）。

このように、浅井事件上告審判決は、杉山事件上告審判決のように「捜査機関が被疑者の身柄を現に必要としている場合」に限らず、そのような捜査の「間近」かつ「確実」な予定がある場合にも接見指定を可能とさせるものであり、その評価も分かれている。例えば、高田昭正<sup>(46)</sup>は、「取調べの準備がすでに整い、取調べのため被疑者の身柄を必要とする状態が現実のものになっている場合」を指定理由として認めたものであり、杉山事件判決の枠組み（高田によると限定説）の中で理解できると評価し、小早川義則<sup>(47)</sup>は、「準限定説的な考え方であるが、現に取調べ中であっても

---

(45) 時岡・前掲注(42)277頁。

(46) 高田昭正・法セミ440号127頁（1991年）。

(47) 小早川義則・法セミ450号123頁（1992年）。

『条理に適った』指定権行使を要請する坂上裁判官の補足意見〔後述〕をあわせ読むと、必ずしも一律に限定説を排除する趣旨とは思われない。」として、いずれにせよ非限定説の考え方を排斥したものと評価する<sup>(48)</sup>。これに対し、非限定説の立場からも、本判決は杉山事件判決と同様、必ずしも限定説に立ったものではないとの評価も見られる<sup>(49)</sup>。

しかし、他方で、本判決は杉山事件判決とは異なるものであると評価する見解も見られる。例えば、渡辺修<sup>(50)</sup>は、本判決は限定説の範囲を逸脱し、「捜査中断の顕著な支障の有無」（捜査中断の顕著な支障説）を基準としつつ、あまりに漠然とした予定を理由とする接見は認めないといういわば「法政策的な限界を設定した」と理解すべきであると分析した上で、このような基準は、①実体的基準として不明確である、②現場での混乱と接見遅延をもたらす、③非限定説からのものと同様の結論を導く運用を可能とさせる、④被疑者の身柄を利用する捜査が優先すべき理論的根拠はない（渡辺によると、この問題は限定説からも生じるものとされる）という問題点を持つものであると批判する。また、安村勉<sup>(51)</sup>は、本判決は限定説を否定し、「具体的状況に応じて両者の調整をフレキシブルに図る余地を認めたもの」とであると分析する（但し、「そうであれば、逆に、取調べ中や取調べが間近で確実であっても、取調べを一時中断するなり予定開始時刻を若干遅らせるなりして接見を認めるべき場合があってもよい」とし

---

(48) その他、同旨の見解として、井上正仁・刑訴法百選第6版40頁（1992年）。久岡康成・民雑106巻4号490頁（1992年）は、杉山事件判決により「捜査のため必要があるとき」という文言の解釈という抽象的レベルでの議論は決着がつき、本判決は、そこで示された具体的基準（捜査の中断による支障が顕著な場合）の検討を行ったものであるとする。

(49) 佐久間達哉・警論44巻9号142,148頁（1991年）、馬場義宣・ひろば44巻10号43,47頁（1991年）。

(50) 渡辺修・法教133号100頁（1991年）。

(51) 安村勉・刑訴法百選第7版76頁（1998年）。

て、一定の評価を与えている)<sup>52)</sup>。また、大久保忠志<sup>53)</sup>は、本判決は杉山事件判決と同じく非限定説を否定するものであるが、捜査の現在性を要求する限定説ではなく、その予定をも含める準限定説に立つものであると分析する。これらに対し、非限定説を支持する論者からも、例えば河上和雄<sup>54)</sup>は、杉山事件判決を非限定説に立つものと評価しつつ、本判決は従来の意味での非限定説の考え方を捜査スケジュールの確定性という要件によって限定するもの、つまり、「いわば、確定スケジュール捜査必要説と言った中間的立場に立つ」ものと評価する。

このように、本判決の意義については評価が分かれているが、最高裁調査官解説（佐藤歳二）<sup>55)</sup>は、本判決が非限定説を採らなかったことは明らかであるとしつつ、杉山事件判決自体に捜査の現在性を必須の要件とするものではないという考え方（準限定説）を認める余地があったものと評価し、ただそのような見解に立った場合に生じうる、捜査機関の取調予定は抽象的にはおよそ常に存在するものであって非限定説と変わらないこととなるという前述の批判を回避するため、間近かつ確実な予定という基準によって限定を加えたものであると説明している。また、調査官解説は、間近かつ確実な取調予定があれば常に捜査の中断による支障が顕著な場合に当たるとしたのではなく、本判決の坂上裁判官補足意見でも述べられているように、接見指定の「要件の存否を判断する際には、単に被疑者の取調状況から形式的に即断することなく、右のような措置が可能かどうかについて十分検討を加える必要があり、その指定権の行使は条理に適ったも

---

52) 渥美東洋・判評398号182頁（1992年）は、限定説は取調の有無という形式的基準に着目するものであるが、それ自体妥当ではなく、実質的観点からの衡量が必要であると主張する。

53) 大久保忠志・立教大学大学院法学研究12号67頁（1992年）。

54) 河上和雄・判タ764号79頁（1991年）。

55) 佐藤歳二・平成3年最判解民事篇313,325頁（1994年）。



のでなければならない。」とも述べており、捜査のため必要があるときという接見指定要件の解釈にあたっては、捜査の現在性（または間近かつ確実な予定）を基礎としつつ、実質的な判断が必要であるという見解を示している。

(iv) そして、最高裁は、大法廷において接見指定制度の合憲性を判断するにあたり、最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁において、「『捜査のため必要があるとき』とは、右接見等を認めると取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に限られ[る]」という従来からの基準を踏襲し、「弁護士等から接見等の申出を受けた時に、捜査機関が現に被疑者を取調べ中である場合や実況見分、検証等に立ち合わせている場合、また、間近い時に右取調べ等をする確実な予定があつて、弁護士等の申出に沿った接見等を認めたのでは、右取調べ等が予定どおり開始できなくなるおそれがある場合などは、原則として右にいう取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に当たると解すべきである」と判示した。最高裁調査官解説（大坪丘）<sup>56)</sup>は、大法廷の右解釈は、「小法廷の各判例において示されていた見解をそのまま踏襲し、それを大法廷として確認されたもの」であり、最高裁は前記杉山事件判決および浅井事件判決から一貫した見解を示してきたことを説明している。

もっとも、本判決について、井戸田侃<sup>57)</sup>は、本判決は「あたかも明文がないのに基本的人権に対する制約原理として『公共の福祉』をおき、さらには、基本的人権より公共の福祉の方を重視するという基本的姿勢をうち出したもの」であつて、本判決によるならば、「取調べは、すべて当然に『捜査に顕著な支障が生ずる』ということになるのであろう。もしそう

---

(56) 大坪丘・平成11年最判解民事篇250,279頁（2002年）。

(57) 井戸田侃・民雑122巻6号49,58頁（2000年）。

なら取調権優先である。」と批判する。また、山本正樹<sup>58)</sup>は、本判決により「接見交通権と捜査権・取調べとを同次元で捉え、対置させるという手法」がいつそう深められたと分析した上で、これは、非限定説からの捜査権や接見指定に関する捉え方に少なからず影響を受けたものであると批判している。これらの批判的見解に加えて、肯定的な立場からも、例えば佐藤陽一<sup>59)</sup>は、右判示部分について、「この部分は従来の小法廷判決を踏まえた体裁をとっているとはいえ、いわゆる準限定説を採用したともいわれる平成3年の二つの小法廷判決の説示と対比すると、取調べ等の予定が直近で確実である場合をあえて例示として掲げる説示をしている点で大きく構成を異にしており、従来から最も激しく争われている罪証隠滅のおそれがあるときでも接見交通権を制限することができるかという重大問題について、限定的にせよ、捜査の必要があるときに該当するとして、接見交通権の制限を肯定する余地を留保したものとかがわれる。」と述べ、むしろ、(準)限定説的な観点、つまり被疑者の身柄調整という考え方は接見指定要件の解釈にとって決定的なものではないという方向に転換したものであると主張する<sup>60)</sup>。

このようにして、大法廷判決が示す基準に対する評価について対立が見られ、刑訴法学説において活発な議論が行われた<sup>61)</sup>。その原因について考究すると、佐藤が指摘するように、本判決が従来最高裁判例とはその文理構造において異なるものであるということに加えて、他方で、従来からの基準を踏襲する形で、本判決でも捜査に顕著な支障の発生という基準が

---

(58) 山本正樹「接見交通権の保障について——平成11年最高裁大法廷判決を契機に——」近法50巻2 = 3号35,41頁(2003年)。

(59) 佐藤陽一・判タ1065号136頁(2001年)。

(60) 同様の分析を行うものとして、肯定的立場から、大野重國・警論52巻6号44, 46頁(1999年)、否定的立場から、洲見光男・現刑11号64,68頁(2000年)。

(61) 現刑13号(2000年)、刑弁26号(2001年)などで特集が組まれた。

満たされる場合として、取調の中断「等」という表現が用いられていることが挙げられる。つまり、三井誠<sup>62)</sup>が指摘するように、この「等」という表現にどのような意味を持たせるかで、結論が大きく異なりうるものとなるのである。三井が提起する右問題について、田中康郎<sup>63)</sup>は、「『等』の内容としては、……いずれも「取調べの中断」に準ずるような、被疑者の身柄を必要としている点にも併せて注目すべきでしょう。」として、これを準限定説と呼ぶかどうかは別として、大法廷判決の立場は従来判例から一貫したものであり、「限定説の立場にもう少し幅広く時間調整的な発想を取り入れたゆるやかな考え方」とであると分析する。これに対し、椎橋隆幸<sup>64)</sup>は、罪証隠滅の虞が（一般的にではなく）具体的に存在する場合に備えて、含みを持たせたもの、つまり非限定説の観点も限定的にはあるが余地を残すものであると分析する。

(v) 以上のように、接見指定要件、つまり「捜査のため必要があるとき」の解釈をめぐって、被疑者の身柄を利用した時間調整の観点に限定されるのか、または捜査全般の一般的必要性にまで広げられるのかという問題は、特に最高裁の三度にわたる判示を中心に活発な議論が繰り広げられてきた。もっとも、ここで、従来裁判例を中心とする議論に際して念頭に置かれてきたのは、被疑者が留置されている場所、たいていは代用監獄である警察署に赴き、直ちに面会を求めるという事例（いわゆる直行型）であることを確認しておかなければならない。つまり、弁護人が接見を申し出た時点で現に取調中である、またはその間近かつ確実な予定があるという

---

62) 椎橋ほか（座談会）[三井誠発言]「取調べと接見交通権をめぐる諸問題」現刑13号5,22頁（2000年）。

63) 田中康郎（座談会）・前掲注62)「取調べと接見交通権をめぐる諸問題」22頁。三井誠も、田中の分析に賛成する。

64) 椎橋隆幸（座談会）・前掲注62)「取調べと接見交通権をめぐる諸問題」23頁。太田茂も、椎橋の分析に賛成する。

事情が存在する場合、弁護人の申出どおりの接見を認めたのでは捜査に（顕著な）支障が生じる可能性があり、接見指定をそのような場合に限定するか否かという点が議論の対象であった。しかし、このような対立点は、上述（三三(3)(iii)）のように、弁護人に対して事前に指定書の受領を求めるという運用において、弁護人が時間的に離隔した時点での接見を求めるといふ事例（いわゆる事前連絡・予約型）にも妥当するものであるかが、問われなければならない。すなわち、弁護人の接見申出の時点を基準にすると、捜査の現在性（または時間的接着性）が認められず、非限定説に立つ場合は別として、限定説の立場からは常に弁護人が希望するとおりの接見が認められなければならないのか、つまりこのような事前連絡・予約型に際しておよそ接見指定は認められないのではないかが問題となる。

このような事前連絡・予約型の事例について、最高裁は、最判平成12年2月22日判時1721号70頁（安藤・斎藤事件）において取り組むこととなったが、そこでは、単に前記平成11年大法廷判決を引用し、具体的事例の判断にあたって直行型と特に区別することなく指定要件の存在を認めた。

このような最高裁の判断について、例えば、田邊哲夫<sup>(65)</sup>は、時間的接着性要件（つまり〔準〕限定説）を維持しつつ、その判断基準時を、弁護人が接見を申し出た時点ではなく、実際に接見を希望する時点においたものと分析している。しかし、そのような理解は、限定説が従来述べてきたものと適合しないように思われる。つまり、限定説は、弁護人が希望するとおりの接見を認めた場合に生じる捜査（現在している場合、およびそれに準じる間近かつ確実な予定がある場合）の「中断」という要素に着目し、それによって生じる捜査に顕著な支障の回避の必要性を接見指定要件として肯定するものであるが<sup>(66)</sup>、田邊の述べるように、時間的現在性・接着性

(65) 田邊哲夫・警論53巻7号190頁（2000年）。

(66) 酒井安行「接見指定行為の構造と最高裁判例」『光藤景皎先生古稀祝賀論文』

の基準時を接見申出の時点から切り離すとすると、それは中断の要素を不要とするものとなり、もはや限定説の観点を捨てるものといわざるを得ないからである。

これに対し、渡辺修<sup>67)</sup>は、最高裁大法廷判決において示された基準は、浅井事件判決以来示されてきた「『捜査の顕著な支障』があれば同条の指定要件である捜査の必要を認めるとした（捜査の顕著な支障説）。」ものと分析した上で、本件は、「時間的には『間近』とはいいがたいとしても身体を利用する捜査の予定が確実な場合、指定要件を認める。」ものであって、「この結果、被疑者取調べスケジュールを重視した接見指定が是認される。」ことになると評釈する。また、酒井安行<sup>68)</sup>は、本判決は「現に着手された具体的な捜査行為の中断ではなく、全体的な捜査機関の捜査計画、スケジュール自体を対象とし、それへの支障を、確実性のみを条件に、指定要件として認めることになる。まさに、捜査スケジュール説ともいうべきものであって、従来の判例の範囲を大きく超えたものとなる。」と分析し、「このような捜査スケジュール説のアプローチは、『顕著な支障』という絞りを生かす余地を残しつつも、あるいは残すが故に、そのような絞りをかける以前のいわば形式的要件としての捜査行為との事実的・時間的關係を可及的に緩やかに捉えておこうとするもの」であると評釈する。

(vi) 以上から、改めて一連の最高裁判例を見直すと、以下のことが確認される。すなわち、接見指定要件が認められる場合として、杉山事件判決および浅井事件判決では「捜査の中断による支障が顕著な場合」であるとされているのに対し、平成11年大法廷判決では「取調べの中断等により捜

---

↘集上巻』251,257頁（2001年、成文堂）。

(67) 渡辺・前掲注(12)「接見交通権の到達点と実効的保障の展望」25頁、渡辺・前掲注(12)『刑事訴訟法』77頁。

(68) 酒井・前掲注(68)「接見指定行為の構造と最高裁判例」258頁。

査に顕著な支障が生ずる場合」という表現に改められ、これは、事前連絡・予約型の事例（前出安藤・斎藤事件判決）にも受け継がれている。そして、前者については、これを限定説（または準限定説）の立場から理解する見解が有力であったが、後者に至ると、特に事前連絡・予約型に関する議論を見る限り、（準）限定説の考え方を一貫させるには問題があるとする見解が有力となっている。そこで、最高裁は、前者と後者との間で見解を改めるに至ったのかという点が問題となる。確かに、平成11年判決は大法廷によって下されたものであり、判決文の形式的指摘は別として、実質的に判例変更したものと理解することも、法的には許されるであろう（裁判所法10条但書3号）。しかし、平成11年大法廷判決では、杉山事件判決および浅井事件判決が参照判例として掲記されている点から見ても、前述（三3(1)(iv)）調査官解説でも示されるとおり、従来からの見解が踏襲されたものと考えらるべきであろう。すなわち、刑訴法39条3項本文にいう「捜査のため必要があるとき」とは、希望どおりの接見を認めると捜査に顕著な支障が生じるという場合であり、このような基準は、杉山事件判決以来、最高裁の見解として一貫しているのである。つまり、最高裁は、接見交通権を憲法の保障に由来する被疑者の手続的基本権であり、かつ弁護人にとっても固有の権利であるということを前提に、かかる重要な権利を制限するためには、そもそもそれだけの必要性が存在していなければならない、それは、単なる抽象的・一般的な支障ではなく、顕著な支障という、刑罰権乃至捜査権という公的利益に対する相当程度具体的かつ切迫した危険が存在することが必要であり、刑訴法39条3項の解釈としてそのような場合に限定すべきことを一貫して判示してきたのである。そして、直行型の事例において、捜査に顕著な支障が生じる具体例として接見による捜査の中断という要素を例示しつつ、他方、事前連絡・予約型の事例においても、スケジュールの変更を余儀なくされることで直行型の場合の中断に匹敵する程

度の支障が生じる場合には接見指定要件を認めるものと分析することで、最高裁判例を一貫するものと理解することができる。要するに、最高裁の見解は、渡辺が指摘するように、捜査の顕著な支障という抽象的基準によるものであって、従来からの議論において非限定説の立場からはともかくとして、限定説の立場からは、そのような捜査の中断性という要素は、直行型の事例においてのみ、しかもそれ自体が決定的基準というのではなく（もちろん、浅井事件判決の坂上補足意見でも示されるとおり、捜査の中断が常に顕著な支障を基礎付けるものではない）、右抽象的基準を徴表するいわば間接事実でしかないことに注意が必要であり、事前連絡・予約型の事例においては、異なる観点からの検討を行うべきものと理解されるべきであろう。

このように、最高裁の見解は、捜査の顕著な支障の有無というどちらかといえば抽象的な基準によるものであり、それは、捜査の中断という要素を決定的な基準とはしないものであって、一見すると、限定説よりも非限定説の結論に近づくものであり、接見交通権が著しく制約される可能性を持つともいえよう。しかし、このような見解は、「捜査のため必要があるとき」という文言の文理解釈としては決して無理のあるものではなく、また、実質的にも、前述のとおり、接見交通権を制約するだけの必要性として相当程度限定的に対立利益を捉えるものであって、直ちに不当なものであるとまではいえない。また、このように解しても、刑訴法39条3項は、さらに但書において、接見指定は被疑者の防御準備権を不当に制限するものであってはならないと定めており、捜査に顕著な支障が生じる場合常に接見指定が可能であるとされるものではないはずである。つまり、抽象的レベルで、そもそも捜査に顕著な支障が発生するだけの切迫した状況があることが前提であり、かつ、具体的指定によっても被疑者の防御準備権が十分保障されるという場合に限って接見指定が可能になるのである。従来

の議論は、接見指定の可否のレベルにおいて、接見交通権と刑罰権乃至捜査権との調整という問題であることを認識しつつ、しかし、「捜査のため必要があるとき」という本文の解釈に拘泥していたがために、硬直的なものとなり、かつ、それがために、接見交通権の保障を広く求める限定説からも、捜査の現在性または間近かつ確実な予定といういわば捜査側の事情に引きずられた形で検討が行われてきたため、逆に、取調中であれば容易に接見指定が認められることとなってしまうように思われる。このような形で議論が展開されてきた原因は、田宮裕<sup>(69)</sup>が指摘するように、最高裁判例が杉山事件以来本文と但書を分析するという方法によらず、但書の要素も含めて一元的な基準を導き出すという方法をとったことに起因するものと思われる。確かに、平成11年大法廷判決では、従来の判例とは異なり、はっきりと「捜査のため必要があるとき」の解釈として前述のような基準が示されているのであるが、前述のとおりその内容は従来のものと同一であると解すべきであり、その基本的視座においても変更はないというべきである。もっとも、そのような視点からは、大法廷判決自身が示すような対立する利益の合理的調整が十分果されるかは疑問である（後述三3(2)）。刑訴法39条3項の構造を見る限り、むしろ、但書の意義を十分考慮し、本文との関係を正しく理解することで初めて、立法者が予定する本来の形での合理的調整が果されるのではないだろうか。

## (2) 具体的指定要件

(i) 上述のとおり、刑訴法39条3項によると、捜査のため必要があるとき、つまり最高裁判例によると捜査に顕著な支障が生じる場合に接見指定することができるが、しかし、そのような指定が被疑者の防御準備権を不

---

(69) 田宮・前掲注(23)『日本の刑事訴追』421頁。



当に制限するものであってはならない。この二つの要素の関係について、上述のとおり、最高裁判例は一元的に捉えており、学説もそれに応じた形で議論が推移してきた。しかし、最高裁判例を見る限り、そのような理解では、必ずしも妥当な結論が導かれないのではないだろうか。つまり、最高裁が示す基準によると、捜査に顕著な支障が生じる場合、つまり非限定説からはなおのこと、限定説からも、例えば直行型の事例において弁護人の接見申出に際して現に取調中であり、接見による中断によって捜査に顕著な支障が認められるという場合、接見指定を行うことが可能であるとされるが、例えば、当該接見が逮捕直後の第一回の接見など被疑者の防御準備にとって非常に重要な場合であっても同じく捜査に顕著な支障が生じるという限りで接見指定すること、具体的には、即時の接見を認めず、取調終了後の時間を指定するということも可能になるものと思われるが、それは、法が本来予定する合理的調整として妥当なものであろうか。

(ii) 最高裁は、最判平成12年6月13日民集54巻5号1635頁（第二次内田事件）<sup>(70)</sup>において、このようなまさに双方の利益、つまり「捜査に顕著な支障」といわば「防御に顕著な支障」とが激しく対立するという事例に取り組むこととなった。最高裁は、警察官が弁護人（になろうとする者）からの逮捕直後の初回の接見申出に対し、速やかに接見時間を指定することなく、かつ最終的には申出の翌朝の時間を接見指定したという事例において、原審がこれを適法な処分であったと判断したのに対し、前述の最高裁判例で示されてきた基準を示した上で、さらに、「とりわけ、弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者と被疑者との逮捕直後の初回の接見は、身体を拘束された被疑者にとっては、弁護人の選任を目的とし、かつ、今後捜査機関の取調べを受けるに当たっての助言

---

(70) 辻本・前掲注(28)「判例研究」147頁。

を得るための最初の機会であって、直ちに弁護人に依頼する権利を与えられなければ抑留又は拘禁されないとする憲法上の保障の出発点を成すものであるから、これを速やかに行うことが被疑者の防御の準備のために特に重要である。」ということを確認し、「右のような接見の申出を受けた捜査機関としては、前記の接見指定の要件が具備された場合でも、その指定に当たっては、弁護人となろうとする者と協議して、即時又は近接した時点での接見を認めても接見の時間を指定すれば捜査に顕著な支障が生じるのを避けることが可能かどうかを検討し、これが可能なときは、留置施設の管理運営上支障があるなど特段の事情のない限り、犯罪事実の要旨の告知等被疑者の引致後直ちに行うべきものとされている手続及びそれに引き続く指紋採取、写真撮影等所要の手続を終えた後において、たとえ比較的短時間であっても、時間を指定した上で即時又は近接した時点での接見を認めるようにすべきであ[る]」<sup>71)</sup>として、本件のように接見指定によって捜査に顕著な支障の発生を避けることが可能である場合に、「被疑者の取調べを理由として右時点での接見を拒否するような指定をし、被疑者と弁護人となろうとする者との初回の接見の機会を遅らせることは、被疑者が防御の準備をする権利を不当に制限するものといわなければならない。」と結論付けた。

本判決は、最高裁判所調査官解説(矢尾渉)<sup>71)</sup>が説明するように、①初回接見であり、弁護人選任を目的とするものであって、即時又は近接した時点で接見する必要性が大きかったこと、②比較的短時間の取調の中断等によっても、①の目的に応じた合理的時間を確保することができたこと、③即時又は近接した時点での接見を認めても、接見時間を指定することによって捜査への顕著な支障を避けることができたこと、という事情がある

---

(71) 矢尾渉・平成12年最判解民事篇上522,547頁(2003年)。

場合において、捜査機関は弁護人等と協議の上接見時間を指定して即時又は近接した時点で接見させるという「きめ細やかな対応」をすることを要求するものである。結論として、最高裁として初めて捜査機関による具体的な接見指定行為を違法であると判断したものであることから、本判決を支持する見解が多い。例えば、笠井治<sup>(72)</sup>は、本判決は、「弁護人又は弁護人となろうとする者と被疑者との初回接見につき、即時接見をほとんど制約できない権利として明快に認めた」ものであると評価する。しかし、最高裁判所調査官解説では、「取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生じる場合には、原則として接見指定ができるという枠組み自体を変更したのではなく、逮捕直後の初回の接見であれば、およそ即時又は近接した時点での接見を許さなければならないとしたものではない。したがって、右のような協議と検討を行った上で、即時又は近接した時点での接見を認めれば接見時間の指定をしても捜査に顕著な支障が生じると合理的に判断される場合にまで、本判決の射程が及ぶものではない。」と説明されており<sup>(73)</sup>、あくまで決定的な基準は捜査に顕著な支障の有無であり、少なくとも「捜査の顕著な支障があっても逮捕直後の初回接見を優先させるべきである」と判断したものとは直ちにはいえないように思われる<sup>(74)</sup>。確かに、「実際問題としては、速やかに30分ほどの接見をさせることがどうしてもできないという事例はごく特殊であ[る]」といえようが<sup>(75)</sup>、しかし、被疑者の自供による重要証拠物捜索にあたっての引き当たり捜査の必要性などを考えると<sup>(76)</sup>、接見交通権と接見指定の合理的調整の在り方として依然

---

(72) 笠井治「初回接見交通権の優位性——最高裁平成12年6月13日判決の意義——」現刑18号55,59頁(2000年)。

(73) 矢尾・前掲注(71)548頁。同旨、山本和昭・現刑26号90,95頁。

(74) 渡辺・前掲注(12)「接見交通権の到達点と実効的保障の展望」29頁。

(75) 後藤昭・平成12年重判178,179頁(2001年)。

(76) 川出敏裕・刑訴法百選第8版78,81頁(2005年)。

問題は残される。その際には、特に、右のような場合に加えて、取調との関係、例えば「重大事件につき、被疑者がまさに真相に迫る供述を始めたときなどは、供述が一段落して調書が作成されるまでは初回接見であっても、接見開始を遅らせる正当化事由がある」<sup>(77)</sup> と言いうるかは、重要な問題である。被疑者側からすれば、まさにそのような場面こそ弁護人の助力を必要とし、接見指定によってその機会を制限することが被疑者の防御準備権の不当な制限にならないのかが問われなければならない<sup>(78)</sup>。

(iii) このように、第二次内田事件判決の、結論はともかく、その基礎付けにおいて見られる問題点は、まさに最高裁の接見交通権と捜査権との合理的調整に対する考え方が表されたものといえよう。すなわち、最高裁の右判示部分を見る限りでは、両利益の調整段階において、あくまで決定的であるのは捜査の顕著な支障の回避可能性であり、回避が不可能である場合には、たとえ初回接見のように重要な接見であったとしても制限することが可能とされうるものであって、それは基本的に捜査権を重視するものであるということができよう。つまり、捜査に顕著な支障と防御にとって顕著な支障とが排他的に対立する場合において、まさに合理的調整が必要となるのであるが、最高裁の見解によると、前者を優位させるべきことになるとの評価が可能である。

しかし、このような見解は、39条3項の本文と但書の文理構造に表された、憲法および刑訴法立法者による対立する両利益の具体的衡量に反するようと思われる。つまり、憲法は、接見交通権の原則的保障を示し、刑訴法は、これを受けて、そもそも接見指定を行うことができる場合を捜査に顕著な支障が生じる場合に限定しつつ、さらにそのような支障が生じる場

---

(77) 山本・前掲注(73)95頁。

(78) 川出・前掲注(76)81頁。

合であっても、具体的な接見指定が被疑者の防御準備権を不当に制限するものであってはならないとしているのである。初回接見のような被疑者の防御準備にとって本質的な機会が制限を受けることは、被疑者が弁護人からの援助を受けることなく捜査の客体とされるものであることから、そのような機会の制限はそれだけで不当であると言え、およそ常に、つまり捜査に顕著な支障が生じる場合であっても優先して保障されるべきものであろう。例えば、平野龍一<sup>(79)</sup>は、限定説を前提に、「取調中であっても、但書の事由にあたる時は、これを中断して接見させなければならない。この但書の事由にあたる事情があるかどうかは、捜査機関には判断できないから、明らかに理由がないと思われる場合の外は弁護人の主張に従う外はない。」と述べている。平野の見解は、刑訴法の文理に忠実であるというだけでなく、実質的にも、憲法が予定する接見交通権と刑罰権乃至捜査権との合理的調整として妥当なものとして、支持されるべきものである。つまり、被疑者の接見交通権と刑罰権乃至捜査権とはおよそ裸の利益衡量に乗せられるものではなく、憲法および刑訴法上本質的に前者が優遇されるべきものである。この点で、渡辺修<sup>(80)</sup>は、「『刑罰』作用は、捜査、公訴、裁判、刑の執行、処遇と被疑者・被告人の防御、服役者の主体的権利の行使が総合されて実現する国家作用だ。憲法の明文で保障されている市民の人権保障を前提としてのみ刑罰権実現が認められる。」と指摘する。この指摘は、要するに、憲法33条は被疑者の身柄を拘束する権能を認めており、仮に取調等捜査権の行使が憲法上認められた国家の権能であるとしても、それは、憲法38条1項の黙秘権に加えて、憲法34条で保障される弁護人依頼権が保障されて初めて行使されうるものであって、そのような関係を逆転させて、捜査権の行使の必要を接見交通権という権利の制約根拠とする

---

(79) 平野・前掲注(33)『刑事訴訟法』105頁。

(80) 渡辺・前掲注(12)「接見交通権の到達点と実効的保障の展望」30頁。

ことは背理であるとするものである。この見解によると、そもそも現行法における接見指定制度は、それが強制処分的なものと理解することはできないが<sup>81)</sup>、その結論の当否はおくとしても、少なくとも両利益が対立する場面において接見交通権の優位性を導き出すものである点は、注目される。つまり、接見指定の適法性に関して決定的な観点は、それが捜査に顕著な支障の発生を回避させるために必要なものであり、かつ、さらにそれによって防御に顕著な支障を生じさせるものではないということである。

#### 4. 余罪との関係

上述で検討した接見指定は、公訴提起前に限り行うことができるが、ある被疑事実について公訴提起がなされた後、さらに余罪について捜査をする必要があるという場合、これを理由として接見指定できるかが問題となる。この問題は、以下のように、被疑者・被告人の身柄拘束の状況に応じて検討する必要がある。

第一に、起訴後勾留は行われているが、余罪について逮捕勾留が行われていないという場合について、最決昭和41年7月26日刑集20巻6号728頁は、「およそ、公訴の提起後は、余罪について捜査の必要がある場合であっても、検察官等は、被告事件の弁護人または弁護人となろうとする者に対し、同〔刑訴法〕39条3項の指定権を行使しえない」と判示し、接見指定は認められないと結論付けた。また、東京地判平成11年3月23日判タ1001号294頁は、被告事件の弁護人が、該被告事件ではなく、受任していない余罪の取調について被疑者と打ち合わせる必要があるとして接見を求めたが、これを拒否されたという事例について、「身体の拘束を受けている被告人の弁護人は、原則として自由に被告人と接見することができるのであ

---

(81) 渡辺・前掲注(12)「接見交通権の到達点と実効的保障の展望」31頁。

て、刑事訴訟法39条は、被告人の逃亡や罪証の隠滅に関わるような場合を除いては、その接見の目的及び内容に何らの制限も加えていない。更に、刑事訴訟法39条1項所定の接見交通権が憲法上の保障に由来する弁護人の重要な権利であることを併せ考慮すれば、弁護人が接見の申出をする際に予定していた接見内容如何により、その接見交通権が否定されたりその行使につき他の場合と異なる制約が生じるものと解することはできない。」と判示し、接見拒否の措置を違法であると結論付けた。接見指定は、あくまで「身体の拘束」を前提に、かつ「公訴の提起前に限」られるものであることから、これらの裁判例における結論は当然の判断であると思われる。

第二に、起訴後勾留に加えて、余罪に関して起訴前勾留が行われている場合はどうか。これは、そもそも勾留を事件単位ごとに考察する通説的見解から、いわゆる勾留の競合を認めることを前提とする問題であるが、例えば、岐阜地決昭和38年5月22日判時339号42頁は、勾留の競合を前提に、「理論上、右両者〔被告事件と被疑事件〕は並列的なもので、その権限の行使が法律上抵触するものとは解し難いが、接見しようとする者及び接見の相手方となるべきものは現実には一人であるところから、右両者の権限の行使が事実上衝突する恐れがあることは容易に推認しうる」とした上で、該事実上衝突するという場合においては、起訴後接見の自由を優先させるべきであり、起訴前部分についての接見指定の目的は「弁護人の良識」に委ねられるべきものであると結論付けた。しかし、その後、最決昭和55年4月28日刑集34巻3号178頁は、右と同じく同一の弁護人が被告事件と被疑事件の双方を受任していた事例について、「検察官等は、被告事件について防禦権の不当な制限にわたらない限り、刑訴法39条3項の接見等の指定権を行使することができる」と判示し、準抗告審である原審（水戸地決昭和55年4月17日刑集34巻3号183頁に掲載）の判断を支持した。ちなみに、原審では、その結論について、「検察官等にその接見指定権を認めた

うえ、当該被告事件の訴訟の進行状況（既に第一回公判期日が指定されているかどうか、それが近接した時期にあるかどうか、現に公判審理中のものであるかどうかなど）、事案の軽重、それまでの接見状況、被疑事件の重大性など具体的な場合、状況に応じ、接見時間の大幅な緩和など特段の配慮をなすことによって、被告人の防禦権と余罪捜査の必要性との調和を図るのが相当である」と判示されている。この問題に関しては、勾留の競合を前提に、前出岐阜地決昭和38年が判示するように、理論的には、起訴前の被疑事件のみを理由に接見指定を行うことも、法律上考えうる措置であると思われる。しかし、同決定がさらに述べるように、通例弁護人が双方の事件を受任することが多いという状況を考えると、接見指定が行われる場合には事実上起訴後接見にまで影響が及ぶことは避けられない。法は、起訴後接見に関しては、接見指定を認めず、接見が濫用される虞については弁護人の良心に委ねられていることを考えると、一律に接見指定は排除されるべきであり、岐阜地決の判断が妥当であるように思われる。

その後、さらに、最決平成13年2月7日判時1737号148頁では、やはり起訴後勾留と起訴前勾留とが競合する場合に、被告事件のみについて選任された弁護人の接見申出について弁護が受任されていない被疑事件の捜査の必要を理由に接見指定が行われたという事例が問題となった。最高裁は、前出最決昭和55年を引用し、「検察官は、被告事件について防禦権の不当な制限にわたらない限り、被告事件についてだけ弁護人に選任された者に対しても、同法39条3項の接見等の指定権を行使することができる」と結論付けた。本決定について、様々な評価がなされているが、例えば、清水真<sup>82)</sup>は、そもそも事件単位説からの勾留の競合を肯定する前提を批判し、いわゆる手続単位説から本決定の結論に疑問を提起する。他方、大澤裕<sup>83)</sup>

82) 清水真・新報108巻7＝8号237,245頁（2002年）。

83) 大澤裕・平成13年重判190頁（2002年）。



は、接見指定は被疑者の身柄利用の調整であるとの見解を前提にするならば、被告事件の弁護人が起訴前の被疑事件の弁護人を兼ねている場合とそうでない場合とで変わることはないとして、後は、被告人の防御準備権が被疑者のそれよりも一層厳格なもとして理解されるべきことによる調整の問題であるとして、本決定を支持している。そもそも、清水の主張する手続単位説が妥当であるかは置くとして、通説的見解である事件単位説からの勾留の競合を前提としても、本件のように接見指定の対象となる被疑事件についてそもそも「弁護人」として選任された者がいない場合になお接見指定を認めるという結論は、接見指定が接見交通権に内在するというよりも、逮捕勾留という身柄拘束の強制処分に付随する権限であることを認めることにつながるものであり、接見指定が被告事件の防御にとって支障を与えるものであってはならないという観点からの限定が働くとしても、最高裁の右結論は、接見指定制度をもはや被疑者の身柄調整の手段というよりも、捜査全般の必要性を考慮するものと理解する見解に近づくものではないかと思われる。

#### 四 戒護および施設管理上の理由による接見制限

接見交通は、捜査機関による接見指定（刑訴法39条3項）に基づく制限だけでなく、被疑者・被告人の逃亡、罪証隠滅、戒護上の支障を防止する目的とする法令等の規定に基づく制限を受けることもある（刑訴法39条2項）。刑事施設ニ於ケル刑事被告人ノ収容等ニ関スル法律50条（旧監獄法50条）は、「接見ノ立会、信書ノ検閲其他接見及ヒ信書ニ関スル制限ハ法務省令ヲ以テ之ヲ定ム」と規定し、これを受けて、監獄法施行規則121条以下では詳細な規定が定められ、これらの規定による制限は、一部を除いて（接見時間の制限121条、接見の立会127条1項）、弁護人との接見交通

にも適用される。

2005年5月、長年の議論の末、監獄法が改廃され、刑事施設及び受刑者処遇等に関する法律が成立し、これによって既決受刑者に関する処遇について大きな変化がもたらされた。しかし、「代用監獄制度及び受刑者以外の被収容者〔被疑者・被告人を含む〕の処遇については、今回の法改正の対象外であり、現行監獄法の規定が内容的に改正されることなく適用される。」<sup>84)</sup> ことから、弁護人と被疑者・被告人との接見交通に関する従前からの問題点は、今次の改正によってもなお解決されていない。そこで、次に、右規定との関係で生じる問題点を、近時の裁判例を中心に検討する。

### 1. 「接見所」以外での接見、「面会接見」について

被疑者・被告人との接見は、「接見所」において行わせること（監獄法施行規則126条1項）、及びその際には立会を置くことが規定されている（同127条1項本文）。弁護人と被疑者・被告人との接見は、刑訴法39条1項により秘密であることが保障され、監獄法施行規則でも同様に定められている（同127条1項但書）が、そのような秘密性が保障される弁護人との接見に際して、逃走および罪証隠滅等を防止するために必要な「戒護上の措置」を講ずるべきこととされている（同127条2項）。昭和3年司法行政局通牒行甲978号「刑務所建築準則内規制定ノ件」79条によると、面会所は、庁舎区域と行刑区域との境に設けられ、遮蔽板等によって物品の授受及び逃走の虞がないような装置が施されるべきこととされている<sup>85)</sup>。

では、弁護人が被疑者・被告人との接見を申し出た場所に右のような戒護上の措置が施された面会室が設置されていなかった場合、面会室がない

---

84) 北村篤「刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律の成立」ジュリ1298号6, 9頁(2005年)。

85) 小野・朝倉『ポケット注釈全書監獄法・改訂版』344頁(1970年, 有斐閣)。

ということを理由に接見を拒否できるか、またそのような状況において弁護人の申出に対しどのような対応をすべきか。この問題について、最高裁は、最判平成17年4月19日民集59巻3号563頁（定者事件上告審）において初めて検討することとなった。本件は、被疑者が検察官取調のため検察庁舎内で待機中、弁護人が右検察庁舎を訪れ、接見を申し出たところ、検察官は庁舎内に接見室がないことを理由に右申出を拒否し、接見させなかったという事例である。第一審（広島地判平成7年11月13日判時1586号110頁）および第二審（広島高判平成11年11月17日民集59巻3号641頁に掲載）は、「検察官は、単に検察庁の庁舎内に接見室又は接見施設が無いことのみを理由として、接見を拒否することは許されず、その庁舎内に、被疑者との接見を行わせても、被疑者の逃亡、罪証の隠滅を防止することができ、戒護上の支障を生じさせないような場所が存在しないことを理由とする場合に限り、接見を拒否し得るものと解すべきである。」（上告審判示部分）と判示し、本件においては、確かに検察庁舎内には専用の接見室は存在していなかったが、しかし地下の「同行室」を利用すれば右のような支障を避けることが可能であったとして、検察官の措置を違法であると結論付けた。しかし、最高裁は、「被疑者と弁護人等との接見には、被疑者の逃亡、罪証の隠滅及び戒護上の支障の発生の防止の観点からの制約があるから、検察庁の庁舎内において、弁護人等と被疑者との立会人なしの接見を認めても、被疑者の逃亡や罪証の隠滅を防止することができ、戒護上の支障が生じないような設備のある部屋等が存在しない場合には、上記の申出を拒否したとしても、これを違法ということはできない。そして、上記の設備のある部屋等とは、接見室等の接見のための専用の設備がある部屋に限られるものではないが、その本来の用途、設備内容等からみて、接見の申出を受けた検察官が、その部屋等を接見のためにも用い得ることを容易に想到することができ、また、その部屋等を接見のために用いても、被疑者の

逃亡、罪証の隠滅及び戒護上の支障の発生の防止の観点からの問題が生じないことを容易に判断し得るような部屋等でなければならないものというべきである。」と判示し、本件事情の下では、接見室がないことを理由に検察官が接見申出を拒否したことは違法ではないと結論付けた。もっとも、最高裁は、続けて、「しかしながら、上記のとおり、刑訴法39条所定の接見を認める余地がなく、その拒否が違法でないとしても、同条の趣旨が、接見交通権の行使と被疑者の取調べ等の捜査の必要との合理的な調整を図ろうとするものであること（前記大法廷判決参照）にかんがみると、検察官が上記の設備のある部屋等が存在しないことを理由として接見の申出を拒否したにもかかわらず、弁護士等がなお検察庁の庁舎内における即時の接見を求め、即時に接見をする必要性が認められる場合には、検察官は、例えば立会人の居る部屋での短時間の『接見』などのように、いわゆる秘密交通権が十分に保障されないような態様の短時間の『接見』（以下、便宜『面会接見』という。）であってもよいかどうかという点につき、弁護士等の意向を確かめ、弁護士等がそのような面会接見であっても差し支えないとの意向を示したときは、面会接見ができるように特別の配慮をすべき義務があると解するのが相当である。」と判示し、本件のように、「検察官が、上記のような即時に接見をする必要性の認められる接見の申出に対し、上記のような特別の配慮をすることを怠り、何らの措置を執らなかったときは、検察官の当該不作為は違法になると解すべきである。」と結論付けた（但し、このような配慮義務に違反したことについて過失が否定され、国賠請求は棄却されている）。このように、最高裁は、①接見が申し出られた庁舎内に接見に供すべき設備がないことを理由とする接見拒否は違法ではない、しかしその場合でも、②検察官は、弁護士に対し「面会接見」でもよいかどうかの意向を確認し、弁護士がこれに同意するのであれば、面会接見を実現するよう特別の配慮をすべき義務を負うという見解を

示したのであるが、①の点では、原審との間で判断が分かれ、②の点では、最高裁として初めて「面会接見」という新たな接見類型を設定し、これに対する国家機関の義務について論定したものであり、「被疑者と弁護人の接見について新しい判断をしたもので、刑事訴訟実務にも大きな影響がある」ものと考えられる<sup>86)</sup>。

本判決に関して、例えば、川出敏裕<sup>87)</sup>は、以下のような評釈を寄せている。すなわち、本件における接見拒否の法的根拠として、二通りのものが考えられる。第一に、刑訴39条2項等の制約規定は、被疑者が留置施設内にいる場合の接見に関する規定であって、その場合の制限を根拠付ける設権的規定であるという見解と、第二に、39条1項による接見交通権は被疑者・被告人の拘束を前提とした権利であり、当該拘束に伴う内在的制約に服するものであるから、39条2項等による制限はいわば確認的規定であるという見解があり、第一説によると、本件は留置施設外での制限であって、法的根拠が存在せず違法であるということになるが、第二説によれば、具体的な法令がなくとも内在的制約として適法であるということになるが、本判決は、このうち後者の見解に立つものである。川出は、その上で、問題は、内在的制約として接見を制限するという場合、接見室の不存在がその理由となりうるかということであると指摘した上で、本判決は、原審と同じく形式的に接見室という設備が存在するか否かではなく、実質的に戒護上の危険なく接見させることができる設備が存在するか否かという点に着目しつつ、原審が「同行室」が右設備にあたることを理由に違法であるとしたのに対し、本判決は「同行室」では右のような要請を満たさないと

---

<sup>86)</sup> 森義之・ジュリ1302号151頁(2005年)。定者吉人「接見国賠訴訟」法セミ615号14,16頁(2006年)によると、すでに同種の事例で二件の国賠訴訟が提起されている。

<sup>87)</sup> 川出敏裕・刑事法ジャーナル1号165,168頁(2005年)。

して、設備の不存在を理由とする接見拒否を違法ではないと判断したものであるが、それは、緊急の判断を要請される場面において検察官が右のような判断を容易になしうるものであるかという点を重視したものであると分析する。この点について、例えば、中井隆司<sup>88)</sup>は、「接見室等の専用の接見設備以外の場所として何がそれに該当するのかについて、容易には相当し難いのが通常であろう」と述べているが、他方、本件原告である定者吉人<sup>89)</sup>は、「検察官は弁護人や被疑者とは対立当事者であり、一定の『設備のある部屋等』が存在するかどうかを正当に判断できる立場にない。」として、最高裁の判断を批判している。

さらに、川出は、本判決の挙げる「面会接見」という新たな接見の種類について、接見交通権を画一的に見るのではなく、当事者の各々の場面における要請に則した判断であり、仮に右のような内在的制約によって秘密交通が実現されないという場合においても、当事者の接見を希望する事情から必ずしも秘密性が確保されるべき必要がない場合もあり、そのような意思を確認した上で、できる限り当事者の要請に応えるべき義務を検察官に課した点については、接見交通権との合理的調整という観点から評価している。

また、榎本雅記<sup>90)</sup>は、接見設備がないことを理由とする接見拒否は、法的根拠をいずれに解するにせよ、接見をしても逃亡のおそれ等がないような状態が確保されるまでの間に限って制限できるにすぎず、もはや逃亡のおそれ等がない状況に至った場合には、その時点で直ちに接見を認めな

---

88) 中井隆司・警論58巻8号73,86頁(2005年)。これに対し、本件原告である定者吉人は、「検察官は弁護人や被疑者とは対立当事者であり、一定の『設備のある部屋等』が存在するかどうかを正当に判断できる立場にない。」として、最高裁の判断を批判する(前掲注86)。

89) 定者・前掲注86「接見国賠訴訟」16頁。

90) 榎本雅記・名城55巻3号93,102頁(2005年)。

ければならないと指摘する。また、本判決が示した「面会接見」の評価に関しても、理論的には、従来許可されていなかった場合にまで接見を認めようとするものであるが、本来通常の接見が認められるべき場合でも面会接見しか許されないという運用がなされる虞を指摘し、前述の逃亡のおそれ等の認定が厳格になされるべきであると主張する。

本判決について、右評釈にも見られるとおり、判決要旨①の点に関しては、接見拒否の法的根拠および実質的根拠如何という点、②の点に関しては、「面会接見」の持つ意義および接見交通実現に向けた国家機関の配慮義務という点について判断された点が重要である。①の点に関しては、刑訴法39条2項、(旧)監獄法、監獄法施行規則の規定が適用されるか否かという点は、そもそも憲法の保障に由来する権利を制限するために法的根拠を要するかという問題を考えるとき、非常に重要である。右規定は、後述(四3)する裁判例でも検討されるように、本件のような勾留段階においては、被疑者が現に在監している場合だけでなく、取調や引き当たり捜査のため施設の外にいる場合にも適用されうるともいえるが、勾留前の逮捕後警察留置段階においても適用されるかは疑問がある。その上で、さらに、刑訴法39条2項等の制限は、この規定によって達成されるべき戒護上および施設管理上の利益と、憲法の保障に由来するという接見交通権との合理的調整として妥当なものでなければならない。この点に関して、右規定が目的とする戒護および施設管理上の虞は、そもそも被疑者の身柄拘束において常に前提となるものであり、単なる抽象的な危険で足りるとするならば、およそ接見交通は認められないこととなるであろう。したがって、具体的事例において右のような危険は具体的かつ現実的なものでなければならない。さらに、接見交通権を制限するためにはこのような高度の危険が要求されるとすると、弁護人との接見交通においてそもそもそのような危険が生じるといえるのかが問題となる。この問題は、弁護人の刑事手続

における位置付けとも関係するものであるが、弁護人は、弁護士として個人の基本的人権の擁護だけでなく、社会正義の実現も義務付けられ、その使命に基づいて誠実に職務を行い、社会秩序の維持及び法律制度の改善に努力すべきことを義務付けられ（弁護士法1条）、いわば公的利益にも配慮すべき地位にあるものとの前提からすると<sup>91)</sup>、戒護および施設管理上の危険は弁護人との接見においては生じないとの推定が働くものというべきではないだろうか。

また、「面会接見」の意義に関しても、これを評価する見解<sup>92)</sup>と、否定的にみる見解<sup>93)</sup>が見られるが、右のような弁護人との接見の状況を考慮しつつ、従来許容されない場面であってもこのような面会接見という形で接見を実現させようとするものであれば、評価できるものと思われる。いずれにせよ、今後は、面会接見という接見類型が実務において行われるようになるであろうが、そこではいかなる立場の者が立ち会うべきかが問題となる。この点について、当該被疑事件の検察官が立ち会ったという事例について、すでに二件の国賠請求が提起されていると報告されているが、押送担当の警察官等、捜査機関とは独立した立場の者に担当させるべきであろう<sup>94)</sup>。最も、このような面会接見は、秘密性が保障されるべき接見交通にとってはいわば例外的な措置に過ぎず、より本質的には、典型的に接見が行われうる施設においては、専用の接見室の設置が要求されるというべきであろう。仮にそのような施設が存在しない場合、それを理由として安易に面会接見という方式で処理されるべきではないと思われる。

その上で、本判決の意義は、そのような面会接見という接見類型が存在

---

(91) 辻本典央「ドイツにおける刑事弁護人の法的地位論について(1) (2完)」論叢154巻1号51頁、2号118頁(2003年)。

(92) 大迫唯志・刑弁43号66頁(2005年)。

(93) 瀧野貴生・法セミ607号124頁(2005年)。

(94) 定者・前掲注(86)「接見国賠訴訟」16頁。



することを前提に、国家機関の側に、被疑者および弁護人間の接見が効果的に行われるよう配慮すべき義務を課した点にある。すなわち、従来の接見交通権に関する議論は、特に刑訴法39条3項の解釈に見られるように、国家機関と被疑者側との対立という図式で検討されることが通常であったのに対し、本件の該判示は、むしろ、国家の後見的な立場からの配慮義務という形で、被疑者側との共同を求めた点に特徴がある。このような観点は、例えば、ドイツの連邦通常裁判所判例（BGH刑事第五部1996年1月12日BGHSt 42,15）にも見られるところであり、義務の内容<sup>95)</sup>も含めて今後の展開が注目される<sup>96)</sup>。

## 2. 書類および信書等の検閲

(1) 被疑者・被告人と弁護人との接見は、上述のとおり、他の者との接見とは異なり秘密性が保障されているが、その場合においても、「逃亡、罪証の隠滅又は戒護に支障のある物の授受を防ぐため必要な措置」が施される（刑訴法39条2項、監獄法施行規則127条2項）。近時、弁護人が証拠物品であるビデオテープを視聴しながら被告人と接見することを申し入れたことに対し、拘置所職員が右規定に基づいて事前に該ビデオテープを検査しなければ接見を認めないとした措置に対し、そのような措置が接見交通を不当に侵害するものであるとして、国賠請求が提起されたが、大阪地判平成16年3月9日判時1858号79頁（後藤事件一審；控訴審である大阪高

---

<sup>95)</sup> 中井・前掲注88)90頁以下。

<sup>96)</sup> 中井・前掲注88)88頁によると、このような配慮義務は、従来、接見指定に際して接見交通権との合理的調整として刑訴法39条から導かれてきたが、本件のような接見交通に対する制限という場面では、その根拠をいかに求めるかの検討が必要であるという。もっとも、本文で述べたとおり、合理的調整はこのような場面でも要求されるのであり、接見指定の場合と同様、憲法34条および刑訴法39条から導かれるべき義務であると思われる。村岡啓一・判評565号28,32頁（2006年）も同旨の見解であるといえよう。

判平成17年1月25日も同旨)<sup>97)</sup>は、以下のように判示し、右請求を認容した。すなわち、「被告人等と弁護人とが直接面会して被告事件等に関する口頭での打合せを行うことと証拠書類等を見せるなど口頭での打合せに付随する行為とは密接不可分である以上、刑訴法39条1項の『接見』とは、口頭での打合せに限られるものではなく、口頭での打合せに付随する証拠書類等の提示をも含む打合せと解すべきである。……弁護人が被告人等と直接接見するに当たって持ち込もうとしている書類等の事前検査としては、刑訴法39条1項及びそれが由来するところの憲法の保障の趣旨に照らし、罪証隠滅ないし逃走の用に直接供される物品ないし収容施設内の規律ないし秩序を著しく乱す物品の持込みの有無について、外形を視認することによって確認したり、書面又は口頭で質問する程度の検査を実施することは格別（この程度の事前検査にとどまるのであれば、収容施設等に接見内容を推知されるおそれはなく、被告人等と弁護人とのコミュニケーションにも萎縮的效果を及ぼすものとはいえない。）、持ち込まれる書類等の内容にまで及ぶ検査については、秘密接見交通権が保障された趣旨を没却する不合理な制限として許されない」。

(2) 被疑者・被告人と弁護人との接見は、面会だけでなく、信書の発受により行われることもある。もっとも、在監者が発受する信書は検閲され（監獄法施行規則130条）、そこで得られた情報は記録され（同137条、139条）、在監者が閲読した後は領置される（刑事施設ニ於ケル刑事被告人ノ収容等ニ関スル法律49条）。このような制度に関して、大阪地判平成12年5月25日判時1754号102頁（高見・岡本事件<sup>98)</sup>）では、弁護人と拘置所に

---

97) 本件の詳細については、後藤国賠訴訟弁護団編『ビデオ再生と秘密交通権：後藤国賠訴訟の記録』（2004年、現代人文社）および同『ビデオ再生と秘密交通権：後藤国賠訴訟の記録控訴審編』（2005年、現代人文社）参照。

98) 本件の詳細については、高見・岡本国賠訴訟弁護団編『秘密交通権の確立 高見・岡本国賠訴訟の記録』（2001年、現代人文社）参照。

勾留されていた被疑者・被告人との間の信書が開披され、又は未封緘のまままでその内容が確認されてその要旨が記録化された上、検察官からの照会に対して右信書の発受状況（信書の内容の要旨を含む。）が回答されたこと、並びに、検察官が右回答書を裁判所に対する接見禁止の申立ての資料及び検面調書の特信性を立証するための資料として使用したことの適法性が争われた。大阪地裁は、「信書の内容をできる限り捜査機関、訴追機関及び収容施設側に秘密にすることを保障するのが刑訴法39条1項の趣旨であることからすると、収容施設における信書の内容の閲読は、あくまで右の限度〔外形上の検査〕で認められるもので、それ以上の内容の情査は許されないというべきである。更に、右の信書の内容を収容施設において記録化することまで同項が許容しているとは考えられない。なぜなら、信書の開披等をしてその内容を閲読して弁護人宛のものあるいは弁護人からのものであることが判明した以上、前記の秘密保護の要請から、それ以上に信書の内容に収容施設側が立ち入ってはならないと解すべきであるからである。」と判示し、本件に係る諸規定の右判示に基づく限定解釈の必要を指摘した上で、本件拘置所長および検察官の措置を違法であると結論付けた。

本判決について、宇藤崇<sup>99)</sup>は、書類・物の授受も口頭による場合と同じく弁護人と被疑者・被告人とのコミュニケーションとして重要であり、それに対する制限の可否についてパラレルに検討する点を評価し、その上で、仮に書類・物の授受の場合、口頭による場合とは異なり憲法34条、刑訴法39条1項で保障される弁護人との接見交通に該当しない可能性が認められるとしても、それらの検査・検閲は弁護人とのコミュニケーションであることの確認で足り、それが確認されたならば、もはや記録化しておく

---

99) 宇藤崇・法教244号108頁（2001年）。

必要はないことから、本判決の結論についても支持している。他方、岡田悦典<sup>(100)</sup>は、本判決のいう、信書を封緘したままで授受を認めるための法的措置が欠如しているため、刑訴法39条1項は弁護人と被疑者・被告人との信書を開披しないことまで求めていないと判示する点について、今後の立法の必要性を主張する。

(3) このように、後藤事件および高見・岡本事件の各裁判例を見ると、「接見」の実質的解釈に加えて、弁護人との接見を制限する各規定は憲法が保障する接見交通権の趣旨に鑑みて限定的に解釈されるべきことが示されている。これらの裁判例は、結論において接見交通権の実質的保障を求める点で注目されるだけでなく、被疑者・被告人と弁護人とのコミュニケーション手段の多様化というより現代的な問題（後述五1）にも影響を与えるものとしても影響は大きいといえよう。

### 3. 執務時間外の接見

勾留中の被疑者・被告人との接見は、「執務時間内」でなければ許可されないこととなっている（刑訴法39条2項、監獄法施行規則122条）。この規定に関して、例えば、弁護人が接見を申し出た時点ですでに留置施設の執務時間外であった場合、そのことを理由に右接見を拒否することができるだろうか。この問題に関して、神戸地判昭和50年5月30日判時789号74頁は、「接見交通権の憲法上の地位からすると、執務時間終了後の接見拒否が合憲性を有すると言うためには、右の接見が慎重かつ厳重な戒護体制に支障をきたすおそれがあると言うのみではならず、現実的かつ具体的な支障があることを要すると言わなければならない。」と判示し、取調中に執務時間が終了することとなったという具体的事例において、取調に関与

---

(100) 岡田悦典・平成13年重判192頁（2002年）。

する戒護職員を利用することにより十分な対処が可能であったとして、翌朝の執務時間内での接見を求めた措置を違法であると結論付けた。ここでは、接見が原則であり、戒護上の支障を理由とする制限が例外的にのみ認められるものとされている。

これに対し、被疑者が逮捕直後に留置された警察署に、深夜、弁護人が接見を訪れたが、執務時間外であることを理由に接見申出を拒否されたという事例について、福岡高判昭和63年4月12日判時1288号89頁は、「執務時間外の接見要求に応じることが捜査機関側の戒護保安の態勢に現実的、具体的に支障を生じる虞れがある場合のあることは〔明文規定のある〕勾留中の被疑者の場合と同様であるから、かかる虞れのある場合であって、かつ、弁護人等及び被疑者側に執務時間外の接見を必要とする防御上の緊急性等の特段の事情も認められない場合においては、施設管理権及び接見交通権の調整を図る観点から、最も接近する執務時間に接見させるなどの接見交通権の補償措置を採る限り、執務時間外の接見要求に応じないことが、直ちに違法な措置になるものではない」と判示し、「多数の在監者（留置人）がいる中で、その睡眠妨害、騒音防止あるいは保安維持等の考慮から本件現行犯逮捕当日午後11時頃の深夜における接見要求を拒否し、翌朝早々に接見するよう求めたA警部補の右処置は、秘密交通権と施設管理権の調整を図る観点において何ら不当なものとはいえず、違法ではなかった」と結論付けた。ここでは、上述神戸地判昭和50年と同じく戒護および施設管理上の現実的かつ具体的危険の存在だけでなく、さらに執務時間外の接見を必要とする緊急の事情も併せて考慮することにより、執務時間外の接見は相当限定された範囲においてのみ許容されるものであることが判示された点、さらには、その趣旨は、監獄法施行規則122条の文言を超えて、勾留前の警察留置段階にまで及ぶべきことが判示された点が注目される。このような見解は、前出最判平成12年（安藤・斎藤事件上告審）でも

確認されている。この事件は、やはり警察留置場の執務時間外である土曜午後又は日曜の接見申出が拒否されたという事例に関して、第一審および第二審が単に監獄法施行規則122条及び被疑者留置規則を指摘し、接見を拒否した措置を適法としたのを受けて、最高裁は、本件事情の下で「執務時間外の接見を必要とするまでの緊急の事情はなかった。」と判示し、原審の判断を支持した。ここにいたり、執務時間外の接見はもはや許容されないのが原則であり、緊急の必要等の事情が存在する場合に限り例外的に許容されるものであるとの関係が示されている。このような結論は、刑訴法および監獄法施行規則の文言に加えて、当時の各都道府県での警察留置規則実施要項において「直ちに接見させなければ防御権行使に支障が生じるような特別事情が存在し、かつ捜査上および保安上支障がないときに、接見を認める。」(警視庁)との運用を確認するものであるといえよう。

もっとも、近時は、警察署(代用監獄)での執務時間外接見に関して、警察庁通達により、「弁護士等との面会については、十分な配慮を払い、その権利を侵害することのないようにすること。」とされ、具体的には、①日曜その他政令で定める日以外の日の留置施設の執務時間内においては、弁護士等からの面会の申出に応じるのに十分な管理体制を常に整えておかなければならないこと、②留置施設の執務時間外においては、留置担当官が交代で仮眠する時間帯を除き、事前に弁護士等から連絡があったときは、その弁護士等からの面会の申出に応じることができるよう管理体制を整えること、③被逮捕者との面会について事前に弁護士から連絡があった場合は、午後9時以降の時間帯においても被逮捕者が現に睡眠しているとき、留置担当官の仮眠時間を変更することができない事情があるとき等を除き、その弁護士等からの面会の申出に応じることができるよう管理体制を整えること、が定められている。また、拘置所での接見に関しても、法務省から日弁連に対して発せられた確認事項によると、初回接見については、

休日が連続する場合には、平日と同様の時間に接見を認める、という運用がなされているようである。

もっとも、理論的には、依然として戒護および施設管理上の理由による接見制限は広く行われうる可能性がある。この点について、例えば、山本正樹<sup>(100)</sup>は、「憲法に由来する自由な接見交通権保障を優先させる必要があり、これに反してその保障を形骸化させるようなものであってはならない。そうするとき、広汎な接見制限に道を開く監獄法50条、法務省令である監獄法施行規則の、広く執務時間外の接見を許さないとする122条、処遇上その他の必要性（管理運営上の必要）を理由とする接見制限の余地を認める124条は、憲法34条に違反するものといえる。」と指摘している。このような見解は、戒護および施設管理上の接見制限をすべて憲法34条に違反するというのであれば疑問があるが、少なくとも現行法規定の広範さをみると、非常に説得的な指摘であると思われる。

#### 4. 食事時間中の接見

未決勾留者にも、当然ながら食事が与えられる（刑事施設ニ於ケル刑事被告人ノ収容等ニ関スル法律34条）。もっとも、食事を配給する事務に際して、多くの係官を必要とし、その時間に接見の実現をさせるとなると、戒護および施設管理上相当な負担が生じる。また、被疑者・被告人に対する食事の配給は、彼らにとっての施設内において当然に保障されるべき権利である。そこで、弁護人からの接見申出に対し、被疑者・被告人の食事時間に該当するとの理由でこれを拒否することができるだろうか。最高裁は、最判平成12年2月24日訟月46巻9号3665頁（第一次内田事件）におい

---

(100) 山本正樹「拘置所接見の機会と時間についての考察」刑弁26号76,79頁（2001年）。

てこの問題に取り組んだ。本件は、弁護人が午前11時頃被疑者が留置されている警察署に赴き、即時または昼食休憩中の接見を求めたところ、検察官は、午後の取調終了時刻が未定であったため翌日の接見を指定しようとし、弁護人の右申入を拒否したという事例である。原審（東京高判平成7年9月11日訟月42巻12号2866頁）は、「昼食時間及び休息時間は最小限度それ自体のために確保される必要があるというべきであり、また、その開始時間と終了時間は、取調べの進捗状況いかんによって左右されるものであって、予めこれらの時間帯を予測することには困難が伴うものでもあるから、結果的に当日右の程度の中断があったとしても、その時間帯に接見指定をなすべきものであったとはいえない。」と判示し、最高裁法廷意見も、「当日の被疑者の取調べは、勾留の満期を控え、終日継続する可能性があり、その終了時刻を予測することが不可能であったことや、身柄拘束中の被疑者にとって食事及びその前後の休息の時間が重要であることなどにもかんがみると、弁護人の接見申出があった時点において、接見の日時を即時若しくは昼食時間中に指定し、又は午後の取調べの開始時刻を遅らせた上で右日時を昼食時間の終了直後に指定することは、取調べの中断等により捜査に顕著な支障を生じさせるものというべきであり、右時点において、検察官が右日時を翌日に指定しようとしたことに違法があるとはいえない。」と判示し、原審の判断を支持した。もっとも、これに対し、遠藤裁判官は、「原審は、昼食時間又は休息時間は最少限度それ自体のために確保される必要があるとして、昼食時間帯における弁護人の接見申出を拒否したことが違法でないとする。確かに、これらの時間が被疑者自身の健康保持等の利益のため設けられたものであることは否定し難いところであるが、被疑者にとって、それを上回る利益ないし必要性、切実性が認められる場合には、昼食時間帯の確保の利益を自ら放棄することは決して許されないことではない。現に身柄を拘束されている被疑者にとってみれば、



特段の事情が存しない限り、弁護士等との接見は、何ものにも代え難い切実な要請事項というべきものであり、その利益及び必要性等は、昼食時間等の確保の利益よりはるかに高いものとみてよいのであるから、被疑者の利益確保を理由として昼食時間帯における接見拒否を正当化することは許されない。」との反対意見を述べている。

また、最判平成12年6月13日民集54巻5号1635頁（第二次内田事件上告審）は、逮捕直後、取調が夕食時間をはさんで予定されており、即時または近接時点での接見を求める弁護人の申入に対し、最終的に翌朝の接見を指定したという事例である。第一審（東京地判平成5年10月15日判時1519号97頁）は、「決められた夕食時間中に夕食をとることになっている通常の在監者（被疑者）については、右時間に及ぶような接見は、同人にとっての夕食の重要性及び管理者側の管理上の問題があることから、接見の緊急性といった特段の事情のない限り、接見の時間を夕食の前後等に限ることを相当とすべき場合が想定できないものではない。」との一般論を示しつつ、「しかし、本件の場合は、そもそも被疑者に対し、他の在監者と同じ食事が準備できず、食パン数切れと湯があてがわれたにすぎないことが認められ、右事実を鑑みれば、食事前又は食事をしながらの接見も十分可能であったし、管理上の不都合も特に認められなかったといわなければならない。また、被告は、夕食頃の時間帯における戒護上の問題を指摘するが、憲法に由来する権利である接見交通権の重要性に鑑みると、取調室から留置場に被疑者を連れていくまでの戒護ができて、接見のためのそれができない理由はなく、右主張は採用できない。」と判示し、具体的事例における戒護上の危険の程度と接見交通の重要性との利益衡量が図られるべきことを示した。これに対し、第二審（東京高判平成6年10月26日判時1519号91頁）は、「被疑者の夕食時間を削って接見させることも可能性としては考えられないではないが、夕食を取ることは被疑者の基本的権利で

あるというべきであり、その時間を削ることは相当ではない上、右のとおり、そもそも被疑者については夕食を取るための必要最小限度の時間に限り取調べを中断したものであるから、その時間を削ることは困難であったと認められる。更に、夕食を取りながら接見させることも相当ではない。すなわち、被疑者の夕食については、被疑者が箸を飲み込むなどの自傷行為を防止したり被疑者の健康状態を確認するなどのため留置係の警察官が必ず立ち会う必要があるところ、被疑者と弁護人との接見は立会人がいない状態であるものであって留置係の警察官としては自己の責任において被疑者が自傷行為等をするのを防止できないから、夕食を取りながらの接見を許すことは相当ではない。」と判示し、第一審の判断を覆した。上告審では、この問題は直接に判示されていないが、「取調べを短時間中断し、夕食前の取調べの終了を少し早め、又は夕食後の取調べの開始を少し遅らせて、接見時間をやり繰りすることにより、捜査への支障が顕著なものになったとはいえないというべきである。」との判示部分を見ると、少なくとも食事時間中の接見を直ちに認めるべきものという考え方には立っていないように思われる。

ここでの問題は、二つの観点から検討されなければならない。すなわち、第一に、食事時間中の接見が戒護および施設管理上の危険をもたらすこととの調整という点と、第二に、被疑者・被告人の権利としての接見交通権と食事との調整という点である。前者の観点は、これまでに検討されてきたことと同じく、弁護人との接見により戒護および施設管理上の危険をどの程度生じさせるものであるかという観点からの検討から、弁護人の役割等に応じて、接見交通の制限は、行われうるとしても、相当程度限定的に解釈されなければならないであろう。後者の観点からは、第一次内田事件における遠藤反対意見が参考になる。すなわち、ここで対立する利益は双方とも被疑者・被告人のものであり、そのいずれを優先させるべきかは基

本的に被疑者・被告人自身に委ねられてよい。確かに、弁護人からの接見申出について必ず被疑者に伝達されるというわけではないという現在の接見実務を前提とすると、国家機関の被疑者への配慮という観点からいわば後見的に被疑者に成り代わって弁護人の接見申出を制限し、被疑者に食事をさせるということも合理的であるかとも思われる。しかし、そもそも被疑者自身の判断を阻害する接見実務自体が問題なのであって、被疑者自身が重病であるなど適切な判断をなしえないような場合を除いて、国家の配慮という観点からの接見交通の制限は認められるべきではないであろう。

## 五 接見交通権の展望

### 1. 立法動向

永年の議論を経て、2005年、監獄法が改正され、「刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律」（平成17年5月25日法律第50号）が制定され、明治期以来の刑事施設内における処遇が大きく変化することとなった。刑事法における新法の意義は大きいものがあるが、しかし、今次の改正においては、既決収容者の処遇の改善が中心であり、未決収容者の処遇については、外部交通も含めて今後の課題として据え置かれることとなった。もっとも、すでに2006年2月に、法務省と警察庁が主宰する未決拘禁者の処遇等に関する有識者会議より、「未決拘禁者の処遇等に関する提言」（以下提言とする）が発表され、それに基づいて、右新法の改正法（「刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律の一部を改正する法律案」）が提案され、2006年5月1日現在国会において審理されている。提言は、「治安と人権の調和」を図るべく（提言第1）、未決拘禁者の「無罪の推定」に基づく一般市民と同等の地位を確認した上で、その権利および自由の制限を「未決拘禁者としての身柄拘束のために必要かつ合理的な範囲のもの」とど

めるべきために（提言第2），未決拘禁処遇の在り方について様々な観点から行われているが，本稿では，そのうち，特に弁護人との接見との関連を中心に「外部交通の在り方」（提言第3）および「代用刑事施設（代用監獄）制度の存廃」（提言5）について紹介し，併せて若干の検討をしておきたい。

(1) 「外部交通の在り方」について

提案は，まず，未決拘禁者の防御権をより実質的に保障する上で，その外部交通の充実は重要であることを確認した上で，他方，捜査の必要との調整および外部交通による罪証隠滅等の勾留目的阻害の回避，さらに現実問題としての刑事施設における人的・物的資源の限界を勘案しつつ，「可能な範囲で外部交通の拡充を図るという現実的な対応」の必要性を説く。

個別的には，第一に，「夜間・休日接見」について，執務時間内での接見を認めるという現行制度に関して，特に間もなく開始される裁判員制度との関連において，連日的かつ集中的な公判審理への対応の必要性から，「接見を実施する日及び時間帯について見直し，夜間・休日接見を実施する必要性を勘案しつつ，その具体的な範囲・方法について真剣に検討すべき」ことを提案する。

第二に，提言は，「電話・ファックスによる外部交通」として，現行法下では認められていない態様での接見交通手段の拡充を，特に弁護人との交通に関して提案する。もっとも，現場での混乱等を防ぐため，実施可能な範囲や具体的方法についての検討を求め，弁護人であることを確認する手段として，弁護人が検察庁や警察署へ出頭し，弁護人であることを確認を受けたうえで電話を掛けるという方法が適当であるとしている。また，簡易迅速な連絡手段としてのファックスの有用性から，実務における送信に伴う事務負担，誤送信等の過誤の虞，通信費用負担に関する事務処理の煩雑さといった問題点を解決した上で，弁護人等への連絡方法として「真

剣に検討すべき」ことを提言している。

第三に、「弁護人等との間で発受する信書の検閲」に関して、提言は、未決拘禁者が弁護人等から受ける場合と、逆に未決拘禁者が弁護人等に発する場合とに区別し、以下のように提案する。前者の場合は、「不当な内容の記載があることは少ないとの制度的信頼を置くことができる」こと、及び「未決拘禁者の元から転々流通して第三者の手に渡る事態も想定し難いことから、防御権行使との調和という観点において、「弁護人等が発した信書であることを確認するために必要な限度」の検査にとどめるべきことを提案する。他方、後者の場合、弁護人の元から第三者の元へ転々流通することによる罪証隠滅の虞等が十分に想定されるとして、「内容の検査を行い、不適當なものの発信を禁止・制限することが必要である」との意見が多数を占めたことが報告されている。

第四に、「弁護人等との接見時における書類等の授受、録音機等の使用」について、弁護人等との接見に関して現在のような遮蔽措置による直接の文書授受の制限の撤廃、および接見を充実させるためメモに代わって録音機の使用許可（現在でも録音機の使用自体は認められているが、その際行われる内容の検査をも撤廃すべきという意味で）という一部の提案について、右第三で述べられた未決拘禁者が弁護人に信書を発する場合と同様の状況にあるとして、慎重な意見が多数を占めたと報告されている。

## (2) 「代用刑事施設（代用監獄）制度の存廃」について

提言は、代用刑事施設（代用監獄）の存廃問題について、国際人権条約上の問題点及び無理な取調等が行われる危険性を示す廃止論と、捜査の迅速かつ適正な遂行及び治安維持に際しての代用監獄が有する有用性を示す存続論との理念的な意見対立を理由とする、被拘禁者処遇全体の法整備の遅れを指摘し、ともかく代用刑事施設制度を存続させることを前提としつつ、そこから生起する個別の問題を解決すべき方向で検討すべきことを提

案する。個別的には、代用刑事施設における処遇上の問題点の改善に加えて、昭和55年以降の警察における捜査部門と留置部門との分離を評価しつつ、その趣旨をより明確にするために、これを法律に定めるべきことを提案している。

もっとも、法律上の制度は、その時々状況に応じて必要な検討が加えられるべきものであるとして、今後刑事司法制度の在り方が検討される際には、「取調べを含む捜査の在り方に加え、代用刑事施設制度の在り方についても、刑事手続全体との関連の中で、検討を怠ってはならない」として、代用刑事施設制度の存廃論は依然課題として残されるべきことも提案されている。

### (3) 日弁連意見書

本提言に対し、日本弁護士連合会は、2006年2月16日、「未決拘禁者の処遇等に関する有識者会議提言についての日弁連の意見」（以下意見書とする）を発表した。意見書は、本提言の検討に際し、上述の箇所に関する部分について以下のようにコメントしている。

まず、「外部交通の在り方について」では、夜間・休日接見および電話（テレビ電話を含む）・ファックスによる外部交通という、従来から日弁連より提案されてきた問題について、提言は「現行実務を改善する方向を示しており、高く評価できる」とした上で、問題は、これらの権利が限定的なものにとどまるか否かであると指摘する。特に、提言も指摘するように、裁判員制度の下における連日的・集中的開廷という状況においては、これらの態様での接見が「必須」であり、日本司法支援センター及び弁護士会館を利用拠点と位置づけて、これらの外部交通が「真に充実したものとして拡充されること」を強く求めている。

次に、「代用監獄制度の存廃について」では、外部交通の在り方とも関連して、代用監獄制度が国際人権基準に違反するものであることを批判す

る。この問題について、提言が「代用監獄廃止に道筋を付けるどころか、その漸減の方向性すら明示しなかった」ことについて、意見書は、「極めて遺憾」であると批判した上で、代用監獄漸減に向けての具体的、現実的対応策として、「大規模独立留置場」の増設、およびこれらの施設の警察から法務省への移管を提案する。この問題について、提言では、「治安に関する地方公共団体と国の役割分担や責任の所在に関わる重要な問題であることに留意」すべきとする慎重論が多数を占めていたと報告されているが、意見書は、元々大規模独立留置場は旧監獄法1条3項に定められた「警察署ニ付属スル」施設とはいえず、そもそも監獄法に違反するものであったと指摘し、それゆえ本来的に法務省が管理すべき刑事施設として改められるべきことを主張している。

#### (4) 若干の検討

本提言は、その本質的部分において、現行の未決拘禁制度を改善すべきものとする点で基本的に評価されるべきものである。また、その問題点についても、上述の日弁連意見書において指摘されているところである。それゆえ、本稿では、今後の立法動向を見据えつつ、以下の点の指摘にとどめたい。

第一に、外部交通の在り方に関しては、従来の面会および信書の授受に加えて、電話やファックスによる交通が提案されている点は、今後さらに新たな媒体を通じた接見交通への進展につながるものといえ、評価できよう。もっとも、該交通に際して弁護人であることの確認は、弁護士会等を通じた弁護士自治に委ねられるべき事柄であり、警察署等への出頭は不要であると思われる。また、提言が述べる実務上の問題点も、それがすべて解決されることを待つのではなく、クリアできるものから順に実施に向けて動き出すべきである。また、現行規定のもとにおける弁護人と被疑者・被告人との信書の検閲等の措置に関する提言に関して、被疑者・被告人か

ら弁護人に宛てて発信されるものが限定的に考えられている点は、弁護人から第三者の元へ流通する虞が挙げられている限りで不当であると思われる。司法機関であるべき弁護人に際して、かような危険を危惧する必要はないというべきであろう。

第二に、代用監獄制度の存廃に関しては、かかる制度が日本独特の文化であることを理由とする存置論は、21世紀型の刑事司法への進歩を妨げるものとして否定されるべきであろう。この点に関して、日弁連意見書は、単に廃止を叫ぶだけでなく、大規模独立留置場の発展的運用という現実的な提案をしており、評価できるものと思われる。確かに、提言の提案に見られるように、捜査業務と留置業務との分離を法的に明確にすることによって、理論的・観念的には、代用監獄の問題点はクリアされるともいえよう。しかし、いざそこに身を置かれる被疑者の立場からすると、やはり、原則的には独立した施設での留置が望ましい。この点は、予算等の刑事政策的観点からの検討が不可欠であるが、代用監獄の問題点はすでに古くから主張されてきたものであり、国際的ルールへの適合という観点からも喫緊の課題であると思われる。

## 2. 準抗告審の充実

前記(三1(3))のとおり、平成11年大法廷判決では、接見交通権に対する捜査の必要性を理由とする接見指定制度の合憲性を基礎付ける理由の一つとして、指定権限を捜査機関に付与していることに対する事後的是正措置としての準抗告審という「簡易迅速な司法審査の道」が開かれていることが挙げられている。例えば、白取祐司<sup>(102)</sup>は、大法廷判決の意義に関して、準抗告がまさに簡易迅速な司法審査の道として機能すべきことがいわ

---

(102) 白取祐司「準抗告制度の実践的・理論的課題」刑弁26号90頁(2001年)。



ば接見指定制度の「合憲的限定解釈」の要件であり、そのためには、①430条1項でいう「処分」を広い意味で理解し、接見指定についてのトラブルについてできる限り広く司法機関による審査の道を開くべきこと、および②準抗告裁判に対して捜査機関はこれを遵守すべきことを挙げている。もっとも、準抗告裁判に対しては、一部の弁護士実務家よりその機能の麻痺が指摘され、しばしば、簡易迅速な司法審査の道を選ばず、あえて国家賠償請求という難易遅鈍な不服申立の道が選ばれるという状況も見られる<sup>(103)</sup>。このような状況は、最高裁大法廷判決の準抗告審に認める意義に反するものであり、準抗告審の機能的な運用が求められるべきである<sup>(104)</sup>。

そこで、次に、準抗告審の今後の充実を求めるという目的から、若干の検討をしておく。

#### (1) 「処分」の意義

第一に、前記(三2)で検討したように、接見指定の方式に関して、一般的指定方式およびその後の通知書方式が「処分」に当たるかが問題とされてきた。ここでは詳述を避けるが、一般的指定方式はなおのこと、通知書方式に関しても、前記最判平成12年(安藤・斎藤事件上告審)の元原反対意見で述べられたような、個別的処分のみならず、包括的処分という考え方は、検察官等の発する文書の内部的事務連絡文書であるとされる形式のみならず、それによって生じる効果という実質に着目したものであり、

---

(103) 内田雅敏「相次ぐ接見国賠勝訴判決と東京地裁令状部」柳沼・若松編『接見交通権の現代的課題』209頁(1992年、日本評論社)。なお、内田が原告の一人として提起した、最高裁で初めて具体的接見指定が違法とされた「第二次内田事件」でも、準抗告は提起されていない。

(104) 近時の準抗告審に関する一般的な研究として、大阪実務研究会「準抗告、抗告をめぐる実務上の諸問題(1)(2)」判タ1176号13頁、1179号85頁(2005年)が公表されている。

妥当であると思われる。

第二に、弁護人からの接見申出に対し、指定権者がこれを放置するという状況が考えられる。この問題について、京都地決昭和33年2月10日一審刑集1巻2号317頁は、弁護人からの接見申出に対し検察官が指定することを約しながらその指定をせずに接見をさせなかったという事例について、「検察官は弁護人が被疑者に接見するについてその日時場所時間を指定しない限り面接を拒否してはならない」として、接見の不指定に対する準抗告を認容した。もっとも、一般的指定制度が廃止され、現在のような通知書制度の下においては、指定がなされなければ何時でも接見できるはずであり、実際に接見指定するか否かが決定されるまでの不安定な状態は準抗告として不服申立てできるだけの利益には当たらない、という主張も見られる<sup>(105)</sup>。これは、通知書方式に伴う待機時間が合理的な範囲にとどまる限りで適法とする現在の裁判実務における見解と整合するものであるが、前記のとおりそもそもそのような待機時間の存在自体が問題とされるべきであり、通知書の存在を理由に待機時間が発生した場合、それを不服として準抗告を提起することも可能であるということもできよう。

第三に、指定権者以外の者が接見申出に対し一定の理由で拒否した場合、これが「処分」に当たるか問題となる。例えば、宇都宮地決昭和52年7月12日判時870号128頁は、拘置所職員が弁護人からの糧食差入を拒否したという事例について、「本件処分は、弁護人の接見交通に関し、まさに刑事手続から派生するものとしてなされたものであること、準抗告の方が行政訴訟の方法によるよりも、迅速かつ確定的に審査を行うことができること、準抗告の準用を認めると同法第430条第3項により行政訴訟が許されなく

---

(105) 藤永他『大コンメンタール刑事訴訟法第6巻』〔古田佑紀〕703頁（1996年、青林書院）。

なっても国民には格別の不利益はないと認められることに照らすと、本件処分のような場合は、準抗告の途を認めるべきものと思料され、同条第1項前段、第2項の準用により、準抗告の申立を適法になすことができる」と判示し、処分性を肯定した。この問題について、本条により準抗告が許されるのは指定権者による処分のみであって、それ以外の者が事実上接見を拒否しても単なる事実行為に過ぎないとして処分性を否定する見解がある<sup>(106)</sup>。しかし、接見交通権に対する不当な制限の簡易迅速な是正という準抗告の趣旨からは、これを広く捉え、指定権者以外の者による事実行為もここでいう処分性が認められるべきであろう。

## (2) 準抗告裁判の内容

準抗告裁判で請求が認められる場合、裁判所は、当該処分の「取消又は変更」(刑訴法430条1項)を行うことになる。例えば、一般的指定処分の取消、或いは具体的指定内容の変更がこれにあたるが、さらに、準抗告裁判所が自ら接見の日時および場所を指定することができるか問題となる。この問題について、例えば、田宮裕<sup>(107)</sup>は、「一般的に裁判官は、司法手続においては(準抗告もそうである)当事者を監督・命令する地位にある」、「接見指定は本来司法の役目であると考えるので、もっと直接的に裁判所が自ら新たな指定をすることができる」と述べている。また、裁判例においても、一般的指定処分を取り消した上で、具体的日時および場所を指定したもの(東京地八王子支決判時615号103頁、浦和地決昭和51年7月9日判時822号113頁)、或いは具体的指定処分を取り消した上で具体的日時および場所を指定したもの(秋田地決昭和42年2月19日下刑集9巻2号167

---

(106) 大コメ・前掲注(105)704頁。

(107) 田宮・前掲注(17)『捜査の構造』410頁。

頁、札幌地決昭和49年6月12日判時749号116頁)が見られる。これに対して、水戸地決昭和42年9月24日判時508号81頁は、「裁判所が捜査官に対し新たに行政上の措置を命ずることは司法行政分立の趣旨にてらし否定せらるべきである」として、消極に解する見解を判示した。

この問題は、両見解に見られるように、接見指定を本来的に司法的行為であると捉えるか(積極説)、または行政的行為であると捉えるか(消極説)という本質的な問題に遡って検討されるべき問題であるが、簡易迅速な司法審査による当事者の司法的観点からの救済という準抗告審の意義を考えるならば、積極に解するべきではないかと思われる。

### (3) 捜査機関への拘束力

最後に、準抗告裁判所が捜査機関の処分を違法であるとし、その「取消又は変更」を行った場合、その判断は、当該手続において捜査機関のその後の措置を拘束するであろうか。例えば、一般的指定方式または通知書方式が違法であるとして取り消された場合、さらに同様の措置を捜査機関が行うことができるか、という場合に問題となる。

この問題について、例えば、札幌地判昭和63年6月23日判時1283号32頁は、準抗告審で一般的指定が取り消された後に改めて検察官が同趣旨の書面を発出して接見を妨げたという事例について、「一般的指定による指定の仕方がそれ自体処分にあたるとして取り消された以上、その処分を取り消す決定は、その事件について以後当事者たる関係行政庁を拘束すると解すべきであって、取消決定を受けた行政庁は、以後同一当事者の同一事項を処理するにあたっては、右決定が違法とした判断を尊重しなければならず、同一の過誤を繰り返すことはできなくなるものと解すべきである。」と判示している。他方、前出最判平成12年(安藤・斎藤事件上告審)では、いわゆる通知書持参方式についてこれを取り消す趣旨の準抗告審の判断が

下されながら、さらに検察官がその判断に反する措置を採り、改めてそれを取り消す旨の準抗告裁判が下されたという事例について、第一審では、かかる通知書持参方式の処分性が肯定され、かつその判断に拘束力があることが示されたのに対して、国側は、かかる準抗告裁判の拘束力は否定されるべきであるという控訴趣意書を提出した。最高裁では、そもそもかかる通知書方式の処分性が否定され、当初の準抗告審の判断が失当であると判断されたことから、この問題は検討されなかったが、かかる措置の処分性を一定の場合に肯定する元原反対意見は、「原処分が本件のように検察官等の捜査機関によるものであり、これに対し刑訴法430条の準抗告が申し立てられ、原処分が取消し又は変更されたときの効力については、これを明確に定めた規定がないが、法の趣旨に照らして、行政事件訴訟法33条1項の規定を類推し、原処分をした捜査機関も、準抗告裁判所の判断に拘束されると解すべきである。」と判示し、準抗告裁判の捜査機関に対する拘束力を肯定した。

そもそも、最高裁多数意見のように、通知書方式の処分性を否定するという見解からは、これを取り消す旨の準抗告裁判は、実体的に見ればそれ自体が失当であるということになる。しかし、準抗告裁判もいうまでもなく裁判の一つであり、反対意見が指摘するように、特別抗告の提起期間経過後に確定し、その内容は後の矛盾した行為を禁止するという規範として妥当するものというべきである。その法的根拠として、反対意見が挙げる行政事件訴訟法33条1項の類推適用という手段は、接見指定処分を行政的行為であると捉える見解からはともかく、そもそも司法的行為であるとする見解（前述五2(2)）からは不要であると思われるが、法的根拠の指摘による実務への説得という観点からは妥当な判示であったと思われる。

準抗告審および最高裁反対意見のように一定の処分性が認められるとして、では、当該準抗告裁判の後の行動規範となるべき拘束力はいかなる内

容において認められるというべきであろうか。この点に関して、まず、「個別的処分」が取消または変更された場合、その判示内容は具体的かつ明確であり、後に同一日時、同一場所の指定ということはありません。これに対し、「包括処分」が取り消された場合はどうか、この場合には同様の処分が下されうることから、準抗告裁判の後への拘束力をもつべき内容が問題となる。まず、この包括処分が取り消された場合、当該処分が失効することについては問題ない。では、さらに、当該手続において後に改めて同種の処分を下すことは可能であろうか。この問題の検討にあたり、改めて包括処分の内容を確認すると、それは、反対意見が述べるように、「同一被疑者が同一被疑事実について留置されている期間」効力をもつ処分である。つまり、当該包括処分は、準抗告裁判の時点からみて過去の出来事だけでなく、将来にも効力をもつべき事柄を対象としており、それゆえ、その取消は、過去の出来事の是正だけでなく、将来に向けての禁止という意味も持つというべきではないだろうか。つまり、捜査機関は、包括処分が取り消された場合、当該手続において同種の処分を下すことはできないというべきであると思われる。このように解して、初めて、簡易迅速な司法審査の道が十分な形で開かれたといえるのではないだろうか。

## 六 まとめ

以上のとおり、本稿は、接見交通権に関する様々な問題点を裁判例の評価を中心に検討し、かつ、今後の展開を見る上で重要な立法提案および準抗告審の意義を検討してきた。それらの検討からは、接見交通権が憲法上の保障に由来する「手続的基本権」であることの再確認と、仮にその制限がありうるとしても、特に弁護人との接見に関しては現行諸規定の問題点

に鑑みて相当程度限定的に解釈されるべきことの必要性が導かれた。

もとより、様々な権利にはおよそ濫用の虞が内在し、一定の公的利益からする権利の制限は、憲法自体が予定するものである。したがって、個人の権利と公的利益との衝突が生じる場合には、まさに合理的調整が必要となることはいうまでもない。しかし、弁護人との接見交通権の制限に関していえば、そもそもいかなる場合にそのような衝突が生じるといえるのかは、それ自体が重要な問題である。現行規定に見られる右のような合理的調整を目的とした諸規定も、その前提として、そもそもそのような規定による制限を必要とする場面であるかは、弁護人の刑事手続における役割等を十分考慮した検討が必要である。また、仮に制限が行われる必要が認められる場合であっても、それは必要最小限度にとどめられるべきであり、過剰不当なものとなってはならないことも当然である。

本稿では、右のような観点から接見交通権に関する様々な問題点を検討してきた。しかし、現行諸規定自体の憲法適合性という、より本質的な検討は今後の課題とされた。未決拘禁に関する新たな立法動向および接見指定制度の今後の運用を見据えつつ、別の機会を期したいと思う。

(2006年4月脱稿)

※本稿脱稿後の2006年6月2日、刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律が改正され、未決者処遇に関して新たな法律が制定された。本稿に関連する点も含めて、同法の検討は、今後の課題としておく。