

逮捕状の執行準備と被疑者の弁護人の 援助を受ける権利

葛 野 尋 之

1 問題の所在と本稿の骨子

(1) 本件の経緯

最高裁第一小法廷に係属している令和5年(オ)第1783号国家賠償請求事件(以下、「本件」)は、被疑者、とくに逮捕・勾留されることなく、警察署等に任意同行(刑訴法198条1項本文)された被疑者が弁護人また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、両者をあわせて「弁護人等」)と立会人なく自由に面会する利益、ひいては身体を拘束されることなく、警察署等に任意同行された被疑者に対する弁護人の援助を受ける権利(刑訴法30条1項、憲法31条)の保障のあ

*本稿は、本件上告人弁護団を通じて最高裁判所に対して提出した「任意同行された被疑者の弁護人の援助を受ける権利をめぐる法的問題」(2023年9月22日)と題する私の意見書の一部をベースにしている。私は、被控訴人弁護団を通じて控訴審である東京高等裁判所第21民事部に対して提出した意見書「任意同行された被疑者と弁護人等との接見をめぐる法的問題」(2022年6月19日)をベースにして、葛野尋之「任意同行された被疑者と弁護人等との接見機会の保障」『土井政和先生・福島至先生古稀祝賀論文集』(現代人文社、2022年)、同「弁解録取と弁護人の援助を受ける権利」一橋法学21巻3号(2022年)を発表している。最高裁判所に提出した私の意見書は、被疑者の逮捕前に弁護人等が面会を申し出ていたときに、捜査機関において逮捕前に両者を面会させないことが適法とされる場合があるとの前提に立ったとしても、捜査機関は弁解録取を開始する前に両者が接見する機会を保障しなければならないと論じた部分を含んでいる。この部分は、一橋法学に発表した上記論文と多く重複するので、本稿は、この部分については論じていない。

り方に対して、重要な問題を提起している。

原審の東京高等裁判所が、令和 3 年(ネ)第 5640 号接見妨害に関する国家賠償請求控訴事件(以下、「本件」)について令和 5 年 7 月 27 日に言い渡した判決(以下、「本件控訴審判決」)¹⁾は、身体を拘束されることなく、警察署等に任意同行された被疑者に対する弁護人の援助を受ける権利の保障を大きく後退させるものであった。

本件控訴審判決が、本件一審判決(さいたま地判令 3・11・12)²⁾が認定した事実をおおむね踏襲しつつ認定した事実によれば、2017 年 11 月 27 日(以下、すべて同日)、本件被疑者は、詐欺の被疑事実について、警察官らから任意同行を求められ、12 時頃に所沢警察署に到着し、12 時 3 分から任意の取調べを受けた。警察官らは、12 時 12 分、同警察署内で、主任捜査官の具申、刑事課長の承認、副署長の決裁、署長の指揮など、本件被疑者に対する逮捕状の執行準備を開始した。被疑者の父の依頼を受け、当番弁護士として出動した弁護士が、12 時 17 分、被疑者との面会を申し出たところ、警察官らは、本件弁護士から面会の申出があったことを被疑者に告げることなく、すでに発付されていた逮捕状の執行準備を進め、速やかに本件被疑者と弁護士とを面会させる措置をとらなかった。逮捕状の執行準備が整ったため、警察官らは、12 時 30 分、本件被疑者に対し逮捕状を執行し、逮捕後、12 時 48 分頃に弁解録取を終了させると、本件弁護士からの面会の申出について被疑者に伝え、その意思を確認した。本件被疑者が接見を希望したため、警察官らは、12 時 51 分から、接見室において本件被疑者と弁護士とを接見させた。捜査官が、逮捕状の執行前、12 時 28 分頃、待機していた本件弁護士に対し、「本件被疑者については逮捕状の執行中であるため、弁解録取後に接見できる予定である」と告げたところ、本件弁護士は「即時に接見させるよう抗議」していた。なお、この時点において、所沢警察署内では、「警察官の立会いなしに身柄を拘束されていな

1) 判例集未掲載。

2) LEX/DB25591930。

い被疑者の逃亡防止を図ることのできる」面会室その他の場所を用意することができなかった。

本件弁護士が、逮捕前に速やかに面会させなかったことは違法であり、逮捕後も弁解録取を接見に先行させたことも違法である、と主張して、県に対して国家賠償請求訴訟を提起したところ、本件一審裁判所は、警察官らが本件被疑者に対し本件弁護士からの面会の申出について直ちに告げることなく、本件被疑者と弁護士とを速やかに面会させなかったことは違法であるとし、県に対し損害賠償を命じた。この点について違法を認めたため、逮捕後、弁解録取の前に接見させなかったことの適法性については判断を示さなかった。

本件一審判決に対し、県が控訴した。県は、本件弁護士からの面会の申出は被疑者に対し逮捕状を執行する直前のことであり、面会の申出の時点では面会場所としうる適当な場所がなかったため、被疑者の逃亡・罪証隠滅を防止するとともに、できるだけ早期の接見を実現するために、逮捕状を執行した直後に接見室において接見させたものであるから、速やかに面会させなかったことは違法ではなく、また、速やかに面会させることができなかったのであるから、速やかに本件弁護士からの面会の申出について被疑者に告げて、その意思を確認しなかったことも違法ではないと主張した。

（2）本件控訴審判決

2023年7月27日、本件控訴審判決は、刑訴法30条1項が「……被疑者は、何時でも弁護人を選任することができる」と定めていることからすれば、「被疑者は、身体の拘束を受けていない段階にあっても、（刑訴法39条1項による身体を拘束された被疑者の・引用者註）接見交通権に準じて、立会人なく弁護人と面会する利益（以下、『面会の利益』という。）を有する」のであって、このような面会の利益は、相手方である弁護人等にとっても「その十分な活動を保障するために不可欠なものであるから、弁護人

等もその固有の利益を有する」とし、「そうすると、身体の拘束を受けていない被疑者の弁護人等が任意の取調べを受けている被疑者等との間で立会人のない面会の申出をした場合には、速やかにその申出があった事実を被疑者に告げて弁護人等と面会するか任意の取調べを継続するかを捜査機関において確認すべきであって、その事実を告げないまま任意の取調べを継続する捜査機関の措置は、……特段に事情がない限り、被疑者の面会の利益を侵害するだけでなく、その弁護人等の固有の利益をも害し、捜査機関の職務上の法的義務に違反するものとして、国賠法上 1 条 1 項の適用上違法というべきである」と判示した。「身体の拘束を受けていない被疑者の弁護人等が任意の取調べを受けている被疑者等との間で立会人のない面会の申出をした場合」について、捜査機関は速やかに弁護人等から面会の申出があったことを被疑者に告げて、被疑者の意思を確認すべき義務を負うことを認めたのである。

このように判示した後、同判決は、弁護人等が身体を拘束されていない被疑者との面会を申し出たときでも、「被疑者に対して逮捕状が発付され、任意の取調べを終えて逮捕状を執行する段階に至った場合には、捜査機関による適正な捜査権の行使を妨げることはできないから、逮捕前に必ず弁護人等に面会させなければならないということとはできず、逮捕前に面会させる義務がないのであれば、弁護人等から面会の申出があった事実を逮捕前に被疑者に告げる義務もない」と判示したうえで、本件弁護士からの面会の申出を逮捕前に被疑者に告げて、その意思を確認しなかった警察官らの措置は、国賠法 1 条 1 項の適用上違法ではないとした。被疑者が未だ逮捕されていないとしても、「被疑者に対して……逮捕状を執行する段階に至った場合には」、「捜査機関による適正な捜査権の行使を妨げることはできない」との理由から、捜査機関としては、逮捕前に被疑者と弁護人等とを面会させなくともよく、それゆえ逮捕前に弁護人等からの面会の申出について被疑者に伝達する必要もないとしたのである。

さらに、本件控訴審判決は、刑訴法 203 条 1 項の規定によれば、「弁解

録取は、被疑者の逮捕後、直ちに弁解の機会を与えることによって、改めて留置の必要性について捜査機関に検討させることを目的としており、身柄の引致後直ちに行うことが要求されている手続であ」って、また、最判平12・6・31³⁾が、「弁護人となろうとする者から被疑者の逮捕直後に初回の接見の申出を受けた捜査機関は、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、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こ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、たとい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措置をとるべきである」と判示していたことからすれば、「弁解録取前に被疑者に弁護人等と接見させなかったとしても、国賠法1条1項の適用上違法になるということはできず、このことは、逮捕前から面会や接見の申出を受けていたとしても変わりはない」と判示し、本件被疑者を逮捕した後、弁解録取の前に接見させなかった警察官らの措置を適法とした。

本件控訴審判決について、本件弁護士が上告した。本件は、現在、最高裁第一小法廷に係属している。

(3) 理論的課題

以上のような本件の経緯および本件控訴審判決の内容から、本稿が検討すべき理論的課題が明らかになる⁴⁾。

身体を拘束されることなく、警察署等に任意同行された被疑者が逮捕さ

3) 民集54巻5号1635頁。

4) 本件控訴審判決には、捜査機関が逮捕状の執行準備に入っていたときは、逮捕前に被疑者と弁護人等とを面会させなくともよいとの前提に立ったとしても、弁護人等が逮捕の前に被疑者との面会を申し出ていた場合には、捜査機関としては、被疑者を逮捕した後、弁解録取を開始する前に両者を接見させなくともよいのか、弁解録取の前に接見させなければならないのではないのか、という理論的課題も存在する。しかし、上記のように、本稿からは、この点についての検討を割愛した。

れる前に、弁護士等が面会を申し出た場合であっても、「被疑者に対して逮捕状が発付され、任意の取調べを終えて逮捕状を執行する段階に至った場合には」、「捜査機関による適正な捜査権の行使を妨げることはできない」との理由から、捜査機関は逮捕前に両者を面会させなくともよく、そうである以上、弁護士等からの面会の申出について、逮捕前に被疑者に告げる必要もないといえるのか。

本件控訴審判決も、上記のように、「身体の拘束を受けていない被疑者の弁護士等が任意の取調べを受けている被疑者等との間で立会人のない面会の申出をした場合」であれば、捜査機関としては、速やかに弁護士等から面会の申出があったことを被疑者に告げて、その意思を確認したうえで、被疑者が面会を希望したときは、被疑者と弁護士等とを面会させなければならないとしていた。それにもかかわらず、本件事案のように、捜査機関が逮捕状を執行する前であっても、その執行準備に入っていたときは⁵⁾、「捜査機関による適正な捜査権の行使を妨げることはできない」との理由から、逮捕前に面会させなくともよいのか。本稿は、この点について、理論的検討を加える。

この理論的課題に対してどのような回答を与えるかは、身体を拘束されることなく、警察署等に任意同行された被疑者における弁護士等と面会する利益、ひいてはその弁護人の援助を受ける権利(刑訴法 30 条 1 項、憲法 31 条)の在り方を左右する。

この理論的課題に対する本稿の結論は、本稿 5「本稿の結論」に示したとおりである。被疑者が身体を拘束されることなく、警察署等に任意同行されたときに、弁護士等が面会を申し出た場合には、捜査機関としては、速やかに弁護士等から面会の申出があったことを被疑者に告げて、その意思を確認したうえで、被疑者が面会を希望したときは、被疑者と弁護士等

5) 本件控訴審判決は、「逮捕状を執行する段階に至った場合」としているところ、「執行する段階」という表現は、いくらか曖昧さを残している。この段階も、逮捕状の執行に着手する前であって、逮捕状の「執行準備」の段階である。

とを面会させなければならず、このことは、捜査機関が逮捕状の執行準備に入っていたとしても、変わることはない。本件控訴審判決は、本件被疑者が逮捕される前に、弁護人となろうとする弁護士が面会を申し出ているにもかかわらず、逮捕前に両者を面会させなかった警察官らの措置を適法とした。この判断は、被疑者の弁護人の援助を受ける権利について定めた刑法 30 条 1 項の解釈を誤った、失当なものであって、身体を拘束されることなく、警察署等に任意同行された被疑者の弁護人の援助を受ける権利 (刑法 30 条 1 項、憲法 31 条) を侵害すると同時に、被疑者の権利に対応する弁護人の弁護権を侵害する警察官らの措置を許容している。上告審において、本件控訴審判決は破棄を免れない。

2 任意同行された被疑者と弁護人等との面会の利益

(1) 弁護人の援助を受ける権利と面会の利益

刑法 30 条 1 項は、身体拘束の有無にかかわらず、被疑者に対して弁護人の援助を受ける権利を保障しており、この権利は、身体を拘束されることなく、警察署等に任意同行された被疑者が弁護人等と立会人なく自由に面会し、相談し、その助言を受けるなどの機会を保障している。他方、被疑者の権利に対応する弁護人の弁護権の内容として、弁護人等も、身体を拘束されることなく、警察署等に任意同行された被疑者と立会人なく自由に面会する機会を保障されている⁶⁾。弁護人は、被疑者と立会人なく自

6) 渡辺修「接見交通権の現状と課題」法律時報 65 巻 3 号 (1993 年) 33 頁は、被疑者はその法的地位に内在する「包括的防御権」を有しており、それに基づき弁護人の援助を受ける権利が憲法上保障され、その内容として自由な接見が保障されるとする。小山雅亀「判批」『ジュリスト増刊・重判解平成 4 年版』(1993 年) 194 頁もほぼ同旨。角田正紀「判批」研修 524 号 (1992 年) 21 頁は、「被疑者と面会・打合せをすることが内容ないし前提であることを踏まえて、身柄不拘束の被疑者の弁護人等にも接見交通権に準じた利益を認める考え方は是認すべき」とする。三井誠『刑事手続法 (上) (補訂版)』(有斐閣、1995 年) 162 頁は、被疑者は刑法 30 条 1 項により「弁護人による実質的な援助を受ける権利」を保障されるところ、「被疑者が弁護人と面会し話し合うのは当然この権利に含まれ」と同時に、「弁護人にとっても弁護権の中核を占める」とする。椎橋隆

由に面会する機会を保障されなければ、被疑者に対して、その防御権を実効化するために必要とされる援助を提供することができないからである⁷⁾。

身体を拘束されることなく、警察署等に任意同行された被疑者が、その弁護人の援助を受ける権利(刑訴法 30 条 1 項)に基づき、弁護人等と立会人なく自由に面会する機会を保障され、他方、弁護人等も、被疑者の権利に対応する弁護権に基づき、同じく被疑者と面会する機会を保障される以上、弁護人等が被疑者との面会を申し出たとき、捜査機関としては、速やかに弁護人等からの面会の申出について被疑者に伝え、その意思を確認したうえで、被疑者が面会を希望した場合には、弁護人等と面会させなければならない。弁護人等の申出について速やかに被疑者に告げなければならないのは、被疑者としては、弁護人等から面会の申出があったことを認識できなければ、弁護人等と面会するために、自ら所在場所を退去し、捜査機関の許を離れることが實際上不可能であり、弁護人等としても、被疑者と面会し、被疑者に対して必要な援助を提供する機会を得ることができないからである。

本件控訴審判決も、上記のように、「身体の拘束を受けていない被疑者の弁護人等が任意の取調べを受けている被疑者等との間で立会人のない面会

幸『刑事弁護・捜査の理論』(信山社、1993 年) 73 頁、同「判批」ジュリスト 1051 号(1994 年) 83 頁もほぼ同旨。川出敏裕『判例講座・刑事訴訟法(捜査・証拠編)(第 2 版)』(2021 年) 293 頁は、福岡高判平 5・11・16 を支持しつつ、「弁護人は、弁護活動の一環として、自由に被疑者と面会できるのであり、……身柄が拘束されていない場合には、自由に面会できることは当然であるので、あえて(刑訴法 39 条 1 項のような・引用者)規定がおかれていないだけであ」って、「このことは、被疑者が任意の取調べを受けている場合にも同様に妥当する」とする。

7) 憲法および刑事訴訟法は被疑者・被告人に対して様々な防御権を保障しており、弁護人の援助を受ける権利を被疑者・被告人の防御権を実効化するために保障している。弁護人の援助は被疑者・被告人の防御権を実効化するために「効果的な」援助でなければならない。このことについて、葛野尋之「刑事弁護分野の回顧と展望」刑法雑誌 62 巻 3 号(2023 年)、同「刑事弁護の拡大と高度化—その現状と改革課題」青山法学論集 65 巻 2 号(2023 年) 参照。

の申出をした場合」には、捜査機関としては、速やかに面会の申出があったことを被疑者に告げ、その意思を確認したうえで、被疑者が面会を希望したときは、弁護人等と面会させなければならないことを認めていた。捜査機関におけるこのような義務を基礎づけるものは、刑訴法 30 条 1 項による被疑者の「何時でも弁護人を選任する」権利に基づく、弁護人等との「面会の利益」だとされ、この「面会の利益」は、刑訴法 39 条 1 項により身体を拘束された被疑者・被告人に対して保障される接見交通権、すなわち立会人なく自由に接見する権利に準じるものとされた。

本件一審判決は、後述するように、刑訴法 39 条 1 項が身体を拘束された被疑者・被告人と弁護人等との自由な接見を認めていることからすると、「弁護人等は任意取調べを受けている被疑者等との間でも、その弁護活動の一環として、自由に面会することができる」のであり、また、「任意取調べについては、その開始及び終了が被疑者の意思に委ねられているので(刑訴法 198 条 1 項但書)、任意取調べを受けることを続けるか、これを中断して弁護人等との面会に応じるかについても、専ら被疑者の意思に委ねられている」とし、そのうえで、「弁護人等が任意取調べ中の被疑者との面会を申し出た場合、捜査機関は、直ちにその旨を被疑者に伝え、弁護人等との面会を希望するか否かを確認した上、被疑者がその面会を希望したときには、速やかに弁護人等と面会させなければならない義務があり、弁護人等と協議して面会時間の調整が整うなどの特段の事情がない限り、被疑者に弁護人等との面会の意思を確認せずに任意取調べを継続した場合には、被疑者において適時適切な弁護を受けられなくなるおそれが生じ、弁護人等による弁護活動を妨げることになるから、弁護人等の弁護権を侵害するものとして、国賠法上違法と評価される」と判示していた。

(2) 過去の裁判例

i 本件事案と過去の裁判例の事案の異同

被疑者が身体を拘束されることなく、警察署等に任意同行されたときに、

弁護人等が面会を申し出た場合において、捜査機関が被疑者に対して弁護人等からの面会申出について直ちに伝達せず、被疑者と弁護人等とを速やかに面会させなかったことの適法性が問題となった裁判例は、いずれも、捜査機関が直ちに伝達せず、速やかに面会させなかったことを違法と判断していた。

ただし、本件事案においては、弁護人が面会を申し出た時点で、捜査機関は被疑者の取調べを終えており、逮捕状の執行準備に入っていたのに対して、過去の裁判例は、いずれも、捜査機関が被疑者を取り調べていたときに、弁護人等が面会を申し出たという事案についてのものであった。

ii 函館地決昭 43・11・20

被疑者が警察署に任意出頭後、取調べを受けていたときに、弁護人が面会を求めたところ、捜査官が取調べ中であるとの理由から面会させず、被疑者の取調べを継続したという事案について、函館地決昭 43・11・20⁸⁾は、「憲法 34 条、刑訴法 30 条の保障する弁護人依頼権は単に弁護人を持つという形式的な権利でなく弁護人の援助を受け自己の利益を擁護する実質的な権利であり、殊に任意出頭の段階において、捜査機関が被疑者の取調べを理由に弁護人との面接を拒む合法的な根拠は全く存しない。任意の取調べであるといえ、被疑者は取調室にあって弁護人の来訪を知るべくもない」とし、そのうえで、面会申出を拒否した後の取調べにおいて作成された供述調書の証拠能力について、「本件調書は、弁護人との面接を妨げることによって被疑者の防禦権を不当に侵害した状況において違法に収集された証拠であって、その瑕疵の重大性に鑑み、証拠能力を有しない」と判示した。

iii 福岡地判平 3・12・13、福岡高判平 5・11・16

捜査官が被疑者を派出所に任意同行し、取り調べていたときに、被疑者

8) 判時 563 号 95 頁。

の妻からの依頼により弁護人となろうとする弁護士が警察署に赴き、被疑者との面会を申し出たところ、捜査官は取調べ中であるとして面会させず、また、同弁護士からの面会の申出について被疑者に伝えなかったことから、同弁護士が県に対して国家賠償請求訴訟を提起したという事案について、福岡地判平3・12・13⁹⁾は、捜査官の措置を違法とした。

同判決は、憲法34条および刑訴法30条1項が「被疑者一般に対して、弁護人による実質的な弁護を受ける権利を保障している以上、被疑者と弁護人ないし弁護人となろうとする者(以下「弁護人等」という。)との間の面会・打合せの自由が確保されることがその当然の前提となっており、これは被疑者の権利であるとともに弁護人等の弁護権の重要な内容をなすものというべきである」が、それは、「弁護人としても、被疑者との面会・打合せを自由に行えるのであれば、被疑者に黙秘権等の権利の内容を十分に理解させるとともに、事件の内容、被疑者の言い分を直接聴取し、適切な助言を与え、被疑者に有利な証拠の収集に備えるといった弁護活動を行うことができないからである。そして、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」と判示したうえで、「刑訴法上被疑者の任意の取調がその開始・継続を被疑者の自由な意思に全面的に依存していることに鑑みるならば、面会と取調のいずれを優先させるかも被疑者の意思に委ねられているもの」であるところ、「弁護人等から被疑者との面会の申し出がなされたことは被疑者にとって捜査機関の取調になお継続して応ずるかどうかを決定するにつき重要な事情であるから、すみやかに被疑者に取り次がなければならない」のであって、「任意取調中の被疑者の弁護人等から面会の申し出を受けた捜査機関は、弁護人等との間で面会についての協議が調えば格別、そうでない場合は取調中であってもこれを中断して、すみやかに右申し出を被疑者に取り次ぎ、その意思を確認しその結果を弁護人に伝えなければならず、被疑者が面会を希望する場合にはさらにその

9) 判時1417号45頁。

実現のための措置をとらなければならない」とした。

県が控訴したところ、福岡高判平 5・11・16¹⁰⁾は、一審判決を支持して、県の控訴を棄却した。同判決は、弁護人等は「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、基本的に変わることはない」のであって、「弁護人等は、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、弁護人等から右被疑者に対する面会の申出があった場合には、弁護人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り、「任意捜査の性格上、捜査機関が、社会通念上相当と認められる限度を超えて、被疑者に対する右伝達を遅らせ又は伝達後被疑者の行動の自由に制約を加えたときは、当該捜査機関の行為は、弁護人等の弁護活動を阻害するものとして違法と評される」と判示した。

iv 東京地判令 2・11・13、東京高判令 3・6・16

被疑者が検察庁において任意の取調べを受けていたとき、その妻の依頼により弁護人となろうとする弁護士が被疑者との面会を求めたところ、検察官が、被疑者の妻の依頼について確認ができないとして、同弁護士から面会の申出があったことを被疑者に伝えることなく、被疑者と同弁護士とを面会させるための措置をとらなかったことから、同弁護士が国に対して国家賠償請求訴訟を提起したという事案について、東京地判令 2・11・13¹¹⁾は、検察官の措置を違法とした。

同判決は、「弁護人等は、その弁護活動の一環としていつでも自由に被疑者と面会できると解されるが、取調べ中の被疑者と直接に連絡

10) 判時 1480 号 82 頁。

11) 判時 2501 号 112 頁。

を取ることはでき」ず、他方で、「被疑者は、身体の拘束を受けていない場合であっても、弁護人等との面会予定を事前に把握しているなどの特段の事情がある場合を除き、取調べの継続中に自由に退去して弁護人の援助を受けるための手段を自らとすることは困難であり、弁護人等の来訪につき告知を受け、接見の機会を得て初めて、弁護人による実質的な弁護を受ける権利……を保障される」ことになるところ、「任意の取調べを行う捜査機関は、当該時点においては、被疑事件の捜査のために被疑者の身柄を拘束する権限を有していないから、取調べが継続中であること又はその予定を理由として接見を拒み、又はその日時等を指定すること……はできない」とした。そのうえで、同判決は、「身体拘束を受けていない被疑者に対する弁護人等から面会の申出があった場合には、捜査機関としては、取調べを中断した上で、速やかに弁護人等の来訪を被疑者に伝え、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とらなければならないというべきであり、取調べの性格上、特定の事項に係る質疑等のため一定の時間を要し、即時の中断が困難な場合があること等を考慮しても、社会通念上相当と認められる範囲を超えて弁護人等の来訪を被疑者に伝えず、その結果、速やかに弁護人等との面会が実現されなかった場合には、当該捜査機関の行為は、弁護人等の弁護活動を阻害するものとして違法と評価され」と判示した。

国が控訴したところ、東京高判令3・6・16¹²⁾は、一審判決を支持し、国の控訴を棄却した。同判決は、刑訴法30条1項の保障のもとで、「被疑者が刑事手続において十分な防御をするためには、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実質的に保障する必要があるから、被疑者は、身体の拘束を受けていない段階にあって、接見交通権に準じて、立会人なく接見する利益……を有する」のであり、また、接見の利益は、弁護人等にとっても「その十分な活動を保障するために不可

12) 判時2501号104頁。

欠なものであって、被疑者の弁護人等による弁護権の行使においても重要なものであ」って、刑訴法 39 条 1 項により保障される接見交通権についての最高裁判例からしても、同利益は弁護人等の固有の利益でもあったとした。これを踏まえて、同判決は、「捜査機関は、……被疑者の任意の出頭を求め、これを取り調べるに当たり、被疑者と弁護人等との接見の利益をも十分に尊重しなければならない」のであり、したがって、「身体の拘束を受けていない被疑者の弁護人等が、任意の取調べを受けている被疑者との間で立会人のない接見の申出をした場合には、速やかにその申出があった事実を被疑者に告げて弁護人等と接見するか任意の取調べを継続するかを捜査機関において確認すべきであって、その事実を告げないまま任意の取調べを継続する捜査機関の措置は、弁護人等であることの事実確認のために必要な時間を要するなど特段の事情がない限り、被疑者の接見の利益を侵害するだけではなく、その弁護人等の固有の接見の利益も侵害するものとして、国家賠償法 1 条 1 項の適用上違法」であるとした。

(3) 本件一審判決(さいたま地判令 3・11・12)

以上のように、いずれの裁判例も、身体を拘束されることなく、警察署等に任意同行された、あるいは任意取調べを受けている被疑者および弁護人等が面会ないし接見の権利ないし法的利益を有することを承認したうえで、弁護人等が面会を申し出たときは、捜査機関は被疑者に対して弁護人等からの面会申出について速やかに伝達し、その意思を確認し、被疑者が希望した場合には、被疑者と弁護人等とを面会させなければならないとしていた。函館地決昭 43・11・20 は、直接的には自白の許容性を否定した判断であったが、このような判断を前提にしていた。本件一審判決も、これら裁判例の線に沿って、捜査官らの措置を違法とした。

本件一審判決は、刑訴法 39 条 1 項が身体を拘束された被疑者・被告人と弁護人等との自由な接見を認めていることからすると、「弁護人等は任意取調べを受けている被疑者等との間でも、その弁護活動の一環として、自

由に面会することができる」のであり、また、「任意取調べについては、その開始及び終了が被疑者の意思に委ねられているので（刑訴法 198 条 1 項但書）、任意取調べを受けることを続けるか、これを中断して弁護人等との面会に応じるかについても、専ら被疑者の意思に委ねられている」とした。そのうえで、同判決は、「弁護人等が任意取調べ中の被疑者との面会を申し出た場合、捜査機関は、直ちにその旨を被疑者に伝え、弁護人等との面会を希望するか否かを確認した上、被疑者がその面会を希望したときには、速やかに弁護人等と面会させなければならない義務があり、弁護人等と協議して面会時間の調整が整うなどの特段の事情がない限り、被疑者に弁護人等との面会の意向を確認せずに任意取調べを継続した場合には、被疑者において適時適切な弁護を受けられなくなるおそれが生じ、弁護人等による弁護活動を妨げることになるから、弁護人等の弁護権を侵害するものとして、国賠法上違法と評価される」と判示した。

さらに、同判決は、前記「特段の事情」について、「任意取調べ中の被疑者については、身体の拘束を受けている被疑者……と異なり、捜査上の顕著な支障といった必要性がある場合に面会を制限できる根拠がなく、……取調べを受けることを継続するか否かが被疑者の意思に委ねられていることからすれば、捜査上の支障や必要性のみを理由として一方的に面会を制限することは許されず、捜査上の支障や必要性があることは、前記特段の事情に該当しない」とした。

これらの判示を踏まえて、同判決は、「捜査上の必要性を理由として面会を制限することはできないのであって、既に捜査機関側で逮捕状執行に向けた決裁手続に着手した段階にあったとしても、単に捜査機関内部における手続上の必要に過ぎないのであるから」、このことが「特段の事情」にはあらず、また、「面会の時期や要否については、被疑者及び弁護人等の意思が優先されるべきもの」であるから、「当時、仮に面会する部屋の確保の観点から、逮捕前の面会を実施するよりも逮捕後即時の接見を認めたほうが、より早期に面会（接見）が実現できるという事情があったとしても、そ

のことを弁護人等に伝えて、これを選択する機会を与える必要があり、このような機会を与えていない以上」、このような事情も「特段の事情」にはあたらないとしたうえで、捜査官が本件被疑者に対して弁護士からの面会申出について伝達することなく、被疑者の意思を確認しなかったことを違法と判断した。

(4) 被疑者の弁護人の援助を受ける権利および弁護人の弁護権と適正手続

本件控訴審判決が、任意同行された被疑者と弁護人等との面会を「権利」ではなく、「利益」としたのは、身体を拘束された被疑者・被告人と弁護人等との接見の場合(刑訴法 39 条 1 項)のように、両者の面会を保障する明文規定がないことによるものであろう。しかし、任意同行された被疑者が、弁護人等と自由に立会人なく面会し、相談し、その助言を受けるなどの機会を与えられなかったならば、被疑者は弁護人の援助を受けることができず、刑訴法 30 条 1 項が保障する被疑者の弁護人の援助を受ける権利は、画餅に帰すこととなる。この意味において、被疑者と弁護人等との立会人のない自由な面会の機会を保障することは、被疑者の弁護人の援助を受ける権利の本質的な構成要素である。それゆえ、それ自体として、刑訴法 30 条 1 項の権利の内容をなすものというべきであろう。他方、弁護人等としても、被疑者と立会人なく自由に面会する機会を保障されなければ、被疑者に対して必要な援助を提供することができないから、被疑者の権利に対応する弁護権の内容として、被疑者との面会の機会を保障されるというべきである。ただし、本件控訴審判決が面会の「利益」としていたことから、本稿も、以下、面会の「権利」ではなく、面会の「利益」として論じる。

さらに、身体を拘束されていない被疑者の弁護人の援助を受ける権利は、たんに刑訴法 30 条 1 項によって認められているものではなく、憲法 31 条が保障する適正手続の本質的な内容をなすものというべきである。たしかに、「抑留又は拘禁」され、身体を拘束された被疑者の場合とは異なり、身

体を拘束されていない被疑者の弁護人の援助を受ける権利については、その保障を明記した憲法の規定は存在しない。しかし、身体を拘束された被疑者の権利について憲法が34条に明文規定をおいたのは、身体を拘束され、外部社会と隔離されることによって、被疑者・被告人が自己の防御権を実効的に行使することがとくに困難な状況に置かれていることから、また、被疑者が身体の拘束からの解放を求めるために、弁護人の援助をひときわ強く必要とするがゆえのことであって¹³⁾、身体を拘束されていない被疑者について、憲法が適正手続の内容として、その弁護人の援助を受ける権利を保障していないということを意味しない。

身体の拘束の有無にかかわらず、憲法31条はすべての被疑者について、適正手続を保障している。憲法34条の保障する弁護人の援助を受ける権利が、身体を拘束された被疑者にとって、適正手続の具体的内容であるのと同じように、身体を拘束されていない被疑者が、憲法31条によって適正手続を保障される以上、適正手続の本質的な内容として、弁護人の援助を受ける権利を保障されているというべきである。弁護人の援助を受ける権利の保障を欠いた手続は、いかなる意味においても、適正なものとはいえない。身体を拘束されていない被疑者は、憲法31条によって、弁護人の援助を受ける権利を保障されているのである。このことは、被疑者と弁護人等との面会を「権利」として捉えるか、法的「利益」とするかによって、変わるものではない。

3 逮捕前の面会と「適正な捜査権の行使」

(1) 「適正な捜査権の行使を妨げること」の具体的意味

本件控訴審判決は、被疑者および弁護人等に面会の機会が保障されるべきことを認めており、それを「面会の利益」と呼んだ。そのうえで、同判決は、被疑者が任意の取調べを受けているときに、弁護人等が面会を申し

13) 憲法的刑事手続研究会『憲法的刑事手続』(日本評論社、1997年)286頁〔村岡啓一〕。

出た場合には、捜査機関としては、速やかにその事実を被疑者に告げ、被疑者の意思を確認したうえで、被疑者が面会を希望するときは、両者を面会させなければならないとした。この点についての同判決の判断は、基本的に正当である。

問題は、捜査機関が逮捕状を執行する前であっても、その施行準備に入るときは、逮捕前に被疑者と弁護士等とを面会させなくともよいといえるかである。本件控訴審判決は、その必要はないとした。すなわち、同判決は、「被疑者に対して逮捕状が発付され、任意の取調べを終えて逮捕状を執行する段階に至った場合には、捜査機関による適正な捜査権の行使を妨げることはできないから、逮捕前に必ず弁護士等に面会させなければならないということとはできず、逮捕前に面会させる義務がないのであれば、弁護士等から面会の申出があった事実を逮捕前に被疑者に告げる義務もない」と判示したのである。

同判決が、逮捕前に面会させる必要がないとした理由は、逮捕状の執行準備に入った場合には、「捜査機関による適正な捜査権の行使を妨げることはできない」ということである。本件事案をみたとき、ここにいう「捜査権の行使」の具体的内容は、執行準備に入っていた逮捕状の執行に着手することである。

それでは、捜査権の「適正」な行使を「妨げること」として想定されているのはなにか。本件控訴審判決は、「妨げること」の具体的内容を明示しなかった。しかし、同判決が、逮捕前に面会させなかった警察官らの措置を適法と判断するにあたり、弁護士等が面会を申し出た時点で「被疑者に対する逮捕状を執行する段階に至って」いたことに続けて、「その当時、所沢署では、警察官の立会いなしに身柄を拘束されていない被疑者の逃亡防止を図ることができる面会室やその他の場所を用意することができなかったこと」、さらには本件弁護士が「面会を申し出た 13 分後には現実に逮捕状が執行されていることも考え合わせると」と述べていたことからすると、適正な捜査権行使の「妨げ」として想定していたのは、第 1 に、逮捕前に

本件被疑者と弁護士とを面会させたならば、それにより逮捕状の執行着手に遅延が生じることであり、第2に、「被疑者の逃亡防止を図ることができない面会室やその他の場所を用意することができなかった」ために、逮捕前に面会させることにより、被疑者が逃亡する危険が生じるということであらう。

しかし、弁護人等の申出に応じて逮捕前の面会を認めることが、「捜査機関による適正な捜査権の行使を妨げる」場合には、捜査機関としては逮捕前に面会させなくともよいとの前提に立ったとしても、本件控訴審判決が、逮捕前に面会させたならば、それは「捜査機関による適正な捜査権の行使を妨げる」こととなり、それゆえ捜査機関としては逮捕前に面会させる必要はないとしたことには、重大な疑問がある。

（2）被疑者・弁護人等の面会の利益の制約

ここにおいて、確認しておくべき点がある。それは、逮捕前の面会を認めないことは、被疑者と弁護人等とが面会する機会を遅延させ、被疑者が弁護人等と速やかに面会し、相談し、その助言を受けるなどの機会を失わせる点において、被疑者が弁護人等と面会する利益を制約する一方、弁護人等における被疑者と面会する利益をも制約し、ひいては被疑者の弁護人の援助を受ける権利、弁護人の弁護権をそれぞれ制約することになるという点である。

上記のように、身体を拘束されることなく、警察署等に任意同行された被疑者は、自己の防御権を実効的に行使するために、弁護人の援助を受ける権利を保障されている（刑訴法30条1項、憲法31条）。被疑者の権利に対応して、弁護人は弁護権を保障されている。両者が立会人なく自由に面会する機会は、被疑者における弁護人の援助を受ける権利、弁護人の弁護権を実効的に保障するために不可欠のものである。これらの権利が刑訴法30条1項により保障されるにとどまらず、憲法31条による適正手続の本質的内容をなすことからすれば、被疑者と弁護人等との面会の機会の保障

は、それ自体として、憲法的重要性を有する重大な利益だといえよう。

逮捕前の面会を認めないことは、被疑者と弁護士等との面会の機会を遅延させ、もって両者における憲法的重要性を有する面会の利益を制約するものであるから、逮捕前の面会を認めることが「捜査機関による適正な捜査権の行使を妨げる」、すなわち捜査機関における逮捕状の適正な執行の「妨げ」になることを理由にして、逮捕前の面会を認めないとするのであれば、ここにいう「妨げ」とは、逮捕状の適正な執行に顕著な支障が生じることを意味すると理解しなければならない。逮捕状の適正な執行に対して支障が生じたとしても、それが僅かな、抽象的なものにすぎなければ、そのような支障をもって被疑者と弁護士等との面会の機会を遅延させ、両者の面会の利益を制約することは、決して正当化されないからである。

また、逮捕前に面会させることが「捜査機関による適正な捜査権の行使を妨げる」、すなわち捜査機関における逮捕状の適正な執行を「妨げる」との理由から、逮捕前に面会させる必要はないと主張するのは、捜査機関の側であるから、逮捕前の面会を認めることにより逮捕状の適正な執行に顕著な支障が生じることについては、捜査機関の側（本件訴訟においては県）がそれを証明する責任を負うというべきである。捜査機関の側が顕著な支障が生じることを証明しない限り、逮捕前に面会させないことは正当化されえないのである。それゆえ、裁判所としては、捜査機関がこの証明責任を果たし、もって逮捕前に面会させることが逮捕状の適正な執行に顕著な支障を生じさせることを具体的に認定することができない限り、「捜査機関による適正な捜査権の行使を妨げること」になるとして、逮捕前に面会させないことを適法と判断してはならない。

本件控訴審判決にいう「捜査機関による適正な捜査権の行使を妨げる」ことをこのように理解することは、接見交通権および接見指定に関する最高裁判例の理にも適合する。

最大判平11・3・24民集53巻3号514頁は、刑訴法39条3項の接見指定制度が憲法に違反しないと判示するにあたり、接見指定制度の目的・

性格について、「刑法 39 条は、…… 1 項において接見交通権を規定する一方、3 項本文において、『検察官、検察事務官又は司法警察職員……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。』と規定し、接見交通権の行使につき捜査機関が制限を加えることを認めている。この規定は、刑法において身体の拘束を受けている被疑者を取り調べることに認められていること(198 条 1 項)、被疑者の身体の拘束については刑法上最大でも 23 日間(内乱罪等に当たる事件については 28 日間)という厳格な時間的制約があること(203 条から 205 条まで、208 条、208 条の 2 参照)などにかんがみ、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趣旨で置かれたものである。そして、刑法 39 条 3 項ただし書は、『但し、その指定は、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つてはならない。』と規定し、捜査機関のする右の接見等の日時等の指定は飽くまで必要やむを得ない例外的措置であつて、被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限することは許されない旨を明らかにしている」としたうえで、「このような刑法 39 条の立法趣旨、内容に照らすと、捜査機関は、弁護人等から被疑者との接見等の申出があつたときは、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、弁護人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、被疑者が弁護人等と防禦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、弁護人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、検証等に立ち会わせている場合、また、間近い時に右取調べ等をする確実な予定があつて、弁護人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……(傍点・引用者)」と判示していた。

同大法廷判決は、刑訴法 39 条 1 項の接見交通権は、憲法 34 条による逮捕・勾留された被疑者・被告人の弁護人の援助を受ける権利の保障に「由来するもの」だと認めていたが、「捜査のため必要があるとき」(同条 3 項)に当たるとして、接見指定により接見交通権を制約することが許されるのは、弁護人等からの接見の申出に応じて「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」とした。接見指定による接見交通権の制約が正当化されるのは、「捜査に顕著な支障が生ずる場合」に限られるとしたのである。

また、最判平 12・6・13 は、被疑者が逮捕され、警察署に引致されてから約 25 分後に、弁護人となろうとする弁護士が被疑者との接見を申し出たところ、捜査官は取調べ中なので待つてほしいと繰り返した後、午後 5 時 45 分ころになって、接見日時を翌日午前 10 時以降に指定した措置を違法と判断するにあたり、上記大法廷判決が示した接見指定の要件・措置を確認したうえで、「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、……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。したがって、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、たとい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(傍点・引用者)」と判示した。

同判決は、被疑者と弁護人となろうとする者との逮捕直後の初回の接見

については、「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」である限り、「たとい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」だとしており、接見機会を遅延させる指定によって接見交通権を制約することを正当化するためには、接見時間を制限する指定をしても「捜査に顕著な支障が生じる」場合に限られるとしたのである。

これら両判決は、接見指定による接見交通権の制約が正当化されるのは、弁護人等の申出に応じて速やかな接見を認めることにより捜査に顕著な支障が生じる場合に限られるとした。捜査に顕著な支障が生じるとして、接見指定の適法性を主張するのは捜査機関であるから、捜査に顕著な支障が生じることについて証明責任を負うのは、捜査機関の側である。したがって、裁判所としては、捜査機関がこの証明責任を果たし、捜査に顕著な支障が生じると積極的に認定することができたときに限って、接見指定による接見交通権の制約を適法と判断しうるのである。

身体を拘束されることなく、警察署に任意同行された被疑者と弁護人等との面会について、弁護人等の申出に応じて逮捕前の面会を認めたならば、「捜査機関による適正な捜査権の行使を妨げる」場合には、逮捕前に面会させないことが認められるとの前提に立ったとき、「捜査機関による適正な捜査権の行使を妨げる」こととは、上記のように、逮捕前に面会させることによって逮捕状の適正な執行に顕著な支障が生じることを意味するものであり、また、このことについての証明責任を捜査機関の側が負い、したがって裁判所としては顕著な支障が生じることを積極的に認定することができたときに限って、逮捕前に被疑者と弁護人等とを面会させず、もって両者の面会の利益を制約することを適法としうると理解すべきであるところ、このような理解は、接見交通権および接見指定に関する最高裁の上記二判例の理にも適合するのである。

(3) 逮捕前の面会と逮捕状の適正な執行に対する顕著な支障

本件控訴審判決にいう「捜査機関による適正な捜査権の行使を妨げること」とは、逮捕状の適正な執行を妨げることの意味し、さらにその具体的内容は、第 1 に、逮捕状の執行着手を遅延させることであり、第 2 に、被疑者が逃亡する危険を生じさせることであった。本件控訴審判決は、これら 2 点について、捜査機関が逮捕前に面会させたならば、それによって逮捕状の適正な執行に顕著な支障が生じるということをなんら具体的に認定しないままに、「捜査機関による適正な捜査権の行使を妨げること」になるとして、逮捕前の面会を認めなかったことを適法とした。

第 1 に、逮捕状の執行着手を遅延させることについてである。たしかに、本件事案において、本件弁護士が面会を申し出たとき、警察官らはすでに逮捕状の執行準備に入っていたのであるから、弁護士からの申出に応じて逮捕前に面会させたならば、面会に要する時間の分だけ、逮捕状の執行着手に遅延が生じることはたしかである。しかし、被疑者は逮捕されておらず、したがって逮捕後の場合とは異なり、身体拘束の時間制限は存在しなかったから、面会に要する時間の分だけ執行着手に遅延が生じたとしても、そのことをもって直ちに、逮捕状の適正な執行に顕著な支障が生じるということはできない。

捜査機関としては、逮捕前に面会させないことを正当化するためには、逮捕状の執行着手の遅延によって、適正な執行に対する顕著な支障が生じることを証明しなければならず、裁判所としては、このことを具体的に認定しない限り、捜査機関が逮捕前に面会させなかったことを適法とすることはできなかったはずである。本件控訴審判決は、逮捕前に面会させることによって逮捕状の適正な執行に顕著な支障が生じることをなんら具体的に認定しなかった。顕著な支障が生じることをなんら具体的に認定しないままに、「捜査機関による適正な捜査権の行使を妨げる」として、捜査機関が逮捕前の面会を認めなかったことを適法としたのである。

第 2 に、被疑者の逃亡の危険を生じさせることについてである。この点

について、本件控訴審判決は、弁護士が被疑者との面会を申し出た時点で、「所沢署では、警察官の立会なしに身柄を拘束されていない被疑者の逃亡防止を図ることができる面会室やその他の場所を用意することができなかった」ことを指摘していた。逮捕前速やかに面会させたならば、被疑者が逃亡する危険が生じるというのである。「被疑者の逃亡防止を図ることができる……場所」が用意できないとき、たしかに逃亡防止を図ることのできない場所において面会をさせたならば、被疑者の逃亡の危険が生じうることもなろう。

しかし、被疑者の逃亡を防止する必要があったとしても、本件事案において、被疑者は身体を拘束されておらず、時間制限が存在したわけではないから、逮捕後の場合とは異なり、捜査機関としては、面会室が空ののを待つなど、「被疑者の逃亡防止を図ることができる……場所」を確保することができるまでそのまま待機し、そのような場所を確保することができ次第、面会させることも可能であったのであり、それによって、待機時間の分だけさらに逮捕状の執行着手に遅延が生じたとしても、上記のように、そのことをもって直ちに、逮捕状の適正な執行に顕著な支障が生じるというわけではない。あるいは、本件被疑者および弁護士に説明し、両者の承諾を得たうえで、身体を拘束され、警察署の留置施設に収容されている被疑者と弁護人等との接見（刑訴法 39 条 1 項）に用いる場所を使用することもできたはずである。そのようにすれば、速やかに両者を面会させることもでき、さらに逮捕状の執行着手に対して生じる遅延も、面会に要する時間の分にとどめることができたのである。それにもかかわらず、本件控訴審判決は、被疑者の逃亡防止を図りながら逮捕前に面会させることの可能性をなんら検討しないままに、「捜査機関による適正な捜査権の行使を妨げる」として、捜査機関が逮捕前に面会させなかったことを適法とした。

(4) 憲法上の権利の侵害、法令違反および判例違反

このように、本件控訴審判決は、上記 2 点について、逮捕前の面会を認

めたならば、それによって逮捕状の適正な執行に顕著な支障が生じることがをなんら具体的に認定しないままに、「捜査機関による適正な捜査権の行使を妨げること」になるとして、逮捕前に面会させなかった捜査機関の措置を適法とした。「捜査機関による適正な捜査権の行使を妨げる」場合には、逮捕前に面会させる必要はないとの前提に立ったとしても、本件控訴審判決は、逮捕状の適正な執行に顕著な支障が生じることがを具体的に認定していないのであるから、正当な理由なくして、被疑者および弁護人の面会の利益を制約することを許容したことになる。

両者が立会人なく自由に面会する機会を保障されることは、上記のように、被疑者の弁護人の援助を受ける権利（刑訴法 30 条 1 項）、これに対応する弁護人の弁護権にとって本質的な要請である。さらに、これらの権利は、憲法 31 条の保障内容である。それゆえ、正当な理由なくして両者の面会の利益を制約することは、両者の面会の利益を侵害するにとどまらず、被疑者の弁護人の援助を受ける権利、これに対応する弁護人の弁護権を侵害するものであり、これらの権利の侵害は、すなわち憲法 31 条の保障する適正手続の侵害に当たる。

また、上記最高裁判例は、接見指定（刑訴法 39 条 3 項）により身体を拘束された被疑者および弁護人等の接見交通権（同条 1 項）を制約することができるのは、弁護人等からの申出に応じて速やかに接見させたならば、それによって捜査に顕著な支障が生じる場合に限られるとしていたから、本件控訴審判決が、逮捕状の適正な執行に顕著な支障が生じることがをなんら具体的に認定しないままに、逮捕前に面会させなかった捜査機関の措置を適法としたことは、これら最高裁判例の理に大きく反している。

4 捜査上の必要と面会の制限

(1) 刑訴法 39 条 3 項の趣旨

以上のように、弁護人等の申出に応じて逮捕前に面会させることが「捜査機関による適正な捜査権の行使を妨げる」場合には、逮捕前に面会させ

なくともよいとの前提に立ったとしても、本件控訴審判決は、逮捕状の適正な執行に顕著な支障が生じることをなんら具体的に示していないのであるから、正当な理由なくして、被疑者および弁護人等における面会の利益を制約することを許容したことになる。翻って、「捜査機関による適正な捜査権の行使を妨げる」、具体的には逮捕状の適正な執行に顕著な支障を生じさせるということを理由にして、身体を拘束されることなく、警察署等に任意同行された被疑者と弁護人等との面会を制限することはできるのか。身体を拘束された被疑者と弁護人等との接見交通（刑訴法 39 条 1 項）の場合とは異なり、身体を拘束されていない被疑者と弁護人等との面会については、「捜査機関による適正な捜査権の行使を妨げる」ことを理由にして、両者の面会を制限することはできないというべきである。

身体を拘束されていない被疑者は、上記のように、自己の防御権を実効化するために、弁護人の援助を受ける権利を保障され（刑訴法 30 条 1 項、憲法 31 条）、同権利の本質的な内容をなすものとして、弁護人等と立会人なく自由に面会し、相談し、その助言を受けることなどができる。他方、逮捕・勾留により身体を拘束された被疑者については、刑訴法 39 条 1 項が、弁護人等との接見交通権を明文により保障している。同規定について、最大判平 11・3・24 は、「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」から設けられたものであるとして、憲法 34 条の保障に「由来」するものであると認め、憲法 34 条の保障については、同規定の「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、……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」と判示していた。

身体を拘束された被疑者・被告人について、接見交通権の保障を明記し

た刑訴法 39 条 1 項がとくに設けられたのはなぜか。身体を拘束され、身体
の自由を奪われた被疑者・被告人は、「イン・コミュニカード、すなわち
外界との連絡が遮断された状態」に置かれており、この状態は、「日常生活
からの遮断となって精神的に不安定な状況をもたらし、他方では、刑事手
続上、被疑者・被告人としての防御活動の確保を困難にする」¹⁴⁾。このこと
から、憲法 34 条は、とくに逮捕・勾留された被疑者・被告人に対し、「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」として、弁護人の援助を受ける権利を保障
している。被疑者・被告人における弁護人の援助を受ける権利は、たんな
る選任の自由を超えて、「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」
するものである。「憲法 34 条の……（このような保障の・引用者）趣旨に
のっとり、身体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」
規定が、刑訴法 39 条 1 項である¹⁵⁾。同規定が、とくに身体を拘束された
被疑者・被告人について接見交通権の保障を明記しているのは、身体拘束
という状態におかれていることに起因して、弁護人の援助を受ける権利
の保障がいっそう高い重要性を有しており、それゆえ身体拘束という「外

14) 三井・註 6 書 155 頁。小山・註 6 判批 3 頁は、刑訴法 39 条が身体を拘束さ
れた被疑者・被告人について接見交通権を明文で規定していることは、「身柄不
拘束の者にこの権利を否定する趣旨とはいえない」とする。被疑者・被告人の
「弁護人による援助を受ける権利……の存在を前提にして、身柄拘束中の者がこ
の権利を事実上制約される可能性の高いことに鑑みて特にこれを明文で保障し
たからである（弁護人の援助を受ける必要性は、身柄拘束の有無ではなく、被疑
者たる地位から生じる）」とする。刑訴法 39 条 3 項が身体拘束に由来する明文
規定の必要から設けられたものであって、身体を拘束されていない被疑者・被
告人についてはとくに明文規定をおく必要がないという点においては、本稿の
論旨と重なる。

15) この部分の引用は、最大判平 11・3・24。同判決の判示は、問題となった事
案に即して、「身体拘束を受けている被疑者」についてのものである。

界との連絡が遮断された状態」にあるなかでも、弁護人等から援助を受ける機会を確保する必要があることを確認するためなのである。

また、身体を拘束された被疑者・被告人の接見交通権(刑訴法39条1項)については、身体拘束に由来する制限を認める規定(同条2項・3項)が必要とされるのに対して、身体を拘束されていない被疑者・被告人と弁護人等との面会については、そのような規定を設ける必要がない。すなわち、身体を拘束され、刑事収容施設に収容されているのではないから、「法令(裁判所の規則を含む。以下同じ。)で、被告人又は被疑者の逃亡、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を規定する」(同39条2項)必要はない。加えて、最大判平11・3・24によれば、刑訴法39条3項による接見指定制度は、「刑訴法において身体拘束を受けている被疑者を取り調べる事が認められていること(198条1項)、被疑者の身体拘束については刑訴法上最大でも23日間(内乱罪等に当たる事件については28日間)という厳格な時間的制約があること(203条から205条まで、208条、208条の2参照)などにかんがみ、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趣旨で置かれたものである」ところ、被疑者が逮捕・勾留されていないのであれば、ここにいう身体拘束についての「厳格な時間的制約」が問題になることはなく、したがって捜査機関としては、被疑者が任意に応じる限り、必要なときに被疑者を取り調べ、その他必要な捜査を行うことが可能である。それゆえ、捜査機関が捜査上の必要を理由にして接見の日時・場所・時間等を指定することができるとする規定をおく必要もないのである。

身体を拘束されている被疑者・被告人の接見交通権については、身体拘束に由来する制限が必要とされ、その要件・手続・限界を示した規定が必要になるところ、その場合には、当然、制限の対象となる権利について明記した規定も必要となる。それが刑訴法39条1項なのである。このことを踏まえて、身体を拘束されていない被疑者と弁護人等との面会について、捜査上の必要を理由にして、それを制限することができるかを検討す

る。

(2) 「厳格な時間的制約」の不存在

本件控訴審判決は、弁護人等の申出に応じて逮捕前に面会させることが「捜査機関による適正な捜査権の行使を妨げる」場合には、逮捕前の面会を認める必要はないとした。このような場合には、身体を拘束されていない被疑者および弁護人等の面会の利益を制約してもよいと認めたのである。

ところで、本件控訴審判決にいう「捜査機関による適正な捜査権の行使を妨げる」こととは、上記のように、逮捕状の適正な執行に顕著な支障が生じることを意味しているところ、この顕著な支障が生じることを回避するために、逮捕前に面会させなくともよいとすることは、より一般化するというならば、捜査上の必要がある場合には、被疑者および弁護人等の面会の利益を制約することも許されるところを意味する。このことは、最大判平 11・3・24 が、接見指定の要件として刑訴法 39 条 3 項が定める「捜査のため必要があるとき」の意味を、弁護人等の申出に応じて速やかな「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」をいうと判示したことからも明らかである。本件控訴審判決は、捜査上の必要を理由にして、身体を拘束されていない被疑者と弁護人等との面会を制限することを認めたのである。しかし、捜査上の必要を理由にして、両者の面会を制限することは許されないというべきである。

最大判平 11・3・24 は、刑訴法 39 条 3 項による接見指定制度について、上記のように、「刑訴法において身体の拘束を受けている被疑者を取り調べる」ことが認められていること (198 条 1 項)、被疑者の身体の拘束については刑訴法上最大でも 23 日間 (内乱罪等に当たる事件については 28 日間) という厳格な時間的制約があること……などにかんがみ、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趣旨で置かれたものである」としていた。すなわち、「捜査のため必要があるとき」に、接見指定により接見交通権を制約することが許されるのは、被疑者が逮捕・勾留によ

り身体を拘束されており、時間制限が存在することを前提として、そうであるがゆえに「捜査の必要と接見交通権の行使との調整を図る」必要があるからなのである。

これに対して、身体を拘束されていない被疑者の場合であれば、弁護人等と立会人なく自由に面会する利益が認められる一方、「厳格な時間的制約」は存在しないから、「捜査の必要」と面会の利益の実施との「調整」を図らなければならないとする前提が欠けている。「厳格な時間制限」は、被疑者が逮捕・勾留されているときこそ存在するものであって、捜査機関が逮捕状の執行準備に入っていたとしても、その段階では、時間制限を受けることはない。被疑者が現に逮捕・勾留されているのでない限り、弁護人等の申出に応じて速やかに両者の面会を認めても、身体拘束の時間制限が存在しないのであるから、捜査に顕著な支障が生じることはない。身体を拘束されていない被疑者と弁護人等との面会を、捜査上の必要を理由にして制限することは、制限しなければならない前提を欠くがゆえに、認められることはないというべきである。

(3) 制限を認める規定の不存在

身体を拘束された被疑者と弁護人等との接見交通権(刑訴法 39 条 1 項)については、刑訴法 39 条 3 項が「捜査のため必要があるとき」における接見指定を定めており、もって接見交通権の制限を認めている。

他方、身体を拘束されていない被疑者について、刑訴法 39 条 3 項に類する規定は存在しない。捜査機関が逮捕状の執行準備に入ってから以降について、それ以前と異なる扱いを定める規定も存在しない。制限を認める規定が存在しないのであるから、身体を拘束されていない被疑者と弁護人等との面会については、捜査上の必要を理由にして、それを制限することは許されないというべきである。このように理解しなければ、身体を拘束された被疑者の接見交通権について、刑訴法 39 条 3 項を設け、「捜査のため(の)必要」による接見の機会の制限を同規定の定める要件・方法・限界に

において認めるとしたことの意義が失われるからである。捜査上の必要による制限を認める具体的規定が存在しない以上、身体を拘束されていない被疑者と弁護人等との面会について、それを捜査上の必要を理由にして制限することは許されないものであって、このことは、捜査機関が逮捕状の執行準備に入っていたかどうかによって変わることはないのである。

実質的に考えても、身体を拘束されていない被疑者および弁護人等にとって、立会人なく自由な面会の機会を認められることは、上記のように、それぞれ弁護人の援助を受ける権利(刑訴法 30 条 1 項、憲法 31 条)、被疑者の権利に対応する弁護人の弁護権にとって、本質的内容をなすものである。面会の利益は、両者にとって、憲法的重要性を有する重大な利益なのである。そのような面会の利益の制約を、法律の明文規定をもって要件・手続・限界を設定しないままに認めることは、恣意的な、あるいは過剰な制約を許すおそれを招き、この点において、被疑者に対する弁護人の援助を受ける権利、それに対応した弁護人の弁護権の保障の趣旨に反する結果となる。このことは、捜査機関が逮捕状の執行準備に入っていたかどうかによって、変わるものではない。身体を拘束された被疑者の接見交通権を捜査上の必要を理由にして制約することについて、刑訴法が 39 条 3 項においてその要件・手続・限界を明記したのは、そうすることによって恣意的な、あるいは過剰な制約を排除するためであった。そうであるならば、同じく身体を拘束されていない被疑者と弁護人等との面会の利益についても、その制約は、要件・手続・限界を明示した法律上の規定によらなければならないというべきである。

(4) 任意処分と強制処分との峻別

刑訴法 197 条 1 項但書の定める強制処分法定主義からすれば、任意処分と強制処分とは截然と区別しなければならない。身体を拘束されることなく、警察署等に任意同行された被疑者が逮捕される前に、弁護人等が被疑者との面会を申し出たにもかかわらず、捜査上の必要を理由として、逮捕

前に面会させなくともよいとすることは、任意処分と強制処分との峻別という観点からも、重大な問題をはらんでいる。

刑訴法 198 条 1 項は、「検察官、検察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、被疑者の出頭を求め、これを取り調べることができる。但し、被疑者は、逮捕又は勾留されている場合を除いては、出頭を拒み、又は出頭後、何時でも退去することができる」と定めている。同条但書の反対解釈から、被疑者が逮捕・勾留されている場合には、出頭拒否・退去の自由を認められず、出頭・滞在の義務を負うとするのが確立した捜査実務である。このような捜査実務を前提としても、逮捕・勾留されていない限り、被疑者は、出頭・滞在の義務を負うことはなく、出頭拒否・退去の自由を保障されることになる。逮捕・勾留されていないにもかかわらず、出頭拒否・退去の自由を否定することは、同条但書の規定に明らかに反する。実質的にみると、強制処分たる逮捕・勾留に伴う効果を、逮捕・勾留されていない被疑者についても認めることとなり、任意処分と強制処分との峻別を否定することとなる。

逮捕・勾留されていない被疑者が出頭拒否・退去の自由を認められるのは、被疑者が捜査機関の取調べを受けているときだけに限らない。取調べを受けていなくとも、被疑者が警察署等に任意同行され、捜査機関の許に所在する場合には、取調べを受けている場合と同じように認められるはずである。出頭を拒否し、退去する自由が認められるのは、取調べを受けているときに限られ、取調べを受けていないときは、出頭拒否・退去の自由を否定されんとすることは、逮捕・勾留されておらず、かつ、取調べを受けていない被疑者から、その身体を強制的に奪うことにほかならない。刑訴法の規定によらずして、強制的な身体拘束を認めることになるのである。

身体を拘束されていない被疑者が、取調べを受けているかどうかにかかわらず、出頭拒否・退去の自由を認められるのであれば、弁護人等が被疑者との面会を申し出たとき、被疑者が面会を希望する場合には、弁護人等

と面会するために、所在場所から退去し、捜査機関の許を離れることを認められなければならない。

この点を明確にしたのが、福岡地判平 3・12・13 である。同判決は、捜査官が被疑者を派出所に任意同行し、取り調べていたときに、被疑者の妻からの依頼により弁護人となろうとする弁護士が警察署に赴き、被疑者との面会を申し出たところ、捜査官は取調べ中であるとして面会させず、また、同弁護士からの面会の申出について被疑者に伝えなかったことから、同弁護士が県に対して国家賠償請求訴訟を提起したという事案について、捜査官の措置を違法とした。

同判決は、憲法 34 条および刑訴法 30 条 1 項が「被疑者一般に対して、弁護人による実質的な弁護を受ける権利を保障している以上、被疑者と弁護人ないし弁護人となろうとする者（以下「弁護人等」という。）との間の面会・打合せの自由が確保されることがその当然の前提となっており、これは被疑者の権利であるとともに弁護人等の弁護権の重要な内容をなすものというべきである」が、そのことは「被疑者が身柄拘束中であると否とで変わりはない」と判示したうえで、「刑訴法上被疑者の任意の取調がその開始・継続を被疑者の自由な意思に全面的に依存していることに鑑みるならば、面会と取調のいずれを優先させるかも被疑者の意思に委ねられているもの」であるところ、「弁護人等から被疑者との面会の申し出がなされたことは被疑者にとって捜査機関の取調になお継続して応ずるかどうかを決定するにつき重要な事情であるから、すみやかに被疑者に取り次がなければならない」のであって、「任意取調中の被疑者の弁護人等から面会の申し出を受けた捜査機関は、弁護人等との間で面会についての協議が調えば格別、そうでない場合は取調べ中であってもこれを中断して、すみやかに右申し出を被疑者に取り次ぎ、その意思を確認しその結果を弁護人に伝えなければならない、被疑者が面会を希望する場合にはさらにその実現のための措置をとらなければならない」とした。

同判決は、弁護人となろうとする弁護士が、警察署に任意同行され、取

調べを受けていた被疑者との面会を申し出た事案についてのものであったが、刑訴法 198 条 1 項但書は、上記のように、取調べを受けている被疑者にのみ適用されるわけではないから、警察署等に任意同行された後、捜査機関の許に所在しつつも、取調べを受けていない被疑者と弁護人等との面会についても、同判決の理は妥当すべきことになる。

また、被疑者の側からすれば、捜査機関の許にとどまるか、弁護人等と面会するかのをいずれを選択するかが被疑者の意思に委ねられていることから、被疑者が面会を希望した場合には、捜査機関は両者を面会させなければならず、もし面会させなければ、いずれを選択するかについての被疑者の権利(刑訴法 198 条 1 項但書)が侵害されるということになる。弁護人等が被疑者との面会を申し出たにもかかわらず、捜査機関が被疑者と面会させなければ、その結果として、弁護人としては、被疑者と面会し、相談し、被疑者に助言するなどして、被疑者に対して必要な援助を提供することができないことになるから、同時にまた、被疑者の弁護人の援助を受ける権利(刑訴法 30 条 1 項)に対応する弁護人の弁護権も、侵害されるということになる。

本件一審判決は、「任意取調べについては、その開始及び終了が被疑者の意思に委ねられているので(刑訴法 198 条 1 項但書)、任意取調べを受けることを続けるか、これを中断して弁護人等との面会に応じるかについても、専ら被疑者の意思に委ねられている」とした。そのうえで、同判決は、「弁護人等が任意取調べ中の被疑者との面会を申し出た場合、捜査機関は、直ちにその旨を被疑者に伝え、弁護人等との面会を希望するか否かを確認した上、被疑者がその面会を希望したときには、速やかに弁護人等と面会させなければならない義務があり、弁護人等と協議して面会時間の調整が整うなどの特段の事情がない限り、被疑者に弁護人等との面会の意向を確認せず任意取調べを継続した場合には、被疑者において適時適切な弁護を受けられなくなるおそれが生じ、弁護人等による弁護活動を妨げることになるから、弁護人等の弁護権を侵害するものとして、国賠法上違法と評価

される」と判示していた。さらに、同判決は、上記「特段の事情」について、「任意取調べ中の被疑者については、身体の拘束を受けている被疑者……と異なり、捜査上の顕著な支障といった必要性がある場合に面会を制限できる根拠がなく、……取調べを受けることを継続するか否かが被疑者の意思に委ねられていることからすれば、捜査上の支障や必要性のみを理由として一方的に面会を制限することは許されず、捜査上の支障や必要性があることは、前記特段の事情に該当しない」としていた。

これらの判示を踏まえて、同判決は、「捜査上の必要性を理由として面会を制限することはできないのであって、既に捜査機関側で逮捕状執行に向けた決裁手続に着手した段階にあったとしても、単に捜査機関内部における手続上の必要に過ぎないのであるから」、このことは「特段の事情」にはあたらないとしたうえで、警察官らが本件弁護士が面会を申し出たことを被疑者に告げることなく、被疑者の意思を確認しなかったことを違法と判断していた。

これに対して、本件控訴審判決は、身体を拘束されることなく、警察署等に任意同行された被疑者が逮捕される前であっても、捜査機関が逮捕状の執行準備に入っている場合には、捜査上の必要を理由にして、捜査機関が逮捕前に被疑者と弁護士等とを面会させなくともよいとした。たとえ逮捕状がすでに発付されており、捜査機関がその執行準備に入っていたとしても、被疑者は未だ逮捕されていないのであるから、刑法 198 条 1 項但書によって、弁護士等との面会を希望する場合には、面会するために、所在場所から退去し、捜査機関の許を離れる自由を保障されている。それにもかかわらず、捜査機関が逮捕状の執行準備に入っている場合には、逮捕前に面会させなくともよいとすることは、未だ逮捕されていない被疑者から、身体を自由を剥奪するものであって、すでに逮捕された被疑者と等しく取り扱うことにほかならない。逮捕前の面会を認めないことは、逮捕されていない被疑者に対して、所在場所に滞留し、捜査機関の許を離れないことを強制するという点において、出頭・滞在義務を課すことを意味する。

このことは、刑訴法 198 条 1 項但書に明白に違反しており、逮捕されていない被疑者に対して逮捕・勾留に伴う法的効果を及ぼすという点において、任意処分と強制処分との峻別を否定することとなる¹⁶⁾。その結果、被疑者と弁護人等との面会の機会を奪い、被疑者の弁護人の援助を受ける権利(刑訴法 30 条 1 項、憲法 31 条)を侵害するとともに、被疑者の権利に対応する弁護人の弁護権をも侵害することになるのである。

(5)「特段の事情」と「社会通念上相当な範囲の措置」

過去の裁判例は、被疑者が警察署等に任意同行され、捜査機関の取調べを受けているときに、弁護人等が面会を申し出た場合には、捜査機関としては、速やかに弁護人等からの申出について被疑者に伝え、その意思を確認したうえで、被疑者が面会を希望したならば、取調べを打ち切って面会させなければならないとしたうえで、例外的に、「特段の事情」がある場合には、捜査機関が速やかに面会させる義務を免れることを認めていた。

福岡地判平 3・12・13 および福岡高判平 5・11・16 が「特段の事情」として想定したのは、面会を申し出た弁護人と捜査機関との間で面会時間の

16) 東京高判平 21・7・1 判タ 1314 号 302 頁、東京高判平 22・11・8 判タ 1374 号 248 頁などは、身体を拘束されていない被疑者を強制採尿令状の執行に至るまで路上または取調室において留め置き、その間に被疑者に対し有形力行使したという事案について、留置きが任意処分として適法であると判断するにあたり、犯罪の嫌疑の高まりを前提として、捜査機関が令状請求の準備を開始した時点からは「強制手続への移行段階」に入り、被疑者の所在確保の必要性が一段と高まり、それゆえ「純粋な任意捜査の場合に比し、相当程度強くその場に止まるよう被疑者に求めることも許される」としていた。これらの判決は、被疑者の身体的自由を実質的に制約する強制処分には至らない段階において、任意処分たる留置きの適法性を判断したものである。これらの判例を前にしても、逮捕・勾留されていない被疑者が、弁護人等と面会するために所在場所を退去し、捜査機関の許を離れるのを許さないことはできないというべきである。逮捕・勾留されていない被疑者を事実上強制的な身体拘束下に置くこととなり、また、逮捕・勾留されていないにもかかわらず、被疑者に対し出頭・滞在義務を事実上課すこととなって、刑訴法 198 条 1 項但書の規定に明らかに反し、逮捕・勾留に伴う法的効果を認めることになるからである。

協議がなされ、その調整が整うことであった。また、東京高判令 3・6・16 は、選任権者の依頼により弁護士となろうとする者として面会を申し出た弁護士が「弁護士等であることの事実確認のために必要な時間を要する」ことを「特段の事情」として想定していた。

他方、いくつかの裁判例は、「社会通念上相当と認められる限度を超えて」、弁護士等からの面会の申出について伝達することを遅らせ、または伝達後に被疑者の行動を制約したときに、捜査機関の措置が違法となるとしていた。

福岡高判平 5・11・16 が、同判決の事案について「社会通念上相当と認められる限度を超えて」といって認めたのは、捜査官が弁護士等との間で「具体的な面会時間の調整を図るなど、……（弁護士等の・引用者）弁護活動に配慮した対応をせず、取調べ中の捜査官からの連絡を待つようにと一方的に通告する態度に終始した」ため、弁護士等が「その場で直ちに面会できることを期待して」捜査官との交渉にあたっていたからであった。東京地判令 2・11・13 は、「社会通念上相当と認められる範囲を超えて」といってどうかを判断するにあたり、「取調べの性格上、特定の事項に係る質疑等のため一定の時間を要し、即時の中断が困難な場合があること等を考慮」するものとしていた。これらの判断からすると、「社会通念上相当と認められる限度」とは、捜査機関が必要に応じて面会を申し出た弁護士が弁護士等であることを確認したうえで、中断可能な最初の機会において取調べを中断した後、弁護士等からの面会の申出について被疑者に伝達し、その意思を確認し、被疑者が求める場合には、被疑者と弁護士等とを面会させるために必要とされる合理的な時間に、捜査機関が弁護士等との間で具体的な面会時間について協議し、その調整を図るために必要とされる合理的な時間を加えた時間的範囲を意味していたといえよう。

本件一審判決は、上記のように、「捜査上の支障や必要性のみを理由として一方的に面会を制限することは許されず、捜査上の支障や必要性があることは、前記特段の事情に該当しない」と判示したうえで、本件事案につ

いて、本件弁護士「との間で面会時間の調整が整うなどの前記特段の事情も存しなかった」とし、また、「捜査上の必要性を理由として面会を制限することはできない」ことからすれば、「既に捜査機関側で逮捕状執行に向けた決裁手続に着手した段階にあったとしても、単に捜査機関内部における手続上の必要に過ぎないのであるから、このことが前記特段の事情に該当しないことは明らか」であるとした。さらに、同判決は、「当時、仮に面会する部屋の確保の観点から、逮捕前の面会を実施するよりも逮捕後即時の接見を認めたほうが、より早期に面会(接見)が実現できるという事情があったとしても、そのことを弁護人等に伝えて、これを選択する機会を与える必要があり、このような機会を与えていない以上、前記特段の事情に該当しない」として、被告側の主張を退けている。

このように、同判決は、過去の裁判例と同様、速やかに弁護人からの面会の申出について被疑者に伝達し、被疑者の意思を確認し、被疑者が希望するときは、両者を面会させるための措置をとるべき捜査機関の義務を免除する「特段の事由」とは、弁護人等と捜査機関との間で面会時間について協議がなされ、その調整がなされたことであるとの理解に立って、このような協議・調整がない限り、捜査機関が逮捕状の執行準備に入っていたこと、面会のための部屋を確保できなかったことが「特段の事情」に該当することはないと判断したのである。なお、本件弁護士は当番弁護士であったから、弁護人等であることを確認するための時間は不要であった。

本件一審の審理において、被告の県側は、捜査官に弁護活動を侵害する意図がなく、面会申出から実際の接見までの時間が34分であって、弁護活動の制限は大きくないことから、捜査官の措置は「社会通念上相当な範囲の措置」であって、適法であると主張していた。これに対し、同判決は、「面会の時期や要否については、被疑者及び弁護人等の意思が優先されるべきもの」だとしたうえで、本件弁護士と捜査官との間で面会時間に関する協議・調整がなかったことから、捜査官の措置が「社会通念上相当であると評価することもできない」と断じた。その前提には、同判決も、過去の

裁判例と同じく、「社会通念上相当な範囲」とは、捜査機関が必要に応じて面会を申し出た弁護士が弁護人等であることを確認したうえで、中断可能な最初の機会において取調べを中断し、被疑者に対して弁護人等からの面会申出について伝達し、被疑者の意思を確認し、被疑者が望む場合には被疑者と弁護人等とを面会させるために必要とされる合理的な時間に、捜査機関が弁護士等との間で具体的な面会時間について協議し、その調整を図るために必要とされる合理的な時間を加えた時間的範囲を意味しているとの理解があったといえよう。

本件控訴審判決は、身体を拘束されることなく、警察署等に任意同行された被疑者が逮捕される前に、弁護人等が面会を申し出たときでも、捜査機関が逮捕状の執行準備に入っていた場合には、逮捕前に両者を面会させる必要はないとしたため、上記「特段の事情」および「社会通念上相当な範囲の措置」については触れなかった。しかし、本来、捜査機関としては、速やかに弁護人等からの申出について被疑者に伝達し、その意思を確認したうえで、被疑者が希望する場合には、逮捕前に面会させるべきであった。それゆえ、本稿は、捜査機関が逮捕前速やかに面会させる義務を負っていること前提として、「特段の事情」および「社会通念上相当な範囲の措置」についても検討しておきたい。

本件事案について問題となった、第 1 に、捜査機関において逮捕状の執行準備に入っていること、速やかに面会させるための部屋が確保できないことが、捜査機関における上記義務を免除する「特段の事情」にあたるか、第 2 に、逮捕状の執行を面会に先行させたものの、本件弁護士の面会の申出から 30 分程度で、本件被疑者と弁護士とを接見させていることが、「社会通念上相当な範囲の措置」といえるか、を検討するにあたって、出発点となるのは、被疑者および弁護人等は立会人なく自由に面会する機会を保障されており、捜査上の必要を理由として、両者の面会を制限することは許されないということである。

第 1 の問題についてみると、捜査機関において逮捕状の執行準備に入っ

ていること、速やかに面会させるための部屋が確保できないことをもって、捜査機関における上記義務を免除する「特段の事情」が認められるとするならば、そのことは、捜査機関の側の事情によるまさに捜査上の必要によって、本件被疑者と弁護士との面会を遅延させ、もって両者の面会を制限することにほかならない。本件弁護士が面会を申し出たとき、本件被疑者と弁護士との面会に適した部屋に空きがなく、直ちに面会させることができなかったとしても、警察官らは、速やかに本件弁護士からの面会の申出について被疑者に伝え、その意思を確認すべきであって、被疑者が面会を求めた場合には、逮捕状を執行することなく、面会室が利用可能になるのまでそのまま待機して、面会に適した部屋の利用が可能となり次第、本件被疑者と弁護士とを面会させるべきであった。身体を拘束された被疑者と弁護人等との接見(刑法39条1項)の場合と異なり、被疑者は逮捕されていなかったのであるから、厳格な時間制限は存在せず、それゆえ本件被疑者と弁護士との面会に要する時間に加え、利用可能な部屋が確保できるまで待機する時間の分、逮捕状の執行に遅延が生じることになるが、そのことをもって、捜査に顕著な支障が生じるわけではないということは、上記のとおりである。

第2の問題についてみると、本件事案において、その義務を免除する「特段の事情」がなかったにもかかわらず、捜査機関は、逮捕前速やかに面会させるための措置をとることなく、逮捕状の執行準備を続け、被疑者に対して逮捕状を執行し、さらに逮捕後、弁解録取を含む一連の手続きを終えた後になって、ようやく両者を接見させたのである。本件弁護士が面会を申し出てから約30分後に両者を接見させているとしても、捜査上の必要から、接見の前にこれらの手続きをとり、もって逮捕前速やかに面会させなかったのであるから、面会の申出から接見までに要した時間の長短にかかわらず、本件警察官らの措置が「社会通念上相当な範囲の措置」であったとはいえない。

身体を拘束されていない被疑者と弁護人等との面会について、捜査上の

必要から、それを制限することはできないという点を確認したうえで、本件事案について、本件弁護士が面会を申し出たときに逮捕状の執行準備のための署内手続をとっていたこと、速やかに面会させるための部屋が確保できなかったことが、逮捕前速やかに面会させるための措置をとるべき捜査機関の義務を免除する「特段の事情」は該当しないとし、また、逮捕状の執行、弁解録取を含む逮捕後の手続を接見に先行させた捜査機関の措置が、「社会通念上相当な範囲の措置」であることを否定した点において、本件一審判決の判断は正当なものであった。

(6) 憲法上の権利の侵害と判例違反

このように、逮捕・勾留されていない被疑者と弁護人等との面会については、捜査上の必要を理由として、それを制限することは許されない。それにもかかわらず、本件控訴審判決は、捜査機関が逮捕状の執行準備に入っている場合には、逮捕状の適正な執行という捜査上の必要を理由にして、逮捕前に両者を面会させなかった措置を適法とした。

正当な理由なくして両者を面会させないことは、両者の面会の利益を侵害するにとどまらず、上記のように、被疑者の弁護人の援助を受ける権利(刑訴法 30 条 1 項)および弁護人の弁護権を侵害することになる。さらに、身体を拘束されていない被疑者の弁護人の援助を受ける権利、それに対応する弁護人の弁護権が、憲法 31 条が保障する適正手続の不可欠の要請であることからすれば、本件控訴審判決が適法とした捜査機関の措置は、憲法 31 条の適正手続をも侵害するものである。

また、捜査上の必要を理由にして被疑者と弁護人等との接見を制限できるのは、被疑者が逮捕・勾留され、厳格な時間制限が存在する場合に限られるというのが、最大判平 11・3・24 の判示するところである。したがって、捜査上の必要を理由にして、逮捕前に被疑者と弁護人等とを面会させなかった警察官らの措置を適法とした点において、本件控訴審判決は、同大法廷判決の理にも大きく反している。

5 本稿の結論

本稿は、本件および本件控訴審判決が提起した理論的課題の検討を通じて、次のような結論に至った。

第1に、刑法30条1項は、身体拘束の有無にかかわらず、被疑者に対して弁護人の援助を受ける権利を保障しており、この権利は、身体を拘束されることなく、警察署等に任意同行された被疑者が弁護人等と立会人なく自由に面会し、相談し、その助言を受けるなどの機会を保障している。他方、被疑者の権利に対応する弁護人の弁護権の内容として、弁護人等も、任意同行された被疑者と立会人なく自由に面会する機会を保障されている。

両者が立会人なく自由に面会する機会は、被疑者の弁護人の援助を受ける権利、弁護人の弁護権それぞれの本質的な内容をなしている。さらに、被疑者および弁護人のこれらの権利は、刑法によりはじめて認められたものではなく、憲法31条の保障する適正手続の不可欠の構成要素である。それゆえ、面会の機会の保障は、両者にとって、憲法的重要性を有する重要な利益である。したがって、被疑者が逮捕される前に、弁護人等が被疑者との面会を申し出たときは、捜査機関としては、速やかに弁護人等からの申出について被疑者に伝え、その意思を確認したうえで、被疑者が面会を希望した場合には、両者を面会させなければならない。逮捕前に面会させるべき捜査機関の義務は、本来、警察署等に任意同行された被疑者が、捜査機関の取調べを受けているかどうかにかかわらず、認められるべきものである。

第2に、本件控訴審判決は、逮捕状の適正な執行に顕著な支障が生じることをなんら具体的に認定しないままに、捜査機関が逮捕状の執行準備に入っていた場合には、「捜査機関による適正な捜査権の行使を妨げることはできない」という理由から、本件被疑者と弁護士を逮捕前に面会させる必要はないとしたところ、この判断は失当である。

本件控訴審判決という「適正な捜査権の行使を妨げること」とは、本件事案に即していえば、逮捕状の適正な執行が妨げられることを意味してお

り、その具体的内容は、第 1 に、逮捕前に面会させることにより、逮捕状の執行着手に遅延が生じること、第 2 に、被疑者が逃亡する危険が生じることである。

「適正な捜査権の行使を妨げる」場合には、逮捕前に面会させなくともよいとの前提に立ったとしても、逮捕前の面会を認めないことは、被疑者および弁護人等の面会の利益を制約するものであって、両者の面会の利益が、憲法的意義を有する重要なものである以上、「適正な捜査権の行使を妨げること」は、逮捕状の適正な執行に顕著な支障が生じることを意味すると理解しなければならない。裁判所としては、上記 2 点について、逮捕状の適正な執行に顕著な支障が生じることを具体的に認定することができたときに限り、逮捕前に面会させない捜査機関の措置を適法と判断しうるのである。

しかし、本件事案において、逮捕後の場合と異なり、身体拘束の時間制限は存在しないから、逮捕前に面会させることにより逮捕状の執行に遅延が生じたとしても、そのことが直ちに、逮捕状の適正な執行に顕著な支障を生じさせることにはならず、また、捜査機関としては、被疑者の逃亡の危険を回避しつつ、逮捕前に本件弁護士と面会させることも可能であったから、本件控訴審判決は、上記 2 点について、逮捕状の適正な執行に顕著な支障が生じることをなんら具体的に認定しないままに、逮捕前に面会させなくともよいとしたことになる。同判決は、本件被疑者および弁護士の面会の利益を侵害し、もって被疑者の弁護人の援助を受ける権利（刑訴法 30 条 1 項、憲法 31 条）、被疑者の権利に対応する弁護人の弁護権を侵害するものであった。さらに、同判決は、接見指定により、身体を拘束された被疑者と弁護人等との接見交通権を制約するのは、弁護人等からの申出に応じて接見させると捜査に顕著な支障が生じる場合に限られるとした最大判平 11・3・24 の理にも大きく反している。

第 3 に、翻って、身体を拘束されていない被疑者と弁護人等との面会については、「適正な捜査権の行使を妨げること」、すなわち逮捕状の適正な

執行に顕著な支障が生じることを回避するという捜査上の必要を理由として、それを制限することはできない。

身体を拘束された被疑者の接見交通権 (刑訴法 39 条 1 項) については、刑訴法 39 条 3 項が、捜査上の必要から、接見指定によりそれを制限するための要件・方法・限界を定めているのに対して、身体を拘束されていない被疑者と弁護人等との面会については、捜査上の必要から、それを制限することを認める規定は存在しない。明文の規定がないにもかかわらず、捜査上の必要から面会を制限することを認めるならば、そのことは、刑訴法 39 条 1 項が身体を拘束された被疑者の接見交通権について要件・方法・限界を示しつつ、捜査上の必要から、接見指定によりその制限を規定したことの意味を失わせることとなる。

また、身体を拘束されることなく、警察署等に任意同行された被疑者は、現に捜査機関の取調べを受けているかどうかにかかわらず、所在場所を退去し、捜査機関の許から離れる自由を保障されている (刑訴法 198 条 1 項但)。それゆえ、被疑者が弁護人等と面会するために、捜査機関の許を離れようとしたとき、捜査機関が捜査上の必要からそれを許さないことができるとするならば、それは、身体を拘束されていない被疑者に対して、出頭・滞在義務を課すことを意味し、逮捕・勾留に伴う法的効果を及ぼすことになる。このことは、刑訴法 198 条 1 項但書の規定に明らかに反しており、任意処分と強制処分との峻別 (刑訴法 197 条 1 項但書) という観点から許されない。

本件控訴審判決は、「適正な捜査権の行使を妨げること」を回避するという捜査上の必要を理由にして、逮捕前に本件被疑者と弁護士とを面会させなかった警察官らの措置を適法とした。両者の面会を制限し、もって被疑者の弁護人の援助を受ける権利 (刑訴法 30 条 1 項、憲法 31 条) を侵害し、また、弁護人の弁護権を侵害した警察官らの措置を是認した点において、この判断は失当である。さらに、最大判平 11・3・24 は、捜査上の必要から、接見指定により被疑者と弁護人等との接見を制限できるのは、被疑者

が逮捕・勾留されており、ゆえに厳格な時間制限が存在する場合においてであるとしていたところ、被疑者が逮捕されていなかったにもかかわらず、本件控訴審判決は、捜査上の必要を理由にして逮捕前に面会させなかった警察官らの措置を適法とした点において、最高裁判例の理にも大きく反している。

第 4 に、身体を拘束されていない被疑者および弁護人等は、立会人のない自由な面会の機会を保障されており、捜査上の必要があることを理由にして、両者の面会の機会を制限することは許されないから、被疑者が逮捕される前に、弁護人等が面会を申し出たときに逮捕状の執行準備が進められていたこと、面会のための部屋が空いていなかったことなど、捜査上の必要があることをもって、逮捕前速やかに面会させるべき捜査機関の義務を例外的に免除する「特段の事情」があるとすることはできない。また、本件事案のように、捜査機関が被疑者と弁護人等とを面会させる前に、逮捕状の執行準備のための署内手続を続け、逮捕状を執行し、さらに逮捕後、弁解録取を含む逮捕後の一連の手続をとった後に、ようやく両者を接見させたというのであれば、捜査機関が捜査上の必要からこのような手続を取り、もって逮捕前に面会させなかったことは、面会の申出から接見までの時間の長短にかかわらず、「社会通念上相当な範囲にある措置」だとはいえない。いずれについても、身体を拘束されていない被疑者と弁護人等との面会について、捜査上の必要から、それを制限することが許されないからである。

本件控訴審判決は、本件被疑者が逮捕される前に、弁護人となろうとする弁護士が面会を申し出ていたにもかかわらず、逮捕前に両者を面会させなかった警察官らの措置を適法とした。この判断は、被疑者の弁護人の援助を受ける権利について定めた刑訴法 30 条 1 項の解釈を誤った、失当なものであって、身体を拘束されることなく、警察署等に任意同行された被疑者の弁護人の援助を受ける権利（刑訴法 30 条 1 項、憲法 31 条）を侵害すると同時に、被疑者の権利に対応する弁護人の弁護権を侵害する警察官

らの措置を許容している。本件控訴審判決は、上告審において、破棄を免れない。

【付記】 身体を拘束されていない被疑者について強制採尿令状が発付された後、被疑者が警察車両に捜査官らと同乗して警察署に移動しているとき、弁護人等より携帯電話に着信があったところ、強制採尿令状の発付前から被疑者に対し任意の尿検査等に応じるよう説得を続けていた捜査官らが、弁護人等からの電話であることを認識しつつ、被疑者に応答しないよう求め、応答させなかったという事案について、2023年10月25日、札幌地裁の判決は、刑訴法30条1項により、身体拘束を受けていない被疑者は、身体拘束された被疑者の接見交通権(刑訴法39条1項)に準じて、弁護人等と「接見の利益」を有するとしたうえで、弁護人等は、身体拘束を受けていない被疑者と常に接見可能な状況にあるとは限らないところ、電話連絡はそのような場合においても「被疑者が弁護人等の援助を受けることを可能にする重要な手段であり」、そもそも捜査機関は、「身体拘束を受けていない被疑者の電話連絡を制限する権限を有しない」ことからすれば、「被疑者が弁護人等と電話連絡することも、接見の利益と同様に、弁護人依頼権の一内容として、法律上保護される利益である」というべきであり、さらに、電話連絡は、「弁護人等にとってもその十分な活動を保障するために不可欠なものであって、被疑者の弁護人等による弁護権の行使においても重要なものである」から、弁護人等の「固有の利益」でもであると判示した。同判決は、したがって、「捜査機関は、弁護人等から身体拘束を受けていない被疑者の携帯電話に着信があった場合は、特段の事情のない限り、被疑者がこれに応答し、弁護人等の援助を受けることを妨げてはならない」とし、被疑者に弁護士からの電話に応答しないよう求め、応答させないことによって、両者の電話連絡を制限した捜査官らの措置を違法と判断した(札幌地判令5・10・23判例集未掲載。被告の北海道が控訴)。

強制採尿令状の執行は「最終的手段」としてなされるべきであるから、

請求前から請求、発付を経て、執行に至るまで、被疑者に対し尿の任意提出を求め、被疑者が尿を任意提出する機会を与えるべきであって（最決昭 55・10・23 刑集 34 巻 5 号 300 頁、葛野尋之「判批」別冊ジュリスト 232 号『刑事訴訟法判例百選〔第 10 版〕』（2017 年）59 頁）、それゆえ同判決の事案において、捜査官らが、強制採尿令状の請求後、被疑者を警察車両に乗車させ、令状が発付されると、被疑者に令状が発付された旨を伝えただうえで、その場で令状の到着を待って病院において強制的に尿を採取するか、それとも警察署において尿の任意提出に応じるかを被疑者に尋ねるなどし、被疑者が「警察署に行け」などと応答したという過程も、強制採尿令状の執行準備に含まれるといえることができる。同判決が、捜査機関が強制採尿令状の発付を受け、令状の執行準備に入った後であっても、被疑者が弁護人等と電話連絡をする利益——それは刑訴法 30 条 1 項の弁護人の援助を受ける権利から、弁護人等との面会の利益と同様に保障される——を制限することは許されないとした点において、大いに注目される。

札幌地裁の上記判決からも明らかなように、強制採尿令状の請求準備から請求、発付を経て、執行に至るまでの間、任意処分の枠内において、被疑者の所在を確保する必要性が高まるとして、職務質問の現場、任意同行した警察署の取調室など、一定の場所に任意に滞留させるための措置として、令状の請求準備に入る前の段階に比して、より強度の有形力行使などが許されるとする裁判例を前提にしても、令状が発付され、その執行準備が開始された後であっても、また、被疑者が取調べを受けている最中ではなくとも、なお執行前の段階であって、未だ強制処分の段階に至っていないときに、被疑者が弁護人等との面会、電話連絡等を通じて弁護人の援助を受ける権利を制限することは許されないというべきである（本稿註 16 参照）。