

刑事判例研究 (5)

中央大学刑事判例研究会

傷害致死被告事件において接見等禁止の裁判に対する準抗告を棄却した原決定に刑訴法八一条、四二六条の解釈適用を誤った違法があるとされた事例

吉 田 有 希

〔最高裁判平成三十一年三月一三日第三小法廷決定 平成三一(し)第一一三号 集刑三二五号八三頁、判時二四二三号一一一號、判タ一四六二号三三頁〕

【事実の概要】

被告人は平成三〇年四月二〇日に傷害致死罪の訴因で起訴され、同日、第一回公判期日が終了するまでの間、被告人と弁護人となろうとする者以外の接見等を禁止する決定がなされた(原々裁判)。その後、公判前整理手続の進展により、主な争点が責任能力の有無、程度に絞られた。弁護人は、責任能力の鑑定を依頼したA医師及び情状に関して被告人の妹の証人尋問を請求するとしている。

平成三一年二月七日、弁護士はA医師及び被告人の妹について、罪証隠滅を疑うに足りる相当理由はなく、公判における防御の準備のため、接見等を行う必要が高いとして、接見等禁止の一部解除を申請したが、職権発動されなかった。そこで同月一八日、主位的に原々裁判を取り消して接見等禁止請求を却下し、予備的にA医師及び妹を接見禁止の対象から除外することを求めて準抗告を申し立てた。

原審和歌山地裁平成三一年二月一九日決定は、「弁護士らは、公判前整理手続において、被告人が飲酒やデバスの服用により心神耗弱又は心神喪失状態にあったとする予定主張記載書面を提出しており、かかる主張から予想される立証対象及びこれに係る証拠構造に照らすと、現時点で被告人に自由な接見等を認めれば、被告人が関係者に対して直接又は第三者を介して働き掛けるなどして、責任能力や重要な情状事実に関する事実について罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があり、原裁判時はもとより、現時点においてもなお、被告人を勾留することのみによってはこの罪証隠滅のおそれを防止することは困難であり、A医師についても、無限定に接見等を認めるときには同様であるから、妹及びA医師も含めて接見等を禁止する必要がある、弁護士が防御等の必要性として主張するところを考慮しても、上記判断を左右しない」として準抗告を棄却した。弁護士は特別抗告を申し立てた。

【決定要旨】

破棄差戻し。

「そこで検討すると、原々裁判が、公判前整理手続に付される本件について、接見等禁止の終期を第一回公判期日が終了する日までの間と定めたことは、公判前整理手続における争点及び証拠の整理等により、罪証隠滅の対象や具体的なおそのの有無、程度が変動し得るにもかかわらず、接見等禁止を長期間にわたり継続させかねないものである。このような原々裁判について、平成三一年二月に至り、接見等禁止の一部解除の申請について職権が発動されず、原決定が公判前整理手続の経過等を考慮した上で本件準抗告を棄却したという経緯を踏まえると、当審においても、前記公判前整理手続の経過等原々裁判後の事情をも考慮して原決

定の可否を判断するのが相当である。

本件では、公判前整理手続において、弁護人の予定主張が明示され、主な争点が責任能力の有無、程度に絞られたこと、争点に關する証人として、起訴前鑑定をした医師とA医師のほか、犯行を目撃した被害者の妻らが予定されていること、A医師については、接見等禁止の一部解除の申請に対する検察官の意見書において、接見等を行う必要性がないとしているだけで、接見等による罪証隠滅のおそれに関する事情は主張されていないことが指摘できる。以上によれば、少なくとも、A医師については、特段の事情がない限り、被告人が接見等により実効的な罪証隠滅に及ぶ現実的なおそれがあるとはいえず、また、連日的な集中審理の公判に向けた準備を行う必要性が高いといえる。さらに、被告人の妹ら他の関係者についても、勾留に加えて接見等を禁止すべき程度の罪証隠滅のおそれの有無に關し、原決定が具体的に検討した形跡は見当たらない。

以上のとおり、原決定には、刑法八一条、四二六条の解釈適用を誤った違法があり、これが決定に影響を及ぼし、原決定を取り消さなければ著しく正義に反するものと認められる」

〔研究〕

1. 問題の所在

本決定は、第一回公判期日が終了するまでとの終期を定めた接見禁止の裁判につき、これを是認した原決定に対して、公判前整理手続の経過を考慮した上で、少なくともA医師との関係で罪証隠滅のおそれを否定し、それ以外の者についても、罪証隠滅のおそれを有無を具体的に検討していないとしたものである。この判示は、刑法八一条の接見禁止の要件と、準抗告審の審査構造という、実体面と手続面の両者にまたがるものである。

2. 従前の理論状況

(1) 接見禁止とその要件

刑訴法八一条は、勾留中の被告人が逃亡し又は罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由のあるとき、検察官の請求や職権によって、接見等を禁止することができる⁽¹⁾と定めている。接見禁止の要件は、逃亡または罪証隠滅のおそれであるが、実務上、逃亡のおそれが問題となることはほほなく、罪証隠滅のおそれを理由に接見禁止をすることがほとんどだといわれている⁽¹⁾。そこで罪証隠滅のおそのれの意味が重要となる。

接見禁止における罪証隠滅のおそのれは、同じく条文上、罪証隠滅のおそれを要件とする勾留と比較して、要求されるおそのれの程度は異なる一方、検討内容は基本的に同一とされる⁽²⁾。まず、おそのれの程度について、接見禁止をするためには、被疑者等の身柄拘束では防止できないような強度のものが必要とされる⁽³⁾。したがって、勾留の場合より高度の危険性がなければならぬ。ただし、その危険性が具体的なものでなければならぬか、より抽象的なもので足りるか、については見解が分かれる。たとえば、罪証隠滅のおそれを緩やかに解する立場からは具体的なものであることを要せず、勾留事実が選挙違反等、罪証隠滅行為に出ることが定型的に想定される犯罪である場合や、本人が暴力団等に関係しており、一般的に罪証隠滅行為を行うことが予想される場合であれば足りるのであって、ある程度の蓋然性で充足するとされる⁽⁴⁾。反対に、罪証隠滅の危険性を厳格に解する立場は、接見禁止は被疑者等が勾留された状況下でなされるものであり、罪証隠滅の防止はすでに相当程度実現されていることを理由とする⁽⁵⁾。

次に、罪証隠滅のおそのれの検討は、① 被疑事実の犯罪類型、② 事案の性質、③ 罪証隠滅の余地（客観的可能性）、④ 罪証隠滅の意図（主観的可能性）等を考慮して決するとされる⁽⁶⁾。具体的にはそれぞれ、組織的・計画的な犯罪であ

ること、事案が複雑で多数の証拠を収集する必要がある・重要証拠が被疑者等と利害を共通する関係者証言に限られる・あるいは被告人が重要証人に強い影響力を持つ事件であること、捜査が未了であり証拠関係が固まっていないこと、現に罪証隠滅したことがあったり、虚偽の弁解を繰り返したり供述を転々としていたりすることが、罪証隠滅のおそれを肯定する事情として挙げられる。⁽⁷⁾ 罪証隠滅手段の実行可能性の位置づけについては争いがある。勾留後の罪証隠滅の手段は、通常、接見の機会における通謀と、手紙の授受に限られており、⁽⁸⁾ 接見には立会人が必ずつくこと、⁽⁹⁾ 信書の発受に検閲がなされることについての評価が分かれるからである。

罪証隠滅のおそれは、訴訟の進展に伴い低下することが認められる。たとえば、公訴提起に至れば、捜査機関は主な客観証拠の収集を終えた段階にあり、証拠破壊の危険性がそれほど大きいとは考えられていない。さらに証拠の採否、証人尋問の実施等を経れば、証人に影響を及ぼす余地は小さくなる。⁽¹⁰⁾ 公判前整理手続事件でも、争点整理、証人予定者の決定、被告人側の主張明示によって罪証隠滅のおそれが縮小することが認められている。争点が確定すれば争点外の事項は罪証隠滅の対象として考慮する必要がない。被告人の主張が明示されれば、基本的にはその主張に沿う形での隠滅行為のみが検討対象となる。⁽¹¹⁾

訴訟の経過に応じて罪証隠滅の余地が変動しうることに鑑み、実務上は接見禁止の裁判に終期を付するのが通常である。具体的には、「公訴提起に至るまで」、「第一回公判期日が終了するまで」という期限が付される。⁽¹²⁾ 公判前整理手続事件では「第一回公判前整理手続期日終了まで」との定めを置く場合もあるといわれる。⁽¹³⁾

(2) 接見禁止と抗告・準抗告

このように、接見禁止の要件である罪証隠滅のおそれが、時間の経過とともに変化し、滅殺されることは、これまでの実務上も承認されてきたといえる。しかし、このような事後的な事情を鑑みて接見禁止裁判の取消しを求めることには、手続上の問題が残る。

被疑者等が接見等禁止の取消しや一部解除を求めるとき、以下二つの方法がある。第一は、裁判所や裁判官のした裁判に対し、抗告または準抗告を申し立てることである。第二は、裁判所に接見禁止を取り消す職権発動を求めることである。

第二の場合について、被疑者被告人側に接見禁止の取消請求権があると規定した条文はない一方、裁判所は申立てに理由があるとき、接見禁止の裁判を取り消すことができると解されている。そのため、被告人側が訴訟の経過等から、その時点で接見禁止の要件が消滅したことを理由に、職権発動を促すことは許容されている。

ただし、このとき、裁判所が職権を発動しなかったとしても、この判断に不服を申し立てることができない。⁽¹⁴⁾ 単なる職権不発動は刑法四一九条の決定や刑法四二九条の裁判に当たらず、それゆえ抗告や準抗告により不服申立て可能な対象に含まれないからである。⁽¹⁵⁾ この結果として、仮に裁判所の職権不発動が裁量の濫用に当たるとしても、その不当性を直接審査対象とすることが認められない。つまり、申立て時点で明らかに罪証隠滅のおそれが消滅しているにもかかわらず、裁判所が職権を発動しないようなときでも、裁量逸脱を主張して抗告し、接見禁止を解除させることはできない。

それゆえ、職権不発動の場合、なお接見禁止の解除を求めるためには、接見禁止の裁判に対して抗告や準抗告をす

る他にない。しかし、抗告審において原裁判後の事情を主張することには抗告審の構造に関わる理論的な問題を生じ
る。

(3) 抗告審の審査

① 原裁判後の事情の参酌

通説は、抗告審の審判対象とは、事件そのものではなく、原裁判の瑕疵であると解している。⁽¹⁶⁾これに対し、審査の基準時については理解が分かれている。原裁判時を基準時とし、それ以降に生じた新事情は考慮できないとすべきか、それとも抗告審の時点が基準時であり、新事情を参酌することも当然許容されるか、対立がある。

学説上、問題の結論は抗告審の構造理解に左右されるといわれる。抗告審を事後審と解する立場からは、原裁判の審査は訴訟記録から判断すべきとされ、理論的には新事情の参酌が許されないことになる。これに対し、続審と解する立場によれば、抗告審は原裁判後の新事情も考慮するとされる。したがって、厳格な事後審説を採れば新事情の参酌は認められないのに対し、続審説では当然そのような事情も加味して審査することになる。しかし、大きく事後審説、続審説に分類できるとしても、その内部ではかなりのバリエーションがある。とりわけ、事後審説に依拠しながらも、一定の場合にはこれを修正して新事情の参酌ができるとするのが多数を占めている。⁽¹⁷⁾このため、近時、抗告審の構造論から演繹的に解決を図ることは批判が向けられ、具体的に妥当な結論を得るために適切な取扱いをすればよいという立場が有力になっている。⁽¹⁸⁾しかし、裁判所が必要や結論の妥当性を過度に重視して場当たりの判断をすべきでないことは言うまでもない。

いずれにしても、抗告審の構造をどう解するにしても、新事情の参酌が許される場合があることには概ね合意があり、原裁判後の事情を考慮した裁判例も多数存在している。⁽¹⁹⁾ただし、こと接見禁止の文脈では判断が分かれている。

東京高裁平成二二年一〇月一三日決定は、予定された証人尋問が全て終了した段階で、接見禁止決定に対する抗告申立てがなされたことに對し、原裁判後の事由を抗告の理由とするのは不適法だとした事件である。同決定は、本件不服申立てについて「原決定自体の違法・不当を言うものではなく、原決定後の事由を理由として、原決定の効力が続いていくことの不当性を論難するものである」が、「事後審である抗告審において、抗告の理由として、本件で主張されているような原決定後の事由を理由とするのは不適法であると解される。すなわち、これを適法と解すると、接見等禁止に對しては被告人側に解除請求権はなく、裁判所に對するその旨の職権発動を求めることができるだけであり、そして、当該職権を發動しない旨の判断がされた場合には、その判断に對する不服申立てはできないと解釈運用されていることと整合性を欠くことになるからである」とする。これは、原裁判後の事情を理由とするとき、被告人側は現行法上、裁判所の職権発動を求めるのが原則となるが、一度職権不発動の判断がなされた以上は、抗告審としてその判断を尊重すべきであることを実質的な理由に、事後審としての立場を徹底させたと解される。

他方、約一年後の東京高裁平成二三年一〇月二一日決定は、第一審の判決終了に至るまでの間という包括的な定めをした接見禁止決定に對し、「抗告審としては、原則として原決定後の事情を参酌すべきではない」としながらも、原裁判以降の公判経過を考慮して一部取消しの判断をした。新事情を参酌できる根拠として、同決定は、期間の定めが包括的であること、罪証隠滅のおそれは公判審理の進捗状況に応じて変化すること、接見禁止に對しては取消し等を求める法的請求権がないこと、公判期日終了ごとに罪証隠滅のおそのの有無を判断するのが望ましいこと、実務の

多くが「次回期日終了まで」との期間を定めているのは合理性があることを挙げている。⁽²⁰⁾

② 抗告審の審査方法

刑訴法四二六条は、抗告に手続違反があるときまたは抗告に理由がないとき、抗告を棄却し、抗告に理由があるとき、決定で原決定を取り消すものとしている。原裁判に違法または不当な点があり、全部または一部を取り消して申立人の利益に変更すべき事由があるときには抗告に理由があるものと解される。⁽²¹⁾

このような理由の有無を抗告審はどのように審査しなければならないか。近時の最高裁で抗告審の審査方法に触れたものはいくつか存在する。

(i) 最高裁平成二六年一月一七日決定(勾留請求却下の裁判に対する準抗告の決定に対する特別抗告事件)

原々審が勾留の必要性がないとして勾留請求を却下し、原決定は勾留の必要性を認めてこれを取り消した。最高裁は、勾留の必要性を否定した原々審の判断が不合理とはいえず、原決定の説示は罪証隠滅の現実的可能性の程度に關して異なる判断をした理由を示していないとした。

(ii) 最高裁平成二六年一月一八日決定(保釈許可決定に対する抗告の決定に対する特別抗告事件)

保釈許可決定をした原々審に対し、原決定は罪証隠滅のおそれが相当に強度であつて、原々審の判断は裁量の範囲を超えたものとした。最高裁は、「抗告審は、原決定の当否を事後的に審査するものであり、被告人を保釈するかどうかの判断が現に審理を担当している裁判所の裁量に委ねられていることに鑑みれば、抗告審としては、受訴裁判所の判断が、委ねられた裁量の範囲を逸脱していないかどうか、すなわち、不合理でないかどうかを審査すべきであり、受訴裁判所の判断を覆す場合には、その判断が不合理であることを具体的に示す必要がある」が、原審は原々審

の判断が不合理であることを具体的に示しておらず、また原々審が不合理とはいえないとした。

(iii) 最高裁判成二七年四月一五日決定(保釈許可決定に対する原告の決定に対する特別抗告事件)

原々審が保釈を認めたところ、原決定は罪証隠滅が容易で実効性があったとした。最高裁は、裁量保釈を許可した原々審の判断は不合理とはいえず、原決定は原々審が不合理であることを具体的に示していないとした。

(iv) 最高裁判成二七年一〇月二二日決定(勾留請求却下の裁判に対する準原告の決定に対する特別抗告事件)

原々審が勾留の必要性がないとして勾留請求を却下したところ、原決定は勾留の必要性がないとまではいえない旨説示した。最高裁は、本件が罪証隠滅、逃亡の現実的可能性の程度が高い事案とは認められず、原決定の説示を踏まえても、勾留の必要性を認めなかった原々審の判断が不合理であるとしてこれを覆すに足りる理由があるといえないとした。

これらの最高裁決定は、抗告審が少なくとも原裁判と異なる判断を示す場合、原裁判が不合理であることを具体的に示す必要があるとしたものと理解されている。⁽²²⁾そして、ここでいう不合理とは、最高裁判成二四年二月一三日判決が、刑事控訴審における事実誤認の審査について、「第一審判決の事実認定が論理則、経験則に照らして不合理であることを具体的に示す必要がある」とした⁽²³⁾ことと軌を一にするものと解されている。つまり、抗告審もまた、自身の心証を形成し、自己の判断を原裁判の判断に置き換えるのではなく、原裁判の判示を尊重しなければならないのだとされる。⁽²⁴⁾

しかし、原裁判が不合理であることを示すとは具体的にどういうことか、明らかではない。学説上も、不合理とは論理則、経験則違反をいうとするものや、⁽²⁵⁾原裁判が考慮すべき事項を見落としている等の事情の指摘とするもの、⁽²⁶⁾保

積の判断が裁量によることを前提に、その判断が裁量の幅に収まっていないことをいうとするものがある。⁽²⁷⁾ さらに、最高裁は抗告審の審査方法を説示しておきながらも、いずれの判断であれ原々裁判が不合理ではないとの評価を下しているのであるから、実質的には自身の心証に照らして原裁判が不合理であるかを決しているとの指摘も見られる。⁽²⁸⁾

3. 本決定の分析

本決定は、冒頭でも論じたように、接見禁止における罪証隠滅のおそれという実体面と、準抗告審の審査のあり方という手続面の両方にわたる判示がなされている。そこで、以下の分析では実体面と手続面に分けてそれぞれ論じる。

(1) 接見禁止について

① 罪証隠滅のおそれ

本決定は、接見禁止の要件である罪証隠滅のおそれについて、「公判前整理手続における争点及び証拠の整理等により、罪証隠滅の対象や具体的なおそれの有無、程度が変動し得る」ことを認める。そして、公判前整理手続により争点や証人予定者が絞り込まれ、弁護人の主張が明示されていることも考慮しておそれの有無を判断し、少なくともA医師にはこのおそれがないとしている。

したがって、公判前整理手続の進展によって罪証隠滅のおそれが低下しうることを明らかにし、⁽²⁹⁾ それゆえ、公判手続での証拠採用や証人尋問を待つまでもなく、接見禁止の要件が事後的に消滅することが最高裁判例上も認められる

こととなった。このことは、同じく罪証隠滅のおそれを要件とする、勾留や保釈にも一定程度当てはまると考えられる。

ただし、本件では、検察官が意見書で接見等を行う必要がないとのみ主張したことに加えて、主な争点が責任能力だったという事情がある⁽³⁰⁾。つまり、被告人が鑑定人となるA医師との関係で罪証隠滅を行うにしても、その内容はせいぜいA鑑定が自己に有利になるよう働きかけたり、虚偽の事実を述べる程度にとどまると考えられる。しかし、そのようなことをしても、鑑定の論理が一貫せず、合理性を欠いたり、基礎にした事実が他の証言や証拠と矛盾して不自然になるだけであろう。本件弁護士は、A医師が事件関係者と一切面識がないことを指摘していたようであるが、⁽³¹⁾最高裁がそのような事実を摘示することなく、罪証隠滅のおそれがないとしているのは、仮に面識があったとしても、鑑定人に対する偽造の働きかけが奏功する見込みは薄く、そのような行為を行う動機づけもないと想定されるためであろう。

これに対し、たとえば事実認定が直接の争点とされるような事件では、罪証隠滅の余地はより広くなる。被告人が証人予定者と口裏を合わせて重要事実の隠蔽を図ることが効果的な場合もありうる。公判前整理手続によって争点や証拠の整理がなされたからといって必ず罪証隠滅のおそれがなくなるとはいえない。

また、最高裁は、罪証隠滅のおそれのことを「接見等により実効的な罪証隠滅に及ぶ現実的なおそれ」と表現している。この文言に着目するならば、最高裁は、接見禁止の要件となる罪証隠滅のおそれとは、接見や信書の発受を手段としてなされるものであり、その内容が効果的なものでなければならず、また実行の可能性が現実的なものでなければならぬと考えているように読める⁽³²⁾。先にも触れたとおり、罪証隠滅のおそれの程度をどのように捉えるかについて

は、学説上さまざまな見解に分かれていたのであって、本件判断はその解決に一定の指針を提供するものといえる。

② 期限の設定について

本決定は、原々裁判が接見禁止の終期を第一回公判期日の終了と定めたことについて、「接見等禁止を長期間にわたり継続させかねない」ものだと評価する。この判示が原々裁判の終期の設定が好ましくないことをいう趣旨であるのは明らかだが、さらに進んで期間の設定そのものが違法となることはあるだろうか。

この点、刑訴法上、接見禁止に期限を設けることを予定した条文はないことから、法律上は終期を定めないので原則であり、そうすると勾留が継続する限り接見禁止の効果も持続するのが法の予定するところになる。そして、終期の設定はその禁止の不利益を減少させるため、実務慣行として認められてきたことに照らすと、形式的な法的評価からはそれ自体違法になることはないとする見解がある⁽³⁴⁾。他方、裁判所の処分にも比例原則の適用があり、必要最小限度性が要請されると解せば、事案により期限の定めを置かなかつたことはもちろん、あまりに遅い時期を終期として定めた原裁判所の判断が裁量逸脱として違法となることも理論的にはありうるように思われる。

いずれにしても、本決定は本件終期の定めそれ自体が違法であるとは解していない。本件終期の定めは、直接的には原々裁判後の事情の参酌を正当化する事情の一つとして論じられるにとどまる⁽³⁶⁾。

(2) 準抗告審の構造

① 原裁判後の事情の参酌

本決定は、原々裁判後に進展した公判前整理手続の経緯を考慮して罪証隠滅のおそれの有無を判断している。原裁

判後の事情を参酌することには抗告審の構造理解を背景にした対立があることは前述したとおりであるが、最高裁は、少なくとも東京高裁平成二二年決定のように、新事情の考慮を全く許さない厳格な発想は採用しなかったといえる⁽³⁷⁾。だろう。

一方、本決定は、常に原裁判後の事情を考慮できるという前提には立っていないように見える。最高裁が公判前整理手続の経過等、原々裁判後の事情を考慮できるとしたのは、本件の経緯を踏まえた上でのことだった。決定文中に挙げられている経緯とは、(i) 罪証隠滅の対象や具体的なおそれの有無、程度が変動しうること、(ii) にもかかわらず本件終期の定めが接見等禁止を長期間にわたり継続させかねないこと、(iii) 接見等禁止の一部解除について職権が発動されなかったこと、(iv) 原決定が公判前整理手続の経過等を考慮していること、である。これらの要素のうちどれが新事情の参酌を認めるのに決定的だったかは解釈の余地があり、それによって本決定の射程も変わりうる。

(i) は、接見等禁止を認めた原々裁判の根拠となった実体要件が時間の経過とともに縮減して審査時点で被告人に違法・不当な不利益処分が加えられている抽象的な可能性があることを指し、(ii) は、不適切な終期の定めによって、漫然と接見禁止を継続させることで、要件の変動によって当該処分を正当化できなくなる実際上の危険があり、また要件を欠いた後も引き続き接見禁止がなされうることを指摘するものと考えられる。

したがって、(i)、(ii) は、原々裁判にもかかわらず、準抗告時点の事情に照らせばその要件を欠いている可能性が相当程度あるため、審査に当たっては原々裁判後の事情を考慮しなければならぬ趣旨といえる。このような要素が事後審査を正当化する方向に働くのは、仮に全く審査を及ぼさないとすると、現になされている違法な処分を看

過するおそれがあり、そのような事態が生じれば正義に反する結果になるためだ⁽³⁸⁾。

(iii) は、抗告審が新事情の考慮をするために、被告人側が事前に接見禁止の取消しや一部解除の職権発動を求め必要があるかにかかわる。この点、裁判所が裁量を行っていたならば、原々裁判である接見禁止裁判は違法にならなかつたことから、職権不発動は原々裁判の違法性をさらに高め、違法方向に傾く事実になるとの指摘がある。つまり、職権不発動の事実、原々裁判が潜在させていた過分な被告人への不利益を現実化させるものと位置づけられる⁽³⁹⁾。この見解に基づけば、裁判所にあらかじめ職権発動を求めていることが事後的事情の参酌のために必要だという解釈に近づくだろう。確かに、原々裁判が職権により取り消されたり、一部解除がなされていれば、被告人の不利益は解消されるのだから、弁護人が準抗告を申し立てることはなかつたといえる。しかし、違法性の次元で解する限り、被告人側が接見禁止解除の職権発動を求めているがいまいが、罪証隠滅のおそれの程度は左右されず、準抗告時点で要件が消滅している可能性は変わりがないように思われる⁽⁴⁰⁾。

(iv) については、抗告・準抗告審との関係では、事後的事情を考慮した原決定は存在しえないため、規範としての意義は薄いと考えられる。これに対し、当該判示は、特別抗告審である最高裁が原々裁判後の事情に関する審査を加えるために、原決定が裁判後の事情を参酌していることが必要だという趣旨といえる。これは、原裁判が新事情の参酌をしなければ、その事情に関する資料が最高裁にはあらわれないため、立ち入ることができないことを根拠にするものだろう。

本決定との射程との関係で問題となりうるのは、第一に、勾留決定に対する準抗告等、条文中、被疑者側に取消請求権が認められている処分に対して準抗告を申し立てた場合であり、第二に保釈許可決定に対して検察官が準抗告を

するなど、原裁判の処分が被疑者に利益な場合である。⁽⁴¹⁾

まず、第一の場合について、本決定は、東京高裁平成二三年決定とは異なり、接見等禁止に対する取消請求権が被疑者側でないことを直接の根拠には挙げていない。したがって、この点を重視すると、勾留決定に対する準抗告等にも本決定は及び、新事情の参酌が許されるようにも見える。しかし、本決定が列挙した(ii)、(iii)要素は、法的請求権がないからこそ接見禁止が長期化し、裁判所の裁量不発動を問題視したと解することもできる。⁽⁴²⁾ そうすると、別途処分を取り消す方法が刑訴法上予定されているものに本件射程は及ばないとも考えられる。

第二の場合については、まず(i)は、厳密には、実要件の変動可能性を要求しているのであって、要件が消滅した場合に限ってはいない。したがって、この要素との関係では、新たに要件を充足する事情が生じた場合の事後審査が排除されるとはいえない。しかし、(ii)は、被疑者の不利益処分が長期化することを問題視するものであるから、原裁判が被疑者に有利な場合は当てはまらなるとすべきである。本決定の判断は検察官が準抗告を申し立てる場合には及ばない。

② 準抗告審の審査方法

抗告審の審査方法について、本決定は、「勾留に加えて接見等を禁止すべき程度の罪証隠滅のおそれの有無に関し、原決定が具体的に検討した形跡は見当たらない」としており、少なくとも被告人の妹との関係では原決定の違法を検討の不備に求めている。この判示を率直に受け止めれば、抗告審の審査方法に関する近時の最高裁判例と同様の問題意識に立ち、接見禁止における罪証隠滅のおそれに関しても、抗告審に具体的な叙述を要求しているようにも見える。⁽⁴³⁾

しかしながら、まず、一連の最高裁決定は、原裁判の判断が不合理であることを具体的に示す必要があるとしたのだから、抗告審が原裁判を取り消す場合を対象としている。⁽⁴⁴⁾ 実際には、前記最高裁決定にあらわれたのは、いずれも抗告審が原裁判のした保釈許可決定ないし勾留却下決定を取り消した事件である。

原裁判を取り消すためには不合理であることを詳述する必要があるとしても、抗告を棄却するときまで原裁判が不合理でないことを具体的に示す必要があるとは直ちにはいえない。これに対し本件の原審である準抗告裁判所は原々審の接見禁止決定を取り消したわけではなく、同判断が正当であることを論じている。そうであるとすれば、抗告審と原裁判が結論を同じくする場合でも、なお原裁判の合理性を叙述する必要があるという規範を新たに課することができるか問われることとなる。当然ながら、そのような理由の記載が被告人の利益に資するのは明らかであり、詳細な理由を付するのが実務上好ましい。

しかし、以上を超えて、本決定が準抗告審に詳細な理由の記載を義務づけたと解することは可能だろうか。刑訴法四四条二項は、「上訴を許さない決定又は命令には、理由を附することを要しない」と定めている。ここでいう上訴には特別抗告は含まれない。特別抗告は全ての決定、命令が対象となるため、仮に特別抗告を上訴に含めると、本条が無意味になるからである。⁽⁴⁵⁾ したがって抗告裁判所の決定等は上訴を許さない決定に該当し、少なくとも法律上は理由を付す義務がなく、⁽⁴⁶⁾ 理由不備が違法になることもないと解される。そうであるならば、抗告審が原裁判を取り消すときには不合理であることを具体的に示す必要があるとしても、原裁判を維持するときも常に合理性を記述しなければならぬと解することは困難なように思われる。

本決定が原決定の理由の記載を違法にしたのではないとすれば、前記判示は何を違法としたものだろうか。この

点、本決定は、理由の記載ではなく、原審が「検討した形跡は見当たらない」、つまり審査それ自体を問題にしていると読むことができる。そうすると、本件準抗告審は、公判前整理手続の進展にまつわる新事情について、具体的に検討した上で罪証隠滅の有無を決しなければならないのにこれを怠った違法がある、ということになる。⁽⁴⁷⁾

このように解した場合、準抗告審が罪証隠滅のおそれについて自ら心証形成しなければならないことになる。⁽⁴⁸⁾ そうした解釈は、通説が基本的には事後審と解している抗告審の構造と合致しないという批判はありうる。しかし、原裁判後の事情を考慮することが必要となる事件では、抗告審が罪証隠滅のおそれについて事後審査を及ぼそうとしても、原裁判は当然ながら新事情を考慮した罪証隠滅のおそれを認定していないのだから、違法審査の対象が存在しない。少なくともそのような場合に限っては、新事情の参酌が許容される以上、抗告審が自ら心証形成するのは許されるし、またそうしなければならないと考えられる。

5. まとめ

本決定は、接見禁止の要件である罪証隠滅のおそれについて、やや厳格な解釈を取り、また、準抗告審で事後的経過を参酌できるとすることによって、接見禁止処分を覆す途を拡大させた。したがって、接見禁止処分が訴訟終了まで維持される事件が少なくなると予想され、結果的には被疑者等の権利保障が手厚くなったと解される。

他方、本決定は、準抗告審が原決定後の事情の参酌ができる点で、純粹な事後審説が当てはまらないことを明らかにしている。換言すれば、接見禁止請求を受けたわけではない準抗告審が事実認定をすることを一部認めたものといえる。このような判断は、事実審としての第一審の機能を貫徹させようとする潮流と部分的にはあるが逆行

することは否定できない。

- (1) 河上和雄ほか編『大コンメンタル刑事訴訟法「第二版」第一巻』（青林書院、二〇一〇年）二四一頁「川上拓一」。
- (2) 河原俊也「接見等禁止」判例タイムズ一〇八号（二〇〇三年）四七頁。
- (3) 井上正仁監修『裁判例コンメンタル』（二〇一五年）二四一頁「川田宏二」、新関雅夫ほか『増補令状基本問題上』（判例時報社）二五二頁「木谷明」。
- (4) 伊藤栄樹ほか『注釈刑事訴訟法「新版」第二巻』（立花書房、一九九七年）七九頁以下「河上和雄」。
- (5) 新関ほか・前掲注(3) 二五二頁。
- (6) 河原俊也「接見等禁止」判例タイムズ一〇八号（二〇〇三年）四七頁以下参照。
- (7) 同前。
- (8) 同五一頁。
- (9) 樋口裕晃「接見等禁止」判例タイムズ一一七六号（二〇〇五年）一五頁。
- (10) 伊丹俊彦ほか編『逐条実務刑事訴訟法』（立花書房、二〇一八年）一五七頁「渡邊史郎」。
- (11) 保釈要件との関係で論じたものではあるが、三好幹夫「保釈の運用」別冊判例タイムズ三五号（二〇一三年）九頁以下。
- (12) 樋口・前掲注(9) 一七頁。
- (13) 伊丹ほか・前掲注(10) 八〇頁「渡邊史郎」。
- (14) 東京地裁昭和四六年六月三〇日刑事裁判月報三巻六号八三九頁参照。
- (15) 同前。
- (16) 香城敏磨「刑事抗告審の構造」『刑事訴訟法の構造』（成文堂、二〇〇五年）五六四頁以下。
- (17) 学説の詳細は横田安弘「高橋省吾『刑事抗告審運用上の諸問題（増補）』（法曹会、一九九一年）一五一頁以下。
- (18) 合田悦三「準抗告審の性格・構造」別冊判例タイムズ三五号（二〇一三年）一六二頁、樋口・前掲注(9) 二三頁。また、事後資料の参酌に関する肯定説・否定説の實質的理由づけについては、菊池則明「勾留の裁判に対する準抗告審が原裁判後

の新資料をしん酌し得る範囲」別冊判例タイムズ三五号（二〇一三年）一六六頁参照。

- (19) 本決定以前に原裁判後の事情を考慮した近時の判断として、名古屋地裁平成二七年四月一日LEX/DB 2547514等がある。
- (20) 宮村啓太「判批」刑事法ジャーナル四二号（二〇一四年）一一二頁。
- (21) 傅田喜久Ⅱ河原俊也「準抗告裁判所の判断資料」判例タイムズ一七九号（二〇〇五）九二頁。また最高裁昭和二九年七月一七日決定が保釈の決定について抗告裁判所は違法のみならず不当性も検討できるとしている。
- (22) 伊藤雅彦Ⅱ細谷泰暢「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇』平成二六年度（法曹会）三三〇頁、飯田善信「判批」平成二七年度重要判例解説（二〇一六年）一七〇頁、後藤昭「判批」平成二七年度重要判例解説（二〇一六年）一七二頁。もっとも（iv）決定は不合理であることを示さなかったことに違法の根拠があるとはしていない。この点につき飯田・前掲一七〇頁参照。
- (23) 伊藤Ⅱ細谷・前掲注（22）三二〇頁。
- (24) 同前・三二二頁参照。なお、宮村啓太「判批」論究ジュリスト二一号（二〇一七年）一六四頁は、平成二四年決定は控訴審の事後審的性質ではなく、第一審の直接主義・口頭主義を直接的な根拠とすると整理し、抗告審は控訴審とは異なり、原裁判と判断方法が同じではあるものの、受訴裁判所が最も直接的な判断材料を有していると指摘して、判断の優越性を根拠づけている。控訴審と抗告審の違いを前提にしてお平成二四年決定の趣旨が及ぶとする点で、このような整理の方が正確なように思われる。
- (25) 関口和徳「判批」法律時報八八巻三号（二〇一六年）一二七頁。
- (26) 山田峻悠「判批」法学新報一二二巻三・四号（二〇一五年）三九四頁。
- (27) 後藤・前掲注（22）一七三頁。
- (28) 関口・前掲注（25）一二七頁。
- (29) もっとも、訴訟の進展に伴って必ず罪証隠滅のおそれが低下する事情ばかりが増えるとはいえない。たとえば争点が絞られることによって事実認定や訴訟の帰趨を左右するポイントが明示的となったことによって、かえって罪証隠滅のおそれが高まる事件もありうると考えられる。しかし、一般的には訴訟の進展等によって罪証隠滅の客観的可能性が縮小する関係にある。

- (30) 伊藤陸「判批」法学セミナー七七四号(二〇一九年)一一〇頁参照。
- (31) 本件の弁護人を務めた津金貴康「判批」季刊刑事弁護九九号(二〇一九年)七四頁。
- (32) 松本芳希「判批」令和元年度重要判例解説(二〇二〇年)一六九頁、植村立朗「実務現代刑事法(その五)」法曹時報七
一卷八号(二〇一九年)二八頁参照。
- (33) 植村・同前、榎本雅記「判批」法学教室四六八号(二〇一九年)参照。
- (34) 三好幹夫「判批」刑事法ジャーナル六二号(二〇一九年)一五四頁以下。
- (35) 接見禁止決定に比例原則を適用する余地を検討するものとして、津金貴康Ⅱ辻本典央「被告人の家族等との接見交通権と
その制限」近畿大学法学六七卷一・二号(二〇一九年)八頁以下参照。ただし、同論文は終期の定めについて比例原則を適
用するものではない。
- (36) 中川孝博「判批」季刊刑事弁護九九号(二〇一九年)七九頁。
- (37) 同前参照。
- (38) 岡田悦典「判批」新判例解説Watch 26号(二〇二〇年)一一一頁参照。
- (39) 三好・前掲注(34)一五五頁。
- (40) 植村・前掲注(32)二九頁は、(iv)要素とともに「この判示はそれまでの訴訟の内容を根拠にしているだけ」とする。
- (41) 保釈と原決定後の事情の参酌に関する本決定以前の分析として、丹羽敏彦「保釈許可・却下決定に対する準抗告・抗告審
は原決定後の事情を考慮に入れることができるか」別冊判例タイムズ三五号(二〇一三年)一八四頁参照。
- (42) 松本・前掲注(32)一六九頁参照。
- (43) 中川・前掲注(36)七九頁、三好・前掲注(34)一五九頁。
- (44) 伊丹ほか・前掲注(10)九二頁「矢野直邦」も理由の記載が求められるのは裁量保釈を覆す場合だという留保を置いてい
る。
- (45) 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法「第二版」第一卷』(青林書院、二〇一三年)五一五頁「中山善房」
- (46) 横田Ⅱ高橋・前掲注(17)一八二頁参照。
- (47) 津金Ⅱ辻本・前掲注(35)一二頁は「具体的に検討」の意味を疎明と解する。また伊藤・前掲注(30)一一〇頁は認定とす

る。

(48) 三好・前掲注(34)一五八頁参照。

(本学大学院法学研究科博士課程後期課程在籍)