

接見禁止決定下の第三者通信をめぐる刑事弁護人の行為規範

村岡啓一

はじめに

近時、身体を拘束された被疑者と弁護人の接見交通のあり方をめぐって、検察官から接見交通権を行使した弁護人に対し懲戒請求をする事案¹が相次いでいる。私が研究代表を務める刑事弁護倫理研究会²では、2004年度に「接見交通をめぐる刑事弁護人の行為規範と倫理」をテーマに、複数の懲戒請求事件の代理人弁護士から事件の詳細について説明を受けるとともに、懲戒請求において提起されている刑事弁護人の行為規範について議論する機会を得た。取り上げた事案に共通するのは、いずれも刑事訴訟法 81 条の接見等禁止決定（以下、「接見禁止決定」という。）³がなされた状況下で、弁護人が被疑者と外部の第三者との通信に関与したことが接見禁止決定の潜脱行為であるとして懲戒が申し立てられていることである。折しも、2004年度からスタートした法科大学院では「法曹倫理」が必修科目となっており、そのための教材がいくつか公刊されるに至っている。⁴その中の説例にも、接見禁止決定がなされた状況の下で、弁護人は誰に対しどのような形態のどのような通信をなしうるのかの問いが掲げられている。しかし、捜査機関と弁護人との間で深刻な対立があることを示すのみで明確な回答は示されていない。⁵この問題がクローズアップされたのは、1998年12月、法曹三者による「刑事被疑者弁護に関する意見交換会」において、法務省から「不適切弁護」として29事例が示され、その中の「各種の権利を濫用する弁護活動」の一事例として弁護人による被疑者と第三者間の通信の実現が接見禁止決定を潜脱する行為として主張されたことに端を発する。接見交通権の濫用との主張に対し、日弁連側は当然の権利行使であるとの反論をなしたが、手紙の仲介については接見禁止の一部解除を受けるのを原則とするという立場をとったために、会員から理論的に一貫していないという批判を浴びた。その結果、現在では、接見禁止の一部解除による問題解決の提案を撤回している⁶。

本稿では、接見禁止決定がなされた状況下における被疑者と第三者間の通信に関与する弁護人の行為規範につき、先の研究会での議論を踏まえながら、私見を述べることにする。議論を進めるうえで以下の説例を想定するが、これは私が創作したものであり、実際の事件とは関係がないことをお断りしておく。

『被疑者 A はある共犯事件の主犯として逮捕され勾留されたが、共犯者 B は未だ逃走中である。勾留中の被疑者 A に対し、裁判官は検察官からの請求に基づき刑事訴訟法 81 条の接見等禁止決定をなしたため、被疑者 A は家族を含む一般私人との接見交通を一切遮断された。このような状況の下で、被疑者 A の弁護人 X は、刑事訴訟法 39 条 1 項に基づく接見中に、被疑者 A から第三者 C に対する伝言をそのまま外部の第三者 C に伝達するように依頼された。この場合の弁護人 X の行為規範は何か。

① 伝言内容が犯罪（罪証隠滅工作を含む。以下同じ。）に全く関係しないことが明らか

場合と伝言内容が犯罪に関係することが明らかな場合とで違いがあるか。

- ② 伝言内容に被疑者 A と第三者 C との間でのみ理解可能な暗号が含まれていたが、弁護人 X が暗号に気づかず犯罪に関与していることの認識を欠いていた場合に、弁護人 X に何らかの行為規範の違反が認められるか。』

I 接見交通をめぐる弁護人の行為規範は何か

1 接見禁止決定の存在はいかなる意味を持つか

身体を拘束された被疑者には外部交通権がある。刑事上の罪に問われた者が、無罪推定の原則があるにもかかわらず、罪証隠滅の防止という理由で勾留されるのは被疑者を犯人と想定している点で原理的に矛盾するが⁷、刑事訴訟法 60 条は逃亡及び罪証を隠滅するおそれの存在を理由に被疑者の身体を拘束することを認めている。しかし、無罪推定の下にある被疑者の防御権を保障するためには、単に、国家に対抗するための「武器」である弁護人の援助を受ける権利を被疑者に与えるだけでは不十分であり、できるだけ被疑者の日常生活へのアクセスを保障する必要がある。身体を拘束された被疑者にとって、日常的な社会生活を維持し、精神的・肉体的平静を保つという利益も防御に不可欠であるからである。したがって、外部交通権は本来的には理由の如何を問わず国家が市民の身体的自由を奪う場合の代償措置として与えられる制度的保障であるが、身体拘束の理由が刑事上の勾留目的である場合には、外部交通権の保障は防御権行使の基礎をなすという意味で、防御権の一部と観念されることになる（これを「広義の防御権」という。）。身体を拘束された被疑者の視点から外部交通権を眺めた場合、外部交通の手段として二つの形態が存在する。一つは、一般私人との間の接見交通(法 80 条)であり、もう一つは、弁護人との間の接見交通(法 39 条 1 項)である。弁護人との接見交通権は憲法上の権利として憲法 34 条の保障するところであり、被疑者と弁護人間の通信は秘匿特権として接見交通権の秘密性によって絶対的に保障されている。これに対し、一般私人との外部交通権は「法令の範囲内」(法 80 条)において認められる制限付きのものであり、弁護人接見とは異なり、接見の秘密性は認められず係官が接見時に立ち会うほか時間の制限もある。さらに、裁判所が「逃亡し又は罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由がある」と判断するときには、一般私人との間の接見及び物の授受を禁止することができるとされている(法 81 条)。これが「接見禁止決定」である。通常、一般私人の接見交通と弁護人の接見交通は並存して認められており、専ら、日常生活へのアクセスの側面を前者によって実現し、弁護人接見は身体拘束からの解放手続及び刑事上の防御のための弁護活動（これを「狭義の防御権」という。）を目的とするという分業が行われる。しかし、一旦、接見禁止決定がなされると一般私人との間の接見交通が全面的に遮断される結果、日常生活へのアクセスの保障をも弁護人接見が担うこととなる。必需品の差入や家族や会社などからの伝言の仲介がそれである。これは、弁護人が本来の職責外の他人の業務を引き受けたということではない。弁護人の役割は、なにも刑事上の有罪無罪を争うための防御活動や身柄解放手続に限定されるものではなく、依頼者で

ある被疑者の自己防御権⁸の行使をまっとうできるように援助することであるからである。これも広義の防御権の範疇に含まれており、弁護人がなすべき弁護活動であることは一般に承認されており、現実にも、そのように実践されている。丁度、逮捕直後の逮捕期間においては、制度的に一般私人の接見交通が認められていないので、弁護人が弁護人接見において、狭義の防御活動のほかに日常生活へのアクセスの保障をも実現していることと同じである。このように、弁護人の役割として、被疑者が身体を拘束されていることに伴う社会生活上の不利益を可能な限り極小化する活動を含むことについては異論がないが⁹、当該弁護人に着目すれば、憲法上の権利である接見交通権と刑法上の制限のありうる一般私人の外部交通権という、保障の程度を異にする二つの権利を行使する立場に置かれるのである。理論上は、右のように二つの権利を観念することができるので、後者については、たとえ弁護人が権利行使の主体であっても防御と無関係な通信及び物の授受は制限するという結論を導くことも可能であるが、実際には、防御との関連性で両者の区別をすることは困難であるから、法が想定している「逃亡及び罪証隠滅を疑うに足る相当な理由」の実質的判断は、事実上、弁護人の判断に委ねざるを得ない結果となる。¹⁰他方、身体を拘束された被疑者から接見禁止決定を眺めれば、一般人との接見交通を遮断された結果、外部との通信手段は弁護人との接見交通以外には存在しないから、当然のことながら、被疑者は弁護人との接見を通じて外部の第三者との連絡を図ろうとする。第三者との通信の中には、防御に関連するものと関連しないものがあり、さらに、後者には①本来的に「逃亡及び罪証隠滅のおそれ」の要件に該当するものと②該当しないものが含まれる。それゆえ、被疑者の罪証隠滅工作の指示が弁護士を通じて外部に伝達されることになれば、接見禁止の意味は無に帰することになる。ここに、接見禁止決定下において被疑者と外部との通信を弁護人が取り次ぐ際、刑事弁護人の行為規範は何か問われる実際上の根拠がある。

2 接見禁止決定の効力との関係

接見禁止決定は、被疑者に対し、被疑者と一般私人間の接見及び物の授受を禁止するものであるから、弁護人に直接効力を及ぼすものではない。にもかかわらず、検察官が弁護人に対し、接見禁止決定の「潜脱」を理由に懲戒を請求する理論的な根拠はいかなるものであろうか。

代表的な見解に依拠すれば、接見「禁止の実質的な趣旨は、逃亡や罪証隠滅を防止するため、被疑者と一般人との間の意思・情報の伝達を遮断することであるから、弁護人が被疑者と一般人が直接に接見するに等しいような伝言を行う行為は、実質的には、弁護人を介した一般人との接見にほかならず、交通権を濫用して接見等禁止決定を潜脱する違法な行為と評価される、¹¹と説明される（情報伝達遮断説）。確かに、弁護人が介在することによって身体を拘束された被疑者と外部の第三者との通信は可能になったのであるから、接見禁止決定の目的が達成できない結果になったことは事実であり、「弁護人を介した一般人との接見」という評価は可能である。しかし、それが弁護人の懲戒を基礎付ける「潜脱」行為というためには、前提として弁護人の遵守すべき行為規範が明らかにされていなければならな

い。決定の名宛人である被疑者自身につき当該決定の「潜脱」ということはありえても、名宛人ではない弁護人には「潜脱」はありえないからである。検察官からの弁護人に対する懲戒請求に欠落している論理を補充するならば、おそらく、次のようになる。身体を拘束された被疑者に対して接見禁止決定がなされた場合には、弁護人も裁判所の決定を尊重し、決定の趣旨を無にしないという消極的な義務を負担するから、実質的に「弁護人を介した一般人との接見」を実現したことは、この弁護人に対する「職務上の義務に違反」というものである。もう一つの理論構成は、弁護人は接見禁止決定の名宛人である被疑者の「共犯者」として被疑者の「潜脱」行為を共同したものであるから、違法行為に加担してはならないという弁護人の職務規範に違反したというものである。

仮に、上記の理論構成が検察官からの懲戒請求の隠れた論理として承認されるとすれば、懲戒に相当するか否かの分岐点は、前者については、接見禁止決定がなされた場合に、弁護人において「弁護人を介した一般人との接見」の実現を阻止すべき職務上の義務があるのか否かの点に、後者については、共犯者としての「潜脱の故意」があるか否かの点にあることになる。

3 接見禁止決定下における弁護人の行為規範

裁判所の決定の効力は一般には当該当事者に限定されるが、公務員の場合には、行政事件訴訟法 33 条 1 項の類推適用によって裁判所の決定に対する尊重義務が課されるので、検察官の場合には、裁判所の決定に違反した行為はなしえないと考えられる。では、弁護人の場合はどうか？

ドイツのように弁護人も検察官及び裁判官と同じ「独立の司法機関」と位置づけるのであれば、弁護人も法制度に対する忠実義務を負うので、裁判所が刑法 81 条の接見禁止決定を下した以上、たとえ、その名宛人が被疑者であって弁護人ではないとしても、裁判所の決定を無にしてはならないという司法機関としての消極的な義務を負担すると考えられる。¹²その結果、防御に直接関係しない通信ないし物の授受を弁護人が仲介することは右の消極的義務を内容とする行為規範に違反するので禁止され、弁護人は、たとえ「罪証隠滅のおそれ」がない第三者通信であっても自己の判断でそのまま通過させることは許されず、接見禁止の一部解除を裁判所に要請しなければならない（情報伝達遮断説の帰結）。¹³検察官の懲戒請求の背後には、こうした弁護人を「独立の司法機関」とみるドイツ型の考え方が存在する。

接見禁止決定の存在を無視し得ないと考える立場は弁護士の内部にも根強く存在する。例えば、弁護士間において情報伝達遮断説に対して二つの有力な見解が唱えられているが、接見禁止決定が禁止する接見交通の形態は一般人と被疑者間の情報の直接授受であるとし、弁護人を介在させた形態は禁止の対象ではないと形式的に解釈する説（直接授受禁止説）も、あるいは、弁護人が介在して行う第三者通信の形態のうち、口頭による伝達と物・文書の直接授受とを区別して、前者については弁護人による情報の二次資料化であるから許容されるが、後者については弁護人が介在しても直接授受の形態には変わりがないから許容さ

れないと考える折衷説も、「接見禁止決定の下での弁護人の行為規範」を何らかの形で想定している点では同じである。¹⁴

しかし、わが国の従来「弁護士倫理」（1990年日弁連総会決議）はもちろんのこと、2005年4月1日から施行された日弁連会則「弁護士職務基本規程」にも、接見禁止決定がなされた場合の第三者通信に関する刑事弁護人の行為規範は存在しない。それゆえ、この問題をめぐる懲戒事由の存否は、弁護人に課される職務上の義務違反から導かれるのではなく、弁護人が被疑者自身の接見禁止決定「潜脱」行為を認識して被疑者の行為を幫助したか否かに依存することになる。このことは、接見禁止決定によって新たに弁護人の行為規範が定立されるのではなく、接見禁止決定の有無に関係なく、「逃亡及び罪証隠滅」のための第三者との通謀を弁護人において阻止するため適切な措置を講じたか否かという既存の職務上の義務（弁護士倫理54条、弁護士職務基本規程75条、14条）を履行したか否かに還元されることを意味する。すなわち、接見禁止決定は何ら被疑者と弁護人の接見交通権には影響しないので、問われている問題の本質は、実は、通常の接見交通権における被疑者と外部の第三者との通信のあり方にほかならないのである。このことは、接見禁止決定がなくとも、被疑者が一般私人との接見ではなく弁護人接見を通じて外部の第三者との通信を実現しようとする場合に同じ問題状況が生まれることから明らかであろう。

4 接見交通の場面における弁護人の行為規範

接見交通権を憲法上の権利として把握する場合でも、その強固な保障の範囲については争いがある。一つの考え方は、憲法上の保障を被疑者と弁護人との秘匿特権に限定し、秘匿特権に属する情報（防御に関連する被疑者・弁護人間の通信）については秘密性が絶対的に保障されるが、防御に関連しない被疑者と外部の第三者間の通信については、秘匿特権の範囲外であるので憲法上の強固な保障の対象ではないとする立場である。弁護人が被疑者と外部の第三者との通信の仲介をする行為は憲法上の接見交通権の範囲には属せず、一般人の接見交通と同じ性格の外部交通権にとどまるから、被疑者からの第三者あての通信（ないしその逆の通信）につき「逃走及び罪証隠滅を疑うに足りる相当な理由」がある場合には、弁護人の仲介行為につき弁護人が常に懲戒請求のリスクを負担することになる。これと対置される考え方は、接見交通権の範囲を、身体を拘束された被疑者と弁護人間の狭義の防御権行使に限定せず、被疑者を可能な限り日常生活に近づけるための弁護人を介して行う外部との情報交換も広義の防御活動に属するとし、一般人の接見交通と同じ性格の外部交通権も、弁護人によって行使される場合には、接見交通権の枠内にあり、憲法上の権利としての強固な保障を受けるとする立場である。弁護人が被疑者と外部の第三者との通信の仲介をする行為も接見交通権の範囲に属するので、通信の仲介行為それ自体が何らかの行為規範違反をもたらすのではなく、通信を仲介した当該情報が被疑者と第三者間における「逃亡及び罪証隠滅」等の違法行為の手段であったことを当該弁護人が認識していた場合に初めて、違法行為への加担禁止の行為規範違反が帰結されることになる。わが国の刑事弁護の実務は後者の考え方によっている。

両者の考え方の違いは、前者が「独立の司法機関」説と同様、身体を拘束されている被疑者と外部の第三者間の通信に際し、事実上、弁護人にスクリーニング機能を果たす義務を課し、弁護人による外部との通信は原則違法との立場から、弁護人が例外的に第三者への通信を仲介できる場合は違法行為と全く無縁の第三者通信であることが明らかな場合に限るのに対し、後者は、逆に原則合法との立場から、例外的に、弁護人が第三者への通信を禁止される場合は「逃亡及び罪証隠滅を疑うに足りる相当な理由」が存在する場合に限定されるという対応の差に現れる。しかし、いずれも弁護人に課せられている行為規範は、被疑者の違法行為への故意の関与を禁止するという行為規範であるから、懲戒の成否は当該弁護人が被疑者の違法行為を「認識」していたかに帰着することになる。

5 認識基準

弁護人が違法行為を「認識」しているというのはいかなる場合を意味するのであろうか。この点は、アメリカ合衆国法律家協会の模範規則（ABA Model Rules of Professional Conduct）3・3の認識基準(the knowing standard)の議論が参考になる。模範規則3・3は、弁護士の裁判所に対する忠実義務(Candor toward the Tribunal)を規定したもので、(a)項において、弁護士(民事の代理人及び刑事の弁護人を含む。)が、(1)裁判所に対し事実若しくは法律について虚偽の陳述を行うことや(3)虚偽であることを知っている証拠を提出すること等の行為を「故意に knowingly」行うことを禁止している。また、(b)項において、弁護士が依頼者を代理する過程で「ある者が犯罪的又は欺罔的な行為を行う意図を有していること、現に行っていること又は行ったことを知った」場合には裁判所に対しそれを是正する合理的な措置を採ること（必要な場合には、裁判所への開示まで含む。）を義務付けている。わが国の弁護士職務基本規程75条も「弁護士は、…虚偽と知りながらその証拠を提出してはならない。」と定めるが、この「虚偽と知りながら」の表現は、模範規則と同様に、「故意」を要件としたものと理解できる。これらの規定の趣旨は、弁護士が依頼者の違法行為を前提にそれに関与する場合には、その違法事実を「認識」していることが必要であることを意味しており、違法性を「認識」してこそ初めて弁護士としての行為規範（禁止規範）に直面すると考えられているからである。そこで、実務的には、いかなる要件が認められれば当該弁護士が「認識」していたことになるかが問題となる。

アメリカ合衆国連邦裁判所の「認識」に関する判例は、弁護士が依頼者の偽証を知った場合の弁護士の措置をめぐって展開されているが、これは模範規則3・3が弁護士の禁止規範と同時に、提出した証拠が「虚偽であることを知るに至った」場合に弁護士において事後的是正措置をとることを義務付けているからである。判例によれば、認識基準につき、弁護人において「確実な事実的基礎 firm actual basis」の裏づけを得て、①当該弁護士が合理的に判断して事実であると認識し、かつ②その認識を他の事実と総合した結果、③裁判所における欺罔行為の存在を明確に確証できる場合にのみ、その情報を開示すべきであるとされている。¹⁵したがって、弁護士がその証拠が虚偽であると「主観的に信じている」だけでは、いまだ「知っている」とは言えず、弁護士は是正措置を採るべき義務には直面しな

いことになる。その結果、弁護士の主観的な疑惑にとどまる限りは、虚偽が疑われる証拠を弁護士において裁判所に提出することも禁止されない。これは、弁護士が依頼者のために誠実義務を尽くすことができるように依頼者の代理人性を重視し、できる限り、弁護士が懲戒に付される場面を限定することによって弁護士活動が萎縮しないように配慮した結果である。このように従来判例は、認識基準につき、高度な要件を設けることによって厳格に適用してきたといえる。しかし、最近の模範規則（Ethics2000 報告書を受けて改正された 2003 年版以降の模範規則。以下「改正模範規則」という。）は、弁護士の役割の力点を依頼者の代理人性から「裁判所の構成員 officer of the court」としての司法機関性にシフトしたことに伴い、「認識」の捉え方にも変化がみられる。すなわち、改正模範規則の新たな注釈¹⁶では、「弁護士においてその証拠が虚偽であることを知っていることは、状況から推測されうる。」とし、それゆえに、「弁護士は、依頼者に有利な証言その他の証拠の真実性に関する疑いを解消すべき」としている。疑惑が払拭できないのであれば、弁護士はその証拠を提出するべきではなく、弁護士の責任において提出した場合には、状況証拠によって「知っていた」と認定されることがありうると警告しているのである。

6 弁護士の専門家裁量

弁護士倫理を考えるうえで重要なもう一つの法理はアメリカ合衆国連邦裁判所の判例が示す弁護士の専門家裁量である。上記「認識」の判断枠組みとして、依頼者の提出する証拠が虚偽だという強力な徴表があるとしても、弁護士においてその虚偽を自ら「認識」というレベルまでは到達していないと判断したならば、裁判所は、その弁護士の判断が事実審判人に付与される合理的な裁量の範囲内にあるという強力な推定に服さなければならないのである。¹⁷ つまり、弁護士の主観的認識には、明確な事実裏付けられた虚偽を「知った」という認識レベルに至らない前段階であるグレイゾーンがある。合理的に考えた結果、虚偽と「信ずる」に至ったというレベルである。この場合には、当該虚偽証拠を提出するかしないかは弁護士の裁量判断に委ねられる。その結果、仮に、虚偽証拠を弁護人において提出する選択をしたとしても、虚偽証拠を提出してはならないという禁止規範に違反したことにはならないのである。ここでは、弁護士の専門家としての判断が第一次的に尊重され、その判断が裁量の枠を超えた違法なものであったことが懲戒権者によって証明されない限り、当該弁護士が懲戒に付されることはない。（もっとも、後になって、弁護士が提出した証拠が虚偽であることを「知った」場合には、その是正措置が要求されることになる。）この専門家裁量の考え方も、弁護士ができる限り依頼者に有利な方向で弁護活動をなすように選択できる幅を広げて、懲戒を恐れて弁護士が弁護活動を自粛しないように政策的に配慮した結果ということができる。

改正模範規則も、弁護士において当該証拠が虚偽であると「信じている」にすぎない場合には証拠を提出するか否かの判断は弁護士の専門家裁量に委ねられることを認めるが、新たな注釈は、虚偽の疑いのある証拠を提出することは「証拠の質を選別する弁護士の能力」につき否定的な評価が下されるかもしれないと警告し、弁護士の裁量権は提出を差し控え

る方向で行使するように指導している。¹⁸

以上によれば、最近の模範規範に依拠する限り、アメリカ合衆国の弁護士倫理の基本的な考え方は、従来の依頼者に対する誠実義務と裁判所に対する忠実義務のバランスを図る立場から弁護士の司法機関性を強調することによって後者を前者よりも優位に置く立場に立つことをより一層明確にしたといえることができる。¹⁹

II 懲戒請求の背後にあるわが国固有の事情

冒頭に掲げた説例に答える前に、わが国の刑事弁護人の行為規範を考えるうえで、ドイツ及びアメリカ合衆国の刑事実務と比較していかなる点が異なっているかを明らかにしておくことが有意義であろう。というのも、本稿のテーマはわが国における「接見交通をめぐる刑事弁護人の行為規範」であり、接見交通をとりまく環境は全く異なっているからである。

1 外部交通の保障

まず、指摘しておかなければならないのは、一般私人による外部交通の保障の違いである。身体を拘束された者の外部交通権の保障は国際人権法上の基本権であり²⁰、いかなる国においても保障されている。しかし、一般私人との外部交通権は被拘禁者の基本権とはいえ「合理的な条件及び制限」(保護原則 19)によって制約されることが予定されており、弁護人の接見交通権のような強固な保障が認められているわけではない。とはいえ、無罪推定の原則の下、身体を拘束されている被疑者が自己防御権を行使するためには外部交通権による外界との接触が不可欠であるので、一般私人の外部交通権の制限は極めて例外的に行われている。これに反し、わが国では、検察官の請求に応じて裁判所が接見禁止決定を安易に出す傾向があり、近時、接見禁止決定が激増している。²¹刑事訴訟法 81 条は勾留要件と同じ「逃亡及び罪証隠滅を疑うに足りる相当な理由」を接見禁止の要件として規定しており(本来的には、外部交通を認めると勾留中であつてもなお罪証隠滅等の危険性が高まる特別な事情の存在を予定しているにもかかわらず)、実務では罪証隠滅等のおそれを抽象的危険性で足りると緩やかに判断している結果の反映である。既に述べたとおり、弁護士倫理上、問われている問題の内実は「接見禁止決定下における弁護人の行為規範」ではなく、身体を拘束された被疑者と外部の第三者との間の通信を弁護人において仲介することが接見交通権の濫用となるか否かであるが、こうした問題がクローズアップされる背景には、接見禁止決定の乱発の結果として、被疑者の側に弁護人接見を通じてしか外部と連絡をなしえないという現実があり、必然的に、弁護人の側にも弁護活動のうち外部との通信を含む広義の防御活動の割合が増加するからである。これは日本固有の極めて特殊な事情であり、ドイツ及びアメリカ合衆国の刑事弁護実務が狭義の防御権行使に集中でき、接見交通権をめぐる議論の中心が、専ら、依頼者と弁護人間のいかなる情報が秘匿特権の範囲内として秘密性の保護を受けるかの点にあるのと際立った対照をなしている。したがって、わが国の問題状況として、まず第一に、安易になされている接見禁止決定の運用こそが是正されなければならない、こうした前提問題を放置したままで接見禁止決定の存在を所

与の前提として、弁護人の接見禁止決定の「潜脱」を問題にすること自体、倒錯した議論といわなければならない。

2 秘匿特権の保障

わが国では、驚くべきことに、被疑者と弁護人との間で行われた秘密の通信内容を捜査機関が被疑者取調べにおいて被疑者から聞き出し、それを調書化することは違法とは考えられていない。捜査機関の論理は、①弁護人も刑法等の一般的禁止規範には服するのであるから、接見交通権の範囲内であっても被疑者との通信が犯罪の共犯行為にあたるのであれば、当然に、取調べの対象となる。²²②被疑者の供述に変遷があり、その変遷の原因が弁護人接見にあると考えられる場合には、供述の変遷経過を明らかにする必要があるので、被疑者と弁護人の接見内容を聞いても違法ではない。③接見交通権の秘密性の保障は被疑者の防御のために認められた権利であるから、被疑者自身が放棄することができ、被疑者自身から進んで接見内容を話し出したときには、捜査機関において詳細を聞き調書化しても違法ではない、というものである。被疑者には黙秘権があるのだから、捜査機関が積極的に接見内容を問いただしたとしても、被疑者は黙秘権を行使すれば足り、それを行使しないで任意に供述する限り、黙秘権の侵害はないのだから許されるというわけである。ここでは接見交通権の憲法上の権利性、とりわけ、秘匿特権の重要性が全く顧慮されていない。接見交通権は憲法 34 条の弁護人の援助を受ける権利の内実をなしており、それはひとり国家刑罰権の対象とされた被疑者のためのみならず公正な裁判の実現という国家的な利益にも奉仕するものであるから、接見交通権は制度的保障としての性格をあわせもっている。それゆえに、仮に被疑者の側から接見交通権の秘密性を放棄したとしても、捜査機関は秘匿特権を尊重しなければならない、積極的に秘匿特権の範囲内の秘密情報を事情聴取することは許されないのである。²³ この点を論ずることの意味は、わが国の接見禁止決定下の弁護人による接見禁止決定の「潜脱」行為を理由とする懲戒請求事件が、右のような接見交通権侵害の取調べを端緒としてなされることが多くみられるからである。²⁴

ドイツ及びアメリカ合衆国の刑事実務において、捜査機関が被疑者と弁護人の接見交通権を侵害して秘匿特権の保護下にある秘密の情報を聴取するということは考えられない。事実上、被疑者が自ら接見内容を語り出すという事態はありうるが、ドイツもアメリカ合衆国も供述調書を後の公判において証拠として利用することを想定していないので、捜査官において調書化するという誘引がそもそも働かないからである。²⁵ したがって、わが国の接見交通の場面における弁護人の第三者への通信を何らかの倫理規定違反に問う場合、その事件をとりまく全体像の中で捜査機関の側に接見交通権侵害の事実がなかったのか否かが同時に吟味されるべきであろう。接見交通権という憲法上の権利を侵害した当事者が、秘匿特権を侵害して得た証拠により弁護士倫理を問うこと自体が著しい背理であるからである。

3 弁護士職務規範の基本的スタンス

ドイツでは連邦弁護士法に基づき弁護士の職務規範 (Berufsrecht der Anwaltschaft)

が作成されており、弁護士が職務規範に違反した場合には懲戒事由となる。検察官が弁護士懲戒裁判所に当該弁護士に対する懲戒請求を申立て、弁護士懲戒裁判所（弁護士会からの推薦に基づき司法省選出による弁護士が裁判官を努める。）が懲戒事由の有無を審査し、懲戒事由に該当する場合に制裁を科する。懲戒裁判手続は非公開で職権主義の下で行われる。ドイツ連邦弁護士法1条は、「弁護士は独立の司法機関である。」と定めるが、刑事訴訟法自体には刑事弁護人の法的地位に関する明示規定は存在しないので、弁護人の地位については、ドイツにおいても、依頼者の代理人性と司法機関性のいずれを重視するかの議論は存在する。しかし、伝統的に、ドイツの基本的なスタンスは司法機関説に立っており、これが今日の通説でもある。²⁶

アメリカ合衆国では各州が弁護士の職務規範を制定するので前記 ABA の模範規則が拘束力を持つわけではない。しかし、多くの州では模範規則にしたがって州内の弁護士の職務規範を制定しているので、模範規則の基本的スタンスは各州の職務規範にも反映されることになる。また、弁護士の懲戒権は州の最高裁判所に帰属するが、弁護士の職務規範違反の懲戒手続は、裁判所又は強制加入の弁護士会の下にある懲戒委員会(Disciplinary Board)

に委ねられるので、弁護士自治が存在しないというわけではない。²⁷アメリカ合衆国においても、弁護士が「裁判所の構成員 officer of the court」であることが強調され、弁護人の役割の力点が依頼者の代理人性から司法機関性へ移行しつつあることは既に見たとおりであるが、伝統的に、アメリカ合衆国においては依頼者中心の弁護観が浸透しているので、改正模範規則にもかかわらず、刑事弁護の領域において、弁護人の司法機関性に依拠した倫理的問題の解決が必ずしも支持されているわけではない。²⁸その意味では、依然として、刑事弁護人の役割を依頼者の代理人性と司法機関性のいずれの視点でみるかという根源的な対立は残されているのである。

このような弁護人の二重の性格を前提としてわが国の弁護士倫理を考える場合、いずれのスタンスに立つべきであろうか。検察官の請求にかかる接見禁止決定の「潜脱」を理由とする弁護人に対する懲戒請求が、暗黙裡に、弁護人の司法機関性を理論的根拠にしていることは先に述べたとおりである。しかし、果たして、それでよいのかという問いである。日弁連の弁護士職務基本規程は、依然として抽象的な規定にとどまっているので、その規定文言自体から、基本的なスタンスを読み取ることは困難である。それゆえ、いかなるスタンスで具体的な倫理問題の解決にあたるかの選択は、今後の私たちの決断に委ねられている。私の考えは、依頼者の意思を重視する代理人性に依拠して倫理問題の解決を図るべきであるというものである。わが国の刑事弁護の実情は未だに「刑事弁護の戦略及び戦術は弁護人に任せておけ」といった類の専門家一任型のそれにとどまっており、依頼者こそが防御の主体であるという認識は薄く、依頼者中心の弁護観が浸透しているとはいえない。それゆえに、現在求められるのは、依頼者中心の弁護観への弁護人の意識改革であり、そのためには、懲戒請求を恐れて自粛、あるいは萎縮した弁護活動をもたらすようなスタンス

をとるべきではないと考えるからである。同様に、同じ政策的な判断から、身体を拘束された被疑者と外部の第三者との間の通信に弁護人が関与することも、広義の防御権として弁護人の接見交通権の枠内で保障されるとする日弁連の公式見解も支持しうる。この場合、憲法上の権利性の根拠は、憲法 34 条と同 37 条 3 項の重複適用に求められることになる。

29

Ⅲ 説例に対する回答

以上の検討に基づき、説例に対する私の回答を示すと、次のようになる。

- (1) 刑事訴訟法 81 条の接見禁止決定は身体を拘束された被疑者と一般私人間の接見及び物の授受を禁止するものであり、同法 39 条 1 項の弁護人の接見交通権に影響を及ぼすものではないから、弁護人が接見交通権を行使するに際し、接見禁止決定によって何らかの制約が課されることはない。したがって、弁護人 X は、接見禁止決定のない通常の状態と同じように接見交通権の範囲内で被疑者 A のための防御活動を行うことになり、被疑者 A から知りえた情報は秘匿特権によって保護される。
- (2) 接見交通権は憲法 34 条及び同 37 条 3 項に基づく憲法上の権利であり、接見交通権の秘密性（秘密交通権）によって保障される依頼者と弁護人間の通信は刑事上の罪の決定に関する狭義の防御権行使にかかわる情報に限られず、身体拘束に伴う不利益を極小化するための広義の防御権行使にかかわる情報をも含むから、原則として、弁護人を經由して行われる身体を拘束された被疑者と外界とを結ぶ通信も接見交通権の保障の範囲内である。したがって、被疑者 A の外部の第三者 C への伝言を弁護人 X がそのまま第三者 C へ伝達することも、(3) の例外に該当しない限り、自由になしうる。
- (3) 他方、弁護人も刑法その他の一般的な禁止規範には服するから、依頼者である被疑者の犯罪行為に加担しえないのはもちろんのこと、弁護士の職務規範に違反することはできないから、弁護人において、被疑者の罪証隠滅工作を含む犯罪を認識して、故意に被疑者の違法行為に協力することはできない。したがって、被疑者 A の外部の第三者 C への伝言が犯罪に関わる内容のものであることを弁護人 X が認識した場合には、例外的に、弁護人 X は当該伝言の伝達を拒否しなければならず、そのまま伝達した場合には、弁護人の職務規範違反として懲戒の対象となる。
- (4) 弁護人には身体を拘束された被疑者の外部にあてた通信及びその逆の通信につき「罪証隠滅を疑うに足りる相当な理由」の要件を判断すべき義務はなく、弁護人が果たしているスクリーニング機能は、専ら、弁護人の懲戒事由にあたる前記例外的場合を回避するために行われる弁護人の専門家裁量に基づく判断の反射的效果ではない。したがって、弁護人 X が、結果的に罪証隠滅工作を含む犯罪を認識しなかったとしても、弁護人 X が専門家裁量の範囲内でなした判断である限り、弁護

人 X に職務規範の違反はない。伝言内容に暗号が含まれていたとしても同様である。³⁰

- (5) ただし、弁護人の専門家裁量にも自ずから限度があり、弁護人の判断が裁量の幅を逸脱した場合、及び、アメリカ合衆国の ABA 改正模範規則のように弁護人に対し疑惑の解消義務を行為規範として定めた場合には、結果的に罪証隠滅工作を含む犯罪を認識できなかった弁護人の行為を懲戒の対象とすることはできる。しかし、わが国の場合、日弁連弁護士職務基本規程を始めとする職務規範に、疑惑解消のための調査義務は存在しない。したがって、弁護人 X が、結果的に罪証隠滅工作を含む犯罪を認識しなかったとしても、弁護人 X が専門家裁量の範囲内でなした判断である限り、弁護人 X に職務規範の違反はない。伝言内容に暗号が含まれていたとしても同様である。

¹ 多くの場合、検察庁の次席検事が請求人になっている。検察官個人の請求の形式が取られているが、実際には、検察庁の方針として懲戒請求がなされているので、懲戒に付するか否かを審査する綱紀委員会に外部委員として検察官が参加していることにつき、検察官委員を忌避できるか否かが問題となっている。

² 全国 13 の大学及び法科大学院に所属する刑事法（刑事実務）担当の研究者 17 名により構成され、2004 年度から 4 年間、日本学術振興会からの補助金を得て、「刑事弁護人の役割と倫理」をテーマに共同研究を行っている。本論文もその研究成果の一部である。

³ 一般私人の接見の禁止とあわせて書類等の授受が禁止されるのが通例である。

⁴ 塚原英治ほか編著『法曹の倫理と責任（上）（下）』（現代人文社、2004 年）、小島武司ほか編『法曹倫理』（有斐閣、2004 年）、田中紘三『弁護士の役割と倫理』（商事法務、2004 年）

⁵ 前掲注（4）塚原『法曹の倫理と責任（下）』72 頁

⁶ 日本弁護士連合会接見交通権確立実行委員会『接見交通権マニュアル第 6 版』152 頁以下（2004 年）

⁷ 無罪推定原則を立証責任の帰属を示す原理と狭く解釈すれば、必ずしも被疑者の「罪証隠滅」を想定することは矛盾しないとも言えるが、身体の拘束それ自体が被疑者の自己防御権の自由な行使を阻害するので原理的にはやはり矛盾をはらむ。三島聡『刑事法への招待』（現代人文社、2004 年）24 頁以下。

⁸ 被疑者には刑事訴訟の当事者（防御の主体）として原理的に自己防御権がある。拙稿「被疑者主体論」若松芳也ほか編著『新・接見交通権の現代的課題』12 頁以下。（日本評論社、2001 年）

⁹ 尾崎道明「弁護人と被疑者との物の授受」『新実例刑事訴訟法 I』186 頁。（青林書院、1998 年）

¹⁰ 武井康年ほか編著『ハンドブック刑事弁護』（現代人文社、2005 年）227 頁は、これを「弁護人のスクリーニング機能」というが、弁護人に罪証隠滅のおそれ等の要件判断のスクリーニングの義務を課するものと理解すべきではない。

¹¹ 尾崎・前掲書 189 頁。

¹² 2004 年 9 月に実施した刑事弁護倫理研究会のドイツ調査によれば、ドイツでは、弁護士の職務規範に違反し秩序罰に相当すると考えられている。

¹³ 「接見交通権の濫用を倫理違反と認めた名誉裁判所及び名誉法院の判断を容認した例」ペ

テル・アレンス、福井厚ほか訳『弁護士倫理と懲戒手続』日弁連弁護士倫理叢書+西ドイツ② 99頁。(ぎょうせい、1986年)

¹⁴ 武井ほか・前掲注(10)229頁以下。浦功「刑訴法八一条の接見等禁止と弁護活動」梶田英雄判事・守屋克彦判事退官記念論文集『刑事・少年司法の再生』210頁以下。(現代人文社、2000年)

¹⁵ Doe v. Federal Grievance Committee, 847 F.2d 57(2d Cir.1988), United States v. Long, 857 F.2d 436(8th Cir.1988). 「認識」基準についての解説として、Monroe H. Freedman, But Only If You “Know” .

Rodney J. Uphoff, ed., Ethical Problems Facing the Criminal Defense Lawyer, (ABA, 1995)

¹⁶ Model Rules of Professional Conduct 2004 Edition の Rule3.3 の注釈[8]

¹⁷ Strickland v. Washington, 466U.S.668,691(1984)

¹⁸ 前掲注(16)の Rule3.3 の注釈[9]

¹⁹ 拙稿「ABA 弁護士業務模範規則の改正の意義」一橋法学2巻1号21頁以下。(2003年)最近の改正模範規則では、公益 public interest の重視という観点から、依頼者に対する守秘義務の例外が拡大されている。

²⁰ あらゆる形態の拘禁・収監下にあるすべての人の保護のための原則 19

²¹ 浦・前掲書205頁。日弁連の調査によると、昭和60年を1とした場合、平成14年度の接見禁止決定の増加率は2.05になっている。(日弁連接見交通権確立実行委員会からの提供資料による。)

²² 安田好弘弁護士に対する強制執行妨害罪被告事件(第一審無罪)はこの類型の共犯者の取調べが端緒になっている。拙稿「弁護士の法的助言と刑事責任」季刊刑事弁護18号14頁以下。(1999年)

²³ 刑事弁護倫理研究会の議論では、捜査機関は、被疑者が自発的に秘匿特権の保護下にある接見内容を供述し始めたときには、被疑者に「秘匿特権付きの情報を聴取することは接見交通権を侵害することになるのでできない。」と言って拒否するか、少なくとも、「供述するか否かは弁護人と相談して決めなさい。」と言って弁護人の判断に委ねるべきことが示唆された。

²⁴ 現在、鹿児島地方裁判所に係属している国家賠償請求事件(国選弁護人が接見禁止中の被告人に娘からの手紙を接見室の遮へい板のガラス越しに読ませた行為が接見禁止決定の潜脱行為であるとして検察官から裁判所に対し国選弁護人の解任請求がなされ国選弁護人が解任された事案)では、警察取調べにおいて被疑者と弁護人の接見内容の聴取が警察によって組織的に行われていたことが明らかになっている。

²⁵ もっとも、ドイツでは、弾劾証拠として供述証拠の利用が認められているので、理論上、調書化の誘引がゼロというわけではない。しかし、刑事弁護倫理研究会の前記ドイツ調査(前掲注(12))においてインタビューに応じたミュンヘン検察庁の首席検事は接見交通権を侵害してまで供述を得る実益がないことを明言していた。

²⁶ 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(一)(二)」法学論叢154巻1号・2号(2003年)は、最近の議論状況を紹介し、機関説と代理人説の双方から弁護人の二重の性格を基礎付ける試みがなされ、現在では、「弁護人は、独立した司法機関であり、その地位に基づいて被疑者・被告人を援助する機能と公的利益に配慮する機能という二重の機能を担うとする見解が、通説・判例となっている。」と述べる。吉村弘「刑事「弁護権」の本質と機能」法学博士井上正治先生追悼論文集『刑事実体法と裁判手続』245頁以下。(九州大学出版会、2003年)

²⁷ 浅香吉幹『現代アメリカの司法』176頁以下。(東京大学出版会、1999年)

²⁸ 2005年5月に開催されたアメリカ合衆国ロースクール協会(AALS)の臨床法学教育に関するワークショップにおいて、Rodney J. Uphoff(前掲注(15)の編者)は、刑事クリニックの第一線においては、依然として裁判所に対する忠実義務よりも依頼者に対する誠実義務を優位に置く考え方が支配的であり、改正模範規則の影響はないと明言した。

²⁹ 拙稿・前掲注(19)25頁以下。

³⁰ 実際の刑事弁護では、伝言内容に暗号が含まれている場合には、弁護人がいかに慎重に伝言内容を吟味しても罪証隠滅工作か否かの判断はなしえないので、伝言内容をそのまま外部の第三者に伝達することを避け、自らの言葉に置き換えて二次資料化したものを伝達することが多い。これは倫理的な義務(行為規範)の問題ではなく、刑事弁護の経験がもたらす知恵のようなものである。法科大学院の「法曹倫理」科目では、弁護人の行為規範のみならず、このような刑事弁護の知恵と技法をも将来の法律家に伝えていくことが要請されている。