

接見にさいしての弁護人の 写真撮影をめぐる法的問題 (1)

葛野 尋 之^{*}

- I 問題の所在と本稿の骨子
- II 田邊事件一審判決の論理
- III 弁護人による写真撮影と刑訴法 39 条 1 項の「接見」 (以上本号)
- IV 庁舎管理権、規律・秩序侵害行為と接見交通権
- V 結論

I 問題の所在と本稿の骨子

1 問題の所在

福岡高裁において審理中の平成 27 年 (ネ) 第 333 号国家賠償請求事件 (以下、田邊事件または本件) は、未決拘禁者として刑事施設に収容されている被疑者・被告人と弁護人 (本稿においては、引用部分を除き、刑訴法 39 条 1 項にいう「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」を含む) との接見のあり方、すなわち両者のあいだでの接見交通権の保障のあり方をめぐって、重要な法的問題を提起している。

本稿が検討する法的論点を含む部分に限定したとき、田邊事件の概要は、一審の福岡地裁小倉支部判決¹⁾が認定した事実によれば、以下のようなものである。

複数の刑事事件について起訴され、福岡拘置所小倉拘置支所 (以下、小倉拘置支所) において勾留されていた被告人の求めに応じて、その刑事事件の国選弁護

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科) 第 15 巻第 2 号 2016 年 7 月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科教授

1) 福岡地小倉支判 2015 (平 27)・2・26 判時 2276 号 15 頁。

人である弁護士（一審原告）が被告人と接見したさいに、被告人より、施設職員から暴行を受け、右頬に傷害を負った旨の訴えを聞き、被告人の右頬に擦過傷が存在することを認めた。弁護人は、被告人から擦過傷の状態を記録として残すことを求められ、自らもその状態を証拠化する必要があると考えたため、自己の携帯電話のデジタルカメラ機能を用いて、被告人の容ぼうを1枚撮影した。その後、施設職員が、被告人と弁護士が接見している面会室の被収容者側の扉の窓に貼られたスモークフィルム越しに面会室内の様子を見ると、弁護人が立ち上がり、携帯電話を用いて被告人の容ぼうの撮影に及ぼうとしているのを認めたので、直ちに被収容者側の扉をロックして面会室に立ち入り、弁護人に対して撮影をやめるよう口頭で述べるとともに、携帯電話と被告人とのあいだに自らの右手を差し出し、弁護人による写真撮影を阻止した。別の施設職員も加わり、施設職員らは、面会室内で、弁護人に対し、携帯電話を待合室のロッカーに戻すよう求めるとともに、面会室において携帯電話を用いて撮影した画像を消去するよう求めた。これに対し、弁護人は、すでに撮影していた画像の消去に応じることなく、被告人との面会を続けるとして、施設職員らに対して面会室から出るよう求めた。弁護人は、その後、施設職員から携帯電話を待合室のロッカーに戻すよう再度求められたため、面会室を出て、待合室のロッカーの上に携帯電話を置き、面会室へと戻った。弁護人が面会室に戻った後、施設職員らは面会室を退出したが、そのさい、弁護人に対し、面会終了後も帰らずに待つよう求めた。その後、弁護人は、被告人との面会を再開した。さらに、面会終了後、施設職員らは、待合室において、弁護人に対し、すでに撮影した画像を消去するよう繰り返し求めた。

田邊事件をめぐるのは、小倉拘置支所長が、接見にさいして弁護人が面会室に通信・撮影機器を持ち込み、それを用いて被告人の容ぼうを写真撮影することを禁止することは許されるか、施設職員は、この禁止措置に違反したことを理由にして、現に接見中の面会室に立ち入り、弁護人による写真撮影を阻止することが許されるか、このような禁止措置を前提として、施設職員は、弁護人に対し、接見にさいして弁護人が写真撮影した画像を消去するよう求めることが許されるか、などが争われた。

これらの問題に対してどのような回答を与えるかが、身体を拘束された被疑

者・被告人と弁護人との接見のあり方、換言すれば両者のあいだの接見交通権の保障のあり方を、大きく左右することになる。接見交通権は、1999年3月24日の最高裁大法廷判決²⁾がいうように、憲法34条・37条3項によって保障される弁護人の援助を受ける権利（以下、弁護権）の保障を実質化するために不可欠な、その意味において憲法の弁護権に由来する権利である。それゆえ、接見にさいして弁護人が面会室に通信・撮影機器を持ち込み、それを用いて被疑者・被告人の容ぼう、状態など接見状況を写真撮影することができるかどうかは、接見交通権の保障のあり方を通じて、ひいては被疑者・被告人の弁護権の保障のあり方をも規定することになる。

本稿は、このような問題意識に立って、田邊事件における争点に対して回答を提示するために、第1に、接見にさいして弁護人が被告人の容ぼうを撮影することは、それ自体、刑法39条1項にいう「接見」に当たり、同規定による接見交通権の保障の範囲内にあるといえるか、第2に、もしかりに、弁護人による写真撮影それ自体が「接見」に当たらないとしても、刑事施設の長（以下、施設長）は、その施設管理権を根拠にして、弁護人が面会室に撮影・通信機器を持ち込むことを禁止することができ、また、その禁止措置を前提として、施設職員は、弁護人が面会室に携帯電話を持ち込み、それを用いて被告人の容ぼうの撮影に及ぼうとしたことを理由にして、規律・秩序侵害行為に対する制止措置（刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律〔以下、収容法〕117条および同規定が準用する同法113条1項）として、弁護人の写真撮影を阻止することが許されるか、という二つの法的論点に検討を加える。

2 本稿の骨子

本稿は、このような検討を通じて、以下のような結論を導く。

第1に、接見にさいして弁護人が被疑者・被告人の容ぼう、態度など接見状況を記録するために写真撮影を行うことは、接見において弁護人が取得した視覚的情報を自ら記録することにほかならないから、それ自体、刑法39条1項にい

2) 最大判1999(平11)・3・24民集53巻3号514頁。

う「接見」に含まれ、同規定による接見交通権の保障の範囲内にあると理解すべきである。同規定にいう「接見」とは、被疑者・被告人と弁護人とのあいだのコミュニケーションであって、「書類若しくは物の授受」を除いたもの、すなわち接見室においてなされる意思疎通および情報の発信・取得をいうとすべきである。「接見」を「意思疎通」に限定する理由はない。また、写真撮影が証拠保全の目的によってなされたとしても、それによって「接見」であることが否定されるわけではない。

弁護人による写真撮影が「接見」に当たるとするとき、収容法のなかには、それを制限するための刑訴法39条2項にいう「法令」の規定は存在しない。かりに、同規定にいう「法令」によらずとも制限が可能だと前提に立ったとしても、写真撮影の禁止は、接見にさいして弁護人が取得した視覚的情報の最も効果的な記録手段を奪うことになるから、接見交通権の本質にわたる制限となって、許されないというべきである。

第2に、かりに、弁護人による写真撮影が「接見」に含まれないとしても、施設長が国有財産法5条に基づく庁舎管理権を根拠にして、面会室への通信・撮影機器の持込みを禁止したうえで、その禁止措置に違反する弁護人の行為をもって、「刑事施設の規律及び秩序を害する行為」（収容法117条・113条1項口）に当たるとして、弁護人の行為を制止し、または弁護人の面会を一時停止・終了させることは許されないというべきである。その理由は3点ある。

まず、収容法117条・113条に基づく弁護人の行為の制止および面会の一時停止・終了は、刑訴法39条1項にいう「接見」の制限をもたらすものであるから、刑訴法39条の規定構造からすれば、同条1項の「接見」の制限は、本来、同条2項にいう「法令」の規定によって、同規定に明示された「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」という目的のためのみ、許されると理解すべきである。そうであるならば、収容法において、刑事施設における規律・秩序の維持という同法独自の目的のために、面会にさいしての弁護人の規律・秩序違反行為を制止し、面会を一時停止・終了させることによって、刑訴法39条1項の保障する接見交通権を制約することはできないといわなければならない。

また、かりに、刑訴法 39 条 2 項にいう「法令」による「必要な措置」とは別に、収容法 117 条・113 条に基づき、面会にさいしての規律・秩序違反行為を制止し、または面会を一時停止・終了させることができ、もって接見交通権を制約することが可能であるとの前提に立ったとしても、収容法 118 条が、施設長による弁護人の面会態様の制限を面会の場所に関する制限に限定していることの趣旨からすれば、施設長は国有財産法 5 条に基づく施設管理権によって、面会にさいしての弁護人による写真撮影を禁止することはできないというべきである。写真撮影の禁止は、それ自体、面会態様の制限に当たるからである。

さらに、かりに、収容法において、収容法独自の目的から、「刑事施設の規律及び秩序を害する行為」（同法 117 条・113 条 1 項口）を理由として、接見交通権の制約が許されるとの前提に立ったとしても、弁護人が高度な専門的能力を有し、厳格な職業倫理に拘束されることからすれば、接見にさいしての弁護人の写真撮影によって、刑事施設において逃亡・罪証隠滅の現実的危険が生じ、あるいは刑事施設における適切な処遇環境および安全・平穏な共同生活の維持が現実的に損なわれることはないというべきである。それゆえ、弁護人による写真撮影がただ施設長による禁止措置に違反したことをもって、「刑事施設の規律及び秩序を害する行為」に当たるとし、接見交通権の制約の理由とすることは許されない。

以上のような本稿の検討結果からすれば、田邊事件の争点については、次のような回答が得られるであろう。

第 1 に、接見にさいして弁護人が被告人の容ぼうを写真撮影することは、それ自体、刑訴法 39 条 1 項にいう「接見」であって、同規定による接見交通権の保障の範囲内にあるから、小倉拘置支所長が弁護人による面会室への撮影機器の持込を禁止したうえで、弁護人がこの禁止措置に違反したことを理由にして、施設職員が接見中の面会室に立ち入り、弁護人による写真撮影を阻止することによって、接見を中断させたことは、接見交通権の侵害に当たり違法である。また、このような禁止措置を前提として、施設職員が弁護人に対してすでに撮影した画像の除去を求めたことは、自由な接見に対する不当な干渉であって、同じく接見交通権を侵害する。

第 2 に、かりに、弁護人による写真撮影それ自体が「接見」に含まれないとし

でも、刑訴法39条1項による接見の制限は、同条2項にいう「法令」の規定によって、同規定に明示された「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」という目的のためにのみ許されるのであるから、収容法117条・113条1項に基づき、施設職員が刑事施設における規律・秩序の維持という同法独自の目的のために、規律・秩序違反行為の制止措置として、弁護人による写真撮影を阻止し、もって接見を中断させたことは、接見交通権の侵害に当たり違法である。

第3に、かりに、刑訴法39条2項にいう「法令」による「必要な措置」とは別に、収容法117条・113条に基づき、面会にさいしての規律・秩序違反行為を制止することができ、もって接見交通権を制約することが可能であるとの前提に立ったとしても、収容法118条が、施設長による弁護人の面会態様の制限を面会の場所に関する制限に限定していることからすれば、施設長が国有財産法5条に基づく施設管理権によって、刑事事件の被疑者・被告人たる未決拘禁者と弁護人との面会について、弁護人による写真撮影を禁止することによってその態様を制限することは、収容法118条の趣旨に反し違法である。

第4に、かりに、収容法において、同法独自の目的から、「刑事施設の規律及び秩序を害する行為」(同法117条・113条1項口)を理由として、接見交通権の制約が許されるとの前提に立ったとしても、弁護人による写真撮影が施設長による禁止措置に違反していることをもって、ただちに「刑事施設の規律及び秩序を害する行為」に当たるとし、施設職員がそのような行為を制止することによって、接見を中断させることは、接見交通権の侵害に当たり違法である。弁護人が高度な専門的能力を有し、厳格な職業倫理に拘束されることからすれば、接見にさいしての弁護人の写真撮影によって、刑事施設において逃亡・罪証隠滅の現実的危険が生じ、あるいは刑事施設における適切な処遇環境および安全・平穏な共同生活の維持が現実的に損なわれることはないというべきだからである。

II 田邊事件一審判決の論理

法的論点の検討に入る前提として、一審判決がどのような判断を示したのかを

概観しておく。

施設職員が、被告人と弁護人（一審判決の引用部分においては「原告」）とが現に接見している面会室内を視察し、弁護人が被告人の容ぼうの写真撮影に及ぼうとしていることを認めたので、面会室に立ち入り、写真撮影を阻止した措置について、一審判決は、第1に、接見交通権と刑事施設における規律・秩序の維持とのあいだの法律の規定による「調整」の可能性を承認した。すなわち、一審判決は、「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り、このような刑罰権の発動ないし捜査権の行使のために必要なものとして、刑訴法の規定に基づき、逃亡又は罪証隠滅の防止を目的として、被疑者等の居住を刑事施設内に限定する未決勾留という制度を認めるものであるから、弁護人等と被疑者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」ないのであり、また、「刑事施設は、多数の被拘禁者を外部から隔離して収容する施設であって、同施設内でこれらの者を集団として管理するに当たっては、内部における規律及び秩序を維持し、その正常な状態を保持する必要があるが、憲法は、このような刑事施設の規律及び秩序を維持する必要があることを否定するものではないから、憲法34条は、被疑者等に対して弁護人等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、法律に接見交通権の行使と刑罰権の発動ないし捜査権の行使との間を調整する規定や刑事施設の規律及び秩序の維持を目的とする調整の規定を設けることを否定するものではない」としたのである。

第2に、一審判決は、第1の判示を踏まえて、接見にさいしての写真撮影の阻止の根拠規定となりうる収容法117条が準用する同法113条1項の解釈を示した。すなわち、一審判決は、刑事事件の被疑者・被告人たる未決拘禁者と弁護人との面会について、「刑事施設の規律及び秩序を害する行為」（同法113条1項口）がなされる場合に限り、これを制止し、または面会を一時停止することができる旨定めている同規定が、接見交通権と刑罰権の発動ないし捜査権の行使とのあいだの「調整」の規定に当たるとしたうえで、「同項に基づく措置は現に行われている面会をいったん中断させるのと同じ状態に置く効果を伴う場合もあり、又は一

時的に面会をできない状態に置く効果を伴うものであり、少なくともその意味において接見交通権に対する制約となり得るものであるから、……同項の適用に際しては、……憲法34条の趣旨が実質的に損なわれないように留意される必要がある。そこで、接見交通権が憲法の保障に由来する権利であり、取り分け、未決拘禁者についてはその防御権の尊重に特に留意しなければならない一方、逃亡又は罪証隠滅の防止という未決勾留の目的並びに刑事施設の規律及び秩序の維持の必要性に鑑みて、同項1号口にいう『刑事施設の規律及び秩序を害する行為』については、逃亡又は罪証隠滅並びに刑事施設の適正な規律及び秩序の維持に支障を及ぼす具体的なおそれのある行為をいうものと解するのが相当である」とした。一審判決は、同規定が「このような行為に限りこれを制止し、又は面会を一時停止させることができる旨を定めたものと解されるから、憲法34条及び37条3項の趣旨に違反するものではない」とし、「弁護士等と被疑者等との面会の場面における刑事施設の職員による同項に基づく措置については、『刑事施設の規律及び秩序を害する行為』に該当するものとされる行為の具体的内容及び性質、同項に基づく措置を講ずる必要性及びその程度、当該措置の具体的態様及び当該措置による接見交通権への制約の程度等に照らし、接見交通権に対する不当な制約とならない限りにおいてこれを行い得るものと解すべき」だとした。

第3に、一審判決は、収容法117条・113条1項による規律・秩序侵害行為の制止および面会の一時的停止の前提となる施設職員による面会状況の視認について、「弁護士等と被疑者等との面会の場合においても、規律及び秩序を害する行為が行われ得ることは一概に否定することができず、このような場合には当該行為の制止等の必要があるものというべきであるから、刑事施設の職員が、『刑事施設の規律及び秩序を害する行為』が行われる具体的なおそれがある場合に面会の状況を視認しようとすることは、弁護士等と被疑者等との意思疎通の内容を把握しようとするものではない限り、許される」のであって、このように理解しても、「弁護士等と被疑者等との面会の際の意思疎通の内容を知られるものではないことを保障した刑訴法39条1項の趣旨に反するものではない」とした。そのうえで、一審判決は、本件における施設職員の視認について、「視認として適法に行い得る行為の範囲にとどまるもの」であると認めた。

第4に、一審判決は、施設職員が面会室に立ち入り、弁護人による写真撮影を阻止した行為について、適法であるとした。まず、収容法113条1項にいう規律・秩序侵害行為の「制止」および面会の「一時停止」の意味について、一審判決は、同規定がこれら両者を区別して規定していることなどからすれば、『制止』とは、『刑事施設の規律及び秩序を害する行為』を行わないように求めることをいい、『一時停止』とは、面会を一時停止するように求めることをいうものと解される」との理解を示したうえで、「もっとも、上記『制止』の措置の場合であっても、刑事施設の職員の求めに対する未決拘禁者又は面会の相手方の対応の過程において一時的に面会が中断するのと同じ状態となることはあり得るが、このような意味における一時的な中断については、面会を一時停止するように求めたものでもなく、同項の面会の一時停止には当たらない」とした。これを踏まえて、一審判決は、施設職員が弁護人の写真撮影を阻止した行為について、弁護人が「小倉拘置支所長の禁止する通信・撮影機器の持込みをした上で写真撮影を行おうとするのを認め、原告に対してこれを行わないように求めたものであるから、『制止』の措置を執ったものと認められる」とした。

第5に、一審判決は、収容法117条・113条1項に基づく制止措置については、先の意味における『刑事施設の規律及び秩序を害する行為』が認められる場合において、接見交通権に対する不当な制約とならない限りにおいてのみこれを行い得るものと解すべき」ことを確認したうえで、本件における施設職員の制止措置について、弁護人の「接見交通権に対する不当な制約に当たるものでないか」を検討し、これを否定した。すなわち、一審判決は、小倉拘置支所長が面会室への通信・撮影機器の持込みを禁止していることについて、施設長の「施設管理権に基づく必要かつ合理的なもの」だとした。一審判決は、「小倉拘置支所が多数の未決拘禁者を収容する施設であることからすれば、当該禁止措置は、未決勾留の目的である逃亡又は罪証隠滅の防止並びに刑事施設の適正な規律及び秩序の維持をもその目的としているものと解されるところ、当該禁止措置は現状において上記の目的を達するために必要かつ合理的な措置であると認められる一方、この措置によっても、通信・撮影機器の持込みが禁止されるにとどまり、接見交通権の保障により確保されるべき、身体の拘束を受けている被疑者等が弁護人等と相

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自体が制限されるものということとはできない」とし、「禁止措置自体については、刑事施設の長による施設管理権に基づく必要かつ合理的なものであると認められ、これに何ら違法な点は存しない」とした。そのうえで、一審判決は、本件において弁護人が携帯電話を面会室に持ち込み、被告人の容ぼうの撮影に及ぼうとしたことは、そのような「禁止措置に違反するものであるから、『刑事施設の規律及び秩序を害する行為』に当たると認められる」とした。

第6に、一審判決は、原告の主張するように、接見交通権の保障として、弁護人が面会室内で写真撮影をする権利が保障されているとしたならば、施設長による禁止措置は弁護人の接見交通権を侵害し、違法なものとなろうとしたうえで、弁護人による写真撮影が接見交通権の保障の範囲内にあるかを検討し、これを否定した。すなわち、一審判決は、本件における弁護人の写真撮影が、被告人の「擦過傷の状態を証拠として保全する目的でされたもの」であると認め、そのうえで、「接見交通権は、被疑者等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という弁護人等と被疑者等との意思疎通を確保するために認められたものであると解される」とし、「刑事施設内の面会室において証拠を保全する目的で写真撮影を行うことは、弁護人等と被疑者等との間で行われる意思疎通には当たらず、また、これを補助するものとみることもできないから、接見交通権の保障の範囲に含まれると解することはできない」とした。

第7に、一審判決は、面会室への通信・撮影機器の持込みを禁止する施設長の措置が、弁護活動を不当に制約するものでないかを検討し、これを否定した。すなわち、一審判決は、「弁護人等が被疑者等との面会において把握した情報を記録する行為については、弁護人等の弁護活動の一つとして重要なものであって尊重されるべきものである。そして、弁護人等が取得した視覚的情報を記録する方法としての写真撮影は、一般論として上記弁護活動の有効な手段の一つとなり得るものである」としながらも、「刑事施設内における被疑者等との面会に際しての弁護人等の情報記録化の方法については無制約に認められるものではなく、逃亡又は罪証隠滅の防止という未決勾留の目的並びに多数の未決拘禁者を収容する

刑事施設の規律及び秩序の維持の観点からの制約がある」とした。そのうえで、一審判決は、施設長による面会室への通信・撮影機器の持込み禁止措置は、「その効果として面会室内での写真撮影ができないという点において弁護人等による面会の内容の記録化の一手段を制限することになる」と認めつつも、「上記禁止の措置が未決勾留の目的並びに刑事施設の規律及び秩序の維持の観点からされるものであると解されることやその制限の程度が上記の限度にとどまることに鑑みると、弁護人等の弁護活動を不当に制約するものとまでいうことはできず、上記制約の範囲内にあるものとみるべきである」とした。

第8に、一審判決は、以上のことから、面会室内での弁護人による写真撮影を阻止した施設職員の行為は、収容法117条が準用する同法113条1項に基づく「制止」措置として適法であると結論づけた。すなわち、一審判決は、本件における面会室への弁護人の携帯電話の持込みおよびそれを用いた撮影行為は、「小倉拘置支所長の前記禁止措置に反するものであるから、刑事施設の職員においてはこれを行わないように求める制止の措置を執る必要があり、また、……面会室における写真撮影が接見交通権の保障の範囲に含まれないと解されることからすれば、上記制止の措置による原告の接見交通権に対する制約の程度としては面会が原告による上記制止の措置への対応の限度において一時的に中断するというものにとどまるものというべきである」とし、施設職員による制止措置については、弁護人の接見交通権を不当に制約するものとまでいうことはできないとした。

第9に、一審判決は、面会終了後、施設職員が、面会室において、弁護人に対し、被告人の容ぼうを撮影した画像の消去を求めたことについて、「面会室における写真撮影が接見交通権の保障の範囲に含まれない」から、「画像の消去を繰り返し求めた行為自体が原告の接見交通権を侵害するものでないことは明らかである」とした。

Ⅲ 弁護人による写真撮影と刑訴法39条1項の「接見」

1 「接見」に当たらないとする裁判例

田邊事件の一審判決は、上記第6の判示において、接見にさいして弁護人が被

告人の容ぼうを写真撮影することが、刑訴法39条1項にいう「接見」に当たり、同規定による接見交通権の保障の範囲に含まれるとしたならば、弁護人による写真撮影を禁止する施設長の措置は、接見交通権を侵害するものとして違法となると指摘している。たしかに、弁護人による写真撮影が、それ自体として「接見」に当たるのであれば、以下に論じるように、刑訴法39条2項にいう「法令」による被疑者・被告人の「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」としても、また、収容法独自の目的からする刑事施設の規律・秩序を維持するための措置としても、「接見」たる写真撮影を制限することは許されないというべきである。弁護人による写真撮影が「接見」に当たり、それを禁止する施設長の措置が接見交通権の侵害となるとするならば、当然、弁護人が施設長の禁止措置に違反して写真撮影に及ぼうとしたことを理由にして、施設職員が、規律・秩序違反行為に対する「制止」措置(収容法117条・113条1項)として、写真撮影を阻止することも許されないことになる。また、面会終了後、施設職員が、弁護人に対し、すでに撮影した画像を消去するよう求めることも、接見交通権に対する不当な干渉に当たるものとして、許されないことになろう。このように、田邊事件の争点に対する回答を提示するうえで、接見にさいしての弁護人による写真撮影が「接見」に当たるかどうか、先決問題となるのである。

この点について、田邊事件の一審判決は、上記第6の判示において、本件における弁護人の写真撮影が、被告人の「擦過傷の状態を証拠として保全する目的でされたもの」だと認めたとうえで、「接見交通権は、被疑者等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という弁護人等と被疑者等との意思疎通を確保するために認められたものであると解される」とし、それゆえ「刑事施設内の面会室において証拠を保全する目的で写真撮影を行うことは、弁護人等と被疑者等との間で行われる意思疎通には当たらず、また、これを補助するものとみることができないから、接見交通権の保障の範囲に含まれると解することはできない」とした。刑訴法39条1項にいう「接見」には当たらないとしたのである。

「接見」を「意思疎通」として理解する立場は、竹内事件の一審判決³⁾および控訴審判決⁴⁾がとるところでもあった。竹内事件においては、施設職員が、接見

にさいして弁護人が被告人の容ぼうの写真撮影に及んだことを理由にして、規律・秩序侵害行為があったとして、東京拘置所に未決拘禁者として収容されていた被告人と弁護人との面会を一時停止・終了させたことから（収容法 117 条・113 条）、面会室内での弁護人の写真撮影を禁止する施設長の措置および施設職員による面会の一時停止・終了の適法性が争われた。

竹内事件の一審判決は、弁護人による写真撮影は、被告人「との意思疎通の内容を備忘するために行われたのではなく、専ら証拠保全として行われたものである」と認めたとうえで、「接見交通権は、未決拘禁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という未決拘禁者との意思疎通を確保するために認められたもの」であるから、証拠保全を主目的とする写真撮影は、接見交通権の保障の範囲に含まれるとはいえないとした。同事件の控訴審判決も、刑訴法 39 条 1 項にいう「『接見』とは、被告人が弁護人等と面会して、相談し、その助言を受けるなどの会話による面接を通じて意思の疎通を図り、援助を受けることをいうものであって、被告人が弁護人等により写真撮影やビデオ撮影されたり、弁護人が面会時の様子や結果を音声や画像等に記録化することは本来的には含まれない」と判示した。

これらの判決は、いずれも、「接見」とは被疑者・被告人と弁護人とのあいだの「意思疎通」をいうとの立場をとっているのである。

2 取得した情報の記録化と「接見」

しかし、「接見」を「意思疎通」として理解することには、重大な疑問がある。刑訴法 39 条 1 項にいう「接見」とは、より広く、身体を拘束された被疑者・被告人と弁護人とのあいだのコミュニケーションをいうのであって、「書類若しくは物の授受」を除いたもの、すなわち接見室においてなされる意思疎通および情報の発信・取得をいうとすべきである。接見にさいして弁護人が被疑者・被告人の容ぼう、態度など、接見状況を記録するために写真撮影・ビデオ録画を行うことは、接見にさいして弁護人が取得した視覚的情報を自ら記録することにほかな

3) 東京地判 2014 (平 26)・11・7 判タ 1409 号 306 頁。

4) 東京高判 2015 (平 27)・7・9 判時 2280 号 16 頁。

らないから、この点において、同じく取得した聴覚的情報を文字、図画などにより記録するメモ行為と変わるところはなく、それ自体、刑訴法39条1項にいう「接見」に含まれ、同規定による接見交通権の保障の範囲内にあると理解すべきである⁵⁾。

たしかに、被疑者・被告人と弁護人とのあいだの「意思疎通」が、「接見」の中核的位置にあることは否定できないであろう。しかし、なにゆえ「接見」を「意思疎通」に限定しなければならないのかについて、田邊事件の一審判決、竹内事件の一審判決・控訴審判決は、いずれも、積極的理由を述べていない。

人間のあいだのコミュニケーションは、「意思疎通」の枠に収まらないものを含んでいる⁶⁾。また、人間のあいだのコミュニケーションは口頭によるほか、さまざまな手段・方法によってなされるものであるから、それを手段・方法の面から限定することはできない。そうであるならば、刑訴法39条1項にいう「接見」は、被疑者・被告人と弁護人とのあいだのコミュニケーションであって、「書類若しくは物の授受」を除いたもの、すなわち接見室においてなされる意思疎通および情報の発信・取得をいうとすべきであろう⁷⁾。

また、接見が、身体を拘束された被疑者・被告人が弁護人から実効的な援助を受ける機会であり、これを弁護人からみれば、被疑者・被告人に対して弁護人が効果的な援助を提供する機会であって、この意味において弁護の手段である以上、接見においては、取得した情報の記録が不可欠である。もしかりに、接見が取得した情報の記録化を含まないとするならば、弁護手段としての接見の機能は決定的に減じられることになろう。接見にさいしての情報の取得は、聴覚による音声

5) 葛野尋之『未決拘禁法と人権』（現代人文社、2012年）360頁、同「弁護人接見の電子的記録と接見時の電子通信機器の使用」季刊刑事弁護72号（2012年）77頁、同「身体拘束中の被疑者・被告人との接見、書類・物の授受」後藤昭＝高野隆＝岡慎一編著『実務体系・現代の刑事弁護（3）——刑事弁護の歴史と展望』（第一法規、2014年）195頁。なお、同「接見時の携帯電話使用と弁護士倫理」季刊刑事弁護74号（2013年）も参照。

6) 『広辞苑（第6版）』（岩波書店、2008年）によれば、「コミュニケーション」とは「社会生活を営む人間の間に行われる知覚・感情・思考の伝達。言語・文字その他視覚・聴覚に訴える各種のものを媒介とする」とされている。刑訴法39条1項にいう「接見」とは、「書類若しくは物の授受」を除いたコミュニケーションをいうと理解すべきであり、このようなコミュニケーションの定義からしても、「接見」を「意思疎通」に限定することはできないというべきである。

情報の取得に限られない。したがって、弁護人が取得した視覚的情報を記録することは、その記録手段のいかんによらず、それ自体、「接見」に含まれるというべきである。取得した情報の記録を含め「接見」の自由と秘密性を保障したものが、刑訴法 39 条 1 項なのである。

竹内事件の控訴審判決は、弁護人による写真撮影が「接見」に含まれないとする理由を何点かあげているものの、いずれも説得的であるとはいいがたい。第 1 に、「接見」が「面会」と一般に同義に解されたとしても、「接見」が意思疎通に限定されるべき理由にはならず、「面会」にさしての情報の発信および取得、さらには取得した情報の記録化をも含むと理解することは可能である。

第 2 に、同判決において、「『接見』と『書類若しくは物の授受』が区別されていること」が「接見」は意思疎通に限定されるべきことの理由とされていることの趣旨は、おそらく、「接見」が意思疎通であるのに対し、「書類若しくは物の授受」は情報を発信・取得する行為であるから、「接見」が意思疎通とともに、情報の発信および取得をも含むとすると、「接見」と区別されて「書類若しくは物の授受」が規定されていることと整合しないというものであろう。たしかに、

-
- 7) 富永事件の控訴審判決（福岡高判 2011〔平 23〕・7・1 判時 2127 号 9 頁）は、被疑者に対する検察官の質問は「未だ秘密性が消失していない本件被疑者と弁護人との間の情報交換の内容を尋ねるものであり、本件被疑者と弁護人との意思疎通の過程を聴取したものにほかならず、被疑者等と弁護人等との自由な意思疎通ないし情報伝達に萎縮の効果を及ぼすおそれがあるというべきである」としており、「情報伝達」を「意思疎通」の手段として位置づけているようである。同判決は、「捜査権の行使と秘密交通権の保障とを調整するに際しては、秘密交通権の保障を最大限尊重すべきであり、被疑者等と弁護人等との自由な意思疎通ないし情報伝達に萎縮の効果を及ぼすことのないよう留意することが肝要である」とも述べており、「接見」の内実としての「意思疎通ないし情報伝達」を、田邊事件の一審判決などが指摘する「意思疎通」に比べ、より広く被疑者・被告人と弁護人とのあいだのコミュニケーションの過程として捉えているようである。また、後藤事件の控訴審判決（大阪高判 2005〔平 17〕・1・25 頁）は、「刑訴法 39 条 1 項が被拘禁者が弁護人と立会人なくして接見することができるとしているのは、弁護人から有効かつ適切な援助を受ける機会を持つためには、被拘禁者とその弁護人との間において、相互に十分な意思の疎通と情報提供や法的助言等が何らの干渉なくされることが必要不可欠であり、特に、その意思の伝達や情報提供のやりとりの内容が捜査機関、訴追機関、更には収容施設側に知られないことが重要であるので、この点を明文で規定したものと考えられる」としており、「接見」を「意思の疎通」を含むとしつつも、それに限定することなく、「意思の伝達や情報提供のやりとり」として定義している。これらの裁判例からすれば、少なくとも、「接見」が当然に「意思疎通」に限られるわけではないというべきである。

「接見」と「書類若しくは物の授受」とは区別されるべきである。しかし、同判決のように、「接見」は意思疎通であり、「書類若しくは物の授受」は情報の発信・取得であると定義しなければ、両者の区別ができないわけではない。両者は、被疑者・被告人と弁護人とのあいだのコミュニケーションである点において共通する。両者の本質的相違は、「接見」が接見室内での同時的コミュニケーションであるのに対し、「書類若しくは物の授受」が意思ないし情報の化体した書類・物の授受、すなわち意思・情報を記録した媒体の占有の移転をとまなうコミュニケーションである点にあるというべきである。このような区別こそ、「書類若しくは物の授受」という規定の文言により適した理解だといえよう。このようにして両者を区別したとき、接見にさいしての弁護人による写真撮影は、取得した情報を記録した媒体の占有の移転をとまなわないから、「書類若しくは物の授受」に含まれることはない。刑訴法39条1項における「接見」と「書類若しくは物の授受」との区別は、弁護人による写真撮影を「接見」に含めることの妨げにはならないのである。

第3に、刑訴法制定当時、カメラ・ビデオなどの通信・撮影機器が普及していなかったとしても、そのことが、写真撮影が「接見」に含まれないことの理由になるとはいえない。科学技術の進歩により、制定当時に存在せず、または普及していなかった機器などが存在・普及したときに、それを用いた手段・方法が規定の意味に含まれるものである限り、規定に内包されるものが豊富化することは珍しいことではない。たとえば、最近では、2009年9月28日の最高裁決定が、捜査機関が、荷送人・荷受人の承諾を得ることなく、宅配業者から宅配荷物を借り出して、空港税関においてエックス線検査を行ったことについて、「検証としての性質を有する強制処分当たる」と判示している⁸⁾。一例といえよう。

3 証拠保全目的の記録化と「接見」

田邊事件の一審判決は、上記第6の判示において、「刑事施設内の面会室において証拠を保全する目的で写真撮影を行うことは、弁護人等と被疑者等との間で

8) 最決2009(平21)・9・28刑集63巻7号868頁。

行われる意思疎通には当たらず、また、これを補助するものとみることもできないから、接見交通権の保障の範囲に含まれると解することはできない」とした。証拠保全目的の撮影であることから、「接見」該当性の否定を導いたのである。写真撮影の目的がなにかによって、「接見」該当性が左右されるとすることには疑問がある。

この点について、竹内事件の控訴審判決は、接見内容の備忘のためのメモであれば、「その後の円滑な弁護活動のために必要なことが多いから」、それは接見交通権の保障の範囲内にあるとする一方、証拠保全の目的による写真撮影・記録は、証拠保全を目的とするものであるがゆえに、接見交通権の保障の範囲には含まれないとしていた。「接見交通権が規定された趣旨に鑑みれば」と述べていることからすれば、「接見」を「意思疎通」と定義したことの帰結だということであろう。この点については、同事件の一審判決も、「接見交通権は、……弁護人等から援助を受ける機会を確保するという未決拘禁者との意思疎通を確保するために認められたものであるといえるところ、原告は、将来公判等において使用すべき証拠をあらかじめ収集して保持しておくという証拠保全を主な目的として本件撮影行為を行っており、少なくともこのような写真撮影行為については、接見交通権に含まれるものとして保障されているとはいえない」としており、同様の立場をとっていた。

しかし、「接見」が「意思疎通」に限定されるべきでないことは上述のとおりである。また、弁護人が取得した情報の記録化が、備忘を目的とするか、証拠保全を目的とするかは、記録した情報の事後的な使用目的の違いでしかない。しかも、刑事手続の動的性格からすれば、記録化の時点での目的が、その後の使用時には変化する可能性もある。たとえば、備忘のために作成した記録を証拠として用いることもありうる。「接見」に含まれるかどうかは、取得した情報の記録化それ自体の法的性格によって判断されるべきであって、記録した情報の事後的な使用目的のいかんによって判断されるべきではない⁹⁾。

4 写真撮影を制限する「法令」の不存在

田邊事件の一審判決は、上記第6の判示において、接見にさいして弁護人が被

告人の容ぼうを写真撮影することが、もし刑訴法39条1項による接見交通権の保障の範囲に含まれるとしたならば、弁護人による写真撮影を禁止する施設長の措置は、弁護人の接見交通権を侵害するもとして違法となるであろうとしていた。このことは、それ自体、正当な指摘である。

弁護人による写真撮影が、取得した視覚的情報の記録化として、刑訴法39条1項にいう「接見」に含まれ、同規定による接見交通権の保障の範囲内にあるのであれば、後述するように、「接見」の制限は、同条2項にいう「法令」による「必要な措置」としてのみ認められるというべきである。そうであるならば、弁護人による写真撮影を制限する「法令」の規定は存在しないから、それを制限することは、本来、許されないはずである。

収容法118条1項ないし4項は、未決拘禁者と弁護人との面会に関する制限を定めている。同規定があげているのは、日・時間帯(1項)、相手方の人数(2項)、これらの制限に適合しない面会申出の原則許可(3項)、面会場所(4項)である。収容法のなかには、ほかに、弁護人による写真撮影の禁止を根拠づける規定はない。したがって、「接見」としての弁護人による写真撮影を制限するための「法令」(刑訴法39条2項)の規定は、存在しないといわなければならない。

未決拘禁者の処遇の原則を定める収容法31条が、施設長の庁舎管理権と組み合わせられて、弁護人による面会室への通信・撮影機器の持込みおよび接見にさいしての写真撮影を禁止する根拠規定としてあげられることがある。収容法31条が、未決拘禁者の処遇の原則として、「防御権の尊重」とともに、「逃走及び罪証隠滅の防止……に特に留意しなければならない」としていることからすれば、庁

9) 田邊事件の一審判決、竹内事件の一審判決・控訴審判決はいずれも、証拠保全の目的による弁護人の写真撮影が弁護方法として有意義であることを認めつつも、施設長による写真撮影の禁止が弁護方法の不当な制限には当たらないと判断するにあたり、証拠保全であれば、刑訴法179条に基づく証拠保全を行えば足りるという点を指摘している。しかし、同規定は、被疑者・被告人または弁護人が、第1回公判期日前に、裁判官に対し、押収・搜索・検証・証人尋問・鑑定を請求することができるとするものであって、弁護人が裁判官に対し請求するまでもなく、自ら任意の処分により証拠保全をすることができる場合には、あえてこの規定に基づき裁判官に対し請求をする必要はないはずである。弁護人による証拠保全のための任意の処分の適法性について判断するうえで、刑訴法179条に基づく証拠保全の可能性は問題にならないというべきである。

舎管理権は、この規定の趣旨に沿って行使されるべきであり、したがって、撮影・録画が保安・警備上重大な支障を生じさせるものである以上、そのための機器の持込みを庁舎管理権に基づいて禁止することができるというのである。

しかし、収容法31条は、刑訴法39条2項にいう「法令」たりえないというべきである。収容法31条は、もとより処遇の原則を定めたものであって、刑訴法39条1項の接見を制限する要件・方法・手続を具体的に定めたものではない。また、庁舎管理権も、施設管理者の有する一般的権限にすぎない。それゆえ、庁舎管理権を媒介させたところで、収容法31条を根拠にして、接見を制限することは許されない。庁舎管理権を媒介させれば、それ自体としては接見の制限について具体的に定めた規定でなくとも、刑訴法39条2項にいう「法令」として制限の根拠規定とすることができるというのであれば、この規定が接見の制限には「法令」の根拠が必要だと明記したことの意味が失われることになる¹⁰⁾。なお、刑訴法39条2項の明記する制限目的のための同規定にいう「法令」による制限とは別に、刑事施設の規律・秩序の維持という収容法独自の目的のために、施設長がその庁舎管理権により弁護人による面会室への通信・撮影機器の持込みを禁止し、また、そのような禁止措置を前提として、施設職員が接見にさいしての弁護人による写真撮影を阻止することができないことについては後述する。

5 接見交通権の「本質」に及ぶ制限の排除

遑って考えるならば、接見にさいしての弁護人による写真撮影が「接見」に含まれるとすると、たとえ「法令」によっても、それを禁止することはできないというべきである。

かねてより、刑訴法39条2項の「法令によっても、被疑者、被告人の本質的な権利を制限することはできない」ことが指摘されてきた。同「規定が、前項の接見について、法令により必要な措置を規定することができる」とする関係から、逃亡等を防ぐためには、弁護人の接見に立会いも可能であるかのように文理上解釈可能であるが、弁護人と被疑者等の秘密交通権の重要性から考えて、立会人を

10) 葛野・注5)「身体拘束中の被疑者・被告人との接見、書類・物の授受」198頁。

おくことは許されない」というのである¹¹⁾。このことは、刑訴法39条1項の保障する接見交通権が、憲法34条・37条3項による弁護権に由来する、憲法的重要性を有する権利であることから導かれるといえよう。刑訴法39条2項にいう「必要な措置」には固有の限界があり、接見交通権の「本質」に及ぶような、重大で実質的な制限は許されないというべきなのである¹²⁾。たとえば、いかに「法令」によろうとも、逃亡および罪証隠滅を防ぐとの目的から、接見にさいして被疑者・被告人と弁護人とのあいだでなされたコミュニケーションの内容を探

11) 河上和雄ほか編『大コメンタール・刑事訴訟法(第3版)(第1巻)』(青林書院、2013年)447頁〔河上和雄=河村博〕。これに対して、たとえば福岡高裁2011(平23)7・1判例時報2127号9頁は、刑訴法39条1項による秘密交通権が憲法34条の保障に由来するものであることを認めながら、「他方で、憲法が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していることに照らし、被疑者等と弁護人等との接見交通権は、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ではない」としたうえで、捜査・取調べ権限の適正な行使が「秘密交通権の保障と抵触することは、事実としては承認せざるを得ないところである」とし、「被疑者等が有効かつ適切な弁護人等の援助を受ける機会を確保するという刑訴法39条1項の趣旨を損なうことにならない限りにおいて、捜査機関が被疑者等から接見内容に係る供述を聴取したことが、直ちに国賠法上違法となると断ずることは相当でない」としているように、接見の秘密性の保障が問題とされた下級審判例においては、これまで、捜査・取調べ権限の行使と接見の秘密性の保障とのあいだの「調整」の余地を認める立場がとられてきた。しかし、接見における秘密性の保障は、接見交通権の「本質」をなすものであるから、秘密性を奪うような措置は、接見交通権の本質に及ぶ、重大で実質的な制限だといわざるをえない。したがって、いかに捜査・取調べの必要性があろうとも、それをもって秘密性の保障を相対化することはできないというべきである。この点について、葛野尋之「検察官による弁護人と被疑者との接見内容の聴取が秘密交通権の侵害にあたる」とされた事例(福岡高裁2011〔平23〕・7・1)判例評論641号(2012年)参照。あるいは、先の福岡高裁判決も、秘密交通権の相対化については、「刑訴法39条1項の趣旨を損なうことにならない限りにおいて」という条件を付しているところ、接見の秘密性を奪う措置は、被疑者・被告人と弁護人とのコミュニケーションに萎縮的效果をもたらし、必然的に「刑訴法39条1項の趣旨を損なうことにな」るから、許される余地はないということもできよう。この点については、徳永光「秘密交通権をめぐる議論状況」川崎英明=白取祐司編著『刑事訴訟法理論の探求』(日本評論社、2015年)84頁参照。なお、先のような「調整」論は、接見指定を「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」るための制度として性格づけた最大判1999(平11)・3・24民集53巻3号516頁の判示を参照しているが、この大法廷判決の判示は、あくまでも刑訴法39条3項による接見指定の合憲性を判断するにあたり示されたものであって、ここにいう「合理的な調整」とは、一つしかない被疑者の身体の利用が競合した場合において、接見の日時・場所・時間の指定によって、合理的な時間的・場所的調整を図ることを意味しているものと理解すべきである。この点については、注16)参照。

知する措置は、秘密性の保障が接見交通権の「本質」をなすことからすれば、許されないというべきであり、同条1項にいう「立会人なくして」は、このことを含意していると理解すべきである。

写真撮影の制限はどうか。たしかに、写真撮影の制限によって、接見の機会が奪われるわけではない。この点について、田邊事件の一審判決は、上記第5の判示において、「接見交通権の保障により確保されるべき、身体の拘束を受けている被疑者等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自体が制限されるものということはできない」と指摘し、このことをもって、施設職員が規律・秩序侵害行為の「制止」措置として（収容法117条・113条1項）、弁護人による写真撮影を阻止したことが、「接見交通権に対する不当な制約に当たるものでない」とする根拠とした。しかし、写真撮影の制限は、それ自体、重大で実質的な制限だというべきである。弁護人が接見にさいして取得した視覚的情報を記録する手段として、写真撮影は、機械的記録としての性格を有しており、他の手段に比べ、正確性において優れている。それゆえ、写真撮影を禁止することは、弁護人から、接見にさいして取得した視覚的情報の最も効果的な記録手段を奪うことにほかならず、この点において、接見交通権の「本質」に及ぶような、重大で実質的な制限だというべきである。したがって、いかに「法令」によろうとも、写真撮影の禁止は許されないのである。

(以下次号)

-
- 12) 刑訴法39条3項は、捜査機関による接見指定について、「日時、場所及び時間」の指定に限定したうえで、さらに但書において、「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」と定めており、接見指定による接見交通権の制限に限界を設けている。これと同様に、同条2項にいう「必要な措置」についても、その制限は無限定ではなく、接見交通権の「本質」に及ぶような、重大で実質的な制限は許されないというべきである。