

# 接見時の携帯電話使用と弁護士倫理

葛野尋之 一橋大学教授

くずの・ひろゆき

1961年、福井県生まれ。1990年、一橋大学大学院法学研究科博士課程単位修得退学。博士(法学)。静岡大学助教授、立命館大学助教授・教授を経て、2009年より現職。主な著作に、『少年司法の再構築』(日本評論社、2003年)、『刑事手続と刑事拘禁』(現代人文社、2007年)、『少年司法における参加と修復』(日本評論社、2009年)、『刑事訴訟法講義案(第2版)』(共著、法律文化社、2012年)、『未決拘禁法と人権』(現代人文社、2012年)などがある。

## 本稿の目的

刑訴法39条1項は、身体を拘束された被疑者・被告人と弁護人との意思疎通および情報発信・取得としてのコミュニケーションについて、接見交通権を保障している。この権利は、有効な弁護の憲法的保障(34条・37条3項)を実質化するために不可欠ともいえるものである。

最近、弁護人が接見に際し、携帯電話、通信機能付きパソコンなど、電子通信機器を使用し、または逮捕・勾留され、未決拘禁者として刑事収容施設に収容されている被疑者・被告人によるそれらの使用に関与したことをめぐり問題が生じている。拘留所長が弁護士の懲戒請求をした例がある一方、接見交通権の侵害の主張に基づく国家賠償請求訴訟も提起されている<sup>1</sup>。

「被収容者の外部交通に関する訓令の運用について(依命通達)」(平成19・5・30矯成3350矯正局長依命通達)は、7(2)において、「未決拘禁者との面会を申し出る弁護人等に対しては、次の事項を周知すること」として、「カメラ、ビデオカメラ、携帯電話を使用しないこと」(ウ)をあげており、7(3)において、これらの「事項の告知は、面会人待合室に掲示する方法等によること」としている。さらに、刑事被収容者処遇法117条に基づく面会の一時停止・終了について、同依命通達4(3)は、「未決拘禁者と弁護人等との面会の一時停止については、……弁護人等が自己の携帯電話を使用して未決拘禁者と外部の者との間で通話させるような行為に及んだ場合などが想定されるが、その権限はあくまでも刑事施設の規律及び秩序を維持するために必要な限度で行使されなければならないこと。……」としており、このことは、弁

護人との接見時に未決拘禁者が携帯電話により外部の第三者と通話すること、または弁護人がそのような通話を補助することが、同法117条1項の準用する113条1項1号ロにいう「刑事施設の規律及び秩序を害する行為」に該当し、禁止されているとの理解を前提としている。

電子通信機器の使用には3つの場合がありえよう<sup>2</sup>。第1に、弁護人自身が、助言・相談を行ううえで必要な法令、判例、報道、地図その他の情報をインターネットから検索し、調査するなど、接見において有効な助言・相談を提供するために使用する場合である。このような機器使用は、接見の目的を達成するための、接見の補助手段であるから、刑訴法39条1項の「接見」に包含され、秘密交通権の保障の下におかれるべきである。

第2に、弁護人自身が、有効な弁護を提供するために使用する場合である。弁護人が緊急の必要から接見時に準抗告申立書などを作成し、接見室内から所属する法律事務所にパソコンの電子メールを用いて送信し、それを裁判所に提出するよう事務職員に指示をする、接見時に被疑者・被告人から緊急を要する第三者への伝言を依頼されたので、弁護人がそれを聴取したうえで、接見室内から第三者に携帯電話を用いて伝言内容を伝達することなどが想定されている<sup>3</sup>。このような電子通信機器の使用は、それ自体、接見における有効な助言・相談の提供のためのものとはいえないにせよ、有効な弁護の提供のために必要な使用である限り、それによって拘禁目的を阻害する現実的危険が生じることもないはずであるから、正当な弁護手段というべきである。このような接見時の機器使用は、接見と密接に関連する弁護手段であるから、「接見」に準じるものとして扱われるべ

きである(刑訴法39条1項の準用)。

本稿が焦点を合わせるのは、第3の場合である。第3の場合とは、弁護士等自身が電子通信機器を使用するのではなく、被疑者・被告人が弁護人の携帯電話などを使用して、外部の第三者と直接通話し、そのような通話を弁護士が補助するという場合である。前稿は、このような電子機器の使用は、原則として許されないとしたうえで、例外的に許容される余地もあるとした。過去、接見室内での被疑者・被告人の携帯電話の使用に関与した弁護士が懲戒処分を受けた例があり、現在も、拘置所長の請求による懲戒審査手続が進行しているという。

被疑者・被告人が弁護士との接見時に、携帯電話により第三者と直接通話することは許されるのか。原則として許されないとするのであれば、その根拠は何か。また、弁護士が被疑者・被告人の通話を補助することは、弁護士倫理上、どのように評価されるべきか。通話の補助が例外的に許容されるのは、どのような場合なのか。萎縮することのない、自由闊達な弁護活動を確保するためには、正当な弁護権行使の範囲を明らかにする必要があるが、これらの問題は、そのことにとって重要な問題である。

以下、本稿が明らかにするように、被疑者・被告人が弁護士との接見時に携帯電話を使用して、外部の第三者と直接通話することは、弁護士以外の者との外部交通に関する法的制限を潜脱する行為として、原則的には許されない。刑訴法81条の接見禁止が付されている場合であれば、接見禁止の潜脱ともなる。それゆえ、弁護士がそのような通話を補助することは、違法・不正な行為の助長・利用を禁止する弁護士職務基本規程14条に違反することとなる。他方、弁護士が関与する形で、被疑者・被告人が携帯電話により第三者と通話するとき、その通話は防御権行使の手段となりうるものであるから、個別具体的状況の如何によっては、通話の禁止が防御権の過剰な制約とならないよう、例外的に許容される場合があるとしなければならない。すなわち、防御上の必要性があり、かつ、通話状況の具体的設定、通話時のモニタリングなどにおいて、通話に対して弁護人の実質的コントロールが及んでおり、その選別・遮断機能が働くことによって、被疑者・被告人と第三者との間で拘禁目的阻害の危険情報が交換され

る可能性が僅少な場合には、携帯電話による直接通話も許容され、それを補助する弁護人の行為が、弁護士倫理に違反することもないというべきである。

## 過去の懲戒処分決定例

### 1 懲戒処分の決定理由

弁護士が、銃砲刀剣類所持等取締法違反により警察留置場に勾留され、接見禁止の付されている被疑者に対して、接見の際、虚偽供述を唆すような第三者の手紙を、その趣旨を知らずながら仕切り板越しに閲読させたこととあわせ、「二度にわたり、接見室において自らの携帯電話を仕切り板越し被疑者に使用させ、同所から同人の母と電話で会話させた」ことについて、懲戒処分が決定された例がある<sup>4</sup>。

携帯電話の使用を補助する行為について、東京弁護士会の懲戒委員会は、弁護士の行為は弁護士以外の者である母親を「勾留中の被疑者に接見させたに等しく……接見等の禁止決定を潜脱する違法な行為であり」(①)、「弁護士の品位を失うべき非行に該当する」と判断した。

決定理由について、同委員会は、接見交通権が「勾留されている被疑者については、弁護士の面前であるとしても弁護士以外の者と自由に交信させることまで認めたものでないことは明らかであるから、弁護士の行為は「接見交通権の保障外の行為」であるとしたうえで、弁護士以外の者の接見交通は「法令の範囲内において」のみ許されており(刑訴法80条)、当時の旧監獄法および同法施行規則において、接見の職員立会、信書の検閲などの制限が規定されているところ、「携帯電話は、右電話を使用することにより、共犯者や証人を含む第三者と自由に会話をし意見を交わすことができ、証拠隠滅の可能性を生ぜしめることとなる」(②)とし、さらに「接見禁止とされている場合には、一層逃走の恐れや証拠隠滅の危険性が高いとされる事案であるから弁護士としてはより一層慎むべきものであることは論をまたない」(③)とした。

日弁連懲戒委員会は、2000年2月14日、懲戒処分の決定を受けた弁護士の審査請求を棄却し、原決定を支持したが、議決理由を述べるなかで、接見交通権も絶対無制約なものではなく、「他の権利法益との関係で自ら一定の制約に服すべき性質のも

のである」としたうえで、弁護人の「各行為は接見交通権を濫用し」(④)、「接見禁止の趣旨を逸脱したものである」(⑤)とした。

## 2 接見禁止の潜脱と危険情報の社会的流通

東京弁護士会の懲戒決定をみると、被疑者に自己の携帯電話を使用させ、その母親と通話させた弁護人の行為が弁護士倫理に違反し、「非行」(弁護士法56条1項)に該当するとの判断について、いくつかの理由が挙げられている<sup>5</sup>。

第1に、①にあるように、弁護人自身の行為が接見禁止決定を潜脱する行為だとされている。さらに、この判断の基礎には、②にあるように、被疑者が弁護人の補助を得て、その携帯電話を「仕切り板越し」に使用することにより、「第三者と自由に会話をし意見を交わすことができ」るようになるとの判断があるといえよう。そのような携帯電話の使用であるからこそ、被疑者と第三者との接見交通を禁止する決定の潜脱になるというのであろう。

第2に、②、③にあるように、実質的根拠として、携帯電話により被疑者が「第三者と自由に会話をし意見を交わすことができ」るようになる、逃亡、罪証隠滅など拘禁目的を阻害する危険が生じることが指摘された。接見禁止が付されている場合、この危険はいつそう高くなるとされるのである。拘禁目的阻害の危険性が接見禁止の潜脱の根拠として挙げられるのは、接見禁止の目的が、実質的には、被疑者・被告人と第三者との接見交通を制限することにより、拘禁目的を阻害する危険性をはらんだ情報が交換されることを防止しようとするにありとの理解によるのであろう。また、②に先立ち、旧監獄法および同法施行規則の制限が指摘されていることからすれば、これら法的制限の目的も、同様に理解されているのかもしれない。

しかし、このような判断には疑問も残る。第1の疑問は、接見禁止の効果に関するものである。たしかに、被疑者が携帯電話によって第三者と自由に通話することは、接見禁止の趣旨に反し、その潜脱にあたるといえよう。しかし、そのような被疑者の通話を補助する弁護人の行為が、なにゆえ、接見禁止の潜脱にあたるか。この点は明示されていない。刑訴法81条は、「裁判所は、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きは、検察官の請求により又は職権で、勾留されている被告人と第39条第1項に規定する者以外の者との接見を禁じ、又はこれと授受すべき書類その他の物を検閲し、その授受を禁じ、若しくはこれを差し押えることができる」と定めており(同法207条1項により被疑者の勾留に準用)、接見禁止が被疑者・被告人と弁護人以外の者との接見交通を対象としていることを明記している。被疑者の行為が接見禁止の趣旨に反する場合であっても、それを補助する弁護人の行為も同じくその潜脱にあたることは、本来は効果が及ばないはずの弁護人の行為に対して、接見禁止の効果を及ぼすことになるのではないか。日弁連の判断が、⑤にあるように、「接見禁止の趣旨を逸脱したもの」としており、接見禁止の潜脱としなかったのは、接見禁止の効果が弁護人との接見には及ばないことを考慮してのことかもしれない。

第2の疑問は、拘禁目的阻害の危険性に関するものである。たしかに、被疑者が携帯電話によって第三者と「自由に」通話することになると、それによって拘禁目的を阻害する危険性をはらむ情報が交換されることになる可能性は否定できない。しかし、あらゆる場合にその可能性があるといえるのかについては、慎重な検討が必要であろう。接見時に弁護人が関与してなされる通話であれば、通話状況の具体的設定、通話のモニタリングなどにより、弁護人が通話に対して実質的コントロールを及ぼし、もって危険情報の交換を阻止することができる場合もあるのではないか。そうであるならば、この点に関する懲戒決定の両判断は、問題とされた個別具体的事案に即して見たときは、通話に対して弁護人の実質的コントロールが及んでおらず、まさに「自由な」通話が可能であったために、拘禁目的阻害の危険情報が交換される可能性があったという趣旨において理解されるべきことになろう。

このような疑問を踏まえ、弁護人との接見時、被疑者・被告人が携帯電話により外部の第三者と通話し、弁護人がその通話を補助することについて、被疑者・被告人の通話行為がなぜ許されないのか、弁護人の補助行為はどのように評価されるべきか、原則許されないにしても、例外的に許容される場合はないのかについて、より綿密な検討が必要とされ

る。

## 被疑者・被告人の潜脱行為と弁護士倫理

### 1 被疑者・被告人における法的制限および接見禁止の潜脱

弁護士が接見に際し、被疑者・被告人に自己の携帯電話を使用させ、外部の第三者と通話させることは、原則として許されないというべきである。このような場合、被疑者・被告人の行為は、一般人との外部交通に関する法的制限を潜脱することとなる。また、接見禁止が付されている場合には、接見禁止をも潜脱することとなる。弁護士の行為は、このような被疑者・被告人の潜脱行為に荷担するものであって、違法・不正な行為の助長・利用を禁止する弁護士職務基本規程14条に違反する。これが原則である。

刑訴法は、身体を拘束された被疑者・被告人の接見交通について、弁護士との接見交通(39条)と、家族、友人など弁護士以外の者との接見交通(80条。勾留されている場合のみ)とを区別し、後者については、「法令の範囲内で、接見し、又は書類若しくは物の授受をすることができる」と定め、「法令の範囲内」での接見交通を認めたとうえで、前者に比べ、より厳格な制限を許容している(81条)。刑事被収容者処遇法は刑訴法80条の規定を受けて、未決拘禁者の外部交通について、相手方が刑事事件の弁護士か、家族、友人などそれ以外の者かによって、許可条件、回数、実施方法などの制限を区別して規定している。

携帯電話を使用する場合とは異なり、たとえば、未決拘禁者が弁護士の手から第三者に交付されることを予定し作成した信書を弁護士に発し、弁護士に対してそのように要求した後、弁護士が未決拘禁者から受け取った信書の内容を確認したうえで、信書を第三者に交付したという場合であれば、弁護士は信書の内容を確認することによって、未決拘禁者から弁護士への信書の発受というコミュニケーション過程に、一方の主体として関与していることになる<sup>6</sup>。すなわち、この信書の発受は、両者間のコミュニケーションとしての実質を有しているのである。その後、弁護士が第三者に信書を交付することは、新たな別個の、弁護士と第三者との間のコミュニケーション過

程であって、先のような場合、未決拘禁者と弁護士、弁護士と第三者という2つのコミュニケーション過程が連続していることになる。したがって、未決拘禁者がこのような信書を弁護士に発することが、未決拘禁者と弁護士以外の者との間の外部交通に関する法的制限を潜脱することにはならない。また、接見禁止の効果は被疑者・被告人と一般人との接見交通のみ及ぶものであるから、接見禁止が付されている場合でも、その潜脱にはあたらない<sup>7</sup>。

他方、被疑者・被告人が弁護士の携帯電話によって第三者と直接通話をする場合であれば、その通話によるコミュニケーション過程に、弁護士が主体として関与しているとはいえない。コミュニケーションの主体は、被疑者・被告人と第三者なのであって、弁護士は両者間のコミュニケーションの補助者でしかない。それゆえ、被疑者・被告人が携帯電話により第三者と通話することは、一般人との外部交通に関する刑事被収容者処遇法の制限を潜脱し、さらにはその基礎にある刑訴法80条の趣旨に反することになる。接見禁止が付されている場合であれば、接見禁止に違背することにもなる。

### 2 弁護士における被疑者・被告人の潜脱行為への荷担

弁護士が自己の携帯電話を被疑者・被告人に使用させ、その第三者との直接通話を補助することは、被疑者・被告人における法的制限の潜脱行為、接見禁止が付されている場合には、その潜脱行為に荷担したこととなる。そのような弁護士の行為は、違法・不正な行為の助長・利用を禁止する弁護士職務基本規程14条に違反し、「非行」として懲戒の対象となりうるというべきである(弁護士法56条1項)。被疑者・被告人が弁護士に対してそのような行為を要求している場合でも、誠実義務の限界を超えている。これが原則である。

東京弁護士会の懲戒決定例においては、弁護士自身の行為が接見禁止の潜脱にあたるとされていた(上記①)。しかし、刑訴法81条の文言から明らかなように、接見禁止は勾留されている被疑者・被告人と弁護士以外の者との接見交通を対象としている。弁護士の行為を接見禁止の潜脱とすることは、接見禁止の効果も、その本来の射程を超えて、弁護士の

行為に及ぼすことになるとの疑問を禁じえない。弁護人の行為が許されないのは、自ら接見禁止を潜脱するからではなく、接見禁止が付されている場合、被疑者・被告人が携帯電話により第三者と通話することが接見禁止の潜脱にあたり、その潜脱行為に弁護人が関与するからだというべきなのである。先の日弁連の判断が、接見禁止の潜脱とせず、「接見禁止の趣旨を逸脱したもの」としていたのは(上記⑤)、このような趣旨によると理解することができよう。

東京弁護士会の懲戒処分決定のような理解に立つならば、接見禁止が付されていない場合には、被疑者・被告人の通話行為は、接見禁止の潜脱にはならないものの、第三者との外部交通に関する法的制限を潜脱することになるから、その行為に荷担する弁護人の行為もまた同じく、法的制限の潜脱とされることになろう。このような考えに問題があることは、接見禁止の潜脱とする場合と同様である。

あるいは、弁護人自身の行為が接見禁止の潜脱だとすることには、特別な意味が込められているのかもしれない。すなわち、接見禁止が付されている以上、被疑者・被告人が接見禁止を遵守することはもちろん、弁護人としても、被疑者・被告人の潜脱行為に荷担しないというだけでなく、より積極的に、被疑者・被告人が潜脱行為に及ぶことのないよう取り計らうべき義務を負っているとの理解に立つて、被疑者・被告人の通話を補助する弁護人の行為は、それ自体として接見禁止の潜脱にあたるのである。このような考えは、被疑者・被告人の正当な権利・利益の擁護を超えた、弁護人の公益的地位を強調する見解に連なるものといえるであろう<sup>8</sup>。しかし、接見禁止の効果を、その本来及ぶ範囲を超えて、弁護人の行為にまで及ぼそうとする点において、被疑者・被告人の通話を補助する弁護人の行為が弁護士倫理違反であることの根拠を曖昧化するといわなければならない。曖昧な根拠による判断は、弁護士倫理違反の限界を不明確にし、自由闊達な弁護活動を萎縮させるおそれがある。

## 携帯電話使用の例外的許容性

### 1 防御上の必要性

このように、被疑者・被告人が携帯電話により第

三者と通話することは、原則として、一般人との外部交通に関する法的制限の潜脱となり、接見禁止が付されている場合には、その潜脱ともなる。同じく、被疑者・被告人の通話を補助する弁護人の行為も、弁護士倫理に違反する。しかし、例外的に許容性を認めることもできる。すなわち、通話について防御上の必要性があり、また、通話に対して弁護人の実質的コントロールが及んでいる場合には、例外的に許容されるというべきであって、このような場合であれば、被疑者・被告人の通話を補助する弁護人の行為も、弁護士職務基本規程14条に違反することはないというべきである。

弁護人が防御上の必要性を認めたとうえで、被疑者・被告人が携帯電話により第三者と直接通話するのを補助する場合であれば、その通話は、一般人との外部交通に関する法的制限、場合によっては接見禁止を潜脱するものであったとしても、それ自体、防御手段として性格づけられることになる。それゆえ、このような場合、被疑者・被告人の直接通話を禁止することは、防御権の制約という効果を伴うことになる。

ここにいう防御には、起訴・不起訴の判断や罪責認定、量刑において、被疑者・被告人に有利な具体的主張・立証を行うことと関連した狭い意味の防御だけでなく、身体を拘束されている被疑者・被告人と社会とのつながりを維持するための情報の流通も含まれる。一般に、接見時に聞いた被疑者・被告人からの伝言をその後外部の第三者に伝え、あるいは第三者からの伝言を接見時に被疑者・被告人に伝えるなど、被疑者・被告人と第三者との間の間接的コミュニケーションを援助することは、それが防御上の具体的主張・立証に関連する場合でなくとも、社会的つながりの維持がもたらす精神的安定を通じて、身体拘束下にある被疑者・被告人の防御主体としての地位の確保につながるものであるから、正当な弁護活動の範囲内にあると認められている<sup>9</sup>。また、情報の流通によって被疑者・被告人の社会的つながりを維持することは、それ自体として、身体拘束に伴う不利益を緩和することにほかならず、防御上重要な意味を有している。

携帯電話による直接通話の禁止が防御権の制約となりうる以上、被疑者・被告人の通話について防

御上の必要性がある場合、防御権の過剰な制約を回避するために、直接通話を許容する余地を認めるべきであろう。例外的な許容性すら一切認めないとしたならば、防御権の過剰な制約を排除できないからである。このとき、防御上の必要性については、被疑者・被告人にとっての具体的防御方法の選択の問題であるから、弁護人の専門的判断に委ねられるべきである。

この点について、過去の懲戒処分決定例をみると、被疑者が携帯電話により母親と直接通話することについて、どのような防御上の必要があったのかが明らかにされていない。逮捕後、警察留置場に拘束され、取調べを受けるなかでの母親との直接通話であるから、被疑者の精神的安定を図るための通話であった可能性もあろうが、この通話が防御とどのように関連していたのかが不明確なのである。この点が、例外的許容性が認められず、この通話の補助が弁護士倫理に違反する行為とされたことの一つの理由であろう。

## 2 外部交通に関する法的制限と接見禁止の実質的根拠

防御上の必要性がある場合において、携帯電話による被疑者・被告人の直接通話が許容されるのは、通話に対して弁護人の実質的コントロールが及び、その選別・遮断機能が働くことによって、被疑者・被告人と第三者との間で拘禁目的阻害の危険情報が交換される可能性が僅少であるときといえよう。被疑者・被告人と外部の第三者との間のコミュニケーションに関する法的制限、さらには接見禁止の実質的根拠を考えるならば、このように弁護人の選別・遮断機能が働く場合には、被疑者・被告人が第三者と直接通話をしたとしても、それによる現実的弊害が認められない。それゆえ、そのような場合であれば、防御上の必要性があるときには、直接通話も許容されるべきなのである。

被疑者・被告人の直接通話が許されないのは、それが弁護士以外の者との外部交通に関する法的制限の潜脱にあたり、接見禁止が付されている場合には、その潜脱ともなるからであった。「法令の範囲内で」一般人との接見交通が認められるとする刑訴法80条を受けて、刑事被収容者処遇法は未決拘禁者

と一般人との外部交通について、さまざまな制限を規定している。刑訴法80条に続く81条が、「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きは」、裁判所または裁判官(207条1項参照)は被疑者・被告人と一般人との接見交通を禁止し、その他制限をすることができるとしていることからすれば、刑訴法80条の規定を受けて定められた刑事被収容者処遇法の制限の実質的根拠とされるのは、まずは、逃亡および罪証隠滅の防止であろう。さらに、刑事被収容者処遇法の規定においては、収容施設の規律・秩序の維持という制約根拠が挙げられているが、その意味するところは、逮捕・勾留による施設収容の目的から必然的に要請される共同生活の安全・平穩の確保であると理解すべきであろう(同法73条2項参照)<sup>10</sup>。要するに、逃亡、罪証隠滅、安全・平穩な共同生活の妨害という拘禁目的を阻害する行為の防止こそが、制限の実質的根拠なのである。

被疑者・被告人が携帯電話により第三者と通話することは、接見禁止が付されている場合、それを潜脱することにもなる。刑訴法81条の文言から明らかなように、接見禁止の実質的根拠も、被疑者・被告人が「逃亡し又は罪証を隠滅する」ことの防止である。これは、刑事被収容者処遇法の制限の実質的根拠と重なり合う。

被疑者・被告人と一般人との外部交通の法的制限、さらには接見禁止の実質的根拠が、逃亡、罪証隠滅など拘禁目的を阻害する行為の防止にあるのであれば、携帯電話による通話によって、被疑者・被告人と外部の一般人との間で、拘禁目的阻害の危険性をはらんだ情報が交換される可能性が、たとえ皆無ではなくとも、僅少である場合には、防御上の必要性が認められる限り、携帯電話による通話も許容されるというべきであろう。このような場合であれば、通話が法的制限や接見禁止の潜脱にあたるといっても、拘禁目的阻害行為の防止というそれらが達成しようとする目的が、現実的に損なわれることはない。そうである以上、防御上必要とされる通話は許容されてよい。防御手段としての通話を禁止すべき実質的根拠が存在しないのである。むしろ、このような場合であっても、携帯電話による通話はなお一切許されないことは、防御権の過剰な制約となる。

### 3 弁護人の実質的コントロールと危険情報の選別・遮断

このように、携帯電話による直接通話について、防御上の必要性がある場合、通話に対して弁護人の実質的コントロールが及び、その選別・遮断機能が働くことによって、被疑者・被告人と第三者との間で拘禁目的阻害の危険情報が交換される可能性が僅少であるならば、例外的に許容されるというべきである。それでは、より具体的には、どのようなときに、通話に対して弁護人の実質的コントロールが及んでいるといえるであろうか。

弁護人の実質的コントロールの存在にとっては、大別して、2つのことが問題となる。第1に、弁護人による通話状況の具体的設定であり、第2に、弁護人による通話のモニタリングである。

第1の問題は、被疑者・被告人が携帯電話により第三者と通話をするについて、弁護人が、どのような具体的状況下において通話機会を設定したかということである。

とくに重要なのは、被疑者・被告人に接見禁止が付されていたかどうかである。接見禁止が付されていないことは、被疑者・被告人と第三者とのコミュニケーションにより、拘禁目的を阻害する危険情報の交換される可能性が典型的に低いということの意味するから、接見禁止がない場合において通話機会を設定したのであれば、そのことは弁護人の実質的コントロールの肯定へとつながりやすい。

また、弁護人は被疑者・被告人の心情、状態とともに、刑事事件の具体的内容、その背景的・周辺の事情、捜査・公判の進捗状況、関係者の状態などをよく理解しうる立場にあるから、そのような弁護人の専門的判断により、証人予定者、事件関係者などではない、拘禁目的阻害の危険情報が交換される可能性が低いと目される相手方を選び、通話時間を短く設定し、また、あらかじめ通話の目的を限定し、そのことを通話する両者に理解させたうえで、捜査・公判の進捗状況からしても問題がないと思われる時機を選んで通話機会を設定したようなときは、実質的コントロールが認められやすいであろう。

第2の問題は、携帯電話による通話時に、弁護人がモニタリングの態勢をどのようにとっていたかということである。弁護人が携帯電話の受信音声を付属ス

ピーカーから出力させるなどして、通話内容を聴取したうえで、拘禁目的阻害の危険情報の交換を認識したときは、直ちに通話を切断するような態勢をとっていた場合には、実質的コントロールが認められやすいであろう。逆に、付属スピーカーからの音声出力などの措置をとることなく、通話内容を聴取することのないまま、携帯電話を接見室の仕切り板に密着させ、被疑者・被告人に通話させたような場合には、実質的コントロールが認められにくいであろう。

弁護人がモニタリングを実施するなかで、通話内容を聴取し、危険情報が交換されていることを認識した場合には、直ちに通話を切断しなければならない。刑訴法81条の規定の趣旨からも、一般人との外部交通に関する刑事被収容者処遇法の制限の趣旨からも、被疑者・被告人は、いかなる方法においても、一般人との間で拘禁目的阻害の危険情報を交換することは禁止されているといえよう。もし弁護人が危険情報の交換を認識したにもかかわらず、通話を切断することなく、継続させたならば、そのような弁護人の行為は、違法・不正な行為を助長・利用し、偽証・虚偽陳述をそそのかすことを禁止する弁護士倫理に違反し(弁護士職務基本規程14条・75条)、「非行」として懲戒の対象となりうるというべきである(弁護士法56条1項)。弁護人が高度な専門的能力を有し、また、具体的事件の内容やその背景的・周辺の事情などをよく知る立場にあることからすれば、弁護人が通話内容を聴取しても、なお危険情報の交換を認識できないことは、稀有なことであろうし、さらに、弁護人が厳格な弁護士倫理に拘束されていることからすれば、弁護人が危険情報の交換を認識しながら、それを放置し、通話を続けさせるというような事態は、想定すべきでない。

内容聴取による通話切断という方法によるのでは、通話のなかで危険情報の交換がまさに咄嗟に行われた場合、弁護人はそれに対応できないのではないかと疑問もありえよう。たしかに、弁護人が危険情報の交換を認識したとき直ちに通話を切断しても、それを完全に排除することはできないかもしれない。しかし、そのことは、未決拘禁者と一般人との面会において、危険情報の交換を排除するために施設職員が立ち会い(刑事被収容者処遇法116条1項・218条1項・266条1項)、危険情報の交換を認識したとき

に面会を一時停止し、または終了させるという場合についても(同法117条・219条・267条)、同様にいえることである。直後に通話の切断がなされれば、完全な排除はできなくとも、実質的な問題はもはや生じないといえるであろう。

かくして、弁護人による通話状況の具体的設定と通話のモニタリングによって、携帯電話による通話に対して弁護人の実質的コントロールが及んでいる場合であれば、弁護人の選別・遮断機能が働くこととなり、被疑者・被告人と第三者との間で危険情報が交換される現実的可能性は、わずかなものでしかない。そうである以上、防御上の必要性が認められる限り、携帯電話による通話も、例外的に許容されるべきなのである。むしろ、このような場合にもなお、外部交通に関する法的制限や接見禁止の潜脱を理由にして通話を認めないことは、それが防御上の必要によるものである以上、防御権の過剰な制約となるというべきであろう。

弁護人の実質的コントロールについて、過去の懲戒処分決定例をみると、携帯電話による被疑者の通話について、弁護人の実質的コントロールが及んでいたとは認めがたい。通話の相手方である母親は事件関係者でなかったことが示唆されているが、被疑者には接見禁止が付されており、この母親を含め弁護人以外の者との接見交通が禁止されていた。また、通話の時期は、公判開始前の捜査段階であった。東京弁護士会懲戒委員会の懲戒議決書によれば、被疑事実がもともと、「総会屋」の指示により入手したことが疑われる「けん銃等」携帯所持に関するものであり、母親との携帯電話での通話の補助だけでなく、弁護人は、記載内容からみて「総会屋」が「自己に対する捜査の追及を阻止するために配下の右被疑者に対し虚偽の供述をそそのかす趣旨の手紙である」ことを「認識しながら」、「接見室の仕切り板越しに示して同人に閲読させてその内容を了知させた」という行為についても、あわせて懲戒請求されていた。罪証隠滅に関する情報が交換されることについて、最大限の注意が必要であったといえよう。さらに、審査請求を棄却した日弁連懲戒委員会議決書によれば、弁護人は「接見室において自らの携帯電話を仕切り板越しに被疑者に使用させ」ということであるから、携帯電話のスピーカーから音声を出力するなどして、通話を

モニタリングしたうえで、危険情報の交換がなされたときは、直ちに通話を切断するという態勢をとっていてもいなかった。東京弁護士会懲戒委員会の議決書からは、むしろ、被疑者と母親が「自由に会話を」することができるような状況であったことが示唆されている。このような通話状況の具体的設定や通話のモニタリングの不存在からすれば、携帯電話による直接通話について、弁護人の実質的コントロールが及んでいたとは認めがたく、弁護人の選別・遮断機能の働きが期待できなかったといえよう。このことが、通話についての防御上の必要性が明らかにされていないことと並んで、例外的許容性が認められず、通話の補助が弁護士倫理に違反する行為とされたことの理由であろう。

#### 4 弁護人の補助行為と弁護士倫理、秘密交通権

被疑者・被告人が携帯電話により第三者と通話することについて、例外的に許容性が認められる場合であれば、通話を補助する弁護人の行為は、違法・不正な行為の助長・利用を禁止する弁護士職務基本規程14条に違反するものではありえず、したがって懲戒処分の対象ともならないといえるべきである。

もともと、例外的な許容性が認められる場合であっても、被疑者・被告人と第三者との間で直接通話が行われ、弁護人自身がその主体となっているわけではない以上<sup>11</sup>、被疑者・被告人と第三者との間の直接通話をもって、弁護人との「接見」(刑訴法39条1項)にあたることはできないであろう。しかし、このような場合、通話が防御上の必要によるものであり、また、ほかならぬ弁護人の接見時に、その実質的コントロールのもとで行われるのであるから、通話を補助する弁護人の行為は、「接見」と密接に関連する正当な弁護活動なのであって、同規定の「接見」に準じて、秘密交通権の保障の下におかれるべきであろう(同規定の準用)。このような積極的意味においても、弁護人の行為は、弁護士倫理に違反することはないといえるべきである。

### 携帯電話の持込規制と接見状況の職員視察

#### 1 携帯電話の持込み規制

現在、実務においては、上記依命通達にあるよう

に、接見室内でのカメラ、ビデオカメラ、携帯電話の使用が禁止されることを前提にして、弁護人がこれらの電子機器を接見室内に持ち込むことも禁止されている。しかし、これらの電子機器の持込みを禁止することはできないというべきである。

かつて論じたように、弁護人が接見時、電子的記録機器を用いて接見状況を記録することは、それ自体、刑訴法39条1項の「接見」にあたるというべきである。すなわち、弁護人が接見状況を記録するために、被疑者・被告人の表情、所作、その身体の状態などを写真撮影し、またはビデオ録画することは、接見状況の手書きメモの作成、スケッチなどと同様、被疑者・被告人と弁護人との間の意思疎通および情報発信・取得としてのコミュニケーションを構成するというべきであるから、同規定にいう「接見」にほかならず、したがって同規定による秘密交通権の保障の下におかれなければならない<sup>12</sup>。それゆえ、接見状況を記録するために、弁護人がカメラ、ビデオカメラなどを接見室内に持ち込むことは、「接見」手段としての電子機器の持込みであって、そうである以上、それを禁止することはできない。オーディオ録音機についても、接見状況を記録するための機器であるから、同様に扱うことができる。このような電子的記録機器の持込みを禁止することは、「接見」手段の重大な制限にほかならず、「接見」の目的達成を実質的に阻害することになるからである。

また、接見状況を記録するための電子機器の持込みも、刑訴法39条2項にいう「法令」に基づき制限することができるとの前提に立ったとしても、接見状況の撮影・録画の場合と同様、刑事被収容者処遇法のなかに、これら電子機器の持込みの制限を認める具体的規定は存在しない。未決拘禁者処遇の目的規定(31条)や一般的な施設管理権をもって「法令」の根拠とすることもできない。それを認めることは、刑訴法39条2項が「法令」の根拠を要求したことを無意味化するからである。電子的記録機器の持込み制限は、現在、「法令」(刑訴法39条2項)の根拠なくして行われているといわざるをえない。

さらに、収容施設側が、接見にあたり弁護人に電子的記録機器の使用目的を申告させ、それに応じて持込みを許可することも、具体的にどのような「接見」を行うかについて、「接見」内容が推測されることに

なるから、秘密交通権の侵害というべきであろう。

携帯電話の持込みについてはどうか。たしかに、接見時、弁護人が自己の携帯電話を被疑者・被告人に使用させ、第三者と直接通話させることは、原則として許されない。それゆえ、接見室への持込みを禁止することもできるかにみえる。しかし、これもまた禁止することはできないというべきである。

第1に、最近の携帯電話は多機能化しており、通話のほかに、録音、写真撮影、ビデオ録画の機能を有している。それゆえ、先に述べたように、弁護人が接見状況を記録するための電子機器を持ち込むことが制限されてはならない以上、これらの機能のついた携帯電話の持込みも制限することはできない。

第2に、同じく多機能化により、電子メール、インターネットの機能を有している携帯電話がほとんどである。本稿冒頭において指摘したように、これら電子通信機器の使用については、弁護人が接見において有効な助言・相談を提供するために使用する場合には、「接見」として、また、それ自体として有効な助言・相談の提供のためのものとはいえないにしても、弁護人が有効な弁護を提供するために使用する場合には、「接見」に準じて、秘密交通権の保障の下におかれるべきである。電子通信機能のこのような使用可能性がある以上、その機能を有する携帯電話の持込みを禁止することは許されない。

第3に、上述のように、防御上の必要性があり、また、通話に対して弁護人の実質的コントロールが及ぶ場合には、被疑者・被告人が携帯電話により第三者と通話することも、例外的に許容されることになる。この場合、通話を補助する弁護人の行為は、弁護士倫理に違反することがないばかりか、接見時の、「接見」と密接に関連する正当な防御活動として、刑訴法39条1項の「接見」に準じて扱われるべきである。このような携帯電話の使用の可能性がある限り、あらかじめその持込みを一律に禁止することは許されないというべきである。

第4に、携帯電話の持込み制限についても、刑訴法39条2項にいう「法令」の根拠がないことは、カメラ、ビデオカメラなど電子的記録機器の場合と同様である。

このように、弁護人が携帯電話を接見室に持ち込むことを禁止することはできない。したがって、携帯

電話の持込みが、弁護士倫理に違反することはないというべきである。たしかに現在、収容施設側は、カメラ、ビデオカメラなどと同じく、携帯電話の持込みを禁止する旨の掲示をしているようである（上記依命通達7(3)）。しかし、持込みを禁止すること自体が許されないのであるから、弁護人はこのような掲示の要望に応える義務はない。それゆえ、収容施設の要望に応えなかったからといって、弁護士倫理上の問題が生じることはないというべきである。

もちろん、弁護人としては、被疑者・被告人に本来許されないような第三者との通話をさせることを計画し、専らその目的のために携帯電話を持ち込むということは、すべきではない。しかし、そのような使用を実際に行うに至らない、携帯電話を持ち込んだだけの段階では、弁護人は、未だ被疑者・被告人における外部交通に関する法的制限にも、接見禁止の潜脱行為にも荷担しているとはいえず、したがって弁護士職務基本規程14条に違反するともいえない。このような目的による携帯電話の持込みを止めるべきことは、弁護人の自主的判断に委ねられているというべきである。そのように理解することが、「刑事施設の規律及び秩序を維持するため必要がある場合には」、施設職員が「着衣及び携帯品を検査し、並びにその者の携帯品を取り上げて一時保管することができる」とする対象から、明示的に弁護人を除外している刑事被収容者処遇法の規定（75条3項・212条3項・264条）の趣旨にも適うであろう。

## 2 接見状況の職員視察

たしかに、被疑者・被告人が携帯電話により通話をする事、それを弁護人が補助することは、原則として許されない。しかし、禁止されるべき携帯電話の使用がないことを確認するためとして、接見中、施設職員が接見室の視察窓から接見状況を視察することは、刑訴法39条1項の禁止する「立会」に準じるものとして、許されないというべきである。

刑事被収容者処遇法117条・219条・267条は、未決拘禁者と弁護人との接見について、両者いずれかが収容施設の「規律及び秩序を害する行為」をする場合には、接見の一時停止・終了の措置をとることができるとしている。そして、これらの措置をとる前提として、実務上、施設職員が接見室の視察窓から

接見状況を視察することができる<sup>13</sup>。実際、施設職員が視察窓から接見室内を視察した際、弁護人が接見状況を写真撮影などしているところを発見したとして、接見終了の措置がとられた例がある。

しかし、接見状況が施設職員により視察されることによって、写真、地図などを用いた、あるいは動作を混じえた接見状況が探知され、接見それ自体の内容の秘密性が侵害されることになる。また、「接見」として秘密性が保障されるべき写真撮影・ビデオ録画の事実が探知され、それによる証拠保全の内容が推測されることにもなる。それゆえ、接見中、施設職員が接見室の視察窓から接見状況を視察することは許されない。秘密性が確保されるべき刑訴法39条1項の「接見」は、口頭のコミュニケーションに尽きるものではないのである。

収容施設側は、精神状態に問題のある被疑者・被告人の場合には、自傷行為、器物の破壊などを予防するために、弁護人との接見中の様子も確認する必要があり、そのために接見状況を視察しなければならないというかもしれない。しかし、被疑者・被告人に重大な変調が生じたときには、弁護人が施設職員に直ちに連絡し、それに応じて施設職員が迅速に対処しうる態勢を整えておくならば、接見状況を視察する必要はないといえよう。また、たとえ被疑者・被告人の状態を注意深く観察し、把握する必要があったとしても、収容施設側がそのための措置を、秘密交通権と抵触する形でとることは決して許されない。そのことを含意しているのが、接見からの「立会」を完全に排除した刑訴法39条1項なのである。

## 結語

以上論じてきたように、被疑者・被告人が弁護人との接見時にその携帯電話を使用して、外部の第三者と直接通話することは、弁護人以外の者との外部交通に関する法的制限を潜脱する行為として、原則的には許されない。刑訴法81条の接見禁止が付されている場合には、接見禁止の潜脱ともなる。それゆえ、弁護人がそのような通話を補助することは、違法・不正な行為の助長・利用を禁止する弁護士職務基本規程14条に違反することとなる。これが原則

である。

他方、弁護人が関与する形で、被疑者・被告人が携帯電話により第三者と通話するとき、その通話は防御権行使の手段ともなりうるものであるから、個別具体的状況の如何によっては、通話の禁止が防御権の過剰な制約とならないよう、例外的に許容される余地があるとしなければならない。すなわち、通話が防御手段であること、また、一般人との外部交通に関する法的制限や接見指定の実質的根拠が、逃亡、罪証隠滅など拘禁目的を阻害する行為の防止にあることからすれば、防御上の必要性があり、かつ、通話状況の具体的設定、通話時のモニタリングなどにおいて、通話に対して弁護人の実質的コントロールが及んでおり、その選別・遮断機能が働くことによって、被疑者・被告人と第三者とのあいだで拘禁目的阻害の危険情報が交換される可能性が、たとえ皆無でなくとも、わずかにすぎない場合であれば、携帯電話による直接通話も許容されるというべきである。このような場合、通話を補助する弁護人の行為は、弁護士倫理に違反しないばかりか、接見時の、接見と密接に関連した正当な弁護活動として、刑訴法39条1項の「接見」に準じ、秘密交通権の保障の下におかれるべきである。

1 最近の状況について、高山巖「接見室での録音・録画をめぐる実情と問題の所在」本誌72号(2012年)参照。また、これをめぐる実務的視点からの検討として、森下弘「接見室内での電子機器の利用について」本誌同号も参照。

2 葛野尋之「辩护人接見の電子的記録と接見時の電子通信機器の使用」本誌72号(2012年)80～81頁。

3 このような場合、逮捕・勾留に関する刑訴法の規定、さらには未決拘禁者の取扱いについて定める刑事被収容者処遇法の規定の趣旨からすれば、辩护人自身、逃亡、罪証隠滅など拘禁目的を阻害する危険を生じさせる行為に関与しないよう要求されているといえるから、辩护人が伝言中に拘禁目的阻害の危険情報が含まれることを認識したにもかかわらず、第三者に伝言することは、違法・不正な行為の助長・利用、偽証・虚偽陳述のそのおかしを禁止する弁護士職務基本規程14条・75条に違反することとなり、たとえ被疑者・被告人がそのように要求したとしても、誠実義務の限界を超えている。辩护人が未決拘禁者から受け取った信書を第三者に交付する場合、辩护人が録音・撮影・録画した接見状況の記録を第三者に交付するときも、同様である。そのような場合でなければ、辩护人が伝言を第三者に伝え、または録音・撮影・録画した接見状況の記録を第三者に交付することは、弁護士倫理上の問題を何ら

生じさせないというべきである。この点について、葛野尋之「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『講座・現代の刑事弁護(2)』(第一法規、2013年予定)参照。

4 日弁連懲戒委平12(2000)・2・14弁護士懲戒事件議決例集8集5頁。

5 日弁連の判断も、東京弁護士会の判断と同様、被疑者に携帯電話を使用させることが辩护人の接見交通権の保障外にあるとの理解を前提とするのであろうから、上記④における接見交通権の「濫用」というのは、虚偽供述を唆すような第三者の手紙を被疑者に閲読させたことについての判断とみることができよう。保障外の行為であれば、「濫用」ではなく、「逸脱」とするはずである。

6 辩护人が未決拘禁者から受け取った信書の内容を確認することなく、信書を第三者に交付することは、未決拘禁者に自己の携帯電話を使用させ、第三者と直接通話させた場合と同様、未決拘禁者における法的制限の潜脱に荷担することとなり、接見禁止が付されている場合には、その潜脱に荷担することにもなる。このような行為は、違法・不正な行為の助長・利用を禁止する弁護士職務基本規程14条に違反する。それゆえ、辩护人が未決拘禁者から信書を受け取った場合、第三者に信書を交付するにあたっては、その内容を確認することが確実に予定されているというべきである(葛野・前掲注3論文、葛野尋之「接見禁止と辩护人宛信書の内容検査」石塚伸一＝楠本孝＝佐々木光明＝前田朗＝宮本弘典編『足立昌勝先生古稀祝賀論文集』〔世界評論社、2013年予定〕参照)。

7 そうであるがゆえに、このような信書の発信がないことを確認するためとして、未決拘禁者が辩护人に発する信書の内容を検査することは認められない。

8 公益的地位の強調は、被疑者・被告人の権利・利益の擁護という辩护人の本質的役割を相対化し、曖昧化するおそれがある。この点について、村岡啓一「刑事辩护人の役割論の現状評価」自由と正義63巻10号(2012年)22頁参照。

9 川崎英明「刑事弁護の自由と接見交通権」小田中古稀『民主主義法学・刑事法学の展望(上)』(日本評論社、2005年)16～17頁、村岡啓一「接見禁止決定下の第三者通信をめぐる刑事辩护人の行為規範」同書所収46頁など。

10 葛野尋之『刑事手続と刑事拘禁』(現代人文社、2007年)357頁。

11 それゆえ、通話が外部交通に関する法的制限の潜脱となり、接見禁止が付されている場合、その潜脱にあたるということとは否定できない。本稿は、そのことを認めたくて、防御上の必要による通話であれば、辩护人の実質的コントロールが及んでいる場合には、例外的に許容されるべきとするのである。

12 葛野・前掲注2論文77～80頁。

13 葛野尋之『未決拘禁法と人権』(現代人文社、2012年)349～352頁参照。

