

弁護人による接見時の情報通信機器の 使用をめぐる法的問題*

葛野 尋之**

- I 問題の所在と本稿の骨子
- II 情報通信機器の使用類型とその持込み・使用の制限
- III 情報通信機器の使用と「接見」
- IV 庁舎管理権、規律・秩序侵害行為と接見交通権
- V 情報通信機器の許容されない使用の回避可能性
- VI 結論

I 問題の所在と本稿の骨子

1 問題の所在

千葉地裁に係属中の平成28年(ワ)第1029号国家賠償請求事件(以下、遠藤事件)は、未決拘禁者として刑事収容施設(刑事施設および留置施設)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。

具体的事実については、原告、被告のあいだで争いがあるものの、次の事実は、両当事者とも認めている。すなわち、覚せい剤取締法違反事件および関税法違反事件により逮捕・勾留後、起訴され、千葉刑務所に勾留されていた被告人に国選

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科)第17巻第3号2018年11月 ISSN 1347-0388

※ 本稿は、遠藤事件の原告代理人弁護士の依頼に応じて作成し、千葉地方裁判所民事第1部合議B係に提出した私の2017年2月7日付意見書をベースにしている。

※※ 一橋大学大学院法学研究科教授

弁護人が接見したさい、スマートフォンを操作していたところ、刑務所職員が面会室内に立ち入り、スマートフォンの使用を制止し、さらに接見を一時停止する措置をとった。

国選弁護人であった原告の主張によれば、同人は、被告人が香港において滞在していたホテルに置いていた被告人のリュックサックに、被告人以外の第三者が被告人の知らぬ間に覚せい剤を隠匿した可能性について検討するために、滞在していたホテルがどちらのホテルであるかを被告人に確認すべく、被告人の記憶を喚起しようと、スマートフォンの地図アプリケーションを用いて、画面上にホテル付近の地図を映し出し、これを被告人に対して閲覧させるなどしていたという。当初は紙にプリントアウトした地図を使用したものの、この地図は日本語および英語による表記のものであり、被告人には理解が難しいうえに、縮尺も小さく、ホテル最寄り駅周辺の建物や道路を細かく把握することが困難であったため、スマートフォンの地図アプリケーションを使用し、被告人の提供する情報に応じて、地図を東西南北に動かし、縮尺も適宜変えながら、被告人が滞在したホテルの所在を確認しようとしたという。

このような原告の主張する事実を前提としたとき、遠藤事件をめぐるのは、刑事施設長が、弁護人が刑事収容施設に収容された未決拘禁者である被疑者・被告人と接見するさいに、スマートフォンなどの情報通信機器を面会室内に持ち込み、それを使用することを禁止することが許されるか、施設職員は、この禁止措置に違反したことを理由として、現に接見中の面会室に立ち入り、弁護人による情報通信機器の使用を制止することが許されるか、また、情報通信機器の使用を繰り返す可能性があることを理由として、接見を一時停止することが許されるかが問題となる。

これらの問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¹⁾がいうように、憲法34条・37条3項によって保障される

1) 最大判1999(平11)・3・24民集53巻3号514頁。

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情報通信機器を持ち込み、それを使用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。とくに、遠藤事件において国選弁護人であった原告が主張するように、情報通信機器の使用が、被疑者・被告人に対する助言・相談の提供を直接補助する手段であって、防御手段・弁護手段としての接見の実効性を高めるためのものであった場合には、情報通信機器の持込み・使用を禁止し、その禁止措置に違反したことを理由として接見を制限することは、接見の実効性を少なからず低減させることとなり、被疑者・被告人の弁護権を実質的に制約することになる。

本稿は、このような問題意識に立って、遠藤事件の提起した先の問題に対し回答を与えるために、第1に、接見にさいしての弁護人による情報通信機器の使用にどのような類型があり、遠藤事件における弁護人の使用がどの類型に当たるかを確認したうえで、第2に、検討対象を遠藤事件における使用に限定して、弁護人による情報通信機器の使用が刑訴法39条1項にいう「接見」に該当し、同規定の保障の範囲内にあるか、第3に、「接見」に当たるとした場合、情報通信機器の持込み・使用の禁止は正当化できるのか、第4に、かりに「接見」に含まれないとしても、刑事施設長が、接見にさいしての弁護人による情報通信機器の持込み・使用を禁止し、また、刑事施設職員が、その禁止措置に違反したことを理由として、接見を制限することは許されるのかについて論じる。

その後、第5に、刑訴法および刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律（以下、刑事施設被収容者処遇法）のもとで、遠藤事件におけるような情報通信機器の使用が、防御手段・弁護手段としての接見の実効性を高めるものとして許容され、かつ、それとは異なる類型の使用が許容されない可能性があるのであれば、弁護人による面会室への情報通信機器の持込みを認めても、許容されない使用を確実に回避することができるかについて検討する。このような検討の構成をとるのは、弁護人による情報通信機器の使用にはいくつかの類型があり、許容される使用だけでなく、許容されない使用がありうることから、遠藤事件の具体

的事案に即して問題を検討するためには、まずは検討対象を、遠藤事件におけるような情報通信機器の使用に限定することが有用であり、また、遠藤事件における使用とは異なる類型の使用が許容されない場合があっても、弁護人が許容されないような使用を的確に判別し、そのような使用を確実に回避できるのであれば、許容されない使用がなされる可能性があることを理由として、面会室への情報通信機器の持込みを全面禁止する必要はなく、そうするべきでもないからである。

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情報通信機器を使用する場合、それには、弁護人が、被疑者・被告人に対して助言・相談を提供するために必要・有用な法令、判例、訴訟記録、地図その他の情報を検索し、取得する場合であって、弁護人が取得した視覚的情報を、情報通信機器の画面上に映し出し、それを被疑者・被告人に提示し、閲覧させる場合も含み、接見における助言・相談に付随して、それを直接補助するために使用する類型（第1類型）のほかに、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、面会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など、弁護人自身が、実効的な弁護を提供するために使用するという類型（第2類型）、弁護人がカメラを用いて未決拘禁者の容ぼう・姿態を撮影し、その画像をそのまま情報通信機器を用いて外部の第三者に対して送信する場合、あるいは逆に、外部の第三者の容ぼう・姿態を内容とする視覚的情報を取得し、画面上にそれを映し出し、そのまま未決拘禁者に提示し、閲覧させる場合も含め、弁護人等自身が情報通信機器を使用するのではなく、被疑者・被告人が弁護人の情報通信機器を用いて、外部の第三者と直接通話・通信し、そのような通話・通信を弁護人が補助するという使用の類型（第3類型）、弁護人が写真撮影・ビデオ録画の機能を活用して、被疑者・被告人の容ぼう、受傷状況など、接見にさいして取得した視覚的情報を記録するために情報通信機器を使用する場合（第4類型）がある。遠藤事件における情報通信機器の使用は、このうち第1類型に当たる。

第2に、遠藤事件の事案に即していうならば、弁護人が接見にさいして、情報通信機器を用いて、実効的な助言・相談を提供するために必要・有用な視覚的情報を取得したうえで、それを画面上に映し出し、被疑者・被告人に提示し、閲覧させることは、防御手段・弁護手段としての接見の実効性を高めるための情報通信機器の使用であり、被疑者・被告人に対する助言・相談の提供を直接補助し、それと密接不可分なものであって、面会室におけるコミュニケーションとして一体のものである。それゆえ、情報通信機器の使用自体、刑訴法39条1項にいう「接見」に該当する。

第3に、弁護人による情報通信機器の使用が「接見」に当たるとするとき、刑事施設被収容者処遇法のなかには、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の前提に立ったとしても、情報通信機器の使用を禁止することは、弁護人が被疑者・被告人に対する助言・相談の提供を直接補助し、防御手段・弁護手段としての接見の実効性を高める重要な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4に、かりに、弁護人による情報通信機器の使用が「接見」に含まれないとの前提に立ったとしても、刑事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、面会室への情報通信機器の持込みを禁止したうえで、刑事施設職員が、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」(刑事施設被収容者処遇法117条・113条1項口)に当たるとして、弁護人の使用行為を制止し、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、刑事施設被収容者処遇法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、まぎれもなく刑訴法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」という目的のためにのみ、許されると理解すべきである。そうであるならば、刑事施設被収容者処遇法において、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。

次に、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、刑事施設被収容者処遇法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、刑事施設被収容者処遇法118条が、刑事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、刑事施設長は国有財産法5条に基づく庁舎管理権によって、面会にさいしての弁護人による情報通信機器の使用を禁止することはできないというべきである。情報通信機器の使用禁止は、それ自体、面会態様の制限に当たるからである。

最後に、同じ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、接見にさいして弁護人が情報通信機器を使用することによって、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、弁護人による情報通信機器の使用がただ刑事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は許されない。

第5に、情報通信機器の上記各使用類型についてみると、刑訴法および刑事施設被収容者処遇法のもとで、第3類型については、原則として使用が許されず、また、第4類型については、弁護人による写真撮影を理由とする接見制限の適法性が争われた下級審判例の判断を前提とする限り、使用が許容されないとされる場合もありえよう。とはいえ、弁護人が高度の専門的能力を有し、厳格な職業倫理に拘束されていることからすれば、弁護人は許容されない情報通信機器の使用を的確に判別し、それに基づき、そのような使用を確実に回避することができるというべきである。それゆえ、刑訴法39条1項にいう「接見」として、または正当な弁護権の行使として、刑訴法および刑事施設被収容者処遇法のもとで制限

することのできない情報通信機器の使用がある以上、許容されない使用がなされる可能性があるというだけの理由から、弁護人による情報通信機器の持込み・使用を全面禁止することは許されないというべきである。

II 情報通信機器の使用類型とその持込み・使用の制限

1 接見交通権の憲法的重要性と情報通信機器の使用

刑訴法に基づき逮捕・勾留され、刑事収容施設に収容された未決拘禁者は、刑訴法 39 条 1 項により、「弁護人又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」と「立会人なくして接見し、又は書類若しくは物の授受をする」権利を保障されている。この権利は、憲法の保障する弁護権によって基礎づけられている。すなわち、1999 年の最高裁大法廷判決が、憲法 34 条の弁護権は「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り、「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」と認めたように、憲法 37 条 3 項の保障する弁護権も含め、憲法の弁護権は弁護人の実質的援助をないし効果的な弁護を受ける権利である。被疑者・被告人が身体を拘束されている場合、このような弁護権を実質化するため、換言すれば、身体拘束による弁護権の実質的制約を排除するためには、弁護人との自由なコミュニケーションが保障されなければならない。さらに、自由なコミュニケーションを確保するためには、その秘密性の保障が不可欠である。それがなければ、いわゆる萎縮的効果が生じ、コミュニケーションが不可避的に抑制されるからである。このような目的から設けられたのが、刑訴法 39 条 1 項である。

刑事弁護を担う弁護士の数的増加とともに、被疑者国選弁護人制度の適用対象が拡大されるにともない、刑事弁護の量的拡大が顕著である。それと同時に、裁判員制度の創設、公判前整理手続と段階的証拠開示制度の導入、捜査機関による被疑者取調べの録音・録画の拡大など、法制度と実務の大規模な変化によって、

刑事手続はその複雑性を増しており、それにともない、捜査、公判準備、公判を通じて、刑事弁護はいつそう高度な専門性を必要とするものとなっている。また、裁判員制度の導入を契機とする当事者主義手続の実質化という傾向のなかで、弁護人にはより積極的・効果的な活動が求められている。

刑事弁護の量的拡大と質的活性化にともない、身体を拘束された被疑者・被告人にとって弁護人の効果的援助を受けるための最重要手段である接見にさいして、弁護人が最も効果的な弁護手段を追求しようとすることは当然のことである。弁護士基本規程46条は、「刑事弁護の心構え」として、「弁護士は、被疑者及び被告人の防御権が保障されていることにかんがみ、その権利及び利益を擁護するため、最善の弁護活動に努める」と規定しているが、このような刑事弁護の基本姿勢が、接見交通の局面において具体化するのである。情報通信技術が目覚ましく進歩し、関連機器が発達・普及するなかで、接見にさいして弁護人が情報通信機器を使用する例が現れるようになったのは、このような文脈においてのことである²⁾。

2 情報通信機器使用の諸類型

接見にさいしての弁護人による情報通信機器の使用については、次のような類型があるといえよう。

第1に、弁護人が、被疑者・被告人に対して助言・相談を提供するために必要・有用な法令、判例、訴訟記録、地図その他の情報を検索し、取得する場合であって、助言・相談に付随して、それを直接補助するために使用する類型である。弁護人が取得した視覚的情報を、情報通信機器の画面上に映し出し、それを面会室の遮蔽板越しに被疑者・被告人に提示し、閲覧させる場合も含まれる。遠藤事件における情報通信機器の使用は、これに当たる。

第2に、弁護人自身が、実効的な弁護を提供するために使用するという類型である。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、面会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

2) 葛野尋之『刑事司法改革と刑事弁護』（現代人文社、2016年）329頁以下参照。

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、面会室内から第三者に対して情報通信機器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³⁾。

第3の類型は、弁護人等自身が情報通信機器を使用するのではなく、被疑者・被告人が弁護人の情報通信機器を使用して、外部の第三者と直接通話・通信し、そのような通話・通信を弁護人が補助するというものである。弁護人がカメラを用いて未決拘禁者の容ぼう・姿態を撮影し、その画像をそのまま情報通信機器を用いて外部の第三者に対して送信する場合、あるいは逆に、外部の第三者の容ぼう・姿態を内容とする視覚的情報を取得し、画面上にそれを映し出し、そのまま未決拘禁者に提示し、閲覧させる場合も、この使用類型に含まれる。これらの通信に音声情報が含まれている場合もあろう。

これらの使用類型に加えてさらに、情報通信機器をその本来の機能たる情報通信のために用いる場合ではないが、パソコン、スマートフォン、タブレットなど現代の情報通信機器は、すべてとってよいほど、写真撮影およびビデオ録画の機能を有していることから、弁護人が情報通信機器のそれらの機能を活用して、被疑者・被告人の容ぼう、受傷状況など、接見にさいして取得した視覚的情報を記録することがある。実際、このような写真撮影を理由として、刑事施設職員が弁護人の撮影行為を阻止し、接見を一時停止・終了させたことの適法性が争われ

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施設被収容者処遇法の規定の趣旨からすれば、弁護人自身、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、弁護人が、伝言中に逃亡、罪証隠滅など拘禁目的を阻害する危険を含む情報が含まれることを認識したにもかかわらず、第三者に対して危険情報を伝達することは、違法・不正な行為の助長・利用、偽証・虚偽陳述のそその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。弁護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、弁護人が録音・撮影・録画した接見状況の記録を第三者に交付する場合も、同様である。そのような場合でなければ、弁護人が未決拘禁者たる被疑者・被告人の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なら生じさせないというべきである。この点について、葛野・注2) 書217頁以下参照。

た国家賠償請求訴訟がある。このような使用類型を、第4類型とする。

本稿は、上述のとおり、遠藤事件における情報通信機器の使用に検討対象を限定して、先に示した諸点を論じていくことにする。そのうえで、第2ないし第4類型の使用について、刑訴法および刑事施設被収容者処遇法のもとで許容されるかどうかを確認し、許容されない場合があるのであれば、弁護人がそのような使用を的確に判別し、確実に回避することができるかどうかを検討する。

3 情報通信機器の持込み・使用の制限

実務においては、現在、弁護人が情報通信機器を面会室内に持込み、接見にさいして使用することは、使用類型のいかんを問わず、全面禁止されている。

「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 矯正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。法務省矯正局関係者の説明によれば、現在使用を認めていない情報通信機器の使用を実際に制限することができなければ、「未決勾留の目的を阻害する行為や、刑事施設の規律及び秩序を害する行為を防止することができない」ことから、刑事施設長は、「庁舎管理権に基づき、使用を認めていない電子機器の面会室への持込みや使用を禁止している」とされる⁴⁾。面会室への情報通信機器の持込みを禁止する場合でも、「弁護人接見そのものを禁じるものではなく、「飽くまで使用禁止の実質を担保するために持込み自体を禁止」しているとされる。もっとも、弁護人が面会室への機器の持込みを主張し、それを譲らない場合において、刑事施設側が面会室への立ち入り自体を拒んだ例がある。

刑事施設長は、情報通信機器の持込み・使用を全面禁止したうえで、接見にさいして弁護人が情報通信機器を使用していることが判明した場合には、「面会を一時停止し、電子機器の使用中止とロッカー等への保管を求めることになる」

4) 松田治「接見時の機器等の持込みの運用」刑事法ジャーナル46号（2015年）52頁。

とされる。このときも、「飽くまで弁護人等から使用を続ける意思が示された場合には、やむを得ず面会終了の措置に至るケースもある」という⁵⁾。

未決拘禁者と弁護人との面会の一時停止・終了について、刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律（以下、刑事施設被収容者処遇法）117条は、同法113条を準用しつつ、1項において、刑事施設職員は、未決拘禁者または弁護人が「刑事施設の規律及び秩序を害する行為」をするときは、「その行為若しくは発言を制止し、又はその面会を一時停止させることができる。この場合においては、面会の一時停止のため」、未決拘禁者または弁護人に対し「面会の場所からの退出を命じ、その他必要な措置を執ることができる」と定めており、2項において、「刑事施設の長は、前項の規定により面会が一時停止された場合において、面会を継続させることが相当でないと認めるときは、その面会を終わらせることができる」と定めているところ、情報通信機器の使用を理由とする接見の制限措置は、これらの規定に基づくものとされている。弁護人の接見の一時停止・終了の運用について、上記依命通達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、未決拘禁者が面会室内で大声を出し続けて他の面会室で実施されている面会に支障を生じさせたり、器物を損壊するような行為に及んだ場合や、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」としている。このように、刑事施設長は、国有財産法5条の庁舎管理権に基づき、情報通信機器の持込み・使用を禁止したうえで、この禁止措置に違反する弁護人の行為を「刑事施設の規律及び秩序を害する行為」（刑事施設被収容者処遇法117・113条）だとして、使用行為を制止し、また、接見を一時停止・終了させているというのである。

実務においては、面会の一時停止・終了に関する刑事施設被収容者処遇法の規定を運用する前提として、施設職員が、未決拘禁者たる被疑者・被告人と弁護人との接見中に、面会室のドアに付けられた小窓越しに、面会室内の様子を視覚的

5) 松田・注4) 論文52～53頁。

に探知する措置をとっているが、同法のなかに、このことを明記した規定は存在しない。上記依命通達4(3)は、視覚的探知の措置について、「秘密交通権の重要性にも十分配慮する必要がある、殊更に面会の状況を監視しようとしたりすることは適切ではなく、謙抑的な運用に努めるべきであること」としている。同法制定時には、国会審議において、同法117条・113条に基づいて接見状況の視覚的監視が予定されているわけではないことが確認されており、衆参両院において、「未決拘禁者と弁護人の面会については、面会の状況を監視すること等によりかりそめにも秘密交通権の侵害となることがないように留意する」との附帯決議が付された。

Ⅲ 情報通信機器の使用と「接見」

1 面会室におけるコミュニケーションとしての「接見」

弁護人が、遠藤事件においてのように、情報通信機器を用いて、被疑者・被告人に対して実効的な助言・相談を提供するために必要・有用な視覚的情報を取得したうえで、それを情報通信機器の画面上に映し出し、被疑者・被告人に提示し、閲覧させることは(本稿Ⅲ・Ⅳにおいては、とくに断りのない限り、弁護人による情報通信機器の使用とは、このような使用を意味するものとする)、刑訴法39条1項にいう「接見」に当たるのか。

弁護人によるこのような情報通信機器の使用が「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するならば、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、「接見」たる情報通信機器の使用を禁止することは許されないというべきである。弁護人による情報通信機器の使用が「接見」に当たり、それを禁止する刑事施設長の措置が接見交通権を侵害するということとなれば、当然、弁護人が禁止措置に違反して情報通信機器を使用したとしても、その行為が「刑事施設の規律及び秩序を害する行為」(刑事施設被収容者処遇法117・113条)に当たるとして、施設職員が、情報通信機器の使用を制止し、接見を一時停止することも許されないことになる。このよ

うに、遠藤事件が提起した問題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情報通信機器の使用が「接見」に当たるかどうか、先決問題となるのである。

以下論じるように、弁護人による情報通信機器の使用は、それ自体、「接見」に当たるといふべきである。

刑訴法 39 条 1 項にいう「接見」とは、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、すなわち面会室においてなされる両者間のコミュニケーションをいうとすべきである。弁護人が、接見にさいして情報通信機器を用いて、被疑者・被告人に対して助言・相談を提供するうえで必要・有用な視覚的情報を取得し、その視覚的情報を画面上に映し出し、それを被疑者・被告人に提示し、閲覧させる場合、弁護人によるこのような情報通信機器の使用が、被疑者・被告人に対する助言・相談の提供に付随して、それを直接補助するものとして行われ、それと一体化しているといふことができる。助言・相談の提供と情報通信機器の使用とは、面会室においてなされる被疑者・被告人と弁護人とのあいだのコミュニケーションを一体的に構成しているのである。この点において、情報通信機器の使用は、弁護人が持参した判例集を検索して取得した視覚的情報を、あるいは持参した訴訟資料を被疑者・被告人に提示して、閲覧させることと変わりがない。それゆえ、弁護人による先のような情報通信機器の使用は、それ自体、面会室においてなされる被疑者・被告人と弁護人とのあいだのコミュニケーションとしての「接見」を構成していると理解すべきなのである。

2 「口頭での打合せに付随する証拠書類等の提示」としての「接見」

刑訴法 39 条 1 項の保障する「接見」の意味に関連して、従前より、弁護人が面会室に訴訟資料を持ち込み、接見にさいしてそれを被疑者・被告人に提示し、閲覧させることは、とくに制限されることなく認められてきた。旧監獄法下において、1991 年 3 月 29 日の東京地裁判決⁶⁾は、「接見における文書の携行の自由は、

6) 東京地判 1991 (平 3)・3・29 判時 1399 号 98 頁。

右自由を制限しないならば勾留目的が阻害され、あるいは監獄内の規律及び秩序の維持上放置することのできない程度の障害が生ずる相当の蓋然性があると認められる場合に限り、必要かつ合理的な範囲内で制限し得る」と判示したうえで、出版目的とともに訴訟資料としての目的を有する文書の携行を不許可とした処分は、未決拘禁者である被告人の刑事手続上の防御権を侵害し、違法であるとしたが、接見にさいして訴訟資料たる文書の提示が、それ自体、刑訴法39条1項にいう「接見」に当たるかどうかについては判断しなかった。

後藤事件においては、接見にさいして弁護人がビデオ再生機器を使用し、ビデオテープを再生することの適性が争われた。刑事事件の控訴審弁護人が、第一審において証拠採用されたビデオテープを再生しながら被告人と打合せを行うべく、ビデオテープ再生装置を持参のうえ、大阪拘置所において接見を申し出たのに対し、大阪拘置所が、「保安上の観点」から問題があるとの理由から、拘置所側による再生のうえでの内容検査を経ないビデオテープを再生しながら接見することを拒否したことに対して、国家賠償請求訴訟を提起したという事案について、控訴審の大阪高裁⁷⁾は、第一審・大阪地裁の判決⁸⁾を敷衍して、「身体の拘束を受けている被告人等が弁護人から援助を受ける機会を実質的に確保するためには、被告事件等について、弁護人が被告人等から聴取した言い分に従って弁護方針を立てることが必要であり、その前提として、弁護人が、捜査機関の収集した証拠や弁護人の独自に収集した証拠についての説明を被告人等から受け、被告人等とともにその内容を十分に検討しなければならない。図面、写真及び証拠物等について、かかる説明ないし検討を行うためには、少なくともこれらを被告人等に見せることが必要不可欠であるが、口頭での打合せだけでは伝達できる情報の量及び質が限定されることを勘案すれば、文書についても、その形状、筆跡等を問題とする場合のみならず、その意味内容を問題とする場合であっても、これを被告人等に見せてその言い分を聴取することが有効適切であることはいうまでもなく、このように「被告人等と弁護人とが直接面会して被告事件等に関する口頭での打合せを行うことと証拠書類等を見せるなど口頭での打合せに付随する

7) 大阪高判2005(平17)・1・25訟月52巻10号3069頁。

8) 大阪地判2004(平16)・3・9判時1858号79頁。

行為とは、実際の接見の場面でも密接不可分であるし、被告人の防御権行使の点、弁護人の弁護権の行使の点から規範的に見ても密接不可分のものとするべきである以上、刑訴法 39 条 1 項の『接見』とは、口頭での打合せに限られるものではなく、口頭での打合せに付随する証拠書類等の提示をも含む打合せと解すべきである」と判示した。そのうえで、「収容施設の側が、口頭での打合せに付随して提示などする証拠書類等を一般的に検査し、その内容を覚知」するような「広範な検査を許容すれば、収容施設等が被告人等と弁護人との打合せの内容を推知することとなり、被告人等と弁護人とのコミュニケーションに萎縮的効果を及ぼしかねず、刑訴法 39 条 1 項の趣旨を没却し、ひいては（弁護人の援助についての・引用者注）憲法の保障を損なうものである」とした。

刑訴法 39 条 1 項による保障される「接見」とは、「被告人等と弁護人とのコミュニケーション」であって、口頭での打合せに限らず、「口頭での打合せに付随する証拠書類等の提示をも含む打合せ」を意味するとの判示は、被疑者・被告人と弁護人とのあいだの最も重要な防御手段・弁護手段としての接見の実際およびその意義・機能を正しく捉えたものといえよう。

控訴人である国は、後藤事件の控訴審において、「〔1〕「接見」とは面会であり、面談であって、特定の被収容者と外部の特定の者との間の面談（口頭）による意思の伝達を意味する。その内容には書類等の提示行為が当然に含まれるものではないし、接見とその際に事実上付随してされる証拠書類等の提示行為とを区別することは可能であり、実際上も容易である。〔2〕書類等の提示行為は、被告人等にその内容を了知せしめようとするものであるから、『書類等の授受』と目的を同じくするとともに、その効果においても『書類等の授受』と同様であると考えるのが合理的である、などと主張し、刑訴法 39 条 1 項の『接見』には、口頭での打合せに付随する証拠書類等の提示をも含む打合せと解すべきであるとした原判決の判断を非難」していた。

控訴審判決は、このような国の主張を正面から否定した。すなわち、「憲法 34 条前段以下の関係規定の趣旨、目的等から考えれば、上記のような法規範ないし法解釈（上記判旨参照・引用者注）がいわば論理的に導き出されるのであって、控訴人が〔1〕でいうような『行為』の性質や概念上の区別等とか、〔2〕でいう

ような事情はこれを動かすには足りない（特に〔2〕のように、行為の一面である『その内容を了知せしめようとするもの』のみを取り上げて行為の異同を論ずると、書類等の提示行為と書類等の授受は同様の行為になることは否定できない。しかし、そのみならず、口頭による面談も、書類等の授受と同様の行為とならざるを得なくなる。このように控訴人の上記主張は、物事の一面を見たり、核心を逸したものであって採用できないのである。）」と断じたのである⁹⁾。

刑訴法39条1項にいう「接見」が、後藤事件の控訴審判決がいうように、「口頭での打合せに付随する証拠書類等の提示をも含む打合せ」を意味するのであれば、接見にさいして弁護人が情報通信機器を使用し、助言・相談を行ううえで必要・有用な視覚的情報を取得し、その視覚的情報を画面上に映し出し、被疑者・被告人にそれを提示し、閲覧させることも、「証拠書類」の提示と同様、「接見」に含まれ、同規定による保障を受けることとなろう。このような理解こそが、接見の実際、そして防御手段・弁護手段としての重要性という観点からする接見の意義・機能に即応したものである。

ところで、接見にさいしての弁護人の写真撮影を理由とする接見制限の適法性が争われた国家賠償訴訟において、下級審判例は、刑訴法39条1項にいう「接見」とは、身体を拘束された被疑者・被告人と弁護人とのあいだの面談を通じての意思疎通に限定して捉えている。たとえば、竹内事件における控訴審・東京高裁は、「『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

9) 竹内事件の控訴審判決（東京高判2015〔平27〕・7・9判時2280号16頁）も、「『接見』と『書類若しくは物の授受』が区別されていること」を、「接見」が意思疎通に限定されるべきことの理由としてあげているが、説得的とはいえない。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」が面会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」が意思のない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も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情報通信機器の使用は、それにより取得した視覚的情報を画面上に映し出し、被疑者・被告人に提示し閲覧させることも含め、取得した情報を記録した媒体の占有の移転をともなわないから、「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。

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」と判示している。下級審判例は、このように、「接見」を口頭の面談による意思疎通として捉えたうえで、写真撮影がそれにあたらないとしているのである。

「接見」とは、本来、身体を拘束された被疑者・被告人と弁護人とが接見室において行うコミュニケーションをさし¹⁰⁾、口頭の面談による意思疎通に限定されないことは、上述のとおりであるが¹¹⁾、たとえ「接見」の中核概念が、口頭の面談による意思疎通であったとしても、後藤事件の一審判決および控訴審判決がいうように、防御手段・弁護手段としての口頭の面談による意思疎通の実効性

10) 『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。刑法法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。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、「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的效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、竹内事件の控訴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、後藤事件の上記控訴審判決は、「刑法法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。これらの下級審判例からしても、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。

11) 弁護人が被疑者・被告人の容ぼう、受傷状況など接見状況を写真撮影することは、接見にさいして取得した視覚的情報を記録する行為であって、本来、刑法法39条1項にいう「接見」に当たるといべきである。このことを含め、弁護人による写真撮影を理由とする接見制限の適法性については、葛野・注2)書342頁以下、同「接見に差し手の弁護人の写真撮影をめぐる法的問題(1)・(2完)」一橋法学15巻2号・同巻3号(2016年)参照。

を高めるために、それに付随して、それと密接不可分の行為として行われる「証拠書類等の提示」は、刑訴法39条1項にいう「接見」に含まれ、同規定の保障の範囲内にあるというべきである。実際、田邊事件の一審判決は、「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」と判示したうえで、「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」としているが、この判示からは、「弁護人等と被疑者等との間で行われる意思疎通」を「補助するもの」であれば、「接見」に当たることが示唆されている。そうであるならば、接見にさいしての弁護人による情報通信機器の使用は、口頭の面談による意思疎通を「補助」し、あるいはそれに付随する密接不可分なものとして、それ自体、刑訴法39条1項にいう「接見」に含まれるというべきであろう。

3 情報通信機器の使用を制限する「法令」の不存在

接見にさいしての弁護人による情報通信機器の使用が、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、それを制限する「法令」（同条2項）は存在しないから、その制限は許されないというべきである。

刑訴法39条は、1項において接見交通権を保障したうえで、2項において、「前項の接見又は授受については、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ことができる」と定めている。なお、ここにいう「戒護」とは、「逃亡、自殺、暴行等を防止するための強制的措置をいう」とされている¹²⁾。このような刑訴法39条の規定構造からすると、同条1項の接見交通に対する制限は、同条3項による接見指定の場合を除いては、同条2項にいう「法

12) 河上和雄ほか編『注釈・刑事訴訟法（第3版）（第1巻）』（立花書房、2011年）461頁〔植村立郎〕。

令」の規定に基づいてのみ許されるというべきである。そのように理解しなければ、同規定が接見交通権の制約は「法令」によるべきものと明記したこの意味が失われるからである¹³⁾。

刑事施設被収容者処遇法 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。刑事施設被収容者処遇法のなかには、ほかにも、弁護人による情報通信機器の使用制限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情報通信機器の使用を制限するための「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。

4 接見交通権の本質に及ぶ制限の排除

遡って考えるならば、接見にさいしての弁護人による情報通信機器の使用が「接見」に含まれるとするとき、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、立会人をおくことは許されない」というのである¹⁴⁾。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

13) 刑訴法 39 条 2 項が掲げる目的のうち、たしかに文理上、逃亡と罪証隠滅は「接見」と「授受」の両方にかかり、戒護に支障のある物は「授受」についてだけかかっている (河上和雄ほか編『大コンメンタル・刑事訴訟法 (第 3 版) (第 1 巻)』(青林書院、2013 年) 447 頁 [河上=河村])。しかし、接見にさいしての戒護に支障のある物の授受を防ぐための措置が、面会室において遮蔽板を設置するなど、間接的ではあるにせよ、接見の態様を制限することもあるといえよう。

大で実質的な制限は許されないというべきなのである¹⁵⁾。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

14) 河上・注13) 書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・注2) 書186頁以下参照。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の効果をもたらし、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、接見交通権の行使と捜査・取調べ権限の発動とのあいだで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。

15) 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。

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。

情報通信機器の使用の制限はどうか。たしかに、情報通信機器の使用制限によって、接見の機会が奪われるわけではない¹⁶⁾。しかし、情報通信機器の使用制限は、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、情報通信機器を用いて、実効的な助言・相談を提供するために必要・有用な視覚的情報を取得したうえで、それを画面上に映し出し、被疑者・被告人に提示し、閲覧させる場合、このような情報通信機器の使用は、被疑者・被告人に対する助言・相談の提供に付随して、それを直接補助するための行為であって、このような情報通信機器の使用が制限されるならば、弁護人が提供する助言・相談の「質」が低下し、接見の防御手段・弁護手段としての実効性が実質的に奪われることになる。この点からすれば、接見交通権の「本質」に及ぶような、重大で実質的な制限であり、したがって、いかに「法令」によろうとも、それは許されないというべきである。

ところで、いまかりに、刑訴法39条1項にいう「接見」に対しても、同条2項にいう「法令」によることなく、刑事施設被収容者処遇法独自の目的による制限が可能であるとの前提に立ったとしても、「接見」としての弁護人による情報通信機器の使用を制限することは許されないというべきである。本稿IV 3以下において論じるように、弁護人が接見にさいして情報通信機器を使用したとしても、

16) この点については、接見にさいしての弁護人による写真撮影の制限の場合と同じである。弁護人による写真撮影を理由とした接見の制限の適法性が争われた田邊事件において、一審・福岡地裁小倉支部は、「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（刑事施設被収容者処遇法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、情報通信機器の使用制限の場合と同様、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であって、いかに「法令」によろうとも許されないというべきである。

それにより、刑事施設における規律・秩序を阻害する現実的な危険は生じえないからである。

IV 庁舎管理権、規律・秩序侵害行為と接見交通権

1 刑訴法39条2項と刑事施設被収容者処遇法117条・113条

いまかりに、接見にさいしての弁護人による情報通信機器の使用が刑訴法39条1項にいう「接見」に当たらないとの前提に立ったとしても、接見時の情報通信機器の使用を制止することによって接見を中断させ、あるいはそれを理由として接見を一時停止または終了させることは、接見交通権の制約にほかならず、以下論じるように、このような情報通信機器の使用を理由とする接見交通権の制約も許されないというべきである。

刑事施設被収容者処遇法117条・113条は、面会にさいしての弁護人の行為の「制止」および面会の「一時停止」を認めるものであって、接見交通権の制約を許す規定にほかならない。この点について、田邊事件の一審判決は、これらの制止または一時停止の「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」だと述べている。本稿I3において示した法務省矯正局関係者の説明にあるように、弁護人による面会室への情報通信機器の持込みの禁止は、国有財産法5条による刑事施設長の庁舎管理権に基づくものとされており、弁護人が接見にさいして情報通信機器を使用した場合における施設職員による使用の制止措置、さらには情報通信機器の使用を理由とする接見の一時停止・中止の措置は、刑事施設被収容者処遇法117条・113条によるものとされている。弁護人による情報通信機器の使用は、「刑事施設の規律及び秩序を害する行為」（同法117条1項）に該当するとするのである。このような理解は、接見にさいしての弁護人による写真撮影の制限を適法とした下級審判例もとるところであった¹⁷⁾。

しかし、刑事施設被収容者処遇法117条・113条に基づく制限を許容する見解（以下、制限許容論）については、いくつかの重大な疑問がある。これらの規定

の法意を誤って理解しているからである。

制限許容論の前提には、憲法による弁護権の保障の趣旨が実質的に損なわれないう限りにおいて、接見交通権の行使に対する刑事施設の規律・秩序の維持という刑事施設被収容者処遇法独自の目的による調整の規定を法律に設けることが否定されることはなく、刑事施設被収容者処遇法 117 条・113 条 1 項は、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) がなされる場合において、刑事施設の規律・秩序の維持という目的のために、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ものであって、先の意味における「調整」の規定に当たるとする理解があるといえよう¹⁸⁾。

しかし、刑訴法 39 条 2 項と刑事施設被収容者処遇法の規定との本来の関係からすれば、刑事施設被収容者処遇法 117 条・113 条についてこのように理解することには、重大な疑問がある¹⁹⁾。

竹内事件の控訴審判決は、弁護人による写真撮影を理由として施設職員が接見を一時停止・終了させた措置を適法と判断するにあたり、刑事施設被収容者処遇

17) 田邊事件の一審判決は、小倉拘置支所長がその庁舎管理権に基づいて、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、「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」としたうえで、上記第 8 の判示にあるように、面会室への弁護人の携帯電話の持込みおよびそれを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の必要があり、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。また、竹内事件の控訴審判決も、刑事施設長が国有財産法 5 条に基づく庁舎管理権により、面会室内での写真撮影などを禁止することができるとしたうえで、刑事施設被収容者処遇法 117 条・113 条に基づき、「拘置所職員が刑事施設の規律及び秩序を害する行為」を理由として、被告人と弁護人との接見を終了させた措置は、接見交通権ないし弁護活動の不当な侵害には当たらないと判断していた。このような理解には重大な疑問がある。この点については、葛野・注 2) 書 348 頁以下、同「接見にさいしての弁護人の写真撮影をめぐる法的問題 (2 完)」一橋法学 1025 頁以下参照。

法の117条・113条が「未決拘禁者の逃亡のおそれ、罪証隠滅のおそれ、その他の刑事施設の設置目的に反するおそれといった要件を規定することなく、規律等

18) 田邊事件の一審判決は、刑訴法39条3項による接見指定が憲法34条に違反しなかった1999年3月24日最高裁大法廷判決などを参照しつつ、接見交通権と憲法の保障する弁護権との関係を確認したうえで、「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。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」としている。そのうえで、刑事施設被収容者処遇法117条・113条は、このような意味における「調整の規定」だとしたのである。たしかに、最高最大法廷判決は、「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るから、被疑者と弁護人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。そして、捜査権を行使するためには、身体を拘束して被疑者を取り調べる必要が生ずることもあるが、憲法はこのような取調べを否定するものではないから、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らなければならない。憲法34条は、身体を拘束を受けている被疑者に対して弁護人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、法律に右の調整の規定を設けることを否定するものではない」と判示しており、「接見交通権の行使と捜査権の行使との間」の「合理的な調整」を認めていた。また、竹内事件の一審判決も、最高裁大法廷判決を参照しつつ、「憲法は、……法律に……調整規定を設けることを否定するものではない」と述べており、刑事施設被収容者処遇法117条・113条がこのような「調整規定」であることを示唆していた。しかし、注14)において述べたように、最高裁大法廷判決は、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したものであって、ここにいう「合理的な調整」も、接見交通権の行使と捜査・取調べ権限の発動とのあいだで一つしかない被疑者の身体の利用が競合していることを前提として、接見交通の「日時、場所及び時間」の調整を許したものでしかない。最高裁大法廷判決の趣旨が、接見交通権と刑事施設における規律・秩序の維持などの対抗利益とのあいだの「合理的な調整」を一般に認めるというものであって、さらにこの「合理的な調整」として、接見の中断・一時停止・終了、接見内容の探知など「日時、場所及び時間」の調整を超える「調整」を許す趣旨であると理解することはできない。本文において述べたように、刑訴法39条1項の保障する接見交通権の「内在的制約」は、同条2項および3項の規定のなかに具体化されており、それに尽きているというべきである。

侵害行為があれば、その行為の制止、面会の一時停止、面会の終了の措置を執ることができる旨規定している」ことは、「規律等侵害行為が認められる場合には、刑事施設の規律秩序を維持するための措置を執る必要があるため、規律等侵害行為の他には、上記のような逃亡のおそれ等の要件を要求しないとしたことに基づくもの」だとした。控訴審判決とは対照的に、同事件の一審判決は、刑事施設被収容者処遇法のこれらの規定が刑訴法 39 条 1 項の保障する接見交通権を制約するものであるとの理解を前提として、規律・秩序侵害行為を理由として面会を一時停止・終了させることができるのは、「遵守事項に違反する行為等をする事により、具体的事情の下、未決拘禁者の逃亡のおそれ、罪証隠滅のおそれ、その他の刑事施設の設置目的に反するおそれが生ずる相当の蓋然性があると認められる場合に限られる」とした。このような判示は、刑訴法 39 条 2 項と刑事施設被収容者処遇法の規定との関係を正しく捉えたものだとすることができる。

刑訴法 39 条は、1 項において接見交通権を保障したうえで、2 項において、「前項の接見又は授受については、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ことができる」と定めている。このような刑訴法 39 条の規定構造からすると、同条 1 項の接見交通に対する制限は、同条 2 項にいう「法令」の規定に基づいてのみ許されるだけでなく、そのような「法令」の規定に基づく制限は、「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必要な範囲においてのみ認められるというべきである。そのように理解しなければ、すなわち同条 2 項にいう「法令」によるこ

-
- 19) 川出敏裕「身柄拘束制度の在り方」ジュリスト 1370 号 (2009 年) 108 頁は、刑訴法 39 条 1 項の接見交通に対しても、収容施設の規律・秩序の維持という刑事施設被収容者処遇法独自の目的により制限を加えることが可能であり、同法 117 条は、そのような趣旨から設けられた規定であるとする。林真琴 = 北村篤 = 名取俊也『逐条解説・刑事収容施設法 (改正版)』(有斐閣、2013 年) 598 頁は、刑事施設被収容者処遇法 117 条は「『刑事施設の規律及び秩序を害する行為』がなされるときは、本条に基づく一時停止および終了の措置を執ることができるものとされている」とし、これらの措置は「刑訴法 39 条 2 項が法令で規定することができるとしている措置ではない」としているが、この見解は、同規定にいう「法令」によるのとは別に、刑事施設被収容者処遇法においてその独自の目的から、独自の制限を設けることができるとの立場を前提としている。

となく接見交通に対する制限が可能であって、同規定が示しているもの以外の目的による制限が許されるとするならば、同規定が接見交通権の制約については、制限の目的を限定して明示したうえで、「法令」によるべきとしたことの意味が失われるからである²⁰⁾。

たしかに、刑事施設における適正な規律・秩序の維持は、それ自体、憲法の予定する刑罰権の適正な実現にとって必要かつ重要なことであろう。このことから、刑訴法39条1項の保障する接見であっても、これら刑事施設被収容者処遇法独自の目的を達成するために必要な制限であれば、合理的な範囲において、あるいは必要最小限度において、接見交通権の「内在的制約」として許容されるべきとする見解もあるかもしれない。しかし、刑訴法39条の規定構造からすれば、同条1項の保障する接見交通権の「内在的制約」は、同条2項および3項の規定のなかに具体化されており、それに尽きているというべきである。同条2項・3項の定める制限を超えて、さらに「内在的制約」としての制限が認められるとするのは、これらの規定が制限の目的、要件、方法、さらには限界を明示しつつ、接見交通権に対する制限を定めたことが無意味になるからである。

このような理解は、刑訴法が保障する権利の制約について、刑訴法と刑事施設被収容者処遇法との関係を一元的関係にあるものとして理解することからの帰結でもある²¹⁾。逮捕・勾留という未決拘禁は、もともと刑訴法によって、その訴訟目的を実現するために認められている。その未決拘禁を実際に執行するために、執行に関する具体的な内容を定めているのが、刑事施設被収容者処遇法である。そうであれば、未決拘禁の目的を定めている訴訟法によって、手段たる刑事施設被収容者処遇法の内容も規制されるというべきである²²⁾。したがって、刑訴法

20) 刑訴法39条2項が掲げる目的のうち、たしかに文理上、逃亡と罪証隠滅は「接見」と「授受」の両方にかかり、戒護に支障のある物は「授受」についてだけかかっている(河上・注13)書447頁[河上=河村])。しかし、接見にさいしての戒護に支障のある物の授受を防ぐための措置が、面会室において遮蔽板を設置するなど、間接的ではあるにせよ、接見の態様を制限することもあるといえよう。

21) 後藤昭『捜査法の論理』(岩波書店、2001年)109頁以下、緑大輔「弁護人等との外部交通と施設担当者の義務」福井厚編『未決拘禁改革の課題と展望』(日本評論社、2009年)186~193頁。

22) 後藤・注21)書115頁。

が逮捕・勾留された被疑者・被告人、すなわち刑事施設被収容者処遇法における未決拘禁者の権利を積極的に明文で規定している場合には、刑事施設被収容者処遇法において、刑訴法の許容する範囲を超えて、そのような権利を制約するような規定を設けることはできない。もしそのような規定を認めるとするならば、刑訴法による権利の保障に矛盾する結果となるからである。身体を拘束された被疑者・被告人に対して刑訴法 39 条が保障する弁護人との接見交通権は、このような刑訴法と刑事施設被収容者処遇法の一元的関係を示す典型例なのである²³⁾。

2 刑事施設被収容者処遇法 117 条・113 条 1 項の解釈

刑事施設被収容者処遇法 117 条は、同法 113 条を準用しつつ、身体を拘束された被疑者・被告人たる未決拘禁者と弁護人との面会にさいしての弁護人の規律・秩序違反行為の制止および面会の一時停止・終了を定めている規定であるから、刑訴法 39 条 1 項により保障される接見を制限するものにほかならない。刑訴法 39 条の規定構造からみて、同条 1 項の接見に対する制限が、同条 2 項にいう「法令」によってのみ許されると理解すべき以上、刑事施設被収容者処遇法 117 条もまた、刑訴法 39 条 2 項にいう「法令」の規定の一つとされるべきことになる²⁴⁾。そうであるならば、刑事施設被収容者処遇法 117 条に基づく接見の制限は、刑訴法 39 条 2 項の規定するところにより、「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」に限定されなければならない。

23) 後藤・注 21) 書 118 頁。

24) 河上ほか・注 13) 書 446 頁〔河上＝河村〕は、刑訴法 39 条 2 項の「法令」として、「刑訴規則 30 条のほか、刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律 44 条、46 条、50 条、117 条ないし 119 条、123 条、135 条、136 条、138 条、142 条、145 条（以上、刑事施設）、191 条、193 条、197 条、219 条、220 条、222 条、224 条（以上、留置施設）、246 条、252 条、267 条、268 条、270 条、271 条（以上、海上保安施設）、同規則 70 条等がある」としている。また、松尾浩也監修『条解・刑事訴訟法（第 4 版）』（弘文堂、2009 年）82 頁は、同じく刑訴法 39 条 2 項の「法令」として、刑訴規則 30 条、刑事施設被収容者処遇法 44 条・46 条・50 条・117 条ないし 119 条・123 条・135 条・136 条・138 条・142 条・145 条・191 条・193 条・197 条・219 条・220 条・222 条・224 条・246 条・248 条・252 条・267 条・268 条・279 条・271 条・同規則 70 条などをあげている。いずれも、刑事施設被収容者処遇法 117 条をあげている。

したがって、第1に、制限の目的は、「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」の防止に限られなければならない。刑事施設被収容者処遇法117条は、同法113条1項口を準用しつつ、「刑事施設の規律及び秩序を害する行為」を理由とする規律・秩序違反行為の制止および接見の一時停止・終了を規定しているところ、刑訴法39条2項の明示する制限の目的からすれば、刑事施設被収容者処遇法117条・113条に基づき規律・秩序違反行為の制止および面会の一時停止・終了が許されるのは、たんなる「刑事施設の規律及び秩序を害する行為」がなされただけではなく、「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」の危険性が認められる場合に限りされると理解しなければならない。刑訴法39条1項の保障する接見交通権が、憲法34条・37条1項による被疑者・被告人の弁護権に由来する、この意味において憲法的重要性を有する権利であることからすれば、ここにいる危険性は、具体的事実によって基礎づけられた現実的危険性として認められなければならない。竹内事件の一審判決は、「面会者が弁護人等の場合、規律等侵害行為を理由に面会を一時停止し又は面会を終了させることができるのは、遵守事項に違反する行為等をすることにより、具体的事情の下、未決拘禁者の逃亡のおそれ、罪証隠滅のおそれ、その他の刑事施設の設置目的に反するおそれが生ずる相当の蓋然性があると認められる場合に限り」と判示していた。「刑事施設の設置目的」という概念には曖昧さも残るが、これを逃亡および罪証隠滅を防止しながら未決拘禁者の身体の拘束を確保することとして理解するのであれば、同判決は、刑事施設被収容者処遇法113条1項口という「刑事施設の規律及び秩序を害する行為」を刑訴法39条2項の掲げる目的の枠内において捉えていることとなり、その点において正当であるといえよう。

第2に、このような接見交通権の憲法的重要性からすれば、上述のように、刑訴法39条2項にいう「必要な措置」としては、接見交通権の本質を損なう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。

これらのことからすれば、刑訴法39条2項にいう「法令」による、「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」の防止のために「必要な措置」とは別に、刑事施設被収容者処遇法117条・113条1項に基づき、

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、面会を一時停止することができ、もって刑法39条1項の保障する接見交通権を制約しようとすることは、刑法39条の規定構造、そして同条2項と刑事施設被収容者処遇法117条・113条との関係についての正しい理解に立つものとはいえないのである。

3 刑事施設被収容者処遇法118条の趣旨と弁護人による 情報通信機器の使用禁止

いまかりに、刑法39条2項にいう「法令」による「必要な措置」とは別に、刑事施設被収容者処遇法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、刑事施設長が、国有財産法5条の庁舎管理権に基づき、弁護人による情報通信機器の持込み・使用を禁止したうえで、施設職員が、その禁止措置に違反したことを理由として、「刑事施設の規律及び秩序を害する行為」があると認め、使用行為を制止し、さらには接見を一時停止することによって、接見交通権を制約することができることに、重大な疑問がある²⁵⁾。

第1に、弁護人の面会態様の制限に関する刑事施設被収容者処遇法118条の趣旨からすれば、刑事施設長は、未決拘禁者と弁護人との面会について、弁護人による情報通信機器の使用を禁止することはできず、したがってその持込みを禁止することもできないというべきである。

弁護人の面会について、刑事施設被収容者処遇法118条は、1項において、「未決拘禁者の弁護人等との面会の日及び時間帯は、日曜日その他政令で定める日以外の日の刑事施設の執務時間内とする」とし、2項において、「前項の面会の相手方の人数は、3人以内とする」、3項において、「刑事施設の長は、弁護人等から前2項の定めによらない面会の申出がある場合においても、刑事施設の管理運営上支障があるときを除き、これを許すものとする」、4項において、「刑事施設の長は、第1項の面会に関し、法務省令で定めるところにより、面会の場所について、刑事施設の規律及び秩序の維持その他管理運営上必要な制限をするこ

とができる」と定めている。他方、弁護士以外の者との面会については、5項において、「第114条の規定は、未決拘禁者と弁護士等以外の者との面会について準用する。この場合において、同条第2項中『1月につき2回』とあるのは、『1日につき1回』と読み替えるものとする」と定めており、刑事施設被収容者処遇法118条5項が準用している同法114条は、1項において、「刑事施設の長は、受刑者の面会に関し、法務省令で定めるところにより、面会の相手方の人数、面会の場所、日及び時間帯、面会の時間及び回数その他面会の態様について、刑事施設の規律及び秩序の維持その他管理運営上必要な制限をすることができる」とし、2項において、「前項の規定により面会の回数について制限をするときは、その回数は、1月につき2回を下回ってはならない」と規定している。

このように、刑事施設被収容者処遇法は、未決拘禁者と弁護士以外の者との面会については、受刑者の面会に関する規定（114条）を準用しつつ、刑事施設長に対し、「面会の態様」に関して、「刑事施設の規律及び秩序の維持その他管理運営上必要な制限」を行う包括的権限を授与している。これとは対照的に、弁護士

- 25) 岩本浩史「面会室内での弁護人の撮影行為を理由に面会を終了した措置が違法でない」とされた事例（東京高判2015〔平27〕・7・9）新・判例解説 Watch（2016年）は、庁舎管理権に基づき刑事施設長が弁護士による写真撮影を禁止することができるかについて、行政法学的観点から検討し、第1に、権利義務の変動は、その根拠として、法規範または合意を必要とするところ「庁舎管理権それ自体は法規範でも合意でもないから、形式的根拠になりえ」ず、庁舎管理権を含む公物管理権の根拠が所有権であるとしても、「所有権それ自体は法規範でないため、……所有者に『撮影行為禁止権』を与える法規範が、別途存在しなければならないこと、第2に、国有財産法5条・9条1項は「国が行政財産についての管理権を持つことを前提に、管理権限を特定の行政機関に配分する組織規範である」から、これらの規定から、庁舎管理権を媒介として、「撮影行為禁止権」を導くことはできないこと、第3に、接見にさいしての弁護人の写真撮影が、刑訴法39条1項にいう「接見」に当たる場合は当然、かりに「接見」に当たらないとしても、「弁護活動の一環として行われているのであり、『一般的自由としての撮影行為の自由』よりは保障の必要性が高いこと」から、「それを制限するには議会による明示的な承認が必要」なこと、第4に、それゆえ、「庁舎管理権による利用者の自由の規制を条理によって根拠づける」ことはできないこと、第5に、「庁舎管理権は、庁舎の本来の目的を達成するために行使されなければならないところ」、「確かに、秩序維持も安全の確保も庁舎の本来の目的に含まれる」にせよ、「弁護士による撮影行為が一般的自由以上の保障を擁するとすれば」、「抽象的なおそれ」では足りず、「より具体的なおそれが求められ」るべきであること、を指摘して、刑事施設長の庁舎管理権を根拠にして接見にさいしての弁護士による写真撮影を禁止することはできないとしている。この理は、弁護士による情報通信機器の持込み・使用を庁舎管理権に基づき禁止することについても、同じく妥当するといえよう。

との面会については、面会の日・時間帯（1項）および相手方の人数（2項）に関して法定したうえで、刑事施設長に対しては、4項において、面会の場所に関してのみ、「刑事施設の規律及び秩序の維持その他管理運営上必要な制限」を行う権限を授与しているにすぎない。弁護人以外の者との面会の場合とは異なり、面会態様を制限する包括的権限を与えていないのである。このことは、刑訴法39条1項によって接見の自由と秘密性が保障されていることの反映だといえよう。このような刑事施設被収容者処遇法118条4項と同条5項との対比から明らかのように、同法は、弁護人の面会について、刑事施設長が情報通信機器の使用を禁止することを想定していないというべきである。情報通信機器の使用禁止は、それ自体、面会態様の制限にほかならないからである。

また、刑事施設被収容者処遇法による制限とは別に、刑事施設長が、国有財産法5条に基づく庁舎管理権を根拠にしつつ、弁護人による情報通信機器の使用を禁止することもできないというべきである。上記法務省矯正局関係者の説明によれば、面会室への情報通信機器の持込み・使用を禁止する刑事施設長の措置の目的は、刑事施設の規律・秩序の維持にあるとされている。このような情報通信機器の持込み・使用の禁止措置の目的は、刑事施設被収容者処遇法118条4項にいう「刑事施設の規律及び秩序の維持」と重なり合う。それゆえ、もしかりに、刑事施設長が国有財産法5条に基づく庁舎管理権によって、逃亡・罪証隠滅の防止および刑事施設における規律・秩序の維持という目的のために、弁護人による情報通信機器の持込み・使用を禁止することが許されるのだとするならば、そのような禁止措置も弁護人との面会「態様」の制限にほかならないから、刑事施設被収容者処遇法118条4項のなかに、刑事施設長に対し、「刑事施設の規律及び秩序の維持」のために情報通信機器の持込み・使用を禁止する権限を授与することが明記されていたはずである。しかし、そのような規定はない。このことは、同規定の趣旨として、刑事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、弁護人による情報通信機器の持込み・使用を禁止することによって面会態様を制限することを許していないということの意味している。

4 弁護人による情報通信機器の使用と逃亡・罪証隠滅の危険

第2に、接見にさいして弁護人が面会室に情報通信機器を持ち込み、それを用いて、被疑者・被告人に対して助言・相談を提供するために必要・有用な視覚的情報を取得したうえで、それを画面上に映し出し、被疑者・被告人に提示し、閲覧させたとしても、そのような弁護人の行為によって、逃亡・罪証隠滅の危険が生じ、また、刑事施設における適正な規律・秩序が害されることはないというべきである。

まず、弁護人によるこのような情報通信機器の使用によって、接見交通権の制約を根拠づけるような逃亡・罪証隠滅の危険が生じることはないというべきである。弁護人による情報通信機器の使用が刑訴法39条1項の「接見」には含まれないとの前提に立ったとしても、それが刑事施設被收容者処遇法117条が準用する同法113条1項口の「刑事施設の規律及び秩序を害する行為」に当たることを媒介として、接見交通権の制約につながる規律・秩序侵害行為の制止および面会の一時停止・終了を導くものであるから、ここにいう逃亡・罪証隠滅の危険は、具体的事実に基づく現実的危険として認められなければならない。弁護人が高度の専門的能力を有し、厳格な職業倫理によって拘束されていることからすれば、接見にさいして弁護人が情報通信機器を使用することから直接、未決拘禁者の逃亡を招くような、刑事施設の安全を確保するうえでの現実的な支障が生じることは想定できない。弁護人が情報通信機器を通じて、被疑者・被告人に対して逃亡・罪証隠滅の危険を生じさせるような情報をそのように認識しつつ伝達ないし提示することは、違法・不正な行為を助長・利用し、偽証・虚偽陳述をそそのかしてはならないとする弁護士倫理（弁護士職務基本規程14条・75条）に違反するものであって、「非行」として懲戒の対象となりえる（弁護士法56条1項）。すなわち、弁護人は、逃亡、罪証隠滅という未決拘禁の目的を阻害する危険性をはらむ情報を被疑者・被告人に対して伝達してはならないという職業倫理上の厳格な規制に服しているのである。弁護人の高度な専門的能力をあわせ考えるならば、このような危険情報が被疑者・被告人に伝達され、それによって逃亡・罪証隠滅の結果が生じる実的危険性は、かりに皆無とはいえなくとも、きわめて僅少である²⁶⁾。このような僅少な危険性を根拠にして、憲法的重要性を有する接見

交通権を制約することは正当化されえない。それゆえ、刑事施設長は、逃亡・罪証隠滅の危険が生じることを理由として、弁護人による情報通信機器の持込み・使用を禁止することはできないというべきである。

5 刑事施設長の禁止措置違反と刑事施設における規律・秩序

いまかりに、弁護人による情報通信機器の持込み・使用を禁止する刑事施設長の措置が認められるとの前提に立ったとしても、禁止措置に違反する弁護人の行為を規律・秩序侵害行為に直結させて、それを理由として接見にさいしての弁護人の使用行為を制止し、または接見を一時停止・終了させることはできないというべきである。

ここにおいて問題となるのは、刑事施設被収容者処遇法 117 条・113 条が弁護人の面会の制限理由としてあげている「刑事施設の規律及び秩序を害する行為」の内実である。同法 73 条は、1 項において、「刑事施設の規律及び秩序は、適正に維持されなければならない」としたうえで、2 項において、「前項の目的を達成するため執る措置は、被収容者の収容を確保し、並びにその処遇のための適切な環境及びその安全かつ平穏な共同生活を維持するため必要な限度を超えてはならない」と定めている。同条 2 項からすれば、刑事施設の規律・秩序とは、「被収容者の収容を確保し、並びにその処遇のための適切な環境及びその安全かつ平穏な共同生活を維持する」ことを意味しており、さらに、このような意味における規律・秩序を「適正に維持」(同条 1 項) するために執る措置は、そのために「必要な限度を超えてはならない」とされているのである。

このことからすれば、弁護人が接見室内に情報通信機器を持ち込み、接見にさいしてそれを使用し、もって禁止措置に違反したからといって、それが直ちに「刑事施設の規律及び秩序を害する行為」に該当するわけではなく、弁護人による情報通信機器の持込み・使用が、「被収容者の収容を確保し、並びにその処遇のための適切な環境及びその安全かつ平穏な共同生活を維持する」こと、このような意味における規律・秩序を侵害するものかどうかを厳密に検討されなければ

26) 葛野・注 2) 書 217 頁以下参照。

ならない。

刑事施設被収容者処遇法73条2項にいう「被収容者の収容」の「確保」は、未決拘禁者の逃亡の防止と同義であって、弁護人による情報通信機器の持込み・使用が逃亡の危険を生じさせるものでないことは、先に述べたとおりである。問題は、弁護人による情報通信機器の持込み・使用が、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を害するかどうかである。このことが肯定されなければ、弁護人による情報通信機器の持込み・使用について、それがたとえ刑事施設長の禁止措置に違反するものであったとしても、同法113条1項口にいう「刑事施設の規律及び秩序を害する行為」に当たるとすることはできないのである。

しかし、弁護人による情報通信機器の持込み・使用を理由として接見交通権を制約しようとする見解は、弁護人による持込み・使用が、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を害するかどうか、具体的事実を根拠にしてそのような侵害の現実的危険があるといえるかを検討することなく、たんに刑事施設長の禁止措置に違反する行為であるというだけで、それが「刑事施設の規律及び秩序を害する行為」に当たると認めているようである。この点において、重大な問題をはらんでいる。実質的にみたとくも、弁護人が高度の専門的能力を有し、厳格な職業倫理に拘束されることからすれば、弁護人による情報通信機器の持込み・使用によって、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に対する現実的危険が生じるとはいえないはずである。

V 情報通信機器の許容されない使用の回避可能性

1 情報通信機器の他の使用類型の適法性

以上のように、遠藤事件における情報通信機器の使用（本稿Ⅱ2の第1類型に該当する）について検討したところ、弁護人が接見にさいして、情報通信機器を用いて、実効的な助言・相談を提供するために必要・有用な視覚的情報を取得したうえで、それを画面上に映し出し、被疑者・被告人に提示し、閲覧させることは、それ自体として、刑訴法39条1項にいう「接見」に当たり、刑事施設被収

容者処遇法のなかには、それを制限するための刑訴法 39 条 2 項にいう「法令」の規定は存在せず、また、かりに同規定にいう「法令」によらずとも制限が可能だとの前提に立ったとしても、情報通信機器の使用禁止は、防御手段・弁護手段としての接見の実効性を実質的に低減させることとなり、接見交通権の本質にわたる制限となつて、許されないというべきである。かりに、弁護人による写真撮影それ自体が「接見」に含まれないとしても、刑事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、接見にさいしての情報通信機器の持込み・使用を禁止したうえで、その禁止措置に違反する弁護人の行為が「刑事施設の規律及び秩序を害する行為」（刑事施設被収容者処遇法 117 条・113 条 1 項口）に当たるとして、弁護人の使用行為を制止し、または接見を一時停止・終了させることは許されないというべきである。

次の問題は、本稿 I 1 において示したように、遠藤事件における情報通信機器の使用とは異なる類型の使用が、刑訴法および刑事施設被収容者処遇法のもとで許容されない場合があるとすれば、弁護人による面会室への情報通信機器の持込みを認めても、許容されない使用を確実に回避することができるかである。まず、許容性の検討から始める。

本稿 II 2 において示した第 2 類型、すなわち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、面会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、面会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など、弁護人自身が、効果的な弁護を提供するために使用するという類型についてはどうか。

この類型の使用は、接見にさいして行われているものの、被疑者・被告人と弁護人とのあいだの意思疎通ないし情報の発信・取得に付随して、それらと一体化して行われているとはいえないであろう。コミュニケーションとしての一体性を有しないのである。そうである以上、それ自体として、刑訴法 39 条 1 項にいう「接見」に当たるとはいえない。しかし、接見にさいして、被疑者・被告人が効果的援助を受けるために、弁護人からすれば効果的な弁護を提供するために必要

なものとしてなされるものであって、弁護人の厳格な職業倫理と高度な専門性を考えたときに、このような情報通信機器の使用によって、被疑者・被告人の逃亡・罪証隠滅の危険が生じ、拘禁目的が阻害されることはないというべきであるから、正当な弁護手段だといえることができる。この類型の情報通信機器の使用は、接見にさいして、それと密接に関連する弁護手段であるから、刑訴法39条1項の「接見」に準じて、自由と秘密性を保障されるべきであろう²⁷⁾。

第3類型、すなわち弁護人がカメラを用いて未決拘禁者の容ぼう・姿態を撮影し、その画像をそのまま情報通信機器を用いて外部の第三者に対して送信する場合、あるいは逆に、外部の第三者の容ぼう・姿態を内容とする通信情報を取得し、画面上にそれを映し出し、そのまま未決拘禁者に閲覧させる場合も含め、弁護人等自身が情報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人が補助するという類型の使用についてはどうか。

弁護人がこのようにして情報通信機器を使用した場合、実質的にみて、未決拘禁者たる被疑者・被告人と外部の第三者とのあいだでコミュニケーションが行われることになり、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としての実質が認められない。現在、刑事施設被収容者処遇法においては、未決拘禁の目的の確保という観点から、被疑者・被告人と弁護人以外の者とのあいだの面会および信書発受については、種々の制限を設ける規定が存在している。未決拘禁者たる被疑者・被告人が、弁護人の情報通信機器を用いて、実質的にみて外部の第三者とのあいだでコミュニケーションを行うことは、このような法的制限を潜脱する行為に当たり、許されないというべきである。被疑者・被告人に対して刑訴法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、弁護人が自己の情報通信機器を使用することにより、そのような被疑者・被告人のコミュニケーションを補助することは、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り、懲戒対象たる「非行」（弁護士法56条1項）ともなりえよう。これが原則である²⁸⁾。

27) 葛野・注2) 書242頁。

さらに、第4類型の使用が問題となる。パソコン、スマートフォン、タブレットなど現代の情報通信機器は、すべてといってよいほど、写真撮影およびビデオ録画の機能を有しているため、接見にさいして弁護人が、情報通信機器をその本来の機能たる情報の発信・取得のためにではなく、写真撮影またはビデオ録画のために用いることが可能である。弁護人による写真撮影を理由とする接見制限の適法性が争われた事件も存在している。

本来、弁護人が、被疑者・被告人の容ぼう、受傷状況など、接見にさいして取得した視覚的情報を写真撮影・ビデオ録画によって記録することは、それ自体、刑訴法39条1項にいう「接見」に当たるといふべきである。刑事施設被収容者処遇法のなかには、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の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つて、許されないといふべきである。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

28) 葛野・注2) 書241頁以下参照。他方、弁護人が関与する形で、被疑者・被告人が情報通信機器を通じて第三者とコミュニケーションを行うとき、そのコミュニケーションは防御権行使の手段ともなりうるものであるから、個別具体的状況のいかんによっては、コミュニケーション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、コミュニケーションが防御手段であること、また、一般人との面会および信書発受に関する法的制限や接見指定の実質的根拠が、逃亡、罪証隠滅など未決拘禁の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、コミュニケーション状況の具体的設定、モニタリングなどにおいて、コミュニケーション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未決拘禁の目的を阻害するような危険情報が交換される可能性が、たとえ皆無でなくとも、僅かにすぎない場合であれば、弁護人の情報通信機器を用いたコミュニケーションも許容されるといふべきである。このような場合、コミュニケーション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、第2類型における情報通信機器の使用の場合と同様、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もとにおかれるべきである。

する行為」(刑事施設被収容者処遇法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²⁹⁾。

しかし、刑事施設職員が、弁護人による写真撮影を理由として撮影を制止し、接見を一時停止・終了させた措置の適法性が争われた国家賠償訴訟において、いくつかの下級審判例が、撮影機器の持ち込み・使用を禁止する刑事施設長の措置を適法としたうえで、刑事施設職員のこれらの措置を適法と判断している。これらの下級審判例の判断を前提にするのであれば、接見にさいしての弁護人の写真撮影は、刑事施設被収容者処遇法のもとで、少なくとも許されない場合があるということになる。

以上のように、刑訴法および刑事施設被収容者処遇法のもとで、遠藤事件におけるような第1類型の使用については、適法とされるものの、第3類型の使用、すなわち弁護人等自身が情報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人が補助するという類型の使用については、原則として許されない。また、接見にさいしての弁護人の写真撮影・ビデオ録画についても、これまでの下級審判例の判断を前提とする限り、少なくとも許されない場合がありえよう。

2 許容されない使用の的確な選別と確実な回避

次の問題は、接見にさいしての弁護人による使用であっても、情報通信機器の法的に許容されない使用がありえるときに、そのことを理由として、刑事施設長は弁護人が面会室に情報通信機器を持ち込み、接見にさいして使用することを全面禁止し、そのうえで弁護人がその禁止措置に違反したときに、刑事施設職員は弁護人の使用を制止し、接見を一時停止・中断するなど、接見を制限することが許されるかである。このとき、刑訴法39条1項にいう「接見」として、あるいは「接見」に準じて保護されるべき情報通信機器の使用がある以上、弁護人が許

29) 接見にさいしての弁護人による写真撮影・ビデオ録画の適法性について、葛野・注2) 書342頁以下、同「接見に差し手の弁護人の写真撮影をめぐる法的問題(1)・(2完)」一橋法学15巻2号・同巻3号(2016年)参照。

容されない使用に及ぶことを確実に回避することができるのであれば、情報通信機器の全面的な持込み・使用の禁止を正当化することはできず、したがってその禁止措置に違反したことを理由として、接見を制限する措置をとることもできないというべきである。

以下のように、弁護人の厳格な職業倫理と高度な専門的能力を考えるならば、許容されない使用を確実に回避することは可能である。

第3類型の使用については、上述のように、実質的にみるならば、未決拘禁者たる被疑者・被告人と外部の第三者とのあいだでコミュニケーションが行われることになり、刑訴法および刑事施設被収容者処遇法のもとで、法的制限を潜脱する違法な行為とされる限り、弁護人が自己の情報通信機器を用いてそのようなコミュニケーションを補助することは、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 条に違反し、懲戒対象たる「非行」(弁護士法 56 条 1 項)ともなりえよう。

接見にさいしての写真撮影・ビデオ録画についても、これまでの下級審判例の判断を前提とする限り、少なくとも許されない場合があり、弁護人が自ら情報通信機器を用いて、許容されない写真撮影・ビデオ録画をあえて行うことは、職業倫理上、原則として回避すべきことともなろう。

弁護人の高度な専門的能力からすれば、接見にさいしての情報通信機器の使用について、職業倫理上回避すべき場合であるかどうかを的確に判別することは可能であろう。また、弁護人が、職業倫理上回避すべき場合であることを判別したならば、厳格な職業倫理に拘束されていることからすれば、そのような情報通信機器の使用を確実に回避することになろう。弁護人が職業倫理に反する行為にあえて及ぶとは想定できないのである。そうである以上、弁護人が許容されない使用に及ぶ可能性があることを理由として、刑事施設長が情報通信機器の持込み・使用を全面禁止することは許されず、刑事施設職員がその禁止措置に違反したことにより接見を制限することもできないというべきである。

かりに、弁護人による選別と回避措置がうまく機能せず、職業倫理上回避すべきような情報通信機器の使用がなされる可能性が存在するとしても、弁護人における専門的能力の高さと職業倫理の厳格さからすれば、そのような可能性はきわ

めて小さいといわなければならない。すなわち、刑事施設における規律・秩序を阻害する危険は、きわめて小さいのである。そうであるならば、このような僅少な危険性を根拠にして、あらゆる情報通信機器の使用を包括的に禁止することは、防御権・弁護権の行使にとって必要かつ重要な情報通信機器の使用があることからすれば、被疑者・被告人の防御権、弁護人の弁護権に対する過剰な制限となり、許されないというべきである。

VI 結論

本稿の結論は、I 2において示したとおりであるが、再度、重要な点に限って確認するならば、以下ようになる。

第1に、遠藤事件における情報通信機器の使用は、防御手段・弁護手段としての接見の実効性を高めるための情報通信機器の使用であり、被疑者・被告人に対する助言・相談の提供を直接補助し、それと密接不可分なものであって、面会室におけるコミュニケーションとして一体のものである。それゆえ、情報通信機器の使用自体、刑法39条1項にいう「接見」に該当する。

第2に、弁護人による情報通信機器の使用が「接見」に当たるとするとき、刑事施設被収容者処遇法のなかには、それを制限するための刑法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の前提に立ったとしても、情報通信機器の使用を禁止することは、弁護人が被疑者・被告人に対する助言・相談の提供を直接補助し、防御手段・弁護手段としての接見の実効性を高める重要な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3に、かりに、弁護人による情報通信機器の使用が「接見」に含まれないとの前提に立ったとしても、刑事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、面会室への情報通信機器の持込みを禁止したうえで、刑事施設職員が、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」(刑事施設被収容者処遇法117条・113条1項口)に当たるとして、弁護人の使用行為を制止し、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。

第4に、弁護人が高度の専門的能力を有し、厳格な職業倫理に拘束されていることからすれば、弁護人は許容されない情報通信機器の使用を的確に判別し、それに基づき、そのような使用を確実に回避することができるというべきである。それゆえ、刑訴法39条1項にいう「接見」として、または正当な弁護権の行使として、刑訴法および刑事施設被収容者処遇法のもとで制限することのできない情報通信機器の使用がある以上、許容されない使用がなされる可能性があるというだけの理由から、弁護人による情報通信機器の持込み・使用を全面禁止することは許されないというべきである。

本稿の冒頭において指摘したように、遠藤事件が提起している法的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交通権の保障のあり方を左右し、さらにはそれを通じて、憲法34条・37条1項が保障する被疑者・被告人の弁護権の保障のあり方を決することになる。当事者主義構造をとる刑事手続は、当事者間の実質的対等ないし武器平等が確保されてこそ、はじめて有効に機能し、真実発見にも寄与しうる。当事者間の実質的対等を確保するうえで最も重要なものは、弁護人の効果的援助の保障である。そして、身体を拘束された被疑者・被告人が弁護人の効果的な援助を受けるためには、接見交通権を十全に保障することこそが最も重要である。弁護人が接見にさいして情報通信機器を用いて、被疑者・被告人に対して助言・相談を提供するために必要・有用な視覚的情報を取得したうえで、それを情報通信機器の画面上に映し出し、それを被疑者・被告人に提示し、閲覧させることは、防御手段・弁護手段としての接見の実効性を高めるための方策である。このような情報通信機器の使用の制限を許さないことは、接見交通権の保障を強化し、弁護権の保障をいっそう実質化することになる。弁護権の保障の実質化をもって、当事者間の実質的対等を図らなければならない。刑事手続が進むべきは、そのような方向である。