

【事例研究】

1 接見交通権—仙台事案

弁護活動の自由と接見交通権

川崎 英明

I 接見交通権と刑事弁護の問題状況

1 被疑者国選弁護制度の実施を間近に迎えた段階で、接見交通権と弁護活動の自由が時代のテーマの一つになろうとしている。

一つの局面は、拘置所における信書等の検閲をめぐる問題である。

弁護人と勾留中の被疑者・被告人との間で授受された信書について、担当者に開披と内容確認、そして要旨の記録をさせた上、検察官の照会に応じて信書の要旨を回答した拘置所長の行為の適否と、照会をし、回答を接見禁止決定の請求および検面調書の証拠調べ請求の資料として使用した検察官の行為の適否が問題とされた、いわゆる高見・岡本国賠¹において、大阪地判平成12年5月25日（判例時報1754号102頁、確定）は、混入物の存否や弁護人との授受信書であるか否か等の確認の目的を超える内容精査と内容の記録化ならびに内容照会に対する回答の各行為、そして検察官の照会と使用の各行為を、刑訴法39条1項の接見交通権の秘密性の侵害行為として違法としたのである。また、いわゆる後藤国賠²では、ビデオを再生しての弁護人の（被告人との）接見の申出を拒否した拘置所長の行為につき、大阪地判平成16年3月9日（判例時報1858号79頁、控訴）は、「持ち込まれた書類等の内容にまで及ぶ検査については、秘密接見交通権が保障された趣旨を没却する不合理な制限として許されない」として違法とした。こうして被疑者・被告人と弁護人との秘密交通権の保障に関しては、拘置所による信書等の検閲（内容精査）と検察官によるその利用を制約する下級審判例の進展が見られる。両下級審判例に共通するのは、憲法34条ないし37条の弁護人の援助を受ける権利の下に秘密接見交通権の意義と機能を位置づけ、その観点から監獄法や監獄法施行規則の検閲による秘密交通権の制限を枠づける、合憲限定解釈のアプローチであり、秘密接見交通権を確立しようとする刑事弁護人の不屈の活動である。

もう一つの局面は、接見禁止中の被疑者・被告人と弁護人との接見に際しての証拠や信書等の授受をめぐる問題である。

いわゆる本庄保険金殺人事件の担当弁護士に対する埼玉地方検察庁次席検事による懲戒請求事件（2001年11月13日懲戒請求申立）において問題とされたのは、接見禁止中の被告人A（否認）に対して、その弁護人甲が、自白と取調べ状況に関する供述を含む共犯者たる被告人B作成のノート（写し）をBの弁護人乙から受領して差し入れた行為の適否であり、また、接見禁止中の被告人Bに対して、その弁護人乙が、右ノートに対するAのコメント（写し）をAの弁護人甲から受領して差し入れた行為の適否であった³。懲戒請求

人は、弁護士甲および乙の各行為は接見禁止決定を潜脱する違法行為であり、Bへの偽証懲罰のメッセージを含むAのコメント（写し）を差し入れた行為は偽証懲罰の違法行為だと主張していた。しかし、埼玉県弁護士会綱紀委員会は、甲と乙の各行為は秘密交通権と「不可分一体の関係」にある「弁護権の保障範囲内」の行為として適法とし、「懲戒の手続に付さない」旨、議決したのである。本稿で検討する仙台の懲戒請求事件に所在する問題点は、本庄保険金殺人事件・懲戒請求事件が孕む問題点と類似している。

鹿児島、いわゆる「踏み字」事件においても、同様の事態が見られた⁴。すなわち、接見禁止中の被告人との接見に際して、国選弁護士が親族からの激励の手紙をアクリル遮蔽板越しに見せた行為に関して、接見禁止決定の潜脱を理由に検察官が国選弁護人の解任を申し立て、裁判所は解任決定をするに至ったのである。検察官の申立とそれに応じた裁判所の解任決定は誤りという他ないが、それ以上に重大なことは、接見室において弁護士が手紙を閲覧させた事実を検察官が把握した背後に、弁護士との接見の都度、接見内容について検察官が被告人を取り調べて調書を作成していたという事実があったことである。

授受信書の内容についての照会にせよ、文書授受に関する接見禁止決定の潜脱を理由とする懲戒請求にせよ、あるいは接見禁止決定の趣旨潜脱を理由とする国選弁護士解任申立や接見内容の取調べにせよ、後藤国賠以外の事件には、接見交通権により秘密性が保障された弁護士と被疑者・被告人とのコミュニケーションの過程に検察官が干渉・介入しようとしている事態が見てとれる。それは捜査・訴追権限による弁護権と弁護の自由の侵害というべき事態である。ここに、2002年には地裁・簡裁の総数で1990年の約2.90倍にあたる47455件に達するまでに至った接見禁止決定の顕著な増加傾向⁵と、1990年代初頭から法務・検察当局者によって展開されてきた、いわゆる適正弁護論とを重ね合わせてみれば、上述のような事例の蓄積は偶然の産物ではなく、必然的な背景の下に登場した事象だと言わなければならない。最近の事態の病根は深く広いのである。被疑者国選弁護制度の発足を間近にした現在の時点では、とりわけ「刑事弁護の自由」の観点から、これらの事例について十分な理論的実践的検討を加えることが求められている。

2 本稿では、このような観点から、仙台の懲戒請求事件（2004年3月31日懲戒請求申立）を取り上げて「接見交通権と弁護活動の自由」について考察を加えることとしたい。

仙台の懲戒請求事件で問題とされたのは、覚醒剤の所持と自己使用の公訴事実で起訴後勾留中の被告人X（接見禁止中）が弁護士に宛てた、外部者Yへの伝言を含む手紙を、Xの私選弁護士AとBがYにファックスで送付するなどして交付した行為である。手紙は、覚醒剤被告事件に関連するXの偽証教唆を被疑事実として行われたAとBの各法律事務所に対する捜査に際して差し押えられた。被告人とその弁護士との接見交通の過程で授受された手紙が差し押えられ、授受された手紙を外部者に交付した行為が懲戒請求の理由とされたわけである。それは接見交通権の権利性と秘密性の保障、そして弁護活動の自由を手ひどく侵害する事態である。しかも、懲戒請求人は仙台地方検察庁・次席検事であった。この経緯の中に、上述の事例と通底する「接見交通権と弁護活動の自由」の本質的問題が

見てとれる。

本稿は、この懲戒請求事件について仙台弁護士会綱紀委員会に提出した私の意見書を原型としている⁶。

II 接見交通権と弁護活動

1 仙台の懲戒請求事件で懲戒請求理由とされた弁護人の（接見交通に関わる）非行行為とは、勾留中の被告人（接見禁止）から受け取った外部者への伝言を含む弁護人宛の手紙を外部者にファックスにより送信するなどして交付した行為である。懲戒請求人の主張によれば、弁護人の行為は接見禁止決定を潜脱する脱法行為であるとともに、覚醒剤被告事件の証人に対する取り込み工作であり、別件の銃刀法違反被疑事件の証拠隠滅の準備工作への関与行為である、とされている。

弁護人による手紙の交付行為は、被告人と弁護人との間での手紙の授受行為と、授受された手紙の外部者への送付行為という、二つの行為部分から成り立っている（以下、授受行為と送付行為の両者を含めて交付行為という）。そのように観察すると、前者の授受行為は刑訴法39条1項の接見交通権の保障下に行われた弁護人と被告人との書類等の授受行為にあたり、自由と秘密性の保障がかぶさるから、その適否を問題とする余地はないが、後者の送付行為は接見交通権の保障領域から離れた行為であり、一般的な弁護活動の領域の問題としてその適否が検討されなければならないことになる。そのような分析・検討も誤りではない。

しかし、弁護人が介在して身体拘束中の被疑者・被告人の外部交通を保障する機能を接見交通権が包含しているとすれば、授受行為と送付行為とを分離・区別してその適否を別個に検討するのではなく、むしろ、授受行為と送付行為とが一体となって接見交通権の外部交通保障機能を担保するという視点の下に、いわば統合的に弁護人による手紙の交付行為の適否を検討するのが、理論的に正しい筋道であろう。のみならず、被告人の手紙が接見交通とは無関係な場面で弁護人から外部者に送付されたことが問題とされる場合であれば、その送付行為は一般的な弁護活動の適否の問題として検討すれば足りるのであろうが、仙台の事件のように、接見交通権の保障下で弁護人と被告人との間で授受された手紙の場合、その送付行為を接見交通権の保障領域から離れた行為としてその適否を検討することは実体的にみて妥当ではなく、むしろ接見交通権の自由と秘密性の保障が及ぶ領域の行為として捉えるべきである。というのも、第一に、もしそうでなければ、接見交通権の保障の下に被疑者・被告人と弁護人との間で授受された手紙が、接見交通の領域から離れた途端に自由と秘密性の保障を失ってしまうということになり、それでは、被疑者・被告人と弁護人との間の、自由で秘密性を保障されているはずのコミュニケーションが実質的に侵害される結果を招いてしまうからである。仙台の事件のように、弁護人の事務所が捜索を受けて接見交通権の保障下で授受された書類等が、授受後は弁護士の業務上の秘密の保護が及ぶだけで、その他の点では一般の差押え物と同様に差し押さえることができるとすれ

ば、接見交通権の自由と秘密性の保障は実質的意味を失ってしまうだろう。あるいは、接見中に弁護人との接見内容を盗み聞くことや録音をすることは許されないとしても、接見後であれば取調べ受忍義務を課して接見内容について取り調べることも自由であるとすれば、接見交通の秘密性の保障は実質的意味を失ってしまうだろう。そうであれば、接見交通権の保障下で授受された書類等の捜索・差押えや接見内容の取調べ自体が許されないというべきであるし、百歩譲ったとしても、接見交通権の秘密性の保障の意味を失わせるような捜索・差押えや取調べは許されないというべきである。第二に、接見交通権は憲法 34 条の弁護人の援助を受ける権利に由来する権利であり、実体的に見て接見交通権の保障下で授受された書類等を処理する弁護人の行為は接見交通権と一体的関係にある弁護活動であるから、その処理行為に接見交通権の自由と秘密性の保障がかぶさるのは、むしろ当然である。

こうして、仙台の懲戒請求事件の場合、手紙の授受行為と送付行為とを一体的に捉えて、接見交通権の保障下にある交付行為としてその適否が検討されなければならない。

2 接見交通権が、身体拘束中の被疑者・被告人にとって、憲法 34 条の弁護人の援助を受ける権利に由来する憲法的権利であることは、今日、判例・学説上、異論をみない。弁護人の援助を受ける権利を保障するには、身体拘束中の被疑者・被告人と弁護人との間で助言と相談、そのための情報提供と意思疎通が自由かつ十分に、しかもその内容について監視や干渉・介入を受けることなく行われることが必要不可欠である。その意味で、接見交通権は身体拘束下の被疑者・被告人と弁護人との間の、自由で秘密性を保障されたコミュニケーションの権利である⁷。

最高裁大法廷判決（最大判平成 11 年 3 月 24 日民集 53 卷 3 号 514 頁）は、憲法 34 条前段は「単に被疑者が弁護人を選任することを官憲が妨害してはならないということとどまるものではなく、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もの解すべきである」という立場から、刑訴法 39 条 1 項が規定する接見交通権は「憲法 34 条の右の趣旨にのっとり、身体の拘束を受けている被疑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目的で設けられたもの」とであると捉えている。それは、接見交通権が被疑者・被告人と弁護人との間で、自由と秘密性を保障されたコミュニケーションを確保する憲法的権利であることを確認した判示であるといっている。前述の高見・岡本国賠の大阪地判平成 12 年 5 月 25 日が、「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もつためには、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、更には施設収容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」と判示しているのも、右大法廷判決を踏まえて、秘密性の保障に焦点をあてて、接見交通権が身体

拘束下の被疑者・被告人にとって弁護人との自由なコミュニケーションの権利でなければならぬことを敷衍したものといつてよい。

このような自由と秘密性を保障されたコミュニケーションの権利によって、身体拘束下の被疑者・被告人は、弁護人から種々の防御の権利や手続の進行と見通しについて教示を受け、防御方針や防御戦術について弁護人と十分に意思疎通や意見交換を行うことができることになる。それ故に、接見交通の場面では、弁護人を通して共犯者や参考人（証人）など事件関係者の供述が被疑者・被告人に伝達されることがあるであろうし、被疑者・被告人の判断や意向が弁護人を介して事件関係者に伝達される場合もあるであろう。そうした供述を含む関係証拠が接見交通の場で弁護人と被疑者・被告人との間で検討・吟味の対象とされることは避けられないことであり、防御上、必要不可欠なことである。それは防御情報の流通と言えるが、そうした防御情報の流通を仲介することは、それが防御主体である被疑者・被告人のための防御活動である限り、接見交通権の保障範囲内の適法な行為である。それは、弁護人からみれば、被疑者・被告人に対する誠実義務の履行である。それだけではなく、弁護人を介して、家族や友人等の状況や意向等の個人情報が被疑者・被告人に伝達され、その逆に被疑者・被告人の状況や意向等の個人情報が家族や友人等に伝達されることもある。被疑者・被告人が防御主体たりうる前提条件はその精神的、社会的主体性であるから、接見交通の場でそうした個人情報の流通を弁護人が媒介することは、被疑者・被告人の精神的、社会的主体性を確保すべき使命をも担うべき弁護人の本来の責務である⁸。憲法の制定過程を辿ってみても、憲法 34 条の弁護人の援助を受ける権利が「外部との連絡を一切遮断されたままで留め置かれる (held incommunicado) ことはない」権利を包含していることは明らかである⁹が、それは憲法 34 条に由来する接見交通権が弁護人を介して防御情報や個人情報を流通させるという意味での外部交通の保障機能を内在させていることを意味している。合衆国憲法修正 6 条に相応する憲法 37 条だけにとどまらず、それに加えて憲法 34 条が規定されている日本国憲法の下で、刑訴法 39 条 1 項の接見交通権が憲法 34 条に由来する権利として捉えられているということの歴史的意味が正しく理解されなければならない。

刑訴法 80 条は身体拘束下の被疑者・被告人と弁護人以外の者との外部交通を保障しているが、それと並んで刑訴法 39 条 1 項の規定する弁護人との接見交通権も外部交通の保障機能を担っているわけである。刑訴法 39 条 1 項の接見交通権の固有の意義は、自由と秘密性を保障された、弁護人を介しての外部交通保障規定であることにあり、接見禁止決定によって刑訴法 80 条の外部交通が遮断された場面でこそ、身体拘束下の被疑者・被告人を「外界との連絡遮断状態 (incommunicado)」に置かないために、弁護人との接見交通権が果たすべき固有の意義があるのである。

こうして、弁護人が介在して身体拘束下の被疑者・被告人と外部との情報流通（防御情報と個人情報の流通）が確保され、そのことによって被疑者・被告人の防御主体性、その前提としての精神的、社会的主体性が確保されるのである。外部者との意思連絡を弁護人

が仲介することは、接見交通を通して弁護人が果たすべき外部交通保障機能の一環であり、仙台の懲戒請求事件のような手紙の交付行為もそのような外部交通保障機能を果たすものにほかならない。問題は、弁護人が果たすべき外部交通保障機能に限界はあるのか、あるとすればどのような限界か、手紙の交付行為はそのような限界を逸脱した行為なのかという点にある。

3 では、接見禁止中の被疑者・被告人について、弁護人が刑訴法 39 条 1 項の接見交通の名の下に外部者との意思連絡を仲介した場合、それは接見禁止決定の潜脱なのだろうか。それは接見禁止決定を無意味にする脱法行為なのだろうか。

もともと刑訴法 39 条 1 項の身体拘束中の被疑者・被告人と弁護人との接見交通権と 80 条の弁護人以外の者との一般接見の権利とは、その根拠も内容も異なる別個の権利であり、そのために権利制限の内容も理由も異なっている。このことは刑訴法 39 条 2 項および 3 項と 81 条とを比べれば明らかであり、接見指定と接見禁止では処分の主体も内容も理由も異なっている。そうであれば、刑訴法 81 条の接見禁止決定は、39 条 1 項の接見交通権に対して、法的にも事實的にも制限的効果を及ぼすことがあってはならないであろう。まして、接見禁止決定が、憲法 34 条に由来する接見交通権に対して優位するものとするべき根拠もない。

また、刑訴法 81 条の接見禁止決定が 39 条 1 項の接見交通権に優位し、これを枠づける効果を持つとすれば、それは接見禁止の要件である「逃亡し又は罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由」が接見交通権の制限理由となる場合があることを認める結果となってしまふ。そのことは、刑訴法 39 条 3 項の接見指定の要件からは放逐されたはずの捜査全般論的思考の下で「罪証隠滅の虞」を接見指定の理由に持ち込む結果となり、接見指定要件について、いわゆる限定説に立つ最高裁判例¹⁰に反する。

こうして、仙台の懲戒請求事件において、接見禁止中の被告人について弁護人が刑訴法 39 条 1 項の接見交通権の保障の下で外部者に被告人の手紙を交付した行為を接見禁止決定を潜脱する違法行為とする主張は理論的に成り立たない。もしそうでなければ、弁護人は被疑者・被告人に書類等を差し入れる場合にも接見禁止決定の一部解除を得なければならないこととなって、弁護人との接見交通権を実質的に、裁判所、ひいては検察官のコントロール下に置くこととなり、極めて不合理な結果を招いてしまふ¹¹。

これに対して、検察実務家の中には、接見禁止決定を接見交通権を枠づけるものと捉える見解があり、仙台事件の懲戒請求人が依拠しているのもそのような論理である¹²。すなわち、身体拘束中の被疑者・被告人と弁護人以外の者との接見が禁止されている場合、意思・情報の伝達の主体が弁護人以外の者であるときは、弁護人が仲介して当該意思・情報記載の文書を被疑者・被告人に交付する行為は、被疑者・被告人と弁護人以外の者との文書の授受であって、刑訴法 80 条の領域にあり、接見禁止決定に直接に触れる違法行為である、というのである。この論旨からすれば、仙台の懲戒請求事件のように、被告人の手紙を弁護人以外の外部者に交付する行為は、刑訴法 80 条による被告人と弁護人以外の者との

手紙の授受行為にあたり、接見禁止決定を潜脱する違法行為だということになる。

この論旨は、刑訴法 81 条の接見禁止決定が身体拘束下の被疑者・被告人の外部交通の絶対的限界を画すものであり、接見禁止決定はその効果として刑訴法 80 条の一般接見だけでなく、39 条 1 項の弁護人との接見交通をも制約するというものであろう。それは、被疑者・被告人と弁護人との接見交通権が一般接見の権利と同じく接見禁止決定の制約を受ける場合があることを認めることであり、上述したように、法形式論としても実質論としても成り立たない。

もっとも、この主張も、たとえば弁護人による授受の仲介に係る手紙の「内容が防御に関連し、手紙自体を被疑者が閲読する必要性が真にあるのであれば、潜脱行為ではなく、39 条 1 項の書類の授受の範囲内の行為と評価すべき場合もある」ことを認めており、「そのような場合に該当するかどうかは、手紙の内容のほか、その形態・・・や弁護人が入手した経緯・目的等により判断されるが、検察官等に判明する範囲にはおのずから限りがあり、弁護人の自律に期待せざるを得ないところが大きい」とも、率直に述べている¹³。ここでは、刑訴法 39 条 1 項の接見交通権が弁護権である限り、弁護人による手紙の授受の仲介行為の適否は、それが弁護活動の範囲内にあるかどうかポイントであり、その判定は弁護人の専権的判断に委ねざるをえない面があることを否定しえないわけである。それは、刑訴法 39 条 1 項の被疑者・被告人と弁護人との接見交通権が憲法 34 条に由来する弁護権である限り、接見禁止決定が接見交通権の絶対的限界を画するとまでは徹底しえないことを認めるものにほかならない。

他方で、刑事弁護の側からは、検察実務家の主張を批判し、「接見禁止決定下であっても、弁護人としては、被疑者・被告人から第三者宛の伝言、あるいは第三者から被疑者・被告人宛の伝言を依頼された場合、逃亡や罪証隠滅の相当な理由がないと判断される限り、これを行うのであって、場合によっては、むしろそうすることが弁護人の被疑者・被告人に対する誠実義務の要請でもある。・・・外部の状況を被告人に正確に伝達することも防御活動の一部に入る」と主張されている¹⁴。その趣旨は、①被疑者・被告人と第三者との文書等の授受の弁護人による仲介は接見禁止決定の潜脱ではない、②文書等の授受の仲介は誠実義務の要請としての弁護活動である、③ただし、逃亡や罪証隠滅の相当な理由がある場合は仲介は許されない、ということである。問題は③の中味である。③の要件が具体的にどう判断されるのかについては必ずしも明確にされていないが、文書等の授受について「それが逃亡や罪証隠滅の通謀をするものであることを知りながら、これを仲介したときは、その責は弁護人が負う」とも指摘されており¹⁵、そこには、本稿の主張と同じく、明白な罪証隠滅行為を認識・認容するのでない限りは、文書等の授受の仲介の可否は弁護人の専権的判断に委ねられるという論旨がみてとれる。

4 では、接見交通権の範囲内であれば弁護人は何をしてもよいのかといえ、そうではない。接見交通権は憲法 34 条の弁護人の援助を受ける権利に由来する権利であり、その点でもともと弁護のための権利であるから、弁護活動の枠を逸脱することはできないとい

う意味での内在的制約がある。換言すれば、接見交通は弁護活動の枠内の行為である限り適法であり、自由と秘密性を保障されるが、その枠を逸脱すれば違法と判定されるのである。

上述の本庄保険金殺人事件の弁護人に係る懲戒請求事件で、埼玉県弁護士会綱紀委員会議決（2003年11月18日）が被懲戒請求人の弁護人2名を「懲戒の手續に付さない」と結論したのも、そのような論理に立ったものであった。すなわち、この決定は、「弁護人と被告人の秘密交通権（刑事訴訟法39条1項）は、被告人の有する弁護人の実質的弁護を受ける権利（憲法34条・37条3項）と不可分一体の権利である。弁護人が被告人と文書の授受をすることは、弁護活動の一態様として弁護権の保障範囲内にあるというべきである。そして、弁護人が被告人のためにその文書をはじめとした情報を活用することもまた、弁護権の保障に含まれるものである。従って、共犯関係にある他の被告人との間で、弁護人を介して文書の授受がなされたとしても、それはそれぞれの弁護人の弁護活動の結果であり、弁護権の範囲内のものである」と述べている。

このような視点に立つ場合、問題は弁護人の当該活動が弁護活動の範囲内にあるかどうかを、どのような基準の下で、具体的にどう判定するのかという点にある。中でも、問題は、弁護人が授受を仲介した文書に被疑者・被告人が発する、あるいは被疑者・被告人に向けられた偽証等の証拠隠滅行為の教唆・慫慂のメッセージが込められているとみることができなくもない場合をどう考えればよいのか、という点にある。

そのような場面を考えると、問題となる文書の類型を二つに大別して検討することから出発するのが簡明であろう。一つの類型は、偽証を教唆・慫慂していることが文書それ自体において明らかであるような、誰が見ても他に理解のしようがない明白な罪証隠滅の教唆・慫慂の文書であって（客観的要件）、弁護人もそう認識しながら、敢えて認容して当該文書の授受の仲介をする（主観的要件）場合である。故意の証拠隠滅は刑法上の犯罪行為であり、そうした行為は原則として弁護活動の枠外の違法行為である。もう一つの類型は、見ようによっては偽証を教唆・慫慂しているものと理解できなくはないが、文書自体においてはそうだと断定できない場合のように、当該文書の授受の仲介が罪証隠滅行為だと断定できず、弁護人もそのように認識していない場合である。この二つの類型の間にさまざまな濃淡のグレイゾーンが存在するが、前者の類型にあたる場合でない限りは、当該文書の授受の仲介の可否は弁護人の専権的判断に委ねるべきであって、その適否を外から判定すべきではない。その理由は以下の二点にある。第一に、捜査・訴追機関の目から見れば、弁護人の活動は常に罪証隠滅の危険性を抱えているから、罪証隠滅の危険の有無を基準として弁護活動の可否を判定し、懲戒に付することがあれば、それは弁護活動に対して強力な萎縮効果を与え、弁護活動の自由を画餅に帰する結果となりかねないからである。とりわけ、捜査・訴追機関と刑事弁護とが厳しく対立する否認事件においては、そのような懸念が現実化する可能性が高い。無罪推定原則と当事者主義に立脚する刑事訴訟の下では、被疑者・被告人の主張を前提として誠実義務を尽くす弁護活動が最大限、保

障されなければならないのであり、弁護活動に萎縮効果を招くことがあってはならない。第二に、仮に罪証隠滅の危険性を抱える文書であっても、その危険を冒してでも当該文書の授受を仲介することが被疑者・被告人の防御主体性や精神的、社会的主体性を確保する上で必要となる場合がありうる。そのような場合、罪証隠滅の危険性が真に存在するのかがどうかも含めて、当該文書の授受を仲介すべきか否かの最終的判断は、それまでの被疑者・被告人とのコミュニケーションの全経緯と全過程を踏まえて、被疑者・被告人の状況や態度、当該文書の授受の防御上の重要性とその程度、罪証隠滅の危険性の存否と程度、その態様等を総合的に考慮して行うほかない。それは当の弁護人のほかにはなしえない判断であり、被疑者・被告人に誠実義務を負うべき、まさに専門法曹（プロフェッション）としての弁護人に委ねられるべき判断である。この領域に介入してその判断の当否を問題にし、その結果責任を法的責任として弁護人に問うようなことはすべきではない。

このように考えると、文書の授受の弁護人による仲介行為の適否は、当該文書が誰が見ても明白な罪証隠滅の教唆・慫慂の文書であるか否か（客観的要件）、そして弁護人が明白な罪証隠滅の教唆・慫慂の文書であると認識しながら、敢えて認容して文書を交付したのか否か（主観的要件）という両面で判断すべきであり、客観的要件と主観的要件がともに認定できる場合でない限りは、弁護人の仲介行為を違法と判断すべきではない。そのような場面では、仲介行為の適否は弁護人の専門法曹としての自律的な専権的判断に委ねられなければならない。もし仮に当該文書に罪証隠滅の危険性が見てとれたとしても、それが危険性に止まる限りは、懲戒請求の審理の場では、弁護人が当該文書の仲介行為をいかなる意味で弁護活動として判定したかを確認すれば足り、それ以上にその判断の当否を問題にすべきではない。その判断の当否は、懲戒請求の審理の場を離れて、当該弁護人が自らの判断を弁護士会の内外の議論の場に提供して、オープンな批判的検討の素材とし、刑事弁護の教訓として多数の弁護士が共有できる努力を尽くすべきである。

Ⅲ 接見交通権と捜査の限界

仙台の懲戒請求事件にあっては、懲戒請求に至る過程で被懲戒請求人たる弁護人の事務所が捜索を受け、被告人との授受に係る手紙が差し押さえられるという経過があった。だが、被告人と弁護人との間で授受された手紙が、事後とはいえ、差し押さえを受けることとなれば、接見交通権の秘密性の保障は無に帰することにならないだろうか。むしろ、この点をこそ、接見交通権の秘密性の侵害の問題として捉えるべきではないか。鹿児島県の「踏み字」事件における接見内容についての検察官の取調べと調書化も、同様に接見交通権の秘密性の侵害の問題を抱えている。

接見交通権の秘密性の保障の意義について、前掲・大阪地判平成12年5月25日は、身体拘束下の被疑者・被告人と弁護人との間で「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」と判示し、「接見の内容を各機関が窺い知ることができない状態で接見する権利」としての「秘密交通権自体を否定することは法的にはできない」として、接見内容の録音や授受信書の内容検閲が許されないことをその帰結として確認している。言い換えれば、捜査機関や訴追機関、あるいは収容施設による接見内容の探索や接見内容への介入の禁止が秘密交通権の帰結として確認されているわけである。確かに、右の判示は身体拘束中の被疑者・被告人と弁護人との間で接見が行われている時点における探索・介入の禁止を考えているのであろう。しかし、続けて、接見交通権の秘密性が保障されるのは、被疑者・被告人と弁護人との間で「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、・・・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、あるいは収容施設側に知られないことが重要である」が故であり、「その内容が右の機関等に知られることになるというのでは、被拘禁者の側からは、その防御権、すなわち有効適切な弁護活動を弁護人にしてもらうことが期待できず、弁護人の側からは、その弁護権、すなわち有効適切な弁護活動を行うことができない」が故である、とも判示している。同様に、前掲・大阪地判平成16年3月9日は、接見交通権の秘密性の保障の趣旨について、被告人等と弁護人との「コミュニケーションが覚知されることによってもたらされる影響を慮ってそれを差し控えるという、いわゆる萎縮の効果を生ずることにより、被告人等が実質的かつ効果的な弁護人の援助を受けることができないことも十分に予想されるからである」と判示し、その具体的帰結として「接見に第三者を立ち合わせるのみならず、接見内容等を録音等したり、接見内容等を事前に告知ないし検査等したり、接見内容等を事後に報告させることなどを許さない」ことを挙げているのである。

そうだとすれば、秘密性の保障は、現に接見や書類等の授受が行われている時点において保障されるだけではなく、事後であっても、被疑者・被告人と弁護人との間の接見交通の領域を経て交換された書類等の内容や接見の内容については、なお秘密性の保障が及ぶものと考えらるべきではないだろうか。すなわち、接見の際に接見内容を捜査・訴追機関が盗み聞いたり録音したりすることが許されないだけではなく、接見後に被疑者・被告人を取り調べて接見内容を明らかにさせることも許されないというべきではないか、ということである。というのも、接見後であれば接見内容について取り調べることに制限はないということになれば、そのことが被疑者・被告人に強い精神的な萎縮効果を与え、接見の場で十分なコミュニケーションができない結果を招きかねないからである。被疑者取調べに弁護人立会が保障された場合を想定してみると、捜査機関が弁護人との接見内容について取り調べようとしたときには、弁護人は、それは許されないとして取調べに介入するだろう。秘密性が保障された接見について取り調べることは許されないというのが、正常な感覚である。これに対しては、被疑者・被告人が自由な決断によって自ら接見内容について供述し説明するのであれば、それは秘密性の自発的解除であって禁止する理由はない、と言われるかもしれない。確かに、問われてもいないのに接見内容について語り始めるということがもしあるとすれば、被疑者・被告人が接見の秘密性をそのように全く自発的に解

除する場合に、それを止める必要はないかもしれない。しかし、少なくとも身体拘束中に取調べ受忍義務を課して密室で行われる被疑者の取調べの場面では、全く自発的な秘密性の解除はない、と考えなければならない。そこには、自発性を検証する手がかりもない。そうだとすると、被疑者・被告人が弁護人の助言の下に全く自発的に秘密性を解除したと立証されるような例外的な場合の他は、接見内容の取調べは接見内容への介入・干渉であり、許容されないというべきである。のみならず、接見交通権が弁護人の固有権でもあることを考えると、秘密性については被疑者・被告人の解除だけでなく、弁護人の解除をも必要とするというべきである。

では、仙台の懲戒請求事件におけるように、被疑者・被告人と弁護人との間で接見交通権の保障の下に授受され弁護人が保管している手紙等が差し押さえられた場合はどうであろうか。ここでも、問題の所在は接見内容の取調べの場合と相違はない。事後には接見交通権の秘密性の保障は消え去るのだとすれば、そのことが被疑者・被告人に強い精神的な萎縮効果を与えるであろうことには変わりはない。それ故に、被疑者・被告人による全く自発的な秘密性の解除がない限り、搜索・差押えは許されないというべきである。その意味で、もともと、接見交通権の保障下に被疑者・被告人と弁護人との間で授受された書類等については、接見交通権を根拠として押収禁止とすべきであった。そうした規定がないのは立法の過誤というべきであるが、刑訴法 105 条が業務の秘密性の保護の観点から押収拒絶権を規定しており、搜索・差押えに対する接見交通権の秘密性の保障をこの条文に読み込むならば、被疑者・被告人「本人」による真に自発的な秘密性の解除がある場合にのみ、例外的に差押えが可能ということになるであろう。真に自発的な解除であるためには弁護人の助言の上で解除の意思表示がなされることが必要であるし、接見内容の取調べの場合と同じく、被疑者・被告人の解除だけでなく弁護人の側の秘密性の解除が要件だと考えなければならないであろう¹⁶。

接見交通権は弁護権が捜査・訴追権限と鋭く対立する場面である。接見交通権の自由の側面での対立は接見指定の運用をめぐる登場し、実務で長らく争いがあったが、前掲・平成 11 年 3 月 24 日最高裁大法廷判決を経て、実務上の争いは少なくなった。それに代わるように登場しているのが、秘密交通権の問題である。明文規定上争いの余地のない秘密性の保障について、その射程がどこまで及ぶのかが問われている。

IV 刑事弁護の自由の課題

以上のように、仙台の懲戒請求事件で問われている接見交通権の限界の問題は、言い換えれば刑事弁護の自由の問題である。むしろ、刑事弁護の自由の問題が接見交通権の領域でまずは登場したというべきかもしれない。

被疑者国選弁護制度の実施を目前に控えて、こうした問題に目を向けず放置していれば、それは必ずや刑事弁護の自由を制約する形で跳ね返ってくるだろう。問われているのは刑事弁護自由の問題である。それは懲戒請求を受けた弁護人だけの問題ではなく、刑事弁護

とそれを支える弁護士全体の問題であるという認識が求められている。

¹ 高見・岡本国賠の記録として、高見・岡本国賠訴訟弁護団編『秘密交通権の確立』（現代人文社、2001年）参照。

² 後藤国賠の記録として、後藤国賠訴訟弁護団編『ビデオ再生と秘密交通権』（現代人文社、2004年）参照。

³ 懲戒請求の経緯と問題点につき、「接見禁止と弁護活動を考える」季刊刑事弁護 31号（2002年）138頁以下参照。

⁴ 「踏み字」事件の経緯と問題点につき、鳥丸真人「組織的な秘密交通権の侵害と国選弁護人の解任」季刊刑事弁護 38号（2003年）138頁以下参照。

⁵ 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』、現代人文社、2000年）205頁が、1998年までの統計で指摘した接見禁止等決定の顕著な増加傾向は、その後も続いており、地裁・簡裁の接見等禁止決定総数は33832件（1999年）、37439件（2000年）、42070件（2001年）となっている。

⁶ 意見書は2005年1月10日付で提出した。なお、本稿の論旨を2002年12月13日の仙台弁護士会刑事弁護委員会主催「弁護士事務所に対する捜索差押と秘密交通権を考える学習会」で報告した。

⁷ たとえば、村井敏邦「接見交通権の保障と信書の発受の秘密性」渡部保夫先生古稀記念『誤判救済と刑事司法の課題』（日本評論社、2000年）275頁は、接見交通権を「被疑者・被告人のコミュニケーションを保障する」権利と定義している。

⁸ 田宮裕『刑事訴訟法（新版）』（有斐閣、1996年）142頁以下は、接見交通権の機能として、「インコミュニカードの解消」の結果として「心理的安定により市民としての自己回復ができる」ことを指摘し、三井誠『刑事手続法（1・新版）』（有斐閣、1977年）155頁も、「インコミュニカード」の解消による「精神的安定」を弁護人接見の機能として指摘している。また、美奈川成章「接見交通一弁護の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅱ』49頁も、接見交通権の機能として「被拘束者の日常生活へのアクセスの保障」を挙げている。

⁹ 高柳賢三ほか編『日本国憲法制定の過程Ⅱ』（有斐閣、1972年）84頁以下、憲法的刑事手続研究会『憲法的刑事手続』（日本評論社、1997年）268頁以下、村井・前掲論文 284頁参照。

¹⁰ 最判昭和53年7月10日（民集32巻5号820頁）、最判平成3年5月10日（民集45巻5号919頁）、最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁、最判平成12年6月13日（民集54巻5号1635頁）など参照。

¹¹ 小坂井久「刑訴法八一条の問題」季刊刑事弁護 26号（2001年）84頁、渡辺修「接見禁止決定と「防御の自由」」季刊刑事弁護 31号（2002年）32頁以下参照。

¹² 尾崎道明「弁護人と被疑者との物の授受」平野龍一・松尾浩也編『新実例刑事訴訟法Ⅰ』（青林書院、1998年）182頁以下参照。

¹³ 尾崎・前掲論文 188頁以下参照。

¹⁴ 浦・前掲論文 210頁以下参照。

¹⁵ 浦・前掲論文 219頁参照。

¹⁶ 渡辺修「弁護人と押収拒絶権」（光藤景皎博士古稀記念論文集・上、成文堂、2001年）219頁は、刑訴法105条の弁護士の押収拒絶権を「被疑者と弁護人との双方向のコミュニケーションの秘密性保護の趣旨も含む」ものとみているが、そうだとすれば、秘密性の解除には弁護人の側の解除を要求することになるであろう。