【基調報告】 接見交通権の課題と展望

2021.6.30

広島大学法科大学院 堀田尚徳

第1 接見交通権についての議論状況

◆ 刑事訴訟法 39 条 ◆

身体の拘束を受けている被告人又は被疑者は、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（弁護士でない者にあつては、第三十一条第二項の許可があつた後に限る。）と立会人なくして**接見**し、又は**書類若しくは物の授受**をすることができる。

2 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。

3 検察官、検察事務官又は司法警察職員（司法警察員及び司法巡査をいう。以下同じ。）

は、**捜査のため必要があるときは、公訴の提起前**に限り、第一項の接見又は授受に

関し、その**日時、場所及び時間を指定**することができる。但し、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。

1 従来の議論

・接見指定の要件：「捜査のため必要があるとき」（刑訴法 39 条 3 項本文）

ex. 最大判平成 11 年 3 月 24 日民集 53 卷 3 号 514 頁

・接見指定内容：「被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限」（同条項但書）

ex. 最判平成 12 年 6 月 13 日民集 54 卷 5 号 1635 頁

・面会接見

ex. 最判平成 17 年 4 月 19 日民集 59 卷 3 号 563 頁

2 近時の議論

(1) 接見内容の聴取

・【富永国賠】福岡高判平成 23 年 7 月 1 日判時 2127 号 9 頁

☞取調官による接見内容の聴取。

(2) 接見時の電子機器類の持込み・使用

ア 電子機器類を用いたデータの利用・電子機器類内部に保存されたデータの利用

・【後藤国賠】大阪高判平成17年1月25日訟月52巻10号3069頁

☞ 接見の際に、証拠物として採用されているビデオテープについてビデオテープ再生装置内蔵テレビを用いて再生することの可否等。

・【和歌山カレー国賠】大阪高判平成29年12月1日判時2370号36頁

☞ (再審請求に関する打合せのための) 面会の際に、パソコンに保存された電子データを文字等として画面に表示しこれを閲覧しながら打合せをすることの可否等。

・【第3次足立国賠】広島高判平成31年3月28日LEX/DB文献番号25562529

イ (インターネットを通じた) 外部からの情報の取得・外部への情報の発信

・【遠藤国賠】東京高判令和3年3月2日公刊物等未登載(上告?)

☞ 接見の際に、事件に関係する場所を特定する目的で被告人にスマートフォンを用いて地図アプリケーションを提示する行為の可否等。

※ 地図アプリケーション自体は、オフラインで使用可能な物もある。

ウ 写真撮影・録音・録画

・【竹内国賠】東京高判平成27年7月9日判時2280号16頁

☞ 接見の際に、鑑定請求に関する証拠とする目的で被告人をデジタルカメラで写真撮影することの可否等。

・【稲村半田国賠】福岡高判平成29年7月20日訟月64巻7号1041頁

☞ 接見の際に、被疑者の負傷状況を記録する目的で被疑者を携帯電話のカメラ機能を用いて写真撮影することの可否等。

・【田邊国賠】福岡高判平成29年10月13日訟月64巻7号991頁

☞ 接見の際に、被告人の負傷状況を記録する目的で被告人の上半身を携帯電話のカメラ機能を用いて写真撮影することの可否等。

・【第2次石口武井(IT)国賠】広島地判令和2年12月8日LEX/DB文献番号25567805(控訴審係属中)

・【井上明彦国賠】広島高判令和3年1月20日LEX/DB文献番号25568924(上告審係属中)

エ 外部との通話

(3) その他

・弁護人宛の信書の授受の制限

・再審請求弁護人と死刑確定者との面会時に拘置所職員が立ち会うことの可否 等

第2 「接見」(刑訴法 39 条 1 項) 概念と電子機器類の持込み・使用

1 「接見」(刑訴法 39 条 1 項) 概念についての理解

(1) 狭く捉える理解

・『「接見」とは、被告人等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』(【第2次石口武井 (IT) 国賠】)。

(2) 比較的広く捉える理解

・(「接見」の文言に引き付けてはいないが) ①「口頭での打合せだけでなく、弁護人等が」弁護事件に関する証拠資料等の情報が記載された書類等を「**閲覧しながら被告人等と打合せ**をすることも含まれる」。②前記の「**書類等の内容**が秘密の対象として保護される」。③「**証拠資料を提示しながら打合せをしたこと自体も**、秘密の対象として保護される」(【第3次足立国賠】)。

☞ ①については【後藤国賠】【和歌山カレー国賠】で、②についても既に【後藤国賠】で述べられていたが、新たに③が加わった¹。

・(「接見」の文言に引き付けて)「弁護人等が被告人等の身体をカメラやビデオカメラで**撮影**したり、録音機を用いて被告人等との間の会話を**録音**したりすることは、刑訴法 39 条 1 項の『接見』に**含まれない**」(【第3次足立国賠】)。

・『「接見」とは、被疑者が自己の防御活動に必要な助言を弁護人等から受けるために被疑者と弁護人等とが**面会**をする行為を指す」。もっとも、「被疑者の防御活動を十分に保障するためには…**面会を補助する行為**についてもこれを保障する必要がある」。「被疑者と弁護人等との面会を補助する行為については、**当該行為の必要性の有無及び程度や面会行為との関連性**、それによって**生じる弊害**等諸般の事情を**考慮**した上で、刑訴法 39 条 1 項の保障が及ぶか否かを判断する」。「写真撮影行為は面会を補助する行為としても刑訴法 39 条 1 項の保障は及ばない」(【稲村半田国賠】)。

☞ 利益衡量が抽象論で終わっている(論証内での利益衡量)。

☞ 【遠藤国賠】でも、同じく「面会を補助する行為」該当性について利益衡量を行っているが…スマートフォン上に地図アプリケーションを用いて表示した地図を見せていたのみである、という弁護人の説明を考慮していない。利益衡量の実質は、結論ありきの抽象論になっていないか。

※ 利益衡量論の有効性？

(3) 広く捉える見解

・「接見」とは、単なる意思疎通にとどまらず、相互の情報発信、情報取得をも含むコミュ

¹ 石田倫識「判批」『令和元年度重要判例解説』(有斐閣、2020年) 172頁以下、173頁。

ニケーションを意味する²。

2 接見時の電子機器類の持込み・使用の可否

(1) 写真撮影

ア 被告人等の容貌を撮影する場合

・行為の性質を考えると…

☞ 様子を手書きでノートにメモ：○、手書きで絵を描く：○ …これらとの違いは何か？記録の正確性とそれにより生じ得る弊害??

☞ 「接見」に含まれる、あるいは面会（接見）を補助する行為に含まれるとしても、問題の本質は同じ。

☞ 「接見」あるいは面会（接見）を補助する行為に含まれる（はずである）ことと、証拠保全目的であることとは併存し得るのであって、証拠保全目的であるから接見交通権の保障の範囲外であるとは、必ずしもいえないのではないか³。

イ ア以外を撮影する場合

・拘置所の面会室内の様子？

☞ 「接見」あるいは面会（接見）を補助する行為の内容とは関係が無いので✕。

ウ 結論

・撮影目的により場合分け。但し、弁護士側が撮影目的の開示に応じられるか？

(2) 録音

・行為の性質を考えると…

☞ 被告人等の話の内容を手書きでノートにメモ：○ …これとの違いは何か？記録の正確性とそれにより生じ得る弊害??

・録音目的による場合分け？

☞ 精神鑑定のための録音ならば、正確な記録でなければ意味が無いのであるから、むしろ認められるべき（【第2次石口武井（IT）国賠】）。

☞ 第三者への伝言が含まれていた場合は？

(3) 録画

・前記（1）及び（2）の双方が関わる。

² 論者によって多少のニュアンスの違いはあるが、比較的近時のものとして、後藤昭「弁護士接見の際の容貌撮影行為の法的性格」青山法務研究論集 11号（2016年）23頁以下、24頁、葛野尋之「弁護士による接見時の情報通信機器の使用をめぐる法的問題」一橋法学 17巻3号（2018年）279頁以下、291頁等。

³ 川出敏裕『刑事手続法の論点』（立花書房、2019年）142頁。

第3 接見国賠における被告（国）側の反論とそれに対する原告側の再反論

1 弁護人依頼権（憲法 34 条前段）の保障対象

（1） 裁判例の立場

- 最大判平成 11 年 3 月 24 日民集 53 卷 3 号 514 頁

判旨：「**憲法三四条前段**は、『何人も、理由を直ちに告げられ、且つ、直ちに弁護人に依頼す

る権利を与へられなければ、抑留又は拘禁されない。』と定める。この弁護人に依頼する権利は、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る。したがって、右規定は、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に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**しているものと解すべきである。

刑訴法三九条一項が、『身体の拘束を受けている被告人又は被疑者は、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（弁護士でない者にあつては、第三十一条第二項の許可があつた後に限る。）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ことができる。』として、被疑者と弁護人等との接見交通権を規定しているのは、**憲法三四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であり、その意味で、刑訴法の右規定は、憲法の保障に由来するものである**ということが出来る」。

- 大阪地判平成 16 年 3 月 9 日判時 1858 号 79 頁（【後藤国賠】第一審判決）

判旨：憲法 34 条前段の保障に由来する刑訴法 39 条 1 項による秘密交通権の保障は「被告

人等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の伝達等が、第三者、とりわけ捜査機関、訴追機関及び収容施設等に知られることなく行われることが、弁護人から有効かつ適切な援助を受ける上で必要不可欠なものであるとの考えに立脚するものであり、「これは、接見の機会が保障されても、その内容が上記各機関等に知られるようなことがあれば、両者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**萎縮的効果**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」ことを考慮したものである⁴。

⁴ 刑訴法 39 条 1 項の趣旨に関するこのような捉え方は、【第 3 次足立国賠】等でも採り入

(2) 被告(国)側の反論

- ・憲法 34 条の適用対象を被疑者に限定する⁵。
- ・裁判例の中にも…

☞ 憲法 34 条が「同法 33 条の逮捕令状主義の規定を受けて、逮捕に続く拘束の継続である抑留及び拘禁に関する保障を規定したものである」から、同法 34 条は「公訴提起前の被疑者に対して弁護人依頼権を保障したもの」である(【第 2 次石口武井(IT)国賠】第一審判決)。

(3) 原告側の再反論

ア 憲法 33 条の次に定められていることとの関係

- ・「抑留」「拘禁」は被疑者のみならず被告人にも適用されている⁶。そうすると、憲法 34 条が同法 33 条の次に定められていることから、直ちに、同条の「抑留」「拘禁」を逮捕後のそれに限定することには繋がらない。

イ 憲法 37 条 3 項との関係

- ・同法 37 条 3 項の「刑事被告人」には、実は被疑者及び被告人の双方が含まれると考えられる。それゆえ、この規定との対比で、同法 34 条の弁護人依頼権を被疑者についてのみ意義があると考え、あるいは被疑者に対してのみ弁護人依頼権を保障したものであると考えることもできない。

☞ 同法 37 条 3 項の基になったとされるアメリカ合衆国憲法修正 6 条及びマッカーサー草案では、「刑事被告人」が *accused* とされており、この *accused* という単語は、本来、被疑者及び被告人の双方を含む言葉である。それにもかかわらず、日本語に訳す際に「被告人」とされたのは、被疑者と被告人の双方を含む上位概念が日本語に存在しなかったためと考えられている。この考え方によれば、憲法 34 条は、弁護人依頼権の開始時を「抑留」「拘禁」とする役割を果たすことになると共に、被疑者であるか被告人であるかに関係なく適用されることになる⁷。

れられている。

⁵ かつては、注釈書の中にも同様の説明をするものが存在した。例えば、樋口陽一ほか『注解法律学全集 憲法Ⅱ〔第 21 条～第 40 条〕』(青林書院、1997 年) 307 頁 [佐藤幸治執筆] は「刑事被告人の弁護人依頼権については別に 37 条の保障するところである」ことをふまえ、憲法 34 条の「意義は公訴提起前の抑留・拘禁された被疑者について存することになる」と述べている。

⁶ 長谷部恭男編『注釈日本国憲法(3)』(有斐閣、2020 年) 334 頁 [川岸令和執筆]。

⁷ 野中俊彦ほか『憲法Ⅰ〔第 5 版〕』(有斐閣、2012 年) 443 頁 [高橋和之執筆]。憲法学の最新の注釈書においても、憲法 34 条が定める弁護人依頼権について、被疑者のみを念頭に置いたという説明はされていない。長谷部・前掲注(6) 333～334 頁 [川岸]。

2 情報流出の危険性と事前規制の必要性？

(1) 被告（国）側の反論

・ 本人同士にしか分からない隠語や合図等が含まれ、その内容が、弁護人等の意図しない形で外部に流出し、その回収が不可能になってしまう危険性（罪証隠滅の可能性を含む。多くの裁判例）。

(2) 原告側の再反論

・ 弁護人が録音等する限り、弁護人の関与無く記録内容が外部に流出することは考えにくい。

☞ 抽象的な可能性・危険性による一律禁止ではなく、事後的な規制（懲戒、刑事制裁）を取るのが、刑訴法 39 条 1 項の趣旨に適合する⁸。

・ 少なくとも起訴後であれば、罪証隠滅の客観的可能性は低下しているはず。

3 庁舎管理権による制限の可否

(1) 被告（国）側の反論

・ 拘置所長等は庁舎管理権に基づき、弁護人等と被収容者との間の面会を制限できる。
・ 裁判例の中にも・・・

☞ 国有財産法 5 条及び同法 9 条 1 項は「庁舎の管理者が庁舎をその本来の目的が達成できるようにするための庁舎管理権を認めたものであり」、「庁舎内の秩序を維持し、安全を確保するため、庁舎管理権に基づき、庁舎内における写真撮影等を禁止することができる」（【竹内国賠】控訴審判決）。

(2) 原告側の再反論

ア 国有財産法 5 条及び同法 9 条 1 項の規定は組織規範である

・ 国有財産法 5 条及び同法 9 条 1 項の規定は、国が行政財産についての管理権を有することを前提に、管理権限を特定の行政機関に配分する組織規範であると考えられる⁹。

☞ 撮影行為等を禁止する権限を付与した法規範であると位置付けるのは難しい。

イ 接見交通権は憲法上保障された権利である

・ 刑訴法 39 条 1 項は「**憲法の保障に由来する**ものである」（最大判平成 11 年 3 月 24 日民集 53 卷 3 号 514 頁）

☞ この権利を制限するためには、制限を正当化するだけの具体的な弊害、すなわち、電子機器類を用いた録音行為によって、拘置所内の秩序維持及び安全確保にとって障害が発生する具体的な可能性が示されなければならない。単な

⁸ 田淵浩二「接見交通権の調整原理について」季刊刑事弁護 85 号（2016 年）108 頁以下、111 頁等。

⁹ 【竹内国賠】控訴審判決の評釈である、岩本浩史「判批」『新・判例解説 Watch18 号』（日本評論社、2016 年）45 頁以下、47 頁。

る抽象的な可能性程度で制限を認めてしまうと、ほぼ無制約の庁舎管理権を認めることに繋がりがねず、接見交通権を認めた意味を失わせることになりかねない¹⁰。

4 証拠保全

(1) 被告（国）側の反論

・(特に写真撮影の文脈で) 新たな証拠の作出に当たるから、証拠保全制度(刑訴法 179 条)を利用すればよい。

(2) 原告側の再反論

・裁判官が有する強制力による証拠保全を当事者が利用できるようにするための制度であり、この制度の存在が、任意の手段による証拠保全を制限する理由にはならない¹¹。

5 その他（参考）

(1) 刑事施設の長が面会室内への撮影機器・携帯電話等の持込みを禁止する遵守事項を定めることの根拠

・刑事収容施設法は「刑事収容施設の適正な管理運営を図ることを目的とし（同法 1 条）、未決拘禁者の場合には、特に防御権の尊重に加えて、逃走及び罪証隠滅に留意しなければならない（同法 31 条）と規定しているところ、未決拘禁者と弁護士等との面会においても、その態様次第では、同法が予定した目的を達成することができなくなってしまうおそれがあることは明らかである。そうすると、同法において、刑事施設の長が**庁舎管理権**に基づいて未決拘禁者と弁護士等との面会の態様について、**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**という目的に照らして**必要かつ合理的な範囲で制限**を課すことは許容されている」（【稲村半田国賠】）。

☞ (特に、当該電子機器類の持込み・使用が刑訴法 39 条 1 項で保障される場合) 目的規定や処遇に関する解釈・運用の指針規定に基づいて、憲法上保障された権利の制限根拠を導くことはできるのか？

☞ 【井上明彦国賠】は、刑事収容施設法 31 条が「防御権の尊重」と規定している点について、「弁護士に認められた権限の行使の在り方に関するものであって、権限の有無の解釈論に直接関係するものではない」と述べている。それにもかかわらず、同条を接見制限根拠の有無に関わる解釈論に用いてよいのか？

(2) 面会室内への電子機器類の持込み・使用禁止を理由として面会室への入室を拒否することの根拠

・「拘置所を含む刑事施設においては、…被収容者の処遇のための適切な環境及び平穏な共同生活を維持して、規律及び秩序が適正に維持されなければならないことという要請がある（刑事収容施設法 1 条、73 条等参照）。…そして、刑事施設の規律及び秩序の維持とい

¹⁰ 岩本・前掲注（9）48 頁、後藤・前掲注（2）28～29 頁。

¹¹ 後藤・前掲注（2）26 頁、川出・前掲注（3）143 頁等。

う施設法独自の根拠により、未決拘禁者と弁護人との接見交通権を制限することができないとまで解することはできないし、刑事施設の規律及び秩序が維持できない状態を全く放置するわけにはいかないことからすると、**刑事収容施設法に定められた明文の規定がなくとも、刑事施設の規律及び秩序の維持という施設法独自の根拠により未決拘禁者と弁護人等の接見交通権を制限することは可能**というべきである」。「携帯通信電子機器の弁護人面会室への持込み及び同所での使用が接見交通権の行使として保障されるものではないこと・・・を踏まえ、**庁舎管理権に基づいて、被告人との接見をする弁護人に対しても、撮影することを前提とした携帯通信電子機器の弁護人面会室への持込み及び同所での使用を禁止することはできる**」(【井上明彦国賠】)。

☞ 刑事収容施設法 1 条は目的規定、同法 73 条は解釈指針に過ぎないのではないか？

(3) 申告書の記載を求めることの根拠

・「未決拘禁の目的や刑事収容施設内の規律維持」(【第 3 次足立国賠】)。

(4) (電子機器類の持込み・使用が保障される場合に) 当該行為を制限できるのは刑訴法 39 条 2 項に規定されている場合に限られるか

・裁判例は、刑訴法とは別に刑事収容施設法の目的をふまえた制限が可能という立場。

☞ 刑訴法と刑事収容施設法との関係。

☞ 「法令」(刑訴法 39 条 2 項) に刑事収容施設法が含まれるとしても、規定によっては除外することも可能？

(5) 刑事収容施設法に未決拘禁者と弁護人等との面会方法・態様を制限する規定は存在しない¹²点をどのように考えるか

・刑事施設の長が、庁舎管理権に基づき、逃亡・罪証隠滅の防止や刑事施設の規律秩序維持の観点から、面会の態様を制限できる(裁判例)。

☞ 庁舎管理権に基づき、弁護人による電子機器類の持込み・使用禁止が可能であるならば、面会「態様」の制限として刑事収容施設法 118 条 4 項の中に禁止権限を付与する旨の明文規定があるはずである。しかし、そのような規定は存在しない。同条項の趣旨は、刑事施設の長による庁舎管理権(国有財産法 5 条等)に基づく面会「態様」の制限を許さないことにあるのではないか¹³。

(6) 電子機器等を所持しているか否かを質問することは所持品検査(刑事収容施設法 75 条 3 項)に当たるか

・刑事収容施設法 75 条 3 項の「『検査』とは、**被収容者以外の者の着衣及び携帯品に関して、身体**の検査に至らない限度で、その意思に反して強制的に危険物等の所持のないことを

¹² 未決拘禁者と弁護人等との面会については、面会の「日」「時間帯」「相手方の人数」「場所」について、一定の制限をすることができるのみである(刑事収容施設法 118 条 1 項、同条 2 項、同条 4 項)。

¹³ 葛野・前掲注(2) 309 頁。

網羅的に確認する行為を指すものと解され、端的に、刑事施設職員が弁護人面会室へ持込みが明示的に禁止されている携帯通信電子機器の所持の有無について質問することは、上記『検査』には含まれるとはいえない。「持込みが禁止された特定の物の所持の有無について質問することで**弁護活動の秘密を侵害するおそれがあるとはいえない**ので、質問すること自体まで禁止されると解することはできない」（【井上明彦国賠】）。

☞ 電子機器類を所持していること自体の秘密性まで保護する、という立場を採らない限り、この裁判例を覆せないか。

第4 おわりに

1 対立の本質

・「接見内容をメモに記録するといった行為については、弁護士がその内容を吟味し、特定の人物への証拠隠滅を示唆するような被疑者の発言等についてはメモに記録しないといったことが期待される一方、写真撮影行為については、…面会室内の状況を機械的かつ正確に記録するという性質上、弁護士が意図しない情報まで写真に記録されてしまう危険性があるだけでなく、撮影された写真の電磁的記録が弁護士の意図しない形で外部に流出してしまう危険性も決して低くないところ、**これらの危険性の有無は弁護士が倫理観を有しているかどうかや弁護士会による制裁が予定されていることによって左右されるものではない**。そして、一度外部に流出した電磁的記録を回収することは事実上不可能であることも併せて考慮すれば、そのような危険性を無視することはできないというべきである」（【稲村半田国賠】）。

2 議論の組み立て方

(1) 面会室内での電子機器類の使用が接見交通権の保障範囲内に含まれるか

ア 含まれる

・一律禁止はできず、規律等侵害行為に該当するか否かを個別具体的に判断する。

☞ 当該行為が（憲法上の）権利として保障される以上、制約は最小限度に止めなければならない。

イ 含まれない

・未決拘禁の目的や刑事施設内の秩序維持の観点から合理的と認められる場合は、当該行為を一律禁止することも可能。

☞ 電子機器類の持込みを禁止する遵守事項が定められている場合、当該遵守事項に違反したこと自体が規律等侵害行為に当たる¹⁴。

(2) 面会室内で使用する（使用した）電子機器類に含まれるデータの内容についても秘密性の保障が及ぶか

¹⁴ 川出・前掲注（3）145～146頁。

- ・保障が及べば、事前・事後の内容検査は違法となる余地がある。
 - ∴ 萎縮効果を生じさせる。
- (3) 面会室内で電子機器類を使用する(使用した)こと自体についても秘密性の保障が及ぶか
- ・電子機器類を携帯しているか否かの申告を求めること自体が違法となる余地がある。
 - ∴ 萎縮効果を生じさせる。