

弁護人接見の際の容貌撮影行為の法的性格

後藤 昭

本稿の内容は、ある国家賠償請求事件の原告弁護団からの要請に応じて上告審である最高裁判所へ提出した意見書である。東京拘置所で被告人と面会した国選弁護人が、被告人の様子に異常を感じたため被告人を写真撮影したことを理由として、拘置所職員が接見を止めさせた。この措置を違法として、弁護人だった弁護士が国に対して損害賠償を請求したという事件である。第1審判決（東京地裁判平成26年11月7日判時2258号46頁）では原告が一部勝訴、控訴審判決（東京高判平成26年7月9日LEX/DB2554078）では被告全面勝訴という結果になっている。意見書の内容を同僚研究者の批判に曝すために、本誌に投稿した。

この意見書は、最高裁判所上告提起事件平成27年（オ）第1628号および上告受理申立事件平成27年（受）第2038号国家賠償請求事件について、裁判所が判断される際のご参考となることを願って、同事件中の法律上の問題点について、刑事手続法の研究者の立場から、意見を申し述べるものです。

その法律上の問題点とは、弁護人が刑事施設において勾留中の被疑者・被告人と接見する際に、その容貌を写真撮影する行為の法的な性格はどのようなものか、そして刑事施設の長または職員がそのような行為を禁止することができるか、という問題です。

I. 刑訴法39条1項の性格

この問題を考えるための出発点は、刑訴法39条1項がいわゆる接見交通権を規定している理由にあります。最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁は、被疑者段階でのこの接見交通権を憲法34条による弁護人依頼権の保障に由来する権利であるとしました。それ自体は正当であり、この判断を変更する必要はありません。たしかに、憲法34条は、身体を拘束された者の権利として弁護人依頼権を保障しています。その弁護人依頼権を実質的な意味のあるものにするため、接見交通権の保障が必要なことは明かです。

しかし、それに加えて、別の角度から接見交通権の意味を捉えることも重要です。それは、弁護人依頼権は必ずしも身体拘束の効果ではないからです。憲法37条3項は、身体拘束の有無に拘わらず被告人一般の権利として弁護人依頼権を保障し、刑訴法30条1項も、被疑者・被告人一般に弁護人依頼権を認めています。被疑者・被告人が身体拘束を受

けていないいわゆる在宅事件でも、弁護人から有効な援助を受けるためには、被疑者・被告人と弁護人との間で自由な意思疎通と情報交換ができることが必須の条件となります。このような意思疎通と情報交換の自由は、弁護人依頼権の基本的要素として保護されるべきです。

現行法は、このような在宅事件における被疑者・被告人と弁護人との情報交換の自由を権利として明示的に示してはいません。それは、在宅事件では通常このような弁護人との情報の交換を妨げるものがないためです。法が明示的に権利として保障していなくても、このような情報交換の自由は暗黙の前提とされています。たとえば、捜査機関が、被疑者・被告人と弁護人との電話通信を傍受することは弁護人依頼権を侵害するという意味でも違法です¹。また、保釈の条件として、被告人と弁護人との面会を制約するような制限を課すことができないことは自明です。これらの例は、身体を拘束されていない被疑者・被告人であっても、弁護人との間で秘密のうちに自由な意思疎通と情報交換をする権利をもっていることを示しています。

勾留のような未決拘禁が、被疑者・被告人と弁護人との情報交換の自由を制限するための処分ではないことも論を待ちません。したがって、被疑者・被告人は、勾留されることによって、弁護人との情報交換の自由を全く制約されないのが法制度の理想です。

しかし、現実には被疑者・被告人が拘禁されることによって、このような自由が制約される可能性が生じます。そのため、刑訴法 39 条 1 項という、身体を拘束された被疑者・被告人と弁護人との間の情報交換の自由を明示的に保障する条文を設けることが必要になります。このように、同項の基本的な性格は、被疑者・被告人と弁護人にとっての権利を創設した規定ではなく、弁護人依頼権の当然の前提となっている権利を確認した規定です。

したがって、同項の文言は、未決拘禁の目的を確保するために避けられない制限を除いて、できる限り在宅の被疑者・被告人と同様の情報交換の機会が保障されるように解釈すべきです。このような観点からは、同項にいう「接見」とは「書類若しくは物の授受」を除いて、直接の対面を通じての意思疎通と情報交換の方法を広く含むと理解されます。ただし、それを立会人なしに行わせた場合に「書類若しくは物の授受」と同様に拘禁目的の阻害をもたらす危険を伴う行為があるとすれば、それを接見の一部として秘密に行うことは、この条項では保障されないと考えることができます。

II. 写真撮影行為の位置づけ

本件原判決は、容貌の写真撮影は「接見」に含まれないとしています。これと同旨と理

¹ 通信傍受法 15 条参照。

解できる裁判例は、他にもあります²。しかし、弁護人が弁護活動の一環として被疑者・被告人の容貌を写真に撮影することは、被疑者・被告人が拘束されていなければ、面接の際に当然に行うことができる情報交換行為の一種です。したがって、「接見」の一部と考えられます³。本件写真撮影も、原告が弁護人としての活動のために行ったことは、明かです。

被疑者・被告人の容貌の写真撮影が、逃亡あるいは罪証隠滅の手段になることがあるという見解もあります。しかし、被疑者・被告人の容貌の写真撮影が逃亡あるいは罪証隠滅に役立つ結果となる危険は、現実には極めて低いでしょう。しかも、弁護士は未決拘禁の目的を阻害しない倫理的な義務を負い、それに対する違反は懲戒の理由にもなり得ます。これに対して、被疑者・被告人の写真には弁護人にも分からないような合図が含まれるおそれがあるという主張もあります⁴。しかし、そのような希な可能性は、弁護人依頼権の制約を正当化できるだけの実質的な危険ではありません。具体的に本件でも、撮影された内容にそのような情報が含まれていたと推測すべき事情は全く指摘されていません。逃亡または罪証隠滅の防止以外でも、施設に収容するという拘禁の性質から、拘禁環境を維持するために、接見にも一定の制約が課される可能性はあります。しかし、被疑者・被告人の容貌の写真撮影が、拘禁環境を損なうことはありません。さらに、写真撮影が被疑者・被告人のプライバシー侵害になるおそれがあるという主張もあります。しかし、それを理由に写真撮影を制限することは、依頼者と弁護士との関係に国家が介入することを意味します。また、被疑者・被告人のプライバシー保護は、未決拘禁の目的でもありません。

もし容貌の写真撮影が「接見」という語感に合わないと感じられるのであれば、接見に付随する行為と位置づけることもできます。そう考えても、問題の本質は変わりません。

本件原判決は、刑訴法の制定当時にカメラやビデオなどの撮影機器は普及していなかったから、刑訴法 39 条 1 項の「接見」に弁護人が被疑者・被告人の容貌を撮影することは含まれないと説示しています。しかし、昭和 23 年当時でも、写真機は十分に普及していました。そのうえ、同じ条文の文言でも、新たな技術や道具が生まれることによってその適用対象が変化するのは、法律の世界の常です。立法当時存在しなかったものは、条文の適用対象にならないという議論が正しいなら、DNA 型分析も鑑定としては認められないという不合理な結論になってしまいます。

この種の写真撮影が同項の「接見」に含まれず、実質上「物の授受」に含まれるという

² 福岡地小倉支判平成 27 年 2 月 26 日判時 2776 号 15 頁。

³ 河上和雄＝河村博 2013 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法第 1 巻』（第 2 版）青林書院 445 頁、田淵浩二 2016 年「接見交通権の調整原理について」『季刊刑事弁護』85 号 110-111 頁、葛野尋之 2012『未決拘禁法と人権』（現代人文社）360 頁なども結論同趣旨。

⁴ 松田治 2015 「接見時の機器等の持込みの運用」『刑事法ジャーナル』46 号 53 頁注(14)。

学説もあります⁵。しかし、現在の拘置所の実務運用では、それは「授受」にも含めていません⁶。その結果、この種の写真撮影は、實際上不可能となります。それは、在宅の被疑者・被告人には保障される弁護人との間の情報交換の自由が、たまたま勾留された被疑者・被告人には否定されることを意味します。そのような理由のない制限は、正当化できません。

なお、容貌の写真撮影が「接見」に含まれるとすると、弁護人ないし弁護人となろうとする者以外のいわゆる一般面会での扱いについて疑問が生じるかもしれません。しかし、一般接見の権利は刑訴法 80 条により、「法令の範囲内で」保障されているに止まります。その法令でどんな制約ができるかまでは、刑訴法は限定していません。そのため、もしそれに実害があるのであれば、刑事収容施設法 113 条 1 項 1 号ロにいう「規律・秩序」の内容として、刑事施設が禁止しても刑訴法と矛盾はしません。

Ⅲ. 証拠保全目的の意味

弁護人が被疑者・被告人の容貌を証拠保全の目的で撮影するのであれば、刑訴法 179 条に基づく証拠保全の一種としての検証によってその目的を達することができるから、接見交通権の一部としてこれを認める必要はないという考え方があります。本件の原判決および原々判決の説示も、そのような立場を示しています。

しかし、これは証拠保全制度の位置づけを誤り、かつ弁護人の活動の実態を見ない議論です。

まず、当事者が任意の手段によって証拠を保全することは自由です。例えば、弁護人が事件の現場に行って、写真に撮影するような行為は、それが誰かの権利を害しない限り自由に行うことができます。刑訴法 179 条や民訴法 234 条が用意する証拠保全は、そのような任意手段による証拠保全が一般的に可能であることを前提として、特に裁判所がもつ強制力による証拠保全方法を当事者が利用できるようにするために設けられた手段です。このような証拠保全制度があることは、任意の手段による証拠保全を制限する理由にはなりません。

また、証拠保全の請求から実施までには当然時間がかかります。即時に状態を記録するためには、そのような手段では間に合わないので、任意の手段で証拠を保全することが必要になります。

そもそも、実際の弁護活動において、依頼者との意見交換、情報収集および証拠の保全は、渾然一体として行われるのがふつうです。たとえば、弁護人が証人予定者との会話を

⁵ 植村立郎 2011 河上和雄ほか編『注釈刑事訴訟法第 1 巻』（第 3 版）立花書房 460 頁参照。

⁶ 松田治・前掲注 4)。

録音することは、メモを取るのと同様に情報収集と記録の方法です。しかし、その証人予定者が公判で供述できなくなった場合には、この録音記録自体を証拠請求する可能性もあります。その場合は、会話の録音は証拠保全目的であったことになります。弁護人の情報収集行為の可否をそれが証拠保全目的であるかどうかによって区別することは弁護活動の実態に合いません。

証拠保全目的での接見時の撮影を禁止することは、裁判所の他の場面での扱いとも整合しません。刑訴法 179 条に拠る証拠保全を請求するための疎明資料として、弁護人が接見時に撮影した被疑者・被告人の写真を添付することは、刑事弁護に通じた弁護士たちの間ではよく知られた方法です。裁判所もそのような疎明資料を判断材料として使っています。本件原告が撮影した被告人の写真も、精神鑑定請求の補充書への添付資料として使われています⁷。裁判所は、それを判断資料として利用したはずで、他の事件では、接見時に弁護人が撮影したビデオ記録を裁判所が証拠採用して公判廷で取り調べた事例もあります⁸。このように、弁護人が接見時に撮影した画像、映像を裁判所が利用することは珍しくありません⁹。一方で裁判所が画像や映像を判断資料として利用しているのに、他方でそのための撮影を違法とするのでは、裁判所の姿勢に一貫性がなくなります。

IV. 写真撮影禁止の根拠となる法令の有無

以上のとおり、弁護人が接見時に行う容貌の写真撮影が接見の一部として認められるとして、それを制限し、あるいは禁じる法令上の根拠があるかどうか、次の問題となります。

刑訴法 39 条 2 項は、「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。」と定めています。その「法令」の中心となるのは、刑事収容施設法 118 条です。同条 4 項は、刑事施設の長が未決拘禁者と弁護人との面会に関して、「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」と定めています。この規定が予定する制限の目的が、刑訴法 39 条 2 項が想定する制限の目的に対して広すぎないかという問題には、ここでは立ち入りません。本件との関係でさしあたり重要なのは、刑事収容施設法 118 条 4 項が、弁護人面会においては、「面会の場所について」の制限しか予定していないことです。このことの意味は、同法 118 条 5 項が未決拘禁者と弁護人等以外

⁷ 原々審第 6 回口頭弁論本人調書 18－19 頁。

⁸ 高野隆・高桑光俊 2012 「妄想型統合失調症、飲酒酩酊 接見ビデオを法廷で上映し、弁護側専門家が証言した事例[東京地裁平成 22.10.5 判決]」『季刊刑事弁護』69 号 68 頁。

⁹ 赤松範夫・高山巖 2015 「接見時の電子機器等の持込」『刑事法ジャーナル』46 号 48 頁。

の者との面会については、受刑者の面会に関する同法 114 条 1 項を原則的に準用しているのとは対比すると明かです。準用される同項は、「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」と定めます。このように、114 条 1 項は、「相手方の数」「場所」「日及び時間帯」「時間及び回数」と「その他面会の態様」についての制限を予定しています。これに対して未決拘禁者の面会に関する 118 条では、まず弁護人等との面会について、1 項と 3 項で「日及び時間帯」について、2 項と 3 項で「相手方の数」について、4 項で「場所」について改めて定めています。弁護人等との面会については、それ以外の制限を予定していません。つまり、刑事収容施設法は、弁護人等との接見については、「面会の時間及び回数」の制限を予定しないだけでなく、「その他面会の態様」についての制限も予定していません。未決拘禁者の容貌の撮影を制限することは、「面会の態様」についての制限ではあっても、「面会の場所」についての制限ではありません。これらの条文にいう法務省令に当たる刑事施設及び被収容者の処遇に関する規則施行規則 69～75 条も、弁護人等との面会の態様についての制限は定めておらず、もちろん容貌の写真撮影に関する規定はありません。

したがって、弁護人接見時の容貌の写真撮影を直接に制限し、あるいは禁止する法令はありません。刑事収容法 74 条に拠り、刑事施設の長は一定の範囲内で被収容者が遵守すべき事項を定める権限があります。しかし、被収容者と面会する弁護人が遵守すべき事項を定める権限を刑事施設の長に与える条文はありません。平成 19 年 5 月 30 日付け法務省矯正局長依命通達が、未決拘禁者と弁護人との面会に際して一律に「カメラ、ビデオカメラ」の使用を禁じるように求めているのは、法的な根拠を欠いています。

V. 庁舎管理権による撮影禁止の可否

本件原判決は、拘置所長が国有財産法 5 条および 9 条に拠る庁舎管理権に基づいて、弁護人接見時の写真撮影を禁止することができるとしています。たしかに、物的設備としての官公署庁舎の円滑な利用を保つために、管理者には一定の権限が認められるでしょう。

しかし、その権限によって禁止できるのは、施設の使用目的に反する行為だけです。また、具体的な根拠規定に基づくことなく、庁舎管理権という抽象的な観念によって、別の法が保障する人の権利を制限することはできません¹⁰。

したがって、庁舎管理権によって制限できるのは、施設の設置目的に反する行為であり、

¹⁰ 岩本浩史 2015 「面会室内での弁護人の撮影行為を理由に面会を終了させた措置が違法ではないとされた事例」TKC ローライブラリー新・判例 Watch 行政法 No. 157, 3 頁参照。

かつ対象者の権利として保障されていないものに限られます。そうすると、例えば弁護人が接見の場で、周囲の迷惑になるほどの大きな音を立てる、あるいは火災の危険を生じる行為をするなどの場合には、庁舎管理権によってそれを禁じることができるでしょう。

しかし、接見の際の写真撮影は、上述のとおり法により権利として保障されており、また、施設の設置目的を害するものでもありません。したがって、庁舎管理権によって、弁護人の接見時の写真撮影を禁じることはいけません。

VI. 「刑事施設の規律及び秩序を害する行為」の意味

原判決は、東京拘置所職員が原告と当時の被告人との面会を停止した行為は、刑事収容施設法 117 条に拠り、正当であるとしています。その前提は、原告が行った被告人の写真撮影が 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」に当たるという理解です。しかし、この理解は、不当です。

刑事施設の管理者は、「規律、秩序」の意味を自由に決められるわけではありません。立法の歴史を遡ると、監獄法改正の理念の 1 つは「法律化」でした。この「法律化」とは、監獄法において被収容者の権利義務やその権利制約の条件が明文で定められない部分が多かったのを改めて、それらを明文規定によって明らかにすることです。そのため、監獄法に代わる刑事収容施設法の制定は、「被収容者の権利義務の範囲を明らかにするとともに、その生活及び行動に制限を加える必要がある場合について、その根拠及び限界を定めることを眼目のひとつとする」というのが、関係者の共通の理解となっています¹¹。もし、刑事施設の管理者が「規律、秩序」の内容を自由に定めることによって被収容者の権利を制約できるとすれば、この法律の基本的な目的が害され、被収容者の権利義務は再び曖昧になってしまいます。したがって、「規律、秩序」の内容として要求できる制限は、法律が予定する権利制約の範囲を超えることができません。

刑訴法 39 条 2 項は、弁護人等との接見に対する法令による規制について、「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」だけを予定しています。施設の長が、この目的を超えて、被収容者と弁護人の権利を制約することはできません。したがって、被収容者と弁護人との接見を制約する根拠となる「規律、秩序」とは、これらの未決拘禁の目的を確保するために必要な規律、秩序でなければなりません。仮に解釈によってこれを拡大できるとしても、それは施設収容に伴って不可避免的に予想される制約、すなわち収容環境の保持のために必要な制約に限られます。

すでに述べたとおり、弁護人接見の際の写真撮影は、これらの拘禁目的を害する性質を

¹¹ 林真琴ほか 2013 『逐条解説刑事収容施設法』（改訂版）有斐閣 9 頁。

持ちません。秘密の合図を使えば、罪証隠滅の手段となりうるという程度の抽象的な危険は、弁護人依頼権を制約する根拠としては、不十分です。それを「規律、秩序」の内容として一律に禁止することは、刑事収容施設法が、上述のとおり、弁護人等との面会について「その他面会の態様」に関する制限を予定していないこととも矛盾します。

近時、最高裁判所のいくつかの判例は、被疑者勾留の要件の有無について、罪証隠滅あるいは逃亡の「現実的可能性」の程度を考慮すべきことを示しています¹²。これらは、従来、逃亡あるいは罪証隠滅の「おそれ」といわれていた要件について、抽象的な危険ではなく、現実的な可能性を判断すべきことを示唆する重要な判例です。それは、刑事手続を阻害するかもしれないという抽象的な危険だけでは、被疑者・被告人の人身の自由という重要な権利を制約することができないことを示しています。

本件で問題となっている弁護人の接見時の写真撮影は、それを禁止しても小さな制限に過ぎないように見えるかもしれません。しかし、被疑者・被告人と弁護人との自由な情報交換が保障されることは、被疑者・被告人が弁護人の有効な援助を受けるための不可欠の前提です。実際、本件でも原告が撮影した写真は弁護活動に利用されています。それを制限することは、憲法が保障する弁護人依頼権の制約に他なりません。拘置所長が定める「規律、秩序」によって、法令の範囲を超えてそのような制限をすることは、憲法 34 条、37 条 3 項にも反する結果となります。

以上のとおり、弁護人が勾留中の被疑者・被告人と接見する際にその容貌を写真撮影することは、刑訴法 39 条 1 項が保障する接見交通権の一部です。それが拘禁目的を阻害する手段となるという現実的な可能性がないとき、それを禁止できる根拠は、現行法制にはありません。

本件での裁判所の判断は、全国の刑事弁護人の活動と刑事収容施設法の運用に対して、大きな影響を及ぼします。最高裁判所の見識に基づく、適切なご判断をお示し下さい。

¹² 最一決平成 26 年 11 月 17 日判時 2245 号 129 頁、最二決平成 27 年 10 月 22 日裁判所時報 1638 号 2 頁。