

鹿児島接見・秘密交通権 侵害国賠事件判決について

1 はじめに

鹿児島地方裁判所民事第1部(裁判長高野裕)は、平成20年3月24日に接見・秘密交通権に対する画期的な判決を言い渡した。何が画期的であるかは後に詳述するが、ただ、本判決はいわゆる総論部分がないために、その価値が直ちにはわかりにくい構造となっている。またそれ故に、若干誤解を招きかねない部分も存在する。或いはわざと、本来の価値を損ねるような解釈がされかねない危険性もある。もとより、総論部分がないと言っても、場当たりの結論を導き出してのではないのはもちろんである。本件では原被告間において厳しい法律論争が繰り広げられ、これらをふまえての判断であることは言うまでもない。従って、総論のない本件判決を論じるのに、この背後にある当事者の主張をふまえずにその真価を明らかにし、批判をすることは原則論をふまえない誤りを犯す危険がある。そこで原判決の背後にある当事者の主張をふまえ、本判決の正しい意味を明らかにする。

2 あるべき総論部分の中身

(1) 本判決には項目としての総論部分がない。

これは極めて異例に属する判決書の構成である。なぜこのような構成を取ったのかは後に推測するが、それにしても裁判官の頭の中に総論なくして結論を導きうるはずがない。その総論部分を補い、順序立てて見ることにより、本判決の客観的な価値が明らかとなる。

(2) 弁護人の固有権としての秘密交通権

本判決の決定的な特徴は、被疑者・被告人(以下判決に従い「被告人ら」という)が自発的に(自ら進んで)接見内容を話そうとしても、捜査機関はこれを聴取できないとした点である。

即ち、秘密交通権を、被告人らの権利であると共に、弁護人の固有権であるとし、そこから被告人らが自発的に接見内容を話そうとした場合でも、捜査機関がこれを聴取することは、弁護人の固有の秘密交

通権を侵害するという論理である。弁護人の固有権論を正面から認めたのである。もっとも、接見交通権が被告人らの権利であると共に弁護人の固有権であるというのは、杉山判決(s53・7/11)以来の最高裁の判例となっているのであるから、その意味では目新しいものではないとも言える。

しかし、弁護人の固有権だからと言う理屈だけでは、弁護されるべき被告人らが自発的に話した場合でも、その聴取は許されないという固有権優先の結論は出てこない。本判決は従来の固有権論を超えた優先的固有権を認めたということになる。それではその理屈(総論)はどういうものなのか。

(3) 優先的固有権論が持つべき総論の中身

① この点に関して原告(弁護人)らは次のように主張した。(最終準備書面 p 12 以下)

「(4) 弁護人の実質的弁護権の独立性、固有性について

このように、弁護人の実質的弁護権は、被疑者等の実質的弁護権を実現させ、同時に刑事司法の適切な行使の一翼を担うという役割を果たし、またその内実として幅広い裁量を有している。

かかる弁護人の実質的弁護権は、被疑者等から独立した、固有のものである。

すなわち、弁護人の実質的弁護権は、その根拠を被疑者等の利益擁護及び刑事司法の適正な運用に求めることができるところ、これは被疑者等の意向によっても左右されてはならない。ある一人の被疑者等の処分が、刑事司法全体の適正な運用に影響を与えることは、そもそも刑事司法が国家制度である以上許容される余地はない。

しかれば、弁護人の実質的弁護権は、被疑者等の実質的弁護権とは独立した、固有の権利であることは、論理必然である。

他方、実質的にも、弁護人の実質的弁護権は、被疑者等から独立した固有の権利である必要がある。

前述したとおり、被疑者は、自らの実質的弁護権を行使しようと

言っても、捜査機関等との関係においては、極めて脆弱な防御能力しか有していない。捜査機関は、被疑者がかように脆弱であるところを追求することにより自白（場合によっては虚偽の自白）を引き出していくのである。

しかれば、仮に弁護人の実質的弁護権が、被疑者等に従属する一体としての弁護権に過ぎない等するならば、捜査機関等は弁護人の弁護権を、被疑者に放棄あるいは処分させることで、実質的には弁護人の弁護権を無効化することさえ可能となるのである。

志布志事件はまさにこの構図が明らかとなったものであるが、これでは、捜査機関等との関係においては、弁護権はほとんど実効性がなくなってしまう。

すなわち、弁護人の弁護権は、被疑者等が「自ら有する権利を行使し得ず、適切な防御をなしえない」（その能力がない）ために専門家たる弁護人の援助を必要とし、これによって初めて、被疑者等の弁護権が実質的に実現されることになるからこそ認められるのである。従って、援助者としての弁護人の実質的弁護権は、自らは適切に権利擁護をすることが極めて困難な被疑者等の意思には拘束されない、弁護人に独自・固有のものでなければその役割を全うできないのである。

裁判所書記官研修所教材 107 号「刑事訴訟法講義案」において「刑事訴訟で被告の地位にあるのは被告人であるが、その補助者と言うよりは、むしろ強力な保護者として実質的に検察官に対抗するものが弁護人である」と明確に述べている（第3版 p42～）のも、この理を言い表していると理解される。

以上の通り、弁護人の実質的弁護権は、法論理、実質的要請のいずれの側面からも、被疑者等のそれと独立した固有の権利であるに他ならない。」

- ② 以上の優先的固有権論については、実質的弁護権論の理解が不可欠となるが、この点は以下のように主張した（最終準備書面 p3 以下）。

「実質的弁護権について

(1) 被疑者並びに弁護人の地位について

① 現行法の理念について

日本国憲法及び刑事訴訟法は、刑罰権の適切な行使という目的と同時に、一人の無辜も処罰しないという理念から成り立っている。

国家である以上、適正な秩序を維持するために必要な刑罰権を適切に発動する必要があることは当然である。

しかしながら、同時に、これまで多くの人が過酷な取り調べ等により無実の罪を着せられたという反省から、一人の無辜も処罰しないという理念もまた憲法上の要請として求められるに至った（なお、この理念は、刑罰権の適切な発動の必要性和矛盾するものではない。刑罰権は、罪を犯した人に対してのみ発動されるべきものであり、無実の人に対する発動は、決して許されるものではないからである）。

② 被疑者の地位について

かかる理念の下、また当事者主義を採用した刑事訴訟法の下では、被疑者は、単なる捜査の対象ではなく、無罪の推定を受け、種々の権限を与えられて、捜査機関に対等に対峙する主体として位置づけられる。（以下省略）

③ 弁護人の地位について

だが、無罪が推定され、種々の権利が与えられていると言っても、捜査という強力な権力の前に何もしないでいれば、与えられた権利・自由は画餅となり、また無実の場合でも圧倒されて、有罪とされてしまう危険が大きい。

しかも、実際には身体拘束等、非常に防御権の行使が制限され、捜査の対象とされて著しい負担をおわされ、加えて、素人の被疑者等が、自らに与えられている権利や防御権を行使することは、現実的に著しく困難・不可能である。特に、捜査機関等は、強大な権力を背景に、被疑者が犯罪事実を犯したことを一応の前提として捜査活動に当たるのであるから、被疑者の防御

権は侵害されやすく（これは、これまでの歴史が証明してきたことである）、被疑者が単独で自らの防御権を適切に行使することはきわめて困難である。

このように、被疑者等に与えられた法的地位とその実際の防御能力は、著しく矛盾した状態にある。

そこで、この様な矛盾した地位を抱えて苦しんでいる被疑者等に対しては、適切な手段・方法・内容によりの的確にこれに助言し、精神的に支えるなどして援助し、違法・不当な捜査や身体拘束に対しては、これを排除して的確な防御を全うできるようにして、法的地位と現実の防御能力との矛盾を解消する必要がある。そうでなければ、権利や自由を保障した法は虚偽の産物と化し、国民を欺くものに過ぎなくなってしまう。

そこで、この被疑者にとって不可欠な実質的に援助活動を専門的に行うものとして予定されているのが弁護人制度に他ならない（憲法34条・37条3項、刑訴法30条～40条等）。これは被疑者の地位と能力の乖離を埋めて実質的に捜査機関に対抗しうる能力を保障するものである。

また、被疑者等が弁護人から実質的に援助を受ける機会を確保すること自体が、国家の権能である刑罰権の発動ないしそのための捜査権の行使の適正化を図り、もって積極・消極の両面で実体的真実の発見に資することになるところ、弁護人制度はその趣旨においてもきわめて重要な必要不可欠のものであることから、憲法並びに法的制度として設けられたものである（大阪地裁平成16. 3. 9後藤国賠判決・平成19年4月13日に、最高裁において確定：甲A17）。

- ④ このように、刑罰権の適切な発動という要請と一人の無辜も処罰しないという理念、そして、当事者主義という制度のもとで、被疑者等には弁護人の援助を求める権利が認められ、弁護人には実質的弁護権が認められるのである。

- ⑤ 被告らの主張に対する反論として

ところで、かかる点について、被告らは、被疑者等は捜査の対象であり、捜査機関の取調の対象でしかないという前提を置き、その上で、実質捜査万能論を貫こうとするのが、接見・秘密交通権において事後的非保障説、即ち、秘密交通権の範囲を極力限定し、実質的に無視してしまおうという発想に至るのである。

しかし、この基本的立場が、憲法等我が国の法体系上容認されないものであることは既に述べたところから明らかである。

また、被疑者等の権利を擁護する(ことを通して国民の権利を守る)弁護士に対しては常に警戒の目を向けており、弁護士(弁護士)不信の態度を露わにするものである。

この点についても、弁護士制度が憲法並びに法的制度として設けられたものである以上、弁護士制度において行使される弁護士の権能は適法であることが前提とされていなければ自己矛盾であるところ、法は、弁護士に対する信頼を前提に制度を構築しているものと言うべきであって、捜査機関の上記のような姿勢は、何ら根拠のないものといわざるを得ないのである。

(2) 弁護人の実質的弁護権のその他の根拠について

① 上記の通り、弁護人の実質的弁護権は、刑事訴訟制度の理念や目的を実現するために必要不可欠のものとして認められるというべきであるが、これは次のような点からも導くことができる。

すなわち、被疑者等に弁護権が認められることは、被告らとて異論のないところであろうが、仮に弁護人に実質的弁護権が認められないとしたとき、被疑者等の弁護権は、間接的に容易に侵害しうることとなる。

前述の通り被疑者等は、捜査機関との関係において極めて無力である。被疑者等が一人で捜査機関と対等に対峙することなど、身柄の状況などを考えたとき、不可能といわざるを得ない。

他方、捜査機関等は、被疑者の実質的弁護権を実現しようと

する弁護人の弁護活動を何らかの手段で妨害することが可能となり（弁護人に実質的弁護権がないからである）、結果として被疑者等の実質的弁護権を容易に侵害することができるのである。

かかる結果を回避するためには、弁護人において実質的弁護権を有することが必要不可欠なのである。

② かかる弁護人の実質的弁護権は、最高裁によって当然のこととして認められているのである。

すなわち、最判昭53. 7. 10（いわゆる杉山国賠判決）は「弁護人等との接見交通権は、被疑者等の刑事手続き上最も重要な基本的権利に属すると共に、弁護人から言えば、その固有権の最も重要なものの一つであることは言うまでもない」とする。

後述するように、接見交通権は実質的弁護権の中核をなす権利であるが、最高裁は、これを「固有権の最も重要なものの一つであることは言うまでもない」として当然に認められる権利であることを確認しているのである。

(3) 弁護人の実質的弁護権の内容（裁量論）について

ところで、かかる弁護人の実質的弁護権は、それを弁護人という専門家が主体となって担っているところ、幅広い裁量が認められるというべきである。

すなわち弁護人は、まず、被疑者等の実質的弁護権を実現させるために、適切な手段・方法・内容の接見を実現して、その援助を行わなければならない。

そのためには、事前に何をなすべきか、どの様な情報を得ておくべきか、また、外界の情報を確実に被疑者等に伝えるためにどの様な手段・方法を選択するか、逮捕・勾留されて動揺している被疑者等から、誤りのない情報を引き出すためにはどの様な手段・方法・内容の接見をすべきか、被疑者等から得られた情報をどの様にして真偽を確認すべきか、被疑者等の訴える

悩みに対してどの様に助言して真実を誤らないようにするか等々、多くの判断を迫られる。しかも、的確に判断して、適正な助言等の援助を与えなければならない。

従って、実質的弁護を行うべき弁護人には、被疑者等に与えられた無罪推定の地位や権利を擁護し、また被疑者等その他から与えられた情報を元に、万が一にも誤判・冤罪を生じないように、専門家としての知識・経験をフルに動員して判断し、被疑者等の防御権その他の権利を的確に援助すべく活動する義務がある。これは直接的には被疑者等に対するものであるが、背後には常に国民の権利・自由が予定されており、その意味で国民に対する義務でもある。これは、弁護人として刑事司法制度の適正を確保する役割を期待されていることと同義であるが、弁護人は被疑者等(その背後にある国民)に対して、的確な実質的弁護をすべき義務を負っているのである。

そして、かかる義務が具体的に発現する場面においては、前述の通り、状況に応じて様々な判断をしその場に応じた適切な対応をする必要があるが、この判断は専門家たる弁護人の判断が尊重されなければならない。特に捜査機関等との関係において、その場の判断の適否がその場で判定されとなれば、弁護人の活動は無になるに等しい。かかる意味において、弁護人が行使する実質的弁護権には、裁量が認められなければならない、かかる意味において、実質的弁護権は、専門家裁量により担保されているといえるのである。

このように、弁護人の弁護活動に以上のような裁量が認められる根拠は、弁護人は被疑者等にとって、高度に専門的で不可欠な、「実質的な援助活動」を行う者であるという弁護人制度（憲法34・37条3項、刑訴法30条ないし40条等）そのもの、そして、この弁護人制度を支える弁護士の使命（弁護士法1条）と極めて高度の専門性（同2条後半）に求められる。

即ち、被疑者等は法的には無罪の推定があり、この地位に基づ

いて防御権を始め種々の権利が与えられるとは言っても、実際上は自己の権利状態の認識さえ困難であり、まして法上与えられた権利をどのように行使して自分を守るのかなどは、実際上見当もつかない。このような権利を実効あらしめるためには、どうしても専門家である弁護人による援助が必要である。そして被疑者等の置かれた状況は千差万別であるから、何が適正妥当・効果的な弁護活動かの判断は、その千差万別の状況に応じて迅速になされなければならない。このような場合に唯一絶対の弁護活動を要求すれば、弁護人としてはその判断のために、被疑者等の情報提供以外の客観的な情報を多数収集すべきことになり、到底迅速妥当な弁護活動ができなくなる。裁判前という極めて限られた時期に、時宜に適った(その時点における)適切な弁護活動をするためには、限られた情報の下でも十分に活動できる自由が保障されなければならない。弁護人の裁量は、弁護士が専門家として弁護活動することを予定した実質的弁護権(憲法 34 条等)の保障から当然に導かれるものである。

逆に言えば、専門家として高度の自由裁量があるために、弁護士は厳しい資格要件(弁護士法 3 条)と、その後の専門家としての研鑽義務(同 2 条前半)が課されている。

以上のように、資格ある弁護士(=専門家たる弁護士)による弁護人制度と、これにより弁護権を実現しようとする制度(憲法 34 条等)は、必然的に専門家としての弁護人裁量を前提としているのである。

同時に、弁護人の実質的弁護権の行使が法制度上予定されているのであるから、その幅広い裁量に基づいた活動は適法であることが前提とされているのである。」

- ③ このような実質的弁護権論に裏打ちされた弁護人の固有権論によって、優先的固有権論が可能となるのであり、従って、本判決にあるべき総論はこのようなものであると言える。そしてこのような総論の一旦は、藤本いち子の供述 1 以下に述べられている。即ち、本判決は 73

頁以下において原告らの上記主張をかなり詳細にまとめ、その上で藤本いち子の供述 1 (判決書 p 142)において、

『 いち子供述 1 は、 弁解録取手続の過程において、 濱田警部補が弁護人選任権について告知する際に、 弁護士をどうするか尋ねたところ、 いち子が供述したものであり、 いち子が自発的に供述したことは認められる。

しかしながら、 いち子が接見内容を自発的に供述したからといって、 これによって固有の権利である原告佐々木の接見交通権が放棄されたとはいえず、 接見内容が聴取されることになれば、 原告佐々木が、 これを慮って適切な助言をするなど充実したいち子との接見をすることができなくなり、 相互の信頼関係が形成され難くなるか、 形成されたそれが瓦解しかねないものとなり、 原告佐々木に保障される実質的弁護権としての接見交通権の行使の機会が妨げられることになる。これは、 いち子に供述拒否権を告げた後であっても、 原告佐々木固有の接見交通権にとって何ら変わりはない。

この点、 被告人らが自発的に供述した場合には接見交通権の放棄があったと認められるとして接見内容を聴取することができるとする見解（乙イ A 4， 5）も存するが、 これは被告人ら側からの接見交通権について考察されたものに過ぎず、 弁護人固有の接見交通権が問題となる本件とは事案が異なるというべきである。

そうすると、 被告人らが自発的な供述をしたことから直ちに接見内容を捜査機関が聴取できるとはいえないことになる』

としており、 弁護人の優先的(被告人らによっても放棄されない)固有の権利が、 弁護人の実質的弁護権を核としているものであることが示されているのである。

3 このような総論から見た本判決の各論

(1) 各論は非常に多岐に亘っている。

- ① 76 件の秘密交通権侵害の主張にたいし、54 件についてその侵害を認めた。この意味は非常に大きい。なぜならば、一気に 54 件の秘密交通権侵害事例を有することになったからである。この数字は、これまで

我々が接見交通権が侵害されたとして国賠事件を提起してきた事件数が 50 数件であり、しかもその中で侵害が認められなかった事例も存在することを考えると、これまでの接見交通権の歴史(主として 1965(昭和 40)年以降 40 年)を掛けて戦い勝ち取ってきた事件数を、この鹿児島秘密交通権侵害国賠事例で一気に勝ち取ってしまったのである。しかもその内容も、総論を補ってみれば完全勝利であって、賞賛してあまりあるものと言うべきである。

実際、本件は秘密交通権侵害事例としても種々の形態が存在しており、今後どのような事例が生じても十分対応できる豊富な事例となっている。即ち、今後この個別事例を詳細に分析検討する必要があるが、結論的には通常の接見活動である限り、本件各事例に照らしてその内容の聴取の違法性を争えるのである。

- ② また、本件では秘密交通権の侵害とは認められなかった事例も、接見内容の聴取を適法と認めたものはほとんどない。唯一の事例は「弁護人をどうするのか(選任するのかどうか)」と尋ねたものであろう。これは弁護人選任権告げると言う正当目的の故に秘密交通権を侵害しないとしたのである。その他は、接見の内容の聴取自体は違法としていないか、原告となっていない他の弁護人に関する事例であるからとしてないように入らずに終わっているのである。

(2) 誤解を招きやすい点

- ① 最初に述べたように、総論を考えないで読む、即ち本件判決の基本的思考を抜きにして読むと、原則と例外の区別がつかず、例外を拡大することによって、この判決の価値を異常に矮小化する誤解の危険性がある。

② i 捜査妨害的行為

- ① このような問題の一つとして、本判決が

『 接見交通権が弁護人の固有権であり、上記のとおり接見内容を被告人らから事後的にも聴取することが許されないことによれば、濱田警部補が接見後にいち子から原告佐々木との接見内容を聴取することは、捜査妨害的行為等接見交通権の保護に値し

ない事情等**特段の事情**のない限り弁護人の接見交通権をも侵害することになる。』

としている点がある。

この「**捜査妨害的行為等接見交通権の保護に値しない事情等特段の事情**」だけを取り出して、「捜査側に不利なアドバイスをすれば捜査妨害として接見内容を聴取される可能性がある」あるいは「捜査側が弁護人の接見活動を捜査妨害的行為と名付ければ、接見内容を聴取できるとするものだ」等の、本判決を非常に矮小化した誤解が生まれることとなる。

- ② しかし、これはこの箇所においても本件判決が「接見交通権が弁護人の固有権であり、接見内容の聴取は弁護人の接見交通権をも侵害する」との大原則論を無視し、わざわざ「特段の事情」と断っていることを無視する極めて不当な見方である。

先に詳述したとおり、本判決の弁護人の固有権論は、弁護人の実質的弁護権論を核にしたものであり、これは専門家である弁護士による弁護人制度を最大限尊重する立場を前提にするものである。そして、捜査に対する被告人らの権利を実質的に保護すべき弁護人(この意味で弁護人と捜査はまったく対等)が、捜査に不利なアドバイスをしたからと言って、「違法である捜査妨害的行為」となるはずがない。現に、本件原告(弁護人)らは、こぞって被告人らに否認するように捜査に完全に不利なアドバイスし続けたが、一つとして捜査妨害行為と認められたものはない。即ち、弁護人が捜査に不利なアドバイスをしたり、捜査側が「捜査妨害的行為と名付けた」(本件では、被告ら(捜査側)は、弁護人らの否認を勧めた行為を、捜査妨害行為と呼び続けた)からと言って、接見内容の聴取が許容されるようなことがあり得ないことは、秘密交通権の侵害と認めた 54 の事例によって、本判決自身が詳細かつ具体的に実証済みなのである。

- ③ そもそも本件判決が、極めて例外的に接見内容を聴取できる場合としての「捜査妨害的行為」という概念を認めたのは以下のような経過によるものである。

ア 被告らは次のように主張していた。

『 接見交通権の濫用的行使の場合

(1) 被告らの主張（被告第 5 準備書面 19 頁以下）

ア 弁護人が接見の機会を利用して否認の懲慫等**捜査妨害**や**証拠隠滅等の違法又は不当な活動**を行ったと認められる場合には、そのような接見は保護に値しない(刑訴法 196 条)。

イ 他方捜査機関としては被疑事実に関する実体的真実を発見し、適切な捜査権を行使するために、そのような弁護活動による影響を受けない状況において被疑者の取調をする必要がある。

ウ 捜査機関にとっては接見の機会を利用した捜査妨害、違法な活動が行われたと認められる場合には、その実態を明らかにする必要性が高い。他方接見交通権の濫用的行使は保護に値せず、捜査権の行使が接見交通権の行使に優越する。 』

イ これに対して原告らは次のように反論した。

『(2) 結論

否定されるべきこと

前提とする調整論自体が許されるものでないことは勿論、結果的に接見交通権の濫用的行使の場合があり得るとしても、捜査機関が接見の内容を窺い知ることは許されない。

そもそも、権利が濫用されうるということをもって権利を侵害できる根拠にはならない。被告らの主張は憲法をはじめとした我が国の法体系が弁護士に対して与えている信頼（憲法 34・37・刑訴法 30 条以下の弁護士制度）と、これにより被疑者等の権利を守ることにより、適正捜査を実現しようとしていることを全く無視した不当極まりないものである。

(3) 被告主張には法的根拠が無く、かつ、不当である

① 捜査機関に濫用的行使のチェック権はありえない

i 濫用的事例に対して捜査機関がチェックできるという被告らの主張には何らの法的根拠がない。捜査に対抗して被疑者等の実質的弁護権・防御権を担う弁護人の中心的活動を、その相手方である捜査機関がチェックできるという発想自体、なぜ臆面もなくこのよう

な偏頗な主張が出来るのか不思議である。それは、最高裁も認める実質的弁護権を否定し、事後的非保障説を貫徹したいという被告らの願望以外にない。

ii 被告らの主張の前提である合理的調整論、そして捜査機関のチェック権自体法的根拠のないものであるから、これ以上論じる必要性はない。しかし、その根拠がないだけでなく、我が国の法体系はこれを否定していることを明らかにしておく(言うまでもなく、これは原告らに主張責任があるためにするものではない。法的根拠があることの論証責任は被告らにある)。

iii ア 被告らは弁護人による接見交通権の濫用的行使が存在することを先天的に前置するが、**仮にこれを認めるとしても**、その前提として

A 捜査側が、事実を真実であると合理的疑いを入れない程度に証明できるだけの裏付け(証拠)を確保していて、捜査機関の**判断の客観性**が保障されていること

B Aとの対比において、**弁護活動が真実に反した違法なもの**であること、即ち、

a **弁護人が**、客観的真実を確実な証拠により把握し、これに反していることを**明確に知りながら(故意)**、

b 弁護人が**敢えてこれに反して**行動していることが必要である。

もし被告らの言う「真実」に**客観的裏付け(証拠)が伴わなくてもよいとすれば**、捜査機関は弁護活動を「濫用」「捜査妨害」と名付ければ、直ちに接見内容を聴取できることを意味する。これは秘密交通権の端的な否定である。しかも、「真実」に客観的裏付けがなければ、それは捜査機関の主観的思い込みに過ぎず、何人にも主張できるようなものではなく、まして対抗関係にある弁護人に対して主張できるようなものではない。「真実」は捜査機関の主観にあればよいのではなく、何人にも見えるものでなければならず、そのような状態で存在して初めて「真実」と主張しうるものとなるのである。

イ ところが、捜査機関が客観的証拠に裏打ちされた客観的眞実を確保しているのであれば、それだけで被疑者等を有罪に持ち込める。このことは、即ち捜査が極めて有効に遂行されたと言うことであり、実は、秘密交通権を侵害してまで接見内容を聴取しなければならない弁護人による捜査妨害など存在しなかったことを物語っている。即ち、接見内容を知りたいという捜査機関の口実にすぎないことは明らかである。

ウ このように、客観的に弁護権の行使が濫用と言える場合には、本体たる捜査事件について、接見内容を聴取する必要性が全く存在しない。何らの必要性も存在しないのに、憲法上保障された秘密交通権を侵害するのは、被告らが合理的調整論の柱の一つとする「実質的に秘密交通権保障の趣旨を没却するもの」であることが明らかである。

エ 弁護人による証拠隠滅等、極端な事例が皆無とは言い切れない。しかし、通常 of 弁護人が弁護士生命を捨てて、敢えてこのような犯罪に走るとするのは想像し難い。極端な例外的事例をもって一般化することは、原則と例外を峻別する法論理上許されない。一般論として濫用的行使を想定し、接見内容を聴取できるとする被告らの主張は法的に根拠がないばかりでなく、完全に逆立ちしたものである。それでも証拠隠滅等極端な事例が発生したというのであれば、それは本体たる事件とは別に、独自の犯罪行為として、それ自体として立件し(犯罪捜査規範第 76 条)、適正に捜査すればよい。

iv ア 被告らが「イ 他方捜査機関としては被疑事実に関する実体的眞実を発見し、適切な捜査権を行使するために、そのような弁護活動による影響を受けない状況において被疑者の取調をする必要がある。」というのは、まだ眞実の発見がなされていない(=捜査機関が抱く嫌疑に対する客観的証拠がない)ことを前提としている。

イ 眞実が何か、その裏付けもない状態なのに、弁護人の弁護活動を「違法・不当」などと断定することは、裁判前に捜査機

関に独自の真実が与えられていることを前提とする捜査万能論であり、我が国の証拠裁判主義に反する主張である。

ウ 平たく言えば、被告らのこの部分の主張は「せっかく苦心惨憺、無理矢理させた自白を、弁護人が軽々しく覆すのはけしからん」というものに過ぎない。このような前近代的捜査から、被疑者（＝その背後の国民）を防御するのが弁護人期待された憲法上の役割である。

- v 「ウ 捜査機関にとっては接見の機会を利用した捜査妨害、違法な活動が行われたと認められる場合には、その実態を明らかにする必要性が高い。他方接見交通権の濫用的行使は保護に値せず、捜査権の行使が接見交通権の行使に優越する。」 というのは、波線部分の如く捜査機関の抱く一方的な断定（＝証拠に基づかない）を前提としたもので、被告らの願望を端的に表現したものである。このような主観的な思いこみを権限行使の根拠と認めないのが、被疑者等並びに弁護人の（固有の）実質的弁護権である。即ち、この部分は最高裁も認める実質的弁護権の端的な否認である。

そして、このような偏頗な思い込みに対抗して防御する必要性を認めたのが実質的弁護権であり、まさにこのような危機的状況こそ秘密交通権が厚く保護されなければならない場合である。客観的証拠の裏付けのない主観的捜査が実質的弁護権に優越する法論理は我が法体系上存在しない。

② 実際的不都合

再三述べているように、捜査機関が濫用的事例か否かをチェックできると仮定すると、接見において濫用的行使がないかどうかを判断するために、現に接見を必要とする場面において、常に接見内容を把握できるということになる。これは端的に秘密交通権を否定することにほかならない。言うまでもなく、被告らの事後的非保障説を反映したものであるが、憲法の保障に由来する接見交通権（憲法 34・37 条）とは全く相容れない結論である。

（同旨甲 8 指宿鑑定書 p22 以下、甲 7 渡辺鑑定書 p16）

③ 結 論

結論的に言えば、被告らのいう弁護人の濫用的行使とは、客観的証拠もなく「捜査が真実と認めたものに逆らうのは許せない」という思い込み論であり、独断論である。我が国の法体系は、このような一方的(偏波)なものを否定して、このような主観的捜査によって国民の権利が侵害されないようにしようとしている。

即ち、このような捜査に対抗して被疑者(背後の国民)の権利を擁護できるよう実質的弁護権を保障したのである。従って、弁護人はその存在意義からして捜査権限の行使に対し、国民に代わって適正な捜査が行われるように、捜査のチェック権を有するものである(例えば刑訴法 430。また、強制捜査は裁判所の令状(司法的抑制)という形をとってなされるので、弁護人のチェック権も裁判所に対する準抗告という形をとる。同 429 条)。ところが、被告らの主張はあべこべに弁護権の行使をチェック出来ることを前提とする。当然ながら、法はこのようなものを何ら予定していない。被告らの主張は、証拠以前に被疑者を犯罪行為者と断定し、これに反する弁護人の活動を濫用的行使と名付けて非難しているのである。これも事後的非保障説を直接的に反映したものである。 』

- ④ 本件判決は実質的に原告らの主張を受け入れ、極めて厳格な(実際上はほとんどあり得ない)捜査妨害的行為説を採っている(弁護人らの捜査妨害的行為があれば接見内容を聴取できる場合があるような表現－リップサービスをしてはいるが:この「原告らの主張を実質的に受け入れている」という点については、機会があれば、本件判決の 54 の事例ごとに詳細に論じるつもりである)。

むしろ本判決は、「捜査妨害的行為」という被告らの用語を用いて、これを口実として接見内容を聴取する道を封じたと言える。このことは本件判決の各事例をほんの少し検討すれば明らかとなることである。例えば、「接見内容聴取以前に弁護人が捜査妨害的行為をすることを疑わせる事実がない以上、接見内容の聴取は接見交通権を違法に侵害したと言うべきである」(p 245)などは、その端的な表れである。

また、簡単には 74 件の秘密交通権侵害事例中、捜査妨害的行為を根

拠として、接見内容の聴取を適法と認めたものは1件もないと言う結論からも知ることが出来る。

- ㉔ 従って、本件判決が「捜査妨害的行為等接見交通権の保護に値しない事情等特段の事情」を秘密交通権の例外としたのは問題だという指摘は、本件判決の背景を全く考慮しないことによる誤解である。
- ㉕ ちなみに、弁護人固有権説からすれば、弁護人の秘密交通権も絶対的なものでないことは言うまでもない。なぜならば、弁護人の固有権は弁護人のためにあるのではなく、被疑者等(その背景にある国民)のためにあるのであるから、これ(被疑者等の権利擁護)とまったく関係のない、接見を装った証拠隠滅行為などが、固有権としての保護に値しないことは当然であるからである。このような場合には、被疑者等が真に自発的に接見内容を話し出した場合には、捜査機関はそのまま聞き続けることが出来ることとなる。その結果、弁護人の証拠隠滅等の犯罪行為が明らかになれば、捜査に着手・立件されることになるだろう。

ii 接見禁止決定と家族等の手紙を見せる行為について

- ㉖ 本件事例では接見禁止の被告人らに家族等の手紙を見せた事例が存在するが、その内の1件について本件判決は

『原告某が俊裕に接見禁止付されているにもかかわらず手紙を見せたことは、接見禁止決定を潜脱し、文面次第では罪証隠滅行為となり得、弁護人の捜査妨害的行為となる余地があるから、この段階で文面が明らかになっていなければ、これについて福山副検事が文面の内容、手紙が示された状況などを聴取することは正当な捜査といえる余地が存する』

としている。この点から、弁護人に対し、81条潜脱説を認めたものだとする考えもあり得る。

- ㉗ しかし81条潜脱説によれば、弁護人が接見禁止中の被告人らに第3者の手紙を見せることは違法となるであろうから、このような違法行為があれば、接見状況を明らかにしてよいという結論になるはずである。しかし本判決は、このような結論を採っていない。逆に、

『某副検事は、原告某が俊裕に手紙を示したことを奇貨として、これ

を原告某の捜査妨害的行為として、俊裕と原告某との接見内容を聴取したというべきである。

さらに、原告某は国選弁護人に選任されて間もなく、7月2日の接見においても認否の確認を要する状態であったから、原告某の接見交通権の重要性は非常に大きかったというべきである。

これらを前提にすれば、俊裕供述11を聴取する行為は、原告某の接見交通権を侵害してまで本件公職選挙法違反事件における捜査における必要性があったとは認められず、正当な捜査権限行使によるものであったとは認められない。』

として、弁護人が被告人らに第3者の手紙を見せる行為も含めて「接見交通権の重要性は非常に大きかった」としているのである。本判決が81条潜脱説を採るものでないことは明らかである。

- ③ ここにおける本件判決には問題どころか、より積極的な意味があると言わなければならない。それは、81条潜脱説が妥当かどうかは暫く置くとしても、それによって接見内容が直ちに聴取可能となるのではなく、まずは手紙の内容を聞く限度に限られるとして、手紙の内容を聞くことと、接見内容を聞くこととを峻別したことである。そして重要なことは、手紙の内容に捜査妨害的行為のおそれがない以上、それ以上突っ込んで接見内容を聴取することを禁じたことである。即ち、81条の潜脱かどうかは問題ではなく、結局は「厳格な捜査妨害的行為」と言えない限り、いかなる理由であっても接見内容の聴取ができないものであることを明瞭にしたことである。

また、弁護人が手紙を見せた事実をどのようにして捜査側が知ったのかについても次の判断が考慮されるべきである。

『しかしながら、そもそも濱田警部補がいち子と原告新納の接見内容を聴取しなければ、いち子供述6の具体的内容として上記のいち子供述を得られず、他にこれに先んじて濱田警部補が原告新納の接見交通権を侵害してまで接見内容を聴取する必要があったと認めるに足る証拠はない。』（p162）

即ち、手紙を見せた行為を聴取するについて正当な理由がなければ、

(＝先んじて接見内容を聞いた結果、手紙のやり取りが出てきた) そのことを聴取すること自体違法になる。このように本件判決の各事例を詳細に分析し、その上で組み合わせをしていくと、接見内容の聴取が許される場合は限りなく消滅していくのである。

iii 弁護人の被疑事実の認識と否認の恣憑

① 本件判決は、

『被疑事実が存在する場合に弁護人がそれを認識しているのに、違法に否認をしようとするなどおよそ弁護活動とは評価されるべきものでないが、実際にそういったことがある場合には接見内容を聴取するように指示したものであると解される。弁護人が実際にこのような行為をしたのであれば、およそ当該弁護人の接見交通権は保障されるべきものではなく、違法行為として懲戒請求の対象となったり、当該被告人らの自白供述の信用性についても影響を及ぼすものである』

としており(p 159)、この点から弁護権行使に捜査が介入する途を残したものだとする批判もあり得る。

② しかし、このような場合が実際あると仮定して、これを弁護権の行使として捜査権の介入を許さないのが接見交通権の要求するところかどうか問題である。

思うに、弁護人に実質的弁護権としての接見交通権が認められるのは、専門家としての高い見識により、これを適切に行使するものであるとの信頼に裏打ちされているからである。だからこそ、被疑者等のそれにさえ優越した権利とされるのである。従って、真に判示のような事情があるのであれば、もはや専門家としての信頼に値せず、接見交通権としての保護もうけられない(その必要もない)のは当然であろう。我々は、それだけの自覚と節度を持つべきである。それが高度の信頼性を維持しうるゆえんでもあろう。

③ むしろこのような批判の意図するところは、このような希有な事例を口実に捜査権が秘密交通権に介入してくるおそれがあることであろう。

しかし、本件判決は原告らの主張の通り弁護人に対する高度の信頼を前提とした厳格な秘密交通権保護を図っているので、このようなおそれは杞憂に過ぎないと言ふべきである。その証拠に、本件 76 件中このような理由で接見内容の聴取を適法とした事例はない。

理論的に言つても、弁護人が、客観的証拠がない場合は勿論、これがあるとしても、弁護人が被疑者等との結びつきに疑問を持っている場合には、弁護人に被疑事実の認識はないことになる。従つて、捜査機関は弁護人が一点の疑問もなく被疑事実を認識していたことを立証できなければ、接見内容の聴取は違法と評価されることになるのである。このようなことは立証不可能であらう。

iv 弁護人を辞任ないし解任された後に接見内容を聴取された場合

本件判決は、弁護人でなくなつて、それ以降接見交通権を行使する予定がなくなつた者の接見内容を聴取したものについては、違法ではあるが被侵害利益がないと言ふ理由で請求を認めなかつた。

しかし、捜査側と鋭く対立する事件の場合、捜査側の巧妙な働きかけにより被告人らから解任という形が撮られることは消して希有なことではない。そうすれば、弁護人としては解任後に接見内容を聴取されることこそ忌むべきことである。なぜならば、虚偽の接見内容を作成されてもこれを訂正させる機会がないからである。そうすると、解任後に接見内容を聴取されてもその違法性を追求できないとなると、やはり萎縮せざるを得なくなる。この場合に被侵害利益を否定した本判決には問題があると言ふことになる。

あるいは、秘密交通権の保証の結果としての萎縮効果に拘泥しすぎた結果であらうか。我々は秘密交通権が保障される根拠は防御権に有り、その効果として萎縮効果の排除が可能となると主張した。このように考えると、接見内容の聴取自体が防御権を侵害するものであつて、違法かつ利益侵害となるから、仮に萎縮効果が生じなかつたとしても、解任後も違法追求が可能となる。原判決は秘密交通権の根拠と効果を同視した結果、過ちを犯したということになるのかもしれない。

4 その他

本件判決は総論がないために非常に理解しにくくなっている。この点については判決直後に控訴すべきかどうかを考察する参考として弁護士団に報告したものがあるので以下に引用する。取り扱いについて十分注意されたい。

以 上

接見国賠判決に関する報告書

2008(平成20)年3月27日

報告者 弁護士斎 藤 利 幸

報告の趣旨

まず本報告書は当該判決に対する控訴の必要性の検討のために作成しようとするものであるが、判決内容は、現在考えられる裁判所として最高の内容を有するものであり、控訴すべきでないと考える。

報告の理由

では、なぜ最高の判決と言えるのかを説明する。

1 判決書の構成

- (1) まず目につくのが判決書の構成である。特徴的なのは「当裁判所の判断」(p141 以下)において、法律論の総論がないことである。本件では法律論が真っ向から対立しているから、裁判所としてはいずれ、あるいは独自の見解で行くのかを明らかにし、その上で具体的事実に対する当てはめという思考方法を採用の方が簡明であり、判決文としても簡潔であると思われる。

多分、当初裁判所は、最初にこのような一般的な書き方をしたのではないかと思われる。それにもかかわらず、今回のような極めて特殊な書き方に改めたのは、被告らに控訴させないための、苦肉の策(我々にとっては今後このような問題を起こさせない最高の回答を与えた)であったと推測される。

- (2) なぜ通常の判決文を書いたと推測できるかと言えば、判決日の変更がこれを物語っている。最初の判決日までには書き換えが間に合わな

いと判断したからであろう。

- (3) 総論方式で行く不都合は、あまりにも原告らの主張した法律論をそのまま採用することが明らかとなり、被告らが控訴することは明らかだからである。総論としての法律論をしないことによって、裁判所の考えが、一見玉虫色に見えるようにしたのであろう。

2 判決がなぜ原告らの主張した法律論を採っていると言えるのか

(1) 判決内容

- ① まず、接見(秘密)交通権を、弁護人の固有権として非常に高い位置づけをしている(p142・その他具体的侵害事実において逐一指摘)。ほとんど、捜査に対する接見交通権優位説と言ってよい。即ち、被告らの合理的調整論の排除である。これは当然に**弁護人を信頼する**との大前提があり、実質的には専門家裁両論が取り入れられる(これは個々の侵害事例において繰り返し述べられている)と評価される。これが今回の判決の大きな特徴である。
- ② 被告らの事後的非保障説を排除した(p143)。
- ③ 被疑者等の自発的供述は秘密交通権の範囲外という被告らの主張を排斥した(p143・その他各侵害事実において逐一指摘)。これも本件判決の大目玉である。

(2) 考 察

上記②の事後的非保証説はそもそも論外であり、この点は控訴されても変わらないものと思われるが、①接見交通権の優越性並びに③自発性排除は控訴審においてひっくり返される可能性が高い。

ことに、③の点については、我々内部でも「そこまでは認められないのではないか」という見解も強かった点であり、原審と同等か、より優れた高裁でなければ、覆されてしまう可能性が高い。

そして、①の点についても、通常の裁判所であれば捜査との比較考量論を入れてしまうので、かなり後退した判決になる可能性が高い。しかもこの接見交通権に対する姿勢(優越性)は、次に述べる「捜査妨害的行為」の解釈と密接に関連するものでもあるので、①の後退は二重の後退となっていく可能性が高い。

(3) 問題点1－「捜査妨害的行為」(否認の恣憑・証拠隠滅等)の指摘について

① 判決においては「捜査妨害的行為等接見交通権の保護に値しない事情等特段の事情のない限り弁護人の接見交通権を侵害する」としている。逆に言うと、接見交通権の保護に値しないような捜査妨害的行為と見られる場合には秘密交通権の保障がなく、捜査側に接見内容を聞かれる事態が生じる。この点は被告らの「接見交通権の濫用的行使」の場合には弁護人の秘密交通権が制限される(接見内容を聴取できる)との主張を受け入れたものかどうかが問題である。

② i この点は我々の意見の中でも評価の分かれるところであろう。たしかに、この点だけを拡大していけば、どのような場合でも接見内容が覗かれてしまうということにもなりかねない危険性はある。

しかし、本判決の理論はそのような曖昧なものではなく、極めて厳格なものであることが理解されなければならない。その理由は以下の通りである。

ii 即ち、判決のいう捜査妨害的行為とは、文字通り、「接見交通権の保護に値しない」極めて例外的な場合を予定している。なぜそういえるかと言えば、原告らが主張した 76 の問題事例の内、これによって原告らの秘密交通権の侵害であることを否定したものはないからである。いずれも秘密交通権の必要性を優先させ、これを否定したのである。

これは我々弁護人にとって今後強力な武器となることは間違いない。なぜならば、原告らの弁護活動は極めて一般的なものであり、このような通常の接見活動であれば、その内容を覗かれることはないことが極めて具体的(55 件の実例つき)に明らかにされたからである。

iii この反面として、捜査機関が単に「捜査妨害的行為ではないか」と疑っただけでは到底ダメなことも明らかにされた(本件で全てに過失を認めた)。接見内容を聴取する以外の方法で、客観的に、正当な接見目的でなく捜査を妨害するために、接見に名を借りて被疑

者等と合おうとしていることが明らかでないと、接見内容を聴取するのは違法であり過失があるとされている。このようなことは極々限られた場合しかあり得ないだろう。

iv この結論は、我々が、

「捜査妨害的行為があると認められるのは、①捜査側が事実を真実であると合理的疑いを入れない程度に証明できるだけの裏付けを確保しており(捜査機関の判断の客観性)、②弁護活動が真実に反した違法なものであること(弁護人が客観的真実を確実な証拠により把握しこれに明確に反していることを知りながら、あえてこれに反して行動していること)が必要と言うべきである」(判決 p83)

と主張していた点と軌を一にするものである。即ち、判決は我々の主張を実例を持って詳細に認めたものと言える。

② 但し、裁判所の予定する捜査妨害的行為と、被告らの主張する捜査妨害的行為はその内容を異にしている。

即ち、被告らの主張する捜査妨害的行為とは、捜査機関が犯人と見込んだものに対する「否認の働きかけ」等、捜査の主観に反した弁護活動を意味している。これに対して裁判所は以上のように極めて厳格なものを意味していることに注意しなければならない。即ち、裁判所は同じ言葉を使いながら、被告らの主張する捜査妨害的行為を認めなかったのである。

(2)問題点 2ー接見内容を聴取する捜査の必要性との関係

① 被告らは、「仮に事後にも保障されとしても、捜査の目的の正当性や手段、方法の相当性を著しく欠くと言う場合には違法となる余地がない」と主張していた(p89)。これに対してはどのように判断したか。

② このようなものとして、被告らは先に検討した捜査妨害的行為の外に、供述の変遷論を展開していた。

i 即ち、

『被疑者の供述が変遷した場合には、新旧いずれの供述が真実かを慎重に見極めるために、捜査権の行使の目的が正当であり、この目的

を達成するために、供述内容の変遷の理由を尋ねる中で接見の状況を尋ねたとしても、接見交通権の保障の趣旨を実質的に没却する捜査権の行使がなされたとは言えない。』

と言うものである。

- ii これに対し、裁判所はこれを認めるのかどうかは論ぜずに、秘密交通権侵害事実を詳細に検討し、「被告らの主張に立っても、被告らがあげる要件にすら該当しない」（要旨）としてこれを全て否定した。

この理由としては、原告らの接見交通権の行使が保護に値する場合(原則的にそうである)には、供述の変遷があっても、接見の中身に踏み込むのは「接見交通権の趣旨を実質的に没却する」ものだと言うことと思われる。即ち、実質的に被告らの主張を否定したのである。

3 裁判所が被告らに控訴させない対策としての判決の書き方

- (1) 判決書では、原告らの主張を全て取り入れていることが極めてわかりにくくされている。かえって、被告の主張を取り入れたものとの誤解しやすい内容になっている。
- (2) ことに、原告らが途中で変更し、わざわざ「絶体説を採るものでない」ことを断った(最終準備書面)にもかかわらず、原告らの説を絶体説と位置づけ、その上でこれを採らないことを明らかにした(絶体説であれば、接見侵害事実を認定するだけで済んだ)。これは被告らに安心感を与えるものである。
- (3) 「捜査妨害的行為」と言う言葉を使用したのも、本件ではダメだが、他の場合にはOKになるかもしれないと言う期待を抱かせるものである。しかし実際の内容は被告らの主張の否定である。

しかも、個々の侵害事実について詳細に検討しているために、被告らが控訴するためには、これに対する反論も詳細にせざるを得ず、刑事事件で全て無罪となっている以上、極めて難しい作業を強いられたことになる。

- (4) 更に、内容的に被告らに極めて厳しい判決にかかわらず、金額が極

めて低い。原告らが付帯控訴すれば、高裁の考えによっては金額が数倍跳ね上がる危険性もある。

- (5) 総合すると、裁判所はわざわざ煩雑きわまりない、異例の書き方をしており、自分たちの判断をここで定着させたいという意欲が強く読み取れる。今後の秘密交通権を見据えた決断と言うべきではなかろうか。

逆に、おそらく裁判所としては原告の控訴などみじんも考えていないはずである。もしこれを行えば、判決の意図が原告らにさえ伝わらなかったことに、愕然とするであろう。

4 最後に

最後に私感であるが、事実認定においては証人尋問が極めて有効に利用されている。私の場合裁判長から再三クレームが付いたので心配したが、少なくとも判決を書く段になって、尋問の意図が正しく理解された(これは最終準備書面での説明のせいもあろう)と思われ、極めて感慨深いものがある。

以 上