

## 刑事判例研究

担当検事が被疑者から弁護人との接見内容を聴取し、これを調書化して証拠調べ請求したことは違法であるとして、国の国家賠償責任が認められた事例（福岡高判平成23年7月1日判例時報2127号9頁）

メタデータ	言語: ja 出版者: 公開日: 2023-06-02 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 河村, 有教, KAWAMURA, Arinori メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://doi.org/10.15053/0000000210">https://doi.org/10.15053/0000000210</a>

## 【判例研究】

### 刑事判例研究

担当検事が被疑者から弁護人との接見内容を聴取し、これを調書化して証拠調べ請求したことは違法であるとして、国の国家賠償責任が認められた事例（福岡高判平成 23 年 7 月 1 日判例時報 2127 号 9 頁）

河村 有教

## 【事実の概要】

被疑者 X は、平成 18 年 5 月 24 日、業務上過失傷害及び道路交通法違反の被疑事実で逮捕され、身柄を地方検察庁に送致された。検察官 P は、5 月 27 日、X の勾留を請求し、同日、勾留状の発付を得て執行した。P は、6 月 5 日、上記被疑事実につき、X を処分保留のまま釈放し、警察は、同日、X を殺人未遂の被疑事実で通常逮捕し、身柄付きで地方検察庁に送致した。6 月 6 日、X の勾留を請求し、同日、勾留状の発付を得て執行し、6 月 15 日、X は殺人未遂の被疑事実で勾留中のまま、地方裁判所に公訴提起された。公訴事實は、X が、平成 18 年 5 月 20 日午後 5 時 10 分ころ、市内の県道上の T 字型交差点において、普通貨物自動車を運転中、当時 11 歳の被害者が操縦する自転車に自車を衝突させて同人に頭蓋骨骨折等の重傷を負わせる交通事故を起こし、その後、被害者を自車の助手席に乗せて同所を出発したものの、上記交通事故の発生を隠蔽するため、被害者を人目につかない山中に運びこんで置き去りにして殺害しようとして、同日午後 5 時 20 分ころ、被害者を人目につかない同市

内の杉林内に運び込んで放置したが、21日午前1時30分ころ、被害者の家族らに被害者を発見され、その目的を遂げなかったというものである。

Xは、業務上過失傷害及び道路交通法違反の事実で逮捕された5月24日、「子供が死んだと思い、山の中に置いて行き、そのままそこを立ち去った。」と殺意を否認する旨の供述をしていた。しかし、その翌日には、「男の子が活着ているのは分かりましたが、自分を守るためには、事故を隠さなければならなかったのです。そのため私は、どうせもう死んでしまう、男の子を隠すしかないと考えました。それで男の子を抱いて山林内に入り込み、林の中に、活着ている男の子を放置して逃げたのです。」と殺意を認める旨の供述を始め、上申書を作成した。Xは、6月5日、殺人未遂の被疑事実で逮捕された後の弁解録取において、被害者に対する殺意を認め、6月6日、裁判官の勾留質問においても、「事実は、そのとおり間違いありません。」と供述した。

Xの弁護人Aは、「Xが、被害者をはねた直後、活着ていることは分かっているながら、死なせるつもりで林道に放置した」という趣旨の報道がされていたため、6月5日午後7時12分から8時28分ころまでの間、Xと接見し、Xに対し、上記報道内容が真実であるのかを確認したところ、Xは、「すでに死んだと思ったので、林道に放置した。」と答えた。そこで、Aは、上記報道内容を是正するため、報道機関の質問に答えることとし、Xの言い分をマスコミに提供することについてXの同意を得た上、Xとの接見直後、報道機関から「警察の方は、Xは被害者が活着ていることを知りながら置き去りにしたと言っているが、接見したXの言い分はどうか。」と質問を受け、「Xは、被害者が死んだと思ったと主張している。」と答えた。

検察官Pは、「Xは、被害者が死んだと思い放置したと話

している」旨の A のコメントが掲載された新聞記事を読んだ後、X の供述の信用性をより慎重に判断する必要があると考え、相当な時間をかけ、様々な角度から質問をするなどして X を取り調べた。そして、P は、X に対し、新聞報道にあるとおり、A に対し、殺意を否認する供述をしたことがあるのかと尋ねたところ、X は、これを認めたため、P がその理由を尋ねると、罪が重くなると思ったため、A に対しては虚偽の説明をしたと答え、さらに、業務上過失傷害及び道路交通法違反事実での逮捕直後に警察官に対し、「被害者が死んだと思い、山の中においた。」と述べて殺意を否認した理由も同様である旨供述した。さらに、殺意を認めると罪が重くなるということは弁護士から言われて分かったことか、それとも、もともと知っていたことかと質問したところ、X は、「私の面会に来てくれた A 先生からも『生きている人間ば置いてきた方が罪が太うなる。』などと言われた。」などと答えた【供述 1】。そして、P は、X に対し、「死んだと思った。」旨の供述が虚偽であることを A に対して伝えているか否かを確認したところ、X は、「弁護士の先生に対しても、後でそのように話し、本当のことを話しました。」、「弁護士の先生に対しては『子供は死んじゃろと思った。』などと言った。」などと答えた【供述 2】。P は、以上の聴取の結果を供述調書にまとめ、X に署名・指印させた。

その後、P は、第一回公判整理手続期日に先立つ 8 月 14 日、裁判所に対し、同日付け「証明予定事実記載書」を提出するとともに、「生きていた被害児童を殺そうと考えたこと、逮捕直後は警察官に『死んだと思った。』旨嘘をついていたこと、その理由、弁護士にも嘘をついていたこと等」を立証趣旨として本件供述調書の取調べを請求した。

以上の事実関係の下において、当該刑事事件の担当検察官 P において、X から A との接見内容を聴取し【争点①】、

これを調書化して X に署名・押印させて供述調書を完成させ【争点②】、X の起訴後、本件刑事事件の係属する地方裁判所に上記供述調書の証拠調べ請求をしたことは【争点③】、いずれも、X の弁護人の地位にあった A の固有の権利である実質的弁護権（憲法 34 条前段）としての秘密交通権（刑訴法 39 条 1 項）の違法な侵害に当たるなどとして、国家賠償請求を行った。

これに対し、原審である佐賀地裁は、おおむね以下のように述べて、本件における P の行為は違法であるとはいえないとして、A の本訴請求を棄却する判断を下した（佐賀地判平成 22 年 12 月 17 日訴務月報 57 卷 11 号 1 頁）。

### 【争点①について】

（1）被疑者等と弁護人等との接見交通権を規定しているのは、憲法 34 条の趣旨にのっとり、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を確保する目的で設けられたものであり、憲法の保障に由来するものである。そして、刑訴法 39 条 1 項が被疑者等が弁護人等と立会人なくして接見することができる」と規定しているのは、被疑者等が弁護人等から有効かつ適切な援助を受けるためには、被疑者等が弁護人等に必要かつ十分な情報を提供し、弁護人等から被疑者等に適切な助言をするなど、被疑者等と弁護人等の間の自由な意思疎通を確保することが必要不可欠であるところ、上記意思疎通の過程が捜査機関に知られることになれば、これを慮って、被疑者等と弁護人等の自由な情報伝達が差し控えられるという萎縮的効果が生じ、被疑者等が弁護人等から有効かつ適切な援助を受けられなくなるおそれがあることから、被疑者等と弁護人等との接見内容の秘密を確保しようとしたためである。そうすると、刑訴法 39

条 1 項の「立会人なくして」とは、接見に際して捜査機関が立ち会ってはならないということの意味するにとどまらず、弁護士等の固有権として、接見終了後においても、接見内容を知られない権利、すなわち秘密交通権を保障したものであると解するのが相当であり、上記秘密交通権は、弁護士等にとって、その固有権の最も重要なものの一つであるといえる。

(2) もっとも、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、被疑者等と弁護士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、接見交通権の一内容である秘密交通権の保障は、捜査機関による取調べ内容の制限を必然的に伴うものであるから、被疑者等の取調べが他の証拠により犯罪の嫌疑ありと考えられている者につき、真相を確かめる作用であって、刑罰権の適正な発動のために必要不可欠であることに鑑みると、被疑者等の取調べに絶対的に優先するとまではいえない。

(3) 法の趣旨に鑑みると、捜査機関は、刑訴法 39 条 1 項の趣旨を尊重し、被疑者等が有効かつ適切な弁護士等の援助を受ける機会を確保するという同項の趣旨を損なうような接見内容の聴取を控えるべき注意義務を負っているといえ、捜査機関がこれに違反して接見内容の聴取を行った場合、捜査機関の接見内容の聴取行為は国賠法上違法となる。そして、捜査機関が上記義務に違反して接見内容の聴取を行ったか否かは、聴取の目的の正当性、聴取の必要性、聴取した接見内容の範囲、聴取態様等諸般の事情を考慮して決すべきものと解される。被疑者の起訴後においても、上記法の趣旨は妥当するものであり、検察官は、公判にお

いて、証拠調べ請求や被告人質問等の職務行為をするにあたって、刑訴法 39 条 1 項の趣旨を尊重し、被疑者等が有効かつ適切な弁護士等の援助を受ける機会を確保するという同項の趣旨を損なわないようにすべき注意義務を負っているといえ、これに違反して職務行為を行った場合には、当該職務行為は、国賠法上違法となる。

(4) 秘密交通権が究極的には被疑者等の防御の利益を保障するものであることからすると、秘密接見におけるコミュニケーションの一方当事者である被疑者等が、真に自由な意思で接見内容を供述した場合には、もはや秘密性保護の必要性は低減したといえ、その態様によっては接見内容を聴取することが許容される場合もある。

そして、本件において、P が、将来公判において重要な争点となる可能性のある殺意の有無に関する X の供述について、その信用性を判断するため、新聞記事に掲載されたような供述をしたか否か、あるいは、その動機について聴取する高度な必要性があると判断したことは、その目的において不当な点があったとはいえないとし、さらに、接見内容の聴取の目的の正当性、聴取の必要性、聴取した接見内容の範囲及び聴取態様に照らして、P において、刑訴法 39 条 1 項の趣旨を損なうような職務上の注意義務違反があったとまでは認められないとした。

また、「『死んだと思った。』旨の供述が虚偽であることを弁護士に伝えているか。」と質問し、A により公表されていない、A に対する X の供述を聴取したことについて、接見内容の秘密性につき弁護士に固有の権利があることに対する配慮に欠け、やや慎重さに欠ける点があったことは否めないが、P が上記法的義務に違反して接見内容を聴取したものとまでは認められないとした。【争点②】、【争点③】についても、それぞれ、違法であるとは認められないとした。

Aは、これを不服として控訴した。

### 【判決要旨】

「刑訴法 39 条 1 項所定の秘密交通権は、憲法 34 条の保障に由来するものであり、同条にいう『立会人なくして』との文言は、接見に際して捜査機関が立ち会ってはならないということの意味するにとどまらず、弁護士等の固有権として、接見終了後においても、接見内容を知られない権利を保障したものであると解するのが相当であること、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、被疑者等と弁護士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とはいえないこと、しかしながら、捜査機関は、刑訴法 39 条 1 項の趣旨を尊重し、被疑者等が有効かつ適切な弁護士等の援助を受ける機会を確保するという同項の趣旨を損なうような接見内容の聴取を控えるべき注意義務を負っているといえ、捜査機関がこれに反して接見内容の聴取を行った場合、捜査機関の接見内容の聴取行為は国賠法上違法となると解すべきであること、また、起訴後も、検察官は、公判において、証拠調べ請求や被告人質問等の職務行為をするに当たり、被疑者等が有効かつ適切な弁護士等の援助を受ける機会を確保するという同項の趣旨を損なわないようにすべき注意義務を負っており、これに違反して職務行為を行った場合に、当該職務行為は、国賠法上違法となると解すべきであることについては、原判決と同様の見解を有するものである。

しかしながら、原判決が、秘密交通権の保障の限界の具体的適用場面に関して示した判断基準、及び接見交通の一方当事者である被疑者等が自発的に供述した場合にはもは



や秘密性の保護の必要性は低減したといえ、その態様によっては接見内容を聴取することが許容される場合もあるとした点については、原判決とは見解を異にする」としたうえで、本件における P による接見内容の聴取行為等は、国賠法上違法となるものと判断した。

【争点①】接見内容の聴取行為に係る違法性について

(1) 刑訴法上、被疑者の取調べは、被疑者の弁解、主張を含む供述を聴取して、犯罪の嫌疑を明らかにし、起訴、不起訴を決定し、また、その後の公判手続を含めて、刑罰法令を適正に適用するために不可欠なものとして位置づけられており、捜査機関は、被疑者から当該事件の詳細を聴取することはもちろんのこと、供述内容の真偽を明らかにするために、その供述の信用性を十分に吟味することが必要となるところ、被疑者等がある時点でそれまでそれなりに一貫していた供述を突然に翻して相反する供述をするに至ったり、あるいは従前から何度も供述を変転、変遷させ、かつ、その変転、変遷の理由が必ずしも合理的とは認められない場合などにおいて、取調べに当たっている捜査官が被疑者等に対しその供述を変えた理由等について聴き出そうとするのは、捜査官として当然であり、また職責でもあるから、こうした際に、被疑者等の供述が弁護人等との接見内容に及ぶことはままたり得ることであって、その限度において、捜査権の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。

(2) そして、そのような場合に、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。

(3) 被疑者等と弁護人等との接見交通権は、身体を拘束された被疑者等が弁護人等の援助を受けることができるための刑事手続上最も重要な基本的権利に属するものであるとともに、弁護人等にとって、その固有権の最も重要なもののひとつであるから、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効果を及ぼすことのないよう留意することが肝要であって、刑訴法 39 条 1 項の趣旨を損なうことになるか否かについても、かかる観点から慎重に判断すべきものといわなければならない。

(4) また、一般に法的知識に乏しく、あるいは逮捕、勾留等捜査官憲による身柄拘束を体験したことがなく、時には捜査官と勾留担当裁判官や弁護人との区別も正確に認識できない被疑者等に対し、唯一の後ろ盾とあってよい弁護人の援助を受ける機会を実質的に確保する目的で、秘密交通権を弁護人等の固有権と位置づけている以上、取調べの際に被疑者等が自発的に接見内容を供述したとしても、そのことをもって、弁護人固有の秘密交通権を保護する必要性が低減したということとはできないというべきである。したがって、捜査機関は、被疑者等が弁護人等との接見内容の供述を始めた場合に、漫然と接見内容の供述を聞き続けたり、さらに関連する接見内容について質問したりすることは、刑訴法 39 条 1 項の趣旨を損なうおそれがあるから、原則としてさし控えるべきであって、弁護人との接見内容については話す必要がないことを告知するなどして、被疑者等と弁護人等との秘密交通権に配慮すべき法的義務を負っているものと解するのが相当である。したがって、捜査機関は、原則として、弁護人等との接見における供述につ

いて聴取することは禁止されているというべきである。

本件において、「Aは、接見の際のXの供述の一部を報道機関に対して公表しているところ、秘密交通権の保障の趣旨は、接見内容が捜査機関に知られることによって、被疑者等と弁護人等との自由な意思疎通が萎縮し、被疑者等が有効かつ適切な助言を得られなくなることがないようにするためであり、被疑者等と弁護人等との意思疎通の過程全体が秘密交通権の対象となるというべきであるから、Aが報道機関に対し、Xの供述の一部を公表したからといって、供述過程を含む秘密交通権が放棄されたとは到底認めることができない。」としたうえで、「一方、XがAとの接見の際に同弁護士に対し、『被害者が死んだと思い放置した』と供述した事実それ自体については、前記報道機関に対する公表をもって、秘密性が消失したものとわづらざるを得ない」とした。

そして、【供述1】については、「既に秘密性が消失していることに照らし、接見交通権に萎縮的効果を及ぼすおそれはなく、弁護人に対して捜査機関に対する供述と異なる供述をした理由を尋ねた点についても、Xが接見内容に関わる回答をする可能性はあるものの、Xとその弁護人との間の意思疎通の内容を尋ねたわけではなく、その意味では接見内容と無関係に供述が変遷した理由を尋ねたにすぎないとみてよいから、直ちに刑訴法39条1項の趣旨を損なうとまではいえない」とした。しかしながら、【供述2】については、「未だ秘密性が消失していないXと弁護人との間の情報交換の内容を尋ねるものであり、Xと弁護人との意思疎通の過程を聴取したものにほかならず、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効果を及ぼすおそれがあるというべきであるから、Pは、刑訴法39条1項の趣旨を損なうような聴取を控えるべき注意義務に違反した

といわざるを得ず、本件聴取行為は、国賠法上違法となる  
というべきである」と判示した。

### 【争点②】 接見内容を調書化した行為の違法性について

「聴取行為によっていったん侵害された接見内容の秘密  
が、供述を調書に録取する行為及び当該調書に署名・指印  
を求める行為によって新たに侵害されたと解することは困  
難であるといわざるを得ず、Pが接見内容を調書化した行為  
は、接見内容を聴取した行為と一体のものとして国賠法上  
違法となるというべきである。」とした。

### 【争点③】 本件供述調書の証拠調べ請求行為の違法性につ いて

「被疑者の起訴後においても、刑訴法 39 条 1 項の趣旨は  
妥当し、検察官は、公判において、証拠調べ請求や被告人  
質問等の職務行為をするに当たり、刑訴法 39 条 1 項の趣旨  
を損なわないようにすべき注意義務違反を負っており、こ  
れに違反した場合には、当該職務行為は、国賠法上違法と  
なる」としたうえで、本件においては、「実質的弁護権とし  
ての秘密交通権を行使する機会を持つことについて、心理  
的な萎縮効果を生じさせたものと認めることができるから、  
聴取行為それ自体とは別個に、国賠法上違法と評価せざる  
を得ない」とした。

## 【評釈】

### 1. はじめに

本件は、担当検察官が、被疑者から弁護人との接見内容  
を聴取して、調書を作成し、これの証拠調べ請求をしたこ  
とに対し、それぞれ弁護人の固有権たる秘密交通権の侵害  
にあたるか否かが争われた事案である。捜査機関による接

見内容の聴取行為の適法性の判断及びその基準をめぐり、一審、二審で判断が分かれた事案である。最近の先例として、検察官及び警察官が公職選挙法違反の被告人及び被疑者の取調べの際に弁護士との接見内容を聴取し供述調書を作成したが、弁護士の被告人及び被疑者に対する秘密交通権を侵害したとして国及び県に対して求めた国家賠償請求が認められた事案、いわゆる志布志事件「接見交通権」侵害国家賠償訴訟判決（鹿児島地判平成20年3月24日判例時報2008号3頁）がある。そこで、以下では、秘密交通権とはいかなる権利かについて検討し、さらに、秘密交通権の制約について、とりわけ、接見における秘密交通権の保障と捜査機関による接見内容の聴取行為に係る違法性の問題を取り上げ、若干の検討を行うことにしたい。

## **2. 秘密交通権とはいかなる権利か**

### **1) 秘密交通権**

最近の裁判例においては、接見交通権とは別に「秘密交通権」の保障が問題となる事案が増えてきている。そもそも秘密交通権とはいかなる権利か。

拘置所に勾留された被疑者・被告人と弁護士との信書の内容が記録され、拘置所が検察官の照会に応じ同信書の発受状況（内容の要旨を含む）を回答したこと、検察官がこれを接見禁止の資料等として裁判所に提出した行為が違法であるとして国家賠償請求が認められた事案（大阪地判平成12年5月25日判例時報1754号102頁）においては、「刑訴法39条1項が被拘禁者が弁護士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、弁護士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士との間において、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であるとした。そして、刑訴法 39 条 1 項の「立会人なくして」とは、接見の内容を右の各機関等が窺い知ることができない状態で接見する権利、すなわち接見についての秘密交通権を保障することを意味するもので、例えば、収容施設側の立会人がいなくても収容施設側が接見の内容を録音するというのでは、右規定に反することになることを示した。さらに、接見についての秘密交通権は、それ自体が憲法の規定によって直接に具体的な内容として保障されたものであるとはいえないが、憲法で保障された弁護人を依頼する権利の保障に由来する極めて重要なものであり、接見についての秘密交通権がこのようなものである以上、被拘禁者とその弁護人との間の接見において、仮に訴追機関や収容施設側が重大な関心をもつと考えられる被拘禁者側からの罪証隠滅の希望や示唆、更には被拘禁者の心情の著しい変化等の内容にわたる可能性があったとしても、それを理由に右の接見につい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いうべきであり、刑訴法 39 条 2 項にいう「必要な措置」の中には接見による秘密交通権自体を否定することまでは含まれないと判示した。

また、弁護人が拘置所に勾留中の被告人と刑事事件で採用された証拠物のビデオテープを再生しながら接見することを申し入れたのを拘置所職員がテープの内容を検査しなければ接見は認められないとして拒絶したことが違法であるとして国家賠償請求が認められた事案（大阪地判平成 16 年 3 月 9 日判例時報 1858 号 79 頁）において、秘密交通権の保障の内容について、「刑訴法 39 条 1 項が被告人等は弁護人と立会人なくして接見することができる旨規定してい

るのは、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るが、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」、刑訴法 39 条 1 項の「立会人なくして」とは、「接見に際してその内容を上記各機関等が知ることができない状態とすること、すなわち、接見内容についての秘密を保障するものであり、具体的には、接見に第三者を立ち合わせるこのみならず、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ものである。」とした。

刑訴法 39 条 1 項が被告人等が弁護人と立会人なくして接見することができる旨規定しているのは、被告人等と弁護人とが口頭での打合せ及びこれに付随する証拠書類等の提示等を内容とする接見を秘密裡に行う権利たる秘密接見交通権を保障するものであり、かかる保障は、身体の拘束を受けている被告人等が弁護人と相談し、その助言を受けるなど弁護人から援助を受ける機会を確保するためのものであるから、憲法の保障に由来するとする。

そして、本件では、(刑訴法 39 条 1 項所定の) 秘密交通権とは、「憲法 34 条の保障に由来するもの」で、刑訴法 39 条 1 項にいう「立会人なくして」の文言は、「接見に際して捜査機関が立ち会ってはならないということの意味するに

とどまらず、弁護人等の固有権として、接見終了後においても、接見内容を知られない権利」を保障したものであるとした。そのうえで、捜査機関は、刑訴法 39 条 1 項の被疑者等と弁護人等との接見交通権の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同項の趣旨を尊重し、その趣旨を損なうような接見内容の聴取を控えるべき注意義務を負っており、これに反して接見内容の聴取を行った場合、それは国賠法上違法となることを示した。

それらを前提に、秘密交通権とはいかなる権利かについていえば、憲法 34 条前段の弁護人依頼権に由来するもので、刑訴法 39 条 1 項の「立会人なくして」接見する権利であり、その具体的に意味するところは、被疑者等と弁護人等との接見の内容を、捜査機関、訴追機関、更には収容施設側の各機関等が窺い知ることができないよう保障すること、すなわち接見内容についての秘密を保障するもの（接見内容を知られない権利）であると理解できる。そして、それは、被疑者の防禦権であり、また弁護人の固有権でもある。

上記の判示からは、秘密交通権と刑訴法 39 条 1 項の接見交通権との関係が必ずしも明らかではない。そこで、以下では、刑訴法 39 条 1 項の接見交通権との関係を中心に、秘密交通権の法的位置づけについて検討を加えることにしたい。

## 2) 秘密交通権と接見交通権

身体の拘束を受けている被告人または被疑者は、弁護人または弁護人になろうとする者（以下「弁護人等」という）と立会人なしに接見し、または書類もしくは物の授受をすることができる（刑訴法 39 条 1 項）。これを被疑者・被告人と弁護人等との接見交通権という。刑訴法 39 条 1 項の接



見交通権は、「身体を拘束された被疑者が弁護人の援助を受けることができるための刑事手続上最も重要な基本的権利に属するものであるとともに、弁護人からいえばその固有権の最も重要なものの一つである」され（最判昭和 53 年 7 月 10 日民集 32 卷 5 号 820 頁）、憲法の保障、すなわち憲法 34 条前段の弁護人依頼権に由来する（最大判平成 11 年 3 月 24 日民集 53 卷 3 号 514 頁）。

秘密交通権とは、先にも述べたとおり、刑訴法 39 条 1 項の「立会人なくして」接見する権利であり、その具体的に意味するところは、被疑者等と弁護人等との接見の内容を、捜査機関、訴追機関、更には収容施設側の各機関等が窺い知ることができないよう保障すること、すなわち接見内容についての秘密を保障するもの（接見内容を知られない権利）である。接見における秘密交通権の保障が憲法に由来する重要なものであることを考慮すると、刑訴法 39 条 1 項の「書類若しくは物の授受」の場合においても、被拘禁者等と弁護人との間の意思及び情報の伝達が問題になる場面においては、秘密交通権の一態様として、その秘密保護のためのできる限りの配慮を要求しており、単に「又は書類若しくは物の授受をすることができる」の文言上、同項を立会人なくして書類若しくは物の授受をすることができると読むことはできず、秘密の保護が及ばないと解することはできないというべきという（大阪地判平成 12 年 5 月 25 日判例時報 1754 号 102 頁）裁判例もみられるが、主に問題となるのは、接見についての秘密交通権の保障の問題、すなわち「立会人なくして」接見することについての意味である。

刑訴法 39 条 1 項の接見交通権と「立会人なくして」接見すること、すなわち秘密交通権の関係について、学説には、①秘密交通権は接見交通権に内包されるとするもの、②接

見交通権と秘密交通権を区別したうえで、秘密交通権とは被疑者と弁護人の間で取り交わされる防禦にかんする「情報」の秘密を保障される権利であるとするものがある。前者は、被疑者等と弁護人等との接見交通権は、接見自体を行う権利と、接見を立会人なしで秘密に行う権利（秘密交通権）から構成されており、秘密交通権が保障されていない場合には、刑訴法 39 条 1 項所定の接見交通権ということとはできないが、秘密交通権の保障を欠いた被疑者と弁護人との接見交通権が概念上あり得ないわけではないとする。そのうえで、秘密性を欠いた接見を捜査機関が強制することはもちろん認められないが、被疑者及び弁護人が同意する限りはそれを違法とする理由はないとする（川出 2005：171）。後者は、『接見』が身体拘束を受けている被疑者と弁護人の対面する『場』の保障であるのに対して、秘密交通権は、その『場』で交換され、共有され、協議される内容自体の『秘密性』を保護する権利」であるにとらえ、「接見の『機会』ないし『場』において被疑者と弁護人が交換する情報の秘密性そのものの保護」については、接見交通権とは別に、秘密交通権の保障を説く（渡辺 2007:216-222）。

明確に、接見交通権と秘密交通権との関係について述べたものは少ないが、裁判例の中には、勾留中の警察官により弁護人との接見の内容を聴取する行為は、接見内容の秘密を明らかにすることであり、接見交通権を侵害するものであるとして、接見交通権と秘密交通権を同一にとらえて理解するものがある（京都地判平成 22 年 3 月 24 日判例時報 2078 号 77 頁）。志布志事件「接見交通権」侵害国家賠償訴訟判決においても、接見後に、弁護人との接見内容について聴取することは、「捜査妨害行為等接見交通権の保護に値しない事情等特段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」と判示する。また、本件において、原

判決も、秘密交通権の保障は、「接見交通権の一内容」であるとした。

そのうえで、原判決は、「被疑者等と弁護士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」、「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」とする最（大）判平成11年3月24日の判例法理を援用し、本件へのあてはめを試みる。

刑訴法39条1項の接見交通権と「立会人なくして」接見すること、すなわち秘密交通権の関係をいかに捉えるのかについて、接見交通権と秘密交通権について、両者は憲法34条前段の弁護士依頼権に由来するものであるが、両者を区別したうえで、秘密交通権とは被疑者と弁護人の間で取り交わされる防禦に関する「情報」の秘密を保障される権利であると構成する学説の多くは、刑訴法39条1項と3項の接見交通権の保障と接見指定における合理的調整と、秘密交通権の保障と接見内容の聴取の問題の性質は、接見交通権の保障と接見指定における合理的調整とは根本的に異なり、秘密交通権は、捜査権との比較考量による判断に馴染まないとする。

他方、秘密交通権は接見交通権に内包される権利と構成する学説においては、秘密交通権に対する制約をいかに理解すべきか。以下では、秘密交通権に対する制約について、とりわけ、接見内容の聴取の適法性について検討したい。

### 3. 秘密交通権に対する制約について—接見内容の聴取の適法性

秘密交通権に対する制約、とりわけ捜査機関等による接見内容の聴取の適法性の判断枠組みについては、裁判例を検討するにまちまちであり必ずしも明確な法理が確立されているわけではない。ある裁判例においては、「被拘留者とその弁護人等との間の接見において、仮に被拘留者からその真情を伝えたり罪証隠滅に関わるものが提示されるなど訴追機関や収容機関側が重大な関心を持つと考えられる内容にわたる可能性がある行為が行われることがあるとしても、そのことを理由にこの秘密交通権自体を制限することは許されない。」とした。そして、「仮に、そのことによって、刑罰権や捜査権の行使に何らかの支障が生じることがあり得るとしても、接見が秘密に行われることの重要性の前に譲歩を求め、万一、その権利の行使に名を借りた違法行為が行われたような場合には、それに対しては刑罰権の行使や懲罰権の発動をし、それを通じて違法行為が抑止されることに期待し、接見交通権が秘密のうちに行使されること自体は、これを完全に保障する」と判示した（最判平成15年9月5日判例時報1850号63頁）。

他方、「刑訴法39条1項で保障される秘密交通権は、思想良心の自由とは異なり外部的行為を伴うものである上、憲法は、刑罰法令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、秘密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、刑罰権の発動ないし捜査権の行使のためには、被告人等の逃亡又は罪証隠滅を防止するため、その身体を拘束する場面が生ずること自体はやむを得ないところ、秘密接見交通権の行使

は被告人等の身体が拘束された場面においてはじめて問題となるのであるが、秘密接見交通権の行使と被告人等の身体拘束との間に合理的な調整を図らねばならないことは否定できないとして、秘密接見交通権を可及的に保障するとはいえ、その調整の判断基準として、秘密交通権の制限の必要性及び合理性をあげる裁判例もある（大阪地判平成16年3月9日判例時報1858号89頁）。

志布志事件「接見交通権」侵害国家賠償訴訟判決では、①接見内容が秘密交通権として保護の対象となるか、また、保護する必要性はどの程度か、検討された後、そのうえで、②捜査機関が被疑者等から接見内容を聴取する必要性の有無および聴取方法の相当性の有無について、実質的には、「防禦の秘密」と「聴取の必要性・相当性」が衡量された。

本件においても、接見内容の聴取行為の適法性の判断及びその基準をめぐり、一審、二審で異なる判断がなされた。原判決は、秘密交通権は接見交通権の一内容であると構成したうえで、その保障は、「捜査機関による取調べ内容の制限を必然的に伴うものであるから、被疑者等の取調べが他の証拠により犯罪の嫌疑ありと考えられている者につき、真相を確かめる作用であって、刑罰権の適正な発動のために必要不可欠であることに鑑みると、被疑者等の取調べに絶対的に優先するとまではいえない。」としたうえで、聴取の適法性の判断枠組みとして、「聴取の目的の正当性、聴取の必要性、聴取した接見内容の範囲、聴取態様等諸般の事情を考慮して決すべき」とする。

これに対して、本判決は、捜査権の行使が秘密交通権の保障と抵触することは事実として承認せざるを得ないとしたうえで、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、具体的には、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効果を及ぼすことのないようにする限りにおいて、接見に係る供述聴取が認められ得るとする。

そして、本件については、弁護人が報道機関に対し被疑者の供述の一部を公表したからといって、供述過程を含む秘密交通権が放棄されたとは到底認めることができないとしたうえで、被疑者が弁護人との接見の際に「被害者が死んだと思い放置した」と供述した事実【供述 1】それ自体については、報道機関に対する公表をもって秘密性が消失したとする。そして、秘密性が消失していることに照らして、接見交通権に萎縮的効果を及ぼすおそれはないと判示した。また、弁護人に対して捜査機関に対する供述と異なる供述をした理由を尋ねた点についても、被疑者と弁護人との間の意思疎通の内容を尋ねたわけではないとして、刑訴法 39 条 1 項の趣旨を損なうとまではいえないとした。一方で、罪が重くなると弁護人から言われたのか、もともと知っていたのかについての聴取、また殺意の否認が虚偽であること旨弁護人にも伝えたのかについての聴取【供述 2】については、「未だ秘密性が消失していない被疑者と弁護人との間の情報交換の内容を尋ねるものであり、被疑者と弁護人との意思疎通の過程を聴取したものにほかならず、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効果を及ぼすおそれがあるというべき」とであるとしたのである。

本判決が示した、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効果を及ぼす否か、(被告人等と弁護人等が双方同意の上で) 公表されている事実かどうかをもとに判断することは、原判決がいう「聴取の目的の正

当性、聴取の必要性、聴取した接見内容の範囲、聴取態様等諸般の事情を考慮して決すべき」という判断基準やこれまでの裁判例の判断基準に比べて、結果的には秘密交通権の侵害を認定するうえで、事情しだいでは秘密交通権への制約が広く認められやすい曖昧な基準に、限定を加えたと評価できよう。

他方で、これに対しては「公表事実の聴取を許容したならば、その範囲を超えて聴取が広がる危険が生じ、結果としてないよう聴取の限界が不明確となる。取調べは捜査官と被疑者とのあいだの口頭の双方向的コミュニケーションであって、予想外の範囲に展開する可能性をはらんでいる。そのような取調べであれば、聴取が公表事実を超えて、本来聴取の許されない事項にまで及ぶ危険がある」として秘密交通権の実質的な保障がなされないという批判も存在する（葛野 2012：161）。「そもそも秘密交通権が、合理的調整に馴染む権利なのか、疑問の余地がある」とし、「接見指定における合理的調整とは問題の性質が根本的に異なり、秘密交通権は比較衡量による判断に馴染まない」とする見解もある（緑 2009：130，緑 2012：146）。

刑訴法上、弁護士と被疑者との接見交通権を制限する根拠規定として、第一に、法令で、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の必要な措置を規定することができるとする刑訴法 39 条 2 項と、第二に捜査機関に接見指定権限を認めた 39 条 3 項がある。捜査の必要性、すなわち、接見内容の聴取の法的根拠としては、39 条 3 項を念頭においたような裁判例がみられるなかで、確かに、接見内容の聴取について、接見の必要性との時間的（場所的）調整を目的とした 39 条 3 項に基づいて正当化することはできない。しかし、秘密交通権を接見交通権に内包されるものと権利構成するならば、最大判平成 11 年 3

月 24 日民集 53 卷 3 号 514 頁の判例法理から接見指定の趣旨を「捜査に顕著な支障が生じる場合」と広く解釈して、秘密交通権の保障につき、内在的制約に基づく制限は可能であるということになるかもしれない。

#### 4. 秘密交通権の放棄

京都地判平成 22 年 3 月 24 は、先に述べたとおり、秘密交通権を接見交通権と同一に理解する立場から、接見交通権は、究極的には、被疑者の権利を守るためのものであるから、被疑者が被疑者自身の接見交通の秘密を犯されない権利を放棄して、接見内容を捜査機関に告げることは必ずしも否定されるべきものではなく、それによって捜査機関が接見内容を知ることが直ちに違法となるものではないとした。

しかし、志布志事件「接見交通権」侵害国家賠償訴訟判決では、被疑者が捜査機関による接見内容の聴取に任意に応じたとしても、接見交通権が弁護人の固有権であることと、接見内容が捜査機関に知られることになれば、これを慮って、被告人らと弁護人の情報伝達が差し控えられるという萎縮的効果が生じ、被告人ら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くなることをあげて、秘密性が保障されるべきであるとする。本判決においても、その流れをくみ、被疑者が接見内容を捜査機関に任意に供述したことが、秘密交通権の保護の必要性を失わせるのかについて、秘密交通権の必要性を失わせるわけではないと判断したものと解される。

#### 5. おわりに

以上、本判決は、接見内容の聴取の適法性を判断するにおいて、被疑者等と弁護人等との自由な意思疎通ないし情



報伝達に萎縮的効果を及ぼす否か、(被告人等と弁護人等が双方同意の上で)公表されている事実かどうかをもとに判断するという新しい判断枠組みを提示したという点で、とりわけ重要な意味を有するものであり、今後生じ得る問題の解決について、一つの手がかりを与えるものとなると思われる。しかし、接見交通権と秘密交通権との関係をどのように理解するのか、秘密交通権の制約についてどのような法的根拠のもとに正当化するのかについては、明確な答えが出されず、課題を残したといえる。

## 参考文献

指宿信 2006 「米国における秘密交通権をめぐる法的状況」立命館法学第 310 号, 38-48 頁。

2012 「秘密交通権をめぐって—志布志事件接見国賠裁判を通して考える」成城法学第 81 号, 245-271 頁。

小木曾綾 2009 「刑事裁判例批評(109) 検察官および警察官が公職選挙法違反の被告人および被疑者の取調べの際に弁護士との接見内容を聴取し、供述調書を作成したことが、弁護士の被告人および被疑者に対する秘密交通権を侵害したとして弁護士が国および県に対して求めた国家賠償請求が認められた事例—いわゆる志布志事件『接見交通権』侵害国家賠償訴訟判決」刑事法ジャーナル第 17 号, 96-103 頁。

川出敏裕 2005 「刑事裁判例批評(2) 弁護人から、接見施設がない検察庁における接見の申出がなされた場合に、検察官がとるべき措置」刑事法ジャーナル第 1 号, 165-172 頁。

川崎英明 2005 「刑事弁護の自由と接見交通権」広渡清吾ほか編『小田中聡樹先生古稀祝賀論文集上巻』日本評論社。

2007 「接見交通権と刑事弁護の自由—ドイツ法との比較」三井誠ほか編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集下巻』成文堂。

久木元伸 2007 「いわゆる面会接見において、検察官及び検察事務官が立ち会ったことが違法であるとはいえないとした事例」研修第 713 号, 21-32 頁。

葛野尋之 2012 「検察官による弁護人と被疑者との接見内容の聴取が秘密交通権の侵害にあたり違法とした事例」新・判例解説 Watch 第 10 号, 159-162 頁。

豊崎七絵 2009 「秘密交通権と接見内容の聴取・録取」法学セミナー第 54 巻第 1 号 128 頁。

緑大輔 2009 「弁護人との接見内容を取調担当官が被疑者・被告人から聴取・録取した行為の適法性」法律時報第 81 巻第 11 号, 127-130 頁。

2012 『刑事訴訟法入門』日本評論社。

渡辺修 2007 「『防御の秘密』と被疑者取調べの法的限界」三井誠ほか編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集下巻』成文堂。

※本稿は、2012 年（平成 24 年）6 月 16 日に神戸大学にて行った第 132 回判例刑事法研究会における報告を取りまとめたものである。