

刑事被拘禁者の法的・社会的 コミュニケーション(3・完)

葛 野 尋 之

- 1 刑事被拘禁者の法的・社会的コミュニケーションをめぐる問題状況
- 2 イギリス刑事拘禁法の枠組と社会的コミュニケーション
- 3 面 会 (以上, 295号)
- 4 家族の絆, 社会的繋がりを維持するための社会的援助
- 5 信書の発受
- 6 電話の使用 (以上, 296号)
- 7 法的コミュニケーションの意義とその権利の発展
 - (1) 法的コミュニケーションの権利の発展
 - (2) 法律家の特権としての法的コミュニケーションの秘密保護
 - (3) ヨーロッパ人権条約における自由かつ秘密の法的コミュニケーション
 - (4) 居室捜索にさいしての信書の秘密保護
- 8 法的コミュニケーションをめぐる具体的問題
 - (1) 信書の発受と電話の使用
 - (2) 面 会
- 9 終 章 日本法の改革構想
 - (1) 基本的人権としての社会的コミュニケーション
 - (i) 社会的コミュニケーションの法的性格
 - (ii) 社会的コミュニケーションに対する制限
 - (iii) 未決被拘禁者の社会的コミュニケーション
 - (iv) 社会的コミュニケーションの保障のあり方
 - (2) 裁判にアクセスする権利と法的コミュニケーション
 - (i) 法的コミュニケーションの法的性格
 - (ii) 法的コミュニケーションに対する制限とその保障のあり方
 - (3) 弁護権の実質的保障と法的コミュニケーション
 - (i) 自由かつ秘密の法的コミュニケーション
 - (ii) 刑事訴訟法39条 1項と信書の秘密性
 - (iii) 刑事訴訟法39条 2項と刑事拘禁法上の制限 (以上, 本号)

7 法的コミュニケーションの意義とその権利の発展

(1) 法的コミュニケーションの権利の発展

1 法的コミュニケーション, すなわち弁護士ないし法的助言者との法的用務に関するコミュニケーションについては, 刑事弁護としてのものか, 民事訴訟などに関するそれ以外のものかを問わず, 多くの重要な点において, 社会的コミュニケーションとは異なる取扱いがなされている¹³⁶⁾。

身体を拘束された被疑者・被告人にとって, 弁護人との自由かつ秘密のコミュニケーションの保障は, その弁護権の中核をなすものであり, それゆえ適正手続の本質的要請として位置づけられる。また, すべての被拘禁者にとって, たとえば刑事施設における処遇の違法性を訴え, 国家賠償請求訴訟を提起している場合などに, 訴訟手続に関する弁護士との自由かつ秘密のコミュニケーションは, 実効的な法的援助を受けるために不可欠なものであり, 被拘禁者が裁判にアクセスする権利の本質的要素を構成するといふべきであろう。イギリスにおいて, 被拘禁者に対して, 自由かつ秘密の法的コミュニケーションが社会的コミュニケーションの場合以上に手厚く保障されてきたのは, このような理由からである。法的コミュニケーションに対する制限は大きく緩和され, 面会のさいの会話聴取をとまなう立会や信書の内容閲読にわたる検閲は排除されている。

自由かつ秘密の法的コミュニケーションの保障に向けての法の発展をリードしたのは, 信書の発受における自由と秘密保護の拡大であった。1970年代前期, 当時の1964年刑事拘禁規則によれば, 社会的コミュニケーションとしての信書の場合と同様, 被拘禁者と弁護士とのあいだの信書はすべて検閲され, 広汎かつ曖昧な理由からの差止が認められていた(規則33)。また, 弁護士との面会について, 被拘禁者が当事者となっている民事・刑事の訴訟手続に関する面会の場合には制限されることがなく, 会話内容の聴取は禁止されていたが, 訴訟手続に関する面会でなければ, 弁護

士との面会も内務大臣が認めたときに限られ、視覚的監視がなされるだけでなく、会話内容が聴取されることとなっていた(規則37)。

2 法的コミュニケーションの領域においても、ヨーロッパ人権条約に関する人権委員会・人権裁判所の判例が、イギリス法の発展を牽引したとあってよい。これに呼応する形でイギリス国内の裁判所の判例が展開し、両者が一体となって自由かつ秘密の法的コミュニケーションの保障への発展を生み出した。人権条約に関する判例は、国際法学者の北村泰三によってすでに詳しく紹介され、その意義が検討されているので¹³⁷⁾、以下、とくに人権条約に関する判例については、その展開の軌跡を確認するとどめたい。

嚆矢となったのは、ゴルダー事件における1975年の人権裁判所判決¹³⁸⁾である。この事件においては、被拘禁者が施設職員に対して損害賠償請求の民事訴訟を提起しようと考え、内務大臣に対して弁護士との面会を要求したところ、これが不許可とされ、また、弁護士宛の信書の発信が差し止められた。当時、刑事施設内の処遇に関する訴訟や施設職員に対する訴訟については、「施設内手続前置主義」が定められていた。この事件においては、すでに提起された訴訟の手続ではなく、施設内での苦情処理手続を尽くす前における訴訟提起の準備のための弁護士との面会であったことから、面会は不許可とされ、また、信書の発信も差し止められたのである。

人権裁判所は、民事訴訟の提起を検討する場合でも、本件における面会の不許可は人権条約6条の保障する公正な裁判を受ける権利の侵害にあたると判示した。判決によれば、人権条約6条は明文としては規定していないにせよ、裁判所にアクセスする権利が否定されたとき、公正な裁判を受ける権利は無意味なものとなるから、人権条約6条は裁判にアクセスする権利を保障している。申立人は、施設職員に対する損害賠償訴訟の提起を準備するために、内務大臣に対して弁護士との面会を要求していたが、「ゴルダーは法的手続を開始しようと考え、弁護士との面会を正当に要求することが可能であった。内務大臣が、提起準備中の訴訟の見通しを評価

することはできない。提起される可能性のある訴訟の請求について判断を下すのは、独立の公平な裁判所なのである。要求されていた面会許可を与えなかったことにより、内務大臣は、人権条約6条1項によって保障される裁判所に訴訟を提起する権利を尊重しなかったことになる¹³⁹⁾。

また、判決は、弁護士宛の信書の発信差止について、被拘禁者が人権条約上の権利を行使するさいには固有の限界（inherent limitation）が存在するという英国政府の主張を否定したうえで、被拘禁者が人権条約8条の権利を行使するさい、それに対するいかなる適法な制限も人権条約8条2項が示している限界においてのみ認められるとした。判決によれば、「施設内手続前置主義」に基づき弁護士に宛てた被拘禁者の信書の発信を差し止めることは、人権条約8条2項にあげられたいかなる理由からも正当化されない。「申立人が弁護士とのあいだで信書を受受することは民事訴訟を提起するための準備段階であったことから、人権条約6条によって規定された権利の行使にあたる。このことにかんがみれば、内務大臣の措置は、『民主的社会において必要』なものとは認められない¹⁴⁰⁾。かくして、人権裁判所は、弁護士宛の信書の発信差止が人権条約8条に違反するとしたのである。

ゴルダー事件に関する人権裁判所判決は、法的コミュニケーションの保障において、面会と信書受受の自由と秘密保護を大きく発展させただけでなく、「固有の限界」論を否定し、人権条約の下、被拘禁者の権利に対して法の支配を及ぼした点においても重要な意義を有していた¹⁴¹⁾。信書の受受については、シルバー事件における人権委員会・人権裁判所の判例¹⁴²⁾によって、ゴルダー事件判決の判示がいっそう明確に確認された。シルバー事件においては、上述のように、主として社会的コミュニケーションとしての信書の受受が問題にされたが、法的コミュニケーションの手段としての信書についても、「施設内手続前置主義」の下、刑事施設内の苦情処理手続において未だ問題が提起されていないという理由から弁護士宛の信書の受受を差し止めることは、人権条約8条2項において示され

た制限理由のいずれにも該当せず、「民主主義社会において必要な」制限とはいえないから、人権条約8条に違反するとされた。

さらに、キャンベルおよびフェル事件において、被拘禁者が施設職員による身体傷害についての損害賠償請求訴訟の提起を準備するために弁護士との面会を要求したところ、当時の刑事拘禁規則37(2)に基づき、視覚的監視だけでなく、会話内容の聴取を含む施設職員の立会という条件が付されたうえで面会が許可された。これについて、1982年、人権委員会は次のように述べ、人権条約6条1項違反を認めた。すなわち、「すでに提起されたまたは提起を準備中の訴訟に関する弁護士とその依頼者とのあいだの会話は、依頼者が弁護士に対して自己の事柄について不安を感じることなく、また、考えている訴訟提起のいかなる理由をも歪めることなく打ち明けることができるよう特別な保護を与えられるという原則が、締約国において一般に認められている。人権委員会の意見によれば、訴訟の提起を考えている潜在的当事者が、国内法により通常与えられるこのような特別な保護を否定された状況下においてしか裁判所へのアクセスを認められないとすれば、それは原則として、人権条約6条1項が保障している裁判にアクセスする権利の侵害にあたる。人権委員会は、弁護士と依頼者とのあいだの連絡に対しても、一定の個別具体的状況下においては、いくらかの制限が正当化されうることを認める。……しかしながら、人権委員会の意見によれば、訴訟を実際に提起するまで弁護士と被拘禁者とのあいだの特別に保護された連絡が、個別具体的な保安上の考慮によって禁止されるのではなく、すべて一律に禁止されるというのは、裁判にアクセスする権利を過度広汎に制約するものであり、人権条約6条1項に適合するものとは認められない。この点について、人権委員会は、訴訟提起前の連絡に特別な保護を与えることが、実際に訴訟が提起された後に特別な保護を与えることに勝るとも劣らず重要であると考え。訴訟提起前の段階における弁護士との相談の多くは、依頼者の請求原因の事実に根拠を聞き出すことに関係しているであろうが、訴訟を遂行するにあたっての戦術など他の事項

についても協議がなされることになり、これらについて、依頼者が秘密にしておきたいと望むことは正当である。人権委員会はそれゆえ、本件における制限が人権条約6条1項に適合すると認めることはできない¹⁴³⁾。

この事件が人権委員会に係属していた1981年、英国政府は、刑事拘禁規則34を改正した。この改正によって、面会の目的を事前に刑事施設に知らせている限り、訴訟提起前であっても、訴訟手続に関する弁護士と被拘禁者の面会については、施設職員が見ることはできても、その会話内容を聴取することのできないような位置で行われなければならないとされた。会話内容の聴取をともなう施設職員の立会は廃止されたのである。1985年、人権裁判所判決¹⁴⁴⁾は、人権委員会の判断の後、申立人は会話内容の聴取をともなう立会のない面会を許可されたにせよ、「身体傷害の事件においては、効果的な証拠収集その他の理由から、裁判所への迅速なアクセスが重要である。さらに、……たとえ一時的なものにせよ、その妨害は人権条約に違反する¹⁴⁵⁾」と判示し、人権委員会の判断を全面的に支持し、本件における弁護士との面会への立会は人権条約6条1項の保障する裁判にアクセスする権利を侵害するとした。

3 これら人権委員会・人権裁判所の判例に対応して、英国政府は、上述のように規則施行令と行刑局通達の改正を行い、「施設内手続前置主義」に代えて、「施設内手続並置主義」を採用した。しかし、今度はイギリスの国内裁判所により、「施設内手続並置主義」も否定されることとなった。アンダーソン事件における1984年の高等法院女王座部判決¹⁴⁶⁾によってである。

この事件において、施設長は、施設内の苦情処理手続に対して並行して問題が提起されていないという理由から、被拘禁者が自己の処遇に関する民事訴訟の提起について相談するために弁護士と面会することを不許可とした。規則施行令において定められた「施設内手続並置主義」に基づく不許可処分であった。判決は、この「施設内手続並置主義」は裁判にアクセスする被拘禁者の権利を侵害すると判示した。判決によれば、裁判にアク

セスする権利は「憲法上の基本的権利」であり、この権利の制約は一次的法律によってのみ許される。一次的法律の規定として問題となるのは1952年刑事拘禁法47条1項であるが、この規定は裁判にアクセスする権利についてなら明示的に定めてはいない。それゆえ、裁判にアクセスする権利の制約を目的とする刑事拘禁規則や規則施行令は、一次的法律である1952年刑事拘禁法の委任の範囲を逸脱していることになる。被拘禁者に対して施設内の苦情処理手続において申立を提起するよう要求することにより、被拘禁者は、違反行為についての悪意ある虚偽の申立をしたとの理由から懲罰手続にかけられるのではないかとおそれて、正当な訴訟提起を差し控えてしまうことにもなりかねない。かくして判決は、「施設内手続並置主義」を理由として弁護士との面会を不許可とすることは、それ自体として被拘禁者が裁判にアクセスする権利を侵害すると判示した。

また、被拘禁者が裁判にアクセスする権利と法的援助にアクセスする権利との関係が問題となるが、この点について原告の被拘禁者は、人権裁判所のゴルダー事件判決に依拠しつつ、「被拘禁者の保持する市民的権利のなかで最も重要な位置にあるのは、妨げられることなく裁判にアクセスする権利であり、民事訴訟の提起に関して助言と援助を受けるために弁護士にアクセスする権利は、裁判にアクセスする権利それ自体の不可欠の構成要素である」と主張したのに対して、被告の国は、「被拘禁者が裁判にアクセスする権利を侵害するような制限と、被拘禁者が弁護士と面会することができる条件を定めるための制限とのあいだには、決定的に重要な区別がなされなければならない」。すなわち、前者は許容されるものではないが、後者は刑事施設の管理と運営、被拘禁者の規律と統制という目的のために1952年刑事拘禁法47条1項が内務大臣に対して委任した規則制定権限の範囲内にあると主張した。判決はこの点について、「私たちは原告の主張を支持し、民事訴訟の提起の検討に関して助言と援助を受けるために妨げられることなく弁護士にアクセスする権利は、裁判にアクセスする権利それ自体の不可欠の構成要素であることを認める。……被拘禁者のなかで、

実際、関連する訴訟提起の手続を確認したうえで、そのための文書を作成し、訴訟遂行に必要な文書を準備することが自分自身でできだけの知識とスキルを有している人などほとんどいないはずである」とした。かくして、被拘禁者の法的コミュニケーションとして、民事訴訟の提起の検討に関して助言・援助を受けるために弁護士と面会する権利が、「憲法上の基本的権利」として最大限に尊重されるべき裁判にアクセスする権利の本質的要素とされたのである。

アンダーソン事件判決は、先例として、その前年のレイモンド事件判決¹⁴⁷⁾に依拠していた。この事件において、貴族院は、被拘禁者が侮辱行為についての損害賠償請求を遂行するために高等法院に文書を発送しようとしたとき、施設長はこの発送を差し止めてはならないと判示した。もともと、この損害賠償請求は、副施設長について窃盗行為の嫌疑を指摘した内容の信書を被拘禁者が弁護士宛に発信するのを施設長が差し止めたことに端を発していた。差止の根拠は、当時の規則施行令における「施設内手続並置主義」の規定であった。判決は、「被拘禁者は、明示的にまたは必然的含意として否定されていない限り、すべての市民的権利と義務を保持している」と述べ、刑事施設における法の支配を宣明したうえで、アンダーソン事件判決とほぼ同様の理由をあげ、「施設内手続並置主義」に基づく信書の発信差止は裁判にアクセスする被拘禁者の権利を侵害すると判示した。

これらの判決の結果、刑事拘禁規則と規則施行令は改正され、被拘禁者が「訴訟手続の当事者」である場合には、法的コミュニケーションとしての信書を検閲し、または差し止めることはできないこととされた。「訴訟手続の当事者」ということの意味については、ギルフォイル事件における控訴院判決¹⁴⁸⁾によって、裁判所令状(writ)が発布されて以降、信書の発受はこのような保護を受けることとされた。しかし、「訴訟手続の当事者」による信書の発受のみが特別に保護され、正式な訴訟手続の開始前の訴訟準備に関する被拘禁者の弁護士とのあいだの信書の発受は特別な保護の対象とされなかったので、それについての検閲と差止は許されたままで

あった。実際、行刑局は、1990年代まで訴訟手続の準備に関する信書の検閲とその差止を行っていた。

4 キャンベル事件はスコットランドの刑事施設についての事件であるが、被拘禁者が、訴訟手続の準備に関する弁護士とのあいだの信書を一律に検閲する実務は人権条約8条に違反するとの申立を人権委員会に対して提起した。後述するように、人権裁判所は、すでに1991年、後述するS対スイス事件において、身体拘束中の刑事被告人とその弁護人の面会にさいして、その会話を聴取することは人権条約6条3項に違反すると判示していた¹⁴⁹⁾。また、1989年、シューネンベルガーおよびダルマス事件において、身体拘束中の被疑者と弁護士とのあいだの信書の差止について、人権条約8条に違反するとも判示していた¹⁵⁰⁾。キャンベル事件において、1993年、人権裁判所は人権委員会の判断を全面的に支持し、これらの先例を参照しつつ、信書の一律検閲に関する英国の実務は人権条約8条に違反すると判示した¹⁵¹⁾。

判決は、過去の人権裁判所判例において、弁護士と依頼者とのコミュニケーションについては特別な秘密保護が与えられてきたことを指摘し、「すでに提起されたまたは提起を準備している訴訟手続に関して弁護士とのあいだで発受された被拘禁者の信書についても、秘密保護の必要は同様に差し迫ったものであり、とりわけその信書が、本件においてのように、行刑当局に対する不服申立や損害賠償請求である場合にはそうであるから、同様の考慮がなされるべきである。このような信書がすべて一律の検閲に付されることは、とりわけその検閲が信書の内容に関する事項と直接の利害関係を有する可能性のある個人または当局によって行われるとき、弁護士と依頼者との関係に対して与えられる秘密保護、すなわち法律家の特権を侵害することになる¹⁵²⁾」とした。判決によれば、たしかに弁護士と被拘禁者とのあいだの信書のなかにも、訴訟手続に関する信書と無関係な信書があり、両者を区別することは困難である。しかし、被拘禁者と弁護士とのあいだの信書について、その目的によって取扱を区別すべきではなく、

人権条約8条の下、すべて私的で秘密の事項に関するものとして、その秘密性は特別に保護されるべきである。「行刑当局が被拘禁者宛の弁護士からの信書を開披できるのは、その信書に禁制品が同封されていると認める合理的理由があり、かつ、通常の方法によってはそれを発見できない場合に限られる。しかしながら、信書の開披が許されるにとどまり、その閲読まではしてはならない。また、被拘禁者の立会のうえで開披するなど、信書の閲読を防止するための適切な保障措置がとられなければならない。他方、弁護士宛に発信した、または弁護士から受信した被拘禁者の信書の閲読が許されるのは、施設当局が信書の内容が刑事施設の保安または他者の安全を危険にさらし、あるいは他の犯罪的性質を有するものであるとの意味において、信書についての特別な保護が濫用されたと認める合理的理由がある例外的状況下に限られる。なにが『合理的理由』と認められるかは全事情の考慮に基づき決められるが、特別な保護を受けているコミュニケーション手段が濫用されたと客観的観察者が認めることのできるような事実または情報の存在が前提となる¹⁵³⁾」。判決はこのように述べ、弁護士と被拘禁者とのあいだの信書の一律検閲には「差し迫った社会的必要が認められず、したがってこのような権利制約は、人権条約8条2項に定められた『民主的社会において必要』とされるものとは認められない¹⁵⁴⁾」と判示した。

翌1994年、リーチ事件においてイギリス控訴院は、キャンベル事件における人権裁判所の判示を再確認した¹⁵⁵⁾。控訴院判決は、弁護士とのあいだの信書を通じて禁制品が刑事施設のなかに持ち込まれ、または刑事施設から持ち出されることの危険に対処するために、法的コミュニケーションとしての信書の一律検閲を認める規則が正当化されるとした下級審判決を破棄し、被拘禁者と弁護士との秘密のコミュニケーションに対するこのような制限は、裁判にアクセスする基本的権利の行使を妨げるとした。判決によれば、国内法上も、人権条約上も、裁判にアクセスする権利が基本的権利として保障されていることからすれば、この権利の制約が許されるの

は、明白かつ差し迫った必要がある場合のみであり、かつ、その必要に応えるための最小限度においてのみである。このとき、民事訴訟の提起の検討に関して助言と援助を受けるために妨げられることなく弁護士にアクセスする権利は、裁判にアクセスする権利それ自体の不可欠の構成要素である。したがって、刑事拘禁法47条1項が、訴訟手続の準備に関する弁護士と依頼者との自由なコミュニケーションの実質的制約にわたるような規則の制定権限を委任していると認めることはできない。

さらに、判決は、コモン・ロー上、弁護士と依頼者との法的コミュニケーションについては、法律家の特権、すなわちその専門業務に関する特別な保護として、秘密のコミュニケーションが保障されてきたことを指摘した。判決によれば、「このような特別な保護は、重要な目的に奉仕する。すなわち、それは依頼者における正直な包み隠しのない態度を促し、このことによって、弁護士は有意義な法的助言を提供し、訴訟手続において依頼者のために実効的な訴訟代理活動を行うことが可能となるのである」。先例においても認められているように、このような法的助言と援助の提供のプロセスは、「もし専門家としての法的助言者が、依頼者から打ち明けられた事柄から知りえた自己の扱う事件の弱みを他者に明かすよう強いられたならば、台無しになってしまうであろう。実際、当事者主義の手続は専門家の援助を当然に必要とするものであるが、一般市民である依頼者が自己の話す事柄の秘密性が保障されることを確信していない限り、実効的に機能することはないであろう」。

判決はこのように論じたうえで、被拘禁者と弁護士とのあいだの信書の発受を選別するための一定の措置をとることは、刑事拘禁法47条1項の当然の含意として正当化されるにせよ、「信書に対する制限が許されるのは、信書が真に法的コミュニケーションの手段としての信書であるかどうかを確認するため必要最小限度においてのみである」として、薬物、現金など、法的助言それ自体とは無関係な物品が信書に同封されていないかなど、このような確認をするために、信書を一律に検閲することが必要最小限度の

制限にあたるとはいえないと判示した。このような確認のためには、被拘禁者の立会のうで信書を開披して検査することで足りると示唆した。かくして判決は、信書の一律検閲と差止を認める刑事拘禁規則は、刑事拘禁法47条1項の委任を逸脱しているとしたのである。リーチ事件判決によって、法的コミュニケーションとしての信書についてほとんど絶対的な自由と秘密保護が与えられ、禁制品が同封されている場合など、きわめて例外的場合においてのみ、弁護士とのあいだの信書の発受が制限されることとなった¹⁵⁶⁾。

(2) 法律家の特権としての法的コミュニケーションの秘密保護

1 リーチ事件判決が指摘したように、コモン・ロー上、法律家の特権 (legal professional privilege) として、法的コミュニケーションの特別な秘密保護が認められてきた。ルパート・クロスは、この法律家の特権を次のように説明している。すなわち、「民事・刑事の手續において、依頼者とその法的助言者とのあいだで行われたコミュニケーションが、第1に、依頼者が法的助言を受け、もしくは法的助言者が法的助言を与えるために、または第2に、すでに提起されたまたは提起を準備中の訴訟に関して、行われた場合には、訴訟手續のなかで依頼者はそれを証拠として提出することを強いられず、また、依頼者の同意がない限り、法的助言者はそれを証拠として提出することはできない¹⁵⁷⁾」。法律家の特権としての法的コミュニケーションの秘密保護は、この第1の場合についての法的助言特権と、第2の場合の訴訟手續特権とから構成される。コモン・ロー上、いずれの場合についても、「法律家の特権は、法の支配の原則の下、裁判へのアクセスの本質的要素」として性格づけられており、この意味において「基本的権利」として認められている¹⁵⁸⁾。法律家の特権は「証拠に関するルール」とされてきたが、そのことの意味は、たんなる訴訟上の事実認定における証拠の取扱いに関するルールというのではなく、裁判所による証拠収集のための捜索令状の発布、証拠収集のための捜査手續・行政手續など、証

抛に関するより広汎なルールということである。かくして、法律家の特権は、被拘禁者と弁護士とのあいだの法的コミュニケーションの秘密保護としても認められることになる¹⁵⁹⁾。

法律家の特権として特別な秘密保護を受けるコミュニケーションは、法的助言を獲得する目的によりなされた依頼者と弁護士とのコミュニケーション、すでに提起したまたは提起を検討している訴訟の準備・遂行を主目的として、依頼者またはその弁護士と将来証人となる可能性のある人、専門家など第三者とのコミュニケーション、これらのコミュニケーションのなかで封入され、もしくは言及され、または法的助言を得るために存在するようになった物、である。この場合、弁護士にはソリスタ、パリスタ、雇用された法的助言者、外国の弁護士が含まれる。また、警察と検察官とのコミュニケーションも、特別な秘密保護の対象となりうる。依頼者と弁護士とのコミュニケーションとして、より具体的には、依頼者がソリスタに対して行った指示やパリスタに対するソリスタの指示、ソリスタが伝達するパリスタの意見、弁護士に指示を与え、その助言を得るために当事者が作成したことにより「存在することになった」文書、原本がこのようにして「存在することになった」文書の写し、すでに存在していたが、弁護士が与えた法的助言の内容を指し示すような、弁護士によって謄写または収集された文書、が特別な秘密保護の対象となる¹⁶⁰⁾。法律家の特権としての法的コミュニケーションの秘密保護は、一般に、犯罪の実行の指導を受け、その助力を得るという目的から依頼者が弁護士に対して行ったコミュニケーション、あるいはコミュニケーション自体が犯罪の遂行を助長するような場合には適用されない。

この秘密保護の原則が誕生したのは16世紀後期であるというが、当初はむしろ弁護士の特権として捉えられていた。しかし、19世紀になってこの原則がコモン・ロー上定着すると、弁護士ではなく依頼者の特権として理解されるようになり、依頼者はそれを放棄することが認められるようになった。また、訴訟がすでに提起されている、あるいは訴訟提起が準備さ

れているかどうかにかかわらず、法的助言の提供・獲得を目的とするコミュニケーションについても、特別な秘密保護が及ぼされるようになった。すなわち、訴訟手続特権だけでなく、法的助言特権を含め、法律家の特権が確立したのである¹⁶¹⁾。コモン・ロー上確立した法律家の特権としての法的コミュニケーションの秘密保護は、制定法のなかにも取り入れられた。その典型例として、1984年警察刑事証拠法は、法律家の特権によって保護されるべき物について、マジストレイトが捜索令状を発布することは許されず、また、警察も捜索対象とすることはできないと規定している(8条1項(d)・10条)¹⁶²⁾。

2 このような特別な秘密保護の根拠は、この原則によって、ある事実を知る者がそれが将来否応なく開示されるとの不安から解放されて、その事実を包み隠さずすべて話すよう促されるということである¹⁶³⁾。ダービー・マジストレイト裁判所事件において、1995年の貴族院判決¹⁶⁴⁾は、「人は自分の弁護士と秘密のうちに相談することができなければならない。そうでなければ、その人は真実をすべて打ち明けることを差し控えてしまうであろう。依頼者は、自分が弁護士に秘密のうちに話したことは、自分の同意がない限り、決して開示されることはないと確信することができるのでなければならない。かくして、この法律家の特権は、個別事件の事実に応用されるたんなる証拠法則にはとどまらない意義を有する。すなわち、司法の作用全体にとって、その基盤となる基本的条件なのである¹⁶⁵⁾」と述べている。

イアン・デニスによれば、司法作用の基本的条件ということの意味は、次のような点において認められる¹⁶⁶⁾。第1に、弁護士とのコミュニケーションの秘密性を保障することが、公正な司法にとって不可欠とされる弁護士による実効的な法的援助に関する活動を促進することにつながる。特別な秘密保護によって、一般市民が専門的な法的助言者に相談し、重要な事項を包み隠さず述べるよう促される。このことが司法の作用にとって重要であるというのは、法が一般に複雑・難解であり、したがって依頼者が

信頼感をもち、安心して法的用務を取り扱うためには、専門家による十分な助言と援助を必要とするからである。取り扱う法的用務が重大になるほど、この重要性も大きくなる。たとえば、重大犯罪について訴追された刑事被告人が弁護士と相談する場合、警察や検察官がその犯罪事実に関する防御をめぐるコミュニケーションにアクセスすることを禁じられなければ、刑事被告人のそのような重大な利益が失われる。

第2に、司法作用の効率という観点からも、秘密保護の原則は重要である。弁護士がその業務を最小のコストと時間で効率的に遂行するためには、その依頼者から重要な情報をすべて得る必要がある。法的コミュニケーションの秘密保護は、公費をもって国が用意した民事・刑事の法的手続の枠組のなかで、不必要なコストと時間を省いて、法的用務が効率的に処理されることに寄与する。

第3に、この法律家の特権は、法制度が基盤をおいている基本的な道徳的・政治的価値を維持するという利益をもたらす。この道徳的・政治的価値の中核は、すべての市民が平等な関心と尊重をもって扱われる権利を有するという基本的価値である。法的援助の保障はそれ自体として、すべての市民が自己の問題を処理するうえで能力と資源において平等なわけではないという現実の認識に基づくものである。弁護士とのコミュニケーションの秘密を保護することにより、このような資力と能力における不平等を是正するために法的援助が果たしうる役割は極大化される。

このように、法律家の特権としての法的コミュニケーションの秘密保護は、直接には依頼者の利益を保護するために認められるものであるが、裁判へのアクセスと紛争の効率的解決を促進するという点において、間接的に公共の利益に奉仕している¹⁶⁷⁾。さらには、すべての人についての平等な関心と尊重をもっての取扱の保障という法制度の基礎にある道徳的・政治的価値の維持という点においても、公共の利益に適うとされるのである。

(3) ヨーロッパ人権条約における自由かつ秘密の法的コミュニケーション

1 ダービー・マジストレイト裁判所事件の貴族院判決は、「法律家の特権が制約され、あるいは制定法によって無効にされるかもしれないと疑うものは誰もいない。それは、法律家の特権は人権条約によって保護されている基本的権利であるとの反対が、常に提起されることになるからである¹⁶⁸⁾」と述べていたが、事実、人権裁判所の判例は、法律家の特権として、弁護士と依頼者とのコミュニケーション、とくに訴訟手続に関する法的コミュニケーションの自由と秘密性を手厚く保障してきた。この自由と秘密性の侵害について、人権条約8条のプライバシーの権利、あるいは6条1項の公正な裁判を受ける権利、より具体的には6条3項(b)が保障する刑事被告人の弁護権の侵害にあたるとしてきたのである¹⁶⁹⁾。

リーディング・ケースは、シューネンベルガーおよびダルマス事件における1988年の人権裁判所判決¹⁷⁰⁾である。この事件においては、薬物犯罪の嫌疑により逮捕された被疑者が警察署に留置されているとき、その妻が弁護人を選任した。この弁護人は被疑者を宛名とした信書を作成したうえで、それを検察庁に対して発送し、被疑者に渡してくれるよう依頼した。この信書のなかで弁護人は、被疑者に対して、捜査機関の尋問に答える義務はなく、答えたことは証拠とされる可能性があり、また、黙秘を続ける方が有利であろうとの助言を与えようとした。検察官がこの信書を閲読し、適切な捜査の遂行を妨げるおそれがあるとの理由から被疑者に渡すことを差し止めた。人権裁判所は次のように述べ、本件の信書の受信差止は民主的社會において必要とされる制限にはあらず、人権条約8条に違反すると判示した。すなわち、「本件において争われている信書の受信差止が必要であったことを根拠づけるためスイス政府が第一にあげているのは、その信書の内容である。すなわち、政府によれば、この信書はダルマス氏(被疑者・引用者註)に対して、進行中の刑事手続について捜査機関の適切な活動を危険にさらすような性質を有する助言を与えるものであったというのである。人権裁判所は、この主張を支持することはできない。

シューネンベルガー氏(弁護士・引用者註)は被疑者に対して、『いかなる供述をも拒否する』ことができるとその権利を教示し、その権利を行使することが『利益』になるであろうことを助言しようとしたのである。このようにして、彼はダルマス氏に対して、ある種の戦術をとるよう奨めたのである。同様の判例法が他の締約国においても存在するが、その戦術についてのスイス連邦裁判所の判例法によれば、刑事告発された者は黙秘することが認められるから、その戦術自体適法なものである。また、シューネンベルガー氏が、ダルマス氏に直接面会するまでのあいだ、彼にその権利とそれを行なった場合に生じうる結果について助言することは自己の職業上の義務であると考えられるのも正当なことであろう。人権裁判所の意見によれば、これらに関する助言は信書の発信者と受信者とのあいだで違法行為の黙認が行われる危険を発生させるものではなく、正常な訴追活動に対する脅威を生じさせるものではない¹⁷¹⁾。

また、人権裁判所は、シューネンベルガー氏がダルマス氏自身によって未だ正式に選任されていなかったから、両者のコミュニケーションには法律家の特権が適用されないという主張をも退けた。人権裁判所によれば、ダルマス氏の妻によって選任された弁護士が被疑者とコミュニケーションを行うために連絡をとるとき、この連絡は「被疑者が自己の選任した弁護人の援助を受けるための準備段階にあたり、それゆえ基本的権利に関する規定である人権条約6条に明記された権利の行使である¹⁷²⁾」。

2 シューネンベルガーおよびダルマス事件において、身体拘束中の被疑者と弁護士との法的コミュニケーションとしての信書の秘密保護は、信書のプライバシー保護に関する人権条約8条とともに、「犯罪行為について訴追されたいかなる者も……自己の弁護の準備のために十分な時間および便益を保障されなければならない」とする人権条約6条3項(c)に基づくものとされたが、S 対スイス事件における1991年の人権裁判所判決¹⁷³⁾は、人権条約6条3項(c)の弁護権は、刑事告発された者という意味の刑事被告人が自己の弁護士と秘密の相談を行う権利を保障しており、国がその権利

を侵害する危険は排除されなければならないとした。

この事件において、警察は武器取引と原子力の問題に反対する団体について捜査を行うための特別部局を設け、そのメンバーを尾行し、電話を盗聴し、ゴミ箱のなかを常時調査していた。メンバーの一人が逮捕に引き続き身体を拘束されたので、その弁護人が面会のために訪問したとき、両者の相談が警察官によって聴取された。さらに、身体拘束中のメンバーが弁護人宛に発信した信書が傍受され、後に筆跡照合報告書のために利用された。スイス政府は、このような形での弁護人に対するサーベイランス、すなわち弁護人と被疑者との法的コミュニケーションの聴取や閲読が、両者の通謀を防止するために必要であったと主張したが、人権裁判所はこの主張を退けた。

人権裁判所は、人権条約 6 条において、法律家の特権としての法的コミュニケーションの秘密保護が明記されているわけではないにせよ、数多くの締約国の国内法によってこの権利が保障されており、さらに米州人権条約 8 条 2 項(d)において明示的に規定されていることを指摘した。また、人権裁判所は、ヨーロッパ評議会が制定した1987年ヨーロッパ刑事拘禁規則93条においても、未決被拘禁者について同様の保護が規定されていることを指摘した。これらの規定は以下のように定めている。なお、このなかで「刑事被告人」というのは、犯罪行為について正式に告発を受けた者 (the accused person) という意味であり、起訴後の被告人のみならず、正式告発を受けた被疑者をも含んでいる。

米州人権条約 8 条 2 項

犯罪について訴追されたいかなる者も、有罪が法に従って立証されるまでは、無罪と推定される権利を保障される。手続において、すべての人は、以下に掲げる最低限の保障を完全に平等に与えられる。

.....

(d) 自己を自ら防御し、または自己の選任する弁護人の援助を受ける刑事被告人の権利、および自己の弁護人と自由にかつ秘密のうちにコミュニケーション

ンを行う刑事被告人の権利。

ヨーロッパ刑事拘禁規則93

未決の刑事被拘禁者は、身体を拘束された後直ちに、弁護人を自ら選任する権利を保障され、または無料の法律扶助が利用可能な場合には、そのような法律扶助を申請することが認められなければならない。かつ、自己の防御についてその弁護人と面会し、秘密の指示を作成し、それを弁護人に手渡し、または弁護人から受け取ることを保障されなければならない。また、未決の刑事被拘禁者は、要求した場合には、関係機関および弁護人とのすべての重要な連絡について、無料の通訳の援助を保障されなければならない。未決の被拘禁者と弁護人とのあいだの相談は、警察官または刑事施設の職員から見ることもできても、その会話内容を聞き取ることができないような位置において行われなければならない。未決被拘禁者の収容場所については、規則11段落3の規定に適合するよう定められなければならない。

これらの指摘を踏まえ、人権裁判所は次のように結論づけた。「第三者によって会話内容を聞き取られることのない位置において自己の弁護人とコミュニケーションを行う刑事被告人の権利は、民主的社会における公正な裁判の基本的要請のひとつであり、人権条約6条3項(c)によって保障されている。もし弁護人がそのようなサーベイランスなくしては自己の依頼者と相談し、依頼者から秘密の指示を受け取ることができないのであれば、人権条約が実際上行使可能で、かつ実効的な権利の保障を意図していたにもかかわらず、弁護人の援助はその実効性を大きく喪失することになってしまふであろう¹⁷⁴⁾。かくして、人権裁判所は、秘密の法的コミュニケーションが、刑事被告人の弁護権の本質的要素として、人権条約6条3項(c)によって保障されると判示したのである。

3 上述したキャンベル事件において、1992年の人権裁判所判決は、弁護士と依頼者とのコミュニケーションが問題となる場合、そのコミュニケーションがすでに提起したまたは提起を準備している訴訟手続に直接関連するものであったことを証明する必要はないとした。人権条約8条の下、弁

護士と依頼者の関係全体について秘密保護がなされるべきであるから、いかなるコミュニケーションも、違法なものでない限り、法律家の特権としてその秘密性を保障されるべきことになる¹⁷⁵⁾。判決は、「弁護士と相談することを望むいかなる人も、無制約な思う存分の話し合いに適したような条件下で自由に相談することができるのは、明らかに社会一般の利益に適合する。弁護士と依頼者とのあいだの関係が原則として特別に保護されるのは、このような理由からである。……たしかに、英国政府が指摘するように、提起準備中の訴訟手続に関する信書と一般的性格を有する信書とのあいだの境界線を引くことは、ことのほか困難であり、弁護士とのあいだの信書のなかには、訴訟手続とまったくまたはほとんど関係のないものもありうる。しかしそれでも、人権裁判所は、弁護士とのあいだの信書について、別個の類型に区別すべき理由はなんら見出すことができない。このような信書は、その目的がなにであるにせよ、私的で秘密の性格を有する事項に関するものだからである。原則として、弁護人とのあいだの信書はすべて、人権条約 8 条の下、その秘密性を保障されるのである¹⁷⁶⁾」と述べた。

人権条約の下、条約 6 条による公正な裁判の保障と条約 8 条の信書のプライバシー保護とが交錯しつつ、自由かつ秘密の法的コミュニケーションを保障していることは、ニミッツ事件における 1993 年人権裁判所判決¹⁷⁷⁾においても確認された。この事件においては、犯罪の嫌疑により捜査対象となっていた第三者の所在を突き止めるために行われた弁護士事務所についての捜索令状の適用範囲が問題となった。人権裁判所は、人権条約 8 条による「プライバシー」の保護は弁護士と依頼者の関係にも及ぼされると判示した。判決は、「本件捜索は、状況との均衡性が欠けると認められる範囲において、法律家の専門業務について特権として認められるべき秘密保護を侵害している。すなわち、この点については、弁護士が関係する場合には、専門業務に関する秘密保護の侵害が司法の適正な運営に悪影響を与え、したがって条約 6 条の保障する権利をも制約することを想起しなけ

なければならない¹⁷⁸⁾」と述べている。

4 イギリス法において、法律家の特権としての法的コミュニケーションの秘密保護は、もちろん、弁護士と逮捕され警察留置された被疑者とのあいだの相談にも適用される¹⁷⁹⁾。1984年警察刑事証拠法58条1項は、「逮捕され、警察署その他の場所において身体を拘束された人は、要求する場合にはいつでも弁護士と秘密の相談を行う権利を保障されなければならない」と規定している。同法の実務規範C「警察による留置、処遇、取調に関する実務規範」6Jは、「被留置人が弁護士と相談し、またはコミュニケーションを行うことにより法的助言を受ける権利を行使する場合にはいつでも、被留置人はこの権利の行使を秘密のうちに認められなければならない。この秘密のうちに相談し、コミュニケーションを行う権利は基本的なものである」と規定している。自由かつ秘密の法的コミュニケーションの保障である。

しかし、この規定は、2000年反テロリズム法8条9項の定める場合には、例外的に法的コミュニケーションの秘密保護が制限されるべきことを定めている。すなわち、2000年反テロリズム法は、同法違反を理由として身体を拘束された被疑者については、一定の要件の下、警察副本部長（ロンドン首都警察においては警視長）以上の階級にある警察官が、弁護士との相談が「資格のある職員」が見ることのでき、かつその会話内容を聞くことのできる位置において行われなければならないとの指示を発することができる」と規定しているのである。

この場面における人権条約6条3項^(c)違反が問題となったのが、ブレナン事件である。2001年の人権裁判所判決は、2000年反テロリズム法に基づき身体を拘束された被疑者が弁護士と相談するさい、警察官が非常に近接した場所において、その警察官が見ることのでき、かつ会話内容を聴取することのできる位置で相談が行われたという事案について、弁護士と秘密のコミュニケーションを行う刑事被告人の権利は、「公正な裁判の基本的要請のひとつであり、人権条約6条3項^(c)によって保障されている」と判示

し、本件においては警察官の立会によりこの権利が侵害されたことを認められた¹⁸⁰⁾。

判決は次のように述べている。すなわち、「人権裁判所は、警察官の立会があったことによって、必然的に、申立人は自己の弁護人に対して率直に話をする事ができず、申立人が自己に対する正式告発にとって重要性をもちうるような質問を切り出さないうちに口籠もってしまうのにも、もっともな理由があると結論づけざるをえない。申立人と弁護人はともに、他人の名前に言及してはならず、もし捜査の妨害になると認められるようなことをなにか話したならば、面会は停止されると警告されていた。申立人および弁護人がこのことによって話すことを差し控えざるをえなかったなにか特定の事項が実際にあったとは立証されていないにせよ、いま、そのことは重要ではない。刑事被告人が自己の弁護人と自由にコミュニケーションを行うことができる権利、これはなにかんずくヨーロッパ刑事拘禁規則93条において保障されているが、この権利が制約されたことは明白である。申立人は弁護人と相談する前にすでに犯罪行為を自白しており、相談の後にも自白した。申立人が弁護人と相談した時点で、その法的助言を必要としていたこと、その後の取調への申立人の対応は、この取調は弁護人が立ち会うことなく行われたものであるが、申立人の裁判にとって重要性をもちうるものであり、申立人の防御を取り返しのつかないほど困難にするものであったことに、疑問の余地はない。/それゆえ、人権裁判所は、申立人が自己の弁護人と最初に相談をするさいに、警察官が会話内容を聞くことのできる位置で立ち会っていたことは、防御の権利を実効的に行使する申立人の権利を侵害するものであり、この点において、人権条約6条1項に照らして解釈したとき、人権条約6条3項(c)の侵害があったと認める¹⁸¹⁾」。

(4) 居室捜索にさいしての信書の秘密保護

1 被拘禁者と弁護士とのあいだの信書については、被拘禁者の居室の捜索にさいしてもその保護保護が問題となる。この問題を通じて、イギリス

法において、法的コミュニケーションの秘密性がどれほど手厚く保障されているか知ることができるであろう。

リーチ事件判決において、法的コミュニケーションとしての信書の秘密性が手厚く保障されたのに対して、メイン事件における1998年の控訴院判決¹⁸²⁾は、居室搜索にさいしての秘密保護をいくらか後退させた¹⁸³⁾。この事件において、原告の被拘禁者は、居室内に法的コミュニケーションとしての信書を所持している場合、その立会なくして居室の搜索を認めることは、弁護士とのあいだの信書が施設職員によって閲読される危険を生じさせるから、当時の刑事拘禁規則37A(現在の規則39)に違反すると主張した。1996年には、刑事施設オンブズマンが同様の申立を容認し、弁護士とのあいだの信書が存在する場合には被拘禁者が居室搜索に立ち会うべきとの勧告を出していた。しかし、控訴院はこのような主張を認めず、保安上の必要に応じて居室全部の搜索を行うにあたり、施設職員は真に法的コミュニケーションとしての信書かどうか確認するために、そのような信書にざっと目を通して点検する必要があるとした。判決はさらに、「居室搜索にさいして、施設職員は、被拘禁者が不在であっても法的コミュニケーションとしての信書を検査しなければならない。ただし、施設職員による信書の検査は、それが真に被拘禁者と法的助言者とのあいだの信書であるのか、また、なにか別のものが隠されていないか確認するために必要な限りにおいてのみ許される」と規定する行刑局『保安マニュアル』17.73を参照しつつ、この限度を超えた信書の閲読が許されていないことを指摘し、本件における被拘禁者と弁護士との秘密のコミュニケーションに対するいかなる制限も、保安の維持を確保するための必要最小限度の制限であると判示した。

2 しかし、法的コミュニケーションとしての信書の秘密保護を後退させたと目されるこのような立場は、デリー事件における2001年の貴族院判決¹⁸⁴⁾によって全面的に変更された。この事件において、原告の被拘禁者は自己の保安上の等級の見直しとパロールの請求に関する弁護士とのあい

だの信書を居室内に所持していたが、その居室が、行刑局『保安マニュアル』に定められた標準居室捜索手続に従って捜索された。原告は無差別の捜索は違法であり、その人権条約8条の権利を過度に制約するものであると主張した。

判決はまず、アンダーソン事件からキャンベル事件、リーチ事件までの先例に依拠しつつ、裁判にアクセスする被拘禁者の権利、その本質的要素としての法的助言にアクセスする権利、さらに法律家の専門業務に対する特別な保護としての秘密のコミュニケーションの権利がそれぞれ有している重要性を再確認した。そのうえで判決は、無差別の捜索を認める標準居室捜索手続は法的助言者と秘密のコミュニケーションを行う被拘禁者の基本的権利を制約することは明らかであるから、「この手続が、刑事施設における保安、秩序および規律を維持し、また犯罪を防止するという承認された目的のために必要かつ適切な措置として正当化されうるか検討する必要がある¹⁸⁵⁾」とした。判決は、これらの目的の達成はより制限的でない代替手段によっても可能であったとの理由から、行刑局の標準居室捜索手続は正当化されないとした。

判決によれば、このような結論は国内法上の権利侵害についての司法審査によって得られたものであるが、人権条約8条の権利の侵害についての司法審査によっても同様の結論が得られることになる。すなわち、人権条約上、信書のプライバシーを尊重される権利の公権力による制約は、「法律に基づき、かつ国の安全、公共の安全、無秩序もしくは犯罪の防止のために、または他者の権利もしくは自由を保護するために民主的社会において必要とされる限りにおいてのみ認められるのであるから、標準居室捜索手続は必要な限度を遙かに超えて、人権条約8条1項に基づくデリー氏の権利の行使を侵害している¹⁸⁶⁾」。かくして貴族院判決は、メイン事件における控訴院判決の立場を否定して、施設職員が被拘禁者の立会なくして弁護士とのあいだの信書にざっと目を通す限りでの点検を行うことも含め、無差別の居室捜索を違法としたのである。

8 法的コミュニケーションをめぐる具体的問題

(1) 信書の発受と電話の使用

1 以上概観してきた人権委員会・人権裁判所、そして国内裁判所の判例の展開を基礎として、被拘禁者の法的コミュニケーションの保障に関する現行法が形成された。現行法の骨格をなすのは、刑事拘禁規則38および39、規則施行令5である。刑事拘禁規則39は、被拘禁者がその法的助言者または裁判所とのあいだで信書を発受することを認めている。この裁判所には、人権委員会・人権裁判所、刑事事件再審委員会も含まれている(規則39(6))。

上述のように、信書については、その郵便代金を公費から支出される回数に制限が設けられていた。すなわち、未決被拘禁者の場合、1週につき2通であり、受刑者の場合、1週につき1通である。このような信書は、権利信書と呼ばれた。しかし、法的コミュニケーションとしての信書については、プロベーション・オフィサー宛の信書、緊急を要する家族問題・営業に関する信書、釈放後の就職の決定に関する特別信書などと合わせ、被拘禁者自身はその郵便費用を賄えない場合には、公費により郵便費用が支出される(規則施行令5B(7))。

法的コミュニケーションとしての信書については、行刑局通達113/95において次のような取扱が定められている。すなわち、被拘禁者に宛てた弁護士の手紙の場合、手紙を二重に封緘する。外側の封筒に刑事施設の住所、施設長の宛名とともに「刑事拘禁規則39」と明記し、内側の封筒には被拘禁者の名前、分かっている場合には刑事施設番号、弁護士事務所の住所と電話番号、必要な場合にはリファレンス番号を記入し、弁護士またはその事務職員がサインをする。通常、外側の封筒のなかに内封筒とともに、施設長に対してその内封筒を被拘禁者に渡してくれるよう依頼する簡単な文書が同封されている。このような取扱は、行刑局とソリストの団体である

ロー・ソサイエティ、バリストの団体であるバー・カウンシルとのあいだの合意に基づき定められた¹⁸⁷⁾。弁護士宛に発信した被拘禁者の信書の場合、投函する前に「刑事拘禁規則39」と封筒に明記する¹⁸⁸⁾。このような信書は、法的コミュニケーションとしての信書の取扱を適用されることになるが、「刑事拘禁規則39」と明記されていなくとも、明らかに弁護士宛の信書であることが分かる場合には同様に扱われる¹⁸⁹⁾。法的助言者とのあいだの信書のほか、人権委員会・人権裁判所を含む裁判所、国会行政監察官、刑事事件再審委員会とのあいだの信書も、法的コミュニケーションとしての信書と同様に取り扱われ、さらには自殺防止のための相談サービスを提供している NGO サマリタンズ とのあいだの信書も、秘密保護の徹底という目的から、それに準じて扱われる。

2 刑事拘禁規則上、法的コミュニケーションとしてのこのような信書の開披、閲読、差止が認められるのは、第1に、施設長が禁制品が同封されていると認める場合である(規則39(2))。第2に、施設長が信書に刑事施設の保安もしくは他者の安全を危険にさらし、または犯罪を構成するような内容が含まれていると認める場合である。施設長はこのように認めるときは、その旨被拘禁者に告知した後、被拘禁者が立会を拒否し、またはその権利を放棄しない限り、その立会のうえで信書を開披し検査する(規則39(4))。行刑局通達113/95によれば、信書を閲読するという判断ができるのは施設長本人だけである。信書取扱担当の職員が施設長の判断を仰ぐべきと考えたときは、施設長に信書を転送するために、被拘禁者の立会のうえで信書を封緘する。実際に施設長が信書を閲読するよう命じることは、きわめて稀であるという。施設長が信書の閲読を命じた場合、その判断は高等法院による司法審査の対象となる¹⁹⁰⁾。

禁制品の同封が発見された場合、あるいは信書が閲読され、刑事拘禁規則39(3)に違反するような内容が含まれていると確認された場合には、その禁制品や違反した内容の部分は法的コミュニケーションとしての信書と切り離されたうえで、発信先に返送されることになる。この場合、被拘禁者

は施設内の懲罰手続に付される可能性がある。

3 法的コミュニケーションの制約が問題となった判例にも示されているように、信書の開披、閲読、差止について、刑事拘禁規則39(2)・(3)に示された理由の認定は、漠然とした抽象的なおそれではなく、具体的事実を根拠にした現実的可能性の認定として理解されてきた。法的コミュニケーションに対する制限の程度が、開披から閲読、差止へと高まるにつれて、より高度の可能性の認定がなされなければならない。施設長が信書の閲読を命じる場合が実際にはたいへん希有であるというのも、それゆえである。

しかし、10数人程度の被拘禁者についてのきわめて例外的措置ながら、法的コミュニケーションに対する制限として、次のような問題が指摘されている。それは、イングランド南西部にあるウッドヒル刑事施設の嚴重監督センターにおける信書の取扱についてである。

嚴重監督センターは、精神的ないし人格的に深刻な問題を抱え、自傷行為または他者に対する暴力行為、あるいは重大な問題行動を繰り返す被拘禁者を、被拘禁者自身と他の被拘禁者、職員の安全が確保されるような小規模な施設に集中的に収容したうえで、緊密な監督と指導・援助を提供するために、1998年に設置された。その目的は、対象となった被拘禁者に対して、「落ち着いた、社会的に受容される行動パターンを身につけるよう」促し、そのうえで通常の刑事施設に戻していくことである。嚴重監督センターは4区画に区分され、そのうち3区画がウッドヒル刑事施設に、1区画がダーラム刑事施設に設置されている。これらの区画のなかで、保安措置と行動制限の相対的に大きな区画から小さな区画へと段階的に移動し、通常の刑事施設に戻る前、最終的にはダーラム刑事施設の区画に収容されるというスキームが敷かれている¹⁹¹⁾。

主席刑事施設査察官の2002年報告書によれば、ウッドヒル刑事施設の嚴重監督センターに収容されていた被拘禁者は16人にすぎず、担当職員は定員46人、実員31人であった。それでもなお職員数の相対的不足が指摘され、

それに由来する運営上の問題があげられているが、被拘禁者の処遇や人権に関する深刻な問題は指摘されていない¹⁹²⁾。また、ヨーロッパ拷問防止委員会の2002年報告書も、被収容者の選定基準をより明確にすべきとしながらも、現在の実務をさらに発展させるよう指摘しており、職員が建設的な仕方では被拘禁者を処遇しようと努力していることを積極的に評価している¹⁹³⁾。

他方、クレイトンとキングによれば、ウッドヒル刑事施設の嚴重監督センターにおいて、禁制品が同封されているとの個別具体的な嫌疑によるのではなく、法的コミュニケーションとして発受された信書すべてについて一律に、禁制品の同封がないか確認するための開披を行うという実務がとられるようになったという。このような信書の一律開披が、嚴重監督センターの被拘禁者は最高に嚴重な保安措置が必要な類型であるから、特別に正当化されると考えられているのであろう。クレイトンとキングは、たとえこの論理を承認するにしても、被拘禁者が発信する信書のみならず、弁護士から被拘禁者に宛てられた信書まですべて開披することの合理的理由は見出しがたいとしている。制限が必要最小限度を超えているというのである¹⁹⁴⁾。現在までにこのような実務の司法審査が求められた事件はないようであり、また、主席刑事施設査察官・刑事施設査察局の報告書にも、ヨーロッパ拷問防止委員会の報告書にも、この問題は指摘されていない。とはいえ、たとえ10数人の被拘禁者についての例外的取扱とはいえ、制限理由の個別具体的認定という原則に対する重大な例外といえるであろう。

4 電話による法的コミュニケーションについても、特別な秘密保護が与えられている。

上述のように、被拘禁者の通話はすべて、施設職員による傍受、録音の対象となりえ、被拘禁者が弁護士などに電話をかけた場合にも、通話一般に対して通常とられている措置が、少なくともいったんは適用される。この意味において、法的コミュニケーションとしての通話であっても、その秘密性が完全に保障されているわけではない。しかし、行刑局通達21/92

の40から43によれば、法的コミュニケーションとしての通話であると認められた時点で直ちに、施設職員は傍受装置のスイッチを切らなければならない。傍受した部分についても、通話内容の詳細を開示することは許されず、また、不注意により通話を録音してしまった場合には、その録音内容を聴取することや録音媒体を再生することは許されない。このような通話の秘密保護は、弁護士に対する電話のほか、人権委員会・人権裁判所を含む裁判所、刑事事件再審委員会、さらには NGO サマリタンズ に対する電話にも適用される¹⁹⁵⁾。

通話の秘密保護に関連して、カニオグラリ事件において、1994年の合議法廷判決¹⁹⁶⁾は、被拘禁者はいつでも一般電話の使用に代えて、信書を発信し、あるいは公用電話の使用を要求できるのであるから、被拘禁者の通話の内容が施設職員や他の被拘禁者に聞こえないような位置に電話機を設置することができない場合があっても、それはやむをえないとの施設側の主張を支持した。また、判決は、通話を予め選別したうえで、法的コミュニケーションにあたらぬ通話のみを録音することが技術的に不可能であり、通話の内容が不必要に聴取されることがないよう確保するための十分な保障措置が施設内部においてとられていたとの理由から、通話の録音が法的コミュニケーションの秘密性を不必要に侵害するとの主張を支持しなかった。

(2) 面 会

1 法的コミュニケーションとしての面会の自由と秘密性についても、特別な手厚い保障がなされている。

刑事拘禁規則38(1)は、被拘禁者が民事・刑事の訴訟手続の当事者となっている場合のみ、法的助言者との面会が施設職員が見ることはできるけれども、会話が聞こえることのないような位置において行われるべきことを定めている。しかし、規則施行令5A(34)は、このような秘密保護を被拘禁者と弁護士の面会ほぼすべてに対して拡張している。被拘禁者が当事者

となっている訴訟手続や人権委員会・人権裁判所への申立について相談するための面会のほか、被拘禁者が法的助言者と訴訟手続の準備に関する相談をする場合、あるいは訴訟手続の準備とはかかわりなく、たとえば不動産の売却、遺言の作成のように他の法的用務について相談する場合には、法的助言者との面会が施設職員の視野に入っても、会話を聞かれないような位置おいて行われるべきとされる。改正前の規則施行令5A(34)(b)は、相談の内容については明かす必要はないにせよ、面会に先立ち、面会が訴訟手続の準備に関するものであることを届け出るよう要求していた。その後、規則施行令は改正され、法的助言者と面会する場合、被拘禁者はその面会目的を予め届け出る必要はないとされた。

法的コミュニケーションとしての面会が行われる場合、法的助言者はノートを取り、録音テープその他の録音媒体を用いて会話を録音することを認められる。ノートをとることや録音は、社会的コミュニケーションとしての面会においては禁止されているが(規則施行令5A(26)から(29))、法的コミュニケーションとしての面会の場合には特別に認められるのである。ただし、録音については、法的助言者はその録音を面会に関連する法的用務においてのみ使用することを約束しなければならない。

法的コミュニケーションについても、一般に、一定の面会時間が設定されている。たとえば、ホロウェイ刑事施設やワームウッド・スクラブズ刑事施設においては、社会的コミュニケーションの場合と同じ時間が設定されているが、異なる面会時間が設定されている刑事施設もある。その場合、社会的コミュニケーションよりも、曜日・時間が狭く設定されていることが少なくない。たとえば、私が2004年6月29日に訪問したウェールズのパルク民営刑務所においては、社会的コミュニケーションについて、1年365日、毎日、昼食・夕食の休憩を挟んで、月曜日から土曜日まで午前9時から午後8時まで、日曜日が午前9時から午後5時30分までの面会時間が設定されていたのに対して、法的コミュニケーションについては、月曜日から金曜日まで、昼食・夕食の休憩を挟んで午前9時から午後8時まで

と設定されていた。また、7月15日に訪問したティー・サイドのホーム・ハウス刑事施設においては、社会的コミュニケーションについて月曜日、水曜日、金曜日が午後1時から3時45分まで、火曜日、木曜日がこれに加えて午後5時から7時15分まで、土曜日・日曜日が昼休みを挟んで午前9時から午後4時30分と設定されているのに対して、法的コミュニケーションについては、月曜日から金曜日までの昼休みを挟んで午前9時から午後3時45分までと設定されていた。訪問にさいして、パルク刑事施設のロイ・ウールフォード施設長、ホーム・ハウス刑事施設の被拘禁者生活再建担当の運営責任者であるギル・ポルトン氏に対して質問したところ、兩人とも、法的コミュニケーションの面会時間は弁護士の通常の勤務時間に合わせて設定されており、とくに不都合は感じていないと話していた。私が、緊急の必要を理由に弁護士が面会時間外の面会を申し込んだ場合はどのように対処するのか質問したところ、兩人とも、そのような例は希有であり、年に1件あるかどうかという程度であるが、もし時間外面会の申し込みがあった場合には、社会的コミュニケーションの面会時間内であれば例外的に面会を認めるものの、そうでなければ認めることはなく、次の面会時間まで待ってもらおうと回答した。

文献資料上、法的コミュニケーションの面会時間の限定が問題にされているのを発見することはできなかった。2004年6月27日、弁護士実務の豊富な経験も有するウェスト・イングランド大学エド・ケープ教授にインタビューしたところ、その回答によれば、刑事事件の弁護人による被疑者・被告人との面会要求が面会時間外ということで拒否されるのは、防衛上緊急の必要がある場合、防御権の実質的制約となることは否定できないから、弁護士のなかには法的コミュニケーションの面会時間の制限に対して不満もあるとのことであった。とはいえ、1984年警察刑事証拠法58条4項に基づき、弁護人は、逮捕され警察留置されている被疑者とはいつでも、可能な限り速やかに面会することができること¹⁹⁷⁾、警察留置中の場合と異なり、刑事施設に収容されて以降は被疑者の取調が行われることは稀である

こと、公判期日であっても、公判開始前に防御上必要な打ち合わせの時間が認められることなどの理由から、防御上の面会の緊急の必要が実際に生じることは考えにくいとのことであった。

2 1994年に発生したホワイトムア刑事施設における逃走事件の後、保安分類上のA級被拘禁者のうち、最高嚴重保安措置対象者については、法的コミュニケーションとしての面会の場合にも、遮蔽板の設置された面会室における閉鎖面会が適用されるようになった。閉鎖面会においては、被拘禁者と面会者とは透明の遮蔽板によって隔てられ、会話は電話を使って、あるいは遮蔽板の穴の開いている部分を通じて行わなくてはならない。身体的接触は不可能であり、文書の授受は遮蔽板の下部に設けられた受渡口を通じて行われる。

オデュビール事件においては、このような閉鎖面会の一律適用は被拘禁者と弁護士とのコミュニケーションを阻害し、したがって裁判にアクセスする被拘禁者の権利を侵害しないか問題となった。原告は2人の被拘禁者であった。原告側は、とりわけ弁護士が複数いる場合、閉鎖面会において文書を授受し、かつ会話が施設職員に聞こえないよう確保することは困難であると主張した。原告側の主張によれば、施設長に対する行刑局内の通達によって導入された最高嚴重保安措置対象者に対する閉鎖面会の一律適用という実務が、弁護士との法的コミュニケーションという基本的権利を制約することは明らかであるが、基本的権利の制約が国会の明示的な制定法によるものではない場合についてリーチ事件の控訴院判決において示された司法審査の基準を満たしていないこと、すなわち明白かつ差し迫った必要性があり、かつ必要最小限度の制限ではないことは明らかである。原告は、刑事施設の保安という正当な目的は、適切な透視検査と身体・所持品の検査手続を行ったうえで、閉鎖面会が必要なケースを個別具体的に選定するというより制限的でない代替措置によっても十分達成できるであろうことは証拠上明らかであると主張した。

しかし、1997年の控訴院判決¹⁹⁸⁾は、合議法廷判決と同様、このような

原告の主張を支持しなかった。控訴院判決は、本件における問題は刑事拘禁規則の射程範囲ではなく、施設長に対する行刑局通達の適法性であるから、リーチ事件判決が示した司法判断の基準は適用されることはなく、単純な合理性基準を用いることで足りるとした。弁護士と依頼者との自由なコミュニケーションの制約が立証されたならば、当然、明白で差し迫った必要性和必要最小限度の制限という審査基準が適用されるべきとの原告の主張に対して、判決は、閉鎖面会の適用はたんに法的コミュニケーションの仕方を統制しているにすぎず、基本的権利の制約にはあたらないとしたのである。そのうえで判決は、第1に、原告がIRA(アイルランド共和国軍)のメンバーであり、第2に、本件の弁護士が閉鎖面会という条件下では適切な助言・援助を提供することができないと申し出た場合には、行刑局は閉鎖面会によることなく、開放面会を適用するという例外措置を講じるとの意向を表明していたという事実を根拠にして、閉鎖面会の適用は合理性基準を満たすと判示した。

この判決に対しては、二次的立法として国会の審査を受けている刑事拘禁規則について、リーチ事件判決の示した司法審査の厳格な基準が適用される一方で、純然たる行政命令である行刑局通達について、より緩やかな合理性基準が適用されるとすることは不合理であるとの批判がある¹⁹⁹⁾。リーチ事件判決は厳格な均衡性基準の適用を判示することによって、被拘禁者の基本的権利、刑事施設の保安、秩序、規律という要請を比較考量するうえで、裁判所の司法審査が実効的に機能するよう確保したにもかかわらず、オデュピール事件判決は、緩やかな合理性基準を適用することによって、裁判にアクセスする被拘禁者の権利という基本的権利の制約に対する司法審査の機能を低下させた。その結果、一般社会においては、裁判にアクセスする市民の権利の制約が、一次的立法の明示的規定によるのみ可能とされることと対比して、被拘禁者は、この基本的権利の保障において特別に不利な立場に置かれることとなった。保安についての考慮が前面にでるようなハード・ケースにおいて、厳格な司法審査基準の適用を回

避するならば、それは結局のところ保安の偏重につながり、被拘禁者の基本的権利に対するコモン・ロー上の保護を切り崩すことになる。このような批判である²⁰⁰⁾。

3 しかし、オデュピール事件の控訴院判決がとったこのような立場は、その後、二つの貴族院判決、すなわちジャーナリストとの面会に関する2000年のシムズ事件判決²⁰¹⁾、居室搜索にさいしての法的コミュニケーションとしての信書の秘密保護に関する2001年のデリー事件判決²⁰²⁾によって明らかに否定された。現在、被拘禁者の基本的権利の制約についての司法審査においては、法の支配の原則が適用され、合理性基準ではなく、明白で差し迫った必要のための最小限度の制限という厳格な均衡性テストによる審査基準が適用されることは明らかである。

国連人権委員会決議に基づく「裁判官と法律家の独立に関する特別報告官」の1998年英国報告書も、閉鎖面会の一律適用によって、法的助言・援助にアクセスする被拘禁者の権利の自由な行使が妨げられていると指摘した²⁰³⁾。報告書は、ベルマーシュ、フル・サットン、ホワイトムアアの3つの刑事施設内に設けられた最高厳重保安措置対象者用の特別保安措置区画において、弁護士が被拘禁者と面会するさいには、特別保安措置区画に入るまでに何度も身体検査を受けるなど入念な保安措置がとられていること、閉鎖面会室には透明の遮蔽板が設置されており、書類の授受のさいにはエックス線透視検査を経ること、閉鎖面会室のすぐ外の防音装置の施された部屋において施設職員が面会場面を監視していること、特別報告官は施設職員が視覚的監視をすることは可能であるが、会話を聴取することはできないと念を押されたことなどを指摘したうえで、被告人の被拘禁者と実際に面会した弁護人の次のような意見を紹介している。すなわち、その弁護士たちによれば、閉鎖面会においては文書を一緒に検討するのが困難であり、秘密性の確保に問題が残ることから、公判準備を行うことがきわめて困難であるというのである。また、弁護活動の十分な準備のための必要な信頼関係やラポールを形成することも非常に難しい。さらに、弁護人

たちは、例外的状況を指摘して開放面会を要求し、それが許可された場合でも、その裁量的判断は不合理で恣意的に行われていると感じていた。ベルマーシュの施設長は、公判開始の2-3週間前になると公判準備への配慮から開放面会を許可することが多いと説明していた。当時、このような閉鎖面会の一律的用がなされる最高嚴重保安措置対象者は、イギリス全体で6人にすぎず、また、主席刑事施設査察官のデヴィッド・ラムズボタンも、この閉鎖面会の一律適用を継続する必要はないと考えていたという。

報告書は、「すべての被逮捕者、未決の被拘禁者および受刑者は、いかなる遅延、妨害、検閲もなく、かつ完全な秘密性が保障されたうえで、弁護士との面会を行い、弁護士と話し合い相談をするための十分な機会、時間および便益を提供されなければならない。この面会は、法執行官憲が見ることはできるにせよ、会話を聞くことはできないような位置において行われなければならない」とする法律家の役割に関する国連基本原則8を指摘し、また、「『十分な時間』というのは個別事件の具体的状況によって決められることになるが、便益には被疑者・被告人が自己の弁護のための準備をするために要求した文書その他の証拠へのアクセスが含まれなければならない。……法律家は、確立した専門業務の基準に従い、いかなる制限、干渉、圧力、いかなる筋からの不当な介入をも排除した判断に基づき、自己の依頼者と相談し、弁護することが可能でなければならない」との国際自由権規約14条3項(b)に関する自由権規約委員会の一般的コメントを参照したうえで、次のような意見を述べた。

すなわち、「特別報告官の考えるところでは、弁護士が法的専門業務にともなう責任を濫用しているとの証拠が存在しない限り、特別保安措置区画における閉鎖面会は、弁護士と依頼者との関係に対する不当な干渉となり、十分な公判準備にとって不必要な障害となる。最低限度の要請として、施設当局が、個別具体的事件ごとに、刑事施設の保安を維持するための例外的措置として閉鎖面会が必要であることを立証する責任を負わなければ

ならない。主席刑事施設査察官が特別報告官に語ったところからしても、閉鎖面会の一律適用を廃止することが期待される²⁰⁴⁾。このように、閉鎖面会の一律適用が、少なくとも国際自由権規約14条や国際的人権基準としての法律家の役割に関する基本原則8の趣旨に適合しないことを指摘したのである。

4 現在、身体を拘束された被疑者・被告人と弁護人とのあいだのテレビ回線を通じての相談が、一定の条件下で行われている。

1998年犯罪秩序違反法57条は、未決拘禁中の被告人については、裁判所に物理的に出廷せずとも、裁判所と刑事施設とのあいだのテレビ同時中継回線を通じて、マジストレイト裁判所および刑事法院における公判手続開始前の審問を行うことができると定めている。この規定は、内務大臣の認定した設備が、その被告人の拘禁されている刑事施設に存在する場合、原則として、テレビ回線を通じて公判手続開始前の審問を行うべきとしている。検察官、弁護人はいずれも、この問題について意見を述べることができ、テレビ審問が可能であるにもかかわらず、裁判所がテレビ審問を決定しなかった場合には、裁判所はその理由を示さなければならない。このテレビ審問は、いくつかのマジストレイト裁判所における実験的实施を踏まえ、現在、全国のマジストレイト裁判所、刑事法院において広く実施されつつあり²⁰⁵⁾、未決被拘禁者を収容している刑事施設はすべて、専用ブースなど十分なテレビ審問のための設備を用意しなければならないとされている²⁰⁶⁾。実務上、初回の裁判所出頭(予備出頭)については、被告人は物理的に出廷することになり、手続が延期されて、保釈申請、略式手続か正式手続かの裁判方式の決定、有罪答弁か公判開始決定かなどに関する審問がそれ以降に行われる場合、テレビ審問が実施されることになるという²⁰⁷⁾。

テレビ審問については、被告人の在廷がそれ自体さほど重要でない手続のために定刻に裁判所まで被拘禁者を押送することにもなう不都合が広がっている現状からすれば、効率的に運用される限り歓迎すべきスキーム

であるとの積極的評価がある²⁰⁸⁾。しかし、通訳が必要である場合、被告人が不安になっていて、テレビ回線を通じてはうまくコミュニケーションを行うことができない場合、被告人が精神的問題を抱えている場合、多数の関与した事件や非常に複雑な事件の場合、被告人の言語能力が低く、コミュニケーションを補助するために文書を使用する必要がある場合、その審問期日に検察官が提出した文書について、弁護人が被告人から直接の指示を受ける必要があるような場合、刑事施設において弁護人と被告人が直接面会をしていない、またはそれが不可能な場合などには、テレビ審問は行うべきではないとされている。また、弁護人としては、被告人が秘密保護についての不安から、弁護人に対してテレビ回線を通じては重要な情報を伝えたくないと思っている場合には、そのような意見を陳述すべきとされる²⁰⁹⁾。

現在、実務上、テレビ審問が行われる前後、弁護人と未決被拘禁中の被告人は、裁判所と刑事施設に設置された相談用ブースを使用して、相談をすることが可能となっている²¹⁰⁾。このようないわばテレビ面会が、刑事施設における面会に代替する機能を果たしている。2004年3月15日、ベルマーシュ刑事施設を訪問したさい、私はこの専用ブースに入ることができたが、3メートル四方程度の小部屋であった²¹¹⁾。担当職員の話によれば、テレビ審問とともに、弁護人と被告人とのテレビ面会は頻繁に行われており、さほど重要でない手続のために裁判所に被拘禁者を押送する必要がないことから、刑事施設にとっても利益であり、また、ベルマーシュ刑事施設においては一般に保安措置がきわめて厳重であるにせよ、出廷のたびに裸体検査を含む入念な身体検査を受ける必要がないので、被拘禁者にも歓迎される場合が多いという。テレビ面会のさい、被拘禁者はブース内に設置された監視カメラによって視覚的に監視はされるが、電話によるコミュニケーションの場合とは異なり、相手方は裁判所の専用ブースを使用している弁護人であることが疑いなく確認できるので、相手方の確認のためにも会話内容の傍受は行わないという。かくして、弁護人と被告人とのあい

だのテレビ面会が広がっているが、実験の実施を経験した弁護士のなかには、回線容量の限界によって生じる低速度撮影のような画面のゆえに、テレビ面会によるコミュニケーションには困難がともなうとの不満もあるようである²¹²⁾。

9 終 章 日本法の改革構想

(1) 基本的人権としての社会的コミュニケーション

(i) 社会的コミュニケーションの法的性格

1 行刑改革会議の『提言』は、受刑者が「外部交通を通じて、健全な社会との良好な関係を維持することは、その改善更生や円滑な社会復帰に寄与する」との基本的視点に基づき、社会的コミュニケーションの拡大に向けて具体的提案を行う一方で、受刑者に対する図書差入の不許可処分を適法とした1985年最高裁判所判決²¹³⁾に依拠する形で、「自由刑は、受刑者を一定の場所に拘禁して社会から隔離し、その自由を剥奪することを目的の一つとしており、この目的からすれば、受刑者の外部交通に一定の制限があることは当然であると考えられる」との基本的立場を示した。本稿1(1)において指摘したように、「社会からの隔離」が独自の自由刑の目的として承認されるとき、1985年最高裁判所判決がいうように、受刑者の外部交通は「一般的に禁止」されたうえで、裁量に基づく恩恵の利益として例外的に与えられるものとされやすい。これこそ現行法の基本的立場である。

他方、未決被拘禁者の社会的コミュニケーションについては、刑事訴訟法80条が「法令の範囲内で、接見し、又は書類若しくは物の授受をすることができる」と規定しており(同207条1項は被疑者について準用)、監獄法45条、同46条も面会・信書発受の権利を認めている。しかし、監獄法50条の委任を受けた監獄法施行規則により、面会の立会、信書の検閲を含め、広汎かつ強度の制限が定められている。かくして、社会的コミュニケーションの権利としての性格は曖昧なものとなっている。

2 被拘禁者の権利とその制約について、かつての支配的見解は特別権力関係論であった。すなわち、被拘禁者は国の包括的支配権限に服すべきであり、法律の具体的根拠がなくとも、裁量によって広汎な権利の制約が可能であるとされ、司法審査も排除されたのである。受刑者の社会的コミュニケーションについて、現行監獄法が裁量的に与えられる恩恵的利益としてそれを性格づけているのは、このような特別権力関係論に立脚してのことである。しかし、基本的人権の尊重と国民主権を原理とし、法の支配を確立した憲法の下、国と受刑者との関係を包括的支配・服従関係として捉える特別権力関係論を維持することは、もちろんできない²¹⁴⁾。

被拘禁者の憲法上の権利とその制約について、市川正人によれば、一般に、「国民主権と基本的人権の尊重を基本原理とし、徹底した法治主義を採用している日本国憲法の下では、……在監関係においても基本的人権の保障は及び、その制限は、在監関係の設定自体が当然に前提としているような自由の制限でない限り法律の根拠を有すると共に、当該法律関係の設定目的を達成するのに必要かつ合理的なものでなければならない」とされる²¹⁵⁾。すなわち、まず、拘禁「目的から直接的・内在的に生ずる制限」として、「住居・移転・職業選択の自由、集会・結社の自由のように在監関係の存立と両立しない行動の自由については、在監関係の成立に内在する制約を受ける²¹⁶⁾」こととなるという。このような意味において拘禁目的からの直接的・内在的制限に服する場合、被拘禁者の権利はいったん否定され、そのうえで裁量に基づく例外的解除によって一定の自由が認められるにすぎないことになる。特別権力関係論と同様の帰結である。

受刑者の社会的コミュニケーションについてはどうであろうか。『提言』が依拠したと目されるのは、受刑者に対する図書差入に関する1985年の最高裁判所判決である。この判決は、受刑者に対する差入が差入人と受刑者との関係が明らかでないため受刑者の処遇上害があるか否か不明である場合には、刑務所長は、その裁量により、右差入の許否を決することができる」と判示するうえで、「差入は受刑者と外部との交通の一態様であるが、

懲役刑は、受刑者を一定の場所に拘禁して社会から隔離し、その自由をはく奪するとともに、その改善、更生を図ることを目的とするものであつて、受刑者と外部との交通は一般的に禁止されているものである」とした。すなわち、自由刑は社会的隔離を目的としている以上、この目的からの「内在的・直接的」制限として、受刑者の「外部交通」は一般的に禁止され、したがって受刑者の「外部交通」の権利は否定されるというのである。しかし、このような見解には重大な疑問がある。

3 まず、受刑者の社会的コミュニケーションの法的性格に関する最高裁判所の立場を示すものとして、1985年判決の一節を引くことには疑問がある。

第1に、1985年判決は、「外部交通」とはいえ、面会、信書の発受などによる人の意思・情報伝達のためのコミュニケーションではなく、新聞、雑誌などの図書との差入についての判断であった。コミュニケーションとしての「外部交通」か、物の授受かという決定的な性格の違いを考えたとき、図書との差入に関する判決に依拠する形でコミュニケーションとしての「外部交通」の法的性格を判断することには、重大な疑問が残る²¹⁷⁾。

第2に、被拘禁者の社会的コミュニケーションに関する最高裁判所の憲法判例について、その判決理由を構造的に分析したとき、1985年判決における先のような一節が、受刑者の社会的コミュニケーションに関する最高裁判所の立場を示しているのではないことが明らかとなる。

受刑者の広義の外部交通に関する最高裁判所の憲法判例としては、1985年判決の後、図書閲覧不許可処分の合憲性に関して1993年判決、新聞・機関紙の一部抹消の合憲性と信書の一部抹消の合憲性に関して1998年判決、さらに民事訴訟に関する受刑者と弁護士との接見の時間制限と職員立会の合憲性に関する2000年判決がある。受刑者の社会的コミュニケーションの法的性格についての最高裁判所の立場を明らかにするうえで参照すべき判例として最も重要なのは、受刑者の信書の一部抹消の合憲性を判示した1998年判決のほずである。また、後述するように、最高裁判所判例におい

広義の外部交通に関する最高裁判所の憲法判例

				判示事項	先例	参照判例
	1970. 9. 16	大法廷判決	未 決	喫煙禁止の合憲性(13条)		
	1983. 6. 22	大法廷判決	未 決	新聞・図書の一部抹消の合憲性(13条, 19条, 21条)		
参考	1985. 12. 13	第二小法廷判決	受刑者	図書差入不許可の適法性		
	1993. 9. 10	第二小法廷判決	受刑者	図書閲読不許可の合憲性(13条, 19条, 21条)		
	1994. 10. 27	第一小法廷判決	未 決	信書発受の制限の合憲性(21条)*	,	
	1998. 4. 24	第二小法廷判決	受刑者	新聞・機関紙の一部抹消の合憲性(21条) 信書の一部抹消の合憲性(21条)	,	,
	2000. 9. 7	第一小法廷判決	受刑者	接見の時間制限と立会の合憲性(13条, 32条)**	,	
	2003. 9. 5	第二小法廷判決	未 決	刑事事件の弁護人との信書の制限の合憲性(21条, 34条, 37条3項)***	,	

* 信書検閲が憲法21条2項前段の「検閲」にあたらぬことについては、先例として、最大判1984年12月12日・民集38巻12号1308頁(札幌税関事件)、最大判1986年6月11日・民集40巻4号872頁(北方ジャーナル事件)をあげている。

** このほか、「憲法第32条は、何人も裁判所において裁判を受ける権利あることを規定したに過ぎないもので、如何なる裁判所において、裁判を受くべきかの裁判所の組織、権限等については、すべて法律において諸般の事情を勘案して決定すべき立法政策の問題である」とした最大判1950年2月1日・刑集4巻2号88頁(食糧管理法違反事件)を先例としてあげている。

*** 先例として他に、最大判1999年3月24日・民集53巻3号514頁(刑事訴訟法39条3項接見指定合憲判決)をあげている。

では、受刑者の社会的コミュニケーションと民事訴訟などに関する法的コミュニケーションとが区別されておらず、身体拘束中の被疑者・被告人と弁護人との接見の場合と異なり、法的コミュニケーションとしての弁護士との接見も一般的な接見の一種として扱われているから、民事訴訟に関する弁護士との接見の制限を合憲とした2000年判決も、1998年判決と同じく最も重要な先例となる。これら二つの判決をみると、1998年判決は、「監

獄内の規律及び秩序の維持に障害を生ずること並びに受刑者の教化を妨げること」という「理由でされた上告人の受信した信書及び上告人の発信した信書の一部抹消が憲法21条に違反するものでないことも、当裁判所大法廷判決(最高裁昭和40年(オ)第1425号同45年9月16日判決・民集24巻10号1410頁, 前示昭和58年6月22日判決)の趣旨に徴して明らかである(最高裁平成5年(行ツ)第178号同6年10月27日第一小法廷判決・裁判集民事173号263頁, 前示最高裁平成3年(オ)第804号同5年9月10日判決参照)」と判示している。また, 2000年判決は, 「接見時間を30分以内と定めた監獄法施行規則(以下「規則」という。)121条本文の規定及び接見には監獄職員の立会いを要する旨を定めた規則127条1項本文の規定が憲法13条及び32条に違反するものでないことは, 最高裁昭和40年(オ)第1425号同45年9月16日大法廷判決・民集24巻10号1410頁, 最高裁昭和52年(オ)第927号同58年6月22日大法廷判決・民集37巻5号793頁, 最高裁昭和23年(れ)第281号同25年2月1日大法廷判決・刑集4巻2号88頁の趣旨に徴して明らかである」と判示している。

1988年判決において, 信書の一部抹消の合憲性を判示するうえで先例とされたのは, 未決被拘禁者の喫煙禁止が憲法13条に違反しないと判示した1970年大法廷判決, 未決被拘禁者についての新聞・図書の一部抹消が憲法13条, 19条, 21条に違反しないとした1983年大法廷判決である。2000年判決においても, 憲法32条に関する食糧管理法違反事件の大法廷判決を除けば, 1988年判決と同じく, これら二つの大法廷判決が先例としてあげられている。1970年判決は, 未決被拘禁者の喫煙の自由が憲法13条により保障されると仮定したうえで, その自由に対して, 拘禁の確保, 逃亡と罪証隠滅の防止, 刑事施設の規律・秩序の維持という目的のために, 制限の必要性の程度, 制限される基本的人権の内容, 具体的制限の態様についての比較衡量に基づき, 必要な限度において合理的制限を加えることができるとしたものである。1983年判決は, 広義の外部交通に関するものであり, 受刑者の信書についての一部抹消の合憲性に関する判断との関連性はいっそ

う強い。この判決は、意見、知識、情報の伝達媒体である新聞の閲読の自由が憲法上保障されるべきことは、思想・良心の自由を保障する憲法19条と表現の自由を保障する憲法21条の趣旨・目的から、その派生原理として当然に導かれ、また、個人の尊重を要請する憲法13条の趣旨にも適うとしたうえで、「未決勾留は、……逃亡又は罪証の隠滅の防止を目的として」おり、「勾留により拘禁された者は、その限度で身体的行動の自由を制限されるのみならず、前記逃亡又は罪証隠滅の目的のために必要かつ合理的な範囲において、それ以外の行為の自由をも制限されることを免れないのであり」、「監獄内の規律及び秩序の維持のためにこれら被拘禁者の新聞紙、図書等の閲読の自由を制限する場合において……、制限が許されるためには、当該閲覧を許すことにより右の規律及び秩序が害される一般的、抽象的なおそれがあるというだけでは足りず、……具体的状況のもとにおいて、その閲覧を許すことにより規律及び秩序の維持上放置することのできない程度の障害が生ずる相当の蓋然性があると認められることが必要であり、かつ、その場合においても、右の制限の程度は、右の障害発生防止のために必要かつ合理的な範囲にとどめるべきものと解するのが相当」であると判示した。

1998年判決と2000年判決において、これらの大法廷判決、とくに1983年大法廷判決が先例とされたのはなぜか。もし最高裁判所が図書差入不許可処分を適法と認めた1985年判決の立場に沿って、社会的隔離という自由刑の目的からすれば、受刑者の「外部交通」としての面会・信書発受は「一般的に禁止」されており、規則上明文で規定された場合を除き、どのような場合に例外的に許可されるかは施設長の裁量によって決められると考えていたのであれば、これらの大法廷判決を先例として引くことはなかったはずである。社会的隔離の目的から受刑者の「外部交通」は「一般的に禁止」されるとの立場をとる限り、受刑者の面会・信書発受が憲法上の権利として認められる可能性も、したがってそれに対する制限が憲法違反となる可能性もないからである。この場合、未決被拘禁者の憲法上の権利に対

する制約が合憲であることを判示した二つの大法廷判決が先例として引かれるはずはない。むしろ、これらの先例を引いていることは、最高裁判所が、受刑者の「外部交通」としての面会・信書発受についても、未決被拘禁者の場合と同様の法的構成において理解していること、すなわち、受刑者の面会・信書発受は憲法上の権利として保障されており、その制約は拘禁目的のために必要かつ合理的なものでなければならないという立場をとっていることを示唆している。さらに、広義の外部交通としての図書閲覧についても、1993年判決がその不許可処分は憲法13条、19条、21条に違反しないと判示するうえで、先例として1983年大法廷判決をあげていることからすれば、受刑者の面会・信書発受の場合と同様、1985年判決の判示の射程は及ばないことが分かる。

4 自由刑の目的として『提言』があげているのは、拘禁、社会的隔離、社会復帰、の三つである。たしかに拘禁には必然的に一定の社会的隔離がともなうが、『提言』においては、拘禁に必然的にもなう限度を超えた社会的隔離が、独自に自由刑の目的として承認されている。上述のように、外部交通の「当然」の制限という法的構成は、このことに由来していた。

拘禁を超えた独自の社会的隔離を自由刑の目的とし、受刑者の権利の制約根拠とすることに対しては、これまで「自由刑の純化」、すなわち自由刑の内容は身体の拘束のみであるとして、受刑者の権利・自由の制約について社会的隔離、社会復帰を根拠にした「当然」の制限を排除したうえで、拘禁目的のための必要最小限度の制限であることを要求する立場から批判が提起されてきた²¹⁸⁾。しかし、たとえ「自由刑の純化」の立場をとらなくとも、これら三つの相互関係を考えたとき、自由刑の目的としてこれらを並列することには疑問が生じる。

アメリカ建国期におけるペンシルヴェニア制、オーバン制の処遇モデルに始まって、過去、受刑者の社会的隔離が、沈黙、厳格な規律、労働などと相俟ってその社会復帰に寄与すると信じられていた時期があったことは

たしかである。しかし、現在までの行刑思想の発達と処遇実務の蓄積によって、このような考えは克服され、受刑者の社会復帰を促進するためには社会的隔離を強調するのではなく、受刑者の生活条件・様子を外部社会の生活に近づけるとともに、受刑者と外部社会との接触・交流を拡大すべきと考えられるに至っている。監獄法改正において法務省も遵守を約束してきた国連被拘禁者処遇最低基準規則(1957年経済社会理事会決議)61条が、「受刑者の処遇は、社会からの排除ではなく、受刑者が継続して社会の構成員であることを強調するものでなければならない」と規定しているとおりである。社会復帰の促進のためには、受刑者の家族の絆、社会的繋がりを維持することこそ必要であり、逆に社会的隔離の強調は社会復帰を阻害する。さらに、拘禁が必然的に一定の社会的隔離をとまなうにせよ、拘禁から社会的隔離の要素を可能な限り除去することが、受刑者の社会復帰という目的から要請されるのである。イギリス行刑改革を力強く牽引した1991年ウールフ報告書が提示したコミュニティ・プリズンという理念も、これらのことを含意している。かくして、社会復帰が自由刑の目的とされる以上、拘禁に必然的にともなう限度を超えた社会的隔離を独自に自由刑の目的として位置づけることはできない。このように考えると、1985年最高裁判所判決も自由刑の目的を普遍的なものとして宣言したというより、むしろ、社会的隔離を強調したかつての行刑思想と処遇実務に基づき制定された現行監獄法の立場を説明したものとして理解すべきであろう。

5 受刑者と未決被拘禁者を含む被拘禁者の社会的コミュニケーションについて、その法的性格はどのように理解されるべきか。意思・情報の伝達ためのコミュニケーションは、一般に、社会的存在としての人間の根幹を支えるものである。井上祐司は、「人間は社会的存在として、他者との接触の基本的欲求をもつ。個人として尊重される国民の、生命、自由および幸福追求の権利(憲法13条)には、その根底に他者との自由な接触欲求を満足させる行為が含まれているといえよう。……面会、信書の発受に関する受刑者の権利も、その憲法上の基礎を、この第13条に求めることができ

る」と論じている²¹⁹⁾。淵野貴生は、人は、他者とのコミュニケーションや社会に流通するさまざまな情報に接触することを通じて「自己の人格を形成発展させていく存在」であるから、「他者とのコミュニケーションや情報へのアクセスは、自由な人格の発展の機会を保障するための不可欠の機会」であり、「外部交通は、被収容者にとって、いわば自己実現を図るための生命線」であると論じ²²⁰⁾、水谷規男も、「私的に話し、聞き、読み、書くことは個人の自己実現のための最も基本的な手段の一つである」としている²²¹⁾。

被拘禁者の社会的コミュニケーションは、人間としての尊厳の尊重を要請し、幸福追求権を保障する憲法13条によって基礎づけられており、より具体的には、表現の自由として他者とのコミュニケーションの権利を保障する憲法21条によって根拠づけられていると理解すべきであろう。自由刑における社会的隔離という目的から、受刑者の社会的コミュニケーションが「一般的に禁止」され、その権利が直ちに否定されるわけでないことは、上述のとおりである。

社会的コミュニケーションを通じて家族の絆、社会的繋がりを維持することが、被拘禁者の社会的再統合を促進することが指摘されてきた。受刑者の社会的コミュニケーションについて、『提言』も、「行刑施設に入所した後、面会や信書の発受等の外部交通を通じて、健全な社会との良好な関係を維持することは、その改善更生や円滑な社会復帰に寄与する」ことを認め、「親族は、一般的に、受刑者にとって、その改善更生及び社会復帰の礎ともなるべき存在である」としている²²²⁾。イギリスにおいても、上述のように、経験科学的実証研究の成果に基づき、受刑者の家族の絆、社会的繋がりを維持することが被拘禁者の社会的再統合を促進し、受刑者の場合には再犯防止に寄与することが明確に認められ、そのための手段として社会的コミュニケーションを積極的に拡大することが要請されている。社会的再統合が、受刑者の権利として、人間としての尊厳の尊重から導かれると理解するならば²²³⁾、社会的コミュニケーションは、家族の絆、社

会的繋がり維持を通じての社会的再統合の促進という点においても、憲法13条の趣旨に適うであろう。

(ii) 社会的コミュニケーションに対する制限

1 被拘禁者の社会的コミュニケーションが憲法21条の保障する権利として理解されたとき、この権利の制約は、どのような根拠に基づき、どのような限界において認められることになるのか。上述のように、拘禁目的からの内在的・直接的な制限として、受刑者の社会的コミュニケーションが一般的に禁止され、裁量による恩恵的利益としてのみ与えられると考えることはできない。

被拘禁者の憲法上の権利の制約については、先に示したように、「在監関係の設定自体が当然に前提としているような自由の制限」に服する場合は別として、「法律の根拠を有すると共に、当該法律関係の設定目的を達成するのに必要かつ合理的なものでなければならない」と説かれている。すなわち、法律に基づき、拘禁目的の達成のために、必要かつ合理的な限りにおいて、制限が認められるというのである。

これに対して、芦部信喜は、被拘禁者の権利の「制限は、拘禁と戒護（逃亡・罪証隠滅・暴行・殺傷の防止、規律維持など）および受刑者の矯正教化という在監目的を達成するために必要最小限度にとどまるものでなければならない。したがって、……新聞・図書の閲読の制限、信書の発受の制限などについては、裁判所による厳格な審査が必要となろう」と論じている²²⁴⁾。浦部法穂も、「不可侵の人権を保障した日本国憲法のもとで、在監者について特別の人権制限が認められうるのは、憲法自身が在監関係の存在を認めており（18、31条）、その目的を達成するためには、一定の特別な人権制限が必要とされるからである。そうであれば、在監者の人権に対する制限は、この目的を達成するための必要最小限度のものにとどまるべきであって、……もとより、それは、法律によって規定されることを要」するとしている²²⁵⁾。すなわち、法律に基づき、拘禁目的の達

成のために、必要最小限度において、制限が認められるというのである。

2 必要かつ合理的制限が許容されるとする立場からも、制約を受ける権利の具体的性質ないし重要性によっては、「必要かつ合理的な制限」というのでは足りず、必要最小限度の制限でなければならないとされることがある。未決被拘禁者の新聞・図書閲読に対する制限については、必要最小限のものでなければならないとの見解が有力である。この場合、もし制限しなければ、拘禁目的に対する障害が「高度の蓋然性」をもって生じると認められることが前提となる。

たとえば、市川正人は、未決被拘禁者の新聞・図書閲読の自由について、一般に人格の形成・発展、民主主義のプロセスの維持・保全にとって不可欠であり、未決拘禁者にとって一般社会に関する情報を得るためのほとんど唯一の手段として格別重要であり、防御権の行使のために必要な場合もある、との理由から、「監獄の特殊性を考慮しても、閲読を制限するためには閲読によって規律・秩序維持に対する重大な障害が生じる『高度の蓋然性』が必要であり、制限の範囲も必要最小限度でなければならない」と論じている²²⁶⁾。江橋崇も、精神的自由について認められる高次の憲法上の価値、新聞報道を知る権利は思想形成の基礎、民主主義の社会の生命線であること、在監者にとって、社会に関する情報を得るための限られた有力手段であることなどに配慮して、「購読の自由を最大限に尊重し、在監者の他の人権制限に比べればより厳格な基準で、真に必要最小限の制限に限定すべき」として論じている²²⁷⁾。また、竹中勲は、未決被拘禁者の閲読の自由が憲法上保障されている以上、「閲読の自由の制限は、『必要最小限の合理的な制限』にとどめられるべき(憲法13条)であり、基本的には、『より制限的でない他の代替手段(LRA)を選択すべきとの法理』が妥当する」と論じている²²⁸⁾。必要最小限度の制限であるためには、LRA法理の下、最も制限的でない手段の選択が要求されるというのである。

被拘禁者の社会的コミュニケーションについてはどうなのか。まず受刑者について検討するならば、上述のように、社会的コミュニケーションは憲法21条の保障する権利であり、一般に、他者とのコミュニケーションは、人格の形成・発展にとっても、民主主義プロセスの維持・保全にとっても必要不可欠である。さらに、刑事拘禁という状況下、受刑者の自由な人格発展にとって本質的手段であること、受刑者の社会的再統合にとって、家族の絆、社会的繋がり維持が決定的に重要であることからすれば、憲法13条の趣旨からも、社会的コミュニケーションは、最大限に手厚く保障されるべきである。社会的コミュニケーションに対する制限は、可能な限り抑制されなければならない。したがって、法律に基づき、拘禁目的の達成のために、必要最小限度において、制限が許容されると理解すべきであり、さらに必要最小限度の制限であるためには、拘禁目的に対する障害発生の「高度の蓋然性」、すなわちその現実的危険性が認められ、最も制限的でない手段が選択されなければならない。

被拘禁者の社会的コミュニケーションに対する制限は、まず第1に、法律に基づくものでなければならない。阿部照哉は、未決被拘禁者の新聞閲読の制限について、監獄法と監獄法施行規則は「形式的には新聞閲読の自由を制限する法律上の根拠を示しているが、命令への委任につき、閲読の自由を制限する目的も、制限の基準もまったく示していない一般的・包括的委任であり、違憲の疑いが濃厚である」と論じている²²⁹⁾。この指摘は、現行法における被拘禁者の社会的コミュニケーションの制限一般についてあてはまる。一般的・包括的委任を定める監獄法の規定は違憲というべきである。また、先のような制限の根拠と範囲を現行法の規定の限定解釈によって導くことは不可能であるから、この点においても、現行法は違憲といわざるをえない。至急、立法的解決が必要である。

3 被拘禁者の社会的コミュニケーションに対する制限の根拠とされる拘禁目的とはなにか。最高裁判所の判例と同様、受刑者の場合には、拘禁の確保、刑事施設の規律・秩序の維持、受刑者の社会復帰、があ

げられるのが一般的である。

このうち、まず、拘禁の確保が制限根拠としての拘禁目的にあたることに疑いはない。次に、刑事施設の規律・秩序の維持という目的について、未決被拘禁者の新聞・図書の一部抹消を合憲とした1983年最高裁判所大法廷判決は、「監獄は、多数の被拘禁者を外部から隔離して収容する施設であり、右施設内でこれらの者を集団として管理するにあつては、内部における規律及び秩序を維持し、その正常な状態を保持する必要があるから、この目的のために必要がある場合には、未決勾留によつて拘禁された者についても、この面からその者の身体的自由及びその他の行為の自由に一定の制限が加えられることは、やむをえない」と述べている。上述のように、受刑者の信書発受の制限を合憲とした1998年判決においても、この判例は先例としてあげられているから、受刑者の社会的コミュニケーションに対する制限根拠としても、最高裁判所は同様に考えているといえる。たしかに、被拘禁者の集団生活を前提とする刑事施設においては、なんらかの意味の秩序が必要なことは否定できない。問題は、より具体的なその内容である。

従来、規律・秩序の維持という目的の曖昧さが、過度広汎な制限を招いてきたとの批判は強い。赤池一将は、受刑者を「矯正処遇」の客体として位置づけることと相俟って、規律・秩序が受刑者に対する施設側の管理という観点から構成され、管理としての規律・秩序の徹底が、社会復帰に役立つものとして「矯正処遇」のなかに位置づけられると同時に、逃亡、自殺傷などの「事故防止」という拘禁確保を目的とする保安的観点の延長線上で捉えられてきたと指摘する。そのうえで、「施設と被収容者の双方の協力によって達成されるべき『共同生活の安全と秩序』として、刑事施設の規律・秩序を再構成すべきとする²³⁰⁾。徳永光も、「被収容者の自発的な社会復帰を促すのに適した環境を提供する」こととして刑事施設の責務を捉えたとき、「円滑で安全な共同生活環境を享受するという被収容者の視点から論じられる」べきとする²³¹⁾。受刑者処遇において受刑者を「矯

正処遇」の客体の地位から解放し、その主体性を尊重しつつ、処遇形成への参加を保障するという観点からすれば、刑事施設の秩序は、管理主義的観点からの刑事施設の平穏としてではなく、社会復帰のための処遇に適した処遇環境を意味する安全で円滑な共同生活の維持として構成されるべきである。

受刑者の社会復帰という目的についてはどうか。これまで、受刑者処遇の医療モデルにおいて典型的なように、受刑者は「矯正処遇」の客体としての地位におかれ、再犯防止のための犯罪的危険性の除去を中核とする社会復帰を目的とする処遇を強制されてきた。このとき、社会復帰という目的は、受刑者の社会的コミュニケーションを制限する根拠の一つとされることになる。『提言』もこの立場をとっている。しかし、受刑者の人間としての尊厳の尊重という要請からも、また、強制された社会復帰処遇に十分な効果が期待できないことから、社会復帰処遇の強制には重大な疑問がある²³²⁾。社会復帰のための処遇は、受刑者の主体性を尊重したうえで、その同意に基づく参加を前提とすべきである。受刑者は「社会防衛のための矯正されるべき客体としてではなく、自らの人生の問題を自ら解決するために、自らの意思で社会復帰に参加すべき主体」として位置づけられなければならない。社会復帰処遇においては「社会復帰する主体である被収容者の同意」が前提とされなければならない。「被収容者処遇は、被収容者の社会復帰の国家による強制としてではなく、その社会復帰への国家による積極的援助として構成される」べきことになる²³³⁾。このとき、もはや社会復帰の目的は、受刑者の社会的コミュニケーションを制限する根拠とはなりえない。

(iii) 未決被拘禁者の社会的コミュニケーション

1 以上述べたことは、未決被拘禁者の場合にもほぼそのままあてはまるが、未決被拘禁者の社会的コミュニケーションについては、いくらか特別な考慮が必要とされる問題もある。

未決被拘禁者の場合も、受刑者の場合と同様、社会的コミュニケーションは憲法21条の保障する権利である。さらに、刑事拘禁という状況下、被拘禁者の自由な人格発展にとって本質的手段であること、被拘禁者の社会的再統合 受刑者の場合には再犯防止と関連づけられた社会復帰の意味を含むのに対して、未決被拘禁者の場合には、それを含まず、後述するように、釈放後の社会生活の再構築ないし生活再建を意味する にとって、家族の絆、社会的繋がり維持が決定的に重要であることからすれば、社会的コミュニケーションは憲法13条の趣旨からも保障される。

未決被拘禁者の場合には、無罪の推定が保障されることから、たしかに、再犯防止と関連づけられた意味における社会復帰が問題にされるべきではない。しかし、未決被拘禁者についても、家族の絆、社会的繋がり維持することによって、刑事拘禁にともなう社会生活の断絶の効果を緩和し、釈放後の社会生活を円滑に再開させることが必要かつ重要なのは、受刑者の場合と変わりがない。これは、憲法13条による人間としての尊厳の尊重からの要請である。社会的再統合(social reintegration)は、受刑者の場合における再犯防止を中核的意味とする社会復帰だけでなく、このような意味を含む概念として理解することができる²³⁴⁾。広義の社会的再統合を意味するものとして、イギリスにおいては、社会生活の再構築(resettlement)という概念が用いられることも多い。実際、イギリスにおいては、主として刑事施設に駐在するプロベিশョン・オフサーや刑事施設のソーシャル・ワーカーが、プロベিশョン・オフィス、ソーシャル・サービスなど外部機関と連携をとりつつ、未決被拘禁者の家族の絆、社会的繋がり維持するためのさまざまなサービスを、その任意の参加を前提として提供している。かくして、未決被拘禁者についても、家族の絆、社会的繋がり維持を通じて社会的再統合ないし社会生活の再構築を促進するという点において、社会的コミュニケーションの保障は、憲法13条の趣旨に適うのである。

2 さらに、未決被拘禁者の場合、刑事事件の被疑者・被告人としての地

位を有することから、社会的コミュニケーションは刑事手続上の防御権の保障にとっても重要な意義を有する。弁護士の浦功は、刑事訴訟法81条の接見禁止によって被疑者・被告人が社会的コミュニケーション、物の授受を通じての外部社会との接触を完全に遮断される結果、「孤独地獄」ともいべき苛酷な状況に直面することがあると指摘したうえで、「身体を拘束された被疑者・被告人が、日常的社会的活動を維持し、精神的・肉体的平静を保持するという利益も、防御に不可欠なものであって、……被疑者・被告人と一般私人との接見交通権は、人身の自由を保障するというだけでなく、被疑者・被告人の防御活動を実質的に保障するという実践的意義がある」と論じている²³⁵⁾。この点について、三井誠は、家族、友人などとの一般接見の「目的は、主として外界との接触により精神的安定・心理的支えを得ることにある」が、「精神的安定を基にしてはじめて防御の実効性もあがる」から、「一般接見にはそれを通して防御活動に結びついていくという重要な機能もある。この実践的意義は軽視されてはならない」としている²³⁶⁾。また、渡辺修が指摘しているように、憲法34条の保障する弁護人選任権を行使するうえで、適切な弁護人を選任するためには、家族など固有の弁護人先任権を有する者と相談する機会が不可欠である²³⁷⁾。

防御権の実質的保障につながるこのような意義は、面会だけでなく、信書の発受を含めた社会的コミュニケーション一般について認められるであろう。近時、防御活動ないし防御権の保障における被疑者・被告人の主体性を強調する立場が有力になってきているが、このような傾向のなか、社会的コミュニケーションが防御権との関係において有する意義がいっそう重要なものとなる²³⁸⁾。逆に、社会的コミュニケーションの十分な保障は、身体を拘束された被疑者・被告人の精神的・心理的安定をもたらし、その社会的関係を継続させることを通じて、防御における被疑者・被告人の主体性を強化することにつながるであろう。このことは、適正手続の本質としての被疑者・被告人の手続参加の保障という課題に結節している²³⁹⁾。

かくして、未決被拘禁者の社会的コミュニケーションの保障は、憲法31条による防御権の保障の趣旨にも適うのである。

憲法定制過程の分析などから、憲法34条はインコミュニカード(incommunicado)、すなわち外部との接触がまったく遮断された状態に被拘禁者を置くことを禁止する趣旨を含んでいるとの理解が提起されている。このような理解によれば、家族、友人などとの社会的コミュニケーションは、憲法34条の趣旨からも保障されるべきことになる²⁴⁰⁾。

3 このように、未決被拘禁者の社会的コミュニケーションは、受刑者の場合と同様、憲法21条によって保障され、憲法13条の趣旨にも適う。さらに、未決被拘禁者の場合、防御権の実質的保障という憲法31条の趣旨からも、社会的コミュニケーションの手厚い保障が求められる。かくして、社会的コミュニケーションに対する制限については、最大限の抑制が必要とされる。

したがって、受刑者の場合と同様、法律に基づき、拘禁目的の達成のために、必要最小限度において、制限が許容されるのであり、さらに必要最小限度の制限であるためには、拘禁目的に対する障害発生の「高度の蓋然性」、すなわちその現実的危険性が認められ、最も制限的でない手段が選択されなければならないことはもちろん、さらに、未決被拘禁者の場合には、その社会的コミュニケーションは被疑者・被告人の防御権の保障という憲法31条の趣旨、外部社会との接触の全面的遮断を禁止する憲法34条の趣旨からも基礎づけられているから、未決拘禁によって被疑者・被告人の防御権が実質的に制約されること、あるいは外部社会との接触が全面的に遮断されることは許されない。かくして、上述の根拠・範囲によることに加え、未決被拘禁者の社会的コミュニケーションに対する制限は、防御権の実質的制約に及ぶことなく、外部社会との接触の全面的遮断とならない範囲においてのみ、認められることになる。

4 社会的コミュニケーションに対する制限の目的としては、未決被拘禁者の場合、拘禁の確保、刑事施設の規律・秩序の維持、逃亡・

罪証隠滅の防止，が通常あげられている。

上述のように，刑事施設の規律・秩序の維持という目的は，安全で円滑な共同生活の維持として再構成されるべきである。未決被拘禁者についても，再犯防止と関連づけられた社会復帰が問題にされるべきではないにせよ，刑事拘禁という環境においても，管理の客体としての地位ではなく，主体的地位が与えられるべきであり，したがって，安全で円滑な共同生活として規律・秩序を再構成すべきことは受刑者の場合と同様である。安全で円滑な共同生活の維持に対する障害の生じる具体的危険が認められるとき，被拘禁者の社会的コミュニケーションは制限されるのである。

未決被拘禁者については，逃亡・罪証隠滅の防止が制限根拠とされるべき拘禁目的として認められてきた。刑事訴訟法81条は「裁判所は，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あるときは，検察官の請求により又は職権で，勾留されている被告人と第39条第1項に規定する者以外の者との接見を禁じ，又はこれと授受すべき書類その他の物を検閲し，その授受を禁じ，若しくはこれを差し押えることができる」と規定し（207条1項により被疑者の勾留にも準用される），裁判官・裁判所が逃亡・罪証隠滅の防止のために，接見禁止などの処分を行うことを認めている。接見禁止などの根拠とされる逃亡・罪証隠滅の防止は，勾留の理由としての逃亡・罪証隠滅の防止（刑事訴訟法60条1項・207条1項）と比較して，被疑者・被告人の「勾留だけでは賄いきれない逃亡又は罪証隠滅のおそれを指すもの²⁴¹⁾」，あるいは「勾留による身柄拘束によっては防止できない程度に具体的危険が予見されるもの²⁴²⁾」とされる。しかし実際には，とくに罪証隠滅のおそれが具体的危険としてではなく，抽象的おそれとして認定されることにより，接見禁止などの処分が個別具体的ではなく，一般的・包括的に決定されている。その結果，弁護士の小坂井久が「被拘禁者は，心身ともに侵害され，その人格そのものが，いわば圧迫されることになり，必然的に防御力は甚だしく減退する」と指摘しているように²⁴³⁾，被疑者・被告人の防御権が実質的に制約されることとなってい

る。

上述のように、未決被拘禁者の社会的コミュニケーションに対する制限は、一般に、拘禁目的のための必要最小限度においてのみ認められ、そのためには、拘禁目的を阻害する具体的危険が認められ、その制限が最も制限的でない手段として選択されなければならない、さらに防御権の実質的制約に及ぶことは許されない。刑事訴訟法81条に基づく制限が認められるのも、このような限りにおいてである。したがって、逃亡・罪証隠滅の具体的危険が存在し、最も制限的でない手段であることを含め必要最小限度の制限であり、さらに防御権の実質的制約に及ぶものでないことについての個別具体的認定に基づいてのみ、刑事訴訟法81条による接見禁止などの決定が許されるのであり、抽象的おそれの認定に基づく一般的・包括的制限は許されないといわなければならない。実務上、接見禁止などの決定は罪証隠滅の防止を理由として行われることが大多数であるといわれるが、とくに罪証隠滅のおそれという概念は、それ自体として曖昧であり、歯止めとなりにくく、過度広汎な制限をもたらす危険をとまなう²⁴⁴⁾。このことにかんがみれば、個別具体的根拠に基づき、罪証隠滅に対する具体的危険の存在とその防止のために必要最小限度の制限であることが厳格に認定されなければならない。かくして、実務においてしばしばみられるような一切の接見交通の全面禁止は、およそ認められないことになる。本来、個別具体的な接見、書類・物の授受ごとに制限が決定されるべきである。少なくとも、相手方、対象物、期間を特定したうえでの部分的制限として決定されなければならない²⁴⁵⁾。抽象的なおそれの認定に基づく一般的・包括的制限という実務は、憲法21条に明らかに違反するものであり、憲法13条の趣旨、さらには防御権の実質的制約をもたらす点において、憲法31条の趣旨に反するものとして許されない。同様に、弁護人の選任されていない被疑者・被告人について、一切の接見交通を全面禁止することは、外部社会との接触の全面的遮断を排除する憲法34条に反するものとしても許されない。

刑事訴訟法81条が裁判官・裁判所の判断に基づく制限を定めたのは、上述のように、身体を拘束された被疑者・被告人の社会的コミュニケーションが刑事手続上の防御権の保障と緊密に結合しているからである。このことからすれば、刑事訴訟法81条があげている逃亡・罪証隠滅の防止という目的のための制限を、裁判官・裁判所ではなく、刑事施設長の判断に基づき行うことができるのか問題となる。逃亡・罪証隠滅の防止のための制限は防御権の実質的制約に及ぶ危険がとくに高いことからすれば、施設長の判断に基づく制限は許されないということになるであろう²⁴⁶⁾。たとえ施設長の判断による制限が認められるにしても、防御権の実質的制約に及ばないことが明白な場合に限られることになる。立法論としては、未決被拘禁者の社会的コミュニケーションに対するいかなる制限も防御権の実質的制約に及ぶ危険を有していることにかんがみ、逃亡・罪証隠滅の防止に限らず、安全で円滑な共同生活の維持のための制限も(拘禁の確保という目的は逃亡の防止と重なる)、このような危険のないことが定型的に明白な技術的制限として、刑事訴訟法80条のいう「法令」によって定められた場合を除いて、裁判官・裁判所の判断に基づいて行うこととすべきであろう。

(iv) 社会的コミュニケーションの保障のあり方

1 それでは、被拘禁者の社会的コミュニケーションは、具体的にどのような保障されるべきか。

受刑者についても、面会・信書発受の相手方は制限されるべきではなく、友人など、家族以外の人とのコミュニケーションが広く認められるべきである。このことは、受刑者の社会的繋がり維持にも寄与することになる。最も制限的でない手段の選択が憲法上要請される以上、相手方によって面会・信書発受を認めないことは、実際にはおよそ起こりえないであろう。上述のように、本来、社会復帰の目的のための制限は認められるべきではない。刑事施設がすべきなのは、必要に応じて個別具体的な社会的コミュニケーションが社会復帰にとってどのような意義・効果を有するか受刑者

に助言し、受刑者の判断を助けることである²⁴⁷⁾。かりに制限が認められるとの立場をとったとしても、『提言』のように、社会復帰に役立つときに限って面会・信書発受が認められるというのではなく、個別具体的判断に基づき社会復帰を阻害する具体的危険性がある場合、例外的に制限が許されることとすべきである。面会の具体的実施方法の選択などのため、相手方の身元確認は必要になるであろうし、また、凶器、薬物などの禁制品の持込を防ぐために、その現実的可能性に応じた範囲内での所持品・身体検査も必要となるであろう。ただし、イギリスの経験に照らしても、厳格にすぎる所持品・身体検査が面会の現実の機会を狭めることにならないよう、慎重な配慮が必要とされる。

現在、面会・信書発受の回数、時間などの制限は厳しい。被拘禁者の社会的再統合に向けて家族の絆、社会的繋がりを維持するためには、社会的コミュニケーションの機会が現実に生かされるよう積極的措置がとられるべきである。「施設収容はもともとそれ自体として社会との良好な関係の維持を困難にしているのであるから、被収容者と外部社会との接触を援助、奨励することは施設側の義務」とされるのである²⁴⁸⁾。このことは、受刑者、未決被拘禁者の双方についていえる。

面会時間については、夜間、休日の面会が認められるべきである。イギリスにおいては、大多数の刑事施設において、土曜日、日曜日にも面会時間が設定されている。たとえば、ウェールズのバルク民営刑事施設においては、1年365日、毎日、昼食・夕食の休憩を挟んで、月曜日から土曜日まで午前9時から午後8時まで、日曜日が午前9時から午後5時30分までの面会時間が設定されていた。施設長は、被拘禁者が家族・友人と交流する機会を現実に生かすことができるよう積極的措置をとることが、コミュニティ・プリズンの理念から要請されていると語っていた²⁴⁹⁾。また、ティー・サイドのホーム・ハウス刑事施設においては、月曜日、水曜日、金曜日が午後1時から3時45分まで、火曜日、木曜日がこれに加えて午後5時から7時15分まで、土曜日・日曜日が昼休みを挟んで午前9時から午

後4時30分と設定されていた。被拘禁者生活再建担当の運営責任者であるギル・ボルトン氏によれば、火曜日、木曜日に執務時間終了後の面会時間を設定し、土曜日、日曜日にも面会時間を設定しているのは、とくに遠隔地に居住する、あるいは週日仕事のある家族・友人の便宜に配慮してのことであるという。面会時間を刑事施設の執務時間内に限定することは、被拘禁者の家族の絆、社会的繋がり²⁵⁰⁾の維持を妨げるであろうとのことであつた。

一定回数・時間の面会と公費による信書発受について、全受刑者に共通する最低基準を合理的に設定したうえで、これについては、家族の絆、社会的繋がり²⁵⁰⁾を維持することの大切さとともに、人権侵害の防止や人権侵害の実効的救済のためにも、外部社会との接触の機会を継続してもっているべきであることにかんがみ、懲罰として、または懲罰中に奪われることのないようにすべきである。それを超える面会についても、現実の職員配置との関係において、拘禁目的を阻害する現実的危険が生じない限り、制限がなされるべきではない。このとき、すべての現実の面会希望者が公平に面会機会を得ることも、安全で円滑な共同生活の維持という目的に含まれるであろう。未決被拘禁者についても、面会に対する制限はこの限りにおいて認められ、公費による信書発信の最低基準が合理的に設定されるべきである。弁護人の選任に関する相談など防御権を行使するうえでとくに重要な面会については、いかなる制限も許されるべきではない。防御権の実質的制約に及ぶ危険を排除するためには、懲罰による、または懲罰中の社会的コミュニケーションの制限は許されない。また、受刑者、未決被拘禁者ともに、私費による信書発信の回数制限はすべきでない。

日本においては現在、受刑者、未決被拘禁者ともに、遮蔽板を挟んだ閉鎖面会が行われており、開放面会が認められる例もあるにせよ、それは稀でしかない²⁵¹⁾。閉鎖面会ではなく、一定の身体接触が認められる開放面会が原則とされるべきである。イギリスの経験が示すように、開放面会を通じて人間的交流を深めることは、家族の絆、社会的繋がり²⁵⁰⁾の維持にとつ

て本質的に重要である。面会の質を高めることになるのである。また、家族が気兼ねなく落ち着いて面会できるよう、家族面会室が用意されるべきである。閉鎖面会が用いられるのは、被拘禁者、面会者双方の安全、あるいは禁制品持込の防止などのため、やむをえず必要とされる場合に限られなければならない。これらの目的が、所持品・身体検査、職員の視覚的監視など他の手段によって達成されるならば、閉鎖面会は用いられるべきではない。

2 最大の問題は、社会的コミュニケーションの秘密保護である。現在、受刑者についてわずかな例外があるものの、被拘禁者の面会にはすべて職員が立ち会ったうえで、会話内容を聴取し記録化している。また、すべての信書が一律に検閲されている。イギリスの経験からみても、立会・検閲にかかる施設職員の時間・労力の限界が社会的コミュニケーションの現実的機会を抑制してきたことは否定されえない。上述のように、最高裁判所の判例は、受刑者の社会的コミュニケーションと法的コミュニケーションとを区別していないが、民事訴訟に関する弁護士との面会への職員立会を適法とした2000年最高裁判所判決は、「受刑者との接見に刑務所職員の立会いを要するのは、不法な物品の授受等刑務所の規律及び秩序を害する行為や逃走その他収容目的を阻害する行為を防止するためであるとともに、接見を通じて観察了知される事情を当該受刑者に対する適切な処遇の実施の資料とするところにその目的がある」と述べている。しかし、すべての被拘禁者、すべての面会・信書についての一律の立会・検閲が必要最小限の制限といえるか大いに疑問である。たとえ必要最小限度の制限として立会・検閲が必要となる場合があると仮定しても、より制限的でない手段の選択が検討し尽くされたうえで、立会・検閲の必要性が個別具体的に認められなければならない。また、ここでいわれる「適切な処遇」とは「規律及び秩序を害する行為や逃走その他収容目的を阻害する行為」とは区別されたもので、受刑者の社会復帰に向けられた処遇を意味するものであろうが、受刑者の社会復帰という目的から社会的コミュニケーションを制限す

ることが認められないのは、上述のとおりである。

突き詰めて考えると、はたして立会・検閲が必要とされる場合があるのか疑問が生じる。面会者、信書発受の相手方の身元確認がなされた後、面会についてはエックス線透視、金属探知器による検査を含め、必要な所持品・身体検査を行い、イギリスなどで一般に行われている「見えるが聞えない」位置での職員の視覚的監視が行われ、また、信書についてもエックス線透視、金属探知器、形状・重量などの外形的検査が行われ、例外的に必要であれば同封物の検査のために被拘禁者の面前での開披が行われたならば、立会・検閲を行うことなく、拘禁の確保と安全で円滑な共同生活の維持という拘禁目的は十分達成できるのではなからうか。面会時の会話、信書の内容それ自体によってこれらの拘禁目的が阻害される具体的危険が生じることまではないからである。また、犯罪の教唆や脅迫状など、会話や信書がそれ自体として犯罪を構成する場合にも、立会・検閲によらなくとも、一般の場合同様、事後的な統制を加えれば足りるのであろう²⁵²。より制限的でない手段を尽くしても、立会・検閲がなければこれらの拘禁目的を阻害する具体的危険の発生を回避することができない、という意味において立会・検閲が必要最小限度の制限といえる場合は想定できないのである。

未決被拘禁者の場合、罪証隠滅の防止という目的から、刑事訴訟法81条に基づき裁判官・裁判所は面会の立会、信書の検閲を決定することができるか。前提として、罪証隠滅の具体的危険が厳格に認定されなければならない。被疑者・被告人の黙秘、供述修正の可能性はそれ自体防御権の行使というべきであって、罪証隠滅のおそれにはあたらない。また、曖昧なおそれとしてではなく、罪証隠滅の具体的危険性が、個別具体的根拠に基づき認定されなければならない。これらを前提としつつ、裁判官・裁判所が、罪証隠滅の具体的危険を回避するための最も制限的でない手段であると認める場合に限り、面会、信書を個別具体的に特定したうえで、立会・検閲を行うよう決定できると理解すべきであろう。たしかに刑事訴

訟法81条は接見の「禁止」について規定するのみであるが、面会の立会は禁止よりも制限的でない手段であるから、面会を禁止することなく、立会を条件として認めることは可能というべきであろう。

3 現在、社会的コミュニケーションの手段は面会、信書に限定されている。受刑者について、行刑改革会議の『提言』が電話の使用について積極的立場をとったことは評価されるべきである。電話の使用は、イギリスの例に照らしても、とりわけ家族と遠く離れた場所に拘禁されている被拘禁者、信書による文字を通じてのコミュニケーションが得意でない被拘禁者について、社会的コミュニケーションの現実的機会を拡大することになるであろう。イギリスにおいては、原則、無作為抽出された通話について傍受・録音が行われているが、面会の立会、信書の検閲について先のように考えるならば、拘禁の確保、安全で円滑な共同生活の維持という目的のためには傍受・録音は不要であろう。未決被拘禁者については、刑事訴訟法81条の準用により、裁判官・裁判所が個別具体的な通話について、罪証隠滅の具体的危険を排除するための必要最小限度の制限として、その傍受・録音を決定する可能性が認められることになるであろう。

本稿4において検討したように、イギリスにおいては、社会的コミュニケーションの現実的機会を拡大し、その質を向上させるために、面会費用補助制度、面会者センターにおける対人支援という社会的援助の制度が存在する。このような社会的援助の発達は、社会的コミュニケーションを通じて受刑者の家族の絆、社会的繋がりを維持することの大切さ、それが被拘禁者の社会的再統合を促進し、受刑者の場合には釈放後の再犯を効果的に防止することについての確固たる認識を基盤にしている。それにもかかわらず、刑事施設までの距離的遠隔、高額の訪問費用、面会の事前予約の困難さ、面会手続の煩雑さ、過剰なまでの保安措置と所持品・身体検査、施設職員の対応のまずさや態度の悪さ、これらにも関連して面会にさいして家族、友人などが経験するストレスと疲労などが面会機会の現実的拡大を妨げ、その質を低下させていることから、積極的な社会的援助が要請さ

れたのである。日本においても、社会的コミュニケーションの現実的機会の拡大とその質の向上のために、このような社会的援助を具体化させるべきである。

(2) 裁判にアクセスする権利と法的コミュニケーション

(i) 法的コミュニケーションの法的性格

1 現在、民事訴訟などに関する被拘禁者と弁護士との法的コミュニケーションは、基本的に社会的コミュニケーションの場合と区別されることなく扱われている。一般的禁止のうえでの裁量による恩恵の許可という法的構成がとられ、立会・検閲が一律に行われるなど、広汎かつ強度の制限がなされている。本稿1(2)において指摘したように、『提言』は、受刑者の法的コミュニケーションについて、曖昧な表現ながらも、民事訴訟などに関する弁護士との面会、人権救済などの目的による信書の発信について、受刑者の権利としての性格を認めたようであるが、自由かつ秘密の法的コミュニケーションの保障を明確に提言するには至っていない。また、刑事施設法案は、受刑者についても、訴訟遂行その他重大な法的用務のため必要な相手方との面会・信書発受を一応は権利として認めているものの、受刑者、未決被拘禁者のいずれについてもなお、面会の立会、信書の検閲など広汎かつ強度の制限を残している。

まず問題となるのは、民事訴訟などに関する法的コミュニケーションの法的性格である。被拘禁者の社会的コミュニケーションは、上述のように、憲法21条によって保障され、憲法13条の趣旨にも適うものであった。家族の絆、社会的繋がり維持による社会的再統合の促進という点を除いて、このような法的性格は法的コミュニケーションについても認められる。徳島刑務所事件における控訴審の高松高裁判決²⁵³⁾は、おそらく法的コミュニケーションに限定することなく社会的コミュニケーションを含めてのことであろうが、受刑者の面会が憲法13条により保障される権利であると認めていた。

2 法的コミュニケーションについてとくに重要なのは、憲法32条の保障する裁判を受ける権利との関係である。この点については、イギリス法と人権条約をめぐる人権委員会・人権裁判所の判例の展開が参考になる。本稿7において検討したように、この展開のなかで、人権条約6条1項の保障する公正な裁判を受ける権利は、当然に裁判にアクセスする権利を内包するものであり、受刑者が裁判にアクセスする権利が実質的に保障されるためには、すでに正式に提起した訴訟に限らず、準備中の訴訟に関しても、弁護士との自由かつ秘密の法的コミュニケーションが保障されなければならないとされた。法的コミュニケーションの秘密保護は、古くからコモン・ロー上確立した法律家の特権として認められてきたが、近年、人権条約上も明確に要請されるに至っている。イギリス法において、裁判にアクセスする権利は「憲法上の基本的権利」として保障され、自由かつ秘密の法的コミュニケーションは裁判にアクセスする権利の本質的要素として認められてきたから、自由かつ秘密の法的コミュニケーションに対する制限については、法律に基づく、正当な目的のための必要最小限度の制限でなければならないことが、特別に厳格に要求されている。かくして、自由かつ秘密の法的コミュニケーションの実質的制約に及ぶような制限は排除されているのである。法的コミュニケーションの自由と秘密保護は、訴訟手続に関係するものだけでなく、弁護士とのコミュニケーション一般について認められ、さらに公的機関に対する人権侵害の申立、プロベーション・オフィサーとの接触、全国組織のNGOへの相談なども法的コミュニケーションに準じて扱われるようになっている。

民事訴訟に関する自由かつ秘密の法的コミュニケーションが、被拘禁者に対して保障されているとする見解も示されてきた。北村泰三は、国際人権法の発展を踏まえつつ、「『裁判を受ける権利』は、……弁護士の援助を通じた『実質的な訴権』の保障を当然に含み、「裁判を提起し遂行しようとする在監者にとって、弁護士との接見は実質的訴権行使のための唯一の窓口である」から、被拘禁者が「代理人ないし代理人となろうとする弁

護士と接見する権利が『裁判を受ける権利』と密接不可分の権利として憲法32条により保障されており、さらに「弁護士との接見時にも職員の立会いを許すことは、裁判を受ける権利の内容として含まれる公平な裁判の要請からみて相手側(国・刑務所当局)に著しく有利となるので、……実質的にみて受刑者が公正な裁判を受ける権利を阻害する恐れが非常に強い」と論じている²⁵⁴⁾。また、北村泰三は、国際自由権規約14条の「『公正な裁判を受ける権利』は、実質的な保障でなければならず、当事者間の『武器の平等の原則』が最も重要な要請である」から、「受刑者が刑務所内での処遇等について訴訟を提起し又はその準備をしている場合には、受刑者とその依頼を受けた弁護士との間の接見は、公正な裁判を受ける権利の一環として保障され」、「受刑者と弁護士との訴訟に関する相談のための接見に刑務官の立会いを義務づける監獄法施行規則の規定は、『武器の平等の原則』を基本とする自由権規約14条1項に違反する」と論じている²⁵⁵⁾。

3 上述のように、徳島刑務所事件における控訴審判決は、公正な裁判を受ける権利について定める自由権規約14条1項は、「その内容として武器平等ないし当事者対等の原則を保障し」ているから、民事訴訟の代理人弁護士と接見する権利をも保障しているとした。判決は、それゆえ弁護士との接見の許否、時間、職員立会については、このような趣旨に則って判断すべきとした。他方、憲法32条については、「受刑者に対しても憲法32条の裁判を受ける権利の保障は及ぶものの、同権利は、……いわゆる司法拒絶の禁止を意味するものであって、受刑者が民事事件の訴訟代理人と直接面談して打ち合わせ、その際刑務所職員の立会いを排除して打合せ内容の秘密を確保することまでを直接に保障したものと解されない」とした。民事訴訟に関する弁護士との面会の権利は、自由権規約14条1項によって公正な裁判を受ける権利の本質的要素として保障されているものの、憲法32条の裁判を受ける権利に内在するものではないとしたのである。

徳島刑務所事件における最高裁判所判決²⁵⁶⁾は、民事訴訟に関する弁護士との接見の制限が合憲であることは先例の趣旨に徴して明らかとするだ

けであった。これに対して、遠藤裁判官の反対意見は、「受刑者に対しても、憲法32条が定める裁判を受ける権利が保障されていることはいうまでもないところ、この権利は、すべての者が公平な裁判所の裁判を受ける権利を有し、裁判所は適度な訴えの提起に対して裁判を拒否することが許されないことを保障したにとどまるものであって、受刑者と受刑者を当事者とする民事訴訟事件関係人との接見を無条件で保障したものではないが、公平な裁判所の裁判を受ける権利が保障されたものである以上、事実上、公平な裁判を受ける権利を阻害するおそれが生ずることのないよう十分考慮されなければならないから」、受刑者と民事訴訟に関する弁護士との接見については、施設長はその接見目的の重要性にかんがみ、監獄法45条2項ただし書きに基づき接見を許可するかどうか、監獄法施行規則124条、127条3項に基づき制限を解除するか否かについての裁量権の行使にあたっては、その接見の必要性を十分考慮しなければならないとした。そのうえで反対意見は、「受刑者が在監中に民事訴訟を提起した場合、……相手方当事者からの反論やその立証活動に応じて、その都度、事前に相当の準備をしておかなければ、訴訟手続の進行に適切に対応することができず、訴訟の目的を達成することができないことは公知の事実である。また、事件の内容及び訴訟手続の進行状況いかんによっては、当該訴訟事件の代理人である弁護士との間にかなり長時間の打合せを必要とすることは決して珍しいことではない。とりわけ、争点についての主要事実を端的に証明することのできる直接証拠が乏しい場合には、ときによっては、微妙な点にわたる数多くの間接事実の存在を主張し、かつ、これを立証することによって主要事実の存在を証明していかざるを得ないことになるが、これらの点に関する主張、立証が差し迫っている場合には、長時間かつ何回にもわたる打合せを必要とする場合が少なくなく、信書の交換などによりこれに代えるということは到底困難というべきである。また、事件の性質、内容のいかんによっては、その打合せ内容を相手方関係者に察知されることがないように秘密裡に行わなければならない場合があり得るところであ

る。/これらの事情に基づく接見条件の解除の必要性が社会通念からみて十分肯定されるにもかかわらず、合理的な理由なしにその解除を認めなかった場合には、裁量権を逸脱し、又は濫用したものとして当該処分 of 違法性が認められるものというべきである」とした。民事訴訟に関する弁護士との面会については、原則として面会の不許可、時間制限、職員立会は認められないとの見解を示したのである。

本件面会への職員立会について、反対意見は、受刑者の提起した民事訴訟は、この受刑者が徳島刑務所職員から多数回にわたり暴行されたことを請求原因とする国家賠償請求事件であるから、「実質上の被告は徳島刑務所自身とみてよい。いかに、受刑者がその身柄を拘束されている目的及び行刑施設としての物的、人的制約等を考慮しなければならないとしても、このような事件についての打合せを実質上の相手方当事者ともいうべき徳島刑務所の職員の監視の下で行わせるということは、誰の目から見ても余りにも不公平であることは明らかであり、これを容認するとすれば、公正な裁判を受けさせるという理念は完全に没却されてしまうことになる」から、本件接見に施設職員を立ち会わせた所長の処分は違法であるとした。さらに、この受刑者の「性向、行状等にかんがみ、接見時における不測の事故を防止し、あるいは、……動静を把握してその処遇に資するため、刑務所職員を接見に立ち会わせる必要性が特に大きかったことを理由として」、職員立会に関する所長の処分は適法とした多数意見に対して、「そうだとしても、監視のみを可能とし、かつ、接見内容の聴取を不能とするような施設を設置することによってこれらの要請に対応することもできたはずである」から、これらは所長の処分を適法とする理由にはならないとした。

4 この最高裁判所判決についての評釈において、只野雅人は、「受刑者と民事訴訟代理人との接見は、憲法32条が想定する典型的な事案ではないとしても、裁判を受ける権利の実質化という観点から、国際人権保障の動向をも視野に入れた32条解釈の再構成が求められる」としたうえで、「民事

訴訟の提起・進行に直接関わる接見」が憲法32条によって保障されていることを示唆している²⁵⁷⁾。もともと憲法32条の裁判を受ける権利は、一般に民事・行政事件の場合、「政治部門から独立した公平な裁判所に訴訟を提起することを拒まれないこと」を保障していると理解されている²⁵⁸⁾。このことの意味は、国側からみれば「司法拒絶の禁止」ということであるが、市民の側からみれば、「すべての人が平等に、政治部門から独立の公平な裁判所の裁判を求める権利を有する²⁵⁹⁾」ということである。すなわち、市民が裁判にアクセスする権利を保障しているのである。刑事拘禁によってこの権利が内在的・直接的に制限されることはありえない。被拘禁者も憲法32条により裁判にアクセスする権利を保障されているのである。

問題は、被拘禁者が裁判にアクセスする権利と民事訴訟に関する弁護士との法的コミュニケーションとの関係である。一般に、市民が実際に裁判にアクセスしようとするとき、弁護士の法的援助を受けること、そのために自由かつ秘密の法的コミュニケーションを保障されることがきわめて重要である。被拘禁者の裁判へのアクセスにとっては、ひときわそうである。刑事拘禁にともない、被拘禁者は訴訟を準備し、訴訟を遂行するために自ら活動することを事実上厳しく制約される。それゆえ実効的な法的援助が保障されなければ、被拘禁者の裁判へのアクセスの実質的保障はありえないのである。そして、被拘禁者が実効的な法的援助を得るために、自由かつ秘密の法的コミュニケーションの保障が不可欠であることは、徳島刑務所事件における最高裁判所判決の遠藤反対意見が説得的に論じていたとおりである。

被拘禁者が実効的な法的援助を得るためには、面会、信書の発受などを通じて、自由な法的コミュニケーションが保障されなければならない。面会が不許可とされ、必要な面会時間が認められず、あるいは信書の発受が禁止ないし差し止められるなどして、訴訟準備、訴訟遂行などに関する弁護士との法的コミュニケーションを十分に行うことができないならば、被拘禁者は実効的な法的援助を得ることができず、したがって裁判へのアク

セスを強く阻害される結果となる。さらに、自由な法的コミュニケーションを通じて実効的な法的援助が提供されるためには、その秘密保護が決定的に重要である。イギリスにおいては、コモン・ロー上、法律家の特権として法的コミュニケーションの特別な秘密保護が与えられてきたが、ダービー・マジストレイト裁判所事件における1995年の貴族院判決が、「人は自分の弁護士と秘密のうちに相談することができなければならない。そうでなければ、その人は真実をすべて打ち明けることを差し控えてしまうであろう。依頼者は、自分が弁護士に秘密のうちに話したことは、自分の同意がない限り、決して開示されることはない」と確信できるのでなければならない。この法律家の特権は、……司法の作用全体にとって、その基盤となる基本的条件なのである²⁶⁰⁾」と述べていたように、秘密の法的コミュニケーションの保障があってこそ、司法の機能にとって不可欠とされる弁護士の実効的な法的援助が可能になる。

かくして、自由かつ秘密の法的コミュニケーションは、実効的な法的援助を保障するために不可欠なものとして、憲法32条の保障する裁判にアクセスする権利によって基礎づけられている。遠藤反対意見においては、自由かつ秘密の法的コミュニケーションが、公正な裁判を受ける権利の保障にとって不可欠なものとしてされたが、むしろそれ以前に、弁護士の実効的な法的援助を得ることによって、被拘禁者が裁判にアクセスする権利を実質的に保障されるための不可欠の条件として捉えられるべきであろう。

(ii) 法的コミュニケーションに対する制限とその保障のあり方

1 拘禁の確保と安全で円滑な共同生活の維持という拘禁目的のために、自由かつ秘密の法的コミュニケーションに対する制限は認められるか。社会的コミュニケーションの制約の場合と同様、憲法21条の保障する権利としての法的コミュニケーションに対する制限は、拘禁目的を阻害する具体的危険が認められ、最も制限的でない手段であることを含んだ必要最小限度の制限でなければならないことは当然である。

それにとどまらず、法的コミュニケーションの場合、憲法32条の保障する裁判にアクセスする権利によって基礎づけられるひときわ重要な意義が認められる。刑事拘禁によって、裁判にアクセスする権利が実質的に制約されるようなことがあってはならない。上述のように、裁判にアクセスする権利を確保するために、実効的な法的援助の保障が不可欠であり、また、実効的な法的援助にとって本質的なのは、自由かつ秘密の法的コミュニケーションの保障である。かくして、裁判にアクセスする権利を保障する憲法32条の下、法的コミュニケーションに対する制限は、実効的な法的援助にとって不可欠な自由かつ秘密の法的コミュニケーションの保障を実質的に制約するものであってはならない。自由かつ秘密の法的コミュニケーションの保障の実質的制約に及ばない限りにおいて、その限りでの技術的制限のみが認められるというべきである。

また、未決被拘禁者の民事訴訟などに関する法的コミュニケーションについて、罪証隠滅の防止は、後述するように刑事事件の被疑者・被告人と弁護人との防御に関するコミュニケーションの場合と同様、法律家としての弁護士の職業倫理、あるいは事後的な懲戒、刑罰の可能性によって達成すべきであるから、罪証隠滅の防止を目的とする制限を行うことは認められない。

2 法的コミュニケーションの保障のあり方についても、社会的コミュニケーションについて先に指摘したことがあてはまるが、特別な扱いがなされるべき重要な点について指摘しておきたい。以下に指摘することは、身体拘束中の被疑者・被告人と弁護人との防御に関するコミュニケーションについても、同様に当てはまるであろう。

面会を不許可とし、信書の発受を差し止めるなどして、法的コミュニケーションの機会それ自体を制限することは許されない。刑事施設法案は刑事施設の執務時間内の面会を原則としていたが、執務時間終了後や休日も含め可能な限り幅広く面会時間を認めるべきであり、そのうえで緊急の場合には、深夜、早朝、休日など面会時間外の面会も認めるべきである。

面会時間の制限は許されない。緊急性がないにもかかわらず面会時間外に、あるいは不必要に長時間の面会を要求することは、弁護士自身の判断において差し控えられるべきであろうが、刑事施設の方で緊急性がない、あるいは不必要に長時間であるとの判断を行い、それに基づいて面会を制限すべきではない。

法的コミュニケーションについても、開放面会を原則とすべきである。ただし、秘密保護を徹底するために、個別の面会室が用意されるべきである。開放面会は、被拘禁者と弁護士がより円滑に意思・情報を伝達し、また、訴訟手続に関する書類などを一緒に見ながら、より効果的に検討することを可能とする。両者の信頼関係もより強固にするであろう。遮蔽板を挟んだ閉鎖面会は、それ自体、実効的な法的援助の提供の妨げとなる²⁶¹⁾。拘禁目的を阻害する具体的危険に対処するための必要最小限度の制限として認められる場合に限り、閉鎖面会が用いられるべきである。

面会について、会話内容の聴取が認められることはない。信書についても、内容の閲読は許されない。エックス線透視、金属探知器、形状・重量などの外形的検査が行われ、例外的に必要であれば、同封物の検査のために被拘禁者の面前での開披が認められるだけである。このような法的コミュニケーションの秘密保護は、社会的コミュニケーションの場合と同様、面会時の会話、信書の内容それ自体によって拘禁目的が阻害される具体的危険が生じることはありえないという理由とともに、秘密保護こそが実効的な法的援助の保障にとって不可欠であるとの理由による。

面会について、社会的コミュニケーションの場合のように、「見えるが聞こえない」位置からの視覚的監視は許されるか。現在でも、身体を拘束された被疑者・被告人と弁護人との面会については、刑事訴訟法39条1項によって秘密保護が要請されているが、会話内容の聴取はもちろん、視覚的監視も行われていない。とはいえ、現在行われているのは、遮蔽板を挟んだ閉鎖面会である。上述のように開放面会を原則とした場合、拘禁目的、とくに被拘禁者と面会者の安全の確保という目的のために、視覚的監視が

必要となる場合があることは否定できないであろう。他方、秘密保護の徹底と被拘禁者における信頼感の形成にも配慮が必要である。拘禁目的、とくに被拘禁者と面会者の安全に十分配慮したうえで、基本的には面会者、被拘禁者の方から要求のある場合には視覚的監視を行うこととすべきであろう。イギリスの実務においては、私が見聞する限りでは、施設職員が近くの別室にいる状態で、大きな透明窓のついた面会室を使用するなどして、視覚的監視が常時可能な状態で面会が行われるものの、とくに必要と認められる場合以外には、実際に視覚的監視が行われているわけではないようである。

また、『提言』は、法的用務に関して発信する受刑者の信書について、本当にそのような信書であるか確認するための手続が必要となるとしていた。社会的コミュニケーションとしての信書について、発受の相手方を制限し、内容による差止、抹消・削除などを行うために検閲が必要とされるというのであれば、法的コミュニケーションとしての信書であることの慎重な確認手続が必要とされるであろうが、上述のように、信書の発受についてこのような制限をしないのであれば、とくに慎重な確認手続が必要とされることはない。なお、法的コミュニケーションとしての信書の秘密保護については、身体を拘束された被疑者・被告人と弁護人との信書の秘密保護に関する本章⁽³⁾の検討が同じくあてはまる。

3 法的コミュニケーションについても、電話の使用が認められるべきであるが、秘密保護にひときわ配慮が必要である。現在、イギリスにおいては、裁判所と刑事施設とのあいだで、有線テレビ回線を通じての法的コミュニケーションが行われているが、日本においても、比較的単純な相談のために、その導入が検討されてよい。

法的コミュニケーションとして扱われるコミュニケーションの範囲が問題となる。憲法32条の裁判にアクセスする権利により基礎づけられる法的コミュニケーションとして中心に位置するのは、訴訟準備、訴訟遂行など訴訟手続に関するものであるが、弁護士会への人権救済の申立などを含め、

いかなる法的問題に関する弁護士とのコミュニケーションも潜在的に訴訟
手続と関連しているといえるから、法的コミュニケーションに含まれるこ
とになるであろう。イギリスにおける法律家の特権としての法的コミュニ
ケーションの秘密保護も、訴訟手続に関するものだけでなく、あらゆる法
的助言の提供をカバーしている。また、裁判所、検察庁などとの訴訟手続
に関するコミュニケーションはもちろんのこと、さまざまな外部機関との
人権救済の申立に関するコミュニケーションも、法的コミュニケーション
として扱われるべきであろう。

(3) 弁護権の実質的保障と法的コミュニケーション

(i) 自由かつ秘密の法的コミュニケーション

1 身体を拘束された刑事事件の被疑者・被告人と弁護人との防御に関す
るコミュニケーションは、憲法34条による弁護権の実質的保障にとって決
定的に重要である。刑事訴訟法39条1項は、憲法34条の弁護権を具体化し
て、自由かつ秘密の接見交通権を保障している。被疑者・被告人の身体が
拘束されている以上、自由かつ秘密の接見交通がなければ、有効な弁護の
保障はおよそ期待できない。「弁護人との接見交通権は被疑者が防御活動
を行う上で最も重要な基本権であり、まさにこの弁護権の中核に位置す
る²⁶²⁾」のである。

本稿1(2)においてみたように、現行監獄法の下、被疑者・被告人と弁護
人との面会については、30分の時間制限が設けられず、会話内容の聴取を
ともなう立会も排除されている。しかし、面会時間、遮蔽板を挟んだ閉鎖
面会など、制限も残されている。また、信書の発受については、実務上発
信数が制限されないことを除き、社会的コミュニケーションとしての信書
の場合と区別なく扱われており、全信書が一律に検閲されている。

以下、被疑者・被告人と弁護人とのコミュニケーションをめぐる問題の
なかから、刑事手続法と刑事拘禁法の交錯という観点に立ちつつ、信書の
秘密保護をめぐる法的問題、刑事施設の管理運営を理由とする弁護人との

面会時間などの制限について論じる。上述のように、信書の秘密保護をめぐっては、近時重要な判例の展開が見られるが、刑事施設法案においても、弁護士から受信する信書については「その旨を確認する限度において」検査することとする一方、被拘禁者が発信する信書については、なお検閲を行うこととしている。同じく拘禁二法案をめぐっては、弁護人の面会の原則執務時間内の限定、「管理運営上の支障」による制限について激しい議論が行われた。

2 憲法34条による弁護権の実質的保障ないし有効な弁護の保障にとって、自由かつ秘密の法的コミュニケーションの保障が不可欠である。刑事訴訟法39条3項による接見指定を合憲と判示した1999年の最高裁判所大法廷判決²⁶³⁾は、憲法34条について、「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」ものとして理解されるべきとしたが、実質的に保障されるべき弁護人の援助の「機会」というのは、たんに抽象的なものではなく、被疑者・被告人と弁護人との個別具体的なコミュニケーションを通じての意思・情報伝達による法的援助の提供の機会を意味していると理解されなければならない²⁶⁴⁾。このような法的援助の提供のための個別具体的な機会が「実質的に」保障されるためには、被疑者・被告人と弁護人との防御に関するコミュニケーションが自由に、かつ秘密に行われることが確保されなければならない。自由かつ秘密のコミュニケーションがなければ、有効な弁護の保障はありえないのである。

イギリス法においても、法律家の特権としての法的コミュニケーションの秘密保護は、当然に、身体を拘束された被疑者・被告人と弁護人とのコミュニケーションをカバーしている。人権委員会・人権裁判所の判例も、弁護権の保障を定める人権条約6条3項の本質的要請として、被疑者・被告人と弁護人との自由かつ秘密の法的コミュニケーションが保障されるべきことを認めていた。S 対スイス事件における1991年の人権裁判所判決²⁶⁵⁾が、自己の弁護人と秘密のコミュニケーションを行う刑事被告人の

権利は、「民主的社会における公正な裁判の基本的要請のひとつであり、人権条約6条3項(c)によって保障されている。もし弁護人がそのようなサーベイランスなしで自己の依頼者と相談し、依頼者から秘密の指示を受け取ることができないのであれば、人権条約が実際上行使可能で、かつ実効的な権利の保障を意図していたにもかかわらず、弁護人の援助はその実効性を大きく喪失することになってしまうであろう²⁶⁶⁾」と論じていたとおりである。法的コミュニケーションの自由と秘密保護がなければ、有効な弁護の保障はありえず、弁護権の保障は実質化されえないのである。

したがって、弁護権の実質的保障を要請する憲法34条の下、被疑者・被告人と弁護人との防御に関するコミュニケーションに対する制限は、民事訴訟などに関する法的コミュニケーションの場合と同様、自由かつ秘密の法的コミュニケーションの実質的制約に及ばない限りにおいてのみ認められるというべきである。その限りでの技術的制限のみが憲法上許容される。このことは、すべてのコミュニケーション手段について妥当すべきことである。自由かつ秘密の法的コミュニケーションは、面会のみならず、信書の発受においても同じく保障されなければならない。これが憲法的要請である。

(ii) 刑事訴訟法39条1項と信書の秘密性

1 問題は、刑事訴訟法の規定の意味、それと関連して監獄法、監獄法施行規則上の制限をどのように理解すべきかということである。

刑事訴訟法39条1項は、身体を拘束された被疑者・被告人が弁護人と「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」と規定している。この規定が、少なくとも「接見」について、その自由とともに、秘密性を保障していることに疑いはない。高見・岡本国賠訴訟における大阪地方裁判所判決²⁶⁷⁾は、「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と考えられる。なぜなら、接見の機会が保障されても、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ことも十分予想されるからである」と論じている。また、高野国賠訴訟における最高裁判所判決²⁶⁸⁾の梶谷・滝井反対意見は、刑事訴訟法39条1項は接見の秘密保護が有効な弁護の機会を実質的に保障するうえで必要不可欠との考えに立っており、「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、いわゆる萎縮効果を生ずることにより、被拘留者は、実質的かつ効果的な弁護人等の援助を受けることができないとの考えに基づく」と指摘している。

2 法的コミュニケーションの手段としての信書の発受についてはどうか。

第1の見解は、刑事訴訟法39条1項の「立会人なくして」は「接見し」だけでなく、「書類若しくは物の授受をすることができる」にもかかっており、この規定において、信書の秘密保護は、立会人なしの書類の授受として定められているとする。村井敏邦は、このように理解すべき理由として、被疑者・被告人と弁護人とのコミュニケーションを保障するのが接見交通権であり、コミュニケーションの手段としては、直接の面会だけでなく、信書の発受もあるが、両者を等しく保障しなければ接見交通権の保障にならないこと、「立会人なくして」が「接見し」だけにかかることの根拠となる資料は、立法過程においてみあたらないこと、接見と

書類・物の授受を別に扱う実質的根拠がないこと、「接見し」と「授受をし」は動詞が異なるから、そのあいだに句点が打たれたにすぎないこと、をあげている²⁶⁹⁾。また、渡辺修も、憲法34条の弁護権は、書類等の発受を含め、防御のためのコミュニケーションの自由と秘密性を保障していること、刑事訴訟法39条1項において「立会人な」しの接見と書類・物の授受とは同一文中で保障され、両者は同性質の権利としてともに自由・秘密でなければならないこと、秘密保護がなければ、検閲の不安がある以上、書類・物の授受によって防御の打ち合わせができなくなり、防御は萎縮し抑制されて、権利保障の意味がないこと、からこのような見解を支持している²⁷⁰⁾。

第2の見解は、「立会人なくして」が書類・物の授受にはかからないにせよ、信書の発受による法的コミュニケーションは、「接見」に含まれるとする。岡田悦典は、接見と信書の発受は同じくコミュニケーションとして、同等の秘密保護がなされるべきこと、接見のうえでの直接会話以外のコミュニケーション手段が発達している現在、その秘密保護の必要性は高いこと、国際人権法の要請からもそのようにいえること、刑事訴訟法39条1項に「信書」という文言がない以上、信書は「接見」に含まれると理解すべきこと、を理由としてあげている²⁷¹⁾。

第3の見解は、「立会人なくして」は接見のみにかかり、信書の発受は書類・物の授受に含まれるが、信書の発受についても、可能な限り接見の場合に倣って秘密保護が及ぼされるべきとする。刑事訴訟法39条1項の趣旨が、自由かつ秘密の法的コミュニケーションの保障にあると理解したうえで、その趣旨が接見に限られることなく、信書の発受にも可能な限り及ぼされるべきとするのである。これは、高見・岡本国賠訴訟における大阪地方裁判所判決の立場である。

これらの見解に対して、通説は、「立会人なくして」は接見のみにかかり、信書の発受は書類・物の授受に含まれるとしつつ、信書の発受については、接見の場合のような秘密保護が要請されることはないとする。刑事

訴訟法39条1項の意味をこのように理解したうえで、監獄法、監獄法施行規則による被疑者・被告人と弁護人とのあいだの信書の検閲は、刑事訴訟法39条1項の趣旨に反するものではなく、刑事訴訟法39条2項のいう「法令」に基づく措置として認められると理解する。高野国賠訴訟における最高裁判所判決は、監獄法、監獄法施行規則における信書発受の制限が憲法21条、34条、37条3項に違反しないことは先例の趣旨に徴して明らかとするだけであったが、第一審の浦和地方裁判所判決²⁷²⁾は、逃亡・罪証隠滅の防止、刑事施設の規律・秩序の維持という拘禁目的のためには、信書を検閲し、その内容を探知する必要がある一方、このような制限はコミュニケーションそのものの規制ではなく、その「手段又は方法を規制する効果を有するにすぎない」から、必要かつ合理的な制約として憲法違反ではないと判示していた。

3 接見と信書の発受は、たしかにともに被疑者・被告人と弁護人とのコミュニケーションの手段であるが、刑事訴訟法39条1項の「接見」に信書の発受を含めることは、監獄法において両概念が区別されていることからしても、やはり文理上困難なように思われる。上述のように、憲法34条が自由かつ秘密の法的コミュニケーションの保障を要請していることを考えるとき、先に示したような理由から、「立会人なくして」は「書類若しくは物の授受をすることができる」にもかかっており、被疑者・被告人と弁護人とのあいだの書類・物の授受については、すべて接見の場合と同様の秘密保護がなされると理解することも可能かもしれない。

とはいえ、被疑者・被告人と弁護人とのあいだのすべての書類・物の授受について、接見の場合と同様の秘密保護が必要なのか疑問が残る。書類・物の授受のなかには、意思・情報伝達のためのコミュニケーション以外のものもあるからである。このことを考えると、刑事訴訟法39条1項が「立会人なくして」を「接見し」のみにかからせたと理解することにも、理由があるように思われる。

刑事訴訟法39条1項において「接見」から「立会人」が排除され、すべ

ての接見の秘密性が保障されたのは、接見はいかなる場合においても、被疑者・被告人の防御に関する意思・情報伝達のためのコミュニケーションを含んでいるからである。人間のコミュニケーションは本質的に発展性・流動性を有しており、このような性格は、同時双方向的コミュニケーションである接見のうえでの会話の場合にはひととき強い。このことにかんがみたととき、防御に関するコミュニケーションとそれ以外のコミュニケーションを個別具体的な一つの接見のなかで区別して、異なる扱いをすることはできない。それゆえ、すべての接見について、防御に関するコミュニケーションを含むものとして、「立会」を排除し、その秘密性を保障したのである。

これに対して、被疑者・被告人と弁護人とのあいだのものであっても、書類・物の授受のなかには防御に関するコミュニケーション以外のものもあり、個別具体的な書類・物の授受ごとに、防御に関するコミュニケーションとしての授受とそれ以外の授受とを区別することも、多くの場合には可能である。防御に関するコミュニケーション以外の書類・物の授受については、防御に関するコミュニケーションの場合とは異なり、憲法34条の要請として秘密性を保障する必要はなく、また、拘禁目的を達成するために、授受される書類・物について内容検査を行う必要が生じる場合もありうる。たとえば、弁護人が被疑者・被告人に対して筆入れを差し入れた場合、エックス線透視検査、外部からの視覚・触覚による検査などとともに、筆入れを開いて、凶器となりうるような禁制品が入っていないか検査する必要がある場合があるであろう。このように、防御に関するコミュニケーション以外の書類・物の授受について、憲法34条の要請として秘密性を保障する必要はなく、また、内容検査が必要な場合もありうることから、刑事訴訟法39条1項は、接見の場合のように、すべての書類・物の授受について秘密保護を及ぼすことを示す文言を付けなかったのである。「接見し」のみに「立会人なくして」が付けられた理由はここにある²⁷³⁾。

それゆえ、「立会人なくして」が「書類若しくは物の授受をすることが

できる」にかからなかったとしても、そのことは、すべての書類・物の授受について接見の場合のような秘密性の保障が及ぶわけではないことを意味しているにすぎず、逆に、あらゆる書類・物の授受からも秘密性を奪ってよい、いかなる書類・物の授受についても内容検査をしてよいということの意味しているのではない。内容検査が許されるのは、防御に関する法的コミュニケーション以外の書類・物の授受に限られ、書類・物の授受が防御に関するコミュニケーションとして行われる場合には、接見の場合と同様、憲法34条の要請として秘密性が保障されなければならないのである。被疑者・被告人と弁護人とのあいだの防御に関する信書の発受は、法的コミュニケーションとしての書類・物の授受の典型的場合である。

かくして、弁護権の実質的保障ないし有効な弁護の保障にとって必要不可欠であるがゆえに、憲法34条の要請として、防御に関するコミュニケーションとしての信書の発受については秘密性が保障される。このとき、被疑者・被告人と弁護人とのあいだで発受される信書は、通常、弁護に関する法的コミュニケーションを含んでいるはずであるし、これを含んでいるか確認するために内容閲読を許したのでは、あらゆる法的コミュニケーションの内容が探知されることになり、その秘密保護がすべて奪われる結果となる。また、個別具体的な一つの信書のなかで、弁護に関する法的コミュニケーションとそれ以外の部分とを、前者についての秘密保護を確保しつつ区別することは不可能である。それゆえ、結局のところ、憲法34条の要請を受けて刑事訴訟法39条1項は、被疑者・被告人と弁護人とのあいだのすべての信書の発受について、秘密性を保障していると理解される。キャンベル事件において1993年の人権裁判所判決²⁷⁴⁾は、民事訴訟に関する法的コミュニケーションについてであるが、被拘禁者と弁護士とのあいだの信書の一律検閲は人権条約8条に違反すると判示したうえで、弁護士とのあいだの信書のなかにも訴訟手続と無関係な部分が入っている可能性はあるにせよ、両者を区別することは困難であるから、目的によって取扱を区別することはできず、弁護士とのあいだの信書すべてについて人権条

約8条に基づく特別な秘密保護を及ぼすべきとした。たとえ「立会人なくして」が「接見し」だけにかかるとしても、書類・物の授受のうち信書の発受については、まさに接見から立会人が排除されたのと同じ理由によって、内容閲読としての検閲が排除され、秘密性が保障されるのである。

憲法34条の要請としての秘密性の保障が及ぶのは、上述のように、防御に関するコミュニケーションであるから、信書の発受以外のものであっても、書類・物の授受が防御に関するコミュニケーションにあたる場合には、信書の発受の場合と同様、秘密保護が及ぼされることになる。個別具体的な書類・物の授受がこのような場合に当たるかについては、それがなんらかの意思・情報伝達のためのコミュニケーションである限り、防御に関するコミュニケーションすべてについて秘密保護を確保するために、被疑者・被告人、弁護人がそのように申し述べたときには、その書類・物の授受は防御に関するコミュニケーションとして扱われるべきである²⁷⁵⁾。以上のように、弁護権の実質的保障のための憲法34条の要請として、刑事訴訟法39条1項において、被疑者・被告人と弁護人とのすべての接見、信書の発受を含む防御に関するコミュニケーションについて、秘密性が保障されていると理解すべきである。

(iii) 刑事訴訟法39条2項と刑事拘禁法上の制限

1 刑事訴訟法39条2項は、「法令……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」としている。この規定に基づき、信書その他防御に関するコミュニケーションについても、内容閲読としての検閲が、現行実務のように一律全面的に、あるいは限定された一定範囲において認められるのか。信書の検閲は、刑事訴訟法39条2項のいう「法令」による「必要な措置」として認められるのか。このとき、刑事訴訟法39条1項と同条2項との関係はどのように理解されるのか。さらに、信書発受の不許可を定める監獄法46条1項、監獄法50条の委任を受けて信書の検閲に関して定める監獄法

施行規則130条の意味はどのように理解されるのか。

一律全面的な検閲というのが現行実務である。高野国賠訴訟における第一審浦和地方裁判所判決は、憲法34条、同37条3項に由来する「接見交通権を実質的に担保するものとして、被告人と弁護人との間において自由かつ秘密にコミュニケーションをする権利が保障されている」としつつ、「右コミュニケーションの権利といえども、……逃亡及び罪証隠滅の防止という未決勾留の目的を達成し、監獄内の規律及び秩序の維持を図るために必要かつ合理的な範囲においては、いわばその内在的制約として一定の制限に服する」との基本的立場を示したうえで、「未決勾留によって拘禁されている被告人に対し、外部との自由かつ秘密の通信を許すならば、逃亡や罪証隠滅、更には監獄内の規律及び秩序を乱す行為に出る計画の通謀を行うことなどが予想されるところであり、その結果、前記未決勾留の目的を達成することができなくなるに至ることは明らかである。そして、外形の事情のみから通信の内容を推測することは必ずしも容易ではないから、これらの事態を予防する対策として、未決勾留によって拘禁されている被告人の発受する信書を検閲し、その内容を知る必要がある」とした。さらに、「被告人と弁護人とは、そのコミュニケーションの方法を信書の発受のみに限定されているわけではなく、拘置所等において立会人なしに口頭により自由に接見することが保障されている」から、信書の検閲は「コミュニケーションの手段又は方法を規制する効果を有するにすぎないと認めるのが相当であって、右検閲が右権利に加える制限の程度は、なお必要かつ合理的な範囲にとどまる」と判示した。逃亡・罪証隠滅の防止、刑事施設内の規律・秩序の維持という拘禁目的のための必要かつ合理的な制限として、被告人と弁護人とのあいだの信書の一律検閲を適法としたのである。現行実務の全面的肯定といってよい。上述のように、最高裁判所は、先例をあげるだけで、信書の検閲は憲法違反にはあたらないとした。

被疑者・被告人と弁護人とのコミュニケーションについては、本来、上述のように、自由かつ秘密の法的コミュニケーションの実質的制約に及ば

ない限りでの制限が認められるにすぎない。これが憲法的要請であった。しかし、被疑者・被告人と弁護人とのあいだの信書について、かりに拘禁目的の達成のためになんらかの実質的制限が認められうるとの前提に立った場合でも、この判決にはいくつか決定的な疑問が残る。

第1に、上述のように、一般に、被拘禁者の外部社会とのコミュニケーションは憲法21条の表現の自由によって基礎づけられたものであるから、拘禁目的を達成するための必要最小限度の制限が認められるにすぎず、必要最小限度の制限であるためには、拘禁目的に対する具体的危険の発生が認められ、最も制限的でない手段が選択されなければならない。しかし、判決は、拘禁目的が阻害される具体的危険ではなく、たんなる一般的・抽象的なおそれの認定に基づき、一律全面的な検閲を正当化している。しかも、弁護士については、法律家として高い職業倫理が期待され、弁護士会の規律・懲戒システムも存在する。拘禁目的を阻害する行為に対しては刑事制裁の可能性もある。判決は、一般的・抽象的なおそれを認定するにあたり、これらの事情を考慮していない。また、拘禁目的を阻害する具体的危険を排除するために、信書の秘密性を保持したうえでのより制限的でない手段の選択が不可能でないか、一律全面的な信書の検閲が最も制限的でない手段といえるのか、先のような弁護士に関する特別な事情をも踏まえた検討を行っていない。上述のように、ヨーロッパ人権条約に関する人権委員会・人権裁判所の判例においても、また、イギリス国内裁判所の判例においても、たとえ正当な目的のためであるにせよ、法的コミュニケーションとしての信書の一律検閲は、必要最小限度を超える過剰な制限として早くから排除されてきた²⁷⁶⁾。

第2に、判決は、一般に、被告人と弁護人とのあいだでは自由かつ秘密のコミュニケーションが保障されるべきと認めているにもかかわらず、このことが法的コミュニケーションに対する制限を抑制する方向で作用する可能性を検討していない。それは、自由かつ秘密の法的コミュニケーションが有効な弁護の保障との関係において有する憲法的意義が考慮されてい

ないことを意味している。このことの憲法的意義が正当に考慮されたとき、社会的コミュニケーションの場合以上に、制限は厳しく限定されることになるはずである。

第3に、そうであるがゆえに、判決は、被告人と弁護人との接見にさいしての口頭のコミュニケーションが「立会人なくして」認められ、拘禁目的の達成との関係においてもその秘密性が完全に保障されていることとの均衡から、信書によるコミュニケーションについても秘密性が保障されるべきでないか検討していない。むしろ、自由かつ秘密の口頭によるコミュニケーションの保障があることは、信書の一律検閲がたんなる手段・方法の規制にすぎないと認めることの根拠としてあげられている。このことは、被告人と弁護人とのコミュニケーションにおいて、信書という手段がどのような固有の意義を有するかという問題に関連する。

判決の立場は、信書によるコミュニケーションに固有の意義は認められず、接見にさいしての口頭のコミュニケーションによって代替可能とするものであろう。しかし、信書というコミュニケーション手段には、本来、口頭のコミュニケーションによって代替されえない固有の意義が認められるというべきであろう。最高裁判所判決における梶谷・滝井反対意見が、「弁護人等が被拘留者と接見する場合、受付時間及び接見可能時間についての制限があるだけでなく、接見までの手続にかなりの待ち時間を要することもあって、これのみで、被拘留者との情報の交換、助言の伝達等によるコミュニケーションを十分に行えないことが少なくないのが実情である。また、弁護人等が信書によって被拘留者に求めるものや被拘留者から得たい情報を予め被拘留者に知らせ、被拘留者においてそれらの点について整理しておくことを求めて効果的に接見を行い、その後、接見を通じて十分に行えなかったことを追加して伝達したいと考えたことを信書によって伝えるなど、信書のもつ正確性、固定性など固有の特質を活用することによって、口頭による接見を補完することができる」と指摘しているとおりである。このように、信書によるコミュニケーションに固有の意義が認め

られる以上、信書の検閲はたんなる手段・方法の規制にすぎないということとはできない。自由かつ秘密の法的コミュニケーションが全体として保障されるためには、接見にさいしての口頭のコミュニケーションだけでなく、信書によるコミュニケーションについても自由と秘密性が保障されなければならない。

2 一律全面的な検閲という現行実務の立場に対して、高見・岡本国賠訴訟の大阪地方裁判所判決は、被疑者・被告人と弁護人とのあいだの信書について、「刑訴法39条1項は、できる限り接見に準じ、その内容についての秘密保護を要請している」とする一方、「施設内の規律及び秩序維持等の目的」を達成するために、一定範囲における内容閲読を許容している。すなわち、判決は、「信書の授受の場合には、収容施設側において封緘された信書の中に信書以外の物又は書類が混入されていないか、第三者宛の信書又は第三者からの信書が混入されていないか、更には間違いなく弁護人からの信書なのかどうかを確認する必要があるといわなければならない。また、……危険物や禁制品が混入されていないのかも確認する必要がある」とし、「信書が封緘されたままでは収容施設側でこれらの点を確認することは、器械等の物的な条件を備えることによっても極めて困難である」から、「封緘したまま信書の授受を認める……ための前提条件、すなわち、何らかの手続的な措置（例えば、発信者や宛先を手続上予め明確にする措置や特別の封筒を使用することなどが考えられる。）」が現存しない以上、先のような点について確認する「目的の限度で信書を開披し、その内容を収容施設側が閲読することも、許容されている」とした。そして判決は、このような限度での内容閲読は、接見については完全な秘密交通権が確保されていることから、やむをえない制約であるとした。

そのうえで判決は、「被拘禁者と弁護人との間の信書の授受についても、刑訴法39条1項は、できる限り接見に準じ、その内容についての秘密保護を要請している」との理解を前提として、「憲法が規定する弁護人を依頼する権利に対する配慮」をなすためには、「法解釈としては、監獄法及び

監獄法施行規則の規定を、少なくとも弁護人との間の信書に関する限り、刑訴法の各規定、特に39条1項についての……内容に整合するように解釈すべき」とした。かくして判決は、監獄法46条1項に基づき信書の授受自体を不許可とすることはできず、監獄法施行規則130条に基づく信書の検閲は、先の点について「確認する限度で行われるべきもので、それ以上に、その内容を精査することは許されない」とした。さらに、同規則139条に基づく信書内容の記録化については、原則として禁止され、先の限度における内容確認にさいして、「信書の内容から逃亡・罪証隠滅あるいは収容施設側の管理上重大な支障を現実を生じさせる差し迫った危険が判明した場合、又は封書の中に危険物や禁制品が混入されていた場合」に限り認められるにすぎないとした。このように、憲法上の弁護権への配慮という観点から、刑事訴訟法の要請に適合させるために、監獄法および監獄法施行規則の限定解釈を行ったのである。

また、高野国賠訴訟の最高裁判所判決における梶谷・滝井反対意見は、信書について、真に弁護人から発信されたものか、信書のなかに弁護人との信書以外の「物」が混入されていないか検査する必要はあるとしつつ、「弁護人等との間の信書を通じての意思の疎通、助言や情報の提供は、口頭による接見を補完するものであり、かつ、これと一体となって、弁護人依頼権に由来する秘密交通権の保護の対象となると解すべきであるから、弁護人等からの信書であることが明らかである以上、その内容の閲読は許されないというべきである。そして、そのことを担保するためには、開披が必要な場合であっても、それを被拘留者の面前で行うなどの適切な方法が講じられるべきである」とし、また、「被拘留者が弁護人等に発信する信書についても、弁護人等への信書であるか否か、その中に信書以外の物が含まれていないかどうかの確認以上に、その内容を閲読することは許されない」とした。先の大阪地方裁判所判決と対比すると、刑事訴訟法39条2項が「戒護に支障のある物」に限って「必要な措置」の対象としていることから、弁護人が被拘禁者宛に発信した信書中に第三者の信書が同封さ

れていないかの確認を除外したうえで、信書の内容閲読をできうる限り排除するよう求めている。とはいえ、反対意見も、信書の内容閲読が完全排除されるべきことを明確には述べていない。必要な確認が信書の内容閲読なしで可能かどうかにかかっている。反対意見は、先の大阪地方裁判所判決と同様、信書の検閲に関する監獄法、監獄法施行規則の規定は「少なくとも被勾留者と弁護士等との間の信書の授受に関する限り、憲法が保障する弁護士依頼権に由来する刑事訴訟法の弁護士等の接見に関する規定と整合するように解釈すべきである」とし、そのような限定解釈として、「監獄法施行規則130条にいう『信書』には、被勾留者と弁護士等との間で発受されるものは含まれないと解すべきであって、そのような信書を拘留所長が前記のような特段の事情がないにもかかわらず検閲することは許されない」としている。

3 刑事訴訟法39条1項の要請に適合させるために監獄法、監獄法施行規則を限定解釈するというアプローチに対して、弁護士の黒田一弘は、高見・岡本国賠訴訟の大阪地方裁判所「判決は、刑事訴訟法39条優位の根拠を同条が憲法34条前段に由来しているというところに求めているが、監獄法も憲法上の根拠をまったく有していないわけではないであろう。それなのに、なぜ刑事訴訟法39条が優位するのかという原理的な根拠について、本判決は必ずしも明らかにするところではない」との批判を提起している²⁷⁷⁾。

たしかに、自由かつ秘密の接見交通権について、憲法34条自らが保障している権利として性格づけることなく、憲法34条に「由来」して刑事訴訟法上保障される権利としたことは、判決の大きな限界であろう。しかし、憲法が人権の保障を原則とし、人権の制約を例外としていることからすれば、憲法における人権の保障規定に由来する法律上の権利保障と、憲法における人権の制約規定になんらかの根拠を有する法律上の権利制約とのあいだでは、前者に優位性が認められるべきであろう²⁷⁸⁾。したがって、かりに自由かつ秘密の接見交通権が憲法に「由来」して法律上保障された権利であるとの前提に立ったとしても、刑事訴訟法39条1項の自由かつ秘密

の接見交通権は、監獄法、監獄法施行規則に基づく制限に対して、基本的人権の保障を基本原理とする憲法の原理的構造によって根拠づけられた優位性を有しているように思われる。

4 では、先の点について確認するために必要最小限度の範囲に限定されるにせよ、信書の検閲は許されるのか²⁷⁹⁾。

第1に、真に弁護士からの信書であることの確認は、弁護士とのあいだの信書を他の信書と区別して取り扱うことを前提とする限り、たしかに必要であろう。しかし、この確認は、特別な封筒を用いる、弁護士会の発行する連続番号入りのシールを貼るなど、弁護士が発信したことが分かるような工夫をすることによって、十分可能なはずである。高見・岡本国賠訴訟を契機として、大阪弁護士会は、弁護士からの信書であることを明示するための連続番号または会員登録番号を付したシールを弁護士会が作成し、それを活用することを検討しているという²⁸⁰⁾。イギリスのような二重封緘方式も検討されてよいであろう。このような方法によって確認しても疑いが残る場合には、発信人とされる弁護士に問い合わせることによって、容易かつ確実に確認することができる。このようなより制限的でない手段が利用可能であるから、信書の内容閲読はもちろん、信書の開披も許されないというべきである。

第2に、危険物・禁制品の混入についても、やはり確認の必要はあるであろう。しかし、法律家として高い職業倫理に拘束される弁護士からの信書について、弁護士会の規律・懲戒システムの存在、刑事制裁の可能性もあわせ考慮するとき、危険物・禁制品が混入される可能性はもともときわめて低いことを確認しなければならない。危険物・禁制品の混入については、諸外国の実務においてすでに広く行われているように、形状、重量などの外形的検査、エックス線透視検査、金属探知器検査などによって、信書を開披することなく確認が可能であろう。これらの検査によっても混入の具体的可能性が認められる場合には、やむをえず信書の開披が認められることになるが、その場合でも、信書の内容閲読は決して許されない。こ

のことを確保するため、イギリスの実務のように、信書の開披は被拘禁者の立会のうえで行われるべきである。

第3に、信書以外の書類・物の混入についてはどうか。物の混入については、拘禁目的を阻害する具体的危険を生じさせないか確認するために、その検査の必要が認められるが、先に述べた危険物・禁制品の場合と同様の検査によることで足りるであろう。他方、書類の混入について、弁護士の岡本栄市は、信書の発受を弁護人が行う以上、弁護人の判断によって混入された書類が拘禁目的を阻害する具体的危険を生じさせるようなものでないことが保障されるから、信書の開披によって書類の混入を確認する必要はないと論じている。「弁護人が被告人から信書とともに重要な証拠書類を受領したり、また弁護人が証拠書類のコピーを信書に同封して打ち合わせを行うことは弁護活動にとって必要なこと」であり、「接見の場合にも、接見室で被告人に証拠物や証拠書類を見て打ち合わせを行っているのであって、これと同じことが信書の発受の場合にも行える必要がある」という²⁸¹⁾。

このような証拠書類やそのコピーは、それ自体、被疑者・被告人と弁護人との防御に関するコミュニケーションを直接構成する要素とみることができる。したがって、その自由かつ秘密の授受が、信書の発受の場合と同様に保障されるべきである。これは憲法的要請である。信書に同封されている書類は、このような防御に関するコミュニケーションを構成する書類である場合が多いであろうから、それ以外の書類の同封がないか確認するために信書を開披し、書類が防御に関するコミュニケーションを構成するものかどうか判断するために同封されたすべての書類の内容を閲読したのでは、防御に関するコミュニケーションを構成する書類の授受の秘密性が失われる結果となる。もともと弁護人の判断と責任によって混入された書類である以上、いかなる書類であっても、それが拘禁目的を阻害する具体的危険を生じさせる可能性はきわめて低い。防御に関するコミュニケーションを構成する書類の秘密性を確保するためには、それ以外の書類が混

入されていないか確認するために信書を開披し、その内容を閲読することはできないというべきである。刑事訴訟法39条2項は、「書類」の授受についても逃亡・罪証隠滅を防止するための措置を認めているが、被疑者・被告人と弁護人との信書に同封された書類については、その確認のために信書を開披し、書類の内容を閲読することはできず、防御に関するコミュニケーションを構成するもの以外の書類について、逃亡・罪証隠滅を防止するための配慮は、信書を発受する弁護人の判断と責任において行われるべきことになる。

第4に、第三者宛または第三者からの信書の混入が問題となる。岡本栄市は、第三者宛の信書が同封された場合、「弁護人がその第三者宛の信書の宛先、内容等をチェックしてそれを当該第三者に渡すか否か判断することになり、他方、弁護人が第三者宛の信書を同封したうえで発信した信書の場合、「弁護人が第三者の信書をチェックし、弁護活動に必要であると判断して被告人への信書に同封しているのであるから、第三者からの書類の混入を確認し阻止する必要もない」としている。「接見の場合にも、弁護人は被告人から第三者への伝言を依頼されたり、第三者からの手紙を被告人に見せたりすることがあり、これは弁護人の判断で行われていることであるが、収容施設に事前にチェックされることはない」から、これとの均衡においても、第三者宛または第三者からの信書の混入を確認・阻止する必要はないとする²⁸²⁾。

弁護人が防御に関するコミュニケーションにとって必要と判断して同封した第三者の信書は、先の証拠書類の場合と同様、それ自体、防御に関するコミュニケーションを構成するものであるから、弁護人自身の信書と同じように秘密性が保障されるべきである。同封する信書が防御に関するコミュニケーションを構成するものかどうかは、弁護人自身の信書の場合と同様、弁護人の判断によって決められるべきである。このことを判断するために第三者の信書すべてについて内容閲読を認めたのでは、結局、法的コミュニケーションを構成する信書の秘密性が失われることとなる。この

場合にも、弁護人の判断と責任により混入された書類が拘禁目的を阻害する具体的危険を生じさせる可能性は、もともときわめて低い。逃亡・罪証隠滅を防止するための配慮は、弁護人の判断と責任において行われるべきである。

被疑者・被告人が同封した第三者宛の信書については、それ自体、弁護人との防御に関するコミュニケーションを構成するものとみることにはできないであろう。しかし、弁護人の判断と責任において、逃亡・罪証隠滅の防止に対する配慮が可能であり、また、この同封を確認するために被告人の発信する信書すべてについて内容を閲覧したのでは、弁護人宛の信書の秘密性も奪われる結果となる。それゆえ、刑事訴訟法39条2項のいう「必要な措置」として、刑事施設が第三者宛の信書の同封を確認し、その内容を閲覧することを認めるべきではない。したがって、第三者宛の信書の同封を確認するためにも、信書の開披、内容閲覧はすべきでないことになる。

第三者とのあいだの信書の同封については、刑事訴訟法81条に基づく接見禁止決定がなされている場合が問題となる。接見禁止決定の実質的趣旨は、逃亡・罪証隠滅を防止するため、被疑者・被告人と弁護人以外の者との意思・情報の伝達を遮断することであり、信書の内容を口頭で伝達するのと直接信書を授受することには格段の差があるとして、信書の授受については、意思・情報の伝達主体が弁護人以外の者であり、その授受が第三者とのあいだで行われたと評価される限り、弁護人が介在し、また、防御に関連する場合でも、接見禁止処分に違反するとの見解が有力である²⁸³⁾。しかし、接見禁止処分は、一般人との意思・情報伝達の遮断それ自体を目的としているのではなく、未決被拘禁者と一般人との接見、書類・物の授受を制限することによって、逃亡・罪証隠滅を防止することを目的としているから、弁護人の判断と責任において逃亡・罪証隠滅の防止のために必要な措置がとられる限り、被拘禁者と第三者とのあいだの信書の授受それ自体を認めない必要はないように思われる。また、第三者とのあいだの信書の授受を認めず、その同封を確認するために、弁護人とのあいだの信書

を開披し、その内容を閲読することとなれば、弁護人とのあいだの信書の秘密性も失われる結果となる。このように考えると、接見禁止処分がなされている場合でも、それが無い場合と同様に扱うべきことになる。

もっとも、以上の検討は、身体を拘束された被疑者・被告人と弁護人とのあいだの信書とそれ以外の信書とあいだで秘密性の保障に違いがあることを前提としていたが、社会的コミュニケーションとしての信書、民事訴訟などに関する法的コミュニケーションとしての信書についても、先に論じたように内容の閲読は許されないとの前提に立つならば、第三者とのあいだの信書の同封の確認は必要ないことになる。

5 以上論じてきたように、弁護権の実質的保障ないし有効な弁護の保障を要請する憲法34条の下、被疑者・被告人と弁護人との防御に関するコミュニケーションについては、自由と秘密性が保障されなければならない。この憲法的要請を受けて、刑事訴訟法39条1項は、接見にさいしての口頭でのコミュニケーションだけでなく、信書の発受、書類・物の授受というコミュニケーション手段についても、自由と秘密性を保障している。個別具体的なコミュニケーションのなかに、防御に関するコミュニケーション以外のものが含まれる場合もありうるが、防御に関するコミュニケーションの自由と秘密性という憲法的要請を確保するために、被疑者・被告人と弁護人とのあいだの意思・情報伝達としてのコミュニケーションすべてについて、自由と秘密性が保障されなければならない。刑事訴訟法39条1項は、憲法34条の要請に適合させるために、このように解釈されなければならない。信書の発受を含むいかなる書類・物の授受についても秘密性の保障がないとする現行実務の解釈・運用は、憲法34条に違反する。

憲法34条の下、自由かつ秘密の法的コミュニケーションに対しては、拘禁目的を達成するための必要最小限の制限のみが許され、必要最小限の制限であるためには、拘禁目的を阻害する具体的危険の発生が認められ、最も制限的でない手段が選択されなければならない。さらに、防御に関するコミュニケーションの自由と秘密保護が憲法34条による弁護権の実質的保

障にとって不可欠な、その本質的要請であることから、自由かつ秘密の法的コミュニケーションの実質的制約に及ばない限りにおいて、その限りでの技術的制限が認められるにすぎない。刑事訴訟法39条2項は、逃亡・罪証隠滅、戒護に支障のある物の授受を防止するために「法令」による「必要な措置」をとることを認めている。しかし、この「必要な措置」として、信書の検閲など、防御に関するコミュニケーションによって伝達される意思・情報の内容を探知することは許されない。先の具体的検討から明らかのように、拘禁目的を阻害する具体的危険を排除するために必要最小限の制限とはいえないからである。かくして、刑事訴訟法39条2項のいう「法令」による「必要な措置」は、被疑者・被告人と弁護人との自由かつ秘密の法的コミュニケーションを実質的に制約しない限りでの技術的制限としてのみ許されることになる。このように限定解釈したときにはじめて、刑事訴訟法39条2項は憲法34条に適合する。「法令」による「必要な措置」として、監獄法50条の包括的委任を受けた監獄法施行規則130条に基づき、被疑者・被告人と弁護人とのあいだの信書の一律全面的な検閲を行い、監獄法46条に基づく信書発受の不許可までも認めている現行実務は、憲法34条に違反するといわざるをえない。

監獄法をみると、監獄法46条1項は、文言上、被疑者・被告人と弁護人とのあいだの信書の発受についても、不許可とすることを認めている。また、監獄法50条は一切の接見・信書に関する制限を包括的に委任し、監獄法施行規則130条はその包括的委任を受けて、文言上、被疑者・被告人と弁護人との信書についても、一律全面的な検閲を行うべきこととしている。これらの規定をこのように解釈・運用することは、上述のように憲法34条に違反し、刑事訴訟法39条2項にも適合しない。憲法34条の要請に適合するためには刑事訴訟法39条2項の意味は先のように限定解釈されるべきであるが、監獄法、監獄法施行規則のこれらの規定をそのような意味に限定解釈することは、もはや解釈の限界を超え、不可能といわざるをえない。それゆえ、これらの規定は、監獄法50条が包括的委任を行っていることと

あわせ、それ自体として憲法34条に違反する²⁸⁴⁾。

6 身体を拘束された被疑者・被告人と弁護人との面会については、現在、監獄法50条の包括的委任を受けた監獄法施行規則122条に基づき、原則として、刑事施設の執務時間内に限って認められている²⁸⁵⁾。このような制限が、刑事訴訟法39条2項のいう「法令」による「必要な措置」にあたる²⁸⁶⁾と理解されている²⁸⁶⁾。また、刑事施設法案は、執務時間内の面会を原則としつつ、休日・執務時間外の面会については刑事施設の「管理運営」上の支障があるときは応じなくてもよいとしている(1991年法案110条3項)。この「管理運営」上の支障という概念は、たしかに、刑事訴訟法39条2項の定める逃亡・罪証隠滅、戒護に支障のある物の授受の防止という概念を超える広がり²⁸⁷⁾を有するものである。したがって、刑事施設法案は、刑事訴訟法39条2項が予定した範囲を超える制限を認めていることになる²⁸⁷⁾。刑事訴訟法39条1項が憲法34条を受けて、自由かつ秘密の面会を保障していることに疑いはない。被疑者・被告人と弁護人との自由な面会に対して、このような刑事拘禁法上の制限を行うことは許されるのか。この問題は、刑事手続法と刑事拘禁法の関係をどのように理解するかという問題に繋がっている。

刑事手続法と刑事拘禁法の関係について精緻な法的分析を行ったのが、後藤昭である²⁸⁸⁾。後藤昭によれば、従来、刑事手続法と刑事拘禁法とは目的と規律領域において違いがあり、いわば次元を異にしているから、相互間に矛盾・抵触は本来的に生じないとする「二元主義」の理解が支配的であった。この二元主義によれば、刑事訴訟法が保障する未決拘禁中の被疑者・被告人の権利について、刑事拘禁法が刑事訴訟法の予定する範囲を超えて制限しても、矛盾ではないことになる。しかし、第1に、「訴訟法と施設法とでは権利を制約する目的や領域が違おうと言っても、拘禁される人間は一人であり、制約の実際的な結果は同じである」から、「一方では権利を保障しておいて、他方で実質上それを制約するとすれば、やはり矛盾である」こと、第2に、「訴訟法によって、訴訟目的を実現するた

めに未決拘禁が認められ……, その未決拘禁を実際に執行するために, 具体的な内容を定めるのが施設法であるから, 「目的を定めている訴訟法によって, 手段である施設法の内容も規制されるのが当然である」ことからすれば, 訴訟法と施設法の関係について「一元主義」的考えをとるべきである。したがって, 「訴訟法が被拘禁者の権利として, 積極的に明文で規定している部分については, ……施設法にそれを浸食するような規定を設けるとすれば, 訴訟法上の保障に反する」。刑事拘禁法が, 刑事訴訟法39条2項の予定する範囲を超えて, 管理運営上の支障を理由とする制限を規定することは認められない。施設法によって面会の機会を実質的に制限することはできず, 深夜などに逃亡や戒護上の支障が現実が生じる場合に限り, 面会の申出に応じないことができるにとどまる。この場合でも, 緊急の必要があれば面会の申出に応じなければならない。現行の監獄法施行規則122条は, 面会の機会を実質的に制限しないという訴訟法の要請を超える限度では無効である。

上述のように, 本来, 憲法34条の要請として, 被疑者・被告人と弁護人との防御に関するコミュニケーションについては, その自由と秘密性を実質的に制約するような制限は許されない。このような憲法的要請からは, 当然, 刑事拘禁法上の制限は, 自由かつ秘密の法的コミュニケーションの実質的制約に及ばない限りでの技術的制限としてのみ認められることになる。この憲法的要請の下では, 刑事訴訟法39条2項の「法令」による「必要な措置」としても, 同様の制限のみが許容され, このような刑事訴訟法の限界に拘束されることによって, 刑事拘禁法上, 自由かつ秘密の法的コミュニケーションの実質的制約に及ぶような制限は認められないことになる。しかし, 監獄法50条の包括的委任を受けた監獄法施行規則122条は「接見八執務時間内二非サレハ之ヲ許サス」と規定しており, この文言を解釈することによって, 深夜・未明などの逃亡のおそれまたは戒護上の支障が具体的に生じる場合に限って弁護人の面会申出に応じないことができ, その場合でも防御上緊急の必要性があるときには申出に応じなければならない

ないという上述の憲法, 刑事訴訟法によって要請される制限の限界を導き出すことは不可能であろう。むしろ, 刑事施設は休日・執務時間外の面会申込を一律に拒否することができる, 少なくとも拒否することが原則であるとの理解を導く規定である。それゆえ, 監獄法施行規則122条は, 監獄法50条における包括的委任の規定とあわせて, 憲法34に違反する²⁸⁹⁾。

- 136) 法的コミュニケーションについては主として, Livingston *et al.*, *supra note* 35, at 253-261; Creighton and King, *supra note* 26, at 131-132, 135-136, 137; HM Prison Service and Prison Reform Trust, *supra note* 49, at 17-18, 21-22 による。法的コミュニケーションに関連する問題として, 法律資料への被拘禁者のアクセス, 自己の訴訟における被拘禁者の在廷も問題となるが, これらの問題についてはあらためて検討する機会を設けたい。
- 137) 北村泰三・註27書235頁以下。
- 138) *Golder v UK*, [1975] 1 EHRR 524.
- 139) *Id.* at para. 40.
- 140) *Id.* at para. 45.
- 141) Livingston *et al.*, *supra note* 35, at 253.
- 142) *Silver v UK*, [1981] 3 EHRR 475; *Silver v UK*, [1983] EHRR 347.
- 143) *Campbell and Fell v UK*, Report of the Commission, 12 May 1982, Series B, No. 65, para. 157-158.
- 144) *Campbell and Fell v UK*, [1985] 7 EHRR 165.
- 145) *Id.* at para. 107.
- 146) *R v Home Secretary, ex p Anderson*, [1984] QB 778.
- 147) *Raymond v Honey*, [1983] 1 AC 1.
- 148) *Guillfoyle v Home Office*, [1981] 1 QB 309.
- 149) *S v Switzerland*, [1992] 14 EHRR 670.
- 150) *Schoenberger and Durmaz v Switzerland*, [1989] 11 EHRR 202.
- 151) *Campbell v UK*, [1993] 15 EHRR 137.
- 152) *Id.* at para. 47.
- 153) *Id.* at para. 48.
- 154) *Id.* at para. 53.
- 155) *R v Home secretary ex p Leech*, [1994] 4 QB 198.
- 156) Livingston *et al.*, *supra note* 35, at 256.
- 157) Rupert Cross, *On Evidence*, Butterworth (5th ed., 1979) 282.
- 158) Paul Roberts and Adrian Zuckerman, *Criminal Evidence*, Oxford University Press (2004) 235.
- 159) Jonathan Auburn, *Legal Professional Privilege: Law and Theory*, Hart Publication (2000) 31-32, 52-53.
- 160) Adrian Keane, *The Modern Law of Evidence*, Butterworths (5th ed., 2000) 568-570.

- 161) *Id.* at 333-334.
- 162) Michael Zander, *The Police and Criminal Evidence Act 1984*, Sweet & Maxwell (4th ed., 2003) 52-55.
- 163) Keane, *supra note* 160, at 568-569.
- 164) *R v Derby Magistrates' Court, ex p B*, [1996] 1 AC 487.
- 165) *Id.* at 540.
- 166) Ian H. Dennis, *The Law of Evidence*, Sweet & Maxwell (2nd ed., 2002) 334-335.
- 167) Roberts and Zuckerman, *supra note* 158, at 237.
- 168) *R v Derby Magistrates' Court, ex p B*, [1996] 1 AC 487, 540.
- 169) Ben Emmerson and Andrew Ashworth, *Human Rights and Criminal Justice*, Sweet and Maxwell (2001) 342.
- 170) *Schonenberger and Durmaz v Switzerland*, [1989] 11 EHRR 202.
- 171) *Id.* at para. 28.
- 172) *Id.* at para. 29.
- 173) *S v Switzerland*, [1991] 14 EHRR 670.
- 174) *Id.* at para. 48.
- 175) Emmerson and Ashworth, *supra note* 169, at 343.
- 176) *Campbell v UK*, [1993] 15 EHRR 137, para. 46-48.
- 177) *Niemietz v Germany*, [1993] 16 EHRR 97.
- 178) *Id.* at para. 37.
- 179) Zander, *supra note* 162, at 180-182; Cape, *supra note* 32, at 82-84.
- 180) *Brennan v United Kingdom*, [2001] 34 EHRR 507. しかし、2002年、イギリス合議法廷は、身体拘束中の被疑者と弁護士との最初の相談が、留置管理官の机に置かれた電話を使って行われた場合、留置管理官がそのあいだずっと在席していたとしても、被疑者の人権条約上の権利は侵害されなかったと判示した。判決は、留置管理官が会話を実際に盗み聞きしたことや、盗み聞きしようとしたことを示す証拠は存在せず、それゆえ現実的な権利侵害は立証されていないとした (*R [La Rose] v Commissioner of the Police of the Metropolis*, [2002] Criminal Law Review 215, Div Ct.)。この判決に対するコメントにおいて、アンドリュー・アッシュワースは、この判決はブレナン事件における人権裁判所判決の要請に適合するものではなく、申立人が現実的な権利侵害を立証しなければならないとすることは、人権裁判所判例の基本線に合致しないと批判的意見を述べている (at 216)。
- 181) *Brennan v United Kingdom*, [2001] 34 EHRR 507, para. 62-63.
- 182) *R v Home Secretary, ex p Main*, [1998] 2 All ER 491.
- 183) Livingston *et al.*, *supra note* 35, at 256.
- 184) *R (Daly) v Home Secretary*, [2001] UKHK 26, [2001] 2AC 532.
- 185) *Id.* at para. 18.
- 186) *Id.* at para. 23.
- 187) Roger Ede and Anthony Edwards, *Criminal Defense: Good Practice in the Criminal Courts*, Law Society (2002) 41.

- 188) Leech and Shepherd, *supra note* 120, at 319.
- 189) Livingston et al., *supra note* 35, at 258.
- 190) Leech and Shepherd, *supra note* 120, at 320.
- 191) *Id.* at 268; HM Inspectorate of Prisons, *Inspection of Close Supervision Centre: A Thematic Inspection*, August-September 1999.
- 192) HM Chief Inspector of Prisons, *Report on A Full Announced Inspection of HM Prison Woodhill, 18-22 February 2002*.
- 193) European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, *supra note* 191, at 25-28.
- 194) Creighton and King, *supra note* 26, at 136.
- 195) *Id.* at 137.
- 196) *R v Home Secretary*, ex p Kanigulari, [1994] COD 562.
- 197) 長沼範良「接見交通権の各国比較 イギリス」法律時報65巻3号(1993年)を参照。
- 198) *R v Home Secretary ex p O'Dhuibhir and O'Brien*, [1997] COD 315.
- 199) Livingston et al., *supra note* 35, at 261.
- 200) *Id.* at 164.
- 201) *R v Home Secretary*, ex p Simms and O'Brien, [2000] 2 AC 115. 本稿3(3)2を参照。
- 202) *R (Daly) v Home Secretary*, [2001] UKHK 26, [2001] 2AC 532.
- 203) *Report of the Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers, Mr. Param Cumaraswamy, submitted pursuant to Commission on Human Rights Resolution 1997/23, Report to the Mission of special Rapporteur to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, E/CN 4/1998/39/Add. 4, para. 48-53.*
- 204) *Id.* at para. 53.
- 205) Peter Murphy et al., *Blackstone's Criminal Practice 2004*, Oxford University Press (2003) 1137.
- 206) Livingston et al., *supra note* 35, at 264 n. 44.
- 207) Ede and Edwards, *supra note* 187, at 98.
- 208) Livingston et al., *supra note* 35, at 264 n. 44.
- 209) Ede and Edwards, *supra note* 187, at 98-99.
- 210) *Id.* at 99.
- 211) 私は、バルク民営刑事施設(2004年6月29日訪問)、ホーム・ハウス刑事施設(同年7月15日訪問)、アルトコース民営刑事施設(同年9月1日に訪問)、ドンカスター民営刑事施設(同年9月2日訪問)においても、テレビ面会用の専用ブースを見ることができたが、おおむね同じような大きさで構造であった。
- 212) *Id.* at 99. Cape, *supra note* 32, at 111-114によれば、被疑者が警察により身体を拘束されたとき、電話により最初の相談を受けた弁護士にとって、実際に被疑者と面会するために警察署を訪問するかどうか適切に判断するのは難しいことであるという。弁護士は多くの場合時間に追われており、時間節約のために、電話での相談ですませようとする危険性があるという。エド・ケープによれば、被疑者が取調において警察の尋問に対して供述しな

いといっているから面会する必要はないとの考えが広く存在し、また現在は、取調は録音・録画されるから面会する必要はないとの考えがあるが、これらはいずれも誤りであるという。現在、面会訪問の判断について基準を定めている。このような事情にかんがみると、直接の面会に代替するコミュニケーション手段として、このテレビ面会を選択するにあたっては、信頼できる十分な法的コミュニケーションの確保という観点から慎重な判断が必要とされるであろう。

- 213) 最判1985年12月13日・民集39巻8号1779頁。
- 214) 芦部信喜『憲法』(岩波書店・1993年)91-92頁、浦部法穂『全訂・憲法学教室』(日本評論社・2000年)71-72頁、辻村みよ子『憲法(第2版)』(日本評論社・2004年)171頁など。
- 215) 市川正人「特殊な法律関係と憲法上の権利」法学教室増刊・憲法の基本判例21頁(第2版・1996年)。
- 216) 阿部照哉「在監者に対する新聞紙閲覧の自由の制限の合憲性」民商法雑誌90巻3号114頁(1983年)。
- 217) 平岡久「在監者への差入れ制限の適法性」ジュリスト増刊・昭和60年度重要判例解説36頁(1986年)も、「外部交通」の手段としての性格の違いによる区別を示唆している。
- 218) 宮崎繁樹ほか・註3書344頁以下(福田雅章)。
- 219) 井上祐司「受刑者の面会、信書の発受」法律時報53巻9号146頁(1981年)。
- 220) 淵野貴生「外部交通の意義と情報へのアクセス」刑事立法研究会編『21世紀の刑事施設』(日本評論社・2003年)188頁。
- 221) 水谷規男・註3論文47頁。
- 222) 行刑改革会議第1分科会第6回会議(2003年11月10日)において、菊田幸一は、家族・友人との面会が家族の絆、社会的繋がりを維持することによって、受刑者の社会復帰の促進に結びつくことを指摘している。行刑改革会議ホームページ <http://www.moj.go.jp/KANBOU/GYOKEL/BUNKA01/gjiiroku06.html>。
- 223) 葛野尊之「死刑廃止 共に生きる社会のために」法学セミナー法学セミナー41巻10号(1996年)を参照。
- 224) 芦部信喜・註214書93-94頁。
- 225) 浦部法穂・註214書72-73頁。
- 226) 市川正人・註215評釈22頁。阿部照哉・註216評釈112頁も、これらに加え、新聞、図書などの文書は凶器と異なり、直接に規律違反行為の手段とはなりにくいことを指摘している。
- 227) 江橋崇「未決拘禁者の知る権利」法学セミナー344号22頁(1983年)。
- 228) 竹中勲「未決拘禁者の閲読の自由」憲法判例百選1(第4版)(2000年)39頁。
- 229) 阿部照哉・註216評釈115頁。
- 230) 赤池一将「共同生活規則」刑事立法研究会編『入門監獄改革』(日本評論社・1996年)100-102頁。
- 231) 徳永光「社会復帰からみた懲罰制度のあり方」刑事立法研究会編『21世紀の刑事施設』(日本評論社・2003年)217頁。
- 232) 宮崎繁樹ほか編・註3書362頁以下(福田雅章)。

- 233) 赤池一将・註230論文95頁。
- 234) このような意味の社会的再統合を促進するために、未決被拘禁者に対する広汎な社会的援助が要請されることになるが、それを基礎づけるのは憲法13条である。未決被拘禁者に対する社会的援助について、土井政和「未決被拘禁者への社会的援助」季刊刑事弁護9号(1997年)、福井厚「被勾留者と生活保護請求権」大阪大学・国際公共政策研究6巻2号(2002年)を参照。
- 235) 浦功「刑訴法81条の接見等禁止と弁護活動」『梶田英夫判事・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)200-201頁。
- 236) 三井誠『刑事手続法(1)』(新版)』(有斐閣・1997年)155,165頁。
- 237) 渡辺修『刑事裁判と防御』(日本評論社・1998年)116頁。渡辺修は、「被疑者・被告人の防御には、家族・仕事・学校関係等社会生活基盤の確立と事件に関する情報収集が不可欠である。また拘留中でも精神的・肉体的に平静を保てることも保障されなければなるまい。さらに、憲法34条が保障する弁護人選任権の行使上、被疑者・被告人が家族など固有の弁護人先任権を有する者と相談し適切な弁護人を選ぶ機会が不可欠である。被疑者・被告人たる地位に伴う『包括的防御権』は、以上の『防御の利益』のためにする一般接見・物の授受の自由を含み、それは憲法34条の予定する抑留・拘禁に内在する憲法原理が求めている」と論じている。
- 238) 三井誠「接見交通権問題の現状と今後」法律時報65巻3号19頁(1993年)は、接見交通権の権利の主体はあくまでも被疑者であることに注目したとき、家族、友人などとの一般接見の重要性があらためて自覚されることになるとする。
- 239) 葛野尋之『少年司法の再構築』(日本評論社・2003年)444頁以下。自己の刑事手続への実効的参加の保障が適正手続の本質であることは、イギリスのブルジャー事件に関する11歳の被告人2人に対する公開陪審裁判が人権条約6条1項の公正な裁判を受ける権利の保障に違反するとした1999年の人権裁判所判決において指摘されたが、このことは少年の場合だけでなく、成人の被疑者・被告人についても同じくいえることである。
- 240) 憲法的刑事手続研究会『憲法的刑事手続』(日本評論社・1997年)122頁以下(高野隆)・268頁以下(村岡啓一)、村井敏邦「接見交通権の保障と信書の発受の秘密性」『渡部保夫古稀記念論文集・誤判救済と刑事司法の課題』(日本評論社・2000年)284頁註4。
- 241) 小田健司「接見禁止の裁判に条件・期限を付しうるか」新聞雅夫ほか『令状基本問題(新版)』(一粒社・1986年)487頁。
- 242) 藤永幸治・河上和雄・中山善房編『大コンメンタール・刑事訴訟法・第2巻』(青林書院・1994年)112頁(川上拓一)。
- 243) 小坂井久「刑訴法81条の問題」季刊刑事弁護26号82-83頁(2001年)。
- 244) 三井誠・註236書165頁。渡辺修・註236書115頁は、被疑者・被告人の供述修正・黙秘の可能性を罪証隠滅のおそれとして捉えることは、独居・隔離を強いることで自白強要にあたり、また、供述修正・黙秘はそれ自体として証拠の「隠滅」とはならず、「防御の自由」に含まれることから、許されないと論じている。
- 245) 大出良知・川崎英明・神山啓史・岡崎敬編著『刑事弁護』(日本評論社・1993年)33頁

は、接見禁止決定のためには「接見・差入を許可することによって逃亡・罪証隠滅のおそれがあるということを示すに足る、具体的な理由がなければならない」という「趣旨からするならば、一般的な接見・差入禁止が行われるのではなく、個々の接見・差入ごとに禁止すべきか否かが判断されることこそ、本来のあるべき姿である」とする。本文において述べたように、個別具体的な接見禁止決定は、憲法的要請から導かれる帰結である。

- 246) 福井厚「未決被拘禁者の外部交通」刑事立法研究会編『入門監獄改革』(日本評論社・1996年)27-28頁。
- 247) 金子みちる・註3論文204-205頁。
- 248) 水谷規男・註3論文48頁。
- 249) 2004年6月29日の訪問にさいしてのインタビューによる。
- 250) 2004年7月15日の訪問にさいしてのインタビューによる。
- 251) 第150回国会における保坂展人衆議院議員「受刑者の処遇に関する質問趣意書」(内閣衆議院150第40号・2000年11月21日)に対する内閣総理大臣・森喜朗の答弁書(2001年1月23日)によれば、1999年12月1日から2000年11月30日までのあいだに「受刑者と接見の相手方との間に物理的な障壁がない場所で、職員による立会いを省略した状態で行われた接見(余罪受刑者とその弁護人等との接見を除く)」の件数は、合計3,121件であり、そのうち配偶者との接見が1,144であった。このような意味の開放面会の実施は、特定の刑事施設に集中する傾向があるようにみえる。開放面会を実施した刑事施設は全部で14か所あったが、実施件数が100件を超えるのは、奈良少年刑務所の960件、静岡刑務所の738件、市原刑務所の532件、黒羽刑務所の207件、松山刑務所の141件であり、これらだけで計2,578件となり、全体の82.6%を占めている。
- 252) 水谷規男・註3論文47-48頁、金子みちる・註3論文203-204頁。
- 253) 高松高判1997年11月26日・判例時報1653号。
- 254) 北村泰三・註27書194頁。また、北村泰三「国際人権法の解釈とわが国の裁判所 徳島刑務所受刑者接見訴訟を振り返って」北村泰三＝山口直也編『弁護のための国際人権法』(現代人文社・2002年)を参照。
- 255) 北村泰三・註27書212頁。
- 256) 最判2000年9月7日・判例時報1728号17頁。
- 257) 只野雅人「最新判例批評・受刑者とその民事訴訟代理人との接見につき刑務所長が刑務所職員の立会と接見時間を30分以内とすることを条件に許可した措置が裁量の範囲内であるとされた事例」判例時報1746号204頁(2001年)。
- 258) 辻村みよ子・註214書312頁。
- 259) 浦部法穂・註214書307頁。
- 260) *R v Derby Magistrates' Court, ex p B*, [1996] 1 AC 540.
- 261) 2004年6月28日、弁護士実務の経験も豊富なウェスト・イングランド大学法学部エド・ケープ教授は、私のインタビューに対してこのように指摘した。
- 262) 三井誠・註236書157頁。
- 263) 最大判1999年3月24日・民集53巻3号514頁。
- 264) 黒田一弘「接見交通権を憲法上の権利に」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)39頁。

- 265) *S v Switzerland*, [1991] 14 EHRR 670.
- 266) *Id.* at para. 48.
- 267) 大阪地判2000年5月25日・判例時報1754号102頁。
- 268) 最判2003年9月5日・裁判所時報1347号1頁。
- 269) 村井敏邦・註240論文275頁。
- 270) 渡辺修・註237書83-84頁。
- 271) 岡田悦典「刑訴法39条1項, 2項と信書の授受」季刊刑事弁護26号57頁(2001年)。
- 272) 浦和地判1996年3月22日・判例時報1616号111頁。
- 273) 高見・岡本国賠訴訟の大阪地方裁判所判決は、「接見し」のみに「立会人なくして」が付けられたことの原因について、「秘密性の確保の観点からは、書類や物の授受については、被拘禁者と弁護人が口頭で意思の疎通をする場合とは異なり、例えば糧食の授受のように物によっては秘密にされるべき伝達される意思及び情報が問題とならない場合も多く、また、物の量、大きさ及び物の状態等の物的な状態も様々な場合が考えられ、接見の場合の『立会人なくして』の文言のように、弁護人との間の意思及び情報の伝達についての秘密性を定型的に保障する文言を置くことが困難であったことによる」としている。
- 274) *Campbell v UK*, [1993] 15 EHRR 137.
- 275) いわゆる後藤国賠事件においては、弁護人が被告人との接見にさいして、第一審で証拠採用された防犯カメラの映像を録画したビデオテープを再生しようとして、大阪拘置所にビデオ付テレビ持参して被告人との接見を申し込んだところ、拘置所職員がビデオテープの内容の検査を要求し、検査を受けなければ接見にさいしてのビデオテープの再生は認められないとして、弁護人の申し入れを拒否した。これに対して、大阪地判2004年3月9日・判例時報1858号79頁は、弁護人が被疑者・被告人との接見にあたって持ち込もうとしている書類・物について、その内容及び検査を行うことは、秘密の接見交通権が保障されている趣旨を没却するものとして許されないと判示した。これは、本稿の論旨に適合する判断といえる。訴訟は2004年12月末現在、双方控訴により控訴審係属中である。この事件については、別の機会にまた検討する。後藤国賠訴訟については、後藤国賠訴訟弁護団編『ビデオ再生の秘密交通権 後藤国賠訴訟の記録』(現代人文社・2004年)を参照。
- 276) *Campbell v UK*, [1993] 15 EHRR 137; *R v Home secretary ex p Leech*, [1994] 4 QB 198.
- 277) 黒田一弘・註264論文43頁。
- 278) 奥平康弘『憲法』(有斐閣・1993年)297頁以下を参照。
- 279) 岡本栄市「開披許容の問題について」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)49-52頁。信書の開披をも認めないとする立場をとる。
- 280) 小坂井弘「高見・岡本判決が示した地平と展望」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)36頁。
- 281) 岡本栄市・註279論文50頁。
- 282) 岡本栄市・註279論文50-51頁。
- 283) 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』(青林書院・1998年)189頁。

- 284) 渡辺修・註237書85頁も、監獄法50条、監獄法施行規則130条は憲法34条に違反するとする。
- 285) 休日および執務時間外の接見をめぐる実務の現状について、竹之内明「拘置所接見の現状と問題点」季刊刑事弁護26号(2001年)。
- 286) 平場安治ほか『注解刑事訴訟法・上(全訂新版)』(青林書院・1987年)117頁(中武靖夫)など。
- 287) 後藤昭・註12論文45頁。山本正樹・註12論文77頁は、「刑事施設の管理運営上の支障・必要」という包括的概念による接見制限は、「刑訴法39条2項の『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』をはるかに超える内容であり、刑訴法が定める自由な接見交通権の保障を根底から切り崩しかねない」とする。
- 288) 後藤昭「接見交通・被疑者取調べをめぐる訴訟法と『施設法』の関係」千葉大学法学論集3巻2号(1989年)。
- 289) 山本正樹・註12論文79頁。

* 行刑改革会議『提言』の後、2004年になると、法務省は、受刑者処遇だけでなく、未決拘禁の問題も含め、監獄法の全面改正に向けて準備を進めたうえで、改正法案を早急に国会提出する予定であることを表明した。警察庁は、留置施設法案をこれにあわせて提出する予定であると伝えられた。拘禁二法案が一定の修正のうえで四度提出されるのか、との見通しも示された。これに対して日弁連は、受刑者処遇に限定した法改正の早期実現とともに、未決拘禁に関する検討機関の設置を求め、その十分な討議を経たうえで全面改正に着手すべきとの立場をとった。結局、2004年12月、法務省も、代用監獄の存廃について意見の一致が当面えられないことなどの理由から、受刑者処遇のみを対象とした改正法案を翌年の通常国会に提出し、未決拘禁に関する法改正は先送りする方針を固めたと伝えられた。この方針に沿って法改正の準備が進められ、2005年2月9日、法制審議会は、受刑者処遇に関する法改正の概要について法務省から説明を受け、これを了承した。しかし、改正法案の内容は未だ明らかにされていない。受刑者の法的・社会的コミュニケーションをめぐることは、行刑改革会議『提言』を積極的に具体化する形で、親族、重大な用務の処理のため必要な者、改善更生に資すると認められる者との面会について一応の権利性が認められ、交友関係の維持などのため必要であり、矯正処遇の適正な実施に支障がない場合、友人との面会も許され、信書発受の相手方について、原則制限がなくなり、面会・信書発受について、最低保障回数が定められ、面会の立会、信書の検閲については、一定の理由から必要のある場合に行うこととされ、受刑者が自己の処遇に関して弁護士などと面会する場合には、原則として職員の立会をしないこととし、受刑者が自己の処遇に関して弁護士などとのあいだで信書を発受する場合、原則としてその旨確認するのに必要な範囲において検査を行うこととし、開放的処遇を受けている受刑者などについて、改善更生に資すると認められる場合、電話の使用が許されることとされるようである。現行法と現行実務からみたとき、格段の進歩である。とはいえ、権利性や制限の目的・限界に不明確性がないか、必要最小限度の制限であることが確保されているか、など気懸かりな点も残る。改正法案についての検討は、また別の機会に行いたい。