

(意見書) 再審請求手続と接見 ～広島地裁令和 2 年 12 月 8 日判決について～

堀 田 尚 徳

〔解題〕 本稿は、死刑確定者として広島拘置所に収容されている再審請求人及び再審請求のために選任された再審請求弁護士（原告、控訴人）が、再審請求後再審開始決定確定前の時点で、同拘置所内で精神科医を同席させた状態での面会を求めたところ、同拘置所長が、拘置所職員の立会いの無い面会を許さない等の措置を取ったことについて、憲法 34 条及び刑訴法 39 条 1 項違反等を主張し、国家賠償法 1 条 1 項に基づき損害賠償を求めた訴訟の控訴審（令和 3 年（ネ）第 17 号損害賠償請求控訴事件）の段階において、控訴人訴訟代理人から求められて執筆した意見書である。同意見書は、2021 年 6 月 30 日付で広島高等裁判所に提出された。

再審請求段階における接見について、原審である広島地裁令和 2 年 12 月 8 日判決が示した論理にはいくつか疑問点が存在したため、意見書では、原審の判示を参照しつつ、疑問点を提示してゆくという手法を用いた。再審請求段階における接見に関しては、今後も、国家賠償請求訴訟が複数提起されることが予想される。意見書は、先行研究を手掛かりに前記判決についての疑問点を提示したものに過ぎず、学問的見地から生じ得る問題点を網羅的に取り上げて検討したものではない。しかし、既に提起されている、あるいは今後提起されるであろう類似の訴訟について考察する際に、僅かでも参考になるのではないかと考え、控訴人訴訟代理人（金子昌稔弁護士ら弁護士団）の了承を得て、本論集に掲載することにした。掲載にあたっては、前記判決の内容及び関連判例である最判平成 25 年 12 月 10 日民集 67 卷 9 号 1761 頁の内容を紹介する項目を加えると共に、形式面での修正を行った。

意見書作成を通じて、再審請求段階における接見について考える貴重な機会をいただけたことについて、金子弁護士をはじめとする弁護団の先生方に感謝申し上げたい。(堀田記)

第1 はじめに

刑訴法 39 条 1 項は「身体の拘束を受けている被告人又は被疑者は、弁護人又は弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者(弁護士でない者にあつては、第三十一条第二項の許可があつた後に限る。)と立会人なくして接見し、又は書類若しくは物の授受をすることができる。」と定め、被疑者・被告人と弁護人等との間の秘密交通権を保障している。また、再審請求段階においては、同法 440 条 1 項が「検察官以外の者は、再審の請求をする場合には、弁護人を選任することができる。」と定め、再審請求手続における弁護人選任権を保障している。

これらの規定との関係で、最判平成 25 年 12 月 10 日民集 67 卷 9 号 1761 頁(以下「最高裁平成 25 年判決」という。)は、死刑確定者と再審請求のために選任された弁護人(以下「再審請求弁護人」という。)との間に秘密面会をする利益が存在する旨を判示した。そして、この最高裁平成 25 年判決後も、死刑確定者(以下、既に再審請求を行っている場合は「再審請求人」という。)と再審請求弁護人との間で行われた面会に対する拘置所職員等による制限の適法性が争点となっている国家賠償請求訴訟について裁判例が出されている⁽¹⁾。

現在(2021 年 8 月)広島高等裁判所において審理中の令和 3 年(ネ)第 17 号損害賠償請求控訴事件においても、再審請求人と再審請求弁護人との間の面会に対する制限について、いくつかの重要な法的問題が提起されている。この事件では、死刑確定者として広島拘置所に収容されている再審請求人と

(1) 東京高判平成 26 年 9 月 10 日判時 2241 号 67 頁・判タ 1409 号 176 頁、大阪地判平成 27 年 10 月 28 日裁判所ウェブサイト、大阪高判平成 29 年 12 月 1 日判時 2370 号 36 頁、さいたま地判令和 2 年 8 月 5 日 LEX/DB 文献番号 25566571 等。

再審請求弁護人とが、再審請求後再審開始決定確定前の時点で、同拘置所内で精神科医を同席させた状態での 3 時間の面会を求めたところ、同拘置所長が、拘置所職員の立会いの無い面会を許さないとした措置、面会の時間を 1 時間に制限した措置、面会において IC レコーダーの使用を許さなかった措置の適法性が問題となっている。これらの各措置が抱える法的問題は、いずれも、再審請求人と再審請求弁護人との面会、それに付随する刑事弁護人の諸活動、刑事収容施設法の運用等に大きな影響を及ぼすものといえる。

以上のような問題意識の下、本稿では、前記各措置に含まれる法的問題について、第一審である広島地判令和 2 年 12 月 8 日 LEX/DB 文献番号 25567805 (以下「広島地裁令和 2 年判決」という。) の判断を参照しながら論じる。具体的には、まず、広島地裁令和 2 年判決が言及する最高裁平成 25 年判決の内容を紹介する (第 2)。次に、広島地裁令和 2 年判決が本稿掲載申請時点で有料データベースにしか載っていないことをふまえ、同判決の判旨を長めに引用して紹介する (第 3)。その上で、前記各措置に含まれる法的問題について、広島地裁令和 2 年判決の判示の特徴を踏まえながら検討し (第 4、第 5、第 6)、最後に結論を述べる (第 7)。

第 2 最高裁平成 25 年判決の概要⁽²⁾

1 事案の概要

平成 19 年 4 月 1 日頃、強盗殺人罪等により死刑判決が確定していた A は、再審請求をするために再審請求弁護人として B₁ 及び B₂ を選任した。B₁ らは、平成 20 年 5 月 2 日から同年 8 月 12 日までの間、合計 3 回にわたり、A の再審請求弁護人として再審請求のための打合せであることを理由に、拘置所内での拘置所職員の立会いの無い面会 (秘密面会) を申し出た。これに対して、拘置所長は、いずれの申出についても秘密面会を認めなかった。A 及び B₁ ら

(2) 以降、(裁) 判例の紹介に際してのフォント変更等は、執筆者の手による。

は、秘密面会を認めなかった拘置所長の措置が違法である等と主張して、被告(国)に対して、国家賠償法1条1項に基づき損害賠償を求めた。

第一審(広島地判平成23年3月23日判時2117号45頁)は原告側の請求を一部認容し、原告・被告双方の控訴を受けた控訴審(広島高判平成24年1月27日判タ1374号137頁)は、死刑確定者及び再審請求弁護人の双方に秘密面会の利益が認められる等として、第一審原告らの控訴に基づき損害賠償請求を認容し、第一審被告の控訴を棄却した。そこで、第一審被告が上告した。

2 争点

本件の争点は、①死刑確定者及び再審請求弁護人の秘密面会を行う利益の有無、②本件の拘置所長による秘密面会を認めない旨の措置の適法性である。

3 判旨

◆ ①死刑確定者及び再審請求弁護人の秘密面会を行う利益の有無

刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律(以下「刑事収容施設法」という。)は「死刑確定者については、同法121条本文において、その指名する職員が面会に立ち会うか、又はその面会の状況の録音若しくは録画をすることを原則としつつ、同条ただし書は、死刑確定者の訴訟の準備その他の正当な利益の保護のため秘密面会を許すか否かの措置を刑事施設の長の裁量に委ね、当該正当な利益を一定の範囲で尊重するよう刑事施設の長に職務上義務付けている。

ところで、刑訴法440条1項は、検察官以外の者が再審請求をする場合には、弁護人を選任することができる旨規定しているところ、死刑確定者が再審請求をするためには、再審請求弁護人から援助を受ける機会を実質的に保障する必要があるから、死刑確定者は、再審請求前の打合せの段階にあっても、刑事収容施設法121条ただし書にいう『正当な利益』として、再審請求弁護人と秘密面会をする利益を有する。

また、上記の秘密面会の利益が保護されることは、面会の相手方である再審請求弁護人にとってもその十分な活動を保障するために不可欠なもので

あって、死刑確定者の弁護人による弁護権の行使においても重要なものである。のみならず、刑訴法 39 条 1 項によって被告人又は被疑者に保障される秘密交通権が、弁護人にとってはその固有権の重要なものの一つであるとされていることに鑑みれば・・・、秘密面会の利益も、上記のような刑訴法 440 条 1 項の趣旨に照らし、再審請求弁護人からいえばその固有の利益であると解するのが相当である。

上記のとおり、秘密面会の利益は、死刑確定者だけではなく、再審請求弁護人にとっても重要なものであることからすれば、刑事施設の長は、死刑確定者の面会に関する許否の権限を行使するに当たり、その規律及び秩序の維持等の観点からその権限を適切に行使するとともに、死刑確定者と再審請求弁護人との秘密面会の利益をも十分に尊重しなければならないというべきである。

したがって、死刑確定者又は再審請求弁護人が再審請求に向けた打合せをするために秘密面会の申出をした場合に、これを許さない刑事施設の長の措置は、秘密面会により刑事施設の規律及び秩序を害する結果を生ずるおそれがあると認められ、又は死刑確定者の面会についての意向を踏まえその心情の安定を把握する必要性が高いと認められるなど特段の事情がない限り、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用して死刑確定者の秘密面会をする利益を侵害するだけではなく、再審請求弁護人の固有の秘密面会をする利益も侵害するものとして、国家賠償法 1 条 1 項の適用上違法となると解するのが相当である」。

◆ ②本件の拘置所長による秘密面会を認めない旨の措置の適法性

B₁らは、Aの「再審請求に向けた打合せをするために本件各面会につき秘密面会の申出をしているところ、本件各面会に先立ち」、Aは、広島拘置所の職員との面接において、B₂から「再審請求の準備をする旨伝えられたが心情面での不安要素はないなどと述べていたというのであり、その他本件に現れた一切の事情を勘案しても、前記特段の事情があることをうかがうことはで

きない」。したがって、「本件各措置は、・・・国家賠償法1条1項の適用上違法となる」。

4 判旨の特徴

最高裁平成25年判決は、「秘密面会をする利益」を、刑事収容施設法の規定の解釈からではなく、刑訴法440条1項から導いている。他方で、この秘密面会の利益の保障を絶対的なものと捉えているのではなく、事案によっては、面会時に刑事施設職員の立会いが為される場合があることも含んでいる。秘密面会の利益を絶対的に保障しなかったのは、刑事訴訟法及び刑事収容施設法中に権利としての明文規定が無く、また、刑事収容施設法121条ただし書の規定の構造を踏まえたからであると考えられている⁽³⁾。

第3 広島地裁令和2年判決の概要

1 事案の概要

強盗殺人罪等により死刑判決が確定していたAは、再審請求をするために再審請求弁護人としてBらを選任し、平成26年2月7日、広島高等裁判所に再審請求をした。同年10月24日、Bらは、広島拘置所に対して、同拘置所内において、拘置所職員の立会いが無く、精神科医を同席させた状態での3時間の面会を行いたい旨を申し出ると共に、ICレコーダーを使用して面会内容を録音したい旨も伝えた。しかし、同拘置所側は、拘置所職員の立会いの無い面会を許さないとする措置（以下「本件措置①」という。）、面会の時間を1時間に制限する措置（以下「本件措置②」という。）、面会においてICレコーダーの使用を許さない措置（以下「本件措置③」という。）を取る旨、回答した。本件措置①②③が取られた結果、Bらは、同年11月13日に同拘置

(3) これらのことを指摘する近時の文献として、葛野尋之「再審請求人たる受刑者と再審請求弁護人との面会をめぐる法的問題」一橋法学14巻1号(2015年)41頁以下、61頁、加藤克佳「判批」『平成26年度重要判例解説』(有斐閣、2015年)199頁以下、200頁等。

所内において、同拘置所職員立会いの下、精神科医を同席させた状態での A との面会（以下「本件面会」という。）を約 1 時間行い、その際に IC レコーダーを使用しなかった。A 及び B らは、本件措置①②③が、憲法 34 条及び刑訴法 39 条 1 項に違反し、あるいは死刑確定者と再審請求弁護人との間の秘密面会の利益を侵害する違法なものである等と主張して、被告（国）に対して、国家賠償法 1 条 1 項に基づき損害賠償を求めた。なお、平成 27 年 7 月 31 日に、A の再審請求を棄却する旨の最高裁決定が確定している。

2 争点

本件の争点は、前記本件措置①②③の適法性である。

3 判旨

◆ 本件措置①の適法性

（憲法 34 条及び刑訴法 39 条 1 項違反について）

刑訴法 39 条 1 項が「『身体の拘束を受けている被告人又は被疑者』、すなわち未決拘禁者に対する接見交通権を保障する規定であることはその文理上明らかである。未決拘禁者は、無罪の推定を受け、本来身体の拘束を受けるべき者ではないにもかかわらず、罪証隠滅の防止及び逃走の防止等の目的の限度で身体を拘束されており、したがって、基本的に外部交通が保障されているのに対し、死刑確定者は、同人を有罪として死刑を言い渡した確定判決の効力により拘束され、また、死刑の執行のために必然的に付随する手続として、一般社会とは厳に隔離してその身柄を確保されるべき者として収容されているのであって、両者はその法的地位を全く異にしている。また、再審の請求から再審開始決定までの手続は、既に判決が確定した後のものであるから、検察官と被告人とが対立する当事者として存在する一般の公判手続とはその性格を異にし、当事者主義の構造が採られていない。

確かに、刑訴法 440 条 1 項は、再審請求をする場合の弁護人選任権を定めており、再審請求をする死刑確定者に再審請求弁護人から援助を受ける機会を実質的に保障する必要があることは否定できないが、上記のような死刑確定者

の身体拘束の目的・性質や再審請求手続の構造からすれば、少なくとも、再審開始決定確定前の死刑確定者と再審請求弁護人との面会について、常に立会人を付することを禁止する刑訴法 39 条 1 項の準用を認めることはできない。

「また、憲法 34 条が規定する弁護人依頼権は、同法 33 条の逮捕令状主義の規定を受けて、逮捕に続く拘束の継続である抑留及び拘禁に関する保障を規定したものであるから、憲法 34 条は、公訴提起前の被疑者に対して弁護人依頼権を保障したものと解するのが相当である。

したがって、憲法 34 条は、再審開始決定確定前の死刑確定者と再審請求弁護人との面会に刑訴法 39 条 1 項が準用されることの根拠となるものではなく、上記面会が職員の立会いなくされるべきものと解する根拠となるものでもない」。

「よって、本件措置①が憲法 34 条や刑訴法 39 条 1 項に違反するということとはできない」。

(最高裁平成 25 年判決の要件該当性の判断における裁量権の範囲の逸脱又はその濫用について)

最高裁平成 25 年判決は「刑事施設に収容されている死刑確定者とその再審請求のために選任された弁護人らのみとが面会する場合において、刑事施設の職員の立会いのない面会を許さないとした刑事施設の長の措置の違法性について判示したものであり、本件のように、再審請求弁護人に加えて再審請求弁護人ではない者も面会に同席する場合について判示したのではないから、本件とはその前提を異にしている」。

そして、死刑確定者とその再審請求弁護人とが面会するに際してそれ以外の者が同席する場合には、その者が当該面会に同席する目的、その者と当該死刑確定者との関係などによって、刑事収容施設法 121 条ただし書の要件該当性判断は異なり得るから、「その者が『死刑確定者の刑事責任能力に関する精神鑑定を行う目的で同席する精神科医』であるからとって、当然に上記

判決にいう『秘密面会の利益』が認められることにはならず、上記判決の趣旨が及ぶということもできない。

もとより、精神科医は、司法通訳人とは異なり、自らの判断で主体的に死刑確定者とやり取りをすることが予定されているのであって、原告らのいうように、死刑確定者と再審請求弁護人とのコミュニケーションを補完する補助者としての役割にとどまるといえないことは明らかであるし、当該面会において想定される発言の内容、不適切な行為や発言を制止する必要があるか否か、死刑確定者の心情などを把握する必要があるか否かなどは、当該精神科医の具体的な立場や刑事司法手続への精通の有無等によって異なるといえる」。本件面会について、上記判決の射程は及ばない。

(刑事収容施設法 121 条ただし書の要件該当性の判断における裁量権の範囲の逸脱又はその濫用について)

死刑確定者及び再審請求弁護人は、「正当な利益」(刑事収容施設法 121 条ただし書)として秘密面会の利益を有している(最高裁平成 25 年判決参照)から、「刑事施設の長は、死刑確定者と再審請求弁護人との面会に、再審請求弁護人ではない者が同席する場合であっても、死刑確定者及び再審請求弁護人に上記の秘密面会の利益が認められるか否かを慎重に検討する必要があるというべきである。

そうすると、刑事施設の長の裁量は無制約なものではなく、上記の秘密面会の利益の重要性も考慮すると、刑事施設の長の上記の判断が前提となる事情を誤るなど合理性を欠くものである場合には、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものとして、国賠法 1 条 1 項の適用上違法となるというべきである」。

本件についてみると、「本件面会においては、再審請求手続において原告 A の刑事責任能力に関する鑑定書を提出するための精神鑑定等を行うことが予定されており、その際には、・・・原告 A の生い立ちや犯行に至る前後の状況

のほか、病歴を含めた家族の情報などの機微にわたる情報がやり取りされることが想定されていたということができ、広島拘置所長もかかる事情を十分に認識することができたということが出来るから、本件面会には、面会の際の発言の内容を職員に知られないことに正当な利益があった、すなわち、原告Aの訴訟の準備その他の正当な利益の保護のため職員の立会いをさせないことを適当とする事情があったということが出来る」。そして、「本件面会に際して…医師が取材目的を有していたなどの事情は存在せず、原告Aも、…医師による精神鑑定を受けることを了解していたのであるから、本件面会の際に不適切な行為や発言がされることが想定され、これを制止する必要性があったとか、原告Aの心情などを把握する必要性があったなどということとはできない」。「本件面会に際して職員の立会いのない面会を許さないとした広島拘置所長の本件措置①は、…裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用して原告らの秘密面会の利益を侵害したものとして、国賠法1条1項の適用上違法である」。

◆ 本件措置②の適法性

(刑事収容施設法114条1項の適用の有無について)

刑事収容施設法118条は「未決拘禁者と弁護士等との面会について…面会の時間及び回数を制限することを許さない趣旨と解される」。「刑事収容施設法122条、114条1項は、未決拘禁者としての地位を有しない死刑確定者の面会に関し、面会の相手方の人数、面会の場所、日及び時間帯、面会の時間及び回数その他面会の態様について、刑事施設の規律及び秩序の維持その他管理運営上必要な制限をすることができる」と規定している一方で、同法123条、118条、114条1項は、未決拘禁者としての地位を有する死刑確定者の面会に関しては、上記の未決拘禁者の場合と同様に、弁護士等との面会においてのみ、面会の時間及び回数を制限することを許さないものとしている」。「刑事収容施設法にいう『未決拘禁者』とは、被逮捕者、被勾留者その

他未決の者として拘禁されている者をいうところ (同法 2 条 8 号)、このような刑事収容施設法の規定及びその趣旨からすれば、少なくとも、前判示のとおり刑訴法 39 条 1 項の準用がない再審開始決定確定前の死刑確定者が、未決拘禁者としての地位を有するなどとは認められないというべきである」。したがって、「原告 A は未決拘禁者としての地位を有する死刑確定者ではないのであるから、広島拘置所長は、刑事収容施設法 122 条、114 条 1 項により、本件面会の時間について、広島拘置所の規律及び秩序の維持その他管理運営上必要な限度での制限をすることができる」。

(刑事収容施設法 114 条 1 項の要件該当性の判断における裁量権の範囲の逸脱又はその濫用について)

本件面会の時間制限の有無・程度については、広島拘置所長の裁量に委ねられている。しかし、「本件面会について原告らには秘密面会の利益があったことからすれば、・・・広島拘置所長の判断が前提となる事情を誤るなど合理性を欠くものである場合には、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものととして、国賠法 1 条 1 項の適用上違法となる」。

本件の各事情に照らすと「広島拘置所長は、本件面会の時間を 1 時間に制限することにより、原告らが十分な打合せをすることができなくなるかどうかを慎重に検討する必要があったにもかかわらず、・・・漫然と、本件面会に再審請求弁護人ではない・・・医師が同席するという理由のみから、面会時間を 1 時間に制限したとすることができる」。広島拘置所長の本件措置②は、「裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用して原告らの面会の利益を侵害したものととして、国賠法 1 条 1 項の適用上違法である」。

◆ 本件措置③の適法性

(憲法 34 条及び刑訴法 39 条 1 項違反について)

「刑訴法 39 条 1 項の趣旨に加え、同項の『接見』という文言は一般的には『面

会』と同義に解されていることや、同項が『接見』と『書類若しくは物の授受』とを明確に区別して規定していることなどに鑑みれば、同項の『接見』とは、被告人等が弁護士等と面会して、相談し、その助言を受けるなどの会話による面接を通じて意思の疎通を図り、援助を受けることをいうものであり、ICレコーダーを用いて面会の内容を録音することは、『接見』に含まれるものではないと解される」。

「ICレコーダーを用いて面会の内容を録音することに、一定程度その弁護活動に資する面があるとしても、被告人等が弁護士等との会話による面接を通じて意思の疎通を図り、援助を受けるに際して、被告人等が弁護士等から有効かつ適切な援助を受けるために不可欠であるとはいえず、面会の機会にこれを認めなければ被告人等の防御権行使が著しく困難となるものではないのに対し、ICレコーダーを用いた面会の内容の録音は、その会話の内容を機械的かつ正確に録音するという性質上、弁護士等が意図しない音声（例えば、被告人等が第三者に対して、当人同士にしか分からない隠語や合図等を用いて、罪証隠滅又は逃亡に関する働きかけをすることなども考えられる。）まで録音されてしまう危険性があるものであり、しかも、その音源が電磁的記録として保存されるのが通常であることからすれば、その電磁的記録が弁護士等の意図しない形で外部に流出し、その回収が不可能となってしまう危険性も否定できないところであって、このような観点からみても、ICレコーダーを用いて面会の内容を録音することが刑訴法 39 条 1 項の『接見』として同項により保障される行為に含まれるものということとはできない」。

(裁量権の範囲の逸脱又はその濫用等について)

昭和 38 年 4 月 4 日付け法務省矯正甲第 279 号法務省矯正局長依命通達「弁護士が被告人との接見内容を録音することについて」（以下「第 279 号通達」という。）は、弁護士が被告人との接見内容を録音することについての通達であるところ、「原告 A は、未決拘禁者ではなく死刑確定者（未決拘禁者として

の地位を有しない死刑確定者)であったのであり、しかも、本件面会では…
 医師も同席することが予定されていたのであるから、第 279 号通達やそれを
 前提とした運用を適用すべき前提を欠いており、広島拘置所長が本件面会に
 おいて第 279 号通達やそれを前提とした運用とは異なる取扱いをしたことを
 もって、広島拘置所長が裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものと評
 価することはできない」。

「広島拘置所長は、刑事施設の長として、広島拘置所の庁舎管理権を有して
 おり (国有財産法 5 条、9 条 1 項参照)、これに基づいて、一定の物の使用及
 び持込みを禁止する措置を講ずることができる。これは、弁護士等と被収容
 者とが面会をする場合も異なるところはないと解される」。「広島拘置所長の
 措置が、原告弁護士らの弁護士活動を過度に制約する、不必要・不合理な庁舎
 管理権の行使であったなどということとはできず、…広島拘置所長の本件措
 置③が、その裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものと認めることは
 でき」ない。

第 4 本件措置①に含まれる法的問題について

1 再審請求後再審開始決定確定前の再審請求人と再審請求弁護士との面会
 に刑訴法 39 条 1 項が適用あるいは準用されるか否か

(1) 本件の原判決の内容

広島地裁令和 2 年判決は、刑訴法 39 条 1 項が「身体の拘束を受けている被
 告人又は被疑者」と定めていることを理由に同項の適用を否定した上で、未
 決拘禁者と死刑確定者とは「その法的地位を全く異にしている」こと、「再
 審の請求から再審開始決定までの手続」は「一般の公判手続とはその性格を
 異にし、当事者主義の構造が採られていない」ことを理由に、「少なくとも、
 再審開始決定確定前の死刑確定者と再審請求弁護士との面会について」同項
 の準用を否定している。確かに、同項の文言を見れば、再審請求後再審開始
 決定確定前の時点で同項を直接適用することはできない。しかし、以下で述

べるとおり、再審開始決定確定後はもちろん、再審請求後再審開始決定確定前の時点でも、再審請求人と再審請求弁護人との面会に同項を準用することができる⁽⁴⁾。

(2) 刑事訴訟法典の「第1編 総則」中の弁護人に関する諸規定の適用・準用可能性

そもそも、刑事訴訟法典の「第1編 総則」中の弁護人に関する諸規定が、再審の請求から再審開始決定までの手続（以下「再審請求手続」という。）に適用あるいは準用されるか否かについて、従来は、再審請求手続は「既に判決が確定した後のものであるから、一般の被告事件の審判手続とは全く別個のものであって、有罪の確定判決を受けた者は存在するが、被告人は存在しない。その意味で、この段階の手続は、検察官と被告人とが対立する当事者として存在する一般の公判手続とは著しくその性格を異にし、当事者主義の構造をとっていない」こと等を理由に、適用あるいは準用を否定する考え方（否定説）も存在した⁽⁵⁾。広島地裁令和2年判決の説示も、このような考え方

(4) 刑訴法39条1項を「準用」すべきと述べるものとして、平場安治ほか『注解刑事訴訟法下巻〔全訂新版〕』（青林書院新社、1983年）349頁〔高田卓爾執筆〕、田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣、1996年）509頁等。なお、刑訴法39条1項を「適用」すべきと述べるものとして、岡部泰昌「再審請求手続の構造と請求人の権利」ジュリスト601号（1975年）50頁以下、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第二版〕第10巻〈第435条～第507条〉』（青林書院、2013年）115～116頁〔高田昭正執筆〕、松尾浩也監修『条解刑事訴訟法〔第4版増補版〕』（弘文堂、2016年）1141頁。「刑訴法39条1項が死刑確定者と弁護人との面会にも適用ないし準用されると解することにも十分な理由がある」と述べるものとして、小西秀宣「再審事件における接見」刑事法ジャーナル46号（2015年）66頁以下、73頁。他に、例えば、酒巻匡『刑事訴訟法〔第2版〕』（有斐閣、2020年）664頁は「弁護人の接見交通権（法39条）については、再審開始決定確定後の再審公判に適用されるのは当然として（刑事収容施設法145条参照）、請求審段階においても請求者に対する法的援助の前提として、これを尊重すべきことは疑いない」として、明示的に準用肯定とは述べていない。

(5) 伊藤栄樹ほか『注釈刑事訴訟法〔新版〕第七巻〈§419～§506、附則〉』（立花書房、2000年）148～150頁〔白井滋夫＝河村博執筆〕。

と同様の立場を示している。

確かに、再審請求手続は、訴追者・被訴追者が存在しない手続という点では当事者主義の構造ではないし、判決確定後の手続という意味で一般的な公判手続とは異なる点があることも否定できない。しかし、再審請求手続は検察官の公訴提起によってではなく請求人の提起により始まると共に、「再審請求受理裁判所は再審請求の理由の有無を判断するにあたり、再審請求者の主張する事実拘束され」る⁽⁶⁾点で、職権主義的構造とはいえない。また、再審の目的は、誤った裁判を正して公正な裁判を実現することによって、有罪の言渡しを受けた者を救済することにある⁽⁷⁾。さらに、再審請求手続は、証拠の総合評価に基づき、確定判決の有罪認定に合理的疑いが生じるかどうかを判断するものであり、犯罪事実に関するこのような判断を行う点において、一般的な公判手続と共通性を有するといえる⁽⁸⁾。このように考えると、再審請求手続が厳密な当事者主義の構造ではないことや一般的な公判手続とは異なることから、直ちに、刑事訴訟法典の「第 1 編 総則」中の弁護人に関する諸規定の適用・準用可能性が否定されることには繋がらないといえる。

そして、死刑確定者は、死刑執行まで確実に身体を拘束され、社会から隔離される地位にあるが、既に再審請求を行っている死刑確定者の場合は、確定した有罪判決を覆すために準備をするため、身体拘束された被疑者と同様に、弁護人から援助を受ける機会を保障する必要性が高いといえる⁽⁹⁾。このように考えると、未決拘禁者と死刑確定者とはその法的地位が異なるとしても、そのことから直ちに、刑事訴訟法典の「第 1 編 総則」中の弁護人に

(6) 最決昭和 50 年 5 月 20 日刑集 29 卷 5 号 177 頁。

(7) 豊崎七絵「再審請求人と弁護人との接見」葛野尋之 = 石田倫識『接見交通権の理論と実務』(現代人文社、2018 年) 135 頁以下、149 ~ 150 頁。

(8) 葛野尋之『未決拘禁法と人権』(現代人文社、2012 年) 261 頁。

(9) 最判平成 25 年 12 月 10 日民集 67 卷 9 号 1761 頁についての調査官解説である、中島基至「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成 25 年度 573 頁以下、583 頁。

関する諸規定の準用が否定されることには繋がらない。

以上より、刑事訴訟法典の「第1編 総則」中の弁護人に関する諸規定も、その内容から明らかに適さない場合を除いて、再審請求手続において準用されるべきである⁽¹⁰⁾。

(3) 刑訴法 39 条 1 項の適用・準用可能性

仮に、前記 (2) 第 1 段落で紹介した否定説に立ったとしても、「当該規定の性質・内容」が再審請求手続になじむものであれば、適用あるいは準用を認めることができると考えられている⁽¹¹⁾。広島地裁令和 2 年判決では、刑訴法 39 条 1 項の性質及び内容について明示的に言及されていないが、この問題を考える際には、やはり同条項の性質及び内容を踏まえて検討する必要がある。

この問題について、同条項の性質及び内容をふまえてもなお、少なくとも再審請求手続の段階においては同項の準用を否定する見解も存在する⁽¹²⁾。

しかし、最大判平成 11 年 3 月 24 日民集 53 卷 3 号 514 頁は、憲法 34 条前段が「単に被疑者が弁護人を選任することを官憲が妨害してはならないというにとどまるものではなく、被疑者に対し、弁護人を選任した上で、弁護人に相談し、その助言を受けるなど弁護人から援助を受ける機会を持つことを実質的に保障している」とした上で、刑訴法 39 条 1 項は憲法 34 条の趣旨にのっとり「弁護人等から援助を受ける機会を確保する目的で設けられたもの」であり、「憲法の保障に由来する」と述べている。憲法 34 条前段の保障に由来する刑訴法 39 条 1 項による秘密交通権の保障は「被告人等とその弁護人との間において、相互に十分な意思の疎通と情報提供や法的助言の伝達等が、第三者、とりわけ捜査機関、訴追機関及び収容施設等に知られることなく行われることが、弁護人から有効かつ適切な援助を受ける上で必要不可欠なものであるとの考えに立脚するものであり、「これは、接見の機会が保障され

(10) 葛野・前掲注 (8) 261 頁。

(11) 伊藤ほか・前掲注 (5) 150 頁 [白井=河村]。

(12) 伊藤ほか・前掲注 (5) 150 頁 [白井=河村]。

ても、その内容が上記各機関等に知られるようなことがあれば、両者のコミュニケーションが覚知されることによってもたらされる影響を慮ってそれを差し控えるという、いわゆる萎縮的効果を生ずることにより、被告人等が実質的かつ効果的な弁護人の援助を受けることができないことも十分に予想される⁽¹³⁾」ことを考慮して認められたものである。秘密交通権の普遍的な意義は「秘密交通権については、接見内容を第三者に知られることのない環境で、萎縮することなく、本人と弁護人とが十分なコミュニケーションを交わし、両者の信頼関係が築かれてはじめて、有効かつ適切な弁護人の援助が可能になる」ことにあり、この意義は「刑事手続の段階を問わず通底する」ものであるから、刑訴法 39 条 1 項の適用あるいは準用を積極的に排除する理由はない⁽¹⁴⁾。

また、再審請求中の段階において、再審請求弁護人は再審請求人から直接事情を聴き、事実と証拠を検討する等、再審請求人と再審請求弁護人との接見の重要性は高いといえる⁽¹⁵⁾。

さらに、刑訴法 440 条 2 項は「前項の規定による弁護人の選任は、再審の判決があるまでその効力を有する。」と定めているが、この規定の趣旨は、再審請求手続から再審開始決定確定後の公判手続を通じて、受刑者に対して弁護人による一貫した援助が保障されるべきとすることにあると考えられる。再審開始決定確定後の公判手続において刑訴法 39 条 1 項が適用されるのは明らかであることも踏まえると、再審請求手続の段階から秘密交通権が保障されないとすれば、たとえ再審開始決定確定後になってそれが保障されたとしても、弁護人による一貫した援助が保障されたとはいえず、刑訴法 440 条 2 項の趣旨に反することになる⁽¹⁶⁾。

(13) 大阪地判平成 16 年 3 月 9 日判時 1858 号 79 頁。

(14) 豊崎・前掲注 (7) 141～142 頁。これに対して、葛野・前掲注 (8) 253 頁のように、再審請求段階における秘密交通権の保障を刑訴法 440 条 1 項から直接導く見解もある。

(15) 葛野・前掲注 (8) 254 頁。

(16) 葛野・前掲注 (8) 254 頁。

以上より、刑訴法 39 条 1 項も、再審請求手続において準用されると考えられる。そして、本件面会では、再審請求弁護人のみならず精神科医が同席しているが、後記 2 (2) イで述べるとおり、司法通訳人と精神科医との間には、少なくとも接見の場面で果たす役割に大きな違いが無いことを考慮すると、本件面会にも同条項が準用されると考えられる。

(4) 憲法 34 条の位置付け

広島地裁令和 2 年判決は、憲法 34 条が「同法 33 条の逮捕令状主義の規定を受けて、逮捕に続く拘束の継続である抑留及び拘禁に関する保障を規定したものである」から、同法 34 条は「公訴提起前の被疑者に対して弁護人依頼権を保障したもの」であるという理解を前提にして、そのことから直ちに、同条は「再審開始決定確定前の死刑確定者と再審請求弁護人との面会に刑訴法 39 条 1 項が準用されることの根拠となるものではなく」、前記「面会が職員の立会いなくされるべきものと解する根拠となるものでもない」と述べている。

確かに、従来は「刑事被告人の弁護人依頼権については別に 37 条の保障するところである」ことをふまえ、憲法 34 条の「意義は公訴提起前の抑留・拘禁された被疑者について存することになる⁽¹⁷⁾」と説明されていた。

しかし、「抑留」「拘禁」は被疑者のみならず被告人にも適用されているから⁽¹⁸⁾、同条が同法 33 条の次に定められていることをもって、直ちに、同法 34 条の「抑留」「拘禁」を逮捕後のそれに限定することには繋がらない。

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

(17) 樋口陽一ほか『注解法律学全集 憲法Ⅱ〔第 21 条～第 40 条〕』（青林書院、1997 年）307 頁 [佐藤幸治執筆]。

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

なつたとされるアメリカ合衆国憲法修正 6 条及びマッカーサー草案では、「刑事被告人」が *accused* とされており、この *accused* という単語は、本来、被疑者及び被告人の双方を含む言葉である。それにもかかわらず、日本語に訳す際に「被告人」とされたのは、被疑者と被告人の双方を含む上位概念が日本語に存在しなかったためと考えられている。この考え方によれば、憲法 34 条は、弁護人依頼権の開始時を「抑留」「拘禁」とする役割を果たすことになると共に、被疑者であるか被告人であるかに関係なく適用されることになる⁽¹⁹⁾。

さらに、同条の立法過程の分析によれば、「憲法 34 条は、専ら、国家による人身の自由の制約といった場面に着目して、その制限を最小限度にするための制度的保障を明らかにしたものであるから、必ずしも刑事手続の一環として身柄を拘束されたものだけを適用対象とするものではない。その適用の射程距離は、より広く、国家権力によって個人の身柄が拘束される場合一般（たとえば、行政検束、予防拘禁など）にまで及ぶ」との指摘もなされている⁽²⁰⁾。そうすると、同条が主として刑事手続における身体拘束を適用対象としていることを否定できないとしても、同条はそれに止まらない広がりを持つ規定であると理解することができる。そして、このような理解によれば、同条の適用対象は、逮捕に続く拘束としての抑留（留置）や拘禁（勾留・鑑定留置）に限定されなくなる⁽²¹⁾。

(19) 野中俊彦ほか『憲法 I 〔第 5 版〕』（有斐閣、2012 年）443 頁 [高橋和之執筆]。憲法学の最新の注釈書においても、憲法 34 条が定める弁護人依頼権について、被疑者のみを念頭に置いたという説明はされていない。長谷部・前掲注 (18) 333～334 頁 [川岸]。

(20) 憲法的刑事手続研究会『憲法的刑事手続』（日本評論社、1997 年）287 頁。同様に、安念潤司「憲法問題としての『手続上の権利』」ジュリスト 884 号 (1987 年) 246 頁以下、254 頁は、憲法「36 条に規定する拷問の禁止のごときは、事柄の性質上およそすべての公権力の行使に妥当すると解する方が自然であろう。34 条も 33 条の次に置かれているというだけでは、刑事手続に関する規定であるとはいえないのである」と指摘している。

(21) 葛野・前掲注 (8) 264 頁。

以上から、憲法 34 条を公訴提起前の被疑者に対して弁護人依頼権を保障したものと狭く捉える必然性は無く、再審開始決定確定前の再審請求人と再審請求弁護人との面会に刑訴法 39 条 1 項を準用する際の根拠とする、あるいは同面会が職員の立会い無くされるべきものと考えられることも可能である。

2 最高裁平成 25 年判決と本件面会との関係

(1) 最高裁平成 25 年判決の捉え方

広島地裁令和 2 年判決は、最高裁平成 25 年判決の射程が本件面会に及ばない理由として、「再審請求弁護人に加えて再審請求弁護人ではない者も面会に同席する場合について判示したものではない」こと、「精神科医は、司法通訳人とは異なり、自らの判断で主体的に死刑確定者とやり取りをすることが予定されているのであって、・・・死刑確定者と再審請求弁護人とのコミュニケーションを補完する補助者としての役割にとどまるとはいえない」ことを挙げている。

広島地裁令和 2 年判決が指摘するとおり、最高裁平成 25 年判決とは事案が異なるので、最高裁平成 25 年判決の射程が本件面会に及ぶか否かを慎重に考える必要がある。しかし、最高裁平成 25 年判決が死刑確定者に秘密面会の利益を認めた根拠は、この者が「再審請求弁護人から援助を受ける機会を実質的に保障する必要がある」という点に存在する。それゆえ、最高裁平成 25 年判決の射程が本件面会に及ぶか否かについては、事案の違いのみならず、前記根拠が妥当するか否かという観点から検討しなければならない。

(2) 最高裁平成 25 年判決の射程が本件面会に及ぶか否か

ア 再審請求前か後かという違いについて

死刑確定者が「再審請求弁護人から援助を受ける機会を実質的に保障する必要がある」という点は、再審請求前の打合せの段階か再審請求後の段階かによって違いがない。それゆえ、この事案の違いは、最高裁平成 25 年判決の射程に影響しない。

イ 精神科医と司法通訳人との違いについて

確かに、広島地裁令和 2 年判決が指摘するとおり、司法通訳人と精神科医とでは、立場が異なる面が存在する。

しかし、その立場の相違は、最高裁平成 25 年判決が述べた「再審請求弁護人から援助を受ける機会を実質的に保障する必要がある」という根拠が本件面会の場面に妥当するか否かを考える上で、大きなものとはいえない。司法通訳人にも、自らの判断で主体的に死刑確定者とやり取りをすることが求められる場合があり得る。例えば、英語を用いた法廷通訳の場面において、弁護人が日本語で「あなたは、(犯罪行為を) やっていないのですよね?」と構文上の否定疑問文を使用して尋問した際に、それをそのまま直訳して *Didn't you do that?* と直訳してしまうと、特に被告人が英語を母国語としない(ノンネイティブ)である場合、本当は否認しているはずであるのに *Yes, I didn't.* と答えてしまうことがあるとされる⁽²²⁾。このような誤訳に繋がる危険性を回避するため、通訳の際に尋問内容を直訳するのではなく、構文を変えて *Is it correct that?* として通訳する等の工夫が為されている旨の紹介が為されている⁽²³⁾。通訳人によるこのような工夫は、当然、接見の場面でも行われ得るものである。そして、このような工夫は、まさに、司法通訳人が言語に関する自らの専門的な知見に基づき、自らの判断で主体的に相手方とやり取りをすることが求められる場合があることを意味している。このように考えると、精神科医も司法通訳人と同様に、再審請求人と再審請求弁護人とのコミュニケーションを補完する補助者として位置付けることが可能である。

また、再審請求弁護人は必ずしも医学に精通しているとは限らないため、特に本件のような刑事責任能力の判断については、専門家の助

(22) 被告人の真意を掴めないのみならず、文法上の誤りも見られる。

(23) 浅野輝子「被疑者国選弁護制度導入に伴う外国人刑事事件に於ける接見通訳の重要性」名古屋外国語大学現代国際学部紀要 8 号 (2012 年) 107 頁以下、111 頁。

けが必要不可欠である。接見に際して、精神科医の助け無く、再審請求弁護人のみで刑事責任能力の判断に関わる事項について意思疎通を行うことには自ずから限界が有り、そのような限界を前提とした接見を実現させても、前記の「再審請求弁護人から援助を受ける機会を実質的に保障する必要がある」という要請に応えられない。

さらに、当該精神科医の具体的な立場や刑事司法手続への精通の有無等については、最高裁平成 25 年判決の射程が及ぶことを前提に、同判決が提示した要件の当てはめの中で考慮することが可能である。

ウ 結論

以上より、精神科医は、死刑確定者と再審請求弁護人とのコミュニケーションを補完する補助者として位置付けられ、本件面会にも最高裁平成 25 年判決の射程が及ぶ。

第 5 本件措置②に含まれる法的問題について

1 刑事収容施設法 114 条 1 項の適用の有無について

確かに、広島地裁令和 2 年判決が述べるとおり、関連する刑事収容施設法の規定（同法 123 条、同法 118 条、同法 114 条、同法 2 条 8 号）を踏まえると、「再審開始決定確定前の死刑確定者が、未決拘禁者としての地位を有するなどとは認められない」とも考えられる。

しかし、前記第 4 の 1 (3) で述べたとおり、再審開始決定確定前の再審請求人と再審請求弁護人との面会にも、刑訴法 39 条 1 項が準用されると考えられるから、このことを踏まえて、再審請求人の地位を考えなければならない。

また、再審請求手続から再審開始決定確定後の公判手続を通じて、弁護人の一貫した援助が保障されるべきとする同法 440 条 2 項の趣旨も踏まえる必要がある。

さらに、最高裁平成 25 年判決が、再審請求人が「再審請求弁護人から援助を受ける機会を実質的に保障する必要がある」と述べて、再審請求人と再審

請求弁護士との間の面会の重要性を強調した趣旨をふまえると、再審請求人と再審請求弁護士との間の面会は、拘置所の規律等の制限に服する以外に時間制限が無いものと考えらるべきである⁽²⁴⁾。

そして、第一審原告も主張していたとおり、再審開始決定確定前の段階においても、再審開始決定を得るための新証拠を探索する等の弁護活動が重要であるから、再審請求人が再審請求弁護士からの援助を受ける機会を実質的に保障する必要性は、再審開始決定の前後で異なることはない。

2 以上より、再審開始決定確定前の死刑確定者も、未決拘禁者としての地位を有する者に準じて扱うべきである。

第 6 本件措置③に含まれる法的問題について

1 本件面会において IC レコーダーを使用して面会内容を録音する行為が刑訴法 39 条 1 項の「接見」に含まれるか否かについて

(1) 広島地裁令和 2 年判決が挙げる根拠について

広島地裁令和 2 年判決は、IC レコーダーを使用して面会内容を録音する行為が刑訴法 39 条 1 項の「接見」に含まれないという結論を導く際に、特に 3 つの根拠を強調して述べている⁽²⁵⁾。

しかし、これらの根拠は、いずれも、その結論を導く根拠として適切とはいえない。

ア 1 つめの根拠について

1 つめの根拠は、「同項の『接見』という文言は一般的に『面会』と

(24) 小西・前掲注 (4) 74 頁注 (27)。同論文は、最高裁平成 25 年判決の事案では弁護士が一般面会をしたため、時間制限が問題となっていなかったに過ぎないことを指摘している。

(25) 広島地裁令和 2 年判決は、第一審原告の主張に応じて、IC レコーダーを使用した録音行為が、刑訴法 39 条 1 項の接見交通権として保障されるかを考える際に、証拠保全目的が刑訴法 39 条 1 項の接見交通権の保障に含まれるか否か等についても検討しているが、ここでは立ち入らない。

同義に解されていること」及び「同項が『接見』と『書類若しくは物の授受』とを明確に区別して規定していること」をふまえると、同項の「『接見』とは、被告人等が弁護人等と面会して、相談し、その助言を受けるなどの会話による面接を通じて意思の疎通を図り、援助を受けることをいう」から、ICレコーダーを使用した録音行為は「接見」に含まれないとするものである。

しかし、「接見」という言葉を日本語の通常用法で捉えると、それは直接対面する行為を意味するに過ぎず、対面の目的及び対面時の意思疎通の方法を「会話」に限定することには、直ちに繋がらない⁽²⁶⁾。

また、「接見」の際に弁護人が手書きでメモを取って記録することが「接見」あるいはそれに準じる行為として問題なく認められるところ、ICレコーダーを使用した録音行為との違いは、記録の正確性のみである。書類や物を渡すあるいは預かるという関係が存在しない点で、手書きでメモを取って記録することとICレコーダーを使用した録音行為との間で違いは無い。それゆえ、刑訴法39条1項が「接見」と「書類若しくは物の授受」とを文言上区別して規定していること自体は、少なくとも本件のような電子機器類を用いた録音行為の場面において、必ずしも決定的なものではない。

以上から、1つめの根拠は、ICレコーダーを使用して面会内容を録音する行為が刑訴法39条1項の「接見」に含まれないとする結論を導く根拠として、適切ではない。

イ 2つめの根拠について

2つめの根拠は、ICレコーダーを使用した録音行為が「被告人等が弁護人等から有効かつ適切な援助を受けるために不可欠であるとはい

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

い難く、面会の機会にこれを認めなければ被告人等の防御権行使が著しく困難となるものではない」とするものである。

しかし、「接見」の際に弁護人が手書きでメモを取って記録することのみが「接見」あるいはそれに準じる行為として認められると考えると、弁護人は、複雑な情報の伝達や正確な記録を行うことが難しくなるといふ不利益を被ることになる⁽²⁷⁾。

また、IC レコーダーを含めた電子機器類の使用が、接見時における弁護人と被告人等との意思疎通においてどれほど有効なものであるのかについては、既に数多く指摘されているところである⁽²⁸⁾。

以上より、2つめの根拠は、IC レコーダーを使用して面会内容を録音する行為が刑訴法 39 条 1 項の「接見」に含まれないとする結論を導く根拠として、適切ではない。

ウ 3つめの根拠について

3つめの根拠は、IC レコーダーを使用した録音行為の際に、逃亡又は罪証隠滅に関する働きかけ等、「弁護人等が意図しない音声・・・まで録音されてしまう危険性」があり、電磁的記録として保存された音声は「弁護人等の意図しない形で外部に流出し、その回収が不可能となってしまう危険性も否定できない」とするものである。

確かに、このような危険性が全く無いとまではいえない⁽²⁹⁾。

しかし、IC レコーダーを用いて録音された音声内に、広島地裁令和 2 年判決が述べるような「当人同士にしか分からない隠語や合図等」が含まれ、それらが、被告人等と意を通じた第三者に伝わり逃亡又は

(27) 田淵・前掲注 (26) 111 頁。

(28) 例えば、赤松範夫=高山巖「接見時の電子機器等の持込み」刑事法ジャーナル 46 号 (2015 年) 43 頁以下、43～44 頁。

(29) 松田治「接見時の機器等の持込みの運用」刑事法ジャーナル 46 号 (2015 年) 50 頁以下、51 頁は、録音テープの内容検査を認める必要性を述べる。

罪証隠滅を助長する結果となるという事態が生じる可能性は、現実的に見て極めて低いはずである。

また、逃亡又は罪証隠滅の防止目的以外にも、拘置所内の秩序維持及び安全確保の観点から、接見にも一定の制約が課される可能性は有るが、接見時の IC レコーダーを使用した録音行為が、拘置所内の秩序や安全を直ちに損なうことも考えられない⁽³⁰⁾。

さらに、広島地裁令和 2 年判決が述べる危険性は、いずれも弁護人の意図を介してしか実現し得ないものであるが、弁護人を介した法令潜脱行為については、弁護人に対する懲戒や場合によっては刑事制裁を通して、事後的に規制を及ぼすのが刑訴法 39 条 1 項の立場であると考えられる。弁護人自らが録音する場合、保存された記録が弁護人の関与無く流通する危険性は全く無いのであるから、弁護人から見ても、録音された内容を把握していなかったという弁解は通じないことになる。それゆえ、万が一録音内容が流出してしまう事態が生じたとしても、弁護人による倫理違反行為や違法行為に対する事後的規制によって対処することは十分可能である⁽³¹⁾。

以上より、3 つめの根拠は、IC レコーダーを使用して面会内容を録音する行為が刑訴法 39 条 1 項の「接見」に含まれないとする結論を導

(30) 写真撮影の場合についてこの点を指摘するものとして、後藤昭「弁護人接見の際の容貌撮影行為の法的性格」青山法務研究論集 11 号 (2016 年) 23 頁以下、25 頁。

(31) 田淵・前掲注 (26) 111 頁。赤松＝高山・前掲注 (28) 48 頁は、弁護人の高度の倫理性に基づき、弁護人が接見時に得た情報を利用する際には、必要なスクリーニングが為されることを指摘する。なお、広島地裁令和 2 年判決が「その電磁的記録が弁護人等の意図しない形で外部に流出」してしまう危険性として想定しているのは、例えば、弁護人が用いているパソコンがハッキングを受けるような場合と考えられる。しかし、録音内容が含まれた電磁的記録媒体を、インターネットに繋がった (あるいは、繋ぐ予定の) パソコンでは使わないようにする等の事後的な規制によって対処可能である。このことは、弁護人と同様に高度の倫理性が求められている医師の場合も当てはまる。

く根拠として、適切ではない。

(2) 本件面会において予定されていた録音について

仮に、広島地裁令和 2 年判決が述べたように、刑訴法 39 条 1 項の「『接見』とは、被告人等が弁護士等と面会して、相談し、その助言を受けるなどの会話による面接を通じて意思の疎通を図り、援助を受けることをいう」と狭く考える立場に立った場合、例えば、ビデオテープ自体の交付やパソコンを用いたビデオの映像の再生等であれば、会話（口頭）による意思疎通の範囲を超えるため「接見」に含まれないとする考えに至ることも有り得る⁽³²⁾。

しかし、本件面会において予定されていたような、接見時の会話の純粋な録音のみが行われる場合は、その性質において、「接見」の際に弁護士が相手方の話を手書きでメモを取って記録することと違いが無い⁽³³⁾。広島地裁令和 2 年判決が述べる「接見」概念を用いたとしても、「接見」の際に弁護士が手書きでメモを取って記録することは認められるはずであるから、本件面会において予定されていた録音も、「接見」あるいはそれに準じる行為として認められるはずである。

(3) 結論

以上より、本件面会において IC レコーダーを使用して面会内容を録音する行為は、刑訴法 39 条 1 項の「接見」に含まれると考えられる⁽³⁴⁾。

2 裁量権の範囲の逸脱又はその濫用等について

(1) 第 279 号通達違反

広島地裁令和 2 年判決は、原告が「未決拘禁者ではなく死刑確定者（未決

(32) 刑訴法 39 条 1 項の「書類若しくは物の授受」に含まれるとする余地は残る。

(33) どちらも、第三者に伝えるか否かについて弁護士等の判断が介在する点で共通している。川出敏裕『刑事手続法の論点』（立花書房、2019 年）125 頁。

(34) 同様の立場を取るものとして、葛野・前掲注（8）358～359 頁、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第二版〕第 1 巻〈第 1 条～第 56 条〉』（青林書院、2013 年）445 頁〔河上和雄＝河村博執筆〕、田淵・前掲注（26）111 頁等。

拘禁者としての地位を有しない死刑確定者)であった」こと、「本件面会では・・・医師も同席することが予定されていた」ことを根拠に、「第 279 条通達やそれを前提とした運用とは異なる取扱いをしたことをもって、広島拘置所長が裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものと評価することはできない」と述べている。

確かに、第一審原告は、未決拘禁者としての地位を有する死刑確定者ではない。

しかし、前記第 4 の 1 (3) で述べたように、刑訴法 440 条 2 項に表れている再審請求段階と再審開始決定確定後の段階とにおいて弁護人による一貫した援助を保障する必要性や、再審開始決定確定前の再審請求人と再審請求弁護人との面会にも刑訴法 39 条 1 項が準用されると考えられることを踏まえると、少なくとも再審請求後は、未決拘禁者としての地位を有する死刑確定者に準じて扱うのが良いと考える。

したがって、広島拘置所長が第 279 号通達やそれを前提とした運用と異なる扱いをしたことは、広島拘置所長の裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものと評価することができる。

(2) 庁舎管理権

広島地裁令和 2 年判決は「広島拘置所長は、刑事施設の長として、広島拘置所の庁舎管理権を有しており（国有財産法 5 条、9 条 1 項参照）、これに基づいて、一定の物の使用及び持込みを禁止する措置を講ずることができ」、このことは「弁護人等と被収容者とが面会をする場合も異なるところはない」と述べている。国有財産法の規定を参照して拘置所長の庁舎管理権を導き、その庁舎管理権を根拠として弁護人等と被収容者との接見を制限するという論理は、他の裁判例においても見られるものである⁽³⁵⁾。

しかし、そもそも庁舎管理権は、施設管理者が有する一般的権限に過ぎず⁽³⁶⁾、当該施設の使用目的に照らして、当該施設の円滑な使用を保つための制限ができるに過ぎない⁽³⁷⁾。

また、国有財産法 5 条及び同法 9 条 1 項の規定は、国が行政財産についての管理権を有することを前提に、管理権限を特定の行政機関に配分する組織規範であると考えられている⁽³⁸⁾。そうすると、これらの規定について、拘置所長に IC レコーダー等の電子機器類を用いた録音行為を禁止する権限を付与した法規範であると位置付けるのは困難である。

さらに、前記第 4 の 1 (3) で述べたとおり、再審請求段階においても刑法 39 条 1 項が準用され、再審請求人と再審請求弁護人との間には接見交通権が認められると考えられる。この権利を制限するためには、制限を正当化するだけの具体的な弊害、すなわち、電子機器類を用いた録音行為によって、拘置所内の秩序維持及び安全確保にとって障害が発生する具体的な可能性が示されなければならない。単なる抽象的な可能性程度で制限を認めてしまうと、ほぼ無制約の庁舎管理権を認めることに繋がりかねず、接見交通権を認めた意味を失わせることになるからである⁽³⁹⁾。

本件の IC レコーダーを用いた録音によって、広島拘置所内の秩序維持及び安全確保にとって障害が発生する具体的な可能性は生じない。

以上より、庁舎管理権に基づいて本件措置③を取ることはできない。

(35) 例えば、東京高判平成 27 年 7 月 9 日判時 2280 号 16 頁 (竹内国賠控訴審判決) は、拘置所職員が、弁護人による拘置所内での被告人の写真撮影行為を停止させ、接見を終了させたことの適法性が争われた事案について、国有財産法 5 条及び同法 9 条 1 項は「庁舎の管理者が庁舎をその本来の目的が達成できるようにするための庁舎管理権を認めたものであり」、「庁舎内の秩序を維持し、安全を確保するため、庁舎管理権に基づき、庁舎内における写真撮影等を禁止することができる」と判示した。

(36) 葛野尋之『刑事司法改革と刑事弁護』(現代人文社、2016 年) 216 頁。

(37) 後藤・前掲注 (30) 28 頁。

(38) 前掲注 (35) で挙げた東京高裁平成 27 年判決の評釈である、岩本浩史「判批」『新・判例解説 Watch18 号』(日本評論社、2016 年) 45 頁以下、47 頁。この評釈で述べられた考え方は、本件のような電子機器類を用いた録音の場面でも妥当するであろう。

(39) 岩本・前掲注 (38) 48 頁、後藤・前掲注 (30) 28～29 頁。

第7 結論

これまで述べてきたとおり、再審開始決定確定前の再審請求人と再審請求弁護人との面会にも、刑訴法 39 条 1 項が準用される。また、最高裁平成 25 年判決が述べるとおり、再審請求人が「再審請求弁護人から援助を受ける機会を実質的に保障する必要」がある。これらを踏まえると、本件措置①②③を正当化することには疑問が残る。接見、ひいては刑事弁護人の活動の実態を踏まえた適切な判断が求められる。