

# 法律の留保原則・比例原則と接見禁止

—EU 指令 2013/48/EU を参考に—

久岡康成\*

## 目次

- 一 はじめに
- 二 逮捕・勾留されている被疑者・被告人の地位
- 三 被逮捕者の第三者との接見
- 四 接見禁止（刑訴法81条）の問題点
- 五 結びにかえて

## 一 はじめに

### (一) 問題の所在

逮捕・勾留されている被疑者・被告人の家族や友人・同僚等は、逮捕・勾留されている被疑者・被告人と逮捕・勾留している公の組織・機関の法律関係から見れば第三者である（弁護士は別途の地位にあり、これに含めない）。逮捕・勾留された者にとっても、この第三者にとってもこの時期に接見を含め「連絡（communicate）する」ことは、極めて重要である。しかしながら現在の刑事訴訟法（1949年施行）および2009年に改正後の刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律（以下、刑事収容法と呼称する）のもとにおいては、逮捕・勾留されている被疑者・被告人と第三者との「連絡」については、それに関する規定が少なく、法による保障として不十分であるとともに、その運用の実際も逮捕・勾留されている被疑者・被告人と第三者との「連絡」を確保するものとなっていない。

---

\* ひさおか・やすなり 香川大学大学院法務研究科教授 立命館大学名誉教授 弁護士

すなわち、まず、勾留されている被疑者・被告人と第三者との接見については、刑訴法81条に規定があり裁判所・裁判官によって禁じることができるが、いったん接見禁止されると「法に規定がない」のでその取消請求権はなく、解除の職権発動を求めることはできるが、職権を発動しない旨の判断に対する不服申立はできないとされている。このような中で、接見禁止決定数の増加、起訴後に接見禁止が付される事案の増加の状況は変わらず、「接見等禁止が被疑者・被告人に強いる苦痛は繰り返し述べたように言語に絶するものがあり」と、浦功弁護士によって指摘された状況は<sup>1)</sup>、今日も変わっていない。

また、逮捕されている被疑者と第三者との接見については、監獄法時代には刑事訴訟法上で、「法に規定がない」こと等を理由に、被逮捕者には弁護士等との接見交通権はあるが、「弁護士以外の者との外部交通権は認められない」<sup>2)</sup>とされ、従来は接見交通の権利がないかのごとき取扱いがなされてきたが、この法的状況も変わっていない<sup>3)</sup>。

しかし、逮捕・勾留されている被疑者・被告人と第三者との接見を始めとする「連絡」は極めて重要である。このような「法に規定がない」ことの意味をどう考えるべきであろうか。「被疑者・被告人に強いる苦痛」となっている状況は、接見禁止の目的と権衡を保つのであろうか。また、逮捕・勾留されている被疑者・被告人と第三者との「連絡」の具体的あり方(基準)はどのようなものであろうか。これらについては近時、EU(欧州連合)において弁護士に対するアクセス権および第三者・領事機関に対する連絡権についてのEU指令2013年48号<sup>4)</sup>(以下、2013年EU指令と呼称する)が制定されており、参考になる。

本稿では、これらの状況を踏まえて、まず2013年EU指令における第三者との「連絡」権の状況を概観し、法律の留保原則、比例原則について確認した後、逮捕・勾留されている被疑者・被告人の地位、被逮捕者の接見、刑訴法81条について検討し、関連して逮捕の通知についてもふれることにしたい。なお刑訴法81条は接見の外に、書類その他の物の検閲、授受

の禁止・差押えを定めている。書類その他の物の授受も、「連絡する（communicate）」の重要な中身であるが、本稿では紙幅の関係上から接見の制度に絞って検討し、書証その他の物の授受を含む接見禁止決定・命令の運用の検討は他日を期したい。

## （二） E U 指令

2013年 EU 指令については、かつて検討したことがある<sup>5)</sup>。本稿では同指令で規定されている権利のうちの、自由を剥奪されたことを第三者に知らせてもらい、第三者と連絡を持つ権利についての観点から整理をすることとする。

2013年 EU 指令は、被疑者・被告人の刑事手続における手続的権利の強化のための2009年ロードマップ<sup>6)</sup>（EU 理事会決議）に列挙された6項目の措置の第3の具体化として、2010年 EU 指令、2012年 EU 指令<sup>7)</sup>に続いて、リスボン条約後の EU の立法形式であるEU指令として制定されたものである。その意味は、刑事手続における手続的権利の強化のための必要最小限基準をこの指令で定め、加盟国に法令改正などの措置によるその遵守を求めるものである。具体的には、この指令は、59項目の前文と18条の条文からなり、公布（2013年11月6日）後20日で効力が発生するとされ、名あて人である加盟国は2016年11月までにこの指令を遵守するために必要な措置を発効させなければならない。

この EU 指令の名称は、2011年に EU 委員会から EU 理事会及び EU 議会に提案されたときは、「刑事手続における弁護人に対するアクセス権および逮捕について連絡する権利についての EU 指令提案（Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and on the right to communicate upon arrest）」<sup>8)</sup>であったが、論議をへて最終的には、「刑事手続及び欧州逮捕令状手続における弁護人に対するアクセス権、自由を剥奪されたことを第三者に知らせてもらい、自由を剥奪されている間第三者及び領事と連

絡を持つ権利についての EU 指令2013年48号」の名称の、2013年 EU 指令として成立した。

刑事手続については、保障される権利のうち、第三者に知らせてもらう権利 (the right to have a third party informed) はその 5 条、第三者と連絡を持つ権利 (the right to communicate with third persons) はその 6 条に定められている。そこでは保障される権利の主体たる、自由を剥奪された者は、被疑者・被告人であって、逮捕、勾留の段階を分かっていない。

2013年 EU 指令は実効性確保のため、いくつかの規定をおいている。まず自由を剥奪されたことを第三者に知らせてもらう権利 (2013年 EU 指令 5 条) 自体が、第三者と連絡を持つ権利 (同 EU 指令 6 条) の実効性を確保し、弁護人アクセス権など広く防禦権一般の行使を確保する規定である。また一般には、権利告知と権利行使のための情報の提供 (同指令 3 条 4 項) の制度がある。この権利告知と情報の提供は先行の2012年 EU 指令により、権利告知書 (Letter of Rights) という書面の交付となっている。

2013年 EU 指令では、第三者に知らせてもらう権利、第三者と連絡を持つ権利について、軽微な事犯への不適用 (同指令 2 条 4 項) および権利放棄 (waiver, 同指令 9 条) の外、一時的離脱による不適用などの権利の制限になる場合がある。

すなわち、第三者に知らせてもらう権利 (同指令 5 条) については、それぞれ厳格な要件の下に、一時的離脱による不適用 (temporary derogation, 同指令 5 条 2 項) と実務的措置 (practical arrangement, 同指令前文第35項) が定められている。第三者と連絡を持つ権利 (同 EU 指令 6 条) については制限および変更 (同 EU 指令 6 条 2 項) および実務的措置 (practical arrangement, 同指令前文第38項) がある。一時的離脱による不適用の定めはない。

なお手続的側面では、第三者に知らせてもらう権利についての一時的離脱による不適用につき、裁判所によるか、少なくとも裁判所により事後的に確認されることが求められている (同指令 8 条 3 項, 前文38項)。

### （三）法律の留保の原則

（1）接見禁止は、具体的には留置施設および刑事施設における面会の申出に対する拒絶として、実際には留置業務管理者（警察官）および刑事施設の長（刑務官）の活動として具体化される。私は、かつて『刑事訴訟法判例百選第6版』で警察官による集会参加者に対する検問についての判例解説の機会を与えられた時、「一般に、ある警察官の行動が適法とされるためには、『法律による行政の原理』とりわけ『法律の留保の原則』との関係で、まず警察官に活動の授権をする『根拠規範』を要する（参照、藤田・後掲論文等）。そうして国民の自由や権利を制限する活動を授権するこの根拠規範は、原則として法律の形式でなければならない。この根拠規範を求める方向としては、大きく捜査活動としての方向（参照、最判昭和59年（55年の誤記を訂正）2月13日刑集38巻3号295頁、最判昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁——本書1事件）と、警察活動としての方向が考えられる」<sup>9)</sup>、と記したことがある。

この理は、接見禁止における留置業務管理者および刑事施設の長の活動についても変わらない。面会の申出に対する拒絶は、犯罪の捜査ではないから、捜査活動としての方向ではなく、警察活動（行政活動）としての方向で、「法律による行政の原理」とりわけ「法律の留保の原則」との関係で、まず留置業務管理者および刑事施設の長に活動の授権をする「根拠規範」を要するのである。

（2）法律の留保原則を、あらためて行政法学の説かれるところにより整理すると、おおそ以下のように理解できる。<sup>10)</sup>

法律による行政の原理は法治主義の基幹的法理であり、法律による行政の原理には、「法律の法規創造力」の原理、「法律の優位」の原則、「法律の留保」の原則が内包されている。このうち「法律の留保」の原則は、ある種の行政活動を行う場合に、事前に法律でその根拠が規定されていなければならないというもので、国会を国の唯一の立法機関と定めた憲法41条の趣旨を具体化したものであり、また国民代表からなる議会の事前承認を

義務づけることによって、国民の権利自由を保護しようという自由主義の思想に基づいている。そして、法律の留保にいう法律とは、組織規範、根拠規範、規制規範という法律の主要な3種類のうちの「根拠規範」であり、法律の留保が及ぶ範囲については、ドイツにおいて、判例法上、侵害留保説を克服して、1970年代に確立した重要事項留保説（本質性理論）が、最近わが国においても注目されている。さらにまた、法律の留保は、根拠規範の要否に関する理論であるが、根拠規範さえあればよいというのではなく、法律の留保原則の目的を達するのに必要な詳細さ（規律密度）で規律することが求められる。

一般に人の重要な権利・利益が制約される場合は、法律の根拠が必要であるとの考え方は、国民に対して権利を制限するには「根拠規範」を要するとの考え方として、今日判例でも前提とされている。例えば、国民健康保険料に租税法律主義（憲法84条）が適用されるかが争いになった旭川市国民健康保険条例事件最高裁大法廷判決においても、憲法84条は、租税について法律による規律の在り方を定めるものであるが、同条は、「国民に対して義務を課し又は権利を制限するには法律の根拠を要するという法原則」<sup>11)</sup>を、租税について厳格化した形で明文化したものであると述べている。

(3) なお、根拠規範を求める方向としての、「捜査活動としての方向」は、近時は川出敏裕教授の論文「行政警察活動と捜査」により、法律の留保原則の「考え方は、強制処分法定主義と共通のものがある」と指摘され<sup>12)</sup>、また、宇藤崇教授の論文「強制処分の法定とその意義について」によって、法律の留保原則の内容として規律の稠密度（規律密度）が論じられるとともに、所持品検査につき授權規範のあることを肯定した最決昭和53年6月20日に関わり、「任意手段であろうとも、権利侵害的なものである場合には、何らかの法律的根拠が必要であること示唆している」<sup>13)</sup>と指摘されている。さらに、また、斉藤司教授によって、本質性理論（重要事項留保説）を踏まえた「規律密度論」による強制処分法定主義の再構成が試

みられている。<sup>14)</sup>

以上の議論によれば、根拠規範を求める方向としての、「捜査活動としての方向」は、人の重要な権利・利益が制約される場合は、法律の留保原則により、任意捜査であろうとも法律の根拠が必要であり、その制約が強制処分に至る場合は、規律の密度論により、刑事訴訟法によらなければならない（強制処分法定主義）、ということになる。

#### （四） 比例原則

行政法学によれば、行政法の一般原理として、信義則、権利濫用禁止の原則、比例原則、平等原則、透明性と説明責任の原則、必要性・有効性・効率性の原則等が説かれている<sup>15)</sup>。このうちの比例原則は刑事訴訟法においてもしばしば論じられる原則であり、例えば前掲川出論文「行政警察活動と捜査」では、「任意捜査の限界論も、警察比例の原則の一適用場面とってよいであろう」<sup>16)</sup>とされている。また、未決勾禁者の権利保障における比例原則については、福井厚教授により、未決勾禁者の権利・自由を制限する場合の違憲審査の基準についての、後に言及する昭和45年最大判・昭和58年最大判の法理は、「障害発生の防止のために必要かつ合理的な範囲にとどまるべき」であるとする「合理説」であるとされたうえで、ドイツにおける「未決勾留の執行と比例原則」につき詳細な研究が行われている<sup>17)</sup>。

「比例原則」は、一般に、目的と手段は不釣り合いであってはならない、規制は最小限度でなければならない、と説明される原則である<sup>18)</sup>。ドイツにおいて警察法上の原則（警察比例原則）と生成し、行政法の一般原理となったものであるが、今日ではアメリカの違憲審査で用いられる「LRA (less restrictive alternatives・より制限的でない代替手段) の法理」と同様の理念に基づくものと位置づけられ<sup>19)</sup>、違憲審査の基準としても用いられている。

任意捜査の限界論や未決勾禁者の権利・自由の制限についてのこれまで

の議論や判例の蓄積を見るとき、ここではそれを具体的に展開する余裕はないが、この比例原則を、それらにおける違憲審査の基準および適法性の基準として位置付けることは、おおかたによって首肯されるのではないかと思われる。

なお、この理論に拠れば、行政と規制の名あて人との二面関係のみを念頭において、比例原則を適用すべきではなく、それ以外の者、例えば規制により利益を受ける者を含めた三面関係において規制権限の発動の是非について考えるべきであるという主張があるといわれている<sup>20)</sup>。刑法や未決拘禁法の立場からは、規制の名あて人のみならず、規制により不利益を受ける第三者をも含めて考慮し、規制権限の発動の是非について考えるべきであるということになろう。

## 二 逮捕・勾留されている被疑者・被告人の地位

### (一) 特別権力関係論からの脱却

逮捕・勾留されている被疑者・被告人と第三者との接見を、法律の留保原則・比例原則の見地から検討するためには、逮捕・勾留されている被疑者・被告人の地位と、法治主義を排除するいわゆる特別権力関係論との関係が問題となる。

逮捕・勾留されている被疑者・被告人の地位は、監獄法の時代には、在監関係の名のもとに論議されていた。喫煙の自由が問題になった刑務所で未決勾留中の被告人に対する喫煙禁止に対する国家賠償請求事件についての最大判昭和45年<sup>21)</sup>の評釈の中で、高田敏教授は行政法の見地から、当時の議論状況を、「日本国憲法が採用した実質的法治主義は、不可侵の基本的人権を保障するとともに、憲法上許容されるその規制を法律に拠らしめようとするものである。ところが、伝統的な特別権力関係論は在監関係(刑事施設と被収容者の法律関係)を特別権力関係と解し、そこでは法治主義が排除されるものと解してきた。これに対して特別権力関係否定論に

においては、在監関係（個別的・実質的否定説もこれを権力関係と解する）も、当然、法治主義の妥当する場となる。」と説明されている<sup>22)</sup>。

この観点から見ると、議論は監獄法上の措置についての救済を国家賠償請求事件として求めるという形が多く、未決勾留されている被告人および受刑者の地位についての議論が中心であるが<sup>23)</sup>、憲法、刑訴法、監獄法・刑事収容法の発展に伴い、幾つかの時期に分かれることになる。

第1は、明治憲法（1890年施行）、明治刑訴法（1890年施行）、監獄法（1908年施行）の時期であって、在監関係については、いわゆる特別権力関係論に基礎を置いていた。刑事訴訟法でみれば、明治刑訴法当初は密室監禁の制度があり（明治32年の改正で削除）、予審判事は「必要ナリト認メルトキハ被告人ノ監房ヲ別異シ、他人トノ接見、書類物件ノ授受ヲ禁シ、……」得るものとされていた（明治刑訴法85条3項）。

第2は、明治憲法、大正刑訴法（1924年施行）、監獄法の時期である。大正刑訴法は、勾留・勾引された被告人の他人との接見交通が束縛を受けるものでないという趣旨を確認し（大正刑訴法111条）、他方裁判所のその禁止権限を認めた（大正刑訴法112条）。その『刑事訴訟法案理由書』は、それが明治刑訴法が接見交通の制限に条件を付さなかったことに「制限ヲ加ヘ罪証ヲ湮滅又ハ逃亡を図ル虞アルニ非サルハ其ノ禁止ヲ為スコトヲ得サルモノトシ」<sup>24)</sup> たものであることを明らかにしている。その趣旨は、別に定められた「第92条（勾留と身体名誉の保全）被告人ヲ勾留シタル場合ニ於テハ其ノ身体及名誉ヲ保全スルコトニ注意スヘシ」と、その趣旨についての『刑事訴訟法案理由書』の「被告人ノ勾留ハ未タ其ノ罪責定マラサルヲ先タチ身体ノ自由ヲ拘束スルモノニシテ其ノ目的トスル所ハ逃亡ヲ防キ罪証湮滅ノ虞アルカラニ外ナラス故ニ罪責ノ定マルマデ清白人ヲ以テ之ヲ遇シ目的ヲ達成スルニ必要ナル限度ヲ超エテ之ニ苦痛ヲ與フルコトアルヘカラス」<sup>25)</sup> の記述に照らすとき、勾留された被告人について、明確に、「罪責ノ定マルマデ清白人ヲ以テ之ヲ遇シ」の理念があったことがわかる。この考え方は大正刑訴法制定時の弾劾主義の理念に基づくもので

あって、受刑者についての権利制限と対比させて大正刑訴法111条をおき、未だ特別権力関係論の枠を超えるものではなかったが、「清白人ヲ以テ」という、「無罪の推定」にも通ずる考え方により、勾留された被告人の接見を認め、地位の向上を認めるものであった。

第3は、現行憲法（1947年施行）、現行刑訴法、監獄法の時期である。日本国憲法の制定により在監者の人権享有が自覚され、「目的に照らし必要な限度において、……合理的な制限を加えることができる」のみとの前示の最大判45年等の考え方が成立し、受刑者、未決勾禁者（勾留された被告人）を問わない、特別権力関係論の実質的な否定に向かった時期である。

第4は、現行憲法、現行刑訴法、刑事施設収容法の時期である。受刑者、未決拘禁者（勾留された被疑者・被告人）を問わない権利の享有を認め、個々の制限の合理性を問う考え方が、刑事施設収容法においても前提とされ定着した。最高裁判例では、特別権力関係の概念の使用が避けられていると言われているが、「在監関係においても、伝統的な特別権力関係論はもはや通用しない」<sup>26)</sup>、「刑事収容施設・被収容者処遇法の制定によって、ようやく刑事収容施設に法治主義が及び、憲法上の権利が浸透するようになった」<sup>27)</sup>と評されており、伝統的な特別権力関係論からの脱却が生じている。

## (二) 未決勾留されている被疑者・被告人の地位

(1) 刑事収容施設に収容されている受刑者、未決勾禁者に関する最高裁の判例として、前示の未決勾留中の喫煙禁止に対する国家賠償請求事件についての最大判昭和45年の後、拘置所未決勾留中の被告人が閲読を希望した新聞記事抹消に対する国家賠償請求事件についての最大判昭和58年<sup>28)</sup>があるが、これらの判例の立場は、特別権力関係の概念の使用を避けてはいるが、被勾留者は、逃亡又は罪証隠滅の防止という未決勾留の目的および監獄内の規律及び秩序の維持上放置することのできない障害発生の防止の

ために必要な限度で、身体の自由及びそれ以外の行為の自由に合理的な制限を受けるが、他方、当該拘禁関係に伴う制約の範囲外においては、原則として一般市民としての自由を保障されることを認めるものであるから、「実質的に特別権力関係否定論と同様の結論が導き出されている」<sup>29)</sup>、ということができるとされている。

(2) これら最高裁判例における被勾留者の地位についての立場は、最大判昭和45年および最大判昭和58年を引用して下された、第三者の拘置所で未決勾留されている被告人との面会についての最判平成3年においても、簡明に示されている。この判決では、10歳の姪の勾留されている被告人との面会が拒絶された事案につき、以下のように、拒絶の根拠とされた監獄法施行規則120条（及び124条）は、被勾留者と幼年者との接見を許さないとする限度において、法50条の委任の範囲を超えた無効のものとの判断が示されている（過失はなしとして国家賠償請求は棄却）。

「未決勾留は、刑事訴訟法の規定に基づき、逃亡又は罪証隠滅の防止を目的として、被疑者又は被告人の居住を監獄内に限定するものである。そして、未決勾留により拘禁された者（以下「被勾留者」という。）は、(ア) 逃亡又は罪証隠滅の防止という未決勾留の目的のために必要かつ合理的な範囲において身体の自由及びそれ以外の行為の自由に制限を受け、また、(イ) 監獄内の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認められる場合には、右の障害発生の防止のために必要な限度で身体の自由及びそれ以外の行為の自由に合理的な制限を受けるが、他方、(ウ) 当該拘禁関係に伴う制約の範囲外においては、原則として一般市民としての自由を保障される」<sup>30)</sup>

(3) 未決勾留されている被疑者・被告人が制限される第三者との接見は、最判平成3年にいう、身体の自由「以外の行為の自由」にあたるもので、その制限が合理的なものであるべき、身体の自由の制限に含まれない独自の「第三者との接見の自由」である。その意味として、加えて、被疑者の防禦権の保障、家族等の接見する第三者の利益が考えられる（憲法が24条

で家族に関する事項について規定を置くことは、その尊重を前提にしている)。

また、前示の最大判昭和58年は、およそ各人が、自由に、さまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取する機会をもつことは、その者が個人として自己の思想及び人格を形成・発展させ、社会生活の中にこれを反映させていくうえにおいて欠くことのできないものであり、また、民主主義社会における思想及び情報の自由な伝達、交流の確保という基本的原理を真に実効あるものたらしめるためにも、必要なところである。」ことを前提に、未決勾留されている者の新聞紙、図書等の閲読の自由の憲法上の保障を憲法19条(思想及び良心の自由の不可侵)、憲法21条(表現の自由の保障)から認め、またその保障はすべて国民は個人として尊重される旨を定めた憲法13条の規定の趣旨に沿うものであると述べている。未決勾留されている者の第三者との接見の自由の保障も、人の「さまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取する機会」の保障の一場合として、同様に考えることができる。

この点に関わり、中川孝博教授は、弁護士等以外の者との外部交通に関する憲法的基礎を論じ、依拠すべき条文として、憲法13条、憲法31条等(被疑者・被告人の防禦権)と並んで憲法21条(表現の自由)を指摘し、さらに憲法34条(家族等との交通も含む外界とのコミュニケーションを取る権利)を挙げている。前示の最大判昭和58年の趣旨にもあう見解と言うことができる<sup>31)</sup>。

なお、このような第三者との接見の性質に関わり、アメリカ合衆国においては、柳川重規教授によって紹介されているように<sup>32)</sup>、「他と交わり、個人的な強い繋がりを持つる権利(a right to association)」が、判例上、表現の自由等を保障する合衆国憲法第1修正(修正1条)の保障に含まれることが認められている。

(4) これらの判例の事案は、未決勾留に対するものであるが、逃亡又は罪証隠滅の防止という目的を同じくする逮捕について、最判平成3年の「原

則として一般市民としての自由を保障される」という基本を別にする理由はない。最判平成3年の法理は、そのまま被逮捕者にも適用あるものである。

(5) 本稿で参考にしてしている2012年 EU 指令では、逮捕・勾留されている被疑者の地位自体についての議論は見いだされませんが、被疑者・被告人の刑事手続における手続的権利の強化のための2009年ロードマップの第3の措置の具体化であり、自由を剥奪されている者についての指令であるのであるから、刑事手続において自由を剥奪されているかぎり、適用され、逮捕、勾留などの別を問うものではない。

これらの考え方は、わが国において、最高裁判例の展開などを踏まえて到達される、被逮捕者、被勾留者の第三者との接見は、刑訴法80条のような規定を待つまでもなく、市民としての人権に基礎を置くものであるという考え方と軌を一にするもので、逮捕・勾留されている被疑者の地位を考える出発点となる考え方といえることができる<sup>33)</sup>。

### 三 被逮捕者の第三者との接見

#### (一) 被逮捕者の第三者との接見

被逮捕者については、前示のように、刑訴法80条のような規定がないために、同法81条につき「元来接見交通の権限がないから、本条の適用を考える余地はない」とされてきた<sup>34)</sup>。その所以は、第三者との接見は法の規定によって始めて認められるものであるところ、勾留されている被告人についての刑訴法80条、81条は刑訴法207条1項により勾留されている被疑者には適用されるが、被逮捕者についてはこのような規定がないので、接見禁止をするまでもなく接見の権利がないというものであった。

しかしながら被逮捕者の地位が、前述の最判平成3年の「原則として一般市民としての自由を保障される」未決勾留されている者の地位と別異なる根拠はない。したがって、その第三者との接見は刑訴法等での規定を

待つまでもなく、権利なのである。したがって接見の自由の制限は、法律の留保原則により法律によってのみ可能なのであるから、これを制限する法律がない以上、被逮捕者と第三者との接見は、認められなければならない。刑訴法80条は、大正刑訴法111条に同じく、接見が自由である趣旨を明らかにする確認規定である。

## (二) 刑事施設収容法における被逮捕者

刑事施設収容法を見てみると、その第216条は「留置業務管理者は、被留置受刑者以外の被留置者に対し、他の者から面会の申出があったときは、第228条第3項の規定により禁止される場合を除き、これを許すものとする。ただし、その被留置者が未決拘禁者である場合において、刑訴法の定めるところにより面会が許されないときは、この限りでない。」としている。

面会の申出に対し原則として「これを許すものとする」根拠として刑訴法80条が挙げられているわけではない。被勾留者と被逮捕者の被留置者が、第三者との接見（面会）の自由を有していることが前提とされている。

したがって、被逮捕者の第三者との接見（面会）を禁止するためには、法律の留保原則により法律の規定が必要であり、それは刑事施設収容法216条但書により刑訴法の定めでなければならないところ、そのような規定はないのであるから、被逮捕者の第三者との接見（面会）を禁止することはできないのである。刑訴法「80条の準用もないことから、弁護士以外の者と接見する権利は規定されていないものの、刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律第216条前段は、原則として、逮捕留置中の未決の留置者に対し、他の者から面会があったときは、これを許すものとしている。」<sup>35)</sup>と述べるものもあり、近時の実務もこれに近づいていると思われる。

### （三） 権利保護の始期

なお、身体の自由を奪われている者の権利保護については、第三者（弁護人等以外の者）との接見交通を含め、今日においては少なくとも身体拘束の最初からこれを考えることは、世界の趨勢となっていると思われる。例えば前述のように本稿で参考としている2012年 EU 指令でみれば、その指令の名称として当初提起されたのは「刑事手続における弁護人に対するアクセス権および逮捕について連絡する権利についての EU 指令」であり、制定されたその6条は「自由を剥奪されている場合の第三者との連絡権」である。自由剥奪の最初、逮捕から第三者との連絡（接見交通）を認めることは、今日の EU および EU 加盟諸国では、共通の最小限基準になっている。

## 四 接見禁止（刑訴法81条）の問題点

### （一） 接見禁止と比例原則

刑訴法81条は、裁判所は勾留されている被告人と第三者との接見を、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接見を禁じることができるとしている。法律の留保原則から見れば、同条は裁判所への授權規定である。しかしながら、前述のように、法律の留保原則からの授權規定は、形式的に法律があれば足りるというものではなく、内容および規律密度において比例原則を満たしていることが、この刑訴法81条に要請されている。

### （二） 接見禁止の継続的処分性

接見禁止は継続性を持つ処分である。刑訴法81条の接見禁止がある限り、刑事施設収容法216条により面会の申出拒絶が繰り返される。継続性を持つ処分については、勾留について見れば分かるように、時間の経過に伴って、処分の必要性に変化が生じる可能性があり、取消などで対応する

必要があるものである<sup>36)</sup>。なお、問題は異なるが、別件逮捕を研究していわゆる「実体喪失説」を主張された川出敏裕教授も、「ここで問題としているのは、勾留決定の効力そのものでなく、現実になされている勾留が、裁判官によってなされた別件についての勾留決定の執行としての実体を失っているのではないかということである。」と、勾留決定の後の「執行」の段階へ着目している<sup>37)</sup>。

さらに加えて、接見禁止についてはその特性より、時間の経過に伴う処分の必要性の変化が一般的、類型的に内在しているのである。

すなわち、まず、接見禁止の必要性の「罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由」は、公判即ち証拠調べの進行にともない減少する（勾留されている者が逃亡する虞はまずない）。他方、接見禁止により被る不利益（苦痛）は、時間の経過・長期化に伴い単に継続するだけでなく累積し、重大な不利益（苦痛）になっていくのである。この理は、未決拘禁の長期化についてのドイツ連邦裁判所の判決に関わり、斉藤司教授により「未決拘禁が長期化すればするほど、自由を求める権利の重大性が重視される」<sup>38)</sup>、と指摘されている。

したがって、接見禁止時存する「逃亡し又は罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由」も、接見禁止により被る不利益（苦痛）との比例判断も、時間の経過とともに変化し、接見禁止の決定・命令がなされたときの「当初の判断と後の実体との齟齬」が生じ、接見禁止の相当性の減少を来たすことは当然のことである。継続性を持つ処分については、後の時点での実体に対する比例原則の満足を確保するため、取消のような「当初の判断と後の実体の齟齬」を補正する制度が用意が整備されている必要がある。そしてこの制度も、被拘禁者の自由に関わるものであるから、法律の留保原則の適用を受け、法律によって定められることが必要である。

前示の最大判昭和58年は、新聞紙、図書等の閲読の自由の制限に関し、それが認められるためには、「一般的、抽象的なおそれがあるというだけでは足りず、被拘禁者の性向、行状、監獄内の管理、保安の状況、当該新

聞紙、図書等の内容その他の具体的事情のもとにおいて、その閲読を許すことにより監獄内の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まるべきもの」と述べている。第三者との接見禁止についても、それが前示の様な意味を持つ接見の自由の制限である以上、この法理の適用があるべきものとなる。そして、制度としての接見禁止は、このような法理を確保できるものとして確立していなければならないのである<sup>39)</sup>。

### （三）接見禁止の期間および取消の規定の不存在

（1）刑訴法81条の接見禁止には、起訴後の勾留についての刑訴法60条、起訴前の勾留についての刑訴法208条のような期間についての規定がなく、期間の定めがない無期限のものと考えられている<sup>40)</sup>。また、接見禁止は勾留されている者について行われるが、勾留とは別の処分とされ、起訴後の勾留の更新、起訴前の勾留の延長の際にも、その見直しが行われることとなっているわけでもない。

たしかに実務上は、これを前提に、接見禁止の解除の裁判なくして「いたずらに日時を経過し、そのため不当過剰に被疑者・被告人の接見交通権が制限される場合があるので」、罪証隠滅の虞も考慮し起訴前の勾留段階に限って接見禁止をしようとする試みがなされ（必要なら起訴後に再び接見禁止をすることが前提になっている）、いったんは「現在の実務では、『公訴提起に至るまでの間』と期限をきるのが建前となり、印刷された書式となって定着するに至った」時期もあったのである<sup>41)</sup>。

このような実務上の運用経験が示すように、期限をきること自体は、「当初の判断と後の実態の齟齬を補正する制度」として有効なものであるから、法律の留保原則のもと、刑事訴訟法に「期間」についての明文の規定が立法されるべきものと考えられる<sup>42)</sup>。

また、「期間」があっても、「当初の判断と後の実態の齟齬」を常に必ず予防できるわけでないから、実際にそれが生じた場合は是正・救済の制度として、勾留と同様に「取消」の制度が立法されるべきである。

(2) 強制捜査の限界に関わる議論の中で、「問題となる権利・利益が、個人の人間としての存在にとって本質的であるなど、極めて重大なものであるときには、形式的には現行法上の強制処分に当てはまるように見えても、さらには、立法により新たな根拠規定を設けたとしても、それを侵害することは許されないというべきである」<sup>43)</sup> ことが、既に指摘されている。

もし「当初の判断と後の実態の齟齬」を是正・救済する制度がないまま、接見禁止のある勾留が長期化することは、人を隔離拘禁 (incommunicado detention) に付することになり<sup>44)</sup>、その隔離拘禁はこの意味において、形式的に刑訴法81条の根拠規定に該当しても許されない場合に該当することとなる。

本稿で参考にしている2012年 EU 指令で、第三者と連絡 (communicate) を持つ権利については、命令的な必要 (imperative requirements) もしくは相当的な活動の必要 (proportionate operational requirements) の見地からの、制限もしくは変更 (同 EU 指令 6 条 2 項) および実務的措置 (practical arrangement, 同指令前文第38項) が認められているのみであって、禁止の語は用いられていない (一時的離脱による不適用の定めもない)。

わが国でも、実務上はこのような事態・隔離拘禁を防ぐため、接見禁止の解除の申立が行われているが<sup>45)</sup>、その申立も裁判所の職権発動を促すものとして取り扱われ、裁判所の職権発動をしないと判断に不服を申し立てる路はない。また、接見禁止に対する抗告・準抗告において接見禁止の後に生じた事情を考慮する努力も行われているが、抗告・準抗告事後審説の中で未だ確立しているわけではない。人を隔離拘禁 (incommunicado detention) に付する可能性は、制度的に残っている。

したがって、このような事態を防ぐための立法が必要である。接見禁止取消の立法については、早い時期から「立法論としては検察官・被疑者・被告人弁護人らに接見禁止の取消請求権を認め、その裁判に対しては抗告又は準抗告の方法による不服申立の途を開くべきと考える」<sup>46)</sup>と唱えられ、最近でも賛成のあるところである<sup>47)</sup>。その議論の開始を躊躇しなければならない理由はない。

## 五 結びにかえて

### (一) ま と め

被逮捕者、未決勾留者、受刑者に対しては、今や特別権力関係論は通用しないものになり、接見禁止は原則として一般市民としてその自由を保障される者が、刑事手続において自由を奪われているのであるから、法律の留保原則、比例原則が適用され、それが許されるためにはその根拠と妥当性が確保されなければならない。

したがって、被逮捕者の第三者との面会の根拠規定のない拒絶をすることは法律の留保原則より許されず、刑事収容施設法第216条は字義通りに運用されなければならない。そして、第三者は被逮捕者に面会できることが、世の中に対して広く明確に知らされなければならない。

また、刑訴法81条の接見禁止は、期間の定めがなく取消の制度がないことにより、接見禁止の必要性について、接見禁止の決定・命令がなされたときの「当初の判断と後の実態の齟齬を補正する制度」が用意されておらず、後に比例原則に違反する状態が生ずることを、いわば予定した制度であり、立法による是正が急務である。その実現までは、現行刑訴法の運用として、接見解除の申立に対する解除しないとの裁判所の判断への準抗告が認められ<sup>48)</sup>、また接見禁止に対する抗告・準抗告において、接見禁止の決定・命令の後に生じた事情をこの抗告、準抗告での事由として考慮することが許されなければならない<sup>49)</sup>。

## (二) 関連する問題——逮捕の通知

本稿で参考にしている2012年 EU 指令は、その5条で第三者への通知を認めている。

他方わが国の刑訴法79条は被告人を勾留したときは、弁護人または法定代理人等にその旨を通知しなければならないと定め、同条は勾留される被疑者にも適用されている(刑訴法207条1項)。また刑訴規則79条は、この通知をすべき者が不在ときは、被告人の申出により、その指定する者一人にその旨を通知しなければならないとしている。

これらの規定は、現行刑訴法の制定の際に新設された規定で、弁護人の選任を促進し、被疑者の防禦権を保障するために意義ある規定である。

しかし、これらの規定は文言的には逮捕の通知をすべきことを定めていない。被逮捕者の第三者ことに家族の不安等は、逮捕直後にまず生じ、それは被逮捕者も衣類・身の回り品の差し入れ、弁護人選任の相談など、家族の支援を切実に望んでいる時期である。根拠規定のない被逮捕者の第三者との面会拒絶をしないだけでなく、積極的に逮捕の事実を家族等に知らせる立法が整備される必要がある<sup>50)</sup>。家族その他の第三者が持つ利益は、刑事司法のステークホルダーが持つ利益として、刑事司法に携わる組織により、尊重され推進されねばならないのである。実務の現場では、実際は通常行われていることである。基本的人権の保障を全うすることをうたった刑訴法1条のもとで、恩恵ではなく制度としてこれを定めることを妨げる理由はない。

- 1) 浦功「刑訴法81条の接見禁止と弁護活動」『刑事・少年司法の再生——梶田英雄判事守屋克彦判事退官記念論文集』(現代人文社、2000年)199頁以下、214頁。なお、最近の問題状況について参照、和田恵「一般接見に対する弁護活動」実務体系 現代の刑事弁護 第2巻(第一法規、2013年)49頁以下。
- 2) 拘留所に収容されている被逮捕者についての、梅崎裕一「行刑法をめぐる諸問題-3-被逮捕者の法的地位等について」刑政97巻1号84頁以下、89頁(1986年)、なお同論文87頁は、大正刑訴法には逮捕(現行犯逮捕のみ)後の留置の、場所の規定がそもそもないことを指摘している。また参照、井坂博『実務のための刑事訴訟法』(日世社、2001年、163

頁）。

- 3) 川上拓一、藤永幸治・中山善房・河上和雄編『大コンメンタール刑事訴訟法第2版第2巻』（青林書院、2010年）115頁・112頁も同旨（執筆・川上拓一）。なお、インターネット上には、家族や知人は「逮捕されて72時間は面会できない」との記載がある、法律事務所ホームページも幾つかある。
- 4) DIRECTIVE 2013/48/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings, and on the right to have a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty.
- 5) 久岡康成「EU 指令2013年48号における弁護人に対するアクセス権と第三者及び領事との連絡権」（香川法学34巻3・4号1頁、2015年）。
- 6) RESOLUTION OF THE COUNCIL of 30 November 2009 on a Roadmap for strengthening procedural rights of suspected or accused persons in criminal proceedings (2009/C 295/01)。なお、これについて参照、久岡康成「手続的権利強化の2009年ロードマップと EU 指令2012年13号・権利告知書——手続的権利保護の共通最小限基準——」（香川法学33巻3・4号1頁、2014年）。
- 7) 2010年 EU 指令とは、DIRECTIVE 2010/64/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 20 October 2010 on the right to interpretation and translation in criminal proceedings, OJ L 280/1 のことである。これについて参照、久岡康成「EU 指令2010年64号における通訳及び翻訳に対する権利」（香川法学35巻3号1頁、2015年）。  
また、2012年 EU 指令とは、DIRECTIVE 2012/13/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 22 May 2012 on the right to information in criminal proceedings, OJ L 142/1 のことである。これについて参照、前掲注6）久岡康成「手続的権利強化の2009年ロードマップと EU 指令2012年13号・権利告知書——手続的権利保護の共通最小限基準——」。
- 8) Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and on the right to communicate upon arrest, COM(2011) 326 of 2011-06-08.
- 9) 久岡康成「集会参加者に対する検問」刑訴判例百選第6版8頁（1992年）。なお、藤田・後掲とは、「藤田宙靖『警察法2条の意義に関する若干の考察』法学52巻5号1頁、53巻2号78頁（1989年）」の意である。また、州見光男「集会参加者に対する検問」刑訴判例百選第7版8頁（1998年）でも、「法律の根拠」（法律の留保）論に言及されている。
- 10) 宇賀克也『行政法概説Ⅰ 行政法総論（第4版）』（有斐閣、第4版2011年）25頁以下。
- 11) 川出敏裕「行政捜査活動と捜査」法学教室259号73頁以下、75頁（2002年）。
- 12) 宇藤崇「強制処分の法定とその意義について」研修723号1頁以下（2009年）。
- 13) 斉藤司「強制処分概念と『任意処分の限界』問題の再検討——強制処分と同意の関係を中心に」法律時報84巻6号99頁以下（2012年）。
- 14) 最（大）判平成18年3月1日民集60巻2号587頁以下、597頁。

- 15) 宇賀・前掲注10)25頁以下。
- 16) 川出・前掲注11)76頁。
- 17) 福井厚「原則——『比例原則』を中心に」福井厚編『未決拘禁改革の課題と展望』（日本評論社，2009年）143頁以下。なお昭和45年最大判とは後掲注21)，昭和58年最大判とは後掲注30)である。
- 18) 須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』（法律文化社，2010年）5頁。
- 19) 宇賀・前掲注10)53頁。なお「比例原則と違憲審査基準」については，例えば須藤・前掲注18)254頁以下参照。
- 20) 宇賀・前掲注10)54頁。
- 21) 最大判昭和45年9月16日民集24巻10号1410頁。
- 22) 高田敏「在監関係と基本的人権」行政判例百選Ⅰ第3版42頁（1993年）。
- 23) 但し，高田昭正「逮捕留置中の被疑者の権利」村井敏邦・後藤昭編『現代令状実務』（日本評論社，1993年）105頁以下では，被疑者の「弁護士以外の者との接見交通」が論じられている。
- 24) 『刑事訴訟法案理由書』（法曹会，1936年），111条については77頁，112条については78頁にある。なお同書78頁は，111条につき「法令ヲ以テ特ニ制限ヲ加ヘサル以上ハ他人トノ接見……ニ付束縛ヲ受クヘキモノニ非ス本条ハ此ノ趣旨ヲ明ニスル為他人トノ接見……ヲ為シ得ルコトヲ本則トシテ規定」したものであるとしている。
- 25) 前掲注24)67頁。
- 26) 芦部信喜（著）・高橋和之（補訂）『憲法 第6版』（岩波書店，2015年）108頁。
- 27) 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅰ第5版』（有斐閣，2012年）246頁
- 28) 最大判昭和58年6月29日民集37巻5号793頁。
- 29) 高田敏・前掲注22)43頁。
- 30) 最判平成3年7月9日民集45巻6号1049頁。
- 31) 中川孝博「未決拘禁者と援護人以外の者との外部交通権」刑事立法研究会編『代用監獄・拘置所改革のゆくえ——監獄法改正をめぐる』（現代人文社，2005年）134頁以下，138頁。  
また参照，中川孝博「弁護士以外の者との外部交通」福井厚編『未決拘禁改革の課題と展望』（日本評論社，2009年）169頁以下。
- 32) 柳川重規「海外法律事情，アメリカ刑事法の調査研究 Overton v. Bazzetta, 536 U.S. 126 (2003)，受刑者と刑務所の外部の者との面会を制限する刑行規則が，合衆国憲法第1修正の保障する他と交わる権利（a right to association）も第8修正の保障する残虐で異常な刑罰を受けない権利もともに侵害しないと判示された事例」米国刑事法研究会（代表 椎橋隆幸）比較法雑誌（中央大学・日本比較法研究所）42巻1号.231頁（2008年）。なお，同論文によれば，他と交わる権利（a right to association）が認められる経過の中で，かつて合衆国において裁判所の不干渉主義の根拠の一つとしてあった，受刑者は法の慈悲で与えられるものを除きすべての権利や特権を喪失しているとのシヴィル・デス（civil death）の思想が克服されたとのことである。
- 33) 葛野尋之『刑事手続と刑事拘禁』（現代人文社，2007年），307頁以下の，「3. 未決拘禁

者の社会的コミュニケーション」は、未決拘禁者の外部交通の、社会的コミュニケーションとしての性格を指摘した上で、それは憲法21条の保障する権利であり、憲法13条の趣旨からも保障されるとした上で、さらにそれは社会的コミュニケーションと防禦権の保障との関係、すなわち憲法31条、憲法34条（インコミュニカードの禁止）の趣旨からも要請されると論じられている。

- 34) 前掲注2)および3)参照。
- 35) 津田隆好『警察官のために刑事訴訟法講義【補訂版】』（東京法令出版、補訂版2012年）126頁。
- 36) 久岡康成「起訴後の勾留の性質——継続的強制処分と処分抗告構造——」立命館法学256号92-107頁（1998年）。
- 37) 川出敏裕『別件逮捕・勾留の研究』（東京大学出版会、1998年）227頁。
- 38) 斎藤司「未決拘禁期間を規制する原理としての『身体不拘束の原則』」福井厚先生古希祝賀論文集『改革期の刑事法理論』（法律文化社、2013年）65頁以下、78頁。
- 39) 前示の最判平成3年には、「具体的事情のもとにおいて」の文言はないが、最大判昭和58年に従い、その存在を前提にしているものと解される。
- 40) なお参照、小田健司「接見等禁止の裁判に条件、期限を付しうるか」新関雅夫ほか著『増補令状基本問題下』（一粒社、1967年）143頁。
- 41) 寺尾正二「接見禁止の裁判について」平野龍一・松尾浩也編『実例法学全集・刑事訴訟法（新版）』（青林書院新社、1977年）37頁以下、41頁（なお初版は1963年である）。また、小田・前掲40）145頁でも、「過剰に被疑者・被告人の接見交通権を制限することになり易い」ことは前提になっている。
- 42) これにつき参照、小坂井久「刑訴法81条の問題」季刊刑事弁護26号（2001年）82頁以下、83頁。
- 43) 井上正仁「強制捜査と任意捜査の区別」刑事訴訟法の争点（新・法律学の争点シリーズ6）、54頁以下、56頁（2013年）。
- 44) これにつき参照、村井敏邦「弁護士以外の者との接見と刑訴法81条」『鈴木茂嗣先生古希祝賀論文集（下巻）』（成文堂、2007年）297頁以下、299頁。
- 45) 岩瀬徹「接見等禁止の裁判とその一部解除」新関雅夫ほか著『増補令状基本問題下』（一粒社、1967年）149頁。
- 46) 寺尾・前掲注41)42頁。
- 47) 川上・前掲注3)126頁。
- 48) 渡辺修『刑事裁判と防禦』（日本評論社、1998年）124頁以下。
- 49) 東京高決平成23年10月21日東京高裁刑事判決時報62号108頁、判例タイムズ1399号372頁は、第1回公判期日終了後に第1審判決宣告までと期間を定めて接見等を禁止した原決定について、抗告審としては、原則として原決定後の事情を参酌すべきではないけれどもとしつつ、第7回公判期日の終了以降は、接見等を禁止しなければ防止できないほどの罪証隠滅のおそれがあるとは認められずとして、同期日の終了以降の接見禁止を取り消した。決定文中に、罪証隠滅のおそれは公判審理の進捗状況に応じて変化するとの認識も示されている。

- 50) 中川孝博「未決拘禁制度についての理論的課題」日本弁護士連合会『自由と正義』56巻10号51頁(2005年)は、「直ちに家族にその旨通知する義務を明文で規定する必要がある」と指摘する。なお、田口守一『刑事訴訟法(第6版)』(弘文堂, 2012)76頁も、運用によって通知すべきと言う。