

在監者と一四歳未満の者との面会の可否

——最判平成三年七月九日民集四五卷六号一〇四九頁

大 賀 崇 宏

本稿は、平成三年七月九日最高裁判所第三小法廷判決（昭和六三年行ツ第四一〇号、面会不許可処分取消等請求、同附帯事件）最高裁民集四五卷六号一〇四九頁（破棄自判）の判例評釈である。

【事実】 X（原告・被控訴人・被上告人）は、八人の死者をだした三菱重工爆破事件をはじめ、昭和四六年一月から昭和五〇年五月にかけて起きた、いわゆる連続企業爆破事件の被告人の一人として、爆発物取締罰則違反等で起訴され、昭和五〇年七月より東京拘置所（以下「拘置所」という。）に勾留されていたが、昭和五四年一月の第一審で死刑判決を、昭和五七年一〇月の控訴審および昭和六二年三月の上告審でそれぞれ棄却の判決を受け、刑が確定した。本件提訴時（昭和五九年）は、未決囚であった。

Xは前記訴訟中の昭和五八年四月一日、養子縁組をし、Aの養子となった。養母Aは、死刑廃止運動の賛成者で、Xの刑事裁判を傍聴し、援助するうちに心の交流を深めていったものである。Aには長女B及び、Bの長女Cらの家族がおり、右縁組以前よりBはAと共に定期的な面会を継続しており、またCも文通を通じて、約二

年余にわたって交流を継続していた。

そうしたなか、XはCとの面会を希望するようになり、このことは、家庭内に成年男子のいないことを気にかけていたAおよびBも希望するところであった。昭和五九年四月二十七日、Xは拘留所長Yに対して、C（当時一〇歳）との面会許可申請を行った。Yは翌二八日、この申請を監獄法施行規則（以下「規則」という。）一二〇条により不許可とする決定を行い、同年五月二日にこの決定をXに告知した。

Xはこの決定を不服とし、国を被告として、Yの面会不許可処分は違法であるとの理由で、翌月、損害賠償請求を提訴した。

Xの第一審における主張は次のとおりである。処分の根拠となった規則一二〇条が監獄法（以下「法」という。）五〇条の委任の限度を越えて憲法三一条、一三条、一四条の保障する在監者と幼年者の面会権を制限する違法なものであること、および、仮に規則一二〇条が適法としても、規則一二四条は拘留所長の裁量により幼年者との面会を許可できるとなっており、本件処分は両条の解釈に誤りがあり、かつ裁量権の濫用である。

第一審（東京地判昭和六一年九月二五五行集三七卷九号一一二二頁）では、規則一二〇条自体の違憲・違法性は認めなかったが、Yの行った裁量に逸脱・濫用があったとして、本件処分を違法とし、Yの過失を肯定して、国に慰謝料五万円の支払いを命じた。また控訴審（東京高判昭和六二年一月二五五行集三八卷一一号一六五〇頁）も、第一審と基本的に同一の理由により国側の控訴を棄却した。

これに対して、本最高裁判決は、控訴審判決を破棄した。そして、規則一二四条は法五〇条に反するとする。しかし、Yの過失はないとして、一審原告の請求は認めなかった（自判）。その理由は次のとおりである。

【判決理由】

1 「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じる相当の蓋然性が認められる場合には、右の障害発生防止のために必要な限度で身体の内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。」

2 「前記1で説示したところを併せ考えると、被勾留者には一般市民としての自由が保障されるので、法四五条は、被勾留者と外部の者との接見は原則としてこれを許すものとし、例外的に、これを許すと支障を来す場合があることを考慮して、(ア) 逃亡又は罪証隠滅のおそれが生ずる場合にはこれを防止するために必要かつ合理的な範囲において右の接見に制限を加えることができ、また、(イ) これを許すと監獄内の規律又は秩序の維持上放置できない適度の障害が生ずる相当の蓋然性が認められる場合には、右の障害発生防止のために必要な限度で右の接見に合理的な制限を加えることができる、としているにすぎないと解される。この理は、被勾留者との接見を求める者が幼年者であっても異なるところではない。」

法五〇条は「命令（法務省令）をもって、面会の立会、場所、回数等、面会の態様についてのみ必要な制限をすることができる旨を定めているが、もとより命令によって右の許可基準そのものを変更することは許されない」。

3 規則一二〇条は「原則として被勾留者と幼年者との接見を許さないこととする一方で、規則一二四条がその例外として限られた場合に監獄の長の裁量によりこれを許すこととしていることが明らかである。」これらの規定は幼年者の心情への配慮から設けられたとしても、「それ自体、法律によらないで、被勾留者の接見の自由を著しく制限するものであって、法五〇条の委任の範囲を超えるもの」である。

被勾留者は、前記のとおり、「原則として一般市民としての自由を保障されるのであり、幼年者の心情の保護は元来その監護に当たたる親権者等が配慮すべき事柄であることからすれば、法が一律に幼年者と被勾留者との接見を禁止することを予定し、容認しているものと解することは、困難であり」、規則一二〇条、一二四条は「原審のような限定的な解釈を施したとしても、なお法の容認する接見の自由を制限するものとして、法五〇条の委任の範囲を超えた無効のもの」である。

「そうだとすれば、規則一二〇条（及び一二四条）は、結局、被勾留者と幼年者との接見を許さない限度において、法五〇条の委任の範囲を超えたものと断ぜざるを得ない。」

4 以上から本件をみると、XとCが接見したとしても、前記(ア)に該当せず、「本件処分は法四五条に反する違法なものといわなければならない」。

5 国家賠償法一条一項の「過失」については、「規則一二〇条（及び一二四条）は明治四十一年に公布されて以来長きにわたって施行されてきたものであって、本件処分当時までの間、これらの規定の有効性につき、実務上特に疑いを差し挟む解釈をされたことも裁判上とりたてて問題とされたこともなく、裁判上これが特に論議された本件においても第一、二審がその有効性を肯定していることはさきにもたとおりである。そうだとすると、規則一二〇条（及び一二四条）が右の限度において法五〇条の委任の範囲を超えることが当該法令の執行者にとつて容易に理解可能であったということとはでき」ず、「監獄の長が本件処分当時右のようなことを予見し、また予見すべきであったということとはできない」。したがって、「所長が…接見を許可しなかったことにつき国家賠償法一条一項にいう『過失』があったということとはできない」。

【検討】 一 本件は、監獄における面会不許可処分に対する、国家賠償請求事件である（国賠法一条一項）。

このことから本判決は、違法性の認定にかかる部分と、過失の有無の審査にかかる部分とに大別される。ところで、本判決は次の二点で注目を集めている。第一点は、監獄法施行規則（以下、「規則」という。）一二〇条に関する、おそらく初めての最高裁判決となったこと¹。第二点は、最高裁が委任立法を違法とした例がほとんどない中、本判決において、委任立法である規則一二〇条が違法とされたことである²。そこで本稿ではこの点に注目し、もっぱら違法性の認定に関して検討したい。

ところで、本件における被拘留者の接見に関する規定は、以下のとおりである。まず、監獄法（以下、「法」という。）四五条は、在監者の接見を「許す」と規定する。しかし、法五〇条が、「接見ノ立会、信書ノ検閲其他接見及ヒ信書ニ関スル制限ハ命令ヲ以テ之ヲ定ム」と規定し、命令による制限を可能としている。これをうけて、規則一二〇条が、「十四歳未満ノ者ニハ在監者ト接見ヲ為スコトヲ許サス」と規定していた（平三法令二二で削除）。しかし同時に、規則一二四条が、所長の裁量により、幼年者との面会を許可できる旨を定める、という構造をとっている。

さて、違法性の認定は、法令自体に違法があったのか、あるいは、法令の運用において違法があったのかというところが問題である。これは次の二点を争点とする。第一は、規則一二〇条の定める年齢制限が法五〇条にある「制限」に当たり、委任の範囲内であるかどうか。第二は、本件における東京拘置所長（以下、「Y」という。）の面会不許可処分に、裁量権の濫用があったかどうか、である。

以上の点に対する判断は、下級審と本判決とは異なっている。そこで本稿での検討は、この相違に着目して、一審と本判決の比較を通じて行う³。さらに、本件は人権論の観点からも、重要な問題を含んでいた。そこで、こ

の点にもふれてみたい。

二 まず最初に、両判決の異同を概観する。

前提問題である被勾留者の自由の制限および関係条文の解釈で、両判決はほぼ同様の結論を導く。ただ、そこにいたる過程において、本判決の方が、より明確かつ厳密な判断を行っている点が指摘できる。

続く、違法性の認定について。一審は、規則一二〇条を、幼年者の心情の保護を目的として「具体的な危険を避けるために」接見を制限するもの、との限定的な解釈を行う。その結果、違法性を認めなかった。しかし、争点の第二については、本件の事実関係の検討から、Yの裁量権の逸脱または濫用による違法性を認めた。その理由は、本件処分は「具体的危険性」は認められない一方、幼年者の姪が原告（以下、「X」という。）の「実子でないことをいわずに唯一の理由として」行われたものとするのである。⁶⁾この結果、Yの過失も認め、Xに対する損害賠償を命じたのである。

一審の判断は、Xを勝訴させた点で、一定の評価ができる。しかし、一審は既存の規定による制限をほぼ無条件に受け入れた形の審査である。それは、規則に内包されていた問題点に目をつむってしまったかのようでもある。この点で、一審は対症療法的な判決であったと考えられる。

これに対し本判決は、もう一步踏み込んだ判断をしている。争点の第一につき、まず、関係条文の解釈を、一つひとつ厳密に行った。その上で、規則一二〇条および一二四条は、法五〇条の委任の範囲を超えた違法なものとした。その結果本判決は、第二の争点の検討は必要なくなり、直ちに過失の有無を検討する。そして、次の二点を理由にして、当該法令の執行者およびYが、その違法性につき「予見し、又は予見すべきであった」といことはできない」として、過失の存在を否定した。理由の第一は、規則が「明治四一年に公布されて以来長きにわ

たつて施行されてきたものであること。第二は、これまで「これらの規則の有効性につき、実務上特に疑いを差し挟む解釈がされたことも裁判上とりたてて問題とされたこともな」かったこと、である。

本判決の重要なポイントは、被拘留者の自由制限の目的の認定にある。すなわち、本判決は、(7)「逃亡または罪証隠滅の防止」という勾留目的、および(4)「監獄内の規律及び秩序の維持」という施設の管理運営保持目的のみ、と厳格にとらえた。そして、一番が認めた幼年者の心情の保護という、いわば第三の制限目的を認めなかったことである。(7)この違いは、本判決が、判例および関係法条について詳細な検討を加え、その文理・文言に忠実な解釈を行ったことに起因すると考えられる(この点、後述)。

以上の本判決の審査は、監獄関係の人権問題に加えて、委任立法に対する裁判統制を示した意義も指摘できる。これは、委任立法のもつ『法律による行政』原理の形骸化ないし危険性⁽⁸⁾を問うものであり、本判決の評価を高めている。本判決は、少なくともこの点で、一番よりも好ましい判決であったと考える。

三 それでは本判決の行った、人権保障に関わる審査は妥当なものであったのだろうか。この点を検討するにあたり、最初に委任立法の審査方法についての一般的な類型を見ておく。

委任立法の審査の大前提としての問題は、①憲法四一条との関係で、授權根拠としての法が存在するか否かである。①が合憲であれば、続いて以下の②から④の三点が問われる。②通説が「職権命令」と「委任命令(狭義)」の区別を認めることに対応して、授權が適正に行われているかが問題となる。前者は、行政組織に関する一般的法律でよいが、後者は、個別的法律による必要がある。③授權は「法」制定行為の授權である必要があることに対応して、授權の形式がそれを明示しているかが問われる。例えば、「政令」「規則」の用語による場合は問題ないが、「…大臣が定める」といった規定は問題となる。また、授權は受任行政機関を特定する必要がある。④い

わゆる再委任で、国民の権利義務の一方的変更に関わるものは、法律が予めの許容を行っているかどうか問題となる。以上、①から④についてすべて合法であれば、さらに以下の二点を審査する。⑤授権しうる諸「機能」によっては、授権する規律対象の限定性・明確性や、委任立法を制約する基準（当該委任立法の目的、規定しうる手段の限界、制定の際に考慮すべき要素等）の明確性・具体性が十分であるかが問われる。特に次の三つの場合が重要である。すなわち、i 法律の規律の「特例」または「適用除外」を定めるもの、ii 行政機関または私人の行為の「手続ないし方法を定める」もの、iii 単に「必要な定めをする」もの、である。⑥「一般的包括的」授権は禁止されることから、授権の対象の限定性と基準（目的、手段、その他）の明確性が問題となる。

本判決では、法および規則の形式から、⑤ ii が問われたものと考えられる。法五〇条が規定するのは、「面会の立会、場所、時間、回数等、面会の態様についてのみ」制限することである。つまり、授権の内容は、「面会限の方法であると言える。このことは、本判決が、「許可基準そのものを変更することは許されない」と明言していることから明らかである（したがって、⑥にも該当しないと考えられている）。ところで、規則一二〇条は、規則の他の諸規定が接見の態様に関するものであるのとは、異なっているとされた。そして、このことが、「授権された『対象』以外のものを定め、かつ授権された『目的』以外のものを設定したもの」と考えられ、授権の範囲を超えたとの結論が導かれたのである。

四 上述のとおり、本判決が規則を違法とした理由は、被拘留者の自由制限の目的の認定にあった。そしてこの判断は、さらに人権論の観点からも重要な意義があると考ええる。それでは、この点をさらに詳しく見てみる。まず、一番の行った解釈について。被拘留者の自由の制限に関しては、「喫煙禁止規定事件」の最高裁判決や、「『よど号事件』新聞記事抹消事件」の最高裁判決等によって、一応の基準が確立していると見られる（以下、

この二つの判決は、「前述二判例」という。前述二判例によれば、被勾留者は、(ア)「逃亡又は罪証隠滅の防止」という勾留目的、および(イ)監獄「内部の規律及び秩序を維持」という施設の管理運営保持目的により、「必要かつ合理的な範囲」で「身体的自由及びその他の行為」を制限される。この点は一審も踏襲していると言える。ただ、刑事被告人に対し、前記(イ)を超える制限を課することは、「他の利益に対する具体的な危険を避けるため以外には、許されない」と述べる部分は、注意が必要である。この「具体的な危険」の強調が、後で幼年者の心情の保護という目的を認めるための、含みになっていると考えられる。¹⁴⁾

続いて一審は、他の関係法条との関係を検討することなしに、規則一二〇条に関して、「監獄が反社会的な行為をした犯罪者等を拘禁している施設であり、そこで事物の弁別能力の未熟な幼年者を在監者に接見させることは、幼年者の心情を害する具体的な危険が大きいということに鑑み、このような幼年者の心情の保護を目的としている」と解釈する。そして、ときおり起きるかもしれない「具体的な危険」を避けるためという理由での接見制限を認め、先の二つの制限目的を超えた、第三の制限目的を許容したのである。

これに対して本判決における法条の解釈は、次のようなものであった。まず、被勾留者の自由の制限目的につき、前述二判例の立場を踏襲した上で、さらに「当該拘禁関係に伴う制約（注一(イ)に該当）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べき者である」とする。そして、「この理は、被勾留者との接見を求める者が幼年者であっても異なるところはない」と述べる。この点本判決は、一審以上に厳格な立場を貫いていると言える。

ところで、法四五条一項で接見は「之ヲ許ス」と規定している点については、次の二説がある。A説は、ただ単に接見が許可制度によることを規定しただけとする。¹⁷⁾一方のB説は、原則として許可するという許可基準まで

を規定したとする⁽¹⁸⁾。本判決では、「原則としてこれを許すものとし、例外的に」前記(ア)(イ)に支障を来す場合に、必要かつ合理的な範囲で制限できるに過ぎない、と説示する。これは、B説にそった解釈と解される⁽¹⁹⁾。この点でも、本判決が人権に配慮を示していると言える。

次に、接見の制限を規定する法五〇条につき、一審が何ら検討を行わなかったのに対し、本判決では、本条の対象の明確性、限定性を明らかにしている。すなわち、「面会の立会、場所、時間、回数等、面会の態様についてのみ」制限を認め、「許可基準そのものを変更することは許されない」とするのである。

そして、法五〇条の授權の範囲に、規則一二〇条が適合するかにつき、本判決は、規則の他の諸規定との比較を行う。この点、一審が、専ら規則一二〇条の目的のみを検討していたのとは異なる。

以上の各法条の審査に見られる判断から、本判決は次の二点の特徴が指摘できる。第一に、前述二判例の厳格な踏襲により、被勾留者の一般市民としての権利に配慮を示した点。第二に、法の授權の範囲についても、より厳密な立場を示した点、である。これらにより、また、規則の改正が促されたという具体的成果もあり、本判決は、国賠訴訟という枠内で、一審・控訴審以上に人権に配慮した判決となったと考える。

五 しかし、下級審はもとより本判決が、規則一二〇条による制限がそもそも如何なる意味で不当・違法と考えるのかについて、人権論からのアプローチをしていない点でなお疑問を感じる⁽²⁰⁾。本判決は既に見てきたように、前述の委任立法の審査方法の分類で、⑤iiに該当する事例として処理されている。しかし、法五〇条の授權には違法はなかったのか（先の分類では⑥に該当。）、という疑問は残らないであろうか。この点を検証するために、本件で問題となった被勾留者と家族の面会が、いかなる権利性をもつのが明らかにされる必要がある。ところで、Xは被勾留者の面会を、一審当初には憲法に根拠づけて主張していた。そこで本稿では、このXの主張を手

掛かりにして、以下の検討を行う。⁽²¹⁾⁽²²⁾

Xの当初の主張は、次のとおりである。被勾留者と一般人（弁護士以外の者。）の面会の権利は、次の三つの側面に分類される。第一に、「訴訟上の職務の処理という側面では憲法三二条に」基づく。第二に、「市民としての生活維持と幸福追求という側面では憲法一三条に」基づく。第三に、「表現の自由という側面からは憲法二二条に」基づく、というものである。ところで、本件で問題となったのは、被勾留者が自己の家族と面会することの可否である。したがって本稿では、一般人は家族に限定する。なお、以下においては、検討の便宜を図るため、当該権利を、さしあたり「面会権」と呼ぶこととする。

訴訟上の職務の処理という側面について。被勾留者は、訴訟の当事者であり、憲法三一条が保障している当事者主義に基づき、⁽²³⁾防衛活動の機会が保障される。この点、その中心は、憲法上明文で保障する弁護人の接見交通権である。これに対し、家族による面会は、次の三点で、被勾留者の防衛活動上、固有の意義を有すると考える。第一点は、弁護人を選任する者としての役割である。被勾留者は往々にして、法律および法曹人に対する知識が乏しいなど、「自身による選任の困難」性が指摘される。⁽²⁴⁾したがって、弁護人による防衛活動を確保するためには、一般人の外部からの援助が不可欠となる。この点、刑事訴訟法三〇条二項は、弁護人の選任権者として、法定代理人、保佐人、配偶者、直系の親族及び兄弟姉妹を規定している。第二点として、被勾留者の防衛活動は、法廷内にとどまらず、⁽²⁵⁾法廷外におけるものも重要である。その際、重要な役割を果たすのは、弁護人以上に一般人、特に家族である。とすれば、こうした活動の実効をあげるため、家族との面会も防衛活動の一部として考えられる。第三点は、弁護人を公判途中などで解任し、また新たな弁護人を選任する場合である。この際、第一点と同じく、さらに被勾留者の防衛権を例え僅かな期間でも空白状態にしないために、家族との面会が保障される

べきと考える。

以上、第一の側面では、家族との面会が、弁護人の活動を補強・補完する意味で重要であることを指摘した。これは間接的ではあるものの、刑事被告人の防御権を強化する点で、憲法三一条を根拠とする権利性を有するものと考えられる。

第二の市民としての生活維持と幸福追求という側面は、被勾留者が基本的には一般市民としての権利を有することに基づく検討である。この側面のポイントは、家族関係の維持が目的であり、次の二点で「面会権」固有の意義が認められる。

その第一は被勾留者自身の利益である。被勾留者は、取調べや訴訟により極度の緊張を強いられ、精神的に不安定な状態にあるといえる。その際、家族の面会および差入れは、被勾留者の精神衛生にとって重要である。⁽²⁶⁾この点は、刑事政策上の利益も指摘できる。⁽²⁸⁾第二は家族にとっての利益である。通常家族の一員が勾留されるといふ「異常事態」では、その関係はゆらぎ、不安定な状態にあると言える。このとき、拘置所長が面会を厳しく制限することは、この不安定をいたずらに助長するものと言える。その結果が、家族そのものを破壊する危険性もあり、これは子どもの教育、在監者の出所後の生活を含めて、家族の幸福を著しく脅かすものであると言える。なお、これら二点の要請は、未決段階にある被勾留者にとどまらず、受刑者においても同様である点に注意が必要である。また、「面会権」の請求権は、その内容から見て、在監者と家族の双方が等しく有すると考える。

では、こうした利益はいかなる憲法上の根拠があるのか。自己決定権（人格的自律権）は、憲法一三条を根拠とする権利である。そして、この自己決定権は、「家族の形成・維持にかかわる事柄」を含むと解されている。⁽²⁹⁾当該側面における面会は、まさしくこの点にかかわるものである。したがって、「面会権」は、自己決定権とし

て、憲法上の保障が与えられるべきではないかと考える。⁽³⁰⁾⁽³¹⁾

以上のように、被勾留者と家族との面会における「面会権」は、二つの面で憲法上の権利性を有すると考えられる。これは、被勾留者と家族との面会が持つ二面性を反映したものであり、「面会権」の特徴を成していると考ええる。ただ、通常の面会は、もっぱら幸福追求の側面を目的としたものと考えられる。このことから「面会権」は、自己決定権に重点があると考ええる。

六 かくして「面会権」に特別の権利性を認める立場から見るとき、本判決が規則一二〇条のみを違法としたことは、なお不十分であると考ええる。

まず、本判決でも認めるところの、一般市民としての自由を根拠として請求される面会を考える。この場合の権利は、あくまでも監獄法上における自由であるに過ぎず、その効果は、前記(ア)から生じる立法政策上の制限に抗するものとはなり得ない。また、先に検討した、家族との面会が有する防衛活動上の特別の利益に対する配慮も、充分にはなされていない。

では、憲法を根拠にした「面会権」は、何を求めるのか。家族との面会においても、前記(ア)による制限をまったく排除することは不可能である。しかし、「面会権」の目的は、家族の形成・維持を積極的に助長すること、および家族を通じての防衛権の行使である。したがって、上述の面会の制限は、度数、時間、時限、場所等といった制限の対象において、より制限的でない、別の基準を設ける必要があると考ええる。そして、やむを得ない理由で面会が禁止される場合でも、その理由が告げられ、直ちに他の機会が設定される必要があると考ええる。

以上の検討からは、在監者の接見は、制限目的が同一であっても、接見の相手方により、許容される制限が異なってくる点が指摘できる。このことは、在監者の接見の制限においては、度数、時間といった制限の対象のみ

を問題としているのではないことを示すものである。しかるに、法五〇条は、本判決の言うように、面会の態様について制限できること、すなわち、制限の対象を示しているに過ぎないのである。これは法五〇条が、前述⑥で禁じられた、「一般的包括的」授権に該当するのではないかと考えられる。そうすると、本件は、本来であれば規則一二〇条のみならず、法五〇条についてこそ、その違憲性を問うべきであつたと考えられるのである。⁽³²⁾ただ、最高裁は、上告理由において憲法違反が主張されなかつたため、ここまで踏み込んだ判断はしなかつたものと思われるが、なお、将来に問題を残したと言えよう。

(1) 議論されなかつた事情として、監獄法施行規則一二〇条の規定にかかわらず、七〇年代後半までは、各拘留所において比較的柔軟に子どもとの面会を許可していたことがあげられる。それが禁止されたのは、一九七八年に特定の事件の支援者らが、子どもを伴って面会をした際、「デモ」(その実態はスローガンを叫んだ程度のもの。)を行ったため、これを中止させようとした拘留所職員ともみあいになり、その過程で子どもの身体に危険が生じたという事件があつたためである。なお、一九七九年八月から一定の条件の下で許可されるようになった。

(2) 最高裁が委任立法を違法なものとした例として、次の二つの判決がある。①さけ・ます流網漁取締規則旧二九条二項但書に関する最判昭和三八年一月二四日裁判所時報三九二号五頁。②農地法施行令旧一六条に関する最大判昭和四六年一月二〇日民集二五巻一頁。また、委任立法をめぐる議論の現在につき、さしあたり、大浜啓吉「委任立法における裁量」公法研究五五号(一九九三年)一七二頁以下参照。

(3) 本判決後の平成三年八月七日、法務省令第二二号により、規則一二〇条は削除され、同一二四条は「前四条」が「前三条」と改正された。

(4) この二点から、本判決は、概ね肯定的な高い評価を得ている。本判決が委任立法を違法なものとした点で、注目するものとして、例えば、増井和男「判解」法曹時報四三巻一〇号(一九九一年)二〇四頁、大浜啓吉「判批」ジュリスト一〇〇二号(平成三年重要判例解説、一九九二年)三六頁、植村栄治「判批」法学セミナー四四七号(一九

- 九二年) 一二〇頁や、平岡久「判批」判例評論四〇三号(一九九二年)九頁などがある。さらに、本件の提訴は、監獄内における一九七〇年代中葉から起こった、懲罰規定の強化、差入れ制限や信書発信制限などの、在監者に対する処遇強化に対抗する、在監者の獄中運動の一つとしての性格を有していた(この件に関しては、さしあたり、監獄法研究会『監獄法改悪』(緑風出版、一九八六年)一〇九頁以下参照のこと)。したがって、この獄中運動の観点からは、規則の改正を促した点で、本判決はXの実質勝訴と考えられているが、こうした評価につき、例えば、佐藤友之『日本の監獄』(三一書房、一九九二年)三八九頁や、平岡、前掲注(4)一二頁がある(但し、Xが「規則改正の利益をその後享受できた」ならば、との留保がつく)。
- (5) 控訴審判決は基本的に一番と同様の構成である。
- (6) Yが実子の要件を許可基準としたのは、施設の管理運営保持目的からの要請である。すなわち、実子という絞りをつけることにより、拘留所内に立ち入る幼年者の数は、おのずと限られたものになることを狙った措置である。したがって実子要件の本来の趣旨から言えば、本件における処分は当然に認めがたいのである。
- (7) 大浜、前掲注(4)三六頁。
- (8) 平岡久「行政立法」『現代行政法大系第二巻』六五頁(有斐閣、一九八四年)。
- (9) 以上の分類は、平岡、前掲注(8)七〇頁以下参照。
- (10) 規則における接見に関する各規定は、接見時間(一一二条)、時限(一一二条)、度数(一二三条)、手続(一二五条)、場所(一二六条)、立会(一二七条) 外国語の使用(一二八条) となっている。
- (11) 平岡、前掲注(4)一〇頁。
- (12) 最大判昭和四五年九月二六日民集二四卷一〇号一四一〇頁。
- (13) 最大判昭和五八年六月二二日民集三七卷五号七九三頁。
- (14) ただ、ここで許容した「具体的な危険」は、(ア)につづ第三の基準を明確に認めたものとは考えられない。したがっ

て、これは(ア)に内包されるものと考えられるが、(ア)いずれのものであるか、あるいは両方なのか、一審は明らかにしていない。

(15) 一審は、法四五条につき、「文理・文言に結果的には特段の意味を認めておらず」、法五〇条が制限する命令を許していることを根拠として、法が接見の「一定の制限を許容している」と判示するにとどまっている。また、法五〇条についても、特段の注意を払っていない。平岡、前掲注(4)一〇頁。

(16) この点は、本判決で前述二判例を参照要求していることから明らかである。

(17) 小野清一郎||朝倉京一『改訂監獄法』(有斐閣、一九七七年)三三九頁以下。この説によれば、許可・不許可におけるYの裁量の範囲を、Yの裁量権に先行する刑事訴訟法上の制限を除き、きわめて広範に解釈することが可能である。

(18) 岡林桂生||宮本恵生編『矯正事典』(東京法令出版、一九八四年)二〇二頁。この説によれば、このYの裁量権はより制限される。

(19) B説が妥当である根拠として、本判決が示した、被勾留者は原則として一般市民としての権利を保障される、という理由に加え、次の三つが考えられる。(1)刑事訴訟法八〇条は、弁護人(又は弁護人になろうとする者)以外の者との接見を認める。(2)法は、「之ヲ許ス」を羈束行為的ニュアンス、「之ヲ許スコトヲ得」を裁量的ニュアンス、と両者を使い分けているとみられる。(3)法四五条二項で受刑者に対してより厳しい規定をしていることから、被勾留者に關してはより緩やかな態度と考えられる。増井、前掲注(4)一九四頁以下。

(20) 本判決を、「判文には示されていないが、最高裁が在監者の接見の利益を『一般市民としての自由』として重要視している」ことのあらわれ、とする見解がある一方(名取俊也「判批」行政判例研究会編『平成三年行政関係判例解説』(ぎょうせい、一九九三年)二九六頁)、接見の自由につき、憲法上の判断の根拠を示さなかった点につき、「よど号事件最高裁判決よりも後ろ向きである」とする見解や(永田秀樹「判批」法学セミナー四四八号(一九九二

年) 一一八頁)、「物足りないところ」とみる見解がある(平岡、前掲注(4) 一〇頁)。

(21) 接見の権利性の諸学説につき、さしあたり矯正判例研究会編『裁判例中心行刑実務の基本問題(増補改訂版)』

(東京法令出版、一九八〇年) 二九七頁以下参照。

(22) 「面会権」の検討にあたり、この権利の主体としては、被勾留者自身および、面会に訪れる家族の双方があげられることに注意が必要である。また、権利の主体たる被勾留者は、確定判決により拘禁を受ける受刑者とは異なり、刑事裁判を行う必要上、被疑者または被告人の逃亡や罪証隠滅を防ぐために拘禁されている人のことである。したがって、被勾留者は、第一に、本判決においても述べられたように、一般市民としての権利を有する者であり、第二に、訴訟の当事者、あるいは訴訟の当事者となるべき者でもある。ところで、先に紹介した原告による主張は、この被勾留者の二つの側面に対応しているものと考えられる。すなわち、訴訟上の用務の処理は、訴訟当事者としての側面からの要請であり、また、市民としての生活維持と幸福追求、および、表現の自由は、一般市民としての側面からの要請であると考えられる。

(23) 憲法三二条は、明治憲法下の刑事政策でとられた実体的真実主義を転換し、適正手続主義を基本原理として採用したものと把握され、この適正手続主義は「被疑者・被告人の権利・自由の侵害を最小限にすることを義務づけられた刑事手続の立場を意味する」と解される。ここで特に重要と考えられるのは、まず、当事者主義がとられることであり、さらに、これを担保するものとして、憲法三四条および三七条三項が保障する弁護士依頼権をはじめとして、被疑者・被告人に防御活動の機会を保障した点である。芦部信喜編『憲法Ⅲ人権(2)』(有斐閣、一九八一年) 九七頁以下(杉原泰雄執筆)、杉原泰雄『基本的人権と刑事手続』(学陽書房、一九八〇年) 九九頁以下参照。

(24) 平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣、一九五八年) 七三頁。被勾留者自身による選任の困難性としては、身体を拘束されていることが第一であるが、その他、既述の法律および法曹関係者に対する知識が乏しいことが多い点や、さらに、被疑者は、被告人と異なり、必ずしも弁護人をつけることが留置の要件とはなっておらず、また、警察当局も

取り調べ段階では弁護人をつけることを快く思わず、場合によっては妨害もあることがあげられる。前野育三『刑事政策論』（法律文化社、一九八八年）八七頁。

(25) 例えば、公判段階において、検察によって示された証拠に対抗するための、あるいは、自らの潔白を証明するための証拠・証人を、被勾留者側において収集・確保することにおいては、弁護人の多くは複数の事件を抱えての弁護士活動であり、その活動にも限界がある。そこで、専ら当該事件について労を惜しまず活動してくれることが期待できるのは、おのずと家族を中心とした一般人であると考えられる。田宮裕『刑事訴訟法』（有斐閣、一九九二年）八一頁参照。労をいとわぬ活動は、まず家族の者があげられるが、同時に冤罪事件の救援活動に見られるような、血縁を超越した、一般市民の活動も重要である。こうした実例について、例えば、播磨信義『ルポルタージュ人権を守った人々―仁保冤罪事件、支援者の群像―』（法律文化社、一九九三年）等参照。

(26) 拘置所においては、衣類や本であれば郵送も可能であるが、被勾留者に喜ばれる果物などの食品や切り花等は、指定の差入れ屋を通じてでないと差し入れることはできない。野中ひろし『イラスト監獄事典』（日本評論社、一九八七年）一六六頁以下。

(27) 被勾留者は、刑事施設において身体および行動の自由を制限されることにより、また、取り調べや訴訟により、緊張を強いられ、精神的に不安定な状態におかれていると言える。こうした状況下においては拘禁性精神異常の危険性も指摘され、被勾留者にとっては面会（ならびに信書）が「単なる楽しみであるだけでなく、精神衛生上、不可欠なもの」であることが重要である。古瀬駿介「未決拘禁者の外部交通」ジュリスト七二二号（一九八〇年）六九頁。この点、同論文の引用（小木貞孝『異常心理学講座（第五巻）』（みすず書房））によると、拘禁性精神異常は、被告人では〇・八七％、受刑者では〇・一六％の頻度（被告人は受刑者の約五倍）でみられるとの調査がある。

(28) 面会をはじめ、外部交通の刑事政策上の意義については、例えば、澤登俊雄Ⅱ所一彦Ⅱ星野周弘Ⅱ前野育三編『刑事政策』（蒼林社、一九八五年）二九七頁以下等参照。

(29) 自己決定権は、「個人が一定の事柄について、公権力から干渉されることなく、自ら決定できる権利」と定義される。佐藤幸治『憲法（新版）』（青林書林、一九九〇年）四二二頁。

(30) この側面での「面会権」が家族以外の者、例えば友人にまで拡大されるかについては問題が残る。友人につき、国際条約である「被拘禁者処遇最低基準規則」（一九五五年）が、「被拘禁者は、必要な監督のもとに、一定の期間において、自己の家族および信用するに足りる友人と通信および面会により交通することが許されなければならない」と規定する（三七七条）。また、「ヨーロッパ刑事施設規則」（一九八七年）は、「家族、友人および未決拘禁者が接触するための合法的な利益を有する個人」との交通を保障している（規則第九二）。こうしたことから、友人が被拘留者との面会において果たす役割の重要性は、家族のそれに劣らず、高いものと考えられる。しかし、現在行われている通常の面会以上に、強い権利性を認めようとする「面会権」の主張としては、友人一般にまで対象を拡大することは、権利主体を不明確にしかねないと危惧する。よって、友人等の場合には、家族と同等あるいはそれ以上の「絆」が、個別に確認される必要があると考えられ、憲法二三条を根拠とする「面会権」の主体としては、さしあたり家族に限定されるべきと考える。

(31) 原告は憲法二二条における表現の自由も「面会権」を裏付けるとする。しかし、表現の自由は、本質的に社会的な性格を有する表現に関するものであることから、本稿の問題とする面会を、既述の意義付けに加えて、さらに表現の自由として主張する必要性は、特にないと考える。

(32) 本稿における結論の如く、法五〇条の違憲性が問われた場合、この授權を受けた規則も当然に問題となる。

〔付記〕 本稿は、関西憲法判例研究会における報告（一九九三年三月二七日）を基に、再検討を加え、まとめたものである。