

死刑確定者の法的地位と人権

— 通達「死刑確定者の接見及び信書の発受について」に関する一考察 —

覚 正 豊 和

— The legal status and rights of prisoners sentenced to death —

by Toyokazu KAKUSHO

はじめに

ここ数年、被收容者（受刑者）の法的地位や人権に関する議論が活発である⁽¹⁾。おそらく、これは、基本的人権の尊重を根本理念とした日本国憲法が施行四〇数年を経て、ようやく定着してきたこと、また、それとともに国際人権規約の採択などにみられる世界的規模での人権意識の高揚、そして、被收容者（受刑者）処遇の面でも社会復帰思想が基本理念として支持されるに至ったことなどの新しい動向によって誘発されたものである。この被收容者（受刑者）の法的地位論・人権論の活性化現象が被收容者（受刑者）の処遇論をより深化させ、被收容者（受刑者）の地位向上を促進する理論的基盤となりうることは想像に難くない。

ところで、被收容者（受刑者）の法的地位論・人権論においても、唯一議論が必ずしも活発でなく、理論構成にも進展のみられない領域がある。それが死刑確定者の法的地位と人権なのである。死刑確定者の法的

地位と人権に関する議論がかくも低調なのは、つぎのような理由が存するためであろう。それは、この問題が受刑者処遇論としては、社会復帰思想では到低カバーしきれない領域であること。つまり、受刑者処遇論としての社会復帰思想は、受刑者が刑期を満了し、社会への復帰が可能ない状況にあることを前提にしているもので、再審での無罪や恩赦等の例外を除いて社会への復帰が絶対に不可能な死刑確定者には、この思想が処遇理念として妥当しえないのである。いきおい、死刑確定者には応報刑的感情で考えがちであり、その法的・社会的地位の向上の面は、とかく関心が薄れやすい傾向となっている。さらに、「死刑確定者の法的地位と人権」を考察すれば、当然のことながら、死刑制度そのものの問題性に突きあたり、ひいては憲法理念と死刑制度との関わりという重大な論争点をも検討せざるをえなくなる、という点もこれについての議論が活発とならない一因といえるのである。

しかし、「死刑確定者の法的地位と人権」という問題は、死刑制度が現に認められ、死刑確定者が実際に存在するかぎり、看過しえない課題であり、被收容者（受刑者）の法的地位論・人権論の進展をもふまえた新しい人権感覚にもとづき再検討されなければならない。「死刑確定者の法的地位と人権」に目を向けることは、被收容者（受刑者）の法的地位論・人権論をよりいっそう発展させるとともに、死刑制度に潜むさまざまな問題点が浮き彫りになるのではないかと思われる。そして、なによりも死刑確定者の地位向上へのひとつのステップになるはずである。

なお、私は既出論文でも示したように²⁾、死刑制度は違憲であり、刑事政策的にも無意味であると考え、死刑廃止論者³⁾の一人であるが、このような立場でありながら、死刑制度の存在を前提として、死刑確定者の法的地位・人権を問題化することは論理的に矛盾するのではないかと思われるかもしれない。しかし、死刑制度が不当であり、廃止されるべきであるからといって、死刑確定者の問題をまったく無視するのは、刑事政策学としては硬直化した狭きに失する発想である。現実に死刑制度が運用され、死刑判決が出され³⁾、死刑確定者が存在するかぎり、死刑制度を刑事政策的見地より考察する際には、この死刑確定者の法的地位・人権という現実問題を直視することは必要不可欠のはずである。死刑廃止論の立場から、死刑廃止に向けての実際的対応として、死刑執行停止運動と並んで、この死刑確定者の法的地位・人権を考察することは避けて通れない課題といえよう。

本稿においては、このような見地から、死刑確定者の法的地位と人権をめぐる問題の典型として、昭和三八年（一九六三年）に発令された

「死刑確定者の接見及び信書の発受について」という通達を中心に考察していくこととする。

- (1) 朝倉京一「受刑者の法的地位」森下忠地編『刑事政策』（一九七六年）、芦部信喜「在監者の人権」同『演習憲法』（一九八二年）、石川才顕「自由刑（三）―受刑者の法的地位―」西原春夫・宮沢浩一他編『刑事政策講座・第二巻』（一九七二年）、鴨下守孝「在監者の自由権的基本権について」法務研究報告書六三巻二号（一九七五年）、菊田幸一「監獄拘禁関係の特殊性」同編『判例刑事政策演習・矯正処遇編（改訂増補版）』（一九八七年）、堀雄「被收容者の法的地位とその保障」宮沢浩一他編『講義刑事政策』（一九八四年）、店橋秀夫、「被收容者の法的地位」朝倉京一他編『日本の矯正と保護・第一巻』（一九八〇年）、森下忠「被收容者の権利と義務」法律のひろば三五巻八号（一九八三年）、柳本正春「受刑者の法的地位」八木国之編『刑事政策原論』（一九七五）等。
- (2) 覚正豊和「死刑制度廃止に向けて」JCCD第五一号（一九九〇年）五―五八ページ、同「国際人権B規約に関する一考察」法と秩序一九巻二号（一九八九年）四〇―四六ページ等。
- (3) 一九九〇年の死刑確定判決は十一件（最高裁七件・高裁二件・地裁二件）である。
- (4) 死刑執行停止を求める運動の活動については、覚正豊和「死刑制度廃止に向けて」死刑停止会議ニュースレター創刊号・二号（一九八八年）参照。

一、被收容者の法的地位と人権

死刑確定者の法的地位と人権を検討するにあたって、その前提問題である被收容者（受刑者）の法的地位と人権をひととおり概観しておく。

ここで「被收容者」とは、刑事施設に收容されている者をいい、これには受刑者、被拘留者、死刑確定者、各種被收容者の四種類の者が含まれる（刑事施設法案三条参照）。もっとも、本稿で議論すべきは死刑確定者の問題であるので、被收容者の法的地位と人権もこれに関連する限度で考察すれば足りるが、死刑確定者ともっとも共通点の多いのは、一般に、受刑者であるとされている（同法案一一八―一二四条）。なんとな

れば、両者はともに有罪判決の言い渡しを受け、刑事施設に収容されているからである。ただ、この点を強調することは、後に述べるように監獄法九条の解釈のうえで問題の生じるところでもあるが、ここでは、ひとまず一般的見解にしたがい以下において「被收容者」と称している場合でも、主に「受刑者」を中心とした概念として捉えていくことにする。

被收容者の法的地位については、旧来、いわゆる特別権力関係の理論を基礎に構成されていた。つまり、刑事施設の收容関係（在監関係）は、一般権力関係とは異なり、施設管理権者（監獄長）がその営造物利用関係上の権限にもとづき被收容者を包括的に支配し、行政目的達成に必要な限度においては、被收容者に対して法律の根拠なくして一定の処分（命令・強制・徴戒）を下すことないし権利の制約が認められ、それに關する司法的介入も排除されるとする理論であった。この特別権力関係論は、一九世紀後半のドイツ公法学において形成された理論であるが法の支配の原理を採用し、法治主義・基本的人権の尊重をうたう現在の日本国憲法のもとでは、これをそのままの形で適用するのは許されない。かりに「特別権力関係」ないしは「公法上の特別の関係」という概念を用いるとしても、その内容・実体は旧来のそれとは大きく変容せざるをえなくなっているし、他方では特別権力関係否定論も有力化している。

「特別権力関係」とか「公法上の特別関係」という用語を用いるか否かは別としても、現行憲法の法治主義・基本的人権の尊重の精神からは、被收容者に対して法律の根拠なく一定の処分を下したり、人権を制約することは認められず、被收容者に対する一定の行政処分・人権制約には法律の規定が必要とされ、また、現行憲法の採用する法の支配の理念から

は、刑事施設内の法的紛争に司法の介入が排除されるいわれはなく、司法的救済の途が保障されなければならないのである。この点では学説はほぼ一致している。

裁判例としては、一死刑囚が、大阪拘置所に拘禁中、信書の発信不可・一部抹消、書箱等の一部閲覧禁止、新聞の直接講読禁止、ラジオの聴取制限等の処分を争った事件において、大阪地裁が、在監関係は特別権力関係であるとしつつも、被收容者の人権制約には法律の根拠が必要であり、違法な人権侵害には司法的救済も認められる旨を示したものが有名である（大阪地裁昭和三三年八月二〇日判決行裁例集九卷八号一六六二ページ）。これがリーディング・ケースとなり、以後も同様の裁判例が続いている（静岡地裁昭和三五年三月一八日判決行裁集二卷三号七一ページ、津地裁昭和三六年一〇月二一日判決行裁集一二卷一〇号二一三八ページ）。これらの判旨からも明らかのように、裁判所の見解もまた基本的には学説と結論の点で一致しているといえる。

そこで、つぎに、被收容者の人権制約の程度・範囲が問題となる。これについては、刑事施設における收容関係の種類、収用の目的、制約される人権の種類・性質等を分析的に把握し、個別的具体的に検討していくほかないと思われる。それには、かなり詳細な議論を要するうえ、本稿の目的と必ずしも適合するものでないので、ここでは、受刑者の人権制約の目的と程度・範囲についてのみ簡単に述べておくことにする。

受刑者といえども、個人の尊重・基本的人権保障を根本原理とする現行憲法下では、その人権の保障が認められてしかるべきである。しかし、他方で、その身分ゆえに、つまり收容（在監）目的達成に必要な限度で

その人権が制約されることもまたいうまでもないことである。従来は、これをたんに「公共の福祉」という観念でのみ根拠づけ、その内実を究明しないままであったが、これに対する批判も強く、近時はその内容の明確化がはかられている。それによれば、受刑者を刑事施設に収容する目的は、拘禁・戒護、逃亡・暴行・自他殺傷の防止、構内・房内の規律維持等および矯正教化に求められ、この目的達成は収容関係を維持するうえで必要とされる以上、受刑者の基本的人権をこの目的達成に必要な限度で制約することも憲法上許容されるとする。そして、その基本権制約の範囲は、あくまでも収容目的を達成するための「必要最小限度の合理的制限」にかぎられるべきであるとされている。これによれば、受刑者の基本的人権制約の目的と範囲がより明確になり、その制約の具体的妥当性は、人権の種類・性質に応じて合憲性審査基準を別個に考慮すればよいことになり、制約の可否を判断するうえでいっそう嚴重な思考手続をふむことができる。現時点では、もっとも無難な学説といえよう。

- (1) 石川才顕「受刑者の法的地位」ジュリスト四九七号(一九七二年)二七(二八ページ)、磯崎辰五郎「行政法(総論)」(一九五五年)三三(三四ページ)、室井力「特別権力関係理論の再検討」法経学会雑誌一〇巻一(一九六〇年)六一(六二)頁等。なお、池田政章「刑務所収容者と特別権力関係」田中二郎・雄川一郎編『行政法演習I(改訂版)』(一九七五年)三一(三二)頁以下、菊田幸一「監獄法と特別権力関係理論」重松一義編『監獄法演習』(一九八〇年)一一(一二)頁以下、室井力「特別権力関係論」(一九六八年)三四(三四)頁参照。
- (2) 佐藤功『日本国憲法概説(全訂第二版)』(一九八〇年)一三六(一三六)頁以下、佐藤幸治『憲法』(一九八一年)三〇〇(三〇〇)頁以下、室井力「受刑者の収容関係と特別権力関係理論」刑政七四巻五号(一九六三年)一八(一九六三年)一八(一九八五年)七八(七八)頁以下等。

- (3) 判例評釈として、菊田幸一・前掲「監獄拘禁関係の特殊性」一(一)頁以下、沢登俊雄「信書の発受」菊田幸一編・前掲書一五(一五)頁以下、塩野広「特別権力関係と基本的人権」芦部信喜他編『憲法判例百選I(第二版)』(一九八八年)二四(二四)頁以下等が詳しい。

- (4) 裁判例としては、本文に記述した大阪地裁昭和三三年八月二〇日判決等多数。学説では、朝倉京一「矯正法講話」一五〇(一五〇)頁、正木亮「行刑の実態と改革」自由と正義一六巻二二号(一九六五年)六(六)頁以下等。なお、正木博士は、「公共の福祉に反しない限り」という字句が場合によっては一種のかくれ簀につかわれる虞れがあることを忘れてはならない」旨を指摘されている(同論文八(八)頁)。

- (5) 鴨下守孝・前掲論文一八(一八)頁、菊田幸一・前掲「監獄拘禁関係の特殊性」八(八)頁等。

- (6) 芦部信喜・前掲書四三(四三)頁以下等。

二、死刑確定者の法的地位と人権

死刑確定者(死刑囚)とは、死刑の判決が確定した者のことである。

死刑確定者は、死刑の執行に至るまで監獄(刑事施設)に拘留される(刑法二二条二項)が、それは拘留監における拘禁を指す(監獄法一条一項四号)。

このような死刑確定者に対する刑事施設内での拘留は、死刑確定者の逃走・自殺等を防止し、死刑の執行を確実にするためのものにほかならない。つまり、この拘留は、刑の執行ではなく、死刑の執行を目的とした、その執行に必然的に随伴する独特の拘禁形態なのである。そのため死刑の執行の一部執行と解され(刑訴法四八四条)、心神喪失等のいかなる理由をもってしても、この拘留を解除することはできない。

ところで、死刑確定者が、有罪判決が確定したという点では他の受刑者と同様でありながら、拘留監に収容されるのはなぜか。それは死刑確

定者はその法的地位からすれば受刑者の一種ではあるが、自由刑を執行されるわけではなく、たんに刑（死刑）の執行を待っている者にすぎず、矯正処遇の対象とはなりえないからである。監獄法九条が、死刑確定者について刑事被告人に適用すべき規定の準用を認めているのは、このような死刑確定者の法的地位を配慮したものといわれている。死刑確定者に対して、監獄法九条が、いわば在監者中もっとも高い法的地位を認めたとのは、刑死を待つ者に対する立法者の抑止しがたい人情にもとづく「法の涙」によるとされている¹⁾。

監獄法九条の立法趣旨については、右に述べたように死刑確定者は自由刑を執行される受刑者とは異なるという消極的理由のみ揚げるのが通説の立場である²⁾。ここで、ひとつ問題とすべきは、さらに死刑確定者の刑の執行を待つ者としての地位を強調し、「法の涙」というたんなる政策的視点からではなく、理論的な面でも死刑確定者は刑事被告人（未決拘禁者）と同様な地位にあると捉えることはできないかということである。たしかに、死刑確定者はすでに死刑の判決が確定したものであって、有罪・無罪の判決が未確定であり、無罪の推定を受ける刑事被告人（未決拘禁者）とはその法的地位は同一ではない。また、拘置の目的についても、刑事被告人（未決拘禁者）に関してはその逃亡・罪証湮滅の防止という面からも理解できるのに対して、死刑確定者の場合にはそのような側面は原則的に含まれていない。このため、両者の理論的共通点は認められないと考えるのが常識的なものかもしれない。とはいえ、刑事被告人（未決拘禁者）の拘置の趣旨は、公判廷への出頭を確保し、その者の逃亡・自殺等を防止することにあり、他方、死刑確定者の拘置の趣

旨は、刑の執行を確実にするため、その者の逃亡・自殺等の防止にあるとされている。死刑確定者が刑の執行を待つのに対して、刑事被告人（未決拘禁者）が裁判またはその確定を待つという違いはみられるものの、いずれにせよ一定の法的手続を待っている点では変わりはなく、また、いずれの場合でも、その者の逃亡・自殺等の防止が配慮されるべきであるという共通点も有する。これらに鑑みれば、死刑確定者を理論的にも刑事被告人（未決拘禁者）と同一線上に捉えることも決して無理ではなく、死刑確定者の処遇に刑事被告人の規定を準用するとしている監獄法九条に対する積極的根拠が見い出されることになる。とすれば、死刑確定者の処遇について刑事被告人（未決拘禁者）と同様な運用が実施されなければならないとする主張もあながち根拠がないとはいえなくなるであらう。

監獄法九条の立法趣旨をどのように理解するかについては、なお多く検討する必要もあると思われるが、ここでは、とりあえず右の点を指摘しておくこととし、つぎに死刑確定者の人権を考察していく。

死刑確定者の人権についても、前に述べた被収容者の人権と同様であり、その許される制約の程度・範囲は、制約される人権の種類・性質、制約の目的・方法、制約手段の相当性等を個別的具体的に判断するしかない。そこで、本稿では紙数の制約もあることから、現実の問題も生じている接見および信書の発受（外部交通）にスポット・ライトをあてることにしたい。それにはまず、接見および信書の発受の憲法的意義から考えなければならない。従来、刑事政策学では、この点の認識が必ずしも充分でなかったような気がするが³⁾、死刑確定者といえども人間である

以上、当然に人間として享有すべき権利⁴基本的な人権が認められることはいうまでもなく、したがって、その権利制限の可否や程度を検討する際は、なによりも、その制約される権利の憲法的意味から考える必要があるのである。

接見、つまり他者との面会については、憲法で直接に明示されていないものの、憲法一三条にいう「自由及び幸福追求に対する国民の権利」に含まれていると解することができる。この憲法一三条の法的性格の理解に関しては、憲法學上學說が多岐に分かれているが、ここでは、近時支持を集め、また、判例も認めているところの具体的権利説を採用したい。そこでは、この権利の制約も当然のことながら必要最小限度であることが要求され、規制立法の合憲性審査も慎重でなければならない（なお、審査規準の内容については、憲法學上統一されていないので、ここでは保留したい）。

一方、信書の発受については、憲法二二条二項後段において「通信の秘密は、これを侵してはならない」と明文をもって規定されている。これは、人間同士の私的接触を中心とする人のコミュニケーションの過程を保護し、これに公権力が介入することを禁止したものである。しかもこの通信の秘密は、憲法体系上「優越的地位」を有する表現の自由（憲法二二条一項）と密接に関わる側面を持ち、その制約は、やはり必要最小限度でなければならない。規制立法の合憲性審査も慎重かつ厳重でなければならないのである。

このように接見および信書の発受（外部交通）は、いずれも憲法的保障を受け、しかも人格的利益や表現の自由と密接な関係を有する重要な

人権なのである。

- (1) 小野清一郎『朝倉京一』改訂監獄法（ポケット註釈全書）（一九七〇年）八六ページ。
- (2) 小野清一郎『朝倉京一・前掲書同ページ、川端博「未決拘禁」菊田幸一』西村春夫編『犯罪・非行と人間社会』（一九八二年）三六九ページ、法務省矯正研究所『行刑法』（一九七八年）一六ページ、森下忠『刑事政策大綱Ⅱ』（一九八五年）二七四ページ等。
- (3) 刑事政策學の理論的教科書のひとつである森下忠教授著前掲『刑事政策大綱Ⅱ』の中にもその憲法的意義には触れられていない。なお、前野育三『刑事政策論』（一九八八年）二二四ページ以下では憲法的感覚からの記述がみられる。
- (4) 佐藤幸治・前掲書三一〇～三一三ページ参照。
- (5) 最高裁は、個人の肖像権の憲法的保障を認める前提として、憲法一三条の具体的権利性を肯定している（最高裁昭和四四年二月二四日大廷判決刑集二三卷一二号一六二五ページ）。
- (6) 佐藤幸治・前掲書二九〇ページ参照。

三、死刑確定者の外部交通についての行刑規定

ところで、二に述べたような性格を有する接見および信書の発受（外部交通）について、死刑確定者に対する行刑規定はどのように定められているだろうか。

監獄法のうえでは、死刑確定者の接見および信書の発受に関する特別の規定はなく、ただ外部交通についての一般規定として四五条一項と四六条一項が置かれているのみである。つまり、接見については、「在監者ニ接見センコトヲ請フ者アルトキハ之ヲ許ス」と規定され（四五条一項）、信書の発受については、「在監者ニハ信書ヲ發シ又ハ之ヲ受クルコトヲ許ス」と規定されている（四六条一項）にすぎないのである。

そのためであろうか、昭和三八年に、「死刑確定者の接見及び信書の発受について」という表題のつぎのような内容の規定が通達という形式で出されたのである（昭和三八年三月二五日 矯正甲九六矯正局長使命通達）。

「接見及び信書に関する監獄法第九章の規定は、在監者一般につき接見及び信書の発受の許されることを認めているが、これは在監者の接見及び信書の発受を無制限に許すことを定めた趣旨ではなく、条理上各種の在監者につきそれぞれの拘禁の目的に応じてその制限の行なわれるべきことを基本的な趣旨としているものと解すべきである。

ところで、死刑確定者には監獄法上被告人に関する特別の規定が存する場合、その準用があるものとされているものの、接見又は信書の発受については、同法上被告人に関する特別の規定は存在せず、かつ、この点に関する限り、刑事訴訟法上当事者たる地位を有する被告人とは全くその性格を異にするものというべきであるから、その制限は専らこれを監獄に拘留する目的に照らして行なわれるべきものと考えられる。

いうまでもなく、死刑確定者は死刑判決の確定力の効果として、その執行を確保するために拘留され、一般社会とは厳に隔離されるべきものであり、拘留所等における身柄の確保及び社会不安の防止等の見地からする交通の制約は、その当然に受忍すべき義務であるとしなければならぬ。更に拘留中、死刑確定者が罪を自覚し、精神の安静裡に死刑の執行を受けることとなるよう配慮されるべきことは刑政上当然の要請であるから、その処遇に当たり、心情の安定を害するおそれのある交通も、また、制約されなければならないところなのである。

よって、死刑確定者の接見及び信書の発受につきその許否を判断するに当たって、左記に該当する場合は、概ね許可を与えないことが相当と史料されるので、右趣旨に則り自今その取扱いに遺憾なきを期せられたい。

右命によって通達する。

記

- 一、本人の身柄の確保を阻害し又は社会一般に不安の念を抱かせるおそれのある場合
- 二、本人の心情の安定を害するおそれのある場合
- 三、その他施設の管理運営上支障を生ずる場合

ここで問題となるのは、死刑確定者の外部交通についてのこれら行刑規定が、はたして、さきに述べた接見および信書の発受に関する憲法的保障と適合するのかということである。そして、その際には、通達一般の法的性格（通達の法源性、通達の効力）にまで遡って検討する必要がある。なぜなら右通達は、死刑確定者の基本的人権に重大な影響を及ぼしているからである。

(1) 「行刑」とは、一般には、自由刑の執行ならびに受刑者の処遇を意味する（犯罪学研究会編『犯罪学辞典』（一九八二年）九九ページ）が、ここでは、それよりも広く刑事施設に収容されている者の処遇を指すものとして用いることにする（岡林桂生・宮本恵生編『矯正事典』（一九七七年）五八ページ。なお、藤本哲也『刑事政策概論』（一九八四年）二一―二二ページ、法務省矯正研修所・前掲『行刑法』一―二ページ以下参照）。

四、監獄法四五条一項・四六条一項の趣旨

まず監獄法四五条一項・四六条一項の趣旨からみていきたい。これらの規定は、いずれも死刑確定者を含めた在監者一般に対するもので、その接見および信書の発受が許される旨定められている。そこでは、「この「許ス」という文言の解釈がまさにキー・ポイントとなっており、特別権力関係の発想に立ったり、この文言のみに目を奪われると、「許ス」とは許可するとの意味にはかならず、したがって、在監者には接見および信書の発受の権利はなく、これら外部交通は原則として認められないということになる。⁽¹⁾しかし、このような解釈は、さきにも述べたような在監者の法的地位ないし接見および信書の発受の憲法的意義を看過したものであり、現行憲法の人権保障的視点を欠いた立場であるといわざるをえない。⁽²⁾

現行憲法の問題に即して考える以上、すでにみたように、在監者といえども接見および信書の発受は権利として認められており、合理的な根拠なくこれを制約することは許されないのである。監獄法四五条一項・四六条一項の「許ス」という文言は、現行憲法のもとでは、在監者の右のような権利に対応した表現であり、在監者の外部交通権の行使は原則として許さなければならぬと解釈されるのである。もちろん、この立場においても、在監者の種類、在監目的等の点からその権利が一定の限度で制約をうける場合のあることは否定しえない。ただ、この制約は、あくまで必要最小限度で、合理的根拠にもとづかなくてはならず、行政主体（監獄長）の裁量に当然に委ねられるわけではないことは注意を要する。

監獄法四五条一項・四六条一項の趣旨は、在監者の接見および信書の

発受についての憲法的意義からは、このように理解されるべきであるが、さらには昭和三八年に出された通達との関係が検討されなければならない。

(1) 森下忠・前掲書二七五ページ、大谷実『刑事政策講義』（一九八七年）

二六一ページ。

(2) 大谷実教授は、理由は示されていないが、監獄法の規定自体を「妥当でない」とされている（前掲書二六一ページ）。しかし、規定のしかたにも疑問はあるものの、むしろその解釈論にポイントが置かれるべきであろう。

五、通達「死刑確定者の接見及び信書の発受について」の趣旨

昭和三八年通達と監獄法四五条一項・四六条一項との関係に入る前に、通達一般について、この監獄法との関係に必要な限度で、ひととおり概観しておく。

1、通達一般について

(1) 通達の意義

国家行政組織法は、第一〇条で「各大臣、各委員会の委員長及び各庁の長官は、その機関の事務を統括し、職員の服務について、これを統督する」と定め、上級行政機関の下級行政機関に対する一般的指揮監督権を明文化したうえで、この第一〇条を承けて、第一四二条二項で「各大臣、各委員会及び各庁の長官は、その機関の所掌事務について、命令又は示達するため、所管の諸機関及び職員に対し、訓令又は通達を発することができる」と定め、その指揮監督権の方法として訓令・通達を発する権限を規定した。この規定から、通達とは、上級行政機関が下級行政機関

に対して指揮監督（命令）する行為の一形式であることは明らかである。ただ、通達と訓令との異同を決定する基準やそれをふまえた通達の定義となると学説が分かれている。通説は、通達と訓令は両者とも行政組織内における命令であるが、通達は訓令が文書（書面）の形式でなされる場合をいうとしている^①。「通達」と「訓令」という用語の違いを重視するかぎり、通説が無難といえるが、その内容・機能の点からは両者を区別する実益は乏しいともいわれている^②。ここでは、両者の異同は論点ではないので、通達とは上級行政機関が下級行政機関に対してその指揮監督権にもとづいて発する命令と理解しておけば充分であろう。

(2) 通達の存在理由

では、通達が必要とされるのはなぜか。この点、「法律による行政」という制度下で、具体的行政運営が公平・公正・平等そして合理的・能率的に実施されるためには、なによりも行政組織内部における法令の解釈・運用の統一性がはからなければならない。通達はその行政組織内部の統一見解として発せられるのである。つまり、通達は行政運営における行政組織内部の意思統一のために存在するのである。

しかも、通達は、こんにち、社会の複雑化に伴なう行政作用の多様化・専門化・迅速化をはかるうえで、抽象的一般的法令を補完し具体的基準を明らかにする役割をも担っている。すなわち、通達は法令の補完作用を担い、行政の多様化・専門化・迅速化の要請にこたえているのである。

このように通達は現代行政作用の中できわめて重要な役割を果たしているが、反面、「法律による行政」の理念も、法令が通達によってはじめて具体化され、行政運営も通達なくして機能しえない実情においては、

その内実は「通達による行政」にはかならないとさえもいわれる現象を生みだしている。

(3) 通達の法的性格

通達は法源となるのだろうか。これについては、従来からの伝統的立場によれば、通達は上級行政機関の下級行政機関に対する指揮監督権行使の一方法にすぎず、その拘束力は下級機関のみ及び、一般国民の権利義務に影響を与えない以上、法規としての性質は有せず、法源とはならないとされている。

通達のこのような性格から、つぎのような効力が導きかれる。①通達は、国民を法的に拘束するものではなく、国民の権利義務に変更をもたらすことはない。したがって、通達の中で示された法令解釈や、裁量事項の判断基準は、行政と国民との間を規律するものではない。②通達は、対外的行政作用の適法性・違法性を決定する根拠とはならない。つまり、下級機関の行政処分が通達に合致していることあるいは通達に違背していることが、当然にその処分の適法・違法を決めるわけではない。

したがって、下級行政機関の処分がたとえ通達に反するものであっても、直ちにその処分が違法とされるわけではなく、処分の適法性判断は、当該処分の根拠であり、要件を定めている法令の規定それ自体に求められる。③通達が裁判所を法的に拘束することはない。裁判所は、通達に示された法令の解釈や裁量基準に左右されずに、裁判所独自の法解釈によって行政作用の適法性を審理する。その際、裁判所が通達に示された法解釈等を参考としたり、事実上尊重することはもちろん認められる。④通達の発令には、個別的法令の根拠を要しない（国家行政組織法一四条二

項)。⑤通達の発令手続や形式等に関する制限が法令上ない。

判例も、右の伝統的立場と同じであり、「元来、通達は、原則として、法規の性質をもつものでなく、上級行政機関が関係下級機関および職員に対してその職務権限の行使を指揮し、職務に関して命令するために発するものであり、このような通達は右機関および職員に対する行政組織内部における命令に過ぎないから、これらのものがその通達に拘束されることはあっても、一般の国民は直接これに拘束されるものではなく、このことは、通達の内容が、法令の解釈や取扱いに関するもので、国民の権利義務に重大なかわりをもつような場合においても別段異なるところはなない。このように、通達は、元来、法規の性質をもつものではないから、行政機関が通達の趣旨に反する処分をした場合においても、そのことを理由として、その効力が左右されるものではない。また、裁判所がこれらの通達に拘束されることのないことはもちろんで、裁判所は、法令の解釈適用にあたっては、通達に示された法令の解釈とは異なる独自の解釈をすることができ、通達に定める取扱いが法の趣旨に反するときは独自にその違法を判定することもできる筋合いである」と判断している。⁽³⁾

もっとも、近年、通達が国民の権利義務に重大な影響を及ぼしていることや、前にみたような「通達による行政」という実情に鑑みるかぎり、通達の効力に関する伝統的立場および判例を全面的に承認することには疑問が呈示されている。それによれば、通説・判例に修正を加え、つぎのような点を指摘する。①通達の内容が国民の具体的権利義務に重大な影響を与え、通達それ自体の妥当性が問題とされる場合は、通達を直接

行政訴訟の対象とすべきであり、また、②当該通達による行政運営が定着・慣習化した場合は、行政庁はこれに反して不利益な処分をすることは許されない。③通達の発令手続、その内容を適正・公平にすべきである、と主張されている。⁽⁴⁾

- (1) 田中二郎『新版行政法(中)(全訂第二版)』(一九七六年)四一ページ、中西又三『通達の法的性質』成田頼明編『行政法の争点』(一九八〇年)五二ページ、室井力『通達・勧告の法的性質と限界』同『現代行政法の原理』(一九七三年)九九ページ、山内一夫『訓令・通達』田中二郎他編『行政法講座四卷』(一九六五年)一六九〜一七〇ページ等。なお、平岡久『訓令・通達』雄川一郎他編『現代行政法大系7』(一九八五年)一九五ページ以下参照。

- (2) 佐藤功『行政組織法(新版増補)』(一九七九年)二四五ページ、原田尚彦『行政法総論(全訂版)』(一九八四年)三九〜四〇ページ、外間寛『告示・通達の法的性質』成田頼明編『行政法の争点(新版)』(一九九〇年)四一ページ等。

- (3) 最高裁判昭和四三年二月二十四日判決民集二二卷一三号一四七ページ。

- (4) 多賀谷一照『通達・試論』千葉大学法経研究一六号(一九八四年)七ページ以下、中西又三・前掲論文五三ページ、平岡久『パチンコ球遊器に関する通達』塩野宏編『行政判例百選I(第二版)』(一九八七年)八三ページ、山岸敬子『通達の法的性質』園部逸夫編『行政法』(一九八七年)一一二五ページ。

2、監獄法四五条一項・四六条一項と通達「死刑確定者の接見及び信書の発受について」の関係

通達の意義・法的性質等は、おおむね右にみたとおりである。そこで、このような性格を有する通達として発令された「死刑確定者の接見及び信書の発受について」(以下昭和三八年通達と称する)と在監者の外部交

通に関する一般規定である監獄法四五条一項・四六条一項の関係に入る。

昭和三八年通達の名称および内容が「死刑確定者」の場合に限定されているため、昭和三八年通達は監獄法四五条一項・四六条一項の特別規定であって、「特別法は一般法に優先する」との法原則から、昭和三八年通達が右監獄法規定の適用を排除するかのようにはみられる。けれども1に述べたような通達の法的性質に即して考えると、通達はたんなる行政組織内部の命令にすぎず、法源となりえない以上、法律に優先するような効力はもちえないのである。通達の法令に対する効力としては、せいぜい法令の解釈・運用の指針や裁量事項の判断基準を示すという法令の補完作用が認められるだけである。それゆえ、昭和三八年通達が監獄法四五条一項・四六条一項に優先するとは考えられず、その補完作用を担うにすぎないと解されるのである。

もっとも、これに関し、昭和三八年通達の表現はじつに紛らわしい。

「接見及び信書に関する監獄法第九章の規定は、在監者一般につき接見及び信書の発受の許されることを認めている」と記し、「ところで、死刑確定者には監獄法上被告人に関する特別の規定が存する場合、その準用があるものとされているものの、接見又は信書の発受については、同法上被告人に関する特別の規定は存在せず……」と展開しているので、一見すると、一般規定である監獄法第九章中の四五条一項・四六条一項は死刑確定者には適用されず、あたかも昭和三八年通達が死刑確定者の場合の特則であるかのように解釈されるおそれが多分にあるといえる。

法論理上当然のことはいえ、昭和三八年通達は一般規定である監獄法四五条一項・四六条一項の解釈・運用の際の基準である旨の明示が欲し

いところであり、この点、立法技術のうえで問題なしとはいえないであろう。

いずれにしても、昭和三八年通達が監獄法四五条一項・四六条一項の補完作用をなすことは疑いはない。したがって、死刑確定者の外部交通についても、監獄法四五条一項・四六条一項が基本であり、その解釈・運用の具体的指針として昭和三八年通達が存在するのである。この見地からは、昭和三八年通達の妥当性は、監獄法四五条一項・四六条一項の趣旨に合致しているかという点にかかっており、翻って考えれば、同法九条そして憲法一三条・二一条二項の趣旨との整合性ははかられているかという点に求められるであろう。

3、昭和三八年通達の妥当性

監獄法四五条一項・四六条一項の趣旨は、接見および信書の発受に関する在監者（死刑確定者も含まれる）の権利は、原則として妨げられることはなく、その制約は必要最小限度で合理的根拠のある場合に認められるにすぎないということである。これが同条項についての現行憲法の基本精神＝人権保障に即した理解であり、これ以外にその権利の制限を広範または強固に許すような主張は、憲法理念を無視しており、適切でない。

では、この監獄法四五条一項・四六条一項の趣旨が、その補完作用を営む昭和三八年通達に活かされているかということが問題となる。昭和三八年通達については、さきに全文を記したが、ここでいま一度その概要を整理すると

(1) 昭和三八年通達は、第一段落において、接見および信書の発受に

関する監獄法第九章（死刑確定者との関係では四五条一項・四六条一項）は、在監者一般に接見・信書の発受が許されることを認めているが、「これは在監者の接見及び信書の発受を無制限に許すことを認めた趣旨ではなく、条理上各種の在監者の拘禁の目的に応じた制限が行なわれるべきことが基本的な趣旨である」とする。

(2) ついで、死刑確定者には被告人に対する特別の規定がある場合、その準用があるとされている（九条）が、接見・信書の発受について被告人に関する特別の規定は存在しない。しかも、死刑確定者は「刑事訴訟法上当事者たる被告人とはまったくその性格を異にするものというべきであるから」、接見・信書の発受についての制限は「専らこれを監獄に拘留する目的に照らして行なわれるべきもの」とする。

(3) そして、第三段落では、死刑確定者の拘留は、死刑の執行を確保し、一般社会とは厳に隔離されるべきであるから、①「拘留所等における身柄確保及び社会不安の防止等の見地からする交通の制約は、当然に受認すべき義務」であり、また、死刑確定者は罪を自覚し、安定した精神状態のもとで刑が執行されるよう配慮されるべきであるから、②「その処遇にあたり、心情を害するおそれのある交通の制約」を許されるべきである、とする。

(4) そのうえで、左記に該当する場合は、接見および信書の発受に関しておおむね許可を与えないことが相当である、とする。

① 本人の身柄の確保を阻害し、または社会一般に不安の念を抱かせるおそれのある場合

② 本人の心情の安定を害するおそれのある場合

③ その他訪設の管理運営上支障を生ずる場合

(一) まず、(1)において、昭和三八年通達は監獄法第九章（四五条一項・四六条一項）の趣旨を述べているが、一見するかぎりでは、それほどの疑問点はないようにもみえる。いかなる権利といえども無制限に許されるものではなく、一定の制約を受けるものであるという権利の一般的制限について触れているように読めるからである。しかし、よく注意して、その文面を見ると、そこには在監者の外部交通に関して、「権利」という表現がまったく使用されていないことがわかる。前に述べたように、在監者の接見および信書の発受は憲法的保障を受ける権利（人権）なのである。昭和三八年通達が「権利」とか「人権」という表現を用いなかったのは、憲法に適合するような好意的な解釈をとれば、在監者の外部交通が権利性を帯びることはきわめて当然のことなので、ことさらにそのような表現を使用するには及ばないと考えたこととみられる。ただ、当該通達の全体的色彩に照らすと、本通達は在監者（死刑確定者）の外部交通に対する許可制限基準を示したものと捉えるのが素直である。そうすると、本通達に「権利」・「人権」という表現がないのは、よほど好意的に理解しないかぎり、やはり在監者の接見・信書の発受に関する憲法的保障を無視もしくは看過しているあらわれといえる。本通達は、監獄法四五条一項・四六条一項をその法文の「許す」という文言に即して、権利性の認められない裁量の許可を示したものにすぎず、在監者の外部交通は思想的に許されるものであると解釈していると考えざるを得ない。この点で、昭和三八年通達の内容は、まさに違憲の疑いがきわめ

て濃いのである。

(二) つぎに(2)において、昭和三八年通達は、死刑確定者の外部交通について、監獄法の規定のありかたと死刑確定者の法的地位を示して、制約根拠を導き出している。つまり、本通達によれば、①死刑確定者には、外部交通についての準用すべき被告人に関する特別規定は監獄法上存在せず、かつ、②死刑確定者は被告人とその法的地位を異にする以上死刑確定者に対する制約は、この見地から「専ら監獄に拘置する目的」で為されるべきであるとしている。

この点、たしかに、被告人の接見・信書の発受に関する特別規定が存在しない以上、死刑確定者に対する被告人に適用すべき規定の準用は考えられない。また、死刑確定者は、刑事訴訟法のうえでは、死刑判決が確定しており、未だ判決が確定せず無罪の推定を受ける被告人とは法的地位を同じくするものではない。しかし、そうであるからとはいえず、本通達のように、この二点を根拠に当然のごとく死刑確定者の接見・信書の発受の権利(本通達が権利性を認めているかは、(一)にみたように疑問である)について、被告人とは異なる見地で制限すべきであるとまで断定しえないように思える。二、すでに触れたように、監獄法九条(死刑確定者に対して被告人に適用すべき規定の準用を認めている)の立法趣旨を、通説のように刑死を待つ者に対する立法者の「法の涙」という消極的理由にのみ求めるのではなく、死刑確定者と被告人とは、一定の刑事手続—前者は刑の執行であり、後者は裁判およびその確定である—を待つ身として同一の地位にあるという理論的理由に求めるならば、死刑確定者の法的地位が被告人とはまったく異なるまでとはいえないこ

とになる。というより、むしろ、死刑確定者には被告人に準じた地位が認められ、その処遇の面でも被告人に準じ、他の在監者と比べてより自由で制約も緩和されたものであると解されることになる。したがって、昭和三八年通達における監獄法九条の理解のしかたは狭きに失し、必ずしも適切でないといえる。しかも、本通達は、(一)でみたように接見・信書の発受に対する憲法的認識が弱いために、その制約根拠として「拘置の目的」を挙げるのみで、その限界についての配慮が欠けていると思われる。これらの面からみても、(2)でも本通達の内容は適当でないのである。

(三) として、(3)において、昭和三八年通達は、死刑確定者の外部交通に関する具体的制約根拠として、①拘置所等における身柄の確保と社会不安の防止②心情の安定の維持という点を掲げる。これについては、本通達ではその文脈から必ずしも明確とはいえないものの、第二段落が死刑確定者の外部交通に対する一般的制約根拠とするならば、この第三段落はやはりその制約根拠の具体的内容、つまり具体的制約根拠と理解するのが筋であろう。

しかも、本通達では、このような具体的制約根拠が同時に死刑確定者の拘置目的の内容をも表わしているといえる(論理のうえからは、死刑確定者の具体的拘置目的が、そのまま本通達でその外部交通に対する具体的制約根拠として挙げられているというのが適切であろう)。この死刑確定者の拘置目的の内容は、刑事政策学の通説でもある⁽¹⁾。ところで、死刑確定者の拘置目的の内容が、本通達や通説のいうところであるとしても、それがそのまま死刑確定者の外部交通に対する具体的制約根拠と

して当然のごとく容認できるかということは別問題であると思う。それは、これまで繰り返し述べたように、接見・信書の発受という重要な権利については、その制約は慎重性が要求されるし、制約の程度・範囲も収容目的に照らして必要最小限度でなければならぬからである。これについてはつぎの(4)でより詳しく検討する。

なお、死刑確定者の拘留目的の内容が通説のいうとおりであるのかということも再検討の余地がある。なぜなら、その拘留目的が死刑執行のための身柄確保にある点は疑いなくとも、それに加えて、社会不安の防止や心情の安定の維持を過度に強調することは、死刑確定者の人間としてのありかたを軽視し、人権侵害の危険を生じさせるおそれがないとはいえないからである。もっとも、死刑確定者の拘留目的をどのように理解するかということは、まさに死刑制度そのものの有する問題や矛盾そしてその存廃についての見解の相違が浮き彫りにされるものなのである。死刑制度肯定の根拠のひとつとして社会不安の除去を挙げるのであれば、死刑確定者の拘留目的としても社会不安の防止が当然に大きなウェイトを占めるはずであり、他方、死刑制度の存続に疑問をもつものであれば、その拘留目的に刑の執行以外の要因を重視することには消極的になるであろう。死刑制度のありかたや運用をめぐる議論には、このような見解の対立は避けられないのが実情である。とはいえ、これは法理論である以上、論理に従って解決されるべきであり、死刑確定者の拘留目的についても、現行法秩序の最高位にある憲法を軸に理解する必要がある。憲法が個人の尊重と基本的人権の保障を根本理念としていることに鑑みれば、死刑確定者の拘留目的を決定するに際しても、その人権

保障の精神が貫徹されなければならない。つまり、死刑確定者が拘留されるのは、なによりもその刑の執行を確保するためであり、それ以外の要素を強調することは人権保障をうたう現行憲法の趣旨に合致し難いのである。したがって、その拘留目的に刑の執行以外の社会不安の防止や心情の安定の維持等をことさら強調する昭和三八年通達は、現行憲法の趣旨とはズレを生じているといえる。これについては通説もまた同様であり、憲法理念との調整を再考する時機にきていると思われる。

(四)(4)に、おいて、昭和三八年通達は、①死刑確定者の身柄の確保を阻害したり、社会不安のおそれのある場合②心情の安定を害しうる場合③施設管理上支障がある場合には、外部交通に関する許可を与えるべきではないとしている。これは、(三)でみたような死刑確定者の拘留目的は外部交通の具体的制約根拠とする立場から導き出された制約の基準である。しかし、その際にも述べたが、拘留目的の内容についてかりに通説に従ったとしても、その拘留目的がそのまま具体的制約根拠・制約基準に直結するものではないはずであり、制約をうける権利との関係が示されなければならないのである。ここでは、接見・信書の発受という個人の人格的利益や表現の自由とも密接に関連する人権が対象とされているのであるから、その制約はきわめて慎重になされる必要がある。このように考えると昭和三八年通達の外部交通不許可基準は、その具体的制約根拠と同じくかなり不適切であるといえる。そもそも本通達は、接見・信書の発受という権利の重要性に対する配慮が欠けているうえ(何回も繰り返すが、本通達には「権利」という表現すら用いられていない)、その不許可基準として、「身柄の確保の阻害」はまだしも、「社会一般に

不安の念を抱かせるおそれ」という表現は、ひじょうに曖昧で、かつ、制約を幅広く行なうことのできるもので、制約基準としては不明確で広範に過ぎるといえる。死刑確定者の拘置目的のひとつとして「社会不安の除去」を採用する通説の立場からも、憲法理念に照らせばこのような理解されなければなるまい。また、その拘置目的に「社会不安の除去」を強調することを疑問視する立場によれば、制約基準にこのような「社会不安のおそれ」を打ち出す姿勢には批判的になるであろう。

昭和三八年通達の第二の不許可基準である死刑確定者の「心情の安定を害するおそれ」という表現も、やはり漠然としすぎているとの印象は避けられない。「心情の安定」は、個人の主観的側面や内心の事情が基礎となるので、それを法文化する技術には限界があるともいえよう。しかも、この表現は、外部交通の制約基準としては、あまりにも不明確で、当局の恣意的判断の介入の余地が大きく、適切ではなからう。そこで、結局問題となるのは、死刑確定者の拘置目的として「本人の心情の安定の維持」を重視する思考なのである。通説は、死刑確定者の拘置・処遇の目的のひとつとして、死刑確定者の心情の安定維持、つまり、犯した罪を自覚・反省し、安心立命して刑の執行を受けさせることを挙げる。たしかに、死刑確定者の処遇には他の在監者と異なった微妙な問題もあり、担当職員の苦勞も並大抵のことではないといわれている²⁾。死刑確定者が犯した罪を深く自覚・反省し、安心立命の境地に達して、心静かに刑の執行を甘受してくれるなら、どんなにか担当職員の苦勞も報われ当局・国家も「安心」するかは想像に難くない。翻って考えてみれば、このような「死刑確定者の心情の安定維持」という要請は、じつは当局国

家の立場からのものであることがわかる、その要請は、「死刑囚はこの世に末練を残さずおとなしく刑死してほしい」という国側の願望であり、そこには死刑確定者の人間性に対する配慮はほとんどみられず、したがって、人権に対する認識も存在しないのである。これでは、死刑確定者といえどもひとりの人間であり、基本的人権が保障されるとする現行憲法の基本精神と合致しえないのではないか。しかも、本通達の制約基準は「心情の安定を害するおそれのある場合」（傍点は筆者による）とされ、ひじょうに広範囲の制約が設けられており、いっそう疑問に思われる。もちろん、死刑確定者の拘置・処遇に際して、適正・迅速な刑の執行を実施するうえで、身柄の確保とともに、その心情の安定維持をはかることの必要性をまったく否定しているわけではない。ただ、死刑確定者の心情の安定維持を過度に強調し、死刑確定者にとって認められてしかるべき自由や権利が恣意的に広範囲に制限される危険に疑問を感じるのである。死刑確定者にとって外部交通は、かぎりある時間的・空間的境遇のなかで、他者との交流というきわめて人間らしい生活の機会に接することのできるものである。その機会さえも、「本人の心情の安定を害するおそれ」という不明確な基準を根拠に、第三者の一方的判断で剥奪できるといふ規定にいかなる合理性があるのだろうか。

昭和三八年通達における第三の不許可基準である「その他施設の管理上支障を生じる場合」にいたっては、基準としてはあまりに抽象的で広範囲である。接見・信書の発受という権利の重要性を認識していないばかりか、これでは死刑確定者の法的地位についても、伝統的特別権力関係論にもとづき営造物利用者としてしか理解していないような印象さえ

も与える。

この(4)においても、本通達は、右にみたようなさまざま疑問点をかかえているのである。

(五) 昭和三八年通達を全体をとおして眺めてみても、そこには、結局、死刑確定者の外部交通の不許可基準を明文化しただけの規定としか理解しようがない。それゆえ、その規定のなかに「権利」や「人権」に対する配慮がまったくといっていいほどみられないのも当然なのかもしれない。とはいえ、通達が法令の解釈・運用の補完作用を果たすものであるなら、憲法を軸に、再度、監獄法第九章(四五条一項・四六条一項)の趣旨をみきわめるべきであろう。

このように昭和三八年通達の趣旨は、憲法および監獄法四五条一項・四六条一項の趣旨とは一致せず、その通達にもとづき死刑確定者の外部交通の制約が現実実施されているとすれば、それは「通達による行政」の実態には適しているが、「法律による行政」「法の支配」という法原理からは違憲・違法といわざるをえないであろう³⁾。

- (1) 有田繁雄「死刑確定者の処遇等の問題」刑政七六卷二一号(一九六五年)二一、二四〜二五ページ。岩松茂「死刑確定者の拘留等について」刑政七三巻五号(一九六一年)一二〜一三ページ、法務省矯正研修所・前掲書一六ページ等。
- (2) 大塚公子『死刑執行人の苦悩』(一九八八年)。
- (3) 同旨・菊田幸一『犯罪学・三訂増補版』(一九八四年)三〇六ページ。

六、昭和三八年通達の根本的問題点

昭和三八年通達は、これまでみたことから明らかなように、死刑確定者の接見・信書の発受という重要な権利を制約しているわけであるが、そもそも通達という形式でこのような権利の制約が認められるのであるうか。

これについては、既に五(三)で概要を述べた。つまり、通説・判例によれば、通達はたんなる行政組織内部の命令にすぎず、法規の性質を有しない以上、一般国民はこれに拘束されることはなく、通達の内容がかりに一般国民の権利義務に影響を及ぼすものであっても同様であるとする。ただ、昭和三八年通達の対象とされている在監者(死刑確定者)が、一般国民に含まれるのかという点は議論の生じるところであろう。伝統的特別権力関係論を採るならば、在監者は營造物利用者として構成されるから、一般国民とは異なることになる。そして、法律の根拠なくして、管理権者(監獄長)は在監者に対して一定の処分を下しうるのだから、通達が在監者(死刑確定者)の権利制約を定めてもいっこうにさしつかえないという結果になる。もっとも、このような伝統的特別権力関係論が現行憲法下では採用しえないことは一で述べた。他方、特別権力関係を否定する立場を徹すると、在監者といえども一般国民と区別されるものではないと解されるから、右にいう一般国民に含まれることになるであろう。この見地に立ちつつも、なお通達の法的性質についての右通説・判例に従うかぎり、通達の反射的效果として国民の権利制約という事態が生じることは許容されることになる。もちろん、それには法的拘束力はない。しかし、法的拘束力がないとはいえ、通達はその性質上

法令の解釈・運用の指針とされ法令と一体化して機能し、事実上、国民の権利義務を規律しているのが、現実の行政実態である（こうした実態をふまえて、通達の効力についての通説を修正しようとする学説が最近登場してきたことも五一（三）で述べた）。昭和三八年通達もこの典型的な例のひとつといえよう。このような事態は、民主行政の基本である法治主義の原理を骨抜きにし、近時の在監関係（行刑）の法律化傾向とも衝突するものである。さらにいえば、特別権力関係を否定し、法律の根拠のない権利制約は認められないとしながら、法律ではない通達による権利制約を事実上とはいえ許すのでは、特別権力関係論否定の趣旨がまったく活かされていないことになろう。結局、国民の権利義務に関する法規的な内容を行政機関の内部規律にすぎない通達で定めることこそ根本の問題がある¹⁾と思われる。このような場合は、やはり法律やその委任にもとづく命令によって定められるべきであり、通達によって定められていること自体が不適切といわざるをえないのである。

昭和三八年通達は、このような法的性質の面からも通達として機能しうる限界を超えているといえる。死刑確定者の外部交通権を通達によって制約すること自体が不適切であり、この意味からも昭和三八年通達の妥当性には大きな疑問がある。

ところで、死刑確定者の外部交通の制約基準がこのような通達で示されたのはなぜだろうか。この経緯に関する一般的資料は見当たらないうえ、行政当局からの説明もないので決定的な理由を見出すのはかなり困難である。とはいえ、おそらく、①昭和三八年通達の中に示されているように監獄法第九章の規定において外部交通の制約が認められている

と解釈できる以上、その制約基準をあえて法律で定める必要はないと考えたと思われる。また、②伝統的特別権力関係論的発想で、在監関係という特殊な公権力関係のもとでは、外部交通の制約に法律の根拠は不要であり、単に法令の運用基準を明確化し、行政組織内部の意思統一をはかるための意味で通達を発令したにすぎないとも推察できる。あるいは、③法律として制定すると公示が必要であるが、死刑確定者の処遇等に関する諸事項は一般への公開がふさわしくないと判断したとも想象できる。しかし、いずれにしても、死刑確定者の外部交通の制約基準を通達の形式で定めなければいけない理由とはならない。①ならば、これまで述べたような憲法理念に即した監獄法第九章の理解と適合していないわけであるし、②なら、特別権力関係論的発想自体に疑問がある。そして、③であるとすれば、当局の死刑確定者に対する処遇・執行についての「秘密（密行）主義」の姿勢が批判されるべきことになる。つまり、凶悪な犯罪者とはいえ、国家がその権力作用として、その者の生命を抹殺する以上、その処遇から刑の執行に至る過程をその責任をもって国民に知らせる義務を負っているのである。

このように昭和三八年通達には、内容のみならずその形式の面でも根本的問題が潜んでいるのである。

(1) 佐藤功・前掲『行政組織法』二四七～二四八ページ。

平岡久・前掲「訓令・通達」一九九～二〇〇ページ参照。

おわりに

昭和三八年通達が発令された事情としては、従来、死刑確定者の処遇とくにその外部交通について、監獄法九条以外の規定がないため、具体的処遇に際して、画一的基準が見い出せず、その運用に苦慮していた実情を配慮したものと思われる。この昭和三八年通達が発令によって、すくなくとも死刑確定者の接見・信書の発受については、統一的基準が明確に示され、処遇の平等性・迅速性が確保しやすくなったのである⁽¹⁾。しかも、この基準は、死刑確定者の処遇にあたり、接見・信書の発受にかぎらずそれ以外の場合への類推適用も期待されているのである。

しかし、このように昭和三八年通達の恩恵を受けたのは、結果的にはあくまでも担当職員等の監獄当局であり、死刑確定者にとっては、本通達発令以前には被告人と同様の取り扱いをうけていた外部交通の自由が画一的基準によって制限されることになったのである(死刑確定者に対する昭和三八年通達の運用状況についても本稿で触れるつもりでいたが、他の機会に譲りたい)。

これをも加えて、これまで述べてきたように、昭和三八年通達はメリットよりもデメリットともいえるべきはるかに大きな疑問点を抱えているのである。確認の意味から、もう一度、争点として羅列すると、特別権力関係論の採否と在監者の人権、死刑確定者の法的地位、監獄法九条の趣旨、監獄法第九章(四五条一項・四六条一項)の意義、昭和三八年通達の妥当性—監獄法との整合性、通達の法的性質等—となる。これらが、伝統的な意味での刑事政策学を超え、憲法・行政法とも密接に関連し、争点が広範囲に及んでいることはこれまでみてきたとおりである。

そして、その争点の根底には、死刑制度の存廃問題が深く関わっているのである。

死刑確定者の処遇をいかに憲法に適合するように改めてみても、死刑の執行により、その者の人間としての存在が抹殺されてしまう以上、死刑確定者の処遇向上を目的とする理論形成はたいした意味を持たないのかもしれない。しかし、改正刑法および改正監獄法(刑事施設法)の草案において死刑制度の存続を容認している現状では、なお死刑確定者の処遇の改善をはかる必要性は決して小さくない。死刑確定者が現に存在している事実に向け、そしてその処遇についての法的規制のありかたを省みることは死刑制度の持つ意味を考える際に忘れてはならない側面なのである。

(1) 有田繁雄・前掲論文二三ページ。

【参考書物】 死刑制度ならびに死刑確定者の処遇等全般について。

菊田幸一『死刑』(一九八八年)

齊藤静敬『新版死刑再考論』(一九八〇年)

辻本義男『史料—日本の死刑廃止論』(一九八三年)

平野竜一『犯罪者処遇法の諸問題(増補版)』(一九八二年)

Marc J. BOSSUYT "The Administration of Justice and the Human Rights of Detainees—Elaboration of a second optional protocol to the International covenant on civil and political rights, aiming of the abolition of the death penalty. Analysis concerning the proposition to Elaborate a second optional protocol to the international covenant on civil and political rights aiming at the abolition of the death penalty." UNITED NATIONS ECONOMIC & SOCIAL COUNCIL E/CN.4/sub. 2/1987/20