

Title	未決拘禁者が購読し得る新聞紙種の制限が違法とされた事例
Author(s)	横内, 恵
Citation	阪大法学. 2010, 59(5), p. 123-142
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/54875">https://doi.org/10.18910/54875</a>
rights	
Note	

*Osaka University Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

## 未決拘禁者が購読し得る新聞紙種の 制限が違法とされた事例

平成二十一年六月一日大阪高等裁判所判決（判例集未登載）  
（平成一九年（ネ）第二八九七号）

横 内 恵

### 【事実】

#### 一 出訴に至る経緯

傷害の公訴事実で起訴され、平成一七年一月二日から同年六月一四日まで大阪拘置所において拘禁されていた控訴人（X）は、同年一月二三日、同拘置所職員に対して朝日新聞購読の申請をした。しかし、同日当時、同拘置所内において購読が許可されていた通常紙は読売新聞と産経新聞のみであったため、Xの申請は許可されなかった。そこで、Xは、自費による朝日新聞購読の不許可は違憲、違法であるなどと主張して、国（被告・被控訴人）に対し、国家賠償法一条一項に基づき、慰謝料二〇〇万円と弁護士費用二〇万円との合計二二〇万円及びこれに対する上記不許可処分の日である平成一七年一月一三日から支払済みまで年五分の割合による「ちえん（遅延）」損害金の支払を求めて出訴した。

#### 二 拘置所内における新聞取得制度の概要

大阪拘置所内において未決拘禁者が取得し得る新聞紙種の制限は、監獄法<sup>①</sup>三二条一項（在監者文書、図画ノ閲覧を請フトキハ之ヲ許ス）、同条二項（文書、図画ノ閲読ニ関スル制限ハ法務省令を以テ之ヲ定ム）及び監獄法施行規則八六条一

項（「文書図画ノ閲読ハ拘禁ノ目的ニ反セズ且ツ監獄ノ紀律ニ害ナキモノニ限り之ヲ許ス」）を受けて、以下のようになされていた。

未決拘禁者が購読し得る通常紙の種類は、一般の閲読傾向その他の事情を参酌して所長が選定した二紙の中から、本人の選択する一紙とする（法務大臣訓令<sup>3</sup>（以下、「本件規程」という）一六条一項柱書による<sup>4</sup>）。その際、新聞紙種の選定は、入所時の閲読希望聴取等による（矯正局長依命通達<sup>5</sup>（以下、「本件通達」という）九一）。大阪拘置所においては、毎年一回被収容者の閲読傾向調査により二紙が選定される（大阪拘置所長達示<sup>6</sup>（以下、「本件細則」という）一六条一項に基づく）。以上の本件規程・通達・細則の各規定による、被収容者が購読し得る通常紙を大阪拘置所長の選定した二紙のうち一紙に限る旨の取扱いを、以下、「本件購読規制」という。

このようにして選定された二種の新聞紙につき、未決拘禁者本人の希望に応じて、拘置所が一括して販売店から購入し（代金は自費）、記事内容審査を行い、（通常は当日中に）各未決拘禁者に配布する。

その他の紙種については、差入れによってのみ取得が可能である。しかし、いわゆる差入れ屋による定期的な差入れ（外部の者が差入れ屋と契約してその費用を弁済し、差入れ屋が契約者の指定する未決拘禁者に対して毎日差入れをする方法）は、通常紙に関しては認められていない。そのため、個別の未決拘禁者に対して施設外から販売店や差入れ屋を介さずに入れをする主体が必要である。また、差入れの場合は、新聞紙の記事内容審査を経て未決拘禁者に交付されるまで、二日間を要するのが通例であるとされる<sup>7</sup>。

### 三 原審の判断

原審（大阪地判平成一九年九月二八日判時一九九三号五三頁）は、本件購読規制につき、監獄法施行規則八六条二項により監獄の長に付与された裁量権の範囲を超え又はこれを濫用したものとすることはできないと判断し、Xの請求を棄却した。主要な争点については概ね以下のように判示した。

新聞閲読の自由は憲法一九条、二二条の派生原理であり、また二三条の趣旨にも沿うが、そのような自由も、勾留目的のみならず監獄内の規律及び秩序の維持に対する障害発生の相当の蓋然性がある場合には必要かつ合理的な制限を受け得る。通常紙の記事事項の選択や内容は紙種によって異なるものの、迅速性が要請される公共の利害に関する事実の報道には紙種

により大差がなく、そのような事実の報道こそが通常紙の主目的である。また、それら以外の記事については差入れ等の方法により撰取することができるため、即時撰取の機会が保障されなくてもやむを得ない。本件購読規制を行わない場合は、施設内の人的・物的制約の下では、在監者に対して新聞を速やかに交付できないこととなり、それを避けるためには、他の事務の時間と労力が著しく限定され重大な支障を生じることとなり、ひいては、規律秩序の維持に対して放置できない障害が生ずる相当の蓋然性がある。

### 【判旨】

上記原審を受けてXは控訴したが、控訴審は概ね以下のように判示して、本件購読規制の違法性を認めながらも、Xの損害賠償請求を棄却した原審の結論を支持した。(Xが上告しなかったことから、本判決は確定した。)

#### 一 命令への委任の合憲性

監獄法三二条二項の規定は、原審が判示した通り(すなわち、同条項は「具体的事情の下において、在監者に対し新聞紙、図書等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ができない程度の障害が生ずる相当の蓋然性がある」と認められるときに限り、上記障害の発生を防止のために必要かつ合理的な範囲内でのみこれらの閲読の自由を制限することができることを定めるとともに、その制限の具体的内容を命令(法務省令)の定めに委任したものと合理的に解することができ)、白紙委任にあたらぬ。

#### 二 本件購読規制の違法性

##### (一) 相当の蓋然性

未決拘禁者の新聞閲読制限が許されるためには、「監獄内における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る。」

「通常紙の定期購読の紙種制限を撤廃すれば、取り扱う通常紙の紙種と購読部数が増加し、これに伴う内容審査や新聞の配布、回収及び廃棄業務が増大することは当然に予想される。」このことを理由として、被控訴人は、本件購読規制をしなれば事務処理能力の限界を超えると主張するが、「まず、取り扱う紙種や購読部数は、無制限に増加するものではない。

前期認定のとおりの実実に差し入れられた通常紙等の紙種や、毎日早朝に大阪拘置所において新聞販売店からの配達を受けることのできる現実的な紙種を考慮すれば、通常紙の紙種は、せいぜい全国紙五紙と地方紙二ないし三紙程度であると合理的に予想することができる。また、購読部数は、本件購読規制における一人一紙を前提とすれば、最大でも被収容人数を超えることはなく、このような購読部数となることは、現状の本件購読規制のもとにおいても生じる可能性があることである」。

「他方、取り扱う紙種を増加すれば、内容審査の業務は紙種に比例して確実に増加することになり、記事抹消等の作業を実施する場合には、紙種ごとに黒塗りのための外枠を作成する必要があることから、抹消作業に要する時間も労力も増加することが明らかであって、大阪拘置所としては、こうした業務量の増大に対応するために、現在の勤務態勢を変更せざるを得なくなることは容易に予想され、そのために大阪拘置所内の規律及び秩序維持のための業務態勢に相応の影響が及ぶことも考えられる。」「国家の設営する刑事収容施設としての監獄における物的設備及び人員配置がその時々々の国家予算等の制約を受けることはもとより憲法の予定するところであり、監獄においては、所与の物的、人的制約の下で、刑事収容施設としての設置目的を達成するために、その事務を適切かつ効率的に処理することが求められる」ため、そのような観点からの制約は免れない。

「しかし、この点に関する被控訴人の主張立証を検討してみても、現在審査事務担当者二名が審査を担当し、審査に要する時間は一時間程度というのであり、配布回収業務は他の物品の仕分け運搬をも含め職員二、三名のほかに、受刑者四名程度を使用しているのであって、これに加えて過去五年間通常紙につき記事の全部又は一部を抹消したことはないこと等、前記認定諸事実を照らすと、現在の事務担当の変更に必要になるにしても、取り扱う紙種を二種に限定しなければ大阪拘置所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ことは明らかではないというべきである」

実情として同業者間で新聞を回し読みしているため、購読部数の増加によって事務が増大すると被控訴人は主張するが、「単に新聞の交付や回収、廃棄業務の増大を理由として一人一紙の新聞購読も認めないとすることは新聞購読の自由に対する制限として許されない」。紙種が増加した場合、「記事内容審査のために現状（二名）よりも多くの教育担当者が勤務時間

(午前八時三〇分)前に登庁しなければならぬことは必至であると被控訴人は主張するが、「相心の事務変更が必要となるであろうことは推認できるものの、勤務時間の設定や人員配置はさまざまな工夫が可能であるはずであり、これを理由に取り扱う紙種を二紙に制限しなければ監獄の秩序維持に支障が生じる相当の蓋然性があることが認められるとはいえない。」なお、原審が示した通り、通常紙の内容審査は違憲にはあたらない。

(二) 規制の必要性・合理性

「未決拘禁者の新聞紙の閲読の自由に対する制限の程度は、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の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ものである。」

① 被優害利益の重大性

「一般に、事実の報道についても、報道各社は、報道の正確性及び迅速性を競ってしを削っているものであり、一般的に公共性が高ければ高い程(その代表的なものとして政治)、同一事象であっても当該事象に対する報道各社の考え方や取り組み方の違いが報道の有無ないし報道内容に大きな影響を与えるものであることは衆知である。そして、このように迅速性及び正確性を目指し、また考え方の違いによって異なる視点から取材し、多様な報道をすることは、表現の自由、報道の自由の根幹をなし、後述のように民主主義の基盤となるものである。……読者の側からも、読者の多様な価値観に基づき購読する新聞を選択しているものであることは公知の事実である」。新聞閲読の自由は憲法上保障されるべきものであり、それは自己実現の価値及び民主主義的価値から基礎付けられ、新聞はそのために必要な情報を伝達する媒体である。

「まして、被控訴人は国であり、表現の自由、報道の自由にも意を用いなければならないのであって、このような立場の被控訴人がかかる新聞各紙の多様な立場からの取材活動やこれに基づく事実報道を含む報道の重要性を看過することなき主張を行うことは、極めて失当である。」

「新聞各紙が独自の立場による取材活動により得た事実及びその事実に対する意見ないし論評等の情報については、これを逐次迅速に撰取することが重要なのであって、読者が自らの価値観に基づき選択した新聞紙の事実報道・論評等を含む記事の逐次的な閲読が制約されることは、新聞紙の閲読の自由の趣旨を没却する重大な制約といえる。」

差入れによる新聞取得は、「ことに拘禁が比較的長期に及んだ場合には、……定期購読の代替的な方法であるとはいい難

い。」「差入れを受けることにより閲読が可能であることを考慮に入れてもなお、大阪拘置所において定期購読することができる通常紙の紙種を二紙に制限することにより未決拘禁者が受ける不利益は、未決拘禁者の通常紙の閲読の自由に対して加えられる制限の態様並びに制限される自由の内容及び性質にかんがみ、重大である。」

## ② 規制の必要性・合理性

「未決拘禁者は、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べき者であるから、監獄内の規律秩序維持のための閲読制限は、「目的達成のために真に必要と認められる限度にとどめられるべきである。」

購読し得る新聞の種類や数の制限を「直ちに合理性のない制限であるとすることはできない」が、本件購読規制をなさなければ「……障害が生ずる相当の蓋然性があることは、明らかではない。」「拘禁されていなければ通常定期購読できるはずの一般の通常紙を自己の選択に従って逐次的に閲読することができなくなる本件購読規制は、その購読を認めることにより監獄の取扱いに生ずる障害の発生を防止するために必要かつ合理的な範囲内の措置ということは到底できないといふべきである。」

## (三) 裁量逸脱

そのため、「大阪拘置所長の判断は著しく妥当を欠くものであり、監獄法施行規則八六条二項により監獄の長に付与された裁量権の範囲を逸脱し、憲法上保障された新聞紙を閲読する自由を侵害する違法な処分であるといふべきである。」

## 三 国家賠償法上の過失の不存在

本件における処分までの間、本件規程及び本件細則の「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はない。」本件購読規制による朝日新聞購読の不許可が違法ではないことを示した裁判例があり（地裁判決（平成一六年六月）を高裁判決（平成一六年二月）が是認し、それらは最高裁決定（平成一七年五月）により確定した）、また、「各地の拘置所においても、長い期間にわたり本件購読規制と同様の規制がなされていた」。

そのため、大阪拘置所長にとって、本件不許可処分の判断が「監獄法施行規則八六条二項により付与された裁量権の範囲を逸脱することを容易に理解可能であったといふことはでき」ず、「本件の当時、上記のような裁量権の範囲逸脱を認識し、

又は認識すべきであったということではできない」。それ故、大阪拘置所長の判断に過失があったことは認められない。

また、「監獄法施行規則八六条二項が違憲違法となるものではな」く、「控訴人に対する朝日新聞の定期購読不許可が違法となる理由は前記説示のとおりである」ことから、「法務大臣に過失があったといふこともできない。」

### 【評釈】

本件は、特定内容を含む新聞記事の閲読制限ではなく紙種選択の制限の適法性が争われた点、また、予算制約下での事務負担が直接的な争点となった点で、特徴的である。本判決は、新聞の紙種による相違を重視し、紙種選択の自由及び新聞紙全体の逐次的摂取の重要性を本件原審や他の裁判例よりも高く評価したこと、審査密度を高めて判断代置型審査に接近したこと、そして、規制の適法性の実体的要件として比例性を厳格に適用したこと、その結果として、予算の制約のみを理由とする未決拘禁者の人権制限に一定の歯止めをかけたことに、意義を有しているといえよう。

本稿においては、未決拘禁者の人権と行政裁量統制(一)、本判決による本件購読規制の違法性判断(二)を検討することとする。本判決は、原審と異なり本件購読規制の違法性を認めたことから、国家賠償法上の過失判断を行ったが、その判断方式に関しては本判決には見るべき新しい点がないと思われるため、本稿では考察を行わないこととする。

なお、Xが上告しなかったことから本判決は確定した。そもそもXが出訴した意図は、損害賠償を請求することよりも、むしろ本件購読規制の違憲性・違法性を裁判所に問うことにあったと思われる。付随的違憲審査制がとられているが故に、損害賠償請求という形でこの訴訟が提起されたのであろう。

#### 一 未決拘禁者の人権と行政裁量統制

かつて未決拘禁者の人権は、在監関係として、公の営造物利用という観点から特別権力関係の一つとされており、特別権力関係論が克服された後もなお未決拘禁者の人権制限については、法律の規律密度は低く、裁判においても緩やかな審査がなされる傾向にある。

確かに、未決拘禁者の人権に対しては、拘留目的等の特殊な目的による制限が必要かつ合理的な限りにおいてなされ得る。



しかし、それを理由として未決拘禁者の人権制限に対して特別な判断枠組がとられ得るわけではない。<sup>(10)</sup> 以下、未決拘禁者の人権を制限する措置に関する裁量統制の密度、及び裁量統制と人権との関係について考察する。

### (一) 法律の規律密度と裁判の統制密度

監獄法三二条二項は、文言上、閱讀制限の要件を全面的に命令に委任するものであるが、これにつき本判決は、よど号ハイジャック記事抹消事件最高裁判決や本件原審と同様に、相当の蓋然性基準を読み込んで合憲限定解釈を行った。すなわち①施設内の規律秩序維持に対して放置することができない程度の障害が発生する相当の蓋然性が存すること、及び②それを防ぐための手段が必要かつ合理的な範囲内であること、が規制の適法性要件となる。

さて、監獄法三二条二項の規律密度が低いことは広い行政裁量を認める根拠となり得、それ故に裁判の審査密度が低くてもよい(あるいは、低くあるべき)ことが帰結されるという考え方が<sup>(13)</sup>ある。しかし、他方で、低い規律密度によって低い審査密度が必ずしも要請されるとは限らないといわれ、<sup>(14)</sup>さらには、規律密度が低い故に、むしろ裁判所によるコントロールの必要性が高まるといわれることもある。<sup>(15)</sup>

このように、規律密度と審査密度との関係については様々な議論がなされており、規律密度の高低から直ちに審査密度の高低が決せられるわけではない。<sup>(16)</sup> 本判決は、監獄法三二条二項の規定を合憲限定解釈しており、規律密度については厳しい審査をなさなかったものの、規律密度が低いからといって低密度の審査を行うことはしなかった。本件においては、法律の規律密度が低くとも、密度の高い審査が行われるべきであるといえよう。なぜならば、憲法上の精神的自由が被侵害利益となっているからである。<sup>(17)</sup>

### (二) 本判決の裁量統制方式

本判決は、裁量の逸脱による違法を結論づけた。その判断に際しては、いわゆる踰越濫用型審査ではなく、判断代置型に接近した審査がなされたといえる。すなわち、前述の規制の適法性要件①、②に対する施設の長の判断が合理的であったか否かという審査方式をとらずに、自らの事実認定に基づいて二要件①、②について裁判所独自の判断を行ったのである。よど号判決や原審とは異なり、<sup>(18)</sup>本判決がこのように裁量統制の密度を高めたことは、後述する被侵害利益の重大性に鑑みて首肯されよう。<sup>(19)</sup>

(三) 裁量統制との関係における人権の機能

① 本判決の裁量統制における人権の機能

本判決の裁量統制との関係において、被侵害利益である憲法上の精神的自由は、裁量の審査方式の選択に影響を及ぼして判断代置型に接近させ<sup>(20)</sup>、その審査において比例性の適用を要請し、その衡量における被侵害利益の重みを決定的に増大させたと考えられる。これらは、裁量統制の様々な局面において審査を方向付ける機能を人権が果たしたものであると言えようし、本判決の特徴でもあろう。

② 裁量との関係における人権と比例原則の適用

本判決が自らの判断を行政庁の判断にほぼ代置するような形で審査したという点で、人権は行政庁の優先的な判断権の下には置かれなかったと言い得る。一方で、本判決においては人権制限に対して正面からの違憲判断がなされず、裁量逸脱による違法性が結論付けられたという点で、裁量審査という枠組内に人権がとどまっていたとみることができ<sup>(21)</sup>。本判決で違憲性ではなく違法性が問われたのは、先に述べた合憲限定解釈によるものである。そして、本判決が裁量逸脱として本件購読規制の違法性を審査したことは、判例の一般的傾向に沿っている<sup>(22)</sup>。人権は、裁量統制の方式選択や比例性審査に際して裁判官を方向付ける機能を果たしたものの、結局のところは、それらの決定は裁判官に委ねられていたと考えられる<sup>(23)</sup>。けれども、行政裁量が認められる場合であっても、憲法上の権利が行政裁量をその外側から制限し、そのことにより、本件のように裁量逸脱の審査基準としての比例原則<sup>(24)</sup>ではなく、憲法原則としての比例原則が独立して適用され<sup>(25)</sup>、法適用の違憲性が問われる場合もあるべきといえよう<sup>(26)</sup>。憲法による人権保障の本来的な意味が見失われないような適用とはいかなるものであるのか、慎重な検討がなされていく必要がある<sup>(27)</sup>。

二 本件購読規制の違法性判断

1 本件購読規制の違法性

本判決は、原審と同様によど号判決に準拠し、記事内容に基づく閲読制限は適法たり得ることを前提とした上で、本件購読規制の違法性を、先に言及した合憲限定解釈により示された規制の適法性要件(①相当の蓋然性、②手段の必要性・合理

性)が満たされているか否かにより判断した。

(一) 相当の蓋然性

障害発生<sup>(28)</sup>の蓋然性の程度が判断されるに先立って、規律秩序維持に対する具体的な障害発生<sup>(28)</sup>の因果関係が検討されるべきであろう。それは、(a) 本件購読規制を撤廃すると事務負担が増大し、(b) 事務負担増大により管理運営に支障が生じ、(c) 管理運営上の支障によって規律秩序に対する重大な障害が発生する、という各々の因果関係に分節して検討されるのが適当と思われる<sup>(29)</sup>。

原審においては、事務作業についての、裁判所による実態把握と分析・考察が不十分なまま(a)の因果関係が認められ、(b)及び(c)についてはほとんど検討がなされずに、相当の蓋然性があることが認められた<sup>(30)</sup>。

これに対し、本判決は(a)及び(b)について、新聞購読にかかる各事務作業の所要時間・人数、さらには、他の拘置所における購読紙種・部数及びそれにかかる事務負担の実状など、詳細にわたる証拠をもとに検討を行った。その上で(a)の因果関係を認めたが、(b)については、購読を規制することではなく事務体制を工夫することによって管理運営上の支障を回避すべきであるとした。具体的には、紙種制限を撤廃すると紙種数及び購買部数が増加することとなるが、その増加には限度があるとした(地方紙を含めて七、八紙と予想するのが合理的であるとした)。被収容者全員が新聞を購読することは現状の本件購読規制のもとにおいても生じ得ることであり、事務作業量が増加しようとも一人一紙の新聞購読は保障されるべきであるため、(a)により増加し得る範囲内の事務は負担されるべきものであるとされたといえよう。そして、そのような事務負担の増加による業務体勢への影響については工夫による軽減が可能であることから、(b)の因果関係は必然的に成立するものとはされなかったといえる。このことから直ちに、障害発生<sup>(31)</sup>の相当の蓋然性があることは明らかではないと結論付けられたのである。

本判決はこのように障害発生<sup>(31)</sup>の因果関係を認めなかったこととなるが、その判断の結果自体は首肯されよう。また、その判断においては事務負担が規制を直接的に正当化する目的とはならないことが内容に即して示されており、本判決は単に予算の制約のみを理由とする人権制限に一定の歯止めをかけたという点で意義を有すると思われるのである<sup>(32)</sup>。

一方、本判決の判断過程については、要件①で障害の定性的判断が行われる段階で既に、要件②でなされるはずの事務負

担と被侵害利益との衡量が含まれているという点が指摘されよう。障害発生の定性的評価は、事実に即して実証的になされるものであり、比例性の考慮を含まないはずである。このような区別が認識される必要がある<sup>(33)</sup>。

(二) 規制の必要性・合理性

本判決は、本件購読規制は必要かつ合理的とはいえないと判断した<sup>(34)</sup>。その際に、(要件①)にもまたがる形ではあるものの、比例性が審査された点にも本判決の意義があるといえよう。そこにおいて決め手となったのは、被侵害利益である新聞選択・閲読の重大性であった。

新聞選択の自由が憲法二一条内在的に保障されるべきものであること、また、その前提として、公共的事実の報道において紙種により差異があること、事実の報道や論評といった新聞の諸要素は不可分一体のものとして受領されるべきであることについては、執筆者は前稿において既に述べたところである<sup>(35)</sup>。本判決も情報受領者側の自己実現の価値と民主主義的価値の両面において新聞選択の意義を基礎付けているが、本判決はさらに、報道の自由という情報発信者の観点からの基礎付けも行った。その上で本判決は、公共的な事実についてのみ即時撰取の必要性を認めた原審とは異なり、公共的事実の報道以外の新聞構成要素についても逐次的撰取の必要性があることを正面から認めた。これらは、原審や他の裁判例とは異なる画期的な判断であり、高く評価されるべきであろう。

本判決は、このような新聞選択・閲読の自由の重要性から、また、差入れによる新聞取得は定期購読の代替手段にはならないとしたことから、本件購読規制は未決拘禁者に重大な不利益を及ぼすと判断したのである。なお、本判決は紙種選定方法による被侵害利益への影響を検討するには至らなかったが、アンケートによる多数決という紙種選定は、表現の自由を基礎付ける自己実現の価値を損ね、また、表現の自由の民主主義的価値の側面を度外視しているということも看過されてはならないであろう<sup>(37)</sup>。

2 本判決の帰結

本判決の判断から実際に認められ得る、定期購読可能な新聞紙の種類・部数の範囲について考察する。

(一) 前提

購買紙種増加によって増大する日常的な事務作業は、本判決の認定事実を踏まえて概ね以下のように考えられる。(記事

抹消は稀な事態であるため、それにかかる事務は考慮に入れないこととする。

購買紙種数 ( $s$  とする) をパラメータとして作業量に変化する事務は、記事内容審査、新聞紙の購買である (それらの作業総量を  $F_1(s)$  とする)。購買部数 ( $t$  とする) をパラメータとして作業量に変化する事務は、新聞紙の運搬・回収・廃棄である (それらの作業総量を  $F_2(t)$  とする)。購買紙種数 ( $s$ ) と部数 ( $t$ ) の双方をパラメータとして作業量に変化する事務は、新聞紙の仕分け、交付である (それらの作業総量を  $F_3(s, t)$  とする)。従って、定期購読にかかる事務作業の総量は、 $F_1(s) + F_2(t) + F_3(s, t)$  となる (これを  $F_4(s, t)$  と表す)。

さらに、本判決では考慮されなかったものの、差入れにかかる作業量も見逃されてはならない。本件購読規制がなされない場合、新聞の差入れ件数が減る可能性が高いため、全体的な手間は必ずしも増大するとは限らない<sup>(38)</sup>。というのも、販売店から直接購買する場合、大量に購買した新聞紙のうち各紙種一部を抜き取り検査することで足りるが、一方、差入れの場合は書込みや異物混入の検査を要し、また、同じ紙種・日付の新聞でも (例えば、朝刊同士であったとしても) 版により内容が異なり得るため、差入れられた全ての新聞紙一部につき、全頁、全記事の審査を行わなくてはならない。継続的に差入れがなされるならば、本件購読規制を行う方が行わない場合よりも事務負担が大きくなる可能性がある。すなわち、購読し得る紙種数を増やすことにより (現状よりも) 軽減する差入れ業務の作業量の絶対値を  $F_5(s)$  とし、現状での購買部数を  $t$  とし、通常紙の紙種制限を撤廃して (本判決の判断に従い) 約八紙種の購読が可能となった場合の購買部数を  $\tau$  とすると、 $F_4(s, t) + F_5(s) \wedge F_6(\tau)$  となる場合があるといえる。

## (二) 購読可能な通常紙の紙種の検討

本判決は、現状ベースで被収容者全員が一紙ずつ購読することを認めないことは許されないとした。すなわち、 $F_4(s, t)$  までの事務作業量は当然に負担されなくてはならないものであるとされた (本件当時の大阪拘置所には未決拘禁者が約一五〇〇名収容されていた)。

一方、当該地域で現実的に配達を受け得る通常紙全て (約八紙種) を購読可能とした上で、仮に被収容者全員が一紙ずつ購読した場合にかかる作業量  $F_4(s, t)$  については、いかなるコストを負っても負担されるべきものであるのか、又は、事務体制の工夫によって対処し得る範囲内でのみ負担されるべきものであるのか、本判決からは明らかにならない。後者の場

合、いかに事務体制を工夫してもなお所内の規律秩序維持に支障をきたすほど  $F_{(81500)}$  の値が大きいたくときには（すなわち、 $F_{(81500)} \wedge F_{(81500)} - F_{(8)}$  となる場合）であることは当然として、さらに  $F_{(81500)}$  の値が極度に大きくなる場合である）、一定の紙種制限もやむを得ないということになるのである。この点につき、本判決の論理からは明確に判断をなすことはできないが、今後検討されていくべき課題であらう。

但し、現実的な問題として、紙種制限撤廃後の推定作業量の最大値は  $F_{(829)}$  であると考えられる。（現状で、アンケートの上位一、二位の紙種の総購買部数は1330部である。）ことから、 $F_{(238)} + 2 \times 8 = 220$  と推算される。） $F_{(2100)} > F_{(829)}$  であることと推測するのが合理的であろうことから、容易に配達を受け得る通常紙八紙程度については、やはり購読が認められ得ることになるのではないかと思われる。

(三) その他の場合の購読可能性

本件では問われないことであるが、例えば、(i) 被収容者一人につき複数種の新聞購読、(ii) 通常紙以外の新聞購読、(iii) 当該地域で通常は配達を受けられない通常紙（他地域の地方紙等）の購読の可否といった問題も現実的に発生し得るものである。実際に、(ii) につき、「しんぶん赤旗」の購読不許可の適法性が争われた裁判例が存在する<sup>39</sup>。

先述の通り、 $F_{(2100)}$  までの事務作業量については現状でも負担する用意がなされている「はず」であるため、上記 (i) ～ (iii) にかかる作業量を推算することができれば、 $F_{(2100)}$  を基準として現実的な負担可能性を判断することができるともいえる。しかし、(ii) でも言及したが、いかなる質・量の事務が当然に負担されるべきものとされ、いかなる質・量の事務が工夫によって対処され得る範囲内で負担されるべきであるとされるのか、さらには、いかなる質・量の事務負担ならば予算の制約を当然の理由として放棄され得るのかは、本判決の論理からは明らかにされない。本判決に従うと、上記 (i) ～ (iii) については事務体制の工夫が求められることなく制限し得ることになるとも解されるが、そのような理解の前提には様々な問題点があることが指摘されよう。

例えば (i) につき、ある個人が特定一種の新聞を定期購読することと、特定の複数種を定期購読することと、不特定の複数種を購読することに価値序列をつけることは是非という問題点を指摘し得る。表現の自由の趣旨からは、自己実現という点においてはこれらの諸価値に優劣をつけることは適切ではないと考えられ、民主主義の観点からはむしろ複数種の購

読が望ましいともいえるのである。

また、(ii)につき、例えば政治的あるいは宗教的な特色の強い新聞、あるいは特定の業界を対象とする新聞などを定期購読することの価値と、いわゆる通常紙を定期購読することの価値は、秤にかけられ得るものであるといえるのか疑問である。本判決は通常紙を前提としてことから、本判決の論理からは、通常紙以外の定期購読は事務体制を変更してまで認めるべきものとはいえないと結論付けられる可能性もある。しかし、自己実現という表現の自由の基礎付けに鑑みれば、通常紙とその他の新聞とは同等の価値が置かれるべきであろうし、また、民主主義という基礎付けの点では、多紙種の流通が保障されるべきであるといえるのである。さらには、スポーツ紙については二紙種のうち一種を選択して定期的を取得することが可能であり、通常紙とスポーツ紙以外の日刊紙の購読が許可されないことの理由付けは、本判決の論理からは直ちにはなされ得ないことが指摘されよう。

(iii)については、通常配達を受けられない通常紙であっても、例えば郵送などの特殊な配達方法により入手可能な場合に仮にそのためにかかる費用を自己負担としてもなお定期購読を許可しないのであれば、やはり表現の自由の基礎付けという観点からの問題点の指摘は免れないといえよう。<sup>(4)</sup>

このように検討課題がなお多く残されており、それらについての裁判例は今後蓄積されていくことであろう。そこにおいてなされるであろう事務負担についての判断は、実体面にとらえると、裏を返せば、様々な態様の新聞購読に優先順位を付けるも同然のものであると言え得る。そして、そこには、各種言論の価値に序列が存することが前提とされているとも考えられるのである。これらの問題は、表現の自由の基礎付け及びその優越的価値を認める場合の根拠といった根本問題に通底するものであるということが、改めて認識される必要があるであろう。その上で、今後の動向を踏まえつつ引き続き検討を行うことを、執筆者自らの課題としたい。

- (1) 平成一七年法律第五〇号による改正前のもの。以下同じ。
- (2) 平成一八年法務省令第五八号による改正前のもの。以下同じ。
- (3) 昭和一一年矯正甲第一三〇七号法務大臣訓令「収容者に閲読させる図書、新聞紙等取扱規程」。

- (4) 「通常紙」とは、専ら政治、経済、社会、文化などに関する公共的な事項を総合的に報道することを目的とする市販の日刊新聞をいう（本件規程二条二項）。
- (5) 昭和四一年矯正甲第一二三〇号矯正局長依命通達「收容者に閲読させる図書、新聞紙等取扱規程の運用について（依命通達）」。
- (6) 平成一一年大阪拘置所長達示第七三号「被收容者に閲読させる図書、新聞紙等取扱細則」。
- (7) 本判決の認定事実による。
- (8) 実体面での全般的な考察は原審の評釈において既に行ったため（拙稿「未決拘禁者の自費による新聞購読の不許可が違法とされた事例」自治研究八五卷九号（二〇〇九年）一二三―一三六頁、本稿においては、本判決による判断の特徴的な点に焦点を合わせて考察することとする）。
- (9) 本判決においては、国賠法上の違法と過失を分ける二段階審査の方式がとられたということができる。それは、いわゆる在監関係に関する判例でみられる傾向に即したものであるといえよう。（代表的な裁判例として、最判平成三年七月九日民集四五卷六号一〇四九頁。なお、このような傾向を指摘するものとして、阿部和文「受刑者が新聞社等に充てた信書発信を警務所長〔ママ〕が不許可としたことが裁量権の濫用に当たるとして国家賠償請求が認められた事例」一五六頁。）
- (10) 未決拘禁者の人権制限には、それとは性質の異なる人権制限がなされ得る受刑者と同じ枠組を適用し得るとは限らないこと、一方で、未決拘禁者の人権制限と一般人の人権制限との差異は制限目的の差異に過ぎないため必ずしも異なる枠組を適用すべきとは限らないことにつき、拙稿・前掲註(8)一二八―二九頁を参照されたい。
- (11) 監獄法が改正された今、白紙委任という問題点は既に解消している。現行法の問題点及び解釈論については、拙稿・前掲註(8)一三四―一三六頁を参照されたい。
- (12) 最大判昭和五八年六月二二日民集三七卷五号七九三頁（以下、「よじ号判決」という）。
- (13) 巨理格「行政裁量の法的統制」芝池義一ほか編『行政法の争点』第三版（有斐閣、二〇〇四年）一一六頁は、このような考え方が支配的であると述べる。
- (14) 阿部泰隆『行政裁量と行政救済』（二重堂、一九八七年）一〇頁、宮田三郎『行政裁量とその統制密度』（信山社、



- 一九九四年) 三三六頁。
- (15) 宮田三郎「行政裁量」公法研究五五号(一九九三年) 一四五頁、宮田・前掲註(14) 三三六頁。
- (16) 巨理・前掲註(13) 一一六頁、巨理格「公益と行政裁量」(弘文堂、二〇〇二年) 二七頁。行政裁量の存否や幅の決定には、法令の文言だけでなく、多様な視座の総合的考慮が要される(高橋滋「行政裁量論に関する若干の考察」小早川光郎・高橋滋編『行政法と法の支配』(有斐閣、一九九九年) 三三三―三三四頁を参照)。
- (17) 櫻井敬子・橋本博之『行政法』(第二版)(弘文堂、二〇〇九年) 一一八頁。
- (18) 未決拘禁者の新聞・書籍等の閲読制限につき、長の判断の合理性を審査する方式がとられた例として、他に、よど号判決以降では、東京地判平成四年二月四日判時一四三六号四五頁、東京地判昭和五九年二月三日行集三五卷一二号二〇〇七頁等が挙げられる。
- (19) 被侵害利益が公益である場合ではあるものの、日光太郎杉事件第一審判決(宇都宮地判昭和四四年四月九日行集二〇卷四号三七三頁)を例として、「高度の専門技術的判断や政策的判断を含む行政作用に関しては、判断対置型審査が果たし得る機能の実効性には限界がある」と、「損失の重大性を前に……結論に合理的説得力を確保できるケースでは、判断対置型審査も正当性を失うものではないと言ふべき」と、巨理・前掲註(13) 一一九頁は論じる。
- (20) 「高度の人権的価値」あるいは「優越的法益」への侵害をもたらす行政活動に対しては、比較的密度の濃い審査が行われてきたとされる(曾和俊文ほか『現代行政法入門』(有斐閣、二〇〇七年) 一四九―一五〇頁(巨理)、巨理・前掲註(13) 一一八―一一九頁)。但し、人権が審査密度を深化させたとは明示されてきていないという指摘がなされている(六戸常寿「裁量論と人権論」公法研究七二号(二〇〇九年) 一〇五―一〇六頁)。本判決が審査密度を高めた理由は示されていないものの、被侵害利益が憲法上の精神的自由であったからであると考えられよう。
- (21) 裁量の「中」の人権、「外」の人権につき、山本隆司「日本における裁量論の変容」判時一九三三三三(二〇〇六年) 一三頁、六戸・前掲註(20) 一〇六―一〇九頁を参照。
- (22) このような傾向を指摘するものとして、六戸・前掲註(20) 一〇〇頁、藤井樹也「違憲性と違法性」公法研究七二号(二〇〇九年) 一一二―一一三頁。例として、エホバの証人剣道実技拒否事件(最判平成八年三月八日民集五〇卷三三号四六九頁)が挙げられている。

- (23) 人権が裁量統制の内にあることにより、裁量統制に際しての裁判官の判断の自由度が高まるということにつき、穴戸・前掲註(20)一〇七—一〇八頁、阿部泰隆『行政の法システム(下)』【新版】(有斐閣、一九九七年)六六二頁を参照。
- (24) 宮田三郎「行政上の比例原則」法学教室七号(一九七五年)一五二—一五三頁を参照。
- (25) 裁量統制の基準としての比例原則と裁量を否定する比例原則につき、塩野宏『行政法Ⅰ』【第四版】(有斐閣、二〇〇五年)一二二頁、高木光「比例原則の実定化——『警察法』と憲法の関係についての覚書——」樋口陽一、高橋和之編『現代立憲主義の展開 下』(有斐閣、一九九三年)二二二頁を参照。
- (26) 人権にそのような規範としての機能をも認めるべきことを論じたものとして、山本・前掲註(21)二三頁、穴戸・前掲註(20)一〇六—一〇九頁を参照。後者の方が、そのような機能の追求をより積極的に捉えていると思われる。なお、阿部・前掲註(14)二二〇—二二二頁は、比例原則を独立して適用する際に過度に厳格に適用すべきでない場合があり、また、適用場面も限定されることを示す。
- (27) 記事内容審査による閲読制限の合憲性については疑問を呈する余地があり得るといえようが、本稿においてはこの点について取り扱わないこととする。
- (28) 拙稿・前掲註(8)一三〇頁。
- (29) 拙稿・前掲註(8)一三二頁。
- (30) 原審の判断における問題点につき、拙稿・前掲註(8)一三二—一三三頁を参照されたい。
- (31) 但し、そもそも管理運営上いかなる支障がいかにして発生するかが具体的に主張・立証されなかったため、規律秩序維持に対する障害の定性的評価も不可能であり、それ故、蓋然性の程度を判断するという段階にまでは到達し得えないといえよう(拙稿・前掲註(8)一三〇—一三二頁を参照されたい)。
- (32) 施設の管理運営は規制を直接的に正当化する目的ではないと解されるべきことにつき、拙稿・前掲註(8)一三五—一三六頁を参照されたい。
- (33) 相当の蓋然性判断に比例性の審査が含まれた例として、高松地判昭和四七年三月三〇日訟月一八卷八号二二六七頁、高松高判昭和四八年三月三一日(確定)訟月一九卷六号八六頁がある。これらはよど号判決以前のものであり、規制の

必要性・合理性という要件②を打ち立てずに、「相当の」蓋然性のみを要件とした。その判断に比例性の考慮が含まれていたのである。(但し、本判決とは異なり、障害の定性的判断ではなく発生確率の評価において比例性が考慮された。)その際、「相当の」という語は、(i)(確率が)単に高いこと、を意味するものでなく、(ii)当該規制の適法性を認めるに相応しい程度(の「高さ」)であるという相対的な概念として捉えられていたと思われる。

一方、よご号判決は、要件①と②とを区分しており、要件①としては、障害発生の定性的評価とその発生確率(相当の蓋然性)の評価、という事実の評価のみを行った。ここでは、「相当の」は(i)を意味することとなろう。(もっとも、ある確率が高い(i)という際にも、何らかの基準に照らして「高い」と評価していることとなるため、絶対的な概念たり得ない。但し、少なくともよご号判決は、その「何らかの基準」を、(ii)の意味では捉えていないと解されるのである。)本判決が自らよご号判決に準拠したのであれば、要件①に比例性審査を含めるべきではなかったであろう。

(34) 厳密には、障害発生の相当の蓋然性がないのであれば、要件①で本件購読規制の適法性が否定され、要件②の審査は不要であろうし、むしろ、障害発生を防止するという具体的な規制目的がそもそも存在しないのであるから、そのための手段について論じること自体が不可能であると考えられる。但し、本判決は要件①で比例性を考慮しており、もしも考慮していなければ相当の蓋然性を認めていたという可能性も否定し切れず、そのため、要件②をあえて審査したということが推測され得る。

なお、要件①及び②を打ち立てた上で、相当の蓋然性がない故に要件②の審査を行わずに違法と結論付けた例として、東京地判平成四年二月四日・前掲註(18)、東京地判昭和五九年二月三日・前掲註(18)がある。

(35) 拙稿・前掲註(8)一二七―一二八頁。  
(36) 例えば、東京地判平成二〇年三月一〇日判例集未登載、大阪高判平成二六年二月一七日(確定)判例集未登載。

(37) 拙稿・前掲註(8)一三三―一三四頁。  
(38) 拙稿・前掲註(8)一三三―一三三頁。

(39) 東京地判平成二〇年三月一〇日・前掲註(36)。この判決は、実体判断の面では本件原審に近い論理構成をとり、購読不許可を適法と判断した。

(40) 本件当時、スポーツ紙二種についてのみ販売店を通じた差入れが定期的に認められていた。現在ではスポーツ紙についても、通常紙と同様に、二紙種のみ拘置所が一括して販売店から購入する方法がとられている。

(41) 販売店を介した定期的な差入れという方法が現実的な手段として考えられるが、現在、いかなる新聞紙についても販売店経由の差入れという方法は認められていない。

〔付記〕

本判決を受けて、二〇〇九年六月より、大阪拘置所内で紙種数変更の検討が開始された。同年十一月、有識者で構成される「大阪拘置所視察委員会」は、全国紙五紙の購読を認めるべき旨の意見書を提出し、それに対し、大阪拘置所は、同月三〇日、三紙に増やす方針であるとの回答をした。(二〇〇九年二月二五日大阪拘置所調査官への聞き取り調査による。)