

# 刑事施設被収容者の喫煙

永 田 憲 史

- 一. はじめに
- 二. ニュージーランドにおける取組み
- 三. 未決拘禁者に関する我が国の最高裁判決
- 四. 刑事施設被収容者の喫煙の可否

## 一. はじめに

刑事施設被収容者の喫煙の可否について、監獄法（明治四一年法律二八号）は何ら規定していなかったが、監獄法施行規則（明治四一年司法省令一八号）が、「在監者ニハ酒類又ハ煙草ヲ用ウルコトヲ許サス」（同規則九六条）として、喫煙を禁止していた。これに対し、平成一七年（二〇〇五年）に成立<sup>①</sup>し、平成一八年（二〇〇六年）から施行された、刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律（平成一七年法律五〇号）<sup>②</sup>は、喫煙を明文で禁止していない<sup>③</sup>。すなわち、「受刑者には、前項に定めるもののほか、法務省令で定めるところにより、必要に応じ、……嗜好品（酒類を

除く。次条において同じ。」を支給することができる」(同法一七条二項)としている。また、「刑事施設の長は、受刑者が、次に掲げる物品(次条第一項各号に掲げる物品を除く。)について、自弁のものを使用し、又は摂取したい旨の申出をした場合において、その者の処遇上適当と認めるときは、法務省令で定めるところにより、これを許すことができる」(同法一八条柱書)とし、「嗜好品」(同法一八条四号)が掲げられている。そして、「第十七条……の規定により……支給する物品は、受刑者の健康を保持するに足り、かつ、国民生活の実情等を勘案し、受刑者として地位に照らして、適正と認められるものでなければならない」(同法二〇条)としている。刑事施設被収容者の喫煙の容認は、昭和二十一年(一九四六年)の財団法人刑務協会の「監獄法改正に関する建議要綱」にその源流を見ることができ、<sup>(4)</sup>廃案となった刑事施設法案一二条三項においても意図されていた。<sup>(5)</sup>

我が国においては、近時、健康増進法(平成一四年法律一〇三号)が制定され、喫煙による健康被害への取り組みが法律においても推進されることとなった。すなわち、「国民の健康の増進の総合的な推進に関し基本的な事項を定めるとともに、国民の栄養の改善その他の国民の健康の増進を図るための措置を講じ、もって国民保健の向上を図ることを目的」とし(同法一条)、たばこに関して、「学校、体育館、病院、劇場、観覧場、集会場、展示場、百貨店、事務所、官公庁施設、飲食店その他の多数の者が利用する施設を管理する者は、これらを利用する者について、受動喫煙(室内又はこれに準ずる環境において、他人のたばこの煙を吸わされることをいう。)を防止するために必要な措置を講ずるよう努めなければならない」として(同法二五条)、受動喫煙防止の努力義務が定められた。また、かねてからヨーロッパを中心に進められてきた国際的な取組みは、たばこの規制に関する世界保健機関枠組条約(たばこ規制枠組条約)(平成一六年条約一七号)として結実し、我が国もこれを承認している。<sup>(6)</sup>

刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律については、被収容者の人権保障の向上などの点で一定の評価がなされる一方、今後の課題についても言及され始めている。<sup>(7)</sup> また、実務においても、受刑者に対する処遇の改善が模索されている。<sup>(8)</sup> こうした中で、法律全体の理念だけでなく、個別の問題についての検討も要請されていると言ってよい。そこで、刑事施設被収容者の喫煙の可否について、たばこ対策先進国であるニュージーランドにおける取組みや未決拘禁者の喫煙の可否についての我が国の最高裁判決を紹介した上で、近時のたばこを取り巻く状況の変化を念頭に置きながら、検討することとしたい。

- (1) 成立の経緯について詳しいものとして、例えば、北村篤「監獄法改正——刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律の成立——」法律のひろば五八巻八号(二〇〇五)四頁以下、同「刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律の成立」ジュリスジャーナル一号(二〇〇五)六頁以下、同「監獄法改正——刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律の成立——」刑事法ジャーナル一号(二〇〇五)九八頁以下、神洋明「受刑者処遇法と日弁連」自由と正義五六巻九号(二〇〇五)一一頁以下。
- (2) 概要について詳しいものとして、例えば、名取俊也ほか「刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律の概要」法律のひろば五八巻八号(二〇〇五)九頁以下、同「刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律の概要」ジュリスト一二九八号(二〇〇五)一一頁以下、同「刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律の概要」刑事法ジャーナル一号(二〇〇五)一〇二頁以下、林眞琴「刑事施設受刑者処遇法の解説」自由と正義五六巻九号(二〇〇五)三三頁以下、富山聡「新法の概要等について」刑政一一六巻八号(二〇〇五)三八頁以下。
- (3) もっとも、現在のところ、被収容者の喫煙をすぐさま認めることは考えられていないようである。富山聡「物品の貸与等及び自弁並びに金品の取扱いについて」刑政一一六巻一〇号(二〇〇五)一三三頁以下、一三三—一三四頁参照。
- (4) 中山研一「監獄法改正の経過と問題点」ジュリスト四九七号(一九七二)二二頁以下、二二頁参照。
- (5) 鴨下守孝『改訂・増補 新行刑法要論』(東京法令出版、二〇〇二)二九三頁、菊田幸一『受刑者の法的地位』(三省堂、二〇〇一)一四九頁。
- (6) 一連の経緯については、拙稿「少年院における禁煙指導」関大法学論集五六巻一号(二〇〇六)一五二頁以下、一五五—

一五七頁参照。

(7) 例えば、藤本哲也「我が国の矯正処遇の現状と今後の課題」法律のひろば五八巻八号(二〇〇五)三九頁以下、川出敏裕「監獄法改正の意義と今後の課題」ジュリスト一二九八号(二〇〇五)二五頁以下、土井政和「受刑者処遇法にみる行刑改革の到達点と課題」自由と正義五六巻九号(二〇〇五)一二二頁以下。

(8) 例えば、名執雅子「刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律における改善指導等の充実について」法律のひろば五八巻八号(二〇〇五)二四頁以下。

## 二. ニュージーランドにおける取組み

ニュージーランドにおいては、一九九〇年煙害解放環境法(Smoke-free Environments Act 1990)<sup>(9)</sup>により、(a) 職場や一定の閉鎖的な公共スペースで喫煙しない又は喫煙したくない者の健康への他者の喫煙による有害な影響を防止し、(b) 他者が喫煙する様子を学校などに通う青少年(young)が見ることによる影響を防止し、(c) 学校などに通う青少年の健康への他者の喫煙による有害な影響を防止するために、公共の場所での喫煙が原則として禁止されている<sup>(10)</sup>。それゆえ、例えば、雇用者は、法律上の要件を満たす専用の喫煙室以外の職場内で何人も喫煙しないようにするなどのあらゆる合理的で実用的な方策をとらなければならない<sup>(12)</sup>。

このような規制に違反していると信じるに足る合理的な理由がある場合、何人も雇用者又は保健省(Ministry of Health)長官(Director-General)に不服申立てができる<sup>(13)</sup>。雇用者は、不服申立ての受領後二〇営業日以内に不服申立ての指摘する事項を調査し、違反が生じていると分かれば、これを解決しなければならない<sup>(14)</sup>。すなわち、雇用者が違反をしている場合、不服申立ての原因を取り除くか、再発防止措置をとらなければならない<sup>(15)</sup>。また、被用者が違反

をしている場合、雇用者は再発防止の確約を被用者からとらなければならない<sup>(16)</sup>。一方、保健省長官に不服申立てがなされた場合、保健省長官は、執行官<sup>(17)</sup> (enforcement officer) に調査及び事件の解決を命じなければならない<sup>(18)</sup>。執行官は、立入り調査をすることができ<sup>(19)</sup>、カメラ又はビデオカメラで撮影を行ったり、空気のサンプルを採取したりすることができ<sup>(20)</sup>。事件の解決がなされないときには、一九五七年略式手続法<sup>(21)</sup> (Summary Proceedings Act 1957) に従い、雇用者を処罰すべく手続を進めることができる<sup>(22)</sup>。この場合、雇用者が法人 (body corporate) である場合、四、〇〇〇ニュージーランドドル (NZD) (約三三万円。一NZD八〇円で換算。以下同じ) 以下の罰金刑に処せられ、雇用者が法人でない場合、四〇〇NZD (約三三、〇〇〇円) 以下の罰金刑に処せられる<sup>(23)</sup>。以上のような規制は、刑務所にも及ぶ。

こうした一九九〇年煙害解放環境法の規制は、刑務所 (prison) の居室 (cell) にも及んでいる。刑務所長 (superintendent of a prison) は、職員と受刑者の健康を守るために、刑務所の居室での喫煙に関するポリシーを書面で作成しなければならない<sup>(24)</sup>。かかるポリシーは、① 合理的で実用的である限りで、刑務所内で喫煙しない又は喫煙したくない職員又は受刑者が刑務所の居室内での喫煙から生じる煙から守られなければならない、② 他の理由で合理的で実用的でないと言えなければ、収容されている居室内で喫煙したくない受刑者を居室内で喫煙したいと考えている受刑者と同じ居室に収容してはならないという原則に基づいて作成されなければならない<sup>(25)</sup>。さらに、不服申立ての手続についても当該ポリシーで触れなければならない<sup>(26)</sup>。そして、刑務所長は、当該ポリシーに適合するように、あらゆる合理的で実用的な方策をとらなければならない<sup>(27)</sup>。不服申立てによる執行官の立入り調査は、刑務所であっても免れることはできない。

以上のように、ニュージーランドでは、受刑者の喫煙が認められてはいるものの、刑務所の職員も、受刑者も、受動喫煙により健康被害を生じることのないよう法律で規制されている。また、刑務所であっても、保健省の執行官による立入り調査を受けることがある。

- (9) 1990 No 108.
- (10) s. 4 Smoke-free Environments Act 1990.
- (11) s. 5-13B Smoke-free Environments Act 1990.
- (12) s. 5, 6 Smoke-free Environments Act 1990.
- (13) s. 15 (1), 16 (1) Smoke-free Environments Act 1990.
- (14) s. 15 (2) Smoke-free Environments Act 1990.
- (15) s. 15 (3) Smoke-free Environments Act 1990.
- (16) s. 15 (4) Smoke-free Environments Act 1990.
- (17) s. 14 Smoke-free Environments Act 1990.
- (18) s. 16 (2)-(5) Smoke-free Environments Act 1990.
- (19) s. 41A (2) Smoke-free Environments Act 1990.
- (20) s. 41A (3) (a), (c), (d) Smoke-free Environments Act 1990.
- (21) 1957 No 87.
- (22) s. 16 (6) Smoke-free Environments Act 1990.
- (23) s. 17 (1), 17A (2) Smoke-free Environments Act 1990.
- (24) s. 6A (1) Smoke-free Environments Act 1990.
- (25) s. 6A (2) (a) Smoke-free Environments Act 1990.
- (26) s. 6A (2) (b) Smoke-free Environments Act 1990.
- (27) s. 6A (3) Smoke-free Environments Act 1990.

### 三．未決拘禁者に関する我が国の最高裁判決

最高裁は、昭和四五年（一九七〇年）、監獄法施行規則九六条の合憲性について判断した。<sup>(28)</sup> 本判決は、未決拘禁者の喫煙の可否が問題となったものであった。すなわち、監獄法においては、刑事被告人を拘禁する拘留監が「監獄」に含まれるとされており（監獄法一条一項四号）、「在監者ニハ酒類又ハ煙草ヲ用ウルコトヲ許サス」とする監獄法施行規則九六条が未決拘禁者にも適用されていたためである。受刑者の喫煙の可否に関する判例が見当たらないため、この判決を見ることとしたい。

まず、最高裁は、「未決勾留は、刑事訴訟法に基づき、逃走または罪証隠滅の防止を目的として、被疑者または被告人の居住を監獄内に限定するものであるところ、監獄内においては、多数の被拘禁者を収容し、これを集団として管理するにあたり、その秩序を維持し、正常な状態を保持するよう配慮する必要がある。このためには、被拘禁者の身体を自由を拘束するだけでなく、右の目的に照らし、必要な限度において、被拘禁者のその他の自由に対し、合理的制限を加えることもやむをえないところである」とした上で、「右の制限が必要かつ合理的なものであるかどうかは、制限の必要性の程度と制限される基本的人権の内容、これに加えられる具体的制限の態様との較量のうえに立つて決せられるべきものというべきである」と述べた。そして、「監獄の現在の施設および管理態勢のもとにおいては、喫煙に伴う火気の使用に起因する火災発生のおそれが少なくなく、また、喫煙の自由を認めることにより通謀のおそれがあり、監獄内の秩序の維持にも支障をきたすものであるというのである。右事実によれば、喫煙を許すことにより、罪証隠滅のおそれがあり、また、火災発生の場合には被拘禁者の逃走が予想され、かくては、直接拘禁の本質的

目的を達することができないことは明らかである。のみならず、被拘禁者の集団内における火災が人道上重大な結果を発生せしめることはいうまでもない。他面、煙草は生活必需品とまでは断じがたく、ある程度普及率の高い嗜好品にすぎず、喫煙の禁止は、煙草の愛好者に対しては相当の精神的苦痛を感じしめるとしても、それが人体に直接障害を与えるものではないのであり、かかる観点よりすれば、喫煙の自由は、憲法一三条の保障する基本的人権の一に含まれるとしても、あらゆる時、所において保障されなければならないものではない。したがって、このような拘禁の目的と制限される基本的人権の内容、制限の必要性などの関係を総合考察すると、前記の喫煙禁止という程度の自由の制限は、必要かつ合理的なものであると解するのが相当であり、監獄法施行規則九六条中未決勾留により拘禁された者に対し喫煙を禁止する規定が憲法一三条に違反するものといえないことは明らかである」と判示して、上告を棄却し、監獄法施行規則九六条が合憲であるとしたのである。

本判決は、第一審判決及び<sup>(29)</sup>それを支持した控訴審判決が<sup>(30)</sup>明確に採用した営造物利用の特別権力関係理論については、何も触れていない。また、未決勾留中の者の人権の制限については、制限の必要性の程度と制限される基本的人権の内容、これに加えられる具体的制限の態様との比較衡量の上、必要かつ合理的であれば、憲法に反しないとしている。もつとも、ここで問題となっている喫煙の自由が憲法一三条で保障されるかどうかについては、明らかにせず、<sup>(31)</sup>未決拘禁者の喫煙の禁止は必要かつ合理的な制限であるとしている。そこで、節を変えて、特別権力関係の問題、喫煙の自由の憲法上の位置付け、喫煙の制限の可否について、順に検討することとしたい。

(28) 最大判昭四五年九月一六日民集二四卷一〇号一四一〇頁。なお、宇野栄一郎「本件判解」曹時二三卷一号(一九七二)一九二頁以下がある。



(29) 高知地判昭四〇年三月三十一日民集二四卷一〇号一四二二頁参照。

(30) 高松高判昭四〇年九月二五日民集二四卷一〇号一四二三頁参照。

(31) 若狭勝「本件判批」研修五七五号（一九九六）七頁以下、八頁は、本判決が喫煙の自由が憲法一三条の保障する基本的人權に含まれることを認めたとするが、本判決からそのように読み取することは困難である。

#### 四、刑事施設被収容者の喫煙の可否

第一に、特別権力関係についてはどうか。<sup>(32)</sup> 伝統的な特別権力関係理論によれば、法治主義の原則が排除され、法律の根拠なくして特別権力関係に服する者の人權が制約され、原則として司法審査が及ばないとされていた。しかし、このような考え方は、日本国憲法の下では受け入れられないものである。そのため、学説上、特別権力関係においても基本的人權の保障が原則として及び、その制限のためには、権力関係設定の目的を達成するため必要かつ合理的なものでなければならず、司法審査の対象となるとして、大幅な修正を図る見解が多い。また、端的に特別権力関係を完全に否定する見解も少なくない。特別権力関係理論の大幅な修正を図る見解も、完全に否定する見解も、程度の差があるものの、人權の保障を肯定し、目的と手段によっては人權の制約を認め、司法審査の対象とする基本的な枠組は共通している。本件判決も特別権力関係という語を用いることは避けつつ、このような基本的な枠組に依拠している。それゆえ、個別の問題において、人權の内容や制約の目的と手段を検討する方が議論の実益に適うと言えよう。そこで、第二に、ここで制約の対象となる喫煙の自由が憲法上どのように位置付けられているかを見ることとした<sup>(33)</sup>。喫煙の自由については、憲法上、明文がないため、憲法一三条で保障されるか問題となる。すなわち、憲法一三

条が明文なき権利・自由をどこまで保障するかについては、争いがある。まず、人格的利益説は、人権のインフレーションを防止する観点などから、憲法一三条による保障の範囲を中核的な権利・自由に限定し、髪型などの周辺的事項に関する自己決定権は憲法一三条により保障されないとする。これに対して、一般的自由説は、憲法一三条による保障を広く認める。一般に、人格的利益説は、喫煙の自由を憲法一三条が保障する憲法上の権利とは認めないのに対し、一般的自由説は、喫煙の自由を憲法一三条が保障する憲法上の権利とする。本判決は、「喫煙の自由は、憲法一三条の保障する基本的人権の一に含まれるとしても、あらゆる時、所において保障されなければならないものではない」と述べ、絶対的・普遍的な保障がなされないことを明らかにするにとどまり、旗色を鮮明にしていない。刑事施設被收容者の権利・自由がたやすく侵害されやすいことを考えれば、憲法上の権利・自由を厳格にとらえることが得策であるとは思われない。そこで、一般的自由説を採り、権利・自由の内容、目的、手段、個別の状況を斟酌して権利・自由の制約が妥当かを判断すべきである。このように考えれば、喫煙の自由が憲法上の権利・自由として一応保障されることとなりそうである。

確かに、本件が争われた昭和四〇年（一九六五年）から昭和四五年（一九七〇年）には、成人男性の喫煙者率が八〇%前後に達していた。<sup>(34)</sup> また、たばこ健康被害の科学的な因果関係についても、争われていた。このような状況は、それから二〇年ほど経っても大きく変化していなかった。非喫煙者の市民グループが提訴して話題となった、昭和六二年（一九八七年）のいわゆる嫌煙権訴訟判決においても同様であった。<sup>(35)</sup> すなわち、東京地裁は、「たばこの煙に曝露されることによって……特定の疾病に患る可能性が増大する等能動喫煙の影響に類する作用が非喫煙者に及ぶ危険があることを全く否定することはできないとしても、煙の濃度やこれに曝露される頻度等との関連において、どのよ

うな受動喫煙がその危険を伴うのかについての的確な判断を可能にするだけの証拠資料は存在しないから……一過性の害に止まらない障害を蒙るおそれがあるものと断定することはできない」とされ、「非喫煙者である乗客が……たばこの煙に曝露されて刺激又は不快感を受けることがあっても、その害は、受忍限度の範囲を超えるものではないというべきである」と判示していたのである。言ってみれば、「たばこの煙ぐらいで」という感覚が一般的であったのである。

しかし、たばこを取り巻く状況は大きく変化した。健康増進法が制定され、公共の場所での受動喫煙を防止する努力義務が定められた。また、たばこの規制に関する世界保健機関枠組条約は、「たばこの消費及びたばこの煙にさらされることが死亡、疾病及び障害を引き起こすことが科学的証拠により明白に証明されていること並びにたばこ製品の煙にさらされること及びたばこ製品を他の方法により使用することとたばこに関連する発病との間に時間的な隔た<sup>(36)</sup>りがあること」を明確にし（同条約前文）、たばこの害を過小評価しようという企てからなされる不毛な議論を否定し、能動喫煙や受動喫煙により、重大な健康被害が生じることを訴えている<sup>(36)</sup>。そして、このような流れの中で、近時、成人男性の喫煙者率も、五〇%を下回ることとなった。このように、たばこが健康に害を及ぼす物として科学的に立証され、社会的にも認識された以上、喫煙が禁じられることによる喫煙者の精神的苦痛を問題視し、喫煙の自由<sup>(37)</sup>に憲法上の保障を厚く及ぼしていこうとする言説は採りえない。今日に至っては、喫煙の自由を憲法上の権利・自由とすることは、一般的自由説からも無理があると考えるべきである。もともと、このように考えても、喫煙の制限が妥当かどうかは問題となる。

そこで、第三に、被收容者に対する喫煙の制限は許されるであろうか。制限の目的と手段が問題となる。本判決は、

① 火災発生を防止することにより、生命・身体を保護するとともに、逃走を防止するため、② 通謀を阻止することにより、罪証隠滅を防止するため、③ 所内の秩序を維持するためといった制限の目的を挙げている。また、一部の学説においては、これらに加えて、④ たばこに害があり、被収容者自身の健康被害を避けるため、⑤ 非喫煙者が喫煙者の出す煙にさらされること（受動喫煙）を防止するため、所内の空氣の清浄を保つため、⑥ 自弁が困難な者も多く、もし官給するとなれば、財政上の負担が大きいことから、財政負担を増大させないためなどの目的が指摘されてきた。

これに対し、学説の多くは、これらの目的がそれ自体不当であるとしたり、これらの目的が正当であるとしても、一律に禁止するという手段が不適切であるとしたりしてきた。また、逆に、喫煙を認める実益があることも主張してきた。以下、順にその当否について検討することとしたい。

まず、① 火災発生防止という目的はどうか。確かに、本件判決で問題となった高知刑務所は、当時、木造建築であり、火災発生<sup>(41)</sup>の危険性が懸念される状況にあった。しかし、これに対しては、喫煙場所の制限などで達成することができるとする意見が強く主張されている<sup>(42)</sup>。木造建築の刑事施設が姿を消していく中で、この意見の説得力は増してきたと言えよう<sup>(43)</sup>。もっとも、現在でも、通常の刑事施設においては、火災発生時の避難口がないため、建築関連法規の規制により、建物内での火氣の使用が認められず、被収容者が起臥する居室や刑務作業を行なう工場での喫煙は許されない<sup>(44)</sup>。それゆえ、火災発生防止だけを考えるならば、例えば、屋外での喫煙を認めたり、建築関連法規の要請を満たした建物に空氣清浄機を備えた喫煙室を新築してその内部で喫煙することを認めたりすることが考えられる。

次に、② 通謀の阻止という目的はどうか。これに対しては、喫煙中の会話を禁止したり、監視を強めたりするなどの方法により達成することができると主張されている。<sup>(45)</sup>特に問題となるのは、共犯者が存在する場合であるが、共犯者とは別個の時間帯に喫煙させることも考えられよう。また、警察留置場には監獄法施行規則九六条の適用がなかったため、<sup>(46)</sup>喫煙が可能となっていたのであり、通謀の阻止を理由に喫煙を一律に禁止することは妥当でない。

③ 所内秩序の維持という目的はどうか。喫煙を許可すれば、たばこ、マッチ、ライターなどの窃取、喝取、賭博、交換、さらにマッチやライターなどの悪用といった規律違反が多数発生することが考えられる。<sup>(47)</sup>所持金がなく、自弁できない者と自弁できる者との間でこのような違反行為が行なわれることが懸念されている。これに対しては、(a) 喫煙を認めることによって、従来皆無とは言えなかった喫煙をはじめとするたばこに関する規律違反がむしろ減少すると主張されている。<sup>(48)</sup>しかし、この論理は、違反の存在する状態を追認しようとするものであり、是認できない。また、(b) 被収容者に対する賞遇として所内秩序の維持に活用しようとする見解もある。<sup>(49)</sup>しかし、本来、権利として認められるものであれば、そのような恩典としてではなく、全ての被収容者に平等に認められるべきであろう。むしろ、所内秩序の維持だけを考えるならば、(c) 職員がたばこなどの管理を行ない、喫煙室で個々に時間を定めて職員の下で喫煙をさせれば、問題のほとんどは除去しようとの主張が説得的である。<sup>(50)</sup>①で検討した屋外での喫煙は、このような観点から見ると、監視等が行ない難く、妥当でないと考えられる。

このように、本判決の判示する三つの目的からは、喫煙を一律に禁止するという手段が必要かつ合理的であるとは言えない。そのため、諸外国の立法例を参考に、<sup>(51)</sup>場所や時間を限定して喫煙を認めるべきであるとする見解が多い。<sup>(52)</sup>それでは、④ 能動喫煙による被収容者の健康被害を防止する目的はどうか。これに対しては、被収容者の自己決

定の問題であり、過剰なパターンリズムの典型であるとの主張がある<sup>(53)</sup>。確かに、従来、「吸いたい者が吸うのは勝手」との認識が一般的であった。しかし、被收容者、特に受刑者が不規則な生活や貧しい栄養状態のために、健康を害していることが多いことを考えると、たばこにより被收容者の健康を累積的に蝕むことを自己決定の範疇に属すると言いつけることには疑問が残る<sup>(54)</sup>。そもそも、一方で、被收容者の健康を守るため、医療の充実を訴えつつ、他方で、被收容者の健康を害する喫煙を容認することは<sup>(55)</sup>、矛盾しているのではないだろうか。

続いて、⑤ 受動喫煙の防止という目的はどうか。かつては、この目的について、「まず問題にならない」などとされてきたが<sup>(56)</sup>、先に述べたように、今日、この目的は極めて重要な地位を占めるに至っている。第二節で見たように、ニュージーランドにおいては、被收容者の受動喫煙の問題だけでなく、職員の受動喫煙の問題も意識されている。我が国においても、被收容者と職員双方の受動喫煙が回避されなければならない<sup>(57)</sup>。このような観点からは、③で検討した喫煙室での職員の立会いは大きな問題を惹起する。立会い業務を行なう職員に受動喫煙の害が及ぶからである。従って、職員が煙にさらされることのないよう、喫煙室をガラス張りにしてガラス越しに監視を行なうことができるようにすることが求められる。

最後に、⑥ 財政負担増大の回避という目的はどうか。まず、受刑者について考えることとしたい。これに対しては、官給の場合、受刑者用の安価な製品を使用するという手段があるとの主張がある<sup>(58)</sup>。しかし、そもそも、刑事司法運営に要する費用は決して小さな額ではない<sup>(59)</sup>。その費用を費用支払命令により受刑者から徴収するとしても、全額を支払わせることは、受刑者の経済状態を考えれば、多くの場合、不可能であると思われる<sup>(60)</sup>。そのような状況の中で、喫煙のために、さらに財政支出を増大させることは妥当であるとは思われない。しかも、①、③、⑤で検討したよう

に、空気清浄機を備えたガラス張りの喫煙室を新たに設けることになれば、かなりの費用を要する。加えて、たばこによる健康被害に対して、医療費などがかかり、この点でも財政を圧迫することになる。そもそも、財政支出を行なうとしても、たばこは受刑者の日々の生活の基礎となるものではないから、優先順位が低いと言わざるを得ない。むしろ、たばこよりも、医療、保健衛生、糧食、衣類などの充実が優先されるべきである。このような優先劣後は、本判決の当時<sup>(61)</sup>も、現在も変わっていないと言える。従って、受刑者については、財政負担の増大を回避するため、喫煙を認めるべきではない。未決拘禁者についても、たばこの害を考えれば、ガラス張りの喫煙室を設けるまでの必要性はないと思われる。

このように、刑事施設内での喫煙は、未決拘禁者であっても、受刑者であっても、認められるべきではない。

それでは、受刑者の刑事施設外での喫煙はどうか。例えば、外部通勤作業（刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律七五条）を行なう受刑者の場合は、喫煙を認めても構わないとする見解がある。<sup>(62)</sup>しかし、受刑者については、健康を守り、改善・更生・社会復帰を図る観点から、<sup>(63)</sup>刑事施設外であっても、喫煙を認めるべきではないと考える。なぜなら、第一に、自己及び他者の健康被害を防止することができる。第二に、受刑者が喫煙をやめ、自らの身体を大切にすることで、自尊心を回復することができ、改善・更生・社会復帰に役立ちうる。第三に、喫煙という身近な問題をロール・プレイ（role play）やSST（社会的スキルトレーニング Social Skills Training）などの処遇技法の素材とすることで、意思決定、目標設定、ストレス・マネジメント、怒りのコントロール、コミュニケーション・スキルなどの日常生活で生じる問題をよりよく解決するために必要な、ライフ・スキル（life skill）や社会的スキルを向上させ、社会内での問題解決方法を習得させやすくなる。第四に、受刑者が喫煙の他害性を理解することで、他者を

思いやり、大切にすることが期待できる。このことは、自らの身体を大切にすることにより、自尊心を回復することとあいまって、いっそうの効果を挙げることが期待できる。他害行為を行なった受刑者が改善・更生・社会復帰を果たすためには、自己の行為から惹起される結果を認識することがまず必要である。喫煙という受刑者にとって何気ない行為によって、他者に害が及ぶということを認識させることは、自己の行為により、他者を侵害せず、迷惑をかけることを心掛けるよう、受刑者に働きかける一つの材料とすることができると考えられる。第五に、社会内であれば、たばこを容易に入手しやすく、周囲からの誘惑も多いために、禁煙が実現し難い。しかし、刑務所収容中、禁煙が強制されれば、禁煙を志す多くの喫煙者が挫折する段階を必ず達成できることになり、受刑者が喫煙習慣をやめるために大いに役立つ。それゆえ、受刑者には、健康を守り、改善・更生・社会復帰を図るため、禁煙指導を行なうべきであって、喫煙を認めるべきではない。

以上のように、喫煙の自由は、たばこが喫煙者及び周囲の者に健康に害をもたらしことから憲法上の権利・自由と言うことはできない。そして、刑事施設内での喫煙は、能動喫煙及び受動喫煙を防止し、財政負担の増大を回避するために、未決拘禁者であっても、受刑者であっても、認められるべきではない。また、健康を守り、改善・更生・社会復帰を図るため、外部通勤作業を行なう受刑者にも喫煙は認められるべきではない。

従って、刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律(平成一七年法律五〇号)一七条二項は、たばこを取り巻く状況の変化を織り込んでいない、時代に適合しない規定であるから、直ちに改正されるべきである。すなわち、嗜好品からたばこが除かれることを明確にするため、「受刑者には、前項に定めるもののほか、法務省令で定めるところにより、必要に応じ、……嗜好品(酒類及びたばこを除く。次条において同じ。)を支給することができる」と改め、



受刑者の喫煙を禁止するべきである。喫煙の自由が憲法上の権利・自由でなくとも、権利・自由の制約を行なう場合には、法律で規定することが望ましい。それゆえ、施行規則ではなく、法律で明文をもって規定するべきである。そして、このような法改正は、「受刑者の健康を保持する」のに役立ち、たばこを取り巻く状況が大きく変化しつつある「国民生活の実情等を勘案し、受刑者として地位に照らして、適正と認められるもの」であって、同法二〇条の規定とも整合するものである。また、改善指導における薬物依存への配慮を求める同法八二条二項一号の規定とも一貫する。

一部の施設を除いて、平成一七年（二〇〇五年）四月から、刑務作業の時間が短縮されるなど、教育的処遇の充実が目指されており、<sup>(64)</sup> 刑務所において、禁煙指導を実施する時間も確保しやすくなったと思われる。それゆえ、刑務所においても、少年院と同様、健康教育としてだけでなく、改善・更生・社会復帰のための教育として禁煙指導を行なうべきである。

(32) この点について、例えば、佐藤幸治『憲法（第三版）』（青林書院、一九九五）四二九―四三三頁参照。

(33) この点について、例えば、佐藤・前掲注(32)四四六―四四九頁参照。

(34) 日本たばこ産業の調査による。

(35) 東京地判昭六二年三月二七日判時一二二六号三三頁。訴訟の位置付け、その後の状況、受忍限度論についての理解については、眞鍋佳奈「日本の嫌煙権訴訟」棚瀬孝雄編『たばこ訴訟の法社会学——現代の法と裁判の解説に向けて——』（世界思想社、二〇〇〇）八五頁以下参照。

(36) 詳しくは、拙稿・前掲注(6)一五五―一五七頁。

(37) 戸松秀典「本件判批」法学協会雑誌八九卷一二号（一九七二）一五四頁以下、一六一頁。

(38) 小野清一郎ほか『ポケット註釈全書 改訂 監獄法』（有斐閣、一九七〇）二九七頁参照。

- (39) 橋本公旦「在監者の人權」刑政六二卷六号(一九六五)一二頁以下、一九頁。
- (40) 金沢奈賀子「自由刑受刑者の人權保障とその限界」早稲田大学大学院法研論集五号(一九六四)一頁以下、三四頁。
- (41) 金沢・前掲注(40)三四頁、馬場「喫煙の禁止について」刑政七六卷八号(一九六五)九五頁以下、九五頁。
- (42) 平野龍一「矯正保護法」(有斐閣、一九六三)八六頁、刑事立法研究会編『入門・監獄改革 beyond the prison』(日本評論社、一九九六)三五頁「新村繁文」、菊田「本件判批」法律論叢四八卷二号(一九七五)一三二頁以下、一三五—一三六頁、同・前掲注(5)一四七頁。
- (43) 森下忠「本件判批」民商法雜誌六五卷二号(一九七二)一二四頁以下、一三五頁参照。
- (44) 鴨下・前掲注(5)二九三頁。
- (45) 菊田・前掲注(42)一三六—一三七頁、同・前掲注(5)一四七—一四八頁。
- (46) 東京地判昭四九年八月二六日判時七七〇号六九頁。
- (47) 森下・前掲注(43)三一四頁。
- (48) 平野・前掲注(42)八六頁、刑事立法研究会編・前掲注(42)三五頁。
- (49) 小野ほか・前掲注(38)二九七—二九八頁参照。
- (50) 菊田・前掲注(42)一三七—一三八頁、同・前掲注(5)一四八頁。
- (51) 朝倉京一「最近における矯正立法の考察」法務研究報告書四三集四号(一九五五)六一頁、一一〇—一二二頁、一八一—一八二頁、小野ほか・前掲注(38)二九八頁、森下・前掲注(43)三一〇頁、宮澤浩一「受刑者の人權」人權通信三三号(一九七二)二頁以下、九頁「『刑事政策の源流と潮流』八三頁以下所収、九〇—九二頁」、菊田・前掲注(42)一三八—一四〇頁。
- (52) 木村龜二「新憲法と刑事法」(法文社、一九五〇)二二二頁、宮澤・前掲注(51)九頁「『源流と潮流』九〇—九二頁」、和田秀夫「本件判批」別冊ジュリスト六一号(一九七九)五八頁以下、五九頁、高田敏「本件判批」別冊ジュリスト一二二号(一九九三)四二頁以下、四三頁、藤馬龍太郎「本件判批」別冊ジュリスト一三〇号(一九九四)三四頁以下、三五頁、島田茂「本件判批」別冊ジュリスト一五〇号(一九九九)四二頁以下、四三頁、藤井樹也「本件判批」別冊ジュリスト一五四号(二〇〇〇)三六頁以下、三七頁。一方、本判決を支持するものとして、「本件判批」時の法令七四四号(一九七二)五三頁以下がある。

(53) 刑事立法研究会編・前掲注(42)三六頁。

(54) 森下・前掲注(43)一三六頁も、「たばこの害ということが論ぜられるようになると、喫煙の自由を保障すべき根拠は、それだけ弱いものとならざるをえない」としていた。

(55) 刑事立法研究会編・前掲注(42)三四—三八頁。

(56) 森下・前掲注(43)一三五頁。

(57) ①で検討した屋外での喫煙は、近隣の住宅などからかなり離れたところでも、近隣住民などの受動喫煙の害を回避することができず、この点でも妥当でない。

(58) 刑事立法研究会編・前掲注(42)三五頁。

(59) 拙稿「刑事制裁としての費用支払命令」関大法学論集五五卷六号(二〇〇六)六二頁以下、七七—七八頁。

(60) 拙稿・前掲注(59)八一—八三頁。

(61) 金沢・前掲注(40)三四頁。

(62) 金沢・前掲注(40)三四—三五頁、森下・前掲注(43)一三四頁、法務省矯正研究所『研修教材 行刑法 改訂版』(矯正協会、一九九八)一二七頁参照。

(63) 拙稿・前掲注(6)一七一頁。

(64) 富山聡「行刑改革の進展——法改正を待たずに実施した改革について——」法律のひろば五八卷八号(二〇〇五)三三頁以下、三五頁。

\* 本稿脱稿後、刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律の一部を改正する法律(平成一八年法律五八号)が成立し、法律の名称が刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律に変更されるとともに、既存の条文の多くが繰り下げられることとなった。この改正によっても、文中で指摘した条文の文言の重要部分に変更されていない。