

論 説

イギリスの国内裁判所における裁判例の変化と ヨーロッパ人権裁判所の影響

桑 山 亜 也

はじめに

本稿は、筆者の学位取得（2009年3月）論文の一部に若干の加筆をしたものである。一橋大学大学院の修士課程から長きにわたり、論文の内容について丁寧にご指導してくださり、心がくじけそうになった時には大きな励ましも頂いた村井敏邦先生に、まず感謝申し上げたい。さらに、戸塚悦朗先生には、特に国際人権法の分野からご助言を頂き、龍谷大学在学中にわたって、筆が進まない筆者に対して常に叱咤激励のお声を掛けて頂いた。博士号取得論文の完成までには非常に長い時間がかかったが、このお二人の先生の励ましがあってこそ完成できた。この場を借りて感謝の意をお伝えしたい。

第1章 本稿の問題関心

本稿では、刑事施設における被拘禁者の人権保障を巡る、イギリス（イングランド・ウェールズ）国内裁判所の裁判例の推移、さらに国内裁判所裁判例や国内の諸施策に影響を与えていると言われるヨーロッパ人権裁判所裁判例もあわせて検討する。

イギリスをとりあげる理由は、以下の点にある。まず、被拘禁者の人権保障の範囲及びその剥奪の範囲について明確に定めた法律が、日本同様にイギリスにも存在していないことにある。いずれの国においても、受刑者について規定された法律は、なお「権利制限法」ないしは「権利保護法」ではなく「施設管理法」に留まっていると言わざるをえない¹。また、そうした立法構造のもとで、裁判所も被拘禁者が人権侵害を申し立てた訴訟に対しては、消極的な立場をとっていたとされる。

しかし、他方で、イギリスは、被拘禁者（以下、受刑者を含む刑事施設の被拘禁者の総称として用いる）の人権保障にかかわる様々な人権基準を発展させてきたヨーロッパの人権保障システムのもとにある。このヨーロッパの人権保障システムの発展とともに、国内の政策に変更を迫られてきている。特にイギリスは、1950年にヨーロッパ人権条約を署名・採択し、1953年に同条約は発効している。よって、この条約に基づきヨーロッパ人権裁判所と国内裁判所との二つの異なる裁判システムが人権救済・保障を担っていることになる。さらに1998年には同条約を国内法に取り込んだ人権法が制定され、2000年より施行された。これにより国内裁判所は、ヨーロッパ人権条約を直接適用できるようになった。

そこでイギリスは、上述のような立法と司法における被拘禁者の人権保障に関する消極的な姿勢という、日本との共通点を有していながらも、国際社会・ヨーロッパ社会という外部からの人権保障の要請に対してヨーロッパ人権裁判所判決や判断基準、さらには1998年人権法の施行の影響が国内裁判所にどのように現われているのか、という点が注目される。

筆者は、別稿において日本の裁判例の推移を検討したが²、人権制限行為

1 日本には刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律（刑事施設収容法）が存在し、イギリスにもPrison Lawが確かに存在しており、それぞれ人権保障のための規定を一定程度備えていると言うことができるが、なお多くの課題が指摘されている。

2 「現行憲法のもとでの刑事施設における人権状況の発展と課題」龍谷法学第

をした施設長の自由裁量を裁判所がコントロールするという観点から、①1983年6月22日最高裁大法廷判決による施設長裁量に対する違法性審査基準の定立とその適用の厳格化（裁量を許容する範囲をより厳格に見極めるという意味において）、及び②解釈基準として国際人権法を導入するという日本の裁判例における一定の到達点を明らかにした。しかし、なお、施設長の自由裁量を司法においてコントロールするためには不十分であると述べた。

他方、被拘禁者の人権をめぐるイギリスの裁判例の変遷については、当初、裁判所の姿勢には、行刑へのいわゆる「不干渉主義（hands off approach）」ないしは「司法消極主義」が見られていたが、その後の裁判例では、裁判所のより積極的な関与の姿勢が見られるようになり³、次第に、裁判所の人権保障における役割の拡大という要請への応答が顕著に見られるようになった。このように裁判所が言わば行刑内部での判断に介入することに積極的な姿勢を見せてゆく変化の一因には、イギリスの裁判例においては一般的に「ヨーロッパ人権裁判所の積極的な改革主義に影響され、……国内の行政法（公法）上の一般原則及び人権条約（さらに、最近においては人権法も）を用いて、個別の被拘禁者の権利を発展させてきた」⁴と

40巻3号（2007年）408-483頁。なお、その後同論文は、博士号取得論文に再編し、修正加筆を行なっている。

- 3 Liora Lazarus, *Contrasting Prisoners' Rights – A Comparative Examination of Germany and England*, Oxford University Press, 2004 at 199. なお、日本における「特別権力関係論」は、受刑者と（自由刑を執行する）国家との関係は、包括的支配服従関係として運営されており、一般権力関係において市民に保障される基本権、法律の留保、および司法的救済は排除されるのに対し、イギリスにおける「不干渉主義」は、一般的に、イギリスにおいては、議会主義の伝統があるために、裁判所は、制定法の解釈をするにとどまり、新たな法を創造するような機能行使してはならないという面と、アメリカにおける不干渉主義同様に、裁判所による行政実務の尊重という伝統から消極姿勢を示すという面とがあるように思われ、その起源には違いがあることには留意しなければならない。しかし、本稿の主旨からは、いずれも結果として、裁判所の姿勢は同様のものと捉える。

- 4 Lazarus, *op.cit.*, at 251.

いう背景があると言われる。

そこで、以下では、受刑者を中心とする刑事施設の被拘禁者の人権保障にかかわるイギリスの国内裁判所における主要な裁判例やヨーロッパ人権裁判所における主要な裁判例の変化を検討すること⁵により、裁判所の姿勢がどのように変遷してきたか確認し、受刑者の人権保障における役割を検討する。このことによって、日本では課題となっている裁判所における判断基準の在り方や人権救済における役割についてそのあるべき方向性について一定の示唆を得たいと考える。

第2章 イギリス国内裁判所における裁判例の変化と ヨーロッパ人権裁判所判決の影響

第1節 訴訟による人権救済システム概観

イギリスにおいては、刑事施設の被拘禁者が自らに対して施設当局が行なった何らかの取り扱いについて、救済を求めて訴訟を提起する場合には、大きく3種類の手続がありうる。すなわち、第1に、民事法の損害賠償訴訟であり、第2には、行政活動の適法性を争う司法審査 (judicial review) であり、これは日本で言う行政訴訟・国家賠償訴訟にあたる。そして第3には、国内裁判所ではないが、ヨーロッパ人権裁判所への提訴である。

第1の民事訴訟については、現在では、判例法によって、受刑者であってもなおあらゆる民事法上の権利を保持しているとされていることから、民事法上の損害賠償請求が可能である⁶。他方、受刑者に対するあらゆる取

5 なお、イギリスの刑事施設内の人権侵害を争った裁判例の推移を検討した主な先行研究としては、主に未決・既決被拘禁者の外部交通に焦点を当てた研究であるが、北村泰三『国際人権と刑事拘禁』（日本評論社、1996年）、葛野尋之『刑事手続と刑事拘禁』（現代人文社、2007年）等がある。

6 Nancy Loucks, *Prison Rules: A Working Guide [The Millennium edition, fully* (龍法 '10) 42 - 3, 650 (1237)

り扱いは、行刑法、規則あるいは多様な行政文書に基づいて行なわれるものであるから、行政訴訟によっても争いうる。行政訴訟では、宣言的判決 (declaration)、差止命令 (injunction) を求めることができる他、この申立に付随して、損害賠償請求の申立も可能となっている⁷。

民事訴訟を提起できる要件は、行刑当局による怠慢、暴行、職権濫用の存在であり⁸、その範囲が限られたものであることから、実際のところ、主要な裁判例の多くが行政訴訟によるものと見られる⁹。

但し、行政訴訟が多く用いられているとしても、民事訴訟を追及する意味は失われていないとされている。一つは、行政訴訟における提訴の時効の問題であり¹⁰、行政訴訟の場合には申立対象事由の発生から3カ月以内に提訴しなければならない¹¹。また、当該取り扱いについて、公的権限の存在 (the exercise of a public function) の証明が求められる点にも原告にとっての不都合が生じうる¹²。ここになお、民事訴訟の可能性を追求する意義が

revised and updated], Prison Reform Trust, 2000, at 8. Raymond v Honey (1982) による判決以後のことである。この判決及び原則については後述する。

7 Civil Procedure Rules and Practical Directions, Part 54 JUDICIAL REVIEW AND STATUTORY REVIEW, Rule 54.3 (Website of Ministry of Justice, http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/parts/part54.htm [accessed on October 16th, 2008]).

8 Stephen Livingstone, Tim Owen QC and Alison Macdonald, *Prison Law* [third edition], Oxford, 2003 at 53.

9 受刑者も一般市民と同様といいつつも、裁判所が民事訴訟の提訴を可能ならしめる受刑者の権利 (civil right) をなかなか認めたがらない、という傾向も見られることも背景にある。

10 Loucks, *oc.cit.*, at 10.

11 Civil Procedure Rules and Practical Directions, *op.cit.*, Rule 54.5.

12 例えば、Livingstone *et al.*, *op.cit.*, at 82では、懲罰執行が適正な権限に基づかずに行なわれたことによって、隔離処分がなされたことを理由に、行政訴訟によって訴訟を提起する場合に、原告側にはその責任の存在を証明するために何らかの命令の存在を証明しなければならないとされる。しかし、原告にとって重要なのは、隔離によって被った権利侵害であるから、民事訴訟によるほうが原告の要求に沿った法的救済手段ということもできる。

あると言える。

ところで、現在に至って特に重要な点は、2000年に施行された1998年人権法（以下、単に人権法という）違反に基づく訴訟提起が可能となったことである。それまではイギリス国内に直接適用されなかったヨーロッパ人権条約上のあらゆる人権が人権法を通して国内において適用されるようになり、したがってヨーロッパ人権条約上の人権侵害を理由に、行政訴訟及び民事訴訟のいずれの形態によっても裁判所による審査を求めることが可能となった¹³。特に、行政訴訟（司法審査）については、人権法施行前までは、「違法性（illegality）」、「不合理性（irrationality）」及び「手続の不適切性（procedural impropriety）」の三つの理由に基づいた訴訟提起が可能であったが、これに人権条約との不適合性が加わったことにより、司法審査を受ける可能性が拡大した¹⁴。

また、従来の行政訴訟においては、裁判所は、単に行政庁の行なった決定の合法性を検討するのみで、再度事実審査をせず、裁判所による審査は、当該決定が法律の範囲内で適切になされたか、適正な手続に従ったかを確認するためにのみ行なわれていた。しかし、人権法施行によって、裁判所は、当該決定が行なわれた背景となる事実をより厳密に審査することが求められることになったとも言われる¹⁵。

以下では、訴訟法上の問題はさておき、受刑者を中心とする刑事施設の被拘禁者の人権保障について裁判所の代表的な姿勢を示しているとされる主要な裁判例の判決理由部分すなわち実体的判断の部分に焦点を当てて、その変遷を検討することにする。

13 Mark Leech and Deborah Cheney, *The Prisons Handbook 2002*, Waterside Press, Winchester, 2002, at 476.

14 *Ibid.* なお、人権法施行による司法審査の変化については、Dirk van Zyl Smit, Prisoners' Rights, in Yvonne Jewkes ed. *Handbook on Prisons*, Willan Publication, 2007, at 570も同旨。

15 Leech and Cheney *op.cit.*, at 477. Smit, *op.cit.*, at 570も同旨。

第2節 イギリス国内裁判所における司法消極主義

イギリスとドイツにおける被拘禁者の人権保障のありようについて比較研究を行なったLazarusは、被拘禁者の人権に対するイギリスの裁判所の姿勢は、1970年代から現在に至るおよそ30年の間に顕著に変化したと評価し、特に、後に検討するBecker判決¹⁶におけるDenning判事の「不干渉主義」とLeech判決¹⁷における「介入主義的傾向 (interventionist tone)」との差異は劇的ですからあるという¹⁸。以下、その詳細を見ていく。

まず、後述する貴族院 (House of Lords) による1991年のHague 事件判決の前までは、刑事施設規則違反を理由とした民事法上の損害賠償訴訟を提起する被拘禁者は、そのような申立を裁判所は受け入れられないとする姿勢を見せていた控訴院 (Court of Appeal) 判決に阻まれていた¹⁹。Becker判決は、その代表的な控訴院判決²⁰である。

事案は、元受刑者Beckerが、自身の破産手続のために裁判所に出席するにあたって施設当局によって差し引かれた費用の返還や損害賠償、及び拘禁時の医療的不作為についての損害賠償を求めた事案である。この判決において、Denning判事は、当時の刑事施設規則に基づき施設当局があらゆる必要経費を負担する義務があるとしたBeckerの主張について次のように述べてこれを退けた²¹。

「私は、Becker氏の主張に同意することはできない。1952年刑事施設法の51条及び53条は、内部統制的 (regulatory) 規定である。これらの規定は、施設がどのように運営され、その費用を誰が負担するかを述べたもの

16 Becker v Home Office and Another [1972] 2 QB 407.

17 R v Secretary of State for the Home Department, ex p Leech [1994].

18 Lazarus, *op.cit.*, at 199.

19 Livingstone *et.al.*, *op.cit.*, at 54.

20 [1972] 2 QB 407, *op. cit.*

21 Beckerは、原審 (County Court) で訴えが認容されたが、これに対し内務省側が上訴をし、さらにBeckerが交差上訴 (cross-appeal) した事案である。結果として、内務省側の上訴が認められ、Beckerの上訴は退けられた。

である。これらの規定は、被拘禁者に対して、無料で供与を受ける何らかの権利を付与したものではない。内務大臣は、書籍、衣服または食糧といった特別な恩恵を認める用意があるならば、被拘禁者が自分で負担するという条件のもとに、大臣はこれを供与することができるのである。この条件付与は有効なものである。これは大臣裁量なのである。同様に、大臣が被拘禁者を出廷させ、自身の事件処理を行なうために、外出させる用意がある場合には、被拘禁者自身が自分で旅費、生活費、また彼に同行する者の費用を負担するという条件のもとに、大臣がこれを行なうことができるのである。この条件付与も有効である。これもまた大臣裁量である。……」²²。

また、さらに、Beckerが入所当時、外から差し入れられた小切手を受け取れなかったということに対する申立についても、次のように述べて退けた。

「拘禁されている受刑者は、自身が拘禁されている施設に差し入れられる物品の交付について申し立てることはできない。施設当局は、その者が拘禁されている間は、その物品を保管することができる。そうしなければ、こっそりと何かの道具が持ち込まれるかもしれない。当局は手紙を開封することができるが、これは手紙に逃走の方法に関する情報が含まれないようにするためである。金銭もまた、不適切な目的のために用いられないように差し止めなければならない。同様に、小切手も差し止めなければならないと思われる。どのように処理するかは、施設側の裁量である。裁判所が、不満を有する被拘禁者によって提起された訴訟を受け入れるならば、行政を担う者の業務は耐え難いものになるだろう。施設の規律を弱体化させることになろう。刑事施設規則は、内部統制的規定でしかない。たとえそれが遵守されなかったとしても、訴訟の理由を生じさせることには

22 [1972] 2 QB 417 E-G.

(龍法 '10) 42 - 3, 654 (1241)

ならない。……」²³〔下線は引用者による〕。

このように、あくまで施設側の裁量が尊重されることが強調され、基本的に施設側の裁量の合理性が推定された。すなわち、施設内の行政的な判断に裁判所が介入することへの消極的姿勢ないしは行政庁の判断をあくまで尊重するという態度が顕著に表われていることがわかる。

1960年代初めまで、イギリスにおいて、行刑にかかわる訴訟に限らず、裁判所全体が有していた「司法消極主義」が顕著に見られたという背景²⁴を考えれば、特に行刑の分野にのみ、司法の消極性が見られたわけではなかったのかもしれない。しかし、刑事施設内における人権保障という場面においては、一般社会に比して生活全般にわたり行政による裁量に広く支配されており、裏返して言えば、裁判所が適用の対象とする法規範の整備がより進んでいない分野である。したがって、そこへの介入について裁判所が相対的に消極的な姿勢を見せるであろうことは容易に推測しうる。

第3節 ヨーロッパ人権裁判所Golder判決の影響

ところが、ヨーロッパ人権裁判所判決として有名なGolder判決²⁵が登場すると、上記のように消極的な姿勢を見せていたイギリスの国内裁判所は、積極主義の方向に向かい始める。その意味で同判決は重要な分岐点となった²⁶。

申立人Golderは、15年の判決を受け服役していた。施設内の暴動事件に巻き込まれ、この暴動に参加したとして隔離処分を受けたことについて、

23 [1972] 2 QB 418 F-H.

24 戒能通厚編『現代イギリス法事典（新法学ライブラリ＝別巻1）』新世社、2003年、187頁。

25 Golder v. United Kingdom, Judgement, 21 February, 1975, 1 EHRR 524 (Application no. 4451/70).

26 Lazarus, *op.cit.*, at 201 においては、Golder判決の国内裁判所判決への影響は、「象徴的に強烈で、イギリスの法文化のグローバリゼーションの顕著な事例であった」と評価されている。

これを不服とし、国会議員宛に発信しようとした手紙を差し止められた。また、(暴動に関与したとされたことに関して名誉毀損にあたるとして民事訴訟を提起するために)弁護士に相談しようと面会を申し出たところ、内務大臣がこれに対して許可することを拒否した。そこでこれらの措置について、ヨーロッパ人権条約6条1項及び8条に違反するとして訴訟提起した事案である。本件は、人権裁判所に付託される前に人権委員会で検討されており、国会議員宛発信差し止めの訴えについては、国内の救済措置を尽くしていないとして「不適格な (inadmissible)」訴えであるとして却下されているので、以下は、民事訴訟提起準備のための弁護士との面会許可の拒否にかかわる訴えに対する判断である。結論から述べると、本判決では、以下のような理由で条約6条1項違反が認定されている。

本判決の意義について、「条約6条1項の解釈として、『裁判を受ける権利』の保障が受刑者にも等しく及ぶということ、並びにその権利の保障には受刑者と弁護士との接見の保障が含まれるという判断を確立した点」にあると述べ、さらに「裁判を受ける権利」の内容として、「受刑者の権利をめぐる刑務所内の関係にも『司法的コントロールの保障』が及ぶことを明らかにしたこと」も重要であるとされている²⁷。

こうした評価がなされるのは、まず人権裁判所に付託される前の人権委員会における判断²⁸において、被拘禁者に対する人権制限原理としての「固有の制限 (inherent limitation)」が否定されたことにある。本事案において、政府側は、「乳幼児、精神障害者、破産者及び好訴性の被拘禁者」を例示した上で、これらの者の権利に対しては固有の制限を及ぼす必要性があると主張し、これはヨーロッパ人権裁判所・委員会の判例法も支持し

27 北村・前掲書239頁。

28 *Golder v United Kingdom*, Report of the Commission, adopted on 1 June 1973 (Application No. 4451/70).

てきた理論だと主張した²⁹。さらに、訴訟提起を行なう被拘禁者に対する制限の必要性について、「安全確保の一形態として重要である」とし、「施設職員がこうした際限のない訴訟提起の相手方とされるならば、施設内の健全な秩序（good order）を維持することは不可能である」と固有の制限を必要とする理由を述べている³⁰。

しかし、委員会は、結論としては、受刑者の訴訟提起を行なう権利及び弁護士に対する無制限のアクセスを行なう権利については固有の制限を認めなかった³¹。委員会は、受刑者に対して何らかの制限を課しうるのは認めているが、「権利行使のためのフォーマルな要求（としての制限）」と「実質的な制限」とを分けて考えるべきと述べる³²。そして、政府側が例示した、乳幼児や障害者といった人々については、その「不能（disability）ゆえにその者の権利が影響を受けている」のではなく「単に特別な方法でその者の権利行使が求められているにすぎない」とし、さらに、好訴性の被拘禁者については、その者によって提訴された訴訟について適格性があるかどうかは裁判所が判断することであり、行政裁量の入る余地はないと述べるなどした上で、政府側が一律に固有の制限を課す対象とした見解に同意しなかった³³。

この委員会の見解を受けて審査を行なった人権裁判所では、この前提のもとで、次に条約6条1項に訴訟提起の準備のために弁護士と接見を行ない

29 *Id.*, para.82.

30 *Id.*, para.86.

31 *Id.*, para.99.

32 *Id.*, para. 89.

33 *Id.*, para. 95. また、政府側が固有の制限の根拠としたヨーロッパ人権条約5条（身体的自由及び安全についての権利規定。「何人も、次の場合において、かつ、法律で定める手続に基づく場合を除くほか、その自由を奪われない」とされ、「権限のある裁判所による有罪判決後の合法的な拘禁」がその場合に当るものと規定されている）について、その根拠とはなりえないとも述べている（para.97）。ただし、裁判所へのアクセス権の行使において、行政上の必要性によってその他の制限的措置が行なわれうる余地は認めている（para.99）。

うるとする権利が含まれるかの点から検討している。

そもそも、条約6条1項は、裁判所にアクセスする権利を明示的には規定していない。さらに、同条は、すでに裁判所に対して訴訟提起がなされた行為にのみ関連した権利を保障したものと理解されている。しかし、裁判所は、6条1項を解釈するにあたって、人権条約の前文及び3条に述べられている原則、すなわち法の支配の原則に従って解釈し、よって、裁判所へのアクセスがこの原則遵守のためには不可欠であり、6条1項にいう司法審査の公正で、公開され、迅速であるという性質は、これに至る手続なしには、まったく意味がなくなるのである³⁴と述べた。よって、6条1項は、その者の権利及び義務にかかわるあらゆる申立を裁判所の面前に行なうことができる権利を保障し、裁判所にアクセスする権利という意味での「裁判を受ける権利」を規定したものと認められた。これはすなわち、民事法上の事項について裁判所に訴訟を提起するための手続を始める権利の保障も含む³⁵。

但し、裁判所は、条約上の権利である裁判所へアクセスする権利は絶対的なものではなく、黙示的制限（limitations by implication）の余地があることを認めている³⁶。そこで、裁判所は、当該事案における施設当局による手紙差止め措置が、上記に言う6条によって認められる制限にあたるか否かを検討するが、本事案については以下の事実を踏まえて、当該制限は許されず、よって6条違反を認定した。

すなわち、裁判所が認定した事実は、申立人が暴動にかかわったとして隔離処分を受け、その後処分が解除されて通常の居室に戻された後もなお申立人の不快な状態は一定程度継続していること、申立人が提起することを意図していた訴訟は、刑事施設内の生活に直結した事項に関するもので

34 Golder v. United Kingdom, Judgement, *op.cit.*, paras.34 and 35.

35 *Id.*, para.36.

36 *Id.*, para.38.

あり、かつ施設収容中に生じた事件に関するものであること、さらに、訴訟が職務執行中で、内務大臣の統制下にある職員に向けられたものであるということ、さらに、こうした認定事実から、申立人が、訴訟提起のための手続を開始するために、弁護士と相談することを要求することは正当に認められ、この訴訟提起の要求について、これを提起できるかどうかを審査（評価）するのは、内務大臣ではなく、独立し公正な裁判所であるべきだとする。よって、本件における弁護士との面会許可申立の拒否は、6条1項に保障された申立人の裁判所へのアクセス権を侵害したと判断した³⁷。

まとめるとGolder判決は、以下のような重要な意義が認められる。第1には、受刑者にもまたヨーロッパ人権条約上の人権が等しく保障されることを明言したこと、第2に、条約6条1項に規定された基本的人権の一つ、裁判所へのアクセス権のなかに、まだ訴訟当事者ではなくとも訴訟準備のために弁護士との面会を行なうなど「手続を始める権利」が含まれることを認めたことである。この点については、拘禁に伴う弊害を認識し、これを取り除くべく裁判所へのアクセス権といった手続的保障をより手厚く保障する必要性につながる判断と言える。そして、第3には、諸事実を検討した結果、上記の弁護士との面会を行う権利、すなわち6条1項に保障される権利侵害があったことを認定したという点である。裁判所が言うように「正式には、裁判所の面前に訴訟を提起するGolderの権利を否定してはいないが、内務大臣は、事実上1970年当時³⁸訴訟のための手続を始めることを妨害した。妨害（hindrance）は、事実上、法律上の（当該権利の）拒否と同様に条約違反となりうる」³⁹という認定方法により権利侵害を認めたのである⁴⁰。

37 *Id.*, para.40.

38 施設長宛に弁護士との面会を申し立てたが認められなかった時点のことを指す。

39 *Golder v. United Kingdom, Judgement, op.cit.*, para.26.

40 なお、6条1項違反如何にかかわる検討に入るにあたって、人権侵害の効果につ

ところで、ヨーロッパ人権裁判所における人権条約についての解釈原則のうち、主要なものとしては、以下のような内容があげられている⁴¹。

① 条約の目的及び趣旨の実施を考慮すること：個人の人権の保障と民主社会の理想及び価値の促進、そして法の支配という目的及び趣旨の実現のために、条約の文言からより広く権利の実体を構築することが求められる。

② 条約を生きた規範と見なすこと：解釈において現在の状況の変化を考慮した判断が可能であるとされること。例えば、条約の解釈が社会的な変化を反映し、また現在の状況に見合ったものであることを確保できるといような「適切な理由 (cogent reasons)」があるならば、(先例に従わず) 当該裁判所自身の判断に従うことができるというもの。

③ 条約は、実際的かつ効果的な権利を定めたものであること：仮説的又は想定的な権利を保障することを定めているのではなく、実際的かつ効果的な権利を定めたものであることを志向する。

④ 比例性を考慮すべきこと：多くの異なる文脈において、裁判所は条約解釈において、個人の権利と社会の一般の利益 (general interests of the community) との公平なバランスに依拠しなければならない。

⑤ 積極的義務を認めること：条約の文言上は、消極的義務を規定するものばかりだが、暗示的に積極的な措置をとるとい義務づけがなされることがある。

このうち、上記のGolder判決の意義としてあげた第2の点は、①の点と

いても重要な見解を示しているので、付言しておく。すなわち、政府側は申立人は、すでに刑事施設から釈放されていることから、人権侵害の効果はすでに及ばないのではないか、と主張した。しかし、裁判所は、権利の効果的实施を阻害されたことは、この阻害された状態がたとえ一時的なものであったとしても、権利侵害と言っていると述べた点 (para.26) にも留意すべきと思われる。

41 Deborah Cheney, Lisa Dickson, Rupert Skilbeck, Steve Uglow, and John Fitzpatrick, *Criminal Justice and the Human Rights Act 1998*, second edition, Jordans, 2001, at 7-9.

関連している。すなわち、Golder判決では、条約6条1項は公平な裁判の保障を規定するが、ここからさらに最初の段階における裁判所へのアクセス権の保障をも認めており、権利の実質的保障のために、その実体をより広く構築しているのである⁴²。また、第3の点は、③の点と関連しており、Golder判決では、訴訟を準備中の収容者に対する制限であったため、そこには（国内）法的な権利の否定となるような妨害の存在は認められなかったが、条約上の人権侵害を構成するに足る実質的な妨害の存在を認めたのである⁴³。

第4節 Hague判決に見る形式的消極主義の打破と実質的消極主義への壁

以上のように積極的に、イギリスの被拘禁者に対しヨーロッパ人権条約上の人権保障を認めたGolder判決の効果は迅速に現われた⁴⁴。同判決の数年後より、長く維持されていた裁判所の消極主義が打ち破られていくことになる。その最初の事案が、1979年のSt. Germain判決⁴⁵である。当時の訪問者委員会（Board of Visitors）による懲罰権行使を巡る事案で、同判決は、訪問者委員会の懲罰宣告について司法審査を行なうことは可能だとした（但し、施設長による懲罰権までは司法審査の権限は及ばないとした）。さ

42 *Id.*, at 7.

43 *Id.*, at 8. すなわち国内的な違法性と条約上の人権侵害とはイコールではないということになる。

44 Golder判決においては、被拘禁者に対して許容される制限の一般原則について定めること、またイギリスの刑事施設規則の条約との抵触如何について抽象的な判断を行うことは、人権裁判所の機能ではないとし、人権裁判所は、ただ、当該事案について、関連する刑事施設規則を適用することが、申立人への侵害となるような条約違反に該当するか否かについてのみ判断することが求められている（para.39.）と一定の留保をつけていた。よって直接的には、イギリス国内の政策的判断に介入するものではない。よって、以下に述べるようなその「効果」は間接的なものと言えるが、しかし大きな効果であったと言える。

45 *R v Board of Visitors of Hull Prison, ex p St Germain* [1979] 1 QB 425. See, *Livingston, op.cit.*, at 77.

らに、1988年のLeech判決⁴⁶に至っては、施設長による懲罰権についてまで裁判所が審査を行なうと判断した上で、裁判所の介入により「施設長の権限をおとしめ、規律秩序の維持を悪化させる」⁴⁷との理由によって司法審査権限の及ぶ範囲からこれを除外してはならず、むしろ被拘禁者による深刻な不服申立を行ないうる十分な救済手段が存在しないことによりむしろ規律秩序を損なうことになる⁴⁸、として上記Becker判決に典型的に見られてきたような、裁判所は行刑内部の判断に介入してはならないとする裁判所の伝統的態度を打破した。

さらに、下記に検討する2つのHague判決⁴⁹は、いわゆる「処遇困難者」とされた受刑者が移送され、付された隔離処分について提起した事件であるが、懲罰権以外の行刑にかかわる施設長による権限行使についても司法審査が及ぶとし、その後の諸判決のリーディング・ケースとなった。ここに至って、被拘禁者に影響を与えるあらゆる決定は、司法審査に訴えることが可能であるとの判断がなされることとなったのである⁵⁰。

このように本判決では、それまでの裁判所がとっていた、行刑には司法審査は及ばないとする「形式的消極主義」の姿勢からの転換を果たした。但し、なお課題も残された。裁判所の行刑に対する消極的性格を根強く残す「実質的消極主義」と言うべき姿勢が見られるのである。以下、その内

46 R v Deputy Governor of HMP Parkhurst, ex p Leech [1988] 1 AC 533.

47 [1988] 1 AC 566F-G.

48 Lazarus, *op.cit.*, at 210. [1988] 1 AC 568において、Bridge判事は、些細な又は煩わしい訴訟提起によって、刑事施設内の規律に支障が生ずる可能性を否定できないが、これは裁判所が真摯な申立てであるかどうかを適切に振り分けることによって防止することができ、また裁判所が審査することによって施設長判断に公平性の基準をより徹底させる効果を及ぼすことが可能であると述べている。

49 R v Deputy Governor of Parkhurst Prison and Others, ex p Hague [1990] 3 WLR 1210, and [1992] 3 WLR 340.前者は、本件の控訴院判決であり、後者は同じ事件の貴族院判決である。

50 このあたりのより詳細な判例の変遷については、Lazarus, *op.cit.*, at 200-212に詳しい。またLivingston *et.al.*, *op.cit.*, at 54-55も参照。

容について具体的に検討する。

Hague判決の主要な論点は、次の3点にあると言われている。すなわち、第1に、公法（行政法）上、行刑に対して裁判所の司法審査が及ぶ範囲について、第2に、刑事施設規則の法的地位、第3に、被拘禁者が民事法上主張できる権利の3点である⁵¹。

第1の点が、上述したようにHague判決が「形式的消極主義」を打破したとされる所以である。控訴院判決のなかで、Taylor判事は、他の救済措置の存在によって司法審査が排除されないこと、行政の内部的措置である請願（petition）や内務大臣の決定に対する司法審査による救済は、施設長決定に対する（直接の）司法審査の代替として適切なものとはなりえないとした先例の見解に同意し、施設当局側が主張したような、司法審査はあくまで訪問委員会や内務大臣による不服申立手続上の「第2段階」の決定に対する監督（supervision）にすぎないという位置づけを否定し⁵²、施設長決定に対しても司法審査による救済が及ぶとした。

但し、この判断に引き続き、「良き秩序及び規律の維持や、頻発する緊急時に迅速な決定を行なう必要は、刑事施設運営という特別な状況下においては、重要な考慮が払われる」とし、よって、「裁判所は、多大なる注意のもとに（施設当局による）裁量の行使に対してアプローチすべきである」と付け加えている点⁵³に、行政に対する司法の介入に関し、一定の躊躇が見られる点は留意しなければならない。

第2及び第3の点は、まさに「実質的消極主義」的姿勢が見られる部分である。

まず、制定法上の義務違反（breach of statutory duty）、すなわち刑事施設規則違反を理由とした民事訴訟提起は可能かどうかとの点が争点となっ

51 Lazarus *op.cit.*, at 212.

52 [1990] 3 WLR 1260G.

53 [1990] 3 WLR 1260H.

た。つまりは、本判決では、刑事施設当局による取り扱いに対する訴訟提起に関して、被拘禁者が申し立てることができる民事法上の救済の範囲を明らかにした。従来、公的機関における不作為、暴力行為、及び失当な行為（misfeasance）は、民事法上の損害賠償訴訟の申立理由として認められているが、この他の申立理由とされうる制定法上の義務違反及び不法拘禁（false imprisonment）については、いずれも被拘禁者はこれを理由とした損害賠償請求を行なうことはできないと本判決は認定したのである⁵⁴。

まず、制定法上の義務違反による民事訴訟提起の可否の点について、貴族院判決において、Jauncey判事は、内務大臣による規則制定権限を定めた刑事施設法47条についてまず言及し、「私は、（刑事施設）法のその他の条文において、当該条文違反による損害請求訴訟を行ないうる要件を被拘禁者に認めることを議会が意図している、ということを示すものは何も見いだせなかった。47条によって、内務大臣に対して、被拘禁者に民事法上の権利を享受させるような権限を与えることは、規則によって、大臣に対して法律によって一般的に定められた権限の範囲を拡大することを認めることになる。……（権利を付与するための）特別の規定が存在しない場合には、内務大臣は、規則によって民事法上の権利を創設して法律の定める範囲を拡大することはできず、それを行なえばこれは権限越行為にあたるものと結論づける」とした⁵⁵。

そして、「（刑事施設）規則は、刑事施設の運営及び良き管理に関する膨大な事項をカバーした幅広い内容のものである。この多くが、直接的に被拘禁者に関係しておらず、よって、私は、違反が存在する場合に民事法上の権利を保障することを意図したものと結論づけることはできない。規則

54 *Livingston et al., op.cit.*, at 53. この点からSmit は、Hague判決は、Honey判決よりも後退した判断であると評価している（Smit, *op.cit.*, at 569）

55 [1992] 3 WLR 360C-E.

は、その性質上内部統制的 (regulatory) なものであり、刑事施設当局による管理が及ぶ範囲内の枠組みのなかで適用されるが、被拘禁者を損失、傷害、及び損害から保護することは意図されておらず、これらを理由として訴訟を提起する権利を付与したものでもない」とした⁵⁶。

もう一方の争点、つまり、裁判所の判決によって合法的に拘禁されている被拘禁者が、拘禁中の自身に対する取り扱い、本件の場合には隔離処分について「不法拘禁」を理由として民事訴訟提起を行なうことが可能か、との問題について、貴族院判決においてBridge判事は以下の理由によりこれを不可能であるとした。

「被拘禁者が、日中又は夜間の一定の時間に、刑事施設の特定の場所にいるのは、自らがそれを選択したのではなく、刑事施設当局による管理上それが要求されているからである。……刑事施設内部における行動の自由の種 (species) としての被拘禁者の「残された自由」という概念は、刑事施設当局が合法的に制限できない法的権利として行使されるが、これはきわめて錯覚のように見える。

被拘禁者は、常に合法的に綿密に定められた制限を受けており、隔離室にとどめ置かれている間、当該規則が誤って適用された場合には、(引用者注：隔離措置が解除されて) 工場や食堂などの場所で他の収容者と過ごすことになるだろう。これは、不法拘禁という不法行為の重要要素を構成する行動の自由の剥奪ではなく、他者のために行なう身体拘束の一形態という別のもの (the substitution of one form of restraint for another) である」⁵⁷。

56 [1992] 3 WLR 361B-C. ただし、同判事は、最後に民事訴訟提起は否定されたが、救済が得られないわけではないことを付け加えている。民事訴訟の代替として、規則上の施設長・訪問委員会への不服申立、法律上の内務大臣への不服申立のみならず、行政訴訟 (司法審査) によって法律又は規則違反を争う可能性は開けていることが示唆されているのである。

57 [1992] 3 WLR 352E-G.

さらに、Jauncey判事は、「この事案のように被拘禁者が、いつでも当局から認められた場所以外の場所に居ることのできる自由がないのであれば、その者には、不法拘禁の不法行為を構成する剥奪しうる自由はない」。そして、「すでにその被拘禁者は（剥奪される自由を）何も有していないのであるから、（処遇）状況の変更は、何らの自由の剥奪にあたらない」とも述べる⁵⁸。つまり、1度、権限によって（合法的に）被拘禁者を拘禁してしまえば、その合法性については、問題にはできないと判断されたことになる⁵⁹。

以上のように、Hague事件の貴族院判決は、上述の第1の点において「形式的消極主義」を打破したものの、第2及び第3の点において、以下の点からなお「実質的消極主義」態度を維持したものと言うことができる。

規則違反によって民事法上の損害賠償請求ができないとしたJauncey判事の判断は、そもそも被拘禁者の権利関係を定めた議会立法が存在しないこと（つまり被拘禁者の権利保障規定の不存在という刑事施設法の不備）を放置したまま、刑事施設規則は「内部統制的」なものに過ぎないとし、規則違反を訴訟によって争える範囲を狭めた。また、Bridge及びJauncey両判事の判断に見られるように、隔離措置を、不法拘禁を争える要件としての「自由の剥奪」にはあたらないとして、やはり救済の可能性を狭めたのである⁶⁰。

行刑に司法審査が及んだとしても、実際に問題となるのは、刑事施設規

58 [1992] 3 WLR 366A-B.

59 Lazarus, *op.cit.*, 217.

60 その他にも、本判決のなかでは、隔離手続の場合の聴聞の権利や理由開示を受ける権利という手続的保障が否定されている。この権利の源はそもそも（コモン・ロー上の原則である）自然的正義に求められながらも、実際には刑事施設規則の規定内容を検討した結果、隔離手続における被拘禁者の権利は、施設長と訪問者委員会に面会する権利が保障されているにとどまるとされており、その明確な理由は示されないまま、単に刑事施設内であるがために制限を受けるとされている点にも問題が指摘できる。

則やさらにそれよりも下位の行政文書に依拠した取り扱いであるから、実質的に救済が得られる可能性は小さくなってしまう。こうした点に鑑みると、裁判所の行政裁量に対する介入への躊躇（あるいは行政庁の意思の最大限の尊重）がなお大きく残った判断であると言わざるをえない。

本判決におけるGolder判決の影響は、司法審査が行政裁量にも及ぶ、というところで留まってしまっている。これは、ヨーロッパ人権裁判所判決のような出発点とすべき被拘禁者の人権保障規定が不存在であることが大きい。たとえ裁判所が介入できたとしても、人権の内容、そしてその制限がどこまで認められるか、との判断基準が曖昧なままであるという限界があることにも大きく関係している。

ところが、以後の国内裁判所では、特に、Golder判決と同様に弁護士との通信・面会といった法的手続にかかわる権利を争う事案においては、同判決を積極的に参照し、人権内容の範囲を確定し、さらにその許容される制限範囲に関する判断基準を独自に導き出そうとする動きが見られる。次項においては、その代表的な判例を見ることにする⁶¹。

第5節 被拘禁者に保障される人権の範囲と制限基準の定立へ

被拘禁者であってもなお保障される権利自由の範囲、そしてその制限範囲について論ずる上で、出発点とすべきであり、また現在もなお重要な判例は、Honey事件の貴族院判決⁶²である。前項のHague判決以前に示された判決であるが、それが被拘禁者の人権保障により積極的な判断を見せたその後の判決の出発点となる原則を示している。本件は、刑務所に収容されている被拘禁者が、弁護士に対し、自身の所有物である書籍を盗まれた

61 弁護士（法的援助者）との面会や通信にかかわる被拘禁者の権利をめぐるイギリス国内裁判所判決及びヨーロッパ人権裁判所判決の遷移については、北村・前掲書221頁以降に詳しい。

62 *Raymond v Honey* [1983] 1 AC 1.

という内容の申立を含む手紙を書いたが施設長に検閲を受け、かつ差し止められた。さらにその後、当該被拘禁者が裁判所宛に訴訟文書を送付しようとしたが、これも差し止められたことについて、施設長によるこれらの措置が、裁判所侮辱⁶³にあたるとして提起した民事訴訟である。

本件では、通信及び面会について規定した1964年刑事施設規則33条及び法的手続にかかわる便宜を規定する規則37条について検討されている。33条3項においては、施設長は、その裁量に基づいて発信の差し止めをすることができ、それは、「その内容が好ましくない (objectionable) であるか又は、過度に長いものである」場合に可能であるとされる。また、規則37条A (1) 項には、法的手続の当事者となった被拘禁者には法的援助者と連絡をとる権利が保障されており、「その連絡内容に、当該手続に関連のない事柄が含まれていると考えられる」場合をのぞいては、施設長はその裁量によりあらゆる手紙の差し止めを行ってはならないと規定する。つまり、被拘禁者には、上記37条A (1) によって、法的手続に関して法的援助者と連絡をとる権利が保障されているが、一方で33条3項によってこれを制限されうる、と定められていることが問題とされた。

本件においては、裁判所は、裁判所侮辱にあたる行為が行なわれたのかどうかを判断するにあたって、二つの原則を提示した⁶⁴。

第1の原則は、裁判所によって確定され適用されている法的権利及び義務を享受するために憲法上の権利を主張しようとする者を妨げることは裁判所侮辱となりうるとした先例を参照し、さらにヨーロッパ人権裁判所による先のGolder判決を引き、条約6条が裁判所へのアクセス権という基本権を保障し、これはイギリス国内の被拘禁者にもまた適用されることを確

63 contempt of courtの訳語。裁判所の権威を傷つけまたは裁判所による司法の運営を害する行為 (田中英夫編集代表『英米法辞典』〔東京大学出版会、1997年・第6版〕) とされる。

64 [1983] 1 AC 10C-H.

認した⁶⁵。

第2の原則は、被拘禁者の代理人による主張を受け入れ、先例でも示されていた被拘禁者の権利に関する原則⁶⁶を支持し、本件にも適用されるとした。すなわち、「イギリス法のもとでは、被拘禁者は、その拘禁にかかわらず、明白に、あるいは必要的推認（necessary implication）によってこれが剥奪されるのでなければ、あらゆる市民的権利（civil rights）を維持するものである」との原則である。

以上のように被拘禁者に保障される権利を確認した上で、次に権利制限の根拠について言及する。つまり具体的には、被拘禁者の権利は、どの程度、刑事施設規則や命令文書（Standing Orders）によって剥奪されたり、あるいは影響を受けたりするのか、との問題について検討した。

Wilberforce判事によれば、刑事施設法47条では、内務大臣に対し刑務所の規律及び管理を目的とした規則の制定権限を定めているが、これは、基本的な権利の阻害や侵害について権限を付与するには極めて不十分であるとし、規則は、法律にしたがって解釈されるか、そうでなければ権限逾越であるとする。さらに下位法令である命令文書に至っては、規則が定める範囲以上に（制限する）権限を持ちえないとする⁶⁷。このことから、規則や命令文書のもとで行使される手紙の差し止め権限については、これを肯定した原審判決とは逆にその権限の存在を否定する見解を示した。

65 但し、当該事案で問題となっている刑事施設規則は本条約規定に違反せず、また本権利が何らかの制限を受けることは肯定している。

66 例えば、R v Board of Visitors of Hull Prison, ex p St. Germain [1979] 1 QB 455A-BにおいてShaw判事は、「刑罰又はその他の理由によって制限される市民としての権利は、何らかの法規によって裁判所の管轄から明白に除外されていない限り、常に裁判所が取り扱う問題でなければならない。一般的に裁判所は、その者の法的地位が何であれ、又何らかの刑罰又はその他の手続の結果、権利及び自由が弱められていたとしても、その者の権利及び自由の究極的な保護者である。」と述べる。

67 [1983] 1 AC 12H-13A.

さらに、Bridge判事は、阻害されることのない裁判所へのアクセス権は、明白な立法によってのみ剥奪されるものであるとの原則を示した⁶⁸。このアクセス権を制限するための規則を制定する権限が認められる根拠とされるのは刑事施設法47条であり、同規定では被拘禁者の「規律と管理」を目的とした規則制定権限を定めている。しかし、被拘禁者の裁判所へのアクセス権を制限するための、上記刑事施設規則によって付与された規則制定権限は、上記目的を充足したものとは言えず、特に、当該被拘禁者が訴訟のための手続を開始しようとしている場合には、その権利制限を定めた規則は権限ゆ越にあたるとした⁶⁹。

そして、いずれの見解も、最終的に手紙の差し止めなどを行なった施設長の措置には、裁判所侮辱が成立するとした。本判決の原審同様に被拘禁者は原則、権利を維持するとの前提（上記の第2の原則を指す）に立ちつつ、その原則の適用段階すなわち権利制限根拠の具体的検討においては大きく異なる判断を示したわけである⁷⁰。

本件において示された上記第2の原則、すなわち「イギリス法のもとでは、既決被拘禁者は、刑事施設への拘禁にかかわらず、明白に、あるいは必要的推認によってこれが剥奪されなければ、あらゆる市民権を維持するものである」との原則は、被拘禁者の人権の保障及びその制限条件を考え

68 [1983] 1 AC 14F-G.

69 [1983] 1 AC 15D-E.

70 本件の原審においては、上記第2の原則を引きつつも、原告は結果的には救済されていない。原審裁判所も、同様に第2の原則を支持し、「申立人及びその他の被拘禁者の関連する権利がどの範囲で剥奪され、または制限されているのか」を検討する必要があるとして、1964年刑事施設規則、特に規則33条及び37条とを検討した。しかし、33条3項に定める2つの制限事由に当該事案が該当するか否かを判断するにおいては、規則のさらに詳細を規定したより下位の行政文書類を参照し、同項に定める「好ましくない」との事由に該当すると結論づけた。つまり、立法の目的と規則の規定との関係性が吟味された控訴審判決とは異なり、法律と規則との関係性については、審査がなされぬまま、下位の行政文書の内容がそのまま肯定されてしまったのである。

る際に最初に確認すべき大原則として、その後あらゆる刑事施設内の人権問題を扱う諸裁判例に引き継がれていき、国内裁判所において定着することとなる。刑に服することになったとしても、一般社会において保障される権利自由は基本的には引き継がれ、例外的にそれが剥奪される場合があることが裁判所によって示されたことの意義は非常に大きい。

また本判決では、規則や命令文書による被拘禁者への権利制限が認められる際の一定の基準を示した。すなわち、その基準とは、上記原則の「明白に、あるいは必要的推認」という点にあり、本件の場合には、権利自由の剥奪は、「明白な立法によってのみ」行なわれるものだとして、法47条の目的規定の積極的解釈によって、弁護士との通信を制限する刑事施設規則の当該規定を権限逾越にあたり違法であることを認めた。規則等の行政文書によって被拘禁者の権利自由が制限される現実に鑑み、それが法律の定められた範囲、法律による授權に依っているのであるならば、真に法律による授權の範囲内であるかは裁判所が吟味すべきである、との態度が示されたのである。その意味では、「実質的消極主義」の打破に一步踏み込んだ判決と言えよう。

第6節 被拘禁者の権利自由に対する制限基準の明確化

そして、Leech事件の控訴院判決⁷¹では、被拘禁者の権利自由の制限基準について、より発展を見せる。

本件は、被拘禁者が訴訟手続に至らない以前に、法的事項に関して弁護士との間で交わした手紙を施設当局に開封され、これを検閲されたことを不服として提起された訴訟である。手紙の開封及び検閲を認める根拠とされる1964年刑事施設規則33条3項が、先述のHoney判決の事案同様、1952年刑事施設法47条1項による規則制定権限の範囲内にあるか否かが争点の一つとなった。すなわち、それがHoney判決において示された人権の制限

71 R v Secretary of State for the Home Department, ex p Leech [1994] 3 WLR 1125.

条件たる明白性及び必要的推認による権利の剥奪に当たるか否かとの点である。

本件の原審においては、法47条1項に言う規則制定権限について、法の目的遂行のために合理的に必要である規則は存在するものとして、このような規則とは異なるものか、あるいはそれよりも拡大的なものである場合に、その制定権限を認められないと判断し、規則33条3項は、法の目的の遂行に合理的に必要かどうか、との不合理性（unreasonableness or irrationality）を理由に無効とすべきかどうかとの問題として取り扱った。しかし、Steyn判事自身はこうした原審判決の問題の立て方とは異なり、以下のようにHoney判決上の原則に従って異なるアプローチをとった。

まず、被拘禁者の弁護士との通信の権利を制限している規則33条3項が、先述のHoney判決で被拘禁者の権利に対する制限基準として認められた「明白性」を充たすかどうか、検討する。同項においては、施設長の「通信連絡の内容が好ましくない（objectionable）こと、又はそれが異常に長いものであることを理由として、裁量によって当該通信連絡を差し止めることができる」とする権限を定めている点について、Steyn判事は、この規定について「異常に長いものである」場合との要件については、その明白性を肯定するが、もう一つの条件である「好ましくない（objectionable）」という要件についてはその明白性を否定した。

その理由として、「好ましくない」との条件が最初に導入された時代は、被拘禁者の権利が現在に比べて非常に大きく制限されていたこと（よって現代とは状況が異なる）、「好ましくない」という概念には幅広い意味が含まれること、を挙げる。さらには、規則33条3項が、一般的な通信連絡と弁護士との通信連絡について同じ制限基準を規定していることを問題視した。また、この「好ましくない」との条件を規則の「文脈上」解釈しなければならないとして、規則の懲罰要件に関する規定について言及した。つまり、かつては職員に対する誤った及び悪意のある不服申立、または理由

のない不服申立を頻繁に行なうという行為を「好ましくない」として、懲罰対象と解釈されていた。ところが、後に「好ましくない」という懲罰要件の規定が廃止された現在では、33条3項においても同様にこうした行為を「好ましくない」行為として位置づけておく必要性はないとして明白性を否定したのである⁷²。

次に、Honey判決が示したもう一つの制限基準、「必要的推認」について検討する。

まず、前提として、被拘禁者の権利内容とその範囲を明確にする。ここでは、ヨーロッパ人権裁判所のGolder判決において、被拘禁者による阻害なき弁護士へのアクセス権は、民事訴訟を提起する可能性にかかわって助言及び援助を得る目的のためにこれを行なう場合には、裁判所それ自身へのアクセス権の分ちがたい部分を形成するという重要な原則が確認される。さらに、この原則は、国内裁判所判決でもあるR v Secretary of State for the Home Department, ex parte Anderson [1984]においても明確に宣言されたことが強調され⁷³、人権裁判所の判断が国内裁判所で適用されることを肯定した。そして、(弁護士との通信連絡にかかわる)法律専門職にかかわる優位的権利 (legal professional privilege) は、裁判所及び法的援助への阻害なきアクセスという基本的権利を支える重要な補助的権利であることが国内裁判所においても確認されるのである。そして、Honey判決で述べられたように、この裁判所へのアクセスという基本的権利は(例外

72 [1994] 3 WLR 1133D-H.

73 [1994] 3 WLR 1135A-B. Anderson判決の事案は、刑事施設内で発生した暴動の最中に生じた暴行について、施設職員に対して、民事訴訟手続を開始しようと助言を求めるため、弁護士との面会を希望した被拘禁者が、最初に文書による施設長宛の不服申立手続をとらなかったために、面会要求が受け入れられなかったのは、権限逾越にあたり違法だとしたというものである。同判決では、Golder判決を引いて、後に裁判所に対する民事訴訟手続を行なうにあたり、これに関して助言や支援を受ける目的で、阻害されることなく弁護士にアクセスすることは、裁判所へのアクセス権の分ちがたい一部分を成すものであるとした。

的に) 必要的推認でなければ制限されない。この制限は法律による場合でも例外的なものであるから、その下位法規たる規則や命令による場合にはさらに例外的なものとして考えなければならない、とした⁷⁴。

そこで、規則33条3項の有効性を認めるに十分な必要的推認が設定されるか否かとの問題に移る。これはすなわち、刑事施設の規律という利益のために、規則33条3項のような、規則の客観的必要性が証明され得るか否かとの問題であるとされている。ここで重要な点は、この客観的必要性の証明責任が施設長側に置かれている点である。そして、この客観的必要性とは、「被拘禁者と弁護士との間で交わされる手紙を読む際限のない権限、及びそのような手紙を、それが冗長である又は好ましくないとの理由から差し止めることのできる権限のために、自明で差し迫った必要性が存在するかどうか」ということを指す⁷⁵。そして、当局側の提出証拠からは、規則33条3項の規定の目的とされる適切な刑事施設の管理という利益のためには、この必要性を認められないと結論づけたのである⁷⁶。

さらに、本判決の結論において、Steyn判事は、法47条1項によって、必要的推認により被拘禁者と弁護士との間の通信連絡に対して、何らかの制限を行なうことは認められるとする。但し、この許容される一定の（法的援助者との通信の自由に対する）制限については、「当該通信が真に法的な内容の通信であることを確保するために最小限の必要性を有していなければならない」とし、権利自由に対する制限にかかわる最小限度の原則を示したことも注目される⁷⁷。

74 [1994] 3 WLR 1136C-H.

75 [1994] 3 WLR 1136H-1137A.

76 [1994] 3 WLR 1137C.

77 [1994] 3 WLR 1141H. Lazarusは、本判決で適用されたこの「最小限の制限」基準は司法審査を拡大することにつながり、本判決は、「イングランドにおける被拘禁者の権利を根拠づけ、またより一般的に人権を根拠づけたという点で、突破口となった代表的な判決」と評価しながらも、他方でこの最小限の制限基準は、その後の裁判例において一貫して用いられているわけではなく、刑務所の安全や

このように、上記Leech判決は、先述のHoney判決で打ち立てられた被拘禁者の権利保障に関する原則を起点として、ヨーロッパ人権裁判所の先例も適用しつつ、被拘禁者の人権保障へのより積極的なアプローチを行ったという点から、被拘禁者の人権保障という観点から国内裁判所判決の最高レベルの到達点とも評価されている⁷⁸。

弁護士との通信連絡の権利が、Honey判決上の原則に言われる、拘禁にかかわらず維持された権利の一部であることが確認されたことがまず評価されるが、さらに大きな意義は、Honey判決で示された制限基準（明白性と必要的推認）の具体的内容が従前に比してより厳密に示されたという点にある。権利制限的な規則上の規定について「自明で差し迫った必要性が存在するかどうか」という基準による客観的必要性を求め、それについては、制限した側に立証責任負担を求めている点は、上記第3節で見たヨーロッパ人権裁判所の条約解釈原則の③にいうより「実際のかつ効果的な権利」として保障を図ろうとする姿勢にも見られ、ヨーロッパ人権裁判所の判断基準により近づいたとも言えることができる。

まさに本判決は、従来の国内裁判所における判断基準たる「法の目的の遂行に合理的に必要かどうか」との合理性基準から、ヨーロッパ人権裁判所の判断基準への接近を図った基点と考えることができよう。

第7節 1998年人権法施行とヨーロッパ人権裁判所基準への接近

以上のように、イギリスの国内裁判所判決においては、1983年のHoney判決を経て、1992年のLeech判決において、裁判所として被拘禁者の権利自由に対する制限を審査するにあたり、その制限をどこまで認めうるか、

社会の保護が危険にさらされる場合と考えられる場合には、裁判所はこの基準から後退するという傾向が見られるというその限界についても述べている (Lazarus, *op.cit.*, at 223-224)。

78 *Livingston et.al.*, *op.cit.*, at 93.

との基準を一定程度発展させてきた。そして、それは、Golder判決を受けて、ヨーロッパ人権裁判所の判断基準により近いものに発展させることによって、より被拘禁者の人権保障に積極的な姿勢を見せてきたと言える。

そして、この傾向は、ヨーロッパ人権条約を国内へ直接適用させることを可能とした1998年人権法施行後にさらに変化を見せる。上述したような国内裁判所が見せたヨーロッパ人権裁判所判断への接近の流れのなかで、人権法の施行によって、ヨーロッパ人権裁判所が人権条約を解釈する際の原則を、実質的に国内裁判所も考慮に入れざるを得なくなった⁷⁹からであると言えよう。

1998年人権法が2000年に施行されると、被拘禁者の人権保障について、より積極的姿勢を見せる判決が登場する。つまり、国内裁判所によるこれまでの蓄積の上に人権法の施行によって、ヨーロッパ人権条約上すなわち人権法上の人権に対する制限を認めるための基準をより厳格化しようという裁判所の姿勢が見られるようになるのである。この点を顕著に見ることができる代表的な判例が以下のDaly判決⁸⁰である。

本件は、長期の刑に服役している被拘禁者が、居室内検査にかかわる運用指針についてその違法性を争った事案である。具体的には、1995年に内務大臣がイングランド・ウェールズの刑事施設における居室内検査にかかわる新たな運用指針（policy）を導入し、これを施設長宛命令文書である「安全マニュアル」に定めたが、原告の被拘禁者は、1952年刑事施設法47条1項に定められた内務大臣の規則制定権限によって、このような運用方針を定めこれを実施することはできないと主張した。

本判決を行なった貴族院に対しては、上記運用方針のうち、優位的権利とされた法的通信（legally privileged correspondence）にあたる、弁護士とやりとりを行なった法的文書が職員によって居室検査を受ける際に被拘

79 *Cheney et.al., op.cit.*, at 7.

80 *R (Daly) v Secretary of State for the Home Department* [2001] 2 WLR 1622.

禁者が立ち会えないという方針について争った。つまり、不必要かつ許容できない範囲において、優位的権利が保障された法的通信が被拘禁者不在のまま検査されることは、コモン・ロー及びヨーロッパ人権条約のいずれにも認められた人権の侵害であると主張したのである。

Bingham判事は、この訴えに対しまず当該運用方針が定められた経緯とその法的根拠について検討する。

同判事によれば、拘禁された者に対しては、行政命令文書によって、通常の市民が行使できる権利の行使が必然的に制限されることは認める。しかし、通常の市民が行使するあらゆる権利を包括的に剥奪するのではなく、一定の権利については、弱められた形あるいは制限されたかたちで（制限を定めた）命令文書から「生き残っている」。そして、こうした「生き残った」権利は、他の権利の喪失又は部分的喪失によってより拡大的に保障される点が重要であるとする。そして、この「生き残った」権利には、少なくとも適切な法的保護を要求するための権利として、①裁判所へのアクセス権、②法的助言へのアクセス権、③法的専門家に関する優位的権利のもとで法的助言者と秘密裏にコミュニケーションを行なう権利、の三つの権利が含まれ、これらは明白かつ明確な文言によって制限し、この制限の正当化される限界を画する合理的に必要な範囲に限ってのみ制限を課することが可能であるとした⁸¹。

そして、（本稿でここまで見てきた諸判決を含む）代表的な各先例を検討した結果、内務大臣側から提示された証拠について、被拘禁者が裁判にアクセスしようとする試みを制限する措置が認められる程度に切迫した必要性が示されているか否かを考慮し、これを否定した。ここでは、上記Leech判決同様に、切迫した必要性の立証責任は内務大臣側に課せられている。この必要性判断については、基本的権利への制限がより本質的であるほど、裁判所は、当該制限が公法的意味において（in a public law

81 [2001] 2 WLR 1625E-H.

sense) 合理的であったと納得する以前に、その正当化のためにより多くのものを要求するであろうと述べ、制限内容によって立証のレベルがより重くなることを示唆している⁸²。

そして、結局のところ、違法性の有無については、裁判所は、以下の3点の問題であるとして、それぞれ検討する。

すなわち、①優位的権利とされた法的通信における秘密が維持されるという被拘禁者Dalyのコモン・ロー上の権利が、深刻な形で制限されたか否か、②優位的権利とされた法的通信の秘密を維持する被拘禁者の権利をいかなる形であれ制限するなんらかの根拠が存在しうるか否か、③被拘禁者のコモン・ロー上の優位的権利を制限する範囲について、当該運用方針は、刑事施設内の安全、秩序及び規律を維持するために、また犯罪を防止するために、広く認められた必要性に照らして、必要でありかつ適切な対応措置として正当化されうるのか否か、の3点である。

そして、これら3点につき、Bingham判事は、当該運用方針が、Dalyの法的通信に関する優位的権利を侵害したものであるとして①を肯定する。他方で、②について、被拘禁者の通信に対する何らかの検査の必要性を肯定する。すなわち、当該通信が、明らかに優位的権利とされた法的通信そのものであるか、またそのなかには施設内の安全、良き秩序及び規律の維持を害するような違法な物や情報が隠されていないということを確定するために検査をすることは肯定されるとするのである⁸³。そして、③の点については、当該運用方針が上記のような理由によって正当化されるかを検討するにおいて、Bingham判事は、当該運用方針が現在のように「一律的に制限を課す形に」なっていることによってこれを認めることはできないとした⁸⁴。

82 [2001] 2 WLR 1628G-H.

83 [2001] 2 WLR 1630C-1631C.

84 [2001] 2 WLR 1631G.

Bingham判事は、このような結論に至るにあたり、Dalyではない別の被拘禁者が、刑事施設オンブズマンに対して行なった不服申立に対するオンブズマンの調査報告、さらには、その後この調査を受けて改善された居室検査の運用内容、スコットランドにおける居室検査にかかわる命令文書、さらには制限を肯定するような違法な物や情報が法的通信に隠されていた事例が、実際最近どの程度見つかったのかとの具体的情報をもとに検討している⁸⁵。

以上のように、Bingham判事は、法的通信にかかわる被拘禁者の権利は、より厳格な制限基準が適用されるとし、Leech判決で示されたのと同様に当該制限に対して「切迫した必要性」を要求し、その立証責任を制限する側に求めた。そして、その「切迫した必要性」に当たるかどうかを判断するにあたっては、上述したように、①権利への深刻な制限にあたるか

85 [2001] 2 WLR 1631H-1633A. 但し、本稿においては触れることができなかったが、上記に示したような証拠群は、これを裁判所に示した弁護士等の貢献が大きいものと推測される。裁判官自身の姿勢のみならず、当事者やその代理人がどのような訴訟活動を行なったかも、司法審査の変遷を見る上では、重要な要素であることを筆者は認識している。

なお、本判決は、このように非常に具体的に運用方針の中身、すなわち当該制限をどうすれば認めうる中身になるのか、という点まで証拠を駆使し踏み込んで検討している点も、裁判所の積極的姿勢の表われとして注目されることを付言しておきたい。

Bingham判事は、裁判所が「注意深い検討や議論を要求される（内部）規則の文言を（裁判所が）策定したり、承認したりすることは不適切である」と述べながらも、刑事施設に適用される規則にどのような点を含めるべきかとの点について、自身の考えに言及している。すなわち、「いかなる規則も、優位的権利が認められる法的通信が検査される場合には、被拘禁者が立ち会う一般の権利を規定すべきである」、その上で「検査の実効性を担保するために被拘禁者を立ち合わせない正当な理由が存在するか、あるいは合理的にそのように確信される場合に、被拘禁者が立ち会えない」旨規則において規定すること、他方で、「刑務所当局に対して運用上の突発的な緊急事態又は緊急性のある情報の調査に対応することを認める」内容を規則に定めることとしている。このように、運用方針そのものの具体的中身のあるべき姿について、実質的に裁判所の判断を示したのである（[2001] 2 WLR 1633D-F）。

否か、②制限の根拠が存在しているか否か、③当該制限が必要でありかつ適切な対応か否か、という三つの判断要素を示したのである。これは、Leech判決をより発展させたものと言え、よってさらに上記第3節で示したヨーロッパ人権裁判所における判断基準の、特に③により接近したものと言うことができよう。

さらに、Steyn判事の違法性基準に関する判断は、ヨーロッパ人権裁判所の判断基準のより近づくことを志向したものであることを明示した。すなわち、同判事は、コモン・ローにおける行政裁量の伝統的な違法性判断基準であるWednesbury基準との関係性を論じている。

Wednesbury基準とは、行政庁が「公益」との関係で個人の権利を制限する場合、当該制限が「合理性」の基準にあるものであったか否かを判断するWednesbury判決⁸⁶の基準による判断で、司法審査上、裁判官が行政機関の行為の不合理性を認定するためには、①関連のない事項の考慮、不適切な目的での行為、悪意での行為のような相対的に明確な根拠、②いかなる合理的な機関もなしえないような不合理な決定を審査する根拠が必要であるとする⁸⁷。

Steyn判事は、Wednesbury原則が示された当時の判決と、その後の先例とを比較検討し、人権条約上の権利が問題となっている場合には、比例性基準 (approach of proportionality) が適用されうることを指摘した⁸⁸。では、ここでいう比例性基準とはどのようなものか。

同判事によれば、Wednesbury基準による場合と比例性基準による場合とは重なる部分もあるが、審査の強度 (intensity of review) は比例性基準による場合のほうが幾分か大きいという。具体的には、比例性基準

86 Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Cooperation [1948].

87 戒能編・前掲書90頁、江島晶子「イギリスの裁判所におけるヨーロッパ人権条約とコモン・ローとの関係」明治短期大学紀要54号（1994年）14頁。

88 [2001] 2 WLR 1634G-H.

は、①裁判所に対して、(伝統的なWednesbury基準が要求する) 合理的な (rational or reasonable) 決定の範囲内にあるかどうかのみならず、(当該制限を行使するという) 意思決定権者が維持してきた均衡状態 (バランス) を精査することを要求しており、また、比例性基準は、伝統的基準に比べて、② (当該事案の) 利益や考慮事項に応じて相対的に重点を置くという方向に留意するよう要求できるという点において、より先進的な基準であるとする。さらに、ヨーロッパ人権裁判所の判例を参照し、③次の2点の要求によって、比例制基準は審査の強度を保証するという。すなわち、1点は当該権利制限が切迫した特別な必要性に合致するという意味で、民主社会において必要性を有しているという点、もう1点は、当該制限が法令上の目的に真に比例性を有しているかという点である⁸⁹。

以上のように、Daly判決によって、イギリス国内裁判所は、行政庁による被拘禁者の権利自由への制限に対する判断基準を、まさに、従来の「合理性」基準から、より厳格性の高い「比例性」基準というヨーロッパ人権裁判所の判断基準へと、転換を図ることも志向している。少なくとも1998年人権法によって保障された権利に関連する場合には、第1に、行政による制限権限行使について、あらかじめ合理性が推定されるのではなく、当該権利制限の切迫した必要性について、当該制限権限を行使した側に課すことが再確認され、第2に、ヨーロッパ人権裁判所において用いられている比例性基準が示すような、条約上の個人の人権と社会の一般的利益 (公益) との公平なバランス (均衡) 論⁹⁰が持ち込まれたことによって、より行政側の理論に偏りがちであった国内裁判所のバランス論が相対化したこと、という2点が本判決の重要な意義である。

89 [2001] 2 WLR 1635C-1636A.

90 Cheney *et. al.*, *op.cit.*, at 9.

第8節 ヨーロッパ人権裁判所の判断基準への転換

以上のように、1998年人権法施行後の裁判例においては、明らかにヨーロッパ人権裁判所による判断基準への接近が見られる。

ところが、他方で上記のDaly判決については、次のような各判事の意見に鑑みて、ヨーロッパ人権裁判所の判断基準への完全な転換には至っていないという評価もなされている。

Bingham判事は、1998年人権法施行後において、ヨーロッパ人権裁判所判例や人権条約を国内裁判所がどのように考慮したか、という点について次のように述べた。すなわち、自身は、諸権限に由来するコモン・ロー原則の典型的な適用及び司法審査に対する典型的な国内法のアプローチについて明言した上で結論に至ったが、(結果的に)ヨーロッパ人権条約に依拠した場合に達する結論と同じものになったのだ、と言うのである。そして、常に両者が同じ結論に達するとは限らないと述べつつ、1998年人権法に人権条約が統合され、同法が施行されたことによって、国内裁判所は人権条約上の権利が侵害されたか否かを判断しなければならなくなったのだ、とする⁹¹。

また、本判決では、人権制限に対するより厳格な基準がすなわちヨーロッパ人権裁判所の判断基準であるとも限らないという意見も述べられている。Cooke判事は、当該判断は、条約に影響を受けないコモン・ロー上の司法判断において適切に証明できるとし、ヨーロッパ人権条約上規定されている権利と似た権利は、英国の憲法文書やそのほかの権利にかかわる正式文書にも見つけることができるとする。権利は、条約に由来しているのではなく、そもそも民主的な市民社会に由来し、基礎をおいているのであり、条約は(権利を創設するものではなく)これを認めたという反応(respond by recognizing)の一つに過ぎないとするのである⁹²。同判事の判

91 [2001] 2 WLR 1633F-1634A.

92 [2001] 2 WLR 1636E-F.

断からは、基準とする人権文書がどれかによるのではなく、当該事案の内容によって、司法審査の深度（depth）や行政裁量の尊重の度合いは異なるということが重要なのである。

実際のところは、ヨーロッパ人権裁判所の解釈原則に接近はしたが、必ずしもそれらに完全に転換したとは言えないというのが正しいようである。この点につき、江島晶子は次のように説明する。

確かに、イギリスの憲法原理からは、ヨーロッパ人権裁判所の解釈基準へと完全に転換させることができない次のような理由がある。すなわち、「司法審査裁判所（judicial review court）は、審査の対象となる機関を監督し、その決定が公法の審査基準……に合致しているかどうか審査する」のであって、「第1次意思決定者として本案を審査することはない」、よって、ヨーロッパ人権条約の実体的内容を司法審査の発展のために利用することは、司法審査裁判所を第1次的意思決定権者に代えてしまうことになり、憲法上のバランスを侵害するから認められない、とされる⁹³。

そこで、代わりに、従来のWednesbury原理における「意思決定者側の裁量の合理性が推定される」という原則を修正し、当該基本的権利を侵害する決定の十分な客観的正当性を証明する責任（当該意思決定の合理性を証明する責任）を意思決定者側に課したのである⁹⁴。

この証明責任の転換という手法は、上記Leech判決にもDaly判決にも明らかに見られたが、このことは大きな進歩として評価すべきである。のみならず、一般的なイギリス国内裁判所の傾向として、1990年代に入ってから急増したヨーロッパ人権条約を参照する判決においては、行政裁量に対する司法審査の場面で、司法審査に用いられる伝統的なWednesbury原理の精緻化、というなかで同条約を利用するという新しい局面が見られ

93 江島・前掲論文18頁。

94 同上20頁。

ることも指摘されている⁹⁵。このWednesbury原理の精緻化とは、すなわち「Wednesbury原理の非合理性unreasonablenessが認められる範囲を広げ（「限界を引き下げ」）、基本的権利を侵害する公的機関の裁量的決定に対して、より明確な審査基準を提示する」⁹⁶こととされる。

但し、1990年代の関連判例を複数検討したそれらの傾向として、「行政裁量の不合理性を審査するWednesbury原理の精緻化によって、国内裁判所のアプローチはストラスプールのアプローチに接近していくという指摘は、現段階では事実というよりも、可能性は存すると評価するほうが正確である」とし、また「アプローチにはヨーロッパ人権条約の影響は見られるとしても、結果にまでは影響が及ばない」⁹⁷と評価する。

以上の説明によれば、Daly判決では、1998年人権法施行後の判決として、それまでのヨーロッパ人権裁判所の判例法を、「可能な限り」で、イギリス国内法の枠組みすなわちコモン・ロー上の原則のなかに取り入れることによって、制限の違法性基準を厳格化しようとした過程にある裁判例と言える⁹⁸。

95 江島晶子『人権保障の新局面——ヨーロッパ人権条約とイギリス憲法の共生』（日本評論社、2002年）49頁。江島によれば、1990年代以前の国内裁判所においては、ヨーロッパ人権条約について、「本来、二元主義をとるイギリスにおいては、条約が国内法化されないかぎり国内法的効力を有せず、イギリスの裁判所は条約を解釈・適用する義務を負わない」とし、当初、条約を無視したり、関連性なしとして扱ってきた。

96 同上159頁。

97 同上167頁。

98 Smit, *op.cit.*, at 570-571では、Daly判決について、被拘禁者の当該権利は、「伝統的な基準（テスト）及び比例性を基礎とした新しい基準との両者によって」検討されたとし、実体的審理のために「新しい基準」では十分とは言えないとする。但し、裁判所はますますこの「新しい基準」が要求しているバランス考量（balancing exercise）を用いることに熟達してきていることから、司法審査が関与する範囲は今後拡大していく可能性を指摘している。

第9節 残された課題

他方、上記Daly判決については、被拘禁者の人権保障を弱体化させる方向性をも有していることが懸念されるという批判的評価もある。

比例性基準に依拠することで審査の強度を高めることを推奨しているかに見えたSteyn判事の意見の末尾部分には、同判事の上記のような司法審査拡大に対する躊躇が見られる。すなわち、同判事は、「公法（public law）上の事案における審査の強度は、当該事案の内容によるだろう」とし、それは条約上の人権がかかわる事案についても同様であると述べた。そして「法においては、文脈（context）がすべてだ」と述べるのである⁹⁹。

この点について、Liora Lazarusは、伝統的な司法が意思決定権者である行政に敬意を払うとする原則（Judicial deference）に大きな譲歩をしたもので、行政に大きな裁量の余地を認めてしまうものだと批判した。そしてこの原則が生き残ることで、人権法施行による影響はより小さなものになってしまうとも述べる¹⁰⁰。イギリスの裁判所は、まだ真に「不干渉主義」から脱し切れていない、さらに言えば「実質的消極主義」から完全に脱し切れず、1998年人権法施行後もなお上記のような行政や立法への敬意と被拘禁者の権利保護とのあいだの綱渡りをしているというのである¹⁰¹。

たとえ、1998年人権法が施行され、ヨーロッパ人権裁判所の判断基準を用いることが可能になったとしても、これを生かすだけの基盤がまだ国内裁判所には備えられていないことになり、その使い方によっては、なおも被拘禁者の人権保障を不安定にしているのである。

99 [2001] 2 WLR 1636B-C.

100 Lazarus, *op.cit.*, at 242-243. Department for Constitutional Affairs, *op.cit.*, at 12 においても、人権法施行後の裁判所においてもなお、民主主義的基盤から、立法や行政が行なった意思決定に司法が譲歩する（defer）部分が存在していることが報告されている。

101 Lazarus, *op.cit.*, at 247.

さらに、ヨーロッパ人権裁判所の判断基準である比例性基準を用いたとしても、被拘禁者の人権への制限が認められる範囲が狭まるとは限らないのは、一つには比例性基準を用いたとしても、比較する人権制限の根拠が何であるか如何にその結論が左右されることがあるという点も指摘しておかなければならない。

受刑者の人工授精にかかわる申立てに対する却下措置を争ったMellor判決¹⁰²では、被拘禁者の人権に対し、処罰（punish）及び抑止（deter）という刑罰目的のために制定された刑罰制度の維持という目的との比例性如何が問われた。当該権利に対する制限は、規律秩序の維持といった施設運営上の目的によるものにとどまらず、そもそも刑の内容として当該制限が含まれているものとして比例性基準が用いられたのである¹⁰³。

さらに、被拘禁者が、電話によって外部のメディアに対して発言することを求めたがこれを禁じられた措置について、条約10条（表現の自由）違反如何を巡って争ったHirst判決¹⁰⁴において、Elias判事は次のように判示

102 R (Mellor) v Secretary of State for the Home Department [2001] 3 WLR 533. 本件は、終身刑で服役中の被拘禁者による外部の家族との人工授精の機会を得ることを申し立てたところ、内務大臣にこれを拒否されたことを不服として提起された訴訟である。本件では、結果的に、受刑者の申立は却下された。被拘禁者による申立が大臣によって認められなかった根拠は、規則制定権を定めた法47条そして、規則4条（外部交通に関する規定）にあるが、この措置が、条約8条（個人生活及び家族生活の尊重）及び12条（結婚の権利）の保障に違反するかどうか本件では問題とされた。

103 同判決で、Phillips判事は、「表現の自由に対する制限の程度は、拘禁刑の正当化された一要素である」と述べ、これは「単に被拘禁者を秩序だって管理されている刑事施設に拘禁するという目的故のみならず、自由の剥奪という刑罰の目的の一部として」認めているとした（[2001] 3 WLR 548G-H）。さらに、同判事は、ヨーロッパ人権裁判所の判例法もイギリス国内裁判所の判例法もアプローチは同じであるとした上で「拘禁刑という刑罰が人権の行使に対して及ぼす影響は、処罰及び抑止（to punish and to deter）という刑罰制度の維持という目的に照らして不均衡ではないと認められれば正当化される」と述べる（[2001] 3 WLR 549H-550A）。

104 R (Hirst) v Secretary of State for the Home Department [2002] 1 WLR 2929.

した。

条約10条2項を適用する際には、当該制限の正当性を主張する基礎となるものが、以下の二つのいずれかによって判断方法が異なる。すなわち、第1に「当該権利制限は、拘禁刑自身に由来する部分なのか」、又は第2に「単に刑事施設の良き秩序及び規律（の維持）の目的のために（何らかの）規則が制定されなければならない、という事実の結果としての制限的措置であるのか」という2点である。そして、比例性基準の適用にあたっては、このいずれかにあたるかどうかを考慮しなければならない¹⁰⁵。

そして、上記第2の理由に基づく制限措置であるならば、「条約10条上の権利侵害を訴えられている一方当事者が負担する責任は、当該制限が、同10条2項によって認められた合法的な目的にかなってとられたこと、本件において採られた方法が合理的に当該目的と関連していること、さらには、条約上の権利が、目的達成に必要とされる以上に制限されていないことを証明することである」¹⁰⁶とした。

他方、上記第1の理由に基づく制限措置であるならば、すなわち「当該権利制限が効果的な刑罰政策を実施するための必要性から、よく考えられた上でなされた対応としてなされた場合には」¹⁰⁷、「裁判所は、特にそれが民意（the democratic will）の反映であるならば、（当該制限措置に対して）判断を差し挟む余地はないが、但し、当該権利の剥奪（denial of right）が刑罰目的に照らして不均衡である（比例しない）場合には、裁判所は判断を差し挟むことができる」¹⁰⁸とするのである。

105 [2002] 1 WLR 2940 F-G. 本判決では、被拘禁者側は、当該制限は拘禁刑由来のものではないと否定したが、政府側は上記二つの目的にいずれにも根拠づけられた制限であると主張し、結局、裁判所は拘禁刑由来のものではないと否定するに至った。

106 [2002] 1 WLR.2941 A-B.

107 [2002] 1 WLR.2941 B-C.

108 [2002] 1 WLR.2943 A-B.

つまり、権利自由への制限には、刑罰目的と行政的な目的との2種類の制限があり得、その制限に関する司法判断については、刑罰目的による権利剥奪の場合には、裁判所はこれに介入することには消極的であるべきとする。ところが他方、刑事施設の運用上の目的による制限の場合には、「当該制限が特定の目的達成のために必要な範囲であるか、または権利侵害は不必要であるかをより積極的に、より厳密に判断することができる」として、裁判所が積極的に介入することを推奨する。さらに、その際には、単に個人の権利と政府側の見解として述べられる公益とのバランスを一般的に判断するのではなく、条約上の人権を優位において判断することまでを推奨するのである¹⁰⁹。

Hirst判決は、被拘禁者の権利自由への制限根拠を考える際に、より明確な枠組みを示したと言える。しかし、何が刑罰目的であり、何が行政目的であるのか、その境界線は必ずしも明確に示されているわけではない。よって、場合によっては制限を幅広く認めてしまいかねない危険性を有していると言えよう。すなわち、実際には「拘禁刑の性質及び目的、又はそのための行刑の性質及び目的について、何らかの法的又は確固たる政治的コンセンサスの不在であること」が結局司法の消極的態度への誘因となってしまうのである¹¹⁰。

すでに述べたように、日本もイギリスも拘禁刑によって何が奪われるのかを明確に定めた法律は存在しない。よって、立法によってこれを定めなければ、司法審査にも限界がある。しかし、とすると司法は、立法を待つだけなのだろうか。この点について、司法審査によって、行政目的によって制限されない権利自由の範囲、すなわち拘禁刑によって当然に剥奪されない権利自由とされるものの範囲をより広い範囲で認めていくことによ

109 [2002] 1 WLR 2943 D.

110 Lazarus, *op.cit.*, at 241.

て、結果的に被拘禁者の人権保障全体をより強固なものとしていく主張¹¹¹も検討の余地があるように思われる。

第3章 補論：イギリスをめぐるヨーロッパ人権裁判所の見解

さて、以上のようにイギリスの国内裁判所では、一定程度ヨーロッパ人権裁判所における審査の基準や手法の受容が図られてきたわけであるが、条約上の人権とこれを制限する目的・理由との利益考量を行なうにあたっては、被拘禁者の人権の制限を正当化する一方の利益が、刑罰に由来する目的であるのか、あるいは刑事施設の安全維持といった行政上の目的によるのか、によってその比例性審査＝利益考量の内容に差異が生じうることが課題として指摘されている。

では、こうしたイギリス国内裁判所の状況に比較して、ヨーロッパ人権裁判所では、どのような判断が行なわれているのか。以下では、補論として、イギリスの国内裁判所においてその主張が容れられず、ヨーロッパ人権裁判所に対して申立て、最終的には申立人の主張が認められた代表的な2つの人権裁判所判例を検討することとする。

第1節 受刑者に対する投票権停止を巡る事案：Case of Hirst v. The United Kingdom (no.2)

本事案¹¹²の申立人は、終身刑受刑者である。この受刑者については、タリフの期日はすでに過ぎていたが、なお深刻な危険性が認められるとして、釈放が延期されている状態であった。そのような状況下にあって、申

111 Lazarus *op.cit.*, at 241.

112 第4小法廷の判決Judgement (Forth Section) は、30 March 2004, ECHR 122 (Application No. 74025/01)、また大法廷の判決Judgement (Grand Chamber) は、6 October 2005, ECHR 681 (Application No. 74025/01)。

立人は、1983年国民代表法（The Representation of the People Act 1983）の3条によって、国会及び地方議会の議員選挙における投票権を停止されていたため、この措置に対し、1998年人権法4条に基づき、この取扱いがヨーロッパ人権条約に違反するとして、他の2人の受刑者とともに国内裁判所に提訴するが、棄却されてしまう。そこで、申立人は、ヨーロッパ人権裁判所に申立をした。本事案については、ヨーロッパ人権裁判所の第4小法廷で審理された後、政府側の上訴を受けて大法廷で再審理されている（以下、それぞれをたんに第4小法廷及び大法廷ともいう）。人権裁判所においては、イギリスにおいて受刑者の投票権を停止した、1983年国民代表法の当該規定が、ヨーロッパ人権条約3条1項に適合するか否かが中心的争点とされた。特に、同法の規定によって、受刑者に対する投票権の停止が一律的に適用されている点¹¹³が問題となった。1983年国民代表法における投票権の停止規定は、いわゆるcivil deathを規定したものであるが、この規定が現在においても維持されている点について、政府は「投票権を含む権利の喪失は、有罪判決を受けた者への刑罰の一部とすべきである」との見解を示している¹¹⁴。すなわち、イギリス政府は、投票権の停止を刑罰の一部あるいは一形態として考えていることになる。

113 政府の主張によれば、投票権の停止は、深刻な犯罪によって拘禁刑を受刑している者に適用されるのであって、罰金刑、執行猶予、社会奉仕刑、裁判所侮辱罪による拘禁刑を受けた者、さらには罰金不支払い者、未決拘禁の者には適用されないと説明している（Hirst (no.2) (Fourth Section) para.34、Hirst (no.2) (Grand Chamber) para.51）

114 Hirst (no.2) (Fourth Section) para.19およびHirst (no.2) (Grand Chamber) para.24による。なお、第4小法廷においては、2001年に内務大臣が受刑者に対する選挙権停止を維持する理由として以下のように述べられている。すなわち、「犯罪を犯したことそれ自体によって、また行為者の性質、前科前歴を含む悪質性と相まって、そのような犯罪を行った受刑者は一定期間、国の統治の仕方について発言する権利を奪われる。刑罰には、強制的な拘禁以上の、1種類以上の形態がある。社会からの追放とは、社会における特権からの追放であり、その中には自身の議会代表に対して投票する権利が含まれる」（判決書para.20）。

ヨーロッパ人権裁判所大法廷は、まず受刑者に一律に投票権の停止を適用することについて、次のように異議を唱え、その制限のあり方について述べている。すなわち、大法廷は、前提として、当該拘禁刑が、「明白に条約5条の範囲内にある合法的な拘禁である場合には」、「被拘禁者は、条約のもとで保障されているあらゆる基本的人権及び自由をなお行使し続ける」が、これらの人権・自由について、「安全」とくに「犯罪や混乱の防止」を考慮した制限が正当化されるため、受刑者は、「刑事裁判によって有罪判決を受けての拘禁」によってのみ、その者の人権が剥奪されることが正当化されるのである。しかし、「条約上のシステムのもとでは、寛容及び寛大さ (tolerance and broadmindedness) を民主社会の前提としているので、世論 (public opinion) の怒りを買うからという理由のみによって自動的に投票権が剥奪される余地はない」。ただし、例外的に、寛容さでは、「民主社会を人権条約上の人権または自由を破壊する行為から保護する」ことができないので、条約3条1項において、一定の個人の投票権に制限を課することを排除しない。制限が許容される一定の個人とは、例えば「公職にある者に対する深刻な侵害、または法の支配や民主的基盤を害するおそれがあるような行為を行なった者」をいう。そして、そのような例外的な投票権の制限については、謙抑的でなければならないとし、「比例性の基準 (principle of proportionality) が要求される」、つまり「刑罰と行為、そして当該個人の状況 (circumstances) との間に明白かつ十分な関係性 (discernible and sufficient link)」が要求されるというのである¹¹⁵。

つまりは、ヨーロッパ人権条約のもとでは、いわゆるcivil deathは否定されていることが明言されているのである¹¹⁶。ただし、条約3条1項によって「例外的に」投票権に対する制限が許容されるので、本件では、第1に

115 Hirst (no.2) (Grand Chamber) para.69-71

116 Susan Easton, "Electing the Electorate: The Problem of Prisoner Desenfranchisement", *The Modern Law Review*, 69 (3), 2006, at 447.

制限を正当化する目的が合理的か否か、そして第2に制限に比例性が認められるか否かという2つの観点から条約との適合性が審査された¹¹⁷。

制限を正当化する目的について、イギリス政府は、人権裁判所に対して、投票権剥奪の目的を以下の2点にあると説明している。すなわち、「受刑者の行為に対して制裁を課することによって犯罪を防止すること」及び「市民としての責任を強化することと法の支配を尊重すること」である¹¹⁸。これらの目的について、大法廷は、投票権の停止によって上記目的を達成できる有効性について疑問の余地があるとしながら、上記目的が、受け入れがたいあるいは条約3条1項に明らかに違反するとして、本事案における適用において、これらの目的を排除する理由はない、と述べている¹¹⁹。この点について、前審の第4小法廷は、大法廷とは若干異なって見解を示している。受刑者に対する投票権停止措置に対するカナダ最高裁の違憲判決¹²⁰が、受刑者に対する投票権の一律停止が犯罪を抑止することを支持する証拠が何らないこと、また市民としての責任及び法の支配に関する目的についても、投票権の剥奪と刑罰の賦課とのあいだには明白な論理的関係性がないとしていたことにあえて言及していた¹²¹。しかし、いずれの判決においても、結論としては、政府があげる2つの目的の達成のために投票権の停止が有効あるいは必要であるのか、という判断については、一定の疑いを示しつつ最終的な判断を回避し、目的の合理性については肯定したことになる¹²²。

117 Hirst (no.2) (Grand Chamber) para.73.

118 *Id.*, para. 74.

119 *Id.*, para. 75.

120 大法廷判決の出典によれば、*Sauvé v Canada* (no.2) [2002] 2 Federal Court Reports 117。大法廷判決でも参照されているようだが、第4小法廷判決ほど積極的に参照されていない。

121 Hirst (no.2) (Fourth Section) para.45-46.

122 この点については、William Ashby Powers, “Note & Comment: Hirst v. United Kingdom (No.2) : A First Look at Prisoner Disenfranchisement by the European

そこで次に、比例性の問題、つまり、当該人権制限とその合理的目的の間に十分な関連性（relevant or sufficient relationship）があるかどうか、である¹²³。

この点については、政府側から有罪判決を受けた者、拘禁されている者全体に一律的に投票権を停止しているわけではなく、裁判侮辱罪による場合や罰金や社会奉仕活動による刑罰の場合、未決の者などには投票権停止は適用されないとの反論もあったが、それでもなお投票権停止は大半の受刑者に適用されているとしてこの主張を退けた。さらに、投票権の剥奪を当該受刑者が受けるかどうかは、量刑を行なう裁判官がどのような形態の刑罰を科すか、という判断によるべきものであるとして、実際、判決裁判所は、（拘禁がふさわしいとは判断したがそれ以上に）投票権剥奪について判断をしておらず、申立人の刑事事件の事実と投票権剥奪とのあいだに直接的なつながりが存在していると認められないとした¹²⁴。

次に、締約国の「評価の余地」（margin of appreciation）についても以下の通り判断した。イギリス政府は、条約3条1項のもとでは、投票権は絶対的なものではなく、締約国にこれを行行使する条件を決定することを認める「評価の余地」が認められていることを強調していた¹²⁵。大法廷は、この「評価の余地」が広範に認められるとしながらも、実際イギリスにおいては、国内裁判所や議会において、投票権剥奪のあり方について真摯に検

Court of Human Rights, *Connecticut Journal of International Law* 21, 2006, at 289-290参照。なお、Powers, *op.cit.*, at 283-284は、第4小法廷判決においては、カナダ最高裁と同様の基準によって審査しているように見えるが、結局、投票権剥奪について「合理的な目的」または「論理的関連性」の否定には至らなかったと解しており、Easton, *op.cit.*, at 447では、大法廷判決について、人権裁判所は政府の挙げた制限目的を認めたものの、その目的と制限とは「論理的関連性がなく」、投票権の停止を「自動的かつ恣意的に」行なうことは認めなかったのだと解している。合理性の内容については、必ずしも明らかではないように見える。

123 Powers, *op.cit.*, at 290.

124 Hirst (no.2) (Grand Chamber) para.77

125 *Id.*, para.47

討・議論がなされたとする十分な証拠がみられないとして¹²⁶、また、他のヨーロッパ諸国の現状からみても、一律的に受刑者に投票権停止措置を課すことは少数派であることに鑑みて、広範囲に認めるが、絶対的なものではない「評価の余地」の範囲を超えているとした¹²⁷。

以上のように、大法廷は、比例性基準審査から3条1項違反を認定したのである。明らかに目的との関連性について精査をせずに、一律に人権制限を行なっていることから、条約違反と結論づけやすいケースであったと言えることができる。しかし、国内において、一律的な人権制限ではない場合には、人権裁判所における利益考量はより困難となる。次の判例はその典型とも言える事案である。

第2節 人工授精を求める受刑者に対する却下措置をめぐる事案：Case of Dickson v. The United Kingdom

本事案¹²⁸の申立人はいわゆる獄中結婚した受刑者の男性と元受刑者であるが現在は釈放されている女性の夫婦である。2人は、受刑中に文通ネットワークにより知り合い、女性が釈放された後に、2人は結婚するに至った。その後、2人の間に子どもを設けるという希望が生まれ、男性は施設当局に対し人工授精の許可を求めたが、却下されてしまった。却下の理由としては、当時の女性の年齢が高齢（51歳）であり、2人の間で人工授精

126 *Id.*, para.78-81. 国内で議論が尽されていないとした点について、人権裁判所は、近代における刑事政策や現在の人権基準に照らして、受刑者への投票権の一律的剥奪がなお正当化されるかどうかに関する実質的な議論が交わされたと認めることができないとし、さらに裁判所の裁判例を検討しても、投票権に対する制限の問題は、議会で扱う問題であるとして裁判所においては比例性の審査がなされていないことを指摘し、これらの点から、解釈の余地を認めるまでに国内で審査がなされていない、と判断した。

127 *Id.*, para.82.

128 第4小法廷の判決Judgement (Forth Section) は、18 April 2006, ECHR 430 (Application No. 44362/04)、また大法廷の判決Judgement (Grand Chamber) は、4 December 2007, ECHR 1050 (Application No. 44362/04)。

についての合意もできていたが、一方で、両者が一般社会で夫婦関係を築いた経験がなく、生まれてくる子どもの福祉の観点から望ましい状況ではないこと、母親と生まれてくる子どもについて迅速なサポートが得られないこと、生まれてくる子どもにとって大切な時期に父親が不在であること、そして申立人の男性に人工授精を認めれば、彼の受けた刑罰が有する応報及び抑止要素に反する（circumvent）ことになるという合理的な人々の関心が存在すると考えられること、という点が挙げられた。申立人は、その後国内裁判所にも司法審査を提訴したが、すべての審理において棄却され¹²⁹、2004年にヨーロッパ人権裁判所に申立を行なうに至った。人権裁判所では、受刑者に対して人工授精のための措置を認めるか否かに関する内務省の運用規則とその適用とが、条約8条に適合しているか否かが主な争点となった。本事案では、第4小法廷判決が条約違反はないものと認定したが、申立人側の上訴を受けた大法廷判決においてこれが覆り、条約違反が認定された。以下、大法廷判決の判断プロセスを中心に検討する。

まず、大法廷は、審理の前提となる一般原則について、被拘禁者の人権に対する個別の制限は正当化され、こうした制限は、「とりわけ拘禁による必然性及び回避できない結果として」または「当該制限と被拘禁者の個別事情との間に適切な関係性が存在すれば」正当化されるが、「世論の感情を害する（offend public opinion）であろうという理由のみによって、（その当該制限を）正当化することはできない」¹³⁰とする。

しかし、イギリス政府が示した制限目的については、その合理性を否定していない。第4小法廷と同様に、「刑罰制度における人々の信頼の維持」が、刑罰政策の発展に役割を果たしていることを認めている。さらに、イギリス政府による、当該人権制限は拘禁の包括的な「刑罰目的」（overall

129 なお、控訴院（The Appeal Court）においては、棄却決定を出すにあたり、Mellor判決（前掲・注102）が参照されている。

130 Dickson (Grand Chamber), at para.68.

punitive object) に寄与するものであるという主張については、「懲罰 (punishment)」（応報とほぼ同義に用いられていると推測される）が拘禁の目的の1つであることにも同意する。ただし、ヨーロッパ地域の刑罰政策は、ますます拘禁の社会復帰目的、特に長期拘禁刑の廃止の方向性を重要視する方向へと発展してきていること」を強調し、拘禁における懲罰的な目的の強調に若干の疑義を示した¹³¹。

以上のような判断は、大法廷判決が、上記Hirst (No.2) 判決のように、条約上の人権は、受刑によって一律に剥奪されるわけではないが、合理的な目的によって制限しうるとする一般原則を維持していることがわかる。ただし、やはりここでもイギリス政府が示した人権制限の目的についてその合理性を否定することはなく、本件でも比例性審査において、結論として条約8条違反が認定された。条約違反の理由は以下の通りである。

大法廷は、社会及び各個人のニーズ、及び資源に鑑みて、条約上の人権保障を確保するためにどのような措置をとるかは、締約国が有する広い「評価の余地」の範囲内にあるものとする。しかし、人工授精にかかわる申立て却下の根拠とされた行政方針は、当該個別事案について対抗する個人と社会の利益を精査しておらず、制限の比例性についても、条約が要求するレベルの精査が行なわれていないと認定した¹³²。その理由として、大法廷は以下のような点を挙げる。まず、政府が定めた人工授精にかかわる方針においては、人工授精を求める者に対して、極めて高い「例外性」の証明責任を負わせている。すなわち、申立人は、人工授精の機会が奪われることによって妊娠の機会が失われるということをまず証明することが求められ、次にこの方針が示す基準のもとで、申立人の個別状況は、(人工授精が却下される条件には該当しない)「例外的な」事案にあたることを証明しなければならないのである。これは、条約が求めるレベルの個人と

131 *Id.*, para. 75.

132 *Id.*, para.81-82.

社会の間の利益考量及び比例性審査に適合していないとした¹³³。また、人工授精の制限に関する方針は、国会で定められた法律によって規定されているものではなく、したがって国会で比例性に関する問題は十分審査されていないという点も指摘した¹³⁴。また、確かに（イギリス政府が示したように）人工授精は一律的に禁止されているわけではなく、現に政府の提出した統計では、3組のカップルについて過去に人工授精は許可されているが、大法廷は、その事実をもってしても、イギリス国内において、現在の人工授精に関する方針について、十分な比例性審査が行なわれたとは認められないとする¹³⁵。

以上の結果から、大法廷は、申立人にとって（子どもをつくるという）重要な問題について十分な精査がなされていないことが、締約国に認められた「評価の余地」の範囲を超えるものであるとし、したがって、公平な利益考量（fair balance）が関連する社会と個人の利益とのあいだで行なわれていなかったとして、条約8条違反を決定した¹³⁶。

しかし、この判決については、反対意見（18名の判事のうちWildhaber, Zupančič, Jungwiert, Gyulumyan 及び Myjer の5名の判事による）が付さられている。この反対意見においては、条約違反を認定した多数意見について、人工授精の制限についてその根拠は適切であると（明示していないが）認め、さらに締約国に対して「評価の余地」を認めたのであるから、国内裁判所において、十分な審査はすでに国内で行なわれたと評価すべきとした。そして、むしろ人権裁判所の多数意見においては、審査すべき点——受刑中の文通によって結婚したこと、14歳の歳の差があること、夫のほうには暴力の前歴があること、女性のほうは自然授精であれ人工授精で

133 *Id.*, para.82.

134 *Id.*, para.83.

135 *Id.*, para.84.

136 *Id.*, para.85.

あれ妊娠の可能性は低く、危険性も高いこと、子どもにとって重要な時期に父親が不在であること——が審査されていないことを問題視し、これらの点について審査を行なったイギリス政府の「評価の余地」を尊重すべきであるとの結論を示した。

この反対意見は、イギリス政府は、一律に人工授精を認めていないのではなく、個別事案の状況を考慮にいれて結論として却下したという事実に着目し、国内ですでに注意深い検討の上に却下したものであるから、すでに人権条約が要求するレベルの比例性基準に基づいた審査が行なわれたものと認め、その結果の人権制限であるから、条約違反は認められない、と結論づけた第4小法廷判決とほぼ同様と見て良いように思われる。

さらに、この第4小法廷判決では、本事案が、条約上の個人または家族生活を尊重する国家の積極的義務が充足されたか否かの問題であり、よって「評価の余地」は（消極的義務の場合よりも）より広範囲となると解釈していた¹³⁷。一方、どこまで締約国の判断に委ねるのか、という「評価の余地」の範囲について、大法廷はより狭く解釈したために、このような結論の差異が生まれたとも言える。

また、第4小法廷判決では、社会の利益と個人の利益との公平な利益考量において、一方の社会側の利益には、イギリス政府が示した、①刑罰制度に対する一般社会の信頼の維持、及び②生まれてくるであろう子どもの福祉の両方を目的として認めていた¹³⁸。つまり、子どもの福祉という第2の目的についても第4小法廷は合理性を認め、これについても比例性基準による審査を行なっている¹³⁹。上記大法廷判決への反対意見もまた、第4小法

137 Dickson (Forth Section), para.30-31. 一方で大法廷判決は、そのような区別する意義を見出さず、公平な比較考量の問題として判断すべきだと述べている (Dickson (Grand Chamber), para.71)。

138 Dickson (Forth Section), para.33-34.

139 大法廷においては、この第2の目的の合理性判断について明示がなされていないが、これについて比例性審査がなされていないことから合理性を認めなかった

廷判決と同様に、子どもの福祉という制限目的を認めるがために、夫婦の結婚状況や親としての適正性といった点を考慮すべきとの意見につながったと言える。

しかし、この大法廷判決への5名の判事の反対意見及び第4小法廷判決が示す、夫婦の結婚状況や親としての適正性といった点を考慮した判断については、大法廷判決が一定その判断を共有していると見られる、第4小法廷判決の多数意見に対して示されていたCasadevall 及びGarlicki判事による反対意見の疑問がなお妥当でしょう。両判事の反対意見では、第4小法廷での審理において、イギリス内務省が、人工授精の申立を却下した理由や政府の主張において、夫である受刑者の釈放後、妻が妊娠する可能性の低さといった現在の申立人らに関する個人的事情、生まれてくるであろう子どもの福祉、母親と子どもを支える十分な資源やネットワークの不備などを考慮した点¹⁴⁰は、「いささかパターンリスティックにすぎる」ように見え、「誰がいつ子どもを持つかは国が決定することではない」と述べた。

この点については、第4小法廷判決の判例評価において、より広範かつ本質的な問題として提起されている。Helen Coddは人工授精にかかわる代表的な国内裁判所判例であるMellor判決¹⁴¹やDickson第4小法廷判決に見られるアプローチは、出産について、受刑中の親が、その他大勢の「想定される受刑中ではない親」たちよりも、親としての適正性についてより高い基準の証明責任を果たさなければならないという前提に立っており、加えて自然に妊娠できず人工的に妊娠する場合にもやはり親としての適正性のより高い証明基準が課せられていることを指摘する。そして、人工授精に至る現在のプロセスは、自己決定権（decisional privacy）の可能性を排

と見ることができよう。

140 Dickson (Forth Section), para.38.

141 前掲・注102参照。

除するものだとする¹⁴²。さらに、子どもの福祉如何を決めるそのような適正性の判断を、プリズン・サービスの行政官が行なうことが適正であるのか、という問題も提起されている¹⁴³。

もう1つの人権制限目的とされた刑罰への信頼性の維持についても、大法廷判決が指摘したように、刑罰目的は応報や抑止だけではなく、ますます社会復帰や拘禁の回避が強調されている現状がある。その中で、より受刑者の社会復帰に資するであろう、家族をつくること、あるいは再構築することは、むしろ社会復帰にとってマイナスとなり目的と矛盾しうると言える。実際に、第4小法廷判決に対するCasadevall 及びGarlicki判事の反対意見の最後には、人工授精を拒否されることによって、家族をつくる可能性を奪い、よって申立人らの将来の生活全般に影響が及ぶことを懸念する文言でまとめられている。また、Emily Jacksonは、第4小法廷判決の判例評価において、イギリス刑事施設規則においても、受刑者と家族の関係性に特別な注意を払うべきとする規定があることに加え、受刑者家族の利益と受刑者自身の社会復帰を促進するために、そのような関係性を構築し、

142 Helen Codd, *The Slippery Slope to Sperm Smuggling: Prisoners, Artificial Insemination and Human Rights*, *Medical Law Review* 15 (220-), 2007, at III-B. Coddは、さらなる問題として、受刑していないそのパートナーの自己決定権をも奪うことはさらに理論的には困難であるとしている。第4小法廷判決に対するBorrego判事の反対意見でも、申立人のうち受刑中ではない外部社会で生活する母親の条約上の人権保障が、夫の受刑によって影響を受けることに問題を投げかけている。この点につき同様の問題提起をするものとして、Emily Jackson, *Prisoner, Their Partners and the Right to Family Life*, *Child and Family Law Quarterly* 19.2 (239-), 2007.

143 この点について、同様の見解を示しているものとして、イギリスのMellor判決の評価においては、John Williams, *Case Commentary: Prisoners and Artificial Insemination – Have the Courts Got it Right? – The Queen on the Application of Mellor v Secretary of State for the Home Department*, *Child and Family Law Quarterly* 14.2 (217-), 2002. Williamsによれば、「刑事施設の安全と規律秩序の維持という利益は刑事施設当局にとって合理的なものと言えるが、子どもの福祉にかかわる問題は、別の者に法的な責任がある」と述べる（上記論文の“The Welfare of the Child”の項を参照）。

保たなければならないという規定があること等に鑑みて、これらの方針と矛盾することの問題を指摘している¹⁴⁴。

なお、大法廷判決は、国民の刑罰に対する信頼に合理性を認めつつも、世論の感情を害するであろうという理由のみによって制限は正当化できないとする前提を立てており、国民の刑罰に対する信頼という目的による制限には慎重な姿勢を示していることには留意しておかなければならない。

第3節 2判例の考察

以上のヨーロッパ人権裁判所の2判例においては、受刑者に対してもヨーロッパ人権条約上の人権が等しく及ぶこと、一律的な人権制限は認めないが、合理的な目的が認められ、当該制限とその目的との間に比例性が認められれば、これらの人権に対して制限を許容すること、を明示している。しかし、Hirst (No.2) 判決においては選挙時の投票権が、また Dickson判決においては家族生活の保障という権利への制限が、刑罰の内容として許容されるのか否かについては、必ずしも明確とは言えないように思われる。

確かに、前提条件として、Hirst (No.2) 判決においては、条約上の人権・自由について、「安全」「犯罪や混乱の防止」を考慮しての制限が正当化され、よって一定の者の投票権剥奪が正当化される、と述べており、また、Dickson判決においても、イギリス政府が主張する刑罰目的 (punitive object) による人権制限を一定認めている。しかし、一方で一律的な人権制限は前提として否定されている。さらに、Hirst (No.2) 判決では、裁判所が、刑事裁判において投票権剥奪を刑罰として宣告していない以上、これは刑罰ではないと受け取れる意見を述べているが、これは上記の見解と併せて読めば、刑罰として宣告されるのであれば、投票権剥奪も認めら

144 Jackson, *op.cit.*.

れる可能性を肯定しているように読める¹⁴⁵。

イギリス国内裁判所のHirst判決では、受刑者に対する人権制限を正当化する目的が刑罰目的であるかあるいは行政目的であるかによって、その判断権者や基準に差異を設定したわけだが、本稿で検討したHirst (No.2) やDickson判決では、政府側が、いずれの制限についても、刑罰の内容として、あるいは拘禁刑を受けたことによって必然的に容認される人権制限（刑罰目的による制限）とする主張を行ったため、これが、刑事施設の安全や規律秩序の維持のために必要な人権制限（行政目的による制限）であった場合に、人権裁判所の見解が異なるのか、明らかではない¹⁴⁶。しかし、いずれであっても、条約上要求される目的の合理性、この目的と制限の比例性という同様の基準で判断をすることになるであろう。確かに、刑罰の内容であるか否かによって、人権裁判所には、「評価の余地」を持ち出して、より締約国に広い裁量を与えるかどうかの違いがあるかもしれない。この「評価の余地」は、まさに国内法理論において独自に発展してきた刑罰理論を尊重するということに繋がりをうる。現時点において各国の刑罰理論は統一されておらず、どこまでを刑罰の内容とするのかは、まさに各国の「評価の余地」としてその判断に委ねざるを得ないとも言える。しかし、人権裁判所が「評価の余地」をあまりに広く認め、各国政府の判断を放置することは、人権条約の保障を監視する機関としては、その実効性を弱めることとなるであろう。

145 また、刑の個別化を追求した場合には、そのような形態の刑もありうるというようにも読める。

146 なお、Dickson判決について、たとえ、刑事施設の規律秩序の維持という最低限の制限目的を容認したとしても、本件については、人工授精にかかわる費用はすべて申立人が負担し、Dicksonが求めているのは、刑事施設内から夫の精子を持ち出すことだけであり、それだけで刑事施設内の安全を脅かすことはないという見解がある（Jackson, *op.cit.*）が、これは投票権を認める場合にも同様ではないか。2判例の事案について言えば、刑事施設の安全や規律秩序の維持という制限目的を認めたとしても、その比例性は否定されよう。

理論的には、人権裁判所において当該人権の制限が合理性目的理論あるいは比例性原理によって条約違反となるとして、一方で各締約国内において根付いている刑罰理論においては、刑罰の内容であるという対抗関係が生じた場合にはどう考えるのか、という問題が考えられ得る。現段階においては、根拠付けができるだけの十分な検討ができておらず、あくまで暫定的な結論ではあるが、以下の点からやはり人権論が優先されるべきであり、刑罰論は人権論に制約されるということにならざるを得ないと思われる。

第1に、拘禁刑において移動の自由を剥奪する以外の人権制限を絶対的に正当化できる刑罰理論が現時点において確定しているものとは思われないからである¹⁴⁷。そして、ヨーロッパ人権条約を批准している限り、刑罰論において、どのような刑罰目的を置いたとしても、人権制限は必要最小限にすべきであるという規範は前提とされなければならないのではないか。

第2に、犯罪や刑罰を巡る様々な知見においては、少なくとも犯罪抑止と社会復帰目的という刑罰目的の達成には、様々な人権制限は可能な限り最小限にとどめることが必要であるという関連性が証明されてきているということが言える。上記Dickson大法廷判決においても、ヨーロッパ地域における刑事政策では、応報や抑止よりもより社会復帰目的へとシフトしていることが示唆されていたが、それは例えばヨーロッパ刑事施設規則においても重視されているところである¹⁴⁸。

147 同様の見解を示すものとして、Hirst (No.2) 判決についての評価を巡る Robert Jago, *Citizenship or Civic Death? Extending the Franchise to Convicted Prisoners*, *Web Journal of Current Legal Issues*, 5, 2007 [<http://webjcli.ncl.ac.uk/2007/issue5/jago5.html>]を参照。

148 2006年に改定されたヨーロッパ刑事施設規則 (Recommendation Rec (2006) 2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules) では、その前文において、拘禁刑の執行および被拘禁者の取扱いは、安全と規律の要求を考慮しなければならないが、一方で人間の尊厳を侵害することのない施

果たして、今回検討した2判例において、それが成功しているかどうかは留保すべき点があるとしても、当該制限がどのような目的によるものであれ、ヨーロッパ人権条約が要求する判断基準を適用し審査するというシステムのもとでは、人権論によって国内の刑罰論が見直されるという仕組みが発展しつつあるといえるのではないか。人権裁判所の判例法は確立したのではなく、国内で蓄積された理論とどう整合性がとれるのか、なお多くの問題を抱えている。しかし、このように常に両者が対抗し、調整するなかで、見直しが図られ、より人権制限が必要最小限となる刑罰の在り方へと発展していくことが目指されているのである。

第4章 最後に～イギリスの裁判例に見る日本への示唆

確かに、日本とイギリスの間には、大きな法文化・法体系の違いが存在し、よってそのもとでの裁判所の役割・機能の違いがある。よって、単純に比較し、どちらがより被拘禁者の人権保障により資するのか、と判断することはできない。しかし、本稿の目指すところは、こうした法文化・法体系が異なる多国間条約として成立してきた国際人権法の影響を受けながら、国内における人権保障を如何に発展しうるか、あるいはすべきかを明らかにするという点にある。その視点から見ると、両国を比較する意義はなおもあるものと思われる。そこで、両国の共通点と相違点について最後にまとめておきたい。

筆者は、別稿において日本の裁判例の推移を検討した際には¹⁴⁹、1983年

設の状態を確保し、社会への再統合の準備をするために有効な職業訓練、処遇プログラムが提供されることが強調されており、被拘禁者の自由社会への再統合が強調されている。

149 「現行憲法のもとでの刑事施設における人権状況の発展と課題」龍谷法学第40巻3号（2007年）408-483頁。なお、その後同論文は、博士号取得論文に再編し、修正加筆を行なっている。

最高裁判決による施設長裁量に対する違法性審査基準が示されたこと、そして、その基準の適用の側面において、日本の裁判例にも発展が見られたことを明らかにした。日本においては、被拘禁者の「拘禁目的」及び施設内の「秩序の維持と正常な状態の保持」によって、施設長の裁量権のもとに被拘禁者の権利自由が制限できるとした上で、その施設長の裁量権に基づく権利自由の制限に必要性及び合理性があったか否かを判断する際には、上記制限が認容される制限の目的と被拘禁者の権利自由とが比較考量される。ただし、その必要性及び合理性判断においては、当該制限が「一般的、抽象的」になされている場合には、裁量権の違法性を認める傾向にあり、より具体的な制限の必要性及び合理性の立証責任を、制限を行使する施設側に負わせようとする傾向が、最近の裁判例には見られるようになった。そして、このように、制限する側により重い立証責任を課すようになった理由として、制限される権利自由の内容やその許容される制限範囲を確定するために、国際人権法（特に、自由権規約）に依拠した裁判例が見られるようになった、ということも言える。これは、判断基準として憲法や当時の監獄法の規定では不十分であるために、国際人権法によって補完したものと見られる。

こうして見ると、イギリスの裁判例においても、その推移で見てきたように、より権利自由を制限する側に説得的な根拠を求める傾向、すなわち制限する側により重い立証責任を課すようになったという傾向が見られるという点は、日本と共通する。さらに、両国の裁判例いずれにおいても、特に、刑事施設内の取り扱いに関して法的手続をとろうとする被拘禁者と弁護士との通信連絡を巡る裁判例においては¹⁵⁰、イギリスではヨーロッパ

150 但し、日本においてもイギリスにおいても、それらの裁判例において、被拘禁者の人権にかかわる判例理論が蓄積・発展してきたのは、現在のところ裁判所へのアクセスにかかわる権利（特に弁護士との面会・通信の権利）など一部の権利にとどまっている、という点は指摘しておかねばならない。

人権条約、日本では自由権規約の実施過程で作られた先例（人権裁判所の裁判例及び一般的意見等を含む総称として用いる）を参照することで、日本で言えば「必要性及び合理性」、イギリスで言えば「比例性」を判断するために、一定程度考慮されている。

確かに、上述したように権利自由の制限を認める基準はより厳格化されたが、なお日本においてもイギリスにおいても、被拘禁者の権利自由と制限を許容する他の保護すべき利益とのバランスを考慮しなければならないことには変わりはない。このバランスをどう調整するのか、との点がなおも大きな課題として残されている。

この課題に関しては、イギリスの裁判例の推移から学ぶべき点があるように思われる。まず、日本においては、被拘禁者の権利自由を制限する最たる根拠とされている行政文書（規則・政令・訓令・通達等）の違法性が司法判断によって認められたことはほとんどなく、法律の規定の違法性が問われたことは、皆無である。あくまで施設長の裁量権限ゆによる違法性の問題として扱われてきた。確かに、イギリスにおいても、議会主権の尊重という伝統的理念に基づくこともあり、日本同様に刑事施設法の違法が判断された事例は見当たらない¹⁵¹。しかし、刑事施設規則を含む行政文書の違法性判断については、日本よりも積極的な傾向が見られる。これは、1998年人権法施行以前からすでに見られる傾向である。例えば、刑事施設規則について、Honey判決では、法律に従って解釈されるべきこととし、さらに、Leech判決においては、規則上の当該規定について、その権限の根拠とされる法律上の規定が定めた範囲内にあるかどうかを厳格な基準によって検討しその違法性を判断する。また判決によって刑事施設規則の修正に結びついたものもある。

151 人権法施行以前は、法律による直接的な権利制限については、議会主権原則がその審査を回避させていたために、裁判において争うことができなかったとされている（Smit, *op.cit.*, at 570）。

さらに、今や1998年人権法の施行によって、裁判所は、議会制定法について人権法（＝人権条約）適合性判断にまで踏み込むことができる可能性¹⁵²を獲得した。すなわち、人権法は、「正式的かつ実効的な方法によって新たな立法を促す権限を負うこと以上の新たな役割を与え」、「従来のコモン・ローの伝統においては、一般的には『明らかに禁止されている場合以外は、すべて認められている』と暗示的かつ消極的な方法で表明されていたが、今や裁判所は、積極的な方法で表明し、拡大的な意味において、解釈・適用を行」いうるのである¹⁵³。

また、イギリスにおけるヨーロッパ人権裁判所裁判例の影響はなおも大きい。国内における人権規定の存在という点で見れば、確かに日本はいち早く具体的な人権規定を擁する憲法を第二次世界大戦直後に獲得した。他方、イギリスは1998年人権法施行までは、日本のように人権規定を有する成文法がなく、人権の法源は判例法に頼ってきた。ところがその後の発展のダイナミズムは、イギリスのほうが圧倒的に大きいように見える¹⁵⁴。補論で見たように、刑罰の内容とされ、あるいはその根拠が曖昧な人権制限について、人権裁判所によって再度精査される機会があることは、拘禁刑の刑罰のあり方を見直すことにも繋がっている。

152 ここで、「可能性」にとどめたのは、1998年人権法においても、なお立法の条約適合性判断と議会主権の両立という問題が存在しているからである。すなわち、人権法は、裁判所に対し、恒常的に条約上の人権の適用、適切な構築（proper construction）とを考慮することを確保させつつ、他方で議会主権の維持をも図ることが求められており（Cheney *et.al.*, *op.cit.*, at 16）、この点が、条約適合性判断の拡大にどう影響するのか、現段階では評価が難しい。

153 Cheney *et.al.*, *op.cit.*, at 16-17.

154 日本においても、被拘禁者の憲法的権利を裁判所が明確にした最初の判決である1958年の大阪地裁判決には、憲法施行直後という時代背景からか、憲法上の人権保障規定を被拘禁者であっても同じように及ぼそうとする姿勢が見られた。ところが、その後「特別権力関係論」は衰退したにもかかわらず、日本の裁判所は、憲法の人権規定を、具体的な人権保障の場面で活用できるほどのダイナミズムを持ちえていないと言わざるをえない。

さらに、本稿では、触れることができなかったが、被拘禁者の権利保障のため、施設当局が何らかの措置を講ずるべき行政側の積極的義務を認めるヨーロッパ人権裁判所判決も目立ってきており¹⁵⁵、こうした裁判例の蓄積を経ることによって、イギリスでも1998年人権法を適用とした司法審査において同様の発展を国内裁判所に見ることが期待される。こうした裁判例の蓄積は、先述の行政目的による人権制限を認める範囲を狭めることに寄与するのみならず、国に対して個人人権規定の実施に向けた具体的な義務を認めることにより、人権条約上の人権保障を実効化により資する。

このようにして見てくると、イギリスにおいては、ヨーロッパ人権条約・裁判例の発展を意識した国内裁判所の態度そしてその判断の変化が、被拘禁者の人権保障の発展に大きな貢献を果たしてきたと言える。

このように、イギリスにおいては、国内裁判所とヨーロッパ人権裁判所の判例が、その相乗効果によって、被拘禁者の人権保障という観点から、人権制限を伴う刑罰のあり方を見直すメカニズムを発展させつつある。日本において、このようなメカニズムをどのように作ることができるのか、なおも大きな課題であると言える¹⁵⁶。

155 例えば、深刻な精神病歴を有していた被拘禁者が、特に特別な配慮をなされないまま刑務所に収容され死亡した事案について、第1に生命を保護する積極的義務及び第2に効果的な調査を実施する手続的義務が履行されたか否かという2点から、ヨーロッパ人権条約2条違反を認定したPaul and Audrey Edwards v. UK, Judgment, 14 March, 1999 (Application no. 46477/99)、ヘロイン依存症を患っていた被拘禁者が刑務所に収容され死亡した事案について、人権条約3条について、国家が人間の尊厳を尊重した状態において拘禁する義務を果たしていないと認定したMcGlinchey and others v. UK, Judgment, 29 April 2003 (Application no. 50390/99)などが、顕著な例としてあげられる。

156 2009年に発足した民主党政権では、そのマニフェストに自由権規約の選択議定書など個人通報制度の導入が含まれているが、これは、日本が見直しのメカニズムをつくるための具体的な一歩と言えるだろう。