

## 受刑者と生殖の自由

－ヨーロッパ人権裁判所判例を題材として－

河合 正雄

目次

- I はじめに
- II Dickson v UK 判決
- III 受刑者の人工授精の権利性
- IV おわりに

### I はじめに

#### 1. イギリスの対ストラスブール感情と受刑者の権利・自由

現在のイギリスの反ヨーロッパ感情は、EUに対してのみならず、ヨーロッパにおける最低水準の人権保障を目的として起草されたヨーロッパ人権条約（以下、単に「条約」とする）に対しても向けられている。

条約上の人権保障システムは、次の通りである。ヨーロッパ人権裁判所（以下、単に「人権裁判所」とする）の条約違反判決が確定すると、当該締約国は国内法改正や行政慣行の変更などによって判決に従う義務を負い、閣僚委員会がその履行を定期的に監視することで、間接的に各国の人権保障を担保しようとしている（条約46条）<sup>(1)</sup>。条約を「生きている文書（living instrument）」として「発展的解釈（evolutive interpretation）」<sup>(2)</sup>を行う人権裁判所は、条約6条（公正な裁判を受ける権利）などの手続的権利を中心に積極的な判決を下しており、イギリスに対しては、2013年末までに297件の条約違反判決を出している<sup>(3)</sup>。

イギリス国内においても、条約の一部を事実上国内法化した1998年人権法（the Human Rights Act 1998）によって、国内裁判所は、

人権裁判所判決などのストラスブールの諸判断を考慮する（take into account）ことが義務づけられている（同法2条1項）。裁判所は国会制定法を可能な限り条約適合解釈しなければならない（同法3条1項）、それが不可能な場合は条約不適合宣言（国会主権原理をとるイギリスにおいて事実上の違憲判決に相当する）を出すことができる（同法4条2項）。前者は考慮義務にとどまり<sup>(4)</sup>、条約不適合宣言は法的拘束力を持たないが、2000年の人権法施行から2014年末までの間に確定した20件の条約不適合宣言のうち、拘禁中の受刑者の選挙権を一律に剥奪する1983年国民代表法（the Representation of the People Act 1983）3条を条約不適合としたSmith判決<sup>(5)</sup>を除く19件で、政治部門は国内裁判所の判決に従っている<sup>(6)</sup>。

このような現状に対して、イギリス国民によって直接選出されず、説明責任を負うことのない国外の機関が、直接的（人権裁判所の条約違反判決や閣僚委員会の執行監視）、間接的（国内裁判所の条約不適合宣言）な形で、国会制定法やそれに基づく行政慣行の改変を迫る事に対する反発が高まっている<sup>(7)</sup>。2015年5月の総選挙では主たる争点にこそならなかったものの、人権法の廃止などストラスブールとの大幅な関係見直しを公約に掲げた保守党が<sup>(8)</sup>、事前の予想を覆して単独過半

数の議席を得た。同党が2013年に出したパンプレットには、様々な背景を持つ各国が最低限遵守すべき人権保障という条約制定当初の目的を大きく逸脱して積極的な判決を下すようになった人権裁判所の（従って、国内で保障されている権利・自由を大陸にも享受させるとして起草時に積極的に関与し、発効時からの締約国であったイギリスが到底承服しがたい）具体例として、受刑者の選挙権、重大犯罪を行った外国人の退去強制、仮釈放の可能性を生涯認めない絶対的無期刑および受刑者の人工授精をめぐる判断を列挙した<sup>(9)</sup>。これらは、社会的に強い非難にさらされやすく法的にも権利制約が正当化されやすい受刑者などの権利・自由に対して、より親和的な立場を示した点で共通する。すなわち、ストラスブールへの反感は、ナショナリズム感情のみならず、彼らの権利・自由の保障に対する拒絶感からも発していることが伺われ、憲法学からすると看過すべきではない問題を含んでいる。本稿では、このうち、受刑者の人工授精をめぐる判決に焦点をあてる。

## 2. 受刑者と生殖の自由

憲法学では、特別権力関係論が克服され、できる限り受刑者の権利・自由を制約すべきではないことが、一般論としては論じられている。しかし、「拘禁の確保」、「規律秩序の維持」および「社会復帰」という、一般に受刑者の権利・自由の制約となりうるとされる収容目的<sup>(10)</sup>から、それぞれ具体的にどの種類の権利がどの程度制約を許容されうるかを個別に検討することはさほどなされず、日本の刑事施設における受刑者に対する権利・自由の著しい制約に対して説得力ある疑義を呈することはなかった<sup>(11)</sup>。ましてや、人権論一般においても主要なテーマとして論じられることの少なかった性的交渉や生殖の自由について検討を加えることはなく、結果としてこれらの自由の全面的な否認は、拘禁に付随

する制約であるとか自由刑の制裁の一部であるとした「常識」を迫認してきた。

しかし、自由刑の本質は身柄の拘束にある。自由刑純化論からすると、受刑者は拘禁と矛盾しない限りは原則として権利・自由を保持するため、受刑者の人工授精の拒絶や大幅な制約は原則として許容し得ない。日本の実務では、未決拘禁者も含めた刑事施設被収容者が性的交渉や生殖補助医療を受ける機会を完全に失うことを自明視してきたが、生殖行為は人間にとって根源的な行為である<sup>(12)</sup>。人工授精は、外部社会であれば一定の条件下で利用できることからすると、この点について真摯に検討する必要がある。少なくとも、何らの異議を呈さない学説の姿勢には問題がある<sup>(13)</sup>。

そこで本稿では、締約国から強い反発を招きながらも、受刑者の人工授精の利用を大幅に制約したイギリスの行刑実務に対して条約8条（私生活・家族生活の尊重を受ける権利）違反を認定した人権裁判所の *Dickson v UK* 判決に着目し、検討する。

## II Dickson v UK判決

### 1. イギリスの受刑者の人工授精の許可基準

イギリス（以下、原則としてイングランドおよびウェールズを指す）の刑事施設では、より親密な身体接触や性的交渉を行うことを想定した夫婦面会（conjugal visit）<sup>(14)</sup>を認めない一方で、配偶者との間での人工授精を例外的に許容する基準を定めていた。具体的には、男性受刑者・女性受刑者を問わず、人工授精が唯一の妊娠手段であること（基準1）、釈放予定日が近接しすぎても、親としての責任が果たしえないであろうほどに遠すぎてもいないこと（基準2）、施設内外の医療機関が共に人工授精するのに医学的に適していると認めること（基準3）、釈放後も共同生活を営むであろう程度に確立かつ安定した

夫婦関係が拘禁前に存在すること(基準4)、子が片親不在の下で育つ期間の長さを含め、家庭環境や子の福祉に対する準備が十分であること(基準5)、受刑者の経歴や素性などにてらして人工授精が公益に反しないこと(基準6)を考慮した上で、例外的な事情があると認める場合に限り、人工授精を許可するというものである。この6基準は厳密な要件ではないが、原則として人工授精を許可しない厳しい基準である。

イギリス政府は、この様な政策を定めた根拠として、第1に、受刑者が生殖の機会を失うのは拘禁に伴う必然的かつ必要な結果である、第2に、刑罰の応報や抑止の要素が緩和されれば行刑制度に対する公衆の信頼が害されうる、第3に、長期にわたる片親の不在が出生しうる子や社会全体に否定的影響を与える、という点をあげている。

ちなみに、本判決より前に、人工授精の利用の不許可を国内裁判所に提訴した Mellor 事件がある<sup>(15)</sup>。2001年4月の控訴院判決は、全体として敬讓審査を行い、とりわけイギリス政府が主張した上述の第2・第3の理由を全面的に認め<sup>(16)</sup>、受刑者の主張を退けた。

## 2. 事案の概要

無期刑受刑者の Kirk Dickson は、1999年に受刑者であった Lorraine Dickson と文通で知り合い、妻が出所した2001年に獄中結婚し、その後も定期的に面会していた。2人は子をもうけることを望んだが、夫の最低拘禁期間 (minimum term、旧称 tariff)<sup>(17)</sup> は15年であり、最短でも2009年まで仮釈放の可能性がないため<sup>(18)</sup>、2001年10月以降、内務大臣に対して自費による人工授精の許可を求めている。

2003年5月に内務大臣は、夫の最低拘禁期間終了時に妻は51歳であり妊娠の可能性は小さいほか、妻はすでに3人の子を養育している。しかし、獄中結婚した夫妻は通常

で日常生活を送った経験がない(基準4)、父親不在の下で重要な時期を母子への支援体制が不十分な中で過ごすという子の福祉の観点(基準5)、夫が暴力犯罪(謀殺罪)で有罪を宣告されている(基準6)という理由を挙げて不許可とした。

これを不服とした Dickson 夫妻は国内裁判所に司法審査を求めたが、控訴院は2004年9月に、Mellor 判決に依拠して全員一致で申立を退けた<sup>(19)</sup>。貴族院が上訴を認めなかったため、Dickson 夫妻は、条約8条・12条(家族をもうける権利)<sup>(20)</sup>違反を理由としてストラスブールに申立てた。

2006年4月の小法廷判決は、4対3の僅差ながら条約8条・12条違反を否定した<sup>(21)</sup>。多数意見は、過半数の締約国が様々な制約を課しつつも夫婦面会を認めているが、締約国が夫婦面会を認めるよう条約を解釈する段階にはいまだ達しておらず、締約国は広範な評価の余地を有する (para. 31)。本件政策の根底には、刑罰制度に対する公衆の信頼の維持と、出生しうる子の利益という目的がある。前者について、条約上、専ら世論を理由とした権利制約を許容する余地こそないものの、公衆の信頼の維持は行刑政策の発展にとって正当な役割を果たしている。後者についても、国家には子を効果的に保護する積極的義務があり、正当性が認められる (paras. 33-34)。Hirst (No. 2) 事件<sup>(22)</sup>とは異なり、政策は人工授精を一律に禁止しておらず、その申請に対しては、様々な基準に従って個々の具体的な事情をふまえて慎重に考慮している。これらの基準は合理性がないとはいえ、実際に人工授精が認められた事例もあり、画餅の権利保障とは言えない (para.35)。確かに本件では、妻の年齢からして人工授精のみが現実的な唯一の妊娠の機会であり、妻が出生しうる子を養育する十分な用意がある。他方で、内務大臣は、夫が暴力犯罪によって服役していることや、父親が不在なま

ま母子に対する貧弱な支援体制のもとで子が育つことなど個々の事情を慎重に斟酌しているとして、条約違反を否定した (paras. 37-41)。

### 3. 大法廷判決

これに対して、2007年12月の大法廷判決は判断を覆した<sup>(23)</sup>。

多数意見はまず、自由刑の機能として社会復帰に力点を置く近年の刑事政策の発展に言及した。すなわち、社会復帰処遇は、従来の再犯防止のための手段から、より積極的に、個人の責任の涵養を通じた社会再統合 (re-socialization) として構成されている<sup>(24)</sup>。この目的は、服役開始時の応報に重きを置いた処遇から、徐々に釈放準備のための処遇に移行させる「累進処遇」の発展によって補強されている (para. 28)。このことは、以下の国際人権諸文書でも言及されている。第1に、国際人権B規約10条3項と、同規約委員会の同条項に関する一般的見解。第2に、1955年国連被拘禁者最低処遇規則57条 (自由刑の純化)、58条 (社会復帰処遇)、59条 (教育的処遇、個別処遇)。第3に、2006年ヨーロッパ刑務所規則2条 (受刑者の人権享有主体性)、5条 (行刑の社会化)、6条 (社会再統合)、102条 (個人の責任の涵養、自由刑の純化)、106条1項 (体系的な教育プログラム)、107条1項 (累進処遇) などと、犯罪問題に関するヨーロッパ委員会のこれらの条項に関する見解。第4に、2006年のヨーロッパ刑務所規則改正の前提となった、閣僚委員会の2003年の長期刑受刑者の処遇に関する勧告23号 (個別処遇、行刑の社会化、個人の自主性の尊重、長期刑受刑者=危険と見なさないこと、累進処遇など) と同年の仮釈放に関する勧告22号である (paras. 29-36)。

次に、受刑者が人工授精を求める権利が条約8条の射程に入る点について、次のように述べた。私生活および家族生活の尊重には

「遺伝上の親になる決定を尊重される権利 (the right to respect for their decision to become genetic parents)」を含み、人工授精の利用の拒絶に対して条約8条が適用される (paras. 65-66)。受刑者は拘禁によっても条約上の権利を原則として保有し続け、拘禁に伴う必要かつ必然的な結果であるか、制約と当該受刑者の事情との間に適切な関連性がある場合にはじめて権利制約が許容される。しかし、単に世論の憤慨を理由とした制約は認められない (para. 68)。

その上で、本件に関する判断を行った。本件では、妻の年齢と夫の最低拘禁期間からすると、人工授精の利用が申立人の子をもうける唯一の現実的な方法である。これは、申立人にとって「極めて重要な (vital importance)」問題であることは明らかである (para. 72)。

本件政策に関してイギリス政府が主張した、受刑者は拘禁によって必然的に生殖の機会を失うという理由に関しては、その様な必然性があるとは言えず、人工授精が保安上の問題を含んだり国家に著しい財政上の負担を課すこともない (para. 74)。次に、行刑制度への公衆の信頼という理由に関しては、信頼の維持は刑事政策の発展にとって役割を果たしているが、条約上、単に世論の憤慨可能性を理由とした受刑者の権利の一律の剥奪を認める余地はない。応報は自由刑の目的の1つではあるが、特に長期刑受刑者の釈放に向けた社会復帰処遇を重視するようになってきているヨーロッパの刑事政策の進展もまた、重要である (para. 75)。さらに、出生しうる子や社会全体への否定的影響という理由に関して、当局が子の福祉を考慮することは条約8条2項上の正当な目的であり、国家には子を効果的に保護する積極的義務がある。しかし本件では、とりわけ妻が自由の身であり、夫の仮釈放まで子を養育することができる状況にある (para. 76)。

遺伝上の親になる選択をするような、個人



の存在やアイデンティティの核心が問題となるときは一般に評価の余地は小さくなるが、締約国間でコンセンサスを見出すことができないときは評価の余地は大きくなり、複雑な社会戦略上の問題や選択が生じている事例にとりわけ大きくなる（para. 78）。重要なことは、コンセンサスがない事柄は締約国に広範な評価の余地が認められるが、それは完全なフリーハンドを意味しない点である（para. 79）。

過半数の締約国が様々な制約を課しつつも夫婦面会を認めており、それは人工授精の利用を不要にしうる。しかし、夫婦面会を容認する締約国が増えつつあるとはいえ、夫婦面会のための規定を作るべく締約国に求めるよう条約を解釈する段階には至っていない。従って、締約国は広範な評価の余地を享受しうる（para. 81）。それでもなお、本件政策は、競合する個人の利益と公的利益を実際に衡量することを事実上排除しており、個々の事例において制約が均衡性を満たすかどうかの判断を妨げている。とりわけ本件政策は、申立人に「過度に高度な「例外的」負担（an inordinately high 'exceptionality' burden）」を強いている。申立人は、政策の基準のあてはめに先立って、人工授精の利用の拒絶が妊娠の機会を完全に奪うであろうことと、申立人の状況が政策の基準における「例外」に相当することを立証しなければならない。これは非常に高いハードルであり、競合する個人の利益と公的利益の衡量や均衡性を満たすかの吟味を認めていない（para. 82）。この基準は許容される評価の余地を超えており、条約8条に違反する（12対5、para. 85）。

条約12条については、条約8条と異なる論点はなく、別個に判断する必要はない（全員一致、para. 86）。

#### 4. Dickson v UK 判決確定後の政策変更

これに対してイギリス政府は、許可条件を例外的事情に限定しない内容に政策を微修正

すれば、利用の許否に関する大臣の自由な裁量を維持しても判決履行を達成できると考えた。そのため、人工授精を例外的な事情がある場合のみ認める要件を廃止し、基準4を「現時点で釈放後も共同生活を営むであろう程度に確立かつ安定した夫婦関係が存在すること」に緩和したほかは、従前の基準を維持した。これに対して閣僚委員会は、イギリス政府の Dickson 判決の履行を確認し、条約上は事件は終結した<sup>(25)</sup>。

しかし、イギリス国会の人権に関する両院合同委員会は、新基準を消極的に適用すると、さらに条約違反判決が下される可能性があることを指摘している<sup>(26)</sup>。また、1996年から Dickson 判決までに人工授精の利用を申立てた28人の受刑者のうち3名が許可されたのに対して<sup>(27)</sup>、新基準の下で2007年以降に申立てた13人の受刑者のうち2011年に1名のみが許可されている<sup>(28)</sup>。申立人数が少なく評し難い面があるものの、基準の変更による大きな実務上の変化はなく、必ずしも受刑者の人工授精がより容易になったとは言えないように思われる。

### Ⅲ 受刑者の人工授精の権利性

#### 1. 夫婦面会と人工授精

受刑者の夫婦面会と人工授精には一定の関連性があり、ストラスプールも、受刑者の生殖行為の制約を夫婦面会に関する問題として論じてきた<sup>(29)</sup>。夫婦面会は生殖の機会としての要素も持ち合わせているが、家族関係の維持によって社会復帰を促進させる要素がより強い。他方で、人工授精は家族関係を維持する効果もあるにせよ、端的に生殖を目的として行われる。

また、人工授精は、当事者のみでの親密な接触を伴わずに行うことができる以上、後述するように、施設内の規律秩序を維持する観点から実施を消極化させる必要性は小さい。

生殖行為は人間にとって根源的かつ高度に私的な行為であることからすると<sup>(30)</sup>、公権力による制約には慎重さが求められる。それは、受刑者が当事者となる事例においても、以下に見るように、原理的には変わるものではない。

## 2. 自由刑の目的から見た受刑者の権利制約の限界

受刑者の権利・自由の制約根拠となりうる収容目的として一般にあげられる「拘禁の確保」、「規律秩序の維持」および「社会復帰」を厳密に吟味すると、受刑者に対する人工授精の拒絶や原則禁止は少なくとも自明視はできない。

まず、拘禁の確保との関係では、男性受刑者は、施設内で精子を提供することで足りる。女性受刑者が望む場合も、行刑法規上の医療目的による移送や出産・育児を想定した規定<sup>(31)</sup>を準用すれば、この点は解決する。

次に、施設内の規律秩序の維持との関係では、男性受刑者は、上述の通り施設内での精子の提供で足り、夫婦面会と比較しても規律秩序が具体的に害されるおそれは想定しにくい<sup>(32)</sup>。女性受刑者の場合は、医療設備が整っていない多くの施設では移送の問題が生じるが、夫婦面会のように当事者のみで長時間接触する必要はなく、規律秩序を維持する面から制約を行うべき必要性は小さい。

そして、社会復帰処遇は受刑者に対する働きかけを原則とするため<sup>(33)</sup>、この目的によって権利・自由の制約を正当化しうるのは社会復帰に向けた処遇の参加に伴う制約に限られ<sup>(34)</sup>、原理的に人工授精自体を拒む根拠にはなり得ない。むしろ、社会との結びつきを強めることで社会生活をより円滑に送りやすくなれば、再犯可能性は減少する方向に作用し、社会復帰はより達成される。人工授精自体からは社会との結びつきを強める直接の効果は見込まれにくいにせよ、人工授精を行

う一連のプロセスが相手方との関係を維持する方向に作用し<sup>(35)</sup>、実際に子が出生した場合には責任感が涵養されうなど釈放後の社会適応可能性が増進される点で、社会復帰にとって積極的な側面が見られる。このような点から、人工授精の機会の保障は望ましい側面を有している<sup>(36)</sup>。この点は、被収容者とその家族双方の最善の利益にかなうような関係の維持に特別な配慮を払い、社会復帰を最大限促進しうる外部社会の人や機関との関係の確立・維持を奨励し援助することを定めたイギリス1999年刑務所規則 (the Prison Rules 1999) 4条の趣旨にも合致する<sup>(37)</sup>。

## 3. 出生しうる子の福祉？

さらに、国家が人工授精の許否を判断するにあたって出生しうる子の福祉を考慮することは、根源的な問題がある。子の福祉を理由として人工授精の利用を認めない場合、胎児にすらなっていない存在しない子の利益を根拠として、受刑者と相手方の条約8条の射程に入る自由が制約されることになる<sup>(38)</sup>。しかし、「誰がいつ子を持ちうるかを決めるのは国家ではない」<sup>(39)</sup>。仮に許否の判断要素の1つとして子の福祉に着目するとしても、受刑者に対して外部社会で人工授精を行う条件よりも厳しい水準を課すのではなく、シングルペアレントに対する公的な社会保障の充実や、子を持つ受刑者に対する外部交通の抜本的な拡充こそが求められよう<sup>(40)</sup>。

受刑者を親とすることが子の福祉に反している旨を、「常識」的感覚をこえて差別的意図を排しつつ説得的に論じることは、実は容易ではない<sup>(41)</sup>。すでに出生した子がより望ましく成長するために用いられるはずの「子の福祉」概念を、出生していない子の出生可能性の是非に拡張し、かつ外部社会で行われる人工授精にはない条件を受刑者に対してのみ課すことは、多分に優生学的な選別の要素を包含しかねない<sup>(42)</sup>。

#### 4. 本政策について

以上の点からすると、政府が受刑者の人工授精を原則として禁止すべきとする政策の根拠づけには問題がある。第1に、受刑者は拘禁によって必然的に生殖の機会を失うという理由は、人工授精を行う自由が条約8条の射程に入る以上、受刑者が原則として人工授精を利用する自由があることを議論の出発点とすべきである。第2に、公衆の信頼という理由に関しても、新たに権利性を承認するか否かを判断する場面ではなく、とりわけマイノリティ集団に対する一般に権利性を認められた自由の制約の根拠として世論をあげることは、基本的人権の概念や憲法・国際人権条約の存在意義を減退させかねない。第3に、出生しうの子や社会全体への否定的影響という理由は、シングルペアレントに対する消極的評価もさることながら、仮に「社会全体への否定的影響」が社会保障上のコストをも包含するのであれば、貧困者に対する差別的意図を根拠としてあげていることになる。

本件政策の基準にも問題がある。基準2、4および5は、子は両親の下で養育されなければ健全に育ちえないという認識を前提としている。基準3は、施設内の医療機関が当局から実質的に独立していることが前提となる。基準4は、拘禁後に成立するか親密な関係が構築された夫婦関係を排除しているほか、形式的な婚姻関係をこえた関係を要求しており、私的領域に対して過度に介入している<sup>(43)</sup>。基準5は、家庭環境や子の福祉の不十分さが認められる場合は、上述の通り、公的な社会保障の充実によって解消すべき問題である。基準6は、受刑者の「経歴や素性」が将来児童虐待などを行う蓋然性が認められる場合に限定されるとは限らず、現にDicksonに対してなされたように、不明瞭かつ広範な規制が可能となる文言である。これらの問題点は、新基準によってもほとんど解

消されていない。

#### 5. Dickson v UK 判決の意義

これらのことからすると、Dickson判決は、次の点から評価することができる。

第1は、条約8条上の私生活の尊重を受ける権利に「親になり、あるいは親にならない決定を尊重される権利（the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent）」を読み込んだ2007年4月のEvans v UK判決<sup>(44)</sup>を受け、私生活の尊重を受ける権利に「遺伝上の親になる決定を尊重される権利」<sup>(45)</sup>を認め、受刑者の条約上の権利・自由の享有主体性を原則として承認する判例法理を組み合わせ、受刑者が人工授精の利用を求める権利が条約8条の射程に入ることを読めた点である<sup>(46)</sup>。これにより、受刑者の人工授精の利用を、条約8条上の家族生活の尊重を受ける権利のほかに、生殖する自由の観点から論じる可能性ができたことで<sup>(47)</sup>、少なくとも当事者のみによる接触を前提としない人工授精に関しては、条約上より容認すべき根拠ができたと言える。

第2は、受刑者も原則として人権享有主体であるとする判例法理一般論をふまえて、実質的な司法審査をした点である。本件政策が、人工授精を許可する可能性を全面的には禁止せず、過去に人工授精を読めた前例が一定の割合でみられたにもかかわらず、条約違反とする判断がなされた事に意義が見出される。Dickson判決は、評価の余地に関する一般論から、受刑者の人工授精や夫婦面会に関して広範な評価の余地を読めた。しかし、生殖の機会は拘禁によって必然的に喪失し、人工授精の利用が施設内の規律秩序を害することと、世論感情を専らの理由とした受刑者の権利制約を否定し、妻が子を養育をする用意があるという本件の具体的な事実に着目した。そして、政策全体から、比較衡量を事実上排除していると判断した<sup>(48)</sup>。本件と同様



に評価の余地が広範に認められる領域である量刑（仮釈放の可能性を認めない絶対的無期刑）の条約3条違反が争われ、本判決とほぼ同時期の2008年2月に出された *Kafkaris v Cyprus* 判決<sup>(49)</sup>と比較すると、より実質的に司法審査をしたことが際立っている。

第3は、本件制約の条約違反の有無を審査するにあたって、国際人権諸文書を示し、個人の自主性を尊重した処遇に力点を置くべきとする近年のヨーロッパの刑事政策の動向をふまえて、社会復帰処遇の重要性をあげた点である。受刑者処遇に関する重要な理念を理念として論じとどめるのではなく、具体的な権利・自由の制約が争われる場面でその是非を考察する上での1つの指針として言及した点は、行刑の社会化や自由刑純化論などの受刑者処遇理念に合致した受刑者の権利保障の在り方を考える上で非常に重要な意義が見出される。

#### IV おわりに

日本の行刑法規は、受刑者が夫婦面会や人工授精を利用する可能性を想定していない<sup>(50)</sup>。しかし、受刑者の権利・自由の制約となりうる収容目的である「拘禁の確保」、「規律秩序の維持」および「社会復帰」からは、必ずしも夫婦面会や人工授精の全面的な否定が導かれるとは限らず、逆にそれらは、円滑な社会復帰の実現にとって望ましい効果をもたらしうる。とりわけ、当事者のみでの親密な接触を伴わない人工授精は、設備提供の便宜や保安面の点からも、導入がより容易であるものと思われる。少なくとも、社会復帰処遇上の観点から、仮釈放が法的に可能となる刑期の3分の1の経過など、仮釈放を中長期的に見据えた一定の時点で、受刑者が生殖行為を行う可能性を議論の俎上にのせる意義はあるものと思われる。

仮に施設内で人工授精の利用を認めることが難しいか時期尚早であるとしても、外出・

外泊（刑事収容施設法106条）の条件<sup>(51)</sup>を大幅に緩和した上で、外出・外泊を認める事由の1つである「その他の一身上の重要な用務」（同法106条）<sup>(52)</sup>を柔軟に解釈し、生殖を目的とした外出・外泊を認めることが望まれる。

謝辞：本研究はJSPS 科研費26780008の助成を受けたものです。

#### 注

- (1) 締約国により円滑な条約履行の遵守を促す制度改革の動向として、徳川信治「欧州評議会閣僚委員会による判決執行監視手続き」松田竹男・田中則夫・薬師寺公夫・坂元茂樹編集代表『現代国際法の思想と構造 I 歴史、国家、機構、条約、人権』（東信堂、2012年）307頁以下。
- (2) 江島晶子「ヨーロッパ人権裁判所の解釈の特徴」戸波江二・北村泰三・建石真公子・小畑郁・江島晶子編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』（信山社、2008年）29-30頁。
- (3) Ministry of Justice, 'Responding to Human Rights Judgments: Report to the Joint Committee on Human Rights on the Government Response to Human Rights Judgments 2013-14', December 2014, at 14.
- (4) See, Lord Irvine, 'A British Interpretation of Convention Rights', [2012] PL 237.
- (5) *Smith v Scott* [2007] CSH 9.
- (6) Ministry of Justice, *supra* note 3, at 32-51.
- (7) その典型が、拘禁中の受刑者の選挙権を一律に剥奪する1983年国民代表法3条を条約第1議定書3条違反とした *Hirst v UK* (No. 2) 判決 (Application 74025/01 (2005, GC).) と、同法を改正しないイギリス政府に対して法改正案を6ヶ月以内に国会に提出することを求めた *Greens and M.T. v UK* 判決 (Applications 60041/08 and 60054/08 (2010).) に対抗し、234対22の圧倒的大差で可決された受刑者への選挙権付与に反対する庶民院決議である (HC Deb, 10 February 2011, vol. 523, cols. 493-586.). もっとも2011年以降、国内裁判所は条約不適合宣言をわずか2件しか出しておらず、



- 「違憲判断」への消極化傾向が見られる。
- (8) The Conservative Party Manifesto 2015, 'Strong Leadership: A Clear Economic Plan: A Brighter, More Secure Future', at 73.
- (9) Conservatives, 'Protecting Human Rights in the UK: The Conservatives' Proposals for Changing Britain's Human Rights Laws', at 3.
- (10) 小澤政治『行刑の近代化 刑事施設と受刑者処遇の変遷』(日本評論社、2014年) 118-119頁、鴨下守孝『全訂2版 新行刑法要論』(東京法令出版、2011年) 81-82頁、芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』(有斐閣、1994年) 273頁。
- (11) 刑事収容施設被収容者の権利論に比較的多くの分量を割く基本書も、外部交通の制約を中心とした訴訟で問題となりうる事例の一部について望ましい違憲審査基準を論じることとされる。芦部・前掲10、266-279頁。
- (12) 渋谷秀樹「生殖の自由と生命の尊厳」岩村正彦ほか編『岩波講座 現代の法14 自己決定権と法』(岩波書店、1998年) 57-58頁。
- (13) ただし、鴨下守孝は、「受刑者の円滑な社会復帰を図るためには、収容中の家族関係の維持は必要不可欠であり、…夫婦間の紐帯の維持という面から、この問題を考えてみる必要がある。その際には、夫婦面会制度を採用している諸外国では、施設の管理上の支障、処遇効果等の面から…休暇又は外出の制度に移行する方向にあることを考慮する必要がある。」と言及している(鴨下・前掲10、367頁)。また、室井井は、1970年の時点で、未決拘禁者が求めた妻との夫婦面会の不許可処分を争い却下された判決(東京地判1969年12月26日判時578号38頁)の評釈で、将来の立法政策として、「拘禁の種類、被拘禁者の状態などを考慮して、夫婦の交合を許す可能性を与えるごとき立法がなされることを一般に憲法」は禁じていないと指摘している(室井「拘置所内において夫婦の交合は許されるか」判時593号(1970年)132頁)。
- (14) See, S. Livingstone, T. Owen and A. MacDonald, *Prison Law*, (4th ed., Oxford, 2008) at 334-336.
- (15) R (Mellor) v Secretary of State for the Home Department, [2001] EWCA Civ 472. 同判決の概要につき、河合正雄「イギリスにおける受刑者の外部交通権に関する判例の展開(2・完)」早稲田大学大学院法研論集第126号(2008年)43-45頁。
- (16) Mellor, supra note 15, paras. 65-67.
- (17) 無期刑受刑者が最低限服役しなければならない期間であり、応報・抑止の観点から、原則として各人の犯罪行為の重大さに比例して、裁判所が量刑宣告時に個別に決定する。
- (18) 最低拘禁期間終了後の継続拘禁は、他者の生命・身体に危害を与える危険性のみを拘禁根拠とするが、実際には危険性がないことを受刑者側が示す必要があり、その審査がすぐに行われるとは限らないため、拘禁され続けることが多い。
- (19) Kirk Dickson, Lorraine Dickson v Premier Prison Service Ltd, Secretary of State for the Home Department [2004] EWCA Civ 1477.
- (20) 判例法理上、法律婚カップルにのみ保障が及ぶ。Christine Goodwin v UK, Application 28957/95 (2002, GC), para. 98. And also, D. Harris, M. O'Boyle, E. Bates and C. Buckley, (eds.), *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, (3rd ed., Oxford, 2014) at 760. 本稿においても、さしあたり婚姻関係にある相手方との間で人工授精を行うことを前提に論じる。
- (21) Dickson v UK, Application 44362/04 (2006).
- (22) Hirst (No.2), supra note 7.
- (23) Dickson v UK, Application 44362/04 (2007, GC).
- (24) See, D. van Zyl Smit and S. Snacken, *Principles of European Prison Law and Policy: Penology and Human Rights*, (Oxford, 2009) at 83-84.
- (25) Resolution CM/ResDH(2011)176. 同認定によると、Dicksonは2006年12月に外泊が原則として可能となる開放刑務所に移送され、2007年12月から翌年2月にかけて3回外泊を行い、2008年8月には、今後は人工授精の利用の申立をしないとした。
- (26) 加えて同委員会は、人工授精の許否は、大臣(実際は行刑局内の部局)ではなく生殖補助医療や胚研究などの胚を用いた活動を監督する「ヒト受精及び胚研究認可庁(Human Fertilisation and Embryo-logy Authority)」の監督に服する専門機関が判断すべき旨も指摘している。House of Lords and House of Commons Joint Committee on Human Rights, 'Monitoring the Government's Response to Human Rights Judgments: Annual Report 2008', Thirty-first Report of Session 2007-08, HL paper 173/HC 1078, paras. 39-43. And see also, J. Williams, 'The Queen on the Application of Mellor v Secretary of State for the Home Department: Prisoners and Artificial Insemination - Have the Courts Got It

- Right?', (2002) 14 Child and Family LQ 217, at 226.
- (27) Dickson (GC), *supra* note 23, para. 60.
- (28) J. Doyle, 'I'll ban IVF for prisoners, says Grayling: Justice Secretary vows to take on Strasbourg judges', Mail Online, 28 February 2013. 法務省による正式な統計は出されていない。
- (29) X v UK, Application 6564/74 (1975), X and Y v Switzerland (1978) 12 DR 241 and ELH and PBH v UK (1997) 91A DR 61. 小林真紀「受刑者の「私生活の尊重」に対する権利と人工授精—ヨーロッパ人権裁判所 Dickson 対イギリス事件判決を題材に—」愛知大学法学部法経論集178号 (2008年) 12-17頁。
- (30) 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011年) 188、191頁。なお、渋谷・前掲12、48-60頁。
- (31) 日本法では、刑事収容施設法62条3項、65条、66条が相当する。なお、林眞琴・北村篤・名取俊也『逐条解説刑事収容施設法(改訂版)』(有斐閣、2013年) 252-254、268-276頁参照。
- (32) H. Codd, 'Policing Procreation: Prisoners, Artificial Insemination and the Law', (2006) 2 Genomics, Society and Policy 110, at 112. And *see also*, E. Jackson, 'Prisoners, Their Partners and the Right to Family Life', (2007) 19 Child and Family LQ 239, at 243-244.
- (33) 石原明「受刑者の法的地位考察の方法論—将来の行刑のために—」刑法雑誌21巻1号 (1976年) 11-12、18-19頁。
- (34) 日本法では、作業(刑事収容施設法92-96条)、改善指導(同法103条)および教科指導(同法104条)に限られる(小澤・前掲10、278-279頁)。もっとも、特に改善指導は広範に及びうるため、問題となりうる個々の改善指導が権利制約を正当化しうる処遇に値するか、制約される権利の性質やその程度もふまえて、慎重に判断する必要がある。
- (35) Jackson, *supra* note 32, at 245. なお、婚姻が持つ同様の意義に関して、Draper v UK, Application 8186/78 (1980), para. 61.
- (36) *See*, H. Codd, 'Regulating Reproduction: Prisoners' Families, Artificial Insemination and Human Rights', [2006] EHRLR 39, at 47.
- (37) Williams, *supra* note 26, at 221-222.
- (38) H. Codd, 'The Slippery Slope to Sperm Smuggling: Prisoners, Artificial Insemination and Human Rights', (2007) 15 Medical LR 220, at 232. And *also*, Codd, *supra* note 32, at 114.
- (39) Dickson, *supra* note 21, joint dissenting opinion of Casadevall and Garlicki JJ..
- (40) *See*, E. Sutherland, 'Procreative Freedom and Convicted Criminals in the United States and the United Kingdom: Is Child Welfare Becoming the New Eugenics?', (2003) 82 Oregon LR 1033, at 1048-1049. And *see also*, van Zyl Smit and Snacken, *supra* note 24, at 233-235.
- (41) Codd, *supra* note 38, at 233. And *also*, Codd, *supra* note 32, at 114.
- (42) 三枝健治「受刑者による利用の可否の問題に見る人工授精の「あり方」(二・完) - Gerber v. Hickman 判決を素材に」法政理論36巻3・4号(2004年) 325頁の注57。ちなみに、淵史彦は、第三者の精子などの提供による生殖補助医療を、子の福祉の観点から法律婚夫婦に限定することへの批判として、事実婚カップルに対して子の福祉を理由として生殖補助医療を拒むことは、「「生まれてこないほうがその子のためである」と評価していることにほかならず、「個人の尊重の原理(憲法13条)に反し、容認しがたい」とする(淵「生殖補助医療と「子の福祉」」ジュリ1247号(2003年) 126頁)。
- (43) 夫婦面会とは異なり、禁制品の授受や逃走の相談などの目的で人工授精の利用を申請する可能性を想定しにくい点からも(現に申請数もごく少数にとどまっている)、過剰な規制と言えよう。
- (44) Evans v UK, Application 6339/05, para. 71, (2007, GC). 同判決の詳細と意義につき、小林真紀「「私生活の尊重」と体外受精における意思決定—ヨーロッパ人権裁判所 Evans 対英国事件判決を題材に—」愛知大学法学部法経論集175号(2007年) 57頁以下。
- (45) Dickson(GC), *supra* note 23, para. 66. この点は、憲法13条(・24条)から生殖の自由を導く際に(佐藤・前掲30、188、191頁、芦部・前掲10、391-395頁、渋谷・前掲12、52、57-60頁)、補強する根拠にもなろう。
- (46) 条約8条上の「私生活」概念に関するストラスブール判例法理の展開と人工授精の権利性につき、小林・前掲44、67-73頁。
- (47) 小林・前掲29、18-19頁。
- (48) Dickson (GC), *supra* note 23, paras. 74-76 and 82.

- (49) 生涯にわたって法律上も事実上も仮釈放可能性がない場合は条約3条違反の可能性が生じうるところ、キプロス法上大統領は恩赦や減刑による仮釈放権限を有し、実際に仮釈放が3件（1993年・1997年・2005年）認められているとして、3条違反を否定した（*Kafkaris v Cyprus, Application 21906/04*（2008, GC.））。
- (50) 通常の面会を無立会で行うことを原則とするにとどまる（刑事収容施設法112条）。女子受刑者に対しては、子が1歳（例外的に1歳半）に達するまで施設内での養育を認めているが（同法66条）、刑事施設内で新たに妊娠することは想定していない。
- (51) 実務上は、開放的施設での処遇者、制限区分第1種指定者および仮釈放決定後（刑事施設及び被収容者の処遇に関する規則65条）で、「改善更生の意欲が特に高く」「受刑態度が特に良好」な受刑者に限定されるため（平成18年法務省矯正訓第3357号「受刑者の外出及び外泊に関する訓令」4条）、刑事収容施設法施行から2014年5月末までに外出53件・外泊4件が行われたにすぎない（法務省『平成26年版 犯罪白書—窃盗事犯者と再犯一』第2編4章2節1（3））。
- (52) 婚姻関係や子の養育関係の調整などのために親族らを訪問することが想定されている（林ほか・前掲31、521頁）。