

片面的権利制限と憲法的裁量統制

—— 刑事施設被収容者の人工授精に関するアメリカの判決から ——

俣野英二

- 1 はじめに
- 2 日本における刑事施設被収容者の人権に関する議論の状況
- 3 関係する連邦最高裁判決
- 4 アメリカにおける裁判例の分析 —— 被収容者の子をもうける権利は憲法によって保護されるか？ ——
- 5 人工授精に関するアメリカ下級審判決
- 6 片面的権利制限からのアプローチ
- 7 おわりに

1 はじめに

人々が公開された場所で表現活動を行ったときにそれを公権力が規制する場合、人権問題として扱われ違憲か否かが検討される。学校内では、生徒は学校当局との関係において、教育を受けるという憲法上の法律関係を前提とするため、学校内でも人権が保障されるものの、大人とは異なる範囲で人権が保障され、「学校環境の特性」及び「学校設定の特性」という生徒の人権制約の調整原理により規制の正当性が審査される⁽¹⁾。学校と同じように、かつては特別権力関係の例として扱われてきた刑事施設の被収容者⁽²⁾の人権につ

(1) 拙稿「学校による指導監督の憲法的裁量統制の法理 —— インターネットいじめに関するアメリカ判例の分析から ——」岡山大学学術リポジトリ http://ousar.lib.okayama-u.ac.jp/files/public/5/55987/20180605181628950036/K0005765_fulltext.pdf

(2) かつては、在監者と称されていたが、監獄法を改正し平成17年に制定された刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律に従い、本稿では刑事施設に収容されている者を指す「被収容者」を使用する（第2条1号）。「受刑者」（同条4号）には、刑事施設に収容されている「死刑確定者」が含まれないため、「被収容者」を使用することとした。

いても、憲法の予定する特別な法律関係に基づいて、個別具体的に検討されなければならない。

本稿を執筆するにあたって、学校に続きかつて特別権力関係の典型例とされてきた刑事施設内における人権の制約がいかなる根拠により認められ、どのように人権制約が憲法により統制されるのかを明らかにすることが、一般的な動機である。また、本稿は、中富公一先生退職記念として寄稿するものであるが、その中富先生から以下のような課題が出されたことも本項執筆の契機の一つとなった。それは、日本において出所まで10年の刑期を残して服役中の夫を持つ30代の女性が、夫の出所を待って自然妊娠の可能性がないため、夫の精子により人工授精をすることに必要な協力を刑事施設側に要請したが拒否された場合、憲法の観点から救済の余地がないかというものだった。

これらの動機から、刑事施設被収容者及び配偶者に子をもうける権利、さらに人工授精の権利が保障されるか、その制約は憲法上どのように位置付けられるのか、刑事施設当局も被収容者に対して広範な裁量権を有するがその正当性は憲法上いかに基礎づけられるかについて検討する。さらに、人工授精によって子をもうける場合、両性の人権保障が問題となるが、刑事施設への収容のように何らかの事情で権利者の一方の人権が制限されている（以降「片面的人権制限」と呼ぶ。）事案においては、この環境における人権保障の在り方、違憲審査の考え方の創出が必要である。このような検討を踏まえて、人工授精を利用して子をもうける権利を規制する刑事施設当局の裁量権を憲法によっていかに統制すべきかを考えることとする。

なお、日本においては、未だ刑事施設被収容者の人工授精に関する裁判例がないため、複数の裁判例があるアメリカの判決を分析し、それにより日本法への参考とすることにしたい。

2 日本における刑事施設被収容者の人権に関する議論の状況

まず、刑事施設被収容者の人工授精に関して議論する前に、日本において、刑事施設被収容者の人権がどのような範囲で保障されてきたのか、それをさらに制限する場合の根拠及びその制限が正当と言えるかの判断基準がどのようになされてきたのかを見る。

2.1 刑事施設被収容者の人権の保障⁽³⁾

刑事施設被収容者（特に有罪判決が確定するまで無罪の推定を受ける未決拘禁者）の権利は、収容「目的が著しく棄損されない限度で、できる限り尊重され保障されなければならない⁽⁴⁾」。このことについては、国際人権規約（自由権規約第10条1項）も「自由を奪われたすべての者は、人道的にかつ人間固有の尊厳を尊重して、取り扱われる」よう求めていることを確認しておきたい。

2.2 人権制限の根拠

2.2.1 特別権力関係論と憲法秩序構成要素説

かつて刑事施設への被収容者の収容については、「公法上の特別権力関係」であるとして、特別権力の特殊な包括的支配に服すると説明されてきた。特別権力関係論の法理論的特色は、第一に、特別権力関係における権力の発動・

(3) 刑事施設被収容者の人権を論じたものに、菊田幸一『受刑者の法的権利 第2版』（三省堂、2016年）、同「受刑者の人権と法的地位」法律論叢68巻3・4・5号（1996年）41頁、浦田一郎「刑事手続きに関する憲法規定における人権主体について」一橋論叢99巻4号519頁、棟居快行「在監者の信書発受の自由」成城法学63号（2000年）1頁、多田庶弘「受刑者の人権——外部交通圏を中心に——」現代社会研究23号（2002年）55頁、「刑事施設における処遇と憲法36条の残虐な刑罰の禁止について——日本の判例と学説を中心に」學苑880巻（2014年）55頁などがある。また、アメリカにおける被収容者の人権については、信教の自由についてであるが、市川翔「合衆国憲法修正第1条にいう宗教の自由実践条項研究：宗教的土地使用及び被収容者法の被収容者規定を中心として」創価大学研究紀要30号（2008年）49頁がある。

(4) 芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』（有斐閣、1994年）266頁参照。

行使を一般に一種の公権力の発動・行使ととらえる。第二に、公権力の発動・行使に関し一般権力関係との対比において、3つの特色を有する。すなわち、①特別権力の発動・行使には個別・具体的な法律の根拠を有しないこと、②それを前提として、特別権力関係服従者に国民として保障されている基本的人権を当該特別権力関係の設定目的達成に必要な範囲で、必ずしも具体的な法律の根拠に基づくことなく制限できること、③さらに特別権力関係内部における諸権力に対する訴訟は、一般的法秩序の維持を使命とする司法権の性質から原則として提起できないことである⁽⁵⁾。

基本的人権の尊重及び法治主義の原則が原則として妥当することを要求される現行憲法においても、特別権力関係論が妥当するのかが問題となった。

いわゆる平峯判決⁽⁶⁾が日本国憲法下においても刑事施設の被収容者に特別権力関係論を論じ、必ずしもこの概念を放棄していないことを示した⁽⁷⁾。この事件は、大阪拘置所に収容されていた確定死刑囚（原告）が、拘禁、戒護、教養、給養、運動、接見、信書、領地その他多岐にわたる請求をした。その基本問題として、拘禁における法律上の地位（公法上の特別権力関係）についての司法判断を求めたものである。これに対して裁判所は、「公法上の特別権力関係が成立していることは疑いが無い」としながらも、

- ①「具体的な法律の根拠なしに命令強制を行い得ると即断することは許されない」
- ②基本的人権の制約は、法律の「設定目的に照らして必要最小限度の合理的制限のほかは認められるべきでない」
- ③特別権力関係により監獄収容関係に包括的な支配権を認めるが、それは「法律によってのみ成立する」と法律の枠内に自由裁量を制限し、人権を違法に侵害する場合司法審査に服することを明らかにした。

(5) 室井力『特別権力関係論』（勁草書房、1968年）399～401頁、同「特別権力関係と人権」『ジュリスト増刊 憲法の争点 新版』（有斐閣、1985年）78頁参照。

(6) 大阪地判昭和33年8月20日行集9巻8号1662頁。

(7) 芦部は平峯判決を「この種の事件のリーディング・ケース」と評価している。前掲注(4)272頁参照。

平峯判決以降の被收容関係に関する裁判では、特別権力関係を前提にして司法救済を認める裁判がしばらく定着した⁽⁸⁾。しかし、公務員の勤務関係や国公立大学の在学関係に比し、刑事施設長の自由裁量が認められる余地が大きいにしても、特別権力関係論でそれを説明するとかえって混乱を招くからか、ことさら「特別権力関係」という表現を避ける判決が現れた。特に、最高裁判所は、被拘禁者に対する喫煙を禁止する旧監獄法施行規則第96条を合憲と判断した判決⁽⁹⁾及びいわゆるよど号記事抹消事件判決⁽¹⁰⁾では、特別権力関係の概念にまったく言及していない。これらの判決以降、特別権力関係はことさら問題とされなくなった⁽¹¹⁾。

このような特別権力関係と称される法律関係における公権力が個別具体的な法律を要せず行使され得るとの説明は、現行憲法の法治主義下ではすべての公権力の行使が法律に基づくため説得的ではない。さらに、個人の同意によって基本的人権の保障を放棄することは一般的に否定されていると、特別権力関係論が批判されている⁽¹²⁾。

室井力の分類によれば、特別な法律関係を特別権力関係論によらないで行う説明の方向は、一般的・形式的否定説及び個別的・実質的否定説の2つに分類される。一般的・形式的否定説は、国会中心主義・法治主義と基本的人権尊重主義から、一切の公権力の行使に法律の根拠を要するので、特別権力関係における場合にも法治主義が全面的に妥当すると説くものである。個別的・実質的否定説は、特別権力関係と称されてきた諸法律関係が「公権力の行使の関係＝一種の公法上の権力関係」とされること自体を疑問とし、個別具体的に法律関係の内容を検討し、実質的に法的判断を加えるべきと説くものである。両説はともに、特別権力関係と称される法律関係の場合にも法治

(8) 静岡地判昭和35年3月18日行集11巻3号716頁、千葉地判昭和35年4月14日行集11巻4号1114頁、広島地判昭和42年3月15日行集18巻3号223頁は、特別権力関係を明言している。

(9) 最大判昭和45年9月16日民集24巻10号1410頁。

(10) 最大判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁。

(11) 芦部・前掲注(4)272頁、菊田・前掲注(3)『受刑者の法的権利 第2版』1-5頁参照。

(12) 室井・前掲注(5)「特別権力関係と人権」78頁。

主義が全面的に妥当すると説く。しかし、一般的・形式的否定説は、法律に根拠さえあれば特別権力関係と称される諸法律関係の具体的内容に立ち入っての検討を行わないという論理的契機を内包していると批判される。ゆえに、彼は「特別権力関係とされてきた諸法律関係の多くは、契約関係ないし非権力関係の現代的理解の中で扱われることとなる」と述べる⁽¹³⁾。さらに、刑事施設収容関係については、「公権力発動関係である限り、そこには一切の法治主義の原則が全面的に妥当するものと解すべきであり、当該関係におけるある種の権力行為が司法的救済に服さないとしても、それはそれらの行為が特別権力関係の行為であるが故ではなく、いわゆる裁量行為であるが故にすぎない。しかも裁量行為についても裁量の濫用による違法のあり得ることが認められている」ことから法律の留保との関係においても、司法的救済との関係においても、刑事施設収容関係について「一般権力関係と特別権力関係の区別を論じる意味・実益は、もはや両方関係における裁量の幅が広いか狭いかということ以外には存在しない⁽¹⁴⁾」と述べる。このように解することによって「形式的合憲性」が満たされることになる。

そこで、刑事施設収容関係における被収容者の人権制限を正当化する具体的な憲法上の根拠が問題となるが、芦部信喜は、憲法秩序構成要素説の立場から、「憲法が在監関係の存在とその自立性を憲法秩序の構成要素として認めていること（18条・31条・34条）」に求める⁽¹⁵⁾。

2.2.2 刑事施設収容の目的

以上のように、判例の立場によろうと憲法秩序構成要素説によろうとも刑事施設収容の目的が何かを確定させなければ、被収容者の人権制約を正当化できない。

一般的には、収容目的は拘禁と戒護（逃亡・罪証隠滅の防止と、そのため

(13) 室井・前掲注78～79頁。

(14) 室井・前掲注(5)『特別権力関係論』414頁。

(15) 芦部・前掲注(4)272-73頁。

の秩序・規律の維持等)及び矯正教化(受刑者の場合)であり、被収容者といっても、未決拘禁者、自由刑受刑者、確定死刑囚かによってその目的が異なるとされる⁽¹⁶⁾。

それぞれどのような目的を認めているか具体的に見ていく。

未決拘留者については、例えば最大判昭和45年9月16日判決では「逃亡または罪証隠滅の防止を目的」として、「秩序を維持し、正常な状態を保持するよう配慮する必要」を挙げている。確定死刑囚は、例えば東京地判平成4年7月27日によれば「逃亡の防止及び死刑執行の確保」と示されている。自由刑受刑者については、「収容者に閲読させる図書、新聞紙等取扱規程」(昭和41年12月13日法務大臣訓令矯甲第1307号)によれば、①罪証隠滅に資するおそれのないもの、②身柄の確保を阻害するおそれのないものに加えて、「教化上適当なものでなければならない」としていた。平成18年の監獄法改正後(平成19年6月1日施行)も大差のない扱いである⁽¹⁷⁾。

2.3 違憲審査基準

被収容者の人権に対する規制が違憲か否かは、被収容者のおかれている収容の性質及び被収容者の人権の性質に応じて、個別・具体的に検討しなければならない。大きく3つに分類すると、①集会・結社の自由や職業選択の自由のように、収容関係の性質上当然に認められないもの⁽¹⁸⁾、②信教の自由や奴隷的拘束からの自由のように、被収容者といえども一般国民と全く同様に保障されなければならないもの、③表現の自由、学問の自由、通信の秘密のように、収容関係の存立を維持するために一定の制約を認めることができるものに分けられる。そして、この一定の制限が認められる③について、従来

(16) 前掲注参照。

(17) 「被収容者の書籍等の閲覧に関する訓令」(平成18年5月23日矯成訓第3300号矯正局長依命通達)参照。

(18) 芦部はこの分類の例示に選挙権を含めるが、平成25年以降刑事施設被収容者に選挙権を認めない公職選挙法11条1項2号の合憲性を争う裁判が複数提起されている。芦部・前掲注(4)273-74頁、大阪高判平成25年9月27日、広島高判平成29年12月20日(控訴審)TKC25449213、広島地判平成28年7月20日(第一審)TKC25543532参照。

から判例・学説は議論されてきた⁽¹⁹⁾。

ここで、本稿の問題関心である子をもうける権利、特に人工授精を手段とすることが、憲法上の権利として保障されるのか、それが上記分類の何れに当てはまるのかを確定しないことには、議論を進めることができない。そこで、日本においては、この問題について裁判例が未だないことから、アメリカにおける裁判例を見ていくこととする。

3 刑事施設被収容者に関する連邦最高裁判決

3.1 プロキュニア事件⁽²⁰⁾判決以前

アメリカ合衆国において、バニング事件判決の「裁判所は刑務所運営を監督する権限もないし、日常の刑務所の規制に干渉する権限もない⁽²¹⁾」という表現にみられるように、かつて裁判所は刑事施設内の被収容者の人権の規制に関する司法判断を回避してきた。このような裁判所の消極的姿勢は、無干渉主義 (hands-off doctrine) と呼ばれる⁽²²⁾。

なお、本稿の主要な関心である子をもうける権利に関するものでこの時期に含まれるものは、オクラホマ州が定める常習犯罪者断種法に基づく断種手続きの合憲性が争われたスキナー事件判決⁽²³⁾がある。

3.2 スキナー事件判決

オクラホマ州法務総裁は、オクラホマ州の常習犯罪者断種法に基づいてス

(19) 芦部・前掲注参照。

(20) *Procurier v. Martinez*, 416 U.S. 396 (1974). この判決を境に、被収容者の権利制限を人権問題と捉え、裁判所によって積極的に違憲審査が行われ始めた。See *Turner v. Safely*, 482 U.S. 78, 84 (1987).

(21) *Banning v. Looney*, 213 F.2d 771 (10th Cir. 1954).

(22) *Hudson v. Palmer*, 468 U.S. 517, 524 (1984). See T. Joe Snodgrass, *Constitutional Law - A Call For Strict Scrutiny: Eighth Circuit Denies Inmate's Request For Artificial Insemination - Goodwin v. Turner*, 908 F.2d 1395 (8th Cir. 1990), 17 WM. MITCHELL L. REV. 883, 888-90 (1991).

(23) *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942).

キナーに対する断種手続きの開始を求めて提訴した。同州地方裁判所は、それを容認し、同州最高裁判所は原審を維持した⁽²⁴⁾。そして、連邦最高裁判所(以下「連邦最高裁」という。)に対する裁量上告が受理された。

連邦最高裁は、法廷意見(ダグラス裁判官執筆)において、以下のように述べて原判決を破棄した。すなわち、この事件は、微妙で重要な人権の領域に関わっている。オクラホマ州は、一定の個人から家系(race)の永続化にとって基本的な権利、子孫を持つ権利を剥奪する。したがって、常習犯罪者断種法は、実質的に同じはずの窃盗と横領を区別し、前者を断種の対象とするが後者をそうとはせず、不当に分類しているので無効であると。

また、法廷意見は、本件立法に関する子をもうける権利と断種という手段との関係について、以下のように述べた。婚姻して子をもうけることは、まさに家系の存続にとって根本的なことである。断種権限が行使されると、結果が過小にも過大にも、そして破壊的にもなりうる。同法の手続きの対象となった個人にとって現状復帰する手段はなく、回復不能な損害を対象者に生じさせる。このように、基本的権利が永久に剥奪されることになってしまうと。

3.3 プロキュニア事件判決⁽²⁵⁾

この事件は、刑事施設当局が被収容者の手紙を検閲することが憲法上認められるかが争われた。連邦最高裁(法廷意見をパウエル裁判官執筆)は、刑事施設被収容者にも憲法上の権利が認められることを認めた⁽²⁶⁾。しかしながら、私信の検閲を被収容者の権利制限の問題とは扱わなかった。代わりに、この問題を正当な行政活動を促進する際に課される修正第1条の自由に対する付随的な規制の問題と捉え直した⁽²⁷⁾。ティンカー事件判決を引用して修正

⁽²⁴⁾ *Oklahoma v. Skinner*, 189 Okla. 235, 115 P.2d 123 (1041).

⁽²⁵⁾ *Procunier, id.*

⁽²⁶⁾ 後述のターナー事件判決は、プロキュニア事件判決を囚人の憲法上の権利の分析を必然的に作る原理を述べたと評価する。See *Tuener v. Safley*, 482 U.S. 78, 84 (citing *Procunier, id.* at 405).

⁽²⁷⁾ See *Procunier, id.* at 409.

第1条を「環境の…特性に照らして適用する」と述べた⁽²⁸⁾。そして、刑事施設の文脈において、政府の主要な機能を「社会秩序の保護」及び「矯正施設の維持」とし、「内部の秩序及び紀律の維持」「脱獄又は無断侵入に対する施設の保安維持」「被収容者の社会復帰」の政府の利益が問題となっている⁽²⁹⁾。さらに、「非収容者」が手紙を受け取る権利を刑事施設当局によって制限されたものと本件を捉え、「非収容者」に対する権利制限の問題とした。当該規制は「政府の重要な利益を保護するために必要不可欠である」⁽³⁰⁾場合に限り正当とされると、厳格な審査基準を適用した。

3.4 ペル事件判決⁽³¹⁾

ジャーナリストのペル等の特定受刑者との対面インタビューを希望する申請に対する拒否が、修正第1条及び14条に違反するかが争われた。連邦地方裁判所（以下「連邦地裁」という。）は受刑者の請求を容認、ジャーナリストの請求を棄却した⁽³²⁾。

法廷意見（スチュワート裁判官執筆）は、「刑事施設の被収容者は、囚人としての身分又は矯正制度の正当な行刑目的と矛盾しない修正第1条の権利を有する」と述べ、被収容者に人権の享有を認めた。さらに、刑事施設の規制の合憲性は「矯正制度の目的」と「収容と処遇の正当な方針」に照らして判断されるべきである⁽³³⁾と、2つの人権制約根拠との調整問題と捉えた。「合理的で効果的な通信手段の公開が維持され、内容による中立が維持される限り」刑事施設当局の裁量の範囲内であるとした⁽³⁴⁾。本件の規制は、個人的面会を家族に限定することにより、保安上の問題を管理できる程度に保つとと

⁽²⁸⁾ See *id.* at 409–410 (citing *Tinker v. Des Moines Indep. Cmty. Sch. Dist.*, 393 U.S. 503, 506 (1969)).

⁽²⁹⁾ See *id.* at 412.

⁽³⁰⁾ *Id.* at 413.

⁽³¹⁾ *Pell v. Procunier*, 417 U.S. 817 (1974).

⁽³²⁾ *Pell*, 363 F.Supp. 196 (N.D.Cal. 1973).

⁽³³⁾ See *Pell*, 417 U.S. at 822.

⁽³⁴⁾ See *id.* at 825.

もに被収容者の社会復帰に役立たせるものであり、手紙等の利用が意思疎通の代替手段として残されている。このような考慮点は矯正当局の「職分及び専門職の専門技術の範囲内」であり、表現の内容に対する規制が中立的である。その点に関し当局が「過剰な反応」をしていない。被収容者に「代替チャンネルが公開されている」ことから、違憲とは言えないと判示した⁽³⁵⁾。

また、かつてジャーナリストは、彼ら自身の希望する特定の被収容者と対談できた。しかし、脱獄等を試みる等した刑事施設規則に非協力的な被収容者がメディアの注目を集め、保安管理上問題となったので禁止されてしまったのである。ジャーナリストは面談が禁止されたとしても、一般人が利用できる方法で刑事施設に関する情報にアクセスできる以上、ジャーナリストの修正第1条及び第14条の権利が侵害されているとは言えないと判示した⁽³⁶⁾。

3.5 ハドソン事件判決⁽³⁷⁾

被収容者のパルマーは、刑務官のハドソンから「振り落とし」捜索を受け、それにより自己の所有する物が破損する等の被害を被った。そこで、パルマーは、この捜索が修正第4条に規定される不合理な捜索に該当し、かつ適正手続きなしに所有物を剥奪されないという修正第14条に違反するとして、合衆国法典42編1983条に基づいてハドソンを連邦地裁に提訴した。

連邦地裁は、請求を棄却した。控訴審の第4巡回区控訴裁判所は、被収容者に限定的なプライバシーの権利があると判示し、連邦地裁判決を一部維持・一部破棄差し戻した⁽³⁸⁾。

連邦最高裁は、以下の法廷意見（バーガ裁判官執筆）を付して、原判決を一部維持・一部破棄した。

まず、被収容者は、連邦憲法の保護を享受する一方で、多くの重要な権利

⁽³⁵⁾ See *id.* at 822-28.

⁽³⁶⁾ See *id.* at 829-35.

⁽³⁷⁾ *Hudson v. Palmer*, 468 U.S. 517 (1984).

⁽³⁸⁾ *Hudson*, 697 F.2d 1220 (4th Cir. 1983).

の喪失を伴って刑事施設に収容されることもまた明らかである。矯正制度の制度上の必要性和目的とを満たすためには、実際問題として権利が縮小されることが重要である。抑止と応報が矯正に加えて我々の司法制度の要素であることを想起させる役割を、それらの制度が結果的に果たしている⁽³⁹⁾、と述べた。さらに、個々の監房内で被収容者がプライバシーの権利を有するという考え方は刑事施設への収容という概念と相容れないし、また刑事施設運営上の必要性及びその目的、特に施設内の保安管理と矛盾する⁽⁴⁰⁾と述べた。結局、連邦最高裁は、修正第4条の保護を援用することはできないと結論付けた。

3.6 ターナー事件判決⁽⁴¹⁾

サフリー等が、①家族以外の被収容者間の文通を原則として禁止する、②被収容者の婚姻をほぼ全面的に禁止し、妊娠している場合等の極めて例外的場合のみ刑事施設長の許可によって被収容者の婚姻を容認する、というレンズ刑務所の2つの規則について、ターナー刑務所長を相手に差止命令及び損害賠償を求めて提訴した。

連邦地裁は差止を容認した⁽⁴²⁾が、控訴裁判所は原審を維持した⁽⁴³⁾。連邦最高裁は、規制の恣意的運用につき、審理不十分として控訴審に差し戻した。

連邦最高裁の法廷意見（オコナー裁判官執筆）は、受刑者の憲法上の権利を制約する刑事施設の規制は、日常の刑事施設の管理の専門性ゆえに、厳格な審査ではなく、合理的な審査（reasonable test）に服するにとどまり、正当な行刑上の利益に合理的に関連すれば有効であると述べた。さらに、その合理的関連性は、(1)規制と政府の利益の間における合理的関係の存在、(2)当該憲法上の権利を行使する代替手段の有無、(3)当該権利への便宜が刑事施設

(39) See *Hudson*, 468 U.S. at 523-24.

(40) *Id.* at 522-23.

(41) *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78 (1987).

(42) *Turner*, 586 F.Supp. 589 (W.D. Mon. 1984).

(43) *Turner*, 777 F.2d 1307 (8th Cir., 1985).

の収容者と職員に与えるコスト等の影響, (4)明らかに簡単な (ready) 選択肢の存否から判断する (「4パート・テスト」と呼ばれる。), と審査の内容を示した⁽⁴⁴⁾。

① 被収容者間の文通の禁止について

以下の理由から合理的な審査に照らし, 被収容者間の文通の禁止は有効である, と連邦最高裁の法廷意見は述べた。すなわち, 手紙が脱獄の計画や暴行等の暴力的行為の共謀のために使用される可能性がある等の事情があり, 当該規制が施設の保安全管理及び安全という行刑上の利益に合理的に関連していると言えるからである⁽⁴⁵⁾と。

② 被収容者の婚姻の禁止について

連邦最最高裁法廷意見は, ベル事件判決を引用して, 被収容者は「被収容者としての地位又は矯正制度の正当な行刑上の目的に反しない (憲法上の) 権利を有する⁽⁴⁶⁾」と述べた。続けて, 刑事施設への収容の結果として, 婚姻する権利は実質的な制限を受けるとはいえ, その影響を受けない多くの要素も存在することを指摘した。法廷意見は, 精神的な援助, 宗教上の精神的つながり, 釈放後の性交による婚姻の完成への期待, 社会保障等の法律上の利益をその例として示した。そして, これらの十分な要素によって婚姻関係を形成することが憲法上の保護を受けるのに値すると述べた。結局, 法廷意見は, 婚姻を規制することは, 行刑上の利益に合理的に関連せず無効である, と判示した。

4 アメリカにおける裁判例の分析 —— 被収容者の子をもうける権利は憲法によって保護されるか? ——

まず, この問題は, 子をもうける権利が刑事施設外で憲法上の権利として

(44) See *Turner*, 482 U.S. at 89-91.

(45) See *id.* at 91-93.

(46) *Turner*, 482 U.S. at 95-96 (quoting *Pell*, 417 U.S. at 822).

保障されるかという問題と、仮に人権として保障されるとしても刑事施設被収容者にも及ぶのかという二段階の問題を検討しなければならない。

4.1 子をもうける権利は憲法上保障されるか？

日本においては、2007年の代理母によってもうけた子どもの出生届の受理に関する最高裁判決⁽⁴⁷⁾を関連判決として挙げることができよう。抗告人（夫婦）は憲法13条後段を根拠とする自己決定権を主張した。すなわち、「抗告人らが自己の遺伝子を受け継ぐ子を持つ権利、すなわち、家族の形成・維持に関わる事柄についての自己決定権又は遺伝的素質を子孫に伝えあるいは妊娠・出産といったリプロダクションにかかわる事柄についての自己決定権は幸福追求として憲法13条後段により保障されているから、本件各処分は、幸福追求権を定める憲法13条後段に違反する⁽⁴⁸⁾」と主張した。しかし、最高裁判所は、この点についての判断を示さずに結論を導いた。

竹中勲によれば、「子どもをもうけるか否かの選択・自己決定の自由」は、①「子どもをもうける自由」と②「子どもをもうけない自由」とが含まれ、①②の自己決定の自由は、第一類型の「生命・身体の在り方に関する自己決定権」の性質と、（生まれてくる子どもと親密な交わり・人的結合関係を持つか否かにかかわるものとして）第二類型の「親密な交わり・人的結合に関する自己決定権」の性質とを合わせ持っている。そして、これらの自己決定権は憲法13条によって保障されているとされる⁽⁴⁹⁾。

(47) 最二小決平成19年3月23日。

(48) 前掲注。

(49) 竹中勲『憲法上の自己決定権』（成文堂、2010年）142-43頁、193頁参照。竹中は、カーストの論考及びロバート事件連邦最高裁事件判決を参考にしたと述べる。カーストは、「親密な人的結合・交わり」を「個人が他者と取り結ぶ緊密かつうちとけた個人的関係で、婚姻または家族関係と重要な点で匹敵するもの」ととらえた上で、それは他の集団・団体がその構成員の総和以上のものであるのと同様に、一つの「新しい存在」であり、「それ自身の生命をもった集合的個性」と述べる。また、ロバート事件連邦最高裁高裁判決は、憲法上保護される「人的結合の自由」には、「親密な人的結合の自由」（個人的自由の一基本的要素としての一定の親密な人間関係を取り結び維持する選択の自由）と「表現活動を目的とする人的結合の自由」——つまり、「合衆国憲法修正1条に

アメリカにおいても、竹中が自説のヒントの一つとしたロバート事件判決によれば「親密な人的結合の自由」が個人的自由 (personal liberty) の基本的要素の一つとしての一定の親密な人間関係を取り結び維持する選択の自由として憲法上保護されることになる。

しかし、生殖技術を用いて子どもをもうける自由については、どの範囲・程度において憲法13条の保護が及ぶ自己決定権の内実と構成しうるかについて、未だ議論の途上であるのが現状である⁽⁵⁰⁾。

4.2 刑事施設内において被収容者に自由は認められるのか

そもそも、刑事施設被収容者の人権は、施設の目的を根拠に人権が剥奪されているのか、人権は付与されているが制限されているにすぎないのか。

この点について、ペル事件判決は、「被収容者は、刑事施設収容それ自体に根本的に矛盾しない権利又は刑事施設収容の目的に反しない権利を有する⁽⁵¹⁾」と述べ、被収容者に人権の享有を認めた。さらに、刑事施設の規則の合憲性は「矯正制度の目的」と「保安管理の問題」に照らして判断されるべきであると、2つの人権制約根拠との調整問題と捉えた。その後のハドソン事件判

より保護される諸活動 (言論, 宗教, 苦情救済の制限, 宗教活動) を行うことを目的とする人的結合の自由」—— との2様のものと指摘する。See Karst, *The Freedom of Intimate Association*, 89 YALE L.J. 624, 629 (1980). また、被収容者の人工授精の在り方に焦点を当てた三枝健治は、アメリカのガーバー判決 (後掲注参照) を素材に検討を加えている。なお、岩浅昌幸「“Freedom of Intimate Association” に関する一考察 —— 自己決定権との関りを意識して」筑波法政14号 (1991年) 524頁以下参照。

See also *Robert v. United States*, 408 U.S. 609, 617-18 (1984). 本判決に関して、木下智史「私的クラブにおける性差別禁止と『結合の自由』」判例タイムズ564号 (1985年) 50頁以下、塚本重頼「夫人の入会を拒絶する団体と結社の自由」判例時報1184号 (1986年) 19頁以下、木下毅「男性会員の結社の自由と性差別」[1987-1] アメリカ法211頁以下、岩浅昌幸「アメリカ合衆国における『表現の自由のための結社の自由』 —— その構造に関する一考察」筑波法政13号 (1990年) 227頁以下参照。

(50) 竹中・前掲注193頁参照。なお、三枝健治がガーバー事件判決を素材に、アメリカにおける議論を検討している。三枝健治「受刑者により利用の可否の問題に見る人工授精の『あり方』(一)(二・完)」法政理論36巻2号 (2003年) 73頁, 36巻3・4号 (2004年) 317頁参照。

(51) *Pell*, 417 U.S. at 822.

決で連邦最高裁は、「矯正」に加えて「抑止と応報」も矯正制度の要素である⁽⁵²⁾ことを述べた。刑事施設内における被収容者の人権の制限根拠については、後で述べる。

4.3 被収容者の子をもうける権利の問題

子をもうける権利が被収容者に認められるかについては、見解が分かれる。1つの観点は、受刑者に対する断種法の適用が問題となったスキナー事件判決の解釈の仕方によって、結論が異なる。すなわち、スキナー事件判決を強制的断種が違憲であると狭く解する見解⁽⁵³⁾と子をもうけるという基本的権利を永久に剥奪する行為を一般的に違憲としたと広く解する見解がある⁽⁵⁴⁾。このスキナー事件判決を広く解する見解による場合、少なくとも刑事施設内においても子をもうける権利が憲法上保障されていることが確認されたことになる。

他方、婚姻する権利の禁止が争われたターナー事件判決の解釈の仕方によっても結論が異なる。ターナー事件判決は、「確かに婚姻する権利は刑事施設収容の結果として、相当な制限を受けるが、それでもなお刑事施設への収容に影響を受けない要素がある」と述べ、精神的援助、社会保障等の法律上の利益のほか「釈放後の性交による婚姻の完成の期待」を挙げ、「これらの人的要素は、憲法上保護を受ける婚姻関係を形成するのに十分である。」このように述べて、結局、「婚姻の規制は、正当な行刑上の利益に合理的に関連せず無効である」と判示した⁽⁵⁵⁾。ターナー事件判決は、婚姻の無形的な感情面が刑事施設収容中も存続するが、肉体的な面は存続しないことを述べたものと解する見解がある⁽⁵⁶⁾。このように解釈する見解は、被収容者には子をもうける権利は保障されないという結論を導きやすい。これに対し、この判決は、肉

⁽⁵²⁾ See *Hudson*, 468 U.S. at 523-24.

⁽⁵³⁾ See *Gerber*, 291 F.3d 617, 619 (9th Cir. 2002) (hereinafter *Gerber III*).

⁽⁵⁴⁾ See *id.* at 624-29 (Tashima, J. dissenting).

⁽⁵⁵⁾ See *Turner*, 482 U.S. at 96.

⁽⁵⁶⁾ See *Gerber III*, *id.* at 623.

体的な性交渉を含め、家族の親密な関係を求める権利とプライバシーの権利が刑事施設への収容により、保安全管理上の理由から合理的な制限に服することを認めたに過ぎないと評価する見解がある⁽⁵⁷⁾。この見解によれば、被収容者に子をもうける権利は保障されているものの制限を受けているに過ぎないという結論が導かれる。

では、被収容者には、子をもうける権利が認められるのであろうか。被収容者の刑事施設内における人権保障についての一般原則を定立したペル事件判決によれば、「被収容者は、刑事施設への収容それ自体に根本的に矛盾しない権利又は刑事施設収容の目的に反しない権利を有する⁽⁵⁸⁾」のであるから、子をもうける権利が「刑事施設収容それ自体と根本的に矛盾するか」「刑事施設収容の目的に反しないか」が検討されなければならない。また、権利者が被収容者の場合、この権利行使の手段が制限されているのである。この制限が「刑務所収容の結果として実質的な制限を受ける」が、ペル事件判決の「矯正制度の目的」と「保安全管理の問題」に照らしての人権調整を前面に出しての裁量権濫用の場面に属するのか、ターナー事件判決の「日常の刑務所の管理」に属する事項であるから「正当な行刑上の利益」に合理的に合致するかという裁量権濫用の問題に属する場面なのかが検討されなければならない⁽⁵⁹⁾。

4.4 刑事施設内における制限根拠

前述のように「矯正制度の目的」と「保安全管理の問題」の2つを根拠に被収容者の人権と刑事施設当局の裁量権とが調整されるが、被収容者の子をもうける権利は、それぞれの根拠とどのように関係するのであろうか。

まず、それぞれの内容を明らかにする必要がある。

⁽⁵⁷⁾ See *Gerber III*, *id.* at 624-29 (Tashima, J., dissenting).

⁽⁵⁸⁾ *Pell*, *id.* at 822.

⁽⁵⁹⁾ 本稿では、田中二郎の区分にならない、「法」が刑事施設当局に認める裁量の範囲を超えて権限が行使される場合を「濫用」とし、当局の裁量が認められる範囲において裁量に関する条理上の原則（公益原則、平等原則、比例原則等）に反し、著しく矯正制度の目的に反する場合を「濫用」として区別することとする。田中二郎『司法権の限界』（弘文堂、1976年）145頁参照。

「矯正制度の目的」とは、「矯正に加えて抑止と応報がその要素」であり、被収容者の権利の抑制が被収容者にそれを想起させる役割を果たしている、とハドソン事件判決で説明されている⁽⁶⁰⁾。

刑罰の目的については、刑事法分野において議論されているが、本稿の主目的でもなく著者にその能力もないのでそちらの議論に委ねる⁽⁶¹⁾。本稿では、アメリカの裁判において現れた議論及び憲法の個人の尊重及び尊厳、自由の保障の観点から論じることとする。この観点からすると、刑罰に求められるのは、個人の自由や自律の生活へ強制的に国家が介入することに対する実質的な正当化の根拠であり、同時にその限界を画する制約原理である⁽⁶²⁾。そのように考えるならば、犯罪に対して責任のある者に対する犯行内容に合った応報刑であることと、刑罰が何らかの合理的必要性をもつことが要求されている。

このような観点からハドソン事件判決を見ると、被収容者が憲法から「鉄のカーテン」で切り離されるわけではない⁽⁶³⁾と述べ、被収容者に人権の保障が及ぶことを指摘した。さらに、被収容者の人権は「剥奪」されるのではなく、「縮小」されるとし、矯正制度において被収容者の人権を制限するのは、犯罪の抑止と応報及び矯正を目的とし、いずれかだけではないことを述べている⁽⁶⁴⁾。結局、「矯正制度の目的」及び「保安管理の問題」によって、被収容者の人権を制限することが正当化される。

この「矯正制度の目的」の内容について、争いがある⁽⁶⁵⁾。ハドソン事件判

(60) See *Hudson*, 468 U.S. at 524.

(61) 大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣、2008年）44-53、513-514頁、田中久智ほか「積極的一般予防論の最近の動向(1)(2)(3)（4・完）」比較法政研究20号（1997年）25頁、21号（1998年）23頁、22号（1999年）29頁、23号（2000年）43頁、24号（2001年）31頁、中村悠人「刑罰の正当化根拠に関する一考察——日本とドイツにおける刑罰理論の展開——(1)(2)(3)（4・完）」立命館法学341号244頁、342号208頁、343号134頁、344号164頁（2012年）など参照。

(62) 吉岡一男『自由刑論の新展開』（成文堂、1997年）3-16頁参考。

(63) *Hudson*, *id.* at 523 (citing *Wolf v. McDonnell*, 418 U.S. 539, 555, 94 S.Ct. 2963, 41 L.Ed. 2d 935 (1974)).

(64) *Id.* at 524.

(65) See *Gerber III*, 291 F.3d. at 626 (Tashima, J., dissenting). See also *id.* at 630 (Kozinski,

決によって矯正制度の内容に加えられることを指摘された「抑止及び応報」が、解釈上被収容者の人権制限をどこまで正当化できるのかが問題となる。

4.5 刑事施設内で子をもうける権利は「矯正制度の目的」と矛盾するか？

「矯正制度の目的」は「矯正に加えて抑止と応報がその要素⁽⁶⁶⁾」であるが、刑罰として子をもうける権利を剥奪することは、「抑止と応報」を目的として人権の制限が正当化されうるかもしれない。しかし、いかに「応報」を根拠として刑罰を正当化できるとしても、法律によってそれを明記しない限りデュープロセスに反するので刑罰の内容としえないであろう。

では、自由刑の受刑者として刑事施設に収容されている被収容者は、何を根拠に子をもうける権利が制限されるのか。ターナー事件判決は、ヘル事件判決を引用して、被収容者に認められる権利の範囲を示し、さらに「収容の結果として実質的な制限」を受けるものの、それでもなお刑事施設への収容によってもなお影響を受けない多くの要素が婚姻にはあると述べる。この指摘の際に、ターナー事件判決は、「釈放後の性交による婚姻の完成の期待…の利益」を例として示す⁽⁶⁷⁾。

ターナー事件判決のこの点を根拠にして、刑事施設収容中に性交渉によって婚姻を完成させたり、その他結婚に伴う有形的な親交の要素を享受したりする権利は含まれないと、収容目的との矛盾を理由に権利を否定する見解がある⁽⁶⁸⁾。

他方、「矯正制度の目的」に「抑止及び応報」の術語を使用することなく、「刑事施設への収容」及び「保安全管理の問題」と矛盾するとの点から、被収容者の人権の制限を正当化する見解がある⁽⁶⁹⁾。この見解によれば、必ずしも自由刑の執行に伴う実質的人権制限の負担以上に「刑罰」の範囲が解釈によ

J., dissenting).

(66) *Hudson, id.* at 524.

(67) *Turner*, 482 U.S. at 96.

(68) *See Gerber III*, at 621.

(69) *See e.g., Gerber III, id.* at 624-29 (Tashima, J., dissenting).

って拡大することはない。

このように、子をもうける権利への制限が「矯正制度の目的」と矛盾するか否かで見解が対立している。しかし、ターナー事件判決のこの箇所の変現を文脈に沿ってみると、「行刑上の目的」と矛盾するとは述べておらず、単に「収容の結果として実質的に」制限を受けると述べるのみである。子をもうける権利が直接刑罰として制限されるのを認めているわけではないこと、刑事施設に「収容の結果」として、「実質的な制限」を受けるとすぎないと考えていることがわかる。すなわち、子をもうける権利を積極的に制限することを目的としていないのである。

4.6 裁量の統制方法

前述したように、被収容者が刑事施設に収容されることに伴い実質的に子をもうける権利が制限されることになる。子をもうける権利に対する片面的権利制限に対する刑事施設当局の裁量権の憲法的統制を検討する必要がある。そこで、関係する連邦最高裁判決を分析する。

4.6.1 付随的な人権制限を伴わない場合

刑事施設被収容者の人権制限が問題となったハドソン事件判決も矯正制度の目的の要素に「抑止及び応報」を加えるが、結局、「矯正制度の目的」及び「保安全管理の問題」と被収容者の権利とが矛盾しないかという権利保障の範囲のみの検討で結論が導かれている⁽⁷⁰⁾。さらに、ターナー事件判決は、被収容者間の通信に対する規制に関して「日常の刑務所の管理の専門性」を理由に刑事施設当局に広範な裁量を認める。そして、厳格な審査基準ではなく合理的関連性をいわゆる4パート・テストにより判断すべきとする⁽⁷¹⁾。

このように、部外者の付随的な人権制限を伴わない場合には、人権が矯正制度の目的と矛盾しないかが検討され、矛盾しない場合にも緩やかな審査基準によって裁量権行使の違憲審査が行われる。

(70) See *Hudson*, *id.* at 524-530, 537.

(71) See *Turner*, 482 U.S. 78. at 89-91

4.6.2 刑事施設外の非収容者の人権制限が関わる場合

まず、刑事施設外の非収容者の表現の自由への制限が問題となったプロキュニア事件は、被収容者の施設外の者との通信の検閲が問題となった。連邦最高裁は、この検閲を「被収容者」の権利制限の問題としてではなく、「非収容者」が手紙を受領する権利の制限の問題と捉え、政府の重要な利益の保護のために必要不可欠かという厳格な違憲審査基準を採用した⁽⁷²⁾。その後、非収容者が被収容者あてに送った手紙に対する検閲が問題となったソーンバーク事件判決は、ターナー事件判決の合理性の審査基準を適用した⁽⁷³⁾。

他方、ペル事件判決におけるジャーナリストに関しては、対談が禁止されても、一般人の利用できる情報アクセスの方法が残されており、違憲ではないとされた⁽⁷⁴⁾。

プロキュニア事件判決が、全面的に判例変更されているのか、それとも部分的な判例変更にとどまるのか問題となる。ソーンバーク事件判決は、非収容者から被収容者あてへの手紙の検閲であるので、プロキュニア事件判決の部分的な変更にとどまる⁽⁷⁵⁾。ソーンバーク事件判決以降の下級審において、本来プロキュニア事件判決を適用すべき場合であってもターナー事件判決の合理性の基準を適用する下級審判決⁽⁷⁶⁾が存在することを根拠に、「プロキュニア事件判決をいわば骨抜きにする動きが見られる」と指摘し、「刑務所規則が、受刑者の権利剥奪と表裏一体であるならば、特により厳格にその有効性を審査する必要はないと考えるのが実質的な判例の流れである」という評価がある⁽⁷⁷⁾。

しかし、ソーンバーク事件判決は、プロキュニア事件判決を判例変更したのではなくその射程を明確に確認したに過ぎないと評価すべきである。ソ-

(72) *Procunier*, 416 U.S. at 413.

(73) *See Thornburgh v. Abbott*, 490 U.S. 401, 109 S.Ct. 1874, 104 L.Ed. 2d. 3459 (1989).

(74) *See Pell*, 417 U.S. at 228-29.

(75) *See Snodgrass*, *supra* note 22, at 895 n.86.

(76) *See e.g., Rodriguez v. James*, 823 F.2d 8, 12 (2d Cir. 1987).

(77) 三枝・「受刑者により利用の可否の問題に見る人工授精の『あり方』(二・完)」前掲注50(322頁参照)。

ンバーク事件は、刑事施設被収容者の「手紙を受け取る権利」が「保安全管理上の問題」から制限を受ける結果として、ターナー事件判決の合理性の審査基準が適用されるのである。表現の自由のように相手方の存在を予定する人権については、プロキュニア事件判決が分析的に事案を評価したように複数の選択肢の中から選択された態様の中で被収容者の権利と非収容者の権利が関わっている⁽⁷⁸⁾。プロキュニア事件は被収容者の発信した「保安全管理上の問題」とならない手紙を検閲し、配達を保留したので、非収容者の「手紙を受け取る権利」の侵害が厳格審査された。他方、ソーンバーク事件は、非収容者の手紙の発信が何ら制限されておらず、被収容者自身が施設内で「手紙を受け取る権利」が制限されているためその制限がターナー事件判決の合理性の審査基準によって審査されたのである。連邦最高裁は、すべてをターナー事件判決で処理しようとするものでないと解すべきであろう。結局、当該人権を享受する当事者が施設の内外で分断された場合、施設外の当事者の人権に対する侵害を考慮するという法律構成を採用し、人権の制限を受けていない一般市民の人権に制限が及ぶ場合については、依然厳格な審査基準が適用されると解される⁽⁷⁹⁾。

では、ジャーナリストに対する面談の禁止を結果的には人権侵害と認定しなかったペル事件判決をどのように解釈したらよいであろうか。ペル事件は、取材の自由にかかる権利行使の場面であるが、プロキュニア事件と異なりジャーナリストが直接刑事施設内に入り込んで被収容者と面談することを求めているのであるから、単に手紙に寄せられた情報以上に「保安全管理上の問題」に直面する事件であった。そこで、ペル事件判決は、アクセス自体の権利を否定したのではなく、その方法・態様を「保安全管理の問題」から制限したに過ぎないし、一般市民に認められる方法による余地は残されているので、人権侵害ではないとしたのである⁽⁸⁰⁾。従って、ペル事件はプロキュニ

(78) See *Procurner*, *id.* at 406.

(79) See Snodgrass, *supra* note 22. at 910-12.

(80) See *Gerber III*, 291 F.3d. at 624-29 (Tashima, J., dissenting).

ア事件判決と矛盾するものではない。

次に、本稿で片面的権利制限の問題として取り上げる婚姻の自由を扱ったターナー事件判決を分析する。ターナー事件判決は、あくまで非収容者への影響は配偶者・パートナーの収容に伴う事実上の付随的影響として扱い、被収容者への人権規制を違憲審査した。そして、規制目的と結婚規制との関係に、合理的関連性が認められないとし、むしろ矯正目的である「社会復帰及び保安上の懸念」への「過剰な反応」として、裁量権の「濫用」を認定して違憲の結論を導いた⁽⁸¹⁾。このように見ると、ターナー事件判決は、相手方が必要不可欠である婚姻の自由も表現の自由と同様に付随的な人権規制の問題として処理したと言えよう。収監によっても依然として継続する婚姻の自由の要素に対する侵害を認定して規制を違憲と判断したのである。

5 人工授精に関するアメリカ下級審判決

第4章でみたように、ペル事件判決で刑事施設被収容者の人権は「矯正制度の目的」と矛盾しない範囲で保障され⁽⁸²⁾、その人権はハドソン事件判決で述べるように剥奪されるのではなく、保障範囲がその収容の目的によって縮小されるに過ぎない⁽⁸³⁾。この「矯正制度の目的」の要素に「抑止と応報」を解釈上どこまで加味するかについて争いがあった。そのことは括弧に入れた上で、その権利行使に当たっては、ターナー事件判決の示す4パート・テストによって「矯正制度の目的」「保管管理の問題」との合理的関連性を考慮して、刑事施設当局の裁量権の濫用及び踰越が審査される。

被収容者の子をもうける権利に焦点を当ててみると、これらの連邦最高裁判決は刑事施設当局の裁量権の統制に一定の判断枠組みを形成してきたが、子をもうける権利について明確に結論を示したわけではない。まして、非収

(81) See *Turner, id.* at 91.

(82) See *Pell*, 417 U.S. at 822.

(83) *Hudson, id.* at 524.

容者が子をもうける方法について判断は示されていない。

そこで、連邦下級裁判所の判決における議論を通じてこの問題を考えることとする。

5.1 グッドウィン事件判決⁽⁸⁴⁾

ミズーリ州の連邦刑務所に服役中のグッドウィンは、仮釈放まで1年、釈放まで5年の予定であった。当時、彼の妻が既に35歳であったことから、出所してから自然妊娠した場合ダウン症等の病気をもって子どもが生まれてくることを彼は懸念した。そこで、彼は、妻との間で人工授精を利用することを刑事施設当局に求めたが、彼の要請を実施する規則がないことから当局に拒否された。そこで、合衆国法典28編2241条に基づき、人身保護救済の申し立てを連邦地裁に行った。人工授精により父親になるという憲法上の権利は刑事施設収容中には存続しない、と連邦地裁は判示して請求を棄却した（以下「グッドウィン I 判決」という。）⁽⁸⁵⁾。

第8巡回区控訴裁判所は、次のように連邦地裁と異なる理由を示して原審を維持した。

5.1.1 人工授精を手段として子をもうける権利について

グッドウィン I 判決は、「刑事施設収容中も存続する婚姻の権利にかかわらず、婚姻を基本とする市民的権利の多くの要素、例えば同居、性交、そして子を産み育てることなどは、刑事施設への収容という事実によって奪われる⁽⁸⁶⁾」。「州が拘禁し矯正制度の規則を遵守させる範囲」で権利の剥奪が行われる。また、子をもうける権利が「刑事施設への収容それ自体と根本的に矛盾する⁽⁸⁷⁾」と判示した。さらに、断種の強制を免れる権利が争われたスキナー事件判決

⁽⁸⁴⁾ *Goodwin v. Turner*, 702 F.Supp. 1452 (D.Mo. 1988) *aff'd* on the other grounds, 908 F.2d 1395 (8th Cir. 1994).

⁽⁸⁵⁾ *See Goodwin*, 702 F.Supp. 1452 (hereinafter *Goodwin I*).

⁽⁸⁶⁾ *See id.* at 1453-54.

⁽⁸⁷⁾ *Id.* (citing *Hudson*, 468 U.S. at 523).

との関係について、子をもうける手段としての人工授精も「婚姻の付随的要素」のカテゴリに入るので、利用不可能であるとした⁽⁸⁸⁾。また、これまでの裁判例を前提とすると、被収容者が人工授精を行うことは、プライバシーの権利には含まれない⁽⁸⁹⁾と判示した。

これに対し、控訴裁判所判決（以下「グッドウィンⅡ判決」という。）多数意見（マギル裁判官執筆）は、「もし子をもうけるという原告グッドウィンの権利の行使が被収容者としての地位と根本的に矛盾しないとしても、刑事施設管理局の課す制限は、正当な行刑上の利益の達成に合理的に関連する⁽⁹⁰⁾」。また、もし人工授精を認めると、男女平等の観点から、女性の被収容者にも人工授精の利益を付与しなければならない。それは、女性の被収容者への医療サービスの拡大と出生前後のケアにかかる経費及びその結果として刑事施設管理局の人的資源の配置にも影響が及ぶに違いない。以上から、人工授精を規制することは、可能な限り男女の被収容者を平等に扱うという正当な行刑上の利益に合理的に関連し有効であると判示した⁽⁹¹⁾。

グッドウィンⅡ判決多数意見に対し、マクミラン裁判官が以下のように反対意見を述べた。婚姻する権利（ターナー事件判決⁽⁹²⁾）、強制的断種を免れる権利（スキナー事件判決⁽⁹³⁾）及び妊娠中絶を選択する権利（モンマス郡矯正施設被収容者事件判決⁽⁹⁴⁾）が刑事施設収容中も存続するように、子をもうける権利も存続する。子をもうける権利の重要性及び原告の特定した人工授精の方法が刑務所管理局にとって負担が少ないことを考えると、人工授精の一律禁止は、正当な行刑上の利益に合理的に関連せず、ターナー事件判決の合理性の審査基準を満たさないので、原告の請求を容認すべきである⁽⁹⁵⁾と。

(88) *Id.*

(89) *Id.* at 1455.

(90) *Goodwin*, 908 F.2d 1395, 1398 (8th Cir. 1994) (hereinafter *Gerber II*).

(91) *See Goodwin*, *id.*

(92) *Turner*, 482 U.S.78.

(93) *Skinner*, 316 U.S. 535.

(94) *Monmouth County Correctional Institutional Inmates v. Lanzaro*, 834 F.2d 326 (3d Cir. 1987), cert. denied, 486 U.S. 1006, 108 S.Ct. 731, 100 L.Ed. 2d 1995 (1988).

(95) *See Goodwin II*, *id.* at 1400-07 (McMillian, J., dissenting).

5.1.2 違憲審査基準

グッドウィン I 判決は、子をもうける権利が「刑事施設への収容それ自体と根本的に矛盾する⁽⁹⁶⁾」と考え、憲法上の保障が及ばないため違憲審査基準を使用しなかった。

他方、原告グッドウィンが、原告の妻の権利にもこの規制が直接影響を及ぼすので厳格な審査基準によるべきと主張したのに対し、グッドウィン II 判決多数意見は、サザンランド事件判決⁽⁹⁷⁾を引用して刑事施設への収容は必然的に被収容者の家族に影響を及ぼすので当たらないとし、ターナー事件判決の合理性の基準を適用した。

5.2 アンダーソン事件判決⁽⁹⁸⁾

原告アンダーソン等は、カリフォルニア州サン・クウェンティン州立刑務所に収容されている死刑囚であった。彼らは、夫婦面会が拒否されていること及び人工授精のために自身の精子を保存してもらえないことが「残虐で異常な刑罰」に該当し修正第 8 条に違反すると主張して、合衆国法典第 42 編 1983 条に基づき、刑務所長を提訴した。

連邦地裁判決（以下「アンダーソン I 判決」という。）は、以下の理由を述べてアンダーソン等の請求を棄却した。

5.2.1 夫婦面会について

アンダーソン I 判決は、被収容者が面会訪問を求める憲法上の権利を持たないことは判例法上確立している。面会訪問の権利がないのであれば、なお

⁽⁹⁶⁾ *Id.* (citing *Hudson*, 468 U.S. at 523).

⁽⁹⁷⁾ *Southernland v. Thugpen*, 784 F.2d 713, 77-18 (5 Cir. 1986).

⁽⁹⁸⁾ *Anderson v. Vasquez*, 827 F.Supp. 617 (N.D.Cal. 1992) *aff'd in part, rev'd in part*, 28 F3d 104, 1994 WL 362699 (9th Cir. 1994) (unpublished mem. Disposition). 控訴審では、十分成熟していない問題であることを理由に実態判断がなされないまま破棄され、再起訴可能な却下となった。本稿では、議論の在り方を見るため参考として提示することとした。

のこと夫婦面会⁽⁹⁹⁾の権利はない。夫婦面会は、「連邦裁判所において救済の根拠として認められるような連邦憲法上の権利に至るものではない」と、判示した。

5.2.2 子をもうける権利

アンダーソン I 判決は、そもそも刑事施設収容中は子をもうける権利が存続しない。ターナー事件判決を引用して、被収容者は、被収容者としての地位又は正当な行刑上の目的と矛盾しない憲法上の権利を持つに過ぎないことが確立している、と指摘した。さらに、グッドウィン事件判決が引用するハドソン事件判決のフレーズを用いて、婚姻する権利は被収容者にも憲法上保障されるが、「例えば同居、性交渉、そして子どもを得る手段としての人工授精も、そのような利用不可能な『婚姻の付随的要素』の範疇に入る」ので、人工授精を求める権利は、「刑務所収容それ自体に根本的に矛盾」するものである、と判示した。

5.2.3 人工授精について

アンダーソン I 判決は、グッドウィン I 判決を引用して、刑務所長（被告）は、特別に要請がないときは人工授精を支援する便宜供与を積極的になす義務を負うわけではない。また、「人工授精のために精子を保存してもらう憲法上の権利は存在しない⁽¹⁰⁰⁾。理性的な人であればほとんどの者が、人工授精を禁止しても連邦刑務所の受刑者が『修正第 8 条の保障する文明的処遇が禁じる処遇』に服することになるわけではないことに賛同するであろう⁽¹⁰¹⁾、と判示した。

⁽⁹⁹⁾ カリフォルニア州では、通常の面会を「面会訪問 (contact visit)」と呼び、一定の範囲で「婚姻関係の通常の緊密な関係を継続させるもの」としてその機会に性交渉も認めている面会を「夫婦面会 (conjugal visit)」と呼ぶ。See Shaun C. Esposito, Note, *Conjugal Visitation in American Prisons Today*, 19 J. FAM. L. 313 n.1 (1981).

⁽¹⁰⁰⁾ See *Anderson I*, 827 F.Supp. at 620.

⁽¹⁰¹⁾ *Id.*

5.2.4 第三者の権利の剥奪について

アンダーソン I 判決は、確かに匿名の原告（死刑囚の配偶者又は女性のパートナー）は受刑者が刑事施設に収容されることによって制裁を受けているかもしれないが、「修正第 8 条は、有罪判決を受けた者を刑事施設に収容したことによって第三者に困難な結果が生じないよう州に保障を求める規定であるとは解釈できない」。刑事施設への収容により、被収容者は家族や友人と共にいる自由が剥奪され、その結果、それに対応する第三者の権利も剥奪されることとなる⁽¹⁰²⁾、と判示した。

5.3 ガーバー事件判決⁽¹⁰³⁾

ガーバー（原告）は、懲役100年以上の不定期刑（いわゆる終身刑）でカリフォルニア州立刑務所に服役中の被収容者である。カリフォルニア州では一定の条件を満たせば夫婦面会が認められるが、原告がその条件を満たさなかったので性交による自然妊娠は不可能であった。ガーバー（原告）の妻の年齢（当時46歳）を考えると、人工授精による以外子をもうけることが不可能であった。そのため、ガーバーは、自己の経費負担で精液サンプルを研究所に送って妻を人工授精させることとするので、精液の入った容器が刑事施設外に搬出される際にはそれを妨害しないよう刑事施設当局に求めた。しかし、刑事施設当局は、ガーバーの要請を拒否した。そこで、ガーバーは、刑務所長に対して、妻と人工授精が拒否されたことにより、憲法上及び制定法の上の子をもうける権利（right to procreate）が侵害されていると主張して、合衆国法典42編1983条に基づき差止命令を求めて提訴した。

5.3.1 ガーバー事件連邦地裁判決

ガーバー事件連邦地裁（ダムレル裁判官執筆。以下「ガーバー I 判決」という。）は、以下のように理由を述べ、請求を棄却した。

⁽¹⁰²⁾ *Id.*

⁽¹⁰³⁾ *Gerber v. Hickman*, 103 F.Supp.2d 1214 (E.D. Cal. 2000) (hereinafter *Gerber I*).

子をもうける権利は基本権であるが、全ての基本権が刑事施設に収容されている間も存続するわけではない。「受刑者は、自身の受刑者として地位又は矯正制度の正当な刑罰上の目的と矛盾しない（憲法上の）権利を有する」にすぎない。婚姻する基本的権利は、刑事施設収容中も存続するが、収容の事実によってその憲法上の権利は実質的に制限される。特に、収容中の夫婦面会の特権は、連邦憲法上保障されない。このように、子をもうける手段として肉体的な性交を伴う夫婦面会が憲法上の権利として受刑者に保障されていないのであれば、それと同様の結果を導く人工授精を被収容者が要求することも否定される⁽¹⁰⁴⁾、と判示した。

ガーバー I 判決は、このことをアンダーソン I 判決及びグッドウィン II 判決の推論⁽¹⁰⁵⁾を根拠として示した。すなわち、アンダーソン I 判決は、子をもうける手段としての人工授精は、グッドウィン事件判決のいう「刑事施設収容という事実によって奪われる」利用不可能な「婚姻の付随的要素」のカテゴリに入るので、「刑事施設収容それ自体と根本的に矛盾する」としたものである。結局、原告がどのような人工授精の権利を有しているとしても、それは刑事施設収容中においては存続しない。ガーバー I 判決は、グッドウィン I 判決を引用して、「刑事施設当局は、子をもうける機会を保障する責任はなく、またその責任を負うべきでもない⁽¹⁰⁶⁾」、また「人工授精の便宜を与えないことと強制的な断種とは全く異なる⁽¹⁰⁷⁾」ものであると述べた。

結局、スキナー事件判決を引用するフェルナンデス事件判決の指摘するように、「被収容者には、釈放後に行使するための生殖能力を維持する権利がある⁽¹⁰⁸⁾」のみであると、結論付けた。

⁽¹⁰⁴⁾ *Id.* at 1216-18.

⁽¹⁰⁵⁾ アンダーソン事件控訴審が実体判断をしていないこと、グッドウィン事件控訴審判決が「子をもうける権利」そのものの存否を確定したわけではないことから「推論を納得せざるを得ない」という表現を使用している。See *Gerber I, id.* at 1217 n.1 & 2.

⁽¹⁰⁶⁾ *Id.*

⁽¹⁰⁷⁾ See *id.* at 1217 (citing *Goodwin*, 702 F.Supp. at 1454).

⁽¹⁰⁸⁾ See *id.* at 1217-18 (quoting *Hernandez v. Coughlin*, 18 F.3d 133, 136-37 (2d Cir. 1994) (citing *Skinner*, 316 U.S. at 541)).

5.3.2 ガーバー事件連邦控訴裁判所判決⁽¹⁰⁹⁾

ガーバー（原告）の控訴を受け、ガーバー事件連邦控訴裁判所（ブライイト裁判官法廷意見執筆。以下「ガーバーⅡ判決」という。）は、2対1で原審を破棄し、差し戻した。

ガーバーⅡ判決は、原告の合衆国法典第42編1983条に基づく実体的デュープロセスの権利が侵害されているかを判断するには2段階の分析が必要であると述べた。すなわち、第1段階は、問題となる「子をもうける権利」が、受刑者としての地位と矛盾しない基本的権利か否か、第2段階は正当な行刑上の利益によってこの基本的権利の行使に対する制限を合理的に正当化し得るか否かである。

第1段階に関して、ガーバーⅡ判決は、子をもうける権利が基本的な憲法上の権利であることはこれまで判例上認められてきており、問題はそのような権利が刑事施設に収容中も存続するか否かであるとした。これについて直接取り扱った先例はなく、ガーバーⅠ判決が否定する際に根拠としたアンダーソン事件判決及びグッドウィン事件判決も、本件との関係で先例としての拘束力はなく、特に根拠を与えるものでもないとした⁽¹¹⁰⁾。

ガーバーⅡ判決は、ターナー事件判決及びスキナー事件判決を次のように評価した。ターナー事件判決は、刑事施設に収容中において典型的な方法によって婚姻生活を過ごせないにもかかわらず、結婚と家族に関する権利が何らかの形で行使することができることを示した。スキナー事件判決は、釈放後の生殖能力を施設に収容中の被収容者から剥奪することを認めず、子をもうける権利が収容中も存続するという考えを支持した。ガーバーⅡ判決は、ターナー事件判決及びスキナー事件判決の両者を合わせると、子をもうける権利が刑事施設に収容中であっても何らかの形で存続するということが示唆されると述べた。

⁽¹⁰⁹⁾ *Gerber*, 264 F.3d 882 (9th Cir. 2001) (hereinafter *Gerber II*). この控訴審判決は、後の *Gerber III*, 291 F.3d 617によって、取り消されたため先例性を失ったが、本稿は議論の対立を見ることを目的とするので参考のために紹介する。

⁽¹¹⁰⁾ See *Gerber II*, *id.* at 888 n.5.

次に、ガーバー II 判決は、刑事施設収容中における子をもうける手段として夫婦面会が争われた際、「婚姻上のプライバシーの権利は、結婚して子をもうける権利と同様、刑事施設という環境では実質的に制限される⁽¹¹¹⁾」とされる。しかし、これは、子をもうける権利の存在自体は、収容中といえども否定されないものの、行刑上の問題を伴う場合にはその権利行使が制限されるということ述べているにすぎない、とガーバー II 判決は解釈する。

トゥーサン事件判決⁽¹¹²⁾をはじめとする面会訪問が憲法上の権利を否定した判決は、判決の表現に鑑みて、刑事施設収容中には権利の存在が否定されるというより、むしろ行刑上の利益に照らしてその権利行使が制限されるからである。このように述べて、バーガー II 判決は、先例と矛盾しないと述べた。

第 2 段階は、人工授精の利用禁止を正当化する行刑上の利益の有無にかかわる。これに関して、以下のようにガーバー II 判決は述べた。ターナー事件判決の定立した定式は、「被収容者は、当該規制が正当な行刑上の利益に合理的に関連する場合に憲法上の権利が与えられないことがあるに過ぎない⁽¹¹³⁾」のであり、それに従って検討されることになる。

刑務所長(被告)の主張する政府の利益①男女受刑者の可及的な平等処遇、②精液の回収によって生じる保安全管理上のリスク、③人工授精の訴訟に関する訴訟費用負担の懸念については、いずれも根拠不十分である。したがって、人工授精の一律禁止を正当化するには正当な行刑上の利益として十分ではない⁽¹¹⁴⁾、とガーバー II 判決は被告の主張を認めなかった。

結局、子をもうける権利は刑事施設収容中には存在しないとした点にガーバー I 判決が誤っていると認められるので同判決を破棄し、そして人工授精の権利を禁止するような行刑上の利益があるか否かを判断させるため事実審

(111) See *Hernandez*, 18 F.3d at 137.

(112) *Toussaint v. McCarty*, 801 F.2d 1080 (9th Cir.1986); *Bellamy v. Bradley*, 729 F.2d 416 (6th Cir. 1984); *Lynott v. Henderson*, 610 F.2d 340(5th Cir. 1980); *Bazzetta v. McGinnis*, 902 F.Supp. 765 (E.D. Mich. 1995).

(113) See *Turner*, 482 U.S. at 96-97.

(114) See *Gerber II*, *id.* at 889.

に差し戻す⁽¹¹⁵⁾、とガーバーⅡ判決は判示した。

5.3.3 ガーバー事件連邦控訴裁判所全員法廷判決⁽¹¹⁶⁾

連邦控訴裁判所は、当事者からの申請を受けて、全員法廷による再審理を行った⁽¹¹⁷⁾(以下「ガーバーⅢ判決」という。)。ガーバーⅢ判決は、6対5の相対多数でガーバーⅡ判決を取り消した。それ以降、多数の判決で引用及び議論される⁽¹¹⁸⁾が、未だ連邦最高裁でこの点についての判断が示されていない。そこで、多数意見のみならず、反対意見も併せて見ていくこととする。

5.3.3.1 多数意見

多数意見(シルバーマン裁判官執筆, シュローダー首席裁判官, オスカンライン, ライマー, ゲールド及びローリンソン裁判官同調)は、ターナー事件判決を引用して「刑事施設の塀は被収容者を連邦憲法の保護から切り離す障壁を形成するわけではない⁽¹¹⁹⁾」ということが十分に確立しているが、ハドソン事件判決を引用して「収容されている被収容者は連邦憲法の保護を享受する一方、多くの重要な権利の喪失を伴って刑事施設への収容がなされることもまた明らかである⁽¹²⁰⁾。」さらに、被収容者は「被収容者としての地位又

⁽¹¹⁵⁾ *See id.*

⁽¹¹⁶⁾ *Gerber III*, 291 F.3d 617.

⁽¹¹⁷⁾ 再審の具体的な理由は不明であるが、少なくとも「当該裁判所の判決の統一性を維持又は担保するのに必要となる場合」又は「当該事件が例外的に重要な問題を扱う場合」(連邦上訴手続規則35条)であり、さらに当事者によるこの申請が認められたことから、「合議判決が他巡回区の控訴裁判所の既存の判決に直接抵触する場合、また全国的に適用され、かつ全国的に統一される必要の極めて高い準則に実質的に影響を及ぼす場合」(第9巡回区裁判所規則35-1)に該当している、と連邦控訴裁判所が認めたといえる。

⁽¹¹⁸⁾ *See e.g., Villabos v. Hatton*, 2017 WL 5871681 (E.D. Cal., 2014); *Pouncil v. Tilton*, 2014 WL 1664902, (E.D. Cal., 2014); *Shields v. Foston*, 2013 WL 3456964 (E.D. Cal., 2013); *Botton v. Smith*, 2012 WL 1400061 C.D. Cal., 2012); *Thomas v. Hickman*, 2009 WL 1273190 (E.D. Cal., 2009); *Eduards v. Carey*, 2008 WL 59155 (E.D. Cal., 2008); *Deeds v. Helling*, 2009 WL 803130 (D.Nev., 2009). But *see also Stewart v. Alameida*, 418 F. Supp.2d 1154 (N.D.Cal. 2006).

⁽¹¹⁹⁾ *Turner*, 482 U.S. at 84.

⁽¹²⁰⁾ *Gerber III*, *id.* at 620 (citing *Hudson*, 468 U.S. at 524).

は矯正制度の正当な行刑上の目的に矛盾しない⁽¹²¹⁾」権利しか持たない、と述べた。

多数意見は、2つの問題を解決する必要性を指摘した。第1に刑事施設収容中に子をもうける権利が刑事施設収容と根本的に矛盾するか否か、第2にその権利を制限する刑事施設の規制が正当な行刑上の利益と関連しているか否かである。そして、子をもうける権利が刑事施設収容と矛盾しないと第1の問題を満たした場合のみ第2の問題を検討する。けれども、第1の問題を満たさない場合には第2の問題の検討は必要なくなる⁽¹²²⁾、と多数意見は枠組みを示した。

まず、第1の問題について、多数意見は以下のように述べた。刑事施設への収容は、性質上受刑者を社会から切り離すものであるから、必然的に被収容者は配偶者、恋人、友人、家族及び子どもから切り離され、釈放されるまでこれらの人たちと一緒に過ごせないのである。家族の親密な関係を求める権利を失うことは、刑事施設収容の一部であると。さらに続けて、多数意見はターナー事件判決を引用し⁽¹²³⁾、婚姻する権利が刑事施設収容中も存続することを認める一方で、グッドウィン I 判決を使って⁽¹²⁴⁾子を産み育てることを含め婚姻の多くの要素が刑事施設への収容によって剥奪されると述べた。以上から、多数意見はフェルナンデス事件判決⁽¹²⁵⁾を引用して、「結婚して子をもうける権利と同様に、婚姻上のプライバシーの権利は刑事施設という環境では実質的に制限される」ので、刑事施設収容の事実だけで婚姻、プライバシー及び個人の生活に付随するほとんどのことがそれと矛盾することになる⁽¹²⁶⁾、と多数意見は結論付けた。さらに、多数意見は、ペル事件判決及びハドソン事件判決の解釈を示し、それらによってもこの結論を根拠づけられる

(121) *Id.* (citing *Hudson, id.* at 523).

(122) *See Gerber III*, at 620.

(123) *Turner, id.* at 96.

(124) *Goodwin*, 702 F.Supp. at 1452, 1454.

(125) *Hernandez*, 18F.3d at 137 (citing *Turner, id.* at 95-96).

(126) *See Gerber III*, at 621.

とした。すなわち、ペル事件判決は、「矯正制度の正当な方針と目的⁽¹²⁷⁾」を被収容者の人権を制限する根拠として指摘するが、刑事施設への収容が犯罪の抑止及び公衆の保護に有益であり、また矯正制度における社会復帰の過程が犯罪者の犯罪的資質を矯正するのに有益であることを指摘している⁽¹²⁸⁾。また、ハドソン事件判決では、「矯正制度の制度上の要求とその目的を達成するために実際問題として権利の縮小が必要」で、「それらの制限又は制約が我々の司法制度の下では抑止及び応報が矯正に加えて要素であることを結果として想起させる役割を果たしている⁽¹²⁹⁾」と指摘されている。以上から、多数意見は、子をもうける権利が刑事施設収容中には存続しないことを「刑事施設収容の性質」及び「抑止及び応報」から根拠づけた⁽¹³⁰⁾。さらに、この考え方は面会訪問及び夫婦面会を求める憲法上の権利が被収容者には認められていないことにも表れている⁽¹³¹⁾、と指摘する。そして、ターナー事件判決、ハドソン事件判決及びペル事件判決のような先例と矯正制度の性質ないし目的の解釈と調整しつつ、妻との人工授精を権利問題として認める解釈に至ることは、不可能ではないにしても困難である。他方、ガーバー（原告）の要請を刑務所長に命じて叶えることは全く先例に基づかない憲法解釈であると指摘した⁽¹³²⁾。

先述のように、第1の問題でガーバー（原告）の権利が刑事施設への収容と矛盾するために認められないが、それが手紙と同様に容易に精子を外部に発送できることが争点に影響を与えるか。多数意見は、この点について、子をもうける権利が刑事施設への収容と矛盾するか否かの判断は、科学技術やどの程度容易に実施できるかによって左右されるものでないとし、「むしろ、被収容者の隔離、犯罪の抑止、犯罪者の処罰及び社会復帰の提供という矯正

(127) *Pell*, 417 U.S. at 882.

(128) *See Pell, id.*

(129) *Hudson, id.* at 524.

(130) *Gerber III*, at 621.

(131) *Id.*

(132) *Id.* at 622-23.

制度の性質及び目的に鑑みて結論が導かれるのであって、人工授精技術の発展が結論に影響を与えることはない⁽¹³³⁾」と判示した。

次に、スキナー事件判決で強制的断種を免れる権利が認められたことを基礎に、ターナー事件判決を合わせて考えると、必然的に刑事施設被収容者が収容中に子をもうける権利を有するという原告の主張に対して、多数意見は2つの点で失当であると解釈を示した。第1に、スキナー事件判決は、強制的断種に関するもので、「断種と人工授精の便宜を与えないことは全く異なる⁽¹³⁴⁾」。第2に、ターナー事件判決が考えていたのは、明らかに、婚姻の無形的な感情面が刑事施設に収容中も存続する一方で、肉体的な面は存続しないということであって、収容中に性交渉によって婚姻を完成させたり、その他婚姻に伴う有形的な親交の要素を享受したりする権利が含まれてはいないと。

5.3.4 タシマ裁判官反対意見（コジンスキー、ホーキンス、パエス及びバルゾン裁判官同調）

子をもうけるということが刑事施設収容という事実と根本的に矛盾するかという点について、矛盾を示す記録もなく多数意見も根拠となる事実を全く引用していない。さらにまた常識的にも多数意見のような結論に至るものではない⁽¹³⁵⁾、とタシマ裁判官反対意見は指摘する。

タシマ裁判官反対意見によれば、被収容者は「受刑者としての地位又は矯正制度の正当な行刑上の目的と矛盾しない権利を有する⁽¹³⁶⁾」のであるが、多数意見は本件の事実と少し関係するもののほとんど当てはまらないような刑事施設収容に関する「一般の事項を繰り返す」ことに依拠している⁽¹³⁷⁾、と多数意見を批判している。この点について、子をもうける権利が刑事施設収容と一致するものであると結論付ける必要はなく、単にそれが少なくとも矛盾

⁽¹³³⁾ *Gerber III, id.*

⁽¹³⁴⁾ *Gerber III, id.* (citing *Goodwin*, 702 F. Supp. at 1454).

⁽¹³⁵⁾ See *Gerber III, id.* at 624. (Tashima, J., dissenting).

⁽¹³⁶⁾ See *Gerber III, id.* (Tashima, J., dissenting) (citing *Turner*, 482 U.S. at 95).

⁽¹³⁷⁾ See *id.* at 624 (Tashima, J., dissenting).

しないものであることが記録により証明されれば十分である⁽¹³⁸⁾、とタシマ裁判官反対意見は主張する。

第2に、多数意見は家族の親密な関係を求める権利及びプライバシーの権利が刑事施設収容と矛盾すると引用して主張するが、それらの権利は保安管理上の問題からそのように言えるのであって、人工授精により子をもうける場合は保安管理上の問題を危うくしないので同一視されない、とタシマ裁判官の反対意見は述べる。

さらに、多数意見が依拠するターナー事件判決、ハドソン事件判決及びペル事件判決の矯正制度の性質及び目的は根拠にならない⁽¹³⁹⁾、とタシマ裁判官反対意見は主張する。すなわち、ターナー事件判決の「ほとんどの施設内における結婚が（釈放）後には性交渉によって最終的に完全なものになるという期待をもって行われる⁽¹⁴⁰⁾」という文言を被収容者が父となることを禁止する趣旨と多数意見は解するが、肉体的な性交渉を含め、家族の親密な関係を求める権利及びプライバシーの権利が保安管理上の問題を理由に合理的な制限に服することを認めたと過ぎないと解すべきである。ペル判決がメディアとの対談を被収容者に認めなかったのは、施設内に物理的に外部の人が入ることによって「保安管理上の問題」を生じさせるからであった⁽¹⁴¹⁾。本件では原告が外部の人を刑事施設内に入れることを要求しておらず、「保安管理上の問題」を伴わない。被収容者が無罪を証明するために体液を外部の研究所に送付することは認められるのに、人工授精を目的とする場合にはそれを認めないのは逆に根拠を欠くと。以上から、タシマ裁判官反対意見は、これらの3つの判決は保安管理上の問題を伴う事案であるので、本件と区別されるべきである。そして、これらの判決から子をもうける権利自体が刑事施設への収容に根本的に矛盾するという結論を導くことはできない⁽¹⁴²⁾、と主張した。

⁽¹³⁸⁾ See *id.* (Tashima, J., dissenting).

⁽¹³⁹⁾ See *id.* (Tashima, J., dissenting).

⁽¹⁴⁰⁾ See *id.* at 625 (Tashima, J., dissenting) (citing *Turner*, *id.* at 96).

⁽¹⁴¹⁾ See *id.* at 625-26 (Tashima, J., dissenting) (citing *Pell*, 417 U.S. at 826).

⁽¹⁴²⁾ See *id.* at 625 (Tashima, J., dissenting).

そこで、タシマ裁判官反対意見は、矯正制度の性質及び目的について、以下のように述べた。多数意見は矯正制度の目的を受刑者の隔離、犯罪の抑制、犯罪の処罰及び社会復帰の提供と特定しそれらが子をもうける権利と矛盾すると指摘するが、なぜどの目的がどのように子をもうける権利と矛盾するかが説明されていない、と批判した。さらに、もし、子をもうけることを規制することが、多数意見のいう矯正制度の目的の1つの「応報」を目的としての「処罰」であるならば、刑務所長ではなく議会によってそのような処罰が決定されなければならない。しかし、現時点で被收容者が人工授精を利用することを禁止すると州議会は決定していないように思われる⁽¹⁴³⁾、と人工授精が矯正制度の性質及び目的と矛盾しないことを説明した。

ここで、多数意見が自らの見解を補強する根拠として夫婦面会に憲法上の保障が認められないことを挙げていることに対して、タシマ裁判官反対意見は次のように述べた。すなわち、特権とはいえ一部の被收容者に夫婦面会を通じて子をもうけることを認め、現実に子が産まれていることは、むしろ逆に子をもうけることそれ自体が刑事施設收容と根本的に矛盾するという立場が本当に正しいのかという疑問を生じさせる。この被收容者に夫婦面会を求める憲法上の権利がないということは、子をもうける権利という明らかに基本的な人権が刑事施設收容と矛盾するか否かという問題とは無関係である。多数意見が引用した夫婦面会の権利性を否定した判決は、単に行刑上の利益を理由に子をもうけることを制限したに過ぎないと全て評価し直すことが可能である。このように、多数意見が引用する判決が子をもうけることそれ自体が刑事施設への收容と根本的に矛盾するという結論の証拠とならないのであれば、多数意見が依拠する根拠は、基本的に被收容者は人工授精によって

(143) 刑務所長(被告)は、「医療上の必要に基づいて医療サービスを受刑者に提供するものとする」と規定するカリフォルニア州矯正局規則第3350(a)条を根拠に、医療上必要とはいえない人工授精が禁止されると解釈されると主張した。この主張に対して、タシマ裁判官反対意見は、文言上人工授精の禁止の権限を刑務所長に明らかに与えたとはいえないし、また、医療上の治療を求めている本件とは無関係であると否定している。See *Gerber III*, *id.* at 626 (Tashima, J., dissenting).

子をもうけるべきではないという「印象」しかない⁽¹⁴⁴⁾。しかし、「刑事施設も州も単に新しいという理由だけで憲法上の権利の合理的な行使の要請を拒んではならない⁽¹⁴⁵⁾」とタシマ裁判官反対意見は述べた。

最後に、タシマ裁判官反対意見は、強制的断種と人工授精の利用の否定との関係について以下のように言及した。まず、スキナー事件判決とターナー事件判決を、多数意見は強制的断種が違憲であると判示したものと狭く解するが、一般に子をもうけるという基本的権利を永久に剥奪する行為を違憲と判示したものである。さらに、多数意見はグッドウィン事件判決を引用して、断種と人工授精の利用の否定とが同視されないとする。しかし、①グッドウィン事件では人工授精を否定しても受刑者が父親になる機会がある事件であったが、本件ではガーバー（原告）の基本的な権利である子をもうける権利が人工授精の否定によってまさに永久に奪われてしまうこと、②グッドウィン事件では人工授精を実施するための積極的な手配を刑事施設当局に原告が求めたが、本件では原告自身が人工授精のための手続きの手配を終え、刑事施設当局に精液の入った小包の送付を妨げないよう消極的に求めるに過ぎないこと、これらのことから事案が異なる。したがって、強制的断種と人工授精の利用の否定を同視しえないとしたグッドウィン事件判決は事案が異なるので、本件には当てはまらない。本件でガーバー（原告）の要求を否定することは、スキナー事件のように被収容者から子をもうけるという基本的な権利を永久に奪うものであり、矯正当局に与えられた裁量権の「濫用」を示す「過剰な反応⁽¹⁴⁶⁾」を証明する事実は1つもない、とタシマ裁判官反対意見は主張した。

⁽¹⁴⁴⁾ See *id.* at 628 (quoting *Goodwin*, 702 F.Supp. at 1454).

⁽¹⁴⁵⁾ *Gerber III*, *id.* at 628 (Tashima, J., dissenting) (citing *Goodwin*, 908 F2d. at 1407 (McMillian, J., dissenting)).

⁽¹⁴⁶⁾ *Gerber, III*, *id.* at 628-29 (Tashima, J., dissenting) (citing *Turner*, 482 U.S. at 541).

5.3.5 コジンスキー裁判官反対意見（パエス裁判官及びバルゾン裁判官同調）

まず、コジンスキー裁判官反対意見は、多数意見が「子をもうける権利が刑事施設収容と根本的に矛盾する」という立場に立つが、それがどう矛盾するかを説明していないと指摘する。さらに、ガーバー（原告）の要求はプラスチック製の容器に射精し、それを郵送するか、又は弁護士に回収してもらうことである。他方、自慰の取り締まりが行われているわけではなく、荷物を施設外に郵送すること又は弁護士に手渡すことは何ら刑事施設収容と矛盾しない。荷物に精液が含まれる場合であっても、その理屈は同じである。もし、荷物に脱獄を企図するものが入っているならば問題となるが、ガーバー（原告）は自身が送る荷物が刑事施設当局の通常行う保安検査を受けることに反対していない。さらに、その荷物が施設外に出れば、後はそれが原告の妻を妊娠させるためであろうと何であろうと、矯正制度の安全かつ効率的な運営に影響を及ぼすとは考えられず、行刑上の利益は存在しない。したがって、原告の要求が刑事施設収容と矛盾するものではない⁽¹⁴⁷⁾、と主張した。

次に、多数意見が「応報」という観点を恐らく根拠としているのではないかという点にコジンスキー裁判官反対意見は言及する。本件のように物を外部に郵送するということは既に被収容者に認められた活動にすぎず、後はそれが生命の誕生という結果が生じようと被収容者の収容とは矛盾しない。とはいえ、カリフォルニア州議会が刑罰として肉体的な自由の喪失に加えて、被収容者は子をもうける権利を享受してはならないと命じる場合は話が異なる⁽¹⁴⁸⁾、と指摘する。

しかし、それに続けてコジンスキー裁判官反対意見は、明示的にも黙示的にもそのようなことは要求されているとは読み取れないと判示した。カリフォルニア州矯正规則第3174条で夫婦面会が一定の被収容者に現実に認められていることから、カリフォルニア州議会には被収容者に子をもうける権利を

⁽¹⁴⁷⁾ *Gerber III*, *id.* at 629–30 (Kozinski, J., dissenting).

⁽¹⁴⁸⁾ *Id.* at 630.

認めないという意図がないことが明らかである。もしカリフォルニア州法に基づいて子をもうける権利が否定されているのであれば、法律で否定されたこの権利を矯正局が規則で復権することはできないからである⁽¹⁴⁹⁾、とコジンスキー裁判官反対意見は指摘した。

以上のように、子をもうける権利が基本的な権利であるが、本件ではガーバー（原告）のみならず、原告の妻もその権利が制限される。このような場合、制限するには特に説得力のある理由が必要である。そのため、受刑者のみに制限が加えられる場合以上に、詳細にやむにやまれない利益(compelling interests)があるか否かのテストを適用する、と厳格な審査基準によるべきことを主張した⁽¹⁵⁰⁾。

そして、子をもうける権利の否定が受刑者の隔離、犯罪の抑止、犯罪者の処罰及び社会復帰の提供という目的に資するとする多数意見の示唆に対して、コジンスキー裁判官は、議会が個々の犯罪者の処罰の性質と程度を定める際にそのような判断がなされなければならない。刑事施設当局がガーバー（原告）の処罰を制定法が定める以上に恣意的に重くしてはならない。結局、ガーバー（原告）及び彼の妻の子をもうける権利は非常に重要であるので、ガーバーが子孫をもうけることができないようにすれば社会全体として好ましくなるという刑事施設当局の個人的見解のみに基づいて、このような権利を否定することはできない⁽¹⁵¹⁾、とコジンスキー裁判官反対意見は述べた。

6 片面的権利制限からのアプローチ

以上紹介したアメリカの判決の分析により、表現の自由、婚姻の自由及び子をもうける権利に対する規制を付随的規制と捉えるアプローチと片面的規制と捉えるアプローチがあることが見えてきた。以下、人工授精に関する議

⁽¹⁴⁹⁾ *Id.* at 631.

⁽¹⁵⁰⁾ *Id.*.

⁽¹⁵¹⁾ *Id.* at 631-32.

論を分析することにより、片面的権利制限と付随的規制との議論を検討する。そこで、人権享有主体ごとにアプローチの論を進める。

6.1 被收容者に関わる人工授精に関するアプローチ

上述した連邦裁判所における議論から被收容者が人工授精を使用して子をもうけることに関して複数のアプローチが浮かび上がってくる。すなわち、ガーバー事件のように被收容者本人の人権問題とするもの、プロキユニア事件のように刑事施設外の人の人権（ここでは妻又はパートナー）が関わっている人権問題とするもの、グッドウィン事件において原告が主張した生まれてくる「子」自身の利益を保護するものが考えられる。以下、順に検討してゆく。

6.1.1 生まれてくる「子」自身の利益からのアプローチ

生まれてくる「子」自身の利益からの人工授精の利用に関するアプローチについて裁判上主張されたことはないが、三枝健治は2つの可能性を示す。1つは、仮に被收容者の子をもうける権利が制限されるとしても、「子」自身の利益の制限まで正当化されるわけではないという考え方、2つめは、人工授精の請求者の大半が仮釈放の見込みが低い長期被收容者であることからこのような状況で被收容者が親となることは「子」の利益に鑑みて認められないという考え方である。三枝によれば、前者は、被收容者の権利制限はそれに対応する第三者の権利制限も当然に予定されているという先例の立場を前提とする限り、認められそうにない、と否定的に捉えている。後者も、「子」の利益の名の下に出生それ自体の可否を決めることには慎重でなければならぬ。一方の親が長期被收容者という事情だけで「子」の出生を妨げるほど「子」の利益に反するとは評価すべきでないと否定的である⁽¹⁵²⁾。

裁判上出生の可否について主張がなされたことはないが、子をもうける時

(152) 三枝・「受刑者による利用可否の問題に見る人工授精の『あり方』(二・完)」前掲注(44) 323-24頁参照。

期と子が障害を持つリスクについての主張が行われている。釈放後では「子」が出生しえない、もしくは障害を伴うハイリスクを負わされるというものである。各判決の裁判官の意見には、この点について言及されたものがない。出生前の「子」に人権の享有主体性が認められないため、両親の子をもうける権利の中に吸収されて裁判上争われてきたからであろう。そうであったとしても、一方の親の人権が制限された場合に「子」が障害をもって生まれるハイリスクを負わなければならない必然性はないのではないかとすなわち、子をもうける権利自体が制限されている場合は、出生後の「子」の人権は問題とならないため両親に対する人権制約の問題で検討されるのみでよいかもしれない。ところが、釈放後両親の子をもうける権利の制限が解除され、その後出生した「子」が負った障害のリスクの増加は、両親に対する権利制限と因果関係があるのである。すなわち、その「子」が両親から出生する機会を延期されたが故に高まったリスクである。確かに、グッドウィン I 及び II 判決及びアンダーソン I 判決が述べるように自由刑には第三者に対する権利制限も予定されているという先例が存在する⁽¹⁵³⁾。しかし、通信の自由も重いものであるとはいえ、障害を伴わずに生まれる機会が外在的に奪われないことは、さらに重く慎重に判断されなければならない。

このように「子」の利益を考えた場合、出生後の第三者として登場する「子」の利益に深く関わるため、ガーバー III 判決タシマ裁判官反対意見及びコジンスキー裁判官反対意見が主張するように、州議会が刑罰としてどこまでを想定しているのかを明確にしなければならない。もし、州法によっても刑罰の対象ではなく、先例の示すように被收容者の自由刑執行の影響を受ける第三者の地位にすぎないならば、プロキュニア事件判決の提起した厳格な審査基準によりやむにやまれない政府の利益が示されなければならないであろう。

(153) See *Goodwin I*, 702 F.Supp. at 1455 (citing *Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. at 482; *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. at 166); *Goodwin II*, 908 F.2d at 1399 (citing *Southernland v. Thugpen*, 784 F.2d at 717-18); *Anderson v. Vasquez*, 827 F. Supp. at (citing *Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. at 482; *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. at 165-67).

6.1.2 被収容者本人の人権からのアプローチ

多数の判決がこのアプローチを採用しているが、見解の対立を鮮明にするためガーバーⅢ判決のシルバーマン裁判官の多数意見とタシマ裁判官、コジンスキー裁判官の2つの反対意見を主として比較検討する。ガーバーⅢ判決に注目したのは、刑事施設被収容者の人工授精の利用を否定する理由として、子をもうける権利が「矯正制度の目的」と根本的に矛盾するか否かが控訴審レベルで初めて正面から議論されたものだからである⁽¹⁵⁴⁾。

6.1.2.1 被収容者の子をもうける権利は「矯正制度の目的」と矛盾するか

人工授精の利用を認めるかの問題は、子をもうける権利が被収容者に認められることが前提問題となる。そこで、この問題から出発しなければならない。

では、被収容者に子をもうける権利があるか否かについて、連邦最高裁は、先述したように明確には判断していない。そこで、ガーバーⅢ判決における議論を中心に見ていく。

まず、ガーバーⅢ判決シルバーマン裁判官多数意見（以下「ガーバーⅢ判決多数意見」という。）は、この点について、権利の「制限又は制約が我々の司法制度の下では、矯正に加えて抑止と応報が要素」であり、子をもうける権利は、刑事施設への収容の「目的」と根本的に矛盾するので被収容者には認められない⁽¹⁵⁵⁾、と判示した。

これに対し、タシマ裁判官は、刑事施設に収容されることによって必然的にいくつかの権利の縮小を伴うことになるという漠然とした原則を變形して繰り返して述べても、「なぜ子をもうける権利が刑事施設への収容と根本的に矛盾するかを説明してはいない」と批判し、多数意見の背景に子をもうけることを禁じることも処罰が目的なのではないかと推察している⁽¹⁵⁶⁾。また、コジンスキー裁判官は、ガーバーⅢ判決多数意見に対して、カリフォルニア州で

(154) 三枝・前掲注(50)232頁参照。

(155) See *Gerber III*, *id.* at 622.

(156) See *Gerber III*, *id.* at 624 (Tashima, J., dissenting).

は子をもうけることの禁止が一部解除されうる場合があることから、子をもうける権利は制限されているに過ぎないので、刑罰として権利が剥奪されているわけではない。「おそらく多数意見は全く別の種類の矛盾について述べているようにみえる」と批判する⁽¹⁵⁷⁾。

三枝は、この議論を性交渉と同様に「有形的な親交」と捉え「婚姻の肉体的な要素」に含めるか否かで評価が分かれたものと分析する。多数意見は精子を被収容者の一部と捉え、反対意見は他者との肉体的接触はないと評価している。さらに、その背景には、「制裁」として子をもうけることを許さないで、通常の性交渉が認められないにもかかわらず、いわば「抜け道」として人工授精を用いることを許さなかったと見ている。そして、彼は「肉体的な要素」への擬制の議論を行うのではなく、直截にその政策的な価値判断それ自体について論じるべきであると述べる⁽¹⁵⁸⁾。

この問題をどのように考えるべきであろうか。

「婚姻の肉体的な要素」は、身体的な自由を制限した刑罰に付随的に伴うものであって、付随的な制限をより制限の少ない手段に変更したところで本体の制限に何ら影響がない場合には「矯正制度の目的」と矛盾すると言わない。この制限を刑罰の目的とみる場合に初めて「矯正制度の目的」と根本的に矛盾するといえる。刑罰の目的とする場合には、断種法のように議会による制定法による根拠又は制定法から明らかに読み取れなければならない⁽¹⁵⁹⁾。したがって、子をもうける権利は奪えないのであり、その手段が制限されているに過ぎない。

それにもかかわらず、ガーバーⅢ判決多数意見は、「刑事施設への収容がその資質上、受刑者を社会から切り離すもの⁽¹⁶⁰⁾」であるから、単に刑事施設に収容されているというだけで、婚姻、プライバシー及び私生活に付随する大多数のものがそれと矛盾することになる」と、付随的に権利行使が制限され

⁽¹⁵⁷⁾ See *id.* at 630 (Kozinski, J., dissenting).

⁽¹⁵⁸⁾ 三枝・前掲注50335, 340頁参照。

⁽¹⁵⁹⁾ See *Gerber III*, *id.* at 626, 630 (Tahima, J., dissenting; Kozinski, J., dissenting).

⁽¹⁶⁰⁾ *Id.* at 620 (quoting *Pell*, 417 U.S. at 822-23).

るものと権利自体とを同列に扱っている。しかし、ペル事件判決の述べるように人権の保障範囲が「矯正制度の目的と矛盾しない範囲」に制限され、矛盾しない範囲で権利行使は認められる。その範囲の設定を行うにあたって、刑事施設被収容者に認められる人権の範囲を刑事施設当局が任意に設定し得るものではない。手段の制限が、矯正制度の目的と矛盾することを示す実質的な証明が必要であると考え⁽¹⁶¹⁾。この点について、ガーバーⅢ判決多数意見及びタシマ裁判官反対意見は、刑事施設収容中の面会訪問又は夫婦面会が争われた判決をそれぞれ解釈して議論が行われている⁽¹⁶²⁾。互いのそれぞれの説明が説得力を持ち、両見解が平行線をたどるのは、刑事施設収容中といえども被収容者から関係する人権が完全に剥奪されてしまったわけではなく、その範囲が縮小されているに過ぎず、その範囲が「矯正制度の目的」「保安管理上の問題」の2つの制約根拠によって画定される。その「矯正制度の目的」の要素に「抑止と応報」を加えてその人権制約が正当化される範囲をどのように考えるかで対立しているからである。ガーバーⅢ判決多数意見は、社会復帰という矯正目的に必要な人権制約の範囲を超えて、「抑止と応報」のため、「刑事施設の収容」に伴う「刑罰」の範囲に事実上の「子をもうける権利」の制限を含めて考えるものである。他方、タシマ裁判官、コジンスキー裁判官の反対意見は、「応報」に何を含めるかは、議会によって確定されるべ

(161) ガーバーⅡ判決で、刑務所長が人工授精の禁止の根拠として以下の3点の政府の利益を主張している。①男女受刑者の下級的な平等処遇、②精液の回収に伴って生じる保安管理上のリスク、③人工授精の手続きに関する訴訟費用負担の問題。See *Gerber II*, 264 F.3d at 892.

(162) ガーバーⅢ判決多数意見及びタシマ裁判官反対意見は、以下の先例をそれぞれ解釈して根拠とした。See *Kentucky Dep't of Corrs. v. Thompson*, 490 U.S. 454, 460, 109 S.Ct. 1904, 104 L.Ed.2d 506 (1989); *Block v. Rutherford*, 468 U.S. 576, 585-88, 104 S.Ct. 3227, 82 L.Ed. 2d 438 (1984); *Hernandez*, 18 F.3d at 137; *Davis v. Carlson*, 837 F.2d 1318, 1319 (5th Cir. 1988); *Toussaint v. McCarthy*, 801 F.2d 1080, 1113-14 (9th Cir. 1986); *Barnett v. Centoni*, 31 F.3d 813, 817 (9th Cir. 1994); *Bellamy v. Bradley*, 729 F.2d 416, 420 (6th Cir. 1984); *Montana v. Commissioners Court*, 659 F.2d 19, 21 (5th Cir. 1981); *Lynott v. Henderson*, 610 F.2d 340, 342 (5th Cir. 1980); *Romos v. Lamm*, 639 F.2d 559, 580 n.26 (10th Cir. 1980); *McCray v. Sullivan*, 509 F.2d 1332, 1334-35 (5th Cir. 1975); *Oxendine v. Williams*, 509 F.2d 1405, 1407 (4th Cir. 1975); *Payne v. District of Columbia*, 253 F.2d 867, 868 (D.C.Cir. 1958).

きと考えるのである。

6.1.2.2 被収容者に人工授精の利用が認められるか

刑事施設被収容者に子をもうける権利が刑事施設収容中も存続するとしても、その権利行使の手段が「矯正制度の目的」及び「保安管理の問題」と矛盾しないかが問題となる。特に、「矯正制度の目的」の要素とされる「抑止と応報」の扱いの点で異なる見解の論理に注目する。刑事施設被収容者の人工授精の利用に関する判決には、グッドウィン事件判決とガーバーⅢ判決がある。これらを対比しながら検討する⁽¹⁶³⁾。

グッドウィンⅠ判決は、婚姻の権利は収容中にも存続するが、子を産み育てること等「婚姻の付随的要素の範疇」は「刑事施設への収容という事実によって奪われる⁽¹⁶⁴⁾」とし、子をもうける権利が「刑事施設への収容それ自体に根本的に矛盾する⁽¹⁶⁵⁾」とした。したがって、人工授精を利用して父親になる憲法上の権利は刑事施設収容中には存続しないとした。

ガーバーⅢ判決多数意見も、これと論理と結論を同じくするが、その根拠を「抑止と応報」を要素として加えた「矯正制度の性質及び目的」に求める⁽¹⁶⁶⁾。そして、ハドソン事件判決を引用して、「無数の制度上のニーズと(刑事施設…の)目的」を調整するために人権の縮小が必要となると説明する⁽¹⁶⁷⁾。

これらに対し、ガーバーⅢ判決タシマ裁判官反対意見は、ガーバーⅢ判決多数意見の依拠するターナー事件判決、ハドソン事件判決及びベル事件判決及びそれ等から導いた矯正制度の性質と目的は根拠とならないと批判した。

⁽¹⁶³⁾ グッドウィン控訴審判決も人工授精が争われたが、権利性を確定しないで判決を下した。アンダーソン事件も人工授精の利用が争われたが、控訴審では十分成熟していない問題として原審が破棄され、再訴可能な却下となった。ガーバーⅡ判決もガーバーⅢ判決により取り消され先例性を失った。See Goodwin, 908 F.2d 1395, 1398 (8th Cir. 1994); Anderson, 28 F.3d 104, 1994 WL 362699 at 3 (unpublished mem. Disposition); Gerber II, 264 F.3d 882.

⁽¹⁶⁴⁾ See Goodwin I, 702 F.Supp. at 1453-54.

⁽¹⁶⁵⁾ Goodwin I, id. (citing Hudson, 468 U.S. at 523).

⁽¹⁶⁶⁾ See Gerber III, 291 F.3d at 622.

⁽¹⁶⁷⁾ See id. at 621-22.

そして、ガーバーⅢ判決多数意見の引用した家族の親密な関係を求める権利とプライバシーの権利の制限は「収容に不可欠な特質」であって、それは「保安上の問題」を伴うからである。人工授精によって子をもうけることはそうとはいえないので、同一視できないと述べる。結局、タシマ裁判官反対意見は、「矯正制度の性質及び目的」と矛盾するかを、権利の行使が「収容と基本的に矛盾するか」及び当局の規制が「行刑上の懸念」によって正当化されるかで審理されるべきだと主張する⁽¹⁶⁸⁾。

また、ガーバーⅢ判決コジンスキー裁判官反対意見は、「刑事施設収容という事実」によって必然的に制限される権利以外にも制限を及ぼす道を先に進むと、「どこで立ち止まるのか」と批判する⁽¹⁶⁹⁾。議会が「収監」という語に子をもうける権利の制限を意図していなかったのは明らかであり、多数説の言うように「抑止と応報」を高めるために課す罰を追加するのであれば、「罰の性質と程度を特定の犯罪に設定する際に、そのような判断を議会がすべきである」⁽¹⁷⁰⁾と主張する。

では、この問題をどのように考えるべきであろうか。

「抑止と応報」が「矯正」に加えて矯正制度の目的とされるが、「応報」を根拠に「刑罰」の内容を裁判所が解釈によって定めうるかという点に集約されるであろう。

この点について、ガーバーⅡ判決多数意見は、女性受刑者が施設内で出産することに関連するケア費用の増加及び保安管理に必要な人の配置に影響があることを根拠に、この判決は人工授精の規制が「正当な行刑上の利益と合理的に関連する」ことを認定する⁽¹⁷¹⁾。すなわち、「日常の刑務所の管理」に属する事項であることから刑事施設当局に包括かつ広範な裁量が認められることを前提に「収容」に伴う人権の縮小の中に解釈上取り込んで「濫用」の有無の問題として処理した。ガーバーⅢ判決多数意見は、「矯正制度の目的」

⁽¹⁶⁸⁾ See *Gerber III*, *id.* at 629 (Tashima, J., dissenting).

⁽¹⁶⁹⁾ See *Gerber III*, *id.* at 630 (Kozinski, J., dissenting).

⁽¹⁷⁰⁾ See *id.* at 631-32 (Kozinski, J., dissenting).

⁽¹⁷¹⁾ See *Gerber II*, *id.* at 891-92.

と矛盾するかを判断し、裁量権の「踰越」の問題として論じた。ガーバーⅢ判決のタシマ裁判官及びコジンスキー裁判官の反対意見は、裁量権の「濫用」の問題ではなく「踰越」の問題であり、その裁量の範囲を確定させるのは裁判所ではなく議会だと主張した。

このように見ると、人工授精の使用の問題は、子をもうける権利が「矯正制度の目的及び性質」と矛盾する範囲で制限が正当化されるという裁量権の「踰越」の問題であった。さらに、人工授精の行使の態様が「保安上の問題」を理由に規制が正当化されるという「濫用」の問題でもあった。なぜなら、「踰越」は、「法」が刑事施設当局に認める裁量の範囲を超えて権限が行使されたか否かの問題であり、「濫用」は当局に認められた裁量の範囲において条理上の原則（公益原則、平等原則、比例原則等）に反し、著しく矯正制度の目的に反したか否かの問題であったからである⁽¹⁷²⁾。

刑事施設当局の裁量権の憲法による統制は、どのように考えるのか。ターナー事件判決は、単に裁量権の合憲性を判断する基準を提示しただけではない。ターナー事件判決は、被収容者の人権が認められる場合には刑事施設当局の有する裁量との調整を図って、婚姻の規制について裁量権を踰越し違憲と判断した。他方、被収容者間の文通については明白に「日常の刑務所の管理」であるため刑事施設当局の裁量権の「濫用」の問題であるから、裁量権の恣意的運用の有無を確認する必要を認めて控訴審に差し戻したのである。

人工授精に関して言えば、施設への収容に伴って、婚姻の権利の肉体的な側面が制限を受けている状況でも、訴訟準備のために外部の研究施設に精液を送付することは認められている⁽¹⁷³⁾ので「保安管理上の問題」は存在しないものと言える。このようなことから、ガーバーⅢ判決多数意見は、否定の結論を導くために当該権利が「矯正制度の目的」と矛盾するため認められないという論理を採用せざるを得なかったのだと思われる⁽¹⁷⁴⁾。

(172) 「踰越」及び「濫用」の本稿における意味については、田中二郎の定義による。前掲注(59)参照。

(173) See *Gerber III, id.* at 628 (Tashima, J., dissenting).

(174) 三枝・前掲注(50)参照。

以上から、刑事施設被収容者は、刑事施設に収容されている間も「矯正制度の目的」「保安全管理の問題」と矛盾しない範囲で人権を享有するが、施設への収容に伴って肉体的側面の権利の範囲が縮小される。さらに、正当な行刑上の利益に合理的に関連性を有する範囲で刑事施設当局は、当該権利の行使に対する規制に関して裁量権を有する。しかし、妻・パートナーとの間に子をもうける権利が刑罰の目的であると明示されていないので、当該権利自体が「矯正制度の目的」と矛盾するとは言えない。権利行使の方法によっては、単に「保安全管理上の問題」から規制を受けるに過ぎない。したがって、その規制の合憲性は正当な行刑上の利益との合理的な関連性がターナー事件判決の4パート・テストによって判断されることになる。(1)規制と政府の利益の間に合理的関連性があるか、(2)当該憲法上の権利を行使しうる他の手段の有無、(3)当該権利の実現で生じるコスト等の影響、(4)同一目的の他のより制限的でない規制手段の存否等を判断することになる。それぞれ、当てはめてみると(1)外部との小包の送付を利用しての脱獄の計画や暴力的行為の共謀等の防止、(2)釈放後に婚姻関係の完成を期待させると表現されるが、死刑囚や長期受刑者にとっては高齢に伴って生殖能力を喪失することもあり、年齢及び刑期を考慮して手段が他にあると言えるかを判断すべき、(3)被収容者及びその配偶者・パートナー間での精子を入れた小包の送付を妨げないことであれば、ほとんど施設当局のコストは増加しない。(4)一律禁止としなくとも、精子を入れた小包を外部関係者へ送付する際に検閲をすること、あるいは弁護士を介して受渡しをすることで脱獄や暴力行為に関する共謀を回避し得る、と考えられる。このように、一般論としては、規制に対して「正当な行刑上の目的との合理的関連性」は認められにくいと思われる⁽¹⁷⁵⁾。

(175) 被収容者に人工授精を肯定する見解は、多数ある。See e.g. Jamie Escuder, Comment, *Prisoner Parents: An Argument for Extending the Right to Procreate to Incarcerated Men and Women*, 2002 U. CHI. LEGAL F. 271 (2002); Sarah L. Dunn, Note, *The "Art" of Procreation: Why Assisted Reproduction Technology Allows for the Preservation of Female Prisoners' Right to Procreate*, 70 FORDHAM L. REV. 2561 (2002); Richard Guidice Jr., Note, *Procreation and The Prisoner: Does the Right to Procreate Survive Incarceration and Do Legitimate Penological Interests Justify Restrictions on the*

6. 1. 3 刑事施設外の配偶者・パートナーの人権からのアプローチ

プロキユニア事件判決が行ったように刑事施設外の配偶者・パートナーに対する権利制限の問題（子をもうける権利の制限）と捉え、被收容者に対する権利制限の場合よりも厳格に違憲性を判断すべきというアプローチが考えられる⁽¹⁷⁶⁾。

プロキユニア事件判決のように考えると被收容者の妻等の子をもうける権利を制限すると人権侵害となる可能性がある。しかし、ターナー事件判決、ガーバーⅢ判決などほとんどの判決が妻等の人権侵害を検討していない。なぜなら、ターナー事件判決が述べるように婚姻する権利について「刑事施設收容の結果として実質的な制限」を受けると述べるように、相手方を必要とする人権については相手方が刑事施設に收容されることによって「実質的な制限」を受けると言及している。このターナー事件判決を根拠にガーバーⅢ判決多数意見は、第三者の権利は被收容者の権利と表裏の関係と捉えて、被收容者本人の権利制限の問題として処理していると考えられるからである。

もし、刑事施設外の者が権利行使として施設当局に権利行使を妨げないよう干渉の排除を求めた場合、すなわち子をもうける権利の行使として被收容者の精子を入れた小包の送付を禁止しないよう刑事施設当局に求めた場合、このような要求は認められるのであろうか？ガーバーⅢ判決多数意見の見解によれば、被收容者の権利が制限を受けているのであれば、表裏の関係であるから同じ結論が導かれるであろう。

Exercise of the Right, 29 FORDHAM URB. L. J. 2277 (2002). But see also, Note, *Constitutional Law—Due Process—Prisoners’ Rights—Ninth Circuit Holds That The Right to Procreate Survives Incarceration. — Gerber v. Hickman*, 264 F.3d 882 (9th Cir. 2001), 115 HARV. L. REV. 1.

(176) このアプローチを肯定的に採用する見解は、ガーバーⅢ判決コジンスキー裁判官反対意見、グッドウィン事件及びアンダーソン事件の被收容者の主張に見られる。See e.g., *Gerber III*, 291 F.3d at (Kozinski, J., dissenting); Goodwin, 702 F.2d at 1399 (citing *Southernland v. Thugpen*, 784 F.2d 713 (5 Cir. 1986)); Goodwin, 702 F.Supp. at 1455; *Anderson*, 827 F.3d at 621 (citing *Lyons v. Gilligan*, 382 F.Supp. 198 (N.D. Oh. 1974), *Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. 471 (1972), & *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944)). また、このアプローチに否定的な見解は、三枝・前掲注60322頁参照。See also *Gerber III*, id. at 617.

婚姻の自由と同様に、子をもうける権利を憲法上保障する権利であるとし、一方の配偶者・パートナーへの規制の影響を「表裏の関係」ではなく、片面的権利制限と捉える観点から検討を加える。

現在の個人を尊重する憲法の基本原則からすれば、片方の配偶者・パートナーの犯した罪に対する罰は他方のパートナーとは無関係であり、その影響は可能な限り除外されるべきであることは明らかである。これは、婚姻関係のように法的に保護に値する関係と認められる者であっても当該犯罪事実と関係がない限り同じ扱いがなされなければならない。したがって、非収容者の人権には、「矯正制度の目的と矛盾しない」範囲で認められるという人権制約の目的は及ばないと解すべきである。非収容者たる配偶者・パートナーの人権を制限できるのは、「保安全管理上の問題」と矛盾する場合に限られるべきであろう。このように相手方の存在を前提とする人権において一方の配偶者・パートナーが人権の制約を受けるような場面においては、「表裏の関係である」という見方は拙速に過ぎると言える。

そこで、非収容者たる配偶者・パートナーから権利行使がなされた場合を検討する。被収容者の自由が制限されているため他方のパートナーの権利行使に協力できる範囲が限定されることになる⁽¹⁷⁷⁾。このような片面的権利制限についてどのような違憲審査が適当であるのかを明らかにする必要がある。

6. 1. 4 片面的権利制限に対する違憲審査

プロキュニア事件判決は、人権の範囲が縮小されている被収容者から施設外の被収容者に向けて発信すべき手紙が検閲を受け、非収容者の「手紙を受け取る権利」への規制が問題とされた。ここでは、「矯正制度の目的」の制限

(177) 被収容者が非収容者である配偶者・パートナーの権利侵害を援用する場合については、当事者適格の問題があり、さらに検討を要する。芦部信喜『憲法訴訟の理論』(有斐閣、1973年) 66頁以下、市川正人「憲法訴訟の当事者適格(1)」民商法雑誌91巻4号(1985年) 34、40頁、君塚正臣「第三者の憲法上の権利の主張——第三者募集事件の再考——『憲法的事件争訟性』要件の例外的許容範囲」横浜国際社会科学研究所21巻1・2号(2016年) 1頁参照。

を受けず「保安全管理の問題」に関係しない限り矯正施設から規制をうける根拠を有しない非収容者に対する権利の規制の合憲性を厳格な審査基準を用いた。そして、手紙に書かれた収容に関する不平まで検閲する広範な規制は「保安全管理の問題」という政府の重要な利益の保護の目的を踰越していると認め違憲とした⁽¹⁷⁸⁾。

プロキュニア事件判決を部分的に判例変更したとされるソーンバーグ事件判決は、非収容者が人権の範囲が制限されている被収容者に向けて手紙を発送した場合であるため、「矯正制度の目的」「保安全管理の問題」両方の制限を受けするため、ターナー事件判決の合理性の基準が適用されるのである。

他方、マスメディアの請求した特定被収容者との対面インタビューの拒否が問題となったペル事件判決は、権利実現のための代替手段が残されているとして合憲と判断した⁽¹⁷⁹⁾。これは、上記の考え方とどのような整合性があるのだろうか。ペル事件の場合、マスコミが刑事施設内で被収容者と直接対面することから「保安全管理上の問題」を生じさせた結果、合理性の基準が採用されたものと解することができる⁽¹⁸⁰⁾。

プロキュニア事件判決及びソーンバーグ事件判決で扱われた人権は、手紙の送受信に関する表現の自由と情報の受領権であった⁽¹⁸¹⁾。

子をもうける権利でも同じことが言えるのであろうか。

この点について、ガーバーⅢ判決多数意見は、グッドウィン事件判決及びアンダーソン事件判決に見られるように、プロキュニア事件判決を骨抜きに

(178) See *Procunier*, 416 U.S. at 413.

(179) See *Pell*, 417 U.S. at 824.

(180) ターナー事件判決は、非収容者の権利制限を伴うか否かに関わらず、プロキュニア事件判決及びペル事件判決の適用範囲を含めて、統一的に合理性の基準を創出したものと理解する見解もある。三枝・前掲注50321-22頁注56参照。See Adam M. Breault, Note, "Onan's Transgression": *The Continuing Legal Battle over Prisoners' Procreation Rights*, 66 ALB. L. REV. 289, 295, 298-301 (2002).

(181) なお、事実は異なるが、外国人の入国の拒否における処理を示した判決を紹介する。外国人の入国は主権の問題であり外国人に入国の自由は認められないが、大学が学会・講演の行使を呼ぶ場合には、聴衆の修正第1条の情報受領権が関わるものとして法律構成する。See *Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753, 762, 92 S. Ct. 2576, 33 L. Ed. 2d 683 (1972).

する傾向が実質的な判例の流れであるとする。そして、非収容者の権利制限を伴う場合も被収容者の権利制限と表裏一体であるから、特に厳格な審査を行う必要はないとする⁽¹⁸²⁾。

確かに、「手紙を受け取る権利」の権利主体にとって誰が送信した手紙かが重要な意味を持つが、子をもうける権利においては、妊娠出産という長期の負担となる過程を経る必要があるため、表現の自由の例とは異なる扱いが必要となる側面を有する。すなわち、女性が被収容者である場合、妊娠出産は病気ではないとはいえ最低出産前後のケアが必要となるし、妊婦に特有の医療行為を要する場面も妊娠に伴って増加するため、「保安全管理上の問題」の制限を受ける⁽¹⁸³⁾。また、刑事施設内で子を産み育てる自由は、肉体的側面の自由の行使を伴うので「矯正制度の目的」と矛盾するので認められない。

しかし、配偶者やパートナーと共にいる自由が制限されている中で、本来的に制限を受けるいわれのない側の「性」が子をもうける権利を行使する場合、現在施設に収容されている被収容者の「精子」「卵子」を刑事施設外へ送付し人工授精を利用する方法よりほかに手段がない。あくまでも、自由が制限されていない配偶者・パートナーの「子をもうける権利」の要請に協力する範囲で「卵子」の提供が認められるかの問題となる。

また、配偶者又はパートナーが刑事施設に収容される以前から不妊治療を行っていた場合、医療行為であるから継続が認められるかという問題もある。この場合、スキナー事件のように直接的に断種を行うわけではないが、施設当局が医療行為を拒否することで間接的に断種を行ったこととなる。

したがって、プロキユニア事件判決・ソーンバーク事件判決の枠組みをベースにしつつも、性差に応じた修正を加えた判断をする必要がある⁽¹⁸⁴⁾。非収容者から「子をもうける権利」の行使に協力するため被収容者の配偶者・パ

(182) 三枝もターナー事件判決で合理性の審査基準に統一されたものと分析している。三枝・前掲注50322頁参照。

(183) See *Goodwin*, 908 F.2d at 1399.

(184) スノッドグラスは、プロキユニア事件判決の厳格な審査基準の適用場面の必要性を主張する。See *Snodgrass*, *supra* note 22, at 910-12.

ートナーが精子又は卵子の提供をするのを刑事施設当局が規制する場合、非収容者に対する人権規制を伴うためプロキュニア事件判決を適用し、当該規制が合憲となるのは政府の重要な利益を保護するのに必要不可欠な場合に限られる⁽¹⁸⁵⁾ことになることと解される。逆に被収容者が子をもうける権利を行使する場合、自らの意思で収容期間中に「子をもうける権利」を行使することは、「矯正制度の目的」と矛盾すると認定されやすい。しかし、刑事施設収容中の権利行使ではなく、医療行為である不妊治療を含め釈放後の子をもうける権利の保全を目的とする場合⁽¹⁸⁶⁾並びに非収容者である配偶者・パートナーからの子をもうける権利行使に受動的に応じることは、たとえガーバーⅢ判決多数意見の見解に立つとしても「矯正制度の目的」と矛盾しないと解される。

次に、そのような場合に権利行使の手段、態様がターナー事件判決の4パート・テストをクリアできるか問題であるが、「(1)規則と政府の利益に合理的な関係がある」というパートについては、断種を罰として法定しない限り権利保全のための行為は認められるべきものである。「子をもうける権利」を保全することは、釈放後の社会復帰及び収容中の精神的安定に資するため「矯正制度の目的」に沿うと言える。また、非収容者である配偶者・パートナーの「子をもうける権利」の行使に受動的に応じる場合は、その方法、態様が「保安全管理上の問題」と抵触しない限り規制に合理的な政府の利益を認めることはできない。「(2)当該憲法上の権利を行使するための他の手段の有無」のパートについては、仮釈放・釈放までの期間と被収容者及び配偶者・パートナーのそれぞれの年齢及び健康状態など総合的に状況を判断して、「子をもうける権利」の保全が釈放まで猶予があるのか否かにより判断すべきである。この権利の保全が認められなければ、権利を行使する他の手段を配偶者・パートナーからも生涯にわたって奪ってしまうことになる。「(3)当該権利の実

(185) See *Procunier, id.* at 413.

(186) スキナー事件判決が「被収容者には、釈放後に行使するための生殖能力を維持する権利がある」と明言している。See *Skinner*, 316 U.S. at 541.

現で生じるコスト等の影響」のパートについては、子をもうける権利の保全に要する費用は権利行使する側の負担とすれば、刑事施設当局の負担となるコストは、「保安全管理の問題」上必要となる、精子を入れる容器の遣り取りにかかる検閲等の負担のみとなる。「(4)同一目的の他のより制限的でない規制手段の有無」のパートについては、現在一般に使用し得る科学技術の水準に照らして判断されるべきである⁽¹⁸⁷⁾。なお、ガーバーⅢ判決多数意見が、人工授精の科学技術及び実施の簡便性で結論を左右されないとするが、それは子をもうける権利が刑事施設への収容と矛盾するかという目的審査において基礎とされない趣旨であるので、本稿の結論と矛盾しない⁽¹⁸⁸⁾。

7 おわりに

本稿では、刑事施設収容者に人工授精の技術を利用する自由があるかについて、アメリカの関係判決を分析した。

まず、刑事施設は、施設の目的からそもそも非収容者に人権が剥奪されているとみるのか、人権は付与されているが制限されているにすぎないのか問題となる。この点について、ペル事件判決は、「被収容者は、刑事施設収容それ自体に根本的に矛盾しない権利又は刑事施設収容の目的に反しない権利を有する⁽¹⁸⁹⁾」と述べ、さらに、刑事施設の規制の合憲性は「矯正制度の目的」と「保安全管理の問題」に照らして判断されるべきであると、2つの人権制約根拠との調整問題と捉えた。そして、被収容者の人権は剥奪されるのではなく、保障範囲がその収容の目的によって縮小されるに過ぎない。その権利行使に当たっては、ターナー事件判決の示す4パート・テストによって「矯正制度の目的」「保安全管理の問題」との合理的関連性を考慮して、刑事施設当局

⁽¹⁸⁷⁾ See *Gerber III*, *id.* at 628 (Tashima, J., dissenting). タシマ裁判官反対意見は、「刑務所も州も単に目当たらしいという理由のみで、憲法上の権利の合理的な行使の要請を拒絶してはならない」と述べている。

⁽¹⁸⁸⁾ See *Gerber III*, *id.*

⁽¹⁸⁹⁾ *Pell*, 417 U.S. at 822.

の裁量権の濫用及び踰越が審査される。

以上のような刑事施設被収容者の人権に対する規制の判断枠組みを明らかにしたところで、人工授精を利用する権利が認められるかについてアメリカの下級審判決を参考に検討を行った。

直接、人工授精の利用に関して判断した判決のうち、グッドウィン事件判決、アンダーソン事件判決、ガーバー事件判決を見た。特に、ガーバーⅡ判決は、ガーバーⅢ判決によって破棄されるが、被収容者に人工授精を利用する権利を認めた。人工授精を利用する権利を否定する法律構成には、①子をもうける権利が刑事施設収容それ自体に根本的に矛盾する⁽¹⁹⁰⁾と権利自体が縮小されているため保障されないとするもの、②刑事施設当局の制限が正当な行刑上の利益の達成のために合理的関連性を有する⁽¹⁹¹⁾ため保障されないとするものなどがある⁽¹⁹²⁾。

他方、人工授精を利用する権利を肯定する法律構成には、①子をもうける権利の重要性及び刑事施設当局に課す負担が少ない⁽¹⁹³⁾ことから保障されるべきとするもの、②子をもうける権利は憲法上の基本的権利であるが、それが刑事施設収容と少なくとも矛盾したものではないことが証明できれば良い。人工授精が「保安全管理上の問題」を危うくするものではない⁽¹⁹⁴⁾ので認められるとするもの、③議会が刑罰として受刑者が子をもうける権利を明示的にも黙示的にも否定しておらず人工授精の要求が刑事施設収容と矛盾せず、また矯正施設制度の安全かつ効率的な運営に影響を与えない⁽¹⁹⁵⁾ので認められるとするものがある。

この点につき、ガーバーⅢ判決多数意見が先例性を有しており、被収容者

一
二
九

⁽¹⁹⁰⁾ *Gerber III*, 291 F.3d at 617 (citing *Henderson*, 18 F.3d at 137 & *Hudson*, 468 U.S. at 524); *Goodwin*, 702 F.Supp. 1452 (citing *Hudson*, 468 U.S. at 523); *Anderson*, 827 F.Supp. 617 (citing *Hudson*, *id.* at 522-23).

⁽¹⁹¹⁾ See *Goodwin*, 908 F.2d at 1398.

⁽¹⁹²⁾ ①に分類されるものがガーバーⅢ判決多数意見、②に分類されるものがガーバーⅠ判決、グッドウィン事件判決及びアンダーソン事件判決である。

⁽¹⁹³⁾ See *Goodwin*, 908 F.2d 1395 (McMillian, J., dissenting).

⁽¹⁹⁴⁾ See *Gerber III*, *id.* at 629 (Tashima, J., dissenting).

⁽¹⁹⁵⁾ See *id.* at 632 (Kozinski, J., dissenting).

が子をもうける権利は、「矯正制度と矛盾する」範囲で釈放されるまで縮小されているものと扱われる。そこで、本稿は、非収容者である被収容者の配偶者・パートナーの子をもうける権利からのアプローチを検討した。権利行使に相手方の協力を要する人権において、一方の人権が制限された場合に他方の人権がいかに保障されるかの問題（片面的権利制限の問題）と捉え直した。プロキュニア事件判決及びゾーンバーグ事件判決によって、非収容者による権利行使を刑事施設当局が規制する場合には厳格な審査基準が適用され、被収容者による権利行使を当局が規制する場合にはターナー事件判決の合理性の基準が適用される。ガーバーⅢ判決多数意見の下でも、被収容者からの人工授精の利用が限定的に認められる余地があると解される。すなわち、不妊治療を含み非収容者たる配偶者・パートナーからの子をもうける権利の行使に協力する場合、及び釈放後の子をもうける権利を保全することを目的とする場合である。なぜならば、片面的権利制限の状況で権利を制限されるいわれのない権利主体の人権を保障するには、その権利行使が可能となるまでの間の権利保全を認めなければならない。そうしなければ、本来権利が制限されていない非収容者の権利行使の機会を奪い、子をもうける権利を実質的に剥奪することになる。権利保全を認めず、実質的に権利行使の機会を剥奪することは、個人の尊重を謳う憲法原理に反し不当に配偶者・パートナーの人権を制限しているといえるからである。

以上、アメリカの裁判例から刑事施設被収容者に関わる人工授精の利用の可能性について検討した。人工授精に関しては、日本においても未だ議論の途上である。しかし、現在の段階で、その権利行使の保全のためには唯一残された手段が人工授精であるならば、その保全行為を妨げることは裁量権を踰越し違憲となる場合があると考えられることも可能なのではないかということアメリカの議論は示しているように思われる。今後もアメリカ及び日本における裁判及び研究の動向を注視する必要がある。

最後に、本稿は大恩を受けた中富先生から頂戴した課題であり、将来しなければならぬと考えていた刑事施設被収容者の人権と刑事施設当局の裁量

513 片面的権利制限と憲法的裁量統制

権の憲法的統制をどう考えるかに関わる新しい問題であった。拙い論文で恐縮であるが、中富先生の退職記念号の末尾に添えていただければ幸いである。