

「安全と自由」の議論における裁判所の役割-ヨーロッパ人権条約・二〇〇五年テロリズム防止法（イギリス）・コントロール・オーダー-

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2010-03-08 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 江島, 晶子 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/6998

【論 説】

「安全と自由」の議論における裁判所の役割

——ヨーロッパ人権条約・二〇〇五年テロリズム防止法（イギリス）・

コントロール・オーダー——

江 島 晶 子

目 次

はじめに

1 全体の概況

2 コントロール・オーダーに関する判例

3 小結—多層的人権保障メカニズムの可能性—

はじめに

「九・一一」以降、世界的傾向として、安全と自由の「新しいバランス」が主張され、⁽¹⁾各国のテロ対策法制が強化さ

れている⁽²⁾。例えば、本稿で素材とするイギリスでは、外国人テロリスト容疑者の無期限拘束(二〇〇一年反テロリズム・犯罪・安全法 (Anti-terrorism Crime and Security Act 2001)、以下、ATCSA2001と記す)、テロリスト容疑者の自宅軟禁を可能にするコントロール・オーダー(二〇〇五年テロリズム予防法⁽³⁾ (Prevention of Terrorism Act 2005)、以下、PTA2005と記す)、同容疑者の起訴前二八日間拘束およびテロ称賛行為に対する刑事罰(二〇〇六年テロリズム法⁽⁴⁾ (Terrorism Act 2006、以下TA2006と記す))等、従来の人権論からすれば問題になる法律が次々と制定されている。そして、現在も、新たなテロリズム対策法案として、反テロリズム法案 (Counter-Terrorism Bill) が、二〇〇八年一月二四日に庶民院に提出され同年六月一日に第三読会を通過し、同月一二日に貴族院に到達したところである〔付記：同年一〇月二三日に貴族院は起訴前四二日間拘束案に反対し(三〇九対一一八)、政府は撤回した〕。

日本でも、様々なテロリズム対策が進行中だが、人権論から問題になる一例として、二〇〇六年、出入国管理及び難民認定法改正により、テロ未然防止のために一六歳以上の外国人(特別永住者等を除く)に写真撮影と指紋採取を義務付けたことが挙げられる。世界の中でもアメリカ合衆国に続いて二番目に導入するという迅速ぶりだが、はたしてその必要性があるのか、また当該手段がテロ対策として実効性があるのか検討が必要などところである。しかしながら、実効的に検証するメカニズムが存在するといえるであろうか。

ところで、テロリズムは二〇〇一年に新たに登場した問題というわけではない。現在における問題の新奇性は、現代社会において、市民の「安全・安心」要求の高まりが全般的に存在し、⁽⁵⁾ それを受けて、「安全・安心な社会」の確保が政府の政策課題の筆頭として掲げられ、テロリズム対策も安全という問題の一つとして取り扱われている点にある。そして、こうした状況は、人権論や統治機構論との関係で緊張関係を生じるのもとより、ドイツ憲法学における「安全の基本権」や「予防国家」論に依拠すれば、「危険の変容に伴う安全観の転換を契機とする法治国家から事前配慮的

社会国家へという憲法構造の転換」を迫り、近代立憲主義のパラダイムを問い直すものである。⁽⁶⁾

他方、人権論という観点から、「安全と自由」をめぐる議論を考えると、そもそも、人権の原点は「身体の自由・安全」をいかに国家から守るかにあったことに立ち戻る必要がある。現在、人身の自由は当然のものとして受け止められる一方、⁽⁷⁾「安全」確保のために制約もやむを得ない権利として扱われているようにみえる。本来、国家による暴力を最も警戒し、そのために刑事手続、裁判手続として、様々な手続的保障を積み重ねてきたはずが、いまや、「緊急事態」対処のためには例外措置も止むなしという議論が説得的に響くのはなぜなのか、国家観の変化も含めて興味深い問題である。

筆者は、「安全と自由」というテーマで、憲法学上どのような問題点が存在するのか、別稿において検討した際、⁽⁸⁾人身の自由の歴史的意義を再確認して、第一に、安全と自由の適切な「調整」の可能性、第二に、人権体系の再検証の必要性、第三に、安全と自由の調整は誰が行うのか、そして最後に、「自由」自体に対する見直しの必要性を指摘した。また、イギリスのテロリズム対策法制全体を検討した別稿では、安全と自由の調整役という観点から、テロリズム対策に対する緩衝・是正メカニズムの例としてイギリスを分析し、⁽⁹⁾多層的人権保障メカニズムの必要性と可能性について検討した。⁽¹⁰⁾

本稿では、上記の、第一および第三の点について、イギリスのテロリズム対策法制におけるコントロール・オーダーという手段を具体的素材として、多層的人権保障メカニズムの可能性について実証的検討を行う。すでにコントロール・オーダーに関するイギリスの裁判所の判断として、高等法院および控訴院の判決について検討したが、⁽¹¹⁾その後、二〇〇七年一〇月三十一日に、貴族院がコントロール・オーダーに関して三つの判決を出しており、本稿ではこれを中心に検討する。加えて、多層的人権保障メカニズムの可能性を検討する素材として、議会、裁判所、人権合同委員会

(Joint Committee on Human Rights (以下、JCHRと記す))、独立審査官 (Independent Reviewer)、ヨーロッパ人権裁判所 (European Court of Human Rights、以下、人権裁判所と記す) 等にも注目する。その際には、一九九八年人権法⁽¹²⁾ (Human Rights Act 1998、以下、人権法と記す) によって、イギリスの憲法体制が新たに国内法に組み入れたヨーロッパ人権条約 (European Convention on Human Rights、以下、人権条約と記す) とその判例法のインパクトについても考察する⁽¹³⁾。具体的変化としては、人権法によって、イギリスの裁判所には、議会議法を人権条約適合的に解釈する義務 (三条) が課されており、適合的解釈が不可能な場合は裁判所は不適合宣言 (四条) を下さなければならぬ点である (不適合宣言は議会議法を無効にするものではない)。そして、究極的な問いとして、従来の統治システムは現代社会における問題に対して適切かつ実効的に応えうるものなのか、換言すると、憲法学は、人権の「実施」という観点から、統治機構を分析・検討してきたか、という視点も加えて検討していきたい。

1 全体の概況

1-1 テロリズム対策法制におけるコントロール・オーダー

外国人テロリスト容疑者を起訴することなく、かつ期限を決めずに拘束することを可能にしたのが ATCSA2001 である。同法は、「九・一一」直後、法案提出からわずか一カ月で成立した法律である。だが、この手段に対しては貴族院が不適合宣言を出したため、それに対する対応として制定されたのが PTA2005 である。筆者は、一連の経緯とそこ⁽¹⁴⁾での議会、裁判所、JCHR間の対応を、筆者がイメージする多層的人権保障メカニズムの例として挙げ、こうした

展開は人権保障の観点から一定の評価が可能であると述べた。⁽¹⁵⁾

だが、実際にそうかは、新たに制定された PTA2005 が、人権の観点からどのように検討され、また、実際の PTA2005 の実施においてどのように人権問題が指摘され、議論・改善されるかにかかっている。PTA2005 に含まれている人権問題を指摘・改善できなければ人権保障メカニズムとはいえない。そもそも、ATCSA2001 の代わりに制定された PTA2005 のコントロール・オーダー体制が、より一層人権侵害的ならば、メカニズムは人権保障的に機能していないことになる。それどころか、人権保障的な手続的外観を作り出し実態を隠蔽する効果を生じさせているならば、人権保障の観点からは有害なメカニズムである。⁽¹⁶⁾ 実際、PTA2005 に基づくコントロール・オーダーが実際に発給されてから、最も古いものは三年以上が経過しており、起訴せずに、コントロール・オーダー対象者を自宅軟禁に近い状態に拘束し続けることの問題性は増大する一方である。有罪判決を受けて刑務所に拘留される場合は、いかなる理由でいつまで刑務所にいなければならないのが明確であるのに対して、コントロール・オーダーの場合は対象者にとって拘束理由も拘束期間も不明確であることが、対象者を過酷な精神状態に置くことは医療専門家も認めているところである。

コントロール・オーダー⁽¹⁷⁾にはデロゲイティング・コントロール・オーダー (derogating control order) とノン・デロゲイティング・コントロール・オーダー (non-derogating control order) の二種類があるが、前者の発給には人権条約五条からのデロゲーション (derogation / 効力停止) が必要であり、かつ主務大臣 (内務大臣) の申請を受けて、裁判所が発給するもので、現在のところ発給例はない (以下、別にことわらない限り、ノン・デロゲイティング・コントロール・オーダーを CO と記す)。他方、後者は、内務大臣が発給するが、事前に (緊急の場合には事後に) 裁判所の許可を得ることが必要である。裁判所は、CO を出す理由があるという内務大臣の決定に明らかな間違いがある (obviously flawed) と判断しなにかぎり許可を与える。内務大臣が CO を発給できる場合は、個人がテロリズム関連活

動に関与している、または関与してきたと疑う合理的根拠があり、かつテロリズムの危険から公衆を保護することに
 関連する目的のために、C Oを出すことが必要であると考える場合である。C Oの有効期間は二か月であるが、更
 新が可能で、現在のところ三度に渡って更新されているものがある。

1-2 コントロール・オーダーの発給状況

現在(二〇〇八年二月一八日段階)⁽¹⁸⁾、一五名の者に対して、C Oが発給されている。発給状況は左の表のとおりであ
 る(各C Oは更新、変更、廃止されるなどして、新たに発給がなされるといふ経緯をたどっている)。義務の内容内容及び
 制約の厳しさは個人によって異なる。

左の表の各番号(1~23)の
 意味する義務の内容

- 1 電子タグ
- 2 住居の指定と外出禁止
- 3 監視会社に対する電話による報告(毎日)
- 4 住居への訪問者の制限(*は特定された家族・他人については無制限にアクセス可を意味する)
- 5 住居外での事前に約束した面会は承認を必要とすること
- 6 関係を持つことが禁止されている人物のリスト
- 7 一定のC O対象者との接触禁止
- 8 警察官の立ち入りを認めること
- 9 C O発給後二四時間以内はいかなる他の制約をも遵守すること
- 10 情報通信手段の使用および所有に対する制約
- 11 特定のモスクに通うこと
- 12 外出可能範囲に対する地理的制約
- 13 イギリスからの出国の意思を内務省に通知すること
- 14 財政的義務—銀行口座は一つしか保有できないこと
- 15 外国への送金および物品の送付(私的な手紙は除く)には事前の承認を得ること
- 16 旅行関係書類の当局への提出
- 17 イギリスを離れてはならないこと
- 18 港および国際鉄道駅に立ち入ることの禁止
- 19 特定の警察署に毎日出向いて報告すること
- 20 雇用省に通知すること(および指定された領域(たとえば公共交通機関)における雇用については事前の承認を求めること)
- 21 I T関連のアドバイスや援助を提供してはならないこと
- 22 自己の住居を除き、モスクまたはいかなる場所でも礼拝を主催してはならないこと
- 23 勉強や訓練コースを始める前に事前の承認が必要

CURRENT CASES (AS OF 24 JAN 2008 - 15 CASES)

	TAG	Residence/Curfew	Tel reporting	Visitors	Pre-arranged meeting	Prohibited associates	No contact with c/o	Permit police entry	24 hours powers	Comms	Specify mosque	Geographical area	UK Departure	Financial	Transfer of money / goods	Travel docs	Must not leave UK	Ports / rail	Daily to police station	Employment notification	No IT assistance	Must not lead prayers etc	Academic/training	
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	
Case 1	X	16	X	X	X	X		X	X	X	X	X	X	X	X	X		X		X		X	X	
Case 2	X	16	X	X	X	X		X	X	X	X	X	X	X	X	X		X		X		X	X	
Case 3	X	16	X	X*	X	X		X		X	X	X	X	X	X	X		X		X		X	X	
Case 4	X	16	X	X*	X	X		X	X	X	X	X	X	X	X	X		X		X		X	X	
Case 5	X	14	X					X	X	X	X	X	X	X	X	X		X		X			X	
Case 6		3	X	X*	X			X	X	X		X	X	X										X
Case 7		12	X	X*	X			X	X	X			X	X	X	X		X	X	X				
Case 8	X	8	X					X		X						X	X	X		X				X
Case 9		X						X	X							X		X	X	X				
Case 10		X						X	X							X		X	X					
Case 11	X	9	X			X		X	X							X	X	X	X	X				X
Case 12	X	8	X			X		X	X							X	X	X	X	X				
Case 13	X	8	X			X		X	X	X						X	X	X		X				
Case 14	X	12	X					X	X	X				X	X	X	X	X	X	X				
Case 15	X	16	X	X	X	X		X	X	X	X	X	X	X	X	X			X	X	X	X	X	X
TOTAL (FOR 15 CURRENT CONTROL ORDERS)																								
	1	2	3	4*	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	
TOTAL	11	13	13	7	7	8	0	15	13	11	6	6	8	9	9	14	5	13	7	14	1	5	8	

Average Length of Curfew: 10 Hours

出典 Lord Carlile Report, infra note 19, Annex1

※ CO の更新や内容変更は元の CO とは独立させて数えているので、CO の数は対象者の人数よりも多い。

1-3 コントロール・オーダーに対するチェック・メカニズム

COは、議会の監視に服する。まず、内務大臣は三か月に一回、発給されているCOの行使状況に関する報告書を作成し、議会に提出する。そして、国務大臣によって任命された者(独立審査官 independent reviewer)は年に一回、PTA2005の運用に関する審査を行い、その報告書を内務大臣に提出し、内務大臣は当該報告書を議会に提出する。二〇〇八年二月一八日には、第三回報告書(Canlie 報告書)が提出されたところである。⁽¹⁹⁾

一方、COは一年たつと更新されなにかぎり失効する。これまで二度に渡って政府は更新してきたが、二〇〇八年一月三〇日に三度目の更新となる更新命令(案)⁽²¹⁾を議会に提出し、議会の承認を得たところである。⁽²⁰⁾同案について、JCHRは報告書を出し一定の修正を勧告した。⁽²¹⁾政府はLord Canlie報告書およびJCHR報告書に対して二〇〇八年四月に返答した。⁽²²⁾

他方、司法的監視としては、実際に発給されたCOの人権条約適合性が裁判で争われている。二〇〇七年一月三一日、貴族院が下したCOに関する三つの判決は相互に参照し合い、全体としてCOに関する貴族院の見解を示すものである。これまで、内務大臣は、裁判所の判決に対応してCOの内容を修正してきており、司法的コントロールの重要性にも注目できる。次節では、COに関する判例について、貴族院判決を中心に検討する。

2 コントロール・オーダーに関する判例

2-1 概観(本稿で扱う事件)

本稿で扱う事件は、以下の通りである。⁽²³⁾

- ① *Secretary of State for the Home Department v JJ; KK; GG; HH; NN; LL* (以下、J-J事件と記す)
- ② *Secretary of State for the Home Department v MB and Secretary of State for the Home Department v AF* (以下、MB事件およびAF事件と記す)

③ *Secretary of State for the Home Department v E* (以下、E事件と記す)

各事件における主たる問題点は以下の通りである。⁽²⁴⁾ J-J事件では、COによって課される義務が人権条約五条の「自由の剥奪 (deprivation of liberty)」に相当するか、MB事件およびAF事件では、COに関する手続はデュー・プロセスに対する権利を侵害しないか、そして、E事件では、刑事起訴の可能性とCOとの関係が問題とされた。

2-2 *Secretary of State for the Home Department v JJ; KK; GG; HH; NN; LL* (J-J事件)

2-2-1 事実の概要⁽²⁵⁾

本件では、六名の外国人(内五名はイラク国籍、残り一名はイラクまたはイラン国籍)に対するCOが問題となっ

た。六名はテロリズム関連の活動に関与している疑いがあり、連合王国または国外において公衆に対する危険を与えると、内務大臣は判断し二〇〇五年法に基づきCOを発給した。いずれの六名ともテロリズム関係の犯罪で起訴されてはいない。

六名に課せられたCOに基づく義務は、電子監視タグの装着、午前一〇時から午後四時の六時間を除き常時、特定の住居にとどまること（一八時間の外出禁止）、報告義務、訪問者の制限、住居外での面会の制限、特定人との面会の禁止、インターネット、携帯電話等のコミュニケーション機器の使用制限、出席できるモスクの特定、内務大臣の同意なく一定地域外への外出禁止、外国への出発・帰還についての通知義務、銀行口座制限、送金、書類および物品の送付制限、パスポートに対する制限、内務大臣の同意なく空港や海港に立ち入ることの禁止等である。

問題点は、大きく分けると二つある。

① COに基づく義務は、「自由の剥奪」（人権条約五条）に相当するか（問題点①）

② 裁判所は、COを無効にするのではなく、問題の部分だけを修正することが可能か（問題点②）。

2-2-2 高等法院：[2006] EWHC 1623 (Admin)

二〇〇六年六月二八日、高等法院 Sullivan 裁判官は、当該COによって課された義務は厳しすぎるので、人身の自由の剥奪に相当し、ヨーロッパ人権条約五条に反すると判示した⁽²⁶⁾（問題点①）。そして、本件ではCOを無効にするほかないとした（問題点②）。本判決は、人権裁判所の *Guzzardi v the United Kingdom* 判決に大いに依拠している⁽²⁷⁾。

2-2-3 控訴院：[2006] EWCH Civ 1141

内務大臣の控訴院への上訴に対して、二〇〇六年八月一日、控訴院は、Sullivan 裁判官の見解を支持する判決を下した。COによって課される様々な義務の「累積的効果 (cumulative impact)」は、自由に対する制約ではなく、自由

の剥奪とした Sullivan 裁判官の判断を支持し、狭いフラットに一八時間も拘束したことは、自由の意味を最も狭義で解したとしても、自由に対する最も深刻な侵害であるとして、政府側の反論を退けている。Sullivan 裁判官と同様、人権裁判所の *Guzzardi v the United Kingdom* 判決に依拠している。

2-2-4 貴族院：[2007] UKHL 45

貴族院は、三つの判決のうち J 事件においてのみ自由の剥奪の存在を認めた。問題点①については、以下のように判示した。「自由の剥奪」は自律的な意味を有し、特定の場所における拘束よりも広い意味である。個人の生活に対する諸制約の累積的效果が当該意味に該当するかは裁判所が評価する。一八時間の外出禁止をはじめとして、諸制約を全体的に検討した Sullivan 裁判官は正しいアプローチをとっており、同裁判官の決定に批判の余地はない（反対意見あり）。問題点②については、内務大臣は人権条約五条に適合しない CO を課す権限を有せず、本件 CO は無効であり、本件 CO の欠陥は、司法的修正によっては治癒されないので破棄されるべきだと判示した（反対意見あり）。本判決は、Lord Bingham の意見が多数意見の基礎となっているので、以下、Lord Bingham の意見を検討する。⁽²⁸⁾

2-2-4-1 Lord Bingham (多数意見)

2-2-4-1-1 自由の剥奪（人権条約五条）に相当するか（問題点①）

Lord Bingham は、まず、人権条約との関わりで、次のように問題点を整理する。本件で問題となる人権条約五条であるが、同条は、「すべての者は、身体的自由及び安全に対する権利 (right to liberty and security of person/droit à la liberté et à la sûreté) を有する。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」と規定した上、自由の制約が認められる場合を具体的に列挙している。人権裁判所は、同列挙事項は網羅的であり、かつ制限的に解釈されなければならないことを強調してきた。それは人権条約が「身体的自由

および安全」に対する権利を重視してきた表れである。他方、同条は人権条約一五条のデロゲーションに服する。本件のCOは人権条約五条の列挙事項には該当しないし、現時点でイギリス政府は人権条約五条についてデロゲートしていない。よって、CO対象者に課された義務の効果が、当人の自由を剥奪するものであるならば、当該命令は人権条約五条に合致しないことになる (para. 5)。

次に、Lord Bingham は、「自由の剥奪」の意味について、人権裁判所判例法を入念に検討し、人権裁判所の立場を次のように分析する (paras 16-18)。すなわち、自由の剥奪は、刑務所への収容や逮捕時の勾留以外にも様々な形態を取り得る。そして、形態の多様性は法的基準および法的態度における発展によってさらに増しており、人権条約は民主的国家において普及している概念に照らして解釈されるべきである。⁽²⁹⁾ 検討されるべきは、特定の個人の具体的状況である。⁽³⁰⁾ したがって、裁判所の任務は、問題の措置が当該状況に置かれた人に対して与えるインパクトを評価することである (para 15)。よって、刑罰または当該措置の執行または実施について、その性質、継続期間、効果および方法といったあらゆる要素を検討しなければならない。⁽³¹⁾ *Guzzardi* 判決は、*Asinara* 島における申立人 *Guzzardi* の滞在に関して、人権裁判所が考慮の対象としたのは、現地の周辺状況、移動の可能性、住宅、医療を受ける可能性、家族の存在、礼拝に出席する可能性、仕事を獲得の可能性、文化的・余暇的活動の可能性、外部とのコミュニケーション等である。そして、結果として、人権裁判所は、次の点を重視した。申立人は島の限られた場所にしか行けないこと、荒廃した住宅、社会的交際の欠如、ほぼ常時監視されていること、九時間の夜間外出禁止、日に二回当局に報告し、かつ誰に電話をかけたかを通知する申立人の義務、本島の *Sardinia* を訪問するには同意を得る必要があること、上記の義務違反は逮捕されること、および以上の制約に一六ヶ月に渡って服したことである。人権裁判所は、自由の剥奪と自由に対する制約の違いは、程度または強度の違いでしかなく、性質や実質の違いではないことを認めている。⁽³²⁾ 人

権裁判所は、取られた措置のインパクトを評価する際に、当該措置が取られなければ送りえた生活にどのような影響を及ぼしたかを評価している。⁽³³⁾ 以上の点に注目した上で、Lord Bingham は、イギリスの裁判所の任務は、本件の事実に基づき、人権裁判所が確立した原理を正しく用いることだとする (Para 19)。

結論として、Lord Bingham は、本件は自由の剥奪に相当すると判断した。Lord Bingham の言葉によれば、一八時間の外出禁止の効果は、社会的訪問者の効果的排除と相まって、次のことを意味するとする。すなわち、CO 対象者は、事実上、無期限で、毎日、長時間、独居幽閉状態にあり、外部との接触の機会は非常に乏しく、有意味な娯楽施設の提供は不十分であり、住居が常時立ち入りと搜索の対象となることを意識している。外出禁止期間外に外出できる場所の範囲は *Guzzardi* 判決の場合より広いとしても、本人にとって不慣れな、家族も友人もない場所であり、かつ、そうであるがゆえに選ばれた場所である。住居外での社会的面会に先だつて内務省の許可があることは、事実上、外出禁止期間外においても本人を孤立させている。Sullivan 裁判官の開放型放刑務所のとえは当たっているが、CO 対象者は、開放型刑務所の在監者ならば期待できる他人との接触や娯楽施設の利用さえも期待できない (Para 24)。

2-2-4-1-2 救済(問題点②)

Lord Bingham は、Sullivan 裁判官および控訴院の結論を採用した。すなわち、内務大臣には人権条約五条と適合しない義務を課す命令を出す権限はない。権限なく出された行政命令は無効である。命令における瑕疵は特定の義務を修正することによって治癒することはできない。なぜならば、内務大臣が行ったのは一連の命令であり、指名された個人に適用されるものであり、それは内務大臣には行う権限のない命令であった。公法上の救済は一般的に裁量的なので、特別な場合には、裁判所は命令が無効であると認定しても無効にすることを差し控えることができる。しかし本件には特別な状況は存在しない。当該命令は身体の自由を不法に奪うものなので、命令を出す権限なしに出された

命令を無効にすることを差し控えることは原理に反することである (paras 25-27)。

Baroness Hale of Richmond や Lord Brown of Eaton-Under-Heywood は、Lord Bingham の意見と同意である。なお、Lord Brown は、Lord Bingham と同じ理由づけ、結論に立ち、一八時間の外出禁止を命じるCOは自由の剥奪に該当すると示したが、一六時間ならば自由の剥奪に相当しないと述べた。一六時間であれば自由の剥奪というよりは、移動の自由であるのに対して、一六時間を超える拘束は身体的自由の剥奪であるという (para 105)。この貴族院判決後、内務大臣は、一二時間の外出禁止を課していたCOを一六時間に引き上げた。

2-2-4-2 Lord Hoffmann (反対意見)

Lord Hoffmann は、まず、問題点①について、人権裁判所判例に依拠しながらも、Sullivan 控訴院、そして Lord Bingham とは違う点に重点をおくことによつて自由の剥奪にはあたらないとする。第一の点は、本件で問題となつてゐる五条一項の権利とそれ以外の権利の違いである。COは、プライバシー (人権条約八条)、移動の自由 (人権条約第四議定書二条)、信教の自由 (人権条約九条)、表現の自由 (同一〇条)、結社の自由 (同一一条) をも侵害するが、Jらは主張していない。その理由はこれらの権利が条件付き (qualified) だからというのが Lord Hoffmann の見解である。すなわち、いずれの権利も、法律によつて規定された制約で、国の安全のために民主的社會において必要ならば制約に服する (para 34)。これに対して五条一項にはこうした条件がない (unqualified) という (para 35)。そして自由の剥奪とは、文字通りの身体的抑制を意味し、他者とのコミュニケーション、結社等は他の条件付き権利によつて保障されており五条一項の対象ではない (para 36)。他方、自由の剥奪は人の自律性と尊厳を完全に奪うものだから基本的人権である (para 37) とも述べてゐる。

第二の点は、人権裁判所の判断原理および判断基準に関する理解の仕方の違いである。Lord Hoffmann は、人権裁

判所の多数意見からは、自由の剥奪の有無を決定する基準が何かは容易に発見できないと述べた上で、人権裁判所の多数意見が「問題とされる取扱が、一定の点において、『開放刑務所』における拘留 detention on an 'open prisonment' または懲戒施設への收容 committal to a disciplinary unit に類似している」⁽³⁴⁾と述べた点に基準が見いだせるとする (para 39)。そして、Guzzardi 判決反対意見の Sir Gerald Fitzmaurice 裁判官の以下の意見を引用する。「条約五条は…不当な収監、あるいは、それに匹敵する監禁、要するに狭い意味の自由の剥奪から個人を保障する」。Lord Hoffmann は、この点については貴族院も異を唱えないはずだとする。⁽³⁵⁾

Lord Hoffmann は、無条件の権利と条件付きの権利を明確に区別するためには、自由の剥奪に過度に広い解釈を与えないことが重要であり、そうしないと、深刻なテロリストの脅威に立ち向かう国家の権限に過大な制約を付すことになる⁽³⁶⁾と危惧する (para 44)。よって、Lord Hoffmann の具体的結論として、L.L. のような状況にある人は刑務所にいるのと同じとはいえないとする。すなわち、自分のフラットに住み、電話の他に、余裕があればどんな設備でも保有でき、自分の食事のために買物し、準備し、料理することができ、午前一〇時から午後四時まではどの日でも自分の選択で自由に街に出かけ、店、娯楽施設、スポーツ施設、公園を訪れ、公共交通機関を利用し、人々と交わり、自分の礼拝施設に出席できるのだから、刑務所またはそれに類似する施設内にいるとはいえないという。

問題点②についても、裁判所はCOを無効にするのではなく、修正できるとの考え方に立つ (paras 47-55)。Lord Carswell と Lord Hoffmann と同様、自由の剥奪は、狭義の意味 (肉体的監禁または拘束) で解する (para 68)。そして、Sullivan 裁判官の見解が、「J.J. の生活は『通常の生活 normal life』との比較である」ことが間違いだとする (para 73)。

2-2-5 検討

2-2-5-1 多数意見と反対意見

多数意見と反対意見との重要かつ興味深い相違点は、幾つかある。第一に、人権条約における五条の位置づけである。Lord Hoffmann は、人権条約八条から一一条の、いわゆる条件付きの権利 (qualified rights) との違いを強調して、五条にはより強力な保護が認められる以上、五条の保障の範囲を限定的に解すべきことを強調する。

さらに、Lord Hoffmann が強調した二つの点、すなわち、人身の自由は個人の自律性と尊厳から重要である (人権条約五条の趣旨) と、人身の自由の保障範囲を限定的に解する必要性とは論理必然的に結びつくわけではない。人身の自由の重要性を強調すれば、厳密な文理解釈に徹するよりは、具体的事実を十分に勘案できる目的解釈の方が趣旨に合致する (一定の限度があることを前提として)。そもそも、人権裁判所は、厳密な文理解釈よりも目的解釈をとってきた。だからこそ、創設期には人権裁判所内において、イギリス出身の裁判官が他の裁判官と意見を異にすることが多かった。⁽³⁷⁾

第二に、判断基準である。ヨーロッパ人権裁判所の示した判断基準のうち、多数意見は、「人権条約五条にいう「自由の剥奪」に相当するかどうかを決定するためには、出発点は当人の具体的状況であり、問題となつてゐる手段の形式、継続期間、効果および実施方法等に関するあらゆる基準を考慮に入れなければならない。⁽³⁸⁾ 自由の剥奪と自由に対する制約の違いは、程度・強度の違いにすぎず、本質や実態の違いではない」とする人権裁判所の見解を参照し、これに即して本件事実を吟味し、「自由の剥奪」に相当すると判断した。

他方、Lord Hoffmann は、上記の部分は判断基準を示していないとして、Guzzardi 判決の中から「問題とされる取扱が、一定の点において、『開放刑務所』における拘留または懲戒施設への収容に類似する」(同判決 Para 95) という

部分に注目し、刑務所とJ Jらの現状との比較によって判断を行い、刑務所にいるのとは大違いだと判断した。

確かに、Lord Hoffmannがいうように、人権裁判所は具体的な判断基準を示してはいない。結局のところ関連性のある要素をすべて考慮要素に入れて価値判断をするしかないことになる。また、そうすることによって、実はヨーロッパ人権裁判所がまだ判断していない問題について判断を下す可能性もある。⁽⁴⁰⁾一方、Lord Hoffmannのアプローチは、イギリスの伝統的解釈手法に忠実なものである。しかしながら、刑務所と同じ状況かという判断がより客観的かという点、やはり価値判断から自由になることはできない。J Jらがおかれている状況は、常時警察等の立ち入り搜索を許し、他人との面会には事前の許可が必要で、面会する人物の氏名、生年月日および写真を事前提出する必要がある。実際には、J Jらはごく少数の人物としか面会していない。というのも、J JらがCO下にある理由はテロリストとの関連性ゆえなので、そのJ Jらと関係があるとは思われたくない（自分もテロリストと関連性があると思われたくない）というのが一般の人々の反応である（Baroness Hale of Richmondも同旨（Para 60））。また、J Jらは一人を抜かして、元の住居から別の住居に移され、当該住居のある地域はJ Jらの知り合いがいない地域が意図的に選ばれている。よって、具体的状況を考慮に入れると刑務所とは大違いとは必ずしもいえない。実際、あるCO対象者は、効果の厳しさに耐えかねて警察に出頭し、刑務所に戻すよう要望している。⁽⁴¹⁾

さらに、人権裁判所が具体的な判断基準を示さなかったのは、個々の状況におけるあらゆる要素を考慮に入れなければ実質的に人身の自由を保障することができないからである以上、人身の自由の定義を定め、その文言解釈に徹することは、人権裁判所のGuzzardi判決の趣旨とは反対である。実際、人権裁判所の論理の展開を忠実に追うならば、人権裁判所は申立人の状況と刑務所等の状況には明確な相違があることを認めた上で、自由の剥奪は多様な形態をとりうると述べている。⁽⁴²⁾よって、人権裁判所は、刑務所と同様の状況にあるかどうかを主たる判断基準にしているので

はなく、むしろ刑務所とは異なつていても他の要素の存在によつて自由の剥奪に相当する場合があることを認めており、そうだからこそ単一の判断基準では語れないということにならう。

2-2-5-2 外出禁止時間の上限

Lord Brown が、外出禁止時間一六時間であれば自由の剥奪に当たらないと述べた点については検討が必要である。なぜならば、同判決後に、内務省は、四つの事件の外出禁止時間を二二時間から一六時間に引き上げたからである。注意すべきは、引き上げられた事例は、それ以前には下級審で出された不適合判断を受けて、一八時間から一四時間に、後には一二時間に引き下げられていた点である。

JCHR は、他の制約と総合して勘案すると、一六時間への引き上げは自由に対する制約を非常に増加させることになり、外出禁止時間を二二時間から一六時間に引き上げる根拠として Lord Brown の見解に依拠できないと批判している。⁽⁴³⁾ 実際、Lord Brown の発言は、一六時間ならば問題ないとしているのではなく、一六時間でも長いかもしれないが、その判断は人権裁判所に任せるといふものである (para 106)。しかし、人権裁判所に事件を提起し、受理されたとしても、ストラスブルで判断が出るのには早くても数年はかかることから、まさにイギリス議会こそが、何が自由の剥奪に当たるのかを明確にすべきだといふ JCHR の見解はもつともなところである。⁽⁴⁴⁾ では、Lord Brown の実際の真意はどうであつたのかをさらに問うべきだが、これは、国内裁判所は人権裁判所の判例法をどう扱うべきに関わることから、節を改めて検討する。

2-2-5-3 国内裁判所における人権裁判所判例

人権条約および人権裁判所判例法は、必ずしも具体的判断基準を提供するものではない。そうだとすると、人権法のもとでイギリスの裁判所は、抽象的の一般的権利規定の解釈の際に、人権条約および人権裁判所判例法にどのよう

に依拠するかという問題が生じる。この点について、Lord Bingham は、*R (Gillan) v Commissioner of Police of the Metropolis* において、人権裁判所の判決を事実的先例 (factual precedent) として適用とするのは危険だと警告する。⁽⁴⁵⁾「ストラスプール判例法は特定の事件の事実注目しており、よって事実が異なるのに、ある事件の結果を別の事件にもつて(こ)ようにするのは危険である」。⁽⁴⁷⁾ さらに、Lord Bingham は、*R (Ullah) v. Special Adjudicator (Respondent)* において、以下のように述べている。「当問題を決定する際に、貴族院は一九九八年人権法二条一項によって関連するストラスプール判例法を考慮することが要請されている。ストラスプール判例法は厳密には拘束力はないものの、特別な状況が存在しないかぎり、ストラスプール裁判所の明確かつ不変の判例法に従うべきであると判示されてきた。⁽⁴⁸⁾ このことが反映しているのは、人権条約は国際文書で、その正確な解釈はストラスプール裁判所によってのみ權威をもつて行われるということである。これから生じる帰結は、人権法二条によって課される義務に従う国内裁判所は、強力な理由なしにはストラスプール判例法の効果を薄めたり弱めたりしてはならないということである。実際にも、人権法六条の下では、公的機関(裁判所を含む)が条約上の権利とは適合的ではない方法で行動することは不法である。もちろん締約国が人権条約によって保障されている以上に権利を保障することは自由であるが、そうした保障は国内裁判所による人権条約の解釈による産物であってはならない。なぜならば、人権条約の意味は締約国を通じて統一であるべきだからである。国内裁判所の義務は、時を経て発展していくストラスプール判例法と歩みをとることにある。それ以上ではあってはならないが、もちろんそれ以下であつてもならぬ」(The duty of national courts is to keep pace with the Strasbourg jurisprudence as it evolves over time: no more, but certainly no less.)⁽⁴⁹⁾

さらに、Lord Brown は、*Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence* で、上記の Lord Bingham の表現を受けて、自分だったら「それ以下であつてはならないが、もちろんそれ以上であつてもならぬ」no less, but certainly

no more」と書いただろうと述べている。⁽⁵⁰⁾

興味深いことに、本件では、Lord Brownは、右の点について次のような補足を行っている。すなわち、Al-Skeini事件は人権条約一条の範囲が問題となったケースで、この問題について、人権裁判所はBanković判決において、「生きている文書」アプローチはこれにはあてはまらないと明示している。⁽⁵¹⁾他方、Guzzardi判決では、発展する法的基準と法的態度は自由の剥奪の多様な形態をさらに増加させようと述べているので、現在においては、一日一六時間以上の外出禁止は自由の剥奪に相当するとストラスブールにおいて認定されるだろう。そして、一六時間自体長すぎるかもしれないと述べた上、その判断はストラスブールに委ねるとしている (para 106)。

よって、その前に先立つパラグラフ (para 105) において、一六時間以上の外出禁止時間は自由の剥奪に相当すると述べている箇所は、一六時間未満ならばCOは自由の剥奪には相当しないという趣旨ではなく、一六時間以上の場合は他の条件がどうであれ自由の剥奪に相当するという趣旨として解するのが適切である。よって、JCHRの内務省に対する批判は適切である。

2-3 Secretary of State for the Home Department v MB and Secretary of State for the Home Department v AF (MB事件およびAF事件)

2-3-1 事実の概要

2-3-1-1 MB事件

MBは、二四歳の学生で、クウェートで出生し、帰化してイギリス国籍を有する。二〇〇五年三月一日、マンチェスター空港からシリアに旅行しようとした際に、警察官および安全保障機関 Security Service の職員によって止められ

質問を受けた。翌日、ヒースロー空港からイエメンに旅行しようとした際に、再び、警察官によって止められ質問を受けた。MBのパスポートは没収され、MBは解放された。内務大臣は、MBは連合軍と闘うためにイラクに旅行することを意図していたと主張するが、MBはこれを否定している。

二〇〇五年九月一日、内務大臣は裁判所に対して、PTA2005の三条一項aに基づきCOを発給する許可を申請した。同申請は、証人の発言と公開発言とそれを支える文書によって支えられている。内務大臣の申請には、非公開発言と文書および非公開文書の不開示申請も含まれている。二〇〇五年九月五日、許可が認められ、COが発給された。

MBに対しては、特定の住所に住むこと、毎日、地元警察に報告すること、パスポートを放棄すること、イギリス出国および空港、港への立ち寄り禁止が課された。しかし、地理的制約、外出禁止、社会的接触の禁止はない。MBを出国さないことが目的で、他の対象者よりも義務の程度は軽い。MBの利益を代表するために任命された特別弁護人 special advocate は非公開文書の不開示申請について争ってはおらず、公開が公的利益に反する情報を含まない要約の提供が不可能であることを認めている。

2-3-1-2 AF事件

AFは、一九八〇年にイギリスで出生し、イギリス国籍およびリビア国籍を有する。父親はリビア人で母親はイギリス人である。一九八〇年代にAFおよび家族はリビアに移り住んだが、母親はイギリスに戻った。AFは父親および姉（または妹⁽⁵²⁾）とリビアで相当年を過ごした後、二〇〇四年二月リビアを離れた。その理由は、AFによると、自分の家族とGhannouchi家との間の血闘およびよりよい仕事の機会を求めたためである。AFは結婚したが、すぐに離婚し、子どもはいない。婚約者がリビアにいる。AFはイギリスに到着後、マンチェスター郊外の市営住宅で父と暮らしてきた。姉は配偶者および二人の子どもとパリで暮らしている。

A Fに対する最初のCOは、二〇〇六年五月二四日に発給され、一日一八時間A Fを同人のフラットに拘束するのであった。内務大臣は、J事件の控訴院判決を受けて、同年一月一日に拘束時間を一四時間に削減したCOに置き換えた。本件はこれについて争っている。

新たなCOがA Fに課す義務は以下の通りである。A Fは午前八時から午後六時の一〇時間を除いて常時自分が住んでいるフラットにいななければならない（一四時間の外出禁止）。電子タグの常時装着義務。外出禁止時間外の外出可能範囲の制限（約九マイル四方の領域）。外出禁止時間終了後、最初にフラットを出るときおよび次の外出禁止時間開始前の最後にフラットに戻ってきたときにそのことを監視会社に報告する義務。A Fのフラットは常時、警察の捜索を受ける。外出禁止期間中は、A Fは自宅のフラットに誰も入れてはならない。例外は、A Fの父親、警察官や弁護士等の公的訪問者または専門家、一〇歳以下の子ども、事前に内務省の許可を受けた訪問者（氏名、住所、生年月日および写真付きの身分証明を提供することが前提）。A Fは、ある特定の個人（のちに複数の特定の個人となった）とは直接・間接にコミュニケーションしてはならない。A Fが出席できるモスクは特定された一つのモスクだけである。A Fにはいかなるコミュニケーション手段（電話、インターネット等）も認められない。パスポートを提出しなければならぬ。空港、港、一定の鉄道駅に立ち寄ることを禁止されている。財産関係に付加的義務が課されている。

A Fは三回に渡って母親との面会を拒否された。彼の姉（または妹）とその家族は、A Fの最初の逮捕時に子どもが受けた衝撃的経験から彼に会いたがっていない。訪問できる領域にはリビア人またはアラビア語を話せる友人が一人しかない。A Fが以前通っていたモスクへの出席は認められず、ウルドゥ語が使用されるモスクが指定されている。アラビア語が話せる医者に通えない。外出可能領域内のカレッジに空席がなく英語の勉強を続けられない。

2-3-2 高等法院

2-3-2-1 M B事件：[2006] EWHC 1000 (Admin)

Sullivan 裁判官は、二〇〇六年四月一二日に判決を下した。公開証拠に基づく内務大臣の主張は根拠薄弱であると
して、「課報機関の確信の根拠はもっぱら非公開文書に含まれている。これらの文書にアクセスすることなしには、実
際上、単なる主張でしかないものにどうやって実効的な反論ができるかを理解するのは困難である」(para 67)。結論
として、Sullivan 裁判官は、M Bは公正な審理 (a fair hearing) を受けられなかったと結論づけた (para 103) (問題点
④ (後述2.3.4参照))。

2-3-2-2 A F事件：[2007] EWHC 651 (Admin)

Onsley 裁判官は、二〇〇七年三月三〇日に判決を下した。COによって課された義務が自由の剥奪に相当するか
(問題点① (後述2.3.4参照)) については、問題なのは諸制約の累積的效果であるとして自由の剥奪に相当すると判断
した (para 76)。一四時間の外出禁止を最も重要な要素と考えたが、身体的拘束を受ける期間という点だけでなく、当
該期間に受けるその他の義務(面会制限、警察による抜き打ちの立ち入り・搜索、通信手段の制限など)も含めての
評価である。よって、外出禁止時間が一二時間に到達すると、人の自由を剥奪することなく、外出禁止時間に行え
ることに對してさらに課しうるその他の制約は非常に限られているとする (para 78)。そして、J J事件 (2.2参照)
やE事件 (2.4参照)との比較を踏まえて(とりわけA FとEの比較)、A Fの外出禁止時間がEよりも長いことおよ
び地理的制約の存在に留意して、COの効果はA Fの自由を剥奪し、無効と判示した (para 89)。だが不適合宣言は
認めなかった。

公正な裁判を受ける権利(問題点④ (後述2.3.4参照))については、A Fに対する内務大臣の主張の核心は、A F

には公開されていない非公開資料の中にあることを認めた。そしてAFに公開されている資料は合理的な嫌疑の根拠を提供しないとされた(Para 131)。疑うに足る合理性を上回る根拠は存在するが、それは非公開資料の中にしか存在しない。COは必要だが、結論は非公開証拠次第である(Para 133)。また、裁判官は無条件で以下のAFの弁護人の主張を認めている。すなわち、テロリスト関連行為に関与している重要な申立は公開資料によって開示されていない。申立の要旨も提供されていない。AFに対する内務大臣の申立は本質的にAFに対して全面的に不開示である。AF逮捕後の警察における尋問時に、AFがいかなる主張が自分に対してなされているのかがわかるような、不法行為の申立はなされなかった(Para 146)。以上の点を認めた上で、MB事件の控訴院判決およびRoberts事件貴族院判決に留意して、不適合性を見出す明確な根拠は存在しないと判示した(Para 166)。なお、裁判官は、両当事者に貴族院に上訴することを認め、貴族院は二〇〇七年五月一七日に許可を出した。

2-3-3 控訴院：[2006] EWCA Civ 1140 (MB事件のみ)

高等法院がMB事件について条約六条の公正な審理を受ける権利と適合的ではないと判断した(問題点④)ことに對する内務大臣側の上訴である。⁽⁵³⁾二〇〇六年八月一日、控訴院は、非公開文書に依拠することに懸念を示しつつも(Para 20)、さまざまに考慮を行い、かつストラスブール判例法および国内判例法は不開示資料の使用が条約六条と適合する状況があることを認めているとして、次のように結論した。

「非公開文書を認めることを受け入れるとするならば、そして当裁判所は受け入れるのだが、CO対象者に生じる偏見に対する適切なセーフガードが存在するならば、という条件で受け入れられる。PTA2005中の特別弁護人の利用に関する条項および同法附則第四による裁判所の規則は、適切なセーフガードを構成しており、そうではないという主張はなされていない」(Para 86)。よって、高等法院の判断には誤りがあったとして内務大臣の上訴を認めた。

2-3-4 貴族院：[2007] UKHL 46 (MB事件およびAF事件)

貴族院では、MB事件とAF事件はまとめて判決が出された。貴族院において扱われた主たる問題点は以下の通りである。

① COに基づく義務は「自由の剥奪」(人権条約五条)に相当するか(AF事件のみ)。
 ② もし相当するとした場合、CO全体を無効にしたのは、二〇〇五年法三条二二項に基づく裁判所の裁量として適切であったか(AF事件のみ)。

③ COは、刑事起訴(人権条約六条)に相当するか。

④ MBおよびAFに対してはほぼ非公開の手続で進められ、開示文書中にはテロリズム関連活動に関する具体的な陳述がない状況の下で、PTA2005の三条および民事手続規則(Civil Procedure Rules)第七六部によって規定される手続は、人権条約六条と合致するか。

貴族院は、以上の問題点について、以下のように結論した。

① AF事件におけるCOの効果は、自由の剥奪に相当しない。

② ①の結論より、②の問題は生じない。

③ COに関する手続は、刑事起訴の決定を含まない。

④ 本件では、人権条約六条と適合的に解釈できるので、事件を差し戻す。

問題点①～③は、Lord Binghamの見解を他の裁判官(Lord Hoffmann、Baroness Hale、Lord CarswellおよびLord Brown)が支持した。問題点④は、Baroness Haleの見解をLord CarswellおよびLord Brownが支持し、これにLord Binghamが従った。Lord Hoffmannは、問題点④については、控訴院の結論を支持した。

2-3-4-1 Lord Bingham of Cornhill

2-3-4-1-1 自由の剥奪（人権条約五条）に相当するか（問題点①）

Lord Bingham は、J-1 事件における自己の見解に依拠して、結論のみを提示した (para 9)。もしも高等法院 Ouseley 裁判官が、当時はまだ出ていなかった E 事件等の控訴院判決を見る機会があったら結論は違っていたらとコメントしている (para 11)。そして、自由の剥奪が存在しない以上、問題点②は生じないとする (para 12)。

2-3-4-1-2 CO は刑事起訴（人権条約六条）に相当するか（問題点③）

CO に関する手続が、刑事起訴の決定に該当するかという問題について、次の二点をまず指摘する。第一に、デロゲイティング・コントロール・オーダーに関する手続が性質上、刑事的だといえる可能性である。これは JCHR の見解である⁽⁵⁴⁾。そして、デロゲイティング・コントロール・オーダーと CO との違いは義務の厳しさの違いではない⁽⁵⁵⁾ことを指摘する (para 16)。第二に、この点に関する法律が明確ではないことである。人権裁判所は、懲戒手続と刑事手続の区別⁽⁵⁶⁾だけでなく、民事手続と刑事手続の区別⁽⁵⁷⁾さえ困難であることを認めている。他方、イギリスでは、裁判官は刑事手続と民事手続の区別について、公正な審理のためにいかなる保護が必要かという問題ほどには重要性を置いていない⁽⁵⁸⁾。そして、起訴および弁護の重要性および複雑性は、いかなる公正さを要するかに影響を与えると判示⁽⁵⁹⁾してきた (para 17)。そして、*Customs and Excise Commissioners v City of London Magistrates' Court* では、イギリスでは「刑事手続とは国家のためにまたは私人訴追者によってなされる正式の告発を指し、それは、被告人は刑事法違反を犯し、国家または私人訴追者は被告人の有罪判決を帰結する手続を開始したという告発である。」したがって、関係当局が起訴しないと決定し、有罪の可能性がないならば、刑事手続は存在しない⁽⁶¹⁾。

だが、この Lord Bingham は、ストラスブル判例法、とりわけ Engel 判決に立ち戻る (para 18)。出発点は、ま

ず、国内法における当該手続の分類である。国内法において手続が刑事と分類されているならばそれで確定されるが、当該手続が国内法においては民事と分類されてもそれで確定されるわけではない。人権条約六条一項の文言には人権条約上の自律的な意味が与えられている。すなわち、締約国の国内法がどう規定しようとも、全締約国において適用されるヨーロッパ評議会レベルの意味がある。形式よりも実質を好み、人権条約上の権利の実効的保障を確保する首尾一貫した原理に従って、人権裁判所は手続が実質的に民事か刑事かを確定する。⁽⁶²⁾問題は実質である。そして、多くの事件でより重要なのは、犯罪の性質および当事人に及ぶ可能性のある刑罰の重大性である (para 19)。

次に、具体的な検討として、COの手続には刑事犯罪の起訴は含まれないという内務大臣の主張を検討する。AF側は次のように反論する。当人が疑われている行為は過去または現在におけるテロリズム関連行為に対する関与である。そしてテロリズム対策法におけるテロリズムの定義は包括的なもので、いかなる行為もこの定義に該当すると刑事的となる⁽⁶³⁾ (para 20)。常識的には、テロリズム関連行為への関与は刑事的行為となる。だが、ここで Lord Bingham は、CO対象者はそうした行為について起訴されているわけではないという内務大臣側の主張をとりあげる。そして、人権裁判所の判例に依拠しながら、AがXを行っているのではないかという疑いとAはXを行ったという主張とを区別する (para 21)。さらに、有罪判決および刑罰の危険に個人をさらすことが刑事手続の本質的特徴であるという、内務大臣の主張をとりあげる (AF側は、手続がCO対象者を大抵の刑事罰よりも、より深刻な不利な結果にさらすことを指摘している) (para 22)。この点について、Lord Bingham は、COの深刻な結果を認めつつも、内務大臣の主張を採用する。 (para 24)。その理由づけは次のとおりである。国内裁判所の傾向として、目的において予防的手段と懲罰的、応報的、抑止的手段とを区別してきた。⁽⁶⁴⁾同様の区別は人権裁判所も行っている。区別は完璧なものではないことを認めた上で (para 23)、全体的バランスとして、内務大臣の主張を支持する。その具体的根拠は以下の通りであ

る。COは、刑事起訴の決定を含まない。刑事的行為が主張されておらず、嫌疑の基礎としてだけである。具体的な刑事犯罪の認定がされていない。COは目的において予防的なもので、懲罰的でも応報的でもない。課された義務は、予防的目的を実現するのに必要とされた以上に制約的ではない。そして、これは現時点でのイングランドの裁判所のアプローチが反映されている。⁽⁶⁵⁾非常に重大な義務を含むCOの対象となる危険がある者の場合は、人権条約六条一項にいう民事事件の場合の適用が、当人が被る可能性のある結果の重大性に比例して手続的保護を保障する(Para 24)。

2-3-4-1-3 公正な裁判を受ける権利(人権条約六条)(問題点④)

まず、Lord Binghamは、ヨーロッパ評議会閣僚委員会が出した人権およびテロリズムに対する戦いに関するガイドラインに言及する。これは、国家がすべての者をテロリズムから守る義務があることを明示する一方で、テロリズムと戦うすべての手段は、人権および法の支配の諸原理を尊重し、恣意性および差別的または人種的取扱を排除し、適切な監視の下に置かれなければならないことを明示する。

そしてPTA2005の仕組を分析し、国内判例および人権裁判所判例を参照した上(Para 28以下)、*R (Roberts) v Parole Board*⁽⁶⁹⁾のLord Woolfの見解を支持する。すなわち、特別弁護人の制度は、CO対象者に対する手続的正義の程度を拡大するのに役立つが、「人が事情を知らないことよって被る重大な不利益に対する万能薬とはならない」とする⁽⁶⁷⁾。その理由として、通常の事件では、依頼人は弁護人に、起訴に対して何が弁護となるかを説明し、自分にとって不利な証人の弱点を弁護人に指摘し、反論としてどのような証拠がありうるかを指摘する。もしもCO対象者が自己に対する申立を知らず、従って弁護人に意味のある説明ができず、他方、特別弁護人はひとたび何が申立かを知ると、CO対象者にそれを伝えることができず、または当局の許可なしには同人から説明を受けることはできない(実際に許可は与えられていない)ならば、通常のプロセスは成立しない。CO対象者にとって「重大な不利益」というのは決して誇

張ではない。そして、Lord Woolfと同様、当事件における裁判所の任務は、手続全体を考慮に入れて、用いられた手続がCO対象者に対して重大な不正義となるかを決定することであるととして具体的事件の検討に入る (paras 36-37)。

まず、MB事件については以下の点に注目する。公開されている素材にのみ基づいてCOが正当化されうるE事件のような場合とは異なる。また、CO対象者に対する主張の要旨が、要約、編集された文書または匿名処理がされた発言によって当人に実効的に伝えられている場合とも異なる。MB事件は、審理裁判官（高等法院裁判官）が事実の評価（後に、控訴院が置き換えることができない）を行うに際して、MBは、単なる根拠のない主張に直面し、それをただ否定する以上のことはなしえないという場合である。よって、MBは十分な手続的正義を享受していた（公正な審理に対する権利の本髄は侵害されなかった）と認めるのは困難である (para 41)。

次に、AF事件については、MB事件以上に重大だとする。そして、公正の概念は、その中核に必要最小限度の手続的保護を保持しているとすれば (Roberts 事件貴族院判決に関する Lord Bingham の理解)、そうした保護がAFに与えられたと結論することは、審理裁判官の認定した事実を基礎とすると困難だとする。公正な審理に対する権利は基本的であり、デロゲーションが存在しない以上、保護されなければならない。MB事件と同様、AF事件では保護されていないと結論した (para 43)。

続いて、Lord Binghamは、MBおよびAFに対して公正な審理に対する権利が保障されていないとした上で、どのような救済を提供すべきかについて検討する。Lord Binghamは、議会の意図は明確であり、議会の文言を修正するよりも人権条約六条からのデロゲーションが考えられるという理由から、人権法三条による適合的解釈については否定的立場をとり、不適合宣言（人権法四条）を行ってCOを無効とすべきであったが、他の三人の裁判官の意見（適合的解釈可能）に従うという妥協的姿勢をとった (para 44)。

2-3-4-2 Baroness Hale of Richmond (問題点④)

Baroness Hale は、問題点①から③については、Lord Bingham の結論を支持するが、問題点④については、他の Lord Carswell および Lord Brown とともに適合的解釈を主張し、適合的解釈が貴族院としての結論となった。Baroness Hale の主張は以下の通りである。まず、出発点は、告知と聴問の原理は目的（適正な解答に到達すること）にとって手段である（正義のための召使であって主人ではない）という点にある（para 58）。それを前提として、人権裁判所判例法を検討する。とりわけ重視されたのは、刑事手続における関係証拠の開示義務に関する原理に関する *Rowe and Davis*

v. the United Kingdom (68)。

そして、ここから以下の点を原理として引き出す (para 63)。第一に、刑事手続であっても、国の安全、警察の捜

— 法 律 論 叢 —

査方法を秘密にしておく必要性、他者の基本的権利を保護する必要性など、競合する利益があることが認められている。第二に、証拠の不開示は、そうすることが厳密に必要な場合に限られる。第三に、弁護士に生じた困難さは司法当局によって、すなわち裁判所自身によってとられる方法によって十分に相殺されなければならない。第四に、何が十分かは、当該事件によって異なる。人権裁判所は、不開示が厳密に必要なかどうかについては判断せず、各事件に適用された手続過程が、対審手続および武器平等の条件に合致しているかどうか、そして被告人の利益を保護するために適切なセーフガードを導入しているかどうかについて審査する。第五に、事件の結果にとって重要ではない背景情報と当該決定にきわめて重要な証拠との区別が存在する。第六に、従来の事件では、特別弁護人の補助を裁判所は受けたことがないが、現在は同様の状況においておよび C O の事件において受けている。

Baroness Hale は、特別弁護人が用いられたすべての C O が人権条約六条に十分合致すると確信するわけではないが、いかに困難で時間がかかろうとすべての関係者が奮闘努力すれば、通常、「十分な手続的正義」を C O 対象者に

付与できるはずだと考える (para 66)。そして、当該手続が十分な手続的保護を与えたかを判断する最良の裁判官は、当該審理を担当した裁判官だとして、A F事件の審理裁判官である Ouseley 裁判官の意見に言及する (para 67)。

しかし、PTA2005 および規則の仕組の下では、それが可能ではない場合も若干ある。たとえば、内務大臣の嫌疑または懸念の合理的起訴を示すのにきわめて重要な資料を、CO対象者に解答を与えるような方法では開示できない場合である。ここで、Baroness Hale は、PTA2005 の附則から手がかりを列挙する。中でも重要なのは、同四条三項 (d)で、裁判所のルールは「当該資料の開示が公的利益に反すると関係裁判所が考えた場合、資料を開示しない許可が要請されるよう」確保しなければならないと規定する。これは、民事手続規則 (Criminal Procedure Rules) 76.2 (2) に引き継がれ、「裁判所は、公的利益に反して情報が開示されることがないように確保しなければならない」と規定され、さらに、同規則 76.29 (8) では、「裁判所は、当該資料の開示が公的利益に反すると考える場合には、非公開文書を保留する許可を内務大臣に与えなければならない」と規定する。そして、公的利益に反する開示の内容については、同規則 76.1 (4) に以下のように規定されている。「開示すると、国の安全、イギリスの国際関係、犯罪の発見および予防の利益に反する場合、または開示が公的利益を反する可能性が高い状況にある場合、開示は公的利益に反する」 (para 68)。以上の規定に基づくと、裁判官はCO対象者に公正な審理を与えるために開示が必要不可欠だと考える場合さえ、開示を命令できないことになる (para 69)。

しかし、裁判官は人権法の目的において公的機関であり、したがって、第一次立法によって義務が免除されていて、当該立法はそのようにしか解釈しえない場合を除き、人権条約上の権利と合致するように行動する義務がある。裁判官と特別弁護人による公正な審理を確保しようとするあらゆる努力にかかわらず、もつと資料が開示されなければ審理は公正とはいえないと決定するならば、人権条約上の権利は、そのような立場にある裁判官にCOを無効にするこ

とを要請している。しかしながら、すべての事件においてそうだというわけではない。多くの場合に、手続は公正かつ適格的に機能するようにできる。したがって、不適合宣言を出すことは適切ではない (para 70)。

PTA2005の附則四三条三項(d)は、「そうすることがCO対象者の公正な裁判(a fair trial)に対する権利と合致しない場合を除いて」と解釈されるべきである。他の条項も同様である (para 72)。その理由として、第一に、議会がPTA2005を制定したとき、議会は当該条項が人権条約上の権利と適格的だと考えたに違いない。同法を適格的に解釈する際には裁判官は最善を尽くす。それがすべての関係当事者および裁判官に、十分かつ実質的な手続的正義を与える方法で手続を進める最大のインセンティブを与える。第二に、人権裁判所は、多くの事件では、PTA2005および規則に従って進められた手続が人権条約適格的だと認定すると予想される。人権裁判所が適合性を認めないかもしれない少数の事件のためにデロゲーションを招来するのは、公正な裁判という基本的要請をより大きな危険にさらすことになる。第三に、拷問の使用を通じて得た証拠に基づいてではなく、潜入者や情報提供者の証拠によって主張が証明される手続を支持するという有力な政策的理由がある (para 73)。

MBの場合、控訴院の判断は適切な帰結であるが、当貴族院の見解から再検討されるべきである。(para 74)。AFの場合にはより困難である。審理裁判官の見解では、「実質的かつ十分な手続的保護」があったとしているからである。公正さの観点から、AFは、当貴族院において承認された方法に従って、再度審理を開く機会が与えられるべきである。(para 75)。以上がBaroness Haleの見解で、これをLord CarswellおよびLord Brownが支持した。

2-3-5 検討

問題点①については、判断原理および判断基準については、J-J事件と同じということで個別に説明していない。J-J事件との関係でいえば、一六時間を超えていないという時間的要素が決め手になっているとも考えられる。しか

し、他方で、時間的要素だけが決定的要素ではないというのが人権裁判所判例のほずで、かつそれについてはJ1事件貴族院多数意見も支持している。さまざまな要素を総合衡量して具体的事件ごとに考えた場合に、「自由の剥奪」に相当しないのかは疑問の余地がある。その点で、制約の累積的效果という観点およびいつでも警察の立入・搜索を受け入れなければならないという要素を重視した高等法院 *Ongley* 裁判官の見解の方が、人権裁判所の立場に近い。

問題点③の特徴は、刑事起訴に該当するかどうかの判断に、伝統的制定法解釈の特色が色濃く出ている点である。人権裁判所は、形式よりも実質に注目して判断することを想起すると、貴族院の判断を人権裁判所が支持するかは検討の余地がある。貴族院は、刑事起訴に該当しなくても、民事上の権利または義務の決定 (*determination of civil rights and obligations*) に該当し、そちらで保護されるという立場であるが、これは六条の保障範囲から刑事起訴を引いた残りが民事上の権利の決定であるとすればそうともいえる。しかし、六条の趣旨からそう解することが妥当なのかは検討の余地がある。また、COによって課される義務が、刑事起訴の結果課される義務と民事上の権利の決定の結果課される義務のいずれに近いといえるかという実質的観点も重要である。本来COが刑事起訴も国外追放もできないケースに対処するための措置であることを想起すれば、刑事起訴に準じる方が、六条の趣旨からも妥当である。

問題点④については、AFおよびMBの公正な裁判に対する権利が侵害されたことを認めつつも、多数意見としては、制定法の適合的解釈によって救済できるという結論に落ち着いた点で、人権法の下における裁判所の役割を考えさせる判決となった。すなわち、人権法の下で、裁判所の優先課題は、適合的解釈をすることなのか、不適合宣言を出すことなのかは、議会と裁判所の関係に関わる問題である。実際、不適合宣言は法律を無効にはしないので、いわゆる違憲審査制とは異なり、完全に議会の手足を拘束するものではない。他方、適合的解釈は、不適合宣言を出すことなく、条文解釈において人権条約適合的に解するという手法であるので、本来、議会が望んでいない帰結を引き出

すことも可能である。PTA2005の附則四条三項(d)は、「そうすることがCO対象者の公正な裁判に対する権利と不適合にならないかぎり」という意味で解すべきだという適合的解釈は議会の真意なのであろうか。

さらに、当該解釈は実際上運用可能であろうか。同項自体は、裁判所が資料の開示が公益に反すると考える時は、資料不開示の許可を出すことを裁判所に要請しているが、許可を出すこととCO対象者の公正な裁判に対する権利を侵害するときは許可が出せないことになる。一般的には、COの発給決定における判断理由の重要な部分に不開示資料が含まれていれば(換言すれば、当該不開示資料がなければ合理的嫌疑をもたなかったという場合、CO対象者からすれば当該資料が開示されなければ審理において告知と聴聞が保障されるとはいえない場合)、公正な審理に対する権利を侵害することになると考えられる。とすれば、現在の運用条件よりも、COは認めにくくなる。そう考えれば、裁判所の判断は不適合宣言よりも効果的にかつ迅速に(立法を待たなくていいので)人権を保障したということにもなる。しかし、公正な裁判に対する権利の保障として、特別弁護人によるセーフガードを一定程度評価している貴族院の立場からすると、同権利を厳密に解釈する立場がとられるかどうかは今後の判決にかかっている。

2-4 Secretary of State for the Home Department v E and another (E事件)

2-4-1 事実の概要

Eは、一九六三年七月二四日チュニジアで出生し、一九九四年にイギリスに到着し、難民申請をした。申請は拒否されたが、二〇〇五年まで滞在する例外的許可が出された。Eは六歳年下のヨルダン国籍のSと結婚しており、九歳を筆頭に五人の子どもがいる。Sも訴訟当事者だが、独自の主張はしていない。二〇〇一年二月に ATCSA2001の

二一条によって、EはBelmarsh刑務所に拘束され、二〇〇五年三月一〇日、保釈つき釈放となった。その条件は二日後に出されたEに対して出されたC〇と同様のものである。証拠によると、二〇〇一年の拘束以来、Eの精神的状態は悪くなり、極度のうつ状態を呈している。

Eに課された義務でJ Jらのものと共通する部分は下記の点である。電子タグの装着、特定の住所への居住、毎日、住居から最初に出かけるときおよび住居に最後に戻ってきたときに監視会社への報告、住居への訪問者については訪問者の氏名、住所、生年月日、写真付身分証明書を付けて内務省の事前許可を求めること、住居外での面会約束は事前以内務省の合意を求めること、いつでも警察による住居の搜索を認めること、固定電話とコンピューター（インターネット接続不可）以外に情報通信手段を保有してはならないことなどである。J Jらの義務と異なる点は以下の点である。外出禁止時間は午後七時から午前七時の一二時間で、一八時間ではない。Eの住居は自分の住居で、すでに数年間居住し、Eがよく知っている地域にある。住居には庭も含まれ、常時アクセスできる。妻と子どもとともに暮らしており、一〇歳以下の訪問者は内務省の許可を要しない。五人の親戚が彼の住居があるエリアに住んでおり、訪問者として内務省に認められている。外出禁止時間外における地理的制約は課されておらず、自分が選んだモスクに出席でき、指名された個人との関係を結ぶことも禁止されていない。Eは社会的ネットワークを失ってはならず、モスクに行き、子供の学校への送り迎えを行い、買い物に出かけ、地域の親戚に会いにでかけている。

本件で問題となったのは、主として次の点である。

- ① C〇に基づく義務は「自由の剥奪」（人権条約五条）に相当するか（問題点①）
- ② PTA2005の八条二項に基づき、起訴の可能性を検討し審査する義務は、C〇の発給・更新に先立つ条件であるか（問題点②）。

2-1-4-2 高等法院：[2007] EWHC 233 (Admin)

二〇〇七年二月一六日、Beatson 裁判官は事実を綿密に分析し、問題点①については自由の剥奪に当たると判示した。すなわち、人権条約五条の文脈では E の精神状態はたいして考慮要素とはならないが (Para 231)、CO はさらに二カ月更新される可能性が高い (para 233)。J 事件と比較すると社会的疎外の程度は相当低く (para 235)。しかし、特に重要な点として、住居への訪問者および住居外での面会については同じ制約が及び、警察による搜索を常時受ける点を取り上げ、これらは義務をより厳しくする要素だと考え (Para 238)、その厳しさはあたかも刑務所にいるのと同じだとする (para 240)。従って、J 事件よりも微妙なケースだが、制約の累積的效果は自由の剥奪に相当すると結論した (para 242)。他方、問題点②については、起訴と CO の関係について、PTA2005 の八条二項を満たすとは CO 発給の前提条件ではないとしたが (para 248)、内務大臣は、E の仲間が起訴されたベルギーの裁判所における判決が E の起訴に与える効果を考慮していないので、CO 維持の継続的決定には欠陥がある。よって、救済として不適合宣言を認めた (para 310)。

2-1-4-3 控訴院：[2007] EWCA Civ 459

二〇〇七年五月一七日、控訴院は、問題点①については、身体的自由を出発点かつ中心の問題だと考え、Beatson 裁判官の刑務所とのアナロジーおよび訪問許可の委縮効果を否定し、E の自由に対する身体的制約の程度は自由の剥奪からはかけ離れているとし (para 63-65)、J 事件とは明らかに区別できるとした (para 69)。問題点②については、審理裁判官は、起訴の現実的可能性が増加している証拠としてベルギー判決を考慮した点および内務大臣の違反は CO の無効を正当化するとした点で誤っており、違反の結果について新たに分析するべきであったと結論し、CO を支持した。

2-4-4 貴族院：[2007] UKHL 47

2-4-4-1 自由の剥奪（人権条約五条）に相当するか（問題点①）

他の裁判官は基本的に Lord Bingham の見解を支持しているので、以下、Lord Bingham の見解を中心に検討する。Lord Bingham は、まず、本件は自由の剥奪に相当しないと判断した。上訴は法律問題に関してのみであることを留意し、J-1事件との比較において、Eが実際に拘束された程度、すなわちストラスブール判例の下では認められている一二時間の外出禁止に焦点を絞らなかつたことに法の誤りがあるとす。Beason 裁判官が考慮した事柄は、関係がないとはいわれないが、中心的要素である拘束が十分に厳しくないときには、それ自体として自由の剥奪に影響しないとして、控訴院の判断を支持した（para 11）。

2-4-4-2 刑事起訴とCOの関係（問題点②）

PTA2005 の支配的原理として、刑事起訴を正当化する証拠が存在する場合には、被疑者が起訴されるべきでCOの対象とするべきではないというのが Lord Bingham の前提である（para 14）。PTA2005 の二条一項において、内務大臣がCOを発給できる状況を規定しており、同法八条二項との合致は条件に含まれていない。しかしながら、八条二項は強力な義務条項として規定されており、真剣に受け止められるべきである。よって、裁判所は、厳格な慣行として、八条二項の義務との合致を求め、合致しない場合には、それについての説得的理由を求める（para 15）。起訴の現実的見込みの不存在は、内務大臣がCOを発給する前提条件ではない。PTA2005 の二条一項は、それを条件として含んでいない。内務大臣に起訴の現実的見込みについて相談するだけでなく、明確な答えを得るように要請することは、企図された実効的手続を骨抜きにし、議会の意図とはみなしえない（para 16）。

ひとたび審査についての継続的義務があることが認められたならば、内務大臣にとって正しいアプローチは、継続

している審査が有意義なものとなるよう内務大臣が合理的に行うことを行い、内務大臣が保有する、起訴の再検討にとって関連していたまたは関連するかもしれない資料を警察に提供することである (paras 11-13)。ベルギーの判決が関係当局において直ちに利用可能な状態にならなかったのは残念であるが、COは無効にすべきではないという控訴院の判示は正しい (paras 19-20)。

2-4-5 検討

まず、問題点①については、Beason 裁判官と控訴院・貴族院は異なる結論に到達した。前者がE自身の置かれていた具体的状況について綿密に分析を行い自由の剥奪に相当するとの結論に到達したのに対して、上級審は他の事件との比較から結論を引き出している。後者の方法だと、自由の剥奪の存在を認めたら丁事件との比較から結論が引き出しやすく、当該事件の具体的事情に即して実質的に自由の剥奪の有無を検討していることになりにくい。このようなアプローチが人権裁判所判例法の趣旨に合致するのは疑問である。

次に、問題点②は、COの更新が継続され、長いものにおいては三年を超えているという現状を考慮に入れると(しかもEは、ATCSA2001によって刑務所に二〇〇一年二月より拘束されていたことを考慮すると、七年近く拘束され続けている)、非常に問題である。(70) CO自体は、刑事起訴ができない時の例外的緊急的代替手段であるはずだとすれば、更新の状況も検討に入れるべきである。

2-5 総合的検討

三つの貴族院判決に対してどのような総合評価が可能であろうか。二〇〇五年七月七日にロンドンにおいて地下鉄・

バス同時多発テロが発生した状況を前提とすると、裁判所が政府の対応にどのような判断をするかは非常に厄介な問題である。実際、内務大臣は、高等法院、控訴院での不適合宣言後、貴族院の判決を待っている間に、貴族院の人権条約五条の解釈次第では、同条からのデロゲーションも含めて対応策を検討すると発言している。⁽⁷¹⁾

まず、指摘すべきは、ATCSA2001に対する不適合宣言との違いである。今回の判決はPTA2005自体を不適合とはしないので、コントロール・オーダー体制自体は承認したことになる。よって、本来、CO自体の人権条約適合性を問題とすべきであったのにそれをしなかつた貴族院判決は、現体制に承認を与えるものとして、人権保障において満足な役割を果たしていないというEwingらによる強い批判が生じている。⁽⁷²⁾

他方、個々のCOに対しては、外出禁止一八時間を課すCO対象者六名に対しては、自由の剥奪を認め、当該COについては無効とした。さらに、二名のCO対象者については、公正な裁判を受ける権利が侵害されていることを認めつつ、適格的解釈が可能であったとして審理を差し戻した。この点に注目すると、テロリズム対策法のノーマライゼーションへの第一歩として評価し、かつその点において貴族院が法の支配の観点から重要な役割を果たしているという見解につながる（J.J判決は「法の支配」の存在を示す例と評価しうる）。⁽⁷³⁾

しかし、実際には、内務省はその前の控訴院判決を受けて外出禁止時間を引き下げていたため、判決の実際上の効果はないこと⁽⁷⁴⁾を考慮すると、貴族院の慎重な姿勢はさらに明確になる。それどころか、Lord Brownが言及した一六時間という上限に依拠して、内務省は、一六時間を下回っていた外出禁止時間を引き上げる措置に出ている。よって、Ewingらの痛烈な批判はもつともだといえる。しかし、そもそもそうした立法を制定したのは議会であることから、それに対してどのような実効的是正手段が可能かについて議論しなければならいところである。現時点で存在するメカニズムは「ないよりはまし」的なものに過ぎないかもしれないが、メカニズムがないことの重大さを筆者は強

調したい。テロリズム対策法制に対する裁判所の判断に対して、政府は一定の対応を示しており、政府にとって無視しえないものになっていることは明らかである。⁽⁷⁶⁾

3 小結—多層的人権保障メカニズムの可能性—

多層的人権保障メカニズムが必要かという点では、テロリズムという問題の特性およびそれに対する取組において予防という観点が強調されることから、単一のメカニズムではなく、幾つかの機関が、当該機関の特性や機能に即して、異なるタイミングでメカニズムの中に参入することが非常に重要であり、かつ以前行つた決定を定期的に（場合によっては事態の変化に即して至急行うことも必要）に検証し直す仕組が組み込まれていることが不可欠である。では、そうしたメカニズムの構築は可能であろうか。これまで検討してきたイギリスの状況に即して考察すると、幾つかの段階に分けて考えることができよう。

まず、法治国家、民主的国家であることを前提とすれば、新たな事態に対して、既存の法律の下でどこまで対処できるかを試みた上で、既存の法律では対応できないとなれば新たな法律を制定することになる。その際、留意すべきは、法律の制定には時間がかかることから、既存の法律の下で運用と称して法律の限界を超えた実務を行うことも実際上の可能性としては存在する。よって、既存の法律の下では容認できない措置であることを明らかにするメカニズムの存在が重要である。還元すれば、まず行政機関が「法の支配」原理にどれだけ忠実であるか、そして法に反する行政実務が存在した場合にそれを指摘・是正する実効的手段が存在するか（最終的には裁判によるとすれば、行政裁判がどれだけ現実的か）という点は重要である。

次に、新たな法律が必要となる段階に進んだ場合、多数派が賛成する可能性の高い問題（安全、とりわけテロリズムの問題についてはそうした傾向が顕著）を少数派の観点から慎重に審議する立法手続がどれだけ用意されているかが重要である。この点で、人権法自身が、すべての法案について人権条約適合性の有無を法案主管大臣に表明させている（一九九条）ことは評価できる。そして、それを実際に実効化する仕組みとして、JCHRが、人権の観点から法案を吟味すると同時に、その過程において関係者から広く意見を求め、それを踏まえて報告書を議会に提出している。これは議会に対する専門的、多角的意見を提供するという点で重要である。ただし、実際にJCHRの報告書がどれだけ影響力を有するのかは意見の分かれるところである。⁽¹⁷⁾二〇〇八年一月二四日に提出された反テロリズム法案は、JCHRの勧告（とりわけJCHRが人権侵害的であると問題にしたCOに対する修正）を反映しているとはいえない。むしろ、同法案の主たる目的は、起訴前拘束期間の二八日から四二日への延長などテロリズム対策の強化であることから、人権の観点からさらに重大な問題性を抱えている。（付記：二〇〇八年九月三〇日、ヨーロッパ評議会議員会議法律問題人権委員会は、同法案の人権条約適合性に疑問を表明する報告書を提出している。）

では、この段階において、「法の支配」の守り手である裁判所は、どのような役割を果たしうるであろうか。イギリスの場合に注目されるのは、人権法によって人権条約という新たな判断原理および判断基準および不適合宣言／適合解釈という新しい手段が導入されたことである。COの人権条約適合性について、イギリスの裁判所が不適合宣言／適合解釈を行う際、*Guzzardi v Italy*を中心に相当数の人権裁判所判例が引用された。

そして、興味深いのは、ここで、人権条約および同判例法の解釈としてどこまで正当化されるのかという問題と、元来の憲法原理としての議会主権と法の支配の関係（議会と裁判所の関係）という問題がリンクすることである。もちろん、問題となっている人権の種類や当該事件の背景によってリンクの度合いは異なっている、本稿で取り上げた

「安全と自由」という問題においては、イギリスの貴族院は、議会主権と法の支配の間の非常に微妙なバランスをかりうじて維持しようとしているように見える。かつ、それを維持しようと努力することは統治機構全体のメカニズムの中では、司法府の宿命でもある。Lord Binghamがいう、*'no more, but certainly no less'* は、この微妙なバランスを言い表している。人権裁判所判例を超えないことは、微妙なバランスを維持する鍵ともいえよう。

だが、これについては二点指摘しておく。第一に、個々の具体的事件においては、人権裁判所判例を超えないかどうかは、結局のところ当該事件の事実⁽⁷⁸⁾に依拠するということである。そもそも、Guzzardi判決は明確な判断基準を示してはいない。その上、Binghamが言うように、人権裁判所は、個々の事件の具体的事実を非常に重視するので、ある事件の結論(判決)を別の事件にそのまま持つてくるのは適切ではない。結局のところ、国内裁判官は当該事案において、価値判断を行わざるをえず、その価値はどこに由来するかが問題となる。イギリス貴族院は、理由付けに關して人権裁判所判例の趣旨に沿って展開するように見えつつも、実際には一般的定義や具体的基準を設定してこれにあてはめることによって、また先行例との比較・区別によって結論を引き出す傾向がある。とりわけCOに關して注意すべき点は、CO手続に対する上訴の対象となるのは法律問題に關してのみということである。よつて上級審は事実について独自の評価はできない。また、上訴審はCOの発給に關する非開示証拠に接する機会はない。そのことが影響してか、CO対象者の具体的事実を扱う第一段階(高等裁判所)では、多くの裁判官が当該具体的状況は自由の剥奪に該当すると判示するのに対して(本稿で扱った四事件とも違反を肯定)、上訴審に進むと、定式に事実を形式的にあてはめ、外出禁止時間の長さを主要な判断材料に据える傾向が強くなる。

第二に、では、国内裁判所が *no more* であるべき根拠は何か。実際のところ、人権条約は生きている文書 *living instrument* と考えられ、人権裁判所は、制定者意思に拘束されずに社会の変化に即応して過去の先例を変更する特徴

を有する⁽⁷⁹⁾。Guzzardi判決は一九八〇年の判決である。よって、時の経過は、人身の自由の実質的保障という観点から、法制度の多様化・複雑化を反映して、物理的拘束時間以外の要素を加味し実質的判断を行うことが予測できる。それを国内裁判所が先取りしてはならないとする理由は何か。Lord Brownは、人権裁判所の判断を待ちたいと述べているが(Para 106)、そうすべき根拠は何か。仮に、M B事件等が人権裁判所に提起され、条約違反が認められたら、そこでイギリスの裁判所は解釈を変えるのであろうか。そうだとすると、人権裁判所は、少なくとも事実上、イギリスの国内裁判所の上位に位置することになる。また、人権裁判所はイギリス議会よりも事実上優位するということになるのだろうか。逆説的に聞かえるが、現時点では、人権裁判所とイギリスの国内裁判所とは法的には上下関係にはなく、また人権条約とイギリス議会とは上下関係にはない。むしろ人権裁判所は補完的存在と位置づけられている。とすれば、イギリスの裁判官に課せられている義務は、現時点において(人権裁判所の判決が下された時点ではなく)、人権条約上の権利適合的に解釈することであって、過去の人権裁判所判例以上の保障を与えてはならないと考える根拠は、生じないのではないだろうか⁽⁸⁰⁾。

冒頭で述べたように、権力に対するコントロール・メカニズムは、現代社会においては、様々な安全要請(本稿ではテロリズムの問題を具体例として扱った)に応じなければならない一方、実効的な人権保障を提供しなければならず、もはや単純なメカニズムとはなりえない。よって、イギリスにおいて、議会、裁判所、政府、そして他の独立機関が、テロリズムの問題をめぐる、それぞれの役割を遂行している状況は少なくともメカニズムのあり方を考える例としては示唆的である。そして、すでにATCSA2001下で拘束されていた者が、人権裁判所に提訴し、ストラスブールにおいて第二ラウンドが開始されている⁽⁸¹⁾。よって、多層的人権保障メカニズムの可能性の究明は今後の動向を見守っていかねばならない。

注

- (1) 「テロリズムと自由」、「安全と自由」をテーマとする論稿は枚挙のいとまがないが、両者のバランス、あるいはバランスという考え方が妥当かどうかについて興味深い考察を行うものとして以下を挙げておく。Goold, B.J. and Lazarus, L., *Security and Human Rights* (Hart, 2007); Ackerman, B., "The Emergency Constitution" (2004) 113 *Yale Law Journal* 1029; Waldron, J., "Security and Liberty: The Image of Balance", (2003) 11 *The Journal of Political Philosophy* 191.
- (2) 他国の状況については、大沢秀介・小山剛編「市民生活の自由と安全」(成文堂、二〇〇六)および「特集：テロリズム対策」外国の立法二二八号(二〇〇六)一頁以下参照。
- (3) 同法の翻訳および紹介については、岡久慶「英国二〇〇五年テロリズム防止法」外国の立法二二六号(二〇〇五)四四頁以下。
- (4) 同法の翻訳および詳細な紹介として、岡久慶「英国二〇〇六年テロリズム法」外国の立法二二九号(二〇〇六)四頁以下および同「英国二〇〇六年テロリズム法」『邪悪な思想』との闘い」外国の立法二二八号(二〇〇六)八二頁以下参照。
- (5) 内閣府政府広報室「安全安心に関する特別世論調査」(平成一六年六月実施)参照。
- (6) 西浦公「安全」に関する憲法学的一考察」『日独憲法学の想像力・下巻』(信山社、二〇〇三)八一頁以下、九六頁。
- (7) 最近の日本の憲法学では、学術的研究が少ない人権の一つである。
- (8) 江島晶子「安全と自由」大石真・石川健治編『憲法の争点』(二〇〇八年発行予定)。
- (9) 江島晶子「九・一一以降のテロリズムに対するイギリスの対応」一九九八年人権法およびヨーロッパ人権条約の下で」比較法研究六八号(二〇〇七)一〇九頁以下。
- (10) 江島晶子「テロリズムと人権」多層的人権保障メカニズムの必要性と可能性」社会科学研究所(東京大学社会科学研究所)五九卷一号(二〇〇七)三五頁以下。
- (11) 江島晶子「国際人権条約を介した議会と裁判所の新たな関係」二〇〇五年テロリズム防止法とヨーロッパ人権条約」法律論叢七九卷四・五号(二〇〇七)六九頁以下。
- (12) 人権法の概要については以下を参照のこと。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、二〇〇二)・同「イギリスにおける人権保障の新展開」ヨーロッパ人権条約と一九九八年人権法」ジュリスト二二四四号(二〇〇三)一七三頁以下・同「イギリス憲法改革における一九九八年人権法」議会主権と法の支配の新しい関係」松井幸夫編著「変化するイギリス憲法」ニュー・レイバーとイギリス「憲法改革」(敬文堂、二〇〇五)一六三頁以下。

- (13) 従来の状況について、江島晶子「ヨーロッパ人権条約とイギリス一九九八年人権法」・芹田健太郎・棟居快行・薬師寺公夫・坂本茂樹(編集代表)『講座国際人権法Ⅰ国際人権法と憲法』(信山社、二〇〇六)二〇三頁以下。なお、人権条約が国内法になったわけではない。
- (14) *A v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56. 同判決の紹介として、岩切大地「イギリス貴族院のA判決に関する一考察」東北文化学園大学総合政策学部紀要六巻一号(二〇〇七)一六九頁以下参照。また、不適合宣言を出すなかれた原審判決 *A, X and Y and Others v. Secretary of state for the Home Department* [2002] EWCVA Civ 1502 において、佐藤潤一「National Security による『外国人』の権利制限—イギリス一九九八年人権法の試練—」専修大学社会学研究所月報四八七号(二〇〇四)二二頁以下参照。
- (15) 江島、前掲註(10)および註(11)参照。
- (16) 人権裁判所は、国内当局の判断尊重という基本的姿勢から、人権条約違反の判断に際して、人権を保障するために当然予定されるべき手続の有無に着目して、その手続がない場合に条約上の権利の侵害を認定する傾向が高い。
- (17) コントロール・オーターの仕組みについては、江島、前掲註(11)参照。
- (18) JCHR, Counter-Terrorism Policy and Human Rights (Ninth Report): Annual Renewal of Control Orders Legislation 2008 (Tenth Report of Session 2007-08), HL Paper 57, HC 356 (19 February 2008), Appendix 2, para 9.
- (19) Lord Carlile of Berriew Q.C., Third Report of the Independent Reviewer Pursuant to Section 14 (3) of the Prevention of Terrorism Act 2005 (18 February 2008).
- (20) The Prevention of Terrorism Act 2005 (Continuance in force of sections 1 to 9) Order 2008.
- (21) JCHR, supra note 18.
- (22) Government Response to the Report by Lord Carlile of Berriew Q.C., Third Report of the Independent Reviewer Pursuant to Section 14 (3) of the Prevention of Terrorism Act 2005 (April 2008); Government Reply to the Tenth Report from the Joint Committee on Human Rights Session 2007-08 HL Paper 56, HC 356, Counter Terrorism Policy and Human Rights (Ninth Report): Annual Renewal of Control Order Legislation 2008 (April 2008).
- (23) 該当箇所のパラグラフを本文中に、(para xx) という形で示す。
- (24) CO更新の際、JCHRが是正勧告を行った点である。JCHR, supra note 18, para 7.
- (25) 事実の概要は、各裁判所(とくに高等裁判所)が整理した事実に基づく。CO対象者からの証言(CO対象者の弁護士 Gareth

- Pierce 作成) のことについては参照(9)を。JCHR, Counter-Terrorism Policy and Human Rights: Draft Prevention of Terrorism Act 2005 (Continuance in force of sections 1 to 9) Order 2006, Twelfth Report of Session 2005-2006, HL Paper 122, HC 915 (13 February 2006), App 7, Annex 2 and 3.
- (26) 江島 前掲註(11) 参照。
- (27) *Guzzardi v the United Kingdom*, judgment of 6 November 1980, A39.
- (28) 貴族院の判決は各裁判官が各々見解を書く。ただし、多くの場合、一人が詳細な意見を述べ、それに他の裁判官が賛成・反対を示し補足・反対意見を書くことが多い。
- (29) *Guzzardi*, supra note 27, para 95.
- (30) *Engel v the Netherlands*, judgment of 8 June 1976, A 22, para 59; *Guzzardi*, supra note 27, para 92; *H. L. v. United Kingdom*, judgment of 5 October 2004, Reports 2004-IX, para 89.
- (31) *Engel*, supra note 30, para 59; *Guzzardi*, supra note 27, para 92, 94.
- (32) *Guzzardi*, supra note 27, para 93.
- (33) したがって、*Engel* 判決では、勤務中の軍人に対する light arrest は、自由の剝奪ではないとした (*Engel*, supra note 30, para 61)。なぜなら、当人は任務の遂行を継続し、通常の軍隊生活の枠内に多かれ少なかれとまっていたからである。
- (34) *Guzzardi*, supra note 27, para 95.
- (35) *Lord Hoffmann v R (Gillan) v Commissioner of Police of the Metropolis* [2005] QB 388, 406 以下を支持した貴族院判決 [2006] 2 AC 307, 343 を参照せよ。
- (36) Lord Hoffmann は、六人の中で最も重い義務が課されていると解し、事件の検討を以て代表させている。
- (37) 初期の例として、*Goldar v the United Kingdom*, judgment of 21 February 1975, A18 が挙げられる。また *Guzzardi*, supra note 27 においても同様の対立が観察される。なお、両判決は、イギリス出身の Sir Gerald Fitzmaurice 裁判官が厳格な文理解釈の立場から反対意見を書いている。
- (38) *Engel*, supra note 30, paras. 58-59 参照。
- (39) *Guzzardi*, supra note 27, para 93.
- (40) 江島 前掲註(10) 参照。

- (41) Ewing, K. D. and Tham, J.-C., 'The Continuing Futility of the Human Rights Act' [2008] *PL* (forthcoming).
- (42) Guzzardi, supra note 27, para 95.
- (43) JCHR, supra note 18, para 41.
- (44) *Id.*, paras 35–49.
- (45) *R (Gilan) v Commissioner of Police of the Metropolis* [2006] UKHL 12, para 23.
- (46) ストラスブールは人権裁判所の所在地であるため、人権裁判所の意味でストラスブール裁判所、人権裁判所判例法の意味でストラスブール判例法という言い方がなされる。
- (47) *R (Gilan)*, supra note 45, para 23.
- (48) *R (Alconbury Developments Ltd) v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2001] UKHL 23, [2003] 2 AC 295, para 26.
- (49) *R (Ullah) v Special Adjudicator (Respondent)* [2004] UKHL 26, para 20.
- (50) *Al-Skeini and others v Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 26, paras 105–106.
- (51) *Bankovic et al v Belgium et al*, Decision of 12 December 2001, Reports 2001-XII, paras 64–65.
- (52) 判決文では sister や sister となり、姉または妹とすれどもそのかは不明。
- (53) Aは控訴院を飛びついで貴族院に上訴がなされた。
- (54) JCHR, supra note 18, para 49.
- (55) 本誌 1.1 参照。
- (56) *Engel*, supra note 30, para 82; *Campbell and Fell v the United Kingdom*, judgment of 28 June 1984, A80, paras 70–71.
- (57) *Albert and Le Compte v Belgium*, judgment of 10 February 1983, A58, para 30.
- (58) *International Transport Roth GmbH v Secretary of State for the Home Department* [2002] EWCA Civ 158.
- (59) *R v Securities and Futures Authority Ltd, Ex p Fletouse* [2001] EWCA Civ 2015, para 14.
- (60) [2000] 1 WLR 2020, 2025.
- (61) *S v Miller* 2001 SC 977, paras 20, 23; *R (R) v Durham Constabulary* [2005] UKHL 21, [2005] 1 WLR 1184, para 14.

- (62) *Öztürk v Germany*, judgment of 21 February 1984, A73, para 53; *Lauko v Slovakia*, judgment of 2 September 1998, Reports 1998-VI, para 58.
- (63) *A v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56, [2005] 2 AC 68, para 223.
- (64) *McJannet v B v Chief Constable of Avon and Somerset Constabulary* [2001] 1 WLR 340; *Gough v Chief Constable of the Derbyshire Constabulary* [2002] EWCA Civ 351, [2002] QB 1213; *R (McCann) v Crown Court at Manchester* [2002] UKHL 39, [2003] 1 AC 787; *Han v Customs and Excise Commissioners* [2001] EWCA Civ 1040, [2001] 1 WLR 2253; *International Transport Roth*, supra note 58.
- (65) *A v Secretary of State for the Home Department* [2002] EWCA Civ 1502, [2004] QB 335, para 57.
- (66) *R (Roberts) v Parole Board* [2005] UKHL 45.
- (67) *Id.*, para. 60.
- (68) *Rowe and Davis v the United Kingdom*, judgment of 16 February 2000, Reports 2000-II, paras 60–63 を引用する。
Botneth and Alami v the United Kingdom, Application no. 15187/03, judgment of 7 June 2007, para 37 を引用する。
- (69) *Rowe and Davis v the United Kingdom* の裁判は、公正な審理に対する権利の基本的特徴は、対審構造的な「リビッド」な上検察側と弁護側の間の武器平等であるという点から始められているが、Baroness Hale の引用では省略されている。
- (70) Lord Callie は基本的には運用現状を支持するが、「十二年を跨るコントロール・オーダーが正当化されるのはまれ」と述べた。
Lord Carlile of Berriew Q.C., supra note 19, para 50.
- (71) JCHR, Press Notice No. 42 (Session 2006–08), 25 May 2007.
- (72) *R. (Jackson) v Attorney General* [2005] UKHL 56 に於ける貴族院裁判官の発言を引いたが、著者の後述のように、Ewing and Tham, supra note 42.
- (73) Gearty, C., “Judges rule OK”, *Gurdian Online* (31 October 2007) <http://www.gurdian.co.uk/commentisfree/2007/oct/31/judgesruleok/print> (29/07/2008 visited).
- (74) *Gurdian*, 1 November 2007 <http://www.gurdian.co.uk/nov/01/terrorism/law/print> (29/07/2008 visited).
- (75) 上項を解するべきかというかは、本誌 2.2.5.2 章及び 2.2.5.3 参照。
- (76) 上の点に Ewing の承認をいう。Ewing, supra note 41.

- (77) 稿を改めて検討する予定である。ATCSA2001の審議過程において一定の効果をあげたという意見もある一方で、前述したCOに関するJCHRの報告書（政府に対する勧告も含め）は、実際上、あまり影響を及ぼしていない。
- (78) [2007] UKHL 45, para 11.
- (79) 例として、性同一性障害者に対する一連の判決を参照。
- (80) Ewingは、貴族院が人権裁判所判例法を上限として扱っているように。Ewing, *supra* note 41.
- (81) *A and others v the United Kingdom*, application no. 3455/05 lodged on 21 January 2005, public hearing (GC) 21 May, 2008.

〔二〇〇八年九月二二日脱稿〕

（法科大学院教授）