

人権の融合的保障：「実効的権利救済」のための 憲法解釈の新たな可能性

近 藤 敦

目次

はじめに：憲法解釈の方法

- 1 日本における融合的保障類似の判例と学説
- 2 ドイツ連邦憲法裁判所などにおける融合的保障
- 3 ヨーロッパ人権裁判所や自由権規約委員会などにおける融合的保障

おわりに：「実効的権利救済」のための体系解釈としての融合的保障の可能性

はじめに：憲法解釈の方法

憲法解釈の方法は、多様である。①**文理解釈**（通常の文言の意味に従う解釈）だけでなく、②**体系解釈**（憲法の基本原理や他の条文との意味連関から導く解釈）が重視される。たとえば、2005年の定住外国人地方選挙権事件¹では、公務員を選定罷免する権利を保障した憲法15条1項が、「国民固有の権利」と書いてあるから、選挙権の保障を日本国民に限定するのではない。むしろ、体系解釈上、主権が「日本国民」に存するものとする「憲法前文及び1条の規定」に照らして、憲法の「国民主権の原理」における国民とは、日本国民を意味する点が重要である。そもそも、1978年のマクリーン事件以後、「憲法第3章の諸規定における基本的人権の保障

1 最判1995（平成7）年2月28日民集49巻2号639頁。

は、「権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、我が国に在留する外国人に対しても等しく及ぶ」という性質説を判例が採用し²、「国民は」とか「何人も」と定める文言に捉われないのは、基本的人権の尊重や国際協調主義といった憲法の基本原理に根差す体系解釈を重視しているからである。また、文言の通常用法からすれば、地方選挙権者を定めた憲法 93 条 2 項の「住民」には、外国人住民も文理解釈上は含まれる。しかし、「国民主権の原理及びこれに基づく憲法 15 条 1 項の規定の趣旨に鑑み、地方公共団体が我が国の統治機構の不可欠の要素を成すものであることをも併せ考えると」、体系解釈上、憲法 93 条 2 項にいう「住民」とは、地方公共団体の区域内に住所を有する日本国民を意味し、外国人の地方選挙権を憲法上「保障したものとはいえない」。

ただし、「憲法第 8 章の地方自治に関する規定は、民主主義社会における地方自治の重要性に鑑み、住民の日常生活に密接な関連を有する公共的事務は、その地方の住民の意思に基づきその区域の地方公共団体が処理するという」住民自治原理を保障するものと解されるから、住民自治原理との体系解釈上、「永住者等」に、法律をもって、自治体の地方選挙権を認めることは、立法政策の問題であり、憲法上「禁止されているものではない」と最高裁はいう。

なお、日本の憲法判例では、③**歴史的解釈**（歴史的経緯や憲法制定者の意図を考慮する解釈）は、あまり一般的ではない。上記の判例でも、これを採用していない。学説上は、たとえば、憲法 15 条 1 項が、「国民固有の権利」と定めているのは、「国民だけの権利」と文言上は解釈する余地がある。しかし、これは天皇主権下の明治憲法 10 条が天皇の官吏任免権を定めていたのに対し、日本国憲法の国民主権の下では、公務員の選定任免権は「国民から奪ってはならない権利」という意味で定めたものである。歴史的解釈上、憲法 15 条 1 項は、特に、外国人の選挙権を禁止する意味

2 最大判 1978 (昭和 53) 年 10 月 4 日民集 32 卷 7 号 1223 頁。

で定めた規定ではない³。

近年では、④**比較法的解釈**（比較しうる外国の立法を参照する解釈）、⑤**社会学的解釈**（社会状況の変化に応じた発展的解釈⁴）、⑥**人権条約適合的解釈**（人権条約と整合的な憲法解釈）も有用である。たとえば、2013年の非嫡出子相続差別違憲決定⁵では、「嫡出子でない子の相続分は、嫡出である子の相続分の2分の1」とする（旧）民法900条4号ただし書の「立法に影響を与えた諸外国の状況も、大きく変化し…現在、我が国以外で嫡出子と嫡出でない子の相続分に差異を設けている国は、欧米諸国にはなく、世界的にも限られた状況にある」との比較法的解釈が採用されている。

また、「我が国においては、社会、経済状況の変動に伴い、婚姻や家族の実態が変化し…昭和50年代前半頃までは減少傾向にあった嫡出でない子の出生数は、その後現在に至るまで増加傾向が続いているほか、…晩婚化、非婚化、少子化が進み、…婚姻、家族の在り方に対する国民の意識の多様化が大きく進んでいる」との社会学的解釈も採用されている。

さらに、日本は1979年に自由権規約を、1994年に子どもの権利条約を批准した。これらの条約は、子どもが「出生によっていかなる差別も受けない旨の規定が設けられている」。そして、両条約の履行について、自由権規約委員会と子どもの権利委員会が「出生」による民法の非嫡出子相続差別規定への懸念・勧告を示していた旨が最高裁判決では指摘されている。両条約が新たな憲法解釈に影響を与えている上では、不十分ながらも、人権条約適合的解釈の要素を取り入れているともいえよう。

上記の諸外国の立法のすう勢、日本社会の状況の変化、日本の批准した人権条約の内容などから、「父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益

3 近藤敦『新版 外国人参政権と国籍』（明石書店、2001年）60頁。

4 ヨーロッパ人権裁判所によれば、ヨーロッパ人権条約は「生きている文書」であり、現在の状況に照らして解釈されるべきであり、社会の発展に応じた解釈手法が重要とされている。

5 最大決2013（平成25）年9月4日民集67巻6号1320頁。

を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきている」ので、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を区別する合理的な根拠は失われ、憲法 14 条 1 項に反するとした。この判決の趣旨をより明確に伝えるためには、「子を個人として尊重しない」、「出生」による非嫡出子の差別が、(差別禁止の)「憲法 14 条 1 項と結びついた憲法 13 条」(個人の尊重)違反である旨を判示しても良かったかもしれない。このあと示すような裁判所や国連の人権機関であれば、そのような解釈をする可能性がある。なぜならば、本件は、平等の問題であるとともに、子の個人の尊重の問題でもあるからである。

本稿は、日本国憲法には、明文で定められていない、新たな人権規範をいかに体系解釈上、導くことができるのかについて、「融合的保障」という解釈手法を中心に検討するものである。また、(権利救済を求める者が実際に権利救済の機会を失わないことを意味する)「実効的権利救済」⁶のためにも、融合的保障の体系解釈が有用であることも考察する。(広義の)融合的保障とは、複数の条文を結びつけて解釈する体系解釈を意味する(狭義の融合的保障は、その中でも、「不文」の人権を導いたり、権利保障を「強化」したりする場合をさす。権利保障が強化されること背景には、複数の人権侵害が複合ないし交差することで、人権侵害の深刻さが強調される)。従来、憲法 13 条の幸福追求権は他の個別的人権と競合関係にあるなど、内容の重複を意味する「競合」という言葉で説明されてきた。しかし、異なる両規定が合わさって新たな「不文」の人権を導くことを意味する上では、「融合」という言葉を用いる方が適当であろう。融合的保障は、体系解釈や人権条約適合的解釈だけでなく、比較法的解釈や社会学的解釈の要素をもつものであることは、本稿を読むとおのずと推察できるものと思われる。しかし、論点を拡散させないために、比較法的解釈と社会学的解釈の点には、本稿では深く立ち入らない。直接の問題としては、人権条

6 笹田栄司「行政裁判における『実効的権利救済』のインパクト」『裁判制度のパラダイムシフト I』(判例時報社、2023 年) 191 頁。

約適合的解釈としての「融合的保障」論への批判や疑問がいくつか寄せられているので⁷、はじめに、憲法の人権条約適合的解釈の4つの根拠⁸に関する批判や疑問について、応答しておこう。

まず、人権条約適合的解釈の第1原理によれば、「人権条約の規定が日本国憲法よりも保障する人権の範囲が広いとか、保障の仕方がより具体的に詳しいという場合は、憲法の方を条約に適合するように解釈する」ことになる。その根拠①は、憲法98条2項である。この点、「根拠①から第1原理が導かれる」ことが論証されていないとの批判がある。これについては、論理学でいう「対偶」すなわち、「第1原理に反するならば根拠①違反となる」ことを論証すれば、「根拠①ならば第1原理となる」ことの論証は足りるものと思われる。（その際、第1原理と後述する第2原理に通底する根拠③と④、条約の解釈や履行などのあり方に関する国際慣習法を法典化した「条約法条約」を援用することも有益である）。文理解釈上、根拠①の憲法98条2項に基づき批准した人権条約を「誠実に」遵守する必要があるのであれば、第1原理に反すると、根拠①の条約の「誠実」遵守義務に反することになる。なぜならば、（根拠③の「留保や解釈宣言なしに憲法適合的として批准した」以上）、より人権保障の範囲が広い人権条約の規定を無視して、憲法の規定を根拠に人権保障に消極的になり、条約の履行を怠ることは、「不誠実」だからである。（また、条約適合的解釈上、条約の誠実な遵守については、日本も加入している条約法条約26条が条約の「誠実」な履行を定め、同27条が「当事国は、条約の不履行を正当化する根拠として自国の国内法を援用することができない」と定めているように、国内法である憲法の人権規定を根拠とする条約の不履行は、条約の「誠実」遵守義務違反を意味し⁹、憲法98条2項違反となる）。加えて、

7 齋藤正彰「日本の憲法秩序と国際人権条約」小畑郁・山元一編『国際人権法の理論』（信山社、2023年）219-226頁。

8 近藤敦『国際人権法と憲法：多文化共生時代の人権論』（明石書店、2023年）238-239頁。

9 ただし、条約締結権能に関する国内法の規定の違反が明白であり、かつ基本的な重要性を有する国内法の規則に係る場合は、条約の不履行を主張すること

体系解釈上、第1原理に反する解釈は、(根拠④の「個人の利益を最大限に」保障する方向で解釈適用するプロ・ホミネ原則に反し、後述するように、「基本的人権の尊重」の憲法の基本原理に反するとともに)、根拠①の憲法98条2項に基づく「国際協調主義」の憲法の基本原理にも反する。したがって、「第1原理に反する解釈ならば根拠①違反となる」ので、その「対偶」として、根拠①から第1原理が導かれる。

ついで、人権条約適合的解釈の第2原理によれば、憲法の人権保障の方が高い水準の場合、「人権条約適合的解釈は従来の憲法解釈と同じで良い」ことになる。その根拠②は、多くの人権条約が定めている「高水準の国内法令の優先適用」にある。この点、「第2原理は第1原理に吸収されることになる」との批判がある。これについても応えておこう。上述の第1原理と第2原理を区別して論じるのは、人権条約適合的解釈に批判的な憲法学者の中には、「憲法の人権保障の方が高い水準の場合」に問題ではないかという意見があり、根拠②の「高水準の国内法令の優先適用」の規定が多くの人権条約にあることを知らない憲法学者が少なくないので、第2原理と根拠②を明示する必要がある。

さらに、「留保や解釈宣言なしに憲法適合的として批准した」経緯に基づく根拠③と自由権規約20条1項の「戦争の宣伝」の禁止との関係についての疑問が寄せられているので、この点、敷衍する。日本政府は同項を「留保や解釈宣言なしに批准した」が、1988年の第2回定期報告書審査で日本政府は、自国での戦争の宣伝は事実上考えられないので、特別な法律は不要と回答している¹⁰。社会学的解釈上、そもそも、同項については、2項の憎悪唱道(ヘイトスピーチ)の禁止と違い、人々からの個人通報の事例は、1件もなく、自由権規約委員会の委員は、2000年以後、もはや関心をもっていない¹¹。例外的に1項は、死文化に近い条項であるので、現在の状況

ができる(条約法条約46条)。参照、国際法事例研究会『条約法』(慶応大学出版会、2001年)112-113頁。

10 UN Doc. A/43/40 (1988) §623.

11 W. A. Schabas, *U.N. International Covenant on Civil and Political Rights*:

に照らした解釈を基調とする（生きている文書としての）人権条約の適合的解釈上、日本で立法する要請も乏しい。したがって、厳密に言うと、例外的に 20 条 1 項を除いて、留保や解釈宣言なしに憲法適合的として批准した経緯から、原則として（20 条 2 項も含む）憲法と人権条約との整合的な解釈が求められる。

最後に、根拠④の「プロ・ホミネ原則」の憲法上の根拠と「人権が相互に矛盾・衝突する場合」に関する疑問について説明しておこう。「すべての基本的人権の享有を妨げられない」と定める日本国憲法 11 条および「人類の多年にわたる努力の成果」としての「基本的人権」の保障を定める同 97 条に「プロ・ホミネ（複数の人権規範が存在する場合に個人の利益を最大限に保障する方向で解釈適用する）原則」が内在していると解される。文理解釈上、このことは、「基本権」などの憲法上の権利ではなく、「人権」という用語を用いている日本国憲法の特徴から導びかれる。また、体系解釈上、憲法 13 条が「個人」の「権利」の国政上の「最大の尊重」を定め「基本的人権の尊重」をはかる憲法の基本原理からも、同原則は正当化される。そして「人権が相互に矛盾・衝突する場合」、人権規定には制限の許されない絶対的保障と制限の許される相対的保障の区別に従い、人間の尊厳の核心的利益を最大限に保障すべく優越する規定があることをまずは考慮する。ついで、制限の許される規定の間の衝突であっても、比例原則に照らし、個々の権利の制限が許されるかどうかを具体的に比較衡量する中で、個人の利益を最大限に保障する方向での解釈適用がはかられるものと思われる。

本稿は、人権条約適合的解釈としての「融合的保障」論についての批判や疑問に応答した上で、さらに「実効的権利救済」などの新たな論点を深めることにする。人権が侵害されたときに、効果的な救済が受けられなければ、権利は実際にはほとんど意味をもたない。

そこで、まず、日本における融合的保障類似の判例と学説をみることに

する。ついで、ドイツ連邦憲法裁判所などにおける融合的保障について考察する。加えて、ヨーロッパ人権裁判所や自由権規約委員会などにおける融合的保障を確認する。そして最後に、「実効的権利救済」のための体系解釈としての「効果的な救済を受ける権利」をめぐる融合的保障についてまとめる。

1 日本における融合的保障類似の判例と学説

第1に複数の条文を併せ読む、融合的保障の解釈手法の種子の段階のような判例をまずは紹介しておこう。日本の判例は、これまで「環境権」を正面から認めたことはない。しかし、たとえば、1975年に、大阪高裁は、大阪空港公害訴訟において、騒音等の被害について、「人格権」に基づく差止請求の可能性を認めた。「人間として生存する以上、平穩、自由で人間たる尊厳にふさわしい生活を営むことも、最大限度尊重されるべきものであって、憲法13条はその趣旨に立脚するものであり、同25条も反面からこれを裏付けているものと解することができる。このような、個人の生命、身体、精神および生活に関する利益は、各人の人格に本質的なものであって、その総体を人格権ということができ、このような人格権は何人もみだりにこれを侵害することは許されず、その侵害に対してはこれを排除する権能が認められなければならない」と判示している¹²。同様に、1992年に、大阪高裁は、国道43号線公害訴訟において、「平穩裡に健康で快適な生活を享受する利益」は、「少なくとも憲法13条、第25条がその指針を示すものと解され」、「人格権として構成されるに価する」と判示している¹³。これらの判例は、(環境)人格権と呼ばれることがある¹⁴。学説は、(環境)人格権や環境権の憲法上の根拠規定について、環境破壊を予防し排除するための防御権としての自由権的側面を内容とする(13条説)や、環境保全ないし改善を図るように国に請求する社会権的側面を内容と

12 大阪高判1975(昭和50)年11月27日判時797号36頁。

13 大阪高判1992(平成4)年2月20日判時1415号3頁。

14 赤坂正浩『憲法講義(人権)』(信山社、2011年)289頁。

する（25条説）よりも、これらの自由権的側面と社会権的側面をともに内容とする（13条・25条の競合的保障説）が今日では一般的である¹⁵。ただし、内容の重複を意味する「競合」という言葉に代えて、「融合」という言葉を用いる方が、異なる両規定が合わさって新たな「不文」の人権を導く上では適当であろう。（環境）人格権や環境権の内容は、憲法13条の保障範囲（ドイツでは保護領域という）と憲法25条の保障範囲とが競合しているというのであれば、通説的な憲法13条の補充的保障説に立てば、個別的人権規定としての憲法25条違反の問題としてのみ扱えばよいことになる。また、重複しない独自の保障範囲がそれぞれにある場合は、憲法13条の人格権侵害と憲法25条の生存権侵害を重疊的に裁判で争えばよいように思われる。しかし、多くの学説が主張しているのは、憲法13条と憲法25条を結びつけて併せ読むことで、憲法上は「不文」の新たな権利としての（環境）人格権や環境権を導こうとしているのではないだろうか。このため、より明確には、環境権は、憲法「25条と結びついた13条」が独自に融合的に保障していると考えることが適当と思われる。

この点、有力な学説によれば、環境権は「個人の人格権の外延という側面と個人の生活に不可欠な良き環境の確保という側面とを有し」、前者は13条に、後者は25条に、「その根拠を求められている」のであって¹⁶、13条と25条が「融合」しているわけではない。訴訟において関連する憲法規定を重疊的に主張することと、関連規定を結びつける体系解釈としての融合的保障を論じることが、位相に相違があらうとの批判がある¹⁷。たしかに、関連する憲法規定を重疊的に主張する従来の憲法解釈手法では、環境権ないし（環境）人格権の最高裁判例を導くことは成功しておらず、関連する憲法25条と憲法13条を結びつける融合的保障の体系解釈手法を

15 芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、1994年）362-363頁。従来の多数説は、25条説とされていた。同、365頁。参照、渋谷秀樹「空港の騒音公害と人格権—大阪空港公害訴訟」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ（第7版）』（有斐閣、2019年）53頁。

16 野中俊彦ほか『憲法Ⅰ（第5版）』（有斐閣、2012年）274頁（野中）。

17 斎藤、前掲、221頁。

採用する憲法学説の普及が待たれるのであろう。いわば、「健康」な「生活を営む権利」としての「生存権」と「生命」その他の人格的利益が「個人として尊重される」「人格権」が結びつくことにより、「環境権」ないし（環境）人格権が生成されることに目を向ける必要がある。そこで、別の有力な見解では、すでに「憲法 25 条と結びついた憲法 13 条」が「自然環境の悪化によって生命・身体を害されない権利」としての「環境人格権」を保障するとの指摘もある¹⁸。

なお、憲法の前文には明示されているものの、憲法第 3 章では「不文」の「平和的生存権」について、1973 年の長沼ナイキ基地訴訟札幌地裁判決は、前文第 2 項が「平和のうちに生存する権利」を明記し、「この社会において国民一人一人が平和のうちに生存し、かつ、その幸福を追究することのできる権利をもつことは、さらに、憲法第 3 章の各条項によって、個別的な基本的人権の形で具体化され、規定されている。ここに憲法という平和主義と基本的人権尊重主義の二つの基本原理も、また、密接不可分に融合していることを見出すことができる」と判示している¹⁹。また、2008 年に、名古屋高裁は、自衛隊イラク派兵差止訴訟において、憲法前文が「平和のうちに生存する権利」を明言し、「憲法 9 条が国の行為の側から客観的制度として戦争放棄や戦力不保持を規定し、さらに、人格権を規定する憲法 13 条をはじめ、憲法第 3 章が個別的な基本的人権を規定していることからすれば、平和的生存権は、憲法上の法的な権利として認められるべきである」という²⁰。こうした判例に影響を与えている有力な学説は、「平和的生存権」を「憲法前文、とくに第 9 条および第 13 条、また第 3 章諸条項が複合して保障している憲法上の基本的人権の総体である」と説明する²¹。これらの判例や学説のうちにも、人権の融合的保障につながる芽が胚胎しているものと思われる。ただし、第 3 章の個別条項と

18 赤坂、前掲、289 頁。

19 札幌地判 1973（昭和 48）年 9 月 7 日判時 712 号 24 頁。

20 名古屋高判 2008（平成 20）年 4 月 17 日判時 2056 号 74 頁。

21 深瀬忠一『戦争放棄と平和的生存権』（岩波書店、1987 年）227 頁。

「結合」して保障している平和的生存権の多面的な内容があるとしても²²、平和的生存権の直接の根拠規定は、もう少し限定する学説も多い。たとえば、(平和主義の)「憲法前文および9条と結びついた13条」(の生命・自由・幸福追求の権利)が、「平和的生存権」を導くとする方が、本稿で扱う融合的保障の例に近いといえよう²³。

第2に、萌芽的の段階の判決として、東京高裁は、1998年に、生存に必要な生理的行動を困難にする両手を身体の後ろで締める態様での革手錠を用いた拘禁を違法とした確定判決において、①「拷問を禁止した憲法36条及びすべての国民が個人として尊重されることを保障した憲法13条の趣旨、内容に照らせば」、自由権規約7条前段と10条1項の保障する権利・自由の性質、内容と異なる旨を指摘している²⁴。自由権規約7条前段は「何人も、拷問または残虐な、非人道的なもしくは品位を傷つける取扱いもしくは刑罰を受けない」と定めている。東京高裁は、②控訴人らの主張する「非人道的」かつ「品位を傷つける取扱い」の禁止の内容を憲法13条前段が「すべて国民は、個人として尊重される」と規定し、個人の尊厳や人格の尊重を宣言していることから明らかだとし、憲法13条の規定が、被拘禁者についても、個人としてその尊厳や人格を尊重され、人道的に取り扱われるべきことを求めていることは明らかであると判示している。したがって、同判決の②の部分のように憲法13条の「個人の尊重」が、解釈上、人間の尊厳と通底する内容を持ち、非人道的な取扱いや品位を傷つける取扱いの禁止といった具体的な内容を導いている。ただし、同判決の①の部分における「憲法36条及び…憲法13条の趣旨・内容」が、自由権規約7条等の保障内容と同じであるとする憲法の体系解釈のうちに、人権規定の融合的保障の萌芽をみることができるといえる。とりわけ、保障内容が

22 同、241頁。

23 「結びついた」という表現を用いていないものの、前文と9条と13条を根拠とする有力な学説として、山内敏弘『平和憲法の理論』（日本評論社、1992年）277-278頁。

24 東京高判1998（平成10）年1月21日判時1645号67頁。

同じであることを導く上では、憲法 36 条と併せて憲法 13 条を併記することが好ましい。なぜならば、自由権規約「7 条の条文はいかなる制限も認めていない」²⁵、いわば絶対的権利としての性質をもつからである。したがって、非人道的な取扱いと品位を傷つける取扱いの禁止の権利保障が強化される効果の点で、「絶対にこれを禁ずる」と定める憲法 36 条と結びつけることは有益である。

この点、『憲法 13 条は、比例原則の根拠規定』としながら、『絶対的に禁止される憲法 36 条を結びつけることによって、権利保障が強化される効果がある』といえるのかは、慎重な検討が必要であろう」との疑問が寄せられている²⁶。そして自由権規約 7 条の内容について、分節して、拷問禁止は憲法 36 条を、残虐・非人道的な取り扱いの禁止は憲法 36 条ないし 18 条を、品位を傷つける取扱いの禁止は憲法 13 条を根拠規定とし

25 自由権規約委員会・一般的意見 20 (1992 年) 3 段落。

26 齋藤、前掲、226 頁。この疑問には、つぎのように答えることができる。たしかに、絶対的権利としての自由権規約 7 条所定の拷問・残虐な取扱い・非人道的な取扱い・品位を傷つける取扱いに該当する場合は、比例原則に照らして権利の制約が正当化される余地はない。しかし、自由権規約 7 条が制約の余地がないという立場と、正当化と比例性の概念は両立する場合がある (P. M. Taylor, *A commentary on the International Covenant on Civil and Political Rights: the UN Human Rights Committee's monitoring of ICCPR Rights* (Cambridge Univ. Press, 2020), p. 173)。比例性は、同条違反の認定に重要な役割を果たし、当該行為が同条の取扱いの類型に該当するかを考慮する際に比例性は関係する (S. Joseph and M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary 3rd ed.* (Oxford Univ. Press, 2013), para. 9.43)。同条の絶対性からそれ自体正当化されない取扱いは利益衡量に服さないが、一定の状況の下で正当化される取扱いかどうかの決定、すなわち拷問・残虐な取扱い・非人道的な取扱い・品位を傷つける取扱いの域に達していなかったかどうかの決定には、(比例性に根差す)利益衡量が排除されるものではない(参照、HRC, *A.H.G. v. Canada* (2015), *Individual opinion, Shany (concurring)*, paras. 3-4; W. A. Schabas, *op. cit.*, p. 172; Taylor, *op. cit.*, p. 173)。たとえば、手錠がいついかなる場合でも非人道的な・品位を傷つける取扱いとなるわけではなく、いつどのような状態で用いられるかによる。その判断には、比例性に根差す利益衡量が伏在している。その意味で、憲法 36 条(と結びついた憲法 13 条)を根拠規定とすることは、(非人道的な取扱いなどの類型に該当するか否かの比例性の考慮を内包しうるものの) 類型に該当する場合の絶対的な権利としての保障を維持し、憲法 13 条単独の場合よりも、権利保障を高めるものと思われる。

て導く見解がある²⁷。しかし、憲法 36 条の「公務員による拷問」および「残虐な刑罰」の禁止規定単独では、自由権規約 7 条の公務員以外の私人による²⁸拷問や残虐な取扱いも含む広い規範内容を導くことは難しいのではないだろうか。憲法 13 条が加わることにより、（プライバシー権の事例に明らかなように）公務員による侵害以外の保障範囲も射程としうる。また、そもそも、憲法 18 条に対応するのは自由権規約 8 条であり、「非人道的な取扱い」は、「奴隷的拘束」や「苦役」を念頭に置くものではなく、対象となる事実の範疇が異なる。たとえば、送還先の国でホームレスとなり²⁹、路上で排外主義的な暴力にあうおそれのある「非人道的な取扱い」の禁止³⁰も保障範囲に含むには、「生命・自由」が脅威にさらされるおそれのある非人道的な取扱いを禁止する憲法 13 条を根拠と考える方が良いであろう。ただし、「品位を傷つける取扱い」と同様、憲法 13 条だけでは、自由権規約 7 条の絶対的禁止の規範要素を導くことも困難であろう。

したがって、人権条約適合的解釈としての融合的保障に対する、つぎの①から③の批判は、的外れと思われる。①「条約上の権利が——条約を解釈基準とする憲法解釈によって——憲法の個人人権規定の保障範囲に含まれるならば、13 条との『融合』は必要ではない」との批判がある³¹。しかし、自由権規約 7 条の「非人道的な取扱い・品位を傷つける取扱いの禁止」は、憲法の個人人権規定の 36 条や 18 条や 13 条の保障範囲に含まれないので、融合的保障による新たな権利の創設が必要なのである。また、②「『人権条約適合的解釈』によって憲法の個人人権規定の保障範囲に読み込むことができないならば、13 条との『融合』によっても条約上の権利を保障範囲に含めることはできないであろう」という批判も寄せられている³²。し

27 斎藤、前掲、226 頁。

28 自由権規約委員会・一般的意見 20（1992 年）2 段落。

29 この部分は、品位を傷つける取扱い違反でもある。HRC, O.Y.K.A. v. Denmark (2017), para. 8.5.

30 HRC, O.Y.K.A. v. Denmark (2017), paras. 3.5 and 8.4.

31 斎藤、前掲、221 頁。

32 同上。

かし、各個別の人権規定の保障範囲と憲法 13 条の保障範囲は異なるので、「融合」することで新たな保障内容（権利）が生成され、条約上の権利の保障範囲をカバーすることになる（この点が、新しい要素が生まれない「競合」という発想と新しい要素が生まれる「融合」という発想の違いでもある）。また、憲法 13 条は、比例原則や恣意禁止などの原則規定であるのと同時に、人格権などの個別の人権規定としての内容を有し、その保障範囲が、憲法 36 条と併せ読むことで自由権規約 7 条と同じ保障範囲を含めることができるのである。さらに、③「憲法の個人人権規定の保障範囲に含まれない条約上の権利が 13 条との『融合』によって保障されると説明されるのならば、その条約上の権利は 13 条から導出されるものであって、個人人権規定との『融合』は必要ないことになろう」との批判もある³³。しかし、1998 年の東京高裁判決のように、憲法 13 条から「非人道的な取扱い・品位を傷つける取扱いの禁止」を導いたとしても、憲法 36 条のような絶対的禁止としての自由権規約 7 条の保障内容を憲法 13 条から導出できないので、憲法 36 条との融合が必要なのである。憲法 13 条の足りない部分（絶対的禁止）と憲法 36 条の足りない部分（非人道的な取扱い・品位を傷つける取扱いの禁止）は、両者がともに補い合うことで、（人権条約上は明文にあるものの、憲法上は不文の）新しい人権を創設するのである。

第 3 に、日本の判例ではじめて、融合的保障の解釈手法を明示したのは、異議申立棄却決定の告知の翌日にチャーター便により強制送還された難民申請者に対する 2021 年の東京高裁の確定判決である。「入管職員が、控訴人らが集団送還の対象となっていることを前提に、難民不認定処分に対する本件各異議申立棄却決定の告知を送還の直前まで遅らせ、同告知後は事実上第三者と連絡することを認めずに強制送還したことは、控訴人らから難民該当性に対する司法審査を受ける機会を実質的に奪ったものと評価すべきであり、憲法 32 条で保障する裁判を受ける権利を侵害し、同 31

33 同上。

条の適正手続の保障及びこれと結びついた同13条に反する」という³⁴。「憲法31条（の適正手続の保障及びこれ）と結びついた憲法13条」とは何を意味するのであろうか。「告知」を恣意的に遅らせ、「生命・自由」を脅威にさらすおそれのある行政手続を禁止する「行政の適正手続」を意味する。そもそも、憲法31条は、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない」と定めている。「刑罰」という規定もあり、本条は、刑事手続において適正手続を求める根拠規定とされることが多い。判例は、本条を行政手続にも準用する³⁵（ただし、憲法13条を根拠に明文の規定のない行政の適正手続を導く見解も有力である³⁶。そこで憲法31条と結びついた憲法13条を行政の適正手続の根拠規定とする方が、適当と思われる³⁷）。適正手続保障の点からは、難民認定不許可処分の異議申立の棄却を告知した際に出訴の十分な機会を確保すべく、一定期間、強制送還を差し控えるべきである。2004年の行政事件訴訟法改正において、出訴期間の延長や出訴期間等の教示制度の新設がみられた。教示制度の立法趣旨は、「権利利益の救済を得る機会を十分に確保するため」である³⁸。いわば、教示制度は、「司法審査を受ける機会を実効的に保障しようとする趣旨から設けられた」のであり、（権利救済を求める者が実際に権利救済の機会を失わないことを意味する）「実効的権利救済」としての行政手続と裁判手続の「相互関連」の

34 東京高判2021（令和3）年9月22日判タ1502号55頁。

35 最大判1992（平成4）年7月1日民集46巻5号437頁（成田新法事件）。適用しているとの評価もあるが、「行政手続は、刑事手続とは性質を異にし、また行政目的に応じて多種多様であるから、行政処分の相手方に事前の告知、弁解、防御の機会を与えるかどうかは、行政処分により制限を受ける権利利益の内容、性質、制限の程度、行政処分により達成しようとする公益の内容、程度、緊急性などを総合較量して決定されるべきであり、常にそのような機会を与えることを必要とするものではない」という判示からは、準用という評価が適当であろう。

36 佐藤幸治『日本国憲法〔第2版〕』（成文堂、2011年）217頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第5版〕』（有斐閣、2020年）159頁。

37 近藤、2016、242頁。

38 司法制度改革推進本部・行政訴訟検討会「行政訴訟制度見直しのための考え方」（2004年1月6日）7頁。

重要性の問題をこの東京高裁判決は示している³⁹。異議申立棄却と出訴期間等を告知されただけで、適正な聴聞手を欠き、出訴の意思の申し出に耳を傾けてもらえず、出訴のための弁護人との交通を遮断され、出訴の機会を奪われたまま、難民申請者の「生命・自由」が脅威にさらされるおそれのある送還は⁴⁰、恣意的な行政手続といわざるをえず、「憲法 31 条と結びついた憲法 13 条」に反する。かくして、融合的保障の黎明期の高裁の確定判決が誕生した⁴¹。

第 4 に、従来の学説は、憲法 33 条以下も、刑事手続の規定と解してきた。そして憲法 34 条は、「何人も、理由を直ちに告げられ、且つ、直ちに弁護人に依頼する権利を与へられなければ、抑留又は拘禁されない。又、何人も、正当な理由がなければ、拘禁されず、要求があれば、その理由は、直ちに本人及びその弁護人の出席する公開の法廷で示されなければならない」と定めている。一方、これに対応する規定として、自由権規約 9 条 1 項が、「すべての者は、身体の自由および安全についての権利を有する。何人も、恣意的に逮捕されまたは収容されない。何人も、法律で定める理由および手続によらない限り、その自由を奪われ不得」と定め、同 4 項が、「逮捕または収容によって自由を奪われた者は、裁判所がその収容が合法的であるかどうかを遅滞なく決定することおよびその収容が合法的でない場合にはその釈放を命ずることができるように、裁判所において手続をとる権利を有する」と定めている。外務省訳では、「収容 (detention)」は、「抑留」と訳されている。しかし、自由権規約委員会が指摘するように、自由権規約 9 条 1 項は、刑事事件であれ、入国管理であれ、あらゆる

39 東京高判 2021 (令和 3) 年 9 月 22 日判タ 1502 号 55 頁。笹田、前掲、191、211 頁。

40 後述するように、こうした送還は、自由権規約委員会が自由権規約 7 条の禁ずる「非人道的な取扱い」にあたるとしている。

41 なお、行政の適正手続の融合的保障の種子のような判決として、個人タクシー免許事件に関する 1963 年の東京地裁判決は、「憲法第 13 条、第 31 条は、国民の権利、自由が実体的のみならず手続的にも尊重さるべきことを要請する趣旨を含むものと解すべきである」と判示している。東京地判 1963 (昭和 38) 年 9 月 18 日判時 349 号 12 頁。

る自由の剥奪に適用されるものである⁴²。したがって、刑事収容だけでなく、入管収容のような行政収容も含むという意味で、「収容」という訳語の方が適当と思われる。ちなみに、憲法 34 条の英語訳にみられるように、「拘禁され (be detained)」という用語は、自由権規約 9 条と同じ detain の派生語であるように、もともと、憲法 34 条を刑事収容に限定する規定と解する必要はない。むしろ、行政手続による身体の拘束については、憲法 13 条との関係で手続的保障のあり方が問題となり、憲法 34 条が英米法の habeas corpus 的発想を背景としていることを考慮すれば、行政手続による身体の拘束にも憲法 34 条の趣旨が及ぼされることが期待されているとの有力な学説もある⁴³。また、別の有力な学説も、行政手続による身体の拘束は、刑事手続ではないから、憲法 34 条が直接適用されるわけではないが、憲法 13 条に基づく適正な行政手続の具体化として憲法 34 条の類推適用を考えるべきという⁴⁴。「憲法 34 条」の「趣旨」や「類推適用」を踏まえて「憲法 13 条」が行政の適正手続を導くとする、これらの学説には、「憲法 34 条と結びついた憲法 13 条」または「憲法 34 条と併せ読んだ憲法 13 条」が恣意的に収容されない権利を導く融合的保障の発想の萌芽がみられる。本稿の扱う国や地域の裁判所や国連の人権機関の場合、34 条の趣旨を踏まえた 13 条の解釈について、34 条と結びついた 13 条とか、34 条と併せ読んだ 13 条という表現を用いるものと思われる。体系解釈としては、その方がより明確になる。

この点、「憲法 34 条のような規定を憲法 13 条と結びつけることが、どのような効果をもたらすのか、疑問が残る。憲法 13 条は、一般原則として、人権制限は最小限度であることを求めている。それに対して、憲法 34 条のように『特定の方式による侵害のみを許している場合には、憲法があらかじめ、個人の自由と公共の福祉の要請との調和点を特定している』から、それらの人権がさらに公共の福祉によって制約されることはない』

42 自由権規約委員会・一般的意見 8 (1982 年) 1 段落。

43 佐藤、前掲、376 頁。

44 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第 5 版〕』(有斐閣、2020 年) 306 頁。

とされるのである。『34条と結びついた』とすることで13条から導かれる新しい人権が公共の福祉による制約を排除できるのであれば、13条と結びつける意義が問われよう」との疑問が示されている⁴⁵。第1の答えは、憲法13条に行政の適正手続を導く効果ないし意義を求めているからである⁴⁶。裁判官や多くの憲法学者が、憲法34条を刑事収容に関する刑事手続の規定にすぎないと解釈する現状（それゆえ、自由権規約委員会が恣意的とする⁴⁷、逃亡や犯罪等の危険といった特別な理由がなく入管収容し、その合理性・必要性・比例性について公開の法廷での審査の手続を欠く現状）にあって、行政収容に関する行政手続の規定でもあることを効果的に意義づける上で、憲法13条と結びつける必要がある。また、そもそも、憲法13条の定める「公共の福祉」については、多くの学説は、(内在・外在二元的制約説であれ、一元的内在制約説であれ、二重の基準論であれ)、経済的自由に関する憲法22条1項が「公共の福祉に反しない限り、居住、移転及び職業選択の自由を有する」と定め、憲法29条2項が「財産権の内容は、公共の福祉に適合するように、法律でこれを定める」と定めているのと同様の文字通りの「公共の福祉」による制約の意味を憲法13条にもたせておらず、自説の「比例原則」説も、同じである⁴⁸。憲法13条が生命・自由・幸福追求の権利については、「公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と定めているのは、「最大の尊重を必要とする」点に特徴があり、裏返せば、自由や権利についての国の規制は、公共の福祉の目的のために必要最小限の手段にとどまることになり、比例原則に基づく必要がある。そして、憲法13条は、比例原則の根拠規定であるとともに、行政の適正手続の根拠規定でもあり、行政に

45 斎藤、前掲、221-222頁。

46 第2の答えは、「おわりに」で述べるような「効果的な救済措置を受ける権利」の意義を憲法13条に求める議論も、今後は重要と思われるからである。(入管収容にかぎらず、強制入院も含む)恣意的に行政収容された人に対する「効果的な救済措置を受ける権利」の問題も重要である。

47 自由権規約委員会・一般的意見35(2014年)18段落。

48 近藤敦『人権法〔第2版〕』(日本評論社、2020年)74-78頁。

よる個人の自由や権利の制約は、(比例原則に則って、恣意的でない)適正な手続に基づくものでなければならないことを要請している。したがって、自由権規約9条所定の「恣意的に収容されない権利」は(ここでの恣意性の概念には、法律違反に限らず、合理性・必要性・比例性や適正手続の欠如などの要素も含まれるので⁴⁹)、日本国憲法上、(不法な収容からの自由の)「憲法34条と結びついた憲法13条」(の行政の適正手続)に基づくことになる。

なお、人権条約適合的解釈としての融合的保障論には、つぎのような批判も寄せられている。複数の条文を結びつける解釈手法が、ドイツ連邦憲法裁判所の判例にみられるとしても、『『結びついた』解釈のような基本権競合論がドイツにおいて展開される背景——憲法規定の構造や裁判所制度のあり方も含めた——を十分に検討する必要がある」という⁵⁰。そこで、次章では、ドイツ連邦憲法裁判所における融合的保障についてみる。あわせて、他の国の判例にも目を向けることで、融合的保障の解釈手法は、ドイツの憲法構造や憲法裁判所に特有の問題ではないことがわかる。

2 ドイツ連邦憲法裁判所などにおける融合的保障

従来、ドイツ連邦憲法裁判所が、複数の基本権を結びつけて解釈することを「基本権の競合(Grundrechtskonkurrenzen)と呼ぶことが多かった⁵¹。しかし、今日では、複数の基本権を結びつけることを「基本権の組

49 自由権規約委員会・一般的意見35(2014年)12段落。

50 斎藤、前掲、222-223頁。なお、本稿の校正の段階で、斎藤正彰「憲法の解釈基準としての条約：日本の憲法秩序と国際人権条約・補遺」北大法学論集74巻3号(2023年)383-402頁にも接した。そこでの批判や疑問に具体的に応える紙幅の余裕はないが、基本的な論点は概ね本稿で書いているものと思われる。1点補足しておく、「人権条約適合的解釈の4つの根拠」と日本での「アメリカと違い、人権条約適合的解釈が要請される3つの要因」の数字の違いは、「高水準の国内法令の優先適用」の根拠について、日米での違いがないことに起因する。

51 たとえば、Reinhold Hess, *Grundrechtskonkurrenzen: Zugleich Ein Beitrag Zur Normstruktur Der Freiheitsrechte* (Duncker & Humblot, 2000). 杉原周治「基本権競合論(1・2完)：意見表明の自由と芸術の自由の競合を素材とし

み合わせ (Grundrechtskombinationen)」と呼び、それは競合上の問題を超えている点が指摘されている⁵²。基本権を結びつける判決の中には、すでに保護されている別の基本権に照らして、既存の基本権を拡張し、「基本権の新たな保護領域 (日本では保障範囲という)」を創出する場合がある⁵³。組み合わせられた基本権の「相互の影響力」により「基本権の新たな保護領域」が生じる場合は、組み合わせの保護領域は、既知の基本権の競合理論の一部として解されるべきではない⁵⁴。したがって、競合上の問題、すなわち、ある行為が複数の基本権の保護領域と同時に重なる場合に、どの基本権を適用するかという問題にかぎらない。

とりわけ、複数の異なる基本権を結びつけることにより、新たな「不文」の「基本権」を創造する場合もある解釈手法であることに着目して、本稿では、「融合的保障」と呼ぶ。この名称に近い呼び名として、たとえば、「規範融合 (Normamalgamierungen)」⁵⁵、「ハイブリッド基本権 (Zwittergrundrechten) または総合基本権 (Synthesegrundrechten)」⁵⁶と呼ぶ場合もある。この文脈では、しばしば、関連する基本権の「融合 (Verschmelzung)」が語られ、「融合」という概念は、複数の基本権が不

て」『広島法学』 29 卷 3 号 (2006 年) 27-55 頁、29 卷 4 号 (2006 年) 129-158 頁、同「包括的基本権と個別基本権の競合—基本法 2 条 1 項の個別基本権に対する「受け皿的機能」、「保護補完機能」、「観念的競合」をめぐるドイツの判例・学説の展開—」『東京大学大学院情報学環紀要 情報学研究』 78 号 (2010 年) 19-78 頁。

- 52 Maïke Breckwoldt, *Grundrechtskombinationen* (Mohr Siebeck, 2015), p. 20.
 53 Carsten Bäcker, Wissenschaft als Amt. Das verfassungsrechtliche Hochschul-lehrerbeamtenrecht aus Art. 33 Abs. 5 GG i. V. m. Art. 5 Abs. 3 GG, *Archiv des öffentlichen Rechts* 135 (2010), pp. 106-107.
 54 Ino Augsberg and Steffen Augsberg, Kombinationsgrundrechte: Die Verkopplung von Grundrechtstatbeständen als Herausforderung für die Grundrechtsdogmatik, *Archiv des öffentlichen Rechts* 132 (2007), p. 542.
 55 Horst Dreier, Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG, in Horst Dreier (ed.), *Grundgesetz Kommentar* Vol. I, 3rd ed. (Mohr Siebeck, 2013), marginal number 156.
 56 Wolfgang Kahl, Neuere Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik: Von Modifikationen und Erosionen des grundrechtlichen Freiheitsparadigmas, *Archiv des öffentlichen Rechts* 131 (2006), p. 601.

可分の単位に統合され、個々の基本権の輪郭が多かれ少なかれはっきりしなくなることを示している⁵⁷。ただし、必ずしも、新たな「不文」の人権を導くだけでなく、既存の複数の人権規定を結びつけることにより、その権利保障を「強化」したり、権利保障の内容を「具体化」したりする場合なども含めて、本稿では（広義の）融合的保障と呼ぶ。

まず、連邦憲法裁判所は、1980年のエップラー事件において、州の党代表のエップラーがしていない表現を捏造されない権利を含む「一般的人格権」の根拠を「基本法1条1項と結びついた2条1項」から導いている⁵⁸。すなわち、「人間の尊厳」を定める基本法1条1項と結びついた「人格の自由な発展を求める権利」を定める基本法2条1項の「一般的行為自由」から「一般的人格権」という、伝統的な自由の具体的保障ではカバーしきれない不文の基本権を創設する。「基本法1条1項と結びついた」が意味するところは、この基本権の保護領域は、一般的行為自由だけでなく、不可侵の人間の尊厳の原則によって保護される人格の中核的領域をも包含する点にある⁵⁹。そして「至高の憲法原則である『人間の尊厳』（基本法1条1項）の意味において、より狭い人格的生活領域およびその基本的諸条件の維持を保障し…一般的人格権は…一般的行為自由よりも…より狭い人格領域を侵害する場合のみをカバーする」⁶⁰。基本法1条1項は、一般的人格権の内容と範囲を決定するために用いられ、基本権の制約を決する比例原則（特に狭義の比例性）において、基本法2条1項を「強化」する⁶¹。いわば、基本法2条1項が「人間の尊厳」と明示的に「結合」したことにより、一般的人格権は、一般的行為自由よりも「狭い」領域を保護し、その制限には一般的行為自由よりも「高い」要求を課され、より厳格な違

57 Breckwoldt, *op. cit.*, pp. 98-99.

58 BVerGE 54, 148 (1980), 153.

59 Paul Tiedemann, Vom inflationären Gebrauch der Menschenwürde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *Die Öffentliche Verwaltung* 62 (2009), p. 607.

60 BVerGE 54, 148 (1980), p. 153.

61 Breckwoldt, *op. cit.*, p. 75.

憲審査を必要とすることになる⁶²。その後、連邦憲法裁判所は、多くの事件で融合的保障の解釈手法を用いた、「不文」の人権としての「一般的人格権」の侵害を導いている。

なお、一般的人格権には「性的自己決定」、「性自認」、「性的指向の発見・認識」も含まれ、基本法 2 条 2 項が「身体を害されない権利」を定めているので、連邦憲法裁判所は、(旧) 性転換法の生殖不能要件と外観要件を違憲とした 2011 年の決定では、「基本法 1 条 1 項と結びついた 2 条 1 項および 2 項」の基本権侵害を認めている⁶³。また、(環境人格権的な) 航空機の騒音被害に対する国家の保護義務を基本法 1 条 1 項の「人間の尊厳と結びついた基本法 2 条 2 項」(の身体を害されない権利) などから導く連邦憲法裁判所の決定もある⁶⁴。

ついで、「不文」の人権の創設というよりも、既存の人権の結びつきによる権利保障の「強化」の例として、連邦憲法裁判所は、2002 年の屠殺判決において、動物保護法の規定を適用して、トルコ国籍の敬虔なムスリムの食肉業者が、イスラームの作法に則って放血前に気絶させないハラール屠殺を禁じることは、「基本法 4 条 1 項および 2 項と結びついた 2 条 1 項の基本権を侵害する」と判示した⁶⁵。(基本法 12 条 1 項の「職業の自由」は、「ドイツ人」の権利とされるものの) 基本法 2 条 1 項の「一般的行為自由」から外国人の一定の職業の自由が導かれる。本件では、「信仰の自由」および「宗教的活動の自由」を定める基本法 4 条 1 項および 2 項と結びついたムスリムの食肉業者の基本法 2 条 1 項の「職業の自由」の侵害が問題とされた。食肉業者のハラール屠殺は、職業活動であるが、内面の信仰に伴う行為なので、信仰の自由や宗教的活動の自由という特別な自由の内容に「強化」された「ムスリムの食肉業者の職業の自由」という新たに「具

62 押久保倫夫『『人間の尊厳』の規範結合—基本法 2 条 1 項の場合—』兵庫教育大学研究紀要 23 巻第 2 分冊 (2003 年) 51 頁。

63 BVerGE 128, 109 (2011), p. 123.

64 BVerfGE 56, 54 (1981), p. 63.

65 BVerGE 104, 337 (2002), p. 356.

体化」された保護対象が問題とされている。単なる職業の自由の場合よりも、信教の自由と結びつくことで、狭義の比例性の審査に影響を与えることになる⁶⁶。

いわば、複数の基本権を結びつけることによって、連邦憲法裁判所は、社会の変化に対応して、伝統的な基本権の隙間を埋めるべく、「不文の」基本権を創設したり、権利保障を「強化」したり、抽象的な基本権でありながらも、事案に即した保障内容の「具体化」を行ったりしている。

さらに、連邦憲法裁判所は、複数の基本権を結びつけるだけでなく、憲法上の原則規定と基本権を結びつける場合もある。たとえば、連邦憲法裁判所は、1973年の退去強制即時執行違憲決定において、テロ行為への支援が疑われたパレスティナの学生の退去強制の即時執行は、「法治国家原理および基本法 19 条 4 項と結びついた 2 条 1 項」に基づく基本権を侵害していると判示した⁶⁷。退去強制の即時執行では、法治国家原理に由来する 19 条 4 項（の公権力による権利侵害に対する実効的な権利救済）と結びついた 2 条 1 項（の人格の自由な発展としての外国人の滞在権）が侵害されることになる。連邦憲法裁判所は、保安拘禁に関する規定の遡及適用についても、信頼保護を含む（法治国家原理の）「基本法 20 条 3 項と結びついた 104 条 1 項 1 文および 2 条 2 項 2 文」（のともに人身の自由）を侵害するとした⁶⁸。

また、連邦憲法裁判所は、2010年のハルツ IV 判決では、基本法 20 条 1 項の社会国家規定と結びつけている。社会保障法典の給付水準の合憲性をめぐって、「人間の尊厳にふさわしい最低限度の生活の保障を求める基本権が、基本法 20 条 1 項と結びついた基本法 1 条 1 項から生じる」と判示した⁶⁹。生存権の明文規定をもたないドイツ基本法にあって、給付請求

66 Christoph Spielmann, *Die Verstärkungswirkung der Grundrechte*, *Juristische Schulung* (2004), p. 372.

67 BVerGE 35, 382 (1973), p. 399.

68 BVerGE 128, 326 (2011), p. 365.

69 BVerGE 125, 175 (2010), p. 222.

権としての「人間の尊厳にふさわしい最低限度の生活の保障を求める基本権」が創設された。そして連邦憲法裁判所は、この新たな「不文」の人権を用いて、庇護申請者給付法の給付額が、庇護申請者の「人間の尊厳にふさわしい最低限度の生活の保障を求める基本権」に照らし、違憲状態にあることを2012年の判決で確認した⁷⁰。

こうした複数の条文を結びつけて併せ読む解釈は、ドイツ連邦憲法裁判所以外でもみられる。たとえば、イギリス最高裁判所は、2004年のシビル・パートナーシップ法が、シビル・パートナーシップを結ぶことができるのは同性の2人だけとしていたことは、異性カップルがシビル・パートナーシップを結ぶことを妨げる限りにおいて、(家族生活を尊重する権利の)ヨーロッパ人権条約「8条と併せて考慮された14条」(の差別禁止)と両立しないと宣言している⁷¹。また、アイルランド最高裁判所は、(不文の)ジャーナリスト特権の領域は、(ヨーロッパ人権条約に整合的な解釈および同条約に整合的な国家の機能を定める)2003年のヨーロッパ人権条約法2条および3条によって国内で適用される(表現の自由の)ヨーロッパ人権条約10条に由来することは明らかであるが、(民主国家を規定する)憲法「5条と併せ読んだ40条6号1項」(の表現の自由)が、ほぼ同じ結果を導くものと考えられるという⁷²。さらに、スイスの連邦最高裁判所は、7歳のときにマケドニアから家族呼び寄せでスイスに移住し、義務教育期間を含む15年以上滞在する永住者の成人男性をヘロイン密輸の罪により、家族もおらず、言葉も十分にできない国籍国のマケドニアに追放することを導く(薬物売買での有罪判決は自動的に追放する)新たな憲法規定は、憲法5条(比例性・国際法の遵守などを含む法の支配の原則)、ヨーロッパ人権条約8条(の家族生活を尊重する権利)、憲法(36条と結びついた13条)(の比例原則に基づく基本権の制限と結びついた家族生活の権利)、

70 BVerGE 132, 134 (2012), p. 173.

71 UKSC, R (on the application of Steinfeld and Keidan) (Appellants) v Secretary of State for International Development (2018), para. 62.

72 IESCR, Mahon v. Keena, (2009), para. 38.

ヨーロッパ人権条約第7議定書1条（の追放に関する手続保障）、自由権規約13条（の恣意的な追放の禁止）・17条（の家族生活を尊重する権利）、子どもの権利条約3条（の子どもの最善の利益）に反するとした⁷³。スペインの憲法裁判所も、妊娠中絶について「人間の尊厳と人格の自由な発展（憲法10条1項）と結びついた身体的・精神的不可侵（憲法15条）の女性の基本的権利を尊重することは、女性が妊娠を継続するか否かについて、自律的に、いかなる強制もなしに、最も適切と考える決定を合理的に行うことができる自由の範囲を立法者が認めることを要請している」と判示した⁷⁴。イタリアの憲法裁判所も、破壊・略奪・虐殺に対し、情状酌量を認めない改正刑法規定は、具体的に犯した事実に対する刑罰の比例原則の基本的価値を侵害することになるので、（法の前の平等の）「憲法3条と結びついた憲法27条3項」（の刑罰の目的としての受刑者の再教育）に違反するとした⁷⁵。加えて、カナダの最高裁判所は、公共の安全に重大な脅威をもたらさないかぎり、精神障害を持つ被告人に裁判を受ける資格がないとする刑法の規定は、違憲であり、1982年憲法の（憲法の最高法規性の）「52条に基づく救済と結びついた24条1項」（の裁判所による権利の救済）に基づく将来的救済を認めることを妨げるものではないという⁷⁶。したがって、複数の条文を結びつけて併せ読む融合的保障の解釈手法は、憲法裁判所に限るものでもなければ、「人間の尊厳」を他の基本権よりも上位の価値と位置づけるドイツの憲法構造の特殊性に基づくものでもない。むしろ、ヨーロッパ諸国の裁判所の解釈手法は、つぎにみるヨーロッパ人権裁判所が複数の条文を結びつける解釈手法の影響を少なからず受ける傾向にあるものと思われる。

73 BGE 139 I 16 (2012), paras. 4.3.2-3.

74 STC 44 (2023), Chapter 3 D).

75 CC 94 (2023), Chapter 3 (Ritenuto in fatto).

76 SCC, R. v. Demers (2014) 2RCS, p. 492.

3 ヨーロッパ人権裁判所や自由権規約委員会などにおける融合的保障

ヨーロッパ人権裁判所の判例においては、複数の条文を結びつける解釈手法は珍しくない。まず、ヨーロッパ人権条約 14 条の差別禁止規定は、同条約およびその議定書の規定によって保護された「権利および自由の享受」との関係においてのみ効力を有するため、独立した存在ではない。14 条の適用は、必ずしもこれらの規定の違反を前提とするものではないが（この限りにおいて、14 条は自律的であるが）、問題となっている事実が条約の「権利および自由」の 1 つ以上の範囲に含まれない限り、その適用の余地はない⁷⁷。付随的な性質をもつ 14 条は、条約および議定書の他の実体的規定を補完するに過ぎない⁷⁸。したがって、他の規定「と結びついた (in conjunction with)」、「と併せて考慮された (taken in conjunction with)」または「と併せ読んだ (read in conjunction with)」などの形で 14 条は用いられる。たとえば、トルコ人に対するオーストリアの抛出制の失業保険給付の国籍差別を（財産権の）「第 1 議定書 1 条と結びついた 14 条」（の差別禁止）違反とした⁷⁹。また、間接差別についても、チェコの都市でロマの子どもの均衡を失する割合（人口比 2% なのに 56%）での特別支援学校への割り当ては、心理テストにおける多数者を想定したバイアスのためであり、（教育に対する権利の）「第 1 議定書 2 条と併せ読んだ 14 条」（の差別禁止）違反としている⁸⁰。カトリックからエホバの証人に改宗した母親が離婚後に子どもの親権を失うことは、宗教に基づく差別により家族生活の尊重を受ける権利の侵害にあたり、（差別禁止の）「14 条と

77 ECHR, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom* (1985), para. 71.

78 European Court of Human Rights, *Guide on Article 14 and Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention - Prohibition of Discrimination* (Council of Europe, 2020), p. 6.

79 ECHR, *Gaygusuz v. Austria* (1996), para. 52.

80 ECHR, *DH and Others v Czech Republic* (2008), para. 210.

併せて考慮された8条」(の家族生活の尊重を受ける権利)に違反する⁸¹。性的指向に関する考慮に基づいて同性愛の単身者に養子縁組を認めないことは、(私生活の尊重を受ける権利の)「8条と併せて考慮された14条」(の差別禁止)に違反する⁸²。私人により性的少数者のデモが襲撃されないように保護すべき(差別禁止の)「14条と結びついた3条」(の非人道的・品位を傷つける取扱い禁止)の国の積極的義務違反が判示されている⁸³。これらの場合は、私生活に重大な影響を与える警察による人種的プロファイリングも、(私生活の尊重を受ける権利の)「8条と結びついた14条」(の差別禁止)に反する⁸⁴。いわば、「性的指向に基づく差別禁止」、「ホモフォビア・トランスフォビアに基づく虐待禁止」や「人種的プロファイリングの禁止」のような「不文」の人権を融合的保障による発展的解釈から、今日、導いているとも解しうる。もっとも、多くの事例は、複数の権利を結びつけることで内容を「具体化」するものといえよう。

この点、13条の「効果的な救済措置を受ける権利」では、実効的な権利救済を「強化」する側面が顕著である。ヨーロッパ人権条約は、14条だけでなく、「この条約に定める権利及び自由を侵害された者は、公的資格で行動するものよりその侵害が行われた場合にも、国の機関の前において効果的な救済措置を受ける」と規定している13条も、条約または議定書の1つ以上の条文と組み合わせ、または照らし合わせてのみ適用することができる⁸⁵。たとえば、ヨーロッパ人権裁判所は、HIV陽性、重度の知的障害と診断されたロマの青年に対し、適切な法的支援を国が提供せず、死亡させたことへの独立した機関による審査を実施しなかったことは、(生命権の)「2条と併せて考慮された13条」(の効果的な救済措置を

81 ECHR, *Hoffmann v. Austria* (1993), para. 36.

82 ECHR, *E.B. v. France* (2008), para. 98.

83 ECHR, *Identoba and Others v. Georgia* (2015), para. 81.

84 ECHR, *Basu v Germany* (2023), para. 39.

85 European Court of Human Rights, *Guide on Article 13 of the Convention - Right to an effective remedy* (Council of Europe, 2024), p. 8.

受ける権利)を侵害するとした⁸⁶。2条の生命権や3条の拷問・非人道的な取扱い・品位を傷つける取扱い禁止のような基本的に重要な権利が危機に瀕している場合、相当な賠償金の支払いに加えて、申立人が調査手続への不服申立に効果的にアクセスできることを含め、13条は責任者の特定と処罰につながる徹底的かつ効果的な調査を要求する⁸⁷。また、アフガニスタンからギリシアを経てベルギーで難民申請をしたアフガニスタン国民がギリシアに移送された事例について、ヨーロッパ人権裁判所は、ギリシアが真剣に審査せず、効果的な救済措置へのアクセスなしに、申立人にとって危険のおそれのあるアフガニスタンに送還するおそれがあるとして(非人道的な取扱いの禁止の)「3条と併せて考慮された13条」(の効果的な救済措置を受ける権利)に反するとした⁸⁸。2条や3条違反のおそれのある退去強制に関しては、取り返しのつかない結果が生じる可能性を考慮すれば、退去強制の自動的な停止効、退去強制令の施行前に13条の国家機関が条約適合性を審査し、効果的な救済手段、通訳や法律扶助を利用できるように、当事者はその状況について適切な情報を提供されなければならない⁸⁹。いわば、退去強制に際しては「恣意的に生命を奪われない実効的権利救済権」や「非人道的な取扱いを受けない実効的権利救済権」とでも呼ぶべき人権が保障される必要がある。そしてこの実効的権利救済権は、適正な司法手続と適正な行政手続をともに含む適正手続とともに、賠償や補償を内包している。

また、ヨーロッパ人権裁判所は、息子の失踪についてトルコの当局が効果的な調査を行わなかったことを条約違反とする際に、5条の「身体のおよび安全の権利」と照らして、5条の要求する効果的な捜査を行う義

86 ECHR, Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania (2014), para. 153.

87 *Ibid.*, para. 149.

88 ECHR, M.S.S. v Belgium and Greece (2011), para. 396.

89 David Harris, Michael O'Boyle, Ed Bates, and Carla M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights 5th ed.* (Oxford University Press, 2023), p. 765.

務よりも、13条の「効果的な救済を受ける権利」の要求する義務は広範であり、賠償金の支払いに加えて、責任者の特定と処罰につながる徹底的かつ効果的な捜査、および親族による捜査手続への効果的なアクセスを含むという⁹⁰。ついで、ヨーロッパ人権裁判所は、賃貸不動産の返還請求を受けた所有者の申立てに対し、マルタの裁判所で憲法裁判所に提訴するまでに23年間も待たされ、一部の期間の賠償しか認めない憲法裁判所の判断も効果的な救済とならなかったことは、(財産権の)「第1議定書1条と結びついた13条」(の効果的な救済措置を受ける権利)に違反し、(公正な裁判を受ける権利の)「6条1項と結びついた13条」(の効果的な救済措置を受ける権利)に違反するとした⁹¹。さらに、ヨーロッパ人権裁判所は、12年以上も庇護申請者の申請が処理されず、私生活の権利を保護するための効果的かつ利用しやすい手続を確立するという条約上の積極的義務をギリシアが怠ったことは、(私生活を尊重する権利の)「8条と結びついた13条」(の効果的な救済措置を受ける権利)を侵害するとした⁹²。加えて、ヨーロッパ人権裁判所は、エホバの証人である両親の宗教的信条を理由に学校のパレードに参加することを拒否した生徒が1日停学処分を受けたことに関し、懲戒処分の違法性を行政裁判所に訴えることができず、民法上の損害賠償請求訴訟だけでは、効果的な救済措置が不十分であるとして、(教育を受ける権利および信教の自由の)「第1議定書2条および9条とともに考慮した13条」(の効果的な救済措置を受ける権利)違反を認定した⁹³。また、ヨーロッパ人権裁判所は、予定日前の集会の場所、時間、または実施方法を承認することをロシア当局が拒否したことについて、「合法性」の審査だけで、「必要性」と「比例性」の審査を含む強制執行可能な司法判断を得ることができるよう有効な救済手段を自由に利用することができなかったことは、(集会の自由の)「11条と結びついた13

90 ECHR, *Kurt v. Turkey* (1998), paras. 124, 140.

91 ECHR, *Marshall and Others v. Malta* (2020), paras. 81, 90.

92 ECHR, *B.A.C. v. Greece* (2016), paras. 45-46.

93 ECHR, *Valsamis v. Greece* (1996), paras. 48-49.

条」(の効果的な救済措置を受ける権利)を侵害するとした⁹⁴。以上、見てきたように、効果的な救済措置を受ける権利は、他の実体的な権利を手続的に保障する「実効的な権利救済」として、人権を確保するための重要な人権といえる。

また、ヨーロッパ人権裁判所は、差別禁止の14条と効果的な救済措置を受ける権利の13条以外にも、複数の人権規定を結びつける融合的保障を行っている。たとえば、ヨーロッパ人権裁判所は、クルディスタン労働者党を支持するデモに参加したことにより拘留された申立人が弁護人との「接見交通権」を制限されたことは、(弁護人を通じた防御の権利の)「6条3項1(c)と結びついた6条1項」(の公正な裁判を受ける権利)に反するとした⁹⁵。また、ヨーロッパ人権裁判所は、脱税の罪で起訴された英語があまり理解できない申立人に通訳が提供されなかったことは、(無料の通訳を受ける権利の)「6条3項(e)と併せて考慮された6条1項」(の公正な裁判を受ける権利)を侵害するとしている⁹⁶。

その他、ヨーロッパ人権裁判所以外でも、たとえば、米州人権裁判所は、母親の同性愛的な性的指向を理由に父親に親権を変更させたチリの最高裁判決は、米州人権条約(の差別禁止の)「1条1項と結びついた11条2項および17条1項」(の私生活・家族生活への恣意的な干渉の禁止および家族の保護)に反するという⁹⁷。また、ヨーロッパ司法裁判所でも、「当局は、子どもの最善の利益を考慮する義務を定めたEU基本権憲章24条2項と併せ読む必要がある同憲章7条の家族生活を尊重する権利を考慮しなければならない」というように⁹⁸、複数の条文を併せ読む融合的保障の解釈手法は珍しいわけではない。

ついで、自由権規約委員会をはじめ、国連の人権機関でも、複数の人権

94 ECHR, *Lashmankin and Others v. Russia* (2017), paras. 360-361.

95 ECHR, *Salduz v. Turkey* (2008), para. 63.

96 ECHR, *Cuscani v. the United Kingdom* (2002), para. 40

97 IACHR, *Atala Riffo and Daughters v. Chile* (2012), para. 178

98 CJEU, *Chavez-Vilchez and Others v Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank and Others* (2017), para 70.

規定を併せ読む融合的保障の条約解釈がしばしばみられる。まず、自由権規約委員会も、(ヨーロッパ人権条約 13 条の効果的な救済措置を受ける権利と同様に) 自由権規約 2 条 3 項の「効果的な救済措置を受ける権利」を他の実体的な権利と併せ読むことで権利の実効的救済を保障している。たとえば、自由権規約委員会は、アルパカやリヤマを飼育して生計を立てている先住民が、ペルー政府の大規模な井戸建設による地下水の枯渇のため、伝統的な生活様式が侵害され、検察官のミスなどにより裁判が開かれなかったことは、(民族的少数者の文化享有権の)「27 条と併せ読んだ 2 条 3 項 (a)」(の効果的な救済措置を受ける権利)を侵害するとした⁹⁹。また、自由権規約委員会は、ベラルーシの大統領選挙の候補者に必要な署名数に至らないとする中央選挙管理委員会の決定に異議を申し立てるための独立かつ公平な救済措置が存在しないことが、(効果的な救済措置を受ける権利の)「2 条と併せ読んだ 25 条 (b)」(の被選挙権)を侵害するとした¹⁰⁰。さらに、自由権規約委員会は、17 年前に逮捕され強制失踪した申立人の息子の失踪に関する徹底的かつ効果的な調査をしないアルジェリア政府が、生死不明で、無期限収容による苦痛を受け、逮捕の理由も不明で、法の保護を否定されている、息子の(生命権、非人道的な取扱いの禁止、身体的自由および法の前における人としての承認の)「6 条 1 項、7 条、9 条および 16 条と併せ読んだ 2 条 3 項」(の効果的な救済措置を受ける権利)を侵害し、申立人の(非人道的な取扱いの禁止の)「7 条と併せ読んだ 2 条 3 項」(の効果的な救済措置を受ける権利)を侵害するとした¹⁰¹。そして、自由権規約委員会は、イスラーム原理主義に反対したためスンニ派過激派グループに襲撃され、カナダに難民申請した夫婦を信憑性などを理由に不許可とし、(冒涇法で告発され、民間団体により暗殺される事件が報告されている)パキスタンに送還することは、(効果的な救済措置を受ける権利の)「2 条 3 項と併せ読んだ 6 条 1 項および 7 条」(の恣意的に生命を奪

99 HRC, *Poma Poma v. Peru* (2009), para. 7.8.

100 HRC, *Sinitsin v. Belarus* (2006), para. 7.3.

101 HRC, *Djebrouni v. Algeria* (2012), paras. 8.4-8.10.

われない権利および非人道的取扱い等の禁止)に反するとした¹⁰²。自由権規約委員会は、犯罪を理由に住んだことのないソマリアに送還し、カナダにいる母や姉妹との関係を回復不能なまでに断ち切ることは、(効果的な救済措置を受ける権利の)「2条3項と結びついた17条および23条」(の恣意的な家族生活への干渉禁止および家族の保護)違反であるとした¹⁰³。いわば、退去強制に際しては、2条3項との融合的保障により、「恣意的に生命を奪われない実効的権利救済権」、「非人道的な取扱いを受けない実効的権利救済権」および「家族生活への干渉を受けない実効的権利救済権」とでも呼ぶべき、「実効的権利救済」の「強化」された人権が保障される必要がある。

国際人権法上、「効果的な救済措置を受ける権利」には、実体的権利として、侵害前への原状回復(返還・釈放・出国・親子の再会・再審・再任・追放禁止など)、(金銭的・精神的)賠償・補償、(医学的・心理的・社会的)リハビリテーション、満足(事実検証・真実の開示・公式謝罪・公式記念式典・再発防止の保証・関連する法律や慣行の改廃・人権侵害者の訴追)などの救済を受ける権利があり、手続的権利として、不合理に短い出訴期間を設定されない権利、徹底的かつ効果的な調査を求める権利、情報を得る権利、救済を要求するために必要な法的支援やその他の支援を受ける権利などがある¹⁰⁴。

実は、第1章で日本における「融合的保障」を採用した東京高裁判決と同じチャーター便での難民申請者の送還を違法とした名古屋高裁判決では、「難民該当性に関する司法審査の機会を実質的に奪われないことについて法律上保護された利益を有すると解するのが相当であり、このように解することが、憲法の定める裁判を受ける権利及び適正手続の保障や各種

102 HRC, *Choudhary v. Canada* (2013), para. 10.

103 HRC, *Warsame v. Canada* (2011), para. 8.10.

104 自由権規約委員会・一般的意見31(2004年)15-18段落。Schabas, *op. cit.*, pp. 70-74. Claire Methven O'Brien, *Business and Human Rights: A handbook for legal practitioners*, (Council of Europe, 2018), p. 97.

人権条約の規定（自由権規約 2 条 3 項、14 条 1 項、難民条約 16 条）に適合するものというべきである」と判示している¹⁰⁵。ここでは、「効果的な救済措置を受ける」権利を定める「自由権規約 2 条 3 項」が明示されていることに着目すべきである。同判決は、違憲判断を回避しつつ、国家賠償法上の違法の根拠を「全ての者につき民事上の権利義務に関する争いについて独立した公平な裁判所による公開審理を受ける権利を保障した自由権規約 14 条 1 項」を何度も援用する形で違法性の中心的な根拠としている。しかし、厳密には、自由権規約委員会も一般的意見でいうように、自由権規約 14 条 1 項は「逃亡犯罪人引渡し手続、国外追放手続、および退去強制手続には適用されない」¹⁰⁶。そこで、難民認定手続に関する裁判では、自由権規約 2 条 3 項と併せ読んだ 7 条違反の「非人道的な取扱いを受けない実効的権利救済権」の論点を中心とする方が自由権規約委員会の見解に近いといえる¹⁰⁷。効果的な救済措置を受ける権利としては、追放禁止の実体的権利が保障されていないだけでなく、不合理に短い出訴期間を設定されない権利、通訳や法律扶助の法的支援とそれらの適切な情報を得る手続的権利も保障されていない問題がある。

なお、自由権規約委員会も、2 条 1 項の差別禁止規定と他の権利とを結びつけて保障する。たとえば、自由権委員会は、オーストラリアのタスマニア州が同性間の性交渉を処罰することが、（差別禁止の）「2 条 1 項と結びついた (juncto) 17 条 1 項」(の私生活の尊重を受ける権利)を侵害するとした¹⁰⁸。ここでは、不文の「性的指向」の差別に基づくプライバシー侵害の問題に適切に対処している。また、自由権規約委員会は、客観的基準に基づくことなく、公用語の習熟度が不十分であることを理由に地方被選挙権を認めないことは、(言語を含む差別禁止の)「2 条と結びついた

105 名古屋高判 2021 (令和 3) 年 1 月 13 日判タ 1488 号 128 頁。

106 自由権規約委員会・一般的意見 32 (2007 年) 17 段落。

107 詳しくは、近藤、前掲、2023 年、228-230 頁。

108 HRC, *Toonen v. Australia* (1994), para. 9.

25条」(の被選挙権)を侵害するとしている¹⁰⁹。自由権規約委員会は、母親の監護下にある子どもと面会する別居中の父親の権利が保障されないことが、(差別禁止および必要な措置をとる義務の)「2条1項および2項と結びついた17条」(の家族生活の尊重を受ける権利)違反としている¹¹⁰。

さらに、自由権規約委員会は、2条3項の効果的な救済措置の権利や2条1項の差別禁止以外の規定についても、複数の人権規定を結びつけた融合的保障を行っている。たとえば、2015年に内戦を逃れ、ギリシアに渡り、不法入国で逮捕され、庇護申請をした未成年のシリア国民が、数日間の抑留後、仮放免され、4カ月間自費でホステル暮らしをした後に、ホームレスとなり、ギリシア当局の支援を得ることができずに、2カ月間も路上と公園で生活をしていた後に、デンマークに移り、庇護申請したが、ギリシアが最初の庇護国だという理由で拒否され、ギリシアに送還することは、ホームレスの状態に置く「品位を傷つける取扱い」、路上で排外主義的な暴力にあう「非人道的な取扱い」の危険があり、「未成年者の保護の特別な措置を受ける権利」を侵害するとして、「単独で読んでも、互いを併せ読んでも (read alone and in conjunction with each other) 7条および24条の」違反に当たるとした¹¹¹。複数の規定を併せ読むのは、本件のように、未成年者の場合は「非人道的な・品位を傷つけられる」危険がより大きいことを意識しているからである。たとえるならば、単独の差別事由よりも、複合差別の方が深刻な場合があるゆえに、「交差性」に着目するように、融合的保障も複数の権利の交差性に着目して侵害の深刻さを意識づけ、権利保障を「強化」する効果を持ちうるのである。また、自由権規約委員会は、裁判官の罷免手続が不合理かつ恣意的な場合、(司法の独立の)「14条1項と結びついた25条(c)」(公務就任権)を侵害するとした¹¹²。

109 HRC, *Ignatane v. Latvia* (2001), para. 7.5.

110 HRC, *Patera v. Czech Republic* (2002), para. 7.4.

111 HRC, *O.Y.K.A. v. Denmark* (2017), para. 8.12.

112 HRC, *Bandaranayake v. Sri Lanka* (2008), para. 7.3.

人権の融合的保障：「実効的権利救済」のための憲法解釈の新たな可能性

その他、自由権規約委員会以外でも、たとえば、子どもの権利委員会は、非正規滞在の子どもの小学校への入学を認めないことが、子どもの権利条約上、(教育を受ける権利の)「28条と併せ読んだ2条」(の差別禁止)に反し、(教育を受ける権利の)「28条と併せ読んだ3条1項」(の子どもの最善の利益)に反するとした¹¹³。また、障害者権利委員会は、強制的に精神治療が命じられた男性への自殺を決意させるほどの苦痛を与えた強制的な薬物投与は、障害者権利条約上、(健康への権利の)「25条と併せ読んだ17条」(の人格の不可侵の権利)の侵害としている¹¹⁴。さらに、女性差別撤廃委員会は、ブルガリアの法律が性的暴力の被害者に対し精神的損害賠償を含む効果的な賠償制度を提供せず、法律扶助制度がないことが、女性差別撤廃条約上、(効果的な保護の確保および女性差別撤廃の適当な措置の)「2条(c)および(e)と結びついた15条1項」(の男女平等)に反するとしている¹¹⁵。

おわりに：「実効的権利救済」のための体系解釈としての融合的保障の可能性

人権は、人の権利であり、本来、不可分一体のものである。人権の個々の側面に着目して個別の人権条項に分けて定める憲法や人権条約にあっても、個別の人権条項は、相互に関わり合い、補強し合っている。こうした人権の不可分性、相互依存性を考慮し、人権の普遍性をも考えると、人権条約上の人権でありながら、日本国憲法上は不文の人権について、体系解釈上、関連する憲法規定を組み合わせる融合的保障という解釈手法を用いることは重要と思われる。

本稿において、日本における融合的保障類似の判例と学説をみることで、とりわけ、2021年の東京高裁の確定判決が、憲法31条と結びついた憲法13条の融合的保障の解釈手法を用いていることを確認した。また、ドイツ連邦憲法裁判所における融合的保障について考察する中で、融合的保

113 CRC, H.M. v. Spain (2021), paras. 12.8-9.

114 CRPD, S.M. v. Denmark (2023), para. 9.4.

115 CEDAW, S. V. P. v. Bulgaria (2012), para. 9.11.

障には、「不文」の権利を創設する側面と、権利保障を「強化」する側面があり、権利保障の内容を「具体化」する側面もあることを確認した。さらに、ヨーロッパ人権裁判所や自由権規約委員会などにおける融合的保障をみる中で、とりわけ「効果的な救済措置を受ける権利」という日本国憲法上の「不文」の人権との融合的保障により「実効的権利救済」を「強化」することの重要性も確認できた。

もともと、世界人権宣言 8 条は、「すべて人は、憲法または法律によって与えられた基本的権利を侵害する行為に対し、権限を有する国内裁判所による効果的な救済を受ける権利を有する」とあり、裁判所による効果的な司法的救済を定めていた。その後、自由権規約 2 条 3 項は、その内容を強化・拡大し、「(a) この規約において認められる権利または自由を侵害された者が、公的資格で行動する者によりその侵害が行われた場合にも、効果的な救済措置を受けることを確保すること。(b) 救済措置を求める者の権利が権限のある司法上、行政上もしくは立法上の機関または国の法制で定める他の権限のある機関によって決定されることを確保すること、および司法上の救済措置の可能性を発展させること。(c) 救済措置が与えられる場合に権限のある機関によって執行されることを確保すること」を締約国の約束とした。したがって、自由権規約 2 条 3 項の「効果的な救済措置を受ける権利」は、裁判所による司法的救済にかぎらず、行政機関や立法機関による救済の場合も含まれる¹¹⁶。

人権条約適合的解釈上、日本国憲法において、この「効果的な救済措置を受ける権利」の根拠条文を考える場合、まず、憲法 13 条の生命・自由・

116 Schabas, *op. cit.*, p. 74. なお、効果的な救済を受ける権利は、自由権規約以外にも、人種差別撤廃条約 6 条において、「締約国は、自国の管轄の下にあるすべての者に対し、権限のある自国の裁判所及び他の国家機関を通じて、この条約に反して人権および基本的自由を侵害するあらゆる人種差別の行為に対する効果的な保護および救済措置を確保し、ならびにその差別の結果として被ったあらゆる損害に対し、公正かつ適正な賠償または救済を当該裁判所に求める権利を確保する」と定めている。また、拷問等禁止条約 14 条および子どもの権利条約 39 条も、効果的な救済を受ける権利を定めている。

幸福追求に対する「権利については、…立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と定めていることが想起される必要がある¹¹⁷。国政の上で「権利」の「最大の尊重を必要とする」とあるのは、最大限の「効果的な救済措置」を尽くす国家の義務に対応した、個人の「効果的な救済措置を受ける権利」を含むものと解しうる。たとえば、憲法「36条と結びついた13条」から、「拷問、残虐な・非人道的な・品位を傷つける取扱いを受けない権利」の「効果的な救済措置を受ける権利」を厳密には導いていることで、「生命・自由」の危険のおそれのある国への退去強制を禁止する難民申請者の「実効的権利救済」が可能となる。この点、2021年の名古屋高裁の確定判決が「難民該当性に関する司法審査の機会を実質的に奪われないことについて法律上保護された利益」を憲法や人権条約との適合的解釈から導く中で、「自由権規約2条3項」を明示していることは、「効果的な救済措置を受ける権利」の侵害の問題でもあることを少なからず自覚しているものと思われる。異議申立棄却決定の告知後、実質的には1日しか難民該当性に関する司法審査の機会を与えないような行政手続は、形式的には裁判を受ける権利を否定していないとしても、「効果的な救済措置を受ける権利」を侵害する。憲法「32条と結びついた13条」が「裁判を受ける権利」の「効果的な救済措置を受ける権利」を保障することにより、裁判を受ける権利の「実効的権利救済」の一層の確保に寄与するものと思われる。たしかに、判決後、2021年6月に「送還予定時期は、採決告知から2か月以上後にすることを原則とする」と裁判で問題とされた出訴期間の確保のために、これまでの入管実務を見直す通知が出された¹¹⁸。その後、2024年6月10日の執行要領では、「被退去強制者の裁判を受ける権利に配慮し、送還予定時期説明の日から、1カ月以降とすること」と定められている。しかし、出訴期間の確保だけでなく、「裁判を受ける権利」の「効果的な救済措置を受ける権利」として、難民該当性に関

117 個別には、賠償は憲法17条の国家賠償請求権がカバーする点などもある。

118 出入国在留管理庁出入国管理部長「送還実施に当たっての留意事項について（指示）」入管庁警第82号（2021（令和3）年6月17日）。

する司法審査の場合は、通訳や法律扶助の利用とそれらの適切な情報提供も必要である。こうした効果的な救済措置の基礎条件を欠く問題は、今なお未解決である。

従来、日本では、「実効的権利救済」は、憲法 32 条の「裁判を受ける権利」の解釈を中心に発展してきた¹¹⁹。今後、(権利救済を求める者が実際に権利救済の機会を失わないことを意味する)「実効的権利救済」のさらなる進展のためには、体系解釈上、憲法 13 条と各種の人権規定を結びつける融合的保障により、「効果的な救済措置を受ける権利」と結びついた(各種の人権の)「実効的権利救済権」をめぐる学説や判例の展開も望まれる。とりわけ、自由権規約 2 条 3 項に定める「効果的な救済措置を受ける権利」についての明文規定を欠く日本国憲法においては、同趣の人権をどのように体系解釈上導くのかは、日本の人権保障の発展においては重要な課題である。

たとえば、2024 年の最高裁の旧優性保護法違憲判決¹²⁰は、いまだ不十分であり、今後は、(国家賠償請求権の)「憲法 17 条と結びついた憲法 13 条」(の効果的な救済措置を受ける権利)の侵害として、国の賠償を認めるだけでなく、(名誉を毀損された被害者への)公式の謝罪を命じ、(個人のプライバシーに配慮した上で)真実の究明のための徹底的かつ効果的な調査の責任を国に認めることが可能な判例形成が望まれる。また、国家賠償と損失補償のいずれによっても救済が困難な「国家補償の谷間」と呼ばれる問題においても、国家の活動により個人の損害が発生している場合、財産権に限らず、生命・身体の自由についても国政上、最大の尊重を必要とすべく、(損失補償請求権の)「憲法 29 条 3 項と結びついた憲法 13 条」(の効果的な救済措置を受ける権利)の侵害として、国家補償を求めることも有益であろう。加えて、戦後補償の事件のように¹²¹、生命、身体、自

119 笹田栄司『実効的基本権保障論』(信山社、1993 年)153-343 頁、同『司法の変容と憲法』(有斐閣、2008 年)125-343 頁。

120 最大判 2024 (令和 6) 年 7 月 3 日裁判所ウェブサイト。

121 最判 2004 (平成 16) 年 11 月 29 日判時 1879 号 58 頁。

由、性的自由を奪われながら、被害者が効果的な救済措置を受けることができない問題の解決のためにも、憲法施行後も継続している侵害に対する実効的権利救済の道が憲法 13 条との融合的保障のうちに開拓されるべきである。効果的な救済措置を受ける権利は、裁判所による救済だけでなく、立法府や行政府による救済も含んでおり、自由権規約委員会は、2 条の効果的救済措置を受ける権利などに基づいて、日本政府に対し、国内人権機関の設立、包括的な差別禁止法の制定、同性婚を含む同性カップルの権利保障、「慰安婦」に対する人権侵害の被害者への完全な賠償などを勧告している¹²²。さらには、今日、国の人権侵害だけでなく、国連の「ビジネスと人権に関する指導原則」1にあるように、「国家は、自国の領域内および／または管轄内において生じた企業を含む第三者による人権侵害…を予防、調査、処罰、救済するための適切な手段をとらなければならない」。そして、同指導原則 25にあるように、「国家は、…効果的な救済へのアクセスを確実にするための適切な措置をとらなければならない」¹²³。そこで、企業の人権侵害に対する分野でも、「効果的な救済措置を受ける権利」の議論が必要であろう。いずれにせよ、今後、「実効的権利救済」を促進し、日本国憲法上、不文の（他の人権条項と結びつく形で主張される）「効果的な救済措置を受ける権利」を導く上でも、人権条約適合的解釈としての融合的保障の解釈手法を発展させることの意義は大きいものと思われる。

122 自由権規約委員会・第 7 回日本定期報告審査に係る総括所見（2022 年）7・9・11・29 段落。

123 国連人権理事会「ビジネスと人権に関する指導原則：国連『保護、尊重及び救済』枠組みの実施」（2011 年）。