

ヨーロッパ人権条約による積極的義務

ディートリッヒ・ムルスヴィーク*

永田秀樹**

I. 自由権と積極的義務

自由権は、最重要のものだけを拾い上げるならば、生命、自由、財産という個別法益の完全性を保護する。自由権は国家の介入に対してこれらの法益を保護する。すなわち、国家は保護法益を尊重することを義務づけられ、逆に各人はそれに対応する防御請求権を有することになる。自由権が第三者による介入に対する保護をも義務づけるかどうかについては国によって判断が異なる。一方で、アメリカ合衆国のように、基本権をもっぱら国家に向けられた防御権だと理解する国がある。他方で、ドイツのように、自由権から保護義務も導き出す国がある。そこでは、国家は基本権の保護法益を第三者による侵害からも保護することが義務づけられている。

この理解では、保護義務と防御権は、同じ基本権について2つの異なる機能を表している。通説的理解では、この2つの機能の本質的な相違は、防御権は国家に対して保護法益の「尊重」すなわち介入の**不作為**を義務づけるというところにあるとされている。これに対して保護義務は能動的な作為を義務づけるとされている。不作為義務は「消極的」義務と称され、作為義務は「積極的」義務と称される。実際、つとにゲオルク・イエリネクは、自由権によって保障される地位を消極的地位 *status negativus* と称し、国家の給付を求める権利を積極的地位 *status positivus* として根拠づけていた。この理解では第三者による介入に対する保護は、国家による積極的給付ということになる。しかも、積極的給付請求を自由権から導き出せる条件は、国家の介入に対する不作為請求の場合よりも厳しかった。

基本権思想の発展によりヨーロッパでは、ヨーロッパ人権裁判所の判例の重要性が増している。ヨーロッパ人権条約は、46の国家に対して拘束力を有している。ストラスブールのヨーロッパ人権裁判所の判例からヨーロッパの基本権理解の広範な均一化をもたらすような統一的な効果が生まれている。そこで、ヨーロッパ人権条約の人権及び基本権がヨーロッパ人権裁判所によってどのように理解されているか、国家の介入に対する防御権としてのみ理解されているか、それとも第三者による介入に対する保護義務としても理解されているか、「消極的な」不作為義務と

編集部注* フライブルク大学教授

** 関西学院大学大学院司法研究科教授 本稿は、2008年3月31日開催の法学研究所第72回特別研究会における報告原稿を翻訳したものである。

してだけ理解されているか、それとも「積極的な」作為義務としても理解されているかという問題を検討してみたい。

以下では、ヨーロッパ人権裁判所の判例のうちのいくつかを紹介し、事例群を分類し、そこからつぎに、積極的義務の内容上の射程と裁判所による審査密度について論じていきたい。

しかし、その前に、用語とテーマの限定について述べる。保護義務という概念は、ヨーロッパ人権裁判所では使われない。ヨーロッパ人権裁判所は、「積極的義務」(positive obligations)という言葉を使う。この概念は、多くの著者によって保護義務と同義とされている¹⁾。しかし、これは適切でない。「積極的義務」の概念のほうが範囲が広い。それは、保護義務すなわち第三者の介入からの保護義務を意味する場合もあるが、第三者の介入からの保護とは関係ないことを意味する場合もある。

ヨーロッパ人権条約の中には、積極的義務を明文で規定している規範がある。たとえば、裁判所の公判の言語を理解したり話さない被告人が無償で通訳の補助を受ける権利(ヨーロッパ人権条約6条3項e号)である。公開でかつ適切な時期に審理を行う独立した裁判所における公正な手続を求める権利(ヨーロッパ人権条約6条1項1段)、あるいは被告人が可能な限り早く、理解できる言語で、科せられる刑罰の種類と理由を知らされる権利(6条3項a号)などの手続的保障も、当事国に対する積極的義務として規範化している。なぜならば、これらの義務は、不作為によっては実現できないからである。すなわち、国家は、手続と制度を積極的作為によって用意したり、積極的作為によって情報を提供しなければならない。

このような明文で規定されている作為義務は、私の講演の対象ではない。私のテーマは、自由権として規定されているヨーロッパ人権条約の規範から積極的義務とりわけ保護義務が引き出されるかどうかという問題だけである。

II. 裁判例

この問題についてヨーロッパ人権裁判所EGMRは、広範な判例において再三再四肯定してきた。もちろん、その判例は非常に決疑論的なので(場当たりの事例ごとに判断が異なるので)そのうちに明確な体系を見て取ることは困難である。裁判所自身は、積極的な義務の一般的な理論や教義学を展開することを自己の任務とみなしていないことを強調している。むしろ、条約の具体的な規定の解釈が問題であると考えている²⁾。

それでは、この解釈のなかからいくつかの事例を見てみよう。

1) たとえば *Albert Bleckmann*, Die Entwicklung staatlicher Schutzpflichten aus den Freiheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: FS Bernhardt, 1995, S. 309 (315 ff.); *Kerstin Blau*, Neuere Entwicklungen in der Schutzpflichtdogmatik des EGMR am Beispiel des Falles „Vo/Frankreich“, ZEuS 2005, S. 397 (398 ff.) 参照。

2) EGMR, 21.6.1988, Plattform „Ärzte für das Leben“ v. Austria, Serie A 139, § 31; ドイツ語では EuGRZ 1989, S. 522.

1. ヨーロッパ人権条約8条は、なかんずく私生活および家族生活の尊重を求める権利を保障している。マルクス事件³⁾*において、ベルギーの家族法が問題となった。ベルギーの家族法によれば、婚外子は、母による正式の認知の後にはじめて母との親子関係が認められることになっていた。裁判所の見解によれば、この規則はヨーロッパ人権条約8条に違反する。その根拠として、裁判所は、この条項の本質的な目的は公権力による恣意的な介入から各人を保護することにあるが、しかし、それは、国家がこのような作為を行うことを禁じることに限定されないという。この消極的義務に加えて、家族生活の実際の「尊重」に内在する積極的な義務もある。したがって、国家は、家族法が、当事者が正常な家族生活を営むことができるように規定しなければならない。その中には、子は出生によって家族の一員とならなければならないということが含まれる。

2. ベルギー言語事件においても、国家の積極的義務が肯定された。その事件では、義務教育の子どもをもつ両親が、ベルギーのある地域においては、フランス語での授業が提供されていないことを訴えたものであった。ベルギーでは、2つの国民のグループが昔から定住している。[オランダ語系の]フラマン人とフランス語系のヴァロン人である。したがって、その子どもたちは、すべての地域において母語で授業を受けられるわけではなかった。ヨーロッパ人権裁判所は、ここに、条約の附属第1議定書2条違反をみてとった。そこには、「何人も教育を受ける権利を妨げられない」とあるだけである。それは典型的な防御権である。しかし、ヨーロッパ人権裁判所は、教育を受ける権利は、対応する授業の提供に対する積極的な請求権が存在しないのであれば、全くの空文句になろうと論じた⁴⁾。

3. ヨーロッパ人権条約11条は、集会の自由を保障している。「生命を守る医者」キャンペーン事件では、デモの主催者が、デモに反対する者たちの暴力的な侵入に対して警察が十分保護しなかったということを訴えた。ヨーロッパ人権裁判所は、次のように論じた。もし、デモの参加者が反対者の物理的暴力にさらされることを恐れざるをえなかったのであれば、論争的な問題について自らの意見を自由かつおおびらに表明することに萎縮するであろう。民主制においては、対抗デモを行う権利は、デモの権利行使を無に帰せしめるところまで遂行することはできない。したがって、平和的に集会する実効的な自由は、介入してはならないという国家の義務に引き下げてはならない。単なる消極的な概念は、11条の対象、目的と適合しない。11条は、ときとして積極的な措置をとること、必要な場合には私人間の関係領域においてさえそうすることを要請するという⁵⁾。

4. ヨーロッパ人権裁判所は、いろいろな事件において、環境破壊に対する保護義務の根拠と

3) EGMR, 13.6.1979, *Marckx v. Belgium*, Serie A 31, § 31; ドイツ語では EuGRZ 1979, S. 454 (455); これについて *Murswiek*, JuS 1980, S. 219 f.

訳者注* マルクス事件以下ここでとりあげられている事件の大半は戸波江二ほか『ヨーロッパ人権裁判所の判例』（信山社、2008年）に日本語での判例解説が載っている。

4) EGMR, 23.7.1968, *Belgischer Sprachenfall*, Serie A 6, I B 3 ff.; ドイツ語では EuGRZ 1975, S. 298.

5) EGMR, 21.6.1988, *Fall Plattform „Ärzte für das Leben“*, Serie A 139, § 32, EGMR, 26.3.1985, *X and Y v. the Netherlands*, Nr. 8978/80, § 23も参照。

して人権条約8条を援用した。条約は、健康の権利、身体不可侵の権利、あるいは健全な環境状態の権利を明文で規定していない。しかしながら、騒音と大気汚染とりわけ健康被害を与える排気ガスや限度を超える悪臭は、住居において正常な私生活、家族生活を営む各人の自由を侵害する。リーディングケースとしては、**ロペス・オストラ**事件⁶⁾がある。訴えを起こした女性が家族と住んでいた家の隣に、民間の会社がなめし革製造廃棄物処理施設を設置し営業を始めた。この施設は、健康に有害な環境汚染を引き起こした。ヨーロッパ人権裁判所は、8条違反を認定した。その際、次の問題については明らかにしなかった。すなわち、この施設が市の土地を借りてしかも公的な補助金によって設置されたという点で国家による介入があったとみなすのか、それとも8条は、この事件では、私法上の権利主体から生じる侵害に対して、積極的な保護義務という観点から適用されえたのかどうかという問題である。ヒースロー空港での夜間の離発着による騒音被害が問題となった事件では、ヨーロッパ人権裁判所は、空港が国家によって運営されてもいないし監督されてもいないことを確認した後に8条違反を肯定した。国家は、8条から生じる積極的義務に違反したと述べた⁷⁾。

5. ヨーロッパ人権条約8条は、私生活をとくに私的領域、すなわち他者に邪魔されず、他者からのぞき見されないでいることができるという観点から保護する。**キャロライン**事件では、ドイツ国が断罪されたがその理由は、連邦憲法裁判所を含むドイツの裁判所が訴願提起者であるハノーバー家のキャロライン王女に対して、カメラマンが立ち入りできなかった私的なプールにいる写真が公開されないようにする保護を与えなかったというものであった。この判決で裁判所は、8条は官庁による介入から保護することすなわち恣意的な介入をしないという消極的な義務に加えて、私人間の関係における私的領域の尊重に関する積極的な義務もあるという見解を述べた⁸⁾。

6. ヨーロッパ人権条約2条で保護されている生命への権利についてもヨーロッパ人権裁判所は、第三者の介入に対する国家の積極的保護義務を肯定した。**ヴォー**事件では胎児の過失致死が問題となった。ヴォーさんという女性がフランスの病院で定期検査のために入院していた。医者が彼女に対して妊娠中絶を実施したが、それは本来、同じ病院にいた別のヴォーさんに実施すべきものであった。ヴォーさんは、医者が処罰されなかったことに対して訴えた。フランスの裁判所の判例によれば、妊娠第24週前の胎児の過失致死はいずれにしても処罰されないことになっていた。ヨーロッパ人権裁判所は、国家は、ヨーロッパ人権条約2条に基づいて、生命に対する権

6) EGMR, 23.11.1994, *López Ostra v. Spain*, Serie A 303-C, §§ 51 ff.; ドイツ語では EuGRZ 1995, S. 530.

7) EGMR, 2.10.2001, *Hatton et al. v. U.K.*, §§ 95-107. ヨーロッパ人権裁判所の大法廷は、それと異なる結論に至ったが、しかし、審査基準に関しては国家の介入の観点から分析しようと国家の積極的義務の観点から分析しようと本質的な違いは生じないことを確認したため、国家の介入があったのかどうかについては明らかにならなかった。

EGMR, 8.7.2003 (GK), *Hatton et al. V. UK*, Reports of Judgements and Decisions (RJD) 2003-VIII, §§ 98, 119, ドイツ語では EuGRZ 2005, S. 584.

8) EGMR, 24.6.2004 (Final 24.9.2004), *von Hannover v. Germany*, Nr. 59320/00, § 57; ドイツ語では NJW 2004, S. 2647.

利に関して、消極的な義務を有するだけでなく、積極的に生命の保護を実現しなければならないことを認めた⁹⁾。そのためには、場合によっては、刑法上の制裁も必要である。ただし、医者の過失の場合には、保護義務の実現のために民事法上の請求や懲戒的な措置で十分な場合もあろう¹⁰⁾。別の事件で（それはヨーロッパ人権条約8条に関するものであったが）裁判所は、当事国の法が精神的障害者に対する性的な侵害に対して実効的な刑罰を認めなかったことを理由に、条約違反を認めた¹¹⁾。

7. 一連の判決で、ヨーロッパ人権裁判所は、ヨーロッパ人権条約2条から積極的な調査、文書報告義務を引き出した。たとえば、人が、国家の保安部隊によって殺されたならば、殺害の状況が独立の調査によって解明され、文書で報告されなければならない¹²⁾。そうしてのみ、殺害に正当な理由があったかどうかを確認できる。「失踪」が関係する複数の事件で、トルコは、国家が雇用した人の行為が原因でこれらの人たちが殺されたということは証明されなかったにもかかわらず、ヨーロッパ人権裁判所によって2条違反すなわち生命に対する権利侵害で責任があると判断された。——失踪者がそもそも死んだということは一度も確認されなかったのである。しかしながら、トルコは、失踪の実効的な解明を行い、事件について独立しかつ包括的で徹底的な調査を可能にし、ならびに実効的な法的保護の可能性を提供するという、2条から導かれる積極的義務に違反した。この判決によれば、この積極的な手続義務を尊重しなかったことが2条違反ということになる¹³⁾。

8. 次の事例群は、再び8条違反に関するものである。外国籍のある家族の一員が国内で生活していて、他の一員が入国することを国家が拒否した場合に、国家は家族生活尊重の権利を侵害するかどうかという問題である。ヨーロッパ人権裁判所は、この関連でも、8条から積極的義務が生じることを指摘する。この場合は、8条で保障されている家族生活を入国の認容により実現する義務である。ただし、裁判所はこの場合抑制的である。判例によれば、もしも、家族が祖国でも一緒に暮らせるのであれば8条違反にはならない¹⁴⁾。

9. 最後の例として、特殊な事件を紹介したい。**ヤング・ジェームズ・ウェブスター**事件である。裁判所はここで「保護義務」という言葉も「積極的義務」という概念も口にしていないが、

9) EGMR, 8.7.2004 (GK), *Vo v. France*, Nr. 53924/00, § 88.

10) 同 § 90. これにより、裁判所はヨーロッパ人権条約2条違反はなかったとみなした。胎児がそもそも2条の保護を受けるかどうかという問題について明らかにしなかった。故意の殺人に対する生命の保護のために刑法による威嚇が必要なことについては、ヨーロッパ人権裁判所は、オスマン対英国事件28.10.1998, RJD 1998-VIII, § 115で確認している。

11) EGMR, 26.3.1985, *X and Y v. the Netherlands*, Nr. 8978/80, §§ 23 ff.; これについて *Murswiek*, JuS 1985, S. 905 f.

12) EGMR, 19.2.1998, *Kaya v. Turkey*, RJD 1998-I, §§ 86 ff., m. Hinw. auf EGMR, 27.9.1995, *McCann and Others v. U.K.*, Serie A 324, § 161.

13) *Blau* 注(1)のFn. 58-62にも示されている。

14) EGMR, 28.5.1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali v. U.K.*, Serie A 94, § 67; EGMR, 19.2.1996, *Gül v. Switzerland*, RJD 1996-I, §§ 38 ff.

私は保護義務に関する指導的判決だと考える。訴えを提起した人は、イギリスの鉄道に勤めていた。イギリスの鉄道は、3つの鉄道労組とクローズドショップ協定を結んでいた。それによれば、そのうちの1つの労組に加入することがイギリス鉄道に雇用されるための条件であった。訴願提起者は、ある組合に加入することを拒否したために解雇された。解雇通告がなされる前に、従業員を「不当な(unfair)」解雇から守る法律が、クローズドショップ協定が存在する場合は、労働組合に加入することを拒否する従業員を解雇することは「正当」とであるとみなすというように改正された。ヨーロッパ人権裁判所は、結社の自由(ヨーロッパ人権条約11条)侵害を認定した。イギリス鉄道が国営企業だからということではなく、国家は、その法秩序が解雇を認めたことにより、結社の自由違反に対して責任があるという理由であった¹⁵⁾。

Ⅲ. 積極的義務の事例の分類

1. 保護義務と他の積極的義務

このように判例を眺めてみると、ヨーロッパ人権裁判所が「積極的義務」があると考えている問題領域および自由権のスペクトルがいかに広いかが分かる。たしかに裁判所は、積極的義務の効力を一般的な原理として要請しているのではなく、常に個別の自由権から引き出している。しかし、積極的義務の効力が拒否される自由権というものも存在しない。その問題が重要となっているすべての事件において、裁判所は、当該自由権は国家の恣意的な介入を差し控えるという消極的義務を規範化しているだけでなく、この権利から積極的義務が生じると述べた。したがって、ヨーロッパ人権条約と附属議定書において定められているすべての自由権は国家に対する積極的義務も含んでいるという一般的な帰結を判例から引き出すことができる。

判例を見ると、そのうえに「積極的義務」(positive obligations)が理由づけにおいても内容においても、相違する種々の義務として用いられていることが分かる。すべての積極的義務の共通の指標は、それが不作為義務と区別される作為義務だということだけである。多くのものが、第三者の介入から各人を保護することを国家に義務づけるという意味での保護義務だが、それがすべてというわけでもない。そのほか、規範による具体化を必要とする基本権の制度的形成に関わる義務がある。家族法の形成が問題となったマルクス事件がその例である。特別の稀な条件下では、自由権から社会的な給付請求権が引き出せる場合があり、ベルギー言語事件では、国家によって特定の言語による授業が提供されなければならないとされた。積極的義務が国家の介入の不作為義務の実効的な尊重を確保しようとするときにも、保護義務は存在しない。基本権を強化する手続法的義務の場合がそうである。たとえば、国家の保安部隊によって殺害された人の死の状

15) EGMR, 13.8.1981, *Young, James and Webster v. U.K.*, Serie A 44, §§52 ff.; これについて詳しくは *Dietrich Murswiek*, Die Pflicht des Staates zum Schutz vor Eingriffen nach der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: Hans-Joachim Konrad (Hrsg.), Grundrechtsschutz und Verwaltungsverfahren unter besonderer Berücksichtigung des Asylrechts / Internationaler Menschenrechtsschutz, 1985, S. 213 (218 ff.).

況についての調査と文書報告の義務である。外国籍の家族構成員の入国が問題となる事件においても、入国を認容する積極的義務は、この義務が存在すればの話であるが、保護義務として性格づけることはできない。なぜならば、この場合も、国家の側からも私人の側からも、それを禁じるような介入は存在しないからである。

しかし、積極的義務を法的な理由によって区別することが必要である。そうしてのみ、その内容も合理的に根拠づけることができるし、判例が決疑論的な（場当たりの）恣意性と予測不可能な情緒的な決定に堕してしまうことが避けられるからである。

保護義務は、その他の防御的請求権と同様に保護利益の完全性を保護するということによってその他の積極的義務と区別される。保護利益は、一面で国家の介入に対して保護され、他面で第三者の介入に対して保護される。両者とも保護利益の完全性を維持することが問題となっており、そう考えれば介入に対する防御が問題となっている。私が自由実現義務*Freiheitsermöglichungs-pflicht*とよびたいと思っているその他の積極的義務の場合のように、自由行使の現実的可能性をそれによってはじめて作り出すことが問題とはなっていない。古典的な自由権は、理念史的に所与の前提とされている自由を侵害から防護するための権利として構想され法的にもそのように構成されているので、保護義務は自由実現義務よりも理由づけが容易である。以下では保護義務に考察を限定する。

ヨーロッパ人権条約の自由権の文言は、保護利益が国家による介入に対して保護しようとしているのか、第三者による介入に対して保護しようとしているのか明白に認識できない。しかし、すべての自由権について、第三者による介入からの国家の保護義務を排除しないような文言になっている。文言から明らかなことは、これらの権利の目的が保護利益の完全性に対する侵害からの保護だということである。第三者の側からの介入に対する保護は意図されていないというように限定することは、規定からは導き出すことができない。

2. 第1次の保護義務とその根拠

だからといって、自由権は保護義務を含むように必ず解釈されなければならないというものでもない。しかし、ヨーロッパ人権裁判所は、**ヤング・ジェームズ・ウェブスター**事件で保護義務が妥当する、制度上適切な根拠を明らかにし、非国家的な主体による自由侵害に対して、国家がこの自由侵害を容認していることに国家の責任があるとした。もしも国家が立法によって自由権で保障されている保護利益を侵害することを第三者に授権したならば、これは、ヨーロッパ人権裁判所によって国家による自由侵害として扱われることになる。**ヤング・ジェームズ・ウェブスター**事件は、すでに紹介したように、ヨーロッパ人権裁判所が「積極的義務」について述べなかった唯一の例である。裁判所は、事件を国家の侵害すなわち立法者による自由制限の事件として扱った。個別事件での具体的な介入、ここでは雇用関係の終了は、私的な第三者によってなされたにもかかわらず。

そして、それはまったく正当である。第三者による自由介入の、法律による授権は国家権力の担い手による自由介入の授権に劣らず自由を制限するからである。両者ともに自由が国家の法律

によって縮減される。したがって両者とも国家による介入が問題となっている。一方の介入を自由権の審査基準を用いないで審査するとか、より厳格でない審査基準に従って審査するとかいった根拠は存在しない。

もちろん、ヨーロッパ人権裁判所のこの議論の契機としては、明言されていないものの積極的義務が基礎にある。すなわち暴力の行使や強制力の行使のほか自由権で保護されている利益を不当に侵害することすべてを禁止する国家の義務である。ここで国家とは、暴力行使と強制力の執行を原理的に独占し、私人が他人の法益に介入することを禁止するところの共同体と理解する。国家だけが強制力を行使することが許され、私人には禁止されている。これが、ヨーロッパ人権裁判所がクローズドショップ協定事件で防御権的に構成することができる背景的理由である。

すべての国家とりわけすべての法治国家において自明の前提から出発するならば、ヨーロッパ人権裁判所の議論の方法は全く首尾一貫しているといえることができる。国家が私人に他者の自由侵害を容認し、あるいは全く同じことだがそれを禁止しない限りにおいて、国家は自由を制限している。

第三者の介入を禁止する国家の義務を「第1次的保護義務」と私はいう。この実存する一般的な暴力禁止・強制禁止を背景とするとき、この義務は次のように防御権的にも定式化することができる。すなわち、国家は、第三者に対して介入することを授權する形で自由に介入してはならない。この不作為義務は、その他のすべての自由権上の不作為義務と全く同じ範囲で成り立つ。

3. 第2次的保護義務とその目的的構造

この第1次的次元において、立法者はどのような行為が私人に許され、どのような行為が禁止されるかを決定する。実際には、第1次的次元において制定された介入の禁止の実現がより重要である。ここでは、第三者の違法な介入からの保護が問題となる。すなわち、敵対的デモによる暴力的襲撃に対して警察が一方のデモを保護したり、一般的に犯罪行為から予防警察的に保護すること、あるいは生命、身体の不可侵、性的自己決定を刑法上の制裁や手続法的な義務によって保護することである。最後に裁判所による権利保護はいうまでもない。ヨーロッパ人権裁判所が「積極的義務」について語るときはどの場合も常に、——保護義務が問題になっていればだが——、この第2次的な次元の保護義務が問題となっている。すなわち、保護法益の違法な侵害に対する実効的な保護である。第2次的な保護義務は、第1次的な保護義務を背景的理由として、基本権保護の実効性の観点から根拠づけられる。基本権は実際にも実現できなければ絵に描いた餅にすぎない。

第2次的保護義務が第1次的保護義務と区別されるのは、その目的的構造 finale Struktur による。すなわち、国家は、保護利益を実効的に保護するために必要なことはすべてしなければならない。正当化できない侵害は阻止しなければならない。どのようにしてそれを行うかはヨーロッパ人権条約には規定されていない。保護の手段に関しては、条約は何も述べていない。規定されている目的が達成されることが重要である。それは国家に対して、評価・判断・予測の裁量を認

める。その裁量は一般的な問題状況や具体的事件の状況によって大きくもなり小さくもなる。たとえば、人道上保護された法益が故意の侵害から実効的に保護されるためには刑法による威嚇なしには保障されないだろうということは一般的にいえるだろう。この場合、国家は刑罰の威嚇の程度に関してのみ形式的裁量を有するにすぎないということができ、裁量は比例原則——この場合は過少規制の禁止の形をとる——によって制限される。広い形式的裁量が認められるのは、通常、一般的で予防的な犯罪行為の克服に関するものである。これに対して特定の人が具体的に脅威にさらされている場合には、特定の措置を保護のために講じる必要性についての警察の裁量が収縮する可能性がある。

IV. 連邦憲法裁判所とヨーロッパ人権裁判所の保護義務概念の比較

連邦憲法裁判所がドイツの基本法に関して展開してきた保護義務概念とヨーロッパ人権裁判所がヨーロッパ人権条約に関して展開してきた保護義務概念を比較するならば、1つの本質的な共通点と2つの著しい相違点が認められる。共通点は、両裁判所とも自由権から例外なく国家の介入に対する防御権を引き出すだけでなく、第三者の介入に対して実効的に各人を保護する国家の保護義務を引き出すところにある。そして、国家のこの積極的な義務に各人の主観的な保護請求権を対応させるところにある。

著しい相違点は、保護義務の教義学的（解釈学的）理由づけのうちに存する。連邦憲法裁判所は、保護義務の根拠を基本権の「客観的な機能」に求める。基本権は、「客観的価値秩序」であり、それゆえ国家と個人との間で効力を有するだけでなく、それ自体全法秩序に対して放射効果がある。したがって、国家は、「客観的価値」として保護されている基本権上の保護利益が第三者によって侵害されることに対して保護することを義務づけられる。これに対してヨーロッパ人権裁判所は、人権や基本権の「客観的価値秩序」や「客観的機能」、「客観的効力」などについて語らない。主観的な防御請求権と客観的な基本権機能を区別することは、ヨーロッパ人権裁判所には無縁である。ヨーロッパ人権裁判所は、適用を求められている基本権の事件ごとの解釈によって「積極的義務」を展開する。解釈を指導する観点は、*effet utile*（効率、実効性）すなわち、具体的な人権保障を可能な限り包括的かつ実効的に有効ならしめるための努力である。ヨーロッパ人権裁判所は、国家の介入からの防御が最重要の機能であるといい、かつ、内在的な積極的義務が「存在しうる」¹⁶⁾ ことについてはそれを弱めた形で曖昧な留保をつけてしか言及していないというものの、以前から人権保障の目的は人権法上の保護利益の包括的な保護にあると考えてきた。しかし、人権保護の実効性という指導的視点は結果的に内容において国家の介入を行わない義務と同等の包括的な保護義務を肯定することを導く。

ヨーロッパ人権裁判所が内在的な保護義務の理由づけにおいて法理論的に十分成功しているか

16) たとえば「私生活や家庭生活のために効果的な視点において内在的な積極的義務が存在するかもしれない」EGMR, 26.3.1985, X and Y v. the Netherlands, Nr. 8978/80, § 23参照。

どうかについては疑問があるかもしれない。しかし、それは基本権が客観的価値秩序だとする連邦憲法裁判所の主張に対しても同じことがいえるだろう。両者の根拠において弱い立場は、契機において一致するような結論、かつ法理論的によりすぐれた基礎付けが可能であるような結論を導く。それは、連邦憲法裁判所が「基本権の保護義務」という概念で主題化したものをヨーロッパ標準に変化させたもののように思われる。

それは、少なくとも出発点に対して、すなわち国家が第三者の介入に対して保護しなければならないということについて妥当する。国家がどのように保護しなければならないかという問題についても結果的に同じように答えることができる。しかし、注目すべき違いもある。連邦憲法裁判所は、保護義務の場合は国家には評価・判断の広い裁量があり、裁判所による統制は積極的保護義務の明白な侵害の確認に限られなければならないということを通常強調する。法律による保護が欠けている場合には、連邦憲法裁判所の判例によれば通常、立法者がまったく何もしていなかったか、あるいは執られた保護措置が明らかにまったく適格的でなかった場合にのみ保護義務違反の確認が検討される。

ヨーロッパ人権裁判所も同様に謙抑的に司法活動を始めたように思われる。それは、国内の憲法裁判所であれば自国の政府に対して広い裁量を必ずしも認める必要はないにもかかわらず、国際的裁判所として国家に対して判断の裁量（「判断の余地」margin of appreciation）を認める。ヨーロッパ人権裁判所は、積極的義務に関する初期の判例で裁量をとくに強調した。そのため、ヨーロッパ人権裁判所は、連邦憲法裁判所と同じく、保護義務違反の審査の場合には、不当な国家の介入の不作为義務違反の審査に比べてより厳格でない基準を使おうとしていると外からは見えたかもしれない¹⁷⁾。しかしながら、それは正しくない。ヨーロッパ人権裁判所は、最近のいくつかの判決で、国家の義務の範囲と裁判所の審査密度において消極的義務と積極的義務との間において実際上区別が存在しないことを明らかにしている¹⁸⁾。ヨーロッパ人権裁判所が、第1次的保護義務についてそのまま国家の介入の場合として受け止めて、介入に使われる審査基準を適用したならば、適用される判決の基準に関する限り、第2次的な保護義務に関しても、国家の介入が問題となる場合と比べて本質的な差異はないと裁判所は考えている。ヨーロッパ人権裁判所は、両者ともに国家の態度の合法性を比例原則の基準に従って審査し、また両者ともに国家に対して一定の判断の裁量を容認している¹⁹⁾。

このことは、ヨーロッパ人権裁判所があらゆる保護義務違反事件において目的的な国家介入の古典的な事件と全く同様の包括的で厳格な審査を行っているということを意味しない。審査密度

17) たとえば *Bleckmann* 注(1), S. 316 ff 参照。

18) Vgl. z.B. Fall *López Ostra*, 23.11.1994, Serie A 303-C, § 51; *Gül v. Switzerland*, 19.2.1996, § 38; *von Hannover v. Germany*, 24.6.2004, § 57.

19) 「両方の場合ともに」すなわち積極的義務の場合であれ国家の介入の場合であれ、「対立する個人の利益と共同体全体の利益の間で公平なバランスが図られるように考慮されなければならない、かつ、いずれの場合にも国家は一定の裁量権 (a certain margin of appreciation) を有する」Fall *López Ostra*, 23.11.1994, Serie A 303-C, § 51. 他のいくつかのケースでも同じ用語が使われている。たとえば *Kroon and Others v. the Netherlands*, 20.9.1994, § 31.

の違いを左右するものは、消極的義務と積極的義務との違いではなく、とくに規範の設定による密度の相違である。この密度は、消極的義務に関しても積極的義務に関してもある事例群では大きく、別の事例群では小さい。

V. 結論

まとめとして次のことが確認できる。ヨーロッパ人権条約によれば国家は人権と基本的自由を尊重することを義務づけられているだけでなく、第三者の介入に対しても保護することを義務づけられている。しかも、国家は第1次的には法律による介入禁止により、第2次的には実効的な保護のために必要とされる措置によって保護しなければならない。そこには、原状回復・損害賠償請求、予防的警察保護、場合によっては特別の手続法的措置、ならびに少なくとも故意の介入に関しては刑事制裁による威嚇が含まれる。第2次的な保護義務については国家に効果的な保護手段を選択する自由が認められ、義務はもっぱら目的によって決定されるので、国家には通常大きな形成裁量・判断裁量が認められる。しかし、この裁量は特別の場合には、特定の保護措置を執らなければならないという義務のために縮減されることがある。保護義務に関するヨーロッパ人権裁判所の判例は、たいていの場合、連邦憲法裁判所のそれと同じ結論になるだろう。ヨーロッパ人権裁判所は、連邦憲法裁判所と違って保護義務を出発点において「消極的」不作為義務と同じ重要性があると考えており、適用に関して異なる審査基準を求めないので、ヨーロッパ人権裁判所の判例はいくつかの事例において、またその結果、全体的傾向としても第三者の介入に対する保護に関して連邦憲法裁判所の判例よりも有利に働くだろう。

