

人権条約の発展的解釈における コンセンサスの役割（1）

——人権の実効的保障・意思主義・補完性原則の交錯——

吉 田 曉 永

はじめに

第1章 欧州人権裁判所におけるコンセンサス

第1節 コンセンサスの位置付け

- （1）コンセンサスの占める主要な位置付け
- （2）コンセンサスと権利の重要性
- （3）コンセンサスと国内手続

第2節 コンセンサスの認定方法

- （1）コンセンサスを認定する範囲—当事国への限定—
- （2）認定されるコンセンサスの内実

第3節 小 括

第2章 米州人権裁判所におけるコンセンサス

第1節 コンセンサスの位置付け

- （1）コンセンサスと評価の余地・発展的解釈の関係
- （2）コンセンサスと権利の重要性
- （3）コンセンサスと国内手続

第2節 コンセンサスの認定方法

- （1）コンセンサスを認定する範囲—国際社会への拡張—（以上、71巻2号）
- （2）認定されるコンセンサスの内実（以下、72巻1号）

第3節 小 括

第3章 自由権規約委員会におけるコンセンサス

第1節 コンセンサスの位置付け

- （1）コンセンサスと評価の余地・発展的解釈の関係

(2) コンセンサスと国内手続

第2節 コンセンサスの認定方法

(1) コンセンサスを認定する範囲

(2) 認定されるコンセンサスの内実

第3節 小括

第4章 コンセンサスにおける当事国意思の相対化

第1節 後に生じた慣行

(1) 条約法条約31条3項(b)における後に生じた慣行

(2) 条約法条約32条における後に生じた慣行

第2節 国際法の関連規則

(1) 「当事国の間の関係において適用される」の意味

(2) 「国際法の関連規則」の意味

おわりに

はじめに

人権条約は、集団的な実施によって実現される客観的義務を設定するという特質を有するため、個人の保護という趣旨および目的に基づき、人権保障が実際のかつ実効的になるように解釈、適用されなければならない。⁽¹⁾そして、人権の実効的保障を実現するため、人権裁判所や条約機関は、人権条約を「生ける文書 (living instrument)」と表現し、起草時の状況に条約文を縛り付けることなく、国家や社会において変化していく状況を考慮して解釈してきた。⁽²⁾人権条約の発展的解釈が趣旨および目的に基づいて行われるのは、国際司法裁判所が発展的解釈を行う根拠を「包括的用語 (generic terms)」という条約文の性質に求めることと対照的である。⁽³⁾

人権条約も主権国家間で締結される国際条約である以上、その効力の根拠は当事国意思に置かれる。しかし、人権条約の発展的解釈は文言等で合意された義務内容を変更するため、同意されていない制限を主権国家に課す司法立法になりかねない。⁽⁴⁾また、人権条約は、補完性原則、すなわち人権条約制

度は国内人権制度をあくまでも補完する立場にあるのみで、民主的正統性を有する当事国が人権条約を実施する一次的な責任を負うことを前提とする⁽⁵⁾。つまり、人権裁判所や条約機関による発展的解釈は、当事国が意図していない義務を生み出し、また当事国が民主的に決定した措置を否定し得るため、人権の実効的保障に基づく発展的解釈は意思主義や補完性原則との関係で緊張関係をもたらし、これら三つの要請が交錯することが想定されるのである。ここで問題となるのは、人権裁判所や条約機関が各事案において、この交錯にどのように対処しているのか、より具体的には、これら要請のうちいずれか一つを優先させているのか、もしくはこれら要請を両立させることが可能なのか、といったことである。

ここで注目すべきは、こうした要請の交錯に対処するために、人権裁判所や条約機関がコンセンサスの存否に依拠してきたことである。「コンセンサス」は、国際法上「一団体の構成員間の一般的合意」と定義され、全会一致⁽⁶⁾でなくとも、コンセンサスは成立するとされる⁽⁷⁾。そして、この理解は人権裁判所や条約機関の判断においても踏襲されている⁽⁸⁾。なぜなら、人権裁判所や条約機関は、全当事国が明示的な意思を表明していなくともコンセンサスを認定するからである。また、コンセンサスは全会一致を要求しないが、一定数の当事国が意思を表明しなければコンセンサスは存在し得ないため、広い意味での意思主義の採用と言える⁽⁹⁾。

とりわけ、欧州人権裁判所は、条約上自明でない権利が争点となる事案において、当該権利を保障すべきというコンセンサスが当事国間に存在する場合、その権利を条約上認める発展的解釈を行う一方で、そうしたコンセンサスが存在しない場合、その権利の保障について当事国に広い評価の余地を与えてきたとされる⁽¹⁰⁾。発展的解釈は起草者意思から外れるものの、ある権利を保障すべきという当事国のコンセンサスを根拠とすれば、人権の実効的保障と意思主義を両立させられる。しかし、人権裁判所や条約機関が、もっぱらコンセンサスが存在しないことを根拠に発展的解釈を行わないのであれば、

意思主義への配慮と言える反面、人権条約の発展的解釈は当事国の主権的意思に支配されることになり、人権の実効的保障という要請が骨抜きにされてしまう⁽¹¹⁾。したがって、人権裁判所や条約機関が発展的解釈を行うかを判断する際の考慮要素として、コンセンサスをどのように位置付けているのかが問題となる。

また、人権裁判所や条約機関がコンセンサスをどのように認定しているのかも重要である。人権裁判所や条約機関は、条約法条約に規定される条約解釈規則を受け入れているため、特に、後に生じた慣行や国際法の関連規則としてコンセンサスを認定しているとも考えられる。しかし、条約解釈規則は当事国共通意思の探求を目的とし、解釈手段に厳格な基準を設けている⁽¹³⁾。そのため、人権裁判所や条約機関が条約解釈規則を厳守すると、ある権利を保障すべきという当事国意思が十分に存在しない限り発展的解釈を行えないことになり、結局のところ、当事国が容認する人権基準を追認することしかできなくなり、人権の実効的保障という目的が骨抜きになってしまう可能性もある。実際に、欧州人権裁判所は、「〔…〕欧州人権条約で使用される用語やフレーズの意味を決定するために、条約法条約31条から33条に規定される解釈規則に主に導かれる（強調筆者）」と述べ、条約解釈規則に従わない場合を認めているようである⁽¹⁴⁾。したがって、コンセンサスが条約解釈規則に従って認定されているのかを分析することで、人権裁判所や条約機関がコンセンサスの認定における意思主義と人権の実効的保障の交錯にどのように対処しているのかが明らかになるだろう。

この検討課題は、国際法の法源論が今日抱える理論的課題と軌を一にする。現代国際法は国際公益の出現による「国家意思の相対化」⁽¹⁵⁾、つまり法制度としての基盤が国家意思のみでは説明され得ないという理論的課題を抱えている。例えば、慣習国際法の成立要件においては、国際公益の出現により従来の要件論を修正し、国家慣行よりも法的確信を重視すべきことが有力に主張されてきた⁽¹⁷⁾。こうしたことを踏まえると、国際公益を保護する人権条約

が一般国際法上の条約解釈規則とは異なる方法で解釈されている可能性は十分あり得る。

本稿で検討する問題は、単なる理論的なものではなく人権条約制度にとっての実践的かつ喫緊なものでもある。例えば、ロシアは、主権や補完性原則を根拠に欧州人権裁判所の判決に従わない態度を明らかにし⁽¹⁸⁾、また、欧州人権条約当事国が共同して2012年に採択したブライトン宣言は、「当事国と欧州人権裁判所は、補完性という基本原則に裏打ちされた、欧州人権条約の実効的な実施を実現する責任を共有する。欧州人権条約は、とりわけ国家の主権平等を基礎に締結された⁽¹⁹⁾」と述べる。こうした動向は、意思主義や補完性原則を擁護する傾向が当事国の中で強まっていること、そして人権条約制度が直面する、人権の実効的保障と意思主義、補完性原則の交錯が喫緊の課題となっていることを物語っている。

他方で、いずれの人権条約も、人権の実効的保障と意思主義、補完性原則が交錯する中で解釈されているとしても、この交錯の現れ方やこれに対する対処方法は人権条約ごとに異なり得る。そのため、本稿は、コンセンサスに基づく発展的解釈を主導してきた欧州人権裁判所に加えて、米州人権裁判所と自由権規約委員会についても検討の対象とする。一般に、米州人権裁判所は当事国間のコンセンサスを重視せずに、発展的解釈を行ってきたとされ⁽²⁰⁾、欧州人権裁判所と対比されることが多い。他方、自由権規約委員会は、こうした地域的人権裁判所とは異なり、普遍的な人権条約機関としての性質を有する。人権条約解釈におけるコンセンサスの役割に関して、欧州人権裁判所の実践を中心に展開されてきた先行研究を相対化する視点が重要であろう⁽²¹⁾。

以上の問題意識に立脚し、本稿は、コンセンサスの役割を検討することで、人権裁判所や条約機関が発展的解釈を行うに際して、人権の実効的保障と意思主義、補完性原則の交錯にどのように対処しているのかを明らかにすることを目的とする。まず、第1章から第3章にかけて、欧州人権裁判所、米州人権裁判所、自由権規約委員会がそれぞれコンセンサスにどのような位

置付けを与えているのか、またどのような方法でコンセンサスを認定しているのかを明らかにする。そして、第4章では、コンセンサスの認定方法を条約解釈規則と比較し、人権裁判所や条約機関が人権の実効的保障を根拠に当事国意思を相対化させていることを明らかにする。以上の検討を通じて、本稿は、人権裁判所や条約機関が発展的解釈を行う際に、人権の実効的保障と意思主義、補完性原則との間の同様の交錯にそれぞれ異なる方法で対処しつつも、共通する部分があることを示す。

なお、用語上の注意として、人権裁判所や条約機関が「コンセンサス⁽²²⁾ (consensus)」という表現を明示的に使用することがある一方で、この表現を用いずに、問題となる権利を保障する当事国ないし国際社会に共通するアプローチが存在することを理由に解釈を展開する場合も見られる。⁽²³⁾しかし、欧州人権裁判所は、「コンセンサスの存在が条約上の保障の展開で役割を果たしてきた」と認める判決で、「コンセンサス」という用語を用いていない先例を引用することもあり、⁽²⁴⁾人権裁判所や条約機関が「コンセンサス」という表現を明示的に使用しているかは問題ではないように思われる。以上の理由から、本稿は、人権裁判所や条約機関が「コンセンサス」という表現を明示しない判断であっても、当事国ないし国際社会に共通するアプローチに言及している場合には検討対象に含めることとする。

第1章 欧州人権裁判所におけるコンセンサス

欧州人権裁判所（以下、本章では裁判所とする）は、コンセンサスが存在する場合に、当事国に与えられる評価の余地を狭め発展的解釈を行うが、コンセンサスが存在しない場合、⁽²⁵⁾評価の余地を広く認めるとされる。本章では、裁判所が発展的解釈と評価の余地を使い分ける際に、コンセンサスにどのような位置付けを与えているのか、また、そのコンセンサスをどのように認定しているのかを明らかにする。

第1節 コンセンサスの位置付け

（1）コンセンサスの占める主要な位置付け

裁判所は、当事国が欧州人権条約（以下、本章では条約とする）8条から11条等に含まれる制限条項や正当化事由を援用する際、たとえ権利に対する干渉があったとしても、当事国に与えられた評価の余地の範囲内であれば、⁽²⁶⁾条約違反を認めない。裁判所は、この評価の余地の幅を事件ごとに決定する必要があり、この点につき条約8条に関するある判決において次のように述⁽²⁷⁾べる。

「〔比例性〕の検討において、評価の余地が権限ある国内当局に委ねられなければならない。この余地の幅は、問題となる条約上の権利の性質、個人にとってのその重要性、干渉の性質、そして干渉が追求する目的等の多くの諸要素によって変化し、これらに依拠する。問題の権利が私的もしくは重要な権利の個人による実効的享受にとって不可欠である場合、余地は狭くなる傾向にある。個人の存在やアイデンティティーの特に重要な側面が問題となる場合、国家に与えられる余地は制限される。しかし、問題となる利益の相対的重要性もしくはその利益をどのように最もよく保護するかにつき、欧州評議会加盟国の間に一切のコンセンサスが存在しない場合、余地は広くなる。」

条約9条に関するある判決も、国家には、宗教や信念を表明する権利に対する制限の必要性につき幅広い評価の余地が与えられるべきとしつつも、裁判所は、何が問題となっているか、またコンセンサスの存否を考慮して評価の余地の幅を決定し得ると述⁽²⁸⁾べる。条約10条についても、裁判所は、評価の余地の幅が諸要素に依拠し、特に公益に係わる問題に関する議論に対して制約が認められる可能性はほとんどなく、報道機関が民主的社会において有する強い関心によっても評価の余地は制限されると述べつつも、コンセンサス

の不存在が評価の余地の幅を広げることを認める。⁽²⁹⁾ こうして、一般に、評価の余地の幅を決定する考慮要素には、コンセンサスの存否だけでなく権利の重要性等も含まれており、コンセンサスは一要素に過ぎないように思われる。しかし、人権の実効的保障と意思主義との交錯との関係で問題となるのは、裁判所が権利の重要性とコンセンサスの存否の関係をどのように扱っているかである。

まず、権利の重要性とコンセンサスの存在が評価の余地を狭くする方向で一致する場合がある。当局が刑事手続終了後も DNA 等の個人情報を保持することが問題となった、S およびマーパー対英国事件判決（2008年）において、裁判所は、個人データの保護が 8 条上の権利の享受にとって根本的に重要であること、また、DNA のサンプルを無罪判決の後直ちに破棄すべきというコンセンサスが当事国の国内法や欧州評議会閣僚委員会（Committee of Ministers）の勧告 R（92）1 号を根拠として存在することから、当事国の評価の余地を狭め、条約 8 条違反を認定した。⁽³⁰⁾ 夫婦別姓が認められないことが問題となった、ウナル・テケリ対トルコ事件判決（2004年）においても、裁判所は、当事国が条約14条において一定の評価の余地を有するが、性別に基づく差別を正当化する際には止むに止まれぬ理由を提示しなければならないとした上で、欧州評議会で採択された決議や勧告等を根拠に配偶者が平等に姓を選択できることを支持するコンセンサスを認定し、条約 8 条と合わせた14条違反を認定している。⁽³¹⁾

反対に、権利の重要性もコンセンサスも認められず、両要素が評価の余地を広げる方向で一致する場合もある。在外投票を認めない国内法が問題となった、シタロプロスおよびジャコモプロス対ギリシャ事件判決（2012年）において、裁判所は、当事国が第1議定書3条において選挙制度の選択につき幅広い評価の余地を有し、また外国に居住する自国民に投票権を認めるべきというコンセンサスも存在しないと述べ、第1議定書3条違反を否定した。⁽³²⁾

そして注目すべきは、裁判所が権利の重要性を認めつつも、コンセンサス

の不存在を優先させて評価の余地を広げる場合である。同性婚の可否が問題となった、シャルクおよびコプフ対オーストリア事件判決（2010年）において、裁判所は、当事国が性的指向に基づく差別を正当化するためには特に重大な理由を提示しなければいけないとしつつも、いまだ多数（majority）の当事国が同性カップルを法的に承認していないと述べ、コンセンサスの存在を否定し、条約 8 条と合わせた14条違反を認めなかった⁽³³⁾のである。

こうした判決に代表されるように、裁判所は、評価の余地の幅を決定する際に原則としてコンセンサスの存否に主要な位置付け⁽³⁴⁾を与え、権利の重要性にもかかわらず、コンセンサスの不存在を重視して、評価の余地を広げることさえあると言える。

（2）コンセンサスと権利の重要性

しかし、裁判所が、コンセンサスの不存在にもかかわらず、権利の重要性を強調した判断を下す場合も見られる。

同性カップルによる養子縁組の可否が問題となった、X他対オーストリア事件判決（2013年）において、裁判所は、性的指向に基づく差別の場合、当事国の評価の余地が狭くなることを踏まえ、オーストリアが主張したコンセンサスの存否に関する論点を検討したが、比較の対象となる当事国国内法が少ない等の理由で、裁判所はこの点につき結論を下せな⁽³⁵⁾かった。しかし、それでもなお、裁判所は、オーストリアが当該差別を正当化するための特に重要かつ説得的な理由を示すことができ⁽³⁶⁾ていないとして、条約 8 条と合わせた14条違反を認定したのである。

国外で成立した同性婚の法的承認が問題となった、オルランディ他対イタリア事件判決（2017年）においても、裁判所は、全当事国のうち27か国が同性婚ないし登録パートナーシップを認めているが、同性婚を認めていない当事国のうち国外で成立した同性婚を認めるのは 3 か国に留まるため、コンセンサスは存在せず、当事国には広い評価の余地が与えられると判断した⁽³⁷⁾。しかし、裁判所は「〔コンセンサスの不存在〕は別にして、評価の余地を決定

する際に、本件での問題が個人の存在やアイデンティティーの側面に関連する
という事実も考慮しなければならない」と述べ、⁽³⁸⁾イタリアの措置が申立人
らを法的な空白状態に置き社会の実情を無視することになると指摘して、条
約8条違反を認定したのである。⁽³⁹⁾

以上のような、コンセンサスの不存在にもかかわらず権利の重要性を強調
した判決を踏まえれば、裁判所は、コンセンサスの存否に反して評価の余地
の幅を決定することは原則としてないが、例外的に、コンセンサスの不存在
に対して権利の重要性を優先させて評価の余地を狭めることがあると言え
る。そのため、コンセンサスと権利の重要性の関係は、常に一定ではなく曖
昧であり、実際に、評価の余地の幅を決定する要素として、どちらの要素を
強調するのかについて、判事の間で対立が生じた事例も見られる。性別変更
の条件として婚姻から登録パートナーシップへの変更を義務付けることが問
題となった、ハマライネン対フィンランド事件判決(2014年)において、多
数意見は、コンセンサスの不存在を重視して評価の余地の幅を広く解した
⁽⁴⁰⁾
が、シャイオ判事他2名の共同反対意見は、コンセンサスの存否だけが評価
の余地の幅を決定する要素ではなく、本件は個人の存在やアイデンティティー
の問題であるという権利の重要性により評価の余地の幅を狭く解すべきと
指摘している。⁽⁴¹⁾

裁判所がそれでも、評価の余地の幅を判断する際にコンセンサスの存否に
主要な位置付けを与える背景には、次の二点があると考えられる。第一に、
条約に規定される権利の中から、評価の余地を狭める根拠となる権利や権利
の一側面を取り出すのは裁判官の主観であり、場合によっては恣意的になり
得る。他方で、コンセンサスは、当事国の立場がどの程度まで収斂している
かという比較的客観的な指標である。⁽⁴²⁾実際に、裁判所は、「問題となる利益
の相対的重要性もしくはその利益をどのように最もよく保護するかにつき」
コンセンサスを求めている。⁽⁴³⁾つまり、裁判所にとって、コンセンサスの存否
は当該権利が重要であるかの指標であり、権利の重要性についての判断がコ

ンセンサスの存否に吸収されているのである。⁽⁴⁴⁾

また、コンセンサスの存否が不明である場合もしくはコンセンサスが存在しない場合に、権利の重要性のみで評価の余地の幅を決定することは、裁判所の発展的解釈が条約当事国によって同意されていない義務を課しているとして受け取られかねない。前述のX他事件判決は権利の重要性のみによって評価の余地を狭めたが、カサデヴァル判事他6名の共同一部反対意見は、裁判所による発展的解釈は既に発生している変化を汲み取るのであって将来の変化を予想してはならないと指摘して、⁽⁴⁵⁾多数意見が権利の重要性のみで評価の余地の幅を狭めたことを批判している。

こうして、裁判所は原則としてコンセンサスの存否に権利の重要性を吸収させることで意思主義を尊重していると言え、特に、この態度は特に権利の重要性にもかかわらずコンセンサスの不存在を根拠に評価の余地を広げる判決に明らかである。しかし、裁判所はコンセンサスの存否が評価の余地につき「決定的」であるとは決して明言せず、権利の重要性のみで評価の余地の幅を狭めることがあり、人権の実効的保障を強調する余地を残している。

（3）コンセンサスと国内手続

以上のように、コンセンサスが評価の余地の幅を決定する諸要素において占める位置付けは、権利の重要性との関係で既に複雑である。他方で、裁判所は、近年、民主的正統性を要請する補完性原則の観点から、議会といった国内機関が人権を制約する措置を導入する際に人権への影響を慎重に検討していた場合、評価の余地の幅を広げるという、評価の余地に関する手続的手法（procedural approach）を採用し始めている。⁽⁴⁶⁾したがって、コンセンサスの位置付けは、手続的手法との関係でも問題となる。

まず、裁判所が評価の余地の幅につき手続的手法を明確に採用した事例として、テレビにおける有料の政治広告の全面禁止が問題となった、アニマル・ディフェンダーズ・インターナショナル対英国事件判決（2013年）が挙げられる。本判決において、裁判所は、条約10条について、NGOによる広

告という公益に資する表現の形式により評価の余地が狭くなることを認めつつ、コンセンサスの存否だけでなく、問題となる措置の必要性についての国内機関の審査の質が評価の余地にとって重要であると述べる。⁽⁴⁷⁾そして、当事国間のコンセンサスが存在しなかったことだけでなく、英国の議会や国内裁判所が当該措置の比例性を慎重に判断していたことを重視して、評価の余地の幅を広く解して10条違反を否定した。⁽⁴⁸⁾本判決においては、コンセンサスの不存在と国内議会等による措置の比例性の検討が評価の余地を広げる方向で一致していたため、両要素の関係は明らかにならない。⁽⁴⁹⁾

しかし、ハースト対英国第二事件判決(2005年)においては、両要素が評価の余地の幅につき対立した。本判決は、受刑者からの投票権の剥奪に関するものであるが、裁判所は、まず第1議定書3条における評価の余地が広いことを前提に、次のように述べる。⁽⁵⁰⁾

「締約国間のコンセンサスの存否につき、裁判所は、一定の国家において法的立場について何らかの対立がありつつも、欧州人権条約締約国の中で、英国だけが受刑者全員から投票権を剥奪しているわけではないことが明らかであることに留意する。〔…〕この問題に対する共通した欧州のアプローチを一切見いだせなかったとしても、これ自体、この問題につき決定的ではあり得ない。したがって、裁判所は評価の余地が広いことを繰り返すが、それは包括的(all-embracing)ではない。」

そして、裁判所は、英国議会が、受刑者からの投票権の剥奪という措置をとる際、比例性を十分に検討していないことから、第1議定書3条違反を認定した。⁽⁵¹⁾本判決において、英国議会が措置の比例性を慎重に検討していない事実は評価の余地の幅を狭める要素であるが、英国だけが問題となった措置を行っているわけではない、つまりコンセンサスが存在しないという事実⁽⁵²⁾は、その幅を広げる要素であった。言い換えれば、裁判所の結論は、後者よ

りも前者を強調することで、コンセンサスが存在しないにもかかわらず条約違反を認定したと言える。

この結論だけを見れば、裁判所は、コンセンサスが存在しない問題領域に踏み込んだ解釈を展開したため、発展的解釈がコンセンサスの範囲内で行われるべきという自身の先例を無視し、「裁判所は立法者でない」という意思主義に違背したとの批判を受け得る⁽⁵³⁾。そして、実際に、本判決での条約解釈は、英国国内で過度に拡張的であると受け取られ、英国における欧州人権裁判所に対する不信感を生み出した⁽⁵⁴⁾。

しかし、裁判所が、本判決においてコンセンサスの不存在に対して手続的手法についての検討結果を優先させた理由を考える必要があるだろう。注目すべきは、本判決において当事国間にコンセンサスはないと判断されたが、それでも、受刑者から一律に投票権を剥奪する措置をとっていたのは当事国全体で見れば少数であったことである⁽⁵⁵⁾。つまり、コンセンサスが存在しているとは言えないが、形成途上であるとは評価できたのである。だからこそ、補完性原則によれば、民主的正統性を有する英国議会は「現代の刑事政策と現在の人権水準」に照らして、当該措置を慎重に検討しなければならなかったはずであるが、これを怠ったため、裁判所は条約違反を認定したものと考えられる⁽⁵⁶⁾。

もちろん、当事国は、裁判所が手続的手法に訴えなければ、コンセンサスが存在しない問題領域において条約違反を問われることはなく、この意味では、手続的手法とその背景となっている補完性原則が、コンセンサスやその背景にある意思主義の従来の役割や意味に幾分か影響を与えたと言える。しかし、重要なのは、当事国はコンセンサスがない問題領域において自国の措置を慎重に検討しさえすれば広い評価の余地を認められるのであるから、裁判所は決して最終的な意思決定を行う権限を当事国から篡奪したわけではないという点である⁽⁵⁷⁾。また、裁判所が手続的手法を採用することで、当事国の措置が人権に与える影響を慎重に審議することを国内議会に求め、その審議

結果を将来の判決でコンセンサスの証拠として扱うことができる。⁽⁵⁸⁾ さらに、裁判所は、コンセンサスが存在しない場合において、国内議会が人権条約の解釈に積極的に関与するように促すことができる。⁽⁵⁹⁾ つまり、コンセンサスと手続的手法は、当事国が自らの手で人権条約の解釈を決定するという側面でも一致しているため、意思主義と補完性原則との交錯は存在しないと言える。

しかし、以上は、コンセンサスが存在しない場合の議論であり、裁判所が、コンセンサスが存在する状況で、措置の必要性が国内で十分に検討されているという手続的手法の検討結果を強調することで、両要素が交錯する。きわめて制限的な理由でしか国内での中絶を認めない国内法が問題となった、A、BおよびC対アイルランド事件判決(2010年)において、裁判所は、中絶を完全に禁止している当事国が3か国しか存在しないため、圧倒的多数(substantial majority)の当事国の間に、アイルランド法よりも幅広い理由で中絶を認めるコンセンサスが存在すると判断した。⁽⁶⁰⁾ しかし、このコンセンサスは評価の余地の幅を決定的に狭めないとし、アイルランド憲法が健康上ならびに経済上の理由による中絶を国内では認めない一方で、そうした理由に基づく中絶を国外で行う選択肢を残したことは、国民投票等を通じて「長く複雑で微妙な議論から生じた」と述べ、条約8条違反を否定した。⁽⁶¹⁾

本判決は、コンセンサスの存在より手続的手法についての検討結果を優先させたため、コンセンサスの存在によって評価の余地を一貫して狭めてきた先例を覆したとして批判されることが多い。⁽⁶²⁾ しかし、民主的正統性を強調する補完性原則の観点からは、裁判所は、中絶を受ける権利よりも胎児の生命権やこの生命権に関する価値観を優先させる国内世論を尊重したとも評価できる。⁽⁶³⁾ つまり、裁判所は、先例に従えば、人権の実効的保障と意思主義を両立させるコンセンサスに基づいて、言い換えれば中絶を受ける権利を広く認めるべきという大多数の当事国が有する意思に従って条約違反を認定するものと思われるが、このコンセンサスに反する国内世論の存在により、本件では人権の実効的保障・意思主義と補完性原則が交錯したと見ることができ

る。そして、裁判所はこの交錯について、補完性原則を最優先させる方法で対処したと言える。

こうした対処方法は、コンセンサスを評価の余地の幅を決定する一要素に過ぎないと位置付けることで可能になる。しかし、これは、コンセンサスに主要な位置付けを与えてきた先例を歪めることになるし、当事国国内では問題となる措置に関して国内的な了解がとれていたにもかかわらず、裁判所が条約違反を認定した先例も⁽⁶⁴⁾あり、こうした先例との一貫性が疑問視されることになるだろう。

第2節 コンセンサスの認定方法

前節で、評価の余地の幅を決定する考慮要素としてコンセンサスは主要な位置付けにあることが明らかになった。これを受けて、本節は、裁判所が認定するコンセンサスはこういった範囲の国家間に存在するのか、またこういった内実を持っているのかを明らかにする。

（1）コンセンサスを認定する範囲—当事国への限定—

欧州人権条約は当事国のみを拘束する国際条約であり、意思主義を貫徹させようとするれば、裁判所がコンセンサスを認定する範囲は条約当事国に限定されるはずである。また、条約前文も、「同じような考え方をもち、また、政治的伝統、理想、自由及び法の支配の共通の遺産を有する欧州諸国の政府〔…〕（強調筆者）」と規定し、欧州人権条約の価値が当事国間で共有されていることを強調している。

実際に、裁判所が、コンセンサスを認定しようとする際、国内法等の当事国の実践を証拠とする場合が多い。公立学校における十字架の義務的な掲示が問題となった、ラウッツィ他対イタリア事件判決（2011年）において、裁判所は、条約当事国の大多数が公立学校で宗教的象徴を掲示することを国内法で規制していない事実から、コンセンサスが存在しないと判断し、第1議定書⁽⁶⁵⁾2条違反を否定した。

しかし、例外的に、裁判所は条約当事国ではない国家の実践を検討することもある。性転換手術を受けた者の法的承認が問題となった、クリスティーン・グッドウィン対英国事件判決(2002年)において、裁判所は、性転換後の法的承認につき、当事国間に生じつつある(emerging)コンセンサスがあるものの、共通したアプローチは存在しないと判断した⁽⁶⁶⁾。しかし、裁判所は、生物学的な出生時の性別だけでなくその他の要因から性別を判断するようになっているオーストラリアやニュージーランドといった当事国外の国内判決に言及しながら、次のように述べる⁽⁶⁷⁾。

「[...] 提起された法的かつ実際的な問題の解決に対する共通した欧州のアプローチを示す証拠の不存在よりも、性転換者に対して強まる社会的受容だけでなく、性転換手術を受けた者の新たな性同一性の法的承認を支持する継続的な国際的潮流(continuing international trend)を示す明白かつ揺るぎのない証拠を重視する。」

そして、裁判所は性転換後の法的承認を認めない英国の措置がもはや、条約8条において与えられる評価の余地の範囲内にあるとは言えないと判断した⁽⁶⁸⁾。本判決は当事国間のコンセンサスの不存在を明示的に認めているため、その後と言及される「国際的潮流」が条約当事国外の実践を根拠とする別の概念であることは明らかである⁽⁶⁹⁾。確かに、裁判所自らコンセンサスが当事国間に存在しないことを認めておきながら、国際的潮流という曖昧な要素により評価の余地を狭めたことで、当事国の実践からコンセンサスを認定してきた自身の先例を否定しているようにも見える。しかし、この判決において、裁判所は、発展的解釈が人権の実効的保障に基づくという前提に立っている⁽⁷⁰⁾。この前提から本判決を正しく評価しようとするれば、当事国間のコンセンサスの不存在を重視しない態度が、性的少数者の人権を実効的に保障することに重点を置くものと理解できる⁽⁷¹⁾。つまり、裁判所は、人権の実効的保障に

より当事国外の国内判決を考慮することを正当化し、条約当事国の意思を尊重する意思主義を劣位に置いたのである。

裁判所は、国際組織の決議や専門家機関の文書を参照してコンセンサスを認定することもある。終身刑に服す者の刑期の審査可能性が問題となった、ヴィンター他対英国事件判決（2013年）において、裁判所は、終身刑に服す者も含む全ての受刑者に社会復帰や釈放の可能性を認めるべきというコンセンサスが欧州および国際社会において存在すると判断し、条約3条違反を認定した。⁽⁷²⁾そして、このコンセンサスの証拠として裁判所が挙げたのは、終身刑を撤廃する、もしくは刑期の審査制度を設定する大多数の当事国の国内法や国連被拘禁者処遇最低基準規則、自由権規約、自由権規約委員会の一般的意見、国際刑事裁判所規程、欧州拷問等防止委員会の報告書、閣僚委員会の欧州刑事施設規則（European Prison Rules）を含む欧州評議会で採択されたいくつもの勧告や決議等であった。⁽⁷³⁾

本判決は、国連経済社会理事会で採択された被拘禁者処遇最低基準規則や自由権規約委員会の一般的意見等に言及しているため、条約当事国の外でコンセンサスを認定しているようにも見える。しかし、裁判所は、条約当事国外の証拠のみでコンセンサスを認定したわけではなく、条約当事国間のコンセンサスの証拠として十分な、大多数の当事国の国内法にも言及している。つまり、国連で採択された決議や文書は、当事国の国内法や欧州評議会の決議・勧告を根拠とする当事国間のコンセンサスを補完するに留まっているのであって、裁判所は国際組織の決議や専門家機関の文書を参照する場合であっても、当事国間のコンセンサスを認定するという態度を一貫させていると言える。⁽⁷⁴⁾

この態度は、裁判所が、条約当事国外で締結された国際条約を参照する場合においても一貫している。裁判所がコンセンサスの認定に当たって国際条約を参照した初期の代表的判決は、マルクス対ベルギー事件判決（1979年）である。本判決においては婚外子に対する差別が問題であったが、裁判所は

まず、大多数の当事国の国内法が「母は常に確定している (mater semper certa est)」という法格言を完全に認める方向にあると指摘する。⁽⁷⁵⁾これに加え、この法格言に立脚する、婚外子の法的地位に関する欧州条約や婚外子の母子関係の確立に関するブリュッセル条約にも言及して婚外子を平等に扱うべきというコンセンサスを認定し、条約 8 条と合わせた14条違反を認めた。⁽⁷⁶⁾本判決において、特に、後者の条約は、民法上の地位に関する国際委員会で採択された、欧州評議会とは直接に関係しない条約であるが、この証拠も、大多数の当事国の国内法といった条約当事国間のコンセンサスを十分に示す証拠を伴っていたのである。

また、公務員による労働組合結成や団体交渉権の禁止が問題となった、デミルおよびバイカラ対トルコ事件判決(2008年)においては、欧州評議会では採択されていない国際条約がコンセンサスの認定のために参照された。本判決において、裁判所は、自身が採用してきた解釈手法を総括して、

「裁判所が具体的な事案で欧州人権条約の諸規定を解釈する際に、専門的な国際文書および締約国の実践から生じるコンセンサス (the consensus emerging from specialised international instruments and from the practice of Contracting States) は裁判所にとって重要な考慮要素を構成し得る。」

と述べた。⁽⁷⁷⁾そして、裁判所は、自由権規約、国際労働機関第87号条約、国際労働機関結社の自由委員会の見解、欧州社会憲章、閣僚委員会の勧告、欧州基本権憲章、そして当事国の実践から、行政機関の構成員が条約11条の適用範囲から排除され得ないというコンセンサスを認定したのである。⁽⁷⁸⁾本判決は、自由権規約等の普遍的条約やその専門家機関の見解、欧州基本権憲章といった欧州評議会とは関係のない証拠を参照しているが、当事国の実践等の条約当事国間のコンセンサスを明確に示す証拠を伴っているため、裁判所⁽⁷⁹⁾

は、条約当事国外の証拠だけを選択して、コンセンサスを認定してはいないのである。

むしろ、普遍的条約に反映されたコンセンサスが国際社会に存在するにもかかわらず、当事国間のコンセンサスの不存在を強調した判決もある。終身刑が問題となったカフカリス対キプロス事件判決（2008年）において、裁判所は、終身刑の審査と刑期の調整方法につき欧州評議会加盟国の間にコンセンサスは存在しないと述べ、条約 3 条違反を否定した⁽⁸⁰⁾。しかし、トゥルケンス判事他 4 名の共同一部反対意見は国際刑事裁判所規程77条 1 項 (b) および110条を指摘し、多数意見はこうした条文を無視したため人権保障を後退させる危険を冒したと批判した⁽⁸¹⁾。

他方で、普遍的条約のみでコンセンサスを認定した事例もある。子の奪取が問題となった、ノイリンガーおよびシュルク対スイス事件判決（2010年）において、裁判所は、児童に関するあらゆる決定において児童の最善の利益が最優先でなければならないというコンセンサスを認定する際、欧州基本権憲章等の国際条約のみに依拠し、当事国間のコンセンサスを示す証拠に言及しなかった⁽⁸²⁾。しかし、この判決において重要なのは、コンセンサスを認定する目的が、条約 8 条における措置の比例性を判断する際に考慮する利益に「児童の最善の利益」を含めることであった点である。この点から、コンセンサスが抽象的な内容に留まる場合、そのコンセンサスは当事国に何らかの具体的な措置を求めるわけではないため、当事国意思を尊重する重要性が低下すると言える。

このようにして、裁判所は、例外を伴いつつ、原則的には条約当事国の間で既に確立したコンセンサスを補完する目的でしか国際条約を参照していないため、国際条約を参照してコンセンサスを認定する際にも、当事国間に存在するコンセンサスを認定するという態度を一貫させていると言えよう。この態度は、国際条約が具体的な内容を持つコンセンサスの唯一の証拠となった、グラス対英国事件判決（2004年）や DH 他対チェコ事件判決（2007年）

にも強く表れている⁽⁸³⁾。これらの判決でコンセンサスを示すとして唯一参照された証拠は、いずれも欧州評議会で採択された条約であったため、条約当事国間のコンセンサスを十分に反映していたと言える。

以上から、裁判所は原則、意思主義に従い、コンセンサスを認定する範囲を欧州人権条約当事国に限定している⁽⁸⁴⁾。他方で、この原則は、クリスティーン・グッドウィン事件判決等、当事国外の実践を考慮する発展的解釈といった例外を伴っており、この例外的な判決によって採用されたコンセンサスの認定方法が欧州の人権を保障するという裁判所の正統性に問題を生じさせるのは確かだろう⁽⁸⁵⁾。しかし、これは、人権の実効的保障という別の要請に基づいて正当化され、意思主義と人権の実効的保障との交錯が例外的な判決を生み出したと考えられる。

(2) 認定されるコンセンサスの内実

認定されるコンセンサスの範囲が欧州人権条約当事国に限定されていることが明らかになったが、どの程度当事国間の立場が収斂した場合にコンセンサスが認定されるのかは別の問題として重要である。

コンセンサスが当事国の国内法を証拠として認定される場合、ほとんどの当事国がその同様の国内法を有していれば、コンセンサスの認定は容易である。セーレンセンおよびラスムセン対デンマーク事件判決(2006年)においてはクローズドショップ制度が問題となったが、デンマークとアイスランドの2か国しかこの制度を採用していなかったため、裁判所は、同制度が当事国間で支持されていないというコンセンサスを認定し、条約11条違反を認め⁽⁸⁶⁾た。

反対に、多数の当事国の国内法が問題となっている権利を保障していない場合、コンセンサスが存在しないと判断される。前述のシャルクおよびコプフ事件判決は、19か国しか同性婚ないし登録パートナーシップ制度を認めていない状況から、多数の当事国が同性婚を法的に認めていないと述べ、コンセンサスの存在を否定している⁽⁸⁷⁾。しかし、ある権利を国内法上保障する当

事国が条約当事国全体の過半数を占めればよいわけではない。前述のオリアーリ他事件判決で、裁判所は、全体の約51%を占める24か国しか同性関係を登録パートナーシップとして認めていないことを「わずか過半数（thin majority）」と評価し、当事国間のコンセンサスと表現しなかつた。⁽⁸⁸⁾

以上の判決からは、当事国の国内法を証拠としてコンセンサスを認定する基準が十分に精緻化されているとは言えないが、一応の目安として、裁判所は、全当事国の国内法が一致することまでは要求しないが、単純な過半数ではコンセンサスを認定するには十分ではなく、これよりも多数の当事国の国内法の一致を要求していると言えよう。⁽⁹⁰⁾

しかし、裁判所は、ある権利を保障する当事国の数が過半数より多数である場合にコンセンサスを認定するという、機械的な手法を採用しているわけではない。同性カップルに登録パートナーシップを認めないことが問題となった、ヴェリアナトス他対ギリシャ事件判決（2013年）において、裁判所は、全当事国ではなく登録パートナーシップを既に設けている19か国の当事国を母数として同性カップルに登録パートナーシップを認める当事国が17か国（約89%）を占めることをもってコンセンサスを認定し、条約8条と合わせた14条違反を認めた。しかし、仮に本判決が全当事国（47か国）を母数としていれば、約36%の当事国しか同性カップルに登録パートナーシップを認めていないことになり、判決の結論は変わっていたかもしれないため、裁判所は、自身が望む結論に合わせてコンセンサスを操作したと批判され得る。⁽⁹¹⁾ 他方で、本判決での申立人の主張は、登録パートナーシップを認めないがらそれを同性カップルに認めないことが条約違反であるという内容であったため、登録パートナーシップを認める当事国を母数とすることで申立人の主張を認めやすくしたとも言えよう。⁽⁹²⁾

他方で、裁判所が母数を操作することでコンセンサスの成立を妨げる場合もある。公共の場におけるイスラム教徒の女性によるヴェールの着用が禁止が問題となった、SAS 対フランス事件判決（2014年）において、裁判所は、

公共の場でのヴェールの着用を禁止する当事国が当事国全体で少数であることを認めながらも、公共の場でのヴェールの着用が問題となっている、もしくは議論の対象となっている当事国の数を母数とすると、ヴェールの着用を禁止すべきかに関するコンセンサスは存在しないと判断し、条約8条および9条の違反を否定した⁽⁹³⁾。しかし、ニュスベルガー判事他1名の共同一部反対意見は、全当事国を母数として考えるべきであるとして、47か国中45か国が公共の場でのヴェールの着用を禁止する必要がないと考えており、これはヴェールを禁止してはならないというコンセンサスに他ならないと、多数意見を批判する。⁽⁹⁴⁾

以上2件の判決が物語っているのは、裁判所は、一定の当事国の国内法が多数を占めるかを判断するに当たって、その母数を操作する選択肢を残すことで、人権の実効的保障と意思主義の交錯に対処しようとしていることである。ヴァリアナトス他事件判決では、申立人の主張に合わせてコンセンサスを認定しなければ人権の実効的保障が失われることとなっていた一方で、SAS事件判決は、コンセンサスの存否につき判断を下す前に既に手続的手法に基づく検討結果から評価の余地の幅は広いと判断されており、この判断に沿ってコンセンサスに関する結論を導いたと考えられる。

また、裁判所は、ある権利を保障する当事国の国内法が十分な数存在したとしても、その権利を保障する方法に多様性がある場合、コンセンサスの存在を否定する。前述のシタロプロスおよびジャコモプロス事件判決は、在外投票を認める当事国が多数であるものの、そこで認められる在外投票の方法が多様であるため、コンセンサスの存在を認めず、第1議定書3条違反を否定した⁽⁹⁵⁾。本判決から、裁判所は、当事国がある権利を保障する方法に多様性が見られる場合、そうした当事国意思を尊重しようとすると言えよう。

次に、裁判所が国際組織の決議や専門家機関の文書を参照する場合、こうした文書の性質や採択状況に関係なくコンセンサスの証拠とする。まず、そうした文書がたとえ法的拘束力を有していなくとも、コンセンサスの証拠と

して参照される⁽⁹⁶⁾。前述のウィンター他事件判決は、国連被拘禁者処遇最低基準規則や自由権規約委員会の一般的意見、欧州拷問等防止委員会の報告書、閣僚委員会の欧州刑事施設規則等を参照したが⁽⁹⁷⁾、いずれも法的拘束力を有する文書ではない。

また、裁判所が、ある文書に当事国意思が十分に反映されているかに配慮しないことも特徴的である。例えば、欧州刑事施設規則等、閣僚委員会が採択された勧告は当事国意思を十分に反映した文書と言える。なぜなら、欧州評議会規程15条（b）に規定される勧告は同規程20条（a）（i）に基づき⁽⁹⁸⁾、加盟国の全会一致で採択されるからである。他方、議員会議（Parliamentary Assembly）が採択した決議は、当事国意思を反映した文書とは言えない⁽¹⁰⁰⁾。なぜなら、欧州評議会規程29条（i）に基づき⁽⁹⁹⁾、議員会議は、投票した議員の3分の2の賛成で決議を採択するからである。さらに、言うまでもなく、条約機関を含む専門家機関の文書は、当事国を代表しない専門家によって作成されるため⁽¹⁰³⁾、当事国意思の反映ではない。裁判所が、こうした非拘束的で当事国意思を十分に反映していない「ソフト・ロー」を参照して欧州人権条約を解釈することは、こうした文書に間接的に法的効果を付与することに他ならず⁽¹⁰⁴⁾、人権の実効的保障に資するものと考えられる。

しかし、裁判所は、国際組織の決議等を参照する場合でも、決議の内容を精査する可能性を残している。定年を理由とした刑務作業からの免除の可否が問題となった、マイアー対スイス事件判決（2016年）において、申立人は、「医師によって診断された体力と精神状態が十分に考慮されることを条件として、通常の定年に達していない受刑者は勤務することを求められることがある」と定める欧州刑事施設規則105.2を援用したが、裁判所は、この規定が「きわめて開放的であり（quite open）」、「定年に達していない受刑者が勤務するための要件に関して統一的な制度を課していない」と指摘し、当該規定をコンセンサスの証拠として認めなかった⁽¹⁰⁵⁾。

最後に、裁判所は、国際条約を参照する際、その条約が被告国によって批

准されているかを問題としていない。前述のマルクス事件判決は、コンセンサスの証拠として、婚外子の母子関係の確立に関するブリュッセル条約と婚外子の法的地位に関する欧州条約を参照したが、ベルギーは前者に署名しかしておらず、後者について署名すらしていなかった。⁽¹⁰⁶⁾ また、裁判所は、前述のデミルおよびバイカラ事件判決で、「国際法の規範の中から共通基盤を探求する際に、それら規範が被告国によって署名・批准されているかによって法源の間で区別を行ったことはない」との態度を明確に示し、コンセンサスの証拠として、トルコが批准していない欧州社会憲章5条や欧州基本権憲章を参照したのである。⁽¹⁰⁷⁾

裁判所はこの態度を示すことで、問題となった事実が発生した時点で被告国に対して効力を持たない国際条約であっても、参照することを厭わない。公立学校における性的虐待が問題となった、オキーフ対アイルランド事件判決(2014年)において、裁判所は、初等教育における虐待から児童を保護する積極的義務を国家が条約3条上負うことを明らかにする際、自由権規約と社会権規約を参照したが、アイルランドがこれらの条約を批准したのは1989年であり、申立人が性的虐待を受けたのは1973年であった。

他方で、前述のX他事件判決において、裁判所は、被告国が批准していない条約を参照することを躊躇った。裁判所は、当事国の国内法を証拠としたコンセンサスにつき結論を下せなかったため、申立人がコンセンサスの証拠として援用した改正欧州養子縁組条約がコンセンサスの証拠となるかを検討し、オーストリアが同条約を批准していないことに特に言及して、同条約をコンセンサスの証拠としなかったのである。⁽¹⁰⁹⁾

2012年に下された本判決は、被告国によって批准されていない国際条約がコンセンサスの証拠とならないことを示唆し、2008年に下されたデミルおよびバイカラ事件判決の趣旨を否定するよう思われる。⁽¹¹⁰⁾ しかし、X他事件判決における改正欧州養子縁組条約の扱いは、その事件の特性に由来するよう思われる。つまり、本判決においては、当事国の国内法を証拠としたコン

センサスが存在し得ず、オーストリアによって批准されていない改正欧州養子縁組条約がコンセンサスの唯一の証拠となる可能性があったため、裁判所は同条約に対して慎重な態度をとったと考えられる。他方で、デミルおよびバイカラ事件判決では、トルコが批准していない欧州社会憲章5条や欧州基本権憲章は数ある証拠の一つに過ぎなかったのである。

以上から、裁判所の立場は、原則、被告国が批准しているかにかかわらず、コンセンサスを認定する際に国際条約を参照するものと言えよう。しかし、この立場は、無制限なものではなく、裁判所は、当事国意思の尊重の観点から、国際条約が唯一の証拠となる場合に限って、そのような条約を参照しないように配慮するという慎重さを伴っている。

最後に、裁判所は、参照しようとする国際条約の義務内容を精査することがある。ロマの所有する土地におけるキャラバン設置の不許可が問題となった、チャップマン対英国事件判決（2001年）において、申立人は、少数者の権利に法的保護を付与すべきという国際的コンセンサスの証拠として、民族的少数者の保護のための枠組条約を援用した。⁽¹¹¹⁾しかし、裁判所は、同条約において署名国が実施方法につき合意できなかったために、一般原則や目標が定められるのみであり、当事国に行動や基準に関する助言を示す程度に具体的なコンセンサスではないと判断した。⁽¹¹²⁾本判決において、裁判所は国際条約で規定される義務内容が曖昧である点に注目してコンセンサスの証拠としなかったのであり、参照しようとする国際条約でどの程度当事国意思が収斂しているのかを尊重しようとしたと言えよう。

第3節 小括

以上、裁判所におけるコンセンサスの位置付けとコンセンサスの認定方法の検討から、裁判所が人権の実効的保障、意思主義、補完性原則の交錯に直面し、この交錯に柔軟に対処する様々な手法を用意していることが明らかになった。第一に、裁判所は、評価の余地の幅の決定における人権の実効的保

障と意思主義の交錯には、コンセンサスに主要な位置付けを与えて意思主義を重視することで対処しているが、人権の実効的保障の観点から、権利の重要性のみで評価の余地の幅を狭く判断することがある。第二に、民主的正統性の確保を要請する補完性原則の観点からコンセンサスの存在を無視することもある。つまり、裁判所は、評価の余地の幅を決定する考慮要素の中でコンセンサスに主要な位置付けを与えているものの、決定的な位置付けを与えることはせず⁽¹¹³⁾、意思主義に対して人権の実効的保障や補完性原則を優先して実現する余地を残していると言える。

次に、裁判所は、コンセンサスを認定する範囲を欧州人権条約当事国に限定することで意思主義を重視しているが、人権の実効的保障を実現するために、例外的にその範囲を当事国外に拡張することもある。また、範囲を当事国に限定しながらも、全当事国ではなく多数の当事国の国内法によるコンセンサスの成立を認めること、国際組織の決議や専門家機関の文書等に積極的に依拠すること、そして被告国が批准していない条約に依拠することも特徴的である。しかし、こういった特徴が人権の実効的保障との関係で持つ意味は、第4章で行う一般国際法上の条約解釈規則との比較を通じてより明らかになろう。

こうして、コンセンサスの位置付けと認定方法において、裁判所は原則的な立場を示しつつ、多くの例外も確認されるため、その立場は一貫していると言えなく、実際に、裁判所のコンセンサス理論は法的安定性や予見可能性の観点から批判の対象となってきた⁽¹¹⁴⁾。しかし、裁判所が、人権の実効的保障、意思主義、補完性原則の交錯において、それぞれの要請を実現しようとしていることを踏まえれば、コンセンサスの一貫した運用はあまり望めないように思われる⁽¹¹⁵⁾。エルファーが指摘するように、当事国がそれぞれ有する法律制度が多様であり、当事国の利益と衝突する場合等、事案によって裁判所が条約違反の認定を回避すべき状況もあるため、コンセンサスの柔軟な運用は、裁判所にとって必要かつ適切と考えられる。しかし、これが、司法機

関として裁判所が有する正統性を損なわせ得ることにも留意する必要がある。⁽¹¹⁶⁾

第2章 米州人権裁判所におけるコンセンサス

前章で論じたように、欧州人権裁判所は評価の余地の幅を決定し発展的解釈を行うかを判断するための考慮要素として、コンセンサスに主要な位置付けを与え、またそのコンセンサスも範囲を当事国に限定しつつも多種多様な証拠から認定されている。では、米州人権裁判所(以下、本章では裁判所とする)は、どのようにコンセンサスを位置付け、認定しているのだろうか。

第1節 コンセンサスの位置付け

(1) コンセンサスと評価の余地・発展的解釈の関係

裁判所は評価の余地理論を採用すべきでないという議論がありながらも、⁽¹¹⁷⁾裁判所の先例において評価の余地理論が明確に否定されたことはない。そのため、以下では裁判所の先例を詳細に追うことで、評価の余地が採用されているのかを明らかにすることとする。

まず、裁判所は、コスタリカ憲法の帰化規定に対する改正提案に関する勧告的意見(1984年)において、「評価の余地」という表現を初めて用いた。この意見では、改正提案が帰化要件である居住期間を出生地等によって区別していることが問題となったが、裁判所は、米州人権条約(以下、本章では条約とする)24条における法の下の平等との適合性を検討するに当たり、外国人の国籍の付与と剥奪に関する基準を決定したり帰化申請者の間に合理的な差異を設けたりすることは、コスタリカの主権的権限(sovereign power)の範囲内であり、国籍取得要件の設定とこの要件が遵守されているかの判断に関して国家に「評価の余地(margin of appreciation)」が留保されると述べた。⁽¹¹⁸⁾本意見における「主権的権限」という表現の使用から、裁判所は裁判可能性(justiciability)に関して述べているように見えるが、当

該改正提案が行う区別の合理性を判断していたため、欧州人権裁判所と同様の評価の余地理論を採用した⁽¹¹⁹⁾と言える。

この意見の後、評価の余地に類する表現を初めて用いた争訟事件は、エレラ＝ウジョア対コスタリカ事件判決（2004年）であった。本判決においては、政府要人の名誉毀損を理由とした記者に対する刑事罰が問題となったが、裁判所は、思想および表現の自由を規定する条約13条を適用するに当たって、世論による民主的統制が国家の透明性を促進することから、政治的議論といった公益に関する問題の議論に対する制限には「縮小された余地（reduced margin）」があるべきであると述べた⁽¹²⁰⁾。また、申立人が公金横領で訴追された手続が問題となった、バルレート・レイヴァ対ベネズエラ事件判決（2009年）において、裁判所は、当事国が条約8条2項（h）における上訴する権利の行使を規律するに当たっては「裁量の余地（margin of discretion）」を有するが、その権利の本質を否定する制限を設けることはできないと判断した⁽¹²¹⁾。

裁判所が「評価の余地」またはこれに類する表現を明示的に用いた判決は、管見の限り、以上のものに限定される。しかし、裁判所が評価の余地という表現を用いずとも、当事国の裁量に言及しているように読める判決がある。例えば、刑事施設における少数言語の使用制限が問題となった、ロペス＝アルヴァレス対ホンジュラス事件判決（2006年）において、裁判所は、自身の選択する言語で思想を表現することが条約13条1項で保障される表現の自由の一部であり、また強行規範である非差別原則に言及して、国家が刑事施設で被収容者を集団として待遇する際に、自身の選択する言語で表現する権利を不当に制限する法的権限（legal authority to limit）を与えられていないと判断した⁽¹²²⁾。

以上の検討から、米州人権裁判所は、欧州人権裁判所とは異なり、「評価の余地」に一貫して言及していないため、評価の余地理論が一貫した先例法理であるとは言えない。また、国家の裁量に言及する場合にも、その幅は、

民主的社会における表現の自由の意義や非差別原則の強行性等といった権利の重要性によって制約されており、コンセンサスの存否は国家の裁量の幅を決定する要素として登場していない。

ただし、裁判所が、当事国間のコンセンサスの不存在を考慮要素として、国家の裁量を広げたように読める判決が全くないわけではない。政党に所属していない者が大統領選挙への立候補を当局に許可されなかったことが問題となった、カスタニューダ・グットマン対メキシコ事件判決（2008年）において、裁判所はまず、条約が特定の選挙制度を実施する義務を設定していないことを指摘した上で、当事国の法制度を比較すると、政党を通じた候補者の登録しか認めない制度か、そうではなく、政党を通じない候補者の登録も認める制度かは当事国間で二分されており、本件で問題となる措置は条約23条上の比例性を欠くとは言えないと判断した⁽¹²³⁾。本判決は、当事国間の選挙制度の差異を理由に当事国に裁量を与えている点できわめて例外的とされる⁽¹²⁴⁾。

このようにして、裁判所は評価の余地を一貫した先例法理とせず、また国家に与えられる裁量の幅をコンセンサスの存否によって決定することを避けているが、これは、人権の実効的保障を実現するためだとされる⁽¹²⁵⁾。なぜなら、米州人権裁判所が欧州人権裁判所の判決を積極的に引用しながらも、評価の余地を一貫して運用していないのは意図的であると思われ、この背景には、裁判所が当事国による重大な人権侵害を頻繁に扱ってきたことがあるからである⁽¹²⁶⁾。

他方で、米州人権裁判所は一貫してコンセンサスの存在を根拠として発展的解釈を行う。難民申請の略式却下が問題となった、パチェコ・ティネオ一家対ボリビア事件判決（2013年）において、裁判所は、条約8条、22条7項および8項、25条が、難民認定申請者に適正手続の下で審理を受ける権利を保障しているかを判断した。まず、裁判所は、国連難民高等弁務官事務所執行委員会が作成した、公正かつ効率的な手続を難民認定申請者に保障するように求める内容のガイドラインとこれと同内容の国連総会決議や欧州人権裁

判所の判決に言及した。⁽¹²⁷⁾そして、このガイドラインを18か国の米州機構加盟国が国内法に編入している事実から、難民認定申請者の適正手続が国際難民法に従って権限ある当局によって保障されるべきことは、米州において生じつつあるコンセンサス (growing consensus) ⁽¹²⁸⁾ であると判断し、これに基づき米州人権条約を解釈する。そして、この解釈に照らして、当局は申立人一家に対して面談も行わず、また難民申請を却下した決定をその家族に適切に通知していなかったことから、8条、22条7項および8項、25条違反を認定したのであった。⁽¹²⁹⁾

(2) コンセンサスと権利の重要性

前章で述べたように、欧州人権裁判所は、原則としてコンセンサスの存否に主要な位置付けを与えている。しかし、米州人権裁判所は、当事国間のコンセンサスの不存在よりも権利の重要性を強調するという明確な態度を示している。

性的指向を理由とした親権の剥奪が問題となった、アタラ・リッフォおよび娘対チリ事件判決(2012年)において、裁判所は、条約1条の「その他の社会的条件 (another social condition)」を解釈するために、米州機構総会決議や欧州人権裁判所の判決、国連の人権条約機関の文書、国連総会や人権理事会の決議を参照し、これら全てが性的指向に基づく差別に懸念を示していたが、問題は、差別が禁止される類型に性的指向を含めるかに関して条約⁽¹³⁰⁾ 当事国間のコンセンサスが存在しなかったことであった。この点につき、裁判所は、次のように述べた。⁽¹³¹⁾

「〔チリの〕最高裁判所が判決を下した時点で差別が禁止される類型として性的指向を認めるコンセンサスが存在しなかった、という〔チリ〕の主張につき、裁判所は、性的少数者の権利の十分な尊重に関して一部の国家においてコンセンサスが存在しないとされることが、性的少数者の人権を否定ないし制限するための、もしくは性的少数者が受けてきた歴

史的かつ構造的な差別を永続させ再生産するための、有効な論拠（valid argument）にはなり得ないことを指摘する。これが一部の分野と国家で物議を醸す問題であり、必ずしもコンセンサスのとれた事項ではないという事実によって、裁判所が判断を差し控えることにはなり得ない。なぜなら、判断を差し控えることになれば、裁判所は、米州人権条約に従う国家による主権的決定から生じる国際義務の規定だけを参照しなければならなくなるからである。」

こうして、裁判所は、当事国間のコンセンサスの不存在を問題とせず、性的指向が「その他の社会的条件」に含まれると解釈した。⁽¹³²⁾ 本判決は、少数者が受けてきた差別の歴史性や構造的性を強調している点で、人権の実効的保障に根差した判断であると理解でき、前章で検討した欧州人権裁判所のクリスティーン・グッドウィン事件判決等と軌を一にするものと言えよう。

（3）コンセンサスと国内手続

欧州人権裁判所は、補完性原則の観点から、国内機関による措置の審査について検討することがあり、A、BおよびC事件判決では、国内世論がコンセンサスの存在に対して優先することさえ認めた。しかし、米州人権裁判所は、同様の状況において正反対の立場を示している。

軍事独裁政権下で発生した強制失踪に関する恩赦法が問題となった、ヘルマン対ウルグアイ事件判決（2011年）において、裁判所は、重大な人権侵害に関する恩赦法が国際法に合致しないことが国際的に共有されていること、特に7か国の米州機構加盟国の国内裁判所が、恩赦法を国際法違反と判断してきたことを指摘する。⁽¹³³⁾ しかし、裁判所にとって重大な問題であったのは、ウルグアイの恩赦法が1989年と2009年の二回に亘って行われた国民投票により支持されていたことであり、この点につき、裁判所は次のように述べた。⁽¹³⁴⁾

「被告国の〔恩赦法〕が民主主義政権において賛同され、国民、つまり

直接民主制の発動を通じて二度に亘って承認され支持されたことは、自動的にもしくはそれ自体として国際法上の正統性を与えるわけではない。

〔…〕

民主主義政権が単に存在することそれ自体は、米州民主憲章においても考慮される国際人権法といった国際法の恒久的な尊重を保障しない。真の民主主義政権の存在は形式的・実質的特質の両方によって決定され、取消不可能な国際法規範の深刻な違反の場合はとりわけ、人権保障は多数決原理に対する越えられない制限とな〔る〕〔…〕という形で、ある社会における具体的事実の民主的正統性は、米州人権条約といった国際条約で認められた人権保障の規範によって制限される。」

こうして、本判決は、問題となった恩赦法の民主的正統性を人権によって制限したため、裁判所が補完性原則に対して持つ慎重な態度を明確にしたと言える。⁽¹³⁵⁾つまり、補完性原則によれば、民主的に表明された国内世論が問題となる措置の必要性を支持する場合、本来、人権裁判所や条約機関はそれを尊重すべきであるが、裁判所は、人権の実効的保障によって補完性原則が制限されると考えているのである。特に、ヘルマン事件判決は、国際法の深刻な違反の場合、多数決原理は人権保障という制限を受けると述べていること⁽¹³⁶⁾から、人権の実効的保障と補完性原則の交錯を前にして、前者を意識的に優先させたことは明らかであろう。

第2節 コンセンサスの認定方法

(1) コンセンサスを認定する範囲—国際社会への拡張—

前章で明らかにされたように、欧州人権裁判所がコンセンサスを認定する際、その範囲は当事国に限定されていたが、米州人権裁判所においてはどうか。欧州人権条約は前文において、同条約が当事国間で共有されることを強調していたが、米州人権条約の前文も、「民主主義制度の枠組内で、

この大陸において、人間の不可欠の権利への尊重に基づく個人的自由と社会的正義の体系を確立する意思を再確認し（強調筆者）」と規定しているため、欧州人権条約との違いはないように思われる。しかし、以下で見るように、米州人権裁判所は、欧州人権裁判所とは異なる方法でコンセンサスを認定している。

まず、裁判所は、当事国の実践を参照することがある。体外受精を禁止する国内法が問題となった、アルタビア・ムリージョ他対コスタリカ事件判決（2012年）において、裁判所は、条約4条1項上の「受胎（conception）」の解釈に当たって、世界人権宣言や国連の各種人権条約、欧州人権条約、バンジュール憲章に関する検討に加えて、大半の当事国が国内法上、体外受精を認めていると指摘⁽¹³⁷⁾した。そして、これを踏まえ、「受胎」は受精卵が子宮に着床した時点⁽¹³⁸⁾を指すと解釈された。

また、裁判所は、国際組織の決議や専門家機関の文書を参照することもある。情報公開の拒否が問題となった、クロード＝レイジェス他対チリ事件判決（2006年）において、裁判所は、条約13条との関係で、情報を求め受け取る自由を規定している世界人権宣言と自由権規約を参照するだけでなく、情報公開へのアクセスに関する米州機構総会の諸決議が地域的コンセンサス（regional consensus）⁽¹³⁹⁾を示していることを強調した。環境と人権に関する勧告的意見（2017年）においても、裁判所は、人権と環境との相互関係を示す証拠として、サン・サルバドル議定書や米州民主憲章といった法的拘束力を有する文書や欧州人権裁判所の判決、国連独立専門家の報告書だけでなく、米州機構総会決議2429号、人間環境宣言、環境と開発に関するリオ宣言、国連総会決議70/1号等⁽¹⁴⁰⁾を挙げた。

さらに、裁判所は、国際条約を参照することもある。軍事独裁政権下で発生した強制失踪についての情報提供や賠償が問題となった、イブセン・カルデナスおよびイブセン・ペニャ対ボリビア事件判決（2010年）において、裁判所は、強制失踪が自由の剥奪、政府職員による直接的干渉や黙認、そして

抑留の否認から成り立つ多面的な性格を持つ犯罪であることを、欧州人権裁判所の判決や国連文書だけでなく、強制失踪に関する米州条約や強制失踪条約、国際刑事裁判所規程から確認した⁽¹⁴¹⁾。先住民族の土地における環境破壊が問題となった、サラマカ先住民族対スリナム事件判決(2007年)においても、裁判所は、条約21条が共有財産の利用および享受に対する部族民の構成員の権利を保障しているかを検討し、スリナムが批准している自由権規約や社会権規約やこれらの条約機関の一般的意見等を参照し、当該権利が同条の財産権に含まれると解釈した⁽¹⁴²⁾。

以上の検討から、米州人権裁判所が、総じて、当事国間のコンセンサスを示す当事国の国内法や国内判決、米州機構決議といった証拠だけではなく、こうした証拠と国連総会決議や国連の人権制度において採択された文書、他の人権裁判所の判決、普遍的条約等を組み合わせて、これらの総合的な検討結果としてコンセンサスを認定することが明らかになる⁽¹⁴³⁾。つまり、当事国間のコンセンサスは単独で役割を有することはなく、あくまでも国連文書や他の人権裁判所の判決、普遍的条約等から導かれる国際的なコンセンサスを補完するに留まるのである⁽¹⁴⁴⁾。こうした背景には、条約29条(b)において、裁判所が個人にとってより有利な解釈を採用するよう義務付けられていること⁽¹⁴⁵⁾があり、コンセンサスを認定する範囲を当事国間から国際社会に拡張することで、個人により有利な発展的解釈を展開しようとしているのである⁽¹⁴⁶⁾。

他方で、確かに、欧州人権裁判所も国連で採択された文書や国際条約といった、欧州人権条約当事国外の証拠を参照してコンセンサスを認定するため、両裁判所の差異がないようにも見える⁽¹⁴⁷⁾。しかし、既に指摘したように、欧州人権裁判所は、欧州人権条約当事国間のコンセンサスのみで発展的解釈を行う態度を変更しておらず、欧州人権条約当事国外の証拠を参照する際にも、欧州人権条約当事国間のコンセンサスを明確に示す証拠を挙げるため、米州人権裁判所との差異は明らかである。

換言すれば、米州人権裁判所は、コンセンサスを認定する範囲を国際社会

に設定し、国際社会に存在するコンセンサスを根拠に条約の発展的解釈を行っている⁽¹⁴⁸⁾ と言え、当事国間のコンセンサスは国際社会のコンセンサス—裁判所の表現では国際人権法典（*corpus juris* of international human rights law）⁽¹⁴⁹⁾ —の前に相対化されるのである。裁判所のこの態度は、前述のアラ・リップォおよび娘事件判決が、当事国間のコンセンサスが存在しないことを認識しつつ、これを問題としなかったことに顕著に現れていると言えよ⁽¹⁵⁰⁾ う。

- (1) *Soering v. the United Kingdom*, ECtHR (Plenary), App. no. 14038/88, Judgment of 7 July 1989, para. 87.
- (2) R. Bernhardt, “Evolutionary Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights”, *German Yearbook of International Law*, Vol. 42 (1999), p. 23; B. Çali, “Specialized Rules of Treaty Interpretation: Human Rights”, in D. B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties* (Oxford University Press, 2012), pp. 538-539.
- (3) *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2009*, p. 243, para. 66.
- (4) 坂元茂樹『人権条約の解釈と適用』（信山社、2017年）183-184頁。
- (5) *S.A.S. v. France*, ECtHR (Grand Chamber), App. no. 43835/11, Judgment of 1 July 2014, para. 129.
- (6) A. D’Amato, “On Consensus”, *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. 8 (1970), p. 107; F. Pascual-Vives, *Consensus-Based Interpretation of Regional Human Rights Treaties* (Brill Nijhoff, 2019), p. 14.
- (7) 他方で、全会一致でなくても成立するという点以外、例えば、どれほどの国家が反対すればコンセンサスの成立が妨げられるのか等は、明らかでないといわれる。D. Akande, “What Is the Meaning of ‘Consensus’ in International Decision Making?”, *EJIL Talk!*, 8 April 2013, available at <<https://www.ejiltalk.org/negotiations-on-arms-trade-treaty-fail-to-adopt-treaty-by-consensus-what-is-the-meaning-of-consensus-in-international-decision-making/>>.
- (8) K. Dzehtsiarou, “European Consensus and the Evolutionary Interpretation of

- the European Convention on Human Rights”, *German Law Journal*, Vol. 12 (2011), p. 1733.
- (9) 文脈を異にするものの、ヴィラリーは、国連等において多数の国家が賛同して決議等を採用することは、多数による意思の表明であるため、主意主義 (voluntarism) と多数決原則 (majority rule) との齟齬はないと述べている。A. Cassese and J. H. H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making* (De Gruyter, 1988), p. 110.
- (10) この意味で、コンセンサスは、人権条約の発展的解釈に対する制限として理解されている。G. Gaggioli, “The Strength of Evolutionary Interpretation in International Human Rights Law”, in G. Abi-Saab, K. Keith, G. Marceau and C. Marquet (eds.), *Evolutionary Interpretation and International Law* (Hart Publishing, 2019), p. 113.
- (11) P. G. Carozza, “Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 73 (1998), p. 1228; E. Benvenisti, “Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards”, *New York University Journal of International and Politics*, Vol. 31 (1999), p. 852. この危険性は、テロ対策に関する判決において欧州人権裁判所が厳しいテロ対策を講じる国家の立場を(過度に)尊重して、条約上の制限条項以上に権利を制約する解釈を展開していることに現れている。拙稿「欧州人権裁判所による発展的解釈の二面性—テロ対策に関する判決における権利制約的解釈—(1)～(2・完)」『早稲田大学大学院法研論集』第174号(2020年)251-274頁、第175号(2020年)105-129頁。
- (12) *Golder v. the United Kingdom*, ECtHR (Plenary), App. no. 4451/70, Judgment of 21 February 1975, para. 29; *The “Mapiripán Massacre” v. Colombia*, IACtHR, Series C No. 134, Merits, Reparations, and Costs, Judgment of 15 September 2005, para. 106; *J.B. et al. v. Canada*, HR Committee, Communication no. 118/1982, Decision adopted on 18 July 1986, para. 6.3.
- (13) 山形英郎「条約解釈目的と条約解釈手段—条約解釈規則の誕生—」『大阪市立大学法學雑誌』第56巻3・4号(2010年)456-459頁; E. Bjorge, “The Vienna Rules, Evolutionary Interpretation, and the Intentions of the Parties”, in A. Bianchi, D. Peat and M. Windsor (eds.), *Interpretation in International Law* (Oxford

- University Press, 2015), pp. 189-204.
- (14) *Demir and Baykara v. Turkey*, ECtHR (Grand Chamber), App. no. 34503/97, Judgment of 12 November 2008, para. 65.
- (15) ヴェイユは、国際法が国家意思のみに由来するという実証主義の立場から、強行規範や一般国際法が個別国家にその意思に反する義務を課すことを指して、相対的規範性 (relative normativity) と表現する。P. Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?”, *American Journal of International Law*, Vol. 77 (1983), pp. 413-442.
- (16) W. G. Werner, “State Consent as Foundational Myth”, in C. Brölmann and Y. Radi (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking* (Edward Elgar, 2016), pp. 16-21; 小栗寛史「国際法の形成における国家の同意の役割—国家の同意は衰退したのか?—」『社会科学研究』第68巻1号(2017年) 51-86頁。
- (17) B. D. Lepard, “Towards a New Theory of Customary International Human Rights Law”, in B. D. Lepard (ed.), *Reexamining Customary International Law* (Cambridge University Press, 2017), pp. 233-265.
- (18) L. Mälksoo, “Russia’s Constitutional Court Defies the European Court of Human Rights: Constitutional Court of the Russian Federation Judgment of 14 July 2015, No 21-Π/2015”, *European Constitutional Law Review*, Vol. 12 (2016), pp. 377-395.
- (19) *Brighton Declaration*, adopted at the High-Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, 19, 20 April 2012, para. 3.
- (20) N. Tsereteli, “Emerging Doctrine of Deference of the Inter-American Court of Human Rights”, *International Journal of Human Rights*, Vol. 20 (2016), pp. 1099-1101.
- (21) 本稿は、実践の蓄積という観点から、検討対象を欧州人権裁判所、米州人権裁判所、自由権規約委員会に限定して議論を進め、アフリカ人権裁判所や自由権規約委員会以外の国連の人権条約機関等については扱わないこととする。
- (22) *Animal Defenders International v. the United Kingdom*, ECtHR (Grand Chamber), App. no. 48876/08, Judgment of 22 April 2013, para. 123; *The Pacheco Tineo Family v. Bolivia*, IACtHR, Series C No. 272, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 25 November 2013,

- para. 158; *Judge v. Canada*, HR Committee, Communication no. 829/1998, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/829/1998, Views adopted on 5 August 2002, para. 10.3.
- (23) 戸田五郎「欧州人権裁判所の欧州人権条約解釈再考—仮保全措置の拘束力に關する判断を素材として」芹田健太郎・戸波江二・棟居快行・薬師寺公夫・坂元茂樹編『講座国際人権法 4 : 国際人権法の国際的実施』(信山社、2011年) 298頁; K. Dzehtsiarou, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights* (Cambridge University Press, 2015), p. 11.
- (24) *A, B and C v. Ireland*, ECtHR (Grand Chamber), App. no. 25579/05, Judgment of 16 December 2010, para. 234.
- (25) Dzehtsiarou, *supra* note 23, p. 129.
- (26) 江島晶子「ヨーロッパ人権裁判所における『評価の余地』理論の新たな発展」『明治大学大学院紀要』第29集(1992年) 58頁。
- (27) *S. and Marper v. the United Kingdom*, ECtHR (Grand Chamber), App. nos. 30562/04 and 30566/04, Judgment of 4 December 2008, para. 102.
- (28) *S.A.S. v. France*, *supra* note 5, para. 129.
- (29) *Animal Defenders International v. the United Kingdom*, *supra* note 22, paras. 102, 104, 123.
- (30) *S. and Marper v. the United Kingdom*, *supra* note 27, paras. 103, 108-110, 112, 126.
- (31) *Ünal Tekeli v. Turkey*, ECtHR (Fourth Section), App. no. 29865/96, Judgment of 16 November 2004, paras. 58-61, 68. その他、権利の重要性とコンセンサスの存在が一致して評価の余地を狭くした判決として、*Novruk and Others v. Russia*, ECtHR (Third Section), App. nos. 31039/11, 48511/11, 76810/12, 14618/13 and 13817/14, Judgment of 15 March 2016, paras. 100-101.
- (32) *Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece*, ECtHR (Grand Chamber), App. no. 42202/07, Judgment of 15 March 2012, paras. 65, 73-75, 81.
- (33) *Schalk and Kopf v. Austria*, ECtHR (First Section), App. no. 30141/04, Judgment of 24 June 2010, paras. 97, 105, 110.
- (34) その他、コンセンサスの存否が評価の余地の幅の決定において考慮された判決として、*Vo v. France*, ECtHR (Grand Chamber), App. no. 53924/00, Judgment of 8 July 2004, para. 84; *Van der Heijden v. the Netherlands*, ECtHR (Grand Chamber), App. no. 42857/05, Judgment of 3 April 2012, para. 61.

- (35) *X and Others v. Austria*, ECtHR (Grand Chamber), App. no. 19010/07, Judgment of 19 February 2013, paras. 99, 148-149.
- (36) *Ibid.*, paras. 151, 153.
- (37) *Orlandi and Others v. Italy*, ECtHR (First Section), App. nos. 26431/12; 26742/12; 44057/12 and 60088/12, Judgment of 14 December 2017, paras. 203-205.
- (38) *Ibid.*, para. 206.
- (39) *Ibid.*, paras. 207-211. その他、コンセンサスの不存在よりも権利の重要性を強調した判決として、*A.P., Garçon and Nicot v. France*, ECtHR (Fifth Section), App. nos. 79885/12, 52471/13 and 52596/13, Judgment of 6 April 2017, paras. 121-135; *Perinçek v. Switzerland*, ECtHR (Grand Chamber), App. no. 27510/08, Judgment of 15 October 2015, paras. 226-280.
- (40) *Hämäläinen v. Finland*, ECtHR (Grand Chamber), App. no. 37359/09, Judgment of 16 July 2014, para. 75.
- (41) Joint Dissenting Opinion of Judges Sajó, Keller and Lemmens, in *ibid.*, para. 5.
- (42) T. A. O'Donnell, "The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *Human Rights Quarterly*, Vol. 4 (1982), p. 480.
- (43) *S. and Marper v. the United Kingdom*, *supra* note 27, para. 102.
- (44) Dzehtsiarou, *supra* note 23, pp. 135-136.
- (45) Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Casadevall, Ziemele, Kovler, Jočienė, Šikuta, de Gaetano and Sicilianos, in *X and Others v. Austria*, *supra* note 35, para. 23.
- (46) T. Kleinlein. "Constructive Consensus and Domestic Democracy", in P. Kapotas and V. P. Tzevelekos (eds.), *Building Consensus on European Consensus: Judicial Interpretation of Human Rights in Europe and Beyond* (Cambridge University Press, 2019), pp. 220-221.
- (47) *Animal Defenders International v. the United Kingdom*, *supra* note 22, paras. 102-105, 108-110, 113-116, 123.
- (48) *Ibid.*, paras. 113-116, 123, 125.
- (49) その他、評価の余地の幅につき手続的手法を採用した判決として、*S.A.S. v. France*, *supra* note 5, paras. 129, 154.

- (50) *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, ECtHR (Grand Chamber), App. no. 74025/01, Judgment of 6 October 2005, paras. 61, 81-82.
- (51) *Ibid.*, paras. 79, 85.
- (52) 英国政府の調査によれば、条約当事国のうち、何ら制限なく受刑者に投票権を認めていたのは18か国、受刑者全員から投票権を剥奪していたのは英国を含め13か国、受刑者の投票権に何らかの制限を設けていたのは12か国であった。*Ibid.*, para. 33.
- (53) Joint Dissenting Opinion of Judges Wildhaber, Costa, Lorenzen, Kovler and Jebens, in *ibid.*, para. 6.
- (54) B. Çali, “Coping with Crisis: Whither the Variable Geometry in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 35 (2018), pp. 247-250.
- (55) *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, *supra* note 50, para. 81.
- (56) *Ibid.*, para. 79.
- (57) この点、刑事手続における自己弁護権を認めない国内法が問題となった、コレイア・デ・マトス対ポルトガル事件判決(2018年)において、裁判所は被告人に自己弁護権を認める当事国の傾向(tendency)があるがコンセンサスとは言えず、またポルトガルの議会と国内裁判所は当該国内法を慎重に審査していたとして、条約6条1項および3項(c)違反を認めなかった。*Correia de Matos v. Portugal*, ECtHR (Grand Chamber), App. no. 56402/12, Judgment of 4 April 2018, paras. 137, 146-150, 169.
- (58) T. Kleinlein, “The Procedural Approach of the European Court of Human Rights: Between Subsidiarity and Dynamic Evolution”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 68 (2019), p. 105.
- (59) Kleinlein, *supra* note 46, p. 231.
- (60) *A, B and C v. Ireland*, *supra* note 24, paras. 234-235.
- (61) *Ibid.*, paras. 236, 239, 242.
- (62) F. de Londras and K. Dzehtsiarou, “Grand Chamber of the European Court of Human Rights, A, B & C v Ireland, Decision of 17 December 2010”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 62 (2013), pp. 250-262.
- (63) P. Popelier and C. van de Heyning, “Subsidiarity Post-Brighton: Procedural Rationality as Answer?”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 30 (2017),

- p. 15.
- (64) 例えば、タイラー対英国事件判決 (1978年) において、裁判所は「〔少年に対する体罰〕が〔マン〕島の世論の怒りを呼んでいない (outrage)」ことを認識しつつ、「この分野における欧州評議会加盟国の刑事政策の発展や共通して受け入れられた基準」を考慮して、条約 3 条違反を認定したのであった。 *Tyrer v. the United Kingdom*, ECtHR (Chamber), App. no. 5856/72, Judgment of 25 April 1978, paras. 31, 35.
- (65) *Lautsi and Others v. Italy*, ECtHR (Grand Chamber), App. no. 30814/06, Judgment of 18 March 2011, paras. 26, 70, 77. その他、当事国の実践からコンセンサスの存否を判断した判決として、 *Dudgeon v. the United Kingdom*, ECtHR (Plenary), App. no. 7525/76, Judgment of 22 October 1981, para. 60.
- (66) *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, ECtHR (Grand Chamber), App. no. 28957/95, Judgment of 11 July 2002, paras. 84-85.
- (67) *Ibid.*, paras. 84-85.
- (68) *Ibid.*, para. 93. その他、当事国外の国内判決を重視した判決として、 *Pretty v. the United Kingdom*, ECtHR (Fourth Section), App. no. 2346/02, Judgment of 29 April 2002, paras. 66, 74.
- (69) クリスティーナ・グッドウィン事件判決と同じく、オリアーリ他対イタリア事件判決 (2015年) においても、同性婚を認める当事国はわずかに過半数を越えるのみであったが、裁判所は米国等の当事国外の実践を参照して、同性婚を認めようとする継続的な国際的動向 (continuing international movement) を導いた。 *Oliari and Others v. Italy*, ECtHR (Fourth Section), App. nos. 18766/11 and 36030/11, Judgment of 21 July 2015, para. 178.
- (70) *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, *supra* note 66, para. 74.
- (71) J. N. Erdman, “The Deficiency of Consensus in Human Rights Protection: A Case Study of Goodwin v. United Kingdom and I. v. United Kingdom”, *Journal of Law and Equality*, Vol. 2 (2003), pp. 329-347.
- (72) *Vinter and Others v. the United Kingdom*, ECtHR (Grand Chamber), App. nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10, Judgment of 9 July 2013, paras. 114, 130.
- (73) *Ibid.*, paras. 115-118.
- (74) その他、当事国の実践を十分に確認した上で、国連で採択された文書等を参照してコンセンサスを認定した判決として、 *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*,

- ECtHR (Grand Chamber), App. no. 18030/11, Judgment of 8 November 2016, paras. 139-148.
- (75) *Marckx v. Belgium*, ECtHR (Plenary), App. no. 6833/74, Judgment of 13 June 1979, para. 41.
- (76) *Ibid.*, paras. 20, 41, 43.
- (77) *Demir and Baykara v. Turkey*, *supra* note 14, para. 85.
- (78) *Ibid.*, paras. 98-108.
- (79) その他、条約当事国間のコンセンサスを明確に示す証拠を十分に確認した上で、国際条約を参照した判決として、*Bayatyan v. Armenia*, ECtHR (Grand Chamber), App. no. 23459/03, Judgment of 7 July 2011, paras. 103-108.
- (80) *Kafkaris v. Cyprus*, ECtHR (Grand Chamber), App. no. 21906/04, Judgment of 12 February 2008, paras. 104, 108.
- (81) Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Tulkens, Cabral Barreto, Fura-Sandström, Spielmann and Jebens, in *ibid.*, para. 4.
- (82) *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, ECtHR (Grand Chamber), App. no. 41615/07, Judgment of 6 July 2010, para. 135.
- (83) *Glass v. the United Kingdom*, ECtHR (Fourth Section), App. no. 61827/00, Judgment of 9 March 2004, para. 75; *D.H. and Others v. the Czech Republic*, ECtHR (Grand Chamber), App. no. 57325/00, Judgment of 13 November 2007, para. 181.
- (84) M. Rota, *L'interprétation des conventions américaine et européenne des droits de l'homme: analyse compare de la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme* (L.G.D.J., 2018), p. 293.
- (85) K. Dzehtsiarou, "What Is Law for the European Court of Human Rights?", *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 49 (2018), p. 129.
- (86) *Sørensen and Rasmussen v. Denmark*, ECtHR (Grand Chamber), App. nos. 52562/99 and 52620/99, Judgment of 11 January 2006, paras. 70, 75, 77.
- (87) *Schalk and Kopf v. Austria*, *supra* note 33, paras. 28, 105.
- (88) *Oliari and Others v. Italy*, *supra* note 69, paras. 55, 178.
- (89) L. Wildhaber, A. Hjartarson and S. Donnelly, "No Consensus on Consensus?: The Practice of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Journal*, Vol. 33 (2013), p. 258.

- (90) P. Kapotas and V. P. Tzevelekos, “How (Difficult Is It) to Build Consensus on (European) Consensus?”, in Kapotas and Tzevelekos (eds.), *supra* note 46, pp. 9–10.
- (91) *Vallianatos and Others v. Greece*, ECtHR (Grand Chamber), App. nos. 29381/09 and 32684/09, Judgment of 7 November 2013, paras. 91–92.
- (92) C. Djeflal, “Consensus, Stasis, Evolution: Reconstructing Argumentative Patterns in Evolutive ECHR Jurisprudence”, in Kapotas and Tzevelekos (eds.), *supra* note 46, p. 86.
- (93) *S.A.S. v. France*, *supra* note 5, paras. 156, 159.
- (94) Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Nußberger and Jäderblom, in *ibid.*, para. 19.
- (95) *Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece*, *supra* note 32, paras. 74, 81.
- (96) *Demir and Baykara v. Turkey*, *supra* note 14, para. 74.
- (97) *Vinter and Others v. the United Kingdom*, *supra* note 72, paras. 115–116, 118.
- (98) 欧州評議会規程15条 (b) は「適切な場合、委員会の結論は加盟国政府に対する勧告の形式をとることがあり、委員会はこうした勧告について取った措置を委員会に通告することを加盟国政府に要請することがある」と規定する。また、同規程20条 (a) は「次の重要な事項に関する閣僚委員会の決議は、票を投じる代表と委員会に出席する権利を有する代表の多数の全会一致を要求する」とし、「次の重要な事項」として「(i) 15条 (b) における勧告」を含む。
- (99) F. Tulkens, S. van Drooghenbroeck and F. Krenç, “Le soft law et la Cour européenne des droits de l’homme: questions de légitimité et de méthode”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, Vol. 91 (2012), p. 476.
- (100) 議員会議で採択された文書をコンセンサスの証拠として参照した判決として、*O’Keeffe v. Ireland*, ECtHR (Grand Chamber), App. no. 35810/09, Judgment of 28 January 2014, paras. 91, 147.
- (101) M. Breuer, “Impact of the Council of Europe on National Legal Systems”, in S. Schmahl and M. Breuer (eds.), *The Council of Europe: Its Law and Policies* (Oxford University Press, 2017), p. 844.
- (102) 欧州評議会規程29条は「〔…〕 諮問会議（筆者注：現在の議員会議）の全ての決議は、票を投じる代表の **3** 分の **2** の多数を要求する」と規定する。
- (103) *Demir and Baykara v. Turkey*, *supra* note 14, para. 75.

- (104) Breuer, *supra* note 101, p. 848. なお、国際裁判所が非拘束的文書を用いて条約上の曖昧な概念を明確化することにつき、酒井啓亘「国際裁判における非拘束的文書の役割と裁判所の機能」『国際法外交雑誌』第118巻2号(2019年)34-35頁。
- (105) *Meier v. Switzerland*, ECtHR (Third Section), App. no. 10109/14, Judgment of 9 February 2016, paras. 41, 78.
- (106) *Marchx v. Belgium*, *supra* note 75, paras. 20, 41.
- (107) *Demir and Baykara v. Turkey*, *supra* note 14, paras. 78, 103, 105. その他、被告国が批准していない国際条約を参照した判決として、*Glass v. the United Kingdom*, *supra* note 83, para. 75.
- (108) *O’Keeffe v. Ireland*, *supra* note 100, para. 147. その他、問題となった事実が発生した時点で被告国に対して効力を持たない国際条約を参照した判決として、*Glor v. Switzerland*, ECtHR (First Section), App. no. 13444/04, Judgment of 30 April 2009, para. 53.
- (109) *X and Others v. Austria*, *supra* note 35, paras. 69, 149-150.
- (110) 本判決に付された共同一部反対意見は、多数意見による国際条約の扱いが従来先例と一致しないと批判する。Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Casadevall, Ziemele, Kovler, Jočienė, Šikuta, de Gaetano and Sicilianos, *supra* note 45, para. 18.
- (111) *Chapman v. the United Kingdom*, ECtHR (Grand Chamber), App. no. 27238/95, Judgment of 18 January 2001, para. 83.
- (112) *Ibid.*, para. 94.
- (113) J. Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights* (Cambridge University Press, 2019), p. 177.
- (114) J. A. Brauch, “The Dangerous Search for an Elusive Consensus: What the Supreme Court Should Learn from the European Court of Human Rights”, *Howard Law Journal*, Vol. 52 (2009), pp. 277-318.
- (115) A. Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality* (Oxford University Press, 2012), pp. 127-129.
- (116) L. R. Helfer, “Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, Vol. 26 (1993), pp. 164-165.
- (117) P. Contreras, “National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of

- the European and the Inter-American Court of Human Rights”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 11 (2012), pp. 61-63.
- (118) *Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Constitution of Costa Rica*, IACtHR, Series A No. 4, OC-4/84, Advisory Opinion of 19 January 1984, paras. 59, 62.
- (119) Legg, *supra* note 115, p. 32.
- (120) *Herrera-Ulloa v. Costa Rica*, IACtHR, Series C No. 107, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 2 July 2004, para. 127.
- (121) *Barreto Leiva v. Venezuela*, IACtHR, Series C No. 206, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 17 November 2009, para. 90.
- (122) *López-Álvarez v. Honduras*, IACtHR, Series C No. 141, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 1 February 2006, paras. 164, 168, 170.
- (123) *Castañeda Gutman v. Mexico*, IACtHR, Series C No. 184, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 6 August 2008, paras. 197-198, 202.
- (124) Contreras, *supra* note 117, p. 81.
- (125) B. Duhaime, “Subsidiarity in the Americas: What Room Is There for Deference in the Inter-American System?”, in L. Gruszczynski and W. Werner (eds.), *Deference in International Courts and Tribunal: Standard of Review and Margin of Appreciation* (Oxford University Press, 2014), pp. 314-315.
- (126) Rota, *supra* note 84, pp. 214-215.
- (127) *The Pacheco Tineo Family v. Bolivia*, *supra* note 22, para. 156.
- (128) *Ibid.*, paras. 156-158.
- (129) *Ibid.*, paras. 161-195, 198.
- (130) *Atala Riffo and Daughters v. Chile*, IACtHR, Series C No. 254, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 24 February 2012, paras. 84-90.
- (131) *Ibid.*, para. 92. 同様の判旨は、性的指向に基づく差別が問題となった判断で繰り返されている。*Gender Identity, and Equality and Non-Discrimination of Same-Sex Couples: State Obligations Concerning Change of Name, Gender Identity, and Rights Derived from a Relationship Between Same-Sex Couples*, IACtHR, Series A No. 24, OC-24/17, Advisory Opinion of 24 November 2017, para. 83.

- (132) *Atala Riffo and Daughters v. Chile*, *supra* note 130, para. 93.
- (133) *Gelman v. Uruguay*, IACtHR, Series C No. 221, Merits and Reparations, Judgment of 24 February 2011, paras. 195-224.
- (134) *Ibid.*, paras. 238-240.
- (135) J. Contesse, “Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 79 (2016), p. 135.
- (136) *Gelman v. Uruguay*, *supra* note 133, para. 239.
- (137) *Artavia Murillo et al. (In Vitro Fertilization) v. Costa Rica*, IACtHR, Series C No. 257, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 28 November 2012, paras. 190, 224-243, 255-256. その他、当事国の実践を参照した判決として、*Tiu Tojin v. Guatemala*, IACtHR, Series C No. 190, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 26 November 2008, para. 87.
- (138) *Artavia Murillo et al. (In Vitro Fertilization) v. Costa Rica*, *supra* note 137, para. 264.
- (139) *Claude-Reyes et al. v. Chile*, IACtHR, Series C No. 151, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 19 September 2006, paras. 76, 78.
- (140) *The Environment and Human Rights*, IACtHR, Series A No. 23, OC-23/17, Advisory Opinion of 15 November 2017, paras. 47-55.
- (141) *Ibsen Cárdenas and Ibsen Peña v. Bolivia*, IACtHR, Series C No. 217, Merits, Reparation and Costs, Judgment of 1 September 2010, para. 60.
- (142) *Saramaka People v. Suriname*, IACtHR, Series C No. 172, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment of 28 November 2007, paras. 87, 92-95. その他、国際条約を参照した判決として、*Vargas Areco v. Paraguay*, IACtHR, Series C No. 155, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 26 September 2006, paras. 113-114, 120-121.
- (143) L. Lixinski, “The Inter-American Court of Human Rights’ Tentative Search for Latin American Consensus”, in Kapotas and Tzevelekos (eds.), *supra* note 46, p. 363.
- (144) Rota, *supra* note 84, p. 304.
- (145) Y. Negishi, “The Pro Homine Principle’s Role in Regulating the Relationship Between Conventionality Control and Constitutionality Control”, *European Journal of International Law*, Vol. 28 (2017), pp. 467-473.

- (146) L. Hennebel, “La Cour interaméricaine des droits de l’homme: entre particularisme et universalisme”, in L. Hennebel and H. Tigroudja (eds.), *Le particularisme interaméricain des droits de l’homme: en l’honneur du 40e anniversaire de la Convention américaine des droits de l’homme* (Pedone, 2009), pp. 116-117; L. Lixinski, “Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 21 (2010), p. 603.
- (147) ブルゴーグ＝ラルサンは、欧州人権裁判所がデミルおよびバイカラ事件判決で国際条約を参照して国際的なコンセンサスを認定したことを考察し、米州人権裁判所との類似性を指摘する。L. Burgogue-Larsen, “Interpreting the European Convention: What Can the African Human Rights System Learn from the Case Law of the European Court of Human Rights on the Interpretation of the European Convention”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, Vol. 5 (2012), p. 101.
- (148) Rota, *supra* note 84, pp. 293-296.
- (149) *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, IACtHR, Series A No. 16, OC-16/99, Advisory Opinion of 1 October 1999, para. 115.
- (150) *Atala Riffo and Daughters v. Chile*, *supra* note 130, para. 92.