

公法判例研究

中村, 英樹
九州大学大学院法学研究科博士課程

九州公法判例研究会
九州大学大学院法学研究科博士課程

<https://doi.org/10.15017/2099>

出版情報 : 法政研究. 64 (4), pp.231-244, 1998-03-25. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

公法判例研究

九州公法判例研究会

少数民族の文化享有権——風谷ダム事件判決

札幌地方裁判所平成九年三月二七日判決、平成五年（行ウ）第九号、権利取得裁決等取消請求事件、棄却（確定）。判例時報一五九八号三三頁

【事実の概要】

一 昭和六一年十二月一六日、建設大臣は、国を起業者とした沙流川総合開発事業に係る一級河川沙流川水系二風谷ダム建設工事事業の認定（以下「本件事業認定」）を行った。これを受け、被告である北海道開発局は、平成元年二月三日、土地収用法に基づき土地の権利取得裁決及び明渡裁決（以下「本件収用裁決」）をした。

これに対し、本件収用裁決の対象とされた土地の所有者

あるいはその相続人であり、且つアイヌ民族である原告らが、ダム建設によるアイヌ民族に対する民族的影響や文化的影響が、当裁決に先立つ本件事業認定の中で本来最も重視されるべきであるにもかかわらず考慮されておらず、土地収用法二〇条三号所定の「事業計画が土地の適正且つ合理的な利用に寄与するものであること」という要件を充たすものとはいえないので、本件事業認定とこれを前提とした本件収用裁決は違法であるなどとして、本件収用裁決の取消を求めたのが本件である。

二、本判決は、アイヌ民族の先住民族性を明確に認めた点で、マスコミ等でも注目を集めた。この判決の後の一九九七年五月に成立した「アイヌ文化の振興並びにアイヌの伝統等に関する知識の普及及び啓発に関する法律」、所謂アイヌ新法と比較しても、この点において先進性を有しているともいわれる。¹⁾しかし、その射程等に関しては、若干検討の余地を残しているようにも思われるので、以下、その他の論点も含め、判決を見ていきたい。

【主な争点】

1 本件収用裁決は、（先行処分である）本件事業認定

の違法性を承継するか。

2 本件事業認定は、土地収用法二〇条三号、四号に違反するか。

なお、本件では、以上の争点以外に、「本件収用裁決は憲法二九条三項に違反するか」、「本件収用裁決について理由付記の不備の違法があるか」の点も争われたが、以下これらの争点は割愛する。

【判旨】

行政事件訴訟法三一条一項を適用して、原告らの本訴請求を何れも棄却するとともに、本件収用裁決が違法であることを宣言（事情判決）。

一 争点1について

(一) 違法性の承継

収用裁決とは別に事業認定が独立の争訟の対象となっているのは、「国民の権利利益に大きな影響を与える行政行為について、各段階に争訟の機会を設けることにより、その手続を慎重ならしめ、もって、その手続及び内容の適正を確保しようとした趣旨であると解され」、また、「事業認定をするのが建設大臣又は都道府県知事であるのに対し、

収用又は使用の裁決をするのは収用委員会であつて、この収用委員会に事業認定の適否を審査する権限はないが、むしろ、収用委員会が事業認定の適否を審査する権限を有していないからこそ、違法性の承継が認められなければならない」。

従つて、「土地収用法に基づく事業認定と収用裁決は、両処分が相結合して、当該事業において必要とされる土地を取得するという法的効果を完成させる一連の行政行為となつていゝものであり、このような場合には、先行処分たる事業認定が適法になされることが、後行処分たる収用裁決の要件となり、先行処分に違法があつた場合には、その違法は当然に後行処分に承継されると解するのが相当である」。

(二) 先行処分の違法性判断の基準時

(一)のように解した場合、先行処分と後行処分との間の時間的経過により、事実関係等が変化していることも考えられるので、先行処分について何時の時点を基準にして違法性を判断すべきか（先行処分時か承継した後行処分時か）が検討されなければならない。

まず、抗告訴訟は「行政庁の処分の事後審査を本質とするものであり」、「事業認定と収用裁決の場合、後行の収用裁決を行う収用委員会には先行する事業認定の適否について審査する権限がないのであるから、先行処分の適否は、その処分当時の、いわば塩漬けされた状態で後行処分の適否の要素となっている」。また、先行処分時を基準にしないと、「先行処分時に存在せず、行政庁において考慮し得なかつた事実関係に基づいて裁判所が先行処分の適法性を判断することになり、行政庁の第一次判断権を奪うことにな」る。

従って、「先行処分の適否は先行処分がなされた当時を基準として判断すべきものであり、当処分以後の事実は、「その処分当時の事情を推認する間接事実等として役立つ限りにおいて斟酌することとなる」。

二 争点2について

土地収用法二〇条三号の「事業計画が土地の適正且つ合理的な利用に寄与するものであること」という要件は、「当該事業の起業地がその事業に供されることによって得られる公共の利益」と、「その土地がその事業に供されることによって失われる公共的又は私的利益」とを比較衡量

して判断されるべきである。そして、その比較衡量は、「事業計画策定に至る経緯、事業認定に係る事業計画の内容、事業計画の達成によって得られる公共の利益、事業計画の実施により失われる利益ないし価値、本件事業により失われる諸価値に対しなされた配慮等を総合し行われるべきである」。

この結果、「行政庁が判断をするに当たり、本来最も重視すべき諸要素、諸価値を不当、安易に軽視し、その結果当然尽くすべき考慮を尽くさず、又は本来考慮に入れ若しくは過大に評価すべきでない事項を過大に評価し、このため判断が左右されたと認められる場合には、裁量判断の方法ないし過程に誤りがあるものとして違法になる」。

本件において、当該事業計画の達成によって得られる公共の利益として認められるのは、①洪水調整、②流水の正常の機能の維持、③灌漑用水、水道用水及び工業用水の供給、④発電である。これに対して、当該事業計画の実施により失われる利益ないし価値として認められるのは、①二風谷地域の住民の民族性（「アイヌ民族が『市民的及び政治的権利に関する国際規約』（以下これを『B規約』という。）二七条にいう少数民族であること…は争いが無い」）、

②アイヌ民族の文化的特色、③二風谷地域におけるアイヌ文化（伝統的儀式や文化）である。

前者の利益は、これまでの同種事業と同じく簡明であるのに対して、後者の利益は、「少数民族であるアイヌ民族の文化であつて、これまで論議されたことのないものであり、しかもこの利益については、次のような点が存在するから、慎重な考慮が求められる」。

(一) 少数民族が自己の文化について有する利益の法的性質について

(1) B規約との関係

アイヌ民族がB規約二七条にいう少数民族であることは、参加人である国も認めているところであるが、「アイヌ民族は、文化の独自性を保持した少数民族としてその文化を享有する権利をB規約二七条で保障されているのであつて、我が国は憲法九八条二項の規定に照らしてこれを誠実に遵守する義務があり、憲法一二、一三条の公共の福祉によるその権利の「制限は必要最小限度に留められなければならない」。

(2) 憲法一三条との関係

憲法一三条の規定は、「国家と個人との関係において個

人に究極の価値を求め、国家が国政の態度において、構成員としての国民各個人の人格的価値を承認するという個人主義、民主主義の原理を表明したものである」が、各個人の置かれた状況の「多様性ないし相異を前提として、相異なる各個人を、形式的な意味ではなく実質的に尊重し、社会の一場面において弱い立場にある者に対して、その場面において強い立場にある者がおごることなく謙虚にその弱者をいたわり、多様な社会を構成し維持して全体として発展し、幸福等を追求しようとしたものにほかならない」。

このような憲法一三条の原理を、「支配的多数民族とこれに属しない少数民族との関係」においてみるに、「少数民族にとつて民族固有の文化は、多数民族に同化せず、その民族性を維持する本質的なものであるから、その民族に属する個人にとつて、民族固有の文化を享有する権利は、自己の人格的生存に必要な権利ともい得る重要なものであつて、これを保障することは、個人を実質的に尊重することに当たるとともに、多数者が社会的弱者についてその立場を理解し尊重しようとする民主主義の理念にかなうものと考えられ」、「国際連合はじめその他の国際社会の潮流に合致するものといえる」。したがって、「原告らは、憲法

一三条により、その属する少数民族たるアイヌ民族固有の文化を享有する権利を保障されており、公共の福祉によるその制限は、「必要最小限度に留められなければならない」。

(二) アイヌ民族の先住性

「先住民族」の固有の文化については、「少数民族」の場合以上に配慮が必要である。本訴に必要な限度で「先住民族」を定義すれば、「先住民族とは、歴史的に国家の統治が及ぶ前にその統治に取り込まれた地域に、国家の支持母体である多数民族と異なる文化とアイデンティティを持つ少数民族が居住していて、その後右の少数民族の支配を受けながらも、なお従前と連続性のある独自の文化及びアイデンティティを喪失していない社会的集団である」。

そして、提出証拠よりアイヌ民族と「和人」をめぐる歴史を考察するに、アイヌの人々は、「前記のとおり定義づけた『先住民族』に該当するといふべきである」。

(三) アイヌ民族に対する諸政策

「北海道旧土人保護法も、アイヌ民族の生活的自立を促すには程遠く」、その他の政策も「いわゆる同化政策であり、和人文化に優位をおく一方的な価値観に基づき和人の

文化をアイヌ民族に押しつけたものであって、アイヌ民族独自の食生活、習俗、言語等に対する配慮に欠けるところがあつたと言わざるを得ない」。

(四) 検討

本件事業計画の実施により得られる利益と失われる利益ないし価値の比較衡量を行う場合には、失われる利益が「B規約二七条及び憲法一三条で保障される人権であることに鑑み、その制限は必要最小限度においてのみ認められるべきであるとともに、国の行政機関である建設大臣としては、先住民族の文化等に影響を及ぼすおそれのある政策の決定及び遂行に当たってはその権利に不当な侵害が起らないようにするため、右利益である先住少数民族の文化等に対し特に十分な配慮をすべき義務を負っている」。

更に、「本件収用対象地付近がアイヌ民族にとって、環境的・民族的・文化的・歴史的・宗教的に重要な諸価値を有していることは明らかであり」、また、これらの諸価値は、「民族の多様性に対する理解や多様な価値観の醸成に大いに貢献すると考えられる」ので、「アイヌ民族に属しない国民一般にとっても重要な価値を有するものである」。

「公共の利益のために、これらの諸価値が譲歩すること

があり得ることはもちろんであるが、譲歩を求める場合には、前記のような同化政策によりアイヌ民族独自の文化を衰退させてきた歴史的経緯に対する反省の意を込めて最大限の配慮がなされなければならない」。

以上を総合すれば、「建設大臣は、本件事業計画の達成により得られる利益がこれによって失われる利益に優越するかどうかを判断するために必要な調査、研究等の手続を怠り、本来最も重視すべき諸要素、諸価値を不当に軽視なしい無視し、したがって、そのような判断ができないにもかかわらず、アイヌ文化に対する影響を可能な限り少なくする等の対策を講じないまま、安易に前者の利益が後者の利益に優越するものと判断し、結局本件事業認定をしたことになり、土地収用法二〇条三号において認定庁に与えられた裁量権を逸脱した違法があるといふほかはない。したがって、本件事業認定は土地収用法二〇条三号に違反し、その違法は本件収用裁決に承継されるというべきである」。

しかしながら、「既に本件ダム本体が完成し湛水している現状においては、本件収用裁決を取り消すことにより公の利益に著しい障害を生じるといわざるを得」ず、取消によっても遺跡等の破壊の原状回復は不可能であることや、

不十分ながらもアイヌ文化への配慮がなされていること等の一切の事情を考慮して、「本件においては、行政事件訴訟法三一条一項を適用することとする」。

【本判決の検討】

本判決は、複数の注目すべき論点を含んでいるが、それらの中から主に行政法、特に行政事件訴訟法にかかわる論点として「違法性の承継、先行処分⁽²⁾の違法性判断基準時について」、主に憲法にかかわる論点として「少数民族が自己の文化について有する利益の法的性質について」、以下検討を加えていきたい。なお、「先住民族」の定義が孕む問題性については、最後に若干触れるに留める。

一 違法性の承継、先行処分⁽²⁾の違法性判断基準時について
行政行為の違法事由として、当該処分自体の違法ではなく、それに先行する行政処分の瑕疵を主張することができるか、というのが、違法性の承継の問題である。この点については、先行処分と後行処分が連続した一連の手続を構成し、一定の法律効果を目指しているような場合には、違法性の承継を認めると解されている⁽²⁾。これまでの判例も、そのような場合には承継を認めるものが多く⁽³⁾、先行処分で

ある事業認定と後行処分である収用裁決の間の違法性の承継を承認した本判決も、従来の判例の流れを受けたものである。

このように、先行処分と後行処分の間で違法性が承継されると解した場合、先行処分についてどの時点での事実や法状態を基準として違法性が判断されるべきか、ということが問題となる。この点に触れる前に、まず一般に抗告訴訟における違法性判断基準時について、どのように考えられているかをみてみたい。

抗告訴訟における違法性判断基準時については、処分時説と判決時説が主張されているが、判例は、原則として処分時説に立っている⁽⁴⁾。学説においても、①取消訴訟における裁判所の役割は処分の事後審査に留まるべきであること、②取消訴訟の本質は処分時における行政庁の具体的権限の存否の確認にあること、③処分後の全ての事情の考慮には裁判所の構成や能力に限界があること、④取消訴訟の破棄処分的性格に基づく訴訟物特定の必要性等を根拠として、処分時説が多数説となっている⁽⁵⁾。しかし、このような訴訟物論や取消訴訟本質論からの議論に対しては、具体的に行政過程における法律の仕組みごとに問題を考察すべきである、

という指摘もなされているところである。⁽⁶⁾

その上で、先行処分の違法性判断基準時については、①先行処分時説、②後行処分時説、③判決時説が考えられるが、本判決は、抗告訴訟一般における違法性判断基準時に関する右のような議論を踏まえた上で、取消訴訟本質論と併せて、土地収用法の具体的制度に対する考察を加えて、先行処分時を基準とするという結論を導き出したものといえ、妥当であろうと思われる。

また、本件は、ダム建設に関して初めて事情判決が適用された事例としても注目される。

二 少数民族が自己の文化について有する利益の法的性質について

本判決は、土地収用法二〇条三号所定の要件の検討に際し、当該土地がその事業に供されることによつて得られる公共の利益と、その土地がその事業に供されることによつて失われる公共的又は私的利益とを比較衡量するという、「日光太郎杉事件」⁽⁷⁾以来確立した手法を用いている。そして、その際に考慮すべき要素の一つとしてではあるが、少数民族が自己の文化について有する利益の法的性質が分析されているので、判決に沿って、(一)B規約との関係、(二)憲

法一三条との関係について検討していききたい。

(一) B規約との関係について

アイヌ民族がB規約二七条にいう「少数民族」に該当することについては、参加人である国も認めており、争いがない。⁽⁸⁾したがってここでは、人権規約の国内における裁判規範性が問題となる。

まず一般に、条約は国家の間で作用するものであり、国家の間で一定の権利義務を創設するが、他方、条約の国内法秩序における効力は国内法に依存し、その国内的適用は憲法ないし憲法慣行により規律される、とされる。⁽⁹⁾即ち、条約の国内的編入の方法は、国内法により決定される。ここで、その方法としては、条約の内容を事前に法律として変形する必要があるとする「変形方式」と、条約をそのままの形で国内法として一般に受容し執行するという「一般的受容方式」とに大別されるが、我が国の場合、後者の「一般的受容方式」に立つといわれている。⁽¹⁰⁾

また、国内における適用可能性については、条約の中には、国内法による補完・具体化がなくとも、内容上そのままの形で国内法として直接に実施され、私人相互間又は私人と国家機関との間の法律関係について国内の裁判所及び

行政機関の判断根拠として適用できる条約があるとされ、こういった条約は、「自動的執行力のある (self-executing)」条約と呼ばれている。⁽¹¹⁾そして、二条二項において即時の実施義務を締結国に負わせているB条約が一般的にself-executingな条約であることについては、学説上殆ど異論はない。⁽¹²⁾もう少し具体的には、B規約の各規定のうち、自動執行的性格を有する規定の場合、国内法がB規約に違反して無効であると裁判所によって判示されうるし、暫進的達成が求められている規定の場合、国内法を解釈する指針として裁判所によって用いられ、権益拡大に寄与しうるのである。⁽¹³⁾では、これまで日本の国内裁判所は、人権条約に対してどのような態度を示してきたのであろうか。

一般に裁判所は、一定の国際人権条約が国内裁判において裁判規範性を有することを明示的又は黙示的に承認しているが、⁽¹⁴⁾国内裁判所において国際人権条約が固有の役割を果たしているといえるような状況にまでは至っていない。⁽¹⁵⁾B規約に関しても同様であって、裁判所が積極的に同規約を活用して外国人の人権を強める裁判をしたこともなかったし、日本国民の人権にかかわる事件で適用法令を同規約との関連で審査して人権を強化させたこともなかったとい

られる。⁽¹⁶⁾そして、このような裁判所の消極的な態度は、学説からも批判されてきたところである。⁽¹⁷⁾

本判決は、(二)で述べるように、少数民族固有の文化を享有する権利を憲法一三条にも基礎づけており、B規約二七条に自動執行的性質を認めたのか、それとも国内法解釈の指針として用いたのかについては、必ずしも明らかではな⁽¹⁸⁾く、また、「先住民族に対し、土地、資源及び政治等についての自決権であるいわゆる先住権まで認めるか否かはともかく」として、国際的に主張されているところの「先住権」については判断を留保している。しかし、判例が一般的に消極的であった、条約による人権保障を正面から認められた稀有な例⁽¹⁹⁾である点、「公共の福祉」によるその制約も、必要最小限度に留められるべきことを示した点⁽²⁰⁾などについて、注目すべき内容を含んでいるといえる。

(二) 憲法一三条との関係について

先述したように、本判決は、少数民族固有の文化を享有する権利を、B規約二七条と並んで憲法一三条から導き出している。その意義について、以下検討していきたい。

まず、憲法一三条が何を保障しているのかという保障内容の問題について、学説では、所謂「人格的利益」説と

「一般的自由」説の間で議論があり、⁽²¹⁾一三条を「人格的価値」と結び付けて理解することに対する批判もあるが、判例は一般に、憲法一三条を個人の人格や尊厳の価値と関連させて理解している。⁽²²⁾本判決もこの流れに沿って、一三条を「国家が国政の態度において、構成員としての国民各個人の人格的価値を承認するという個人主義、民主主義の原理」の表明と理解する。

但し、ここで本判決は、各個人の置かれた状況の多様性ないし相異を前提として、社会的強者による弱者への配慮、多様な社会の構成、維持を、その原理の内容と捉え、その上で、同原理を「支配的多数民族とこれに属しない少数民族との関係」へと準用し、そこから少数民族に属する「個人」にとつての民族固有の文化の享有権を、「人格的生存に必要な権利」として承認する、という構成をとっているとみることができるといえる。

憲法一三条が個人主義の原理と並んで民主主義の原理をも表明しているといえるのか、また、弱者に対する多数者の配慮という理念が民主主義の概念に当然に内蔵されていると考えることができるのか、といった点について、判決は若干言葉足らずである。だが、この点についてはここで

は立ち入らない。ここで問題としたいのは、本判決が、このように理解された一三条の原理を、別段の検討抜きに「支配的多数民族とこれに属しない少数民族との関係」に準用している点である。本判決は、民族自体に帰属する「集団的権利」に関しては直接語っていない。しかし厳密に言えば、この段階で、「民族」等の「集団」を権利主体として登場させるべきか、あるいはあくまでそれに属する「個人」の人権に還元すべきなのかという点、また、ある「集団」への帰属を権利享有のメルクマールとすることの是非等に関して、踏み込んだ検討が必要であったのではないだろうかと思われる。そこで以下、この「集団的権利」に関する国内の議論状況を概観してみたい。

これまで、日本においてこの問題は、専ら個人と団体（特に法人）の関係をめぐって論じられてきた。そしてここでは、周知のように、高度に組織化された現代社会における法人それ自体の役割の実態や、法人・団体の活動自体が「結社の自由」の内実をなすものであることなどに基づき、性質上可能な限り法人（団体）にも人権享有主体性を認めるという学説が有力であり、また、判例もそのように解している。⁽²⁵⁾

しかし、特に近年、近代立憲主義に与つての究極的価値は「共同体からの自由な諸個人の解放」にあるとして、人権の主体を徹底的に個人を担い手としたものとして捉える立場に一度立ち返つてみる必要性を説く見解⁽²⁶⁾が、支持を得てきている。そして、「集団」を人権主体と考えることには理論的難点がある上に、「集団」を「個人」と同等の「人権」主体とするときには「集団」が「個人」を飲み込んでしまう危険性が強い⁽²⁶⁾ため、憲法学は「人権」の主体を「個人」とすることに固執する、として、「個人」のみが「人権」の主体であることが強調されることが日本の憲法学界の趨勢である、ともいわれている。⁽²⁷⁾ 一般的にいつて、安易な「集団的権利」の主張は、「個人の尊重」規定を持つ日本国憲法の解釈論との整合性の点で、大きな難点を抱えることになるであろう。

ところで最近、民族の文化が個人の自律的選択の文脈を提供し、有意な選択を可能にするという意義を指摘し、リベラリズムと両立する形で民族への言語・文化権や一定の自治権を承認する議論も提起され、⁽²⁸⁾ 非常に注目されるが、「マイノリティ集団の権利」という問題自体、日本における研究はまだ始まったばかりであり、広範な支持を得るま

では至っていないのが現状である。

こういった状況の中、本判決は、日本国憲法の下での「集団的権利」の承認可能性の問題についてはこれを迂回しつつ、文化享有権を少数民族に属する「個人」の人格的生存に還元することによって、民族に関して集団的権利として主張されている中のある種のものについては認められ得ることを示したものと見える。その理論的精密性に検討の余地はあるものの、「マイノリティ集団の権利」の問題に関する判例の嚆矢としての意義が認められよう。また、本件は、従来の「個人vs法人」一辺倒の検討枠組に対して、異なった角度から「集団的権利」の問題を照射する必要性を示すものになるといえよう。ただ、文化享有権以外の権利についてはどうなのか、また、少数民族以外でそれに類するような社会的弱者については（憲法一三条に基づいて）特別な権利が認められ得るのか、認められ得るとしてそれはどのような内容か等については、別途の考察が必要かと思われる。

また、憲法一三条の保障する包括的基本権の内容について本判決は、所謂「人格的利益説」を前提として、「人格的生存にとって不可欠」という要件を用いてアプローチを

行っているが、幸福追求の出発点を各個人の置かれた状況の多様性ないし相異に置き、社会的強者と社会的弱者との関係で一三条を捉えている点は目新しく、そこまでの内容を一三条に読み込めるかどうかも含めて、今後の議論にとって注目されるであろう。

最後に、「集団の定義」について若干触れておきたい。本判決はその中で、先住性・文化及びアイデンティティの独自性・被支配性・独自の文化及びアイデンティティの維持といった要件による「先住民族」の定義を行っている。本件においては、アイヌ民族が「先住民族」に該当すると認められたため、問題が顕在化することはなかったが、一般的にいつてある「集団」を「定義」することは、権利の存否を問題とする以前にその要件論に議論を集中させてしまふ傾向があり、今後の「マイノリティ集団の権利」論においては注意を要する点であると思われる。²⁹⁾

(1) アイヌ新法の紹介は、常本照樹「アイヌ新法の意義と先住民族の権利」法律時報六九巻九号（一九九七年）二頁、吉川和宏「アイヌ新法」法学教室二〇三号（一九九七年）二頁等。なお前者は、本判決に対する検討を含んでいる。

- (2) 原田尚彦『行政法要論〔全訂第三版〕』（学陽書房、一九九四年）一六〇頁。
- (3) 名古屋地判平二・一〇・三一判例時報一三八一号三七頁、東京高判平五・八・三〇行集四四卷八・九号七二〇頁等。
- (4) 最二判昭二七・一・二五民集六卷二号二二頁、最二判昭二八・一〇・三〇行集四卷一〇号二三一六頁、最二判昭三〇・七・一五民集一三卷七号一〇六二頁等。
- (5) 鈴木庸夫「違法性判断の基準時」成田頼明編『行政法の争点（新版）』（有斐閣、一九九〇年）二一八頁参照。
- (6) 塩野宏『行政法Ⅱ〔第二版〕』（有斐閣、一九九四年）一五五頁。
- (7) 東京高判昭四八・七・一三行集二四卷六・七号五三三頁、『街づくり・国づくり判例百選』（有斐閣、一九八九年）一一八頁。
- (8) 尤も、一九八〇年に日本政府が自由権規約委員会に提出した報告書では、日本にはB規約二七条にいう少数者は存在しない、とされていた。国内の少数民族に関する日本政府の説明の変遷については、大沼保昭・藤田久一編『国際法資料集〔第五版〕〔上〕』（東信堂、一九九三年）二六九頁参照。
- (9) 水上千之「条約の国内的編入と国内的効力」広島法学一六卷四号（一九九三年）二六七頁、二六七～二七八頁。
- (10) 山本草二『国際法〔新版〕』（有斐閣、一九九四年）一〇〇～一〇四頁。但し、「それぞれの国家の統治構造の違い、すなわち、憲法規範や憲法慣行の違いによって、条約の国内的効力もさまざまな様相を呈していること」に注意が必要である。新井信之「国際人権条約と無国籍出生児の日本国籍取得可能性(二)」(長崎外国語短期大学)論叢四三号（一九九四年）三七頁、四三頁。
- (11) その「主観的要件」は、条約の作成・実施の過程の事情により、私人の権利義務を定め直接に国内裁判所で執行可能な内容のものにするという、締約国の意思が確認できること、「客観的要件」は、私人の権利義務が明白、確定的、完全かつ詳細に定められていて、その内容を具体化する法令にまつまでもなく国内的に執行可能な条約規定であること、とされる。山本・同右一〇五頁。
- しかし、このような要件を判定基準とすることに対して、疑問とする見解もある。横田耕一「『国際人権』と日本国憲法」国際人権五号（一九九五年）七頁、一〇～一一頁。
- (12) 伊東正己「国際人権法と裁判所」国際人権一号（一九九一年）七頁、一〇頁。
- (13) 米沢広一「国際社会と人権」樋口陽一編『講座憲法学2』（日本評論社、一九九四年）一七一頁、一八九頁。
- (14) 最大判平一・三・八民集四三卷二号八九頁、東京高判平五・二・三東高時報（刑）四四卷一～一二号一一頁、徳島地判平八・三・一五判例時報一五九七号一一五頁等。
- (15) 米沢・前掲註(13)一八四頁。国際人権条約の適用を主

張した裁判例及びそれに対する裁判所の対応については、岩沢雄司「日本における国際人権訴訟」小田滋古稀祝賀『紛争解決の国際法』（三省堂、一九九七年）二五一頁に詳しい。

(16) 伊藤・前掲註(12)九頁。但し、註(14)に挙げた判例は、B規約の活用に関する積極的であるといえる。

(17) 裁判所のこのような態度に対して、岩沢教授は、「裁判所がこの比較的新しい法分野に明るくないこと」をその主な理由として挙げる。岩沢・前掲註(15)二六五頁。また、横田教授は、『国際人権』を『人権』論に説得力ある形で取り込んでこなかった憲法学界の責任が大きい」と指摘する。横田・前掲註(11)一〇頁。

(18) 尤も、そのこと自体は、本件における権利保障の観点からはそれほど重要な問題ではないともいえるかも知れない。だが、「憲法を先に解釈し同様の論理を国際人権法に当てはめる解釈方法は、憲法を解釈するに際して国際人権法を憲法の解釈基準として参照しているならば、必ずしも非難には当たらない。：しかし一般的には、このような解釈手法は、国際人権法の保護水準は憲法のそれを超えないという裁判所の認識を反映しているように見える」という指摘に注意する必要がある。岩沢・前掲註(15)二五六頁。

(19) 岩沢・前掲註(14)二五二〜二五三頁参照。

(20) 日本の裁判所は、国際人権法に「合理性」の基準を持ち込み、人権に対する制約を正当化することがある。同右

二五七〜二五九頁。

(21) 典型的には、「人格的利益説」は憲法一三条（幸福追求権）により人格的生存に不可欠な利益が保障されていると説き、「一般的自由説」はそのような限定を付さずに、あらゆる生活領域に関する行為の自由が保障されていると説く。前者の例としては、樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦辺法穂著『憲法I』（青林書院、一九九四年）二四五頁（佐藤幸治執筆）、佐藤幸治『憲法（第三版）』（青林書院、一九九五年）四四三頁、芦部信喜『憲法学II』（有斐閣、一九九四年）三四二頁等。後者の例としては、戸波江二「幸福追求権の構造」公法研究五八号（一九九六年）一頁、内野正幸『憲法解釈の論理と体系』（日本評論社、一九九一年）三二三頁、阪本昌成「プライバシーと自己決定の自由」樋口陽一編『講座憲法学3』（日本評論社、一九九四年）二一九頁等。但し、論者によって、その論理構成や具体的保障内容は少なからず異っている。

(22) 阪本・同右二二一〜二二二頁。

(23) 最大判昭二三・三・二四裁判所時報九号八頁、東京地判昭三九・九・二八下民集一五卷九号二三一七頁、東京地決昭四五・三・一四判例時報五八六号四一頁、東京地判平三・六・二二判例時報一三八八号三頁等。

(24) 樋口ほか・前掲註(21)一八九〜一九一頁（佐藤幸治執筆）、佐藤・前掲註(21)四二四〜四二九頁、芦部・前掲註(21)一五九〜一七八頁等。

- (25) 最大判昭四五・六・二四民集二四卷六号六二五頁。
- (26) 樋口陽一『憲法』（創文社、一九九二年）一七四〜一七六頁、同『近代憲法学にとつての論理と価値』（日本評論社、一九九四年）一六八〜一八五頁。
- (27) 横田・前掲註(11) 八〜九頁。
- (28) 常本照樹「人権主体としての個人と集団」長谷部恭男編『リーディングズ現代の憲法』（日本評論社、一九九五年）八一頁、中村睦男・常本照樹著『憲法裁判50年』（悠々社、一九九七年）三四二頁（常本照樹執筆）。
- (29) このような定義の問題性を指摘するものとして、窪誠「市民的及び政治的権利に関する国際規約二七条と少数者の定義(一)・完」法学論叢二二八卷一号二三頁、一二九卷一号九二頁（一九九〇、九一年）。

(中村英樹)