



Title	国際人権規約と先住民民族：アイヌ民族と自由権規約を中心に
Author(s)	スティーブンス, ジョージナ; STEVENS, Georgina
Citation	北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル, 12, 121-173
Issue Date	2006-02
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/22354
Type	departmental bulletin paper
File Information	12_P121-173.pdf



国際人権規約と先住民族

－アイヌ民族と自由権規約を中心に－

ジョージナ・ステイーブンス

目次	
はじめに	123
第1章 国際人権規約の国内法における適用－自由権規約を中心に－	125
第1節 日本国内における、国際法一般および自由権規約の法的位置づけ	125
第2節 自由権規約委員会の見解を尊重する国際法の法的根拠	
－ 国内判例における条約法条約の解釈の分析を通じて－	127
2.1 規約人権委員会による意見・見解の役割	127
2.2 国内判例における条約法条約の援用	127
2.3 条約法条約の解釈規定の自由権規約に対する適用可能性	128
第3節 自由権規約委員会の見解の尊重－日本国憲法を通じての考察－	129
第4節 国内におけるアイヌ民族の第27条および文化的享有権の実施状況	133
第2章 Iwor再生とアイヌ民族の自由権規約第27条の下での権利	135
第1節 アイヌ民族の歴史的背景とIworの国内における展開	135
1.1 アイヌ民族の歴史的背景と土地剥奪	135
1.2 「イオル」(Iwor) という概念とその国内議論における展開	135
第2節 第27条の下での文化享有権－アイヌ民族の文化	137
2.1 有識者懇談会における定義	138
2.2 二風谷ダム判決における文化享有権	138
2.3 アイヌ文化振興法(第2条)での定義	139
第3節 第27条の下での義務－積極的義務もしくは消極的義務?	139
第4節 土地に係わるアイヌ民族の第27条の権利	141
第5節 第27条の実施措置とIwor	143

5.1 土地と結びついているアイヌ文化の享有に関する現行国内法の状況	143
5.2 第27条の委員会意見・見解に照らしての現行国内法の評価 …	143
第6節 人種差別撤廃条約の下における義務履行とIwor	146
第7節 現在のIwor計画は人権法の要件を満たしているか	149
終わりに	154

はじめに

近年において、さまざまな国家やそのほかの統治主体が、様々な形式を通じて、先住民族の土地権を承認し、その数は増加傾向にある。国家と民族の交渉を経て、条約・協定を締結することによって解決された事例もあれば¹、この十数年に、国家の憲法に先住民族の土地権を認める特別の規定が設定された民族²、さらには、長年の闘争の末に、司法の判決により「無主地」の概念が放棄され、土地に関する先住権原が承認されたオーストラリアのアボリジニーの事例もある³。また、アジア諸国、例えばフィリピンにおいては、先住民族権利法で先住民族の先祖伝来の土地の権原を認定する規定が定められ⁴、1997年のマレーシアの高等裁判所判決においては、先住民族の伝統的な土地に関する権原に基づき、国有地において、自由に居住し、移動し、採取、狩猟する権利がコモンローおよびマレーシア連邦憲法により保障されていることが確認されている⁵。

この先住民族の土地権を承認する潮流に関し、「様々な理由から、国際社会は、土地、領土と資源に関する新たな地球規模の観念と原理に基づいた対応を先住民族に取るようになった⁶」ことは、国際法および国際連合も重要な役割を果たしてきたことを示している。歴史上、先住民族の土地剥奪と強奪を正当化する役割を担ってきた⁷国際法においては、少数者の差別防止および保護に関する国連人権小委員会（当時）の特別報告者ホセ・マルチネス・コーボが「先住民に対する差別問題」の報告にて、先祖伝来の土地からの追出と先住民族に対する既存及び継続する差別の関連性を明白に記したことにより、変革へと動き出した⁸。これに続いて、国連経済社会理事会が、決議1982/34により差別防止・少数者保護小委員会のもと、先住民族の人権に関する国際基準の開発を任務の一つと位置付けた、先住民族作業部会を設けた⁹。1985年に、作業部会は国際連合の総会において採択するための先住民族の権利に関する宣言を作成する

ことに踏み切り、やがて領土や土地の権利も含まれるようになる宣言の起草に取り組んできた¹⁰。これは、現在のところ正式な宣言を出すまでには至らず、未だに宣言草案にとどまっているものの、「普く尊重されている道義的な人権基準¹¹」とされ、先住民族の土地に関する重要な規定を多く含んでいる。よって、宣言草案自体、そして、その国連における20年の検討過程における様々な主体の参加も、この国際社会の変動に貢献したと言える¹²。加えて、1980年代の後半の国連の国際労働機関（以下ILO）において採択された169号条約に規定される、先住民族が伝統的に所有または利用してきた土地及び領域に関する事項も、批准した締約国の国内土地権の承認に関する大きな影響を与えている¹³。

また、国連の、いわゆる主要国際人権条約、特にあらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約および市民的及び政治的権利に関する国際規約（以下「自由権規約」）の実施状況に関する監視制度の下においても、先住民族の土地権が検討されている¹⁴。

他方で、未だに国家による土地に関する権利の承認・認知がされていない先住民族も数多く存在する。アイヌ民族の場合も、国際社会、具体的には、国連の規約人権委員会、人種差別撤廃委員会、先住民族に関する特別報告者などにより、先住民族として承認されているにもかかわらず、国内の政府が先住民族として承認しない、かつ国際法において規定される先住民族として承認することを忌避し、国内および国内法において、土地権を含め、（実質的に）先住民族の権利が認められていないのが現状である。

しかしながら、日本政府はアイヌ民族を自由権規約第27条にいう少数民族として承認し、さらには国内法において、アイヌ少数民族の文化を保護、振興する立法が制定されている。この文化を振興する施策の一環として、舞踊、民芸の文化的活動

を行い、伝統的な儀式を再生し、文化伝承のための自然素材を自由に採取、捕獲できる場所を含む、アイヌ民族の伝統的生活空間（"Iwor"）を再生する施策が計画されている。

「神々の住む世界。具体的には狩や魚の場としての山奥または沖合」や「山野、部落の狩猟の縄張り」と解釈されるアイヌ語の"Iwor"という語彙（カタカナでは「イウオロ」または「イウォル」や「イオル」）は本稿において、文化的振興の施策の一環として、再生が検討されているアイヌ民族の伝統的生活空間を示すものとして用いる¹⁵。この、国の施策においては"Iwor"（イオルともいう）とは「アイヌの伝統的な生活の場」と定義される¹⁶。

"Iwor"を再生する文化的振興の施策に関し、日本政府は北海道の天然資源、土地に関する所有権、返還の措置などとの関連を一切断絶し、先住民族の権利を承認するのではなく、少数民族の文化を奨励する措置を講ずるに留めている。ただし、本稿において明らかにしていくように、少数（先住）民族の文化的権利に関する保護、奨励と先住民族の権利とは、どちらかを選択的に抽出し他方が排除される性質を帯びているものとはいえない。これを法的に見ると、自由権規約第27条は少数民族の文化的享有権が「否定されない」ことを規定しているのみである。¹⁷しかし、自由権規約の監視機関である規約人権委員会は、（条約およびその選択議定書が規定する監視役割を果たす上で送付する意見・「見解」（view）において）先住民族の文化・精神文化の享有が先住民族の先祖伝来の土地と密接に関連していることを承認することにより、土地との結びつき、および伝統的な（文化的）経済的活動と、それを支える天然資源へのアクセスが、先住民族の文化享有と密接不可分な場合に、第27条の下で一定の保護が与えられるとしている。

したがって、本稿は、以上のIwor、伝統的生活空間の再生という文化的奨励施策において、自由

権規約の第27条がアイヌ民族の土地と係わる活動を保護・保障する範囲および限界を検討し、第27条の文化的享有権が先住少数民族に土地への利用、アクセスを保障するかどうか、その範囲が「土地権」および土地の権原の保障まで及ぶか否かを考察したい。

また、特に、アイヌ民族と日本の場合をケーススタディにして、現在の日本国内の事情を取り入れながら、国際法を国内に適用する際に、国内法、または対象となる先住民族とその住む国家の現状が、適用すべき国際法の選択および適用できる保障・基準にどのような影響を及ぼすかを示す。このようにして、国際法の人権保障を確保、実現するにあたり、国内法を排除して、国際法を排他的に検討するよりも、国内法の状況も考慮して、国際人権法の保障が国内法体系と交差する最に、その相互依存関係および補完関係を活かすことが国際人権の保障にも重要であることを示したい。

本稿は、まず、第1章において、国際人権規約、とりわけ自由権規約の日本国内法体系への編入方法および編入後に、国内で同人権規約の規定を解釈・適用する際に条約監視機関の見解を考慮すべき理由とその考慮を要請する法的根拠について考察する。第1節では、国際法条約、すなわち人権条約一般、とりわけ自由権規約の日本の国内法体系への編入方法を概観する。そしてこれが国内効力をもった場合に、その条約の規定、内容が直接適用可能なものであるかどうかを決定する基準に関する学説、国内裁判所の判例および日本政府の見解を検討する。そして、自由権規約および同第27条の国内効力と直接適用可能性を確認したうえで、次に、自由権規約の下において送付される規約人権委員会（以下、「規約委員会」）の見解ないし意見が、規約の規定を解釈、適用するにあたり、考慮されるべき法的根拠を探る。その法的根拠となりうるものとして、第2節においては、まず国内の判例において規約委員会の見解・意見を考慮する根拠として援用される条約に関するウィーン

条約の条約解釈規定に関する議論を検討する。そのなかで、条約法条約の自由権規約の解釈における採用可能性を分析し、かつ国内判例で援用される同第31条3項bおよび第32条が、日本の法律、政策執行機関（行政府、立法府、司法）が自由権規約を解釈、適用する際に、委員会の見解・意見を考慮する法的要請を課すか否かを考察する。その結果、条約法条約が委員会の見解・意見を考慮する根拠として援用できるものの、その考慮を要請しない、あくまでも解釈者に選択を残す規定であるということから、続いて、第3節においては国内法、とりわけ憲法から導かれる法的根拠を考察する。ここでは、締結した国際条約の「誠実な遵守」を要求する憲法第98条2項に関する一つの理論を検討し、その理論に基づいて自由権規約を解釈する際に委員会の見解・意見を考慮することが国内機関に義務付けられるか分析する。さらに、日本が自由権規約の選択議定書を批准していない状況において、国内機関が憲法第98条2項の義務に基づき、その下において作成される委員会の「見解」を考慮するよう要請されるのかという点に関して、分析を試みる。最後に、第4節では国内法において、アイヌ民族自体に関する自由権規約第27条の適用状況、およびそれに関連するアイヌ民族の文化を振興する国内法を紹介し、国内政府の立法府、行政府並びに司法のアイヌ民族の文化的享有権に関する姿勢とそのIwor再生に関する意義を解明する。

第2章においては、Iwor再生の国際法に照らした具体的な検討を行う。第1節においてアイヌ民族の土地剥奪の歴史およびIwor再生の背景にある国内経緯を紹介し、第2節では自由権規約第27条の権利保障を考察する以上、その保障対象として重要となるアイヌ民族の文化の本質と現れる形態を、既に国内の法的文書で承認されている要素を通じて明らかにしていきたい。そして、第3節においては、自由権規約第27条の義務に関する解釈と学説の見解を通じて、その規定が保障する内容が積極的な義務を含むか否かを検討する。その義務の

性質の検討を踏まえた上で、第4節では第2節において紹介したアイヌ文化の要素に関する文書に照らし、Iworの再生に関して同第27条に依拠して保障されると思われる土地に係わるアイヌ民族の権利の基本的内容を概観する。そして、第5節では当該権利に関する現行国内法を概観し、その現状を、委員会の個人通報、一般的意見において解明された同第27条の内容に基づき、Iworを再生するにあたり、必要となる現行法の改正の可能性を分析することを試みる。続いて、Iworの再生に際して直接関連すると思われる人種差別撤廃条約の下における義務を紹介する。そして、この条約の監視機関の勧告、見解が日本政府に顧慮する要請が導かれるかどうかを簡潔に検討した上で、仮に日本の行政機関等に対して顧慮する要請が導かれた場合に、そのIwor再生に関連する勧告要項を考察する。そして、最後に第7節では、現在提案されているIwor再生の計画が、要求される国際人権法の要件を満たしているかどうか考察を試みる。

第1章 国際人権規約の国内法における適用—自由権規約を中心に—

第1節 日本国内における、国際法一般および自由権規約の法的位置づけ

Iwor再生およびアイヌ民族の状況に対する自由権規約の適用範囲を検討する前提として、本節では国際法、とりわけ自由権規約の日本における適用状況と国内的効力に関連する問題を概略し、検討したい。

自由権規約は1979年6月に日本政府が批准し、同年9月21日に国内で発行された。日本国憲法の98条2項は「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」と規定している。従来、この98条2項は条約に国内的効力を与える規定ではないとする説も存在したが¹⁸、今日では98条2項の規定を根拠に、日本が批准した条約は特別の立法手続なしに、国内において、法律としての効力を有することは、

憲法学者¹⁹および国際法学者²⁰の通説となっている。国内裁判所における判決²¹並びに政府見解²²も、同様の立場を取っている²³。

条約の国内的効力如何とは別に、条約が自動的に執行できるか、つまり、条約が国内の裁判所および行政機関の判断根拠として直接適用することができるかという問題がある²⁴。学説においては自動的執行力を判断する基準は多様である²⁵。しかし、学説は、一般的に、特別な立法を求めずして直接条約および特定規定の自動執行が可能か否かを判断する際には、立法者意思としての当事国の意思、並びに条約規定の文言の明確さ、内容、性質²⁶を考慮し、判断を下すべきとする²⁷。国内判例²⁸および近年の政府の見解²⁹も、自動的執行力を認める決定をする際には、条約規定の文言の明確さを重視すると主に、その内容を注意深く吟味している。日本ではこれらの要素に基づき、条約全体の性格、内容、定める権利をもとに、判例において「自動執行力のある」条約と「非自動執行力」の条約に分類する傾向がある。例えば、規約が規定する権利を一般的に「漸進的に達成」することしか義務付けない経済的、社会的及び文化的権利に関する国際条約（「社会権規約」）については、直接適用を否定しているのに対して、「尊重し及び確保」することを要する自由権規約の直接適用可能性については、判例ならびに学説の両方ともにこれを認めている³⁰。しかし、条約全体の性格及び保障基準、保障している権利内容も自動執行力如何の判断に関わるものの、その中でも適用が予定される規定を個別具体的に検討し、その保障している権利、文言の明確さなどから各規定の自動執行力を判断する必要も生ずるとする説もある³¹。

自由権規約の草案過程において、条約当事者である国家が条約の自動執行性を受け入れる意思があったか否かについては、学説の対立が存在している³²。一方で、現在、締約国がこれを受け入れる意思があるか否かに関しては、規約が国内法で効力を持つ締約国の多くが、第三部に規定される

個人の実体的権利に関連する条項の自動的執行力を承認している³³。

条約の自動執行性をめぐる現在の議論の状況に鑑みると、以下のようなことが言えるであろう。まず、日本の学説においては、自由権規約のように国民・個人の権利義務について規定し、国内裁判所・行政機関が直接に適用しうる条約の規定は自動執行力（直接適用可能性）を有すると認める立場³⁴、または自由権規約自体の自動執行力を認める立場が通説であるといえる³⁵。さらに、国内裁判所も自由権規約の直接適用可能性・自動執行性を承認し³⁶、または黙示的に認めており³⁷、自由権規約の第14条（3）は東京高等裁判所によって直接適用されていることは疑いのない事実である³⁸。自由権規約第27条が個別規定として国内自動執行性を有することも、札幌地裁の二風谷ダム判決において、第27条がアイヌ民族の原告の文化的享有権を保障する規定として直接に適用されたことを通じて、確認されたといえよう（判決の詳細については以下第4節及び第2章第2節参照）³⁹ ⁴⁰。すなわち、ほとんどの締約国で規約の自動執行性が承認されているように、日本国内においても自由権規約の直接適用可能性は、学説上広く承認され、国内裁判所の判例においても實際上しばしば適用されている。また、第27条の規定内容も国内の裁判所および行政機関の判断根拠として直接適用可能な内容及び文言であることも国内判例の示すとおりである。

しかし、国内の裁判所が自由権規約の直接適用可能性を認めているにもかかわらず、自由権規約の規定が援用される事件では国際人権法および規約規定の内容に踏み込んで検討することなく、規約違反の主張を退ける裁判例が多いことは、これもまた否定し得ない現実である。事実、国内判例が変わりつつあるとはいえ、国際法における規定の検討にまだ後ろ向きであることは広く知られている⁴¹。

第2節 自由権規約委員会の見解を尊重する国際法の法的根拠

一 国内判例における条約法条約の解釈の分析を通じて 一

2.1 規約人権委員会による意見・見解の役割

これまでの議論において、自由権規約の国内効力と第27条のアイヌ民族への直接適用を含める自由権規約の権利規定の直接国内適用可能性があることが確認できた。しかし、自由権規約を適用する際に、国内機関がどのような解釈・理解に基づいて権利内容を保障し、適用すべきなのかという根本的な問題が残る。Iworの再生を自由権規約の第27条に基づいて分析するにあたり、こうした根本的な問題を検討し、第27条が日本政府に課す義務の内容を確定することは、特に重要かつ必要といえよう。

この点において、規約人権委員会（以下「委員会」）が、自由権規約の目的を履行し、規約の履行を監視するために、当事国の意思に基づいて規約で設置された実施機関であることは注目に値する。実施機関の役割の一環として、委員会は締約国が規約第40条1項の報告義務に基づいて提出する規約の国内実施状況に関する定期報告を検討し、1992年（第44会期）以降は検討の終わりに、第40条4項の権限に基づき、各締約国宛てに規約の実施状況を評価する国別「最終的意見（concluding observations）」を採択するようになってきている⁴²。また、委員会はこの報告検討の経験を踏まえて、締約国の報告義務の履行および規約のいっそうの実施を促進するために規約第40条4項第2文に規定されている「一般的意見」を作成し、締約国に送付する権限を有している⁴³。さらに、自由権規約の第一選択議定書の下では、規約の目的及び規定の実施を図るために、委員会は、批准した締約国の管轄の下で規約の権利が政府によって侵害されたと主張する個人からの通報を受理し、検討している⁴⁴。そして、受理された個人通報に関する検討に基づき、自由権規約の規定が保障する権利

が侵害されたか否かとの結論を含む委員会の「見解（view）」を採択し、関係当事国に送付するとともに、年次報告に記載することが規定されている⁴⁵。

委員会は以上の役割を務めるにあたって、必然的に自由権規約の規定を解釈することになる。さらに、委員会が規約規定に定められた法的義務を解釈する権限は、締約国が留保によって否定することが認められないほど、自由権規約の目的および趣旨の達成において重要とされる⁴⁶。そのため、自由権規約の人権保護システムにおいて、常に規約の規定を解釈している機関として、委員会の見解は自由権規約の保障内容に関する「権威的解釈」と見なされている⁴⁷。

委員会の一般的意見・見解は、日本政府の自由権規約の下における義務を理解・適用するにあたり有益な検討材料となる。さらに、Iworのような具体的国内事例に対し、自由権規約の権利内容が与える影響および政府・国内機関が保障すべき義務を解明するためにも考慮に値するものである⁴⁸。ただし、委員会の役割が自由権規約の効果的な機能及び目的達成に不可欠とされるにもかかわらず、委員会が規約および選択議定書の下で作成する見解・意見に関しては、一般に日本を含めて、当事国に対して法的拘束力を有しないものと解されていることも注意する必要がある⁴⁹。

したがって、本節および第3節では、Iwor再生にあたり、日本の司法・行政・立法府の機関が委員会の見解・意見を尊重すべき法的根拠が存在するか、また、あるとすればその妥当性に関して、検討して行きたい。

2.2 国内判例における条約法条約の援用

国内の裁判所は、一般に、委員会の活動を含む「非拘束的」国際法を遵守することに消極的な姿勢を示してきた⁵⁰。一般的意見および「見解」に言及している国内判例が存在しないこともないものの⁵¹、ほとんどの場合には規約の規定の存在に

ついで言及するにとどまっている。しかし、一般的意見を明示的に参照しないながらも、規定の解釈において、一般的意見等の影響があると見られるようなケースも存在する⁵²。

国内判例は規約人権委員会の見解を参照する法的根拠の一つとして、条約法に関するウィーン条約（以下「条約法条約」）の条約解釈原則（第31条－第33条）をしばしば援用する。この条約解釈原則の援用方法は多岐にわたるが、主なものとして、規約人権委員会の見解が、条約法条約の第31条3項（b）に規定されている「条約の適用につき後に生じた慣行であって、条約の解釈についての当事国の合意を確立するもの」に相当するとする立場がある⁵³。一方で、国内裁判所は国際労働機関（ILO）の監視機関の意見および報告を同様に条約法条約第31条3項bに基づいて援用すべきとの主張を退けてきている⁵⁴。

国内裁判所により容認されているもう一つの説は、自由権規約の規定を解釈するにあたり、規約人権委員会の一般的意見および個人通報事件における見解は、条約法条約の第32条において述べられる「解釈の補足的手段」とすべきという主張である⁵⁵。

2.3 条約法条約の解釈規定の自由権規約に対する適用可能性

条約法条約は自由権規約以降に発効されたゆえに、解釈原則に関する規定を含めて、自由権規約に対する遡及的効力がない⁵⁶。ただし、「その〔条約法条約の〕内容がその発効以前からの国際慣習法を規定している」（カッコ内筆者）ことから、既存の慣習法として自由権規約にも適用されるため、裁判所は自由権規約の解釈にあたり条約法条約の解釈原則を援用している⁵⁷。

条約法条約の解釈原則に沿って、自由権規約を解釈することは、条約法条約以前に発効されたヨーロッパ人権条約の規定をそのように解釈するこ

とと同様に、ヨーロッパ人権裁判所⁵⁸並びに規約人権委員会⁵⁹によって是認されている。したがって、この限りにおいては、これまでに蓄積されている日本の裁判所の判例は国際法の理解と合致している。条約法条約全体は、判例が一般的に判例が認めるように「国際慣習法規・・・を法的に確認するために法典化されたもの」、すなわち国際慣習法の法典化条約として理解される⁶⁰。しかし、一方で、条約法条約のすべての規定が採択された時点で国際慣習法であったとも限らない⁶¹。ゆえに、条約法条約の規定と慣習法の関係については個別具体的な検討が必要となる。

第31条に関しては、1969年の時点はともかく、現在において慣習国際法を反映する規定として認められ⁶²、作成されて間もなく国際慣習法を表現する規定として承認されたという証拠がある。たとえば、採択されてから条約として効力が発生した1980年までの11年の間、条約法条約の解釈規定が、当事国及び国際裁判所・仲裁裁判により、慣習法として承認または援用されていた事実である⁶³。さらに、第31条に規定される原則は、その後、国際司法裁判所により国際慣習法を規律する規定であることが確認されている⁶⁴。ヨーロッパ人権裁判所、米州人権裁判所、その他の国際仲裁裁判所も、第31条並びに第32条が慣習国際法を反映する規定として言及している⁶⁵。日本の国内裁判所には、条約の解釈に関する現行慣習国際法として、「確立された国際法規」を「誠実に遵守すること」が、日本国憲法第98条2項により義務付けられている。したがって、自由権規約を始めとする国際条約を解釈するにあたり、条約法条約の原則を適用することが適切な判断となる。

しかしながら、日本の裁判所及び行政機関が規約人権委員会の見解及び意見を考慮する義務を課す法的根拠を探ろうとすると、条約法条約の第31条または第32条に依拠した場合であっても、注意すべき点がある。それは、第31条に規定されている解釈原則が、条約法条約以前から存在していた

意思主義解釈、文言主義解釈と目的論的解釈の3つの解釈方法の妥協の産物であり、及び慣習の法典化として、すべての方法を部分的に取り込んでいるということである⁶⁶。したがって、自由権規約を含めて、条約を解釈する権限を有する裁判所は、条約法条約の解釈原則を援用または言及しながらも、解釈規定が包含している3つの解釈アプローチのいずれかを選択、強調して解釈することができるのである。すなわち、国内裁判事件の当事者は、条約法条約に依拠して法廷が委員会の一般的意見を考慮するよう訴えることはできるものの、条約法条約の本来的解釈規定は、自由権規約の解釈において、規約人権委員会の法理を参照すべき義務が法廷に課せられていると主張する根拠にはならない⁶⁷。

逆に、条約法条約の規定がいくつかの解釈方法から選択する余地を残していることから、この規定をもって、自由権規約の文言主義的解釈を正当化することもできる。例えば第31条1項の文言から「用語の通常の意味に」従って解釈することを強調しつつ、条約の目的及び趣旨、文脈と委員会の見解・意見を含めた補足的な解釈手段への言及を避けることにより、名目上解釈原則に依拠しながらも専ら文理解釈を行うことができる。例えば、福岡地裁は、条約法条約の第31条1項の規定を援用して、「用語の通常の意味に従って解釈すれば、B規約第12条4項の『自国』はやはり『国籍国』を指すものと解釈するのが自然である」とした⁶⁸。すなわち、準備作業で自由権規約第12条4項の「自国」が「定住国」をも含ませるように確定された証拠を否定し、条約法条約の第31条4項において「当事国がこれに特別の意味を与えることを意図していた」とは認められないとして、「国籍国」のみを意味すると解釈したのである⁶⁹。

このように、条約法条約の解釈原則は、行政及び司法に規約人権委員会の意見・見解を考慮する法的義務を課すものではない。そのため、条約法条約を論拠とすれば、委員会の見解を援用するこ

とに好意的な裁判所には、発展的な手がかりとなる契機を与えるが、委員会の見解を援用することに好意的でないほとんどの国内裁判所に対して、委員会の意見・見解を無視する余地を与えるのである。

第3節 自由権規約委員会の見解の尊重 —日本国憲法を通じての考察—

これまで、規約人権委員会の意見・見解を考慮すべき法的論拠として、条約法条約の解釈規定に基づく国際法上の議論を検討してきた。しかし、自由権規約を解釈する際には、国際法のみならず、国内法、とりわけ日本国憲法に基づき規約人権委員会の意見・見解を考慮する可能性も考えられる。第1節の検討からもわかるように、国際法および条約の法的義務は、日本国憲法第98条2項に基づき日本の国内法に編入されており、特別の立法手続きを必要とせず国内効力が発生すると理解されている。このことから、この規定が憲法解釈に基づく規約人権委員会の意見・見解を考慮する議論の法的根拠となることが想定される。

憲法学の立場から、斉藤正彰氏は、憲法第98条2項の規定から自由権規約委員会の見解及び意見を顧慮する義務を抽出している⁷⁰。その根拠としては、98条2項が条約を「誠実に遵守する」という文言をあげる。まず、第98条2項の「遵守する」という用語に関し、従来の憲法学説が条約の国内効力かつ法律に対する条約の優位等、直ちに文言から受け取れる以上の意味を許すものとして考えられていることを指摘する。さらに、「誠実に」という文言に関し、同じ用語を使用している憲法第73条1号の従来の憲法学の理解、及び憲法草案過程において示された文言の趣旨を考慮すると、以下の二つのことが言えるという。第一には、第98条2項の「誠実に」は、憲法第73条1号の「誠実に」と同様に解釈・理解することで、条約を形式的に遵守することにとどまらず、条約の目的を具体的に達成するために必要な行動をとることを要請しているように捉えることができる⁷¹。第二に

は、「誠実に遵守する」規定の憲法制定過程において示された趣旨に鑑み、「日本国が締結した条約」の性質に照らして、可能な限り条約に内在する要求を顧慮することを意味する⁷²。したがって、自由権規約のような人権条約が、普遍的な人権及び自由の尊厳と遵守⁷³を目的としていることから、当該目的の達成のために、締約国ごとに違った解釈に基づいて規約の規定を適用するのではなく、規約人権委員会の規定見解に基づき国内裁判所が規定を適用すべきということになる⁷⁴。また、規約人権委員会が自らの監視役割を果たす上において、規約の解釈を示すことが自由権規約にとって不可欠な仕組みであると主張していることも指摘している⁷⁵。

したがって、日本が自由権規約を締結した以上、規約が設けている人権保障制度、その目的および趣旨を「誠実に遵守する」ためには、国内裁判所には委員会の意見・見解を可能な限り考慮すべきことが、憲法第98条2項により要請されていると見ることができるというのである⁷⁶。

齊藤氏は、一方で、委員会の意見・見解に法的拘束力がないことから、それらをどのように活かすかが締約国の裁量にかかっていることを認める。しかし、日本の場合には「この『裁量』を憲法が枠づけていると考える」ことから、第98条2項の要請に従って「規約人権委員会の意見・見解は、国内裁判所においても可能な限り顧慮されなければならない」と主張する。同時に、最高裁が上訴手続きを通じて、下級裁判所が規約委員会の意見・見解を尊重するよう確保しなければならないとしている⁷⁷。しかし、自由権規約の委員会の意見・見解を顧慮する場合には、その見解に常に服従することが要求されるのではなく、「十分な理由があると考えるときには」国内裁判所は「異なる解釈を採用することができる」としている⁷⁸。

この説は、日本国憲法が国内裁判所・裁判官が自由権規約人権委員会の見解及び意見を顧慮する

よう要請する法的根拠となりうることを、説得力を持って説明している。ただし、「国際人権条約の国内裁判所における実効性確保の問題」および「日本の国際人権訴訟」における規約人権委員会の意見・見解の、行政・立法に対する適用可能性については論じてはいない⁷⁹。

しかし、委員会の意見・見解を可能な限り考慮する義務が憲法第98条2項に由来し、憲法第99条より国務大臣、国会議員、その他の公務員全員が憲法を「尊重し擁護する義務を負ふ」ことを踏まえると、当然に行政、立法府、行政機関も同様に、委員会の意見・見解を可能な限り考慮する義務を負うこととなろう。要するに、立法府、行政機関が、自由権規約に定める権利に影響を与える施策を検討・実施するため、自由権規約の保障内容を考慮する際には、憲法98条2項の規定から、委員会の意見・見解を可能な限り顧慮すべきであると見ることができる。

しかし、司法にせよ、行政にせよ、憲法第98条2項を根拠に、委員会の第一選択議定書（以下「議定書」）の規定に由来する「見解」と、自由権規約本文の第40条4項に基づいて送付されている「一般的意見」及び「最終的意見」を同様に扱っていることについて、疑問の余地もあろう。

これに対し、齊藤氏は、第1選択議定書未批准の段階で委員会の意見・見解が法的拘束力を有しないことを理由に、「参照」にしか値しないとする国内判例の見解は、議定書批准後の日本においても「規約人権委員会の意見・見解が『法的拘束力』を有することにはならない」以上、適切でないとする。そのうえで、齊藤氏は日本が議定書を批准しているかどうかの如何を問わず、日本の国内判例に見られる「法的拘束力」か「参照」という二分論の代わりに、三類型からなる理論枠組みを提供している。三類型理論とは、国際人権条約の監視機関の意見・見解の日本国内裁判所に対する法的権威力を、第一に「事実上の拘束力」が存在す

る場合、第二に、憲法の規定により、規約人権委員会の意見・見解を国内裁判所が「可能な限り顧慮されなければならない」場合、および第三として日本が締結していない条約およびその条約機関の意見・見解を「その内容ないし権威に着目して参照する場合」という3つの類型に分ける理論のことである⁸⁰。その中で、議定書を批准していない日本の場合、一般的意見と見解を同様の「第二類型」として位置づけている⁸¹。すなわち、斉藤氏の理論は、一般的意見・見解とも同様に先例拘束性がなくとも「問題は、国内裁判所における規約委員会の『解釈』の採否であり、条約機関の意見・見解の国内的効力ではない。B規約の規定について、規約人権委員会の意見・見解にもっとも適合的な解釈を採用するよう国内裁判所が要請されていることを説明できれば足りる⁸²」ものと主張している。

確かに、議定書を批准しているか否かは「見解」の法的拘束力を左右しない。しかし、憲法第98条2項の「日本が締結した条約・・・・を誠実に遵守すること」を、委員会の見解ないし意見の顧慮を要請する法的根拠とする限りにおいては、斉藤氏の説、すなわち、「規約人権委員会の意見・見解にもっとも適合的な解釈を採用するよう国内裁判所が要請されていることを説明でき」との考えは、日本が議定書を批准しているかどうかによって影響されるという考えもあろう。なぜなら、斉藤氏が引用している人権委員会の一般的意見24においても承認されているように、第一選択議定書は自由権「規約から独立した（中略）一つの国際条約⁸³」であるため、議定書批准の如何が問題となるのである。したがって、日本がその条約自体を批准しない限り、第98条2項の「日本が締結した条約」を根拠に、その条約の下で送付されている「見解」を「誠実に遵守すること」を要請することができないと懸念される。さらに、司法がその「見解」を憲法もしくは自由権規約の解釈基準に用い、任意の選択議定書を批准しないとした行政・立法の法律および作為を審査することにも、

三権分立の原則から見て問題があるとも捉えられよう。

このような状況において、斉藤氏の理論は日本が批准していない選択議定書の委員会の「見解」を国内機関が可能な限り顧慮する法的根拠とはならないとの懸念がありうる。したがって、日本が批准している自由権規約の規定を根源とする一般的意見と、日本が批准していない、自由権規約から独立した国際条約である第一選択議定書を根源とする個人通報の「見解」を同様に扱い、同様の顧慮及び尊重を要請することに疑問をもつ立場があっても当然といえよう。

個人通報の見解に関して、斉藤氏は委員会の見解と意見を同様に尊重すべきという主張を以下のように論証している。まず、自由権規約が普遍的な基準の確保を目的としていることおよび委員会を設置していることを挙げ、その目的達成に必要なこととして、条約が設置する機関の示す解釈（一般的意見および議定書の「見解」）が遵守すべき条約の内容を示しているものとして捉えられることを主張している⁸⁴。これは憲法98条2項にも合致している。また、議定書の下における「見解」が規約の第45条の定める年次報告に掲載されることをも挙げている。しかし、これらの根拠のみから、日本が議定書を批准していないにもかかわらず、意見と見解を同様に扱うことは、自由権規約の下における委員会の最終意見・一般的意見を出す権限と、個人通報の見解に関する権限を、規約の目的達成の観点からも別に扱っていることを軽視していると捉えうる。自由権規約の下における、委員会の定期的報告の検討、それによる最終意見、一般的意見による監視および基準の解明は、規約の本文に組み入れることにより、すべての締約国に対する、規約の目的達成に欠かせない機能または権限とされる。一方で、個人通報の検討とそれによる「見解」の権限と承認は、別途の選択的条約に組み入れることで、故意に任意的な加入を可能にしており、その権限が規約の目的達成と機能

に不可欠でないことを示していると見ることができる⁸⁵。

しかし、齊藤氏の議論の主眼は、憲法第98条2項が裁判所等に条約目的に「不可欠」とされる行動をとるのみだけではなく、条約に内在する要求を顧慮し、目的の具体的達成に必要な行動をとる必要性を主張することにある。それゆえ、議定書の下で示される見解に関して、齊藤氏が示す理論のほかに、規約本文の機能、および目的達成における役割を探り、選択議定書とその下の委員会見解が、自由権規約の目的達成、および規約に内在する要請に、必要不可欠なものといえるかどうか検討する必要がある。その結果、自由権規約を批准したことで、裁判所、行政機関、立法府が議定書を批准していない状況下においても、委員会の見解を顧慮、参照にすることが齊藤説の理解に基づく憲法98条2項の条文から要請されているとの主張の正当性を分析することができる。

また、憲法第98条第2項の義務は、司法府のみならず、立法府および行政府にも委員会の意見を顧慮するよう要請するものである。条約の目的のために必要な行動を取ることとして、議定書の批准を内在的⁸⁶に要請しているとも見ることができなくもない。齊藤氏が指摘するように、議定書を批准することにより、国内裁判所、行政機関等が委員会の見解、解釈に事実上拘束されることで、規約の目的である普遍的な人権基準の達成を、国内において実際に実現することにもなる⁸⁷。少なくとも、日本が議定書の批准国となっていない現状においては、議定書に基づく個人通報審査の中で示された見解と、規約自体の関係性を見極める必要性が生ずる。

規約および議定書の成立過程に関し、第一選択議定書は自由権規約と同時期に締結され、議定書の委員会の権限、および内容に関する事項は、従来は自由権規約自体に盛り込まれることになっていたという事実がある。ただし、個人が主張する

規約の権利規定侵害に関する委員会の審査権限に反対する当事国もあり、個人通報審査権限の承認が選択議定書に移されることになった⁸⁸。こうした経緯から、議定書の目的は専ら自由権規約の「目的を達成し及び規約の規定の実施をよりよく達成する」こととされ、そのために締約国は委員会に個人通報を受理し、検討する権限を与えている⁸⁹。

また、規約自体の目的達成における役割および規約との密接な関係から、議定書の下で採択される「見解」は、規約本文の実施、および議定書に基づく委員会の活動にも重要な役割を占めている。例えば、規約の締約国全体に宛てて送付される委員会の一般的意見は、締約国定期報告の審査の経験を踏まえるのみならず、委員会の個人通報で示される「見解」にも言及しつつ、そこで得られた理解にも基づき、規約規定の義務を述べたものである⁹⁰。さらに、議定書の見解、および議定書の見解の中において示される解釈が、規約の下で行う締約国の定期的報告書の審査と締約国の義務の理解にも影響を与えていることが伺える⁹¹。議定書の見解が締約国の報告書に与える影響も、議定書を批准している締約国に限定されていない⁹²。

さらに、規約本文の下で実施される権利内容を明らかにする報告書の審査、および一般的意見において委員会が示す見解が、齊藤説の言うように「遵守すべき条約の内容」と考えるならば、委員会の規約本文の監視的役割に基づいて示される解釈が、議定書の見解で示す解釈と表裏一体なものであることに鑑みると、日本の裁判所等、国内救済機関が、規約委員会が示すあらゆる解釈に適合するような、自由権規約の規定、権利内容の解釈を確保するには委員会の指導に服従させることが必要かつ重要となる。すなわち、行政が議定書を批准していない現状において、国内裁判所および行政機関が自由権規約の義務を適用する際に、議定書の下で送付される「見解」を、委員会の意見と同様に、解釈基準として可能な限り顧慮することが憲法98条2項から要請されるかが問題となる。

第一に、国内裁判所が「見解」を解釈基準に用いることにより、行政が批准していない条約及び承認していない委員会の権限によって、立法府・行政が拘束されることが挙げられる。裁判所は現在の自由権規約に関する第98条2項の義務を遵守することにより、自由権規約の規定に基づいて送付されている一般的意見を「可能な限り顧慮する」ことが要請されていることは明らかである。そこで、委員会の一般的意見、最終的意見が個人通報の「見解」の理解にも基づいて規約の義務を述べていることに鑑みると、国内裁判所が自由権規約を「誠実に遵守すること」のみで、既に委員会の「見解」における解釈・理解を間接的に考慮し、行政・立法の作為の審査において適用していることが言える。よって、裁判所が、直接委員会の「見解」を考慮、言及しなくとも、自由権規約の誠実な遵守のみから、行政府は既に必然的に「見解」での解釈に拘束されていることになる。したがって、国内裁判所に「見解」を直接考慮させることは行政が既に引き受けている義務以上に新たなものを課すことにはならない。

また、国内裁判所及び行政機関が一般的意見で示されている解釈を適用するにあたり、委員会の解釈を具体的な事件の詳細に正確に適用することこそが普遍的な人権及び自由の尊厳と遵守という規約本文の目的に必要となる。そして、ある規定の解釈に関する一般的意見の議論、および具体的な適用方法の詳細を理解することは即ち、その法理をさらに詳しく述べている同規定に関する個人通報の「見解」を顧慮することに他ならない。一般的意見において明示的に引用されている「見解」に関してはなおさらである。

したがって、規約を解釈する際に、委員会の議定書下の見解を顧慮することは、行政府、立法府に新たな義務を課さずして、自由権規約本文と憲法98条2項の規定から要請されていることと捉えられる。

第二に、憲法98条2項に基づく自由権規約を「誠実に遵守する」要請が、議定書の見解を一般的意見、日本に対する最終意見と同程度に顧慮することを含むか否かという問題がある。

憲法の定める権限および三権分立の原則により、議定書の批准に関する判断の裁量は行政に委ねられている。しかし、行政が議定書を批准しない場合には、その決定は憲法の尊重が義務付けている、行政機関の公務員・裁判官に対して98条2項に基づいて批准されている自由権規約を誠実に遵守する義務を免除するものとはならない。よって、議定書が批准されていない場合においても、裁判所・行政機関に未批准の状況で自由権規約を誠実に遵守するために、議定書の下における委員会の活動の成果等を、その権限範囲内で適用することを要請していると言える。すなわち、普遍的な権利の遵守という規約の目的から、自由権規約自体の実施にも援用されている、(通報審査から得られた)「見解」を通じた解釈に基づいて権利を尊重し確保すること、および、国内の救済がこうした解釈に適合することが要請される。したがって、以上示したような「見解」と「意見」の同等の扱いに関する懸念に対しては、結局は、批准されていない議定書の下における見解をも、裁判官・公務員の管轄権内で規約の目的達成に必要な行動として、可能な限り顧慮することが求められることから齊藤説の理論が正しいことが立証されるのである。要するに、普遍的な人権基準の確保という自由権規約の目的に照らせば、自由権規約の誠実な遵守という憲法98条2項の義務から、議定書下での「見解」を、自由権規約の目的達成の重要性に鑑み、可能な限り考慮することが法的に要請されているのである。

第4節 国内におけるアイヌ民族の第27条および文化的享有権の実施状況

日本政府は1991年提出、1993年に自由権規約によって審査された第3回政府定期報告以来、日本領土において独自の文化、言語及び信仰を有するア

アイヌ民族が自由権規約の第27条にいう少数民族として、当該規定の保護を受けることを認めている⁹³。また、札幌地裁はいわゆる二風谷ダム判決において規約第27条の規定を直接適用することが可能と黙示的に承認した上で⁹⁴、アイヌ原告の国内事件に適用することで、第27条が国内においてもアイヌ民族に直接及ぶ保障と確認した⁹⁵。しかし当該二風谷ダム判決は国内の判例⁹⁶、憲法学の通説的見解である憲法優位説をとっていることから、アイヌ民族の第27条の権利が「憲法十二条、十三条の公共の福祉による制限を受ける」としている⁹⁷。これに対し、規約人権委員会は、憲法の公共の福祉による制限が特定の事件において規約の権利に適用される際に、自由権規約の義務と適合するように適用されるかどうかが明確ではないと懸念および批判を表明している⁹⁸。自由権規約自体も非常事態における例外⁹⁹およびその規定自体に内在する制限を認める場合がある。しかし、それ以外に、規約が定める制限の範囲を超えて、規約の権利、自由を制限する権限を締約国に付するものとして規約を解釈してはならないことを明文化している¹⁰⁰。よって、日本が国内法をもって、自由権規約の権利保障を制限することは自由権規約の締約国として、国際法上の義務と両立しないと思われる¹⁰¹。さらに、憲法学説のなかでも、条約を一律に扱い、特に人権を保障する条約、多国間条約を当然に憲法優位説の枠で考える必要はないとする見解もある¹⁰²。国内法をみても人権尊重を精神とする自由権規約等の個人の権利を保障する規定を憲法の制限に服従させるまで憲法優位説を維持する必要が必ずしもないといってよい¹⁰³。したがって、第27条を含めて、自由権規約の個人の権利保障規定に憲法の制限を加えないことが適切となる。

以上から、司法および行政がアイヌ民族に対し第27条の権利保障の適用を承認していることがわかる。

それに加えて、立法府も立法行為によって、ア

アイヌ民族が政府の援助を受けて保護されるに値する独自の文化を有していることを認めた。このアイヌ文化振興法（第2章第1節、2節参照）は直接自由権規約の第27条の権利保障に由来するものではない¹⁰⁴。しかし、同振興法は、国内法でアイヌ民族の文化振興に関する施策を枠付ける立法として、Iworの再生を検討するにあたり、いくつか注意すべき要素を含んでいる。

1. アイヌ文化の定義（詳細は次節）。
2. アイヌ文化振興法第4条。国、地方公共団体に「アイヌ文化の振興等を図るための施策を実施するに当たっては、アイヌの人々の自発的意志及び民族としての誇りを尊重するよう配慮すること」としていること。
3. 国会の意思表明として、アイヌ文化振興法に付された附帯決議（全会一致により採択）。¹⁰⁵アイヌ民族の「先住性」を歴史的事実と認めながら、「この事実を含め」アイヌ民族の知識を普及し啓発することを推進すべきとしていること。

付帯決議は法的拘束力を有しないものの、少なくとも、間違いなく国会の決議として行政府の政策に対して事実上拘束力を発揮するため、アイヌに関わる施策を実現するにあたり、行政府が決議を尊重する必要があるとされる¹⁰⁶。Iworもそのアイヌの知識および普及の啓発に関わる施策として、それを実現するにあたり、またIwor再生に関する第27条の権利内容を考慮する際にも、行政府は立法府の付帯決議を尊重し、その決議で政府がアイヌ民族の先住性を承認されていることを考慮・尊重することが予想される。同様に、付帯決議がアイヌ文化振興等の施策の推進に当たって、「アイヌの自主性を尊重し、その意向が十分に反映されるように努めること」を宣言していることも尊重されるべきであろう。

規約人権委員会も自由権規約第27条の保障がアイヌ民族に及ぶことを認識し、少数民族のみなら

ず、少数先住民族として、日本政府にアイヌ民族に対し第27条の権利を保障するよう要求している¹⁰⁷。その他の国連人権機関、先住民族に関する特別報告者等もアイヌ民族が先住民族であることを承認している¹⁰⁸。したがって、第27条が日本政府にアイヌ民族の言語的、文化的、宗教的権利を保障する法的義務を課すことは、国内の政府機関及び国連の人権機関が承認している否定できない事実といえる。また、自由権規約の国内効力、自動執行力および第27条の直接適用可能性が広く確認されているゆえに、第27条の保障がIworを含めて国内のアイヌ民族に関わる施策に関し、直接適用されることが予想される。

第2章 Iwor再生とアイヌ民族の自由権規約第27条の下での権利

第1節 アイヌ民族の歴史的背景とIworの国内における展開

1.1 アイヌ民族の歴史的背景と土地剥奪

アイヌ民族への本格的な土地奪取は、明治2年7月8日、蝦夷地における開拓使の設立で始まった。1869年8月15日にアイヌ民族の土地が日本の領土の一部として完全に併合された。1872年に「北海道土地売貸規則」と「地所規則」が公布され、後者の第七条に「山林川沢、従来土人等漁獵伐木仕来シ土地ト雖、更ニ区分相立、持主或は村請ニ改テ、是又地券ヲ渡」すと規定していることから、開拓使が先住民族であるアイヌが利用した土地に対する彼らの「所有」の権利を承認していないことは明らかである¹⁰⁹。1886年（明治19年）には「北海道土地払下規則」が発布され、開拓使が本州からの資本家や地主にアイヌモシリ（アイヌ民族の大地、現在の北海道）の土地の払い下げが実施された¹¹⁰。さらに、1897年の「北海道国有未開地処分法」の下、開墾・植樹・牧畜に供する土地は、10カ年間以内に「全部成功」させたることを条件に、無償で付与する政策により、アイヌ民族の同意なしに彼らが伝統的な領域および狩猟

・漁業・採集を営んだ土地が、『和人』（非アイヌの日本人）に分割された¹¹¹。

また、移住民の急激な増加に伴い、アイヌモシリの天然資源が枯渇した為、開拓使は鹿狩を規制し、河川での鮭鱒を捕獲することを禁止し¹¹²、鮭を主食としたアイヌ民族の餓死の原因ともなった¹¹³。毒矢を使う狩猟方法、樹木の表皮の採取および樹木の伐採等、アイヌ民族の土地に係わる伝統的な生活と生存活動も禁止されるようになった¹¹⁴。このようにして、アイヌ民族は土地の剥奪ばかりでなく、伝統的領域の資源の利用、つまり、土地による自給自足の伝統的生活を送ることまで否定されるようになった。

1.2 「イオル」(Iwor) という概念とその国内議論における展開

上述のアイヌ民族の土地剥奪とそれに伴う伝統的生業・生活基盤の損失はさらなる貧困と差別に直結した。1980・90年代においても、依然として貧困と教育と差別の問題が解決されないまま放置され、アイヌ民族の所得、高校・大学進学率は未だに全国平均よりも低い。アイヌが居住する市町村においてはさらに低く、アイヌ民族の生活保護の受給率はそれら市町村の平均の約2倍に達している¹¹⁵。

依然として続く社会経済的な格差の問題、および同化主義に基づいた旧土人保護法の継続施行などに関する取り組みとして、アイヌ民族のアイヌ新法の制定を訴える運動が展開された¹¹⁶。1984年に北海道ウタリ協会の総会は、アイヌ民族の先住性を重視した上で作成された「アイヌ民族に関する法律（案）」を採択し、政府に当該法案の検討、および制定を要請している¹¹⁷。その後、10年をかけて北海道および¹¹⁸国のレベルでの検討が行われたが、1994年に審議の結論が出ずに日本の政権交替が起こった。その後、村山内閣（当時）の五十嵐広三官房長官の諮問機関として設置された「ウタリ対策のあり方に関する有識者懇談会」が1995

年の3月30日からの一年間を費やして、アイヌ新法などに関する議論を検討した。答申として1996年4月1日に提出された有識者懇談会の報告書において、アイヌ民族に関する新しい施策の展開の柱として次の四点が提案されている。

1. アイヌに関する総合的かつ実践的な研究の推進
2. アイヌ語をも含むアイヌ文化の振興
3. 伝統的生活空間の再生
4. (アイヌ民族に対する) 理解の促進

その結果、1997年にいわゆるアイヌ文化振興法¹¹⁹が制定され、その実施機関として財団法人アイヌ文化振興研究推進機構が設立された¹²⁰。1997年から現在に至るまで、上述の4つの柱のうち、他の3つに関しては「政策がある程度は動いている」¹²¹一方、伝統的生活空間の再生、つまりIworは、いまだに実行に移されていない。

しかし、有識者懇談会が報告を提出してからの8年間、地方自治体¹²²、道および国レベルでIworの再生が検討・議論されている。Iwor再生をはじめて検討した会議として、北海道庁主催の1997年の「伝統的生活空間整備構想検討委員会」がある。また、1998年に伝統的生活空間基本構想検討委員会（以下「Iwor基本構想委員会」）が設けられ、翌年に委員会のIwor再生に関する検討結果として「伝統的生活空間の再生に関する基本構想」（以下「Iwor基本構想」）という題名の報告書が作成・提出され、早期にこれを確立し実施するよう要望がなされている¹²³。これに続き、国は、2000年に、アイヌ文化振興法の制定以来のアイヌ文化に関する政策の充実に向けた取り組みを検討する場として、「アイヌ文化振興等施策推進会議」を設置した¹²⁴。北海道は国の会議に参加しつつ、同年に設置したアイヌ文化振興等施策推進北海道会議（以下「北海道会議」）において「Iwor基本構想」の実現に向けての検討を行っている¹²⁵。この成果として、2002年4月に「伝統的生活空間（イオル）

再生構想の具体化に向けて」が北海道会議の報告として取りまとめられている。また、国土交通省および文化庁の予算から、アイヌ文化の伝承活動に必要な自然素材の分布状況等を調査する調査費が計上され¹²⁶、2004年の3月に財団法人アイヌ文化振興・研究推進機構によって白老町における調査の報告書が作成されている¹²⁷。2004年の調査においては、北海道会議の報告で「サブ・イオル」（中核Iworに対する地域Iwor）の再生の場として提案されているその他の6つの地域の調査が実施された¹²⁸。この2回目の調査は、2004年にIworの再生を推進する目的で国の検討委員会として設置された、イオル再生等アイヌ文化伝承方策検討委員会の指導のもと行われることになっている。2004年8月に第一回の議論が行われた検討委員会は、2人アイヌの伝承者¹²⁹と2人北海道会議の元委員を含む5人から構成され、2005年にIworを再生する基本方針を示すために、報告書を国に提出することとなっている。国側は、国土交通省および文部科学省（実際には前者の北海道局と後者の文化庁）が検討委員会の関係担当当局となっている。

しかしながら本稿でIworに関する分析を行う前提として、この8年もの間、検討委員会等でIworがどのように理解され、議論されてきたのかを検討する必要がある。国によって設置された機関としてIworについてはじめて言及した有識者懇談会の報告は、Iworを、アイヌ民族に関する新しい施策の一環として、「過去の保障または賠償という観点から行うのではなく、・・・（中略）・・・少数者の尊厳を尊重し差別のない多様で豊かな文化を持つ活力ある社会を目指すもの」として捉えている¹³⁰。また、この報告書は、歴史的に見ても、また学術的に見ても「アイヌの人々は当時の『和人』との関係において日本列島北部周辺、とりわけ我が国固有の領土である北海道に先住していたことは否定できない」¹³¹ことを承認しており、国連等における先住民族に関する議論の動向、とりわけ「先住民族の権利に関する国連宣言案」に言及しつつ、その内容に関する対立および議論に決着

がついていないことを述べている。報告書は、「今後もこの議論を見守っていく必要はあると考えられるが、我が国におけるアイヌの人々に係る新たな施策の展開については、我が国の事情にあった判断をしていく必要がある」と結論付けている¹³²。また、（懇談会開催当時の）日本の事情に照らして、「分離・独立など政治的地位の決定に関わる自決権や、北海道の土地、資源等の返還、保障等に関わる自決権という問題を、わが国におけるアイヌの人々に係る新たな施策の展開の基礎に置く事はできない」という立場を示しながらも、Iworを提案している¹³³。すなわち、和人より北海道を先住していた民族という意味でアイヌ民族を「先住民」として認めながらも、アイヌ民族に対して明白に「先住民族」という名称を使わず、またその名称を使用することに伴って発生する「先住民族の権利」を少なくとも1996年の段階でアイヌ民族に付与することを拒否している。

以上の有識者懇談会報告、さらに「アイヌ文化振興法」の法案採決過程における議会討論と政府回答に鑑みれば、政府がアイヌ文化振興法案を「あくまでも少数民族の文化振興等を目的とするものと位置づけていた¹³⁴」こと、及び、こうした法的位置づけに関する政府の解釈を繰り返し強く主張してきていることがわかる¹³⁵。有識者懇談会報告の施策の一環としての、Iworの構想および再生も、同様の基本的理念に基づき、「アイヌ文化を総合的に伝承するために」、「伝統工芸の材料の確保等が一定のルールの下に自由に行える」環境を整えるといった、主に文化的活動を助長する場として想定されているに過ぎない¹³⁶。

さらにIworはアイヌ民族のみを対象に設けた特別な施策としては捉えられていないことも注視する必要がある。国民のアイヌ民族および文化に対する理解を促進するということが、アイヌ民族の新たな施策の一つの柱も含まれることにより、日本社会全体の利益につながるものと理解された上で、様々な計画が示されている¹³⁷。よって、Iwor

の中に、一般国民が「アイヌの人々の知恵を生かした体験や交流」ができる場の設置が提言されている¹³⁸。

このようにして、Iworの議論を、過去の損害に対する補償的政策、または先住民族の権利を認める目的で規定されている法的措置と混同しないことが重要となる。日本政府がアイヌ民族に先住民族の権利が認められるか否かという問題が依然残ってはいるが、本章では、先住民族の権利如何とは別に、このIwor再生を、自由権規約を通じて考察することにした。Iworの再生が「少数民族」の文化を振興する措置の一環として進められていることに鑑みると、Iworを法的に検討するには、少数民族の文化享有権を保障している自由権規約第27条に基づく義務の観点からアプローチする方法が考えられよう。したがって、次節以降においては、自由権規約の第27条における（少数先住民族を含む）少数民族の文化的・言語的・宗教的権利の保障義務を明らかにしていくとともに、締約国である日本がIworを再生する過程において、その第27条の義務を果たしているのか、検討していきたい。

第2節 第27条の下での文化享有権

－アイヌ民族の文化

規約人権委員会は第27条の下で保障されている少数先住民族の文化的権利の享有、行使に関して次のように述べている。

委員会は、文化というものは様々な形、特に土地の資源の利用と結び付いた独特の生活様式といった形態で、それ自身を表現すると考える。この権利には、漁業又は狩猟などの伝統的な活動を行う権利（中略）も含まれる。かかる権利の享有は積極的な法的保護措置を必要とする¹³⁹

以上のことから、少数民族の第27条の文化を享有する権利を確保するにあたり、問題となってい

る少数民族の文化の本質と、文化が現れる形態を考慮する必要があることが明らかである。アイヌ民族の文化に関する文献および理解はもちろん多様で豊富であり、また生きている文化として、その内容も固定的ではなく、流動的なものであることは言うまでもない。しかし、日本政府が負う第27条に基づく法的義務の検討に当たっては、アイヌ文化に関する国内の法的または準法的文章を取り上げ、当該文書が挙げるアイヌ文化の特徴に着目する必要がある。

そこで、以下では、第一に法律の分野においてアイヌ文化に関する公式文書および記述が存在すること、第二に、既に国内の立法、政府が設置した機関、または裁判所の判決で認められているアイヌ文化の要素に関し、政府が尊重、承認する責務を負い、Iwor再生に影響を与えること、最後に、規約人権委員会の第27条に関する個人通報において、問題となっている少数民族の文化の要素を検討する際には、その民族が主張する文化的要素意外に、政府が承認しているもの（争いのない文化的要素）及び客観的な証拠および事実背景として、その文化についての国内法的文書と判決等を参考にしている¹⁴⁰ことに照らしつつ、規約委員会の検討方法にならって、既存のアイヌ文化に関する国内の法的文書を取り上げ、そこに記録されているアイヌ文化の要素等に基づいて、日本政府のIwor再生に伴う第27条の義務を考察することにしたい。

2.1 有識者懇談会における定義

アイヌ民族の新たな施策に関する検討および提案を行うために、国によって設置され、答申することを委任されたウタリ対策のあり方に関する有識者懇談会（以上、第1節参照）の報告書は、さまざまな専門家、関係者の意見・研究の蓄積をもとに、アイヌが住む市町村を訪問し、議論した上で採択されたものである。この報告書においては、アイヌ文化を以下のように定義している。

アイヌの人々は、川筋等の生活領域で、狩

猟・採集・漁撈を中心とした生業を営む中で独特の文化を育んできた。アイヌ文化は自然とのかかわりが深い文化であり、現代に生きるアイヌの人々も自然との共生を自らのアイデンティティの重要な要素として位置づけている。

近世のアイヌ文化の大きな特色としては、狩猟・採集・漁労という伝統的生業、川筋等を生活領域とする地縁集団の形成のほか、（中略）などが主要な要素として挙げられる。

アイヌ文化は歴史的遺産として貴重であるにとどまらず、これを現代に生かし、発展させることは、わが国の文化の多様さ、豊かさの証しとなるものであり、特に自然との関わりの中で育まれた豊かな知恵は、広く世界の人々が共有すべき財産であると思われる。¹⁴¹

2.2 二風谷ダム判決における文化享有権

札幌地裁の二風谷ダム判決においては、日本の統治及び支配の下、アイヌ民族に対する同化を含む諸政策がもたらした社会的・経済的打撃と差別的歴史背景に言及し、¹⁴²アイヌ文化を享有する権利が自由権規約第27条並びに日本国憲法第13条において保障されていることを認めた¹⁴³。判決ではアイヌ民族の文化、特に原告の沙流川アイヌの文化について次のように述べている

アイヌ民族は、主に川筋を生活領域とし、（中略）、狩猟、採集、漁撈を中心とした生活を営み、アイヌ語と呼ばれる独自の言語を用いるものの、文字を持たず、その文化を口承伝承し、獣や魚などの自然物との関係を重視し、これら自然の恵みを人間に与える神々と共生するという自然崇拜の価値観を持っていたこと、アイヌ民族はイオルと呼ぶ空間領域を一つの単位として生活を

営んできた。(中略)。神話的な伝説を持つ山や川などを含むイオルは、単に歴史的遺産に止まらず、民族的な文化を現代に持続させるための手段となる極めて重要なものである

二風谷地域を含む沙流川の周辺にはサルンクルというアイヌ民族の中で有力なグループが生活していたと言われ、このサルンクルの伝説等から、二風谷地域を含む沙流川流域がアイヌ民族の聖地と呼ばれることがある。二風谷地域に住むアイヌの人々にとって、同地域は一つのイオルであり、自己の文化のアイデンティティを確認できる地域である。

(中略)、鮭は、アイヌの人々が主食を意味するシエベと呼び、アイヌ民族にとって重要な食料であって、その採取方法、調理方法、食事の儀式等鮭に関する独特の食文化を数多く有している。また、鮭の皮を用いて衣服や靴を作る等、食物以外においても鮭は生活の重要な素材である、アイヌ文化の象徴ともいえる魚である。¹⁴⁴

札幌地裁は、さらに周辺のアイヌ民族の文化に重要なチブサンケ(新造船の舟おろしの儀式)、アイヌ民族が祭る聖地、祈祷をする場となっているチノミシリの三箇所、及びアイヌ民族のチャシの遺跡に言及し、ダム事業がこれらの文化的遺産に悪影響をもたらすとした¹⁴⁵。さらに、国が事業計画の達成で得られる利益と失う利益を比較衡量するに、事業がアイヌ文化に与える影響を十分に調査、研究せずにダム建設の事業認定をしたことは、違法な裁量権の逸脱であり、その違法性が取用裁決にも承継しているとの判決を下した¹⁴⁶。

2.3 アイヌ文化振興法(第2条)での定義

1997年に制定されたアイヌ文化振興法(以下「振興法」)¹⁴⁷は「アイヌの人々の誇りの源泉であ

る(中略)アイヌ文化の振興(中略)を図るための施策を推進することにより、アイヌの人々の民族としての誇りが尊重される社会の実現を図り、あわせて我が国の多様な文化の発展に寄与することを目的とする¹⁴⁸」と定めている。したがって、法律の実施状況、方法及び範囲に関する影響に鑑み、法律が定めるアイヌ文化の定義並びに解釈は重要な意義を有するといえよう。振興法第2条においてはアイヌ文化が次のように定義されている。

この法律において、「アイヌ文化」とは、アイヌ語並びにアイヌにおいて継承されてきた音楽、舞踊、工芸その他の文化的所産及びこれらから発展した文化的所産をいう。

もちろん、アイヌ文化の内容または本質は日本の国内法体系での承認によって決定されるものではない。しかし、アイヌ文化振興法において述べられているアイヌ文化の特色は、既に国内法体系の「主体(アクター)」が承認したアイヌ文化の特徴であるために、国内法で第27条の法的義務を決定・検討・実施する上で、確実にアイヌ文化の一環をなすものとして、日本政府とアイヌ民族が合意できる見解が一致する最低限度の基盤を構成するものとなる。

第3節 第27条の下での義務 — 積極的義務もしくは消極的義務?

以上のようにアイヌ文化の享有権を保障している第27条が、締約国に対して少数民族の文化を積極的に保護・保障する義務を課しているかどうかについては論争がある。従来は、第27条の文言において当該権利を「否定されない」ことしか義務付けていないゆえ、自己の言語を自由に話し、宗教を信仰・実践し、文化を享有することを禁止し、または干渉・妨害しないかぎり、締約国は当該少数民族の権利保障を履行していると解される傾向が強かった¹⁴⁹。その意味では第27条の条文は「権利を有する」という、より積極的な用語を使用している第24条や第18条1項の表現と対照的に比較

された。自由権規約の制定過程での意見、国家代表の発言、草案の提案、採択または否決などを記録している準備作業の第27条に関する記述も消極的義務説の見解を支持しているといえよう¹⁵⁰。準備作業の文書からは、少数民族の権利行使を支援する義務として定めた積極的な条文の提案が、自由放任主義な方式を好む国家によって否決されたことがわかる¹⁵¹。

ただし、仮に消極的義務説に立ったとしても、規約人権委員会が指摘するように、「第27条には否定表現が用いられているが、同条項はそれにも拘らず「権利」の存在を認め、かかる権利が否定されないことを要求している」。従って、「締約国はかかる権利の存在及び行使が否定され又は侵害されることのないよう保護されることを確保する義務を負う¹⁵²」ゆえに、国家が文化を享有する権利を否定してはならないことは明らかである。また、解釈原則に従えば、ソーンベリー氏が指摘するように、思想・良心及び宗教の自由と平等・無差別原則を別途の規定で保障している自由権規約において、独立した規定として意味を持つためには「また、第27条に単に消極的 (passive) な意義以上に読み取る必要¹⁵³」が生ずる。国連人権委員会が一般的に差別を禁止する第26条および第2条1項の規定があるにもかかわらず、少数民族の他の国民との実質的な平等を確保するために「少数民族に区別された待遇 (differential treatment)」を与えることができることを根拠に、第27条を規約に導入した理由もこの見解を支持している¹⁵⁴。

規約人権委員会は、第27条の保障を単に「少数民族を放って置く」消極的義務のみならず、一定の積極的措置を取る義務に含まれる規定として捉えている¹⁵⁵。この解釈は、規約人権委員会の第27条に関する一般的意見²³には、幾度も積極的な義務を述べている箇所がある。具体的には、「積極的な保護措置」¹⁵⁶や、「積極的な法的保護措置」、あるいは「少数民族の (中略) アイデンティティ及び権利を保護する上で締約国による積極的措

置」¹⁵⁷が必要であるといった記述がみられる。特に、土地の資源と係わる少数民族の文化的権利に関して、規約人権委員会は具体的に締約国に、当該文化的権利の享有を締約国が「積極的な法的保護措置」および、「マイノリティの構成員が自己に影響する意思決定に効果的に参加することを確保する措置」を通じて保障することという、二つの義務があることを指摘している¹⁵⁸。

また、規約人権委員会は、自由権規約第40条で課されている締約国の定期報告を検討する際に行う、国家の代表団との対話においても、第27条の権利を確保するための措置について尋ねる場合に、「とられた積極的な行動」や「積極的に促進すること」、「具体的措置」および「彼らの文化を助成し、保存する (中略) 措置」といった積極的義務を求める表現を使っている¹⁵⁹。

さらに、消極的義務説は第2条1項に定めている自由権規約の一般の実施義務が第27条を含めて、締約国に「この規約において認められる権利を尊重し及び確保すること」を義務付けていることを軽視していると批判される¹⁶⁰。特に「確保」という用語は締約国に積極的な保護措置を講じる要請を示唆し、規約人権委員会も定期報告の検討で、第27条の義務に言及する際に当該「尊重」及び「確保」する義務によく言及している¹⁶¹。

第27条を消極的な義務としかとらないことも、第26条の法の前の平等を確保する義務と第27条の義務との相互関係を無視することになると思われる。国連の事務総長は両規定の関係を、前者が個人の平等に扱われる権利を否定または制限する行為を防止することを求めるのに対し、後者は積極的な措置を要する義務と解している¹⁶²。

近年、規約人権委員会の見解に鑑みて、第27条は積極的な保護措置をとる義務も含まれるとする学者が多いゆえに、現在消極的義務説よりも積極的義務説が有力な地位を占めているといえよう¹⁶³。

特に、元規約人権委員会の委員を含む多くの研究者は、少数先住民族の土地に係わる文化的権利に関して、その文化と密接に結びついている経済活動を維持するゆえに必要な土地を割り当てること、資源へのアクセスを提供すること、土地が剥奪された先住民族に土地を返還すること、といった積極的な措置をとらないことが、第27条に違反する可能性があるとしている¹⁶⁴。

第4節 土地に係わるアイヌ民族の第27条の権利

日本のIwor再生においては、規約人権委員会の見解を可能な限り顧慮する必要があるが、委員会の見解では、少数民族の権利行使に一定の規制を加えることは直ちに第27条に違反するとは限らないことが明らかにされた¹⁶⁵。規約人権委員会は法の支配、自然保全、衝突する利益への配慮といった配慮のために多少の規制を設けることのみならず、「発展を助長する、または企業の経済的活動を認可する」国家の行為が「少数民族の構成員の生活様式に一定の限られた影響を与える」ことから、「必ずしも第27条の権利の否定に至るとは限らない」ことをも認めている¹⁶⁶。

一方、国際法における先住民族の権利はさておき、それでは日本国内においてIworの再生過程の中で問題となる、土地資源を必要とする文化的活動に関しては、どのような問題が生ずるのであろうか。アイヌ民族の第27条の権利享有は日本国内外において認められ、国会・アイヌ問題の諮問機関がアイヌ民族の先住性を「歴史的事実」として認めているが、それを「先住民族の権利」へと結びつくことが否定されている。この、国内事情に鑑みて、アイヌ民族の土地・資源に関する権利を積極的な保護措置をもって確保することを実現するには、上述の少数先住民族に関する第27条の文化的権利を保障する議論が最も容易に主張でき、受け入れられる議論とも考えられる。

第2節で見たような公的な文書に見られるアイヌ文化に関する記述をもとに、アイヌ民族の土地

と密接に結びついている文化的要素を抽出してみると、まずは有識者懇談会の報告及び札幌地裁が認める狩猟、採集、漁撈といった事項が挙げられる。こうした行為の実現が第27条により保障され、その享有が締約国の積極的な法的保護措置を必要としていることは規約人権委員会の第27条に関する一般的意見において明記されている¹⁶⁷。しかし、土地の資源へのアクセスを必要とするアイヌ民族の文化活動は狩猟、採集、漁撈のみではない。アイヌ文化振興法の「アイヌ文化」の定義に盛り込まれている「音楽、舞踊、工芸その他の文化的所産」の文化的権利の行使、享有も、自然の素材およびその自然を支える土地へのアクセスの確保を必要とする¹⁶⁸。例えばアットゥシと呼ばれるアイヌの伝統衣服、あるいは、トンコリやムックリといった伝統的楽器を製作するにしても土地へのアクセスは不可欠なものとなる。

さらに、二風谷地域を含む沙流川流域はサルンクル・アイヌの伝説等において「アイヌ民族の聖地と呼ばれ」、その空間が一つのIworとして周辺に住むアイヌにとっての「自己の文化のアイデンティティを確認できる地域」とされ、これは二風谷ダム判決で承認されている。よって、周辺のアイヌ文化の持続と、精神文化、即ち、第27条にいう自己の宗教を信仰しかつ実践する側面が、沙流川流域の土地、空間と密接に結びついていることが法的手続きをもって確認されたといえる。したがって、沙流川流域は、聖地または「民族的な文化を現代に持続させるための手段となる極めて重要な¹⁶⁹」地域であるために、地域アイヌの文化的承継および祈祷、儀式等の精神文化活動が「否定」されないためには、当該土地へのアクセス、およびその土地で行われる開発の第27条の権利享有への配慮が、第27条により保障されるべきといえよう¹⁷⁰。

札幌地裁および有識者懇談会でアイヌ文化の要素として認められた採集の権利には、第27条の下でアイヌ伝統的料理およびアイヌ文化で使用され

ている薬用の植物、アットウシを作るためのオヒョウの樹皮のための皮剥ぎ等、文化の享有に重要な材料の採集が含まれると考えられる。

アイヌが鮭を主食としたことから「採取方法、調理方法、食事の儀式等鮭に関する独特の食文化を数多く有」し、鮭を「アイヌ文化の象徴ともいえる」¹⁷¹程度に、重要かつアイヌ文化に密着した要素となっていることを見ても、アイヌ民族の鮭、鱒の漁業権が第27条にいう文化的権利として保障されることは明らかであり、これは札幌地裁判決においても認められている。

しかし、アイヌ民族の鮭鱒捕獲は食糧目的のみで行われたものではない。アイヌ民族が和人と接触し始めた当初から「魚類や獣類と和人の物を物々交換」は行われており、このことは二風谷ダム判決において承認されている¹⁷²。松前藩が幕府の認可のもとで蝦夷の交易を支配した幕末時代および開拓使の統治下においても、河川の漁業が規制されるまで、アイヌ民族が交易を目的に漁業を行い、交易の場となった「商い場」において和人と鮭、獣類を米等と交換したことも数多くの書籍で記録されている¹⁷³。したがって、和人接触当初とそれ以降、漁業が禁止されるまで、アイヌ文化では食料の確保や生存を目的とした漁業と交易、物々交換を目的とした漁業を区別しなかったことが明らかである。

規約人権委員会は、少数民族文化に経済的側面を有する活動が含まれているこのような場合に、文化的経済的活動も第27条により保護されることがあると認めている¹⁷⁴。しかし、「経済的活動の統制は本来国家の専権事項¹⁷⁵」とされることから、経済的活動が第27条の下において文化の一環として保障されるには、その活動が民族的共同体の文化の「本質的な要素」(essential element)でなければならないとされる¹⁷⁶。

自由権規約の選択議定書の下で委員会に通報さ

れたマフィカ事件では、この基準に照らし、商業的漁業がマオリ文化の本質的要素をなす活動として、第27条により保障されることが認められた事例である¹⁷⁷。ただし、第27条の下で保障されているアイヌ民族の漁業権が商業的目的の場合を含めるか否かを検討するにあたり、アイヌ民族と規約人権委員会が検討する個人通報との間に、委員会が検討した個人通報においては大きな相違点がある。すなわち、通報した先住民族グループが所在する国家は自由権規約の締約国になる以前から先住民族の伝統的経済活動を放任している、もしくは一定の法的保護、認定を与えているため、入植者と接触する当初から委員会に通報を提出するまで、問題となっている活動を継続して行っていたという点である。たとえばマフィカ事件のマオリ民族の場合においてはそうである。これに加えて、委員会が検討した個人通報において、問題となっていた商業的側面を含む伝統的活動が、その先住民族の文化の「本質的な要素」であることは、先住民族が所在する締約国により承認された争いのない事実、もしくは立証することが相対的に容易なものであったことも指摘すべきである¹⁷⁸。

一方、アイヌ民族の場合は、日本政府が自由権規約批准以前からアイヌ民族の伝統的漁業権を認めずに河川での漁業を一律に禁止したことから、日本が自由権規約および第27条の義務に拘束された1979年の時点において、商業的漁業権がアイヌ民族コミュニティの文化の「本質的要素」であったことを解明、立証することが困難である。

狩猟に関しては、以上の二風谷ダム判決の記述から、狩猟は生存、私用目的と交易目的の両方がアイヌ文化の要素であったことがわかる¹⁷⁹。アイヌ文化が本来食糧目的の漁業、狩猟と交易目的の漁業、狩猟に区別をつけていないことから、Iworの再生においてアイヌ文化の要素として保護される漁業、狩猟の権利は伝統的儀式、食糧以外の目的で行う場合を含めて「否定されない」ことを保障されるべきといえる。なぜなら、保護される漁

業権は従来のアイヌ文化と同様に、売買のための漁業を排除しない形で保障されることが適切と思われるからである。ただし、本格的な「経済活動」としての大規模な商業目的漁業および狩猟が、第27条の下でアイヌ民族の文化の享有として保護されるには、その経済活動がいまだにアイヌ民族のコミュニティの文化の「本質的な要素」と立証することが必要である。経済活動が文化の本質的な要素として承認される場合には、第27条の下において「否定されない」ことを確保する必要がある文化的要素として、当該経済的活動の維持可能性を保護することも締約国に義務付けられるとされる¹⁸⁰。しかし、このより厳格な審査基準を満たすことが現代のアイヌ文化の場合には困難なことから、捕獲物の付随的な売買を排除されない狩猟、漁業はその他の文化要素として同様に保護されるものの、第27条の下での「経済的活動」としての保障を享受することはできないといわざるをえない。また、自由権規約は過去の国家行為への遡及的効力がないゆえに、日本政府による同化政策、アイヌ民族社会の破壊およびアイヌの伝統的活動を禁止したことが、アイヌ文化の一つとなるはずの経済的活動が、27条の保護を受けるための厳格な基準を満たすことのできない原因の一つとなっていることは、なんら国際法の適用に関する問題に変更をもたらすものではない。

なお、アイヌ民族の第27条の下で保護される漁業、狩猟の権利の行使は、伝統的方式のみならず、現代の機械的技術を使用する方式も保護範囲に含まれることは委員会が確認しているとおりである¹⁸¹。

第5節 第27条の実施措置とIwor

5.1 土地と結びついているアイヌ文化の享有に関する現行国内法の状況

現行国内法では、文化伝承儀式を再現するために一定の限られた鮭特別採捕許可、狩猟の特別許可が認められている¹⁸²。しかし、それ以外のアイ

ヌ民族の上述の文化的権利を行使・享有することは、和人と同様に法律により制限または禁止されている。したがって、現行法のもとにおいては、アイヌ民族が狩猟を行うためには知事の特別許可を得るための申請をする、もしくは和人と同様に知事が交付する狩猟者登録を得て、狩猟期間中かつ鳥獣保護区以外の場所で捕獲することになる。さらに、狩猟者登録を得た者でも、アイヌの伝統的猟法、劇薬、危険な罟、弓矢の使用も一般的には禁止され、知事の特別許可を得て初めて許されるとされる¹⁸³。

アイヌ民族の主食と言われる鮭を食するために採捕することも、捕獲採卵河川であるか否かを問わず禁止されており、伝承儀式の再生の場合においても特別許可が必要となる¹⁸⁴。またさらに、アットゥシ、トンコリヤムックリを作る場合には森林法のもとにおいて下草と落ち葉、落ち枝の採取に至るまで規制が存在するため、素材を採取するにあたっては営林署に逐一さまざまな許可を求める必要がある¹⁸⁵。

他方、特別許可制が設けられていることのみから、日本政府は厳格な意味でアイヌ民族の文化的権利である狩猟・漁撈、文化活動を享有するための素材採取を「否定」しているとまではいえない。しかし、現行法において、アイヌ民族の文化伝承儀式以外のための漁業権は禁止、否定されており、またその他の文化を享有する権利の行使が国家によって妨げられている現状はある。

5.2 第27条の委員会意見・見解に照らしての現行国内法の評価

日本政府が自由権規約を「誠実に遵守する」には、現行国内法が委員会の示す第27条の内容を履行しているものでない限り、Iworの再生にあたっては、委員会の見解に適合するように改正する必要がある。したがって、以下、アイヌ文化の享有に影響する現行国内法を、委員会の第27条に関する一般的意見、見解で示されている基準に照ら

して評価していく。

まず、自然素材の採取、狩猟、漁業の許可申請制度による、文化的権利の行使に関する制限について、委員会の見解においては、少数民族の権利行使に一定の規制、制限を加えることが直ちに第27条に違反するとは限らない、とされていることに着目する必要がある¹⁸⁶。他方、委員会は同時に、法的制限が第27条と適合するためには、その制限が「客観的かつ合理的に正当化され、また規約の他の規定と両立するものでなければならない」という条件を付している¹⁸⁷。さらに、法的制限の目的が正当な場合であっても、当該制限措置は、少数民族構成員が有する第27条に示された権利に与える影響に関して、その立法目的と比例するものでなければならない¹⁸⁸。

これらの基準が示された事件においては、第27条の権利の制限が、少数民族構成員および共同体全体の福祉、生存、伝統的活動の維持可能性などという立法目的から発生したものであった¹⁸⁹。委員会は少数民族の第27条の権利が多数者の社会の利益と衝突する場合、例えば「発展を助長する、または企業の経済的活動を認可する」国家の行為が「少数民族の構成員の生活様式に一定の限られた影響を与える」としても「必ずしも第27条の権利の否定に至るとは限らない」ことをも認めている¹⁹⁰。

アイヌに対する自然素材の採取、狩猟、漁業の許可申請制度による文化的権利の行使に関する制限の場合には、漁業営業者の河口での鮭捕獲を優先し、水産資源の保護培養及び資源保護の一環であるサケの繁殖を促すという目的のもと設けられている¹⁹¹。この立法目的は、アイヌ民族による内水面における漁業権の行使を制限することを、一見、客観的に正当化しているように映る。しかし、I.レンズマン事件の見解において、開発および環境保全等、第27条の権利と衝突する、マジョリティ社会の利益による第27条の権利に対する制限を

認める場合には、国家の裁量の範囲が以下のように設定された。

評価の余地を基準に判断するのではなく、第27条で引き受けた義務を基準に判断する。第27条は少数民族の構成員の自己の文化を享有する権利が否定されないことを要求する。したがって、当該権利を否定することに至る措置は第27条の下での義務と両立しない¹⁹²

つまり、国家の行為が少数民族の文化的享有権に一定の限られた影響を与えるには差し支えないものの、この権利を否定するまでの制限は、第27条に反するとされるのである。

この基準をアイヌに対する自然素材の採取、狩猟、漁業の許可申請制度による文化的権利の行使に関する制限に当てはめると、鮭がアイヌ文化において、食文化、採取方法、交易など、さまざまな文化的役割としての重要性をもっていることを札幌地裁が認定していることを考慮すれば、アイヌ民族の伝統的儀式以外の文化的目的における魚採取を一切禁止することは、正当な制限であるにしても、多数派社会の利益を優先することによってアイヌ民族の文化的権利の中心的な部分を否定することにつながり、第27条に反していると見ることができ。また、実際に、捕獲採卵河川であるか否かにかかわらず、鮭鱒を採捕、生け捕りすることを一切禁止することは¹⁹³、水産資源の保護培養という立法目的と制限の間での「比例性」を欠き、天然資源の保全および経済的な目的を達成するに「合理的または必要」な措置を越えるものと言える¹⁹⁴。

したがって、Iwor再生のためには、例えば、Iwor圏内で伝統的儀式以外の目的での鮭鱒捕獲を認めない特別許可の枠を、その他の文化的目的まで緩和することが必要となる。さらに、第27条の文化的権利を制限する立法として、水産資源保護

法、漁業法、および、これら法律の実施措置としての北海道内水面漁業調整規則を、水産資源の保護培養という立法目的と第27条により求められる文化享有権とが比例した制限に、改正する必要があるといえよう。

他方、狩猟、漁業の特別許可制および採取の森林法下の許可条件に関しては、特別許可制が導入されていることから、第27条の文化的権利の享有、行使が否定されているとまではいえない¹⁹⁵。しかし、規約人権委員会の一般的意見、見解、および現在有力な学説に基づいて第27条を適用する限り、第27条の権利一般、とりわけ土地の資源と結びついた文化的活動に関して、積極的な法的保護措置を採ることが求められているのは言うまでもない¹⁹⁶。近年まで、アイヌの伝統的活動に対して特別許可の付与さえ認められなかったことを見ると、伝統的儀式再現について法律の適用の例外として、特別許可制を導入したことは、一定の進歩として評価できる。しかしながら、現行の特別許可制度による対処は、委員会が求める積極的な措置の要求を満たしていない。漁業、狩猟の許可の申請および付与は、積極的に立法を持って漁業、狩猟の権利行使を承認し、確保する措置という性格を持つのではなく、一般的禁止の例外として「許して」いる規定に過ぎない。さらに、伝統的儀式の再現においても、法律の例外に値する文化的活動として明文化しているわけではなく、試験研究、増養殖用の種苗・種卵および教育実習目的の例外的捕獲許可という枠内において、伝統的儀式再現を「教育実習」と見なすことで既存の例外規定を適用しているのが実情である¹⁹⁷。その結果、文化的な権利の行使が法律規定にも明文化されていない例外であることから、文化的権利の享有が知事、現実的には行政機関の許可に関する裁量に委ねられている。したがって、申請を受理する行政機関の方針変更によっては、第27条の権利を享有することが否定される。この場合、法律に明文化された根拠条文が存在しないことから司法手続を通じた救済も困難となる。

この点、第27条が積極的な法的措置を講じるよう求めているのに加え、自由権規約第2条2項が「この規約において認められる権利を実現するため必要な立法措置その他の措置をとる」義務を規定していることから、自由権規約が締約国に少数民族の権利に関する法的透明性および確実性を要求しているとする学説が現れている¹⁹⁸。規約委員会の実践もこの立場を支持しているといえよう¹⁹⁹。

したがって、現在の特別許可制は、文化的権利の享有として「漁業又は狩猟²⁰⁰」を行うことについて、第27条が要求する積極的な法的措置のみならず、第27条の権利一般に関して求められる積極的な保護措置、および第2条2項の義務において求められる法的透明性、確実性に合ったものとはいえない。アイヌ文化の享有を間接的に妨げる消極的な措置が、アイヌ文化を振興する目的の法律が国内政策として制定されたにもかかわらず、依然として保持されていることも、アイヌ文化振興法の「アイヌ文化」の狭義な定義および法律の限定的適用、解釈による限界を示すものである²⁰¹。

したがって、Iworの再生のためには、北海道内水面漁業調整規則、水産資源保護法、および鳥獣の保護および狩猟の規制に関する法律に基づき、漁業、狩猟の規制を改正し、かつアイヌ民族の漁業、狩猟、採取の権利を伝統的儀式再生等、一定の目的に限定しない、積極的な法的措置で保障することが、第27条の義務を履行するものとして要求されよう。その実質的な実現方法としては、例えば、アイヌ民族の漁業権、狩猟権、採取権の行使がIwor圏内だけにおいてでも、特別許可を申請、付与する条件から免除され、その行使が文化的享有権として、現行国内法の規制立法の例外として明文で保障されることが考えられる。従来のアイヌ文化も交易と食糧目的での捕獲とを区別せずに行っていたことから、漁業、狩猟の権利行使を認める明文規定は、儀式再生に限定されず、営利と非営利目的の捕獲、使用にも区別をつけない形で定められることが望ましい。また、狩猟の方法も、

現行法において特別許可が必要とされる弓矢、わななどの伝統的狩猟方法を、新たに（一般的なアイヌ文化の実現方法として）認めるとともに、現代的技術の使用も文化享有権の行使として積極的な法的措置をもって承認されることが要求されるといえよう。

すなわち、Iworの再生は、従来行われなかった形式によって、アイヌ民族に文化的活動および権利に必要な天然資源、素材へのアクセスを、第27条が求めているような「積極的な保護措置」をもって、提供、確保する機会および手段となる。なぜなら、Iworの空間を、一定の国有地で再生し、アイヌ民族の第27条の権利をその空間内で自由に享有することを認めながら、天然資源の保護・保全、人間の安全、水産業、その他の利益を配慮し、Iwor以外の場所での漁業、狩猟、採取を制限することを通じて、第27条の求める文化的享有権を積極的に確保しつつ、その他の衝突する利益との調整を図ることができるからである²⁰²。さらに、第27条の権利享有を制限する立法の目的と、27条の権利への影響の間に比例性が要求されることから、文化的権利が特定の区域に制限されるならば、北海道会議の報告書で提案されたように²⁰³、7つの地域Iwor空間を設置することが、アイヌ文化の地域性を保持し、アイヌ民族が文化的権利を身近に日常生活の一部として行使、享有できることを確保する、重要な調整方策となろう²⁰⁴。

いずれにせよアクセス権等を確保する必要があるならば、土地と密接に結びついている民族文化の享有をより充実させた形で保障する目的をもって、地域Iworの適地の選定の際に、沙流川流域の地域的アイヌ文化への重要性を考慮し、Iwor再生地として区画整備をしていくことが適切となる。実際に、北海道会議の報告書で、沙流川源流部から、その河口、日高町、平取町、門別町の流域全体が「地域イオル」の計画地として選定されている²⁰⁵。

また、Iworの計画を実現するにあたり、アイヌ民族の第27条の権利享有に影響を及ぼす上述の法律改正および実施方法に関しては、さらなる積極的な措置によって第27条の権利を保障する義務が委員会により要求されている。即ち、少数民族集団の文化的権利の享有に関連し、集団に影響する意思決定の手続きに、当該集団が「効果的に参加する」ことを保障する義務のことである²⁰⁶。

効果的に参加する権利は、委員会の少数先住民族に関する「見解」および一般的意見23でのみならず、その他の国際的文書において、少数民族または先住民族の権利の宣言に伴って、さまざまな表現によって言及されている²⁰⁷。Iworとの関連において委員会が求めている効果的参加権は、Iworの再生に伴い、アイヌ民族コミュニティの構成員が、アイヌ民族の文化、精神文化の権利享有に影響する決定、および権利の行使を確保する方法を決定する場または手続きに参加する、あるいは協議する²⁰⁸ことであると見ることができる。その際に、政府が少数民族コミュニティの構成員と誠実に協議し、少数民族の意見をなるべく受け入れることが望まれるものの、少数民族の第27条の権利に影響する決定および政策に対する全面的な同意は、ここでは要求されていない²⁰⁹。

第6節 人種差別撤廃条約の下における義務履行とIwor

Iworの再生を検討するにあたっては、自由権規約、とりわけ第27条のもとにおいて保障される権利が中心的な材料となるが、自由権規約以外にも、日本が批准している人権諸条約、およびそれらの条約の解釈を示している条約機関の勧告なども検討する必要があるだろう。とりわけ、人種差別撤廃条約および人種差別撤廃委員会の勧告は、アイヌ民族に対する差別という観点から、Iwor再生に少なからず影響を与えるであろう。

日本政府は1996年に人種差別撤廃条約を批准し

ている²¹⁰。批准をもって、憲法第98条2項で定められている遵守されるべき国際条約に、人種差別撤廃条約も含まれることは明らかであるが、齊藤氏が示す憲法第98条2項の理論、つまり、人種差別撤廃条約の実質的な直接適用、とりわけ、人種差別撤廃委員会の示す条約解釈が直接国内法に影響を与えるには、次の2つの条件を充たす必要があるだろう。第一には、当該条約が条約機関を設置し、且つ、第二に条約機関の勧告、意見をできるだけ遵守することが、条約の目的達成に必要なこと、または条約に内在する要請となっているということである。これら条件が揃えば、憲法98条2項が規定する義務から、日本国内における条約の規定を適用するにあたり、条約機関である人種差別撤廃委員会の勧告と意見を、可能な限り顧慮することが要請される²¹¹。齊藤氏は、主に自由権規約およびその条約機関である規約人権委員会の場合を検討対象としている²¹²が、一般的な「国際人権条約²¹³」および「人権条約機関」に関する記述もあり、ドイツ連邦憲法裁判所における欧州人権裁判所の判例の規定解釈を参考事例として取り上げている。そして、自由権規約を例に示した理論と同様の条件が揃えば、その他の人権条約の条約機関の意見や見解にも適用しうる理論となることを示唆している。そこで、人種差別撤廃条約（以下「撤廃条約」）の場合にも、この理論が及ぶかどうかを判断する目的で、その理論根拠および条件の存否を考察する。

人種差別撤廃条約も自由権規約と同様に、「すべての者のための人権および基本的自由の普遍的な尊重および遵守を助長し及び奨励する²¹⁴」目的のために作成、締結された条約であり、その目的達成のために条約の実施を監視する人種差別撤廃委員会（以下「撤廃委員会」）を設置している²¹⁵。撤廃委員会は自由権規約の規約人権委員会と同様に、締約国の条約の国内実施状況に関する定期的報告を検討し、その検討に基づく各国宛の最終見解（concluding observations）および一般的勧告を送付する²¹⁶。また、条約本文において、条約の

権利が締約国によって侵害されたと主張する個人または集団の通報を検討する撤廃委員会の権限を規定しており、撤廃委員会はその権限を認めると宣言する締約国についての通報を受理することができる²¹⁷。

ただし、撤廃委員会の個人、集団通報を受理する権限を宣言で承認している締約国の割合が低く、通報される申し立ても自由権規約と比べて少ないという違いがある²¹⁸。さらに、自由権規約の下では、締約国間の条約解釈に関する紛争の最終的権威を規約人権委員会としているのに対し²¹⁹、撤廃条約は国際司法裁判所への付託を規定している²²⁰。

この二つの相違点が、撤廃条約の条約解釈、見解の「権威」が規約人権委員会より劣っていることを示すことから、同様に扱うことに疑問が生じる可能性がある。しかし、齊藤説は、むしろ条約機関の意見、勧告が「内容に優れた、権威あるものを理由²²¹」として、その見解を参照するか否かを判断する考え方を否定し、条約機関の見解を考慮する妥当性を、条約の目的達成および内在する要請、および国内法の憲法の義務から導いている。したがって、齊藤説が撤廃条約に適用されるには、撤廃委員会の意見、勧告での見解に従うことが、撤廃条約の目的達成に必要な行動であれば足りると見ることができる。

撤廃条約の目的が基本的自由の普遍的な尊厳および遵守のためにあらゆる人種差別を撤廃することである以上、この目的を具体的に実行する規定が、国内実施において締約国ごとの解釈により曲げられないためにも、その具体的内容を解明する条約機関の示す解釈が遵守すべき条約義務となる、という齊藤氏の理論が妥当するであろう²²²。よって、前段において検討した自由権規約と規約人権委員会の見解、意見に関する理論が、撤廃条約の場合にも同様に、憲法第98条2項の要請から、撤廃委員会の勧告、意見を「可能な限り顧慮する」ことが求められていると見ることができる。

日本政府のIwor再生における条約下の義務に関連して、注目すべき点としては、撤廃委員会が1997年に出した先住民族に関する一般的勧告23がある。Iwor再生に関連する一般的勧告23の内容を検討すると、締約国に対して、「十分な説明を受けてなされる同意なしに、先住民の権利、利益に直接関係する決定を行わないことを確保すること²²³」および「先住民族の社会が文化伝統および慣習を実践し、およびこれらを再活性化する権利（中略）を行使することができるよう確保すること²²⁴」を要請する。また、同勧告は、締約国に対して先住民族の共有地、地域および資源を所有し、開発し、管理し、および使用する権利の承認と保護を要請しながら、十分な説明を受けた上での同意なしに、伝統的に所有した居住し、利用した土地が奪われた場合には、当該土地、領地を返還する措置をとることを要請する。その返還が不可能な場合においてのみ、正当で公正かつ迅速な補償によって代用されるとし、また可能な限り、その補償は土地、領地の形態をとるべきとする²²⁵。

また、撤廃委員会は2001年の日本政府に宛てた最終見解において、一般的勧告23に直接言及し、その要請に日本政府の注意を喚起し、「先住民として」のアイヌ民族の「土地に係わる権利の承知および保護並びに土地の滅失に対する賠償および補償」を求めている²²⁶。また、この勧告がアイヌ民族の過去および日本の現状に該当し、撤廃委員会から日本がこの勧告を考慮、検討することが要請されていることも確認している。

したがって、仮に行政機関、司法等に、撤廃委員会の一般的勧告を可能な限り考慮する要請が憲法98条2項から導かれるならば、一般的勧告23はIwor再生において、

1. アイヌ民族が、自らの権利、利益に直接関わる施策として、Iworの再生方法と第27条の権利行使に影響する立法改正に関する決定に同意すること
2. 第27条が求める文化享有権の保障よりも一歩

進んで、アイヌ民族の文化伝統、慣習を再活性化できる条件を整えること

3. （必ずしもIwor再生の際に行うのではなく、Iwor再生以前または以降に行われることも可能ではあるが）アイヌ民族の伝統的土地もしくは代替な領地を返還すること²²⁷
- という、以上の3つの要請を可能な限り顧慮するよう求めていると見ることができる。

しかし、アイヌ民族への土地返還に関しては、前述のとおり、有識者懇談会および政府が北海道の土地、資源等の返還、保障から切り離し、Iworの再生を含むアイヌ文化を振興する施策を主張し、実施しようとしている。さらに、政府は最初からアイヌ文化振興法およびその実行に関連するIwor再生を、先住民族ではなく、少数民族の文化を促進する政策として位置づけている。しかし、アイヌ民族の場合を含めて、「先住民」と「少数民族」の位置づけは、その国際法の義務如何に関連するにせよ、少数民族の文化的享有権の保障と先住民の土地権にせよ、必ずしも簡単に分離できるものではない。例えば、規約人権委員会は、少数民族の権利を少数先住民族の文化へ適用することにより、一定の土地、資源へのアクセスおよび土地と結びついている狩猟、漁業の権利を第27条の保障範囲に含め、アイヌ民族に関して直接に自由権規約の権利保障のみからアイヌ民族の土地権を承認することに関して触れている²²⁸。他方で、第27条の文化的享有権を保障することは土地に関する所有権を要求しないとする見解もある²²⁹。

しかし、オミナヤック事件においては、第27条で保護されている権利には個人の所属するコミュニティの文化の一部をなす経済的および社会的活動にその他の構成員とともに従事することを含むとされている²³⁰。したがって、そのコミュニティが当該活動を行うために一定の土地、資源を必要とするならば、国家がその土地または活動を脅かす影響のある開発事業およびその他の土地利用（の脅威）から（先住民族を）保護しない、また

は土地および資源を含めて、経済的、社会的活動が継続できる条件を確保しないことは、第27条の規定と保障に反するとされた²³¹。すなわち、撤廃委員会の一般的勧告を尊重、顧慮する義務は、斉藤説の自由権規約の意見、見解に関する理論に基づいて導き出すことが可能であり、撤廃委員会の一般的勧告は自由権規約から導かれる原則を撤廃条約の上においても再確認したと評価できよう。すなわち、規約人権委員会が1998年の日本に対する最終意見でアイヌ民族の土地権を認めないことに関して懸念を表していることから、自由権規約の誠実な遵守として、その承認を「可能な限り顧慮する」ことが要請されているといえるのである²³²。

さらに、Iworの再生にあたり、その条約機関の勧告を含めて、特に人種差別撤廃条約の趣旨を尊重する必要性を示す、もう一つの国内法の根拠として、上述の衆議院、参議院内閣委員会によって採択されたアイヌ文化振興法の法律案に伴う附帯決議がある。同決議ではアイヌ民族の先住性を歴史的事実として認めたのみならず、「政府は、アイヌの人々が置かれてきた歴史的、社会的事情にかんがみ、適切な措置を講ずるべき」事項として、「アイヌの人々の人権の擁護と啓発に関しては、「人種差別撤廃条約」の批准（中略）等の趣旨を尊重し、所要の施策を講ずるよう努めること」としている。よって、行政府の政策がこの決議により事実上拘束されるのであれば、Iwor再生の実現においても「その決議を尊重」することが求められる²³³。すなわち、附帯決議に則して、人種差別撤廃条約の趣旨を尊重し、適切な施策を講ずる為には、アイヌ民族の歴史的土地の剥奪の「補償」に、Iworに使われる国有地への所有権をアイヌ民族に付与することが提案できるであろう。

撤廃委員会の一般的勧告23から導かれるIwor再生に関連する要件としては、アイヌ民族のIwor施策および実施の決定に関して「十分な説明を受けてなされる同意」が挙げられる。一般的勧告23の

草案作成段階、および、議論の段階を見ると、先住民族の政策に関する「拒否権」も含まれるとするこの基準が、現在、先住民族に関する法的拘束力を有する国際文書の課す義務よりも、（国家に対して）一層厳しい義務となると懸念を表し、基準の変更を求めた委員もいたことがわかる²³⁴。また、この基準を含む第4段落全体の文言が、締約国に対する単なる「勧告」として書かれていることから、国家が受諾しなくても良い基準となることを議長が述べている²³⁵。実際には、撤廃委員会の締約国の定期的報告を検討すると、「十分に説明を受けてなされる同意」より、「積極的かつ効果的な参加」（active and effective participation）を重視し、これを求められる基準として国家に示しているのが現状である²³⁶。よって、撤廃委員会の人種差別撤廃条約の下での法理及び議論を見る限り、全ての場合において先住民族の権益に影響する施策に関して先住民族の「同意」が求められるとはいえない。しかし、Iworの再生に関しては、人種差別撤廃条約の下での要請が、少なくとも第27条の効果的参加権を強化するものといえよう。

以上から、文化的活動に必要な資源の（必要な場合に）回復および維持可能な管理に対し、アイヌ民族が係わることを通じ、文化的権利の享有を積極的な法的保護措置によって確保していき、将来にわたって、継続して享有できること、およびその発展と維持へのアイヌ民族の効果的な参加を確保する仕組みを、撤廃委員会は想定しているといえる。

第7節 現在のIwor計画は人権法の要件を満たしているか

現在のIwor再生の計画を考察するにあたっては、現時点において国により採択された提案が、未だにないことに注意する必要がある。これまで、様々な検討委員会が設置され、再生に関する提案、報告が作成されたものの、国が2004年に新たに設置したイオル再生等アイヌ文化伝承方策検討委員

会（第2章第1節1.2参照）は現在進行中であり、従来の委員会報告を検討の基盤にしながらも、新たな報告およびIwor再生の内容をさらに具体化した提案の作成が予定されているに過ぎない。再生に関して確定的な計画がない限り、最終的に実現されるIworが日本政府の自由権規約第27条の義務履行を満たすものになるかどうかは不透明である。ただし、Iworの再生がアイヌ民族の第27条の権利を制限する現行法を改正し、狩猟、漁業、木彫り、樹皮の織物および伝統的なアイヌ料理、薬品製作のための植物採集等、文化的活動を行うために、天然素材、資源へのアクセスを提供し、かつアイヌ民族がこの実現過程において参加できるか、または協議されることを確保する限りにおいて、第27条の義務を履行していると見ることができよう。第27条の権利保障基準は、他の衝突する利益への配慮を理由に、アイヌ民族の第27条の権利を否定することに至らない一定の制約を課すことを許容している。それゆえ、Iworを国有地または特別に購入した私有地で再生し、その区画された空間内でアイヌ民族が自由に漁業、狩猟できるよう確保することは、資源保全や私益等、アイヌの第27条の権利行使と衝突する利益に不当な影響を及ぼすことなく、アイヌ民族の第27条の権利行使を確保できる重要な手段になりうる。

また、上述の撤廃委員会による一般的勧告23は、Iworを再生、実現する過程において、日本政府のアイヌ文化および漁業、狩猟の権利を保護し、再活性化する責務をさらに強化する根拠になる。さらに、撤廃委員会の一般的勧告23が包含する「十分な説明を受けてなされる同意」、および国別報告書審査の最終見解において言及されている、先住民族の積極的かつ効果的な参加の法理²³⁷は、第27条が要求するアイヌ民族のIwor再生における効果的な参加の義務をも強化する。

これまでのIworの再生に関する検討、提案は、「十分な説明を受けてなされる同意」が示唆する、アイヌ民族のIwor再生の方法の決定に関する拒否

権²³⁸を含んでいるとは見ることができない²³⁹。しかし、撤廃条約を誠実に遵守することは、必ずしもIwor再生の方法に対するアイヌ民族の拒否権を必要とするものではない。とはいえ、国がIworに関してアイヌ民族の「積極的かつ効果的な参加」の、より緩やかな基準を導入し、これを実現する過程において、アイヌ民族と誠実かつ建設的に対話し、協議し、アイヌ民族の意見を聴取し、これを採用する姿勢をとることにより、「拒否権」を採用せずとも、アイヌ民族の十分な説明を受けてなされた同意に類似するものが実現されたと見ることができよう。

また、現在の検討委員会による検討および提案は、Iwor再生が実現された時点において、アイヌ民族自身がIwor空間内の、文化的活動に使用される天然資源の育成、栽培、維持可能な管理に直接携わるという方法を想定している²⁴⁰。この方法が実際に採用されれば、一般的勧告23が述べている「先住民族の資源を開発し、管理しおよび使用する権利を承認および保護すること」に適合するといえよう²⁴¹。またアイヌ民族を資源管理、維持可能な開発、およびアイヌ民族に影響する開発施策に関わらせるという点において、アジェンダ21²⁴²およびリオ宣言²⁴³が勧告する措置を付随的に実現することになる。

一般的勧告23はさらに、過去において奪われた土地に関する「補償」を勧告するが、日本政府はIworを含めるアイヌ文化を振興する施策が過去に関する補償およびアイヌ民族の先住性から導き出されているものではないことを明白に繰り返し主張してきている。つまり、現在計画されているIworは、一般的勧告23に加えて日本に宛てた撤廃委員会の2001年の最終見解が求めるアイヌ民族の伝統的な土地、領域またはその所有権の「返還」あるいはその代わりに「正当な、公正なかつ迅速な補償」を実現する施策とはならない。

一方、撤廃条約は日本が批准した1996年以前の

国家行為について遡及的効果を有さないため、批准以前のアイヌ民族の土地剥奪が撤廃条約第5条(d)項の(v)の財産を所有する権利に違反するとして、撤廃委員会あるいはその他の締約国は、条約履行義務を根拠に、アイヌ民族への補償を求めることができない。よって、この措置および勧告は批准以前に先住民族の土地を奪った締約国に対して、現在の条約を実施する義務の一環として、土地の返還またはその代わりに補償の遂行を、先住民族に対する人種差別を撤廃するための積極的な措置のひとつとして勧告するものと見るほかない²⁴⁴。

しかし、撤廃委員会の勧告が、アイヌ民族の状況および過去の伝統的土地の喪失に該当することは、歴史的事実、二風谷ダム判決の記述から確認できるのみならず、撤廃委員会自身の2001年の最終の見解によっても明白にされている²⁴⁵。その結果、撤廃委員会勧告が、現在継続する人種差別を撤廃し、すべての者の普遍的な基本的権利と自由の享有という撤廃条約の目的達成を実現するための措置であることから、国際法の拘束力の有無にかかわらず、日本政府がこの一般的勧告を顧慮する要請は憲法規定から導かれるといえよう。すなわち、撤廃条約を誠実に遵守するという要請から、撤廃委員会の意見、勧告の顧慮が求められるならば、日本政府は一般的勧告、および撤廃委員会の日本政府報告に対する最終見解により、アイヌ民族の土地に係わる権利の認知を可能な限り顧慮する義務を負うことになる。むろん、日本政府がこの勧告内容の実現を顧慮したとしても、その実現手段としてIworの再生が特定されているわけではない。したがって、Iworが実現された後に、別途の施策を通じ、この勧告内容を実施していくことも考えられる。一方、上述の1997年の附帯決議を通じ、Iworのようなアイヌ文化振興の施策を実施することに関連して人種差別撤廃条約の趣旨を尊重し、「所要の施策を講ずる」ことに特に言及することに照らすと、Iworの再生を、撤廃委員会の先住民族に関する一般的勧告を実現する手段とし

て活かすことは、適切であるといえよう。

現在公表されているIwor再生についての提案および報告、とりわけ有識者懇談会でIworの提議者であり、現在の国の検討委員会の委員でもある佐々木高明氏の着想²⁴⁶、Iwor基本構想報告において描かれた提案²⁴⁷、および進行中の国の検討委員会により作成された文書を見る限りにおいては、計画されているIworは、第27条が要求する文化的活動の享有の多くを認めているようである²⁴⁸。しかし、狩猟および漁業の捕獲物の売買の可能性が想定されているか、またはこの問題が検討されているか否かは明確ではない。

現行の委員会およびそれ以前の委員会もまた、第27条およびIwor再生が想定しているアイヌの文化的活動のための自然素材へのアクセス、土地を使用する権利等を実現するには、現在この権利の行使を規制、防止しているの森林、漁業、狩猟等に関する法律と規則の改正、または規制からの免除を必要とすることを認識している²⁴⁹。しかしながら、現行の国の「イオル再生等アイヌ文化伝承方策検討委員会」の資料をみると、魚類の採捕、鳥獣の捕獲に関し、既存の特別許可の申請制度を活用したIwor再生が検討されていることがわかる²⁵⁰。申請制度の活用は、北海道庁との協力により、一年ごとまたは数年間にわたる使用計画に基づき実施していくことを提案している。このような制度化・慣用化された継続的な特別許可の付与が実現されれば、少なくとも権利享有の自由な行使を妨げる個人・団体ごとの個別申請の条件が解除されることを通じて、アイヌ民族の文化的な権利を享有することが容易となる。しかし、アイヌ民族の文化的活動の行使を、特別許可制に委ねたままでは、第27条の自由権規約第2条2項とあわせた法的透明性および確実性を備えるという要求を充たしていないことになる。そのため、理論上はアイヌ民族の文化を享有する権利が、未だに行政機関の裁量に左右される状況、かつ左右された場合に法的救済を求めることが困難な法的状況が

維持されることになる。しかし、Iworを再生する自然空間が整備・提供され、動物捕獲および魚類採捕が正式な運営評議会または自然空間の管理運営組織²⁵¹により計画されることになれば、特別許可が行政機関の恣意的な判断や方針の変更で左右される可能性が減少すると予想できる。これは、特別許可の付与および条件が、組織と組織の間の関係として規律されることにより制度化・慣用化され、団体および個人ごとに申請する場合よりは行政機関の恣意による方針変更がし難い環境が創出されると予想できるからである。

それでもなお、現行特別許可制の活用は即ち、現行の法律、規則等を変更せず、アイヌ民族の魚類採捕を、北海道内水面調整規則第27条にいう「教育実習」に該当するものの行使に限定される現状を維持することになる。すなわち、伝統的儀式の再現および和人のためのアイヌ文化体験等の「教育」目的に該当しない文化的目的において、漁業を享有する権利の行使が否定されている現状が改善されないことになる。他方、アイヌ文化では、漁業および採捕物に関する利用目的が、特別調理方法、食料、食事の儀式等から鮭の皮を用いて衣服、靴を作ることや交易、物々交換まで及んでいる。

もちろん、行政機関が自由権規約を誠実に遵守する義務、アイヌ民族の自由権規約下での文化的享有権、および裁判所が承認しているアイヌ文化の魚類採捕物の使用方法の考慮から現在の法律規定の解釈を緩和することを通じて、文化的権利の享有の一部の否定をしてきた現実を解決することもできるであろう。例えば、Iwor内の特別採捕許可が採捕物のさまざまな文化的活動に使用されることにより、アイヌ自身の文化的教育および体験を通じての和人のアイヌ文化に関する教育のための採捕として法律にいう「教育実習・・・のための水産動植物の採捕」と捉えることが可能である。しかしながら、教育実習としてアイヌ文化を捉えることを通じて問題を解決しようとすることは、

依然として、既に述べたとおり、アイヌ民族の文化的権利の行使に関する許可を行政機関の方針に委ねているに過ぎず、法的透明性および确实性の要求をかなえていない。また、一般的意見23が確認しているように、規約第27条により、「締約国はかかる権利の存在及び行使が否定され又は侵害されることのないよう保護されることを確保する」義務を負い、「締約国自身の行為（立法当局によると、司法当局によると又は行政当局によるとを問わず）・・・に対する積極的な保護措置²⁵²」をとることが不可欠となる。このことから、アイヌのIworにおける文化的権利の享有を確保する最も理想的な実現方法は、アイヌ民族のあらゆる文化的目的での魚類採捕を法律規定で積極的に承認し、法律の一般的禁止規定の例外として権利行使を保護、確保することといえよう。

また、現在進行中の検討委員会の資料においては、Iwor内での動植物の採取、捕獲および自然素材の入手、配分が「自然空間に関する管理運営のための組織」のメンバーにより行われることが提案されている。このメンバーには、伝承活動を実践する個人または団体、および北海道ウタリ協会等が提案されている²⁵³。それ以外のアイヌの人々（現在、伝承活動を実践していない人および北海道外に居住するアイヌなど）が行う動植物の採取、捕獲等が、Iwor内で認められる活動から除外されるか否かに関しては提案されていないものの、現行法においてIwor空間以外の場所におけるアイヌ民族の狩猟、漁業などの文化的権利の行使が妨げられていること、および第27条の権利主体者が少数民族の各個人であることに鑑みると²⁵⁴、政府およびIwor再生実施機関には、いうまでもなく、すべてのアイヌ個人がIworで第27条の権利を享有、行使できるようにする義務がある。

Iworの再生が、1999年のIwor基本構想報告の一つの大規模なIworより、北海道会議の中核Iworと6つの地域的Iworの構想にしたがって実現されれば、アイヌ文化の地域的多様性および地域によっ

て分布が異なる文化的活動に利用されるさまざまな動植物が確保できる。さらに、身近に地域的Iworがあることで、すべてのアイヌ民族が日常生活の一環として文化的活動を享有することを保障するという利点もある。他方で、各地域においてIworを再生する場合に、それぞれの空間における文化的活動、即ち、狩猟、漁業等が長期的に「否定」されずに、継続して享有できるよう、文化的活動に必要な生態系およびこれが可能な程度の土地の面積を備えることも重要となる。アイヌ民族が、土地および自然素材へのアクセスと関連する全ての文化的活動が行える環境の整備が要求されることは、規約委員会の意見および見解でも明らかである。すなわち、アイヌ文化を振興するIworの存在が、過去の強制的文化的同化を是正する意義を持っていることに鑑みると、例えば何かしらの建築物等のハコがIworの存在を象徴するものとして重要ではあるが²⁵⁵、それでもなおハコを中心としたIworの再生はアイヌ文化の享有に関する第27条の要求を満足するものとはならない²⁵⁶。

さらに、既に示されているIworの再生に関する報告書において、狩猟、漁業、採集に使われるIworの自然の場は、活動を行うための土地に関する所有権を必ずしも備えなければならないわけではないことを指摘している²⁵⁷。人種差別撤廃条約の一般的勧告は別としても、自由権規約第27条の権利保障それ自体は、少数先住民族の土地に関する所有権を必ずしも要求するものではなく、自由権規約が締約国において効力を持つ段階で、土地と結び付いた文化的権利の行使および享有を否定せずに保護することにより、権利保障の要求を満たすこととなる²⁵⁸。

他方、アイヌ民族に関する最終意見を含めて、いくつかの規約委員会の最終意見、およびオミナヤック事件の見解においては、第27条が「土地権」の承認、または少なくとも先住民族が居住し、文化的・経済的活動に使用している土地、領域の権原承認、およびその境界線を定めることを要求す

る場合があるとされる²⁵⁹。よって、アイヌ民族の狩猟、漁業、採集等の文化的権利が、衝突する利益への考慮から、他の地域における活動権を自由に行使、享有できないならば、保障される権利に対する「積極的法的保護」が必要であり、またこれが否定されないためにも、権利行使ができる土地の区画・準備と提供を必要としている。

アイヌ民族はこれまで、Iworの再生を検討し、再生に関する提案を作成している市町村、北海道および国レベルにおける検討委員会に参加し、または協議の主体となっている²⁶⁰。しかし、その後のすべての検討委員会の検討基盤とされている当初のIwor再生構想を報告した有識者懇談会には、アイヌ民族の代表および委員は存在しなかった。しかし、懇談会が新法を検討するにあたっては、ウタリ協会理事長への意見聴取が行われ、白老、静内、平取等の現地訪問の際にウタリ協会との意見交換を行い、さらに報告書を作成し、提出する際には理事長の意見陳述の機会が与えられた。また、この意見陳述において、ウタリ協会は懇談会の平成8年の報告書に対して、条件付きでありながらも一定の支持を表している²⁶¹。これらのアイヌ民族の参加実態は、撤廃委員会の「積極的かつ効果的な参加」の基準を充さないまでも、新法案を提出している団体であるウタリ協会が「協議」し、かつ施策の提案に反対をしなかったことに鑑みると、「効果的な参加」の要求を満たすものとして規約委員会が言う「協議」の基準を充たす可能性が高いと考えられよう²⁶²。しかしながら、その他の検討委員会に関して、政府選任のアイヌ系個人が委員に含まれることについて、または懇談会に関して、北海道ウタリ協会との協議がアイヌ民族全体の効果的参加権を確保しているかはさらなる検討を要する。いずれにせよ、懇談会後のIwor再生を展開する実質的な検討、討議の場においてはアイヌ系の委員が加わり、現行の国の検討委員会においても委員5人の構成者のうちウタリ協会の理事長を含む2人がアイヌの人であることから、アイヌ民族がIwor再生の検討、施策展開に

参加していることは明らかである。

終わりに

以上、日本国内におけるアイヌ民族の人権を保護する可能性を、Iworの議論を例に、市民的、政治的権利に関する国際規約、とりわけ自由権規約第27条の規定を中心に探り、国際法の人権規範の国内法における導入及び適用の確保を検討した。

アイヌ民族が国内及び国際社会において少数先住民族として承認され、かつアイヌ民族の文化的享有権の保障を確保するにあたり、自由権規約第27条は重要な役割を果たしてきた。また、この規定は法的拘束力を持ち、且つ、アイヌ民族に対して既に国内法における直接適用可能性が確認されており、アイヌ民族の国内における権利を確保、実現するにも、十分な可能性を有している。特に、規約委員会が個人通報審査において示している「見解」、および一般的意見の基準に基づいて第27条を国内的に実現するといった形で、十分な発展の可能性を秘めている。そこで、本稿では規約委員会の見解に則し、日本国内における第27条の保障を履行、遵守する法的義務に関する理論を検討し、評価することを試みた。そして、日本の行政、政府機関が自由権規約の権利保障を国内において実現するにあたり、規約委員会の意見・見解を顧慮する要請が、国際法の条約に関する解釈規定のみならず、締結した国際条約の「誠実な遵守」を求める日本国憲法第98条2項からも生ずることを明らかにした。また、自由権規約との関係からは、委員会の個人通報における見解を国内的に顧慮することが、日本の選択議定書批准に依存しないことも確認した。

第2章では、こうした観点から、日本国内のアイヌ民族伝統的生活空間、Iworを再生する施策提案を、第27条の権利保障に照らして検討した。そして、その再生において、規約委員会の第27条の保障基準に基づき、アイヌ民族の文化的および土

地と関連する権利の保護範囲を考察した。現在有力となっている学説および委員会の第27条に関する見解においては、当該規定が積極的な義務の側面を包含し、特に少数先住民族の場合に、土地と関わる文化的権利について、法律に基づく積極的な措置による保護と権利行使の保障が求められると解されることを示した。このことから、Iworの再生において、第27条が、アイヌ民族の漁業、狩猟、植物採取及びその他の土地と天然資源・素材へのアクセスを積極的な法的措置をもって、保障する義務を課すことを確認した。また、この積極的な保護義務は、現行国内法の狩猟、漁業に関する特別許可制度の改正と、法律の明確な規定に基づく権利行使の承認による保障を求めることを示した。しかし、第27条の権利行使と衝突する利益への配慮から、第27条の権利に対する一切の制限が許されないわけではないことを、規約委員会の見解とそこで示された審査基準を分析することにより明らかにした。また、日本国内において、このような利益衝突を、第27条の権利を否定することなく調整する方法として、アイヌ民族の土地と係わる第27条の権利を、Iwor再生空間内での自由な行使を確保しつつ、その他の場所で制限することにより図ることを提案した。

また、本稿では、従来のアイヌ文化の漁業、狩猟が交易目的を含んだものであることから、当該権利のIwor再生における保障は、このような目的を排除しない必要性を主張した。ただし、規約委員会の見解が求める基準に則して、この商業的漁業、狩猟が、現在のアイヌ民族コミュニティおよびその文化の「本質的な要素」であると立証することが困難であることから、Iworの再生において、維持可能性の保障をも含んだ第27条の文化的経済的活動として保障されない可能性があることも提示した。

Iworの自由権規約第27条による保障義務の検討の際には、現時点において、第27条が土地と関わる文化的権利の保護に伴い、土地の所有権の保障

を要求するか否かに関して論争があり、第27条の土地所有権の要請を否定する学説ないし締約国が存在することを説明した。一方、近年、規約委員会の最終見解には、先住民族の土地権原認定を求める記述が見られ、日本の憲法98条2項に基づく法的義務を検討するにあたり、日本に宛てた最終見解においてアイヌ民族の土地権の承認が求められたことにも注意する必要があることを述べた。

さらに、Iworの再生、アイヌ民族の土地権、および土地の返還は、自由権規約以外の国際人権条約に基づく法的要請の論拠があることも紹介した。人種差別撤廃条約の「撤廃委員会」により策定された先住民族に関する一般的勧告23が、土地の所有、返還を勧告する。また、日本政府による人種差別撤廃条約の批准と条約の目的に鑑み、自由権規約に関して検討した斉藤説によって導き出される憲法第98条2項の義務は、人種差別撤廃条約の誠実な遵守の要請として、撤廃委員会の一般的勧告の顧慮を求める可能性があることを考察した。撤廃委員会が日本に宛てた最終見解において、この一般的勧告への日本の注意を喚起していることから、第27条のアイヌ民族の土地権承認に関する要請が強化されるという展望を示した。ただし、この土地返還の要請は、Iworの再生を持って実現するのではなく、別途の措置に委ねることも考えられることを述べた。

以上、自由権規約の第27条が、アイヌ民族の文化的権利のみならず、一定の土地の利用、アクセスに関する権利、及びアイヌ民族の権益に関する施策について「協議する」ことを確保する可能性を秘めていることを明らかにした。そして、この可能性を日本の国内事情を勘案してみたときに重要なことは、日本政府が忌避する「先住民族の権利」の障壁を回避しながら、アイヌ民族の先住性および自然と結びついた文化により、保障される権利の内容が充実されうることである。また、アイヌ民族の、第27条の協議する権利、および人種差別撤廃条約の十分な説明を受けてなされ

る同意の権利を実現することは、有識者懇談会の報告が示唆しているように、国連での先住民族の権利に関する宣言案の議論を「今後も（中略）見守っていく」中、その展開に伴い、日本国家とアイヌ民族の将来の関係のあり方を再検討する際に重要となるのである。

- 1 プリティッシュ・コロンビア州条約委員会が1993年から先住民族と協定を交渉し、締結している。See *Final Working Paper by the Special Rapporteur, Mrs Erica-Irene Daes on Indigenous Peoples and their Relationship to Land*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2000/25, 30 June 2000.
- 2 例えばブラジル、*Information Received from Governments*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1989/2 at 7-8.
- 3 *Mabo v Queensland* [No.2] (1992) 175 CLR 1; *Native Title Act 1993*参照。邦文による説明は、細川弘明「先住権のゆくえ」西川長夫ほか編『多文化主義・多言語主義の現代』（人文書院、1997年）や吉川仁『「マボ判決」について』法と政治47巻1号、287頁以下参照。
- 4 *Indigenous Peoples Rights Act*, Republic of the Philippines Act No.8371, 1997. Available at <www.grain.org/brl/philippines-ipra-1999.cfm> (20 January 2004).
- 5 *Adong bin Kuwau and Others v Kerajaan Negeri Johor and Anor* (1997) 1 MALAYAN LAW JOURNAL 418.
- 6 *Supra* note 1 at 7.
- 7 See e.g. Keal, P. *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples*, Cambridge University Press, 2003; Anaya, S. J., *Indigenous Peoples in International Law* Oxford University Press 1996, pp. 9-26
- 8 Volume 5, *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.1-4. (以下、「マルチネズ・コーボ報告」)

- 9 ECOSOC Resolution 1982/34, 7 May 1982.
- 10 Thornberry, P., *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester University Press, 2002, p.372.
- 11 *Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People, Mr. Radolfo Stavenhagen*. E/CN.4/2002/97, 4 February 2002, pp.8-9.
- 12 例えば宣言案の第10条、12条、13条、25条、26条、27条、28条と30条参照。Available at <[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.SUB.2.RES.1994.45.En](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.SUB.2.RES.1994.45.En)> (29 January 2004). 邦訳、先住民族の権利宣言研究グループ編著『一目でわかる先住民族の権利宣言―国連案の内容と争点―』（ウハノツカの会、2004年）。
- 13 ILO169号条約の先住民族の先祖伝来の土地及び領域に関する事項についてはsee *ILO Convention No.169 on Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries*, 1989, 28 ILM 1077 (1990) Articles 4, 7, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19.（「独立国における先住民族および部族民に関する条約」（1989年）（ILO169号条約））。ILO169号条約が締約国の国内土地権の承認に関して与えた影響についてはSee Tomei, M. and Swepston, L., eds, *Indigenous and Tribal Peoples: A Guide to ILO Convention No.169*, International Labour Office and the International Centre for Human Rights and Democratic Development, 1996. 邦訳、マヌエラ・トメイ、リー・スウェプストン著（苑原俊明、青西靖夫、狐崎知己訳）『先住民族の権利：ILO第169号条約の手引き』（論創社、2002年）。また、先住民族の権利に関する一般慣習法の規範形成における169号条約の役割と重要性、及び先住民族に特定したILO監視システムの説明については Anaya, *supra* note 7 at pp.47-53, 161-162.
- 14 See e.g. Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Guatemala, U.N. Doc. CERD/C/304/Add.21, 23 April 1997 at para. 93. See also General Recommendation 23(51) (Indigenous Peoples), UN Doc. A/52/18, annex V, 18 August 1997. 先住民族の土地権に関する自由権規約の下における検討については Thornberry, *supra* note 10 at pp. 164-172.
- 15 このアイヌ語の語彙はカタカナで「イウォロ」、「イウォル」や「イオル」などとさまざまな表記方法が用いられる。本稿ではその混雑を避けるために、原則としてローマ字の表記、iworを用いる。ただし、アイヌ民族の伝統的生活空間の再生を検討した道、国の委員会の正式名称や報告書を引用・説明する場合にはその名称および報告書で用いられたカタカナ表記法にしたがって表記する場合がある。札幌地方裁判所の二風谷ダム判決についても同様である。Iworの正確な言語的意味についてもいろいろな説がある。アイ和辞書やアイヌ語辞典などでは「内」、「奥地」、「神々の住む世界。具体的には狩や魚の場としての山奥または沖合」、前者の説明に「生活資料（衣料・食料・燃料・建物資材など）採集場としての」がつけ加えられた説明、「山奥」、「山野、部落の狩猟の縄張り」、「中（家・樽・箱・穴等の）」などとして訳されている。詳細については奥田統己「アイヌ史研究とアイヌ語―とくに「イオル」をめぐる―」東北史研究会編『場所請負制とアイヌ―近世蝦夷地史の構築をめざして』236頁以下（北海道出版企画センター、1998）。
- 16 ウタリ対策のあり方に関する有識者懇談会『報告書』平成8年4月、常本照樹『アイヌ民族をめぐる法の変遷』（さっぽろ自由学校「遊」、2000年）資料5、83頁参照。
- 17 第27条は「種族的、宗教的または言語的少数民族が存在する国において、当該少数民族に属する者は、その集団の他の構成員とともに自己の文化を享有し、自己の宗教を信仰しかつ実践し又は自己の言語を使用する権利を否定されない」と規定している。
- 18 日本国憲法第98条第2項の規定が条約に国内

- 的効力を与えるものではないとする説にも、厳密に言えば、条約は立法手続きなしに国内的効力を有しないとする説と、条約の国内的効力を第98条2項以外の根拠から認める説の二説ある。前者は例えば河野弘幸著『憲法略説』（法律文化社、1982年）249-250頁、山本浩三著『憲法』（評論社、1973年）287-88頁参照。後者の立場として今井威「日本国憲法と国際法」阪大法学28号、22頁以下、44-45頁参照。
- 19 芦部信喜=高橋和之『憲法』（岩波書店、第3版、2002年）13頁、横田耕一「人権の国際的保障をめぐる理論問題」憲法理論研究会編『人権理論の新展開』（敬文堂、1994年）159頁以下、166頁、齊藤正彰著『国法体系における憲法と条約』（信山社、2002年）19-20頁、および、野中俊彦、中村睦男、高橋和之、高見勝利『憲法II』（有斐閣、第3版、2001年）404頁など。
- 20 山本草二著『国際法』（有斐閣、1985年）69頁、阿部浩己、今井直、藤本俊明著『テキストブック国際人権法』（日本評論社、第2版、2002年）31頁、岩沢雄司著『条約の国内適用可能性—いわゆる "self executing" な条約に関する一考察』（有斐閣、1985年）28頁、Iwasawa, Y., *International Law, Human Rights, and Japanese Law*, Clarendon Press, Oxford 1998 at p.27, 29、および、小寺初世子「人権条約の実施課題」山手治之、香西茂編『現代国際法における人権と平和の保障』（東信堂、下巻、2003年）5頁以下、8頁参照。
- 21 東京高判昭和28年2月28日民集8巻858頁、860-861頁、神戸地判昭和36年5月30日下刑集3巻519頁、524頁、東京高判平成5年2月3日、東高刑時報44巻1-12号11頁、大阪高判平成6年10月28日判時1513号71頁。
- 22 「政府は、日本国憲法の審議過程ですでに、九八条二項は条約に国内効力を認めるものであると解していた。（中略）日本国憲法が発効した後も一貫して、政府は、条約は国内効力を有するものとして実務上取り扱っており、（中略）国会答弁においてもたびたび確認されている。」
- 岩沢・前掲注20、29-30頁、および、小寺初世子・前掲注20、7頁、8頁を参照。
- 23 阿部・今井・藤本・前掲注20、31頁。
- 24 従来の日本では条約の国内的効力と条約の直接適用可能性という二つの概念を区別せずに表現する意味でセルフ・エキ्यूゼキューティングという言葉を用いる学説があったことは岩沢教授が指摘するとおりである。岩沢・前掲注20、33、43-45頁。国内判例も依然として国内適用可能性を別個に検討せずに98条2項を引用し、国内効力の存在から率直に人権条約の自動執行性を認めるか自動執行性に言及せずに適用することがある。同上、33頁、および、札幌地判平成9年3月27日判時1598号33頁、44頁参照。しかし、岩沢教授は国内的効力と条約の直接適用可能性という二つの異なった概念ははっきり区別されるべきことを主張している。岩沢・前掲注20、45頁。この岩沢教授の立場を支持するその他の国際法学者、及び最近は、憲法学者も少なからずいる。阿部・今井・藤本・前掲注20、31頁、小寺・前掲注20、8頁、齊藤・前掲注19、15頁。日本における自動執行性に関する議論、学説、基準などについては岩沢、同上、43-55頁参照。
- 25 岩沢・前掲注20、48-52頁参照。
- 26 例えば個人の権利義務を具体的に規定する条約が自動執行力をもつものとして援用される。高野雄一著『憲法と条約』（東京大学出版会、1960年）98、158、219頁（岩沢・前掲注20、46頁にて引用）。
- 27 条約の自動執行力に関する当事国の意思を重要な考慮要素とする人としては例えば宮崎繁樹「国際法主体（3）—ダンチッヒ裁判所事件」宮崎繁樹編『国際法（基本判例双書）』（同文館、1981年）8頁以下、9頁参照、阿部・今井・藤本・前掲注20、32頁、高野・前掲注26、103頁参照。個人の権利義務を制定する条約であることを自動的執行性の判断の一要素とする者としては、高野、同上、山本草二著『国際法』（有斐閣、新版、1994年）105頁等。規定または条約の内容や明確さ、性格を考慮要素に、国内で直接

適用可能な条約であることを判断基準にするものとしては、山本、同上、105頁（私人権利義務について明白、確定的、完全かつ詳細に定められ、その内容は法令による具体化をまつまでもなく国内的に適用可能であること）、阿部・今井・藤本・前掲注20、32頁、杉原高嶺ほか著『近代国際法講義』（有斐閣、第2版、1995年）31頁（条約内容、権利義務制定の確定性、規定の性質から直接適用できる条約であるかどうか）などがある。

28 「明確さ」の要件に関して例えば東京高判平成5年3月5日判時1466号40頁参照。「内容」に関しては例えば大阪高裁は自由権規約が「その内容に鑑みると、原則として自力執行的性格を有し、国内での直接適用が可能であると解せられる」ことを指摘している。大阪高判平成6年10月28日判時1513号71頁、86頁。

29 日本政府は、例えば、自由権規約に関する第4回定期報告において、条約の第98条2項による国内効力の発生とは別に「条約の規定を直接適用しえるか否かについては、当該規定の目的、内容及び文言等を勘案し、具体的場合に依じて判断すべき」としている。これは国内効力と「直接適用」可能性としての自動執行性を区別しなかった第1・2回の報告の記述から変化している。この変化は日本政府が条約の国内効力と別途に「条約の国内適用可能性（自動執行性）を明白に認識し始めたことを反映」しているものと評価されている。小寺・前掲注20、9-10頁参照。

30 阿部・今井・藤本、前掲注20、32-33頁、及び該当箇所に引用されている国内判例を参照。

31 直接適用可能性を決める際には条約ではなくて「規定」ごとの自動執行性を決めることを前提としているものとしては例えば小寺・前掲注20、8頁、岩沢・前掲注20、45頁、齊藤・前掲注19、14-15頁、及び脚注31（「ある条約が全体としてself-executingか否かという形で論じられることがあるが、これに対しては、一般に、強い批判が存在する」ことを指摘している）など

がある。また、規定の個別具体的な検討は、一般的に権利の内容および明確さから直接適用可能でない規定を多く含む条約でも、そのすべての自動執行性を否定することなく、その中から直接適用できる規定が適用されることを可能にする。

32 準備作業から読み取れる自由権規約の草案にかかわった国家の意思に関しては学説の対立がある（岩沢・前掲注20、119-122頁参照）。当事国が自由権規約の自動執行力を否定する意思を有していたことを証明する根拠として、各締約国の「権利を実現するために必要な立法措置、その他の措置をとる」ことを約束する第2条2項がしばしば援用されている。しかし、当該規定の制定に関する「準備作業」を見る限りにおいては、第2条2項は逆に直接適用可能な法体系を有する国家において、自由権規約の自動執行可能性を残すように制定されたことを示しているといわれる。岩沢・前掲注20、123-124頁参照。

33 Harland, C., "The Status of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) in the Domestic Law of State Parties: An Initial Global Survey through UN Human Rights Committee Documents" 22 HUMAN RIGHTS QUARTERLY 187 (2000) at 195.しかし米国の上院は批准に当たって1条-27条は非自動的と宣言している；横田・前掲注19、169頁。

34 前掲注45及び岩沢・前掲注20、46頁を参照。

35 阿部・今井・藤本・前掲注20、32頁。日本の学説は自由権規約の直接適用可能性を認めることで一致しているといわれる。岩沢・前掲注20、129頁。また、自動執行性のある、国内に直接適用可能な人権条約であることが学界の通説といわれている。宮崎繁樹「国際人権規約の国内的効力」自由と正義31巻1号、1980年、13頁。小寺・前掲・注20、9頁（自由権規約の「国内適用可能性の認められる余地が大きいと思われる」）、および、高野雄一著『国際社会における人権』（青林書院、1977年）337頁など。

36 徳島地判平成8年3月15日判時1597号115頁お

- よび控訴審である高松高判平成9年11月25日判時1653号117頁、大阪地判平成16年3月9日判時1858号79頁、87頁、大阪高判平成11年10月15日判時1718号30頁、東京高判平成5年2月3日東高刑時報44巻1-12号11頁、東京高判平成4年4月8日判タ791号267、268頁など。
- 37 例えば、最二小判平成15年9月5日判時1850号61頁、最一小判平成8年2月22日判時1562号39頁、最一小判平成12年9月7日判時1728号17頁、札幌地判平成9年3月27日判時1598号33、44頁など。岩沢教授は「わが国の裁判所は、概して、憲法上条約は国内的効力を有するということから直ちに条約を解釈、適用している」場合が多いと述べている。岩沢・前掲注20、41頁。以上の判例を含めて、最高裁の判決はおおよそ、国家の行為または法律が当事者の主張する自由権規約の規定に「違反しない」とあるとか「違反すると解することもできない」といった形で表現、判決しているのが現状である。しかし、こうした判断や検討をしているということは反面、当該自由権規約の規定が直接に適用できるものであるという前提条件を認めていることになる。同じ意見を述べているものとしては例えば北村奏三著『国際人権と刑事拘禁』（日本評論社、1996年）23頁参照。
- 38 東京高判平成5年2月3日、前掲注36。自由権規約の第14条3項(f)を直接適用し、日本の刑事訴訟において被告人が無料で通訳の援助を受ける権利があったとした。
- 39
- 40 札幌地判平成9年3月27日判時1598号33頁、44頁。この判決では憲法第98条2項による国内効力と別に、第27条の直接適用可能性を論じることなく、その直接適用を行っている。
- 41 阿部・今井・藤本・前掲注20、33頁、斉藤正彰「国内裁判所による国際人権法の実現とその限界－憲法学の視点から－」国際人権13号、14頁以下、14頁、斉藤・前掲注19、372頁、Iwasawa, *supra* note 20 at p.52 and cases at footnote 124.さらに、横田・前掲注19、166-167頁の判例及び検討を参照。
- 42 詳細については宮崎繁樹編著『解説国際人権規約』（日本評論社、1996年）281-287頁を見よ。自由権規約の第40条4項で委員会が締約国の報告を検討した後に「委員会の報告（中略）を締約国に送付する」ことが定めているにもかかわらず、当初、国報告に対して委員会が報告する権限を有しているか否かに関し、社会主義諸国の委員とその他の委員をめぐり解釈の対立があった。（詳細についてはNowak, M., *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, N.P. Engel, Kehl, 1993 at pp.568-9、宮崎・前掲42、286頁）しかし、ソ連の崩壊により1992年から各締約国検討の終わりに、委員会全体の見解を反映する最終見解を採択することが決定された。
- 43 市民的及び政治的権利に関する国際規約第40条2項、第40条4項。
- 44 市民的及び政治的権利に関する国際規約の選択議定書、1966年12月16日採択、U.N.T.S. No. 14668, vol 999 (1976), p. 302、第5条1項。一般的意見の目的に関しては*Statement on the Duties of the Human Rights Committee under Article 40 of the Covenant*, Decision of the Human Rights Committee of 30 October 1980, UN Doc. CCPR/C/18, 19 August 1981. 邦訳は宮崎・前掲注42、285頁参照。
- 45 同上、第5条4項、第6条。個人通報制度の詳細については宮崎・前掲注42、288-303頁を参照。
- 46 United Nations Human Rights Committee, General Comment 24 (52), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 4 November 1994 at para 11. (以下「一般的意見24」) 邦訳は日本弁護士連合会編著『国際人権規約と日本の司法・市民の権利－法廷に活かそう国際人権規約』（こうち書房・1997年）を見よ。条約の目的および趣旨と両立しない留保は付することができないとされている（条約法条約第19条(c)参照）。したがって、規約人権委員会は委員会の審

査手続き及び当事国の履行の保障手続きを否定するような留保が自由権規約の目的及び趣旨と両立しないゆえに、認められないとしている。しかしこれに対し、委員会の自由権規約の目的との両立性を評価する基準と、委員会が両立性を決定する権限を有しないと批判している締約国もいる。See U.N. Doc. A/50/40 vol.II (1995) Chapter VI. 一般的意見24及びこの英国の批判に関する邦訳の概要は、安藤仁介「自由権規約委員会一人権関係条約に対する留保について」国際人権6号、63頁以下参照。

47 北村・前掲注37、76、82頁、Nowak, *supra* note 41, at p. XXIV、日本弁護士連合会・前掲注51、32頁、McGoldrick, D. *The Human Rights Committee*, Clarendon Press, Oxford, 1991 at pp.150-152.

48 たとえば Harlandは「〔自由権規約の規定が〕明確であるにもかかわらず、自由権規約の政府行動または立法に対する影響をより適切に決定していくには、(具体的な)判例(を通じて実現されていくこと)も必要となる」としている。*Supra* note 33 at p.189 (筆者邦訳)。

49 北村・前掲注43およびNowak, *supra* note 42 at p.XXIV. ただし、岩沢氏は、少なくとも最終意見は日本政府に宛てて作成された「審査報告」("adjudicative document")として、尊重する責務を負わせる文書としてみなすべきとしている。Iwasawa, *supra* note 20 at p. 117. 日本政府は条約の権利侵害を主張する個人からの通報と条約機関がそれを受理、検討する権限を与える自由権規約および女性差別撤廃条約の選択議定書を批准していない。Office of the UN High Commissioner for Human Rights, *Status of Ratifications of the Principal International Human Rights Treaties* as of 9 June 2004, online: <<http://www.unhchr.ch/pdf/report.pdf>> (13 October 2004). 日本政府が選択議定書を批准しない根拠に関しては see Heyns, C. and Viljoen, F. "The impact of the United Nations Human Rights Treaties on the Domestic Level" 23

HUMAN RIGHTS QUARTERLY 493 at pp.496-7.

50 岩沢氏は例えば「日本の裁判所は国際組織の勧告に裏付けられた訴えをを即座に却下してきた」(筆者による邦訳)としている。Iwasawa, Y., *International Law, Human Rights, and Japanese Law*, Clarendon Press, Oxford 1998 at p.39.

51 大阪地方裁判所判決、平成16年3月9日、判例時報1858号79、大阪高判平成8年3月27日、訟月43巻5号1285頁(自由権規約第25条1項の「すべての市民」とは外国人を含むものではないということを論証すべく一般的意見15を援用したもの)、徳島地判平成8年3月5日判時1597号115頁、東京地判平成10年7月31日判時1657号43頁、大阪高等裁判所判決、平成6年10月28日判時1513号71頁。(しかし上告審の最高裁版所判決においては、被上告人の逮捕が刑事訴訟法および刑事訴訟規則の要件を満たす適法なものとして上告理由を認め、控訴判決を棄却している。したがって、「その余の上告理由について判断するまでもない」として、自由権規約等、国際法に関する原審の判決文の適法性に関する言及が避けられている。平成10年9月7日判時1661号70頁参照)。

52 例えば岩沢氏は東京高裁の1993年6月23日判決(高民集46号、43頁)について、判決文においては言及されていない規約人権委員会の第24条に関する一般的意見17について、その影響が「否定できない」ほど明白であるとしている。Iwasawa, *supra* note 49 at p. 262. 二風谷ダム判決(札幌地判平成9年3月27日判時1598号33頁)の第27条に関する解釈も一般的意見23で示されている見解に影響を受けたと思われる(札幌地裁の二風谷ダム判決を委員会の自由権規約第27条の分析を通じて説明したものとして see Stevens, G. "The Ainu and Human Rights: Domestic and International Legal Protections" *Asia Pacific Journal on Human Rights and the Law* Volume 2(2) at 110.)

53 例えば最近の大阪地裁判決においては、一般

- 的意見が第31条3項(b)に規定されている原則ないし第32条の解釈の補足的な手段に準ずるものとして、「自由権規約の解釈に当たり、相当程度尊重されるべき」として承認した。この理論に基づいて、大阪地裁は規約人権委員会の自由権規約第14条に関する一般的意見13(21)および国連の決議の内容に沿って、憲法37条3項に由来する刑事訴訟法第39条1項の被拘禁者の接見交通権を解釈した。大阪地判平成16年3月9日判時1858号79、87頁。
- 54 ILO監視機関の意見および勧告で示された見解は第31条3項bの当事国の合意を確立する後に生じた慣行に相当しないことは明らかであるとされた。大分地判決平成5年1月19日判例時報457号36頁、49頁。
- 55 大阪高判平成6年10月28日判時1513号71頁、87頁、大阪地判平成16年3月9日判時1858号79頁、87頁。両判決ともに規約人権委員会の意見・見解のみならず、ヨーロッパ人権裁判所の判例までも自由権規約を解釈する際の「補足的な手段」と見なしている。しかし、条約法条約第32条を根拠条文とするよりも、第31条3項bの規定を援用するほうが適切であると大阪高裁の判例を批判するものもある。植木俊哉「判批」ジュリスト1089号、1996年、347頁及び山下泰子「判批」別冊ジュリスト156号110頁。
- 56 条約法に関するウィーン条約、第4条参照。
- 57 大阪高裁前掲注78、86頁。大阪地判・前掲注78、87頁および徳島地判平成8年3月15日判時報1597号115頁、123頁も参照。
- 58 *Golder v UK*, Series A, vol.18, 1975; 57 ILR, p.200 etc. c.f. Nowak, *supra* note 42 at p. 23.
- 59 *Alberta Union v Canada*, Communication No.118/1982, 18 July 1986 at para 6.3; *Broeks v The Netherlands*, Communication No. 172/1984, 9 April 1987 at para 12.3 etc.
- 60 小川芳彦著『条約法の理論』（東信堂、1989年）8頁。
- 61 小森光夫「国際連合における規則作成と一般国際法の形成への影響」国際法外交雑誌第94巻5・6号、173頁以下、180頁参照。
- 62 Shaw, M.N., *International Law*, Fourth Edition, Cambridge University Press, 1997 at p. 656; Villiger, M.E., *Customary International Law and Treaties*, Martin Nijhoff Publishers, 1985 at para 499, p.337 and para 508, p.342.（「現在過半数の国家が第31条全体を（慣習法を）表す規定と見なしていることは明らか」であるとしている。ただし、1985年出版時点では解釈に関する原則が慣習法の登場しつつある、まだ確定されていない規則とも主張している。）
- 63 この採択されてから発効までの11年間の間、条約法条約の解釈規定を国際慣習法として承認・援用した国家の慣行についてはsee Villiger, *supra* note 61 at pp.334-337. 同様に1980年以前に条約法条約の解釈規定に言及または援用する国際裁決機関もあったsee Villiger *supra* note 61 at pp. 338-341.
- 64 *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad) Case, Judgment*, I.C.J. Reports, 1994, p.6, 21-22, para 41; *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Baharain (Jurisdiction and Admissibility), Judgment*, I.C.J. Reports, 1995, pp.6, 18; *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1996, p.75 para 19.
- 65 *Golder v UK*, Series A, vol.18, 1975; 57 ILR, 200 at 213-4; Inter-American Court of Human Rights, *Restrictions to the Death Penalty Case (1983)* 70 ILR 449; *Iran-United States Case No. A/18*, (1984-1), Iran-United States Claims Tribunal Reports 251.
- 66 江藤淳一「わが国の裁判所における条約の解釈」比較法第29号、127頁以下、127頁、坂元茂樹「条約解釈の神話と現実－解釈学説対立の終焉が意味するもの－」世界法年報第22号、30頁以下、30-35頁。従来の学説については例えば Sinclair, *supra* note 77 at pp. 114-116, Villiger, *supra* note 61 at pp.327-328.

- 67 ICJのヒギンズ裁判官が言うように「解釈において規則に言及しても、決して選択という要素を排除できない」Rosalyn Higgins, *Problems and Process-International Law and How We Use It*, Clarendon Press, 1994, p.10 (坂元・前掲注66、45頁にて引用)。
- 68 福岡地裁平成元年9月29日判決、『最高裁判所民事判例集』第52巻3号738-740頁参照。
- 69 坂元・前掲注66、46-7頁。坂本氏はこの判決及び解釈方法を条約法条約の「解釈規則に依拠する形で、みずからの解釈の正当性を訴えた」ものとして評価し、その態度が他の国内裁判所でも採用されていると主張する。
- 70 齊藤正彰著『国法体系における憲法と条約』(信山社、2002年)。
- 71 同上、428頁。
- 72 同上、429頁。
- 73 市民的及び政治的権利に関する国際規約、前文。
- 74 確かに、平等原則及び無差別原則が自由権規約全体の精神といわれている事から(see Ramcharan, B.G. "Equality and Non-discrimination" in Henkin, L. (ed.) *The International Bill of Rights; the Covenant on Civil and Political Rights* (1983), Chapter 10, pp.246ff)、各締約国に異なる権利内容および基準を適用することにより、ある締約国の管轄の下にいる個人が他の締約国の管轄下にいる個人より劣った権利保護を受けることは普遍的な保障基準を定める自由権規約の目的を大きく損なうことといえよう。
- 75 具体的には「一般的意見24」前掲注46、11段落での記述が挙げられている。
- 76 齊藤・前掲書注70、428-430頁。
- 77 齊藤正彰「国際人権訴訟における国内裁判所の役割-憲法学の視点から-」国際人権11号34頁以下、37頁、齊藤正彰・前掲書注70、431頁参照。
- 78 前掲注70、432頁。
- 79 同上、7、8頁。傍点筆者。
- 80 齊藤・前掲書注70、431-432頁。
- 81 同上、431-432頁。
- 82 同上、418頁。
- 83 一般的意見24、前掲注46、13段落。
- 84 齊藤・前掲書注70、429頁。
- 85 齊藤氏は委員会の一般的意見24を引用して、「これは、規約人権委員会がB規約の解釈を示す、というしくみがB規約にとって不可欠であるという理解を示している」と主張する。しかし、規約本文の規定による委員会の監視役割と、それに伴う解釈が規約に不可欠としても、選択議定書の下で示される解釈の権限を認めること自体が任意的なものであり、認めていない規約の締約国もあることから、議定書の下での権限に基づく解釈に限定すると、その解釈が規約に「不可欠」とまではいえない。前掲書注70、430頁参照。
- 86 齊藤・前掲書注70、429頁参照。
- 87 同上、417頁参照。
- 88 Nowak, *supra* note 42 at pp.647-648.
- 89 市民的及び政治的権利に関する国際規約の選択議定書、1966年12月16日採択、U.N.T.S. No. 14668, vol 999 (1976), p. 302、前文。
- 90 例えば第27条に関する一般的意見23を見れば、第27条の保障に関する「見解」を2つ引用していると同時に、第26条および第14条の解釈に関する見解も引用されている。一般的意見23(50)、UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 (26 April 1994) 参照。
- 91 北村・前掲注43、76頁。第27条の解釈を具体的な例としては、個人通報のオミナヤック事件の「見解」において、規約第27条の「文化を享有する権利」が先住少数民族の狩猟、漁業を行う伝統的な生活全体を意味することが確認された *Ominayak and the Lubicon Lake Band v Canada*, Communication No. 167/1984, Views adopted on 26 March 1990, UN Doc. CCPR/C/38/D/167/1984, para 32.2 (以下「オミナヤック事件」)。その後、当該見解の理解が委員会の第27条に関する一般的意見に反映され、

- 引用されている。また、結果的には同じ見解が委員会の締約国の報告書審査と最終的意見において採用されるようになっていく。例えば、エクアドルに対して提示された1998年の最終的意見においては、「委員会は先住民族グループの構成員が（中略）第27条の下での権利、特に文化的アイデンティティーの保護および伝統的な生活を十分に享有することを可能にするように（中略）確保するためにさらなる措置をとることを勧告する」と記述されている。Concluding Observations of the Human Rights Committee, Ecuador, UN Doc. CCPR/C/79/Add.92 at para 19.（筆者邦訳）同様に、第27条の文化的享有権を伝統的土地、天然資源の使用と結びつく見解をとるメキシコに対して提示された1999年の最終的意見がある（「締約国は・・・先住民族の共同体・・・の習慣、文化および伝統的な生活様式を尊重し、彼らの土地と天然資源の使用権が享有できることを可能にすること」。Concluding Observations of the Human Rights Committee, Mexico, UN Doc. CCPR/C/79/Add.109, para 19.（筆者邦訳）
- 92 例えば、脚注90で示されている第27条の見解および解釈は、議定書を批准していない日本に宛てた最終的意見にも反映されている。Concluding Observations of the Human Rights Committee, Japan, UN Doc. CCPR/C/79/Add.102 at para 14（アイヌ民族の土地に関する権利を認めないことに対する委員会の懸念の表示。）
- 93 日本政府が自由権規約第40条の義務に基づいて規約人権委員会に提出した第3回および第4回定期報告（第27条に関する記述）を見よ。U.N. Doc. CCPR/C/115/Add.3, 1 October 1997. 日本政府は1980年の第一回の報告書では少数民族が日本に存在しないと主張した。UN Doc CCPR/C/10/Add.1, 14 November 1980.
- 94 判決においては自由権規約の憲法第98条2項による国内効力と別途に自由権規約および第27条の自動執行性について論じていない。札幌地
- 判平成9年3月27日判時1598号33頁、44頁。（以下「二風谷ダム判決」ともいう）。
- 95 同上。しかし、二風谷ダム判決以降のアイヌ民族に係わる訴訟においては、第27条をアイヌ民族へ適用することを否定してはいないものの、第27条または人種差別撤廃条約、その他の発展しつつある先住民族に関する国際法の権利を援用することについて、非常に消極的になっている。その理由の一つとして、争われた事件の性質の影響が考えられる。現在問題となっている訴訟としては、アイヌ民族共有財産訴訟はアイヌ民族の共有財の返還に関して行政処分は無効確認または取消しを求めた訴訟をあげることができる（行政法共有財産訴訟、原審、札幌地方裁判所判決、平成14年3月7日、平成11年（行ウ）第13号と棄却された控訴判決、札幌高等裁判所判決、平成16年5月27日、平成14年（行コ）第6号（現在上告中））。他の例として、アイヌ民族の明治時代の感染症に関する資料をアイヌ民族に対する軽蔑的表現に関する注釈および患者の本名、住所、年齢等を隠さないままに掲載した図書に関する、いわば集団的名誉毀損に関する訴え（札幌地方裁判所判決、平成14年6月27日、平成10年（ワ）第2328号と平成13年（ワ）第1746号（棄却され、現在札幌高等裁判所において控訴中））が呈されていることが挙げられる。
- 96 砂川事件最大判昭和34年12月16日刑集13巻13号3225頁など。
- 97 二風谷ダム判決、前掲注94、44頁。
- 98 United Nations Human Rights Committee, *Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant (Japan)*, UN Doc. CCPR/C/79/Add.28 (5 November 1993) at para 8. 邦訳は日本弁護士連合会編『世界に問われた日本の人権』（こうち書房、1994年）244頁などを見よ。
- 99 市民的及び政治的権利に関する国際規約、第4条参照。
- 100 同上、第5条1項参照。

- 101 条約法条約では、国内法を理由に国際法の義務から免れることができないと定めている。条約に関するウィーン条約、第27条。
- 102 例えば『伊藤正己憲法入門』（有斐閣、第4版、1993年）263頁、芹澤「憲法と条約」法教173号（1995年）78頁。
- 103 憲法が多国間人権規約に優位でなくとも問題が生じないと考える理由は例えば多数の国家が参加した条約の規範内容が憲法に違反する可能性が低いや人権保障を精神とする条約は憲法と抵触することが生じないなどとされる。芹澤、同上。
- 104 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および啓発に関する法律（平成9年5月14日法律第52号）（以下「アイヌ文化振興法」ともいう）。行政が自由権規約の報告書でアイヌ民族を独自の文化を有する少数民族として認めたことはアイヌ文化振興法の制定を容易にした要素と考えてよいだろう。しかし、それでもなお、アイヌ文化振興法は明示的に第27条の権利を実施する立法とされていないことに注意を喚起する必要がある。振興法の制定と同時に採択された国会の附帯決議は人種差別撤廃条約の批准および人権教育のための国際10年「の趣旨を尊重」することに言及しているが自由権規約と第27条に関する言及はない。
- 105 この立法に関しては、全会一致で付帯決議がつけられている。アイヌ文化振興法、同上、および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および啓発に関する法律案に対する附帯決議、常本照樹『アイヌ民族をめぐる法の変遷』（さっぽろ自由学校「遊」、2000年）、資料7、93頁。
- 106 常本、前掲注105、42頁。
- 107 例えば最終見解, CCPR/C/79/Add.102 at para 14 参照（先住民族であるアイヌ民族の土地に関する権利を認めないことに対する委員会の懸念を表示している）。委員会はこれまで、第27条のもとにおける、土地権の文化を享有する権利への必要性との密接な結びつきを先住少数民族の

- 場合にしか認めていない。See Spiliopoulou Akermark, A. *Justifications of Minority Protection in International Law*, Kluwer Law International 1997 at p.154. 先住少数民族の第27条の文化的享有権との関係についての委員会の見解およびその発展経緯に関しては上述脚注142参照。
- 108 *E.g. supra* note 11 at p.27-28.
- 109 榎森進『アイヌの歴史— 北海道の人びと（二）—』（三省堂、1987）、108-111頁参照。
- 110 同上、117頁。
- 111 同上117-119頁、112頁。
- 112 開拓使乙第30号布達、1878年、10月20日より、支川におけるサケマス漁、すべての夜漁（アイヌ民族の小規模のサケ漁の多くが行われた時間）、曳網以外の河川におけるあらゆる漁法が禁止された。1876年9月の「北海道鹿狩規則」は鹿の狩猟を規制し、その後全面的に禁止されるようになった。漁業も禁止されたのみならず、その方法も特にアイヌ民族の食料の確保や生存を目的としたサケ漁に直接影響した。山田伸一「千歳川のサケ漁規制とアイヌ民族」、北海道開拓記念館研究紀要第32号（2004年3月）参照。鹿狩の規制については山田伸一「開拓使による狩猟規制とアイヌ民族—毒矢利用の禁止を中心に」、北海道開拓記念館研究紀要第29号（平成13年3月）参照。
- 113 1881年ごろ、札幌県において水産行政の第一線に身を置いていた内村鑑三は、千歳川流域を調査した上で、調書県令当てに提出した復命書の中で次のように述べている。「…昔時ヨリ鮭ヲ以テ其常食トナシタレハ、之カ捕獲ヲ禁セハ、殆ント飢餓ニ赴カザルヲ得ス。諺ニ曰ク、飢餓ハ法規ヲ知ラスト。」（前掲注109、127-9頁）
- 114 高倉信一郎『アイヌ政策史』（日本評論者、1942年）483頁、山田・前掲注112「サケ漁規制」、125頁、二風谷ダム判決、札幌地方裁判所判決、平成9年3月27日、判例時報1598号33頁、46頁参照。
- 115 北海道環境生活部『平成11年北海道ウタリ生

- 活実態調査報告書』7-9頁および『北海道ウタリ協会のあらまし』2頁参照。
- 116 当該運動および経緯の詳細については常本、前掲注105、18-19頁および資料1、アイヌ関係主要年表、52頁参照。
- 117 北海道ウタリ協会の法案は(1)人種差別の絶滅(2)国会並びに地方議会のアイヌ民族代表の特別議席、(3)民族の自立基金、(4)アイヌ民族政策の審議機関、(5)アイヌ民族の漁業・林業・商工業および就職機会の振興、ならびに漁業権の付与(6)アイヌ民族の教育対策と、学校・大学においてアイヌ語、アイヌ文化および歴史の講座の導入に伴う教員としてのアイヌ民族の積極的な登用、およびこれを学ぶ学生にアイヌ民族の積極的な採用、アイヌ語・アイヌ文化の国立研究施設の設置を提案している。アイヌ民族に関する法律(案)、常本、前掲注105、資料3、60-66頁。
- 118 アイヌ民族特別議席は選挙権の平等に関する規定、第15条第1項、第3項及び第44条の但書と、第43条第1項の国会議員が全国民の代表であることを定める規定に抵触するとみられたため、その条項を除いた新法案の制定が勧告された；『ウタリ問題懇話会報告書』、昭和63年3月、6頁参照。
- 119 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および啓発に関する法律(平成9年5月14日法律第52号)
- 120 当該機構のホームページは
<<http://www.frpac.or.jp/>>参照。
- 121 北海道ウタリ協会イオル関係支部等連絡会議、平成15年6月12日13:00自治労会館、佐々木高明氏講演内容(北海道ウタリ協会イオル推進委員会、平成16年3月24日、配布資料1)3頁。
- 122 例えばアイヌ民族文化公園平取町推進協議会の『イウォロの創造的再生と発展に向けた提案』等参照。
- 123 北海道、『伝統的生活空間(イオル)再生構想の具体化に向けて』3頁および北海道環境生活部総務課、アイヌ施策推進室『伝統的生活空間の再生に関する基本構想』、1999年7月、49-50頁参照。
- 124 当該会議は国土交通省の北海道局、文化庁、北海道、アイヌ文化振興・研究推進機構、北海道ウタリ協会という関係団体から構成されている。北海道、『伝統的生活空間(イオル)再生構想の具体化に向けて』(以下「北海道会議報告」)3頁参照。
- 125 北海道会議報告、同上、15頁(資料5:アイヌ文化振興等施策推進北海道会議の設置)
- 126 北海道ウタリ協会イオル推進委員会、平成16年3月24日、配布資料4、「伝統的生活空間(イオル)の再生に関するこれまでの経緯」。
- 127 財団法人アイヌ文化振興・研究推進機構、『Iwor再生等アイヌ文化伝承方策基本調査報告書』、平成16年3月。
- 128 北海道会議の報告では十勝、釧路、札幌、旭川、平取と静内を「地域のイオル」再生の適地として選定し、提案している。北海道会議報告、前掲注124、10-12頁参照。
- 129 このうちの一人は、現在、北海道ウタリ協会の理事長を務めている。
- 130 ウタリ対策のあり方に関する有識者懇談会『報告書』平成8年4月、7頁。(常本照樹『アイヌ民族をめぐる法の変遷』(さっぽろ自由学校「遊」、2000年)資料5、79頁参照)。
- 131 同上、2頁(同書、74、75頁参照)。
- 132 同上、6頁(同書78頁参照)。
- 133 同上。
- 134 常本照樹「民族的マイノリティの権利とアイデンティティ」、岩村正彦(ほか)編『岩波講座現代の法14:自己決定権と法』(所収、岩波書店、1998年)179頁。
- 135 政府、特に官僚は、例えば「我が国固有の少数民族としてアイヌの方々がおられる」(田畑内政審議室長答弁)や「先住という事実から本法案に規定する施策の推進が導き出されるものではない」(八木計画監理官)と答弁している。参議院内閣委員会議録6号、4頁、8頁;第140回国会衆議院内閣委員会議録四号15頁(前掲注

- 31、179頁にて引用)。
- 136 ウタリ対策のあり方に関する有識者懇談会報告書、前掲注130、11頁(常本・前掲注116、83頁参照)。
- 137 同上4頁参照。アイヌ文化振興法の目的も同様に「アイヌの伝統等に関する国民に対する知識の普及及び啓発を図る」ことを含んでいる。
- 138 ウタリ対策のあり方に関する有識者懇談会報告書、前掲注130、83頁。北海道会議報告、前掲注124、5頁、8頁、平成16年12月7日イオル再生等アイヌ文化伝承方策検討委員会第3回会議資料、資料2『「伝統的生活空間の再生」の必要性と役割について(素案)」2頁等参照。
- 139 United Nations Human Rights Committee, *General Comment No. 23(50) (art.27)* UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 (26 April 1994) at para 7. 邦訳は日本弁護士連合会編著『国際人権規約と日本の司法・市民の権利—法廷に活かそう国際人権規約』(こうち書房・1997年)を見よ。
- 140 例えばマフィカ事件ではワイトンギー条約の漁業権を保障した規定が漁業のマオリ民族文化にとっての重要性を示すものとして委員会により引用された。
- 141 ウタリ対策のあり方に関する有識者懇談会報告書、前掲注130、3頁。
- 142 二風谷ダム判決、前掲注94、46-47頁参照。
- 143 同上、43-44頁参照。
- 144 同上、40-41頁。
- 145 同上41頁。判決文のチノミシリ及びチブサンケに関するその他の言及については42、48、49頁等を見よ。
- 146 同上、48頁。
- 147 以上第2章第1節1.2参照。
- 148 アイヌ文化振興法、前掲注104、第1条。
- 149 Thornberry, P. *International Law and the Rights of Minorities* Oxford University Press 1991 at 178-9参照。この限定的、消極的義務説を採る者として例えば Tomuschat, C. "Protection of Minorities under Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights" in Bernhardt et al. *Volkrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte, Festschrift für Hermann Mosler*, 1983 at pp.949-979; Modeen, T. *The International Protection of National Minorities in Europe*, 1969 at pp.108-9参照。
- 150 Bossyt, M.J., *Guide to the travaux préparatoires on the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht, Boston, M. Nijhoff 1987 at p.494-496. See also Thornberry *supra* note 149 at 179. 準備作業は文脈によりかつその趣旨および目的に照らして与えられる用語の通常の意味により解釈を確認するため、またはあいまい、不明確等な場合に使用する解釈に関する補足的な手段である。以上、第3節及び条約に関するウィーン条約31条、32条参照。
- 151 例えば「すべての者は・・・このグループの言語を習い、公的または私的な生活において使用する(中略)及びその集団の他の構成員とともに文化を発展する権利を有する」として規定されたユーゴスラビアの規定提案("the right...to learn the language of this group and to use it in public or private life...as well as the right to cultural development")および当事国に少数民族の文化的、言語的、宗教的「権利を確保する」ことを義務づけた規定草案は否決された。Bossyt, *supra* note 150 at 495-496.
- 152 一般的意見23(50)、UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 (26 April 1994)、6.1段落。
- 153 Thornberry, *supra* note 149 at 180, 183. (筆者による邦訳)。
- 154 Commission on Human Rights, 5th Session (1949), UN Doc. A/2929, Chapter VI, para 183.
- 155 国家が積極的に介入し、公的資金をもって助成することで民族の伝統及び習慣の維持と保存を保障する義務が第27条に含まれているとする説は1970年代の前半ごろから主張されている。UN Doc. ST/TAO/HR/49, para 79; UN Doc.

- E/CN.4/Sub.2/384/add.2, 78 cited in McKean W. *Equality and Discrimination under International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1983 at p. 145.
- 156 General Comment 23(50), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 (26 April 1994) at p.3 para 6.1.
- 157 *Ibid* at para 6.2
- 158 *Ibid* at para 7.
- 159 Spiliopoulou Akermark, A. *Justifications of Minority Protection in International Law*, Kluwer Law International 1997 at 139.
- 160 Thornberry, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester University Press 2002 at 161. See also Nowak, *supra* note 42 at p.503
- 161 *Ibid*
- 162 See e.g. Secretary Generals memorandum *The Main Types and Causes of Discrimination*, UN publication sales No. 49 XIV 3, paras. 6 and 7 and statement by the UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, E/CN.4/52 (1947), Sect. V.
- 163 See e.g. Spiliopoulou Akermark, *supra* note 159 at 139-140, Thornberry, 2002, *supra* note 160, Thornberry 1991, *supra* note 149 at 185-6, McKean, *supra* note 155, Sohn, L. *The Rights of Minorities* in Henkin, L.(ed.) *The International Bill of Rights The Covenant on Civil and Political Rights* 1981, pp.270-289, Eide, A. "Legal and Normative Bases for Saami Claims to Land in the Nordic" *International Journal on Minority and Group Rights* 8: 127-149, 2001 at 143, Scheinin M. "The Right to Enjoy a Distinct Culture: Indigenous and Competing Uses of Land" in Orlin, T.S, Rosas, A. and Scheinin, M. eds., *The Jurisprudence of Human Rights Law; A Comparative Interpretive Approach*, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, 2000 etc.
- 164 この見解および立場は規約人権委員会のオミナヤック事件、ランスマン2事件などの先住民族の土地とかかわる文化的権利に関する「見解」を根拠にしている場合が多い。Kingsbury, B. "Claims by Non-State Groups in International Law" *Cornell International Law Journal*, Vol 25, No. 3 (1992), pp.481-513; Scheinin, M. "The Right to Enjoy a Distinct Culture: Indigenous and Competing Uses of Land" in Orlin, T.S., Rosas A, Scheinin, M. *The Jurisprudence of Human Rights Law: A Comparative Interpretive Approach*, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, Turku, 2000 ; Scheinin, M. "The Right to Self Determination Under the Covenant on Civil and Political Rights" in Aikio, P. & Scheinin, M. (eds), *Operationalizing the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination*, , Institute for Human Rights: Turku, 2000 pp.179-199 at 193-197; Eide, *supra* note 163.
- 165 規約人権委員会は、例えば、「委員会は（中略）資源の保護および人々のアイデンティティを保持するといった目的のために、規制から除外される人々を定義する（あるいは立法措置において規制する）必要があることを認識している」としている。Lovelace v Canada, Communication No. 24/1977, A/36/40 pp.166-75, 30 July 1981 at para 15. 事実、規制は伝統的生活様式、あるいは先住民族少数者集団自身の経済活動の持続性を維持するためのものであるゆえ、集団に属する個人に損害が発生しても有効なものとする。Kitok v Sweden, Communication No. 197/1985, adopted on 27 July 1988, CCPR/C/33/D/197/1985 at para 9.5.を見よ。
- 166 *Ilmari Lansman et al. v Finland*, Communication No. 511/1992, 26 October 1994, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 at para 9.4.
- 167 一般的意見23、前掲注152、7段落。
- 168 北海道会議の報告および有識者懇談会において、Iwor（の再生）を提言し、国の検討委員会の委員を現在務めている佐々木高明氏も、アクセス権確保の必要性に関して賛同している。また、佐々木氏は、アイヌ文化活動を振興し、Iworを再生するにあたって、自然素材の採取を

- 妨げる現行国内法の規制を緩和する必要があるとしている。北海道会議報告、前掲注124、15頁および佐々木演説、前掲注121を参照。
- 169 以上、第2章第2節の2.2および二風谷ダム判決、前掲注94、40-41頁参照。
- 170 沙流川流域での土地、河川の開発事業を行う際に、二風谷ダム判決で承認されたアイヌ民族の自由権規約第27条および憲法13条に由来する文化的享有権への配慮が必要ということは国の行政機関も認めている。よって、平取ダムの建設計画に伴い、ダム建設のアイヌ文化の享有への影響を調査し、かつ「その評価と施策検討等に必要関連資料・情報の提供と対策案の提示を目的とし、本調査を行うとしている。」なるべく減少する対策を作成する目的でアイヌ文化環境保全対策調査および調査の実施を指導する委員会が北海道開発局の室蘭開発建設部により設置され、現在調査実施中である。アイヌ文化環境保全対策調査委員会設置趣意書、アイヌ文化環境保全対策調査業務計画書および『沙流川地域文化評価業務—アイヌ文化環境保全対策調査、2003年度調査概況報告』7頁。以上の委員会設置の背景、調査の実施等についてはStevens, G. "More Than Paper, Protecting Ainu Culture and Influencing Japanese Dam Development", *Cultural Survival Quarterly*, Winter 2005, pp.44-47.
- 171 *Ibid.*
- 172 二風谷ダム判決、前掲注94、45頁。
- 173 例えば榎森・前掲注109、山田・「サケ漁規制」前掲注112、Takakura, S. "The Ainu of Northern Japan: A Study in Conquest and Acculturation" (trans. J. Harrison) *Transactions of the American Philosophical Society*, Vol.50, No.4 (1960) at 28.
- 174 *Ominayak v Canada*, Communication No. 167/1984, Views adopted on 26 March 1990, CCPR/C/38/D/167/1984, para. 32.2.
- 175 *Kitok v Sweden*, communication No. 197/1985, adopted on 27 July 1988, CCPR/C/33/D/197/1985, paragraph 9.2.
- 176 *Ibid; Mahuika v New Zealand*, Communication No. 547/1993, adopted on 15 November 2000, UN Doc.CCPR/C/70/D/547/1993 at para 9.3; *I. Lansmann v Finland*, Nos. 511/1992, 26 October 1994 (CCPR/C/52/D/511/1992) at para 9.1 and *J.Lansmann v Finland* 671/1995, 30 October 1996 (CCPR/C/58/D/671/1995) at para 10.2.
- 177 *Mahuika v New Zealand*, *ibid.*マフィカ事件では漁業の使用および管理がマオリの文化の本質的要素とされた。
- 178 ランスマン2事件、キトック事件においてはトナカイ飼育がサーミ文化の本質的な要素であったことはフィンランド、スウェーデンが認めた事実であった。**参照。マフィカ事件でもニュージーランド政府はマオリ文化の享有が商業的漁業を含めて漁業することを包含していることを認めた。*Ibid* at para 7.1.
- 179 マフィカ事件で、委員会は漁業がマオリ文化の本質的な要素であることを示す一つの証拠として漁業権がワイタンギ条約にて規定、保障されたことを取り上げている。そのことから、文化の本質的要素を示す一つのものとして歴史的および古来の法的文書を取り上げることが可能ということを示している。*Mahuika v New Zealand*, *supra* note 176 at para 9.3.
- 180 *Ibid.* c.f. *Lansmann v Finland*, *supra* note 176.
- 181 *Mahuika v New Zealand*, *supra* note 176 at para 9.4. c.f. *I. Lansmann v Finland* and *J.Lansmann v Finland* cases, *supra* note 176.
- 182 北海道内水面調整規則第27条、鳥獣の保護及び狩猟の規制に関する法律、第9条1項および鳥獣の保護及び狩猟の規制に関する規則第5条1項8号参照。
- 185 鳥獣の保護及び狩猟に関する法律を参照。
- 184 水産資源保護法、漁業法を参照。
- 185 森林法、「北海道会議報告書」前掲注124、13頁。
- 186 例えば、ラブレース事件では規約人権委員会では少数民族インディアンにとって居留地の居住権は「他の構成員とともに」自己の文化、言語を

- 享有する権利に必要と認めながらも次のように述べた「委員会はその民族のアイデンティティを持続する及び資源を保護する（中略）目的のために居留地（reserve）居住権を与える人の範疇を規定する〔及び立法で制限する〕必要性を承認する。」*Lovelace v Canada*, Communication No. 24/1977, A/36/40 pp.166-75, 30 July 1981 at para 15.邦訳の概要は例えば大沼保明（編）『資料で（上）読み解く国際法』（東信堂、第2版、2002年）281-282頁。このように、制限がその先住民族グループ自らの集団の生存と福祉、伝統的な生活および経済活動の維持可能性のために講じることが必要な場合もある。その場合には、集団全体の文化保護という目的に適合し、目的と制限の間に「比例性」があれば当該規制によって少数者構成員の個人が第27条の権利を制限されても第27条に違反しないとされる場合がある。例えば*Kitok v Sweden*, Communication No. 197/1985, adopted on 27 July 1988, CCPR/C/33/D/197/1985 at para 9.5参照。邦訳概要は宮崎・前掲注42、262頁を見よ。
- 187 ラブレイス事件、*ibid* at para 16.
- 188 キトック事件、*supra* note 175 at para 9.7.
- 189 以上、脚注186参照。
- 190 *Imari Lansman et al. v Finland*, Communication No. 511/1992, 26 October 1994, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 at para 9.4.
- 191 内水面の水産資源の保護培養が水産資源保護法並びに北海道内水面漁業調整規則の目的とされている。水産資源保護法、昭和26年12月17日法律313号、第1条。北海道内水面漁業調整規則、昭和39年11月12日規則第133号、第1条。
- 192 ランスマン事件、*supra* note 190.
- 193 水産資源保護法、昭和26年12月17日法律313号及び漁業法、昭和24年12月15日法律267号。
- 194 ラブレイス事件、*supra* note 186 at para 17.
- 195 以下の検討に鑑み、特別許可制は従来の消極的義務説が第27条の義務として提唱した少数民族の文化的、言語的、宗教的権利の行使を許容すること、つまり少数民族が「自己の文化を発展すること（中略）に対する妨害を回避する」ことに近いと思われる。Modeen, *The International Protection of National Minorities in Europe*, Abo, Abo Akademi, 1969 at 108.
- 196 一般的意見23、前掲注152、6.2、7段落および注163での学説を参照。
- 197 北海道内水面漁業調整規則27条。
- 198 法的透明さおよび確実性の要請も法の支配という自由権規約、人権の一般的な原則にも由来すると主張している。Spiliopoulou Akermark, *supra* note 163 at 140-141.
- 199 *Ibid* and at 154.
- 200 一般的意見23、前掲注152、7段落。
- 201 専門家会議において、Iworという考え方をはじめて提唱し、現在、国が設立している、アイヌ文化の普及のためのIwor再生およびそのほかの措置に関する検討委員会の委員でもある、佐々木高明氏は、アイヌ文化振興法におけるアイヌ文化に関して狭い定義を採用することの限界に関して言及し、まさに資源に容易にアクセスできる伝統的生活空間が、文化振興法の目的達成のために必要である証拠であるとしている。佐々木演説、前掲注121参照。
- 202 これまでの議論においても明らかのように、「客観的かつ合理的に正当化され、また規約の他の規定と両立する」第27条の権利に関する立法制限で、当該制限が立法目的との比例性を有するものは第27条に反しない。つまり、アイヌ民族の土地と係わるすべての文化的権利を享有、行使できる空間を確保しつつ、資源保全、他の関係者の利益を配慮し、その享有区域を7つの地域区域に制限することは、第27条に適っている。
- 203 北海道会議報告、前掲注124 11頁参照。
- 204 およそ北海道の51%にあたる83,452平方キロメートルの土地が国有地となっており、一定の国有地をIwor再生の地とすることが（法的、政治的に）可能な方法といえる。Annex 2, "National and Public Land of Each Prefecture in Japan", in Shimin Gaikou Centre, *A Position Paper on the Rights of the Ainu and the Okinawans to their*

- Ancestral Lands and Environment, and Issues on Development*, submitted to the UN Working Group on Indigenous populations, 15th Session, July 28-August 1, 1997. 参照。
- 205 北海道会議報告、前掲注124 11頁。
- 206 一般的意見23、前掲注152、7段落、I.ランスマン事件、前掲注176、9.5 および9.6段落（彼女・彼らに影響する決定に少数民族コミュニティの構成員の効果的参加を確保する措置をとることが求められるとした）。J.ランスマン事件、前掲注176、10.4、10.5段落。（以上と同様の記述に加えて、牧畜業団体が開発事業の認可手続きに際して協議され、伐木の計画に関して反対する立場をとらなかったことに言及している）。マフィカ事件、前掲注176、9.5および9.6段落（「とりわけ先住民族の場合には、自らの文化を享有する権利は（中略）彼女・彼らに影響する決定に少数民族コミュニティの構成員の効果的参加を確保する措置を求める場合がある。」さらに、少数民族の文化にとって重要となる経済活動に対して影響を与える、またはこれを妨げる措置が、第27条の求める条件に合っているか否かは、当該少数民族の構成員がその措置に関する意思決定のプロセスに参加する機会が与えられたことにかかっているとした）。
- 207 例えば、アジェンダ21行動計画、第26章、26.3(a)(iv) および26.3(b)段落、先住民および種族民に関するILO第169号条約第2条、第5条、第6条、第7(1) 7(2)、7(3)条、第27条、国連総会決議42/135「民族的 (National or Ethnic)、宗教的、言語的マイノリティに属する人びとの権利に関する宣言」（1992年12月18日採択）、Article 2(3); 人種差別撤廃委員会による先住民族に関する一般的勧告23 (51), UN Doc. A/52/18, annex V, 18 August 1997 at para 4(d); 発展の権利宣言、原則22; 1992年8月12日採択の環境および開発に関するリオ宣言, A/CONF.151/26 (Vol.I), Annex Iを見よ。
- 208 J.ランスマン事件、前掲注176参照。
- 209 先住少数民族の効果的参加権に関しては例えば自由権規約第27条の下ではGeneral Comment 23(50), UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 (26 April 1994) at para 7; *Ilmari Lansman et al. v Finland*, Communication No. 511/1992, 26 October 1994, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 at para. 9.5; *J. Lansman et al. v Finland* Communication No. 671 /1995, UN Doc. CCPR/C/58/D/671/1995, 25 November 1996, para 10.5（当事国および先住民族の効果的な参加ないし「協議」に関する主張については6.1, 7.8, 7.9段落参照）; *see also Mahuika et al. v New Zealand*, Communication No. 547/1993, adopted on 15 November 2000, UN Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 at para 9.5.
- 210 UN Doc. CERD/C/60/Rev.3 at p. 8
- 211 以上、第1章 第3節の斉藤説の概要を見よ。
- 212 斉藤・前掲書注70、7頁参照。
- 213 例えば「本書は、国内裁判所における国際人権条約の実効性確保のためには（中略）国際人権条約に憲法に対すると同等の尊重ないし配慮がなされることである」などとしている。同上、435頁。
- 214 あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約、前文。
- 215 同上、第2部参照。
- 216 同上、第9条。
- 217 同上、第14条1項。
- 218 規約人権委員会の何百件に対し、人種差別撤廃委員会は今まで30数件の個人通報しか受理し検討していない。See the United Nations Treaty Body Data Base online at <<http://www.unhcr.ch.tbs/doc.nsf>> (28 January 2005)
- 219 市民的および政治的権利に関する国際規約、第41条。
- 220 あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約、第22条。
- 221 斉藤・前掲書注70、418頁。
- 222 斉藤・前掲書注70、429頁参照。例えば、撤廃委員会は「世系」(descent)による差別が撤廃

- 条約の「人種差別」の定義（第1条）に該当すると解釈しているのに対し、日本政府は「世系」、が撤廃条約にいう「人種差別」に該当せず、撤廃条約の保障が被差別部落に適用されないと別段の解釈をとることにより、条約の目的を減殺しているといえる。Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Japan, UN Doc. CERD/C/304/Add.114, 27 April 2001, para 8.
- 223 General Recommendation 23(51) (Indigenous Peoples), UN Doc. A/52/18, annex V, 18 August 1997 at para 4(d).
- 224 *Ibid* at para 4(e).
- 225 *Ibid* at para 5.
- 226 Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Japan, UN Doc. CERD/C/304/Add.114, 27 April 2001を見よ。これに対し日本政府は撤廃委員会の最終見解に対して、様々な事項に関する正式な「反論」を寄せているが、アイヌ民族に対する撤廃委員会見解に関する反論はしてない。See UN Doc. A/56/18, Annex VIIA. (Concluding Observations/ Comments).
- 227 人種差別撤廃委員会の先住民族に関する一般的勧告がいう「十分な説明を受けた上での同意なしに、伝統的に所有した居住しもしくは利用する土地、領地を奪われた場合」が、アイヌ民族が経験した歴史的真相にも該当することは、以上第2章第1節1.1で示したとおりである。また、二風谷ダム判決も「明治5年9月、もともとアイヌの人々が木を伐採したり、狩猟、漁業を営んでいた土地を含めて北海道の土地を区画して所有権が設定され」たこと、および日本の北海道開拓によって「和人がアイヌの人々の開拓した土地を奪うようなことがしばしばあった」ことを認めている。
- 228 Concluding Comments on Japan U.N. Doc CCPR/C/79/Add.102, 19 November 1998 at para 14.
- 229 Eide, *supra* note 163 at 143.
- 230 *Ominayak and the Lubicon Lake Band v Canada*, Communication No. 167/1984, UN Doc. CCPR/C/38/D/167/1984, 26 March 1990, para 32.2.
- 231 *Ibid*, and at para 33. See also Kingsbury, *supra* note 164.
- 232 齊藤・前掲書注70、429頁参照。規約人権委員会の最終意見に関しては前掲注228参照。
- 233 常本・前掲注105、42頁。
- 234 1980年代後半に議論、採択された先住民族に関するILO169号条約においては、「十分な説明を受けてなされる同意」(informed consent)が先住民に拒否権を与えるとの国家の懸念から、この基準が当該条約に採用されなかったことが委員によって言及されている。撤廃委員会の討議は UN. Doc. CERD/C/SR.1235, 5 August 1997, at para 60, 66-86参照。拒否権の示唆を含めて、「同意」と「参加」の相違に関しては Thornberry, 2002, *supra* note 160 at 217.
- 235 UN. Doc. CERD/C/SR.1235, 5 August 1997 at para 83. 撤廃委員会議長はまた、草案策定過程においても、「十分な説明を受けてなされる同意」という語を採用する以前にも、「第4段落全体は、受諾の義務がないものの、国家に勧告されるものとして記されている」としている。同上。
- 236 Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, New Zealand. UN Doc. A/57/18, 01 November 2002, paras.412-434, para 424; Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Australia, UN Doc. CERD/C/304/Add.101, 19 April 2000, para 9 etc.
- 237 *Ibid*. c.f. note 222, above.
- 238 「十分な説明を受けてなされる同意」が拒否権を含むように理解されていることについては例えば以上、注234を見よ。
- 239 例えば、北海道ウタリ協会は国の新たなアイヌ民族に関する政策の一環として、Iworを提案し、有識者懇談会の報告書を支持しつつも、い

くつかの反対意見を述べている。こうした中、有識者懇談会の施策提案を採用する否かという行政の決定に関して、ウタリ協会がアイヌ民族を代表する団体として施策を拒否する権利に類似するものも一切存在しない。しかしながら、Iwor基本構想委員会ではアイヌ系の委員が13人のうちの7人であることから、多数決の決定方法を採用することによりアイヌ系の委員が全員反対すれば、提案および報告が採択されなかったという意味では「拒否権」が存在したと見ることができるかもしれない。しかし、アイヌ系委員がアイヌ民族全員の代表として選ばれ、また個人の意見よりはアイヌの代表であることを自覚して投票したということは、必ずしも明確ではない。その意味においては、アイヌ民族が当選した代表による「アイヌ民族」の拒否権ではなかったということもいえよう。北海道会議においては、アイヌ系委員が10人のうち5人であったゆえに、多数決を通じても拒否する立場にいなかった。進行中の国の検討委員会にしても5人の委員のうち2人がアイヌの人であるゆえに、また多数決によっても拒否することが可能とはならない。Iworを実施する以前に、国がその再生施策に関してアイヌ民族全体の「同意」を受けようとする手続きも現在のところ予定されていない。

- 240 現在の検討委員会は、再生の実施に伴い、自然空間の実際の管理（動植物の採取、捕獲、育成等）、自然素材の確保事業を実施する（自然素材の入手、配分）、および自然空間を保護する「自然空間に関する管理運営のための組織」を設立することを提案している。また、その組織を構成するメンバーには、アイヌの伝承活動を実践している個人または団体、及び北海道ウタリ協会をあげている。ただし、その実施の計画を策定し、および管理運営計画を策定する組織としては「運営評議会」を挙げており、この計画を策定する段階にアイヌ民族の代表が関わるか否かは明らかでない。イオル再生等アイヌ文化伝承方策検討委員会、第3回会議資料、別紙

1、「『伝統的生活空間の再生』に関する推進体制」。

- 241 一般的勧告23、前掲注152、5段落。
- 242 Agenda 21, (Program of Action) Chapter 26, U.N. Doc.A/CONF.151/26(Vol.III), 12 August 1992 para 26.3(b), para 26.3(a)(iv)
- 243 Principle 22, Declaration on the Right to Development; Rio Declaration on Environment and Development, UN Doc.A/CONF.151/26 (Vol.I), Annex I, 12 August 1992
- 244 先住民族の土地剥奪が、民族の貧困、伝統的文化の喪失およびさらなる人種差別に繋がるといふ関連性は、特別報告者ホセ・マルチネス・コーボの「先住民に対する差別問題」の報告で既に明白にされている。よって、先住民族に対する人種差別を撤廃する措置として、伝統的な土地の返還または代替する土地の提供を勧告することは論理的な主張であるといえよう。See Volume 5, *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/ Add.1-4 (「マルチネス・コーボ報告」)。
- 245 See *supra* note 226.
- 246 佐々木講演より。前掲注121参照。
- 247 基本構想報告は、例えば、Iwor再生において認められる文化活動を記したリストの中に、熊、鹿、ウサギ等の狩猟、伝統的漁法による鮭等の採捕、および、例えばアイヌ料理の調理やアットゥシおよびテタルベといった衣服の作製など、他のリスト化された伝統的活動に必要な植物、樹木、草花の収穫に関して述べられている。また、Iwor再生にふさわしい地域は北海道の原始的な自然環境を彷彿とさせる場所でなければならないと、シマフクロおよびヒグマといった、アイヌ文化にとって重要な生物が十分に生息可能な土地でなければならないとしている。報告書はさらに、Iwor空間における天然資源は、アイヌ民族の伝統技術および自然観念の精神に従い、持続可能な形で管理されなければならないと、Iwor管理に関してアイヌ民族の自治が最大限可

- 能な限り尊重されなければいけないとしている。前掲注123、25-26,34,44,45頁。
- 248 北海道議会の報告書もまた、報告書がIwor空間に蹴る漁業、狩猟、採取などに関する現行の規制は、伝統的な文化活動が可能となるように緩和されなければならないとしている。さらに、草花、植物、樹木、魚類、鹿等、アイヌの伝統衣装の作製およびアイヌ料理の調理、伝統漁および狩猟の実施に必要な自然資源が確保される必要性についても言及している。北海道議会報告、前掲注124、4、5、15頁、補足4参照。
- 249 北海道会議報告、前掲注124、13頁参照。
- 250 イオル再生等アイヌ文化伝承方策検討委員会、第3回会議資料2、「『伝統的生活空間の再生』の具体的な仕組みについて(案)」および「(参考)イオル再生に活用可能性があると考えられる主な制度等」。
- 251 現在の検討委員会は、再生の実施に伴い、Iworの実実施計画を策定し自然空間の管理運営を策定する組織に「運営評議会」、自然空間の実際の管理および自然素材の確保事業を実施する組織に「自然空間に関する管理運営のための組織」を想定している。前掲注138参照。
- 252 一般的意見23、前掲注152、6.1段落。
- 253 イオル再生等アイヌ文化伝承方策検討委員会、前掲注250。
- 254 ただし、第27条の権利が「その集団の他の構成員とともに」享有することが権利の性質から必要かつ規定されていることにより、個人の権利享有、行使は集団の福祉、生存、文化的活動の維持可能性等の利益考慮から制限されることがある。例えばキトック事件、前掲注175参照。
- 255 建築物、または何かしらのハコなど、Iworの存在、および日本による歴史的なアイヌ民族およびアイヌ文化に対する不正義があったことを示す、視覚的な象徴をおくことが重要となることは、伝統生活空間の基本構想に関する委員会、および北海道議会(6頁)における数名のアイヌ出身のメンバーより述べられている。2004年11月5日、札幌で行われた長谷川晃氏(伝統生活空間の基本構想に関する委員会および北海道議会のメンバー)とのインタビューによる。
- 256 佐々木高明氏の主張による。前掲注121を参照。
- 257 『伝統的生活空間の再生に関する基本構想』、前掲注123。
- 258 第27条は、例えばフィンランドにおいては、サーミ民族がトナカイを国有地において飼育する権利に関し、第27条のもとで保護されているとしながらも、これを用益権のみに限っており、土地権原は政府のもとに置かれている。この措置は第27条の目的を満たすものと考えられよう。See Eide, *supra* note 164 at *id*.
- 259 例えば、規約委員会の見解においては、規約のもとにおけるアイヌの「土地権」に関して特定の言及しており、他の土地との区画と権原供与措置を提案している。伝統的な土地に関してはブラジルに対して27条に基づく見解が示されている。
- 260 アイヌ出身のメンバーは、基本構想委員会では全13名のうちの7名と過半数の席を与えられているほか、北海道議会においては全10名のうちの半数を占めている。
- 261 北海道ウタリ協会の『「アイヌ関連施策関係省庁連絡会議」における意見陳述』参照。
- 262 ランズマン2事件、前掲注176参照。
- (ジョージナ・スティーブンス (Georgina Stevens) 北海道大学法学研究科修士課程修了)