

博士論文

国際裁判における文化的考慮の意義

平成31年3月

中央大学大学院法学研究科公法専攻博士課程後期課程

高崎 理子

目 次

序章	問題の所在	1
第1節	国際法における「文化」	1
第1款	文化の定義	1
第2款	文化的考慮とは	3
第3款	学説状況	4
第2節	本論文の目的・対象・方法	6
第3節	本論文の構成	6
第1章	国際司法裁判所判例	8
第1節	判決・勧告的意見が「文化」という言葉を使っていない事例	8
第1款	少数意見が「文化」という言葉を使っていない事例	8
1.	航行権および関連する権利に関する紛争事件（2009年）	8
第2款	少数意見が「文化」という言葉を使っている事例	11
1.	プレア・ビビア寺院事件（1962年）	11
2.	カシキリ/セドゥドゥ島に関する事件（1999年）	15
3.	国境紛争事件（2013年）	17
4.	南氷洋捕鯨事件（2014年）	19
第2節	判決・勧告的意見が「文化」という言葉を使っている事例	22
第1款	少数意見が「文化」という言葉を使っていない事例	23
1.	西サハラ事件（1975年：勧告的意見）	23
2.	グリーンランドとヤン・マイエンの間の区域における海域境界画定に関する事件（1993年）	26
第2款	少数意見が「文化」という言葉を使っている事例	28
1.	集団殺害罪の防止および処罰に関する条約の適用に関する事件（2007年）	28
2.	1995年9月13日の暫定協定の適用事件（2011年）	31
3.	プレア・ビビア寺院事件判決の解釈請求事件（2013年）	35
第3節	小括	38
第2章	地域的人権裁判所	41
第1節	欧州人権裁判所判例	41
第1款	判決・決定が「文化」という言葉を使っていない事例	41
1.	少数意見が「文化」という言葉を使っている事例	41
(1)	バックリー対イギリス事件（1996年）	41
第2款	判決・決定が「文化」という言葉を使っている事例	44
1.	少数意見が「文化」という言葉を使っていない事例	45
(1)	オットー・プレミンガー協会対オーストリア事件（1994年）	45
(2)	ダラブ対スイス事件（2001年）	47
2.	少数意見が「文化」という言葉を使っている事例	50
(1)	レイラ・シャヒン事件（2005年）	50
(2)	S. A. S 対フランス事件（2014年）	52

第2節 米州人権裁判所判例	55
第1款 判決が「文化」という言葉を使っていない事例	55
1. 少数意見が「文化」という言葉を使っている事例	55
(1) ストリートチルドレン事件 (1999年)	55
第2款 判決が「文化」という言葉を使っている事例	57
1. 少数意見が「文化」という言葉を使っている事例	57
(1) バマカ・ベラスケス対グアテマラ事件 (2000年)	57
(2) マヤングナ(スモ) アウエ・ティグニ共同体対ニカラグア事件 (2001年)	60
(3) モアワナ共同体対スリナム事件 (2005年)	64
(4) ヤキ・アクサ対パラグアイ事件 (2005年)	69
(5) サホヤマクサ先住民族共同体対パラグアイ事件 (2006年)	72
(6) カリナ族およびロコノ族対スリナム事件 (2015年)	75
第3節 小括	77
第3章 国際裁判における文化的考慮の課題と提案	81
第1節 課題	81
第1款 文化的考慮に対する懸念	81
1. 問題点	81
2. 文化的考慮に対する学説上の批判	82
第2款 文化的考慮の意義	83
1. 検討	83
2. 実定主義法学に対して批判的な見解	85
3. 文化的考慮による効果	88
(1) 紛争当事者に対する判決の説得力	88
(2) 実体的真実の解明	88
第3款 文化的考慮の法的根拠	90
1. 国際裁判所による文化的考慮を基礎づける国際文書	90
2. 国際裁判所が実際に文化的考慮を行う際、解釈・適用上の根拠となり得る国際文書	91
(1) 国際法	91
(2) 宣言	93
第2節 提案	95
第1款 文化的考慮の区分	96
1. 文化的要素を考慮すべき場合	96
2. 文化的要素を考慮すべきではない、あるいは考慮する必要がない場合	96
第2款 文化的考慮の類型化	97
1. 第1類型：文化的要素に関わる既存の国際法ルールが存在する事例	97
2. 第2類型：文化的要素に関わる既存の国際法ルールが存在しない事例	97
(1) ある国際法ルールの解釈・適用に際して文化的要素を判決に取り入れるべき事例	97
(2) ある国際法ルールの解釈・適用に際して文化的要素を判決に取り入れるべきではない事例	98

第3款 文化的考慮と国際法理論	100
1. 黙認の法理	100
(1) 意義	101
(2) 考察	101
2. 靈的損害	105
(1) 意義	105
(2) 考察	106
第3節 小括	110
終章 国際裁判における文化的考慮の意義	113
第1節 本稿の要約	113
第2節 今後の課題	116
参考文献	117

序章 問題の所在

第1節 国際法における「文化」

本研究の目的は、国際法研究において十分に取り上げられることの少なかった「文化的要素は国際裁判でどのように考慮することが望ましく可能であるか」という点について検討し、国際裁判における文化的考慮の意義を明らかにすることである。

従来、文化的考慮の必要性は国際裁判においてあまり重視されず、法と文化の関係が国際法研究者の分析の中心になることもごく僅かであった。そこには、「文化」は合理的な法的判断には馴染まないだろう、あるいは文化的要素について裁判所が判断を行えばかえってパンドラの箱を開けるような危険性がある、という懸念があったと思われる。

確かに、すべての国際紛争を国際裁判で解決しようとすることは現実的ではないかもしれない。しかし、国際社会で生起する問題の背景には、文化的歴史的事情が関係していることは少なくない。文化的背景を有する争訟における文化に関する議論は、論争の中核的な部分と密接に関わる可能性が高いため、文化的要素を法的議論から排除することは問題の本質から司法が目背けることにもなりかねない。むしろ、文化的要素を法解釈にできるだけ取り入れる手法の方が、判決としての説得性を高めるのではないか。国際法の解釈・適用の中で文化的要素を考慮することが、事件の性質上、必要な場合があるのではないか。

以上の問題意識にもとづき、本稿では、国際裁判における文化的考慮の意義について考察する。まず、本節では「文化」が何を意味するかという点について、人類学上および国際法学上の諸見解を概観し、本稿での「文化」の定義づけをおこなう。そのうえで、「文化的要素」および「文化的考慮」の意味を確定する。さらに、国際裁判における文化的考慮に関する先行研究の課題について述べる。

第1款 文化の定義

「文化 (culture)」という言葉に関しては、19 世紀から 20 世紀にかけて、様々な定義づけが行われてきた¹。イギリスの人類学者エドワード・バーネット・タイラー (Edward Burnett Tylor) は、著書『原始文化』(1871 年)の中で、「文化」を「知識・信仰・芸術・道徳・法律・慣習および人間が社会の一員として獲得した、全ての能力と習性 (habits) を含む複合的総体」と定義した²。

『菊と刀—日本文化の型』³の著者として日本でもよく知られているルース・ヴェネディクト (Ruth Benedict) は、「文化」はいろいろな文化的行為の単なる寄せ集めではなく、多かれ少なかれ思想と行動の一貫した傾向 (pattern) であると説明する⁴。クライド・クルックン (Clyde Kluckhohn) は、「文化」を地図に譬えつつ、人間集団の言葉・行動・人工の

¹ 前田成文「文化」矢野暢編『別巻 東南アジア学入門』(弘文堂、1992 年) 53 頁。『文化—概念と定義の批判的検討』において人類学者のクローバーとクルックンは、膨大な数の「文化」の定義を収集し分類している。A. L. Kroeber, Clyde Kluckhohn, *CULTURE: A Critical Review of Concepts and Definition* (A Division of Random House: New York), 1952.

² Edward B. Tylor, *Primitive Culture: Researches into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Language, Art and Custom*, Vol. 1, 3rd edition, (John Murray, Albemarle Street: London, 1891) p. 1.

³ Ruth Benedict, *The Chrysanthemum and the Sword: Patterns of Japanese Culture* (Houghton Mifflin, 1946).

⁴ Ruth Benedict, *Patterns of Culture* (Routledge & Kegan Paul Ltd, 1968), p. 33.

物からうかがわれる、人間の創造し受け継いだ考え方・感じ方であると説明した⁵。アメリカの人類学者クリフォード・ギアーツ (Clifford Geertz) は、「文化」概念を人間の紡ぎ出す意義 (significance) の網と捉えた⁶。

以上はすべて著名な人類学者によるものであるが、人類学で「文化」とは、ある社会で習得・共有・伝達される生活様式・行動様式の総体を指すのが一般的である⁷。

では、国際法上、「文化」はどのように定義されているか。例えば、第19回ユネスコ総会で採択された「大衆の文化生活への参加および寄与を促進する勧告」(1976年)によると、「文化の概念は、拡大されており、この概念には、生活様式および芸術活動の双方における集団又は個人のすべての形態の創造及び表現を含む」⁸。また、メキシコシティ宣言(1982年)は、「文化」について、「社会や社会集団を特徴づける独特の精神的、物質的、知的、感情的な特徴の複合的総体」であり、「芸術や文学」のみならず、「生活様式、人間の基本的権利、価値観、伝統、信念」も含まれるとする⁹。

このように「文化」の定義には様々なものがあるが¹⁰、本稿では「文化」を広義に捉えて、2001年にユネスコ総会で採択された“Universal Declaration on Cultural Diversity (文化の多様性に関するユネスコ世界宣言)”前文5段落目の「文化」の定義を採用する。すなわち、「社会あるいは社会集団に特有の精神的、物質的、知的、感情的特徴の総体であり、芸術¹¹・文学に加えて生活様式、共生の方法、価値観、伝統、信念が含まれる」¹²という定義を前提に議論を進めることにする(図1参照)。従来、文化的な証拠として排除されてきたものもできる限り考慮してこそ、当事者にとって納得の行く解決が図られる可能性が高くなると考えるからである。

⁵ C. クラックホーン著、光延明洋訳『人間のための鏡』(サイマル出版会、1971年)28-29、35頁。Clyde Kluckhohn, *Mirror for Man: the Relation of Anthropology to Modern Life* (Whittlesey House, 1949), p. 28.

⁶ Clifford Geertz, *The Interpretation of Cultures : Selected Essays* (Basic Books, 1973), p. 5.

⁷ 日本文化人類学会編『文化人類学事典』(丸善株式会社、2009年)692、770頁。

⁸ UNESCO, Recommendation on Participation by the People at Large in Cultural Life and their Contribution to It (November 26, 1976) .

⁹ Mexico City Declaration on Cultural Policies World Conference on Cultural Policies Mexico City, 26 July - 6 August 1982, at http://www.culturalrights.net/descargas/drets_culturals401.pdf

1982年にメキシコシティで開催された文化に関する世界会議で採択されたメキシコ宣言では、文化が普遍(基本的人権等)と特殊(信仰、生活様式等)を内包しており、「世界公民」概念、すなわち自己の文化に根ざしつつ人類に属する者としてより大きな義務を負うとの認識が現れた、と服部英二は分析する。服部英二『文明は虹の大河—服部英二文明論集—』(麗澤大学出版会、2009年)64頁。

¹⁰ 国際司法裁判所の裁判官を務めた田中耕太郎は、文化を「人間の精神の発現」と定義し、技術文化を含む経済的文化、教育やスポーツ等の肉体的または身体的文化、科学的な精神的文化、個人的あるいは社会的、宗教的な道徳的文化、美学的文化等に分類する。田中耕太郎『教養と文化』(岩波書店、1938年)59頁。

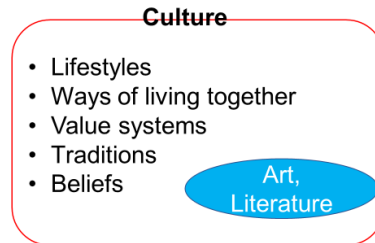
¹¹ ユネスコ事務局長を務めたハクスレイ (Julian Huxley) は、その著書『ユネスコ：その目的と哲学』の中で、「芸術」は国民感情の重要な表出であり、全ての国家は自国の芸術的成果を十分に意識し誇りに思うべきである、と述べている。Julian Huxley, *UNESCO: Its Purpose And Its Philosophy* (Public Affairs Press: Washington, D. C., 1948), p. 60.

¹² 「文化はアイデンティティ、社会的結束、知識にもとづく経済の発展という問題に関する今日の議論において、核心となっている」「国際平和と安全保障実現のための最善策は、相互信頼と理解にもとづいた文化的多様性、寛容、対話、協力の尊重である」。UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity, Records of the General Conference, 31st Session, Paris, 15 October to 3 November 2001, vol. 1, p. 62, at <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001246/124687e.pdf>

「文化の多様性に関する世界宣言」にもとづき、2005年のユネスコ総会において、148か国によって文化的表現の多様性の保護および促進に関する条約 (Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions) が採択された。

図1 文化的要素の具体例

The UNESCO Universal Declaration
on Cultural Diversity (2001)
Preface



(UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity より
筆者作成)

もっとも、この定義では、法や裁判、国際法学の一定の思考方式も文化に含まれることになる¹³。しかし、本稿は、「国際裁判所が当事者の主張や証拠に含まれた文化的要素をいかに考慮しうるか」を中心テーマとする。そこで、議論が混乱するのを防ぐため、「文化」の定義から法、国際法、裁判を除外することにする。

以上を前提にした上で、国際裁判による考慮の対象となりうる「文化的要素」(cultural elements)の具体例としては、以下のものが挙げられる。芸術 (art)、文学 (literature)、生活様式 (lifestyles, ways of living)、価値観 (values)、伝統 (tradition, traditions)、信条・信念 (belief, beliefs, faith)、民族 (ethnic)、歴史 (history)、遺産 (heritage)、文化遺産 (cultural heritage)、文化多様性 (cultural diversity)、アイデンティティ (identity)、慣習、慣行、習慣、習慣的行為 (custom, practices, customary act)、礼儀・儀礼 (courtesy)、儀式 (ceremony)、愛着の念 (attachment)、親近感 (affinity)、絆・結びつき・つながり (bond, tie, ties)、精神的な (mental)、感情 (feelings)、霊的な (spiritual)、神聖な (sacred, holy)、道徳的な (moral)、ビジョン (vision)、宇宙観 (cosmovision)、多元主義 (Pluralism)、多文化主義 (multiculturalism)、多文化社会 (multicultural society)、シンボル・象徴 (symbol)、衣服・衣装 (clothing, dressing, costume)。

これらの要素に形式的に触れていれば、本稿では、文化的要素に「言及」したことになる、とする。

第2款 文化的考慮とは

では、国際裁判所が「文化的要素を考慮する」とは、どのような態度で臨むことを指すか。

この点について筆者は、他のさまざまな要素と並んで、紛争当事者の主張に含まれる文化的要素を入念に検討すること自体に意義があると考え、当事者の法的な主張、論拠、証拠の中に組み込まれている文化的要素を重視し、丁寧に検討していくことが肝要である。よっ

¹³ 法を文化の一部として、あるいは国際法学の一定の思考方式そのものを文化として捉える視点については、齋藤民徒「国際法学における『文化』—人権条約の研究動向に照らして—」『社会科学研究』第57巻1号(2005年)83-112頁参照。

て、「文化的考慮」とは、当事者の主張に含まれる文化的要素を積極的に判決に採用することのみを指すのではなく、文化的要素を採用できるかどうか検討すること自体も含む。

具体的には、①判決が文化的要素を判決に採用することのできない理由を全く述べていない場合はもちろんのこと、②判決が理由として一応何か言っているが説得力のある理由は全く述べていない場合（例：「法的に決定的ではない」、「考慮に値しない」としか述べていない）にも、文化的考慮は行われなかったと言える。これに対し、たとえ文化的要素を判決に積極的に採用することができない場合であっても、③理由が明確に示されている場合（例：「～（という文化的要素）は～なので考慮に値しない」）には、文化的考慮は行われたとみなすことができる。すなわち、法的議論の俎上に文化的要素を載せて議論した結果、それらを斟酌しないという結論に至った場合であっても、例えば「定義の難しい概念が入っているので、これ以上は法的な判断に馴染まない」といった理由を示すのであれば、文化的考慮が行われたことになる。

以上より、本稿において文化的要素を「考慮する」とは、可能な限り文化的要素を法的議論の俎上に載せること、法の解釈・適用の中に含めることを意味しており、結果的には文化的要素を肯定的な形で判決に取り込むことまでは要しない。

なお、本文中の「文化的要素を考慮する」という表現は、「文化的考慮」と全く同じ意味で用いている。

第3款 学説状況

従来、法と文化の関係が国際法研究者の分析の中心になることは少なかったが、近年は国際法の視点から文化に関連する様々なテーマを扱う研究が増えてきている¹⁴。特に、冷戦後の世界では、文化が重要な意味を持つようになり、「文化の問題は、徐々にではあるが、政治、貿易等の伝統的な諸問題とともに世界の趨勢に影響を与えるようになってきた」という指摘がなされている¹⁵。

¹⁴ 主な研究書に以下のものがある。Andrezej Jakubowski, *Cultural Rights as Collective Right: An International Law Perspective* (Brill, 2016). Lillian Richieri Hanania(ed.), *Cultural Diversity in International Law, The Effectiveness of the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions* (Routledge, 2014). Valentina Vadi, *Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration* (Cambridge University Press, 2014). Eibe Riedel, Gilles Giacca, Christophe Golay(eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights in International Law: Contemporary Issues and Challenges* (Oxford University Press, 2014). Federico Lenzerini, *The Culturalization of Human Rights Law* (Oxford University Press, 2014). James A. R. Nafziger, Robert Kirkwood Paterson, Alison Dundes Renteln, *Cultural Law: International, Comparative, and Indigenous* (Cambridge University Press, 2010). Craig Forrest, *International Law and the Protection of Cultural Heritage* (Routledge, 2010). Sienho Yee, Jacques-Yvan Morin(eds.), *Multiculturalism and International Law* (Nijhoff, 2009). Paul Meerts(ed.), *Culture and International Law* (Hague Academic Press, 2008). Jessica Almquist, *Human Rights, Culture and the Rule of Law* (Hart Publishing, 2005). 日本語の研究書としては、北村泰三、西海真樹編『文化多様性と国際法—人権と開発を視点として—』（中央大学出版部、2017年）、西海真樹『現代国際法論集—開発・文化・人権』（中央大学出版部、2016年）、佐藤慎一『文化と国際法—世界遺産条約・無形遺産条約と文化多様性条約』（玉川大学出版部、2008年）等。

¹⁵ *The Clash of Civilizations and the remaking of World Order* (Simon & Schuster, 1996), p. 20. サミュエル・ハンチントン著、鈴木主税訳『文明の衝突』（集英社、2012年）20頁。Akira Irie, *Cultural Internationalism and World Order* (John Hopkins University Press, 1977), p. 176. Samuel P. Huntington, Janusz Symonides, *Human Rights: Concept and Standards* (UNESCO Publishing, 2000), p. 219.

1999年3月24日-27日にアメリカのワシントンD. C. で開催された全米国際法協会 (The American Society of International Law) 第93回記念会議では、「文化」がテーマの一つに取り上げられ、「文化」に関係する7つのレクチャーと11のパネルが設けられた¹⁶。2001年9月11日に発生した米国同時多発テロ以降、文化の違いが紛争を引き起こしたとする論調も見られる¹⁷。

こうした状況の中、国際裁判における文化的考慮の意義を肯定し、それを主要な論点とする国際法学者による研究も少しずつ始まっている。

例えば、2014年に発表されたエレニ・ポリメノポーロ (Eleni Polymenopoulou)¹⁸の論文「ICJ判例法における文化的権利」が挙げられる。ポリメノポーロは、ICJ判例における文化的考察の軌跡を分析し、最近のICJの文化に対するアプローチには人権の文化的側面に対する配慮が認められると指摘した¹⁹。

また、フェデリコ・レンゼリーニ (Federico Lenzerini) の『人権法の文化化』(2014年)は、人権標準の解釈に文化的考慮を取り入れた主な国際裁判所判例を分析し、多文化主義がいかに関最近の国際人権法の発展を形づくっているかを論証している。レンゼリーニは、「文化」を「ゆりかごから墓場まで、我々の特殊性とアイデンティティを形成するのに基本的な役割を演じる」ものと捉える。その上で、文化に関する国際法文書や規定の存在は、国際法、中でも人権関連の法が、いかに文化に対する基本的な重要性の認識によって影響を受けているかを表している、と指摘した²⁰。

以上は、画期的かつ貴重な先行研究であるが、次のような課題がある。

- 1) 国際裁判所判例の文化的考慮事例の類型化がほとんどなされていない。
- 2) 分析対象が人権規定の解釈において文化的考慮が行われた事例に集中しており、それ以外の事件に関する検討が少ない。
- 3) 今後の国際裁判における文化的考慮の具体的な方法に関する提案はあまり行われていない。

¹⁶ American Society of International Law, *Proceedings of the 93rd Annual Meeting* (1999), pp. 251-383. 21世紀に入り、国際法における「文化」概念はより多様になり、それに関する研究が活発化していると指摘されるようになった。国際法における「文化」概念はについて、クーム (Coombe) は「非常に生き生きとしていて、ますます多くの研究を生み出しているようだ」と指摘する。Rosemary J. Coombe, “Culture: Anthropology’s Old Vice or International Law’s New Virtue?”, *American Society of International Law, Proceedings of the 93rd Annual Meeting* (1999), p. 261.

¹⁷ 小倉和夫は次の趣旨の指摘をする。「文化的な違い自体が摩擦や紛争の原因そのものであると考えることは控えるべきであろう。しかし、民族的あるいは文化的違いが経済や政治的利益と結びついた場合、文化が紛争や摩擦を激化させる原因となってきたことは否定できないであろう」。小倉和夫「平和構築と文化」『シンポジウム報告書 平和のための文化イニシアティブの役割～日独からの提言～』(2009年) 6頁。

¹⁸ エレニ・ポリメノポーロは、グルノーブル第二大学およびアテネ大学で博士号を取得し、現在、カタールのハミド・ビン・カリファ (Hamad Bin Khalifa) 大学で教鞭を執っている。

¹⁹ この点についてポリメノポーロは、コスタリカ対ニカラグアの「航行権および関連する権利に関する紛争事件 (2010年)」, ブルキナファソおよびニジェールの「国境紛争事件 (2013年)」, プレア・ビビア寺院事件 (2013年) 等を特に高く評価している。Eleni Polymenopoulou, “Cultural rights in the case law of the International Court of Justice”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 27, No. 2 (2014), p. 464.

²⁰ Federico Lenzerini, *The Culturalization of Human Rights Law* (Oxford University Press, 2014), p. 143. なお、アマルティア・センは、「アイデンティティ」を構成するさまざまな要素として、「国籍、言語、文学、宗教、民族、文化史、科学的関心事」を列挙している。アマルティア・セン著、大門毅監訳、東郷えりか訳『アイデンティティと暴力 運命は幻想である』(勁草書房、2011年) 165頁。

そこで、本研究は、以上の点に留意しつつ、これまでの国際裁判において文化的考慮がどのように行われてきたか、あるいは行われてこなかったかを分析し、今後の国際裁判における文化的考慮の方法に関する国際法解釈のあり方を模索する。

第2節 本論文の目的・対象・方法

(1) 目的

本論文の目的は、紛争当事者の主張に含まれる文化的要素は国際裁判で考慮すべきか否か、考慮すべき場合にはどのように考慮することが望ましく可能であるか、という点について検討することである。すなわち、国際裁判所が、当事者の法的主張に組み込まれた文化的要素を法的議論の俎上にのせる意義について考察し、既存の法プロセスに文化的要素を取り入れた国際法の解釈・適用のあり方を模索することである。

(2) 対象

検討対象は、国際司法裁判所、地域的人権裁判所（米州人権裁判所、欧州人権裁判所）の判例とする。

(3) 方法

具体的にどのような方法で国際裁判における文化的考慮について考察するかについては、次の通りである。第2章と3章で検討する国際判例については、各国際裁判所の公式ウェブサイトに掲載されている判例検索エンジンを活用した。検索にあたっては、「文化」という言葉が明示的に登場する事例のみならず、「文化」という言葉の意味に含まれる表現形式や思考・論理方式などに関係する事件も検索することが必要であると考えた。そのため、「culture」「cultural」の他に、前述（序章第1節第1款）の文化的要素として列挙した、art, literature, lifestyles, ways of living, ceremony, values, tradition, traditions, belief, beliefs, faith, ethnic, history, cultural heritage, cultural diversity, identity, custom, practices, customary act, courtesy, attachment, affinity, bond, tie, ties, mental, feelings, spiritual, sacred, holy moral, vision, cosmovision, Pluralism, multiculturalism, multicultural society, symbol, clothing, dressing, costume 等も検索語として採用し、そこで検出されたものの中から事例を特定した。

次に、当事者の法的主張に何らかの文化的要素が含まれる事件において、判決・決定と、国連機関および専門機関に対する法的解釈を示す勧告的意見が文化的要素に言及し、それを考慮した事例について考察する。具体的には、紛争当事者の主張の中に文化的要素が組み込まれている事例を、①判決、勧告的意見、決定が、「文化」という言葉を使っていない事例、②判決、勧告的意見、決定が「文化」という言葉を使っている事例に分類し、さらに①②の各事例について少数意見が「文化」という言葉を使っている事例と使っていない事例とに分類して検討する。

第3節 本論文の構成

本論文は、「事例分析」（第1章、第2章）と「考察」（第3章）という二つの柱から構成されている。第1章と第2章では、具体的な国際裁判所判例を素材として、法的主張に組み込まれた文化的要素がどのように扱われてきたかを分析するものである。

まず、第1章では、国際司法裁判所、第2章第1節で欧州人権裁判所、第2章第2節で米州人権裁判所に係属した事件について検討する。

以上の分析結果から、第 3 章第 1 節では、文化的考慮の現状の確認とそこにおける問題点の指摘を行い、第 3 章第 2 節で国際裁判における文化的考慮の具体的な方法について考察する。

第1章 国際司法裁判所判例

本章では、国際連合の主要な司法機関である国際司法裁判所（以下、I C Jと記す）が文化的要素をどのように扱ってきたか、という点について分析する。

具体的には、紛争当事者の主張の中に「文化」という言葉が使われている事例のうち、①判決と勧告的意見、②少数意見について、「文化」(culture)およびその形容詞形である「文化的な」(cultural)という言葉を使っている場合と、用いていない場合とに分類し、調査した。最も多かったのは、①②のいずれもが「文化」という言葉を使っていない場合であるが、これについては本稿では取り上げない。

その上で、まず、第1節では、序章で定義した文化的要素を含むと考えられる事例のうち、判決・勧告的意見が「文化」という言葉を使っておらず、少数意見が「文化」という言葉を使っていない事例（第1款）と、少数意見が「文化」という言葉を使っている事例（第2款）について検討する。続く第2節では、判決・勧告的意見が「文化」という言葉を使っている事例について、少数意見が「文化」という言葉を使っていない事例（第1款）と少数意見が「文化」という言葉を使っている事例（第2款）とに分類した。以上の小括を第3節で述べる。

なお、本論文では扱わないが、常設国際司法裁判所（P C I J）においても文化的要素に関わる事例²¹がある。この点の検討については他日を期したい。

第1節 判決・勧告的意見が「文化」という言葉を使っていない事例

本節では、紛争当事者の主張に「文化」という言葉が使われているが、判決および勧告的意見では「文化」という言葉が使われていない事例について検討する。具体的には、（1）事件の概要、（2）判決および勧告的意見の要旨、（3）文化的要素について当事者はどのような事実を主張したか、（4）それをI C Jは採用したか、（5）反対意見や個別意見等の少数意見は文化的要素について言及しているか、最後に以上から言えることをまとめる。

第1款 少数意見が「文化」という言葉を使っていない事例

1. 航行権事件および関連する諸権利に関する事件（2009年：コスタリカ対ニカラグア）

（1）事件の概要

コスタリカとニカラグアとの間を流れるサンファン川は、両国の国境の一部を形成している。サンファン川に関しては、コスタリカ側の右岸に国境線がある。両国は1858年にコスタリカ河岸の二国間の境界を画定する条約を結んでいた。この1858年条約は、第6条でサンファン川全体の排他的主権をニカラグアに認めている。他方、コスタリカには「商業目的の」自由航行の永久的権利を付与した。また、同条は、両国の船舶に対し、無税で自由に対岸に接岸する権利を与えている。

このサンファン川における航行権とそれに関連する諸権利に関して、両国間で紛争が発生し、コスタリカはI C Jに訴えを提起した。その際、裁判所の管轄権の基礎を、自国についてはI C J規程第36条2項に、ニカラグアについては常設国際司法裁判所規程第36条2

²¹ 例えば、上部シレジア少数者学校事件(1928年)、グレコ・ブルガリアン共同体事件(1930年)、アルバニア少数者学校事件(1935年)など。

項に基づく義務的管轄権受諾宣言に置いた²²。

(2) 判旨（本案判決：2009年7月13日）

裁判所は、1858年条約第6条により、コスタリカに対し、サンファン川で乗客の輸送を含む商業目的での自由航行権と、河岸住民への基礎的サービスの提供を目的とする公船での航行権を認めた。さらに、コスタリカ河岸住民による生計のための漁業については、「慣習法上の権利として、ニカラグアにより尊重されるべきである」と判断した。他方、ニカラグアについて、サンファン川を航行する船舶の出入国を管理し、航行を規制する主権的権利を持つことを認めた²³。

(3) 当事者の文化的要素に関する主張

コスタリカ側の提出した訴状の55頁目の附属書4（コスタリカ・ニカラグア間で2002年9月26日に締結された協定）の中に、「文化的な」(culturelle)という言葉が使われている²⁴。そこでは、両国の外務大臣が、「歴史的、地理的、文化的、人的関係」によって結ばれた両国の兄弟愛と善隣関係の発展・強化に向けた揺るぎない決意を表明する、と述べている。以上の箇所には、本稿の序章で列挙した文化的要素として、「歴史的」(historiques)という表現がある。

また、コスタリカ側申述書は、コスタリカ河岸住民による生計のための漁が、本件の訴状提出後にニカラグアによって妨害されるようになった点に関して、次のように主張した²⁵。ニカラグアは、漁業に関連する河岸住民のボート等の所有物を留置・押収している。このニカラグアの行為は、地域住民の長年続いている漁業権を侵害するだけでなく、コスタリカ河岸のコミュニティ全体の暮らしと存続を棄損し脅かすものである、と²⁶。

ここで述べられている地域住民の長年続いている漁業に関する「慣習」は、序章で列挙した文化的要素に該当する。

(4) 判決が文化的要素に言及している箇所

判決は「文化」という言葉は用いていないが、序章で列挙した「慣行」「慣習」という文化的要素に言及している。

ICJは、「生計のための漁業」の「慣行」が、慣習法上の権利としてニカラグアを拘束するか否かについて、次のように述べた。長期間、妨害あるいは問題視されることなく続いた慣行から生じる権利の存在を、ニカラグアが否定しなかった点が特に重要である。したがって、コスタリカは慣習法上の権利を有する。サンファン川のコスタリカ河岸住民による生計のための漁業は、慣習法上の権利としてニカラグアにより尊重されるべきである²⁷、と。

²² ICJ Report 2009, pp. 219, 226-235.

²³ *Ibid.*, para. 156. 秋月弘子「航行権および関連する権利に関する紛争事件」横田洋三、廣部和也、山村恒雄『国際司法裁判所 判決と意見』第4巻（国際書院、2016年）419-448頁。

²⁴ ICJ Report 2009, pp. 219, 226-235.

²⁵ International Court of Justice, Dispute concerning Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Memorial of Costa Rica, Vol. 1, 29 August 2006, para. 5. 142.

²⁶ *Ibid.*, para. 5. 143.

²⁷ ICJ Reports 2009, pp. 262-264, paras. 134-136. この点に関するICJの態度に関してポリメノポーロは、「漁業が河岸住民コミュニティの慣習法上の権利であると認める際、慣習法成立のための実行と法的信念という2つの必須条件が存在するかどうかは検討しなかった。また、ニカラグアによる漁業行為の

(5) 少数意見が文化的要素に言及している箇所

本判決の少数意見に「文化」という言葉は用いられていないが、次の二人の裁判官は、コスタリカ側河岸住民の漁業「慣習」という文化的要素に言及している。

1) セプルベダ・アモール (Sèpulveda-Amor) 判事の個別意見

セプルベダ・アモール判事は、「時間は、国際慣習法の創造過程における、もう一つの重要な要素である」という。そして、コスタリカ側の「サンファン川におけるコスタリカ河岸住民による生計のための漁業は、慣習法上の権利である」と主張するコスタリカ側申述書が提出されたのが、本件の付託された 2005 年 9 月 25 日以降の 2006 年 8 月 29 日であったことは I C J 判例法と矛盾するものであり、慣習法上の権利として認めるための法的根拠が不足している、と批判した²⁸。

2) ギョーム判事 (Gilbert Guillaume) の反対意見

唯一の反対意見を述べたギョーム判事は、コスタリカ側の主張する河岸住民の漁業慣習に関する訴えについて以下の旨、述べた。「裁判所は、コスタリカ河岸住民の漁業慣習は確立したものであると認めている。だが、この点に関する訴えは訴状提出後になされているため、そもそも受理可能性があるのだろうか。また、コスタリカ住民の漁が慣習と言えるかという点に関しては疑念がある。しかし、本件には特殊な事情があるため、この点に関する裁判所の判断は支持する」²⁹。

本判決は、コスタリカ側の主張する、河岸住民による生計のための漁業を行う権利を「慣習法上の権利として、ニカラグアにより尊重されるべきである」と判示した。これはニカラグアに対してコスタリカが対抗することのできる、国際法上の慣習法の理論によるものと考えられる。本件は、判決文の中で「文化」という言葉は使われていないが、地域住民の「慣習」という文化的要素が積極的に取り入れられており、しかも、それが判決の主文に明記されている点が、特に注目に値する。

なお、本判決については、I C J のカンサード・トリンダージ (Antônio Augusto Cançado Trindade) 判事が国境紛争事件 (本章第 1 節第 2 款参照) の個別意見の中で、当判決が住民と領域の双方に配慮する必要性を認めたことを高く評価している。すなわち、生計目的で漁業を行う個人に配慮した点が、「国家は人間のために存在しているのであって、その逆ではない」という価値観に裏付けられており、安心させるものである、と述べている³⁰。

妨害が、「訴状提出後」であったことも気にしなかった」と指摘する。Polymenopoulou, Eleni, “Cultural Rights in the Case Law of the International Court of Justice”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 27, No. 2(2014), p. 454.

²⁸ I. C. J. Reports 2009, Separate Opinion of Judge Sèpulveda-Amor para. 25. なお、ここでセプルベダ・アモール判事の言う「I C J 判例法」とは、通行に関する 125 年以上の長期にわたる慣行が、ポルトガル・インド両国の権利義務の基礎となり得ることを認めた、「インド領通行権に関する事件」本案判決 (1960 年 4 月 12 日) を指している。

²⁹ *Ibid.*, Dissenting opinion of Judge Gilbert Guillaume, para. 22.

³⁰ I. C. J. Reports 2013, p. 128-129, para. 92.

第2款 少数意見が「文化」という言葉を使っている事例

1. プレア・ビヒア寺院事件 (1962年：カンボジア対タイ)

(1) 事件の概要

プレア・ビヒア寺院は、タイとカンボジアの国境をなすダングレク山脈 (Dangrek range) の東方部に位置するヒンズー教寺院遺跡である。急勾配で隆起する崖の上に建っているため、北方のタイ側から行くよりも南方のカンボジア側から近づく方が一層困難である³¹。クメール帝国の王が9世紀初めに創建したとされるが、1431年以降は400年以上にわたりシャム (現在のタイ) 領内にあった³²。

1904年2月13日、カンボジアの保護国フランスはシャムと国境条約を締結した。その後、シャム政府の要請を受けてフランスが完成させ、1908年にフランスがシャムに交付した地図 (申述書第一付属書の地図) によれば、寺院はカンボジア側に位置する³³。1930年、シャムのダムロン王子 (Prince Damrong) が寺院を訪問し、フランス国旗の下、カンボジア駐在フランス弁理公使の接待を受けた。その後、1934-35年にシャム当局者が独自に測量を行ったところ、フランス作成の地図の国境線と真の分水嶺とが一致しておらず、寺院のある地域はシャム側に含まれることが判明したが、シャム政府は問題を提起することなく当該地図を使用し続けた³⁴。

1953年にカンボジアがフランスから独立してまもなく、タイの警備兵がプレア・ビヒア寺院を占拠し、1958年にはタイ外務省は寺院が自国の管理下にあると発表した。その後、両国外相会議で寺院の領有問題について交渉が行われたものの、タイが法的問題の討議を拒否したため会議は決裂した³⁵。そこでカンボジアは、1959年10月6日、①寺院に対する領域主権がカンボジアに帰属することの宣言、②1954年以来、寺院に駐留するタイ軍隊等の撤退、③タイが寺院から持ち去った古美術品等のカンボジアへの返還³⁶、を求めて一方的に提訴した³⁷。

³¹ Claude Jacques, Philippe Lafond, *The Khmer Empire: Cities and Sanctuaries Fifth to the Thirteenth Centuries* (River Books), 2007, p. 149.

³² *Ibid.*, pp. 14, 20. 「シャム (Siam)」が公式の国家名だったが、1939年6月24日に「タイランド (Thailand)」と改められた。Tej Bunnag, *The Provincial Administration of Siam 1892-1915: The Ministry of the Interior under Prince Damrong Rajanubhab* (Oxford University Press, 1977), Preface.

³³ I. C. J. Reports 1962, pp. 16-17, 20-21. Lawrence Palmer Briggs, “The Treaty of March 23, 1907 Between France and Siam and the Return of Battambang and Angkor to Cambodia”, *The Far Eastern Quarterly: Review of Eastern Asia and the Adjacent Pacific Islands*, Vol. 5, No. 4 (1946), pp. 439-454.

³⁴ I. C. J. Reports 1962, pp. 27-30. 植民地主義を標榜する西欧諸国がタイ (当時のシャム) に国境線画定を要求するようになる19世紀までは、タイに「国境」という概念は存在しなかったとされる。1904年2月13日にカンボジアの宗主国フランスとシャムの間で締結された国境条約は、第1条で関係地域の国境が山脈の分水嶺に沿うこと、第3条でフランス・シャム混合委員会が国境を確定することを定めていた。その後、フランス・シャム混合委員会は1905年1月と1906年12月に会合を開いたが、1907年1月に実質的な活動を停止した。その理由は未だに不明であり、歴史上のミステリーの一つと言えよう。

³⁵ *Ibid.*, p. 27. 今川幸雄「カンボジアの国境に関する考察」『外務省調査月報』第9巻6号 (1968年) 46頁。

³⁶ *Ibid.*, pp. 9-11, 36-37.

³⁷ 波多野里望、松田幹夫編著『国際司法裁判所 判決と意見』第1巻 (国際書院, 1999年) 286-287頁。皆川洸『国際法判例集』 (有信堂, 1975年) 325頁。なお、カンボジア側は、タイが寺院を1954年以来、違法に占有していると後に主張した。Annex2, AKP press release of 19 June 1962, “Declaration by the Royal Government.”

（２）判旨（本案判決：1962年6月15日）

まず、当該事件の I C J の管轄権の基礎となったのは、原告国カンボジアと被告国タイの選択条項受諾宣言である。タイの選択条項受諾宣言が有効とされたことにより I C J の管轄権が成立した。

カンボジアは、寺院に対する領有権を申述書第一付属書の地図にもとづいて主張した。これに対しタイは、地図は正式なフランス・シヤム混合委員会が作成したものではないので法的拘束力はない、と反論した。この点について I C J は、当該地図は混合委員会の活動停止後に作成されたので、作成時における法的拘束力は認められないとした。その上で、タイが 1934-35 年に地図の国境線と真の分水嶺との不一致を発見した後も、フランス領カンボジアに対して異議を申し立てなかった事実をどのように評価するかを問題にした³⁸。そして、この点に関連する「最も重要視しなければならない出来事 (much the most significant episode)」³⁹として、1930 年に行われたダムロン王子の寺院訪問時の態度をタイ政府の黙認の証拠として、他の事実よりも大きな比重を置いた。

以上により I C J は、1) 寺院がカンボジア主権下の領土に位置することを認め、タイ軍に対し係争地域からの撤退を命じた (9 対 3)。さらに、2) 1954 年のタイによる寺院占拠以来、タイ当局によって寺院または寺院敷地から持ち去られたものがあれば、その物件をカンボジアに返還しなければならない、とした (7 対 5)⁴⁰。

（３）文化的要素に関する当事国の主張

「文化」という言葉は、カンボジア側申述書 (*Mémoire du Gouvernement du Royaume du Cambodge*)⁴¹の 1 段落目、タイ側答弁書の 238 頁など、多数用いられている。また、序章で文化的要素として列挙した、「文化遺産」「民族」「歴史」「道徳的な」等の表現がカンボジア側申述書に見られる⁴²。

1) カンボジア

カンボジア側は、文化的要素に関する主張として、①寺院を自国の文化遺産として扱ってきた事実があること、②プレア・ビヒア寺院の建立者はカンボジアの主要民族のクメール⁴³

³⁸ I. C. J. Reports 1962, p. 22. タイ側は、地図を確認した者は地図作成法に専門的知識がなく、プレア・ビヒア寺院のことを何も知らない下級官吏 (minor officials) だったと主張した。そして、当時タイでは、だれもこの寺院の重要性を認識せず、心配もしていなかったと口頭手続きで主張した。しかし、この主張を裁判所は認めなかった。なぜなら、地図を見た第一次国境画定合同委員会のタイ側委員には、当時、タイの内務大臣だったダムロン王子がいたからである。彼が国境画定作業に個人的な強い興味を抱いており、考古学的遺跡に造詣の深かったことは書証から明らかであると裁判所は認定した。Ibid., p. 23.

³⁹ Ibid., p. 30.

⁴⁰ 2) の措置は、係争地域の領土主権が否認された結果、原状回復が命じられたものである。Ibid., pp. 10-11, 23, 36, 37. 山本草二『国際法〔新版〕』（有斐閣、2007 年）41 頁。敗訴後、タイ政府は、効力の切れた選択条項受諾宣言を更新しなかった (I C J 規程第 36 条)。

⁴¹ I. C. J. Reports 1962, p. 114, para 1.

⁴² Ibid.

⁴³ 「クメール (Khmer)」とは、インドシナ半島のカンボジアを中心に分布する民族を指し、クメール語を話しクメール文字を使用するとされる。9 世紀にアンコール朝 (802-1431 年) を興し、その帝国は 10 世紀には北は現在のタイ北部の山地から、南はマレー半島にまで広がっていた。13 世紀になると、カンボジアを中心に現在のタイ東北部・ラオス南部までを統治下に置き、これらの地域にアンコール・ワット遺跡やピマroi 遺跡等、数多くのクメール様式の建造物をつくった。プレア・ビヒア寺院も、9 世紀から 300 年かけて建立されたクメール様式の寺院である。Mary M Rodgers 著、高城玲訳『タイ』（国土社、1996 年）21 頁。山下明博「タイとカンボジアの国境紛争」『IPSHU 研究報告シリーズ』42 号（広島大学平和科学研究センタ

民族であること、③ダムロン王子による寺院訪問に関する一連の態度はタイ政府がカンボジアの主権を認めたことに相当する⁴⁴、と主張した。

なお、①に関連して、係争地域に対する主権行使の実態を裏付ける根拠として、プレア・ビヒア寺院を自国の文化遺産として保護・管理していた実績を示す歴史的文書を提出した。カンボジア側申述書には、「2. カンボジアによる領土に対する権原の実効的な行使」として、「プレア・ビヒアの遺跡は、1907 年以来、カンボジアの考古学部局とフランス極東学院という公的機関の管轄の下に置かれてきた。当該遺跡はこれらの部局長から研究対象にされてきた。藪や敷地をきれいにし、遺跡を保存・修復する仕事は、カンボジア考古学部局と州の弁理公使の監督の下で実行されている（21 段落目）」とある⁴⁵。②については、カンボジア側は、申述書及び口頭弁論においてプレア・ビヒア寺院は歴史上、「真正のクメール族の」ものであるとする主張を繰り返した⁴⁶。

2) タイ

タイ側は、①自国の寺院に対する実効的支配を裏付ける証拠として、付属書類 No. 78a「考古学的対象の調査・保存のための勅令」、「古代遺跡の目録」を提出した⁴⁷。②寺院を建立した民族と領有権との関係については、書面手続に続く口頭手続でも激しい議論の応酬があった。

例えば、タイ政府側弁護人のセーニー・プラモート (Seni Pramoj) は、「恐らくカンボジア政府当局は、古代クメール族による遺産の唯一の継承者はカンボジアであり、それ故に、クメール族が残した全遺跡に対する権利があるとみなしているのでしょう。しかし、もしそうであれば、東南アジア半島の全ての国々が不安にさらされることになります」⁴⁸と述べている。③に関しては、ダムロン王子の寺院訪問時における態度に重大な意味はなく、黙認の重要な証拠とはなり得ないという内容の反論を行った。

(4) 本案判決が文化的要素に言及している箇所

判決はいう。「当事者はまた、他の物理的、歴史的、宗教的及び考古学的な証拠を援用したが、裁判所は、それらの証拠を法的に決定的なものとみなすことはできない」⁴⁹と。

これは、先述の文化的要素に関する当事者の主張を含めた証拠を指していると解される。判決本文中に「文化」という言葉はないが、序章で述べた文化的要素として「歴史的」という表現が含まれている。この部分以外に文化的要素に関する記述はない。

(5) 少数意見が文化的要素に言及している箇所

本案判決には2つの個別意見と3つの反対意見が付されている⁵⁰。そのうち、フィッツモ

一、2009 年) 222 頁。

⁴⁴ この点については、本稿第3章第3款で改めて詳しく検討する。

⁴⁵ I. C. J. Reports 1962, pp. 11-12.

⁴⁶ I. C. J. Report 1962, pp. 11-12, 114, 169, 439, 692, 698.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 169, 692, 698. ①に関する文書は双方の国がそれぞれに有していたため、決定的な証拠とは認められなかった。

⁴⁸ I. C. J. Reports 1962, p. 559, para. 2.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 15.

⁵⁰ 全 141 頁のうち本案判決は 33 頁である。個別意見は、副議長を務めたパナマのアルファロ (Alfaro) 判事によるものが 13 頁、イギリスのフィッツモーリス判事が 15 頁ある。反対意見は、アルゼンチンのモレ

ーリス (Sir Gerald Fitzmaurice) 判事が「文化」という言葉を使っている。また、ウェリントン・クー (Wellington Koo, 顧維均) 判事が、序章で列挙した文化的要素である「儀礼」「習慣的行為」に言及する。

1) フィッツモーリス判事の個別意見

フィッツモーリス判事は自らの個別意見に、「地形上、歴史的および文化的な特質に関する考察」(Considerations of a topographical, historical and cultural character) という見出しをつけている。そして、裁判所が歴史的な証拠や文化的な証拠を法的に決定的なものではないと判断したことには同意しつつ、「これらの考察が当事者の議論における重要な位置を占めている以上、なぜ、法的に決定的なものではないか理由を述べることが望ましい」という。その理由について、次のように説明する。

こうした問題は、領域主権に関する事件においては、何らかの法的関連性があるかもしれない。領域主権に関する事件は、条約のような具体的で明確に定められたものではなく、当事者の主張を支えるために挙げられる事実に基づく証拠に重きをおくからだ。本件では、両当事者は自分たちの権利が 1904 年条約から引き出されるものであることを認めた。その上で、1904 年条約に関連性を持つ、あるいは影響する、その後続く事件について実際に争った。その結果、当該条約作成の際、特に国境線がどこにあるかを決定するのに一層重要である可能性のあった、別の所から出た事実 (extraneous factors) が、今日、法的問題として国境線を決定する際、二次的な関連性しか持ち得ないのである⁵¹。

2) ウェリントン・クー判事の反対意見

ウェリントン・クー判事は、ダムロン王子の寺院訪問時における態度を、タイ政府の主権的行為として解釈すべきではないと論じた。その理由として、「……王子によるフランス公使へのお礼状と数枚の写真の発送は、東洋の儀礼という習慣的行為 (a customary act of Oriental courtesy) 以上の何ものも意味しない」⁵²と述べている。

本案判決の本文中、「当事者はまた、他の物理的、歴史的、宗教的及び考古学的な証拠を援用したが、裁判所は、それらの証拠を法的に決定的なものとみなすことはできない」という部分以外に文化的要素に関する記述はない。

また、これはフィッツモーリス判事が批判している点であるが、なぜ、このような判断に至ったのかという理由も書かれていない。このように、プレア・ビヒア寺院事件では、審理過程において文化的要素が両当事国から多数主張されたにもかかわらず、判決で十分に言及されることはなかった。

ノ・キンタナ (Moreno Quintana) 判事が 8 頁、中国のウェリントン・クー判事が 26 頁、オーストラリアのスペンダー判事が 46 頁となっている。

⁵¹ I. C. J. Reports 1962, p. 53.

⁵² *Ibid.*, pp. 89-90, para. 32.

2. カシキリ/セドゥドゥ島に関する事件（1999年：ボツワナおよびナミビア）

（1）事件の概要

ボツワナ共和国とナミビア共和国はチョベ川を国境線としていたが、チョベ川に位置する3.5平方キロのカシキリ/セドゥドゥ島の帰属に関して争いが生じたため、1996年に特別の合意を結んだ。特別合意の第1条は、カシキリ/セドゥドゥ島周辺の国境線と同島の法的地位の確定をICJに要請する旨、定める。両国は、この特別合意に基づき、事件を共同でICJに付託した⁵³。

（2）判旨（本案判決：1999年12月13日）

裁判所は、先行国が合意し、ボツワナ共和国とナミビア共和国がその拘束力を承認する1890年英独条約第3条2項の解釈・適用によって、両国の国境線はチョベ川のカシキリ/セドゥドゥ島北側水路の最深測深線であるとした（11対4）。そして、ナミビアの主張する取得時効を退けた上で国境を画定し、カシキリ/セドゥドゥ島はボツワナ共和国の領土の一部を構成すると判示した（11対4）。また、ボツワナ・ナミビア両国の国民と船舶は、同島を囲む水路において平等の内国民待遇を与えられることを認めた（全員一致）⁵⁴。

（3）当事者の文化的要素に関する主張

「文化」という言葉は、ナミビアの提出した申述書（1997年2月28日付）の203段落目に用いられている。文化的要素である「慣行」に関する主張を行ったのも、ナミビア側であった。ナミビアは、1890年条約当事国の「事後に生じた慣行」について、カプリービのマスビア族によるカシキリ島の支配と利用、ナミビア政府による島への管轄権の行使、これらの事実に対するボツワナと先行国イギリスの十分な認識の上でのほぼ一世紀にわたる黙認の存在を主張した。具体的には、ドイツ、イギリスおよび南アフリカ当局の植民地記録とマスビア社会の構成員の記録が、東部カプリービのマスビアの人々が大昔からカシキリ島を占拠し利用してきたことをはっきりと示していること、さらに、「東部カプリービのマスビア人は、彼らの土地および生活の一部としてカシキリ島を使用し占拠してきた」とナミビアは主張した。

時効取得の要件としては、占有は、①国家権能が行使し、②平穏で中断することがなく、③公然と、④一定の期間行われることを挙げた⁵⁵。

ナミビアは、その申述書で以下のように述べている。イギリスの保護領であった当時、マスビア人たちは、イギリス当局からカシキリ島を耕作するための許可を得ようとしたことはない。今になってボツワナ共和国がカシキリ島の領有権を主張していることにに対し、マス

⁵³ *Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)* Judgement, ICJ Reports. 1999, p. 1094, para. 74. 山村恒雄「カシキリ/セドゥドゥ島事件」波多野里望、廣部和也編著『国際司法裁判所 判決と意見』第3巻（国際書院、2007年）400-417頁。

⁵⁴ *Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)* Judgement, ICJ Reports. 1999, p. 1108, para. 104. 国際司法裁判所判例研究会（吉井淳）【資料】判例研究・国際司法裁判所 カシキリ/セドゥドゥ島（ボツワナ/ナミビア）（判決：1999年12月13日）『国際法外交雑誌』第108巻1号、83-94頁参照。

⁵⁵ ナミビアは、時効、黙認および承認によって主権を確立するためには私的目的のため私人による係争地域の使用以上のものを示さなければならないことは認めつつ、その先行国によるカシキリ島に対する権力の行使は「その大部分において、その権利および監督下で支配権力の指令を実行するために、マスビアの族長および政治団体を使った『間接支配』の様相を通して」履行された、と主張した。International Court of Justice, Case Concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Memorial of the Republic of Namibia, Volume 1, Memorial, 28 February 1997, para. 180.

ビア人の証人は驚きと当惑を表明した。農耕期の間、マスビア村民はカシキリ島に常設の家を建て、たくさんの学校をつくった。彼らにとってカシキリ島は故郷である。多くの証人が、「自分たちはカシキリ島で生まれた、両親も祖父母もあるいは近隣の者もそこで死んだ」と述べた。マスビア共同体の多くの構成員がカシキリ島で埋葬されたという事実以上に、マスビア人にとってカシキリ島がいかに重要であることを強く証明するものはない。この点において、カシキリ島は今日もその地域の人々の文化的社会的遺産の不可欠な一部であり続けている⁵⁶。

（４）判決が文化的要素に言及している箇所

判決文に「文化」という言葉は使われていない。だが、裁判所は、1890年英独条約を解釈・適用する際、カシキリ/セドゥドゥ島におけるマスビア族の存在が、斟酌されるべき「事後に生じた慣行 (subsequent practice)」(条約法に関するウィーン条約第31条3項(b))に当たるか否かを検討した。この「慣行」は、本稿の序章で列挙した文化的要素に当たる。そして、ナミビアの提出した証拠は、マスビア人が同島をもっぱら農業目的で断続的に使用してきたことを示しているとした。その結果、東部カプリービからのマスビア族による多年にわたる平穏かつ公然の島の利用は、ウィーン条約法条約第31条3項(b)の意味における1890年条約の適用上、「事後に生じた慣行」ではない、と判示した⁵⁷。

なお、ナミビアによる時効取得の訴えに対しては、両国がその成立要件について合意していた。そこでICJは、ナミビアの列挙した要件（特に、②平穏で中断することがなく）が満たされていないことを理由にその主張を退けた。

（５）少数意見が文化的要素に言及している箇所

本判決には、3つの宣言と2つの個別意見、4つの反対意見が付されている。「文化」という言葉は、ウィアマントリー (Weeramantry) 判事の反対意見が、「貴重な文化遺産」(a treasured cultural site) という表現の中で用いている⁵⁸。また、ウィアマントリー判事は、序章で列挙した「伝統」「生活様式」という文化的要素に言及している。それは、マスビア部族のカシキリ/セドゥドゥ島に対する利用と占有の意義に関する以下の箇所である。

マスビア族が、同島に大きな心情的価値を与えていたことを証拠は示している。彼らにとって島の占有は、「現存する伝統の一部であった」。マスビア部族の人々は、半世紀にわたって、天候と川の状態が許すときはいつでも、同島を訪れて居住し耕作した。こうした行為は、いかなる外部の権限による許可を得ることなく、伝統的な生活様式として行われた。このことは当該地域ではよく知られていた事実であり、そこで管轄権を行使する官吏も熟知しているはずであった⁵⁹。

そして、以上の事実を、1890年英独条約を適用する際に斟酌すべきである、と同判事は本判決を批判した。

⁵⁶ International Court of Justice, Case Concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Memorial of the Republic of Namibia, Volume 1, Memorial, 28 February 1997, paras. 202-203.

⁵⁷ ICJ Reports. 1999, pp. 1092-1095, paras. 71-75.

⁵⁸ *Ibid.*, para. 86.

⁵⁹ *Ibid.*, paras. 39, 49

本判決は、当事国（ナミビア）の主張する文化的要素を含む証拠について正面から検討している。だが、ナミビアの主張する取得時効の成立を認めるまでには至らないと判断した根拠については、十分示されているとはいえない。特に、マスビア族の島の利用が断続的であったことが、取得時効の成立要件②「中断することがないこと」を充足しないと判断した点には疑問を感じる。なぜなら、マスビア族の断続的な島の利用の仕方は、彼らの伝統的な生活様式の特徴の一つと考えられるからである。本判決は、こうした文化的な特殊事情に対する配慮が欠けているように思われる。

3. 国境紛争事件（2013年：ブルキナファソおよびニジェール）

（1）事件の概要

ブルキナファソとニジェールは、1960年に独立するまでフランス領であったが、旧植民地時代の1927年⁶⁰に引かれた国境線が不明確であったため、両国間で国境紛争が発生した。2010年7月21日、両国間で共通の境界線を引くことに合意した条約（1987年3月28日）⁶¹にもとづいて、ブルキナファソとニジェールは、この国境紛争を共同でICJに付託した。

（2）判旨（本案判決：2013年4月16日）

ICJは、1960年にフランスから独立した時の国境線を尊重する立場を示しつつ、両国間の1987年条約を踏まえて境界画定を行った。

さらに、両国の要請に応じて、係争地域の境界画定を補佐するための専門家を指名することを決定した⁶²。

（3）文化的要素に関する当事国の主張

国境付近では遊牧民が暮らしており、国境線が彼らに深刻な問題を引き起こしていた⁶³。彼らはまとまった地域内で移動する習慣があるが、その地域が別々の植民地に分かれてしまったために、慣習上の移動経路を維持するため、あるいは耕作のため、一つの植民地から別の植民地へと越境しなければならなかった⁶⁴。

ニジェールは、植民地時代の領土分割による影響について次のように訴えた。「領土の分割は、比較的限られた空間に集中していた村には問題を生じなかった。しかし、故郷がより広範囲の地域に広がっている場合には、社会的な混乱を伴い、共同社会あるいは文化的なア

⁶⁰ 両締約国はまた、国民が国境を互いに自由に移動できるようにすることを約束した。遊牧民証明書を持たなければならない遊牧民(transhumants)を除いて、身分証明書を持っていれば、ビザまたはいかなる種類の許可も必要とせず他方へ入国し旅行し住居を確立することができる(1927年議定書第2項)。

⁶¹ 特別合意の具体的な内容は、以下の通りである。両国からそれぞれ特任裁判官(国籍裁判官)を指名する、係争地域についてICJが国境線を引く、ICJの判決を最終的かつ拘束力があるものとして両国が受諾し具体的な画定作業を行う、判決の履行について紛争が発生した場合には再度ICJに付託する、ICJ係属中に紛争を激化させるような措置を慎む等。I. C. J. Reports 2013, pp. 49-52.

⁶² I. C. J. Reports 2013, p. 92, para. 113.

⁶³ Ibid., pp. 101-102, para. 13.

⁶⁴ “The boundary resulting from the 1927 texts raised problems for the nomadic populations, who were accustomed to travelling within a unitary area, which was now divided into two separate colonies. In order to retain their customary transhumant routes, or even to cultivate their croplands which overlapped the boundary, they had to pass from one Colony to the other.” International Court of Justice Case Concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger) Memorial of the Republic of Niger April 2011, para. 2. 5.

アイデンティティの保持，もしくは利益保護によって動機付けられた住民移動を引き起こした」と⁶⁵．ここでは、「文化」という言葉が使われているだけでなく，序章で文化的要素として列挙した「アイデンティティ」にも言及されている．

（４）判決が文化的要素に言及している箇所

I C J は、「文化」という言葉は用いていないが，文化的要素として序章で列挙した「歴史」という言葉が，「歴史的な文脈」「歴史的な背景」等の表現の中で使われている．また，判決文の 112 段落目において，両国の友好関係の促進を奨励しつつ，各当事国がその主権下の領土に権限を行使する際は，関係住民（特に遊牧民・半遊牧民）の必要と，国境により引き起こされる彼らの困難に十分注意を払うべきであるとの希望（wish）を表明している⁶⁶．

（５）少数意見が文化的要素に言及している箇所

1) カンサード・トリンダージ判事の個別意見

カンサード・トリンダージ判事は，その個別意見（全 11 章，98 頁）の中で，I C J の文化に配慮したアプローチ，すなわち I C J が当事国に対し遊牧民・半遊牧民に配慮するよう希望すると表明したことを「非常に元気づけるような(very reassuring)」ものであると述べて，「I C J は正しい方向へと一歩踏み出した」と高く評価した⁶⁷．

さらに同判事は，個別意見の第 9 章「人間に關係する要因と国境（The Human Factor and Frontiers）」に 7 ページを費やしている．この章では，歴史学者，経済学者，文化人類学者，考古学者の論文や著書の一節が随所で引用されている⁶⁸．例えば，ブローデル（Fernand Braudel）の『文明化の歴史』⁶⁹を参照しつつ，「彼らには重要な出来事からなる歴史はないかもしれないが，彼らは確かに自らの歴史をもっており，太古の時代に考案された生活様式を有している」⁷⁰という．判事は，遊牧民の生活方法と精神は今日も残っていることを強調しつつ，こうした文化的な特徴を有する人々の集団が居住する地域で国境を画定する際は，専ら一般に認められているような「人工的な」線を安易に引くべきではない，人間的な要素を見過ごさないよう人間を中心に考えるべきである，と主張した⁷¹．

⁶⁵ I. C. J. Reports 2013, p. 80, para. 6. 6. これに対しブルキナファソは，その申述書で，ニジェールが税金徴収を回避していると主張している．Case concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger), Memorial of Burkina Faso, Volume I, 20 April 2011, paras. 1. 47-1. 49.

⁶⁶ “ Having determined the course of the frontier between the two countries, as the Parties requested of it, the Court expresses its wish that each Party, in exercising its authority over the portions of the territory under its sovereignty, should have due regard to the needs of the populations concerned, in particular those of the nomadic or semi-nomadic populations, and to the necessity to overcome difficulties that may arise for them because of the frontier. I. C. J. Reports 2013, p. 90, para. 112.

⁶⁷ I. C. J. Reports 2013, p. 121, para. 70, p. 129, para. 93, p. 132, para. 103.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 118-120, paras. 63-68

⁶⁹ F. Braudel, *A History of Civilizations* (Penguin Books, 1995), pp. 9-10.

⁷⁰ I. C. J. Reports 2013, p. 118, para. 65.

⁷¹ *Ibid.*, p. 121, para. 69. カンサード・トリンダージ判事は，「法は機械的に適用されてはならない．（……）国境についての考察においては，人間に關する要素を無視したり見落としたりしてはならない」と述べている．さらに，「地域住民の窮地を考慮せず，抽象的に領域紛争を解決する時代は，幸運なことに終わっている」という．I. C. J. Reports 2013, p. 132, paras. 101, 104. なお，判事は，この国境紛争事件の個別意見の中で，航行権事件とプレア・ビヒア寺院事件判決の解釈請求事件に触れており，これらの判決が住民と領域の双方に配慮する必要性を認めたことを評価している．特に，航行権事件については，国家ではなく，生計目的で漁業を行う個人に配慮した点が，「国家は人間のために存在しているのであって，

以上のように、カンサード・トリンダージ判事の個別意見には、「文化」的な特徴という表現の中で「文化」という言葉が用いられている。

2) ベヌナ (Bennouna) 判事の宣言

ベヌナ判事は、裁判所判決に対する宣言の中で、次のようにいう。「どのように植民地の遺産が扱われるか」という問題は、アフリカ大陸が直面してきた問題であり、ウティ・ポシデティスの原則は子孫にとって必ずしも平和を達成しうるわけではない。なぜなら、ウエストファリア・モデルに基づく境界線は、世界における当該地域の文化的な遺産からかけ離れているからである。I C J が奨励したように、良き隣人関係の枠組みの中で協同を深めることによって、当事国は遺産を再発見する⁷²。

以上の宣言には、「文化的な」という言葉が使われているだけでなく、文化的要素として序章で列挙した「遺産」にも言及している。

I C J は、判決文において、両国の友好関係の促進を奨励しつつ、各当事国がその主権下の領土に権限を行使する際は、関係住民（特に遊牧民・半遊牧民）の必要と、国境により引き起こされる彼らの困難に十分注意を払うべきであるとの希望を表明した。

このことから、I C J が遊牧民の伝統的な生活様式という文化的要素に対して一定の理解を示していることがわかる。したがって、本判決は、紛争当事者の主張に含まれる文化的要素が判決に積極的な形で取り入れられた事例として注目に値する⁷³。

4. 南極海捕鯨事件（2014年：オーストラリア対日本）

（1）事件の概要⁷⁴

2010年5月31日、オーストラリアは、南極海における日本の調査捕鯨は国際捕鯨取締条約（International Convention for the Regulation of Whaling, 以下、I C R Wと記す）第8条に違反した商業捕鯨であるとして強制管轄権受諾宣言（I C J 規程第36条2項）に基づく一方的提訴を行った⁷⁵。オーストラリア側は、日本の第二期南極海鯨類捕獲調査計画（Second Phase of its Japanese Wale Research Program under Special Permit in the Antarctic, 以下、JARPA II と記す）は国際捕鯨取締条約第8条でいう科学的研究のための計画ではない、と訴えた。すなわち、JARPA II は科学的研究という口実の下、商業捕鯨目的で

その逆ではない」として安心させるものである、と述べている。I. C. J. Reports 2013, pp. 128-129, paras. 92.

⁷² I. C. J. Reports 2013, Declaration of Judge Bennouna, p. 96.

⁷³ 当判決については、ポリメノポーロも、文化に配慮したアプローチの強化が認められるとして高く評価している。Polymenopoulou, Eleni, "Cultural Rights in the Case Law of the International Court of Justice", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 27, No. 2, 2014, p. 455. なお、I C J が希望として示した「十分な注意」の具体的な内容としては、関係住民のパスポートの提示を不要にする等、越境の際の手続きを両国間で簡便にすること以外にも、例えば、彼らの子供の学校教育や徴税等の面で不利益を被らないような行政措置を両国が協力して実施することが考えられる。

⁷⁴ 東壽太郎、松田幹夫編著『国際社会における法と裁判』（国際書書院、2014年）135-141頁。

⁷⁵ 国際捕鯨取締条約第8条〔特別許可〕1項 この条約の規定にかかわらず、締約政府は、同政府が適当と認める数の制限及び他の条件に従って自国民のいずれかが科学的研究のために鯨を捕獲し、殺し、及び処理することを許可する特別許可書をこれに与えることができる。（略）

I. C. J. Reports 2014, para. 1.

企図されたものである、と主張した。

これに対して日本側は、調査捕鯨は I C R W 第 8 条で規定される「科学的目的」のために行っており合法である、と反論した⁷⁶。

(2) 判旨 (本案判決：2014 年 3 月 31 日)

判決主文は、①JARPA II に関し、日本が与えた特別許可書は I C R W 第 8 条 1 項の許可書には当たらないこと、②JARPA II の実施中、日本が付表 7 項 (b)、10 項 (d) (e) の義務に従って行動しなかったことを認定した。さらに、③日本が JARPA II との関係でクジラを殺し、捕獲し、または処理するという現行の認可、許可または免許を取り消し、同計画実施中に第 8 条 1 項の下でのそれ以上の許可を与えることを差し控えるよう命令した⁷⁷。

このように、I C J は、日本の南極海における調査捕鯨 (JAPARA II) は、調査計画や実施方法が、科学的な調査目的を達成するのに妥当ではない、と判断した。そして、JARPA II に関するクジラの殺害、捕獲および処理のため日本が発給している JAPARA II に関する特別許可書は、I C R W 第 8 条 1 項の規定する「科学研究のため」の範囲内には収まらない、と結論付けた⁷⁸。

(3) 文化的要素に関する当事国の主張

日本政府代理人の鶴岡公二外務審議官⁷⁹が、口頭手続きの冒頭陳述の 29 段落目と最終陳述の 12 段落目で「文化」という言葉を使っている。また、以下の陳述の中で、序章で列挙した「道徳」「歴史」「価値観」「伝統」等の文化的要素に言及している。

1) 冒頭陳述

a) 5 段落目

日本はその長い歴史を通じて自然と調和して生きてきました。海に囲まれ、海の恵みを授かってきたことをよく知る日本に限って、資源としての鯨の利用を誤ることはありません。生物資源の持続可能な利用は、資源に乏しく、自然が与え得るものに頼って生き延びてきた日本の気質の中心にある考え方です⁸⁰。

b) 28 段落目

⁷⁶ *Ibid.*, p. 18, para. 30. 国際捕鯨取締条約の前文には「(……) 鯨族の適当な保存を図って捕鯨産業の秩序のある発展を可能にする条約を締結することを決定し (……)」とある通り、国際捕鯨取締条約の目的は「捕鯨産業の秩序のある発展」であり、鯨肉の販売自体は同条約で禁止されているわけではない。また、同条約に添えられる「附表」には、具体的な管理手法や数値などの規制が表記されている。

⁷⁷ I. C. J. Reports 2014, p. 293, paras. 245, 247.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 293, para. 227.

⁷⁹ 判決を受けた鶴岡審議官は、次のコメントをした。「I C J が、第二期南極海鯨類捕獲調査は国際捕鯨取締条約第 8 条 1 項の規定の範囲内ではおさまらないと判示したことは残念であり、深く失望している。しかしながら、日本は、国際社会の基礎である国際法秩序及び法の支配を重視する国家として、判決に従う」。「国際司法裁判所『南極における捕鯨』訴訟 (判決を受けた鶴岡公二日本政府代理人のコメント)」(平成 26 年 3 月 31 日) 2 段落目, at http://www.mofa.go.jp/mofaj/ecm/fsh/page2_000034.html 日本の内閣官房長官も、同様の談話を発表した。「国際司法裁判所『南極における捕鯨』訴訟 判決についての内閣官房長官談話」(平成 26 年 3 月 31 日) 2 段落目, at http://www.mofa.go.jp/mofaj/press/danwa/page2_000035.html

⁸⁰ 「日本政府代理人 鶴岡公二外務審議官による冒頭陳述 国際司法裁判所 (ICJ) における『南極における捕鯨』訴訟 (仮訳)」(平成 25 年 7 月 2 日), at http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/page4_0000117.html

裁判所は、国家の行動の適法性について判断を行います。国家の道徳や、倫理について判断するものではありません。ヒンズー教徒にとって牛が神聖な動物であるように、ある国家にとって鯨は神聖な動物であります。我々は、5大陸にまたがって70億人が居住する世界に生きております。そして、それらの人々が平和に共存するための唯一の方法は、我々の違いを尊重し、ある人々の特定の観念を他者に押し付けけないことです⁸¹。

c) 29 段落目

豪州の議論を注意深く読み聞きましたが、日本で許可されている科学的捕鯨に関する司法的な論証に基づくというよりも、むしろ豪州に固有の価値に基づき、あらゆる捕鯨の禁止を課すための一方的な試みであると私は確信しております。確かに、この文脈においては、日本は鯨を捕獲し、殺しています。それでは、我々は恥じなければならぬのでしょうか。たとえ、ある特定の人々の意見によればそうであるとしても、それは、国際法に違反していることには当たりません。文化の観点から言うなれば、日本は非常に長い歴史に誇りを持ち、また自然に近接しながら将来世代のために環境を保全し生きるという伝統に誇りを持っております。我々は、我々以外の国民の文化を批判することはしません。裁判長、異なる文化の間に優劣を決めなければならぬとすれば、世界は平和ではいられないであろうことを、私ははっきりと申し上げたいと思います。⁸²

2) 最終陳述および最終申立

a) 12 段落目

(……) 多様な文化、伝統及び価値観のあるこの世界において、多国間主義とは人類の様々な経験を経て受け継がれてきた知恵です。また、パクタ・スント・セルヴァンダ原則⁸³は、様々な多国間の協力の枠組みの根底にある原則です。国家がそのような枠組みに参加できるのは、自らが合意していない義務を強制されないと安心して信頼できるときです⁸⁴。

(4) 本案判決が文化的要素に言及している箇所

本件の判決文中に、「文化」という言葉は使われていない。また、文化的要素に言及している箇所も見当たらない。

(5) 少数意見が文化的要素に言及している箇所

以下の反対意見は、「歴史」「文学」「感情」「象徴」という文化的要素に言及している。

a) 小和田判事

⁸¹ I. C. J. Reports 2014, para. 28.

⁸² I. C. J. Reports 2014, para. 29. International Court of Justice, Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening) Opening Statement by the Agent of Japan, July 2, 2013. 鶴岡審議官は、口頭手続きに先立ち、「日本は、約束を誠実に守る国である。また、生物資源の持続的利用を踏まえて自然と調和しつつ国を発展させてきた伝統を誇りに思う国である」と述べている。「日本政府代理人 鶴岡外務審議官による談話 国際司法裁判所 (ICJ) における『南極における捕鯨』訴訟 平成 25 年 6 月 26 日」5 段落目 (http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/page22_000056.html)

⁸³ 冒頭陳述の 30 段落目において、日本政府代理人・鶴岡公二外務審議官は次のように述べている。「前述しましたパクタ・スント・セルヴァンダ原則、それは、数世紀にわたり国家間の共存を可能ならしめた法の基本原則です。従って、ある国家の行為がその他の国家にとって道徳的に非難されるべきであるという、誤った理由でこの賢明な原則を排除するとすれば、それは非常に残念なことです」。

⁸⁴ 日本政府代理人 鶴岡外務審議官による最終陳述及び最終申立て (仮訳) at http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/page24_000038.html

小和田判事は、その反対意見の冒頭部分において、19 世紀に遡りアメリカ・イギリス等の世界の多くの国々が、油燃料であった鯨油の採取を目的として捕鯨を行っていた歴史的事実⁸⁵に言及した。

b) ユスフ判事

ユスフ判事は次のように述べている。「われわれの多くは、これらの象徴的で知的な動物の殺害と殺害方法に困惑した。しかし、裁判所に提起された問題を解決し得るのは法であるということを、こうした完全に感情に支配された反発によって、見過ごすべきではない。両国間の紛争の法的解決は、感情的あるいは純粋な倫理的根拠に基づいて行うことはできないのである」⁸⁶。

c) ベヌナ判事

ベヌナ判事は「文化」という言葉を用いつつ、以下の旨、述べる。「私は、捕鯨問題が、文学・神話・宗教関連の諸作品により何世紀にもわたって育まれてきた重い感情的・文化的責任を伴うものであることは理解している。こうした背景は裁判の際に呼び起こされるが、I C J が関係国間の協調促進に貢献する最善の方法は、裁判官が I C J 規程に従い国際法を適用することによって裁判を行うことである」⁸⁷。

本事例では、被告国である日本が、その冒頭陳述と最終陳述において文化的要素に関する主張を行ったが、判決では取り上げられることはなかった。その理由としては、本件訴訟の主要な争点が、I C R W 第 8 条という実定国際法の「科学的な調査目的」という文言の解釈をめぐるものであったことが挙げられる⁸⁸。また、I C J が、要請された特別許可書によるクジラの殺害、捕獲および処理が科学研究のためであるか否かという点については、その国家の認識 (perception) に依拠することはできない、と判断したことも影響していると考えられる⁸⁹。

第 2 節 判決・勧告的意見が「文化」という言葉を使っている事例

本節では、紛争当事者の主張と判決・勧告的意見に「文化」という言葉が使われている事例について検討する。具体的には、第 1 節と同様、(1) 事件の概要、(2) 判決・勧告的意見の要旨、(3) 文化的要素について当事者はどのような事実を具体的に主張したか、(4) それを I C J は採用したか、(5) 反対意見や個別意見等の少数意見は文化的要素について考慮したか、最後に以上から言えることをまとめる。

⁸⁵ I. C. J. Reports 2014, p. 302, para. 6. 「19 世紀にはいると欧米の捕鯨は太平洋にまで拡大され、セミクジラに加え、マッコウクジラが捕獲されるようになった。クジラ資源が豊かなジャパングラウンドをアメリカ人捕鯨者が発見した。米国の捕鯨船はその捕鯨場の近くに、食料や飲料水の補給地を必要とした。このことが、米国が日本に開国をせまる要因の一つになった」。岸上伸啓「捕鯨に関する文化人類学的研究における最近の動向について」『国立民族学博物館研究報告』35 巻 3 号 (2011 年) 404 頁。また、稲本は、「江戸時代末期にアメリカの捕鯨船が日本近海で大規模操業を始めた」ことが、日本の伝統的な沿岸捕鯨 (17 世紀後半以降に盛んになった鯨組による古式捕鯨) が衰退する原因の一つになったと指摘する。稲本守「捕鯨問題と日本」『地域文化研究』19 号 (2018 年) 145 頁。

⁸⁶ *Ibid.*, p. 383, para. 2.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 341. Summary, p. 9.

⁸⁸ *Ibid.*, para. 50.

⁸⁹ *Ibid.*, para. 61.

第1款 少数意見が「文化」という言葉を使っていない事例

1. 西サハラ事件（1975年：勧告的意見、国際連合総会）

（1）事件の概要

北西アフリカの大西洋岸に位置する西サハラは、北部をモロッコ、東南部をモーリタニアと接し、サハラ砂漠の一部を構成する地域である。同地域は、1884年にスペインに併合され、その植民地になったが、遊牧民の住民が多い。1974年に施政国スペインが実施した調査によれば、人口は10万人弱であった。1973年以降、国連の非植民地化施策に応じて、スペインは西サハラ地域住民の自決権を認める姿勢を表明していた。他方、モロッコとモーリタニアは、スペイン併合以前の西サハラの部族的伝統や歴史的つながりを根拠として、領土権を主張した。1963年、国連は、この地域を植民地独立付与宣言（総会決議1514）が適用される地域に認定する。1970年代に入り、西サハラ地域内に独立を主張する民族解放団体が生まれると、1956年に独立国家となったモロッコが、西サハラに対する自国の領有権を主張するようになった。これに対しスペインは、西サハラ住民の自決権を尊重する姿勢を崩さず、モロッコとの交渉に応じなかった。そこで、モロッコがこの問題をICJに提起しようとしたところ、国際連合総会は、勧告的意見を要請して次の事項の諮問を行った⁹⁰。

1) 西サハラは、スペインによって植民地にされた時、無主地であったか。

この最初の質問に対する回答が否定的である場合に、

2) 西サハラとモロッコ王国および一体としてのモーリタニア (*l'ensemble mauritanien*) との間の法的結びつき (*legal tie*) はいかなるものであったか。

（2）ICJ意見（1975年10月16日）勧告的意見の主文は、次の通りである。

1) 西サハラは、スペインによって植民地にされた時、無主地ではなかった。

2) 西サハラとモロッコ、西サハラと一体としてのモーリタニアとの間に、162段落目で述べたような一定の法的結びつきが存在した⁹¹。

ICJは、1) スペインによる西サハラに対する主権の取得が無主地の占有によるものかどうかという点について、無主地概念を「人が居住しない土地」と厳格に解釈した。その結果、スペイン植民地時代に西サハラは無主地ではなかったと判断した。また、当時、モロッコ国王であるスルタンと西サハラ地域に住むいくつかの遊牧民の部族との間に、「忠誠という法的きずな」が存在していたことを認めた。さらに、モーリタニアと西サハラ地域との間には、土地に関する一定の権利を含む「法的結びつき」を構成する諸権利が存在していたことを認めた。

もっとも、以上の結びつきは、当地域の非植民地化に関する総会決議の実施に影響を及ぼすものではない、との意見をICJは判決理由の中で示した。すなわち、モロッコ及びモーリタニアとサハラ地域との間に「領土主権という法的結びつき」の存在は証明できないので、自決の原則の適用を変更するような性質をもつ「法的結びつき」の存在までは確認できない、

⁹⁰ 国連総会決議3292（1974年12月13日）。付託請求が受領されたのは、1974年12月21日。Western Sahara Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1975, p. 3. 桐山孝信「非植民地化と自決権 西サハラ事件」小寺彰、森川幸一、西村弓編『国際判例百選【第2版】』（有斐閣、2011年）30-31頁。桐山孝信「西サハラ事件」松井芳郎『判例国際法【第2版】』（東信堂、2008年）279-283頁。

⁹¹ Western Sahara Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1975, para. 163.

と述べた⁹²。

（３）文化的要素に関する当事国の主張

モロッコとモーリタニアが共同で提出した書面(Mémoires, Plaidoiries et Documents, Volume 3)には、「文化」という言葉が用いられており、序章で列挙した「芸術」「文学」「伝統」等の文化的要素にも言及している箇所がある。

当書面は、両国の支援と影響によるものとして、西サハラ地域で生活する遊牧民のアラブ・イスラム文化、生活、牧畜、農業、部族民の権利関係、伝統的な文化、芸術、アラビア語文学、学問、文化活動、教育等について説明している⁹³。そして、もし1886年から1912年にかけて、この地をスペインが実質的に占領していたならば、こうした遊牧民の伝統的な文化は破壊されていたに違いない、だが幸いにも実際にはそうならず済んだ、と述べて、自国が同地域の文化等に及ぼした良い影響を強調している⁹⁴。

（４）本案判決が文化的要素に言及している箇所

判決が「文化」という言葉を用いているのは、モーリタニアと西サハラとのつながりについて述べている部分（149段落目）である。文化的要素については、序章で列挙した「結びつき」について以下のように述べている。

まず、諮問事項1)についてICJは言う。国家実行から、社会的政治的組織を持つ部族や人民の居住地域は無主地とはみなされていなかった。むしろ、それらに対する主権は、原始的権原としての無主地の先占によって一方的に取得されるのではなく、地方首長と結ばれる合意によって取得されうるものと一般的には考えられていた⁹⁵、と。

さらに、次の旨、判示した。西サハラには、社会的政治的に部族に組織され、代表権能を持つ首長の権力下に置かれた人民として、遊牧民が居住していたことは明らかである。保護関係の宣言は、スペインが地方部族の首長と結んだ合意に基礎を置くものであり、スペインは無主地に対する主権を取得したとは主張しなかった。よって、諮問事項1)に対して否定的回答を与える、と。

次に、諮問事項2)の「法的結びつき」がモロッコおよび一体としてのモーリタニアと西サハラの間に存在したか、という点について、ICJはいう。「法的結びつき」の意味は、国連総会決議3292を分析すると、西サハラの非植民地化のために国連が取る政策に対して影響を及ぼし得る結びつきを指すと解すべきである、と。その上で、以下のように述べた。

西サハラ地域に居住する人民には、スペインによって植民地化された時、特徴的な生活様式や社会的政治的組織が存在した。当地域の地理的気候の特徴を斟酌せずに、西サハラの法的制度—その近隣地域との法律関係を含む—について妥当な判断を下すことはできない。証拠の評価にあたっては、スペインによる植民地化当時のモロッコの、領域にではなくイスラムという共通の宗教的結びつきに基礎を置くという特別の性格を考

⁹² *Ibid.*, pp. 12, 162.

⁹³ 同書面の「III. Les stnichires culturelles」には、西サハラ地域における教育、芸術文化の普及に貢献した、アラブの優れた文化人たちに関する詳細な記述がある。Cour Internationale de Justice, Mémoires, Plaidoiries et Documents, Sahara Occidental, Volume III, pp. 71-72.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 88, para. 4.

⁹⁵ Western Sahara Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1975, para. 80.

慮しなければならない⁹⁶.

そして、モロッコが提出した証拠に関して I C J は、モロッコの西サハラに対する領域主権としての「法的結びつき」が国際的に承認されていたとする主張を裏付けるのに十分ではない、と判断した。その上で、モロッコのスルタンには宗教的な指導者としての地位があったこと、係争地域で暮らす諸部族のうちのある部族との間に、「忠誠義務という法的結びつき」が存在したことを確認した。さらに、これらの部族に対するスルタンのある程度の権威または影響力の発現があったことを認めた⁹⁷.

モーリタニアについては、スペインの植民地時代、西サハラ地域で暮らす様々な部族と首長領との間に、人種的・言語的・宗教的・文化的かつ経済的な性質の多くのつながりが存在したと述べる⁹⁸。また、西サハラ住民は遊牧していた土地に対して一定の権利を持っており、当該権利は、西サハラ地域と一体としてのモーリタニアとの間の「法的結びつき」を構成していたと判示した。

(5) 少数意見が文化的要素に言及している箇所

ジラード判事とルダ判事の意見には、「文化」という言葉は使われていないものの、「結びつき」という文化的要素に言及している部分がある。

1) ジラード判事の個別意見

ジラード判事 (Hardy Cross Dillard) は、その個別意見の中で、「領土の運命を決定するのは国民であって、領土が国民の運命を決めるのではない」⁹⁹と主張する。そして、このような観点からすると、西サハラとの「法的結びつき」とみなされる、植民地時代のモロッコのスルタンと、西サハラ地域のいくつかの部族との忠誠義務の「法的結びつき」の存在は、非植民地化手続きにいくらか影響を及ぼし得るが、人々の最終的な選択にあまり影響を及ぼさない、と述べた¹⁰⁰。

2) ルダ判事の反対意見

ルダ (Ruda) 判事は言う。領土的なものであれ、または個人的な性質であれ、忠誠と権威の散発的な表れは、たとえ立証されたとしても、法的関係の存在を宣言するのに十分ではない。私は、スルタンの宗教的、道徳的、政治的影響を認識しているが、こうした影響がどのような性質の法的結びつきを生み出したのか、依然として確信が持てない¹⁰¹。

本勧告的意見は、西サハラ地域の特殊性を強調し、モロッコと一部の部族との間に「忠誠の法的きずな」を、モーリタニアには「土地に関する一定の権利」を認めた。他方、両国に対して、「領土主権の結びつき」に関する証拠の存在は認めなかった。

⁹⁶ *Ibid.*, para. 95.

⁹⁷ *Ibid.*, paras. 103-129.

⁹⁸ *Ibid.*, paras. 141-149.

⁹⁹ “ It is for the people to determine the destiny of the territory and not the territory the destiny of the people. ” Separate Opinion of Judge Dillard, *Ibid.*, p. 122. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276(1970), p. 122.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ I. C. J. Reports 1975, p. 176.

本件は、特殊な地域での「領土主権の結びつき」という言葉の具体的な意味内容を明確にしていなかったため、その後の武力を伴う国際紛争を誘発したとの批判がある¹⁰²。もっとも、今から 40 年ほど前の I C J が、当事国の主張に含まれる文化的要素を、「法的結びつき」の有無について検討する際、法的議論の俎上にのせて正面から論じた点は画期的であった。

2. グリーンランドとヤン・マイエンの間の区域における海域境界画定に関する事件 (1993 年：デンマーク対ノルウェー)¹⁰³

(1) 事件の概要

1988 年 8 月 16 日、デンマークは、自国領グリーンランドとノルウェー領ヤン・マイエン (Jan Mayen) 島¹⁰⁴の間の海域の境界画定に関する紛争について、ノルウェーを相手として一方的提訴を行った。その際、裁判所の管轄権の基礎を、I C J 規程第 36 条 2 項に基づく両国の強制管轄権受諾宣言に求めた¹⁰⁵。

原告デンマークの請求内容は、①グリーンランドが、ヤン・マイエン島と向かい合う 200 カイリ漁業水域および大陸棚区域に対する権利を有すると判決し、宣言すること、②両国間の水域におけるグリーンランドの漁業水域および大陸棚の境界を画定する単一の線を、グリーンランドの基線から 200 カイリの距離に引くこと¹⁰⁶、である。

これに対しノルウェーは、デンマークとの間の中間線が境界線であると主張した¹⁰⁷。この主張の根拠となったのは、両国が 1965 年に締結した大陸棚境界画定に関する協定である。同協定第 1 条は、中間線が、ノルウェーとデンマークが各々主権的権利を行使する大陸棚部分間の境界になる旨、規定していた。この中間線原則に両国は拘束されている、とノルウェー側は主張した。

(2) 判旨 (本案判決：1993 年 6 月 14 日)

I C J は、中間線 (ノルウェーが主張) も、東部グリーンランドから計算された 200 海里線 (デンマークが主張) も、向かい合う海岸における大陸棚または漁業水域の境界として選択されるべきではない、とした。それは、グリーンランドとヤン・マイエン島の海岸の長さが不均衡 (前者が約 504 km、後者が約 55 km)¹⁰⁸で、海洋資源への衡平な接近をデンマークに保障しておらず、公平ではないので中間線を適用すべきではない、と考えたからである。同様に、200 海里線も、その効果として不均衡なので衡平とはいえない、と判断した。

次に I C J は、両国の領海基線の間の中間線を暫定的に引き、「特別の事情 (special circumstances)」(大陸棚条約第 6 条) が他の境界線を必要とするか、という点について検討した¹⁰⁹。その結果、グリーンランドの海岸の関連する部分の長さは、ヤン・マイエンのそ

¹⁰² 桐山孝信「西サハラ事件」松井芳郎『判例国際法【第 2 版】』(東信堂、2008 年) 283 頁。

¹⁰³ I. C. J. Reports 1993, pp. 38-314, paras. 79-80.

¹⁰⁴ ヤン・マイエン島には定住している住民はおらず、气象台や通信施設などに勤務する約 25 名のスタッフのみが一時的に居住しているだけである。ノルウェー人は、捕鯨、アザラシ漁、シシャモ等の漁業活動を、ノルウェー本土に基地を持つ船舶によって行った。I. C. J. Reports 1993, p. 46. 松井芳郎『判例国際法【第 2 版】』(東信堂、2008 年) 189 頁。

¹⁰⁵ I. C. J. Reports 1993, p. 41.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 42.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 43.

¹⁰⁸ *Ibid.*, para. 61.

¹⁰⁹ これは、両国間に合意がない場合、「特別の事情によって他の境界線が正当であると認められない限り、境界線は中間線である」と規定する 1958 年の大陸棚条約第 6 条の「等距離・特別事情規則」にも合致する

れと比較して9倍以上となり、両海岸の長さが不均衡であることから、等距離方式をそのまま適用すれば不公平な結果を招来することが明らかになった。よって、これは中間線を修正し、他の境界線を必要とするような「特別の事情」に該当すると判断した¹¹⁰。さらに、漁業資源への衡平なアクセスについても、中間線を採用すれば漁業資源（主にシシャモ）の集中する区域の大半がノルウェーに帰属することになり、漁業に依存するグリーンランドに悪影響を及ぼすため、「特別な事情」として認めた。

以上より I C J は、中間線をヤン・マイエンの方へ移動させるべきであると判断し、境界画定線は、各当事国によって提案された線との重複する請求区域内に引かれなければならない、と判示した¹¹¹（14 対 1）。

（3）文化的要素に関する当事国の主張

紛争当事者のうちデンマークは、「文化」という言葉を、申述書（313 段落目）で使っている。文化的要素に関しては、序章で列挙した「愛着」について以下のように主張した。

グリーンランドの人々の「区域への愛着」は、大陸棚境界画定の際の非地理的要因になる。グリーンランドの人々は、およそ 4500 年の間、その土地と周辺の海に対して強い愛着の念を抱いている、とデンマーク側申述書は説明する。同申述書は、こうした愛着の念は、グリーンランドの人々に特有のものではなく、世界中の人々が自分たちの育った環境に愛着の念を持っているという点に理解を示している。その上で、本件の特殊性を、「慣習法の形成と同様、この要因—文化的要因（the cultural factor）と名付け得る—は主要な影響を与える主観的要素を表す」¹¹²と強調した。そして、グリーンランドの住民にとっては、グリーンランド東部の海岸からわずか 200 マイル以内の海洋地域が、なぜ、1500 km 以上離れた場所で暮らす高度産業国家のノルウェーに帰属するか理解するのは、たとえ不可能ではないとしても、困難である、と強調した。

（4）本案判決が文化的要素に言及している箇所

判決は、「文化」という言葉を「文化的要因」「文化遺産」という表現の中で用いている。同様に、文化的要素の一つである「愛着」についても言及している。I C J は、デンマーク側の主張する、グリーンランドとヤン・マイエンとの人口および社会経済的要因の違い¹¹³、グリーンランドの人々が区域に対して持っている愛着という「文化的要因」については、本件で実施される境界画定において中間線を修正する「特別な事情」として考慮すべき要因とは

との判断に基づく。大陸棚条約第 6 条の「特別の事情」とは、等距離原則を無条件に適用することによって生じる結果を修正しうる事情を意味する。Ibid., p. 61, para. 55.

¹¹⁰ 判決は、大陸棚条約第 6 条の「特別の事情」と、判例や海洋法会議等を通じて発展してきた慣習法上の「関連事情」という概念は、いずれも境界画定において衡平な結果の達成を目指すという点で共通していると指摘している。向かい合う海岸における境界画定の場合、「等距離＝特別事情原則」と衡平＝関連事情原則」がほぼ同じ結果を導くとしても不思議はない、と判断した。すなわち、漁業水域に関する慣習法上の「衡平・関連事情規則」が中間線を、衡平な結果を確保するために調整または移動させることのできる暫定的な線であるとみなしている点で共通しているとした。I. C. J. Reports 1993, pp. 59-63.

¹¹¹ その後、本件は、調停によって解決された。調停委員会は、大陸棚資源の共同開発協定の締結を勧告した。I. C. J. Reports 1993, p. 75.

¹¹² Ibid., para. 313.

¹¹³ グリーンランドの総人口約 5 万 5000 人のうち約 6 パーセントが東部グリーンランドに住んでいる。漁業産業は、グリーンランドの労働力の約 4 分の一を雇用しており、総輸出収入の 80 パーセントを占める。富岡仁「調停と国際司法裁判の対比 ヤン・マイエン海洋境界画定事件」小寺彰、森川幸一、西村弓編『国際法判例百選【第 2 版】』（有斐閣、2011 年）172 頁。

ならない、と判断した¹¹⁴。

I C J は、次の旨、述べる。デンマークは、「地理的、人口、ヤン・マイエンとグリーンランドのそれぞれの領域の憲法上の地位、文化遺産、つり合い、当事国の行為、その地域の他の境界画定」について幅広く言及した。そして、グリーンランド住民は、彼らの土地と周辺の海に愛着を持っているが故に、自分たちの海岸から 200 マイル以内の海域が、遠隔の高度に産業の発展した国の人々の利益を尊重して縮減されることを理解するのは困難である、と主張する。だが、こうした「文化的要因」が、別の結論を指し示すものと認めることはできない¹¹⁵。

以上の理由について裁判所は、海洋区域の帰属問題は、当該領域の海岸線のみに基づいて法的に決定されるべきであるから、と説明した¹¹⁶。

(5) 少数意見が文化的要素に言及している箇所

本判決には、5 つの個別意見と 1 つの反対意見が付された。そのいずれにも「文化」という言葉は用いられていない。また、文化的要素に言及している箇所も見当たらない。

本件では、デンマーク側が主張した文化的要素、すなわち「グリーンランドの人々が区域に対して持っている愛着」という「文化的要因」は、中間線を修正する「特別な事情」にはならないと判断された。その理由について I C J は、海洋区域の帰属問題は当該領域の海岸線のみに基づいて法的に決定されるべきである、と説明する。

なお、唯一の反対意見を述べたデンマークの特任裁判官フィッシャー (Fischer) は、その反対意見において、海域境界画定の衡平性を評価する際、重視されるべき要因として、「地理的・社会経済的要因」を挙げているが、さらに「文化的要因」も含むと捉えていたかどうかについては明らかではない¹¹⁷。

第 2 款 少数意見が「文化」という言葉を使っている事例

1. 集団殺害罪の防止および処罰に関する条約の適用に関する事件 (2007 年 : ボスニア・ヘルツェゴビナ対セルビア・モンテネグロ)

(1) 事件の概要

1989 年の冷戦崩壊を受け、1990 年以降、旧ユーゴスラビア連邦において民主主義が台頭した。ボスニア・ヘルツェゴビナでは、1992 年にムスリム系住民とクロアチア系住民が独

¹¹⁴ I. C. J. Reports 1993, paras. 73-74, 79-81.

¹¹⁵ *Ibid.*, pp. 73-74, paras. 79-80.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 74, para. 80.

¹¹⁷ フィッシャー判事は、両国の関連する海岸線の長さの違いという地理的要因だけでなく、社会経済的要因も衡平な海域境界画定を実現するうえで考慮されるべきであると述べた。特に、グリーンランドのような地域に関する限り、漁業への大きな依存が国際法上関連する要因であるということが一般に承認されている、とする。したがって、個々の要因を個別に検討するだけでなく、こうした要因を集合的に評価し価値づけることに何ら問題はない、と同判事は主張する。そして、判決が、中間線を修正する特別な事情として、地理的・社会経済的要因を取り入れなかった点について、「これらの要因はすべて長期間にわたって存在し、近い将来に変化が起これるそうもないので、私は、そのような要因を特別な事情として取り上げなかった判決に同意しない」と述べた。小田滋「新時代を迎えた国際司法裁判所」『ジュリスト』952 号 (1990 年) 141 頁。I. C. J. Reports 1993, Maritime Delimitation, Dissenting opinion of Judge Fischer, p. 307, para. 8, p. 310-311, para. 14-15.

立を宣言した。他方、セルビア人は、ボスニア・ヘルツェゴビナ内にセルビア人共和国を樹立した。これを契機として、1992年4月、セルビアとボスニアの間で内戦が勃発した。

1993年3月20日、ボスニア・ヘルツェゴビナは、「集団殺害罪の防止および処罰に関する条約」(Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide、以下、ジェノサイド条約と記す)¹¹⁸第9条に反して集団殺害を行ったこと等について、セルビア・モンテネグロを相手として一方的に提訴した。ボスニア・ヘルツェゴビナは、請求の趣旨において、セルビアが違法行為を中止し、国家責任と賠償責任を負う旨を宣言する判決を求めた。

1995年7月、国連安全地帯のスレブレニツァがボスニア内セルビア系民兵によって占領され、ムスリム系ボスニア人男性約7,000人が殺害された。

2006年4月24日、ボスニア・ヘルツェゴビナは、最終的な主請求において、セルビア・モンテネグロが国家機関または支配下の団体を通じ、ボスニア・ヘルツェゴビナ領域内外の非セルビア系の民族的または宗教的な集団の一部、特にムスリム系住民を「意図的に破壊」することによって、ジェノサイド条約上の義務に違反したことを認定するよう、ICJに求めた¹¹⁹。

(2) 判旨(本案判決：2007年2月26日)

ICJは、スレブレニツァにおけるムスリム系ボスニア人男性に対する殺害行為が、ムスリム系住民の破壊を意図した集団殺害であったとする。セルビアが、「ジェノサイド条約は集団殺害を行う個人を訴追・処罰するよう求めるものであり、国家の集団殺害の責任を問うものではない」と主張したのに対し、ICJは同条約第1条の趣旨から、「国際法上の犯罪であることを確認し、防止し、処罰する」義務には国家による集団殺害も含まれ、個人の処罰や引き渡しの条項は国家の責任を否定するものではない、と述べた。ICJは、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所(以下、ICTYと記す)の判例を引用しつつ、ジェノサイドは特定の集団の全部または一部を破壊するという特別な意図を持って行われる行為であり、限定された地域での集団の全部または一部破壊も含まれる、と定義した。その上で、セルビアが国家として指示や指揮はしていなかったとして、セルビアに国家としての責任はないと判示した。

このようにICJは、セルビアがボスニアで集団殺害を行ったことは否定した。他方、集団殺害を行った者を処罰する義務については、スレブレニツァはセルビア領域内ではないのでセルビア自ら処罰しなければならない義務はないが、集団殺害を防止しなかった点に責任があると判断した。そして、ICTYが国連によって設置された以上、その管轄権を受諾したセルビアには、ジェノサイド条約第6条により、ICTYに協力する義務が生じるとして、起訴されている者をICTYに引き渡すよう求めた¹²⁰。

¹¹⁸ 1948年12月の国連総会にて採択。1951年1月12日発効。前文と19条により構成される。同条約は第1条で集団殺害行為を犯罪とし、これを防止処罰することを約束する。第2条で「集団殺害」を「国民的、民族的、人種または宗教的な集団を(……)破壊する意図をもっておこなわれる行為」と定める。第4条で、それを行った者が国家元首、公務員、私人にかかわらず処罰するとしている。

¹¹⁹ 青木節子「帰属(2) ジェノサイド条約適用事件」、大河内美香「既判力 ジェノサイド条約適用事件」小寺彰、森川幸一、西村弓編『国際判例百選【第2版】』(有斐閣、2011年)128-129、206-207頁。

¹²⁰ ICJは民事裁判所であり刑事裁判権がないため、個人の犯罪を裁くことはできない。刑事裁判は、国連が設置した旧ユーゴスラビアに関する国際刑事裁判所(ICTY)などの特別刑事裁判所や、国際刑事裁判所(The International Criminal Court:ICC)が管轄となっている。

（３）文化的要素に関する当事国の主張

当事者のうち、ボスニア・ヘルツェゴビナ側は、「文化」という言葉を、次の主張の中で用いている。同様に、「文化的遺産」「歴史的」「民族」という文化的要素にも言及している。

ボスニア系セルビア軍は、「歴史的宗教的文化的遺産に対する破壊を通じ、保護されている集団の文化の全痕跡を根絶しようと試みた」。すなわち、ボスニア系セルビア軍の行為は、ボスニア系ムスリムの存在の痕跡を消し去ることを意図する「民族浄化政策の本質的部分」であり、こうしたボスニア系ムスリムの生活条件を苦しめる行為は文化的ジェノサイドとしてジェノサイド条約第２条（ｃ）の「当該集団の全部または一部に対し、身体的破壊をもたらすことを意図した生活条件を故意に課すること」に該当する、と¹²¹。

（４）本案判決が文化的要素に言及している部分

I C J は、ボスニア・ヘルツェゴビナ的主張する文化的ジェノサイドの有無、すなわち「セルビア人勢力が歴史的宗教的文化的財産を破壊したことがジェノサイドに該当するか否か」という点について検討した¹²²。その結果、当該行為は集団の破壊ではなく追放政策であり、こうした作戦は、ジェノサイド条約第２条（ｃ）等が列挙する行為に該当しない限りジェノサイドを構成しないと判示する以下の部分で、「文化」という言葉と、「文化的遺産」「歴史的」という文化的要素に言及している。

「歴史的、文化的、宗教的遺産の破壊は、当該集団に対し身体的破壊をもたらすことを意図した生活条件を故意に課すものとみなすことはできない」。よって、それは「ジェノサイド条約第２条に規定されたジェノサイド行為のカテゴリーには該当しない」と¹²³。

（５）少数意見が文化的要素に言及している箇所

次の二人の裁判官は、「文化的ジェノサイド」に言及する中で、「文化」という言葉を使っている。

１）マヒュー判事の反対意見

ボスニア・ヘルツェゴビナに指名された特任裁判官¹²⁴のアーメッド・マヒュー（Ahmed Mahiou）判事は、その反対意見の中で、「伝統的生活様式」という文化的要素に言及している。同判事は、今回の大規模な犯罪行為は、主としてムスリムを標的に行われたと指摘する。そして、「原告ボスニア・ヘルツェゴビナの言う通り、ボスニアにおけるムスリムのアイデンティティは、単に宗教的帰属という事実だけではない。特定の文化、言語、伝統的生活様式を共有する人々の集団に関係するのである」¹²⁵と述べた。

¹²¹ I. C. J. Reports 2007, p. 43. paras. 182, 320, 335.

¹²² その際、1993年国連専門委員会暫定報告書の「地域からの所与の集団の者を除くため実力または威嚇を用いて地域を民族的に単一のものにする」という「民族浄化」の定義を採用した。UN Doc. S/35374(1993), para. 55. なお、このような民族・文化浄化作戦は、旧ユーゴスラヴィア紛争における重要な側面であり、「文化は今や軍事と結びつき、文化が軍事を動かしてさえいる」と河野は指摘する。河野靖『文化遺産の保存と国際協力』（風響社、1995年）240－251頁。

¹²³ 湯山智之「国際司法裁判所・ジェノサイド条約適用事件（ボスニア・ヘルツェゴヴィナ対セルビア・モンテネグロ）（判決 2007年2月26日）（2）」『立命館法学』338号（2011年）408頁。

¹²⁴ I. C. J. Reports 2007, p. 43. para. 344.

¹²⁵ 紛争当事国が国籍裁判官（national judge: 紛争当事国の国籍を有する裁判官）を有しない場合には、当該事件に限って裁判に参加する裁判官をその当事国自ら選定することができる（I C J 規程第31条2項、3項）。

¹²⁵ I. C. J. Reports 2007, Dissenting Opinion of Judge Ad Hoc Mahiou, para. 74.

2) クレカ (Kreca) 判事の個別意見

セルビア人特任裁判官のクレカ判事は、子供の強制移動に関連して次のように述べる中で、「精神的」という文化的要素に言及した。

ジェノサイド条約に「文化的ジェノサイド」を含めるべきであるとの提案は、特に強制的な同化において観察されるように、一つの集団にとって不可欠な特色を精神的に破壊する多くの行為を含むものとして理解されてきたことはかなり重要である。だが、この提案は、26 対 16、棄権 4 で却下された¹²⁶、と。

このようにクレカ判事は、文化的ジェノサイドの重要性は認めつつも、ジェノサイド条約の規定するジェノサイド行為から文化的ジェノサイドが排除されていることを強調した。

「ジェノサイド」という用語は、ポーランド人法学者のラファエル・レムキン (Raphael Lemkin) によって作り出された¹²⁷。レムキンによると、文化的ジェノサイドも「ジェノサイド」の一部を構成するが¹²⁸、I C J は、「文化的ジェノサイド」の存在を認めなかった。

だが、文化遺産を破壊することは、単に物理的な破壊にとどまらず、そこで生まれ育った人々の歴史や伝統に対する自信と誇りを打ち砕く忌々しき行為であると筆者は考える¹²⁹。条約法に関するウィーン条約第 31 条 3 項 (b) によれば、「後に生じた慣行」で条約の解釈について「当事国の合意」を確立するものは文脈とともに考慮される。よって、ジェノサイドの中に文化的ジェノサイドが含まれる余地はあるため、将来、諸国政府が文化的ジェノサイドに対する危機感を共有する日が来ることを望む。

2. 1995 年 9 月 13 日の暫定協定の適用事件 (2011 年 : FYROM 対ギリシア)

(1) 事件の概要

原告 FYROM (マケドニア旧ユーゴスラビア共和国, Former Yugoslav Republic of Macedonia) は、1991 年 11 月に旧ユーゴスラビア連邦からの独立を宣言した。その際、国名を「マケドニア共和国」と憲法で定めた。これに対しギリシアは、「マケドニア」という名称はギリシア固有のものであり、これを国名として使用することは、ギリシア国内 (北部) にある同名の「マケドニア」地方に対する領土的野心を示すものであるとして、禁輸措置などの強硬手段に出た¹³⁰。1992 年にマケドニア共和国は国連へ加盟申請をしたが、ギリシア

¹²⁶ I. C. J. Reports 2007, Separate opinion of Judge ad hoc Kreca, p. 513, para. 85.

¹²⁷ 長有紀枝『スレブレニツァーあるジェノサイドをめぐる考察』(東信堂, 2009 年) 26 頁。

¹²⁸ レムキンは、政治的社会的組織に対する物理的な破壊のみならず、人々の文化、言語、国民感情、宗教の破壊もジェノサイドに含めている。Raphael Lemkin, “Genocide-A Modern Crime,” *Free World* (1945), pp. 39-43. なお、ジェノサイド条約の定義から最終的に「文化的ジェノサイド」が除外された理由として、条約準備委員会の各国代表が、自国における先住民族や植民地住民に対する扱いに関心が集まることを恐れたとの指摘がある。

¹²⁹ この点について、武力紛争による文化遺産に対する被害は、物理的・心理的側面において、しばしば自然災害による被害を大きく超えるものと指摘されている。高橋暁『世界遺産を平和の砦に—武力紛争から文化を守るハーグ条約—』(すずさわ書店, 2010 年) 95 頁。

¹³⁰ 独立に先立つ 1990 年末の自由選挙で第 1 党に選ばれた、マケドニア人の民族政党 VMRO (内部マケドニア革命組織, マケドニア民族統一民主党) の一部がかつてのマケドニアの統一を唱えたため、ギリシアはその動向に神経を尖らせたという経緯がある。柴宜弘『図説 バルカンの歴史』(2006 年, 河出書房新社) 162 頁。VMRO については、木村真『「マケドニアに自治を」—VMRO とイリデン蜂起』柴宜弘編著『バルカンを知るための 66 章【第 2 版】』(2016 年, 明石書店) 58-62 頁。at <https://www.mofa.go.jp/mofaj/area/macedonia/index.html>.

が右理由により反対したため、安保理決議 817 (1993 年)¹³¹に従って国名を暫定的に「マケドニア旧ユーゴスラビア共和国 (Former Yugoslav Republic of Macedonia)」に変えて国連に加盟した。1995 年 9 月 13 日、ギリシアと FYROM は迅速な国交正常化をめざす暫定協定を結んだが、その後も国名問題をめぐる両国の不和は続いた。

FYROM の主要な外交目標は、EU と NATO への加盟である。2004 年 3 月に FYROM は EU への正式加盟申請を行った。2008 年 4 月 2-3 日、北大西洋条約機構 (以下、NATO と記す) 首脳会議で FYROM の NATO 加盟資格が検討された際、ギリシアが拒否権を行使した¹³²。その理由として、ギリシアは、名称をめぐる意見の相違を解決することが、マケドニアの NATO 加盟を受け入れる「決定的な基準」であることを明らかにした。そのため、NATO からの FYROM に対する加盟招請は、この二国間問題が解決するまで見送られることになった¹³³。

そこで FYROM は、2008 年 11 月 17 日、ギリシアが FYROM の NATO 加盟に異議を唱えた行為は、両国が 1995 年に締結した暫定協定第 11 条 1 項違反であるとして、同協定の裁判条項である第 21 条に基づく一方的提訴により、I C J に付託した。第 11 条 1 項は、「国際機関加盟に反対しない義務」を規定する¹³⁴。

これに対しギリシア側は、FYROM は同協定第 7 条に違反したと反論した。第 7 条の 3 項は、「もし、一方当事国が、歴史的文化的国家遺産の一部を形成する一つ、またはそれ以上のシンボルが他方当事国によって使用されていると考える場合には、他方当事国は適切な集団的行動 (corrective action) をとるか、あるいは、なぜそうする必要がないと考えたかを明らかにしなければならない」¹³⁵と規定する。同条項の規定するシンボル使用には、ギリシアが抗議したにもかかわらず、FYROM がギリシアの歴史的文化的遺産を不適切に使用し続ける場合にも適用される、とギリシアは主張した。

(2) 判旨 (本案判決 : 2011 年 11 月 5 日)

ギリシア側が、FYROM のさまざまな行為 (マケドニア王国の英雄を題材にした切手の発行、

¹³¹ Resolution 817(1993), Adopted by the Security Council at its 3196th meeting, on 7 April 1993, “Noting however that a difference has arisen over the name of the State, which needs to be resolved in the interest of the maintenance of peaceful and good-neighbourly relations in the regions, at [https://undocs.org/S/RES/817\(1993\)](https://undocs.org/S/RES/817(1993))”

¹³² 北大西洋条約第 10 条は、新たな締約国の加入については、「全員一致の合意により招請することができる」と定めている。

¹³³ I. C. J. Reports 2009, p. 213.

¹³⁴ The Interim Accord of 13 September 1995, Article 11, paragraph 1: “Upon entry into force of this Interim Accord, the Party of the First Part(筆者注:ギリシア) agrees not to object to the application by or the membership of the Party of the Second Part(筆者注:マケドニア) in international, multilateral and regional organizations and institutions of which the Party of the First Part is a member; however, the Party of the First Part reserves the right to object to any membership referred to above if and to the extent the Party of the Second Part is to be referred to in such organization or institution differently than in paragraph 2 of United Nations Security Council resolution 817 (1993).” Case concerning the application of article 11, paragraph 1, of the interim accord of 13 September 1995 (The former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece), Memorial, volume 1, P. 77, para. 4. 14.

¹³⁵ The Interim Accord of 13 September 1995, Article 7, paragraph 3: “If either Party believes one or more symbols constituting part of its historic or cultural patrimony is being used by the other Party, it shall bring such alleged use to the attention of the other Party, and the other Party shall take appropriate corrective action or indicate why it does not consider it necessary to do so.” I. C. J. Report 2011, para. 154.

彫刻の建立、空港名の改称等)が暫定協定第7条違反であると主張したのに対し、ICJは、同協定第7条3項は特定のシンボルの使用の禁止を含まないので、例えば、飛行場の名前をアレクサンダー大王に改称したこと自体は同項の違反を構成しない、と述べている¹³⁶。

そして、この問題についてギリシアがFYROMと話し合った証拠がない点に留意した。こうした状況の中、飛行場の改称問題に関するギリシア側の懸念に気づいたFYROMの外務大臣が、ギリシアの新聞に対するインタビュー(2007年1月)で空港改称の理論的根拠を説明していることから、裁判所は、FYROMによる暫定協定第7条3項違反を認定しなかった¹³⁷。

また、暫定協定の当事国には、意見の相違を解決するために誠実に交渉する義務があるにもかかわらず、被告ギリシアが原告FYROMのNATO加盟に反対したことは、暫定合意第11条第1項に基づく義務に違反する、と結論付けた(15対1)¹³⁸。

(3) 文化的要素に関する当事国の主張

両当事国の以下の主張の中には、「文化」という言葉が使われており、序章で列挙した「シンボル」「歴史」等の文化的要素への言及もなされている。

1) ギリシア側の答弁書

ギリシアは、原告FYROMが暫定協定7条1項¹³⁹に違反したと主張した。同条項は、「各当事国は政府管理組織による敵対行為または組織的な宣伝活動を禁止する有効な措置を直ちに取るものとする」と規定する。具体的には、FYROMの学校の歴史教科書の内容について有効な措置を取らなかったことが、被告国ギリシアに対する敵対的な行為や宣伝活動を禁ずる措置を取らなかったことを示すと主張した。なお、そのFYROMの教科書には、歴史に残る「大マケドニア」と、歴史上の人物がFYROM国民の祖先として生き生きと描写されている。

また、ギリシアは、飛行場の名前を「アレクサンダー大王」¹⁴⁰に改称したことをはじめとするFYROMのとったアレクサンダー大王にまつわる様々な行動¹⁴¹は暫定協定第7条3項違反であると主張した。ギリシア側答弁書第4章5節は、暫定協定第7条3項の規定する手続きは、歴史的文化的シンボルの乱用に関する主張に制限されているものである点に留意すべきである、と述べている¹⁴²。

¹³⁶ *Ibid.*, p. 690, paras. 155-156.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 690, paras. 158-159.

¹³⁸ *Ibid.*, paras. 169-170.

¹³⁹ The Interim Accord of 13 September 1995, Article 7, paragraph 1: “Each Party shall promptly take effective measures to prohibit hostile activities or propaganda by State-controlled agencies and to discourage acts by private entities likely to incite violence, hatred or hostility against each other.” *Ibid.*, para. 173.

¹⁴⁰ アレクサンドロス3世(Alexandros III)。紀元前336-323年。フィリッポス2世の子。前343-340年にアリストテレスに教育される。父フィリッポス2世が暗殺された紀元前336年に王位を継ぐ。紀元前334年、マケドニア・ギリシア連合軍を率いてペルシア遠征の途につき、前331年にガウガメラの決戦でペルシア帝国のダリウス3世を撃破した。ギリシアとオリエントを含む帝国を統一支配し、これら両地域の文化・民族の融合をはかってヘレニズム時代を開いたが、前323年6月、バビロンで熱病のため早逝した。三省堂編修所編『コンサイス外国人名事典【改訂版】』(三省堂、1991年)49-50頁。

¹⁴¹ 例えば、郵便局がアレクサンダー大王と父王フィリッポス2世の切手を発行したり、複数の都市にこの二人の王の彫刻を建立したりした。また、首都スコピエにアレクサンダー大王の騎馬像を建立するため国際競技会を組織した。Case concerning the application of article 11, paragraph 1, of the interim accord of 13 September 1995 (The former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece), Counter-Memorial, volume 1, pp. 58-59, paras. 4. 61.

¹⁴² Case concerning the application of article 11(1) of the interim accord of 13 September 1995 (The Former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece), Counter-Memorial (19 January 2010),

さらにギリシアは、FYROM 当局が以下のように私的団体によるプロパガンダを強力にサポートしてきたと訴える。例えば、「マケドニア・エーゲ海地域出身マケドニア人協会」に対して FYROM 政府の公的機関が資金・活動援助を行っている。この協会のアレクサンドル・ポポブスキ (Alesandar Popovski) 会長は、協会の会合で「民族的ジェノサイドがマケドニア人に対して存在する。ギリシアは、マケドニアの文化と歴史的遺産を破壊し続けている。(… …) ギリシアのように民族的、宗教的、文化的、言語的な差別を実行する法律のある国は、オリンピックを組織することなどできない」と発言した、と¹⁴³。

また、FYROM の外務大臣ミロソスキ (Milososki) がギリシアに居住するマケドニア語を話す少数者は「母国語を使うことも文化的アイデンティティを発展させることも許されない」と 2009 年 2 月 4 日のドイツの新聞 (“Tageszeitung”) で発言した、とギリシアは非難した¹⁴⁴。

2) FYROM 側の申述書

原告 FYROM は、その申述書の中で、マケドニアの国名問題に関する意見の相違にもかかわらず、暫定協定の前文に、迅速な国交正常化と将来における協力が謳われていることを強調した。また、同協定前文には「既存の国境」を確認するとある。このような内容を持つ協定に FYROM が合意した事実は、FYROM がギリシアに領土的野心を持っていないことを断言しており、ギリシアの歴史的文化的シンボルに関する懸念に対処する手段をとることを明言するものである、と主張する¹⁴⁵。さらに、FYROM 大統領キロ・グリコロフ (Kiro Gligorov) の選挙演説 (1994 年) の次の一節を引用した。「我々は、我々のナショナル・アイデンティティと国家・国民の尊厳を脅かさないような両国関係へ向けた、あらゆる重要議題について話し合う準備ができています」¹⁴⁶。

(4) 判決が文化的要素に言及している箇所

判決は、暫定協定第 7 条 3 項について検討する部分 (689-690 頁) で「文化」という言葉を用いており、「歴史的」「文化的遺産」「シンボル」等の文化的要素にも以下の旨、言及している。

暫定協定第 7 条 3 項は、「もし、一方当事国が、歴史的文化的国家遺産の一部を形成する一つまたはそれ以上のシンボルが他方当事国によって使用されていると考える場合には、他方当事国は適切な集団的行動をとるか、あるいは、なぜそうする必要がないと考えたかを明らかにしなければならない」と規定する。この条項は、一当事国が、他方当事国が自国の歴史的あるいは文化的なシンボルが使用していると信じる状況における手続きについて規定しているのであって、原告 FYROM が特定のシンボルを使用することを禁止していない。よって、FYROM が空港名を「アレクサンダー大王」に改称したことが、同条項違反を構成するわけではない¹⁴⁷。

p. 25, para. 3. 22.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 48, para. 4. 39.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 177, para. 8. 27, p. 186, para. 8. 45.

¹⁴⁵ Case concerning the application of article 11, paragraph 1, of the interim accord of 13 September 1995 (The former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece), Memorial, Volume 1, pp. 76-77, para. 4. 13.

¹⁴⁶ Case concerning the application of article 11, paragraph 1, of the interim accord of 13 September 1995 (The former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece), p. 36, para. 2. 28.

¹⁴⁷ I. C. J. Report 2011, paras. 154-157.

(5) 文化的要素に言及している少数意見

本案判決には、2つの宣言 (Bennouna, Vukas) と2つの反対意見 (Xue, Roucounas), 1つの個別意見 (Simma) が付されている。この中で、ギリシア人特任裁判官ロクナス (Roucounas) 教授の反対意見において、「文化」という言葉が、両国の「文化的」関係、ギリシアの「文化的」遺産などの表現で使われている。また、同判事の意見には、下記の通り、「遺産」「歴史」等の文化的要素への言及もなされている。

ロクナス判事は、次の旨、述べる。FYROM の政府当局や非政府組織は、マケドニア共和国が1991年に独立するや否や、国名を「マケドニア共和国」と定める憲法、「ヴェルギナの星」のデザインの国旗など、ギリシアに敵対する風潮の引き金となるような一連の行動と発言をおこなった。これは、ギリシアの歴史的文化的遺産を目的とするものであり、ギリシアにとって受け入れがたいことであった¹⁴⁸。また、FYROM の独立後に表面化したマケドニア共和国の名称に関する問題が、ギリシアとの政治的、法的、文化的関係を曇らせてきた。それ以来ギリシアは、ギリシア内の北部地方であるマケドニアと区別しうる国名を採用するよう、FYROM に対し繰り返し要請してきた¹⁴⁹。また、1991年、1993年、1995年にギリシアが「歴史の略奪」と抗議したため、FYROM 政府は国旗「ヴェルギナの星」のデザインを変更した¹⁵⁰。さらに、ロクナス判事は、「国家というものは、他の国と自らを区別することによって、そのアイデンティティを守っている」と主張する¹⁵¹。そして、「名称の問題は、二国間関係に重大な政治的文化的影響を及ぼす障害である」と指摘した¹⁵²。

本件は、紛争当事者、判決、少数意見のいずれにも「文化」という言葉が使われていることからわかるように、歴史的文化的な背景の濃厚な事件である。アレクサンダー大王とその父フィリッポスⅡ世を輩出した古代マケドニア王国の主要都市が現在のギリシア国内にあるため、「マケドニア」という名称だけでなくマケドニア王国の英雄たちも自国の文化遺産である、との意識が多く、ギリシア国民にあるという。

判決は、暫定協定第7条に FYROM が違反したかどうかを判断することに注力しており、そもそも「マケドニアという名称や古代マケドニア王国の英雄たちは、ギリシア固有の文化遺産といえるか」という論点に関する検討は行っていない。

3. プレア・ビヒア寺院事件判決の解釈請求事件(2013年：カンボジア対タイ)

(1) 事件の概要

1962年6月15日のプレア・ビヒア寺院事件本案判決は国境線の画定については触れていないため、寺院周辺地域約4.6平方キロ・メートルの領有権が未確定であった。2008年7

¹⁴⁸ *Ibid.*, Dissenting opinion of Judge ad hoc Roucounas, paras. 4, 60.

¹⁴⁹ *Ibid.*, para. 7.

¹⁵⁰ ヴェルギナは、ペラに遷都するまでの間、古代マケドニアの首都であった。1913年以来、現在までギリシア領内(北部)にある。「ヴェルギナの星」とは、古代ビザンツ帝国のマケドニア朝で用いられていた、太陽の周りに16本の放射線状の光を配するデザインである。これを FYROM が自国の国旗にしようとしたのに対し、ギリシアは、古代マケドニアはギリシアに属し、ヴェルギナもギリシアの地名であるとして抗議した。そのため、FYROM 政府は、国旗のデザインの中の、太陽の放射線の部分を16本から8本のストライプへと変更した。柴宜弘『図説 バルカンの歴史』(2006年、河出書房新社)162-163頁。

¹⁵¹ *Ibid.*, paras. 52, 60.

¹⁵² *Ibid.*, para. 23.

月に同寺院がカンボジアの世界遺産として単独登録されると¹⁵³、タイ・カンボジア両国軍は寺院周辺や国境地帯で断続的な軍事衝突を繰り返し、双方に数十名の死者が発生する事態となった¹⁵⁴。そこでカンボジアは、2011年4月28日、プレア・ビヒア寺院事件判決（1962年）の意義と範囲に争いがあるとして解釈請求¹⁵⁵をおこない（ICJ規程第60条、ICJ規則第98条）、タイが応訴した。

裁判所は、判決に先立つ2011年7月18日、ICJ規程第41条に基づき、仮保全措置として暫定的な非武装地帯を寺院周辺に設け、両国に部隊を撤退するよう指示した¹⁵⁶。

（2）判旨（本案判決：2013年11月11日）

ICJは、全員一致で、判決の主文において次の旨、決定した¹⁵⁷。

1）1962年判決に関するカンボジアの解釈請求については、ICJ規程第60条の下、当裁判所に管轄権があり、本解釈請求は受理可能である。

2）1962年判決は、本判決第98段落目で定義されたプレア・ビヒア断崖の全領域においてカンボジアが主権を有する。その結果として、タイは駐留軍、警察隊、監視員を当地域から撤退させる義務を負う。

以上のように、ICJは、寺院のみならず、係争地のうち寺院近隣の一部地域をカンボジア領と認め、タイ軍の撤退を命じた。

（3）当事者の文化的要素に関する主張

1）書面手続き

両国が提出した書面には、多数の「文化的な」(cultural)という言葉が使われている¹⁵⁸。特に、カンボジア側の提出した訴状には、「文化的な」という表現が14箇所ある。序章で列

¹⁵³ 世界遺産とは、顕著な普遍的価値 (Outstanding Universal Value) を有するものとして「世界遺産リスト」に登録された物件 (不動産) を指す。「世界遺産条約を履行するための作業指針」第77項の登録基準のうち、寺院の芸術的価値のみを評価する (i) 「人間の創造的才能を示す傑作」の基準で登録が決定した。他方、未確定の国境線を含む広域の範囲設定が必要な (iii) 「現存するか消滅しているにもかかわらず、ある文化的伝統または文明の存在を伝承することを証する無二のまたは希有なるもの」、(iv) 「歴史上の重要な段階を物語る建築物、建築物または科学技術の集合体あるいは景観を代表する顕著な見本」の適用を先送りした。日本ユネスコ協会連盟編『世界遺産年報2009』（日本ユネスコ協会連盟、2009年）43頁。佐藤禎一『文化と国際法 - 世界遺産条約・無形遺産条約と文化多様性条約』（玉川大学出版部、2008年）136頁。Alphabetical Summary Table and Index of Recommendations by IUCN and ICOMOS to the 31st session of the World Heritage Committee (23 June-2 July 2007), Nominations of properties to the World Heritage List, WHC-07/31. COM/8B, p. 4.

¹⁵⁴ 2008年7月20日にはタイ軍兵士約500人とカンボジア軍兵士1000人以上が寺院周辺に配備される事態となる。2008年10月3日午後、寺院付近の係争地内で銃撃戦が起き、両軍に負傷者が発生。2009年4月3日、両軍は再び激しい銃撃戦を行った。10月15日午後、両軍は係争地域内で再び交戦する。朝日新聞2008年7月11日朝刊14版国際面。初鹿野直美「トレンド・レポート プレア・ヴィヒア寺院周辺のカンボジア・タイ国境紛争」『アジア研ワールド・トレンド』第15巻1号（2009年）29頁。朝日新聞2008年10月4日朝刊14版国際面。朝日新聞2009年4月4日朝刊14版国際面。

¹⁵⁵ ICJの判決は終結であり上訴することは許されないが、当事者が判決の意義または範囲に関して異議がある場合には、いずれかの当事者は裁判所に対して判決の解釈を要請することができる（ICJ規程第60条）。

¹⁵⁶ International Court of Justice, Press Release No. 2011/22(18 July 2011)

¹⁵⁷ I. C. J. Report 2011, p. 36.

¹⁵⁸ Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) Written Observations of the Kingdom of Thailand, 21 November 2011 他参照。

挙げた文化的要素としては、プレア・ビヒア寺院に関連して、「文化遺産」「文化財」「文化的価値」等の表現が用いられている¹⁵⁹。また、本稿第3章第2節第3款で詳述する通り、タイは、1962年判決がダムロン王子の寺院訪問時（1930年）の態度を「儀礼」的な行為と捉えた場合、ここに文化的要素があると認められる。

タイは、1962年判決がダムロン王子の寺院訪問時の態度をタイ政府による「黙認」の重要な証拠とみなしたことを踏まえて¹⁶⁰、解釈請求事件の書面手続で次のように主張した。

「ダムロン王子は、プレア・ビヒア寺院に入るに際して、フランスに許可を求めなかった。この事実は、寺院がフランス領にはなかったことを示している」¹⁶¹。

2) 口頭手続き

公開の法廷での口頭弁論において、カンボジア側補佐人のバンディ (Rodman R. Bundy) 弁護士は、1963年のシアヌーク殿下による寺院訪問と1930年のダムロン王子の訪問とを対比させようと試みたタイ側補佐人ペレ (Alain Pellet) 教授の見解¹⁶²を「不自然である」と批判した。その理由について、バンディは以下のように述べる。「なぜなら、二つの状況の間には世界の相違があるからです。ダムロン王子とは異なり、シアヌーク殿下は寺院訪問の前、寺院を訪れている時、またその後も再三にわたり、タイが寺院周辺に設けた有刺鉄線のフェンスに対して抗議しました。他方、ダムロン王子は、沈黙したままでした」¹⁶³。

(4) 判決が文化的要素に言及している箇所

I C Jは、判決主文の前の部分で、「プレア・ビヒア寺院は、周辺住民にとって宗教的文化的に重要な場所である。両当事国は世界遺産条約第6条¹⁶⁴に従い、世界遺産の保護に関して協力しなければならない。いずれの国も、遺産に損害を与えるような措置を控える義務がある」と明言した。この判決文には、「文化」という言葉が使われ、「文化遺産」という文化的要素に言及している。

(5) 少数意見が文化的要素に言及している箇所

本判決には、小和田、ベヌナ (Bennouna)、ガヤ (Gaja) 判事の共同宣言、カンボジア指名のギョーム (Guillaume) 特任裁判官、タイ指名のコット (Cot) 特任裁判官の各宣言等が付された。その中で、「文化」という言葉を用いており、また、「精神的」「遺産」「霊的」等の文化的要素に言及したのは、カンサード・トリンダージ判事であった。

カンサード・トリンダージ判事は、その個別意見において、「この種の状況では、地域住民（そして彼らの文化的精神的遺産）を除外して、領土を構成するものについて考察するこ

¹⁵⁹ International Court of Justice Application Instituting Proceedings filed in the Registry of the Court on 28 April 2011, Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)

¹⁶⁰ *Ibid.*, Further Written Explanations of the Kingdom of Thailand, 21 June 2012, p. 156-157, paras. 4. 17-4. 19.

¹⁶¹ *Ibid.*, Written Observations of the Kingdom of Thailand, 21 November 2011, P. 223, 5. 36.

¹⁶² Verbatim record, CR 2013/3, Wednesday 17 April 2013 at 10 a. m., p. 57-58, para. 16.

¹⁶³ *Ibid.*, CR 2013/5, p. 14, para. 20.

¹⁶⁴ 世界遺産条約第6条1項は、「締約国は、第1条および第2条に規定する文化遺産および自然遺産が世界の遺産であること、並びにこれらの遺産の保護について協力することが国際社会全体の義務であることを認識する」と規定する。世界遺産条約は1972年11月にユネスコ総会で採択され、1975年12月に発効した。正式名称は「世界の文化遺産および自然遺産の保護に関する条約」。

とはできない」と主張する¹⁶⁵。これは、「諸国を構成するのは人間であり、地域住民は独立国家の最も重要な構成要素である」¹⁶⁶という考えに基づいている。判事は、2011年の武力衝突が両国に多数の負傷者を出し、寺院本体に物理的な損害を与えた事実を踏まえ、係争地域周辺を非武装地帯に指定したI C Jの仮保全措置について、以下のように述べた¹⁶⁷。

この種の事件において、人々の生活と彼らの文化的・精神的・世界遺産（プレア・ビヒア寺院）にも保護を拡大し、霊的損害を避けること—2005年アメリカ人権裁判所のモアワナ共同体対スリナム事件の個別意見で私は霊的損害を概念化しようとした—は認識論的に何ら不適切ではない¹⁶⁸。

本判決は、プレア・ビヒア寺院が世界遺産としての価値を有するだけでなく、周辺住民にとって宗教的・文化的な重要性があることを認めた。そして、世界遺産条約第6条を根拠に、紛争当事国に対して、世界遺産である当該寺院の保護に関して協力し、遺跡に損害を与えるような措置を控える義務がある、と述べている。

このように、本判決は、実定国際法に基づき、文化的考慮が判決で明確に行われた点が特徴的であるといえよう。

第3 小括

序章第1節第2款で述べたように、本稿で言う文化的要素を「考慮する」(consider)とは、当事者の法的主張に含まれる様々な文化的要素に対し、国際裁判所が正面から法的議論の俎上に載せて十分に検討することを指す。よって、文化的要素について検討した結果、その文化的要素を判決に肯定的な形で採用することまでは要しない。つまり、本稿でいう文化的要素を「考慮する」とは、文化的要素を判決に肯定的な形で積極的に取り込む場合だけでなく、文化的要素を十分かつ入念に検討した結果、その要素を判決に取り入れえない判断をした場合も含むものとする。

以上の観点からすると、本章で紹介した10の事例中、文化的考慮が行われたと認められるのは、①航行権および関連する権利に関する紛争事件（2009年）、②プレア・ビヒア寺院事件判決の解釈請求事件（2013年）、③国境紛争事件（2013年）の判決と、④西サハラ事件の勧告的意見（1975年）の4つである。

まず、①航行権事件では、判決、少数意見のいずれにも「文化」という言葉は使われていないが、地域住民の「慣習」という文化的要素が、国際法上の慣習法の理論の解釈・適用の

¹⁶⁵ Separate Opinion of Judge A. A. Cançado Trindade, I. C. J. Reports 2013, para. 31.

¹⁶⁶ *Ibid.*, paras. 31-32.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 330, para. 23, p. 333, para. 32.

¹⁶⁸ カンサード・トリンダー・ジュディス判事が本判決の個別意見において述べている「霊的損害」とは、一般的な精神的損害よりも深刻な損害をいう。この新しい概念は、同判事が米州人権裁判所の裁判官だった当時、モアワナ共同体対スリナム事件の個別意見で提唱したものである。難を逃れ故郷から離れて暮らす村人たちは風習通りに死者を弔うことができないため、死者の祟りに怯え続けている。彼らの長期的な悲嘆と苦痛は看過し得ないものであり、金銭賠償以外の方法で償うべきである、と判事は主張した。この「霊的損害」概念については、本稿第3章第2節第3款にて改めて紹介する。また、モアワナ共同体対スリナム事件については本論文の第2章第2節第2款で取り上げる。Case of the Moiwana Community v. Suriname, Judgment of June 15, 2005, pp. 22-23, para. 68-76. I. C. J. Reports 2013, p. 334, para. 32.

際、積極的に取り入れられている。さらに、それが判決の主文の中で明記されている点で、文化的考慮が特に積極的に行われた事例であると考ええる。

また、②プレア・ビヒア寺院事件判決の解釈請求事件についても、世界遺産条約第6条を根拠として、両当事国に対し文化遺産保護の協力義務等を明言している点で、文化的考慮が積極的に行われた事例であるといえる。

次に、③国境紛争事件については、判決文において、両国の友好関係の促進を奨励しつつ、各当事国がその主権下の領土に権限を行使する際は、関係住民（特に遊牧民・半遊牧民）の必要と、国境により引き起こされる彼らの困難に十分注意を払うべきであるとの「希望」を表明した。「希望」という表現は、法的拘束力のある「義務」等の表現と比べれば、弱いニュアンスがあるかもしれない。しかし、当判決は、ICJが遊牧民独自の生活慣習という希少な文化に対して理解を示すものであり、世界を彩る文化の多様性保護という見地からも望ましい内容であったと考える¹⁶⁹。

以上3つの判決は、比較的最近の事例であるという点で共通する¹⁷⁰。これに対し、④の西サハラ事件については、特殊な地域での「領土主権の結びつき」という言葉の具体的な意味内容を明確にしていなかったため、モロッコが自国と西サハラとの「結びつき」を認められたと受け取り、その後の武力を伴う国際紛争を誘発したとの指摘がなされている¹⁷¹。確かに、「法的結びつき」「忠誠の法的きずな」「領土主権の結びつき」という表現は区別の仕方を理解することが困難であるため、より厳密な定義が必要であった。おそらく同勧告的意見のいう「法的結びつき」とは、「忠誠の法的きずな」を含むより広い概念であり、国際法上意味を持つ「領土主権の結びつき」を内包しているであろう。

とはいえ、今から40年ほど前のICJが、当事国の主張に含まれる文化的要素を、「法的結びつき」の有無について検討する際、法的議論の俎上にのせて考慮した点は画期的であったと筆者は考える。それだけに、その考慮の仕方に課題がある点は残念である。

もっとも、勧告的意見付与後のモロッコの一連の行動は、こうした点が原因となったというよりはむしろ、判決がモロッコの西サハラに対する国際法上の領有権については認めなかったことに対する不満が引き金になったのではないか。この一事をもって国際裁判における文化的考慮そのものが危険であると断定することはできないと思われる。また、本件は、

¹⁶⁹ 当判決については、ポリメノポーロも、文化に配慮したアプローチの強化が認められるとして高く評価している。Polymenopoulou, Eleni, "Cultural Rights in the Case Law of the International Court of Justice", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 27, No. 2(2014), p. 455. なお、国境紛争事件判決は「十分な注意」を払うべき対象を明示していないが、おそらくは、国籍、兵役、所有権等の問題を指していると思われる。また、関係住民のパスポートの提示を不要にする等、越境の際の手続きを両国間で簡便にすること以外に、彼らの子供の学校教育や徴税等の面で不利益を被らないような行政措置を両国が協力して実施することが考えられる。

¹⁷⁰ ポリメノポーロは、「従来、文化的要素に対する考慮の必要性は国際裁判において余り重視されず、ICJの文化に対するアプローチも1990年代まではかなり保守的であった」と指摘する。近年、ICJで文化的側面が重視され始めている理由について、ポリメノポーロは、人権関連のバックグラウンドを持つ多数の裁判官がICJの構成員であるという事実が多少の要因になっていると思われる、と述べている。例えば、女性初のICJ判事であるロザリン・ヒギンズや、前・人権委員会メンバーのドイツ人判事ブルーノ・シマ(Bruno Simma)は人権のバックグラウンドを有している。その他にも、前・米州人権裁判所所長のアントニオ・カンサード・トリンダージ(Antonio Cançado-Trindade)、前ユネスコのソマリア人判事アブドゥルカウィ・アハメド・ユスフ(Abdulqawi Ahmed Yusuf)、スリランカ人判事のウィーラマンत्री(Weeramantry)、武力紛争の際の文化財保護に関する1954年ハーグ条約の改定にかかわってきたインド人判事のシン(Singh)等の名を挙げている。*Ibid.*, p. 463.

¹⁷¹ 桐山孝信「西サハラ事件」松井芳郎『判例国際法【第2版】』（東信堂、2008年）283頁。

法的拘束力のない勧告的意見である点にも留意しなければならない。

なお、西サハラ事件に関する勧告的意見の要請に対しては、当該諮問の内容が純粹に歴史的性質のものであり、諮問要請は学術的目的によるものであるとする疑問が提起された。これに対し I C J は、当該諮問の要請は、国連総会が今日の西サハラを非植民地化するための方策に関してより良い決定を行い得るためになされたものである、と説明している¹⁷²。

以上の事例は、I C J が何らかの文化的考慮を行ったケースと認められる。他方、本章で取り上げた、その他の事例の中で、「グリーンランドとヤン・マイエンの間の区域における海域境界画定に関する事件」については、文化的要素に対する言及はあるものの、それが不十分であったと考える。デンマーク側が主張した「グリーンランドの人々が区域に対して持っている愛着」という「文化的要因」は、中間線を修正する「特別な事情」にはならないと判断されたが、その理由について I C J は、海洋区域の帰属問題は当該領域の海岸線のみに基づいて法的に決定されるべきである、と説明した。だが、なぜそのような考えるべきなのか、という理由までは述べていないからである。このように、同判決は、文化的要素に触れた点では評価できるが、その理由が不十分であると考えられるため、文化的考慮が十分になされた事例とは認められない。この点で、同判決には、本章第 1 節第 2 款で取り上げたプレア・ビヒア寺院事件判決の個別意見においてフィッツモーリス判事が指摘した課題を見出すことができる。プレア・ビヒア寺院事件では、審理過程において文化的要素が両当事国から多数主張されたにもかかわらず、判決で十分に言及されることはなかった。この点については、口頭手続き終了後の I C J の評議は公開されず秘密とされるため¹⁷³、文化的要素が検討された結果として「法的に決定的なものとみなすことはできない」という結論に至った可能性はある。だが、もしそうであるとしても、フィッツモーリス判事が個別意見の中で指摘した通り、裁判所が文化的要素を含む証拠を法的に決定的なものではないと判断した理由を、判決の根拠の部分で説明することが望ましいと筆者は考える。

以上、本章では、I C J に係属した 10 の事件について考察したが、I C J はあくまでも国家間の紛争を解決するための法廷であり、I C J に事件を付託できるのは国家だけである¹⁷⁴。よって、個人が提訴した訴訟を扱うことはできない。

そこで、続く第 2 章では、人権条約違反の訴えを審査する地域的裁判所のうち、欧州人権委員会や欧州人権条約の締約国のみならず個人にも提訴権がある欧州人権裁判所の判例について検討する。さらに、米州人権委員会および米州人権条約の締約国に提訴権のある米州人権裁判所の判例についても検討する¹⁷⁵。

¹⁷² ‘ The questions put to the Court confine the period to be taken into consideration to the time of colonization by Spain. The view has been expressed that in order to be a “legal question” within the meaning of Article 65, paragraph 1, of the Statute, a question must not be of a historical character, but must concern or affect existing rights or obligations. Yet there is nothing in the Charter or Statute to limit either the competence of the General Assembly to request an advisory opinion, or the competence of the Court to give one, to legal questions relating to existing rights or obligations. ’ I.C.J. Reports 1975, paras. 18. 古川照美「国際司法裁判所における司法判断回避の法理」『国際法外交雑誌』第 87 巻 2 号 (1988 年), 17 頁。

¹⁷³ I C J 規程第 54 条 3 項。

¹⁷⁴ I C J 規程第 34 条 1 項。

¹⁷⁵ 欧州人権裁判所には、国家のみならず、個人（団体、法人、NGO を含む）も欧州人権条約違反を主張することが可能である。なお、相手方となりうるのは、欧州人権条約を批准した国であり、非加盟国や個人を提訴することはできない。

第2章 地域的人権裁判所

本章では、欧州人権条約違反の訴えを審査する欧州人権裁判所と、米州人権条約違反の訴えを審査する米州人権裁判所が文化的要素をどのように扱ってきたか、という点について分析する。

具体的には、紛争当事者の主張の中に「文化」という言葉が使われている事例のうち、①判決と決定¹⁷⁶、②少数意見について、「文化」(culture)、「文化的」(cultural)という言葉を使っている場合と、使っていない場合とに分類し、調査した。その上で、序章で定義した文化的要素を含むと考えられる事例を抽出し、第1節では欧州人権裁判所判例について5件、第2節では米州人権裁判所判例について7件、取り上げる。

具体的には、第1節第1款で判決・決定が「文化」という言葉を使っていない事例のうち少数意見が「文化」という言葉を使っている事例、第2款で判決・決定が「文化」という言葉を使っている事例の中で1. 少数意見が「文化」という言葉を使っていない事例と2. 少数意見が「文化」という言葉を使っている事例について分析する。さらに、第2節の米州人権裁判所判例では、第1款で判決が「文化」という言葉を使っていない事例のうち少数意見が「文化」という言葉を使っている事例、第2款で判決が「文化」という言葉を使っている事例のうち少数意見が「文化」という言葉を使っている事例について分析する。以上の小括を第3節で述べる。

なお、本来であれば、地域的人権裁判所の判例として、アフリカ人権裁判所の判例も含めべきであるが、筆者の能力上、この点の検討は、他日を期したい。

第1節 欧州人権裁判所判例

第1款 判決・決定が「文化」という言葉を使っていない事例

本款では、紛争当事者の主張に「文化」という言葉が使われているが、判決・決定には「文化」という言葉が使われていない事例について検討する。具体的には、(1)事件の概要、(2)判決・決定の要旨、(3)文化的要素について当事者はどのような事実を主張したか、(4)それを欧州人権裁判所は採用したか、(5)反対意見や個別意見等の少数意見は文化的要素に言及しているか、最後に以上から言えることをまとめる。

1. 少数意見が「文化」という言葉を使っている事例

(1) バックリー対イギリス事件 (1996年)

1) 事件の概要

申立人のバックリー夫人(Mrs. June Buckley)は、イギリス国民かつジプシーである。1991年に夫と別居し、3人の子供と一緒にキャラバン(移動住宅、トレーラーハウス)で暮らしている¹⁷⁷。彼女は人生をずっとキャラバンで暮らし、1988年に3人目の子供を産む少し前まで移動生活を続けていた。1988年10月、1エーカー(約4000㎡)の土地を入手した実姉と、その夫である義理の兄に招かれた。バックリー夫人は、子供たちが通うのに適した地元の学校があったため、その土地の一部を入手し、3台のキャラバンも移動させた¹⁷⁸。

¹⁷⁶ 申し立ての受理可能性に関する判断。

¹⁷⁷ ECtHR, Buckley v. the United Kingdom, Application No. 20348/92, Judgments of 29 September 1996, p. 7.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 10.

ところが、地区の行政機関に3台のキャラバンの許可申し込みを行ったところ、1990年3月に却下された。その理由は、申請場所はジプシーのキャラバンで飽和状態（saturation point）になっているので、別の場所へ移動する必要があること、彼女の土地の使用方法は地域発展計画の目的に反して景観を損なうものであること等である。

そこでバックリー夫人は、欧州人権裁判所に対して以下の旨の申し立てを行った。自分の所有する土地でジプシーの伝統的生活様式に従って暮らすことを妨害されており、これは欧州人権条約第8条¹⁷⁹（私生活及び家庭生活が尊重される権利）に反している。第8条と、14条¹⁸⁰との関連における8条の下での権利侵害があった事実を宣言し、正当な満足を裁定により与えるように、と。

これに対しイギリスは、申立人の第8条の下での権利侵害はないとの事実を宣言するよう裁判所に求めた¹⁸¹。

2) 判旨（1996年9月29日）

欧州人権裁判所は、行政上の公益を理由とする権利の制限はキャラバンについても行うことができるので、その制約が国家の裁量の範囲内であったか否かという点のみが問題になる、とした。本件では、被告イギリスが申立人に対して代替場所を提供していること等から、当該制約は国家の裁量の範囲を超えるものとは認められない¹⁸²。よって、第8条違反ではない、と判示した（6対3）¹⁸³。

また、申立人は、伝統的なジプシーの生活様式に従おうとしたために有害な取扱いを受けたとは考えられず、異なる取扱いの被害者ではなかったとして、第14条の違反も認めなかった（8対1）¹⁸⁴。

3) 文化的要素に関する当事者の主張

申立人の提出した全71頁の申述書には、「文化」（culture）という言葉が7か所、「文化的な」（cultural）という表現が11か所で使われている。また、序章で列挙した文化的要素のうち、「アイデンティティ」及び「伝統」に言及している。当申述書は、その第1節の冒頭で「本件は、ジプシーの申立人が欧州人権裁判所に判断を求めた最初の重要な事件である」と強調する¹⁸⁵。そして、キャラバンで暮らすことは、原告バックリー夫人にとって、ジプシーとしての文化的かつ個人的なアイデンティティの本質的な側面である、と述べる。彼女は、自らの民族的アイデンティティを誇りに思っている。子供たちと共に引き続きキャラバン

¹⁷⁹ 欧州人権条約第8条（私生活及び家庭生活が尊重される権利）1項 全ての者は、その私生活、家族生活、住居及び通信の尊重を受ける権利を有する。

2項 この権利の行使に対しては、法律に基づき、かつ、国の安全、公共の安全若しくは国の経済的福利のため、無秩序若しくは犯罪の防止のため、健康若しくは道徳の保護のため、又は他の者の権利及び自由の保護のため民主的社会において必要なもの以外のいかなる公の機関による干渉もあってはならない。

¹⁸⁰ 欧州人権条約第14条（差別の禁止）この条約に定める権利および自由の享有は、性、人種、皮膚の色、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民的もしくは社会的出身、国内少数者集団への所属、財産、出生または他の地位等いかなる理由による差別もなしに、保障される。

¹⁸¹ ECtHR, Buckley v. the United Kingdom, Application No. 20348/92, Judgments of 29 September 1996, para. 46.

¹⁸² *Ibid.*, para. 84.

¹⁸³ *Ibid.*, para. 89.

¹⁸⁴ *Ibid.*, paras. 88-89.

¹⁸⁵ ECtHR, Buckley v. the United Kingdom, Application No. 20348/92, Memorial of the Applicant, para. 4.

で生活すること、キャラバンで暮らし旅をするという文化的な伝統を保持することを深く望んでいる¹⁸⁶。だが、1968年と1994年の国内法¹⁸⁷とそれに続く行政計画が、ジプシーとしての文化的伝統およびアイデンティティに則った生活をするを不可能にした、と主張した¹⁸⁸。

4) 本案判決が文化的要素に言及している箇所

判決で「文化」という言葉は使われていないが、「伝統」「生活様式」という文化的要素に触れている箇所がある。欧州人権裁判所は、イギリス政府が、伝統的な生活様式に従うジプシーに特別な配慮が必要であることを認識していた点に言及している¹⁸⁹。

また、裁判所は、「評価の余地」¹⁹⁰について以下の旨、述べた。「評価の余地」は国家当局にあるが、その決定が欧州人権条約の要求に適合するか否かの判断は、裁判所の審理に従う。この「評価の余地」の範囲は、各事件で同じではなく、文脈に応じて変わるだろう。地域的な要因を多数含む地方計画を実行する際は、国家当局は、原則として広い「評価の余地」を享有する、と¹⁹¹。

5) 少数意見が文化的要素に言及している箇所

a) ペティティ (Pettiti) 判事の反対意見

イギリスによる欧州人権条約第8条および第14条違反を認めるペティティ判事の反対意見の中には、下記の通り、「文化」という言葉が使われている。また、文化的要素として序章で列挙した「民族」「生活様式」への言及がある。

同判事によれば、「ジプシーのコミュニティと『旅人』(travelers)に関する問題がヨーロッパの裁判所にゆだねられたのは、本件が初めてである」。そして、過去の歴史を鑑み、「ヨーロッパはジプシーに対して特別な責任を負っている。第二次世界大戦中、ジプシーに対する虐殺を隠した¹⁹²。第二次世界大戦後、この直接的または間接的な隠蔽は続けられた。ヨーロッパ全域、欧州評議会加盟国において、ジプシー少数民族は差別を受けやすく、彼らに対して拒絶と排除の措置が取られてきた。ジプシー文化 (Gypsy culture) とジプシーの生活様式 (Gypsy way of life) を承認することが拒否されてきた」¹⁹³と指摘した。

¹⁸⁶ *Ibid.*, para. 6.

¹⁸⁷ The Caravan Sites Act 1968, the Criminal Justice and Public Order Act 1994.

¹⁸⁸ ECtHR, Buckley v. the United Kingdom, Application No. 20348/92, Memorial of the Applicant, para. 7, Judgments of 29 September 1996, para. 17.

¹⁸⁹ *Ibid.*, para. 71.

¹⁹⁰ 「評価の余地理論」に明文の根拠規定はなく、欧州人権裁判所の判例法上発展してきたものである。欧州人権条約の実施は各締約国に委ねられており、条約の解釈・適用についても締約国に一定の裁量が認められている。締約国の取った措置が、この国家の裁量（「評価の余地」）の範囲内にあると判断された場合には、たとえ権利の制約の存在が認められても、欧州人権条約違反は生じない。江島晶子「ヨーロッパ人権裁判所における『評価の余地』理論の新たな発展」『明治大学大学院紀要』第29集（1992年）55頁。

¹⁹¹ *Ibid.*, para. 75.

¹⁹² 「ジプシーと呼ばれてきた『ロマ』は、インド北西部（パンジャブ地方）を起源地として、8世紀から12世紀にかけて西へと移動し、ヨーロッパ各地で暮らすようになったとされる。彼らの東ヨーロッパにおける社会的、経済的地位は厳しかった。土地所有をほとんど許されず、その独特の生活様式や価値観によって各地で排斥・迫害された。特に第2次世界大戦中は、ナチス・ドイツによって劣等人種とみなされて強制収容所へ送られ、50万人以上の犠牲者が出たと考えられている」。加賀美雅弘編『「ジプシーと呼ばれた人々—東ヨーロッパ・ロマ民族の過去と現在」』（学文社、2005年）3, 5頁。

¹⁹³ ECtHR, Buckley v. the United Kingdom, Application No. 20348/92, Judgments of 29 September 1996, p. 27.

b) ローマス (Lohmus) 判事の一部反対意見¹⁹⁴

本件は第8条違反であると主張するローマス判事は、以下の部分において「文化的な」という言葉を用いており、「伝統的生活様式」「文化遺産」という文化的要素にも言及している。裁判所の多数意見は、イギリス国家当局による「評価の余地」が度を越していることを見落とした。「キャラバンで暮らして旅をすることは、ジプシーの文化遺産かつ伝統的生活様式 (Gypsies' cultural heritage and traditional lifestyle) の不可欠な部分¹⁹⁵」であり、こうした事実は、ローマス判事自身にとって、ジプシーの家族およびコミュニティと、一般的な利益との間の正しいバランスをとるために重要である、と¹⁹⁶。

c) レペック (Repik) 判事の一部反対意見

レペック判事は次の部分で「文化」という言葉を使っており、「伝統的な生活」という文化的要素に言及している。「申立人は、安全で安定した場所を探している。また、学校が休みの間は、旅をする可能性も残したいと考えている。これはジプシー少数派の伝統的な生活と文化を考えると正当な目的である」と。さらに、反対意見の脚注(4)において、「旅は、ジプシーの心理に深く根ざしたニーズである」と書いている。

以上より同判事は、申立人の権利と、社会の利益との公平なバランスが図られているとは思われないので、イギリスの行政機関の決定は第8条違反であると結論付けた¹⁹⁷。

本件において申立人は、その申述書の中で、「評価の余地」理論をどのように考察しても本件は欧州人権条約の基準が侵害されている、と主張した¹⁹⁸。これに対して欧州人権裁判所は、イギリス政府の裁量の余地を広く認め、欧州人権条約第8条の保障する権利の中に申立人が伝統的な生活様式を営む権利が含まれるとは解釈しなかった。

だが、ジプシーは小規模の集団に分散し、自らの権利主張を支える組織を持たなかったことから、他民族の支配に服し、少数者として迫害を受けてきた¹⁹⁹。このような点を考えると、行政計画に対するイギリス政府の裁量の余地を広く認めることは、弱者保護の観点から問題があると思われる。

第2款 判決・決定が「文化」という言葉を使っている事例

本款では、紛争当事者の主張と判決・決定の双方に「文化」という言葉が使われている事例について検討する。具体的には、第1款と同様、(1)事件の概要、(2)判決・決定の要旨、(3)文化的要素について当事者はどのような事実を主張したか、(4)それを欧州人権

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 26.

¹⁹⁵ ロマの文化について、モイスブルガーは次のように述べる。「家族の間に強い連帯意識を育み、非ロマの人々との接触を絶つという行動様式が、彼らが生き延びるために数百年にわたって維持されてきた。多数集団の価値観を拒絶して、ロマの文化を固持することが強く求められてきた」。ペーター・モイスブルガー「ハンガリーにおけるロマ民族の教育と就業」加賀美雅弘編『「ジプシーと呼ばれた人々」東ヨーロッパ・ロマ民族の過去と現在』(学文社、2005年)115-116頁。

¹⁹⁶ ECtHR, *Buckley v. the United Kingdom*, Application No. 20348/92, Judgments of 29 September 1996, Partly Dissenting Opinion of Judge Lohmus, p. 20.

¹⁹⁷ *Ibid.*, Partly Dissenting Opinion of Judge Repik, p. 20.

¹⁹⁸ ECtHR, *Buckley v. the United Kingdom*, Application No. 20348/92, Memorial of the Applicant, para. 10.

¹⁹⁹ 加賀美雅弘『「ジプシーと呼ばれた人々」東ヨーロッパ・ロマ民族の過去と現在』(学文社、2005年)32頁。

裁判所は採用したか、(5) 反対意見や個別意見等の少数意見は文化的要素に言及しているか、最後に以上から言えることをまとめる。

1. 少数意見が「文化」という言葉を使っていない事例。

(1) オットー・プレミンガー協会対オーストリア事件 (1994 年)

1) 事件の概要

オットー・プレミンガー協会(The Otto-Preminger Institute: 以下、O P I と記す)は、オーストリア国内法に基づきオーストリアのインスブルック (Innsbruck) に設立された私的な団体である。定款によると、当団体は非営利組織で、オーディオビジュアルメディアを通じた創造性、コミュニケーション、エンターテインメントの促進を目的とする。その活動には、インスブルックにおける「シネマトグラフ」と呼ばれる映画作品の製作も含まれる²⁰⁰。

O P I は、ヴィアナ・ショーター (Werner Schroeter) 監督による「天国の評議会」(Council in Heaven, Das Liebeskonzil) というタイトルの映画を制作し、1985 年 5 月 13 日に公開上映することになっていた²⁰¹。この作品は、ユダヤ教、キリスト教、イスラム教の神をもうろくした老人として描いている。神は疲れ果てており、悪魔を友人と呼んでいる。また、成人したイエス・キリストは、軽度の精神障害者として描かれている²⁰²。

映画の初回上映に先立つ 1985 年 5 月 10 日、ローマ・カトリック教会インスブルック教区の要請により、検察官は、O P I のマネージャーが宗教的教義に対する侮辱的表現行為を禁ずるオーストリア刑法第 188 条²⁰³に違反したとして起訴した²⁰⁴。これを受けたオーストリア地方裁判所は、映画の持つ芸術作品として、あるいは公的議論への貢献としての利点があるが、一般の人々に不快感を与えることによる不利益に優るとはみなさなかった。その結果、映画の上映は差止となり没収された。

そこで O P I は、映画の差止め・没収は欧州人権条約第 10 条²⁰⁵で保障される「表現の自由」を侵害するとして、オーストリアを相手取り、欧州人権裁判所に提訴した。

2) 判旨 (1994 年 9 月 20 日本案判決)

欧州人権裁判所は、本件が欧州人権条約で保障されている二つの基本的自由、すなわち、

²⁰⁰ ECtHR, *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, Application No. 13470/87, Judgments of 20 September 1994, para. 9.

²⁰¹ *Ibid.*, para. 10.

²⁰² 映画の中で、神、聖母マリア、キリストは悪魔を賞賛している。 *Ibid.*, para. 22.

²⁰³ Section 188 of the Penal Code: “Whoever, in circumstances where his behaviour is likely to arouse justified indignation, disparages or insults a person who, or an object which, is an object of veneration of a church or religious community established within the country, or a dogma, a lawful custom or a lawful institution of such a church or religious community, shall be liable to a prison sentence of up to six months or a fine of up to 360 daily rates.” *Ibid.*, para. 25.

²⁰⁴ *Ibid.*, para. 11.

²⁰⁵ 欧州人権条約第 10 条 (表現の自由) 1 項 全ての者は、表現の自由に対する権利を有する。この権利には、公の機関による干渉を受けることなく、かつ、国境とのかかわりなく、意見を持つ自由並びに情報及び考えを受けかつ伝える自由を含む。本条は、国が放送、テレビ又は映画の諸企業の認可制を要求することを妨げるものではない。

2 項 1 の自由の行使については、義務及び責任を伴い、法律で定める手続き、条件、制限又は刑罰であって、国の安全、領土保全若しくは公共の安全のため、無秩序若しくは犯罪の防止のため、健康若しくは道徳の保護のため、他の者の信用若しくは権利の保護のため、秘密に受けた情報の暴露を防止するため、又は司法機関の権威及び公平性を維持するため民主的社会において必要なものを課することができる。

申立人団体O P I の依拠する「表現の自由」(第 10 条)と、オーストリア政府の依拠する「宗教的感情を侮辱されない市民の権利」すなわち「信教の自由」(第 9 条)²⁰⁶に関わる問題であると指摘した。その上で、「表現の自由」の規制は、「民主的社会において必要なもの」(第 10 条 2 項)と言えるかどうか検討した。第 10 条の解釈の際、「評価の余地理論」(Margin of Appreciation) が用いられた。そして、映画上映の差止・没収というオーストリア政府の措置は、キリスト教に対する攻撃、特にチロル地域に多数居住するローマ・カトリック信者の宗教感情が傷つけられることを阻止するために取られたものである、との理解を示した。よって、欧州人権裁判所は、オーストリア政府による映画の差し押え・没収措置は、欧州人権条約第 10 条に違反していないと判断した (6 対 3)²⁰⁷。

3) 文化的要素に関する当事者の主張

申立人団体O P I は、「文化」という言葉を以下の旨の主張の中で用いている。我々が製作した映画を 17 歳以下の者は見る事が規制されており、入場料金を払った、進歩的な文化 (progressive culture) に関心を持つ人々だけが見ることができるようになっていた²⁰⁸、と。よって、映画作品の差し押さえとそれに続く没収は、欧州人権条約第 10 条で保障される「表現の自由」を侵害する、と申立人は主張した²⁰⁹。

なお、映画の製作は総合的に見て創造的な表現活動の一つであり、その成果として完成した作品は芸術としての価値を有する可能性があると筆者は考える。よって、本稿では、映画作品は、序章で文化的要素として列挙した「芸術」に含まれるとする。

4) 本案判決が文化的要素に言及している箇所²¹⁰

判決文の中で「文化」という言葉が使われているのは、次の箇所である。「申立人は、自らが不当な侮辱を回避するために責任を持って行動したと説明する。彼らはいふ。我々は、自分たちの制作した映画作品が、公衆の中でも、映画館で料金を払った人だけが見ることが可能になるよう計画した。その公衆というのは、進歩的な文化に関心を持つ人々全体から成る。17 歳以下の人は、チロルの有効な関連規則によって映画を見ることは認められていなかった」²¹¹と。

また、「映画作品の差押えと没収は、民主的社会において必要であったか否か」を検討する際、裁判所は以下のように、「多元主義」「アイデンティ」という序章で列挙した文化的要素に言及した。「欧州人権条約第 10 条 2 項は、好意的に受け止められ、不快感を与えない、あるいは重要ではない事柄とみなされる『情報』や『着想 (ideas)』のみならず、国家あるいはどこかの地域の住民を憤慨させ、感情を害し、混乱させる「情報」「着想」にも適用可能である。これは、それなしでは『民主的社会』が存在しえない多元主義 (pluralism)、忍

²⁰⁶ 欧州人権条約第 9 条 (思想、良心及び信教の自由) 1 項 全ての者は、思想、良心及び信教の自由に対する権利を有する。この権利には、自己の宗教又は信念を変更する自由並びに、単独で又は他の者と共同して、かつ、公に又は私的に、礼拝、教導、行事及び儀式によってその宗教又は信念を表明する自由を含む。

²⁰⁷ ECtHR, *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, Application No. 13470/87, Judgments of 20 September 1994, para. 17.

²⁰⁸ *Ibid.*, para. 53.

²⁰⁹ *Ibid.*, para. 42.

²¹⁰ *Ibid.*, paras. 43, 49.

²¹¹ *Ibid.*, para. 53.

耐，寛容の要請である」²¹²と。

さらに欧州人権裁判所は、「欧州人権条約第9条で保障される，思想，良心および信教の自由は、『民主的社会』の基礎の一つであり，宗教的次元では，信者のアイデンティティと彼らの人生観を作り上げる不可欠な要素の一つである」と述べる。そして，「信教の自由」に関して，自らの宗教に対する他者からの批判的言動に対して寛容でなければならない，と強調する。しかしながら，第9条で保障される「信者の宗教的感情に対する尊重」は，宗教的畏敬の念の対象を挑発的な描写によって侵害されたとみなすことを法的に可能にする。そして，このような描写は，寛容の精神に対する悪意のある侵害 (malicious violation of the spirit of tolerance) と捉えることができるのも，「民主的社会」の特徴に違いない，と述べた²¹³。

5) 少数意見が文化的要素に言及している箇所

本判決については，パーム (Palm) 判事，ペカネン (Pekkanen) 判事，マカルクシク (Makarczyk) 判事が共同で反対意見を付している。そこで「文化」という言葉は使っていないが，以下のように，序章で列举した文化的要素としての「感情」に触れている部分がある。

3人の判事は，「第10条違反を認めない多数意見に我々は賛成できない」として，その理由について，以下の旨，説明した。欧州人権条約は，「宗教的感情を保護する権利」を保障していない。このような権利を，「信教の自由」(第9条) から導き出すことはできない。「信教の自由」には，他者の宗教的見解に批判的な意見を表明する権利が含まれている，と²¹⁴。

現在，オーストリアが当事国になっている「文化的表現の多様性の保護および促進に関する条約」(2005年採択，2007年効力発生)の第7条2項は，「締約国は，また，芸術家，創造的な過程に関わる者，文化的な共同体及びこれらの仕事を支援する組織の重要な貢献並びに文化的表現の多様性を育成するにあたってこれらが果たす中心的役割を認めるよう努める」と規定する。ところが1994年の本判決は，「評価の余地」理論を用いることによって，映画作品の上映禁止・没収措置という「表現の自由」に対する制約を合法と判断した。だが，映画製作は文化的な表現活動の一つであり，その成果は芸術作品としての価値を有する可能性があることからすれば，このような措置は厳しすぎると思われる。

(2) ダラブ対スイス事件 (2001年)

1) 事件の概要

申立人は，スイス・ジュネーブ州の公立初等学校で教師を務めるスイス国籍の女性である。コーランの教えに基づき，1990年から1991年の終わりにかけてイスラムのヘッドスカーフを教室で着用し始めたところ，学校の同僚，生徒や親から苦情はなかった。1996年，州の初等教育長官によってスイス国内法 (ジュネーブ州公教育法第6節

²¹² *Ibid.*, para. 49.

²¹³ *Ibid.*, para. 47.

²¹⁴ ECtHR, *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, Application No. 13470/87, Judgments of 20 September 1994, Joint Dissenting Opinion of Judges Palm, Pekkanen and Makarczyk, paras. 1, 6.

²¹⁵) 違反を理由に仕事中の着用を禁じられたが、これに従わなかったため、勤務停止が命じられた。申立人は、この措置が不当であるとしてスイス連邦裁判所で争った。しかし、公立学校における宗教的中立性と両性平等の保護を理由に同措置の合法性が認められ、敗訴した(1997年11月12日)。

そこで申立人は、欧州人権条約第9条(思想、良心および信教の自由)1項, 2項, 第14条(性に基づく差別禁止)違反を理由にスイスを相手取り、欧州人権裁判所に提訴した。具体的には、ヘッドスカーフの着用を禁ずる学校側の措置は、欧州人権条約第9条で保障される「信教を表現する自由」(her freedom to manifest her religion)を侵害すると主張した。

2) 決定の概要(2001年2月15日)

裁判所は、スイス国内法に基づく制約が、公教育制度の中立確保という「他の者の権利および自由」、「公共の安全」と「公の秩序」の保護(第9条2項)を目的とするものであることを理由に、その正当性を認めた。次に、当該制約の民主社会における必要性の有無について検討し、これについても肯定した。その際、重視したのは、申立人が公立学校の教師(公務員)で、生徒が低年齢(4歳~8歳)であったことである。

裁判所はいう。義務教育の行われる公立学校では、宗教的な中立性が求められる。しかも低年齢の生徒は好奇心旺盛で、教師の様子から重大な影響を受けやすい。ヘッドスカーフが実際にどれほどの影響力を生徒に及ぼすかを測るのは難しいが、何らかの改宗勧誘的効果を持つ可能性は否定できない。また、男女平等原則と調和し難いイスラムのスカーフと、生徒に伝えるべき差別禁止等のメッセージとを両立させるのは困難である、と²¹⁶。

2001年2月、欧州人権裁判所は、「スイス連邦裁判所判決は第9条2項に適合しており、申し立てには明白で確かな根拠がない」として受理可能性を認めず、本案審理には至らなかった(第35条3項, 4項)²¹⁷。

3) 文化的要素に関する当事者の主張

申立人は、文化的要素として序章で列举した「精神的」という表現を用いつつ、自らのスカーフ着用の経緯について以下の旨、説明している。

精神的な魂の遍歴(spiritual soul-searching)の期間を経て、それまでのカトリック信

²¹⁵ ジュネーブ州公教育法第6節(Section 6 of the Canton of Geneva Public Education Act of 6 November 1940)は「公教育制度は、生徒及び両親の政治的宗教的信念が尊重されることを保障する」と規定する。ECtHR, *Dahlab v. Switzerland*, Application No. 42393/98, Judgments of 15 February 2001, p. 6.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 11, para. 3.

²¹⁷ *Ibid.*, para. 3. 第14条に関し、ダラブ事件決定は次の旨、述べる。両性平等の促進は今日の欧州評議会加盟国の主要目標であるため、性に基づく取り扱いの差異が人権条約違反ではないとみなされるには、非常に説得力のある理由が求められる。この点、ヘッドスカーフの着用禁止措置は、女性としての申立人に向けたものではなく、初等教育制度における国家の中立性確保という正当な目的を実現するためのものである。同様の措置は類似の状況の(例えば、異なる信仰を持つと明確に識別できる服装の)男性にも適用され得るので、性に基づく差別は認められない。*Ibid.*, p. 12, para. 2. 欧州人権裁判所が、性別を理由とする異なる取り扱いに対し厳格な審査基準を採用している点については、アブドゥレジズ(*Abdulaziz*)事件判決(*Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 28 May 1985, para. 78.)参照。

仰を捨てて、1991年3月にイスラム教に改宗した。その後、イスラム教の教えに従う意図で、教室でヘッドスカーフを着用し始めた。そして、自分のイスラム・ヘッドスカーフ着用は、それが学校で明白な混乱を引き起こしたことはなく、4年間、注目されることもなかった、と²¹⁸。

これに対しスイス側は、以下の部分で「文化」という言葉を用いており、序章で列挙した文化的要素の中で「多元主義」に触れている。「宗教的信条に対する国家の中立性は、多元的民主社会 (a pluralistic democratic society) において個人の良心の自由の保障を可能ならしめる一層価値の高いものである。こうした多元主義の保障の必要は、生徒たちが異なる文化的なバックグラウンドの出身である所では、より一層差し迫ったものである。申立人の教室は、広範な国籍の生徒から構成されていた」²¹⁹。

4) 本決定が文化的要素に言及している箇所

本決定は、10頁の1行目で「文化」という言葉を使っている。また、ヘッドスカーフは、序章で列挙した文化的要素としての「衣服」に含まれると捉えることができる。

裁判所は次の旨、いう。コーランに規定される教えによってヘッドスカーフの着用が女性に押しつけられているように見えることからすれば、スイス連邦裁判所の指摘する通り、男女平等原則と調和させるのは難しい。それゆえに、民主社会において全教員が生徒に伝えなければならない「寛容、他者の尊重、とりわけ平等と差別禁止」というメッセージと、イスラムのスカーフ着用とを両立させるのは困難に思われる、と²²⁰。

なお、ここで裁判所の参照するスイス連邦裁判所の指摘とは、「スカーフ着用は男女平等原則と両立し得ない。同原則は、スイス連邦憲法第4条2項に記されている我々の社会の基本的な価値であり、学校はこの点に配慮しなければならない」という内容である²²¹。

5) 少数意見が文化的要素に言及している箇所

本決定に少数意見は付されていない。

ムスリム女性のヴェール着用は、一般的には聖典コーランの第24章31節の「目を伏せて隠し所を守り、露出している部分のほかは、わが身の飾りとなるところをあらわしてはならない。顔おおいを胸もとまで垂らせ」という箇所が根拠になっているとされる²²²。同決定は、ヘッドスカーフ姿の教師が生徒に与える印象と、男女平等のメッセージは両立し得ないとい

²¹⁸ ECtHR, Dahlab v. Switzerland, Application No. 42393/98, Judgments of 15 February 2005, p. 7.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 10.

²²⁰ *Ibid.*, p. 11, para. 3.

²²¹ ECtHR, Dahlab v. Switzerland, Application No. 42393/98, Judgments of 15 February 2001, para. 2. 男女平等原則は、現行のスイス連邦憲法では第8条3項に規定されている。Federal Constitution of the Swiss Confederation of 18 April 1999, at <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/201601010000/101.pdf>

²²² 藤本勝次責任編集『世界の名著 17 コーラン』(中央公論社, 1979年) 333頁。Malek Chebel, *Le Coran* (fayard, 2009), p. 354. Malek Chebel, *Dictionnaire Encyclopedique du Coran* (fayard, 2009), p. 473.

うスイス連邦裁判所の指摘に同意する内容となっている。この点は、次に取り上げるレイラ・シャヒン事件判決やS. A. S. 事件判決よりも踏み込んだ判断を行っているため注目に値するが、論議を呼ぶ箇所にもなっている。例えば、バクレンコ (Anastasia Vakulenko) は、裁判所が、男女平等と相容れないコーランの戒律によって女性に押しつけられているように見えると述べるにとどまり、それ以上の具体的な説明を何もしていないと批判している²²³。異なる文化に対する評価を述べる際は、より具体的かつ客観的な根拠が求められると筆者も考える²²⁴。

2. 少数意見が「文化」という言葉を使っている事例

(1) レイラ・シャヒン事件 (2005 年)

1) 事件の概要

申立人のレイラ・シャヒン (Leyla Şahin) は、トルコの国立大学であるイスタンブール大学医学部の5年生(編入生)である。伝統的なムスリム家庭の出身者である。頭髮だけを覆うヒジャブを被って講義等に出席していたところ、授業および試験中のスカーフ着用を禁ずる学長通達(1998年2月23日)違反によって停学処分を受けたため、国内裁判所で争ったものの敗訴した。そこで申立人は、この通達による措置が「信教の自由」(欧州人権条約第9条1項)等を侵害するとして、トルコを相手取り欧州人権裁判所に提訴したが、第4小法廷は条約違反を認めなかった(2004年6月29日)。さらに、申立人の請求によって大法廷に付託された。

2) 判旨 (2005 年 11 月 10 日)

欧州人権裁判所大法廷は、ヴェール着用禁止が、主に「欧州人権条約第9条2項(信仰や信念を表明する自由)に適合する制約であるか否か」が問題となっているとして、当該制約について、①法律の規定に基づくか、②正当な目的があるか、③民主社会において必要かを審査した²²⁵。その結果、イスタンブール大学側のヘッドスカーフ着用規制は、「他の者の権利および自由」と「公の秩序」の保護という正当な目的に適うものである、と判断した。

また、制約の民主社会における必要性についても肯定した。その理由の要点は以下の通りである。

- a) 学長通達による制約は、ライシテの原則に基づくものである。同原則はトルコにとって基本原則の一つであり、民主制度を守るために必要な原則と考えられる。
- b) 大学での宗教的標章の着用を禁ずる際、最も考慮すべきはライシテの原則である。この原則を尊重しない者は、欧州人権条約第9条の保障する「宗教を表現する自由」

²²³ Anastasia Vakulenko, “Islamic Dress in Human Rights Jurisprudence: A Critique of Current Trends”, *Human Rights Law Review*, Vol. 7, No. 4(2007), p. 731, para. 2. エヴァンズも、「豚肉やアルコールの規制がイスラム教徒に、あるいは十戒がユダヤ教徒とキリスト教徒に強制されているとは言わず、なぜ、ヘッドスカーフだけがコーランによって女性に押しつけられていると言えるのかがはっきりしない。その上、コーランで規定される教えとして裁判所が参照しているのはどの部分か説明することを避けている」と批判している。Carolyn Evans, “The ‘Islamic Scarf’ in the European Court of Human Rights,” *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 7(2006), p. 65, para. 2.

²²⁴ ダラブ事件決定について中坂恵美子は、「申立人にとってのヘッドスカーフの重要性についての検討」が行われなかった点を指摘する。中坂恵美子「欧州におけるニュー・マイノリティーの保護」『国際法外交雑誌』第114巻4号(国際法学会, 2016年)17頁。

²²⁵ この三段階目の審査は、さらに、権利を制約する措置が正当な目的を追求しているか、当該目的と措置を実施する際にとられた手段とが釣り合っているか、に区分される。

を享受することはできない²²⁶。

以上より、裁判所は、イスラムのヘッドスカーフを学生が着用することを禁じた大学側の措置は人権条約第9条に違反しない、との判断を下した（16対1）²²⁷。

3) 文化的要素に関する当事者の主張

申立人のレイラ・シャヒン側が提出した訴状の中で「文化」という言葉が使われているのは、被告側のトルコが締約国となっている「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約」第13条（教育に対する権利）に言及した部分の1箇所である²²⁸。同条第1項が「締約国は、教育が、すべての者に対し、自由な社会に効果的に参加すること、諸国民の間及び人種的、種族的又は宗教的集団の間の理解、寛容及び友好を促進すること……に同意する」とあり、第2項(c)で「高等教育は、すべての適当な方法により……能力に応じ、全ての者に対して均等に機会が与えられるものとする」と規定する。この規定を踏まえて、申立人の高等教育への参加が、本人の能力や適性以外の点によって阻害されたことについて検討する必要性を主張している。

また、序章で列举した文化的要素としては、「衣服」に含まれると考えられるヘッドスカーフが挙げられる。さらに、判決文の中に、当事者の主張として記述されている次の箇所、「信念」という文化的要素が出てくる。「これまで、ライシテの原則を含むトルコの憲法上の基本原則に対して、反対の意を表明したことはない。ただ、ムスリム女性は頭と首を覆うことが求められているという宗教的な信念 (religious belief) のために、イスラムのヘッドスカーフを着用した」²²⁹。

4) 本案判決が文化的要素に言及している箇所

判決は、「文化」という言葉を6頁の24段落目と29段落目で使っている。文化的要素については、序章で列举した「伝統」「価値観」等を用いている²³⁰。さらに、以下の部分では、「多元主義」にも言及している。

宗教的標章としてのヴェールの意味に対する評価に関して大法廷は、「憲法上、女性の権利保護と両性平等に重きを置くトルコでスカーフ問題を検討する場合、このような強制的な宗教的義務と認識されるシンボルが、スカーフを着用しない人々に及ぼす影響に留意しなければならない」という第4小法廷の見解を踏襲した。さらに大法廷は、「ダラブ事件決定で裁判所が特に強調したのは、教師のヘッドスカーフ着用が、何らかの改宗勧誘の効果を持つ疑いがあり、男女平等原則との調和が困難な宗教的規範によって女性に強要されているように見える点である。この点に照らすと、イスラム教徒のスカーフ着用は、『寛容、他者の尊重、中でも平等と差別撤廃』と容易に調和し得ないとダラブ事件決定はいう」と指摘した²³¹。その上で、「多元主義の価値、他者の権利の尊重、とりわけ男女の法の下での平等が

²²⁶ ECtHR, Leyla Sahin v. Turquie, Application No. 44774/98, Judgments of 10 November 2005, paras. 99, 114, 116.

²²⁷ *Ibid.*, paras. 112-114.

²²⁸ Cour Européenne des Droits de l'Homme (Requête n° 44774/98), Affaire Leyla Sahin c. Turquie (Grande Chambre), Mémoire de la requérante, paras. 15-16, 46.

²²⁹ ECtHR, Leyla Sahin v. Turquie, Application No. 44774/98, Judgments of 10 November 2005, para. 85.

²³⁰ *Ibid.*, paras. 35, 39.

²³¹ *Ibid.*, paras. 111, 115.

教えられ実践される場では、イスラムのスカーフを含む宗教的服装を認めることが、こうした価値に反すると関係当局が考えた点は理解できる」と大法廷は評価した²³²。

5) 少数意見が文化的要素に言及している箇所

唯一の反対意見を述べたトゥルキンズ (F. Tulkens) 判事は、文化的要素の一つである「衣服」としての「スカーフ」について次のような疑問を呈する。イスラムのスカーフは『女性の疎外』と同義とみなされているので、その着用禁止は両性平等を促進するように思われる。だが、実際には、スカーフの着用禁止と両性平等との間には何の関係があるのだろうか。そして、「この議論に欠けているのは、スカーフを着用する女性と、スカーフを着用しないことを選択する女性双方の意見である」と指摘する²³³。

さらに、ダラブ事件決定がスカーフ着用を「両性平等原則と相容れない宗教上の教えによって女性に押しつけているように見える」と捉えたことに対し、「一方的で否定的に宗教や宗教的实践を評価することは裁判所の仕事ではない。スカーフ着用の意味を一般的かつ抽象的な方法で決定するのは裁判所の役割ではない」と批判した。そして、「もし、ヘッドスカーフの着用がいかなる場合にも男女平等原則に反するとすれば、国家は、公的か私的かを問わず全ての場所において、それを禁ずる明白な義務があるだろう」²³⁴とトゥルキンズ判事は述べている。なお、以上の反対意見において、「文化」という言葉は19段落目で使われている。

レイラ・シャヒン事件の多数意見は、ダラブ事件決定（2001年）の見解を参照しつつ、「イスラムのスカーフを含む宗教的服装を認めることが男女平等に反する」というトルコ政府の主張に理解を示した。このことから、裁判所は、スカーフ着用を両性平等原則とは相容れないものとして捉えていることが読み取れる。ダラブ事件との違いは、規制された場所と対象が異なる点にある。ダラブ事件では公立初等学校において教師によるスカーフの着用が規制されたのに対し、本件では国立大学において大学生によるスカーフの着用が規制されている。

なお、トゥルキンズ判事による「スカーフ着用が真に男女平等原則に反するのならば、全ての場所で国家はそれを禁ずる明白な義務がある」との指摘は、スカーフ着用禁止の論拠として男女平等を主張する立場の論理的な矛盾を突いている点で、説得力が感じられる²³⁵。

(2) S. A. S 対フランス事件 (2014年)

1) 事件の概要

申立人は、フランスに在住しフランス国籍をもつ、パキスタン出身のイスラム教徒の女性

²³² *Ibid.*, para. 116.

²³³ ECtHR, *Leyla Sahin v. Turquie*, Application No. 44774/98, Judgments of 10 November 2005, Dissenting Opinion of Judge Tulkens, para. 11.

²³⁴ *Ibid.*, para. 12.

²³⁵ タルヴィッキ・フープス (Talvikki Hoopes) も「スカーフ禁止措置は実際に両性平等を促進するのだろうか」と同様の疑問を呈している。Talvikki Hoopes, *The Leyla Sahin v. Turkey Case Before the European Court of Human Rights*, *Chinese Journal of International Law*, Vol. 5, No. 3(2006), p. 721, para. 3.

である。彼女は、「公共の場所で顔を覆うことを禁止する法律」(2010年)が、欧州人権条約第8条1項(私生活が尊重される権利)および第9条2項(信仰や信念を表明する自由)等を侵害するとして、フランスを相手取り、欧州人権裁判所に訴えた。

2) 判旨(2014年7月1日)

欧州人権裁判所は、申立人が、「信仰を選んで処罰されるか、法を守って信仰を犠牲にするか」というジレンマに晒されている状況が、欧州人権条約第8条および9条に基づく権利行使を制約することを確認した²³⁶。そして、当該制約が「公共の場所で顔を覆うことを禁止する法律」の規定に基づくことを踏まえた上で、その制約に正当な目的があるか、民主社会において必要かを審査した。

まず、当該制約の正当な目的として、「他者の権利および自由の保護」(第8条2項、第9条2項)に、締約国の主張する「社会生活において最低限要求されるものに対する尊重」が該当することを認めたが、「男女平等」、「人間の尊厳」は該当しないと判断した。「男女平等」について裁判所は、次の旨、述べる。

女性に顔を隠すよう強制することを男女平等の名の下で禁じた締約国(筆者注：フランス)は、第8条2項、9条2項の範囲内で「他者の権利および自由の保護」に相当する目的を追求していると言える。しかし、本件申立人のような女性に支持されている慣行を禁ずるために、男女平等を援用することはできない。この点については、コンセイユ・デタが報告書(2010年3月25日)の中で類似の結論に達している²³⁷。

さらに欧州人権裁判所は、「他者の権利および自由の保護」の要素として、「共生」、すなわちフランスでは顔が社会的なふれあいにおいて重要な役割を果たすとの主張を斟酌し、「他者の権利および自由の保護」という制約目的の正当性と、民主社会において第8条および9条に基づく権利行使を制約する必要性を認めた²³⁸。その結果、「公共の場所で顔を覆うことを禁止する法律」について条約適合性を認めた(15対2)。

3) 文化的要素に関する当事者の主張

申立人によるヴェール着用の理由に関する以下の旨の説明において、「文化」という言葉が用いられており、また、文化的要素である「霊的な感覚」についても触れられている。

²³⁶ ECtHR, S. A. S. v. France, Application No. 43835/11, Judgments of 1 July 2014, Information Note on the Court's case-law No. 176, paras. 110-116, 118-119, 122.

²³⁷ これは、2010年3月25日、フィヨン首相の諮問によりコンセイユ・デタが提出した報告書のことで、全身を覆うヴェールだけを法律で一般的に禁ずることは憲法及び欧州人権条約上、正当化できないと述べている。同報告書は、男女平等原則は男女差別に直接適用されるか、両性平等を実現するために援用されるものであって、自発的にヴェールを着用する女性には適用できないと結論付けている。Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, Rapport adopté par l'assemblée générale plénière du Conseil d'État, le jeudi 25 mars 2010, p. 8, para. 4, p. 18, para. 5, p. 20, para. 4.

²³⁸ ECtHR, S. A. S. v. France, Application No. 43835/11, Judgments of 1 July 2014, Information Note on the Court's case-law No. 176, para. 122. 馬場里美「判例紹介 ブルカ禁止法と宗教の自由：S. A. S 対フランス事件[ヨーロッパ人権裁判所(大法廷)2014年7月1日判決]」『国際人権』第26号(2015年、信山社)122-124頁。

申立人は、信仰、文化、個人的信念に従って生きるため、公的かつ私的な場所で自発的にブルカとニカブを着用している。着用目的は他者に不快感を与えることではなく、ただ自身が内的な平和を感じることにある。よって、自らの霊的な感覚 (spiritual feelings) に従い、着用の有無を自由に選択できることを望んでいる。もっとも、医師の診察を受ける場合や、銀行・空港での身元確認・保安検査の際は顔を出すことに同意している²³⁹。

4) 本案判決が文化的要素に言及している箇所

本判決には、「文化」という言葉が4回、「文化的」という言葉が12回使われている。また、「女性による全身を覆うヴェール（顔を隠すブルカとニカブ）の着用は男女平等原則を侵害する」とのフランス側の主張に対する評価の中で、以下の通り、文化的要素としての「多元主義」「アイデンティティ」「服装」に言及した。

ヴェール着用が女性の従属性を象徴する意味合いをもつという論拠、すなわち「問題になっている服装は、それを目にする多くの人々から奇妙なものと認識されていることには気付いている。しかし、それは、民主社会に内在する多元主義に資する『文化的アイデンティティ (cultural identity, identité culturelle) の表現』である」と²⁴⁰。

5) 少数意見が文化的要素に言及している箇所

共同で一部反対意見を書いたノスバーガー (Nussberger) 判事とジャーダーブロム (Jaderblom) 判事は、以下の部分で「文化」という言葉を用いている。また、「伝統」「生活様式」「アイデンティティ」という文化的要素にも言及している。

「ヴェールの規制措置には、抑圧されていると推測される女性の解放にとって、望ましい効果は期待できない。当該措置は、かえって彼女たちを社会から追放し、彼女たちの置かれた状況を悪化させるだろう」²⁴¹。「たとえ異なる文化が伝統的なフランスやヨーロッパの生活様式とかけ離れていようと、文化的あるいは宗教的アイデンティティの異なる型によってショックや刺激を与えられない権利などというものはない」²⁴²。

S. A. S 対フランス事件判決は、先述のダラブ事件及びレイラ・シャヒン事件と結論は同じであるが、理由の部分が異なる。イスラムのヴェール着用は男女平等原則に反することを理由にその着用禁止を正当化したダラブ事件判決とレイラ・シャヒン事件判決に対し、本判決は、「本件申立人のような女性に支持されている慣行を禁ずるために、男女平等を援用することはできない」と述べている。これは、自らの意志によってヴェールを着用する女性については男女平等原則に反するとは言えないとするものである。

²³⁹ ECtHR, S. A. S. v. France, Application No. 43835/11, Judgments of 1 July 2014, Information Note on the Court's case-law No. 176, p. 1.

²⁴⁰ *Ibid.*, para. 120.

²⁴¹ *Ibid.*, Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Nussberger and Jaderblom, para. 21. これと同様の指摘は次の論文でもなされている。Carmen Teeple Hopkins, "Social reproduction in France: Religious dress laws and *laïcité*," *Women's Studies International Forum* 48 (2015), pp. 154-164.

²⁴² ECtHR, S. A. S. v. France, Application No. 43835/11, Judgments of 1 July 2014, Information Note on the Court's case-law No. 176, para. 7.

また、本判決は、ダラブ事件決定やレイラ・シャヒン事件と比較すると、「文化」「文化的」という言葉を使う回数が著しく増加している。さらに、ヴェールの解釈に関しても変化が認められる。裁判所は、ヴェールが多くの人々から奇妙なものと認識されている事実気付いているとしつつも、「文化的アイデンティティの表現」とであると述べており、「女性抑圧の象徴」としての価値評価はなされていない。

第2節 米州人権裁判所判例

第1款 判決が「文化」という言葉を使っていない事例

本款では、紛争当事者の主張に「文化」という言葉が使われているが、判決には「文化」という言葉が使われていない事例について検討する。具体的には、(1) 事件の概要、(2) 判決の要旨、(3) 文化的要素について当事者はどのような事実を主張したか、(4) それを米州人権裁判所は採用したか、(5) 反対意見や個別意見等の少数意見は文化的要素について言及しているか、最後に以上から言えることをまとめる。

1. 少数意見が「文化」という言葉を使っている事例

(1) ストリートチルドレン事件 (1999 年)

1) 事件の概要

1990 年、グアテマラ政府の保安部隊の隊員たちが、グアテマラ市で路上生活を送る未成年者 5 名を殺害した。そのうちの 4 名に対しては誘拐、拷問を加えたとされる。しかし、グアテマラ政府は、被害者の母親等の家族に対し、何ら適切な司法的保護を提供しなかった²⁴³。

そこで米州人権委員会は、1997 年 1 月 30 日、グアテマラ政府が米州人権条約で保障される「人道的な取扱いを受ける権利」(第 5 条)²⁴⁴、「生命に対する権利」(第 4 条)²⁴⁵等を侵害したとして、米州人権裁判所に訴えを提起した。

2) 判旨 (本案判決 : 1999 年 11 月 19 日)

被害者の遺体が、酷い暴力を受けたものであるだけでなく、人里離れた場所に遺棄され数日間放置されていた。このような、彼らの家族、特にその母親にとって神聖であった被害者の遺体に与えられた取扱いは、残酷かつ非人間的なものであることは明白である、と米州人権裁判所は判断した。さらに、グアテマラ政府当局は犠牲者のうち 3 名が犯罪者リストに登録されていたにもかかわらず、彼らの身元確認手続きを取らなかった事実から、裁判所は、「人道的な取扱いを受ける権利」(第 5 条)の侵害を認めた²⁴⁶。

また、「生命に対する権利」(第 4 条)には、すべての人が生命を恣意的に奪われない権利のみならず、尊厳のある生活を保証する最低限の条件へのアクセスも含まれると判示し、グ

²⁴³ Inter-American Court of Human Rights Case of the “Street Children” (Villagran-Morales et al.) v. Guatemala Judgment of November 19, 1999 (Merits), para. 2-3.

²⁴⁴ 米州人権条約第 5 条 (人道的な取扱いを受ける権利) 1 項 全ての人は、その身体的、精神的および道徳的な一体性を尊重される権利を有する。

2 項 何人も、拷問又は残虐な、非人道的な若しくは品位を傷つける刑罰若しくは取扱いを受けない。自由を奪われた全ての人は、人間の固有の尊厳を尊重して取り扱わなければならない。

²⁴⁵ 米州人権条約第 4 条 (生命に対する権利) 1 項 全ての人は、その生命を尊重される権利を有する。この権利は、法によって、一般には受胎の時から保護される。何人も、恣意的にその生命を奪われない。

²⁴⁶ Inter-American Court of Human Rights, The Case of the “Street Children ” (Villagran-Morales et al.) v. Guatemala, Judgment of November 19, 1999 (Merits), para. 173.

アテマラ政府の第4条違反も認定した。さらに、被害者の家族に対する損害賠償の支払い、責任者の特定および捜査、訴追、処罰と、被害者の遺体の返還を命じた。

さらに、不利な条件にある子どもたちを対象とした特別の保護措置をとる義務が国にあることを明言した。

3) 文化的要素に関する当事者の主張

原告側の主張の中には、序章で列挙した文化的要素としての「儀式」に含まれると考えられる「埋葬」に関する証言が散見する。被害者の母親たちによる供述証拠には、息子の死を事件後すぐに知ることができず、その遺体を速やかに埋葬できなかったことによる苦悩が語られている。例えば、当時18歳であった被害者ヘンリー・ジョバンニ・コントレラス(Henry Giovanni Contreras)の母親アナ・マリア・コントレラス(Ana María Contreras)は、息子の遺体を取り戻すために膨大な行政手続きを経ることが要求され、自らも深刻な体調不良に陥っていたため、息子の遺体を埋葬することができたのは息子が行方不明になってから2週間以上経過した後であった、と証言している²⁴⁷。

4) 本案判決が文化的要素に言及している箇所

裁判所は、グアテマラ政府当局が、被害者が死亡した直後にその身元を特定し、親族に死亡の通知を出して彼らに遺体を届ける努力をしなかった事実等を鑑みて、被害者本人とその近親者に対する「人道的な取扱いを受ける権利」(第5条)の侵害を認め、以下のように述べた。国家による「これら全ての不作為」は、近親者たちが「その伝統、価値観および信念(traditions, values and beliefs)に従って子供たちを埋葬する機会」を遅らせ、拒絶し、それゆえに、彼らの苦しみを増幅させた。さらに、公的機関が十分な捜査と犯人の処罰をしなかったことが、彼らに不安と無力感を与えた、と²⁴⁸。そして、政府当局の「その家族および特に母親たちにとって神聖な(sacred)被害者の遺体」に対する取扱いは、残酷かつ非人間的であったことは明白である、と裁判所は判示した。

判決は「文化」という言葉を使っていないが、以上の部分において、序章で列挙した文化的要素である「伝統」「価値観」「信念」に触れている。

5) 少数意見が文化的要素に言及している箇所

カンサード・トリンダー・判事の個別意見は、次の部分において「文化」という言葉を用いており、「信念」「価値」等の文化的要素に言及している。

道路に子供たちを捨てるような世界に未来はない。そのような世界には、もはや人生設計を創造し開発することはできない。高齢者を軽視する世界に過去はない。そのような世界は、人類の文化的遺産にあずかることがない。刹那的で逃避的な(そしてそれによって絶望的な)現実のみを理解し評価する世界は、信念も希望も与えない。人間の状態の不安定さを無視しようとする世界は自信を与えない。それは人間の存在の時間的次元を既に見失っている世界である。それは世代間の視点、すなわち人生の道を歩もうとしている人たち(私たちの子孫)と同様、既に人生の道を歩んできた人たち(私たちの

²⁴⁷ *Ibid.*, para. 172.

²⁴⁸ *Ibid.*, para. 173.

先祖) 双方に関して全員が持っている義務を無視する世界である。それは完全な精神的崩壊の中でそれぞれが生き残る世界である。それは単に非人間化され、今日、真の価値を目覚めさせるために緊急に必要な世界である²⁴⁹。

さらに、カンサード・トリンダージ判事は指摘する。「人間の不幸には、個人的な要因と社会的な要因の両方がある。それゆえに、各人の被る損害は、どれほど彼が卑しくても、全体としてのコミュニティそのものに影響を及ぼす。……本件が明らかになるにつれて、他者の沈黙、無関心、忘却によって与えられる大きな苦しみとともに生きることを強いられた、生き残った近親者の人々の中に被害者が増えている」²⁵⁰。

本件は、「人道的な取扱いを受ける権利」(第5条)の権利内容の中に、被害者の近親者が、その伝統、価値観、信念に従って故人を速やかに埋葬する機会の保障を読み込んでいる。さらに、「生命に対する権利」(第4条)についても、文化的要素を斟酌した解釈がなされている点が注目に値する。この点に関してカンサード・トリンダージ判事は、自著論文の中で以下のように述べている。「本件は、文化的慣習や宗教的信条を十分に尊重した尊厳ある生を含む『生命に対する権利』概念において、まさにパイオニアであり、現代法理論によって非常に積極的に承認されてきた。今日では、当判決は、人権の国際的保護の歴史の一部を形成し、目覚ましい法学の前進のために道を拓いた」²⁵¹と。

第2款 判決が「文化」という言葉を使っている事例

本款では、判決に「文化」という言葉が使われている事例について検討する。具体的には、第1款と同様、(1)事件の概要、(2)判決の要旨、(3)文化的要素について当事者はどのような事実を主張したか、(4)それを米州人権裁判所は採用したか、(5)反対意見や個別意見等の少数意見は文化的要素に言及したか、最後に以上から言えることをまとめる。

1. 少数意見が「文化」という言葉を使っている事例

(1) バマカ・ベラスケス (Bámaca Velasquez) 対グアテマラ事件 (2000 年)

1) 事件の概要

バマカ・ベラスケス (Efraín Bámaca Velásquez) は、マヤ先住民族²⁵²の出身である。彼

²⁴⁹ Inter-American Court of Human Rights, The Case of the “Street Children” (Villagran-Morales et al.) v. Guatemala, Judgment of May 26, 2001 (Reparations and Costs), Separate Opinion of Judge A. A. Cançado Trindade, para. 21.

²⁵⁰ *Ibid.*, para. 22.

²⁵¹ Antonio Augusto Cançado Trindade, ‘The Right to Cultural Identity in the Evolving Jurisprudential Construction of the Inter- American Court of Human Rights,’ *Multiculturalism and International Law* (Koninklijke Brill NV., 2009), pp. 480-481.

²⁵² 先住民族については国際法上の確立した定義はないが、国連人権小委員会に任命された特別報告者マルティネス・コボ (José R. Martínez Cobo) による定義説明が頻繁に引用されてきた。それは、①先住性、②歴史的連続性、③文化的独自性、④被支配性、⑤自己認識、すなわち①当該地域に先に居住し、②そこで先に発達していた社会と現在の自分たちの社会が歴史的につながっていて、③独自の文化を維持・発展させようと決意しており、④現在は非支配的立場にあり、⑤集団への帰属を自ら認識し、そのことを集団からも受け入れられている、というものである。José R. Martínez Cobo, *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*, Vol. 5: Conclusions, Proposals and Recommendation (United Nations, 1987), p. 29, paras. 379-381.

は18歳の時、仕事を探すため故郷を離れてグアテマラ市へ移住した。やがてゲリラ活動に身を投じ、武装した反政府勢力団体の首領となった。1992年、バマカ・ベラスケスはグアテマラ軍によって捕らえられ、様々な野営地に収監されて尋問と拷問を受けた。彼が最後に目撃された時、陸軍病院の金属のベッドに縛り付けられた状態にあったという。その後の足取りは不明だが、既に死亡しているものと推測される。

ベラスケスの家族と数人のグアテマラ官吏は、彼の所在と状況を知ろうと国内の司法手続き(人身保護令状を含む)による捜査と、刑事訴訟による国内救済を求めたが、グアテマラ軍や政府当局によって阻止された。そこで米州人権委員会は、「グアテマラ政府当局がバマカ・ベラスケスの権利を侵害したか否か」について判断するよう、米州人権裁判所に訴えを提起した。

訴えには、新たに出現した「真実に対する権利」(the ‘right to truth’) 侵害の主張が最大の争点となった。この権利は、米州人権条約第13条²⁵³で保障される「思想及び表現の自由」の権利の中で確立している、とベラスケスの家族たちは主張した。すなわち、ベラスケスがどのようなになったかということに関する真相を知る権利が侵害されたことを理由に提訴したのである。

2) 判旨(本案判決: 2000年11月25日)

米州人権裁判所は、グアテマラ政府当局が、ベラスケスの家族と社会全体の有する「真実に対する権利」を侵害したか否か、という点について検討した。その結果、グアテマラ政府が、ベラスケスの親族に対する司法救済を妨害した行為は、彼らが真実を知ることを妨げたことになることを認めた。そして、グアテマラ政府による米州人権条約第1条、2条、4条、5条、6条、7条、8条、25条の侵害を認めた。

他方、第13条違反については、情報の自由、真実への権利は有効かつ公正な法的救済へのアクセスの保障を通じて保護される、として認定しなかった²⁵⁴。

3) 文化的要素に関する当事者の主張

以下の当事者の主張の中では、「文化」という言葉が使われており、序章で列挙した文化的要素である「絆」や、「儀式」に含まれると考えられる「埋葬」への言及がなされている。

まず、ベラスケスの78歳の父親(José Leon Bámaca Hernández)は、「家族皆に愛されていた息子の遺体を、墓地に埋葬することを望みます」²⁵⁵と証言している。また、バマカ・ベラスケスの未亡人で、弁護士かつアメリカ市民のジェニファー・ハーベリー(Jennifer Harbury)は、夫の友人から聞いた話として、次のような供述を行った。「彼は、貧しい暮らしを余儀なくされている、同胞のマヤ先住民族の人々のことを、いつも気にかけていた。彼は、人々の飢えと貧困を覚えていたし、彼らのことが好きだった。そして、それはまたマヤ文化…当然、全ての家族が一つであると考えていた」²⁵⁶。

²⁵³ 米州人権条約第13条(思想及び表現の自由)

1項 全ての人は、思想及び表現の自由に対する権利を有する。この権利には、口頭、書面、印刷、芸術の形態、又は自ら選択する他の方法により、国境を越えて、あらゆる種類の情報及び考えを求め、受け、かつ、伝える自由を含む。

²⁵⁴ Inter-American Court of Human Rights, The Case of Bámaca Velásquez v. Guatemala, Judgment of November 25, 2000, para. 230.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 94, para. 21 c).

²⁵⁶ Inter-American Court of Human Rights, The Case of Bámaca-Velásquez v. Guatemala, Judgment

グアテマラ人の文化人類学者ホセ・モンテロソ (Juan José Monterroso) は、遺族にとって、故人の遺体を手に入れることが非常に重要であると強調している。その理由として、故人と共同体にとって、故人の魂が肉体に戻り祖先と再会するというプロセスを完了させ、文化的サイクル (すなわち生と死) をしめくくる必要があると説明する。そして、この点で、埋葬は、祝いと喜びのための空間を意味する、とモンテロソは指摘した²⁵⁷。

同様に、アメリカの臨床心理学の専門家アナ・ドイチ (Anna Deutsch) は、次の旨の意見を述べている。

バマカ・ベラスケスの遺族は、特に家族の結束が強い先住民族文化に所属しているため、家族間に密接な愛情の絆がある。たとえ故人であっても、「現在の家族の一員である」ことに変わりはない。なぜなら、家族感情に基づく絆は、引き裂かれることはないからである。それにもかかわらず、彼らはバマカ・ベラスケスの遺体を手に入れないので、彼の栄誉を称えるための特別な儀式を執り行うことができない。遺体を取り戻すことは、「故人の名誉を称えるため、故人を祖先の近くに返し、共に生きるようにするために」重要である²⁵⁸。

4) 本案判決が文化的要素に言及している箇所

米州人権裁判所は、バマカ・ベラスケスの強制失踪によって最近親者が経験した不安と困難に関連して、グアテマラ政府は彼らの「人道的な取扱いを受ける権利」(米州人権条約第5条1項)を侵害したことを認定した。すなわち、国内で有効な司法救済を受けることができない不安定な状態は、「残酷な取扱い」に相当する、と判断したのである。

その際、以下の箇所において、「文化」という言葉を用いつつ、序章で列挙した「神聖な」「慣習」「信念」「民族」「伝統」等の文化的要素に言及している²⁵⁹。

さらに、バマカ・ベラスケスの遺体が適切に埋葬されていないという事実は、彼の所属するマヤ文化に対して深刻な悪影響をもたらす。これは、マヤ文化の根本的な重要性和、生きている人間と死者とを結ぶ活力ある関係に由来するものである。それゆえに、この関係が育まれる聖なる場所が欠如しているということが、マヤ共同体の多くの証言から浮かび上がる深刻な懸念を生み出すのである²⁶⁰。

また、2002年2月22日の判決(賠償と費用)は、グアテマラ政府による米州人権条約第4条²⁶¹違反認定において、グアテマラ政府はバマカ・ベラスケスの近親者に対し、彼らの慣習と宗教的信念(religious beliefs)に則って埋葬されるよう、故人の遺体を引き渡さなければならない、と述べている²⁶²。その理由となる裁判所の見解は次の通りである。

of February 22, 2002 (Reparations and Costs), para. 20 a).

²⁵⁷ *Ibid.*, para. 20 c).

²⁵⁸ *Ibid.*, para. 21.

²⁵⁹ Inter-American Court of Human Rights, The Case of Bámaca Velásquez v. Guatemala, Judgment of November 25, 2000, para. 145 f).

²⁶⁰ *Ibid.*, para. 145 f).

²⁶¹ 米州人権条約第4条(生命に対する権利)1項 全ての人は、その生命を尊重される権利を有する。この権利は、法によって、一般には受胎の時から保護される。何人も、恣意的にその生命を奪われない。

²⁶² Inter-American Court of Human Rights, The Case of Bámaca-Velásquez v. Guatemala, Judgment

遺体に対する敬意はあらゆる文化に見られるが、バマカ・ベラスケスの属するマヤ文化のmam (Mam) 民族集団において極めて特別な意義をもつ。……マヤ文化、mam 民族集団にとっての葬儀は、生きている者、故人、そして亡くなった先祖たちの世代が再会する機会を保障するものである。……このように、葬儀は、バマカ・ベラスケスに対する敬意を表すことを可能ならしめる葬儀とともに、生と死のサイクルをしめくり、故人が祖先のそばに戻って共に暮らせるようになる。と同様に、新しい世代は、彼らの先住民民族における伝統的な何かを、故人の人生について分かち合い、学ぶのである²⁶³。

5) 少数意見が文化的要素に言及している箇所

当事件の判決時に米州人権裁判所所長を務めていたカンサード・トリンダージ判事は、その個別意見において、次の部分で「文化」という言葉を用いている。「生きている者と死者とのつながりは、マヤ文明を含めて多くの文化によって維持されてきたが、法学の分野では十分に発達してきたとは私には思われない」²⁶⁴。

また、文化的要素として序章で列挙した「絆」についての言及もなされている。

同判事は言う。「文化、すなわち各人とその所属する共同体との間の絆、死者に対する敬意というものに共同体が一致した関心を持っていることの重要性に配慮すべきである。文化的な表現は、法の世界においても尊重されるべきである」²⁶⁵と。

本件では、米州人権条約第5条1項（「人道的な取扱いを受ける権利」）という具体的な国際法上の権利侵害の有無について検討する際、マヤ文化の死に対する概念に関する文化的な特殊事情が、法的議論の俎上に載せられた。このような文化的要素は、一見すると法的価値判断に馴染まず、従来であれば排除されるべきものとして扱われるように思われる。それにもかかわらず、こうした文化的要素に対して、米州人権裁判所は正面から向き合い、積極的に判決に取り入れている点は注目に値する。

（2）マヤングナ（Mayagna）（スモ：Sumo）アウェ・ティグニ（Awes Tigni）共同体対ニカラグア事件（2001年）

1) 事件の概要

先住系の住民であるマヤングナ（スモ）民族が伝統的に暮らす土地において、ニカラグア政府の認可を受けた外国系企業が森林伐採を始めた²⁶⁶。この伐採許可は、ニカラグア政府が

of February 22, 2002 (Reparations and Costs), p. 117, para. 79.

²⁶³ *Ibid.*, p. 117, para. 81.

²⁶⁴ カンサード・トリンダージ判事の個別意見は、a) 生きている人間の死者に対する尊重、b) 生きている者と死者のつながりにおける人類の統合、c) 死者と生きている者の間の連帯の絆、d) 死者と生きている人間への尊重における、真実に対する権利の普及、という4つの節に分けて論じられている。Inter-American Court of Human Rights, The Case of *Bámaca Velasquez v. Guatemala*, Judgment of November 25, 2000, Separate Opinion of Judge A. A. Cançado Trindade, para. 6.

²⁶⁵ *Ibid.*, para. 24.

²⁶⁶ 大西洋岸の自治地域に居住するマヤングナ（スモ）に対しては、ニカラグア大西洋岸地域自治憲章（1987年、28号法）第4条が、ニカラグアの憲法と国内法で自治権を認めている。自治の内容には、「自らの言語による教育と固有の文化政策を行う権利、先住民の共同体が伝統的に所有する土地や森林の所有権の承認、国が自治地域の自然資源を開発する場合の自治政府との合意の必要性」等が含まれている。原田勝弘、下

マヤングナ（スモ）との事前協議なしに無断で付与したものである。

1998年6月4日、米州人権委員会はニカラグア政府を相手取り、米州人権裁判所に事件を付託した。付託内容は、ニカラグア政府がアウェ・ティグニ共同体の共有地の境界線を画定して財産権の保障のための有効な措置をとらなかったことが、米州人権条約第1条、2条、21条²⁶⁷、25条²⁶⁸に違反する、というものである²⁶⁹。同委員会は、ニカラグア政府がアウェ・ティグニ共同体の財産権を認めて境界画定を行い、当該共同体の占有する土地の天然資源に対する開発認可の付与を慎むよう求めた。さらに、アウェ・ティグニ共同体の受けた物理的・精神的損害に対する賠償の支払を命ずる判決を求めた²⁷⁰。

2) 判旨（2001年8月31日本案判決）

裁判所は、ニカラグア政府が、米州人権条約第21条、25条に違反したと認定した。そして、第21条の財産権に先住民族共同体構成員が有する集団的な権利も含まれると捉えた。なぜなら、アウェ・ティグニ共同体には、土地の所有権に関して個人ではなく集団が所有するという共有形態の伝統があり、「当該領域で自由に暮らす権利」が先住民族集団にはあるからである²⁷¹。その際、裁判所はニカラグア政府に対し、共同体の土地の境界画定と、法的権利の付与、境界が確定するまで開発認可を付与しないことを求めた²⁷²。さらに裁判所は、ニカラグア政府に対し、損害賠償の支払いを命じた²⁷³。

3) 文化的要素に関する当事者の主張

当事者の以下の主張において、「文化」という言葉が使われており、「アイデンティティ」「伝統」等の文化的要素への言及がある。

a) マヤングナ・ティグニ共同体の書記コルネリオ（Charly Webster Mclean Cornelio）の次の証言の中で、「文化」という言葉が使われており、序章で列挙した「神聖な」という文化的要素への言及がある。

「マヤングナの土地は、そこで狩猟、漁労、耕作を行う。よって、彼らの文化的、宗教的、家族的発展のため、そして彼らのまさに生存にとって極めて重要である²⁷⁴。土地は、彼らにとって神聖なものである。土地の至る所に重要な宗教的意義を有する丘がある。…

田平裕身、渡辺秀樹編著『環太平洋 先住民族の挑戦—自治と文化再生をめざす人びと—』（明石書店、1999年）64、66、85、95—96頁。Inter-American Court of Human Rights, The Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tigni Community v Nicaragua, Judgment of August 31, 2001, para. 103 a).

²⁶⁷ 米州人権条約第21条（財産権）1項前段 全ての人は、自己の財産を使用し享有する権利を有する。

²⁶⁸ 米州人権条約第25条（司法的保護を受ける権利）1項 全ての者は、関係国の憲法若しくは法令又はこの条約が認める基本的権利を侵害する行為に対する保護を求めて、たとえその侵害が公務を執行中の者により行われた場合でも、簡易かつ迅速な訴え、又はその他の実効的な訴えを権限ある裁判所に対して行う権利を有する。

²⁶⁹ ニカラグアは1979年9月25日以来、米州人権条約締約国である。

²⁷⁰ Inter-American Court of Human Rights, The Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tigni Community v. Nicaragua, Judgment of August 31, 2001 (Merits, Reparations and Costs), para. 4.

²⁷¹ *Ibid.*, para. 149.

²⁷² この裁判所の判断は、太平洋沿岸地域で暮らす先住民族に自治権を認めたニカラグアの国内法や先住民族の慣習法を踏まえている。Inter-American Court of Human Rights, The Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tigni Community v Nicaragua, Judgment of August 31, 2001, paras. 148-149, 153.

²⁷³ *Ibid.*, para. 173.

²⁷⁴ *Ibid.*, para. 83 b).

アウェ・ティグニの住民がこうした場所へ赴くときは、300 世紀遡って、祖父の言い伝えに従い、亡くなった先祖たちへの敬意の印として沈黙している。それから、丘のふもとに棲む山の精霊…に挨拶をする」²⁷⁵。

b)文化人類学者・社会学者のグルーエンバウム (Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum) は、次のように述べる。

全ての文化人類学研究と民族誌学研究、先住民族自身が近年発表した全資料は、先住民族と土地との間の関係が、人々に文化的アイデンティティを与え、それを維持する重要なつながりであることを示している。土地は、単なる農業生産の手段ではなく、過去から現在まで人々と結びついた地理的、社会的、象徴的かつ宗教的空間の一部であるということを理解しなければならない。ラテン・アメリカにおける先住民族の大半は、農民、狩猟者、採集者、漁民等いずれであっても、土地との関係から最も重要な部分を得ている人々である。土地とのつながりは、彼らの自己認識 (self-identification) にとって不可欠なものである。先住民族の身体的健康、精神的健康、そして社会的健康は、土地の概念と結びついている。伝統的に、ラテン・アメリカの様々な国の先住民共同体の人々は、土地と資源について共有の概念を持っていた²⁷⁶。

4) 本案判決が文化的要素に言及している箇所

先住民族の土地に対する、所有権を含む集団的な財産権が、個人の財産権を保障する米州人権条約第 21 条の発展的解釈により認められた。解釈にあたって重視されたのは先住民族と土地との特別な関係であった²⁷⁷。この点に関する本案判決の以下の部分で「文化」という言葉が用いられており、「霊的な」「文化遺産」という文化的要素への言及がなされている。

先住民族集団は、まさに彼らが存在するという事実ゆえに、自らの土地で自由に暮らす権利をもつ。先住民と土地との密接なつながりは、彼らの文化、霊的な生活 (spiritual life)、完全性そして経済的生存の本質的な基礎として認識され理解されなければならない。土地との関係は、先住民の共同体にとって単なる所有と生産の問題ではない。それは、彼らがその文化遺産を保存し将来世代に伝えるために完全に享受しなければならない、物質的かつ霊的な要素 (spiritual element) なのである²⁷⁸。

²⁷⁵ *Ibid.*, paras. 4-5, 83 b).

²⁷⁶ *Ibid.*, paras. 1-2, 83 d).

²⁷⁷ 先住民と土地との間の精神的つながりに関して、グアテマラの先住民女性で 1992 年度ノーベル平和賞受賞者のリゴベルタ・メンチュウは次のように述べている。「大地は、世界の野心的な人々が望むような鉱物、石油その他の経済的な資源以上のものです。父なる太陽、母なる大地、祖母なる月は、生活と精神のすべてにかかわる存在です。大地は、文化のルーツであり母乳に源、あらゆる思想と精神の源泉なのです。大地は私たちの記憶を保持しており、へその緒が埋められているとことです」。岩倉洋子、上村英明、狐崎知己『先住民族女性 リゴベルタ・メンチュウの挑戦』(岩波書店、1994 年) 32 頁。

²⁷⁸ Inter-American Court of Human Rights, The Case of the Mayagna(Sumo) Awas Tigni Community v. Nicaragua, Judgment of August 31, 2001(Merits, Reparations and Costs), para. 149. マヤングナ (Mayagna) (スモ : Sumo) アウェ・ティグニ (Awas Tigni) 共同体対ニカラグア事件判決と同様の指摘は、特別報告者のマルティネス・コボとエリカ・アイリーン・A・ダエス(Erica-Irene A. Daes)も行っている。U. N. Doc. E/CN. 4/Sub. 2/1986/7/Add. 4, para. 197, E/CN. 4/Sub. 2/2001/21, para. 13.

5) 少数意見が文化的要素に言及している箇所

少数意見の中で「文化」という言葉を用いており、「絆」「神聖な」「伝統」「宇宙観」「多文化社会」「文化的多様性」等の文化的要素に触れているものは、次の通りである。

a) サルガド・ベスタンテス (Hernan Salgado Pesantes) 判事の同意意見²⁷⁹

ベスタンテス判事は次の趣旨のことを述べている。20 世紀の文化人類学は、先住民の文化が先祖伝来の土地との間にユニークな絆を有することを明らかにした。彼らは生きるために土地を拠り所とし、精神的かつ物理的な充足 (moral and material fulfilment) のために土地を理解する、と。

b) 米州人権裁判所所長のカンサード・トリンダージ判事、副所長のパチェコ・ゴメ (Máximo Pacheco-Gómez) 判事、アブレ・ブレリ (Alirio Abreu-Burelli) 判事の共同個別意見

3 人の判事による個別意見は、公聴会 (2000 年 11 月 16-18 日) において、マヤングナ共同体構成員らが述べた、土地との関係の重要性について取り上げている。すなわち、その関係は、「彼ら自身の生計のためのみならず、彼らの家族や文化的、宗教的發展のために」重要な意味があること、例えば、神々や先祖霊の住まう神聖な丘等について触れている²⁸⁰。また、先述した専門家グルーエンバウムの供述証拠を抜粋している²⁸¹。

そして、これらの証人や専門家の供述証拠の内容から、当該共同体が「天然資源の私有化、商業化、売買、貸借、開発」とは反対の伝統を有していることが推定される、と共同個別意見は指摘する²⁸²。「精神的な場所を含めた土地の共有概念とその天然資源は、彼らの慣習法の一部を形成する。すなわち、彼らの領域とのつながり、たとえ書かれてはいなくても、彼らの日常生活を集約する、そして共有財産そのものに対する権利は、文化的な次元を有する。要するに、居住地 (the *habitat*) は、彼らの文化にとって不可欠な部分を形成し、世代から世代へと伝えられる」²⁸³。

以上の要素を、当判決の 149 段落目は十分に認めている、と 3 人の判事は述べる。そして、本件において裁判所は、「はじめて、本判決の核心部分として、先住民族の宇宙観 (cosmovision) の完全な解釈に接近し、問題の分析において、より大きな深みへ乗り出した」²⁸⁴と評価した。

さらに、同個別意見は言う。「実際に、今日では、多くの多文化社会が存在している。文化的多様性への配慮は、国家レベルと国際レベルにおける人権保護規範の効果を保障するための根本的な必要条件を構成する、と我々には思われる」と。本件において「米州人権条約第 21 条の規範的内容に対して、米州人権裁判所によって与えられた解釈と適用は、我々の見解では、共同体構成員間に普及する財産の共有形態の保護のための積極的な貢献に相

²⁷⁹ Concurring opinion of Judge Hernan Salgado Pesantes, The Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tigni Community v. Nicaragua, Judgment of August 31, 2001 (Merits, Reparations and Costs) para. 3.

²⁸⁰ Joint Separate Opinion of Judges A. A. Cancado Trindade, M. Pacheco-Gómez and A. Alirio Abreu-Burelli, Inter-American Court of Human Rights, The Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tigni Community v. Nicaragua, Judgment of August 31, 2001 (Merits, Reparations and Costs), para. 2.

²⁸¹ *Ibid.*, para. 5.

²⁸² *Ibid.*, para. 6.

²⁸³ *Ibid.*, para. 6.

²⁸⁴ *Ibid.*, para. 13.

当する」とした上で、「この共有概念は……それ自身の宇宙観と、彼らの死者とこれから生まれる者をつなぐ人間の連帯の絆をもたらし、重要な時間的次元を有している」²⁸⁵。

本件は、米州人権裁判所判例法において、先住民族の伝統的土地に対する所有権を含む集団的な財産権が初めて認められた判決である。その際、先住民族共同体の文化的アイデンティティを構成する伝統や信念等の特性が考慮されたため、人権侵害の判定において、文化的アプローチを中心に据えた点でも画期的であったと評価されている²⁸⁶。

同判決以降、個人の財産権を保障する第 21 条の発展的解釈によって、先住民族の集団的財産権を承認することが確立した。

(3)モアワナ共同体対スリナム事件 (2005 年)²⁸⁷

1) 事件の概要

本事件は、2002 年 12 月 20 日、原告の米州人権委員会がスリナムを相手取り、米州人権裁判所に訴訟を提起したことに始まる。モアワナ村の人々は、19 世紀後半から事件発生までの約 100 年間、ジュカ²⁸⁸独自の慣習を固く守りながら、比較的孤立した状態でスリナム東部奥地の森林地帯で暮らしていた²⁸⁹。米州人権委員会によれば、1989 年 11 月 29 日に、スリナム軍兵士が、モアワナのジュカ・マルーン²⁹⁰の村を襲撃して少なくとも 39 人（大半が女性や子ども）を殺害し、村を壊滅させた²⁹¹。周辺の森林へ逃げ込んだ生存者たちは、貧

²⁸⁵ *Ibid.*, para. 14.

²⁸⁶ Thomas M. Antkowiak, “Moiwana Village v. Suriname: A Portal into Recent Jurisprudential Developments of the Inter-American Court of Human Rights”, *Berkeley Journal of International Law* Vol. 25, No. 2 (2007), p. 271. Vasiliki Saranti, “International Justice and Protection of Indigenous People: The Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights,” *US-China Law Review*, Vol. 9, No. 427(2012), p. 437.

²⁸⁷ Inter-American Court of Human Rights, *The Case of the Moiwana Community v. Suriname*, Judgment of June 15, 2005, paras. 2-3.

²⁸⁸ スリナムのタバナホニ川、コティカ川、ジュカ・クリーク沿いに棲むブッシュネグロの一民族。柴田佳子「ジュカ」綾部恒雄監修『世界民族事典』（弘文堂、2000 年）317 頁。

²⁸⁹ Inter-American Court of Human Rights, *The Case of the Moiwana Community v. Suriname*, Judgment of June 15, 2005, para. 86(11).

²⁹⁰ 「マルーン」(Maroon)は、もともとはインディオ逃亡奴隷を指したが、1530 年代にはアフリカ系黒人逃亡奴隷が含まれるようになり、その子孫も「マルーン」と呼ばれた。18、19 世紀を通じ、スリナムは奴隷を使役したプランテーションによって維持された。奴隷はオランダの西インド会社によって毎年 2500 人以上供給され、奴隷廃止 (1814 年) 後も年間 1000 人程度が密輸入されたという。アフリカ人奴隷は、セネガルからアンゴラに至るアフリカ西海岸沿いの様々な地域と部族から連行された。プランテーションにおける奴隷の扱いは苛酷であったため、反乱や奥地への逃亡が絶えなかった。逃亡した「マルーン」たちは、ジュカ (Djuka), サラマカ (Saramaka), マタワイ (Matawai), アルク (Aluku), パラマカ (Paramaka), クウィンティ (Kwinti) という 6 つの部族に分かれ、大きな川沿いに安定した共同体を形成した。彼らはプランテーション所有者や植民地支配者との間で戦闘を繰り返したが、1760 年にオランダ植民地政府との間で平和協定が結ばれてからは自治権を認められるようになった。Henk E. Chin, Hans Buddingh', *Surinam: Politics, Economics and Society* (Frances Pinter Limited, 1987), p. 6. 増田義郎編『新版 世界各国史 26 ラテン・アメリカ史 II』(山川出版社、2000 年) 498 頁。Richard Price, *Maroon Societies: Rebel Slave Communities in the Americas* (The Johns Hopkins University Press, 1996), pp. 294-295. 柴田佳子「ジュカ」「マルーン」綾部恒雄監修『世界民族事典』（弘文堂、2000 年）317, 657 頁。

²⁹¹ 当時のスリナムは、デシ・ボーターセ (Desire Bouterse) 率いる軍事政権に対し、スリナム東部を主要活動拠点とするマルーン系の武装ゲリラ集団が反乱を起こし、内戦状態にあった。Claudia Martin, “The

困に苦しみつつ仏領ギアナ等での放浪生活を余儀なくされ、村にも伝統的な生活様式にも戻ることができなかった。それにもかかわらず、18 年が経過した後も、事件の十分な調査や訴追または処罰、損害賠償がなされていない。

そこで米州人権委員会は、米州人権裁判所に対し、①モアワナ村の住民たちの損害についてスリナムが米州人権条約第 25 条、8 条、1 条 1 項を侵害したか否かの判断と、②スリナムに対する裁判経費、金銭上及び非通貨による賠償命令を求めた²⁹²。

2) 判旨

虐殺事件はスリナムが米州人権条約を受諾する前に発生したが、人権侵害状況は現在も継続していることを理由に裁判所は管轄権を認め、スリナムの先決的抗弁を却下した²⁹³。そして、米州人権条約第 1 条 1 項(権利を尊重する義務)²⁹⁴との関係において、モアワナ共同体構成員の「人道的な取り扱いを受ける権利」(第 5 条 1 項)、「移動及び居住の自由」(第 22 条)、「財産権」(第 21 条)、「公正な裁判を受ける権利」(第 8 条 1 項)、「司法的保護を受ける権利」(第 25 条)が侵害されたと判示した。

さらに、7 人の裁判官が全員一致で、米州人権条約第 63 条 1 項に基づき、以下の賠償を行うようスリナムに命じた。それは、事件の調査、責任者の特定・起訴・処罰、土地に関する構成員の財産権行使を確保する立法・行政措置の実施、公的儀式の実施と謝罪、記念碑の建立、物質的・精神的損害賠償金の支払い等である。命令の中には、「モアワナ共同体構成員の遺体をできるだけ早く回収し、ジュカ文化²⁹⁵の儀式に則って礼遇されるよう生存者に届ける」という項目も含まれた。

3) 文化的要素に関する当事者の主張

以下で紹介する当事者の主張の中には、「信念」「伝統」「アイデンティティ」「慣習」等の文化的要素に対する言及がある。まず、文化人類学者トーマス S. ポリメ(Thomas S. Polimé)が提出した報告書²⁹⁶には、ジュカ部族の社会構造、宗教的信念、喪の伝統といったジュカ社

Moiwana Village Case: A New Trend in Approaching the Rights of Ethnic Groups in the Inter-American System”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19(2006), p. 494. Inter-American Court of Human Rights, The Case of the Moiwana Community v. Suriname, Judgment of June 15, 2005, paras. 86(12)(13).

²⁹² Inter-American Court of Human Rights, The Case of the Moiwana Community v. Suriname, Judgment of June 15, 2005, paras. 2-3.

²⁹³ *Ibid.*, paras. 4, 39.

²⁹⁴ 米州人権条約第 1 条 1 項 この条約の締約国は、この条約において認められる権利および自由を尊重し、その管轄の下にある全ての人に対して、人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民的もしくは社会的出身、経済的地位、出生またはその他の社会的条件によるいかなる差別もなしに、これらの権利および自由の自由かつ完全な行使を確保することを約束する。

²⁹⁵ スリナムのマルーン文化は、彼らの起源であるアフリカのプリズムを通じてアメリカで得たものを濾過したもの、すなわち西アフリカの遺産にアメリカの要素を融合させたものであった。本事件の発生したジュカ社会でも、結婚や居住の規則、宗教に関して、アフリカの先祖や霊魂の存在を前提とする多くのアフリカ的な要素や遺産が保持されていた。Eugene D. Genoverse, *From Rebellion to Revolution: Afro-American Slave Revolts in the Making of the Modern world* (Louisiana State University Press, 1979), pp. 53-56, 87. Henk E. Chin, Hans Buddingh’, *Surinam: Politics, Economics and Society* (Frances Pinter Limited, 1987), p. 6. Thoden van Velzen H. U. E. and W. van Wetering, *The Great Father and the danger: Religious Cults, Material Forces, and Collective Fantasies in the World of the Surinamese Maroons*, Vol. 9 (Foris Publications, 1988), pp. 31, 43-44.

²⁹⁶ Inter-American Court of Human Rights, The Case of the Moiwana Community v. Suriname,

会の文化的側面に関する内容が含まれている²⁹⁷。

また、文化人類学者ケネス・ビルビー (Kenneth M. Bilby) は、「ジュカの人々にとって、土地は、彼らの集合的アイデンティティの具体化である」という主旨の供述を行った。ビルビーによれば、ジュカ部族の社会において、死者の適切な礼遇は必須である。葬礼に最大規模の人数と資金を投入し、複雑な宗教的慣習と儀式を半年から 1 年の間に完全に遂行しなければならない。儀式における死体の取り扱い方は、その人物が生前どれくらい尊敬されていたかを反映するため、非常に重要である。しかも、遺体は土葬される必要があり、火葬はモアワナ社会全体で嫌悪されている。それゆえに、今回の事件によって殺された多くの住民の遺体が燃やされた可能性は、非常に侮辱的なものとみなされる²⁹⁸。

さらに、元モアワナ村住人のアンドレ・アジトエナ (Andre Ajintoena) は、「文化」という言葉を使いつつ、以下の供述を行った。

モアワナ共同体の生存者は、自分たちが、虐殺事件で非業の死を遂げた人々の魂を怒らせてしまったと信じている。というのは、ジュカ文化では、誰かが不正な方法で死んだ場合、正義を実現する義務があるからである。それゆえに、復讐心に満ちた犠牲者の靈魂に対する恐怖に苛まれ、身体的、精神的な病に罹る者が多い。したがって、生存者の帰郷は、正義が実現され、伝統的な葬儀によって怒れる魂を鎮めて土地を浄化し、死者と和解したときにのみ可能になる²⁹⁹。

4) 本案判決が文化的要素に言及している箇所

本案判決は、先述の 3 つの条文侵害の有無を判断する際、モアワナ共同体の特殊な事情について検討した。その中で、「文化」という言葉を用いており、「慣習」「伝統」「アイデンティティ」「道徳」「儀礼」等の序章で列举した文化的な要素にも言及している。

a) 第 21 条 (財産権)

まず、土地の財産権侵害の有無を判定する際に、文化的な事情が考慮されている。モアワナ共同体は 19 世紀後半になってから居住区域に定着したので、厳密な先住民族概念には該当しないが、その占有すなわち居住は、近隣住民から尊重されてきた。また、土地の権利は村人全体に付与された永続的で分かつことのできないものとみなされており、共同体と先祖伝来の土地との関係は精神的、文化的、物質的重要性を有していた³⁰⁰。

こうした点が先住民族の実行・慣習に似ていることから、モアワナ共同体の土地に対する

Judgment of June 15, 2005, paras. 79, 132.

²⁹⁷ *Ibid.*, para. 82. 文化人類学者トーマス S. ポリメ博士 (Thomas S. Polimé) の宣誓供述書 (専門的な報告書) は、以下の主題について論じている。

- 1) スリナムのマルーンに関する一般的な情報
- 2) ジュカ (N' djuka) の社会構造、宗教的信念、喪の伝統、地方政府と司法体系
- 3) モアワナ村の歴史
- 4) モアワナ村襲撃前、その最中、襲撃後の出来事
- 5) 襲撃の衝撃と、それに続く処罰の拒否
- 6) 本件の賠償金の可能な裁定額に関する情報

判決文の「証拠の評価 (assessment of the evidence) の中で、裁判所は、この宣誓供述書を証拠として認容すると裁定した (para. 82.)。

²⁹⁸ *Ibid.*, para. 80 e)。

²⁹⁹ *Ibid.*, paras. 80 d), 113.

³⁰⁰ *Ibid.*, paras. 86(6) (11), 132.

所有権は、先住民族と同様、国家による承認と保護に十分値すると判断された³⁰¹。具体的には、裁判所は、先住民族の財産権に関連する諸事件で発展してきた判例法を適用し、米州人権条約第 21 条を根拠として、ジュカ部族集団全体に対する財産権を承認したのである³⁰²。その結果、モアワナ共同体構成員は、伝統的な土地の所有者として、その土地を使用し享受する権利を認められた³⁰³。

以上のように、モアワナ共同体の住民と土地との関係が、先住民族と土地との関係に類似しているという点を判断するにあたって参照された書証に、先述の文化人類学者トーマス S. ポリメの宣誓供述書がある³⁰⁴。また、文化人類学者ケネス・ビルビー (Kenneth M. Bilby) による「ジュカの人々にとって、土地は、彼らの集合的アイデンティティの具体化である」との主旨の供述証拠も重視された³⁰⁵。これらの証拠を踏まえて、裁判所は、「ジュカ共同体と伝統的な土地との関係は、精神的、文化的、物質的に非常に重要である。文化がその完全性とアイデンティティを維持するためには、構成員は自らの故郷にアクセスできなければならない」と判示した³⁰⁶。

b) 第 5 条 1 項 (人道的な取り扱いを受ける権利)

米州人権条約第 5 条 1 項違反の判定の際にも、文化的な事情に対する裁判所の理解が示された。ビルビーの供述内容を踏まえて、裁判所は次のように述べている。

もし、さまざまな吊いの儀式がジュカの伝統に則って執り行われなければ、道徳上の侮辱とみなされる。それは死者個人の魂を怒らせるだけでなく、共同体の他の祖先をもまた怒らせることになるだろう。このことは、実際の身体的な病気として現れ始め、部族全体に強く影響する、多くの「霊的に引き起こされた病」へと導く。ジュカは、この病を自分たちでは治すことができないので、文化的儀礼的な方法によって解決しなければならないことを理解している。もしそれができなければ、こうした状況は何世代にもわたって続くだろう³⁰⁷。

以上のように述べて、裁判所は、スリナムによる第 5 条 1 項侵害が、モアワナ共同体構成員に対し、重大な感情的、心理的、精神的、経済的苦難を与えたと結論付けた。

c) 第 22 条 (移動及び居住の自由)

米州人権条約第 22 条を侵害するか否かを判断する際、モアワナ村の生存者が他国での放浪生活を余儀なくされ、故郷に戻ることができないという事実が斟酌されている。例えば、

³⁰¹ *Ibid.*, para. 133.

³⁰² 本件と同様、先住民族とはみなされなかったものの、土地との深いつながりが考慮された結果、米州人権条約第 21 条に基づいて集団的財産権を承認された事例に、サラマカ部族対スリナム事件 (2007 年) がある。Inter-American Court of Human Rights, *The Case of the Saramaka People v. Suriname*, Judgment of November 28, 2007, paras. 79-86.

³⁰³ Inter-American Court of Human Rights, *The Case of the Moiwana Community v. Suriname*, Judgment of June 15, 2005, para. 134.

³⁰⁴ *Ibid.*, paras. 79, 132.

³⁰⁵ *Ibid.*, para. 80 e).

³⁰⁶ *Ibid.*, para. 86(6).

³⁰⁷ *Ibid.*, para. 99.

元モアワナ村住人のアンドレ・アジトエナの証言を受けて、裁判所は、「多くの構成員が永続的に村に帰還するためには、再襲撃に対する人々の恐怖を取り除くだけでなく、怒れる先祖の魂を鎮めて土地を浄化する必要がある」と述べている。そして、「伝統的土地への帰還と居住が、こうした恐怖によって阻害されている」として第 22 条の侵害を認めた³⁰⁸。

5) 少数意見が文化的要素に言及している箇所

カンサード・トリンダージ判事は、その個別意見において、「本判決は法的観点を大きく超えるような問題を提起している」という³⁰⁹。そして、自分の個人的な意見が、「国際法の将来の発展のために新開地を切り拓くことを期待したい」として、次の旨、述べた。モアワナ共同体構成員には、現世における生活設計権のみならず死後の生活設計の権利、すなわち来世の計画や先祖との遭遇、生者と死者との間の調和のとれた関係を大切にすることが十分あるように思われる、と³¹⁰。

その上で同判事は、「本件は従来のカテゴリーによっては扱うことのできない、全く新しい損害のカテゴリーを提起するのにふさわしい事件である」と指摘し、霊的損害 (spiritual damage) という概念を提唱した³¹¹。

以上見てきた通り、カンサード・トリンダージ判事は、「霊的」という文化的要素に言及している。また、判事の全 29 頁の個別意見には、「文化」という言葉が 25 箇所、「文化的」という言葉が 21 箇所 で用いられている。例えば、「古代の文化は高齢者を非常に尊重していたが、『現代の』社会は彼らを脇に置こうとする」³¹²との記述において「文化」という言葉が使われている。

判決は、一般的な先住民族概念には当てはまらない、先住性の要件の欠けたモアワナ共同体のような共同体に対しても、土地に対する集団的財産権を承認した。この点についてトーマス・アントコヴィヤック (Thomas M. Antkowiak) は、「本件は、部族民共同体の伝統的信念と実行を理解する方向へと、アウェ・ティグニ (Awasi Tigni) 共同体対ニカラグア事件判決³¹³を拡張させることにより、重要な進化をした」³¹⁴と賞賛する。

本判決は、具体的な人権条項違反を検討する際、モアワナ共同体構成員に特有の文化的な事情を中心的な判断材料にした。すなわち、慣習通りの葬儀をすることが先祖霊を鎮めるために重要な意味をもつ、というジュカ社会の特殊事情に配慮している。さらに、土葬の伝統があるにもかかわらず火葬されたことによる精神的なダメージが将来にわたって共同体全体に悪影響を及ぼす点に留意し、踏み込んだ判定を行ったことは注目に値する³¹⁵。

³⁰⁸ *Ibid.*, para. 118.

³⁰⁹ Inter-American Court of Human Rights, *The Case of the Moiwana Community v. Suriname*, Judgment of June 15, 2005, Separate Opinion of Judge A. A. Cançado Trindade, para. 1.

³¹⁰ *Ibid.*, para. 69.

³¹¹ *Ibid.*, para. 70. カンサード・トリンダージ判事の提唱する「霊的損害」概念については、本稿第 3 章第 2 節第 3 款で詳しく紹介する。

³¹² *Ibid.*, para. 38.

³¹³ 本稿第 2 節第 2 款 1 (2) 参照。

³¹⁴ Thomas M. Antkowiak, “Moiwana Village v. Suriname: A Portal into Recent Jurisprudential Developments of the Inter-American Court of Human Rights”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 25, No. 2(2007), p. 272.

³¹⁵ 同判決が、モアワナ村共同体の伝統を斟酌した点に着目する先行研究としては、例えば, Claudia Martin,

(4) ヤキ・アクサ (Yakye Axa) 先住民族共同体対パラグアイ事件 (2005 年)

1) 事件の概要

19 世紀末、パラグアイ政府が、ヤキ・アクサ (Yakye Axa) 先住民族共同体の土地の大部分を、ロンドン証券取引所を通じてイギリス企業家に売却した³¹⁶。ヤキ・アクサ先住民族共同体とパラグアイ政府の間に、政府による代替的土地の申し出に関する合意は存在していない。売却された伝統的土地の農園に労働者として雇われたヤキ・アクサ先住民族共同体の構成員は、経済的な搾取等が原因で 1986 年に近隣の他所へ移転した。しかし、劣悪な生活状況は変わらず、水や食料不足によって多くの子供、若者、老人が死亡した。また、自由に文化的な慣習を行うこともできなくなった³¹⁷。

遂に彼らは、自分たちの伝統的土地の利用が制限または禁止されているとして、土地の返還を国内で争うために立ち上がった³¹⁸。ところが、土地の現所有者である多国籍企業が土地を手放すことを拒んだため、国内手続きでの交渉が決裂した。

そこで米州人権委員会は、パラグアイ政府を相手取り、米州人権条約第 1 条、2 条との関係において、第 4 条、8 条、21 条、25 条の侵害を理由に、米州人権裁判所に訴えを提起した³¹⁹。

2) 判旨 (2005 年 6 月 17 日)

米州人権裁判所は次の旨、述べる。裁判所は、個人の私有財産権と先住民族共同体構成員の共有財産の両方が米州人権条約第 21 条によって保護されていることを認める³²⁰。本件のように、個人の土地に対する権利と、先住民族共同体の土地に対する権利が衝突した場合、国家は条約と判例によって確立された基準を適用して、両者の優劣を判断しなければならない³²¹。そして、国家が、正当な理由に基づいて先住民に伝統的土地と資源を返還することができない時は、彼らに対し、公正な補償 (第 21 条 2 項) を行わなければならない³²²。

以上より、裁判所は、パラグアイが、ヤキ・アクサ先住民族共同体の構成員が彼らの伝統的土地を効果的に使用するために必要な措置をとっていないとして、米州人権条約第 8 条、25 条、21 条、4 条 1 項違反を認定し、損害賠償命令を下した³²³。

3) 文化的要素に関する当事者の主張

以下の当事者の主張には、「文化」という言葉が用いられており、「伝統」「価値」「慣習」「アイデンティティ」「生活様式」等の文化的要素への言及がある。

まず、推定被害者 (alleged victim) であるアルビノ・フェルナンデス (Albino Fernandez) による陳述 (書証) に次の主張がある。「年配の男女は、祝いや先祖にかかわる行事を伝統

“The Moiwana Village Case: A New Trend in Approaching the Rights of Ethnic Groups in the Inter-American System”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19 (2006) 参照。

³¹⁶ Inter-American Court of Human Rights, the Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay, Judgment of June 17, 2005, para. 50. 10.

³¹⁷ *Ibid.*, paras. 50. 13-15.

³¹⁸ *Ibid.*, paras. 50. 15-50. 16.

³¹⁹ パラグアイは、1989 年 8 月 21 日以来、米州人権条約の締約国となっている。

³²⁰ *Ibid.* para. 143.

³²¹ *Ibid.* paras. 144-146.

³²² *Ibid.* para. 151.

³²³ *Ibid.* para. 152, 155-156, 242. 13. 当判決は I L O 第 169 号条約第 13 条とパラグアイ憲法第 6 2 条～6 6 条にも言及している。

に従って執り行うことによって、若い世代に自分たちの文化の価値基準と慣習を伝える。ところが、伝統的な土地への立ち入りを禁じられたことによって、こうした儀式に必要な食物を調達することができなくなってしまった。……このような状況を改善するためには、伝統的な土地が必要である」³²⁴。

専門家証人 (expert witness) のエンリク・カスティーヨ (Enrique Castillo) による陳述 (書証) には、以下の旨の指摘がある。「先住民族の慣習法は、パラグアイの法制度によって認められている。パラグアイ憲法第 5 章³²⁵が先住民族に保障する権利や自由の中には、先住民の文化的アイデンティティも含まれている。また、パラグアイ憲法第 64 条は、土地の集団的あるいは共同所有の権利を具体化しており、先住民族が伝統的な生活様式に従って生活することを共同体に認めるものである」³²⁶。

2005 年 3 月 4～5 日の公聴会において、推定被害者でヤキ・アクサ共同体リーダーのトーマス・ガリアーノ (Tomás Galeano) は、次のような証言をした。「ヤキ・アクサ共同体の文化的な祝いの行事は、調和と静寂から成り立っている。共同体においては、人々の病気を治し、人々を守護するシャーマンがいるので、子供や孫たちは非常に健康であったものだ。このことから、彼らは、自らの文化に従って生活し続けるための土地が必要なのである」³²⁷。

さらに、専門家証人バルトメー・メリア・イ・リトレス (Bartomeu Melia i Lliteres) は、その証言の中で、「土地の喪失は、彼らにとって文化的な空間が否定されることを含意する。文化の概念は、土地と密接に関係している。先住民族にとって土地を喪失するということは、文化的な問題である」³²⁸と指摘した。

4) 本案判決が文化的要素に言及している箇所

第 21 条侵害について、裁判所は次のようにいう。共有財産に対する権利を先住民族に認めるためには、土地が、以下のものと密接に結びついている点に配慮する必要がある。それは、自然・料理・慣習法・衣服・哲学・価値基準にかかわる、口頭表現・伝統、習慣・言語、芸術・儀式、知恵・風習・環境、自然との一体性、歴史である。先住民共同体の構成員たちは、こうした無形文化遺産を一つの世代から次の世代へと伝える。そして、それは先住民集団と共同体の構成員によって絶えず繰り返される³²⁹。

³²⁴ Inter-American Court of Human Rights, The Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay, Judgment of June 17, 2005, para. 38 (p. 9) a.

³²⁵ パラグアイ憲法第 5 章 (Chapter V: Of the Indigenous Peoples) は以下の 6 条から構成されている。Article 62: Of the Indigenous Peoples and the Ethnic Groups, Article 63: Of the Ethnic Identity, Article 64: Of the Property of the Community, Article 65: Of the Right to Participate, Article 66: Of the Education and Assistance, Article 67: Of the Exoneration

³²⁶ Article 64: Of the Property of the Community The indigenous peoples have [the] right to communal ownership of the land [propiedad comunitaria], in [an] extension and quality sufficient for the preservation and the development of their particular [peculiares] forms of lifestyles. The State will provide them gratuitously with these lands, which will be non-seizable [inembargables], indivisible, non-transferrable, imprescriptible, not susceptible to guarantee contractual obligations nor to be leased; likewise, they will be exempt from taxes. The removal or transfer of [the indigenous peoples] from their habitat without their express consent is prohibited. at https://www.constituteproject.org/constitution/Paraguay_2011.pdf

Inter-American Court of Human Rights, The Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay, Judgment of June 17, 2005, para. 38 (p. 9) b.

³²⁷ *Ibid.*, para. 39 (p. 16) b.

³²⁸ *Ibid.*, para. 39 (p. 20) f.

³²⁹ *Ibid.*, para. 154.

さらに、ILO第169号条約第13条に触れつつ、先住民の世界観、信心深さ、文化的アイデンティティの精神的物質的基礎が、伝統的土地との特別な関係によって支えられている点について、次のような理解を示した³³⁰。

先住民族共同体構成員の文化は、彼らの伝統的な土地とそこにある資源との密接な関係性を基盤に発展した、世界における具体的なあり方、見方、振る舞い方に直接的に関係している。伝統的な土地と資源が、彼らの存在の主な手段であるのみならず、それらが彼らの世界観、宗教、文化的アイデンティティの一部でもあるからである³³¹。

上記のことは、ILO第169号条約³³²第13条1項の規定に関係する。同条項は、諸国家の政府が、「関係人民が占有し、もしくは使用している土地、もしくは地域または可能な場合には、その双方とこれらの人民との関係が有するその文化的精神的価値についての特別な重要性ならびに、特に、その関係の集団的側面を尊重する」と規定する³³³。

したがって、先住民族と、彼らの伝統的な土地や、彼らの文化と関連するその中の天然資源との密接なつながりは、そこから取り出される構成物と同様、米州人権条約第21条（財産権）によって保護されなければならない³³⁴。

これに加えて、判決は、パラグアイ憲法の第5章第62条以降を抜粋している。例えば、「先住民族と民族集団」について規定する第62条は、「この憲法は、パラグアイの建国と組織化に先立つ文化集団と定義される、先住民族の存在を認める」とする。続く第63条と第66条は、パラグアイ政府が先住民族のアイデンティティの権利を承認し、先住民族の文化的特性を尊重すると述べている³³⁵。

また、裁判所は、「先住民族共同体の構成員の先祖代々の権利を無視することは、先住民族共同体とその構成員達の文化的アイデンティティの権利や生存権など、他の基本的権利に影響しうる」³³⁶という。

さらに、「個人の私的所有権の制約は、民主的多元的社会の文化的アイデンティティを保全するという集団的目的を達成するために必要となるかもしれない」³³⁷とも述べている。

以上の判決文の箇所は、「文化」という言葉が使われており、「衣服」「慣習」「価値」「無形文化遺産」「アイデンティティ」「伝統」「多元的な」等の文化的要素に言及している。

5) 少数意見が文化的要素に言及している箇所

カンサード・トリンダー・ジュニョール判事とベントゥラ・ラブレス (M. E. Ventura Robles) 判事

³³⁰ *Ibid.*, paras. 135-137, 156.

³³¹ *Ibid.*, para. 135.

³³² 正式名は「独立国における原住民および種族民条約」。1989年6月27日に第76回国連総会で採択され、1991年9月5日に発効した。

³³³ Inter-American Court of Human Rights, *The Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment of June 17, 2005, para. 136.

³³⁴ Paraguay's Constitution of 1992 with Amendments through 2011, at https://www.constituteproject.org/constitution/Paraguay_2011.pdf

³³⁵ Paraguay's Constitution of 1992 with Amendments through 2011, at https://www.constituteproject.org/constitution/Paraguay_2011.pdf

³³⁶ Inter-American Court of Human Rights, *The Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment of June 17, 2005, para. 147).

³³⁷ *Ibid.*, para. 148.

の個別反対意見の以下の部分は、「文化」という言葉が使われており、「文化的アイデンティティ」という文化的要素について述べられている。

文化的アイデンティティは、歴史的な根源を有する。本件ヤキ・アクサ先住民族共同体の状況下では、文化的アイデンティティは先祖の土地と結びついている。我々は強調しなければならない。文化的アイデンティティは、「生命に対する権利」の構成要素あるいは「生命に対する権利」に付随するものである、と。したがって、もし文化的アイデンティティが痛手を受ければ、当該共同体のまさしく生命に対する権利も、不可避の損害を被るのである³³⁸。

本判決は、個人と先住民族共同体の土地に対する権利が衝突した場合、国家は条約と判例によって確立された基準を適用し、事例ごとにその優劣の判断を行わなければならない、と述べている。これは、この個人の財産と先住民族の共有財産の抵触という問題が生じた場合に、事例によっては、土地を譲渡された個人が、善意の第三者としてその土地の所有権を取得する場合があることを明言するものである。

なお、原告側の専門家証人リトレスの行った「土地の喪失は、彼らにとって文化的な空間が否定されることを含意する。文化の概念は、土地と密接に関係している。先住民族にとって土地を喪失するということは、文化的な問題である」という指摘は、文化概念と土地との関係を明確に示す見解として示唆に富んでいる。

（５）サホヤマクサ（Sawhoyamaxe）先住民族共同体対パラグアイ事件（2006年）

1）事件の概要

サホヤマクサ先住民族の経済は、主として、狩猟、漁労、採集に基づいていたため、彼らは領域の非常に広い地域を移動し占有し続けていた³³⁹。この伝統的な土地が、19世紀末にパラグアイの国家債務返済のため、ロンドン証券取引所を通じてイギリス人企業家に売却された³⁴⁰。

先住民族は、伝統的な土地の利用が制限または禁止されているとして土地の返還を請求したが、現在の所有者が土地を手放すことを拒み、国内手続きでの交渉が決裂した。

2005年、米州人権委員会は、パラグアイを相手取り、米州人権条約第1条1項及び2項との関係において、同条約第4条、5条、21条、8条、25条違反を理由とする訴えを提起した³⁴¹。

2）判旨（2006年3月29日）

³³⁸ Inter-American Court of Human Rights, The Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay, Judgment of June 17, 2005, Separate Dissenting Opinion of Judges A. A. Cançado Trindade and M. E. Ventura Robles, p. 5, para. 18.

³³⁹ Inter-American Court of Human Rights, The Case of the Sawhoyamaxe Indigenous Community v. Paraguay, Judgment of March 29, 2006, para. 73 (2).

³⁴⁰ *Ibid.*, para. 73 (1) (4) (5). パラグアイの土地が私的所有者に渡り、少しずつ分割されたことによって、先住民族サホヤマクサが伝統的土地に接近するのに規制が増し、定住性になった。

³⁴¹ *Ibid.*, paras. 2, 4. パラグアイは、1989年8月24日に米州人権条約の締約国となり、米州人権裁判所の訴訟管轄権を認めている。

裁判所は、先例から、伝統的土地をその意思に反して失った先住民族共同体の構成員は、当該土地が善意の第三者に合法的に譲渡された場合、その土地に対する返還請求権、あるいは代替的な土地を取得する権原を有する、という結論に至った³⁴²。そして、パラグアイが米州人権条約第8条、25条、21条、4条1項を侵害したことを認めた。

さらに判決は、第21条侵害を認定する際、国家は「関係人民が占有し、もしくは使用している土地、もしくは地域または可能な場合には、その双方とこれらの人民との関係が有するその文化的及び精神的価値についての特別な重要性ならびに、特に、その関係の集団的側面を尊重する」というILO第169号条約第13条の文言にも言及した。

3) 文化的要素に関する当事者の主張

「文化」という言葉は、例えば、推定被害者のグラディス・ベニテス (Gladys Benítez) のサホヤマクサ共同体の子供たちの教育状況に関する次の陳述の中で、使われている。

学校の教師たちとは異なり、サホヤマクサ共同体構成員の老女たちは、まだ自分たちの言語を話すことができるので、自分たちの文化が失われないように、その言語を使って孫に話しかけるようにしている³⁴³。

また、サホヤマクサ共同体リーダーで推定被害者のカルロス・マレコスーアポンテ (Carlos Marecos-Aponte) の次の陳述は、文化的要素としての「儀式」に含まれると考えられる「埋葬」に言及している。

土地は、共同体構成員にとって非常に重要である。なぜなら、構成員たちはかつて土地に所属していたからである。土地は、「彼らの祖父母たちの足跡をいまだに示しており、さらに彼らの先祖たちの多くがそこに埋葬されている」³⁴⁴。

4) 本案判決が文化的要素に言及している箇所

裁判所は、米州人権条約第21条違反を認定する際、先住民族のアイデンティティの精神的物質的基礎が、伝統的土地との間の特別な関係に支えられていることを斟酌した³⁴⁵。具体的には、国家は「関係人民が占有し、もしくは使用している土地、もしくは地域または可能な場合には、その双方とこれらの人民との関係が有するその文化的及び精神的価値についての特別な重要性ならびに、特に、その関係の集団的側面を尊重する」というILO第169号条約第13条の趣旨を第21条の解釈に取り込んだ³⁴⁶。

³⁴² *Ibid.*, para. 128.

³⁴³ *Ibid.*, p. 11, para. 33, A), c.

³⁴⁴ Inter-American Court of Human Rights, *The Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment of June 17, 2005, paras. 135-137, 156. Inter-American Court of Human Rights, *The Case of the Sawhoyamaza Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment of March 29, 2006, p. 9, para. 34.

³⁴⁵ *Ibid.*, para. 131.

³⁴⁶ Inter-American Court of Human Rights, *The Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment of June 17, 2005, paras. 135-137, 156. Inter-American Court of Human Rights, *The Case of the Sawhoyamaza Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment of March 29, 2006, para. 119.

そして、この特別な関係が存在する限り、先住民族共同体の構成員は、土地の返還請求権を行使し得ると判示した³⁴⁷。すなわち、土地と先住民族の関係が伝統的な狩猟・漁労・採集活動に表れており、こうした彼らの活動を外的な障害が阻害している場合には、彼らの土地に対する返還請求権は存続すると判断したのである³⁴⁸。

また、「本件において、共同体とその構成員の土地への敬意という祖先から受けついだ権利を看過することは、他の基本的な権利、たとえば、基本的な意味での文化的アイデンティティと、共同体及びその構成員のまさしく『生命に対する権利』に対して、根本的な悪影響を及ぼす」³⁴⁹と述べた。

以上の部分において、裁判所は、「文化」という言葉を使っており、「アイデンティティ」「伝統」等の文化的要素に触れている。

5) 少数意見が文化的要素に言及している箇所

本案判決には3つの個別意見が付されたが、その中で、最も長文かつ文化的要素に配慮する意見を書いたのは、カンサード・トリンダージ判事である³⁵⁰。

カンサード・トリンダージ判事の個別意見には、「文化」という言葉が使われているだけでなく、「アイデンティティ」「歴史」等の文化的要素への言及がなされている。カンサード・トリンダージ判事は、第6章「生命に対する権利と文化的アイデンティティ」の中で次のように述べている。

生命に対する権利は、本件において、文化的アイデンティティとの密接かつ不可避(unavoidable)の関係の中に認められる。文化的アイデンティティは、共同体生活の歴史的な発展とともに時間をかけて形成される。先住民共同体の構成員に関しては、文化的アイデンティティは、彼らの先祖伝来の土地と密接につながっている。もし、彼らが、強制移住によって伝統的土地を奪われれば、彼らの文化的アイデンティティ、遂には、広義では(lato sensu)彼らのまさに生命に対する権利が、各共同体の各人かつ全ての構成員の生命に対する権利に深刻な影響を及ぼす³⁵¹。

判決は、「本件において、共同体とその構成員の土地への敬意という祖先から受けついだ権利を看過することは、他の基本的な権利、たとえば、基本的な意味での、文化的アイデンティティと共同体及びその構成員のまさしく「生命に対する権利」に対して、根本的な悪影響を及ぼす」と述べた。

そして、米州人権条約第21条違反を認定する際、先住民族アイデンティティの精神的物質的基礎が、伝統的土地との特別な関係によって支えられているという文化的な事情を採用している。

³⁴⁷ *Ibid.*, para. 131.

³⁴⁸ *Ibid.*, para. 132.

³⁴⁹ *Ibid.*, paras. 135-137, 156. Inter-American Court of Human Rights, The Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay, Judgment of March 29, 2006, para. 114 a) (p. 69).

³⁵⁰ 全27頁。他の二つの個別意見は、それぞれ3頁(Ventura-Robles)と7頁(Sergio García-Ramírez)。

³⁵¹ Inter-American Court of Human Rights, The Case of the Kalina and Lokono Peoples v. Suriname, Judgment of November 25, 2015, Separate Opinion of Judge A. A. Cancado Trindatde, para. 28.

なお、カンサード・トリンダージ判事の個別意見から、同判事が「生命に対する権利」というものを集団レベルと個人レベルという二重のレベルで考えており、「文化的アイデンティティ」を、集団レベルの「生命に対する権利」の構成要素あるいはこれに付随するものと捉えていることが読み取れる。

（６）カリナ（Kaliña）族およびロコノ（Lokono）族対スリナム事件（2015 年）

1）事件の概要

モロウィナ（Morowijne）川下流地域は、スリナム最北東部に位置し、フランス領ギアナとの国境であるが、ここは先住民族のうち特にカリナ族とロコノ族が先祖代々、使用かつ占有してきた領域である³⁵²。カリナ族とロコノ族は、スリナムで人口の最も多い４つの先住民族のうちの二つである。彼らが祖先から受け継いだ領地は約 133, 945 ヘクタールとされる³⁵³。彼らは、主に農業、漁業、狩猟、果物採集によって生計を立てていた³⁵⁴。1958 年 1 月 28 日、オランダからスリナムが独立³⁵⁵する以前、オランダは、彼らの土地に関して、アメリカのアルミニウム会社（ALCOA）の子会社である採鉱会社（Suralco）に対し、2033 年まで続く 75 年間の採掘許可を与えた³⁵⁶。1975 年と 1976 年に、カリナ族とロコノ族は、先祖伝来の土地に対する権利を主張して国内裁判所に訴えを提起したが、法的根拠の欠如を理由に却下された³⁵⁷。そこで米州人権委員会は、2007 年に米州人権条約第 1 条、2 条との関連により、スリナムが同条約第 3 条、21 条、25 条に違反したとして、米州人権裁判所に提訴した³⁵⁸。

2）判旨（2015 年 11 月 25 日本案判決）

裁判所は、次のように宣言した。スリナムは、カリナ族とロコノ族の「法の前に人として認められる権利」（米州人権条約第 3 条）、「集団的財産権」（第 21 条）、「市民権」（第 23 条）、「司法的保護を受ける権利」（第 25 条）を侵害した責任がある³⁵⁹。さらに、2016 年 2 月 23 日に、裁判所は、スリナム政府がボーキサイト鉱山採掘のため、先住民族カリナ族とロコノ族の承諾なしにその先祖代々の土地と天然資源に与えた深刻な損害を回復するよう命じた。

3）文化的要素に関する当事者の主張

ミシガン大学の文化人類学専門の准教授である、スチュアート・キルシュ博士（Dr. Stuart Kirsch）の鑑定意見書には、土地での採鉱活動（天然資源の採取等）が自然に悪影響を及ぼすのと同様の、推定被害者の健康と文化に対して与える影響（impact）についての記述があり、ここで「文化」という言葉が使われている³⁶⁰。

³⁵² Inter-American Court of Human Rights, The Case of the Kalina and Lokono Peoples v. Suriname, Judgment of November 25, 2015, para. 29.

³⁵³ *Ibid.*, para. 30.

³⁵⁴ *Ibid.*, paras. 32, 46. なお、その後、マルーンが彼らの共同体内や近隣に定住したが、マルーンとカリナ族およびロコノ族との関係は調和的であった。

³⁵⁵ スリナムは 1975 年にオランダから独立した。

³⁵⁶ *Ibid.*, para. 88.

³⁵⁷ *Ibid.*, para. 60.

³⁵⁸ *Ibid.*, para. 2.

³⁵⁹ *Ibid.*, para. 329. 同判決は、自由権規約第 27 条にも言及している。

³⁶⁰ *Ibid.*, para. 20, note 17.

4) 本案判決が文化的要素に言及している箇所

判決では、先住民族の文化的アイデンティティにとってモロウィナ (Morowijne) 川が不可欠の要素であることや、彼らと土地との結びつきが重視された³⁶¹。この点について米州人権裁判所は、「文化」という言葉を使い、「霊的な」「アイデンティティ」「伝統」「習慣」等の文化的要素に触れつつ、次のように述べている。

…モロウィナ地域下方のカリナ族とロコノ族は、彼らの土地や天然資源と、特別な物理的かつ霊的な関係 (spiritual relationship) をもっている。彼らは、あらゆる動植物、魚、石、泉、川が、守護霊を有する生命体と相互に関係すると考える³⁶²。この精神的な関係について米州人権裁判所は、先住民族がその世界観に基づき特定地域への参入や特定樹木の伐採、数種の動物や魚の狩猟・捕獲を制限していることを強調する³⁶³。

この地域の先住民族は、モロウィナ川と強い精神的な関係をもつ。モロウィナ川は、彼らの文化的アイデンティティと伝統にとって不可欠の要素なのである。それゆえに、彼らは次のように考える。「この場所が自分たちに所属するのと同様、自分たちもこの場所に所属しているのだ」と。さらに、カリナとロコノの人々は、自分たちの土地を大切にする。それは、彼らとその将来世代が生活する場所が必要であるためというだけではない。彼らの祖先が吹き込んだ文化や習慣が、生物と無生物の双方を含む、環境に対する深い敬意に基づくものであるからだ³⁶⁴。

したがって、カリナとロコノの人々にとって、人間と自然との間のバランスを維持することは非常に重要である。そして、この仕事は、シャーマンの責任である。彼らの世界観によれば、シャーマンは、もし誰かが守護者や守護霊を通じて人間と自然のバランスを否定的に変えれば、気づくことができる³⁶⁵。

カリナとロコノの人々の先祖伝来の土地における、いくつかの地域が、先住民族がその世界観に基づいて自らの立ち入りを制限する、神聖な、あるいは霊的な場所とみなされている³⁶⁶。

5) 少数意見が文化的要素に言及している箇所

ポルト (Huberto Antonio Sierra Porto) 判事とポイソット (Eduarodo Ferrer Mac-Gregor Poisot) 判事は、その共同同意意見において、本判決を次のように高く評価する。

先住民族と部族民の権利が、彼ら特有の生活様式、伝統、世界観と文化に関する非凡な特色をもち、それがまた米州人権条約によって保護されることを認めるという意味で、米州人権裁判所は本件判例法を通じて発展した³⁶⁷。

³⁶¹ *Ibid.*, para. 35.

³⁶² *Ibid.*, para. 33.

³⁶³ *Ibid.*, para. 34.

³⁶⁴ *Ibid.*, para. 35.

³⁶⁵ Inter-American Court of Human Rights, Case of The Kalina and Lokono Peoples v. Suriname, Judgment of November 25, 2015 (Merits, Reparations and Costs), para. 36.

³⁶⁶ *Ibid.*, para. 37.

³⁶⁷ Inter-American Court of Human Rights, The Case of the Kalina and Lokono Peoples v. Suriname, Judgment of November 25, 2015 (Merits, Reparations and Costs), Joint Concurring Opinion of Judges Huberto Antonio Sierra Porto and Eduarodo Ferrer Mac-Gregor Poisot, para. 22.

以上の部分は、「文化」という言葉が使われているだけでなく、「生活様式」「伝統」等の文化的要素にも触れられている。

米州人権条約第 29 条 (b) 項は、「この条約のいかなる規定も、次のように解釈してはならない」として、「いずれかの締約国の法律によって、または締約国の一が締約国であるその他の条約によって認められているいずれかの権利または自由の享有もしくは行使を制限すること」とする。これは、米州人権条約の当事国が批准した条約の認める権利・自由の行使を制限するような解釈を禁ずる規定である。そして、スリナムの批准した I L O 第 169 号条約第 13 条は、締約国政府が「関係人民が占有し、もしくは使用している土地、もしくは地域または可能な場合には、その双方とこれらの人民との関係が有するその文化的および精神的価値についての特別な重要性ならびに、特に、その関係の集団的側面を尊重する」と規定する。よって、この I L O 第 169 号条約第 13 条に反するような形で、米州人権条約第 21 条を解釈することは、米州人権条約第 29 条 (b) 項によって禁じられている。

本件では、先住民族の集団的財産権を米州人権条約第 21 条に基づいて認定する際、米州人権条約第 29 条 (b) 項の下、I L O 第 169 号条約第 13 条が解釈に取り込まれた³⁶⁸。

第 3 節 小括

本章で取り上げた 5 つの欧州人権裁判所判例と 7 つの米州人権裁判所判例は、文化的考慮の行われ方に関して比較してみた場合、極めて対照的であると言える。前者は、文化的要素への言及はあるものの、それがあまり重視されているとは言えない事例が散見するのに対し、後者はいずれの事例においても文化的要素を法解釈に積極的に取り込んでいる。

まず、第 1 節の欧州人権裁判所判例に見られる文化的要素に対する消極的な姿勢を支える論拠には、「評価の余地」理論 (doctrine of the “margin of appreciation”, doctrine de la «marge d’appréciation») がある。これは、条約締約国に対し、条約の適用に関して一定の裁量の余地を認めるものであるが、明文上の規定はない。実行上、欧州人権裁判所と欧州人権委員会が、欧州人権条約に関する諸事例を審査する際に用いてきたものである³⁶⁹。

この「評価の余地」理論の根拠について、F. スュードルは、「国家の機関こそが、直接または恒常的にその国の活力と接触しているので、条約適用の際、地域的な状況や条件について多くの情報をもっている」と説明する。例えば、都市計画に関する事件³⁷⁰のように事柄が専門的で複雑な場合には、欧州人権裁判所は国家に対し広範な評価の余地を認めている、とする³⁷¹。本章第 1 節第 1 款で取り上げたバックリー対イギリス事件判決は、まさにこうした理由によってジプシーの伝統的な生活様式という文化的要素が尊重されなかった。

同様に、第 1 節第 2 款で扱った 4 つの判例も、締約国の裁量の余地が広く認められた結果として、原告側の主張に含まれる文化的要素に対する考慮が十分になされなかった。だが、こうした裁判所の姿勢に対して筆者は疑問を感じる。

例えば、「オットー・プレミンガー協会对オーストリア事件」は、自らの宗教に対する他

³⁶⁸ *Ibid.*, paras. 122-124.

³⁶⁹ 門田孝「欧州人権条約と『評価の余地』理論」櫻井雅夫編集代表『石川明教授古稀記念論文集 EU 法・ヨーロッパ法の諸問題』(2002 年, 信山社出版) 253 頁。

³⁷⁰ *Affaire Sporrong et Lönnroth c. SUEDE*, *Requête no 7151/75*, 23 septembre 1982.

³⁷¹ F. スュードル著, 建石真公子訳『ヨーロッパ人権条約』(有信堂高文社, 1997 年) 54-55 頁。

者からの批判的言動に寛容でなければならないと述べる一方で、「評価の余地」理論によって映画作品の上映禁止・没収措置という表現の自由に対する厳しい制約を合法であると判断した。とはいえ、映画製作は創造的な表現活動の一つであり、その成果は芸術作品としての価値を有する可能性がある。ところが、1994 年当時の欧州人権裁判所では、文化的要素にかかわる議論はほとんど行われていない。なお、この表現の自由と宗教感情を損なわれない権利との間の関係性は重要な問題であるが、本論文のテーマとは直接的な関係を有しないと思われるため、ここではあまり触れない。

その他の3つの判例（ダラブ対スイス事件、レイラ・シャヒン事件、S. A. S 対フランス事件）はイスラムのヴェール問題に関する事例であるが、欧州人権裁判所は、全体的に締約国の「評価の余地」を広く捉え、ヴェール着用規制の人権条約適合性を認める傾向にある。信仰を表明する行為に対する制約が人権条約上認められるか否かについては欧州に統一的な解釈基準がないことから、各国の裁量に委ねる方針を採用しているためである³⁷²。

しかし、欧州人権裁判所判例法は明確に文化的権利³⁷³を認めているわけではないが、人は何を着るかについて一人で決める権利を有しており、イスラムのヴェール着用は、それが自由意思に基づく場合には文化的権利の対象となりうると筆者は考える。「文化的権利」とは、文化を享受する権利・文化を創造する権利・文化活動に参加する権利から成る文化領域に関する個人の権利の総体を意味する³⁷⁴。自由権規約人権委員会も、公共の場における女性の服装に対する特別な規制が、女性の主張しうる文化と衝突する場合、「市民的及び政治的権利に関する国際規約」第27条の保障する少数者の文化享有権を侵害する可能性がある、と一般的意見28で強調した³⁷⁵。とすれば、本稿で取り上げたヴェール着用規制をめぐる事件は、個人の文化的権利を制限したことが問題となる可能性のある事例である³⁷⁶。

³⁷² もっとも、この「評価の余地」理論には批判がある。北村泰三は、人権と文化多様性との間に衝突が生じた場合、この理論は文化多様性を支持する方向にも規制する方向にも作用し得ると警告する。北村泰三「ヨーロッパ人権裁判所の判例にみる人権と多文化主義との相克」『世界法年報』第29号（2010年）111、113頁。

³⁷³ 文化的権利は、市民的、政治的、経済的、社会的権利と比して適用範囲や強制力の点で未開発であるとされるが、法的な根拠に基づく権利である。その主な法的基盤は、世界人権宣言第27条と「経済的・社会的および文化的権利に関する国際規約」第15条、「市民的及び政治的権利に関する国際規約」第27条である。中でも世界人権宣言第27条は、文化的生活のあり方について広く規定し、文化を享受する権利が自由権の側面のみならず社会権的側面としても深められたものである。西海真樹「UNESCO文化多様性条約の意義—Hélène RUIZ-FABRIに即して—」西海真樹『現代国際法論集 開発・文化・人道』（中央大学出版部、2016年）237頁。General Assembly, Cultural rights, U. N. Doc. A/67/287 (2012), paras. 25, 28. ヤヌシュ・シモニデス著、富田麻里訳「文化的権利」ヤヌシュ・シモニデス著、横田洋三監修『国際人権法マニュアル 世界的視野から見た人権の理念と実践』（明石書店、2004年）236頁。General Assembly, Human Rights Council, Workshop on Traditional Values of Humankind, U. N. Doc. A/HRC/16/37 (2010), paras. 30, 32, 34.

³⁷⁴ そして、ポボプスキイ (Vesselin Popovski) が指摘する通り、女性の衣服の選択の自由という個人的な権利は、文化多様性という集合的な範疇と結びついていると考えられる。Vesselin Popovski, “Cultural Diversity and Freedom of Expression”, in Paul Meerts (ed.), *Culture and International Law* (Hague Academic Press, 2008), p. 57, para. 4.

³⁷⁵ Human Rights Committee, General Comment No. 28, Article 3 (The Equality of Rights between Men and Women), U. N. Doc., CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 10 (2000), para. 13.

³⁷⁶ 辻村みよ子、大沢真理編『ジェンダー平等と多文化共生—複合差別を超えて—』（東北大学出版会、2010年）227頁。他方で、このイスラムのヴェール問題は、ライシテの原則との抵触が問題となる。イスラム女性のヴェール着用に反対する人々の第1の論拠は、ライシテ (laïcité: 世俗主義、政教分離、非宗教性) の確保である。ライシテの原則は、「国家と教会の分離に関する法律」(Loi concernant la séparation des Eglises et de l'État, 1905年12月9日制定) によって確立されたフランス共和国の基本原則で、現行の第5共和制憲法 (1958年) 第1条 (「フランスは、不可分にして非宗教的、民主的、社会的な共和国であ

以上の点については、実際に各締約国の裁量権の範囲を確定しているのは欧州人権裁判所であるから、裁判所がそのコントロールを強化すれば、各国の裁量の余地が少なくなる。したがって、本章第1節で取り上げた5つの事例において少数者や弱者の主張に含まれる文化的要素に対して十分な配慮をするためには、欧州人権裁判所は、各締約国に認める裁量の余地を狭めるべきであろう。もっとも、各国の事情は様々であるから、少数者・弱者の側に配慮した措置をとるべきであるとの意識が一般国民の間で形成されることによって、裁判所の裁量に委ねるという流れになることが望まれる。

次に、第2節の米州人権裁判所判例については、具体的な人権条項違反を検討する際、文化的要素を法的判断の材料として重視する傾向にある。紛争当事者の主張する様々な文化的要素に正面から取り組み、判決に積極的に取り入れる姿勢が認められる。

具体的には、米州人権条約第21条（財産権）、第5条（人道的な取扱いを受ける権利）、第4条（生命に対する権利）等の解釈・適用の過程で、文化的要素を入念に検討し、法的判断に取り込んでいる。その際、訴訟当事国が批准した条約および国内法の認める権利行使を制限するような解釈を禁ずる規定である第29条(b)項の下、ILO第169号条約第13条や自由権規約第27条を解釈に取り込んでいる。

第2節で取り上げた7つの判例の中で、フェデリコ・レンゼリーニ(Federico Lenzerini)をはじめとする複数の法学者が特に高く評価しているのが、モアワナ共同体事件判決である³⁷⁷。レンゼリーニは次の旨、述べる。モアワナ共同体事件は、死者と生きている人間との関係や文化的アイデンティティの議論に関する、最も重要な米州人権裁判所判例の一つである、と。そして、文化的な観点における米州人権裁判所判例法の意義は、必ずしも先住民の土地の権利に関するものばかりではない。土地は、人権侵害の犠牲者の多様な文化的アイデンティティを構成する、数多くの要素の一つに過ぎない、と³⁷⁸。

この「文化的アイデンティティ」については、ヤキ・アクサ先住民民族共同体判決に付したカンサード・トリンダージ判事とベントウラ・ラブレス判事が、個別反対意見で次の趣旨のことを強調した。文化的アイデンティティは共同体構成員の先祖の土地と結びついており、「生命に対する権利」の構成要素あるいは「生命に対する権利」に付随するものである。それ故に、もし文化的アイデンティティが痛手を受ければ、共同体の「生命に対する権利」も不可避の損害を被る、と。

る」に明記されている。フランスは歴史的経緯から徹底した宗教的中立性をとっている。そして、このライシテ原則から、公共の場における宗教的シンボルの着用規制及び私的領域における宗教的行為の尊重が導出される。内藤正典『アッラーのヨーロッパ移民とイスラム復興』（東京大学出版会、1996年）135-136頁。 <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do?idArticle=LEGIARTI000019240997&cidTexte=LEGITEXT000006071194&dateTexte=vig>.

³⁷⁷ モアワナ事件判決における裁判所のアプローチについて、ジョー・パスカルッチ(Jo M. Pasqualucci)は、民主主義社会の多様性は、ジュカ部族のような人々の生活様式や価値観を保護することによって強化された、と評価した。Jo M. Pasqualucci, “International Indigenous Land Rights: A Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in Light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”, *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 27, No. 1(2009), p. 291. アントコヴィヤックも、単に共有財産に関わる裁定のみならず、村人の苦境を評価する際のレンズとして文化的背景を活用することは、モアワナ事件のあらゆる側面にとって極めて重要であったと述べている。Thomas M. Antkowiak, “Moiwana Village v. Suriname: A Portal into Recent Jurisprudential Developments of the Inter-American Court of Human Rights”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 25, No. 2(2007), pp. 271-272.

³⁷⁸ Federico Lenzerini, *The Culturalization of Human Rights Law* (Oxford University Press, 2014), pp. 183-189.

これと同様の指摘を行ったのが、国連人権擁護特別コミッションの先住民問題の専門家のジュリアン・バージャー（Julian Burger）である。バージャーは、「多くの先住民族にとって山々、鳥、動物、植物、木々、川などの自然現象は霊魂を有するため、こうした潜在的に危険に満ちた霊界との接触からコミュニティを守るために葬儀を行っている」と言う。そして、「先住民族にとって土地は売り買いする商品のような単なる経済資源ではなく、精霊が暮らし、祖先が眠り、若い世代が育っていく場所であるため、土地から切り離されると彼らは病気になってしまう」と警告している³⁷⁹。

以上、本章第2節で見てきたように、米州人権裁判所で当事者が主張した文化的要素としては、土地との霊的な絆や死者の魂など、目で見ることのできないものが多い。これらは、法的議論の俎上に載せることが困難であると思われるようなものばかりである。それにもかかわらず、こうした多様な文化的要素に対し、米州人権裁判所が正面から取り組む姿勢を高く評価したい。

³⁷⁹ ジュリアン・バージャー著、綾部恒雄監修『図説 世界の先住民族』（明石書店、1995年）64-66、141頁。なお、土地と霊との結びつきについては、他の地域でも散見される。例えば、フィジー人は、「家屋の床や周囲に死者を埋めることによって、死者と生者を一定の地所につなげるのを慣習としてきた。彼らはそうして死者と生者を確実に一定の地所につなげ、遠い将来にわたる系譜の存続を不動で不滅な土地をつうじて表現した」。（春日直樹「土地はなぜ執着を生むかーフィジーの歴史と現在をつうじて考える」杉島敬志編『土地所有の政治史ー人類学的視点』（風響社、1999年）373頁。

第3章 国際裁判における文化的考慮の課題と提案

第1章と2章では、国際裁判所（国際司法裁判所、欧州人権裁判所、米州人権裁判所）が紛争当事者の主張に含まれる文化的要素をどのように扱ってきたかを見てきた。では、国際裁判における文化的考慮の現状には、いかなる課題や問題点があるだろうか。そして、国際裁判における文化的考慮の意義は何か。これらの点について本章第1節で論じる。

第2節では、国際裁判が将来、文化的要素に対してどのようなアプローチをとるべきかについて、文化的考慮が従来の国際法理論に及ぼす影響を踏まえつつ考察する。

第1節 課題

第1款 文化的考慮に対する懸念

第1章と第2章で見てきた通り、国際裁判所の中でもとりわけ米州人権裁判所が少数者の人権にかかわる文化的要素について考慮するようになってきてはいるものの、国際司法裁判所および欧州人権裁判所判例には、紛争当事者の法的主張に含まれる文化的要素を法的議論に載せない事例が散見する。だが、国際裁判所は、他の多様な要素と並んで文化的要素を法的議論の俎上に載せる必要性のある場合、もしくは文化的考慮をせざるを得ない場合があるのではないか。

1. 問題点

このような筆者の意見に対しては、様々な批判や疑問が想定される。その中で次の二点は、文化的要素を国際裁判所が考慮しない実質的な理由にもなっていると考えられる。

第1に、国際裁判所が文化的要素を法的議論の俎上に載せると議論の範囲が拡大し、紛争がかえって激化して収拾がつかなくなるのではないかと、いう点である。例えば、本稿の第1章第2節第1款で扱った西サハラ事件は、勧告的意見が出された直後の1975年11月6日、モロッコが西サハラへ35万人ともいわれる非武装市民を西サハラ領内へ行進させ（「緑の行進」）、モーリタニアとともに西サハラを占領した。そのため、スペインは、西サハラを二分して両国に領有させることをマドリッド協定（1975年）で認め、翌年2月に同地域から撤退した。これに対し、現地住民が民族解放組織「ポリサリオ戦線」を結成して「サハラ・アラブ民主共和国」（Saharawi Arab Democratic Republic: SADR）の樹立を宣言し、西サハラの独立を目指してモロッコおよびモーリタニアとの間で武力闘争を開始した³⁸⁰。

また、国民感情を掻き立てるような文化的な問題にかかわる事件に関しては、文化的考慮を行うことによって敗訴国側をますます激高させ、ひいては国際裁判所への敵意を生み出す危険さえあるのではないかと、との懸念が予想される。同趣旨の主張をした国際法研究者に横田喜三郎がいる。横田は、「もし人々がそれぞれの倫理的な、政治的な見解によって実定法を解釈し、それにしたがって行動するならば、実定法そのものの意味が失われるばかりでなく、社会に無秩序と混乱が引き起こされるであろう」³⁸¹と述べている。

³⁸⁰ このような結果は、勧告的意見中の「法的結びつき」という表現が曖昧であったために、モロッコが自国と西サハラとの「結びつき」を認められたと受け取ったことによって引き起こされた、との指摘がなされている。桐山孝信「西サハラ事件」松井芳郎『判例国際法【第2版】』（東信堂、2008年）283頁。at http://www.unic.or.jp/activities/peace_security/independence/declaration/western_sahara/（国際連合広報センター「西サハラ」）。

³⁸¹ 横田喜三郎『純粹法学論集Ⅱ』（有斐閣、1977年）294-295頁。

第2に、たとえ国際裁判所が文化的要素を考慮したとしても、敗訴した紛争当事者が納得するとは限らないのではないかと、との疑問が想定される。例えば、本稿の第2章第1節第2款で取り上げた「S. A. S 対フランス事件」判決において欧州人権裁判所は、イスラムのヴェールについて、「民主社会に内在する多元主義に資する文化的アイデンティティの表現」と述べたが、結果的には原告側が敗訴した。本事例においては、確かに判決の中で文化的要素への言及が行われているものの、それが敗訴側当事者を納得させることは難しいかもしれない³⁸²。

2. 文化的考慮に対する学説上の批判

以上の文化的考慮に対する2つの懸念には、法思想史的な背景も関係していると思われる。法学の近代化のプロセスの中で、文化的要素は排除されていく傾向にあったからである。19世紀のドイツで最も有名な法学者であるサヴィニー(Friedrich Karl von Savigny, 1779-1861)、ベルリン大学におけるサヴィニーの後継者プフタ(Georg Friedrich Puchta, 1798-1846)³⁸³、パンデクテン法学の代表者ヴィントシャイト(Bernhard Windscheid, 1817-1892)等の活躍した19世紀半ばから後半にかけてのヨーロッパ法学は、自然科学の急速な発展を受けて法の科学化が重視されるようになり、実証主義が支配的になっていった³⁸⁴。その結果、文化的要素を含む非法的要素を法学から排除すべきとの価値判断が優勢になった。

例えば、ヴィントシャイトは、ライプツィヒ大学学長に就任した際の演説(1884年)および主著『パンデクテン法教科書』(Lehrbuch des Pandektenrechts)の中で、立法は「倫理的、政治的、国民経済的考慮や、これらの考慮の取り合わせに基づく」ものであるとしたうえで、「このような考慮は、法律家自身の仕事ではない」³⁸⁵と断言している。また、サヴィニーの後継者であったプフタは、サヴィニーが法創造の役割を与えていた民族精神も、自然法と同様、法以外の要素として法学の中から排除した。19世紀後半のパンデクテン法学は、歴史法学が持っていた人文主義・歴史主義や哲学等の部分を断ち切り、法学から法以外の要素を排除することを徹底的に推し進めた³⁸⁶。

「純粋法学」を提唱したケルゼン(Hans Kelsen, 1881-1973)は、19世紀に理論化の進んだ法実証主義をさらに推し進め、法学の対象を実定法に限定した³⁸⁷。そして、実定法以外

³⁸² ECtHR, S. A. S. v. France, Application No. 43835/11, Judgments of 1 July 2014, Information Note on the Court's case-law No. 176, para. 120.

³⁸³ 山内進「近世・近代ヨーロッパにおける法学者たちの歩み」勝田有恒、山内進編著『近世・近代ヨーロッパの法学者たち—グラーツィアヌスからカール・シュミットまで—』(ミネルヴァ書房, 2008年)9頁。

³⁸⁴ 久保正幡先生還暦記念出版準備会編『西洋法制史料選 III近世・近代』(創文社, 1979年)299頁。法実証主義は、神や理性といった実定法を超えるものを法の基盤に求める自然法思想に対抗する理論として発達した、実定法(人定法)のみを法とみなす考え方である。松本尚子「法実証主義の極限と『例外状態』の合法性 ケルゼンとシュミット」森村進編『法思想の水脈』(法律文化社, 2016年)155頁。

³⁸⁵ 久保正幡先生還暦記念出版準備会編『西洋法制史料選 III近世・近代』(創文社, 1979年)299頁。上田理恵子「パンデクテン法学と私法実証主義」勝田有恒、森征一、山内進編著『概説 西洋法制史』(ミネルヴァ書房, 2012年)287頁。赤松秀岳「ベルンハルト・ヴィンシャイト」勝田有恒、山内進編著『近世・近代ヨーロッパの法学者たち—グラーツィアヌスからカール・シュミットまで—』(ミネルヴァ書房, 2008年)328-329頁。

³⁸⁶ 坂東義雄「歴史法学と法実証主義—サヴィニーにおける法学の方法を中心として—」『近代法思想の展開』(有斐閣, 1981年)185-186頁。

³⁸⁷ 松本尚子「法実証主義の極限と『例外状態』の合法性 ケルゼンとシュミット」森村進編『法思想の水脈』(法律文化社, 2016年)155-156頁。ハンス・ケルゼン著、黒田覚、長尾龍一訳『自然法論と法実証主義』(木鐸社, 1973年)6-7頁。金子宏、新堂幸司、平井宜雄編集代表『法律学小辞典【第4版 補訂版】』(有斐閣, 2014年)508頁。

の要素（政治的イデオロギー、道徳的要素、自然科学的要素、宗教的要素など）を排除し、法学を科学の水準に高めることを目指した。ケルゼンは、「いかなる倫理的または政治的な価値判断」も科学的ではない、と考える³⁸⁸。

こうしたケルゼンの純粋法学は、ドイツ、オーストリアだけでなく日本の法学者にも多大な影響を及ぼした³⁸⁹。最高裁判所長官を務めた横田喜三郎（1896－1993）もその一人である³⁹⁰。横田は純粋法学を以下の旨、説明する。純粋法学とは、実定法をその実定された意味において純粋かつ客観的に解釈・適用しようという理論である。「非実定法的な分子」すなわち「倫理的、政治的、心理的、社会的、歴史的、経済的などの諸分子の混入を排除」し、これらを考慮することによって実定法が変形・変質しないようにする。特に、自然科学的社会的な考察と、倫理的政治的な考慮を排斥する。こうした非実定法的な考慮を加えず、もっぱら実定法だけを法として把握しようというものである、と³⁹¹。

このようにケルゼンが考えた理由について、横田は次の旨、説明する。「もし倫理的政治的要請にしたがって把握するならば、各人の倫理観、政治観によって、実定法がいろいろに解釈され、適用されることになり、実定された法そのものの意味が失われてしまう」³⁹²と。先述の理解に基づいて横田自身も、最高裁判所の裁判官として、「主観的な倫理観や政治観をまじえることなく、純粋に法律そのものの意味を、法文の言葉そのものにしたがって、理解し、適用するよう努めた」³⁹³と述懐している。

以上のような法思想史の流れから、「文化」は合理的な法的判断には馴染まない、という捉え方が法学者の間で支配的になったのであろう³⁹⁴。それが時代精神の現れであることは理解できる。とはいえ、非法的要素を全て排除するというのはやや行き過ぎではあるまいか。

第2款 文化的考慮の意義

1. 検討

第1款で取り上げた2つの懸念は妥当だろうか。

まず、第1の「国際裁判所が文化的要素を法的議論の俎上に載せると議論の範囲が拡大し、紛争がかえって激化して收拾がつかなくなるのではないか」という懸念に対しては、筆者には以下のような疑問点がある。

確かに、文化的考慮を行うことにより紛争が蒸し返される危険がなくなるという保証はない。また、文化的要素を判決に取り込むことによって、敗訴国側をかえって激昂させる恐れがあるかもしれない。

もっとも、議論の対象を限定して法的に処理した結果、判決後に敗訴国側の政府が反対声明を発表したり、国内で抗議デモが発生したりする等、紛争が蒸し返されてしまう危険も皆無ではないと思われる。

³⁸⁸ 鵜飼信成訳『ケルゼン 法と国家』（東京大学出版会、1952年）5－6頁。松本尚子「法実証主義の極限と『例外状態』の合法性 ケルゼンとシュミット」森村進編『法思想の水脈』（法律文化社、2016年）154－156頁。

³⁸⁹ 横田喜三郎『純粋法学論集Ⅱ』（有斐閣、1977年）294頁。

³⁹⁰ 山元一「最高裁に舞い降りた『国際民主主義』者—横田喜三郎の法思考の形成と展開」樋口陽一、中島徹、長谷部恭男『憲法の尊厳—奥平憲法学の継承と展開』（日本評論社、2017年）467頁。

³⁹¹ 横田喜三郎『純粋法学論集Ⅱ』（有斐閣、1977年）294頁。

³⁹² 前掲294頁。

³⁹³ 前掲295頁。

³⁹⁴ 深田三徳『現代法理論論争—R. ドゥオーキン対法実証主義—』（ミネルヴァ書房、2004年）251、254頁。

例えば、プレア・ビヒア寺院事件判決（1962年6月15日）の直後、敗訴したタイでは200を超える学生を中心としたデモが行われ、プレア・ビヒア寺院の囲い込みや地雷の設置、カンボジア兵への発砲が繰り返された。同年7月6日には、タイのタナット・コーマン（Thanat Khoman）外相がウー・タント国連事務総長に対し、「プレア・ビヒア寺院に係わる国際司法裁判所の判決に従うことを決定するにあたり、タイ政府は、現存あるいは将来援用可能となるあらゆる法的手段に訴えて、プレア・ビヒア寺院を回復する権利に関する明白な留保をなし、同寺院をカンボジアに与えた国際司法裁判所の判決に抗議したい」という書簡を発している³⁹⁵。

そもそも、紛争の根源に文化的な要因がある場合、当事者の提出する証拠の中に何らかの文化的要素を有するものが含まれることは避けられない。プレア・ビヒア寺院事件の書面手続では、タイ・カンボジア両当事国は、係争地域に対する主権行使の実態を裏付ける根拠として寺院を自国の文化遺産として保護・管理していた実績を示す複数の歴史的文書を提出している。特にカンボジア側は、歴史上、プレア・ビヒア寺院は「真正のクメール族の」ものであると主張する申述書を提出し、口頭弁論でも同じ主張を繰り返した³⁹⁶。

また、1995年9月13日の暫定協定の適用事件（2011年）では、ギリシア側がその答弁書の中で、原告FYROMの暫定協定7条1項（「各当事国は政府管理組織による敵対行為または組織的な宣伝活動を禁止する有効な措置を直ちにとるものとする」）違反を裏付ける証拠として、FYROMが発行した学校用の歴史教科書の内容について取り上げている。教科書には、アレクサンダー大王やその父親のフィリッポス2世など歴史上の人物が、FYROMの国民の祖先として生き生きと描写されていた³⁹⁷。

とすれば、こうした文化的要素を安易に排除したり、軽視したりすることは適切な解釈の仕方であるとは思われない³⁹⁸。これらの要素について十分に検討し、当事者双方が納得し得るような、良く練り上げられた考慮の仕方が求められていると考える。

第2の「たとえ国際裁判所が文化的要素を考慮したとしても、敗訴した紛争当事者が納得するとは限らないのではないか」という懸念については、筆者は次のように考えている。

確かに、国際裁判所が、当事者の法的主張に組み込まれた文化的要素を考慮した上で判決を下したからといって敗訴当事者が納得するとは限らないだろう。しかしながら、情情的に

³⁹⁵ L. P. Singh, "The Thai-Cambodian Temple Dispute," *Asian survey / Institute of International Studies*, Vol. 2, No. 8, (University of California, 1962), pp. 24-25. Dept. of Information, Ministry of Foreign Affairs, Thailand honours obligations under U. N. Charter: The Prime Minister's Address, *Foreign Affairs Bulletin*, Vol. 1(1962), pp. 125-127. P. Cuasay, "Borders on the Fantastic: Mimesis, Violence, and Landscape at the Temple of Preah Vihear," *Modern Asian Studies*, Vol. 32, No. 4(1998), p. 850. *United Nations Conference on the Law of Treaties, First session, Vienna, 26 March-24 May 1968, Official Records, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole*(United Nations, 1969), p. 401, para. 113.

"Case Concerning the Temple of Preah Vihear: Cambodia v. Thailand", *Duke Law Journal*, Vol. 12, No. 2(1963), p. 58. note 4, p. 61.

³⁹⁶ I. C. J. Reports 1962, pp. 11-12, 114, 169, 439, 692, 698. Section B. Pleadings, Mémoires, Memorial of the Government of the Kingdom of Cambodia, 20 January 1960, p. 114.

³⁹⁷ Case Concerning the Application of Article 11, Paragraph 1, of the Interim Accord of 13 September 1995 (The Former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece), Counter-Memorial, volume 1, pp. 58-59, paras. 4. 61.

³⁹⁸ 筆者と同趣旨の見解をエレニ・ポリメノポーロも主張している。Eleni Polymenopoulou, "Cultural Rights in the Case Law of the International Court of Justice," *Leiden Journal of International Law*, Vol. 27, No. 2(2014), p. 447.

解決することはできないので文化的な証拠は全て切り捨ててもよい、とまでは言い切れないのではないか。むしろ長期的な視野に立てば、可能な限り文化的要素を考慮した方が、判決の説得力のみならず、国際裁判所の権威や価値を上げることにもつながる可能性がある、と筆者は考える。

2. 実定主義法学に対して批判的な見解

先述の非法的要素を排除する実定主義法学の流れに対して批判的な法学者に、ルードルフ・フォン・イエーリング (Rudolf von Jhering, 1818-92) がいる。イエーリングは、法を法の世界だけで完結するとして法制度を法源や概念から組み立てるプフタらの考え方を「概念法学」と呼び、その法的論理が生活から疎遠である点を批判した。そして、現実社会に目を向けなければならないと主張した³⁹⁹。同様に、ドイツの法哲学者でカトリック自然法論の代表的学者ハインリッヒ・ロンメン (Heinrich A. Rommen) も、実証主義を「法理論的にも法哲学的にも、不十分であることは今日一般に認められている」と批判した。その理由として、「信義則、道德の基本原則、一般商人の注意義務」を例に挙げて、これらは「しばしば裁判官によって実定法を超えて妥当する規範としてのみならず、また実定法に反しても妥当する法として適用されてきたからである」⁴⁰⁰と説明する。

また、カンサード・トリンダージ判事は、主権免除事件 (2012 年) の反対意見の中で、次の趣旨のことを述べている。19 世紀後半以降、法実証主義は国家を擬人化してそれ自体の「意思」を認め、国際法を主権国家間の法に限定し、個人の権利 (提訴権等) を縮小した。これは国際社会に対する正しい理解を困難にし、国際法を傷つけるものであった。法実証主義的な思考方法は、言葉や概念にとらわれるあまり、人間の根源的な価値を忘却している⁴⁰¹、と。

こうした批判は日本の法学者によっても行われた。例えば、ICJ 判事を務めた商法学者の田中耕太郎は、法律実証主義を「法と法以外の世界との架橋の否定である」と批判した⁴⁰²。

田中と類似した視点を持つと思われるのが、英米法学者の高柳賢三である。高柳は、法実証主義的国际法学の欠陥について、法規の背後にある倫理的規範が検討されておらず、「国際的分野において人間の行動を支配する心理学的、社会学的法則にはほとんど注意を払わ

³⁹⁹ 山内進「近世・近代ヨーロッパにおける法学者たちの歩み」勝田有恒、山内進編著『近世・近代ヨーロッパの法学者たち—グラウティアヌスからカール・シュミットまで—』(ミネルヴァ書房、2008 年) 10 頁。ルードルフ・フォン・イエーリング著、眞田芳憲、矢沢久純訳『法学における冗談と真面目—法学書を読む人へのクリスマス・プレゼント—』(中央大学出版部、2009 年) 358, 367, 390 頁。

⁴⁰⁰ ロンメンは 1897 年ケルン生まれの政治学及び法学博士。H. ロンメン著、阿南成一訳『自然法の歴史と理論』(有斐閣、1971 年) 261, 270 頁 (H. Rommen, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts, die zweite erweiterte Auflage* (Kösel Verlag, München, 1947))。

⁴⁰¹ Dissenting Opinion Judge Cançado Trindade, International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Jurisdictional, Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening) Judgment of 3 February 2012, paras. 174, 293-294.

⁴⁰² 田中耕太郎『世界法の理論』第 1 巻 (春秋社、1954 年) 272 頁。同書において田中耕太郎は、ドイツの公法学者 J. イェリネックの見解を参照しつつ、次のように述べる。「本来、国際法は自然法によって基礎付けられ、発達せしめられたものであるが、民族精神を主張する歴史法学派の後継者となった法律実証主義はヘーゲルの法律哲学と共に国家主権万能の法律観の隆盛を来さしめ、その結果、国際法の淵源を国家主権の自己拘束に求めざるを得ず、結局、国際関係の無政府状態すなわち国際法の否定に到達した (277 頁)」。これと同様の指摘は、カンサード・トリンダージ判事の著書 Antônio Augusto Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, 2nd rev. ed. (Martinus Nijhoff Publishers, 2013), p. 16. にも見られる。

なくなった」⁴⁰³と指摘し、「国際関係の現実の知識に貢献しないのはもちろん、国際関係の改善にもなんら貢献するところがない」と批判した。さらに高柳は、次のような主張をしている。「一面において、国際法はそれが地盤をなす文化の機能として把握されなければならない。当該文化の倫理的、習俗的な規範およびその文化において動く政治的、経済的、一般社会的な諸力、ならびに文化を決定する個々の人のうちにあらわれる一定の心理的諸要因の機能として把握されなければならない。他面、国際法は、その同じ文化のある目的にむかって動く社会機構であり、またその文化は国際法によって決定される範囲において、その同じ国際法の機能となるものとして把握されなければならない」⁴⁰⁴と。

では、人権保障の際、文化的要素を考慮することに対して肯定的な立場をとる論者にはどのような人々がいるだろうか。日本では、1988年に「国連差別防止および少数者保護小委員会」代理委員を務めた国際法学者の横田洋三が、次の趣旨の発言を行った。人権の考え方は普遍的だが、その「人権をどのように具体的な状況に当てはめるか」という実現過程では、国や地域の文化の特殊性を考慮に入れなければならない。人権の具体的な実施においては、地域性や文化の相違、すなわちその気候的・地理的条件、文化的宗教的な違いを斟酌しなければならない、と⁴⁰⁵。

国連人権理事会に「文化的権利の分野における特別報告者の報告書」を提出した独立専門家のファリダ・シャヒード (Farida Shaheed) は、すべての人権問題には文化的次元が含まれていると分析する⁴⁰⁶。この文化的権利については、経済的社会的文化的権利委員会のイヴォンヌ・ドナーズ (Yvonne Doners) が、「文化的な生活に参加する権利の基本は、人間の尊厳の重要な部分、すなわち文化を守ることである」と述べている⁴⁰⁷。

また、国際法研究者のエレニ・ポリメノポーロは、論文「I C J判例法における文化的権利」(2014年)において、過去の国際司法裁判所判例における文化的考察の軌跡を辿り、文化を法的問題として扱うことに積極的な意義を見出す。ポリメノポーロは、「世界的に緊急に求められる平和の必要性に照らせば、I C Jが同裁判所規程第36条および第60条の下で文化を法的問題として扱うことは、国際紛争を解決する上で裁判所の従うべき有益な方針となるであろう」⁴⁰⁸と述べている。

⁴⁰³ チューリヒ大学法学部教授(公法)のシンドラは、1928年から1933年まで教授を務めたハーグ国際法アカデミーにおいて、「国際法の社会学的要素と心理学的要素に関する試論」という題名で連続講義を行った。Dietrich Schindler, 'Contribution à l'étude des facteurs sociologiques et psychologiques du droit international', *Recueil Des Cours: Académie De Droit International*, Tome 46 de la Collection, Nijhoff, Leiden/Boston, 1933, pp. 233-322.

⁴⁰⁴ 高柳賢三「おびた・でいくた(二)」『法学新報』50巻7号(1970年)79頁。

⁴⁰⁵ 三好正弘編集代表『世界人権宣言50周年シンポジウム記録集: アジアにおける人権思想』(愛知大学国際問題研究所, 1999年)36-37頁。

⁴⁰⁶ 「幾つかの人権メカニズム(特に社会権規約委員会によって発展してきたもの)は、とりわけ教育、食糧、健康についての権利の履行に関する『文化的受容可能性』または『適切性』の概念に言及している。先住民族によって取られるアプローチは、彼らが文化を全体論かつ包括的なものとして捉えるので、この問題をより深く考察することを刺激する。すべての人権問題には文化的次元が含まれている」。Human Rights Council, Report of the Independent Expert in the Field of Cultural Rights, Ms. Farida Shaheed, submitted pursuant to resolution 10/23 of the Human Rights Council, on 22 March 2010, A/HRC/14/36, para. 19.

⁴⁰⁷ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Day of General Discussion, Right to Take Part in Cultural Life (article 15(1)(a) of the Covenant), on 9 May 2008, Cultural Life in the Context of Human Rights, Background paper submitted by Ms. Yvonne Doners, E/C.12/40/13, P. 7.

⁴⁰⁸ Eleni Polymenopoulou, "Cultural Rights in the Case Law of the International Court of

さらに、カンサード・トリンダージ判事は、バマカ・ベラスケス対グアテマラ事件（本稿第2章第2節第2款参照）の個別意見で、「文化的な表現は、法の世界においても尊重されるべきである」と述べている⁴⁰⁹。国境紛争事件（本稿第1章第1節第2款参照）の個別意見では、「文化というものは、人間と同様に傷つきやすいので、すべての文化の多様性を保護する必要がある」と強調した⁴¹⁰。また、同判事は、主権免除事件の反対意見において、「基本的な人間の価値に対して、きめ細かい配慮をせずに、人権および国際人道法に対する重大な侵害のなされた事件にアプローチすることはできない」と主張した。そして、「法実証主義者の思い込みに反し、法と倫理は分かちがたく結びついており、このことは国内・国際レベルでの裁判の確実な現実化のために心に留めておくべきである」と述べている⁴¹¹。

こうした見解は、いずれも人権保障における文化的考慮を肯定する立場によるものである。なお、民法学者の廣瀬久和は、「人間の争いは特に財産を巡る紛争というかたちで現れることが多いけれども、その根底には心の問題が潜んでいて、法的紛争もこれと無関係ではいられないことがある。特に、人の感受性や無意識的な行動の意味をも含めた人間行動の理解が必要となることがある」⁴¹²と言う。この廣瀬の見解は、さらに広い意味で、文化的要素に留まらない非法的要素に対する考慮を肯定する立場に立つものと考えられる。

以上、文化的要素を法的価値判断に取り入れることについて肯定的な見解を見てきた。これらの見解に対し、本節第1款で紹介した立場、すなわち文化的要素を含む非法的な要素を法的判断から除外するという考え方には、法は政治的宗教的な影響を排除して法の専門家である法律家に委ねることが望ましい、との価値判断があったと思われる。

だが、カール・シュミット（1888－1985）⁴¹³も示唆する通り、非法的要素、政治的要素を排除することによる脱政治化を図る法的理論も、一つの政治的立場なのではないだろうか⁴¹⁴。文化的要素を排除し、文化的考慮を一切しない立場は、現状を維持し、その正当化に寄与するという一種の政治的機能は無意識に営む危険性がある。

そうであるとすれば、文化的要素がその事件の根源にある場合には、国際裁判所は、法解釈・適用の過程の中で可能な限り文化的考慮を行うことが望ましいと筆者は考える。

Justice,” *Leiden Journal of International Law*, Vol. 27, No. 2(2014), p. 447.

⁴⁰⁹ Separate Opinion of Judge A. A. Cançado Trindade, *Inter-American Court of Human Rights, The Case of Bámaca Velasquez v. Guatemala*, Judgment of November 25, 2000, para. 24.

⁴¹⁰ I. C. J. Reports 2013, p. 128, para. 91.

⁴¹¹ Dissenting Opinion Judge Cançado Trindade, *International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Jurisdictional, Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)* Judgment of 3 February 2012, para. 289.

⁴¹² 廣瀬久和「法と人間行動—必ずしも合理的でなく、画一的でもない人間観からの再出発—」『Law and practice/早稲田大学大学院法務研究科臨床法学研究会』4号（2010年）165頁。廣瀬久和は、法と教育学会第9回研究大会（2018年9月2日、於：明治大学）第4分科会にて、「従来の法教育では、行為が要件事実該当するかどうか重視され、その行為の背後にある動機の部分には重きを置かれることがほとんどなかった。しかし、法教育においては、要件と効果の検討に加えて、被告人の行為の背景事情を総合的な判断要素として考慮することが重要なのではないか。特に非訟事件、家事事件、少年事件の場合、行動を支える人間の意識の潜在的な深層部分を考慮すべきであろう」との問題提起を行った。

⁴¹³ ドイツの法学者・政治学者・哲学者。松本尚子「カール・シュミット」勝田有恒、山内進編著『近世・近代ヨーロッパの法学者たち—グラウティアヌスからカール・シュミットまで—』（ミネルヴァ書房、2008年）396頁。

⁴¹⁴ カール・シュミット著、菅野喜八郎訳「政治的なものの概念」カール・シュミット著、長尾龍一編『カール・シュミット著作集Ⅰ』（慈学社出版、2007年）258頁、中野進『国際法政策学』（信山社、1999年）60頁、上野友也『戦争と人道支援』（東北大学出版会、2012年）17頁。

3. 文化的考慮による効果

では、国際裁判所が文化的考慮を行うことによって、どのような効果が望めるか。

(1) 紛争当事者に対する判決の説得力

第1に、文化的考慮は、たとえ紛争を解決することが困難な場合であっても、判決の説得力を高める可能性がある⁴¹⁵。

国際裁判には、当事者が納得し得るような紛争解決が求められる⁴¹⁶。とすれば、当事者が法的主張の中であえて文化的要素について主張をしている場合には、裁判所は何らかの反応を示すべきではないだろうか。たとえ文化的考慮を行ったことによって判決の結論が変わらない場合であっても、当事者が主張した以上、裁判所はこれを可能な限り法的議論の俎上に載せて検討するのが誠実な態度であり、判決の説得力も高まると筆者は考える。

そもそも、なぜ、当事者は交渉ではなく裁判所へ事件を持って行ったのだろうか。文化的な背景を持つ争いは交渉で解決した方が良いようにも思われるし、当事国の満足の実現のためには何らかの交渉が不可欠ではあることは否めない⁴¹⁷。だが、文化的要素を含むような問題は、話し合いでは容易に決着がつかないため裁判になった可能性が高い。そして、もし裁判ではなく交渉で解決するということになれば、相手が交渉に応じなければそこで終わりになる。あるいは、仮に交渉を行い、その交渉の中で何らかの法的ルールに依拠した場合であっても、結局は関係当事国の軍事力・経済力等における強弱が影響し、平等な解決が難しくなる危険性がある。裁判で文化的要素をあえて主張した当事者の意向を尊重すべきではないだろうか。

したがって、文化的要素を法解釈から切り離す手法は、適切ではない。むしろ、これらができる限り法的議論の俎上に載せて正面から論じていくことによって、判決としての説得力を高め、紛争の終局的解決につながる可能性があるのではないか。紛争当事国あるいは当事者に判決を受け入れさせるためには、できる限り多くの要因を考慮に入れて十分に検討する必要があるのではないか。紛争当事者の中でも特に文化的要素を主張した側が、自分たちの主張を十分に検討してもらったという満足感を得ることによって、類似の紛争の蒸し返しのない抜本的解決へと向かう可能性も皆無ではないと筆者は考える⁴¹⁸。

(2) 実体的真実の解明

第2に、法的問題の根源に文化的要素がかかわる場合、文化的考慮は実体的な真実発見に

⁴¹⁵ 十分な文化的考慮を行うことによって紛争当事者に対する判決の説得力が増したであろうと考えられる事例として、「グリーンランドとヤン・マイエンの間の区域における海域境界画定に関する事件」（1993年）と「バックリー対イギリス事件」（1996年）を挙げることができる。

⁴¹⁶ 宮野洋一は、「紛争解決」を「現実の紛争の解消」、すなわち「紛争当事者が一定の納得を得て、もうそれ以上紛争行為を遂行しない状態をいう」と述べる。宮野洋一「国際法学と紛争処理の体系」国際法学会編『日本と国際法の100年 ⑨紛争の解決』（三省堂、2001年）32頁。山形英郎「国際紛争解決システムにおける司法的解決の意義」『世界法年報』第13号（1993年）40、43頁参照。

⁴¹⁷ 小松一郎『国際法実践論集』（信山社、2015年）169頁。国際的な交渉を行う者に関しては、「国際交渉者は、紛争の解決策を形成する上での文化の重要性を容易に認めている。文化は、我々が葛藤を生み出し経験する『知覚形成レンズ（perception shaping lens）』である」との指摘がある。Jacqueline Nolan-Laley, Harold Abramson, Pat K. Chew, *International Conflict Resolution: Consensual ADR Process* (Thomson/West, 2005), p. 49.

⁴¹⁸ 当事者の「満足」について山形英郎は、「紛争解決にとって最も基本となるのは、両当事者の満足であり、両当事者の合意である」と述べる。山形英郎「国際紛争解決システムにおける司法的解決の意義」『世界法年報』13号（1993年）40頁。

資する可能性がある⁴¹⁹。

本稿の第1章と第2章で扱った国際裁判所は、民事裁判と同様、権利の侵害などの法的な紛争が発生し、紛争当事者がその法的解決を求めて提訴した場合にのみ、当該事件は裁判所に係属する。よって、私的自治による弁論主義の支配する国内の民事裁判と同様、司法的解決に必要な程度の形式的真実で十分であり、積極的に実体的な真実を解明することまでは求められていないとも考えられる。

確かに、事実認定に関して原告と被告の主張が一致している場合には、原則として裁判所は当事者の一致した主張どおりに認定する点や、裁判で検討対象となる証拠が当事者によって提出されたものに限られる点で、国際裁判は国内の民事裁判と類似する。このように、国際裁判は両当事者による主張や証拠等の範囲に限定されているため、民事裁判と同様、実体的な真実の解明よりも紛争の法的解決が優先されているという理解があるかもしれない。

だが、冷戦終結以降、例えばユーゴスラヴィア紛争やコソボ紛争のように歴史的な民族問題など何らかの文化的要因を持つ紛争が発生し続けている現在、文化的要素は事件の主題と密接に係わる可能性がある。この点についてヤヌシュ・シモニデス (Janusz Symonides) は、1990年代の国内紛争の多くは、文化的独自性の権利の否定や、少数者の文化的権利の拒絶によって引き起こされていると指摘する⁴²⁰。山形英郎も「裁判所に提出される紛争には法律問題のみならず、それ以外の様々な問題」すなわち、「通商上、経済上、宗教上、文化上および政治上の利害が絡みながら、通商問題、経済問題、宗教問題、文化問題および政治問題がおこり、それらが一つの紛争に織り上げられ」、さらに「国家の名誉、安全、国力、イデオロギーといった要素が付加されることが多い」と述べている⁴²¹。

とすれば、国際社会で生起する問題に存する文化的歴史的事情を看過することは、紛争の根本的な解決につながらない恐れがある。よって、国際裁判所は、問題の核心と可能な限り正面から取り組むことが望ましいと筆者は考える。

ところで、国際裁判には、日本の民事訴訟とは異なる点がある。民事裁判では確定判決の誤りを立証する証拠が発見されただけでは再審の理由として認められない⁴²²。他方、国際裁

⁴¹⁹ 文化的考慮が実体的真実の解明に資すると思われる事例としては、例えば、本稿第1章で扱ったブレア・ビビア寺院事件 (1962年)、グリーンランドとヤン・マイエンの間の区域における海域境界画定に関する事件 (1993年)、1995年9月13日の暫定協定の適用事件 (2011年)、第2章で取り上げたマヤングナ (スモ) アウェ・ティグニ共同体対ニカラグア事件 (2001年)、モアワナ共同体対スリナム事件 (2005年)、ヤキ・アクサ対パラグアイ事件 (2005年)、サホヤマクサ先住民族共同体対パラグアイ事件 (2006年) 等が挙げられる。

⁴²⁰ Janusz Symonides, *Human Rights: Concept and Standards* (UNESCO Publishing, 2000), p. 219.

⁴²¹ 山形英郎「国際法における伝統的な政治的紛争理論の再検討」『岡山商科大学法経学部創設記念論集』(法律文化社、1992年) 218-219頁。

⁴²² 日本の民事訴訟では、以下の事由がある場合には、確定した終局判決に対して再審の訴えをすることができる (民事訴訟法第338条1項)。

1. 法律に従って判決裁判所を構成しなかったこと。
2. 法律により判決に関与することができない裁判官が判決に関与したこと。
3. 法定代理権、訴訟代理権又は代理人が訴訟行為をするのに必要な授權を欠いたこと。
4. 判決に関与した裁判官が事件について職務に関する罪を犯したこと。
5. 刑事上罰すべき他人の行為により、自白をするに至ったこと又は判決に影響を及ぼすべき攻撃若しくは防御の方法を提出することを妨げられたこと。
6. 判決の証拠となった文書その他の物件が偽造又は変造されたものであったこと。
7. 証人、鑑定人、通訳人又は宣誓した当事者若しくは法定代理人の虚偽の陳述が判決の証拠となったこと。
8. 判決の基礎となった民事若しくは刑事の判決その他の裁判又は行政処分が後の裁判又は行政処分に

判は、判決確定後に判決を覆すに足りる新たな証拠が見つければ、再審事由となる⁴²³。これは、国際裁判が、形式的真実を超えた実体的真実の解明、すなわち紛争の根底にある真実を解明することを国内の民事裁判よりも重視していることの現れであると解される。

また、紛争当事者、特に文化的要素を含む申し立てを行った側は、国内裁判を超える労力、訴訟経費、膨大な時間という犠牲を払ってまで国際裁判所に提訴するからには、単なる形式的真実以上の実体的真実を求めているに違いない。

第3款 文化的考慮の法的根拠

では、文化的要素を取り込んだ解釈を裁判所が行う際の法的根拠は何か。国際法の解釈・適用の一部として文化的要素を考慮することが事件の性質上必要な場合、国際裁判所による文化的考慮を基礎づける実定国際法にはどのようなものがあるか。

本款では、①国際裁判所による文化的考慮を基礎づける国際文書と、②国際裁判所が実際に文化的考慮を行う際、解釈・適用上の根拠となり得る国際文書について概観する。

1. 国際裁判所による文化的考慮を基礎づける国際文書

まず、国連憲章第1条3項が、国際連合の目的の一つとして、経済的、社会的、人道的性質とともに、「文化的性質 (cultural character) を有する国際問題を解決することについて国際協力を達成すること」を掲げている。この規定は、国際連合の主要な司法機関たる国際司法裁判所において文化的考慮を可能にすると筆者は考える⁴²⁴。とはいえ、例えば国際司法裁判所の裁判官はICJ規程に縛られるため、文化的考慮を行うことを認めるのは難しいのではないかと、この疑問があるかもしれない⁴²⁵。しかし、ICJ規程第36条1項の文言と趣旨は、裁判所の事物管轄権から文化を排除していない⁴²⁶。また、同規程第57条の下、個別の意見を述べる権利が各裁判官には認められていることから、文化的な事柄に対する意見を表明する機会も与えられていると解される⁴²⁷。

さらに、ICJ規程第9条⁴²⁸は、異なる文明形態・法系から判事を選ぶとしている。これ

より変更されたこと。

9. 判決に影響を及ぼすべき重要な事項について判断の遺脱があったこと。

10. 不服の申し立てに係る判決が前に確定した判決と抵触すること。

⁴²³ 国際司法裁判所規程第61条1項 判決の再審の請求は、決定的要素となる性質をもつ事実で判決があった時に裁判所及び再審請求当事者に知られていなかったものの発見を理由とする場合に限り、行うことができる。但し、その事実を知らなかったことが過失によらなかった場合に限る。

⁴²⁴ 友好関係原則宣言 (1970年、国連総会決議2625) も、「国際連合憲章に従って、いかなる国の国内管轄権内にある事項にも干渉しない義務に関する原則」として、「……国の人格またはその政治的、経済的および文化的要素に対する武力干渉およびその他いかなる介入もしくは威嚇の試みも、国際法に違反する」(第1段落) ことを宣言している。

⁴²⁵ ICJ裁判官の任務は、付託された紛争を国際法に従って裁判することであり、裁判の基準として当事国間の明示による合意の存在を確認し、「一般又は特別の国際条約で係争国が明らかに認めた規則を確立しているもの」や「法として認められた一般慣行の証拠としての国際慣習」、「文明国が認めた法の一般原則」等が適用される (ICJ規程第38条1項)。

⁴²⁶ Eleni Polymenopoulou, “Cultural Rights in the Case Law of the International Court of Justice,” *Leiden Journal of International Law*, Vol. 27, No. 2(2014), p. 451.

⁴²⁷ 国際司法裁判所規程第36条1項 裁判所の管轄は、当事者が裁判所に付託する全ての事件および国際連合憲章または現行諸条約に特に規定する全ての事項に及ぶ。 *Ibid.*, pp. 450-451. Masahiro Miyoshi, *Consideration of Equity in the Settlement of Territorial and Boundary Disputes* (Springer, 1993), p. 205.

⁴²⁸ 国際司法裁判所規程第9条 各選挙において、選挙人は、選挙されるべき者が必要な資格を各自に具備

は多様性を確保する必要性, すなわち, 公平性を保つためには法解釈に多様性が必要であるから, 裁判官は特定の考え方に偏らないように世界のさまざまな文化を反映させるべきであるという価値観の現れであろう。

なお, この「異なる文明形態」に含まれる文化とは, あくまで法文化のことであって, 文化的背景全般を指すものではない, との反論が想定される。だが, この言葉が法文化に限定されず広い意味で使われていることは, 1991 年から 1994 年まで I C J の所長を務めたロバート・ジェニングス (Sir Robert Jennings) の国連総会演説 (1992 年 10 月) の次の一節からも明らかである。「裁判官は世界の各地…, 異なる文化, そして大事なことに, 極めて異なる主要法系の出身である」と⁴²⁹。この「異なる文化」という言葉は, 法文化に文化を限定していない。

また, 法的拘束力を有する実定国際法である国際労働機関 (ILO) 第 169 号条約 (独立国における先住民族ならびに部族民に関する条約, 1989 年) が, 第 5 条 1 項において, 国内法令を適用する際は, 先住民族・部族民が集団や個人として直面する問題の性質に十分な考慮を払うべきことを締約国政府に定めている⁴³⁰。同条約の適用対象は, 「先住民族および種族」(indigenous and tribal peoples) であり, 「先住性」が条約適用の不可欠の要件とされていないため, 社会的・経済的・文化的独自性を有するが他の住民よりも早い時期に当該領域に住み始めたことを示す証拠のない民族⁴³¹も適用範囲に含まれる。

2. 国際裁判所が実際に文化的考慮を行う際, 解釈・適用上の根拠となり得る国際文書

(1) 国際法

ユネスコ憲章 (1945 年) 前文は, 「文化の広い普及と正義・自由・平和のための人類の教育」は, 「人間の尊厳に欠くことのできないもの」であると謳う。「文化」に関する国際法規範は, 第二次世界大戦後, ユネスコ (国際連合教育科学文化機関) を中心として多数, 制定されてきた。また, 以下に列挙するように, 国連総会や ILO, 国際刑事裁判所等においても制定されている。

1) 文化遺産を保護する条約

ユネスコは, 文化遺産保護のため, さまざまな国際条約を採択した。例えば, 武力紛争の際, 非軍事目標たる文化財を攻撃対象にすることを禁じる「武力紛争の際の文化財の保護のための条約」および第 1 附属議定書 (1954 年採択) と第 2 附属議定書 (1999 年) がある。

すべきものであることのみならず, 裁判官全体のうちに世界の主要文明形態及び主要法系が代表されるべきものであることに留意しなければならない。

⁴²⁹ ロバート・ジェニングスは, 1992 年 10 月の国連総会演説で, 「裁判官は世界の各地…, 異なる文化, そして大事なことに, 極めて異なる主要法系の出身である。素人からはいつも, このような状況で, どのように一貫性のある有意義な審議が保たれるのかという質問がなされる…。その答えは実際には, 問題はほとんど生じない, という点に求められる…国際法は言語, 文化, 人種および宗教を超越した言葉である」と述べた。A/47/PV. 43, p. 16. *The International Court of Justice* (UN Department of Public Information, 2000), p. 11.

⁴³⁰ ILO 第 169 号条約第 5 条 この条約の規定を適用するに当たって,

(a) これらの民族の社会的, 文化的, 宗教的, 精神的価値および慣行を承認しかつ保護し, 並びに, これらの民族が集団としておよび個人として直面する問題の性質に十分な考慮を払わなければならない。

(b) これらの民族の価値, 慣行および制度の保全を尊重しなければならない。

⁴³¹ 例えば, 本稿第 2 節第 2 款 1 (3) で紹介した「モアワナ共同体対スリナム事件」のモアワナ共同体構成員の人々がこれに該当する。

同条約は、前文において、「……各人民が世界の文化にそれぞれ寄与していることから、いずれの人民に属する文化財に対する損傷も全人類の文化遺産に対する損傷を意味するものであることを確信し……」と述べている。

他にも、万国著作権条約（1952 年）、「世界の文化遺産および自然遺産の保護に関する条約」（1972 年）、「水中文化遺産保護に関する条約」（2001 年）、「無形文化遺産保護条約」（2003 年）、「文化財の不法な輸入、輸出及び所有権譲渡の禁止および防止の手段に関する条約」（1970 年）、「盗取され又は、不法に輸出された文化財に関するユニドロワ条約」（1995 年）、「水中文化遺産保護条約」（2001 年）がある。さらに、より広い射程を持つ「文化的表現の多様性の保護及び促進に関する条約」（2005 年）の中にも、文化遺産保護の規定が含まれている⁴³²。また、旧ユーゴスラヴィア国際刑事裁判所規程、国際刑事裁判所ローマ規程には、戦時下における文化遺産の破壊を禁ずる規定が含まれている⁴³³。

2) 文化的権利に関する条約

次に、文化的権利については、世界人権宣言（1948 年）第 27 条を実効的に保障する「経済的・社会的及び文化的権利に関する国際規約」（1966 年）第 15 条⁴³⁴、「実演家、レコード製作者及び放送事業者の保護に関する条約」（1961 年）、「文化的表現の多様性の保護及び促進に関する条約」（2005 年）⁴³⁵等がある。

また、米州人権条約について見ると、第 26 条⁴³⁶が「文化的基準が示す権利の完全な実現」を達成することを約束している。この規定は、司法による文化的基準を満たす権利の実現を目指すことも含むと解される。さらに、米州人権条約追加議定書（サンサルバドル議定書）第 14 条（文化の恩恵に浴する権利）1 項（a）は、より具体的に、同議定書の当事国が、「全ての人に対し、地域社会（the community）の文化的芸術的生活に参加する権利を認める」と規定している⁴³⁷。

3) 少数者の文化を保護する条約

⁴³² 垣内恵美子「文化財に関する国際交流・協力と世界遺産条約・無形遺産プロジェクト」佐藤一子編『文化協同のネットワーク』（青木書店、1992 年）190-191 頁。

⁴³³ 旧ユーゴスラヴィア国際刑事裁判所規程第 3 条〔戦争の法規または慣例に対する違反〕（d）宗教、慈善および教育ならびに芸術および学術の用に供する施設、歴史上の記念建造物ならびに芸術上および学術上の作品の押収、破壊または意図的損傷。

国際刑事裁判所ローマ規程第 8 条〔戦争犯罪〕（b）（ix）宗教、教育、芸術、科学又は慈善のために供される建物、歴史的建造物、病院及び傷病者の収容所であって、軍事目標以外のものを故意に攻撃すること。

⁴³⁴ 「経済的・社会的及び文化的権利に関する国際規約」第 15 条（科学及び文化に関する権利）

1 この規約の締約国は、すべての者の次の権利を認める。（a）文化的な生活に参加する権利（b）科学の進歩及びその利用による利益を享受する権利（c）自己の科学的、文学的又は芸術的作品により生ずる精神的及び物質的利益が保護されることを享受する権利

⁴³⁵ 「文化的表現の多様性の保護および促進に関する条約」前文（……）文化の多様性が人類の共同遺産（common heritage of humanity）であり、全人類の利益のためにはぐくまれ、保全されるべきであることを意識し（……）

⁴³⁶ 米州人権条約第 26 条（漸進的發展）締約国は、ブエノスアイレス議定書によって改正された米州機構憲章が掲げる経済的、社会的、教育的、科学的及び文化的基準が示す権利の完全な実現を立法その他の適切な方法により漸進的に達成する目的で、国内的に及び国際協力を通じて、措置（特に、経済的及び技術的な性格の措置）をとることを約束する。

⁴³⁷ Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights Protocol of San Salvador, 16 November 1999. Article 14(Right to the Benefits of Culture)1(a).

少数者の文化に対する考慮を基礎づける主な実定国際法としては、1966年に国連総会で採択された「市民的及び政治的権利に関する国際規約」（自由権規約）第27条がある。同条は、「種族的（ethnic）、宗教的又は言語的少数民族（minorities）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」と規定しており、少数民族に属する個人が自己の文化を享有する権利を保障している。

また、先述したILO第169号条約は、第5条において、先住民族・部族民の社会的、文化的、精神的価値および慣行を承認し保護すべきであると定めている。第7条1項は、当該人民がその「生活、信念、制度および精神的安寧……、かつ、自己の経済的、社会的、文化的発展を可能な範囲で管理する権利」を保障する。第8条は、国内法上の基本権や国際的に認められた人権に矛盾しない場合には、自己の習慣・制度を維持する権利を持つとする（2項）。さらに、同条約第13条⁴³⁸および14条が、先住民族・種族の土地や地域との関係が有する文化的精神的価値の重要性を尊重するよう政府に促している⁴³⁹。すなわち、「当該民族が占有もしくはその他の形で利用する土地または領域が、これらの民族に対して文化および精神的価値のうえで特別な重要性を持つこと」と、その関係が「集団的側面」を持つことを尊重するよう政府に対して求めている。

以上の規定は、国際裁判所が文化的考慮を行うに際して法的根拠となり得る。

（２） 宣言

さらに、国際裁判所が実際に文化的考慮を行う際、解釈・適用上の根拠となり得る宣言としては、以下のものがある。

１） 文化遺産を保護する宣言

例えば、「人類の口承及び無形遺産の傑作の宣言」（2001年～2008年）、「文化遺産の意図的破壊に関するユネスコ宣言」（2003年）、「デジタル遺産の保護の憲章」（2003年）が挙げられる。

２） 文化的権利に関する宣言

次に、文化的権利について規定する宣言には、世界人権宣言（1948年）がある。同宣言は、第22条⁴⁴⁰で「全ての者は、社会の構成員として……文化的権利の実現を求める権利を有する」と規定する。第27条第1項⁴⁴¹は、文化を享受・創造し、文化的な生活に参加する権利が全ての人に保障されるべきことを宣言する⁴⁴²。

⁴³⁸ ILO第169号条約第13条第1項 この部の規定を適用するに当たり、政府は、関係人民が占有し若しくは使用している土地（land）もしくは地域又は、可能な場合には、その双方とこれらの人民との関係が有するその文化的及び精神的価値についての特別な重要性並びに、特に、その関係の集団的側面を尊重する。

⁴³⁹ 「先住民族等が引き続き生存する上で、土地への権利が根本にあることはよく知られている。土地とその資源は、先住民族等の暮らし、社会的文化的なまとまり、精神的健全さの主要な淵源である」。マヌエラ・トメイ、リー・スウェプトン著、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）7、28-29頁。

⁴⁴⁰ 世界人権宣言第22条 全ての者は、社会の構成員として……文化的権利の実現を求める権利を有する。

⁴⁴¹ 世界人権宣言第27条第1項 全ての者は、自由に社会の文化的な生活に参加し、芸術を享受し、ならびに科学の進歩およびその利益を享受する権利を有する。

⁴⁴² 異なる国々の文明、宗教、文化、伝統の多様性は、人間の尊厳を謳う世界人権宣言をはじめ人権の普遍性の中に反映されているとされる。「人権教育及び研修に関する国連宣言」第5条3項（A/HRC/RES/16/1）。

また、第14回ユネスコ総会（1966年）で採択された「国際文化協力の諸原則に関する宣言」（1966年）は、「文化というものは、それぞれ尊重され、維持されるべき尊厳と価値のあるもの」（第1条1項）⁴⁴³であり、「すべての文化は、多様性をもち、相互に影響を及ぼし合うことによって、全人類に共通の遺産を形づくるのである」（第1条3項）と述べて、文化の保護・発展とともに文化的な多様性を促した⁴⁴⁴。

国際平和と安全のための最善策は相互信頼と理解に基づく文化多様性、寛容、対話、協力の尊重であるとする、ユネスコの「文化多様性に関する世界宣言」（2001年）も、「文化の多様性は人類共通の遺産である」（第1条）としている。同宣言第5条は、「文化的権利は、人権に欠くことのできないもの」であるため、すべての人が「各自で選択する言語・特に母語によって自己を表現」し、「自己の作品を創造し・普及」させ、各自の「文化的アイデンティティを十分に尊重した質の高い教育と訓練を受ける権利」を持つこと、自らが選んだ「文化的生活に参加し、各自の文化的習慣にしたがって行動すること」ができなくてはならない、と宣言する。この宣言を再確認する形で実効化したのが、「文化的表現の多様性の保護および促進に関する条約」（2005年）である。

また、文化的権利に関するフリブール宣言（Cultural Rights Fribourg Declaration, 2007年）第9条（d）が、民主的統治の原則として、「多様性を通じて普遍性を高める」ため、「すべての人権の文化的側面を特定し、考慮する」⁴⁴⁵と述べている。

3) 少数者の文化を保護する宣言

少数者に対する文化的考慮を基礎づける宣言としては、以下の国際文書がある。先住民（indigenous people）とその共同体については、「環境と開発に関するリオ宣言」第22原則が、かれらの「その知識と伝統のゆえに、環境の管理と開発において重要な役割を有する」としており、各国は、「彼（女）の主体性、文化および利益を認め、十分に支持し、持続可能な開発の達成への効果的な参加を可能にさせるべきである」と述べている。

マイノリティの権利保護を直接目的とし、保護すべき権利と国家のとるべき措置を定めた一般的な国際文書である「民族的又は種族的、宗教的及び言語的少数者に属する者の権利に関する宣言」（Declaration on the Rights of Persons Belongings to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, 1992年）第4条2項は、国家に対し、「少数者に属する者がその特性を表示しかつその文化、言語、宗教、伝統及び習慣を発展させるのを可能とする有利な条件を創出するために措置をとらなければならない」とする。

また、1993年に国連総会世界人権会議で採択された「ウィーン宣言および行動計画」（Vienna Declaration and Programme of Action）第19項3段落目は、「少数者に属する

⁴⁴³ Records of the General Conference, Fourteenth Session, Resolutions (Paris, 1966), UNESCO Doc. 14C, p. 87, at <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001140/114048e.pdf>

⁴⁴⁴ 2005年世界サミット成果文書の第4項にも、次のような同様の趣旨の記述がある。「世界の多様性を認識し、我々は、あらゆる文化と文明が人類の豊かさに貢献していることを認識する。我々は、世界中の宗教的、文化的多様性の尊重と理解の重要性を認識する。国際の平和と安全を促進するため、我々は、あらゆる場所における人類の福利、自由と進歩を促進させるとともに、異なる文化、文明及び人びとの間の寛容、尊重、対話と協力を慫慂することにコミットする」。

⁴⁴⁵ Article 9 (principles of democratic governance) d. Identifying and taking into account the cultural dimensions of all human rights in order to enhance universality through diversity and to encourage the appropriation of these rights by all persons, alone or in community with others.

人は、自由にかつ介入又はいかなる形態の差別もなしに、自らの文化を享受し、自らの宗教を告白しかつ実践し、並びに私的に及び公的に自らの言語を使用する権利を有する」と規定する。さらに、同宣言の第 20 項が「(……) 国家は、国際法に従って、先住民の人権及び基本的自由を平等にかつ差別なく尊重することを確保するために強調した積極的な措置を取り、及び彼らの独特のアイデンティティ、文化並びに社会組織の価値及び多様性を承認すべきである」とする。次に、第 5 項が、すべての人権が普遍的かつ不可分で相互に依存し関連していることを前提に、国際社会は人権を公正で平等な方法で、地球規模で取り扱わなければならないとする。そして、「(……) 国家的及び地域的特殊性の意義、並びに多様な歴史的、文化的及び宗教的背景の重要性を考慮に入れなければならないが、すべての人権及び基本的自由を助長し保護することは、その政治的、経済的及び文化的な体制のいかんを問わず、国家の義務である」⁴⁴⁶ と規定している。

また、国連の「先住民族の権利宣言」第 6 部第 25 条が、先住民族の伝統的土地や資源と「独自の精神的および物質的な関係を維持および強化」する権利を保障する。同じく第 26 条が、伝統的土地に対する所有権と開発・管理・使用する権利、彼らの「法律、伝統および慣習、土地の保有ならびに資源の開発と管理の制度の完全な承認に対する権利」等々を認めている。

第 2 節 提案

第 1 節では、国際裁判における文化的考慮の課題についてみてきた。国際裁判所の中でも、特に米州人権裁判所が少数者の人権にかかわる文化的要素について考慮するようになってきてはいるものの、ICJ と欧州人権裁判所判例には紛争当事者の法的主張に含まれる文化的要素を法的議論に載せない事例が散見することを確認した。その上で、そこにおける問題点が、文化的な考慮によって議論の範囲が拡大し収拾がつかなくなるのではないかという点と、文化的要素を考慮しても紛争当事者が納得するとは限らないのではないかという点であることを指摘した。

では、以上のような点を乗り越えるため、将来、国際裁判における文化的考慮はいかにあるべきか。文化的要素を考慮するとは具体的にどのようなことを意味しており、より満足度の高い解釈に至るためには、いかなる考慮を行うべきであろうか。

むろん文化的要素を取り入れることによって、紛争当事者を 100 パーセント満足させる

⁴⁴⁶ Vienna Declaration and Programme of Action, A/CONF. 157/23, 12 July 1993.

同条は、バンコク宣言第 8 条に比して人権の普遍性と人権保障の重要性がより強調されているが、人権基準の解釈において諸国家が文化的背景を考慮すべきことを認めている点は同様である。バンコク宣言(1993 年)第 8 条は、「人権は本質的には普遍的であるが、国家および地域の特異性と、様々な歴史的、文化的および宗教的背景の重要性に留意しつつ、動的かつ発展しつつある国際規範設定の過程を考慮して理解されなければならない」として、各国家や地域の個別の事情や背景に対する配慮を求めた。Report of the Regional Meeting for Asia of World Conference on Human Rights, A/CONF. 157/ASRM/8, A/CONF. 157/PC/59(1993), p. 5, para. 8. また、2005 年世界サミット成果文書(2005 年 9 月 16 日)の「IV 人権と法の支配」第 121 段落には、「国家や地域の特性や多様な歴史的、文化的及び宗教的背景の重要性に留意しつつ、すべての加盟国は、政治的、経済的、文化的システムにかかわらず、すべての人権及び基本的自由を促進及び保護する義務を有する」との記述がある。「2005 年世界サミット成果文書(仮訳)」(平成 17 年 9 月 16 日), at http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/unsokai/pdfs/050916_seika.pdf. Resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2007, 62/155. Human rights and cultural diversity, A/RES/62/155, 7 March 2008, p. 4.

保証はないだろう⁴⁴⁷。だが、そうであってもなお、本節では、文化的な考慮の具体的な方法に関する考察を試みることにしたい。

第1款 文化的考慮の区分

はじめに、国際裁判所が、文化的要素を積極的に法的議論の俎上に載せて国際法の解釈をすべき場合と、文化的要素を考慮する必要がない場合とをどのように区分すべきか、という点について検討する。

1. 文化的要素を考慮すべき場合

まず、文化的要素を積極的に法的議論の俎上に載せて国際法の解釈をすべきなのは、少なくとも、どちらか一方の紛争当事者の主張する文化的要素が、当該事件の主題に関係している場合である。すなわち、裁判所が客観的に見て、文化的要素が紛争の主題にかかわっている場合には、当事者の意向を重視し、裁判所がこうした要素を考慮することが望ましい。よって、このような事例においては、当事者の納得するような紛争解決と実体的真実の解明を図るため、国際裁判所は国際法の解釈・適用の中で、その文化的要素について検討すべきである。

2. 文化的要素を考慮すべきではない、あるいは考慮する必要がない場合

これに対し、文化的要素を考慮に入れて国際法解釈すべきではない場合とは、(1) そもそもいずれの紛争当事者も文化的要素に関する主張を全く行っていない事例、(2) 紛争当事者の主張する文化的要素が、一見すると (*prima facie*)、当該事件の主題と関係のない事例である。このような場合には、国際裁判所は、国際法の解釈・適用の中で文化的要素について敢えて検討する必要はない、と筆者は考える。

まず、(1) については、両当事者が文化的要素を主張していない場合において、裁判所が文化的要素に対する指摘をすることは妥当か。権限踰越 (*excès de pouvoir*) が問題となる。この点、裁判所は、当該紛争主題を越える争点については管轄権を有しない⁴⁴⁸。裁判所は、当事者の請求主題及び申し立てを解釈することはできるが、原則として、これを変更することはできない⁴⁴⁹。よって、両当事者が文化的要素を主張していない場合にまで、裁判所が文化的要素に対する指摘をすることは妥当ではない。

また、(2) 紛争当事者の主張する文化的要素が、一見すると、当該事件で論争になっている核心部分に関係すると国際裁判所が認められない事例についても、国際裁判所は文化的要素を法的議論の俎上に載せて考慮する必要はないと考える。

以上のような筆者の見解に対しては、実体的真実発見の要請の見地から考えた場合、たとえ両当事者が主観的には文化の問題として認識しておらず文化的要素に言及していなくても、客観的に見て事件の背景にある文化的要素が決定的要因になると裁判所が判断することは潜在的に可能である、との批判が想定される。

⁴⁴⁷ 古川照美は、「ICJ」に提訴すれば、紛争全体が一刀両断のもとに抜本的に解決されるなどと過剰な期待や幻想を持つべきではない」と述べている。古川照美「国際司法裁判所における司法判断回避の法理」『国際法外交雑誌』第87巻2号(1988年)45頁。

⁴⁴⁸ 国際司法裁判所規程第36条6項 裁判所が管轄権を有するかどうかについて争がある場合には、裁判所の裁判で決定する。

⁴⁴⁹ 杉原高嶺『国際司法裁判制度』(有斐閣、1996年)119頁。

確かに、表面的な言説に現れない、物事の根源に隠れているものも尊重することが理想であるかもしれない。もっとも、このように解すると、結局は常に文化的考慮を行い、あらゆる文化的要素を積極的に判決に取り入れることになる虞がある。しかし、筆者は、あくまでも文化的要素に関する主張を意識的に行った当事者の意向を尊重することが第一であり、あらゆる文化的要素を判決に取り入れるべきであるとまでは思わない。よって、(1) (2) に該当する事例については文化的考慮の対象から外すことが妥当であると考えられる。

第2款 文化的考慮の類型化

前述の2「文化的要素を考慮すべきではない、あるいは考慮する必要のない場合」、すなわち(1)そもそもいずれの紛争当事者も文化的要素に関する主張を全く行っていない事例と、(2)紛争当事者の主張する文化的要素が一見すると(*prima facie*)当該事件の主題と関係のない事例を除外し、1「文化的要素を積極的に法的議論の俎上に載せて国際法の解釈をすべき場合」について文化的考慮を行う際は、事例をさらに以下のように類型化する。そして、これらの類型に関して、どのような場合に文化的要素を取り入れるべきか、文化的考慮の具体的な方法について検討する。

1. 第1類型：文化的要素に関わる既存の国際法ルールが存在する事例

まず、文化的要素に関して直接規律する国際法上のルールが既に存在している場合、当該規則を解釈して、その事例に適用する際に文化的考慮を行うことが可能になる。例えば、申立人が文化的権利や先住民族の権利など国際条約上の権利を援用している場合には、国際裁判所は当該条約を解釈・適用する上で、必然的に文化的要素に対する考慮が求められることになる⁴⁵⁰。

実定国際法に基づいて文化的考慮が明確に行われた事例に、ブレア・ビビア寺院事件判決の解釈請求事件(2013年)がある。ICJは、判決主文の前の部分で、「ブレア・ビビア寺院は、周辺住民にとって宗教的文化的に重要な場所である。両当事国は世界遺産条約第6条に従い、世界遺産の保護に関して協力しなければならない。いずれの国も、遺産に損害を与えるような措置を控える義務がある」と明言した。世界遺産条約第6条1項は、文化遺産の保護について協力することが国際社会全体の義務であることを締約国は認識する、と規定している⁴⁵¹。このように法的ルールが既に存在する場合には、これを解釈・適用する際、国際裁判所が当然のこととして文化的考慮を行うことになる。

2. 第2類型：文化的要素に関わる既存の国際法ルールが存在しない事例

(1) ある国際法ルールの解釈・適用に際して文化的要素を判決に取り入れるべき事例

次に、文化的要素の主張を直接的に規律する国際法上の規則は存在しないが、ある国際法

⁴⁵⁰ その具体的な国際法ルールについては、本稿第3章第1節第3款参照。例えば、経済的・社会的及び文化的権利に関する国際規約第15条、米州人権条約第26条、米州人権条約追加議定書第14条1項(a)、市民的及び政治的権利に関する国際規約第27条、ILO第169号条約第5条および第7条1項、第8条、第13条および14条等が挙げられる。なお、第1類型においては、文化的要素を考慮するのは当然のことであり、文化的要素に関するルール間相互の矛盾衝突の克服がテーマとなってくるだろう。

⁴⁵¹ 「世界の文化遺産及び自然遺産の保護に関する条約」第6条1項 締約国は、第1条および第2条に規定する文化遺産及び自然遺産が世界の遺産であること並びにこれらの遺産の保護について協力することが国際社会全体の義務であることを認識する。この場合において、これらの遺産が領域内に存在する国の主権は、これを十分に尊重するものとし、また、国内法令に定める財産権は、これを害するものではない。

上のルールを解釈する上で、当該紛争の文脈上、いずれかの当事者の文化的要素を考慮する必要性のある事例を第2類型(1)に分類する。

この第2類型(1)については、例えば、弱者や少数者の権利保護の要請と国家の利益とが対立する事例において、法的問題に弱者や少数者が抱える固有の文化的事情がある場合、国際法の解釈・適用に文化的要素を積極的に取り入れるべきであると筆者は考える。すなわち、文化的に多様な主体の存続を図るため、具体的な国際法の解釈・適用を通じて少数者や先住民等の権利を政府から保護すべきである。第2章第2節で見てきた通り、米州人権裁判所もこのような立場をとっている。

例えば、ヤキ・アクサ先住民族共同体対パラグアイ事件(2005年)⁴⁵²では、土地に対する先住民族の財産権等を保護法益とする訴えが提起された。この事件では、米州人権条約第21条が、第2類型(1)の「ある国際法ルール」に相当する。同判決は、伝統的な土地と資源が、先住民族共同体の世界観、宗教、文化的アイデンティティの一部でもあるとして、ILO第169号条約に言及している。同条約の第13条1項を踏まえて、「先住民族と、彼らの伝統的な土地や、彼らの文化と関連するその中の天然資源との密接なつながりは、そこから取り出される構成物と同様、米州人権条約第21条によって保護されなければならない」と米州人権裁判所は判示した⁴⁵³。

これと同様に、カリナ族およびロコノ族対スリナム事件判決(2015年)⁴⁵⁴においても、文化的考慮は、米州人権条約第21条に基づき、先住民族の集団的財産権を認定する過程でなされた。具体的には、前述したように、米州人権条約第29条(b)項⁴⁵⁵の下、ILO第169号条約第13条⁴⁵⁶を解釈に取り込むことによって行われた⁴⁵⁷。

なお、プレア・ビヒア寺院事件の「黙認」に関する議論は、次の第3款で改めて詳しく扱うが、この第2類型(1)に該当する可能性があると考ええる。

(2) ある国際法ルールの解釈・適用に際して文化的要素を判決に取り入れるべきではない事例

他方、問題の核心部分に価値観・倫理観、道德観念等の違いがあり、紛争当事者が文化的要素に関して何らかの主張を行っているが、条約等の国際法ルールの解釈において文化的要素を採用すべきでない場合がある。両者の主張する文化的要素について十分に検討を加えた結果、両当事者間で対立する文化的要素が等価値であり、文化的視点の違いに妥協の余地がないことが明らかな場合には、裁判所は、両者の主張する文化的要素を判決に取り入れ

⁴⁵² 本論文第2章第2節第2款(4)を参照。

⁴⁵³ Inter-American Court of Human Rights, *The Case of the Yakyé Axa Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment of June 17, 2005, paras. 135-136.

⁴⁵⁴ 本論文第2章第2節第2款(6)を参照。

⁴⁵⁵ 米州人権条約第29条 この条約のいかなる規定も、次のように解釈してはならない。(b)項 いずれかの締約国の法律によって、または締約国の一が締約国であるその他の条約によって認められているいずれかの権利または自由の享有もしくは行使を制限すること」。

⁴⁵⁶ ILO条約第169号第13条1項 この部の規定を適用するにあたり、関係人民が占有し、もしくは使用している土地、もしくは地域または可能な場合には、その双方とこれらの人民との関係が有するその文化および精神的価値についての特別な重要性ならびに、特に、その関係の集団的側面を尊重する。

⁴⁵⁷ Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Kalina and Lokono Peoples v. Suriname*, Judgment of November 25, 2015, paras. 122-124. その他、第2章第2節で取り上げた、米州人権裁判所判例のパマカ・ベラスケス対グアテマラ事件、マヤングナ(スモ)アウェ・ティグニ共同体対ニカラグア事件、ヤキ・アクサ対パラグアイ事件、サホヤマクサ先住民族共同体対パラグアイ事件等も第2類型に該当する。

るべきではないと考える。

例えば、「1995年9月13日の暫定協定の適用事件」⁴⁵⁸では、暫定協定の解釈・適用を通じて FYROM 側の勝訴という結論が導き出されたが、その争いの根源に文化的要素にかかわる両当事国の異なる考え方がある。FYROM による暫定協定 7 条 1 項⁴⁵⁹違反の認定に際して「敵対行為」の具体的内容を決定するための議論、すなわち「マケドニア」という名称や古代マケドニア王国の英雄はギリシア固有の文化遺産と言えるか否か、という点については、もし裁判所が十分に検討を加えた場合には、双方の見解は等価であるとの結論に至る可能性が高いと思われる。とすれば、本事例は、第 2 類型（2）に該当するので、どちらか一方の主張する文化的要素を判決に積極的に取り入れるべきではないと考える⁴⁶⁰。

また、南氷洋捕鯨事件⁴⁶¹には、問題の核心部分に「捕鯨」をどのように捉えるべきか、という法的議論を超えた問題がある。この点については、被告国である日本が、冒頭陳述および最終陳述の中で「道徳」「歴史」「価値観」「伝統」等の文化的要素に言及した⁴⁶²。だが、こうした点に判決自体は触れなかった⁴⁶³。その理由は、先述の通り、主要な争点が I C R W

⁴⁵⁸ 本稿第 1 章第 2 節第 2 款 2 を参照。

⁴⁵⁹ 同条項は、「政府管理組織による敵対行為または組織的な宣伝活動を禁止する有効な措置を直ちにとるものとする」と規定する。

⁴⁶⁰ ギリシアは、「マケドニア」やアレクサンダー大王等の名称の使用に反対する理由として、古代マケドニア帝国の大部分は現在のギリシア領にあるという点を挙げているが、当時のアテネの人々がマケドニア出身の人間を、異邦人あるいは野蛮人という意味合いを持つ「バルバロイ」という名で呼んでいた史実には触れないようである。この点に関して、アッリアノスは次のように言う。「マケドニア人はもともと、南のギリシア人とは遠い同族にあたる。しかし住み分けた土地の違いやおのづからなる制度習俗のへだたりは、長いあいだにおたがいを言語さえ通じがたい他人同士に変え、ギリシア人は社会生活や文化習俗のひらきからいつしか、彼らを異邦人（バルバロイ）の仲間に数えて怪しまなくなっていた」。ニック・マッカーティも、同様の趣旨のことを以下の通り述べている。「アテナイやテーバイなどの洗練されたギリシア都市と比べると、マケドニアは粗野で遅れた国だとずっと思われていた。国土のほとんどは険しい山と不毛の谷であり、そこで生きることは非常に厳しかったが、良質の木材を生む山と、馬や羊などの家畜が育つ牧草地があった」。マケドニア人とその王は、アテナイの弁論家デモステネスから、「野蛮人（バルバロイ）」とみなされていた。アテナイ人は、自分たちだけが文明的な生活を送っていると考えていたのだ」と。アッリアノス著、大牟田章訳『アレクサンドロス大王東征記』上巻（岩波書店、2005 年）6-7 頁。ニック・マッカーティ著、本村凌二監修『アレクサンドロス大王の野望—シリーズ絵解き世界史 I—』（原書房、2007 年）18、40、42 頁。

⁴⁶¹ 本稿第 1 章第 1 節第 2 款 4 を参照。

⁴⁶² 判決直後に国会で採択された「調査捕鯨継続実施等に関する決議」は、I C J 判決が、日本に対して、許可証を取り消し今後の発給を差し控えるよう命じたことを「誠に遺憾である」とし、その判決内容は、日本の捕鯨政策のみならず「我が国の伝統である捕鯨文化等に極めて甚大な影響を及ぼすものである」と言う。また、判決は「科学的調査における致死的手法の使用自体は禁じておらず、我が国固有の伝統と文化である捕鯨が否定されたわけではない」と述べている。そして、「捕鯨が我が国固有の伝統と文化であることに鑑み、今後における我が国捕鯨政策については、条約からの脱退を含むあらゆるオプションを実行する決意をもって策定し、協力に推進すること」を決議した。第 186 回国会農林水産委員会「調査捕鯨継続実施等に関する決議」（平成 26 年 4 月 17 日）

at http://www.sangiin.go.jp/japanese/gianjoho/ketsugi/186/i070_041701.pdf

⁴⁶³ 当判決に対しては、国内外の研究者によるさまざまな見解がある。例えば、本件の隠れたもうひとつの主演は I C J における「反捕鯨感情」であった、という見方がある。また、非先住民族の捕鯨は文化的重要性が尊重されないという矛盾が問題を複雑にしている、との考え方もある。この点について I W C は、先住民生存捕鯨（Aboriginal Subsistence Whaling）を商業捕鯨とは異なるカテゴリーに分類し、モトラリアムの対象にしていない。その理由としては、捕鯨が先住民の栄養と文化に重要な役割を果たしていることで、その規制が彼らの伝統文化に大きな影響を及ぼす可能性があること、彼らの捕鯨は漁獲量や利益を最大化しようとはしていないことを挙げている。坂元茂樹「日本からみた南極捕鯨事件判決の射程」『国際問題』636 号（2014 年 11 月）8 頁。石井敦、真田康弘『クジラコンプレックス 捕鯨裁判の勝者は誰か』（東京書籍、2015 年）24 頁。森田勝昭『鯨と捕鯨の文化史』（名古屋大学出版会、1994 年）410 - 415 頁。岩崎・

第8条の「科学的な調査目的」という文言の解釈にあったためと考えられる。もっとも、仮に、この文化的な論点の検討を試みた場合、水掛け論に陥る危険が予想される。なぜなら、そもそもこの論点をめぐる日本とオーストラリアの見解は等価であり、双方の視点に妥協の余地がないと思われるからである。すなわち、日本国民は貴重な栄養源として鯨を食する文化に馴染んできたが、オーストラリア国民には哺乳類である鯨に対する親近感 (affinity) と鯨の殺傷に対する抵抗感がある⁴⁶⁴。オーストラリア側の捕鯨反対論には、種の保存という科学的理由の他に、クジラは特別な動物であるとの価値観があり、いかなる条件下であっても捕鯨は道徳に反するとの倫理的な理由があると指摘する論者もいる⁴⁶⁵。このように、両当事国間の捕鯨に対する立場が相容れないものであり、優劣をつけることが極めて困難な場合には、文化的要素を積極的に判決に取り入れるべきではないと考える。

ただし、判決に文化的要素を取り入れることができない場合であっても、特に文化的要素について主張した当事者の満足を図るため、こうした要素を判決に取り入れることができない理由をできる限り明確に示すことが望ましい。

第3款 文化的考慮と国際法理論

以上のような方法で文化的要素を考慮することによって、従来の国際法解釈に影響を及ぼすような事件はあるか。

本款では、文化的要素を考慮することによって国際法解釈をより良いもの、言い換えれば、弱者救済という見地からより正義に適ったものとする可能性のある国際法理論について考察する。

1. 黙認の法理

(1) 意義

近代国際法は、かつて「ヨーロッパ公法」(public law of Europe) と呼ばれたように、ヨーロッパのキリスト教国の間で、その文化的同質性を背景として形成され、発展してきた⁴⁶⁶。国際慣習法を含む国際法上の一般原則とされる「黙認の法理」も、そのようにして生まれた国際法理論の一つである。

「黙認」について I C J 小法廷は、メーン湾境界画定事件 (1984 年) で「黙認は、相手方当事国が同意として解釈しうる、一方的な行動によって表示された黙示的承認と同格である」⁴⁶⁷ と述べている。「黙認」は、抗議を意味する積極的な反応が一般的に予想されるような状況において、沈黙あるいは抗議の不存在という形式をとる。言い換えれば、合理的に見て異議の申し立てが予期されうる場合に、それが行われないことによって「承認」と同様の効果が生じるため、本質的には消極的な概念であると考えられる⁴⁶⁸。

グッドマン・まさみ『人間と環境と文化 クジラを軸にした一考察』(清水弘文堂書房、2005 年) 184 頁。
<https://iwc.int/aboriginal>

⁴⁶⁴ 2018 年 12 月 13 日、オーストラリアのメルボルン市で行った 3 名のオーストラリア国民 (30 代と 40 代の女性各 1 名、50 代の男性 1 名) へのパーソナル・インタビューによる。

⁴⁶⁵ 岸上伸啓「捕鯨に関する文化人類学的研究における最近の動向について」『国立民族学博物館研究報告』35 卷 3 号 (2011 年) 406 頁。

⁴⁶⁶ 杉原高嶺、水上千之、臼杵知史、吉井淳、加藤信行、高田映『現代国際法【第 4 版】』(有斐閣、2007 年) 6 頁。

⁴⁶⁷ I. C. J. Reports 1984, para. 130.

⁴⁶⁸ I. C. MacGibbon, “The Scope of Acquiescence In International Law”, *British Yearbook of*

この「黙認の法理」を適用する際、文化的要素を考慮することによって、従来の国際法解釈に影響を及ぼす可能性のある事例として挙げられるのが、第1章第1節第2款で取り上げたプレア・ビヒア寺院事件である。先述の類型によれば、第2類型(1)「ある国際法ルール解釈・適用に際して文化的要素を判決に取り入れるべき事例」に該当する可能性がある。実定国際法は存在するものの、その解釈適用の際、西洋とは異なる人間の思考パターンの上で「黙認」が成立するのか、西洋とは違う価値観で行動している場合については、その文化的要素を考慮すべきではないか、という点が問題になるからである。この点について、以下、検討する。

(2) 考察

I C Jは、1930年のタイのダムロン王子(Damrong Rajanubhab, 1862-1943)⁴⁶⁹の寺院訪問を「最も重視しなければならない出来事」と捉えて、その時の王子の態度をタイ政府による「黙認」の証拠として他の事実よりも大きな比重を置いた⁴⁷⁰。I C Jはいう。

王子による訪問は、シャム国王の許可を得て行われた考古学の旅の一部であり、明らかに準公式的な特性を帯びていた。王子がプレア・ビヒアに到着した時、カンボジア隣接県⁴⁷¹のフランス弁理公使(the French Resident)が、総督代理としてフランス国旗を掲げ公式に出迎えた。このような出迎えの仕方に含まれる意図を、王子が見落とすはずはない。フランス領インドシナの主権に対するこれ以上明らかな肯定を想像することはできない。それは、反応を要するものであったが、タイは何もしなかった。さらに、バンコクへ帰ってからフランス弁理公使にその時の記念写真を数枚送る際、王子は、フランスが弁理公使を通じて接待国として行動したことを認めたと思われるような表現を用いたのである⁴⁷²。(……)全体としてこの出来事を見ると、明らかな対抗的主張に直面し権原の確認または維持のため反応しなければならない場面で、シャムが少しも反応を示さなかったことによって、プレア・ビヒアに対するカンボジア(フランスの保護下にあった)の主権を、シャムが黙示的に承認(tacit recognition)したことになるだろう。

以上のように、I C Jはダムロン王子の寺院訪問を最も重要な出来事であると捉える。これは、フランス弁理公使がフランス国旗の下、まるで寺院の主のように出迎え接待をしたに

International Law, vol. 31(1954), p. 143.

⁴⁶⁹ 石井米雄「ダムロン」下中直人編『世界大百科事典』第17巻(平凡社、2007年)408頁。

⁴⁷⁰ I. C. J. Reports 1962, p. 30.

⁴⁷¹ コンボントン(Kompong Thom)州を指している。

⁴⁷² I. C. J. Reports 1962, pp. 30-31. ここで判決文のいう「フランスが弁理公使を通じて接待国として行動したことを認めたと思われるような表現」の具体的な内容は明らかではないが、プレア・ビヒア寺院へのカンボジアの領有権に対する、タイ側の「黙認」を裏付ける証拠として、カンボジア側が提出した申述書「2. カンボジアの領域権原の実効的な行使」の20段落目の中に、次のような記述がある。「1930年1月、コンボントン(Kompong Thom)州フランス弁理公使は、カンボジアの歴史的遺跡管理者の考古学局局部長らを伴い、当時、シャムの大蔵省かつシャム王室の一員であったダムロン王子を寺院で迎えた。王子は写真を撮り、後で土産物として主催者に贈っている。これは明らかに、寺院がカンボジア領土に位置することを示している。さらに、1930年4月17日、ダムロン王子がバンコクからフランスの大蔵省に送った手紙に同年1月のプレア・ビヒア寺院訪問に関する感謝の意が記されていたという事実は、このことを疑いのないものとする」。(I. C. J. Reports 1962, p. 11, para. 20.)

もかわらず、王子は何も抗議せず、後日その時に撮影した記念写真をフランス弁理公使に数枚送ったという事実である。I C Jは、王子の行動は地図上の国境線の受諾、すなわちブレア・ビヒアに対するカンボジアの主権をタイが黙示的に承認する認識の表れであると解釈し、後でそれに反する主張を行うことは禁じられると判断した。だが、筆者は、この「黙認の法理」の適用の仕方に疑問を感じる。なぜなら、タイ側が書面・口頭手続きを通じて行った文化的要素に関する主張がほとんど取り上げられていないからである。例えば、タイ側弁護人のフランク・ソスキス (Sir Frank Soskice) は次のような証言をしている⁴⁷³。

王子がアンコール・ワットを訪れたときはフランスの出入国査証が求められ、供給されています。他方、王子は(筆者注:ブレア・ビヒア寺院を)訪問することについてタイ国王に許可を求めました。

さらにソスキスは、ダムロン王子とともに寺院を訪問した娘ブン (Phun) 王女による次の証言(付属書 39 f)を引用している。「……私は、王子が正装したフランス人に、王子は寺院を見に来たのであって政治とは何の関係もないと告げるよう通訳に指示するのを聞きました。王子はフランス人に対して、制服⁴⁷⁴を脱ぐよう頼みました。」「後で、父が、そのフランス人を『厚かましい』(impudent) と言うのを聞きました。王子がそれほど力強く自分の感情を表現するのを一度も聞いたことはありませんでした」と。

また、タイ側の証人ハイド (James Nevins Hyde) は、口頭手続で以下の証言を行った。

そこには、フランス人下級官吏によるやや事宜に外れた自己演出がありました。ダムロン王子が娘に語ったところによれば、王子はそれを無礼であるとみなしました。そのことに対する彼の明白な反応は、フランス弁理公使に対し、制服を何か非公式な服装と取り替えるよう要求することでした。彼の人柄と地位は、全てを忘れ、それがあたかも起きなかったかの如く振舞う方を好むであろうことが期待されるのです。彼は、バンコクのフランス大使に数枚の写真を送り、丁寧に好意的なお礼状を送りました。彼に関する限り、疑いなく無礼な言動とみなされる行為へ付与される重要性などありません⁴⁷⁵。

こうしたタイ側の証言に対して、理解を示したのが、1962 年の本案判決に反対意見を付したウェリントン・クー判事である。同判事は、その反対意見の中で次のように述べている。

インドシナのフランス当局を通じた、ダムロン王子によるフランス公使へのお礼状と数枚の写真の発送は、東洋の儀礼的習慣的行為(a customary act of Oriental courtesy)以上の何ものも意味しない。要するに、得られた根拠や、当時のシャムや他のアジア地域における一般的な状況から考察される出来事には、そこから推測されるような意味や重要性はなかった⁴⁷⁶。

⁴⁷³ I. C. J. Reports 1962, pp. 312-313.

⁴⁷⁴ ダムロン王子をブレア・ビヒア寺院で迎えたフランス弁理公使は、勲章の付いた公式の軍服を着用していた。Ibid., pp. 89-91, paras. 32-34.

⁴⁷⁵ Ibid., p. 636.

⁴⁷⁶ I. C. J. Reports 1962, pp. 89-90, para. 32.

ダムロン王子の行為はタイ政府による「黙認」であるとみなされても仕方がないと多数意見が解釈したのに対し、ウェリントン・クー判事は礼状や写真の発送をタイ政府の主権的行為として解釈すべきではないと判断している。

以上、見てきた通り、プレア・ビヒア寺院事件では、「黙認の法理」の成否という主題に文化的問題が密接にかかわっている。それにもかかわらず、I C Jは、王子の態度に関して西洋的基準・行動様式に依拠して判断している。

だが、このような判断の仕方は、文化的考慮の重要性を希薄化するものである。既存の法を西洋のメンタリティーのみならず、西洋以外のさまざまな人間のメンタリティーで解釈すべきではないか。国際法上のルールを解釈する際、西洋の行動様式、西洋的人間心理が独り歩きしているように思われる。

人々から歓待を受けている場面で、相手国との友好関係を維持するため表情や言動に内心の不快感を表さない態度は、アジア的習慣あるいは社交の場における礼儀作法の一つではないか。礼状の送付が「東洋の」儀礼と呼べるかはさておき、社交上の礼儀作法であった可能性は否定できない。これは、大勢の人々が自分を歓迎している場面では不快感を露にすべきではないという社交の場におけるエチケットのひとつであったかもしれない。こうした文化的要素を考慮せず、王子の一連の行動や態度を、プレア・ビヒアにおける仏領インドシナの主権に対するタイ政府の黙示的な承認を表す証拠として重視することは妥当ではないと考える。

ところで、この「黙認の法理」についてカンサード・トリンダージ判事は、「黙示的合意の理論は虚構に基づくことがわかってきた……今日、国際法の進化は、個別国家の『意思』とは独立した広い範囲において、時には個別国家の意思に反して生じた」⁴⁷⁷と述べている。また、一又正雄は、「黙認の法理」は、「ともすれば真実の追求よりも安定を重視する解釈方法」であるという⁴⁷⁸。

とすれば、「黙認の法理」の適用は謙抑的であることが望ましいのではないだろうか。国際法は、法的安定性を重視するあまり、法的擬制に頼りすぎてはならないと筆者は考える。

さらに、当時の政治的な事情⁴⁷⁹を考慮に入れると、本件のような場合に、果たして西洋的観点による「黙認の法理」を適用して良いか疑問が残る。

この点に関し、ウェリントン・クー判事は、「フランス将校の存在は、寺院地域に対するフランス当局あるいはカンボジアの主権を主張するものであり、王子またはシャム政府は、その出来事自体が抗議を行うのに十分な理由になると見なすべきであった、という推論は正しいかもしれない」としつつ、そうであるからといって、当時の状況からすれば、その場ですぐ抗議すべだったとまでは言えないのではないかと述べている⁴⁸⁰。三好正弘も、「こ

⁴⁷⁷ Antônio Augusto Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, 2nd rev. ed. (Martinus Nihoff Publishers, 2013), p. 19.

⁴⁷⁸ 一又正雄「国際法における時効と黙認の法理」『国際法学の諸問題』（慶応通信、1963年）121-122頁。

⁴⁷⁹ 1893年7月、チャオ・ピヤ川河口でシャムとフランスは軍事衝突した。さらにフランスは、タイ湾東海岸のチャンタブリ（Chanthaburi）を封鎖し、メコン川東側一帯をシャムに割譲させた。上東輝夫『タイ王国 民族の伝統と外交の歴史』（原書房、1982年）53, 59頁。D. E. ニヒターライン著、山下正雄訳『タイと東南アジアの騒乱』上巻（時事通信社、1968年）34頁。

⁴⁸⁰ ウェリントン・クー判事は、寺院訪問中、王子と行動を共にした娘のブン・ピッサマイ・ディサクン（Phun Phitsamai Diskul）王女の次の証言を紹介している。「我々が抗議をしても、ただフランスにもっと多くの領土を獲得する口実を与えるにすぎないということは、当時一般的に知られていました。彼らがチャオ・

の時代のシャムの行動に、今日道理にかなった、あるいは当時高度に発展したヨーロッパ諸国に適用されていたのと同種の客観的な基準を適用するのは公平ではないのではないだろうか」⁴⁸¹指摘している。

また、栗林忠男は、「1907年当時のタイはいまだ後進国であり（……）タイがフランスに抗議しなかったのは、自国の軍事的弱体のためフランスに対して脅威を感じていたせいでもあった」という。そして、当時、タイの領域の一部は既にフランスと英国により切り取られていたことから、「タイとしては国境紛争を新たに開始して、フランスを刺激しない方が得策であるという理由があったからだといわれる」⁴⁸²と述べている。

こうした意見に対しては、「合意は守られなければならない (Pacta sunt servanda)」という批判があるかもしれない。この規則が普遍的に認められていることは、条約法に関するウィーン条約の前文においても確認されている⁴⁸³。

もっとも、その合意は「自由意志による同意」（条約法に関するウィーン条約前文）に基づくものでなければならない。マイケル・バイアース (Michael Byers) は、「黙認は、ある種の事実や規則を意識的に支持していたというよりもむしろ、支持することをためらっていた、あるいは、それらに関心がなかったというように、そもそも意思の要素を認めづらい場合を含むことが少なくない」という⁴⁸⁴。

当時のタイは、植民地主義の時代にあつて国家の存立が困難な状況に置かれており、抗議すべき対象であるとされたフランスとの軍事力の差は著しかった⁴⁸⁵。このような状況の中では、大国の解釈に対する小国の沈黙が必ずしもその承認を意味するとは言えない場合がある。両当事国の力関係に差がある場合、仮に自国の権利を正面から主張して抗議した場合に予測し得る相手国からの反撃に対する恐れがあったであろうことは想像に難くない⁴⁸⁶。

ピヤ (Chao Phya) 川に小型砲艦とチャンタブリ (Chanthaburi) の奪取で入ってきて以来、事態はそうになっていたのです」。I. C. J. Reports 1962, pp. 90-91, paras. 32-34. プン・ピッサマイ・ディサクン王女の証言については、スペンダー判事も反対意見の中で「寺院でフランス人将校が完全な軍隊式の制服姿でいることに対し、父親がタイ政府に抗議することを求めなかった理由をはっきりと述べている」として同じ箇所を引用している。

⁴⁸¹ 三好正弘は、ダムロン王子が寺院訪問時に軍服姿のフランス総督代理に抗議せず、後で写真を送付した点に関して、次のように述べている。「……もし文化的歴史的要因があいまって王子の抗議の不存在を引き起こしたとすれば、確かに、そうした要因を重要な事実として考慮に入れても良かったであろう。論争点すなわち問題における行動または不作為に、固有の文化的な価値基準を反映した基本的な性質があるならば、関連性を有する事実としての単なる考慮というよりはむしろ、何らかの特別な考慮が必要になるかもしれない」。Masahiro Miyoshi, *Considerations of Equity in the Settlement of Territorial and Boundary Disputes* (Springer, 1993), p. 205-207. I. C. J. Reports 1962, p. 128.

⁴⁸² 栗林忠男『現代国際法』（慶應義塾大学出版会，1999年）72頁。

⁴⁸³ 杉原高嶺，水上千之，臼杵知史，吉井淳，加藤信行，高田映『現代国際法講義（第4版）』（有斐閣，2007年）307頁。

⁴⁸⁴ Michael Byers, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law* (Cambridge University Press, 1999)p. 106.

⁴⁸⁵ W. Chan, "Acquiescence /Estoppel in International Boundaries: Temple of Preah Vihear Revisited," *Chinese Journal of International Law*, Vol. 3, No. 2 (2004), pp. 421, 432-433.

⁴⁸⁶ 深津栄一『国際法』現代法学講義 33 卷（評論社，1973年）91頁。スペンダー判事 (Sir Percy Spender) は、その反対意見の中で、王女の発言の裏付けとなる他の証拠として、1904年条約第3条で規定された国境画定委員会委員長を務めたバーナード大佐がインドシナ総督に宛てた1907年3月19日の報告書を挙げる。そこには、次のように書かれていた。「シャムには我々に対する不信があり、起こり得る軍事行動への恐怖がある…」と。さらに、1908年6月17日、シャムに地図が渡される2ヶ月前、インドシナ総督に宛てたモンタギュー司令官の報告書の次の部分にも、フランスに対するシャム側の恐怖が明らかにされていると指摘する。「『彼らの間に深く根付いている不信を可能な限り一掃すること』フランスのシャムに対する態度に関するシャム側の懸念は、シャムの行動—その沈黙、抗議の欠如、もし抗議することがシャムに期

こうした状況において断固として「抗議」すべきというのは、西洋の、あるいは強者による論理であるかもしれない。侵略の危機に瀕した弱小国が強国の圧力に対してどのように対処するか、という点については、その国固有の考え方、思考の仕方があるであろう。植民地支配の矢面に立たされた弱小国の立場に立てば、沈黙しているよりも「抗議」した方が得策であったとはいえない場合も考えられる。そして、このような植民地化の危機に直面している国民の特殊な状況、選択の余地や判断基準、メンタリティーは広い意味での文化的要素に当たると思われる。にもかかわらず、こうした要素を排除して、強者の側の文化的要素のみで一律に判断し「黙認の法理」を適用することは、国際法解釈のあり方として妥当であるとは思われない。

ブランリーは「主たる争点を終結させるような種類の黙認（それゆえ、エストoppelと同等の効果を有する）は、きわめて説得力のある証拠に基づかなければならない」と述べている⁴⁸⁷。ダムロン王子の寺院訪問をめぐる一連の行動は証拠として多義的であり、タイ政府の黙認の決定的証拠とみなすには説得力に欠けている。しかも、当時のダムロン王子が抗議の主体となりうるかどうかという点も疑わしい。「抗議」が「国家の意思表示のため国際的に権限のある機関によってなされなければならない」とするならば、寺院訪問時、既に内務大臣ではなかった王子は、もはやタイ政府の意思表示としての抗議をなし得るような主体ではなかったと解される。

以上より、もし本件において「黙認の法理」の解釈・適用の際、文化的考慮を十分に行った場合には、1930年の寺院訪問時のダムロン王子の態度をタイ政府による「黙認」の成立において決定的に重要な証拠とすることは妥当ではないという結論になるだろう⁴⁸⁸。

2. 霊的損害

(1) 意義

カンサード・トリンダージ判事⁴⁸⁹は、本稿第2章第2節第2款で紹介した米州人権裁判所判例「モアワナ共同体対スリナム事件」判決の個別意見において、「霊的損害」(spiritual damage)という損害の範疇を初めて提唱した⁴⁹⁰。

待されていたのであれば一を評価するときに無視することはできない要因である」と。Lawrence Palmer Briggs, “The Treaty of March 23, 1907 Between France and Siam and the Return of Battambang and Angkor to Cambodia”, *The Far Eastern Quarterly: Review of Eastern Asia and the Adjacent Pacific Islands*, Vol. 5, No. 4, (1946), p. 449. I. C. J. Reports 1962, pp. 128-129.

⁴⁸⁷ Ian Brownlie, *Principle of Public International Law*, 4th edition (Clarendon Press, 1990), p. 161. ブラウンリー著、島田征夫、高井晋、古賀衛、佐伯富樹、田中穂積、山崎公士(訳)『ブラウンリー・国際法学』(成文堂、1989年)139頁。

⁴⁸⁸ この点については、東寿太郎が、「1908年の黙示的承認を認めるよりも、1934年以来、タイが線の不一致を発見した後に何の反応も示さなかったという事実だけに、判決理由を基礎づける方が、疑問の余地が少なくなったのではないかと考えられる」と指摘している。東寿太郎「プレア・ビヘア寺院事件」高野雄一編著『判例研究 国際司法裁判所』(東京大学出版会、1965年)239-240頁。I. C. J. Reports 1962, p. 30, pp. 89-90, para. 32.

⁴⁸⁹ アントニオ・アウグスト・カンサード・トリンダージ判事 (Antônio Augusto Cançado Trindade) は、前・米州人権裁判所所長、現・国際司法裁判所裁判官。I C J 判事 (2009年～)。1947年9月17日ブラジル生まれ。ケンブリッジ大学で修士号と博士号を取得。博士論文の題目は、「国際法における国内救済の完了規則の発展」(Developments in the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law), at https://www.icj-cij.org/files/members-of-the-court-biographies/cancado_en.pdf. United Nations Audiovisual Library of International Law, at www.un.org/law/avl

⁴⁹⁰ Inter-American Court of Human Rights, *The Case of the Moiwana Community v. Suriname*, Judgment of June 15, 2005, para. 70.

この新しい概念に関する同判事の説明は、下記の通りである。

被害者の葬礼の不行使や死体の適切な埋葬の欠如は、生存者と死者との関係を深く分裂させた（図2参照）。それによって引き起こされる重大な損害は、心理的なものだけではなく、それ以上のものである。ジュカの宇宙観においては、死者とともに生きる者にも深刻な影響を及ぼす、まさに霊的な損害というべきものであった⁴⁹¹。また、彼らが、適切な埋葬をしていないため先祖たちの怒れる靈魂に悩まされ続けていることや「霊的に引き起こされた病気」に対し、国際法（特に国際人権法）は無関心なままであってはならない。モアワナ共同体が受けた霊的損害は、金銭賠償とは別種の賠償を要する重大な損害であり、他の損害と同様、救済目的で適切に考慮されるべきである⁴⁹²。

さらにカンサード・トリンダージ判事は、「裁判所は、物理的・精神的損害のみならず、この霊的損害から回復させる緊急の必要性を明確にし、彼らの文化的アイデンティティを修復・再構築する状態を直ちに整えるべきである」⁴⁹³と述べた。

図2 「霊的損害」概念



（モアワナ共同体対スリナム事件（2006年）における
カンサード・トリンダージ判事の個別意見より筆者作成）

（2）考察

カンサード・トリンダージ判事の提唱する「霊的損害」とは、通常の精神的損害（moral damage）と呼ぶにはあまりにも深刻なレベルの損害を指している。特定の事件で受ける精神的な損害を越えて、より深くて広い時間的要素、通時的感覚や共同体要素を持つもの、歴史・

⁴⁹¹ カンサード・トリンダージ判事は、ICJ に係属した主権免除事件判決（2012年）の反対意見において、米州人権裁判所で自身が担当した複数の虐殺事件に関する裁判について、次のように述べている。事件発生後、長い年月が経過した後で、生き残った被害者（またはその承継人）が被害の司法的確認を求めてくることがあった。人間の苦しみは時間の経過と共に必ずしも消えるわけではないことは明らかである。すなわち、不公正に直面した場合、特に死者と生者との絆の強い文化では、生存者の苦悩が増幅する可能性すらある。人間の苦しみは、不公正が続く場合には、世代を超えて続く恐れがある、と。International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Jurisdictional, Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening) Judgment of 3 February 2012, Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, para. 232.

⁴⁹² Inter-American Court of Human Rights, The Case of the Moiwana Community v. Suriname, Judgment of June 15, 2005, paras. 78-81.

⁴⁹³ Inter-American Court of Human Rights, Case of the Moiwana Community v. Suriname, Interpretation of the Judgment of Merits, Reparations and Costs, Judgment of February 8, 2006, Separate Opinion of Judge A. A. Cançado Trindade, paras. 17-19.

伝統・宗教・習慣など人間の本質と直接的な関係を有するもの、文化遺産に対して長い間育まれてきた意識・歴史的共有感覚や、死者との関係にかかわる深刻な被害を意味する⁴⁹⁴。従来の精神的損害との違いは、精神的損害が直接・間接的な被害者の本質的利益のための賠償に向けて損害を数量化するのに対し、霊的損害は損害を数量化できず、金銭賠償以外の形式による賠償を必要とする点にある⁴⁹⁵。

ところで、この「spiritual」という表現は国際法上あまり馴染みのない言葉のように思われるが、WHO憲章の改正案の中で登場したことがある。WHO憲章前文は、「健康」を、「完全な肉体的、精神的及び社会的福祉の状態であり、単に疾病又は病弱の存在しないことではない」（現行：Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.）と定義する。この「健康」概念に関しては、1998年のWHO執行理事会において、「完全な肉体的、精神的、霊的（spiritual）及び社会的福祉の連続的（dynamic）な状態であり、単に疾病又は病弱の存在しないことではない」（改正案：Health is a dynamic state of complete physical, mental, spiritual and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.）と改めることが議論された。「霊的」（spiritual）という言葉は、人間の尊厳の確保や生活の質を考えるために必要な本質的なものであるという観点から、付加することが提案されたのである。しかし、現行の憲章は適切に機能しており、この点について早急に審議する必要性が他の案件に比べて低い等の理由により、審議されないまま事務局長が見直しを続けていくことになった⁴⁹⁶。

第37回WHO総会（1984年）決議前文は、スピリチュアルな側面とは、「物質的な性格のものではなく、人間の心と良心に現れた思想・信念・価値及び倫理、特に、高邁な思想の範疇に属する現象」と定義している⁴⁹⁷。このようなWHOにおけるスピリチュアルに関する議論は、ここで取り上げているカンサード・トリンダージ判事の「霊的損害」と一致するとは言えないが、重なる部分があるように思われる。

⁴⁹⁴ *Ibid.*, para. 71.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, paras. 74-77. 霊的損害という新たな概念には、諸国民と諸個人は国際法上の主体であり、領土も国家も彼らのために存在する、という判事自身の思想が影響していると筆者は想像する。Antônio Augusto Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, 2nd rev. ed. (Martinus Nihoff Publishers, 2013), pp. 11, 482. 左記の書においてカンサード・トリンダージ判事は、国際法の人間化、すなわち具体的な国際法の規則や制度の中に、人間性の基本的考慮（basic consideration of humanity）が組み込まれ始めている、と指摘した。

⁴⁹⁶ 榎本妙子「『健康』概念に関する一考察」『立命館産業社会論集』第36巻1号（2000年）129頁。厚生省大臣官房国際課・厚生科学課「WHO憲章における『健康』の定義の改正案のその後について（第52回WHO総会の結果）」、平成11年10月26日付厚生省報道発表資料（at http://www1.mhlw.go.jp/houdou/1110/h1026-1_6.html）。健康の定義の改正案にスピリチュアリティの良好状態を付け加えた改訂をする動きがあった背景には、「キリスト教、イスラム教、ユダヤ教といった一神教を信仰する欧米、中東諸国や、依然としてシャーマンが医療場面で介在するアフリカ諸国では、宗教やそれにまつわる慣習・儀式といったものが日常生活活動全般だけでなく、精神的な健康にも多大な影響を及ぼすものとして認識されていることが背景にある」との指摘がある。同改正案の提案は、定数32のうち賛成22、反対0、棄権8で可決された。しかし、その後、宗教を容認することになるとの理由で中華人民共和国が反対したため採択は保留になり、今後も審議をされることはないかと予測されている。湯浅泰雄監修『スピリチュアリティの現在—宗教・倫理・心理の観点—』（人文書院、2003年）127、145-147頁。田崎美弥子、松田正巳、中根允文「スピリチュアリティに関する質的調査の試み—健康およびQOLの概念のからみの中で—」『日本醫事新報』4036号（2001年）24頁。

⁴⁹⁷ 津田重城「WHO憲章における健康の定義改正の試み—『スピリチュアル』の側面について—」『ターミナルケア』第10巻2号（2000年）91-92頁。

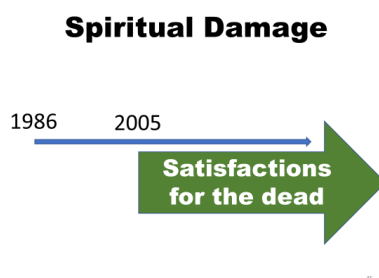
判事の提唱する「霊的損害」に対しては、次の3つの疑問が想定される。第1に、具体的にどのような精神的損害とは異なる権利回復手段を選択できるのか。第2に、国際法上の根拠はあるのか。第3に、判事が霊的損害という新しい概念を提唱したこと自体に対する疑問、すなわち裁判官の任務は法の解釈・適用であるにもかかわらず、新たな権利や法を創造するに等しい機能を担ってよいのか、という批判である⁴⁹⁸。

まず、第1の点について判事は、霊的損害は数量化できないため、死者に対する満足の形式を行う義務があると主張する⁴⁹⁹。具体的には、遺骨に対する敬意の確保、適切な埋葬、死者の名誉回復、生きている人々が死者に敬意を表する義務が挙げられる。

さらに、生きている人間が現在のみならず将来も死者を永く記憶に留めることも含まれる。この考え方は、モアワナ共同体事件における判事の個別意見の中の次の一文にも表れている。「記憶は報恩の念 (gratitude) の表れであり、報恩の念は、おそらく真の正義を表す最も気高い表現である」⁵⁰⁰と。つまり、霊的損害への救済方法は、できるだけ早く紛争処理を終わらせることに主眼を置いているわけではない点に特徴があると言えよう(図3参照)

⁵⁰¹ .

図3 「霊的損害」概念



(モアワナ共同体対スリナム事件 (2006 年) における
カンサード・トリンダージ判事の個別意見より筆者作成)

なお、こうした概念をカンサード・トリンダージ判事が提唱した背景には、判事が万民法 (ユス・ゲンティウム) の創始者たち、例えば、F. ビトリア (Francisco Vitoria, 1480-1546), F. スアレス (Francisco Suárez, 1548-1617), A. ジェンティーリ (Alberico Gentili,

⁴⁹⁸ 国際司法裁判所は、「核兵器使用・威嚇の合法性」事件の勧告的意見 (1996 年 7 月 8 日) において、「裁判所は、既存の法を述べるのであり、立法を行うことはない」と述べている。I. C. J. Reports 1996, p. 237, para. 18.

⁴⁹⁹ アントコヴィヤックは、人権侵害の犠牲者たちは一般的に金銭賠償以上のもの、すなわち謝罪等の非通貨による権利回復手段や正義の実現を希望している、と指摘する。Thomas M. Antkowiak, "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond," *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 46, No. 351 (2008), pp. 388, 419. Brenda Gunn, "More Than Money: Using International Law of Reparations to Determine fair Compensation for Infringements of Aboriginal Title," *U. B. U. Law Review*, Vol. 46 (2013), p. 340.

⁵⁰⁰ Inter-American Court of Human Rights, Case of the Moiwana Community v. Suriname, Judgment of June 15, 2005, Separate Opinion of Judge A. A. Cançado Trindade, para. 93.

⁵⁰¹ カンサード・トリンダージ判事は、ブレア・ビヒア寺院事件解釈請求 (2013 年) における I C J の暫定措置命令 (係争地域周辺を非武装地帯に指定) について、住民の保護にも配慮したことを理由に、霊的損害を回避する適切な措置であったと高く評価している。I. C. J. Reports 2013, Separate Opinion of Judge A. A. Cançado Trindade, paras. 31-32.

1552-1608), H. グロティウス (Hugo Grotius, 1583-1645) 等の遺産を尊重し、人間の根本的な価値、人間の良心に基づく意思を重視していることがある⁵⁰².

それゆえに判事は、個人を単なる国際法関与者ではなく、国際法の主体と捉えている。すなわち、個人は、現代の万民法としての国際法から発生する権利を有し義務を負う、とする。国家中心思考によって、かつて国際法の創始者たちが、個人が国際法（万民法）の主体であることを認めたことを忘れてはならない、と考えているのである⁵⁰³.

次に、2つ目の疑問については、確かに、裁判所が金銭賠償を超える救済方法を命ずる場合には、明確な規定が米州人権条約の本文中にあることが望ましい。例えば欧州人権条約であれば、第 41 条⁵⁰⁴を根拠に金銭賠償以外の権利回復手段を取り得るとの解釈も可能であると解されるが、これに相当する規定は米州人権条約にはない。

とはいえ、米州人権条約が採択された 1969 年当時には明示されなかった文化的アイデンティティの権利は、本稿第 2 章第 2 節で取り上げた諸事例からも明らかなように、近年の米州人権裁判所判例において、米州人権条約の下で保障される他の権利の構成要素として重視されてきている⁵⁰⁵.

よって、カンサード・トリンダージ判事は次の国際法を根拠として挙げる。それは、ユネスコで採択された文化に関連する 3 組の国際法規範、すなわち文化遺産を人類全体の遺産とみなす世界遺産条約 (1972 年)、少数者の文化を文化多様性という見地から保護し次世代に伝える趣旨を持つ⁵⁰⁶無形文化遺産保護条約 (2003 年)、文化多様性宣言 (2001 年) を再確認した文化的表現多様性条約 (2005 年) である。中でも文化的表現多様性条約は、文化多様性は人権保障によってのみ保護・促進される (第 2 条 1 項) と述べている⁵⁰⁷。これらの国際文書は少数者の文化的アイデンティティを保護する上での根拠になり得ると判事は理解している。

第 3 の疑問は、裁判所の機能を実定法の解釈・適用に限定し、既存の法にないルールで判

⁵⁰² Antônio Augusto Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, 2nd rev. ed. (Martinus Nijhoff Publishers, 2013), pp. 9-13.

⁵⁰³ カンサード・トリンダージ判事は、主権免除事件の反対意見の中で、「このことは国際人権法、国際人道法、国際刑事法などの発展によって証明される」と述べている。International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Jurisdictional, Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening) Judgment of 3 February 2012, Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 72, 178, 180, 307.

⁵⁰⁴ 欧州人権条約第 41 条 裁判所がこの条約またはこの条約の議定書の違反を認定し、かつ関係締約国の国内法が部分的な賠償のみを認めるにとどまるときは、裁判所は、必要な場合には、被害当事者に正当な満足 (just satisfaction) を与えなければならない。

なお、同条の「正当な満足」を与える方法には様々な形式があるが、「申立人の裁判費用の支払、損害に対する金銭的賠償、主たる判決における条約違反の確認などが挙げられる。また、欧州人権裁判所は、物質的な損害と同様、苦悩、不安、失望の気持ちなどの状態から生じる精神的損害についても賠償を認めている」。例えば、欧州人権条約第 5 条 4 項の要件を満たす救済手段のない状態に置かれた申立人の失望や無力感という非金銭的な損失に言及する ECtHR, Case of Weeks v. The United Kingdom (article 50), Application no. 9787/82, Judgment, 5 October 1988, para. 14 参照。F. スュードル著、建石真公子訳『ヨーロッパ人権条約』(有信堂高文社, 1997 年) 97-98 頁。

⁵⁰⁵ A. A. Cançado Trindade, "The Right to Cultural Identity in the Evolving Jurisprudential Construction of the Inter-American Court of Human Rights", in Sienho Yee, Jacques-Yvan Morin (eds.), *Multiculturalism and International Law* (Nijhoff, 2009), p. 477.

⁵⁰⁶ 大沼保昭『国際法/はじめて学ぶ人のための』(東信堂, 2008 年) 185 頁。

⁵⁰⁷ Inter-American Court of Human Rights, Case of the Moiwana Community v. Suriname, Interpretation of the Judgment of Merits, Reparations and Costs, Judgment of February 8, 2006, Separate Opinion of Judge A. A. Cançado Trindade, paras. 21-24.

決を下すことは望ましくないとする考えに基づくものであると思われる。だが、カンサード・トリンダージ判事は、モアワナ共同体事件の多数意見に大枠では賛成しており、あくまでも個別意見の中で、「霊的損害」という概念を提唱したに過ぎない。この概念は、広義には学説として提示された概念であり、判決で直接適用すべき規則として提示されたわけではない。したがって、法創造行為とまではいえないであろう。

なお、ICJ 規程第 38 条 1 項 (d) は、裁判の基準として、国際条約、国際慣習、法の一般原則、裁判上の判決とともに、「諸国の最も優秀な国際法学者の学説」(the teachings of the most highly qualified publicists of the various natures) を適用すると規定している⁵⁰⁸。そして、この「国際法 (公法) 学者」(publicists) には、国際法専門の大学教授等の研究者のみならず、より広く国際法研究に携わる弁護士や裁判官等の法曹も含まれると解される。したがって、カンサード・トリンダージ判事の「霊的損害」という学説は、「法則決定の補助手段」として参照されることは可能であると考ええる。

以上の観点からすれば、「霊的損害」は実定国際法上の根拠に不十分な部分はあるものの、文化的考慮を行う延長線上に「霊的損害」を救済するという学説として積極的な評価と注目に値すると思われる。しかも、判事のこうした提案は、想像力と勇気に富むものであり、今後のさらなる発展が望まれる⁵⁰⁹。

なお、本章第 2 節第 2 款で述べた類型論とのかかわりで言えば、「霊的損害」は第 1 類型あるいは第 2 類型 (1) に該当することがある。

第 3 節 小括

本章では、まず第 1 節で、国際裁判における文化的考慮の現状について確認した。そして、そこにおける問題点が、文化的な考慮によって議論の範囲が拡大し收拾がつかなくなるのではないかという点と、たとえ文化的要素を考慮しても紛争当事者が納得するとは限らないのではないかという点であることを指摘し、これら 2 つの批判について検討した。

第 1 の「国際裁判所が文化的要素を法的議論の俎上に載せると議論の範囲が拡大し、紛争がかえって激化して收拾がつかなくなるのではないか」という懸念に対しては、以下のような疑問点がある。確かに文化的考慮を行ったことにより敗訴国側をかえって激昂させる恐れがあるかもしれない。とは言え、議論の対象を限定して法的に処理した結果、紛争が蒸し返されてしまう危険性があることも否定できないと思われる。

そもそも、紛争の根源に文化的な要因がある場合、当事者の提出する証拠の中に何らかの文化的要素を有するものが含まれることは避けられない。とすれば、こうした要素を安易に排除したり、軽視したりすることは適切な解釈の仕方であるとは思われない。

第 2 の「たとえ国際裁判所が文化的要素を考慮したとしても、敗訴した紛争当事者が納得するとは限らないのではないか」という懸念については、筆者は次のように考えている。確

⁵⁰⁸ Statute of ICJ article 38 (1)(d) “..., judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of Law.”

⁵⁰⁹ 現代の国際法研究に求められる 5 つの素質として、ローリン (Rolin) は第 1 に想像力 (imagination) を挙げており、節度 (mesure), 忠誠 (loyalty), 寛容 (generosity), 忍耐 (patience) がつづく。これにジェンクス (Jenks) が、勇気 (courage) と相互依存 (interdependence) を加える。C. Wilfred Jenks, “Interdependence as the Basic Concept of Contemporary International Law,” Henri Rolin, *Mélanges offerts à Henri Rolin : problèmes de droit des gens* (A. Pedone, 1964), p. 147. 皆川洸『国際法研究』(有斐閣, 1985 年) 329 頁。

かに、国際裁判所が法的主張に組み込まれた文化的要素を考慮することによって敗訴当事者を納得させられるとは限らないだろう。しかしながら、心情的に解決することはできないので文化的な証拠は全て切り捨ててもよい、とまでは言い切れないのではないか。むしろ長期的な視野に立てば、可能な限り文化的要素を考慮した方が、判決の説得力のみならず、国際裁判所の権威や価値を上げることにもつながる可能性がある。

さらに、第1節では、文化的要素を法的価値判断に取り入れることに対して否定的な立場と肯定的な立場をそれぞれ概観した。

続く第2節では、国際裁判所が、文化的要素を積極的に法的議論の俎上に載せて国際法解釈すべき場合と、そうすべきではない場合とに区分した。前者は、少なくとも一紛争当事者の主張する文化的要素が、一見すると当該事件の主題に関係する場合である。後者は、(1) いずれの紛争当事者も文化的要素に関する主張を全く行っていない事例と、(2) 紛争当事者の主張する文化的要素が、一見すると当該事件の主題に関係しているとは認められない事例である。

次に、国際裁判所が文化的考慮を行う事例を類型化した。第1類型は、文化的要素に関して直接規律する国際法上のルールが既に形成されている場合に、当該規則をそのまま適用することによって文化的考慮を行うことが可能な事例である。第2類型(1)は、文化的要素を直接的に規律する国際法上の規則は存在しないが、ある国際法上のルールを解釈する上で、当該紛争の文脈上、文化的要素を考慮する必要性のある事例である。第2類型(2)は、文化的要素を直接的に規律する国際法上の規則は存在しないが、ある国際法上のルールを解釈する上で当該紛争の文脈上、文化的要素を考慮すべきではない事例である。

以上の第2類型(1)と(2)の違いは、以下の点にある。(1)「ある国際法ルールの解釈・適用に際して文化的要素を判決に取り入れるべき事例」は、例えば、弱者や少数者の権利保護の要請と、国家の利益とが対立する場合には、前者を重視するものである。文化的に多様な主体の存続を図るため、少数者や先住民の権利を国際法の財産権条項等の解釈・適用を通じて政府から保護すべきであるという立場である。

他方、第2類型(2)「ある国際法ルールの解釈・適用に際して文化的要素を判決に取り入れるべきではない事例」は、両者の主張する文化的要素について十分に検討を加えた結果、両当事者間で対立する文化的要素が等価値であり、文化的視点の違いに妥協の余地がないことが明らかな場合には、それを積極的に判決に取り入れるべきではないと考える。

以上のような方法で文化的要素を考慮することによって、国際法の解釈をより良いもの、すなわち弱者救済の見地からより正義に適ったものにする可能性のある国際法理論について、第2節第3款で考察した。

まず、「黙認の法理」について検討した。その結果、ブレア・ビビア寺院事件は「黙認の法理」の成否という主題に文化的要素が密接にかかわっているにもかかわらず、ICJは、王子の態度に関して西洋的基準・行動様式に依拠して判断している可能性が高いことが明らかになった。だが、このような判断の仕方は、文化的考慮の重要性を希薄化するものであり、既存の国際法を西洋のメンタリティーのみならず、西洋以外のさまざまな人間のメンタリティーで解釈すべきであると考ええる。

さらに、米州人権裁判所判例モアワナ共同体対スリナム事件でカンサード・トリンダージ判事が提唱した「霊的損害」について考察した。従来の精神的損害との違いは、損害を数量化できず、金銭賠償以外の形式による賠償を必要とする点にある。この概念に対して想定される3つの疑問点(どのような権利回復手段を選択できるのか、国際法上の根拠はあるの

か、裁判官が新たな権利や法を創造するに等しい機能を担ってよいのか) について検討した。その結果、「靈的損害」は実定国際法としては未解明な部分はあるものの、I C J 規程第 38 条 1 項 (d) を根拠に「法則決定の補助手段」として参照されることは可能であり、文化的考慮を行う延長線上に靈的損害を救済するという学説として積極的な評価と注目に値するという結論に達した。

終章 国際裁判における文化的考慮の意義

第1節 本稿の要約

本稿では、紛争当事者の主張に含まれる文化的要素は国際裁判で考慮されるべきか否か、考慮すべき場合にはどのように考慮することが望ましく可能であるか、という点について検討した。第1章で国際司法裁判所、第2章第1節で欧州人権裁判所、第2章第2節で米州人権裁判所に係属した事件について法的主張に組み込まれた文化的要素がどのように扱われてきたかを分析し、その結果から、第3章第1節で文化的考慮の現状の確認とそこにおける問題点の指摘を行い、第3章第2節で国際裁判における文化的考慮の具体的な方法について考察した。

本稿において、当事者の主張する文化的要素を「考慮する」とは、文化的要素を判決に肯定的な形で積極的に取り込む場合だけでなく、文化的要素を十分かつ入念に検討した結果、その要素を判決に取り入れれない判断をした場合も含む。

このように理解した場合、第1章で紹介した10の事例中、文化的要素が考慮されたのは、航行権および関連する権利に関する紛争事件（2009年）、プレア・ビヒア寺院事件判決の解釈請求事件（2013年）、国境紛争事件（2013年）の判決と、西サハラ事件の勧告的意見（1975年）の4事例である。

まず、①航行権事件は、地域住民の「慣習」という文化的要素が国際法上の慣習法の理論の解釈・適用の際に取り入れられ、それが判決の主文に明記された点で、文化的考慮が積極的に行われた事例であると考えられる。②プレア・ビヒア寺院事件判決の解釈請求事件も、世界遺産条約を根拠として文化遺産保護の協力義務等を明言している点で、文化的考慮が積極的に行われた事例であると言える。③国境紛争事件判決は、遊牧民独自の生活慣習という希少な文化に対して理解を示しており、当事者の主張する文化的要素が肯定的な形で判決に取り入れられている。④西サハラ事件については、「法的結びつき」「忠誠の法的きずな」「領土主権の結びつき」という言葉の厳密な定義が必要であったと考えられるが、当事国の主張に含まれる文化的要素を法的議論の俎上にのせて考慮した点は画期的であった。

他方、「グリーンランドとヤン・マイエンの間の区域における海域境界画定に関する事件」については、デンマーク側が主張した「グリーンランドの人々が区域に対して持っている愛着」という「文化的要因」が中間線を修正する「特別な事情」にはならないと判断された理由が不十分であると思われるため、文化的考慮が入念に行われた事例とは言えないと考える。続く第2章では、欧州人権裁判所と米州人権裁判所の判例について検討した。ここで取り上げた5つの欧州人権裁判所判例と7つの米州人権裁判所判例は、文化的考慮の行われ方に関して比較してみた場合、前者は文化的要素への言及はあるものの、それらがあまり重視されているとは言えない事例が散見するのに対し、後者はいずれの事例においても文化的要素が法解釈に積極的に取り入れられている。

まず、第2章第1節で取り上げた5つの欧州人権裁判所判例に見られる文化的要素の取り入れに消極的な立場を支える論拠には、「評価の余地」理論がある。これらの事例では、締約国の裁量を広く認めることが、結果として、原告側の主張に含まれる文化的要素に対する考慮を阻害する機能を営んでいる。だが、こうした裁判所の姿勢に対して筆者は疑問を感じる。例えば、「オットー・プレミンガー協会対オーストリア事件」については、映画製作は創造的な文化活動の一つであり、その成果は芸術作品としての価値を有す

る可能性があるが、こうした文化的要素に対して十分な考慮は行われなかった。ダラブ対スイス事件、レイラ・シャヒン事件、S. A. S 対フランス事件についても、欧州人権裁判所は、全体的に締約国の「評価の余地」を広く捉え、ヴェール着用規制の人権条約適合性を認めている。だが、イスラムのヴェール着用は、自由意思に基づく場合には文化的権利の対象となりうると筆者は考える。今後、欧州裁判所が少数者や弱者の主張に含まれる文化的要素に対して十分な配慮をするためには、裁判所が各締約国に認める裁量の余地を狭めるべきであろう。

これとは対照的に、第2章第2節で取り上げた米州人権裁判所判例については、裁判所が、紛争当事者の主張する様々な文化的要素に正面から取り組み、これらを判決に積極的に取り入れる姿勢が認められる。米州人権条約第21条（財産権）、第5条（人道的な取扱いを受ける権利）、第4条（生命に対する権利）等の具体的な条文の解釈・適用の過程で、文化的要素を入念に検討し、法的判断に積極的に取り込んでいる。その際、訴訟当事国が批准した条約および国内法の認める権利行使を制限するような解釈を禁ずる規定である第29条（b）項の下、ILO第169号条約第13条や自由権規約第27条を解釈に取り込んでいる。米州人権裁判所で当事者が主張した文化的要素としては、土地との精神的な絆や死者の魂など、目で見ることのできないものが多く、法的議論の俎上に載せることが困難であると思われるようなものばかりである。それにもかかわらず、多様な文化的要素に対し、米州人権裁判所が正面から取り組む姿勢を高く評価したい。

第3章では、第1節で、国際裁判における文化的考慮に対する懸念について確認した。そして、そこにおける問題点が、文化的な考慮によって議論の範囲が拡大し收拾がつかなくなるのではないかという点と、文化的要素を考慮しても紛争当事者が納得するとは限らないのではないかという点であることを指摘し、これら2つの批判について検討を行った。

第1の「国際裁判所が文化的要素を法的議論の俎上に載せると議論の範囲が拡大し、紛争がかえって激化して收拾がつかなくなるのではないか」という懸念に対しては、以下のような疑問点がある。確かに、文化的考慮を行ったことにより紛争が蒸し返される危険がなくなるという保証はない。また、文化的要素を判決に取り込むことによって、敗訴国側をかえって激昂させる恐れがあるかもしれない。とは言え、議論の対象を限定して法的に処理した結果、判決後に敗訴国側の政府が反対声明を発表したり、国内で抗議デモが発生したりする等、紛争が蒸し返されてしまう危険も皆無ではないと思われる。

そもそも、紛争の根源に文化的な要因がある場合、当事者の提出する証拠の中に何らかの文化的要素を有するものが含まれることは避けられない。とすれば、こうした要素を安易に排除したり、軽視したりすることは適切な解釈の仕方であるとは思われない。

第2の「たとえ国際裁判所が文化的要素を考慮したとしても、敗訴した紛争当事者が納得するとは限らないのではないか」という懸念については、筆者は次のように考えている。確かに、国際裁判所が法的主張に組み込まれた文化的要素を考慮することによって敗訴当事者を納得させられるとは限らないだろう。しかし、心情的に解決することはできないので文化的な証拠は全て切り捨ててもよい、とまでは言い切れないのではないか。むしろ長期的な視野に立てば、可能な限り文化的要素を考慮した方が、判決の説得力のみならず、国際裁判所の権威や価値を上げることにもつながる可能性があると考えられる。

では、国際裁判所が文化的考慮を行うことによって、どのような効果が望めるか、という点については、（1）紛争当事者に対する判決の説得力と（2）実体的真実の解明を挙げた。まず、（1）については、国際裁判には、当事者が納得し得るような紛争解決が求められる

とすれば、当事者が法的主張の中であえて文化的要素について主張をしている場合には、裁判所は何らかの反応を示すべきである。したがって、文化的要素を法解釈から切り離す手法は、適切ではない。紛争当事者の中でも特に文化的要素を主張した側が、自分たちの主張を十分に検討してもらったという満足感を得ることによって、類似の紛争の蒸し返しのない抜本的解決へと向かう可能性があると考えられる。(2)については、冷戦終結以降、何らかの文化的要因をもつ紛争が発生し続けている現在、文化的要素は事件の主題と密接に係わる可能性があるため、国際社会で生起する問題に存する文化的歴史的事情を看過することは、紛争の根本的な解決につながらない恐れがある。よって、国際裁判は問題の核心と正面から取り組むことが望ましい。国際裁判は判決確定後に判決を覆すに足る新たな証拠が見つければ再審事由となる点は、国際裁判が、形式的真実を超えた実体的真実の解明を国内の民事裁判よりも重視していることの現れであると解される。

続く第3章第2節では、国際裁判所が、文化的要素を積極的に法的議論の俎上に載せて国際法を解釈すべき場合と、そうすべきではない場合とに区分した。前者は、紛争当事者の主張する文化的要素が一見して当該事件の主題に関係する場合である。後者は、(1)いずれの紛争当事者も文化的要素に関する主張を全く行っていない事例と、(2)紛争当事者の主張する文化的要素が一見して当該事件の主題と関係を有しているとは認められない事例である。

次に、国際裁判所が文化的考慮をする方法について検討するに際して、文化的考慮を行う事例を類型化した。第1類型は、文化的要素に関して直接規律する国際法上のルールが既に形成されている場合に、当該規則をそのまま適用することによって文化的考慮を行うことが可能な事例である。第2類型(1)は、文化的要素を直接的に規律する国際法上の規則は存在しないが、ある国際法上のルールを解釈する上で、当該紛争の文脈上、文化的要素を考慮する必要性のある事例である。例えば、文化的に多様な主体の存続を図るため、少数者や先住民の権利を国際法の財産権条項等の解釈・適用を通じて政府から保護すべきであるという立場である。第2類型(2)は、文化的要素を直接的に規律する国際法上の規則は存在しないが、ある国際法上のルールを解釈する上で当該紛争の文脈上、文化的要素を考慮すべきではない事例である。両者の主張する文化的要素について十分に検討を加えた結果、両当事者間で対立する文化的要素が等価値であり、文化的視点の違いに妥協の余地がないことが明らかな場合には、裁判所は、両者の主張する文化的要素について十分に検討を加えた上で、それを積極的に判決に取り入れるべきではないと考える。

以上のような方法で文化的要素を考慮することによって、国際法の解釈をより良いものにする可能性のある国際法理論について、第2節第2款で考察した。

まず、「黙認の法理」を適用する際、文化的要素を考慮することによって、従来の国際法解釈に影響を及ぼす可能性のある事例として、プレア・ビヒア寺院事件に関して検討した。その結果、プレア・ビヒア寺院事件は「黙認の法理」の成否という主題に文化的問題が密接にかかわっているにもかかわらず、ICJは、タイのダムロン王子の態度に関して西洋的基準・行動様式に依拠して判断している可能性が高いことが明らかになった。だが、このような判断の仕方は、文化的考慮の重要性を希薄化するものであり、既存の国際法を西洋のメンタリティーのみならず、西洋以外のさまざまな人間のメンタリティーで解釈すべきであると考えられる。

さらに、米州人権裁判所判例モアワナ共同体対スリナム事件でカンサード・トリンダージ判事が提唱した「霊的損害」について考察した。従来の精神的損害との違いは、損害を数量

化できず、金銭賠償以外の形式による賠償を必要とする点にある。この概念に対して想定される 3 つの疑問点（具体的にどのような精神的損害とは異なる権利回復手段を選択できるのか、国際法上の根拠はあるのか、裁判官が新たな権利や法を創造するに等しい機能を担ってよいのか）について検討した。その結果、「霊的損害」は実定国際法上の根拠が十分に確立していないものの、I C J 規程第 38 条 1 項（d）を根拠に「法則決定の補助手段」として参照されることは可能であるという結論に至った。よって、文化的考慮を行う延長線上に霊的損害を救済することを目指す学説として、積極的な評価と注目に値すると考える。

第 2 節 今後の課題

最後に、本稿で十分に検討されていない点を今後の課題として列挙する。

まず、I C J の前身である常設国際司法裁判所（P C I J）においても当事者の主張に文化的な要素の含まれる事例として、例えば、上部シレジア少数者学校事件（1928 年）、グレコ・ブルガリアン共同体事件（1930 年）、アルバニア少数者学校事件（1935 年）などがあるが、これらの事例に対する検討が行われていない。第 2 章での検討対象を欧州人権裁判所判例と米州人権裁判所判例としたが、「地域的人権裁判所」の判例としてアフリカ人権裁判所の判例も含めるべきであった。また、判決の履行の中で文化的要素がどのように考慮されたか、という点についても調査する必要がある。

さらに、文化的要素を考慮することによって、国際法の解釈の見直しにつながる可能性のある国際法理論について、より本格的に検討するためには、「黙認の法理」や「霊的損害」以外に「評価の余地理論」や慣習法理論等についても考察しなければならない。

以上の点については、将来の課題としたい。

参考文献

- A. L. Kroeber, Clyde Kluckhohn, *CULTURE: A Critical Review of Concepts and Definition* (A Division of Random House, 1952).
- Akira Irie, *Cultural Internationalism and World Order* (John Hopkins University Press, 1977).
- Alexandra Xanthaki, *Indigenous Rights and United Nations Standards: Self-Determination, Culture and Land* (Cambridge University Press, 2007)
- Allan Galis, "UNESCO Documents and Procedure : The Need to Account for Political Conflict When Designating World Heritage Sites, " *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 38, No. 1(2009), pp. 205-235.
- Anastasia Vakulenko, " Islamic Dress in Human Rights Jurisprudence: A Critique of Current Trends" , *Human Rights Law Review*, Vol. 7, No. 4(2007), p. 731.
- Andreas Buss, "The Preah Vihear Case and Regional Customary Law, " *Chinese Journal of International Law*, Vol. 9, No. 1(2010), pp. 111-126.
- Andrezej Jakubowski, *Cultural Rights as Collective Right: An International Law Perspective* (Brill, 2016).
- Antônio Augusto Cançado Trindade, *Evolution du Droit International au Droit des Gens*(Pedone, 2008).
- A. A. Cançado Trindade, "The Right to Cultural Identity in the Evolving Jurisprudential Construction of the Inter-American Court of Human Rights" , in Sienho Yee, Jacques-Yvan Morin(eds.), *Multiculturalism and International Law* (Nijhoff, 2009), pp. 477-500.
- Antônio A. Cançado Trindade, *Le Droit International Pour La Personne Humaine* (Pedone, 2012).
- Antônio Augusto Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, 2nd rev. ed. (Martinus Nijhoff Publishers, 2013).
- Abdullahi Ahmed An-Na' im, "Toward a Cross-Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights: The Meaning of Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment, " *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives: A Quest for Consensus* (University of Pennsylvania Press, 1995), pp. 20-23.
- Abida Sultaan, *Memoirs of a Rebel Princess* (Oxford University Press, 2004).
- Aleandra C. Traviss, "Temple of Preah Vihear:Lessons on Provisional Measures, " *Chicago Journal of International Law*, Vol. 13, No. 1(2012), pp. 317-344.
- Anastasia Vakulenko, " Islamic Dress in Human Rights Jurisprudence: A Critique of Current Trends, " *Human Rights Law Review*, Vol. 7, No. 4(2007), p. 731.
- Andrea Semprini, *Le Multiculturalisme* (Press Universitaires de France, 1997).
- Andrezej Jakubowski, *Cultural Rights as Collective Right: An International Law Perspective* (Brill, 2016).
- Bharathi Anandhi Venkatraman, "Islamic States and the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: Are the Shari' a and the Convention Compatible? " , *The American University Law Review*, Vol. 44, No. 1949 (1995), p. 1964.
- Craig Forrest, *International Law and the Protection of Cultural Heritage*(Routledge,

2010).

Bora Touch, "Who Owns the Preah Vihear? A Cambodian Position, " *Journal of East Asia and International Law*, Vol. 2(2009), pp. 205-227.

Brenda Gunn, "More Than Money: Using International Law of Reparations to Determine fair Compensation for Infringements of Aboriginal Title, " *U. B. U. Law Review*, Vol. 46(2013), pp. 299-348.

Brian Taylor Sumner, "Territorial Disputes at the International Court of Justice, " *Duke Law Journal*, Vol. 53(2004), pp. 1795-1796.

Bertil Lintner, "Temple Furor Exposes Delicate Ties, " *Far Eastern Economic Review*, Vol. 39 (2008).

Carmen Teeple Hopkins, " Social reproduction in France : Religious dress laws and *laïcité* " , " *Women's Studies International Forum* 48 (2015), pp. 154-164.

Carolyn Evans, "The 'Islamic Scarf' in the European Court of Human Rights, " *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 7(2006), pp. 65-68.

C. Oliver, "Judicial Decisions, " *American Journal of International Law* (1962), p. 1033-1053.

Cedric Thornberry, The Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), *The Modern Law Review*, Vol. 26(1963), pp. 448-451.

Charles F. Keyes, *The Case of the Purloined Lintel: The Politics of a Khmer Shrine as a Thai National Treasure, National Identity and Its Defenders: Thailand, 1939-1989* (1991), pp. 261-291.

Charles Spinks, *The Khmer Temple of Preah Vihear* (the Australian National University , 1957).

Chiara Giorgetti, "International Court of Justice: Order on the Request for International Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), International Legal Materials: Current Documents, " *American Society of International Law* (2011), pp. 1131-1147

C. Wilfred Jenks, *The Common Law of Mankind* (Stevens & Sons Limited, 1958).

Claudia Martin, "The Moiwana Village Case: A New Trend in Approaching the Rights of Ethnic Groups in the Inter-American System, " *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19(2006), p. 494.

Claude Jaques, Philippe Landfond, *The Khmer Empire : Cities and Sanctuaries Fifth to the Thirteenth Centuries* (River Books, 2007).

Clifford Geertz, *The Interpretation of Cultures : Selected Essays* (Basic Books, 1973).

Clyde Kluckhohn, *Mirror for Man: the Relation of Anthropology to Modern Life* (Whittlesey House, 1949).

Colombine Madelaine, *La Technique des obligations positives en droit de la Convention Européenne des droits de l' Homme* (DALLOZ, 2014).

Covey T. Oliver, "Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), " *American Journal of International Law*, Vol. 56, No. 4(1962), pp. 1033-1053

Craig Forrest, *International law and the Protection of Cultural Heritage* (Routledge, 2010).

D. J. Harris, M. O' Boyle, E. P. Bates & C. M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights* [Third Edition] (Oxford University Press, 2014).

D. Otto. F. von Feigenblatt, "Exploring the Relationship between Prospect Theory and International Conflict: the Thai-Cambodian Border Dispute as a Case Study, " *Revista de Communication Vivat Academia*, Vol. 119(2012), pp. 14-30.

D. H. N. Johnson, "International Court of Justice. Judgements of May26, 1961 and June 15, 1962. The Case concerning the Temple of Preah Vihear, " *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 11, No. 4(1962), pp. 1183-1204.

Department of Information, Ministry of Foreign Affairs, Thailand honours obligations under U. N. Charter: The Prime Minister' s Address, *Foreign Affairs Bulletin*, Vol. 1(1962), pp. 125-127.

Derek Bowett, " Estoppel before International Tribunals and Its Relation to Acquiescence, " *British Yearbook of International Law*, Vol. 33(1957), p. 176.

Dietrich Schindler, "Contribution a L' etude des facterurs sociologiques et psychologiques du droit international, " *Recueil Des Cours : Académie De Droit International* (Nijhoff, 1933), pp. 233-322.

Durward V. Sandifer, *Evidence before International Tribunals*, Vol. 1(1975).

Edward B. Tylor, *Primitive Culture: Researches into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Language, Art and Custom*, Vol. 1, 3rd ed. , (John Murray, Albemarle Street, 1891) .

Eibe Riedel, Gilles Giacca, Christophe Golay(eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights in International Law: Contemporary Issues and Challenges* (Oxford University Press, 2014) .

Eleni Polymenopoulou, "Cultural Rights in the Case Law of the International Court of Justice" , *Leiden Journal of International Law*, Vol. 27, No. 2(2014), pp. 463-464.

Emre Birden, *La Limitation des Droits de L' homme au Nom de la Morale : Étude de la Jurisprudence de la Cour européenne des Droits de L' homme* (Institut Universitaire Varenne, 2015).

Étienne Picard, Le droit comparé est-il du droit, *Annuaire de l' Institut Michel Villey* , Volume 1, 2009, p. 214.

Eugene D. Genoverse, *From Rebellion to Revolution: Afro-American Slave Revolts in the Making of the Modern world* (Louisiana State University Press, 1979) , pp. 53-87.

Federico Lenzerini, *The Culturalization of Human Rights Law* (Oxford University Press, 2014).

Frederic Sudre, *Droit Europeien et International des Droits de l 'homme* 【13^e edition】 (Press Universitaires de France, 2016).

F. Braudel, *A History of Civilizations* (Penguin Press, 1994), pp. 9-28.

G. A. Zaphiriou, "Cultural and Ideological Pluralism and Contemporary Public International Law, " *The American Journal of Comparative Law* , Vol. 34(1986), pp. 341-361.

G. M. Kelly, "The Temple Case in Historical Perspective, " *The British Year book of International law*, Vol. 39 (Clarendon Press, 1963), pp. 462-471.

Guenter Weissberg, "Maps as Evidence in International Boundary Disputes: A Reappraisal, " *American Journal of International Law*(1963), pp. 781-803.

Heiner Bielefeldt, "Muslim Voices in the Human Rights Debate, " *Human Rights quarterly*, vol. 17, 1995, p. 589.

- Henk E. Chin, Hans Buddingh', *Surinam : Politics, Economics and Society* (Frances Pinter Limited, 1987).
- Henri Rolin, *Mélanges offerts à Henri Rolin : Problèmes de Droit des Gens*, (A. Pedone, 1964).
- Henry J. Steiner, Philip Alston, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals: Text and Materials*, 2nd ed, (Oxford University Press: 2000), pp. 539-543.
- H. Silverman, "Border Wars: The Ongoing Temple Dispute between Thai and Cambodia and UNESCO's World Heritage List," *International Journal of Heritage Studies*, Vol. 17, No. 1(2011), pp. 23-26.
- Hugh Thirlway, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989: Part One," *British Yearbook of International Law*, Vol. 60, No. 1 (1989), pp. 32-33.
- Ian Brownlie, "Recognition in Theory and Practice," *British Yearbook of International Law*, Vol. 53, No. 1(1982), pp. 197-211.
- Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4th ed. (Clarendon Press, 1990).
- I. C. MacGibbon, "Some Observations on the Part of Protest in International Law," *The British Yearbook of International Law* (1953), pp. 293-319.
- I. C. MacGibbon, "The Scope of Acquiescence In International Law", *British Yearbook of International Law*, vol. 31(1954), pp. 143-168.
- Jacqueline Nolan-Laley, Harold Abramson, Pat K. Chew, *International Conflict Resolution: Consensual ADR Process* (Thomson/West, 2005).
- J. G. Merrills, "Sir Gerald Fitzmaurice's Contribution to the Jurisprudence of the International Court of Justice," *British Yearbook of International Law*, Vol. 48, No. 1(1976), pp. 183-240.
- James A. R. Nafziger, Robert Kirkwood Paterson, Alison Dundes Renteln, *Cultural Law : International, Comparative, and Indigenous* (Cambridge University Press, 2010).
- Janusz Symonides, *Human Rights: Concept and Standards* (UNESCO Publishing, 2000).
- Jessica Almquist, Human Rights, *Culture and the Rule of Law* (Hart Publishing, 2005).
- J. H. W. Verzijl, "International Court of Justice, Case concerning the Temple of Preah Vihear(Cambodia v. Thailand)," *Netherland International Law Review*, Vol. 9(1962), pp. 229-263.
- J. N. Haley, H. I. Abramson, P. K. Chew, *International Conflict Resolution: Consensual ADR Processes* (American Casebook Series Thomson/West, 2005).
- Jefferson Fox, "Siam Mapped and Mapping in Cambodia: Boundaries, Sovereignty, and Indigenous Conceptions of Space," *Society & Natural Resources*, Vol. 15, No. 1(2002), pp. 65-78.
- Jo M. Pasqualucci, "International Indigenous Land Rights: A Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in Light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples," *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 27, No. 1(2009), pp. 51-98.
- John Black, *The Lofty Sanctuary of Khao Phra Vihar* (Prachanda Press, 1956).
- John Burgess, *Temple in the clouds: Faith and conflict at Preah Vihear*, River Books (2015).
- José R. Martínez Cobo, *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous*

Populations, Vol. 5: Conclusions, Proposals and Recommendation (United Nations, 1987), p. 29, paras. 379-381.

J. R. V. Prescott, *Maps of Mainland Asia by Treaty* (Melbourne University Press, 1975), pp. 428-446.

J. R. Prescott, *Frontiers of Asia and Southeast Asia* (Melbourne University Press, 1977), pp. 54-59.

John Henry Merryman, "Two Ways of Thinking About Cultural Property," *The American Journal of International Law*, Vol. 80, No. 4(1986), pp. 831-853.

Julian Huxley, *UNESCO: Its Purpose And Its Philosophy* (Public Affairs Press, 1948).

Karen Engle, "Culture and Human Rights: The Asian Values Debate in Context," *New York University Journal of International Law & Politics*, Vol. 32, No. 2, 3(1999), pp. 291-333.

K. Teeravit, "Thai-Kanpuchien Relations: Problems and Prospects," *Asian Survey/Institute of International Studies*, Vol. 22, No. 6(1982), pp. 561-576.

Kennon Breazeale, "A Transition in Historical Writing: The Works of Prince Damrong Rajanubhap," *The Journal of the Siam Society*, Vol. 59(1971), pp. 25-49.

Kaiyan Homi Kaikobad, "Some observations on the Doctrine of Continuity and Finality of Boundaries," *British Yearbook of International Law*, Vol. 54, No. 1 (1983), pp. 119-141.

Kennon Breazeale, *The Writings of Prince Damrong Rajanubhab: A Chronology with Annotations* (Foundation for the Promotion of Social Sciences and Humanities Textbooks Project and Toyota Foundation, 2008).

Kenneth Perry Landon, "Thailand's Quarrel with France in Perspective," *The Far Eastern Quarterly: Review of Eastern Asia and the Adjacent Pacific Islands*, Vol. 1(1941), pp. 25-42.

K. Krishna Rao, "The Preah Vihear Case and The Sino-Indian Boundary Question," *Indian Society of International Law* (1963), pp. 41-56.

K.R. Simmonds, "The British Year Book of International Law 1963 Review," *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 15, No. 2 (1966), pp. 596-597.

Lawrence Palmer Briggs, "The Treaty of March 23, 1907 Between France and Siam and the Return of Battambang and Angkor to Cambodia," *The Far Eastern Quarterly: Review of Eastern Asia and the Adjacent Pacific Islands*, Vol. 5, No. 4 (1946), pp. 439-454.

Lillian Richieri Hanania(ed.), *Cultural Diversity in International Law, The Effectiveness of the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions* (Routledge, 2014).

L. P. Sigh, "The Thai-Cambodian Temple Dispute," *Asian Survey/Institute of International Studies*, Vol. 2, No. 8 (University of California, 1962), pp. 23-26.

Lord Wharnccliffe, *The Letters and works of Lady Mary Wortley Montagu* (Henry G. Bohn, 1861), p. 353.

Luang Vichitr Vadakarn, *Thailand's Case* (Thanom Punnahitananda, 1941), pp. 35-37.

Malek Chebel, *Le Coran* (fayard, 2009), p. 354.

Malek Chebel, *Dictionnaire Encyclopedique du Coran* (fayard, 2009), p. 473.

Marc Askew, *Legitimacy Crisis in Thailand* (King Prajadhipok's Institute, 2010).

Marc Askew, *The Magic List of Global Status UNESCO, World Heritage and the Agendas*

of States, Heritage and Globalisation (2010), pp. 19-44.

Marcel Mauss, *The Gift: Forms and Functions of Exchange in Archaic Societies* (Martino Publishing Mansfield Center, 2011)

Martin Wagner, "Lessons from Preah Vihear: Thailand, Cambodia and the Nature of Low-Intensity Border Conflicts," *Journal of Current Southeast Asian Affairs*, Vol. 30, No. 3(2011), pp. 27-59.

Mary Ann Glendon, *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights* (Penguin Random House, 2002).

Masahiro Miyoshi, *Consideration of Equity in the Settlement of Territorial and Boundary Disputes*(Springer, 1993).

Maurizio Peleggi, *The Politics of Ruins and the Business of Nostalgia* (White Lotus Press, 2002)

Michael Byers, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law* (Cambridge University Press, 1999).

Michael Leifer, "Cambodia and Her Neighbours," *Pacific Affairs*, Vol. 34, No. 4(1962), pp. 361-374.

Michael Leifer, "Cambodia: In Search of Neutrality," *Asian Survey/ Institute of International Studies*, Vol. 3, No. 1(1963), pp. 55-60.

Nathalie Bernard-Maugiron, Jean-Philippe Bras, *La Charia* (Editions Dalloz, 2015).

Nathalie Ros, "Sustainable Development Approaches in the New Law of the Sea," *The Spanish Yearbook International Law* (2017), pp. 11-39.

Neelan Tiruchelvam and Radhika Coomaraswamy, *The Role of the Judiciary in Plural Societies* (F. Pinter, 1987).

N. Brue Duthu, *Shadow Nations: Tribal Sovereignty and the Limits of Legal Pluralism* (Oxford University Press, 2013).

Nguyen Quok Din, Patrick Daillier, Mathias Forteau, Alain Pellet, *Droit international public* 【8^e édition】 (LGDJ-Lextenso éditions, 2009).

Olivier De Schutter, *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary* (Cambridge University Press, 2014).

Oliver J. Lissitzyn, *The International Court of Justice: Its Role in the Maintenance of International Peace and Security*(Carnegie Endowment for International Peace, 1951).

Paul Meerts(ed.), *Culture and International Law* (Hague Academic Press, 2008).

P. Cuasay, "Borders on the Fantastic: Mimesis, Violence, and Landscape at the Temple of Preah Vihear," *Modern Asian Studies*, Vol. 32, No. 4(1998), pp. 849-890.

P. C. W. Chan, "Acquiescence / Estoppel in International Boundaries: Temple of Preah Vihear Revisited," *Chinese Journal of International Law*, Vol. 3, No. 2 (2004), pp. 421-439.

Pierre Vellas, *Droit International et Science Politique* 【Recueil de Textes】 (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967).

Raphael Lemkin, "Genocide-A Modern Crime," *Free World* (1945), pp. 39-43.

Rachel Rebouché, "The Substance of Substantive Equality: Gender Equality and Turkey' s Headscarf Debate" , *American University International Law Review*, Vol. 24 (2009), p. 720.

René Provost, *Culture in the Domains of Law* (Cambridge University Press, 2017).

Richard Price, *Maroon Societies: Rebel Slave Communities in the Americas* (The Johns Hopkins University Press, 1996), pp. 294-295.

Riles, Annelise, "Aspiration and Control: International legal Rhetoric and the Essentialization of culture, " *Harvard Law Review*, Vol. 106, No. 3(1993), p. 723.

Robert L. Solomon, "Boundary Concepts and Practices in Southeast Asia, " *World Politics: a Quarterly Journal of International Relations*, Vol. 23(1970), pp. 1-23.

Ronald Bruce St John, "Preah Vihear and the Cambodia-Thailand Borderland, " *IBRU Boundary and Security Bulletin*, Vol. 1, No. 4(1994), pp. 64-68.

Ronald Drago, Jean Imbert, Jean Tulard, *Dictionnaire Biographique des Membre du Conseil D' Etat 1799-2002*(Fayard, 2004).

Rosemary J. Coombe, "Culture: Anthropology' s Old Vice or International Law' s New Virtue? " , *American Society of International law, Proceedings of the 93rd annual meeting* (1999), p. 261.

Ruth Benedict, *The Chrysanthemum and the Sward: Patterns of Japanese Culture* (Houghton Mifflin, 1946).

Ruth Benedict, *Patterns of Culture* (Routledge & Kegan Paul Ltd, 1968).

R. Y. Jennings, "Nullity and Effectiveness in International Law, " *Cambridge Essays in International Law: Essays in Honour of Lord McNair* (1965), pp. 64-87.

Samuel P. Huntington, *The Clash of Civilizations and the remaking of World Order* (Simon & Schuster, 1996).

Smitthi Siribhadra, Elizabeth Moore, *Palaces of the Gods* (Oxford University Press, 1992).

Suluk Sivaraksa, *The Life and Work of Prince Damrong Rajanubhab (1862-1943) as a Historical Testimony of Endogenous Thai Intellectual Creativity* (The United Nations University, 1979).

Talvikki Hoopes, "The Leyla Sahin v. Turkey Case Before the European Court of Human Rights, " *Chinese Journal of International Law*, Vol. 5, No. 3(2006), p. 721.

Tej Bunnag, *The Provincial Administration of Siam 1892-1915: The Ministry of the Interior under Prince Damrong Rajanubhab* (Oxford University Press, 1977) .

Taylor, V. and Pryles, M. C., "The Culture of Dispute Resolution in Asia, " *Dispute Resolution in Asia* (1997), pp. 1-24.

Thoden van Velzen H. U. E. and W. van Wetering, *The Great Father and the danger: Religious Cults, Material Forces, and Collective Fantasies in the World of the Surinamese Maroons*, Vol. 9 (Foris Publications, 1988), pp. 31-44.

Thomas M. Antkowiak, "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond, " *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 46, No. 351 (2008), pp. 351-419.

Thomas M. Antkowiak, "Moiwana Village v. Suriname: A Portal into Recent Jurisprudential Developments of the Inter-American Court of Human Rights" , *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 25, No. 2 (2007), pp. 271-272.

United Nations Conference on the Law of Treaties, First session, Vienna, 26 March-24May 1968, Official Records, Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of

the Committee of the Whole (United Nations, 1969), p. 401.

Valentina Vadi, *Cultural heritage in international investment law and arbitration* (Cambridge University Press, 2014).

Vasiliki Saranti, “International Justice and Protection of Indigenous People: The Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights,” *US-China Law Review*, Vol. 9, No. 427(2012), p. 437.

V. S. Vereshchetin and G. M. Danilenko, “Cultural and Ideological Pluralism and International Law,” *German yearbook of International law*, Vol. 29(1986), pp. 56-67.

Vesselin Popovski, “Cultural Diversity and Freedom of Expression”, in Paul Meerts(ed.), *Culture and International Law* (Hague Academic Press, 2008), p. 57.

Valentina Vadi, *Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration* (Cambridge University Press, 2014).

V. S. Vereshchetin and G. M. Danilenko, “Cultural and Ideological Pluralism and International Law,” *German Yearbook of International Law*, No. 29(1986), pp. 56-67.

William T. Tow, Ramesh Thakur and In-Taek Hyun, *Asia's Emerging Regional Order: Reconciling Traditional and Human Security* (United Nations University Press, 2000).

W. Chan, “Acquiescence /Estoppel in International Boundaries: Temple of Preah Vihear Revisited,” *Chinese Journal of International law*, Vol. 3, No. 2 (2004), pp. 421-433.

Wojciech Sadurski, *Moral Pluralism and Legal Neutrality* (Kluwer Academic Publishers, 1990).

Yefuda Z. Blum, *Historic Titles in International Law* (Martinus Nijhoff, 1965), pp. 90-98.

Yasufumi Tanaka, “A new phase of the Temple of Preah Vihear Dispute before the International Court of Justice: Reflections on the Indication of Provisional Measures of 18 July 2011,” *Chinese Journal of International Law*, Vol. 11, No. 1(2012), pp. 191-226.

アーサー・ニュスボーム著、広井大三訳『国際法の歴史』（こぶし社、1997年）。

アジア・太平洋人権情報センター編『アジアの文化的価値と人権』（現代人文社、1999年）。

アンチロッチ著、一又正雄訳『国際法の基礎理論』（酒井書店 1971年）。

石井敦、真田康弘『クジラコンプレックス 捕鯨裁判の勝者は誰か』（東京書籍、2015年）。

石塚智佐「ICJ 判決の解釈請求における新傾向—プレア・ビヒア寺院事件を素材として」『城西国際大学紀要』第23巻1号（2015年）47-68頁。

一又正雄訳『グローチウス 戦争と平和の法』第1巻（巖松堂出版、1940年）。

今井弘道編著『法思想史的地平』（昭和堂、1990年）。

今川幸雄「カンボディアの国境に関する考察」『外務省調査月報』第9巻6号（1968年）48頁。

入江昭著、篠原初枝訳『権力政治を超えて - 文化国際主義と世界秩序-』（岩波書店、1998年）。

岩沢雄二編集代表『国際条約集』（有斐閣、2016年）。

上山安敏『法社会史』（みすず書房、1966年）。

上山安敏『ヨーロッパ法文化の流れ』（ミネルヴァ書房、1983年）。

鵜飼信成訳『ケルゼン 法と国家』（東京大学出版会、1952年）。

上野友也『戦争と人道支援』（東北大学出版会、2012年）。

江島晶子「ヨーロッパ人権裁判所における『評価の余地』理論の新たな発展」『明治大学大学院紀要』第29集（1992年）55-73頁。

榎澤幸広「ジェノサイド条約2条と文化的ジェノサイド」『筑波学院大学紀要』第1集（2006年）71-83頁。

大沼保昭編『戦争と平和の法』（東信堂，1987年）。

小坂田裕子「地域的人権条約に基づく先住民族の土地に対する集団的財産権の承認—先住民族概念および時際法との関係に焦点をあてた米州とアフリカの実行比較」『国際人権』第22号（2011年）106-113頁。

小坂田裕子「米州における先住民族の土地に対する権利：ラテンアメリカ諸国の葛藤」『神戸法学年報』第24号（2008年）173-207頁。

尾高朝雄編集代表『田中先生還暦記念 国際法と自然法』（有斐閣，1954年）。

金子宏，新堂幸司，平井宜雄編集代表『法律学小辞典【第4版 補訂版】』（有斐閣，2014年）。

C. シュミット，田中浩，原田武雄訳『合法性と正当性』（未来社，1983年）。

カール・シュミット著，初宿正典，吉田栄司訳『ヨーロッパ法学の状況』（成文堂，1987年）。

カール・シュミット著，長尾龍一編『カール・シュミット著作集Ⅰ』（慈学社出版，2007年）。

勝田有恒，森征一，山内進編著『概説 西洋法制史』（ミネルヴァ書房，2012年）287頁。

勝田有恒，山内進編著『近世・近代ヨーロッパの法学者たち—グラウティアヌスからカール・シュミットまで—』（ミネルヴァ書房，2008年）。

私市正年，中村遥訳『世界のなかのライシテ 宗教と政治の関係史』（白水社，2014年）。

岸上伸啓「捕鯨に関する文化人類学的研究における最近の動向について」『国立民族学博物館研究報告』35巻3号（2011年）399-470頁。

北村泰三「ヨーロッパ人権条約と国家の裁量—評価の余地に関する人権裁判所判例を契機として—」『法学新報』第88巻7・8号（1981年）35-95頁。

北村泰三「ヨーロッパ人権裁判所の判例にみる人権と多文化主義との相克」『世界法年報』第29号（2010年）86-123頁。

北村泰三，西海真樹編『文化多様性と国際法—人権と開発を視点として—』（中央大学出版部，2017年）。

久保正幡『自然法』（岩波書店，1960年）。

久保正幡先生還暦記念出版準備会編『西洋法制史料選 III 近世・近代』（創文社，1979年）。

久保木康晴訳『ケルゼンの法学—静态法学と動態法学—』（文雅堂銀行研究社，1968年）。

小泉洋一『政教分離の法—フランスにおけるライシテと法律・憲法・条約—』（法律文化社，2005年）。

河野靖『文化遺産の保存と国際協力』（風響社，1995年）。

小寺彰，森川幸一，西村弓編『国際判例百選【第2版】』（有斐閣，2011年）。

国際司法裁判所判例研究会（吉井淳）「【資料】判例研究・国際司法裁判所 カシキリ/セドゥドゥ島（ボツワナ/ナミビア）（判決：1999年12月13日）」『国際法外交雑誌』第108巻1号，83-94頁。

小林賢一「国際司法裁判所『南極における捕鯨』裁判—口頭弁論を終えて—」『法学新報』120号（2014年）315-338頁。

小松一郎『国際法実践論集』（信山社，2015年）。

齋藤民徒「国際法学における『文化』—人権条約の研究動向に照らして—」『社会科学研究』第57巻1号（2005年）83-112頁。

齋藤民徒「国際人権をめぐる法と文化」『国際人権』21号（2010年）44-49頁。

坂元茂樹「日本からみた南極捕鯨事件判決の射程」『国際問題』636号（2014年11月）6-19頁。

櫻井雅夫編集代表『石川明教授古稀記念論文集 EU法・ヨーロッパ法の諸問題』（2002年，信山社出版）。

佐藤禎一『文化と国際法 - 世界遺産条約・無形遺産条約と文化多様性条約』(玉川大学出版部, 2008 年).

三省堂編修所編『コンサイス外国人名事典【改訂版】』(三省堂, 1991 年).

ジョーン・W. スコット著, 李孝徳訳『ヴェールの政治学』(みすず書房, 2012 年).

杉原高嶺『国際司法裁判制度』(有斐閣, 1996 年).

杉原高嶺「国際裁判の機能的制約論の展開—政治的紛争論の検証—」『国際法外交雑誌』第 96 巻 4・5 合併号 (1997 年) 698-722 頁.

杉原高嶺, 水上千之, 臼杵知史, 吉井淳, 加藤信行, 高田映『現代国際法【第 4 版】』(有斐閣, 2007 年).

芹田健太郎, 棟居快行, 薬師寺公夫, 坂元茂樹編集代表『講座 国際人権法 2 国際人権規範の形成と展開』(信山社, 2006 年).

田岡良一「国際裁判官の権限踰越」東北帝国大学法学会編『法學』第 8 巻 7 号 (岩波書店, 1939 年) 696-716 頁.

田岡良一『国際法Ⅲ【新版】』(有斐閣, 1973 年) 181-198 頁.

高野雄一編著『判例研究 国際司法裁判所』(東京大学出版会, 1980 年).

田崎美弥子, 松田正巳, 中根允文「スピリチュアリティに関する質的調査の試み—健康および QOL の概念のからみの中で—」『日本醫事新報』4036 号 (2001 年) 24 頁.

高橋暁『世界遺産を平和の砦に—武力紛争から文化を守るハーグ条約—』(すずさわ書店, 2010 年).

田中耕太郎『教養と文化』(岩波書店, 1938 年) 59 頁.

田中耕太郎『世界法の理論』第 1 巻 (春秋社, 1954 年).

田中耕太郎『田中耕太郎著作集 6 法哲学 (自然法)』第 10 巻 (春秋社, 1966 年).

千葉正士編『アジア法の環境—非西欧法の法社会学—』(成文堂, 1994 年).

辻村みよ子『憲法とジェンダー』(有斐閣, 2009 年).

辻村みよ子, 大沢真理編『ジェンダー平等と多文化共生—複合差別を超えて—』(東北大学出版会, 2010 年).

津田重城「WHO 憲章における健康の定義改正の試み—『スピリチュアル』の側面について—」『ターミナルケア』第 10 巻 2 号 (2000 年) 91-92 頁.

筒井若水編集代表『国際法辞典』(有斐閣, 2002 年).

富岡仁「判例研究 グリーンランドとヤン・マイエン間の海域境界画定に関する事件」『名経法学』7 号 (1999 年) 29-300 頁.

内藤正典『ヨーロッパとイスラーム—共生は可能か—』(岩波書店, 2004 年).

内藤正典, 坂口正二郎編著『神の法 vs. 人の法 : スカーフ論争からみる西欧とイスラームの断層』(日本評論社, 2007 年).

長有紀枝『スレブレニツァーあるジェノサイドをめぐる考察』(東信堂, 2009 年).

中坂恵美子「欧州におけるニュー・マイノリティーの保護」『国際法外交雑誌』第 114 巻 4 号 (国際法学会, 2016 年) 1-25 頁.

中西久枝『イスラームとヴェール—現代イランに生きる女たち—』(晃洋書房, 1996 年).

中野進『国際法政策学』(信山社, 1999 年).

西海真樹「持続可能な開発の文化的側面—国連システムにおけるその展開と日本の課題」日本国際連合学会編『日本と国連—多元的視点からの再考—』(国際書院, 2012 年) 23-51 頁.

西海真樹「文化と国際機構」『法学新報』第 120 巻 1・2 号 (2013) 643-670 頁.

西海真樹『現代国際法論集—開発・文化・人権』(中央大学出版部, 2016 年).

日本基督教協議会文書事業部, キリスト教大事典編集委員会・編『キリスト教大事典』(教文館,

1983 年).

馬場里美「判例紹介 ブルカ禁止法と宗教の自由 : S. A. S 対フランス事件[ヨーロッパ人権裁判所(大法廷)2014 年 7 月 1 日判決]」『国際人権』第 26 号 (2015 年, 信山社) 122-124 頁.

東寿太郎「ブレア・ビヘア寺院事件」高野雄一編著『判例研究 国際司法裁判所』(東京大学出版会, 1965 年) 239-240 頁.

藤本勝次責任編集『世界の名著 17 コーラン』(中央公論社, 1979 年) 333 頁.

古川照美「国際司法裁判所における司法判断回避の法理」『国際法外交雑誌』第 87 巻 2 号 (1988 年), 113-159 頁.

波多野里望, 松田幹夫編著『国際司法裁判所 判決と意見』第 1 巻 (国際書院, 1999 年)

波多野里望, 尾崎重義『国際司法裁判所 判決と意見』第 2 巻 (国際書院, 1996 年)

波多野里望, 廣部和也編著『国際司法裁判所 判決と意見』第 3 巻 (国際書院, 2007 年)

原本知実「民族紛争における文化財破壊: ボスニア・ヘルツェゴビナの事例から」『国際公共政策研究』13 巻 2 号, 127-140 頁.

原田勝弘, 下田平裕身, 渡辺秀樹編著『環太平洋 先住民族の挑戦—自治と文化再生をめざす人びと—』(明石書店, 1999 年).

春木一郎訳『ユースティニアヌス 学説彙纂プロータ』(有斐閣, 1938 年) 60-62 頁.

ハンス・ケルゼン著, 黒田覚, 長尾龍一訳『自然法論と法実証主義』(木鐸社, 1973 年).

ピーター・スタイン著, 屋敷二郎監訳, 関根良徳, 藤本幸二訳『ローマ法とヨーロッパ』(ミネルヴァ書房, 2013 年).

東壽太郎, 松田幹夫編著『国際社会における法と裁判』(国際書院, 2014 年).

樋口陽一『近代国民国家の憲法構造』(東京大学出版会, 1994 年).

樋口陽一, 中島徹, 長谷部恭男『憲法の尊厳—奥平憲法学の継承と展開』(日本評論社, 2017 年).

深津栄一『国際法』現代法学講義 33 巻 (評論社, 1973 年).

深田三徳『現代法理論論争—R. ドゥオーキン対法実証主義—』(ミネルヴァ書房, 2004 年).

藤本勝次責任編集『世界の名著 17 コーラン』(中央公論社, 1979 年) 333 頁.

船田亨二『ローマ法』第 5 巻 (岩波書, 1972 年).

ブラウンリー著, 島田征夫, 高井晋, 古賀衛, 佐伯富樹, 田中穂積, 山崎公士(訳)『ブラウンリー・国際法学』(成文堂, 1989 年).

F. スュードル著, 建石真公子訳『ヨーロッパ人権条約』(有信堂高文社, 1997 年).

古川照美「国際司法裁判所における司法判断回避の法理」『国際法外交雑誌』第 87 巻 2 号 (1988 年) 113-159 頁.

前原光雄教授還暦記念論文集刊行委員会『国際法学の諸問題: 前原光雄教授還暦記念』(慶応通信, 1963 年).

松井芳郎『判例国際法【第 2 版】』(東信堂, 2008 年).

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).

皆川洸『国際法判例集』(有信堂, 1975 年).

皆川洸『国際法研究』(有斐閣, 1985 年).

ミヒャエル・シュトライス編, 佐々木有司・柳原正治訳『17・18 世紀の国家思想家たち—帝国公(国)法論・政治学・自然法論—』(木鐸社, 1995 年).

宮野洋一「国際法学と紛争処理の体系」国際法学会編『日本と国際法の 100 年 ⑨紛争の解決』(三省堂, 2001 年) 28-53 頁.

三好正弘編集代表『世界人権宣言 50 周年シンポジウム記録集: アジアにおける人権思想』(愛知大学国際問題研究所, 1999 年).

村田尚紀「公共空間におけるマイノリティの自由—いわゆるブルカ禁止法をめぐって—」『関西大学法学論集』第60巻6号（2011年）1261-1290頁。

森田勝昭『鯨と捕鯨の文化史』（名古屋大学出版会，1994年）。

森村進編『法思想の水脈』（法律文化社，2016年）。

矢崎光圀，八木鉄男編『近代法思想の展開』（有斐閣，1981年）。

矢崎光圀，八木鉄男編『近代法思想の展開』（有斐閣，1981年）。

ヤヌシュ・シモニデス編著，横田洋三監修『国際人権法マニュアル 世界的視野から見た人権の理念と実践』（明石書店，2004年）。

山形英郎「国際法における伝統的な政治的紛争理論の再検討」『岡山商科大学法経学部創設記念論集』（法律文化社，1992年）202-227頁。

山形英郎「国際紛争解決システムにおける司法的解決の意義」『世界法年報』13号（1993年）28-44頁。

山口昌哉『「霊性」ととりくみはじめたWHO』『季刊 仏教』45号（1998年）190-198頁。

山崎公士「アジア・太平洋地域における人権対話と国際機構」『国際社会の組織化と法』（信山社，1996年）415 - 453頁。

山下明博「タイとカンボジアの国境紛争」『IPSHU 研究報告シリーズ』42号（広島大学平和科学研究中心，2009年）213-234頁。

山下泰子，植野妙実子編著『フェミニズム国際法学の構築』（中央大学出版部，2004年）。

山本草二『国際法〔新版〕』（有斐閣，2007年）。

湯浅泰雄監修『スピリチュアリティの現在—宗教・倫理・心理の観点』（人文書院，2003年）。

ハンス・ケルゼン著，横田喜三郎訳『純粹法学』（岩波書店，1934年）。

横田喜三郎『國際裁判の本質』（岩波書店，1941年）。

横田喜三郎訳『ケルゼン 純粹法学』（岩波書店，1973年）。

横田喜三郎『純粹法学論集Ⅰ』（有斐閣，1976年）。

横田喜三郎『純粹法学論集Ⅱ』（有斐閣，1977年）。

横田洋三，廣部和也，山村恒雄『国際司法裁判所 判決と意見』第4巻（国際書院，2016年）。

ルドルフ・フォン・イェーリング著，山口廸彦訳『法における目的』（信山社，1997年）。

ルードルフ・フォン・イェーリング著，眞田芳憲，矢沢久純訳『法学における冗談と真面目—法学書を読む人へのクリスマス・プレゼント—』（中央大学出版部，2009年）。

ロンメン著，阿南成一訳『自然法の歴史と理論』（有斐閣，1971年）。