

---

# 日本国憲法と国際人権法

## ——人権法を実現する多角的・ 非階層的・循環的人権保障システム

江島晶子

明治大学教授

---

### I. はじめに

憲法学においては、「個人人権規定の解釈においては『国際人権』がまったくと言っていいほど無視されており、『国際人権』を憲法上の『人権』に上手く練りこんでいるとは言えない」という 1990 年代の憲法学者の認識は、現在もそのとおりで憲法学者からも国際法学者からも追認されている<sup>2</sup>。ところで、この認識は以下の二点を前提とする。

第一に、人権の保障とは「裁判所による保障」を意味するという前提である。人権の保障を裁判所による保障と捉えれば（そして、実際、憲法学の教科書の人権の箇所は判例の紹介に相当紙幅を割いている）、1990 年代とさほど状況は変わっていない<sup>3</sup>。

第二に、人権の保障は「国家による保障」を意味するという前提である。しかも、国家による保障についてはさらに整理しておく必要がある。

- 
- 1 横田耕一「『国際人権』と日本国憲法—国際人権法学と憲法学の架橋—」国際人権 5 号（1994 年）7 頁以下、10 頁。
  - 2 森肇志「憲法学のゆくえ⑥-1 憲法学と国際法学との対話に向けて」法律時報 87 巻 8 号（2015 年）76 頁以下、79 頁、宍戸常寿「憲法学のゆくえ⑥-1 イントロダクション」法律時報 87 巻 8 号（2015 年）72 頁以下、73 頁。
  - 3 この間、国際法学は国内裁判における国際人権条約の適用に関する研究を熱心に進めてきた。最新の議論として、齋藤民徒「人種差別撤廃条約の国内への適用」『国際法判例百選』（第 3 版、有斐閣、2021 年）112 頁以下、113 頁参照。

そもそも、近代憲法は人権を自由権（防御権）として捉えてきたことから、国家による保障とは、国家による不作為（国家が何もしないこと）が中心であった。国家が人権を制約しようとするときに、それを阻止するために、または、必要とされる以上に人権を制約させないために、どのような統治の仕組みであるべきかに主眼があり、権力分立原理によって担保される想定である。その後、社会権が人権の内容に加わったことによって国家による作為も加わったが、具体的作為義務を憲法の条文から直接引き出すことが難しく、裁判において立法裁量や行政裁量を効果的に限定できる憲法解釈論を確立できていない。

しかしながら、現在、これらの前提自体が揺さぶられている。第一に、人権の保障とは、裁判所による保障だけでなく、国会による保障、政府（内閣）による保障があることを忘れてはならない。そもそも、違憲審査制自体も、それまでの伝統的統治機構の下で多くの大規模な人権侵害が起きたことに基づき、新たに加えられた人権保障手段であると受け止めることができる。しかし、裁判所による救済は事後的・個別的であることから、その実効性は限定的である。後述する国内人権機関（national human rights institution）は、こうした既存の統治機構上の限界を乗り越えようとする試みの一つである。人権保障の実効性を高めるためには、統治機構全体が常に人権保障の実現を念頭において機能する必要がある<sup>4</sup>。また、国際人権条約は国家の義務を具体的に規定する試みでもあり、前述の広範な立法裁量や行政裁量を限定するのに有用なはずである。

第二に、現在、人権保障の責任を負うのは国家だけではない。たとえば、「ビジネスと人権」という新たな問題視角によって、企業による人権の遵守はもとより、企業による人権の実現というルートも開かれている。憲法学では、これまで企業による人権侵害を「私人間効力」の問題として取り扱ってはきたが、実際に効果的な救済を提供する理論になっているかは疑問である<sup>5</sup>。仮に、「国連ビジネスと人権に関する指導原則」（以下、

---

4 江島晶子「権利の多層的・多層の実現プロセス—憲法と国際人権条約の関係からグローバル人権法の可能性を模索する—」公法研究 78 号（2016 年）47 頁以下；江島晶子「裁判所による適用から統治機構による実現—多層的人権保障システムの観点から」『憲法の尊厳—奥平憲法学の継承と展開』（日本評論社、2017 年）445 頁以下。

5 曾我部真裕「『人権法』という発想」法学教室 482 号（2020 年）72 頁以下、72 頁。

指導原則という)やSDGs(Sustainable Development Goals、持続可能な開発目標)を通じて企業が自らを人権規範に基づき管理するシステムが構築されるとしたら、憲法の出番はないということになるのだろうか<sup>6</sup>。また、国連グローバル・コンパクトの下で、国際機関(たとえば国連)と企業との間で直接約束を交わすことになれば、それは憲法とは無関係の問題ということになるのだろうか<sup>7</sup>。

しかも、憲法学は人権救済に対する関心が低い、憲法の想定するモデル自体が妥当性を失いつつあるという批判を受けてきた<sup>8</sup>。元ハンセン病患者およびその家族の人権、受刑者の選挙権、成年被後見人の選挙権、また、最近では、優生保護法の下で行われた強制不妊手術に対する国賠訴訟など、憲法学において問題であることが必ずしも可視化されていなかった例は少なくない<sup>10</sup>。以上のような状況においては、憲法学は、現代社会に即した形で人権問題を扱うために、「『国際人権』を憲法上の『人権』に上手く練りこ」むだけにとどまらず、統治機構全体を人権志向的に構成し直す必要はないだろうか。本稿では、以上のような問題意識のもとに、以下の手順で検討を行う。最初に、国際人権法とは何かを確認する。次に、憲法学において国際人権法の取り込みが進まないといわれる理由を模索するために、憲法学が国際人権法をどのように位置づけてきたのか(どこまで取り込まれているのか)を確認しながら、国際人権法の意義を検証する。

---

6 企業の取組事例について、<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/oda/sdgs/case/org1.html> (visited 31 October 2021) 参照。

7 現在、ビジネスと人権に関する条約の草案も準備中である。第3次改訂草案については以下を参照。OEIGWG Chairmanship Third Revised Draft 17.08.2021, LEGALLY BINDING INSTRUMENT TO REGULATE, IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW, THE ACTIVITIES OF TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ENTERPRISES, <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf> (visited 31 October 2021)。菅原絵美「企業の社会的責任と国際制度—『ビジネスと人権』を事例に」論究ジュリスト 19号(2016年) 51頁以下参照。

8 窪 誠「誰のための何のための憲法学なのか」法律時報 81 卷 5 号(2009 年) 83 頁以下；紙谷 雅子「市民のための憲法学とは」法律時報 81 卷 5 号(2009 年) 87 頁以下。

9 成年被後見人の選挙権の問題は実務家から提起された。杉浦ひとみ「国際人権の視点が国内司法・立法に果す役割」国際人権 25 号(2014 年) 39 頁以下。

10 棟居快行「優生保護法と憲法学者の自問」法律時報 90 卷 9 号(2018 年) 1 頁以下；金子 匡良「優生思想と憲法」障害法 4 号(2020 年) 77 頁以下。

そして、統治機構全体を人権志向的に構成し直す可能性を、憲法と国際人権法とを関連付けながら示唆したい。

## II. 国際人権法

### 1. 国際人権法の現在—新型コロナウイルス感染症による可視化—

2020年初頭、新型コロナウイルス感染症の世界的感染拡大が徐々に深刻化する中で、そこで起きている問題および起きうる問題を人権の観点からいち早く発信したのは、人権に関する国際機関やNGOであった。アフリカ人権委員会の声明（2020年2月28日）を皮切りに、国連・地域的人権機関、人権NGO、研究機関、研究者から次々と声明やガイドラインが発表された<sup>11</sup>。感染症という突然の危機に対して、人権の観点から短期間で問題点や対応策を発信できるところまで国際人権法の「内容」は充実（具体化）している。だが、同時に、国際人権法の限界も露呈した。感染対策として国境を厳しく管理する状況下においては、問題の解決はまさに国内政府に委ねられている<sup>12</sup>。そして、さまざまな格差が出現した。なかでも、グローバル・ノースとグローバル・サウスの格差はワクチン接種率という数字で可視化された。全人口の6割以上がすでに接種済みであるのに対して（なかには90%を達成している国もある）、最貧国においては3%に過ぎない（2021年10月28日現在）<sup>13</sup>。COVAXなどの国際協力の仕組みを通じて、ワクチンの平等な分配を実現しようとする試みもあるが、他方で、先進国においては第3回目の接種が始まっている。世界で新型コロナウイルス感染症が収束しなければ、誰も安全ではないと再三呼び掛け、公正なワクチン配分を行わなければ2022年に入ってもこの感染は続

---

11 詳細は以下を参照。International Justice Resource Center, COVID-19 GUIDANCE FROM SUPRANATIONAL HUMAN RIGHTS BODIES, <https://ijrcenter.org/covid-19-guidance-from-supranational-human-rights-bodies> (visited 31 October 2021).

12 江島晶子「COVID-19と人権—人権志向的統治機構の可能性—」国際人権31号（2020年）3頁以下；江島晶子「憲法のデザイン—パンデミックを契機として人権志向型を目指す」柳原正治ほか編『国際法秩序とグローバル経済』（信山社、2021年）161頁以下参照。

13 Statistics and Research, Coronavirus (COVID-19) Vaccinations, <https://ourworldindata.org/covid-vaccinations> (visited 28 October 2021).

くと警告しているにもかかわらず、自国の短期的利益の方が国際協力の枠組みよりも優先する。国際協力を提唱しながら、実際には自国民優先であることが国内政府（国内システム）の側の限界である。国際システムの利点と限界を念頭に置きながら、人権保障システムを構築する必要がある。また、現実的視点は、実効的な人権保障システムにするために欠かせない。21世紀に入って顕著なのは、人権に対する懐疑的な視点である<sup>14</sup>。それは、とりわけ、理想としては素晴らしいが、現実には実効性が高まらない現状に対する不満・落胆から生じている。国際人権法の実効性を高めるためには、何が必要かつ可能だろうか。

## 2. 国際人権法とはいかなる法なのか

まず、最初に国際人権法とはいかなる法なのかを確認しておく。国際人権法は、人権条約や国際慣習法が中心となることから、国際法の一分野、「人権に関する国際法」として扱われてきた<sup>15</sup>。だが、1988年に創設された国際人権法学会は、設立趣意書において、「国際人権保障の国内的实施の段階を迎えると、憲法その他の国内法研究者や法律実務家などの参加なくしては、多くの実りを期待できない」として学際的研究の重要性を強調し、現在まで人権問題の学際的究明および理論と実務の架橋に力を注いできた<sup>16</sup>。また、国際人権法を牽引してきた国際法学者は、国際人権法は、「国際的諸基準がかかわる人権問題に国際法、国内法の両面から相互有機的に接近しようとするものであり、『人権に関する国際法』ではなく『国際人権法』という語を自覚的に用いる」べきだと主張する<sup>17</sup>。そして、国際人権法の特徴は、広域性、学際性、実務のニーズにこたえる問題解決志向型であることを強調する<sup>18</sup>。別の国際人権法の体系書でも、国際人権法

---

14 Stephen Hopgood, *The Endtimes of Human Rights* (Cornell University Press, 2013) ; Eric Posner, *The Twilight of Human Rights Law (Inalienable Rights)* (Oxford University Press, 2014).

15 司法試験の選択科目の一つである「国際関係法（公法系）」の一部として国際人権法が出題されている。

16 国際人権法学会 HP、<http://www.ihrla.org/establish.shtml> (visited 31 October 2021).

17 阿部浩己ほか『テキストブック国際人権法』（第3版、日本評論社、2009年）10頁。初版は1996年である。

18 阿部、前掲注17、9頁。

を「人権保障に関する国際的な規範、およびそれを実施するための法制度や手続の体系を指す」と定義した上、人権に関する国際的規範を第一義的には念頭におくが、その実施には国内の法制度・手続が不可欠であることから、国際的規範を実施するための国際的および国内的な制度・手続を併せて考えることが適切だとする<sup>19</sup>。

実際、いかなる国際的な人権保障システム（以下、国際システムという）も、各国における国内的な人権保障システム（以下、国内システムという）にとって代わりうる組織と予算を備えるものは存在しない。現状では、人権実施を直接担当するのは国内システムである。国際システムはそれを監督し、支援し、活動を促進させる役割を担っている。だからこそ、「国際人権と国内人権は、それぞれが異なる論理に立脚しており」、「人権の実現のプロセスをめぐる国内人権論上の様々な議論は、国際人権には関係がない」という静的整理<sup>20</sup>では、現在、生成中の動的な人権実現プロセスを十分に捕捉することは難しい。

以下、国際システムと国内システムが接合しうる部分に注意を払いながら、国際人権法を概観する。国際人権法には、具体的には、人権条約のほか、国連総会等で採択された宣言や決議、国際慣習法が含まれる<sup>21</sup>。また、人権理事会など国連憲章に基づく人権保障も重要であり、普遍的定期審査（Universal Periodic Review, UPR）、テーマ別手続、国別手続等がある。以下、紙幅の関係から、人権条約について検討する<sup>22</sup>。

国連の人権条約には、一般的人権条約である、自由権規約および社会権規約と個別的人権条約が存在する。総じて、日本国憲法第三章が保障する権利に匹敵するが、日本国憲法が明示的に保障していない権利もある<sup>23</sup>。さらに、対象またはテーマを特化した個別的人権条約が存在する<sup>24</sup>。制定

---

19 申恵丰『国際人権法』（第2版、信山社、2016年）34頁。

20 高橋和之「国際人権の論理と国内人権の論理」ジュリスト1244号（2003年）69頁以下、69頁および74頁。

21 申、前掲注19、34頁。

22 詳細は、申、前掲注19、34頁、岩沢雄司『国際法』（東京大学出版会、2020年）366頁および381頁以下参照。

23 薬師寺公夫ほか『国際人権法』（日本評論社、2006年）14頁。

24 詳細については、本号の各論稿参照のこと。

【表1】主要国際人権条約の採択年・発効年・締約国数・締約国（例示）の批准年

条約 条約機関	採択	発効	締約 国数	日本	韓国	中国	UK	フランス	ドイツ	USA
人種差別撤廃条約 人種差別撤廃委員会	1965	1969	182	1995	1978	1981	1969	1971	1969	1994
自由権規約 自由権規約委員会	1966	1976	173	1979	1990	未批准	1976	1980	1973	1992
社会権規約 社会権規約委員会	1966	1976	171	1979	1990	2001	1976	1980	1973	未批准
女性差別撤廃条約 女性差別撤廃委員会	1979	1981	189	1985	1984	1980	1986	1983	1985	未批准
拷問等禁止条約 拷問等禁止委員会	1984	1987	172	1999	1995	1986	1988	1986	1990	1994
子どもの権利条約 子どもの権利委員会	1989	1990	196	1994	1991	1992	1991	1990	1992	未批准
移住労働者権利条約 移住労働者委員会	1990	2003	56	未批准						
強制失踪条約 強制失踪委員会	2006	2010	64	2009	未批准	未批准	未批准	2008	2009	未批准
障害者権利条約 障害者権利委員会	2006	2008	184	2014	2008	2008	2009	2010	2009	未批准

2021年10月現在  
国連 Website をもとに筆者作成

時のテキストのままの日本国憲法に対して、人権条約の方は現実に存在する人権問題に即して新たに条約が制定されてきた。なかでも、人種差別撤廃条約、女性差別撤廃条約、拷問等禁止条約、子どもの権利条約、移住労働者権利条約、障害者権利条約、強制失踪条約は、自由権規約および社会権規約と合わせて国連における主要な国際人権条約 core international human rights treaties<sup>25</sup>と位置付けられている（詳細は【表1】参照）<sup>26</sup>。なお、日本は、移住労働者権利条約以外は加入しているが、個人通報制度は受け入れていない。また、日本は、強制失踪条約以外の条約は発効後に加

25 <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx> (visited 31 October 2021).

26 その他の個別的人権条約については、岩沢、前掲注22、368頁参照。

入している。

そして、9つの人権条約は条約の履行を監視する条約機関（treaty bodies）を備えていることが人権の実現において重要な点であり、国際システムと国内システムの接合点の一つにおいて重要な働きをする。現在、9つの人権条約については、自由権規約委員会、社会権規約委員会、人種差別撤廃委員会、女性差別撤廃委員会、拷問等禁止委員会、子どもの権利委員会、移住労働者委員会、障害者権利委員会、強制失踪委員会が存在する<sup>27</sup>。

人権条約が定める履行確保制度の中で要となるのは国家報告制度と個人通報制度である。国家報告制度は、締約国が条約の履行状況を条約機関に定期的に報告するもので、条約機関はこの報告を審査して、総括所見（concluding observations）をまとめ、締約国の人権状況について評価し、改善が必要な部分について勧告を出す。また、勧告の中でも特に重要なものを選択して、一定期間経過後に進捗状況を条約機関に報告することも求めている（フォローアップ制度）。また、報告を重ねる中で、審査のたびに繰り返し指摘される問題が出現してくる。条約機関の勧告には法的拘束力はないが、勧告の内容が実現された例もある。よって、こうしたプロセスは人権実現を目指す「建設的対話」として評価できる<sup>28</sup>。この審査の過程で重要な役割を果たすのが NGO である。NGO は国家報告に対して報告書（alternative report）を条約機関に提出して、国家報告の不十分な点を指摘する役割を果たす慣行が成立している<sup>29</sup>。実際、委員会は、国の報告の検討の際に、この情報を「かなり参考にし、それにも基づいて質問を行う」っている<sup>30</sup>。他方、政府が報告を作成する際に、国内では外務省が

27 加えて拷問禁止条約によって設置された拷問防止小委員会が存在する。

28 たとえば、条約機関は日本の民法改正を勧告し、最高裁は民法900条4号但書について違憲判断を下した（最大決2013（平成25）年9月4日。最高裁は判決文中で勧告の存在に言及）。

29 国連憲章71条に基づき国連特別協議資格を得ている NGO も存在する。NGO の民主的正当性や説明責任については今後も検討が必要だが、調査機能を持たない条約機関にとって有用である上、市民からすると参加型を実現する有力なルートである。

30 岩沢、前掲注22、374頁（元自由権規約委員会委員長の評価である）。現在、対話を深めるために、条約機関が事前に質問表を審査対象国に送り、それに対する書面回答を国家報告とみなす簡易報告手続が導入されている。

個々の人権に係る省庁の取りまとめを行うことから、この作業は政府の関係部署が人権に対する意識を高める機会でもある。

他方、**個人通報制度**は、個人が国家による人権侵害を条約機関に通報する制度である。条約機関は、事件を受理した場合、条約違反の有無について**見解**（views）を明らかにする。見解は法的拘束力を有しないが、具体的な事件の中で国家が条約に反している（＝人権を侵害している）という判断が示されるため、注目度も大きく、国際機関の見解と国内の実態の乖離もより明確に示され、結果として国内機関（たとえば裁判所）の見解を変えた例もある<sup>31</sup>。このほかに地域的人権条約が存在し、それに基づき、ヨーロッパ、米州、アフリカには**人権裁判所**が存在する（判決に法的拘束力がある）が、アジア地域には存在しない<sup>32</sup>。

国際機関の発信する勧告や意見は法的拘束力がないと解されているために、事実上の影響とみなされやすい。だが、条約機関が人権条約の実現のためにおかれた国際機関であることを前提として、締約国は条約を締結した以上、条約機関の判断を尊重すべきであり、従えない場合にはなぜ従えないのか、合理的理由を付す説明責任が条約遵守義務から引き出せる。条約機関のメンバーは、個人通報および国家報告の検討という任務に際して、条約を解釈適用する権限を締約国によって与えられており、条約機関は条約によって設置された履行監視機関であることから、条約機関の条約解釈は権威ある解釈（**有権解釈**）ととらえるべきである<sup>33</sup>。

国際人権法が以上のようなものであること、そして、日本は個人通報制度を批准していないことを前提とすると、裁判所による条約の適用（なかでも人権条約適合的解釈）を議論の中心に据えてしまうと、国内法における国際人権条約の意義が限定的なものとならざるをえない。実際、日本の

31 2018年に韓国最高裁は先例を覆し、良心的兵役拒否を正当とし、有罪判決を破棄した。この間、自由権規約委員会は、良心的兵役拒否に刑事罰を科すことは条約違反という意見を繰り返していた。See Communication No. 2179/2012, Young-kwan Kim et al v. The Republic of Korea, Views adopted by the Committee on 15 October 2014 and other communications cited in note 5 of the View of No.2179/2012.

32 戸波江二ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例Ⅰ』（信山社、2008年）、小畑郁ほか編『同Ⅱ』（信山社、2019年）。

33 岩沢雄司「自由権規約委員会の規約解釈の法的意義」世界法年報29号（2010年）50頁以下、62-63頁。

裁判所は国際人権条約の適用については消極的であった。そこで、新しい視点（動態としての統治機構全体）から位置づけることを試みる。

### Ⅲ. 日本の憲法学における国際人権法

#### 1. 国際人権法の興隆と日本国憲法の誕生

なぜ、憲法学において国際人権法の受容が進まないのか。そもそも、国際人権条約は批准しただけでたちどころに受容が進むわけではない。受容が進んだ国を観察するとそこには様々な理由があり、政府側に受容の政治的意思がある場合には発展しやすい。たとえば、イギリスではヨーロッパ人権条約の受容がなかなか進まなかったが（国内法化されていない同条約を国内裁判所が適用・参照することが少なく、関心をもつ学者も限られた）、長期保守党政権からの政権交代を目指す労働党が憲法改革をマニフェストに入れ、その中に同条約の受容も含まれていたことから、労働党が政権に就いた1年目の憲法改革の一つとして1998年人権法が制定された。その実施過程の中で、裁判所による不適合宣言（人権法4条）、議会内人権委員会としての人権合同委員会、国内人権機関としての平等人権委員会と、次々と人権保障のための制度が整った<sup>34</sup>。また、国際人権条約の受容が他の重要な目的の前提条件となる場合もある（たとえばヨーロッパ人権条約批准はEU加入の前提条件）。

そこで、まず、日本国憲法の制定過程から振り返ってみる。第二次世界大戦後、日本国憲法が制定されたのと同時期に、世界人権宣言（1948年）が誕生した。世界人権宣言は、その後、数々の国際人権条約を誕生させる出発点である。日本国憲法にしても、世界人権宣言にしても、各テキストの起草者は、第二次世界大戦自体の惨禍、その下で起きた大規模な人権侵害を目の当たりにしている。日本国憲法は、戦前の自国第一主義的態度を反省し、国際協調主義（前文・98条2項）を採用しており、日本国憲法と国際人権法は同じ方向性を指すものであり、日本国憲法にとって国際人権法を取り込むことは容易であったはずである。

34 江島晶子『人権保障の新局面 ヨーロッパ人権条約とイギリス憲法の共生』（日本評論社、2002年）参照。

国際協調主義については、さらに、二点述べておきたい。まず、日本国憲法前文第3段「われらは、いづれの国家も、自国のことのみに専念して他国を無視してはならないのであつて、政治道徳の法則は、普遍的なものであり、この法則に従ふことは、自国の主権を維持し、他国と対等関係に立たうとする各国の責務であると信ずる」をめぐっては、GHQ 草案を準備した民生局の起草グループ内においても、「普遍的な政治道徳」について、伝統的な国家主権の立場（国家が最終決定者である）と、主権の行使が普遍的な政治道徳を破る場合には、主権を行使する権利を有しないという立場との間で議論が交わされ、現在のような文面となった経緯がある<sup>35</sup>。他方、日本が条約を守らなかったという外部の印象を払拭するために提案された外務省案が、98条2項に取り入れられ、国際法の遵守義務となった<sup>36</sup>。実際、1950年代の憲法学の代表的教科書において、「人権宣言の国際化」の冒頭には、「国内法体制と国際法体制とは、不可分の関連を有し、前者は後者の条件であると同時に、後者は前者の条件である。諸国の人権宣言による人権の保障は、論理必然的に、人権の国際的保障を求めてやまない。各国家の人権宣言による人権の保障は、国際法的な保障の裏づけを得てはじめて、実効的なものとなることができる」と記されている<sup>37</sup>。こうした背景から、憲法と条約の関係については、戦後直後は条約優位説も有力であった。しかし、日米安保条約の合憲性が鋭く問われるようになり、憲法優位説が通説・判例となった<sup>38</sup>。

同時期の世界の憲法の動向を概観すると<sup>39</sup>、20世紀後半に独立を実現したアジア、アフリカ諸国の中には憲法を制定する際に国際人権条約を参考

---

35 江島晶子「日本国憲法と人間の安全保障—平和主義及び国際協調主義の視点から」信田智人編『日米同盟と東南アジア—伝統的安全保障を超えて』（千倉書房、2018年）1頁以下、15-16頁。

36 江島、前掲注35、17頁。

37 宮沢俊義『憲法Ⅱ』（有斐閣、1959年）59頁。他方、憲法制定過程における政治的妥協は、憲法の保障枠組から「外国人」の人権を消去した。詳細は、古関彰一『日本国憲法の誕生』（岩波書店、2009年）276-279頁参照。

38 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法』（第七版、岩波書店、2019年）396-397頁。

39 詳細は、江島晶子「問題は、人権規定なのか、人権を実現する仕組み（統治機構）なのか—「日本国憲法改正草案」を国際人権条約・比較憲法から見る」奥平康弘ほか編『改憲の何が問題か』（岩波書店、2013年）215頁以下参照。

にした例がある。さらに、東西冷戦終結による体制転換によって憲法を制定・改正した際に、憲法中に国際人権条約の遵守を明文化した国もある。また、アパルトヘイト政策を廃止した南アフリカの憲法（1996年）は、その憲法中の権利章典の内容の先進性でも有名だが、裁判所が解釈する際に、国際法を考慮に入れなければならない、外国法を考慮に入れてもよいという解釈条項を加えた点でも注目を集めた。国内外におけるアパルトヘイト反対運動を経て誕生した憲法ならではの条項である。そして、日本国憲法を、自由や民主主義の実現を要求するポツダム宣言<sup>40</sup>受諾によって大日本帝国憲法の改正が要請されていると解する状況の中で制定された憲法であると受け止めるならば、国内的議論だけでなく、国際的要請にも目配りしながら制定される憲法として、前述した20世紀後半の流れの中にあるととらえることができる。よって、国際協調主義を前提とする国際人権条約の「遵守」とは、条約を批准して完了ではなく、積極的に国際人権条約を守ることを意味するといえよう。もちろん、盲目的に国際基準に従わなければならないということではなく、内容を吟味して日本で取り入れるべきではないという結論に至るならば、なぜそうかという理由を付して応答することを意味する。また、理由を付しておけば、その理由が通用しなくなった時点で再考の余地がある。

## 2. 国際人権法の意義（1）：裁判による保障

1979年に日本が自由権規約および社会権規約（合わせて、国際人権規約という）を批准したとき、国際人権規約は憲法の運用に無視できない影響を及ぼすと予想された<sup>41</sup>。だが、その約20年後の評価は、「最近の判決を見る限り、日本国憲法でカバーできず国際人権規約の大きな傘が必要

40 1945年8月14日に日本政府が受諾したポツダム宣言では、「日本国政府ハ日本国国民ノ間ニ於ケル民主主義的傾向ノ復活強化ニ対スル一切ノ障礙ヲ除去スヘシ言論、宗教及思想ノ自由並ニ基本的人権ノ尊重ハ確立セラルヘシ」（10項後段）と規定し、かつ、「前記諸目的カ達成セラレ且日本国国民ノ自由ニ表明セル意思ニ従ヒ平和的傾向ヲ有シ且責任アル政府カ樹立セラルルニ於テハ聯合國ノ占領軍ハ直ニ日本国ヨリ撤収セラルヘシ」（12項）と規定している。よって、民主主義、基本的人権の尊重、平和主義等を実現することが連合占領軍の撤収の条件であった。しかるに、大日本帝国憲法ではこの条件を満たすことができないので、大日本帝国憲法の改正規定が用いられて日本国憲法が制定されることになった。

41 田口精一「人権の国際化」公法研究43号（1981）25頁以下、26頁。

と痛感する事件はなかった」<sup>42</sup>、「多くの憲法学者のホンネは、…日本国内における人権問題に対処するためには、日本国憲法の人権条項を活用すれば十分であり、その意味で、国際人権規約は大して重要でない」<sup>43</sup>という評価にとどまる。他方、政府の対応は「法的形式主義とミニマリスト的対応」<sup>44</sup>であり、裁判所の対応は人権条約違反の認定に消極的である。裁判所が、消極的対応をとってきた原因としては、①そもそも憲法判断（違憲判断）に慎重であったこと、②裁判官が人権条約の各規定の趣旨・背景を熟知していないこと、③人権条約と憲法は同じであるという同一視から、憲法を解釈すれば足りると考えがちであること<sup>45</sup>、④刑事訴訟法や民事訴訟法上の上告・特別抗告の理由が憲法違反・判例違反に限定されていて、人権条約違反という理由に基づく上告を「単なる法令違反の主張」として退けることができること、⑤個人通報制度に参加していないので、国内機関の判断が国際機関の判断と齟齬することが明示的に示される機会がないこと等が指摘されてきた。

現在、国際人権法のプレゼンスが高まるにつれ、憲法学も国際人権法に向き合うようになる中で、憲法と国際人権法の違いを明確にし、「区別」の重要性を強調する議論も生じた<sup>46</sup>。また、条約の国内適用（とりわけ条約適合的解釈）の問題<sup>47</sup>および条約の私人間適用<sup>48</sup>について精緻な議論が展開されている。次に、現状における、国際人権法の新たな意義について検討する。

### 3. 国際人権法の意義（2）：アクチュアルな問題の析出と対応

裁判による保障に注目したが芳しい結果が観察できなかったところから

---

42 園部逸夫「日本の最高裁判所における国際人権法の最近の適用状況」国際人権 11 号（2000 年）2 頁以下、4 頁。

43 内野正幸「国際法と国内法（とくに憲法）の関係についての単なるメモ書き」国際人権 11 号（2000 年）5 頁以下、9 頁。

44 浅田正彦「人権分野における国内法制の国際化」ジュリスト 1232 号（2002 年）86 頁。

45 典型例として、最一判 2000（平成 12）年 9 月 7 日判時 1728 号 17 頁は、監獄施行法規則が憲法 13 条および 32 条に違反しないことは先例に徴して明らかとしたうえで、理由をつけずに自由権規約「14 条に違反すると解することもできない」と判示した。

46 高橋、前掲注 20；同「現代人権論の基本構造」ジュリスト 1288 号（2005 年）110 頁以下；同「国際人権法の基本構造—憲法学の視点から」国際人権 17 号（2006 年）51 頁以下。

さらに約 20 年を経て、現状を観察するならば、新しい意義を見出すことができる。正確には、すでに存在していた意義ではあるが、裁判による保障に重点を置いていたことから十分に活用されていなかった。すなわち、現在、前述した 8 つの主要な国際人権条約（移住労働者権利条約を除く）を批准し、ほぼ毎年か隔年のタイミングで、いずれかの条約機関に国家報告を行い、条約機関・政府の応答がある。

特徴として、まず、問題の析出が市民社会・NGO が提出するカウンター・レポートに基づくために、常にアクチュアルな問題が取り上げられている点である。これらの中には憲法学が気付けなかった問題や憲法学においては周辺化してしまったり、他分野に任せてしまったりしたものもある<sup>47</sup>。第二に、ひとつたび条約機関に提起した問題は、当事者が提起し続ける限り、忘れ去られることはない。当該問題に対して政府が対応しなければ、次の国家報告の際に再び市民社会・NGO がカウンター・レポートを条約機関に届け、条約機関によって再び勧告が出されることがある。実際に、条約機関が何度も勧告を出すに至った問題が存在する。たとえば、民法 750 条夫婦同氏制については、女性差別撤廃委員会は三度にわたって法改正の勧告を行っているが、2021 年夫婦同氏制最高裁決定の反対意見は、女性差別撤廃委員会の三度にわたる勧告は、夫婦同氏制が立法裁量を超え

---

47 有力な憲法学説は、憲法 98 条 2 項から、国際法を尊重しつつ国際法と国内法の調和を確保しなければならない、という国際法調和性の原則を導出し、憲法の規定を可能なかぎり人権条約適合的に解釈すべきだと主張してきた（齊藤正彰「国際人権訴訟における国内裁判所の役割」国際人権 11 号（2000 年）34 頁以下、36 頁）。最近の研究として、山田哲史『グローバル化と憲法—超国家的法秩序との緊張と調整』（弘文堂、2017 年）；手塚崇聡『司法権の国際化と憲法解釈—「参照」を支える理論とその限界』（法律文化社、2018 年）；松田浩道『国際法と憲法秩序—国際規範の実施権限』（東京大学出版会、2020 年）参照。条約の国内適用という観点から同三著作を分析するものとして、齊藤正彰「条約の国内適用論の読解」北大法学論集 71 巻 6 号（2021 年）1439 頁以下参照。

48 条約の私人間適用について憲法学の立場から検討する最新論稿として、齊藤正彰「私人間の人権保障と国際規律（1）」「同（2）」北大法学論集 71 巻 5 号（2021 年）1039 頁以下および同 72 巻 1 号（2021 年）49 頁以下参照。他方、京都ヘイトスピーチ事件における京都地裁（京都地判 2013（平成 25）年 10 月 7 日判時 2208 号 74 頁）が、人種差別撤廃条約は、締約国の裁判所に対して、その名宛人として直接に義務を負わせる規定であると解釈したことを評価する見解として、齋藤、前掲注 3 参照。

49 憲法学からの新たな問題提起として、江藤祥平「憲法上の刑事手続の復権に向けて—司法、民意そして死」論究ジュリスト 36 号（2021 年）93 頁以下、94 頁。

るものであることを強く推認させると述べたことに注目したい<sup>50</sup>。第三に、日本政府は報告を定期的に行い、かつ、条約機関の要請するフォローアップに対して応答を行っている。よって、政府の認識を定点観測することができる。換言すれば、行政や国会の不作為がいつから始まっているのかの起算点として活用することができる。第四に、国家報告は各国の状況を知るのに有用な情報でもあるし、比較憲法の素材でもある。

#### 4. 国際人権法の意義（3）：最高裁における新たな動向

21世紀に入って最高裁においても新しい動向が観察できる。その先駆けは2008年国籍法違憲判決である<sup>51</sup>。ここで、最高裁は違憲の結論を補強する文脈で、初めて自由権規約と子どもの権利条約の名前に言及した。

同判決において最高裁が依拠するのは、日本国憲法14条1項は「事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨」<sup>52</sup>であるという判断枠組（先例）であり、これはこのあと紹介するすべての判例において変わらない。そうだとすると違憲という判断を示すために何を梃にしているのか。ここでは、合憲と判断した先例があるにもかかわらず（法律が制定されてから相当時間が経過し、この間最高裁が判断をしていないという場合もこれに準じて考える）、最高裁が違憲という判断を下す場合の「切り出し方」に注目できる。法令違憲の最初の例となる1973年尊属殺重罰規定違憲判決では、尊属殺重罰規定について比較法的考察を行い、廃止したり、そもそも設けなかったり、別の対応をしたりしているという諸外国の立法状況が紹介されている<sup>53</sup>。換言すれば、問題が論争的であればあるほど、他国の法が気になるはずであり、かつ、参照してみたときにほとんどの国で廃止や改正されていれば、違憲性への疑義はより強まる。2008年判決では、「諸外国においては、非嫡出子に対する法的な差別的取扱いを解消する方向にあることがうかがわれ」る（比較法的考察）と述べた上、それに続けて、「我が国が批准した

50 最大決2021（令和3）年6月23日裁時1770号3頁。

51 最大判2008（平成20）年6月4日民集62巻6号1367頁。

52 最大判1973（昭和48）年4月4日刑集27巻3号265頁。

53 最大判1973（昭和48）年4月4日刑集27巻3号265頁。

【表2】最高裁における外国法・国際人権法

年	法律	結論	法廷意見		補足意見		意見		反対意見	
			外国法	国際法	外国法	国際法	外国法	国際法	外国法	国際法
1995	民法900条4号但書	合憲	×	×	○ヨーロッパ諸国の法	○自、子	○	○	○ヨーロッパ諸国の法	○自、子
2008	国籍法3条1項	違憲	○諸外国の法	○自、子	×	×	×	×	(○)	×
2013	民法900条4号但書	違憲	○独法、仏法	○自、子	×	×	×	×	なし	なし
2015a	民法733条1項	部分違憲	○独法、仏法	×	×	×	×	×	○諸外国の法特に韓国	○自、女
2015b	民法750条	合憲	×	×	×	×	×	○女	○独、タイ、スイス	○女
2019	性同一性障害者特例法	合憲	×	×	○	○2017年ECtHR判決	なし	なし	なし	なし
2021	民法750条	合憲	△	△	×	○女	×	○女	×	○女

自=自由権規約  
子=子どもの権利条約  
女=女性差別撤廃条約

○=言及あり  
(○)=考慮することに反対  
△=明示的言及はないが、考慮には入れている  
×=言及なし

市民的及び政治的権利に関する国際規約及び児童の権利に関する条約にも、児童が出生によっていかなる差別も受けないとする趣旨の規定が存する」と人権条約に言及している。

そして、さらなる発展形が、2013年婚外子法定相続分違憲決定である<sup>54</sup>。同決定では、前述した憲法14条に関する判断枠組の「事柄」に注目して、1947（昭和22）年民法改正以降の変遷等を検討する中で、①諸外国の状況（比較法的考察）と②条約機関の勧告に言及する。いずれも抽象的な言及ではなく、具体的文書への言及であることが2008年判決からの発展である。①についてはドイツの1998年の「非嫡出子の相続法上の平

54 最大決2013（平成25）年9月4日民集67巻6号1320頁。

等化に関する法律」、フランスの2001年の「生存配偶者及び姦生子の権利並びに相続法の諸規定の現代化に関する法律」が参照され、②については自由権規約委員会が1993年以来、繰り返し勧告を出していること、直近では2010年に子どもの権利委員会が勧告を出していることに言及する<sup>55</sup>。

しかし、この傾向は、2015年再婚禁止規定違憲判決<sup>56</sup>と2015年夫婦同氏制合憲判決<sup>57</sup>では不透明となる。むしろ、自己の結論に都合がいいときだけ参照するご都合主義的(cherry-picking)様相を呈する。いずれの法廷意見も、②の点では、条約機関による法改正の勧告が存在するにも関わらず言及しなかった。他方、①の点では、2015年再婚禁止規定違憲判決だけが、再婚禁止期間が100日を超過する部分について、ドイツの1998年の「親子改革法」およびフランスの「離婚に関する2004年5月26日の法律」に言及し、2015年夫婦同氏制合憲判決は夫婦別姓を認める外国法に言及しなかったからである。よって、人権条約の規定を規範として適用しているわけでない最高裁の二つの違憲判断(2008年判決と2013年決定)を、人権条約の適用例として過大評価できないという評価<sup>58</sup>は、伝統的法実証主義にのっとれば全くその通りである。だが、人権条約の意義は、国際機関の監督・助言の下に、国内機関が国際法上負う義務を履行させることにありと考えるとすれば、その意味において最高裁の現在の動向は、憲法構造上、最高裁が自己の権限と考える範囲内でできうることを拡張しつつあるという評価も可能である。実際、その後の展開からは、最高裁内部において、活発かつ潤沢な比較法的・国際人権法的考慮が存在することが指摘できる。しかも、現状から過去を振り返ってみると、過去の有力な反

---

55 2013年決定に対しては理由付けについて憲法学から厳しい批判がある。代表例として、蟻川恒正「婚外子法定相続分最高裁違憲決定を読む」法学教室397号(2013年)102頁以下；同「婚外子法定相続分最高裁違憲決定を書く(1)」法学教室399号(2013年)312頁以下；同「同(2)」法学教室400号(2014年)132頁以下；同「最高裁に現れた『個人の尊厳』」法学77巻6号1頁以下参照。これに対する応答として、山元一「『国憲的思惟』vs『トランスナショナル法言論』」山元一ほか編『グローバル化と法の変容』(日本評論社、2018年)3頁以下および江島晶子「グローバル化社会と『国際人権』」同上書69頁以下参照。

56 最大判2015(平成27)年12月16日民集69巻8号2427頁。

57 最大判2015(平成27)年12月16日民集69巻8号2586頁。

58 館田晶子「人権条約の『適用』」法学教室476号(2020年)31頁以下、35頁。

対意見・意見はその後の法廷意見となっている（典型例が1995年合憲決定<sup>59</sup>と2013年違憲決定）。たとえば、「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」の合憲性が争われた2019年小法廷合憲決定では、補足意見が憲法違反の「疑い」を指摘し、その際に、（ア）生殖能力喪失を不要とする国の増加、（イ）国際文書、なかでも、生殖能力喪失要件を条約違反と判示した2017年ヨーロッパ人権裁判所判決に言及している<sup>60</sup>。そして、2021年夫婦同氏制合憲大法廷決定においては、非常に簡潔な法廷意見に比して、①、②のいずれにも言及する意見、反対意見の綿密な理論構成は注目に値する。簡潔な法廷意見を補う補足意見が、女性差別撤廃条約に言及していることは、裁判官合議や調査官の間で、①や②のプレゼンスが高まっていることが推察できる。学説においても、「裁判官対話」、「外国法の参照」、「国際人権条約の参照」として研究が進んでいる分野であり、今後の発展が期待される<sup>61</sup>。

#### IV. 人権法を実現する多元的・非階層的・循環的人権保障システム

近年、「人権法」という発想が憲法学の中から提案されるようになったことは、憲法学における新たな発展である。その先駆的存在が、近藤敦教授の『人権法』である<sup>62</sup>。同書は、憲法の人権に関する教科書であるが、同時に、国際人権条約の判例や条約機関の見解が取り入れられ、まさに、憲法に国際人権法が「練りこまれた」状態となっている。一方、「トランスナショナル人権法源論」は、さらに一步踏み出し、ナショナルな人権法源とトランスナショナルな人権法源（国際人権規範や外国人権判例）が重層化して存在し、国内の人権法解釈の問題に対応できるとする<sup>63</sup>。これら

59 最大決1995（平成7）年7月5日民集49巻7号1789頁。

60 最二決2019（平成31）年1月23日判例時報2421号4頁。江島晶子「『グローバル人権法』の可能性—2019年1月23日最高裁決定補足意見を契機として—」『憲法の普遍性と歴史性』（日本評論社、2019年）885頁以下。

61 Ejima, A “Use of Foreign and Comparative Law by the Supreme Court of Japan” in Giuseppe, F F (ed), *Judicial Cosmopolitanism: Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional System* (Brill/Nijhoff, 2019) pp 800-815；手塚、前掲注47参照。

62 近藤敦『人権法』（第2版、日本評論社、2020年）

は憲法の保障する人権をより豊かにするものである。

他方、筆者は、人権法を実現するシステムの方からアプローチする。人権保障手段が国内で完結するのではなく、国際的な場において再度挑戦できた上、そこでの結果が国内システムに還流する。その結果、国内において人権の保障に前進が生じれば、それは国際システムにおいても還流される（国際システムが同種の問題を取り扱う際に、国内事例として参考になる）。現在、日本が加入している国連の国際人権条約は、地域的人権条約と異なり、各条約機関の見解・勧告には法的拘束力がないとはいえ、少なくとも有権解釈といえること、そして、国際協調主義（憲法前文、98条2項）からすると、前述したように、少なくとも条約および条約機関の見解に沿うように国内法解釈を試みることが要請され、万が一、そのような解釈ができない場合にはなぜそう解釈できないのか理由を付すことが要請されている。個々の通報、報告は現実を劇的に変える力はないものの、累積された結果として受け止められ方が変化していく様子を、最高裁判例から描き出した。そして、以上の動向は、憲法および国際人権法を接合させた統治機構論全体の中で進めることが実効的である<sup>64</sup>。人権実施の責任を負っているのは裁判所だけでなく、立法府、執行府も人権適合的に機能することが要請されているからである。実際、外国の立法府においては一定の実践が指摘できる<sup>65</sup>。また、既存の統治機構を補うために国内人権機関を設立する国も多い。

筆者が、人権を保障するシステムの方に注目するのは、前述の循環するシステムの中で真に普遍的な人権を精製するという発想をとるからである。確かに、第二次世界大戦後、国際人権保障が開花したその原動力は、人権の「普遍性」であるが、現在、その普遍性については、様々な立場か

63 山元、前掲注 55 および江島、前掲注 55 参照。千葉勝美「国際人権法に対する最高裁憲法判断の今日的姿勢」国際人権 32 号（2021 年）3 頁以下。

64 ヨーロッパの文脈で行ったものとして、江島晶子「ヨーロッパにおける多層的統治構造の動態—ヨーロッパ人権裁判所と締約国の統治機構の交錯」川崎政司・大沢秀介編『現代統治構造の動態と展望』（尚学社、2016 年）310 頁以下；新型コロナウイルス感染症の感染拡大という状況下における統治機構に対する分析として、前掲注 12 参照。

65 江島晶子「人権実現における議会の新たな役割—ヨーロッパ人権条約・1998 年人権法とイギリス人権合同委員会の関係から—」工藤達朗ほか編『憲法学の創造的展開（下）』（信山社、2017 年）153 頁以下。

ら異議が唱えられている。多様な価値が存在する現在の世界において、総論としての人権または人権の中でもコア（たとえば拷問禁止）は共有しうるかもしれないが、各論としての人権は国や地域によって当然異なりうる。現時点では、人権の普遍性の理論的究明によって単一の解答を導くことは困難である。必ず、議論に加わっていない人・グループから異議が提起されるだろうからこそ、システムが循環的で、誰でもアクセスできる必要がある。

実践的なアプローチとしては、多層的・多元的レベル（国際・地域・国内）において取り組まれている様々な方向を向いた人権実現の試み（と反発）を考慮に入れながら、進行形の「人権」を捕捉し、そこから部分的・一時的・地域的にせよ了解の得られる一定の基準を抽出し、さらにそれを試していく。そこでは、単一の絶対的解答が存在しないからこそ、複数の機関によって、答を出し、検証し、比較するシステムを多層的、多元的に用意し、かつ、そのプロセスへのアクセスを誰にでも保障することによって、問題を常にシステム内を循環させる<sup>66</sup>。すなわち、国際人権保障システムは、国内基準を国際基準に近づけるという単線モデルではなく、むしろ国内システムと国際システムとの「対話」を通じた検証の中で試行錯誤を重ねながら人権実施を促進するという多層的、多元的モデルとして描ける。そう考えると、個人通報制度も国内人権機関も不備のままの日本の現状は、多層性の部分が十分ではないことが浮き彫りになる。

## V. おわりに

現在、「国際」対「国内」という二分論的思考を乗り越えることが求められている。とりわけ、法学者の思考として、法的序列、とりわけ国内法における序列を前提として現実を分析しがちだが、まず、今、実際におきていることを観察することから始めて、理論の方を検証する試みも必要ではないだろうか。問題の当事者の中で、そのうちの一部の人（問題を他者に伝えることができた人、事件を引き受けてくれる弁護士につながった

66 江島晶子「日本における『国際人権』の可能性」阪口正二郎ほか編『グローバル化と憲法』（岩波書店、2007年）199頁以下、206頁、221頁。

人)が裁判所に訴えることができ、社会の注目を集め、世論を喚起し、政府の態度をも変更させるという裁判ルートは重要ではあるが、それに依存する人権保障システムではとても十分ではないというのが国際的に共有されている認識である(国連バリ原則参照)。21世紀における日本の憲法学が、現在、世界中で生まれている人権に関する新たなアイデアとつながるのか、それとも日本国内において独自の発展を続けていくのか岐路に立っているといえよう。現代社会に即した形で人権問題を扱うために、裁判における場面において『国際人権』を憲法上の『人権』に上手く練りこむだけでなく、統治機構全体を人権志向的に構成し直す必要があり、その可能性がある」と筆者は考える。