

博士論文

司法審査における対話理論の可能性
— 「にもかかわらず条項」を契機として —

中央大学大学院

法学研究科 国際企業関係法専攻 博士後期課程

本田 隆 浩

司法審査における対話理論の可能性

ーカナダ権利自由憲章の「にもかかわらず条項」を契機としてー

目次

はじめに

第1章 議会制民主主義国家における人権保障システム

第1節 人権保障システムの類型

第2節 司法的統制モデルの問題点

(1) 司法権の優越

(2) 「積極主義」対「消極主義」：二分論的アプローチの再検討

第3節 日米の経験に見る司法的統制モデルの問題点

(1) 日本の最高裁判所の消極性の意味

(2) アメリカ連邦最高裁判所の積極性の意味

(3) 小括

第2章 カナダにおける人権保障システム

第1節 1867年BNA法

(1) カナダにおける憲法

(2) 1867年BNA法体制下の違憲審査制度と基本的人権の保障

(3) イギリス型人権保障システムの問題点

第2節 カナダ権利章典(1960)

(1) カナダ権利章典の特徴

(2) カナダ権利章典の限界

第3節 カナダ権利自由憲章(1982)

(1) 1982年憲法とカナダ権利自由憲章

(2) カナダ権利自由憲章の特徴

(3) 最高法規性の限界

(4) 適用除外条項の採用

第3章 カナダ権利自由憲章第33条「適用除外条項」

第1節 ケベック州政府の試み

- (1) 1982年憲法に関する法律
- (2) Alliance des professeurs v. Quebec 事件
- (3) Ford v. Quebec 事件

第2節 適用除外条項の援用方法

- (1) カナダ連邦最高裁判所の判示
- (2) ケベック州以外の援用

第3節 適用除外条項の可能性

- (1) 適用除外条項の考察
- (2) 適用除外条項の問題点
- (3) 適用除外条項の優位性

第4章 カナダ型人権保障システムにおける対話理論

第1節 対話理論の展開

- (1) 対話理論の誕生
- (2) 対話理論を支える制度的特徴
- (3) 最高裁判所判決と対話

第2節 対話理論の障害と批判

- (1) 対話の障害
- (2) 対話理論への批判

第3節 対話理論の本質

第5章 対話理論の発展

第1節 イスラエルにおける対話

- (1) イスラエルの憲法
- (2) 基本法と裁判所
- (3) イスラエルの適用除外条項
- (4) イスラエルにおける対話

第2節 イギリスにおける対話

- (1) 議会主権の原則
- (2) 欧州人権条約との抵触
- (3) 1998年人権法
- (4) 1998年人権法施行後の状況
- (5) イギリスにおける憲法的対話
- (6) イギリスの裁判所と議会との対話
- (7) イギリスと欧州人権裁判所との対話
- (8) イギリスにおける対話の可能性

第3節 小括

おわりに：日本法への示唆

はじめに

1803年、アメリカ合衆国連邦最高裁判所は、*Marbury v. Madison* 事件に判決を下した¹。これは、議会立法について、それが憲法に適合しないが故に適用できないとした、合衆国史上 —そしておそらくは世界史上— はじめての司法裁判所による判決であった。

そもそも、近代的意味における「憲法」の概念には、最高法規性の要素が含まれるが、一方で近代憲法的前提には、国民主権論が存在している。その結果、最高法規たる「憲法」の最終解释权を誰が有するのかが問題となる。

ここにおいてイギリス法の伝統をみると、漸進的に国王権力を制限し、かつ、自らの権力を拡大することに成功してきた議会が、「議会はいかなる法律も、制定、廃止する」ことができるとする議会主権 (*parliamentary sovereignty*) (あるいは、議会至高性 *parliamentary supremacy*) の理論の下、憲法の最終解释权を保持するという体制が維持されてきている²。この体制の下においては、個々の議会制定法は議会自身による憲法解釈に支えられているのであるから、議会以外の者が私的な憲法解釈として、当該制定法の違憲を主張することは可能であっても、それは、決して有権解釈とはならない。このような体制は、別の見方をすれば「軟性憲法体制」であり、さらに別の見方をすれば「外見的立憲主義体制」ということもできるが、議会自身が民主的正統性に支えられている限りにおいては、国民代表機関たる議会こそが憲法の最終解釈者となるという制度として、肯定的に評価されうるものである。

他方、フランスにおいても、革命期における主権論争を背景として、国民の主権的意思（一般意思）を表明する議会こそが、憲法の最終解釈者であるという観念が認められてきた。1789年の人及び市民の諸権利の宣言（いわゆるフランス人権宣言）第16条は、「権利の保障が確保されず、権力の分立が

1 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

2 ALBERT V. DICEY, AN INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION, 10TH ED., WITH INTRODUCTION BY WADE, 39 (1967).

定められていないすべての社会は、憲法をもたない³と定めるが、権利を保障し、権力の分立を定める法たる憲法の解釈権が、どの国家機関に属するかは定めておらず、実際にも、第5共和制憲法の下で憲法院(Conseil Constitutionnelle)が憲法審査をある程度積極的に行うようになるまで、議会以外の機関による憲法を基準とする議会制定法審査は行われてこなかった⁴。

このように、近代法理論においては、一方では憲法が最高法規であるとされつつ、その最終解釈者が、国民代表機関あるいは主権者の一般意思の表明者である議会とされることによって、「憲法に反する議会制定法」というものを観念すること自体がなされなかったのである。

こうした状況に対して、極めて大きな一石を投じたのが、上記 *Marbury v. Madison* 連邦最高裁判決であった。すなわち、州権を基礎としつつも、連邦議会と州議会に立法権限を二元的に配分する連邦制という形をもって最高法規たる連邦憲法を制定したアメリカ合衆国では、連邦議会及び州議会による連邦憲法解釈は、構造的に最終的なものとすることができない⁵。連邦議会と州議会が、それぞれ独自の連邦憲法解釈に基づいて連邦法と州法を定め、その相互に矛盾抵触があることは容易に想定されるが、そのとき、連邦議会による連邦解釈権限を最終的なものとするならば、その法体制は連邦制ではなく地方分権制に留まることとなり、逆を認めるならば、その法体制は連邦制ではなく国家連合制になってしまうからである。

そこで、*Marbury v. Madison* それ自体は、連邦と州の権限配分に直接関する事案ではなかったものの、こうしたことを背景として、連邦最高裁判所は、連邦憲法と議会制定法に矛盾抵触がある場合、憲法の最高法規性から前者が優先され、それは、当該矛盾抵触を含む個別具体的事件を処理するに際して、

3 Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789.

Article 16 - Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.

4 Constitution française du 4 octobre 1958.

5 The Constitution of the United States of America (1787).

当該事件処理を行う裁判所によって判断されるという枠組みを提示したのである。

しかしながら、このことは、何故、国民代表機関性を有しない司法裁判所が、最高法規である憲法の最終解释权を有するのか、という別のそして極めて回答困難な構造的問題を提起することになった。

今日、この問題に対しては、たとえば「多数決原理に基づき法を制定する国民代表機関の憲法解釈は、時として、少数派の人権あるいは憲法上の権利を犠牲として、多数派の利益を擁護することがあるが、これを抑止することが『人権』に期待される機能であるから、そもそも国民代表機関ではない司法裁判所にこそ、憲法の最終解释权を委ねるべきである」という説明がなされ、これに対する「それでは、少数の司法エリートによる独裁となってしまう、民主主義が破綻する」という反論に対しては、「司法裁判所が、その憲法審査に際して、司法消極主義のスタンスをもって臨むことで問題を回避する」という対応が示されることが一般的にみられる⁶。

しかしながら、この説明は、十分に妥当なものであろうか？ 現実の憲法訴訟をみると、一方では、「過剰な司法消極主義」「司法府の保守性」「司法府の政治への追従性」という批判がなされ、他方では、「司法府の政治への介入」「司法による法制定」といった批判がなされることはよく知られた事実である。

そこで、本稿では、この問題について、比較法の視点をもって改めて検討を加えようとするものである。その際、この問題について、極めて特徴のある「にもかかわらず条項 (notwithstanding clause)」という条項を導入して対応したカナダの制度分析を起点とし、さらに、この制度を契機として活性化した「対話理論」を検討した上で、イスラエル及びイギリス (EU) の状況を対話理論の枠組みで理解することを試みる。その上で、最後に、上述の司法消極主義による対応をしているアメリカ合衆国及び日本について、対話理論による新たな地平の可能性を検討するものである。

6 樋口陽一『司法の積極性と消極性』（勁草書房、1978）参照。

第1章 議会制民主主義国家における人権保障システム

第1節 人権保障システムの類型

議会制民主主義を採る多くの近代国家では、議会立法権の濫用による人権侵害から国民を保護するシステムとしてさまざまな制度を発展させてきたが、これらは「政治的統制のシステム」と「司法的統制のシステム」とに大別することができる。⁷

議会制民主主義の「本家」と評されるイギリスに発達した「議会主権の原理」のもとでは、司法的統制のシステム的前提としての「憲法の優越性 (Supremacy of Constitution)」という観念自体が原理的に否定され、したがってまた、裁判所による個別立法の合憲性審査という制度も存在する余地がない。すなわち、よく引用される言葉を借りるならば、「イギリス憲法のもとでは、議会はいかなる法律であれ、これを制定し、あるいはこれを廃止する権能を有するのみならず、いかなる個人も、また団体も、議会立法を超越し、あるいはこれを無効とする権限を有しない」のである。⁸

「政治的統制のシステム」は、17世紀末葉に議会主権の原則が成立して以降、議会立法権に対する法的抑制原理や憲法価値の不可侵性といった観念が否定されてきたイギリスにおいて、立法権の濫用による人権侵害から国民を保護する仕組みとして発達してきた。

政治的統制のシステムが機能するための前提条件として、しばしば次の3点があげられる。第1に立法段階における議会の自己抑制である。議会が立法権を濫用しないという伝統とそれに対する国民の信頼がなければ、そもそも議会にオールマイティな立法権限を認めるという選択は働かなかったであろう。実に、イギリス議会は、その長い歴史のプロセスで多少の消長がみられるとはいえ、ほぼ一貫して国民から高い信頼を得てきた。第2に、法執行段

7 マウロ・カペレッティ著、谷口安平＝佐藤幸治訳『現代憲法裁判論』（有斐閣、1974）。

8 DICEY *supra* note 2.

階における行政部の自己抑制である。議会がいかに自己抑制を働かせても、行政が国民の権利に配慮した法運用を行わなければ、法に対する国民の信頼は失われてしまうことになる。第3のそして最も重要な要素は、人権に関する強固なコンセンサスが国民レベルで形成されていることである。何が人権であるかについてのコンセンサスが広く国民に共有されていなければ、議会の立法権の濫用に対して抑制的に働く世論の形成は望み得ないからである。⁹

イギリスが、13世紀末葉にすでに「庶民」の代表が国政に参画する二院制議会(model parliament)をスタートさせ、また同一の言語を用い同一の文化伝統を有する市民によって構成される比較的均質的な社会であり得たこと、さらには近代化のプロセスが緩やかに進んだことなどは、このような条件の形成にきわめて重大な意味を持つと考えられる。¹⁰

これに対して、アメリカ合衆国にはじまったといわれる司法的統制のシステムは、さらに「通常の司法裁判所」による違憲審査に特徴をもつ「付随的違憲審査制」と「特別の憲法裁判所」による違憲審査を特徴とする「抽象的違憲審査制」とに分けられるが、この両者は、国民の基本的人権を「通常の議会立法手続によっては改変することのできない高度の形式的効力を備えた憲法典」の中に位置づけ、その実効性の確保を「多数決原理とは異なる指導原理に基づいて行われる司法的審査」に委ねている点で共通している。

付随的違憲審査制は、司法裁判所型と呼ばれ、通常の裁判所で、具体的争訟に付随して、その事件の解決に必要な限度で違憲審査を行うものであり、1803年のアメリカ連邦最高裁判所の判決(Marbury v. Madison 事件判決)を嚆矢とするといわれる。¹¹ 周知のように、日本国憲法もこの型を採用していると理解され

9 See FRANCIS REGINALD SCOTT, CIVIL LIBERTIES AND CANADIAN FEDERALISM (University of Toronto Press, 1961)

10 ここでいう「庶民」とは貴族ではない騎士とブルジョワからなる地域代表者であった。加藤紘捷『概説イギリス憲法—由来・展開そして改革へ—』(勁草書房, 2002) 24頁。

11 *supra* note 1.

ている¹²。他にオーストラリア、インド、マレーシアなどの英連邦諸国や旧英国植民地、ヨーロッパではスイス、ギリシアや北欧諸国など、またメキシコ、ブラジル、アルゼンチンなどのラテンアメリカ諸国で採用されている。

抽象的違憲審査制は、憲法裁判所型と呼ばれ、違憲の法令を排除することにより法体系の整合性を確保することに重点を置き、具体的争訟と関係なく特別に設置された機関（通常は憲法裁判所）が抽象的に違憲審査を行うことを認めるものである。立法権を中心に権力分立を考えてきた国家に多く採用され、ドイツ、イタリア、オーストリア等のヨーロッパ大陸諸国が典型である¹³。

さて、これまでは、司法統制のシステムは、付随的違憲審査制が個人の権利保護を目的として、従来からの司法制度の理念に依拠するものであり、これに対し抽象的違憲審査制は、違憲の法令を排除することにより、憲法を頂点とする法体系の整合性を確保することに重点を置くものであるというように、本来の目的やその機能が大きく異なるシステムであるといわれてきた¹⁴。

しかしながら近年、付随型と抽象的規範統制型は互いの機能を併せ持つようになり、一定の範囲でともに接近する傾向がみられる。たとえば、付随型を採用しているアメリカでは、個人の権利保護を通じて、憲法秩序を保障するという機能を果たすようになっており、抽象的規範統制型を採用するドイツでは、憲法異議などにより、公権力による人権侵害を審判することも有し、個人の権利を保障する機能を果たすようになっている¹⁵。

12 警察予備隊違憲訴訟（最大判昭27・10・8民集6巻9号789頁）。橋本辰夫＝長内了『ケースメソッド改訂現代憲法入門』（圭文社、1996）21頁。

13 芦部信喜，高橋和之『憲法（第5版）』（岩波書店，2011）368頁。

14 このことから付随型は私権保障型，抽象的規範統制型は憲法保障型とも呼ばれる。

15 野中俊彦，中村睦男，高橋和之，高見勝利『憲法Ⅱ（第3版）』（有斐閣，2001）254頁。

第2節 司法的統制モデルの問題点

(1) 司法権の優越

通常の裁判所が個別具体的な事件を解決する過程で、国家行為の合憲性を判断する付随的違憲審査制は、アメリカを代表として日本でも採用されている。日本においては、憲法第81条がそのいずれを規定しているのか文言上必ずしも分明ではなかったが、最高裁判所は、1952年の警察予備隊違憲訴訟において「我が裁判所は具体的な争訟事件が提起されないのに、将来を予想して憲法およびその他の法律命令等の解釈に対し存在する疑義論争に関し抽象的な判断を下すごとき権限を行い得るものではない」として、付随的審査制を取ることを明らかにしている。アメリカにおける歴史は古く、1787年に制定された合衆国憲法に明確な規定はないものの、連邦最高裁判所が1803年の *Marbury v. Madison* 事件において、「最高法規たる憲法に照らして法律の憲法適合性を判断する権限は憲法第3編によって司法部に与えられた司法権の中に含まれる」と宣言して以来、判例法上の原則として違憲立法審査制が確立したとされている。¹⁶

このような立法権に対する司法権の優越を成立させた連邦形成初期の時代的背景として、有産階級の財産を保障しようとする思想があり、そして憲法起草者や憲法支持者の多くは、有産階級に属するエリートたちであったことがあげられる。少数者である有産階級は、多数者である無産階級が民主制のもとに立法部の支配を通じて、自己の財産に不当な侵害を加えられることを恐れていた。財産権保障の原理は、少数者保護という大義に結びつき、その実効性を確保するための機関として、多数者の代表たる立法部ではなく、司法部に期待したと考えられる。実際に南北戦争以前の連邦最高裁において、人の権利に保護を与えた判決は、そのほとんどが財産権の保護に関するものであり、他の市民的自由の保護に関するものは極めて少数であった。奴隷制の廃止や第14修正におけるデュープロセスの拡大により、徐々に財産権以

16 *supra* note 1.

外の侵害についての判決が増えていくものの、司法権の優越を成立させ、大きく発展させた背景に、このようなエリートイズムが存在したことは否定はできない¹⁷。そして、現在の連邦最高裁判所に対しても、違憲立法審査権の行使というものは、結局のところ、自らの憲法理念ないし思想的立場を、憲法解釈の姿を借りて主張するものであり、そうであるが故に、民主的基盤を有さない一握りの司法エリートによる「司法的政策形成」であるとして、非難がなされている。

他方で日本の最高裁判所は、その 60 年の歴史を通じて、違憲判断に対して消極主義の立場をとり続けてきているが、これについては、民主的な過程を経てなされた政治部門の選択を尊重する慎重な姿勢という肯定的な評価よりも、「憲法の守護者」としての役割を放棄し、政治部門の判断を単に追認することに終始してきたとの批判を生んできている。

「通常の司法裁判所による違憲審査」を採用している日米両国における違憲審査権の行使の実態は大きく異なる。連邦最高裁判所が過去 200 年の間に、州議会立法を始めとして非常に多くの法律に違憲判決を下しているのに対し、日本の最高裁判所が法律違憲の判断を示したのは、60 余年のその歴史の中で、わずか 9 例を数えるに過ぎない¹⁸。

国民によって直接選ばれていない裁判官が、国民の代表機関による決定を

17 伊藤正己『法の支配』（有斐閣，1954）249 頁。

18 尊属殺人重罰規定，最大判昭 48・4・4，刑集 27 卷 3 号 256 頁。

薬事法距離制限規定，最大判昭 50・4・30，民集 29 卷 4 号 572 頁。

衆議院議員定数配分規定，最大判昭 51・4・14，民集 30 卷 3 号 223 頁。

衆議院議員定数配分規定，最大判昭 60・7・17，民集 39 卷 5 号 1100 頁。

森林法共有林分割制限規定，最大判昭 62・4・22，民集 41 卷 3 号 408 頁。

郵便法免責規定，最大判平 14・9・11，民集 56 卷 7 号 1439 頁。

在外邦人選挙権制限，最大判平 17・9・14，民集 59 卷 7 号 2087 頁。

非嫡出子の国籍取得制限，最大判平 20・6・4，民集 62 卷 6 号 1367 頁。

非嫡出子の法定相続分規定，最大決平 25. 9. 4，民集 67 卷 6 号 1320 頁。

覆すことに慎重たらざるを得ないのは理解できるとしても、違憲判決が極めて少数にとどまってきたのは、最高裁判所が「憲法の番人」としての役割を十分に果たしてこなかったのではないかとの疑念を生じさせる。しかも、圧倒的大多数の憲法訴訟において、最高裁が政治部門の選択を追認する判決を下してきたという事実は、現状に不満を持つ市民が「最後の砦」としての最高裁に寄せる期待を萎ませるのみならず、国民の民主的成熟にも大きなマイナスの影響を及ぼしているのではなかろうか。

本章では、違憲立法審査権を通じた最高裁判所による憲法理念の実現を、とりわけ司法過程と政治過程の交差という観点から考察してみたい。

(2) 「積極主義」対「消極主義」：二分論的アプローチの再検討

最高裁判所がどのように違憲審査権を行使してきたかを論じるにあたって、もっとも利用されてきた指標として司法積極主義・消極主義という概念がある。まずはじめに、この概念について再確認してみたい。

司法の積極主義・消極主義という言葉を使う場合には、保守的・革新的といった思想的な立場や司法の役割についての考え方を、積極・消極という2つの概念で二分法的に表しているものと言える。一般的に合衆国連邦最高裁判所は、積極的であり、日本の最高裁判所は、消極的であると述べられるように、裁判所の違憲立法審査における姿勢を巨視的に描写するために用いられることもあれば、裁判所が下した個々の判決において、この判決は積極的な姿勢をみせたというような微視的に用いられることもある。またそれぞれの裁判官に対しても過去に下した判決を分析し、積極的(消極的)な司法哲学を有しているなどと言うこともある。

司法積極主義と消極主義という概念が実際にはどのように定義されるのかについて、芦部信喜教授は「立法府・行政府という政策決定者の決断は最大限度の『禅譲と敬意』をもって扱うべきだという立場を基調とする物である。…このような立場を、アメリカにおける用語をかりて、ここで広く司法消極主義(judicial passivism)ないし司法の自己制限(judicial self-restraint)論と呼ぶことにする。」と述べており、翻って司法積極主義とは、立法府・行政府という政

策決定者の決断に対し、司法部として厳正な立場をとることを呼ぶものである¹⁹としている。

同様に、兼子一教授と竹下守夫教授は、共著の中で、「裁判所が、憲法上付与された違憲審査権を行使するに当たって、その限界を定める解釈的態度の基本をどこにおくべきかについては、(1)政治部門の判断に十分に敬意を払い、立法を違憲とするのは、それが明白に憲法の定める限界を超えている場合に限るべきであるとの立場と、(2)裁判所は、変動する社会的・経済的諸条件に即して憲法上の価値・理念を実現し、これを政治部門による侵害から保障する責務を負っているのであるから、そのために与えられた権限を積極的に行使すべきであるとの立場との対立がある。アメリカにおいて、前者は、司法消極主義(judicial passivism)あるいは司法の自己制限(judicial self-restraint)と呼ばれ、後者は、司法積極主義(judicial activism)と呼ばれる。」と述べて、司法積極主義・司法消極主義とは、違憲立法審査権を行使する姿勢において、積極的か否かについて用いる立場を示している²⁰。

これに対して、樋口陽一教授は「憲法判断をすること自体についての積極(あるいは消極)主義と、違憲判断をすることについての積極(あるいは消極)主義という二つの次元を明確に区別」しなければならぬとし、憲法判断積極(消

19 芦部信喜「司法の消極性と積極性」ジュリスト 469 (1971) 61 頁。

20 兼子一、竹下守夫『裁判法(新版)』(有斐閣、1978) 100 頁。

21 伊藤正己教授も憲法判断に立ち入るか否かの際と違憲判断を下すか否かの際の積極主義・消極主義の区別を強調し「司法積極主義に対しては、わが国では期待が少なくないが、まずそれだけでは主として、憲法判断への積極性を意味するのであり、違憲判断積極主義になるとは限らない。」「積極的に憲法判断に立ち入り、そして政治部門の決定を合憲と判定することも、積極主義である。このことは、わが国で司法積極主義といえば違憲判断積極主義と帰され、合憲判決の多い最高裁への批判につらなることを見るとき注意を要する点である。」と述べている。伊藤正己「司法積極主義再考(最高裁判所)」法学セミナー増刊 総合特集シリーズ 4 号 (1977) 81 頁。

極)主義と違憲判断積極(消極)主義との2つの段階で理解することが重要であると主張する。²²「違憲審査制は、外国ではより適切に『憲法適合性審査』といわれているが、実際、その機能は、違憲判決をすることによってだけ果たされるのではなく、合憲判決をすることもその重要な働きであり、最高裁判所は、まさにその点で、重要な役割を演じている」²³のであり、憲法判断積極(消極)主義と違憲判断積極(消極)主義とが異なる次元の問題であることをまず始めに認識しなければならないとし、「日本司法の上層部が憲法判断消極主義的な姿勢を強調しながら実は積極的に合憲判断を行ってきたこと、にもかかわらず世論の一部が違憲判断積極主義を求める立場から憲法判断積極主義を強く主張していること、など錯綜した状況」²⁴に対し、問題を提起した。

佐藤功教授も同様に、第一段階、第二段階の差異を明確にすべきだとする。『憲法判断』に立ち入るかどうかの決定を第一段階、『違憲判断』を下すかどうかの決定を第二段階とし、「第一の段階で、憲法判断に積極的に立ち入るのが『積極主義』であり憲法判断に立ち入るのを差し控えるのが『消極主義』である。次にこの第一段階で『積極主義』を取り憲法判断に踏み込んだ場合に、第二段階において一実態審査の段階で一積極的に『違憲判断』を下すのが『積極主義』であり、それを差し控えるのが『消極主義』である」と規定しているが、同時に「第二段階での『消極主義』は『違憲判断』をしないという点では『消極主義』ではあるが、それは反面においては『合憲判断』を下したことであり、しかも裁判所がその『合憲判断』を積極的に下す場合があるとして、その点では、その判決は『合憲判断積極主義であるとする見解がある。²⁵ すなわち、そこでは、『憲法判断積極主義』は必ずしも常に『違憲判断積極主義』となるとは限らないとし、『司法積極主義』はイコール『憲法判断積極主義』ではあるが、それはイコール『違憲判断積極主義』ではない

22 樋口前掲注 6, 93 頁.

23 樋口前掲注 6, 95 頁.

24 樋口前掲注 6, 126 頁.

25 佐藤功『続・憲法問題を考える』(日本評論社, 1983) 190-191 頁.

とするのである。しかし、第二の段階において『違憲判断』を積極的に行うことと、『合憲判断』を積極的に行うことを、ともに『積極主義』であるとして、その限りでは『違憲判断積極主義』と『合憲判断積極主義』とは対立するものではないとするのでは、第二の段階における『違憲判断（判決）』と『合憲判断（判決）』との区別—その果たす役割の相違—を曖昧にすることになりかねないように思われる²⁶とし、第一段階で「憲法判断積極主義」をとったものの、第二段階で「違憲判断消極主義」をとるものは、司法積極主義とみなさず、第二段階において、裁判所が問題となった法律を「違憲」と判断することに積極的に踏み切るか、それともそのように踏み切ることを差し控えるかを基準として、前者を積極主義、後者を消極主義ととらえるのが妥当ではないかとしている²⁷。

佐藤功教授によれば、日本の最高裁判所が、第一段階の憲法判断については積極的に合憲判断を下してきたから、合憲判断積極主義を司法の積極的な姿勢と看做そうとするのであれば、司法積極主義・消極主義の観点とは別に論じられるべきである。裁判所が合憲判断を積極的に行うことは、立法府や行政府に追従することに他ならず、それは司法消極主義以外のなにものでもない。「裁判所による立法府・行政府のコントロールにおける積極性の問題」²⁸を肝要としているのであって、なににも判断しないことだけが消極的な姿勢で

26 佐藤前掲注 25, 193-194 頁。

27 佐藤功「司法積極主義と司法消極主義(1)」法学セミナー 1980年2月号 (1980) 59頁。

28 栗城壽夫「違憲審査性」樋口陽一＝栗城壽夫『憲法と裁判』238頁（法律文化社，1988）。

あるとは言えないのではないかということである。²⁹

さらに芦部教授は、合憲判決積極主義をも司法積極主義であると捉えることは、積極主義・消極主義の区別を明確にするものではなく、第二段階における違憲・合憲判断を基準として二つの主義を区別することが重要な意義を持つとして、佐藤教授の見解に賛成しつつも、しかしその上に立ってなおかつ、積極主義・消極主義のどちらの態度が採用され、それをどのように評価すべきかは歴史的文脈を抜いては、実践的には考えられないと幾ばくかの疑念を表している。³⁰それは換言すれば、アメリカにおける歴史的考察の必要性を指摘しているのである。芦部教授によれば、積極主義的立場を取ったことによって、保守的な司法哲学となった 1930 年代の経験と人権問題に積極主義的な立場で憲法価値の実現を試みた革新的なウォーレン・コートを対比した場合、積極主義・消極主義の評価も変化する。立法府や行政府が好ましい方向に改革を行っている際に、積極主義的な判決を下すことと、好ましくない方向に向かっている際に、積極主義的な判決を下すことでは、社会的にもたらす効果が根本的に異なるからなのである。司法積極主義・消極主義を違憲判断を下すか否かで分類したとしても、その時代の社会状況において、保守的な役割を担っているか、革新的な役割を担っているかで、その評価は変化するものであり、二者択一的に割り切って考えられるものではないのである

29 戸松秀典教授も同様に「相互関係の存在に注目」することが重要であると
し、「司法の積極主義・消極主義とは、司法権が憲法価値の具体的実現の過程で政治部門とは別に独自の憲法判断を示す姿勢を持っているか否かを語る概念だとする。つまり、司法権が独自の判断を示せば司法積極主義であり、政治部門の判断を尊重してそれに従う姿勢を示す時を消極主義という」と述べている。戸松秀典「憲法入門・第 22 回司法の積極主義・消極主義」法学教室 196 (1997)。

30 芦部信喜『司法権のあり方と人権』（東京大学出版，1983）。

としている。³¹

このように司法積極主義・消極主義についての代表的な意見を振り返るだけでも、そこには統一的な用語法は存在せず、多様な形で積極主義・消極主義の概念が述べられていることが理解できる。そもそも、積極主義・消極主義といった二分法は、それぞれが論じようとする目的によって移ろい易いものであり、全ての論題について、「正しい」概念として定義づけすることは難しい。そこで本稿では、司法積極主義・消極主義という言葉の使い方として、佐藤教授が述べる第二段階における積極主義・消極主義という観点で用いながら、それぞれの違憲判決における司法部の姿勢の検証を積み重ね、芦部教授の述べる歴史的文脈を探っていくことにする。

この様な観点から、日米の違憲判決を確認し、これまでの最高裁判所の姿勢を検証してみたい。

第3節 日米の経験に見る司法的統制モデルの問題点

(1) 日本の最高裁判所の消極性の意味

日本における違憲立法審査権は、第二次世界大戦後に制定された日本国憲法によって、規定されている。戦前の憲法である大日本帝国憲法には、違憲立法審査制度を認める規定は存在せず、違憲立法審査権は有しないとされていた。日本国憲法第98条においては、「この憲法は、国の最高法規であって、その条規に反する法律、命令、詔勅および国務に関するその他行為の全部または一部は、その効力を有しない」と最高法規性が掲げられ、第81条において、「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則または処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である」と明記されていること

31 芦部前掲注 30, 92 頁。横坂建治教授は、このような議論は司法政策論に帰着するものであり、歴史的評価の問題であると述べている。、横坂建治「司法審査の積極主義と消極主義」『違憲審査制の研究』（敬文堂、1993）113 頁。

から導き出される。

日本の違憲審査制は、1952年の警察予備隊違憲訴訟において、付随的審査制を採ることが明らかにされ、アメリカと同様に通常の司法裁判所による違憲審査を採用しているにもかかわらず、アメリカ連邦最高裁判所が第二次世界大戦後に下した違憲判決数と較べて大きく見劣りしていることは否定できない。先にも述べたように最高裁判所が法律違憲の判断を示したのは、60余年の歴史の中で、9例しかない。日本国憲法施行以後10年間で、憲法問題を含んだ訴訟は、実に1000件以上もあったが、法律違憲判決は1件も下されることがなかった。最高裁が日本国憲法施行以来初めて法律の条文を違憲無効と判断するまでには、四半世紀以上の年月を経なければならなかったのである。

以下においては、議論の前提として、最高裁判所による判断を中心として、重要な憲法判断を紹介しておくこととしたい。この際、(1)憲法制定直後から20世紀末までの最高裁判決、(2)同時期の下級審判決、(3)21世紀以降の動向、に時代を区分して検討する。

初めての法律違憲である1973年の尊属殺重罰規定判決は、違憲立法審査制というものを国民に広めた判決であるともいわれる。刑法が普通殺人罪(第199条)と尊属殺人罪(第200条)を区別している立法目的は認めたものの、その立法目的達成の手段を違憲としたものである。普通殺人罪は「死刑又は無期もしくは三年以上の懲役」と刑罰を規定しているが、尊属殺人罪は「死刑又は無期懲役」とより厳しい刑罰を科していた。重罰規定は尊属に対する尊重報恩という社会の基本的道義を維持する立法目的であるとはいえ、必要な限度をはるかに超え、普通殺に関する刑法第199条の法定刑に比し、著しく不合理な差別的取り扱いをするものと認められ、憲法第14条1項に違反して、無効であると判断された。初の違憲判決で、1950年に合憲とした最高裁判決を判例変更したのもでもあり、画期的なものであるとされた。しかしながら、判決となった15人の裁判官のうちの8裁判官の多数意見は、尊属殺の法定刑はあまりに厳しいものであり、正当化することは出来ないと違憲の結論を出しながらも、「刑法第200条の立法目的は、尊属を卑属またはその配偶者が殺害す

ることをもって一般に高度の社会的道義的非難に値するものとし、かかる所為を通常の殺人の場合より嚴重に処罰し、もって特に強くこれを禁圧しようとするにあるものと解される」とし立法目的は合憲であるとしており、立法目的そのものに憲法の平等原則を適用しなかったため、違憲の結論の意義について大きく評価が分かれた³²。このため、尊属殺規定の刑を幾ばくか軽減するなどすれば、尊属殺規定そのものは存続させられるのではないかという解釈する論者もあり、刑法第 200 条の改廃の決着は長い間つかず、1995 年に削除されるまで 22 年間のかかった³³。

2 例目の法律違憲である 1975 年の薬事法距離制限訴訟判決は、薬事法第 6 条 2 項（当時）の薬局の配置場所の適正を欠くときは営業許可を与えない、その規制の内容は条例で決めるという規定を根拠に、広島県が福山市において、近接して他の薬局があるからという理由で薬局の開設申請を不許可にしたものに対し、最高裁は「薬局の距離制限を定めた薬事法第 6 条は不良医薬品の供給の防止等の目的のため必要かつ合理的な規制とは認められず憲法第 22 条（職業選択の自由）に違反し無効である³⁴」としたものである。薬事法第 6 条は、1963 年に新規参入を抑制しようという既存の業者保護のため定められたものであり、この規定の存在を背景として、他業界においても距離制限の導入を目指す運動も起き、それに対する世論の反発もあった。違憲とする結

32 1 人の裁判官の反対意見を除いた 6 人の裁判官の少数意見は、立法目的そのものが憲法 14 条 1 項に反するとしており、学説上少数意見を支持して多数意見の論理を批判するものは少なくない。芦部信喜編『判例ハンドブック（憲法）』（日本評論社、1992）44 頁。

33 その間、最高検察庁の通達によって、尊属殺は 199 条によって処理されている。芦部信喜他『別冊ジュリスト 憲法判例百選 I（第 4 版）』（有斐閣、2000）62 頁。

34 公衆浴場距離制限訴訟および小売市場の適正配置規制訴訟は、合憲とされている。小売市場の適正配置規制訴訟 最大判昭 47・11・22 刑集 26 卷 9 号 586 頁。、公衆浴場距離制限訴訟 最大判昭 30・1・26 刑集 9 卷 1 号 89 頁。

論を導くに当たって、立法事実を詳細に検討した点は注目すべきであるが、
本当の立法目的自体が既存業者の利益保護のためであり、「最高裁としては、
この事件では違憲判決を下すしか、手がなかったのである³⁵」との評価がある
ように、立法府においても何らかの対策が必要とされていた法律であった³⁶。

1987年の森林法共有林分割制限規定訴訟判決は、共有森林の持ち分の2分の1以下の共有者に対し分割制限を規定していた森林法第186条が、「森林の細分化防止という目的との関連で合理性・必要性を肯定できず、憲法第29条（財産権の保障）に違反し無効」とされた。最高裁による法律違憲の判決という意味では注目されるが、明治時代に施行された森林経営の安定化をはかろうとした古い規定が残っていたものであって、現実社会に大きな影響もなく、内容的にはさほど重要のあるものではないために、当然に違憲とされるべきこととなった³⁷。なお薬事法判決と森林法判決は、判決が下された後、当該法律は立法府によってすぐに廃止の手続きがなされている。

もっとも立法府に衝撃を与えたのは、1976年と1985年の2度にわたる衆議院議員定数不均衡訴訟であろう。判決以後議員定数の不均衡を是正するために公職選挙法の改正が国会において大きな議論になるなど、政治過程に与えた影響は大きく、最高裁判所における違憲立法審査権の発動として画期的な判決である。1976年の判決は、1972年の総選挙の際に、1票の人口比較差が最高1対4.99の割合に達していたものを憲法第14条に違反するとした。1985年の判決は、1983年の総選挙の際に、最高1対4.40の較差があったので違憲となった。もっとも最高裁は、選挙の効力については、「本件総選挙における全選挙区の選挙を無効であるとする、その総選挙の結果成立した衆議院が認められないことになり、国政の大混乱が生ずるばかりでなく、公選法改正をふくむ国会の立法活動そのものも不可能になるほど憲法の予期しない事態が生じる。」と述べ、そのため「行政事件訴訟法第31条の定める、事情判決の

35 芦部他前掲注33, 203頁。

36 奥平康弘『司法審査の日本の特殊性』（岩波書店, 1995年）を参照。

37 芦部前掲注32, 133頁。

基礎にある一般的な法の基本原則」に従って公選法別表第一は違憲であるが、本件総選挙は有効である判断している。事情判決は、判決によって公共の福祉に著しい障害が生じる場合には請求を棄却することが出来るとする行政事件訴訟法の規定であるが、本来公選法第 219 条が事情判決条項の準用を明示的に排除しているにもかかわらず、この考え方を援用したことについては批判があるものの、最高裁が、この種の訴訟一般に適用するための法創造的判決手法であると捉えることにより、高い評価をする論者もいる。³⁸

法律違憲ではないが、地方公共団体の行為に対する違憲判決として、また政教分離原則を適用した違憲判決として初めての最高裁違憲判決である 1997 年の愛媛県玉串料訴訟判決がある。³⁹ 愛媛県が靖国神社に納めた玉串料を公費で負担したのは政教分離を定めた憲法第 20 条 3 項に違反するとしたものであり、「県が本件玉ぐし料等を奉納したことは、その目的が宗教意義を持つことを免れず、その効果が特定の宗教に対する援助、助長、促進になると認めべきであり、これによってもたらされる県と靖国神社等との関わり合いが日本の社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度を超えるものであって、憲法第 20 条 3 項の禁止する宗教的活動に当たると解するのが相当である」と述べ、その支出は憲法第 89 条の禁止する公金の支出にあたり違法であるとした。最高裁判決以降、靖国神社への公金支出は控えられるようになった。しかし、この判決は政治家による靖国神社への参拝に対して違憲判決をしたものではないため、公費ではなく私人として私費で支払うのは容認されているとされており、政治家による靖国神社参拝にはほとんど影響を与えていないとされる。

これまで述べた最高裁違憲判決を見てみると、衆議院議員定数判決を別とすれば、判決が立法府に大きな影響を与えたものはなく、その定数不均衡判決さえも事情判決の基礎にある一般的な法の基本原則に則るとすることによ

38 芦部信喜他『別冊ジュリスト 憲法判例百選Ⅱ(第4版)』(有斐閣, 2000)327頁., 野中俊彦『憲法訴訟の原理と技術』(有斐閣, 1995).

39 愛媛県玉串料訴訟・最大判平 9・4・2, 民集 51 卷 4 号 1673 頁.

って、社会的影響を強く鑑みた判決を下したところをみると、日本の最高裁判所は、違憲判決の件数自体が少ないということのみならず、違憲判決の内容も立法府および行政府に気後れしていると言われても仕方ないであろう。

これまでも専ら最高裁についてみてきたが、付随的審査権採用する日本においては、最高裁判所のみならず、下級審においても、もちろん憲法判断が下される。その中には社会的に注目されたものも少なくない。その一つに 1959 年の砂川事件⁴⁰が上げられる。

駐留米軍が使用している立川飛行場の拡張工事が行われた際、基地拡張反対派の市民が飛行場に侵入し、日米安保条約に基づく行政協定に伴う刑事特別法第 2 条に違反するとして起訴された事件である。第 1 審の東京地裁は、「日本は外部からの武力攻撃に対する自衛に使用する目的で合衆国軍隊の駐留を許容していることは、指揮権の有無、合衆国軍隊の出動義務の有無に拘わらず、日本国憲法第 9 条 2 項前段によって禁止されている陸海空軍その他の戦力の保持に該当するものといわざるを得ず、結局日本内に駐留する合衆国軍隊は憲法上その存在を許すべからざるものといわざるを得ないものである」と判決した。この判決は、政界や日米関係に与えた影響が大きかった。そのことは、検察が高裁を経ずに最高裁に跳躍上告したことにも見て取れる。また最高裁判所も、6 日間にわたる口頭弁論を行い、その 3 ヶ月後に異例のスピードで判決を下したことからも伺えよう。最高裁は、高度な政治性を持つ国家の行為については、法律上の争訟として裁判所による法律判断が可能であっても、一見極めて明白に違憲無効であると認められない限り、司法判断は差し控えるべきとして、大法廷の 15 人の裁判官全員一致で地裁判決を破棄し

40 砂川事件・東京地判昭和 34・3・30，下級裁判所刑事裁判例集 1・3・776.，
最大判昭 34・12・16，刑集 13 卷 13 号 3225 頁。

ている。⁴¹

1973年の長沼事件第1審判決も地裁違憲判決として注目された事件である。⁴² 国有保安林となっていた北海道長沼町の馬追山に、航空自衛隊のナイキ地对空ミサイル基地を建設するため、国が「公益上の理由（森林法第26条2項）」を根拠に国有保安林との一部を指定解除したのに対し、地元農民が自衛隊は違憲だから「公益上の理由」に該当せず、解除は無効であると訴えた事件である。1審の札幌地裁は、憲法第9条2項で全ての「戦力」を保持しないとす
る以上、軍隊その他の戦力による自衛戦争・制裁戦争も事実上行うことが不可能であり、自衛隊の編成・規模・装備・能力からすると、自衛隊は、軍隊であり、陸海空軍という戦力に該当し、憲法第9条2項に違反し無効であると判決を下した。政界への衝撃はこれまた大きいものではあったが、1976年札幌高裁は、自衛隊の憲法適合性については、砂川事件と同様の理論により判断を回避し、国有保安林には代替施設が整備され原告の訴えの利益は消滅したとした。1982年の上告審判決は、高裁判決を支持し、原告らには訴えの利益がないとして上告を棄却している。⁴³

また1970年の第二次家永教科書事件も非常に注目された地裁における違憲

41 本件は、多くの論者に統治行為論の理論を用いた判決として述べられているが、「高度な政治性を持つ国家行為については、司法判断は差し控えるべき」とする統治行為論のみならず、「一見極めて明白に違憲無効であると認められる場合」には憲法判断に及ぶことを示唆しており、立法裁量論の理論が結びついたものである。同様の理論を用いた判決として、長沼事件控訴審判決や百里基地訴訟第1審判決がある。統治行為論のみを用いて憲法判断を避けた事件は、苫米地事件がある。長沼事件控訴審・札幌高判昭51・8・5，行集27・8・1175頁．，百里基地訴訟第1審・水戸地判昭52・2・17，判時842号22頁．，苫米地事件・最大判昭35・6・8，民集14巻7号1206頁．

42 長沼事件第1審判決・札幌地判昭48・9・7，判時712号249頁．

43 長沼事件上告審判決・最小判昭57・9・9，民集36巻9号1679頁．

判決である。⁴⁴ 1 審である東京地裁は「教科書検定における審査は教科書の誤記、誤植その他の客観的に明らかな誤り、教科書造本その他教科書についての技術的事項および教科書内容が教育課程の大綱的基準の枠内にあるかの諸点にとどめられるべきものであって、審査が右の限度を超えて、教科書の記述内容の当否までに及ぶときには、検定は教育基本法第 10 条に違反する」とし、本件は、「教科書執筆者としての思想(学問的見解)内容を事前に審査するものというべきであるから、憲法第 21 条 2 項の禁止する検閲に該当し、同時に……記述内容の当否に介入するものであるから、教育基本法第 10 条に違反する」と判決を下した。適用違憲の判決であるが、1975 年の東京高裁判決によって破棄されている。⁴⁵

下級審における違憲判決を 3 例あげてみたが、地方裁判所の裁判官による司法判断により、一時的に立法府および行政府に大きな衝撃を与えたものの、いずれも上級審で覆されることによって実を結ぶことはなかったため、社会的に影響は大きなものではなく、日本の裁判所の評価が肯定的に覆るものではない。

しかしながら、15 年ぶりの法律違憲となった 2002 年の郵便法賠償責任制限規定判決以降、最高裁は 4 件の法律違憲判決を下しており、それをもってこれまでの姿勢から変化の兆しが見られるとする論者も増えてきている。⁴⁶ 郵便法賠償責任制限規定判決をはじめ、2005 年の在外邦人選挙権制限規定判決、2008 年の国籍法第 3 条 1 項判決、2013 年の非嫡出子の相続配分規定判決の 4 件は、50 余年の間にわずか 5 件しかなかった法律違憲が、短い間に 4 件も判示されたというだけではなく、判決の内容の政治的・社会的インパクトの大き

44 第二次家永教科書訴訟地裁判決・東京地判昭 45・7・17, 行集 21 卷 7 号 (別冊) 1 頁。

45 第二次家永教科書訴訟高裁判決・東京高判昭 50・12・20, 行集 26 卷 12 号 1446 頁。

46 滝井繁男『最高裁判所は変わったか』(岩波書店, 2009) を参照。

さの点でも注目すべきものがある⁴⁷。特に在外邦人選挙制限規定判決は、「違憲判断の基準を大幅に緩和し、最高裁判所として初めて国会の立法不作為を違憲とした点から、『積極主義のモデル』となる『二重三重に画期的な判決』⁴⁸としてとりわけ注目すべき判決である。また最大較差 2.304 倍を違憲状態とした 2011 年の衆議院議員定数配分規定判決は、合理的な是正期間内には是正されなかったということとはできないとして明確な違憲判決を避けているものの、小選挙区比例代表並立制を導入してから最初の違憲状態を指摘した判決であり、しかも 2.304 倍と初めて 3 倍未満の較差を違憲状態と判断した初めての事例である。また、較差を生じさせる大きな原因となっている「1 人別枠方式」は、新しい制度を導入する際には、必要であったと認められるものの、安定的な運用がなされる段階においては、その合理性は失われるとして、「できる限り速やかに廃止する必要がある」とはっきりと指摘したことなどは、高く評価できるものである⁴⁹。

ただし、最高裁判所の姿勢が明確に積極的に変わったと断言することは時期尚早であろう。たとえば、公務員の政治的自由に関する堀越事件判決において、国家公務員法第 101 条の構成要件に該当しないとして無罪とした判決をみると、猿払事件判決の射程を実質的には縮減するものであるとはいえ、「事案を異にする」として正面から否定せずに、整合性の調整を意識して判決を下している点を見ると、従来の判例を変更しようとする姿勢は消極的なのではないかと感じさせる⁵⁰。いましばらくは、最高裁による違憲立法審査権の運

47 佐藤岩夫「最高裁判所は変わったかー違憲審査と政策形成を考える」法律時報 82 卷 4 号(2010) 46 頁。

48 佐藤岩夫前掲注 47。

49 衆議院議員定数配分規定・最大判平 23・3・23 平成 22 (行ツ) 207 号。

50 堀越事件・最判平成 24・12・7, 刑集 66 卷 12 号 1337 頁., 猿払事件・最判昭和 49・11・6, 刑集第 28 卷 9 号 393 頁。

横尾日出雄「最高裁の違憲審査の活性化と憲法判例 —最近の最高裁判決をめぐって—」CHUKYO LOWYER 第 18 号 (2013) 116 頁。

用に対する姿勢を注視しなければならない。

そこで次に、多くの論者に日本より積極的であると言われるアメリカの連邦最高裁判所の判決を確認することにより、日本の違憲立法審査制度のモデルとなった制度がどのように運用されているのかを検証してみたい。

(2) 合衆国連邦最高裁判所の積極性の意味

合衆国連邦最高裁判所の存在と権威を確固たるものとし、同時に自らの憲法解釈を通じて連邦と州との関係を大きく変えたのが、1801年にアダムズ大統領によって第4代首席判事に任命されたジョン・マーシャルである。合衆国憲法には、司法による違憲立法審査について明確な規定されていないが、いくつかの判決によって連邦法や州法が憲法に抵触する際には憲法が優越すること、そして合衆国憲法の終局的解釈権を行使するのは連邦最高裁判所の責任であるという重要な原則を導き出していった。とりわけ1803年の *Marbury v. Madison* 事件の判例によって、違憲立法審査権が確立されたとされる。法廷意見を執筆したマーシャルは、「何が法であるかを述べることは、断固として司法部門の権限であり義務である」と述べ、憲法のどこにも明示的に規定されていない「違憲立法審査」が憲法第3編によって連邦裁判所に与えられた司法権の範囲に含まれることを宣言したのである。⁵¹ もし、連邦司法部が議会立法の解釈適用のみをその権限とするならば、その後のアメリカ法の発展に連邦最高裁が果たす役割は極めて限られたものとなったであろう。実に、この事件でマーシャルが下した判決は、最高裁判所に「憲法の守護者」としての役割を与えたのみならず、合衆国憲法が「生ける樹木 (living tree)」として成長し続け、建国の父祖たち (Founding Fathers) の意図を遙かに超える発展を可

51 松井茂記『アメリカ憲法入門(第7版)』(有斐閣, 2012)を参照。

能にしたのである。⁵²

また 1810 年の *Fletcher v. Peck* 事件は、合衆国憲法 1 編 10 節 1 項の契約条項を根拠に州議会の実体的判断を制約することで、州法が連邦憲法に抵触するかどうかについても連邦最高裁の違憲立法審査権が及ぶことを明確にした。⁵³ このように、マーシャルの率いる最高裁は、連邦議会の立法権の範囲を拡大することにも大きな役割を果たしつつ、州の立法権に対する連邦憲法の優越性

52 独立戦争以前のアメリカにおいては、イギリス本国の伝統と同様、専制的な行政権に対抗するために、民主的な立法部への信頼が厚かった。しかしながら、立法権の拡大するにつれ、その濫用が市民を脅かすようになり、立法権を制約する憲法を制定し、その保障を立法部の自制ではなく、何らかの方策に求めるようになった。その際に用いられた制度が、ペンシルヴァニアとヴァーモントの検閲会議 (Council of Censors) やニューヨークの修正会議 (Council of Revision) である。前者は、選挙により選ばれた議員により、憲法に反する法律の廃止を立法部に勧告する権限や憲法改正のための憲法会議招集権などを持っていた。後者は、総督、衡平法裁判所長および最高裁判所裁判官で構成され、制定前の法案の憲法適合性を審査し、適合しないものに関しては拒否できる権限を持っていた。どちらも抑制的機能は極めて小さく、目立った成果をあげることができないままに、廃止された。このような試みが失敗が終わり、立法権に信頼が衰退し、司法権に対する信頼が展開されていった。

伊藤正己『司法権の優越 法学理論篇 43・法律学体系第二部』（日本評論新社，1952）59 頁

53 *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. 87 (1810).

なお合衆国憲法の ARTICLE - SECTION - (No.) は、編 - 節 - 項とする。

を確認し、州の権限行使に対する連邦最高裁の監督権の強化を指向した。⁵⁴

マーシャル・コートによって、確立された違憲立法審査権は、その後久しく連邦議会制定法について用いられることはなかったが、マーシャルの後をついで第5代連邦最高裁長官に就任したロジャー・トーニーの時代である1857年の *Dred Scott v. Sandford* 事件によって再び焦点が当てられた。⁵⁵ 奴隷制を採るミズーリ州に居住していたスコットは、1820年のミズーリ互譲法 (Missouri Compromise) により奴隷所有を禁止されたルイジアナ準州へ主人 (master) とともに移り住み、再びミズーリ州へ戻った。⁵⁶ 後に奴隷として転売されたスコットは、たとえ一時的であれルイジアナ準州に居住したことによって、自分は自由人になったと主張し、連邦裁判所に提訴した。これに対し連邦最高裁は、概略次のように述べてスコットの訴えを退けた。

黒人に州の市民権 (state citizenship) を認めるか認めないかは州の権限であり、スコットの居住するミズーリ州では黒人を市民として認められていない。スコットは、連邦裁判所に合衆国憲法第3編2節1項の「異なる州の市民相互間の争訟に関する管轄権 (diversity of citizenship jurisdiction)」に基づいて本件を提訴しているが、その居住する州において市民権を認められていない以上、スコットにはこの管轄権を援用する資格がない。

さらにこの判決は、連邦議会が合衆国の一定地域において奴隷所有を禁止することは「何人も法のデュープロセスによらず、生命、自由、財産を奪われることは無い」とする第5修正の禁止に抵触するとして、ミズーリ互譲法

54 契約条項は、20世紀初頭に第14修正の解釈を通じて「Substantive Due Process」の法理が確立するまで、州の立法権を制約する上で大きな役割を果たした。例えば、*Dartmouth College v. Woodward* 事件では、契約の概念を広く捉え、私立大学に理事任命権を付与した特許状を破棄し、州による任命制度を導入したニューハンプシャー州の法律を契約条項違反として斥けている。

Dartmouth College v. Woodward, 17 U.S. 518 (1819).

55 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

56 Conference committee report on the Missouri Compromise, March 1, 1820

それ自体を違憲と断定した。

Marbury v. Madison 事件以来およそ半世紀ぶりに連邦議会制定法を違憲としたこの判決は、奴隷制をめぐる南北の対立を決定的なものとし、強硬な奴隷廃止論者リンカーンが北部諸州の支持を得て大統領に当選するに及んで、ついに南北戦争（1861-65）の火蓋が切られた。後述するように、この判決は、第14修正（1866）によって完全に覆される運命を辿るが、連邦議会制定法であるミズーリ互譲法を第5修正のデュー・プロセス条項に依拠して違憲と断じたことは、20世紀初頭に経済規制立法を抑制する目的で最高裁が打ち出した実体的デュープロセス（substantive due process）という考え方を先取りするものであったと評することもできよう。⁵⁷ いずれにしても、トニー・コートは、連邦権の拡大に努めたマーシャル・コートとは対照的に、古典的な連邦制原理に依りながら、州の政策決定の自由を最大限に保障する姿勢を示したのであり、ドレッド・スコット判決はまさにその象徴であった。⁵⁸

国家を二分した戦乱が北部の勝利に終わった結果、合衆国憲法に3つの修正条項が付け加えられた。すなわち、奴隷制度の廃止を定める第13修正（1865）、合衆国市民の資格要件を定めるとともに、合衆国憲法上初めて州に適用される人権規定として登場した第14修正（1868）、そして新たに合衆国市民となった黒人市民の投票権を保障する第15修正（1870）がそれである。これらの修正条項は一括して「南北戦争修正条項（Civil War amendments）」と呼ばれている

57 藤倉皓一郎他『別冊ジュリスト 英米判例百選（第3版）』（有斐閣，1996），55頁。

58 奴隷制度の存続を許した最高裁の権威は、南北戦争の勃発とともに大幅な後退を余儀なくされた。リンカーン大統領は、行政命令の形で奴隷解放宣言を行ったのを皮切りに、軍最高司令官として徴兵制の導入、南部連合の港湾封鎖、人身保護令状の停止を決定し、さらに戦後には連邦軍による南部占領を強行したが、合憲性に重大な疑いのあるこれらの施策に対して、最高裁はほとんど抵抗することができなかった。

阿川尚之『憲法で読むアメリカ史 下』（PHP研究所，2004）55頁。

が、中でも第 14 修正は、合衆国憲法における人権保障の枠組みを大きく変更するのであった。すなわち第 14 修正は、まずその冒頭で「合衆国において出生し、または、これに帰化した者にして、その管轄権に従属する者は、すべて合衆国市民およびその居住する州の市民とする」と定め、合衆国市民であるかどうかはその居住する州において州民たるの資格が認められているかどうかによるとした Dred Scott 事件判決を正面から覆した⁵⁹。

第 14 修正は、州に対し、合衆国市民の特権・免責を制限できず、法の平等

59 この第 14 修正について、連邦最高裁が初めて解釈を求められたのが 1873 年の Slaughter House Cases 事件であった。この事件において連邦最高裁は、第 14 修正の特権免責条項で保護されるのは合衆国市民の特権と免責であり、州市民としての地位に基づくより広い特権や免責ではない。また、平等条項は黒人に対する差別撤廃を目指したものであり、アジア系市民の職業選択の自由が問題となる本件には適用されないとし、この二つの条項の適用範囲を著しく限定的に解釈した。続く 1883 年の Civil Rights Cases では、第 14 修正の平等保護条項は、州による差別行為から市民の権利を保護するためにあるのであって、連邦議会には本条項を根拠に、私人による差別行為を直接に禁止する法律を制定する権限はないとし、1875 年に制定された公民権法 (The Civil Rights Act) はその限りにおいて違憲であるとした。さらに 1896 年の Plessy v. Ferguson では、鉄道会社に白人と黒人の座席を別々に設けることを義務付け、白人専用座席に黒人が着席することを禁じたルイジアナ州法の合憲性を支持した。各人種に座席が用意されていれば、人種の違いを理由に黒人と白人とを分離することは、平等保護条項の禁止する差別に当たらないというのがその理由である。この判決によって打ち出された「分離すれども平等 (Separate but Equal) の原則」は、その後半世紀以上にわたって人種分離政策を支え、後にアメリカにおける人種問題の解決を大幅に遅らせた憲法解釈として非難を浴びることになり、1950 年代のウォーレンコートまで覆されることはなかった。Slaughter House Cases, 16 Wall. 36 (1873)., Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883)., Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537.

な保護を拒否できず、法の正当な手続によらないで人の生命、自由または財産を奪うことができないという3つの制限を加えている。とりわけデュー・プロセス条項は、それまで管轄権審査しか行うことしかできなかった州立法に対し、連邦最高裁判所が、デュー・プロセス条項が保障する「生命・自由・財産」のうち「自由」の概念を拡張し適用することによって、権利章典の規定のほとんどを州に適用する者と解釈され、その結果、実体審査を行うことを認められ、基本的人権の保障を飛躍的に進展させた⁶⁰。

次に、司法の積極的な姿勢が重要な局面は、20世紀に入ってから起こる。アメリカは、南北戦争後の長い復興期を経て急速な発展を遂げ、20世紀初頭のアメリカは未曾有の経済的繁栄を極めていた。しかしその一方で、自由放任主義市場原理の矛盾もまた目立ち始め、多くの州で過酷な労働条件にあえぐ人々を救済するために、経済活動の自由を制限する立法措置が試みられた。しかし、古典的な自由市場原理を信奉する当時の連邦最高裁は、後で言及する、第14修正のデュー・プロセス条項に新しい意味を与えることによって、これらの経済規制立法を阻止する姿勢を示した。1905年の *Lochner v. New York* 事件は、その代表的事例である⁶¹。

製パン工場の最長労働時間を制限するニューヨーク州の労働保護立法の効力が争われた本件において、最高裁は、それまで規制立法に立に係る民主的手続を保障するものと考えられてきた第14修正デュープロセス条項に、「実体的正義の保障」という観念を採り入れ、同法の違憲無効を宣言した⁶²。いわ

60 松井前掲注 52, 77 頁., 塚本前掲注 53, 205-219 頁.

61 本件では、製パン業・製菓業の労働者の労働時間を1日10時間、週60時間を超えることを規制する州法が違憲とされた。

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

62 *Lochner* 事件とほぼ同主旨の事件として、1985年の *Ritchie v. People* 事件がある。この事件では、婦人の労働時間を週48時間に制限したイリノイ州法が違憲とされた。

Ritchie v. People, 155 Illinois, 98 (1895).

ゆる「実体的デュープロセス（Substantive Due Process）理論」の適用である。この理論は、「州は、何びとからも、法の適正な過程によらずに、その生命、自由または財産を奪ってはならない。」と規定している第 14 修正第 1 条を、手続的な適正だけでなく、立法の実体的内容についての適正を求めているという観点から、州に対して干渉することができ得るとした理論であり、これ以降、労働者に組合への不加入を約束させる黄犬契約の禁止を定めた州法を違憲とした 1915 年の *Coppage v. Kansas* 事件や女性労働者に対する最低賃金を定めた州法を違憲とした 1923 年の *Adkins v. Children's Hospital* 事件において援用されている。また連邦議会制定法に対しても、黄犬契約を禁止する法律が問題となった 1908 年の *Adair v. United States* 事件において、第 5 修正のデュープロセス条項の内容として組み込まれており、連邦議会の経済規制立法を排除する根拠としても用いられるようになったのである。⁶³

もちろん、この時期の連邦最高裁がすべての経済規制立法を違憲としたわけではない。⁶⁴ だが、総じて言えば、最高裁が急激な資本主義経済の発達によって引き起こされたさまざまな矛盾を是正しようとする経済規制立法や労働保護立法に対して、きわめて敵対的な姿勢を示し続けたことは間違いない。そして、このような姿勢は、1929 年にウォール街を襲った株価の大暴落に端を発する経済恐慌を克服するために、フランクリン・D・ルーズベルト大統領が打ち出した「ニュー・ディール政策」に対する最高裁の多数派に引き継がれていくことになる。

1933 年に第 32 代大統領に就任したルーズベルトは、合衆国を襲った未曾有の経済危機を打開するためには、連邦政府の強力なイニシャティブによる全

63 *Coppage v. Kansas*, 23 U.S. 1 (1915)., *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923)., *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908).

64 女性労働者の最高労働時間を定めた法律を *Muller v. Oregon* 事件において、工場労働者の最高労働時間を定めた法律を *Bunting v. Oregon* 事件において合憲としている。

Muller v. Oregon, 208 U.S.412 (1908)., *Bunting v. Oregon*, 243 U.S. 426 (1917).

国家的経済復興政策が必要であると主張し、連邦議会に働きかけて、いわゆる「ニュー・ディール立法」を次々と成立させた⁶⁵。その多くは、州際通商条項を根拠に制定され、従来の憲法解釈では州の管轄事項とされてきた「州内における経済活動」にまで連邦の規制権限を及ぼそうとするものであったために、Lochner 事件判決以来の保守派が多数を占めていた連邦最高裁の激しい抵抗に遭遇することとなった。後年オールド・コート（Old Court）と呼ばれるようになるこの時期の最高裁は、実体的デュー・プロセス理論によって州の経済規制立法や労働保護立法を押さえ込んできたが、さらに加えて、より強力な経済活動の規制を連邦政府のイニシャティブによって行おうとするニュー・ディール政策に対しては、連邦政府への極端な権限集中は建国の父祖たち（Founding Fathers）たちが構想した限定的な連邦政府の役割に合わないと考えたのである。

連邦最高裁がニュー・ディール立法を違憲と断じた最初の事件は、1935年の Panama Refining Co. v. Ryan 事件である⁶⁶。ニュー・ディール立法の中でも最も重要な存在と考えられた全国産業復興法（NIRA）について、最高裁は、同法が州法の規制に違反して製造された石油の輸送を禁止する権限を大統領に与えているのは過度の立法権の委任であるとして、その一部無効を宣言した。

続く Schechter Poultry Corp. v. United States 事件では、特定の業種について公正な取引基準を承認する権限を大統領に付与した規定が、明確な基準を欠く権限の委任であり、憲法に抵触するとした⁶⁷。同様に、鉄道年金法を違憲とした Retirement Board v. Alton Railroad Co. 事件、農業抵当法を違憲とした Louisville Joint Stock Bank v. Radford 事件、農業調整法を違憲とした United States v. Butler 事件、

65 社会保障法 (Social Security Act, 1935)、農業調整法 (Agricultural Adjustment Act, AAA, 1933)、全国産業復興法 (National Industrial Recovery Act, NIRA, 1933)、全国労働関係法 (National Labor Relations Act, 1935) 等。また、失業者対策としてテネシー川流域開発公社 (Tennessee Valley Authority, TVA, 1933) 等が設立した。

66 Panama Refining Co. v. Ryan, 293 U.S. 388 (1935)。

67 Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U.S. 495 (1935)。

炭鉱労働者に対する最高労働時間・最低賃金を定めた法律を違憲とした *Carter v. Carter Coal Co.* 事件などの一連の事件において、ニュー・ディール立法が相次いで違憲とされた。⁶⁸

また 1936 年の *Morehead v. New York* 事件では、*Adkins v. Children's Hospital* 事件判決の法理をそのまま踏襲して、婦人労働者の最低賃金を定めるニューヨーク州法をデュー・プロセス条項に反すると判示した。⁶⁹ この判決はいわゆる「適用違憲」の事例であり、法律自体の違憲を宣言したものではなかったが、ニュー・ディール政策をことごとく否定しようとする最高裁の姿勢を端的に示すのもであった。このように、この時期の連邦最高裁は、古典的な自由放任主義経済原理にこだわり、実体的デュー・プロセス論によって「契約の自由」に対する干渉を排除する一方、州際通商に直接影響しない州内事項への連邦の規制権限を極めて制限的に捉えたのである。

このような連邦最高裁の姿勢は、国民の圧倒的多数が支持するニュー・ディール政策の実現を妨げる最大の要因となり、司法部と政治部門の間に南北戦争以来最大の緊張を作り出した。そして 1936 年の大統領選挙で圧倒的な勝利で再選したルーズベルトは、最高裁による積極的な違憲立法審査権の行使を抑制する試みに着手した。その具体的な方法として、憲法改正によって裁判所から違憲立法審査権を取り上げる案、議会の 3 分の 2 の多数によって違憲判決を覆す (override) ことができるようにする案、裁判所の法律違憲判決には 3 分の 2 の裁判官の同意を必要とする案などが検討された。しかし、ニュー・ディール立法が多くの場合に僅差によって違憲とされていることに注目したルーズベルトは、「裁判所囲い込み作戦 (court packing operation)」として知

68 *Retirement Board v. Alton Railroad Co.*, 295 U.S. 330 (1935).; *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936).; *Louisvill Joint Stock Bank v. Radford*, 295 U.S. 555 (1935).; *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936).

69 *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*, 298 U.S. 587 (1936).

られる裁判所改造案を提示した。⁷⁰ 最高裁判事で 70 歳を超える者があるときは、最大限プラス 6 名の範囲で裁判官を追加任命できる権限を大統領に与えるというのがその骨子である。ルーズベルトは、この案を「裁判所が事件の処理をより効率的にするための措置」と説明したが、自分と思想を同じくするものを最高裁に送り込むことによって判例の変更を実現するのが狙いであることは、誰の目にも明らかであった。このルーズベルトも提案に対しては、司法部からアメリカ憲政の基本を揺るがすものであるとして猛烈な批判が浴びせられたのはもちろん、与野党を問わず議会からも反対の声が上がった。⁷¹ そのため大統領側は、新しく最高裁に任命できる判事の数や年間 1 人に制限するなどの妥協案を示したものの、それでも議会の説得することができず、結局「包み込み作戦」は廃案に追い込まれた。国民が圧倒的に支持したニュー・ディール政策ではあったが、その実現の妨げとなる最高裁の人事に手をつけようとする大統領の提案に対して、連邦議会が党派を超えて反対したところに、「司法権の独立」という価値に対する議会指導部の良識と深い思いを見ることができる。

しかしながら、ルーズベルトの試みは、まったく無駄に終わったわけではない。国民の圧倒的な支持を背景とする大統領の強い意思が示されたことによって、それまで中間派であった裁判官がニューディール支持派に転じ、また高齢の裁判官の退職もあったことから、連邦最高裁はニュー・ディール支持派の裁判官が多数を占めることになったからである。

連邦最高裁の方向転換を示す最初の事件は、1937 年の *West Coast Hotel Co. v. Parrish* 事件であった。ワシントン州の最低賃金法を合憲としたこの判決において、最高裁はわずか 1 年前の *Morehead v. New York* 事件の判決の根拠となった

70 10 年以上在職した連邦裁判所の裁判官が 70 歳の誕生日を迎えた日から 6 ヶ月以内に退職しない場合、大統領は、当該裁判官の在職する裁判所に新たに 1 名追加できる。ただし、追加任命される裁判官の総数は 50 名以内、そのうち最高裁の裁判官については在職者が 15 名を超えてはならないとした。

71 田中英夫『英米法総論 上』（東京大学出版会，1980）332 頁。

1923年の *Adkins v. Children's Hospital* 事件の判決を明確に否定し、「デュープロセス条項は、契約の自由について何も規定していない」とした。まさに、実体的デュープロセス理論によって経済規制立法を違憲として退けてきた *Lochner* 時代の終焉を象徴する判決である。⁷² 連邦最高裁は、これを皮切りとして、ニュー・ディール立法の合憲判決を次々に下していった。⁷³ 1938年の *United States v. Carolene Products Co.* 事件で法廷意見を執筆したストーン裁判官は、その脚注(4)において「通常、法律には合憲性が推定されるが、人権を抑制する立法の場合は、合憲性の推定の範囲が狭くなる。政治過程に影響を与える立法は、経済過程に影響を与える立法よりも、厳格な審査の対象となる。少数者の権利は、宗教的なものであれ人種的なものであれ、特別な裁判上の保護を受ける」と述べ、いわゆる「二重の基準論 (Double Standard Theory)」を示した。⁷⁴

これを契機に連邦最高裁は、社会経済立法の分野では消極主義、市民的自由の擁護の分野では積極主義という「二重の基準」によって、自らの憲法判断基準を使い分けるようになったのである。そして、1941年の *United States v. Darby Lumber Co.* 事件に至るや、連邦政府による通商条項を根拠とする経済活動の規制は、立法の動機や目的に関わらず、ほとんどすべて合憲とされることとなった。⁷⁵

このようにして、連邦最高裁が自らが信奉する古典的な資本主義経済原理にしたがって、実体的デュー・プロセス理論を振りかざし、政治部門が選択した経済規制政策に積極的に干渉した時代は終わりを告げ、代わって実体的デュー・プロセスの概念によって、少数者の権利保護を拡大する次の時代へとつながっていった。

72 *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937).

73 例えば、*NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp* 事件においては、労働者の団結権と労使紛争における組合の交渉権を認める全国労使関係法を合憲とした。

NLRB. v. Jones & Laughlin Steel Co, 301 U.S.1 (1937).

74 *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

75 *United States v. Darby Lumber Co.*, 312 U.S. 100 (1941).

「合衆国の歴史上もっともリベラルな最高裁」として、少数者の人権保護のために積極的にその違憲審査権を行使したことで知られている連邦最高裁判所第 14 代首席裁判官アール・ウォーレンが就任したのは、第二次大戦が終結し暫くした 1953 年である。ウォーレン・コートがまず始めに手がけたのは、合衆国憲法第 14 修正の平等保護条項に基づく人種差別撤廃であった。就任直後の 1954 年に *Brown v. Board of Education* 事件において自ら法廷意見を執筆したウォーレン長官は、1886 年の *Plessy v. Ferguson* 事件判決以来維持されてきた「分離すれども平等の法理 (Separate but Equal Rule)」を明確に破棄し、公立学校における人種別学制度を定めた州法を違憲と断定した⁷⁶。この判決では、原告の黒人児童に対する具体的な救済策方法については示さなかったが、翌年の *Brown v. Board of Education* 第 2 号事件において、最高裁は、「できる限り速やか (with deliberate speed)」に、黒人児童を人種差別の無い形で公立学校に入学させるよう指示し、人種差別撤廃のための積極的是正措置を命じた。

ウォーレン・コートが次に取り組んだのは、「投票価値の不平等」に関する問題である。19 世紀末から 20 世紀にかけて全米各地で都市化が進み、農村地域の選挙区と都市の選挙区との間で 1 票の価値に大きな較差が生じるようになっていた。1930 年代に入ると、こうした状況の改善を求める訴訟が過少代表選挙区の有権者から提起されるようになったが、連邦最高裁は、選挙区割の改定に関する問題は、極めて政治的な性質を有するものであり、司法判断にそぐわないとして、これらの訴訟を退けていた⁷⁷。

ところが、1962 年の *Baker v. Carr* 事件では、これらの先例を覆す画期的な判決が示された⁷⁸。すなわち、州議会の議席配分規定が争われたこの事件において、連邦最高裁は、議員定数不均衡問題に初めて司法判断適合性を認め、第 14 修正の平等保護条項の許容限度を超える投票価値の不平等を生み出している

76 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

77 *Colegrove v. Green* 事件や *South v. Peters* 事件は、その代表的事例である。

Colegrove v. Green, 328 U.S. 549 (1946)., *South v. Peters*, 339 U.S. 276 (1950).

78 *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

定数配分規定を違憲と断じたのである。続いて、連邦議会下院の定数不均衡が争われた1964年の *Wesberry v. Sanders* 事件で、憲法第1編2節は、議席配分が可能な限り人口に比例していることを求めているとして、「1人1票 (One Person, One Vote)」の原則を示した⁷⁹。さらに、同年の *Reynolds v. Sims* 事件において、この原則は第14修正の平等保護条項によって州議会の議席配分規定にも適用されるとした⁸⁰。

定数不均衡問題の解決は、専ら議会自身の自助努力に依るしかないとして、積極的な介入を避けてきた連邦最高裁がそれまでの姿勢を改め、具体的な救済を下級裁判所に委ねた結果、アメリカでは「司法救済の自由化」ともいえるべき現象が生じ、少なくとも議会議員選挙に関する限り、定数不均衡問題は1970年にはほとんど解決されることになったのである⁸¹。

ウォーレンコートが取り組んだもう一つの注目すべき分野は、刑事司法手続の改革である。1961年の *Mapp v. Ohio* 事件では、違法な捜索・押収に対する第4修正の保障を第14修正のデュー・プロセス条項に読み込むことによって州にも当てはめ、そのような捜索で得られた証拠を有罪の根拠として用いてきた従来の慣行を否定した。1963年の *Gideon v. Wainwright* 事件では、第6修正の定める弁護人依頼権を州の刑事裁判にも適用し、刑事被告人が弁護士費用

79 *Wesberry v. Sanders*, 376 U.S. 1 (1964). アメリカ法 1965-1号(1965) 124頁を参照。

80 *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964).

81 立法不作為に起因する定数不均衡問題を司法的に解決するためには、裁判所が伝統的に与えてきた救済方法では困難な場合が多い。そのため、*Baker* 事件判決を受けた下級裁判所は、さまざまな救済方法を生み出さざるを得なくなり、また連邦最高裁もこれを容認してきた。裁判所が自ら任命した第三者委員会の作成した議員定数配分規定を判決で強制した *Reynolds v. Zimmerman* 事件は、その好例である。なお、合衆国における定数均衡問題については、中村良隆「一人一票原則の再検討」比較法学 36巻1号(2002)に詳しい。

Reynolds v. Zimmerman, 22 Wis. 2d 544, 126 N.W.2d 551 (1964).

を払えない場合、州政府は、その被告人に弁護人を付ける義務があるとした。⁸² 1966年の *Miranda v. Arizona* 事件においては、任意性の無い被疑者の自白には証拠能力が無いという第5修正の原則を州の手続にも適用するにとどまらず、「被疑者には黙秘権があること、取り調べの際の証言は証拠として用いられる可能性があること、取り調べの際に弁護士の立ち会いを求める権利があること、もし被疑者に弁護士を雇う金銭的な余裕が無い場合には弁護士の選任を州に求める権利があること」を「あらかじめ知らせ」ねばならないと判示した。⁸³ こうした一連の判決は、貧しく刑事事件のついで知識の無い被疑者や被告人がより公平な取り調べや裁判を受けられるようにする目的を持っており、その様な被疑者や被告人の多くが黒人を中心とする少数民族であったため、人種差別を解消し、平等に取り扱う意味もあった。しかしながら、まるで議会が法律を制定するかのように細かい指示を警察に与えるこれらの判決は、司法権の逸脱だと、保守派から大きな反発を引き起こした。⁸⁴

その他にもウォーレン・コートは、人権をめぐるさまざまな分野で、リベラルな判決を数多く下した。1964年の *New York Times Co. v. Sullivan* 事件では、それまで州法の分野だと考えられていた名誉毀損に第1修正の網をかけ、訴訟の心配をしないで政府批判を行えるよう表現の自由を確保した。⁸⁵ また1965年の *Griswold v. Connecticut* 事件では、避妊を目的とする薬剤や器具の使用および避妊方法について助言・指示することを処罰する州法は、夫婦のプライバシーの権利を侵害するものとして違憲と判示されている。⁸⁶

このようにウォーレン・コートは、伝統的に司法部が立ち入ることを避けてきた分野、あるいは政治部門が放置してきた分野で、積極的に司法救済の

82 *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963).

83 *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). アメリカ法 1966-2号(1966) 328頁参照.

84 阿川前掲注 58, 265頁

85 *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). アメリカ法 1965-1号(1965) 139頁参照.

86 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

道を拓き、そのリベラリズム精神に溢れた違憲審査権の行使は、単に憲法が求める「古い権利の実現」のみならず、「新しい権利の創設」まで含むものであった。このような積極的な姿勢は、少数者の権利保護という面から高い評価を受ける一方で、行き過ぎた「司法的政策形成 (Judicial Policy -making)」であるとの批判にも曝されたのである。⁸⁷

1969年、共和党のニクソン大統領は、アール・ウォーレンの後任にウォーレン・E・バーガーを任命した。大方の予想では、抑制的な最高裁を望むニクソン大統領の眼鏡にかなった新長官のもとで、連邦最高裁は保守化に向かうのではないかと考えられた。実際、バーガー・コートは、刑事手続の分野でこれまでの進歩的判例を押し戻すような判決を下したり、財産権の保護によりウェイトを置く判決を下したりしている。しかしながら、その一方で、バーガーの率いる最高裁は、時としてウォーレン・コートの路線の踏襲とも言うべきリベラルで大胆な憲法解釈を行ったのである。

その中でももっとも大きな議論を呼んだ判決は、人工妊娠中絶にかかわる1973年の *Roe v. Wade* 事件であろう。⁸⁸ この事件において連邦最高裁は、妊娠期間を3期間に分けるトライセメスター枠組を打ち出し、一定の制限を設けたものの、妊娠第2期間終了までの人工妊娠中絶は、原則的に憲法上与えられた女性のプライバシー権であるとして、人工妊娠中絶を犯罪としていたテキサス州法を違憲とし、前述した *Griswold v. Connecticut* 事件のプライバシー理論を拡大した。

また、大統領の強大な権力に対抗した表現の自由・報道の自由の確立のための判決も注目すべきであろう。1971年の *New York Times Co. v. United States* 事件では、新聞社がベトナム政策に関する国防総省の秘密文書を公表しようとする

87 こうした批判は、ウォーレン・コートの良き理解者として知られるアーチバルド・コックスからさえも聞かれる。アーチバルド・コックス著、吉川精一、山川洋一郎訳『ウォーレン・コート』（日本評論社、1970）

88 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). アメリカ法 1975-1号(1975) 111頁を参照。

した際に、その差し止めを求めた政府の請求を却下している⁸⁹。また、1974年の *United States v. Nixon* 事件では、ウォーターゲート事件の証拠として、大統領執務室における側近との会話記録の提出を求めた連邦地裁の判断を支持し、行政特権を根拠にその提出を拒んだ大統領側の主張を退けた⁹⁰。

人種差別の分野では、おおむねウォーレン・コートの判例からさらに踏み込んだとも言えよう。1971年の *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education* 事件において、*Brown* 事件以来人種別学が禁止されたにもかかわらず、遅々として進まなかった公立学校における人種の統合において、強制バス通学を用いて人種統合を実現する命令を下した⁹¹。強制バス通学は不評で各地で紛争が起きるものの、連邦最高裁は、1979年の *Columbus Board of Education v. Penick* 事件と *Dayton Board of Education v. Brinkman* 事件の2つの判決において、強制バス通学の有効性を確認している⁹²。

他方、人種差別撤廃のための優遇措置（*affirmative action*）の合憲性については、バーガー・コートの姿勢は微妙な揺れを見せている。1963年に暗殺されたケネディ大統領の遺産ともいべきアファーマティブ・アクションが広まりを見せるにつれて、これを「逆差別（*reverse discrimination*）」であるとして、憲法上の挑戦が相次ぐようになった。少数者優先入学制度の合憲性が問題となった1978年の *Regents of the University of California v. Bakke* 事件は、同じ問題を争った4年前の *DeFunis v. Odegaard* 事件で、連邦最高裁がムートネスの法理に依拠して終局的判断を回避したこともあって、アファーマティブ・アクションに対する最高裁の姿勢を占う事件として、大きな注目を集めたが、本件において最高裁は、大学の入学定員に明白な人種枠を設けるのは違憲だが、

89 *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).

90 *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974).

91 *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1 (1971).

92 *Columbus Board of Education v. Penick*, 443 U.S. 449 (1979)., *Dayton Board of Education v. Brinkman*, 443 U.S. 526 (1979).

入学者選抜に際して人種を考慮することは合憲であると判示した⁹³。行き過ぎた優遇政策に歯止めをかけたものの、その政策自体については違憲とも合憲とも断定しなかったこの判決は、アファーマティブ・アクションの支持者からも反対者からも玉虫色の判決であるそして批判されたが、政治部門が人種問題の根本的解決を目指して採用したこの政策の合憲性をにわかに判断せず、それが一線を越えたときにのみ介入する慎重かつ現実的な対応として評価することもできる⁹⁴よう。

このようなバーガー・コートの是々非々の姿勢を「根無し草的積極主義」と評する論者もあるが、他方において、違憲判断を行うときは、その対象が州法であると連邦法であるかを問わず、ウォーレン・コート以上に積極的であったとの評価もある⁹⁵。バーガー・コートは、確かに自らの価値理念を前面に出すことは少なかったが、結果を重視するあまり時として強引とも思える憲法解釈を採用したウォーレン・コートに較べ、より自制的で、判例理論の整合性を重視する姿勢を維持したことが、バーガー・コートの最大の特徴であった。

1986年、強い保守的な考えで知られる共和党のレーガン大統領によって連

93 大学の入学定員 100 人中、16 人をマイノリティのための別枠としたため、成績がよかったにもかかわらず入学できなかった白人男性が、連邦憲法および 64 年公民権法違反を理由に提訴した事件。選抜において人種を考慮に入れることは許されるとしつつ、人種による別枠制は違憲であるとした。

DeFunis v. Odegaard, 416 U.S. 312 (1974)., Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 113 (1978)., アメリカ法 1980-1 号(1980) 153 頁を参照。

94 教育分野でのアファーマティブ・アクションをめぐる連邦最高裁の判断の揺れは、次代のレンクィスト・コートにも引き継がれている。この点については、後述する Gratz v. Bollinger 事件および Grutter v. Bollinger 事件を参照。

95 山口和秀「判例の動向－根無し草的積極主義？」判例タイムズ 535 号(1984) 17 頁., 大久保史郎「アメリカ司法審査制の現段階－現状分析の基礎視角をめぐって」法律時報 57 巻 6 号(1985) 48 頁。

邦最高裁判所長官にレンクィストが任命された。レンクィスト・コートは、過去の判決を重視し現状をなるべく維持しようとする傾向があった。このような姿勢は、刑事手続、妊娠中絶、アファーマティブ・アクションなど政治的に大きな憲法問題について判断を求められた場合に、とくに顕著に現れている。

妊娠中絶問題では、1988年の *Webster v. Reproductive Health Services* 事件や1992年の *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 事件を通じて、州による妊娠中絶の規制に一定の理解は示したものの、*Roe v. Wade* 事件判決を明確に覆すことは拒否している⁹⁶。また、刑事手続に関しては、2000年の *Dickerson v. United States* 事件において、*Miranda* 事件判決の効力を否定する連邦制定法を違憲と判示している⁹⁷。さらに、アファーマティブ・アクションについては、この政策自体を違憲と断定することなく、その具体的の方法の妥当性を厳格に審査するというバーガー・コート以来の伝統を引き継いでいる。例えば、人種に配慮した選挙区割の妥当性が争われた1993年の *Shaw v. Reno* 事件では、黒人有権者の代表選出を可能にするために設定された少数者優越選挙区（Majority Minority District）があまりにも歪な形状となっていることなどを理由に、原審に差し戻した⁹⁸。このように個々の人種優遇措置の合憲性を判断する際に、そこで採用された方法に着目するというアプローチは、2003年に同一大学の採用した少数者優先入学制度が問題となった2つの事件で、一方を違憲とし他方を合憲とするという、一見矛盾した結果を生み出している⁹⁹。

また、1989年の *Texas v. Johnson* 事件では、レーガン政権への抗議として星条旗に放火した青年を有罪にしたテキサス州の判決を、「政治的な抗議行動として国旗を燃やすことは、第1修正の保障する表現の自由に含まれる」として

96 *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989)., *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

97 *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000).

98 *Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630 (1993). アメリカ法 1995-1号(1995) 132頁を参照.

99 *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003)., *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

破棄し、言論表現の自由に最大限の保障を与えてきた先例を重視する立場を鮮明にした¹⁰⁰。その中で、1995年の *United States v. Lopez* 事件では、州際通商条項に基づいて教育施設隣接地域での拳銃所持を禁止した連邦法を経済活動の規制に当たらないとして、1935年の *Schechter* 事件以来、実に60年ぶりに州際通商条項を根拠に制定された連邦議会制定法を違憲と判示している¹⁰¹。

このように、レンクイスト・コートは、その保守的価値理念を前面に出すことを慎重に避け、ウォーレン・コートおよびバーガー・コート時代の先例を踏襲する姿勢を示してきたと総括することができよう。ただ、連邦最高裁判に提起される事件数が増加しているにも拘わらず、上告件数を絞り込み、最高裁が下す判決の数も減少している。そのため連邦最高裁が自らの見解を明らかにする機会が減少し、現状維持という役割しか果たしていないという厳しい論評もある¹⁰²。

2005年のオコナー（*Sandra Day O'Connor*）裁判官の引退発表を受け、ジョージ・W・ブッシュ（*George Walker Bush*）大統領は、ジョン・ロバーツ（*John Glover Roberts, Jr*）を連邦最高裁判所判事に指名した。しかしながら、その直後にレンクイスト長官が死去したため、ロバーツは改めて最高裁判所長官として指名され、就任した。

ロバーツは穏健な保守派だと考えられている。確かに、就任当初の6年間はリベラル派裁判官と保守派裁判官の意見が割れる事例において決定票を握ったことは一度しかない¹⁰³。しかしながら就任7年目以降、いくつか重要な事件でリベラルな姿勢を見せている。

2012年の *National Federation of Independent Business v. Sebelius* 事件は、オバマ政権

100 *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).

101 *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995)., アメリカ法 1996-1号(1996) 161頁を参照.

102 木下智史「90年代の合衆国最高裁と憲法学」法律時報 70巻1号(1998)32頁.

103 *Jones v. Flowers*, 547 U.S. 220 (2006)., 宮下紘「アメリカ最高裁の判決を読む(2011-12年開廷期)」駿河台法学 26(2) (2013) 195頁.

の悲願である医療保険改革法の個人の強制加入について合憲性が争われた¹⁰⁴。連邦最高裁は個人の強制加入について合衆国憲法第 1 編 8 節 3 項の州際通商条項や同 1 章 8 条 18 項必要かつ適当条項ではなく、同 1 編 8 節 1 項の課税権を根拠に 5 対 4 で合憲の判決が下したが、保守派に同調し違憲の判断が下されるとの予想を覆し、ロバーツ長官はリベラル派に同調し決定票となった¹⁰⁵。また婚姻を異性間による法的な結合と定義する婚姻防衛法第 3 条が、合衆国憲法第 5 修正から導かれる法の下での平等に違反していると争われた 2013 年の *Hollingsworth v. Perry* 事件は、婚姻防衛法は、州法上の婚姻の一部を区別して不平等に取り扱っており、州による婚姻の認定を連邦が否定していることなどを挙げ、違憲としている。さらに、令状で定められた日数を超えて GPS（衛星測位システム）装置を被疑者の車両に装着して得られた証拠に基づき起訴したのは、合衆国憲法第 4 修正の不合理な押収・捜索にあたるか否かが争点となった 2012 年の *United State v. Jones* 事件は、法廷意見と同意意見とが異なる理由付けにはなったものの、保守・リベラルの垣根を越え、プライバシーに対する脅威であるとして全会一致で違反すると判断している¹⁰⁶。

しかしながら武器保有の権利を保障している第 2 修正に違反するとして銃器規制法を違憲とした判決や¹⁰⁷、選挙費用規制を規定する連邦法律を違憲としたように保守的な立場を崩すわけではない¹⁰⁸。またアファーマティブ・アクション

104 *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. ___, 132 S.Ct 2566 (2012).

105 宮下前掲注 103, 209 頁。

106 *United State v. Jones*, 565 U.S. ___, 132 S. Ct. 945 (2012)., Peter Swire, A Reasonableness Approach to Searches After the Jones GPS Tracking Case 2012, 64 *Stan. L. Rev. Online* 57.

107 *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).

詳しくは、富井幸雄「*District of Columbia et al. v. Heller*, 554 U.S. ___, 128 S.Ct. 2783 (2008)」アメリカ法 2009-1 (2009) 153 頁を参照。

108 *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010).

詳しくは、東川浩二「*Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. ___, 130 S.Ct. 876 (2010)」アメリカ法 2010-2 (2010) 423 頁参照。

ョンに関しては、合否判定において人種を加点要素の1つとしたテキサス大学の入学試験制度が合衆国憲法第14修正の平等保護条項に違反するかどうか争われた2013年のFisher v. University of Texas 事件では、Grutter 事件判決の基準をより厳格に審査して、その合憲性を認めた控訴審を破棄し、従来からの姿勢を踏襲している¹⁰⁹。

ロバーツ・コートは基本的には保守的な立場を見せているが、それは司法消極主義に立つことを意味するわけではなく、保守的であるとともに積極的な姿勢をみせていると評価される¹¹⁰。また時にリベラルな判決をみせるなど、必ずしも「従来のリベラル・保守の枠組みで単純に評価することができない傾向をもっている」という評価もなされている¹¹¹。

以上、アメリカの連邦最高裁判所がその違憲審査権をどのように行使してきたかについて、それぞれの時代の重要な判例を取り上げて検討してきたが、結果として言えるのは、連邦最高裁がこの権限をほぼ一貫して積極的に行行使してきたことである。ただし、その司法積極主義が奉仕しようとした目的は、決して一様ではない。司法積極主義の元祖とも言えるマーシャル・コートは、連邦権の確立のために多くの州法を違憲としたが、ニュー・ディール初期の最高裁にとって、それはアメリカに未曾有の経済的繁栄をもたらした古典的資本主義経済原理を守るためのものであった。憲法革命以後の最高裁は、オールド・コートがその信念に反する経済規制立法や労働保護立法を退けるために生み出した「実体的デュープロセス」の法理を後退させ、経済問題に関する政治部門の判断を尊重する司法消極主義の姿勢に転じたが、その際に提起した「二重の基準論」は、第二次大戦以後のウォーレン・コートに少数者保護のための重要な理論武装を提供し、アメリカの憲法史上もっともリベラ

109 Fisher v. University of Texas, 570 U.S. ___, 133 S. Ct. 2411 (2013).

110 市川正人「保守化の中のアメリカ合衆国最高裁 — 2013年開廷期の判決から —」立命法学第357・358号(2014)23頁。

111 木下智史「アメリカ合衆国最高裁における憲法判断の動向：2009–2010年開廷期の判決より」関西大学法科大学院ジャーナル7号79頁(2012)80頁。

ルな最高裁を現出させることとなったのである。

このように、時代によって消長があるものの、合衆国最高裁判所が司法積極主義の姿勢を示すときは、自らの憲法理念ないし思想的立場—それが革新的であれ保守的であれ—を、憲法解釈の姿を借りて主張するためであり、そうであるが故に、民主的基盤を有さない—握りの司法エリートによる「司法的政策形成」として、大いなる非難も巻き起こされてきたと結論づけることが許されよう。

(3) 小括

以上述べてきたように、合衆国と日本における違憲立法審査制度の運用スタイルには、きわめて大きな差異が見られる。合衆国では時として過剰なまでの司法的政策形成が行われる一方、日本の最高裁は「憲法の擁護者としての役割を放棄した」と酷評されるほどに、慎重かつ抑制的にこの権限を行使してきた。では、付随的違憲審査制度を採用する両国において、何故このような差異が生じてくるのであろうか。

日米の最高裁判所の姿勢を異ならせている原因として、さまざまな要素を指摘することができる。例えば、伊藤正己元最高裁裁判官は、①日本の精神的風土として「和」の尊重があること、②法律家は、一般的に法的安定の確保を至上の目的とすること、③日本の司法制度の特徴等さまざまな要素が働いて、最高裁裁判官の憲法感覚が鈍磨させられること、④大法廷と小法廷の事件の分担が、制度の運用の結果として消極主義に連なるものがあること、⑤日本の理想の裁判官像は、没个性的な裁判をする裁判官のうちに求められているように思われること、などを上げて¹¹²いる。

また、衆議院憲法調査会事務局が2004年に纏めた「憲法保障（特に、憲法裁判制度及び最高裁判所の役割）に関する基礎的資料」では、①内閣法制局や議員法制局による法案提出前の事前審査により、最高裁判所が違憲審査の経験を積む状況が妨げられているという「厳格な事前審査による弊害の問題」、

112 伊藤正己『裁判官と学者の間』（有斐閣，1993）106-137頁。

②最高裁判所が単一の裁判所制度の頂点に位置し司法行政を担い、職業裁判官をキャリアシステムの中で育成する現行人事制度により、没个性的、体制迎合的な裁判官を多く生み出しているという「人事システムの問題」、③付随的違憲審査制度により、違憲審査権の行使が副次的なものとなっている「付随的違憲審査制の限界の問題」などの要因が取り上げられている。¹¹³

これらの分析は、日米の最高裁判所を取り巻く環境条件の違いを理解する上で、きわめて重要な視点を我々に提示しているが、さらに付け加えるならば、次の2つの要素もまた注目すべきポイントであろう。

第1に、最高裁判所が処理しなければならない上告事件の数の問題である。合衆国最高裁判所は、憲法上その管轄権が制限されている連邦司法部の頂点に立つ終審裁判所であって、合衆国で発生するすべての民事・刑事事件について上告管轄権を行使するわけではない。¹¹⁴つまり、州裁判所に係属した訴訟は、原則として州最高裁判所を終審とし、連邦最高裁への上告は特別の場合に限られている。のみならず、連邦最高裁は、「裁量上告制度」の活用によって、上告受理件数を年間100件程度に絞り込み、事実上の「憲法裁判所化」を進めてきた。¹¹⁵これに対して、「権利上告」を基本とする日本の最高裁判所は、膨大な上告事件（その圧倒的大多数は通常の法令解釈事件で占められる）の処理に追われ、憲法問題の検討に要する時間とエネルギーを十分確保できな

113 「『憲法保障（特に、憲法裁判制度及び最高裁判所の役割）』に関する基礎的資料」『衆憲資第44号』（衆議院憲法調査会事務局，2004）18頁，
<http://www.shugiin.go.jp/itdb.kenpou.nsf/html/kenpou/shukenshi.htm>.

114 合衆国憲法第3編2節1項参照。

115 See United States Department of State, *ejournal USA* 9 (volume14/nuber10, 2009)
<http://www.america.gov/publications/ejournalusa.html>.

い状態に置かれている。¹¹⁶

第2に、連邦制度を採る合衆国では、日本には存在しない「連邦と州の権限配分のアンパイア」という役割が違憲審査制度の重要な機能の一つとなっていることである。連邦政府と州政府の管轄権の衝突は、合衆国の連邦制度が「連邦に与えられた権限以外はすべて州が留保する」という権限配分的方式を採用しているために、当該紛争の解決に当たる裁判所にとって、「玉虫色の解答」が許されない一つまり、「連邦の権限事項か州の権限事項か」の二者択一を迫られる一課題という性質を有している。¹¹⁷このようにして、合衆国最高裁判所は、連邦と州の立法管轄をめぐる紛争の解決を通じて、20世紀前半までに、「政治部門の選択に対する究極的拒否権の発動」たる法律違憲判決の場数を重ねてきたとすることができる。それは、連邦権の確立を目指すマーシャル・コートが多くの州議会制定法を違憲とし、あるいは古典的な権限配分の枠組みに固執するオールド・コートが多くのニューディール立法を斥けたことにも示されている。

合衆国に「強い最高裁判所」を誕生させた理由の一つがこのような違憲立法審査権の発動の歴史にあると考えるならば、次に問われなければならないのは、このような経験を持ち合わせていない国々にとって、果たしてアメリカ型の司法的統制システムが適合するかどうかという問題である。

そもそも、合衆国で発達した違憲審査制度の特徴は、議会立法に対する「憲法の優越」を前提として、国民の代表機関である議会の制定した法律の効力に関する判断をごく少数の司法エリートの手にて委ねているところにある。よ

116 日本においても、1998年に施行された改正民事訴訟法第318条1項が裁量上告制度を部分的に導入したが、憲法問題を上告理由に掲げれば上告が可能であるために、上告を認められたいがために憲法問題が主張されることも多く、90年代には5,000件程度で推移してきた年間上告受理件数が激増するという皮肉な結果となっている。

最高裁判所『裁判の迅速化に係る検証に関する報告書（第4回）』（2011）。

117 合衆国憲法第10修正参照。

り端的に表現すれば、それは憲法が何を命じているかについて「最終的な言葉 (the last word) を発する権限」を最高裁判所に独占させる制度であり、そこから生じる責任は最高裁判所に計り知れない重圧を科さずにはおかない。その意味において、合衆国最高裁判所がその責任を積極的に引き受け、しばしば議会との対立も辞さない姿勢を示してきたことは、Marbury v. Madison 事件以来の長くかつ特有の歴史と深く結びついた例外的現象と受け止めるべきであって、日本の最高裁判所の消極主義もこのような視点から再考する必要があるように思われる。換言すれば、これまで、日本国憲法解釈学が、日本国憲法が予定するのは「アメリカ合衆国型の違憲審査制度」であるとしてきたことは、それが、通常の司法裁判所による付随的憲法審査制であるという制度論的な意味においては間違いではないが、そこに含まれている、「司法の自己抑制」「司法消極主義」が付随的違憲審査性の重要な要素であるという位置づけについては、再度、その意味を含めて検討する必要があると思われるのである。

そこで本稿では、次章以下において、カナダに注目するが、それは、次のような理由による。カナダは、1867年の連邦結成以来、アメリカ合衆国と同様に最高裁判所が連邦と州の管轄権審査を行う権限を有してきたが、一方で、イギリスの議会主権原則を引き継ぎ、連邦法であれ州法であれ、その実体内容については司法裁判所の憲法判断の対象とされて来なかった。ところが、カナダは1982年に憲法を改正して、硬性の人権規定を導入し、司法裁判所による司法審査というアメリカ合衆国型の制度を導入したのである。ここで重要なのは、その際、「司法の自己抑制」「司法消極主義」をも不文かつ当然の前提として、アメリカ法から継受することも考えられるところ—日本法はそのようなスタンスを採用していると一般に理解されている—であるが、カナダは、明示的にこれとは別のアプローチを導入したのである。すなわち、私見によれば、日本ではいわば暗黙かつ当然のこととされている、付随的違憲審査制度と司法消極主義の結合に、異なる可能性を模索しているのがカナダなのである。

そこで、次章（第2章）では、カナダにおける人権保障の歴史と基本枠組

みについて検討し，第3章では，1982年憲法改正において導入された「にもかかわらず条項（notwithstanding clause or overriding clause）」もしくは「適用除外条項」と呼ばれるカナダ権利自由憲章第33条について検討する．そして，第4章では，適用除外条項を支える理論としての「対話理論」について検討する．第5章以下では，このカナダ法のアプローチ，とりわけ対話理論の可能性について，他の法域（イスラエルとイギリス）を参照し，日本法への示唆を得るものとしたい．

第2章 カナダにおける人権保障システム

第1節 1867年BNA法

(1) カナダにおける憲法

カナダが名実共に「自主憲法」を手中にしてから、30余年が過ぎた。1982年4月に発効したカナダの新しい憲法（以下「1982年憲法」¹¹⁸）は、当時の連邦首相ピエール・トルドーの理想主義と政治的執念の賜物といっても過言ではない。¹¹⁹ 彼がこの憲法によって実現しようとした課題は、大きく言って2つある。ひとつは、旧宗主国であるイギリスの立法権から独立した自己完結的な憲法改正手続を確立することであり、今ひとつは、カナダ全体に統一的な人権保障システムを作り上げることであった。

カナダの連邦制度は、1867年イギリス領北アメリカ法（以下「1867年BNA法」）がアメリカ独立後の北米大陸に残された3つの英系植民地を統合し、4つの州（provinces）からなる連邦制自治領（federally united dominion）として再編したことに始まる。¹²⁰ 1867年にイギリス議会によって制定された1867年BNA法は、カナダにとっては歴とした連邦憲法でありながら、イギリス本国から見れば通常の議会制定法のひとつに過ぎず、したがって特別な改正手続が定められていなかった。このためカナダは、国際社会で独立国家としての地位を認められた後になっても、自らの憲法を改正するために、旧宗主国の立法権

118 The Constitution Act, 1982, Schedule B to the Canada Act 1982, 1982, c.11. (U.K.)

119 Joseph Philippe Pierre Yves Elliott Trudeau（在任期間：1968年～1979年および1980年～1984年）。

120 The British North America Act, 1867, Vict., c.3. なお、BNA法の名称を持つ法律は1867年以来幾度も制定されているが、1982年憲法第53条2項によってその全てが「〇〇年憲法」と改称されることになった。したがって、1987年BNA法も正式には「The Constitution Act of 1867」と表記されるが、本稿では1982年憲法との対比を強調するため、旧称を用いることとする。

の発動を仰がなければならなかったのである。これに対してトルドーは、自主憲法の制定をスローガンに掲げ、カナダ国民のナショナリズムに訴えることで、連邦形成以来イギリス議会の手¹²¹に委ねられてきた憲法制定権の完全な移管＝憲法のカナダ化（Patriation）を達成したのである。

1982年憲法の今ひとつの重要課題である「人権保障システムの改革」は、トルドーが若き憲法学者であった時代からの悲願であり、彼が新憲法に託した最大の夢であったとも言える。この課題を達成するためにトルドーが提案したのは、憲法規範としての人権規定（a constitutionally entrenched bill of rights）の制定であった。それは、従来イギリスの憲法伝統に倣って法律レベルの保障しか与えられなかった基本的人権に憲法レベルの保障を与え、裁判所による違憲立法審査を通じてその実効性を確保しようとするもので、カナダ憲法のアメリカ化（Americanization）と形容することもできる。

しかし、そのような人権規定は、隣国アメリカにおける第14修正の歴史が示すように、連邦を構成する州の政策形成の自由にさまざまな制約を課すことが必然と考えられたことから、各州とりわけケベック州の激しい抵抗を受けざるを得なかった。こうした状況を乗り越えるために、トルドーが憲法改正をめぐる州側との交渉の最終段階で、ぎりぎりの妥協として打ち出したのが一般に「にもかかわらず条項」や「適用除外条項」と呼ばれる憲章第33条なのである。

カナダの人権保障システムを極めてユニークな存在としているこの条項が、トルドーの追い求めた「カナダ全土に統一的な人権保障」という理想にとつてどのような意味を持ち、また我々の人権保障システムにどのような示唆を与えるのかを検討するために、まずはカナダにおける人権保障システムの変遷を振り返りたい。

（2）1867年BNA法体制下の違憲審査制度と基本的人権の保障

121 長内了「カナダ連邦制度の新展開—一九八二年憲法の意味するもの—（中）」ジュリスト 791（1983）84頁。

議会制民主主義を採る多くの近代国家では、議会立法権の濫用から国民の権利を保護するためにさまざまな制度を発展させてきたが、これらは大別して司法的統制型（judicial control model）と政治的統制型（political control model）とに分けることができる。¹²²

アメリカ合衆国に代表される司法的統制システムは、国民の基本的人権を「通常の議会立法手続では改変することのできない成文憲法」の中に「不可侵の価値」として掲げる一方、その実効性を担保するために、多数決原理の支配する政治過程から独立した裁判所に「議会立法の憲法適合性を審査する権限」を与え、少数者の権利保護を図ろうとしている。

これに対して、議会制民主主義の本家と評されるイギリスでは、17世紀末葉の名誉革命を経て確立した議会主権の原理（Doctrine of Parliamentary Sovereignty）の下で、「イギリス議会は、いかなる法律であれ、これを自由に制定・改廃できる」という憲法慣行が定着し、議会立法権に対する法的抑制原理としての成文憲法の存在が否定された。¹²³ その結果、オールマイティの立法権を持つ議会による人権侵害を抑制する機能は、もっぱら選挙を通じて行われる政治的統制に委ねられてきたのである。

1867年 BNA 法によって北米大陸に存在したイギリスの3つの植民地を統合して、4つの州からなる連邦制自治領となったカナダが、宗主国イギリスで培われた議会主権の原理を前提とする人権保障システムを踏襲し、この自治領は「連合王国の憲法と同じ原理の憲法（a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom）」を保有すべきとその前文において宣言したのは、自然の成

122 カペレッティ前掲注7参照。

123 DICEY *supra* note 2, at 39-40.

り行きであったといえよう。¹²⁴

しかしながら、カナダに踏襲された議会主権の原理は、同法が同時にカナダ自治領の統治形態として連邦制度を採用したことによって、出発の当初からイギリス本国のそれと大きく異ならざるを得なかった。

そもそも連邦制度とは、国家の統治権を連邦と州とに分属させることによって成立する統治体制であり、連邦議会も州議会も 1867 年 BNA 法によって与えられた管轄事項についてのみ立法権を行使できるのであって、¹²⁵ イギリス議会のように「国家主権の及ぶすべての事項について万能の立法権を有する 1 個の議会」は、カナダ国内に存在しないのである。

このように、カナダの各議会の立法権は、連邦基本法たる 1867 年 BNA 法の定めるところにしたがって制限されており、その限りにおいて「憲法の優越性」に従う存在であり、さらに個々具体的な立法が 1867 年 BNA 法に定める立法管轄の範囲内に収まるかどうかのチェックが裁判所によってなされるという意味で、カナダに導入された「議会主権の原理」は、イギリスの憲法伝統と二重に対立するものであった。

1867 年 BNA 法には、違憲立法審査に関する規定は存在しない。しかし、カナダがイギリスの植民地であった時代から 1949 年に至るまで、カナダにとっての終審裁判所であった枢密院司法委員会 (Judicial Committee of the Privy Council)

124 カナダ連邦を誕生させた 1867 年 BNA 法は、その前文で「(この自治領は) 連合王国の憲法と同じ原理の憲法 (a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom) を保有する」と宣言しているが、ここにいう「連合王国の憲法と同じ原理」とは、とりも直さず「議会主権の原理」を指すものと理解されてきた。長内了「カナダ連邦憲法の基本構造－British North America Act と司法審査制を中心として－」比較法雑誌 7-1・2 (1972) を参照。

125 連邦制度について野上教授は「一定の領域内において、一般政府と地方政府が相互に対等かつ独立の関係であるように諸権限を分割する方式」と表現している。野上修市「一九八二年『カナダ権利自由憲章』とカナダ最高裁判所－カナダ司法審査制の一考察として－」法律論叢 58 巻 4・5 号 283 頁。

も、1875年に創設され、枢密院への上訴が廃止された後には、文字通りカナダの最上位の裁判所となったカナダ最高裁判所も、連邦制度の「原理的要請」に基づく当然の役割として、連邦議会および州議会の制定した立法について違憲審査権¹²⁶を行使してきた。

ただ、ここで注目しておかなければならないのは、カナダにおける違憲立法審査は、連邦議会と州議会の立法管轄に関わる審理（jurisdictional review）に限られ、当該法律がそれを制定した立法機関の立法管轄内の事項であると認められた場合には、たとえどんなに人権侵害的内容を含む立法であれ、その内実に立ち入った審査（substantive review）を行うことはできなかったということである。ここに、連邦制度の導入によって必要とされた「憲法の優越性および違憲立法審査」とイギリスから引き継いだ「議会主権の原則」とを調和させる「カナダの英知」¹²⁷をみることができる。

要するに、1867年BNA法体制下のカナダでは、どのような人権を保障するかについての一義的決定権は各議会に置かれ、最終的にはそれを選出する国民の審判に委ねられるという政治的統制のシステムが採られてきたのである。しかし、イギリスにおいて有効に機能した議会主権の原則を前提とするこのような人権保障システムは、社会的背景の異なるカナダにおいては、必ずしも適合するものではなかった。その理由として、いくつかの要因を指摘することができる。

まず、最初にあげるべきは、カナダが多民族・多文化国家であるという事実から生じる問題であろう。異なる文化伝統をもつ多数の民族から構成されるカナダでは、「何をもって基本的人権とするかについての国民的コンセンサス」の形成自体がきわめて難しく、そのため選挙を通じて議会立法権の濫用を抑制するという政治的統制システムを十分に機能させるための前提条件の確保が容易ではなかった。

126 長内了「カナダにおける司法権の優越」比較法雑誌 8(2)。

127 長内了「権限配分に見られるカナダ連邦制度の特色－合衆国における経験との比較」比較法雑誌 7(3.4)。

さらに、社会的要素の不均質性は、カナダが連邦制度を採用していること
によって一層増幅され、カナダにおけるイギリス型人権保障システムの不適
合性を露わにすることとなった。すなわち、万能の立法権を持つ一つの議会
のもとに統治されるイギリスでは、議会が制定した法律は、その内容がいか
なるものであれ、全土に統一的に適用されるため、その下で確保される人権
が地域ごとに異なるといった現象は基本的に生じ得ない。

これに対して、連邦制度を採用したカナダでは、立法権が連邦と各州とに
分属され、しかも州に与えられた管轄事項に関しては各州議会がそれぞれ最
高機関であるとされるために、州の管轄領域においてどのような人権を保障
するかは各州の決定に委ねられ、カナダ全土に統一的な人権保障を実現する
憲法上の枠組みが欠如していた。その結果、どの州に居住するかによって、
保障される人権の内容にバラツキが生じたのである。

(2) イギリス型人権保障システムの問題点

このような問題が露呈した顕著な例として、1903年の *Cunningham v. Tommy
Homma* 事件¹²⁸をあげることができよう。カナダは19世紀中頃から大陸横断鉄道
敷設の労働力として大量のアジア系移民を迎え入れたが、その多くが定住先
に選んだブリティッシュ・コロンビア州では、これら新興移民の経済力や社
会的地位が向上するにつれて、彼らに対する反発が次第に高まっていった。
こうした背景の下に同州議会は、アジア系移民を事実上州の公職から排斥す
る目的で公職選挙法を改正した。これに対し、日系市民であるトミー・ホン
マが同法の無効を主張して争ったのが本件である。

当時、カナダに対する最上位裁判所であったイギリスの枢密院司法委員会
は、本件の本質が人種を理由とするこのような差別的立法の妥当性をめぐる
判断にあることを認めながら、カナダにおける違憲審査制度のもとでは、各
州の公職選挙における帰化市民の地位に関わる立法管轄権が州議会にあるの
か、連邦議会にあるのかという立法管轄の問題として構成せざるを得ないと

128 *Cunningham v. Tommy Homma* [1903] A.C. 151.

して、結局その合憲を判示した。

同様のアプローチは、Quong Wing v. the King 事件，Saumer v. City of Quebec 事件，Reference Re Alberta Statutes 事件，Switzman v. Elbling & A.-G. Que 事件等でも採られているが，その中には，例えば Union Colliery Co. of B.C. v. Bryden 事件のように，州の立法権を狭く解釈することによって，結果的に州法による人権侵害を排除した例もないではない。¹²⁹しかし，人権侵害的立法の効力を排除するために，立法管轄審査（jurisdictional review）の手法に頼らなければならなかったこと自体が，1867年 BNA 法体制のもとでの違憲審査制度の限界を示すものであったと言わなければならない。

さらに，第二次大戦の前後に起きた一連の事件は，イギリス型人権保障システムの基盤のひとつである「議会の自己抑制の伝統」に対する国民の信頼を大きく動揺させることとなった。すなわち，第1に，イギリス連邦の一員として参戦した第二次世界大戦中の戦時措置法による大幅な私権の抑制，第2に，全ての日系人に対して強権的に行われた強制移住措置，そして第3に，戦後間もない1945年9月に起きたグーセンコ事件である。¹³⁰

これら一連の事件は，カナダにおけるイギリス型の人権保障システムの限界を露呈させたが，その一方で，カナダ国民が自らの人権問題について関心を高める契機ともなった。さらに，1948年の世界人権宣言への参加は，国内的人権保障システムの整備を政治課題として浮上させる効果をもたらした。

このようにして，1950年代には，人権保障システムの改革を目指す試みが

129 Quong Wing v. The King [1914] 49 S.C.R. 440.; Saumer v. City of Quebec and A.G. Quebec [1953] 2 S.C.R. 299.; Reference Re Alberta Statutes [1938] S.C.R. 100., 2 D.L.R. 81.; Switzman v. Elbling & A.-G. Que [1957] S.C.R. 285., 7 D.L.R. (2d) 337.; Union Colliery co of B.C. v. Bryden [1899] UKPC 58, [1899] AC 580.

130 ソ連大使館員のイゴール・グーセンコがアメリカ政府の核技術に関する資料を持ってカナダに亡命したのに対し，カナダ政府が事後立法（スパイ活動防止法）によってこれを訴追したという事件。G. F. STANLEY, A SHORT HISTORY OF THE CANADIAN CONSTITUTION, 163 (1969).

司法過程においても政治過程においても具体的に論じられるようになった。¹³¹
たとえば、カナダ最高裁の一部によって主張された「黙示的権利章典 (Implied Bill of Rights)」の考え方は、その一つである。¹³² ランド裁判官やアボット裁判官に代表される彼らは、連邦議会の立法権限について規定する 1867 年 BNA 法第 91 条の一般条項にいう「Peace, Order, and Good Government」の中に一定の基本的権利を読み込むことによって、これに抵触する州立法を権限踰越として排除する可能性を模索した。しかしながら、「新自然法理論」ともいべき彼らの主張は、人権問題を立法管轄の問題としてアプローチするという点において、基本的に従来の方法と変わるところがなかった。よって、明示的に州の権限事項とされている分野については、必ずしも有効ではなく、結局、カナダ最高裁の大勢を占めるにはいたらなかったのである。

第 2 節 カナダ権利章典 (1960)

(1) カナダ権利章典の制定

上に述べたような「人権」意識の高まりの中で、1957 年に連邦首相に就任したジョン・ディーフェンベーカーはその就任以前から、カナダ全土に統一的人権保障を実現すべく、「連邦と州の双方を拘束する憲法規範としての人権規定」の成立を目指して、幾度も連邦議会に法案の提出を試みた。¹³³ しかしながら、イギリスから踏襲した議会主権の原理と真っ向から対立する「アメリカ型権利章典」の導入は、イギリス的憲法伝統に固執する人々の反発を招

131 野上前掲注 125, 285 頁。

132 黙示的権利章典は、長内了「カナダ憲法の非イギリス化現象(1) - Canadian Bill of Rights をめぐって」比較法雑誌 9(2)に詳しい。

133 John George Diefenbaker (在任期間 1957 年～1963 年)。1945 年から 1958 年にかけて都合 6 回連邦議会に提案されたこれらの法案は、その主唱者の名に因んで Deifenbaker Bill of Rights と呼ばれている。長内前掲注 132, 103 頁。

ただけではなく、民主的基盤を持たない裁判官による司法的政策形成への懸念に加え、第 14 修正条制定後のアメリカの経験から明らかなように、それが各州の権限行使に多くの制約を生んでいくことから、それによって政策決定の自由が損なわれることを懸念した各州から強い抵抗を受け、ついに陽の目を見ることなく終わった。

こうした経緯を経て誕生したのが 1960 年の「カナダ権利章典 (The Canadian Bill of Rights)」¹³⁴ である。カナダ憲政史上初の包括的人権規定であるこの権利章典は、規定と対比すると、次のような点で際だった特徴を有している。

第 1 に、カナダ権利章典は、通常の連邦議会制定法として成立していたため、立法権の及ばない「人権の聖域」を設定する合衆国憲法と異なり、連邦議会が望む場合には通常の立法手続によって随時改廃することが可能であり、議会主権の原理を正面から否定するものではなかった。そのため、権利章典制定以前の 1867 年 BNA 法のもとでの人権保障システムと同様、少なくとも理論上は、どのような人権を保障するかについての最終的決定権が依然として議会の手に残されたのである。

第 2 に、権利章典第 2 条の「適用除外条項」をあげなければならない。上に述べたように、連邦議会は「後法は前法を支配する」の一般原理に従って、通常の議会制定法によってカナダ権利章典の全部または一部を自由に改廃することができる。これに加えて、第 2 条後段に定める適用除外条項は、連邦議会が特定の法律において、「カナダ権利章典の規定にもかかわらず (notwithstanding) 効力を有する」と明示的に宣言することによって、当該法律に

134 The Canadian Bill of Rights (An Act for the Recognition of Human Rights and Fundamental Freedoms), 8-9 Elis. II, c. 44 (1960)

135
ついて権利章典の適用を排除（override）することを認めているのである。

第3に、第5条3項に「カナダ連邦議会の立法権限に属する事項についてのみ、その効力を有するものと解釈されなければならない」と規定し、カナダ

135 カナダ権利章典第2条の全文は、次のとおりである。

Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the Canadian Bill of Rights, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared,

and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

- (a) authorize or effect the arbitrary detention, imprisonment or exile of any person;
- (b) impose or authorize the imposition of cruel and unusual treatment or punishment;
- (c) deprive a person who has been arrested or detained
 - (i) of the right to be informed promptly of the reason for his arrest or detention,
 - (ii) of the right to retain and instruct counsel without delay, or
 - (iii) of the remedy by way of habeas corpus for the determination of the validity of his detention and for his release if the detention is not lawful;
- (d) authorize a court, tribunal, commission, board or other authority to compel a person to give evidence if he is denied counsel, protection against self crimination or other constitutional safeguards;
- (e) deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations;
- (f) deprive a person charged with a criminal offence of the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, or of the right to reasonable bail without just cause; or
- (g) deprive a person of the right to the assistance of an interpreter in any proceedings in which he is involved or in which he is a party or a witness, before a court, commission, board or other tribunal, if he does not understand or speak the language in which such proceedings are conducted.

権利章典が連邦の行為についてのみ適用され、州の立法管轄権に属する行為については適用されないことを明らかにしている点である。¹³⁶

このように、カナダ権利章典は、連邦議会制定法としての存在形式を持つに過ぎず、連邦議会が望むならば、いつでも通常の立法手続によってこれを改廃することが可能であった。言い換えれば、カナダ権利章典は、議会に対する政治的あるいは教育的な抑制効果を期待することはできても、議会立法権の及ばない「人権の聖域」を設けるものではなく、どのような人権を保障するかについての最終的決定権は、依然として議会の手に残されていたのである。

それではカナダ権利章典は、一体どのようにして人権保障の目的を達成しようとしたのであろうか。その解答は、「カナダのすべての法律は…権利章典に規定された人権を侵害するものとして解釈してはならない」と定める第2条冒頭の規定に見出すことができる。つまり、カナダ権利章典は、議会立法権そのものを制限する代わりに、連邦法の解釈・適用に当たる裁判所に対して「解釈の準則」を設定することによって、連邦議会制定法の運用段階において人権侵害を取り除こうとしたのである。¹³⁷ これは確かに、人権保障の場面で裁判所の果たすべき役割を拡大する試みとして、一定の評価はできよう。¹³⁸ しかしながら、その一方で、連邦議会制定法が権利章典の保障する基本的権利と衝突する場合に、裁判所はどのように判断すべきかについて難しい問題を残すこととなった。

(2) カナダ権利章典の限界

1963年の *Robertson and Rosetanni v. The Queen* は、この問題についてカナダ最高

136 5(3) The provisions of Part I shall be construed as extending only to matters coming within the legislative authority of the Parliament of Canada.

137 権利章典第2条の前文は前掲注135。

138 長内了「カナダ連邦制度下の人権保障システム」比較法研究43(1981)93頁。

裁の判断が求められた最初の事例である。¹³⁹ 本件では、キリスト教の祝日である日曜日に就労することを禁ずる日曜日遵守法がカナダ権利章典の保障する非キリスト教徒の信仰の自由を侵害するかどうか¹⁴⁰が争われた。これに対してカナダ最高裁は、同法の目的は世俗的なものであり、宗教的なものではないという解釈を採ることによって、権利章典との抵触を回避している。¹⁴¹

しかし、1970年の *Regina v. Drybones* でカナダ最高裁は、法律の文言解釈によって権利章典との抵触を回避することが不可能な事態に直面することになった。¹⁴² 本件で問題となったのは、インディアンが公共の場所において飲酒酩酊した場合に、非インディアンの同一行為に科されるよりも重い法定刑を定めるインディアン法第 94 条 (b) 項であった。¹⁴³ 数字で明示された法定刑の差異は、解釈の如何によって克服することができない性質のものであり、最終的にカナダ最高裁は、この規定がカナダ権利章典第 1 条 2 項の平等原則に抵触し、したがって適用不能 (*inoperative*) であるとの結論に到達した。この判決によって、カナダ権利章典は、単なる「解釈の準則」の域を超えて、場合によっては、裁判所がそれと矛盾する法律の効力を否定できる「準憲法的地位」を認められたのである。¹⁴⁴

しかしながら、こうした評価すべき点を持ちながら、*Drybones* 事件以後の一連の事件において示されたカナダ最高裁の消極的姿勢は、カナダ権利章典の発展可能性を閉ざし、1968年に首相に就任したトルドーをはじめ、より高度

139 *Robertson and Rosetanni v. The Queen* [1963] S.C.R.651.

140 *The Lord's Day Act*, R.S.C. 1952, c. 171.; 信仰の自由はカナダ権利章典第 1 条第 3 項に規定されている。

141 *Robertson and Rosetanni v. The Queen* 事件の判決の際にカートライト長官は、多数意見に同意せず適用不能と判示されなければならないと主張していた。その少数意見は 7 年後の *Regina v. Drybones* において結実する。

142 *Regina v. Drybones* [1970] S.C.R. 282.

143 *The Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149, sec. 94 (b).

144 WALTER S TAMOPOLSKY, *THE CANADIAN BILL OF RIGHTS*, 4 (2d. rev. ed., 1975).

な人権保障システムの確立を目指す人々から大きな批判の声を浴びることとなった。¹⁴⁵ さらに、カナダ権利章典は、連邦の行為についてのみ適用され、州による人権侵害に対してなんらの効果も有さなかったために、カナダの人権保障システムに加えられてきたもうひとつの批判、すなわち全カナダに統一的人権保障の欠如という問題を解決することができなかつた。¹⁴⁶

このようにして、カナダ権利章典は、多くの可能性を見せながらも、その制度的限界と裁判所の消極的姿勢があいまって、十分に機能できないまま、1982年のカナダ権利自由憲章の誕生を待つこととなったのである。

第3節 カナダ権利自由憲章（1982）

（1）1982年憲法とカナダ権利自由憲章

すでに述べたように、1867年の連邦形成時に公布され、その後1世紀以上にわたってカナダ連邦基本法として機能してきた1867年BNA法は、イギリス本国議会の制定法として成立しており、これを改廃するためには、イギリス議会の議決を必要とした。言い換えれば、カナダは、自らの憲法を改正する自主的で自立的な権限を有していなかったのである。このような状態は、1926年のバルフォア宣言（Balfour Declaration¹⁴⁷）および1931年のウェストミンスター憲章（The Statute of Westminster¹⁴⁸）の制定によって、イギリス本国と旧属領の立法権

145 例えば、Attorney-General for Canada v. Lavell [1974] S.C.R. 1394., Regina v. Hogan [1975] S.C.R. 574.

146 権利章典第5第3項は、次のように規定する。The provisions of Part I shall be construed as extending only to matters coming within the legislative authority of the Parliament of Canada.

147 The Balfour Declaration of 1926

148 An Act to give effect to certain resolutions passed by Imperial Conferences held in the years 1926 and 1930.

に関わる宗属関係が事実上解消した後になっても、基本的には変わることがなかった。¹⁴⁹

憲法改正に関わるイギリスとの歴史的宗属関係を精算し、自主的な憲法改正権を獲得しようとする試みは、1948年に連邦首相に就任したルイ・S・サンローランやその後を継いだディーフィンベーカー等によって進められたが、憲法改正権移管の前提となる憲法改正手続について国内の合意を取り付けることに失敗し、結局この課題はトルドーの手に残されることになった。¹⁵⁰

モントリオール大学で憲法を講じた経歴をもつトルドーは、いわゆる「静かなる革命」の指導者の一人としてケベック近代化運動に取り組んだが、同州憲法調査委員会委員の地位にあった1955年に、早くも憲法規範としての人権規定の制定を提言している。¹⁵¹ またピアソン首相の下で連邦法務大臣を務めた際には、カナダ権利章典の欠陥を指摘しつつ、統一的人権保障システムの必要性を説いた *The Canadian Charter of Human Rights* を公刊するなど、1867年 BNA 法体制からの脱却に並々ならぬ意欲を示していた。¹⁵²

連邦首相に就任して3年目の1971年に最初の包括的憲法改正草案を公表したトルドーは、各州指導者と精力的に協議を重ね、連邦議会に憲法改正案を提出するところまで漕ぎ着けたが、全州の一致した同意を得ることができないまま、この試みは失敗に終わった。¹⁵³ 1867年 BNA 法の改正は、連邦議会の上下両院合同決議によってイギリス議会の立法権の発動を要請するという手続

149 1867年 BNA 法の改正権がイギリス本国議会に残された理由については、長内前掲注 121, 44 頁, および長内前掲注 124, 202 頁以下を参照。

150 Louis Stephen St. Laurent (在任期間: 1948 年～1957 年)

151 P. E.トルドー著, 加藤普章, 田中浩訳『連邦主義の思想と構造』(御茶ノ水書房, 1991) 68 頁。

152 PIERRE E TRUDEAU, *THE CANADIAN CHARTER OF HUMAN RIGHTS* (1968)。

Lester Bowles Pearson (在任期間: 1963 年～1968 年)

153 *Canadian Constitutional Charter*, 1971. なお、この憲法改正草案は、別名ヴィクトリア憲章 (*The Victoria Charter*) とも呼ばれている。

を経て行われてきたが、それに先立って、州側の同意を取りつけることが憲法上の慣行となっていた。¹⁵⁴ とくに 1949 年以降は全州一致の合意が必要とされるようになったが、このような慣行のもとでは 1 州だけでも憲法の改正を阻止することが可能であり、実際いくつかの憲法改正案が少数の州の反対によって葬り去られた歴史がある。¹⁵⁵

しかしながらトルドーは、自らの積年の夢である憲法のカナダ化や統一的人権保障の実現に向けて執念をみせた。1980 年に連邦政府が憲法改正草案を発表したことに始まる連邦と州との憲法改正の議論は、法廷闘争を経るなど紛糾を極めたが、ついに 1981 年 11 月 5 日に合意を取り付けたのである。¹⁵⁶

同年 12 月にこれをイギリスに送付する決議案が連邦議会（下院 12 月 2 日、上院 12 月 8 日）を通過し、これを受けたイギリス議会は、実質 2 ヶ月間の審議の後、1982 年 3 月（下院 3 月 8 日、上院 3 月 15 日）に「カナダの上院および下院の要請に効力を与える法律（1982 年カナダ法）」として可決成立した。¹⁵⁷

イギリス議会の手になるこの法律は、まず「本法附帯別表 B に掲げる 1982 年憲法は、ここにカナダのために制定され、カナダにおける法律としての効力を有し、かつ同法の定めるところにより施行する」（第 1 条）と規定するとともに、¹⁵⁸ 「1982 年憲法の施行後に制定される連合王国議会のいかなる法律も、カナダの法律の一部としてカナダに適用されることはない」（第 2 条）と宣言

154 憲法の改正手続は、1867 年 BNA 法において明文化されていなかったが、州権の変更にかかわる改正手続には全州の合意が必要であると考えられていた。斎藤憲司「一九八二年カナダ憲法－憲法構造と制定過程」レファレンス昭和 57 年 10 月号（1982）88 頁。

155 長内前掲注 124, 214 頁。

156 1980 年から始まる憲法改正議論については後述する。

157 *supra* note 118.

158 1. The Constitution Act, 1982 set out in schedule B to this Act is hereby enacted for and shall have the force of law in Canada and shall come unto force as provided in that Act.

している。¹⁵⁹ これを受けて、カナダ連邦議会は、エリザベス女王臨席のもとに、新しいカナダ憲法の公布手続きを完了した。時に 1982 年 4 月 17 日のことであった。この「イギリス議会がカナダのために制定する最後の法律」の定めるところにしたがって、エリザベス女王がオタワにおいて「1982 年憲法」の公布を宣言し、ここにカナダにとって「積年の課題」であった憲法移管が¹⁶⁰ついに実現したのである。

「1982 年憲法 (The Constitution Act, 1982)」と名付けられた新憲法は、第 5 章第 38 条～第 49 条において、自足的な憲法改正手続を規定することにより、1867 年の連邦形成以来イギリス議会に委ねられてきた憲法制定権の完全な移管＝憲法のカナダ化 (Patriation) を達成した。¹⁶¹ 同時に、新憲法はイギリスとの間に存在した過去の関係を精算するだけでなく、カナダ憲法史上初めて「憲法規範としての人権規定 (constitutionally entrenched bill of rights)」を成立させた。¹⁶² すなわち、第 1 章に全 34 ヶ条にわたって規定された「権利と自由のカナダ憲章 (The Canadian Charter of Rights and Freedoms)」(以下「カナ権利自由憲章」という。)がそれである。まさにトルドーの執念によって誕生したこの権利自由憲章は、当然のことながら、人権保障に関わる司法部の役割を大きく前進させたが、他方において、それはカナダの人権保障システムを単純に「司法的統

159 2. No Act of the Parliament of the United Kingdom passed after the Constitution Act, 1982 comes into force shall extend to Canada as part of its law.

160 バルフォア宣言 (1926) およびそれを明文化したウェストミンスター法 (1931) によって、立法権の独立は認められたものの、自足的憲法改正手続をめぐって連邦－州間の合意が成されなかったために、1867 年 BNA 法の改正に関わる権限は、イギリス議会の手に残されたままであった。

161 長内前掲注 121, 84 頁。

162 52(1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

制型」に移行させるものでもなかった。¹⁶³ この点を見るために、まずはアメリカ流の司法的統制とイギリス流の政治的統制の折衷型とも評されるカナダ型人権保障システムの特徴について確認しておくこととする。

(2) カナダ権利自由憲章の特徴（司法的統制モデルへの移行）

カナダ権利自由憲章(1982)は、カナダ権利章典(1960)よりも一層包括的な基本的人権を7つのカテゴリーに分けて規定している。すなわち①基本的自由(Fundamental Freedoms, 第2条), ②民主的権利(Democratic Rights, 第3条～第5条), ③移転の権利(Mobility Rights, 6条), ④裁判に関する権利(Legal Rights, 第7条～第14条), ⑤平等権(Equality Rights, 第15条), ⑥カナダの公用語(Official Languages of Canada, 第16条～第22条), ⑦少数派言語による教育の権利(Minority Language Educational Rights, 第23条)とそれぞれにサブタイトルを付され、基本的人権の性質ごとに分類されている。¹⁶⁴

カナダ権利自由憲章が保障する権利と自由の多くは、既にカナダ権利章典において掲げられているものも多いが、新に付け加えられたものも少なくない。「基本的自由」においては、カナダ権利章典の1条にはなかった良心と思想の自由(第2条a項およびb項)が規定された。また「民主的権利」は、カナダ権利章典では触れられていなかった選挙および議会について規定しているし、同様になにも規定されていなかった「移転の権利」も、新たに取り入れられている(第6条)。「裁判に関する権利」では不合理な捜索・押収の禁止(第8条)を追加し、刑事被告人・被疑者の権利(第11条)のいくつかの項目

163 24(1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

164 1982年憲法の邦語訳は、畑博行・阿部照哉編『世界の憲法集(第二版)』(有信堂・1998)を基本とした。他には、斎藤前掲注154、伊藤勝美「カナダ一九八二年憲法法(カナダ法別表B)一仮訳(資料)」近大法学30(1・2)などがある。

は、カナダ権利章典よりも進んだものとなっている。¹⁶⁵ さらには「平等権」は、差別の禁止事項をより多く挙げており、「カナダの公用語」「少数民族言語による教育の権利」では英語・フランス語の使用に関する規定が加えられている。¹⁶⁶

これにあわせて第 26 条で「本憲章による特定の権利および自由の保障は、カナダにおいて承認されているその他の権利または自由を否定するものと解釈してはならない」と規定し、基本的人権の範囲を限定するものとせず、カナダ権利自由憲章では保障されていない権利であっても、カナダ権利章典やその他権利や自由を保障する制定法による既存の権利を承認しており、一般性を持たせている。

しかし、カナダ権利章典の限界を克服し、カナダ全土に統一的人権保障システムを実現すべく誕生したカナダ権利自由憲章のもっとも大きな成果は、第 1 に、議会制定法に優越する憲法規範として成立しているという点であり、第 2 に、連邦のみならず州の行為に対しても均しく適用されるという点であろう。

カナダ権利章典は、通常の連邦制定法であったため、議会による通常の立法手続において改廃が可能であった。しかし、カナダ権利自由憲章が規定する 34 ヶ条に及ぶ条文は、1982 年憲法の一部を成すものとして規定されており、憲法改正手続によってのみ改廃することができる。第 52 条 3 項は「カナダ憲法の改正は、カナダ憲法に定められた権限によってのみ行われる」と規定し

165 たとえば、14 条通訳権など。

166 カナダ権利章典には規定されていた「国外追放を禁ずる規定」(2 条 b 項)、「公正な審理を受ける権利」(2 条 e 項)「財産を適法手続以外では剥奪されない権利」(1 条 a 項)など、カナダ権利自由憲章では欠落したものもある。またカナダ権利章典第 3 条において、連邦議会に上程される全ての法律案について法務大臣が権利章典との抵触を審査し、抵触のある場合には議会に報告すべき義務を規定していたが、権利自由憲章では、この規定は存在しない。

ていることは、このことを明確にしている¹⁶⁷。第 5 章において厳格に定められた憲法改正手続は、権利自由憲章を含め、1982 年憲法全体に高度の形式的効力を与えているのである¹⁶⁸。また第 52 条 1 項では「カナダの憲法は、カナダの最高法規であり、憲法の条規に反する法律は、その違反の限度において効力または効果を有しないものとする」と明白に宣言しており¹⁶⁹、さらには第 24 条 1 項で「本憲章の保障する権利または自由を侵害または否認されたものは何人も、管轄権を有する裁判所に出訴し、当該裁判所が諸般の状況からみて適切

167 52 (3) Amendments to the Constitution of Canada shall be made only in accordance with the authority contained in the Constitution of Canada

168 カナダ憲法の改正は、第 5 章において(1)一般的改正手続、(2)重要事項の改正手続及び(3)特定の州に関する改正手続の 3 つの形態を規定し、それぞれ異なった手続が用いられることとしている。

(1) 一般的改正手続(38 条 1 項)は、その要件として、連邦上下両院の決議及び 3 分の 2 以上の州議会の決議、ただし、それらの州の人口の合計が全州の人口の 50 % 以上となることを必要とする。州の権限を損なう改正手続(38 条 2 項)の場合は、連邦議会上下両院及び州議会の過半数による賛成を必要とする。ただし、この改正には、離脱権が認められている。

(2) 重要事項の改正手続(41 条)は、その事項として、女王、総督等の地位、下院の議席数、英語または仏語の使用、連邦最高裁判所の構成、憲法改正手続の 5 つの場合を掲げ、これらの改正については、連邦議会上下両院及び全州の合意を必要とする。

(3) 特定の州に関する改正手続(43 条)は、州間の境界の変更、州内の英語または仏語の使用等の事項を含めて、一部の州に適用される憲法の改正について、連邦議会上下両院及びその改正が適用されるすべての州議会の決議によって行うことが出来る。斎藤前掲注 154, 99 頁。

169 52 (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect

かつ正当とみなす救済を求めることができる」と規定していることは、¹⁷⁰最高法規性を担保する制度的保障として、司法の機能を明らかにしている。1867年 BNA 法のもとでは、なんら抑制原理を持たなかった議会立法権に対し、その立法内容に関する効力の判定を、憲法上の義務として、裁判所による違憲立法審査を明白に命じているのである。¹⁷¹ただし、このシステムに関しては、次節で述べるような重大な制約が伴っている。

また、カナダ権利章典における適用範囲は連邦議会の立法権のみに限定さ

170 24(1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

171 憲法問題は通常の訴訟において判断されるという通常手続き以外に「照会制度 (reference)」という手続きがある。憲法の解釈、または連邦法もしくは州法の解釈や合憲性に関する法ないしは事実についての問題を連邦政府が直接カナダ最高裁判所に対して照会できると規定している。また各州には州政府が州の控訴裁判所に対して照会することを認める法律がある。アメリカでは違憲とされているこの制度での勧告的意見は、厳密には先例拘束性の原理の目的からは判決としての形式を欠くが、実務においてはその意見はその後の判決によって踏襲されることがほとんどであり、通常の事件における判決と同様に扱われている。政府が憲法上の争点を速やかに解決させることが公共の利益に合致すると判断した場合によく用いられている。連邦もしくは州政府は他の政府の法律や予定されている行為の合憲性について照会することも出来る。本論で述べている 1981 年の憲法改正に関する照会制度の援用はこの事例の典型的な例である。この制度の欠点は抽象的な問題が提起され裁判所が具体的な事実関係に関する情報を得ることが出来ないため、事実関係に即して判断するという通常のやり方がとれない。最高裁は判断の基礎が十分でない場合には回答を出す義務は無いと説示したこともある。しかし、回答拒否の権限はあまり行使されず、重要な事案においては全く行使されたことは無い。

れており、州議会の立法権を拘束できなかつたため、州による人権侵害に対しては、法的効力を及ぼすことができなかつた。これは合衆国憲法史上初めて州を拘束する人権規定として誕生した第 14 条修正（1866）の制定以前のアメリカの人権規定が、州を拘束することができず、アメリカ全体に均しく適用される統一的人権保障を実現することができなかつた状況と同様であった。これに対し、カナダ権利自由憲章は、合衆国憲法の第 14 修正の制定と同様の機能を持っていた。連邦憲法中の人権規定が州にも適用されることになり、連邦と州とを均しく拘束する効力を有するようになったのである。しかしながら、このことは、州側にとっては容易に納得できるものではなかつた。本憲章の第 31 条に「本憲章における条項は、いかなる団体または機関の立法権をも拡大するものではない」と確認されているように、州の権限を縮小するものではなかつたのであるが、アメリカにおける第 14 修正の歴史が示すように、州議会の自らの政策に従った立法に対する様々な制約として機能することになるであろうということは明らかであったため、州側は既得権を失うことになるとして、激しく抵抗した。全ての国民に対してあらゆる公権力からの人権侵害から基本的人権を守るためには、連邦の人権保障規定と各州の人権保障規定が同一の内容であることが不可欠であるため、連邦政府は、後述する大きな「妥協」をすることによって州の同意を得ることにし、32 条 1 項において「本憲章は、次の各号に掲げる機関に適用する。(a)ユーコン準州およびノースウェスト準州に関連するあらゆる事項を含むカナダ連邦議会の権限に属するあらゆる事項に関しては、連邦議会および連邦政府(b)各州の立法府の権限に属するあらゆる事項に関しては、各州の立法府および政府」と規定した。¹⁷² これにより連邦議会のみならず州議会も均しく適用されるものであ

172 (1) This Charter applies

- (a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and
- (b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

ることを明示した。換言すれば「州を単位とする人権保障の不統一」を克服¹⁷³し、カナダ全土における統一的人権保障規定を持つこととなったのである。

このようにカナダ権利自由憲章は、カナダ権利章典が成しえなかった憲法規範による「人権の聖域」を設定することを達成したものである。しかしながら、この「人権の聖域」は、次にみるとおり、合衆国憲法のように制度的に堅牢なものではなかった。

(3) 最高法規性の限界

カナダ権利自由憲章は、人権保障を憲法上の保障とすることで、連邦形成以来カナダに維持されてきた議会主権の原則によるイギリス型人権保障システムから大きく離脱するものであった。しかしながら、アメリカ型人権保障システムへの完全なる移行を意味するものではなく、カナダ独特のシステムを提供しているのである。なぜなら、カナダ権利自由憲章は、最高法規である憲法の絶対性に対して一定の制限を設けているのである。

本憲章の第1条「法律留保条項」では、「カナダ権利自由憲章に掲げる権利および自由は、自由かつ民主的な社会において明らかに正当と認められ、かつ、法律の定める合理的な制限に服する場合を除き、本憲章によって保障される」と規定し、保障する権利と自由の限界を認め、それは法律に留保されていることを明示している。¹⁷⁴ 人権の絶対性の限界を認めるということ自体は、わが国の憲法の第12条、第13条、第22条、第29条にみられる「公共の福祉」による基本的人権の制限にも見られるように、20世紀における憲法の人権規

173 長内了「カナダ連邦制度の新展開——一九八二年憲法の意味するもの——(下)」ジュリスト 794 (1983) 87頁。

174 長内了「カナダ権利自由憲章と司法部の機能(1) — 代表民主制と司法審査制度の調和をめぐる新しい実験 —」法学新報 96(6) (1990) 16頁。

175 1. The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

定においては珍しいものではない。¹⁷⁶ また 18 世紀に成立し、19 世紀に人権規定を追加したアメリカ合衆国憲法においては、そのような規定はないものの、裁判所は公共の利益に対する人権の相対性を認めてきている。¹⁷⁷ わが国でも公共の福祉の概念の範囲についての論争があるように、本憲章の第 1 条についても使い方によっては重大な欠陥となりうるものである。1 条の概念に対する裁判所の解釈を見守り続けなければならないであろう。

また、第 38 条 3 項「離脱権」(opting-out provision)¹⁷⁸ がある。州の権限、財産権および特権を損なうような憲法の改正について、その発布の前に、州の立法府が過半数の決議により反対を表明する場合には、その改正はその州に関しては適用されないとするものである。この離脱権の存在は、憲法の最高法規性や憲法の国内の全土にわたる均一的な適用に対して重大な例外となっている。¹⁷⁹

カナダ権利自由憲章の最高法規性を制限する制度のなかで、最も特徴的なものは、第 33 条の「適用除外条項」である。この条項こそが、カナダ権利自由憲章が、従来のイギリス型人権保障システムとも、アメリカ型人権保障

176 第 12 条「自由・権利の保持責任と濫用禁止」；第 13 条「個人の尊重，生命・自由幸福の追求の権利，公共の福祉」；第 22 条「居住・移転・職業選択の自由，外国移住・国籍離脱の自由」。

177 例えば，double standard theory や substantive due process など。

178 38.(3) An amendment referred to in subsection (2) shall not have effect in a province the legislative assembly of which has expressed its dissent thereto by resolution supported by a majority of its members prior to the issue of the proclamation to which the amendment relates unless that legislative assembly, subsequently, by resolution supported by a majority of its members, revokes its dissent and authorizes the amendment.

179 齋藤前掲注 154, 99 頁。

システムとも、その性質を異ならせている最大の特徴である。¹⁸⁰ 同条は、次のように規定する。

第 33 条

(1) 連邦議会または州議会は、連邦法もしくは州法またはその条項が、本憲章第 2 条および第 7 条から第 15 条の規定にかかわらず適用される旨を、当該法律において明示的に宣言することができる。

(2) 本条にもとづく有効な宣言のなされた制定法またはその一部は、当該宣言において指定する本憲章の規定が存在しないものとして適用されるものとする。

(3) 第 1 項にもとづいてなされた宣言は、その発行の日から起算して 5 年を経過した時、または、当該宣言においてそれよりも短い期間の定めがある場合においては、その期間が経過したときに、執行するものとする。

(4) 連邦議会または州議会は、第 1 項にもとづいてなされた宣言を重ねて採択することができる。

(5) 第 3 項の規定は、前項にもとづく宣言について準用する。

180 Section 33

(1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

(3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).

(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).

以上の規定から明白なように、この条文は、連邦議会および州議会が、特定の法律が権利自由憲章に抵触するにもかかわらず、その法律が有効である旨を明示的することにより適用除外を宣言することによって、通常の議会立法手続で、最高法規たる権利自由憲章を「超越する権限(overriding power)」を認めているのである。¹⁸¹ 基本的人権を憲法上の保障とする場合、統一された人権規定がその憲法が適用される国内全域に均しく適用されるということが求められており、憲法で規定された権利は、それ自体の内在的制約に服することがあったとしても、国内のある特定の地域だけその適用を除外されるという例外を認めることはない。その規定に抵触する内容を持っている法律は、裁判所により違憲判決が下され、その法律の効力を失うのが通例であり、司法が憲法に抵触していると判断された内容の議会立法が、その人権規定に優越するための手段は通常ないのである。カナダと同じく連邦制度をとるアメリカにおいて、連邦のみを拘束した権利章典(1789)が合衆国憲法第14修正(1866)の制定によって、その後各州に適用されていく過程を見ても、このような適用除外条項は、極めて異例な規定である。憲法上の人権規定を持つという点で、イギリス型の人権保障システムから離脱しながらも、その憲法上の人権規定の絶対性を議会立法によって優越できるという点で、アメリカ型人権保障システムのどれをみても比類するものがないカナダ独自のシステムといえる。

カナダ権利自由憲章の第33条1項は、連邦議会あるいは州議会が権利自由憲章の規定にもかかわらず、特定の法律を有効であると宣言することを認めている。第33条2項に基づいて、立法府によって行われる第33条1項の明示的な宣言と同時に、その法律は権利自由憲章による保障の枠外となる。第33条の適用除外条項による「超越する権限」の対象となる権利は、「基本的自由」(第2条)、「裁判に関する権利」(第7条～第14条)、「平等権」(第15条)といった広範囲に渡り、重要な権利が立法府の選択によって制限され得ることとなっている。ただし、権利自由憲章で掲げられた全ての権利が対象ではない。

181 長内前掲注 174, 12 頁.

民主的権利(第3条～第5条), 移転の権利(第6条), カナダの公用語(第16条～第22条), 少数派言語による教育の権利(第23条)は, 適用除外宣言の対象ではない。この条項のモデルとなったカナダ権利章典の第2条で「カナダの全ての法律は, カナダ議会制定法によってカナダ権利章典の規定にかかわらず(notwithstanding)効力を有する旨, 明文を持って宣言されない限り, ここに確認され宣言されたいかなる権利もしくは自由を廃止, 制限あるいは侵害することのないように, もしくは廃止, 制限あるいは侵害の権限を与えることのないものとして解釈または適用されなければならない」と定めた適用除外条項は, 超越できる人権の対象に限定がなく, その権限を援用する際にその人権を指定する必要もない上に, その期間の制限も設けておらず, 権利章典の全ての人権規定を対象外にすることが出来た。¹⁸² それに対して, カナダ権利自由憲章の適用除外条項では, 「超越」できる人権が, 第2条および第7条から第15条と限定されていることや, 適用除外とする憲章の規定を指定しなければならないこと, また第33条3項は適用除外宣言の効力が最長5年の寿命であり, 立法府が第33条4項のもとで有効期間内に再び同様の手続きを取らなければ, 自動的に効力を失うことが規定されていることなど, いくつかの制約は設けてはいる。¹⁸³

しかしながら, 第33条が, 憲法改正の一つの柱であった憲法上の人権保障システムの根底を覆すことが可能であることは間違いがない。権利自由憲章において掲げられた全ての自由と権利は, 第1条に規定されている合理的な制限に従うことにはなるが, 権利自由憲章の第32条(憲章の適用範囲)と1982年憲法第52条(憲法の最高法規性)によってカナダ全土に統一的な人権保障を与えている。第33条, 特に第33条2項の適用除外宣言は, 憲法規定による

182 カナダ権利章典の条文は, 前掲注135。

183 「民主的権利」(3条～5条), 「移転の権利」(6条), 「カナダの公用語」(16条～22条)「少数派言語による教育の権利」(23条)は対象外であるので, これらの権利は憲法上の保障をどのような立法手続によっても覆すことはできない。

人権の保護を突き破り、特定の状況においては、議会主権の原則を復活させることになる。つまり、カナダ権利自由憲章が保障する権利の一部は議会立法からの侵害から十分に守られているが、一部は立法府による適用除外宣言の適用によって左右されるのである。

さらには、この適用除外条項が当初の原案には含まれておらず、1981年11月の連邦と州の協議において、憲法移管問題の中に連邦のみならず州をも拘束するカナダ権利自由憲章の導入を含ませることに反対していた州側の同意を引き出すために、連邦が譲歩した「妥協」の結果、急遽追加された規定であることが指摘される。¹⁸⁴ しかも、連邦の「妥協」であったにもかかわらず、適用除外条項によって権利自由憲章を超越する権限を州だけではなく、連邦自身にも与えているのである。

これらのことは人権保障の終局的な判断を、裁判所ではなく議会に残されたままであることを意味していることは間違いがない。

ではなぜ、このようなカナダ権利自由憲章の存在意義を崩壊させてしまいかねない規定を導入することになったのだろうか。この点を理解するためには、1982年憲法の複雑な成立過程を確認しなければならない。¹⁸⁵

(4) 憲法改正の顛末

カナダ権利自由憲章に適用除外条項を取り入れるという構想は、当初、1980年に断続的に開かれた連邦と州の憲法問題担当大臣常設委員会（The Federal-Provincial Continuing Committee of Ministers Responsible for Constitutional Affairs）において、サスカチュワン州から提案されたものである。その趣旨は、「連邦

184 加藤普章『カナダ連邦政治 多様性と統一への模索』（東京大学出版会、2002）237頁。

185 なお、州レベルでは、サスカチュワン、アルバータ、ケベックの3州も同様の手法を予てから採用していた。

The Saskatchewan Human Rights Code, C.S.S., c.S-24.1, The Alberta Bill of Rights, R.S.A. 1980, c.A-16, s.2., The Quebec Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s.52.

および州を等しく拘束する憲法規範としての権利自由憲章」が憲法移管を実現する上で重大な障壁となっている事実を踏まえ、¹⁸⁶ 権利自由憲章のストレートな適用が政治的に許容できない事態を引き起こすような場合、その適用を一時的に停止できる権限を連邦議会と州議会の双方に認めようとするところにある。しかしながら、この提案は、同委員会の多数の支持を得るには至らなかった。¹⁸⁷ このような状態で、1980年9月8日から13日にかけて開かれた連邦一州首相会議（The Federal- Provincial Meeting of First Ministers）が、連邦政府の憲法改正案について全州の合意を取り付けることができなかつたのは、ある

186 連邦のみならず州をも拘束する人権規定の導入について、ケベック州は、フランス文化圏としての独自性の維持を危うくするとして反対し、他方オンタリオ州やブリティッシュコロンビア州は、イギリスの憲法伝統である議会主権の原則の維持を主張する立場から、これに反対した。またトルドー首相は、その信念である「統一的人権保障」を崩壊させるものとして、カナダ権利章典の時代から適用除外条項を否定的に捉え、権利自由憲章にこれを導入することに強く反対していた。

187 ROY ROMANOW, JOHN WHITE AND HOWARD LEESON, CANADA...NOTWITHSTANDING: THE MAKING OF THE CONSTITUTION 1976-1982, 45 (1984) .

意味で当然であったかも知れない。¹⁸⁸

追いつめられた連邦政府が発表した憲法改正草案は、このような状況を打破しようとするトルドーの強固な意思を反映していた。すなわち、この草案には、憲法改正にかかわる従来の全会一致の慣行を改め、過半数の州の同意と国民投票とを柱とする新しい改正手続の提案が含まれていたのである。¹⁸⁹ さらに、連邦政府は、この草案について全州の一致が得られない場合には、連邦議会が単独でイギリス議会へ立法の要請を行うとの方針を明らかにした。

このような強硬姿勢は、もともと憲法改正による既得権の制限を懸念する州側の姿勢をいっそう硬化させる効果を生み、結局この草案に同意を表明したのは僅か 2 州にとどまった。¹⁹⁰ とくに、ケベック州、マニトバ州、ニューファンドランド州の 3 州は、全州の同意なしに改正の要請を行うのは憲法慣行

188 憲法移管に必要であった憲法改正手続を確立しようとする試みは、1926年のバルフォア宣言の翌年から始まり、何度となく議論されたが失敗に終わっていた。サンローラン首相は、連邦管轄に関する改正は連邦議会単独で行い、州管轄に関わる改正は連邦および全州の合意で改正する、と提案したが連邦管轄についての権限のみしか確立されなかった。ディフェンベーカー首相(1957～63)は、フルトン司法大臣と各州の司法大臣とで憲法の移管を議論させ、連邦と州の管轄権問題や人口の過半数を含む7州の同意による改正手続を提案し、ほぼ合意に至ったが最終的にケベック州の反対により頓挫した。ピアソン首相(1963～68)はケベック州の希望を取り入れた「フルトン・ファバロー方式」で一旦はケベックのルサーージュ首相の合意を得たが、ケベック州内の世論に押され撤回されてしまった。1971年にはトルドー首相によって開かれた連邦・州首脳会議でヴィクトリア憲章と呼ばれる憲法憲章が仮採択されたが、結局はケベックの反対によって頓挫している。

189 長内了「カナダ連邦制度の新展開——一九八二年憲法の意味するもの——(上)」ジュリスト 790 (1983) 47 頁。

190 オンタリオ州およびニューブランズウィック州。

に反すると主張し、それぞれ自州の最上位裁判所に提訴した¹⁹¹。他方、連邦政府も、連邦議会には州の合意なく憲法改正を要請する法的権限があると主張し、その旨の確認を求めてカナダ最高裁判所に提訴した。

これら4つの政府からの提訴を併合審理したのが1981年のReference re Resolution to amend the Constitution¹⁹²である。本件においてカナダ最高裁判所は、連邦議会がイギリス議会に1867年BNA法の改正を要請する場合、法的には各州の同意を必要としないが、憲法慣行上は相当程度(substantial measure)の州の同意が求められると判示した。この判決においてカナダ最高裁は、「相当程度」を具体的な数字で示すことは回避したが、同時に僅か2州の同意のみでは、到底この条件を満たすことにならないと明言している¹⁹³。

この判決は、カナダ最高裁のお墨付きを得て自らの正当性を主張しようとした連邦と州の双方にとって、いわば「肩すかしを食らわす」ものであった。いったんは司法過程に投げかけられた問題が、ものの見事に政治過程に投げ返されたのである。このようにして、再び交渉のテーブルに戻った両者は、一致できる合意点を目指して、互いに歩み寄る努力を重ねた。

こうした経緯を経て1981年11月2日から5日にかけて開催された連邦一州首相会議は、カナダ最高裁の判示によって強行突破の道を事実上閉ざされた連邦政府にとっても、また少数の州の反対では憲法改正を阻止できないと告知された州側にとっても、あらゆる可能性を模索しなければならないギリ

191 ニューファンドランド州最高裁判所は、憲法慣行上、全州の同意が必要であると判示したが(Newfoundland Constitutional Reference (1981) 118 D.L.R. 3d., 1)、ケベック州とマニトバ州の最高裁判所は、連邦議会の議決のみでもイギリス議会に憲法改正を要請できると判示している(Quebec Constitutional Reference (1981) 120 D.L.R. 385; Manitoba Constitutional Reference (1981) 117 D.L.R. 3d., 1)。なお、これらの事件では、いわゆる「レファレンス(照会請求)」と呼ばれる手続がとられた。この制度については、長内前掲注132を参照。

192 Reference re Resolution to amend the Constitution, (1981) 1 S. C. R. 753.

193 齋藤前掲注154, 91頁。

ギリの交渉の場となり、「憲法移管」と「カナダ全土における統一的人権保障」という2つの目標の同時的実現にこだわり続けてきたトルドーもまた、州側の抵抗を和らげ、カナダ最高裁の言う「相当程度の州の合意」を取り付けるために、そのいずれかについて柔軟な姿勢を示す決断を迫られたのである。¹⁹⁴

トルドーの選択は、連邦政府が一方的にイギリス議会へ要請を行うことを断念した上で、かつてサスカチュワン州が主張した適用除外条項案の一部を修正した新しい適用除外条項の採択を自らから提案することであった。¹⁹⁵ さらに第1条の「法律留保条項」、第38条3項の「離脱権」等いくつかの重要な点で政府原案の修正を行ったのである。¹⁹⁶

連邦政府側が従来の方針へのこだわりを捨て、適用除外条項の導入について大幅な譲歩を示したことによって、さしも紛糾した連邦一州首相会議の議論も急速に収束の方向に向かい、最終日の11月5日には、ケベックを除く9州が憲法改正案に同意するに至ったのである。

このような経緯で、権利自由憲章は、第33条の「適用除外条項 (The Legislative Overriding Clause)」が含まれることとなった。1982年憲法の一部として採択されたカナダ権利自由憲章は、特別な手続によらなければ改廃できない硬性憲法 (a rigid constitution) の一部であり、かつ連邦の行為のみならず州の行為に対しても適用されるという意味で、通常の連邦議会制定法に過ぎなかったカナダ権利章典とは、大きく相違している。しかしながら、カナダ権利自由憲章

194 加藤前掲注 184.

195 この連邦政府案は、適用除外宣言の有効期間を5年とする一方で、その再制定に関する規定を置くなど、サスカチュワン州の原案には含まれていなかった措置が講じられている。

196 憲法のカナダ化への流れは、斎藤前掲注 154、伊藤勝美「カナダにおける憲法改正論争 — 1982年憲法法制定過程(1)」比較法政 21(1982)、伊藤勝美「カナダにおける憲法改正論争— 1982年憲法法制定過程(2)」比較法政 23・24(1984)に詳しい。

には、憲法の保障する人権が何であるかを最終的に判断する権限を連邦最高裁判所に置くアメリカや我国の制度からすると、極めて異質な装置である。

もしこの条項がなかったならば、カナダ権利自由憲章は、ディーフィンベーカーの衣鉢を継いだトルドーにとって、まさに悲願達成の金字塔となっていたに違いない。なぜなら、カナダ権利自由憲章からこの条項を取り除いて見るならば、そこに描かれた人権保障システムは、まさしく憲法の最高法規性と違憲立法審査制度を中核とするアメリカ型システムそのものであり、国家全体に統一的な人権保障の実現というトルドーの夢に適った制度設計がなされていたからである。しかし、別名「Notwithstanding Clause（にもかかわらず条項）」とも呼ばれる適用除外条項が付け加えられたことによって、その勝利はいささか「ほろ苦い」ものにならざるを得なかった。

以上に述べてきたところから、1982年カナダ憲法の制定過程で最大の問題は、「自主的憲法改正手続」と「適用除外条項を含む権利自由憲章の導入」をめぐる合意の形成にあったことが容易に理解されよう。ここで注目すべきは、改正手続をめぐる論争が憲法成立とともに急速に沈静化していったのに対し、適用除外条項はその後多くの論争と対立の種となってきたことである。

この論争は、ある意味で、憲章第33条の先駆的制度である「カナダ権利章典第2条に採用された適用除外条項」をめぐる戦わされた議論の再現といえるかも知れない。通常の議会制定法の存在形式を持つ権利章典に適用除外条項を取り入れたのは、実は、カナダ権利章典のみではなく、サスカチュワン、アルバータ、ケベックの3州も同様の手法を採用していた¹⁹⁷。このような過去の経験をどう評価するかによって、カナダ権利自由憲章の適用除外条項に対する評価も区々に分かれたが、総じていえば、これらの錯綜した議論の焦点となったのは、やはり、「憲法の拘束を乗り越える権限を議会に認めることの是非」であった。

適用除外条項が憲法改正に向けたコンセンサスを得るための政治的妥協として登場してきたのは紛れもない事実であり、それが濫用された場合には、

197 See *supra* note 185.

カナダ全土に統一的な人権保障を実現するという権利自由憲章の制定目的そのものが破壊される危険性を秘めたものであるという認識は、程度の差こそあれ誰しもが共有していたと言えよう。実際、憲法移管の立役者であったトルドー自身が、1981年11月の首相会議の直後に行われたインタビューに答えて、次のような述懐を漏らしている。

「正直に言って、自分は適用除外条項を恐れてはいない。それが濫用される可能はあるだろう。しかし、ディーフィンベーカーが1960年に採用したカナダ権利章典の歴史は、適用除外条項が含まれているからといって、必ずしも大きな不祥事につながるものではないことを教えている。したがって、自分には適用除外条項が権利自由憲章の価値を著しく傷つけることになるとは思われない……連邦議会と州議会が選んだのは、最終的判断が、裁判所ではなく、国民によって選ばれた人々によってなされることを保障する方法なのである」¹⁹⁸

これと同様の見解は、1982年憲法の制定に関わった他の政治指導者によっても繰り返された。例えば、マニトバ州司法長官メルシェール（G.W.J. Mercier）は、「カナダ国民の権利は、憲法によって守られるだけではない。もっと重要なのは、カナダ国民には連邦議会あるいは州議会の権限を使って、自分たちの享受すべき権利と自由を確認し、定義し、保護し、尊重し、拡張する権利が常に認められてきたことであり、この基本的な政治的権利が維持されることによって、カナダ国民の権利が守られることである」¹⁹⁹と述べ、また、サスカチュワン州のブレイクニー首相（Allan Blakeney）も、「憲法に盛り込まれた権利自由憲章は、個々のカナダ人の人権を保障するものであるが、同時に、いくつかの重要な分野では、裁判所の判決が州や特定地域の基盤を形作る社会制度に影響を与えるような場合に、これをオーバーライドする権限を議会に認めている。このことは、人権の保護と幾世紀にもわたって旨く

198 Transcript of an Interview with the Prime Minister by Jack Webster, on CHAN-TV Vancouver, 24 November 1981, at 5.

199 *Id.* at 115..

機能してきた社会制度との間にバランスを図らなければならないという我々の主張に一致する²⁰⁰」と述べている。

しかしながら、適用除外条項のプラス面を強調するこのような見解は、権利自由憲章が適用除外条項の濫用によってその意味を失いかねないことへの懸念を自ら表明するものでもあった。このようにして、少なくとも憲法制定の直後の段階では、適用除外条項を単なる政治的妥協の産物として捉え、その運用次第では、カナダ全土に統一的な人権保障の実現に大きな障碍となるのみならず、立憲主義の意味そのものを破壊してしまうことにもなりかねないとして、これを早急に廃止すべきであるという主張が大勢を占めることになったのである²⁰¹。

このような見解が正鵠を得ていたかどうか、つまり、適用除外条項が単なる多数者による少数者の迫害の道具となるのか、それともカナダ権利章典に始まる「カナダ独自の人権保障システムの構築」という流れをさらに強化することになるのかは、つまるところ、連邦議会や州議会が第 33 条に基づく権限をどのように発動するかにかかっている。そこで、次章では、適用除外条項がこれまでどのように用いられてきたかを具体的な事例に即して検証することとする。

200 *Id.* at 125.

201 野上前掲注 125, 283 頁, DAVID JOHNSEN AND PHILIP ROSE, *THE NOTWITHSTANDING CLAUSE OF THE CHARTER* (1997)., Hovis and Martin, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms in the Supreme Court of Canada*, 61 *CANADIAN BAR REVIEW* 354 (1983).等では様々な論者の同様の意見が取り上げられている。

第3章 カナダ権利自由憲章第33条「適用除外条項」

第1節 ケベック州政府の試み

(1) 1982年憲法に関する法律

連邦政府の憲法改正提案に反対した州の中で、もっとも激しい抵抗を示したのはケベック州であった。フランス文化圏としての伝統を保持してきたケベック州にとって、1867年BNA法の改正には全州一致を要してきた従来の慣行の廃止を意味する憲法改正手続、そして連邦と州に等しく適用される権利自由憲章の導入は、その *Distinctive Society* としての地位を危うくするものと受け止められたのである。

先に述べたように、これに対して、トルドー首相は、レファレンス制度を利用して1867年BNA法の改正発議が連邦議会の専権事項であることを最高裁判所に確認させ、これを「お墨付き」として州側の抵抗を封じ込めようと図った。しかし、その思惑は最高裁が「玉虫色」の判断を示したために潰え、トルドーはさらなる妥協を強いられることになった。²⁰² このようにして、憲法改正をめぐる州政府とのギリギリの交渉の中で、最後の切り札として登場したのが「カナダ権利自由憲章の拘束を回避する権限」を各州に認める「適用除外規定」であった。

連邦政府サイドから提出されたこの妥協案が契機となって、1981年11月5日には全10州のうち9州が連邦政府の提案に合意するに至り、さしも難産であった自主憲法がついに成立したのである。しかしながら、唯一ケベック州のみは承認を拒絶し、1982年4月17日の新憲法発効直後に「1982年憲法に関する法律」(通称 *Bill 68*) を成立させ、徹底抗戦の姿勢を示した。²⁰³

ルネ・レベック首相の率いるケベック党 (*Parti Quebecois*) が圧倒的多数を占めるケベック州議会によって可決されたこの法律の目的は、その第1条に

202 Resolution to amend the constitution, (1981) 1 S. C. R. pp. 753-912.

203 An Act respecting the Constitution Act, 1982 ; S.Q.1982, c.21.

書かれた「この血まみれの憲章の適用を可能な限り困難たらしめる」という文言に、端的に示されている²⁰⁴。この目的を達成するために、同法は、1982年4月17日以前から存在しているすべてのケベック州法をいったん廃止し、そのすべてに「1982年憲法の第2条および第7条から第15条までに定める規定にもかかわらず適用される」という条文を追加した上で、改めて制定し直すことを定めている。これに基づく措置が講じられたのは新憲法施行から2ヶ月後であったが、レベック政権はさらに、将来制定される法律についても同様の措置を講じる方針を固めていた²⁰⁵。これは要するに、ケベック州がカナダ権利自由憲章の拘束から自由であり、将来とも自由であり続けるという牢固たる政治的意思の表明にほかならない。

(2) Alliance des professeurs v. Quebec 事件

このような包括的適用除外宣言が果たして有効であるかどうかを確認すべく争われたのが、Alliance des professeurs v. A.-G. Quebec 事件である²⁰⁶。

ケベック州の第一審裁判所は、概略以下に述べる理由によって、「1982年憲法に関する法律」に基づく包括的適用除外宣言の有効性を支持した。すなわち、

- ① 憲章 33 条 1 項および 2 項の文言は、適用除外宣言によって適用を排除されるべき条項の数を制限しているとは解されず、したがって、1 個の適用除外宣言によって複数の条項の適用を排除することも認められる。
- ② ケベック州議会の意図が、憲章第 2 条および第 7～第 15 条に定める権利のすべてについて、同州立法への適用を排除することにあるのは明白であり、したがって、適用除外宣言がその対象となる条項の番号のみを記載し、当該条項に含まれる具体的な権利を特定していないことは格別問題とならな

204 Rene Levesque (就任機関：1976年11月～1985年10月)。

205 PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA STUDENT EDITION (2004) at 839.

206 Alliance des professeurs v. A.-G. Quebec [1985], 21 D.L.R. (4th) 354, at 360-365.

い.

③適用除外宣言の有効性は、それが憲章 33 条の定める立法手続に従ってなされているかどうかという形式的な基準によってのみ判断されるのであって、それが実質的に妥当であるかまで問われるものではない。²⁰⁷

この第一審判決に対して、ケベック州最上位裁判所は、1 個の適用除外宣言が同時に複数の権利を対象に行われることについては、これを容認しつつ、その場合には、宣言の対象となる権利を具体的に明示することが必要であり、条項の番号のみを示すだけでは足りないとして、全員一致で原判決を破棄した。

法廷意見を執筆したジャックス（Jacques）裁判官は、適用除外宣言が憲法による人権保障の例外をなすものであり、厳格な基準をクリアしなければ発動できないとした上で、第 33 条 1 項の求める必要条件を次の 3 点に要約した。

- ①適用除外宣言が明示的になされること
- ②適用除外宣言が権利自由憲章の適用から除外される法律または条項の中に含まれていること
- ③適用除外宣言の対象となる権利自由憲章の規定が特定されていること

ジャックス裁判官は、以上の分析に基づいて、本件における適用除外宣言は第 3 番目の条件を満たしていないが故に無効であると結論づけた。この結論は裁判官全員の支持するところとなったが、その中で注目すべきは、「適用除外宣言の対象となる権利が明示的に示されることの重要性」について特に言及したメリーランド（Maryland）裁判官の補足意見である。

すなわち、同裁判官は、ひとたび憲章第 33 条に基づく権限が発動されると、市民は憲法上保障された権利や自由の侵害に対して司法的に争う機会を奪わ

207 JOSEPH ELIOT MAGNET, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA: CASES, NOTES AND MATERIALS 5TH EDITION (1993) at 541.

れ、政治的な試みよる抵抗しか許されないことになるという認識を踏まえつつ、次のように説明する。

「(適用除外条項の対象となる権利が特定されることは) 市民にとって、連邦議会や州立法部が憲法の保障するいかなる権利を自分たちから奪おうとしているのかを明確に理解する機会となり、十分な情報に基づいて問題を考え議論すること、換言すれば、民主過程で許される方法を利用することが可能になる²⁰⁸のである」

このようにケベック州最上位裁判所によって、このケベック州議会による適用除外宣言は、一転否定された。そこでケベック州政府は、カナダ最高裁判所に上告したが、同時期に複数の訴訟事件が発生したこともあり、州政府は、適用除外宣言のあり方についての最終判断を次項で述べる 1988 年の *Ford v. Quebec* 事件で得るべく、本件上告は取り下げた。すなわち、アメリカ合衆国連邦最高裁判所と異なり、「全カナダ」の最高裁判所であるカナダ最高裁によるカナダ権利自由憲章第 33 条に関する初めての判断は、*Ford v. Quebec* 事件判決を待つこととなった。

ケベック州では、1985 年 12 月の選挙によって、1982 年憲法の導入に寛容な自由党政府が成立しており、前ケベック党政府が実施していた新しい法律を制定する際には常に適用除外宣言を付する慣行を放棄していた。また、カナダ権利自由憲章の誕生に対抗して行われた「1982 年憲法に関する法律」による適用除外条項宣言の 5 年間の期限である 1987 年には、それを再制定する試みをせずに失効させている。しかしながら、いくつかの法律においては、引き続き包括的な適用除外条項が挿入された。それらのほとんどは、論争を引き起こすことはなかったが、1977 年に制定されていたフランス語憲章 (Bill 101) を、カナダ権利自由憲章から防衛するため制定されたフランス語憲章修正法が、カナダ権利自由憲章第 33 条の定める適用除外宣言を行って、屋外広告をフランス語に制限する規定を守ろうとしたことは、大きな論争を引き起こし、*Ford v. Quebec* へ繋がっていったのである。

208 *Id.* at 366.

(3) Ford v. Quebec 事件

カナダ権利自由憲章第 33 条について、再び活発な議論を生じさせるきっかけとなったのは、1988 年の Ford v. Quebec 事件である。²⁰⁹ 本件における主要な論点は、ケベック州がそのフランス語優先政策に基づいて 1977 年に制定したフランス語憲章 (The Quebec Charter of French Language) の各規定—具体的には、公共の標識や公示物のみならず商業広告についても、フランス語のみで表示しなければならないと定める第 58 条、ならびに商号についてフランス語のみの標記を義務づける第 69 条—²¹⁰が、カナダ権利自由憲章第 2 条 b 項およびケベック州の人権と自由の憲章 (The Quebec Charter of Human Rights and Freedoms : 以下「ケベック権利自由憲章」という。) 第 3 条の保障する表現の自由を侵害するかどうかであった。²¹¹

加えて、ケベック州政府は、1982 年憲法に抵抗するために制定した Bill 68 による適用除外宣言と同様に、フランス語憲章にカナダ憲章の第 33 条に規定されている適用除外宣言を包括的な形式で付け加えており、この宣言によって同法の効力維持を図っているため、Bill 68 で争われた点が引き継がれた、すなわちこのような包括的な適用除外宣言によって、第 2 条および第 7 条から第 15 条全ての適用を排除することが可能かという問題である。

ケベック州最上裁判所は、先に見た Alliance des professeurs v. A.-G. Quebec 事件と本件を併合審理し、適用除外の対象となる憲章上の権利が特定されていないとの理由で、違憲判断を示した。そこで、事件は、カナダ最高裁判所で争われることとなった。

まず第一に、カナダ最高裁判所は、本件適用除外宣言が、カナダ権利自由憲章第 33 条 3 項による 5 年間の時制限内内であるかどうかを確認した。すなわち、フランス語憲章の第 214 条には、「この法律は、1982 年カナダ憲法の第 2

209 Ford v. Quebec (1988) 2S.C.R. 712 at 737, 54 D.L.R. (4th) 577.

210 The Quebec Charter of the French Language, 1977, R.S.Q., c. C-11.

211 The Quebec Charter of Human Rights and Freedoms, 1975, R.S.Q., c. C-12, as revised.

条および第 7 条ないし第 15 条の規定にかかわらず有効である」旨が規定されているが、この規定は、はじめ、1982 年 6 月 23 日に制定された「1982 年憲法に関する法律」によってフランス語憲章に挿入され、フランス語憲章の第 58 条と第 69 条に適用除外宣言の効力を与えたものであった。²¹² その後、1984 年 2 月 1 日にフランス語憲章修正法が施行された²¹³、同修正法第 12 条は、フランス語憲章第 58 条を一部修正し²¹⁴、また第 52 条は、改めてフランス語憲章全体に、適用除外の宣言を行っている²¹⁵。第 214 条による適用除外宣言は、1982 年憲法に関する法律が 1982 年カナダ憲法が施行された 1982 年 4 月 17 日に遡って効果を持つとしていたため、その遡及的效果が認められるとするならば、1982 年 4 月 17 日の 5 年後の 1987 年 4 月 17 日に、逆に遡及的效果が認められないとするならば、施行日である 1982 年 6 月 23 日の 5 年後の 1987 年 6 月 23 日に、5 年間の有効期限が切れ、効果を失っていることになる。第 214 条による適用除外宣言は、カナダ権利自由憲章第 33 条 4 項による適用除外の再宣言が為されていないため、いずれにしても訴えがおこされた 1988 年において、効力を有していないことになる。そこで問題となるのが、フランス語憲章修正法第 52 条の適用除外宣言である。同条は、1984 年 2 月 1 日に施行されており、5 年間の期

212 "This Act shall operate notwithstanding the provisions of sections 2 and 7 to 15 of the Constitution Act,1982."

213 An Act to amend the Charter of the French Language, SQ 1983, c.56, assented to on December 22, 1983 and proclaimed in force on February 1, 1984.

214 Section 58 of the said Charter is replaced by the following section: "Public signs and posters and commercial advertising shall be solely in the official language. Notwithstanding the foregoing, in the cases and under the conditions or circumstances prescribed by regulation of the Office de la langue française, public signs and posters and commercial advertising may be both in French and in another language or solely in another language."

215 Sec. 52 This Act shall operate notwithstanding the provisions of sections 2 and 7 to 15 of the Constitution Act, 1982 (Schedule B of the Canada Act, chapter 11 in the 1982 volume of the Acts of the Parliament of the United Kingdom).

限の到来は 1989 年となり，本訴訟が提起された段階においては，有効期限内であった。

問題は，同修正法による適用除外宣言の効力が，同修正法によって具体的に修正された条項のみに及ぶのか，それともフランス語憲章全体に及ぶのかという点であった。カナダ最高裁は，前者の立場を採用し，修正法第 12 条において修正された第 58 条には第 52 条の適用除外宣言の効力は及ぶものの，第 69 条には効力が及ばないとした。すなわち，第 33 条 3 項の有効な期限内にあるものは第 58 条のみとされたのである。

第 2 の争点は，包括的な適用除外宣言の有効性であった。前述した *Alliance des professeurs v. A.-G. Quebec* 事件においてケベック州最上位裁判所は，第 2 条および第 7 条から第 15 条の中の 1 つ以上の権利や自由について，1 つの法律で適用除外宣言できることは認めたが，適用が排除される権利や自由を含んだ条や項の番号について言及するだけでは十分ではなく，明示的な文言で示さなければならないとした。同裁判所は，この判断の理由として，適用除外宣言によって特定の権利や自由が，憲法の保障の枠外に出てしまうことの深刻さが広く認識され，議論されなければならないからであると述べている。カナダ最高裁判所も適用が排除されそうな特定の権利や自由について適切に市民に知らせることの重要性を民主的手続きの観点から強調している点については同様の見解を示した。

しかし，ケベック州最上位裁判所とカナダ最高裁判所の結論は分かれた。カナダ最高裁は，適用除外を宣言する法律と，それにより憲法上の保障から除外される権利や自由との間の明示的な関連付けの必要性が，最も本質的なものであると判示したのである。ケベック州最上位裁は，立法府がカナダ権利自由憲章で保障された権利や自由を超越する宣言をする法律において，対象を明確に識別することが必要としており，その識別の方法は形式的表現ではならず，換言すれば，適用除外を宣言する際に十分に根拠のある弁明をするために，条項の番号だけでは十分でなく，その超越される権利や自由そのものを特定しなければならないと判示したが，カナダ最高裁は，そのような必要性について第 33 条の文言の中には正当な理由は見つけれないとした。

したがって、この訴えにおいて問題となっている包括的な適用除外宣言は、憲章第 2 条と第 7 条から第 15 条の中の条項全てを適用除外すると主張しさえすれば、第 33 条により授与された権限の有効な行使であるとした。

第 33 条に規定された形式の必要条件は、適用除外宣言が特定の法律あるいは条項は、カナダ権利自由憲章第 2 条および第 7 条から第 15 条の規定にかかわらず適用されるとする明示的な宣言でなければならない。言い換えれば、もしそれが適用除外される条項または条項のいくつかを含む権利自由憲章の条や項の番号を示しているなら、第 33 条宣言は十分に明示的である。もちろんある条項に含まれる規定や条項の一部だけを適用除外するように意図する場合には、適用除外される部分を特定しなければならないが、法律が適用を除外される規定を含んでいる条項の番号を明示しているものについては、その重要性に関わるものを十分に示している。適用除外される条項をその条項の中の文言によって述べることを、立法府による宣言に必要とされている「明示的に」という言葉は意図していないとした。カナダ最高裁判所は、包括的な適用除外宣言の効用を認め、立法府が適用除外条項を援用することの正当性を司法において審査することはしないと判示したのである。

また、本件においてカナダ最高裁判所は、もう 1 点重要な判断を示している。第 33 条による適用除外宣言が遡及的効果を有することができるかどうかである。上述したように、Bill 68 の第 7 条は、包括的な適用除外の条項に対して遡及的な効果を与えていた。「この法律は成立の日に効力を有する。しかしながら、1 条および 3 条 1 項は 1982 年 4 月 17 日より効力を持つ。」との規定である。

カナダにおける法の遡及適用一般については、*Gustavson Drilling Ltd. v. Minister of National Revenue*, (1977) の判決が次のように述べている。すなわち、「解釈上そのようにすべきことが明白であるか、または法律の文言による必然的な要求がなければ、法律は、遡及的効果を有するものとして解釈されない」との判示である。この解釈は、ある法律が遡及効を認めるかどうかに関して曖昧である場合の判断基準を提供することになる。²¹⁶ 結果、カナダ最高裁は、カナ

216 *Gustavson Drilling Ltd. v. Minister of National Revenue*, (1977) 1 S.C.R. 271

ダ権利自由憲章第 33 条が遡及的な適用除外の条項を制定することを許すか、将来の適用除外宣言のみを許すかどうかについて、後者のより狭い解釈が適切であり、第 33 条 1 項の下では遡及的效果を有する適用除外宣言を認めることはできないとし、Bill 68 第 7 条の遡及効規定を無効と判断したのである。

カナダ権利自由憲章第 33 条の適用除外条項に関して、ケベック州による適用除外条項の包括的な適用が問題となった裁判において、一旦はケベック州最上位裁判所により、包括的な適用除外宣言は権限逸脱であり無効であるとし、対応する権利や自由に対して個別のアプローチが必要であると判示された。しかし、カナダ最高裁判所は、この判決を覆し、33 条の形式が守られている限り、裁判所は適用除外条項の援用の正当性を事後的に審査することはしないと判示する一方、適用除外条項には、遡及的な効果を与えることは出来ないとし、適用除外条項に対して重要な制限を課したのである。以上の判示により適用除外条項の基本的な援用方法が確立したことになり、カナダ最高裁は、まず第一に第 33 条の有効性の問題を解決することによって、第 33 条が有効に宣言されている法律については、実体審査を行わないことも暗に示したのである。

カナダ最高裁は、こうした前提の下で、ケベック州フランス語憲章についての実体審査を行なっている。具体的には、カナダ権利自由憲章との関係では、第 33 条の効力が及ばないとされた第 69 条、ケベック権利自由憲章との関係では、第 58 条と第 69 条の双方が実体審査の対象である。

カナダの実体審査のあり方に影響を与えている、隣国アメリカ合衆国では、商業広告を含む「営利的表現」について、伝統的に合衆国憲法第 1 修正（とりわけその"free speech clause"）の保護の外にあるとされたきた、しかし、1970 年代に入ると、次第に第 1 修正の下で保護される言論表現の一形態として認識されるようになり、²¹⁷ 1980 年の *Central Hudson Gas and Electric Corp. v. Public Service Commission of New York* 事件で営利的表現に対する規制の合憲性審査において用

217 例えば、*Virginia Pharmacy Board v. Virginia Consumer Council*, 425 U.S. 748 (1976) はその一例である。

いられるべき基準（セントラル・ハドソン・テスト）が打ち出されたことによって、第1修正の保護法益の新しいカテゴリーとして取り扱う流れが定着している。²¹⁸

アメリカ合衆国と同様にカナダでも、営利的表現の自由は、伝統的に憲法上の保護対象外であると理解されてきたが、1982年のカナダ権利自由憲章以降、明文で「表現の自由」を保障したことから、状況に変化が生じてきている。本件では、まさにこの点、カナダ権利自由憲章第2条b項及びケベック権利自由憲章3条が規定する表現の自由の保障が、フランス語憲章の第58条と第69条によって制限されている「営利的表現」という特定のカテゴリーの表現についても及ぶかどうか、そしてこれが及ぶ場合、その自由を制限することが、権利自由憲章上正当な理由があるとして認められるかどうかである。

218 Central Hudson Gas and Electric Corp. v. Public Service Commission of New York (1980)

において合衆国連邦最高裁は、後に「セントラル＝ハドソン・テスト」と呼ばれるようになる営利的表現についての特別の規則が第1修正と一致しているかを判断する基準として、次の4つのポイントを挙げている。第1に、当該表現が合法的な行為に関するものであり、情報の受け手を誤導するようなものでないかどうかである。第2に、政府の主張する利益が実質的かどうかである。もし第1, 2とも肯定的な答えが生じるなら、第3に、その規制が主張された政府の利益を直接的に促進するかどうか。そして第4に、その政府の利益を達成するために必要な範囲よりも、広範囲ではないかどうかを判断する。セントラル＝ハドソン・テストは営利的表現理論の「不安な妥協 (an uneasy compromise)」と言われている。それは自立的な消費者にとって、思想と情報の自由市場が必要であるという確信を持ちつつ、消費者を有害な営利的表現から守ろうとする政府規制の妥当性の均衡を保つ試みと言われる。芦部信喜，高橋和之 『憲法（第5版）』（岩波書店，2011）172頁。

²¹⁹
った。

すなわちカナダでは、イギリス法の伝統を引き継ぎ、カナダ権利自由憲章が硬性の人権規定を導入する前から、政治的な表現が重要な憲法的価値を有すると認識されてきた。しかしながら、政治的な表現の自由ならぬ営利的表現の自由の保障については、歴史的にみて、憲法上の保護下にあるとみるべき根拠はなかった。また「表現の自由」は、「基本的自由」の表題のもと、カナダ権利自由憲章とケベック権利自由憲章の両方に定められることとなったが、これが、営利的表現の自由をも含むのかについては、文言上明らかではないばかりか、他の権利保障との関係で否定的に解する根拠すら認められたのである。営利的表現は、財産権や経済活動の自由を実質的な根拠とするものであるが、カナダ権利自由憲章は、財産権をその明示的な保護対象から除き、さらにいわゆる包括的権利条項としての機能を有する第7条の保護対象からも、除いているのである。²²⁰

カナダ権利自由憲章第2条b項とケベック権利自由憲章第3条における表現の自由の保障は、自由で民主的な社会において、政治的な表現に対して及ぶことは明白である。カナダ権利自由憲章以前においては、「政治的な表現」こそが、自由で民主的な社会において、個人的および社会的価値を供給するものであるが故に、憲法の保護に値する、唯一の表現領域であった。そこで、カナダ権利自由憲章上の「表現の自由」が「政治的な表現」に限定されるか、それとも、営利的表現等の他の表現内容にも及ぶのかが問題となったのであ

219 2 (b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication

3. Every person is the possessor of the fundamental freedoms, including freedom of conscience, freedom of religion, freedom of opinion, freedom of expression, freedom of peaceful assembly and freedom of association.

220 7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

中島徹「カナダ憲法における財産権条項の欠如」比較法学2(1)(1998)133頁。

る。

この点、カナダ最高裁は、カナダ権利自由憲章以後は、表現の自由の保障は政治的表現に制限されないという解釈に傾斜してきた。たとえば、RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd では、表現の自由の憲法上の保障は、伝統的な感覚においては、政治的表現とされない表現まで拡張されたことが確認されている²²¹。表現の自由の憲法上の保障を正当化し、定義づける試みを通じて、伝統的な政治的表現以外の表現の重要性が認識・強調される中で、本件では、営利的表現という特定の表現の内容・形式が、権利自由憲章上の「表現の自由」の保

221 RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd. [1986] 2 S.C.R. 573. 表現の自由の保障の制限を正当化する価値基準を識別し公式化する様々な試みもなされてきた。おそらく、最もよく知られているのはエマソン教授（Thomas I. Emerson）のものである。彼は自身の著書の中で、自由な表現の制度の維持は、(1)個人の自己実現の保障として、(2)真理に到達する手段として、(3)社会の一員による政治的・社会的な意思決定プロセスへの参加を確保する方法として、そして(4)社会において安定と変化の間の平衡を維持するために必要であるとし、その枠内に入る表現の自由は保障するべきであるとした。この見解に基づいて表現は、個人の自治の側面として見られているとし、表現は、個人の成長と自己実現に対して不可欠なので保護されるものであるとした。

障下に置かれるべき利益の範囲内にあるかどうか²²²が分析された。

本件においては、カナダ最高裁は、カナダ権利自由憲章第 2 条 b 項、ケベック権利自由憲章第 3 条の下で保護するに値する表現の範囲の境界線を引く必要はない旨判示した。すなわち、看板の文字の中に英語を使うという憲法上の保護された権利が認められるならば、そのような文字が営利的目的を持つ場合において、当該保障された自由の範囲から除外できるのかどうかを決定することが必要であるが、カナダ最高裁は、営利的な要素というものが、ある表現を表現の自由の保護から除外される効果を導くとは考えないとしたのである。

表現の自由に関する重要な争点として、これまでも指摘されてきたところであるが、営利的表現は、その話し手が個人の経済的選択の余地を他者に知らしめるという重要な役割を演じるのと同様、その聞き手にとってみると、個人の独立の達成と自立のという重要な側面を保護するものである。こうした点に鑑み、カナダ最高裁は、「営利的表現は自由で民主的な社会において、個人的・社会的な価値をなんら提供しない、それ故、憲法上の保障にも値しない」というケベック州の主張を退けた。また、カナダ最高裁は、本件訴訟

222 裁判所は、2つの分析過程を確立している。第1は、*Hunter v. Southam Inc.* 事件によって判示されたように、少なくともカナダ憲章については、意図する解釈への接近によって決定される。第2に、*R. v. Edwards Book and Art Ltd.* 事件で示されたように、保障された権利への制限についての問題は、カナダ権利自由憲章第1条に基づいて決定される。まず特定の権利が侵害されたかどうか決定するために、その権利の保障によって守られる利益や目的を考察する。もし、特定の権利が侵害されたと判断されたなら、第2の段階はその侵害が第1条の制限によって正当化できるかどうか判断することである。法廷が、特定の事例において、どちらの利益や目的が優先するものであるか判断するために比較考察をし、合理的制限の枠内にあるものかどうかを確認する。*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145., *R. v. Edwards Book and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713

で問題となっている表現は営利的要素を有しているが、実際の焦点は、言語の選択と使用を禁止する法律であるとした。

以上のような検討の結果、カナダ最高裁は、フランス語憲章第 58 条はケベック権利自由憲章第 3 条が保障する表現の自由を制限するものであり、また、第 69 条はカナダ憲法第 2 条 b 項及びケベック権利自由憲章第 3 条の双方が保障する表現の自由を制限するものであると判断し、最後の論点である当該制限が憲章上許されるかどうかの検討に進んでいる。

カナダ権利自由憲章とケベック権利自由憲章は、それぞれ憲法上の硬性人権規定であるが、当然ながらそこで保障される権利も絶対的保障の下にあるのではなく、「合理的な制限」に服することが定められている、具体的には、フランス語憲章の第 58 条と第 69 条による表現の自由の制限が、カナダ権利自由憲章第 1 条及びケベック憲法第 9 条 1 項の「合理的な制限」の下で正当化されるかどうか²²³が問われた。

カナダ最高裁は、ケベック州がこれらの制限を正当化するに十分な証拠を、カナダ権利自由憲章 1 条とケベック憲章第 9 条 1 項に従って提示しているかどうかを判断した。ここでは第 1 に、フランス語憲章を生み出した言語政策の根拠、すなわちケベックとカナダにおけるフランス語の脆弱な地位、そして第 2 に、フランス語憲章によって義務付けられたフランス語表現の伝達による公共領域における言語の役割に対する言語計画理論の重要性という 2 つの問題が提示された。

第 1 の点に関しては、フランス語憲章で示された立法目的の重要性と、それが本質的で緊急な必要性に対する応答であることは、原告、被告両者が認めるところであった。ケベック・カナダにおけるフランス語の脆弱な地位の

223 9.1. In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Qu bec.

In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

認知は、「二言語主義と二文化併存に関する 1969 年の王立委員会報告書」²²⁴に始まり、それに続く一連の報告書に詳細に記述されている。²²⁵これらは、本件訴訟で言及された統計等に示されているところである。一般的に認識されてきたフランス語の脆弱な状況の要因は、(1)カナダ全体の人口におけるケベックのフランス語使用者割合の下落に結びつく、ケベックにおけるフランス語使用者の出生率の減少、(2)同化の結果としてのケベック以外でのフランス語使用者人口の減少、(3)ケベックへの英語使用者の移民による同化率の増加、(4)経済部門における英語の持続的支配、があげられる。これらの要因により、ケベックにおいては、フランス語使用者人口が大多数にもかかわらず英語の使用が事実上義務づけられていると言える。この状態は、英語の重要性増加にさらされているフランス語使用者に対して、フランス語が消えてしまうのではないかという懸念を抱かせ、優位な言語はもっぱら英語であるということを強く示唆し、さらには、英語を使用することが賢明な選択方法であることをケベック移民にも示唆している。そこで、フランス語憲章の目的は、その前文にあるように「フランス語の質と影響力の保証」²²⁶こととなり、ケベック政府は、ケベックにおけるフランス語文化の優位を保障するべきことなのである。以上の論理において、ケベック州政府は、カナダ権利自由憲章第 1 条及びケベック権利自由憲章第 9 条 1 項の下で、フランス語憲章の基礎たる言語政策の目的は重要で合理的なものであると主張し、フランス語文化の存続とその問題に対する適切な立法の対応が必要であることが認められていること、さらには、フランス語文化の保護と独自文化を持つケベック社会が

224 The Report of the Royal Commissions on Bilingualism and Biculturalism.

225 Parent Commission and Gendron Commission.

226 “Whereas the National Assembly of Québec recognizes that Quebecers wish to see the quality and influence of the French language assured, and is resolved therefore to make of French the language of Government and the Law, as well as the normal and everyday language of work, instruction, communication, commerce and business;”, Charter of the French Language, CQLR c C-11, Paragraph 2 of the Preamble.

言語政策を立法化することの合理的関係を示した。

しかしながら、カナダ権利自由憲章第 1 条とケベック権利自由憲章第 9 条 1 項の下で、フランス語の排他的使用までが、立法目的の達成に必要なかつ適合しているかどうかは別の問題である。実際、本件でもケベック州司法長官はフランス語の排他的使用を市民に要求することを正当化することは試みず、上述したように、ケベック言語政策の一般的な正当性論議からフランス語憲章制定の理由を述べるに終始した。また営利的表現を制限するアメリカ合衆国の対応について強調し、フランス語の排他的使用がフランス文化伝統を保護する目的に必要なこと、営利的表現以外の表現には干渉しないようにしていることを示し、少なくとも営利的表現の領域では、立法の目的に司法が理解を示すように求めたのである。

これに対し、カナダ最高裁は、ケベック州政府の言語政策として、フランス語の表示義務は、ケベックにおけるフランス文化伝統を維持・促進する目的に適合しているので、カナダ権利自由憲章第 1 条およびケベック権利自由憲章第 9 条 1 項の下に正当化されるが、フランス語の排他的使用の要求は正当化されないと結論づけた。すなわち、ケベック州政府の言語政策において重要な言語はフランス語であるということは、ケベックの人口統計を反映した結果として認められるが、フランス語の排他的使用要求は、ケベック社会の現実を反映していないとされたのである。カナダ最高裁は、母語に関係なくすべての市民および来訪者に情報が伝えられるべきであると述べ、結論において、公共の標識や公示物、そして企業の名称や商用広告におけるフランス語の排他的使用を義務付けるフランス語憲章第 58 条と第 69 条が、それぞれ表現の自由に課している制限は、第 58 条は、ケベック憲章 9 条 1 項によっても、第 69 条は、カナダ権利自由憲章第 1 条およびケベック憲章 9 条 1 項のいずれによっても正当化されないと判示したのである。

このようにして、カナダ権利自由憲章第 33 条は、まさしく権利自由憲章自体の制定に反対したケベックによって用いられたことを契機として、カナダ最高裁による基本的な援用方法が確立することとなった。そこで、以下では節を改めて、Ford v. Quebec によって示された第 33 条の援用方法について、整

理してみることにしたい。

第2節 適用除外条項の援用方法

(1) カナダカナダ最高裁の判示

上にみたように、カナダ最高裁判所は、Ford v. Quebec 事件判決において、第33条を有効に援用する方法を示したが、ここではまず、それらを次の4つの点から整理しておく。

① 明示的な宣言

第33条は、議会制定法において憲章の特定条項の適用除外を行うためには、その明示的な宣言を求めている。そこで、この意味が問題となる。

まず第一に、対象となる憲章上の規定の特定が必要である。そもそも、憲章の権利のすべてが第33条によって適用除外可能な訳ではない。第33条は、憲章第2条と第7条から第15条に規定されている権利にのみに適用される。これらには、基本的自由(第2条)、刑事司法手続上の権利(第7条から第14条)および平等権(第15条)を含んでいる。換言すれば、第33条の対象には、民主的権利(第3条から第5条)、移転の自由(第6条)、言語権(第16条から第23条)、執行規定(第24条)や男女平等条項(第28条)は含まれていない。

その上で、第33条は、連邦議会または州の立法府は、ある制定法が憲章上の権利にもかかわらず有効であること、を明示的に宣言しなければならないと規定している。それはある規定が憲章に反しているということから推測されるものではない。また、第33条の下で有効な宣言であるためには、適用を排除される憲章の条項を特定して言及しなければならない。ある議会立法が、カナダ権利自由憲章の1つ以上の条項、あるいは第2条と第7条から第15条までに含まれるすべての条項と関係しており、解釈上複数の条文の適用除外が考えられることが明らかであっても、憲章の条項を具体的にあげていない宣言は、効果を持たないことになる。

ただし、第33条1項が予定する明示的な宣言は、適用除外される憲章の権

利について、条項番号を超えて、実質的な論点の提示を含む詳細な形での特定をする必要は存在しない。Ford 事件において、適用除外宣言は、宣言が記載された特定の法律によって侵害されるところの権利そのものに言及すべきかどうかの問題となった。問題となった法律では、「1982 年憲法第 2 条と第 7 条から第 15 条までの規定にも関わらず」との形式で明示がなされており、第 33 条によって与えられた、憲章を超越する権限を持つ全ての権利が対象となるとしている。この点についてカナダ最高裁は、立法府は、法執行の段階において憲章によって保障されたどの権利との間で抵触が生じているかを判定する立場になく、まさに立法者として、1 つ以上の憲章条項について適用除外を定めておくことが許されるとし、憲章の権利が条項の番号だけでなく、文言で確定されること（例えば「表現の自由」というような）を要求していないとした。すなわち、憲章の条項番号に言及することで、「十分に明示的」なのである。

第 2 に、第 33 条 1 項が予定する明示的な宣言は、その対象となる議会制定法を特定しなければならない。新規立法の中に明示的な宣言がある場合は、この点はあまり問題とならないが、既存の法律に対して明示的な宣言を行おうとする場合、実際上の問題が生じることになる。すなわち、ある法律に対する修正法（あるいは改正法）の中に適用除外宣言がある場合の取り扱いである。この点、修正法は修正された制定法の一部として解釈される（いわゆる「溶け込ませ」）という原理に基づき、修正法により適用除外宣言条項を既存の制定法に追加することは可能である。ただし、カナダ最高裁の立場によれば、適用除外宣言条項は、適用除外される制定法それ自身の中になければならない。より具体的にいえば、第 33 条 1 項が、「すべての制定法（あるいは、複数の制定法）について、適用除外を行う」と規定する包括的な宣言を有効と認めるかどうかという点が、ケベック州の Bill 62 によって生じた問題であった。繰り返し述べたように、Bill 62 は、カナダ権利自由憲章に対する抗議の一として、ケベック州によって可決された法律であるが、同法は、「1982 年 4 月 17 日以前にケベック州議会によって採択されたすべての法律」に、包括的な形式の適用除外条項を追加した。同法には、修正対象の法律名は規定され

ておらず、宣言の中に記述された「すべての」という文言のみによって範囲が確定されている。Ford v. Quebecにおいて、カナダ最高裁は、このような適用除外の権限の行使仕方であっても、それが、対象法自体に適用除外宣言条項を追加する形式を採用しているが故に、十分に明示的であると判断したのである。

② サンセット規定

適用除外の権限には、時間的な制限が課されている。第33条3項は、いわゆるサンセットクローズであり、それに基づいて行われた明示的な宣言は5年の期限で自動的に失効する。

この5年間の期限の根拠については、第33条には明示されていないが、一般に、カナダ権利自由憲章第4条が、連邦及び州の代議員（衆議院）議員の任期を5年と定めていることと連動していると解されている。すなわち、適用除外宣言を付した法律の効力期限を最長5年とすることで、仮に最長期間を設定しても、その効力期間中に少なくとも1回の総選挙が含まれ、議会による適用除外宣言自体が選挙の争点となり得るのである。

また、第33条4項は明示的な宣言を再採択することを許しているが、その際採択された宣言も、第33条5項の規定により、再び5年の期限で失効する。再採択された宣言が、さらなる再宣言ができるかどうかは、明らかではない。第33条4項は、「1項に基づいて行われた宣言」のみの再採択を認めているからである。しかしながら、上述のような選挙期間との関係で5年という期限制限を理解する立場からは、3項に基づいて再採択された宣言は、おそらく1項に基づいて行われた宣言と同様としてみなされるべきであろう。結果として、宣言は永続的に更新可能である。サンセットクローズの目的は、5年の間隔、すなわち少なくともその間に選挙が行われるであろう間隔で、それぞれの権限を行使をした連邦議会もしくは州の立法府による再考察を強いるものである。

サンセット規定との関係で実例をみると、Ford v. Quebecにおいて、フランス語憲章第214条における適用除外宣言が5年の期限が到来し、効力を失っている

るとされた。また Ford 判決の後に、立法目的を維持すべく適用除外宣言を含め再制定したフランス語憲章は、その適用除外宣言の 5 年の期限が満了すると同時に、ケベック州議会は、英語の看板の禁止を解除し、フランス語の優位のみを規定した法律に置き換えている。他州からの批判やミーチレイク協定への反対の一因となったこともあり、適用除外宣言を再採択することをしなかった²²⁷のである。

③ 遡及的効果

Ford 事件において、カナダ最高裁は、適用除外宣言自体を認めつつ、当該宣言の訴求的効果を否定した。問題となった Bill 62 は、1982 年の 6 月 23 日に制定されたが、カナダ権利自由憲章の施行日である 1982 年 4 月 17 日から効力を持つと明定していた。カナダ最高裁は、カナダ権利自由憲章第 33 条には、訴求的効果に関する規定がないから、法の遡及適用に関する一般原則に照らして、予測される例外的場合にのみに許されているものとしたのである。本件では、例外が否定され、適用除外宣言は、Bill 62 で規定された日付である 1982 年 4 月 17 日ではなく、制定の日である 1982 年 6 月 23 日に効力を生じるものとされた。

法の支配 (rule of law) の考え方には、人は行為・行動を行うに際して、その行為・行動が、自らの憲法上の権利によって保護されているかを知り得るという要請が含まれる。第 33 条の下での適用除外に、安易な遡及効を認めるならば、この要請が充足されない、換言すれば憲法上の権利が法の遡及的な変化によって傷つくことを意味するから、このカナダ最高裁の判断は適切な者であるといえよう。ただし、一つ懸念されるのは、カナダ権利自由憲章第 1 条による規制の正当化を司法裁判所が認めてくれないという危険性を感じつ

227 ミーチレイク協定については、竹中豊「『ミーチ湖憲法協定』から見えるもの—カナダ政治の断面と本質」外務省調査月報 1988(1)(1998)；NormanSexsmith/陶山宣明(訳)「ミーチ・レイクとカナダ憲法—協定あるいは軋轢か」海外事情 36(11)(1988)が詳しい。

つも、権利制限的内容を含む法制定をしようとする議会が、第 33 条による適用除外宣言が遡及できないことを、いわば「言い訳」として、適用除外条項を予防的に追加するという濫用の危険性である。ただし、この点については、これまでの法運用を見る限り現実のものとはなっていない。

④ 合理的制限

第 33 条に基づく適用除外宣言自体について、カナダ権利自由憲章第 1 条の合理的制限の基準を満たさなければならないかどうか、という問題提起がある。すなわち、適用除外宣言を行うことについての合理性が、司法裁判所の審査対象となるかという議論である。

カナダ最高裁判所は、Ford 事件において、この意味での第 1 条の議論について何ら明確な言及をせず、換言すれば適用除外宣言そのものについての合理性や民主的正統性を考察することなく、第 33 条の適用除外の有効性を確認している。カナダ最高裁によれば、第 33 条は、「形式面のみの必要条件を規定」しており、第 33 条に基づく宣言について「本質的な（司法：筆者追加）審査の問題に持ち込む根拠はない」と述べている。仮に、第 33 条の宣言に合理的制限の基準を必要とするならば、それは一般の制定法が定める規制についての合理性の基準よりも、当然に緩和したものになるだろう。なぜなら、さもなければ、適用除外宣言そのものが、何の意味もなさなくなってしまうからである。このように考えるならば、第 33 条が、第 1 条の合理的制限の基準充足を条件として適用除外宣言を許容しているという議論は、支持することが困難であろう。確かに、第 33 条には、同条自身について、「憲章の第 1 条が適用除外される」という明示的文言はない。しかしながら、上にみたような緩和された合理性の基準を別途導出するための根拠も示されていないのであるから、一度ある憲章の条項が、特定議会制定法の明示的な宣言によって適用除外されれば、その憲章の条項は、当該制定法には全く適用できないと考えるべきであり、このことは、適用除外宣言そのものについて第 1 条に基づく合理性を示す必要はないということと、まさに表裏の関係にあるとみることができる。

以上4点がカナダ最高裁判所による *Ford v. Quebec* 事件の判決によって、示された適用除外条項の援用の方法である。次に、このような援用方法の運用実態、とりわけ上に示した実務上の懸念に関する事実関係を確認するために、ケベック州以外での適用除外宣言がどのようなされているか簡単に示しておく。

(2) ケベック州以外の援用

ケベック州以外で、適用除外権限を発動したのは、ユーコン準州が最初であった。ただし、それは実質的な係争点を含まない法律について行われたため、適用除外宣言の事例に数えるべきかどうか必ずしも定かではない。²²⁸

2番目の事例は、サスカチュワン州の「職場復帰法」がカナダ権利自由憲章第2条b項の保障する結社の自由の侵害に当たるとした同州最上位裁判所の判決から、²²⁹ 同法を守るために行われたものである。²³⁰ ただし、サスカチュワン州は適用除外条項の挿入を宣言する一方で、カナダ最高裁に同法が争われた初期の事件を上告する手続きを行い、結果としてカナダ最高裁が州政府の主張を認めて、州最上位裁判所の判断を覆したため、この適用除外宣言は不要となった。²³¹

3番目の事例は、同性婚を禁止するアルバータ州の法律について行われた

228 Land Planning and Development Act, S.Y. 1982, c. 22, s.39 (1).

229 The SGEU Dispute Settlement Act, S.S. 1984-85-86, c. 111, s. 9.

230 RWDSU v. Saskatchewan. [1985] 5 W.W.R. 97 (Sask.C.A.).

231 RWSU v. Saskatchewan [1987] 1 S.C.R. 460.

ものであり、実質的な争点を含む、ほぼ唯一の適用除外宣言と言える。²³² この他にも、憲章第2条の出版の自由を根拠に、タバコ広告禁止法を無効としたカナダ最高裁判所の決定に対して、²³³ 全部で10の議会（連邦議会と7つの州議会さらに2つの準州議会）がそれぞれ適用除外条項の発動を検討したことはあるが、結局、法律を憲法に抵触しないよう作り直すことによってこれを回避しており、10州のうちの7州と3準州のうちの2準州は、適用除外の権限を使用したことがない。連邦議会もまた同様である。

1984年から1993年まで連邦首相を務めたマルルーニ（Brian Mulroney）は、かつて「自分が在任中は、適用除外権限を行使することはない」と明言したが、連邦議会および州議会がこれまで適用除外宣言に示してきた姿勢をマクロな視点から見ると、カナダにおける基本的人権が実に繊細で微妙なバランスによって保障されていることが分かる。²³⁴ 多数者による少数者の権利の侵害を裁判所が抑制し、その裁判所の決定が権利自由憲章第33条の適用除外条項によって抑制されるという制度設計の面白さだけではない。ケベック州内の多数者は、適用除外条項の援用によって母なるケベックの特異な地位を守ろうとする。しかし、彼らはカナダ全体で見れば少数者である。同様に、ケベック州の少数者は、カナダ全体の多数者である。カナダは、多様な文化

232 Marriage Amendment Act, S.A. 2000, c. 3, s. 5.

なお、同州の避妊禁止法案にも同様の適用除外宣言が付される予定であったが、この法案自体が州民の強い反対に合って取り下げられたため、結局沙汰済みとなった。佐藤信行「カナダにおける同姓婚—法形成過程の視点から—」法学新報 112 卷 11・12 号(2006)363 頁、富井幸雄「同姓婚と憲法（1）—カナダの婚姻法（The Civil Marriage Act）を素材として」法学新報 113 卷 1・2 号(2006)171 頁、富井幸雄「同姓婚と憲法（2）—カナダの婚姻法（The Civil Marriage Act）を素材として」法学新報 113 卷 3・4 号(2007)35 頁。

233 RJR-MacDonald Inc. v. A.G. for Canada, (1995) 3 S.C.R. 199.

234 ロバート・シャープ著、佐々木雅寿訳「カナダ憲法における司法制度と違憲審査権（2完）」法学雑誌 43(2)(1996)360 頁。

伝統の共存を可能にするために、連邦制度を採用したているが、このような建国の理念と権利自由憲章に盛り込まれた適用除外権限が結びつくことことで、どのような機関や集団に対しても「究極的権限の独占」²³⁵を許さない政治システムが生まれ、同時に、繊細なタスペリー模様のように入り組んだその営みが議会による安易な適用除外宣言を抑止しているとみることができよう。²³⁶

第3節 適用除外条項の可能性

(1) 適用除外条項の考察

以上まで、カナダ権利自由憲章第33条に組み込まれた、適用除外権限条項という、硬性人権規定を司法裁判所により運用するアメリカ型司法審査制度からみると、一種奇妙な制度について、その歴史と今日までの基本的な運用実態を検討した。本節以下においては、これを前提として、この一種奇妙な制度の原理的位置づけを考え、その比較法的発展の可能性へ議論を進めることとしたい。

第33条は、一見する限りにおいては、憲法上保障された権利に矛盾する例外として考えられている。確かに、第33条は、適用除外宣言を含んだ通常の制定法を議会が採択することによって、憲章上の主要な規定を排除することを許すものであって、そもそも、このような「憲章上の権利」について論じることの意義自体に疑問を生じさせる。もちろん、似たような疑問は、「自由かつ民主的な社会において明白に正当化できるものとして法律が定める合理的な制限」を認める第1条についても、また生じうる。しかし、第1条の下では、ある法律が、憲章上保障された権利との衝突から生き残ることが出来るかどうかの決定は、その法律が、自由で民主的な社会における明白に正当

235 シャープ前掲注234, 362頁.

236 佐藤信行「カナダにおける憲法改正とカナダ権利自由憲章33条—ケベック問題との関係を念頭に—」憲法理論研究会編『“危機の時代”と憲法』敬文堂, 2005, 195頁.

化され得る合理的な制限であるという裁判所の判断によってなされる。これに対して、第 33 条の下では、それを望ましいとする理由はなんであれ、連邦議会や州の立法府が、判断するのである。第 33 条を伴うカナダ権利自由憲章に対して、「外見的立憲主義」「法律の留保概念の復活」との批判が可能となるのは、まさにこの構造からに他ならない。

しかしながら、憲章上の権利導入に最後まで同意しなかったケベックの特別な事例を脇に置いておけば、適用除外権限の使用はごく少数である。少なくともこの 30 余年の間に、適用除外条項が濫用される可能性は著しく減退したであろう。たしかに、ケベック州政府がカナダ権利自由憲章の成立直後に行った包括的な適用除外宣言は、権利自由憲章の根幹を揺るがしたのは、紛れもない事実である。もし、このような適用除外宣言が濫発されたとするならば、権利自由憲章の意味は後退を余儀なくされたであろう。しかしながら、ケベック州最上位裁が *Alliance des professeurs v. Quebec* 事件において、このような適用除外条項の援用を違憲として退けたことで、そのような危険性に一応の歯止めがかかった。Ford v. Quebec 事件で、カナダ最高裁は、適用除外宣言の対象となる権利の明確化という点で、ケベック州最上位裁と異なるアプローチを採用したが、両者の相違はいわば技術的・形式的な問題に過ぎず、つまるところ程度問題に帰着すると考えられるのであって、適用除外宣言が明示的でなければならないとする理由は、本質的に変わるところがない。すなわち、この 2 つの判決は、第 33 条に基づく立法権限の行使によって、憲法の保障する権利や自由を制限された市民が、その救済を申し立てる機会が政治過程を通じての異議申し立てに限られることになるとの認識を前提としながら、然るが故に、適用除外宣言によって奪われる権利や自由が何であるのかが市民に広く認識され、議論されなければならないという考え方に立脚しているのである。要するに、憲法の命じるところと政治的選択の対立が明示的に示されることによって、必要な情報が明確に提供されるからこそ、立法府や行政府の行動について自由に議論する権利を行使することができる。それ故に、立法府の権利行使に対し、市民自らの目で確認させ、明確な政治的選択をさせなければならないということである。

極めて少数の例外を除き、カナダにおける連邦及び州政府が第 33 条の発動に消極的であるということは明らかである。憲章の目的に対する尊重はもちろん、野党、記者、法曹団体や市民団体などの監視がある。法案の中に適用除外条項を含むことは、政府が、自ら提案した立法が憲章に矛盾していると考えているということ、市民に知らせ、その問題の議論を引き起こす、いわば「合図する機能」を成している。そしてその議論は、多くの場合政府が生じさせたくないものなのである。それゆえ実際には、第 33 条は、滅多に使われず、法を制定する政府・議会が、その宣言を使用する公共政策の正当性に説得力のある理由が存在することを確信した時にのみ、使用されるということができよう。確かに、一連の憲章上の権利は第 33 条によって制限されるが、その権利が憲章の中にあるという事実は、その規定を弱体化する重要な障害なのであり、憲章上の権利と、憲章外の権利とを区分する意義が失わせるものではない。

そもそも、1803 年にアメリカ合衆国連邦最高裁判所が *Marbury v. Madison* 事件判決を下して依頼、司法審査の正当性に関する議論は、今日まで「正解」を得るに至っていない。一方においては、「最大多数の最大幸福」の実現として、多数者の望みを優先的に取り入れるべきだという合意がある。ただし、今日（すなわち、*Marbury v. Madison* 以降）においては、それは、少数者の権利が不当に奪い去られるときには、多数者の立法を打ち負かす権限を裁判所に与えることによってのみ正当化可能である、とも主張される。しかしながら、なぜ民主的な正統性を有さない（典型的には「選挙で選出されていない」）裁判官の見解が、選挙で選出された国会議員の見解に勝るべきなのかであろうか。権利の定義はしばしば曖昧であり、明確に認められた権利でさえも時に、その地位を、他の価値に明け渡すべきであるとされる。その際に、いかなる機関が権利の問題を決定する権限を持つべきであるかという問題が、大きな課題として浮上するのである。

この点、イギリスが歴史的に選択してきた解決法は、国会の判断を終局的なものとする「議会主権の原則」である。逆にアメリカでは、立法府の選択を審査する権限を裁判所に与える「司法審査」を選択した。この視点からす

ると、適用除外の権限は、カナダをその中間の位置に置くものと評価することができる。もちろん、議会制定法に対する司法審査は、カナダ憲法において長い歴史を有しており、この点では、カナダ連邦議会・州議会は、イギリス議会の様な万能議会ではない。司法裁判所による連邦・州間の立法管轄審査は、連邦と州という2階層の政府をもつ連邦制度を導入した1867年から必要とされてきたのである。しかし、憲章に基づいた司法審査は、1982年に始まったに過ぎず、基本的にはカナダのあり方は、アメリカ型というよりはイギリス型であったといえる。問題は、1982年のカナダ権利自由憲章は、硬性の換言すれば司法審査基準となる人権規定であり、この導入によって、カナダの制度は大きくアメリカ型へ傾斜したといえるかという点である。本稿は、この点で、カナダはイギリスとアメリカの中間に置かれるという整理をする立場をとるが、それは、連邦及び州議会が憲章第33条の権限を留保していることによって、同第2条および第7条から第15条までに矛盾する法律を排除する司法権限が終局的なものではないとされていること、換言すれば、管轄権のある立法府が、なお当該立法を必要とするならば、第33条を用いて再制定することが出来るからに他ならない。

本稿の立場からすると、カナダの制度の基本は、上のように理解されるべきものであって、「外見的立憲主義」「法律の留保概念の復活」とは異なるものなのである。そもそも、権利の問題に対する司法の判決は、その問題の議論に完全に終止符を打つということの意味しない。問題が複雑であればあるほど、社会構成員価値観が多様化すればするほど、司法判決を許容しがたい議員や市民は、議論を継続し、最高裁の判決を覆す手段を模索することになる。もちろん憲法の修正によって成し遂げることは可能であるが、基本法である憲法はむやみに修正されないよう厳しい改正規定が用意されている。そこで、権利章典が適用除外の権限によって制限されないアメリカにおいては、判決を不当であると考えた政治的部門は、しばしば裁判所を攻撃してきたし、時として、裁判官構成を変更しようとする試みたのである。1937年に、フランクリン・ルーズベルト大統領によって、保守派が主導する連邦最高裁判所（Old Court）に対して加えられた、ニューディール政策を支持するように求め

る圧力"Court Packig"は、その典型的な事例である。この結果、アメリカでは、「司法の自己抑制」(judicial self-restraint)を伴う司法審査という考え方が主流を占めるようになってきているが、そこにもなお問題がある。

そもそも、憲法や権利自由憲章は、その国における基本的価値や秩序を体现する法であるから、この点についての「司法の自己抑制」には、限界がある。ニューディール期後のアメリカ合衆国連邦最高裁は、確かに、いわゆる「二重の基準論」(double standard theory)を用いて、社会経済規制立法については、合憲性の推定をもって臨んでいるが、他方で、平等保障やプライバシーといった領域では、裁判所が特定の価値を選択し、社会改革をリードする役割を担わざるをえなくなっているのである。結果として、たとえば、20世紀後半における共和党出身大統領による一連の連邦最高裁裁判官任命は、共和党の価値と衝突するウォーレン・コートのいくつかの判決に反対することが、その公然の目的とされ、裁判所自身をさらに党派性の強い政策の分野に引き込んでしまったことが指摘されている。

これらは、アメリカ的な司法裁判所による憲法保障に必然的に伴う、一種の「病理」であるが、カナダ人権第33条による適用除外権限が用意されているカナダの立法府においては、同様の「病」は、相対的に生じづらいといえる。カナダの選択は、司法の判決が、常に「正しい」(たとえば、規範解釈の問題を超えた社会統制のツールとしての「法」をみた場合の「正しさ」の問題である)ものとはいえないことを認め、市民により選ばれた議員たちが、司法の判決が不適切な回答であると確信した非常に稀な場合において、適用除外宣言によって、憲法解釈の最終的権限を政府部門側に取り返すことが認められるものといえることができる。

カナダ人権第33条は、カナダ以外の観察者にとっては、奇妙なものに見える一方で、カナダ権利章典の中に、そして、サスカチュワン州、アルバータ州およびケベック州の権利章典の中に、前例がある。それらは、連邦議会または州の立法府に適用除外の権限を与えている。適用除外の権限は、司法審査を一時的に停止させるカナダの発明である。「憲法解釈の最後の言葉」が、管轄権のある立法府に残されている限り、司法部門と立法部門の間の激しい

衝突は起こらない。ポール・ウェイラーは、第 33 条を「権利と裁判所のジレンマに対する本質的に有効な解決策」と述べているのは、このことをよく示している。²³⁷

(2) 適用除外条項の問題点

しかしながら、現行のカナダ型システムに、全く問題がないという訳ではない。ここでは、次章以下の比較法的検討に入る前に、一旦、モデルとしてのカナダ型システムについて考えられる問題点を挙げておきたい。

第 1 に、適用除外宣言の採否が通常の立法手続に委ねられていることの当否である。

裁判所がその憲法解釈に基づいて違憲とした法律について、議会が第 33 条の権限を発動してその効力を復活させる制度は、単に国民の代表機関たる議会の権威を示すために存在するのではない。もっと重要なのは、具体的な憲法問題をめぐる議会と裁判所の見解の対立が明白な形で示されることによって、一人ひとりの国民がそのいずれを選ぶべきかを考え、次の選挙での自らの投票行動を熟慮する絶好の機会が与えられることにある。

とすれば、議会が適用除外権限を行使する場合には、現在カナダで採用されている単純多数決ではなく、立法部全体の 3 分の 2 あるいは 4 分の 3 といった特別多数を条件とすることが望ましい。なぜなら、それは議会による安易な適用除外宣言に対する強力な歯止めとなるばかりでなく、通常の法案を可決するよりもより多くの国民の関心を引きつけ、広く情報が行き渡ることによって憲法に関する公の議論を活発にし、ひいては国民の人権意識を高める効果が期待されるからである。さらにまた、司法部の判断を覆すことが特別多数決によってしかできないとすることは、司法部に対する議会の敬意を制度的に示すことにもつながる。

第 2 に、適用除外権限を先制的に発動することの当否である。

237 PAUL WEILER, RIGHTS AND JUDGES IN A DEMOCRACY: A NEW CANADIAN VERSION, 80 (1984).

Ford 事件判決が²³⁸認めた先制的適用除外宣言は、廃棄するのが望ましい。なぜなら、それは、違憲の疑いがある法律について検討する機会を事前に裁判所から奪うのみならず、議会が自ら発行した免罪符について、国民がその意味を吟味するために必要な資料を奪うことにつながるからである。

第3は、これは、カナダ型システムというよりも、カナダに固有の問題としての側面もあるが、適用除外権限を州議会に与えることの当否である。

州議会にカナダ最高裁判所の決定を覆す権限を認めることは、次のような問題を引き起こす。まず最初に、州レベルの多数者が国家レベルの多数者よりも、個人の権利を侵害する可能性が遙かに大きいという事実がある。国あるいは連邦レベルでは、国民の法案への賛否は、個人的な利害というよりも、あるべき国家・社会への意見の多元性を背景として、多種多様な利害関係を反映したものになりやすいのに対し、州レベルの多数者が反映するのは、民族、人種、派閥といったより個人的あるいは小さく単純なグループの価値観であることが多い。ウェイラーが述べるように、「多くの人々にとって、Brown v. Board of Education²³⁹後に、ミシシッピ州に生じたかも知れない第14修正に対する反応は、小さな単位に適用除外権限を持たせようとする考えの全てを疑わせるに十分」²⁴⁰である。また、州議会に適用除外権限を付与すれば、国家的に影響する憲法上の選択を比較的少数の人間の力で覆すことを可能にし、連邦主義の正常な営みを破綻させることにもなりかねない。

第4に、適用除外宣言の有効期間に関する問題である。

適用除外宣言は、一定期間の後に必ずリニューアルされるサンセット条項であることが不可欠である²⁴¹。その意味で、カナダ権利自由憲章は、先行する制度であったカナダ権利章典の問題点を大きく改善したものとして評価され

238 *supra* note 209.

239 *Brown v. Board of Education of Topeka (Brown I)*, 347 U.S. 483 (1954); *Brown v. Board of Education of Topeka (Brown II)*, 349 U.S. 294 (1955)

240 Weiler *supra* note 237, at 85.

241 Bruce Ackerman, *The Emergency Constitution*, 113 *YALE L.J.* 1029 (2004)

る。適用除外宣言をサンセット条項とすることで、当初の最高裁判決に対しても、それに続く議会のアクションに対しても、憲法解釈についての国家的な議論が行われることが保障される。加えて、適用除外宣言の有効期間のうち選挙が行われることになれば、議会の選択が選挙の重要な争点となる可能性は十分あり、議会がその効力を延長するかどうかを決定するとき、有権者の意思を反映させなければならなくなり²⁴²、国民の政治参加に大きなインセンティブを与えることにもなる。

しかしながら、適用除外宣言に遡及効が否定されたことによって、立法府は、自らの立法が権利自由憲章に保障された権利や自由に抵触するかもしれないと考える場合に、第1条の合理的制限の正当性についての裁判所の判断に対する保障として、適用除外宣言を予防的に援用する可能性が指摘されている²⁴³。当然のことであるが、立法府は、自ら制定する法律が権利自由憲章に抵触するかどうか、第1条の合理的制限に当てはまるかどうかについて、最終的な決定権を持たない。ある法律に対し、裁判所によって違憲判決が下されてから適用除外宣言を行うことになれば、その法律の制定から適用除外宣言がなされる期間は、適用除外の効力は及ばないことになってしまう。立法府は、それを防ぐために、適用除外宣言を事前に包括的に援用する事例が増えることが懸念されるのである。Ford 判決において、カナダ最高裁が遡及効を否定したことは、違憲判決が下されたことに対し、立法府が適用除外宣言によって応答するという多くの論者が当初予期していた援用方法を否定したを意味する。第33条に基づく適用除外宣言に、当該法律制定時までの遡及効を持たせることができれば、実際には権利自由憲章に抵触しない、もしくは抵触しても第1条の下に合理的な制限として正当化される場合にもかかわらず、裁判所がいかなる判断を下すのかは判らない為に、立法府が、予防的・保険的に適用除外を宣言する必要が無くなることに加え、第33条が有効に宣言されている為に、裁判所が、ある立法が権利自由憲章に抵触するかどうか

242 See Hogg *supra* note 205.

243 *Ibid.*

という実体審査を行わないということもなくし、権利自由憲章に抵触するの
か否かの裁判所の判断を得ることができるようになり、問題点をより明確に
市民の前に提示できるという主張も、十分に成り立つところである。

ただ、この点については、上述したように、法の支配との関係において
も困難な問題を含んでおり、一般的な制度設計において、遡及効をもつ適用
除外宣言を認めるべきかどうかについては、なお検討を要しよう。

第5に、適用除外宣言の適用対象の範囲が問題となる。

適用除外宣言の適用対象は、選挙に関する規定などの一部の例外を除き、
できるだけ広く設定することが望ましいと考えられる。これまでみてきたよ
うに、適用除外宣言は、立法府による司法的憲法解釈のオーバーライドを意
味するが、その目的は、立法府による明瞭な憲法上の規定を無視することの
授権というよりも、立法府と司法府の憲法解釈に齟齬がある場合において、
前者にその時点での最終憲法解釈者としての役割を与えることである。した
がって、明らかに合憲性の外側にあることに誰もが異論を持たないような制
定法について、適用除外宣言を認めるようなことは避けなければならない。
もちろん明確と不明確の境界線を識別するのは、容易なことではない。ある
制定法に対する裁判所の判決について、適用除外権限の行使を支持する者は、
その条項が不明確であると主張するであろうし、これに反対の者は、憲法上
の解釈は明確であり、それが裁判所によって適切に判示されたと主張するで
あろう。このジレンマを解決する最善の方法は、適用除外条項を制定する際
に、適用除外宣言の対象となる権利自由憲章の条項をより具体的に明示して
おくことである。ただし、選挙過程に係る憲法の条項は、その中に含まれて
はならないであろう。選挙過程に係る憲法規定は、法のオーバーライドの可
能性から必ず免除されるべきである。なぜなら、もし議会の多数派が投票の
権利、選挙区割、選挙の実施時期のような問題について、自分たちに不利な
判決を覆すことができるとすれば、選挙制度自体の正統性が失われ、多数派
による適用除外の濫用と権力掌握することを許すことにつながるからである。
適用除外権限の対象から選挙制度に関する規定する条項を除くことは、「政治
参加の権利を否定することにより、自らの政府を永続させる永続的な試みを

保証する」ことになるのである。²⁴⁴

第6に、包括的適用除外宣言の当否に関する問題である。

私見では、ここでもまた、Ford事件判決の見直しが求められる。議会が適用除外権限を発動しようとする場合には、必ず対応する裁判所の判決および憲法上の条項を制定法において、明示的に指定することを義務づけなければならない。²⁴⁵ この厳密な条件を課すことによって、適用除外宣言の目的が明確となり、それに対する賛否の議論を活発化させ、その必要性や憲法の意義についての国民の一般の理解や権利意識を深まることが期待される。²⁴⁶ そして、広範な国民の支持なしに適用除外宣言を強行する政治的なコストは、国民が共有する基本的人権権利を侵害する誘惑から、議会を遠ざけることになろう。

(3) 適用除外条項の優位性

以上、カナダ人憲章第33条によってカナダに導入された適用除外宣言制度（立法による司法判断オーバーライド・システム; legislative overriding system over the judicial review）の歴史・制度等をみてきたが、これは、ビッケル(Alexander Bickel)の言う「違憲審査制度につきまとう『反多数決主義の困難』を克服するための努力」²⁴⁷の唯一のものでも、最初のものでもないことは明らかである。

例えば、ドウオーキン(Ronald Dworkin)、トライブ(Laurence Tribe)、フィス(Owen Fiss)などに代表されるアメリカ型の「司法権の優越」を擁護する学派に属する人々は、「憲法上の問題を熟慮し決定するために訓練され、独立した

244 Weiler *supra* note 237, at 82.

245 例えば、「合衆国議会が United States v. Lopez, 514 U.S. 549 (1995) における連邦最高裁の違憲判決に適用除外宣言を行って、憲法第1編第8節の解釈により、学校区域での銃禁止法を可決する」といったように。

246 Weiler *supra*, note 237, at 81.

247 ALEXANDER BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS (1962) at 16-17.

地位を認められた裁判官こそ、その任に最適の存在であり²⁴⁸、「国民の移ろいやすい好みがいま現在どこにあるかの判断を主要な役割とする立法部に、憲法的価値の意義を探求する機能を担わせるのは、観念的にも制度的にも適切でない²⁴⁹」と主張する。同様に、アッカーマン (Bruce Ackerman) は、「裁判所は、政治的エリート集団による基本的人権の侵害に抗議する市民が勝ち取った判決を擁護することによって、民主主義を提供する」のであるから、違憲審査制度には何ら問題がないと考える²⁵⁰。しかしながら、民主主義の意思決定を犠牲にすることによってのみ、権利と理に合った論議を保護できるという、ドウォーキン、トライブ、フィスの見解を全面的に受け入れることに逡らいを禁じ得ないし、また、アッカーマンの理論によって、違憲審査制度を非民主的であるという非難から守り切れるとは思われない。

他方、違憲審査制度の廃止を主張するボーク (Robert Bork) は、「裁判所は、基本的に、民主主義国家の正当な要素になることができない²⁵¹」と述べている。ボークと政治的立場を異にするタシュネット (Mark Tashnet) もまた、この点ではボークの見解に同調し、「違憲立法審査制度の廃止は、『脈打つ市民主義の憲法』をもたらすだろう²⁵²」と主張する。これに対しては多数決原理への回帰を説くボークやタシュネットの主張が一とりわけ民主制が未だ発展段階にある社会において一基本的人権という価値に余りにも大きな犠牲を強いる結果となることを危惧せざるを得ない。

しかしながら、以上に紹介した学説のどれもが「司法権の優越」を廃棄すべきか否かという二者択一を迫っているように思われる。その意味において、

248 LAURENCE TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* (2nd ed., 1988) at 15., RONALD DWORKIN, *CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY* (1995) at 11.

249 Owen M. Fiss, *The Forms of Justice in The Supreme Court 1978 Term: Foreword*, 93 HARV. L. REV. 1 (1978) at 10.

250 Bruce Ackerman, *Constitutional Politics/Constitutional Law*, 99 YALE L.J. 453 (1989) at 465.

251 Robert Bork, *Our Judicial Oligarchy*, FIRST THINGS (1996) at 21-23.

252 , MARK THSHNET, *TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM COURTS* (1999) at 177.

少数ながら、アメリカ型の基礎的な要素を放棄せずに、違憲立法審査制度の非民主的性格を和らげる方法を模索しようとする研究の存在は、司法的統制モデルと政治的統制モデルの中間に、日本の現状を克服する人権保障システムを見出そうとしている本稿の立場からすると、極めて魅力的であり、かつ勇気づけられる存在である。

このカテゴリーに属する研究者として、例えば、「裁判官は憲法問題に過度に関わることを回避するための技術（例えば当事者適格、成熟性の理論、裁量上告の権限など）を駆使して、「消極的な美德」を維持すべきであると説くビッケル²⁵³、「違憲審査と共存する司法権が及ばない憲法解釈」を模索する中から「立法部の法治主義」という考え方を導き出したポスト(Robert Post)やシーゲル(Reva Siegel)²⁵⁴、さらには、裁判所が違憲立法審査権を積極的に行使すべき場面と、禁欲的になるべき場面に分かって考察しようとするカラブレージ(Guido Calabresi) 裁判官などをあげることができる。

さまざまな立法権抑制システムの中からどれを選択すべきかという問題は、つまるところ、それによって実現したい価値が何であるかという問題に帰着する。なぜなら、採用するシステムの違いは、それによって最大化される価値の性質と密接に関連するからである。

あえて単純化して言えば、民主制原理を重視する政治的統制モデルを選んだ場合には、少数者の権利保護が犠牲になる可能性が相対的に高くなり、逆の選択が働いた場合には、これと正反対の結果が導かれる可能性が高くなる。

このような仮定を前途として、ここでは民主主義社会にとって最も重要と思われる5つの価値を取り上げ、オーバーライド・システムが司法的統制モデルや政治的統制モデルに対して有する優位性について考えてみたい。

第1に、基本的人権の保障という価値である。

個人の尊厳と自主性を肯定する自由な社会においては、それらを脅かす力

253 Bickel *supra* note 247, at 111.

254 See Robert Post & Reva Siegel, *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, 42 HARVARD CIVIL RIGHTS - CIVIL LIBERTIES LAW REVIEW 373 (2007).

に対抗して、憲法の保障する個人の権利を保護することがもっとも重要な価値であることを是認するならば、多数決原理とは異なる原理に導かれる司法府による違憲審査がそれを確保するもっとも基本的な選択肢となるであろう。²⁵⁵

第2に、国民の政治参加という価値である。

ハイバート (Janet L. Hiebert) は、「民主主義を求めるいかなる社会も、法廷の中ではなく、国民によって選ばれた立法部によって、社会の重要な優先事項を解決すべきである」と主張するが、²⁵⁶それは「民主的な多数者による意思決定は、憲法上の問題に関する最後の言葉を与えられた裁判所によって蝕まれる」という彼女の信仰にも似た確信から導き出された結論である。

第3に、憲法問題に関する国民の判断力の涵養という価値である。

参加型民主主義の意義を重視するタシュネットは、「アメリカ型の違憲立法審査制度は、立法者が裁判所の憲法解釈に影響を与える力を立法者から奪うことによって、国民が憲法問題について議論する能力を衰退させ、自分たちがこの領域から完全に排除されていると思わせてしまいかねない」と警鐘を鳴らしている。²⁵⁷

第4に、憲法解釈の予見可能性の確保という価値である。

立法部や国民にとって、憲法判断が安定し、予見可能であることは、極めて重要な意味を持つ。アメリカ型の違憲立法審査制度のもとで下される憲法判断が常に安定しているとは限らないが、選挙結果に左右される議会にこの権能を委ねる制度に較べれば、司法部による憲法解釈は、遙かに安定している。²⁵⁸

そして第5に、司法部と立法部の対話という価値である。

255 JANET L. HIEBELT, CHARTER CONFLICTS: WHAT IS PARLIAMENT'S ROLE? (2004) at 24.

256 JANET L. HIEBELT, LIMITING RIGHTS: THE DILEMMA OF JUDICIAL REVIEW (1996) at 115.

257 Mark Tushnet, *Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty*, 94 MICH. L. REV. 245 (1995) at 246, 266-275.

258 Devins, Neal, *Reanimator: Mark Tushnet and the Second Coming of the Imperial Presidency*, 34 U. RICH. L. REV. 359 (2000) at 370.

司法部の憲法判断によって自己の政治的選択を無効とされた立法部が、その報復として、司法判断に対する徹底的なボイコットやコート・パッキングに奔ったり、もっと極端な場合には、憲法修正という究極的手段に訴えることもあり得る。他方で、立法部が憲法上の意思決定により大きく関わる事が可能になれば、「立法部と司法部との間の対話を促進し、連帯責任の重要性を認識させる可能性を高める²⁵⁹」ことも夢ではない。

このようにして見るならば、これら5つの価値をバランス良く実現する方法として、アメリカ型の司法権の優越やイギリス型の議会主権の原理あるいは他の既存の立法権抑制システムと比較して、オーバーライド・システムがより優位性を備えているという筆者の仮説が、あながち妄想ではないこと理解されよう。特に第5としてあげた司法部と立法部の対話という価値については、近年研究者の間で特に注目されている。そこで次章では、司法部と立法部の対話という価値について、特に検討を深め、検証してみたい。

259 Sarah K. Harding, *Comparative Reasoning and Judicial Review*, 28 YALE J. INTL L. 409 (2003) at 434.

第4章 カナダ型人権保障システムにおける対話理論

第1節 対話理論の展開

(1) 対話理論の誕生

カナダ憲法学の泰斗のピーター・ホッグ (Peter Hogg) 教授と当時オズグード・ホール・ロースクール²⁶⁰の学生であったのバシェル氏 (Bushell) は、1997年、オズグードホールロージャーナルに「裁判所と議会とのカナダ権利自由憲章に関する対話（もしくは、おそらくカナダ権利自由憲章は、結局それほど悪いものではない）」と題する論文を発表した。この論文の中でホッグ教授らは、裁判所による違憲審査は、議会の判断を単に否定するものではなく、裁判所と議会との対話の始まりであるという考え方である「対話理論 (Dialogue Theory)」²⁶¹と呼ばれる考え方を示した。これは1982年にカナダ憲法史上初めて憲法規範の人権規定として誕生したカナダ権利自由憲章の下で、民主的正統性を持たない裁判官が、民主的手続を経て選出された代表者によって作られた法律を無効にする権限を与えていることへの批判に対する回答として提示されたものであった。

ホッグ教授らは「権限のある立法機関が、裁判所の判決を破棄 (reversal) や修正 (modification)、もしくは回避 (avoidance) する可能性を持つ場合、裁判所と立法機関との関係を『対話 (Dialogue)』²⁶²と見なすことに意味がある」とし、「ある法律をカナダ権利自由憲章に反するとして無効とした裁判所の判決に続いて、議会立法権限のある議会による何らかの行動 (some action) がある場合に対話が

260 Peter W. Hogg and Allison A. Bushell, *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)*, 35 OSGOODE HALL LAW JOURNAL 75 (1997).

261 佐々木雅寿「カナダにおける裁判所と立法府の対話」法学雑誌 54-1 (2007) 15頁

262 Hogg *supra* note 260, at 79.

成り立つ²⁶³」としている²⁶⁴。

ホッグ教授らは、このように民主的正統性を持つ議会の制定法を、民主的正統性を持たない裁判所が違憲無効としたとしても、それは議会に対する「最後の言葉 (The Last Word)」ではなく、各部門間の「対話」なのであるとし、実際、裁判所の判決に、「議会による応答 (response) の余地がある」ならば、「民主的正統性に基づく、カナダ権利自由憲章への批判を維持することはできない」と結論づけ、カナダ権利自由憲章下の違憲審査権は「国家の政治部門に対する拒否権」ではなく、「むしろ、個人の価値と社会全体の価値のための政策とを最も素晴らしく調和させるための対話の始まり」なのだ²⁶⁵と主張したのである。

実際、この裁判所と議会との「対話」の概念は、多くの注目を集め、さまざまな論者による議論の的となったのみならず、カナダ最高裁判所によって、いくつかの判決で引用されている。本章では対話理論の内容や批判を確認し、その意義や可能性を検討する。

(2) 対話理論を支える制度的特徴

カナダ権利自由憲章に反する法律を無効とする裁判所の判決を、議会はどのように克服することを可能とするのであろうか。ホッグ教授らは、対話を促進するカナダの制度的特徴として4つの特徴をあげている²⁶⁶。

①適用除外条項

前章までに見てきたようにカナダ権利自由憲章第33条「適用除外条項」は、議会によるオーバーライド権限を定める。この規定の下では、議会は、ある制定法が、権利自由憲章に違反しているとした違憲判決を覆すことができ、

263 Hogg *supra* note 260, at 82.

264 佐々木前掲注 261, 16 頁

265 Hogg *supra* note 260, at 105.

266 Hogg *supra* note 260, at 82.

議会が裁判所の判決を克服する最も明白で、最も直接の方法を提供し、議会が裁判所から横やりを排除し、当初の立法を再現することを可能としている²⁶⁷。ただしホッグ教授らは、1997年の論文発表時には、事実上この規定は、その援用に対し、消極的な政治風土が生じているため、比較的重要視されづらくなっているとしている²⁶⁸。

前述した1988年のFord v. Quebec判決では、カナダ最高裁判所は、ケベック州における屋外商業広告にフランス語のみ使用を認めたフランス語憲章を無効とした。それにもかかわらずケベック州は、あらたに第33条の適用除外宣言を含む法律を制定し、裁判所の判決に対抗した²⁶⁹。そして適用除外宣言の5年の期限を迎えた1993年、当初のブーラッサ率いる自由党政府は続いていたが、厳格なフランス語政策を行った情熱も弱まり、フランス語以外の言語も使用可能にした新しい法律を制定した。この新しい法律には、第33条の適用除外宣言は含まれていなかった。この裁判所とケベック州議会との一連のやり取りは、典型的な対話と考えられる。

②合理的な制限

権利自由憲章の第1条「合理的な制限」では、「カナダ権利自由憲章に掲げる権利および自由は、自由かつ民主的な社会において明らかに正当と認められ、かつ、法律の定める合理的な制限に服する場合を除き、本憲章によって保障される」と規定し、保障する権利と自由の限界として合理的な制限を認めている²⁷⁰。この規定は、第33条が適用される権利に制限があるのとは異なり、すべての権利自由憲章上の権利・自由を対象としており、課せられた制限が

267 See *supra* note 180.

268 Hogg *supra* note 260, at 83.

269 前述第3章を参照。

270 Section 1 : The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

合憲か違憲かは、1986年の R. v. Oakes 事件で確立された基準によって判断される。²⁷¹

一般に Oakes テストとして知られる基準は、次の4段階からなっている。まず第1に、立法目的は、重要なものでなければならない。第2に、立法手段は、立法目的と合理的な関係性がなければならない。第3に、人権制約の範囲は必要最小限でなければならない。第4、人権制約の程度は必要以上に厳しい効果があってはならない、とするものである。

これまでの第1条との関連で合憲性が争われた訴訟事件では、当該法律のほぼすべてが、上記の1、2および4の基準を満たすと判断され、したがって、3の基準の審査が論争の中心となってきた。すなわち、権利自由憲章に反するとして違憲無効とされる法律のほとんどが、人権制約の範囲が必要最小限ではないとの理由で違憲とされてきたのである。逆にいえば、立法府が人権制約の範囲をより限定的にしていれば、第1条下の合理的な制限として合憲と判断されていたであろうことが予測できる。

権利自由憲章上の権利を侵害する法律が、合理的な制限として正当化されるためには、人権制約の範囲が必要最小限である必要があり、そうでなければ Oakes テストの第3基準違反として違憲無効とされるが、その場合、審査した裁判所によって、なぜ合理的な制限の基準を満たさなかったのかが詳述されることになる。これは確かに、違憲判断の理由の説明であるが、合理的な制限の基準を満たすであろう限定的な範囲を指し示すことにもなり得るのである。つまり、議会によって、当初の立法目的を変更することなく（第1基準は満たしているのであるから、これを変更する必要はない）、より人権制約の範囲を狭めた代替の法律を考えることを可能にするのである。²⁷²

ここでも Ford v. Quebec 事件を対話の事例としてあげることができる。カナダ最高裁判所は、ケベック州によるフランス語の保護政策が表現の自由に対する制限を正当化するに十分に重要な目的であると認めた上で、しかしなが

271 R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103.

272 See Hogg *supra* note 260.

ら、最高裁判所は、屋外の商用広告に他言語を使用することを禁止することは、フランコフォン（Francophone）文化を保護する目的を遂行するための必要な範囲を超えて、アングロフォン（Anglophone）の権利を侵害するものであるとの判決を下しているのである。カナダ最高裁は、フランス語文化の保護という目的は、フランス語を排他使用するということだけではなく、他言語を使用する際に必ずフランス語を併記するよう義務づける等、より表現の自由の制約の少ない手段で達成できるであろうと判示している。この後、ケベック州政府は、判決に従ってより制約の少ない立法を制定することもできたが、フランス語排他使用を求める法律を第 33 条の宣言を含めて再制定した。

他の表現の自由に関する例として、1990 年の *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*²⁷³ がある。この事件では、カナダ最高裁判所は、歯科医の広告を禁じたオンタリオ州法を違憲とした。²⁷⁴ 裁判所は、判決の中で立法の目的に則して、正確な情報の伝達を意図し、権利や自由への制約の範囲をより狭く規定するならば、このような広告規制立法による合理的な制限は是認され得ること明らかにした。それに呼応してオンタリオ州は、²⁷⁵ 歯科医の広告に関する指針を新しくした制定した。

また同様な例として *RJR-MacDonald Inc. v. Canada*²⁷⁶ 事件がある。この事件でカナダ最高裁判所は、たばこ製品の広告を禁止した連邦法を違憲とした。²⁷⁷ ここにおいても裁判所は、特定のライフスタイルに製品の消費を関連させることによって、むやみに消費を増大させようと印象づける広告や子供に向けた広告の禁止等、明確な基準によって制約の範囲を限定するならば、第 1 条による規制目的の正当化が認められるであろうと示した。これを受けて連邦議会は、判決から 2 年を待たずに、判決に沿って規制の範囲を明確化した新しいタバ

273 *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario* [1990] 1 S.C.R. 232.

274 *Health Disciplines Act*, RSO 1980, c 196

275 *Dentistry Act*, 1991, S.O. 1991, c. 24.

276 *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (A.G.)* [1995] 3 S.C.R. 199.

277 *Tobacco Products Control Act*, S.C. 1988, c. 20, ss. 4, 5, 6, 8, 9.

コ法を制定した。²⁷⁸

これらの事件に共通する状況は、立法目的は十分に重要なものであるが、その目的を達成するために、必要な人権制約の範囲を越えて制約を課してしまっており、権利自由憲章上の権利を侵害してしまっている点にある。つまりどの事件も立法目的に必要最低限の制約を明確にし、より権利自由憲章上の権利や自由を尊重した新しい法律を制定することによって法律の無効を修正することができる。その新しい法律は、裁判所が判決で示した第1条の合理的な制限の基準を斟酌しなければならない。

これらの事例を見ると、選挙による民主的手続を経ないで選ばれる裁判官が、市民の要請を阻止していると主張するのは難しい。どの事件も裁判所による違憲審査によって民主的な議会の意思で作られた法律は影響を受けた。しかしながら、それは完全に無効にするものではなく、立法目的の重要性を認める場合には、議会に応答の余地を残しているのである。このような裁判所と議会との関係は、対話と呼ぶにふさわしいものといえる。²⁷⁹

③ 「制限付きの権利」

ホッグ教授らは、「制限付きの権利」も対話理論を支える制度的特徴であるとして、カナダ権利自由憲章の第7条、第8条、第12条をあげている。第7条は「何人も、生命、自由及び身体の安全を享受する権利を有し、基本的正義の原則によらなければ、その権利を奪われない」と規定する。第8条は、「何

278 Tobacco Act, SC 1997, c 13.

279 Hogg supra note 260, at 87., Hogg supra note 260 at 90., Hunter v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145.

Section 7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

Section 8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

Section 12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

人も不合理な捜索及び押収を受けない権利を有する」と規定する。そして第 12 条は「何人も、残虐かつ異常な取り扱いまたは刑罰に服させられない権利を有する」と規定する（いずれも傍点は著者）。これらの「制限付きの権利」は、第 1 条の合理的な制限に従うというのが通説ではあるが、明示的な規定はない。実際に第 1 条に係る基準（Oakes テスト）でなく、それぞれの制限についての個別検討によって違憲判決が出されている事例もある。したがってこれらの規定による人権侵害を理由に違憲判決が下された場合にも、議会による立法目的に沿って修正した法律を再制定することができる。たとえば第 8 条は、捜査・押収を禁止しているのではなく、「不合理な」捜査・押収のみを禁止しているので、裁判所によって特定の捜査・押収を認める法律に違憲判決を下されたとしても、議会は、裁判所が示した基準を満たす新しい法律をいつでも制定可能である。

実際に、1984 年の *Hunter v. Southam Inc.* 事件では、最高裁判所は、調査の手段として捜査と押収を認めていた *The Combines Investigation Act* を違憲無効としたが、議会が直ちに修正法を制定し、さらに裁判所がその修正法が未だ権利自由憲章の規定を満たしていないとして違憲判決を下すと、議会は再び修正法²⁸⁰を制定している。これは裁判所と議会との生産的な対話である。

④ 平等権

「平等権」は、第 15 条 1 項で「すべての個人は、法の前および法の下において平等であり、差別、とりわけ、人種、出身国または民族的背景、肌の色、宗教、性別、年齢、もしくは精神的または肉体的障害に基づく差別を受けることなく、法の平等な保護および特権²⁸¹を付与する」と規定している。

280 Hogg *supra* note 260 at 90.

281 Section 15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

ある法律が 15 条 1 項を侵害していると違憲判決を下される典型的な状況は、目的を達成するために必要なはずのものを含まない、いわゆる過小包含の問題が認められる場合である。議会が違憲無効とされた法律を権利自由憲章に適合させるためには、権利自由憲章に違反して排除された個人やグループを当該法律の適用に含める方法がある。また過小包含をめぐって、生産的な対話がみられた者として、Phillips v. Social Assistance Appeal Board 事件がある。カナダ最高裁の判決では、母子家庭にのみ扶助を与える法律を無効としたが、議会は、単に父子家庭にも扶助を拡大する方法で権利自由憲章の適合性を図ることとはせず、いずれの性別の一人親に対しても等しく扶助を行うために、与えられる利益は減少させるけれども、制度適用範囲を拡大するという途を選択した²⁸²。議会は、無効とされた法律を廃止し、全ての扶助をやめることを含めて、独自の政策選択をすることができるが、今回は、議会は上記の途を選んだのである。15 条 1 項は、このように議会による選択の余地を残しており、この点でも、裁判所と議会との間の対話のためのドアは開かれていると

282 Phillips v. Social Assistance Appeal Board (N.S.) (1986), 76 N.S.R. (2d) 240 (C.A.).

いえるのである。²⁸³

(3) 最高裁判所判決と対話

1997年の調査では、1982年のカナダ権利自由憲章制定後、カナダ最高裁判所が権利自由憲章を根拠に法律を違憲とした判決が66件あり、そのうち53件について議会から何らかの反応がなされている。うち7件の議会の応答は、単に違憲の法律を撤廃することであったが、残りの46件では、違憲とされた法律に代えて新しい法律を制定している。²⁸⁴

ホッグ教授らは、このデータは、裁判所の判決が、多くの場合、議会に応答の余地を残しており、それに対し立法府が実際に応答していることを示している、つまりカナダ権利自由憲章は、権利や自由に憲法規範としての保障

283 Hogg *supra* note 260 at 91.

さらにローチ教授は、対話を促進する制度として、さらに①照会制度と②違憲無効宣言の一時停止(suspended declaration of invalidity)を挙げる。①照会制度は、法案の合憲性に関して裁判所の勧告的意見を求めることができるため、この制度そのものが、対話にとって重要な手段となる。また、この制度が存在することによって、裁判所は、通常の裁判においても争点となった法律の合憲性もしくは違憲性について、判決の中で明確に指摘する姿勢をみせ易くなる。②一時停止が行われれば、裁判所が下した判決の効力を持つまでの間に、議会はなんらかの応答をすることが可能になる。Kent Roach, *Dialogic Judicial Review and its Critics*, 23 SUPREME COURT LAW REVIEW (2d) 49 (2004) at 65-66., Kent Roach, *Sharpening the Dialogue Debate : The Next Decade of Scholarship* 45 OSGOODE HALL LAW JOURNAL 169 (2007) at 176-177., Peter W. Hogg and Allison A. Bushell, *Charter Dialogue Revisited—Or ‘Much Ado About Metaphors’* 45 OSGOODE HALL LAW JOURNAL 1 (2007) at 18. 違憲無効宣言の一時停止については、佐々木雅寿「カナダ憲法上の救済方法(4)-最高法規規定を根拠とする救済方法を中心として-」法学雑誌 45(3・4)を参照。

284 PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA STUDENT EDITION (2010) at 36-12.

を与えるために作られた新しいシステムであるが、民主的意思が存在する場合、議会の目的は通常どおり遂行することができる」と指摘し、裁判所による違憲審査は、議会が目指す政策目的を阻害するものとして理解するのではなく、むしろ社会全体の利益を達成するための政策と、権利自由憲章上の個人の権利や自由とを調和させるための、立法部門との対話を開始するものと考えることが有益であると主張している。²⁸⁵

このような裁判所と議会との「対話」の概念は、当初は、ホッグ教授らによる説明理論であったが、後になると、カナダ最高裁判所が実際の判決で採り入れることとなった。以下では、実際の判決を紹介する。

①対話理論の導入

最高裁判所が、はじめて対話理論について述べた事件が、1998年の *Vriend v. Alberta* 事件である。²⁸⁶ この事件は、アルバータ州の人権保護法が、性的指向を理由とする差別に対して保護していないことが、カナダ権利自由憲章第 15 条の平等権の保障に違反するかどうかを争点としている。²⁸⁷ カナダ最高裁判所は、性的指向の排除が平等権を侵害し、同時に 1 条の合理的な制限によっても正当化出来ないとした。アルバータの人権保護法は、性的指向以外はカナダ権利自由憲章と同様の列挙規定を有していたため、カナダ最高裁はその判決の中で、適切な救済の方法として、性的指向を人権保護法の差別禁止事由に加える合憲補充解釈 (*Reading in*)²⁸⁸ を行った。

多数意見を書いたヤコブッチ (*Iacobucci*) 裁判官は、「民主主義の概念は、少数者の利益が影響を受ける場合には、多数決原理に留まらない」「議会は新しい法律を可決することで応答できるので、本判決の救済策が、立法政策過程の終了とはならない」と指摘し、「どんな新しい法律も、権利自由憲章第 33

285 Hogg *supra* note 284, at 36-12.

286 *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493 at 566-67, 578.

287 *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, as am. S.A. 1990, c. 23.

288 シャープ前掲注 234, 352 頁.

条の適用除外宣言をすることができることは、議会の最後の防衛装置である」
「適用除外条項によって、カナダ憲法構造の最後の言葉（final word）が裁判所ではなく、議会に残されている」と述べた。さらにホッグ教授らの論文をあげ「権利自由憲章は、各統治部門間のダイナミックな相互作用（interaction）を生じさせ、これは対話と評されている。裁判所が、法律の制定や適用の合憲性を判断する際には、議会や行政府に語りかける。違憲とされた法律の多くは同様の立法目的を達成すべく、あらたに法律を制定することによって、議会は裁判所に応答する。これは、すなわち各部門間の対話と言えるのである。」
「議会の仕事は、裁判所によって審査され、その判決は、新しい法律（もしくは適用除外条項を援用し、判決を乗り越える法律）の可決によって、議会により応答される。このような各部門間の対話と説明責任（accountability）は、民主的なプロセスを強化するものであって、決して否定するものではない」とホッグ教授らの「対話」という概念²⁸⁹を採り入れた。

②再審査事件（second look cases）

同一の問題が裁判所と議会を往復する、いわゆる「再審査事件」（second look cases）では、まずはじめの事件における違憲判決に対し、議会によってその判旨を踏まえた法律の制定という応答が行われ、そしてさらにその議会制定法の合憲性の審査という対話が繰り返された事例がある。

まず、1999年の R. v. Mills 事件では、性犯罪事件における被害者の治療記録等の個人情報²⁹⁰を、訴訟において開示する要件を定めた刑法規定の有効性が争われた。これに先だって、カナダ最高裁判所は、1995年の R. v O'Connor 事件において、政府に対し開示を要求する被告人のカナダ権利自由憲章第 7 条の権利と、不開示を要求する被害者のプライバシーの権利（第 8 条）および平等権

289 Vriend v. Alberta 判決は、アルバータ州で適用除外条項の援用に関する活発な議論が巻き起こったが、結局、州政府は適用除外宣言を行わず、裁判所による救済方法を受け入れる決定をしている。Hogg *supra* note 383 at 9.

290 R. v. Mills, [1999] 3 S.C.R.668 at 689, 745.

(第 15 条) の下で認められる利益とを適切に比較衡量する手続を作るよう判決を下していた。²⁹¹ しかし、それは個人情報の開示は、十分な「反論権と防御権 (answer and defence)」が保障されている被告人の権利になり得ると認めつつ、被害者の個人情報に自由にアクセスする権利を与えるものではなかった。

この判決の後の 1997 年に連邦議会は、性犯罪事件の訴訟手続における被害者個人情報開示要件を刑法で規定した。²⁹² しかしながら、この刑法規定は、R v O'Connor 判決で示された手続よりも、被害者の個人情報を開示する要件がかなり制限されていた。その結果、R v O'Connor 事件の中で裁判所が示した被告人の反論権や防御権を十分に保障するために開示が必要とした個人情報について、被害者のプライバシーと平等の権利を保障するために、不開示となる状況が考えられた。この刑法規定には、連邦議会による女性と子どもに対する性犯罪の増加傾向や、性犯罪の被害者が自らの個人情報の開示を強制する規定の存在により、性犯罪の申告を躊躇する危険性等を列挙した前文が示されている。これは、議会在が裁判所の決定に完全には従わず、権利自由憲章第 7 条に対する第 1 条の合理的な制限を正当化する目的で意図的に挿入されたものであった。R. v. Mills 事件では、この刑法上の規定の合憲性が争われた。

R. v. Mills 判決において連邦最高裁判所は、この 1997 年の刑法規定について、第 1 条による正当化に依拠することなく合憲であると判示した。裁判所は、合憲性を認めるために第 1 条に依拠せず、議会の判断を敬讓 (Deference) するとした理由として「(カナダ最高裁が) R. v. O'Connor 事件で示したものは、必ずしもこの問題についての最後の言葉ではないことに留意することが重要である、法は、裁判所と議会の間の対話を通じて発展するものである。議会は、この問題に対し、R. v. O'Connor 判決を踏まえ、権利自由憲章と一致する解決策を自らの手で作り出すことができる」と対話の理念をあげ、²⁹³ 「裁判所は、権利と自由の保護や促進に関して独占権を有していない。議会もこれらの役割を

291 R v O'Connor, [1995] 4 S.C.R. 411.

292 刑法 278・4 条および 278・5 条.

293 *supra* note 291, at para20.

果たし、そして、多くの場合、社会的に弱い立場のものたちの擁護者である」²⁹⁴と述べている。また連邦議会が、当該刑法規定の制定に至る議論の中で、R. v. O'Connor 判決の際には、利用できなかつた情報を使用可能であり、さらにその間に R. v. O'Connor 判決の基準が、どのように働くものであるのかを評価することができた。それらを踏まえた議論を経て、R. v. O'Connor 判決の規定に、議会が適切だと考える基準を補い、刑法規定を制定した事実は、「裁判所と議会との間の対話の顕著な一例である」とし、刑法規定の中に、R. v. O'Connor 事件の判旨を反映していないという単なる事実をもってそれを違憲とすることは²⁹⁵ない」と述べ、「R. v. O'Connor 事件では、適用すべき法律の空白の中で、カナダ最高裁判所がより好ましいと考えたコモン・ロー上の基準を作った。それはもちろんカナダ権利自由憲章の規定を満たすものであったが、厳密な憲法上の型枠として解釈するべきではない」とし、²⁹⁶最高裁判所は、当該制定法は、R. v. O'Connor 事件判決の基準と同じ程度までには、第7条の被告人の権利に重点を置いてはいないが、連邦議会の念入りな審議の過程に照らして、十分な保護を与えているとして、合憲であるとの判決を下した。

このように再審査事件では、第1の事件における違憲判決に対し、議会によってその判旨を踏まえた法律の制定という応答があり、そしてさらにその議会制定法の合憲性の審査という対話あったという応酬が考えられる。ただし R. v. Mills 判決が示すように、対話の概念においては、議会が、裁判所が違憲無効とした法律を修正し、再制定した場合、裁判所はこの2度目の試み(second try)を承認しようとする姿勢を見せるべきであることが示唆されている。なぜなら、新しい法律は、裁判所の以前の判決を踏まえ、その根拠を考慮して制定されているからである。²⁹⁷

実際、2002年の R. v. Hall 事件では、裁判所は議会の2度目の試みに敬讓を

294 *supra* note 291, at para58.

295 *supra* note 291, at para125.

296 *supra* note 291, at para 135.

297 Hogg *supra* note 284 at 36-15.

見せている。²⁹⁸ 本件は、勾留中の容疑者の保釈を拒否することができる要件を規定する刑法 515 条 10 項が、カナダ権利自由憲章第 11 条 5 項「正当な理由無く、合理的な保釈を拒否されない権利」を侵害し、違憲であるか否かが争われた。²⁹⁹

1992 年の *R. v. Morales* 事件で、カナダ最高裁判所は、被告人の継続的な勾留が「公共の利益のために必要」な場合、保釈の拒否を認めている刑法の規定が曖昧すぎるとして、第 11 条 5 項を満たすことが出来ないとして違憲判決を下した。³⁰⁰ この判決の後、連邦議会は保釈の拒否を認めた新しい規定に、違憲無効とされた「公共の利益のために必要」という要件を、「勾留が司法への信頼を維持するために必要である場合」という要件に代えて挿入し規定した。

この修正した法律が争われた本件判決において、多数意見を書いたマクラックリン裁判官は、この修正法は、権利自由憲章第 11 条 5 項の規定に十分に当てはまるとして合憲とした上で、*R. v. Morales* 事件判決における裁判所の根拠を考慮に入れ、新しい制定法を採択したことを指摘し、「裁判所と議会の間の憲法をめぐる対話の優れた例」と評価した。³⁰¹

しかしながら、反対意見を書いたヤコブッチ裁判官は、当該法律の文言が未だ曖昧であり、権利自由憲章に違反しているとして、この事件は「いかにして憲法をめぐる対話は失敗しうるかを明らかにしている」と評価している。また連邦議会はカナダ最高裁判所の *R. v. Morales* 事件判決に応答したが、判決で示された憲法上の基準に対し適切な配慮していないため、多数意見が新しい法律の合憲性を支持することによって「対話を放棄に変質させた」と述べ、「当該判決によって課された憲法上の要請を適切に認識していない場合には、議会が裁判所の憲法判断に応答したという事実のみでは、その応答に敬譲す

298 *R. v. Hall*, [2002] 3 S.C.R. 309 at 333-34, 369-70 .

299 11. Any person charged with an offence has the right (e) not to be denied reasonable bail without just cause;

300 旧刑法 515 条 10 項 (b). *R. v. Morales* [1992] 3 S.C.R. 711.

301 *Id.* at para43.

る根拠にはならない」と断じている。³⁰²

これに対し、カナダ最高裁判所が R. v. Hall 事件判決の 3 週間後に判決を下した Sauvé v. Canada 事件では、敬讓を見せなかった。³⁰³ 本件は、在監者に連邦議会の選挙の投票権を否認しているカナダ選挙法の規定が、カナダ権利自由憲章第 3 条が保障する選挙権に制約することは、第 1 条の合理的な制限による正当化され得るかが争われた事件である。³⁰⁴ 同じ訴訟当事者による 1993 年の訴訟では、カナダ最高裁判所は、すべての在監者に連邦議会選挙の投票権を剥奪するカナダ選挙法の規定を権利自由憲章第 3 条の投票権を侵害し、第 1 条においても正当化することができないとして違憲としていた。この判決でその規定が取り消された後、連邦議会は、制定した選挙権剥奪の対象を狭くし、2 年以上の刑に服する在監者のみ投票権を否定した修正法を制定した。その合憲性が本件で争われている。

これに対しカナダ連邦裁判所の意見は 5 対 4 に分かれたが、違憲の判決を下している。反対意見を書いたゴンティエ (Gonthier) 裁判官は、何が投票権に対する合理的な制限であるかに関して、議会の判断に裁判所が敬讓すべきであると論じるために対話理論を用いた。本件は社会的・政治的哲学に関する問題であり、カナダ人にとって極めて重要な価値を取り決めるものであるので、対話がとりわけ重要である。議会が裁判所の示した見解について議論を重ねたならば、対話の概念は、裁判所は議会による合理的な選択を置き換えるべきではないと暗に示唆しているのであり、裁判所が議会に最後の言葉を持たせるべき事件であったとしている。

それに対し、多数意見を書いたマクラックリン裁判官は、選挙権は特に重要な民主主義の基本的な権利であり、投票権に対するいかなる制限に対しても、議会に対する敬讓の姿勢ではなく、慎重な審査が要求される。違憲判決に対して議会が修正を行ったという事実だけでは、裁判所が対話の示唆とし

302 *Id.* at para 127.

303 Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer) [2002] 3 S.C.R. 519 at 538, 576-77.

304 Canada Elections Act, 2000, c. 9.

て議会に敬讓すべきであるということの意味しない。議会と裁判所との対話の健全で重要な促進は、「失敗しても、再度挑戦すればよい (try, try again)」という原則ではもたらされないと指摘し、再審査事件ではあるが再度違憲として³⁰⁵している。

これら 2002 年の 2 つの判決を見ればわかるように、議会の応答に対する裁判所の敬讓の程度に関しては、はっきりとした基準はない。ホッグ教授も 2004 年の論文で「対話理論がもし裁判所に適用されるならば、そのような状況において、裁判所は議会へより一層敬讓を捧げるべきであり、通常は『2 度目の試み』を支持するべきである」と述べているが、³⁰⁶ 2007 年の論文では「さらなる熟考の結果、単に再審査事件であるというだけで、より一層の敬讓が必要とするのは正しくない」と一貫していない。³⁰⁷ ただし、Hogg 教授は、RJR-MacDonald Inc. v. Canada 事件判決が示した基準もとにタバコ製品の広告を制限した再制定立法 (second statute) が争われた 2007 年の Canada v. JTI-MacDonald Corp 事件を根拠に³⁰⁸ 上げ、多くの場合、再制定立法は、当初の事件で正当化されなかった第 1 条の合理的制限の裁判所の判旨を満たした根拠を列挙する前文を含んでおり、その有効性が明らかであるので、異議を唱えられることがなく、再審査事件による裁判所のいかなる敬讓なしに、カナダ権利自由憲章上の規定を満たし

305 *supra* note 303 at para 17.

306 Peter W. Hogg, *Discovering Dialogue*, 23 SUPREME COURT LAW REVIEW (2d) 3 (2004) at 5.

307 Hogg *supra* note 383 at 48.

308 Canada v. JTI-MacDonald Corp. [2007] 2 S.C.R. 610.

ているとしている。³⁰⁹ もちろんこれも対話の果実である。³¹⁰

第2節 対話理論の障害と批判

(1) 対話の障害

カナダ権利自由憲章で保障された権利や自由に対する合憲性が争われた事件における裁判所の判決は、最後の言葉ではなく、議会はそれを破棄・修正・回避することができる。それが裁判所と議会の間に対話が行なわれることを可能にしている。しかしながら、裁判所が最後の言葉を持つ必要がある場合が存在し、その場合には対話は成り立たない。ホッグ教授らは、そのような対話の障害なり得る3つ状況をあげる。³¹¹

①カナダ権利自由憲章第1条が適用されない場合

争点となっている法律が、カナダ権利自由憲章によって保障された権利に明確に違反する場合は、合理的な制限の正当性を審査する余地がない。1984年の Quebec v. Quebec Protestant School Boards 事件では、³¹² ケベック州で英語による初等教育を受けた親の子供のみ、ケベックで英語教育を受ける権利があるとしたケベック州のフランス語憲章の規定は、³¹³ カナダ権利自由憲章第23条1項

309 Hogg *supra* note 384 at 36-16.1.

310 ローチ教授は、議会在法律を注意深く修正し、権利自由憲章第1条の下で正当化可能な場合にのみ、裁判所は議会に敬讓すべきであり、議会の憲法解釈や多数者の心情の主張に対して、敬讓を示すべきではない。議会对する裁判所の過度な敬讓の姿勢は、民主主義の対話の可能性を失わせると述べる。

KENT ROACH, THE SUPREME COURT ON TRIAL: JUDICIAL ACTIVISM OR DEMOCRATIC DIALOGUE (Toronto : Irwin Law) (2001) at 251, 295

311 Hogg *supra* note 260 at 93-96.

312 Quebec (A.G.) v. Quebec Protestant School Boards [1984] 2 S.C.R. 66.

313 Quebec's Charter of the French Language, R.S.Q. 1977, c. C-11, ss. 72-88.

の少数言語教育権の保障規定が、「カナダのいかなる場所であるかに関わらず、英語による初等教育を受けた親には全員、自身の子供たちにケベック州において英語教育を受けさせる権利がある³¹⁴」と明確に読み取れることから、カナダ最高裁判所は、ケベック州の司法長官によって主張された、フランス語およびフランス文化の保護のための手段として権利自由憲章第 1 条の下でこの制限が正当化可能とする議論を拒絶し、違憲判決を下した。ケベック州のフランス語憲章の規定は、カナダ権利自由憲章の「制約」ではなく、「否定」であったので、権利自由憲章第 1 条の正当化の下に、修正や回避ができず、対話が阻害されるとされたのである。結局、Quebec v. Quebec Protestant School Boards 事件判決の後、権利自由憲章第 1 条による正当化も、さらには第 33 条の適用除外条項も援用することができなかつたので³¹⁵、ケベック州は当初の法律の目的を放棄し、裁判所の指示に従うことを強いられている。

②立法目的が違憲の場合

裁判所が、争点となっている法律の立法目的が、カナダ権利自由憲章上の権利や自由を制約することを正当化するほどに、差し迫った重要な目的ではないと判断した場合、議会は裁判所の違憲判決を克服することは事実上不可能なため、対話は成立し難い。

1985 年の R. v. Big M Drug Mart Ltd. 事件では、日曜日の商業活動を禁止する日曜日遵守法の目的がキリスト教の戒律を強いるものであるとして、カナダ権

314 23 (1) Citizens of Canada

(a) whose first language learned and still understood is that of the English or French linguistic minority population of the province in which they reside, or

(b) who have received their primary school instruction in Canada in English or French and reside in a province where the language in which they received that instruction is the language of the English or French linguistic minority population of the province, have the right to have their children receive primary and secondary school instruction in that language in that province.

315 第 33 条は、第 2 条および第 5 条ないし第 15 条に関する権利のみに援用可能。

利自由憲章第 2 条 1 項の信教の自由を侵害するとして違憲無効とされた。³¹⁶ 判決では、立法目的そのものが権利自由憲章に違反すると示されたので、修正や回避によって同様の目的を達成する可能性がなかった。³¹⁷ したがって、安息日法に違憲判決を下したとき、裁判所の決定は終局的なものである。ただし、唯一第 33 条の援用によって、議会が応答する余地は残されている。

③政治状況によって、議会の応答が排除される場合

争われた問題が政治的に論争を引き起こしている場合、権利自由憲章上の権利や自由を侵害するとして違憲無効とした裁判所の判決に対して、議会は応答し難くなる。1988 年の R. v. Morgentaler 事件は、³¹⁸ 刑法上の人工中絶に対する制約の規定は、カナダ権利自由憲章第 7 条の生命、自由および生命の安全に関する権利を妊婦から過度に奪うとして違憲無効とされた。³¹⁹ 裁判所は、判決の付随的違憲の中で、より制約の少ない人工中絶法であれば、おそらく支持可能であると付け加え、議会による応答を排除しなかったが、議会は、政治的論争の高まりにより、³²⁰ なんら応答することができなかった。このように世論の分裂が著しい政治状況においては、議会による判断で結論を出すことができず、判決に応答できないため対話が成り立たない。結局、裁判所の判断に委ねるしかなく、³²¹ 裁判所が最後の言葉を持つとも言える。ホッグ教授によれば、議会による応答ができず、新しい法律の制定が遅れてしまう場合でも、それは権利自由憲章の下での違憲審査の欠点ではなく、民主主義の統治下の

316 R. v. Big M Drug Mart Ltd. [1985] 1 S.C.R. 295

317 Lord's Day Act, R.S.C. 1970, c. L-13.

318 R.v Morgentaler [1988] 1 S.C.R. 30

319 See *supra* note 279.

320 中川純「カナダ憲法における社会・経済権と社会保障制度をめぐる司法審査（1）」中京法学 40 卷 3・4 号（2006）149 頁。

321 Roach *supra* note 283, at 77.

帰結の一つであるとして³²²る。

このようにホッグ教授らがあげたこれらの対話障害の要因が認められる場合、議会による応答ができず、対話が成立しにくいことは間違いなく、事実上裁判所に最後の言葉があるということも可能であるかもしれない。しかしながら、ここで再度想起すべきは、カナダ権利自由憲章第 33 条の存在である。同条適用除外条項は、第 2 条および第 7 条ないし第 15 条に掲げられる権利について、議会によるオーバーライド権限を認めている。これは選挙権、言語権、先住民の権利等を除いた憲章の大部分の権利や自由について、議会制定法で制約することが可能であることを意味する。権利自由憲章の 1 条が適用されない場合はもちろん、立法目的がカナダ権利自由憲章を侵害するとされたとしても、裁判所の判決を破棄、修正、もしくは回避することができる³²³のである³²⁴。このことは、議会によって制定された立法が、カナダ権利自由憲章が保障する権利や自由に反すると裁判所に指摘されたとしても、それが適用除外条項の対象とされている権利や自由に関する立法である限り、議会にはその判決に³²⁵応答する可能性を持ち続けることを意味している。

(2) 対話理論への批判

以上のように、ホッグ教授が主張する対話理論は、既に単なる説明理論の

322 Hogg *supra* note 260 at 96.

323 政治状況によって、議会の応答が排除される場合も、実際上は難しいが、規範上は第 33 条の援用は可能である。

324 議会が権利自由憲章違反を認識している場合には法律制定時に宣言可能。

325 反対から見ると、適用除外条項の対象外となるカナダ権利自由憲章が保障する権利や自由については、憲法の最終判断権が裁判所に残されている。これは憲法上の要請だと考えられる。高木康一「カナダ憲法学における『対話』理論－司法審査をめぐる議会と裁判所の関係－」専修法学論集 101 号 (2007) 59 頁。

範囲を超えて、カナダ最高裁自身による司法審査論の枠組みの一つを提供するに至っているが、他方で、批判もある。

政治学者のモートン（FL Morton）教授は、裁判所の判決に対する議会の応答の状況にはさまざまなものがあるにもかかわらず、それらの違いを考慮せず、応答すべてを対話として捉えることの問題性を指摘した上で、裁判所の判決は、議会が採りうる選択肢を大きく変更してしまうため、議会による応答が、必ずしも議会独自の選択といえず、対話という現象は、裁判所と議会との対等な応酬ではなく、多くの場合裁判所が発言し、議会が聞き入れるという裁判所の独白となっていると批判している³²⁶。さらに、政治学者のマンフレディ（Christopher Manfredi）教授は、裁判所の判決に対する議会の応答は、対話というよりも単なる服従に過ぎないものが多く、裁判所と議会との対等な関係が構築された「真の対話（genuine dialogue）」が為されたとするためには、裁判所によってカナダ権利自由憲章に違反するとされた法律を、議会によって修正が行われるというような積極的な応答（positive response）でなければならぬとし、このような対話は広範に行われてはいないと指摘した³²⁷。これらに対しホッグ教授らは、対話の具体例にどのような事例を含めるのかについては議論の余地があるとしたが、どのような応答であれ多くの判決に議会による応答がある事実こそが、対話の命題である。その点において、実際にそれほど広範囲に行われていないとの主張はなりたたないと反論している³²⁸。

またモートン教授は、立法目的と手段の区別を批判する。推進される公共政策にとっては立法目的のみならず、手段もまた極めて重要であり、手段に対する否認は、往々にして目的に対する否認となり、ひいては公共政策その

326 F. L. Morton, *Dialogue or Monologue?* in JUDICIAL POWER AND CANADIAN DEMOCRACY 111 (Paul Howe & Peter H Russell eds., 2001) at 112-117

327 Christopher P. Manfredi & James B Kelly, *Six Degrees of Dialogue : A Responseto Hogg and Bushell* 37 OSGOODE HALL LAW JOURNAL 513 (1999) at 520.

328 Peter W. Hogg and Allison A. Bushel, *Reply to 'Six Degrees of Dialogue'* 37 OSGOODE HALL LAW JOURNAL 529 (1999) at 531-536.

ものへの反対となる。立法目的と手段の区別は、理論的には成り立つが、実際に適用することは問題があるとした。³²⁹ これに対しホッグ教授らは、法律の立法手段がカナダ権利自由憲章に反するとされた場合、無効となった法律の立法目的は、権利自由憲章を尊重する他の手段によって達成するための新しい法律を議会が制定することで、間違いなく達成可能である。また裁判所が法律を違憲無効とする判決を述べる際は、ほとんどの場合、権利自由憲章第1条によって正当化されなかった理由を明確にする。このことは、議会が新しい法律を制定する際に、どのような法律とすべきかに関する重要な示唆となるのだと反論する。³³⁰

また、佐々木教授は、民主的正統性の観点から、ローチ教授が「政府が避けようとする争点を議会の審議事項の一つに加えることにより、民主主義をより良いものにしている」と主張していることに対し、「カナダにおいては、議会主権の伝統が強く、いつ、どのような法律を制定するのかに関する判断は、立法府の専権事項であると考えられてきたため、裁判所が立法府の審議事項に特定の争点を加えることは、立法権限の侵害と理解される可能性は高い」と指摘している。³³¹

さらに、マンフレディ教授は、議会が法律を制定する際に、憲法上許される政策がどのようなものであるかについて、裁判所が判示する憲法解釈に従わなければならない場合、議会は自らの立法目的に対し、あまり効果を期待できなくなる代わりに、憲法上の正当化を図りやすくなる。こうした状況下では、たとえ立法目的が争点とならない場合であっても、「政策のゆがみ (policy

329 Morton *supra* note 326 at 112.

330 Peter W. Hogg & Alison A. Thornton, *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures* in JUDICIAL POWER AND CANADIAN DEMOCRACY (Paul Howe & Peter H Russell eds., 2001) at 108. 佐々木教授は、この点に関して、「そうであるからこそ、対話ではなく、独白に過ぎないとの批判を受ける可能性は残る」と指摘している。佐々木前掲注 261, 50 頁。

331 佐々木前掲注 261, 29 頁, および佐々木前掲注 283, 448 頁。

distortion)」が常に生じてしまい、違憲審査の民主的正統性に関する批判に答えていないと主張する。これに対してホッグ教授らは「裁判所の議会の政策決定に対するいかなる影響も不当に政策をゆがめることであると捉えるようなことは、極端な立場である」とし、「議会の多数派が、必ずしも個人の自由や少数者の権利を保護に積極であるとは限らない。違憲審査は多数決主義の意思決定における欠乏を補うことができる。それでもなお裁判所の決定に不満があるならば、議会には第 33 条の適用除外条項が残されている」として³³²いる。

第 3 節 対話理論の本質

ローチ教授は、対話理論は、カナダ権利自由憲章上の権利や自由が、裁判所によって解釈され、そしてそれを民主的正統性を持つ議会の法律によって制約されることを認める憲法体制であり、違憲審査は裁判所と議会のどちらの優位も存在しない継続する対話の状況である³³³と考える。つまり最後の言葉をもつ機関に頼ることなく、民主主義社会のすべての構成員および統治部門が、協力しながら取り組むものである³³⁴としている。

ホッグ教授は、議会や行政機関は、裁判所によるカナダ権利自由憲章の解釈に拘束されるが、権利自由憲章に違反するとして議会立法を違憲無効とする判決に対し、議会はたいてい応答する能力を持っており、たいてい応答している。これは「カナダ権利自由憲章に関する対話」の核心であると述べている³³⁵。そしてこのことについて、裁判所が公共政策に関して、「最後の言葉」

332 Hogg *supra* note 283 at 39-40. 高木前掲注 325, 76 頁.

333 ROBERT J. SHARP AND KENT ROACH, THE CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS, 3D.ED. (Irwin Law, 2005) at 37

334 Roach *supra* note 310 at 251.

335 Hogg *supra* note 383 at 32.

を持っていないことをもって例証している。同教授によれば、カナダにおいて、裁判所の判決がほとんどの場合において最後の言葉ではないという事実は、カナダの対話の概念を有する違憲審査が、これまで違憲審査制の正統性に関する議論の大半を占めたアメリカ型の裁判所に最後の言葉を持たせる「強い形態 (strong form)」の違憲審査と、1960年のカナダ権利章典による人権保障システム、との中間型である「相対的に弱い形態 (weaker form)」の違憲審査であることを示しているのである。³³⁶ ホッグ教授は、近時の論説において、当初の論文で「民主的正統性に基づく、カナダ権利自由憲章への批判を維持することはできない」と結論づけたことは、³³⁷ 「度を越しすぎた」としたものの、「民主的手続で選ばれた立法機関によって、制定された法律を審査する裁判所の権限が、『弱い形態』でしかない場合、民主的手続を経ない裁判所が公共政策に及ぼす影響は断然少ない。したがって『強い形態』の違憲審査より『弱い形態』の違憲審査の方が、その正当化は明らかに容易い」として「反多数決主義批判を維持することは困難である」としている。³³⁸

裁判所が憲法上保障された権利や自由に違反するとして下した判決の基準より制約的でない手段を使用し、議会が法を修正することができることが、裁判所に最後の言葉を持たせないことを意味するならば、カナダ権利自由憲章第1条の合理的制限のみならず、「公共の福祉」という概念を有する日本をはじめ、同様な制限を加えることが認められている憲法構造についても、少なくとも説明理論としては、適用可能な考え方と解される。³³⁹

しかしながら、ホッグ教授らが「カナダ権利自由憲章を解釈する終局的な権限は、完全に裁判所に置かれている」と述べているにも関わらず、カナダの違憲審査制度を最後の言葉を持たない「弱い形態」と断言するもう一つの

336 Hogg *supra* note 383 at 29.

337 Hogg *supra* note 260 at 105.

338 hogg *supra* note 383 at 4., Hogg *supra* note 306 at 29.

339 佐々木前掲注 261, 44 頁.

340 Hogg *supra* note 383 at 31.

要因として、カナダ権利自由憲章第 33 条適用除外条項の存在を忘れてはならない。この条項を援用が可能であればこそ、裁判所の判決は文字通り最後の言葉ではない。³⁴¹ これはカナダ憲法の特有の構造である。

ホッグ教授らは、事実上この規定は、その援用に対し消極的な政治風土が生じているため、比較的重要視されなくなっているとし、³⁴² ローチ教授は、適用除外条項を援用しなくとも、裁判所と議会との対話は可能であり、実際に対話が発展してきたこと上げ、カナダに対話を生み出すものは、裁判所が解釈したカナダ権利自由憲章上の権利に、その第 1 条の合理的制限に正当化できる合理的な制約を与える議会の能力であると指摘する。³⁴³ しかしながら、ホッグ教授は 1998 年のアルバータ州の *Vrienda* 事件判決の際に、適用除外条項の援用の議論が上がったが、議会が結局援用しなかった例をあげ、確かに裁判所の判決を覆すために適用除外条項の援用が選択肢の一つとしてあったのであるから、州政府が出した結論は、強制されたものではなく、裁判所の判決を踏まえた州政府独自の選択である。適用除外条項の援用に反対する政治的状況があるため、実際に援用することが困難であることは間違いないが、困難な政治的決断を下すことは、立法府の責務の一つである、と指摘している。³⁴⁴

私見によれば、確かに対話理論には上述したような多くの観点からの批判

341 高木康一准教授は、裁判所による終局的審査権と弱い形態の違憲審査の併存条件として、適用除外条項を上げ、「裁判所の判決が Last Word」であるが、終局的解釈権が裁判所に属しようが、この条項を援用することによって立法府は、裁判所の判決を覆すことができる。この存在ゆえにカナダにおける司法審査は『弱い形態』なのである。こういう以外に、『弱い形態の司法審査』は成り立たない」としている。高木前掲注 325。

342 Hogg *supra* note 3601, at83.

343 Roach *supra* note 310 at 204, 293., 佐々木前掲注 261, 45 頁。

344 Hogg *supra* note 330 at 108., 佐々木前掲注 261, 26 頁。ローチ教授も適用除外条項を援用を民主政にふさわしいと積極的に評価する。Roach 2004 *supra* note 283., 高木前掲注 325, 82 頁。

はあるものの、ホッグ教授による説明理論段階からカナダ最高裁による司法審査基準化の段階を経て、現実には大きな影響を有していることは間違いない。そして、個別の事案の文脈において援用されるとしても、されないとしても、1982年憲法制定過程時の妥協の産物と評された適用除外条項が、カナダで誕生した対話理論の概念と理念を支える最も重要な装置の一つとなっていることも、また間違いないといえよう。

そこで、いよいよ問題となるのは、こうした対話理論を基礎とする新しい司法審査観が、日本を含む他の法系にどのような意味を持ちうるかという点である。そこで、次章においては、イスラエルとイギリスの事例を比較検討対象としてみることにしたい。

第5章 対話理論の発展

第1節 イスラエルにおける対話

(1) イスラエルの憲法

イスラエルは 1948 年 5 月に行われた独立宣言により、委任統治国イギリスから独立し建国した³⁴⁵。イスラエルの政治体制は共和制である。独立にあたって、「法と行政」令を制定し、イスラエル建国前に存在していたあらゆる法律は、イスラエル独立宣言の主旨及び国会で可決された法律と矛盾しない限り有効と定めた。そのため法体系は 1917 年までのオスマン＝トルコ時代の法律、イギリス統治時代の法律、ユダヤ宗教法、またその他いくつかを組み込んだものとなっているが、現在の法制度の基本は、独立以後に独自に発展した制定法と判例法の集大成である³⁴⁶。建国後の最初の国会において憲法制定議会を設置し、憲法制定を目指し議論したものの、結局憲法草案を提出できず、憲法制定に至ることはできなかった。イスラエルが成文憲法を制定できなかったのは、建国直後より近隣アラブ諸国との戦争がはじまってしまったこと、またユダヤ人国家として誕生したものの、いまだ帰還していない同胞にも強制力を及ぼす憲法を現段階で制定すべきかどうかという議論、国内の世俗勢力とユダヤ教宗教勢力との対立といった建国直後の不安定な国内状況があったためである³⁴⁷。その後 1950 年 6 月の国会において、憲法制定の延期を正式に決定し、合意可能な分野から暫定的に基本法(hok yesod)を制定していくこととし、いずれそれら基本法を憲法の各章としてまとめ、すべての章が一つとなり憲法を構成するとの決議

345 THE DECLARATION OF THE ESTABLISHMENT OF THE STATE OF ISRAEL, May 14, 1948.

346 イスラエル外務省 『イスラエルの情報』 85 頁

http://mfa.gov.il/MFA_Graphics/MFA%20Gallery/Documents%20languages/FactsJapanese08.pdf.

347 臼杵陽「ユダヤ人国家とマイノリティ 独立宣言と基本法の視角から」地域研究論集 5 巻 2 号 (2003) 140 頁.

を採択している³⁴⁸。したがって現在のところ、イスラエルにはわが国のような成文の憲法典は存在しない³⁴⁹。

これまでに制定された基本法は、基本法：議会（1958）、基本法：国土（1960）、基本法：大統領（1964）、基本法：政府（1968、1992 改定、2001 改定）、基本法：国家経済（1975）、基本法：軍（1976）、基本法：首都エルサレム（1980）、基本法：司法（1984）、基本法：国家会計検査官（1988）、基本法：人間の尊厳と自由（1992）、基本法：職業の自由（1992、1994 改正）の 11 である³⁵⁰。法の支配の原則は独立宣言で明言されているのみであるが、三権分立に関しては、司法権の独立が基本法：司法で明示され、立法府に関しては、基本法：国会、行政府に関しては基本法：政府で規定されている³⁵¹。成文の憲法典は存在しないものの、憲法上規定すべき基本的事項についての空白はみられないといわれている。

348 Harrari Resolution, DK (1950) 1743.

349. 立山良司『イスラエルを知るための 60 章』明石書店（2012）169 頁。

350 現在、これらに加えて基本法：立法、基本法：裁判での権利、基本法：表現及び結社の自由および基本法：社会的権利の審議が待っている。立山前掲注 349. 170 頁。また、その他憲法的地位を持つ法として、独立宣言がある。独立宣言は『自由・正義・平和を基礎に置き、宗教・人種・性別に関わりなく、全ての市民に対して完全な社会的・政治的平等の権利を与える。また、宗教・良心・言語・教育・文化の自由を保障し、あらゆる宗教の聖蹟を保護する。国連憲章の諸原則は忠実に守る』というような一連の国民の権利を表明している。アリエル・ビンナン著、半田伸訳『イスラエル法入門』法律文化社（1996）21 頁。さらにイスラエル国家と世界に散らばる離散ユダヤ人社会とを結びつける役割として規定された世界シオニスト機構＝ユダヤ機関（地位）法（hok ha-histandrut ha-tziyyonit ha-'olamit/ha-sahnut ha-yehudit）および帰還法（hok ha-shavut）という特別の基本法がある。白杵前掲注 347, 140 頁。

351 白杵陽「第二章 イスラエル」『平成 12 年度 外務省委託研究「中東基礎資料調査－主要 中東諸国の憲法－」』5 頁（日本国際問題研究所、2001）。

³⁵²
る。

しかしながら、基本法は後に憲法となるべきものを断片的な形で制定されたものであり、それぞれが特定の分野における国家の基本的なルールを表したものであって、立法府や行政府を拘束する指針を含んでいるものの、憲法規範そのものではないために、通常の議会制定法が、基本法と衝突する場合に、裁判所がどのように判断すべきかについて難しい問題が残されていた。この点が、本稿が比較対象国の一つとしてイスラエルに注目する理由である。

統治委任国であったイギリスの伝統を受け継ぎ、基本的には「議会はいかなる法律も、制定、³⁵³廃止する」ことが出来るとされる議会主権の原則（Parliamentary Sovereignty）を基調としてきたイスラエルでは、議会が望むならば、いつでも議会立法手続きによって、基本法も改廃することができるため、硬性憲法規範としての人権規定とは異なり、議会立法権の及ばない「人権の聖域」³⁵⁴を設けるものではない。また基本法と通常の議会立法が対立する場合、基本法が優越するとの明確な規定は存在せず、後法は前法にまさるといふ法の一般原則が基本法の存在を危うくしているため、伝統的には、基本法に抵触する疑いがある議会制定法を基本法に抵触しないように解釈すること（調和的解釈）によって問題に対処するという手法が採られてきた。しかし、この手法には当然に限界がある。そこで、最高裁判所は、基本法に対して「憲法」的価値を認めようとする努力を開始したのである。

（２）基本法と裁判所

1980年代までに、最高裁判所は、その４件の判決中に、国会制定法が基本法

352 ビン－ナン前掲注 350, 22 頁。

353 See Dicey *supra* note 2.

354 条文によっては、改正や制定に絶対多数である 61 票や特別多数である 80 票以上を必要とする規定もある。なおイスラエルの国会は一院制を採用しており定員は 120 人。

に違反しているとの判断を示している。³⁵⁵ これらは、裁判所が国会制定法の基本法適合性を判断する権限を有するか自体が不分明である中、最高裁判所が、選挙人の平等に関わる手続という特定の問題（4件すべて）について、射程が限定された判断を示したものであり、また、裁判所の基本法適合性判断権については、これを明確に述べる事が差し控えられていた。³⁵⁶ しかしながら、運用に制限があるにもかかわらず、これらの判決が成文憲法のない国における憲法的フレームワークの発展への道を開いたことは注目されるべきである。

1980年代までの9つの基本法は国家の統治の構造を規定していたが、1992年に個人の権利を扱う2つの新しい基本法が加えられた。すなわち「基本法：人間の尊厳と自由」および「基本法：職業の自由」である。³⁵⁷ イスラエルでは、それまで基本的人権の保障については独立宣言を除いて、なんら明示的な規定はなかったが、これらによって、生命・身体・財産やプライバシーの等の権利の保障や職業の自由の保障が明確に規定されることとなった。³⁵⁸ これは、イスラエル社会にとって重要な法発展であると理解されたが、他方で、基本法上の「人権」と国会制定法との抵触という新たな問題を出現させることとなったのである。そこで、この問題に対する司法府の対応に関心が集まったが、同基本法制定直後に2つの画期的な判決が下され、新たな法発展への傾斜がはじまったのである。

355 H.C.J.142/89 Tnuat Laor (Laor Movement) v. Speaker of the Knesset, 44 (3) P.D. 529 at 555 (Hebrew)., H.C.J. 98/69 Bergman v. Minister of Finance, 23 (1) P.D. 693 (Hebrew)., H.C.J.246/81 Derech Eretz Association v. Broadcasting Authority, 35 (4) P.D. 1 (Hebrew)., H.C.J.141/82 Rubenstein v. Speaker of the Knesset, 37 (3) P.D.141 (Hebrew).

356 Zeev Segal, *Israel Ushers in A Constitutional Revoltion - The Israeli Experience, The Canadian Impact*, 6 CONSTITUTION FORUM (1994) at 44.

357 Basic Law: Human Dignity and Liberty, S.H. 150 (1992); Basic Law: Freedom of Occupation, S.H. 90. (1992)

358 基本法：人間の尊厳および自由および基本法：職業の自由の条文は章末に掲載する。

第 1 の判決は、1995 年の Mizrahi 銀行事件判決である。³⁵⁹ 本件は、農業従事者の債務を債権者が司法手続を用いて支払いを求めることを禁じ、特別の手続を規定した 1993 年の立法が基本法：人間の尊厳と自由の第 3 条（財産権の保護）に違反するとして争われた事件である。1994 年 3 月にテルアビブの地方裁判所は、当該立法は、同基本法第 3 条に違反するのみならず、同基本法第 8 条「本基本法のもとにおける諸権利は、適当な目的のため、必要を越えない限度においてイスラエル国の諸価値に適合する法律およびそのような法律の下において発効した規定による例外を除いては、これを侵してはならない」という合理的な制限条項にも矛盾しており、同基本法に違反し、無効である旨を判示した。³⁶⁰ 地方裁判所の判決ではあるが、イスラエルではじめて、裁判所が国会の制定法をイスラエル国の価値に反するとして、基本法に矛盾し無効であると宣言したのである。

後に上訴を受けた最高裁判所は、当該立法は同基本法第 8 条の合理的制限条項の規定を満たしているとして、全員一致で当該法律の有効性を認め、原判決を破棄した。しかしながら最高裁判所は、基本法は国会制定法の上位法であり、基本法に違反する法律は無効である旨を宣言し、また立法の基本法適合性は、下級裁判所を含むすべての裁判所において宣言することができる旨を判示した。バラク裁判官は、明白な規定が欠如しているにもかかわらず法律を基本法に違反し無効であると宣言する裁判所の権限を導くために、1803 年のアメリカ合衆国連邦最高裁判決である *Marbury v. Madison* 事件判決を引用し、³⁶¹ とりわけ首席裁判官ジョン・マーシャル執筆した法廷意見が「何が法であるかを述べることは、断固として司法部門の権限であり義務である」と述べ、³⁶² 憲法のどこにも明示的に規定されていない「違憲立法審査」が憲法第 3 編によって連邦裁判所に与えられた司法権の範囲に含まれることを宣言したことに言及し、確認している。

359 *United Mizrahi Bank v. Migdal Communal Village*, CA 6821/93, 49 (4) PD 221 (1995).

360 MARCIA GELPE, *THE ISRAELI LEGAL SYSTEM* (Carolina Academic Press, 2013) at 166.

361 See *supra* note 1.

362 松井前掲注 52.

Marbury v. Madison 判決でマーシャル示した論理が、合衆国連邦司法部とりわけ最高裁判所に「憲法の守護者」としての役割を与えたように、イスラエルにおいても裁判所が「基本法の擁護者」としての役割を宣言したと同時に、基本法の通常議会立法に対する優越性を宣言したこと、および 1990 年代に入って 2 つの人権規定が誕生したことは、イスラエルにおける憲法革命として認識されている。³⁶³次に、項を改めて、もう一つの判決を検討する。

(3) イスラエルにおける適用除外条項

イスラエル憲法革命に資したとされる、もう一つの重要判決が、1997 年の Meatreal v. Knesset である。この判決には、1993 年に、同じ原告の先行判決があるので、まずそちらから紹介する。2 つの人権に関する基本法が加えられた翌 1993 年、最高裁判所は Meatreal v. Prime Minister において、私企業が宗教戒律 (kosher) に適わない冷凍肉の輸入を認めることを政府が拒否したことに対し、基本法：職業の自由 (1992) に違反しているとの判決を下した。³⁶⁴しかし、宗教戒律に適わない肉の輸入禁止の政策を諦めることの出来なかった国会の宗教政党は、基本法自体を変更しなければならないと主張したのである。その圧力に押された与党連合は、基本法が保障している価値の内容には変更を加えることはしないものの、そこに、基本法適用除外条項を加えるという選択を行い、1994 年 3 月に、基本法：職業の自由 (1994) を再制定した。この適用除外条項は、次のようなものである。

第 8 条「職業の自由と合致しない法律の条項は、それが (本基本法) 第 4 条の条件を満たさない場合であっても、本基本法の規定にもかかわらず効力を有するとの明示的宣言を付した国会議員の過半数によって採択された法律に含まれている場合は、効力を有する。当該法律は、その施行の日から 4 年間 (ただし、それ以前の日を定めた場合を除く。) 効力を有する。」(翻訳元英文：The provisions of any law which are inconsistent with the freedom of occupation shall

363 SUZIE NAVOT, THE CONSTITUTIONAL LAW OF ISRAEL (Kluwer Law International, 2007) at 42.

364 H CJ 3872/93 Meatreal v. Prime Minister [1993] IsrSC 47(5) 485.

remain in effect, even if it does not conform with Section 4, if it is included in a law adopted by a majority of the Knesset with the explicit comment that it is valid despite the provisions of this Basic Law; such a law shall remain in effect for four years from the date of its commencement, unless an earlier date is fixed.)

国会は、この適用除外条項を含む基本法：職業の自由（1994）を制定した直後に、裁判所の判断にもかかわらず、国内へ宗教戒律に適わない冷凍肉を輸入することを禁ずると宣言し、冷凍肉輸入法を制定したことから、当初の事件と同じ原告である Meatreal 社がこの冷凍肉輸入政策を争って、再び訴え出た。³⁶⁵これが、1997年の Meatreal v. Knesset 事件であり、ここにおいてイスラエル最高裁は、初めて適用除外条項の保護の下に制定された法律の有効性を審査することとなったのである。³⁶⁶

判決において、最高裁は、イスラエル国会による適用除外宣言を含む条文の有効性は、条文のなかで単に「にもかかわらず」と明示すればよく、当該立法が基本法と矛盾する場合においても議会による適用除外宣言によってその立法が有効になると示した。すなわち、裁判所は、適用除外宣言自体の合理性や必要性についての審査を行うことはできず、形式が整っていることをもって、適用除外が成立すると解釈されたのである。このようにして、イスラエル国会による適用除外宣言は、「基本法：職業の自由」に掲げられた権利のみに限られ、国会の絶対過半数の議決で宣言される点でカナダ適用除外宣言とは異なるが、形式についてはカナダそれと同様に条文のなかで単に「にもかかわらず」と明示すれば良く、判決を待たずして先制して使用することもでき、国会任期（4年）と同期間のサンセット規定を伴っているということが明らかとなった。

この判決はカナダにおける Ford v. Quebec に相当する足跡となったが、これまでのところ、基本法：職業の自由で国会が立法府による適用除外権限を組み入れた日が、適用除外権限が発動された唯一の瞬間である。つまりその判決以来、国会は適用除外権限を行使していない。その後、証券業界の業務を規制した有

365 The Import of Frozen Meat Law, 1994, S.H. 104.

366 H CJ 4676/94 Meatreal v. Knesset [1997] IsrSC 50 (5) 15.

価証券監督法が基本法：職業の自由の権利と矛盾すると裁判所によって無効にされた際に、適用除外条項の使用が検討されたこともあったが、結局国会は、判旨に従って法律を修正することした³⁶⁷のであった。

これまでのところ、イスラエルの立法府による適用除外権限の経験は、まさに適用除外条項自体の採用の契機となった事案が唯一のものであり、カナダに比しても、さらにその運用実態を評価することが難しい。しかしながら、適用除外条項を含む基本法の改正から実際にそれを援用した冷凍肉輸入法の制定の過程をみてみると、国会が適用除外権限の使用が孕む個人の権利への衝撃を真剣に考慮したといえる形跡はないように思われる。そもそも、政府及び国会の一連の行動には、与党連合が、宗教的保守政党であるシャス党の要求を満たし、自らの一員になるように説得するために行われたという背景があった。1992年のイスラエル国会議員選挙では、総議席数 120 のうち、第 1 党労働党が 44 議席、第 2 党リクードが 32 議席といずれも単独政党では過半数を得ることができておらず、労働党政権にとっては、第 5 党とはいえ 6 議席を有するシャス党の影響力は大きかったのである。適用除外条項が「基本法：職業の自由」へ導入された後、直ちに始まった国会による冷凍肉輸入法の審議の迅速さは、当該立法の個人の権利についての関心が、立法者の主要な関心事ではなかったことを示唆している。もちろん手続上は、冷凍肉輸入法に適用除外条項の含め得たということは、裁判所の判決によって妨げられてしまう可能性のある相対多数ではなく、国会の過半数を超える意思形成が成立したことを意味する。それでもなお、法案に賛成の票を投じる非シャス党の国会議員は、法の趣旨に関する純粋な信念というよりも、宗教的政党をなだめる目的によって、強く動機づけられたのであれば、冷凍肉輸入法が民主主義の意思決定の勝利を表わしたのかどうかは疑わしいといえよう。

(4) イスラエルにおける対話

367 H CJ 1715/97 The Investment Portfolios Managers' Association v. Minister of Finance [1997]

IsrSC 51 (4) 367.

イスラエルにおける基本法への適用除外条項の導入と、実際の適用除外宣言に際しての国会の議論は、極めて簡潔なものであったが、適用除外条項の使用後、徐々に国会内外での議論が活発となっていった。とくに、4年間の時限立法期間が満了し、適用除外条項の効力が1998年に終了する際には、それを更新すべきか否かに関して、多くの議論が展開された。³⁶⁸

更新反対派は、「基本法の価値を傷つけるものであり、たとえ宗教戒律に適っていたとしても、悪臭を放つものである」と非難した。³⁶⁹ 更新支持者は、「制定法による個人の権利の侵害は最小限であり、宗教戒律に適った冷凍肉輸入については、現状が維持されるべきである」と主張した。1994年の適用除外条項の最初の使用と異なり、その更新についての審議では、憲法上の意味についての議論が巻き起こった。最終的に、適用除外宣言は、議会と裁判所や議会と国民という各部門間の対話と連携を改善したようにも見える。

裁判所は、*Meatreal v. Knesset*の中で、どのように適用除外条項が運用されていくかを明確にし、また、当該事件で争われた適用除外宣言の効果として、職業の自由の権利と矛盾するにもかかわらず冷凍肉輸入法の機能が継続することを明白にした。それに対し国会は、1992年の権利や自由についての基本法の制定によって、裁判所に司法審査という議会主権を脅かす力を付与し、立法活動に介入することを認めてしまったという立法者の間で高まっていた不安を緩和したのである。³⁷⁰

国会による適用除外条項の援用や援用の検討は、極めて少ない事例に限られており、イスラエルにおける適用除外条項の経験をどのように評価するかは、やや推測に頼らざるを得ない。しかしながら、上に見たように、冷凍肉輸入法

368 結局冷凍肉輸入法の適用除外宣言は、再度行われることはなかった。

Navot *supra* note 363, at206.

369 Liat Collins, *Meat Law Passes Final Reading*, Mar. 19 JERUSALEM POST (1998) at 4.

370 Gal Dor, *Constitutional Dialogues in Action: Canadian and Israeli Experiences in Comparative Perspective*, 11 INDIANA INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW REVIEW 1 (2000) at 23- 24.

に適用除外条項を付すことは、議会主権の伝統を持つ国会の多数者の要求であったものの、おそらくは、国会の少数政党の支援をまとめ上げることを主眼においた、政治的妥協の産物であったと評価すべきであろう。また適用除外宣言を先制的に行使できるという構造は、今のところ問題を生じさせていないが、今後、国会が十分な議論を行うことなく、基本法の規定を回避しようとする危険性を孕んでいる。

他方で、「基本法：職業の自由」の権利についてのみ適用除外が可能であること、他の基本法においては、適用除外条項を背景とする「対話」の潜在的な利益が実現されていないことを意味している。イスラエルの裁判所は、現在までところ、基本法抵触を根拠として国会制定法を無効にする判決を下すことに極めて謙抑的であり、その量は極めて少ないが、このことは、イスラエルが多数決民主主義と司法審査の衝突という困難にまだ直面していないということである。この点で興味深いのは、イスラエルの現状は、その司法府がアメリカ合衆国の *Marbury v. Madison* 判決と同じ論理、すなわち、司法権とは、個別具体的な法律上の争訟に法を解釈適用して、法的な解決を与える作業であるが故に、適用すべき法相互に矛盾抵触があれば上位法を優先適用するとの判断を行うことは、司法権に当然に含まれるという論理によって、基本法を基準とする司法審査を行いうる一方で、その基本法の中で適用除外条項を有するのは、基本法：職業の自由に限られているということである。したがって、仮に今後、国会制定法への基本法抵触判決が増加した場合、国会が、基本法：職業の自由を超えて、他の基本法にも適用除外条項を拡大するという選択をすることは、想像に難くない。

イスラエル最高裁判所は、*Mizrahi* 銀行事件で、基本法は通常議会の制定法に優越し、それを終局的に判断するのは最高裁判所に他ならないと、基本法の下での制定法の司法審査の原理を確立したことで、新しい基本法の時代を開いた。また *Meatreal* 事件においては、イスラエルにカナダ同様の適用除外の権限の採用を導き、適用除外宣言の援用方法を確立した。これら2つの事件において、裁判所が、立憲民主主義の基本原則である人権の保障を見落とさないよう立法府へ働きかけるが、それに対する立法府による適用除外宣言は、最終的な政

策決定が選ばれた代表によってなされるという議会主権の原則の伝統の維持を可能にすることによって、裁判所に過度な政治性を持たすことを回避し、司法部と立法部の対話の可能にする将来像を垣間見ることができたのではなからうか。

Mizrahi 銀行事件および Meatreal 事件判決以降の最高裁判所の歩みに対し、法律の基本法上の審査の権限の行使に慎重すぎるという意見もある。³⁷¹ 確かにイスラエル最高裁判所が、人権の番人としてのその重要な基本法上の役割を果たすためには、法律の審査に対する消極性を克服するべきかもしれない。とりわけ、本稿で明らかになったイスラエルの経験は、最高裁判所の「違憲」判決が、当該人権規定に係る個別の適用除外条項導入を導き、現に適用除外宣言を伴う規制法を成立させ、さらに、その更新をめぐって再度の議論が必然的に行われるという形での、いわば「新たな対話」のあり方を示したものであるということもできよう。こうした観点からすると、上述したような、「職業の自由」以外の基本法抵触を認める最高裁判決が登場した際に、国会が、適用除外条項の拡大という選択をしたとしても、それを単純に、反基本法的（あるいは反憲法的）と非難することは、適切ではないことになろう。

カナダにはじまった、適用除外条項を背景とする「対話」が、イスラエルにおいても萌芽的にではあるが認められることは、本稿の立場からすると、極めて興味深い事実である。今後、イスラエルで「対話」がどのように展開するか、引き続き注視が必要である。

371 ZEEV SEGAL, *THE ISRAEL CONSTITUTIONAL REVOLUTION THE CANADIAN IMPACT IN THE MIDSET OF A FORMATIVE PERIOD THE ISRAEL* (1997) at 158.

(基本法：人間の尊厳および自由および基本法：職業の自由³⁷²)。

372

Israel - Basic Law: Human Dignity and Liberty.

Section 1 Basic Principles

Basic human rights in Israel are based on the recognition of the value of the human being, and the sanctity of his life and his freedom, and these will be respected in the spirit of the principles of the Declaration of Independence of the State of Israel.

Section 1a Purpose

The purpose of this Basic Law is to protect human dignity⁶¹¹¹ and liberty⁶², in order to anchor in a Basic Law the values of the State of Israel as a Jewish and democratic state.

Section 2 Preservation of life, body and dignity

There shall be no violation of the life, body or dignity of any person as such.

Section 3 Protection of property

There shall be no violation of the property of a person.⁶²²

Section 4 Protection of life, body, and dignity

All persons are entitled to protection of their life, body, and dignity.

Section 5 Personal liberty

There shall be no deprivation or restriction of the liberty of a person by imprisonment, arrest, extradition or by any other manner.

Section 6 Leaving and entering Israel

- (a) All persons are free to leave Israel.
- (b) Every Israel national has the right of entry into Israel from abroad.

Section 7 Privacy

- (a) All persons have the right to privacy and to intimacy.
- (b) There shall be no entry into the private premises of a person who has not consented thereto.
- (c) No search shall be conducted on the private premises or body of a person, nor in the body or belongings of a person.
- (d) There shall be no violation of the secrecy of the spoken utterances, writings or records of a

person.

Section 8 Violation of rights

There shall be no violation of rights under this Basic Law except by a Law fitting the values of the State of Israel, designed for a proper purpose, and to an extent no greater than required or by such a law enacted with explicit authorization therein.

Section 9 Reservation regarding security forces

There shall be no restriction of rights under this Basic Law held by persons serving in the Israel Defence Forces, the Israel Police, the Prisons Service and other security organizations of the State, nor shall such rights be subject to conditions, except by virtue of a Law and to an extent no greater than required by the nature and character of the service.

Section 10 Validity of laws

This Basic Law shall not affect the validity of any law (din) in force prior to the commencement of the Basic Law.

Section 11 Application

All governmental authorities are bound to respect the rights under this Basic Law.

Section 12 Stability

This Basic Law cannot be varied, suspended or made subject to conditions by emergency regulations; notwithstanding, when a state of emergency exists, by virtue of a declaration under Section 9 of the Law and Administration Ordinance, 5708-1948, emergency regulations may be enacted by virtue of said section to deny or restrict rights under this Basic Law, provided the denial or restriction shall be for a proper purpose and for a period and extent no greater than required.

Israel - Basic Law : Freedom of Occupation.

Section 1 Basic principles

Basic human rights in Israel are based on the recognition of the value of the human being, and the sanctity of his life and his freedom, and these will be respected in the spirit of the principles of the Declaration of Independence of the State of Israel (5718-1948).

Section 2 Purpose

The purpose of this Basic Law is to uphold the freedom of occupation, in order to anchor the

values of the State of Israel as a Jewish and democratic state in a Basic Law.

Section 3 Freedom of occupation

Every Israel national or resident has the right to engage in any occupation, profession or trade.

Section 4 Violation of freedom

There shall be no violation of the freedom of occupation except by a law that accords with the values of the State of Israel, enacted for a proper purpose and to an extent no greater than required, or by such a law enacted with explicit authorization therein.

Section 5 Application

All governmental authorities are bound to respect the freedom of occupation of all Israel nationals and residents.

Section 6 Stability

This Basic Law cannot be varied, suspended or made subject to conditions by emergency regulations.

Section 7 Entrenchment

This Basic Law shall not be varied except by a Basic Law passed by a majority of the members of the Knesset.

Section 8 Validity of exceptional laws

The provisions of any law which are inconsistent with the freedom of occupation shall remain in effect, even if it does not conform with Section 4, if it is included in a law adopted by a majority of the Knesset with the explicit comment that it is valid despite the provisions of this Basic Law; such a law shall remain in effect for four years from the date of its commencement, unless an earlier date is fixed.

Section 9 Repeal

The Basic Law: Freedom of Occupation (5752 - 1992) is hereby repealed.

Section 10 Provisional measure

The provisions of any enactment in force prior to the commencement of this Basic Law or the Basic Law repealed in Section 9, [which are inconsistent with its provisions] shall remain in effect no longer than two years from the date of commencement of this Basic Law, unless repealed sooner; however, such provisions shall be construed in the spirit of the provisions of this Basic Law.

本文中の基本法の条文については，白杵陽「第二章 イスラエル」『平成 12 年度 外務省委託研究「中東基礎資料調査－主要中東諸国の憲法－」』日本国際問題研究所(2001) 50 頁を参考とした。

第2節 イギリスにおける対話

(1) 議会主権の原則

第二次世界大戦後、欧米諸国では憲法への侵害を防ぐ制度の必要性が問われ、多くの国で違憲審査制度の導入が続いたが、イギリスには体系的な成文憲法が存在しないことを背景として、いわゆる司法的統制型の違憲審査制度を導入することはなかった。イギリスにおいては、議会立法権に対する抑制原理としての憲法の優越性、あるいは憲法価値の不可侵性といった観念は否定されてきたともいえよう。言い換えれば市民の権利は、「イギリス人にとっては、全て国家法(the law of the land) という同一の基盤の上に存在するのであって、ある種の権利が、他の権利とは別に、『憲法上保護されている』という表現は、……不自然で意味のない言い方³⁷³」であり、「イギリス憲法の下では、議会はいかなる法律といえども、これを自由に制定・改廃する³⁷⁴」ことができるとされる議会主権の原則によって守られている。

議会主権の原則の下では、裁判所は、議会制定法に対し、その正当性を判断する権限を有しない。したがって、裁判所は主権者である議会がつくる法の有効性を受け入れた上で、法を解釈し適用を行う。議会はいかなる事項に対しても立法権を有し、議会は後の議会を拘束することはできない³⁷⁵。したがって、後の議会在が新たな法(後法)を定めることによって、前法を自由に改廃することができる。後法が明文で前法を廃止するだけでなく、明文で廃止とは規定しないものの、制定の目的に従い、後法が前法の規定に矛盾する内容を規定することによって黙示的に廃止することも認められている³⁷⁶。

373 Dicey *supra* note 2, at 201.

374 Dicey *supra* note 2, at 39-40.

375 加藤紘捷『概説イギリス憲法 — 由来・展開そして改革へ』(勁草書房, 2002) 135頁.

376 明文規定があるものを明示的廃止(*express repeal*), 明文規定がないものを黙示的廃止(*implied repeal*)という。加藤前掲注 375, 136頁.

議会主権の原則は、国内法に関してのみならず、国際法との関係においても尊重されてきた。締結された国際条約が国民の権利義務に関わる内容である場合には、それを国内法化するための議会による受容措置がなければ効力を持たないとされ、国際条約と議会制定法が形式的に矛盾する場合には、可能な限り議会制定法を国際条約に調和的に解釈することはできるが、明確に両立しない場合には、議会制定法を適用しなければならなかった³⁷⁷。

しかしながら、イギリス固有の社会的政治的条件の中で歴史的に形成されてきたその制度は、一つの議会のもとによる統治のみを考慮すればよかった時代には維持され得たが、イギリスは、欧州人権条約（the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms）の締結によって、それまでとは異なる問題に直面することとなったのである。

（２）欧州人権条約との抵触

国際的な人権保障についての議論の高まりの中、1948年の世界人権宣言に続き、ヨーロッパ地域においても1950年欧州人権条約が誕生した。イギリスは、欧州人権条約の母体である欧州評議会（Council of Europe）の原加盟国（1949年加盟）であるが、1951年にこの条約を批准した。ただし、条約の自動執行を認めず、その国内的受容について、いわゆる「変形」を必要とするイギリスでは、この条約についても国内法として受容する措置が必要であり、議員法案の提出が行われたものの、長らく実現に至らず³⁷⁸、ようやく1998年に人権法（Human Rights Act, 1998）として国内法としての受容が行われた。

他方で、1958年に欧州諸共同体司法裁判所（Court of Justice of the European Communities. 現在の欧州連合司法裁判所（Court of Justice of the European Union）の

377 中村民雄「EUの中のイギリス憲法 — 「国会主権の原則」をめぐる動きと残る重要課題—」早稲田法学 87(2) (2012) 327頁。

378 江島晶子「イギリスにおけるヨーロッパ人権条約の国内法化--1998年人権法と国際人権法の共生関係の可能性」明治大学短期大学紀要 (66) (2000) 164頁。

前身である。以下「EC 裁判所」という。) が設置されたが、1960 年代に入ると EC 裁判所はとくに経済活動の分野における EC 法の適用において EC 法が加盟国の国内法に優越するとする判決を重ね、EC 法優位の原則を確認していった。言うまでもなく、イギリスの EC 加盟は 1973 年のことであり、それまでは直接の影響はなかったとはいえ、この EC 裁判所の姿勢は、当然にイギリスが EC 加盟後においては、イギリス国内法にも及ぶこととなる。すなわち、EC 裁判所によって EC 法に反すると判断された国内法は改正を迫られ、立法措置を行わないことにより損害が生じた場合には、国家賠償責任を負わざるを得ないという状況である。³⁷⁹

こうした中、欧州人権条約の実施機関である欧州人権裁判所は、1975 年の *Golder v. United Kingdom* において、イギリス国内法と欧州人権条約との抵触問題について、はじめてイギリス敗訴の判決を下した。³⁸⁰ つまり欧州人権条約の優越が明示されたのである。この事件は、受刑者に弁護士との接見を認めない刑務所規則が、民事訴訟を提起しようとした受刑者の公正な裁判を受ける権利を侵害しているとして提起された事件である。欧州人権条約第 6 条 1 項によって保障された公正な裁判を受ける権利が、文字通り公正な裁判を命じているに留まるのか、あるいは、明文規定はないものの民事上の侵害を訴える市民に対し裁判

379 代表的な事件として 1964 年の *Costa v. ENEL* 事件がある。この事件では『共同体 (EC) の設立条約から生み出される法は独立した法源であり、独自の性質を持つものである。従って、いかなる形式の国内法であっても、それらの国内法の諸規定は共同体の法に優越することは出来ない』と判示している。高野敏樹「イギリスにおける「憲法改革」と最高裁判所の創設-イギリスの憲法伝統とヨーロッパ法体系の相克-」上智短期大学紀要 (30) (2010) 91 頁。 *Costa v. ENEL*, [1964] Rec. 1143, [1964] ECR 585.

380 *Golder v. United Kingdom*, 4451/70, [1975] 1 EHRR 524, [1975] ECHR 1.

所へのアクセス権を認めるものなのかどうか³⁸¹が争点となった。欧州人権裁判所は、条約の目的に鑑み、裁判所へのアクセス権を認め、接見交通を認めないことにより、その侵害がなされたと判示したのである。

この判決は、それまでのもっぱら私法の適用関係が問題となる経済活動の分野における EC 法の優越と異なり、イギリス国内法における個人の基本的権利に対する制約が欧州人権条約との関係で有効かを問われたものであり、結果としてイギリス議会主権の原則の下で認められてこなかった裁判所による違憲審査権が、国境を越えた裁判所である欧州人権裁判所によって行使されたという人権保障システムの生成を意味することとなったのである。³⁸²

Golder v. United Kingdom 判決を受けても、イギリスでは、欧州人権条約の国内法化への動きが加速したとはいえないが、³⁸³議会においては継続的に議員法案の提出は続けられていた。しかし、1980年代半ばから欧州人権条約違反と判断される事件が徐々に増え、1990年代に急増をみると、³⁸⁴イギリス国内世論においても、新たな権利の導入や欧州人権条約の国内法化を実施すべきとの声が次

381 Article 6.1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interest of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.

382 高野前掲注 379, 92 頁.

383 中村民雄「欧州人権条約のイギリスのコモン・ロー憲法原則への影響—「法の支配」の変・不変—」早稲田法学 87(3) (2012) 664 頁.

384 中村前掲注 383, 666 頁.

第に高まっていった。³⁸⁵ そのした中 1997 年に 19 年ぶりに政権に復帰した労働党は、欧州人権条約の国内法化する法的措置として、それまでの議員法案ではなく、初めて政府法案（内閣法案）を提出するに至った。これが審議を経て成立したのが、1998 年人権法 (The Human Rights Act, 1998) である。

(3) 1998 年人権法

上述したところから明らかなように、1998 年人権法の目的は、欧州人権条約の権利についてイギリスの国内法上の効力を与えることである。つまり本法は欧州人権条約を国内法化するためのイギリス議会制定法であり、そこには重要な 2 つの方策が採用されている。³⁸⁶

まず第 1 に、第 3 条 1 項で「そうすることが可能な限り、第一次的立法及び

385 イギリスの裁判所は、EC 法と議会制定法との抵触を国内法の EC 法への調和的解釈により回避することによって解決していたが、R. v. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame 事件においては、国内法が明確に定義され調和的解釈の余地がなく、最終的に貴族院は欧州司法裁判所が示した裁定したがって救済を行うことになり、その後、議会制定法の EC 法適合審査を自ら行うようにもなっていき、議会主権の原則が変容していった。R. v. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame [1990] 2 AC 85 (HL,1989), [1990] ECR I-2433 (ECJ), [1991] 1AC 603 (HL,1990), [1991] ECR, Case C-213/89., R. v. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame [1990] ECR I-2433., Case C-221/89, R. v. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame [1991] ECR I-3905., Joined cases C-46/93 and C-48/93, Brasserie du Pecheur/Factoratame [1996] ECR I-1090., R v. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame [1991] 1AC 603 (HL, 1990)., R v. Secretary of State for Transport,ex p.Factortame [1999] UKHL 44; [2000] 1AC 524; [1999] 4All ER 906 (HL, 1999) ., R. v. Secretary of State for Employment, ex p. Equal Opportunities Commission [1995] 1AC 1.

中村前掲注 377, 331-335 頁., 元山健『イギリス憲法の原理 - サッチャーとブレアの時代の中で -』(法律文化社, 1999)20-26 頁.

386 高野前掲注 379, 93 頁.

従位的立法は、条約上の権利と適合的に解釈され効力が付与されなければならない」と調和的解釈の原則を規定している点である。³⁸⁷ この原則が採用された結果、議会制定法が欧州人権条約とぶつかり合う可能性がある場合には、イギリスの裁判所は、イギリス議会制定法を欧州人権条約とを可能な限り調和的に解釈する義務が生じることとなる。また第 6 条 1 項で「公的機関が条約上の権利に適合しない方法で行動することは違法である」と規定し、法執行の段階で、公的機関が欧州人権条約上の権利に調和的に行動することを求めている。³⁸⁸ 公的機関による不法行為の被害者は、イギリスの裁判所に救済を求めることができ、いかなる訴訟手続においても人権条約の権利を援用することができる（第 7 条

387 Section 3. Interpretation of legislation.

(1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights.

1998 年人権法の邦訳は初宿正典・辻村みよ子編『新解説 世界憲法集』三省堂（2006）を参考とする。

388 第 6 条 3 項の規定により、この公的機関には立法府である議会が含まれず、議会主権の原則を維持している。

Section 6. Acts of public authorities.

(1) It is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right.

(3) In this section “public authority” includes—

(a) a court or tribunal, and

(b) any person certain of whose functions are functions of a public nature,

but does not include either House of Parliament or a person exercising functions in connection with proceedings in Parliament.

及び 8 条)³⁸⁹。

そして第 2 に、第 4 条 2 項において、「裁判所は、（著者による補足：イギリス議会制定法の）条項が条約上の権利と不適合であると確証するならば、不適合宣言を行うことができる」と規定し、調和的解釈とは別の解決策としての不適合宣言を出すことを認めていることである。³⁹⁰ すなわち本法の下で、イギリスの裁判所は、第 3 条 1 項の規定において議会制定法を欧州人権条約と可能な限り調和的に解釈しようとしてもなお、当該立法が欧州条約に適合するように解釈できない場合には、不適合宣言を出すことができるのである。この宣言は、議会制定法を直ちに無効とするものではないので、議会主権の原則を否定するものとは解されないが、宣言がなされると大臣は救済命令によって、当該不適合を除去するのに必要な修正を当該立法に対して行うことができる（第 10 条 2 項）とされており、議会制定法の修正を行政立法で行うという、いわば非常対

389 Section 7. Proceedings.

(1) A person who claims that a public authority has acted (or proposes to act) in a way which is made unlawful by section 6(1) may—

- (a) bring proceedings against the authority under this Act in the appropriate court or tribunal, or
- (b) rely on the Convention right or rights concerned in any legal proceedings,

but only if he is (or would be) a victim of the unlawful act.

Section 8. Judicial remedies.

(1) In relation to any act (or proposed act) of a public authority which the court finds is (or would be) unlawful, it may grant such relief or remedy, or make such order, within its powers as it considers just and appropriate.

390 Section 4. Declaration of incompatibility.

(1) Subsection (2) applies in any proceedings in which a court determines whether a provision of primary legislation is compatible with a Convention right.

(2) If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility.

応を許容している。³⁹¹

このようにして、1998年人権法は、議会主権の原則を尊重しつつも、公的機関を欧州人権条約に適合するように行動するよう拘束し、³⁹²調和的解釈の原則や不適合宣言という手段を用いて、欧州人権条約上の権利や自由を国内法の保障を実現することとなった。これにより、これまで議会主権の原則の下、議会制定法の「違憲」を判断する権限を有してこなかったイギリスの裁判所は、議会主権の原則に基づく国内法体系に対して上位法となる欧州人権条約の基本的権利について、これを保障するという困難な役割を担っていくことになったのである。

(4) 1998年人権法施行後の状況

1998年人権法が誕生する以前から、イギリスの裁判所は様々な法解釈を用いて工夫しながら議会制定法を解釈することによって、欧州人権条約やEC諸

391 Section 10. Power to take remedial action.

(2) If a Minister of the Crown considers that there are compelling reasons for proceeding under this section, he may by order make such amendments to the legislation as he considers necessary to remove the incompatibility.

392 事前に適合性を確保する手続として第19条1項は、提出された法案の所管大臣は議会において、当該法案の欧州人権条約の適合性の有無について陳述しなければならないと規定している（適合表明）。

Section 19. Statements of compatibility.

(1) A Minister of the Crown in charge of a Bill in either House of Parliament must, before Second Reading of the Bill—

(a) make a statement to the effect that in his view the provisions of the Bill are compatible with the Convention rights (“ a statement of compatibility ”); or

(b) make a statement to the effect that although he is unable to make a statement of compatibility the government nevertheless wishes the House to proceed with the Bill.

法に反しないよう調和的に解釈することを試みてきた。³⁹³ 1998年人権法第3条における調和的解釈の義務の明文化は、このようなイギリスの裁判所の伝統的な法解釈手段の承認と継受を強く宣言したといえよう。またそれは議会制定法に対する欧州人権条約の実質的な優越を認めながらも、議会主権の原則との共存を図ったものであるといえる。しかしながら、欧州人権条約の抽象的な規定を、どこまで裁判所が調和的に解釈することが許されるのかは、法文上明らかではない。ここで問題となるのが、そもそも、調和的解釈原則は、議会主権の原則の下にあるイギリス議会の立法権を尊重することを動機としているにもかかわらず、裁判所が、調和的解釈を行うことによって、不適合と判断できる、あるいは、すべきイギリス議会制定法に新しい価値を与えて欧州人権条約に適合的に解釈することもできるということである。このような場合、裁判所が実際に新しい立法を創造したということも可能であり、この意味で議会主権を脅かすことになりかねないのである。³⁹⁴ 議会主権原則を保持し続けるための方策が、かえってこれを脅かすという、矛盾した状況である。

これに対して不適合宣言は、イギリスの裁判所が議会制定法と欧州人権条約の不一致を示すことになることから、伝統的な議会主権の原則を揺るがす可能性を指摘される。しかし、上述したように、1998年人権法上の不適合宣言は、議会制定法を無効とするものではなく、イギリス国内法と欧州人権条約との間に不一致があるという事実を宣言するにとどまる。換言すれば、不適合宣言によって欧州人権条約上の権利・自由がどの程度保障されることになるかは、宣言を受けた後の議会の対応にかかっていることになる。もっとも、政権交代が可能な選挙制度が維持されており、野党による政府批判が保障されているイギリスにおいて現実的にみた場合、裁判所による不適合宣言が示されたまま、議会がその状態を長期に亘って放置するということは考えにくいことから、議会

393 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）47-158頁。

394 江島晶子「ヨーロッパ人権条約とイギリス 1998年人権法」『国際人権法と憲法8講座国際人権法1』215頁（信山社、2007）。

は欧州人権条約との不一致を取り除くための法改正を検討することとなる³⁹⁵。

さて、上に見たように、1998年人権法は、裁判所に2つの選択肢を認めているが、一見すると議会主権原則に対するインパクトが小さい調和的解釈の手法の方に、問題が内在している。同法第3条は議会制定法を「そうすることが可能な限り」欧州人権条約と「適合的に解釈され効力が付与されなければならない」と規定しているが、「可能な限り」の境界はどこにあるのか、換言すれば、調和的解釈に係る第3条と不適合宣言に係る第4条の境界はどこにあるのか、が問題となるのである。その範囲設定如何によっては、「解釈を越えて、裁判所による法の創造」になりかねないからである³⁹⁶。

この点、裁判官の間でも、意見は対立している。たとえば、強姦事件の被害者の証言に対する反対尋問の制限規定が欧州人権条約と抵触すると主張された事件である2002年のR v. A³⁹⁷において、少数意見を執筆したLord Hopeは、第3条の調和的解釈は、議会主権を尊重するものであるもので、一義的に明確な立法者の意志と矛盾するような解釈はできないと述べているが、多数意見を執筆したLord Steynは、適合的に解釈することが不可能ではない場合を除いて不適合宣言を示すべきではなく、拡張的な解釈になろうとも適合的に解釈しなければならないとしたのである。

また性転換した人が合法的に結婚できるかが争われた2003年のBellinger v. Bellinger³⁹⁸においては、結婚を希望する原告が、それを妨げるMatrimonial Causes Act 1973は、欧州人権条約第12条の婚姻の権利等に抵触しており、裁判所は原告を同法上の女性として解釈する義務があると主張した。しかし裁判所は、同法

395 例え、1999年移民難民法が欧州人権条約の権利に不一致であるとされたInternational Transport Roth GmbH v. Secretary of State for the Home Department [2002] 3 WLR 344は、Nationality, Immigration and Asylum Act 2002 (c.41)によって改正されている。

396 江島前掲注394, 215頁。

397 R v. A (No. 2) [2002] 1 AC 509.

398 Bellinger v. Bellinger [2003] 2 AC 557.

は出生時の性別のみを法律上の性別をしており、性転換後の性別を考慮することはできず、欧州人権条約に適合的に解釈することはできないとして不適合宣言を示している。

これに対し同性愛者のカップルの一方が死亡した場合、残された方は同居していた住宅の賃借権を法定相続できるかが争われた *Ghaidan v. Godin-Mendoza* は³⁹⁹で、*Rent Act 1977* の「妻または夫として同居していた者」について、賃借権の法定相続人となるという規定の妻または夫という意味は、性別に対応したものであって同性愛者のカップルはこれに該当しないとしていた先例を覆して、調和的解釈を行った。すなわち、同性愛者のカップルは婚姻に準ずる関係であるため、同法の規定に同性愛者のカップルを読み込むことは同法の法的効果を変更することにはならず、欧州人権条約に適合的に解釈することができるとしたのである。

この異なる結論が示された 2 つの事件から理解されるように、第 3 条と第 4 条との境界は、それぞれの事件における裁判官の総合判断に任されており、明確な審査基準が確立されていないというのが現状である。*Ghaidan v. Godin-Mendoza* 事件判決において、Lord *Styne* は *R v. A* の判決と同様に、裁判所は、第 1 に欧州人権条約に適合するように解釈するべきであり、それが難しい場合のみ最後の救済手段として不適合宣言を示すべきであるとしており、現に、調和的解釈が行われていることから、不適合宣言を行うことについては補充性の原則が働くとの一般化をすることも不可能ではないように思われる。しかし、補充性の原則から見た場合、*Bellinger v. Bellinger* と *Ghaidan v. Godin-Mendoza* の相違は明確ではなく、やはり、第 3 条の調和的解釈と第 4 条の不適合宣言のどちらを行うかの明確な区別基準はなく、その区分は裁判官による諸々の考慮に委ねられていると評価すべきであろう。この意味で、裁判所は、調和的解釈と不適合宣言の選択について、どちらがより重みをもつ最終手段と考えることはせ

399 *Ghaidan v. Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30.

ずに、同じ重みをもつ選択肢としているのではないかと思われる。⁴⁰⁰

(5) イギリスにおける憲法的対話

1998 年人権法の施行直後は、不適合宣言こそが、裁判所が議会に対して採り得るもっとも強力な権限行使であると考えられていた。しかしながら、徐々に、調和的解釈こそが、その解釈によっては新しい立法を制定することと等しい効果を持つものであり、議会主権を脅かす危険性があるものであることが認識されてきた。このような観点からすると、調和的解釈は、民主的な手続を経ない裁判所による議会主権の原則の侵害であり、このような問題意識を持つ者にとっては、立法を無効にすることはない不適合宣言を重視すべきと考えることになる。⁴⁰¹これを別の形で述べるならば、法的拘束力を持たない不適合宣言は、裁判所による議会や国民への問題点の提示であるといえよう。⁴⁰²これは違憲判決とは違い、人権とは何なのかという最終決定権を議会に残しているため、議会は提示された内容を踏まえ、国民の権利を考えた立法を制定することができる。つまり裁判所と議会による対話の契機としての不適合宣言と捉えることができよう。⁴⁰³このようにみると、カナダ権利自由憲章第 33 条の下での司法裁判所の違憲判決と、1998 年人権法第 4 条の下での不適合宣言は、形態は大きく異なるが、極めて類似した効果である「対話」を提供する装置であると理解することができるのではないだろうか。

以下では、不適合宣言を、このように評価することの意味を、もう少し詳細に分析する。

400 中村前掲注 383, 676 頁。救済のスピードでいうならば、第 3 条は即時的に救済されるのに対し、第 4 条では議会にその対処を任せることになるので即時性はない。

401 岩切大地「イギリス人権法における議会と裁判所との憲法的対話」法政論叢 44(2) (2008) 114 頁。

402 また同時に民主的手続を経ない裁判所への批判も回避することができる。

403 Danny Nicol, *Law and Politics after the Human Rights Act*, 4 PUBLIC LAW 722 (2006)。

(6) イギリスの裁判所と議会との対話

上述した性転換した人が合法的に結婚できるかが争われた 2003 年の *Bellinger v. Bellinger* においては、貴族院が不適合宣言を示した後、その問題は議会に引き継がれ 2004 年 7 月に *Gender Recognition Act 2004* が制定されるに至った。すなわち本件訴訟の原告の主張が制定法上の権利として認められることとなったのである。このように最終的な決定権を政治機関が持ち、裁判所が問題を明確化し手渡すことを担保する装置である不適合宣言は、統治機構における対話を促進するという評価がある。⁴⁰⁴

また 2001 年 9 月 11 日に発生したアメリカ同時多発テロに対する対応として制定された 2001 年の *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* は、テロ活動に関わったとされる外国人の容疑者を起訴せずに無期限に勾留することを認めている⁴⁰⁵。同じ容疑をうけたイギリス人については起訴手続なしに無期限に勾留することはできない。そこでテロ防止の目的で外国人のみを勾留することは、欧州人権条約の第 5 条（人身の自由）及び第 14 条（差別の禁止）に反するとして訴訟となった 2004 年の *A and others v. Secretary of State for the Home Department* において、最上位裁判所としての貴族院は、同法が欧州人権条約に一致しないとの不適合宣言を出した。⁴⁰⁶ この判決を受けイギリス議会はすぐに *The Prevention of Terrorism Act 2005* を制定し、テロ活動の容疑者の無期限勾留制度を改め、国籍を問わない行動統制命令（*control order*）制度を導入した。このような展開は、テロ活動防止と基本的人権という難しいテーマの中で、貴族院と議会が対話を交わしたとの評価がされている。⁴⁰⁷

404 Danny Nicol, *Statutory interpretation and human rights after Anderson*, 2 PUBLIC LAW 274 (2004) at 282.

405 この事件の具体的な展開は、佐藤潤一「National Security による「外国人」の権利制限」専修大学社会科学研究所月報 487 号（2004）に詳しい。

406 *A and others v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL56.

407 江島前掲注 394, 220 頁。

(7) イギリスと欧州人権裁判所との対話

Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 は、2004 年の判決において不適合宣言を出されていたが、同法の下で容疑者は、被疑事実の証拠開示が制限されているため公正な裁判を受ける権利が侵害されているとして、欧州人権裁判所で争われた事件が 2009 年の A v. Kingdom である。この訴訟において、欧州人権裁判所は、欧州人権条約上の権利侵害を認めた⁴⁰⁸。問題は、2004 年の不適合宣言を受けて導入された The Prevention of Terrorism Act 2005 も、今回の事件で違法とされた点に関して Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 と同様の制度を持っていたことであった。そこで、貴族院は 2009 年に当該欧州人権裁判所判決を参照し、The Prevention of Terrorism Act 2005 に依拠した行動統制命令が、公正な裁判を受ける権利を保障する手続を欠いていたとして、違法としている⁴⁰⁹。

こうしたイギリス政府の対応については、一方では、2004 年の不適合宣言を受けた法改正において、当該判決の具体的文脈において、欧州人権条約に一致しないと指摘された箇所のみを問題とし、法全体について人権条約上の権利保障との整合性検討をしなかった姿勢がもたらした問題であるという否定的評価がみられる⁴¹⁰。しかし、A v. Kingdom 判決をめぐる一連事態の推移をみると、そこには、欧州人権裁判所とイギリス議会、そして欧州人権裁判所と貴族院との間の「対話」が成立していると評価することができるのではないだろうか。

また 2009 年の Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom⁴¹¹ では、反対尋問をすることができなかった証言調書を有力な証拠とし有罪とされた被告人が、証拠採用

408 A v. Kingdom (Applicaton no. 3455/05) [2009] ECHR 301., 26 BHRC 1, (2009) 49 EHRR 29.

409 Secretary of State for the Home Department v. AF [2009] UKHL 28, {2010} 2AC 269, {2009} 3 ALL ER 643.

410 中村前掲注 383, 679 頁.

411 Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom (26766/05 and 22228/06) [2009] Crim LR 352, (2009) 49 EHRR 1.

の違法性を主張し、欧州人権裁判所に出訴した。欧州人権裁判所小法廷は、有罪判決は伝聞証拠を「唯一または決定的な証拠」としてはならないとし、公正な裁判を受ける権利を侵害されたと判断した。イギリス政府はこれを不服として欧州人権裁判所の大法廷へ上訴した。一方、イギリスの裁判所においても、同様の論点が争われた。控訴院判決は、*Al-Khawaja and Tahery* 判決に従わず、伝聞証拠を有罪の有力な証拠としてはいるが、公正な裁判が行われたと判断した。⁴¹² すなわち同裁判所は、伝聞証拠が「唯一または決定的な証拠」として有罪となったとしても、その伝聞証拠の信頼性が推定でき、反対尋問をすることができなかった合理的な理由がある等、伝聞証拠の手続が法定され、裁判所もそれに従い合理的な審理を行う場合には、公正な裁判が確保されたといえるとしたのである。⁴¹³

イギリス最高裁判所もこれを支持し、⁴¹⁴ 欧州人権裁判所小法廷判決を誤りとした。⁴¹⁵ ここで注目すべきは Lord Phillips が「人権法 2 条が規定するストラスブール判例法を『考慮する』要請は、通常、当裁判所がストラスブール裁判所によって明確に確立された原則を適用するという結果になる。しかしまれに、当裁判所は、ストラスブール裁判所はイギリスの国内手続を十分に正しく理解し、または、習熟したといえるのか懸念を覚えることがある。そのような場合には、当裁判所はストラスブールの決定に従わない自由があり、従わなかった理由を述べる。これはストラスブール裁判所に、問題となった決定のある特定の側面について再検討する機会を与えることになり、当裁判所とス

412 R v. Horncastle and others [2009] EWCA Crim 964, [2009] 4 All ER 183., [2009] UKSC14, [2919] 2 C 373, [2010] 2 ALL ER 359.

413 *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom* 事件の一連の展開は、江島晶子「ヨーロッパ人権裁判所と国内裁判所の「対話」？」『普遍的国際社会への法の挑戦』信山社（2013）に詳しい。

414 2005 年法の成立により、2009 年 10 月から貴族院に代わって、独立した最高裁判所が発足した。

415 R v. Horncastle and others [2009] UKSC14, [2919] 2 C 373, [2010] 2 ALL ER 359.

トラスブル裁判所との間の有用な対話となるであろうものが生じるであろう。本件はそうした事件なのである⁴¹⁶」と述べていることである⁴¹⁷。

その後、欧州人権裁判所大法廷は、小法廷判決を覆し、必ずしも伝聞証拠を「唯一または決定的な証拠」として有罪判決を下してはならない訳ではない、という立場から判決を下している。

この事件は、まさに「対等な立場でのキャッチ・ボールとも言うべき⁴¹⁸」展開を見せ、欧州人権裁判所およびイギリス裁判所、そして大法廷に上訴したイギリス政府それぞれが事件を丁寧に判断しているが、とりわけ、上の Lord Philips の言説に明らかなように、自らの判断を一方的に述べるのではなく、相手側の判断を前提として、次のステップへ進んでいることが看取される点が重要である。まさに「対話」と言える事例といえよう。

(8) イギリスにおける対話の可能性

上に見たように、1998 年人権法の導入によって欧州人権条約の国内法化が行われたことにより、イギリスの人権保障システムは、確実に変化の歩みを進めてきた。しかしながら、決して、伝統的な議会主権の原理が完全に失われた

416 江島前掲注 413, 110 頁.

417 Section 2. Interpretation of Convention rights.

(1) A court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any—

(a) judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights,

(b) opinion of the Commission given in a report adopted under Article 31 of the Convention,

(c) decision of the Commission in connection with Article 26 or 27 (2) of the Convention, or

(d) decision of the Committee of Ministers taken under Article 46 of the Convention,

whenever made or given, so far as, in the opinion of the court or tribunal, it is relevant to the proceedings in which that question has arisen.

418 江島前掲注 413, 119 頁.

訳ではない。

イギリスの裁判所によって、議会制定法を欧州人権条約を調和的に解釈できないとして不適合宣言が為されたとしても、これは議会制定法を直ちに無効とするものではないため、最後の言葉 (last word) とはならない。イギリス議会は、裁判所から提示された問題に対して回答する権限を維持しているのである。また、イギリス議会・政府は、欧州人権裁判所の判決に対して、これを無条件にそれを受け入れるわけではなく、正当な理由があれば、判決に従わないこともできると考えている。実際、受刑者の投票権を全面的に禁止する法律が欧州人権裁判所によって欧州人権条約違反とされた 2005 年の *Hirst v. the United Kingdom* 事件において、イギリス議会・政府は判決に従わなかった⁴¹⁹。同様の争点を争った事件である 2011 年の *Greens and M.T. v. The United Kingdom* 事件においても⁴²⁰、欧州人権裁判所が 6 ヶ月以内に法改正するように命じた判決に反発し、イギリス議会は、現行法の維持を議決している⁴²¹。このように最終決定権を司法に独占させず、議会の手に残しておくことによって、裁判所の判断に議会が応答するという対話を成り立たせている。

また、イギリス国内裁判所も上にみたように、欧州人権裁判所の判決に対し「イギリスの国内手続を十分に正しく理解し、または、習熟したといえるの

419 Representation of the People Act 2000 (c.2); *Hirst v. the United Kingdom* (No.2) (App. No. 74025/01) [2005] ECHR 681, (2006) 42 EHRR 21.; 同様の争いの事件をスコットランド裁判所が不適合を宣言した 2007 年の *Smith v. Scott* 事件判決もイギリス政府は対応していない。 *Smith v. Scott* [2007] CSIH 9.

420 *Greens and M.T. v. The United Kingdom* (App Nos. 60041/08 and 60054/08) [2010] ECHR 1826, (2011) 52 EHRR 21.

421 H. C. Deb. 10 Feb. 2011, vol. 505, col. 586.

受刑者の投票権に関する裁判はこの他にも数多く起きているが、未だ法改正はされていない。受刑者の投票権に関する顛末は、Alexander Horne and Isobel White, *Prisoners' voting rights* (House of Commons Library, 2015) available at <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>. を参照。

か懸念を覚えるような場合には、当裁判所はストラスブールの決定に従わない自由がある」としている。その場合は従わなかった理由を述べることにより、問題を再検討する機会を与えることになり、国内裁判所と欧州人権裁判所との間の有用な対話となる⁴²²としているのである。

以上見たように、私見では、欧州人権裁判所とイギリスの議会や裁判所との間の対話というべき事例は確かに存在している。欧州人権裁判所とイギリス国内機関との対話は一定の実効性を挙げているのである。

国際条約上の人権保障機関である欧州人権裁判所が、国境を越えた人権保障の平準化を目指し、加盟国の政府や裁判所から統制を受けることなく運営されていく以上、国内の伝統的な権力分立をそれまでのまま維持することは、極めて困難である。しかしながら、国内の人権保障システムを国際的な人権保障システムに、単に接近させ、あるいは置き換えるだけであれば、欧州人権条約に掲げられた事項について、何が権利や自由であるのかという最終的な決定権を、欧州人権裁判所に委ねることになってしまう。欧州人権裁判所による「法の支配」の実現は、確かに、他ならぬ政府による権利・自由への侵害に対する抑止装置として、極めて有効な方策であることは疑いがない。しかし、たとえば、テロリズムに対する行政警察活動と権利・自由のバランス確保といった課題について、民主的正統性に支えられた各国議会の判断と法の支配を基礎とする欧州人権裁判所の判断のうち、後者が「正しい」と考えるべき根拠は存在しない。政府による攻撃から権利・自由を守るのが「法の支配」であるから、欧州人権裁判所の判断に従うべきであるという見解は、一見すると「正しい」ものであるが、実をいえば、法の支配の多義性を背景とする結論の先取り、あるいは欧州人権裁判所の判断は、欧州人権裁判所の判断であるが故に正しいというトートロジーに過ぎない。

国内司法裁判所と議会との関係であれば、この点について、少なくとも2つの方向から、司法裁判所の判断を擁護し、トートロジーを回避することが可能であろう。一つには、裁判所であっても、裁判官国民審査や司法批判などを背

422 *supra* note 415.

景として、間接的あるいは部分的ではあっても、民主的正統性を有しているという根拠付けである。もう一つは、司法は、自らが直接の民主的正統性に支えられていないのことに自覚し、司法の自己抑制（judicial self-restraint）の下で判断を行っているのであるから、その上でなお違憲判断が行われるような場合には、その判断に従うべきであるという根拠付けである。しかしながら、国境を越え、条約上の権利・自由を実施することで、人権保障の平準化を行う欧州人権裁判所について、これらを期待することは困難である。

とりわけ、裁判所自体の民主的正統性という点については、確かに、欧州人権裁判所は、加盟各国から推挙された権威ある法律家を裁判官として構成されているが、各国1名枠で着任する裁判官は、各国の代表でも、欧州評議会域内の全住民の意思を反映するものでもない。また、日本の最高裁判所裁判官における国民審査のような制度も存在しないのである。また、司法の自己抑制という点についていえば、人権の国境を越えた平準化のためには、平準面以下の人権保障しか行われていない裁判所が考える場合に、立法府に対する令状から、自己抑制を行うことは背理でもある。

このようにしてみると、欧州人権裁判所に、無限定な形で人権保障の「最後の言葉」を語らせることには、構造的な限界があることになる。そこで、欧州人権裁判所を実施機関とする欧州人権条約を国内法化した後のイギリスにおいては、欧州人権裁判所判決を確定的な結論として受容する制度を採ることには大きな困難があり、民主的正統性によって支えられているイギリス議会、イギリス国内裁判所及び欧州人権裁判所との間で、少なくとも、何らかの形での「対話」がなされることが不可欠であったといえよう。

すなわち、本章でみた、イギリスと欧州人権裁判所との対話は、偶然の産物というよりも、ある種の必然として登場したと見るべきであろう。逆に、この対話が破綻した場合、そこに待っているのは、欧州人権条約システムからのイギリスの離脱という帰結であることになる。

第3節 小括

本章では、イスラエルとイギリスを対象として、「対話」がどのように認め

られるかを検討した。

第3章及び第4章で見たように、対話理論は、カナダ権利自由憲章の適用除外条項（第33条）についての説明理論として出発した経緯があるが、その提唱者であるホッグ教授の見解においても、対話は適用除外条項からのみ導かれるのではなく、それを含む複数の要素から導かれることが示されている。本章でみたイスラエルでは、カナダとほぼ同様の適用除外条項が対話を導く装置となっていたが、イギリスにおいては、欧州人権条約への対応のための諸制度（イギリス裁判所による不適合宣言、イギリス裁判所と欧州人権裁判所が上訴関係で結合されていないという設計、イギリス議会の欧州人権裁判所判決に従わないとする決議等々）が対話を導いていることが明らかとなった。

ここで本稿が再度注目したいのは、イギリスの事例である。すなわち、本稿が対象とした一連の事案では、イギリス議会・イギリスの裁判所・欧州人権裁判所の3者がステークホルダーとして登場したが、本稿の視点からすると、欧州人権条約を国内法化した後においては、これらの対話関係は、必然的なものであった。すなわち、条約秩序と国内法秩序がシームレスに繋がっている中で、実施機関が、欧州人権裁判所と国内裁判所に2元化されている以上、対話は不可欠なのである。イギリス議会もイギリス裁判所も、欧州人権裁判所の判断に無条件に拘束されるという制度を構築すれば、形式的には、対話は不要となるが、その場合は、まさにイギリス国家・社会の民主的正統性から完全に自由な裁判所の判断に、なぜイギリス政府と国民が拘束されるのかという原理的問題から、欧州人権条約体制に留まること自体の正当性が問われることになる。

こうした先鋭化した状況に比してみると、欧州レベルの人権の平準化という視点から法の支配を実現しようとする欧州人権裁判所にイギリス法と欧州人権条約の矛盾抵触を判断せしめる一方で、イギリス国内裁判所はそれと異なった判断をする余地を有しつつ、イギリス法と条約の不適合宣言を行いうるものとし、さらに、最終的にイギリス法を改廃するか判断はイギリス議会が留保しているという関係は、民主的正統性と法の支配とのバランス確保に新しい地平を提供するものとして、積極的に評価できるように思われるのである。

これまで、アメリカ合衆国・日本型の司法裁判所による人権保障に対しては、その民主的正統性の欠如に対して批判がなされ、これに対して、間接的あるいは

は部分的な民主的正統性の供与と司法の自己抑制をもって応えるという対応が、いわば標準的な理解として提示されてきた。しかし、この対応に対しては、常に、「それでも裁判所は民主的正統性を持たない」という方向と、逆に、「過度の司法の自己抑制によって人権擁護が確保されていない」という相反する方向からの再批判が同時になされることになる。

しかしながら、今日、カナダを端緒として、既にイスラエルやイギリスにおいても、司法裁判所と議会の役割分担を再設定し、そこに「対話」を導入することで、全く別の方向から対応することが行われており、かつ、それは本稿の視点からすると、相当程度成功しているのである。換言するならば、これらの国に見られる新たな役割分担は、外見的立憲主義や古典的（あるいは権威主義的）な法律の留保と非難されるべきものではなく、新たな司法審査モデルとして位置付けることができる段階に達していると思われるのである。

おわりに：日本法への示唆

日本国憲法が施行されて 70 年が過ぎようとしているが、この間の最高裁判所の判決とそれに対する見解を辿ってみると、最高裁判所が「基本的人権の擁護者」としての役割を積極的に果たし得ていないという批判が、相当程度みられる。そもそも裁判所への批判は、一方では、判決一つひとつの詳細な検討に基づくべきものであるが、ここで注目すべきなのは、上述の批判の多くが、そうした各論的な判決検討というよりも、現行の司法審査制度が、終局的な憲法解釈の権限を最高裁判所に置くものである以上、最高裁がその姿勢において「基本的人権の擁護者」であることを強調し、それに相応しい行動をとることが求められているにもかかわらず、日本の最高裁判所には、そのような傾向が看取できない、換言すれば「司法消極主義の過剰」という点からなされていることである。すなわち、現行システムのもとで、最高裁判所が憲法保障の責任を放棄したとすれば、自らを政治的選択の追認機関に貶めるばかりか、投票権の行使を通じて国権の最高機関を監視する国民の意欲と能力を減退させ、ひいては代議制民主主義の健全な発展を阻害する要因となることへの危惧が、最高裁判所批判の基底をなしているのである。

このような司法消極主義の過剰という観点からの批判は、より積極的な司法裁判所のあり方を肯定してきた。この際においては、しばしば、同じく付随的司法審査制度をもつアメリカ合衆国の連邦最高裁判所が、事実上の憲法裁判所として、司法の自己抑制を原理的に承認しつつも、しばしば、積極的な司法委夜政策形成を行っていることが参考とすべきモデルとして主張される。

そもそも、合衆国で発達した違憲審査制度の特徴は、議会立法に対する「憲法の優越」を前提として、国民の代表機関である議会の制定した法律の効力に関する判断を、ごく少数の司法エリートの手に乗せているところにある。より端的に表現すれば、それは憲法が何を命じているかについて「最終的な言葉 (the last word) を発する権限」を最高裁判所に独占させる制度であり、そこから生じる責任は最高裁判所に計り知れない重圧を科さずにはおかない。確かに、合衆国最高裁判所は、その責任を積極的に引き受け、しばしば議会との対立も辞さない姿勢を示してきた。1930年代におけるニューディールを推進する政府

と伝統的価値を保持しようとする裁判所の戦いが、前者の勝利に終わったことにより、合衆国最高裁判所は、一時実体的デュープロセス論を封印するなど、極めて強い司法消極主義的姿勢を示したこともあるが、差別撤廃、プライバシー保護、環境保護といった領域において、積極的に判例法理を形成していることは否定できない事実である。しかし、こうした姿勢は、*Marbury v. Madison* 事件以来の長くかつ特有の歴史と深く結びついた、いわばアメリカ合衆国に固有の例外的現象と受け止めるべきであって、日本の最高裁判所の消極主義もこのような視点から再考する必要があるのではないだろうか。

本稿は、このような問題意識のもとに、まず、日本と合衆国の最高裁判所が下してきた法律違憲判決を素材として、両国の違憲立法審査制度の運用スタイルの異同を検証し、そこから得られた一応の結論を新たな起点として、憲法の最終的解釈権を最高裁判所に独占させるアメリカ型司法的統制システムの構造そのものに根差す問題点を視野に置きながら、伝統的な立法権抑制システムを代表する2つのモデル、すなわち違憲立法審査制度を中核とする「司法的統制モデル」と議会主権の原理のもとで生成された「政治的統制モデル」の間であって、両者の特徴を融合させたカナダ独特の人権保障システムに注目し、違憲審査制度が直面する問題状況にいかなる示唆を与えるかの考察を行った。

カナダの人権保障システムの最大の特徴である適用除外条項は、憲法改正事業を破綻の淵から救い出すためにトルドーが決断した政治的妥協の産物であり、多くの論者が指摘するとおり、人権憲章の保障を「骨抜き」にする危険性を孕んでいたことは否定できず、1982年憲法成立直後にケベック州政府が強行した包括的適用除外宣言は、誕生間もないカナダ権利自由憲章にとって、最初にして最大の試練であった。しかし、こうしたケベック州の強硬姿勢は、その後の政治状況の変化とともに後退し、その他の州・準州による適用除外宣言も、今日ではすべてその効力を失っている推移を受けて、一時は学界を席卷したかに見えた適用除外宣言の濫用を危惧する声は次第に沈静化し、近年ではむしろ、適用除外条項の存在を前提としつつ、より良き人権保障システムを作り上げていくために、これをいかに改善すべきかについて論じる傾向が強まって

⁴²³ いる。このような論調は、言うまでもなく、カナダに誕生した人権保障システムがアメリカ型の「強い形態の違憲審査」ではなく、「憲法の最後の言葉を最高裁判所に独占させなかった」「弱い形態の違憲審査」であることを肯定的に受け止めるものである。

ホッグ教授らは、この「弱い形態の違憲審査」を出発点に、民主的手続を経ない裁判官による違憲審査の正当性の根拠の1つとして、裁判所と議会との間の「対話」の概念を主張している。「対話」は、各統治部門間のダイナミックな相互作用（interaction）を生じさせ、民主的なプロセスを強化するものであるということが、多くの論者のみならず、カナダ最高裁判所の判決によっても指摘されている。これは、「法治主義の新しい国家モデル」がすでに実験レベルを超えた形でカナダに定着しつつある現実を示すものである。

議会や行政機関は、裁判所によるカナダ権利自由憲章の解釈に拘束されるが、権利自由憲章に違反するとして議会立法を違憲無効とする判決に対し、議会は応答する能力を持っており、現に、ほとんどの場合応答している。換言すれば、カナダ最高裁判所は、人権と政府利益の調整を中核とする公共政策的課題に対し「最後の言葉」の語り手ではなく、最終的な決定権を留保している議会・政府の対話の相手としての役割を分担しているのである。こうしたことは、カナダにおける対話の観念を有する違憲審査が、これまで違憲審査制の正当性に関する議論の大半を占めた裁判所に最後の言葉を持たせるアメリカ型の司法統制的統制モデルと、議会主権を原則とするイギリス型の政治的統制モデルのいずれでもなく、その中間に位置づけられる新しい第3の選択肢であることを示している。⁴²⁴

すなわち、カナダ権利自由憲章を嚆矢とする対話理論は、人権に関する最終的決定権を「議会あるいは最高裁判所のいずれか一方に独占」させる英米両国の中間に位置する独自の人権保障システムをカナダにもたらしたのみならず、

423 例えば、Stephanopoulos, Nicholas, *The Case for the Legislative Override*, 10

UCLA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND FOREIGN AFFAIRS, 250 (2005).

424 Hogg *supra* note 283, at 29.

我々が自らの人権保障システムを再検討する場合に、極めて重要な示唆を与えるものと思われるのである。

本稿では、その一例としてイギリスやイスラエルにおける対話理論の採用と発展について確認した。これらの国の制度は、必ずしもカナダにおける対話理論のコピーではないが、それぞれの国で、確かに受け入れられ根付きつつあることが確認できた。タシュネット教授は、「対話」という概念は、1997年のホッグ教授らが最初に発表して以来、それが多くの学者や地域に拡散したと指摘している。⁴²⁵ 確かに近年では、イギリスやイスラエルにとどまらず、カナダにおける概念が各国の学説にも影響を与え、対話理論は広がりを見せており、さまざまところで対話の概念を目にすることが増えている。⁴²⁶

しかしながら、言うまでもなく、カナダで生まれたこの「第3の選択肢」は、すべての国にすぐに適用可能な万能薬ではない。対話理論が機能するためには、裁判所に最後の言葉を持たせない「弱い形態」の違憲審査制度が必要となるが、それには、何よりもまず、議会制民主主義が一定の成熟度に達していることが条件となる。「弱い形態」の違憲審査制度とは、角度を変えてみれば、外見的立憲主義であり、少なくとも近過去において、法制定権力を握る多数者による圧政が繰り返された歴史を持つ国にこの制度が導入されたとすれば、その国の憲法がどれほど立派な人権規定を備えていたとしても、これを容易にバイパスする憲法上のメカニズムを多数者に与えてしまう結果になる。⁴²⁷

また、裁判所に対する信頼が国民の間に醸成されているかどうかも重要である。国民全体が裁判所の権威に低い評価しか与えられていなければ、議会は裁判所の判決を覆すことに対する批判をさほど気にせずに、自らの権限を行使す

425 Mark Tushnet, *The rise of weak-form judicial review* in *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* (T. Ginsburg and R. Dixon eds., 2011) at 332.

426 Cristine Bateup, *The Dialogic Promise Assessing The Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*, 71 *BROOKLYN LAW REVIEW* (2006) at 1109.

427 この危険性は、議会が一院のみで構成され、二院制による相互牽制が働かない場合には、とくに深刻にである。

ることが可能となるからである。

さらに対話理論がどんなに魅力的な概念であるとしても、ある国が既存の立法権抑制システムに代えてこれを導入しようとするれば、その移行に要するコストを考慮しなければならない。今まさに憲法を起草しようとしている国の場合には、白紙の状態ですべて諸外国の立法権抑制システムを比較検討し、自国に最も適合するシステムを自由に選択することが可能であろう。しかし、アメリカのように、違憲立法審査制度が人権保障に大きな役割を果たしてきた国の場合には、議会に裁判所とりわけ最高裁判所の憲法判断を覆す権限を認めるという発想自体が極めて大きな抵抗に遭遇することは想像に難くない。違憲立法審査制度に対する信頼がアメリカほど強固とは思われない日本の場合も、それが導入されてすでに久しいことを考慮すれば、カナダの経験を参考に、あるべき人権保障システムを模索しようとする試みが、さまざまな論拠から批判の対象となることは覚悟しなければならない。

こうした観点から、本稿は、カナダ型の適用除外除外条項を基盤とする対話理論モデルの弱い司法審査制を無条件に賞賛し、これを直ちに、日本に導入すべきとの結論を採用するものではない。日本国憲法にこれを導入することが適切かどうかについては、上述した継受する日本社会側の環境整備がどこまで整っているかという慎重な分析が必要であるし、カナダでの成功あるいは発展がどこまで特殊カナダ的要素に支えられているのかという点についてのさらなる検討が必要である。とりわけ後者のためには、イスラエルやイギリスの現在大きく変化しつつある憲法動態を注視し、さらなる比較検討を進めることも求められよう。

こうしたことから、本稿では、司法審査についてのカナダ型モデルが、日本を含む他国に継受される価値を有するものであるという検討結果をひとまずの結論とし、日本への継受という憲法政策課題については、引き続きの課題とし

て留保することとしたい。⁴²⁸

428 第4章でも指摘したように、カナダにおいては、適用除外条項の援用に対し消極的な政治風土が生じているため、対話を生み出すものは、裁判所が解釈したカナダ人権憲章上の権利に、その第1条の合理的制限に正当化できる合理的な制約を与える議会の能力であるとする議論もある。実際、カナダにおける対話のほとんどは、第1条の下で行われる。このことが、適用除外条項の様な議会の特別な権限（イスラエルもイギリスも同様の枠組みが制度化されている）を有しなくとも、対話は可能ということなのであれば、「強い形態の違憲審査」においても、憲法が保障する権利や自由に対し、一定の制約を加えることを認めている制度が存在すれば、実現可能とする主張もある。この検証に関しては、稿を改めて検証したい。Roach *supra* note 310, at 204, 293., 佐々木前掲注 261, 7頁。

参考文献一覧

以下では、本稿で引用した文献のみを挙げる。

【邦語文献】

- 阿川尚之『憲法で読むアメリカ史 上』（PHP 研究所，2004）。
- 阿川尚之『憲法で読むアメリカ史 下』（PHP 研究所，2004）。
- 芦部信喜「司法の消極性と積極性」ジュリスト 469（1971）。
- 芦部信喜『司法権のあり方と人権』（東京大学出版，1983）。
- 長谷部恭男他『別冊ジュリスト 憲法判例百選Ⅰ（第6版）』（有斐閣，2013）。
- 長谷部恭男他『別冊ジュリスト 憲法判例百選Ⅱ（第6版）』（有斐閣，2013）。
- 芦部信喜編『判例ハンドブック（憲法）』（日本評論社，1992）。
- 芦部信喜＝高橋和之『憲法（第5版）』（岩波書店，2011）。
- 市川正人「保守化の中のアメリカ合衆国最高裁 — 2013 年開廷期の判決から—」立命法学第 357・358 号（2014）。
- 伊藤勝美「カナダにおける憲法改正論争 — 1982 年憲法法制定過程(1)」比較法政 21（1982）
- 伊藤勝美「カナダにおける憲法改正論争— 1982 年憲法法制定過程(2)」比較法政 23・24（1984）。
- 伊藤勝美「カナダ一九八二年憲法法(カナダ法別表 B)—仮訳(資料)」近大法学 30(1・2)（1982）
- 伊藤正己『裁判官と学者の間』（有斐閣，1993）。
- 伊藤正己『司法権の優越 法学理論篇 43・法律学体系第二部』（日本評論新社，1952）
- 伊藤正己『法の支配』（有斐閣，1954）。
- 伊藤正己「司法積極主義再考（最高裁判所）」法学セミナー増刊 総合特集シリーズ 4 号（1977）。
- 岩切大地「イギリス人権法における議会と裁判所との憲法的対話」法政論叢 44(2)（2008）。
- 白杵陽「ユダヤ人国家とマイノリティ 独立宣言と基本法の視角から」地域研究論集 5 巻 2 号（2003）
- 白杵陽「第二章 イスラエル」「中東基礎資料調査—主要 中東諸国の憲法—」（日本国際問題研究所，2001）。
- 江島晶子「イギリスにおけるヨーロッパ人権条約の国内法化—1998 年人権法と国際人権法の共生関係の可能性」
明治大学短期大学紀要（66）（2000）。
- 江島晶子「ヨーロッパ人権裁判所と国内裁判所の「対話」？」『普遍的国際社会への法の挑戦』信山社（2013）
- 江島晶子「ヨーロッパ人権条約とイギリス 1998 年人権法」『国際人権法と憲法 8 講座国際人権法 1』（信山社，2007）。
- 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）。
- 大久保史郎「アメリカ司法審査制の現段階—現状分析の基礎視角をめぐって」法律時報 57 巻 6 号（1985）。
- 奥平康弘『司法審査の日本の特殊性』（岩波書店，1995 年）。
- 長内了「カナダにおける司法権の優越」比較法雑誌 8(2)。（1975）
- 長内了「カナダ憲法の非イギリス化現象(1) — Canadian Bill of Rights をめぐって」比較法雑誌 9(2)（1976）
- 長内了「カナダ権利自由憲章と司法部の機能(1) —代表民主制と司法審査制度の調和をめぐる新しい実験—」法
学新報 96(6)（1990）。
- 長内了「カナダ連邦憲法の基本構造— British North America Act と司法審査制を中心として—」比較法雑誌 7-1・2
（1972）。
- 長内了「カナダ連邦制度の新展開— 一九八二年憲法の意味するもの—（上）」ジュリスト 790（1983）。
- 長内了「カナダ連邦制度の新展開— 一九八二年憲法の意味するもの—（中）」ジュリスト 791（1983）。
- 長内了「カナダ連邦制度の新展開— 一九八二年憲法の意味するもの—（下）」ジュリスト 794（1983）。
- 長内了「カナダ連邦制度下の人権保障システム」比較法研究 43（1981）。
- 長内了「権限配分に見られるカナダ連邦制度の特色—合衆国における経験との比較」比較法雑誌 7(3.4)。
- 長内了『ケースメソッド改訂現代憲法入門』（圭文社，1996）。
- 加藤紘捷『概説イギリス憲法 — 由来・展開そして改革へ』（勁草書房，2002）。
- 加藤紘捷『概説イギリス憲法—由来・展開そして改革へ—』（勁草 書房，2002）。

- 加藤普章『カナダ連邦政治 多様性と統一への模索』（東京大学出版会，2002）。
- 兼子一＝竹下守夫『裁判法（新版）』（有斐閣，1978）。
- 木下智史「90年代の合衆国最高裁と憲法学」法律時報70巻1号（1998）。
- 木下智史「アメリカ合衆国最高裁における憲法判断の動向：2009-2010年開廷期の判決より」関西大学法科大学院ジャーナル7号79頁（2012）。
- 栗城壽夫「違憲審査性」樋口陽一，栗城壽夫『憲法と裁判』238頁（法律文化社，1988）。
- 佐々木雅寿「カナダにおける裁判所と立法府の対話」法学雑誌54-1（2007）。
- 佐々木雅寿「カナダ憲法上の救済方法(4)最高法規規定を根拠とする救済方法を中心として」法学雑誌45(3・4)。
- 斎藤憲司「一九八二年カナダ憲法—憲法構造と制定過程」レファレンス昭和57年10月号（1982）。
- 佐藤岩夫「最高裁判所は変わったか—違憲審査と政策形成を考える」法律時報82巻4号（2010）。
- 佐藤功「司法積極主義と司法消極主義(1)」法学セミナー1980年2月号（1980）。
- 佐藤功『続・憲法問題を考える』（日本評論社，1983）。
- 佐藤潤一「National Securityによる「外国人」の権利制限」専修大学社会科学研究月報487号（2004）。
- 佐藤信行「カナダにおける憲法改正とカナダ権利自由憲章33条—ケベック問題との関係を念頭に—」憲法理論研究会編『“危機の時代”と憲法』（敬文堂，2005）
- 佐藤信行「カナダにおける同姓婚—法形成過程の視点から—」法学新報112巻11・12号（2006）。
- 高木康一「カナダ憲法学における『対話』理論—司法審査をめぐる議会と裁判所の関係—」専修法学論集101号（2007）
- 高野敏樹「イギリスにおける「憲法改革」と最高裁判所の創設—イギリスの憲法伝統とヨーロッパ法体系の相克—」上智短期大学紀要（30）（2010）。
- 滝井繁男『最高裁判所は変わったか』（岩波書店，2009）。
- 竹中豊『「ミーチ湖憲法協定」から見えるもの—カナダ政治の断面と本質』外務省調査月報1988(1)（1998）
- 立山良司『イスラエルを知るための60章』明石書店（2012）。
- 田中英夫『英米法総論 上』（東京大学出版会，1980）332頁。
- 塚本重頼＝長内了『註解アメリカ憲法全訂新版』（酒井書店，1983）。
- 辻村みよ子＝初宿正典編『新解説 世界憲法集』三省堂（2006）。
- 戸松秀典「憲法入門・第22回司法の積極主義・消極主義」法学教室196（1997）。
- 富井幸雄「District of Columbia et al. v. Heller, 554 U.S. ___, 128 S.Ct. 2783（2008）」アメリカ法2009-1（2009）153。
- 富井幸雄「同姓婚と憲法（1）—カナダの婚姻法（The Civil Marriage Act）を素材として」法学新報113巻1・2号（2006）
- 富井幸雄「同姓婚と憲法（2）—カナダの婚姻法（The Civil Marriage Act）を素材として」法学新報113巻3・4号（2007）。
- 中川純「カナダ憲法における社会・経済権と社会保障制度をめぐる司法審査（1）」中京法学40巻3・4号（2006）
- 中村民雄「EUの中のイギリス憲法—「国会主権の原則」をめぐる動きと残る重要課題—」早稲田法学87(2)（2012）。
- 中村民雄「欧州人権条約のイギリスのコモン・ロー憲法原則への影響—「法の支配」の変・不変—」早稲田法学87(3)（2012）。
- 中村良隆「一人一票原則の再検討」比較法学36巻1号（2002）。
- 中島徹「カナダ憲法における財産権条項の欠如」比較法学2(1)（1998）。
- 野上修市「一九八二年『カナダ権利自由憲章』とカナダ最高裁判所—カナダ司法審査制の一考察として—」法律論叢58巻4・5号。
- 野中俊彦他『憲法II（第3版）』（有斐閣，2001）。
- 畑博行＝阿部照哉編『世界の憲法集（第二版）』（有信堂・1998）。
- 東川浩二「Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S. ___, 130 S.Ct. 876（2010）」アメリカ法2010-2（2010）。
- 松井茂記『アメリカ憲法入門（第7版）』（有斐閣，2012）。

宮下紘「アメリカ最高裁の判決を読む(2011-12年開廷期)」駿河台法学 26(2) (2013).

元山健『イギリス憲法の原理ーサッチャーとブレアの時代の中でー』(法律文化社, 1999).

山口和秀「判例の動向ー根無し草的積極主義?」判例タイムズ 535号(1984).

横坂建治「司法審査の積極主義と消極主義」『違憲審査制の研究』(敬文堂, 1993).

横尾日出雄「最高裁の違憲審査の活性化と憲法判例ー最近の最高裁判決をめぐってー」CHUKYO LOWYER 第18号 (2013).

アーチバルド・コックス著, 吉川精一=山川洋一郎訳『ウォーレン・コート』(日本評論社, 1970)

アリエル・ビンナン著, 半田伸訳『イスラエル法入門』法律文化社 (1996).

ノーマンセクスミス著, 陶山宣明(訳)「ミーチ・レイクとカナダ憲法ー協定あるいは軋轢か」海外事情 36(11).

ピエール・トルドー著, 加藤普章=田中浩訳『連邦主義の思想と構造』(御茶ノ水書房, 1991).

マウロ・カペレッティ著, 谷口安平=佐藤幸治訳『現代憲法裁判論』(有斐閣, 1974).

ロバート・シャープ著, 佐々木雅寿訳「カナダ憲法における司法制度と違憲審査権(2完)」法学雑誌 43(2) (1996).

【外国語文献】

ALBERT V. DICEY, AN INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION, 10TH ED., WITH INTRODUCTION BY WADE, 39(1967).

ALEXANDER BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS (1962).

Alexander Horne and Isobel White, *Prisoners' voting rights* (House of Commons Library, 2015) available at <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>.

Bruce Ackerman, *Constitutional Politics/Constitutional Law*, 99 YALE L.J. 453 (1989).

Bruce Ackerman, *The Emergency Constitution*, 113 YALE L.J. 1029 (2004).

Christopher P. Manfredi & James B Kelly, *Six Degrees of Dialogue : A Response to Hogg and Bushell* 37 OSGOODE HALL LAW JOURNAL 513 (1999).

Cristine Bateup, *The Dialogic Promise Assessing The Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*, 71 BLOOMINGTON LAW REVIEW (2006).

Danny Nicol, *Statutory interpretation and human rights after Anderson*, 2 PUBLIC LAW 274 (2004).

Danny Nicol, *Law and Politics after the Human Rights Act*, 4 PUBLIC LAW 722 (2006).

DAVID JOHNSEN AND PHILIP ROSE, THE NOTWITHSTANDING CLAUSE OF THE CHARTER (1997).

Devins, Neal, *Reanimator: Mark Tushnet and the Second Coming of the Imperial Presidency*, 34 U. RICH. L. REV. 359 (2000).

F.L. Morton, *Dialogue or Monologue?* in JUDICIAL POWER AND CANADIAN DEMOCRACY 111 (Paul Howe & Peter H Russell eds., 2001).

FRANCIS REGINALD SCOTT, CIVIL LIBERTIES AND CANADIAN FEDERALISM (University of Toronto Press, 1961).

G. F. STANLEY, A SHORT HISTORY OF THE CANADIAN CONSTITUTION, 163 (1969).

Gal Dor, *Constitutional Dialogues in Action: Canadian and Israeli Experiences in Comparative Perspective*, 11 INDIANA INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW REVIEW 1 (2000).

Hovis and Martin, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms in the Supreme Court of Canada*, 61 CANADIAN BAR REVIEW 354 (1983).

JANET L. HIEBELT, LIMITING RIGHTS: THE DILEMMA OF JUDICIAL REVIEW (1996).

JANET L. HIEBELT, CHARTER CONFLICTS: WHAT IS PARLIAMENT'S ROLE? (2004).

JOSEPH ELIOT MAGNET, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA: CASES, NOTES AND MATERIALS 5TH EDITION (1993).

KENT ROACH, THE SUPREME COURT ON TRIAL: JUDICIAL ACTIVISM OR DEMOCRATIC DIALOGUE (Toronto : Irwin Law) (2001)

Kent Roach, *Dialogic Judicial Review and its Critics*, 23 SUPREME COURT LAW REVIEW (2d) 49 (2004).

Kent Roach, *Sharpening the Dialogue Debate : The Next Decade of Scholarship* 45 OSGOODE HALL LAW JOURNAL 169(2007).

LAURENCE TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW (2nd ed., 1988) at 15., RONALD DWORIN, CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY (1995).

Liat Collins, *Meat Law Passes Final Reading*, Mar. 19 JERUSALEM POST (1998).

MARCIA GELPE, THE ISRAELI LEGAL SYSTEM (Carolina Academic Press, 2013) Mark Thshnet, Taking The Constitution Away From Courts (1999).

Mark Tushnet, *Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty*, 94 MICH. L. REV. 245 (1995).

Mark Tushnet, *The rise of weak-form judicial review* in COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW (T. Ginsburg and R. Dixon eds., 2011)

Owen M. Fiss, *The Forms of Justice in The Supreme Court 1978 Term: Foreword*, 93 HARV. L. REV. 1 (1978).

PAUL WEILER, RIGHTS AND JUDGES IN A DEMOCRACY: A NEW CANADIAN VERSION, 80 (1984).

Peter Swire, A Reasonableness Approach to Searches After the Jones GPS Tracking Case 2012, 64 Stan. L. Rev. Online 57.

Peter W. Hogg and Allison A. Bushell, *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)*, 35 OSGOODE HALL LAW JOURNAL 75 (1997).

Peter W. Hogg and Allison A. Bushel, *Reply to 'Six Degrees of Dialogue'* 37 OSGOODE HALL LAW JOURNAL 529 (1999) .

Peter W. Hogg & Alison A. Thornton, *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures* in JUDICIAL POWER AND CANADIAN DEMOCRACY (Paul Howe & Peter H Russell eds., 2001).

Peter W. Hogg, *Discovering Dialogue*, 23 SUPREME COURT LAW REVIEW (2d) 3 (2004).

PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA STUDENT EDITION (2004).

Peter W. Hogg and Allison A. Bushell, *Charter Dialogue Revisited—Or ‘Much Ado About Metaphors’* 45 OSGOODE HALL LAW JOURNAL 1 (2007) .

PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA STUDENT EDITION (2010).

PIERRE E TRUDEAU, THE CANADIAN CHARTER OF HUMAN RIGHTS (1968).

Robert Bork, *Our Judicial Oligarchy*, FIRST THINGS (1996).

ROBERT J. SHARP AND KENT ROACH, THE CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS, 3D.ED. (Irwin Law, 2005).

Robert Post & Reva Siegel, *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, 42 HARVARD CIVIL RIGHTS - CIVIL LIBERTIES LAW REVIEW 373 (2007) .

ROY ROMANOW, JOHN WHITE AND HOWARD LEESON, CANADA...NOTWITHSTANDING: THE MAKING OF THE CONSTITUTION 1976-1982, 45 (1984) .

Sarah K. Harding, *Comparative Reasoning and Judicial Review*, 28 YALE J. INT'L L. 409 (2003).

Stephanopoulos, Nicholas, *The Case for the Legislative Override*, 10 UCLA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND FOREIGN AFFAIRS, 250 (2005).

SUZIE NAVOT, THE CONSTITUTIONAL LAW OF ISRAEL (Kluwer Law International, 2007).

WALTER S TAMOPOLSKY, The CANADIAN BILL OF RIGHTS, 4 (2d. rev. ed., 1975).

Zeev Segal, *Israel Ushers in A Constitutional Revoltion - The Israeli Experience, The Canadian Impact*, 6 CONSTITUION FORUM (1994).

ZEEV SEGAL, *THE ISRAEL CONSTITUTIONAL REVOLUTION THE CANADIAN IMPACT IN THE MIDSET OF A FORMATIVE PERIOD THE ISRAEL* (1997).