

文部科学省 法科大学院等専門職大学院形成支援プログラム

「国際的視野と判断力をもつ法律家の養成」

同志社大学法科大学院 第九三回国際セミナー（二〇〇七年一月二九日）

Bill of Rights and Strong Judicial Review: Controversies and Alternatives.

トム・キャンベル

戒能通弘(訳)

権利章典 (Bill of Rights) と、(マーベリー対マディソンで確立された) 強い司法審査 (strong judicial review) を伴うアメリカの立憲民主制のモデルは、今日の自由民主主義諸国の憲法制度のモデルになっている。イギリスでは、より弱い司法審査の制度があり、ある国会制定法がヨーロッパ人権規約と適合しないとする裁判官の判断を、国会は拒絶できる。カナダでは、より強い司法審査の制度があり、権利と自由の憲章に、ある立法が相反するという裁判所の決定は、憲章と不適合であるにもかかわらず通過したさらなる立法によってのみ、理論的には無効にできる。それ故、国連の人

権宣言の起草に深くかかわったオーストラリアが、このような憲法上の潮流において、ほとんど唯一の孤立した例外であることは驚きであり、そのオーストラリアにおいても、一つの州と準州において、イギリスの一九九八年人権法(Human Rights Act, 1998)と同様の権利章典が制定されている。

おそらく歴史的偶然の結果として、オーストラリアにおいて、権利章典は、議論的となる争点となつていゝ。オーストラリアでは、ここ二、三十年の間に、連邦レベルにおいてそのような権利章典を導入する試みがなされてきたが、実現する見込みは小さい。しかしながら、オーストラリアの人権状況の汚点とされるこの点に関して、大学を中心に、何かをしようという強い動きもあり、権利章典に関する論争は続いている。

しかしながら、権利章典は、他の国においても、議論的になつていゝ。強い司法審査を廃止するよう求める声はほとんど聞かれないアメリカにおいてさえ、連邦最高裁が、司法審査の権限をどのように行使すべきかに関しては、かなりの論争がなされている。ある専門家は、強い司法審査の目的を、憲法の起草者の意図を擁護するために必要であると論じ、他の人々は、裁判所に、抑圧された少数者のために介入することを期待している。また、最高裁が権利章典を用いて、中絶、死刑制度、選挙資金の問題などについて、彼ら自身の道徳的見解を広めるべきだと論じている人々もいゝ。論争が消えずに続くのは、強い司法審査と基本的な民主主義の原理を両立させることに多大な困難があることが原因である。誰が統治するのか。国民か、それとも裁判官か。その問題はどのように権利章典を用いるかを考える人々、権利章典と関連する司法審査に反対する人々の双方を悩ます問題である。

歴史的な偶然によってアメリカ型の権利章典を持つようになった日本において最も関心が持たれているのは、権利章典を持つべきか否かという問題よりも、どのようにしてそれを扱うべきかという問題であると私は思う。その成立過程、あるいは、日本の法文化の特徴から、日本の裁判所は、司法審査に関してそれほど積極的ではなかつた。しかし、日本

の裁判所により積極的になるよう求める声があるのも知っている。

そのような状況において、オーストラリアとイギリスの学者の中でも少数派の一人であり、人権は熱心に支持しているが、権利章典を用い、司法審査を通じて、少数者である法専門職の意見を民主主義国家の人々に押し付けることには強く反対している私の見解は、あなたがたにとっても興味深いものであろう。

本日、私は、強い司法審査が民主主義とは両立しないという一般的な批判の下にある、強い司法審査に対する二つの相互に関連した異議を提示する。

(1) 法の支配からの異議——強い司法審査は、裁判官に法的推論ではなく政治的推論をなすことを要求するが、それは彼らの能力、権限を超えるものである。

(2) 実践的、政治的な異議——強い司法審査は、それが導入された目的に関して大抵非実践的である。

私は、人権は、アメリカ型のものでは保障されず、権利章典には他の使い道があると結論したい。

民主主義的な実定法の支配からの異議

権利章典への法の支配の観点からの異議とは、立法府が法を作るべきであり、裁判官は、それを適用すべきであるとするものである。これは、権力分立からの議論であり、国を法に従って支配することを可能にする。しかし、法の支配というとき、どのような法であってもいいわけではない。支配者の特定の命令でも、曖昧な文化的、道徳的規範でもだめである。一般的なルールで、不明瞭、曖昧でなく明確なもので、遡及的でなく、理解可能、遵守可能なものでなくてはならない。

これらの形式的に良い法の基準はどこから来るのだろうか。法とは何かに関する概念的な分析からではない。なぜなら、そこにおいて合意を見ることは不可能だからである(分析哲学の観点からではない)。ケルゼンの規範的システムの存在に関する存在論的な条件からでもない。むしろ、上述の、形式的に良い法の基準は、まず、一定の結果を導くための、経験的、実証的な要求と関連している(経験から導かれた規範的議論)。

私の議論は、大規模な社会では、良い実定法による統治が最も効果的で公正な統治であるというものである。この点については、フラーの『法と道徳』(1969年)を参考にしてほしい。そこで彼は、効率的で、公正、自由な政府を生み出す、良い立法と裁量のための八つの形式的な要件を挙げている。歴史的には、このようなアプローチは、ホッブズの伝統から法実証主義を創設したジェレミー・ベンサムから導かれる。これは、ある法とあるべき法を区別することは意味あることであると見る立場(分離テーゼ)に依拠する法実証主義ではなく、内容ではなくその形式に関して法はいかにあるべきかの青写真を示す法実証主義である。私は、これが道徳的な基礎に基づく法理論であり、法曹が実定法の支配に対して倫理的に責任を持たなくてはならないことを要求していることを強調するために、「倫理的な法実証主義(ethical legal positivism)」と呼ぶこともある。また、そのアプローチの規範性を強調するために、「規範的法実証主義(prescriptive legal positivism)」とも呼ぶ。さらに、以下の議論で明らかになるように、「民主主義的な法実証主義(democratic positivism)」と呼ぶこともある。倫理的、規範的、民主主義的な法実証主義の中心的な主張は、権利章典との関連では、政府は、道徳的、推論的な判断なしに、理解され、従われ、適用される権威的ルールによって導かれなくてはならないというものである。ニール・マコーミックの言葉を借りれば、道徳外の法には、道徳的な意味があるということになる。

効率性、公正の観点からのフラーの議論とは別に、おそらくベンサムに起源を持つ議論、すなわち、拘束力ある決定

に従う人々は、それを形成する際に平等な発言権を持たなくてはならないという理想に基づいて、市民や代表が統治することは、良い実定法によつてのみ可能になるという議論を付け加えたい。もし、市民や代表が不明確な法を作り、それを強制する人に明確にさせたり、あるいは、具体的な意味を与えるために、裁判官の道徳的な判断を要求するような法を作ってしまうなら、それは、民主主義ではなく、法曹による支配となってしまう。私たちは、これを「立憲民主主義」と呼ぶこともできるが、それは、イギリスの「立憲君主制」が君主制でないのと同様に、民主主義的ではない。

もちろん、法律家や法と関連した仕事をしている人びとは、法は不可避的に曖昧で不明確であり、裁判官の道徳的見解が、法的推論に入り込むことも不可避であると指摘する。まったくそうである。実定法の支配の理想は、完全には実現されないものである。しかし、このことは、私たちが、この理想をできる限り追求しなくてもよいということの意味していない。また、私たちが、曖昧な道徳的主張に過ぎない憲法あるいは他の法を持つべきであるということも意味していないが、権利章典におけるほとんどの権利は、アメリカ型の憲法モデルの最も優れた提唱者であるロナルド・ドゥオーキンも認めるように、そのような曖昧な道徳的主張に過ぎないものである。

以上の分析から、強い司法審査に対する私の異議がすべての憲法上の権利に当てはまらないことは明らかであろう。なぜなら、憲法上の権利には非常に精密で、論争があるような道徳的見解を持ち出すことなく理解でき、明白であるものもあるからである。「残酷で異常な刑罰」や「非人道的な扱い」といった受け容れられないほど曖昧で道徳的解釈に頼らざるを得ないものでなく、憲法によつて死刑を禁止するなど、適度に正確で、経験に基づいて適用可能なものではなくてはならない。このような規定に関しては、憲法の修正が難しいところでは、その内容が良いものであれ、悪いものであれ、それらが、良い実定法として受け容れられるかというよりゆるやかな民主主義的な異議もある。

言論の自由、契約の自由、生命といった曖昧で道徳的な概念によつて、名誉棄損や煽動（言論の自由）、強迫や不実

表示（契約の自由）、栄養不良や安楽死（生命）に関する法の内容を決定することは、道徳的に議論があり、政治的な合意が不可能で、社会の調和のためには妥協が必要になるだけでなく、複雑な社会的、経済的なデータが必要になってくる。これらについて、裁判官には、能力もなく、道徳的、政治的権威も彼らは欠いている。価値や要求を政策や規制に転換するのは、裁判所の司法裁量ではなく、政治システムの役割である。さらに、法と政治の境界が曖昧になると、法形成と法適用の権限の区別も破綻し、法の支配の主要な利点の一つである、法による、あるいは法の下での権限の行使という政府の権限の制限もなくなってしまう。政治的な役割を果たすことで、裁判所は、彼らの最も政治的に重要な、法的役割を果たす能力を減少させている。

憲法を扱う裁判所も、これらの考慮を忘れてはいない。強い司法審査の民主主義的な欠陥と、それを用いることが、判決の政治的性格を晒し、裁判所に悪評をもたらすことを鋭く認識しているが故に、彼らは、一般的には強い司法審査に携わることは消極的である。裁判所が民主主義的な政府に挑戦することに消極的ならば、なぜ、大騒ぎする必要があるのか。おそらく、この大騒ぎは、強い司法審査の問題点を確認するために行われているのだろう。政治的権威に関して裁判所を擁護するお決まりの議論は、強い司法審査に対する私の二番目の異議、すなわち、その非効率性における重要な要素である。

強い司法審査の非効率性

オーストラリアで権利章典に賛成する人々は、社会の現実としてのオーストラリアの人権記録を味方にすることはそれほどできない。オーストラリアは、人権の観点からは、完璧さからはほど遠い。不利益を被っているマイノリティも

いるし、人種的偏見もあり、警察は腐敗しており、裁判や選挙において富裕者が有利なのは明白である。オーストラリアでは普通のことではないけれども、現在の政権は、難民や不法移民に厳しく、おそらく不法な戦争にもかかわらずいる。しかしながら、人権擁護の状況について、私たちは、世界の底辺にいたるのではなく、むしろ頂上に近い。ときどき、権利章典を持っていないことが人権上の欠陥と論じられるが、そもそも、権利章典が人権を促進するか改善するか自体が問題である。

しかしながら、私たちは、自らの権利が法によって守られていないため、人権に関しては危険な状況にあると教えられる。国会は、いついかなる時でも、このような権利を奪い去ることができるし、私たちは教えられている。私たちは、公正な裁判、人身保護法、言論の自由などは有しているが、それらは保障されたものではなく、権利章典がなければ、私たちは、それらを失うかもしれない。

本当にそうであろうか。人権保障は、裁判官に、根本的な価値の宣言にしたがつて、立法を覆したり、再解釈する権限を与えることに頼るべきなのか。私たちには世界的に明白なテストケースがあり、テロリストに対応するために、多くの国で導入された伝統的な市民的自由の制限を比較することができる。自由民主主義諸国において、これまではテロリストとは無縁の国と思われたところで新しい規定が導入され、伝統的な市民的自由が、かなりの程度侵食されている。予防的な拘束、監視、適正手続きを無視した非公開の裁判、言論の自由に対するさらなる制限などがある。多くの国々で人々から権利が奪われたが、それは、彼らが権利章典、強い司法審査で守られていても、守られていなくてもそうである。

もちろん、市民的、政治的権利は、緊急事態においては制限しうるし、そのことは曖昧に規定された憲法上の権利が変わりやすいものであることを示している。しかしながら、マイノリティが多数派からの保護を最も必要としている時

に、権利章典がある国とない国で状況に大差がないということは、裁判所が危機の時期に市民的権利を強くは擁護しないということを示している。もしこれらの権利を私たちが重視していて、権利章典が少数者を守るものだとしたら、単純に言って、それはうまくは機能していない。おそらく、近年のテロリズムと関連して、最も重大な権利侵害は、強い司法審査の本拠であるアメリカでおこっている。

実際、権利章典から生じる憲法上の事件において最も興味深く進歩的な判決は、普遍的に認められた基本的自由の保護ではなく、社会の発展が原因で生じている。中絶、安楽死、死刑、同性婚など、私自身は、認めているものであるが、かなりの議論を必要とする問題である。これらには、内容的には賞賛すべきものもそうでないものもあるが、信頼できない政府から守るべきであるとされる既存の権利の範疇には入らないものである。

もちろん、強い司法審査、権利章典には、関連した他の多くの目的がある。一つは、政治家があまりにもリスクがあると考える進歩的な社会政策を導入する道具として権利章典を見ている。また、弱い中央政府の下、連邦における政治的な統合性の基礎を提供するものとして見るものもある。第三に、人権に世間の注意を集めるという目的がある。政府に人権を真剣に考慮させるには、政府の決定を覆す制度を作ればよい。第四に、文化的に異なり抑圧されたマイノリティに特別な保護を与えるという目的がある。このような理由は、伝統的な市民的権利を守ることにける疑わしい効率性の観点からの議論よりも、一定の状況下においては、憲法的な制度に対してより大きな援護を提供するかもしれない。しかしながら、このような目的が一定の場所や時代である程度達成されるとしても、私たちは、人権は、政治的な方法よりも法的な方法による方が守られるという観点から大きな道徳的関心が政治的な領域から引き離されることで、民主主義的なプロセスと人権に対する公的な支持に与えられる、長期にわたるダメージと比較考量しなくてはならない。

強い司法審査への対案

権利章典に関連したアメリカ型の立憲主義への私の攻撃を聞いた後、私がい実際には権利章典、すなわち、基本的な価値についての憲法的な宣言とこれらの価値に資するために必要な制度には反対ではないことを聞いて驚かれるかもしれない。私が反対しているのは、権利章典の用いられ方と問題となっている権利を実行するメカニズムである。また、私は、権利章典の導入の理由である民主主義の危険性についても争うことはない。力をもった少数者が多数者を操作し、不利益を与えるのと同様、利己的な多数者は、傷つきやすい少数者を不当に抑圧することもある。民主的な政府は、すべての政府と同様に真意を隠し、人びとにうそをつくし、政敵から権利を奪い、長期的な国益よりも短期的な政治的利益を追求する。道徳的な不一致、文化的差異、経済的利益、限定された合理性から、民主主義は、あらゆる方向に誤りうるものである。この点については、疑問の余地はない。ならば、権利章典が別の役割を果たすことも含めて、どのような対案がよいのだろうか。

教育と道徳的成熟、そして相互尊重と連帯が、人権の成功の前提である。しかし、このような文化はどのようにして作られ、育てられ、維持されるのか。権利の文化を促進する最善の制度とはどのようなものか。その答えは、関係している社会の性格に多くは拠っている。それ故、今から提示する私のアイディアは、オーストラリアの状況に焦点を当てたものである。私は、その一般的な適用可能性を主張することはない。

ここでは、要約に徹しなくてはならない。より詳細な説明は、私が昨年共同編集した本の最終章で見ることができる。その本は、『権利章典なしの人権保障 (*Protecting Rights Without a Bill of Rights*)』とどういもので、私の担当章は、「人権戦略…オーストラリアの代案 (Human Rights Strategies: An Australian Alternative)」とどういものである。「民主的な

権利章典 (A Democratic Bill of Rights)」と私が呼ぶ戦略の要旨は、以下のようものである。

「民主的な権利章典とは、国会と政府を導くためのもので、裁判所は、国会によって制定された立法を強制することのみにかかわっている。(中略) 民主的な権利章典は、諸機関に、人権の考慮に応えるようプレッシャーをかけるものである。」

このような権利章典は、人権の責任の深さと真剣さを強調するためのものである。それは、政府が、人権の目標に沿った形で立法するよう明白に要求するものであるが、そのような義務は、国連の人権宣言にも、多くの民主的な政府にもはつきりと見られるものである。特定の人権立法もなくてはならず、それは、反差別法や基本的な健康に関する法律などの独立した人権立法であるか、犯罪法などの普通の立法の一部である。後者は、権利章典や国が署名した国際条約上の義務に効力を与えるものである。

この人権立法は、明白に当該の権利を修正することが示されない限りは、後の立法によって覆されることはないという点で、コモン・ロー諸国の裁判所が基本的なコモン・ローの権利に与えるものと同様の法的地位を持つ。

さらに、オーストラリアにおける人権と機会の平等委員会 (Human Rights and Equal Opportunities Commission) が、憲法により守られ、正当な政府から独立した権利、すなわち、資金に対する権利を持ち、国会に相当数の議席を持つ政党により明らかにされた人権侵害について調査し、新たな立法の際には、その見解が聞かれ、その議論は、適切に考慮されるよう保障することを提案する。

また、私は、民主的な権利章典が、オーストラリアの法案精査に関する上院委員会 (Senate Scrutiny of Bills Committee)、イギリスの人権委員会と同様な人権に関する常設の委員会 (Joint Standing Committee on Human Rights) の基準の一部となると同時に、そのような委員会が、自らの見解が聞かれ、議論が適切に考慮されるように、

立法を遅らせるなどの憲法により認められた正当な権利を持つことを要求する。

私の考えを理解していただいたと思う。民主的な権利章典のねらいは、政府の政治的な義務を明らかにし、人権を規定し、促進する責任を、それが本来属する民主的なシステムに課すことにある。私が提案する制度的な枠組みは、政策形成と立法の重大な局面において、政府にプレッシャーをかけることにあり、政治に関心を持った市民の支援という人権が栄える唯一の土台を利用し、形成することにある。

これは、オーストラリアの状況においても、過激なモデルである。しかしながら、私が理解する限り、このモデルの材料は、すでに日本にもある。特に日本国憲法の第三章、国連人権規約やこれらを履行するための諸法律がそれである。ここから先に必要なのは、日本国憲法の第三章の抽象的な道徳的価値に基づき、強い司法審査を活性化するのではなく（他の国の先例を参考にすることも好ましくない）、新たな制度を形成し、民主的な人権立法に対するあなたがたの政治的責任を回復することである。