

[一般論文]

憲法解釈における国際的法規範の 「参照」の正当性

— カナダ最高裁判所における国際的法規範の
「参照」と正当化議論 —

手塚 崇 聡

はじめに

1. カナダにおける国際化およびグローバル化の意識

1982年の自由と権利に関するカナダ人権憲章¹（以下、「憲章」とする）が制定されて以降、カナダ最高裁判所（以下、「最高裁」とする）は、国際的法規範²を憲章解釈において「参照」³してきた⁴。こうした「参照」の方法としては、「解釈の指針」とするものから「結論の補強」「単なる参照」など、様々なものがある⁵。また、こうした最高裁の傾向に対しては、様々な評価がなされている。例えば、ラフォレは我々の裁判所（そして多くの国の裁判所）は法の支配を含む多くの分野で真に国際的な裁判所となってきた⁶と評価している。またスキャバスは、裁判所の「参照」について、「今から四半世紀後には、我々は司法グローバル化の幕開けとしてこの話をするであろう⁷」とし、さらにルベルとチャオは、最高裁判決における国際法への言及は増加傾向にあり、国際法の関連性と有用性の意識の高まりは、全法律家の間で共有されているとしている⁸。より積極的な

評価としては、アーバーらが、マイケル・イグナティエフの言葉⁹を引用しながら、「カナダは自家製の人権システムと解決方法の輸出国であり、国際的および外国の人権実践や基準の輸入国である」¹⁰ としているところである。こうした指摘を踏まえるならば、カナダ最高裁はその一面として、国際的な視点を有した裁判所となっていると評価しうるであろう。

2. カナダ最高裁における国際的法規範の「参照」

もっとも、カナダにおける「参照」を議論の対象とするとき、そもそもカナダ最高裁が国際的法規範に言及するのは、「適用」ではないかといった指摘もありうる¹¹。つまり、カナダ最高裁が国際的法規範に言及するのは、国内「適用」の問題であって、「参照」といった国内的効力との関連性が曖昧な用語による分類をする必然性はないようにも思われる。しかしこの点で、そうした「参照」に焦点をあてるために、本稿がカナダ最高裁における国際的法規範への言及を検討対象としたのは、カナダが伝統的に二元論を採用しており¹²、国際的法規範は国内法化されない限り、国内的効力を有しないとされているためである。国内法と国際法の関係¹³について、カナダが二元論を採用している根拠は権力分立とされるが、内閣および内閣総理大臣の助言を受けて総督は、カナダを国際的に拘束する条約を締結する憲法上の権限を有しているものの、実際にそれを国内において適用するためには、議会においてそれが立法化されていなければならない¹⁴。そのため、カナダ最高裁における国際的法規範の「参照」は、必ずしも「適用」といえるか判然としない。なお、条約の国内的効力やその国内的影響を考察する場合、「国際法学上の一元論と二元論のいずれを採るかを決定する必要は」ない¹⁵ことや、「条約の国内的効力あるいはその実効性確保の問題を検討する場合、憲法学において、国際法学上の一元論と二元論のいずれを採るかを決定することは必須ではない」¹⁶とされることから、「国際法秩序と国内法秩序との間の抽象的・一般的な関係について、『一元

論』と『二元論』のいずれの見解を指示すべきかという問題と、ある国の国内実定法秩序の中で条約が国内法的効力を持つと捉えるべきか否かという問題とは、2つの異なる次元の問題として理解する必要がある¹⁷と考えられる。

一方で、カナダ最高裁の「参照」を見てみると、特に近年の傾向においては、「結論の補強」として言及されており、内実としても国際的法規範の「適用」とは考えにくい¹⁸。そのため、カナダ最高裁による国際的法規範の「参照」は、二元論を前提とするものの相対的な把握を行う必要性があり、それを前提とする「参照」といった把握とその内実およびその正当性の検討が必要であると考えられる¹⁹。

3. 問題の所在

こうしたカナダ最高裁の国際的法規範の「参照」については、グローバル化やカナダにおける憲章制定に至る制度的または政治的背景、最高裁の姿勢など、さまざまな要因が関連している²⁰と考えられる。こうした外的な要因も、「参照」を捉える上で非常に重要な要素であると考えられる一方で、より理論的な根拠や「参照」の正当性についても検討する必要がある。なぜなら、カナダの憲章解釈における国際的法規範の「参照」は、それを取り巻く外的な要因のみによってその正当化が試みられているわけではなく、むしろそうした最高裁の判断に対する批判を前提としつつ、その理論的な正当化が試みられているからである。すなわち、国際的法規範の「参照」については、司法による混乱、結果思考、国法体系における条約適用の曖昧さ、国際法使用の方法論的不完全さなどの問題が指摘されているところであり、カナダの学界では、そうした問題を克服するための正当化議論がなされているところである²¹。本稿では、カナダにおける国際的法規範の「参照」について、まずはどのような正当化議論がなされているのかを明らかにし、その上で、その正当化議論の問題点を検討する。

国際的法規範の「参照」に関する正当化議論

1. カナダ最高裁の混乱とそれに対する批判

まずは、カナダ最高裁における国際的法規範の「参照」に対する批判を整理しておきたい。最高裁において、国際的法規範が憲章解釈の場面で最も「参照」された年代は、1980年代である²²。それは、1990年までカナダ最高裁の長官を務めた、ディクソン元裁判官による次のような言説に基づくものである。つまり、「国際人権法の法源は、憲章の重要で説得的な解釈源でなくてはならないと考える。……憲章は、カナダが批准した国際人権文書による保護と少なくとも同程度の保護を提供しているものと推定すべきである²³」としたものである。こうした「参照」は、その後の2000年代以降も多々みられるが、さらに特徴的なのは、国際的法規範や条約機関の判断だけではなく、ヨーロッパ人権条約などの未締結条約も「参照」されたことである。ただし、こうした最高裁における国際的法規範の「参照」については、特にその手続的な側面からの批判が1990年代以降なされるようになる。

(1) 2000年までの批判

初期の批判としては、「参照」の根本的な論理の不在を指摘するものがある。例えばモーガンによれば、そもそも国際法と国内法の共通部分(intersection)を決定するような根本的な論理は存在しないため、国際法の権威は、政治的環境や法律家の論理的技術、文脈的要素の幅に依拠せざるをえないとする²⁴。さらにベイヤフスキーによれば、国際法の使用についての原則が確立されていないので、司法は不安定で不明確なものとなっているとし、また、国際人権法のインパクトは「解釈上の問題に固有の有用性があるということよりも、むしろ決定者の結果思考(result-

oriented) の傾向に依拠している」と批判した上で、最高裁は「結論を方向付ける支えとして国際法」を考慮すると分析する²⁵。その他にもスキヤバスは、「憲章事例において、国際人権法が重要な役割を演じている事例はごくわずかであり」、その適用は「うわべ (perfunctory) だけ」であるとの指摘を行っており、裁判所は国際法を「カナダ法」の一部として使用していると指摘する²⁶。またトゥープによれば、条約と憲法との関係性について、「裁判所はカナダ内の国際法の問題を扱うことを拒絶している」とし、最高裁によって国際法の問題が話されるとき、「その結果生まれた混乱は、司法を理解しにくくさせている」との批判を行っている²⁷。また、こうした裁判所の「参照」をめぐる理論的な議論の不在や裁判所の傾向に対する批判の他にも、憲法上の実体的な批判がある。たとえば、ジャックマンやポーターは、カナダ最高裁による経済的及び社会的な国際的権利に対する考察の拒絶傾向は、代表民主制や説明責任などの重要な価値の実現を阻害していると批判する²⁸。

このように、最高裁による国際的法規範の「参照」に関しては、根本的論理の不在、司法の結果志向、司法による混乱などといった批判がなされているところである。これを1980年代から2000年ごろにかけての国際的法規範の「参照」事例と比較してみると、次のようになる²⁹。まず、最も早く国際的法規範が「参照」された1985年のビッグエム薬事会社事件³⁰では、旧主日法第4条は信教遵守を強制するものであり、憲章第2条a号の信教の自由を侵害すると結論付ける際に、ヨーロッパ人権条約第9条2項における保障がそれと同旨であるとされた。また翌年のジョーンズ事件³¹では、公立学校に子どもを通わせる義務を規定するアルバータ州学校法第142条1項は、信教の自由を侵害しないとの結論を導くにあたり、親の教育権の解釈において同条約第8条1項がそれと同旨であるとされた。いずれの最高裁判決においても、そうした「参照」の根拠についての言及はなされておらず、「結論の補強」として条約を用いた可能性がある。た

だし、翌年の公務員労働関係法照会事件³²で、前述の「ディクソン・ドクトリン³³」が提起され、一定の「参照」に関する示唆がなされた。もっとも、この「ディクソン・ドクトリン」は反対意見の中で示されたものの、ILO 第 87 号条約などを「参照」し、公務員の結社の自由に対する侵害を指摘した。また 1990 年のキーグストラ事件³⁴では、憎悪助長表現を禁止する刑法第 39 条 2 項は、表現の自由を侵害するが、同法には説得的な立法目的があり合理的な制約であるため合憲であるとの見解を述べる過程で、ヨーロッパ人権条約およびヨーロッパ人権委員会の決定が、国際社会の方向性を示す補助であり、そうした保護と同程度の保護をするべきであるとした。また 1991 年以降では、1991 年の死刑執行国への逃亡犯罪人引き渡しを違憲と判断したキンドラー事件最高裁判決³⁵、漠然性の法理について、ヨーロッパ人権裁判所の判例を指針 (guide) としたノヴァスコシア薬学協会事件³⁶、自殺幫助の合憲性についてヨーロッパ人権委員会の決定に言及したロドリゲス事件³⁷、宗教上の理由による親の医療選択権の否定を合憲と判断した児童支援協会事件³⁸、ヨーロッパ人権裁判所の判決に言及しながら世論調査結果の公表制限を違憲としたトムソン新聞社事件³⁹などの最高裁による判断がある⁴⁰。

このように、1990 年代から 2000 年までの最高裁の姿勢に対する批判 ~ について、まず ~ については、「ディクソン・ドクトリン」が採用されたものの、なぜ「ディクソン・ドクトリン」が正当化されるかについては明らかにされていない。また ~ や ~ の点については、たとえばキーグストラ事件のように「解釈の指針」としての「参照」がなされたものもあれば、ビッグエム薬事会社事件やジョーンズ事件などのように、「単なる参照」もあり、一貫していない。こうした最高裁の傾向を踏まえれば、上記の ~ のような批判は確かにあてはまる。

(2) 2000年以降の批判

もっとも2000年以降、カナダ最高裁の参照は、「結論の補強」といった手法に特化するようになっていく⁴¹。こうした傾向については、いかなる批判がなされてきたのであろうか。2000年以降、こうしたカナダ最高裁の「参照」に対する批判としては、次のようなものがある。

まずヴァン・アートによれば、そもそも国際法は、解釈の補助としてのみ用いられるのであって、最高裁では独立した要素として用いられてこなかったことを指摘する⁴²。また、ブルニーとトゥープは、司法判断における国際法のインパクトは、「関連性と説得的権威」としてのみ国際法の形式的な拘束性を取り扱う司法により、最小化されてしまったと批判する⁴³。さらに2000年以前の批判と同様に、方法論の不完全性を指摘するものとして、アーバーとラフォンテーヌは、「国際法（を国内で用いるための）の方法論的枠組みは、現在では、最高に不完全であり、最悪に即席のものである」（（ ）内筆者）と批判する⁴⁴。最近でも、オリファントによれば、カナダ最高裁は憲章解釈の文脈において国際法に言及してきたこと、さらにカナダを拘束しない条約にも傾倒してきたと指摘する⁴⁵。ただし、フレイザー事件⁴⁶のように、カナダの価値やカナダの国際人権へのコミットメントに焦点を当てて解釈されるべきであるとの判断もあれば、アドヴァンス・カッティング・コーリング株式会社事件⁴⁷のように、国際法規範を適切な法規範であるとみなさないような事件もあり、一貫性が無いと批判する。また一方で、拘束力のない法規範の「参照」についても明確になっていないとする⁴⁸。

このように、2000年以降の批判は、それ以前の評価とほぼ同様のようなものではあるが、特に重要なのは、解釈の「補助」であることの確認がなされていること、さらにはその方法論の不完全性が指摘されていることであろう。2000年以降の判例については、前記批判の中にもあるように、結社しない自由の定義づけの際に、ヨーロッパ人権条約に消極的な

言及を行った2001年のアドヴァンス・カッティング・コーリング株式会社事件、死刑執行国への逃亡犯罪人引き渡しを違憲と判断する際に、ヨーロッパ人権条約などに言及した2001年のバーンズ事件⁴⁹、ヨーロッパ人権裁判所の判断に言及して矯正目的の体罰を合憲とした2004年のカナダ子ども・青少年と法財団事件⁵⁰、同裁判所の判決に言及しながら、拷問国への送還を違憲と判断した2007年のシャルカウィ事件⁵¹、同裁判所の判決に言及してジャーナリストの情報源の秘匿性について憲章上の特権を否定した2010年のナショナルポスト事件⁵²などがある。これらの判決を概観すると、前述した批判にもあるような司法による混乱が見られる。特に、ヨーロッパ人権条約や同裁判所の判断を憲章解釈の「補助」として用いる事例が多数あるが、それについての理論的な根拠がないばかりではなく、その方向性については一貫性がない。

それでは、こうした批判に対して、カナダの学説はいかなる応答をしてきたのであろうか。以下では、こうした批判に対する応答として、カナダにおける国際的法規範の「参照」を正当化する試みを概観したい。

2. 初期の正当化議論

「国際人権規範を実施またはその他の方法を通じてカナダ法に組み込むという考えは、憲章制定当初、学者によって『熱狂的に進んだ』⁵³と指摘されるように、憲章が制定されて以降、国際法規範を国内的に用いることに関する議論は非常に多くなされている。そこでまずは、憲章が制定された1982年初期における正当化議論を見てみたい。ハイワードの整理によれば、憲章解釈における国際的法規範の「使用 (use)」が正当化されることについては、いくつかの理由があるとする。そしてその「使用」には2つの目的（保護された権利の内容を定義することを援助するため、解釈のモデルとして）があり、4つの正当化議論があったとする。

まず1つ目は、「履行理論 (Implementation Theory)」である。この

理論は、もともとコーヘンとベイヤフスキーにより提唱されたものであるが、彼らは、憲章それ自体が国際的法規範を実施したものとみなし、「これらの人権条約は法によって実施され、自然にカナダ法の一部となった」とする。そして、カナダの国際的なコミットメントは、憲章を通して有効に実施されたものであり、国際法と一致するように解釈されるべきであると⁵⁴。しかしこれに対してハイワードは、憲章が制定された背景として、そうした事実がないことから、「履行理論」は裁判所によって採用されたとは考えにくいと評価する⁵⁵。次に2つ目の正当化議論としてハイワードは、「派生理論 (Derivative Theory)」を挙げる。この理論は、憲章制定にかかる憲法合同委員会の議事録において、いくつかの憲章規定が国際人権規約やヨーロッパ人権条約に直接または間接的に由来しており、国際人権委員会やヨーロッパ人権裁判所の決定が、カナダの裁判所の努力を援助するとするものである⁵⁶。その起源は、1984年のブリティッシュ・コロンビア州控訴裁判所における照会事件で、マッケイ裁判官が述べた指摘によるとされている⁵⁷。その一方で、憲法を時代状況に適合するように解釈することを求める「生ける樹」理論⁵⁸との関係で、その整合性が問題であるとも指摘されている⁵⁹。なお、この点については、後で検討する。3つ目の正当化議論は、「一致の推定」である。これは国際人権規範の「使用」はカナダの国際的義務の一部であるとするものである。これは、議会が国際的義務に違反する意図はないと推定し、国際的義務と一致する形で解釈を行わなければならないとするものである⁶⁰。そもそもカナダは議会主権の伝統があり、こうした伝統の積み重ねから正当化されるものであるとする。そして最後の正当化議論は、「文言の類似性」である。ハイワードによれば、国際人権規約と憲章は、その文言や主要問題に類似性があることから、同規約を憲章解釈に用いることに説得性を見出すことができるとする。

3. 2000年以降の議論状況

(1) 「派生理論」の進展

こうした憲章制定初期の議論は、その後どのように進展してきたのであろうか。次に、ハイワードによる整理に基づく初期の議論が、その後どのように変遷していったかを整理していきたい。なお、ハイワードによって否定された「履行理論」については、ラメール元最高裁長官が、「憲章はカナダの国際法上の義務に効力を与えるものと理解することができ、それ故に、それらの義務と一致する方法で解釈されるべきである」として、一見すると支持しているような見解もある⁶¹。さらにマクレンは、「忍び寄る一元論」として、さまざまな国際的義務が、憲章の司法解釈を通じて国内法秩序の中に持ち込まれたと指摘しており⁶²、「履行理論」を支持するような見解も近年では見られる。

「派生理論」についても、類似するような理解が近年においてなされている。たとえばアーパーらによれば、憲章はカナダの国際的变化に対する「触媒」として機能していると評価している。すなわち、「根本的に憲章は、……国際的指向性のある文書である」とする⁶³。そして「憲章は明らかに、戦後の権利革命によって口火を切った、国際レベルにおける同様の発展に合わせて、カナダの社会変化を導くための積極的な触媒となっている」とし、「同時に、憲章の一部の機能はカナダの独自のアプローチを示し、25年間社会の変化に大きく貢献してきた。確かに（財産権の不在のように注目すべき例外はあるものの）、非常に多くの規定の内容は国際的な基準に沿うものであり、憲章の実施体制は創造的であり、国際的基準の早期かつ永続的な反映に大きく貢献している」と評価する⁶⁴。このように、憲章はそもそも国際的な基準に沿うものとして制定された「国際的志向性のある文書」であり、国際的な影響をカナダ社会に導く「触媒」として理解するものがある。

（2）「一致の推定」の進展

一方で、初期の議論のうち「一致の推定」を主張する見解を継承したとみられる見解も近年においてみられる。ヴァン・アートによる「消極的編入 (passive incorporation)⁶⁵」を踏まえた見解である⁶⁶。彼は、変型理論⁶⁷において、国際法の尊重と自己統治の原則はそれぞれ対立することを前提としつつも、その均衡を維持するためには、立法府と裁判所にそれぞれの役割があるとする⁶⁸。たとえば、議会主権の結果として、国際法に違反するようひどい政治権力が立法府によって形成された場合、議会は国際法からの逸脱を正当化する民主的な「徳」によって保護されるが、そうして生まれる国際法との競合を調整する役割が裁判所にはあるとする。そしてその役割こそが、「コモン・ローにより慣習国際法を編入すること、また可能な限りカナダの国際法上の義務と一致するように法律を解釈すること」であるとする⁶⁹。すなわち議会主権との対立を調整するための裁判所の役割を、権力分立を尊重する目的で、変型理論を通して劣悪な政治権力を調査し、締結している条約について立法府が重要な役割があることを認識させること、そして一致の推定を通して、議会主権や連邦制を脅かすことなく国際法の尊重を行うこと、に見出している⁷⁰。このように彼は、議会による明確な国際的な義務の実施がなくとも、裁判所による国際的法規範と一致した国内法の解釈により、自己統治と国際法の尊重という対立は調整されるという。

（3）伝統的な二元論の維持

こうした従来の見解を維持する姿勢に対して、それとは異なる議論を展開するのが、ポーラックである。彼によれば、既存の法解釈手法によって国際法の国内的影響を容易にすることは可能であると指摘する⁷¹。まず前提として彼は、国内法による統治とは異なる形態で「現実」を統治することになるため、国際法は国内裁判所を拘束しないとする二元論的アプロー

チを支持しており、それを前提とした上で、立法を通じて国内法化された国際法は、裁判所によって解釈的使用が可能となるとする⁷²。ただし、カナダの国内裁判所はカナダ法に管轄が及んでおり、国際法には及んでいないことから、国際法はカナダの法制度を拘束しないと指摘する⁷³。そのため、国際法が国内的影響を持つ前提として、条約が国家を拘束していること、そしてその条約が国内法化されていることに注意が必要であるとする。彼の見解は、あくまでも国際法はカナダ国内の裁判所を拘束しないことを前提としつつ、もし国際法が国内裁判所に何らかの「影響」を与えるとすれば、それはカナダが拘束された条約、またはカナダに国内法化された条約の国内的解釈の場面に限られるということになる。こうした点から、あくまでも彼は、国際法と国内法との関係を二元的に捉えている。

(4) 新たな視点からの正当化議論

外国法との同視と「説得的権威」

こうした従来の見解を踏襲するような議論に対して、全く新たな視点から正当化を試みる議論もなされている。たとえばカレン・ノップは、国際法に強制力を持たせようすることが裁判所の役割であるとする考え方は時代遅れであり、国際法と説得的権威のある「外国」法としてみなすことが最適であるとする⁷⁴。つまり彼女は、国際法を外国法のように、または国内的な規範や価値、アイデンティティをより完全に批判もしくは正当化できるような優位性のあるものとして、取り扱うべきであるとする⁷⁵。そしてさらに、まさに「外国」法のように、国際法は「外部からの規範の翻訳」であり、比較法の中に新たなインスピレーションを見出さなければならないと指摘する⁷⁶。

そもそもノップは、前述したボーラックのように国際法と国内法の明確な区別を前提とせず、既存の理論的枠組みから離れた方法論に依拠している。こうしたノップの見解は、グレンのいう「説得的権威」という考え方

を踏まえたものであるとされている⁷⁷。グレンによれば、カナダの法的伝統は「説得的権威 (persuasive authority)」によって影響を受けるべきであり、むしろ法源によってのみ拘束されるのではないと主張する⁷⁸。ノッブによれば、こうした「説得的権威」という議論をさらに踏まえた上で、国際法を「外国」法とみなすことで、その説得的権威性を見出している。

なおこの点について、ノッブの意見に共感を示すトゥーブは、「我々は主権とトランスナショナルリズムというメタファーの境界に住んでいる点で、ノッブの意見は正しいと考えている」とし、「もしそれが真実であるならば、カナダ最高裁は国際法と結合する2つの異なる役割を担うことになる」と指摘する。そしてその2つの役割とは、ベイカー事件⁷⁹やプッシュパナサン事件⁸⁰で示されたように⁸¹、カナダの国内法を形成する過程において、国際法的な価値の説得性に理解を示すこと、「国家主権」が崩壊しつつあることと「国家の法制度」を外に向けさせ続ける方法を明確に示すことであるとし、次のような3つの希望を述べている。すなわち、裁判所がカナダ法の一部としての慣習国際法を検討すること、裁判所が条約に従うことでカナダ人がいかなる恩恵を受けるかという厄介な問題に取り組むこと、カナダ法を形作るべきである国際的義務と、カナダ法を形作ることのできる国際法の価値の選択をすることであるとする⁸²。

「公法の統一」と「影響的権威」

一方で、法は特定の法制度上に存在する実定法を越え、そして様々な管轄区域内の法的アクターに接続するものであると指摘する、「公法の統一 (the unity of public law)」という概念が示されている⁸³。マヨ・モランは、外国の裁判例などの説得力のある権威は裁判官の国際的法規範の「参照」にとって有用であるが、彼女はそれ以外の権威もあるとする。つまり、裁判官が「参照」可能な権威として、「拘束的権威 (binding authority)」にも極端な「説得的権威 (persuasive authority)」にも含まれない、国

際的法規範の「影響的権威 (influential authority)」があるとす⁸⁴。彼女によれば、「拘束的権威」のように「影響的権威」の「効果 (effect)」は本質的に強制的であるとしつつ、そうした強制が義務づけられるのは、その用語とは対照的に、裁量の場面における価値の考慮にあるとす⁸⁵。そのため、「強制的影響」は「直接的な影響」ではなく、「影響的権威」は明確な法的権利を生み出すことも、実際の強制も要求するものではないが、その代わりに、権限のある機関が負う決定を正当化する過程においては、重視されなければならないとす⁸⁶。そしてこうした「影響的権威」が用いられた例として、ペイカー事件⁸⁷を挙げる。同事件は、国外退去命令を下す裁量権の行使に当たって、カナダでは国内法化されていない、いわゆる「子どもの権利条約」上の「最善の利益」を裁判所が考慮しなければならないとしたものである⁸⁸。このようにモランは、カナダの二元論を厳格にとらえる議論 (positivist) が主張するような「拘束的権威」と「説得的権威」(非拘束的権威)の二分化を否定しながら、両者にも含まれない「影響的権威」がありうることを提唱する。そして、こうした「影響的権威」がある場合には、結論に対する義務的な「効果」を与えることから、裁判所は「影響的権威」を「考慮」しなければならないとする。

「ディクソン・ドクトリン」再考

このように「参照」の正当性について、二元論とどのように調和するか、またはどのようにそれを乗り越えるかといった議論がなされている一方で、最高裁が採用してきた「ディクソン・ドクトリン」に着目した議論もなされている。「ディクソン・ドクトリン」を再考することに関心を向けるオリファントは、トゥープの見解⁸⁹に依拠しながら、1982年以降の最高裁判決における国際法の「参照」の理論的基礎づけについて、これまでの理解には混乱があると指摘する⁹⁰。つまり、これまで多くの判例や学説は、国際法の「参照」について、1987年の公務員労働関係法照会事件における

「ディクソン・ドクトリン」⁹¹に依拠してきた。オリファントによれば、この「ディクソン・ドクトリン」には、カナダに関連する国際人権規範が憲章に効果的に編入されるという「推定」を裁判所が行わなければならないという示唆と、国際法や解釈を「関連性や説得性」の観点から考察すべきであるという示唆が含まれているが、これらはそれぞれ異なる意義であり、これらを同視することに混乱があるとする⁹²。そして、この「一致の推定」については「我々は一致の推定がもっともらしいことを認めたとしても、それを採用しない理由が存在する。特に、このような推定の適用については、カナダの憲法秩序の二つの重要な柱を損なう恐れがある。つまり連邦主義と三権分立である」とする⁹³。そして、こうした「一致の推定」の問題点を回避するアプローチこそが、「ディクソン・ドクトリン」が指摘する のアプローチ、すなわち、「関連かつ説得的アプローチ」(The Relevant and Persuasive Approach) であるとする。

(5) 「一致の推定」の難点と「関連かつ説得的アプローチ」

オリファントの指摘する「関連かつ説得的アプローチ」については、まずその意義をある程度明確にした上で、同アプローチの正当性に関する指摘を検討したい。なお彼は、「ディクソン・ドクトリン」を「参照」の正当化根拠の出発点として、その意義を「一致の推定」と「関連かつ説得的アプローチ」に分類した上で、後者のアプローチが適切であるとする。

「関連かつ説得的アプローチ」の意義

オリファントは、1990年のキーグストラ事件⁹⁴においてマクラクリン現最高裁長官が、国際人権法は憲章解釈に有用であるが、「その保護の範囲や限界を決定するためにこれらの義務を検討すること」は誤りであるとした見解⁹⁵を踏まえながら、次のように指摘する。つまり、憲章はカナダ特有のものであり、その保護は国際的規範とは異なるのであり、裁判所の役

割は、国際的法規範を「カナダ特有の法規範」に変換することであり、「忍び寄る一元論」や後述するような問題点を抱える「一致の推定」は避けるべき⁹⁶であるとする。そしてそのためにも、「関連かつ説得的アプローチ」がよいとする。オリファントによれば、国際人権法や規範は憲章規定の意味を解釈する上で「有用 (helpful)」であり、その解釈において関連性を有し、説得的であるかどうかということにその根拠を求めるべきであると指摘する⁹⁷。

ここでヴァン・アートは、こうしたアプローチを「国際法の究極的に脆弱なアプローチ」であり、コモン・ローの伝統的なシステムから逸脱するものであると批判し、カナダの裁判所に対して国際人権法を無視または逸脱する裁量を与えることにより、自己統治と国際法の尊重のバランスを崩すものであると批判する⁹⁸。しかしオリファントは、「一致の推定」のアプローチは、「過剰な自己統治と過少な国際法尊重を招くもの」になりうるし、憲章を他の国内法と同視することになるばかりか、立法府の活動を明確に否定し、国際法と一致しない法律を無効とすることになりうるとする⁹⁹。ただ彼の主張は、必ずしも「一致の推定」を拒絶し否定するものではなく、むしろ国際人権規範の遵守は称賛されることであり、民主的に選ばれた議員はそうした義務を真剣に受け止めるべきであり、また国際法適合的解釈はより良いものであろうとする。彼によればこのアプローチは、権力分立などの均衡を崩すものであり、「関連かつ説得的」アプローチの方がより適切であろうと指摘するのである¹⁰⁰。

「関連かつ説得的アプローチ」の内容

もっとも「関連かつ説得的アプローチ」については、国際的法規範をどこまで裁判官が解釈の際に「参照」して良いのか、最高裁の裁量がどこまで認められるのかという問題があり、この点をオリファント自身も指摘している。つまり、こうしたアプローチを採用すると「チェリーピッキング

(cherry-picking)¹⁰¹」になるため、裁判所は「関連性」と「説得性」を明示する必要があるとする¹⁰²。この点は、まさに前述した最高裁の姿勢に対する批判に応えるための議論、すなわち「結果思考」のアプローチであるという批判に対して、裁判官の裁量をどのように統制するかといった議論に関わる。この点でオリファントは、裁判所が国際的法規範の「参照」の際に依拠すべき「関連性」と「説得性」の内容について、次のように説明する。

「関連性」については、まず裁判所は憲章解釈の文脈において、どのような国際的法規範が関連性を有するかという点について、正確に特定する必要があるとする¹⁰³。なお、そもそも多くの裁判官や学者は、カナダが締結している国際法は締結していないそれよりも、憲章解釈において重視されていると指摘する（そうであれば「一致の推定」は妥当する）が、裁判所は厳格にそれらを分けてはならず、もし国際人権法が関連性を有し、かつ説得的である場合にのみ有用であるとすれば、拘束性は大きな問題とはならない¹⁰⁴とする。

一方で、「説得性」についてオリファントは、法または規範の説得性を評価する方法として、制定時の議論と現時点の憲法秩序における説得力を判断することが有益であるが、裁判所による「制定者の意図」への依拠に対する躊躇を踏まえると、そうした「意図」が効果的であるかは明らかではないとする¹⁰⁵。ただし裁判所は、それらの法または規範を指針として、「権威的解釈 (authoritative interpretations)」を行う可能性があり、そうした権威性が「説得性」を裏付けるとする。そしてその際に裁判所は、解釈主体の任務と機能、およびそれらの決定が行われた状況を慎重に判断すること、また憲章規定の背後にあるカナダの憲法秩序や目的と合致するかを判断することが重要であるとされる¹⁰⁶。こうしたことから、「説得性」の判断に当たっては、国際的な場面における解釈の実際の重要性、持続性、権威性が重要となるとする¹⁰⁷。なお、たとえば国連の規約人権委員会の決

定などは、こうした「説得性」を有するものであるとされている。

正当化議論の検討

1. 「参照」の正当性を論ずる前提

以上のように、カナダにおいては、憲章制定以降、国際的法規範（特に人権に関する規範）が最高裁において「参照」され、国際的法規範に言及するという意味で積極的な初期の「参照」に対して、多くの学説の対応があり、近年の最高裁の「参照」に至る過程で、そうした学説もさまざまな形で発展してきたことを明らかにした。特に二元論を前提とした、またはそれを厳格に捉える学説と、それとは対照的に、「拘束的権威」や「説得的権威」、さらには「影響的権威」を見出し、それらを裁判所が「参照」することを認める学説の対立がある。また近年においては、「ディクソン・ドクトリン」が提起した「一致の推定」と「関連かつ説得的アプローチ」に着目する議論があることを紹介した。そして、その違いを踏まえた両者の議論状況と、特に後者における議論について、若干の指摘を行った。このようにカナダにおいては、「参照」に関わる様々な提言がなされてきたところであるが、「関連かつ説得的アプローチ」からの「一致の推定」に対する批判のように、こうした「参照」の正当化議論は、そもそも憲法上妥当する議論と言えるであろうか。次にこうした正当化議論それ自体に関する検討を行いたい。

(1) 「参照」の正当性を論じる意義

まず、そもそもこうした「参照」自体の正当性を論じる意義、つまり、裁判所が国際的法規範を「参照」する必要性はどういった点に見出されるのであろうか。この点については、国際的法規範の「参照」自体が有意義であるということの理由付けが必要であろう。ここで重要なのは、国際的

法規範の「参照」により保障される人権の範囲である¹⁰⁸。この点については、日本における議論においても、「国際人権の保障範囲が日本国憲法の明示的な保障範囲よりも広い場合には、憲法の趣旨と矛盾しない限り、国際人権を援用し、憲法の保障する人権の内容を豊富化するべき」とする見解¹⁰⁹や、「実際問題として憲法との矛盾が疑われている人権条約は存在しないようであるから、現実を生じうる論点としては、憲法の保障を超える保障をした条約の効力をどう考えるかが中心となろう」とする見解¹¹⁰、さらに「条約による保障が憲法による保障を上回ると解される場合には、国内法が憲法の人権条項に違反しないとしても、条約に違反し、そのことはひいては憲法 98 条 2 項を介して憲法上許されない事態と判断されなければならない」とする見解¹¹¹などがある。つまり、国際的法規範の「参照」は、それが問題となる人権の救済¹¹²にとって必要であるものであれば、よりその正当化議論の必要性が求められると考えられるのであり、そもそも人権の保障範囲を狭めるような議論において国際的法規範が「参照」される場面では、その意義は少なくなるであろう¹¹³。また一方で、カナダのように 1982 年に憲章が制定され、その保障範囲を裁判において具体化する際に国際的規範を「参照」してきたこと、すなわち、憲章規定の具体化や保障範囲の確定の場面における「参照」も有意義なものといえよう。そのため、「参照」の正当性については、憲章が保障する人権よりも保障範囲が広い場合やより具体化する場面において検討する必要があるであろう。

この点で、カナダにおいて憲章が保障する人権よりも保障範囲が広い場合や具体化のために「参照」が必要である場合とはどのような場面であろうか。カナダの憲章の条文中には、漠然とした表現が多々ある一方で、明文で経済的自由権や社会権が保障されていない¹¹⁴などの特徴がある。こうした点について、たとえば憲章制定当初においては、休日労働の禁止¹¹⁵や公務員の結社の自由¹¹⁶、さらにヘイトスピーチをめぐる規制¹¹⁷などが問題となっている。また近年では、たとえば死刑¹¹⁸、テロに関わる拷問の禁止

と送還¹¹⁹などの分野において、国際的規範の方がその保障範囲が広い場合がある。こうした権利が問題となる場面においては、保障範囲が国内法よりも広い国際的規範もあり、そうした規範の「参照」を正当化する議論は、より手厚い権利の保障の観点からすれば有益であろう。

(2) 「参照」の意義と国内的効力

他方で、そもそも「参照」といった場合、その方法としてはさまざまな手法が用いられているのが現状である¹²⁰。このとき、理論的に問題となるのは、ある「参照」手法によって国際的法規範が国内的な効力を有する場合に、その国内的効力の正当化をいかにして行うかということになるであろう。この点で、カナダ最高裁による「参照」に対する批判をみれば、そもそもそうした「参照」は、「結論の補強」としての「参照」であり、国内的効力自体が前提とされていないように思われる¹²¹。つまり、たとえば憲章の「解釈の指針」として国際的法規範が「参照」される場合、裁判官は憲章解釈において、国際法適合的解釈を行うことになり、国内的な効力を見出す必要がある。しかしながら、あらかじめ決められた結論に対する「補強」のための「参照」の場合、裁判官は国際法適合的解釈を行うことも自由となり、その際には国際的法規範の国内的効力性は極めて薄まるか、それ自体が否定されることになるであろう。こうした点を踏まえるならば、そもそも「参照」といった場合には、ある一定の「参照」¹²²を除いては、国内的効力を議論する必要性が減殺されると考えられる。そうであるとすれば、「参照」については、「解釈の指針」としての「参照」と、それ以外の「参照」とを区別しながら論じる必要がある。なぜならば、「解釈の指針」となる場合には、それは国際法適合的な解釈であり、一定の国内的効力を認めるかどうかという、「参照」の正当性の議論が必要になるためである。「参照」の正当化議論については、「参照」の意義に応じた検討が必要であろう。

(3) 「参照」の対象

「参照」の前提問題としては、「参照」の対象となる国内的な法規範についても議論を分ける必要があるであろう。すなわち、「参照」の対象としては、憲章の解釈の場合、法律解釈の場合、裁量統制や私人間の問題に対する場合などが挙げられる。憲章や法律の解釈にあたって国際的法規範を「参照」する場合には、条約の文言との関係性などが問題となるのに対して、裁量統制や私人間の問題については、必ずしもそういった「参照」とは限らない。特に、前述した「影響的権威」に関わる議論に関しては、その前提となったベイカー事件は、退去強制という裁量権行使に対する国際的法規範による統制が問題となった事例であり、憲章解釈において国際的法規範を「参照」した事例ではない。またそれ以外の問題として、国際的法規範を国内法化した場合であっても、憲法解釈の際に、そうした国内法化された国際的法規範と適合する解釈を行う際には、そもそも国法体系上の問題が残されている。すなわち、憲法の解釈を下位法の解釈に従って解釈することの問題である¹²³。ただしカナダのように、そもそも二元論が前提とされる場合には、いずれを対象としたとしても上記の点は問題となる。つまりカナダにおいては、国内法化されない限り国際的法規範は国内的効力を有さないため憲章解釈の「指針」とすることが問題となり、一方で、国際的法規範が国内化されたとしても、その国内法化された下位法に適合的な憲章解釈を行うことが問題となる。いずれにしても、本稿の目的からすると、特に後者の議論¹²⁴については、新たに議論を行う必要があるように思われる。そのためまずはこうした議論については、その対象を厳密に分類せず、裁判所による国際的法規範の「参照」という場面でのみ検討を行うことにしたい。

(4) 「参照」の素材

もっとも「参照」については、その素材となる国際的法規範の場合分け

も必要であろう。すなわち、裁判所には国際的法規範を考慮する義務がそもそもあるものなのかどうかという前提を、あらかじめ設定しておかなければならない。これまで指摘してきたように、カナダ最高裁はカナダが締結している国際的法規範の「参照」だけではなく、締結していない場合（たとえば、ヨーロッパ人権条約）をも「参照」の素材としている。そのため「参照」の正当性をめぐる問題については、これら「参照」の素材を分類したうえで、検討を行う必要があると思われる。この点で、アーパーとラフォンテーヌも、最高裁における「参照」に関して、その未解決のままの議論として、次の2つの問題を指摘する。「その一つが、国法の一つである慣習国際法の取扱いに関する不明確な状況、そしてもう一つは、国内法システムにおける国際法の使用を制御する不安定な規則である」とする。そして「このことは例えば、解釈アプローチの違いや、相関的に、法律によって（一部または全体的に）国内法化された国際的法規範と国内法化されていない条約、または、ヨーロッパ人権条約のようにカナダが批准していない国際条約と批准した条約を区別する必要性¹²⁵」に表れていると指摘する。このように、「参照」の正当性を検討する際には、その素材の分類が必要であるように思われる。なお、前述の「参照」の意義との関係でいえば、未締結条約を「解釈の指針」として「参照」することは、本来的に考慮義務のない国際法規範について、国内的効力を認めることにもなり得るため、特に問題となり得る。

(5) カナダの正当化議論の理論的前提

なお、前述したように、カナダは議会主権を採用し、イギリスの伝統をもとに、二元論を採用しているとされており、国際的法規範（ここでは未締結条約は含まない）は国内において「実施」または「変型」されない限りは国内的効力を有しないとされてきた。すなわち、国際的法規範の国家に対する義務は、国際的には発生するものの、立法権による国内法化がな

されない限り、国内的な効力は発生せず、その限りにおいて裁判所には国際的法規範の考慮義務はない。それを前提としてもなお、カナダ最高裁は国際的法規範（ここでは未締結条約を含む）を「参照」しているのであり、国内的効力を有していない国際的法規範をも「参照」している。すなわち、カナダ最高裁における国際的法規範の「参照」は、そもそも国内的効力が前提とされていないように思われる。こうした点を踏まえるならば、カナダ最高裁における「参照」の正当化議論を検討する際には、その前提として国内的効力のある程度柔軟に捉える必要もある。

2. 「参照」に関わる正当化議論の正当性・検討

以上のように、「参照」の正当化議論を検討するにあたっては、理論的前提に基づく「参照」の類型、素材の分類などを踏まえた上で行う必要がある。またそうした正当化議論の分析に当たっては、まず正当化議論の射程を絞る必要がある。そこでまずは、「参照」の類型、素材を踏まえた、正当化議論の射程について検討を行った上で、カナダで提唱される正当化議論の分析を行いたい。

(1) 「参照」の類型および素材に基づく正当化議論の射程

正当化議論の検討にあたっては、「参照」の意義の分析における類型¹²⁶と素材を踏まえて行う必要があるであろう。つまり、国際的な義務がある場合（締結した国際的法規範）であり、その国際的法規範を「解釈の指針」とする場合、国際的な義務がある場合であるが、「結論の補強」や「単なる参照」などとして国際的法規範を「参照」する場合、国際的な義務がない場合（未締結の国際的法規範）であり、その国際的法規範を「解釈の指針」とする場合、国際的な義務がない場合であり、「結論の補強」や「単なる参照」などとして国際的法規範を「参照」する場合である。まずは、正当化議論がその射程とする「参照」の類型および素材を整理し

てみたい¹²⁷。

国際的な義務がある場合で「解釈の指針」とする場合

カナダの場合、前提として二元論を採用していることから、国際的法規範は「変型」または「実施」されない限りは、国内的効力を有しないとされている。そのため、国際的法規範に適合的な解釈をする場合、つまり「解釈の指針」とする場合、こうした前提を否定することになるため、カナダ最高裁における「参照」を正当化するための議論が必要になる。ここで、そもそもカナダが締結している国際的法規範について、それが国内法化されている場合であれば、国内法の解釈の問題になることから、カナダが国際的に負っている義務について議会がそれを国内法化した場合、裁判所がそうした法律の解釈を国際的法規範に適合的に解釈することについて、特段の異論はないであろう。ただしカナダにおいて問題となるのは、国際的法規範が国内法化されていない場合である¹²⁸。つまり、国際的な義務と国内法上の義務を二元的にとらえる以上、国内法化されていない国際的法規範を「解釈の指針」として国内的な効力を認める場合、そこには民主的正統性がないことから、それを正当化する根拠が必要となる。こうした前提を踏まえるならば、カナダにおいて議論されてきた正当化議論は、国際的な義務がある場合で「解釈の指針」とする場合においても妥当するものであるといえよう。

もっとも、国際的な義務がある以上は、その国際的義務を正当化根拠の中で用いればよい¹²⁹と考えられるため、「説得的権威」を主張するグレンの議論をもとにした主張は、むしろそうした国際的な義務がない「参照」の際に妥当するものであろう。そうした意味で、外国法との同視や「公法の統一」といった議論も、その国際的義務が「説得的権威」を裏付けるものであるとして展開することは可能であろうが、むしろ国際的義務の存在を背景とした「一致の推定」やポーラックの議論¹³⁰の方が、「参照」を正

当化する議論としては、より有用であるように思われる。

国際的な義務がある場合で「結論の補強」などとする場合

「解釈の指針」の場合と同様に、国際的な義務がある場合（さらに国内法化されていない場合）においては、国際的法規範を「結論の補強」などとする場合も、国際的義務の存在を背景とした「一致の推定」や二元論を前提とした議論の方が、有用であるように思われる。ただしこの場合は、「解釈の指針」と比較すると、国際的法規範の国内的効力は極めて無いに近いのであり、そもそもそうした「事実レベル」での「参照」について、正当化が必要であるかが問題となるであろう。この点で、「間接的な適用にすぎない、参照にすぎないといった言葉を用いることで、実際には、国際法規範が、国内裁判所限りの判断によって、無制約に国内法秩序へと流入することを許してしまうことになれば、大きな問題となろう¹³¹」との指摘を踏まえるならば、やはり「参照」の正当性を論ずる必要性はあるであろう。そうであるならば、国際的な義務がある場合で「結論の補強」などとする場合においても、正当性は論じられるべきであり、国際的義務の存在を背景とした「一致の推定」や二元論を前提とした議論の方が、有用であるように思われる。

国際的な義務がない場合で「解釈の指針」とする場合

より国際的法規範の「参照」の正当化をめぐる議論の中で、その正当性を裏付けることが困難であるのが、この場合であろう。それは、国際的な義務がないにも関わらず、裁判所が積極的に「解釈の指針」として、国内的効力を導くためであり、民主的正統性がない法規範を裁判所が「指針」として用いることの正当性が問題となるためである¹³²。この点は、二元論を前提とするかしないかに関わらない¹³³。

こうした場合の正当化議論について、まずは国際的義務が前提とされて

いないことから、そうした義務を背景とする「参照」の正当化はできない。そのため、ポーラックの議論のように、二元論を前提とするような議論は、この場合には用いることができない。また、「一致の推定」についても同様のことがいえる。初期の「ディクソン・ドクトリン」¹³⁴の中でも述べられていることであるが、「憲章は、カナダが批准した国際人権文書による保護と少なくとも同程度の保護を提供しているものと推定すべき」であるため、前提として国際的な義務が発生していない国際的法規範については、基本的に「一致の推定」を正当化議論として用いることはできない¹³⁵。そうすると、この場合における正当化議論として有用となる議論は、「派生理論」や「ディクソン・ドクトリン」に基づく「関連かつ説得的アプローチ」ということになるであろう。

国際的な義務がない場合で「結論の補強」などとする場合

最後にこうした場合における「結論の補強」についても、前述したように、それが「無制約に国内法秩序へと流入することを許してしまうことになれば、大きな問題」であると考えられる。さらに、それが国際的な義務がない国際的法規範であってもそうであるとするならば、なおさらである。また「解釈の指針」とする場合と同様に、この場合には、「一致の推定」や二元論を前提とする議論は有用ではない。たとえ「結論の補強」などとする場合であっても、「派生理論」や「関連かつ説得的アプローチ」による正当化議論が有用であると思われる。

(2) 「参照」と正当化議論の架橋

以上のように、カナダにおいて提唱される正当化議論は、「参照」の類型や素材によってその射程が異なることがわかる。そしてそれを踏まえるならば、それぞれの場合に応じた正当化議論を用いることが有用であろう。つまり、この点については、国際的法規範の拘束性や「参照」の程度を基

準に判断することができるように思われる。ただし、そもそもカナダにおいて提唱されるそれぞれの正当化議論は、それぞれ「参照」を正当化する議論たりえているのであろうか。次にこの点の検討を行いたい。

二元論厳格理解と最高裁の判断の矛盾

そもそもカナダが伝統的に採用してきた二元論に対しては、学説上それを厳格に捉えるか、または柔軟に捉えるかといった点に争いがある。カナダ最高裁が伝統的にとらえてきた二元論は、国際的法規範が国内法化されない限りは、国内的な効力は生じないとするものであるが、その根本には、イギリスから継受した「議会主権」の原則がある¹³⁶。こうした前提を覆すこと自体は、カナダ憲法と矛盾するものではないだろうか。

この点で、前述したポーラックが、「国際法はカナダのような主権国家を『拘束』することは決してできず、より正確に言えば、カナダの国内裁判所は国際法ではなくカナダ法を管轄しているため、国際法はカナダの法制度の内部を厳格に『拘束』することはない」¹³⁷ とするように、二元論を厳格に理解する立場は、まさにこうしたカナダ憲法上の矛盾を回避することを前提としている。もっとも、こうした二元論的理解を前提とした議論は、憲章制定当初になされている。つまり、「履行理論」は憲章自体が国際的法規範を国内的に実施したものであるとするものであるが、最高裁はこれまでもそうした理解を積極的に認めていない。また、仮にこうした国際的法規範の憲章による実施という理解について、最高裁自身が行ったとすれば、立法権や行政権との関係でも問題となるであろう。むしろ、初期の判例を分析する限りにおいては、国内法化されていない国際的法規範を「解釈の指針」としている判例もあることから¹³⁸、その国内的効力を認めている点で、二元論的理解と最高裁の判断には矛盾があるように思われる。すなわち、最高裁は二元論を採用しつつも、国際的法規範を「解釈の指針」とするような場面において、そうした二元論的視点を無視しながら、国際

の法規範にある種の「権威」性を見出しているのではないかと思われる。さらにいえば、2000年以降は「結論の補強」などとして国際的法規範を「参照」していることから、二元論的理解を踏まえずとも、最高裁は国内的な実施方法として、ある程度の「権威」を国際的法規範に読み込んでいられるように思われる。そうであるならば、カナダ最高裁における国際的法規範の「参照」については、二元論的理解を厳密に採用していないのではないかという理解になる。そのため、「ディクソン・ドクトリン」の理解については、二元論を厳密に捉えるのではなく、いかに「国際的法規範を国内的に実施するか」という問題についての、一定の示唆を含めたものであると理解することが可能ではないだろうか。より直截的に言えば、二元論厳格理解を最高裁は採用しておらず、よりそれらを広くとらえて、国内の実施のための議論を行っているとする理解の方が、正確であるように思われる。

「拘束的権威」と「説得的権威」としての理解

一方でカナダにおいては、「国際的な義務がある国際法規範を国内においてどのように適用するか」といった問題だけではなく、「国際的な義務がない国際的法規範も国内においてどのように適用するべきか」といった議論がなされている。この点でポーラックのような二元論厳格理解に立つと、「拘束的権威」と「説得的権威」とに分類されることになる¹³⁹。

まず前者の「拘束的権威」に関連するものとして、「一致の推定」に関わる議論がある。すなわち、「一致の推定」の議論は、カナダの国際的義務と一致するような解釈を裁判所に求めるものであるため、その前提として「拘束的権威」や国際的義務が前提となる。

しかし、この点でオリファントは、「一致の推定」の難点を2つ指摘する。たとえばベイヤフスキーは、「可能な限り国際法上の義務と一致するようにカナダ法を用いる、という使い古した推定と結果として生じる注意」

に依拠しつつも¹⁴⁰、裁判所がこの使い古した推定を適用する場合、国際法と抵触する国内法が、明確に国際法に勝るということに「疑いはない」とする¹⁴¹。またホッグも、「裁判所はたとえ国内法が、カナダが拘束される条約に反する場合であっても、制定法やコモン・ローに基づく国内法を適用する」と指摘する¹⁴²。しかしオリファントは、こうした指摘に対して、比較的有意義な議論ではないとする。それは、国際法や協定から逸脱する権限を立法権から奪うことになるためであるとする¹⁴³。つまり、裁判所が国内法を条約に違反しない形で解釈することは、議会との関係でいえば、たとえば、内閣が締結した条約から逸脱する議会の権限を奪うことになるのであり、権力分立との関係で問題があると指摘するのである。また一方で、オリファントは、条約の締結は行政権が担うため、司法権が行う憲章解釈は行政権の行使と一致するように解釈しなければならなくなると指摘する¹⁴⁴。裁判所の解釈は、行政権が憲章と一致すると判断して締結した条約の解釈を用いなければならなくなるのであり、常に行政権による憲章解釈と一致する解釈をしなければならないという、これも権力分立に関わる問題が提起されるとする。つまり、「一致の推定」は行政権による条約締結に関わる憲章解釈と一致する解釈に、裁判所が拘束されることを意味すると指摘する。このように、二元論的理解を前提とした「拘束的権威」、さらにそれを前提とした「一致の推定」については、権力分立上の問題が残されている。

もっとも二元論的理解を前提とするかは別として、前述のようにグレンは、「説得的権威」にその正当性を求める。彼は「法の源泉を増やすことは、法的対話の源泉を増やすことになる」とし、「説得的権威の利用は法それ自体にとって不可欠であり、法の統一（uniformity of law）は、政界における日常的な法の実践の場面で、義務ではなく説得性によりもたらされる」とする¹⁴⁵。また前述したように、トゥーブやノップなどもまた、「説得的権威」による正当性について同調している。さらにモランは、「拘

束的権威」と「説得的権威」といった枠組みだけでは捉えきれない「影響的権威」を、裁判所の考慮対象とすべきであることを指摘している。これらの正当化議論については、「説得的権威」や「影響的権威」を見出すことによって、国内的な効力を有しない国際的法規範の「参照」を正当化する試みであるように思われる¹⁴⁶。

ただし問題は、このように「拘束的権威」「影響的権威」「説得的権威」を国内的効力のない国際的法規範の「参照」を正当化する議論として捉えたとしても、それらが民主的正統性を損なわない理論的前提を備えているかどうかである。なぜなら、民主的な合意のない国際的法規範によって国内法が解釈されることを無限定に認めてしまえば、逆に国内の人権保障水準よりも低い国際的法規範を国内的に用いることを容易にしてしまう可能性もあるためである¹⁴⁷。さらに、そうした裁量をすべて裁判官に敬讓してしまえば、権力分立上の問題も提起されうからである。

国際的義務のない国際的法規範の「参照」の正統性

それではこれらの「拘束的権威」「影響的権威」「説得的権威」といった議論は、民主的正統性を有する議論といえるのであろうか。「一致の推定」に関していえば、前述のように、権力分立上の問題をはらんでおり、民主的正統性という観点からの批判がある。また一方で、「国際的な義務がない国際的法規範」について、「影響的権威」「説得的権威」を踏まえた議論についていえば、裁判官の「参照」の正当化を行う議論ではあるものの、明確に裁判官の裁量を統制しうるような議論ではないように思われる¹⁴⁸。つまり、これらの「権威」を用いた場合、どこまで司法裁量を統制できるかが判然としない。この点で、前述した初期の議論である「派生理論」や「関連かつ説得的アプローチ」が、その射程範囲をある程度設定している点に注目したい。「派生理論」は、憲章制定時に影響を受けた国際的法規範に限定し、そうした点に民主的正統性を見出しているように思われる。

またオリファントのいう「関連かつ説得的アプローチ」については、結果思考の危険性でもある「チェリーピッキング」を制限するために、「関連性」および「説得性」について、それぞれの意義を明確に絞ったうえで、民主的正統性に適うような分析がなされている。なお、そもそも「関連かつ説得的アプローチ」は、その「関連性」の判断に当たって、「派生理論」を包摂していることから、最後に「国際的な義務がない国際的法規範」について、オリファントの「関連かつ説得的アプローチ」の検討を行いたい。

「適切かつ説得的アプローチ」の検討

裁判所が「国際的な義務がない国際的法規範」を「参照」する際に求められる、「関連性」と「説得性」について、前述のようにオリファントは、前者について裁判所は憲章解釈の文脈において、どのような国際的法規範が関連性を有するかという点について、正確に特定する必要がある、後者については、「国際的な場面における解釈の実際の重要性、永続性、権威性が重要」であるとする。

特に「関連性」の判断にあたってオリファントは、これまで最高裁がその拘束性を厳密に指摘してきていないことから、国際的法規範の拘束性は大きな問題ではないとする。もっとも、拘束性を問題視しないとしても、どの程度の「関連性」が必要であるかがある程度特定されない限り、結局のところ裁判官の裁量を統制することにはならない。そこでオリファントが重要視するのが、「制定者の意図」である。つまり、「起草者の意図は国際法の使用を正当化するために依拠されてきたが、この正当化の過度の強調は、おそらくカナダの憲法解釈の唯一のアンタタッチャブルな教訓を危険にさらすことになる。つまり、文書はある時点で凍結されるのではなく『生ける樹』であるとするものである」とする。それにもかかわらず、たとえば「派生理論」にも見られるように、「制定者の意図」にその「関連性」を見出すような「意図主義」的な正統化が行われてきたと指摘する¹⁴⁹。

この点で、BC州健康扶助支援事件¹⁵⁰で多数意見は、憲章が制定される以前のILOが、憲章制定時に議論されていたことを指摘しているものの¹⁵¹、プロスパー事件¹⁵²のように逆に「制定者の意図」が排除された事例もあるとされており¹⁵³、最高裁においても明確な結論が見出されていないようにも思われる。この点で、「生ける樹」理論がどの程度の「制定者の意図」までを想定したものであるかについては、カナダにおいても議論が分かれている¹⁵⁴。またスキヤバスが、「ディクソン・ドクトリン」においては、「国際的文書は憲章の制定過程において重要な役割を演じたことについて強く強調しなかったことは重要である」と指摘するように¹⁵⁵、最高裁自身が「制定者の意図」に縛られるべきことを明示しておらず、むしろそうした制定者の主観的意図は明示的に否定されている。ただし、「生ける樹」理論が必ずしもすべての「制定者の意図」を否定したものであるとも断定できず、少なくとも「制定時における『適切な言語的、哲学的、そして歴史的文脈』を考慮することを含むもの」と理解する可能性も指摘されている¹⁵⁶。こうした点を踏まえるならば、「関連性」を有する国際的法規範であるかの判断は、カナダの伝統的な憲法解釈理論である「生ける樹」理論の射程をどのように捉えるかという議論と大きく関わる。すなわち、裁判官の憲章解釈は、「制定者の意図」に縛られ、制定時に関わる国際的法規範の「参照」は、たとえそれが未締結条約であったとしても「関連性」を有するとされるのか、それとも、裁判官の憲章解釈は「時代状況の変化」に対応するように、憲章が成長し発展することを可能とさせる国際的法規範であれば「関連性」を有するとされるのか、といった違いが見出される。前者のような理解であるとすれば、司法裁量はある程度統制されることになるであろう。

いずれにしても、オリファントは後者の立場に立っており、「国際法や規範、その解釈の関連性は、その制定時の議論や制定者の思考 (contemplation)、またはカナダへの『拘束力』によって導かれない」とする¹⁵⁷。ま

た、「ここで想定される関連性の問題は、カナダの憲章に国際法や規範が真に関係性を有し、特定の事例の問題を明らかにしうるかどうか大きく依存する」とし、それによって、「『一致の推定』を前提とすることなく、裁判所は、憲章の規定および問題の紛争に最も明確に関連する文書および解釈を特定することに焦点を当てることができる」とする¹⁵⁸。

なお、こうした「関連かつ説得的アプローチ」を支持していると思われるのが、ホッグである。彼は次のように述べている¹⁵⁹。

カナダは多くの条約の締約国であり、それらに拘束されているが、最も重要なのは 1976 年に締結した市民的及び政治的権利に関する国際規約（以下、「ICCPR」とする）である。それらは国内法化されておらず、またカナダの裁判所においても実施可能とは判断されていないが、ICCPR はより詳細であるものの、憲章と同じ土台をカバーしており、それと似た言語が用いられている。そして条約の文言は、できる限り国際法に一致するように解釈されるべきであると考えられてきたことから、憲章の解釈において関連性のある (relevant) ものである。……条約の文言は憲章の文言に関連する解釈を示すと考えられる¹⁶⁰。

……規約人権委員会の判断も憲章解釈において関連するものとされる。なぜならカナダが締約国であるだけでなく、憲章に類似した文言や思想に基づく解釈が委員会においても検討されているためである。仮にカナダが ICCPR の締約国ではなかったとしても、委員会の決定は、カナダの裁判所において、外国の裁判所における判決と同様に、説得的価値 (persuasive value) を有するものとなる¹⁶¹。

……ヨーロッパ人権条約は、カナダの裁判所が憲章解釈をする上でのもう一つの国際的資源である。カナダはその締約国でもないし、そうなることもできない。同条約は憲章と同じような市民的自由の多く

を保障しているが、より詳細に規定している¹⁶²。

このようなホッグの指摘を踏まえるならば、文言の類似性も「関連性」の判断要素に含まれるように思われる。また、具体的にそうした要素を踏まえた国際的法規範としては、ICCPR やヨーロッパ人権条約、さらには規約人権委員会の判断も「説得性」を有するものであるとされている。

このように、「関連かつ説得的アプローチ」による正当化議論については、特にその「関連性」の判断に当たって、「生ける樹」理論に依拠するのか、または「派生理論」のように制定時の議論に依拠するのかによって、裁判官の裁量をどの程度認めるかといった議論が分かれる。この議論は「生ける樹」理論そのものの意義や限界に関わる議論である。

おわりに

以上のように、本稿ではカナダ最高裁における国際的法規範の「参照」について、カナダにおける正当化議論の整理を行い、それを踏まえながら、それぞれの射程を明らかにし、またその正当化議論に関わる若干の検討を行った。それらによって明らかになったことは、初期の正当化議論から近年にかけての議論に大きな展開があること、そしてカナダの議論は二元論を前提とした理解の場合、「拘束的権威」「影響的権威」「説得的権威」などといった議論があり、特にカナダにおいては「影響的権威」や「説得的権威」などの議論が注目されていることを紹介した。ただし、裁判官の裁量統制の文脈においては、「関連かつ説得的アプローチ」などのようにある程度、裁判官に「関連性」や「説得性」を求める議論が必要ではないかということ、裁判官の裁量統制に当たっては、「生ける樹」理論の意義と限界や派生的議論を踏まえる必要があること、最後に、「生ける樹」理論そのものの意義についても注意深く検討する必要があることを指摘した。

一方で、カナダにおいては、こうした議論をもとに、より実践的な提言もなされている。たとえばメストラル＝ディーセントは、カナダには条約の実施に関して13のモードが存在する¹⁶³と指摘し、さまざまな国際的法規範の実施方法の再考を提言している¹⁶⁴。そして「一致の推定」に基づく実施の理解をもとに裁判官と行政機関は活動するべきであるとする。またクレペウは、カナダの条約の利用に関する不明確性に対しては、カナダの国際的な義務を背景とした監督機関が必要であるとする¹⁶⁵。つまりカナダが批准した条約については、その実施を監視する民主的な組織を設置する必要があるとし、そのための3つのモデルとして、「国際条約局に対するオンブズパーソン」「国際条約局に対する議会の委員会」「監査長の監督の下での国際条約局長」を提案する。こうした具体的な提言については、また別の機会に検討する必要があるであろう。

注

- 1 Charter of human rights and freedoms, Part 1 of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act, 1982 (U.K.), 1982, c11.
- 2 本稿で「国際的法規範」という場合、通常国際法の法源とされている「条約」や「慣習国際法」を含むものとする。ただし、条約といった場合であっても、国内的に締結した条約だけではなく、未締結の条約をも含むものとして用いる。なお、明示的な言及がない限り、ここには「外国法」は含まない。
- 3 本稿では、国際的法規範を国内裁判所において用いる手法を「参照」とする。それは、通常の参照という用語では補足できない態様が、「参照」には備わっているためであり、たとえば学説の「参照」などとは異なった用法で用いる。
- 4 拙稿「カナダ憲法解釈における未締結条約参照の可能性 — カナダ最高裁判所判例における Dickson Doctrine の意義 —」法学政治学論究 84号（2010年）103-133頁、同「カナダ憲法解釈における未締結条約の参照 — 1990年 Keegstra 事件最高裁判所判決以降の展開 —（1）～（3）」社会とマネジメント 第8巻1号（2010年）55-76頁、第9巻1号（2011年）19-36頁、第10巻1号（2013年）41-56頁を参照願いたい。
- 5 カナダが行う「参照」は、解釈の指針としての「参照」、裁判官の結論を

補強するための「参照」、外国法・条約と国内法を区別しつつ国内法への賛同としての「参照」、単なる言及にとどまる「参照」、外国法・外国判例・条約と区別するための「参照」、判例法理などの黙示の「参照」などが考えられる。なお、外国法の「参照」に関しては、拙稿「国内裁判所における外国法・外国判例の参照とその意義——カナダ最高裁判所における実践を参考に——」国際人権 26号 (2015年) 78-83頁を参照願いたい。

- 6 Gérard V. La Forest, "The Expanding Role of the Supreme Court of Canada in International Law Issues" (1996) 34 Can. Y.B.I.L. 89 at 100.
- 7 William A. Schabas, "Twenty-Five Years of Public International Law at the Supreme Court of Canada" (2000) 79 Can. Bar Rev. 174 at 195 [Twenty-Five Years].
- 8 The Honourable Mr. Justice Louis LeBel & Gloria Chao, "The Rise of International Law in Canadian Constitutional Litigation: Fugue or Fusion? Recent Developments and Challenges in Internalizing International Law" (2002) 16 Sup. Ct. L. Rev. (2d) 23.
- 9 Michael Ignatieff, "Challenges for the Future", (2001) Can. Bar Rev. 209 at 211-212.
- 10 Louise Arbour & Fannie Lafontaine, "Beyond Self-congratulation: The Charter at 25 in an International Perspective" (2007) 45 Osgoode Hall L.J. 239 at para 7.
- 11 国内法の条約適合的解釈については「間接適用」などと呼ばれることがある。「間接適用」については、特に、寺谷広司「間接適用」論再考——日本における国際人権法「適用」の一断面」坂元茂樹編『国際立法の最前線 藤田久一先生古稀記念』(有信堂高文社、2009年) 165-207頁を参照。
- 12 Francis v. The Queen, [1956] S.C.R. 618 at 621. なお、カナダの二元論については、拙稿「カナダ憲法上の条約の適用——カナダ人権憲章と条約適合的解釈——」法学政治学論究 76巻 (2008年) 449-480頁を参照願いたい。
- 13 国際法と国内法の関係については、特に小寺彰他編『講義国際法 [第2版]』(有斐閣、2010年) 105-132頁 [岩沢雄司執筆] を参照。
- 14 Petter W Hogg, Constitutional Law of Canada, student ed. (Toronto : Carswell, 2011) ch 11, 1-11; William A Schabas, International Human Rights Law and the Canadian Charter, 2d ed (Scarborough: Carswell, 1996) at 21-22 [International].
- 15 斎藤正彰「国法体系における憲法と条約」(信山社、2002年) 13頁。なお、

- 同書によれば、一元論における「国際法優位説」と「国内法優位説」との対立が「条約と憲法との効力関係の問題」と同視されることや、「一元論と二元論という問題が、条約に国内的効力が認められるか否かの問題として扱われることが多い」ことなどが指摘されている。
- 16 齊藤正彰『憲法と国際規律』(信山社、2012年) 41頁。
 - 17 植木俊哉「憲法と条約」ジュリスト 1378号(2009年) 87頁。
 - 18 この点で、直接適用可能性については、「国際法が国内においてそれ以上の措置なしに直接適用されるかという問題」とされ、間接適用とは、「国内で裁判所や行政庁が国際法を国内法の解釈基準として参照し、国内法を国際法に適合するように解釈すること」とされる。岩沢・前掲注 13、114-117頁。
 - 19 なお、こうした二元論を前提とした国際法上の問題としては、連邦主義と権力分立の問題があることが指摘されている。Lorraine Weinrib, "A Primer on International Law and the Canadian Charter" (2006) 21 NJCL 313 at 318-322.
 - 20 こうしたカナダの背景については、拙稿「カナダにおける違憲審査制度の特徴と司法積極主義」比較憲法学研究 28巻(2016年) 77-101頁を参照願いたい。
 - 21 こうした批判は、日本においてもなされているところである。森肇志・穴戸常寿・曾我部真裕・山本龍彦「[座談会] 憲法学と国際法学との対話に向けて(前篇)・(後篇)」法律時報 87巻 9号(2015年) 89頁、法律時報 87巻 10号(2015年) 65頁。
 - 22 憲章が制定されたことがこうした「参照」の背景にはあるが、最高裁による司法積極的な姿勢もあるように思われる。この点については、拙稿「カナダにおける違憲審査制度の特徴と司法積極主義」・前掲注 20を参照願いたい。
 - 23 Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.), [1987] 1 S.C.R. 313 at 348-349 [RPSERA]. なお、この言及については、「ディクソン・ドクトリン」などと呼ばれている。Schabas, *Twenty-Five Years*, supra note 7.
 - 24 Ed Morgan, *International Law and the Canadian Courts* (Toronto, ON: Carswell, 1990).
 - 25 Anne F. Bayefsky, *International Human Rights Law: Use in Canadian Charter of Rights and Freedoms Litigation* (Toronto and Vancouver: Butterworths, 1992) at 95 [International Human Rights Law].
 - 26 Schabas, *International*, at 47; Schabas, *Twenty-Five Years*, supra note 7 at 174.
 - 27 Stephen J. Toope, "Keynote Address: Canada and International Law" in *The Impact of International Law on the Practice of Law in Canada*, Proceed-

ings of the 27th Annual Conference of the Canadian Council on International Law, Ottawa October 15-17, 1998 (The Hague: Kluwer Law International, 1999) 33 at 37.

28 Martha Jackman, "What's Wrong with Social and Economic Rights?" (2000) 11 N.J.C.L. 235; Bruce Porter, "Judging Poverty: Using International Human Rights Law to Refine the Scope of Charter Rights" (2000) 15 J. Law & Social Pol'y 117.

29 なお、これらの判例の展開とその傾向については、拙稿・前掲注4の各論文を参照願いたい。

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

31 R. v. Jones, [1986] 2 S.C.R. 284.

32 RPSERA, supra note 25.

33 なお、「ディクソン・ドクトリン」の意義については、拙稿「カナダ憲法解釈における未締結条約参照の可能性」・前掲注4、108-110頁を参照願いたい。

34 R. v. Keegstra, [1990] 3 S.C.R. 697.

35 Kindler v. Canada (Minister of Justice), [1991] 2 S.C.R. 779.

36 R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society, [1992] 2 S.C.R. 606.

37 Rodriguez v. British Columbia (Attorney General), [1993] 3 S.C.R. 519.

38 B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, [1995] 1 S.C.R. 315.

39 Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General), [1998] 1 S.C.R. 877.

40 なお、特に1991年以降のディクソン・ドクトリンの継承状況などについては、拙稿「カナダ憲法解釈における未締結条約の参照 — 1990年 Keegstra 事件最高裁判所判決以降の展開 — (3)」・前掲注4、47-48頁の「表1」を参照願いたい。

41 最高裁は「結論の補強」として国際的法規範を「参照」する傾向がある。この点について、拙稿「カナダ憲法解釈における未締結条約の参照 — 1990年 Keegstra 事件最高裁判所判決以降の展開 — (1) ~ (3)」・前掲注4を参照願いたい。

42 Gibran Van Ert, *Using International Law in Canadian Courts* (The Hague: Kluwer Law International, 2002) at 255-64. なお、彼による裁判所のアプローチの整理によれば、「関連かつ説得的アプローチ」、「最小限の保護の推定」、「文脈と価値アプローチ」が提示されている。at 332-348.

- 43 Stephen J. Toope & Jutta Brunnee, "A Hesitant Embrace: Baker and the Application of International Law by Canadian Courts" in Dyzenhaus, ed., *The Unity of Public Law* (Oxford: Hart, 2004) at 357-61.
- 44 Louise Arbour & Fannie Lafontaine, *supra* note 10 at para 27.
- 45 Benjamin Oliphant, "Interpreting the Charter with International Law: Pitfalls & Principles" (2014) 19 Appeal 105 at para 18.
- 46 *Fraser v Ontario* (AG), [2011] 2 S.C.R. 3.
- 47 *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70.
- 48 Oliphant, *supra* note 45 at paras 16-17.
- 49 *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7
- 50 *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76.
- 51 *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350.
- 52 *R. v. National Post*, [2010] 1 S.C.R. 477.
- 53 Oliphant, *supra* note 45 at para 21.
- 54 M Cohen & AF Bayefsky, "The Canadian Charter of Rights and Freedoms and Public International Law" (1983) 61 *Can Bar Rev* 265 at 301-308.
- 55 M. Ann Hayward, "International Law and the Interpretation of the Canadian Charter of Rights and Freedoms :Use and Justifications" (1984) 23 *U. W. Ontario L. Rev.* 9 at 9.
- 56 *Ibid*, at 9.
- 57 *Ibid*, at 11.
- 58 「生ける樹」理論については後述するが、さしあたり、拙稿「カナダ憲法解釈における『生ける樹』理論の意義：その判例上の起源と展開」*法学研究* 87 巻2号 (2014年) 475-504頁を参照願いたい。
- 59 Hayward, *supra* note 55, at 13.
- 60 *Ibid*, at 10.
- 61 Karen Knop, "Here and There: International Law in Domestic Court" (1999-2000) 32 *NYUJ Int'l L & Pol* 501 at 518, citing Antonio Lamer, "The Treaty System in the 21st Century", (International Conference on Enforcing International Human Rights Law, delivered at York University, 22 June 1997) [unpublished].
- 62 Oliphant, *supra* note 45 at para 20, citing Patrick Macklem, "The International Constitution" in Fay Faraday, Judy Fudge & Eric Tucker, eds,

Constitutional Labour Rights in Canada: Farm Workers and the Fraser Case (Toronto: Irwin Law, 2012).

- 63 Louise Arbour & Fannie Lafontaine, *supra* note 10 at paras 8-9.
- 64 *Ibid*, at para 11.
- 65 Stephane Beaulac, "National Application of International Law: The Statutory Interpretation Perspective" (2003) 41 *Can. Y. B. Int'l L.* 225 at 245-248.
- 66 *Van Ert*, *supra* note 42 at 7-9.
- 67 変型理論については、山本草二『国際法（新版）』（有斐閣、1999年）91-93頁、岩沢・前掲注13、113頁などを参照。
- 68 *Van Ert*, *supra* note 42 at 10-11.
- 69 *Ibid*, at 11.
- 70 *Ibid*, at 185, 207-14, 227-29.
- 71 Beaulac, *supra* note 65.
- 72 *Ibid*, at 237-241.
- 73 *Ibid*, at 240.
- 74 Karen Knop, *supra* note 61.
- 75 *Ibid*, at 531-32.
- 76 *Ibid*, at 535.
- 77 Stephen J. Toope, "The Uses of Metaphor: International Law and the Supreme Court of Canada" (2001) 80 *Can. Bar Rev.* 534 [Metaphor].
- 78 H.P. Glenn, "Persuasive Authority" (1987) 32 *McGill L.J.* 261.
- 79 *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817.
- 80 *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982.
- 81 これらの事件で共通することは、退去強制の事例における裁量統制が問題となった点である。なお、両事件については、拙稿「カナダにおけるテロと行政裁量統制——Suresh事件最高裁判決の考察——」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集48号（2008年）43-77頁を参照願いたい。
- 82 Toope, *Metaphor* *supra* note 77 at 297.
- 83 Dyzenhaus, *supra* note 43.
- 84 Mayo Moran, "Authority, Influence and Persuasion: Baker, Charter Values and the Puzzle of Method" in *ibid* at 389-390; Mayo Moran, "Shifting Boundaries: The Authority of International Law" in André Nollkaemper =

Janne Elisabeth Nijman, *New Perspectives on the Divide Between National and International Law* (New York: Oxford University Press, 2007) at 166.

なお、モランの議論については、山元一「グローバル化世界と人権法源論の展開」小谷順子他編『現代アメリカの司法と憲法——理論的対話の試み』（尚学社、2013年）350-352頁を参照。

85 Mayo Moran "Influential Authority and the Estoppel- Like Effect of International Law" in Hilary Charlesworth et al (eds), *The Fluid State: International Law and National Legal Systems* (Sydney, The Federation Press, 2005) 156 at 166.

86 Ibid, at 169.

87 Baker, *supra* note 79.

88 なお、同事件で問題となったのは、行政権による裁量行使に対する条約の「参照」であり、憲章解釈にあたっての「参照」ではないことに注意が必要である。

89 Stephen J Toope, "Inside and Out: The Stories of International Law and Domestic Law" (2001) *UNBLJ* 11 at 17. See also Schabas, *International*, *supra* note 14 at 231-232.

90 Oliphant, *supra* note 45 at para 20.

91 RPSERA, *supra* note 23 at 348-349.

92 なお、この点についてヴァン・アートも、同様の分類を行っている。Van Ert, *supra* note 42 at 253-54.

93 Oliphant, *supra* note 45 at para 21.

94 *R v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697.

95 Ibid, at 837-838.

96 Oliphant, *supra* note 45 at para 28.

97 Ibid, at para 29.

98 Van Ert, *supra* note 42 at 341.

99 Oliphant, *supra* note 45 at para 30.

100 Ibid, at para 31.

101 「チェリーピッキング」とは、「あらかじめ決められた結論を導くために妥当な国際法や規則、解釈のみを行うこと」であるとされている。Ibid. at para 32.

102 Ibid, at para 32.

103 Ibid, at para 32.

104 Ibid, at para 34.

- 105 Ibid, at para 41.
- 106 Ibid, at paras 42-45. ただし、その反面、国際的な権威性がなく意見の不一致のある規範は憲章の解釈において説得性を有しないとされる。at para 47.
- 107 Ibid, at para 48. なお、これは拘束力のある「ハードロー」だけが有用という意味ではなく、「ソフトロー」も含まれるとされる。
- 108 憲章の保障範囲よりも国際的法規範の方がその保障範囲が広い場合には、「参照する」意義が見出されるであろう。この点については、斎藤正彰「人権の国際的保障」小山剛＝駒林圭吾編『論点探求 [第2版]』（弘文堂、2013年）60-61頁、同・前掲注16、80頁、佐藤幸治「憲法秩序と国際人権」芹田健太郎他編『講座 国際人権法 国際人権法と憲法』（信山社、2006年）39頁、高橋和之「国際人権論の基本構造——憲法学の視点から——」国際人権17号（2006年）53-54頁、横田耕一「人権の国際的保障と国際人権の国内的保障」ジュリスト1022号（1993年）26-27頁などを参照。
- 109 横田耕一「人権の国際的保障と国際人権の国内的保障」ジュリスト1022号（1993年）26-27頁。
- 110 高橋和之「国際人権論の基本構造——憲法学の視点から——」国際人権17号（2006年）53-54頁。
- 111 佐藤幸治「憲法秩序と国際人権」芹田健太郎他編『講座 国際人権法 国際人権法と憲法』（信山社、2006年）39頁。
- 112 この点については、「憲法は、いわば敗訴を恐れる当事者にとっての切り札である。このことは、国際人権法にもあてはまろう」との指摘がある。小山剛「基本権保護義務論と国際人権規範」国際人権22号（2011年）45-46頁を参照。
- 113 もっとも、ここで重要なのは、人権の保障範囲を狭めるような場合の「参照」であっても、その正当化が必要ないというわけではない。憲法上の制限根拠に言及する際に、国際的法規範を「参照」する場合であっても、その正当性を議論する意義はあるであろう。なぜなら、そうした人権制限の根拠の一部として「参照」されること自体にもその問題は含まれているためである。
- 114 この点については、中島徹「カナダ憲法における財産権条項の欠如」比較法学32巻1号（1998年）133-172頁を参照。
- 115 Big M, supra note 30.
- 116 RPSERA, supra note 23.
- 117 Keegstra, supra note 34.
- 118 Kindler, supra note 35.
- 119 Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2002] 1

S.C.R. 3.

- 120 「参照」の手法としては、前掲注5を参照。
- 121 こうした「参照」を単なる「事実レベル」のものとする見解がある。森他・前掲注21。本稿では「解釈の指針」とは異なる「参照」の中には、「事実レベル」のもの含まれることを前提としている。
- 122 カナダ最高裁による「参照」には、憲章解釈の「指針」も含まれている。こうした「参照」は特に憲章制定直後に多くなされていたが、憲章解釈を国際的法規範に適合的に解釈をすることを求める性質のものであることから、国内的効力に関わる議論をする必要があると思われる。
- 123 この点で、日本においても同様の問題がある。すなわち、条約が日本国憲法よりも下位にあるとした場合、条約適合的な解釈を行うことがそもそも許されるかという問題である。この点については、憲法それ自身が条約適合的な解釈を認めていることから、下位にある条約に適合的な解釈ができると考えられる。斎藤・前掲注16、80頁。
- 124 特にこうした議論は、国法体系における国際的法規範の位置づけと、下位法に基づく適合的な解釈という問題にかかわる。斎藤・前掲注15、370頁。
- 125 Louise Arbour & Fannie Lafontaine, *supra* note 10 para 28.
- 126 こうした類型を前提とした最高裁判例の分析を行ったものとして、次のようなものがある。Bayefsky *International Human Rights Law*, at 67-109, 111-128.
- 127 なお、「参照」の対象に関わる議論は、カナダの場合、憲章解釈に国際的法規範が国内法化されたときに問題が発生する以外は、いずれの場合においても「参照」自体の正当化議論のなかで議論が可能であると考えられる。ただし、そうした国法体系上の問題については、別途検討が必要であろう。
- 128 この問題は、日本でも憲法と国際法の関係を二元論的に理解した際に問題となりうる。つまり、憲法上の義務と国際法上の義務を二元的に理解した場合、国際的な義務がある国際的法規範について、どのように国内適用するかという問題である。こうした二元的理解をした場合においては特に、カナダにおける正当化議論が参考になるであろう。
- 129 そもそも国際的な義務が発生している前提がある場合、その国際的義務を正当化議論の背景の根拠として用いる方が、「説得的権威」性を国際的法規範から導くよりも、より「参照」の正当性を積極的に見出しうると考えられる。
- 130 二元的な議論を前提としつつ、そうした国際的義務がある以上、議会における実施をふまえた国際的法規範に適合的な解釈が妥当するであろう。Beaulac,

supra note 65 at 237-241.

- 131 山田哲史「国内法の国際法適合的解釈と権力分立 — 米国における Charming Betsy Canon の紹介を中心に —」岡山大学法学会雑誌 65 巻 3・4 号 (2016 年) 401 頁。
- 132 この点で、もしそのような「参照」が裁判所の考慮義務ありとして正当化されるのであれば「大激震」が起こるとの指摘がなされている。森他 [後篇]・前掲注 21、66 頁 [曾我部発言]。
- 133 このため、国際的な義務がない国際的法規範を裁判所が「参照」する場合には、いずれの国においても (国際法と国内法の関係について、一元論や二元論などどのように捉えたとしても)、この点が問題となるであろう。
- 134 1987 年の公務員労働関係法照会事件で示された初期の「ディクソン・ドクトリン」は、「批准した国際人権文書」を対象としている。
- 135 「一致の推定」については、前述したように、裁判所が行政権や立法権との関係で、国際的な義務がない国際的法規範を「参照」することを正当化する上で、難点を抱えており、そうした点からも「一致の推定」はこの場合にはその正当性を説明できていないということになる。
- 136 拙稿「カナダ憲法上の条約の適用」・前掲注 12、452-454 頁を参照願いたい。
- 137 Beaulac, supra note 65 at 240. ただしこのように理解するポーラックは、拘束的ではない国際的法規範を解釈の要素、または「説得的権威」として理解しているように思われる。at 241- 248. See also, Stéphane Beaulac = John H. Currie, "Canada" in Dinah Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems* (New York: Oxford University Press, 2011) at 134-137. こうした点を踏まえるならば、ポーラックに代表される二元論厳格的理解は、国際的な拘束力のあるものを「拘束的権威」と理解し、そうではないものを「説得的権威」として理解しているように思われる。
- 138 Keegstra, supra note 34.
- 139 Beaulac = Currie, supra note 137 at 134-137.
- 140 Bayefsky, *International Human Rights Law*, supra note 25 at 95.
- 141 Ibid, at 67-68.
- 142 Hogg, supra note 29, ch 11, 6-9.
- 143 Oliphant, supra note 45 at para 25.
- 144 Ibid, at para 25.
- 145 Glenn, supra note 78 at 297-298.
- 146 「影響的権威」については、若干の注意が必要である。そもそもモランは、条

- 文の解釈への「影響」ではなく、たとえばベイカー事件における裁量権の判断過程での、拘束力のない「影響」を考慮することを前提としている。つまり、前述したような、憲法解釈や法律解釈などにおける「参照」の場面とは別の「対象」であることに注意が必要である。
- 147 山田・前掲注 131、399 頁。
- 148 特に議会主権や行政権、また連邦主義との関係でいえば、「影響的権威」「説得的権威」の正統性の議論については、さらなる検討が必要であろう。
- 149 Oliphant, *supra* note 45 at paras 35-36.
- 150 Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia, [2007] 2 S.C.R. 391
- 151 *Ibid*, at para 78.
- 152 R v. Prosper, [1994] 3 SCR 236.
- 153 Oliphant, *supra* note 45 at para 36.
- 154 この点については、拙稿「カナダ憲法解釈における『生ける樹』理論の限界：原意主義的理解の可能性」立命館法学 2015 年 5・6 号 (2016 年) 1656-1682 頁を参照願いたい。
- 155 Schabas, *International*, *supra* note 14 at 46.
- 156 拙稿「カナダ憲法解釈における『生ける樹』理論の限界」・前掲注 154、388 頁を参照願いたい。
- 157 Oliphant, *supra* note 45 at para 35.
- 158 *Ibid*, at para 40.
- 159 Hogg, *supra* note 14 ch 36, 39-43.
- 160 *Ibid*, at 30-40.
- 161 *Ibid*, at 41.
- 162 *Ibid*, at 41-42.
- 163 Armand de Mestral & Evan Fox-Decent, "Rethinking the Relationship Between International and Domestic Law" (2008) 53 McGill L.J. 573 -648.
- 164 *Ibid*, at para 109.
- 165 François Crépeau, "Towards democratically monitoring the implementation of international treaties ratified by Canada" Inaugural Lecture online: <http://oppenheimer.mcgill.ca/IMG/pdf/Inaugural_Lecture_Bilingue.pdf>.