

## 手塚崇聡君学位請求論文審査報告

### 一 はじめに

手塚崇聡君より提出された学位請求論文は、『司法権の国際化と憲法解釈—「参照」を支える理論とその限界』（法律文化社、A5判、二七〇頁、二〇一八年四月三〇日刊行）著書（以下、本論文という。）である。そこに収録されている論考は、手塚君（以下、筆者という。）が慶應義塾大学大学院法学研究科に入学して以来、一貫して研究対象として取り上げて追及してきた、憲法解釈における国際法規範の「参照」に関する研究成果である。その内容には、博士課程在学中に『法学政治学論究』に発表した論文をはじめ、大学の教員として奉職後に所属大学（椋山女学園大学及び中京大学）の紀要に発表した論文、学会誌に掲載した論文などで著した成果も含まれている。しかしながら、本論文は決して単なる論文集ではなく、全体として首位一貫した問題意識と構想のもとで再構成して執筆された単一の論文である。

憲法と国際法規範の「対話」の場面において、司法権、とりわけ日本の最高裁は、冷淡な姿勢を示してきたと指摘される。その理由として、国内の人権保障は、憲法上の保障水準で十分であり、民主的正統性が十分に担保されていない国際法規範の水準に適合する解釈や、「適用」を行うことに意義を見出せないとするなどの指摘がある。しかし、筆者によれば、日本では憲法制定初期から外国法に言及するなどの方法で、国際法規範との「対話」を図ろうとしてきた歴史があり、また近年では、時代状況の変化を判断する際に外国の状況や国際法規範に言及するなど、国際法規範の受け入れに関する冷淡な姿勢と、国際法規範との積極的な「対話」とが混在する状況にあるという。そして、こうした状況の背景には、①国際法規範の国内適用可能性をめぐる、国際法規範の「適用」に対する消極性が強調されてきたこと、そのため、②国際法適合的解釈を含む「参照」という手法の詳細（意義、類型、対象、素材）が憲法学において深く検討されていないこと、そして、③そうした詳細を踏まえた「参照」の正当性と限界が憲法理論的に検証されてこなかったこと、が挙げられるという。本論文は、こうした「参照」を頻繁に行ってきたカナダ判例法理と同国における正当化議論を踏まえつつ、司法権による国際法規範の「参照」について、その憲法上の意義と限界の考察を行っている。

### 二 本論文の構成

本論文の構成は、次のとおりである。

まえがき

序章

- 1 「参照」をめぐる前提問題
- 2 日本における「参照」事例の意義

- 3 これまでの憲法学説の対応
- 4 本書の問題意識
- 5 本書の対象
- 第1部 憲法解釈における国際法規範の「参照」
  - 第1章 カナダにおける国際法規範の地位と「参照」
    - 第1節 カナダにおける国際法規範の地位とディクソン・ドクトリン
      - 1 カナダ憲法の特徴
      - 2 1982年以前の国際法規範の地位
      - 3 1982年以降の最高裁における国際法規範の「参照」
      - 4 本節のまとめ
    - 第2節 国際的義務のない国際法規範の「参照」とディクソン・ドクトリン
      - 1 国際的義務のない国際法規範の「参照」をめぐる問題
      - 2 国際的義務のない国際法規範の「参照」の起源
      - 3 ディクソン・ドクトリンの修正—キーンストラ事件（1990年）
      - 4 修正されたディクソン・ドクトリンの検討
      - 5 本節のまとめ
  - 第2章 憲法解釈における国際的義務のない国際法規範「参照」の展開
    - 第1節 キーンストラ事件以降の国際的義務のない国際法規範の「参照」
      - 1 修正されたディクソン・ドクトリンの意義とその後の展開
      - 2 カナダ最高裁における国際的義務のない国際法規範の「参照」—1990年以降の展開
      - 3 本節のまとめ
    - 第2節 国際法規範の「参照」に対する懸念とその後の展開
      - 1 国際法規範の「参照」に対する懸念
      - 2 ACC判決最高裁判決以降の「参照」の展開
      - 3 本節のまとめ
    - 第3節 カナダ最高裁判決における国際的義務のない国際法規範の「参照」傾向と類型
      - 1 カナダ最高裁による国際的義務のない国際法規範の「参照」傾向
      - 2 国際的義務のない国際法規範を「参照」することの憲法上の問題
      - 3 まとめ
- 第2部 国際法規範の「参照」の正当性とその限界
  - 第1章 「参照」を支える憲法解釈理論とその限界
    - 第1節 「参照」を支える要因—カナダ最高裁における司法積極主義
      - 1 はじめに
      - 2 カナダ最高裁における違憲判断の実態と司法積極主義

3	カナダ最高裁における司法積極主義を支える要因とその問題
4	国際法規範の「参照」との関係
5	本節のまとめ
第2節	憲法解釈における「生ける樹」理論と国際法規範の「参照」
1	「生ける樹」理論と国際法規範の「参照」の関連性
2	「生ける樹」理論の起源とその位置付け
3	「生ける樹」理論のその後の展開
4	カナダ憲法解釈における「生ける樹」理論の意義とその影響
5	「生ける樹」理論と国際法規範の「参照」
6	本節のまとめ
第3節	裁判官による国際法規範の「参照」の限界
1	国際法規範の「参照」と「生ける樹」理論の限界
2	「生ける樹」理論の原点と原意主義
3	カナダ最高裁における「生ける樹」理論と原意主義
4	国際法規範の「参照」との調和
5	本節のまとめ
第2章	憲法解釈における「参照」の正当性とその限界
第1節	憲法解釈における「参照」の正当化議論
1	憲法解釈における「参照」の正当性をめぐる前提
2	国際法規範の「参照」に関する正当化議論
3	本節のまとめ
第2節	国際法規範の「参照」の正当性とその限界
1	「参照」の正当性を論じる前提
2	「参照」にかかわる正当化議論の個別の検討
3	本節のまとめ
補論	外国法および外国判例の「参照」
1	カナダにおける外国法および外国判例の「参照」
2	外国法および外国判例の「参照」状況とその意義
3	外国法・外国判例の「参照」の背景と根拠
4	補論のまとめ
終章	
1	国際法規範の「参照」の正当性
2	国際法規範の「参照」と憲法の関係
3	国際法規範の「参照」と憲法九八条二項の規範的意義
あとがき	

### 三 本論文の概要

本論文の概要は次のとおりである。

日本の裁判所は憲法制定初期から国際法規範を多様な手法で頻繁に「参照」してきたにもかかわらず、それを根拠づける憲法論は不在であった。本論文は、裁判所が憲法解釈において国際法規範を「参照」することについて、その類型化を試み、また憲法上の理論に基づく正当化議論を分析することで、国際法規範の「参照」の憲法上の正当化と限界設定を行うことにある。

序章では多くの紙幅を費やして、本論文の問題の明確化と対象の特定、さらにその問題を検討する意義が明らかにされている。筆者によれば、まず本論文の問題提起として、①最高裁は国際法規範の「適用」には消極的ではあるが、「参照」には必ずしも消極的ではないこと、②またこうした「参照」という議論について、学説上、体系的かつ理論的な応答がなされていないことから、「参照」の詳細（類型（どういう「参照」なのか）、対象（何に対する「参照」なのか）、素材（何を「参照」するのか））が明確ではないこと、③それらの詳細を踏まえた「参照」の正当性が憲法解釈理論として検証されていないことを指摘する。

こうした問題に対して、まず①については、最高裁の（「参照」に消極的ではない）姿勢を正当化しつつ、より国際法規範を利用する「選択肢」を広げることで、「人権保障の多層化」が図れることを指摘する。また②については、「参照」の類型として、a) 解釈基準・指針としての「参照」として「解釈指針 (Guidance)」、b) 国内法と外国法及び国際法とを区別しつつもそれらを遵守し、忠実に従うような「参照」として「区別を前提とした追従 (Follow)」、c) 裁判官の結論を補強するための「参照」として「結論の補強 (Support)」、わずかな関連性について単に言及するような「参照」として「単なる言及 (Survey)」、d) 外国法・外国判例・国際法規範と区別するための「参照」として「区別 (Distinguish)」、e) 国際機関又は外国裁判所における判例法理の黙示の「参照」として「黙示の『参照』」という類型化が試みられており、本論文で正当性を検討する対象は、a と b であることが示されている。また、「参照」の対象としては、憲法解釈や行政裁量統制、私人間の問題、法律解釈等の場面で行われているほか、「事実レベル」でなされることを指摘し、「参照」の憲法理論的な正当性を論じる本論文においては、その検討対象を憲法解釈に絞っている。さらに、「参照」の素材については、多様な分類方法があることを指摘しつつ、政府が締結したような国際的義務のある国際法規範と、その義務がない国際法規範（特に未締結条約の場合）に切り分けながら分析する必要があることが指摘されている。最後に③については、「参照」の正当性を論じる意義として、「参照」の程度と対象の不明確性、国際的義務のない国際法規範を用いることの民主的正統性、裁判官による恣意性 (cherry-picking) などを指摘している。その上で、こうした問題については、アメリカやドイツをはじめとして議論がなされていることを紹介するが、それらは国際的義務を有しない国際法規範の「参照」に関する議論を提供するものではないことを指摘している。そこで筆者は、二元論を採用す

るカナダにおいて、最高裁が国際的義務のない国際法規範の「参照」についても積極的な姿勢を示し、国際法規範との「対話」を行ってきたことに意義があるとして、カナダ最高裁判決を分析した上で、カナダで提起されている正当化議論を検討する必要があることを指摘している。

こうした問題提起と対象の特定、さらにその問題を検討する意義を前提として、第 1 部「憲法解釈における国際法規範の「参照」」では、国際法規範の「参照」の方法と実態について、1982年に権利及び自由に関するカナダ憲章（以下、憲章とする。）が制定されて以降のカナダ最高裁における国際法規範の「参照」に関わる実践を踏まえつつ、その「参照」手法を明らかにしている。またその過程で、カナダ最高裁における「参照」手法が近年にかけて変遷していることを明らかにしている。

第 1 部第 1 章「カナダにおける国際法規範の地位と「参照」」では、カナダにおける国際法規範の憲法上の地位について、最高裁判所がイギリスの伝統を継受した二元論を採用しつつ、憲法を国際法規範に適合的に解釈していること（ディクソン・ドクトリン）を明らかにしている。さらに同裁判所が、政府が締結していないような国際的義務のない国際法規範の「参照」をも、憲法解釈において行っている実態を踏まえ、その意義と内容、およびその「参照」に関わる正当性と問題をカナダ最高裁判例の展開から明らかにしている。

第 1 部第 1 章第 1 節「カナダにおける国際法規範の地位とディクソン・ドクトリン」では、カナダにおける国際法規範の憲法上の地位について、1956年のフランシス事件最高裁判決（*R. v. Francis*, [1956] S.C.R. 618.）以降、最高裁がイギリスの伝統を継受した二元論を採用していることを明らかにしている。そして、1982年の憲章が制定されて以降、カナダ最高裁は憲章解釈の場面で国際法規範の「参照」を積極的に行うようになったことが指摘されている。その起源となったのが、1987年の公務員労働関係法照会事件（*Reference Re Public Service Employees Relations Act (Alberta)*, [1987] 1 S. C. R. 313.）におけるディクソン裁判官による反対意見であり、①国際法規範の法源は「憲章の重要で説得的な解釈源」であり、「不明確な概念を明確にする補助」とされること、そしてその解釈にあたって、②「憲章は一般に、カナダが批准した国際人権文書の規定が与え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」という「一致の推定」がなされることを示したという。この手法は、「ディクソン・ドクトリン」と呼ばれているが、その後も1989年のスレイト・コミュニケーション事件最高裁判決（*Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038.）において、同裁判官によって用いられており、その他にも、「有益性」「関連性」「説得性」「文言の類似性」といった表現で、国際法規範が「参照」されていることが指摘されている。

第 1 部第 1 章第 2 節「国際的義務のない国際法規範の「参照」とディクソン・ドクトリン」では、カナダ最高裁が国際的義務のない国際法規範の「参照」をも、憲法解釈において行っている実態を踏まえ、その意義と内容、およびその「参照」に関わる正当性と問題

をカナダ最高裁判例の展開から明らかにしている。まずカナダ最高裁において、国際的義務のない国際法規範の「参照」がなされた起源は、1985年のビッグエム薬事会社事件最高裁判決（*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295.）と1986年のジョーンズ事件最高裁判決（*R. v. Jones*, [1986] 2 S. C. R. 284.）であり、両事件ともに、ヨーロッパ人権条約の文言のみの「参照」がなされたことを明らかにしている。しかし、国際的義務のない国際法規範の「参照」は、1990年のキーグストラ事件最高裁判決（*R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697.）におけるディクソン裁判官の法廷意見によってさらに進化し、国際法規範の「参照」において一般的な正当性を示したディクソン・ドクトリンが、国際的義務のない国際法規範にも及ぶこととされた明らかにされている。

第1部第2章「憲法解釈における国際的義務のない国際法規範「参照」の展開」では、カナダ最高裁判所における国際的義務のない国際法規範の「参照」について、憲章が制定された1982年以降、特に1980年代における「参照」とは異なる「参照」（結論の補強としての「参照」）が頻繁になされている状況から、1990年のキーグストラ事件以降の「参照」の意義を明確化している。ただし2001年にカナダ最高裁判所は、初めて国際法規範の否定的な「参照」を行っており、その影響と変化について検討し、2000年代以降の「参照」の意義をさらに明確化している。その上で、1990年代から近年にかけて行われてきた国際的義務のない国際法規範の「参照」について、それらを事件ごとに類型化したうえで分析を行い、カナダにおける「参照」の特徴と問題点などを明らかにしている。

第1部第2章第1節「キーグストラ事件以降の国際的義務のない国際法規範の「参照」」では、前節のキーグストラ事件以降における国際的義務のない国際法規範の「参照」について、「参照」類型による分類とそれぞれの分析がなされ、2001年に一つの節目があることが指摘されている。まず「解釈指針」としての「参照」として継承された事例として、1992年のノヴァスコシア薬害協会事件最高裁判決（*R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606）は、憲章第7条と第1条の審査基準である「漠然性の法理」を明確化するための「解釈指針」として、ヨーロッパ人権裁判所の判決を「参照」したことが指摘されている。また結論の補強として「参照」をおこなった事例として、犯罪人の引渡し決定をめぐってヨーロッパ人権裁判所やヨーロッパ人権委員会の判断を「参照」した1991年のキンドラー事件最高裁判決（*Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779.）、憲章第7条の判断から導かれる自殺幫助の禁止が基本的人権に反しないとの結論を導くためにヨーロッパ人権委員会の決定を「参照」した1993年のロドリゲズ事件最高裁判決（*Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519.）、そして表現の自由と選挙権の区別を行うべきであるとする結論の補強としてヨーロッパ人権裁判所の判決を「参照」した1998年のトムソン新聞社事件最高裁判決（*Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877.）が挙げられている。また国際法規範が「憲章起草者の意図した憲章第7条の『自由に対する権利』という表現の解釈にあたって、追加的指示を提供している」とした1995年の児童支援協会事件最高裁判決（*B. (R.) v. Children's Aid Society of*

*Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315) におけるラマー裁判官の賛成補足意見は、結論の補強のための「参照」ではないと指摘している。ただし、2001年のACC事件最高裁判決 (*R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209.) では、この展開にひとつの注意喚起がなされ、1990年以降のディクソン・ドクトリンが10年の節目で懸念が示されることとなったことが明らかにされている。

第1部第2章第2節「国際法規範の「参照」に対する懸念とその後の展開」では、2001年の節目以降、カナダ最高裁において、「解釈指針」としての「参照」ではなく「結論の補強」としての「参照」が多用されていくことが指摘されている。まずACC事件と同年に下されたバーンズ事件最高裁判決 (*United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7.) では、明確にディクソン・ドクトリンが用いられており、ACC事件とは対照的な判断がなされていることが指摘されている。しかし、その後の最高裁判決では、こうした傾向はみられず、CFCYL事件最高裁判決 (*Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76.)、2007年のシャルカウイ事件最高裁判決 (*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350.) 2010年のナショナルポスト事件最高裁判決 (*R. v. National Post*, [2010] 1 S.C.R. 477.) では、ディクソン・ドクトリンの明確な継承はなされておらず、憲章を解釈することによって得られた結論を補強するための国際的義務のない国際法規範への言及がなされたことが指摘されている。つまり、2001年以降の最高裁判決においては、バーンズ事件以外はディクソン・ドクトリンが明確に継承されておらず、また憲章を解釈することによって得られた結論を補強するために、国際的義務のない国際法規範が用いられたに過ぎない判決が継続されていることが指摘されている。それ以外の最高裁判決においても国際的義務のない国際法規範に関する判決は多数あるものの、そのすべてにディクソン・ドクトリンへの言及がなされているわけではなく、またアメリカ合衆国最高裁の判決の引用と並列的に引用されている判決や、カナダが締約国となっている国際法規範と並列的に引用されている判決、単なる列挙がほとんどであることが指摘されている。

第1部第2章第3節「カナダ最高裁判決における国際的義務のない国際法規範の「参照」傾向と類型」では、前節までにまとめた判例の分析として、まずカナダ最高裁による国際的義務のない国際法規範の「参照」の多くが、憲章の権利の保障範囲を確定する際、また権利の制限が正当化されうるかを判断する際に国際的義務のない国際法規範（およびその実施機関による判断）を「参照」していること、しかし最高裁の「参照」には「解釈指針」や「結論の補強」など憲章解釈の内容を決定するような「参照」もあれば、単なる言及にとどまる「参照」など、国際法規範の憲章解釈における実現については、国際法規範に依存するレベルが分かれていることが指摘されている。また、国際的義務のない国際法規範の「参照」傾向としては、1990年代初頭は「解釈指針」としての「参照」が多かったものの、2001年から近年にかけて国際的義務のない国際法規範の「参照」に否定的な判例も登場し、それ以外の判例としては、「結論の補強」として「参照」するものが増加しているこ

とが指摘されている。しかし、このような国際的義務のない国際法規範の「参照」については、①制度的要因、②歴史的要因に関する問題、③その憲法理論上の正当化に関する問題があると指摘する。まず①制度的要因としては、1982年の憲章制定による人権保障規定の導入が国際法規範によって支えられていること、憲章第1条に権利制限規定が置かれたことがあり、②歴史的要因としては、カナダの裁判所が行ってきた外国法の「参照」という伝統や1980年代の司法積極主義があることが指摘されている。また、③憲法理論上の正当化に関する問題については、そもそもカナダでは判例上確立された憲法解釈理論として「生ける樹 (living tree)」理論と称される議論があり、それが国際法規範の「参照」に影響を与えていること、また一方で起草者の意図から正当化する判断もなされてきたことが指摘されている。

第2部「国際法規範の「参照」に対する懸念とその後の展開」では、第1部で明らかにされた判例の展開と実情、及びその要因等を踏まえて、カナダにおける「参照」を支える制度的要因や憲法解釈理論を紹介したうえで、国際的義務のない国際法規範を憲法解釈において「参照」することの正当性を検討している。

第2部第1章では、カナダ最高裁判所において国際法規範が「参照」される制度的背景や要因として、違憲審査制度の歴史や特徴を明らかにし、その背景にある司法積極主義の伝統とその意義を明らかにしている。また司法積極主義を支える一つの憲法解釈理論として、1928年から用いられてきた伝統的な「生ける樹」理論があり、その意義と具体的な解釈手法が明らかにされている。そして、この「生ける樹」理論と国際法規範の「参照」が判例上接合すること、その上で、「生ける樹」理論には限界があることを指摘しつつ、その限界が起草者の意図にあることが明らかにされている。

第2部第1章第1節「「参照」を支える要因—カナダ最高裁における司法積極主義」では、国際法規範の「参照」を支える要因となったカナダの違憲審査制度の概要の紹介と違憲判断の実態、その背景にある司法積極主義についての検討がなされ、最高裁の各コート期（1980年代はディクソン・コート、1990年代はラマー・コート、2000年代以降はマクラクリン・コート）における判断の姿勢が、国際的義務のない国際法規範の「参照」に大きな影響を与えていることを指摘している。まずカナダ最高裁における司法積極主義は、1982年以降は各種人権を擁護する判断を行い、政府と対抗的な判断を下してきたこと、またそうした判断のためには違憲判断も辞さない姿勢を示してきたことが指摘されている。そして、そうした司法積極主義に対してカナダ憲法学界からは、①裁判官の法創造、②裁判官の熱望、③切り札としての憲章上の権利、④ラストワードといったテーマで説明が試みられていること、これに対して、最高裁の姿勢ないし司法積極主義の要因としては、それを支える制度的な土壌があること、そして政治的な憲章制定期からの議論が根強く存在していること、さらには最高裁における伝統的な憲法解釈手法があることが指摘されている。そして、こうした最高裁の傾向を背景として国際法規範の「参照」が行われ、そこにはカ



ナダ最高裁が伝統的に用いてきた「生ける樹」理論との関連性が見出されることが指摘されている。

第2部第1章第2節「憲法解釈における「生ける樹」理論と国際法規範の「参照」」では、前節で検討対象とした司法積極主義を支えた「生ける樹」理論について、国際法規範の「参照」を支える憲法解釈理論としての意義と、国際法規範の「参照」との関連性が検討されている。まず「生ける樹」理論は、エドワーズ事件枢密院司法委員会判決 (*Edwards v. A.G. of Canada* [1930] A.C. 124.) で示され、その後、1980年代に入りカナダ最高裁 (*Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698.) によって受け継がれた憲法解釈理論であるとされる。そして同理論の意義は、①1867年憲法は、カナダにその成長と拡大が可能な「生ける樹」を植え、まさにカナダ憲法は「生ける樹」であり、その発展は「将来」に向かうため、起草者の意図、英国で確立された判例、そしてコモン・ロー上の定義に拘束されない（「凍結概念」を否定する）こと、そして②裁判官は憲法の文言について、狭く専門的な解釈を行うのではなく、広くリベラルな解釈を行うべきであるが、その方法としては、「目的的解释」と「進歩的解释」によってなされるべきであること、そしてこのような解釈を行うことができるのは、③多義的な憲法条文を解釈する場合と、その憲法条文の④「本質的範囲内」に限られ、憲法条文中に規定されている明確な文言を逸脱するような解釈はできないことであるとされる。一方で、こうした「生ける樹」理論と国際法規範の「参照」との関連について、特にディクソン・ドクトリンの起源において接合点を見出すことができ、さらに同理論や進歩的解释が国際法規範の「参照」を支える重要な要因となってきたことを指摘している。

第2部第1章第3節「裁判官による国際法規範の「参照」の限界」では、「生ける樹」理論と憲章起草者の意図（特に原意主義）との関係を検討し、それを国際法規範の「参照」において議論することの意義とその限界が検討されている。まず、「生ける樹」理論と憲章起草者の意図との関係については、エドワーズ事件において起草者の意図を重視したカナダ最高裁の意見 (*Edwards v. Canada (Attorney General)*, [1928] S.C.R. 276.) と、その上訴後、「生ける樹」理論が示された枢密院司法委員会の判断に焦点を当て、学説では、前者が主観的な「起草者の意図」を否定した事例として、後者を起草時の「本来の意味」を探るために「客観的意図」を参照した事例として理解されていること、そして1867年憲法の固定された意味が、「生ける樹」理論の成長の本質的限界であることが指摘されている。そしてカナダにおいて原意主義は、アメリカとは対照的に、無視又は批判の対象とされ、少なくとも最高裁は「起草者の意図」によって憲法の条文の意味を探る点については否定をしておき、学説もそうした点を説明してきたことが明らかにされている。一方で、国際法規範の「参照」については、「生ける樹」理論による背景があることを前提としつつも、次章で紹介されるように、その正当化の議論には、起草者の意図を重視する見解も有力に唱えられているところ、筆者によれば、両者は調和しうることが指摘されている。つまり、両者を調和的に理解すると、最高裁による「参照」は、「適切な言語的、哲学的、そして歴

史的文脈」のある国際法規範のみが妥当するという。

第2部第2章「憲法解釈における「参照」の正当性とその限界」では、カナダにおける「参照」の正当化議論として、二元論を前提とした議論の対立があること、さらに近年においては、「ディクソン・ドクトリン」において提起された「一致の推定」と「関連性及び説得性」に着目する議論があることを紹介している。そして「参照」の意義や対象（憲法、法律など）、その素材（国際法規範の種類）などの違いを踏まえ、たうえで、「参照」の正当化議論それ自体に関する検討と、国際法規範の「参照」の類型化を前提とした正当化議論の検討を行っている。

第2部第2章第1節「憲法解釈における「参照」の正当化議論」では、憲章制定以降の最高裁における（特に人権に関する）国際法規範の「参照」については、その混乱と積極的「参照」に対する批判がなされているものの、憲章制定初期から、学説上、積極的な「参照」に対する正当化議論（①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と理解する実施理論（Implementation Theory）、②いくつかの憲章規定は国際的な文書に由来すると理解する派生理論（Derivative Theory）、③議会が国際的義務に違反する意図はないと推定することにより国際法規範の適用をカナダの国際的義務の一部であるとする「一致の推定」、④、国際人権規約と憲章の文言や主要問題の類似性があることから、憲章解釈に用いることに説得性を見出す「文言の類似性」など）がなされており、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に発展してきたことが明らかにされている。初期の正当化議論から近年にかけての大きな展開については、①派生理論の進展として、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」であるとする見解、②「一致の推定」の進展として、議会による明確な国際的義務の実施による編入がなくとも、裁判所による議会主権や連邦制と一致した条約の解釈により、自己統治と国際法規範の尊重という対立は解消されると理解する「消極的編入（passive incorporation）」という見解、③国際法規範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つつも、国際法規範の「影響」に焦点を当てる見解、④外国法と同視するべきであるとする見解、⑤国際法規範の「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、「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が紹介されている。さらに近年においては、⑥ディクソン・ドクトリンが提起した「一致の推定」と「関連性及び説得性」に着目する議論があることが明らかにされている。

第2部第2章第2節「国際法規範の「参照」の正当性とその限界」では、前節での学説における正当化議論について、「参照」の対象や素材との関係の評価、「生ける樹」理論との関係についての検討がなされている。まず正当化議論の検討に当たっては、「参照」の意義の分析における類型と素材を踏まえて行う必要があることが示され、①国際的義務のある国際法規範を解釈指針とする場合、②国際的義務のある国際法規範を結論の補強などとして国際法規範を「参照」する場合、③国際的義務のない国際法規範を解釈指針とする場

合、④国際的義務のない国際法規範を結論の補強などとして「参照」する場合でそれぞれ正当化議論の妥当範囲が異なることが指摘されている。本論文が主として対象としてきた③と④の場合については、いずれも「派生理論」や「関連性及び説得性」などといった議論が有用であることが示されている。また筆者によれば、裁判官の裁量統制の文脈においては、「関連性及び説得性」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あること、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、そして、「派生理論」や「関連性及び説得性」の議論は、カナダの憲法解釈理論である「生ける樹」理論と整合するものであることが指摘されている。

なお、国際法規範の「参照」をめぐる議論についての補論として、「外国法および外国判例の「参照」」では、カナダが伝統的に国際法規範だけではなく、外国法や外国判例の「参照」を行ってきた歴史を踏まえ、憲章制定以降のそれらの展開が明らかにされている。そしてその背景には、カナダの法制度の歴史や1982年の憲章制定などがあり、また最高裁の裁判官による「対話」という認識があるということが指摘されている。ただし、国際法規範と外国法や外国判例はその成り立ちもそうであるが、妥当根拠や範囲が異なることから、国際法規範の「参照」とは分けて検討する必要があることが指摘されている。

最後に終章では、カナダと日本における議論の架橋を図るべく、①両国で採用されている国際法規範と国内法の関係や、国際法規範の国内の実施のあり方の違いをどう理解するかという問題、②国際的義務のない国際法規範の憲法解釈における「参照」については、それが正当化されるかという問題と、そうした「参照」が法的に要請されるかという問題、③仮に国際的義務のない国際法規の「参照」が正当化される場合に、そこに日本国憲法上の限界があり得るかという問題についての検討がなされている。これらの点について、筆者はまず、①仮に最高裁が二元論を採っていたとしても、「参照」という手法のような「相対的把握」が可能であると考えられ、国際法規範を国内法の解釈基準とすることが出来ると捉え、カナダにおける議論との架橋が可能であることを指摘している。また②国際的義務のない国際法規範の「参照」自体を正当化することができ、そうした国際法規範が、憲法九八条二項が規定する「確立された国際法規」に該当するとしても、「誠実に遵守する」という点から、拘束的な「義務」を導くことは困難であると指摘している。そして、「参照」の限界を踏まえた正当性については、③憲法起草時における議論や「関連性または説得性」、さらには「適切な言語的、哲学的、そして歴史的な文脈」を有する国際法規範であれば、その国際的義務がなかった場合であっても、憲法九八条二項の「確立された国際法規」の一部として正当化し得ると指摘している。

#### 四 本論文の評価

以上、本論文の構成と各章の概要についてみてきた。このことを踏まえ、以下では、本論文の意義と問題点について述べる。

第一に、本論文の意義として、まずはグローバル化社会における国際法規範の国内適用可能性の問題、とりわけ、直接適用や国際法適合的解釈（間接適用とも呼ばれる）をめぐる問題について、「参照」という視点から新たに検討し、それを体系的に検討している点を指摘したい。この問題については、近時、国籍法違憲判決（最判平成二〇年六月四日民集六二卷六号一三六七頁）や婚外子法定相続分規定違憲決定（最大決平成二五年九月四日民集六七卷六号一三二〇頁）のように、最高裁が結論を補強する際に国際法規範に言及していることについて、本論文は、これまで論じられてこなかったそうした「参照」という手法に焦点を当てるだけでなく、その手法の不明確性を指摘しつつ類型化を試み、類型ごとに憲法上の正当性を検討することが必要であることを指摘している。まず類型化に関しては、カナダ最高裁判例における類型を丹念に整理することで得られた類型を踏まえ、また学説上の議論（Christopher McCrudden, “A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights” in Katherine O'Donovan & Gerry R. Rubin, eds., *Human Rights and Legal History* (Oxford: Oxford University Press, 2000) 29, Bijon Roy, “An Empirical Survey of Foreign Jurisprudence and International Instruments in Charter Litigation”, (2004) 62 U. Toronto Fac. L. R. 99.)を参考に、独自の類型化論を展開・提唱している点が新たな試みと評価できる。一方、類型ごとの正当性を検討する意義に関しては、カナダ最高裁判例における類型をもとにした正当化議論（Anne F. Bayefsky, *International human rights law : use in Canadian Charter of Rights and Freedoms litigation*, (Toronto : Butterworths, 1992) at 74-100.)を踏まえながら、それぞれの「参照」ごとにそうした「参照」が憲法上可能かどうかを論じている点に大きな意義を見いだせよう。例えば、「解釈基準」としての「参照」と、単なる言及としての「参照」では、同じ国際法適合的解釈であるように見えるものの、当該国際法規範の国内的な影響力は全く異なるものであり、筆者が論じるように、「参照」を正当化する必要性と程度も類型ごとに異なるのであり、その点を本論文は浮き彫りにしている。このように本論文は、国際法規範の国内適用可能性の問題について、従来議論されてきた国際法適合的解釈や間接適用といった議論とは異なる新たな視点、新たな方法から国際法規範の国内適用可能性の問題について検討を行うものであり、近時の業績として注目されている山田哲史『グローバル化と憲法』（弘文堂、二〇一七年）とともに憲法学だけではなく国際人権法学、さらには実務においても多大な貢献をしたものとして、評価することができるであろう。

また、第二に、本論文は、政府が締結していないような国際的義務のない国際法規範の「参照」に焦点を当て、そうした「参照」が憲法上可能であるかどうかを検討している点を評価することができる。これまで国際法規範の国内的効力や国内適用の問題を巡っては、締結されている条約などのように、国際的義務を有する国際法規範が主として検討の対象とされてきた。しかし、グローバル化の影響のもとで、国際的義務のない国際法規範や国内的な効力を持たない外国法をどのように国内的に評価しうるかという点については、

いくつかの例外を除いて、あまり議論の対象とされてこなかった。本論文はこうした状況において、「参照」対象の性格によって、国内法の解釈基準の権威性が異なること（小寺彰他編『講義国際法〔第二版〕』（有斐閣、二〇一〇年）一一七頁〔岩沢雄司執筆〕）、またそもそも外国法と国際法規範の「参照」は区別して考える必要があること（須網隆夫『『裁判官対話』とは何か—概念の概括的検討』法律時報八九巻二号（二〇一七年）六二頁）を踏まえながら、その研究の対象を、国際的義務のない国際法規範と国内的な効力を持たない外国法に特定し、国内的な「参照」がそれぞれ憲法上可能であることを論ずるものである。つまり、国際的義務のない国際法規範の「参照」については、カナダにおける「ディクソン・ドクトリン」（*Reference Re Public Service Employees Relations Act (Alberta)*, [1987] 1 S. C. R. 313.）とその発展（*R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697 など）の分析を行った上で、その正当性の検討を行っている。また一方で、外国法の「参照」に関しては、カナダ最高裁がアメリカ法に準拠してきた伝統とその分析（Peter McCormick, “American Citations and the McLachlin Court: An Empirical Study” (2009) 47.1 Osgoode Hall L. J. 83 at 92.）を踏まえながら、補論として、個別の検討を行っている。このように本論文は、外国法と国際的義務のない国際法規範の「参照」にその焦点を当てることにより、これまで議論の対象とされてこなかった国内的効力を持たない法規範の国内的影響力の検討を行うものであり、グローバル化する司法権における憲法解釈の射程を検討しており、理論かつ実務において先駆的な研究と評価することができるであろう。

第三に、本論文はカナダにおける違憲審査制に着目しながら、一九二八年のエドワーズ事件枢密院司法委員会判決（*Edwards v. Canada (Attorney General)*, [1928] S.C.R. 276）において示された「生ける樹」理論を紹介し、憲法は有機体であり、時代状況に対応するために広く進歩的に解釈する必要があるとする同理論が、一九八二年以降のカナダ最高裁においても用いられていることと、そうした解釈の妥当性などについて検討を行っている点も評価できる。筆者が指摘するように、近年注目されている「対話理論」（Peter W. Hogg & Allison A. Bushell, “The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing After All)” (1997) 35 Osgoode Hall L. J. 75, 佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』（三省堂、二〇一三年））は、カナダ最高裁における「生ける樹」理論を用いた司法積極主義（*R. v. Big M Drug Mart Ltd.* [1985] 1 S.C.R. 295.）と、その分析を行う学説（Kent Roach, *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Rev. ed. (Toronto: Irwin Law, 2016).）や、学説上の批判（Andrew Petter, “The Politics of the Charter” (1986) 8 S.C. L. Rev. 473, Michael Mandel, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*, Rev. ed. (Toronto: Thomson, 1994), Allan Hutchinson, *Waiting for CORAF: A Critique of Law and Rights* (Toronto: Thomson, 1994), Christopher Manfredi, *Judicial Power and the Charter*, 2nd ed. (Toronto: McClelland & Stewart, 2000), F.L. Morton & Rainer Knopff, *Charter Revolution and the Court Party* (Toronto: Broadview Press, 2000)など）を受け

て提唱されてきたものであることを踏まえれば、本論文が指摘する「生ける樹」理論とその限界をめぐる解釈理論は、司法審査の動的な理解においても重要な視点を提供するものであろう。また、従来から紹介されてきたアメリカの「生ける憲法」論（大林啓吾「時をかける憲法—憲法解釈論から憲法構築論の地平へ—」帝京法学二八巻一号（二〇一二年）九一頁、同「生ける憲法と憲法訴訟」法学研究九一巻一号（二〇一八年）三九五頁など）や、原意主義をめぐる議論（野坂泰司「憲法解釈における原意主義（上）（下）」ジュリスト九二六号（一九八九年）六一頁、ジュリスト九二七号（一九八九年）八一頁、同「テキストと意図—アメリカにおける原意主義—非原意主義論争の意義について—」樋口陽一・高橋和之編『現代立憲主義の展開 下』（有斐閣、一九九三年）七三二頁、同「原意主義論争と司法審査制—最近のアメリカにおける理論状況について」ジュリスト一〇三七号（一九九四年）四六頁、浅野博宣「ジャック・バルキンの原意主義」辻村みよ子・長谷部恭男編『憲法理論の再創造』（日本評論社、二〇一一年）二二九頁、大河内美紀『憲法解釈方法論の再構成—合衆国における原意主義論争を素材として』（日本評論社、二〇一〇年）など）との関係性を踏まえた本論文の検討は、日本における比較法の裾野を広げるものである。

最後に、本論文は、比較対象国の判例や学説の紹介にとどまるものではなく、日本とカナダの制度的要因や問題構造の違いを踏まえた上で、カナダにおける「参照」議論を日本にどのように導入するか、という点について検討が加えられている点も評価することができる。筆者によれば、国際法規範の国内適用可能性の問題を巡っては、国際法学上の一元論と二元論のいずれを採用するかを決定する必要はない（齊藤正彰『国法体系における憲法と条約』（信山社、二〇〇二年）一三頁）ことを踏まえつつ、もし仮に日本国憲法第九八条二項が二元論を採用していたとしても、国際法規範の「参照」を行うこと自体には何ら影響を及ぼすものではないとする。もっとも、筆者によれば、憲法第九八条二項の「確立された国際法規」を「誠実に遵守する」という文言の解釈をめぐることは、国際的義務のない国際法規範については、その考慮義務までは導き出すことは困難であるとしている。しかしながら、カナダの一八六七年憲法には日本国憲法のような根拠規定がないにもかかわらず、「生ける樹」理論や、国際法規範を国内裁判所において用いることを正当化する議論（実施理論や派生理論（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.）をはじめ、「影響的権威」（Mayo Moran, "Authority, Influence and Persuasion: Baker, Charter Values and the Puzzle of Method" in Dyzenhaus, ed., *The Unity of Public Law* (Oxford: Hart, 2004) at 389.）など）が提唱されていることに鑑みれば、日本国憲法の解釈においても、裁判所が国際的義務のない国際法規範を「参照」することが可能であるという。このように筆者は、カナダの議論を単に紹介するにとどまらず、日本の状況を踏まえながら、国際的義務のない国際法規範の裁判所による「参照」を巡る問題について、説得的かつ積極的にその対処方法を論じている。また、こうした理解は、

カナダ最高裁における国際法規範の「参照」の展開とその正当化議論、さらにはその諸要因を子細且つ丹念に検討したことによって裏付けられるものであり、その点も高く評価することができる。

このように、本論文は、グローバル化社会における国際法規範の国内的な利用の意義とそのあり方をめぐる問題について、高い水準でまとめあげ、日本の憲法学に対する示唆も少なくないものであり、筆者の学問的能力の高さを示すものである。ただし、本論文については、少なくとも次の三つの問題点ないし課題を指摘することができる。

まず、第一に、国際的義務のない国際法規範を「参照」することの日本国憲法上の考慮義務についてである。本論文は要するに、裁判所による国際的義務のない国際法規範の「参照」は、憲法上可能であるとするものである。筆者によれば、国際的義務のない国際法規範を裁判所が「参照」することについて、憲法が積極的に義務を課しているかどうか（「参照」すべきか）という問題（考慮義務の問題）と、そうした義務とは関係なく、「参照」することが憲法上可能かどうか（「参照」できるか）という問題（正当化の問題）は別であることを前提としている。そして、まず国際的義務のある国際法規範については、日本国憲法第九八条二項の解釈から、積極的な義務も正当性も導くことができるとする。一方で、国際的義務のない国際法規範の「参照」については、起草時の議論（清水伸編『逐条日本国憲法審議録第三巻』（日本世論調査研究所 PR センター、一九七六年））を踏まえながら、そうした「参照」の義務を憲法が積極的に裁判所に課していることまではいえないが、裁判所が「参照」を行うことは憲法上可能であるとする。しかし、こうした考慮義務の問題と正当化の問題の議論は、必ずしも簡単に切り分けて考えられるものではない。カナダにおける「ディクソン・ドクトリン」は、憲法解釈については、カナダが締結していない国際法規範との一致までをも要求している（*R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697.）のであって、考慮義務までをも求めている。また、このような最高裁による理解を前提として、憲法と国際法規範の関連性や特に後者の国内的な説得性などから、国際的義務のない国際法の「参照」を正当化する議論（特にそれを強調する Benjamin Oliphant, “Interpreting the Charter with International Law: Pitfalls & Principles” (2014) 19 Appeal 105 など）も提唱されている。こうしたカナダの議論を純粹に受け止めるならば、国際的義務のない国際法規範の「参照」について、日本国憲法上の考慮義務の問題と正当化の問題にどのような差異と関連性があるかという点について、その論証が不十分であった点は否めない。日本国憲法第九八条二項の解釈における国際的義務のない国際法規範の考慮義務に関しては、もう少し踏み込んだ論証が必要であろう。

第二に、「結論の補強」としての「参照」の内容が、若干不明確である。本論文では、上述の通り、国際法適合的解釈や間接適用という議論（宍戸常寿他編『憲法学のゆくえ—諸法との対話で切り拓く新たな地平』（日本評論社、二〇一六年）三三九—三九六頁、岩沢雄司「アメリカ裁判所における国際人権訴訟の展開（一）・（二・完）」国際法外交雑誌八七巻二号（一九八八年）一六〇—一九六頁・五号（一九八八年）四六一—五〇二頁、齊藤正彰

『国法体系における憲法と条約』（信山社、二〇〇二年）二七五―二九一頁、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、二〇〇九年）一六五―二〇七頁などを発展させて、国際法規範の「参照」を類型化し、特に「解釈指針」と「結論の補強」といった「参照」を憲法上正当化することができるかという問題を検討した点については高く評価できる。しかし、裁判官が特に「結論の補強」として国際法規範を用いる場合には、様々な場面がありうる。つまり、本論文が検討の対象とするように、いくつかある憲法解釈の選択肢から、裁判官が選択した「結論の補強」として用いる場合もあれば、例えば、立法事実を判断する際の「結論の補強」として用いる場合などもある。本論文では、憲法解釈の場面に限定しているが、国籍法違憲判決（最判平成二〇年六月四日民集六二巻六号一三六七頁）や婚外子法定相続分規定違憲決定（最大決平成二五年九月四日民集六七巻六号一三二〇頁）のように、憲法解釈の場面においてまで、国際法規範を「参照」しているか検討を要する場面があるとすれば、「結論の補強」としての「参照」を「解釈の指針」としての「参照」と同列に論じることができるか、さらなる場合分けが必要か、などといった問題については、もう少し慎重な検討を要する点であろう。こうした点を踏まえると、「結論の補強」としての「参照」を国際法適合的解釈や間接適用との関係でどのように位置づけるかという点については、さらなる場合分けの可能性を含めて、慎重に検討するべきである。

第三に、本論文では、「参照」の限界点として、憲法起草者の意図から逸脱できないことと、憲法と「参照」の対象となる国際法規範の関連性、そうした国際法規範に国内的な説得性があることを明らかにした点は高く評価できるが、その限界の内容が若干不明確である。本論文は、日本国憲法九八条二項の解釈において、「生ける樹」理論を主として用いることにより、時代状況の変化に対応するように憲法解釈を行う際、国際法規範に言及することも可能であると論ずるものである。ただし筆者によれば、そうした解釈には、派生理論が主張するような起草時の原意に依拠する必要もあること、つまり、「生ける樹」理論の解釈には「本質的範囲内」という限界があり、その内実として「適切な言語的、哲学的、そして歴史的な文脈」を含む原意による拘束を認めていること（*Petter W Hogg, Constitutional Law of Canada, student ed. (Toronto: Carswell, 2011) c15.9(f) at 50.*）から、「参照」の対象として正当化されるのは、憲法起草時の意図と反しない国際法規範と、憲法との関連性や国内的に説得性を有する国際法規範のみであると指摘する。しかしそうすると、日本国憲法の文脈でいえば、現実的にはアメリカ合衆国憲法などの限られた規範のみが「参照」可能ということになってしまうという問題が生じ、「生ける樹」理論の現実的な意味での利用可能性が限定されることになってしまう。そのため、「参照」を限界づける、憲法との関連性や国内的な説得性を有する国際法規範の意義については、より詳細かつ発展的な検討が必要となるであろう。



## 五 結論

以上のような問題点が残るにせよ、それらは今後の課題といえるものであって、本論文の有する価値をいささかも損なわせるものではない。本論文が高い水準で体系的にまとめあげた憲法解釈における国際法規範の「参照」をめぐる研究は、極めて有意義且つ実践的意味を有するものであるといえよう。

よって審査委員一同は一致して、本論文を博士（法学）（慶應義塾大学）の学位を授与するにふさわしい業績であるとの結論に至ったことを、ここに報告する。

2019年 5 月 31 日

主査 慶應義塾大学法学部教授 駒村圭吾  
法学研究科委員 博士（法学）

副査 慶應義塾大学大学院法務研究科教授 山本龍彦  
博士（法学）

副査 慶應義塾大学大学院法務研究科教授 横大道聡  
博士（法学）