

カナダ権利と自由憲章の適用除外制度

浦山聖子

目次

はじめに	327
第1章 カナダ憲章の適用と33条「適用除外条項」	328
第1節 カナダ憲章の適用	328
第2節 カナダ憲章の適用の除外	329
第3節 適用除外制度の由来・前身	334
第2章 適用除外制度の利用状況	337
第3章 適用除外制度の目的と利用方法をめぐる提案	340
第1節 適用除外制度の目的	341
第2節 適用除外制度の利用方法をめぐる議論	343
おわりに	345

はじめに

1982年に、カナダはBNA法の改廃権をイギリス議会からカナダ連邦議会に移管し、同時に「カナダ権利と自由憲章（Canadian Charter of Rights and Freedoms. 以下、カナダ憲章）」と題された人権条項を含む1982年憲法¹⁾を制定した。こ

1) Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule

のカナダ憲章は、広範な権利と自由を保障すると同時に、一定の場合に、連邦法・州法がカナダ憲章の権利・自由の保障に違反したとしても、連邦議会・州議会が当該連邦法・州法を有効とする宣言を行い、連邦法・州法に効力を認めることができるという独特の仕組みを制度化していることで知られている。この制度を規定したカナダ憲章33条は、宣言がなされた連邦法・州法に対してはカナダ憲章が適用されないという意味で「適用除外条項 (notwithstanding clause)」と呼ばれている。本稿では、この仕組みを「適用除外制度」と呼び、この制度の概要、利用状況、目的、利用方法をめぐる議論などについて明らかにする。

第1章 カナダ憲章の適用と33条「適用除外条項」

本章では、カナダ憲章の適用範囲について確認した上で、立法府が宣言した場合に、カナダ憲章の適用を見合わせるができるという「適用除外制度」の概要と由来について明らかにする。

第1節 カナダ憲章の適用

「適用除外制度」の概要について理解するために、まず、カナダ憲章が何に適用されるのか確認しておきたい。カナダ憲章は、32条(1)(a)(b)で次のように規定し、カナダ憲章の権利・自由の保障は、連邦議会と州議会、そして連邦政府と州政府に適用されるとしている。

32条(1)(a) この憲章は、連邦議会と連邦政府に対して、連邦議会の権威の範囲内にあるすべての事柄について適用される。これには、ユーコン準州と北西準州に関するすべての事柄が含まれる。

(b) 州議会と州政府について、州議会の権威の範囲内にあるすべての事柄について適用される。

B to the Canada Act 1982 (U.K.), 1982, c.11

以上の規定により、カナダ憲章に反する法を連邦議会、州議会が制定した場合には、無効であると考えられている。²⁾ また、以上の規定によれば、カナダ憲章は連邦政府、州政府に対しても適用されるが、この規定は、連邦政府、州政府の行為のうち、制定法に基づくものだけでなく、コモン・ローに基づくものについてもカナダ憲章が適用されることを定めたものであると解されている。³⁾ カナダ憲章52条（1）（2）でカナダ憲章を含む1982年憲法はカナダの最高法規であると規定され、憲章で保障された権利・自由が侵害された場合には、裁判所に救済を求めて申し立てることができる。（24条（1））

第2節 カナダ憲章の適用の除外

適用除外条項

他方で、カナダ憲章は、33条（1）～（5）で以下のように規定し、一定の場合に、連邦法・州法がカナダ憲章の権利・自由の保障に違反したとしても、連邦議会・州議会が当該連邦法・州法に効力を認めることができるとしている。

33条（1）連邦議会ないし州議会は、場合によって、連邦議会ないし州議会が定める法において、当該法ないし当該法の規定がこの憲章の2条および7～15条に含まれる規定にもかかわらず有効であることを明白に宣言しうる。

（2）本条項のもとで宣言がなされた法ないし規定は、宣言において言及されたこの憲章の規定が存在しない場合の効力を持つ。

（3）第1項のもとでなされた宣言は、宣言が効力を有して以降5年間、もしくは、当該宣言において指定されたこれより早い期日に失効する。

（4）連邦議会ないし州議会は、第1項のもとでなされた宣言を再度制定し

2) Hogg, Peter W. 2012. *Constitutional Law of Canada*, 5th edition supplemented, vol.2, Thomson Reuters (hereinafter cited as Hogg 12), at 37-9.

3) Hogg 12, supra note 2 at 37-18.

うる。

(5) 第3項は、第4項のもとでなされた再宣言について適用される。

以上の規定をまとめるならば、適用除外制度について4つの特徴を挙げることができるだろう。第一に、カナダ憲章の適用を見合わせるためには、連邦議会・州議会は、カナダ憲章の適用除外を法において明白に宣言しなければならない。第二に、適用を見合わせるができる規定は、カナダ憲章が保障するすべての権利・自由ではなく、2条と7～15条の権利・自由に限定されている。第三に、この宣言がなされると、宣言された法・規定は、「憲章の規定が存在しない場合の効力」を持つ。第四に、この宣言の効力は原則として5年間で失効するが、連邦議会・州議会は再度同様の宣言を行うことができる。但し、この再宣言の効力も5年間で失効する。それぞれの点について、以下でより詳しく検討しておく。

法における明白な宣言

まず、連邦法・州法において明白に宣言するとは、どのような形でカナダ憲章の適用除外について言及することを指すのか。この点については、ケベック州のフランス語憲章による公共の表示・商業広告の規制をめぐる争われたフォード対ケベック判決 (Ford v. Quebec) で、適用の除外を求める権利の具体的内容まで特定されていなければならないかが問題となったが、最高裁は、適用の除外を求める権利・自由の条項番号やパラグラフが特定されていれば足りるとし⁴⁾、以下のようなケベックが行った適用除外宣言を有効であるとした。

この法は、1982年憲法 (カナダ法の別表B、英国議会法1982年号第11章) の2条および7～15条の規定にもかかわらず、有効である。⁵⁾

4) [1988] 2 S.C.R. 712, at 737-742

5) S.Q. 1983, c. 56, s. 52

以上のケベック州の宣言は、カナダ憲章の制度上、適用の除外を求めることが可能な権利すべての条項番号を一括して宣言したものであるが、他の宣言の例として、サスカチュワン州が行った宣言では、以下のように、適用除外を求める具体的な権利も特定されている。

カナダ権利と自由憲章の33条（1）に従い、この法は、カナダ権利と自由憲章2条（d）の結社の自由にもかかわらず、有効であると宣言される。⁶⁾

また、これまでなされた多くの宣言では、条文の一部でカナダ憲章の適用除外を求めることが宣言されているだけであるが、このサスカチュワン州の宣言は、単にカナダ憲章の適用除外を宣言するだけでなく、「カナダ権利と自由憲章33条は、公共の責任を持つ立法者が、欠くことのできない経済社会政策について最終的に決定することを許容することを目的として存在している」と、前文の一部で適用除外条項の意義についても述べている点が特徴的である。

適用除外の対象となる権利・対象とならない権利

二点目として、連邦議会・州議会は、カナダ憲章が保障する権利・自由のうち、すべてについて適用の除外を求めることができるわけではない。適用除外の対象となるのは、以下に挙げるカナダ憲章の2条および7～15条の基本的自由、刑事手続きに関わる権利、平等権の保障である。

2条（a）良心および宗教の自由

（b）思想、信念、意見、表現の自由（報道および他のコミュニケーションメディアの自由を含む）

（c）平和的集会の自由

（d）結社の自由

7条 生命、自由、人身の安全性への権利、基本的な正義の原則に従わない限

6) S.S. 1984-85-86, c. 111, s. 9(1)

り生命、自由、人身の安全性を剥奪されない権利

8条 不合理な搜索、押収から保護される権利

9条 恣意的に勾留、拘禁されない権利

10条 逮捕、勾留された場合に、

(a) 逮捕、勾留の理由を速やかに告知される権利

(b) 遅滞なく弁護人を選任、依頼する権利、その権利を告知される権利

(c) 人身保護令状によって勾留の有効性を消滅させ、勾留が合法的ではない場合には、釈放される権利

11条 犯罪によって起訴された者が、

(a) 不合理な遅滞なく犯罪名を告知される権利

(b) 合理的な期間内に裁判を受ける権利

(c) その犯罪について、本人に対して提起された訴訟の証人となることを強制されない権利

(d) 独立し、公平な裁判による公正で公開の審理において、法に従って有罪であると立証されるまで無罪であることを推定される権利

(e) 正当な理由なく合理的な保釈を拒否されない権利

(f) 軍法裁判によって裁かれる軍法下での犯罪を除き、その犯罪の最高刑が5年の禁固もしくはそれ以上の厳しい刑罰である場合には、陪審裁判を受ける権利

(g) 作為・不作為の時点で、その作為・不作為がカナダ法ないし国際法の下で犯罪を構成するか、国際社会によって承認された法の一般原則に従って有罪でない限り、その作為・不作為を根拠に有罪とされない権利

(h) 犯罪について最終的に無罪とされた場合に、再びその犯罪のために裁判にかけられることがない権利。犯罪について最終的に有罪とされ、刑罰を受けた場合に、再びその犯罪のために裁判にかけられることがない権利

(i) 有罪とされた場合に、その犯罪に対する刑罰が犯行時と刑の宣告時で異なる場合には、軽い方の刑罰を受ける権利

12条 残虐で異常な処遇ないし刑罰に服させられない権利

13条 偽証罪もしくは事実に反する証拠を提供したために起訴された場合を

除き、訴訟手続きで証言をした証人が、他の訴訟手続きで提供した有罪を根拠づける証拠をその証人の有罪を根拠づけるために使用されない権利

14条 訴訟手続きの当事者ないし証人で、訴訟手続きが行われている言語を理解したり話したりできない者ないし聴覚障害者が通訳者の補助を受ける権利

15条 (1) 人種、民族的・エスニック的出自、肌の色、宗教、性別、年齢、精神的身体的障害に基づく差別なしに、法の平等な保護と平等な恩恵を受ける権利

他方、カナダ憲章には以上の権利のほかに、以下に挙げる権利も規定されているが、以下の権利は適用除外の対象にはならない。

- ・政治的権利 (3～5条)
- ・移動の権利 (6条)
- ・公用語の使用に関わる権利 (16～22条)
- ・少数派言語教育権 (23条)
- ・先住民の権利 (25条・35条)
- ・カナダ憲章の権利・自由の保障における男性と女性の平等 (28条)
- ・宗教上の少数派学校の権利・特権 (29条)

適用除外の対象となる権利について、当初は7～15条、28条の人身の自由、刑事手続き上の権利、平等権が考えられていたが、最終的に、宣言の効力に期限を設け、期限後に再宣言を可能にすることを条件に、当時の首相であった Pierre Elliot Trudeau は2条の基本的自由についても対象とすることに合意したとされている。また、28条のカナダ憲章の権利・自由の保障における男性と女性の平等については、当初は15条と並んで適用除外の対象として挙げられていたが、フェミニストや人権団体の反対運動により、対象とならなかったとされている。⁷⁾

7) David Johansen and Philip Rosen, *The Notwithstanding Clause of the Charter*, Publication No. BP-194-E, Revised 16 October 2008, Reviewed 17 May 2012, p. 3 <http://www.lop.parl.gc.ca/>

憲章の規定が存在しない場合の効力

第三に、適用除外宣言がなされると、宣言がなされた法・規定は、「カナダ憲章の規定が存在しない場合の効力」を持つとされている。要するに、宣言で特定されたカナダ憲章の権利・自由は憲法上保障されていないものとして扱われるので、その権利・自由について違反を問うことはできない。例えば、前述したフォード対ケベック判決では、争われていた二つの規定のうち、一つについては適用除外宣言がなされており、それが有効であると認められたため、ケベック州の人権法であるケベック憲章違反については問題となったものの、カナダ憲章違反は問われなかった。⁸⁾

日没条項——5年間の効力と再宣言

第四に、適用除外宣言は永遠のものではなく、再宣言することができるものの、5年間の効力しか持たない。5年経過した後には、再度宣言を行って同一の規定を維持するか、法改正を行うかという選択を迫られる。このような期限による失効を定めた33条(3)は、日没条項(sunset clause)と呼ばれる。

第3節 適用除外制度の由来・前身

適用除外制度の由来

なぜ憲法によって基本的人権・自由を保障しつつも、立法府がその適用を見合わせるべく宣言する場合に人権規定の適用を除外するというカナダ独特の仕組みができたのだろうか。この点については、まず、カナダ憲章の制定にあたっては、憲章によって州議会の立法権限が制限される可能性を憂慮し、州は憲法上の人権規定の制定に賛成しなかったと言われている。また、それまで人権に関する法が州ごとに定められてきたという経緯もあった。適用除外条項は、サスカチュワン州の首相によって提案されたもので、その後ケベック州によっ

content/top/researchpublications/bp194-e.htm (hereinafter cited as Johansen and Rosen 08), at 38) [1988] 2 S.C.R. 712

でも提案され、取り下げられたりしたが、最終的には、様々な州によって様々な機会に提案され、州の批判に應えるため、1981年11月2日～5日の連邦・州首相会議における最終的な合意で盛り込まれた。ちなみに、後述するように、この適用除外制度を最も多く活用しているのはケベック州であるが、そのケベック州は1982年憲法に公式には合意せず、この1981年11月5日の合意にも州として唯一加わっていない。^{9) 10)}

適用除外制度の前身——連邦・州の人権法における適用除外制度

Peter Hoggによれば、適用除外制度は、カナダでは、1982年憲法で初めて取り入れられたものではない。Hoggは、以下の連邦法・州法を挙げ、同様の規定が見られるとしている。¹¹⁾

- ・「カナダ権利章典 (Canadian Bill of Rights) ¹²⁾ (1960年に制定)
- ・「人権と自由の憲章 (Charter of Human Rights and Freedoms) ¹³⁾ (ケベック州、

9) Hogg 12, *supra* note 2 at 39-2; 1982年憲法の制定過程については、参照、齋藤憲司「1982年カナダ憲法」レファレンス昭和57年10月号、74-117頁; Roy Romanow, John Whyte and Howard Leeson. 2007 *Canada...Notwithstanding: The Making of the Constitution 1976-1982*. 25th Anniversary Edition. Thompson Canada Limited; Johansen and Rosen 08, *supra* note 7 at 2-3; Jean Chrétien. 2000. "Bringing the Constitution Home" in Thomas S. Axworthy and Pierre Elliott Trudeau (Ed.) *Towards a Just Society*. Penguin Books. (hereinafter cited as Chrétien 00) 326-353

10) 1982年憲法の制定にあたってすべての州の合意が必要であるかという点をめぐっては、1982年憲法を定めることを内容とし、1980年10月に提案され、1981年4月に連邦議会両院で議決された「カナダ法 (Canada Act)」について、マニトバ州、ニューファンドランド州、ケベック州の3州が裁判所に照会を行った。3州の審理は最高裁で併合され、最高裁は、憲法慣習上、憲法の改正のためにはすべての州ではなく、十分な程度の州の合意が必要であると判示した。Re: Resolution to amend the Constitution, [1981] 1 S.C.R. 753 また、ケベック州は、1981年11月の連邦・州首相間の最終合意に対し、公式に反対を表明し、カナダ憲法の改正についてすべての州の合意が慣習的に必要とされるか、また、ケベック州にカナダ憲法の改正をめぐる拒否権が存在するかについて別途裁判所に照会を行ったが、最高裁まで争われた結果、両方とも否定された。Re: Opposition à une résolution pour modifier la constitution, [1982] 2 R.C.S. 793

11) Hogg 12, *supra* note 2 at 39-11

12) S.C. 1960, c. 44

13) R.S.Q. 1977, c. C-12

1975年に制定)

- ・「サスカチュワン州人権法 (Saskatchewan Human Rights Code) ¹⁴⁾ (1979年に制定)
- ・「アルバータ州権利の章典 (Alberta Bill of Rights) ¹⁵⁾ (1980年に制定)

但し、カナダ憲章で導入された適用除外制度とカナダ権利章典および以上の3州の人権法で規定されている適用除外制度にはいくつかの重要な相違があるので、その点について指摘しておきたい。第一に、カナダ権利章典および州の人権法においては、適用除外宣言の効力について特に期間を設けていない。したがって、カナダ権利章典および州の人権法では一度宣言がなされれば、宣言の規定が廃止されるまで当該宣言は有効であり、特に再宣言についての規定もない。第二に、各人権法が規定している権利・自由の範囲がカナダ憲章と必ずしも同じではなく、したがって、適用除外の対象となる権利も人権法ごとに異なる。例えば、カナダ権利章典では、言論の自由や結社の自由といった基本的自由と法の下での平等、刑事手続きに関する権利が規定され、これらの規定されている権利すべてに適用除外を求めることができるようになっている。この点では、カナダ憲章と重なる部分が大きいが、カナダ権利章典では財産権も規定されており、これについても適用除外を求めることができる点は、そもそも財産権の規定がないカナダ憲章とは異なる。別の例として、ケベック州の人権と自由の憲章は、基本的自由から政治的権利、民事・刑事手続きの権利、経済的権利、社会的権利まで広範な権利・自由を保障したものであるが、このうち経済的権利と社会的権利は適用除外制度の対象から外されている。このように、対象となる権利の詳細については、法ごとに異なっている。第三に、カナダ憲章の適用除外制度は連邦法と州法の両方を対象としているが、カナダ権利章典の適用除外制度は連邦法のみを対象としている点でも異なっている。

14) S.S. 1979, c. S-24.1

15) R.S.A. 2000, c. A-14

第2章 適用除外制度の利用状況

以上の適用除外制度はこれまでどのように使われてきたのだろうか。また、どの程度の頻度で使われてきたのだろうか。Tsvi Kahanaの研究¹⁶⁾に依拠し、Kahanaの調査以降の動きやKahanaの研究の誤記については分かる範囲で修正し、適用除外制度の利用状況について明らかにしておきたい。以下は、州ごとに利用状況をまとめたものである。

ケベック州：包括的な適用除外+ 14法

- ・ 1982年、それまでに制定されたすべての州法について2条および7～15条の包括的な適用除外を宣言（1987年に失効）
- ・ 1983年、公共の表示等のフランス語化を求める規定を含む2法について表現の自由と平等権の適用除外を宣言（1988年に規定を改正した上で再度宣言。1993年に新たな法改正）
- ・ 1986年、年金の受給資格を一定の労働者に限定する規定などを含む年金関係の5法について平等権の適用除外を宣言（1991年、1996年、2001年に再度宣言）
- ・ 1986年、特定の宗教的宗派に教育をめぐる特権を与える規定を含む6法について信仰の自由と平等権の適用除外を宣言（1994年、1999年、2000年、2005年に再度宣言。このうち3法については2005年に宣言を廃止）
- ・ 1986年、州政府の農業関係の補助金を受給する資格について平等権の適用除外を宣言（1987年に法改正により廃止）

ユーコン準州：1法（但し、施行されず）

- ・ （1982年、制定されるが施行されず）先住民の協議会による土地開発をめぐる委員会の委員の指名について平等権の適用除外を宣言

16) Kahana, Tsvi. 2001. “The Notwithstanding Mechanism and Public Discussion”, in *Canadian Public Administration*, Vol 44, no.3, 255-291 (hereinafter cited as Kahana 01)

サスカチュワン州：1法

・1986年、州の公務員の労働争議を終結させる法について結社の自由の適用除外を宣言（1991年に失効）

アルバータ州：1法+1法（制定されず）

・2000年、婚姻を男女の間の婚姻に限定する規定を含む婚姻法の改正についてカナダ憲章の2条および7～15条の適用除外を宣言（2005年に失効）
・（1998年、州議会に上程されるが制定されず）州政府による強制的な断種手術¹⁷⁾の犠牲者への補償について限度を設ける法について適用除外を宣言

これまでの適用除外制度の利用状況の特徴の第一点目は、州政府が州法について宣言した事例にとどまり、連邦政府は連邦法について適用除外制度を使用してこなかったことである。第二に、多くの事例がケベック州による。ユーコン準州の例は施行されず、アルバータ州の例も一つは制定されていない。また、アルバータ州の婚姻法の事例とサスカチュワン州の労働争議の事例についても、結果的には、それぞれに適用除外宣言が不必要な事例であった。アルバータ州の婚姻法の場合、事例については、「婚姻と離婚」が1867年憲法91条に連邦議会が立法権限を持つ事項の一つとして明示されているため、当初から、州は婚姻の定義について定める権限を持たないのではないかという疑惑があった。¹⁸⁾ 結局、連邦議会は、婚姻とは、すべての他者を除外した二人の合法的な結びつきであると、同性どうしの婚姻を排除しない形で定義した法の提案書について、最高裁に対して照会を行い、婚姻の能力については連邦議会が立法権限を持つことを確認した。¹⁹⁾ その上で、連邦議会は、民事法上の婚姻と宗教的な意味合いでの婚姻は異なることを前提に「民事婚姻法 (civil marriage act)」を定め、民事的な目的 (civil purpose) としては、婚姻とは、すべての他者を除外した二

17) 1929年から1978年まで、精神障害者に対して行われていた。

18) Johansen and Rosen 08, *supra* note 7 at 8

19) Reference re Same-Sex Marriage, [2004] 3 S.C.R. 698

人の合法的な結びつきであり、当事者が同性であることのみを理由として、民事法上の婚姻が無効になることはないとして規定した。²⁰⁾したがって、そもそも適用除外宣言がなされた事項が州の立法権限の範囲ではなかったという点で、この婚姻法の事例については、適用除外宣言は無意味であった。

また、サスカチュワン州の事例では、酪農業者に関する法をめぐって、カナダ憲章の結社の自由の保障は労働争議を行う権利を含むという趣旨の州の控訴裁判所の判決が出ていたため、公務員の労働争議を終結させるための法について同様にカナダ憲章の結社の自由を根拠に、労働争議の権利が主張されることを回避することを目的として、結社の自由について適用除外宣言がなされた。しかし、この宣言の後、控訴裁判所で判決が出ていた事例について最高裁判決が確定し、労働争議を終結させるための法は結社の自由に対する合理的な制限の範囲内であるという判断がなされ²¹⁾、結果的にはこの事例についても適用除外制度を利用する必要がなかったことが明らかになった。²²⁾

したがって、先に挙げた適用除外制度の利用事例の中でも、適用除外宣言が実質的に機能しているものはケベック州の事例であり、適用除外制度の利用はほぼケベック州に限られる。サスカチュワン州の政府間業務省（Ministry of Intergovernmental Affairs）副大臣として、1982年憲法制定の交渉に関わった Howard Leeson が、適用除外制度を「張子の虎（paper tiger）」であると評すように²³⁾、適用除外制度はこれまで一部を除いては積極的には使われてこなかっ

20) S.C. 2005, c. 33, s. 2, 4. 同法の前文では、「カナダ連邦議会による、差別なしの平等権を支持するコミットメントは、同性夫婦の民事的な目的の婚姻への等しいアクセスを否定するためにカナダ憲章33条が使用されることを排除する」と謳っている。同法は、当事者が同性であることを理由として民事法上の婚姻が無効になることはないとして規定する一方、宗教的な集団の職務に当たる者が、その宗教的な信念に沿わない婚姻についての儀式を執り行うことを拒否する自由があり、また、婚姻は男女の間の結びつきであるという信念を表現することによっては、何らかの利益を剥奪されたり、制裁を受けたりすることはないとも定めている。S.C. 2005, c. 33, s. 3, 3.1

21) RWDSU v. Saskatchewan, [1987] 1 S.C.R. 460

22) この事例の詳細については、Greschner, Donna and Ken Norman. 1987. "The Courts and Section 33" in *Queen's Law Journal*, Vol. 12, no. 2, 155-198 (hereinafter cited as Greschner and Norman 87)

23) Leeson, Howard. 2001. "Section 33, The Notwithstanding Clause: A Paper Tiger?" in Paul Howe and Peter H. Russell (Ed.) *Judicial power and Canadian democracy*. McGill-Queen's

た。Peter Hogg からも「適用除外条項の使用を控える政治風土」が発展してきたと評している。²⁴⁾

第3章 適用除外制度の目的と利用方法をめぐる提案

積極的に使われてこなかったという事実からは、適用除外制度がそれ自体それほど評判の良い制度ではないことが窺える。ケベック州を始めとして頻繁に適用除外宣言がなされた1980年代後半にカナダの首相を務めた Martin Brian Mulroney による「個別のカナダ人の不可侵かつ不可譲の個人の権利を保護しない憲法は、それが書かれている紙ほどの価値もない」という適用除外制度批判は、適用除外制度を扱った著述の中でも頻繁に引用される。²⁵⁾ 実際、ケベック州でのフランス語憲章に関する宣言は、州の批准を残すのみとなっていた憲法改正案を葬り去るほどの反発を買うものだった。²⁶⁾ アルバータ州での強制的な断種手術の犠牲者への補償の事例も州議会に上程された翌日に撤回されたと言う。²⁷⁾

それでは、何のためにこの制度は存在するのだろうか。制度の利用方法は、どのように改められるべきなのだろうか。学術的な研究としても、適用除外制度の存在自体を批判し、廃止を提案するものもあるが²⁸⁾、ここでは適用除外制度の目的と利用方法をめぐる議論をまとめておきたい。

University Press. 297-327

24) Hogg, Peter & Allison A. Bushell Thornton & Wade K. Wright. 2007. "Charter Dialogue Revisited-Or "Much Ado About Metaphors"", in 45 Osgoode Hall L.J. 1- (hereinafter cited as Hogg and Bushell and Wright 07) at 83

25) 例えば、Reid, Scott. 1996. "Penumbra for the People: Placing Judicial Supremacy under Popular Control" in Anthony A. Peacock (Ed.) *Rethinking the Constitution: Perspectives on Canadian Constitutional Reform, Interpretation, and Theory*. Oxford U.P. 203-206 at 203 (hereinafter cited as Reid 96)

26) 國武輝久1994「カナダにおける憲法と連邦秩序の再構築」『カナダの憲法と現代政治』同文館、14-15頁

27) Dickson, Gary. 2000. "Alberta and the Notwithstanding Clause" in *Human Rights Law*. August/September. 42-44 at 42

28) Whyte, John D. 1990. "On Not Standing for Notwithstanding" in 28 *Alberta Law Review*. 347-357.

第1節 適用除外制度の目的

適用除外制度の目的・存在意義は、ほとんどの場合、民主政（democracy）との関係で説明される。カナダでは、カナダをイギリスの自治領としたBNA法（英領北アメリカ法）とカナダ独自の立法の抵触を審査するという形で違憲審査が始まったが、1982年にカナダ憲章が成立するまでの間の違憲審査は、人権規定に基づくものではなく、連邦政府と州政府の間の立法権限の分配の適否を争うものだった。²⁹⁾ このような中でも、間接的な手法で、違憲審査を通じた人権保障がなされてきたという見方もあるが³⁰⁾、一般的には議会こそが主権を持ち、カナダ政治における最終的な権威であるという見方が強い。このような観点から、裁判所が人権規定に基づく違憲審査を行うことを「司法権至上主義（Judicial Supremacy）」であると評し、カナダ憲章によって、人権規定に基づく違憲審査が始まったことに対して、違憲審査を担う裁判官は国民の直接の審査に付さないため、裁判所による人権保障には民主的正当性がないという批判がある。³¹⁾ ³²⁾ 適用除外制度の目的・存在意義についての第一の見解は、議会の判断によって、連邦法・州法についてカナダ憲章の適用を見合わせることを許容する適用除外制度がこのようなカナダ憲章の民主的正当性の欠損を補うものであるというものである。例えば、Scott Reidがこのような見方を示し

29) 佐々木雅寿1988「カナダにおける違憲審査制度の特徴（上）」北大法学論集39（2）、333頁

30) 同上、350-351頁

31) 例えば、Paul Weilerは、カナダでもリベラルな人権の妥当性については広く受け入れられているとして、カナダ憲章に対する懸念は、このような人権を実定化することではなく、違憲審査制によって紛争の最終的な決定権を裁判官に委ねることであると説明している。Weiler, Paul C. "Of Judges and Rights, or Should Canada Have a Constitutional Bill of Rights?" in *Dalhousie Review*. 205-237

32) 違憲審査は民主的正当性に欠けるという批判に対して、立法府は、違憲判断がなされた立法に対して一定の対応をとることができるため、違憲審査は、議会と裁判所の間の「対話」の一部であるとする「対話理論（dialogue theory）」もカナダでは、広く主張されている議論である。この対話理論においても、あまり重要視はされていないが、適用除外制度は議会と裁判所の間の対話を可能にする道具の一つとして挙げられている。Hogg and Bushell and Wright 07, *supra* note 24 at 83-84

ている。³³⁾ 同種の議論として、Christopher Manfrediは、適用除外制度が、憲法の解釈において、立法府に司法府と同等の権威を与える点について、それが、憲法をめぐるより政治的に活気ある論議を奨励するとして、適用除外制度の意義を高く評価している。³⁴⁾

以上の議論がさらに進んだ形の第二の目的として、裁判所による人権保障には民主的正当性がないため、裁判所は国民の意に沿わない判断を行うことがあり、適用除外制度は、そのような裁判所の誤った判断を議会が訂正することを可能にするという議論がある。³⁵⁾ カナダ憲章制定時に司法省 (Ministry of Justice) 大臣であった Jean Chrétien は、連邦議会において適用除外制度を「不合理な状況を矯正するための安全弁 (safety valve)」であると説明したとされ³⁶⁾、カナダ憲章制定当初の一般的認識としても、裁判所の違憲審査が何らかの望ましくない方向に進んだ場合に、適用除外制度がそれを修正する手段として考えられていたことが窺える。もっとも、このような Chrétien の説明やこの議論の主張に見られる「裁判官はまったく誤らないわけではない (Judges are not infallible.)」という文句には、議会政治をめぐる自信と裁判所の違憲審査への不信がよく表れているが、論者によっては、決して民主的正当性を持った議会が国民の意に沿った判断を行うことができるという意味で常に正しく、民主的正当性を持たない裁判所が常に誤りうるという構図を想定しているわけではない。現在の適用除外制度の下では、議会の適用除外宣言も5年間で失効する。Peter Russel は、適用除外制度とは、議会も裁判所も判断を誤りうることを前提とし、いずれの決定にも終局性を認めない「抑制均衡の思慮深いシステム」であるとしている。³⁷⁾

33) Reid 96, *supra* note 25

34) Manfredi, Christopher P. 2001. *Judicial Power and the Charter: Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*. 2nd edition. Oxford U.P. (hereinafter cited as Manfredi 01) at 188-195

35) 例えば, Russel, Peter 1991. "Standing up for Notwithstanding" 29 *Alberta Law Review*. 293-309. (hereinafter cited as Russel 91); Weiler, Paul C. 1984-1985. "Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version" 18 *U. Mich. J. L. Reform* 51-92. at 83-86

36) Chrétien の発言については, Johansen and Rosen 08, *supra* note 7 at 5; Chrétien 00, *supra* note 9 at 350

37) Russel 91, *supra* note 35 at 301

第三に、司法府に対する何らかのコントロールが必要であることを前提に、違憲審査を覆す手段として、適用除外制度が優れていることも適用除外制度の存在意義として挙げられる。この場合に、適用除外制度が存在しないときに違憲審査を覆すための手段として適用除外制度と比較されるのは、憲法の改正と裁判官の新たな選任である。まず、憲法の改正については困難で非現実的である。裁判官の新たな選任については、米国でのFranklin D.Rooseveltの「裁判所抱き込み (court-packing)」の例などが挙げられ、裁判官の任命を極度に政治化する点が問題であるとされる。Russelによれば、適用除外制度の方が、公的にアカウントビリティがあるフォーラムで、争点について理性的な議論を可能にするという意味で、望ましい。³⁸⁾

第2節 適用除外制度の利用方法をめぐる議論

前述した適用除外制度の目的をめぐるとの意見と結びついた形で、制度の利用方法についても議論がある。第一に、多くの論者が、適用除外制度の利用は、当該法についてのカナダ最高裁による判断の後になされるべきであるとしている。この理由として一般的に挙げられるのは、適用除外制度は、裁判所の望ましくない違憲判断を修正することを目的とするためであるというものである。しかし、適用除外制度が単に裁判所の望ましくない違憲判断を修正することを目的とするというだけであるならば、下級審の判決の後に適用除外宣言がなされても良いはずであり、最高裁の判決まで待たなければならない理由とはならない。これに対し、Tsvi Kahanaは、最高裁の判決の後に適用除外制度が利用されるべき理由を三点挙げている。第一に、最高裁の判断が下されるまで待つことで、その間に様々な下級審の判断が出揃い、多様な法学的見解を耳にしたり、長期間に渡る公的議論の機会を得たりすることができる。第二に、最高裁の判断により、問題を特定の州の問題ではなく、カナダ全体の問題として認識することができるようになり、カナダ社会全体に議論を喚起することができる。第

38) Manfredi 01, supra note 34 at 170-174; Russel 91, supra note 35 at 297-298

三に、当該法について最高裁の違憲判決が事前になされていることを適用除外制度を利用するための条件とするならば、適用除外制度は現在より利用しづらくなり、適用除外制度をより例外的な制度として社会に知らしめることができる。³⁹⁾

第二に、適用除外制度の利用には、立法府の単純多数決以上の政治的意思を要すべきだという見解がある。このような観点からの提案の一つとして、Christopher Manfrediは、適用除外宣言は、連邦議会・州議会の過半数ではなく、5分の3以上の賛成によって認めるべきだとしている。⁴⁰⁾ また、議会だけでなく、国民・州民に対しても意思を問うべきだという見解もある。Scott Reidは、ケベックでの商業広告の規制についての適用除外宣言以降、適用除外制度は正当性を失っているとし、適用除外宣言を行う要件として国民・州民投票（レファレンダム）での可決を加えることを提案している。Reidの提案では、裁判所によって違憲判断がなされた法律を幾つか選び、議会の総選挙と合わせて国民・州民投票を行う。国民・州民は、違憲判断がなされ、無効とされた法律について、最長で議会の任期である5年間は裁判所の違憲判断に従い、総選挙の際に、一定期間に渡る洞察をもって国民・州民投票に臨む。新たな議会は、国民・州民投票によって、違憲判断がなされた法律を可とする判断がなされた場合には、その法律について適用除外宣言を行う。⁴¹⁾ 同じく民意を問うべきだという観点からの提案として、Manfrediは、適用除外制度の利用の可否が選挙の争点となるよう、適用除外宣言は、5年の自動的な失効期間が来なくても、宣言を行った議会の改選によって失効すべきだとしている。⁴²⁾ また、Russelは、多くの市民が関わることを保障するため、また、政治的な過熱を冷まし、

39) Kahana 01, *supra* note 16 at 278-280; そのほかの議論として、GreschnerとNormanは、司法過程への尊重を示すため、下級審の判断の後ではなく、最高裁の判断が下されるまで待つべきだとしている。Greschner and Norman 87, *supra* note 22 at 193; 他にも適用除外制度の利用は最高裁判決後にすべきだという見解として、Manfredi 01, *supra* note 34 at 192-193

40) Manfredi 01, *supra* note 34 at 192-193. Manfrediによれば、連邦政府による1991年の憲法改正をめぐる提案でも議会の5分の3以上の賛成を求めている。

41) Reid 96, *supra* note 25 at 203-206

42) Manfredi 01, *supra* note 34 at 192-193

熟慮する時間を確保するため、選挙の前後の二度に渡って宣言がなされるべきだとしている。⁴³⁾

おわりに

議会の立法が憲法上の権利・自由の保障に違反したとしても、当該立法に効力を認めることができるというカナダ憲法上の適用除外制度は、憲法上の制度として独特かつ稀有なものであり、適用除外宣言がなされると、カナダ憲章の適用除外の対象となった権利・自由について、救済を求めてそれ以上争うことはできないのか、この制度によって、州の横暴とでも言うべき基本的な権利・自由の侵害が温存されることにならないかなど、様々な疑問・憶測を呼ぶ。カナダでは、1960年に制定されたカナダ権利の章典以来、議会の判断によって権利・自由の保障を見合わせるこのような制度が存在しているが、カナダ憲章上の適用除外制度は、カナダ権利の章典や他の州の人権法上の適用除外制度よりも、期限が設けられていたり、対象となる権利・自由の範囲の面で限定的であると言える。また、實際上、一部を除いてはあまり使われてこなかった。この適用除外制度は、主に議会政治を重んじる立場から評価されているが、積極的に評価する論者であっても、利用については現在よりも厳格な要件を設けるべきである主張しており、例外的な制度にとどめるべきだという見解が強いと言える。

* 本稿は、平成27-28年度成城大学特別研究助成（研究課題「比較憲法学の方法論の再検討」）の成果の一部である。

(うらやま・せいこ = 本学准教授)

43) Russel 91, *supra* note 35 at 301-302