

まえがき

「国際法は、憲法の構造全体に関係のあるいろいろの法的解決を左右することが出来る」として「憲法の国際化」¹⁾が唱えられてからおよそ80年が経つ。しかしながら、国際法規範がどのように憲法構造に影響を与えているかという点をめぐっては、未だに議論が分かれている。特に人権分野にかかわっては、「国内人権が国際化した」のか、「国際人権が国内化した」のかといった議論もなされており、歴史的な事象を踏まえて、こうした国際人権と国内人権の「対話」はいまなお議論の対象となっている。

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判所は（憲法学の対応においても）、冷淡な姿勢を示してきたと指摘されている。その背景には、憲法上の保障水準で十分であり、民主的正統性が担保されていないような国際法規範を用いることに意義を見出せないとする指摘がある。ただし、司法権による「国際化」や「グローバル化」は今に始まったことでもなく、日本の最高裁判所も、憲法制定初期から外国法や国際法規範に言及するなど、様々な方法で、国際法規範との「対話」を図ろうとしてきたようにも思われる。また近年では、時代状況の変化を判断する際に国際法規範に言及するなど、「国際人権」状況との「対話」を試みる動きもある。

しかし司法権における「国際化」や「グローバル化」について消極的であるとの指摘がなされてきた背景には、（憲法上の人権保障をより充実したものとして解釈することを前提としつつ）①「参照」という手法は必ずしも消極的ではないにもかかわらず、国際法規範の取入れに対する消極性が強調されてきたこと、そのため②「参照」という手法の詳細（意義、類型、対象、素材）が憲法学にお

1) ミルキヌ・ゲツェヴィチ（小田滋・樋口陽一訳）『憲法の国際化』（有信堂、1964年）29頁。

2) 戸塚悦朗「『人権の国際化』と『人権の国内化』——参議員憲法調査会への提言」国際協力論集10巻3号（2003年）74頁。

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」の正当性が憲法理論的に検証されてこなかったことにあるのではないかと考えている。そこで本書では、こうした「参照」という場面に焦点を当てて、司法権における「国内人権」と「国際人権」の新たな「対話」の可能性を探る一方で、日本国憲法の進歩的解釈の可能性を探ることとしたい。

本書は本論を2部で構成している。第1部では、国際法規範の「参照」の方法と実態について、1982年の権利及び自由に関するカナダ憲章制定以降のカナダ最高裁判所における実践を踏まえつつ、その「参照」手法を明らかにする。またその過程で、その「参照」が近年にかけて変化してきていることを明らかにする。それを踏まえて第2部では、憲法解釈における「参照」を支える制度的要因や憲法解釈理論などを紹介した上で、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する。

まず本論に至る序章では、日本の判例を分析し、前述したように、①最高裁判所は国際法規範の「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「適用」が論じられて「参照」の詳細（意義、類型、対象、素材）が検討されていないこと、③そうした詳細を踏まえた「参照」の正当性が憲法理論的に検証されていないことについて、問題提起を行う。また「参照」の正当化によって、従来の憲法解釈において多くの「選択肢」を提供するものになりうること、そして訴訟当事者が、こうした「選択肢」を自らの主張において「参照」することができ、さらに具体的な裁判の場面において、裁判官の思考プロセスの「多層化」を図ることができることを指摘する。その上で、日本における国際法規範の「参照」について、憲法解釈上の正当化議論のためには、カナダの議論を踏まえながら、「参照」の詳細を前提とした検討が必要である点を指摘する。

序章を踏まえて第1部第1章では、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）の検討を行う。さらに、カナダ最高裁判所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、その意義と内容を判例の展開から明らかにする。

第1部第2章では、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、憲法が改正された1982年以降、特に1980年代とは異なる「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年のキーンストラ事件以降の「参照」の意義を明確化する。ただし2001年にカナダ最高裁判所は、初めて国際法規範の「参照」を否定しており、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する。最後に1990年代から近年にかけて最高裁におい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上で分析を行う。

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する。また司法積極主義を支える伝統的な「生ける樹」理論について、その意義と具体的な解釈手法を明らかにする。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を明らかにした上で、「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」に求められることを明らかにする。

第2部第2章では、カナダにおける「参照」について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・ドクトリンが提起した「一致の推定」と「関連性および説得性」に着目する議論があることを紹介する。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）などの違いを前提とした上で、「参照」の正当化議論それ自体に関する検討と、正当化議論の有用性の検討を行う。

最後に終章では、こうしたカナダにおける議論をもとに、日本における問題提起に対して、①「参照」の詳細（意義、類型、対象、素材）を明確にしうること、②またそうした詳細の分類を前提として、国際的義務のない国際法規範についても、憲法解釈上の正当化理論がありうることを指摘する。また一方で、それらの国際法規範の「参照」について、日本国憲法第98条2項の再検討を行う。

日本国憲法第98条2項に基づく解釈は、国際的な影響を受けたものとして、憲法起草時の原意を踏まえるべきであるのか、それとも「国際化」「グローバ

ル化」といった現代的な影響を加味した上で解釈を行うべきであるのかという点を検討することによって、本書では「参照」という手法の可能性とその限界点を探る。

なお、補論として、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、1982年以降のそれらの展開を明らかにする。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、これらを分けて検討する。