

オーストラリアにおける人権保障

—— 成文憲法典で人権保障を規定することの意義・研究序説 ——

佐藤潤一

Human Rights Protection in Australia

—— An introductory study on the significance of ‘entrenchment’ in a bill of rights in a written constitution ——

SATOH Jun'ichi

Abstract

This is an introductory study concerning the implications of the human rights ‘entrenchment’ in a written constitution.

In Japan, almost all constitutional scholars argue that the provisions of a bill of rights in a written constitution is necessary for the protection of human rights. However, a court’s power to declare the statute’s constitutionality sometimes does not work even if the legislative branch of government infringes on human rights. In contrast, the Commonwealth of the Australia Constitution Act [the Constitution] has no bill of rights. But various indices, e.g., Andrew Fagan, *The Atlas of HUMAN RIGHTS*, sometimes indicate that human rights protection in Japan and Australia is equal. In the first section of this article I discuss some reasons. The second section discusses the meanings of “entrenchment” in constitutional context. To discuss this theme, this article compares the human rights protection in Australia and in Japan.

This article does not argue whether or not the Commonwealth of Australia or States of Australia should have a bill of rights. In Australia, the Federal Government has no bill of rights in its written constitution, and did not enact a “human rights act”. The

Constitution has the articles of explicit rights, and the Commonwealth Parliament created the Acts concerning Aboriginal Rights and the Acts concerning the Human Rights Institutions of the Human Rights Conventions of United Nations, which the Commonwealth Government ratified. Many commentators and case laws of the High Court of Australia, which is supreme court of the Commonwealth of Australia, believe the Constitution of the Commonwealth of Australia implies human rights, and the common law rights derived from United Kingdom has vital importance. The argument against a bill of rights is that Australia has no reason to enact a “human rights act”, or has no need to alter its Constitution to include a bill of rights, because Australia has a common law tradition and an enactment of this nature will not make a significant difference to the present situation. In contrast, Commonwealth of Nations, especially New Zealand and the United Kingdom have acts concerning human rights. Moreover, in Canada and South Africa, their written constitutions have a bill of rights. To analyse status quo of Australia, we must consider these constitutions of Commonwealth countries.

In conclusion, I argue that the human rights education and the consciences of judges have vital importance.

キーワード：entrenchment, Bill of Rights, Commonwealth of Australia Constitution Act, 権利章典, 人権法, 立憲主義

目次

問題の所在	21
第1章 オーストラリアにおける人権の憲法的保障	24
第1節 総論	24
第2節 明示的権利	26
第3節 黙示的権利	30
第4節 人権保障に関わる制度と関連法	35
第2章 オーストラリアにおける人権保障の歴史—権利章典にかかわる提案	39
第1節 歴史	39
第2節 近年の権利章典議論	41
第3章 オーストラリアにおける人権保障の課題	46
第1節 オーストラリアにおける人権保障の課題	46
第2節 日本との比較検討	49
結語—今後の課題	52

問題の所在

オーストラリア¹⁾は、人権保障状況については、日本とほぼ同程度と見なされているが²⁾、成文の連邦憲法典を有しているにもかかわらず、まとまった連邦レベルの権利章典が法律レベルでも存在しない。連邦憲法には、わずかながら人権に関する規定があるが、むしろ連邦最高裁判所（High Court）の判例によって黙示的権利（Implied Rights）が解釈上存在するものとされており、コモン・ロー上の人権保障という考え方が有力である³⁾。ひとつの大きな理由は、アメリカの連邦憲法制定当初の事情と同じく、連邦形成が主目的の憲法であったことである。連邦憲法への権利章典導入はなんども挫折してきた。オースト

1) 本稿がオーストラリアを取り上げるのは、以下本文で述べる理由もあるが、日本においては人権保障に関してオーストラリア憲法（学）が従来ほとんど取り上げられて来なかった状況に対する素朴な疑問に端を発する。もちろん、本文中でも述べるように、アボリジニの権利に関しては多くの研究が存在するが、憲法典と人権保障の関係、国際人権保障との関係について着目している研究は管見の限り見あたらない。本項中、文献判例等の引用は、原則として AUSTRALIAN GUIDE TO LEGAL CITATION, Third Edition, Published and distributed by the Melbourne University Law Review Association Inc in collaboration with the Melbourne Journal of International Law Inc によった。

執筆は、2010年4月よりオーストラリアクイーンズランド大学ロースクール（TC Beirne School of Law）で客員研究員として滞在中に、同大学のスリ・ラトナパーラ教授（Prof. Dr. Suri Ratnapala）に教示を得つつ行われた。客員研究員としての滞在をお認めいただいた大阪産業大学及びクイーンズランド大学ロースクール（T. C. Beirne School of Law, University of Queensland）に謝意を表す。なお、日本語文献については CiNii（<<http://ci.nii.ac.jp/>>）で入手できるものについて可能な限り目を通し、またジュリストのバックナンバーについては DVD 及びクイーンズランド大学所蔵のものを用いたが、多くの遺漏があることを恐れる。なおオーストラリアにおける憲法の法哲学的考察と、カナダ憲法、ニュージーランド憲法、イギリス憲法、南アフリカ憲法との比較検討も必要だと解されるが、紙幅の関係もあり、別稿で行う予定である。

2) たとえば Andrew Fagan, *The Atlas of HUMAN RIGHTS --- Mapping violations of freedom around the globe* (Earthscan, 2010) は日本とオーストラリアにおける人権保障状況をほぼ同程度と位置づけている。

3) 代表的なオーストラリア連邦憲法の体系書は、明示的権利と黙示的権利という章立てでオーストラリアにおける人権を説明している。See, eg, Blackshield and Williams, *Australian Constitutional Law and Theory* (Federation Press, 2010); Clarke, Keyzer and Stellios, *Hanks' Australian Constitutional Law*, 8th Edition (LexisNexis Butterworths, 2009); Joseph and Castan, *Federal Constitutional Law: A Contemporary View*, 3rd Edition (Thomson Reuters, 2010); Suri Ratnapala, *Australian Constitutional Law - Foundations and Theory*, 2nd edition (Oxford University Press, 2007). ただし、最後のクイーンズランド大学スリ・ラトナパーラ教授による体系書は人権の基礎付け・分類にホフフェルドによる分類を示し、同教授の *Jurisprudence* (Oxford University Press, 2009) でも提示されている哲学的考察が行われている点異色であって、他の体系書（及び学生向けの解説書）では人権総論については人権思想の歴史に関する簡潔な概説がある程度である（全くといってよいほど言及のない著書もある）。具体的にオーストラリアにおいて保障されていると考えられている人権については本論で扱う。

ラリア連邦憲法に権利章典を挿入しようとする試みは、2度提起されたが、2度とも失敗に終わっている（1944年と1988年）。また、連邦レベルの法律で権利章典を作成しようとの試みは、4度に渡って提起されたが、関連立法の中で成立したのは一つだけである（ライオネル・マーフィー元老院議員が提出したもの（1973年）、フレイザー政権提出のもの（1981年）、ギャレス・エヴァンス元老院議員が提出したもの（1984年）、そしてライオネル・ボウエン元老院議員が提出したもの（1985年）のうち、1981年人権委員会法（*Human Rights Commission Act 1981 (Cth)*）は成立した。ただし人権条約に関わる立法はこのほかにも存在するし、新たな法案（*Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2010*）も審議されている。もっとも、人権に関する諸条約にかかわって国内委員会設置が行われており、そのための立法は多々存在する。

このあたりのことは、*Human Rights Consultation Committee Report*⁴⁾で触れられている。同報告書は、イギリスで最近注目されている、対話モデル（The dialogue model）を評価している（同報告書第11章）。

理論的には、州の権限を制約することになるという点からの反対と、民主的に選出されていない裁判官の権限を強化することになるという点からの反対があり、後者はイギリスにおける1998年人権法（*Human Rights Act 1998*）制定時の議論と類似する。また、アボリジニなど、先住民との関係も大きい。*Mabo v The State of Queensland[No.2]*⁵⁾判決は日本でも著名であるが、この判決自体が1992年のものであり、周知のとおり、「ハンソン現象」の引き金にもなっている⁶⁾。一時期白豪主義の復活といわれた「ハンソン現象」

4) ウェブサイト <<http://www.humanrightsconsultation.gov.au/>> (2010年10月9日アクセス) において詳細な紹介がなされ、報告書前文が入手できる。なお、2010年4月21日に、*Australia's Human Rights Framework* <[http://www.ag.gov.au/www/agd/rwpattach.nsf/VAP/\(3A6790B96C927794AF1031D9395C5C20\)~Human+Rights+Framework.pdf/\\$file/Human+Rights+Framework.pdf](http://www.ag.gov.au/www/agd/rwpattach.nsf/VAP/(3A6790B96C927794AF1031D9395C5C20)~Human+Rights+Framework.pdf/$file/Human+Rights+Framework.pdf)> (2010年10月9日アクセス) が公表されている。

5) (1992) HCA 23; (1992) 175 CLR 1 (3 June 1992); 判決原文は、オーストラリア法に関する網羅的データベースである AustLII より入手できる (<<http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/1992/23.html>> (2010年10月9日アクセス: 以下本稿で言及する URL は全て同日にアクセスしている。なお、2011年2月26日に全ての URL を再確認した)。(AustLII は、オーストラリア法に関するインターネット上の公的データベースである。AustLII について詳しくは、指宿信「第4章法情報管理論・第2節 NPO型法情報提供システム」『法情報学』（第一法規、2010年）116～124頁を参照。）マボ判決の邦語による紹介は非常に多く存在する。比較的詳細な紹介をしている文献として、吉川仁「『マボ判決』について」『法と政治』（関西学院大学、1996年）1996年第3号（47巻1号）287～320頁を挙げておく。

6) このあたりの事情は、土屋英雄「多文化主義、人権そしてレイシズム—「オーストラリア民主主義」の一考察—」（上）(下)『国際協力論集』（神戸大学）第8巻第1号・同第2号でわかりやすく論じられている。

に見られるように、人種差別的な心情が根強くあること、これをオーストラリアの憲法学者は（少なくともテキストブックでは）権利章典が憲法典に組み込まれない理由としては正面から挙げていないが、これが国民投票で権利章典導入が成功しない一つの理由であるようにも思われる⁷⁾。

2010年に選挙で政権を維持したオーストラリア労働党主ジュリア・ギラード（Julia Gillard）首相は、権利章典の制定と共和制への移行を支持している。しかし、連立を組んでようやく与党となっている上に、元老院では保守連合の方が議席が多いのであって、一気呵成に権利章典制定が進む蓋然性はきわめて低い⁸⁾。

州憲法レベルにおいては、そもそも州憲法がイギリス由来の議会主権を基本的に踏まえているために、憲法改正は通常の立法手続きで行える（とはいえ地方自治条項の改正などレファレンダムを経ないと改正できない条文もあるので一概に「軟性憲法」とも言いがたい）ことが、憲法の条文として、州レベルでは導入されない理由かもしれない。また近年、クイーンズランド州では1998年11月に州議会、法・憲法及び行政審査委員会報告書『クイーンズランド州における個人の権利及び自由の保護と向上：クイーンズランドは権利章典を採択すべきか？』において権利章典の採択を否定する報告を行っている⁹⁾。これはそれ以前に提出されていたクイーンズランド州憲法に権利章典を導入すべきとの提案を否定するものであり、改正手続の難易ではなく、法的政治的に反対意見が根強いことを示している。

以下本稿では、第1章において、解釈上憲法レベルで保障されていると考えられている権利について概観し、併せて人権保障に関わる法律を、連邦レベルと州レベル及び自治体レベルに分けて検討する。第2章では、オーストラリアにおける人権保障の歴史を権利

7) ただし政治学の文献や憲法の論文には「白豪主義」について人権や多文化主義との関係を考察しているものもあり（例えば、Nick Economou, Zareh Ghazarian, *Australian Politics for Dummies* (Wiley Publishing Australia, 2010)31,50.)ので、単に学問分野の棲み分けの問題といえるかもしれない。本稿は国民投票が権利章典導入を支持しなかった理由の分析は課題ではないので、これ以上は立ち入らない。

8) 現ギラード政権による解散総選挙時にオーストラリアに滞在していた筆者はその経過を新聞（The Australian, The Age など）とインターネット（特に ABC 放送のサイトは詳細な経過をリアルタイムで報じており有益であった）で見えていたが、一時期野党であった保守連合が議席数で逆転していたのであって、緑の党 Greens が連立政権に参加しなければ与野党逆転は十分にあり得た。そして保守連合は人権規定の憲法典挿入には消極的なのである。このような政治状況に加えて、2010年末から2011年始めにかけての記録的な豪雨による洪水被害とサイクロン被害、さらにニュージーランドのクライストチャーチにおける地震被害など自然災害による人的被害、経済的打撃が大きくその対応に追われていることもこういった法案審議が停滞してしまっている原因となっていると思われる。

9) Legislative Assembly of Queensland, Legal, Constitutional and Administrative Review Committee, *The preservation and enhancement of individual's rights and freedoms in Queensland: Should Queensland adopt a bill of rights?* (November 1998, Report No 12).

章典制定史に限定して概観する¹⁰⁾。第3章において、以上を踏まえて、オーストラリアにおける人権保障の課題を日本の状況と対比しつつ考察する。結語において、今後の検討課題と展望を示す。

あらかじめ現段階での仮設的結論を述べておけば、オーストラリア憲法に権利章典が導入されるべきか否かを論ずることが主題なのではなく(本論中でも紹介するように、オーストラリアでは、かなり早い時期から権利章典導入のための憲法改正や人権法を制定すべきだとする動きはある)、成文憲法典に権利章典を導入することが、人権の実質的保障に結びつくといえる条件を探ろうとするのである。換言すれば、entrenchmentの意義を、オーストラリア憲法を素材に考察し、違憲審査制、裁判所と議会の関係を再考することが本稿の目的である。権利章典が硬性の成文憲法に規定されていることは、必要条件であるが、十分条件とはいえないことを実証しようとするところにあるともいえよう。すなわち、近代立憲主義国において、成文憲法が権利章典を置くこと、及び法律で権利章典を制定することの意義を考察するための序説的研究である¹¹⁾。

第1章 オーストラリアにおける人権の憲法的保障

第1節 総論¹²⁾

オーストラリアは、クイーンズランド州(Qld)、ニュー・サウス・ウェールズ州(NSW)、

-
- 10) 考察の際に重要な資料となる、オーストラリアにおいて現在存在する二つの人権法(首都特別地域(ACT: Australian Capital Territory)の「2004年人権法」及びヴィクトリア州の「2006年人権及び責任憲章」)については、資料としてその翻訳を大阪産業大学論集人文・社会科学編第11号に掲載しているので参照されたい。
- 11) 本稿ではオーストラリア連邦憲法、州憲法、ヴィクトリア州人権及び責任憲章、オーストラリア首都特別地域の人権法、世界人権宣言、自由権規約、社会権規約にしばしば言及する。単に「憲法」というときは、原則としてオーストラリア連邦憲法(the Commonwealth of Australia Constitution Act)を指す。本稿のみで論旨を追うことが出来るようにするため、「論文」としては過剰なまでに多くの憲法典の条文や条約規定を引用している。
- 12) オーストラリア憲法は日本においては若干の条文の紹介はあるものの、読者に暗黙の理解を求めることも困難な独自性を有する点もあるため、総論において簡単な概観を示しておくこととする。註3で挙げた文献の他、条文の邦訳に当たっては、松井幸夫「オーストラリア連邦憲法」阿部照哉・畑博行編『世界の憲法集〔第四版〕』(有信堂高文社、2009年6月29日第四版第1刷発行)を参照した(但し、一部の訳語を変更している。例えば、知事→州総督)。なお、山田邦夫「諸外国の憲法事情 オーストラリア」国立国会図書館調査及び立法考査局『諸外国の憲法事情』所収(2003年12月) <<http://>

ヴィクトリア州（Vic）、西オーストラリア州（WA）、南オーストラリア州（SA）、タスマニア州（Tas）の基本六州と、北部準州（NT）、首都特別地域（ACT）¹³⁾により構成される連邦国家であるが、国名は Commonwealth of Australia であって、Federal State とともに United States と称していない。

議院内閣制であるが、憲法典上の、行政権は女王及びその代理人たる総督（Governor-General）及び州総督（Governor）が行使するとの規定（第 61 条～第 63 条¹⁴⁾）は、すでに名目化しており、憲法上は国务大臣の規定である第 64 条及び第 65 条を除くと関連規定が成文憲法には無く、イギリス流の憲法習律が非常に大きな意義を有する点が重要である。

連邦最高裁判所である高等法院（High Court）は違憲審査権を持ち、イギリス流のコモン・ロー伝統が重視されてきている。1986 年に州からのイギリス枢密院への上訴が廃止されて名実ともに最高裁判所となった。

オーストラリアは、州としてそれぞれイギリスから実質上独立（イギリス議会による憲法法制定による）したのちに¹⁵⁾、1901 年に連邦憲法が制定された。主として州権と連邦

-
- www.ndl.go.jp/jp/data/publication/document/2003/2/20030206.pdf > (2010 年 10 月 9 日アクセス)は、邦語でオーストラリア憲法をある程度体系的に紹介しているほぼ唯一の文献であると思われるが、公表後（本稿執筆時）で約 7 年が経過していることもあり、訳語の選定の参考とはしているが、重複をいわずオーストラリアにおける人権保障に関する状況を紹介することとした。本稿は、その意味ではオーストラリア人権保障論の入門的性格を兼ねることになる。ただし、連邦憲法制定史については山田前掲論文は簡潔にして要を得ており、本稿は、人権保障に関して必要な限りでの言及にとどめる。
- 13) 北部準州及び首都特別地域の二地域は地方自治体扱いの地域であってその政治体制の根拠法は Local-Self Government Act と称されているのであるが、州に準ずる地位にあり、連邦議会上院に議員を送っている。なお、本文で州・準州・特別地域の後に示したのは行政区分として通常用いられる略称であり、本稿でも註においてこの略称を用いる。法令の引用の際にも用いられる。なお、連邦法については Cth が略称として用いられる。
- 14) 第 61 条（行政権）連邦の行政権は、女王に属し、女王の名代としての総督がこれを行使する。行政権は、この憲法および連邦の法律の執行および維持に及ぶ。
第 62 条（連邦行政評議会）総督に対して助言を行うため、連邦政府に連邦行政評議会をおく。総督は、行政評議会の構成員を選任し、これを召集する。行政評議会の構成員は、行政評議会議員として宣誓し、総督の意にかなう限り在任する。
第 63 条（総督に関する規定）行政評議会における総督、と定めるこの憲法の規定は、総督が、連邦行政評議会の助言に基づいて行動する旨を定めたものと解釈される。
- 15) オーストラリア大陸東半分全てが当初ニュー・サウス・ウェールズ植民地となり（1788 年）、ついで現在のタスマニアが Van Diemen's Land として分離する（1825 年）。1836 年には、南オーストラリアがニュー・サウス・ウェールズから分離し、また、西オーストラリアが新たに作られる。1850 年、Australian Colonies Government Act 1850 が制定されて、各植民地に自治権が与えられた。1855 年にはイギリス議会によって New South Wales Constitution Act 1855 及び Victoria Constitution Act 1855 が制定されて独立する。南オーストラリアも 1855 年に、上記 1850 年法に基づいて独立し（1855-2

の権限配分を明確にすることが憲法制定の目的とされたこと、連邦議会の法律への留保事項が多く存在することが特色である。そしてなによりも、既に述べたように、まとまった権利章典が含まれていないことが、成文憲法を有する「立憲主義国家」としては異色である。

とはいえ、オーストラリアは国連設立時の有力国であり、世界人権宣言、国際人権規約の条文作成にも参加しているし、その当事国でもある。条約を批准しているという意味では、人権に関する法規範があるといえる。しかし問題は条約についてはイギリスと同様、法律を制定することで初めて国内法的効力を持つと基本的には考えられていることである。

後述するが、実際にオーストラリアにおいて権利章典を制定すべきとする主張は、世界人権宣言又は市民的及び政治的権利に関する国際規約（以下「自由権規約」とする）に国内法的効力を与える形ですべきであるという主張がほとんどである。国内の人権憲章として現存する首都特別地域（ACT: Australian Capital Territory）の「2004年人権法」及びヴィクトリア州の「2006年人権及び責任憲章」は自由権規約を基調としつつ（というよりも、現代的修正を加えて）条文が作成されている。

第2節 明示的権利

オーストラリア連邦憲法は統治機関の権限を制限する条文の中にごくわずかな権利条項を含んでいる。代表的な「権利の明示的保障（express guarantee）」とされているのは以下の諸権利である¹⁶⁾。

An Act to establish a Constitution for South Australia, and to grant a Civil List to Her Majesty), 同じく1850年法に基づいて1856年にタスマニアが独立する（現行のタスマニア州憲法は Constitution Act 1934 (No. 94 of 1934)）。1860年にクイーンズランドは上記の New South Wales Constitution Act 1855 に基づいて憲法を制定し（クイーンズランド州は2001年に新たに憲法を制定した（Constitution of Queensland 2001)）、西オーストラリアはイギリス議会による Western Australian Constitution Act 1890 によって憲法を制定して、それぞれに自治権を獲得した。こうして、それぞれの植民地について Constitution Act が成立した後、アメリカ独立戦争の影響もあって、連邦成立が志向されるようになったのである。成立史につき、簡潔には註12前掲、松井幸夫「オーストラリア連邦憲法」解説（阿部・畑編『世界の憲法集〔第四版〕』78～79頁）を参照。

16) 註3で挙げた憲法概説書も基本的に同じ整理をしているが、ここでは人権条約との対比を示している Peter Bailey, *The Human Rights Enterprise in Australia and Internationally* (LexisNexis Butterworths Australia, 2009) 273-274 の Table 4.1 による整理を主として紹介している。特に註を附していない解釈は Bailey によるものである（黙示的保障については、より詳しい検討を行っている Nick O'Neill, Simon Rice, Roger Douglas, *Retreat from injustice: human rights law in Australia* (The Federation Press, 2004) をも参考にした)。なお、最新の文献でも、必ずしも完全に分類の仕方が一致している訳ではない。Matt Harrey, Michael Longo, Julian Ligertwood, David Babovic, *Constitutional*

第一に、市民的権利及び手続的権利である。

憲法第 51 条第 23 号 A は、医療及び歯科医療の事業を提供する法律は、いかなる形態においても非軍事的徴用をみとめないと規定する¹⁷⁾。連邦議会の権限という形で、自由権規約第 2 条第 1 項の非差別条項、第 8 条第 1 項～第 3 項の奴隷的及び強制労働の禁止、世界人権宣言第 2 条（差別の禁止）及び第 4 条（奴隷・苦役の禁止）に相当する内容を定めている。*British Medical Association v Commonwealth* (1949) 79 CLR 201 (*Pharmaceutical Benefits case*) において本規定の権利にかかわる側面が間接的に扱われ¹⁸⁾、*General Practitioners Society v The Commonwealth* (1980) 145 CLR 532 において、*Pharmaceutical Benefits case* のディクソン判事 (Dixon J) の見解が検討された。上で言及したような意味で人権保障規定といえるかは争いがあるが、肯定的見解がないわけではない¹⁹⁾。

憲法第 75 条第 3 号～第 5 号は、高等法院が、連邦（第 3 号）、州際事件（第 4 号）、及び連邦の公務員に対する行政救済（第 5 号）に関する第一次裁判権を有することを規定する²⁰⁾。高等法院の権限規定であるが、自由権規約第 14 条第 1 項及び第 5 項にいう刑事事件

Law (LexisNexis Butterworths, 2010) は権利の明示的保障として冒頭に憲法第 41 条を挙げて投票の権利について論じている。他方 Suri Ratnapala, Thomas John, Vanitha Karean & Cornelia Koch, *Australian Constitutional Law—Commentary and Cases* (Oxford University Press, 2008) は明示的権利の例としては憲法第 51 条第 31 号、第 80 条、第 116 条のみを挙げている。全ての体系書を網羅的に検討したわけではないが、このような分類が一般的であるようである。節の表題が「明示的権利 express rights」であるのに、本文中で「権利の明示的保障」としているのは、express guarantee provisions in the Australian Constitution といった表現で分類を行う、近年の文献における分類手法に従っているからである。Ratnapala, *supra* note 3, 280-289 はホーフエルトの権利類型論に基づき、論理的に厳格な人権総論を示した上で、憲法条文から直接導き出せる権利と、判例上黙示的権利とされているもの、という分類を示す (*ibid* at 289-320)。

17) 第 51 条は連邦議会の権限を限定列挙した条項である。第 23 号 A (xxiiiA) は 1946 年の憲法改正（社会事業）によって追加された条項で、全文は「出産手当、寡婦年金、児童育英基金、失業、医薬、疾病および入院手当、医療及び歯科医療の事業（ただし、いかなる形態での非軍事的徴用をも認めるものではない。）、学生への奨学金、並びに家族手当に関する措置。」である。

18) Bailey, *supra* note 16, at 278.

19) Bailey, *supra* note 16, at 279.

20) 第 75 条「高等法院は、次に掲げる全ての事項について、第一次管轄権を有する。

一 条約に関して生じる事項。

二 外国の領事その他の代表者に関する事件。

三 連邦が当事者である事件。又は連邦に変わって訴訟を提起し、もしくは提起されている者が当事者である事件。

四 州相互間、異なった州の住民間、または州と他の州の住民との間の事件。

五 連邦の公務員に対する職務執行令状、禁止令上又は差止命令の発給を求める事件。」

における公平な裁判と上告の権利、及び同第2条第1項及び第3項にいう効果的な法的救済の権利を保障していると解される。本規定の解釈は確定したものではない。第3号については特に移住に関する一連の法律(Migration Act)が1997年以来整備されてきているが、憲法第128条とのかかわりで判例が蓄積されつつある²¹⁾。また庇護民に関して第5号の救済を求める事件では権利条項としての側面が出ている²²⁾。第4号については、判断が分かれている²³⁾。第5号の規定が最も具体的な権利にかかわる条項であるため、判例も多い²⁴⁾。

憲法第80条は、正式起訴で訴追される全ての犯罪について陪審による審理が保証され、またその審理は犯罪が行われた州で行われる旨規定する²⁵⁾。ただし、実際には刑法は主として州法に基づくのであって、州刑法に基づく裁判や、正式に訴追されない場合においては、陪審制をとることは、少なくとも連邦憲法上は要請されないとの高等法院判例²⁶⁾があるため、限界があるといえる。この点、高等法院の判例は本条を厳格に解釈しすぎているとの批判がある²⁷⁾。本条は、自由権規約第14条第1項(公平な刑事裁判の要請)、世界人権宣言第10条(公平な裁判所による公正な公開審理を受ける権利)及び第8条(効果的な救済を受ける権利)に相当するものと解される。

憲法第92条は、州同士の交通(Intercourse)は絶対的に自由であると規定する²⁸⁾。本条は自由権規約第2条第1項の非差別条項を、移動の自由(第12条第1項)、その他、例えば公務(第25条)や身体の自由(第9条)と併せて読む場合、すなわち具体的な非差別

21) *Re Refugee Tribunal; ex parte Aala* (2000) 204 CLR 82; *Plaintiff S 157/2002* (2003) 211 CLR 476.

22) *Ruddock v Vadarlis* (2001) FCA 1329.

23) *BP Australia v Amann Aviation Pty Ltd* (1996) 62 FCR 451; *Gould v Brown* (1998) 193 CLR 346; *Re Wakim; Ex parte McNally* (1999) 198 CLR 511.

24) *Re Refugee Tribunal; ex parte Aala* at 90-91; *Re McBain; Ex parte Australian Catholic Bishops Conference* (2002) 209 CLR 372; *Plaintiff S 157/2002* (2003) HCA 2; Bank Nationalisation Case (1948) 76 CLR 1 at 363. 関連立法として、Administrative Decisions (judicial Review) Act 1977 (Cth) だけ挙げておく。

25) 第80条「連邦の法律に違反する犯罪によって起訴された事件に関する審理は、陪審によるものとする。その審理は、当該犯罪が行われた州において行う。当該犯罪がいずれの州域内で行われたものでもない場合は、その審理は、議会在が定める場所において行う。」

26) *R v Bernasconi* (1915) 19 CLR 629. 関連判例は多岐にわたる。*R v Snow* (1915) 20 CLR 315 at 323; *R v Archdall and Roskrugge; Ex parte Carrigan and Brown* (1928) 41 CLR 128; *R v The Federal Court of Bankruptcy; Ex parte Lowenstein* (1938) 59 CLR 556 at 582; *Kingswell v The Queen* (1985) 159 CLR 264; *Cheng v The Queen* (2000) 203 CLR 248; *Brown v The Queen* (1986) 160 CLR 171; *Dietrich v The Queen* (1992) 177 CLR 292.

27) Ratnapala, *supra* note 3, 306.

28) 「均一の関税が賦課されるときには、州相互間の通商および交通は、内国運送によると、海洋航行によるとを問わず、絶対に自由とする。(以下略)」

条項に該当する。世界人権宣言第2条, 第13条, 第9条, 第25条も同様の内容を規定する。古典的な自由のひとつでもある²⁹⁾。Cole v Whitfield³⁰⁾でcommerceと異なり初期の連邦憲法草案からすでに「交通」の語が含まれていたことが指摘されている。本条の適用に関しては当初消極的な判例もあったが³¹⁾, 現代的意義がある程度強調されるにいたっている³²⁾

憲法第116条は, 連邦による国教の樹立禁止その他宗教関係の立法を原則として禁止する³³⁾。自由権規約第2条の非差別条項を, 思想, 良心, 信教の自由(第18条)と併せて読んだ場合の人権に該当する。世界人権宣言では第2条(差別の禁止), 第18条(思想・良心・宗教の自由)がこれに相当する。日本の人権規定³⁴⁾を読みなれた立場からすると, またアメリカ合衆国憲法の権利章典³⁵⁾と比較しても, 古典的且つ重要な権利であり, 「権利」規定として解釈されることに違和感が少ない規定ではある。けれども, 判例の展開は必ずしもそうになっていないようである³⁶⁾。本規定に言う「宗教 religion」「自由な宗教活動 free exercise」「国教樹立 establishment」の意義についての判例は, 意見が割れている³⁷⁾。

29) *Gratwick v Johnson* (1945) 70 CLR 1 では「交通 intercourse」概念の射程が検討された。

30) (1987) 165 CLR 360 at 387, 393-394.

31) *TCN 9 Case (Miller v TCN Channel Nine Pty Ltd)* (1986) 161 CLR 556; *Buck v Bavone* (1976) 135 CLR 110.

32) *Nationwide News v Willis* (1992) 177 CLR 1; *Cunliffe v The Commonwealth* (1994) 182 CLR 272.

33) 「連邦は, いかなる宗教についてであれ, 国教を樹立し, 宗教の遵奉を強制し, または自由な宗教活動を禁止する法律を制定してはならない。また, いかなる宗教上の宣誓も, 連邦における公職または公務に対する資格として要求してはならない。」

34) 日本国憲法第20条は次のように規定する。

「信教の自由は, 何人に対してもこれを保障する。いかなる宗教団体も, 国から特権を受け, 又は政治上の権力を行使してはならない。

2 何人も, 宗教上の行為, 祝典, 儀式又は行事に参加することを強制されない。

3 国及びその機関は, 宗教教育その他いかなる宗教的活動もしてはならない。」

35) アメリカ合衆国憲法第1修正は次のように規定する。

「連邦議会は, 国教を樹立し, 宗教の自由な活動を禁止する法律, 言論または出版の自由を制限する法律, ならびに人民が平穏に集会する権利を制約する法律, および苦情の処理を求めて政府に対し請願する権利を侵害する法律を制定してはならない。」

36) *Beiley*, *supra* note 13, 299. ベイリーが挙げている判例は確認が取れなかったので, ここではベイリーの著作を示すにとどめる。

37) 「宗教 religion」の意義について, *Church of the New Faith v Commissioner of Pay-roll Tax (Victoria)* (1983) 154 CLR 121(the *Scientology* case)が注目を浴びた判例である。意見が大きく分かれた((1983) 154 CLR 121 at 128)。「自由な宗教活動 free exercise」は古くから問題となっている(*Krygger v Williams* (1912) 15 CLR 366)。Adelaide Company of Jehovah's Witnesses Incorporated v The Commonwealth (1943) 67 CLR 116 及び *Australian Communist Party v The Commonwealth* (1951) 83 CLR 1 で安全保障 National Security とのかかわりが問題とされ, 関連立法が合憲と判断されている。ここでは立ち入らないが, *Kruger v The Commonwealth* (1997) 190 CLR 1 では北部準州

第二に、経済的権利と平等権である。

憲法第 51 条第 31 号は、財産の（強制的）取得を正当化する法律は、正当な条件を提示すべき事を規定する³⁸⁾。世界人権宣言第 2 条（差別の禁止）及び第 17 条の財産権条項、社会権規約第 2 条第 2 項の財産に関する非差別条項が該当する。このことを最初にまとめた形で指摘したのは *Bank Nationalisation Case*³⁹⁾ である。この規定は、財産権規定として重視されており、法学部やロースクールにおける教育でも重視されている⁴⁰⁾。

先に触れた憲法第 92 条は、州同士の通商交易（Trade and commerce）が絶対的に自由であると規定する。これは社会権規約第 7 条（公正且つ良好な労働条件を享受する権利）、第 11 条（相当な生活水準についての権利）、第 12 条（健康を享受する権利）、第 13 条（教育についての権利）、第 15 条（科学及び文化についての権利）と結びついて社会権規約第 2 条第 2 項の非差別条項の内容が前提されていると解されている。

憲法第 117 条は、州の居住者は他の州の居住者がその州において等しく受けることのないような権利の制限または差別的取扱を受けない旨規定する。自由権規約及び社会権規約第 2 条は広範囲の具体的指標を示して差別的取扱を禁止するが、第 117 条は参政権（自由権規約第 25 条）、法的平等（自由権規約第 26 条）、勤労（社会権規約第 6 条）、健康（社会権規約第 12 条）、世界人権宣言第 2 条、第 7 条（差別禁止、平等）と第 25 条（参政権）に対応するとの主張がある。

以上の「明示的権利」とされるものも、すでに述べたように、通常の意味での「権利」条項で保障されている権利とは言い難い⁴¹⁾。

第 3 節 黙示的権利

明示的権利に対して、憲法の規定する制度が当然の前提とするもの、自然権的発想か

におけるアボリジニの宗教活動が問題となった。「国教樹立 establishment」の意義についての判例はひとつだけで、*Attorney-General for Victoria Ex Rel Black v Commonwealth* (1981) 146 CLR 559 (the *DOGS case*)において、教会やイギリス国教会系学校への補助金に関する法律が合憲と判断されている。

38) 憲法第 51 条第 31 号「議会在法律を制定する権限を有する目的のために、正当な条件により州または個人から財産を取得すること。」

39) *Bank of New South Wales v Commonwealth* (1948) 76 CLR 1, 349-350.

40) 例えば、憲法の論点解説と解答例を示しているテキストの一つである Imtiaz Omar, *Constitutional Law Third Edition* (LexisNexis Butterworths, 2010) at 318-324 は憲法第 51 条第 31 号の「正当な条件 (just terms)」についての判例を整理しその射程を論ぜよとする問題を示している。

41) すでに触れたように、ここでいう明示的権利と黙示的権利の分類はかなり相対的なものである。

らのものなど根拠は様々であるが、学説と判例によっていくつかの黙示的権利 implied rights が認められている⁴²⁾。

第一に、政治的権利である。

Amalgamated Society of Engineers v Adelaide Steamship Co. Ltd (1920) 28 CLR 129 で連邦と州の間の黙示的不可侵 (implied immunities)⁴³⁾ が否定された。憲法に明示されていない州の権限は黙示的に州に留保されているのではなく、憲法に明示なき限り連邦優位に解釈され得ると判示したのである。この判決は、高等法院による、連邦憲法上の権利保障を解釈上導き、州の立法や行政行為に対して違憲判決を下す一つの根拠として、大きな意味を持つ。すなわち、黙示的権利として種々の人権を認めていく際にもこの判決の論理が憲法解釈上重要な意義を持っているのである。

1997年に、ニュージーランドの元首相によって提起された *Lange v Australian Broadcasting Corporation* (1997) 189 CLR 520 は連邦憲法典が連邦の権限を制約している結果承認される消極的権利としての政治的表現の自由 (an implied right of freedom of political communication) を承認する。

しかしオーストラリアにおける表現の自由は、統治機構に対する憲法上の権限が制約されていることによる黙示的保障という論理をとっているため、政治的言論以外にはその保障が及ばないとされる。このことは、政治的言論の重要性を強調する（オーストラリアに限らない）解釈の持つ欠点を示しているように思われる。すなわち、黙示的権利という解釈方法による自由の保障は、どこまでがその自由・権利の射程であるかによって広くも狭くもなってしまうのである⁴⁴⁾。本稿第3章で改めて論ずるが、この点に対する評価が、権利章典制定に対する立場の、一つの分水嶺といえるかもしれない。

文言上は、以下列挙する参政権を黙示的に保障する規定は、自由権規約第25条と、投票における差別禁止規定（自由権規定第2条第1項）に該当するものと解される。一見すると憲法第41条⁴⁵⁾が選挙権を保障している規定に見えるが、経過規定であるとして、判

42) 明示的権利 explicit right について述べたのと同様、黙示的権利についても解釈は分かれている。ここでは、最も広範囲に及ぶ言及がある Beiley, *supra* note 13 によりつつ、判例の見解整理を行う。

43) See, Catherine Penhallurick, "Commonwealth Immunity as Constitutional Implication", 29 *Fed. L. Rev.* 151 (2001) 151-178. 憲法第109条の射程距離について、特に *ibid.*, at 170-171 参照。

44) オーストラリアにおける表現の自由と他の人権（名誉毀損とプライバシー侵害）との関係についても広く比較法的検討をしているエリック・バレント『言論の自由』（比較言論法研究会訳、雄松堂、2010年）245～246頁参照。

45) 憲法第41条（州の選挙人の権利）「州の議会の議員数が多い方の議員の選挙において投票権を有し、または有すべき成年者は、その権利が存続する限り、連邦のいかなる法律によっても、連邦議会のいずれかの議員の選挙において投票することを妨げられない。」

例で否定された⁴⁶⁾。

憲法第6条は、連邦議会は少なくとも毎年一回開催すると定める。憲法第7条は、元老院（上院：The Senate）議員は人民が直接選挙すること（第1項）、各基本州を代表する元老院議員の定数は同数とする（第3項）を定め、第24条は代議院（下院：The House of Representative）議員の定数は元老院議員の定数の二倍とすること（第1項）、各州で選挙される代議院議員の定数は、それぞれの人口数に比例すること（第2項）を定める。

憲法第8条は、元老院議員と代議院議員の選挙人の資格が同一であることを定める。憲法第30条は代議員議員の選挙人の資格として、「各州における選挙人の資格は、連邦議会在別に定めるまでの間、当該州の法律が別に定めるまでの間、当該州の法律が定める、州の議会の議員数が多いほうの議院の選挙人の資格と同一とする。ただし、代議院議員選挙における各選挙人の投票は、一回に限られる」と規定する。第31条が第30条で言及されている州法の適用を、第34条が代議院議員の議院資格を、第16条が元老院議員の議院資格をそれぞれ定めている。

さらに、憲法改正国民投票について定める第128条⁴⁷⁾も、参政権を黙示的に示すものである。ただし、これらの規定はあくまで制度規定であることから、参政権は黙示的権利であると解されているのである⁴⁸⁾。

第二に、市民的及び法的手続きに関する権利である。

憲法第109条は州の法律と連邦法律との抵触について規定する。すなわち、「州の法律が連邦の法律に抵触する場合には、連邦の法律が優先し、当該州の法律は、抵触する限度において効力を有しない。」けれども、憲法第51条は連邦議会の立法権限について限定列举の形式をとっているために、しばしば、両条項の解釈が問題となってきたのである。第109条の適用は、1984年までは、連邦議会の優位に関わる、純粋に連邦制に関する争点に慎重に限定していた⁴⁹⁾。*University of Wollongong v Metwally* (1984) 158 CLR 447では、

46) *Re Pearson and Others Ex parte Sipka* (1983) 152 CLR 254. 多数意見は第41条を連邦形成時に限定したが、マーフィー判事 (Murphy J) の反対意見は既存の投票権を否定するものではない旨主張している。

47) 憲法改正に関する第128条は長文(全7項からなる)である。ここでは、参政権保障とかかわる限りで引用しておく。

第2項「憲法改正案は、議会の各議院の総議員の過半数で可決し、両議院を通過した後2ヶ月以上6ヶ月以内に、各州および準州において、代議院議員選挙の選挙権を有する選挙人に提案しなければならない。」

第5項「当該改正案は、過半数の州で、投票した選挙人の過半数が賛成し、かつ、投票した全選挙人の過半数が賛成するときは、女王の裁可を得るために総督に提出される。」

48) Bailey, *supra* note 16, at 309 ff. は、「人権と潜在的つながりのある諸規定 Provisions with potential connections to human rights」と整理する。

49) See eg. *D'Emden v Pedder* (1901) 1 CLR 91; *South Australia and Others v Commonwealth* (1942)

ウロンゴン大学大学院の海外留学生であったメトワリー氏（Mr Metwally）が1977年反差別法（the *Anti-Discrimination Act 1977 (NSW)*）規定の意味での人種差別を受けてきたと主張した。高等法院は、「オーストラリアの連邦形成はかつて、そして現在も人々の結合である。〔中略〕連邦憲法の諸規定は、どのように機能するとしても、最終的には、連邦と各州と呼ばれる人工的な法主体の権威の由来であるすべての人の統治と保護に関わる。このように見えてくると、憲法第109条は、単に、立法権限領域における諸個人の行為を統制する権限競合の有効性についての連邦と州との間の争いを解決することに関わるだけではない。それは、同一主題についての連邦議会と州議会の有効且つ相矛盾する要件に従うことによる不正義から個人を保護するということにも、等しく重要なかわりがある」と判示したのである⁵⁰⁾。なお第109条は、その後、*Croome v Tasmania* (1997) 191 CLR 119において、憲法第75条第1号（高等法院が条約に関して生じる事項について第一次管轄権を有するとの規定）との関連で、同性愛を罰するタスマニア刑法の規定と連邦の *Human Rights (Sexual Conduct) Act 1994* との適合性が争点となった際に問題となっている。

第三に、経済的権利と平等権である。以下に簡単に整理するように、差別禁止法理を条文に見出し、その背後に権利を読み込むのが経済的権利に関する解釈手法のようである。

憲法第51条第2号及び第3号は、連邦政府の税法は、州又は州の一部の間に差別を設けてはならず、また物品の生産又は輸出に対する奨励金を設け得るが、連邦全域で均一であるべきと規定する。社会権規約第2条第2項及び第7条、第11条、第12条、第13条の権利と関連するものと解される。すでに明示的権利の項で触れた憲法第92条とほぼ同一の社会権規約の条文が挙げられていることから明らかであるが、明示的権利と黙示的権利の区別はこのように相対的なものである。憲法第84条は、州の公務担当部門が連邦に移管される場合は、その職員が連邦行政府の監督下におかれると定めている。本条からは、その際に、職員が実質的な権利を奪われないことを示唆するものと解される。これは社会権規約第7条a項1)及びc項1)に関わる。また憲法第88条は、均一課税の原則につき規定する。二重課税をされない権利、課税において差別を受けない権利がその背後に読み取れると解される。内容的に、上述の第51条第3号と重複する。

第92条は、既に明示的権利のところでも言及したように、州際交通等の自由を保障していると解されている。それらの前提となる経済的自由、営業の自由等がその背後にあると解されることは理解しやすい。この第92条と、さらに、連邦政府が「通商または歳入

65 CLR 373, at 421-426; *Clyde Engineering Co v Cowburn* (1926) 37 CLR 466, at 488-499; *Ex parte McLean* (1930) 43 CLR 472, at 483-485. Penhallurick, *supra* note 40, at 153-160.

50) *University of Wollongong v Metwally* (1984) 158 CLR 447, at 476-477.

に関する法律または規則により、特定の州またはその一部に、他の州またはその一部に優先する特惠を与えてはならない」と規定する第 99 条、連邦政府が「通商に関する法律または規則により、州またはその住民が管理または灌漑のために河川を合理的に使用する権利を制限してはならない」と規定する第 100 条、鉄道に関して州による特惠賦与の禁止について定める第 102 条と、鉄道に関わる地方税について第 102 条に対する例外を定める第 104 条は、いずれも、第 51 条第 2 号及び第 3 号と並んで、社会権規約第 2 条第 2 項及び第 7 条、第 11 条、第 12 条、第 13 条の権利と関連するものと解され得る。ただし、このように社会権規約との関連を明示する憲法体系書は見あたらない⁵¹⁾。

第四に、いわゆる社会権については、法律による保障が主たるものであるとの理解が憲法学者の間では有力なようで、具体的な言及がない体系書もある⁵²⁾。国際人権とのかかわりを重視する学者のなかには、この点を人権条約と強く関連づけて、第 113 条⁵³⁾ 及び第 119 条⁵⁴⁾ を社会権を黙示的に保障する条項と解釈する立場がある⁵⁵⁾。この立場の著者も指摘しているように、本来第 113 条はアメリカの判例に基礎づけられて起草された⁵⁶⁾。その沿革からしても判例でそのように扱われてきたわけではないが、本条が健康に関する権利(社会権規約第 2 条第 2 項及び第 12 条) を黙示的に保障するものと解される可能性が指摘さ

51) Bailey, *supra* note 16 は、人権の国際的保障に大きな比重を置いている著書であり、ここで述べた社会権規約との関係も、同書に依っている。

52) ハイエキアンの立場から、次のように述べている憲法体系書があることは留意されて良いと思われる。「古典的自由主義的な関心事は、通常、公的な干渉 (interventions) 並びに威圧 (coercions) からの自由という意味における消極的自由を保護することにあった。福祉国家理論家は、消極的自由の観念を、欠乏からの自由に拡張しようとしてきた。例えば、彼らは社会保障給付 (social security payments)、最低賃金 (minimum wages)、並びに健康管理と教育を含む自由なまたは補助的な商品若しくはサービス (free or subsidized goods and services) の範囲を確立しようとする。欠乏からの自由という願いは——ある種の実質的な生活条件の意味では——、私たちの生活に対する物理的圧迫の縮減によって、私たちの物理的自由の範囲を拡張しようとの願いである。けれども、この拡張は、国家を含む、他者の規範的若しくは義務論的自由の縮減によってのみ達成されることができる。この縮減は、法が国家を含む人 (persons) に対して、福祉を変容させ、指定条件にかなう場合にのみ商品及びサービスを提供するような義務を課すことで達成される。自由の概念的 가능성을拡張することは、ある種の人の一部に積極的義務を付加することを要請する。これとは対照的に、規範的若しくは義務論的自由の拡張は、全ての人に対する消極的義務を課す」(Ratnapala, *supra* note 3, 284)。

53) 第 113 条 (酩酊作用のある液体) 「発酵液、蒸溜液その他酩酊作用のある液体で、州に移入され、または使用、消費、販売もしくは貯蔵のために州内に残留するものは、すべて、当該州で製造されたものと同じく、当該州の法律に服するものとする」。

54) 第 119 条 (侵略・暴力行為からの州の防護) 「連邦は、すべての州を侵略から防護し、また、州の行政府の要請があったときには、州内の暴力行為から防護しなければならない」。

55) Bailey, *supra* note 16, 322-324.

56) Bailey, *supra* note 16, 322; *Rhodes v Iowa* 170 US 412 (1897) .

れる⁵⁷⁾。第119条は、防衛に関わる条項であって、州による軍隊徴募の禁止と連邦及び州の財産に対する課税につき規定する第114条、「陸海軍による連邦および各州の防衛、ならびに連邦法の執行および維持のための武力の統制」についての連邦議会の立法権を定める第51条第6号、「この憲法が監督権を連邦の行政府に付与している行政機関に関する事項」についての連邦議会の専属的権限を規定する第52条第二号と併せて、連邦政府の軍隊に対する排他的管轄権を規定しているものと解されている条項である⁵⁸⁾。1978年のシドニー爆破事件（イギリスコモンウェルスアジア地域首脳会議会場）を除くと、テロリズム対策としても国内で軍隊の出動要請は問題になってこなかった⁵⁹⁾。自然災害に際しての軍隊出動について、近年では北部準州に関する法律が制定されている⁶⁰⁾が、出動要請そのものは明文化されていない。第119条を人権に関する条項として解釈する著作は、本条を自由権規約第4条と関連させて解釈し、自由権規約第9条（身体の自由、逮捕抑留の適正手続）、社会権規約第6条（労働の権利）、同第7条（労働条件についての権利）、自由権規約及び社会権規約の共通条項である第2条第2項の差別禁止原則を読み込む⁶¹⁾。自由権規約第9条については、憲法解釈として、本章第2節で触れた解釈の方が有力であるので、孤立した解釈といえると思われる。

第4節 人権保障に関わる制度と関連法

現在オーストラリアにおいては、人権保障に関してここまで述べてきたように憲法解釈上認められてきたが、これに加えて、批准した国際人権条約と、関連する国内法が存在する。もっとも、沿革上、イギリスの法律もいくつかコモン・ロー上の法源として有効である⁶²⁾。

そこで、まずイギリス制定法の継受について概観する。

法源としてのコモン・ローは、実質的憲法というべきであろうが、イギリス議会の制定法についてのみ、便宜上ここで扱う。なお、地域によって適用される法令が異なる。

イギリス議会制定法の継受法としての承認は、地域によって法律で別途定められており、継受終結日が異なる。また明文で適用しない旨が示されることもある。北部準州につ

57) Bailey, *supra* note 16, 322.

58) Bailey, *supra* note 16, 323; Ratnapala, *supra* note 3, 96.

59) オーストラリアにおけるテロリズム対策について、さしあたり、梅田久枝「オーストラリアのテロリズム対策」『外国の立法』第228号（2006年5月）194～210頁参照。

60) *The Emergency Response (Northern Territory) Act 2007*.

61) Bailey, *supra* note 16, 323-324.

62) *Mabo v The State of Queensland[No.2]* (1992) 175 CLR 1, at 34-38 per Brennan J.

いては、1836年12月28日⁶³⁾、タスマニアについては1828年7月25日⁶⁴⁾、南オーストラリア州について1836年12月28日⁶⁵⁾、西オーストラリア州について1829年6月1日⁶⁶⁾。これらの日付以降は、イギリス議会において改正がなされても、それはオーストラリア法ではない。州・準州等が自らの議会で法律を制定できるようになったのは、1865年植民地法有効法⁶⁷⁾並びに1986年オーストラリア法⁶⁸⁾による。首都特別地域、ニュー・サウス・ウェールズ州、クイーンズランド州、ヴィクトリア州はイギリス法継受に関してこの権限をすでに行使している⁶⁹⁾。

現在明示的にオーストラリア法として有効であるとされている継受法は、マグナ・カルタ〔人身の自由と司法の適正〕⁷⁰⁾、1351年刑事及び民事裁判法〔合法的な大陪審 presentment によらない訴訟提起の禁止〕⁷¹⁾、1354年適正手続法⁷²⁾、1368年適正手続法⁷³⁾、

63) *Sources of Law Act 1985* (NT) s. 3.

64) *Australian Courts Act 1828* (Eng) 9 George IV c. 83, s. 39.

65) *Acts Interpretation Act 1915* (SA) s. 48.

66) *Interpretation Act 1984* (WA) s. 73.

67) *Colonial Law Validity Act 1865* (Eng) .

68) *Australia Act 1986*.1986年法オーストラリア法については、斎藤憲司「オーストラリアの『独立』——イギリス議会による1986年オーストラリア法制定」『ジュリスト』No. 872 (1986年11月15日号) 56～63頁参照。

69) *Imperial Acts Application Ordinance 1986* (ACT); *Imperial Acts Application Act 1969* (NSW); *Imperial Acts Application Act 1984* (Qld) ; *Imperial Acts Application Act 1980* (Vic).

70) *Magna Carta 1279* (Eng) 25 Edward I 12, c. 29. オーストラリアにおけるマグナ・カルタの適用について、David Clark, "The Icon of Liberty: The Status and Role of Magna Carta in Australian and New Zealand Law" (2000) 24 *Melbourne University Law Review* 866, esp. 874-879. (本論文は < <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MULR/2000/34.html> > でも入手できる。) 成文の法典としては、ACTで再公布 (republication) されている。参照、<http://www.legislation.act.gov.au/a/db_1781/default.asp>. ACT, NSW, Qld, Vic は註69で挙げた Imperial Application Act でマグナ・カルタ第29条のみを挙げている (以下一々 Imperial Application Act に言及しない)。他方, SA, NT, Tas, WA はマグナ・カルタ全てが状況に応じて適用される。

71) *Criminal and Civil Justice Act 1351* (Eng) 25 Edward III St 5, c. 4. ACTで再公布されている。参照、<http://www.legislation.act.gov.au/a/db_1783/default.asp>. 当然 ACT では適用されるが, NSW, Qld, Vic では適用されない。SA, NT, Tas, WA では、状況に応じて本法が適用される。

72) *Due Process of Law Act 1354* (Eng) 28 Edward III, c. 3. ACTで再公布されている。参照、<http://www.legislation.act.gov.au/a/db_1787/default.asp>. ACT, NSW, Qld, Vic では全面的に適用され、SA, NT, Tas, WA では状況に応じて適用される。なお参照、Clark, *supra* note 56, at 882.

73) *Due Process of Law Act 1368* (Eng) 42 Edward III, c. 3. ACTで再公布されている。参照、<http://www.legislation.act.gov.au/a/db_1776/default.asp>. 本法の適用関係は、*Due Process of Law Act 1354* と同様である。

1627年権利請願⁷⁴⁾、1640年人身保護法⁷⁵⁾、1679年人身保護法⁷⁶⁾、1688年権利章典⁷⁷⁾、1700年王位継承法⁷⁸⁾、1816年人身保護法⁷⁹⁾である。

第二に、人権条約関連法である。

関連する人権条約は、2010年人権（議会審査）法案⁸⁰⁾が列挙している。すなわち、同法案第3条は、第1項で、「本法において、人権とは、以下の国際文書によって承認され又は宣言された諸々の権利及び自由を意味する」としたうえで、7条約を挙げている。あ

74) *Petition of Right 1627* (Eng) 3 Charles I, c. 1. ACTで再公布されている。参照、<http://www.legislation.act.gov.au/a/db_1808/default.asp>. ACT, NSW, Qld, Vicでは全面的に適用され、SA, NT, Tas, WAでは状況に応じて適用される。なお参照、Clark, *supra* note 70, at 885 and the cases cited in footnote 122 [*Adler v District Court of New South Wales* (1990) 19 NSWLR 317, 349-51; *Prisoners A-XX Inclusive v New South Wales* (1995) 38 NSWLR 622, 634-5; *Subritzsky v Circosta* (1996) 127 ACTR 1, 8].

75) *Habeas Corpus Act 1640* (Eng) 16 Charles I, c. 10. 全条文がヴィクトリア州で再公布されている (Imperial Acts Application Act 1980 (Vic) Pt II Div 2.)。なお、NSWとQldでは第6条のみが適用される。ACTでは適用されない (Imperial Acts Application Act 1986 (ACT) Sch 2)。SA, NT, Tas, WAでは状況に応じて適用される。

76) *Habeas Corpus Act 1679* (Eng) 31 Charles II, c. 2. ヴィクトリア州は、*Habeas Corpus Act 1640*と同様再公布されているが、第10条及び第14条は適用されない (Imperial Acts Application Act 1980 (Vic) Pt II Div 2.)。NSWとQldでは (第9条、第10条、第12条～第14条、第20条以外、適用される。ACTでは適用されない (Imperial Acts Application Act 1986 (ACT) Sch 2)。SA, NT, Tas, WAでは状況に応じて適用される。

77) *Bill of Rights 1688* (Eng) I William and Mary sess. 2, c. 2. ACTで再公布されている。参照、<http://www.legislation.act.gov.au/a/db_1792/default.asp>. ACT, NSW, Qld, Vicでは全面的に適用される。SA, NT, Tas, WAでは状況に応じて適用される。第1条につき、*Meggitt Oversears Ltd v Grdovic* (1988) 43 NSWLR 537, at 531. 第6条につき、*Re Tracey; Ex Parte Ryan* (1989) 166 CLR 518 per Brennan and Toohey JJ. 第9条と憲法第49条の関係につき、Parliamentary Privileges Act 1987 (Cth) ss 10-16. なお参照、G M Kelly, “Questioning a Privilege: Article 9 of the Bill of Rights 1688” (2001) 16 *Australian Parliamentary Review* 61; David Kell, “Immunity from Prosecution for Prospective Illegal Conduct” (1997) 71 *Australian Law Journal* 553.

78) *Act of Settlement 1700* (Eng) 12 amd 13 William III, c. 2. ACTで再公布されている。参照、<http://www.legislation.act.gov.au/a/db_1788/default.asp>. ただし、イギリス庶民院、及び庶民院貴族院両議会に言及した条文はACT再公布法では削除されている。ACT, NSW, Qld, Vicでは全面的に適用される。SA, NT, Tas, WAでは状況に応じて適用される。

79) *Habeas Corpus Act 1816* (Eng) 56 George III, c. 100. ヴィクトリア州は、*Habeas Corpus Act 1640*と同様再公布されているが、条文に若干の修正が加えられている (Imperial Acts Application Act 1980 (Vic) Pt II Div 2.)。NSW, Qld, Vicでは適用される。ACTでは適用されない (Imperial Acts Application Act 1986 (ACT) Sch 2; Imperial Acts (Substituted Provisions) Act 1986 (ACT) Sch 2, Pt 19.)。SA, NT, Tas, WAでは状況に応じて適用される。

80) *Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Bill 2010* (Cth).

らゆる形態の人種差別の撤廃に関する条約〔人種差別撤廃条約〕([1975]ATS 40), 社会権規約([1976]ATS 5), 自由権規約([1980]ATS 23), 女性に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約〔女性差別撤廃条約〕([1983]ATS 9), 拷問及びその他の残虐で、非人道的又は品位を傷つけるような取扱いに関する条約〔拷問等禁止条約〕([1989]ATS 21), 子どもの権利条約([1991]ATS 4), 障害者の権利に関する条約([2008]ATS 12)がそれである。

条約の実施に関連して、いくつかの法律が制定されている。主として人権に関する委員会設置に関わる。

代表的なのは、1986年人権及び平等機会委員会法⁸¹⁾である。既に見たように、憲法解釈上も平等条項と解釈されている条項は多岐にわたり、差別禁止及びプライバシー保護については法律が制定されている。

1992年障害者差別禁止法⁸²⁾は障害者の権利に関する条約批准時に制定されている。人種差別については、白豪主義政策撤回直後に連邦でも州レベルでも制定されている。すなわち、1975年人種差別禁止法⁸³⁾が代表的であるが、さらに、2004年刑法改正(通信に関する犯罪その他の手段)(第2)法⁸⁴⁾は、人種嫌悪に関するものをインターネット、ラジオ、テレビなどで流すことを禁ずる。クイーンズランド州は、1975年アボリジニ及びトール海峡諸島人(クイーンズランド差別禁止)法⁸⁵⁾を制定している。同法はオーストラリア先住民に対しての差別を禁じており、オーストラリア連邦議会図書館の市民的権利及び人権(Civil and Human Rights)に関するインターネットリソースをまとめている頁では、わざわざ「この種の法は連邦レベルでは存在しない」ことを明記している⁸⁶⁾。性差別に関しては、1999年職場における女性のための平等機会法⁸⁷⁾、1987年雇用機会均等(連邦機関)法⁸⁸⁾、1984年性差別禁止法⁸⁹⁾が制定されている。さらに、性行動に関して、1994年人権(性

81) *Human Rights and Equal Opportunity Commission Act 1986* (Cth).

82) *Disability Discrimination Act 1992* (Cth).

83) *Racial Discrimination Act 1975* (Cth).

84) *Crimes Legislation Amendment (Telecommunications Offences and Other Measures) (No. 2) Act 2004* (Cth).

85) *Aboriginal and Torres Strait Islands (Queensland Discriminatory Laws) Act 1975* (Qld).

86) <<http://www.aph.gov.au/library/intguide/law/civlaw.htm>>

87) *Equal Opportunity for Women in the Workplace Act 1999* (Cth).

88) *Equal Employment Opportunity (Commonwealth Authorities) Act 1987* (Cth).

89) *Sex Discrimination Act 1984* (Cth).

行動）法⁹⁰⁾、1996年職場の人的関係に関する法律⁹¹⁾（特に第3条、第104条、第151条、第222条、第568条、第659条など）が制定されている。

プライバシーに関連する法律として、1988年プライバシー法 Privacy Act 1988、1990年データ照合プログラム（援助及び税）法、2000年プライバシー改正（プライベート・セクター）法がある。2000年法は1998年法を改正してNGOにも適用領域を拡大したものである。なおプライバシー保護については各州に法律がある。

第2章 オーストラリアにおける人権保障の歴史—権利章典にかかわる提案

第1節 歴史

本稿問題の所在において概観しておいたように、人権規定を憲法に導入し、あるいは権利章典を法律として制定しようという試みは何度かなされてきている⁹²⁾。オーストラリア連邦議会図書館のサイト上での整理が便利であるので、まずそれに基づいて年表風にまとめてみよう。

2010年人権（議会審査）法案（*Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Bill 2010*）が現在審議されている。これは法案、立法に関する文書及び行政行為（acts）が国際人権文書と一致しているかどうか、そして人権適合声明が新たな法案または立法に関する文書を必要とするかを審査する人権に関する合同委員会（the Parliamentary Joint Committee on Human Rights）を創設するものである。従来も国際人権条約は批准しても国内では差別禁止法を除くとまとまった権利章典が憲法上も法律としても存在してこなかったオーストラリアの伝統と合致させるために工夫をしていることがうかがえる。これより以前は、具体的な連邦権利章典の試みがなされてきた。以下現在から遡る形で年表風に概観しよう。

比較的詳細なのが、「2001年権利と自由に関する議会憲章法案」である。

元々は「2000年オーストラリア権利章典法案」として、オーストラリア民主党首メグ・リーズ（Meg Lees）によって元老院に提出された法案であった。この法案は2001年9月27日の第二読会以降進展しなかった。

90) *Human Rights (Sexual Conduct) Act 1994* (Cth).

91) *Workplace Relations Act 1996* (Cth).

92) オーストラリア連邦議会の議会図書館サイト内に、オーストラリアの人権に関するインターネット上のリソースがまとめられている。連邦レベルと州及び準州・首都特別地域とに分類されている（<<http://www.aph.gov.au/library/intguide/law/billofrights.htm>>）。

この法案は、2005年と2008年に元老院議員スコット・デスポジャ（Scott-Despoja）によって再提出された。この法案は2008年6月30日元老院議員スコット・デスポジャの議員退職によって無効となった。

分説すれば、「2001年オーストラリア権利章典法案」は2001年4月2日に代議員議員アンドリュー・セオファナス博士（Dr Andrew Theophanous）による議員立法として提出されたものであるが、第二読会にいたらなかったものである。

その前身である「2000年オーストラリア権利章典法案草案」はオーストラリア民主党アンドリュー・マレイ（Andrew Murray）元老院議員によって提出されたもので、「2001年権利と自由に関する議会憲章法案」として提出された。

1988年には「憲法改正（権利と自由）法案」が、議会は通過したが、1988年9月3日の国民投票で否決されている。国民投票での否決が、その後10年以上憲法改正法案も人権法案も提出されなかった根本要因であろう。その3年前の、「1985年オーストラリア権利章典法案」は、代議院は通過したが、元老院への政府による提出は撤回された。1985年の草案は前年の法案が基礎になっている。「1984年オーストラリア権利章典法案草案」は、一部がガレス・エヴァンス法務総裁によって、そして後に情報自由法の下で提出された。改正された版の草案が、1985年に法務総裁ライオネル・ボウエンによって提出されている。さらにその2年前に「1982年人権法案」が元老院議員、オーストラリア民主党（Australian Democrats）のジャーニー・ハynes（Janine Haines）の議員提出法案が提出された。この法案は1973年のマーフィー法案（Murphy bill）をモデルとしており、同法案に対する家族、信教の自由、及び性的指向（sexual preference）に関する追加条項に関する修正を含む。「1973年人権法案」は1974年4月の議会解散で廃案となっている。この法案まで30年ほど期間が空いている。

第二次世界大戦終了直前に「1944年憲法改正（戦後再興及び民主的諸権利）法案」（*1944 Alteration (Post-War Reconstruction and Democratic Rights) Bill*）が出されている。これは、言論及び信教の自由、委任された立法権の濫用に対する保護についての憲法的保障を連邦憲法典に挿入しようとの提案である。両議会を通過したが、国民投票で否決された⁹³⁾。

93) 連邦憲法典制定以前の状況について、連邦議会図書館のウェブサイトは、H. Patapan, “The Dead hand of the founders?: original intent and the constitutional protection of rights and freedoms in Australia” in: *The attempt to include a Bill of Rights in the drafts of the Constitution* by Andrew Inglis Clark の参照を求めるとどめている。

第2節 近年の権利章典議論

ここまで見てきたように、オーストラリアにおいては、権利章典の制定に、政治家が消極的であったわけではない。州または準州レベルでも、2004年の首都特別地域における人権法の制定、2006年のヴィクトリア州権利及び責任憲章法のように成立したものだけでなく、2007年10月にタスマニア州法改正機構はタスマニア人権憲章が制定されるべきことを勧告しているし⁹⁴⁾、2007年11月には西オーストラリア州人権法提案諮問委員会は西オーストラリアにおいて人権法が制定されるべきことを勧告した⁹⁵⁾。問題の所在でも指摘したように、クイーンズランド州では否定的勧告が出されているが、人権の重要性を否定しているわけではない⁹⁶⁾。

さらに、世論調査にしても、むしろ権利章典制定には肯定的な結果が出ているのである。一番最近行われたのはアムネスティ・インターナショナルによるものであるが、81%の支持を得ている⁹⁷⁾。

おそらく最も影響力のある権利章典制定肯定側の提案は、ジェフリー・ロバートソンによるものであろう。以下、同氏の『自由の法律』⁹⁸⁾に主として依りながら、まず、権利章典肯定論を整理しておこう。

ロバートソンは、オーストラリアが、そもそもイギリスから法的に独立しているといえるのかという点それ自体に疑問を呈する⁹⁹⁾。本章第1節で概観した権利章典制定史についても、1787年にアーサー・フィリップ (Captain Arthur Phillip) が、奴隷解放に関する宣言を出していることが今日オーストラリアで忘れられていると指摘する¹⁰⁰⁾。ロバート

94) Tasmania Law Reform Institute, *A Charter of Rights for Tasmania* (Report No 10, October 2007) Recommendation 2.

95) *Report of the Consultation Committee for a Proposed Western Australian Human Rights Act* (November, 2007) Recommendation 1. この報告書の末尾には、社会権を含む人権法草案が掲載されており、それ自体興味深い報告書であるが、紙幅の関係でその紹介検討は他日を期したい。

96) Legislative Assembly of Queensland, Legal, Constitutional and Administrative Review Committee, *The preservation and enhancement of individual's rights and freedoms in Queensland: Should Queensland adopt a bill of rights?* (November 1998, Report No 12) は、教育の重要性を強調している。

97) Majority support the introduction of a law to protect human rights in Australia, 12 March 2009, 01:50PM<<http://www.amnesty.org.au/news/comments/20460/%20>>.

98) Geoffrey Robertson, *The Statute of Liberty --- How Australians can take back their rights* (Vintage Books Australia, 2009).

99) Robertson, *supra* note 98, 52-55.

100) Robertson, *supra* note 98, 51.

ソンは、この輝かしい過去の事実を一つの起点にして、クイーンズランドが当初中国人移民や南洋諸島のカナカ人のような農園労働者の移民を拒絶した過去¹⁰¹⁾、白豪主義の下で、差別的な言語テストが行われた事実を指摘する¹⁰²⁾。第1章で整理したように、マボ判決を境に一定の積極性を持って人権保障に関わる判決を積み重ねつつある高等法院であるが、しかし表現の自由にかかわる判決に視られるように、やはり権利章典を持たない憲法の統治機構に関する諸規定が暗示する権利という解釈方法をとっているためか、必ずしも判例が一貫しているとはいえないことに批判的に言及する¹⁰³⁾。ロバートソンは国際的に活躍している弁護士であり国連においても重視されている法律家である¹⁰⁴⁾。シドニー出身ではあるが、イギリスに滞在しており、イギリスの裁判所やヨーロッパ人権裁判所においても弁護士として活動している¹⁰⁵⁾。そのためもあってか、『自由の法律』において、イギリスの経験を詳細に取り上げている¹⁰⁶⁾。特にジャーナリストの自由に関連して、*Goodwin v. UK*¹⁰⁷⁾ および *Jameel v. Wall Street Journal (Europe)*¹⁰⁸⁾ の二判決を高く評価し、イギリスの裁判所がこれらの判決以降に人権を擁護する方向に変化したことからすれば、オーストラリアにおいても人権法を制定することは同様の効果があるはずであると主張する¹⁰⁹⁾。以上を補助線に、第8章で、教育を受ける権利や勤労の権利、議員の権利なども含む「自由の法律」(The Statute of Liberty)を提案する¹¹⁰⁾。なお、ロバートソンは、同書エピローグで、特にジャーナリスティックに主張された権利章典制定否定論に反論を加えている¹¹¹⁾。弁護士は人権に関する訴訟を引き受けることで金儲けにつながるから権利章典制定を肯定しているのだ、という若干、品位を欠く批判¹¹²⁾に対して、ロバートソン自身が人

101) Robertson, *supra* note 98, 59.

102) *Ibid.*

103) Robertson, *supra* note 98, 91.

104) Robertson, *supra* note 98 の著者紹介に “He was appointed by the UN secretary-general in 2008 to serve as a distinguished jurist on the Internal Justice Council.” “He is a master of the Middle Temple, a visiting professor at London University and has served as president of the UN’s War Crimes Court in Sierra Leone.” とあることからその国際的な活躍の一端が伺える。

105) ロバートソンのウェブサイト <http://www.geoffreyrobertson.com/> による。

106) Robertson, *supra* note 98, chs. 5-6.

107) *Goodwin v. UK* (1996) 22 EHRR 123, esp. para 39.

108) *Jameel v. Wall Street Journal (Europe)* (2006) 3 WLR 642.

109) Robertson, *supra* note 98, ch. 6.

110) 相当に長文であるので、内容面の詳細な紹介は他日を期したい。

111) Robertson, *supra* note 98, ch. 7.

112) Bob Carr, “Lawyers are already drunk with power”, *The Australian*, 24 April 2008.

権に関する訴訟を無料で引き受けていることをもって反証とする¹¹³⁾。この他裁判官に過度の権限を付与することになり、選挙で選ばれた代表者、議会主権との関係で問題があるという、ある意味古典的な批判に対しては、硬性憲法典への権利章典挿入ではなく人権法の制定という方式によれば、イギリス同様議会と裁判所の「対話」(dialogue)、議会による審査が議会と行政（関連法の担当大臣）との対話をもたらし、これらのことは議会主権を侵害するものでないことはイギリスやニュージーランドの例に照らしてあきらかであるという¹¹⁴⁾。

本書でもっとも注目されるのは、オーストラリアで広く読まれている新聞の一つである *The Australian* が権利章典制定に批判的な論考を掲載していることについて、その具体的な内容に対する批判を行っていることである。すなわち、イギリスにおける 1998 年人権法について、当時のジャック・ストロー大臣が裁判所の判決に失望しており、その元凶が人権法であると報じたことは、その元となったイギリスの大衆紙 *The Daily Mail* 掲載のジャック・ストロー大臣のインタビューは、デイリー・メールの読者が、今のイギリスの状況が人権法制定に原因があり、人権法をその元凶と考えていることを理解し、そのことに失望しているといっているのであって、デイリー・メールの読者がいような問題ある判決を人権法に基づいて下すような裁判官はほとんどいないのだ、と述べている。したがって、*The Australian* の報道は、誤解に基づくか、あるいは意図的にジャック・ストロー大臣の発言をゆがめて引用したものである。イギリスの状況について、当時の労働党主ゴードン・ブラウン首相が、人権法を「我々の盾であり安全装置である」と述べていること、リベラル・デモクラット（自由民主党）が人権法に経済的権利や社会権を追加すべきことを主張していること、あるいは（現首相である）保守党首デビッド・キャメロンが同じ時期に、イギリス独自の歴史を反映した権利章典（home-grown British bill of

113) Robertson, *supra* note 98, 158-159. もっともこれはロバートソンがそうだというだけであって、売り言葉に買い言葉になってしまっている嫌いがある。本書は研究書というわけではなく、啓蒙書という位置づけであると思われるため、このような表現になっているのであろう。

114) Robertson, *supra* note 98, 172-174. 筆者が、ここで批判対象となっているジェイムス・アラン (James Allan) クイーンズランド大学ロースクール教授に、2010年11月4日、17時30分頃に、権利章典についての意見を伺ったところでは、アラン教授の批判の焦点はオーストラリア高等法院の裁判官の判決が一貫性を持っていないことに対する不信にあるようで、ジャーナリスティックな論考、特に *The Australian* などに掲載された、ロバートソンによる批判の対象となっている論考執筆時とは若干の主張の変更があるように思われた。ただ、後述するように、権利章典懐疑派の論集 (*Don't Leave Us with the Bill: The Case Against an Australian Bill of Rights*) 掲載の論考 (What's Wrong About a Statutory Bill of Rights) では権利章典に典型的に規定される「権利」が曖昧漠然としていて法的な判断には役立たないことに批判の重点を置いているようである。

rights) について提言している（それゆえ 1998 年人権法には反対の立場ではある）こと、さらに憲法的重要性を持つ文書として 1998 年人権法を位置づけている主張があることなどを、*The Australian* は報道していないことも指摘する¹¹⁵⁾。

ロバートソンの主張は、イギリスの経験を高く評価していることから、連邦憲法典や州憲法典の改正を求めるものではない。著書の題名が『自由の法律』であることからオーストラリアにおける実現可能性を重視しているのであろう。本章第 1 節でもみたように、連邦憲法典への権利章典挿入の提案がこれまで失敗してきていること、オーストラリアでは、裁判所が違憲判断を行う権限を有するにもかかわらず議会主権の考え方が根強いこと、コモン・ローの伝統が重視されていることにも配慮しているものと思われる。

権利章典肯定論は、法律として人権法を制定する主張に限られるわけではもちろんない。けれども、比較的権利章典制定に肯定的な論考が掲載されている論文集である、トム・キャンベル、ジェフリー・ゴールズワーシィ、エイドリエン・ストーン編著『権利章典なしの人権保障——オーストラリアにおける制度の運用と改革——』¹¹⁶⁾でも、連邦憲法典改正を中心的論点としているものがあるわけではないのは留意されて良いであろう。すなわち、本書は権利章典制定に肯定的な論考¹¹⁷⁾だけでなく、カナダ最高裁による対話理論の紹介¹¹⁸⁾、オーストラリア連邦最高裁判例を批判的に検討しつつ、国籍 (Citizenship) と人権が無関係であることを理論的に強調することで、現状の高等法院判例が人権保障に必ずしも積極的とは言えず、不十分な側面があることは認識しつつも、権利章典の制定に懐疑的な立場をとる主張¹¹⁹⁾、財産権に焦点を当てて先住民族の権利保障に権利章典が果たしうる役割を検討する論考¹²⁰⁾、オーストラリアの人権保障の現状分析に焦点を当てているも

115) Robertson, *supra* note 98, 219.

116) Tom Campbell, Jeffrey Goldsworthy and Adrienne Stone eds., *Protecting Rights Without a Bill of Rights --- Institutional Performance and Reform in Australia ---* (Ashgate, 2006). 本文でも簡単に紹介するように、本書は比較憲法的な論考も掲載されており、またオーストラリアの現状認識という点で重要であるが、ロバートソンの主張と重複するものが多いため、紙幅の関係から、詳細な紹介検討は他日を期したい。

117) Jeremy Webber, "A Modest (but Robust) Defence of Statutory Bills of Rights", ch. 11; Hilary Charlesworth, "Australia's First Bill of Rights: the Australian Capital Territory's *Human Rights Act*", ch. 12; George Winterton, "An Australian Rights Council", ch. 13; Tom Campbell, "Human Rights Strategies: An Australian Alternative", ch. 14; in *supra* note 116.

118) Christopher Manfredi, "The Unfulfilled Promise of Dialogic Constitutionalism: Judicial - Legislative Relationships Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms", ch. 10; in *supra* note 116.

119) Helen Irving, "Rights and Citizenship in Law and Public Discourse", ch. 6; in *supra* note 116.

120) Megan Davis, "Chained to the Past: the Psychological *Terra Nullius* of Australia's Public

の¹²¹⁾と豊富な内容が含まれている。

本節では最後に、権利章典制定に否定的あるいは懐疑的な主張を、ジュリアン・レッサーとライアン・ハドリック編『権利章典を残すな：オーストラリア権利章典制定論への反論』¹²²⁾で見とみることにしよう。権利章典への反対論といっても、憲法典への挿入に反対する、成文憲法典への権利章典の entrenchment に反対する議論¹²³⁾と、法律での権利章典の制定、人権法の制定に反対する議論¹²⁴⁾、そしてそのいずれにも反対する議論¹²⁵⁾、三つに分けられる。注目されるのは、『権利章典なしの人権保障』同様、現状を分析する論考が多数を占めている¹²⁶⁾ことで、はっきり理論的に反対の姿勢を示しているのは、ジェイムス・アラン教授の論考に絞って良いと考えられることである。そのアラン

Institutions”, ch. 7; Simon Evans, “Constitutional Property Rights in Australia: Reconciling Individual Rights and the Common Good”, ch. 8; in *supra* note 116.

- 121) Brian Galligan and F. L. (Ted) Morton, “Australian Exceptionalism: Rights Protection Without a Bill of Rights”, ch. 1; John Uhr, “The Performance of Australian Legislatures in Protecting Rights”, ch. 2; Bryan Horrigan, “Improving Legislative Scrutiny of Proposed Laws to Enhance Basic Rights, Parliamentary Democracy, and the Quality of Law-Making”, ch. 3; Robin Creyke, “The Performance of Administrative Law in Protecting Rights”, ch. 4; Adrienne Stone, “Australia’s Constitutional Rights and the Problem of Interpretive Disagreement”, ch. 5; in *supra* note 116.
- 122) Julian Lesser and Ryan Haddrick, *Don’t Leave Us with the Bill: The Case Against an Australian Bill of Rights* (The Menzies Research Centre, 2009).
- 123) Paul de Jersey, “A Reflection on a Bill of Rights”, ch. 1; in *supra* note 122. ジャージー裁判官(クイーンズランド州最高裁判所長官)は、権利章典制定否定論に全面的に与するわけではないが、成文憲法典に権利章典を規定することは、将来の世代に対する過度の拘束であると主張する。
- 124) John Howard, “Don’t Risk What We Have”, ch. 4; in *supra* note 122. 元首相のジョン・ハワードは、人権法制定でも国民代表である議会から民意が反映されない裁判所に人権関係の最終決定権を移すことになるがゆえに反対であるという。Ian Callinan, “Is Whom We Should Trust”, ch. 5; in *supra* note 122 は漠然とした人権規定を法律で制定しても、裁判官が人権に関する事件を解決する手助けにはならないと主張する。
- 125) George Brandis, “The Debate We Didn’t Have to Have: The Proposal for an Australian Bill of Rights”, ch. 2; Julian Lesser, “Responding to Some Arguments in Favour of the Bill of Rights”, ch. 3; in *supra* note 122. *Don’t Leave Us with the Bill*の編者でもある、高等法院勤務後ソリシタ、またオーストラリア連邦の内閣アドバイザーも勤めたことのあるジュリアン・レッサーは、コモンウェルス諸国の権利章典の状況を概観したうえで、ACTとVicの人権法が政治にあまり影響を与えていないと結論づける。憲法改正や法律制定だけでは不十分で、国民意識、政治家の意識が重要であるという。
- 126) *Don’t Leave Us with the Bill*の第3部～第5部は一応の見解は示されているものの、現状認識が主たる課題となっている。『権利章典なしの人権保障』にも寄稿していたシドニー大学のヘレン・アーヴィング教授が、制定法としての単独の権利章典がなくとも、事実上連邦レベルでも人権は保障されているとの主張を行っていることが注目される。

教授の論考¹²⁷⁾では、権利章典に典型的に規定される「権利」が曖昧漠然としていて法的な判断には役立たないとの主張の他、ヴィクトリア州人権及び責任憲章法第32条第1項が「全ての制定法上の諸規定は、そうすることがそれらの規定に適合する限りにおいて (consistently with their purpose) 出来る限り、人権に適合的な方法で解釈されねばならない」と規定していることに着目する¹²⁸⁾。この規定があることによって、議会主権はイギリスの1998年人権法と比べても確保されているといえるが、逆に人権保障には役立たない規定になっていると批判するのである。若干、為にする批判ではあるが、一理はあるように思われる。

この他、オーストラリアに直接向けられた批判ではないが、権利章典制定に批判的、懐疑的あるいは反対の論者がしばしば援用するのはジェレミー・ウォルドロン教授の論考¹²⁹⁾である。立憲主義か民主主義かという法哲学的な論争である。多くの権利章典懐疑論者の主張がウォルドロン教授の主張とアラン教授の主張に収斂し、それらはハイエキアンの立場からかなり合理的に批判し得ると考えられるが、詳細な検討は別稿に譲らざるを得ない¹³⁰⁾。結論的な部分だけ述べておくと、権利の定義、裁判判決による規範定立への評価が意見の対立の根本にあると考えられる。オーストラリアにおける議論においては、なお重要なことは、国際人権法の研究者は、人権保障に関して自然法論に言及するが、憲法学者は、管見の限り参考程度に触れるにとどめていることであろう。これら最後の諸点は第3章で改めて考察する。

第3章 オーストラリアにおける人権保障の課題

第1節 オーストラリアにおける人権保障の課題

第2章までに、オーストラリアにおける人権保障の現状と歴史について概観した。いくつかの問題点は個別に指摘したが、ここで全体的な考察を行っておきたい。

127) James Allan, "What's Wrong About a Statutory Bill of Rights" ch. 6 ; in *supra* note 122.

128) Allan, *supra* note 127, 89. 強調は筆者による。

129) Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (Oxford: Clarendon Press, 1999) ; Waldron, "A Right-Based Critique of Constitutional Rights" 13 *Oxford Journal of Legal Studies* (1993) 18.

130) ウォルドロンの主張に対する批判については、さしあたり、Jeffrey Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty Contemporary Debates* (Cambridge University Press, 2010) ch8 ("Judicial review, legislative override, and democracy") 参照。

そもそも立憲主義の観点からすると、硬性の成文憲法典を有するにもかかわらず、そこに権利章典が規定されていないことそれ自体は、オーストラリア連邦憲法が1901年のものであること、制定過程の研究をみれば、相応の理由がある。けれども、むしろ問題は、権利章典の憲法典への挿入に反対する学者が現在でも相当多数に上っていることにある。論者によって重点の置き所は異なるが、大まかにわけて、次のような根拠に基づいているようである。これらは、一人の論者が全て主張しているということはずまないが、類型として抽出したものである¹³¹⁾。

第一に、1945年まで独自の国籍法を有せず、また1985年までイギリス枢密院への上訴が認められていたことから、法的には「独立国」というより、イギリスの一部であると

131) 註92前掲オーストラリア連邦議会図書館ウェブサイトにも概要が引用されているが、George Williams, *A Bill of Rights for Australia* (University of NSW Press, Sydney, 2000) 35は、権利章典制定に賛成、反対のそれぞれの理由を次のようにまとめている。

賛成

- ・オーストラリア法は、基本的自由を保障していない
- ・権利章典は、それがなければ〔法的〕権能を持たないオーストラリア人に〔人権に関する〕訴訟提起権能を与える
- ・権利章典は、オーストラリアを、他の全世界並みの国にする
- ・権利章典は、マイノリティーの諸権利を保障することによってオーストラリアの民主主義を向上させる
- ・権利章典は、権利を政治と恣意的な政府の行為の上に置く
- ・権利章典は、政府の政策決定や行政上の意思決定を改善する
- ・権利章典は、重要な教育的機能を果たす
- ・権利章典は、コミュニティにおける寛容と悟性（understanding）を向上させる

反対

- ・オーストラリアにおいて、諸々の権利は、既に十分保障されている
- ・高等法院は、その憲法及びコモン・ローの解釈を通じてすでに権利を保障している
- ・憲法または諸々の法律に諸々の権利を列挙することは、實際上、権利の保障において、わずかな違いしかもたらさないか、又はほとんど違いをもたらさない
- ・政治制度自体が、オーストラリアにおける権利を最も良く保障するものである
- ・権利章典は、実際には権利を制限することになる。すなわち、権利を定義することは、それをその定義の範囲に制限することである
- ・権利章典は、議会の判断を上書きする権限を、選挙で選ばれていない裁判官らに与えることによって、非民主主義的なものになる
- ・権利章典は、司法権を政治化することになる
- ・権利章典は、それが生じさせることになる訴訟の蓄積によって非常に高価なものになる
- ・権利章典は、議会主権に関するオーストラリアの伝統にとって異質である
- ・権利章典は、将来の世代にとって重要でないものでありうる諸々の権利（例えば武器所有の権利）を保護することになる

いう意識もあった。そのため、成文且つ硬性の連邦憲法典は法的にはオーストラリアにおいて特殊であって、コモン・ロー法体系の国であり、国民の権利保障についてもまたイギリス流の、法で禁止されていないことは何事もなし得る、という原則と裁判所による保障が基本であるとの根強い確信があることが挙げられる。

第二に、コモン・ロー法体系という観点と密接に関わるが、特に州憲法は硬性の度合いが弱い。州憲法は、クイーンズランド州憲法を除いて、州として「独立」（実際には植民地としての自治権獲得）するに際して、イギリス議会が制定した憲法法（Constitution Act）である。クイーンズランドは2001年に憲法法を全面改正して *Queensland Constitution 2001* を制定している。州においては、議会主権の考え方が根強いため、人権法を制定しているヴィクトリア州も、2006年ヴィクトリア州人権及び責任章典法第31条において、従位立法に対するヴィクトリア州最高裁による人権法違反判決に対して、拒絶宣言（override）を行えると規定する。これはイギリスの1998年人権法や、カナダ憲法の権利章典についても同様の規定があるものであり、このような規定を置くのであれば、法律や憲法典による権利章典の制定は、「ただし議会が反対しない限り」という条件が常につきまとうことになり、無意味である。そうであれば、コモン・ロー伝統を生かしながら、特に1990年代以降発展しつつあるオーストラリア連邦の最高裁判所である高等法院判例が様々な解釈技術を駆使しながら人権保障を強化する判例が形成されつつあるのだから、判例の発展を、教育等を通じて発展させるべきであるという主張である。

第三に、第二の主張とはベクトルが異なるが、アメリカで議論され、近年日本においても学問的に問題点が深化されつつある民主主義か立憲主義かという問題、すなわち、立法府と司法府いずれが人権保障の終局的責任をとるに値する機関であるかという問題とかわる。ほとんど人権に関する成文法の根拠がないまま積極的な違憲判断を行ってきているオーストラリア連邦高等法院は、民意を反映した法律を、民主主義的基礎を有しないにもかかわらず無効と宣言する強大な権限を持っている。これが、連邦憲法に権利章典を導入することによってますます強大な権限を持つことになり、民主主義の視点から問題であるというのである。

第一と第二の主張は裁判官に対する信頼が反対理由となっているが、第三の主張は裁判官に対する不信が反対理由となっている。ただし、第一と第二の主張は立法府に対する不信が根拠にあるわけではないことは留意すべきである。

連邦政府の諮問会議において、イギリスで形成されつつある、議会と裁判所の「対話理論」が重視されているのは、上記の錯綜した理論状況をなんとか打開しようとの苦肉の策であるとも思われる。

しかしこれらの主張は、国際人権条約とその国内実施機関との関係を必ずしも明示的に示していない。この点が、オーストラリアにおける理論状況の複雑さを示している。この点、高等法院の裁判官で、連邦憲法の解釈に際して国際人権法を解釈基準として用いた例があるが、孤立した例にとどまり、有力な立場とは言い難い。オーストラリアの連邦最高裁である高等法院においては、現在オーストラリアの批准している人権条約が国内法化されていないために、ほとんどすべての判決において「国内法でないから適用できない」という理由で、人権条約は援用されない。唯一といって良い例外はカービー（Kirby）裁判官による意見であって、同裁判官の意見を中心に人権に関するシンポジウムが開かれているほどである¹³²⁾。

第2節 日本との比較検討

ここで翻って最近の日本の状況との比較を試みたい。

日本とオーストラリアは法体系が全く異なるし、単一国家である日本の憲法と連邦国家の憲法を単純に比較することはもちろんできない。けれども最高裁判所の判例傾向に着目すると、一定の比較が可能になると思われる。

日本は、明治憲法下においては、行政裁判が司法に含まれないと解されていた上、解釈によっても違憲審査は行われることがなかった。このことが立法府の暴走を防ぎ得なかったとの反省に立って、日本国憲法の違憲審査制（第81条）が規定されたと解されている。

確認的に述べれば、日本は、1947年に施行された現行憲法において、アメリカで判例上確立した違憲審査制度を明文で導入した（憲法第81条）。アメリカの影響で同じく違憲審査制度を取り入れたオーストラリアとは、しかし大きく異なる点がある。オーストラリアの連邦憲法は、連邦制度の確立が目的であって、連邦権限の過度の拡大が恐れられたこと、コモン・ローの伝統が信頼されたこと、「すべての人」の権利を保障することが、少なくとも連邦憲法制定当初は拒否されたこと（すなわちアボリジニは人口に数えられず、アジア系移民に対する差別が存在したこと）など複雑な事情から、権利章典が規定されな

132) Kirby Lecturesの一つとして *Southern Cross University Law Review*, Vol 13, 2009-10, at 1-23 に掲載された Pamela Tate SC, *Human Rights in Australia: What would a Federal Charter of Rights Look Like?* は、カービー裁判官の判決を中心に、国際人権法のオーストラリアにおける適用について判例を簡潔に整理している。なお、カービー裁判官自身も、この点について論文をまとめている。See, The Hon Michael Kirby, "Constitutional Law and International Law: National Exceptionalism and the Democratic Deficit?" 12 *The University of Notre Dame Australia Law Review* (December 2010) 95.

かった。日本は1889年制定の大日本帝国憲法が法律の留保をとまなう権利保障規定しか持たなかったことが、第2次世界大戦中の国民に対する人権侵害を招いたという反省もあり、相当に充実した権利章典が憲法に規定されている。しかし人権保障に関する現状調査を見れば、両国の人権保障状況はほとんど同様なものであるといえる。この両国の状況において、特に国際人権条約が果たしている役割が実際にはほとんど異なることは、むしろ不自然である。

すなわち、日本は国際人権条約を批准すると、当然に国内法となる。オーストラリアは、母法イギリスと同様に、条約を国内法化する法律を制定しなければ、国内法とならない¹³³⁾。この基本的な法システムからすれば、日本の方が、人権条約が国内法に対する影響が大きくなりそうである。けれども、すくなくとも判例上は、人権条約が援用されることは日豪いずれにおいてもほとんどない。

オーストラリアの特に高等法院判例で国際人権法への言及は極めて少ない。国際人権法は批准しているが、差別禁止に関するものを除くと、条約上の権利が、国内法化されていない¹³⁴⁾。カービー裁判官は、自由権規約について大要次のように述べている。すなわち、自由権規約は、オーストラリアにおいて、地方自治法の一部ではない。そもそも地方自治自体も連邦憲法においても州憲法においても必ずしも保障されていない。地方自治が憲法に明示的に含まれていれば、オーストラリアの裁判所は地方自治が保障されていると判断しなければならない。けれども、特にケイブル (*Kable*) 判決¹³⁵⁾以降、自由権規約の下で保障されている司法権が独立していることに伴う刑事手続上の諸権利はオーストラリアにおいても保障されている¹³⁶⁾。またタスマニア・ダム事件 (*Tasmanian Dam Case*) においてカービー裁判官は、政府の外交権、議会の立法権に関する連邦憲法第51条第29号の「対外業務」(external affairs)として、条約の実効性を確保するための憲法上の義務を読み取れると主張している¹³⁷⁾。しかしこれらは孤立した主張にとどまり、判例法とはなっていない。

他方日本においては、社会権規約について、いわゆる塩見訴訟において、社会権規約第9

133) Pamela Tate SC, "Human Rights in Australia: What would a Federal *Charter of Rights* Look Like?" *Southern Cross University Law Review*, Vol 13, 2009-10, 1, at 8.

134) *Chow Hung Ching v The King* (1949) 77 CLR 449.

135) *Kable v DPP* (1996) 189 CLR 51.

136) *Forge v ASIC* (2006) 228 CLR 45, 125-126 [204]. このカービー裁判官の意見は、自由権規約第14条の下での独立で偏りのない審判の保障に言及した後に述べられている。

137) *Tasmanian Dam Case* (1983) 158 CLR 1, 258. See also, *New South Wales v Commonwealth* (2006) 229 CLR 1 ('*Work Choices Case*'), 182-246 [423][616].

条について、個人に対し具体的権利を付与すべきことを定めていないと判示されている¹³⁸⁾。

条約が裁判所において直接適用可能かどうかではなく、法律や憲法の解釈にあたって人権規約を参照するという、いわば間接適用といってもよい例は、民法第900条第4号が定める非嫡出子相続分違憲訴訟判決の反対意見で初めてみられた。同規定を合憲と判断した判決の反対意見（中島敏次郎、大野正男、高橋久子、尾崎行信、遠藤光男の各裁判官）は、次のように述べている¹³⁹⁾。すなわち、「……我が国が昭和54年に批准した、市民的及び政治的権利に関する国際規約26条は『すべての者は、法律の前に平等であり、いかなる差別もなしに法律による平等の保護を受ける権利を有する。このため、法律は、あらゆる差別を禁止し…出生又は他の地位等のいかなる理由による差別に対しても平等のかつ効果的な保護をすべての者に保障する。』と規定し、さらに我が国が平成6年に批准した、児童の権利に関する条約2条1項は『締約国は、その管轄の下にある児童に対し、児童又はその父母若しくは法定保護者の…出生又は他の地位にかかわらず、いかなる差別もなしにこの条約に定める権利を尊重し、及び確保する。』と規定している」。「以上の諸事実及び本件規定が及ぼしているとみられる社会的影響等を勘案するならば、少なくとも今日の時点において、婚姻の尊重・保護という目的のために、相続において非嫡出子を差別することは、個人の尊重及び平等の原則に反し、立法目的と手段との間に実質的関連性を失っているというべきであって、本件規定を合理的とすることには強い疑念を表明せざるを得ない」。

また、婚姻関係にない日本国籍の父とフィリピン国籍の母の間の子で、出生後に父に認知された子が国籍を取得できない、当時の国籍法第3条第1項の規定が日本国憲法第14条第1項に反するとの画期的違憲判決を下した国籍法違憲判決¹⁴⁰⁾は、「諸外国においては、非嫡出子に対する法的な差別的取扱いを解消する方向にあることがうかがわれ、我が国が批准した市民的及び政治的権利に関する国際規約及び児童の権利に関する条約にも、児童が出生によっていかなる差別も受けないとする趣旨の規定が存する。さらに、国籍法3条1項の規定が設けられた後、自国民である父の非嫡出子について準正を国籍取得の要件としていた多くの国において、今日までに、認知等により自国民との父子関係の成立が認められた場合にはそれだけで自国籍の取得を認める旨の法改正が行われている」。「以上のような我が国を取り巻く国内的、国際的な社会的環境等の変化に照らしてみると、準正を出生後における届出による日本国籍取得の要件としておくことについて、前記の立法目的と

138) 平成8（1996）年5月29日最高裁判所第一小法廷判決・判例時報第1363号68頁。

139) 平成7（1995）年7月5日最高裁判所大法廷判決・最高裁判所民事判例集第49巻第7号1789頁。

140) 平成20（2008）年6月4日最高裁判所大法廷判決・最高裁判所民事判例集第62巻第6号1367頁・判例時報第2002号3頁。

の間に合理的関連性を見いだすことがもはや難しくなっているというべきである」と指摘する。

このように、わずかではあるが人権規約や各種人権条約に言及して判決を下す例も現れつつある。けれども、刑事訴訟法第405条及び第406条は、原則として上告理由を憲法違反と判例違反にのみ認めており、民事訴訟法第312条及び第318条は上告理由を憲法違反と絶対的上告理由にのみ認め、法令解釈に関する重要事件については、上告受理の申立理由とすることはできても、認められるとは限らない。条約違反は、訴訟法上最高裁まで係属しないのが通常である。

以上の簡単な比較からも明らかなように、条約の規定、憲法の人権規定それ自体は、判決における解釈方法に影響を与えることは確かであるけれども、それだけには実際の解釈は確定しない。根本的な問題は、人権がいかに保障されるべきかの信念、それを支える人権教育にあるのではないか。オーストラリアにおいて高等法院判例が国際人権条約の適用に消極的なのは国内法化されるべきものがされていないことに大きな理由があるのであって、それは政治家の問題であり、憲法典に権利章典が挿入されていないことも政治的な理由の方が大きいようである。けれども、マボ判決以降、強い反対意見にもかかわらず、判例上人権保障は若干のバックラッシュもありつつも進みつつあるように思われる。

日本においては、しかし、憲法典の人権規定を理由として国際人権法の適用に消極的な意見を持つ裁判官が多い。これは、確かに民事訴訟法及び刑事訴訟法の規定の問題であると考えれば政治家の問題であるとも考えることもできるが、裁判官の信念が根本的な問題であると思われる。

結語—今後の課題

本稿は、成文憲法典に権利章典を導入することが、人権の実質的保障に結びつくといえる条件を探るための序説的研究としてオーストラリアの権利章典に関する議論を取り上げた。大きく状況を概観することに重点を置いたため、細かな主張の対立には踏み込めなかった部分があり、その点は別稿で改めて取り上げたい。

オーストラリアと日本は歴史的背景も憲法解釈理論も相当に異なっているにも関わらず、人権についての解釈には一定の共通性がみられること、さらに、判例上国際人権法の援用に関しては、その理由は異なるものの、消極的である点で共通性がみられることが結論された。しかし国際人権条約実施のための、パリ原則に則った国内人権機関が整備されている点ではオーストラリアに優れた点がある。とともに、実際の人権保障状況について

みれば、特に表現の自由一般が保障されているとは言い難く、政治的意見表明の自由に限定されて判例上の保障があるオーストラリアは、批判の対象ともなっている。

日本は、憲法に詳細な権利章典が規定され、主要な人権条約は批准され、国内法的効力を持っている。しかし、人権条約実施のための司法権や行政権から独立した機関としての国内人権機関は、少なくとも人権条約実施のためのパリ原則の基準からすれば存在しない。裁判所においては、最高裁への上告理由に条約違反が含まれないため、最高裁に条約違反の主張はほとんど係属しない。そもそも違憲判決の数が極端に少ない日本の最高裁は、その消極主義が学者によって批判されてきた。立法府に対する過度の敬讓が行われているのではないかという批判がその主たるものである。1947年憲法施行以来2011年の2月までの間に、法律規定、条例、または行政の処分が違憲と判断されたのは、わずかに10件であり、法令等それ自体の違憲性は判断されないが、具体的事実に対する適用が違憲とされたものをすべて含めて多めにカウントしても合計は12件にすぎない。もっとも1990年以降の違憲判決の数は、それ以前とは比較にならないほど多いのであって、むしろ指摘されるのは、違憲判決の理由付けが不適切ではないかとの批判が学者から提起されるようになってきていることである。すでに2008年までの最高裁によって下された違憲判決を中心に検討したことがあるが¹⁴¹⁾、そのほとんどは議員提出法案か、日本国憲法施行以前から有効であった法律にかかわるものであって、政府提出法案が違憲と判断された例はないことが特徴である。これは政府によって提出される法案が内閣法制局による事前の入念なチェックを経ていることが大きく影響していると考えられる。日本の最高裁の裁判官は弁護士経験者や法律の研究者のみから構成されるのではなく、行政府の実務家からも選出されることもまた影響して居るであろう。特に行政府の実務家がみずから制定に携わった法律を違憲と判断することは考えにくい。このような背景から日本の最高裁は合憲判断には積極的だが違憲判断には消極的であるとの評価がなされるのである。そして、日本の最高裁判例における人権条約援用例は先に挙げたものに尽きるのであり、基本的に人権条約の援用は「憲法の規定で十分である」との理由で行われず、しかし人権規定に関する違憲判断それ自体がほとんど行われないう結果、少なくとも司法による人権保障は憲法の規定を十分に実施しているとはいえない。けれども、明治憲法の時代の実情に鑑みれば、憲法の人権規定や人権条約の批准が行われなければ、日本の人権保障の程度はずっと低い段階にとどまっていたであろうことは容易に想定できる。

141) Jun-ichi Satoh, "Judicial Review in Japan: An Overview of the Case Law and an Examination of Trends in the Japanese Supreme Court's Constitutional Oversight" [2008]41 LOYOLA OF LOS ANGELES LAW REVIEW 603-627.

これに対してオーストラリアは、条約実施のための国内人権機関を設置するための法律は存在している。けれども、連邦憲法に（州憲法にも）人権規定はほとんどなく、すくなくとも体系的に整った権利章典は存在しない。もちろん、権利章典を憲法に導入する、または国際人権条約の国内法化としての人権法制定はなんども提起され、2009年には政府の諮問機関が権利章典の、すくなくとも法律による制定を勧告する報告書を出している。実際にはそのような試みは様々な政治的事情によって成功せず、わずかな権利条項を援用しつつ、権利保障のための判断が高等法院によって行われてきた。1990年代からようやく活発になったこの判例傾向は、一見すると近代立憲主義国とは思えないほど「遅い」ようにも思われるが、オーストラリアが法的に完全にイギリスから「独立」したといえるのは、1986年のことであるから、むしろ急激に変化しているともいえる。急激な変化であるからこそ、その判決を行う裁判官に対する不信が存在することは理解できる。著名なマボ判決はかなり大胆な判決であり、*Native Title Act*の制定だけでなく、反発としてのいわゆる「ハンソン現象」も生じている。人権条約の援用という点では孤立した意見にとどまっているカービー裁判官の意見は、実際に読んでみればかなり穏当なものにとどまっている。コモン・ローの伝統が根強く、イギリス、カナダ、ニュー・ジーランド、南アフリカの例を参考にしながら、議会と裁判所の「対話」を重視する姿勢が、オーストラリアの現在の判例傾向を形作っていると思われる。一例を挙げれば、表現の自由について、連邦憲法には直接それを保障する規定がなく、判決によって保障の程度がかなり変容するオーストラリアの実情からすると権利章典の制定は望ましいとの結論も、望ましくないとの結論もいずれも導きうる。すなわち、権利章典が憲法に規定されることによって裁判官が権利を制約的に判断する余地が縮減されると判断すれば権利章典の制定は望ましいと考えられる。けれども、権利章典が憲法典に規定されたとしても、現在の判例傾向からすれば、権利を制約するような解釈をむしろいっそう権威づけてしまうから望ましくないと考えられる。この対立は純粋な理論的対立ではなく、いかなる機関が人権保障に責任を持つべきかという政治的決断にかかわるものであって、他の国との比較から安易にいずれが望ましいとの結論を支持し得ない。

いずれにせよ、残された課題は、本稿で概観した意見対立の背後にある法哲学的主張、特に対話理論についての政府報告書の主張を分析すること、このことと密接に関係する、他のコモンウェルス諸国の人権法又は憲法上の権利章典についての議論との比較を行うことである。