

議会制民主主義を機能させる権利章典：カント学徒、 帰結主義者、並びに制度主義者の懐疑主義

スリ・ラトナパーラ著**
佐藤潤一訳†

Translation of BILLS OF RIGHTS IN FUNCTIONING PARLIAMENTARY
DEMOCRACIES: KANTIAN, CONSEQUENTIALIST AND INSTITUTIONALIST
SCEPTICISMS, *Melbourne University Law Review*,
Vol. 34 No. 2 [2010] 593-617,
by SURI RATNAPALA

SATOH Jun'ichi

[要約]

[ほとんどの現に機能している民主主義国家は、成文憲法の一部として、あるいは特別な制定法として、権利に関する憲章 (charters of rights) を有している。これらの法的文書は、一般的に、それらの効力範囲及び適用についての地域的な議論にもかかわらず、価値ある憲法的な性質を持ったものとして受容されている。しかしながら、連合王国、オーストラリア、カナダ並びにニュージーランドといった議会制民主主義諸国においては、権利章典 (a bill of rights) を持つことの賢明さに関する、継続的な議論が存在する。本稿は、

平成25年7月8日 原稿受理
大阪産業大学 教養部

* LLB (Colombo), LLM (Macq), PhD (Qld); Professor of Public Law, TC Beirne School of Law, The University of Queensland. 本稿の研究及び執筆の大半は、Social Philosophy & Policy Centre, Bowling Green State University で Visiting Scholar として過ごした時期に行われた。Social Philosophy & Policy Centre による惜しみない援助に大いに謝意を表す。著者はまた、匿名の査読者らの有益なコメントにも感謝している。

† Copyright 2010. Translated and reprinted with permission.

カント学徒的、帰結主義者の、並びに制度主義者のな、権利章典に反対する、原理的に理論的な主張を批判的に検討する。本稿は、カント学徒的並びに帰結主義者のな主張に欠缺を見だし、当該争点に対する制度主義者のアプローチが、権利章典の価値を評価するにあたって、より啓蒙的であると提案する。[そして] オーストラリアの政治的並びに法的な体系の制度的背景を所与とすると、ロック的な自然法に狭く焦点を絞った制定法による権利章典は、立憲政府を強化しうると結論する。]

目次

I 序	226
II 「権利章典」の意味とは？	229
III ウォルドロンによる権利章典に反対するカント学徒的主張	230
A 意見の一致と意見の相違 (Agreement and Disagreement)	236
B 多数決主義 (Majoritarianism) と個人の自律	238
IV ジェームズ・アランによる帰結主義者の反対	242
V 権利章典と民主主義に対する懐疑主義者——オークショットとハイエク	246
VI 歴史の教訓	251
VII 経路依存性	254
VIII 制定法による権利章典によって高等法院は急進的になるか？	257
IX では、権利章典は、オーストラリアのような合理的に機能している 議会制民主主義において良い発想であるか？	261
訳者解題	262

I 序

多くの国で、権利章典は一般的に価値ある憲法的性質を持つ文書として受容されている。地域的な権利章典に対する反対意見は、そのほとんどが、かかる法的文書を持つことの賢明さそのものよりも、むしろ特定の諸規定の意味と適用についてのものである。権利に関する憲章の発想は、連合王国、カナダ、ニュージーランド並びにオーストラリアにおいては、現に高度に論争的なものであり、またそうあり続けてきたのは確かである。最初に言及した3国が一般的な権利と自由に関する憲章を採択したのは最近になってからである。1982年、カナダは憲法の一部として権利と自由に関するカナダ憲章 (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*) を採択した¹⁾。けれども、それは連邦及び州の立法府が

1) *Canada Act 1982* (UK) c 11, sch B pt I ('*Canadian Charter of Rights and Freedoms*').

明示的な立法で重要な諸規定を無効にすることを許容している²⁾。1990年、ニュージーランド議会は1990年ニュージーランド権利章典法（*New Zealand Bill of Rights Act 1990* (NZ)）を制定した。この法律は、未だにニュージーランド議会の明示的な意志には従属している。ただし、その改正は政治的には困難であろうが。1998年、イギリス議会は1998年人権法（*Human Rights Act 1998* (UK) c 42）を制定した。同法は、人権及び基本的自由の保護に関する条約（*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*（‘ECHR’）³⁾）に法的効力を付与している。〔イギリス〕議会は明示的な立法によって同法を改正できる⁴⁾。しかし繰り返すが、輿論と、ECHRによって国家が負っている義務はきわめて困難な障碍であることが立証されている。オーストラリア憲法（*Australian Constitution*）は明示的若しくは黙示的に多くの基本的な市民的並びに政治的な諸権利を保障しているけれども、オーストラリアは国民の権利に関する憲章を有していない。連邦政府により設置された連邦人権諮問会議（A government-initiated National Human Rights Consultation）は、対話モデル（the dialogue model）に基づいた連邦人権法（a federal Human Rights Act）の制定を勧奨している⁵⁾が、前政権は、当時その勧告を謝絶しているものであり、目下激しい論争の最中である⁶⁾。カナダ、ニュージーランド、並びに連合王国においてさえも、権利の憲章を採択したことについての事後的な論争が存在する。筆者は、議会制民主主義諸国における権利章典に対する主要な哲学的主張のうちいくつかのものに対する批判的な評価と、制度理論の観点からの、当該議論を評価する他の選択肢となる方法を提供する。筆者は、関連する諸々の争点についての議論が制度論的立場によって用いられると、本議論における二つの立場の間の違いが、当初考えられていたよりもそれほど深刻なものではないことが明らかになるであろうことを立証することを望んでいる。

外部の観察者らは、この英語圏での論争に見られるいくつかの混乱にはおそらく目をつ

2) Ibid s 33. [いわゆる適用除外条項のこと。佐藤潤一「オーストラリアにおける人権保障」（訳者解題参照）46～49頁参照。]

3) ECHRは1950年11月4日に署名のため解放された。213 UNTS 221 (1953年9月3日に発効した)。

4) *Thoburn v Sunderland City Council* [2003] QB 151, 186-7 (Laws LJ) .

5) National Human Rights Consultation Committee, *National Human Rights Consultation Report* (2009). 対話モデルは、裁判所が条文に規定された権利や自由と一致するように立法を解釈することを許容するが、他方で立法府に対して最終的な解決を与えるような効果を持つよう宣言することは出来ない。

6) See Robert McClelland, ‘Launch of Australia’s Human Rights Framework’ (Speech delivered at the National Press Club of Australia, Canberra, 21 April 2010) ; Australian Government, *Australia’s Human Rights Framework* (2010) <<http://www.ag.gov.au/humanrightsframework>>.

むり、結局、人権及び自由の保護は、すべての自由民主主義社会の望みであり、権利章典は、その目的のための原理的な手段であると考えている。当該論争を理解するための手がかりは、これら四カ国が共有する重要な政治的特徴から導き出されるものに注視することによって獲得され得るのである。第一に、これらの諸国は、かなり重大な地域の違いにもかかわらず、議院内閣制を取っており、またそれを堅持している。第二に、これらの諸国は、広範囲に亘って、基本的ルール、原理、推定則、並びに〔法的〕手法に関するイギリスのコモン・ローを継受しており、そこには対審手続と、判例尊重の慣行も含まれている。コモン・ローは、後に述べるように、基本的な権利及び自由の歴史的な安全装置として発達してきた。第三に、そして最も重要なのは、これらの諸国の近代史のほとんどを通じて、司法上執行可能な権利章典による救済を受けられない個人的な権利及び自由に対して、安定した民主主義政府による、比較的高い程度の尊重を享受してきたということである。この経験が、権利章典の発想に対して、これらの諸国における最も厳密な経験を見出すことに連なったことは、驚くに値しない。

連合王国、オーストラリア、並びにニュージーランドにおいては、あらかじめ規定された憲法改正のためのより一層厳格な手続きに従ってのみ改正され得る文書という意味で、〔硬性の〕成文憲法で保障が確保された (entrenched)¹ 権利章典を採択しようという強力な意見が存在していなかった。連合王国、並びに、おそらくはニュージーランドの場合も、議会主権が、成文憲法で権利保障を確保することに対する、深刻な障害と化していた。革命によるのであれば別であったであろうが。法律による改正に依然として従属している、制定法による権利章典の採択が〔現在〕推し進められてきている。

本稿は、後者に類する権利章典に対する主要な原理的反対論を検討する。これらの諸国で最も普遍的な（いかなる形態のものであるにせよ）権利章典に対する反対論は、そういった法は、社会政策に関する、争いのある道徳的問題並びに道徳的事項について決定する権限を、選挙で選ばれた立法者から、選挙で選ばれていない裁判官に移してしまう、と言う。これは、権利章典がまさにそうであると仮定したとしても、不完全な主張である。これらの問題を司法的解決に委ねたままにすることが、何故間違っているのか？この問題に言及する全ての反論がそうだというわけではないが、反論者は幅広い哲学的若しくは実践的な理由を述べている。なかでも興味深い理由付けと言えるのは、カント学徒の個人主義に基づくもの、帰結主義に基づくもの、そしていくつかの制度理論に基づくものである。本稿で基本的な反対論全てを考察することは不可能である。その代わりに、筆者は、異なった理由から権利の章典に反対する議論をもたらしている二つの現代的懐疑論と、二つの歴史的な懐疑論とに焦点をあてる。すなわち、ジェレミイ・ウォルドロン (Jeremy

議会制民主主義を機能させる権利章典：カント学徒，帰結主義者，並びに制度主義者の懐疑主義（佐藤潤一）

Waldron), ジェイムズ・アラン (James Allan), マイケル・オークショット (Michael Oakeshott) 並びにフリードリッヒ・A・ハイエク (Friedrich A Hayek) である。ウォルドロンとアランは，権利章典への懐疑論を，単純多数決による議会制民主主義と結びつけている。オークショットとハイエクは，権利章典と，多数決民主主義両者に懐疑的である。これらの見解を考察することが，前述の疑問について概念的に明確にするために有用である。

II 「権利章典」の意味とは？

「権利章典」は，様々に異なった種類の文書に対して付けられてきた便利な用語である。多くの民主主義的な憲法は，司法によって執行可能な権利及び自由の宣言を挿入している。それらの規定は，憲法改正によってあらかじめ定められた方法による場合を除いて立法によっては置き換えられ得ない。他の諸国においては，権利章典は，通常の方法で制定された立法によっては容易に改正され若しくは廃止されるようなことのない特別法として存在しているかもしれない。通常，かかる改正は，裁判所が権利章典と一致するように諸々の法を解釈できないようなことにならないよう，明確な言語で行われることが要請されるであろう。そうであるからこそ，1998年人権法 (Human Rights Act 1998 (UK) c 42) 3条1項が，裁判所に対して「そうすることが可能な限り，第一次立法および従位立法は，ヨーロッパ人権条約上の (Convention) 権利と適合するような方法で解釈され且つ法的効力を与えられねばならない」⁷⁾と命じているのである。実務的な用語では，このことは，〔イギリスの国内〕裁判所が，ヨーロッパ人権裁判所によって解釈されたヨーロッパ人権条約上の権利 (ECHR rights) と，可能な限り一致するように，法の意味と効力を変える権限を有していることを意味する。これは，筆者の見解では正確には，裁判所が，道徳的及び政策的な諸問題に対して決定を下す権限を実質的に増大させつつあることを示すものであると，批判者は主張している⁸⁾。

この議論の背景を提供している議会制民主主義諸国（連合王国，カナダ，ニュージー

7) 1990年ニュージーランド権利章典法 (*New Zealand Bill of Rights Act 1990* (NZ)) 第6条と比較せよ。「法律を制定しようとするときはいつでも，この権利章典 (this *Bill of Rights*) に含まれている権利及び自由と適合するような意味が付与される。その意味は，他のいかなる意味よりも適切なもの (shall be preferred to) であるべきである」。

8) See, eg. James Allan, 'Oh That I Were Made Judge in the Land' (2002) 30 *Federal Law Review* 561, 566.

ランド、並びにオーストラリア)においては、極めて広い範囲で、コモン・ロー、制定法上の諸規則、並びに基本的な市民的自由及び自由を保護するための諸々の仮定(presumptions)が存在する。刑事手続きに関する法及び証拠法の重要な部分が、その主要な目的として、諸個人の手続的権利を強制することにある。無罪の推定、立証責任、公判なしでの拘留禁止、伝聞証拠の排除、証拠の関連性に関する諸規則、並びに警察に対する自白が許容しがたいこと、これらは、コモン・ロー及びその法典化された諸規則が一般市民に与えている、より一層顕著な安全装置の一部に過ぎない。これらが累積したものが、法律に基づき、且つ公平な裁判で有罪とされた後でなければ罰せられないという、最も基本的な諸個人の権利を促進するのである。実質的な刑法は、諸個人を、拷問及びあらゆる形態の虐待から保護する。行政法の諸規則及び救済、コモン・ロー上の基本的権利侵害に対する諸々の推定、並びに裁判所の独立は、これらの諸国の一般市民が享受している法的保護の枠組を構成する他の部分である。しかしながら、これらは結局伝統的な権利章典とはならなかった。立法府はしばしばこれらの保護を侵害することができるし、実際に侵害している。直近では、これらの諸国における反テロ法によって例証された⁹⁾。制定法による権利章典とはどのようなものかといえば、言論、集会並びに〔集会への〕参加に関連する権利その他の政治的な権利、法の前の平等の権利といった最も重要な諸権利をまとめることであり、また、明確且つ平明な、それゆえに政策的にはきわどい立法行為によってのみ適用が除外され得る文書に、これらの諸権利を規定しているものである¹⁰⁾。権利の章典への反対者らは、権利の司法府による解釈を無効にする立法府の権限は、本質的に民主主義過程に残されているべきである重要な道徳的及び政治的な諸問題を決定する裁判所の権限を、著しく縮減してしまうというわけではない¹¹⁾。筆者も、この点は認めざるをえない。それは、事実争いがたいという理由からだけでなく、真に取り組みたい問題に取り組むためである。すなわち、何故裁判所がかかる問題を決定する権限を持つべきでないのか？

Ⅲ ウォルドロンによる権利章典に反対するカント学的主張

ウォルドロンによる諸々の権利章典への反対論は、『「法」及び「意見の相違」の関係』(*Law*

9) See *Counter-Terrorism Act 2008* (UK) c 28; *Anti-Terrorism Act (No 2) 2005* (Cth) ; *Anti-Terrorism Act*, SC 2001, c 41; *Terrorism Suppression Act 2002* (NZ).

10) See *R v Momcilovic* (2010) 265 ALR 751, 779-80 [103]-[104] (Maxwell P, Ashley and Neave JJA) .

11) See, eg, Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (Clarendon Press, 1999) 268-9.

and Disagreement) において、以下のような段階を通じて徐々に展開されてきた。

第一に、ウォルドロンは、意見の相違は、社会生活で普通にありうる特徴であると主張する。事実と法、法的な権利と義務に関する問題についての意見の相違はありふれたものである。これは法的慣例の本質である。何が法であるかも、日常的に意見が相違している。これは分かりやすい。が、基本的な市民的及び政治的な権利及び自由（例えば、拷問を受けない権利、公平な裁判に於ける有罪判決なしに罰せられない権利、議会の選挙で投票する自由、意見を表明する自由、並びに宗教を信じ宗教活動を行う自由）は、多数派の意志に反したとしても保護すべき価値が明白であるという、広く行き渡った意見が存在する。ウォルドロンは、そうではないと主張する。極めて基本的な諸原理、それによって社会が組織されている諸原理全てについて意見の相違がある。ウォルドロンは正しい。自由な言論、結社、参政権の限界について、何が公平な裁判を実現するかについて、いかなる形態の宗教活動が禁止されるべきか、敵戦闘員及びテロリストらがどのように扱われなければならないかについて、意見の相違が存在する。ウォルドロンが主張するところによれば、権利章典は、選挙で選ばれた代表者から選挙で選ばれることのない裁判官へと、争いある争点〔の最終的判断権〕を移動するものである¹²⁾。連合王国議会はヨーロッパ人権条約に拘束されることになるけれども、制定法による権利章典が、議会が望めばこれらの問題を解決することを禁じていないことからすればこれは誇張表現である。ウォルドロンによる主張が真実だとして、いったい何が問題だというのだろうか？

第二に、ウォルドロンは、社会というものは、法による意見の相違に直面することで統合が保たれているものだと述べる。われわれが互いに異なる存在であるにもかかわらず相対的に平和で調和と保って生活するような余地を我々に与えているものが法であるというのである。

法の権威は、共通の枠組みを参照する、様々な争点について協調して行動すること、若しくは、様々な領域における人の行動を調和させることが、我々にとって承認できる必要あるという事実依存する。またこの必要は、我々が、我々の共通の行動計画、あるいは我々の共通の枠組みがどのようなものであるべきかについて、我々自身の意見が一致しないという事実によっては除去されないものである¹³⁾。

それゆえ我々は（通常は）法に従う。法を好まない場合でさえも（我々が、それが何であ

12) See, eg, *ibid* 213.

13) *Ibid* 7.

るか知ることができたとして、であるが)。

この主張は、ウォルドロンを、[我々の]手の届かないところに連れ去ってしまうわけではない。法は、多くの異なった方法でつくられ得るし、同様の権威を持つと主張する異なった種類の機関によってつくられ得る。過去の多くの社会は、慣習法によって存続してきた。慣習法は社会進化の成果だったのである。ローマ帝国や古代中華帝国 (the Roman and Sinic Empires) のような絶対君主国においては、法は君主の単独意志によってつくられた (元首の意思は法律としての効力を有する [quod principi placuit, legis habet vigorem]¹⁴⁾)。古代スパルタのような寡頭政治においては、法は少数者集団 (a select group) によってつくられた。イングランドでは、19世紀まで、法の発展と、それゆえの臣民の権利及び自由は、大部分がコモン・ロー裁判所に任されてきた。オーストラリア及びカナダを含むが、連合王国とニュージーランドを含まない、多くの諸国において、議会制定法 [第一次立法 (primary legislation)] は憲法裁判管轄権を持つ裁判所による法律無効の判決の影響を受けやすくなっている。したがって、異なる方法でつくられた法が、諸個人が持つべき権利について意見が相違する人々の間で社会生活を可能にするような同様の目的に奉仕し得るのである。

このことは、ウォルドロンを彼のいう第三段階へと連れて行くことになる。権利章典は、裁判所のような、選挙で選ばれるのでない機関が、それゆえに、ウォルドロンが思料するところの「諸権利の権利」(the 'right of rights') を侵害するという、社会を分断する問題を除去する。「諸権利の権利」とは、議論ある争点について意見を言う諸個人の権利である。換言すれば、これは、「法の制定に貢献する権利」(the 'right of having a share in the making of the laws')¹⁵⁾ である。彼はこの権利に道徳的な優先性を主張しない。ウォルドロンの主張は、この権利はいかなる他の権利とも衝突しない、なぜなら、それはいかなる権利を我々が現に持っているかという問題に関するものだからである、というものである¹⁶⁾。これは、民主的な政治参加の権利を、必然的に「諸権利の権利」とするものではない。

14) Thomas Collett Sandars, *The Institutes of Justinian with English Introduction, Translation, and Notes* (Callaghan & Company, 1876) 72. [ウルピアヌス (Gnaeus Domitius Ulpianus : 170年頃? ~ 228年) の言葉とされる。同様の言葉として、「元首は法に拘束されず」(*princeps legibus solutus est*) があるとされる。柴田光蔵「ウルピアヌス」(『社会科学大事典 2』(鹿島研究所出版会, 1968年), 同『法律ラテン語を学ぶ人のために』(世界思想社, 2000年) 参照。]

15) Waldron, *Law and Disagreement*, above n 11, 232, quoting William Cobbett, *Advice to Young Men, and (Incidentally) to Young Women, in the Middle and Higher Ranks of Life: In a Series of Letters Addressed to a Youth, a Bachelor, a Lover, a Husband, a Father, a Citizen, or a Subject* (1829), quoted in L J Macfarlane, *The Theory and Practice of Human Rights* (Temple Smith, 1985) 142.

16) Waldron, *Law and Disagreement*, above n 11, 232.

事実、ウォルドロンの「諸権利の権利」は、現実には、議会多数派によって決定されたその人の権利を持つ権利なのである。だが、多くの社会では、人々は多数派によって彼らの権利を決定されることを望まず、年長者、賢明な人、裁判官あるいは宗教的権威者の会議（councils）に、このような問題をまかせることになるであろう。換言すれば、共同体によっては、「諸権利の権利」は、単に、必ずしも民主的に選出されないであろう、確立された権威によって決定された諸々の権利及び義務を、その構成員が持つということである。ウォルドロンの例は〔ここまでの記述だけでは〕不完全なものである。

それはウォルドロンのいう第四段階、カント学徒としての主張の段階へと移行する。ウォルドロンは、権利章典は、論争ある道德問題を裁判所のような民主的な代表機関でない機関にゆだねることによって、自律的人格（an autonomous person）としての個人の尊厳を侵害することになると強調する。彼が主張しているのは、権利の保障が確立すると、我々は、我々自身の視界の中で自己過信を示し、他者の視界に不信の念を抱くものである¹⁷⁾。この不信の態度は「道徳的に熟慮する能力、並びに自己自身の特別な若しくは部分的な利益への没頭を越える能力に寄与するような思考する行為者（thinking agent）としての個人（the individual person）の見解」¹⁸⁾と適合しない。別の選択肢として、彼は、かかる〔権利〕保障の確保は、「略奪を本質とする、人間性と、民主主義政治の領域において解き放たれたときに人々は他者に何をするのかについての見解」¹⁹⁾とに動機づけられていると主張する。多数者の見解がもつ不信は、「我々自身の見解における自己過信」を意味し得るといふよりもむしろ、制約のない多数決民主主義が機能する方法についての健全な懐疑主義を意味し得る。このことが、ヒューム（Hume [1703-1795]）が、憲法の設計者（constitutional designers）は、すべての人を利己的な悪党（self-interested knave）であると仮定した理由である²⁰⁾。もちろん多数派への信頼がある者もいるであろうが、そのことが、「諸権利の権利」を作り出すわけではない。

ウォルドロンにとって不快な、もう一つの問題がある。選挙民の多数派が、その代表議員を通じて1990年ニュージーランド権利章典法（the *New Zealand Bill of Rights Act 1990* (NZ)）のような制定法による権利章典を採択した場合はどうなのであろうか？同法は、議会における単純多数決によって通過した他の立法によっていつでも改正されあ

17) Ibid 221-2.

18) Ibid 222.

19) Ibid.

20) David Hume, 'Of the Independency of Parliament' in Eugene F Miller (ed), *Essays: Moral, Political, and Literary* (Liberty Fund, first published 1777, 1987 ed) 42, 42. See below n 25 and accompanying text.

るいは廃止され得る。裁判所は1990年ニュージーランド権利章典法違反を理由として立法を無効とできないが、権利章典 (the *Bill of Rights*) との適合性を達成することが可能な場合当該立法をそのように解釈できる²¹⁾。ウォルドロンはこのようなたぐいの権利章典を、憲法上の制約についての「事前の自己拘束 [プリコミットメント]」的見解 ('precommitment' view of constitutional constraints) と呼称する²²⁾。彼は、かかるプリコミットメントでさえも、他の国家機関の決定に対する道徳的な不同意の余地を残すことによって、民主主義を弱体化してしまうのだと主張する。彼はブリジット (Bridget) の類推例を好む。ブリジットは、あらかぎりの動揺の後に (after much vacillation), 人格神 (a personal God) への信頼を採るのである。彼女は、神学上の書籍のための書庫に鍵を掛け、その鍵を友人に渡して、けっして鍵を彼女自身に戻さないよう依頼する。けれども、後に彼女は再び疑いを抱き、友人に鍵を求めるが、鍵を返すかどうかの決定は、いまやその友人の手にあり、ブリジットはこの問題に口を出せないのである²³⁾。この脚本は、憲法上の保障を確保された権利章典に関するものとしてさえ、誤った類推例である。ブリジットは人々を、友人は憲法裁判を示している。この類推例が誤りなのは、人々は明示的若しくは (連合王国及びニュージーランドの場合) 黙示的に憲法を改正することによって当該決定手段を自己自身の手に残して置くことができるからである。このことは、ブリジットが、鍵を取り返す法的 (若しくは道徳的) 手段を持たないであろう事とは逆である。この類推例は、選挙で選ばれた立法者が単純多数決でその内容を否決しうる制定法による権利章典に関しては、むしろより一層弱い類推でさえある。これは、ブリジットが友人に「鍵は返さないでね、返してと三回言って、書面で依頼しない限り」と友人に対して述べているのに類似する。ウォルドロンは最大限に譲歩して曰く：

今や、私は、個々の法制度が、それ自体が関与すべき、制度が取り上げるべきである諸個人の権利——人権——に関する諸原理を表現していることが重要であるとまさに考えている。かかる権利は、国際レベルでは実定法でも表現されている。また、

21) 1990年ニュージーランド権利章典法第6条「制定法に対して、本権利章典に規定された権利及び自由と一致する意味を与えることが可能である場合はいつでも、その意味が、他のいかなる意味よりも優先されなければならない」。

22) Waldron, *Law and Disagreement*, above n 11, 258. [プリコミットメント理論について邦語での検討として、阪口正二郎「第六章 プリコミットメント理論の位置」同『立憲主義と民主主義』(日本評論社、2001年) 222頁以下及び愛敬浩二「第5章 憲法学における「物語」論」同『立憲主義の復興と憲法理論』(日本評論社、2012年) 118頁以下参照。]

23) Ibid 268-9.

このことは、国内法制度のレベルでは、実定法化（positivization）によって調整されるべきである。私は、個々の事件で、権利章典の解釈という仕事が必要に司法府に委ねられることを否定しない。しかし、大きな問題が発生した場合——私が「分岐点」（‘watershed’）問題と呼ぶ類の問題が発生した場合——たとえそれが解釈問題と表現されうるものである場合であっても、立法府とのいかなる論争であっても、裁判所は、決定権を持つべきではないことが重要であると私は考える²⁴⁾。

しかしながら、ウォルドロンは憲法上の権利章典に対しては彼の主張を維持する。彼は民主的議会の権限を制限する伝統的な事例を取り上げ、それを覆すのである。多数派若しくは少数派の権限に対する権利保護の要求は、歴史的に、個人の尊厳と自律性を承認するための嘆願であった。無制限の権限に対する不信は、自由主義的立憲主義の要石とされてきた。それこそが、デイヴィッド・ヒューム（David Hume）が次のように書いた理由である。「いかなる政治制度について議論するに当たっても、また憲法の様々な抑制と統制を修繕するにあたって、すべての者が、悪人（a knave）であり、私的利益より他は、その者の全ての行為においても、なんらの目的も有していないと仮定すべきなのである」²⁵⁾。それはジェームズ・マディソン（James Madison）が『フェデラリスト』の第51編で次のように書いた理由である。「もし人が天使であれば、いかなる政府も不必要であろう。もし天使が人を統治するとすれば、政府に対する外的な統制も内的な統制もいずれも不必要となろう」²⁶⁾。それはジョン・ロック（John Locke）が、立法府が信託による協約（the terms of the trust）を侵害した場合には、「当該信託は当然に破棄されねばならず、その権力を、立法府に権限を付与した者〔国民〕の手によって、自らが、その安全（safety）と保安（security）のために最良と考える新たな者の手に譲り渡すのである」²⁷⁾と述べた

24) Jeremy Waldron, ‘Refining the Question about Judges’ Moral Capacity’ (2009) 7 *International Journal of Constitutional Law* 69, 72 (citations omitted).

25) Hume, ‘Of the Independency of Parliament’, above n 20, 42.

26) ‘The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances between the Different Departments’ in Michael A Genovese (ed), *The Federalist Papers: Alexander Hamilton, James Madison, and John Jay* (Palgrave Macmillan, first published 1788, 2009 ed) (‘*Federalist No 51*’) 119, 120 (attributed to James Madison).

27) John Locke, *Two Treatises of Government* (Cambridge University Press, first published 1689, 1970 ed) 385 (emphasis in original). [後編 § 149. 鵜飼信成訳『市民政府論』（岩波文庫、1968年）151頁は security を「無事」とし、加藤節訳『統治二論』473頁は security を「保障」とするが、ここでいう security は their = the People 信託をする人々、つまり国民であることを考慮して、safety を安全、security を保安と訳している。]

理由である。それは、絶対権力に対する最も偉大な弁証者 (the greatest philosophical apologist) であるトマス・ホブズが、リヴァイアサン (*Leviathan*) において次のように述べた理由である。「服従の目的は保護にある」のであり、また「臣民の主権者に対する服従義務は、[主権者が] 臣民を保護しうる権力が続く限りにおいて、かつもはやその権限が続かなくなるまで、継続するものと理解される」²⁸⁾。ウォルドロンにとっては、この個人にとっての懸念が、なぜ民主的権力が拘束を受けるべきでないかということに対する理由そのものなのである。

A 意見の一致と意見の相違 (Agreement and Disagreement)

法と意見の相違 [との関係] については別の見方もある。ウォルドロンは、意見の不一致については正しい。全ての段階で意見の不一致が生じない社会はない。けれども、ほと

28) Thomas Hobbes, *Leviathan* (George Routledge and Sons, 2nd ed, 1886) 105.

[第 21 章 臣民の自由について]

「臣民たちの主権者に対する義務は、かれがかれらを保護しうる権力が存続するかぎりにおいて、それよりながくはなく、つづくものと理解される。なぜなら、人びとがうまれながらもっている、自分たちを保護する権利は、他のだれもかれを保護しえないばあいには、どのような信約によっても廃棄されえないからである。主権はコモンウェルスのたましいであり、それがひとたび肉体からはなされると、諸器官 [メンバー] は、もはやそれからかれらの運動をうけとらないのである。服従の目的は保護であって、人がそれを、かれ自身の剣のなかにであれ、他人の剣のなかにであれ、みるばあいにはつねに、自然はかれの服従をそれにむかわせ、かれの努力をその維持にむかわせる。そして、主権は、それをつくる人びとの意図においては不死ではあるにしても、しかしそれは、それ自身の性質においては、対外戦争による暴力死にあいうるのみならず、人びとの無知と諸情念のために、まさにその設立のときから、内部的不一致による自然死のおおくの種子を、そのなかにもっているのである。」(水田洋訳リヴァイアサン岩波文庫 (白 4-2) 2 巻 100 ~ 101 頁)

XXI: Of the Liberty of Subjects

"The obligation of subjects to the sovereign is understood to last as long, and no longer, than the power lasteth by which he is able to protect them. For the right men have by nature to protect themselves, when none else can protect them, can by no covenant be relinquished. The sovereignty is the soul of the Commonwealth; which, once departed from the body, the members do no more receive their motion from it. The end of obedience is protection; which, wheresoever a man seeth it, either in his own or in another's sword, nature applieth his obedience to it, and his endeavour to maintain it. And though sovereignty, in the intention of them that make it, be immortal; yet is it in its own nature, not only subject to violent death by foreign war, but also through the ignorance and passions of men it hath in it, from the very institution, many seeds of a natural mortality, by intestine discord." [emphasis added]

<http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/hobbes/Leviathan.pdf>

んどの構成員が、結社に関する基本的な諸規則に対して実質的に同意しない社会もない。社会生活の基本的な諸規則についての実質的な同意がない場合、社会は存在しない。われわれは、政府や議会が設立されるよりもずっと前に諸々の社会は存在していたこと、そしてそういった社会は法を有していたことを思い起こさねばならない。もちろん、ここでいう法は、法実証主義者のいう国法である必要はなく、むしろ、それによって人々が生活し、互いに影響を与え、且つ協力する、社会学的及び人類学的意味での規則である。人々と財産を保護し、契約の履行を要求するような様々な規則は、形式的な合意、若しくはホップズやロックが示唆したような社会契約によって樹立された立法府によって作られたわけではない。それらは人間の経験と必要の自然の成り行きであったのである。

デイビッド・ヒュームが主張したように、正義の諸規則（rules of justice）は、言語や貨幣のような他の習律的なものと同様に、「徐々に〔発生し〕、緩慢な漸進と、そして〔それら＝言語や貨幣〕を侵害することの不便さという我々の繰り返された経験とによる効果〔を要請するもの〕である」²⁹⁾。正義の諸規則は、「ボートの櫂を漕ぐ二人は、互いに決して約束を交わしていないけれども、同意ないし慣習によって船を漕ぐ」³⁰⁾ ときのような行動から偶然に生じるものである。あるいはマックス・ヴェーバーが著したように、法の形成は、普及した慣習が、「他者のとる意味深な反応としての行為についての、人々の、半ば、あるいは完全に意識的な『予期』に『合意』として組み込まれる」ときに生じるものである³¹⁾。社会生活の基本的な諸規則は、したがって、多様な諸個人から成る社会の中で達成可能な、いかなる正式の契約若しくは民主的な立法よりも深く、且つ一層深遠な合意の帰結なのである。こういった諸規則は、諸個人の予期との一致、並びに不確かなる世界における社会生活からの淘汰圧力とを通じて結晶化しているからこそ、より一層真正のものであり、且つ強制的なのである。この法進化過程は、満場の一致を得られるものではない。社会の批判的集団は、何が正しい行動であるかについて合意することはあるけれども、ルール違反についてだけでなく、ルールそのものについても、しばしば意見が一致しない。多くの社会は、年長者や裁判官のような、信頼に足る仲裁人らに、紛争の解決を委託する経験を通じて学んできた。こういった仲裁人らは、個々の事件で法を適用するだけでなく、何が法であるかをも決定した。それゆえに、諸裁判所は、法制定者としての議会が出現するはるか前に、法進化過程に不可欠なものとなった。人々は、議会に対してでなく、裁判

29) David Hume, *A Treatise of Human Nature* (Clarendon Press, first published 1739-40, 1967 ed) 490.

30) Ibid.

31) Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology* (Bedminster Press, 1968) 754.

所に対して、法と事実についての彼らの意見の不一致を裁定する役割を求めるようになったのである。諸裁判所は、国法の最初期の管理人となったのである。

これらのいずれも、ウォルドロンによる権利章典 (rights charters) に対する鍵となる反対を論駁していない。ウォルドロンは以下のように応答するであろう。選挙で選出される議会が現出する以前に於いて、人々が自らの権利及び自由を獲得するために慣習法及び伝統的な諸裁判所に依拠していたのは確かである。けれども、そのような型の政治的取り決めは、個人の自律を常に犠牲にする。なぜなら、その内容についての争点となっている諸問題並びにその法の適用は、大衆の参加を否定する手続に従う組織 (司法府) によって最終的に (*ultimately*) 判断されたからである。イングランドにおける議会制民主主義の勃興は、人々に議会への選挙権を与えることによって、このようなお粗末な状況に終止符を打ったのである。イングランドにおいては、成人女性並びに成人男性でさえも財産を有しない場合には、1928年まで投票することはできなかったのである³²⁾。しかしそれ以来、すべての成人は (その時々議会によって選挙権を停止された者を除き)、意見の不一致を解決するに当たって役割を果たす「諸権利の権利 ('right of rights')」を有する。この主張の要点は、我々は、もし当該諸問題が、個々の人の声を弱々しいものとしてのみ聞き届けることを許容している多数決による議会プロセスによっては解決されない、彼ら自身に影響するものである場合には、個人を自律的主体 (an autonomous agent) としては尊重し得ないというところにある。けれども、このような思考にはさらなる問題が残されている。

B 多数決主義 (Majoritarianism) と個人の自律

第一に、実務的なレベルでは、われわれは、議会の多数派が、常に個人の自律を尊重しているわけではないことを知っている。歴史は、次のことを繰り返して証明してきた。すなわち、多数決主義制度の下での少数者は、ウォルドロンのいう権利章典への反対を支える、いわゆる、カント学派のいう熟慮 (the Kantian consideration) を常に享受しているわけではないのである。ワイマール憲法 (*The Weimar Constitution*)³³⁾ は、集団虐殺を招いたナチス体制の勃興を防ぐことができなかった (し、むしろ促進しさえしたと主張する人もいる)³⁴⁾。ジンバブエの多数決民主主義 (ムガベ体制 [ムガベ (Robert Gabriel Mugabe,

32) See *Representation of the People (Equal Franchise) Act 1928*, 18 & 19 Geo 5, c 12.

33) *Die Verfassung des Deutschen Reichs (Weimarer Reichsverfassung)* [Weimar Constitution].

34) 1933年の選挙では、アドルフ・ヒトラーのナチ党は投票総数の43.9%にまでしか到達していなかつ

1924年2月21日～)以前でさえ、野党は体系的に破壊され、また選挙手続は退廃していた)は、少数派と反体制派に対する圧政が敷かれていた。スリランカの議会は、シンハラ人が多数派を占めており、言語政策と割り当て体制によって少数派タミル人に対するシンハラ人の体系的優遇策を行った。マレーシアの民主主義は、他の共同を超える特権をブミプトラ (the *Bumiput*) に与えている³⁵⁾。公共選択と利益集団に関する理論家らは、長きに亘って次のように主張している。すなわち、連合王国や合衆国、並びにオーストラリアのような成熟した民主主義諸国においてさえも、立法は、しばしば、形式的且つゆがんだ意味でしかない、集団的な選択を代表する利益集団による交渉 (bargaining) の所産なのである³⁶⁾。ウォルドロンは、多数決民主主義が、損なわれることをしぶしぶながら認めるが、必ずしも全ての立法がそのように墮落するわけではなく、われわれが、それに対抗して立法を評価するいかなる合理的な観念も存在しないと主張する³⁷⁾。筆者のように、これに反対する主張もある。すなわち、アリストテレスいう国家 (*politeia*)³⁸⁾、あるいは憲法の発展を導いてきた古典的共和主義 (republicanism) のような諸観念 (ideals) が存在するのである³⁹⁾。

個人の尊厳と個人の自律 (individual dignity and autonomy) は、拘束のない多数決民主主義に関連づけられた、政治参加に関する権利によって最も良く確保されるというウォ

たのに、1933年2月27日のドイツ国会議事堂放火事件 (the Reichstag fire) 以後、ヒトラーは、人身保護の権利 (the right to *habeas corpus*) を含む全ての基本的諸権利を停止するよう大統領 [ヒンデンブルク (Paul Ludwig Hans Anton von Beneckendorff und von Hindenburg, 1847年10月2日～1934年8月2日)] を説得して、共産主義者を筆頭とする野党の体系的消滅へと道を開いたのである。

35) See *Federal Constitution* (Malaysia) art 153, in particular art 153 (2). [[「マレーシア国王は第153条の諸規定に従い、マレー人、サバ、サラワク州の先住民の特別な地位と他のコミュニティの正当な利益を保護する責任を有する」(第153条第1項)。「国王は本憲法中のいかなる条項にも関わらず、第40条および第153条に従い、マレー人およびサバ、サラワク州の原住民の特別な地位を保護するために、必要な方法により自己の権能を本憲法及び連邦法の名のもとに行使することができる」(153条2項)]]

36) See, eg, James M Buchanan and Gordon Tullock, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy* (University of Michigan Press, 1962) 134-5; Mancur Olson, *The Rise and Decline of Nations: Economic Growth, Stagflation, and Social Rigidities* (Yale University Press, 1982) 37.

37) See Waldron, *Law and Disagreement*, above n 11, 32-3.

38) See Aristotle, *Aristotle's Politics* (Benjamin Jowett trans, Oxford University Press, 1916) 136, 157 [trans of: *Politica*].

39) See Suri Ratnapala, 'Separation of Powers: Cornerstone of Liberty under Law' in Suri Ratnapala and G A Moens (eds), *Jurisprudence of Liberty* (LexisNexis, 2nd ed, 2010) 53.

ルドロンの立場は、さらなる挑戦に直面している。ウォルドロンが「諸権利の権利」(the 'right of rights')と呼ぶところの、われわれが享受すべき他の諸権利の決定過程に参加する権利は、実効的でなければ無意味である。その権利は、最小限度、成人が、議会の選挙で投じた一票が現実に数えられ、且つ他者によって投じられた諸々の投票と、大体平等の価値を持つ権利であることを要請する。さらに、投票する人々は、選出するに足る立候補者についての合理的な選択肢を持っていなければならない。一政党しか存在しない民主主義は、諸権利の権利を無意味なものにする。換言すれば、合理的な選択肢は、諸々の選択肢を周知させ、且つその選択肢を議論するための自由が合理的な程度のものであることを要請する。これは、オーストラリア高等法院が *Lange v Australian Broadcasting Corporation*⁴⁰⁾ において、全員一致で判示したところである。ウォルドロンは、これらの政治参加に関する諸権利の憲法的保障は、以下の条件の一つ又は両者が存在しているときにのみ正当化されると主張する。彼の主張する条件は、権利章典の支持者によっては、いまだに確立されていない。

[ウォルドロンのいう] 第一の条件は、人々が、「多数派の決定並びにその効果的な実現のために必要な諸条件の観念について、継続的に、且つ全員で一致している」ことである⁴¹⁾。第二の条件は、そこにいう自由が壊れやすいものである (fragile) が故に、それらに対する事前の自己拘束 (precommitment) が望ましいものであることである⁴²⁾。彼は、選挙制度、議会の会期、自由な言論に対する制約などなどに対する討議が、成熟した民主主義国家で行われる場合には、これらのもろもろの問題についての健全な議論が存在するという⁴³⁾。ウォルドロンは、そのような討議が存在するという点では正しいが、そういった討議からの帰結から、我々が導き出すべきなのがいかなる結論であるかという点では誤っている。これらの討議は、まさに討議される自由のゆえに生じる。議論は、自由な言論が違法化され、成年参政権が禁じられた日には、戦慄しながら停止することになる。それゆえ、諸権利の権利を実現し得るような民主主義国家は、合理的な程度で憲法上、制定法上、あるいはその他制度的な措置によるもろもろの自由を確保している国家である。クリスティアーンが評価しているように、「意見の相違が生じたすべての場合に、個々人がその解決にあたって発言しなければならないとすれば、我々は、平等、民主主義、そしてウォルドロン自身が提唱している諸命題 (theses) の価値さえも、それらについての意見

40) (1997) 189 CLR 520, 559-61 (Brennan CJ, Dawson, Toohey, Gaudron, McHugh, Gummow and Kirby JJ).

41) Waldron, *Law and Disagreement*, above n 11, 279.

42) Ibid.

43) Ibid 279-80.

の相違の結果である、というところまで退行してしまう危険の中におちいる」⁴⁴⁾。ウォルドロンは、このような暗示的帰結を、権利の章典を支持する者達が満たさねばならない第二の条件を語ることによって、認容している。ここでいう条件とは、そういった諸自由の存在が希薄であるということである。筆者の見るところでは、ウォルドロンは、かれの最も興味深い寄与をここで果たしているのである。

ウォルドロンは、「反体制者ら (dissidents) は、かれらの抵抗が、抑圧的若しくは殺意のある応答を惹起しないとの保障を必要とする」⁴⁵⁾ ことも認容する。しかし、合衆国並びに連合王国においては、「健全で確立された政治的自由の伝統が存在」⁴⁶⁾ し、それが、そのような応答を禁じている、というのである。彼は次のことを認容する。

こういった理由から、またさらに、政治構造、政治過程並びに政治文化の背景にあるこれらの争点、未だに、継続的で、健全で、且つ良質な意見の相違をもたらす主題となっているがゆえに、オデュッセウスによる事前の自己拘束に狼狽してしまうようなモデルは、憲法理論の基礎ないし雛形としては極めて不適切であるように思われる⁴⁷⁾。

仮に、わずかながらの基礎理論による拘束から自由な民主主義に対する不信と、政治的行為に対する事前の自己拘束が、狼狽するような理論を帰結するに至るのであれば、豊かな西洋立憲主義伝統は、アリストテレスからキケロー、〔トマス・〕アキナス、グロティウス、ロック、ヴォルテール、ベンサム、カント、モンテスキュー、ミル、並びに〔ジェイムス・〕マディソン、そして現代のハイエク、オークショット、ロールズならびにドウォーキンによって狼狽させられていることになる。もちろんこれは、ウォルドロンの次の主張、すなわち、制度的制約が、議会の行き過ぎを抑制するために十分に堅牢である場合には、権利章典は不要なのである⁴⁸⁾ という主張には、なんら答えていない。このことから、4つのポイントが指摘できる。第一に、すべての国がイギリスのような制度的な堅牢さを教授しているわけではない。制度という語で、筆者は形式にとらわれない内容を意図している。すなわち、法文化、政治的な伝統並びに作法、司法の態度並びに技法、弁護士、公務員、

44) Thomas Christiano, *The Constitution of Equality: Democratic Authority and Its Limits* (Oxford University Press, 2008) 285-6.

45) Waldron, *Law and Disagreement*, above n 11, 280.

46) Ibid 281.

47) Ibid.

48) Ibid.

並びにジャーナリストといった〔法制度の〕鍵となる行為主体の職業倫理、そして慣習法上の社会的・倫理的並びに宗教上の諸規則を含むが、それらに限定されないのである。評価が困難であるが、これらは、そのことにもかかわらず、客観性がある。第二に、権利章典は、上述の意味で制度的に弱い諸国においても、ほとんど違いがないか、あるいは全く同じような内容を持つ。第三に、制度的に堅牢な諸国が、基礎的な政治参加の諸権利に対する事前の自己拘束を不要とすると仮定したとしても、だからといって必ずしも、そのような事前の自己拘束が、カント学派による個人の人間性及び自律性の観念を覆すことにはならない。こういった観念はウォルドロン主張では司法審査によって必然的に犠牲となるものである。ここでの要点は、堅牢な制度的文脈においては、司法審査は自律性を減少させないというだけでなく、現実には自律性を高めるかもしれないということである。第四に、立憲政府に好意的な制度が生成されつつあるものの、壊れやすい状態である特定の諸国における権利章典は、触媒であることが明らかになるかも知れない。

本稿の結論を出すために、権利保障にかかわる制度的次元に立ち戻ることしよう。しかしながら、その前に、我々は、本稿の最初に言及した、他の権利章典反対者の見解について考察すべきである。

IV ジェームズ・アランによる帰結主義者の反対

わが同僚、クイーンズランド大学ギャリック教授⁴⁹ジェイムズ・アランは、おそらく、いかなる形態の権利章典に対しても、最も首尾一貫した功利主義的な批判者である。アランは、ウォルドロンによる意見不一致命題 (disagreement thesis) に同意して、曲解による不同意に直面しても、多数決制度は個人の自律を否定するはずがないとする⁴⁹。しかしながら、アランによる自律の価値に関する見解は、カント学徒のいう自明性 (self-evidence) に基づいているのではなく、帰結主義者のような考慮に基づいている。アランは、科学的基盤を欠くがゆえに「自然権」観念を退ける⁵⁰。その見解は、筆者も共有する。彼は功利主義的考慮から離れて、権利に関する問題を決定する二つの方法のみを維持する。一つはベンサムが共感と反感の「原理」と呼ぶものである。このベンサムが主張したことは、原理では全くなく、むしろ、単にものごとに対する賛同または反対する気質のことであった⁵¹。

49) See, eg. James Allan and Andrew Geddis, 'Waldron and Opposing Judicial Review — Except, Sort of, in New Zealand' [2006] *New Zealand Law Journal* 94.

50) See James Allan, 'Utilitarianism and Liberty' in Suri Ratnapala and G A Moens (eds), *Jurisprudence of Liberty* (LexisNexis, 2nd ed, 2010) ch 14.

51) Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (Clarendon Press,

アランは、いくつかの理由から、この方法での思考を退ける⁵²⁾。アランによれば、帰結主義の他に、権利についての他の唯一の思考方法は、ヒュームによる方法であって、それは権利を「間主観的な（inter-subjective）感情と評価に関する一つの漸進する制度」⁵³⁾として扱う。アランはこういった思考方法は、「偶然に生起すること以外のものごとについては、（その説明とは対照的に）究極的な意味での正当化を、なんら提供しない」⁵⁴⁾思考方法であるという。筆者は、倫理的諸決定の基礎ないし究極的な意味での正当化の探求に成功していないと考える。また、アランの選択した用語にもかかわらず、筆者は、アランが、それを見出そうと試みていないと信ずる。帰結主義は、〔思考の〕基礎を顧みない。なぜなら、何人もそれを見出し得ないからである。むしろ、帰結主義は、何が現に機能しているものであるかを探求するための、人が調査と努力を行う試行錯誤の過程から帰結する成果に期待をかけるのである。

ヒューム〔1711-1766〕は、ベンサム以前に功利主義原理を主張した。

我々が社会的な諸々の価値に対して与えている称賛をその効用に帰する思想は、極めて自然であるように思われる。…公共生活において、我々は、効用の詳細が、常に訴えられていることを認識できる。そうしたことが仮定されなくとも、より卓越した顕彰がいかなる者にも与えられ得るのであって、そのことは、人が一般公衆に対して自己の有用性を表示したり、人が人類並びに社会に対して果たした諸々の役務を列挙したりすることを条件としないものである。称賛がいかにやる気がないものであったとしても、その内実としての規則性と優雅さが破壊するのは、任意の有用な目的に適合しないものに過ぎない！また、任意の不均衡に対する、また表面上の欠陥に対する謝罪が、いかにして充分なものになるかは、我々が、意図された用途にとってその特定の構造が持つ必要性を示すことができるかに依存する！⁵⁵⁾

ヒュームの認識論（epistemology）は、生来の思想という観念（the notion of innate

first published 1789, 1907 ed) 13-16 [XI]-[XII] .

52) James Allan, 'A Defence of the Status Quo' in Tom Campbell, Jeffrey Goldsworthy and Adrienne Stone (eds), *Protecting Human Rights: Instruments and Institutions* (Oxford University Press, 2003) 175, 186.

53) Ibid.

54) Ibid.

55) David Hume, *Enquiries Concerning Human Understanding and Concerning the Principles of Morals* [人間知性と道徳原理の探求] (Clarendon Press, first published 1748, 1975 ed) 212.

ideas) を退ける。すべての推測は経験と、「それによって我々が常に未知のものを既知のものに転移させる一般的慣習」に基づいており、「後者が前者に類似すると考える」⁵⁶⁾。ヒュームは、社会生活の基本法を、経験に基づく効用に由来するもので、予見 (prescience) 及び理性 (reason) には由来しないものと扱う。それゆえに、正義の諸規則 (rules of justice) は、言語や流通貨幣のような他の論争的な事物と同様に、「徐々に [生ずるもの] であり、緩慢な漸進によって、且つ、そういった [諸規則] を逸脱する不自由さを我々が繰り返し経験することによって、影響力を [獲得する]」⁵⁷⁾。存在するものが全てである——予見も、予感も、靈的啓示も、神秘的洞察も、存在しない。ヒュームは、人間の利己性と、自然によって提供される物の欠乏が正義の起源であり、公的関心や、慈悲心の強烈な感覚はそうではない、との立場を維持している⁵⁸⁾。人々は、生存のための所有の持つ安定性に関わる規則を受容することを強えられる。もし、物が豊富で、人々が生来寛大であったならば、正義は無用である。正義の感覚が生ずるという印象は、生来のものではなく、「狡猾さと人間の習律からこそ生じるのである」⁵⁹⁾。ヒュームのメッセージは、効用が唯一の道徳的判断の基礎である場合に、洞察も天賦の理性も欠いていると、我々は、経験と推測に基づいてのみ判断することができる、というものであった。我々の基礎的な諸権利 (basic rights) は、生来のものではなく、むしろ経験によって識別される社会規範の結果なのである。これらの規範は、「所有の安定性と、その契約による解釈、並びに約束の履行に関わる三つの基礎的な諸法律」である⁶⁰⁾。

このヒュームの解釈は、アランの主張を覆すものではない。ヒュームのいう基礎的な諸法律は、功利主義者が主張する権利を最小限にまとめたものであって、ベンサム、ジョン・スチュワート・ミル、並びに彼らの主張を後世後継した者たちによって強く支持されてきた。所有の安定性とその解釈は、自己所有権 (self-ownership) 及び人の労働所有権を含む所有権 (property rights) に関連する。約束の履行は、契約の自由に関連する。たとえこれらの諸権利が功利主義者の基本的立場に受容されるとしても、その限界、示唆、並びに、特定の種類の諸事例への適用は、依然として決定されるべきものである。アランの主張は、これらの事柄は、何が我々が有すべき権利であるか、そしてその範囲はどの程度であるかについての道徳的疑問を含むものであり、したがって、選挙で選ばれていない

56) Ibid 107.

57) Hume, *A Treatise of Human Nature*, above n 29, 490.

58) Ibid 495-6.

59) Ibid 496 (emphasis in original).

60) Ibid 541.

裁判所の裁判官よりも選挙で選ばれた立法府にその役割を残して置くことがより適切であるというのである。アランは1996年に次のような説得力ある主張をしている。権利章典は、立法者とその投票者から、選挙で選ばれていない裁判官への権限委譲が「長期にわたったことの帰結（‘long-term consequences’）」⁶¹⁾であり、道徳的主観主義者（a moral subjectivist）にとって、「帰結的計算は、ほとんどの場合権利章典採択へ反対する」⁶²⁾と。制定法上の権利章典に関するアランの立場は、1990年ニュージーランド権利章典法（the *New Zealand Bill of Rights Act 1990* (NZ)）の司法上の扱いについての彼の所見以来強固なものになった。基本的な功利主義者の主張は、選挙で選ばれていない裁判官は、社会政策並びに道徳問題を含む決定を下す資格がない（ill-equipped to make decisions）というものである。「ざっくばらんにいえば」とアランは言う。

選挙で選ばれていない裁判官が天啓（heavenly wisdom）へのなんらかのパイプラインを持っているということ、さらには裁判官らの見解が、[1990年ニュージーランド権利章典法]上の権利と制定法上の諸規定との矛盾という問題、またそれらの権利がいずれにせよ合理的若しくは正当化されるかどうかに関して、選挙で選ばれた立法者の見解よりも、真実をよりよく示しているということには、究極的には何の根拠もないのである⁶³⁾。

彼は、権利章典によって付与された権限をもって、裁判所はその管轄を拡大する傾向があると考える。「インフレ誘発効果 [an inflationary effect] があり、制定法モデルの下で仕事をする裁判官は、慎重に抑制されている自らの権限を単純に最大化することになる」⁶⁴⁾。ウォルドロンが、個人の平等な尊重に対するカント学徒の要請に基づいて主張しているのに対して、アランは、功利原理に直接に訴える。筆者は、アランの主張が、ウォルドロンによるカント学徒主義よりも率直な主張であると見る。結局議会は、その命令を下すに当たって（科学研究を含む）、問題となっているコミュニティの権利と期待に対して、選挙で選ばれたことに対する説明責任がある。議会はまた、特定の紛争の範囲によって限定され、より広範な裁量権を持つのであって、法と道徳の判断に対して相反する忠誠要求

61) James Allan, 'Bills of Rights and Judicial Power — A Liberal's Quandary' (1996) 16 *Oxford Journal of Legal Studies* 337, 338.

62) Ibid 351 (emphasis in original).

63) James Allan, 'Take Heed Australia — A Statutory Bill of Rights and Its Inflationary Effect' (2001) 6 *Deakin Law Review* 322, 328 (emphasis in original) (citations omitted).

64) Ibid 322.

には従わない。

けれども、筆者は、帰結主義者の理由付けが必然的に、社会が、司法上執行される権利章典を無価値なものにするとの結論を導くとは考えない。いずれにせよ、懐疑論者が恐れるような意味で権利章典 (rights charters) が有害だというような有意な認識は、ヨーロッパの議会制民主主義諸国には存在しない。この結論に至る前に成すべき多くの仕事がある。新制度派経済学の洞察は、この仕事をなすにあたり有用であることが証明できる。本稿の限られた紙幅では達成し得ないが、当該争点を識別し、暫定的な結論は提案され得る。アランとウォルドロンは、この論争の制度的次元に触れているが、遺憾ながらそれは未解決のままである。しかし最初に、我々はいかなる権利章典にも (bills of rights) 懐疑的であったが、ウォルドロンやアランとは異なり、多数決民主主義にも不信を抱いていた二人の思想家の見解を検討してみよう。

V 権利章典と民主主義に対する懐疑主義者——オークショットとハイエク

マイケル・オークショットとフリードリッヒ・ハイエクの理論はウォルドロンの理論の三要素のうち二つを共有する。すなわち、個人の自律の重要性と、権利章典についての懐疑主義である。しかしながら、この二人は、ウォルドロンが個人の自律を支える手段としての多数決民主主義に対して持つ信頼を欠いている。オークショットとハイエクは、民主主義と、個人に対して優位性を与える社会秩序における国家の役割についての、著しく類似する見解を有する。

マイケル・オークショットは、ロンドン・スクール・オブ・エコノミクスの政治学講座におけるハロルド・ラスキの後継者であり、20世紀の指導的保守思想家の一人である。彼は、彼の用語法でいう「権利章典 (a Bill of Rights) の不合理な装置」⁶⁵⁾に何らの信用もおいていない。それはすでにここまで論じてきた全ての理由に基づく。けれども、彼は、多数決民主主義に対する最も強力な保守的批判者の一人でもある。彼の論争的な論文「代表制民主主義における大衆 ('The Masses in Representative Democracy')」⁶⁶⁾は、大衆民主主義 (mass democracy) に対する個人的人格 (individuality) の情熱的な擁護である。彼は次のように書いた。

65) Michael Oakeshott, *Rationalism in Politics and Other Essays* (Liberty Press [sic], revised ed, 1991) 459.

66) Ibid 363.

というのは、普通選挙権が、諸個人ではなく「反-個人（‘anti-individuals’）」から構成される近代世界に大規模政党を出現させたからである。そして命令委任（the instructed delegate）とプレビシットⁱⁱⁱ（人民独裁的国民投票：the *plébiscite*）の両者は、選択肢を作り出す必要性を回避するための方策である。「委任命令（‘mandate’）」は、最初から幻想であった。「大衆人（‘mass man’）」は、我々が見てきたように、衝動の産物であって、欲求の産物ではない。大衆人は、代議員が従うべき命令を描き上げることは全く不可能である。実際には何が起きたのか。「大衆的政府（‘popular government’）」の性質が自らを欺く時にはいつでも、代議士候補（the prospective representative）は、自らへの委任命令を描き出し、次いで、腹話術におなじみの芸当（trick）によって、自らへの投票者の口にそれを押し込むのである。命令委任を受けた代議士として、彼は個人ではなく、「指導者（‘leader’）」として、その支持者を、彼らが自らのために選択肢を作り出す必要性から解放するのである。また同様に、プレビシットは、それによって「大衆人」が、その選択肢を自らの統治者に課すための方策ではない。それは統治者が、自らのために選択肢を作り出す無制限の権威を持った政府を作り出すための方策なのである。プレビシットにおいては、「大衆人」は、個人的人格の負担からの最終的な解放を達成したのである。大衆人は、何が選択すべきものかを断言されたのであるから⁶⁷⁾。

オークショットによれば、国家は、個人主義を、企業的結社（*enterprise association*）に対抗する市民的結社（*civil association*）として個人主義を扱うものとされる⁶⁸⁾。企業的結社は、提携（associates）として知られる、共通の実質的目的を達成するために存在する結社である。それはハイエクの用語法でタクシス（*taxis*）と呼ばれる組織（organisation）又は法人（corporation）と類似する⁶⁹⁾。フォード自動車会社、英国海軍（the Royal Navy）、アーセナル・サッカークラブ（Arsenal Football Club）、そして赤十字〔など〕がこの意味での結社である。それらの結社規則は、実質的目的を達成するための法的文書

67) Ibid 380.

68) See *ibid* 450-7.

69) See F A Hayek, *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy — Volume I: Rules and Order* (Routledge & Kegan Paul, 1973) 37.

である⁷⁰⁾——この規則は、ハイエクの用語法でいうテシス (*thesei*) である⁷¹⁾。そのような結社たる政府は、管理者 (*manager*) として、また企業 (*enterprise*) として機能する⁷²⁾。市民的結社は、これに対して、なんらの実質的目的も共有しない⁷³⁾。それはハイエクの用語法でいうコスモス (*cosmos*) である⁷⁴⁾。その構成員は、互いに異なる目標を求める一方で、結社の一般的な行動規則を遵守する。彼らは、皆、多少とも他者と関係があり、若しくは、人間が関係させられるであろう何らかの方面で関係を持つ。しかし、市民的人格 (*persona civica*) において彼らは存在し、且つ、これらの行動に関する文書化されていない規則における諸条件を遵守する義務に関する限りで、彼らは互いに関係するのである⁷⁵⁾。これらが、ハイエクがノモイ (*nomoi*) として捉えた抽象的且つ目的独立な (*end-independent*)、正しい振る舞いの一般的規則 (*rules of just conduct*) である⁷⁶⁾。

ハイエクとオークショットは、個人の自律 (*individual autonomy*) の優位性は、立法権が一般的な行動規則を制定することに限定されている場合にのみ達成可能であることに同意する。彼らはまた、権利章典がこの目的を達成するために効果的な手段であったという点には懐疑的である。オークショットは、これに代わるいかなる憲法の方策も提案しない。にもかかわらずハイエクは、その主目的が、選挙で選ばれる議会の立法権限の抑制であるような、実質的な憲法の設計を発展させた⁷⁷⁾。今日の懐疑主義者と同様に、彼は、基本的人権は、決して絶対的なものでなく、国法 (*the law of the land*) に従属するという理由で、権利章典への反対を主張した⁷⁸⁾。けれども、ハイエクにとっては、諸々の権利が従わなければならない類いの法は、目的重視 (*the end-focused*) の立法行為ではないのであって、それは、選挙で選ばれた議会が、特定階級の利益、若しくは特別な利益を持つ提携者 (*coalitions*) のために法を制定するが、正しい振る舞いの一般的規則は、市民的結社の基礎を形作るのである。

70) Oakeshott, above n 65, 450-1.

71) See Hayek, *Law, Legislation and Liberty — Volume I*, above n 69, 20.

72) Oakeshott, above n 65, 451.

73) Ibid 454.

74) See Hayek, *Law, Legislation and Liberty — Volume I*, above n 69, 36-7.

75) Oakeshott, above n 65, 454.

76) See Hayek, *Law, Legislation and Liberty — Volume I*, above n 69, 94-6.

77) See F A Hayek, *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy — Volume 3: The Political Order of a Free People* (Routledge & Kegan Paul, 1979) 128-30.

78) Ibid 110.

このことは、次のことが想起されるとき明らかとなる。すなわち、言論の自由、出版の自由、宗教の自由、集会及び結社の自由、あるいは住居の不可侵や信書の不可侵等々のような伝統的な人の権利（Rights of Man）の何一つとして、一般的な法の支配によって制限され得ないような絶対的な権利（absolute rights）であり得ず、あるいは決してそうであったことはなかったのである。言論の自由は、もちろん、我々が、中傷し、名誉を毀損し、だまし、犯罪を教唆し、あるいは誤った警告により恐慌を引き起こす自由等々をもつことは意味しない。これらの諸権利はみな、「法に従って」のみ「課される」諸制約に対して暗黙のうちに（tacitly）せよ明示的にせよ保護される。しかしこの制約は、近代社会になってあまりにも明らかになってきたように、有意義であり、「立法者」に対する全ての実効性を、これらの諸権利の保護から奪わない。ただしそれは次の場合のみである。それは「法」という語によって、代議院が可決した全ての固有の解決を意味するのではなく、ここで狭義に定義された法として、かかる諸規則が記述される場合である⁷⁹⁾。

ハイエクは、合衆国憲法（the *United States Constitution*）の起草者らが到達したものより一層実効的な権力分立を要求する憲法を想定した。この発想は、二つの選挙で選ばれた機関を創設する。一つは政府機能のために、他の一つは「立法権それ自体」のために。ハイエクの概念における立法権それ自体は、「利益によって支配されるのではなくむしろ意見によって支配される。すなわち、いかなる類い（*kind*）の行為が正しいか誤りであるかについての見解によって支配されるものである——特定の目的達成のための機関としてではなく、むしろ、恒久的ルールのための機関として、特定諸個人や諸集団への効果とは無関係なものである」⁸⁰⁾。政府会議（governmental assembly）は、これらの諸法にしたがって、その国家機能を果たす。ハイエクは、長期の任期を持つ相対的に成熟した年齢の諸個人が選挙で選んだ立法議会（legislative assembly）は、利益集団の圧力を受けにくいであろうと考えた。彼は、強い憲法伝統を持つ多くの国で取り入れられている、そのような手法の可能性は評価せず、むしろ立憲民主主義を支える背景的価値を実証するための説明道具としてのモデルを提供したのである⁸¹⁾。

79) Ibid.

80) Ibid 112 (emphasis in original).

81) Ibid 107-8. そのモデルは、しかし、19世紀のイギリス憲法（*Constitution*）とは全く異なる。19世紀イギリス憲法の下では、貴族でありかつ選挙で選ばれていない貴族院（House of Lords）が立法を拒否する権限を有していた。

オークショットとハイエクの両者が示した重要な哲学的ポイントは、拘束を受けることのない議会は、その性質上、個人の自律を危うくするということである。民主主義は、理論上全能の議会が実際上不文の制約と、個人の人格を価値あるものとする性質とによって限界づけられない限り、自滅的である⁸²⁾。オーストラリア憲法及びカナダ1867年憲法⁸³⁾起草者を含む西洋民主主義諸国における多くの成文憲法典の執筆者らは、選挙で選ばれた諸政府機関の権限を限定する非公式な諸制約並びに性質には全面的な信用を置かなかったのである。成文憲法典の起草者らは、司法上執行可能な抑制均衡を憲法典に組み込んだ。この抑制均衡は、諸機関への三権分立、連邦政府の権限分散（特に大国あるいは多様性を持つ国家において）を含むものであり、多くの場合、精選された諸々の権利及び自由を成文憲法典で保障した。定評ある民主主義国間でも例外は連合王国並びにニュージーランドである。これらの国々は、仮想的には無制限の議会主権でありながら、ねたましいほどに、民主主義の標準と、法の下での政治を維持している。これらの国々の成功は、筆者が主張したように、政治権力を掌握している人々に対する非公式の制約が強力であったからである。ここでいう政治権力には、行政府、議会、裁判官、その他の公務員、並びに個々の係官を含む。ハイエクとオークショットが指摘したポイントは、選挙で選ばれた立法者が制約されてはならないということではなく、権利章典が、そのような制約を格納するための正しい方法ではないということなのである。

これらの思想家に従い、且つ本稿筆者が主張するのは、個人の自律を保障する立憲政府の重要な構成要素は、選挙で選ばれた諸々の会議や哲学者裁判官の拘束を受けない権力ではなく、全ての権力の中心に実際上の制約が存在していることである。これは、適切に記述された憲法や権利章典によって達成されるものではなく（もちろんこれらは助けとはなるけれども）、むしろ政治的伝統や文化と同様の、公式非公式の諸規則を含む、制度上の鑄型（institutional matrix）によって達成されるものである。成文の憲法典や権利章典は、共同体の政治生活においてそれらが命ずるところが受ける尊重と同程度の効果のみを持つのである。それゆえ、権利章典の利点も欠点も、また実際にそれが有用なものとなるかどうかも、こういった潜在的諸条件に依存する。これがわれわれの次に検討する歴史からの教訓である。

82) See Oakeshott, above n 65, 432-4.

83) *Constitution Act 1867* (Imp) 30 & 31 Vict, c 3 ('*Constitution Act 1867*').

VI 歴史の教訓

各国をまたぐ権利保護の歴史からわれわれが描き出しうる教訓は何であろうか？この連続体の一方の端に、われわれは20世紀のイギリスを置くことができるであろう。20世紀のイギリスは、殆ど他の諸国と比較して、いかなる権利の章典によっても担保されていない人権保護の強力な（ただし欠点でもある）記録を維持している⁸⁴⁾。他方の端に、われわれは、国によっては、非常にうまく作られた（また善意で作られてもいる）権利の章典が、国家の力に対して全く効果がないことも見出す。130カ国以上の国々が、なんらかの形で権利章典を有するが、人権に対する尊重の正当な記録を真に主張できるのはそれらのうちわずかな国々に過ぎない⁸⁵⁾。多くの場合、失敗の理由は憲法上の欠陥に見出せる。緊急事態権限並びに特別多数条項がその例であるが、これらは政府が権利の保障を無効にしたり回避したりすること（to override or circumvent: 適用除外）を許容する⁸⁶⁾。しかしながら、これは不完全な説明でしかない。支配者による憲法上の権力が恣意的であることについては、政治権力に対する正式な制度的制約が不充分であるという欠陥を考慮に入れた完全な説明が要請される。この連続体の両端の間には、二つの興味深い類型がある。基本的な権利及び自由を確保する相応の記録を持ち、執行可能な権利章典が憲法構造の特色となっている諸国がある。これらの諸国は経済協力開発機構（Organisation for Economic Co-operation and Development）の民主主義国家の多数派を構成し、合衆国、日本、並びにドイツという、三つの経済大国を含む。そして南アジア民主主義諸国、主としてインドでは、司法が、憲法上保障された基本的権利その他の諸規定を用いること、並びにその公共の利益に関する管轄権を驚くほど拡張することによって、立法権及び行政権を積極的に篡奪している事例がある。インド最高裁判所は、この管轄権を、以下の諸事項のために用いている。すなわち、外国人カップルによるインド国籍児童の養子縁組に関する法典を立法するため⁸⁷⁾、ムンバイ（Mumbai）における歩道の不法占拠者に再定住を命ずるため⁸⁸⁾、職場における性的嫌がらせを禁止するための入念に作られた諸規則を立法するため⁸⁹⁾、中央警

84) The *Human Rights Act 1998* (UK) c 42 commenced on 2 October 2000.

85) See generally Kenneth Roth, 'The Abusers' Reaction: Intensifying Attacks on Human Rights Defenders, Organizations, and Institutions' in Human Rights Watch, *World Report 2010: Events of 2009* (2010) 1.

86) See, eg. *Federal Constitution* (Malaysia) art 159; *Constitution of Zimbabwe* s 52.

87) See *Lakshmi Kant Pandey v Union of India* [1984] 2 SCR 795.

88) See *Janata Dal v H S Chowdhary* [1991] 3 SCR 752.

89) See *Vishaka v State of Rajasthan*, Supp [1997] 3 SCR 404.

戒委員会 (Central Vigilance Commissioner [官僚機構の汚職・腐敗の監視委員会]) を連合政府が任命することを指揮するため⁹⁰⁾、公共の場における喫煙を禁止するために⁹¹⁾、そして全ての政府公用車で圧縮天然ガスの使用を強制するために⁹²⁾。これらの措置は、当該争点が長期に亘り政治的に無視されてきたこと、また、裁判官らは、政治家よりも尊敬されているという事実によるのである。政治家は、一般に腐敗し利己的であると考えられている。しかしここまでの段階に達した行動主義 (activism) は、ほとんどの西欧民主主義諸国における政治的反発を確実に招くことになるであろう。

これら全ての経験から我々は何を引き出すべきだろうか？ 権利章典の効果は、積極的なものにせよ消極的なものにせよ、関連する政治社会の制度的安定に決定的に依存する。経済的な意味での制度が言及するのは、法律や、正式なものではない諸規則、たとえば習慣 (customs)、社会的な慣習 (social practices)、道徳規則並びに人々が自発的に引き受けるあらゆる形態の自制といったものを含む、社会生活に対して構造化するあらゆる制約である⁹³⁾。ダグラス・ノース (Douglass North) が述べたように、「諸々の制度は社会におけるゲームの規則であり、より正式には、人間の相互関係を形作る、人間的見地から考案された諸々の制約なのである」⁹⁴⁾。オリバー・ウィリアムスン (Oliver Williamson) は、社会秩序を四つの相互に作用する段階に分類した。

- 1 社会的定着段階。我々はこの段階で、慣習 (customs)、習俗 (mores)、伝統と宗教を見出す。
- 2 制度環境の段階。この段階は、憲法、制定法並びに裁判所の判例のような正式のルールで構成される。
- 3 統治段階。この段階 (幾分ウィリアムスンによる統治 governance という用語は誤解を招くが) は、取引あるいは個人の注文で世界が構成される。
- 4 資源配分と雇用水準の段階。これは、価格と数量が、当該制度内のインセンティブ構造によって決定される段階である⁹⁵⁾。

90) See *Vineet Narain v Union of India* [1998] 1 SCC 226.

91) See *Murli S Deora v Union of India* [2001] 8 SCC 765.

92) See *M C Mehta v Union of India*, AIR [2002] SC 1696.

93) See Douglass C North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* (Cambridge University Press, 1990) 3.

94) Ibid.

95) See Oliver E Williamson, 'The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead' (2000)

注意すべき急所は、これらの初段階は、個別的なものではなくて、むしろ互いが関係し合うものであることである⁹⁶⁾。定着している文化的制約は、制度的環境に決定的な影響を与えるし、同時によりいっそう正式な諸制度が文化に影響を与えるのである。正式な諸制度もまた、個人的注文に由来する圧力の元で出現する。などなど。

諸々の制度は無形のものである。これらは、個々人が、それぞれに依拠しているそれぞれの行動の裏面から生ずる行動の型である。*pacta sunt servanda*（約束は守られねばならない）というルールや、殺人を禁ずるというルールを、私は自分の手に物理的につかむことはできない。契約ルールは、それが制定法、判決、あるいは築城注釈書に記述されているという理由だけから存在しているのではなく、むしろ、ほとんどの人々が、ほとんどの時代に契約を結んでおり、かつ、契約を結ばなかったとき、その紛争は私的に解決されたからこそ存在しているのであり、法的規則及び手続きに従って裁判所によって解決されることはほとんどなかったのである。[統治の]制度は、独立のものでも、自立しているものでもなく、むしろ相互に依存する複雑な制約に関する網の一部として存在しているものである。オーストラリアの裁判所が、立法府によって制定されている法律によっていることと、並びにそれを全面的に適用していることは、一般的に受容されている。なぜ裁判所はそうしているのか？裁判所は、法律が裁判所に対して法律を適用するよう述べているから法律を適用する、などということは、われわれに何ももたらさない。多くの国々では、裁判官が、執行府の憤りを恐れるがゆえに、あるいは、裁判官が墮落しているか、無能であるがゆえに、裁判所は、法律を適用しない。裁判所が法律を適用するための適応力あるいは傾向は、多くの他の「ゲームの諸規則（‘rules of the game’）」に依存する。それらのうちでも、執行府及び立法府並びに影響を受ける当事者が、裁判判決を尊重する意欲を持つという、裁判所自身の道徳的権威の程度は、司法の公正（judicial impartiality）、法曹（legal profession）の効率性と倫理基準、並びに例えば政党、公民権組織及び利益団体その他〔裁判過程の〕他の登場人物の警戒、といった長期に互る伝統に基礎がある。後者の類の組織はまた、その存在を他の正式な規則及び非公式な規則に負っている。制度全体は、相互に依存する諸々の組織をより合わせた織物のようなものである。その一部がほぐれてしまうと、他の部分を墮落させ得るのであり、逆にいくつかの組織を改善することは、他を強化し得るのである。

38 *Journal of Economic Literature* 595, 596-600.

96) See *ibid* 596.

VII 経路依存性^{IV}

政治学における重要問題は、すべての国家が、統治と経済的実行に関する、より成功したモデルへと引き寄せられない理由に関わる⁹⁷⁾。制度変革の小路 (pathways) は、歴史によって彫琢される。しばしば、制度の調整は歴史的環境に拘束され得るし、あるいは制度の変革は歴史的環境によって妨げられる。たとえば、独裁制や寡頭制において、人々は、変革に影響する、真の代表制民主主義の下では享受できるはずの類の交渉権限を欠いている。これは、ジンバブエ、キューバ並びに中華人民共和国のような国々において権利章典が実効性を持たないことを説明できる。繰り返しになるが、民族的、宗教的、あるいはカーストの境界が確立してしまっている場合、そのような社会にあっては、その変更がたとえ法によって正式に義務化されている場合であっても、変更〔それ自体〕を、〔確立してしまっているそれらが〕妨げるのである⁹⁸⁾。ダグラス・ノースは、独立後のアメリカ合衆国及びラテンアメリカ諸国における憲法発展の分岐した経路が啓蒙的であると認識する⁹⁹⁾。北部アメリカのイギリス諸植民地は、17世紀から18世紀初期に確立したものであり、それは議会主権が打ち立てられ、国王の特権的な立法要求が終焉したイギリスにおける政治闘争の時期であった。民主主義の発想と制度は、植民地に根ざすのであり、またそれらは、独立戦争後の植民地における憲法の発展を批判的に形作ったのである。中央及び南アメリカのスペイン植民地の運営は、スペインの〔アメリカとは〕大変に異なる政治史を反映している。スペイン国会 (*Cortes Generales*) は、中央集権化した独裁的統治のためにその権限を失ったのであり、このパターンが、新スペイン及びペルーの総督統治区 (*Vice-Royalties of New Spain and Peru*) にも反映された。スペインの植民地は、スペインからの独立後、合衆国型の大統領制憲法を採択した。しかしながら、確立した民主主義的組織と伝統の欠如から、新興諸国はすぐに独裁政治に復帰してしまった。

合衆国憲法は、1688年の名誉革命以降のイギリスにおける権限区分を反映している。イギリスでは、議会が立法主権を持つ一方で、国王は法律上 (*de jure*) 並びに事実上 (*de facto*) の行政権を享受した¹⁰⁰⁾。司法権は裁判所によって行使され、その独立は1701年

97) North, above n 93, 92.

98) See generally Wolfgang Kasper and Manfred E Streit, *Institutional Economics: Social Order and Public Policy* (Edward Elgar, 1998) 385-94.

99) North, above n 93, 101-3.

100) See F W Maitland, *The Constitutional History of England* (Cambridge University Press, 1911) 388. [メイトランド『イングランド憲法史』(小山貞夫訳, 創文社, 1981年) 515~517頁。] 議会に対する大臣責任制が、選挙法改正法 (Reform Act) 後19世紀においてのみ発達したことを想起

王位承継法（the *Act of Settlement 1701*）第3節における名高い条項によって保護された¹⁰¹⁾。新しい合衆国の連邦化において、世襲君主制（the hereditary monarch）に代えて、大統領選挙人団によって間接的に選出された。合衆国建国者らは、この18世紀のイギリス型政府に連邦条項を追加し、後に権利章典を追加した¹⁰²⁾。他の要となる制度的相違は、合衆国憲法が成文法典であって、マーベリ対マディソン（*Marbury v Madison*）¹⁰³⁾以後司法上執行可能となったのに対して、イギリス憲法は依然として不文法であり、議会意志が司法上審理不能である点依然として融通が利く。このことは、二つの国が、憲法の発展に関して枝分かれした途を辿ったことに対する批判的要素であった。イギリス憲法は、議会議政府を発展させた。それは理論上は議会の従僕であるが、実務上はその主人である執行権を持つ合衆国憲法は、これとは対照的に、国内権力の抑制均衡制度のために、元々の三権分立を（大筋に於いて）維持してきた。アメリカにおける〔連邦レベルでの〕権利章典（the *American Bill of Rights*）の採択は、自動的ではなかった。権利章典に対しては、アレクサンダー・ハミルトン（Alexander Hamilton）が主導した強力な反対意見があった¹⁰⁴⁾。しかしながら、その反対意見がなかったら、反フェデラリストの反対意見を鎮めることはできなかったし、またそれは憲法草案（the *Constitution*）の批准を許容した「マサチューセッツの妥協（the ‘Massachusetts Compromise’）」を基礎づけたものであった¹⁰⁵⁾。いっ

せよ。選挙法改正法は、1832年国民代表法（*Representation of the People Act 1832*, 2 & 3 Wm 4, c 45）；1832年国民（スコットランド）代表法（*Representation of the People (Scotland) Act 1832*, 2 & 3 Wm 4, c 65）；1832年国民（アイルランド）代表法（*Representation of the People (Ireland) Act 1832*, 2 & 3 Wm 4, c 88.）を指す。[具体的には、これらの法律によって選挙権の拡大、腐敗選挙区が廃止され、新興都市に議席が与えられた（小山貞夫編著『英米法律語辞典』（研究社、2011年）936頁参照）。]

101) 1701年王位承継法（*Act of Settlement 1701*, 12 & 13 Wm 3, c 2.）。第3節の関連条項は次のように規定する。「裁判官委員会は、罪過なき限り構成され、委員の給与は、確認され確保されるが、議会両院の建議に基づけば、裁判官は合法的に罷免され得る」（‘Judges Commissions be made *Quam diu se bene Gesserint* and their Salaries ascertained and established but upon the Address of both Houses of Parliament it may be lawful to remove them.’）。

102) 合衆国憲法修正1条-10条。

103) 5 US (1 Cranch) 137 (1803).

104) See Alexander Hamilton, ‘Certain General and Miscellaneous Objections to the *Constitution* Considered and Answered’ in Michael A Genovese (ed), *The Federalist Papers: Alexander Hamilton, James Madison, and John Jay* (Palgrave Macmillan, first published 1788, 2009 ed) 265 (‘*Federalist No 84*’).

105) See Edward P Smith, ‘The Movement towards a Second Constitutional Convention in 1788’ in J Franklin Jameson (ed), *Essays in the Constitutional History of the United States in the Formative Period 1775-1789* (Houghton, Mifflin and Co, 1889) 46, 114.

たん最初の修正 10 箇条が採択されると、権利章典はその全ての欠点とともに、アメリカの政治的文化に深く根付き、相互に相違する全ての政治的意見に関する主要意見を持つものによって、依然として深く尊重されているのである¹⁰⁶⁾。

〔アメリカ東部 13 州の〕植民地 (the Settled Colonies) 政府は、(アメリカ独立革命会議 [revolutionary conventions] によってではなく)、イギリスの議会によって、イギリスの 19 世紀議院内閣のイメージで創設されたものであって、当時、18 世紀的発想からする三権分立に取って代わったものであった。オーストラリア連邦憲法 (the *Australian Constitution*) の起草者らは、自然とこのモデルに影響され、またいずれにせよ、イギリス王政に対するオーストラリアの結びつきを徹底して断ち切ることなく、そのモデルから出発することは出来なかった。共和国は誰の提案にも含まれていなかった。したがって、妥協が必要とされ、かつ、ウェストミンスター型の議会制民主主義と、アメリカ合衆国から借用された連邦構造、ならびに憲法典のいくつかの条項に埋め込まれた明示的あるいは黙示的な限定された権利章典を結合させた憲法典が作り出された。

結果として、制度史は、憲法典レベルの高められた保障を受けた、あるいは受けない権利章典の、オーストラリアによる採択において、われわれが何を予期しうるかについての何らかの手がかりを提供するであろうか？われわれは、オーストラリア人が、一民族として (as a nation)、憲法典上の、あるいは制定法上の権利章典の下で、将来、より良い状態になるのか、より悪い状態になるのかを、決して証明できない。われわれに出来るのはただ予知することである。幸いなことに、オーストラリアの制度史は、権利章典が、懐疑論者によって予言されたような災厄はもたらさず、また、その熱心な支持者が予言する程度ほどではないものの、おそらく全体としてむしろ有益であるという見解を促進する見方が提供されている。オーストラリアの憲法は、連合王国やニュージーランドの憲法とは異なり、権力を分立し制限する政治制度を樹立している。また憲法典は、明示的にあるいは黙示的に、司法上執行可能な、重要な一連の基本的な権利及び自由をも埋め込んでいる。したがって、オーストラリアの憲法典は、オーストラリア高等法院に対して、立法権及び執行権の構造上の限界と、個人の憲法上の権利及び自由に由来する政治権力に対する多くの制限双方に関連した強大な権限を授与しているのである。高等法院が、この権限をいかにして使用若しくは誤用したかを考察することは有益であり、筆者が次節で取り組もうとすることである。

106) 権利章典 (The *Bill of Rights*) は、このような意味合いもあって、原文書 (original document) が保存され、ワシントン・DCにある国立公文書館の円形広間 (the Rotunda) で展示されている。

Ⅷ 制定法による権利章典によって高等法院は急進的になるか？

インドにおける特筆すべき司法積極主義は、インド議会及び政府の政治的及び倫理的権威の衰えと同時に起きている。インド人学者らは「選挙選出代議員の『倫理的信用性』衰退」¹⁰⁷⁾と、「議会における討議についての基本的規範への執着」¹⁰⁸⁾の減少と「に鑑みて…インド議会が明らかに退化していること」に対して、インド最高裁が部分的には独断的だと性格づけた。議会制民主主義の有効性を基礎づける強固で安定した政治的権威が失われることに対して、議会制民主主義の持つ不文の倫理的制約の弱体化が、少なくとも原因の一端である、と私が付け加えても物議を醸すことはなかろう。議会制度は、何者もそれを担おうとしなければ瓦解するのである。

オーストラリアにおいて制定法による権利章典を採択することは、〔ヨーロッパの〕大陸法諸国に準じるような型の司法冒険主義 (judicial adventurism) を惹起するだろうか？ 筆者は、最も警鐘的な権利の章典 (rights charters) に対する反対者らが、そのようなことさえも予測しているのではないかと憂う。オーストラリアにおける制度環境は、そのような類いの司法的権利篡奪 (judicial usurpation) に影響を与えている。しかしながら、権利の章典に対する反対者らは、権利章典は——たとえ制定法の形式であったとしても——高等法院を、アメリカ合衆国の最高裁のようなものへと変質させると恐れているのである¹⁰⁹⁾。筆者の見方では、これはありそうもない二つの結びつけられた理由による。第一の理由は二つの国の憲法制度における鍵となる違いに関わる。もう一つの理由は、高等法院自身の歴史的記録にある。

第一に、アメリカ合衆国における三権それぞれの機関は、構造上並びに機能上、オーストラリア連邦憲法 (the *Australian Constitution*) の下で見出されるそれよりも、かなり強い程度で分離されている。オーストラリアにおける議会政治制度は、内閣の信任に関する〔不文の〕ルールに基づいて行われている。政府は、代議院における多数派の支持がある限りで政権に止まることができる。このルールは、皮肉にも、執行府に対して、立法府を締め付ける力を与えている。自らの指導力で党員の投票行動を統制できる政党の

107) Bidyut Chakrabarty, *Indian Politics and Society Since Independence: Events, Processes and Ideology* (Routledge, 2008) 176. [「に鑑みて…インド議会が明らかに退化していること」も Chakrabarty 論文からの引用であるが日本語としての自然なつながりを優先して訳出した。]

108) Sumanta Banerjee, 'Salvaging an Endangered Institution', *Economic and Political Weekly* (Mumbai), 9 September 2006, 3838.

109) See, eg. Allan, 'Take Heed Australia', above n 63.

みが、現実には政府を組織できる。「相対多数投票制 (The 'first-past-the-post' method of election)」は、(比例代表制に対するものとして) 二大政党制を促進し、下院における少数政党党員並びに独立議員の数を減少させ、さらに立法府に対する執行府の統制を一層強固にさえするものである。このことは、立法の領域において、議会政府が、つまりアメリカ合衆国の大統領よりもはるかに強大な権限を有していることを意味している。司法府は、立法府の完全な意思に匹敵するものではない。インド最高裁判所は、その実例を提供している。インド最高裁は、[インド] 議会において、国民会議派 (Congress Party) が政権を握っていた独立後の期間中にインド憲法典 (the *Constitution of India*) 第3部の基本的諸権利に関する規定の解釈に当たって、[その権限を] 制約された。インド最高裁の冒険主義 (adventurism) は、1977年にインディラ・ガンディー (Indira Gandhi) 政権が選挙で政権を失った (electoral decimation) 後に、そして立法府による強い執行府統制が終了した後に、始まったのである¹¹⁰⁾。オーストラリアは、一党独裁を経験していないが、オーストラリアの経験によれば、政党や政治連合が政権を握っているとき、議題を統制しており、それはその時々の上院による抵抗によってのみ妨害されるものである。対照的に、アメリカ合衆国憲法の下での政治権力は、はっきりと分割されている。大統領は、たとえ彼(若しくは彼女)の政党が両院で多数派であったとしても、立法府を統制しない。立法府の議員は執行府の樹立若しくは維持に何らの役割を果たしていないだけに、[議院内閣制諸国における議会と比べると執行府から] 一層独立している。この文脈では、アメリカ合衆国の最高裁は、オーストラリアにおける高等法院よりも一層大きな権限を持つ政治的地位を引き受けているのである。

第二に、高等法院の100年以上に亙る憲法解釈の歴史は、警告に対していかなる原因をも提供しない。オーストラリア連邦憲法は、古典的な市民的及び政治的諸権利に基づく最小限度のものとして捉えられた[人権に関する] 憲章の中核を形作るであろう、明示的若しくは黙示的な多くの権利及び自由を保障している。高等法院によるそれらの執行についての記録は保守的なものであり続けてきた。以下のことが考慮されるべきである。憲法7条及び24条は、議会両院が「人民によって直接選挙された」議員で構成されることを要求している。けれども、高等法院は、ジェンダー若しくは財産資格に関わらない全ての成人を「人民」が意味する、と認めることを、100年以上に亙って拒否している。今ではそれは認められてはいるが¹¹¹⁾、高等法院は、未だに投票権の平等原理を支持することを拒否

110) See Mamta Kachwaha, *The Judiciary in India: Determinants of Its Independence and Impartiality* (PIOOM, 1998) 85-6.

111) See *Roach v Electoral Commissioner* (2007) 233 CLR 162; *Rowe v Electoral Commissioner* [2010]

している¹¹²⁾。51条31号(XXXI)の正当な期間条項は、その卓越した潜在的影響にも拘わらず、高等法院によって狭義に解釈されてきた。たとえば、高等法院は、「取得(acquisition)」の観念を狭く解釈し、且つ、最近になって、管理使用(regulatory takings)に対する補償の可能性^vを受け入れただけである¹¹³⁾。さらに、最近になってようやく、憲法122条^{vi}の下で議会を通過した、領域に関する法律に対して職務執行命令を適用した¹¹⁴⁾。憲法92条^{vii}が宣言する、州相互間の貿易、通商及び交通の自由は「絶対に自由である(‘shall be absolutely free’)」との文言は、高等法院によって狭められてきた。それは「保護貿易論者によるある種の差別的負担」¹¹⁵⁾である課税を禁止するためであった。高等法院は、憲法116条における宗教樹立条項(the religious establishment clause)^{viii}を単なる国教の禁止(a mere prohibition of a state religion)へと狭め、宗教学校に対する国の助成を許した¹¹⁶⁾。エホバの証人(the Jehovah’s Witnesses)による宗教的不服に対して兵役義務を課すことを裁判所が支持したことに見られるように、宗教遵奉の自由でさえも、縮小解釈されてきた¹¹⁷⁾。憲法80条で確立された陪審裁判も、「起訴された事件の審理(‘trial on indictment’)」という語句を文理解釈した高等法院の多数意見によって縮小解釈されてきたのであって、そのような解釈によって、議会が、起訴手続を、陪審を無視して、それなしで済ます〔法律を制定する〕ことを許容しているのである¹¹⁸⁾。

高等法院は、憲法第3章の司法に関する諸規定の解釈によって、手続的デュー・プロセスを堅牢なものにした。けれども、高等法院の、権力分立に関する判例は、広範囲に互る批判を招いてはいない。実体的デュー・プロセスについては、裁判所は〔通常の裁判手続に依らずに私権を剥奪したり、死刑を科したりするようないわゆる〕私権剥奪法(bills of

HCA 46 (15 December 2010).

112) See *A-G (Cth) ex rel McKinlay v Commonwealth* (1975) 135 CLR 1; *McGinty v Western Australia* (1996) 186 CLR 140.

113) See *Commonwealth v Western Australia* (1999) 196 CLR 392, 488 (Callinan J). See also *ICM Agriculture Pty Ltd v Commonwealth* (2009) 240 CLR 140.

114) See *Wurridjal v Commonwealth* (2009) 237 CLR 309, overruling *Teori Tau v Commonwealth* (1969) 119 CLR 564, 570 (Barwick CJ, McTiernan, Kitto, Menzies, Windeyer, Owen and Walsh JJ).

115) *Cole v Whitfield* (1988) 165 CLR 360, 398 (Mason CJ, Wilson, Brennan, Deane, Dawson, Toohey and Gaudron JJ).

116) See *A-G (Vic) ex rel Black v Commonwealth* (1981) 146 CLR 559, 582 (Barwick CJ), 604 (Gibbs J), 612, 616-18 (Mason J), 653 (Wilson J).

117) See *Adelaide Co of Jehovah’s Witnesses Inc v Commonwealth* (1943) 67 CLR 116.

118) See *R v Archdall and Roskrugge; Ex parte Carrigan* (1928) 41 CLR 128.

attainder)¹¹⁹⁾ は許容されない、と宣言したが、裁判上の拘留によって、危険な受刑者の拘禁期間を適及的に拡張することは許容した¹²⁰⁾。裁判所は、法の前の平等、若しくは法の平等な保護に関する一般的ルールを承認することを拒否した¹²¹⁾。裁判所は、連邦裁判所の憲法に関する管轄を排除しようとの立法府による試みを認めず、憲法に関する管轄を維持するよう〔その法律の〕諸々の剥奪条項を解釈した¹²²⁾。高等法院はまた、州最高裁判所が、下級裁判所並びに審判所の管轄権過誤を訂正するための監督管轄権に対する憲法上の保護を拡大した¹²³⁾。それは、他のいかなる国も入国を許容しないような違法移民を、期間を定めずに拘留することを支持したのである¹²⁴⁾。

政治的コミュニケーションに関する黙示の自由を承認することは、高等法院による憲法上の諸権利の取扱いに関する、最も論争的な側面でありつづけている。この領域においてさえ、裁判所は、政治的な諸事項に関する自由を広範囲に互って制限するよう解釈してきた。高等法院は、商業的コミュニケーションの自由を拡張することを抑えてきた¹²⁵⁾し、諸々の制約の許容範囲を拡大したのである¹²⁶⁾。

この記録は、権利章典が、司法の創造性の時代を先導するであろうと期待するような人々を失望させるものである。高等法院の寡黙は、議会に対する敬讓を反映したものであるが、権利章典は、裁判所がより能動的になる必要があるという、正に立法的な契機であるかもしれない、と推測する人もいるであろう。こういった推測に対してさえ、それを証するものは決して強力とはいえない。実際議会は、次のような形で、断片的には権利に関する立法を行っている。人種差別に関する1975年法〔*Racial Discrimination Act 1975* (Cth)〕、性差別に関する1984年法〔*Sex Discrimination Act 1984* (Cth)〕、障害者差別に関する1992年法〔*Disability Discrimination Act 1992* (Cth)〕、年齢による差別に関する2004年法〔*Age Discrimination Act 2004* (Cth)〕、並びに1982年情報自由法〔*Freedom of Information Act 1982* (Cth)〕。高等法院は、これらの諸法律の権威の下での、冒険主義を告発されてはいない。1世紀に亙るその記録からすれば、高等法院は、基礎的な伝統

119) See *Polyukhovich v Commonwealth* (1991) 172 CLR 501.

120) See *Fardon v A-G (Qld)* (2004) 223 CLR 575.

121) See *Kruger v Commonwealth* (1997) 190 CLR 1, 153-5 (Gummow J).

122) See *Plaintiff S157/2002 v Commonwealth* (2003) 211 CLR 476, 504-6 (Gaudron, McHugh, Gummow, Kirby and Hayne JJ)

123) See *Kirk v Industrial Court of New South Wales* (2010) 239 CLR 531.

124) See *Al-Kateb v Godwin* (2004) 219 CLR 562.

125) See *APLA Ltd v Legal Services Commissioner (NSW)* (2005) 224 CLR 322.

126) See *Levy v Victoria* (1997) 189 CLR 579; *Coleman v Power* (2004) 220 CLR 1.

的個人の自由及び権利を確保するための限定された権利章典を制定する、その方法を変化させようとしているとは思われない、と理解するのが公平であろう。このように理解することは、決して科学理論とはいえない。科学理論は、われわれが利用可能な類いのデータには基づき得ないのである。われわれは、ただ事例証拠と、われわれの直感によって推測することができるだけである。幸運なのは、ヴィクトリア州やオーストラリア首都特別地域と同様の、連合王国やニュージーランドといった議会制民主主義諸国における制定法による権利章典についての進行中の経験が存在することである。これらの権利章典法が政治権力を再調整した範囲、並びにそれらの権利と自由に対する影響についての持続的且つ公平な研究は未だ着手されていない。

Ⅹ では、権利章典は、オーストラリアのような合理的に機能している議会制民主主義において良い発想であるか？

仮に、オークショットやハイエク（並びに彼ら以前のヒューム、マディソンその他の古典的自由伝統における思想家ら）が主張したように、個人の自律性の根拠が、立法上の全能によってではなく、むしろ全ての国家権力に対する制約によって確保されるものであるとすると、権利章典はそのような根拠を発展させるだろうか？その答えは、当該権利章典の内容と、それが如何に解釈適用されるかに依存するであろう。換言すれば、それは制度的制約の性質と強さによって決定されるであろう。ロック主義者の趣旨で解釈された生命、自由並びに財産を保護する、焦点を狭く絞った権利章典は、自律性の確保に寄与するかも知れない。積極的な福祉的諸権利を支持する人権に関する法は、配分競争のための、選択的な裁判の場を、ほぼ確実に創設することになるだろう。人権に対する尊重が高度な状態にある国家という、オーストラリアが有する現在の地位は、その政治文化において発達し、埋め込まれた、正式な憲法上の制約、議会制民主主義、断片的な権利保障、市民社会の警戒、並びに人権に好意的な諸機関の非公式の構造によって達成されてきた。このことは、憲法上の制度が改良され得ないということを行っているのではない。議院内閣制の主たる弱点は、政府の議会に対する、次いで立法府と執行府の行為の選挙民に対する説明責任が減衰することである。いかなる公的な審査も受けない、不可視の行政組織によって、極めて多くの法律が作成されており、それらは、良く組織された政党によって権利侵害が感知されるまでは、存在している。法律に規定がない限り、審査不可能な極めて多くの行政の自由裁量権が存在する。一般的善（the general good）に反するものとしての特別な利益を擁護するための極めて多くの法律が存在する。オークショットが断言しているように、立憲

主義の終焉が、個人の自律性を尊重する市民的結社 (a civil association) である場合、現代の主要な憲法上の業務は、立法権力を抑制することにある。ただしそのことは、一般的な行為規範の作成が実行可能であり、そのような規範の下で、他者の権利を侵害することなく、諸個人が自分自身の生を終えることができる限りにおいてであるが。権利章典は、それが目的指向的な差別立法と、無制限の行政裁量を制限している限りで、かろうじて有益なものを導き得る。しかしながら、筆者は、オーストラリアの議会制民主主義の文脈において、善意の権利運動家らの勢力が、より厳格な権力分立を促進することを一層指向するであろう、ということには疑いを持っているのである。

訳者解題

本論文は、オーストラリアにおける議論状況を的確に要約している点で重要である。日本では、オーストラリアにおける人権保障に関する議論状況が充分には紹介されていないこともあり、本論文の訳出に至った。

本稿の翻訳については、訳者がクイーンズランド大学に取材のため訪問した際、ラトナパーラ教授から直接、訳出の許諾をいただいている。論文冒頭の要約は、原論文に付されていたものを訳出した。〔 〕は原則として訳註を、〔 〕は文意理解のため訳者が補ったものを示す。() は原文で用いられているものの他、特殊な訳語および固有名詞について原語を示すのに用いた。なお、原文で () に入っている文章について原語を示した方がよいと判断した場合には [] を用いている。

本稿は政治思想・社会学思想・憲法思想にかかわる多くの文献が引用されており、関連する邦訳文献も非常に多いが、本稿の文脈に即して訳者自身が本稿の引用文から訳出しており、既存の訳には必ずしも従っていない。

訳者は、すでに本論集にオーストラリアにおける人権保障状況について論じた論文を公表している [佐藤潤一「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 — 」『大阪産業大学論集 人文・社会科学編』12号 (2011年6月)] が、ここに訳出した本論文は、同論文の補遺としての意味も持っている。そもそも本論文は、訳者が2010年度に在外研究に訪れた University of Queensland, TC Beirne School of Law, The Centre for Public, International and Comparative Law of the Visiting Fellow として滞在していた際に、著者から本論文のドラフトを頂き、調査研究のきっかけとなったものである。

またハイエクに関するエッセイ公募などでも著名な、自由主義に関する国際的な組織

であるモンペラン協会（The Mont Pelerin Society）<<https://www.montpelerin.org/montpelerin/index.html>> の Vice Presidents の一人でもあるラトナパーラ教授の業績は、法哲学、環境と法、憲法の広きにわたっており、コモンウェルス諸国においては広範な読者を持っている。このような観点からも、本論文は、日本で紹介する意義があると信ずる。

教授には、すでに共著を含めると10冊の著書があり [S Ratnapala, J Crowe, *Australian Constitutional Law: Foundations and Theory* (3rd edn Oxford University Press, South Melbourne 2012); S Ratnapala, GA Mons, *Jurisprudence of Liberty* (2nd edn LexisNexis, Sydney 2011); S Ratnapala, *Jurisprudence* (Cambridge University Press, Melbourne 2009); S Ratnapala and others, *Australian Constitutional Law: Commentary and Cases* (Oxford University Press, South Melbourne 2007); S Ratnapala, *Australian Constitutional Law: Foundations and Theory* (2nd edn Oxford University Press, South Melbourne 2007); S Ratnapala, *Australian Constitutional Law, Foundations and Theory* (Oxford University Press, South Melbourne 2002); S Ratnapala, GDQ Walker, W Kasper, *Restoring the True Republic* (Centre for Independent Studies, Sydney 1993); S Ratnapala, G Moens, *The Illusions of Comparable Worth* (Centre for Independent Studies, Sydney 1992); S Ratnapala, *Welfare State or Constitutional State?* (Centre for Independent Studies, Sydney 1990)], 2012年だけでも、学術論文4編 [J Crowe, S Ratnapala, 'Military Justice and Chapter III: The Constitutional Basis of Courts Martial' (2012) 40 (2) *Federal Law Review* 161-180; S Ratnapala, 'Constitutional Jurisprudence of David Hume in Light of Present Knowledge', Edinburgh Centre for Constitutional Law, UK (2012); S Ratnapala, J Crowe, 'Broadening the Reach of Chapter III: The Institutional Integrity of State Courts and the Constitutional Limits of State Legislative Power' (2012) 36 (1) *Melbourne University Law Review* 175-215; S Ratnapala, 'Economics of Collective Choice-the Missing Dimension of Constitutional Theory' (2012) 152 (3) *Public Choice* 461-466], 共著2冊 [前掲 J Crowe との共著 *Australian Constitutional Law: Foundations and Theory* (3rd edn) の他, S Ratnapala, 'Foedus Pacificum: a Response to Ethnic Regionalism Within Nation States' in Gabrielle Appleby, Nicholas Aroney, Thomas John (eds), *The Future of Australian Federalism* (Cambridge University Press, United Kingdom 2012) 250-271] を公にしている。

ここに訳出した論文は、前掲のラトナパーラ教授の著作にある *Jurisprudence* (2009) に簡潔に示されている教授の法哲学を人権保障に適用したものとみることもできる^{ix}。オーストラリアにおける人権保障の状況理解だけでなく、一般に、そもそも権利章典とは

何であるのか、を考える上で有益な論文である。

訳註

- i) 本翻訳で「成文憲法で保障が確保された」または「確立された」と訳した *entrenched* は、塹壕を掘り固めること、が原義であり、容易には崩せないように堅牢な保障があること、という意味である。立憲主義理論の研究書においては、*entrench* の名詞化 *entrenchment* をエントレンチメントとカタカナ表記することが多い（原註 22 に追加した〔訳注〕に挙げた阪口正二郎の著作を参照）。本翻訳においては、全体を読みとおしていただければその趣旨はつかめるうえ、耳慣れないエントレンチメントという訳語よりは理解しやすいと考えたため、初出箇所以外は、あえて意味をパラフレイズせずに、この訳語を選択した。
- ii) クイーンズランド大学ロースクール (T. C. Berine School of Law) におかれている James Francis Garrick (1836-1907) の名に由来する特別教授職。
- iii) 次の引用に見られるように、憲法学では通常 *plébiscite* をそのままカタカナでプレシットと標記する。本翻訳においても、一応人民独裁の国民投票というパラフレイズした訳語を示したが、以後はプレシットで統一する。憲法学で共有されている一つの説明を引用しておこう。「19世紀のフランスは、… 人民投票による帝政を二度にわたって体験した。この体験を念頭において、フランスでは、人民投票が人民意思の名による権力の正当化として機能する場合を、貶価的な意味を含めて特に『プレシット』とよぶよびかたが一般的になる。同じ人民投票でも、付託された案件そのものについての賛否の意思表示として機能する場合を『レフェレンダム』とよぶのに対し、提案者に信託——特に白紙委任的信任——をあたえることによってその権力を正当化する機能がいちじるしい場合を、『プレシット』とよぶのである。そして、フランスでは、第三共和制のもとで議会中心主義が定着すると、二つの人民投票帝制の体験から、行政権の長がなんらかのかたちで民意と直結することを『プレシットの』として警戒する伝統が根づよく成立することになる」（樋口陽一『比較憲法（全訂第三版）』（青林書院、1993年）148頁）。
- iv) 原語は Path Dependency。過去の選択・経験・歴史的背景などによって現在の選択・制度が制約を受ける現象。金森久雄・荒憲治郎・森口親司編『経済辞典 第4版』（有斐閣、2005年〔補訂〕）は「経路依存性 *path dependence*」を「特定の国の仕組や制度の発展が、単一の状態に収束することなく、むしろ歴史的な偶然的出来事と過去の政策的介入によって決定される事態をさす言葉。進化経済学や比較制度分析の諸理論によって強調されている」（310頁）と説明し、また「歴史的経路依存性 *path dependence*」を「それぞれの国の制度の生成や発展が、偶然的な要素で決まってくる歴史の経路に依存することをいう。戦中に展開された産業報国運動が事業所別の産業報国会を単位組織にしたこともあって、戦後の労働組合結成に際して日本では企業別組合が主流になったというのも1つの例である」（1292頁）と説明する。このように日本では主として経済学分野で用いられる言葉であるが、本文でも比較制度分析学者の議論を踏まえて論じられているものであるから、経路依存性と訳すこととした。
- v) ここでいう管理取得は、*Commonwealth v Western Australia* [1999] 196 CLR 392 において、高等法院が考慮した次の事実にかかわる。すなわち、連邦が、州領域内の土地で軍事演習 (*defence practice*) を行う権限を付与することが、州に留保された鉱物における財産の取得をもたらすかどうか、が考察された。演習を行う許可が出されると、防衛演習地域とされている場所への立ち入りが

禁止された。そのため、採鉱も鉱業も、不可能となった。多数意見は、演習許可が頻繁に出され若しくは延期されるような場合には、鉱物採掘場における財産取得をもたらすと考えられると判示した。しかし結論的には、演習許可が頻繁であったとのいかなる証拠も無いことを理由として当該上告を却下している（S Ratnapala, J Crowe, *Australian Constitutional Law: Foundations and Theory* (3rd edn Oxford University Press, South Melbourne 2012) 15. 4. 2)。

vi) オーストラリア連邦憲法 122 条は次のように規定している。

「議会は、州が移譲し、かつ、連邦が受領した領域、女王が連邦の支配下に置くものとし、かつ、連邦が受領した領域、またはその他の方法により連邦が取得した領域を統治するために、法律を制定することができる。議会は、適当と認める範囲および条件で、当該領域から議会のいずれかの議院への代表者の選出を認めることができる」（松井幸夫訳「オーストラリア連邦」阿部照哉・畑博行『世界の憲法集〔第四版〕』（有信堂高文社、2009年）96頁）。

vii) オーストラリア連邦憲法 92 条 1 項は次のように規定している。

「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」（訳註 vi 前掲松井訳 93 頁）。

viii) 佐藤潤一「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 — 」『大阪産業大学論集 人文・社会科学編』12号（2011年6月）29-30頁では the religious establishment clause を国教樹立禁止条項と捉え、かつその解釈が分かれているという整理を行った。前掲松井訳においても 116 条のこの文言は国教樹立と訳出されている。しかし原文も示しておいたように、本稿ではその直後に a mere prohibition of a state religion という言い回しがあるため、本文のように訳出した。

ix) *Jurisprudence* (Cambridge University Press, Melbourne 2009) についても、訳者が 2010 年度にクイーンズランド大学に Visiting Fellow として滞在していた時に著者から訳出の許可を得ている。訳者の専門外の議論も含まれる法哲学のテキストであるため、現時点では翻訳完了にいたっていないが、近い将来翻訳を公にするつもりである。なお、著者の憲法に関するテキスト類においては、難解であることもあろうが、哲学的根拠についてはあまり立ち入っていない。

※本論文の翻訳は、佐藤が研究代表者である科学研究費補助金（課題番号 25380051）研究「変化するオーストラレイシア立憲主義」（基盤研究（C））および同一課題による大阪産業大学産業研究所分野別研究費による研究成果の一部である。