

# 憲法解釈とデモクラシー

高木 康一

## 目 次

- 1 憲法の解釈
- 2 憲法に対する2つの見方
- 3 憲法解釈（構築）における司法部門と政治部門
- 4 正式の憲法修正手続によらない憲法修正
- 5 強い形態の司法審査と弱い形態の司法審査
- 6 司法審査の終局性の否定
- 7 最高裁の判断に対する政治部門の反駁
- 8 民主主義のルールに沿った形での対応

## 1 憲法の解釈

日本国憲法制定直後は政府の憲法解釈・学説とも、憲法9条は、自衛戦争を含む一切の戦争を放棄し、無条件に一切の戦力を保持しないものと解していたが、その後の国際情勢および日本の国際的地位の著しい変化により、9条の解釈の変更を要するようになり、国民の規範意識もまた、自衛のための戦力保持を認めていると思われることから、この点に関して9条の意味の変遷があったと、かつて橋本公巨教授は説いた [橋本 1980, 429-431]。彼によれば憲法の変遷とは、「成文憲法の定める改正手続きを経ることなく、法律、判決、議院や内閣の行為、慣習、その他客観的事情の変更によって、憲法の条項のもつ意味が変化すること」である [橋本 1980, 48]。

これに対して石村修教授は、「憲法変遷の実例があるわけではなく、単なる一研究者による憲法解釈の変更があったにすぎない」と強烈に批判した [石村 1999, 293]。確かに橋本教授は、かつての自身の憲法9条解釈が自衛のための戦力であっても保持できないものとしていたが、憲法変遷によって9条の意味が変わったと述べている [橋本 1980, 430]。

憲法変遷に関しては、論者によって多様な意味で用いられており、そのことが議論の混迷を招いてきたとしばしば指摘される。石村教授は憲法変遷を「合理的解釈の限界を超える解釈を行う、『解釈改憲』と同一の法的意味をもつもの」と捉える。憲法の内容は「社会的現実に対応して変化すべきであり、憲法典の枠はその社会的現実に対応するような形で準備されている」。そしてこの憲法典のもつ枠では社会的現実が対応できない場合には、「民主主義のルールに沿った形での対応」をなせばよいとされる [石村 1999, 293; 2008, 331]。それではこの「憲法典の枠」はだれがいかにして決定するのであろうか。

「テキストとしての憲法」を有権解釈者が解釈することではじめて「規範

としての憲法」が生まれる。その結果、憲法テキストに意味が与えられるのであり、そこでなされた解釈に正しいか誤っているかは存在せず、説得力があるかどうかであると説く南野森教授の見解によれば [南野 2007]、有権解釈機関の解釈が同一テキストについて変化することはありうるのであり、「規範としての憲法」は変遷するものである [南野 2007, 43]。したがって、何を「憲法変遷」とするかどうかに関わるとはいえ、そもそも「憲法変遷」を論じる意味はないことになる。

自由な法の解釈を有権解釈者に認め、そこでなされた解釈を聴衆がさらに解釈することが、ひいては自由な法解釈に対する制約となる [南野 2008]。有権解釈を行う者は、自分たちの行った解釈がいかに評価されるかを気にせずにはいられないはずだからである。そうであるならば、この解釈を行う聴衆には、有権解釈者の解釈に対して判断をなすうる、一定の能力が備わっている必要がある。有権解釈者は、さほどの能力のない者が自分たちの解釈に対する解釈を行っても、ほとんど影響を受けるとは思えない。しかしながら、この聴衆が、合理的説明を理解できず、知性や理性に基づく判断を行えず、感情や情念、自己の個人的信念に基づいているにもかかわらず、一定の政治的・社会的影響力をもつ者や集団である場合、有権解釈者の置かれる立場には多くの困難が付きまとう。憲法の解釈という法的領域の行為に関して、法律家共同体の言語が通じない場合はなおさらである。

他方、有権解釈者は、聴衆からの信頼を確保し続ける必要がある。そのため、「法文が変更されないのにその解釈を変更することは、解釈者に対する信頼を低下させ、極限的には権威ある解釈者たる地位を手放すことに至りうる」 [南野2008, 33]。最高裁判所がとりわけ憲法解釈に関して、明示的に自らの判例を変更したがないのはこの点からも説明できる。法律上判例変更を行う権限を付与されていることを拠り所とすれば足りるのではなく、変更された判例が聴衆にさらされ評価される。この場合の聴衆は、国民一般がまず考えられるが、日本においては、最高裁判所の判断に対する聴衆としての

国民の影響力は、今のところ他国に比してさほど高くないといえよう。それよりも最高裁判所がもっとも意識する聴衆は、政治部門であると考えられる。最高裁判所は自分たちの行った判断に対して、聴衆たる政治部門が強力な批判を浴びせた場合に、それに対抗する手段をもたない。有するのは、こうした批判に耐えうるだけの理由づけを判決に含ませておくことであるが、それであっても、仮に批判者たちが十分な聴衆たる能力を有していない場合には心もとない。

対して、議会が法の解釈を行う場合にはどうであろうか。議会が自ら制定した法の解釈を行うことは、たとえば、国会法などに見られるであろうが、憲法を解釈し、法律を制定する場合も同様である。憲法の解釈を行い立法をなす議会は、自分たちの解釈が聴衆による再解釈に付されることを意識すると、その解釈の技巧にとどまらず、聴衆がその解釈を肯定的にとらえるよう賢慮を重ねるだろう。ここでは政治部門たる議会の特徴が、裁判所との対比で鮮明になる。政治部門に属する者たちは常に、民主的支持基盤を獲得し続けなければならないからである<sup>(1)</sup>。さらに議会の制定した法律は、日本国憲法上、裁判所による違憲審査に服する。ある法律の合憲性が裁判所で争われた場合、裁判官は憲法を解釈し、仮に当該法律が憲法に適合しないと判断するとその法律は実質的に効力を失う<sup>(2)</sup>。裁判所と議会の関係でとらえると、裁判所が判決で示した憲法解釈に納得できないとしても議会は単独では、それに対抗する制度上の手段をもたないが、裁判所は議会のそれに対して憲法上、最終的裁定者としての地位が与えられており、フェアではない。議会がなしうるのは、憲法96条に従って憲法改正の発議を行うことと、その発議内容の賛同を得るべく「民主主義のルールに沿った形での対応」をすることである。

(1) 司法に対しては最高裁判所の裁判官の国民審査は別途存在するが。

(2) ここでは裁判所の違憲判断の効力の問題には踏み込まない。

もっとも、議会と裁判所の間関係に着目すると、議会の憲法解釈に対する裁判所の応答としての違憲判断と、裁判所の判断に対する議会（政治部門）のバックラッシュのどちらが強力な力をもつかは、国ごとに、または案件ごとに、さらに置かれた諸状況によって異なるものであり、一概にいえるものではない。議会と裁判所関係は、さらにいえば、民主的基盤とその影響力の相関関係を含めずして検討しえない。

本稿では、石村教授のいう「民主主義のルールに沿った形での対応」としていかなる形態がありうるか、とりわけ議会の憲法解釈と、裁判所関係を念頭に検討したい。

## 2 憲法に対する2つの見方

憲法を解釈する有権解釈者は、自分たちの解釈がさらに解釈されることを見越しているとして、それでは、どのような解釈を行うことで、観察者たちを納得させられると考えるのだろうか。カナダのトロント大学の憲法・法哲学者たちによる編著*Philosophical Foundations of Constitutional Law*に寄せた論文で日本でもよく知られたJack Balkin教授が興味深い議論を展開している。

Balkin教授の議論の特徴は、原意主義者でありながら、「生ける樹（living tree）」理論をとりこんでいるところである [浅野 2011, 229-231]。彼は憲法の解釈は、ただ憲法のテキストの意味を探ろうとすることを指すのではなく、解釈上の発展、立法、行政、制度形成をし、慣行がもたらされ、展開させることを通じて、時の流れとともに憲法体制を作り上げていくこと、すなわち憲法構築（constitutional construction）なのだ考える [Balkin 2016, 241]。政治部門は憲法が許容していると考えられる枠組みの内部で様々な制度を、たとえば法律を通じて、あるいは行政手段を用いて作り上げたり変革し、裁判官は、個々の判決を通じて憲法上の紛争を解決していく、これら動態的

な動きが憲法構築なのである。

通常、「憲法解釈」と呼ばれるものは、「憲法が何を意味しているか」を問うものであるが、「意味する」という言葉の意味自体が多様で多義的である。裁判官や法律家たちが憲法の意味を問うとき、そこで行われているのは、特定の論争において憲法の実際上の効力を問うているのである。これは結局のところ、「憲法構築」にはかならない。憲法解釈として人々が真っ先に思い浮かぶのは、裁判官たちによるそれであろうが、それは、裁判官たちに独占されるものではなく、政治部門によっても行われるのである。政治部門は規制を設けたり、法律を制定して諸機関を設置した上で権限を与え、そして政府の権限、役割が何であり、その範囲がどこに及ぶかを検討することなどを通じて、憲法構築に携わる。これらは国家形成的構築（state-building constructions）である [Balkin 2016, 254-255]。

憲法構築は、憲法をいかに捉えるかによって大きな違いが出てくる。Balkin教授によれば、憲法構築には2つの前提とするモデルが存在する。一つの立場は「摩天楼型モデル」と名付けられる。憲法制定者たちは、後の世代がおろかな行動に出ないように、あらかじめ後の世代が手出しできないように憲法を作り上げ、憲法は完結したものと理解する。憲法は後の修正や新たな憲法習律による変革を受けることがあるとしても、最終版なのである。この枠組みの中で通常政治、つまり既存の統治構造の枠組み内での日々の政治的決定や立法が行われることになるのであり、これらは憲法構築を行うものではない。憲法解釈によって憲法を変えることはありえず、正しい解釈がなされたらそれは、憲法を新たな状況に単に適用するだけである。したがってこのモデルに立脚した場合、憲法に関して特別の決定をなすような憲法政治が見られるのは、憲法修正手続に従うか、憲法を新たな憲法と置き換えるような状況によってのみであり、憲法構築が見られるのもこの文脈においてである。それ以外は通常政治のプロセスであり、完成版の憲法の枠内で行われる [Balkin 2016, 243-244]。

もう一つは、「枠組みモデル」と呼ばれるもので、憲法は未完のままであり続ける。憲法によって統治のとっかかりをつくり、将来の政治的展開がなせるのだが、憲法は完結版でないがゆえに、常に憲法構築が行われ続ける。ここでは、憲法構築のもつ意味が重要になる。憲法の解釈は憲法の構築であり、すでに明らかになっていたり、固定化された憲法の意味を適用するというものではなく、実践の中で憲法を作り上げていくのである。憲法構築が常態化するわけであるから、憲法政治と通常政治を明確に区別することはない [Balkin 2016, 244]。

この2つのモデルは裁判所の役割についても異なった見方を提供する。摩天楼型では裁判官は、すでに確立した憲法が作り出した通常政治の枠組みを確保するように努めればよい。憲法を解釈する裁判官たちの裁量は狭く、「正しい解釈方法論」を身につけるよう努力することが求められる [Balkin 2016, 246]。これに対して枠組み型では、政治部門も司法部門も双方とも憲法構築に参画するため、憲法に依拠しながら、どちらも変貌する社会的要請に応じていかなければならない [Balkin 2016, 245]。基本的な枠組みである憲法に拠って立つだけでは時とともに生じる様々な状況を解決することが困難なこともあるため、裁判官たちは、この基本的な枠組み内部で憲法構築を行うのである。司法部による憲法構築は政治部門のそれと弁証法的に行われるが、双方とも世論の長期スパンでの変容に間接的にであれ影響を受けることを免れない [Balkin 2016, 246]。

裁判官たちが憲法解釈理論に拘束されないとする枠組みモデルは、憲法学からすると、受け入れがたいように思われる。しかしBalkin教授は、「解釈論は実務上、裁判官を拘束することはおそらくほとんどない」と考える [Balkin 2016, 247]。そもそも裁判官は憲法理論家ではないのであり、仮に憲法理論に従っているように見えてもそれは、場当たりのなものである可能性がある。裁判は合議で行われるわけであるから、一人の裁判官がある憲法解釈理論を身につけていても、他の裁判官が同じとは限らず、仮にある憲法



解釈理論をもちだしたとしても、結局他の判事たちとの妥協を余儀なくされることもある。裁判官を拘束するのは、憲法解釈論ではなく、「社会的・文化的・制度的・政治的制約」だとみなされる [Balkin 2016, 247]。

裁判官たちも社会の一員である以上、自分たちの判断が社会からどのような目で見られるか気になるはずである。さらにいえば、裁判官たちは、社会におけるエリート集団の一員でもある。だとすれば、エリート集団と見られる専門家集団からの視線を浴びていることを裁判官は意識するであろう。このことは、上述した、聴衆の目を常に気にする有権解釈者を意味する。ここでいう専門家集団に法律家共同体が含まれるのはもちろんである。裁判官たちは通常、法学教育を受けてきている。裁判官たちは意識的であれ、無意識的であれ、法学教育から続く、法の専門家文化の中にいるのであり、その制約を受けていると考えられる。裁判官は、通常、政治部門から指名されたり、弾劾に服させられたりあるいは、任期に関する決定を受ける。これらの影響を受けるという意味で、裁判官は政治部門からの制約もまた同時に受けると考えられる [Balkin 2016, 247]。

Balkin教授がここで挙げる諸制約のうち、社会的制約と文化的制約は、南野教授がいう「聴衆」の影響力による事実上の制約といえるだろう。同じことは、政治部門にいる有権解釈者にも当てはまると思われる。もっとも、法律家共同体とは異なり政治部門共同体は可視化しにくい。その背景には利益団体、圧力団体、選挙母体、マスメディア、世論、選挙、学識者などが複合的に存在しており、専門家の素養を身に付けた法律家共同体における聴衆とは様相を異にする。また、仮に、政治部門が自身の存続を中長期的に継続させることに拘泥しないで捨て身になって、公益の達成ではなく、個人的信念に基づいて憲法構築を行った場合、聴衆が暗示の制約を課すことは困難になる。捨て身になった政治家に、デモクラシーの力は通用しない。

それでは、憲法構築に限界はあるのだろうか。憲法解釈の枠を超えると考えられるときには、憲法修正が求められることになるだろうが、枠を超え修

正が必要かどうかに関して明確な基準がない場合が憲法は大部分である。Balkin教授は、アメリカの事例を取り上げながら、憲法修正がなくとも、実際には憲法の変容が見られることを指摘する。それは、憲法構築によってなされているのである [Balkin 2016, 248-249]。結局のところ、憲法の変容は憲法修正によってもなされるし、憲法構築によってもなされる。そもそも憲法解釈の枠の中か、外かどうかの判断は、政治部門内部で、司法部門と政治部門で、そして人々の中でも異なるものであるし、また固定化されるものでもない。政治部門、司法部門、専門家集団、メディア、諸集団そして人々が憲法上常識だと考えられてきたことを変容させることはありうる。のみならず、「これまで考えられなかったような憲法上の主張が、受け入れられるべき主張に、あるいは主要な立場に転換する」ことすらありえる [Balkin 2016, 249]。憲法のテキストが変わっていなくても、憲法解釈がなされる領域は不変ではなく、常に変容がなされるわけである。そこに参画するのは、憲法問題を判断する最高裁判所裁判官だけではなく、あらゆる当事者が含まれ、漸次になされていく。

もっとも、憲法修正を行うのか、憲法解釈によるのか、どちらも同じか、憲法修正で行われることのすべてが憲法解釈でまかなえるかといえそうではない。解釈でなされるか、修正でなされるかの境界は、憲法政治を通じて把握されるものなのである [Balkin 2016, 250]。

### 3 憲法解釈（構築）における司法部門と政治部門

憲法構築を行う司法部門と政治部門の関係についてみると、司法部門による憲法構築は、政治部門による憲法構築との絶え間ない会話を重ねることである [Balkin 2016, 255]。憲法問題について判断する裁判所のもっとも重要な機能の一つは、政府の他部門が行った憲法構築を正当化し、合理的に説明することである。まず、裁判所は政治部門による構築が憲法に忠実かどうか

判断し、その理由を提示する。次に裁判所は、司法部の打ち立てる諸原理に政治部門による構築を従わせる。これにより、将来の政治部門による構築に指針を与え、正当化することになる。裁判所による憲法構築は政治部門がなすこととなしえないことを示すのであるが、仮に、政治部門の行ったことを退けたとしても、そこに該当しない事柄は、憲法の範囲内に収まっていることを暗示することになる。司法部による憲法構築の大部分は、他の部門による憲法構築に後続してなされる。そのプロセスの中で見られるのは、司法部門と政治部門による憲法構築の相互作用なのである [Balkin 2016, 256]。

こうして行われる憲法構築が成功しているといえるためには3つの要素が必要である。第1に、憲法規範の実現と適用がなされること、第2に、時を超えてなされること、そして第3に、他の行為者たちと継続的な関係がもたれることである [Balkin 2016, 258]。

人々がこれが憲法の内容だと考えることが、政治部門によって破られたり変更されたりした場合に、裁判所にそれらを矯正してもらおう助けを求めらるだろう。Balkin教授によれば、仮に裁判所がこうした求めに応じて何らかの応答をしたとしても、それは、複合的な政治体制の中で行われる一つの憲法に関する見方を提示したものであり、憲法解釈を裁判所が独占するわけではない。「司法による解釈は、継続的な憲法秩序における憲法解釈の一つの特別な事例にすぎない」のである [Balkin 2016, 263]。一見すると裁判所は、ある時点での憲法解釈の終局的判断権を有するように見えるかもしれないが、裁判所の仕事はきわめて長期にわたる検討に付されるとき、他の行為者たちのもつ憲法観に相当程度応じていることが分かる [Balkin 2016, 264]。

憲法構築が、時を超えてなされ、そして政治部門と司法部門の継続的な相互作用を必要とするというBalkin教授の見解に従えば、憲法問題に最終的決着点は存在しないことになりそうである。

それではBalkin教授のいう政治部門と司法部門の継続的な相互作用にはいかなる形態が考えられるであろうか。議会による法制定が一般性を有するのに対して、裁判所は法を個々の事件ごとに展開させる。司法裁判所が憲法解釈を通じてこれを発展させる「立憲主義のコモン・ロー的アプローチ」は、裁判所が個々の事件の解決に拘泥せざるを得ないことから問題があるとAndrei Marmor教授は考える。裁判所は係属した事件を社会全体の問題として捉えることに不向きであり、訴訟当事者たちの提示する論拠に拘束される。さらにコモン・ロー的裁定においては、先例に拘束される。裁判官たちは先例に拘束されるが、それは同業者たちの作った枠内でのものであり、自分たちの活動領域を自分たちで少しずつ拡大していくことが可能である。こうした枠組みにとどまる限り、裁判官たちは自分たちの判断を社会との関係でフィードバックすることが苦手な存在だといえる。対して議会は、利益集団、諸団体、政府の諸機関、選挙結果などを通じて、立法にインプットする術を多くもっており、フィードバックしやすい立場にある。憲法に関わらない領域でのコモン・ローであれば、議会は制定法を通じてコモン・ローの方向性を操ることができるが、憲法に関わるものであれば、憲法修正を行うほかなくなる。非憲法的領域でのコモン・ローでは、裁判所の判決と議会の制定法により継続的な相互作用を展開することができるが、憲法領域でのコモン・ローにはそれが欠けている。そうすると、裁判所が憲法問題に関する最終的決定権を有することになる。議会に与えられた憲法修正という手段は、硬性憲法である以上、実際には実現性がとぼしく、結局のところ、裁判所の判断が長期にわたって維持されることになる。これが民主的機関である議会であれば、「民主的プロセスを経た諸決定は、また同じく民主的プロセスを経て変更されうる」。議会の判断に関しては、「今日負けたものは、明日勝つかも说不定」といえるのであるから、その判断が人々に受け入れられないようなものであった場合には、それほど長続きしない可能性を含んでいる [Marmor 2007, 90-92]。

議会と裁判所の関係を立憲主義の観点から捉えた際に、Marmor教授は、カナダ憲法が導入する適用除外条項が一つの憲法構想として魅力的であるとして提示する [Marmor 2007, 93-94]。1982年カナダ憲法の中のカナダ憲章<sup>(3)</sup> 2条および7条から15条の権利については、それぞれの権利が憲章によって保障されている「にもかかわらず」(notwithstanding)、連邦議会および州議会は、これらの権利保障が及ばないことを法律で宣言できる、というものである。要は、ここに列挙された条文に基づく権利については、法律をもって破棄することができる。ただし、この宣言は、より短い期限が議会により定められている場合は別にして、最長5年の時限が付されており、それ以上の適用除外を欲する場合は、再度の宣言を要する。この条項を援用することによって立法府は、裁判所によって一旦違憲無効とされた法律も再興させることができるのである。

憲法が他の法体系に優位し、裁判所に司法審査権が与えられ、憲法の修正が通常法律よりも難しい手続を要することから、司法部門と政治部門の関係は、司法部門の優位になりがちである。カナダ憲法の適用除外を議会に認めることで、憲法問題に関する最終的判断権を議会に留保できるということは、過去の世代による現代世代の拘束を弱められる。また、価値観の多元性に対応することも可能となる [Marmor 2007, 94]。さらに、議会と裁判所のどちらがより権利や自由を保障する機関としてふさわしいか、自明ではないとするならば、裁判所にだけその役割を託すことは不安であるが [Marmor 2007, 77]、適用除外条項はその懸念を払拭しうる [Marmor 2007, 94]。

Marmor教授の議論は、正式の憲法上の手続に則った憲法修正が困難であることを前提として行われている。現実の政治過程において憲法修正が困難

---

(3) 本稿で、「カナダ憲章」という場合、1982年カナダ憲法第1章(1-34条)「権利および自由に関するカナダ憲章」を指す(カナダ憲章第34条参照)。

であるならば、現前する政治・経済・社会・国際状況の変化に過去に制定された憲法が対応しえないとき、いかなる外観を装う必要があるのだろうか。

#### 4 正式の憲法修正手続によらない憲法修正

憲法が規定する修正手続に従っていないものの、実質的に憲法が修正されたとみなされるような事態は、立法や判決、ないしは政府の行為によってなされうる。こうした行為者たちは、正式の手続を経なかったことに対する批判を回避するために、当該行為が実質的修正だと正面から認めることは、通常ありえない。カナダにおいて、州の連邦からの分離独立に関して連邦政府から憲法問題の照会を受けたカナダ連邦最高裁が判断を示した『分離独立照会事件』(Secession Reference)<sup>(4)</sup>は、憲法解釈の体裁をとってはいるものの、実質的には、憲法修正の正式の手続きを経ずになされたカナダ憲法の修正だとみなされることがある [Choudhry 2008, 198]。Sujit Choudhry教授は、人々が自己の利益を追求する私人として行動する通常政治・通常法形成と私的利益を超え社会全体の利益・公益を考え行動する憲法政治・高次法形成という、Bruce Ackerman教授のよく知られている二元的民主制論の区分に依拠しながら、ケベック州政府とケベック以外の州及びカナダ連邦政府がケベック州の分離独立について陥った難局 (impasse) が、カナダ憲法上の憲法修正に関する諸ルールを憲法政治に転換させたと論じる。つまり、憲法修正の手続をふまずに、憲法政治がもたらされ、その結果、憲法が憲法上の正規の手続に基づかず、実質的に修正されたと見るのである [Choudhry 2008, 198]。

国制の変動に直面し、集合的に行動する人々 (mobilized public) と政治家たちは、これに対応する立法を行ったとしても、従前の憲法観に依拠する

---

(4) *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217.

裁判所は、こうした立法に対する異議申し立てを認め、立法府と人々の望む政策を阻むことがある。人々や政治家たちは、裁判所による阻止活動を終結させようと、引退や死去した裁判官の補充を行う際に、その時の政治的主流派の考えに沿った裁判官をあてる。裁判所の構成員を変えたり諸規則を変更するなどの行動を通じて、裁判所のコントロールを行う。その結果、裁判官たちは、政治的主流派の見解に沿った憲法判断を行うことになる。これは、アメリカ連邦最高裁と政治部門の相互作用の一つの捉え方である。対して、裁判所と政治部門の関係について、政治部門が裁判官の構成を変化させることにより憲法解釈が変更されるのではなく、裁判官の憲法観の変化に着目する捉え方がある。従前の憲法解釈に対する反発をもった人々の動向、社会的動向を裁判官たちは観察しており、裁判官たちは、こうした社会的動向に従って、自分たちの憲法観を変更することがある。国制の変革を行おうとする政治部門の行動は、民主的基盤に基づくことが多いことからすれば、これを阻む裁判所が出現した場合、政治部門と国民の双方を敵にまわすことになる。裁判所に対する政治部門と国民の反発を目の当たりにするか、あるいは、それを見越した裁判官は、それを避けようと、自分たちの憲法観を変更することがありうる。その場合の裁判官の態度は、服従であり、脅威によって決定づけられているといえる [Tushnet 2008, 34-35]。1998年の『分離独立照会事件』でのカナダ連邦最高裁の判断は、いかなる観点で理解することができるであろうか。

憲法政治・高次法形成に至る憲法的動向期 (constitutional moment) がカナダにおいても見られるのか、つまり超法的憲法変容 (extralegal constitutional change) があったのであろうか。『分離独立照会事件』においてカナダ連邦最高裁は、憲法解釈の外観をもちながら、実のところカナダ憲法を修正したのではないかという見解が批判的にカナダでは唱えられている。カナダの憲法修正手続は、まずもって政治的諸機関に委ねられており、カナダ連邦最高裁が仮に憲法修正を行ったとすればそれは、超法的措置をとったこ

とになる。

1980年代後半から1990年代においてカナダではケベック州の分離独立問題が過熱化していた。ケベック州をカナダ連邦にとどめておこうとする連邦政府と、できるだけ多くの権限をもち、連邦にいることによる利点は残したまま分離独立しようとするケベック州政府はしばしば大きな対立と妥協をもたらした。そのような中、1995年にケベック州では「(連邦政府との) 連携協定と主権」に関するレファレンダムが行われた。このレファレンダムでは、賛成票が反対票を上回ると、ケベック州がカナダ連邦政府と分離独立に関する議論を開始することになっていたが、結果として、49.4対50.6パーセントの僅差で否決され、一旦は、分離独立の動向を止めることとなった。しかしながら、賛否の間の僅差に、換言すれば、これほどにまで分離独立に賛意を示す割合が高まっていることに、連邦政府や他の州は大きな危機感をもった。

その後、連邦政府は連邦最高裁に、ケベック州の分離独立に関する憲法問題についていくつかの照会を行った。その一つが、ケベック州が一方的にカナダから分離独立する権限を憲法上有しているかどうかというものであった。州の連邦からの一方的な分離独立に関しては、憲法は明示の文言をもたない。そもそもカナダ憲法によってケベック州は創設され、その領域・境界が定められ、管轄権が与えられており、また、憲法が最高法規である（1982年カナダ憲法52条（1））ことからすれば、ケベック州の分離独立には、憲法修正が必要だと考えるのが普通である。カナダ憲法は5つの形態の修正条項を有し、そのうちの4つは連邦政府の同意を要する。連邦政府の同意を要せず、州単独で憲法修正をなしうるのは、州の内部事項に関する場合のみであり、本件で問題となったような、州の分離独立には適用されない。したがって、ある州が単独で一方的に分離独立を行うことは、憲法上不可能である [Choudhry 2008, 215-126]。

カナダ連邦最高裁は、『分離独立照会事件』で根底原理 (underlying principles) なるものを持ち出し、それは歴史的な文脈に根差しながら、連邦



制、デモクラシー、立憲主義・法の支配、そしてマイノリティの権利の尊重の4つからなるとした。<sup>(5)</sup>連邦最高裁はこれらの諸原理をケベック州でのレファレンダムによる分離独立に関する議論にあてはめ、分離独立に関する「明白な質問に明白な多数派」(a clear majority on a clear question)<sup>(6)</sup>が分離独立の意思を表明した場合には、連邦政府、州政府は、「憲法修正について交渉する責務」を負うとした。<sup>(7)</sup>そして交渉に参加する者は、上述の4つの諸原理を念頭に置き、交渉が諸原理にかなったものとなるように努めなければならないとした。<sup>(8)</sup>

ここで示されたカナダ連邦最高裁の態度は、カナダの裁判所が従来行ってきた憲法解釈とはおよそ様相の異なるものであった。これまでの憲法解釈の慣例では、憲法上の諸原理が検討されることがあっても、まずは憲法のテキストを検討することから始めていたからである。連邦最高裁が本件で、憲法のテキストを一方向的に軽視し、4つの根底原理を独立の指針として取り扱おうとしているわけではなさそうであるが、少なくとも、根底原理という不文の憲法を取り上げていることは指摘できる。分離独立に関する憲法規定が存在せず、連邦最高裁自身が憲法修正続きによって分離独立がなされるべきことを本照会事件内部で示唆している以上<sup>(9)</sup>、本来的には憲法修正にかかわる諸手続が検討課題となるべきなのではないか。ここで問われるのは、連邦最高裁は本問題に関して政治的アクターに憲法修正に従事するよう求めるべきであったのであり、憲法修正に匹敵する解釈を行うべきではなかったのではないかということである〔Choudhry 2008, 218-219〕。そうしなかったカナダ連邦最高裁は、「不文の憲法原理を用いて、カナダ憲法に、これまでにな

---

(5) *Ibid.* para 49.

(6) *Ibid.* para 153.

(7) *Ibid.* para 88.

(8) *Ibid.* para 94; para 104.

(9) *Ibid.* para 84.

い『分離独立条項』を書き加えた」のではないかとChoudhry教授は問題提起する [Choudhry 2008, 219]。

カナダ連邦最高裁が憲法修正をもちださなかった背景を探るには、カナダにおける憲法修正にかかわる政治的・社会的動向を知る必要がある。というのも、カナダにおいては、憲法上の修正手続に則った憲法修正問題こそが、ケベックの分離独立主義者たちの敵視してきたものだからである。カナダ憲法史の重要なテーマは憲法修正手続にあり、法形式的にはイギリス議会の制定法によって憲法が制定されていることもあり、カナダ国内で憲法修正を実質的にも形式的にも行えるようにすることが、政治的課題であった。その合意がカナダ国内で形成されたのは、1981年になってからであるが、それですら、州と連邦政府すべての同意を得たものではなかった [Choudhry 2008, 220]。イギリスとの関係で、終局的な主権をカナダに取り戻すためには、カナダにおける主権問題に向き合い、一定の合意を国内で取り付ける必要があったが、そのためにはカナダという政治共同体の性質を捉えなければならないはずであるが、それこそが、とりわけケベック州との関係で困難を極めた。

1982年カナダ憲法ができるまでにカナダでは、国家や主権に関する議論を詰めてこなかった。そのことが後にまで尾を引き、1990年代中ごろに起きたケベックの分離独立問題の一つの背景をなしているといえる。また、ケベック州自身も、憲法や主権、州と連邦の関係、カナダ国家におけるケベック州の位置づけに関して、自己の主張を変えてきた [Choudhry 2008, 220-221]。1982年憲法の成立プロセス及びその内容に不満を持つケベック州は、唯一、いまだにこの憲法を承認しておらず、1982年憲法上の修正手続は、ケベック州にとって中立なものではないと受け止められている。そのため、ケベック州に関する問題である限り、憲法修正に訴えることは、憲法政治のあり方としては不可能であった。ここでの実質的問題は、ケベックはカナダの一部にとどまるか、あるいは、独立した国家となるかというものであった

[Choudhry 2008, 222]。

ケベックの分離独立問題は、カナダ政治共同体の実質的あり方にかかわるものであり、まさにこれは、憲法政治に属するが、上述のように、憲法修正を経て扱うにはあまりに分断が大きすぎるものであった [Choudhry 2008, 214-215]。そうした背景をもったカナダの1990年代中頃の状況は、憲法政治が憲法修正手続に則ってなされうるものではなかった。その意味では、憲法修正にかかわる諸ルールは、実効性をもっていなかったのである [Choudhry 2008, 220]。

連邦最高裁は、『分離独立照会事件』の中で、憲法修正に訴えるのであるならば、どの条項をいかに用いるかということには言及しなかった。これは連邦最高裁のある種の政治的判断といえる。連邦最高裁がもし、憲法修正手続を基盤にしてケベック州の一方的分離独立の合憲性を判断していたとすれば、カナダの憲法危機をより深くして、長期化させていた可能性があった。そうなればケベック政府は憲法に従うことそれ自体を放棄してしまったかもしれないからである。それほどに、ケベックをめぐる政治状況は混迷を極めていた。そうであるならば、連邦最高裁が、一方的分離独立が違憲であるのは、憲法修正手続に基づいていないからではなく、憲法の根底原理に反するからだとしたことには意味がある [Choudhry 2008, 226-227]。

分離独立をめぐる諸議論は、カナダ政治共同体という政治的結合体の基本的なあり方を問うことになるが、カナダはこのような憲法政治を経験しておらず、またこうした議論が一定の方向でまとまるめども全く立っていなかったのである。憲法修正手続に沿って分離独立条項を設けることが不可能と判断した連邦最高裁は、カナダ憲法に分離独立条項を設けるという実質的修正を行ったのである [Choudhry 2008, 227-228]。

Choudhry教授は、Ackerman教授の憲法理論を、明文上の憲法修正手続によらず根本的・劇的に憲法を変更するものだとする。これをみた憲法理論は、そうした憲法変更と折り合いをつけるものでなければならぬ。そこで

憲法理論がなしうることは、なぜ、そしていかにしてこうした事態が生じたかを把握することでもある。カナダの『分離独立照会事件』でのカナダ連邦最高裁の判断で検討すると、カナダ憲法上の修正手続に則ったのでは問題を解決できないと考えた連邦最高裁が、超法的にカナダ憲法に分離独立条項を書き加える修正を行ったものとみることができるが、これは、憲法政治における憲法的動向期の一つのケースである [Choudhry 2008,228]。

『分離独立照会事件』でカナダ連邦最高裁が、実質的な憲法修正を行ったことに対しては、カナダ国内で膨大な議論がなされており、きわめて強力な批判も多い。本稿ではそれに言及する余裕がないが、連邦最高裁のこのような態度は、憲法政治という考え方にコミットしない者からすれば、司法審査の観点からの検討に付されることになる。その場合には、連邦最高裁の行き過ぎた態度が目につくだろうが、カナダではどのような議論でこれに折り合いをつけようとするのであろうか。

## 5 強い形態の司法審査と弱い形態の司法審査

議会主権として、議会が憲法問題に関する終局的裁定権を有し、裁判所は議会制定法の解釈・適用を行うだけであるとするモデルや、司法府の最終的判断権の優位を構築し、議会の制定した法律が違憲であることを理由に破棄する権限をもつ司法府優位のモデル（司法府の優位・立憲主義の優位）に対して、Stephen Gardbaum教授は新たなモデルとして「新コモンウェルスモデル」を提唱する。このモデルでは、立法府と司法府の関係を排他的に見るのではなく、共同でかつ補完的に権利保障の役割を果たすのであり、どちらかに決定的な最終的判断権が委ねられるのではない [Gardbaum 2013, 2]。

「新コモンウェルスモデル」の典型は、「弱い形態の司法審査」に表れる。とはいえ、それは一つの特徴に過ぎず、司法審査にだけ着目しても全体像はつかめない [Gardbaum 2013, 14-15]。第二次世界大戦を経て、世界的に違

憲審査権が司法部に与えられる傾向が強くなり、これにより、司法部の優位、立憲主義の優位が確立されるようになる [Gardbaum 2013, 4]。これに対して、イギリス・カナダ・ニュージーランド・オーストラリアは、第三の道として、裁判所の完全優位型とは異なるモデルをとってきている [Gardbaum 2013, 7]。

もっとも、「新コモンウェルスモデル」は、旧国会主権国や、コモン・ロー法体系国にのみ当てはまるものではなく、一般的に妥当する。このモデルの適用が難しいのはむしろ、司法の法定立に対して、強力な国会主権が対峙すると考えられる、コモン・ロー法体系国なのである [Gardbaum 2013, 12]。

権利や自由の確保がコモン・ローや立法府による法定立によって支えられるのが「政治的立憲主義」と呼ばれ、これによれば、権利や自由の保障もその制約も通常の立法によってなされる。これに対して、権利・自由の保障が通常法ではなく、高次法によって確保され、したがって、通常政治プロセスによって変更されず、裁判所によってその権利や自由が保障される「法的立憲主義」がある [Gardbaum 2013, 23]<sup>(10)</sup>。「新コモンウェルスモデル」は、法的立憲主義／政治的立憲主義、憲法の優位／立法の優位、司法審査／非司法審査といった二項対立を超えたところにあると考えられる。これは権利保護のための2つの構造を結合させて成り立つ。第一は、政治部門が自ら権利保障のための審査を行うことを重視する点である。これまでの議論では、政治部門からみると、自分たちの行為に対する司法審査という対外的審査が当然視されていたが、立法に際して政治部門自らによる対内的審査の意義を認めようというものであり、権利保護の責務の一部を司法審査から立法府に、つまり事後審査から事前審査に移そうとの試みである。そして第二は、「弱い形態の司法審査」の導入である。この形態の司法審査では、裁判所が憲法上の審査を行う権限を手放すわけではないが、必ずしも、最終的決定権を有

---

(10) これらについては、[愛敬 2014] を参照。

するわけではないというものである。司法優位の形態と異なりここでは、裁判所の憲法問題に関する判断は、立法府の多数派が覆してはならないとはされない<sup>(11)</sup>のである〔Gardbaum 2013, 25-27〕。

「弱い形態の司法審査」においては、司法審査を行う裁判所に憲法問題に関する最終的決定権を与え、したがって、その判断を変更することは不可能であるとするに極めて慎重な態度を示す。もっとも、独立した裁判所に法律が憲法に合致するかどうかの審査権を与えはするが、立法府にも、裁判所の判断が立法府の判断と異なる場合には、裁判所の判断に応答することを認めようとするのである。逆に「強い形態の司法審査」の場合、裁判所の違憲判断には終局性が認められ、裁判所の違憲判断に応答するには、憲法修正、すなわち、当該国家の人々の手による転換をなすことが求められる〔Tushnet 2011, 323〕。

「新コモンウェルスモデル」では、「弱い形態の司法審査」だけでなく、議会主権や政治的立憲主義などで見られた議会観と比べて、「弱い形態の立法優位」がみられる。立法権に対する法的制約が存在しなくとも、裁判所は議会の制定した法律が、保護された権利と合致するかどうかの審査を行うことはある。これまでの司法優位や立法優位の形態では、最終的決定権を有する機関は、実質的にはそれを行使する義務があるものとされ、また実際に当然のものとして行使してきている。「新コモンウェルスモデル」の下で弱い

---

(11) こうした見方はあまりなじみがないように思われるかもしれないが、強力な形態の司法審査権を有すると考えられるアメリカであっても、一つの機関が憲法問題に関する排他的最終決定権を有しているわけではないとされる〔Gardbaum 2013, 27〕。たとえばアメリカでも、外交関係や国防に関しては、裁判所は判断を避ける傾向にあり、あるいは、権限配分問題に関しては、司法部による解決にふさわしくないとの見解もみられる。さらに人民が憲法の意味の最終的解釈者だとする人民立憲主義や、政府のそれぞれの部門が自身の権限に関する最終的決定者であるとするディパートメンタリズムといった議論がアメリカでなされている。アメリカにおけるディパートメンタリズムについては〔大林 2008〕が詳しい。

立法優位とされるものは、立法府が形式的な最終的決定権を有することと、にもかかわらず、その決定権を実際に行行使するには種々の実質的・政治的制約があること、つまり形式的権限と実際上の行使とのギャップに着目するのである。政治的裁量として行使された政治部門の判断は、後に一旦は裁判所の審査に服する可能性がある。政治部門は自分たちと裁判所の判断が異なることによって受けるであろう影響をあらかじめ念頭に置いて決定に至ると考えられるのである [Gardbaum 2013, 44-45]。そのため、司法部と立法部を別々に検討したのでは「新コモンウェルスモデル」の特徴を明らかにすることはできない。もっとも、「新コモンウェルスモデル」の真骨頂は、裁判所の行う立法の合憲性審査の結果を立法府が覆することができる点にある。この点に関して、Mark Tushnet教授は、そもそも立法府と裁判所による憲法解釈に不一致が生じうることを前提として、「弱い形態の司法審査」では、可能な限り議会主権的な要素を残しながらこうした不一致に対処しようとするものだと考える [Tushnet 2011, 322]。これが、「新コモンウェルスモデル」の本質的特徴だとされる。憲法の優位、法的立憲主義ではこのような立法府の権限はもちろん存在せず、立法府が通常の多数決での立法手続を通じて裁判所の判断を覆すことはできない。立法府優位の制度においては、司法部が憲法上の審査をする権限を有しない。一見すると「新コモンウェルスモデル」は、立法府に最終的決定権を与えていることから、政治的立憲主義の一形態のように見えるが、この点が異なる [Gardbaum 2013, 45]。「新コモンウェルスモデル」においては、憲法問題に関する司法審査を排除した議会主権的な立法府優位、裁判所に憲法問題の終局的裁定権を与える司法部優位とは異なり、立法に対する司法審査権は裁判所にあるが、裁判所の違憲判断は終局的決定ではなく、裁判所の判断に対する何らかの応答が議会に認められていることに特徴を有する。

立憲主義からは、裁判所や立法に対する事前審査機関の憲法解釈と、立法府のそれが異なった場合に、前者が後者に勝るという結論が直ちに導けるわ

けではない [Tushnet 2011, 323]。Gardbaum教授が「弱い形態の司法審査」を新モデルに据えるのは、裁判所が必ずしも権利保障を行うのに優れた能力を有するわけではないということだけにあるのではない。「強い形態の司法審査」の場合、裁判所が立法府の判断を覆しても、司法の独立が保障されていることと相まって、裁判所の判断に対するチェック機能が働かない。これは、他の領域にはある、権力分立の観点が存在しないことになる [Gardbaum 2013, 66]。したがってGardbaum教授の議論は、権利・自由にかかわる論点に限定される必要はないように思われる。

このような新モデルを伝統的な議会主権と司法優位とのハイブリッド型とみるJeffrey Goldsworthy教授は、カナダやイギリスは、立法府優位の原理を完全には放棄することなく、権利保障の役割を裁判所に相当程度委ねるものだとみる。伝統的な立法府優位のイギリスモデルと司法部優位のアメリカモデルの最良の特徴を結合すると、裁判所は、立法府による立法が憲法によって保障された権利に合致しているかどうか判断するものの、立法府には最終的決定権が残されているということになる [Goldsworthy 2007, 122-123]。

カナダ憲章は、33条の適用除外条項を有するにもかかわらず、議会主権とはほど遠いとされる。憲法典で最高法規性が明記されており、司法審査によって法律や政府の行為が違憲無効とされ、さらにカナダ憲章33条に適用除外条項の対象とならない諸権利等が示されているからである [Gardbaum 2013, 42]。その意味では、カナダ憲章33条の適用除外条項の対象とならない領域、とりわけ、憲法上保障された権利・自由と直接の関連をもたない領域に関して、立法府と司法府の関係をどのように捉えることができるだろうか。



## 6 司法審査の終局性の否定

裁判所の司法審査が、非民主的機関によってなされることに対する批判的態度をもちながら、こうした批判をかわすためには、司法審査は、民主主義それ自体にかかわる手続的審査に限定するか、司法審査に終局性を与えないことがあげられるとし、後者を選択すべきだとするのがDennis Baker教授である。

ここでなされる議論は、カナダ固有の文脈で把握されなければならない。カナダの1982年憲法には、憲法の最高法規性（52条（1））と憲法上の権利・自由保障条項を指す「カナダ憲章」上の権利や自由が侵害された場合、裁判所による救済を求めることができるとの条項（24条）があり、また、1982年憲法以前から歴史的に司法審査が行使されてきたが、その範囲や程度が、非民主的機関である裁判所によってなされることと相まって問題視されることがある。特に司法審査の積極性、つまり積極的な違憲判断を出すカナダ連邦最高裁に対して、民主主義を重んじる政治学者たちからの攻撃が顕著なところに特徴がある。これに対して憲法学者たちは、裁判所の違憲判断に対して、立法府が応答する術がカナダ憲法には用意されていることを用いて、連邦最高裁の司法審査の行使を擁護しようとする傾向にある。

Baker教授は、司法審査の正統性それ自体を問題視して批判しようとするわけではない。彼の議論の中心は、司法部の提示する憲法解釈が終局的であるとの見方を否定しようとするところにある。彼によれば、こうした終局性を司法審査に与えようとするのは、西洋民主主義国家で比較的近年になって見出されたものにすぎず、手放しで取り込みうるものではない。司法審査の終局性すなわち司法の優位がすでにカナダに根付いているとのカナダ憲法学の主流派の見解に対して、そうではなく、司法審査を行う裁判所は政治部門と同格であること（coordinate）がカナダのとってきた、そしてとるべき姿

勢だとする [Baker 2010, 3-4]。

「政府のそれぞれの部門——行政、立法、そして司法——は、憲法の意味することに関する自身の解釈に沿った憲法上の権限を行使する権限を有し、かつそうするように義務付けられている」という同格解釈 (coordinate interpretation) を Baker 教授は提示する [Baker 2010, 4]。憲法解釈を行う機関は、それぞれ同格に位置づけられるのであり、一方が他方の解釈を一方的に退けることはできない。同格解釈を唱える者たちは、繰り返される機関相互のやり取りを介してはじめて持続的な憲法上の諸原理が生きてくると考えている。憲法解釈は、時とともになされるものであり、固定化された場所で、単一事例として行われるものではない。もっとも、同格解釈のシステムの下でも、裁判所の果たす役割は大きい。他機関に比べて裁判所が憲法問題を扱う頻度は高いため、相対的に他機関より憲法問題に関する専門性を有すると受け止められ、その意味で、権威を得ているからである。しかし Baker 教授によれば、それは、裁判所が憲法解釈に関して他機関に対して排他性をもつことを意味しない [Baker 2010, 4-5]。

同格解釈を説く Baker 教授の書物のタイトル *Not Quite Supreme* が問いかけるのは、「憲法解釈に関して連邦最高裁は他機関からいうまでもなく服従されるのか、あるいは至高とまではいえないのか (not quite supreme)」である [Baker 2010, 5]。

司法審査に終局性を与えないという意味では、カナダ憲法学で有力な「対話理論」も同じ点を含んでいる。しかし、Baker 教授によれば、対話理論は、カナダ憲章33条の適用除外条項の存在を前提とし、司法部が判決で決定した範囲内に限り、議会は諸権利に制約を加えることができるだけである。つまり、連邦最高裁がある法律の規定の違憲性を唱え無効だとした場合に、その枠組みにおいてのみ、連邦議会は反旗を翻す機会を得るにすぎない。結局のところ、対話理論は、司法部が解釈した権利を覆すか、あるいは、司法部が決定した範囲内に収まる程度で諸権利に合理的制約を課すしかできない。そ

の意味で、対話理論は、解釈権限に関しては司法部の優位を前提としているのである。対話理論においては、司法部の設けた限定の範囲内での相互の対話がなされるのであるが、同格解釈では、司法部の設けた限定そのものを相互の対話で扱おうとする [Baker 2010, 6]。

このような見方を前提とすると対話理論は結局、司法優位を前提としていることになるというのがBaker教授の見解である。対話理論は、連邦最高裁の憲法解釈に対抗したいのであれば、適用除外条項を援用するか、憲法修正を行えと求める。しかし、こうした理解は政治部門に過度の負担を課すもので、立法府と司法府の関係を非対称的に捉えており、同格とはいえない。カナダ連邦最高裁の憲法解釈は、連邦最高裁の9名の判事の多数派の理解を指す。場合によっては9名中5名で、憲法修正に匹敵する憲法解釈すら行える。これを覆すのは、政治的コストを伴う適用除外を援用するか、単純多数以上を求められる憲法修正を行うしかない。こうした手段は、確立した司法部の解釈を覆すために、時間をかけ、議論を尽くして支持を得た上で用いるというなら理解できる。しかし、ある論点について最初に連邦最高裁が判断を下し、これに議会が直ちに對抗しようとする場合には相当の理由が求められる [Baker 2010, 115-116]。

カナダでは1982年憲法を正式の手續に則って修正する大きな試みがすでに2度にわたって失敗している。憲法修正手續が課す諸要件をクリアすることの困難さと、政治部門がこの失敗の記憶から憲法修正に取り組むことにしり込みする状況が続いていることから、司法部が行う憲法解釈ないしは憲法創造を憲法修正で阻止することは極めて望み薄だといわざるを得ない。同様に適用除外条項の援用も、特定の司法部による解釈に対抗するには使い勝手が悪い。適用除外条項である1982年カナダ憲法33条が含意するのは、立法府は連邦最高裁の解釈の正しさを認めながら、それでもなお、これに反する立法を行うという理屈である。ここにも過度の政治的負担が立法府に課せられているといえる [Baker 2010, 116]。この点について同様の見解を示すのが

Tushnet教授である。連邦議会は、33条を援用することによって、連邦最高裁がカナダ憲章上の権利侵害に該当するとしている内容をそれでも立法化することができる。しかし、この場合に、連邦議会は、当該法律は連邦最高裁の判断がまずもって存在し、それに対して議会は自身の見解を表明するという構図になる [Tushnet 2008, 53]。

同格解釈によると、それぞれの機関が憲法解釈権限を有しているのであるが、権力分立の観点からみると、何が法であるかについて判断する排他的権限を有する機関は存在しないことになる。求められるのは、諸機関間の関係が、他機関の行った解釈に応答できるようなものとされることである [Baker 2010, 14]。立法府による諸問題の解決は、法律を制定することでなされるわけであるから、一般には相当期間継続することが見込まれる。むしろ例外があるとはいえ、憲法に関する諸問題の決着は、司法府によるものよりも、立法府による方が持続力が高いということも可能となる [Baker 2010, 42]。

このような見方は、Baker教授の権力分立観につながる。カナダ連邦政治の特徴として、議院内閣制を導入し、政党規律の高さ、首相のリーダーシップの強さ、完全小選挙区制などにより、日本と同様に行政の強さが指摘される。この意味で、アメリカ型の大統領・議会との間の権力分立とは異なり、カナダでは、行政と議会は、「融合」している [Baker 2010, 53]<sup>(12)</sup>。

「融合」という表現を用いるかどうかは別として、このような立法・行政間の権力分立観は、カナダ憲法においても標準的な見方である。Baker教授も引用するPeter Hogg教授は、カナダ憲法の最も標準的なテキストの中で、カナダには「一般的な『権力分立』は存在しない」と述べている。1867年憲法は、立法・行政・司法作用を完全に分離したものではないし、また、政府

---

(12) もっとも、アメリカ型の権力分立がそれぞれの部門の自律性や独立性を保ちながらも、完全な分立ではなく、相互作用を有していることをBaker教授は指摘している [Baker 2010, 59]。

の諸機関はただ、自らの作用を行使すればよいというものでもない。Hogg教授がここで念頭に置く「一般的な権力分立」とは、三権の厳格な分離のことを指しているが、カナダが導入しているのは、立法府と行政府の関係に関しては、権力分立の観点がそれほど重要な意味をもつものではない。それでは、司法部と他の2つの政治部門との関係はいかなるものであろうか。Hogg教授はここにも、「一般的な権力分立は存在しない」とする。しかしこのようにHogg教授がいうのは、連邦議会や州議会が立法で裁判所に非司法的作用権限を与えることができたり、あるいは、裁判所以外の諸機関に司法的作用権限を与えることができるという文脈においてである [Hogg 2008, 221]。この文脈をBaker教授が正しく読み取っているかどうかは疑問であるが、少なくとも、立法と行政が厳格に分離されているわけではないことは確かである。

Baker教授は、「純粋な権力分立」[Baker 2010, 55] ではないカナダ型権力分立に非常に大きな力点を置き議論を展開する。政府の諸部門が互いにアンタッチャブルではないわけであるから、相互の介入や干渉があっても、ひいてはそれが適切な権力分立につながり、政治的自由の確保につながると考えるのである。このような見方は、カナダ憲法学の多数が、議院内閣制ゆえに、議会と行政との分離が緩やかになり、結果としてこれら政治部門が強力な力をもつため、それに対抗する力として裁判所に期待を寄せるのとは異なった方向をとる。Baker教授がとるのは、分離の程度が厳格ではなく、立法と行政に緩やかな融合があるからこそ、諸機関間のバランスが図られ、望ましいチェック・アンド・バランスがとられるのであり、これこそが、リベラル・デモクラシーに資するとの見方である [Baker 2010, 52]。

もっとも、融合とはいえ、議院内閣制ゆえに実質的には、行政府による議会のコントロールがみられる。そのため、大統領制を前提とするアメリカ型の厳格な権力分立観をもちこみ、その流れの中で最高裁判所と議会の関係を論じることは適切ではない。Baker教授の立論のユニークさは、議院内閣制

をとるカナダ連邦政治における行政府と議会の融合型から裁判所との関係を導くところに現れる。議会のメンバーは首相のリーダーシップ、政党規律など上述の日本と同じような特徴からの事実上の拘束を受ける。そのようなメンバーで構成される議会は、クロス・ポーティングが一般に認められるアメリカに比して、それほど強力な力をもっているわけではないという。そうであるならば、さほどの力のない議会が、連邦最高裁の憲法解釈と対等な立場にたっても、それは権力分立の観点からふさわしくないというよりむしろ、望ましいとみなすのである [Baker 2010, 53-63]。さらには、議会をも支配するといわれることがある行政府も、実のところ、それほど完全に議会を手中に収めているわけではないことがカナダの文脈で経験的に示される [Baker 2010, 64-82]。

Baker教授の説く同格性からは、憲法上の権限に関しては各機関間の厳格な平等も、厳格な分離も出てこない。そこからもたらされるのは、諸機関間の憲法上の地位の平等なのである。彼が権限の上での平等があり得ないとするのは、ある機関が他に対して明白に優越することがありうるだろうということをも前提としている。ここでの力点は、あらゆる機関が正統な憲法上の行為者としてそれぞれの地位を確立し、他機関への影響力行使は限定された範囲内でなされるべきということである [Baker 2010, 59]。

議会と裁判所が憲法解釈権限に関しては同格であると見ることは、議会の制定した法律が憲法に反すると考える裁判所はこれを違憲として無効とすることになじんでいる権力分立観からは相当な懸念が示されるであろう。この点に関して、Baker教授は、裁判所と議会の役割に着目すれば問題は回避できると考えている。議会は一般的な法の定立、裁判所は特定の、あるいは個別の「事件と争訟」を解決することを前提とすると、裁判所が具体的事件において書いた判決に対して、立法府が当該具体的事件の結論を覆すために立法をなすことはできない。ここに、事件性と争訟性の意味があり、また、当事者にとっては、裁判所の判決が終局性を有することになる。逆にいうと、

事件性と争訟性が裁判所の活動を限界づけることになり、立法府の限界は法の一般性にある [Baker 2010, 92-96]。

司法優位論者からすると、連邦最高裁が一旦憲法問題について判断を下すと、下級審のみならず、他の機関もこれに拘束されるべきだと考える。しかしそれは、事件性・争訟性からくる司法審査の制約を取り払うことになる。憲法解釈について同格論者は、司法審査の力を弱めるような通常法による議会の応答を認める。これについては、連邦最高裁が法律の効力に関して当事者たちに与える影響力は絶対的であることからすると許されないのではないかとの批判がありうが、そうではない。まず、司法による解釈は、特定の事件と争訟に限界づけられている。このことは、仮に司法部による判断の過ちがあったとしても、それを当該事件にのみとどめておける利点がある。さらに、他機関から憲法に関する示唆 (constitutional hint) を得られれば、連邦最高裁は自らの解釈を再考できる。これは、連邦最高裁の判断が僅差で割れそうだったり、明確な憲法の文言から逸脱しそうな状況で司法部が従来にない新たな判断を行おうとしている場合に意義がある。結果として連邦最高裁の判決以降に制度的多元性が維持されることになるからである [Baker 2010, 106]。

憲法解釈に関する機関の多元性を確保しようとの考え方は、カナダ憲法学で主流といえる対話理論とは異なるものである。

対話理論は、Baker教授の提示する同格解釈とは相いれない。彼が対話理論を批判する背景には、対話理論は、司法部の判断を憲法判断に関する終局的なもののみならず点にある。だからこそ対話理論は、司法部の判断を覆すには、カナダ憲章33条の適用除外条項を援用するか、1条を用いるべきだと主張する。<sup>(13)</sup> Baker教授が司法部の判断の終局性を認めたがらない理由の一つ

---

(13) 1982年カナダ憲法 (カナダ憲章) 1条は、法律で権利・自由に「合理的制約」を課すことができるとしている。裁判所がある法律をカナダ憲章に反して違憲としても、権利の侵害を最小化するような、より練られた手段を通じて、同一目的を達成するための

は、仮に、最高裁の憲法解釈が「誤っている」場合にそれを矯正する術がなくなるからである。もっとも、その場合には、立法府は33条の適用除外条項を用いればよいのであるが、憲法の規定上、すべての権利に適用除外条項を用いることができるわけではないこと、さらに、立法府は裁判所の違憲判断が存在することを一旦は認めたくえて、当該条項を援用しなければならないという問題が生じる [Baker 2010, 44]。

司法による誤った解釈を制限しようとするならば、少なくとも非司法部門の一つが、正しいと考える解釈権を有し、その解釈をもって連邦最高裁を説得することである。行政府や立法府が司法府の誤った解釈を正すのに、裁判官たちに直接影響を及ぼすことは権力分立に反してできない [Baker 2010, 111]。司法権は、当事者間での争いを決着するのであるが、これは憲法解釈に関する実際上のヘゲモニーを有するに等しい。立法府は、自らの解釈を適用させるこうした権限を有しておらず、行政府の解釈もまた、司法審査を受ける（法の支配の下にある）のであり、司法部が解釈闘争では勝者である。それでは裁判所の判断はどこに基盤をもつのか。それは判決にある。連邦最高裁が誤った判断を下せば、人々や政府の他部門から批判を受ける。「換言

---

法律を再度制定することができる。Tushnet教授によれば1条の援用は、カナダ憲章上の規定の意味をめぐる裁判所と議会の対話ではなく、いかにして、双方の合意に至った意味を特定の法律に適用するかということにすぎない。裁判所がある法律を、過度の規制を行っているため、あるいは、当該規制では実質的な効果をもたないゆえに、カナダ憲章上の権利や自由を反して違憲だとした際に、立法府は規制が過度に至らないような、あるいは実効性をもつような規制内容に変更して立法するが、これはTushnet教授によれば、カナダ憲章上の意味として、裁判所と議会がいかにして合意したところを立法化したかということである。Tushnet教授は、連邦最高裁と議会が憲法の意味をめぐる原理的に対立する構造をもたらし、33条の適用除外条項を議会が援用することをもって、対話とみなしているようである。[Tushnet 2008, 33]。

(14) たとえば [Baker 2010, 102-103] では、アメリカ連邦最高裁がドレッド・スコット事件で実質的に奴隷制を容認することになったことが引き合いに出されている。



すれば連邦最高裁の権限は、特定の判決に依拠するのであり、制度的な優越性という抽象的準則に基づくものではない」[Baker 2010,112]。

政治部門が直接の影響を裁判官に及ぼすことはできないためとられるのがインフォーマルな手段である [Baker 2010, 111]<sup>(15)</sup>。それが、Baker教授が提唱する、連邦最高裁の憲法問題に関する判断を受けて、それに反するような内容の法律を議会が制定することである。もっとも、Baker教授は、連邦最高裁の判断に対して、真っ向から議会が否定するような立法を想定しているわけではない。ゆるやかな形態であれ、権力分立を確保するためには、①事件を解決するという裁判所の正式の権限に立法府が介入してはならないことが必要であり、これは、上述した事件性と争訟性・法の一般性に基づくものである。法律で司法部の憲法解釈に干渉することは、権力分立に反しない。立法府の応答は、裁判所での具体的な個々の事件の解決に介入するものではなく、司法権を侵害するものではないからである。②憲法上の争点を解決する裁判所の先行的役割を保持してはならない点、そして、③立法府の介在が、憲法上の論争をより発展させ民主的意味を与えるといえるような状況である点の3つを挙げる。

これらの3つを達成するために、Baker教授は2つの方法をあげる。一つは、議会が裁判所の判断に対して全く新たな観点から法律を制定するわけではなく、裁判所の少数意見に即した立法を行うものであり、少数意見に民主的裏付けを与えることもできる。もう一つは、連邦最高裁の憲法解釈とは全く独立に議会が憲法解釈を行うというものであるが、それは憲法のテキスト沿った立法でなされるのである。そのため、連邦最高裁が憲法上の論争を解決する解釈機関であることを妨げない。この見方はテキストそれ自体を重視するので、生ける樹理論や目的論的解釈からは離れることにはなる。この2

---

(15) 正式 (formal) な手段はBaker教授が拒否する33条の適用除外条項の援用や憲法修正である。

つの方法があれば、まずもって連邦最高裁が憲法上の争訟に判断を下す先行的役割を果たし、立法府の役割は、それを矯正するものに限定することができるのが②で意味するところである [Baker 2010, 117-120]。憲法のテキストに依拠することが憲法典の解釈として果たしてどれほど説得力あるかは別に<sup>(16)</sup>して、Baker教授が、連邦最高裁の少数意見に依拠した立法をこのように位置づけるのは、彼が本書の中で何度も言及する、議会の多数派に従うことの危険性を主張する司法部優位の立場が、連邦最高裁の多数派に依拠することには沈黙することに対する問題意識が表れていると思われる。

最高裁判所の憲法判断の非民主性を補うのに、立法府が参戦することが有益だというのが上述の③の観点である。最高裁判所の判断に次いで、議会の判断がなされるということは、憲法問題の終局性が、結局は民主主義に帰結する。裁判所の裁定はこれが終局判断だとみられるが、これに対して立法府による判断は、将来の変更の可能性を有する。司法部の判断を覆そうとする動向は問題があるものとみなされるが、後に、立法府の判断を覆そうとするのは、民主的活動として問題はない。立法府の参加によって人々の間での熟議がもたらされるのである [Baker 2010, 120-122]。

Baker教授の問題意識は、憲法解釈は終局的には裁判所に帰するのか、あるいは議会に帰するのかという問いそれ自体が不適切だと考えるところにある。この2つの機関、ないしは司法部と政治部門は憲法解釈に関しては、同格であるとするところに彼の立論の主眼がある [Baker 2010, 145-146]。この点が、対話理論とも異なる。対話理論は、33条の適用除外条項を用いれば、部分的な事例に限られるとはいえ、議会に憲法解釈の終局性を与えることができるとする [Baker 2010, 148]。ここまで見てきたように、正式の制度上そしてインフォーマルなものが相互に絡み合いながら憲法解釈を終局的

---

(16) Baker教授は、憲法のテキストによって事を解決することがあると考えているようにみえるが [Baker 2010, 119]、果たして、憲法のテキストそれ自体だけに依拠することがどれほど有効性をもつのか疑問である。

に決定する単一の機関は存在しないとされる。これが彼の呼ぶ「解釈プルーラリズム」である。裁判所に終局的な憲法解釈権を独占させないということは、政治部門も同様に憲法解釈に参画し、互いに終局性を有しないということになる。

## 7 最高裁の判断に対する政治部門の反駁

近年の立憲主義は、人々が自分たちの生きる国家の諸政策を決定すべきだという見解に傾向しているとTushnet教授はみる [Tushnet 2008, 18-19]。このことが、彼のいう「弱い形態の司法審査」にも通ずる。もっとも、民主的プロセスで決定された政策が憲法に反する場合には、議会優位の形態に種々の制約を課すことと、司法審査を導入することが19世紀初頭から20世紀後半にかけてなされてきた [Tushnet 2008, 19]。

Tushnet教授は「強い形態の司法審査」はアメリカに典型で、裁判所の合理的な憲法解釈は、立法府のそれに勝るのであり、この形態の司法審査は、裁判所の解釈が最終的なものでかつ変更されないときに成り立つ [Tushnet 2008, 21]。これに対して「弱い形態の司法審査」は、誤っていると考えられる裁判所の判断に人々が何らかの応答ができるような機会を有するものである [Tushnet 2008, 23]。

「強い形態の司法審査」といってもしかし、憲法修正や、裁判官の構成の変化、あるいは裁判官自身の見解の変更があることから、裁判所の判断が最終的で、他者による変更ができないとはいえ、それらは永続的なものではない。このことから、強い形態・弱い形態の2つの形態の司法審査の違いは、裁判所の判断を覆そうとする政治部門の活動が長期にわたるか短期にわたるかの違いともいえる [Tushnet 2008, 33-34]。

Tushnet教授は、議会によるカナダ憲章33条の適用除外条項の援用は、議会がカナダ憲章の規範的終局性をも奪うものではないとする。議会がなしう

るのは、ある法律がカナダ憲章上の権利を侵害し、したがって、カナダ憲章違反であるにもかかわらず、それでもなお時限を付して当該立法を行うことである。ある法律が違憲であるとの判断に関しては、カナダ連邦最高裁には終局性がなお残されているのである [Tushnet 2008, 34]。というのも、裁判所の判断によって違憲と判断された法律があり、議会が適用除外条項を援用して当該法律を存続させたとしても、この法律は合憲に変わるわけではない。適用除外条項を用いてなされた法律は、違憲にもかかわらず制定されたものであり続ける。つまり、裁判所の違憲判断は継続しているのである。裁判所と議会の関係は、一旦適用除外条項が用いられると、緊張関係に入ることが容易に想像できる。すでに見たように、政治部門にとっては適用除外条項を援用することは政治的リスクが高く、それを知っている裁判所は、だからこそ、違憲判断を示すのに躊躇するか、それとも、相手方のもつ適用除外条項という武器に対して、自身の司法審査権を対抗させるのか。

1995年に*R. v. O'Connor*<sup>(17)</sup>事件でカナダ連邦最高裁は、性犯罪事件の被告人が、被害者の診察記録等が憲法上の公正な裁判を受ける権利には必要であると訴えた事件であった。被告人の公正な裁判を受ける権利と被害者のプライバシーが重要な争点となった本件で、5人の連邦最高裁多数意見は比較的情報開示に好意的な判断を下し、残り4人の少数意見は、消極的・制約的な見解を示した。この判決を受けた連邦議会は、多数意見ではなく、少数意見に即した情報開示に消極的・制約的な法律を制定した。そして今度はこの法律が1999年に*R. v. Mills*<sup>(18)</sup>事件として連邦最高裁で争われた。Mills事件で連邦最高裁は、O'Connor事件判決後、連邦議会が被告人及び被害者双方の権利を検討したことを考慮に入れ、また、様々な情報を基に結論を下したことに一定の評価を与え、連邦議会における審議過程は、司法機関と立法機関の

---

(17) [1995] 4 S.C.R. 1411.

(18) [1999] 3 S.C.R. 668.

対話の顕著な例であると捉え、法律には、女性や子どもに対する性犯罪の懸念が前文として付されており、そこにおいて、被害者に関する情報開示を容易にしえない立法府の意識が示されていたことを理由に、先行するO'Connor事件の多数意見に即していない当該法律を合憲とした。先行する判決の判旨が反映されていないということだけをもって本法は違憲にはならないとしたのであった。

O'Connor事件の多数意見に批判的であったにもかかわらず、立法府は33条の援用を行わなかった。そして後続するMills事件で連邦最高裁は、連邦議会の制定した法律を合憲としたのだが、これは、連邦最高裁が、戦略的に立法府と対峙する道を選ばなかったということができよう。立法府が33条を援用しなくて済むように、連邦最高裁は新たな立法を合憲とした。そうすることで、連邦最高裁は、33条を憲法実践から取り払ったのである。Tushnet教授の見立てによれば、自分たちの多数意見と異なる内容の法律に違憲判断を与えないことで、連邦最高裁は自ら「弱い形態の司法審査」に退却し、連邦最高裁はこうすることで、長期スパンでみた場合、「強い形態の司法審査」に匹敵するほどの力を獲得したからである。司法部の判断に対して33条を援用しない、あるいはしえないということは、結局のところ、本来的には「弱い形態の司法審査」であったものが、「強い形態の司法審査」に転換しているとも見ることのできるものである [Tushnet 2008, 62]。

確かに連邦最高裁は、連邦議会が適用除外条項を援用する機会を奪ってはいる。しかしそれは、別の見方をすれば、連邦最高裁は自ら多数意見に従わなかった法律を見逃すという犠牲を払ってはじめてなしたことである。裁判所の判決を、一回限りの合憲か違憲かのゼロ・サムゲームだと捉える立場からは、裁判所のこうした態度は批判されるべきものではないだろうか。そうではない説明をつけ加えようとするということは、政治部門にとっても司法部門にとっても、適用除外条項は手にあまる程の強力さをもっているといえそうである。

## 8 民主主義のルールに沿った形での対応

時代や状況の変化、新たな事情の発生により、憲法解釈の変更が求められることはある。憲法解釈の変更として認められるか、そうではなくその変更は憲法違反となり、憲法改正が求められるかに関しては、明確で一義的な基準は存在しない。ある憲法解釈が憲法の枠内にあるのか枠外にあるのかを判断したり、憲法の解釈を変更する権限は最高裁判所に独占されているのではない。議会も内閣も、裁判所と同等の立場で憲法解釈を行えるはずである。憲法解釈あるいは憲法解釈の変更をある有権解釈者が行えば、それに対する聴衆が評価（解釈）を与える。有権解釈者が政治部門であった場合には、同じ有権解釈者である司法部門が評価を下し、それに対してさらに、聴衆が評価を行う。こうした一連の流れにおいては、一つの有権解釈機関が、憲法解釈に終局的裁定を行い、他の追従を許さないような「逃げ切り」はありえない。

もっとも、政治部門が憲法をBalkin教授のいう「摩天楼型モデル」と捉え、かつ、最高裁判所が有権解釈の終局的判断者であり、政治部門はそれに従うのみであると考えるのであるならば、憲法解釈をめぐる動向は、最高裁判所の判断が出された時点で完結する。最高裁判所の判断を受け入れ難いと考える政治部門は、これに応答するためには、憲法改正を行えばよい。しかしながら、政治部門が憲法改正に訴える政治的リスクや政治的資源をそこに注ぎ込むことを考えれば、最高裁判所と政治部門の関係は対等とはいえず、政治部門は、このような憲法観を認め難いであろう。政治部門が、日々生起する問題に取り組むために、憲法に硬直的に拘束されることを嫌うのであるならば、「枠組みモデル」の方が都合がよいであろう。そうであれば、政治部門であれ、司法部門であれ、継続的な相互作用を通じて、憲法構築に参画する必要がある。選挙で正統性を得たという理由で、一つの立法がある憲法

問題を終局的に裁定することは、不可能である。立法に続く、司法部の応答、そしてそれを受けてさらに立法府や政府が応答を繰り返しながら憲法構築を行うことになるからである。

憲法解釈、あるいは憲法の意味することが劇的に変化する場合にはすべて憲法修正がなされるわけではないことは、アメリカやカナダの事例が示している。日本においても、時の流れの中で、合憲とされたものが違憲とされた事例はいくつか存在するし、従来は違憲とされたものが、合憲になるといわれることもある。裁判所が時流を読み、ある法律に対する従来の合憲判決を違憲とする事例もあれば、政治部門がある行為に関する従来の違憲判断を合憲に転換することもある。その意味では、政治部門も司法部門も対等である。もっとも、政治部門からすれば、自分たちの行為や法律が後続する裁判所の審査に付された場合に、従前の考え方に拘泥した裁判官たちが、政治部門の見解を覆す懸念を有するであろう。その場合に政治部門がなしうる応答こそが、漸次的に民主的基盤を築いていくことである。政治部門と同様、司法部も聴衆の存在に影響を受けるとするならば、政治部門の行動に対して民主的基盤が裏付けを与えているとみた裁判所が、それでもなお、これらに抗するとは考え難いからである。「枠組みモデル」の方が都合がよいと考えるならば、政治部門は一つの法律の制定で、憲法構築が完結するのではなく、それはさらに継続していくと考えなければならない。

憲法を改正することを含めて憲法問題の政治的解決が困難であるならば、その場合には、最高裁判所が新たな憲法原理を創造する可能性があることは、カナダの「憲法政治」が示している。こうした事態を、政治部門が率先して受け入れる状況は、政治部門が自らに波及する政治的責任を恐れるか、政治部門では混乱が激しすぎて決着がつかない場合に考えられる。その場合は、政治部門が政治的決着を放棄し、司法部門に委ね、傘下に下るほかなくなる。この状況は、憲法改正が不可能で、憲法上の解決もまた不可能だと政治部門が認めるわけであるから、最高裁判所が超法的解決策を提示すること

も覚悟の上でのこととなる。もっとも、現時点での日本の政治部門は、むしろ積極的に「憲法政治」に関わる意思を示しており、その限りで、最高裁判所の助けを求めようとの傾向にはないといえよう。

政治部門が厳格な権力分立を求めるのであるならば、裁判所の司法審査権もその程度に応じて、政治部門の判断に厳格な審査を行うことになる。厳格な分離というのは、互いの領域がアンタッチャブルであることを意味するのではなく、それぞれの相互作用を排除するということからである。他方で、厳格な司法審査を避けたいと政治部門が考えるのであれば、政治部門はBaker教授のいう同格解釈を志向せざるを得ない。その場合には、裁判所の司法審査の結果が政治部門の判断に否定的なものであれば、政治部門はそれに応答し、自らのなそうとすることを実現する知恵を出せばよいのである。

いずれにせよ、何度かの国政選挙で勝った政府与党が、憲法構築において一方的判断を示して逃げ切ることにはできないし、民主的信任を得たとはいえない。政府の諸部門が憲法解釈について同等の正統性を有し、聴衆に対してそれぞれの解釈の正当性を競い合いながら憲法構築は行われるのである。

こうした見方からすれば、石村教授のいう「民主主義のルールに沿った形での対応」を、憲法改正のみを意味すると捉えたとすれば、それはラディカルに過ぎるであろう

## 参考文献

- 愛敬浩二 (2014)「ジェレミー・ウォルドロン<sup>1</sup>の違憲審査制批判について」法政論集 255号757頁
- 浅野博宣 (2011)「アメリカ—ジャック・バルキンの原意主義」辻村・長谷部編『憲法理論の再創造』(日本評論社) 229頁
- 石村修 (1999)「憲法変遷の意義と性格」高橋・大石編『憲法の争点 (3版)』(有斐閣) 292; (2006)『憲法国家の実現』(尚学社) 55頁以下所収
- 2008「憲法変遷の意義と性格」大石・石川編『憲法の争点』(有斐閣) 330頁
- 大林啓吾 (2008)「ディパートメンタリズムと司法優越主義—憲法解釈の最終的権威をめぐって—」帝京法学25巻2号103頁



橋本公亘 (1980) 『日本国憲法』 (有斐閣)

南野森 (2007) 「『憲法』 の概念——それを考えることの意味」 長谷部他編 『岩波講座 憲法  
6 時間と憲法』 (岩波書店)

—— (2008) 「憲法解釈の変更可能性について」 法学教室330号28頁

Baker, Dennis (2010), *Not Quite Supreme: The Courts and Coordinate Constitutional Interpretation*, McGill Queen University Press.

Balkin, Jack M. (2016), “The Framework Model and Constitutional Interpretation”, David Dyzenhaus and Malcom Thorburn, ed., *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford University Press 241.

Choudhry, Sujit (2008), “Ackerman’s Higher Lawmaking in Comparative Constitutional Perspective: Constitutional Moments as Constitutional Failures?” 6/2 *International Journal of Constitutional Law* 193.

Gardbaum, Stephen (2013), *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge University Press.

Goldsworthy, Jeffrey (2007), “Questioning the Migration of Constitutional Ideals: Rights, Constitutionalism and the Limits of Convergence”, S. Choudhry ed., *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press 115.

Hogg, Peter (2008), *Constitution of Canada; Student Edition*, Carswell.

Marmor, Andrei (2007), “Are Constitutions Legitimate?”, 20/1 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 69.

Roach, Kent (2001), *Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Irwin Law.

Tushnet, Mark (2008), *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press.

———, (2011), “The Rise of Weak-form Judicial Review”, T. Ginsburg and R. Dixon eds., *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar Publishing 321.