

多文化主義条項を持つ憲法の意義と可能性 (2・完)

——カナダ型多文化主義の憲法学的考察——

菊 地 洋

〔目次〕

はじめに

第1章 憲法学における「多文化主義」の検討意義

第2章 カナダの憲法および司法制度

第3章 抽象的個人から具体的個人へ—個人権的側面からみた判例分析

(以上、80号)

第4章 集団的権利の保障と多文化主義—集団的側面からみた判例分析

第1節 公用語に対する特権

第2節 少数派宗教教育権

第3節 先住民族の権利

第5章 カナダの判例から読み取れる多文化主義理論

第1節 1982年憲法27条に関するカナダ国内の議論

第2節 27条の裁判規範性

第3節 集団的権利と多文化主義

第6章 多様な属性を包摂する手段としての多文化主義の可能性

第1節 平等概念と多文化主義

第2節 カナダ型多文化主義における27条の持つ意味

第3節 カナダ型多文化主義の日本への適用可能性

おわりに

(以上、本号)

第4章 集团的権利の保障と多文化主義—集团的側面からみた判例分析

本章では、カナダ憲法で規定されている権利のなかでも集团的性格の強い、英仏語話者に対する少数派言語教育権、宗派学校の権利、先住民族の権利の3つの領域における代表的な判例を概観する。これらの判例を概観することで、カナダ社会における集団として享受する権利内容と多文化主義との関係について整理したい。

第1節 公用語に対する特権

言語は単なるコミュニケーションの道具としての要素だけではなく、自らのアイデンティティを表出する手段のひとつとして不可欠な要素でもある。例えば、いくつもの言語集団が存在する国家において、特定言語（多くの場合、その領域の多数派の言語）を公用語として規定することは、結果として、公用語として採択される言語話者集団の文化が強化される一方で、それ以外の言語および言語話者集団の文化を衰退させる要因となり得る。つまり、言語の保障とは普遍的な個人権の保障にとどまらず、集团的権利の側面を帯びている。それゆえ、客観法システムの中に、特定の言語共同体のための制度を組み入れることは、その言語共同体の集团的言語権を保障するための手法のひとつであるともいえる¹⁾。

カナダの場合、1982年憲法第1章「権利および自由に関するカナダ憲章」(以下、人権憲章)16条において、英・仏語がカナダの公用語として規定されている。この条項について、Hogg教授は、「公用語としての位置付けられる以外に、どのような実質的な効果をともなうのかは明らかではない」²⁾と指摘するにとどまる。英・仏語の公用語規定は、法的効果というよりも、事実上の効果の方が大きいともいえるだろう。

公用語である英・仏語については、立法、行政、司法のいずれの場面においても対等性を保障する規定(17～20条)はあるが、公教育の場面における規定はない。これは1867年憲法93条において教育に関する事項が州の専属事項とされているためである³⁾。しかし、教育に関しては、州の権限事項とは別に、

公用語である英・仏語話者が少数派となる場合に、少数派言語に属する人々の子弟に対する母語の教育権を人権憲章23条によって保障することで、連邦レベルにおける英語と仏語の対等性が保障されている。

一方で、実際の人口比をみると、英語話者と仏語話者は拮抗しているわけではない。2006年の国勢調査⁴⁾によると、カナダの総人口(3124万人)において、英・仏両語を使用可能な人は総人口の17%(544万人)であり、一言語のみの話者のうち、英語のみ使用可能な話者は67%(2113万人)、仏語のみ使用可能な話者は13%(414万人)である。また、仏語のみ使用可能な話者の96%(401万人)はケベック州に居住していることから明らかなように、英・仏語の二元性は国内の人口実態を反映した結果というよりも、むしろカナダ連邦の成立以前から存在してきた仏系住民を国家として包摂する手法として、公用語規定による英・仏話者の対等性を強調する意図があるといえるだろう。このような手法は、英・仏語話者に対して建国二民族の言語としての構造的の特権を与えている一例といえる⁵⁾。ここでいう言語としての構造的の特権には、当該言語の公的承認という側面と、言語教育を通じて言語が次世代へと継承されることで言語共同体の維持・発展が実質的に保障されるという側面の2つがある。

そもそも、近代立憲主義は国家の中立性が前提とされている。公用語規定それ自体は、道具としての共通語の制定という価値中立的なものであり、その言語集団の文化の保護を意図したものではない。しかし、実際に、国家が公教育を通じて多数派の言語を国民に浸透させることは、結果として領域内の人々を国民化することに目的があるとされる。カナダの場合、公用語として英・仏語が規定されることで他の言語よりも優位な位置づけがなされるだけでなく、少数派言語教育権を保障することで、事実上英・仏語の言語集団の維持が憲法によって保障されることになる。道具としての言語と話者集団の維持のいずれもが憲法上で保障されることによって、言語としての英・仏語と文化としての英・仏語話者集団の保護がなされていることがカナダの特徴ともいえる。

多文化主義を権利論の側面から論じる本稿においては、公用語として特定言語を保障すること(道具としての言語の保障)が当該言語話者集団の文化の維持という集団的権利の保障に結びつくことに関して、判例はどのように説示し

ているのかを中心に概観したい。

第1款 少数派言語教育権

少数派言語教育権は人権憲章23条において以下のように規定される。

第23条〔少数派言語教育権〕⁶⁾

- (1) カナダの市民で、次の各号のいずれかに該当する者は、当該州において、自己の子供に、該当言語による初等および中等学校教育を受けさせる権利を有する。
 - (a) 最初に学び、現在も使用している言語が、居住する州において、英語またはフランス語の少数派住民言語である者、または、
 - (b) カナダにおける初等学校教育を英語またはフランス語で受け、教育を受けた言語が、英語またはフランス語の少数派住民言語である州に居住する者
- (2) カナダの市民で、カナダにおいて、その子供のうちの誰かが、英語またはフランス語で、初等または中等学校教育を受けたかまたは現に受けている者は、そのすべての子供に、同じ言語で初等および中等学校教育を受けさせる権利を有する。
- (3) 第1項および第2項の規定に基づく、ある州における英語またはフランス語の少数派住民言語で、子供に初等および中等学校教育を受けさせるカナダの市民の権利は、
 - (a) 当該州において、その権利を有する市民の子供の数が、公費で少数派言語教育を提供するのに十分な場合に適用され、かつ、
 - (b) 子供の数が十分な場合は、子供たちに、公費による少数派言語教育施設における教育を受けさせる権利を含む。

23条では、カナダ市民⁷⁾のうち、ケベック州に居住する英語を話す少数派住民および他の州に居住する仏語を話す少数派住民に対して、一定の条件のもとで、その州において自らの子弟に少数派言語で初等および中等学校教育を受けさせる権利を規定する。条項を見る限りでは、ここで規定される少数派言語教育権とは、その州において少数派言語に属する者であって、23条(1)および

(2) で規定される3つのカテゴリー、①親の母語 (23条 (1) (a)), ②親がカナダで受けた初等学校教育で使用された言語 (23条 (1) (b)), ③自己の子弟のうちの誰かが初等・中等学校教育で使用された言語と同一の言語 (23条 (2)) のいずれかの項目に該当する場合、当該子弟の親が享受する権利である。しかし、23条 (3) で規定されるように、23条で規定される少数者言語教育権とは施策を行うことを正当化できるだけの子供の数が確保される場所 (where numbers warrant) でのみ適用され、数によって提供される施設やプログラムも変化するという権利の「スライド制 (sliding scale)」が設定されている⁸⁾。このように23条は公用語を用いる少数派の親に子弟に対する言語教育権を保障したものであるが、“たとえ権利が諸個人に保障されたものであったとしても、権利の実現にこのような要件が課せられることは、独特の集団的な側面を与えている”⁹⁾ともいえるだろう。

公用語としての英・仏二言語の優位性は、後述する宗派学校の権利とともに、歴史的にカナダの政治上の妥協の産物として築き上げられてきた側面もある。裁判所は言語のなかでも英・仏語が優位に置かれている現状や、資格を有する子弟の親が享受する少数派言語教育権と多文化主義の関係について、いくつか注目すべき判断を行っている。

① 照会事件事例

カナダでは、連邦政府や州政府が法律案などに関する合憲性について裁判所に勧告的意見を求める制度として、照会制度が存在する。この制度を利用して、州法で仏語教育の提供等を規定する条項が人権憲章23条〔少数派言語教育権〕を侵害していないかを問う事案がいくつか存在する。

事例⑮ *Reference re Education Act (Ontario)*

オンタリオ州の教育法¹⁰⁾ 第XI編では、仏語のクラス設置、諮問委員会、言語教区委員会へのアクセス等の規定があり、258条では仏語での初等教育の設置基準が、261条ではフランス語での中等教育の設置基準が規定されていた。これらの規定内容が、人権憲章23条を侵害するかが問われた。

照会制度によってオンタリオ州最高裁へ附された質問内容とその回答

(1984年6月26日)¹¹⁾のなかで、憲法学の視点から重要と思われる争点は以下の2つである。

問1 オンタリオ州教育法258条及び261条は1982年憲法と矛盾するか。矛盾するならば、どの条項と矛盾し、その程度はいかなるものであるのか。

回答 オンタリオ州教育法には、憲法で規定されるような仏語教育を受けべき者の資格が規定されていない。しかし、教育法は特定の学区に居住する“仏語話者の児童”に対して仏語言語教育を提供するために、単に教育委員会に権限を付与する。同法258条(2)及び261条(2)は、少数派言語教育が提供される際に考慮される仏語話者の児童の数だけが規定されるにすぎない。これらの点が人権憲章23条に矛盾する。

同法258条(4)では、仏語教育と教育施設を提供することに関して、教育委員会に幅広い裁量が与えられている。同条項では、教育委員会において子弟の数が不十分と意見が付されたならば、少数派言語教育を行う小学校を提供する必要はないとされる。少数派言語教育を行う中学校の提供については、同法261条(4)において教育委員会にさらに幅広い裁量が与えられている。教育委員会の判断がどれほど正当で、善意でなされたものであったとしても、少数派言語教育権に対するいかなる制限も既存の教育委員会の自由裁量においてなされてはならない。それゆえ、258条および261条は憲法に矛盾する。

258条(2)と261条(2)では、小学校では25人、中学校では20人を集めることが可能な場合、教育委員会には仏語教育を提供する義務があるとされた。人数に関して、正当な根拠もなく20人や25人という定数を固定してしまうことは、憲章23条に矛盾する。

憲章23条は「権利を持つ市民の子弟の数が十分である場合はいつでも」少数派言語教育に提供する義務があることを課したものである。しかし、教育法は、仏語教育または仏語教育施設を提供する決定が地元の教育委員会によってなされることを規定する。教育委員会の決定がどれほど正当で、善意でなされたものであったとしても、束縛や指示を受けず幅広い裁量を持つ地元の教育委員会の判断に少数派言語教育が委ねられては

ならない。

従って、教育法258条および261条は人権憲章23条に矛盾する。

問2 オンタリオ州において、自らの子弟に仏語教育を受けさせる資格を持つ仏語話者の人々に、仏語教育の授業と施設に関する運営およびコントロール権を与えないことは憲法に矛盾するか。

回答 オンタリオ州における仏語教育の歴史的背景には、仏語教育と教育施設の効果的な運営が十分でなかったことが仏語話者の急速な同化につながったという理解がある。それゆえ、地元の教育委員会による運営とコントロールの重要性が強調されてきた。一方で、少数派言語教育施設の運営とコントロールに関わる立法の制定には人権憲章23条で規定された子弟を持つ親も関わるべきであるが、教育法では子弟を持つ親は含まれていない。少数派言語教育施設を使う子弟を持つ親をその施設の運営とコントロールに参加すべきであるという結論を基本的な公正さは推進させる。

結論として、教育法は人権憲章23条とは一致しない。教育法の当該条項は、客観的にみて、少数派言語教育施設が少数派のために考慮されているというには不十分である。

問2に対する回答において、オンタリオ州最高裁は23条の少数派言語教育権と多文化主義との関係について、次のように指摘する。

人権憲章23条に関しては、憲章上で考慮しなければならない条項として、少なくとも2つの条項—15条〔平等権〕と27条〔多文化主義〕—が存在する。¹²⁾

人権憲章27条は、特に23条のような条項に関係する。というのも、シモンズリポート (The Symons Report) の13頁から15頁において、以下のように指摘がなされる。

『仏語学校は、仏語話者の生徒にとって、自らの文化と伝統を知り、理解し、そして強化し発展させるためのよい機会を与える。…学校とは、言語共同体の文化的な生活において中心的な役割を占めている。仏語学

校は、真の意味で共同体の学校でなければならないし、仏語の教育を提供するための学校が存在するところでは、言語集団に属する一般の人々が容易にアクセスできるものでなければならない。…当委員会では、コミュニケーションおよび行政における言語が仏語でなされる地域に仏語学校を設立することは、仏語話者の生徒の言語、習慣、文化を保護する必要性と最も合致するという信念を共有する。なお、この考えは仏系オンタリオ住民には既に広く支持されているものである。』(シモンズリポート pp13~15. (A.C.F.O. Doc No.5))¹³⁾

人権憲章27条に照らすならば、人権憲章23条(3)(b)は、少数派言語の子供たちは教育環境が同じ言語的少数派のものである施設において、少数派言語教育を受けなければならないことを意味すると解釈されなければならない。そうすることで、はじめて、施設は合理的に少数派の文化を反映して、少数派に属していると言うことができる¹⁴⁾。

人権憲章15条はこの議論では論じられておらず、まだ有効なものではないが、シモンズリポートを吟味すると、私たちの結論を支持する傾向にある¹⁵⁾。

オンタリオ州最高裁による回答は、少数派言語教育権のいくつかの特徴を明らかにした。

少数派言語教育権の規定そのものは、該当する子弟を持つ親の権利を定めるとともに、子弟の数が十分である場合はいつでも言語教育が提供されることが定められる。教育に関する事項は州の専属的事項であるが、少数派言語教育権を制限するような法規を制定することは違憲になる。そもそも、少数派の言語を使用する人々の数は、地域によってばらつきがあるものであり、少数派言語教育は地域の状況に応じて柔軟に行われるべきものである。憲法においても、少数派言語教育施策が実施されるべき人数については明確になされていない。それゆえ、言語学校が提供される人数が州法で厳格に規定され対象者が固定されることや、少数派言語教育の実施に関して当事者が関与せずに広範な裁量を持つ教育委員会に委ねることは、権利を制限することになると判断された。

さらに、少数派言語教育権によって認められる権利には、少数派言語によって提供される教育の内容や施設に関して、対象となる子弟をもつ親による運営・コントロール権が及ぶことが確認された。一方、人権憲章27条に関する指摘は問2に対する回答の過程でなされる。しかし、裁判所が人権憲章23条を解釈する際には、27条が指摘する文化多元的な伝統を反映させるような解釈が必要であると指摘するにとどまり、多文化主義の観点から詳細な検討がなされているものではない。少数派言語教育権で実施される教育とは、当事者である当該言語少数者が教育内容や施設運営に関わることによって、少数派言語共同体を反映する必要がある、公正さという観点からも正当化されることを27条からも説明可能であることを指摘したにすぎない。

事例⑯ *Reference re Public Schools Act (Manitoba)*

マニトバ州の公立学校法¹⁶⁾ 79条 (3), (4) 及び (7) による規定内容について合憲性が問われた事例である。これらの条項では、英語若しくは仏語で授業を行う場合の人数要件 (79条 (3)), 人数要件を満たさない場合の教育大臣による裁量 (79条 (4)), 合同授業を行うための他の地域の教育委員会との協定 (79条 (7)) について規定されている。

照会制度によってマニトバ州上訴裁判所に附された質問は以下の通りである¹⁷⁾。

問 (a) (i) 教育法79条 (3), (4) および (7) の複合的な効果は、少数派言語の教育を受ける資格のある学生数に関する限り、人権憲章23条に応じたマニトバ州の義務と一致するののか。

(ii) もし、各条項の複合的な効果が、憲法で課されている州の義務と一致しないのであるならば、

(aa) 立法府は、仏語教育提供のために、最低限の人数もしくはガイドラインのいずれかとして、何らかの人数を指定することができるののか。または、

(bb) 立法府は、教育委員会、大臣もしくは他の機関に、仏語教育を提供するための最低限の人数、もしくは仏語教育を提供することを正

当化できる人数の決定を委任できるのか。

問 (b) 人権憲章23条 (3) (b) において保障される ‘少数派言語教育施設における’ 教育を子弟に受けさせる権利とは何を意味するのか。特に、異なった物理的環境において子弟に教育を受けさせる権利が含意されているのか。

問 (c) (i) 人権憲章23条および15条は、23条で保障される仏語の言語教育と教育施設に関連した運営とコントロール権を与えるのか。

(ii) もしそうならば、学校区の形成、教育委員の選挙、教育委員の権限と義務に関する公教育法の第1編、第2編、第3編の条項は、そのような運営とコントロールに関するマニトバの憲法上の義務と合致するのか。もし、合致しないのであれば、条項にはどのような本質的な要素が欠けているのか。

回答 マニトバ州控訴裁判所による回答 (1990年2月6日) に携わった5人の裁判官は、それぞれに理由付けは異なるが、Monnin 首席裁判官を除く4人の裁判官は、憲法上の少数派の権利には、異なった環境において少数派言語教育を提供される権利も含意されるが、人権憲章23条と15条のどちらも、少数派言語教育に関する運営およびコントロールの如何なる権利も付与していないと判断した。他方、Monnin 首席裁判官は、人権憲章23条では、少数派言語教育に関する運営とコントロールに関する権利は何も与えず、15条において与えられると判断する。

人権憲章15条と23条には運営およびコントロール権は含意されないと判断した4名の裁判官の一人である O’Sullivan 裁判官は、「憲章23条の各項が集団としての行動における諸権利の行使が考慮されたものであったとしても、私の見解では、23条は諸個人に与えられた権利である」¹⁸⁾ と説示し、23条を仏語少数者に対する集団的権利を保障する根拠として結びつけることを否定する。O’Sullivan 裁判官がこのような判断を示すのは、二文化主義と多文化主義の関係が曖昧であることへの懸念がある。

「カナダにおいて多文化主義が採択された時点で、二言語・二文化委員会が提示した英・仏語の二文化主義は否定されており、憲章23条は二文化

主義を保障するものではない¹⁹⁾」。

「23条で保障されるものは、少数派の言語であって、少数派の文化ではない。もちろん言語が文化の一部であるとしても、言語が文化の決定要因であるということにはならない。ひとつの仏語話者の文化と多数の英語話者の文化が存在しているというのは現状を正しく表していない。憲法は複数の仏語話者の文化が存在するかもしれないことを承認している。確かに、これまで仏系の人々の間で支配的な文化はローマ・カトリックの文化であった。しかし、フランス文化におけるカトリック教会の役割は23条で保障されてはいる。反対に、両親たちの集団によって支持されている教会の役割を妨げることを正当化するものでもない²⁰⁾」。

上記の引用からも明らかなように、O'Sullivan裁判官は23条で保障されるものが言語であって文化ではないことを指摘する。さらに、カナダの仏語話者に対して「単一文化」としてフランス文化を適用させるような事例^⑮ *Reference re Education Act (Ontario)* におけるオンタリオ州最高裁の判断には同意できないとする。それゆえ、23条は27条〔多文化主義〕の観点から考察される必要があると説示する。

なお、本事案における問 (b) および (c) は、カナダ最高裁で再び審理された。その際、最高裁は、*Mahe v. Alberta* [1990] 1 S.C.R. 324 (事例^⑰、詳細は後述) において、「人権憲章23条はこの条項で対象となる少数派言語の親に対して自らの子弟が教育を受ける教育施設の運営およびコントロール権を付与した」と判断していることを踏まえて、以下のように、マニトバ州控訴裁判所の判断を修正した回答 (1993年3月4日)²¹⁾ を行った。なお、本回答は、Lamer 首席裁判官による最高裁の全員一致による回答である。

問 (b) は、「含意する」と回答する。23条によって付与される教育の権利には、少数派言語少数者のための教育施設が存在し、その施設は言語的少数者に属したものであることが必要とされる。また、異なった物理的環境および施設が提供される権利も含意されると説示する。

問 (c) (i) は、「付与する」、問 (c) (ii) は、「合致しない」と回答する。

公立学校法は、言語的少数者による適切な運営およびコントロールも含めて、言語的少数者の教育施設に関して彼らの権利を実現するための規定を欠いている。この目的を達成するために、Mahe判決を考慮に入れて、マニトバ当局は、即座に少数派の仏語話者が効果的にこれらの権利が実施されるための体制とシステムを構築しなければならないと説示する。そのうえで、マニトバ州における仏語教育の対象となる生徒数は、仏語少数者による排他的な運営およびコントロール権のもとで独立した仏語教育委員会の設立を保障するものであると判断する。

② 憲法訴訟事例

事例⑰ *Mahe v. Alberta* (1990)²²⁾

原告Maheらは、アルバータ州エドモントンにおいて提供される仏語話者に対する教育制度および法律では人権憲章23条で保障された少数派の仏語話者の権利内容を満足させるものでないとして、州を相手に提訴した事件である。争点としては、(1) 人権憲章23条3項 (b) で保障されるエドモントンの仏語話者の権利が侵害されたか否か、(2) 人権憲章23条3項 (a) および (b) には少数派言語教育と少数派言語教育施設に関する少数者による管理およびコントロール権が含意されるか、もし含意されるならば管理およびコントロール権の性質と範囲とは何か、(3) アルバータ州の学校法は人権憲章23条を侵害するのか、もし侵害するならば、人権憲章1条のもとで正当化できないか、(4) 人権憲章23条で保障される権利は、1867年憲法93条や人権憲章29条などに影響を受けないか、この4点であった。

カナダ最高裁 (1990年3月15日判決) は、Dickson 首席裁判官による5人の一致した意見として、仏語話者を子弟にもつ親には仏語教育に関して排他的な権限が認められるのであり、その内容として、そのような教育や施設を提供するための公的資金の支出およびこれらの管理責任、教師の募集、教育プログラムの選定なども含意されると示した²³⁾。

この判決のなかで、Dickson 首席裁判官は、憲章23条の目的に関して言語と文化に関連する2つの重要な視点を述べている。

「人権憲章23条の一般的な目的は明らかである。英語・仏語それぞれが、多数派によって話されていない州においても、可能な限りそれぞれの言語が繁栄することを確実にすることによって、カナダの2つの公用語、および英・仏それぞれの文化を維持し発展させることである。この条項では、カナダに存在する少数派言語の親に対して少数派言語教育権を付与することによってこの目標を達成することを目指している²⁴⁾」。

「文化に対する私の指摘は重要である。それは、特に教育の文脈において、言語権のいかなる広い保障も、言語に結びついた文化に対する関心を切り離すことはできないという事実に基づいている。言語は、単なるコミュニケーションの手段である以上に、その言語を話す人々のアイデンティティと文化の要でもある。そして、諸個人が自分自身を、そして自らの周りの世界を理解する手段である。言語の文化的重要性については本法廷においても承認されている²⁵⁾」。

上記の説示からも明らかなように、判決では文化と言語の密接なつながりを強調するとともに、英語と仏語が“カナダにおいて、他の言語集団と比較して特別な地位を持つ”ことを指摘していることが伺える。

一方で、Dickson 首席裁判官は憲章23条の少数派言語教育権の解釈に憲章27条を介在させることを拒否する。

「人権憲章に規定される異なる条項の関係を考慮することは役立つこともあるが、23条の解釈において15条と27条のどちらも参照することは役立つとは思えない。23条は少数派言語教育権に関する包括的な規定である。・・・(中略)・・・カナダの公用語を使用する集団間の平等という概念は23条に明確に存在している。しかしながら、カナダにおける他の言語集団と比較して、英語と仏語の集団は特別な地位が認められているという点において、23条は15条や27条の適用除外ということが出来る。オンタリオ州司法長官が指摘するように、“すべての個人”に普遍的に適用されることを意図した平等原則を、諸個人が選択した集団に特別な権利を付与する条項の解釈を補助するために使用することは全く不適當である²⁶⁾」。

Dickson 首席裁判官の説示は、少数派言語教育権の保障を介して実質的に

英・仏語の一定の優位性が保障されることと、23条が英・仏語話者という集団的属性に対する特権付与であることを明らかにしたといえるだろう。この説示は、これまでの判例でみられた27条を介した23条解釈を否定したともいえる。

第2款 少数者としてのフランス語共同体の保護

第1款では、人権憲章23条の少数派言語教育権に関する事例を扱った。これらの事例からは、公用語である英・仏語の話者に対して、憲法で規定される少数派言語教育権の行使を通じて次世代への継承が認められることで、実質的にはその言語共同体の維持までも認めていることが確認できた。憲法上で規定される少数派言語教育権を個人権として解釈するのではなく、言語共同体の維持の保障といった集団的権利へ拡大解釈している事例ともいえるだろう。

他方、少数者保護の観点から、仏語共同体そのものを少数者集団として捉え保護する必要性を導き出す事例が存在する。そもそも、少数者保護そのものは憲法上の規定として存在するわけではない。しかし、*Reference re Secession of Quebec* (1998)²⁷⁾において、明示されていないカナダ憲法の4つの基本的構成原則として、連邦主義、民主主義、立憲主義と法の支配、少数者保護の4点があることが明らかにされた。憲法解釈では規定されていないこれら4つの原則を踏まえることが必要であり、仏語話者の保護も少数者の保護という憲法原則から読み込むことで、仏語および仏語共同体の存続を保障する事例がある。

事例⑱ *Lalonde v. Ontario*

オンタリオ州政府の機関であり医療サービスの再配置を検討する公共医療再構築委員会は、オタワーカールトン地域の医療サービスと医療教育を担うモンフォート病院の縮小を指示した。当該病院は、オンタリオに居住する仏系コミュニティが設立したものであり、オタワ市内において仏語だけで医療サービスと医療教育を提供する唯一の総合病院である。この病院が縮小されることは、オンタリオ州の仏系コミュニティにとって回復不可能な被害を生じるとして、委員会の指示の破棄を求め訴訟が提起された。

オンタリオ裁判所一般審理部では、いくつかの提訴理由のうち、「委員会の指示はカナダ憲法の根底にある基本的構成原則のひとつ—少数者の保護—に反するので、純粋に憲法上の根拠に基づいて破棄されなければならない」とする提訴理由を認め、審理に付した。判決（1999年11月29日）²⁸⁾は、担当した3人の裁判官の一致した見解として、オンタリオの仏系コミュニティの人々にはモンフォート病院において仏語による十分な医療サービスと医療教育を享受する権利があるとされ、公共医療再構築委員会によってなされた指示は破棄された。

この判決において、仏系コミュニティについては以下のように評価された。

「本件における“少数者保護”議論は、問題とされる少数者が仏語を話す少数派であるという事実によって強化される。というのも、彼らの文化と言語はカナダにおける基本的な文化的共同体のひとつであり、また憲法において保障された2つの言語集団の権利のひとつであるからである²⁹⁾」。

「多文化主義は、憲法の一部である憲章と同様に、それ自体が一般的に憲法において承認され育まれてきた価値である。公用語としての地位および築き上げられてきた文化の地位によって、少数派の仏語話者の文化は高められた多文化的な地位を占めることになる。カナダにおいて、英・仏語は他の言語集団と比較して特別な地位が与えられている³⁰⁾」。

「(公共医療再構築) 委員会は政府の一組織であるから、…憲法の基本構成原則である少数者の保護のもとで、政府の行為を判断しなければならない³¹⁾」。

「本件において危機に瀕しているのは、単なる少数派言語問題や少数派言語教育問題ではない。少数派文化の問題である³²⁾」。

「仏系オンタリオのコミュニティの存続は、同化の急速な進行によって脅かされている。もちろん、この点では、マイノリティにおいて決して特別なことではないが、カナダの建国の礎となった集団のひとつである仏系コミュニティは、他のマイノリティが持たない特別な憲法上の地位を享受する³³⁾」。

このように、オンタリオ裁判所では、憲法原則のひとつである少数者保護に照らして仏系コミュニティの保護を正当化する説示を展開する。なお、人権憲章15条〔平等権〕に基づく議論の可能性については、モンフォート病院自体

が15条で規定される‘個人’ではなく会社という集団であることや、仮に英系コミュニティと仏系コミュニティで異なる取り扱いがなされていたとしても、異なる取り扱いが15条の列挙事項に該当しないことを理由に否定した³⁴⁾。

オンタリオ控訴裁判所(2001年12月7日判決)³⁵⁾では、控訴は棄却された。控訴裁判所における議論では、27条に関する説示はなく、憲法典では規定されていない原則としての少数者の保護に依拠することによって、医療再構成委員会による指示が言語と文化の両面において仏系コミュニティに重要な影響を与えることを説示する。

この事例から、公用語である英系・仏系コミュニティの優位性と少数者保護としての仏系コミュニティの検討可能性が示された。ここで示された「少数者の保護」という概念が、英・仏語話者以外の他の言語コミュニティへも開かれた概念となるかは今後の判例の蓄積を待たねばならない。

小括

少数派言語に関する判例から明らかにされるように、憲法上で保障される少数派言語教育権とは、少数派の言語により教育が提供されることだけでなく、提供される教育に対する少数派による運営やコントロールも含意されている。特に、後者に関して、少数派の置かれた状況に応じて教育への関与の仕方が変化するという点は、少数派言語教育権の特徴といえるものであろう。しかし、現実に少数派言語による公的サービスの提供については、国家(あるいは州)は限られた財源からサービスを行うことになるから、他のサービスとの関係で、少数派言語教育の実現には一定の制約が存在する。この点で、言語権は表現の自由のような普遍的な人権とは異なる³⁶⁾。カナダの場合、公用語として英・仏の二言語を規定することで二言語併存主義を採り、そのなかで少数派となる公用語話者に対して自らの言語による排他的な教育権を保障しているといえる。多数派言語に属する人々が享受する教育と同じものを少数派言語に属する人々にも享受させるという目的においては、少数派言語の親が教育への関与を認められることも、公平性という点から正当化されうるだろう。しかし、憲法による言語権の保障は、手段としての言語にとどまらず、結果的には話者集団

の文化の保障と結びついている。この傾向は、人権憲章23条の解釈だけにとどまらず、憲法原理としての少数者保護にも及んでいるのが現状である。

多文化主義との関係において、英・仏二言語だけを優位におくことがどれだけの正当性を持つのかは疑念が残る。多様性の許容としては、「自由を可能にする基盤としての文化の重要性」を説く場合と、「集団的アイデンティティの適切な承認の必要性」を説く場合などがある。カナダが採用する二言語主義とは、後者に該当すると思われるが、結果的には英・仏語話者を集団として保護するものであり、差異を持った集団に権利付与することで、集団間の平等を保つという、極めて古典的な統治の手法を採っているように思われる。今日、カナダに居住する人々で、英・仏以外の言語を第一言語とする人々が増加する状況において、二言語多文化主義から多言語多文化主義における言語権の保障をどのように保障するのかが今後の課題ともいえる。その意味で、憲法原則としての「少数者保護」原則が、今後、英・仏以外の言語共同体に対しても開かれたものとなるのが注目される。

第2節 少数派宗教教育権

少数派宗教教育権として取り上げるのは、1867年憲法93条および1982年憲法29条において規定される権利である。

1867年憲法第93条〔教育に関する立法〕

州において、かつ、州のため、州の立法府は、次に掲げる規定に従うことを条件に、教育に関し法を専属的に制定することができる。

(1) 当該法は、一定の者が、連邦結成時に、州において法に基づいて有する宗派学校に関する権利または特権に不利な影響を与えてはならない。

(2) 連邦結成時に、アッパー・カナダにおいて、ローマ・カトリック教徒である女王の臣民のローマ・カトリックの教区学校および学校管理受託者に、法により付与されまたは課されたすべての権限、特権および義務は、ケベックにおけるプロテスタントの信者およびローマ・カトリック教徒の女王の臣民の非国教派学校にも付与されまたは課される。

(3) 連邦結成時に、法により、ローマ・カトリックの教区学校および非国教

派学校の制度が存在し、または、連邦結成後に、州の立法府によりこれらの制度が設置された州において、教育に関し、プロテスタントの信者またはローマ・カトリック教徒の女王の少数臣民が有する権利または特権に影響を及ぼす州の機関の行為および決定に関する請願は、枢密院における総督に対してなされる。

(4) 本条の規定の適正な施行のため、枢密院における総督が必要と考える州法が制定されていない場合、または、本条に基づく請願に対する枢密院における総督の決定が、州の当該機関によって適正に執行されていない場合、当該事情に必要な場合に限り、カナダ議会は本条に基づく枢密院における総督の決定の適正な施行のために、救済法を制定することができる。

1982年憲法29条〔宗教系学校の権利〕

この憲章のいかなる規定も、宗派学校、ローマ・カトリックの教区学校または非国教派の学校に関し、カナダ憲法によって保障されている権利もしくは特権を廃止または減少させるものではない。

カナダでは、教育権は州の専属的立法権に属している。また、連邦結成以前からの教区学校・非国教派などの宗派学校には一定の権利・特権が付与され、それに影響を及ぼすような法の制定は禁止されている。

宗派学校の存在は一定の集団の権利を認めることにもなり、個人の権利を保障する憲法においては特異な条項ともいえる。特に、条項で規定される一定の宗派学校には、それ以外の宗教系私立学校になされることのない公的資金による支援が既得権として認められるなどの差が生じている。この点に関していくつかの訴訟がなされ、判決において人権憲章27条に関する指摘もみられる。

①照会事件事例

事例⑱ *Reference re : Roman Catholic Separate High Schools Funding*

オンタリオ州の改正教育法 (Bill30) の合憲性について問われた照会事件である。オンタリオ州では、1867年憲法93条で規定される教区学校の権利には

初等学校以上の学校には公的資金を付与する権利は含意されていないとされていた。改正法では、中学校にも公的資金を広げることを目的とする条項を含んでいた。

オンタリオ州控訴裁判所（1986年2月18日判決）³⁷⁾において、5名中3名による法廷多数意見は、「ローマ・カトリック教徒の教区学校の保護は、1867年憲法93条(1)や人権憲章29条で保障された事項である。Bill30の目的は歴史的な不公平を是正するものであり、違憲とはいえない。」と判断する。しかし、Howland主席裁判官を含む2名が反対意見を述べる。「1867年憲法93条(1)によりローマ・カトリック教徒に保障された権利・特権は、連邦成立ときに法によって規定されていたものに限定される。改正教育法(Bill30)は、ひとつの宗教集団だけにその宗教に基づいて利益を与えるものであり、これは人権憲章15条(1)に直接衝突する。…私の見解では、Bill30は違憲であり、もし制定されたとしても効力を有しない。」³⁸⁾と判示する。そのなかで、「今日のオンタリオ州は、多くの社会的、民族的、そして宗教的な背景を持った人々で構成される多文化・多元的な社会である。宗教とは、憲章の文言“多文化的な伝統の維持および発展”でいう多文化の主たる要素であり…」³⁹⁾と指摘することで、多文化社会であるがゆえに、ひとつの宗派だけに特定の権利・特権を付与することには否定的な見解を示している。

②憲法訴訟

事例⑩ *Adler v. Ontario*

オンタリオ州に居住する私立の宗教学校へ通学する子供をもつ親から「ユダヤ系の宗教学校(Jewish day schools)や独立系クリスチャン学校へ公的資金による支援がないことは憲法違反であること」、および「公立学校や教区学校・非国教派学校へ通学する子供の親と同様に、自らにも州政府より教育のための公的支援を受ける権利があること」の宣言的判決を求めて提訴した。第一審⁴⁰⁾では、「親の信教上の権利および平等権は侵害されるが、当該立法は人権憲章1条により正当化される」と判断する。控訴審⁴¹⁾では、「人権憲章2条(a)は宗教に対して公的支援を受ける肯定的な権利を規定しておらず、それゆえ侵害

は生じない。もし、侵害があったとしても、立法は人権憲章1条により正当化される」と判断した。

カナダ最高裁 (1996年11月21日判決)⁴²⁾での争点は、一定の宗教学校への公的支援がないことがその学校へ通う子供やその親の信教の自由を侵害するのか、また平等権を侵害するのかということであった。Iacobucci裁判官による法廷多数意見では、「1867年憲法93条は連邦形成過程での歴史的産物であり、基本的自由の保障を示しているわけではない」のであり、「人権憲章23条は、カナダにおける他の言語集団と比較して、英語と仏語の集団に特別な地位を与えている点で、人権憲章15条、27条の例外である」、また、「1867年憲章93条(1)は連邦形成時点で、宗派学校に関して法的権利を享有している宗教的少数者に、(言語少数派と)類似した特別な地位を付与するものである…」と指摘する。このように、1867年憲法93条は規定される宗教的少数者に特定の権利(経済的支援)を認めるものであり、公的支援がないことで経済的不平等が生じたとしても、憲章2条(a)の問題として信教の自由を制約する方法で宗教的行為を抑制するものではないと判断し、憲章上の権利を侵害するものではないとする。

一方、反対意見を唱えるL'Heureux-Dube裁判官は、教育法が宗教的少数派の親に彼らの信仰を侵害することを強制させてはいないことから人権憲章2条(a)〔信教の自由〕を侵害しないとするが、平等権の侵害の有無の検討において、以下のように説示する。

「原告の属する集団が“少数派の中の少数派”と表現できるほどの規模の小さな宗教共同体であり、不利益を被ってきた歴史があるので、人権憲章15条において保護されるべき集団といえる。公的資金の給付が否定されることは原告らの尊厳と価値の保護に結びつく。宗教慣習と信念に基づく子供たちの教育は、宗教的共同体の構成員であることおよび宗教共同体そのものの存在に不可欠なものである。したがって、本件で原告らに公的資金を給付しないことは、経済的不利益のみならず、原告らの子供の教育の必要性および原告らと子供たちの信仰を継続するという基本的な利益に対して全く承認していないことを意味する。社会から承認され、共同体を維持するという原告の利益は、人権憲章

27条で謳われる“カナダ国民の多元的文化の維持と促進”と合致する。宗教上の理由で教育に対する公的支援を受けられない人々との関係で人権憲章15条〔平等権〕を適用すると、憲章27条は公的資金の給付を支持し、共同体の維持と存続という利益は憲章の目的との関係で重要である」⁴³⁾などと指摘し、原告らの平等権が侵害されていると判示した。

また、一部反対意見を述べるMcLachlin裁判官は、公的資金を給付しないことは原告の平等権を侵害するが、人権憲章1条によってその侵害は正当化されると判断する。判決理由において、公立学校と憲法上で規定される宗派学校を除いて公的資金を給付しないのは、より許容性のある多文化社会を構築することが目的であると認められ、これは人権憲章15条〔平等権〕の侵害を正当化するには十分であると判断した⁴⁴⁾。

第3節 先住民族の権利

1982年憲法では先住民の権利について3つの条項において規定される。

1982年憲法

【第1章 権利および自由に関するカナダ憲章】

第25条〔先住民族の権利および自由〕

この憲章における特定の権利および自由の保障は、次の各号に掲げるものを含むカナダの先住民族に付与された先住民族としての権利、条約上の権利またはその他の権利もしくは自由を、廃止または減少させるものと解釈されてはならない。

(a) 1763年10月7日の国王布告によって認められた権利もしくは自由、および

(b) 土地請求合意に基づき現に存在する権利もしくは自由、または、土地請求合意により獲得しうる権利もしくは自由

【第2章 カナダの先住民族の権利】

第35条〔先住民族としての権利および条約上の権利〕

(1) カナダの先住民族の現に存在する先住民族としての権利および条約上の権利は、ここに承認され確定される。

(2) この憲法において、「カナダの先住民族」は、カナダのインディアン、イヌイトおよびメティスをいう。

(3) より明確性を増すために付言すれば、第1項における「条約上の権利」には、土地請求合意に基づき現に存在する権利および土地請求合意により獲得しうる権利が含まれる。

(4) この憲法の他のいかなる規定にかかわらず、第1項に掲げる先住民族としての権利および条約上の権利は、男女に平等に保障される。

第35・1条〔先住民族に関する憲法改正の手続き〕

カナダ政府および州政府は、1867年憲法第91条第24号、この憲法の第25条または本章に関し何らかの改正を加える前に、次の各号に掲げる原則に従うことを確約する。

(a) カナダの首相および州の首相によって構成され、その議題のなかに当該憲法改正案に関する条項を含む憲法会議は、カナダの首相によって召集される。また、

(b) カナダの首相は、当該改正案に関する討議への参加をカナダの先住民族の複数の代表に対し要請する。

上記に示すように、権利内容に関しては、35条において、「現に存在する先住民族としての権利」及び「条約上の権利」が承認され確定され（1項）、インディアン、イヌイト、メティスに保障される（2項）と規定し、35・1条では、先住民族に関する条項の改正時には憲法会議への先住民族の参加を規定する。また、人権憲章で保障される権利や自由を解釈する際には、25条において先住民族の権利および自由等を廃止または減少させるように解釈してはならないと規定する⁴⁵⁾。

これらの条項から具体的に保障される権利としては、「現に存在する権利」としての「土地権」、「漁業権」、「狩猟権」そして「自治権」等が、「条約上の権利」としてはカナダと先住民族との間で締結された条約に基づく権利等が挙げられる。これらの権利のほとんどは、先住民の個人が享有する権利ではなく、先住民族という集団が享有する集団的権利としての性格を帯びる。

「現に存在する（existing）権利」に関する判例では、憲法上に規定された

先住民族の権利の内容・性質を明らかにした事例として *R. v. Sparrow* があげられる。あるインディアン部族の一員である Sparrow 氏がインディアンのライセンスで許可された長さを越えた流し網を使用していたことが連邦漁業法違反として起訴された。これに対して、Sparrow 氏は当該法規による規制が1982年憲法35条1項に反して無効であると主張した事案である。

R. v. Sparrow カナダ最高裁判決⁴⁶⁾ では、35条1項の「現に存在する」と「承認され確定される」という文言の意味について明らかにした。「現に存在する」とは、先住民の権利が「先住民の原始的な単純さや活力においてというより、むしろ現代の形態において承認されることを示す」と説示した。また、「承認され確定される」とは、先住民の権利解釈においては、彼らの利益にかなうように寛大かつりばるる解釈がなされるべきとされ、疑わしい表現はインディアンに有利になるように解決されるべきとした。そして、政府と先住民との関係は信託に類似した関係があり、政府は先住民に対して受託者的な資格 (a fiduciary capacity) に基づいて行動する責任がある。先住民族の権利が承認され確定されるには、この歴史的関係を踏まえて定義されなければならないとした。先住民の漁業権については「伝統的な財産権ではなく」、「集団によって保持される権利であり、当該先住民グループの文化およびその存在と調和したものである」と判断した。それゆえ、「伝統的なコモン・ロー上の財産権の概念の適用を避けるよう注意しなければならない」とする。

また、同じ漁業権をめぐる判例である *Van der Peet v. The Queen* カナダ最高裁判決⁴⁷⁾ では、35条1項の権利として漁業権が認められる要件として、「先住民の当該活動が、ヨーロッパ人との接触する以前から、先住民集団にとって特有 (distinctive) の文化に必要な不可欠な (integral) な慣行・習慣あるいは伝統の一要素でなければならぬものであり、現在の活動との間に十分な継続性があること」が提示される。そして、必要不可欠 (integral) であるためには、それらが先住民族の特有の文化において中心的で重要な意味を持たねばならないとした。

先住民の土地権原 (Aboriginal Title) に関する判例では、リーデングケースとして、*Delgamuukw v. B.C.* があげられる。これはブリティッシュ・コロンビア

州に存在する部族の酋長達が、58000平方キロメートルの土地権があるとして、宣言判決を求めた事例である。

Delgamuukw v. B.C. カナダ最高裁判決⁴⁸⁾では、先住民の土地権原を「土地における権利であり、それは先住権そのものと解釈される可能性のある特別の活動に従事する権利以上の内容を持つ」が、「先住民社会の特有な文化に必要な不可欠な慣行・慣習・伝統の側面であることを必ずしも必要としない、様々な活動のための土地を使用する権利」であると判示⁴⁹⁾する。しかし、その使用の範囲は、権原の基礎を形成する土地への愛着の性質と矛盾してはならないという制限に服するとされる。そして、土地権原の内容を「個人によって保有されるのではなく、先住民のすべてのメンバーによって保有されるものであり、土地に関する決定は当該コミュニティが行う」⁵⁰⁾と判断する。

条約上の権利に関しては、歴史的条約によって認められた権利や、土地請求協定で認められた権利等が含まれる。これらの解釈にあたって、*R. v. Simon* (1985)では「インディアンの利益になるように、公平、寛大かつ自由な解釈を与えられるべきである」⁵¹⁾と指摘し、条約の締結当時のインディアンについて*R. v. Sioui* (1990)では「インディアン部族を独立国家としてみなされていた」⁵²⁾と指摘する。

自治権のような政治的自決権に関しては、1982年憲法の条文では明記されず今後の政治課題として残されていたが、1995年にインディアン及び北方問題省が発表した宣言において、「自治権が1982年憲法35条における先住民の固有の権利であることを承認し、先住民との交渉によって現行憲法の枠内で先住民の自治は可能である」として、先住民の自治政府設立を促進する政策を表明した⁵³⁾。この政策によって、実際にいくつかの部族は政府と自治についての交渉を行い、自治を実現させている。

これらの事例からも明らかなように、1982年憲法35条(1)に基づく先住民の権利に関する訴訟は、権利の存在確認や権利内容の確定が主であり、そこに27条を援用する事例を見つけることは難しい⁵⁴⁾。憲法において先住民の権利を規定するということは、彼らの属性に基づく一種の集団的権利を保障するものである。このことは、公共領域に先住民という特定の集団的な存在を承

認するという意味では、広義の多文化主義として捉えることも可能であるが、27条の解釈論としての多様な諸個人の属性の保障とは趣旨が異なるものともいえる。

- 1) 栗田佳泰「言語権の憲法学的考察 (2・完)」九大法学88号 (2004) 291頁。
- 2) Peter W. Hogg, *Canada Act 1982 Annotated*, (Toronto: Carswell, 1982), p53 ; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, (Toronto: Carswell, 2006), pp1249-1251.
- 3) 教育に関する立法権限は1867年憲法92条において州の専属的事項とされるが、連邦政府の干渉を認めないほどの絶対的なものではない。1867年憲法93条では、1867年の連邦成立以前から存在している宗派学校や分離学校、非国教派の学校の権利や特権に不利な影響を与えてはならない(第1項, 第2項)と、州における教育権限の適用除外が規定される。また、特権を持つこれらの学校に対して不利な影響を及ぼすような州の処分がなされた場合には、連邦議会が救済する法を制定できる(第3項, 第4項)と規定されることで、限定的ではあるが、州の権限管轄に対する連邦政府が関与する憲法上の余地が残されているといえる。また、先住民族(1867年憲法91条23号)や軍(1867年憲法91条7号)など連邦の専属的事項に付随するかたちで、該当事項の教育に関する法を規定することは可能である。
- 4) Population by knowledge of official language, by province and territory (2006 Census). <<http://www40.statcan.ca/01/cst01/demo15.htm>>
- 5) 連邦レベルでは英・仏語がともに公用語として認められ、国民は英・仏語での連邦政府のサービスを楽しむことができるが、州レベルになると事情はかなり異なる。英語と仏語を州レベルで公用語として認めているのはニュー・ブランズウィック州のみである。多くの州は英語のみを公用語としているのに対し、ケベック州では仏語を唯一の公用語としている。
- 6) the Constitution Act, 1982, s.23. カナダ憲法の訳出は、高橋和之編『[新版]世界憲法集』(岩波書店2007)の佐々木雅寿訳に依拠する。
- 7) 条文では‘The right of citizen of Canada’と表記されることから、カナダの市民権を持つ者の子弟を対象にした条項であり、カナダに多様な属性をもたらしことになる難民や永住を認められた移民、そして国籍離脱者といった市民権を持たない者の子弟を対象にするものではない。23条で規定される権利は、ケベック州の思惑—居住している移民や難民の子弟に仏語学校へ通学させることを恩恵として与えることによって州内の言語的均衡の維持を図ること—を受け入れるため、市民権の要件が条件として課されている。しかし、条文そのものをみると、市民権を獲得することが、自動的に、23条の要件に合致する親に自らの子弟を少数派言語で教育させる資格を与えるようにみえる。Mark Power, Pierre Foucher, *Language Rights and Education*, Gerald-A. Beaudon eds. *Canadian Charter of Rights and Freedoms, 4th ed.* (Lexis Nexis Canada 2005), at 1107.
- 8) *Mahe v. Alberta* [1990] 1 S.C.R. 342, 1990 CarswellAlta 26, paras 47-49, 51, 56.
- 9) *Doucet - Boudreau v. Nova Scotia* [2003] 3 S.C.R. 3, 2003 CarswellNS 375, para 28.
- 10) the Education Act, R.S.O. 1980, c.129.
- 11) (1984) 47 O.R.(2d) 1, 1984 CarswellOnt 533.

- 12) *Reference re Education Act (Ontario)*, supra note 11, para. 124.
- 13) シモンズリポート (The Symons Report) とは, Report of the Ministerial Commission on French Language Secondary Education, (1972) の通称である。
- 14) *Reference re Education Act (Ontario)*, supra note 11, para. 126.
- 15) *Id.*, para. 127.
- 16) The Public Schools Act, R.S.M. 1987, c. P250
- 17) [1990] 2 W.W.R. 289, 67 D.L.R. (4th) 488, 1990 Carswell Man 189.
- 18) *Id.*, para. 180.
- 19) *Id.*, para. 184.
- 20) *Id.*, para. 184.
- 21) [1993] 1 S.C.R. 839, 1993 Carswell Man 97.
- 22) [1990] 1 S.C.R. 342, 1990 Carswell Alta 26.
- 23) *Id.*, paras. 117-120.
- 24) *Id.*, para. 39.
- 25) *Id.*, para. 40.
- 26) *Id.*, para. 53.
- 27) [1998] 2 S.C.R. 217.
- 28) (1999) 48 O.R. (3d) 50, 1999 Carswell Ont 4167.
- 29) *Id.*, para. 43.
- 30) *Id.*, para. 45.
- 31) *Id.*, para. 47.
- 32) *Id.*, para. 67.
- 33) *Id.*, para. 74.
- 34) *Id.*, paras. 87-92.
- 35) (2001) 56 O.R. (3d) 505, 2001 Carswell Ont 4275.
- 36) 鈴木俊和「カナダ法における言語権の構造」立正大学法学部創立50周年記念論集『現代の法と政治』(1992) 日本評論社177-178頁。
- 37) (1986) 13 O.A.C. 241, (1986) 25 D.L.R. (4th) 1, 1986 Carswell Ont 982.
- 38) *Id.*, paras. 5-10.
- 39) *Id.*, para. 133.
- 40) (1992) 94 D.L.R. (4th) 417, 1992 Carswell Ont 837.
- 41) (1994) 116 D.L.R. (4th) 1, 1994 Carswell Ont 2211.
- 42) [1996] 3 S.C.R. 609, 1986 Carswell Ont 3989.
- 43) *Id.*, paras. 79-85.
- 44) *Id.*, paras. 212-215.
- 45) 1982年憲法において先住民族の権利が規定されるが, 第1章「権利および自由に関するカナダ憲章(人権憲章)」では解釈規定として先住民族に触れるにとどまり, 権利の具体的内容については第2章として別立てで規定される。このことから, 先住民族の権利とは, 人権とは異なる特別な権利であることは, 1982年憲法制定時点で意識されていたといえるだろう。田村武夫・菊地洋「憲法論からみた多文化主義」茨城大学政経学会雑誌第74号(2005) 49-50頁参照。
- 46) [1990] 1 S.C.R. 1075, 1990 Carswell BC 105.
- 47) [1996] 2 S.C.R. 507, 1996 Carswell BC 2309.

- 48) [1997] 3 S.C.R. 1010, 1997CarswellBC2359.
- 49) *Id.*, para.111.
- 50) *Id.*, para.115.
- 51) [1985] 2 S.C.R. 387, 1985CarswellNS226, at para.24.
- 52) [1990] 1 S.C.R.1025, 1990CarswellQue103, at paras.68-69.
- 53) インディアン及び北方問題担当省のHP http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/pub/sg/plcy_e.htmlを参照。
- 54) その他、適正手続に関して若干の判例があるにすぎない。適正手続に関する判例は、第3章第3節(2)で取り上げた事例⑫⑬⑭を参照。

第5章 カナダの判例から読み取れる多文化主義理論

本章では、いわゆる〈伝統的リベラリズム〉に立脚する憲法学の枠組みにおいて多文化主義を分析するために、1982年憲法27条〔多文化主義〕に関する学説を整理したうえで、第3章および第4章で取り上げた判例について憲法学的考察を行うことにする。

第1節 1982年憲法27条に関するカナダ国内の議論

第1款 Hogg教授の見解

カナダの憲法学において、通説として引用されることの多いPeter.W.Hogg教授の見解を見ていくことにしたい。27条に関する解釈としては、1982年憲法の制定直後に出版された*Canada Act 1982: Annotated*¹⁾において以下のように指摘する。

「27条は解釈指針であって、“カナダ市民の多元的文化的伝統”に関して何らかの保障を提供するものではなく、むしろ憲章がその伝統の維持および発展と一致する方法により解釈されることを要求する²⁾」。

「27条は、機能的 (operative) な条項というよりも修辭的 (rhetorical flourish) な条項であるといえるかもしれない³⁾」。

このようにHogg教授は27条を修辭的なものと解釈し、積極的な意味を見出そうとはしない。そのため、同条項は政治的な産物であり、多文化主義自体が

際限のないものであるとして否定的に捉える主張も数多い⁴⁾。確かにHogg教授が指摘するように、27条が他の条項の解釈指針でありそれ自体に法的拘束力がないとしても、憲章で規定されたということは最高規範としてそれなりの法的意義を持つものとは考えられないだろうか。

カナダ国内には、1982年憲法が制定された当初から、27条に何らかの法的解釈の可能性を見出す解釈も存在する。以下では、1982年憲法第1章「権利および自由に関するカナダ憲章」(以下、人権憲章)に内在する2つの側面、国民の権利としての人権憲章(権利保障規定としての側面)、政府の履行義務としての人権憲章(保障義務・解釈義務規定としての側面)というそれぞれの側面から27条の意味を検討したい。

第2款 権利保障規定としての側面からの見解

W. Tarnopolsky教授は、1982年憲法の制定直後に出版された*The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*において、Hogg教授と同様に27条を「厳密な意味では法的拘束力のない、前文または目的条項と類するもの」と述べるが、その一方で、諸個人の基本的自由を規定する2条だけでは説明し難い、諸個人の多様性を保障するうえで必要となる集団的側面を保障する条項として、27条の可能性を示唆する。同じように、2条で保障される個人権としての基本的自由だけでは諸個人の多様性の保障に不十分であることは、Evelyn Kallen教授によっても指摘されている。Kallen教授は、2条(a)で規定される信教の自由を例に挙げる。この2条(a)には、民族のおよび宗教的な少数者が集団として行う宗派教育の権利は含意されてはいない。彼らのコミュニティにおいて、宗教的な遺産を次の世代に伝承するといった集団的な権利を保障するために相応しい条項が存在しないことを指摘する。そのうえで、カナダに存在する数多くの民族的マイノリティの集団権や文化的尊厳、集団的アイデンティティを保障する条項として27条の可能性を指摘する⁶⁾。また、Jack Jedwab氏は、平等を規定する15条だけでは保障され得ない権利として、民族・人種・宗教を理由に差別を受けていると感じるマイノリティには、自らの文化的慣習を存続させるために集団的文化権が保障されるとして、この権利を27条から導き

出す⁷⁾。

これらの識者は、国民の権利として規定されるカナダ市民の基本的自由(2条)はあくまで個人の行為を保障するものであり、諸個人の属性としての文化や集団といった要素の保障を読み込むことは難しいことを指摘する。それゆえ、文化や集団のアイデンティティを尊重する根拠として27条の可能性を指摘するものであるといえるだろう。

第3款 解釈義務規定としての側面からの見解

人権憲章が内在している政府に対して義務を課するという側面に着目し、27条の機能を説明する議論もいくつかなされている。

G.L.Gall教授は、27条が人権憲章33条〔憲章の適用除外〕に該当しない条項であることに着目する。33条とは、連邦政府や州の立法府は、制定する法律の条項が、憲章で規定されている2条〔基本的自由〕、7条～14条〔司法上の権利〕、15条〔平等権〕で定める規定にもかかわらず適用される旨を、その法律において宣言することができる条項である。33条によって適用除外される条項のなかでも、2条〔基本的自由〕に含意される信教・表現・結社の自由や15条〔平等権〕などは、文化を保障するうえで基本となる安全装置といえる条項である。そこで、Gall教授は、(連邦もしくは州)政府がこれらの憲章上の権利に適用除外を宣言することで、文化を維持し発展させることに関連する権利保障に対する政府の最低限の義務が履行されなくなるような事態が生じたとしても、適用除外を受けない27条が存在することは、文化に関連する権利を保障する頼みの綱となりうる可能性を指摘する⁸⁾。

また、J.E.Magnet教授は、人権保障を効果的に行うため、社会的・文化的環境を創造し、維持し、発展させるように、政府に積極的義務を課す憲法上のテキストとしての人権憲章の概念を指摘する。同教授によると、少数者の文化や信教および言語を保障する条文として、国際人権B規約(市民及び政治的権利に関する国際規約)27条が挙げられるが、同条項は少数民族の構成員に対して権利があることを宣言するにとどまる。一方、人権憲章27条では、エスニック集団や個人に限定するのではなく、すべてのカナダ人に対して多元的文化

の伝統の維持および発展を保障することに向けられているという⁹⁾。このように人権憲章27条が開放的な条項であるがゆえに、27条の意味を明確化し機能的な条項とする“媒介原理 (mediating principle)”の定式化を行い、この原理を適用させることを介して27条は履行される必要があるという。

Magnet教授の提示する“媒介原理”は3つの原理により構成されるが、裁判において有益な指針として受け入れられるためには、充たさなければならない最低限3つの条件があるという。それは、①首尾一貫した媒介原理は、多数派と少数派の利益を調和させることやバランスをとることができるものでなければならないこと、②どのような多文化主義原理であっても必ず少数派の自治や多様性に対して高い尊重を持つものでなければならないが、政治制度に対する過度の遠心的圧力が国家としての統一性を危うくさせるときには、少数派に対する尊重も制限を受けること、③多文化主義原理は、カナダの司法関係者にとって、かなりの程度で、わかりやすいものであって、簡単に適用されうるものでなければならないことの3つである¹⁰⁾。

Magnet教授の指摘する3つの“媒介原理”とは、①反差別原理 (Antidiscrimination)、②象徴的民族性 (Symbolic Ethnicity)、③構造的民族性 (Structural Ethnicity) である。

①反差別原理とは、多文化主義の概念ではなく、平等の概念に由来するものである¹¹⁾。厳格に解釈するならば、15条で規定される平等とは個人を対象にするものである。しかしながら、平等から導かれる反差別原理が集団に適用されることは、その概念の趣旨にそれほど離れたものではない。15条における反差別原理を27条に適用することは、法廷において支持されるものである。1982年憲法上の他の条項の保障に関連して、少なくとも集団が集団として憲章上の権利の保障を主張する限り、27条それ自体には集団に適用可能な反差別原理を含んでいると指摘する¹²⁾。

②象徴的民族性とは、ある民族集団に属する個人が自発的にその集団へ自己同一化を行うことによって、自我の形成という人格の重要な側面を完成させる過程そのものをいう。すなわち、この象徴的民族性とは、心理学的な概念であって、文化的な伝統を、自我と特定の集団の伝統および歴史と自発的

に自己同一化させることと看做される。この結びつきによって、その民族集団の諸個人のアイデンティティは完全なものとなる。このように解釈するならば、文化的な伝統を攻撃されることは、その文化を持つ民族集団に属する構成員の自我を攻撃されることと同じことになる。そこで、最低限、象徴的民族性という媒介原理を介在させることによって27条を解釈・適用する裁判所は、集団が集団としてのパーソナリティの重要な属性を発展させること、および諸個人によって内面化されうる方法で集団としてのパーソナリティの重要な属性を表現することに対して、細心の注意を払わなければならない。また、同様に、個人が属する集団やその活動に加わる必要性に対しても注意を払わなければならないという¹³⁾。

③構造的民族性とは、その集団を持続させ、メンバーの減少を管理し、同化に対抗し、集団の持つ信条と実践を広めるといった集団の持つ能力のことである。民族というこの輪郭を維持するためには、個人の自発的な選択の問題ではなく、むしろ当該集団や政府によって、集団としての幸福を育み、集団として自己正当化する感覚を維持することが可能となる組織基盤の創設を必要とするという。Magnet教授は、集団が維持されるために必要な基盤として、5つの最低限の必要条件を提示する。①当該集団が、他の集団、特に社会において優勢な若しくは統治している集団と相互に交流するための仕組み(政治構造)、②主流派の経済によって及ぼされる同化の圧力を弱める経済構造、③集団の信仰を普及し伝えるための仕組み(民族学校、宗教組織、民族機関)、④集団を定義する仕組み、すなわち集団としてメンバーの加入や脱退を決定できる法的権利、⑤集団の構成員が他の規範、価値、実践にさらされることを制限することのできる防衛的な仕組みが必要であるという¹⁴⁾。このように、構造的民族性は集団が存続するために必要な一定の自治権を認めることを含意するものであることから、個人の権利と集団の権利の衝突を引き起こすことになりかねない。Magnet教授は、個人の権利と集団の権利の対立を調整する機能として27条の可能性を次のように指摘する。1982年憲法で保障される集団の権利(21条、22条、25条、29条、35条(4)および37.1(4)条)とは、集団としてのアイデンティティにとって不可欠な特徴を維持するためのものである。これが集団の

地位と必要な権限から切り離すことができないのであれば、当該集団による構成員の権利の制限は政府が行う個人の権利の制限以上に行われる可能性があるかもしれないが、構造的民族性のもとで、27条は集団の維持および発展に必要な構造と過程に限って、人権憲章上の個人の権利を制限することができるという。その意味で、27条は、特定の集団の持つ準自治的 (semi-autonomous) な機能に配慮することが可能であると同時に、明確な理由もなく集団が個人の権利を抑制することに対しての安全装置として機能することを指摘する¹⁵⁾。さらに、これまで特定の歴史的な少数者のみに限られた自治を与えてきたカナダの集団的権利の仕組みを広げる可能性も指摘する¹⁶⁾。

第4款 学説が示唆するもの

27条に関してここで取り上げた学説は、27条が他の条項の解釈指針であることを前提に、27条の文言が開放的なものであることを利用して、人権憲章では十分に語られていない集団的アイデンティティの保障を読み込もうとするものが多い。手法としては、27条を介して集団的アイデンティティの保障の実現を訴訟によって具現化するという手法と、集団的アイデンティティを保護するように条項を解釈する義務を法律実務家および国家に課するという手法がある。どちらの手法を用いるにしても、27条に記される「多元的文化の伝統の維持および発展」という文言に、個人の権利保障だけでは不十分な少数派のアイデンティティを保障するため、一定の集団的権利としての文化的権利や自治権などを読み込むことになる。いずれもの学説も、多種多様に存在する文化の中から諸個人の選択を保障する手段としての多文化主義という視点からではなく、誰もが生まれながらに属している民族や信仰といった集団的属性を保障する手段として多文化主義を論じていることがわかる。後者の場合、人権憲章上で集団的属性をどのように読み込むのかという問題が生じる。いくつかの学説でも指摘されるように、2条〔基本的自由〕で保障される自由とは個人を対象にするものであるから、集団的アイデンティティを保障するには十分とは言い難い。また、15条〔平等権〕の列举事由にエスニシティや文化的差異の包摂などは規定されておらず、27条において対処せざるを得ないことは理解でき

る。しかし、Magnet教授が指摘するように、一定の集団性を保障することは、当該集団に属する構成員の個人の権利と常に衝突する危険を孕むことになる。この調整をMagnet教授は媒介原理を用いて対応が可能であるとするが、27条の解釈理論として一般化するにはおのずと限界がある。むしろ事案毎に判断するしかないのではないと思われる。その意味では、27条で規定される多文化主義とは、他の条項の権利を解釈する際の解釈指針としてとらえるよりも、むしろカナダ憲法がめざす原理・原則としてとらえたほうが適切といえるかもしれない。

第2節 27条の裁判規範性

第1款 概説

ここでは、第3章及び第4章において概観した多文化主義に関する判例から、27条の裁判規範性について考えていきたい。

判例を見る限り、多文化主義の範疇で論じられる多様性の保障のなかでも、憲章上で規定される特定の集団の権利保障に関わる訴訟では27条が肯定的に用いられることはない。むしろ、憲章上で規定されていない集団的属性を持つ人々が自らの属性の保護を求める場合、もしくは、政府側が多文化主義を維持するための人権規制を正当化する場合に27条が援用されていることがわかる。

27条の援用の仕方は2通り考えられる。ひとつは、権利主張の根拠となる憲章上の条項に27条を介した解釈を求める手法である。もうひとつは、訴訟に提起された事案が憲章上の権利の侵害になるかを審査したうえで、侵害と判断された場合、権利制限を規定した人権憲章1条に照らして正当化されるかを判断する際に27条を援用する手法である。後者の場合、27条を介させることにより、集団的アイデンティティの要素を守るという目的のために、通常国家(行政府・立法府など)に課される人権侵害審査よりも緩やかな審査となることを指摘できる。そもそも、人権憲章1条〔権利・自由の保障、その制限事由〕には、文化的な折り合いをつける余地が残されている。憲章上の権利を制限する際の合憲性を決定するための一般的な基準を確立する契機となった *R.v.Oakes*¹⁷⁾ において、カナダ最高裁のDickson主席裁判官は次のように指摘

する。

カナダ社会とは、自由で民主的なものである。法廷は、私が信じるところの自由で民主的な社会に不可欠な原則によって導かれなければならない。その原則とは、ほんの少し例を挙げるならば、人間固有の尊厳の尊重、社会正義や平等への依拠、様々な信念の調和、文化のおよび集団的アイデンティティに対する尊重、社会に存在する個人と集団の参加を高める社会的・政治的機関への信頼などである。自由で民主的な社会において基礎となる価値や原則は、人権憲章において保障される権利および自由の起源となるものであり、権利または自由に対する制限の根本的な基準は、その影響に関わらず、合理的であり、明らかに正当化されることを示されなければならない¹⁸⁾。(筆者一強調)

この判決において、人権侵害の合憲性審査として定式化された4つの基準として、①(権利侵害を引き起こしている)法が十分に重要な目的を持つこと、②法の目的と規制する手段に合理的関連性があること、③出来る限り最小限の侵害にとどまること、④法の目的の重要性と諸個人に課される人権制約の程度との間に比例性があることが示された。これらがいわゆる Oakes テストと呼ばれる審査基準である。この判決によって、憲章上の権利に制限を加える際に国家が満たさねばならない必要条件が明らかにされた。この基準のなかでも、引用した Dickson 首席裁判官の指摘からも明らかのように、「文化のおよび集団的アイデンティティに対する尊重」が憲章上の権利を制限する自由で民主的な社会の原理のひとつとして位置づけられている。それゆえ、1条による権利制限の正当性審査において27条が援用された場合、集団性を保護する必要性から、諸個人の権利制限が、国家に課せられる人権制限の正当性と比べて、比較的緩やかになるといえるだろう。以下では、実際に援用された判例を整理する。

第2款 27条〔多文化主義条項〕が援用された具体的事例

1982年憲章27条が援用された訴訟を概観すると、(ア)信仰の自由(日曜日休業法をめぐる訴訟、公的領域における宗教的慣習をめぐる訴訟)、(イ)表現の自由(憎悪の表現の規制、虚偽表現の規制など)、(ウ)少数派教育権(少数

派言語教育, 少数派宗派教育), (エ) 刑事訴訟手続き上の権利があげられる。

(ア) 信仰の自由に関する訴訟について, 事例①*R. v. Big M Drug Mart Ltd*¹⁹⁾ および事例②*R. v. Edwards Books and Art Ltd.*²⁰⁾ は, 日曜日休業法の是非が問われたものであり, 同法による規制が日曜日以外を信奉する者の信仰の自由を脅かすことの是非が問われたものである。公共の場(学校・議会など)の場での宗教的慣習の強要として争われた事例③*Zylberberg v. Sudbury*²¹⁾, 事例④*Russow v. British Columbia*²²⁾, 事例⑤*Freitag v. Penetanguishene*²³⁾ も同様の訴訟である。これらの訴訟は, 多数派の宗教的行為に由来する慣習を少数派に対しても一律適用することが, 結果的に少数派の信仰の自由を侵害することになるのかについて争われた事案である。これとは若干異なるのが, 事例⑥*Multani v. Marguerite-Bourgeoys*²⁴⁾ である。これは行為規則としての武器の持ち込み禁止を一律適用することによって, 間接的にシク教徒の携帯する儀式用短剣(キルパン)を規制することが信仰の自由を侵害するものであるとして争われた訴訟であり, 多数者による世俗的な規制が少数者の信教の自由を侵害する事例である。

(イ) 表現の自由に関する訴訟は, 事例⑦*R.v.Keegstra*²⁵⁾, 事例⑧*R.v.Andrews and Smith*²⁶⁾, 事例⑨*R.v.Zundel*²⁷⁾, 事例⑩*Canada.v.Taylor*²⁸⁾ のどれもが, 文化的多様性の尊重を標榜する国家において, それを阻害する表現・行為を規制することが許されるのかという観点からの訴訟である。

(ウ) 少数派教育権に関する訴訟は, 言語教育権・宗派教育権のどちらもカナダの憲法で認められる少数者集団の言語・宗教の維持を求めるものであり, 少数者集団に対する公的資金の付与の是非を問うものである。

(エ) 刑事訴訟上の手続きに関する訴訟である, 事例⑪*R.v.Tran*²⁹⁾ (通訳依頼権), 事例⑫*R.v.Punch*³⁰⁾ (陪審の人数), 事例⑬*R.v.Kent*³¹⁾ (陪審の構成), 事例⑭*R.v.West*³²⁾ (審理開催地) は, 適正手続保障に関する訴訟である。そのうち, *R.v.Tran*, *R.v.Punch*, *R.v.West* は, 原告の依拠する文化的背景に基づく配慮を公的領域である法廷において求めるものである。

これらの判例は, 諸個人が持つ文化・宗教・民族といった集団的属性の保障を, ①国家の干渉を排除するという意味で諸個人に保障される基本的権利の枠

内もしくはその延長として構成するのか、②国家による何かしらの給付や配慮を必要とするものとして構成するのかという2つに区分できる。集团的属性の保障として、特に②の手法が必要とされるということは、従来の近代立憲国家で想定されてきた公的領域における価値中立な国家像、換言すると、多様性を私的領域に押しとどめ公的領域においては干渉しないという消極的な国家像では、もはや諸個人の多様性を保障することが難しいということを露呈しているのではないだろうか。以下では、判例において浮き彫りとされる、多様性の保障における事案と国家の関わり方を整理してみよう。

(1) 公的領域における諸個人の多様性

公的領域における諸個人の多様性の保障が問われる典型的な事例は、信教の自由(2条(a))が争われた事例である。

(i) 休日を一律に課す法律(日曜休業法)について争われた事案では、当該法規を一般の社会秩序としての規制と看做すのか、労働者に休日を楽しませるという意味で経済上の規制と看做すのかで判断が分かれる。事例①*R.v.Big M Drug Mart Ltd.*では、当該法規を1867年憲法91条(27)で規定される連邦議会の専属的立法権限の刑事法(社会秩序規定)と位置づけて分析がなされる。一方、事例②*R.v. Edwards Books and Art Ltd.*では、当該法規を1867年憲法92条(13)で規定される州議会の専属的立法権限に属する経済規制法として分析がなされた。事例①*R.v.Big M Drug Mart Ltd.*では、下級審から最高裁に至るまで、人権憲章2条(a)〔信教の自由〕の侵害として判断された³³⁾。特に最高裁多数意見では、27条が解釈指針として援用され「連邦議会に特定の宗教によって好まれる安息日を一般に強制する権限を認めることは、…27条の明示的規定に違反する」と判示する。事例②*R.v. Edwards Books and Art Ltd.*では、控訴審判決³⁴⁾において、ユダヤ教徒が営業する商店に対してなされた起訴が2つの意味³⁵⁾で2条(a)の侵害と判断される。しかし、最高裁³⁶⁾では、多数意見ではOakesテストの結果、当該法規による2条(a)の侵害は1条のもとで正当化されるとの判断がなされている。最高裁多数意見における27条の説示は、「2条(a)を限定的に解釈することは、27条のもとで課されたカナダ国民の多文化的伝統

を維持・発展させるという裁判所の義務と矛盾する」という消極的解釈にとどまる。むしろ、27条を積極的に運用・解釈するのは、少数意見および一部反対意見である。それぞれの宗派集団において信教の自由が等しく保障されること、または宗派集団の内部の構成員が等しく信教の自由が保障されることを27条から読み解こうとする。

このように、日曜日休日法に関する2つの事案では判断手法に大きな違いがある。事例①は、連邦議会の専属的立法権に属する刑事法とみることで、人権侵害に関してきわめて厳格な審査がなされたということができよう。目的が違憲ならば、合理性審査は必要ないとする手法からも明らかである。一方、事例②は、州議会の専属的立法権限管轄の経済規制法規とみることで、経済的自由に対する制限とみなして規制手段についていわゆる緩やかな審査が行われたともいえる。また、事例②の最高裁判決の際には、既にOakesテストが確立されていたので、規制立法が原告の基本権を実質的に侵害するか否かについて判断した後、1条による合理性審査がすすめられる。27条に関する多数意見の指摘は、条文を特定の意図に限定解釈することを否定するものであるが、この文脈からは、裁判所には多元的文化に即した権利解釈を行う義務があることを示しているとも解釈できるだろう。

この種の訴訟で問題となるのは、日曜日以外を安息日とする宗教に属する諸個人の信教の自由に対する侵害として争う事例（個人権として構成する事例）であるのか、諸宗教団体の集団の権利として争う事例（集団権として構成する事例）であるのかという点にある。事例①*R. v. Big M Drug Mart*は訴訟申立人が会社であることが、この点に関してより一層不明確にさせている³⁷⁾。一方、事例②*R. v. Edwards Books and Art Ltd.*の最高裁判決多数意見は、多元的な社会であっても、世俗的な目的で行われる一律的な休息の付与であるならば、Oakesテストの結果、諸個人の信教の自由も制約を受けざるをえないというものである。それに対して、少数意見では、当該法規の適用除外規定とは、特定宗派に属する人々であっても運営する店舗の規模を基準に適用除外を判断するために、同じ宗派内部の構成員の間において、または日曜日以外を休息日とする他の集団との間において差異を生じさせてしまうことを27条違反であると

する。

27条との関係で整理すると、特定の宗教的価値観を含意する法規は、多元的な社会を目指すことを宣言する27条に反すると解される。また、少数意見であるが、多文化主義の内容として「同一の宗教集団内部において信者は平等に取り扱われること」、および「異なる宗教集団それぞれが平等に取り扱われること」が導きだされている。

(ii) 公立学校における宗教上の慣習を強制することが争われた事例③ *Zylberberg v. Sudbury* と事例④ *Russow v. British Columbia* は、どちらも下級審の事例であるがいくつか興味深い指摘がなされる。事例③ *Zylberberg v. Sudbury* の第一審で、O'Leary 裁判官は27条を直接に援用はしないが、「我々の社会は神の至高性と多文化主義を前提にしている以上、規定される宗教的行為も多数派のキリスト教に固定する必要はなく、それぞれの宗派における宗教的行為を保障するものと解することができるならば、憲章前文と合致する」と考える。この考え方は、従来、宗教的多様性を排除してきた公立学校において、多文化主義の下で公教育の場における多元性を保障するひとつの考え方ではある。控訴審における Lacourciere 裁判官の「学校の環境からすべての宗教的要素を取り除くことは“多文化主義的”な社会というよりも、均質化を推し進める」、「27条はすべての公共生活において均質化を要求しているわけではない」という指摘も同様の趣旨であると思われる。他方、事例④ *Russow v. British Columbia* において、裁判所は、憲章2条(a)〔信教の自由〕侵害として主張できるものは、27条などの援用は否定し、純粋に2条(a)侵害として主張すべきと指摘する。

市議会開会時に行われる主の祈りについて争われた事例⑥ *Freitag v. Penetanguishene* も下級審の判決である。第一審では、主の祈りを命じる市長の行為を私的行為と位置づけることで公的領域における信仰の自由の侵害を認定することを避けたが、控訴審では市長の行為を国家行為と位置づけることにより2条(a)の侵害と構成する。また、歴史的慣習論というだけでは27条に矛盾すると判断する。

上記3つの訴訟では、公共空間において、27条の規定がすべての宗教的要素

を排除することを求めるのか、それとも多元性と寛容を認めるのかということが問題となる。

事例③ *Zylberberg v. Sudbury* の第一審では、公共空間における宗教と多様性の関係について、憲章前文を使い興味深い判断をしている。通常、公共空間における個人とは抽象的・均質的なものとして想定されるが、第一審判決では前文の「神の崇高性」や多文化主義の規定を根拠に、宗教に関しては均質性の要求が適用除外されると考えている。そのうえで、神の崇高性で示される神とは、キリスト教のような特定の神ではなく、諸個人の信奉する神を認めるのであるから、同条項は侵害しないと判断する。判決によると、公教育における宗教的慣行を多数派の宗教的価値観に限定したものと解釈するのではなく、諸個人が信仰する宗派へのアクセスを認めるものと解することで、信教の自由を侵害しないという。これは、多文化社会における宗教への寛容のひとつの解釈であると思われるが、宗教的少数者の親が主張しているのは、多数者の子供たちとは違う扱いを宗教的少数派である自らの子弟に適用させること（例：多数派の宗教的慣習に参加しない子供を教室から退席させるような適用除外）では、差異を表出することとなってしまう他の子から差別をうけることになりかねないので、特に教育現場では差異を表出させるようなことに対して配慮をして欲しいというものである。原告の親はその根拠を27条に見出そうとしたものと思われる。しかし、多文化社会においては、宗教に関して公共空間での多様性の表出自体は認められるものであり、むしろ宗教的要素を排除して均質な学校環境としてしまうこと自体27条の趣旨にそぐわないとするのが、第一審多数意見、及び控訴審少数意見である。この点で、公共空間における多様性の保障の認識について原告・裁判所に齟齬がみられる。

事例④ *Russow v. British Columbia* および事例⑤ *Freitag v. Penetanguishene* では、公的領域における宗教的慣習が一定の宗教的価値を強制することになるとして、当該行為の強制を違憲と解釈するとともに、公共領域において多様な宗教が尊重されなければならないことを判決は示唆している。しかし事例④ *Russow v. British Columbia* のように、信教の自由の侵害は2条 (a) の条項のみで主張すべきであり、27条など他の条項は不要とする解釈も興味深い。

立法目的からみると、特定の宗教的価値観をもつ行為を法律によって強制することはその目的ゆえに2条(a)に反して違憲とされるのは明らかであるが、事例③ *Zylberberg v. Sudbury* 控訴審多数意見では、州教育委員会側の「宗教的少数派の子供たちにとっては、自らが多数派と異なっているという事実を受け入れることになり有益である」という主張を否定し、「宗教的少数派の立場を軽視するだけでなく、幼い生徒・児童の感情も十分に考慮されているとはいえない。27条の本質に合致しない…」という指摘からも明らかのように、実際の効果から違憲と判断したといえる。

(iii) 公教育の場において制定された世俗的な規制が少数派の信仰の自由を侵害することになることが争われた事例⑥ *Multani v. Marguerite-Bourgeois* カナダ最高裁判決では、「キルパンの携帯を絶対に禁止することは、多文化主義、多様性、他者の権利を尊重する教育的な文化の発達などの諸価値を促進させることを抑制させることになる」のであって、「キルパンの携帯を禁止することは、一定の宗教的行為は他の宗教的行為と同様の保護に値しないというメッセージを生徒に与えることになる。反対に、一定の条件のもとでキルパンの携帯を認めることは、私たちの社会では信教の自由を保障することおよび宗教的少数者を尊重することが重要とされることを示すことができる」との判断がなされた。

この訴訟は、多数派の制定法が少数派の信教の自由を侵害するという点では、日曜休日法の事例とも重なるが、公的領域（学校）での宗教的多様性の保障という問題を孕んでおり、事例③ *Zylberberg v. Sudbury* とも共通する。公的領域においては、国家は無関心という意味での宗教的中立を維持したうえで公教育を行うが、これが少数派にとって抑圧となる場合が多々存在する。本件はその一例である。最高裁判決からは、多文化主義のもとで、行為規則において禁止される行為が少数派にとってどのような意味をもつのかを考慮すること、また禁止が他に及ぼす影響を考慮すること、さらには宗教的少数者の尊重が学校に要請されると判断している点で興味深い。

小括

信教の自由における27条の用法を最高裁判決多数意見から整理すると、他

の人権条項（本件では2条(a)）の解釈指針としての使用（事例①*R.v.Big M Drug Mart Ltd.*）、および多文化主義を表明した社会のあるべき姿を述べる文脈での使用（事例②*R. v. Edwards Books and Art Ltd.*と事例⑥*Multani v. Marguerite-Bourgeois*）がある。そこで明らかにされた多文化主義社会の内容は、「特定の宗教が好む安息日を一般に強制することは多文化主義に反する」、「権利内容を限定する解釈は、多文化主義のもとでの裁判所の義務と矛盾する」、「宗教的少数者の信仰上の行為の重要性を認識せずにそれを禁止することは多文化主義に反し、また他者にもそれが低い価値しか持たないと誤った認識をさせることになる」等である。

最高裁少数意見では多文化主義の内容として「同一の宗教集団内部での平等な取り扱い」³⁸⁾、および「異なる宗教集団間での平等な取り扱い」³⁹⁾を導き出すものもある。また、下級審における用法では、多文化社会を規定する27条は「公的領域における宗教的行為の多様性を保障するものであるならば、多様性ゆえに生じる不和も調整することが想定される」⁴⁰⁾のであり、「学校領域において宗教的要素を排除することは均質化を意味するのであって、むしろ学校領域の宗教的慣習を特定の宗派の価値観に基づくものではなく、あらゆる宗派にも広げるものとして解釈すること」⁴¹⁾が憲法に合致するという内容が示されている。これらの意見は通説的見解として昇華はしていないが、後段部分の内容は、従来の〈伝統的リベラリズム〉で考えられてきた一元的な公的領域のイメージを多元的なイメージへと転換したうえで、多文化社会における多様な人々にとっての条文解釈のひとつの可能性を提示したものといえる。例えば、従来の学校教育では、宗教的中立性の名のもと教育現場から宗教的要素の排除を目指していたが、実際にはすべてを排除できるものではない。むしろ、中立性の名の下で宗教的要素の完全な排除や無関心を装うのではなく、多様な宗教的価値観の存在を認めそれを互いに尊重することを学ぶことが必要であると考えられる。その意味で、少数派宗教の宗教的装飾品であるキルバンの信仰上の意味を理解することなく学校への携帯を禁止することは、多文化主義の趣旨に反するだけでなく、他者が当該宗教へ抱く認識にも悪影響を及ぼすと判断した事例⑥*Multani v. Marguerite-Bourgeois*カナダ最高裁判決にもその趣旨は反映さ

れていると思われる。

(2) 権利の制限事由としての多文化主義

多文化主義のもとでの社会秩序維持のために、諸個人の権利が制約される事例として表現の自由の制限に関する訴訟があげられる。判例としては、(a) 憎悪の表現、(b) 虚偽の公表、(c) その他の表現規制の3つの領域に分類できる。

(i) 事例⑦*R. v. Keegstra*および事例⑧*R.v.Andrews and Smith*は、刑法319条(2)による人権憲章2条(b)〔表現の自由〕の制限が憲章1条のもとで正当化されるかが争われた事例である。

事例⑦*R. v. Keegstra*の第一審⁴²⁾ (Quigley裁判官)はOakesテストの確立以前なので、刑法319条(2)による規制の正当性をカナダにおける「自由」の意味・解釈から始めたところに特徴がある。解釈の手がかりとしてカナダ人権章典の前文および1条を、これらの原則を確定する条項が人権憲章15条〔平等権〕であり、憲章の解釈目的として27条〔多文化主義〕を指摘する。それゆえ、人権憲章27条を介して人権憲章2条(b)を解釈することで、刑法319条(2)は2条(b)を侵害しないと理論構成する。憎悪的表現が人権憲章2条(b)で保護される表現ではないという結論に至った時点で、人権憲章1条による権利制限の正当性の審査は判決の主たる要素とは密接な関係を持たないとする。この手法は、「価値の低い言論」(例:「猥褻な表現」「名誉毀損」「挑発的な言葉」と判断された時点で表現の自由の保障の範疇から外れるアメリカの審査手法とも類似する。

控訴審⁴³⁾ (Kerans裁判官)では、第一審判決は覆され、2条(b)の侵害であり1条審査でも正当化できないとする。人権憲章15条および27条はカナダ国民が平等主義や多文化主義の価値を批判することまでも否定するものではなく、刑法319条(2)の規定は広範すぎて、識別しうる集団に実際に害を与える表現だけでなく、単に憎悪を意図した表現までも罰せられてしまうために、同条項が合理的制限とはならないと判断する。

カナダ最高裁⁴⁴⁾では、319条(2)の制限が正当化されるか否かで判断が分かれた。多数意見(Dickson裁判官)では、刑法319条(2)は人権憲章2条(b)

を侵害するが、人権憲章1条のもとで正当化されると判示する。まず、人権憲章15条〔平等権〕や27条〔多文化主義〕を介在させることによって、憎悪的表現を人権憲章2条(b)では保障されないと判断することは不相当であるとする。そして、刑法319条(2)の審査において、同条項の目的を「標的とされる集団に属する個人が被る痛みを防ぎ、及びカナダ国内の民族的・エスニック的・宗教的集団の緊張を減らすこと」⁴⁵⁾と認定したうえで、15条・27条がこの目的の重要性を強調すると述べる。特に27条に関して「当法廷では、カナダが様々な文化的集団が多様にそして豊富に存在しそれが保護し発展させることを価値とする多文化社会であるという認識を示してきた」⁴⁶⁾のであって、「多文化主義的な考え方を採用したことは、社会から憎悪的表現を根絶するという目的が極めて重要であることを強調しているものである」⁴⁷⁾と指摘する。一方、少数反対意見(McLachlin裁判官)では、刑法319条(2)は人権憲章2条(b)〔表現の自由〕を侵害するものであり、人権憲章1条によっても正当化できないと判示する。27条は解釈指針であることを指摘したうえで、「憎悪的表現に対して刑事訴追という手法で制限することがカナダにおける多文化主義を維持し発展させることに寄与する」という考えには否定的な見解をとる⁴⁸⁾。

事例⑧*R.v. Andrews and Smith*は、第一審では違憲審査はされていない。控訴審⁴⁹⁾においては、被告の319条(2)違反を認定する結論は一致するが、判決の導き方で2つに分かれる。一方は、表現の自由で憎悪的表現も含意するが、*Oakes*テストにおいて319条(2)の目的・効果を審査したうえで権利制限の合理性を導き出す。この目的審査において、「識別しうる文化集団に対して憎悪を助長する行為が自由であるのならば、多文化主義を発展させることは言うまでもなく、維持させることさえもできない」⁵⁰⁾と説示する。他方、憎悪的表現はそもそも表現の自由の保障の範囲外であるとして、1条審査をするまでもなく制限の有効性を認めている⁵¹⁾。最高裁では、事例⑦*R. v. Keegstra*最高裁判決と同様な判断がなされる。

(ii) 事例⑨*R. v. Zundel*では虚偽公表について争われた。事実審においては、虚偽表現を米国の手法と同様に「価値の低い言論」とみなし、2条(b)の保障範

困外とすることで、結果的に規制法規の合理性審査を回避する。最高裁⁵²⁾の判断は、4対3の僅差で刑法181条〔虚偽公表〕は人権憲章2条(b)〔表現の自由〕の侵害であり、人権憲章1条によっても正当化できないというものであった。多数意見(McLachlin裁判官)では、虚偽も表現の自由に含意するとしただうえで、刑法181条による侵害はOakesテストでも正当化されないと判断する。多数意見では27条に関する指摘はされていない。むしろ、反対意見において、多文化主義との関係で詳細な検討がなされる。反対意見(Cory裁判官及びLacobucci裁判官)では、虚偽も人権憲章2条(b)の保障範囲に入るとしただうえで、181条による2条(b)の侵害は1条のもとで正当化できると判断する。181条の立法目的について、「嘘と知りつつ故意に公表することが社会に害を与えるのは誰もがわかることであり、同条項は法で規定される制限でなく行為規範となる」⁵³⁾。また、「同条項で規定する公益とは裁判所によって定義されうるものであり、同条項の公益とは憲法上の価値から解釈されなければならない」⁵⁴⁾として、カナダの民主主義の基礎をなす人権憲章7条・15条・27条をあげる。また、27条の重要性について、以下のように指摘する。「憲章27条は、カナダの歴史、正義および真の平等といった捉えにくい目標を達成するために不可欠な指針を崇高に承認したものである。…自らの生まれながらの尊厳が認められることで得られる安心が、すべての民族的背景を持つカナダ人が自らのもともとの文化に誇りを持ち、カナダ人としての更なる誇りを持つことができる。27条は、我が国においてすべての人々の尊厳を尊重する必要性を承認することで、すべての人々に対して寛容であることを目指すものである」⁵⁵⁾。結論として、「故意の虚偽であると知っていることを意図的に公表することを禁止することは、誤ったスピーチによって生じる害悪を防ぐという公益を保護すること、およびそれによって多文化主義もとで民主主義での民族的、社会的寛容を促進することの重要性と比例する」⁵⁶⁾として、規制で失われる利益よりも得られる公益のほうが大きいとして、刑法181条による規制を正当化する。

(iii) 事例⑩ *Canada (Human Right Commission) v. Taylor* は、連邦法による特定行

為の禁止に関する事例である。第一審、控訴審ともに、当該行為は2条(b)の範疇に入るが、憲章1条により制限は正当化できると判示する。カナダ最高裁では、(a) 憎悪の表現の事例でとりあげた2つの事例と同様に、Dickson裁判官法廷多数意見とMcLachlin裁判官による反対意見にわかれた。多数意見(Dickson裁判官)は*R. v. Keegstra*と同様、1条分析において自由で民主的な社会で何が合理的制限なのかを決定する際に、憲章27条が重要な役割を果たしているとする理論構成をとる。反対意見(McLachlin裁判官)は、憎悪メッセージの抑制は重要だが、当該規制法規は広範であり比例テストの最小限の侵害に失敗しているとする。

小括

多文化主義の実現のために国家が課している表現規制としては、刑法典によるもの(憎悪助長罪・虚偽公表罪)と連邦特別法によるもの(カナダ人権法13条による憎悪助長させる電話サービスの禁止)がある。どちらの規制も、基本権として保障される「表現の自由」との衝突が考えられる。この点について、最高裁判決をみるかぎりでは、規制される表現も2条(b)の範疇に入るものとしてとらえ、当該規制は表現の自由を侵害するという前提にたつ。そのうえで規制法規の正当性を1条審査によって検討する。(a) 刑法上の憎悪的表現および(c) 連邦特別法による特定行為の禁止に関しては、規制立法の緊要性ととも、比例性についても妥当なものとして解釈されている。27条は1条審査において、当該立法の目的の重要性を強調するために使用されている。ここで明らかにされた27条の内容は、「カナダが様々な文化的集団が多様にそして豊富に存在しそれが保護し発展させることを価値とする多文化社会であること」を示すものであり、「憲章上の権利および自由の定義を解釈する際の援助として、および憲章1条での分析を行う際の要素」⁵⁸⁾ であるということである。また、「多文化主義的な考え方を採用したことは、社会から憎悪の表現を根絶するという目的が極めて重要であることを強調している」のであり、27条からは「差別禁止の原則および諸個人の文化との結びつきに対する非難や自己発展の過程に対する非難を防ぐ必要性」が特徴づけられる⁵⁹⁾ とする。

これらの指摘から、多文化主義が目指す社会のありようをいくつか垣間見ることが出来る。すなわち、多様な文化集団が多様に存在する社会であり、諸個人の文化との結びつきを大切にする社会であるから、それを否定する言動としての憎悪的表現の根絶が重要であるというものである。しかし、(b)虚偽公表に関する事例⑩R .v. Zundelでは、刑法181条の立法目的に憎悪的表現や民族差別と戦うことを含意させることは、“立法目的の変化”となるとし、1条審査でも正当化できないとされた⁶⁰⁾。

27条については、反対意見で指摘されている。(a)憎悪的表現と(c)その他の表現規制で取り上げた事例の多数意見の手法と同様に、規制立法である181条の目的の重要性を説明する際に27条を援用する。ここで明らかにされる多文化社会の内容としては、「すべての民族的集団に承認と平等な保護を受ける権利があることを認め、カナダに存在する民族的集団の集団的権利、文化の保全(the cultural integrity)そして尊厳を保護することを支持する」ものであり、そうすることで「民族的集団に属するすべての諸個人の尊厳と自尊心を高め、そして全体として社会を高める」ことが可能になるという⁶¹⁾。つまり、人権憲章27条から集団性を導き出しそれが保護されるべきと理論構成することで、結果的にはすべての諸個人の権利が保障されると考えるのである。これは、特定の集団への集団的権利を付与する意図よりも、むしろ、何らかの文化的・民族的属性に対する阻害を禁止することで、文化多元的な社会の構築を促進させる意図のほうが強いと考えられる。そのように考えるならば、表現の規制を用いて実現しようとする多文化主義の価値とは、集団そのものの属性を維持・発展させるというよりも、その集団に属する構成員の文化的権利を保障することに主眼が置かれているということになる。別の視点に立つならば、多文化主義では、他の集団の価値を貶める表現自体が内在的に抑制されているということが言えるであろう。

(3) 司法上の権利と多文化主義

公共領域において最も厳格な平等が実現されなければならない刑事手続きにおいて、諸個人の多様性はどの程度保障されているのだろうか。

事例⑪ *R.v. Tran* カナダ最高裁判決⁶²⁾ では、「英語および仏語以外の言語を話す人々が刑事司法制度へ真のそして実質的なアクセスを与えられることによって、多文化社会が維持し発展することができることになる」との判断から、通訳依頼権が適正手続きだけでなく、多文化主義からも要請されると判断される。

陪審の構成において、自分の文化的属性と同じ陪審員で構成されることを求める権利は認められていない。陪審制度とは、全国一律の制度に従って、陪審が公判を通じて証拠と議論をもとに判断するものであるから、被告人の属性を考慮した陪審の選択や事実審の開催地の変更などは認められていない。

多文化主義では、諸個人に自らの依拠する文化へのアクセス・維持が保障されると同時に、社会においても多様性を考慮することが求められる。司法においては、自己の意見表明のツールである言葉の多様性は適正手続きからも正当化されるが、裁判の中立性を維持するために、諸個人の属性に配慮した陪審や裁判の開催地変更は認められないということであろう。

第3款 判例から導かれる27条の意味

判例上の27条の使用方法は、①人権憲章上の他の条項の解釈指針、②人権憲章1条の権利制限の正当性審査 (Oakes テスト) において27条を援用することで権利制限の正当性を緩やかなものにさせる、という場合がある。判例では、それぞれ27条が援用される際に、多文化主義社会における社会のありようについて裁判所の見解が説示されている。

これらの判例における説示によって見えてきた多文化主義社会のありようとは、従来の伝統的リベラリズムで前提とされていた抽象的・均質的国民像による一元的な公的領域ではなく、多様な属性をもつ諸個人がそれぞれの属性を維持しながら共存しえる多元的な公的領域を形成するものといえる。このような多文化主義社会で求められる国家像とは、従来の好意的無視を行うことで諸個人の属性に関与しないという消極的な意味での中立性を保つものではなく、諸個人の多様性を十分に考慮し諸個人の持つ価値を尊重する社会を実現するため、調整機能を果たすのが国家の役割ということになるのではないだろうか。

そのような多文化主義社会を実現するためには、場合によっては国家が個人の権利の抑制を正当化することもありうるだろう。

例えば、特定宗派の安息日を法を通じて他者に強制させないことは、信教の自由を保障する従来の伝統的リベラリズムでも説明することが可能である。しかし、多文化主義における国家の役割とは、伝統的リベラリズムが前提とする好意的無視ではなく、中立性を崩すことのない関わりが求められている。事例⑥ *Multani v. Marguerite-Bourgeois* カナダ最高裁判決のように、世俗的な禁止規則によってシク教徒の宗教的行為（キルパンの携帯）そのものを反社会的なものとして誤って認識させるところにこそ問題があると指摘することは、国家にはそれぞれの宗教的価値を不当に侵害せず尊重して扱う役割があることを示した一例といえる。

このような姿勢を明確にするのが憎悪表現の禁止である。「多文化主義的な考え方を国家が採用したことは、憎悪的表現を根絶する目的が重要であることを強調するものである」⁶³⁾ という指摘からも、多文化社会において、諸個人の依拠する文化（属性）を蔑むようなことは否定され、誰もが尊重されなければならないという趣旨を垣間見ることができる。

これらは、国家は諸個人の多様性を承認し、尊重され、存続されうる社会環境を構築することを目指しており、その過程での生じる権利衝突を裁判所が27条を考慮しながら事例ごとに解決するという社会モデルを描くものである。その意味では、27条それ自身には実効性を持つ権利性は無くとも、この条項が存在することで、文化的・民族的の少数者は同条項を介在させた主張を行うことが可能となる。また、同条項によって、国家には多文化主義の実現のため少数者への配慮義務が内在していることが明確とされたといえるのではないだろうか。

第3節 集団的権利と多文化主義

次に、多文化主義で想定される集団的属性の保護について検討したい。カナダでは、歴史的経緯から特定の属性を持つ集団に対して憲法上で集団的権利が規定されていることは既述のとおりである。これらの集団に関する判例

を概観すると、少数派言語教育や宗派学校の特権が争われた事例において、これらの権利が27条の適用外であるという指摘はなされるが、それ以外に27条を援用する判決を見つけることはできない。それゆえ、27条が意図する範疇にこれらの特権は含意されず、特権を付与された集団の権利とは、自己の集団性を認める各条項から直接に読み込むものということができる。憲法上で規定される4つの集団は、カナダの歴史的経緯のなかで形成された特権であり、国内における政治的安定という側面から権限が分配されたものと捉えることができる。

集団として規定される権利には、英・仏語の公用語話者が少数派となった際の言語教育権（1982年憲法23条）、先住民族の権利（1982年憲法25条・35条他）、宗派学校の既得権（1982年憲法29条他）などがある。これらの特権は2つに分けることができる。少数派言語権および宗派学校の既得権は、カナダ建国の礎となった英系プロテスタントと仏系カトリックという2つの“言語－宗教共同体”の既得権として、従来から認められてきた権利ということができる。一方、先住民族の権利は、1982年憲法に規定されることによって憲法上の権利として昇華した比較的新しい権利ということができる。これらの権利は、当該集団に属する個々人の集団的アイデンティティに必要な文化を維持・発展させることに主眼が置かれており、彼らの属性を維持・発展させるために、国家は主に公的資金を支出するというかたちで関与することが認められている。集団的属性の保障に国家が関与することによって、国内における集団間の平等を図っていると思われる。

前者の少数派言語権および宗派学校の場合、教育権という権利の性質にも起因するが、集団的属性としての仏語文化や宗派の伝統を維持・発展させるという目的のもと、権利の具体的実現は当該言語共同体や宗派学校に委ねられていることが多い。そのため、国家は、憲法で規定される権利を保障するための形式要件さえ満たされているならば、集団的権利の具体的内容としての文化に干渉することなく、公的支援を行うことが可能である。しかし、先住民族の権利の場合、訴訟として提起される事例が権利の存在確認が主であることもあり、審査基準として当該先住民文化における「必須テスト」を課

すことによって、実質的には先住民族の文化の内容に国家が干渉するだけでなく、制限を加えているともいえる。この違いは、前者の訴訟内容が集団として自由権行使という性格であるのに対して、後者が土地権原や漁労権といった集団としての財産権の内容確定という性格をもつことに起因するといえるかもしれない。

憲法で規定されるこれらの特権以外の集団的属性の保障については、すでに個人権に基づく判例で紹介したように、カナダ最高裁の少数意見や下級審では集団的権利を指摘する判例はいくつか存在するが、少なくとも最高裁の多数意見においては集団的権利の内実について説示するものは存在していない。これまでの事例が集団的属性を持つ個人の権利（信教の自由など）の侵害を理由にした訴訟であり、集団の権利としての訴訟が提起されていないことも起因するが、集団的属性を個人の基本権（人権憲章2条）の範疇としての諸個人の文化へのアクセス権の保障として処理することで、実際の訴訟では保障されるべき文化の内実を問われることはない。この手法は、憲法で明示的な保障がなされていない集団としての権利の内実を争うことを避けることが可能である点で、また、集団の議論に内在する集団としての権利と集団を構成する個人の権利との衝突を避ける点でも、個人の権利に還元した処理を行うことは、集団権としての特権を付与されていない集団に属する人々にとっては有益であるといえるだろう。

これらのことを踏まえると、民族としてアングロ系・フランス系、宗派としてプロテスタント・カトリックに対して一定の特権を憲法上で規定して優先的に扱うことは、カナダに存在するエスニック共同体の間で生じる要求を調和させる場としての司法の役割に一定の限界を設けることになる。すなわち、憲法上の特権が付与された集団以外の集団の権利の実現（例：英・仏語以外の言語集団の言語教育権の実現）は、裁判によって権利の存在の確認はなされうるが、どのような内容が社会において保障されうるのかについては、政治問題として立法府に投げ返されているとみるべきであるかもしれない。

別の視点に立つならば、カナダの場合、人権憲章33条〔憲章の適用除外〕において、人権憲章2条で規定される基本的自由、7条から15条で規定される

司法上の権利および平等権に関して立法府による適用除外、つまり立法府の制定する法律によってこれらの権利について制約することが認められている。換言すると、上記の規定以外の、民主的権利（選挙権）、移転の自由、言語権、先住民の権利に関しては、最終判断が裁判所に残されていることになる。そのため、集団の権利である先住民族の権利については、彼らの主張する権利の内実について、必須テストを用いて司法が積極的に介入することが可能となる。また、言語権のひとつである言語教育権についても、照会制度などを通じて司法が積極的に介入し、二言語の優先性を実効的権利として具現化することが可能なのである。

反対に、憲法上で規定されていない集団的属性を持つ人々の場合、例えば信教の自由（2条（a））のように既存の権利枠組みを用いながら、顕在化しなかった問題をパブリック・アリーナに持ち込むこと自体に意義があるといえる。司法府は権利侵害の有無等を判断することで現行法制度の問題を指摘し、その応答として、立法府は、既存の立法では対応できない、または具体的な立法措置が必要と判断するならば、状況に応じた対応をすることになる。その意味では、多文化主義のもとで、現行法制度では法的に構成するのが困難な集団的属性の保障を具体的に実現させる責任を司法に課すだけでなく、同時に立法府には立法責任を課しているといえる。このことによって、実質的にはカナダの文化的な属性の保障に必要な基準や制度設計を民主的正当性の低い司法だけでなく、民主的統制を直接受ける立法府も担うという構図となりうるといえる。

以上のように、憲法上で規定される集団の場合、特権付与がなされると同時に、彼らの権利は基本的に人権憲章33条〔憲章の適用除外〕を免れることから、彼らの権利を実現するために司法が積極的に関与することが可能となる。それ以外の集団的属性の場合、憲法上の明確な根拠規定が存在しないことや具体的な立法措置が必要なことなどから、訴訟を通じて問題の所在を明らかにしたうえで、その具体的解決は立法府の政治課題ということになる⁶⁴。

小括—1982年憲法における27条の機能

そもそも、カナダはイギリスの影響を受けた議会主権の国家であった。その

ため、1982年憲法が制定される以前は、憲法典において人権規定は存在せず、議会主権のもとでの人権保障がなされてきた。1982年憲法の制定後のカナダは、議会主権を採るわけではないが、議会主権の名残として、33条〔適用除外条項〕を捉えることができる。同条項は、1982年憲法で規定されるすべての権利および自由に適用されるものではないが、最高規範としての憲法の法的規範性を（連邦および州）議会が否定する権限を与えている。この33条〔適用除外条項〕の対象となる条項のひとつとして2条〔基本的自由〕がある。1982年憲法で保障される基本的自由は、①良心および宗教の自由、②思想・信条・意見・表現の自由、③平穏な集会の自由、④結社の自由、この4つが含意されている。

国民の多様性を保障するという側面からみた場合、憲法典で保障される権利として、16条から23条までの言語権、23条の少数者言語権、25条および35条の先住民族の権利、29条の宗派学校の権利のように、具体的に規定される権利については、33条が適用されず、それぞれの規定が立法府を拘束する。しかし、国民それぞれに保障される基本的自由（2条）については、立法府を絶対的に拘束する条項ではない。

カナダの憲法典において保障される権利および自由には、①経済的諸権利、②労働に関する権利、失業救済に関する権利、社会福祉に関する権利などのいわゆる生存権、③文学および美術など、人間の創造活動の振興および保護に関する権利、④カナダ権利章典の前文では確認されているが家庭生活に関する権利等の基本権、この4つが欠落している⁶⁵⁾。そのため、諸個人の多様性の保障を実現するためには、集団的権利として具体的に規定される（言語権・先住民族の権利・宗派学校）以外には、①諸個人に保障される基本的自由に還元して権利を構成して国家に対して主張する、②解釈指針である27条を用いて、多様性を保障するように条項を解釈する義務が国家にあることを確認する、という2通りの手法がある。そのうち、①諸個人の基本権に還元する方法では、諸個人の権利に還元することのできない集団的属性を保障するにはおのずと限界が生じる。そこで、27条を介在させることによって、文化多元的に権利を解釈する義務があることを国家に求めることになる。27条は33条によって適

用除外とされる条項には該当していないので、国家を拘束する。しかし、条項の内容が不明確であることから、文化的・民族的少数者は訴訟を通じて不明確な条項に様々な意味充填した解釈を国家に求めることが可能となる。訴訟を通じて確認された権利内容は、立法府や行政府による具体的施策を通じて実現される。カナダ憲法には社会権が規定されていないことから、27条を根拠にして少数者は国家に対して積極的な配慮を求めているともいえる。また、国家においても、27条が存在することで、国家に要請される中立性を緩めることが可能となり、特定の集团的属性以外の人々の多様性を保障するための配慮が正当化されるのである。

- 1) Peter W.Hogg, *Canada Act 1982: Annotated* (Toronto: Carswell, 1982)
- 2) *Id.*, at 73.
- 3) *Id.*, at 73.
- 4) 例えば、D.Bottosは、1982年憲法において27条の採択が“土壇場”でなされたという事実を評して、“政治的な起源”を持つ条項として指摘する。この言葉には、様々なエスニックグループのロビー活動によって“政治的な付加”として憲法に加えられたこと、及び、カナダにおいて彼らの地位を反映するものとして、採択後も重要なものであるということの2つの意味があるとする。そのうえで、同氏は、司法における27条の取り扱いを“政治的な起源”と結びつけて、「条項の含意する政治的背景に法廷の関心の先が向けられていなければならないほど、(政治的な起源を持つ) 27条が近い将来ますます注目されることがありうるかもしれない」と指摘する。Dino Bottos, “Multiculturalism: Section 27’s Application in Charter Cases Thus Far” (1988) 26 *Alta.L. Rev.* 621 at 632. また、H.R.Hoseinは、「多文化主義に対する主たる批判は、多文化主義に応じる概念がどこまでもとどまるところを知らないという点にある。我々は文化的な相違をどのくらい受け入れられるのだろうか?」と指摘したうえで、多文化主義の名のもとで、需要に応じて如何なる言語でも公教育が提供されることや、英語や仏語以外の言葉で法律が翻訳されること、文化的多様性に対応するために“文化的中立的”な制度を修正するといったことなどがすべて含意されるべきかを問いなおす。H.R.Hosein, “Distorted: A View of Canadian Multiculturalism within a Bilingual Framework” (1991) 31 *Alta.L.Rev.* 597, at 599.
- 5) Walter S.Tarnopolsky, “The Equality Rights (ss.15, 27 and 28),” in W.Tarnopolsky and G. Beaudoin, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary* (Toronto: Carswell, 1982) at 437-442. 一般的に基本的自由として保障される信教・表現・集会・結社の自由とは諸個人によって行使されるものとされているが、礼拝する権利を挙げてみても、キリスト教・ユダヤ教、ムスリムなどに行使の仕方に違いがあるがそのことについて法は語っていない。このような権利は諸個人の権利というよりも、むしろ集団の権利として考慮すべきものとTarnopolsky教授は考える。その意味では、27条を前文や目的条項

- と解釈して条項の法的効力を制限するのではなく、2条〔基本的自由〕では捉えることの難しい権利行使の集団的主張を含意するものとして、27条の法的効力の可能性を示唆する。
- 6) Evelyn Kallen, "Multiculturalism, Minorities, and Motherhood: A Social Scientific Critique of Section 27" in Canadian Human rights Foundation, *Multiculturalism and the Charter : A Legal Perspective* (Ontario: Carswell, 1987) at 132-134, 136-137. この論稿において、Kallen教授はエスニックマイノリティの集団的アイデンティティ等を保障する条項として27条の解釈可能性を示している。しかし、実際には、27条はそのようには解されてはいないかぎり、27条はカナダの多文化の理想を表すものではなく、“母のように愛情をもって保護する (motherhood)” 声明として看做されなければならないという。
 - 7) Jack Jedwab, "To Preserve and Enhance: Canadian Multiculturalism Before and After The Charter", 19 S.C.L.R. (2d) 309 at 324.
 - 8) G.L. Gall, "Multiculturalism and the Fundamental Freedoms: Section 27 and Section 2," in Canadian Human rights Foundation, *Multiculturalism and the Charter : A Legal Perspective* (Ontario: Carswell, 1987) at 37. D. Gibson, "Section 27 of the Charter: More than a 'Rhetorical Flourish'" (1990) 28 Alta.L.Rev.589, at 591-592.
 - 9) Joseph E. Magnet, "Multiculturalism and Collective Rights: Approaches to Section 27," in Gérald-A. Beaudoin & Ed Ratushny eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* 2nd ed. (Toronto: Carswell, 1989) at 739, 744, 750.
 - 10) Joseph E. Magnet, "Multiculturalism in the Canadian Charter of Rights and Freedoms," in Gérald-A. Beaudoin & Errol Mendes eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* 3 ed. (Toronto: Carswell, 1996) at 18-24. Magnet教授の唱える媒介原理を紹介する論稿として、佐々木雅寿「カナダ憲法における多文化主義条項」大阪市立大学法学雑誌第53巻第4号 (2007) 969-1009頁がある。
 - 11) *Id.*, at 18-26.
 - 12) *Id.*, at 18-24, 18-25. 佐々木・前掲註(10) 982-983頁。
 - 13) *Id.*, at 18-26, 18-27, 18-28. 佐々木・前掲註(10) 983頁。
 - 14) *Id.*, at 18-28. 前掲註(10) 佐々木983頁。
 - 15) *Id.*, at 18-44, 18-45, 18-46.
 - 16) *Id.*, at 18-49, 18-50. 前掲註(10) 佐々木984頁。
 - 17) [1986] 1 S.C.R.103, 1986 CarswellOnt 95. この訴訟では、麻薬の所持で起訴された場合、麻薬取引のために麻薬を所持していたのではないという立証責任を起訴された側に転嫁する刑法の条項が、人権憲章11条(d)〔推定無罪〕を侵害していないのか、侵害する場合1条において正当化できるのかが問われた。判決では、麻薬の所持の事実と、麻薬取引のために麻薬を所持していたと推定することの間には、合理的関係はないと判断され、立証責任を転嫁する刑法の条項は無効であると判断された。
 - 18) *Id.*, para 67.
 - 19) 第一審 (1983) 25Alta.L.R.(2d)195, 控訴審 (1984) 28Alta.L.R.(2d)289, 上告審 [1985] 1 S.C.R. 295
 - 20) 控訴審 (1984) 14D.L.R.(4th)10, 上告審 [1986] 2 S.C.R.713.
 - 21) 第一審 (1986) 29D.L.R.(4th)709, 上告審 (1988) 52D.L.R.(4th)577.
 - 22) (1989) 62D.L.R.(4th)98.
 - 23) [1998]O.J.No.29, [1999]O.J.No.3524

- 24) 第一審REJB 2002-32333, 控訴審 (2004) 241D.L.R.(4th)336, 上告審 [2006]1 S.C.R.256.
- 25) 第一審 (1984) 19C.C.C.(3d)254, 控訴審 (1988) 60AltaL.R.(2d)1, 上告審 [1990] 3S.C.R.697.
- 26) 控訴審 (1988) 28 O.A.C.161, 上告審 [1990]3S.C.R.870.
- 27) [1992] 2S.C.R.731.
- 28) 第一審 (1984), 6C.H.R.R.D/2595, 控訴審 (1987), 9C.H.R.R.D/4929, 上告審 [1990]3S.C.R.892.
- 29) [1994] 2S.C.R.951.
- 30) [1986] 2C.N.L.R.114.
- 31) [1986] 4C.N.L.R.93.
- 32) [1992] B.C.J.No.2958.
- 33) 憲章が制定されて間もない時期の事案であり, 権利制限の正当性基準としてのOakes テストの確立以前でもあることから, 憲法訴訟において必要とされる当該立法の目的 と効果の分析が十分におこなわれたとは言い難い。
- 34) 14 D.L.R.(4th)10, 1984CarswellOnt598.
- 35) 日曜が休日と規定されることで信仰に従いすることができないという意味と, 土 曜・日曜の2日間の休業を強いられることになり経済的負担が増すという意味。
- 36) [1986] 2 S.C.R.713.
- 37) カナダでは, 法人・自然人問わず, 自らに課される法規に憲章上の侵害を見つけた 場合, その権利侵害を直接被るものでなくとも, 憲章違反を主張することができる。
- 38) *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*カナダ最高裁判決 ([1986]2S.C.R.713) における Wilson 裁判官少数意見
- 39) *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*カナダ最高裁判決 ([1986]2S.C.R.713) における La Forest裁判官少数意見
- 40) *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*控訴審 ((1984),14D.L.R.(4th)10) Tamopolsky裁判官によ る法廷意見
- 41) *Zylberberg v. Sudbury* 第一審 ((1986),15O.A.C.354,29D.L.R.(4th)709) における O'Leary 裁 判官による法廷意見
- 42) (1984) 19C.C.C.(3d)254.
- 43) (1988), 60Alta.L.R.(2d)1, (1988)43C.C.C.(3d)150.
- 44) [1990] 3 S.C.R.697. 1990CarswellAlta192.
- 45) *Id.*, paras.62-68.
- 46) *Id.*, para81.
- 47) *Id.*, para82.
- 48) *Id.*, para268.
- 49) (1988),28O.A.C.161, 1988CarswellOnt80.
- 50) *Id.*, para69, Cory J.
- 51) *Id.*, para102, Greenge J.
- 52) [1992] 2 S.C.R.731., 1990CarswellOnt61.
- 53) *Id.*, para147.
- 54) *Id.*, para155.
- 55) *Id.*, para188.
- 56) *Id.*, para250.
- 57) [1990] 3 S.C.R.892.

- 58) *R. v. Keegstra* カナダ最高裁判決 ([1990]3.S.C.R.697) における Dickson 首席裁判官による法廷多数意見。
- 59) 同上。
- 60) *R.v.Zundel* カナダ最高裁判決 ([1992]2 S.C.R.731) における MacLachlin 裁判官による法廷多数意見。
- 61) *R.v.Zundel* カナダ最高裁判決 ([1992]2 S.C.R.731) における Cary 裁判官と Lacobucci 裁判官による反対意見。
- 62) [1994] 2 S.C.R.951.
- 63) *R.v.Keegstra* カナダ最高裁判決 ([1990]3S.C.R.697) における Dickson 首席裁判官法廷多数意見。
- 64) Luan-Vu N.Tran氏は、多文化主義の実現には、27条をプログラム規定と読むことによって、個人と集団の自律を保護するという仕事を民主的正当性のない司法府に負わせるのではなく、民主的正当性のある立法府が最終責任を負うことが可能となると指摘する。Luan-Vu N.Tran, *The Canadian Cheater of Rights and Freedoms: Justification, Methods, and Limits of a Multicultural Interpretation*, 28 Colum.Hum.Rts.L.Rev.33 (1996-1997)。しかし、27条をプログラム規定と考えるには若干の問題が残る。実際、同法規を具現化する法律として、1988年に多文化主義法(連邦法)が施行されているという事実をとってみても、多文化主義を「プログラム」と捉えるのは無理がある。また、27条そのものを援用するかどうかに関わらず、権利を多文化主義的に解釈しないことは違憲の権利侵害としての判例の蓄積もされていることから、あえて、抽象的権利と言う必要もないのではないと考えられる。
- 65) 野上修市「1982年『カナダ人権憲章』とカナダ最高裁判所—カナダ憲法審査制の一考察として」法律論叢(明治大学)第58巻4・5号(1986)316頁。

第6章 多様な属性を包摂する手段としての多文化主義の可能性

本稿では、抽象的・均質的な個人を前提とする公的領域において、諸個人のアイデンティティの根源にある文化的・民族的属性が保障される可能性をカナダにおける多文化主義の実践から見出そうと試みた。

カナダの場合、憲法上の規定や判例および学説を検討した結果、多様な属性を保障するために2つの手法が用いられていることが明らかとなった。ひとつは、憲法上に特定の集団に対する特権付与条項を規定するものであり、もうひとつは、憲法上の特権を付与されていない文化的・民族的属性を持つ人々にも、自らの属性の保障を国家に要求しうる権利解釈の可能性を残す条項を規定するものである。このようなカナダの手法は、国内に文化的・民族的少数者を抱え

他の立憲主義国家においても有効な手法といえるのだろうか。

この章では、カナダが用いる2つの手法のうち、後者の手法としての1982年憲法第1章「権利および自由に関するカナダ憲章」(以下、人権憲章) 27条について、近代・現代立憲主義においてどのような意義と可能性を持つのかをあらためて検討してみたい。

第1節 平等概念と多文化主義

第1款 立憲主義における平等概念

フランス市民革命を起源にする近代立憲主義は、社会に存在する身分制などの集团的属性から個人を解放させることを重視する。このような属性から個人が解放されることによって、諸個人は平等と自由を享受できうと考えるのである。つまり、差異をなくすことが差別をなくすことになると考えられてきた。それゆえ、近代における平等とは、法を施行し適用する行政権・司法権が国民を差別してはならないという法適用の平等を意味すると同時に、事実上の差異も考慮に入れない均一的な取り扱いをすることを求めるものであった。

現代立憲主義における平等とは、立法府まで拘束する法内容の平等、および事実上の差異を考慮に入れて異なった取り扱いをすることを排除しないことまでも含意する。そのため、異なった取り扱いをすることについては、事例毎にそれが合理的なものであるかが具体的に問われることになる。また、公権力による不均等扱いの禁止によって機会の均等を確保すれば十分なのか、機会の平等を実質的に確保するために条件の平等を整備し、さらには結果の平等を実現するための公権力の措置までが要求されるのかという問題がある¹⁾。結果の平等を実現するために形式的には不均等な取扱いを公権力が行うことの是非については、アファーマティブ・アクション(以下、A.A)の問題として議論される。A.Aとは、歴史的に差別を受けてきた人々は社会構造上不利な地位に置かれているのであるから、単に差別を禁止するだけにとどまらず、彼らに対して国家が優遇措置を行うことによって、差別を解消しようとするものである。この施策を行うためには、特定の民族的・文化的差異を持つ人々を対象とすることになるが、これらの施策は彼らの置かれた状況を強制的に改善させることが

目的であって、構造的差別が解消された段階で施策は終了する。つまり、特定集団に対する優遇措置を恒常的に認めるものではない。このように、近代・現代立憲主義における平等とは、諸個人の差異に着目し、異なった取り扱いをすることまでは許容するが、必ずしも特別扱いを継続させるものではないのである。

それでは、本稿第1章で取り上げたフランス・アメリカ・日本における平等に対する考え方を整理しておこう。

伝統的な普遍主義を貫くフランスの場合、第5共和国憲法1条において、「フランスは、出生、人種または宗教による差別なしに、すべての市民に対して法律の前の平等を保障する」と規定するように、如何なる理由であれ、真正面から「出生」ないし「人種」に基づいて人々を範疇化することは許されないと考えられている²⁾。つまり、フランスでは、「出生」、「人種」および「宗教」が差別禁止事由とされており、これらの事由に基づくあらゆる異なる法的扱いが禁止されると解されている。そのため、立法者が設けた取扱の差異が憲法によって明示的に禁じられている差別に当たる場合、平等原則の厳格な審査が実施される。フランスにおいても、A.Aに該当する「積極的差別 (discrimination positive)」という概念があるが、この概念は直接にマイノリティという集団に対して集団の特権を認めるものではない。性差・地域・年齢・所得といった社会経済的格差を是正するものであって、多様な施策が含意されている。また、憲法院判例において、平等実現に関して立法府に裁量権が認められている³⁾。それゆえ、積極的差別に該当する施策に関する審査では、立法者の選択の合理性を確かめるにとどまる⁴⁾。

アメリカにおいて訴訟で平等の問題が扱われる場合⁵⁾には、合衆国憲法修正14条にみられるような平等保護 (equal protection) の問題として、一般には立法の目的と手段の問題として理解される。そのため、特定の集団に対して義務や利益を付与したり免除したりする立法に対して、最高裁は合理的な区別 (reasonable classification) という理論を展開させてきた。これは、立法の目的を達成するために合理的な手段であるならば、立法上の区別を認めるというものである。この合理的な区別の原則を適用することによって、最高裁は審査にお

ける二重の基準 (“two-tier” standard) を発展させてきた。二重の基準のひとつは、人種や民族、出身国籍による区別を「疑わしい (suspect)」区分とみて厳格審査 (strict scrutiny) に附すものである。この審査に附される場合、区分がやむにやまれぬ政府利益 (a compelling state interest) によって正当化され、この政府利益を達成するために他の取りうるべき手段がないことを政府が立証しないかぎり当該立法は違憲とされる。二重の基準のもうひとつは、疑わしい区分に該当せず、また基本権に影響を与えるものではない立法全般に対するものである。これらの立法に対しては、きわめて緩やかな審査 (minimal scrutiny) が附される。このような区分に対しては、合理性の基準 (a rational basis) を満たせば十分とされる。さらに、性による区分に関しては、厳格審査ほど厳格ではないが、社会経済規制領域に対する緩やかな審査ほど緩やかなものではない、中間審査 (intermediate scrutiny) の領域が確立されている。このように、アメリカの判例では、事実上三段階の審査基準が確立されているといえるだろう。

日本の場合、平等の具体的内容については、憲法14条1項後段に「人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない」と規定される。この規定は、1項前段の平等原則を例示的に説明したものと解される。それらの列举に該当しない場合でも、不合理な差別的取扱いは前段の原則によってすべて禁止されると解される⁶⁾。平等違反の違憲審査基準については、一般的には、民主主義ないし個人主義の理念に照らして不合理と考えられる理由による差別を禁ずるとも言えるが、この民主主義的合理性という基準は抽象的である。通説の見解では、14条後段の列举事由に関しては、人種・信条による差別の場合には立法目的が「やむにやまれぬ」必要不可欠なものであることを要求する厳格審査基準、性別・社会的身分の差別の場合には立法目的が重要なものであることを要求する「厳格な合理性」基準を適用するのが妥当とされる⁷⁾。

これら3つの国における平等の実現とは、先天的に決定される条件や思想・信条に基づく区別を禁止することによって、人々の持つ差異をなくすことに主眼が置かれている。それに対して、カナダは、多文化主義のもとで文化的・民族的な差異を認め、差異を維持しながら国民として統合を目指すところに、差

異をなくすことを主眼に置く従来の近代・現代立憲主義との大きな違いがある。このようなカナダにおいて、多文化主義のもとで文化的・民族的多様性を認めるといふことと、諸個人を平等に取り扱うといふことはどのような関係にあるのであろうか。そこで、カナダの憲法典において規定される平等とはどのように解されているのかについて以下で検討していくことにしたい。

第2款 カナダ憲法における平等

カナダにおいて平等はどのように考えられているのであろうか。憲法典における平等の解釈について代表的な事例を概観しておきたい。

(1) 1982年憲法制定以前—権利章典のもとでの平等

1982年憲法制定以前、平等を保障する規定としては、1960年に連邦法として制定されたカナダ権利章典の1条(b)「法の下での平等 (equality before the law) および法の保護に関する個人の権利」が挙げられる。しかし、権利章典は連邦の制定法であることから、憲法のような法的権威を持たず、適用範囲も連邦法に限定されたものであった。また、1条(b)で謳われる「法の下での平等」についてもきわめて限定された解釈がなされていた。例えば、*Canada (Attorney General) v. Lavell*⁹⁾ は、女性のインディアンに対してのみ、非インディアンと結婚するとインディアン部族としての身分を奪われることを規定するインディアン法12条(1)(b)の有効性について争われた事例である。カナダ最高裁は、男性と女性において取扱いに差が生じたとしても、12条(1)(b)は権利章典を侵害しないと判断した。判決理由において、権利章典における法の下での平等とは、“通常裁判所において施行されているとき、通常の国法 (the ordinary law of the Land) にすべての部門が等しく従属すること”を意味すると説示する¹⁰⁾。つまり、ここで規定される法の下での平等とは、法律を執行する機関を拘束する法適用の平等を意味するのであって、法内容の平等までは含意するものではなかった。それは、カナダはイギリスの影響を受けた議会主権を採っていたことから、“有効な連邦の目的 (a valid federal objective)” が存在するかぎりには、法律上で区分を設けることは正当であると判断されてきたことに起因する。そのため、裁判所は立法制定者の意思を尊重して、法律上に規定された区別を無効

とする判断をするのは難しい状況であった。その意味では、権利章典において規定される平等とは、立法者を拘束するものとは言い難い状況であった。この欠点を解消するのが、1982年憲法で規定された平等権である。

(2) 1982年憲法における平等

①概説

1982年憲法において、平等権は次のように規定される。

第15条〔平等権・積極的差別解消策〕

①すべての個人は、法の前および法の下において平等であり、差別されることなく、特に、人種、出身国もしくは出身民族、皮膚の色、宗教、性別、年齢または精神的もしくは身体的障害を理由に差別されることなく、法の平等な保護および平等な利益を受ける権利を有する。

②第1項の規定は、人種、出身国もしくは出身民族、皮膚の色、宗教、性別、年齢または精神的もしくは身体的障害を理由に不利な状況にある者を含む、不利な状況にある個人または集団の状況を改善することを目的とする法、計画もしくは事業を妨げるものではない。

1項の文言からも明らかなように、1982年憲法における平等は、「法の前
の平等 (equality before the law)」、
「法の下
の平等 (equality under the law)」、
「(法による) 平等の保護 (equal protection)」、
「(法による) 平等の利益 (equal benefit of the law)」と4つの内容が含意されている。これは、権利章典の制定 (1960年) 以降、様々な人権規定のもとで発達してきた差別の概念を反映させた結果でもある¹¹⁾。

15条については、1項と2項の関係について、2項は1項の例外であるのか、2項は1項の内容を明確化するものであるのかという議論がある。1項の例外として2項をとらえるならば、2項は原則として1項に違反する積極的差別解消施策に対する異議申し立てを遮断する効果を持つ。1項を明確化するものとして2項をとらえるならば、2項は15条の目的が形式的な平等ではなく実質的な平等を促進するものであることを明確化するための規定となる。通説 (Hogg教授) では、15条2項は1項を明確化するもの、すなわち実質的な平等を促進

するものとして積極的差別解消施策をとらえている¹²⁾。このように、15条それ自体の意味としては、単に形式的な意味の平等ではなく、実質的な意味の平等を促進するものといえる¹³⁾。

15条は、実際の適用の際に立法者の制定意思へ敬意を払うことが少なくなるように、“有効な連邦の目的”という文言は一掃されている。しかし、平等権に対する制約としては、他の条項と同様に、人権憲章1条で規定される「自由で民主的な社会において明確に正当化することができる合理的制限」と、33条で規定される「連邦もしくは州議会による適用除外」の宣言がある。それゆえ、15条は33条が存在することから、立法者が適用除外を宣言せずを受け入れる限りにおいて同条項は立法者を拘束するものであって、アメリカや日本のように完全に立法者を拘束しているとはいえない。アメリカや日本などは、憲法典によって立法者は拘束されるという前提が成り立つことによって、違憲審査が行われる内容により審査基準を厳格にしたり緩めたりするといった変化をつけた審査が可能となる。一方、カナダでは、憲法典は完全に立法者を拘束するものではないことから、違憲審査はOakesテストのように、比例性を用いた合理性審査とならざるを得ないとも考えられる。

②15条の解釈

当初、15条の解釈を巡っては、①どのような立法上の区別 (distinction) であっても、15条に違反する差別としてみなされ、区別が正当化されるか否かは1条のもとで判断されるという見解 (Hogg教授)¹⁴⁾ と、②立法上の区別とは“不合理で不正なもの”を意味し、15条そのものに区別が正当化されるか否かの判断に必要な要素は内在しているとする見解 (McLachlin裁判官)¹⁵⁾ があった。しかし、15条に関する初のカナダ最高裁判例となる *Andrew v. Law Society of British Columbia* (1989)¹⁶⁾ において、両者の中間に位置する解釈が示された。この解釈は、15条における差別とは「15条で列挙されている事由若しくはそれに類する事由によって区別されている場合のみ意味する」とすることで内容を限定的に捉え、区別の合理性や正当化の問題を1条に委ねるものである¹⁷⁾。

この Andrew 事件とは、ブリティッシュ・コロンビア州において弁護士資格者をカナダ市民権の取得者に限定する法律が15条1項の侵害であるとして争われた事案である。カナダ最高裁は、全員一致で市民権による区別を15条1項の侵害であると認定した。さらに、多数意見は人権憲章1条のもとでもこの区別は正当化できないと判断した。この判決以降、15条で含意される差別とは、列挙事由若しくはそれに類似する事由に基づく差別を意味するという解釈が示された。本事案では、類似する事由に市民権による区別を含意させることで、当該立法は15条1項の侵害にあると判断したのである。この判決によって、15条は差別を禁止するものであり、15条で禁止される差別とは、諸個人の持つ属性が15条の列挙事由若しくは類似する事由に該当するものであることを理由にして、当該個人に負担を課したり利益を否定したりするような不利益を強要することが含意されることが明らかとされた。また、列挙事由若しくは類似する事由を用いないすべての立法は直ちに審査から除外されることになる。これは、条項の文言によって類推される事由を除いて、15条の範囲を厳しく限定することになる¹⁸⁾。

なお、これまでの判例で明らかにされた15条1項列挙事由に類似する事由としては、市民権 (citizenship)、配偶者の地位 (marital status)、性的指向 (sexual orientation) がある。特に、性的指向に関しては、*M.v.H.* (1999)¹⁹⁾ において、「同性カップル間で関係が破綻した際に財産分与を認めないことは性的指向に対する差別であり15条1項を侵害する」と判断されて以来、同性婚を認めるか否かが問題とされてきた。2002年以降、いくつかの下級裁判所において婚姻を異性婚に限定することは15条違反であるという判断がなされた²⁰⁾ ことを受け、ブリティッシュ・コロンビアやオンタリオなど同性婚を認める州があらわれてきた。そこで、連邦政府は“婚姻”の範囲を異性婚から同性婚にまで広げることを認める連邦法制定の合憲性をカナダ最高裁へ照会制度を通じて確認²¹⁾ したうえで、新しい婚姻の定義を連邦法²²⁾ として制定するに至っている。

Andrew 事件によって確立された「15条の列挙事由若しくは類似事由による区別を差別と看做し、問題とされる立法の合理性と公正さは1条審査に附す」という手法には、内在的な問題がある。例えば、前段の15条の区別に合致す

るか否かの審査に比重を置くのか、1条審査に比重を置くのかというアプローチの違いがある。そのため、15条に関する最高裁の判断は、1999年に新しいアプローチが採用されるまでは、最高裁判事の間で意見が分かれて全員一致の判断には至らなかった。

Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1999)²³⁾ において新しく採用されたアプローチとは、文脈アプローチ (a contextual approach) と呼ばれるものであり、差別の審査基準として‘人間の尊厳 (human dignity)’を傷つけるものであるか否かの判断が全員一致で加えられた。このアプローチでは、15条で含意される差別であることを主張する際、その差別が人間の尊厳を傷つけるものであることの挙証責任を主張者に課している。そのため、主張者によって立証がなされない限り、区別の正当性を審査する1条審査に附されることなく請求が棄却されることになる²⁴⁾。このような手法は、裁判所にとって、15条に関する訴訟のインフレ化を抑制することや、短絡的な1条審査を回避するというものではそれなりの効果は期待できる。その一方で、‘人間の尊厳’の侵害の有無という基準は、侵害を主張する側の主観的要素が訴訟において考慮される可能性を持つ。すなわち、これまでの訴訟で主張することが難しかった、当該個人にとっての文化的・民族的アイデンティティが考慮される可能性があるといえる²⁵⁾。

このように15条が意図する平等とは、近代・現代立憲主義国家と同様に、列挙事由やそれに類似する事由として挙げられる諸個人のコントロールの利かない属性を理由とした区別をなくすことを主たる目的としている。しかし、‘人間の尊厳’の侵害を主張する者が立証する過程において、権利を多文化主義的に解釈する可能性も残されているといえるだろう。

(3) 15条と27条の関係

カナダは、諸個人の多様性 (diversity) が憲法で認められた価値として存在すると理解される。このことは、カナダに存在する人々が持つ人種・宗教・国籍・民族的出自が公的領域においてそのまま受け入れられることを意味する。換言するならば、公的領域において、個々人の背後にある文化的・民族的・宗

教的属性が認められるだけでなく、自らのアイデンティティを維持する権利が承認されることも含意される。この視点に立って、改めて人権憲章15条〔平等権〕と27条〔多文化主義〕の関係について検討してみたい。

先述のように、15条が意図する平等の内容とは、列挙事由やそれに類似する事由として挙げられる諸個人のコントロールの利かない特性（生まれながらの差異）を理由とする区別をなくすことが主たる目的と言えるだろう。2項で規定されるA.Aは、一時的に特定の差異を持つ集団を承認することになるが、A.Aで行われる施策は最終的に区別をなくすことが目的である。このように、15条〔平等権〕とは、既存の制度に内在する区別をなくすことを意図するものであって、諸個人の差異を承認することや差異を維持することは意図されていない。このような平等の規定は、他の立憲主義国家においても見出すことができるだろう。

カナダが他の国と異なるのは、多文化主義条項である27条が存在することである。27条が存在することによって、諸個人の持つ文化的多様性に考慮した権利解釈をすることが国家には義務づけられているのである。27条それ自体は憲章上の権利の解釈指針を示した条項にすぎないことから、15条に関連する判例に限らず、他の権利に関する判例においても、27条そのものについて直接に明示的な指摘がなされるものは少ない。むしろ、明示的な指摘がなされていなくとも、文化的多様性に考慮した権利解釈が行われていると理解すべきなのかもしれない。

15条〔平等権〕に関する事件で27条〔多文化主義〕に関する説示がある数少ない判例のひとつに、先述の *Andrew v. Law Society of British Columbia* (1989) において一部反対意見を書いたMcIntyre裁判官による平等に関する個別意見がある。McIntyre裁判官は、「15条の下で平等を促進させることには、単に区別を取り払うこと以上の特定の目標があることを認識しなければならない。もし、憲章がすべての区別を取り払うことを意図するならば、27条〔多文化主義〕、2条(a)〔良心および信教の自由〕、25条〔先住民族の権利〕、そして一定の区別を保護することを想定している他の条項が存在する余地がなくなる。さらに、同一の取り扱いがしばしば深刻な不平等を引き起こしうるかもしれないこと

は、15条2項で意識されている…」²⁶⁾と説示することによって、カナダにおける平等とは、単に区別をなくした平等処遇ではなく、それ以上の意味があることを暗示しているといえる。

また、27条に関する指摘がなされているわけではないが、15条の差別に関する新しい基準である「人間の尊厳」の侵害の有無においても、多文化主義的な権利解釈の可能性を見出すことが可能である。同基準が提示された*Law v. Canada* (1999) において、人間の尊厳について *Iacobucci* 裁判官は以下のように指摘する。

「人間の尊厳とは、個人または集団が自尊心や自己の価値を感じることを意味する。

… (中略) …

人間の尊厳とは、個人または集団が取り残され、無視され、価値を下げられていると感じるときに侵害されるのであり、また、カナダ社会においてすべての個人や集団が受け入れられる場を法が認めることによって、人間の尊厳は高められる²⁷⁾」。

この説示で注目すべきことは、人間の尊厳に集団的属性に由来する主観的な感情を法解釈に含意させたことである。人間の尊厳という概念そのものは法学になじむものとは言いがたい。しかし、人間の尊厳に対する侵害の挙証責任を主張者側に課したことによって、主張者側にとっては、従来の法概念だけでは捉えることの難しいアイデンティティに対する侵害について、既存の権利および自由という枠組みから離れて柔軟に構成し主張できる可能性が広がったとみることもできるかもしれない。現在のところ、‘人間の尊厳’の侵害の有無を争点とする判例そのものが僅かしかなく、特にこの基準と文化的・民族的マイノリティの保護との関係について指摘する判例はまだない。そのため、本稿では‘人間の尊厳’の有無の審査過程において多文化主義的な解釈の可能性を指摘するにとどめるが、今後さらなる判例が蓄積されることによって明確になることを期待したい。

15条1項および2項による平等の保障とは、単なる形式的な平等の保障ではなく、A.Aを容認することによって、実質的な平等の保障へと発展しているこ

とが理解できる。しかし、実質的平等が保障されるだけでは、文化的・民族的マイノリティの要求を満たすことにはならない。公的領域において文化的・民族的差異を残すこと（維持させること）が認められることによって、はじめて彼らの要求が満たされるといえるのではないだろうか。公的領域においてこのような差異を維持するには、国家による何らかの作為を求めることを必要とする場合がある。カナダの憲法典には、いわゆる社会権的な概念は存在しないため、国家に対して積極的な作為請求を求める根拠規定は存在しない。それゆえ、解釈指針である27条を介在させることによって、国家に対して諸個人の差異に配慮した権利解釈の義務を課すことは、多文化社会の実現において大きな意味を持つといえるだろう。

カナダにおける権利保障とは、誰もが権利や自由が平等に保障されていることを前提にすることでは他の近代立憲主義と変わらない。しかし、27条によって、権利を文化多元的に解釈する義務を国家に課すことによって、諸個人に普遍的な権利を保障するのではなく、結果的に個人の持つ属性により具体化される権利や享受する利益に違いが生じることを認めているといえるだろう。これこそが、従来の平等概念で語ることの出来なかった、諸個人の差異を維持することを目的とする多文化主義社会における平等の実現の仕方なのではないだろうか。

小括

これまでの検討をもとに、人権憲章15条と27条の関係について整理しよう。15条〔平等権〕において規定されるのは、すべての人々が差別なく平等に取り扱われることであり、近代立憲主義における平等観念そのものである。しかし、議会主権による人権保障の面影を残す33条〔適用除外〕によって、15条は完全に立法者を拘束するものではない。一方、27条〔多文化主義〕は、憲章上の権利および自由を文化多元的に解釈することを国家に義務付ける解釈指針にすぎないが、27条は33条の対象からは外れており、立法者を完全に拘束しているといえる。そこで、文化的・民族的少数者としては、憲章上の権利および自由だけでは十分に保障されることのできない集团的属性について、27

条を介在させた権利解釈を国家に対して要求することが可能となる。これは、憲法上で規定される特権付与によるマイノリティの保護とは異なり、社会における主流派とは異なる人々であれば誰もが国家に対して自らの属性の保障を要求できる可能性のある条項といえることができるだろう。

平等保障という観点からみた場合、カナダでは2つの意味での平等を実現させようとしているのかもしれない。第一の意味の平等とは、差別をなくすという意味での平等であり、これは近代立憲主義国家がこれまで用いてきたように、諸個人の差異をなくすことで実現することが可能である。しかし、公的領域において差異を捨象するのではなく、差異を認めたくえてその差異に基づく差別をなくすことを通じて、諸個人を実質的に保障することによって平等を実現することも考えられるのではないだろうか。これが第二の意味の平等であり、諸個人の持つ文化的・民族的な属性を保障するために、公的領域における文化的多様性を認めるものである。特に、第二の意味の平等に関しては、これが普遍的価値を持つものであるかについては定かではない。しかし、平等権に関する判例において、27条それ自身は判決において明記されるわけではないが、「人間の尊厳」の侵害の有無という基準を用いることによって、諸個人の持つ普遍的な権利だけでなく、諸個人の持つ文化的・集团的属性までも含意した多文化主義的な権利解釈へ結びつける可能性がある。

第3款 多文化主義において求められる法解釈

法解釈における平等とは、第一義的には形式的平等の実現であって、それがなされてはじめて実質的平等を語ることの可能な社会へ成熟するものと考えられる。多様性の保障という観点からみると、形式的平等の実現の段階であっても、従来から存在する法律上で規定される区分を見直すこと或いは区分を緩めることによって、従来よりも多様なものを許容することのできる社会制度に変えることは可能であろう。しかし、これは近代・現代立憲主義における平等の概念の枠内にとどまるものである。多文化主義社会の実現において必要とされる法解釈とは、平等概念を形式的平等から実質的平等へと変化させることだけにとどまるものではない。

多文化主義における法解釈で問題とされるべきなのは、諸個人に対する実質的平等を保障することではなく、むしろ諸個人のアイデンティティに関わる文化的・民族的差異や特殊性を維持することなのではないだろうか。つまり、社会において諸個人の持つ集団的属性が承認されるだけでなく、集団的属性を維持することについても社会において承認され擁護される必要があるといえるだろう。集団のアイデンティティを保障する手法のひとつとしては、当該社会において実質的平等を実現することも考えられる。しかし、諸個人の持つ集団的な差異や特殊性を維持するという意味では十分とは言い難い。

例えば、社会において宗教に対する寛容が認められるということは、諸個人がどのような宗教を信仰したとしても、宗教の内容に関わらず国家は干渉しないということに主眼が置かれるのであって、少数者の宗派を維持するために国家により何らかの助成や優遇施策がなされることは異なる。また、文化的マイノリティの活動に対して国家による何かしらの助成や優遇施策がなされるとしても、財源の限られた国家においてどこまでの助成がなされるのかについては民主的な正当性が必要となる。結局のところ、社会においてどこまでの多様性や特殊性が容認され、どのように保障するのかについては、法解釈の問題ではなく政治的な問題であって、民主的正当性を付与された議会において決定されるべき問題といえるだろう。その意味では、カナダは人権保障において33条〔適用除外〕のように議会主権の面影を強く残す国家であることから、多文化主義における具体的な権利内容も最終的には裁判所ではなく議会によって確定させることには、それほど違和感なく受け入れられるのかもしれない²⁸⁾。

多文化主義社会を目指すカナダにとって、差異を維持したままでの平等を実現させるうえで、人権憲章27条とはどのような役割を持つのであろうか。同条項は具体的な権利性を持たない解釈指針であるが、文化的・民族的属性の保障を主張する人々にとって、既存の権利保障枠組みに対して文化的多様性を加味した読み直しを可能にする条項であると同時に、国家においても文化的多様性に配慮することを義務付けられた条項といえるだろう。それゆえ、27条の文言そのものに具体的な権利性を見出すことができなくとも、抽象的な解釈指針という役割にとどめられることによって、そこに当事者が具体的な意味充填を

行い、柔軟な権利内容の実現を可能にしているのではないだろうか²⁹⁾。

また、法学という枠組みで多文化主義を議論する際の問題のひとつに、求められる内容が個人としての権利保障なのか、集団としての権利保障なのかという権利享有主体の問題がある。しかし、多文化主義の視点で考えた場合、権利享有主体が個人もしくは集団のどちらかであることが問題なのではない。むしろ、個人或いは集団としてアイデンティティの根源にあるものが文化的・民族的な差異であるとするならば、公的領域においてこの差異を捨象することなく、差異が尊重され、差異を維持することのできる社会をどのように実現するのかということのほうが重要である。集団的属性の保障という側面から、集団と個人の関係について注目されるが、固有の文化を享受する人々として集団が実体化することはあっても、それは固有の文化を保持する手段（受け皿）として「集団」が権利享有主体となるだけのことである。個人とは、他者との関係において自らのアイデンティティを構築するものであるから、本来ならば集団性を維持することが重要なのではなく、諸文化へのアクセスの自由（＝加入・脱退の自由）が認められることの方がより重要であると考えられる。個人とは多元的な関係性のなかで自我を形成する存在であり、諸個人にこの多元的な関係性を提供する文化を実質的に保障することが多文化主義であるといえるのではないだろうか。そのような文化を維持するため、特に少数派の文化集団には、一定の集団性と彼らに対する優遇施策は認められる必要があるかもしれない。しかし、文化それ自体は固定化されるものではなく、開かれた関係性のなかで語られなければならない。

そもそも、多文化主義理論を採用する目的は、普遍的な人権保障の枠だけでは保障することの難しい諸個人の文化的・民族的属性を公的領域においても承認し、保障することにある。ここで語られる属性の保障については、主張する人々によって意図する内容は異なる。①純粋に自らのアイデンティティの根幹にある文化を維持させることを求める場合、②何かしらの集団的権利を求める場合、③過去の不正義に対する補償の意味を含意させる場合などが考えられる。しかし、どこまでの内容を多文化主義の文脈において含意させるかについては、明確な基準があるわけではない。

既に述べたように、カナダではいくつかの集団的属性について憲法典による保障が規定されている。憲法上の特権規定は、民主的正当性が担保された議会においてその規定の合理性が確認されたものではあるが、当該条項が現在においても必要なものでありまた社会的合理性を持つものであるかは、絶えず問い直されなければならないだろう。

例えば、カナダにおいて公用語として英・仏語が憲法で規定されている(1982年憲法16条～20条)。多文化主義という観点からは、多言語教育が保障されるべきかもしれないが、国民間の共通語としての英・仏語の役割からみて、英・仏語教育が優遇されること(1982年憲法23条)はそれなりの合理性を持つといえる。また、1982年憲法における先住民族規定(1982年憲法35条)は、彼らの独自の文化の維持、政治的な自決、過去に対する補償などの複合的要素を抱える問題であるからこそ、1982年憲法の人権規定である第1章「権利および自由に関するカナダ憲章」(人権憲章)とは別に、第2章「カナダの先住民族の権利」として規定されるのである。しかし、様々な宗教の移民が流入している現在において、カトリックまたはプロテスタント系の宗派学校だけが憲法上優遇されることについては、多文化主義に反するとして他の宗教からの反発が存在する。実際、裁判において、憲法上で規定される宗派の学校のみが公的支援の対象として優遇されることは不合理であるという見解を示す裁判官もいる³⁰⁾。このように、宗派学校の優遇に関しては、裁判を通じて問い直しが行われているともいえる。

宗教上の特権集団に関連した事例として、憲法規定における特権集団ではないが、立法において義務の免除という形式をとることによって、実質的に集団的属性を保障する場合がある。この義務の免除による事実上の特権付与についても、その正当性は絶えず問いなおされなければならない。例えば、アルバータ州に居住する移民集団Hutterianは信仰上の理由によりこれまで運転免許に顔写真添付を免除されてきた。しかし、免許制度改正により、写真添付が必要とされたことが人権憲章2条(a) 信教の自由の侵害であると訴訟を提起した。この事案で争点となったのは、州が運転免許交付の条件としてHutterianに写真撮影を課すことが、人権憲章1条において正当化できるのかという点である。事

実審³¹⁾ および控訴審³²⁾ では、義務として写真添付を要求することが、Hutterianに保障されている信仰の自由の最小限の侵害にとどまることについて州側が立証することに失敗し、Hutterianは写真添付を免除されるべきであるという結論に至った。しかし、カナダ最高裁はアルバータ州政府による上訴を認め³³⁾、4対3で彼らに写真撮影を課すことは1条により正当化されると判断した³⁴⁾。Hutterianの事例は立法レベルにおける集団への特権（義務の免除）付与に対する問い直しであるが、憲法で規定される特権集団に対してもいずれ特権の問い直しが行われるはずである。

このように、多文化主義社会を実現しようとする現在においては、特権付与や免除そのものの正当性が薄れる場合もあり、これらの手法を用いる場合には絶えず正当性を問い直す必要がある。

小括

以上のように、多文化主義は諸個人の差異をそのままのかたちで受け入れることの可能な社会を構築することを目標とするものであり、実質的な平等を保障することは当該社会において差異をそのまま受け入れるひとつの手段にすぎない。多文化主義では、差異を持つ個人が平等に処遇されるということよりも、むしろ差異をどのように維持させるのが重要な問題であるといえるだろう。集団的差異を保障する方法としては、特定の集団的属性を持つ者に対しての特権付与や義務等の適用除外という方法もあるが、その正当性は絶えず問い直されなければならない。特定集団に対して何らかの施策を行う場合、他の類似する集団からも同様の処遇を求められ、権利のインフレ化を招く恐れもある。それゆえ、解釈指針とされる27条は抽象的権利性しか持たないかもしれないが、文化的・集団的属性の保障を主張する者であれば誰もが援用することが可能であるという点と、国家に文化的属性に配慮した解釈をする義務を課している点で、公的領域に属性を維持させる可能性を示唆する条項といえるだろう。

第2節 カナダ型多文化主義における27条の持つ意味

カナダは、憲法典において多文化主義条項（人権憲章27条）を設けること

によって、多文化主義の実現を国是として国内外に宣言するとともに、憲法上の権利を解釈する際に解釈指針として読み込む義務を国家に課している。前章までで明らかにされたように、この条項自体は法的意味を持つものではない。しかし、27条を介して権利を解釈する義務を国家に負わせたということは、従来の枠組みである抽象的・均質的国民像だけでは保障することのできない諸個人の文化的・民族的多様性を十分に考慮し尊重する社会を実現するため、既存の権利との調整機能を委ねたということに他ならない。

法の解釈を司る裁判所は、一般的には、市民社会において権利の衝突が生じた際、具体的な訴訟という形で裁判を通じて権利の調整を図る役割を担う。カナダの場合、裁判所の役割としてもうひとつ、照会制度³⁵⁾によって、政府から照会された法律案の合憲性を審査するという役割がある。この照会制度を通じて、裁判所は抽象的な憲法の基本原理を具体的なものへと形成してきた。裁判所には、具体的な訴訟もしくは照会制度のどちらの場合でも、カナダの文化的多元性に考慮した権利の解釈が27条により義務付けられていることで、多文化主義における権利調整を実践している。その意味では、27条そのものに具体的権利性がなくとも、憲法の価値原理として多文化主義の実践が国家に義務付けられている。

他方、憲法の構造上からも27条が規定されることの意義を見出すことが可能である。そもそも、国民国家が想定する社会は、すべての国民が同一の権利を持つ抽象的・均質的国民による社会である。それゆえ、憲法典においても、国家権力によって脅かされることのない国民一般に保障される権利が規定されるのである。しかし、カナダの場合、歴史的経緯から特定の集団に対して集団的権利が保障されることを憲法典は規定している。近代立憲主義の立場を採る国家の憲法としては、普遍的な人一般の権利および自由が規定されることが前提とされるのであって、近代立憲主義そのものが否定してきた属性に基づく集団の権利を規定することは、きわめて歪な構造を持つ憲法といえる。そこで、27条が存在することによって、憲法上では特権を付与されていない文化的・民族的属性を持つ少数者に対して、抽象的レベルでの権利性にとどまるが、国家に対して自らの属性の保障を請求することが可能となる根拠を憲法典は設

けているともいえる。図式化するならば、普遍の人権の枠組みと、憲法上の特権として認められる集団という2つのカテゴリーがあり、この2つのカテゴリーにはあてはまらない「特権付与はなされてないが、文化的・民族的属性を持つ人々」が自らの属性の保障を求めることが可能となる根拠規定として、27条が機能することになる。このように考えるならば、特定集団に対する特権条項を正当化するため、特権を持たない人々にも同様の権利保障がなされる可能性を残す必要から、27条が規定されているとも考えられる。すなわち、憲法の構造上、特権を規定することで生じる不安定さを解消するために、27条が規定されることで、少数者にとっての権利請求の拠り所としてだけでなく、一般の憲法規定によっても保障されうる可能性を示すことで、特権規定そのものが規定されていることを憲法の構造のうえでは安定なものにさせているといえるのではないだろうか。

それでは、27条のような条項は、特権付与と普遍的権利との狭間で規定されることでしか意味を持たない条項なのであろうか。換言すると、特権を付与する条項を持たず、従来の普遍的権利のみが規定される場合には、27条のような条項は必要ないのであろうか。私見であるが、従来の近代立憲主義のもとで、人一般の権利としての人権が規定され、差異をなくすことを目的とする平等を志向するかぎり、諸個人のアイデンティティの根源となる文化的・民族的属性をそのまま公的領域において承認し、文化的・民族的属性に対する権利を具体的に実現させることは難しいのではないだろうか。多文化主義という名の下でカナダが行おうとしてきたことは、近代立憲主義において前提とされてきた抽象的・具体的な国民像を具体的な国民像へ転換することであったといえる。つまり、同じ権利を持った国民ではあるが、それぞれが同質な存在ではなく異なる文化様式や宗教、民族的出自を持つ存在であるから、普遍の人権から具体化される内容も人によって異なることを認めたのがカナダなのである。文化的・民族的少数者から主張される権利内容が当該社会において保障されるかは、民主的正当性が担保される立法府において、少数者からなされる権利主張にそれ以外の人々がどれほど共感するのかという問題となる³⁶⁾。しかし、少なくとも社会から捨象されてきた文化的・民族的属性を保障するため、個人

の持つ普遍的人権を具体的なものへ読み直す可能性が27条には託されているといえるのではないだろうか。その意味では、27条とは、国内に存在するすべての人々の文化的要素を保障することが可能であるという点で、普遍的な側面を持つともいえる。

カナダにおける権利保障は、2つの意味で従来の普遍主義に対する新しい権利保障のあり方を提示していると考えられる。ひとつは、諸個人の普遍的な権利を具体的に保障する結果、同じ権利であっても個々人がそれぞれに享受する権利内容や利益に違いが生じることが許容される。権利を具体的に保障することで生じる凹凸については、訴訟や政治過程を通じて常にその正当性が問われることになる。普遍的権利の均質的な保障を行う国家からみると、権利保障が均一ではなく常に不安定なものと映るかもしれないが、対話を通じて常に調整が図られている終わりのない権利保障のあり方こそが、多文化主義における権利保障のひとつのモデルといえることができるのではないだろうか。もうひとつは、差異を承認することは、国民の間に違いが永続することを国家が認めたと同時に、多数派による同化の危険に対して少数派の持つ属性が常に確実に保障されることを認めるものである。これは従来の好意的無視を前提としてきた国家の中立性を、それぞれの少数派が配慮されるかたちへ緩めることでもある。個々の事象に応じて国家の中立性に緩急をつけることもまた、多文化主義における権利保障のあり方といえる。

この2つの手法のどちらも、近代立憲主義において捨象されてきた、特に少数派の文化的・民族的な差異を保障するために有益な手法といえる。この一例として、ヘイト・プロパガンダ（一般にいうヘイト・スピーチ）の禁止が挙げられる。憲法学では、表現の自由とは民主主義において国民が自ら政治に参加するために不可欠の前提をなす権利である表現の自由を制限することには慎重であるため、ヘイト・スピーチを禁止すること自体にも抵抗がある。カナダの場合、文化相対主義の観点から他の文化に干渉しないことが国内の安定につながるという経験則もあるかもしれないが、多文化主義社会の実現という名のもと、少数者の文化を保護する目的で、多数派からの攻撃を抑制する理論として多文化主義が用いられている。その意味では、多文化主義における差異の保障

とは、実質的には少数者の差異をいかに保障するのかに主眼が置かれているともいえる。

このような特徴を持つ多文化主義において、27条は、特定の少数派集団を保護するというような集団性そのものの保障に焦点を当てるものではなく、むしろ、諸個人にとって根源的なレベルである、アイデンティティを形成する基盤となる「文化」へのアクセスを諸個人に保障することにあるように思われる。27条を介在させて憲章上の権利および自由を解釈することによって、諸個人の差異を適切に承認した実質的な保障を可能にしているのではないだろうか。その意味では、カナダは文化的多様性の保障を諸個人の普遍的人権の実質化として読み込むことによって、従来の人権保障とも親和的なものへと転換しているといえる。

第3節 カナダ型多文化主義の日本への適用可能性

最後に、これまで検討してきたカナダ型の多文化主義が日本において適用されるのかについて検討したい。

第1款 日本において国民の属性が争われた事例

第1章で述べたように、日本では、そもそも多文化主義として保障の対象とされる移民やエスニック・マイノリティの存在がそれほど大きくなく、多文化主義の導入の必要性についてはそれほど意識されていなかった。むしろ、文化的・民族的な差異の多様性の一要因となる「移民」の入国をきわめて限定しており、また「定住外国人」に対して参政権を付与しないなど、日本国内に居住している人々の形式的平等それ自体もままならないのが現状である。そこで、「形式的平等」が保障された市民権を付与された人々の「差異」の承認として多文化主義を捉えるならば、顕在化している事例としてはアイヌ民族を巡る問題と、若干の信教の自由を巡る問題をあげることができる。

アイヌ民族に関する事例として有名な二風谷ダム事件札幌地裁判決³⁷⁾において用いられた論法は、ダム建設によって得られる公益と失われる利益との比較衡量において、行政の裁量権の際に考慮すべき事柄のひとつとしてアイヌ民族の文化享受権を位置づけたものである。その際に、アイヌは単なる少数民族

ではなく、先住民族であるという事実を上乗せさせることによって、国に対してアイヌ文化への配慮の必要性を導きだしたものである。この判決では、公的領域においてアイヌ文化の維持が権利として直接に保障されることが認められているのではなく、裁量権行使の際の考慮すべき事柄のひとつにアイヌ文化が位置づけられたにすぎない。しかし、判決においてアイヌ文化に対する配慮義務が国に課されたことによって、それ以降のアイヌ民族に対する政策に大きな変化をもたらした。アイヌ文化に関しては、1998年にアイヌ文化振興法が制定された。また、アイヌ民族の権利保障に関しては、2008年6月に国会で「アイヌ民族が先住民族であることを求める決議」が可決されたことを受け、内閣に設置された「アイヌ政策のあり方に関する有識者懇談会」において、今後の施策のあり方が議論され、2009年7月に報告書が提出された。現在、官房長官を座長とする「アイヌ政策推進会議」のもとにおかれた「政策推進作業部会」が中心となり、アイヌ民族に関する具体的施策について検討がなされている。アイヌ民族については、民族に固有の権利（例：先住権）を保障すること、文化政策として固有の文化を維持・発展させること、社会構造的な格差を解消すること（生活支援も含む）など議論すべき課題は多く、政策推進作業部会における作業の進捗状況を見守りたい。

また、裁量権行使と少数者への配慮という点では、エホバの証人剣道拒否事件も参考になる。最高裁判決³⁸⁾では、裁量権の行使においては、「剣道の履修が信仰上の教義に反する行動を余儀なくさせられるという性質のものである」という事実「相応の考慮を払う必要があった」と説示し、宗教上の真摯な理由から剣道を拒否する生徒に対して剣道にかわる代替措置を行うことは政教分離に反しないと判断した。この判決では、少数者の信教の自由を守るために、行政権行使である代替措置を厳格審査ではなく目的・効果基準を用いた審査を行うことによって、審査基準を緩めたということができよう。換言するならば、信教の自由の重要性に鑑みて、宗教上の少数者にも信教の自由が実質的な意味での平等に享受されるために、裁量権行使において求められる国家の中立性を緩めたということになる。

この2つの事例は、行政の裁量権行使において、差異として捉えられる少数

派の文化や信仰に対する配慮を認めた事例といえる。しかし、カナダの多文化主義においてみられたような、差異があることを積極的に承認し、差異を持続させることを保障するという段階での権利保障には至っていない。

第2款 日本型の多文化主義の可能性

日本の場合、国内に居住する外国籍を持つ人の処遇に関して、国家レベルでは国民として扱うことはできないが、地方レベルでは地方自治法上の「住民」³⁹⁾として扱うことが可能であり、また日本が批准する国際人権規約や人種差別撤廃条約など国際条約からも、日本国民と同等の行政サービスを受けられるようにすることは要請されている。それゆえ、地方自治において、外国籍を持つ人々を住民として捉え、地域社会の構成員として共に生活する方法を模索する取り組みが各地においてなされつつある。このような取り組みは一般的に「多文化共生」⁴⁰⁾と呼ばれている。この施策の特徴は、外国籍の人々を支援される対象として位置づけるのではなく、地域社会を支えるパートナーの一員として位置づけることにある。つまり、外国籍の人々の地域社会への参加を促し、日本人とともに地域社会をつくりあげるところに特徴がある。

多文化共生の場合、アイデンティティの根源となる文化を公的領域において承認し、特に少数者の文化の保障を国家に求める多文化主義とは異なり、文化的差異そのものを保障することに政策の力点が置かれているものではない。むしろ、外国籍の人々が地域社会に参加することで、住民の多様性を反映させたまちづくりを行うことに力点が置かれる。例えば、川崎市では、1996年（平成8年）に外国人市民代表者会議が設置され、外国籍の人々の視点に立って行政に対する問題が話し合われ、そこで審議された内容は議会に報告され、市政に反映される仕組みが構築されている。この川崎市は全国でも先進的な事例であるが、最近では各自治体においても、2006年3月に総務省が公表した「多文化共生の推進に関する研究報告書」⁴¹⁾と策定された「地域における多文化共生推進プラン」⁴²⁾に基づいて、各地域の事情に合わせた独自の「多文化共生のまちづくり指針」が策定されつつある。

このような多文化共生の手法は、外国籍の人々を国政ではなく地方自治の枠

内ではあるが日本人と同じ主体として社会に参加させるという点で、国民主権の問題を回避することが可能であり、社会参加という過程を通じて彼らの視点を反映できるという意味で多様性を確保することも可能となる。その意味では、日本型の多文化主義のあり方として捉えることが可能なかもしれない。

また、最近では「自治基本条例」⁴³⁾を制定する動きが全国に広まっている。自治基本条例とは、まちづくりの基本原則や行政の基本ルールなどを定めた自治体の最高法規といえるものである。自治の仕組みやまちづくりの基本原則を具体的に規定し、条例という形で法的根拠を持たせるものである。条例が含意する内容については、行政運営に特化したものであるのか、市民や議会のあり方を含めた自治体の総合的な運営原則を体系的に定めたものであるのかは、制定する自治体において異なる⁴⁴⁾。しかし、自治基本条例が策定される際に、外国籍の人々の住民自治への参加も含め、地域の文化的多様性を自治に反映させる条例を策定する可能性はあるといえる。その意味では、直接に文化的差異を維持するというものではないが、その地域固有の多様性を自治に反映させることは可能といえるだろう。

このように、地方自治においては、文化的多様性（特に少数者の文化の保護）を権利として直接に保障するものではないが、地域に存在する文化的・民族的な多様性を住民参加という過程を通して施策に反映することは可能である。その意味で、権利論として構成することで生じる国民主権や国家の中立性などと衝突を回避しつつ、直接に地域社会に存在する多様性を反映させることが可能な場として、住民参加型の地方自治が相応しいといえるかもしれない。

移民を受け入れる国家は、出生地主義を採用するところが多いため、移民第一世代に市民権が付与されなくとも、次世代には市民権が付与されることによって、様々な人種的出自を持った国民を創出することになる。これに対して、日本では基本的に移民を受け入れていないため、様々な民族的出自を持った国民を創出する要因は他国に比べ少なく、国民間における文化的・民族的な差異の問題はアイヌ民族など限られた問題と考えられてきた。しかし、2008年12月に国籍法が改正⁴⁵⁾されたことで、事態は大きく変わると思われる。今回の改正では、出生後に日本人により認知されていれば、父母が結婚していない場

合でも届け出によって日本国籍が取得できるようになった(改正国籍法第3条)。これは2008年6月24日の最高裁判決⁴⁶⁾を受けた改正であるが、この改正によって日本国籍を持つが文化的・民族的出自が異なる人々が増加することになるだろう。日本国籍を持つ民族的マイノリティが顕在化することによって、他国同様に民族的マイノリティとどのように向かい合えばよいのかについて検討が必要になると思われる。国家として日本国籍を持つ民族的マイノリティの文化を保障する責務を負うのか、それとも従来同様に国家は国家の中立性を盾に彼らの文化に一切関与しないのであろうか。同じ国民の中に生じる民族的出自による差異と向き合うときに、人権憲章27条のように憲法上の権利と自由を少数者にとって実質的な保障へと読み変える可能性を与える条項は、差異を保障する一つの可能性を提示していると思われる。

第3款 日本における「文化」の捉え方

日本において多文化主義が現実味を帯びなかった理由として、民族的出自が違ふ国民の存在が顕在化していないことの他に、「文化」そのものの捉え方にも問題があると思われる。

従来の法学・政治学における文化とは、杉原泰雄教授によると、知的精神的諸活動(研究, 教育, 学習, 技術, 文学などの諸活動)とその成果という意味で用いられるのが一般的であり、また、現代市民憲法のもとで「文化」を保護するということは、①文化的諸活動に国家が干渉しないというかたちで消極的に保護するだけでなく、②このような諸活動とその成果、及びそれへのアクセスと享有について公的・積極的な援助・助長をすることまでが意図されるという⁴⁷⁾。杉原教授はこのような国家を「文化国家」⁴⁸⁾と呼び、①は文化国家の第一原理、②は文化国家の第二原理とする⁴⁹⁾。また、文化国家の今日的な問題としては、第二原理である国家による積極的な「文化の助成」と国家の中立性をどのように調整を図るのが重要な問題とされている。文化の助成ということからも明らかなように、文化そのものはすぐれて人権の領域の問題でありながら実際には給付行政の問題、すなわち、文化的諸活動に国家はどれだけの費用を助成するのかという問題として捉えられることが多い。このような文化

的諸活動という意味で用いられる文化の捉え方は、多文化主義で論じられている、生活様式 (way of life) や善き生を構築するもの (design of living) と表現されるように自己のアイデンティティ形成において重要な要素としての文化、つまり社会慣習や制度も包含した自己を形成する「場」としての文化という認識とは異なることに注意を払わなければならない。

例えば、平成9年に制定されたアイヌ文化振興法⁵⁰⁾は、国内にアイヌ民族によるアイヌ文化が存在してきたことを認め、アイヌ文化が振興および国民に啓発されるための施策を図ることが規定された法律である。同法の目的において、「(アイヌ文化の振興が) 我が国の多様な文化の発展に寄与する」と規定されることから、多文化主義を意識した法律といえるだろう。同法では、国や関係都道府県にアイヌ文化振興のための施策を行うための基本計画の策定義務を規定するが、アイヌ民族に対する権利を規定するものではない。いわば行政機関に対する施行規則のようなものである。すなわち、アイヌ文化振興を助成するための行政のあり方を規定したものであって、アイヌ民族自身が文化振興を行うための法律ではない。また、同法では、アイヌ文化を固定的に捉え、アイヌ文化を多数派である和人に紹介することや保存することに力点が置かれ、アイヌ自身がどのように発展させていくのかについての視点には欠けているといえる。その意味では、多文化主義で意図される「文化」の概念ではなく、文化国家における文化的諸活動としての「文化」の概念にとどまっているといえるだろう。しかし、アイヌ民族の場合、振興法が制定され10年を経て、国内に存在する民族的マイノリティとして「文化」を国家が下支えする仕組みは整備されつつあるといえる。

今後問題となりうることは、国籍法改正によって生じる日本国籍を持つ民族的マイノリティによってもたらされる文化的多様性と国家はどのように向き合うのかということである。彼らの持つ文化的多様性は、個性のひとつとして私的領域に押しとどめられ、かつてのアイヌ民族と同様に、日本へ同化させられるという道を辿ることになるのではないだろうか。アイヌ民族と新しく生じる民族的マイノリティとの間で、それぞれのアイデンティティを形成する「文化」を保障する枠組みに違いが生じるとするならば、それはどのような理由からな

のだろうか。日本における「文化」の概念が多文化主義もしくは文化国家のどちらに立脚するものであっても、国家によって保護される文化と保護されない文化の選択について、この選択が民主主義において正当かつ合理的なものであることは、常に求められる問題といえるだろう。

第4款 カナダ型多文化主義の適用可能性

カナダの判例分析からも明らかなように、多文化主義を導入することによって、主流派から外れる文化的・民族的少数者のアイデンティティの保護という目的のために、違憲審査で求められている厳格な審査基準の厳格性を緩める効果をもたらしている。

日本における平等という考え方は、近代立憲主義に基づき、国民の間での差異をなくすことにとって差別をなくすことができ平等が実現され得るというものであった。特定の集団に対する差別解消のためにアファーマティブ・アクションの導入が議論されることもあるが、構造的差別を解消させるため当該集団を一時的に優遇させることはあっても、差異を残すことを意図したものではない。差異をなくすことで差別をなくすという平等の考え方がそれほど抵抗なく受け入れられてきた背景には、日本においては国民の間に文化的・民族的な差異がそれほど大きな問題として認識されてこなかったことが挙げられる。しかし、実際にはアイヌ民族という固有の文化を持つ人々が存在しており、国籍法の改正によって民族的な差異を持つ人々が今後増加することが考えられる。このような差異を持つ人々を持つ人々に対しては、①文化的・民族的差異は個性として私的領域に押しとどめ、国家は差異に対して好意的無視を貫くのか、②アイヌ民族のように、個々に立法を制定し差異を保障することが考えられる。②の場合、国家による保障が認められるものと認められないものとの間に差が生じることになり、差異を持つものすべてに個々に立法が設けられなければ、結果的に国民の間を断絶させることになりかねない。そこで、特権を付与するのではなく、自らの文化的・民族的差異を保障して欲しいと願う人の誰もが保障される可能性を残すという点で、カナダにおける人権憲章27条のような普遍的人権を実質的に保障する可能性を示す条項は、今後の日本においても有効

な手法ではないだろうか。

そこで、日本において多文化主義が導入される場合について、アイヌ民族を例に具体的に考えてみよう。

例えば、アイヌ民族に先住権などのいわゆる特権が憲法上で認められるとしよう。この場合には、他の民族的マイノリティの権利を保障する解釈可能性を残すために、カナダにおける人権憲章27条のような条項を規定する必要があると考えられる。一方、アイヌ民族に関する条項を憲法に挿入することまでは認めない場合であっても、アイヌ民族の文化を保障するために何らかの立法を制定する場合などは、多文化主義のもとで、審査基準を厳格な審査から緩やかな審査基準へ変えることは可能となるのではないだろうか。その一例として、アイヌ民族を侮蔑するような表現を禁止する場合が考えられるだろう。現在、日本は人種差別撤廃条約を批准しているが、同条約4条(a)および(b)⁵¹⁾に関しては、日本国憲法21条の表現の自由に抵触することを理由に留保している。確かに、同条約4条において列挙される行為を日本において禁止・処罰することは違憲となりうると思われる。しかし、学説においては、限定的な範囲であれば差別的表現の禁止は憲法上認められるという「条件付き合憲説」が有力とされている。例えば、内野正幸教授は、「差別的表現のうち一定種類のもの、とくに侮辱を自己目的とするようなものは、個人の人格の発達にとっても民主政治にとっても役立つことがないのであるから、価値の低い表現に属する」として、そのような表現は、「きわめて強い理由がなくても、かなり説得力のある正当化事由ないし対抗利益があれば、合憲的に禁止できる」という⁵²⁾。そして、差別的表現のもたらす被差別者個々人の名誉感情の侵害から被差別者を守ることの必要性は、このような対抗利益としての資格を持つとして、被差別部落民集団に対する名誉侵害的な言論を禁止しても、違憲とはならないと説く⁵³⁾。内野教授の見解にあるような「表現をその内容や価値によって区分すること」の是非については、本稿では十分な検討をすることはできない。しかし、日本にもカナダの人権憲章27条のような条項が存在するのであれば、侮蔑表現を規制する正当化事由として他者の文化の尊重を含意することが可能となり、違憲審査基準を厳格な審査から緩やかな審査へと変えることが可能になる

のではないと思われる。

さらに、表現の自由との関係では、政府言論の問題を指摘することができるだろう。公教育を政府言論のひとつと捉えることもできる。政府が「話し手」として「受け手」である子供たちが受け取る言論の内容を公定する側面を持つためである。日本の従来の公教育におけるアイヌ民族に関する記述内容を見た場合、歴史領域においてアイヌ民族の存在が若干触れられるか、公民領域において今日のアイヌ民族の権利回復運動が取り上げられているにすぎない。このような断片的な情報の提供は、たとえ間違った内容でなくとも、アイヌ民族の置かれた現状を正確に理解させるには十分とは言い難い。むしろ、「アイヌ民族は同化されてしまっている」、「アイヌ民族が固有の生活を営んでいる」といった誤解を与えたり、アイヌ文化の価値を不当に貶めたりする可能性もある。このように政府言論としての側面を持つ公教育においてアイヌ民族の歴史や存在をどのように子供に教えるのかという問題は、当事者であるアイヌ民族を含めた検討の場において教育内容を策定する必要があると思われる。政府による一方的な価値の押しつけにならないように、マイノリティの文化等を十分に考慮することは多文化主義からも要請することが可能である。

また、行政施策レベルになるが、多文化主義の導入は、二風谷ダム訴訟のようなマイノリティの存在を考慮しない行政行為に関して、行政裁量の考慮事項にマイノリティの文化保護を含意させることで、当該行政行為を違憲無効にする可能性を秘めているといえる。

このように、多文化主義のもとでは、文化に関する事案については、それが精神的自由に関するもの若しくは14条後段列举事項に関するものであっても、審査基準を厳格審査から緩やかな審査へ変えることが可能となりうる。このような手法を用いることで、国内に文化的・民族的少数者の差異を保護することが可能になるのではないだろうか。

日本のような文化的・民族的差異がそれほど問題とされていない現状において、多文化主義を導入して保障しなければならないものがあるのかについては議論の分かれるところであろう。しかし、経済のグローバル化などによって国民国家の概念そのものが揺らいでいる現状であるからこそ、属性を捨象した抽

象的・均質的国民像から脱却し多様な属性を承認すること、すなわち諸個人のアイデンティティを保障することが必要とされている。そのなかで、カナダ型多文化主義の手法は、多様性の保障を集团的権利の構築に結びつけるのではなく、個人権、すなわち諸個人の普遍的権利の実質化として読み込むことによって文化的・民族的属性を保障する可能性を示している点で、近代立憲主義における人権保障とも親和的であり、集团的権利にきわめて慎重な日本においても参考になると思われる。

- 1) 樋口陽一『憲法(第3版)』(創文社2007) 212-213頁参照。
- 2) 山元一「国家像・人間像・平等化政策—フランスにおける『積極的差別』について」、辻村みよ子監修『ジェンダー法・政策研究叢書 第8巻 政治参画とジェンダー』(東北大学出版会2007) 52頁。
- 3) 「平等原則は、立法者が異なる状況を異なる仕方では規律することにも、また一般利益のために平等を侵害することにも—いずれの場合であれ、そこから生ずる取り扱いの差異が法律の目的に見合う限り—反対するものではない」(Con.8 in n°96-375 DC du 9 avril 1996, RJC I-668)。
- 4) 山元・前掲註(2) 56,60頁。
- 5) ここで取り上げるアメリカの分析については、カナダ憲法の基本書で取り上げられるアメリカ判例分析に基づいた記述となる。それゆえ、アメリカにおける通説的見解と異なる場合が生じる可能性がある。See, Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada* (5th ed., 2007) (Toronto: Thomson Carswell), Vo. 2, 55.3 American Bill of Rights.
- 6) 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法(第四版)』(岩波書店2007) 129頁。
- 7) 芦部・前掲註(6) 129頁。
- 8) The Canadian Bill of Rights, S.C.1960,c.44. Cite to CANLII <<http://www.canlii.org/ca/as/>>
- 9) [1970] S.C.R.1349.
- 10) *Id.*, at 1366.
- 11) 1982年憲法の平等においてこのように広範な内容が規定されたのは、カナダ最高裁がかつて「法の前の平等」に対して、制限的な解釈を与えたことを克服するためでもある。Hogg, *supra* note 5, at 606-608, 615. 野上修市「1982年『カナダ人権憲章』とカナダ最高裁判所—カナダ憲法審査制の一考察として—」法律論叢(明治大学)第58巻4・5号(1986) 314-315頁参照。
- 12) Hogg, *supra* note 5, at 654-655. 佐々木雅寿「多文化主義と憲法—カナダ憲法を中心として—」杉田敦編著『岩波講座 憲法3 ネーションと市民』(岩波書店2007) 180-181頁。
- 13) カナダにおいて平等の保障が連邦法である権利章典から憲法典へと移行したことについて、カナダ最高裁判官を務めたC.L'heureux-Dubé氏によると、3つの重要な変化があるという。第一に、平等権の保障を立法レベルから憲法のレベルに引き上げたこと。第二に、法律の適用がすべての人々に一律であるという形式的平等から、法律そ

- れ自身が実質的平等のもとで個人を扱う段階への変化することによって、平等権の範囲を広げたこと。第三に、権利章典における規定に比べて保護される集団性の幅が広がり、また権利の保障を連邦政府および州政府に広げることによって、平等権の到達点を拡大したことであるという。C.L'heureux-Dubé, "Realizing equality in the twentieth century: the role of the Supreme Court of Canada in comparative perspective", *International Journal of constitutional Law*, Volume 1 (2003), p45.
- 14) Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada* (2nd ed., 1985), at 799-801.
 - 15) Andrew v. Society of British Columbia, 27 D.L.R.(4th)600, 1986 CarswellBC 113, at para. 33, McLachlin J.A.
 - 16) [1989] 1 S.C.R.143.
 - 17) 15条の列举事由およびそれに類似する事由とは、当該個人に固有の属性に基づく指標であり、これによって区別されることは禁止されることを意味する。これ以外の区分に関しては、憲法上の問題と捉えるのではなく、社会において妥当か否かという問題であり政治（民主主義）において解決すべきものとして峻別しているともいえる。
 - 18) Hogg, *supra* note5, at 623.
 - 19) [1999] 2 S.C.R.3.
 - 20) *EGALE v. Can.*(2003)225D.L.R.(4th)472(B.C.C.A.); *Halpern v. Can.* (2003) 225D.L.R. (4th) 529 (Ont.C.A)
 - 21) *Re Same-Sex Marriage* [2004] 3 S.C.R.698.
 - 22) Civil Marriage Act, S.C.2005, c.33.
 - 23) [1999] 1 S.C.R.496. この事案は、連邦年金プランにおいて、遺族配偶者が35歳未満の場合には遺族年金の受給資格がないとすることが、遺族配偶者ならば享受できる利益を侵害するとして争われた事案である。カナダ最高裁は、請求者に対して、年齢に基づく区分が請求者の人間の尊厳を傷つけるものであることの举证責任を課した。そのため、請求者は举证責任を果たすことができず、年金プランにおける区分は1条審査に附されることなく、棄却された。
 - 24) Hogg, *supra* note5, at 629-631.
 - 25) 15条の‘人間の尊厳’の侵害の立証という審査基準はまだ曖昧な部分が多いが、この基準は文化的・民族的マイノリティの集団としての尊厳というような文化的多様性の問題を引き起こし、27条における解釈義務と結びつくことを指摘する論稿として、Joan Small. "Multiculturalism, Equality, and Canadian Constitutionalism : Cohesion and Difference" in Stephen Tierney, ed. *Multiculturalism and the Canadian Constitution* (Vancouver: UBC press, 2007), pp203- 205.
 - 26) *Id.*, note16, [1989] 1 S.C.R.143, 1989 CarswellBC 16, para16.
 - 27) *Id.*, note23, [1999] 1 S.C.R.496, 1999 CarswellNat 359, para53.
 - 28) 議会主権の伝統が残るカナダでは、1982年カナダ憲法のもとで、選挙で選出されたわけではなく、またその職務に政治的責任を負うわけでもない裁判官が、適切な方法で選出された代表者によって制定された法律を無効にする権限を認められていること、換言すると裁判所が違憲審査を行うことに対する潜在的な批判がある。この批判に対して、Hogg教授は、裁判所の判断を立法府が破棄・修正・回避することが可能な場合、カナダ最高裁と立法府との関係を対話（dialogue）と捉える考え方を提示した。すなわち、裁判所が解釈した人権に対し、1982年憲法33条や1条などによって立法府が一定の制約を課すことが認められる憲法構造を持つことで、人権保障の最終的な判断を裁

- 判所と立法府の対話によって導き出されるとするものである。このような考え方がなされるのであれば、裁判所による多文化主義的な権利解釈についても、立法府による応答によって、民主的な正当性が担保され、またより具体的な権利保障が実現される可能性があるともいえるだろう。カナダにおける「対話」については、Peter W. Hogg and Allison A. Bushell, “The Charter Dialogue between Courts and Legislatures”, 35 Osgood Hall L.J.75 (1997). 佐々木雅寿「カナダにおける裁判所と立法府の対話」大阪市立大学法学雑誌第54巻第1号(2007)15-53頁, 高木康一「カナダ憲法学における『対話』理論—司法審査をめぐる議会と裁判所の関係—」専修法学論集101号(2007)51-89頁参照。
- 29) 憲法に多文化主義条項が規定されることによって、既存の立憲主義の枠組みや政治枠組みを変えることなく、国内に存在する文化的多様性に柔軟に対処することが可能となるといえる。しかし、それは当該条項そのものが文化的多様性を包摂する力があるということの意味するものではない。文化的・民族的・宗教的マイノリティが当該条項などを援用し、訴訟を通じて自らの属性の保障を多数派に主張することによって、はじめて社会において認識されることになる。その意味では、多文化主義条項が規定されることは、マイノリティが憲章を政治的な道具として利用することを可能にしたともいえるだろう。Tran, Luan-Vu, “The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Justification, Methods, and Limits of a Multicultural Interpretation”, 28 Colum.Hum.Rts.L.Rev.33 (1996-1997), pp.95-96.
- 30) 本稿第4章で取り上げた事例¹⁹Reference: Roman Catholic Separate High School founding, (1986) 13 O.A.C.241.におけるHowland裁判官による説示。
- 31) *Hutterian Brethren of Wilson Colony v. Alberta*, 2006 ABQB 338, 269 D.L.R. (4th) 757, 2006 CarswellAlta 576
- 32) *Hutterian Brethren of Wilson Colony v. Alberta*, 2007 ABCA 160, 283 D.L.R. (4th) 136, 2007 CarswellAlta 622.
- 33) *Hutterian Brethren of Wilson Colony v. Alberta*, 2007 CanLII 66759 (S.C.C.), 2007 CarswellAlta 1619.
- 34) *Hutterian Brethren of Wilson Colony v. Alberta* [2009] 2 S.C.R. 567
- 35) 本稿第2章第3節参照。
- 36) 例えば、先住民族の権利について考えてみたい。彼らは、独自の文化を持つ社会を形成していたにも関わらず、近代国家が形成される過程において、入植してきた人々に土地を奪われ、文明化という名のもとに多数派の文化を押し付けられることによって、民族として権利を剥奪され、自らの伝統や文化を否定されてきたという歴史を持つ。現代において、過去に行われた先住民族への不正義を正す必要性は誰もが認めるところだと思われる。しかし、多くの場合、儀礼的なものにすぎない政府による謝罪といった「ポリティカル・コレクトネス」で終わることが多い。先住民族の権利回復には先住民族がどのような権利を回復されるべきかを具体的に提示する必要があることは否定しないが、重要なことは先住民族にとって権利回復がどれほど重要なことであるのかを多数派に十分に理解されることである。その意味では、多数派が少数派の存在(および彼らの抱える問題)を認識し、多数派と少数派が対等な関係を築くことから始める必要があるといえるだろう。このように、少数者と多数者との関係において、不平等な承認ではなく、相互的な承認が必要であることは、Michael Ignatieffも指摘する。Michael Ignatieff, *The Right Revolution 2ed.* (Toronto: House of Anansi, 2007) at 122-124.

- 37) 札幌地裁平成9年3月27日(判時1598号33頁)。
- 38) 最高裁第二小法廷平成8年3月8日(民集50巻3号469頁,判時1564号3頁)。
- 39) 地方自治法10条で定められる「住民」は、「市町村の区域内に住所を有する者」とされ、人種・国籍・性別・年齢や行為能力の有無などは問われていない。
- 40) 政府の報告書では、地域における多文化共生とは「国籍や民族などの異なる人々が、互いの文化的違いを認めあい、対等な関係を築こうとしながら、地域社会の構成員として共に生きてゆくこと」(「多文化共生の推進に関する研究会 報告書 ～地域における多文化共生の推進に向けて～」総務省 2006年3月,5頁参照)と表現される。同報告書では、多文化共生における施策として、「コミュニケーション支援」,「生活支援」,「多文化共生のまちづくり」の3つ観点からの検討がなされている。
http://www.soumu.go.jp/s-news/2006/pdf/060307_2_bs1.pdf 参照。
- 41) 上掲HP参照。
- 42) http://www.soumu.go.jp/kokusai/pdf/tabunka_a_4.pdf 参照。
- 43) 名称については、「自治基本条例」の他に、「まちづくり基本条例」・「自治体基本条例」・「行政基本条例」などさまざまに称されている。神原勝『自治・議会基本条例論 自治体運営の先端を拓く』(公人の友社2008)2頁。
- 44) 制定されている自治基本条例の大半は、行政運営に特化したものであり、議会に関する規定を持っていても、美称の域を出ないという。神原・前掲註(43)59-60頁。
- 45) 平成20年12月12日 法律第88号
- 46) 最高裁大法廷平成20年6月4日(民集62巻6号1367頁,判時2002号3頁)。国籍法3条1項は、日本国籍の父と外国籍の母から生まれた子供で生後に認知をうけた場合のみでは日本国籍を認めず、父母が婚姻して嫡出子としての身分を取得した場合に届出により取得できるのと比較して、日本国籍を取得するのに著しく不合理な差別であり、憲法14条1項に反すると判断された事例。
- 47) 杉原泰雄著『憲法の「現在」—いまなぜ日本国憲法か—』(有信堂高文社2003)121-126頁。
- 48) 19世紀ドイツにおいて用いられたKulturstaat(文化国家)の概念は、「國の行政が國民の精神生活にまで干渉し、國家みずからが文化政策の主体とあろうと」するもの(教育法令研究会著『教育基本法の解説』(国立書院1947)52-53頁)であるが、杉原教授が用いる文化国家とは、文化的諸活動などの自由についての人権保障を前提としているものであり明らかに異なる。
- 49) 杉原泰雄編『新版体系憲法辞典』(青林書院2008)48-49頁。
- 50) 平成9年5月14日法律第52号
- 51) 人種差別撤廃条約4条は、人種的優越または憎悪に基づく思想若しくは理論に基づく行動を禁止している。具体的には(a)において、人種的優越または憎悪の基づく思想の流布や人種差別的煽動、そういった暴力的行為を煽動したり資金援助を行ったりすることを禁止し、(b)において、人種差別を助長し煽動する集団の活動を禁止する。
- 52) 内野正幸『差別的表現』(有斐閣1990)160頁。
- 53) 内野・前掲註(52)160頁。

おわりに

日本やアメリカで行われている人権保障では、諸個人の差異をなくすことを平等と捉えるために、諸個人の持つ民族的・文化的属性の保障を国家に求めることは非常に難しいことである。しかし、カナダの場合、憲法典において多文化主義を憲法上の価値として規定することで、諸個人の文化的多様性を公の場において認めるだけでなく、この文化的多様性を維持し発展するように配慮する義務が国家にあることを示したものといえるだろう。

カナダ型の多文化主義の特徴である1982年憲法27条〔多文化主義〕とは、特定の少数派集団を保護するというような集団性そのものの保障に焦点を当てるものではなく、むしろ、諸個人にとって根源的なレベルである、アイデンティティを形成する基盤となる「文化」へのアクセスを諸個人に保障することにあるように思われる。27条を介在させて憲章上の権利および自由を解釈することによって、諸個人の差異を適切に承認した実質的な保障を可能にしているのではないだろうか。その意味では、カナダは文化的多様性の保障を諸個人の普遍的人権の実質化として読み込むことによって、従来の人権保障とも親和的なものへと転換しているといえるだろう。他方、憲法の構造上からも、27条の存在意義を指摘することができる。27条が存在することは、憲法上の特権は付与されていないが普遍的人権だけでは自らの民族的・文化的属性を保障するには十分ではない人々の拠り所として機能することになる。この条項が存在することによって、憲法がきわめて安定した構造になると言えるのではないだろうか。

本稿では憲法学の視点からカナダの多文化主義について概観してきた。権利の普遍性を前提とする憲法学からみると、諸個人の民族的・文化的属性に応じて具現化される権利内容に違いが生じることを認める多文化主義は、受け入れにくいものとして感じられる。しかし、カナダは、多文化主義のもとで諸個人の具現化される権利内容に違いが生じていても、それを当然のこととして許容する社会といえる。換言するならば、カナダが国民の同質性を前提とするのではなく、むしろ具体的な存在としての国民を前提として、どこまでの特殊性が

認められるかについて、政治対話や司法審査を通じて絶えずバランスを取っている社会とすることができるのではないだろうか。その意味では、差異をなくして平等を実現する普遍主義に対して、多文化主義における新しい権利保障のあり方を提示しているといえるだろう。このような権利保障のスタイルは、カナダだけにとどまるものなのだろうか。それとも、文化的・民族的多様性という問題を抱える他の国家にも適用できる手法なのだろうか。まさにその点を検討することが、カナダ憲法を研究する私にとって今後の残された課題である。

(きくち・ひろし=本学大学院法学研究科博士課程後期修了，博士（法学），
岩手大学教育学部准教授)