

論 説

不文の憲法原理と憲法構造的解釈の意義

—カナダ最高裁における実践とその分析—

手塚 崇 聡

I. はじめに

裁判所は憲法の明文規定から離れてどこまで解釈が可能であり、またその解釈にはどのような法的効力があるのだろうか。近時カナダでは、これらの点に関する議論が展開されている。特に、明文で規定されていない不文の憲法原理を憲法解釈に用いた近年の最高裁判所(以下、最高裁という。)判決⁽¹⁾とも相俟って、不文の憲法原理の法的効力や憲法解釈との関係について積極的な議論がなされている。

後で述べるように、そもそもカナダ最高裁には、不文の憲法原理を憲法解釈に用いてきた歴史があり、特に政治問題について積極的に判断を行ったものもある⁽²⁾。そして、その際に議論となったのは、不文の憲法原理は、政治問題を統制したり立法を無効としたりするほどの法的効力を有するのか、また不文の憲法原理を用いた構造的な解釈はどのような意義があるのか、などといった論点であった。もっとも近年では、明文規定から離れた解釈がどこまで可能なのか、といった点にまで議論が派

(1) *Toronto (City) v. Ontario (Attorney General)*, 2021 S C C 34 [Toronto]. また近年では、議会主権を含む複数の相反する原理の適用を検討したものがある。*Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)*, [2018] 2 S C R 765. また本事件については、次の論文を参照。Abra Martin, “Mikisew Cree: A Lost Opportunity for Doctrinal Clarity on Constitutional Principles” (2021) 52 O L R 241.

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

生している。カナダはイギリス憲法の伝統を享受しており、その伝統に裏付けられた一定の不文の憲法原理の存在が、判例において確認されている⁽³⁾。このことは、1867年憲法⁽⁴⁾の前文において「連合王国の憲法と原理において同様の憲法を持つ」と規定されているように⁽⁵⁾、憲法の明文規定でも確認されている。ただし一方で、1867年憲法や1982年憲法⁽⁶⁾、その第一章に規定される権利と自由に関するカナダ憲章⁽⁷⁾(以下、憲章という。)などのような明文憲法が存在する。こうした伝統と明文規定の狭間で、そもそもカナダ最高裁は、コモンローの伝統に基づく憲法解釈を行ってきたのか、それとも憲法条文に準拠した(条文を優先した)憲法解釈を行ってきたのか、などといった分析も近時展開されている⁽⁸⁾。

このように、近時の最高裁における判断は、不文の憲法原理の法的効力や憲法解釈との関係に関わる従来の議論を再燃させるとともに、憲法解釈方法論に関わる新たな議論を呼び起こしている。ただし、不文の憲法原理をめぐる最高裁の理解をめぐるのは、カナダでも議論が錯綜しており、管見の限り、最高裁の判断を正確に整理したものがあるわけではない。また、学説上も不文の憲法原理の法的効力や憲法解釈との関係に関しては、後述するように、議論対立などがなされている状況にある。

そこで本稿では、こうした不文の憲法原理に関するカナダ最高裁の判

(3) 不文の憲法原理に言及した判例は後述するが、カナダ憲法の意義に関しては、次のものを参照。Peter. W. Hogg, *Constitutional law of Canada, 4th ed.*, (toronto: Carswell, 2010) ch 1 at 1-11.

(4) *Constitution Act, 1867* (UK), 30 & 31 Vict, c 3. なお、同法は「Constitution Act」であることから、「憲法法」と訳すべきところではあるが、カナダ憲法を構成する法の一部であり(後掲注74を参照)、また紛らわしい表現となることを避けるために、本稿においては敢えて「憲法」とした。

(5) 本稿で引用したカナダ憲法の規定については、『新解説 世界憲法集〔第5版〕』(三省堂、2020年)89頁以下を参照した。

(6) *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the Canada Act 1982 (UK), c 11.

(7) *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s 7, Part 1 of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (UK), 1982, c 11.

(8) 後掲注113、114の各論文を参照。

断について、まずはそれを整理することによって、カナダにおける不文の憲法原理の意義と射程、そして憲法の構造的な解釈の意義を明らかにすることを第一の目的とする。その上で、これらの意義について、学説上の議論を参考にしながら、また近年の憲法解釈をめぐる議論などを参考に、若干の検討を行うこととする。その意味で本稿は、不文の憲法原理に関するカナダ最高裁による実践の整理と分析を行うにとどまるものであり、憲法の明文規定から離れた憲法解釈がどこまで可能か、またそれによりどのような法的効力が及ぼされるのかという本質的な問題にまで、真正面から検討できるものではない。

II. カナダ最高裁における不文の憲法原理

1. カナダ最高裁における不文の憲法原理の意義とその内容

カナダ最高裁が不文の憲法原理について言及を行うことは珍しいことではないが、その具体的な内容にまで踏み込みながら、またさらに憲法解釈の場面で用いた事例はそれほど多くない。ここでは、不文の憲法原理に具体的な言及を行い、また憲法解釈との関係で詳細な検討を行った2つの代表的な最高裁判決を紹介しておこう。

(1) 州裁判官の報酬に関する照会事件

一つ目の判決は、司法権の独立という不文の憲法原理が、カナダ憲法に含まれることを明示した1997年の州裁判官の報酬に関する照会事件⁽⁹⁾である。本件は、プリンス・エドワード・アイランド(以下、PEIという。)州、マニトバ州、アルバータ州の各州において、公金から州裁判所裁判官の給与の減額を行うことの合憲性が問題となった事件である。発端は、PEI州における財政赤字削減対策の一環としてなされた裁判官の給与削減法の合憲性が最高裁に照会されたことにあったが、その後、複数の事件⁽¹⁰⁾の争点について、最高裁がまとめて回答したのが本件であ

(9) *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.)*, [1997] 3 S C R 3 [Remuneration of Judges].

る⁽¹¹⁾。争点となったのは、各州において、その政府及び議会による裁判官の給与削減が、憲章第11条 d 号⁽¹²⁾が規定する司法権の独立を侵害するか、という点である。

法廷意見は、まず司法権の独立は、「憲章第11条 d 号や1867年憲法第96条から第100条の存在にもかかわらず、憲法の特定の条項の外側にあるという意味で、根本的に不文の憲法原理である」とした⁽¹³⁾。その理由は、確かに司法権の独立に関わる憲法上の文言は複数存在するが、それらは包括的な規定であり、その文言だけでは十分に理解ができないためであった⁽¹⁴⁾。そして、司法権の独立に関する憲法解釈を説明する唯一の方法は、憲法条文そのものではなく、より深い不文の憲法原理の理解を参照することであるとされた⁽¹⁵⁾。

そして、このような憲法原理がカナダ憲法において存在することは、1867年憲法の前文⁽¹⁶⁾によって説明することができ、確かに前文は裁判規

(10) *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, (1994), 125 Nfld & P E I R 335, *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, (1995), 130 Nfld & P E I R 29, *R. v. Campbell*, *R. v. Ekmeçic* and *R. v. Wickman*, (1994) 160 A R 81, and *Manitoba Provincial Judges Assn. v. Manitoba (Minister of Justice)*, (1994) 98 Man R (2d) 67.

(11) カナダ最高裁における照会制度については、河北洋介「カナダにおける照会制度と司法」山元一他編『憲法の普遍性と歴史性』(日本評論社、2019年)787頁以下、白水隆「カナダ」初宿正典編『レクチャー比較憲法』(法律文化社、2014年)184頁以下などを参照。

(12) 憲章第11条 d 号は、次のように規定する。「犯罪を理由に起訴されたいかなる人も、以下の権利を有する。(d)法に従い独立で公平な裁判所による公正で公開の公判によって法に有罪と宣告されるまでは無罪と推定される権利」。

(13) *Remuneration of Judges*, *supra* note 9 at para 83.

(14) *Ibid* at para 85. たとえば、憲法の明文規定では、司法権の独立が下級裁判所に及ぶかどうか明らかではなく、また憲章第11条は刑事裁判を前提としており、それが民事裁判にも及ぶのかが不明である点などが指摘されている。また、憲法条文に司法権の独立の目的が語られていない点も指摘されている。

範性を持たないが、重要な法的効力を持っており、法令の目的を特定するために、またあいまいな条文解釈の補助として使用できるとした⁽¹⁷⁾。加えてこの前文は、明文規定を解釈するための鍵であるだけでなく、明文規定のギャップを埋める(gap filling)ために憲法原理の利用を求めており、またカナダにおける立憲民主主義の法的・制度的構造がイギリスと類似していることを示しており、これらのことが不文の憲法原理を用いるべき根拠であるとした⁽¹⁸⁾。そして、1867年憲法及び憲章による明文の規定は、カナダにおける司法権の独立を保護するための包括的な規定とまではいえないが、この原理は、現在ではカナダのすべての裁判所に及ぶ原理に成長しており、1867年憲法前文によって認識された憲法原理であるとした⁽¹⁹⁾。

このように認識される原理をふまえつつ、憲法条文から導かれる司法権の独立の内容は、在職期間の保障、経済的保障、行政権からの独立という3つの意義に特定され、特に本件において問題となるのは、経済的保障であるとした⁽²⁰⁾。またこの経済的保障には、さらに個人的側面と制度的側面があるが、本件では制度的側面が問題となり、それは3つの構成要素からなるとした⁽²¹⁾。そして、特に国内での紛争解決のために州裁判所の役割が増大していることから、制度的な独立の役割が期待されていること、また独立した委員会による介在によりこの独立性は担保され

(15) *Ibid* at paras 85-89. なお、カナダ憲法が不文の憲法原理を包含している点については、次の判例でも確認されている。*New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S C R 319 [*New Brunswick*].

(16) 1867年憲法の前文は、次のように規定する。「カナダ、ノバスコシア及びニューブランズウィックの植民諸州は、グレート・ブリテン及びアイルランドの連合王国の国王のもとで、連邦を形成し、連合王国の憲法と原理において同様の憲法を持つ、ひとつの自治国(Dominion)を作りたいとの希望を表明し、(以下略)」。

(17) *Remuneration of Judges*, *supra* note 9 at para 94.

(18) *Ibid* at paras 95-96.

(19) *Ibid* at paras 106-109.

(20) *Ibid* at paras 110-122.

るべきことを強調し、「司法権の非政治化は、権力分立、ひいてはカナダ憲法の基本であり、憲章第11条 d 号のような憲法規定は、この原理を守るような方法で解釈されなければならない」とした⁽²²⁾。以上のようなことを踏まえて、PEI州、アルバータ州では、独立した客観的かつ効果的な委員会が存在せず、またマニトバ州では同様の委員会があったものの、それを利用せずに報酬の減額決定がなされたために、最高裁はそれぞれ違憲であることを勧告し、また将来的に委員会等が設置された場合には、一定の合理性があることを指摘した⁽²³⁾。

これに対して、反対意見を執筆したラ・フォレスト (Gérard Vincent La Forest) 裁判官は、司法権の独立という憲法原理は、イギリスに由来するものではなく、カナダの立憲主義に由来するものであるとする。すなわち、カナダ憲法は違憲審査権と司法権の独立の両方を明示的に規定しており、これらの規定は、明文化されていない司法権の独立の保障を補う形で解釈されてきたが、それは前文を根拠とするものではなく、通常の憲法解釈のメカニズムによって行われたものであって、その正当性は民主的意思の表明に基づくもので、不文の憲法原理に関する疑わしい理論に基づくものではないとした⁽²⁴⁾。このようにラ・フォレスト裁判官

(21) *Ibid* at paras 131–137. 3つの構成要素とは、①裁判官報酬の変更又は凍結は、政治的干渉の可能性又はそのような印象を避けるために、報酬を決定するための独立した、有効で、客観的な特別のプロセスを事前に利用することが必要であり、司法と他の政治部門との間に介在する委員会が必要であること、②司法関係者が行政府や立法府の代表者と報酬に関する交渉に関与することは、いかなる場合にも許されず、そのような交渉は司法権の独立と根本的に相反すること、③財政状況に基づく給与の削減は、裁判官の職責に必要な基本的最低水準よりも低くすることはできないこと、である。なお、最高裁はヴァレンテ事件 (*Valente v R*, [1985] 2 S C R 673) から、これらの3つの要素を導いている。

(22) *Remuneration of Judges*, *supra* note 9 at para 141.

(23) *Ibid* at paras 288–295.

(24) *Ibid* at para 319. なお、報酬に関する委員会や報酬の議論を避ける方針は、立法政策上の問題として望ましいかもしれないが、憲章第11条 d 号はそれを直接義務付けてはいないとした。

は、前文を根拠とする法廷意見の理解を痛烈に批判している。

(2) ケベック州分離独立照会事件

州裁判官の報酬に関する照会事件における判断は、その後のケベック州分離独立照会事件⁽²⁵⁾においても踏襲されている。また同事件は、不文の憲法原理の意義や性質、そして機能などに至るまで、詳細な言及を行っているため、カナダにおける不文の憲法原理を分析する上で、最重要ともいえる判例である。この事件は、1995年のケベック州での住民投票をきっかけに、その分離独立について連邦政府が総督を通じて連邦最高裁に質問を行ったものである。その質問内容は、①カナダ憲法の下で、ケベック州議会、州政府は、同州のカナダからの分離独立を一方的に実現することができるか、②国際法は、ケベック州議会又は州政府に、同州のカナダからの分離独立を一方的に実現する権利を与えるか、また国際法上の自決権は存在するか、③ケベック州議会又は州政府が、同州のカナダからの分離独立を一方的に実現する権利について、国内法と国際法が対立する場合、カナダではどちらが優先されるか、という3点である。本稿で問題となる憲法原理については、特に①の論点に関わるため、この点に絞って紹介する⁽²⁶⁾。

第1の質問に対する検討において、最高裁はまず、1982年憲法には不文の憲法原理が含まれることを確認した。すなわち、憲法原理(principles)は憲法の明文規定では対処できない問題や状況に対処するためにカナダ憲法にとって必要であり、またそれは「憲法の条文自体、歴史的背景、及び憲法の意味に関する過去の司法解釈の理解から生まれるもの」であるとし、カナダにおいて具体的に導かれる憲法原理としては、

⁽²⁵⁾ *Secession of Quebec, supra note 2.*

⁽²⁶⁾ なお最高裁は、本案の検討に入る前に、その予備的判断として、最高裁判所法第53条の合憲性(照会制度の合憲性)に言及し、海外事例をふまえ、カナダ憲法が厳密な権力分立を採用していないことを前提として憲法上有効であること、また裁判所の管轄権については、同法の解釈により認められること、さらに司法判断の可能性について、条件付きで肯定(政治問題の法理は妥当しない)した。

「連邦主義、民主主義、立憲主義と法の支配、少数者の尊重」の4つであるとした⁽²⁷⁾。そして、カナダが発展してきた歴史的な文脈の中に、これらの憲法原理が含まれていることを検証した。つまり、まず1867年の憲法制定は、イギリスから「独立した政治体制への移行の第一歩であり、連邦制は、多様性と統一を調和させるための政治的メカニズムであった」ことを確認した⁽²⁸⁾。また、連邦と州の権限配分のために憲法条文が必要となったため、連邦制でありながら原理的にイギリスの憲法に類似した憲法を有することになったが、カナダとイギリスの統治形態が明らかに異なることを考慮しても、民主的制度や法の支配を含む憲法原理の連続性、そして主権行使の連続性を考慮することが重要であると歴史的に捉えられてきたことを指摘した⁽²⁹⁾。そして、1982年憲法の公布により、法的・政治的進化が達成されたのであり、それによって、「少数民族、先住民、平等、法的権利、言語、基本的自由の保護に取り組むことが再確認された」とした⁽³⁰⁾。最後に、こうした歴史的な文脈を通じて、「わが国の憲法上の取り決めの進化が、法の支配の堅持、民主的制度の尊重、少数派の融和、政府による憲法遵守の主張、継続性と安定性の希求によって特徴づけられてきたことは明らかである」とした⁽³¹⁾。

最高裁はこうした歴史的な文脈を踏まえつつ、さらに、憲法原理の性質に言及している。すなわち、カナダ憲法は131年の進化の産物であり、主として文書で書かれたものであるが、その言葉の背後には、「時代を超えて広がる歴史的な系譜があり、それが憲法の基本原理を考察する際の補助となる」こと、そして「これらの原理は、憲法の条文に情報を与え、それを支えるものであり、条文の基礎となる重要な暗黙の前提となるものである」とした⁽³²⁾。ただし、先例⁽³³⁾によれば、憲法には「内部構

(27) *Secession of Quebec*, *supra* note 2 at para 32. なお、これらの原理は網羅的なものではないとしている。

(28) *Ibid* at para 43.

(29) *Ibid* at para 44.

(30) *Ibid* at para 46.

(31) *Ibid* at para 48.

(32) *Ibid* at para 49.

造(internal architecture)」又は「基本構造(basic constitutional structure)」があり、憲法はこの構造を参照して解釈されなければならない、憲法原理はこの基本構造を支えるものであり、「憲法の構造そのものの主要な要素であり、それゆえ憲法の源(lifeblood)である」とした⁽³⁴⁾。さらに、こうした憲法原理は、条文の解釈だけでなく、管轄権の範囲、権利と義務の範囲、政治機関の役割の明確化をも支援するものであり、このことは「生ける樹」としての憲法の発展・進化を継続的に行う上で必要不可欠なものであるとした⁽³⁵⁾。

もっとも、違憲審査権が法的安定性と予測可能性の観点から明文規定にその根拠を有することから、不文の憲法原理は明文憲法に優位するものではないことを確認した。そしてそのことは、前述した州裁判官の報酬に関する照会事件でも確認されているとした⁽³⁶⁾。すなわち、不文の憲法原理は、前文が求めるように、憲法の明文規定のギャップを埋めることに利用されるのであり、そのことは憲法に明示された前文によって担保されているというのである。さらに、一定の状況下においては、政府の行為に対する実質的な制限を構成する法的義務を生じさせるような、「完全な法的効力(full legal force)」を持つ場合があると明示した⁽³⁷⁾。この点は本稿において重要な論点となるが、後で検討を行う。

最高裁は不文の憲法原理について、特に本件にかかわるものとして、連邦主義⁽³⁸⁾、民主主義⁽³⁹⁾、立憲主義と法の支配⁽⁴⁰⁾、マイノリティの人権⁽⁴¹⁾を掲げ、それぞれの内容について具体的な内容を明らかにしてい

(33) *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S C R 2.

(34) *Secession of Quebec*, *supra* note 2 at para 51.

(35) *Ibid* at para 52.

(36) *Ibid* at para 53.

(37) *Ibid* at para 54.

(38) 連邦主義の原理は、「連邦を構成する各州の多様性と、それぞれの管轄領域内で社会を発展させるための州政府の自治を認めるものである」とされ、また、「わが国の連邦制は、この多様性を考慮し、特定の社会的目的の達成に最も適していると考えられる政府に権力を配分することで、民主的参加を促進するものである」とされる。See *ibid* at para 58.

る。そして本件の質問に対して、次のように述べている。すなわち、連邦からの州の一方的な分離は、法的には憲法の改正を必要とし、そのためには連邦と州との交渉が必要となるが、確かに憲法は、州が連邦から分離する能力について沈黙していることは事実である。憲法は分離を明示的に許可も禁止もしていないものの、分離行為は、現在の憲法上の取り決めと明らかに矛盾する方法で、カナダの統治を変更しようとするものである⁽⁴²⁾。そのため、憲法が国民投票手続について言及していないと

-
- (39) 民主主義には、「制度的側面と個人的側面がある」とする。まず制度的側面については、「民主主義とは、一般に多数決の政治制度と理解されている」が、「普通選挙権とより効果的な代表権の目標に向かって進む進歩的民主主義」であるとし、また個人的側面については、「民主主義は基本的に実体的な目標、最も重要なこととして、自治の推進に関係しており、文化的・集団的アイデンティティを受け入れるものである」とする。またその内実については、「人間固有の尊厳の尊重、社会正義と平等への献身、多様な信念の受容、文化と集団のアイデンティティの尊重、個人と集団の社会参加を促進する社会制度と政治制度への信頼など」があるとされ、その他にも、連邦制、法の支配との調和、さらに継続的議論のプロセスが必要であるとされる。See *ibid* at paras 61-68.
- (40) 「法の支配は、市民や住民が安定し、予測可能で、秩序ある社会で生活することを保障しており、国家の恣意的な行動から個人を保護するものである」とされる。そして、法の支配には3つの要素があり、「法が政府と私人の両方の行為に優越すること」、「一般的な原理を維持し具現化する実定法秩序を創造し維持することを必要とすること」、「すべての公権力の行使は、その究極的な源を法規範に見出さなければならないこと」であるとされる。さらに「立憲主義や法の支配は、民主主義と対立するものではなく、むしろ民主主義に不可欠なものである」とされ、「この関係がなければ、民主的な決定の基礎となる政治的意思自体が損なわれてしまう」という。See *ibid* at paras 70-78.
- (41) 少数者の保護に関わる憲法上の規定は妥協の産物であるが、「少数派の宗教教育権の保護は連邦に至る交渉において重要な考慮事項」であったこと、また「これらの規定が交渉と政治的妥協の産物であったとしても、それが原理として機能しないものではないこと」などが重要であるとされる。See *ibid* at paras 79-82.
- (42) *Ibid* at para 84.

しても、民主主義の原理からすると、ケベック州の人々がカナダから分離独立する明確な意思表示を行っており⁽⁴³⁾、また連邦主義の観点からは、分離独立を希望するすべての当事者に憲法改正を交渉するテーブルにつく義務を生じさせる⁽⁴⁴⁾。そのことからすると、交渉義務の内容は、憲法原理に留意して実施されなければならないということになり、ケベック州のカナダからの一方的な単独分離独立は、憲法原理に適合する交渉なしには達成することはできないと判断した⁽⁴⁵⁾。

(3) 小括

カナダ最高裁における2つの事例で示された内容をまとめると、それぞれ次のようになるであろう。まず、州裁判官の報酬に関する照会事件では、カナダ憲法には不文の憲法原理が含まれ、憲法条文に不明確な点が含まれる場合に、不文の憲法原理(特に司法権の独立)をそのギャップを埋めるために用いることができ、またその根拠は1867年憲法の前文に求めることができることとされた。またケベック分離独立照会事件では、さらに不文の憲法原理の意義、性質、機能に至る詳細な説明がなされている。特に後者の事件については、次のような点を指摘してまとめるものがある⁽⁴⁶⁾。まず最高裁は、①憲法の基本構造の要素として憲法原理を位置付けている。すなわち、憲法には、全体を一貫して解釈するための基本構造があり、その要素を提供するのが憲法原理であるとしている。そして、②憲法はその基本構造を全体として参照しながら解釈され

(43) *Ibid* at para 87.

(44) *Ibid* at para 88.

(45) *Ibid* at para 104. もっとも最高裁は、カナダの憲法原理が求めているのは、あくまでも一方的な交渉なしの分離独立であり、州には憲法原理に従った交渉の義務があることを強調している。また、憲法上、一方的な交渉なしの分離独立は認められないが、違憲の分離独立宣言が、事実上の分離独立につながる可能性は否定できないとしている。See at para 106.

(46) Malcolm Rowe and Nicolas Déplanche, *Canada's Unwritten Constitutional Order: Conventions and Structural Analysis*, (2020) 98-3 C B R 431 at 439-440.

なければならず、またその構造の主要な要素である憲法原理を憲法の源であるとしている。さらに、③憲法原理は「生ける樹」としての憲法の適切な発展と進化を可能にしている。そして、これらのこととも関係するが、④憲法原理は、法の欠缺を埋めるものであるとしている。すなわち、法的安定性や予測可能性の観点から憲法条文は優位するものの、憲法条文が規定していない空白を埋めるものであるとしている。そして最後に、⑤憲法原理には、一定の状況下において、「完全な法的効力」があるとされる。

以上の指摘をも踏まえつつ、カナダ最高裁が理解する不文の憲法原理をまとめると、本稿においては、次のように整理することができる。すなわち、A. 歴史的な文脈を踏まえると、カナダ憲法には不文の憲法原理が含まれ、それはカナダ憲法の基本構造(又は内部構造)を構成する要素であること、そしてB. 不文の憲法原理の内容としては、司法権の独立、連邦主義、民主主義、立憲主義と法の支配、マイノリティの人権などが提示されていること、またC. 不文の憲法原理が存在する(又はそれを条文解釈において用いることができる)根拠は、1982年憲法前文に見出すことができること、D. 不文の憲法原理の機能は、憲法条文の解釈の補助や法の欠缺(又は条文間のギャップ)を埋めるものであること、最後に、E. その効力は、一定の状況下で「完全な法的効力」が認められること、である。もっとも、これらの各論点については、不明確な点や具体的な検討を要する点がいくつかある。そのため次に、こうしたA. 憲法の基本構造の意義、B. 内容、C. 根拠、D. 機能、E. 効力という整理に従い、それぞれの判例上の意義について検討をしていく。

2. 不文の憲法原理に関する判例上の意義

(1) 憲法の基本構造の意義

まず最高裁が言及する「憲法の基本構造」とは、どのような意義を有するものだろうか。この用語をカナダ最高裁が初めて用いたのは、1987年のOPSEU事件最高裁判決⁽⁴⁷⁾である。同事件で最高裁は、「1867年憲法

(47) *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S C R 2

の制定により形成されたわが国の憲法の基本構造が、連邦及び州レベルで自由に選出された立法機関を含む一定の政治機関の存在を想定していることに疑いの余地はない」が、「連邦議会も州議会も、この憲法の基本構造の運用を実質的に妨害するような効果を持つ法律を制定することはできない」とした⁽⁴⁸⁾。このように同判決は、憲法の基本構造は議会主権を含むものであるが、立法機関は憲法の基本構造に反する立法を行うことはできないと判断している。その後、この憲法の基本構造に関する言及を用いたのが、前述したケベック分離照会事件であり、最高裁は、カナダ憲法には内部構造があり、OPSEU判決を踏まえて、憲法の解釈は憲法構造の全体を参照して解釈しなければならないとしたのである⁽⁴⁹⁾。

なお最高裁は、2014年の最高裁判所法に関する照会事件⁽⁵⁰⁾においても、かつてのイギリス枢密院による判断は、カナダにおける三権分立の形成や理解に大きな影響を与え、「カナダの憲法構造について中心的な役割を果たした」としている⁽⁵¹⁾。もっとも、同事件での判断は憲法の基本構造について、それ以上の具体的な指摘を行っていない。そこで、同年に問題となった上院改革に関する照会事件⁽⁵²⁾が参考になる。この事件は、2011年、当時の保守党政権が上院議員の任期制限や諮問型選挙⁽⁵³⁾ (advisory elections)を内容とする憲法改正案を連邦議会に提出したことに端を発するものである⁽⁵⁴⁾。その後、保守党政府は突然審議を中断し、2013年2月、最高裁にいくつかの質問を提出し、それらの勧告的意見を求めたのである。最高裁はこれらの具体的な質問内容の検討に入る前に、カナダ憲法の性質と内容、憲法改正の概念、及び憲法の改正手続に

(48) *Ibid* at paras 151–152.

(49) *Secession of Quebec, supra* note 2 at para 50.

(50) *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6, 2014* [2014] 1 S C R 433 [Supreme Court Act].

(51) *Ibid* at para 82.

(52) *Reference re Senate Reform, 2014* S C C 32 [Senate Reform].

(53) 有権者が上院議員の「推薦人」を選出し、その名前を首相に提出して上院の空席を埋める際に検討してもらうというものである。See *ibid* at paras 8–9.

について検討を行っている。まずカナダ憲法の性質については、憲法は「原理(principles)と準則(rules)の集合体」であり、「わが国の統治システムの包括的な法的枠組み」を提供していることなどを指摘し⁽⁵⁵⁾、憲法は国家の構造を実現するものであることから、「憲法の条文そのもの、歴史的背景、憲法の意味に関する過去の司法解釈」を参照して理解しなければならないとした⁽⁵⁶⁾。そして先例⁽⁵⁷⁾を踏まえて、解釈準則として、憲法を広範かつ目的的に解釈し、言語的、哲学的、歴史的に適切な文脈に依拠することが求められること、また憲法解釈は、連邦主義、民主主義、少数者の保護、さらには立憲主義や法の支配などを含む根本的な憲法原理に基づいて行われなければならないこと、さらに、憲法は内部構造又は基本構造を持っており、それに基づく解釈を行わなければならないことを確認した⁽⁵⁸⁾。そして、1982年憲法第5編が規定する「カナダ憲法の改正手続」は、憲法の性質とその解釈準則に基づいており、憲法は単なる個別条文の集合体ではなく基本構造があるため、その改正は文言

(54) 上院改革案の経緯については、宮畑建志「カナダの上院改革と党派性—トルドー政権下の上院議員任命制改革をめぐる—」レファレンス837号(2020年)106-109頁を参照。また、カナダの上院とその改革の概要に関しては、富井幸雄「カナダの上院(一)(二)—憲法と第二院—」法学会雑誌47巻2号(2007年)35-79頁、法学会雑誌48巻1号(2007年)1-58頁、岩崎美紀子『二院制議会の比較政治学—上院の役割を中心に』(岩波書店、2013年)11-36頁なども参照。

(55) *Senate Reform, supra note 52 at para 23.*

(56) *Ibid at para 25.*

(57) 解釈準則については、次の判例が引用されている。*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S C R 145, *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A C 124 (P C), *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S C R 295, *Supreme Court Act supra note 50*. また憲法原理については、次の判例が引用されている。*Secession of Quebec supra note 2*, *Remuneration of Judges supra note 9*, *New Brunswick supra note 15*, *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S C R 721.

(58) *Reference re Senate Reform, supra note 52 at 26*. 最高裁によれば、文言の根底にある前提や、各条項の相互作用に関わる意図が、憲法の文言の解釈、理解、適用に反映されなければならないとされる。

の変更だけを意味するのではなく、憲法の基本構造の変更をも含むものであるとした⁽⁵⁹⁾。そしてその上で、諮問型選挙を実施することは憲法の基本構造を変更するものであるため、一般的な憲法改正手続が必要であるとした⁽⁶⁰⁾。

このように、憲法の基本構造は憲法原理に基づく解釈を導くものであり、また憲法構造の変更は憲法改正を意味するものであるとされている。その具体的な姿は不文の憲法原理によって明らかにされることが前提となるが、憲法解釈に影響を与え、かつ憲法改正の限界点⁽⁶¹⁾としての機能を有することが最高裁によって明らかにされている⁽⁶²⁾。

(2) 不文の憲法原理の内容

それでは、こうした憲法の基本構造を構成し、憲法解釈や憲法改正の限界にも影響しうる不文の憲法原理の内容には、どのような内容が含まれるのであろうか。まず最高裁がこれまで示してきた憲法原理は、連邦主義、民主主義、立憲主義、少数者の保護、法の支配、司法権の独立など多岐に及ぶ。しかし、例外を除いては、多くの国々においても認められる基本原理であって、「不文の憲法原理」とあえて位置づけることの意義も問われるだろう。ただしこれらの内容の中には、カナダ特有の議論も存在し、たとえば少数者の保護などが含まれることは重要な点であろう。本稿では、この点についての議論を深めることはできないが、こ

(59) *Ibid* at para 27.

(60) *Ibid* at paras 68–70.

(61) なお、カナダの憲法の基本構造と憲法改正に関する議論については、手塚崇聡・大林啓吾「政治部門の憲法解釈による事実上の憲法改正」社会科学研究42巻2号(2022年)33頁以下を参照願いたい。

(62) なお、特に憲法改正に関する限界の文脈においてはああるが、カナダ、スペイン、インド等で採用される憲法の基本構造の内容として、カナダ最高裁が民主主義を、連邦主義、少数者の尊重、立憲主義、法の支配とともに、カナダ憲法の基本構造の一部をなす基本原理の一つとして認めていることに重要な意義を見出す指摘がある。Joel I. Colón-Ríos & Allan C. Hutchinson, “Constitutionalizing the Senate: A Modest Democratic Proposal” (2015) 60 McGill L J 599 at 608–609.

うしたカナダ特有の不文の憲法原理の意義については、その特有性がどのように憲法解釈に影響するかという点からも検討が必要であるかもしれない。

またその他にも、カナダ特有の憲法原理として、州裁判官の報酬に関する照会事件では、信義誠実原理⁽⁶³⁾ (doctrine of full faith and credit) やパラマウンシー法理⁽⁶⁴⁾ が示されており、さらに例示ではあるが、一時無効宣言による救済、州議会の特権、政治的言論規制に対する連邦管轄権、政治的言論に対する議会主権による暗黙の制限の排除などが示されている⁽⁶⁵⁾。

なお、カナダ最高裁は議会特権や議会主権、権力分立なども不文の憲法原理として捉えているが、議会特権という憲法原理は前文によって憲法上の機能を有するものの、それがために裁判所による審査が及ばないことを示した事例がある⁽⁶⁶⁾。また、不文の憲法原理として法の支配、司法権の独立、権力分立に言及しつつ、それらを議会主権の原理と調和させる必要があることに言及した事例もある⁽⁶⁷⁾。

(3) 不文の憲法原理の裁判規範性の根拠

不文の憲法原理の裁判規範性を認める根拠について、最高裁で示された理解は前文根拠論である。しかしこの理解については、その反論も含めていくつか議論がある。

まず前文根拠論については、州裁判官の報酬に関する照会事件における最高裁判決がこの立場を採用している。つまり、「憲法の明示的な規定は、1867年憲法前文にある根本的な不文法、組織原理を精緻化したも

(63) *Remuneration of Judges*, *supra* note 9 at para 97. 州裁判所は、他州の裁判所の判決を承認する憲法上の義務を負っているとされる。See *Hunt v. T & N PLC*, [1993] 4 S C R 289.

(64) *Ibid* at para 98. 州法と連邦法に矛盾がある場合には後者が優先するとされる。

(65) *Ibid* at para 104.

(66) *New Brunswick*, *supra* note 15.

(67) *Babcock v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S C R 3.

の]であるとしている⁽⁶⁸⁾。また同判決は、前文の機能については、「1867年憲法の明文規定を解釈するための鍵」であるだけでなく、憲法の明文規定のギャップを埋めるために利用すること自体も求めているとする⁽⁶⁹⁾。すなわち、憲法原理は前文から導かれ、憲法規定はその原理を精緻化したものであるとされ、それゆえに、前文を通してその原理を憲法の明文規定の解釈において用いることができ、さらに前文は、明文規定間のギャップを埋めるために憲法原理を用いることさえ求めているとしている。

ただしこの前文根拠論については、前述のように、ラ・フォレスト裁判官による痛烈な批判がある。すなわち、不文の憲法原理に基づく解釈は民主的意思の表明に基づかないものであり、疑わしい議論であるとするのである⁽⁷⁰⁾。この点で、ラ・フォレスト裁判官と同様に、前文根拠論を否定していると思われるのが、ニューブランズウィック放送局事件最高裁判決である。この事件で法廷意見を執筆したラマー(Antonio Lamer)長官は、イギリス憲法とカナダ憲法に多くの共通点があることは事実であるが、両者は同一とはいいがたく、憲法前文を根拠にイギリス憲法から導かれる原理をそのまま移植することには留意するべきであるとする⁽⁷¹⁾。そして、議会特権はカナダにおける固有の権限であることを認めつつも、前文根拠論によって議会特権に憲章と同等の憲法上の地位を与えることには確信が持てないという。なぜなら、憲章の制定はカナダ憲法の進化の一部であり、これによって文書による憲法が優先することが確認されたためであるとする⁽⁷²⁾。なお、同事件で賛成補足意見を述べたマクラクリン(Beverley McLachlin)裁判官は、明文規定の優位を認めているが、前文の背後にある意図を阻害するような解釈は妥当ではなく、前文を根拠として、歴史的に認識されている特権も含まれる可能性があることを指摘している⁽⁷³⁾。その際に、1982年憲法第52条2項⁽⁷⁴⁾に

(68) *Remuneration of Judges*, *supra* note 9 at para 107.

(69) *Ibid* at para 95.

(70) *Ibid* at para 319.

(71) *New Brunswick* *supra* note 15 at 353.

(72) *Ibid* at 354-355.

言及して、不文の憲法原理がカナダ憲法に含まれるか否かの検討を行っているが、明示的な結論は示されていない。このように前文根拠論について、最高裁の見解は一致していない。

(4) 不文の憲法原理の機能

州裁判官の報酬に関する照会事件では、憲法条文は憲法原理を精緻化したものであるとされている⁽⁷⁵⁾。すなわち、不文の憲法原理と憲法の明文規定は、前者を後者が精緻化したものと位置付けられることが確認されている。また最高裁によれば、憲法はその基本構造を参照して解釈されなければならないが、憲法原理は「憲法の構造そのものの主要な要素であり、それゆえ憲法の源である」とされる⁽⁷⁶⁾。本稿では、さしあたりこのような解釈を「憲法構造的解釈」と表現するが、カナダ最高裁はこの解釈方法を用いて、あるいは明文規定がない場合にそのギャップを埋めるために、不文の憲法原理に言及している。

最高裁による憲法構造的解釈については、後述するように、学説上、それをプラグマティックな手法として評価する議論もあれば、司法裁量の拡大であるとして懸念する議論が提供されている。いずれにしてもカナダ最高裁は、憲法構造的解釈を一貫して用いているが、この点は後述する近年の最高裁判決にも影響を与えている。なお最高裁によれば、具体的事件に適用する場面での憲法原理と憲法条文の優劣関係については、後者の優位性を確認しており⁽⁷⁷⁾、その点については争いがない。

(73) *Ibid* at 375–378.

(74) 1982年憲法第52条1項は、次のように規定する。「カナダの憲法は、カナダの最高法規であり、憲法の諸規定に抵触するすべての法は、抵触する限りにおいて、一切の効力または効果を有しない」。また第2項は、次のように規定する。「カナダの憲法は、以下のものを含む。(a) 本法を含む1982年カナダ法、(b) 別表に列挙された法律及び命令及び、(c) (a)及び(b)号に列挙された法律及び命令に対する改正」。

(75) *Remuneration of Judges*, *supra* note 9 at para 107.

(76) *Ibid* at para 51.

(77) *Ibid* at para 53.

(5) 不文の憲法原理の法的効力

不文の憲法原理について、以上のような理解を踏まえると、根拠に関しては争いがあるものの、憲法構造との関係、憲法条文との関係、そしてその内容についての最高裁の理解は、概ね一貫しているといえる。しかし、カナダ最高裁の判例において最も見解が対立している論点は、不文の憲法原理の効力をどのように認めるかという点である。

ケベック分離独立照会事件において最高裁は、憲法原理が「一定の状況下」において「完全な法的効力」を有することとされた⁽⁷⁸⁾。問題となるのは、「一定の状況下」での「完全な法的効力」が、それぞれどのような意味をもつかという点である。最高裁に提起された事案としては、州の一方的分離独立、裁判官報酬の減額などがあるが、最高裁はどの状況が「一定の」ものかを明示していない。そのため、どのような事案が「一定の状況下」に当たるかどうかは定かではない。なお、ケベック分離独立照会事件で最高裁は、「完全な法的効力」を説明するために、パトリエーション照会事件⁽⁷⁹⁾を引用している。同事件は、連邦政府が州政府の同意なしにカナダ憲法を改正することについて、最高裁が各州からの照会に応じて検討を行った事件である。最高裁は、憲法慣習 (constitutional convention) が存在することを肯定し、州政府の権限に影響を与える分野に関する州の同意なしの憲法改正は、憲法慣習に違反するとした。その際に、裁判所が開発した法原理や法理には、議会制定法を無効とするために用いられるという意味での「完全な法的効力」が与えられる場合があると指摘している⁽⁸⁰⁾。このようにパトリエーション照会事件では、「完全な法的効力」の意味を制定法の無効という効力として想定していたことが明らかになるが、ケベック分離独立照会事件では、さらに政府の行為にまでその効力を拡大している。

ただし、この効力をめぐっては、最高裁の判断は一貫していない。それは、インペリアル・たばこ会社事件⁽⁸¹⁾において、立法を無効とする効

(78) *Ibid* at para 54.

(79) *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 SCR 753.

(80) *Ibid* at 844-845.

(81) *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2005] 2 SCR 473.

力が否定されているためである。すなわち、この事件で問題となった不文の憲法原理である法の支配という概念は、「いずれも立法の条件について直接的に語っていない」ため、「その内容に基づいて立法を無効とする根拠にできるとは考えにくい」と判断されているのである⁽⁸²⁾。そしてさらに、「憲法上の効力を認めることは、立法の合憲性に関する司法審査の正当性を著しく損なう」ものであり、「法の支配という不文の憲法原理に立法を無効とする効力を認める考え方は、我々の憲法上の権利の多くを冗長にし、そうすることによって、我々の憲法起草者が選んだこれらの権利の区分を台無しにすることになる」とまで指摘している⁽⁸³⁾。この点で、同事件とケベック分離独立照会事件をどのように整合的に捉えるべきであるかは非常に困難な問題であるが、一つの考え方としては、ケベック分離独立に関する照会事件で示された「一定の状況下」という条件は、きわめて例外的な場面を想定しており、インペリアル・たばこ会社事件における判断を原則として理解することである。もっともこのように理解したとしても、「一定の状況」がどういう例外的状況を意味するかという疑問が残ることになるが、前述のように、最高裁はこの点を明らかにしていない。

(6) 小括

不文の憲法原理について、A. 憲法の基本構造との関係、B. 内容、C. 根拠、D. 機能、E. 効力という整理に基づいて、最高裁の判断を簡単に検討してきたが、カナダ最高裁による不文の憲法原理を用いた議論には、次のような重要な意義があるように思われる。すなわち、不文の憲法原理と憲法条文との関係につき憲法条文を優位的に捉え憲法構造に着目した解釈を創出したこと、「一定の状況下」において「完全な法的効力」を認めたことなどである。また最高裁の行ってきた議論を整理すると、A. 憲法の構造的分析、B. 不文の憲法原理の内容、そして D. 憲法構造的解釈に関しては、一貫した理解がなされてきたように思

⁽⁸²⁾ *Ibid* at paras 57-60.

⁽⁸³⁾ *Ibid* at paras 64-66.

われる。しかし、これまで見てきたように次の2つの論点に関していえば、その理解は議論対立している状況にあった。すなわち、C. 不文の憲法原理の根拠、E. その法的効力の論点である。この点で、こうした不文の憲法原理をめぐる最高裁における議論対立に一定の決着をつけたのが、2021年に示されたトロント事件最高裁判決⁽⁸⁴⁾である。

3. 不文の憲法原理をめぐる議論対立の決着

(1) トロント事件の概要と法廷意見

この事件は、トロント市議会議員選挙の候補者の募集中に、オンタリオ州議会が選挙区割の変更を行うために制定した2018年良き地方自治法 (Better Local Government Act 2018) (以下、BLGAという。)が、候補者又は有権者の表現の自由及び不文の憲法原理である民主主義に違反するかどうか争われた事件である⁽⁸⁵⁾。特に本稿において重要となるのは、後者の争点について、つまり民主主義という不文の憲法原理を適用して、BLGAを無効にすることができるかという点である⁽⁸⁶⁾。この点でトロント市は、区割の構造変更は、有権者の効果的な代表権を侵害し、選挙プ

⁽⁸⁴⁾ *Toronto*, *supra* note 1.

⁽⁸⁵⁾ 本件の詳細は次の通りである。2018年5月1日、同年10月22日の投票日に向け、トロント市議会議員選挙の候補者の募集が開始された。そしてその締切日である7月27日時点では、47区で500人強の候補者が登録をしていた。しかし同日、オンタリオ州は、トロント市議会の規模を25区に縮小する法律を提出する意向を発表した。そして8月14日、BLGAが施行され、これにより選挙区は47区から25区に縮小し、募集期間が9月14日まで延長された。これに対してトロント市と2つの私的団体が、同法の合憲性に異議を唱え、区割構造を復元する命令を求めて、オンタリオ州上級裁判所に緊急申請を行った。同裁判所は、BLGAは憲章第2条b号が保障する表現の自由を制限するものであり、その制限は第1条によって正当化できないと判断し、その結果、選挙は47区で行われることとなった。しかし、州は控訴してその判決の停止を求め、そしてオンタリオ州控訴裁判所がそれを認めため、10月22日、同選挙はBLGAに基づく25選挙区で行うこととされた。同裁判所の多数意見が、本案において、BLGAが表現の自由等の制限はないとしたためトロント市は上訴した。

ロセスを混乱させることにより、民主主義という不文の憲法原理に違反すると主張していた。

カナダ最高裁はこれまでの判例を踏まえて、次のように判断している。まずはケベック分離独立照会事件を参照しながら、民主主義や法の支配などの不文の憲法原理はカナダ憲法に浸透しており、これらの憲法原理なくしてわが国の憲法構造を考えることは不可能であること、そしてこれらの原理は、「完全な法的効力」を持ち、実質的な法的義務を生じさせ、行政府と立法府の意思決定を導き、制約することができるため、不文の憲法原理は憲法の明文規定の背景や文脈を形成するという意味で、憲法の一部であるとした⁽⁸⁷⁾。ただし最高裁は、こうした不文の憲法原理の性格を認めつつも、それは憲法の規定ではなく、わが国の憲法秩序が機能するための一般原理を示しているのであり、したがって、憲法の明文規定が立法を無効とする法的効力を持つにとどまるとした⁽⁸⁸⁾。そして実務的には、2つの異なる、しかし関連する方法でのみ、不文の憲法原理は裁判所を支援するという。第一に、不文の憲法原理は憲法規定の解釈に使用することができること、第二に、関連して、それは成文憲法自体には記載されていないが、憲法構造の一貫性に必要であり、暗黙のうちにその構造から導かれる構造的な法理を発展させるために用いることができること、である⁽⁸⁹⁾。このように最高裁は、不文の憲法原理は一般原理を示したものであるが、実務上、憲法解釈や憲法の構造的な

(86) 第1の争点について最高裁は、表現の自由への実質的な制限は、意味のある表現が「事実上妨げられる」ほど表現を根本的に否定することを示す必要があるが、BLGAは政治的言論活動を行うことを妨げるものではなく、候補者は精力的に選挙活動を続け、議会の規模、区の境界線とは関係なく討論を行うなどしており、同法は何らそれらの行為を妨げるものではなかったことから、表現の自由の侵害ではないとした。See *Toronto, supra* note 1 at paras 14-47.

(87) *Ibid* at paras 49-50. ただしこのことは、立法を無効にする不文の憲法原理の効力を支持するものではなく、またこのことはインペリアル・たばこ事件最高裁判決においても明確にされていることが示されている。

(88) *Ibid* at para 54.

(89) *Ibid* at paras 54-56.

法理を発展させることなどに用いることができるとした。

本判決において重要な点は、こうした不文の憲法原理の役割を明確にしつつも、「立法を無効にする独立した根拠として適用しようとする試みは、単独であろうと組み合わせであろうと、規範上と実務上の欠陥がある」とした点である⁽⁹⁰⁾。そしてその理由として、次の2点を挙げている。第一に、このような試みは、憲法を改正する立法府の権限に踏み込むことになり、それによって、司法審査の正当性に対する根本的な懸念が生じ、三権分立が歪められることになること、第二に、不文の憲法原理は「非常に抽象的」であり、「憲章に列挙されている権利、すなわち、憲法制定の権限を委ねられた委員会や議会によって、文言が議論され、洗練され、最終的に制定された権利とは異なり、民主主義の概念には定式化されたものはない」こと、そして「憲法に書かれた権利の多くを冗長にし、そうすることで憲法制定者が選択した権利の分類を損ねる」ように解釈される可能性があることを挙げている⁽⁹¹⁾。そして以上のことから、不文の憲法原理は立法を無効とするほどの根拠にはならないとした⁽⁹²⁾。

その上で、民主主義は、わが国の憲法を理解し解釈するための原理であり、憲法条文を解釈する際の指針として適切であることを示しながら、結論としては、BLGAが民主主義の原理と矛盾していることを立証したとしても、以上の理由から、裁判所はその矛盾に依拠して同法を違憲と判断することはできないとした⁽⁹³⁾。

(2) 反対意見

本事件では、法廷意見によって不文の憲法原理による立法の無効とい

⁽⁹⁰⁾ *Ibid* at para 57.

⁽⁹¹⁾ *Ibid* at paras 58-59. さらに、憲章第1条や第33条の観点からも矛盾する結論が導かれることが付け加えられている。See at paras 60-61.

⁽⁹²⁾ またこれに加えて、ケベック分離独立照会事件最高裁判決は不文の憲法原理が立法を無効とする独立した根拠を提示したものではないこと、またインペリアル・たばこ事件最高裁判決が不文の憲法原理の役割を縮減し、条文の優位性を明確にしたことを強調した。See *ibid* at paras 67-73.

う効力が否定されたが、強力な反対意見が示されている。特に不文の憲法原理に関する論点については、次のとおりである⁽⁹⁴⁾。

まず不文の憲法原理の役割について、裁判所の拘束力のあるこれまでの判例を読み解く方法として、その範囲と権限を制限する多数派の見解には同意できないとした上で、イギリスなどの例を参照しながら、不文の憲法原理は、立法を無効にするために使われることがあるとした⁽⁹⁵⁾。そして、判例を踏まえつつ、カナダの憲法に含まれる不文の憲法原理は、憲法の源であり、その基礎となる重要かつ明文化されていない前提であり、単なる文章の「文脈」や「背景」ではなく、そしてそれは具体的な条文に派生し、さらにその条文は、不文の憲法原理を精緻化したものであるとした⁽⁹⁶⁾。そして、憲法の明文規定とは別に、憲法の基本構造に由来する原理が政府の行動を制約することがあり、これらの原理は、憲法の明文規定の制定とは無関係に存在し、また憲法の明文規定の制定に先立って存在するものであるため、カナダの立法機関は、これらの基本的な構造上の命令に従わなければならない、決してこれを覆すことはできない。したがって、不文の憲法原理は、法令が憲法の内部構造又は憲法の基本構造と根本的に対立する場合に、(このようなケースは稀ではあるが)立法を無効にするために使用されることがあるとした⁽⁹⁷⁾。そして、不文の憲法原理は、憲法の基本的な構成原理であり、「完全な法的効力」

(93) *Ibid* at paras 83-84. また、不文の憲法原理は、解釈の補助としての価値があるが、立法を無効にする根拠として使用することはできず、1867年憲法第92条8項で州に与えられている地方自治体に対する立法権を狭めて、地方自治体に民主的な選挙を行う権限を認めるために適用することもできないとした。

(94) 反対意見は、憲章第2条b号の権利制約について、オンタリオ州は、選挙期間中に区割りの変更が行われた理由について何の説明もしておらず、法改正の時期に関する証拠や説明がないため、この制約には緊急かつ実質的な目的が存在せず、したがって自由で民主的な社会において正当化することはできないとした。See *ibid* at paras 161-162.

(95) *Ibid* at paras 164-166.

(96) *Ibid* at paras 167-168.

(97) *Ibid* at paras 169-170.

を有し、憲法本文と同じ法的地位を有するため、法令を無効とするための独立した根拠として機能するとした⁽⁹⁸⁾。

(3) 本判決の意義—法廷意見と反対意見の異同と先例との関係

トロント事件の最高裁判決は、不文の憲法原理を考察する上で、重要な意義を有している。それは不文の憲法原理に関するこれまでの論点を網羅し、議論対立していた不文の憲法原理の法的効力について、先例に基づいて一定の結論を見出したこと、そして、法廷意見と反対意見において2つの議論対立⁽⁹⁹⁾があり、議論の対立点が明確化されたこと、である。特に議論が分かれた2つの論点は、不文の憲法原理の根拠と「完全な法的効力」の意義についてである。前者については、法廷意見はその根拠を明示しておらず、反対意見は前文にその根拠を求めている。後者については、立法を無効とする「完全な法的効力」まで認めるのが反対意見であり、法廷意見はそのような効力を認めておらず、むしろ憲法の規定のみがそうした効力を持つことを1982年憲法第52条1項から導いている。この点で、一方の法廷意見は、明示的に「完全な法的効力」を定義付けておらず、またインペリアル・タバコ会社事件を引用して、憲法原理の立法を無効とする効力を認めてはいない。他方の反対意見は、ケベック分離独立に関する照会事件における判断内容を踏襲し、一定の状況下における立法の無効を認めていると考えられる。このように見ると、法廷意見については、憲法原理に基づく立法の無効という効力がすべての場合に完全に否定されているのか、それともあくまでも原則的な無効であり、一定の状況下においてはそれを正当化し得るのかという点までは必ずしも明らかではない。ただし、法廷意見が不文の憲法原理

(98) *Ibid* at paras 178-185.

(99) なお、法廷意見はワグナー(Richard Wagner)長官、ブラウン(Russell Brown)、モルダバー(Michael J Moldaver)、コテ(Suzanne Côté)、そしてロウ(Malcolm Rowe)の各裁判官によるものであり、反対意見はアベラ(Rosalie Silverman Abella)、カラカツアニス(Andromache Karakatsanis)、マーティン(Sheilah Martin)、そしてカシラー(Nicholas Kasirer)の各裁判官による。

は憲法規定ではないとし、その法的効力はその憲法規定にのみあるとしていることからすれば、法廷意見の示した判断は、いかなる場合においても、不文の憲法原理自体は立法を無効とする効力は有さないということの意味することになるだろう。

このように、法廷意見と反対意見は大きく分けて2つの論点で議論が分かれているが、法廷意見には、特に先例との関係で、見落としてはならない問題点はいくつかある。例えば、「憲法原理には2つの機能がある」ことから、「一方では、憲法条文の解釈の補助として使用することができ、他方では、条文の空白を埋めることができる」としている法廷意見の結論に対して、学説からは、このギャップフィリングの部分のみが正しい先例踏襲であり、それ以外の部分にはいくつか誤りがあるという批判がある⁽¹⁰⁰⁾。もっとも、反対意見にも問題はある。従来判例に従った見解のようにも思われるが、法廷意見による憲法原理が立法を無効とする効力を否定する根拠(権力分立違反、抽象性、憲法典との矛盾)に対して、十分に反論できていない点があり、その効力の根拠に未だ不明確なところがある。いずれにしてもトロント事件最高裁判決は、これまで最高裁において判断されてきた憲法の基本構造としての理解、憲法構造的解釈を踏襲する議論がなされている。また同事件の法廷意見によって、これまで議論対立があった論点に一定の判断がなされ、不文の憲法原理には立法を無効とする効力までは認められず、その効力は憲法の明文規定にのみ認められることが明らかにされた。

Ⅲ. 不文の憲法原理をめぐる最高裁判決の検討

不文の憲法原理をめぐる一連の最高裁判決について、判例の外からはどのように評価することができるだろうか。本稿では、最高裁において議論が一致する憲法構造的解釈の中身や、最も議論が分かれた不文の憲

⁽¹⁰⁰⁾ Léonid Sirota, “Correct, But Wrong” Canlii Connegts (2022) online: <<https://canliiconnects.org/en/commentaries/86486>>. なお、本稿でアクセスしたウェブサイトの最終閲覧日は、すべて2023年6月4日である。

法原理による立法の無効を認めないことはどのように評価できるのか、また、そもそも最高裁が不文の憲法原理に言及する意義と要因は何にあったのか、そして議論に一定の決着をつけたトロント事件最高裁判決自体をどのように分析できるのか、といった点に焦点を当てて簡単な検討を加えたい。

1. 不文の憲法原理に基づく憲法構造的解釈

(1) 不文の憲法原理をめぐる議論

不文の憲法原理をめぐる一連の最高裁判決を踏まえると、憲法構造的解釈が広く容認されているように思われる反面、不文の憲法原理に対する「完全な法的効力」までは認めることはできない、という姿勢を示している。これに対して学説からは、不文の憲法原理が憲法判断において一定の役割を果たすことに好意的な見方がなされている。

たとえばウォルターズ(Mark Walters)によれば、「書かれた法」と「書かれていない法」には2つの基本的な考え方があり、どちらも正当な憲法秩序に不可欠であるという⁽¹⁰¹⁾。すなわち、両者の法は、その権威と正統性を異なる源から導いており、「書かれた法」は民主的なプロセスを通じて制定されたことによる権威と正統性があるのに対して、「書かれていない法」にも、これとは別に、特定の形式(特にコモンロー)による根拠と理論から生まれた権威と正統性があるため、抽象的な憲法条文に対して不文の憲法原理によってその意味内容が供給されることには合理性があるとする⁽¹⁰²⁾。特にウォルターズは、憲法条文を島に見立て、「条文上の島々は、周囲の海の下に見える広大な海底から露出した一部に過ぎず、裁判官が島々の間に架けた橋は、実際には、この単一の海底の基礎から表面に形成された土手のようなもの」であり、「憲法の条文は、不文の憲法原理によって補完されているだけでなく、そもそもそれ

(101) Mark Walters, "Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism" in Grant Huscroft, ed. *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008) at 248.

(102) *Ibid* at 273.

らの上に成り立っているのである」という⁽¹⁰³⁾。またダイゼンハウス (David Dyzenhaus) は、「憲法的価値の司法解釈の必要性は、憲法典の存在に左右されない」として、「人権規定がない場合でも、裁判官は、法の支配を擁護する義務に忠実であるならば、不文の憲法的価値観に照らして実定法を解釈する必要がある」と指摘しており⁽¹⁰⁴⁾、この指摘も不文の憲法原理による法解釈を好意的に評価するものであるように思われる。なお、マクラクリン前最高裁長官による、次のような不文の憲法原理の意義づけも、積極的な評価として分類されるであろう。彼女によれば、「第一に、不文の憲法原理とは、国家の歴史、アイデンティティ、価値観、法体系に不可欠な不文規範を指す。第二に、憲法は統治のための規範的枠組みを提供するものとして理解するのが最も適切である。この機能的な意味において、憲法が明文と不文の両方の規範を包含できないと考える理由はない。第三に、この議論がしばしば示すように、不文憲法の原理という考え方は新しいものではなく、世界が共有する憲法の遺産を否定するものと見なすべきではない、ということである」とされる⁽¹⁰⁵⁾。

このように、最高裁の判断について、コモンローの理論に正当な基盤をおき、その役割の合理性を認める議論がある。しかし一方で、さまざまな批判もなされている。主な批判は、不文の憲法原理の正統性に関わる議論である。この点で問題となるのが不文の憲法原理による立法の無効であり、「完全な法的効力」を認めることができるかという問題である。この議論を重要な問題として位置づけるハスクロフト (Grant Huscroft) によれば、憲法によって権利を制約する権限は立法府に委ねられているのであり、裁判所にそのような権限を与えることに警鐘を鳴

⁽¹⁰³⁾ *Ibid* at 264-265.

⁽¹⁰⁴⁾ David Dyzenhaus, “The Unwritten Constitution and the Rule of Law” in Grant Huscroft and Ian Brodie, eds, *Constitutionalism in the Charter Era*, (Canada: LexisNexis, 2004) at 383-412.

⁽¹⁰⁵⁾ Beverley McLachlin “Unwritten Constitutional Principles: What is Going On?” (2005) online: <<https://www.scc-csc.ca/judges-juges/spe-dis/bm-2005-12-01-eng.aspx>>.

らす⁽¹⁰⁶⁾。そして、不文の憲法原理によって導かれた権利を裁判所が行使する権限を持ち、必要であれば立法を無効と結論付けることは、憲法が定める三権分立を否定することになるという⁽¹⁰⁷⁾。

また正統性と関連して、不文の憲法原理の根拠に関わる批判もある。エリオット(Robin Elliot)によれば、「憲法の明文規定から必然的に含まれる意義から生じた原理」は、本文と同じ法的地位を持つことから、立法の無効についても機能し得ると指摘する⁽¹⁰⁸⁾。この意味で、前述した好意的な議論と同様の指摘を行っているとも考えられるが、しかし、立法の無効という機能を有する原理に、「1867年憲法の前文に由来する原理」が含まれるとすることには驚きと懸念があるとしている⁽¹⁰⁹⁾。すなわち、憲法の条文から必要な含意をもって生み出された原理は、立法を無効とする機能を有するが、前文に由来する原理は解釈の補助としてのみしか用いることはできないという⁽¹¹⁰⁾。この点についてマドネル(Vanessa MacDonnell)は、前文は不文の憲法原理を構築するための強力な根拠を提供しないどころか、裁判所は、これらの原理を認めることを正当化する憲法条文の中の何かを探し求めているような印象を与えると指摘する⁽¹¹¹⁾。

このように不文の憲法原理をめぐる学説には、いくつか対立がある。もっとも、上記のような議論の背景には、テキスト主義と伝統的なコモ

⁽¹⁰⁶⁾ Grant Huscroft, “Romance, Realism, and the Legitimacy of Implied Rights” (2011) 30:1 UQLJ 35 at 47.

⁽¹⁰⁷⁾ *Ibid* at 47-48.

⁽¹⁰⁸⁾ Robin Elliot, “References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada’s Constitution” (2001) 80: 1-2 CBR 67 at 95. この点で、「わが国の憲法は、少なくともある程度は確定的な文書ではなく、例示的な文書として考えられるべきであり、特にカナダ最高裁には、憲法に新しい規定を追加する幅広い権限が潜在的に残されていることを示唆しているのである」としている。そして、この権限がどの程度拡大されるかは、「最終的に裁判所が『憲法条文のギャップ』に与える解釈次第である」としている。See at 95-96.

⁽¹⁰⁹⁾ *Ibid* at 95.

⁽¹¹⁰⁾ *Ibid* at 141-142.

ンローに基づく法理との間での断絶があるとの指摘がある⁽¹¹²⁾。本稿では十分に検討をすることはできないが、近年、カナダ最高裁による解釈手法について、その目的論的解釈の再分析を行う議論⁽¹¹³⁾や、文言主義・原意主義との関係でとらえなおす議論⁽¹¹⁴⁾がなされており、トロント事件最高裁判決における法廷意見と反対意見の対立をそうした対立軸で分析することも可能であろう。またこのことは、近年の最高裁裁判官の意見対立とも関連するため後述する。

(2) 憲法構造的解釈をめぐる議論

カナダ最高裁の理解では、不文の憲法原理によって構成される憲法の基本構造をもとにした憲法条文の解釈については、トロント事件最高裁判決においてもその意義が容認されている。この憲法構造的解釈について、学説からは好意的な議論がなされている。たとえば前述したエリオットは、こうした手法を「構造的議論(structural argumentation)」であると指摘する⁽¹¹⁵⁾。その上で、「憲法によって作られた統治構造からその含意を引き出し、その含意から生まれた原理(憲法の基礎原理又は組織原理)を、特定の憲法問題に適用する方法で進められる議論」であると

(111) Vanessa MacDonnell, “Rethinking the Invisible Constitution: How Unwritten Constitutional Principles Shape Political Decision-Making” (2019) 65: 2 McGill LJ 175 at 190.

(112) Walters, *supra* note 101 at 258, 260–62.

(113) Benjamin J Oliphant, “Taking Purposes Seriously: The Purposive Scope and Textual Bounds of Interpretation Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms” (2015) 65: 3 UTLJ 239. カナダ最高裁は、様々な意味をより決定的に意味づけるような文言(条文)を探し出し、権利保障の根底にある目的を選び出す手法を採用していると指摘している。

(114) Léonid Sirota, “Purposivism, Textualism, and Originalism in Recent Cases on Charter Interpretation” (2021) 47 QLJ 78. カナダ最高裁のアプローチには、目的論的解釈と「生ける樹」理論に基づく解釈の系統があるが、近年のアプローチには一貫性がなく、実際には文言主義や原意主義に近いものであると指摘される。See at 107.

(115) Elliot, *supra* note 108 at 68.

整理している⁽¹¹⁶⁾。ただし、エリオットの理解によれば、こうした解釈には何らかの条文が必要であるとする。またジョンソン(James Johnson)によれば、不文の憲法原理からその意味内容を導く方法は「憲法の本質からの推論」方法であり、また一般原理から具体的な憲法上の規定につながる分析であり、そして「立憲民主主義を定義する抽象的な命題から、その命題に必然的に含まれる具体的な法的ルールへと移行するプラグマティックな分析」であると評価する⁽¹¹⁷⁾。

しかし他方で、こうした手法を批判する議論もある。たとえばムーラン(David J Mullan)によれば、これらの不文の憲法原理は決して憲法条文から完全に切り離されたものではなく、裁判所が具体的な法規範を導くための主体となりうるか、という疑念が提示されている⁽¹¹⁸⁾。またその他にも、最高裁は、憲法条文に具体化されたたれた選択肢を尊重するのではなく、独自の裁量で不文の憲法原理を呼び出すことによって、憲法上の本来の役割を歪めてしまったとの批判⁽¹¹⁹⁾、最高裁はあたかも条文がまったく重要でないかのように憲法を用いたとする批判⁽¹²⁰⁾などが提示されている。

⁽¹¹⁶⁾ *Ibid* at 68.

⁽¹¹⁷⁾ James Johnson, “The Judges Reference and the Secession Reference at Twenty: Reassessing the Supreme Court of Canada’s Unfinished Unwritten Constitutional Principles Project” (2019) 56: 4 ALR 1077 at 1093. ただし、前述したエリオットの議論と関連して、政治システムの「実用的」又は「実践的」な法的要件のすべてが、権威ある文書に刻まれているわけではなく、「何らかの条文上の保障がない限り、立法を不文の憲法原理分析の適用対象から外すというエリオットの解決策」が一貫したものであるとはいえないと指摘する。そして、不文の憲法原理が及ぶ憲法違反の部分をもどどのように切り分けるかが問題であるとする。立法を無効とする効力について、不文の憲法原理が特定の憲法条文を必要とするか否かで両者の議論は分かれている。

⁽¹¹⁸⁾ David J Mullan, “Underlying Constitutional Principles: The Legacy of Justice Rand” (2010) 34 Man L J 73 at 83.

⁽¹¹⁹⁾ Patrick J Monahan, “The Public Policy Role of the Supreme Court of Canada in the Secession Reference” (1999–2000) 11:1 NJCL 65 at 75–79.

また裁判所に対しては、不文の憲法原理を恣意的かつ戦略的に用いているとする批判もあるが、それは、特にケベック分離独立照会事件が政治問題にかかわる照会事件であったことに関わるものである。たとえば同事件に関していえば、そこで不文の憲法原理に言及がなされたことは、特段「新しい法的進展」を示すものではなく、あくまでも「裁判所が窮地を脱するための戦略的対応」であったとする評価がなされている⁽¹²¹⁾。すなわち、ケベック分離独立照会事件で不文の憲法原理への言及がなされたのは、照会制度を通じて政治部門による最終的解決が求められた事案であったという特徴に着目し、あくまでも最高裁の戦略であるとする評価である。そして彼らの主張には、こうした不文の憲法原理に基づく立法の無効は、当然否定されるものであるとの評価が内在していると考えられる。なぜなら彼らの主張は、特にケベック分離独立照会事件で示された判断は、あくまでも政治部門に対する回答であり、当該法令の正当性は、政治部門に委ねられていることを前提としているためである。この点で、裁判所による不文の憲法原理を用いることへの懸念として、「行政府や立法府が不文の憲法原理に依拠する場合、裁判所よりも批判を受ける可能性ははるかに低くなる場合がある」との指摘があり、裁判所が不文の憲法原理を提示することにより、さらに多くの懸念が生み出されていると指摘されている⁽¹²²⁾。

以上のように、憲法構造的解釈に関しては、最高裁は共通の認識を持っていると理解することができ、また学説上もこれを好意的に見るものがある。しかし一方で、最高裁による解釈手法を批判的に考察するも

(120) Jamie Cameron, “The Written Word and the Constitution’s Vital Unstated Assumptions,” in Pierre Thibault, Benoît Pelletier and Louis Perret, eds, *Essays in Honour of Gérard-A. Beaudoin* (Cowansville, Que: Yvon Blais, 2002) 91.

(121) David Schneiderman, “Unwritten Constitutional Principles in Canada: Genuine or Strategic?” in Rosalind Dixon and Adrienne Stone, eds, *The Invisible Constitution in Comparative Perspective* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018) 517.

(122) MacDonnell, *supra* note 111 at 189.

の、また恣意的かつ戦略的な不文の憲法原理の利用を批判する見解などが示されている。このように、カナダ最高裁による不文の憲法原理に言及するアプローチについては、いくつかの議論がなされているが、カナダ最高裁が不文の憲法原理の「完全な法的効力」は留保しつつも、憲法構造的解釈を容認してきたこと、またその効力については議論対立があったことにはどのような要因や背景が考えられるだろうか。これらの点も最後に若干の検討を行っておきたい。

2. 不文の憲法原理に言及する要因

(1) 憲法構造的解釈の要因

まず従来からカナダ最高裁は、憲法解釈において、条文の本質的範囲内においてはああるが、時代状況に適合するよう進歩的解釈を行ってきた。そしてそれは、1980年代の最高裁における司法積極主義をけん引してきた解釈である⁽¹²³⁾。特にケベック分離独立照会事件では、憲法構造的解釈は、こうした「生ける樹」理論に基づく進歩的憲法解釈と調和する形で、カナダの憲法秩序のギャップを埋めるために、憲法構造を媒介として不文の憲法原理を憲法解釈において用いている⁽¹²⁴⁾。この点は、トロント事件最高裁判決における反対意見にも表れている⁽¹²⁵⁾。

しかし同事件の法廷意見は、憲法条文のギャップを埋めるために不文の憲法原理を用いることについては認めているものの、不文の憲法原理に立法を無効とする意義を与えておらず、明文規定のみがその根拠であるとしており、反対意見との対比という観点で見れば、憲法規定の進歩的解釈を(明確にはないが)否定しているようにも思われる⁽¹²⁶⁾。すなわち、カナダ最高裁による憲法構造的解釈は、抽象的命題から具体的命題へと移行するプラグマティックな分析である反面、最高裁の裁量を広げることとなるという、司法積極主義に対する批判とも重なる分析が学説

(123) この点については、拙著『司法権の国際化と憲法解釈：「参照」を支える理論とその限界』(法律文化社、2018年)117頁以下を参照願いたい。

(124) *Secession of Quebec*, *supra* note 2 at para 52.

(125) *Toronto*, *supra* note 1 at para 179.

(126) *Secession of Quebec*, *supra* note 2 at para 65.

からなされているのも、こうした対立を意識しているためであると考えられる。言い換えれば、憲法構造的解釈を「生ける樹」理論と調和する形で用いることへの批判は、文言主義や原意主義からの批判とも関連している。この点は前述したとおりである。

ところで、トロント事件最高裁判決は、それまでの不文の憲法原理をめぐる議論対立に一定の結論を見出したとはいえ、法廷意見と反対意見は5対4と鋭く対立していた。それぞれの意見やその内容については前述してきたとおりであるが、この背景には最高裁の裁判官構成が影響しているように思われる。それは、特に近年のカナダ最高裁の判決において、同様の構図での対立がなされているためである。

(2) 最高裁の裁判官構成

カナダ最高裁の特徴について、長官が務めた期によって分類して概観すると、次のようになる。まず憲章が制定された初期の開拓期を支え、司法積極主義をもたらしたディクソン(Brian Dickson)・コート期(1984-1990)、その発展期を継承し対話理論などの議論の対象となったラマー・コート期(1990-2000)、そして初の女性長官であり、ディクソン・コートに次いで全会一致の判決傾向⁽¹²⁷⁾をもたらしたマクラクリン・コート期(2000-2017)、そして2017年から始まるワグナー・コート期に分類できる。全会一致が多かったとされるマクラクリン・コートと比較して、特にワグナー・コートに入ると最高裁における対立構造が指摘されている⁽¹²⁸⁾。すなわち、トロント事件を含めた近年の事例において、特に憲法解釈方法をめぐる対立構造が顕在化しているように思われる。

(127) こうした全会一致の判決を分析するものとして、次の文献を参照。Peter McCormick, “By the Court”: The Untold Story of a Canadian Judicial Innovation.” OHLJ 53.3 (2016) at 1048-1082.

(128) Cristin Schmitz, “Deeply divided SCC excludes homicide confession obtained by police in breach of right to counsel” The Lawyer’s Daily (2022) online: <<https://www.thelawyersdaily.ca/articles/38148/deeply-divided-scc-excludes-homicide-confession-obtained-by-police-in-breach-of-right-to-counsel-?category=scc>>.

その典型ともいえる事件が、ケベックインク会社事件⁽¹²⁹⁾である。この事件は、「9147-0732 Québec inc.」会社が、ケベック州建築法第46条違反で有罪となりケベック州裁判所により\$30,843の罰金を科されたことについて、この罰金が憲章第12条⁽¹³⁰⁾に基づく残虐かつ異常な扱いや刑罰から保護される権利を侵害するとして、違憲と主張したものである。最高裁では憲章解釈をめぐる議論が2つに分かれ、法廷意見は憲章第12条の解釈に当たって、「当裁判所は、目的的アプローチとして、規定の文言を検討することから始めなければならないことを一貫して強調してきた」としながら、「憲法の文言は成長可能でなければならないが、それでも憲法解釈は問題となる条文の文言から始めなければならない」とした⁽¹³¹⁾。これに対して反対意見は、「問題となっている権利や自由の目的は、憲章自体の性格やより大きな目的、特定の権利や自由を明確にするために選択された言葉、そこに記載されている概念の歴史的起源、そして、該当する場合には、憲章の本文の中でそれが関連付けられている他の特定の権利や自由の意味や目的を参照することによって求められるべきである」として、「憲章規定の制定の根底にある原理と価値観こそが、第一の解釈手段である」とした⁽¹³²⁾。法廷意見は、ワグナー長官、ブラウン、モルダバー、コテ、ロウ各裁判官によるものであり（ブラウン、ロウ各裁判官執筆）、反対意見はアベラ、カラカツアニス、マーティン（アベラ裁判官執筆）によるものであった⁽¹³³⁾。

トロント事件最高裁判決における構成と比較すると、その構成はほぼ同じである。また、ワグナー、ブラウン、モルダバー、コテ、ロウ各裁判官は、目的的解釈のアプローチを前提とし、また憲法条文を優先した

(129) *Quebec (Attorney General) v. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 SCC 32 [Quebec].

(130) 憲章第12条は、次のように規定する。「すべての人は、残虐で異常な取扱いのないし刑罰に服させられない権利を有する」。

(131) *Quebec, supra* note 128 at para 8.

(132) *Ibid* at para 68.

(133) カシラー裁判官は本件で意見を述べているが、トロント事件では反対意見に属している。

法実証主義的な姿勢を示している。これに対して、アベラ、カラカツアニス、マーティン各裁判官は不文の憲法原理を憲法解釈の第一の手段と理解しており、またトロント事件では立法を無効とする点にまで言及している。

さらに、別の憲法事例においても同様の構成となるものがあり⁽¹³⁴⁾、特に大きな対立点となっているのは憲法解釈方法であり、本稿でもたびたび言及した文言主義をめぐる議論である。最高裁の多数派は憲法条文を第一に検討するべきであるとし、少数派は原理や価値観を第一に検討するべきであると主張している。

この構造の要因や背景について、本稿において細かく分析することは困難であるが、少なくとも、その指名者や党派性の視点のみによる検証によっては、その要因を明らかにすることはできないと思われる。なぜなら、例えばワグナー長官を最高裁裁判官として指名したのは保守党のハーパー(Steven Harper)首相(当時)であったが、長官として指名したのは自由党のトルドー(Justin Trudeau)首相であり、この点だけでも党派性が影響しているとは考えにくいためである。なお、最高裁裁判官の任命過程については、2016年以降新たなプロセスが採用されており、「カナダ最高裁への任命のために多様な背景と経験を反映する資格のある機

(134) *Ward v. Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2021 SCC 43. この事件は、プロコメディアンであるWが、あるテレビ番組において、ケベック州の歌手で障害(ティーチャー・コリンズ症候群)を持つGを含む特定の人物を嘲笑し、また、自身のウェブサイトに掲載したビデオの中で、Gを侮辱するコメントを行ったのに対して、Gの両親は、人身保護・青少年保護委員会に苦情を申し立て、同委員会はケベック憲章第4条、第10条に反して、WがGの尊厳を守る権利を侵害したと判断し、ケベック州の人権法廷に付託したことに端を発する事件である。最高裁は表現の自由と個人の尊厳との関係を判断する枠組みとして、まず合理的な個人が、対象となる表現について、特定の個人やグループを中傷したり、彼らの人間性を嫌悪するように扇動するものと見なすかどうか、そして、個人又はグループの社会的受容を危うくする可能性が高いと見なすかどうか、という2点から判断するべきであるとし、法廷意見はいずれも否定している。

能的なバイリンガル候補」を推薦する独立諮問委員会(Independent Advisory Board for Supreme Court of Canada Judicial Appointments)が設立され、同委員会によって推薦された候補者の中から、法務大臣が、最高裁長官、関連する州・準州の検事長、下院の司法・人権常任委員会、上院の法務・憲法常任委員会のメンバーと協議を経て適任者を首相に勧告し、首相がその指名を行うプロセスとなっている⁽¹³⁵⁾。こうしたプロセスを踏まえると、前述した対立の要因は、純粋に各裁判官の意向によるものとも考えられる。もっとも、各裁判官の個性としても、例えば、コテ裁判官は「偉大なる反対者」⁽¹³⁶⁾と評されるように、必ずしも法廷意見に参加するわけではない。ただし、アベラ裁判官は、少数者保護や進歩的思想を明確に示しており、次の言説にもその点が表れている。すなわち、「カナダの裁判官は、法律、特に憲法に、少なくとも歩調を合わせ、時にはリードするように取り組む責任がある。裁判所は多数派の機関ではなく、多数派に対応するためにそこにあるわけではない。それは立法府のすることである」と指摘しているのである⁽¹³⁷⁾。いずれにしても、カナダ最高裁による対立構造に、アベラ裁判官の存在は少なからず影響していたように思われる。

IV. おわりに

以上、本稿では、不文の憲法原理を用いてきたカナダ最高裁の事例を踏まえ、A. 憲法の基本構造との関係、B. 内容、C. 根拠、D. 機

⁽¹³⁵⁾ なお、その評価基準についても政府によって公開されている。Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, “Qualifications and Assessment Criteria” online: <<https://www.fja-cmf.gc.ca/scc-csc/2022/qualifications-eng.html>>.

⁽¹³⁶⁾ Sandrine Ampleman-Tremblay, “Justice Côté in 2019: Great Dissenter, Voice of the Court, or Both?” (2020) 44 Man LJ 1.

⁽¹³⁷⁾ Rosalie Silberman Abella and Matthew Diller, “A Conversation with the Honorable Rosalie Silberman Abella and Dean Matthew Diller” (2018) 87 FLR 843.

能、E. 効力という視点から整理を行った。そして、特に最高裁においては、C. 根拠とE. 効力について議論対立があり、近年のトロント事件最高裁判決において、一定の解決が見られたことを明らかにした。その一方で、憲法構造的解釈をめぐることは、最高裁判決の中で一定の共通理解があることを明らかにした。すなわち、憲法条文の解釈にあたり、不文の憲法原理を構成要素とする憲法構造に基づいた解釈を行うという手法については、近年の最高裁においても肯定的に用いられている。ただし、こうした最高裁による理解に対しては、(そもそも立法を無効とする効力を認めるかどうかも含めて)各種学説上の評価がなされており、また近年の最高裁判決を踏まえつつ、最高裁の判断の背景には文言主義をめぐる対立があることも明らかにした。さらにその要因としては、最高裁裁判官の党派性を考慮することは困難であるものの、ワグナーらのように文言主義を採用しようとする裁判官と、アベラらのように進歩的解釈を主張する裁判官の対立構造が見られ、各裁判官による判断傾向が影響している可能性があることを指摘した。

本稿の問題関心からすれば、不文の憲法原理に関する法的効力は、一定の状況下において「完全な法的効力」を有すること、不文の憲法原理によって構成される憲法構造的解釈は、カナダ最高裁において肯定的に用いられていることが明らかになったことになる。しかし、これらの点はいくまでもカナダ最高裁における議論の整理とその分析に過ぎず、明文規定から離れた憲法解釈がどこまで可能かどうか、またそれによりどのような法的効力が及ぼされるのかといった点にまで、十分な検討を行うことはできなかった。特に近年では、進歩的解釈との関係で文言主義や原意主義との緊張関係が指摘されており、明文規定から離れた憲法解釈の是非とその法的効力について、本稿で整理した内容を踏まえたより進んだ検討を行う必要がある⁽¹³⁸⁾。この点は今後の課題としたい。また、2021年7月1日にアベラ裁判官が退官して以降、カナダの最高裁の構成

(138) 最近でも、トロント事件最高裁判決における法廷意見と反対意見の対立構造とその矛盾が分析されている。See Corbin Golding, “Athens v Ontario: What Can the First Democracy Teach Us About Judicial Review?” (2023) 81 UTFLR 11.

は大きく変化した⁽¹³⁹⁾。この影響により、カナダ最高裁は文言主義を加速させるのか、逆の舵を取るようになるのかという点については、まさに現在進行形で変容しているところであり、今後の判断を待ちたい。

*本研究は、JSPS科研費(課題番号：22K01165)の助成を受けたものである。

(139) アベラ裁判官の後任は、ジャマル(Mahmud Jamal)裁判官が任命されている。また、モルダバー裁判官は2022年9月1日に退官し、後任として、オボンサウィン(Michelle O'Bonsawin)裁判官が任命されている。