



Title	カナダにおける違憲審査制度の特徴（中）
Author(s)	佐々木, 雅寿; SASAKI, Masatoshi
Citation	北大法学論集, 39(3), 117-222
Issue Date	1988-10-20
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16637
Type	departmental bulletin paper
File Information	39(3)_p117-222.pdf



カナダにおける違憲審査制度の特徴（中）

佐々木 雅 寿

目 次

- 序 本研究の目的と範囲
- 第一部 カナダ憲法の基礎的概念
 - 第一章 カナダ憲法
- 第二部 裁判所制度（以上第三九卷第二号）
 - 第二章 違憲審査制度の特徴
 - 第一章 違憲審査制度の手続的・制度的特徴
 - 第一節 違憲審査と権力分立
 - 第二節 違憲審査の特殊制度

第三節 照会制度

第四節 本章のまとめ

第二章 違憲審査の方法

第一節 憲法解釈の一般的特徴

第二節 立法権限配分規定に関する違憲審査の方法

第三節 権利及び自由に関するカナダ憲章と違憲審査

第四節 違憲審査における事実問題

第五節 本章のまとめ（以上本号）

第三章 違憲審査の理論

結論

第二部 違憲審査制度の特徴

第一章 違憲審査制度の手続的・制度的特徴

第一節 違憲審査と権力分立

第一項 アメリカ合衆国における権力分立原則

アメリカ合衆国憲法の特徴の一つとして、権力分立主義(Separation of Powers)を厳格な形で実現し、ほぼ完全な三権の分

立を認めたことが挙げられる^①。憲法制定時における三権分立の理論に対する考え方は、抑制・均衡の理論(theory of checks and balances)により修正を受けつつも現在なお有効に機能している^②。連邦最高裁は、一九世紀末には、政府の各部門(立法・行政・司法)が、「他の部門ではなくその部門に適切な独自の権限を行使するよう制限されている」^③という、厳格な権力分立概念を有していた。しかし、この考え方は後に大幅に変更され、「権力分立は、各部門にそれぞれ、……その性質上、行政・立法及び司法である諸機能「の行使を」委ねて、各部門をそれぞれ、……他の部門に依存させているのであり、各部門を、……

独立させたのではない」という考え方に变化していった。⁵

合衆国憲法第三編第二節は、連邦の司法権を「事件及び争訟 (cases and controversies)」に限定している。この事件性及び争訟性の要請により、勧告的意見 (Advisory Opinion) 禁止の法理、ムートネスの法理、成熟性の法理、当事者適格、政治問題の法理等々、多くの法理が形成され、違憲審査権の行使を制限している。⁶ これらの諸法理は権力分立の理論と深く関連している。⁷ 中でも、勧告的意見禁止の法理は、司法機関たる裁判所に司法権以外の権限を付与し又は司法機能以外の機能を果たすよう裁判所に要請することを禁止している。

連邦の裁判所が司法権以外の権限を行使できないことを明示的に判断したのは、一九二一年の *Muskat v. U.S.* 事件である。⁸ 本件で連邦最高裁は、一定の条件の下、本件で問題となっている連邦法の有効性を判断する為に請求裁判所 (Court of Claims) に出訴する権利と連邦最高裁への上訴権とを本件原告に付与した連邦法は、事件性及び争訟性の要請を無視し、単に、連邦最高裁において当該連邦法の合憲性を審査させることを目的とするものであり、それは問題となっている法律の合憲性に対する意見 (opinion) を述べる以外の何ものでもない、と認定した。その結果、当該連邦法は憲法上司法権ではない権限行使

を裁判所に要請するものであり、それ故、連邦議会は立法権限を逾越している、と同裁判所は判示した。⁹ この判断において連邦最高裁は、違憲審査権が事件及び争訟の判断をするうえで必要な場合にのみ行使される権限であることを強調している。¹⁰

この判決により、合衆国憲法第三編により設立された連邦裁判所は事件性及び争訟性を有した事案に対してのみ司法判断を下す権限を有し、かつ、連邦議会は司法機能以外のものを裁判所に対し付与する権限を有さないことが判例上明らかとなった。^{11,12}

以上のことから、合衆国における権力分立原則の一側面として、司法機関たる連邦裁判所は憲法上司法権以外の権限を行使することはできず、逆にまた、連邦議会は裁判所に対し司法権以外の権限行使を要請できない、という原則が確立していると理解することができる。

第二項 カナダにおける権力分立原則

一 概 要

カナダにおいては、連邦レベル及び州のレベルにおいて憲法上一般的な権力分立の原則は存在しない。¹³ このことにより、カナダにおいては合衆国の議論とはまったく異なった憲法上の諸法理が確立されている。

一八六七年憲法においては、一般的な権力分立原則は存在しない。同憲法は、立法・行政・司法の各機能を分離し、各部門がその部門独自の機能のみを行使するよう要請していない。責任政府 (responsible government) の制度においては、立法府と行政府の間の分離はほとんど意味を有せず、一八六七年憲法はそのような分離を要請していないことは明らかである。さらに、司法府と他の二つの政治部門の間にも一般的な権力分立原則は存在しない。連邦と州の各議会は、適切な立法により裁判所に非司法的機能 (Non-judicial function) を付与し、又、裁判所以外の機関に司法機能を付与することができるのである。¹⁵

二 裁判所以外の機関への司法機能の付与

立法により裁判所以外の機関に司法機能を付与することに関しては、前述のように一般的な禁止原則が憲法上存在していない。しかし、そこには一定の条件が存在する。

一八六七年憲法第九二条一四項により、州議会は州における司法の運営に関する立法権限を有する。これは広範な権限であるが、同九六条から一〇〇条の規定により制限を受けている。

即ち、同九六条は総督のみが州における上級、地方及び郡裁判所の裁判官の任命権を有することを規定し、同九七条は前条に

より任命される裁判官が各州の弁護士の中から選出されるべきこと、さらに、同一〇〇条はそれらの裁判官の報酬は連邦議会が決定し支給すべきことを規定している。特に、同九六条は、カナダにおける司法統一の為に極めて重要な規定である。¹⁶ それ故、多くの判例は、州議会が立法により同九六条という上級、地方又は郡裁判所以外の機関にそれらの裁判所が行使している司法機能に類似した機能を付与することを禁止し、さらに、州が行政審判所を設立しそれに対し同九六条のいう上級、地方又は郡裁判所に適切に属すべき種類の管轄権を付与する場合は、その行政審判所の名称如何に拘わらず、それは憲法上同九六条にいう上級、地方又は郡裁判所であり、同九六条とそれに関係する条項の条件を満足しなければならない、と判示している。¹⁷

この判例の意味するところは、州議会によって同九六条のいう裁判所が有する機能に類似する機能を果たす行政審判所が設立される場合は、その審判官が、(1)同九六条の要請に従い連邦政府¹⁸により任命され、(2)同九七条、九八条の要請に従いその州の弁護士の中から選任され、(3)同一〇〇条が規定するように、連邦議会がその報酬を決定し、それを支給しない限りは、かかる行政審判所の設立は憲法上無効となる、というものである。¹⁹

判例によると、ある特定の行政審判所が同九六条のいう裁判

所に類似した機能を有するか否かの判断は、(1)当該行政審判所が司法権を行使しているか否か、(2)もしそうであれば当該審判所はその司法権行使において上級、地方又は郡裁判所に類似しているか否か、という二段階の審査によりなされてきた²⁰。そしてその際重要なものは、当該行政審判所が有する管轄権が上級、地方又は郡裁判所の有する管轄権と一致するか否かであった。しかし、裁判所が州の立法府により設立された行政審判所の合憲性を支持する為に益々緩和されていく合憲性審査基準を適用してきたことは、疑う余地のないところである²¹。このように述べて、一九八一年の *Reference re Residential Tenancies Act* でカナダ最高裁は以下のようなゆるやかな三段階の審査基準を提示した。即ち、第一に、行政審判所の有する権限もしくは管轄権は連邦結成当時（一八六七年）に上級、地方又は郡裁判所が行っていたものか否かを審査する。問題となつては審判所の権限が連邦結成当時に憲法九六条のいう裁判所により行使されていたものとおおまかに一致した場合、第二段階として、当該行政審判所がその制度内で事案を処理する場合の機能それ自身が司法機能と解されるか否かを審査する。この審査の判断が肯定的に下された場合、最終段階として、その審判所が置かれていた制度全体の中の当該審判所の機能が全体的に審査

される。重要なものは、当該審判所が行なっている機能それ自身ではなく、その機能が如何なる制度的関連の中で行われているか、である²²。これは、極めてゆるやかな審査基準であると解され得る。

裁判所以外の機関へ司法機能を付与することに関する上述の例外的な権力分立原則は、一八六七年憲法第九六条から一〇〇条の規定の脱法行為的な州の立法を禁止する為に発展してきたものであり、合衆国憲法の要請する行政権と司法権の分離の原則により確立されたものではない。この例外的な権力分立原則も上述のように判例により緩和される傾向にある。

三 裁判所が行なう司法権以外の機能

カナダの裁判所は司法機能と同様司法機能以外のものも行ふことができる²³と解されている。連邦と州の各議会は、各レベルの政府に対し法や事実の問題に関する勧告的意見を裁判所に対して要請する権限を立法により付与した。これによって、裁判所は非司法機能を行使することが可能になった。勧告的意見を出すことは伝統的に内閣の法律顧問が行なってきた行政機能であった²⁴。それ故、合衆国においては連邦最高裁が憲法上の権力分立原則を理由に勧告的意見を出すことを拒否してきた。

しかし、カナダにおいては裁判所が勧告的意見を出すことに對する憲法上の制約は存在しない。この点に関するリーディング・ケースは、一九一二年の *A.G. Ont. v. A.G. Can.* 事件²⁷⁾である。本件では、連邦政府が最高裁判所法の規定に従い会社設立に関する州の立法権限についてカナダ最高裁に照会したところ、複数の州が訴訟参加し最高裁判所法の当該照会制度は連邦議会の権限超越であると主張し、照会制度の合憲性が真向から争われた。州側は、照会制度は連邦議会の権限超越の立法であり、それは憲法上保障された州の専属的立法権限に對する直接的干渉であると主張したが、カナダ最高裁は四對二の判決で当該州側の主張を斥けた²⁸⁾。本件は枢密院司法委員会に上訴された。州側は、特に、一八六七年憲法第一〇一条により連邦議会在「上訴裁判所」の設立権限を付与されているが、これは司法機關の設立を認めているにすぎないこと、さらに、勧告的意見を与えることはかかる裁判所の司法的性質と矛盾するものである為連邦議会在裁判所に對し司法機能以外の機能を要請することはできない²⁹⁾ことを主張した。

枢密院司法委員会の *E. Loreburn* 卿は、まず、一八六七年憲法の下では憲法上の他の制限がない限り、立法権限は連邦と州の各議會に網羅的に配分され、自己の立法権限内では各議會はい

かなる立法をも制定する権限を有することを強調している³¹⁾。次に、連邦議会在最高裁判所に對して勧告的意見を出すよう要請する権限を有するか否かを審査している。そこで *Loreburn* 卿は、当該権限に關し一八六七年憲法が明示的にも黙示的にも言及していないことを指摘し、当該権限が同憲法により禁止されたものか否かを判断する³²⁾。その際 *Loreburn* 卿は、枢密院司法委員会自身が勧告的意見と同様の機能を有し、イギリスの上級裁判所の裁判官が貴族院から出された質問に對し回答を出す伝統を有していた事実を指摘している。特に、枢密院司法委員会がカナダからの照会事件の上訴を受理し、その際、照会制度が裁判所の司法機能を破壊するとの考慮は一切存しなかつた事実、及び、カナダにおいてほとんどの州が州最高裁判所に對する照会制度を立法上規定している事実の二つを強調し、連邦議会在カナダ最高裁に勧告的意見を要請する権限を有しない、との州の主張を斥けた³³⁾。しかしながら、*Loreburn* 卿は、照会に對する「回答は勧告的なものにすぎず、内閣の法律顧問の意見以上の効力を有するものではない³⁴⁾」ことを指摘し、勧告的意見を出すことは司法機能ではないことを示唆している³⁵⁾。

この判決により照会制度の合憲性が確認された。さらにこの判決は、しばしば、一八六七年憲法に権力分立原則が存在しな

いことの権威ある論拠として理解されている。³⁶

州における照会制度も一八六七年憲法第九二条一四項の規定する州における司法の運営に関する州の立法権限内の事項であると解される為、憲法上の問題は生じない。³⁷

以上のことから、カナダにおいては、カナダ最高裁及び州の最高裁判所は勧告的意見を出すと、非司法的機能を制定法により付与され、裁判所が非司法的機能を行使することに對する憲法上の禁止原則が存在しないことが明らかとなった。

このように、カナダにおいては一般的な権力分立原則は存在せず、裁判所以外の機関が司法的機能を行い、又、裁判所が非司法的機能を行使用することは一般に可能である。これらカナダ独自の憲法現象は、主に、(1)憲法上一般的な権力分立原則が明示的に採用されていないこと、(2)全ての立法権限が連邦と州の議會に網羅的に配分され、それぞれの立法府は自己の立法権限内では万能的の立法権限を有する、というカナダ的な議會主権の原則が存在すること、の二つの要因により發展してきたのではないかと推測される。

前述のように、合衆國憲法第三編第二節は連邦の司法権を「事件及び争訟」に限定し、連邦裁判所は主に伝統的な司法機能のみを行ってきた。このことは、事件性及び争訟性の要請の下で

發展してきた諸法理に顕著に表われている。これに對し、カナダの裁判所は伝統的な司法機能という制限から自由な立場を採ってきた。このことは、特に、憲法上の争点を提起する当事者適格及び司法判断適合性の問題に多大の影響を与えることになった。その結果、カナダにおいては、裁判所による違憲審査権の行使され得る条件がより緩和される傾向にある。³⁸

以上でカナダにおける権力分立原則に関する考察を終える。次節では、違憲審査の特殊制度について概観していく。

- (1) T・I・エマソン＝木下毅『現代アメリカ憲法』（東京大学出版会・一九八一年）四〇頁。
- (2) 同右書・五九頁。
- (3) Kilbourn v. Thompson, 103 U.S. 168, 191 (1881).
- (4) Myers v. U.S., 272 U.S. 52, 291 (1926).
- (5) Brandeis, J. (Dissenting).
See L. Tribe, *American Constitutional Law* (1978), at 15-19.
- (6) See generally M. Redish, "Abstention, Separation of Powers, and Limits of the Judicial Function" (1984), 94 *Yale L.J.* 71; B. Neuhorne, "Judicial Review and Separation of Powers in the United States," 19 *Am. J. Legal Hist.* 1 (1975).

tion of Powers In France and The United States” (1982), 57 *N.Y.U.L.R.* 363. ; see also Nowak, Rutunda, Young, *Constitutional Law* (3rd ed. 1986) at 55-109.

- (7) See Neuborne *id.* ; Redish *id.*
- (8) 219 U.S. 346 (1911).
- (9) これ以前、連邦最高裁判所の裁判官は一七九二年ドロンントノ大統領からの書簡の返書で勧告的意見を出すことを拒否し、それが先例となり、連邦最高裁判所は勧告的意見を出していない。
- 本稿第二部第一章第三節参照。
- (10) 219 U.S. at 361-362.
- (11) *Id.*, at 361.
- (12) B. Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts, The Function and Scope of Judicial Review* (2nd ed. 1983), at 129-130.
- Nowak, *supra*, note 6, at 57.
- (13) 州の最高裁判所の中には勧告的意見を出しているものもある。本稿第二部第一章第三節参照。
- (14) Strayer, *supra*, note 12, at 125.
- (15) P. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at 150.
- Strayer, *supra*, note 12, at 125.
- (16) *Reference re Residential Tenancies Act* (1981), 123 D.

L.R. (3d) 554, at 566-567.

- (17) See e.g. *Labour Relations Board for Sask. v. John East Iron Works, Ltd.*, [1948] 4 D.L.R. 673 (P.C.); *Farrell v. Workmen's Compensation Board*, (1962) 32 D.L.R. (2d) 177; *Brooks v. Pavlick* (1946), 42 D.L.R. (2d) 572.; *Reference re Residential Tenancies Act*, *supra*, note 16.
- (18) 憲法の条文中任命権を有するのは総督であるが、その地位にある者は事実上の権限をほとんど有していない。総督は主に儀式的な役割を果だしている。それ故、総督の有する国王大権 (prerogative) のほとんどはその時の連邦政府 (内閣) が行使している。
- (19) Hogg, *supra*, note 15, at 151.
- (20) *Labour Relations Board of Sask. v. John East Iron Works Ltd.*, *supra*, note 17, at 676-678.
- (21) *Id.*, at 685.
- Brooks v. Pavlick et al*, *supra*, note 17, at 575-576.
- (22) *Reference re Residential Tenancies Act*, *supra*, note 16, at 570.
- (23) *Id.*, at 571-573.
- (24) Hogg, *supra*, note 15, at 151.
- (25) Strayer, *supra*, note 12, at 125.
- (26) Hogg, *supra*, note 15, at 150.
- (27) [1912] 3 D.L.R. 509 (P.C.).

- (28) カナダにおいては勧告的意見を出すことを裁判所に要請する制度を「照会制度（reference）」云々の。
- (29) *Re Reference by the Governor in Council* [1910] 43 S.C.R. 536.
- (30) [1912], 3 D.L.R. at 513-514.
- (31) *Id.*, at 511.
- (32) *Id.*, at 513.
- (33) *Id.*, at 514-517.
- (34) *Id.*, at 517.
- (35) *Strayer, supra*, note 12, at 127.
- (36) *Hogg, supra*, note 15, at 179.
- (37) *Id.*, at 151.
- (38) *Strayer, supra*, note 12, at 128.
 Strayer, *id.*, *Strayer* 博士は裁判所が勧告的意見を出す為には制定法上の根拠が必要であることも示唆している。
- (39) このことは「司法権の独立性」が保障されていないことを意味するものではない。カナダにおいても司法権の独立は強く保障されている。
- (40) *See generally* W. Lederman, "The Independence of the Judiciary" (1956), 34 *Can. Bar Rev.* 769, 1139.
Strayer, supra, note 12, at 131.
 本稿第二部第三章参照。

第二節 違憲審査の特殊制度

第一項 概 要

カナダにおける違憲審査制度は基本的にアメリカ合衆国のそれと同一のものである。裁判における当事者は自己に適用されるすべての法、法律、条例、規則等の有効性を争うことができる。裁判所は、問題となっている規範がより高次の規範に抵触する場合、その規範の適用を拒否することができる。議会の権の原則を継受したカナダにおいても、議会议定法が成文化された連邦憲法に抵触する場合、裁判所は当該制定法を議会の立法権限逾越を理由として無効と判断しその適用を拒否することができる。

このように、カナダにおいては合衆国の違憲審査制度と基本的に同一の制度が確立されている。しかし、カナダの違憲審査制度においては、カナダ独自の制度が確立、発展してきた。即ち、憲法上の争点の解決を迅速に行い、かつ、当該憲法問題に利害関係を有する全ての者の諸権利をより適切に考慮する為、(1) 法務総裁 (Attorney General) の訴訟参加、(2) 訴訟中断と憲法上の争点の移送、及び、(3) 法務総裁対法務総裁の訴訟等の特殊な制度がそれである。これらの特殊制度を有するカナダの違

憲審査制度は「現在世界中に存在する司法的統制制度の中で最良の制度」⁽¹⁾との評価を受けている。しかしながら、前述のように、カナダにおける違憲審査の対象は一九八二年以前は主に一八六七年憲法上の連邦・州間の立法権限配分規定に関してであり、カナダの違憲審査の特殊制度もその限定された分野で発展してきたものであることに注意すべきである。

以下では、違憲審査の特殊制度を概観していく。⁽⁴⁾

第二項 法務総裁の訴訟参加

通常の私人間の訴訟においても連邦法又は州法の合憲性が争われる場合がある。しかし、この場合、違憲を主張する私人が純粹に当該立法の合憲性（連邦・州間の立法権限配分）に対して関心を有していることは稀であり、当該私人は単に当該立法の自己に対する適用を回避する為に違憲の争点を提起するにすぎない⁽⁵⁾。その為、私人間の訴訟において連邦法又は州法の合憲性が争われる場合、当該立法を制定した政府又はその立法の合憲性に対し利害関係を有する政府の主張が全く考慮されず、充分な情報に基づくことなく裁判所の判断が下される危険性が存する。後述するように、カナダにおいては、違憲と判断された立法は原則として当初無効となる為、ある立法の合憲性に利害

関係を有する政府は公益に関する主張を裁判所に対し充分に展開する必要性がある。このことは、利害関係を有する州の政府が参加することなくある連邦法の合憲性が支持された一八八二年の *Russel v. The Queen* 事件⁽⁷⁾の後に特に認識された。

そこで、立法の合憲性が私人間の訴訟で争われる場合、当該争点に利害関係を有する適切な法務総裁に対し当該合憲性の争点に関する通告をなし、それら法務総裁の訴訟参加を認める制度がカナダにおいて成立した。一八八二年、ケベック州においてこの制度が立法化⁽⁹⁾され、次いで、一八八三年、オンタリオ州においても同種の立法が制定された⁽¹⁰⁾。現在では、ニュー・ファウンドランド州、プリンス・エドワード・アイランド州、そして、ノヴァ・スコシア州を除いて、他の全ての州において同様な制度が⁽¹¹⁾つくられている。

この制度に関する現行法の中で、最も広範な規定をしているものの一つがサスカチュワン州の「憲法問題に関する法律 (Constitutional Questions Act)」⁽¹²⁾の第八条である。同条は以下のように規定している。

第八条

- (1) サスカチュワン州の裁判所において、連邦議会もしくは州議会の立法の合憲性又は総督令 (order in Council)

の有効性が争われた場合、いかなる場合においても連邦の法務総裁又はサスカチュワン州の法務総裁に通告がなされた後でなければ、当該立法又は総督令は無効と判断されてはならない。

(2) かかる通告は、いかなる法もしくは法の部分又はいかなる総督令もしくはその部分が問題となっているか、当該問題が何時審理されるか、さらに、争点となっている憲法上の問題点を示すに必要な他の詳細な事項に関してなされなければならない。

(3) かかる通告は当該争点が審理される六日前に送達されなければならない。

(4) 連邦の法務総裁ならびにサスカチュワン州の法務総裁は、政府が当該合憲性の争点が生じた事件もしくは訴訟手続における当事者でない場合においても、本人もしくは代理人により裁判所に対し自己の主張をなす権利を有する。

この手続は、(1)連邦又は州のいかなる立法の合憲性を争う場合においても適用され、(2)サスカチュワン州のいかなる裁判所のいかなる性質の訴訟手続においても適用され、(3)通告の要請が満たされない限り裁判所が違憲の判断を下すことを禁止して

いる点において興味深い。¹⁴

アルバータ州¹⁵、ブリティッシュ・コロンビア州¹⁶、マニトバ州¹⁷そしてオンタリオ州¹⁸もそれぞれ基本的には同種の規定を有している。しかし、ブリティッシュ・コロンビア州の規定は、総督令の有効性が争われた場合に法務総裁への通告を要請しておらず、又、連邦法の合憲性が争われた場合にもかかる通告を要請していないように解される。ニュー・ブランズウィック州の規定¹⁹は、連邦又は州の制定法及び規則の有効性が争われた場合に法務総裁への通告を要請しているが、かかる通告がなされない場合でも裁判所が違憲又は違法の判断を下すことを禁止してはいない。アルバータ州及びブリティッシュ・コロンビア州の規定は、連邦又は州の立法が特定の事実状況に対し適用可能か否か争われた場合にも法務総裁への通告を要請している。ケベック州の民事訴訟法（Code of Civil Procedure）²⁰第九五条は連邦もしくは州の立法の合憲性又は連邦もしくは州の総督令の有効性がケベック州の裁判所で争われた場合においても、法務総裁への通告を要請している。同条は、かかる通告がなされない場合、当該争点に関する判断を特に禁止する規定を有していない。しかし、裁判所は一般に法務総裁への通告がなされない場合、憲法上の争点を取り扱うことを拒否する傾向がある。

連邦議会は、このような制度に関する法律を制定していない。しかし、一九〇五年以降、カナダ最高裁判所規則(Supreme Court Rules)は、制定法の合憲性が争われた場合、法務総裁への通告が必要である旨規定している。以前の規則は、連邦の制定法の合憲性が争われた場合連邦の法務総裁に対する通告のみを要請し、また州の制定法が問題となった場合連邦の法務総裁と当該立法を制定した州の法務総裁に対する通告のみを要請していた。²²しかし、現行の規定はそれよりやや広い規定となっている。²³

規則一七 上訴事件の一方当事者が、連邦議会の制定法もしくはカナダの州議会の立法又はその下で規定された規則の合憲性及び憲法上の適用可能性に関する争点を提起し、又は、連邦議会の制定法もしくはその下で規定された規則がカナダ権利章典の規定により適用不能であることを主張しようとする場合、かかる当事者は、上訴又は反対上訴の通告の後直ちに、一方的に(ex parte)最高裁長官又は一人の裁判官に対しかかる争点提起に関し申請しなければならぬ。かかる申請が出された場合、長官又は一人の裁判官は、問題となる争点を示した通告を当該裁判官が決定した時間内に連邦の法務総裁及び全州の法務総裁に対して出す

よう職権で命令しなければならない。かかる通告は、法務総裁が訴訟参加を希望する場合、当該裁判官が決定した時期にその旨の申請がなされなければならない旨の通知ともになされなければならない。

この規則は、法務総裁への通告がなされない場合カナダ最高裁が憲法上の争点に関し判断することを禁止してはいないが、かかる通告がなされない場合カナダ最高裁は憲法上の争点を取り扱うことを控える傾向がある。²⁴同規則は、いかなる立法や規則の合憲性が争われた場合にも連邦の法務総裁と全州の法務総裁への通告を要請している。これは、憲法上の争点が事件当事者としての私人の利益を越える為、公的利益が十分に考慮され保護されることが極めて重要であるからである。²⁵

この点に関するカナダ連邦裁判所規則(Federal Court Rules)はそれほど厳格なものではない。規則一〇一は、単に「憲法上の争点又は一般的重要性を有する争点(any question of general importance)」が提起された場合、当事者は利害関係を有するいかなる法務総裁に対しても通告をすることができ(may)、裁判所自身も利害関係を有する法務総裁に対し通告をなすことができ(may)、かつ、かかる争点が提起された場合、そのような通告の存否に拘わらず、その法務総裁も訴訟参加

の申請をなすことができる (may)、と規定している。²⁶

カナダにおける連邦・州間の立法権限配分に関する憲法上の争点は極めて重要な問題である。その為、憲法上の争点は私人の利益の立場を離れ、各レベルの政府を代表する法務総裁が各自の政府に関する公的利益を十分に主張し、裁判所は、全ての公的利益を考慮した上で、かかる争点に対し判断を下す制度が確立されている。特に、カナダ最高裁は憲法問題に関する最終的な判断権を有する為、そこで憲法上の争点が争われる場合、全州の法務総裁への通告が要請されている。

以上のことから、カナダにおいては、憲法問題を公的な問題ととらえ、憲法判断をより客観化する為の制度が確立されていることが理解できる。特に、カナダ最高裁判所は客観的憲法保障機能を重視していると解せられる。²⁷

第三項 訴訟中断と憲法上の争点の移送

法律の合憲性に関する争点が裁判上提起された場合、訴訟は通常長期化し、当事者の時間的、経済的負担が増大する傾向がある。このような当事者の不利益を軽減し、憲法上の争点を迅速に解決することを目的とした制度が、訴訟中断と憲法上の争点の移送である。²⁸

カナダ最高裁判所法第六二条は、以下のように規定している。²⁹

第六二条 一項

(a) 訴訟当事者が、訴答により、連邦議会の法律の合憲性に関する争点を提起し、当該争点が係争中の裁判所の裁判官が、かかる争点は本案判断にとり重要である (material) と判断した訴訟 (suits, actions or proceedings)

(b) 訴訟当事者が、訴答により、本条の手續に同意した州の州議会が制定した法律の合憲性に関する争点を提起し、当該争点が係争中の裁判所の裁判官が、かかる争点は本案判断にとり重要であると判断した訴訟

以上の訴訟に関し最高裁判所が管轄権を有することに同意し、その旨規定する法律をカナダにおけるいずれかの州が制定した場合、当該違憲の争点が本案判断にとり重要であると判断した裁判官は、同制度に合意した州法が規定する訴訟において当事者の請求があった場合、当該争点で争われている事項の価値がいかなるものであれ当該争点の判断を得る為、当該事件を最高裁に移送する命令をしなければならない。当事者の請求がない場合で

あつても当該裁判官が適當であると判断した場合、当該事件を移送する命令をすることができると。その場合、当該事件は命令通り移送されなければならない。

二項 最高裁判所はそのようにして提起された争点を審理し判断を下さなければならぬ。同裁判所は、当該争点に対する判決を付し、当該事件をそれが提訴された裁判所又は裁判官に還送しなければならない。

三項 かかる訴訟において最高裁判所により判決が下されたいかなる点に關しても、最高裁への更なる上訴は許されない。ただし、かかる訴訟において争われている他の事項の価値が五〇〇ドルを超える場合はこの限りではない。

四項 本条は、民事訴訟にのみ適用がある。

ブリティッシュ・コロンビア州、マニトバ州、ニュー・ブラ
 ンズウィック州、ニュー・ファウンドランド州、オンタリオ州、
 プリンス・エドワード・アイランド州は、それぞれ、訴訟当事
 者が請求した場合又は裁判所が適當と判断した場合、この手続
 が用いられる旨の規定をした。³⁶従つて、これらの州の裁判所で
 連邦法もしくは当該州の法律の合憲性が争われた場合、当該連
 憲の争点をカナダ最高裁に判断させ、その判断に基づき、当該

州裁判所が係争中の事件に対し判決を下すことが可能となつた。
 Grant教授は、この制度がアメリカ合衆国の同種の制度を模倣したものとして解している。³⁸しかし一八七五年、MacKenzie内閣が提出したカナダ最高裁判所法案の中には、カナダ最高裁が憲法問題に關し判断を下す前に州の裁判所がその問題につき判断することを禁止する手続がある。これは、憲法問題をまず第一次的にカナダ最高裁により判断させ、州の立法権限越の問題を連邦の裁判所であるカナダ最高裁によって抑制しようとする、極めて連邦中心的な政治的配慮に基づくものであつたと解され得る。³⁹従つて、このようなカナダ独自の政治的動機によりつくり出された制度は、合衆国の制度の模倣というより、カナダ独自の創造物として理解した方が當を得るように思われる。

立法者の政治的意図に拘わらず、この制度は憲法上の争点を迅速に解決する為の極めて有効な手続として発展する可能性を有している。

前述のように、一八七五年の最高裁判所設立当時、時の政府により憲法上の問題に対する判断を全てカナダ最高裁判所に行わせる制度の創設が意図されていたが、これは、後述する照会制度の創設にも影響を与えていると推測される。

第四項 法務総裁対法務総裁の訴訟

カナダのいくつかの州においては、州の法務総裁と連邦の法務総裁が訴訟当事者となり、法律の合憲性に関し宣言的判決を求めることができる訴訟手続が規定されている。

その典型的規定であるアルバータ州裁判所法⁴⁰第二六条は以下のように規定している。

第二六条

一項 アルバータ州の最高裁判所は、(a)カナダの法務総裁、又は、(b)アルバータ州の法務総裁のいずれかの提訴によるアルバータ州議会の立法の有効性に関する宣言的判決を求める訴訟に対する管轄権を有する。その場合、他の救済は求められない。

二項 本条に基づきなされる州の立法の有効性に関する宣言的判決を求める訴訟は、第一項にいう二人の法務総裁が訴訟当事者となれば十分に構成されたとみなされなければならない。

三項 本条に基づきなされる訴訟の判決は、他の判決と同様上訴することができる。

この種の訴訟手続は、オンタリオ州⁴¹、マニトバ州⁴²、ブリティッシュ・コロンビア州⁴³、ニュー・ブランズウィック州⁴⁴においても規

定されている。この種の訴訟は、州の立法が州の立法権限を超越し連邦議会の立法権限を侵害していると疑われる場合、連邦の法務総裁が当該立法をなした州の法務総裁を相手に州の裁判所において行われる。しかし、オンタリオ州においては、連邦法の有効性に関して争う場合においてもこの訴訟手続を用いることができる。

この手続の制定により、私人間の紛争や私人と連邦又は州の政府との間の紛争が生じるのを待つことなく、連邦・州間の立法権限に関する憲法上の争点が裁判所により判断、解決されることが可能となった。実際、多くの重要かつ興味深い憲法上の諸問題⁴⁵がこの種の訴訟により解決されている。⁴⁶

法務総裁対法務総裁の訴訟は、具体的事件の発生を待つことなく提起され得る。従って、この訴訟は、裁判所が抽象的に立法の合憲性を審理する制度であると解することができる。

このように、カナダにおいては、裁判所が具体的事件を離れて立法の合憲性を抽象的に判断することにより憲法上の問題を早期に解決する為の機能を果たしている。これが可能なのは、前述のように、カナダにおいて憲法上一般的な権力分立の原則が存在せず、裁判所の行使し得る機能が伝統的司法機能よりも広いものである為、及び、憲法問題の判断は裁判所が行うべき

であると理解が存在する為であると解される。

第五項 本節のまとめ

カナダにおける違憲審査の特殊制度は、憲法訴訟の公的性質に鑑み、全ての公的利害関係及び公的要素等が十分に裁判所の判断に反映され、かつ、憲法判断が迅速に行われる為の制度であると理解し得る。さらに、カナダにおいては、憲法上の問題を法律問題としてとらえ、それは裁判所により解決されるべきである、という一般的理解⁽⁶⁾があり、それによって、裁判所が立法の抽象的違憲審査を行うことが可能になったと解される。カナダにおける憲法判断は、私的紛争に付随的に行われるというよりは、より客観的手続において行なわれるとの印象を受けらる。

カナダにおける裁判所は憲法問題の判定者であり、違憲審査権の発動は具体的事件の発生を要件としていない。これら違憲審査の特殊制度は、アメリカ合衆国連邦最高裁の行使する違憲審査権の実態とはかなり異質な要素を有していると解される。

以下では、合衆国連邦最高裁の行使する違憲審査権の内容と真向から対立する制度である照会制度（勧告的意見）について、検討を加える。その際、カナダにおける照会制度の特徴を理解

する為の手段として、合衆国の勧告的意見制度とカナダの照会制度との比較研究を試みる。

- (1) J. Grant, "Judicial Review in Canada: Procedural Aspects" (1964), 42 *Can. Bar Rev.* 195, at 197.
- (2) 後述する照会制度もカナダ独自の制度と解される。
- (3) Grant, *supra*, note 1, at 195.
- (4) この分野の日本の研究として、長内了「カナダ連邦憲法の基本構造」『比較法雑誌』七巻一・二号（一九七二年）二二〇頁以下がある。
- (5) P. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at 311.
- (6) 本稿第二部第三章第四節参照。
- (7) (1882), 7 App. Cas. 829, 46 L.T. 889 (P.C.).
- (8) B. Strayer, *The Canadian Constitution and The Courts, The Function and Scope of Judicial Review* (2nd ed. 1983), at 65.
Strayer 博士は 'Russel v. The Queen' 事件のすぐ後に法務総裁の訴訟参加制度が各州で採用されたことは偶然の一致ではないであろうと述べている。
- (9) An Act to Facilitate the Intervention of the Crown in

- Civil Cases in which the Constitutionality of a Federal or Provincial Act is in Question, S.Q. 1882, c.4, s.1.
- (20) An Act for the Better Administration of Justice in this Province, S. O. 1883, c.6, s.6.
- (21) Strayer, *supra*, note 8, at 65.
- (22) R.S.S. 1978, c.C-29.
- (23) Strayer, *supra*, note 8, at 65.
- (24) *Id.*, at 66.
- (25) Judicature Act, R.S.A. 1980, c.J-1, s.25, am. 1981, c.51, s. 2.
- (26) Constitutional Question Act, R.S.B.C. 1979, c.63, s.8, am. 1981, c. 10, s.15, 16.
- (27) Queen's Bench Act, R.S.M. 1970, c.C 280. s.73.
- (28) Judicature Act, R.S.O. 1980, c.223, s.35.
- (29) Judicature Act, R.S.N.B. 1973, c.J-2, s.22, am, 1980, c.28, s.5 ; 1982, c.3, s.39(1).
- (30) R.S.Q. 1977, c.C-25.
- (31) Strayer, *supra*, note 8, at 67.
- See, e.g. R. v. Gagnon*, [1970] C.A. 561; *Vadeboncoeur v. Landry*, [1973] C.A. 351, affd [1977] 2 S.C.R. 179, 23 R.F.L. 360 ; *Cotroni v. Commission de police du Québec*, [1974] C.S. 495.
- Exceptions were made by *La Ville de Québec v. La Reine*, [1973] C.S. 205; *Chemical and Pollution Science Inc. v. Malone*, [1977] C.S. 693.
- (32) Supreme Court Rules, 1945, Rules 18 and 19 as originally promulgated.
- (33) Supreme Court Rules, C.R.C. 1978, c. 1512, rule 17.
- (34) Strayer, *supra*, note 8, at 67-68.
- (35) *Id.*, at 68-69.
- (36) Federal Court Rules, C.R.C. 1978, c.663.
- (37) 法務総裁の訴訟参加制度に関しては、(1)参加した法務総裁が「当事者」としての資格を有するか否か、(2)法務総裁が参加した政府に対する救済判決は可能か、(3)敗訴の場合法務総裁も訴訟費用を負担すべきか、(4)当事者が上訴しない場合訴訟参加した法務総裁が憲法上の争点に関してのみ上訴することは許されるか、等の問題、さらに、法務総裁への通告がなされない場合裁判所が憲法判断を拒否することの憲法上の問題等、多くの議論のある問題がある。 *See Strayer id.*, at 64-76.
- (38) *Grant, supra*, note 1. at 200.
- (39) Supreme Court Act, S.C., 1875, c.11, s.54, 56; R.S.C., 1952, c.259, s.62 ; R.S.C., 1970, c.S-19, s.62.
- 当初の規定は、州裁判所がかかる憲法上の争点は本案判決にとり重要であると判断した場合、カナダ最高裁への移送を義務的なものと規定していたが、一九五二年の改正でそれは義務的なものではなくなった。 *See Grant, id.*, at 200.

- (30) S.B.C., 1881, c.6, s.1 ; R.S.B.C., 1960, c.141, s.2; Federal Courts Jurisdiction Act, R.S.B.C. 1979, c.126, s.1(c).
- (31) S.M., 1917, c.18, s. 2; R.S.M., 1954, c.51, s.2(c); The Federal Courts Jurisdiction Act, R.S.M., 1970, c.C 270. s.2. (c).
- (32) S.N.B., 1888, c.9, s.1; R.S.N.B., 1952, c.83, s.1(c); Federal Courts Jurisdiction Act, R.S.N.B., 1973, c.F8, s.1(c).
- (33) S.N., 1954, No. 13, s.2(c); The Federal Courts Jurisdiction Act, R. S. Nfd, 1970, c.127. s.2(c).
- (34) S.O., 1877, c.5, s.1 ; R.S.O., 1960, c.112, s.1(c); Dominion Courts Act, R.S.O., 1980, c.125, s.1(c).
- (35) S.P.E.I., 1941, c. 16, s. 11; R.S.P.E.I., 1951, c.79, s.40(1), (c); Judicature Act, R.S.P.E.I., 1974, c.J-3, s.39. (1) (c).
- (36) この制度は、現在ではほとんど用いられていないようである。
- (37) Grant, *supra*, note 1, at 201.

Grant教授は、一八〇二年の連邦裁判所法(Federal Judiciary Act (1802), 2 U. S. Stat. 159, c.31, s.6) をその例として引いている。

さらに、カベレット教授の研究によると、裁判所法(Judicial Code)は、高等裁判所が最高裁判所の拘束力ある指示(binding instruction)を求める為「民・刑事事件における法律問題」につき上訴を許すことができ、最高裁は提起された問

題だけを審理するか又は全事件を送付させて解決するかを決定する事ができる旨規定している。マクロ・カベレット著 谷口安平・佐藤幸治訳『現代憲法裁判論』(有斐閣・一九七四年) 一三五頁、註三八。

- (38) Grant, *supra*, note 1, at 201.
- (39) J. Smith, "The Origin of Judicial Review in Canada" (1983), 16 *Can. J. of Pol. Sci.* 115, at 125-126.
- (40) Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1.
- (41) S. O. 1886, c. 16, s. 38 (a) ; R.S.O., 1960, c. 197, s. 20. now Judicature Act, R.S.O. 1980, c. 223, s. 23.
- (42) Queen's Bench Act, R.S.M. 1970, s. C. 280, s. 62.
- (43) Constitutional Question Act, R.S.B.C. 1979, c. 63, s. 9.
- (44) Judicature Act, R.S.N.B. 1973, c.J-2, s.22, am. 1980, c. 28, s. 6; 1982, c. 3.
- (45) *See e. g. A. G. Can. v. A. G. Ont.* (1890) , 20 O. R. 222 (H. C.) , *affd* (1892), 19 O.A.R. 31, *affd* (1894), 23 S.C. R. 458.; *A. G. B. C. v. A. G. Can.* (1922), 21 *Ex. C.R.* 281, *affd* (1922), 64 S.C.R. 377; *A.G.Ont.v.A.G.Can.*, [1931] O. R. 5, [1931] 2 D.L.R. 297, 55 C.C.C. 346 (S.C.).
- (46) *See* Grant, *supra*, note 1, at 202-203.
- (47) 「司法(Judicial)」という概念が、カナダ及び合衆国の両国では若干異なっているように思われる。合衆国では一般に司法の本質的内容を「事件性、争訟性」に求め、事件性、争訟性の

要素を①対決性、②争われている法的権利に利害関係を持つ当事者、③現実の司法判断適合性の存在および、④裁判所が終局にして拘束力を持つ判断を下すことができることに求めている。（佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』（日本評論社・一九八四年）四一五頁）

カナダにおいては、司法という語の定義はそれほど明確にされていないようであるが、*Reference re Residential Tenancies Act* (1981), 123 D.L.R.(3d) 554.においてカナダ最高裁のDickson裁判官は、司法権の意味を以下のように説明した。即ち、(1)当事者間の紛争 (i)s が、(2)認識された法の適用により、(3)公正かつ公平に判決されることであると。id., at 578. この両国における「司法」の概念は、その本質的要素において共通のものであると思われるが、カナダにおける「当事者」間の「紛争」の概念は、合衆国におけるその概念よりやや広範な内容を有しているという印象を受ける。

本稿第二部第三章参照。

- (48) H. Clokie, "Judicial Review, Federalism, and the Canadian Constitution" (1942), 18 *Can. J. of Eco. & Polit. Sci.* 537, at 540.

第三節 照会制度¹⁾

第一項 概 要

カナダにおける照会制度 (Reference) は一般に、政府がカナダ最高裁判所に対し憲法問題や法律問題又はその他の問題に關し勸告的意見を求めることができる制度を意味する²⁾。政府以外の機関、即ち連邦議会の元老院 (Senate) 又は庶民院 (House of Commons) も、個別法律案 (private bill) に関してカナダ最高裁に対し照会する権限を有する。しかし、この種の照会制度は過去ほとんど用いられていない³⁾。本稿では前者の照会制度に関して検討を加えていく。

照会に対して出される勸告的意見は、裁判官の意見としてではなく、裁判所の意見として出される⁴⁾。

照会制度は、連邦政府のみならず各州の政府も活用することができる。即ち、連邦の照会制度はカナダ最高裁判所法第五⁵⁾条により、そして、州の照会制度は各州の制定法により規定されている。連邦政府はカナダ最高裁判所に対し、そして、州政府は主に州の最高裁判所に対し照会する権限を有している。その場合、州政府は州の最高裁判所の意見を得た後、カナダ最高裁に対する権利として上訴が可能である。

以下では、主に、カナダ最高裁判所の行方照会制度につき検討を加えていく。

第二項 照会制度の発展 — 司法化の歴史 —

照会制度は、一八七五年にカナダ最高裁判所が設立された当初から最高裁判所及び財務裁判所法 (Supreme and Exchequer Courts Act)¹⁰ 第五条により規定されていた。同条は以下のように規定していた。

第五条 枢密院における総督 (Governor in Council) が自ら適当 (fit) と判断するすべての事項に関し、審理 (hearing and consideration) の為最高裁判所に対し照会することは適法である。最高裁判所は、照会された事項を審理し、それに関する意見を枢密院における総督に対し文書で示さなければ (certify) ならない。多数意見と異なる意見を有する最高裁判所の裁判官は、その意見を枢密院における総督に対し同様に文書で示さなければならない。

創設当時の照会制度は、(1)異なる利益を代表させる為の規定、(2)事実問題を確定する為の規定¹¹、さらに、(3)理由を付した意見を要請する規定を欠いていた為、同制度の有効性が充分に發揮されなかった¹²。

そこで、これらの欠点を補う為の改正が一八九一年に行なわれた¹³。同改正は、カナダ最高裁が他の上訴事件と同様に、照会事件においても理由を付した意見を出さなければならないことを規定した。又、州法が問題となっている場合に適当な州の法務総裁に対し通告をなし、その法務総裁が裁判所に対し自己の主張を行うことを認める規定、その他の利害関係者が意見陳述を裁判所に対して行うことを認める規定等¹⁴が新たに加えられた。さらに、照会された事項に関する事実問題を調査する為に、最適な規則を制定する権限をカナダ最高裁に付与する規定も同改正には含まれていた。それ以後の諸改正においてもこれらの欠点を補うことが重視されてきた¹⁵。

これらの諸改正により、現在、照会事件においては利害関係者が適切に代表された法廷での弁論及び事実を確定する為の手續に基づく充分な理由の付されたカナダ最高裁判所の意見が出されている。今日、照会事件は通常の争訟事件と同様に審理され、そこで出される意見は争訟事件の判決と同様の質を有する充分な理由に基づくものである¹⁶。

このような照会制度の発展は、照会制度の「司法化 (Judicializing)」と評されるものである¹⁷。

第三項 現行の連邦照会制度

現行の最高裁判所法第五条は以下のように照会制度を規定している。¹⁸

第五条

一項 左の各号に掲げた事項に関する法または事実の重要な問題は、枢密院における総督により、審理のため最高裁判所に対し照会することができる。枢密院における総督により照会された左の事項に関する問題は、重要な問題であると終局的にみなすものとする。

- (a) 憲法の解釈
- (b) 連邦法または州法の合憲性もしくは解釈
- (c) 一八六七年憲法ならびに他の法律および法により枢密院における総督に与えられた教育に関する事項についての上訴管轄権
- (d) すでに行使されあるいは行使されようとしている連邦議会もしくは州議会の権限、または、その政府の権限
- (e) その他、右に掲げた事項に含まれるか否かの最高裁判所の判断に係わりなく、枢密院における総督が照会することを適当であると判断した他の事項

二項 第一項に基づき最高裁判所に対して照会がなされた場合、当該裁判所は、照会された事項を審理し、それぞれ

の質問に対し回答を与えなければならない。最高裁判所は、それぞれの質問に対する理由を付した裁判所の意見を、その参考にするため、枢密院における総督に対し文書で示さなければならない。かかる意見は最高裁判所への上訴事件の判決と同様の方法で宣言されなければならない。多数意見と異なる意見を有する裁判官は、同様の方法でその意見を文書で示さなければならない。

右規定に列挙された諸事項は主に憲法問題を念頭においてはあがあるが、それらは憲法問題のみに限定されてはいない。しかし、実際上は憲法以外の問題についての照会は稀である。照会し得る事項は連邦の立法権限や連邦政府の権限に関するものに限定されていない。州の制定法の合憲性に関する問題もしばしば照会されている。¹⁹

カナダ最高裁に照会する権限を有しているのは枢密院における総督のみであり、それは慣行上連邦政府（内閣）を意味する。法的には、私人や他の機関はカナダ最高裁に対し照会する権限を有していない。²⁰²¹

しかし、法律上の手続ではないが、州の副総督は総督に要請

して総督の照会権を利用することにより、自己の希望する事項をカナダ最高裁に照会することも可能である。²²又、私人も特定の重大な憲法問題に関し利害関係を有する場合、総督に請願し総督がそれを認めるときには、当該憲法問題に関するカナダ最高裁の意見を総督の照会権限を通して得ることが可能である。²³

第四項 利害関係者の参加

前述のように、照会事件においても利害関係者が裁判所での審理に参加することができる手続が制定されている。

一 関係州政府の参加

カナダ最高裁判所法第五条三項は関係州政府の参加に関し以下のように規定している。

第五五条

三項 照会された質問事項がすでに制定されもしくは今後制定されるいずれかの州のいずれかの制定法もしくはその条項の合憲性に関連する場合、または、なんらかの理由によりいずれかの州が当該質問事項に特別の利害関係を有する場合、かかる州の法務総裁は、自ら適当と判断する場合その主張を裁判所に対して行なうため、当該照会

事件における聴聞について通告を受けるものとする。

この規定により、特定の照会事件に利害を有する州の法務総裁は当該照会事件の審理に参加し自己の主張を裁判所に対し行うことが可能となった。

二 利害関係を有する私人の参加

カナダ最高裁判所法第五条四項及び五項は利害関係を有する私人の参加に関し以下のように規定している。

第五五条

四項 最高裁判所は、利害関係を有する者ならびに利害関係を有する者の団体が存在する場合かかる団体の代表としての一人もしくは複数の者に対し、本条に基づき照会における聴聞に関して通告が行われること、また、かかる利害関係者が裁判所において自己の主張を提出する権利を有することを保障するため、命令する権限を有する。

五項 最高裁判所は、その裁量において、利害関係を有しかつ弁護士により代表されていない者の利益を主張することをいずれかの弁護士に対し要請することができる。

そのために必要とされる合理的費用は、連邦議会により訴訟費用として配分された財源の中から、大蔵大臣により

支払われることができる。

この第五項の規定の下、利害関係を有しかつ弁護士により代表されない者の利益が、照会事件を審理する際、カナダ最高裁判所により正当に考慮されることが可能となった。しかも、公費を用いて当該利害関係者の為の弁護士を要請するこの規定は、裁判所が可能な限り多くの利害関係者の主張を聞くことを可能にし、その性質上多くの者に影響を与える照会事件における憲法判断の正当性を高めるのに役立っている。

以上の諸規定の下、照会事件の審理においては実際多くの利害関係者が参加している。一九五〇年の *Reference re War-time Leasehold Regulations*¹²⁷ においては、四つの全国規模の団体が参加し、一九七六年の *Reference re Anti-Inflation Act*¹²⁸ においては、六つの大きな団体とその他の利害関係者が参加した。さらに一九八七年の *Reference re an Act to Amend the Education Act*¹²⁹ においては、二三の異なる利害関係者がカナダ最高裁判所においてそれぞれの主張を述べた。

このような利害関係者が参加する為の手続的保障は、照会事件における論点を十分に展開し、かつ、多様な利益からの意見を陳述を認めることによって裁判所の判断をより客観的なものとすることを可能にしている。特に、私人の利益の主張を保障す

ることによって、政府側の一方的意見に支配された判断がよりよく回避され、私人の権益をデュー・プロセスの保障なく侵害する危険性を減少させることができる。

このような手続的保障の為、カナダにおける照会事件は裁判所の判決の中でも最も完全に審理が尽くされたものとして評価され得る。²⁸

第五項 事実の証明

照会制度が当初有していた欠点の一つは事実の取り扱いに関するものであった。その欠点を補う為の諸改正が行われ、カナダ最高裁判所は照会事件において事実認定の為に必要な規則を制定する権限を有するようになった。²⁹ しかし、かかる規則は刑事事件に関するものを除いてほとんど制定されていない。

憲法判断においても、事実に関する争点の判断が不可欠の場合が多く、照会事件においてもそれは同様である。³⁰

過去においてカナダ最高裁判所は事実に関する認定を有効に行なつてこなかった。特に貿易及び通商に関する事項やカナダ型ニュー・デール立法に関する照会事件において、その傾向があった。³² しかし、事実の取り扱いに関するかかる傾向は、照会事件のみに固有のものではなく、憲法判断に関するカナダ最高

裁判所の一般的傾向であったと解するのが相当である。³³

しかし、一九七六年の *Anti-Inflation Reference* ³⁵ において、カナダ最高裁は、意見陳述書 (Tactics) ³⁵ の中に経済的事実に関する証拠、即ち社会科学的事実を含めることを正式に認め、法廷意見でかかる社会科学的事実を言及した。この照会事件以降、照会事件において事実に関する証拠を提出する手段として意見陳述書を用いることがより一般的となった。³⁶ 今後も、憲法判断における事実の証明の重要性が増し、その証明方法が発展していくと思われる。

第六項 照会制度の活用実態

一 概 要

一般に、照会制度の利用目的は、一八六七年憲法特に連邦・州間の権限配分規定に関する憲法問題を裁判所により迅速に判断させることにある。照会事項は、議会により可決される前の法律案や、議会により可決されたがまだ施行されていない法律の合憲性に関するものもある。又、制定法の合憲性が制定後間もなく照会される場合、もしくは、制定されて数年後私人によりその合憲性が訴訟で争われた法律の合憲性が照会される場合もある。憲法に関する照会においては、連邦及び州政府の照

会制度の利用目的はそれほど異なるものではないが、連邦政府に固有の目的も存在する。^{38, 39}

二 執行停止権限との関係

照会制度は従来、連邦政府がその執行停止権限を行使する際の有用な補助手段として看做されてきた。連邦政府が州の立法を執行停止する場合、連邦・州間の政治的対立が激化する可能性が高く、その為、連邦政府は執行停止権を行使する際当該権限行使の正当性を裁判所の意見に求めたのである。執行停止権限は、(1) 特定の州法が連邦の政策と対立する場合、又は、(2) 特定の州法が憲法の立法権限配分規定に違反すると連邦政府が判断した場合に行使される。連邦政府は、後者の場合、即ち州の立法権限に関する憲法問題が生じた場合にのみ、カナダ最高裁に照会するという方針を採っていた。⁴¹ しかし、「憲法問題」と「政治問題」の完全な分離は不可能であり、執行停止権に関する照会によって、カナダ最高裁が連邦・州間の政治的紛争に巻き込まれる高い危険性が存し、実際かかる政治問題の解決の為に照会制度が利用されてきた。^{42, 43}

三 教育に関する照会

一八六七年憲法第九三条に基づき連邦政府が有する教育事項に関する上訴管轄権（同条三項）の問題も、照会制度を利用し裁判所による解決が求められてきた。⁴⁴

教育に関する上訴が連邦政府になされた場合、いかなる州の立法により不利な影響を受けたかという法的问题が判断されなければならず、この点に関する判断をカナダ最高裁に照会する方法が連邦政府により採られた。⁴⁵ これも連邦・州間の政治的紛争を回避する為に照会制度が用いられた一つの例であろう。

四 その他

照会事件は、その外にもカナダと外国の関係に関する条約やその他通常の訴訟により解決されることを待つ時間的余裕がなほほど重要な問題について利用されたり、⁴⁶ 戦時中の非常事態において迅速な司法判断が必要な場合に用いられたりしている。⁴⁷ また照会制度は単に連邦法もしくは州法の運用に関する助言を得る為に用いられる場合もある。⁴⁸ さらに、連邦政府は連邦・州間の合意や協定に関する紛争を解決する為の補助手段として照会制度を使用している。⁴⁹

以上のように、照会制度は憲法問題に関する政治的紛争を迅

速に解決したり回避する為に用いられてきた。これも「裁判による政治」の伝統の一つであろう。

五 照会制度の利用度

カナダにおける違憲審査制度の特徴の一つは、憲法問題を解決する為に照会制度を多く用いることである。一八六七年から一九八一年の間、一九四九年までは枢密院司法委員会⁵⁰としてその後はカナダ最高裁により判断された二八二の憲法問題に関するリーディング・ケースの内、四分の一を超える七七の事件が照会事件として判断されている。この数字はカナダにおける違憲審査制度の中で照会制度が極めて重要な機能を果たしていることを示している。さらに、照会事件における判断が有する政治的、社会的そして経済的影響力は、その数字が示す以上に重要なものである。⁵¹

カナダ憲法の基本的原理の多くが照会事件における判断により形成、発展してきたことは、特に注目値する。

しかしながら、宣言的判決を得る為の当事者適格の要件が緩和され、最高裁へのアクセスがより容易になり、私人の訴訟費用に対する公的扶助が増加し、さらに、私人や私的団体による訴訟の増加等の要因により、今後は照会制度の利用が減少して

いくと予測される。⁵³⁾

第七項 照会制度の先例的価値

照会事件における裁判所の意見が先例的価値を有するか否かの問題に対する解答は、法的に厳密に考えた場合は否定的なものとならざるをえない。⁵⁴⁾しかし、実際上は照会事件における裁判所の意見を拘束力ある先例として取り扱うのが一般的である。

照会制度を初めて規定した一八七五年のカナダ最高裁判所法第五二条は、照会に対する裁判所の意見の法的効力に関し何ら明示の規定を有していなかった。しかし、同法の制定過程において、連邦の法務大臣は、かかる裁判所の意見は法的な判決というより政府が独自で判断する際「道徳的重要性(moral weight)」を有するにすぎないものであると説明している。⁵⁵⁾

一八九一年のカナダ最高裁判所法改正でかかる裁判所の意見が、「単に勧告的なものにすぎなく(advisory only)」旨の明示の規定が加えられた。⁵⁶⁾

この点に関するカナダ最高裁判所の最初の判断は、一八九四年の *Reference re Certain Statutes of the Province of Manitoba* ⁵⁷⁾ において下された。Taschereau 裁判官は、「……提起された問題に関するわれわれの回答は、何人も、照会をなした者さ

えも拘束しない。否、その回答を出す者さえも拘束しない。それはいかなる裁判所をも、又、この裁判所でさえも、拘束しない。……」と述べ、裁判所の意見が法的拘束力を有さない旨明言した。枢密院司法委員会も、一九一二年の *A. G. Ont. v. A. G. Can.* 事件において、「裁判所の」回答は、勧告的なものにすぎず、内閣の法律顧問の意見以上の効力を有するものではない⁵⁸⁾旨説示している。

裁判所の出す勧告の意見が法的には拘束力を有さないことは前述の通りである。しかし、実際にはかかる意見を裁判所の判決として取り扱ったり、先例と同列に扱ったり、さらに、拘束力を有するものと看做す⁵⁹⁾ことが、特に一九二〇年代以降一般に行われている。実際、以前に出された裁判所の勧告的意見が後の勧告的意見もしくは判決において否定されたことはほとんどない。⁶⁰⁾

以上のように、カナダ最高裁の勧告的意見は実質的には他の先例と同様に取り扱われている。特に、照会制度が司法化し、そこでの意見が充分な議論と理由に基づくものである以上、これは当然の結果と解され得る。⁶¹⁾しかし、照会事件における意見が先例的価値を有するか否かの問題は、それぞれの意見が有する独自の内容、重要性、性質等により個別的に判断されるべき

問題であると解するのが相当であろう。^{65, 66}

第八項 照会制度の合憲性

連邦の照会制度に対する州からの反論は主に以下の二つの論拠に基づいている。⁶⁷ その第一は、州法の合憲性の判断を連邦議会が設立した裁判所に判断させることは州の立法権の侵害である、との反論である。第二の論拠は、勧告的意見を出すことは適切な司法機能ではなく、一八六七年憲法第一〇一条が設立を認める「カナダの一般的上訴裁判所」には憲法上非司法的機能を付加することはできない、⁶⁸ というものである。

この問題に関し枢密院司法委員会は、一九一二年の *A. G. Ont. v. A. G. Can.* 事件⁶⁹において、照会制度は司法機能ではないことを認定したが、しかし、照会制度は議会制定法により適切に裁判所に付加し得ると判断し、同制度の合憲性を支持した。⁷⁰

照会制度の合憲性に対する他の反論は、一八六七年憲法第一〇一条が「一般的上訴裁判所」の設立を認めていることにその論拠を求める。即ち、照会制度は、カナダ最高裁判所に第一審としての管轄権を与えるものであり、当該憲法規定に違反するというものである。照会制度に関するカナダ最高裁の特別管轄権が長い間問題なく同裁判所により受け入れられてきた事実か

らすると、カナダ最高裁はこの点に関する照会制度の合憲性を黙示的に承認していると解される。⁷¹

カナダにおいては、憲法上の一般的な権力分立の要請がなく、かつ、議会はいかなる法律をも制定することができるという意味での議会主権の伝統が強い為、照会制度が憲法上認められていると解される。⁷²

第九項 運用の制限

カナダ最高裁判所法第五五条二項は、照会された質問に回答を出すのはカナダ最高裁判所の義務である旨規定している。しかし、カナダ最高裁は、司法判断非適合的な質問や私人の権利に直接的影響を及ぼすような質問に対する回答を拒否する裁量権を裁判所が有すると主張し、照会制度の運用にある程度制限を加えている。

一 司法判断適合性

一九八一年の *Reference re Amendment of the Constitution of Canada* ⁷³ において、カナダ最高裁判所は、各州の照会制度を規定している条文は一般的に照会権者が適切と判断する「いかなる事項」をも州最高裁判所に照会できる旨規定してい

ることを指摘し、これらの規定は裁判所に対し「司法判断非適
 合的」な質問の判断を強いる危険性を有することを強調してい
 る。そこでカナダ最高裁は「各州の最高裁判所及び上訴審とし
 てのカナダ最高裁判所がそのような質問に対する回答を拒否す
 る裁量権を有することは疑義の存しないところである」と説示
 し、照会された質問が司法判断非適合的な場合、それに対する
 回答を拒否する裁量権が裁判所にあることを明示的に示した。⁷⁴
 しかし、カナダ最高裁は、本件照会事件において州の最高裁判
 所が回答を拒否した質問は「法文(document)の解釈」に関する
 事項もしくは「法律問題(question of law)」であり回答可能な
 質問であると判示し、実際に回答を出している。⁷⁵

照会事項への回答を拒否する裁判所の裁量権は、質問事項が
 成熟性を有していない場合、⁷⁶ムートになった場合、⁷⁷又、質問内
 容が過度に漠然としている為適切な回答を出せない場合等⁷⁸に行
 使される可能性がある。しかしながら、実際の運用を分析する
 と、カナダ最高裁はかかる裁量を充分に行使せず、驚くべきほ
 ど自由(liberal)に回答を出している。⁸⁰

二 私人の権利との関係

特定の私人の権利に影響を及ぼすような内容の事項に対し裁

判所は照会事件における回答を出さない、という原則がカナダ
 において確立されている。⁸¹

一八九八年の重要な憲法問題に関する照会事件⁸²において、枢
 密院司法委員会は、当該照会事件の当事者でもなく、かつ、そ
 の権利が弁護士により代表されていない私人の権利に関し意見
 を述べることは適当ではなく、それ故、同司法委員会は当該問
 題に関し意見を述べることを拒否せねばならない、と説示した。
 カナダ最高裁も、自己の権利が裁判所の前に代表されていない
 私人の権利に影響を及ぼす意見を述べることはデュー・プロセ
 スの原則に違反し許されない、との原則を採用している。⁸³

私人の権利に関するカナダ最高裁の一般的傾向は、(1)照会事
 項が重要な憲法問題である場合であっても、当該問題が直接私
 人の権利に関係するときには照会に対する回答を拒否し、(2)問
 題が直接的には立法権限の問題に関するものであり、私人の権
 利が単に間接的に影響を受ける場合には回答を出す、⁸⁴というよ
 うに定式化することが可能であろう。

三 連邦政府の自己抑制

連邦政府は、カナダ最高裁判所法第五五条の文言上、司法判
 断非適合的でないかなる事項をもカナダ最高裁に照会する権限を

有している。しかし、通常は、カナダ最高裁を不当に政治的紛争に巻き込んだり、最高裁の判断の正当性を害したりするような内容の質問を最高裁に対し照会すべきではないという原則が連邦政府により確立されている。連邦政府のかかる自己抑制が課されない場合、カナダ最高裁が有する前述の回答拒否に関する裁量権が重要な意義を有する。しかしながら、すでに述べたように、カナダ最高裁は不適切な照会事項に対する回答を拒否する裁量権を充分には行使していない。それ故、裁判所による照会制度の運用制限はそれほど効果的に行われていない、という印象を受ける。⁴⁶⁾

第一〇項 州における照会制度

各州の政府は直接カナダ最高裁判所に照会する権限を有していない。しかし、一〇州のそれぞれは、州政府が州最高裁判所に照会する権限を有する旨の立法を有している。⁴⁷⁾

州の照会制度を規定したものの典型例として、以下オンタリオ州の裁判所法の規定を引用する。

第一九条

一項 枢密院における副総督は審理の為いかなる質問をも最高裁判所に照会することができる。

二項 最高裁判所は理由を付した意見を枢密院における副総督に対し文書で示さなければならない。裁判所の意見と異なる意見を有する裁判官は、各自の意見と理由を通常の判決における場合と同様に文書で示すことができる。

三項 照会された問題に関する聴聞において、オンタリオ州法務総裁は裁判所に対し意見陳述を行う権利を有する。

四項 照会された問題が連邦またはオンタリオ州の法律もしくはその下で規定された規則及び条例の合憲性もしくは憲法に照らし適用できるか否かという点に関する場合には、連邦の法務総裁が当該照会事件についての通告を受けなければならない。当該法務総裁は裁判所に対し意見陳述を行う権利を有する。

五項 最高裁判所は、利害関係者ならびに利害関係団体の代表としての一人もしくは複数の者に対して照会事件の聴聞に関する通告が行われること、また、かかる利害関係者が裁判所に対し意見陳述を行う権利を有することを保障するため、命令することができる。

六項 影響を受ける利益が弁護士により代表されていない場合、最高裁判所は当該利益を代表して意見を述べることを弁護士に対し要請することができる。その場合の合

理的費用はオンタリオ州の大蔵大臣が支払わなければならない。
らない。

七項 最高裁判所の意見は当該裁判所の判決とみなされ、通常の争訟事件における判決と同様、上訴が可能である。右規定同様、他の州の規定も、州政府が州法の合憲性のみならず連邦法の合憲性に関する事項及び憲法以外の事項に関し、州最高裁判所に照会する権限を有する旨規定している。⁹⁰

州の照会制度は連邦のそれと同様司法化された制度であり、利害関係を有する法務総裁及び私人が裁判所に対し意見陳述を行うことを可能にしている。⁹² 州最高裁判所の出す勧告的意見も他の先例と同様に取り扱われ、実質的に拘束力を有するものと看做されている。⁹³ 州における照会制度の合憲性は直接疑問視されたことはなく、州の照会制度は一八六七年憲法第九二条一四項の「州における司法の運営」に関する有効な制度として受け入れられてきた。⁹⁴

州の最高裁判所が州政府からの照会に対する回答を出した後、州政府はカナダ最高裁判所に対し権利としての上訴をなすことができる。⁹⁵ このことにより、州政府は連邦政府と同様カナダ最高裁判所からの勧告的意見を受けることが可能である。⁹⁶

前述のように、カナダにおける裁判所制度はカナダ最高裁判

所を中心に統一的性格を有している。従って、照会制度も連邦の照会制度と州の照会制度というような二元的なものではなく、全ての照会事件が最終的にはカナダ最高裁判所により判断される統一の制度として理解することができる。⁹⁸

第二一項 照会制度と権利及び自由に関する

カナダ憲章

カナダにおける照会制度は、連邦・州間の立法権限配分に関する憲法問題の分野において発展してきたものである。しかし、カナダは一九八二年に人権憲章を制定した為、人権憲章と照会制度との関係が新たに検討される必要がある。

人権憲章制定から約五年程しか経過していない為十分な検討は不可能であるが、いくつかの事が既に明らかとなっている。

即ち、照会事件は人権憲章に関する分野においては以前ほど量的には重要でなくなってきたことが指摘され得る。一九八二年から八五年の間、二千以上もの憲章訴訟が提起されているにもかかわらず、人権憲章に関する照会事件はほんのわずかである。⁹⁹ しかしながら、カナダ最高裁により判断された最も重要な人権憲章に関する事件の内の二つが照会事件であったように、照会事件は質的には憲章訴訟において極めて重要なものであり

続けるであろうことが予想される。¹⁰¹

人権憲章に関する照会事件はその性質上、多くの利害関係者が裁判所の審理に参加し、事実に関する多くの証拠が提出され、裁判所もそれを「驚くべき程自由 (liberal) に」受け入れてい¹⁰²る。それ故、今日、照会制度は、過度に多くの当事者と過度に多くの事実に関する証拠提出が行われる為、收拾がつかない状態 (unmanageable) に陥っていると批判されている。¹⁰³

照会制度と人権憲章の関係について考察する際、照会制度を利用する目的も検討しなければならない。前述のように、照会制度の主な目的は、連邦・州間の立法権限に関する憲法上の問題を迅速に解決することにあつた。連邦・州のそれぞれの政府は他のレベルの政府の立法により自己の立法権限が侵害されるのを防ぐ為に照会制度を用いていた。これと同様の目的が人権憲章との関係において存在するとは解し難い。しかしながら、人権憲章に関する法律を制定する場合、当該立法が人権憲章違反であるとの批判を回避し当該立法の合憲性を証明する為に政府が照会制度を利用する可能性は充分に考えられる。さらに、照会に対する裁判所の判断により政治的紛争を解決する¹⁰⁴という目的は、人権憲章の下においても充分に考えられることである。実際、オンタリオ州においては、議論の多い人権憲章上の

問題を州最高裁判所に照会することがよく行なわれている。い¹⁰⁵ずれにせよ、人権憲章の歴史が浅い時期においては、人権憲章に関する照会が各レベルの政府により出されることが予測され¹⁰⁶得る。

第二二項 照会制度の利点

照会制度の主な利点として、以下の五つのが考えられる。¹⁰⁷

第一の利点として、照会制度が当事者適格の問題を克服することが挙げられる。重要な憲法上の問題であっても、特定の私人が当事者適格を有しない為に、当該問題が裁判所により判断され得ない場合がある。¹⁰⁸照会制度は、当事者適格の要件を満たさないために通常の訴訟において裁判所の違憲審査に服することのない憲法上の問題に関して、裁判所の意見を得ることを可能にする。しかし、後述するように、カナダにおける当事者適格の要件はしだいに緩和される傾向にある為、この利点も限定的なものである可能性が高い。¹⁰⁹

第二の利点として、照会制度を用いることにより重要な問題が、実際にカナダ最高裁判所により判断されることが確実となる¹¹⁰ことが考えられる。これにより、重要な問題に関する最高権威を有する司法判断を確実に得ることが可能となる。

照会制度の第三の利点は、迅速な問題解決能力である。¹¹⁴ 憲法上の重要な問題が可能な限り早期に解決されることは極めて重要なことである。政治的、経済的に重要な問題を取り扱った一九七六年の *Reference re Anti-Inflation Act*¹¹⁵ によつては、照会後四カ月でカナダ最高裁が判断を下している。通常の上訴過程を経た場合に要する期間と比較すると、これは極めて重要な利点である。¹¹⁶

第四の利点として、照会は政府によつて行われるので、法律の合憲性を争う為に必要な私人の訴訟負担を軽減することができる。このことは又、重要な争点がカナダ最高裁判所により確実に判断されることを可能にする。

照会制度の第五の利点として、同制度が連邦・州の各レベルの政府に対し、他のレベルの政府の行為の合憲性を争つたり、自己の行為の正当性を証明したりする為の柔軟な手段を提供することが挙げられる。照会制度は主に連邦・州間の立法権限に関する憲法上の問題を解決する為に用いられてきた。連邦と州の各レベルの政府は、自己の立法権限が他のレベルの立法行為により侵害されることを防止し、さらに、自己の立法行為の合憲性を証明する為に照会制度を用いてきた。¹¹⁷ カナダにおける照会制度は連邦制度内の連邦・州間の立法権限配分に関する紛争

を解決する為の主要な制度として機能してきたのである。¹¹⁸

第三項 照会制度の欠点

照会制度は二つの主要な欠点を有すると言われている。¹¹⁹

第一の欠点は、照会制度が適切な事実の関連性を欠く抽象的な法理論を形成する傾向にあるということである。過去における主要な照会事件は、憲法判断に対する限定された概念的アプローチを採り、事実問題が極めて重要な役割を果たす現代的な憲法問題解決の為に必要な柔軟な憲法理論の発展を阻害してきた。過去における憲法判断は事実問題をほとんど考慮せず文言の意味論上の抽象的分析により行われてきたのである。¹²⁰

しかしながら、事実問題に基づかない抽象的憲法判断の手法は、照会制度に固有の問題ではなく、カナダ最高裁が通常の訴訟においても一般的に用いてきたものであることに注意すべきである。¹²¹ さらに、照会事項がいかなる立法及びいかなる政府の行為も介在しない分野の憲法の条文の解釈のみに関するような場合、立法の効果及び行政行為に関する事実問題の判断は必要ない。¹²² 従つて、かかる性質の照会事項に対する判断が事実の関連性を欠く抽象的手法で行われたとしても、それほど重大な問題とはなりえない。¹²³ 又、事実に関する問題は、事実に関する証

拠をより広く認める最近のカナダ最高裁の新しい傾向によって、かなりの程度解決し得る可能性が高い⁽¹⁵⁾。今後の問題は、抽象的憲法判断の性質自体にあるのではなく、いかにして事実に関する判断を憲法判断の中に組み込んでゆくかにあると解される。

以上のように、事実の関連性を欠く抽象的憲法判断が照会制度に固有の問題ではないにしても、照会制度の性質上そこにおける判断が具体的事実状況から離れた抽象的性質を有することは否定できない。この問題を可能な限り解決する為には、政府が照会事項を特定する際に質問事項を注意深く設定するともに、裁判所は過度に漠然とした質問事項や事実問題の判断が不可欠であり、かつ、それらの事実が裁判所に対し提示されていないような照会に対する回答を出すことを拒否する、という運用上の制限を積極的に行うことが不可欠であらう⁽¹⁶⁾。

照会制度が有する第二の欠点は、同制度により裁判所が司法判断非適合的な問題の判断を強いられ、それ故、裁判所の正当性が阻害される、というものである。政府はいかなる事項をも照会する権限を有する為、文言上政府は「法律問題のみならず、政治、科学、そして趣味に関する問題をも」裁判所に対し照会することが可能である。それ故、かかる欠点は現実的なものであり得る⁽¹⁷⁾。

実際、政府は裁判所に対し司法判断に不適切な質問を出さないよう自己抑制し、かつ、裁判所も回答拒否の裁量権を有している旨明示している為、かかる問題を回避する可能性はある。しかし、裁判所は実際上かかる裁量を充分に行使せず、かつ、いわゆる「政治問題の法理 (political question doctrine)」を用いていない為、裁判所が不当に政治的紛争に巻き込まれる可能性は決して低くないと解される⁽¹⁸⁾。

第二四項 評 価

前述した照会制度の諸欠点は、政府と裁判所の両者による同制度の運用制限と事実認定に関する訴訟技術の発展により、かなりの程度克服可能であると解され得る。照会制限の諸利点は、当事者適格の要件緩和、訴訟費用の公的扶助制度の発達、私人又は私人の団体による訴訟の増加現象等々の理由により、かなり限定的なものとなりつつある。しかしながら、重要な憲法問題を迅速に解決するという照会制度の利点はいまだに重要な意義を有している。

カナダにおける照会制度は、憲法問題を法律問題と解し、その公正な判定者として裁判所を觀念しているカナダ独自の司法観の中で進化、発展してきたものであると解することができる。

Strayer 博士は、照会制度が通常の争訟事件における違憲審査制度の代用となり得るものではなく、あくまで違憲審査制度の補助的的制度として理解されるべきであり、かつ、照会制度はカナダにおける違憲審査制度の中で第二次的役割のみを果たすべき制度であることを強調している⁽¹⁾。そして Strayer 博士は、かかる性質を有する照会制度の利用度が今後少しに減少していくことになる⁽²⁾と予想している。

前述のように、照会制度が具体的事実状況における人権保障機能を果たすことは困難であると思われる。しかし、それは抽象的一般的狀況の中で客観的に憲法を保障する機能においては有効な手段の一つであると解される。その意味において、照会制度は通常の訴訟における違憲審査制度の重要な補助的的制度として理解し得る。

以上で、カナダにおける照会制度に関する検討を終える。

(1) この点に関する日本の研究として、野上修市「カナダの照会事件 (Reference Case) について」『法律論叢』四〇巻(一九六七年)三五頁、長内了「カナダ連邦憲法の基本構造」『比較法雑誌』七巻一・二号(一九七二年)一八七頁参照。

(2) H・ジャンニッシュ・佐々木雅寿訳「カナダ憲法上の照会権限」『北大法学論集』三九巻三号(一九八八年)二頁。

(3) アメリカ合衆国における勧告的意見に関する研究として、田中英夫「州における勧告的意見」『英米法研究 I 法形成過程』(東京大学出版会・一九八七年)一五四頁参照。本稿における合衆国の勧告的意見制度の研究は主にこの論文を参考にした。アメリカ合衆国における勧告的意見制度といつても、連邦最高裁判所の立場と各州の立場は異なっている。連邦最高裁判所の歴史の初期においては、連邦最高裁の裁判官は書簡という形式で法的な意見を大統領に送っていた。しかし、一七九三年、Washington 大統領が連邦最高裁の全裁判官に対し国際法上の問題についての意見を求めた際、同裁判官は「司法部の一人としての裁判官は、司法権以外の機能を行使すべきではなく、裁判所に適法に提起された訴訟と関係なしに勧告的意見を述べることは、司法権の外の行為であって許されない」という権力分立の原則に基づいた理由により勧告的意見を出すことを拒否した。このことが先例となり以後連邦最高裁は勧告的意見を出していない。

それに対し、各州の裁判所及び裁判官は勧告的意見に対しそれぞれ独自の立場を有している。連邦最高裁により勧告的意見の慣行が拒絶された時、マサチューセッツ州の最高裁判所の裁判官は、同州憲法の規定の下、勧告的意見を出す義務を負った (Mass. CONST. 1780, c. 3, Art. 2)。その後、勧告的意見

の制度は他の州の憲法及び法律制度にも採用されるようになり、現在、同制度を認めている州は一一州である。又、これら一一州とは別に七州が過去において勧告的意見の制度を認めていた。田中・前掲論文(註3)一五四—一六四頁。

以下、カナダにおける照会制度との比較対象としては主に州における勧告的意見の制度を検討して行く。

- (4) Supreme Court of Canada Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 56.

この制度はカナダ最高裁判所が設立された一八七五年カナダ最高裁判所法により規定されていた。カナダ最高裁が審理した最初の事件は、元老院からの個別法律案に関する照会事件であった。

J. Snell, F. Vaughan, *The Supreme Court of Canada, History of the Institution* (1985), at 19-20.

- (5) P. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at 178, footnote 71.

(6) 合衆国の州におこなわれている勧告的意見は、州の知事(Governor)もしくは立法府(参議会(Council)、知事と参議会が提出する法律問題(question of law)に関する質問に対する州最高裁もしくは州最高裁の裁判官の公式な意見である。勧告的意見を請求することができるのは、八州では知事又は議会の一院、三州では知事のみとなっている。又、二州では参議会も勧告的意見を請求できることになっている。" advisory" 一州

では議会の一院のほか知事と参議会(Governor and Council)が請求できることになっている。田中・前掲論文(註3)一六五頁。See also G. Stevens, "Advisory Opinions — Present Status and an Evaluation" (1959), 34 *Wash. L. Rev. & ST. B. J.* 1. at 1.

合衆国における州の勧告的意見の制度では、立法府が勧告的意見を求める場合が全体の六五パーセント以上を占めている。O. Field, "The Advisory Opinion—An Analysis" (1949), 24 *Ind. L. J.* 203, at 206.

(7) この点はカナダの場合と対照的である。合衆国の州で行われている勧告的意見においては、九州では最高裁判所の裁判官が、そして二州では最高裁判所が、勧告的意見を与えることになっている。

- 田中・前掲論文(註3)一六五頁。
(8) Supreme Court of Canada Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 55.

(9) S. C. 1875, c. 11, s. 52.

(10) 照会事件においては、通常の訴訟のように各当事者が自己の立場で議論を展開することはされていない。かかった。

(11) カナダ最高裁及び枢密院司法委員会は、照会に対する意見には理由を付すべきではないとの見解を採っていた。

(12) B. Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts, The Function and Scope of Judicial Review* (2nd ed. 1983),

at 272-273.

- (31) An Act to amend Chapter one hundred and thirty-five of the Revised Statutes intituled, "An Act respecting the Supreme and Exchequer Courts", S. C. 1891, c. 25, s. 4.
- (14) Strayer, *supra*, note 12, at 274.
- (15) シヤロマンチ・前掲論文(註2)五頁。
- (16) Strayer, *supra*, note 12, at 278.
- (17) Supreme Court of Canada Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 55.
- (18) See e.g. *Re Minimum Wage Act* (Sask.), [1948] S. C.R. 248.
- (19) 合衆国の州で行われている勧告的意見の制度において質問され得る事項は、同制度を認める憲法もしくは法律上の規定により異なる。「重要な憲法問題」「知事の任務遂行に関する憲法問題」「重要な法律問題」「いかなる法律問題」等々州により規定は様々であり「重大な場合(upon solemn occasions)」と云う限定をつける州もある。田中・前掲論文(註3)一五八—一六一頁「一六五—一六六頁参照。See also J. Hagemann, "The Advisory Opinion in South Dakota" (1971), 16 S. D. L. Rev. 291, at 307. Appendix B.
- 実際に質問された事項は、財産権や個人の自由に直接関係する問題ではなく、州政府間の関係、統治機構、税制や財政、そ

の他公共政策に関する事項が主である。

Field教授は州において勧告的意見が求められた事項を以下の10のグループに分類している。(1) 税制と財政 治機構 (3) 職業の規制 (4) 投票と選挙 (5) 福祉権能に関する規則 (police power regulations) (6) 道路 (7) 地方自治体及び学校 (8) 立法過程と制度法の解釈 (9) 社会保障と報酬金 (10) 財産権と利息—土地取用権。

- (20) Hogg, *supra*, note 5, at 178.
- (21) 合衆国の州における勧告的意見に関して註6参照。
- (22) See *Re Power of the Governor-General in Council to Disallow Provincial Legislature*, [1938] S.C.R. 71.
- この照会事件においては、ノルバータ州の要請により質問事項が追加された。
- (23) See *Re Meaning of Word "Persons" in Sec. 24 of B.N.A. Act*, [1928] S.C.R. 276.
- 本件照会は元老院への婦人参加を主張する五人の婦人の請願によりなされた。長内・前掲論文(註1)二三二—二三三頁。
- (24) [1950] 2 D.L.R.1.
- (25) (1976), 68 D.L.R. (3d), 452.
- (26) Supreme Court of Canada, June 25, 1987.
- 本件はオンタリオ州最高裁判所に照会された州の照会事件

- がカナダ最高裁に上訴されたものである。
- (27) J. Grant, "Judicial Review in Canada, Procedural Aspects" (1964), 42 *Can. Bar Rev.* 195, at 212.
- (28) 合衆国の州で行われている勧告的意見の制度に対しても、同制度は裁判官が両当事者の弁論により助けられることなく、従って、論点が充分に明らかになれないまま結論が出される危険性を有しているとの批判がある。かかる欠点を補う為、四つの州では利害関係者に意見を述べざる機会を与えたり、裁判官が法務総裁に意見書の提出を求めたり、他の弁護士から提出された意見書を裁判所の友 (*amicus curiae*) によるものとして受領したり、又、法務総裁やその他の弁護士の見解を求めたりする手続がとられている。しかし、かかる手続的保障もいまだ充分なものとはいえない状態にあると思われる。
- 田中・前掲論文(註3) 一六七頁参照。
 Field, *supra*, note 6, at 214-215.
 Hagemann, *supra*, note 19, at 296.
- (29) Supreme Court of Canada Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 103(1)(f).
- (30) See C.R.C. 1987, c. 1512, rule 71.
- (31) 例えば、非常事態における連邦の権限発動に関する憲法判断においては、非常事態という事実の認定が不可欠である。これはいわゆる立法事実の認定である。
- (32) J. Davison, "The Constitutionality and Utility of Advisory Opinions" (1937), 2 *U.T.L.J.* 254, at 264-275.
- (33) 本稿第二章第四節参照。
- (34) *Reference re Anti-Inflation Act* (1976), 68 D.L.R. (3d), 452.
- (35) 意見陳述書は伝統的に法的議論の要旨を裁判所に提出する為のものであり、新しい事実を裁判所に提出する為の手段ではなかった。しかし、時々、意見陳述書に経験的事実が含まれることがあった。
 Hogg, *supra*, note 5, at 182-183.
 Hogg, *supra*, note 5, at 183.
- (36) *Id.*, at 183.
 See generally P. Hogg, "Proof of Facts in Constitutional Cases" (1976), 26 *U.T.L.J.* 386.
- (37) 特に権利及び自由に関するカナダ憲章についての照会事件においては、立法事実の証明が極めて重要なものとなる。人権憲章第一条の証明に関する本稿第二章第三節参照。
- (38) G. Rubin, "The Nature, Use and Effect of Reference Cases in Canadian Constitutional Law" (1959), 6 *McGill L.J.* 168, at 170.
- (39) 合衆国の州で行われている勧告的意見の制度では、一般に裁判所は、立法府により既に制定された法律の解釈等に関する意見を述べざることを拒否する傾向がある。さらに、法律案に関する質問について勧告的意見を出す場合でも、裁判所は立法府が問題となっている法律を制定する権限を有するか否かに関する

てのみ判断を行い、当該法律案の内容の賢明さや適切さに関して判断を下さないのが一般である。又、裁判所は単なる事実の判定に因する勧告的意見は出していない。

Ellingwood, *Departmental Cooperation in State Government* (1918), at 178-237; Hagemann, *supra*, note 19, at 296; Stevens, *supra*, note 6, at 5.

この為、合衆国における勧告的意見の活用対象はカナダにおける照会制度のそれより限定的なものになっている。

- (40) Rubin, *supra*, note 38, at 171.

執行停止権限とは、連邦政府が州の立法の執行を停止することができる権限をいう。

- (41) *Id.*, at 172.

- (42) Snell, Vaughan, *supra*, note 4, at 164-167.

- (43) 執行停止権に関する照会事件として以下参照。

Reference re Employment of Aliens (1922), 63 S.C.R. 293; *Reference re The Manitoba Act*, [1924] S.C.R. 317; *Reference re Disallowance*, [1938] S.C.R. 71; *Reference re Alberta Securities*, [1938] S.C.R. 100; *Reference re Alberta Railway Act* (1913), 48 S.C.R. 9.

- (44) Rubin, *supra*, note 38, at 173-174.

- (45) *Manitoba Education Reference* (1894), 22 S.C.R. 577.

- (46) *Reference re Exemption of U. S. Forces from Canadian Criminal Law*, [1943] 4 D.L.R. 11; See also *Reference re*

Employment of Aliens (1922), 63 S.C.R. 293; *Reference re Waters and Water Powers*, [1929] S.C.R. 200; *Reference re Hours of Labour*, [1925] S.C.R. 505; *Reference re Regulation and Control of Aeronautics*, [1930] S.C.R. 663; *Reference re Regulation of Radio Communication*, [1931] S.C.R. 541; *The Labour Conventions Reference*, [1936] S.C.R. 461.

- (47) *Reference re Validity of Chemical Regulations*, [1943] S. C. R. 1.

- (48) この種の照会事件は州政府によるものが多く。See Rubin, *supra*, note 38, at 174 footnote 20.

- (49) *Reference re Saskatchewan Natural Resources*, [1931] S. C.R. 263; *Reference re Troops in Cape Breton*, [1930] S. C.R. 554.

- (50) Strayer, *supra*, note 12, at 271.

- (51) *Id.*

- (52) Davison, *supra*, note 32, at 264.

- (53) シヤニョシエ・前掲論文(註2) 一一頁。
Hogg, *supra*, note 5, at 181, footnote 93.
Strayer, *supra*, note 12, at 294-295.

Strayer 博士の統計によると、一八六七年から一九六六年までの間、カナダの最上級審裁判所による判断された約二五%の憲法事件が照会事件として判断されたが、一九六七年から一九

- 八一年の間では約一〇％の憲法事件のみが照会事件であった。
 シャリニッシュ教授は、一九八二年に制定された人権憲章に関する問題においては、照会事件より通常の訴訟の方がより多く利用される可能性が高いとしている。シャリニッシュ・同右論文 一二頁。
- (54) Rubin, *supra*, note 38, at 175.
 Hogg, *id.*, at 180.
 シャリニッシュ・前掲論文（註2）一〇頁。
- (55) Debates, House of Commons, Canada, 1875, Vol. I, 286.
 See Rubin, *id.*, at 175; J. Smith, "The Origins of Judicial Review in Canada" (1983), 16 *Can. J. of Pol. Sci.* 115, at 125.
- (56) 一八九一年カナダ最高裁判所法第五條六項の「単に勧告的なもの」という文言は、一九五六年の改正まで照会制度を規定している法規の中に含まれていた。同年の改正でかかる文言が削除されたが、同改正も勧告的意見の法的性質を変更するものではないと解される。Rubin, *id.*, at 175.
- (57) (1894), 22 S.C.R. 577.
- (58) *Id.*, at 678.
- (59) [1912] 3 D. L. R. 509 (P. C.), at 517.
- (60) A. G. *Man. v. Manitoba License Holder's Association*, [1902] A. C. 73; *Representation in the House of Commons Reference*, [1905] A. C. 37.
- (61) *Aeronautics Reference*, [1932] A. C. 54.
- (62) A. G. *Can. v. A. G. B. C.*, [1945] S. C. R. 385, [1945] 3 D. L. R. 1.
- (63) Rubin, *supra*, note 38, at 180.
- (64) シャリニッシュ・前掲論文（註2）一〇頁。
- (65) シャリニッシュ・同右論文一〇頁。
 この点に関する詳細な研究として、Rubin, *supra*, note 38, at 175-180 参照。
- (66) 合衆国においても一般に「勧告的意見は法的には拘束力を有する先例としての価値を有せないと解されている。しかし、実際上は、裁判所のみならず多くの論者によっても勧告的意見は非常に重要な価値 (real weight) を有することが承認されている。勧告的意見は、ほとんど常に意見の請求者により受諾され、法律家や裁判所そして一般の市民により先例として用いられている。それらは、意見書 (brief) 及び法廷意見の中に引用されることもある。実際、コロラド州及びサウス・ダコタ州の裁判所は、勧告的意見が先例としての拘束力を有する旨明言している。
- 勧告的意見が実際上先例と同様に取り扱われている理由として、(1) 以前に出された勧告的意見の内容が優れていること、及び、(2) 政府が以前に出された勧告的意見に基づき政策を行ってこなかったことなどが挙げられる。
- See Note "Advisory Opinions on the Constitutional.

ity of Statutes" (1956), 69 *Harv. L. Rev.* 1302, at 1303-1304; Stevens, *supra*, note 6, at 6-7; Hagemann, *supra*, note 19, at 297; Field, *supra*, note 6, at 216. 田中・前掲論文(註⁶⁰)一六八—一六九頁参照。

See also *State ex rel. Satter Thwaite v. Highfield*, 34 *Del.* 272, 152 A. 45 (1930); *Fellows ex rel. Cummings v. Eastman*, 126 Me. 147, 136 A. 810 (1927).

(67) *Strayer, supra*, note 12, at 274.

(68) 勧告的意見を出すことが伝統的な司法機能に当らない論拠として、Hogg 教授は以下の二つを示している。即ち(1)勧告的意見は真の争訟が有する対立性及び具体性の要素を有しておらず、(2)勧告的意見を出すことは通常法務総裁等の行政府の機関が行ってきた機能である。

Hogg, *supra*, note 5, at 178.

(69) [1912] 3 D. L. R. 509 (P. C.).

(70) 詳細は、本稿第二章第一節参照。

(71) Hogg, *supra*, note 5, at 178.

(72) 合衆国連邦最高裁判所は、勧告的意見は司法権以外の機能であり、司法権の行使をその任務とする裁判所がかかる非司法的機能を行使用することは許されないと、いう権力分立の原則に基づいた理由により、勧告的意見を出すことを拒否している。州における勧告的意見に対しても、(1)勧告的意見は司法権の行使ではなく、それ故、裁判所はかかる勧告的意見を出す権限を有

しない。(2)勧告的意見は立法府の憲法判断を不当に奪うものである。(3)立法府は司法府に対し司法権以外の機能を行使させる権限を有しない、等の権力分立の原則から導出される反論がある。又、これらの反論と関連し、勧告的意見を出すことにより立法府及び行政府の政治部門に対し司法府の権限が不当に強大となり、三権のバランスが失われるとする反論も出されている。註⁶¹参照。

See Nowak, Rutunda, Young, *Constitutional Law* (3rd ed. 1986), at 58-59; F. Frankfurter, "A Note on Advisory Opinions" (1924), 37 *Harv. L. Rev.* 1002, at 1005-1008.

(73) (1982), 125 D. L. R. (3d) 1.

(74) *Id.*, at 16.

(75) この明示的判断の以前にも、裁判所の裁量により照会された質問に対する回答を拒否した事例はいくつか存在している。

(76) カナダにおける司法判断適合性の概念は、合衆国連邦最高裁が確立した同概念よりかなり広い内容を有していると解される。本稿第二章第六節参照。

(77) *A. G. Ont. v. A. G. Can.*, [1896] A. C. 348, at 370. 本件において、枢密院司法委員会(Lord Watson)は「照会された質問のいくつかは「将来訴訟で争われる可能性を有しているが、いまだ現実的かつ現在の争訟(real and present controversy)を生じてはいない事項に関する」ものであり、それらは「司法的(Judicial)」ではなく「学問的(academic)」な性質

である為、裁判所ではなく政府の機関が判断するのに適した内容であると説示している。それ故、それらの質問に対する回答は「司法判決 (Judicial determination)」としての重要性を有さないものと解をなければならぬ」と強調している。しかし、結局本件において、枢密院司法委員会はかかる性質の質問に対し短い回答を出している。

- (78) *Re Objection by Quebec to Resolution to Amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793, at 806. 本件において、カナダ最高裁判所は「争点がムートになった場合」それに対する回答を出さない裁量を有すると説示しつつも、結局、ムートになった憲法問題に回答を出している。

- (79) *McEvoy v. A. G. N. B.*, [1983] 1 S.C.R. 704, at 707-715.

本件において、カナダ最高裁判所は、質問事項が漠然としていて特定性を欠く為回答を出さなかった四つの事例を引用し、本件においても質問事項が過度に漠然としている旨指摘している。しかし、本件においてもカナダ最高裁は、結局、回答を出している。

See *Rubin, supra*, note 38, at 180-185.

- (80) *Hogg, supra*, note 5, at 180.
 (81) *Rubin, supra*, note 38, at 185-187.
Strayer, supra, note 12, at 291.
 (82) *A. G. Can. v. A. G. Ont. et al.*, [1898] A.C. 700, at 717.

- (83) *Re Marriage Laws* (1912), 46 S.C.R. 132; *A. G. Can. v. C. P. R. and C. N. R.*, [1958] S.C.R. 285.

- (84) *Rubin, supra*, note 38, at 187.

- (85) *Strayer, supra*, note 12, at 291.

(86) 合衆国の州における勧告的意見の運用に関しても、裁判所が以下のような様々な制限を自ら課している。

(1) 一般的制限

勧告的意見を認める憲法及び法律の条項は、通常、立法府又は知事は「重大な場合」に「重要な法律問題」について勧告的意見を求めることができる旨規定している。そこで、裁判所は「このような条項の要件が満足されているか否かについての判断権限は裁判所が有すると主張し、裁判所が適切と判断しない場合は意見を出すことを拒否する傾向がある。

(2) 意見請求者の権限

多くの裁判所は、「重大な場合」という文言を質問事項が質問者の権限内の事項であることを必要とするというように解釈し、質問者に当該質問事項を取り扱う権限がない場合、意見の提出を拒否している。

(3) 私人の権利との関係

勧告的意見が求められた事項が私人の権利に影響を与える可能性がある場合、裁判所は意見を述べることが拒否するのが一般的である。さらに、質問事項が私人を当事者とする訴訟で現に争われている場合や近い将来訴訟で争われる可

能性が高い場合、裁判所は勧告的意見を出すことを拒否している。これは、私人の権利に関する事項を弁護人の補助を受けた本人の主張を聴かずに判断することはデュー・プロセス違反になる、との理由に基づくものであると説明されている。

(4) 法律案の内容

一般に裁判所は、立法府により既に制定された法律の解釈等を勧告的意見において行うことを拒否している。むしろ、法律案に関する質問について意見を出す場合、裁判所は立法府が問題となっている法律案を立法化する権限を有するかどうかに関してのみ判断を行い、当該法律案の内容の賢明さや適切さに関しては判断を下さないのが一般的である。又、裁判所は単なる事実の判定に関する勧告的意見を出していない。これら裁判官により課された制限により、勧告的意見の制度は運用上濫用される危険性から比較的守られていると思われる。これに対し、カナダの場合、裁判所は回答を拒否する裁量権を充分行使していない。それ故、カナダの裁判所が勧告的意見を出す問題領域は合衆国の州における裁判官が勧告的意見を出す領域より広範になっている。カナダ及び合衆国における両制度とも、私人の権利に直接影響を与えるような性質の問題に対する回答を拒否してきた事実は興味深いことである。

合衆国における勧告的意見の制度は、實際上、通常の訴訟における司法審査制度の補助的なものとして機能して来た。

これに対し、カナダにおいては、實際上、照会制度がかなりの程度で活用され、それは、違憲審査制度の一つの主要な制度として機能してきた。これは、カナダと合衆国における裁判所の役割に関する理解の差により生じた現象であると解される。

See Stevens, *supra*, note 6, at 4-6; Hagemann, *supra*, note 19, at 296-300; Note, *supra*, note 66, at 1307-1308; Ellingwood, *supra*, note 39, at 178-237.

田中・前掲論文(註e)一六六一―一六七頁参照。

(87) Strayer, *supra*, note 12, at 275-278.

(88) ジェラニントン・前掲論文(註c)五頁。

(89) Courts of Justice Act, S. O. 1984, c. 11.

(90) マントン、州及びオンタリオ州では、州の最高裁判所のみならず上級事実審理裁判所(superior trial court)又はその裁判官に対し照会することも許されている。

Strayer, *supra*, note 12, at 276.

(91) Hogg, *supra*, note 5, at 178.

Judicature Act, R. S. A. 1980, c. J-1, s. 27; Constitutional Question Act, R. S. B. C. 1979, c. 63, am. 1982, c. 5, s. 1; An Act for expediting the Decision of Constitutional and other Provincial Questions, R. S. M. 1970, c. C 180; Judicature Act, R. S. N. 1970, c. 187, s. 6, am. 1972, No. 43, s. 2, 1974, No. 57, s. 4; Constitutional Questions Act, R. S. N. S.

- 1967, c.51; Judicature Act, R. S. P. E. I. 1974, c.J-3, s.38; Court of Appeal Reference Act, R. S. Q. 1977, c. R-23; Constitutional Questions Act, R. S. S. 1978, c. C-29; Judicature Act, R. S. N. B. 1973, c. J-2, s. 23, am. 1978, c.32, s. 18, 1980, c.28, s.6, 1982, c.3, s.39 (1) .
- (92) 例々⁴⁴ *Reference re an Act to Amend the Education Act* (Supreme Court of Canada, June 25, 1987) を採って、オンタリオ州最高裁判所は、「当該照会事件の利害関係者が非常に多くなることを予想し、当該照会の聴聞に関し新聞広告を用いて通告をなした。その結果、四〇以上の利害関係者及び団体が裁判所で意見陳述を行った。」
- (93) Rubin, *supra*, note 38, at 176.
- (94) Hogg, *supra*, note 5, at 179.
- (95) Strayer, *supra*, note 12, at 127-128.
- (96) Supreme Court of Canada Act, R. S. C. 1970, c. S-19, s. 37.
- (97) Hogg, *supra*, note 5, at 178.
- (98) 本稿第一部第二章第一節『北大法学論集』第三九卷二号一三九頁以下参照。
なおカナダの裁判所制度の説明として、『塚本重頼』カナダの裁判制度『英米法学』二二号(一九八〇年)とそこで引用されている論文参照。
- (99) 合衆国の州における勧告的意見の制度は各州で独自のものであり、州の裁判所で出された勧告的意見が連邦最高裁判所に
- 対し上訴されるものではない。この点はカナダと合衆国における憲法上の権力分立原則の理解の差異のみならず裁判所制度の差異にも深く関連している。
- (96) シェリマン・前掲論文(註8) 一一三頁。
- (100) *Re B. C. Motor Vehicle Act* (1985), 24 D. L. R. (4th) 536. 本件において、カナダ最高裁判所は、「人権憲章第七条の「基本的正義」という文言を「実体的権利」をも保障したものであると解釈した。人権憲章制定者の意思は明らかに同条が「手続的権利」のみを保障するものであったため、この判決の後カナダにおいては大きな議論が生じた。」
- Re an Act to Amend the Education Act, supra*, note 92.
- (101) シェリマン・前掲論文(註8) 一一三頁。
- (102) 同右論文一四四頁。
- (103) 同右論文一四四頁。
- (104) 一九八二年憲法制定の際になされた数々の照会事件を参照。E.g. *Re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S. C. R. 753, 125 D. L. R. (3d) 1; *Re Objection by Quebec to Resolution to Amend the Constitution*, [1982] 2 S. C. R. 793.
- (105) R. Sharpe, "Mootness, Abstract Questions and Alternative Grounds: Deciding Whether to Decide" in Sharpe (ed.), *Charter Litigation* (1987), 327, at 336.

- (106) *Id.*
- (107) シヤニッシュ・前掲論文(註2)一五頁。
同右論文七一八頁。
- (108) Strayer, *supra*, note 12, at 279-283.
- (109) Strayer, *id.*, at 279.
- (110) 本稿第二部第三章第五節参照。
- (110) Strayer, *supra*, note 12, at 279.
- (111) *Id.*, at 279-280.
- (111) Hogg, *supra*, note 5, at 181.
- (112) Hogg, *id.*
Strayer, *id.*, at 280-281.
- (113) Rubin, *supra*, note 38, at 170.
- (113) [1976] 2 S. C. R. 373, 68 D. L. R. (3d) 452.
- (114) このことは、問題となつてゐるインフレーション対策法の制定後、わずか七ヶ月後に当該法律の合憲性に関する最終的司法判断が下されたことを意味する。
- (115) 通常の訴訟では、カナダ最高裁判所の判決を得るまでには最低二、三年はかかると思われる。シヤニッシュ・前掲論文(註2)八頁。
- (116) 照会制度は、迅速な問題解決を行うのみならず、可能な限り多くの利害関係者の意見を考慮に入れた極めて質の高い内容の判断を下すことが可能があることにも注意すべきである。
- (117) Strayer, *supra*, note 12, at 282-283.
- (118) 合衆国の州において行われている勧告的意見の制度の利点として以下のことが挙げられている。即ち、(1)勧告的意見は法律案もしくは将来行われる行政行為の行為の合憲性を事前に判断し、違憲の立法及び行政行為を回避し、違憲の法律又は行政行為により生じる人権侵害等の害を防ぐことが可能である。(2)裁判所は通常の裁判におけるより勧告的意見における方がより多くの違憲判断を下す傾向があり、通常の訴訟における司法審査よりも勧告的意見の方が立法府をより制限している。このことは、違憲の立法を防ぐ上で勧告的意見が効果的であることを示している。(3)勧告的意見は重大な憲法問題を迅速に解決することができる。質問が付されて回答が出されるまでの平均時間は二九・八日間である。これは、憲法問題が提起された通常の訴訟の第一審判決が出されるまでの平均時間よりも短いものである。
- (119) See Hagemann, *supra*, note 19, at 292; Note, *supra*, note 66, at 1304-1305; Field, *supra*, note 6, at 206-207, 211-213. カナダの照会制度の方が合衆国の州における勧告的意見より回答を出すのにより長い時間を要するのは、カナダの照会制度においては利害関係者の意見陳述を充分に行つてゐるからであると思われる。
- (119) Strayer, *supra*, note 12, at 283-294.
- (120) *Id.*, at 283-288.
- (121) シヤニッシュ・前掲論文(註2)八頁。

(122) Strayer, *supra*, note 12, at 288-289; Snell, Vaughan, *supra*, note 4, at Preface; P. Cavalluzzo, "Judicial Review and the Bill of Rights: Drybones and its Aftermath" (1971), 9 *Osgoode Hall L. J.* 511, at 529-533.

(123) 例えは *Edwards v. A. G. Can.*, [1930] 1 D. L. R. 98 (P.C.) においては、一八六七年憲法第二四条の「人 (Persons)」という文言に女性が含まれているか否かが照会された。又、*Reference re Eskimos*, [1939] 2 D. L. R. 417. においては、同九一条二四項の「インディアン (Indian)」という文言で「エスキモー (Eskimos)」が含まれるか否かが照会された。

(124) 一般に、合衆国において勧告的意見に反対する多くの論者は、具体的事実関係における具体的当事者を欠く場合、裁判官は抽象的思考のみにより結論を導出すべきではない旨主張する。具体的事件の裁判においてはその主張は正当である。しかし、立法府の立法権限の範囲を確定すること、即ち、法の一般的基準又は一般的法準則を定式化すること、定式化された一般的基準や準則を具体的事実関係に適用することは、それぞれ異なった判断要素を必要とする作業であり、両者を同一に取り扱うべき論理必然性はない。違憲判断の方法に関する合衆国連邦最高裁判所の具体的判例は、ある法律を文面上無効 (void on its face) とするものと、適用違憲 (void as applied) とするものに分かれる。前者は、ある法律が具体的事実関係に適用される以前に憲法上の規定と当該法律の関係を一般的、抽象

的に検討し、憲法上の一般的法基準を定式化することにより導出される結論であると解される。これに対し、後者は、既に定式化された法基準を具体的事実適用する場面での判断であると解される。前者の問題は、具体的事実関係が問題となる以前の段階の判断を要するのであり、それ故、この段階においては具体的事実関係は重要な判断要素たり得ないのである。(この段階において重要でないといっているのは、いわゆる司法事実であり、いわゆる立法事実はこの段階においても重要な判断要素であると解される。)この議論を前提にすれば、照会制度において勧告的意見を要請されている質問事項が法の一般的基準もしくは一般的法準則の定式化の問題に関するものであれば、いわゆる司法事実が該当する具体的事実関係はそれ程重要なものではない。

See Field, *supra*, note 6, at 218-219.

(125) Strayer, *supra*, note 12, at 290.

(126) *Id.*

(127) *Id.*

(128) ジャニッシュ・前掲論文(註2)九頁。

(129) 本稿第二部第三章第六節参照。

(130) 合衆国の州における勧告的意見の制度の欠点として、(1)同制度は裁判官を不当に政治的紛争に巻き込む危険性を有している、(2)利害関係者が自己の主張を述べた機会を有さない為、それらの人の権益が不当に害されるおそれがある、(3)裁判官は、

弁護士等からの意見や弁論を聞くことができず、その為、論点を十分に展開することなく、充分な情報に基づいた判断を下すことができない、(4)質問自体が抽象的であり的確な判断を下すことができない、(5)裁判官の判断は具体的諸事実に基づかず抽象的思考のみによって行われる危険性がある、等々が指摘されている。

See Hagemann, *supra*, note 19, at 295-296; Note, *supra*, note 66, at 1305-1313; Field, *supra*, note 6, at 214-219.

(131) Strayer, *supra*, note 12, at 295.

(132) *Id.*

(133) 合衆国の州における勧告的意見の制度は、立法府及び行政府の行為の合憲性を、それらの行為が実際に行われる以前に迅速に判断する上で効果的に運用されてきた。特に、同制度は立法及び行政過程において有用な制度として評価されている。しかし、同制度の有効性は、裁判官により確立された適切な運用上の制限により担保されていることに注意すべきである。勧告的意見の性質とその有効性の限界を把握した上での慎重な運用が絶対不可欠である。勧告的意見の制度は、實際上、かなり有効に運用され、合理的な利点を有している。しかしながら、勧告的意見の利点が如何なるものであっても、勧告的意見は、通常の訴訟における司法審査制度の代用制度ではなく、あくまでも、司法審査制度の補充的の制度であると解するのが相当であろう。

See Field, *supra*, note 6, at 221-222.

Hagemann, *supra*, note 19, at 305.
Note, *supra*, note 66, at 1313.

第四節 本章のまとめ

1 カナダにおいても、司法権の独立の伝統は強く守られてきている。しかし、憲法上一般的な権力分立の原則は存しない。カナダにおいては、裁判所以外の機関が司法的機能行使することも、又逆に、裁判所が非司法的機能行使することも憲法上禁止されおらず、実際にそのようなことが行われている。これは、憲法上一般的な権力分立の原則が存しないこと及び議會はいかなる立法をも制定することができるという意味における議會主権の伝統が強い為と可能であると解される。

この一般的な権力分立原則の不存在はカナダにおける違憲審査制度の特徴を形成する上で極めて大きな要因となっている。

2 通常の争訟事件において違憲審査権が行使される場合、関係する州及び連邦の法務総裁が訴訟参加し、公共的利益を充分に代表する手続が保障されている。このことにより、私人の利害関心のみに基づいて違憲審査が行われる危険性が回避され、

違憲審査がより客観化している。これは、公共的利益及び私人の利益の両者を充分に考慮に入れた憲法判断をする必要性を満する為に発展した制度である。

3 カナダの裁判所は、立法の抽象的違憲審査を行い、その結果を宣言的判決の形で出すことが可能である。法務総裁対法務総裁の訴訟においては、具体的事件を離れて、単にある特定の立法の合憲性に関する宣言的判決が求められている。

4 照会制度は、政府が出す憲法上の問題等に関する質問に対し、裁判所が勧告的意見を出す制度である。カナダにおいては、この制度が憲法問題の早期解決の為に極めて多く活用され、憲法上の重要な法理の多くがこの制度を通して確立されてきた。照会制度はカナダにおける違憲審査制度の中でも特に重要な機能を果たしてきた。

5 以上のような特殊な制度を有するカナダの違憲審査制度は、憲法問題を法律問題としてとらえ、その解決は裁判所が行うべきであるという基本的理解により支えられ、発展してきた。

6 カナダの裁判所、特にカナダ最高裁判所により行使されている違憲審査権は、アメリカ合衆国連邦最高裁判所が行使している司法審査権としての違憲審査権の要素とともに、伝統的司法権概念から離れた憲法裁判権の要素をも有している特殊な

権限であると解することが可能である。かかる性質の違憲審査権を有するカナダ最高裁判所は、憲法の最終的有権的解釈者として、時には具体的事件の中でそして時には抽象的に法律の合憲性を審査している。それ故、カナダ最高裁は、憲法裁判所としての性質を有し、客観的憲法保障機能を行使している特殊な機関であると理解することができる。

最後に、かかる特徴を有するカナダの違憲審査制度は、主に、連邦・州間の立法権限配分に関する違憲審査の分野で発展してきたものであることに注意すべきである。

以上で、カナダにおける違憲審査制度の手続的、制度的特徴に関する検討を終える。次章では、かかる違憲審査制度が実際カナダ最高裁判所によりいかに運用されているか、という違憲審査の方法につき検討を深めていく。

第二章 違憲審査の方法

第一節 憲法解釈の一般的特徴

第一項 概 要

一般に、一八六七年憲法は、国家の基本法という性格を与え

られず、他の制定法と同様な解釈方法によって裁判所により解釈されてきた。かかる解釈方法は、主に、法実証主義的に文言の意味を決定するという手法により行われ、社会的変化という外的要因をほとんど考慮に入れない憲法解釈が行われてきた。その為、社会変化に適合的な柔軟な憲法解釈の手法はカナダにおいては発展しなかった。この傾向は、特に、一九四九年までカナダの最上級裁判所として機能していた枢密院司法委員会により確立された。この憲法解釈の手法は、カナダ最高裁判所によっても採用され、カナダ憲法の諸原理は主に法実証主義的文理解釈により確立されてきた。

以下では、枢密院司法委員会とカナダ最高裁判所により採用されてきた憲法解釈方法論の一般の特徴を概観する。

第二項 枢密院司法委員会の憲法解釈方法論

枢密院司法委員会は、連邦・州間の立法権限配分規定の解釈において、(1)一八六七年憲法は他の制定法と「同様の方法により解釈され説明」されなければならない¹⁾、(2)「文言が明白(explícit)な場合は文言が決定的なものであり、……文言が不明瞭(ambiguous)な場合は憲法の文脈と構造(scheme)により」解釈されなければならない²⁾、という基本的立場を有していた。

即ち、一八六七年憲法はその文言通りに解釈され、その意図と意味は文言以外の外的要素を考慮することなく憲法の文言のみを考慮することにより発見されてきた³⁾。

いくつかの判例は、当該憲法を国家の基本法(憲法)として、文言以外の事実や社会的発展を考慮に入れより発展的に解釈すべきである旨主張し、その必要性が二〇世紀前半に承認されつつあった。しかし、この新しい傾向は連邦・州間の立法権限配分規定である第九一及び九二条以外の分野に関する若干の判例によってのみ採用されるにとどまり、伝統的解釈方法を変更する程の影響力を有しなかった⁴⁾。

前述の文理解釈の手法により、枢密院司法委員会は当該憲法の意図をその文言だけから説明しそれを適用するという役割のみを果たしてきた。Jennings 教授は、「枢密院司法委員会は、「一八六七年」憲法に存する『議会の意図』を解釈するのがその機能であり、憲法を変化する社会生活の状態に適合させることはその機能ではない、という原則から大きく逸れたことは決してない⁵⁾」と結論づけている。

かかる憲法解釈の手法は、統一的な結論を導出しなかった。ある文言には一般的意味が与えられ、又、ある文言には一八六七年当時の意味が与えられた。その為、判決の結果に関する予

測の不確実性が問題となった。⁶さらに、先例拘束性の原則が司法による革新(Judicial innovation)を妨げる機能を果たしてきた。法的には、枢密院司法委員会は先例拘束性の原則には拘束されてはいない。しかし、実際上は、同司法委員会も先例を変更することはしなかった。⁷

以上のような手法により枢密院司法委員会が一八六七年憲法を解釈した為、社会の発展と必要に適合的な立法権限に関する憲法原理は判例により確立、発展されることはなかった。さらに、いかなる立法権限が連邦及び州に属するかについての予測可能性がかなりの程度害される結果となった。⁸

第三項 カナダ最高裁判所の憲法解釈方法論

枢密院司法委員会が一九四九年までカナダ最高裁の上訴裁判所として機能していた為、カナダ最高裁も法実証主義的で文理的な憲法解釈を行ってきた。⁹カナダ最高裁の裁判官は、原則として、法を変更するのは立法府の機能であり裁判官の機能ではないという考えに基づき、厳格な解釈(Strict construction)の手法を採用してきた。カナダ最高裁は、確立された法や先例を厳格にそして時には機械的に適用することにより既存の法を保持する傾向を有し、法を変更することに対して消極的であった。¹⁰

さらに、カナダ最高裁は、判決が有する社会的、経済的、政治的影響に関してほとんど考慮を払わず、又、他の裁判所の裁判官の指針となる法原理を確立する努力もほとんどしなかった。¹¹以上のように、カナダ最高裁は、主に枢密院司法委員会の先例を厳格かつ機械的に適用してきた。そして、カナダ最高裁が自ら憲法を解釈する場合は、法実証主義的文理解釈の手法を用い、事実や他の政策的社会的要素をほとんど考慮することなく憲法を解釈してきた。

かかる一般的特徴を有する憲法解釈の方法により、一八六七年憲法、特に連邦・州間の立法権限配分規定が解釈、適用されてきた。そして、かかる憲法解釈の下で立法権限配分に関する様々な法理が形成されてきた。¹²

しかし、一九八二年に制定された権利及び自由に関するカナダ憲章の解釈方法は、伝統的憲法解釈方法とは異なる性質を有するものとして確立、発展しつつある。¹³

以下では、連邦制度における立法権限配分規定に関する伝統的憲法解釈方法に基づく違憲審査の方法と人権憲章に関する違憲審査の方法につき、それぞれ検討を加えていく。

- (1) *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. at 579.
- (2) *A. G. Ont. v. A. G. Can.*, [1912] A. C. at 583.
- (3) *V. Macdonald*, "The Privy Council and the Canadian Constitution" (1951), 29 *Can. Bar Rev.* 1021, at 1029.
- (4) *Id.*
- (5) *W. Jennings*, "Constitutional Interpretation : The experience of Canada" (1937), 51 *Harv. L. Rev.* 1, at 35.
- (6) *MacDonald, supra*, note 3, at 1034-1035.
- (7) *Jennings, supra*, note 5, at 5, 38.
- (8) *MacDonald, supra*, note 3, at 1036.
- (9) 枢密院司法委員会の憲法解釈の詳細な研究として、*Jennings, supra*, note 5, 参照。
- (10) *R. Seyffert*, "A Study of the Supreme Court of Canada as an Institution of Constitutional Law Reform" (1970), 28 *U. T. Faculty of Law Rev.* 17, at 29.
- (11) *Snell, Vaughan, The Supreme Court of Canada, History of the Institution* (1985), at Preface.
- (12) *W. McCarter*, "The Decision-Making Process in Constitutional Decisions of the Supreme Court of Canada" (1979), 37 *U. T. Faculty of Law Rev.* 209, at 212.
- (13) *Seyffert, supra*, note 10, at 29.
- (14) 本稿第二部第三章第三節参照。

第二節 立法権限配分規定に関する

違憲審査の方法

第一項 違憲審査権の行使

違憲審査権は、裁判所で争われている事件における事実にある制定法が潜在的に適用可能である場合は、いつでも行使される。訴訟当事者が自己に適用され得る制定法は無効である旨主張する場合、裁判所により解決されるべき憲法問題が提起されるのである。従って、違憲審査は行政審判所及び全てのレベルの裁判所の手続において行われ得るものである。¹⁾

一九八二年憲法第五二条は、「カナダ憲法は、カナダの最高法規であって、この憲法の規定に反するいかなる法規も、その抵触する限度において効力を有しないものとする」と、憲法の最高法規性を規定している。この規定は、「カナダ最高裁判所のみならず全ての裁判所及び行政審判所により守られなければならない。即ち、司法権を行使する全ての機関は、その手続において立法の合憲性が争われた場合、当該立法の合憲性を審査する権限、否、むしろ、義務を有しているのである。」²⁾

このように、カナダにおいては、司法権を行使する全ての機関が違憲審査の権限及び義務を有している。

第二項 違憲審査の方法とその特徴

一 憲法上の立法権限配分規定

連邦と州の立法権限は一八六七年憲法第九一条及び九二条が主に規定している。第九一条は、連邦議会の立法権限が同条に列挙された「項目分類 (Classes of Subjects)」に該当する「事項 (Matters)」に及ぶ旨規定している。同様に、第九二条も、各州の議会の立法権限が同条に列挙された「項目分類」に該当する「事項」に及ぶ旨規定している。両条項とも、各レベルの議会の立法権限が、特定の「項目分類」に該当する「事項」に及ぶという独特の用語法を用いている。

連邦と州の立法権限に関する違憲審査が行われる場合、裁判所は問題となっている法律が当該法律を制定した立法府の権限内にあるものか否かを審査する。

二 違憲審査の方法——二段階審査——

以上のような独特の用語を用いた立法権限配分規定の下で行われる違憲審査の方法は、以下のような二段階審査として特徴づけられる。即ち、第一に、問題となっている法律が取り扱っている「事項」の解明をし、第二に、当該事項が憲法上の立法権限配分規定に列挙された「項目分類」のいずれに該当するか

を解明する、という二段階の方法である。

かかる二段階審査における各段階はそれぞれ独立の重要性を有するものではなくそれぞれ密接に関連し合っているものである。しかしながら、本稿では、各段階における審査方法を分析する為、一応、(1)問題となっている法律の性格づけ、(2)憲法上の立法権限配分規定の解釈、の二段階に分けて検討を加えていく。

第三項 法律の性格づけ

一 法律の性格——「事項」の確定——

違憲審査の第一段階は、問題となっている法律が取り扱っている「事項」の確定である。

判例はこの「事項」を、法律の「内容又は主要対象事項 (subject matter)」の「名称」⁶⁾、法律の「主要な特徴 (leading feature)」⁷⁾又は「真の性質と特性 (true nature and character)」⁸⁾もしくは、法律の「実質的要素 (pith and substance)」⁹⁾として説明している。

学説によると、かかる「事項」は、「問題となっている法律により代表されている抽出された一つの憲法上の価値」¹⁰⁾、又は、「法律の真の意味 (true meaning)」¹¹⁾であると説明されたり、法

律の取り扱う事項とは「法律が實際何をし、その理由は何か」という問に対する解答であるというように説明されたりしている。Hogg教授は、かかる「事項」を「法律の優越的なもしくは最も重要な特性 (Dominant or most important characteristics of law)」と表現している。

かかる「事項」を確定する目的は、問題となっている法律の合憲性を判断することにある。それ故、裁判所は事項確定の際、憲法判断に有用な概念を用いる傾向がある。例えば、ある法律が保険に関するものであると性格づけられると、当該法律が州の議会の立法権限内のものであることが明らかとなる。なぜなら、保険に関する規制は一八六七年憲法第九二条一三項の「州における財産権及び市民的権利」に該当することが判例上確立されているからである。さらに、裁判所は憲法の規定上の文言を用いて問題となっている法律の性格づけを行うこともある。例えば、連邦銀行法は「銀行業務」に関する法律であると判断され、当該法律が連邦議会の立法権限内のものであることが自明となる(同九一条一五項)。それ故、「事項」の確定、即ち法律の性格づけは、しばしば、問題となっている法律の合憲性判断において決定的役割を果たす場合がある。

では、かかる「事項」はいかなる基準により確定されるので

あろうか。以下では、事項確定の審査基準につき検討を加える。

二 事項確定の審査基準

(1) 概 要

一般に、法律の性格づけ、即ち事項の確定を行う場合、裁判所は、問題となっている法律の目的 (purpose or object) 及び効果 (effect)、又は、法律により「目的とされ (aimed)」る対象事項を審査基準としている。

事項確定の審査基準に関する最も完全な議論を展開しているのが *Alberta Bank Taxation Reference* における枢密院司法委員会の判決である。当該判決は、まず、州の立法が立法権限越か否かの判断において全ての事案に適用可能な一般的基準は存しない為、かかる問題は各事案毎に判断されなければならないことを説示している。そして、裁判所が具体的に審査するものとして問題となっている法律の効果及び目的 (object or purpose) を挙げている。

(2) 法律の目的による審査

裁判所は法律の性格づけを行う場合、当該法律の目的を考慮してきた。²⁰ 法律の目的は、当該法律の機能又は前文により理解

することが可能な場合もある。法律の文言、又は、その可能な効果により法律の目的が明らかでない場合においても、立法経過における各立法者の陳述は伝統的に目的確定基準として裁判所により考慮されてこなかった。²² 23 しかしながら、最近、裁判所は法律の性格づけを行う際、立法経過に関する資料を考慮する傾向が強くなってきた。²⁴

Hogg 教授は、法解釈と法の性格づけの差異を強調し、後者の場合、法改正委員会の報告書や公表されている政府の政策要綱書等又はおそらく議会の審議録は証拠として裁判所に提出することが認められるというのは判例上確立している、と主張している。²⁵

法律の性格づけにおける目的審査は、問題となっている法律を制定した時の議会の「動機 (motive)」や「心理状態 (state of mind)」を考慮する「主観的」審査であると理解することが可能であろう。²⁶

法律の目的を確定することにより、各レベルの立法府は自己の立法権限内の事項に関する目的を装い自己の立法権限外の行為をすることを禁止されることになる。²⁷

(3) 法律の効果による審査

裁判所は、法律の性格づけを行う際、即ち法の実質的要素を確定する場合、とりわけ法律の効果の審査を重視してきた。特に、問題となっている法律に服する者の権利義務関係が当該法律によりいかに変化するかという法律の実際上の効果を常に審査してきた。²⁸ 法律の効果を審査する際、「裁判所は司法確知し得る公共の一般的知識を考慮しなくてはならず、又、問題となっている法律の効果がいかなるものであり得るかについての証拠により裁判所が情報を得るよう要請された適切な事件においては、裁判所はかかる公共の一般的知識を考慮することができる」のである。²⁹

かかる法律の効果による審査は、問題となっている法律の実際上の効果を考慮する「客観的」審査であると理解することが可能である。³⁰

法律の効果を確定することにより、各レベルの立法府は実際効果が自己の立法権限外の事項に直接影響を及ぼすような種類の法律を制定することを禁止される。³¹

(4) 法律の実際上の運用

法律の性格づけを行う際、裁判所が問題となっている法律の

実際上の運用を考慮する場合がある。³²一九五三年の *Sammur v. Quebec* 事件³³において、カナダ最高裁の五人の裁判官は、問題となつてゐる市条例の実際上の運用に関する事実認定に基づき、当該市条例が州の立法権限外のものであると結論づけた。本件の判決が当該市条例の実際上の運用により影響を受けたことは明らかである。本件においてカナダ最高裁の多数の裁判官が法律の性格づけを行う際に、当該市条例の実際上の運用に関する事実を証拠として提出可能なものとして認めたことは注目に値する。³⁶

しかしながら、カナダ最高裁は一般に、法律の具体的な法適用状況を考慮することなく、制定法の文面により審査する手法を用いていたことに注意すべきである。それ故、法律の実際上の運用による審査はあくまでも例外的なものとして理解すべきものと思われる。

以上のように、法律の性格づけ、即ち事項確定の審査基準は、主に、法律の目的及び効果であると解することができる。³⁸そして、この二つの基準は相互に密接に関連しているのである。³⁹

連邦の立法権限に関する違憲審査における第一段階審査—法律の性格づけ—を理解する為には、法律の性格がいかなる法理により確定されるかにつき検討を加える必要がある。従つて、

以下では法律の性格づけに関する諸法理を概観する。

三 法律の実質的要素の法理

法律の性格づけを行う際問題となることは、多くの制定法が複数の特徴や局面を有し、一方の特徴が連邦の立法事項に関連し、又、他方の特徴が州の立法事項に関連する場合が多く存在するということである。このような場合、裁判所は、問題となつてゐる法律の最も重要な特徴を確定し、その特徴により当該法律の性格づけを行つてゐる。即ち、優越的な特徴のみが当該法律の実質的要素であると理解され、他の特徴は単に付随的 (*incidental*) なものであり、当該法律の性格づけには関係のないものである。⁴⁰

一八八七年の *Bank of Toronto v. Lambie* 事件⁴¹において、枢密院司法委員会は銀行に課税する州法の合憲性を支持した。当該法律の優越的特徴は州政府の歳入を増加することであると認定され、それ故、当該法律の主要な対象事項は銀行業務ではなく課税であると判示された。この特徴分離の手法は通常「…に関連する (*in relation to*)」という用語を用いて表現される。即ち、本件で問題となつた州法は課税に「関連する」ものであり銀行業務には単に「影響を与える (*affect*)」にすぎないと性格

づけられるのである。⁽⁴²⁾

かかる法律の實質的要素の法理 (pith and substance doctrine) により、連邦又は州の議会は自己の立法権限内の事項に關連する立法を制定することにより、自己の立法権限外の事項に影響を与え、管轄権限外の事項に対し「實質的影響力 (substantial impact)」を与えることが可能となる。⁽⁴³⁾⁽⁴⁴⁾

立法権限外の事項に対し付随的影響力を有する立法であつても、当該法律の實質的要素が立法権限内の事項に關連する為に合憲と判示された法律は多く存在する。例えば、保険（州の事項）に關連する州法は連邦法により設立された会社の活動（連邦事項）を制限又は禁止することができる。地方自治体を改組する州法は州外の債権者に対する利息（連邦事項）を有効に変更することができる。航海及び海運（連邦事項）に關連する連邦法は港湾の労働関係（州の事項）を有効に規制することができる。首都地域（連邦事項）に關連する連邦法はオンタリオ州及びケベック州における土地利用（州の事項）を有効に規制することができる等々がそれである。⁽⁴⁵⁾

法律の實質的要素の法理においては、何が法律の優越的特徴であると判断されるかが当該法律の合憲性判断にとり重要な要因となる。同様の機能を有する二つの法律が異なる性格づけを

されることもあり得る。⁽⁴⁶⁾ 又、ある立法が憲法上の立法権限配分規定の項目分類と同じ文言を用いている場合であっても、当該法律が当該項目分類に關連するものと判断されない場合もあり、⁽⁴⁷⁾ 又逆に、文言上いかなる項目分類にも關係のない法律であつてもいづれかの項目分類に關連するものとして判断されることもある。⁽⁴⁸⁾⁽⁴⁹⁾

四 個別的選択禁止の法理 (Singing Out)

一九三九年の *Alberta Bank Taxation Reference* は⁽⁵⁰⁾ しばしば、州の立法府が銀行又は連邦法により規制されている他の企業活動を特別に取り扱う為に個別的に選択し (singing out) 規制を加えることを禁止する判例として理解されている。このことは、一般的に適用される州法は銀行又は連邦により規制されている他の企業活動に有効に適用され得る、という命題によつても主張されている。⁽⁵¹⁾

しかしながら、連邦の管轄権内の人もしくは団体を個別的に選択し規制している州法を合憲と判示した判例が多く存する。⁽⁵²⁾ これらの判例は、州法が有効に連邦の管轄権内の企業活動に適用される為に当該州法が一般的適用性を有する必要は必ずしもないことを示している。連邦の管轄権内の企業活動を個別的に

選択し規制を加えることは、法の実質的要素を決定する際決定的要因とはなりえないのである。判例はないが、Hogg教授は、州の管轄権内の事項を個別的に選択し規制している連邦法に対しても同様のことが言えると解している。⁵³

連邦の管轄権内の企業活動に対し特別に適用される州法は必ずしも無効とはならないが、連邦の管轄権内の企業活動に対し一般的に適用される州法も必ずしも有効とは限らない。通常、州の権限内の事項に関連する州法は有効に連邦権限内の事項に影響を与えることができる。しかし、判例は以下のような重要な例外的制限を確立した。即ち、一般的に適用される州法であっても、当該州法の効果が、連邦法により設立された会社の地位もしくはその重要な権限(essential power)を害し(impair)、又は、連邦法により規制されている企業活動を無効にする(strengthen)場合、当該州法はかかる会社もしくは企業活動には適用されないというものである。⁵⁴

以上のように、個別的選択禁止の法理は、そのみでは法律実質的要素を決定する要因たりえないのである。

五 二重局面の法理 (Double Aspect)

二重局面の法理とは、ある法律の対象事項が、「一つの局面及

び一つの目的からすると、「一八六七年憲法」第九二条の「州の」権限事項であり、又、もう一つの局面及びもう一つの目的からすると第九一条の「連邦の」権限事項となり得る」場合、連邦議会及び州議会の両者がかかる事項に関し立法権限を有するというものである。この法理は、ある種の法律は連邦事項及び州の事項の両方に関連し、従って、連邦と州の両者がかかる法律を制定する権限を有することを承認するものである。それ故、Hogg教授は、かかる法理を「二重事項の法理(double matter doctrine)」と表現してゐる。⁵⁵

判例は、いかなる場合に二重局面の法理を用いて、いかなる場合に問題となっている法律の一つの実質的要素を決定するかに関する基準を明らかにしていない。⁵⁷ Ledermann教授は、「ある法律が有する二つの特徴の相対的重要性の間に明確な差異が存しない」場合、二重局面の法理が適用可能であると説明している。⁵⁶ この基準は、一九八二年の *Multiple Access v. McCutcheon* 事件⁵⁸において、カナダ最高裁の多数意見が採用している。Hogg教授は、かかる法理が司法の抑制の一形態であると理解し、「裁判所によってある法律の連邦的特性と州の特性がおおよそ同程度の重要性を有していると認定された場合、かかる種類の法律は連邦議会又は州議会のどちらによっても立法され得

る、という結論となる」と説明している。

判例上、道路交通に関する規則を制定している法律⁶¹、証券の規制に関する法律及びインサイダー取引に対する民事上の救済方法を新設した法律等が、二重の局面を有するとされている。

二重局面の法理が適用されることにより有効な連邦法と有効な州法が抵触する可能性が生じる。かかる問題は連邦法優位の法理により解決される。

六 偽装禁止の法理 (Colourability)

法律の性格づけは単に法律の形式 (form) のみによってではなく、法律の実質的内容により行われる。それ故、ある法律が形式上又は外見上当該法律を制定した議会の立法権限内の事項に関連するものであっても、實際上、当該法律の主要な目的、効果が立法権限外の事項に向けられている場合、かかる法律は無効となる。このように外見上立法権限内の法律であることを装いつつ実質的に権限外の行為をすることを禁止するものが偽装禁止の法理である。かかる法理は多くの判例により採用されている。

七 政策的判断の不可避性

法律の性格づけは、しばしば、当該法律の合憲性判断において決定的要因となり、裁判所もこのことを認識している。法律の実質的要素を決定することは、即ち、当該法律の合憲性を決定することと同じ意味を有する場合がある。かかる重要な決定はいかなる基準の下で行われるのであろうか。立法経過に関する証拠や先例等の援助の下、問題となっている法律の構造を十分に分析することにより、当該法律の優越的特徴を説明することは多くの場合可能であろう。しかし、ハード・ケースにおいては、法律の有する一つの特徴と他の特徴との間でどちらが実質的要素であるかを選択する基準は、法的論理ではなくある種の政策的判断である、ということは否定することはできないであろう。

かかる政策的判断は連邦制度における連邦・州間の立法権限配分に関する重要な判断である為、憲法上の連邦制概念により導き出されなければならない。即ち、ある法律は、憲法上、連邦政府、州政府のいずれにより制定されるべきか、という憲法上の政策判断が要請されるのである。

かかる政策的判断を行う場合、裁判官はいかなることを考慮すべきであろうか。この点に関しては、憲法上の文言や先例の

みならず、歴史学、政治学、経済学、社会学等から導出される諸価値等の要素が考えられるが、議論の分かれるところである。⁷²⁾ Simeon教授は、共同体 (community)、効率 (efficiency)、民主主義の三つの価値が連邦・州間の権限配分を決定する際に有効であると示唆している。⁷³⁾ しかし、民族的、文化的、宗教的に複雑な要素を有するカナダにおいては、政策判断における統一的基準を発見することは極めて困難であると思われる。⁷⁴⁾

法律の性格づけを行う際に裁判所が下す政策的判断は、法律の賢明さや適切さそして公正さといった法律内容の実体的政策的判断ではなく、あくまでも、問題となっている法律が憲法上どのレベルの政府により制定されるべきか、という立法権限配分に関する判断にとどまることに注意すべきである。

以上で、連邦制度における立法権限配分に関する違憲審査の第一段階、即ち、法律の性格づけに関する考察を終える。次項では、第二段階審査、即ち、憲法上の立法権限配分規定の解釈に関し検討を加えていく。

第四項 憲法の解釈

一 概 要

合憲性が争われている法律の実質的要素が確定され当該法律

の性格づけがなされると違憲審査の第二段階に入る。この段階では、問題となっている法律が対象とする「事項」は憲法上の立法権限配分規定が列挙する「項目分類」のいずれに該当するかを決定する。即ち、ここでは、憲法の権限配分規定の解釈が問題となるのである。⁷⁵⁾

違憲審査の第二段階における各議論を検討する前に、憲法上の立法権限配分規定の解釈に関する一般的原则を概観する。

第一の原則は、一八六七年憲法第九一条もしくは第九二条に基づき制定された法律であっても同憲法の他の規定に抵触することは許されない、というものである。従って、同九一及び九二条は同憲法の他の規定で取り扱われている事項を含まないものとして解釈されなければならないのである。⁷⁶⁾

第二に、同九一及び九二条は(前述の原則に従いつつ)、カナダのような主権国家の政府にとり必要な全ての立法権限を包含するよう同時に (together) 解釈されなければならない。それ故、同九一及び九二条は立法行為に関する全ての事項を含んでいるのである。⁷⁸⁾

第三に、同九一及び九二条に列挙された項目分類は、いずれの項目分類にいかなる事項が含まれているかを確実にする為、同時に解釈されなければならないのである。⁷⁹⁾

第四に、連邦議会に専属的(exclusive)な立法権限を規定する同九一条の規定は、本条に列挙された項目分類のいずれかに該当するいかなる項目も州の立法権限に専属的な事項に該当するものと看做されてはならない、という文言により、一見すると同九二条に列挙された項目分類に含まれ得る事項を同九一条の事項とする効果を有しているのである。⁴⁰⁾

以上の諸原則の結果、同九一及び九二条は同時に解釈され、同憲法の他の条文により規定されている事項は同九一及び九二条の事項には含まれないことになる。又、同九一条内の事項に關しては連邦議会が専属的に立法権限を有し、同九二条内の事項に關しては各州議会が専属的立法権限を有することになる。さらに、同九一条及び九二条の列挙する項目分類のいずれにも該当しない事項は、同九一条の冒頭の一般条項に含まれることになる。⁴¹⁾

以上で、憲法上の権限配分規定の解釈に關する一般的原則の概観を終える。次に、憲法上の立法権限配分規定に關する諸原則を検討していく。

一 立法権限の専属性(exclusiveness)

一八六七年憲法第九一条及び九二条の各項目分類は連邦議会

又は州議会に専属的に配分されている。⁴²⁾このことは、特定の「事項」は一つの項目分類にのみ該当することを意味する。立法権限の専属性の一つのコロラリーとして次のことが言える。即ち、連邦議会もしくは州議会が自己の立法権限を最大限に行使せず特定の立法を制定していない場合であっても、そのことは、他のレベルの立法府の立法権限を増大させる効果を有しないのである。⁴³⁾

しかしながら、立法権限の相互排他性(専属性)は、連邦・州の両議会による同様なもしくは全く同一な法律の制定を禁止することを意味していない。特定の種類の法律は、連邦と州の両議会により制定される可能性はある。しかし、それは、かかる法律が二重の局面を有するからであり、憲法上の項目分類が重複するからではない。一八六七年憲法第九一条及び九二条の項目分類は、各レベルの立法府に専属的に配分され、決して重複しないのである。⁴⁴⁾

同九一及び九二条は、文面上、一見すると重複しているように思われる規定を有している。例えば、同九二条一三項の「州における財産権及び市民的権利」は、外見上同九一条二項の「通商の規制」を含んでいるように思える。しかし、判例は、各項目分類を相互排他的に解釈し、かかる外見上の重複を回避してきた。従って、前述「通商」は州際又は国際通商のみを意味す

ると限定的に解釈され、前述「州における財産権及び市民的権利」は地域的通商の規制のみを含むと狭く解釈されてきた。このような各項目分類の「相互修正(mutual modification)」により外見上の重複が回避され、立法権限の専属性の原則が守られてきたのである。⁸⁷⁾

三 補助的権限 (ancillary power)

アメリカ合衆国憲法第一編第八節第一八項は、連邦議会が「合衆国政府またはその各省もしくは官吏に対して与えられた他の一切の権限を執行するために、必要にして適当なすべての法律を制定する」権限を有することを規定し、連邦議会が有する憲法上列挙された権限の中に「補助的権限」が含まれることを明示している。⁸⁸⁾

他方、カナダ憲法は連邦議会及び州議会に対し憲法上列挙された権限を付与しているが、そこには補助的権限が含まれていないと解されている。⁸⁹⁾ 補助的権限を憲法の中に読み込むべきであるとする判例も存するが、Hogg教授はかかる権限は不必要であると主張している。その理由として、既存の「法律の実質的要素の法理」の下で各立法府は、自己の管轄権内の事項に「関連する」立法を制定することができ、そのことにより自己の権

限外の事項に対し「付随的もしくは補助的」効果を及ぼすことが可能であることを指摘している。そしてそのことから同教授は、補助的権限という概念を導き出す必要がないと結論づけている。⁹¹⁾ いくつかの判例も補助的権限の概念を用いる必要性を否定している。⁹²⁾

補助的権限の概念を用いなくとも、法律の実質的要素の法理によって、立法府は自己の立法権限外の事項に対し付随的、補助的効果を及ぼすことができる。そして、どの程度まで、立法府が自己の権限外の事項に対し有効に影響力を行使しうるかに関する判断基準は、補助的権限概念を否定した一九七〇年の *Papp v. Papp* 事件⁹³⁾において、Laskin 裁判官により定式化された。同裁判官は、問題となっている法律が有している立法権限外の事項に対し影響力を及ぼしている部分と有効な部分との間に「合理的、機能的関連性(rational, functional connection)」が存するか否かにより当該問題が判断されるべきであると説示した。⁹⁴⁾ この「合理的、機能的関連性」の基準は、カナダ最高裁判所の判例⁹⁵⁾によっても採用されている。

Hogg教授は、この合理的、機能的関連性の基準は「憲法上列挙された項目分類が他のレベルの政府の権限事項にある程度の影響力を及ぼす法律を包含することを認め、かつその基準は、不

当な権限侵害に対する司法上の抑制を設ける一方で、立法府に対しそれが適切であると判断した立法技術を選択する際のかなりの幅を与える柔軟な基準を提供する。換言すると、合理的関連性のテストは、連邦憲法を解釈する際の適切な問題に直接対応しているのである⁹⁶と述べ、この基準の有効性を支持している。

しかし、補助的権限概念の否定の上に成立した合理的、機能的関連性の基準を採用したカナダ最高裁は、それとは逆に、他の判例の中では補助的権限に言及している。一九七八年の *G. Que. v. Kellogg's of Canada* 事件⁹⁷における Laskin 長官の反対意見は、「英領北アメリカ法が補助的権限又は列挙された権限に必然的に付随的な立法を制定する権限を承認していると言われる可能性があるが、その限りでは、かかる権限は連邦議会にのみ存する⁹⁸」と述べている。この反対意見において、前述一九七〇年の *Papp. v. Papp* 事件⁹⁹で補助的権限概念を否定した Laskin 長官自身により、カナダ憲法に補助的権限が存在する可能性が承認されたことは非常に驚くべきことである。さらに、仮に補助的権限が存在するとしても、かかる権限が連邦議会にのみ存するという示唆は、それ以上に驚くべきことである。なぜなら、合理的、機能的関連性の基準は州法にも適用され、連邦議会と同様、州議会も有効な立法により自己の権限外の事項に

対し有効に影響を及ぼすことができるという原則は、判例上、既に確立しているからである¹⁰⁰。

一九七九年の *R. v. Thomas Fuller Construction* 事件¹⁰¹の多数意見において、カナダ最高裁の Pigeon 裁判官は「補助的権限の法理」に言及し、かかる権限は「連邦議会の立法権限を効果的に行使する為に真に必要なものに限られる¹⁰²」と述べている。さらに一九八二年の *Regional Municipality of Peel v. Mackenzie* 事件¹⁰³の全員一致の法廷意見において、カナダ最高裁は前述 *Thomas Fuller Construction* 事件の補助的権限に関する付随的意見を引用し、かかる権限は問題となっている法律の「立法機構 (legislative scheme) の運用に不可欠 (essential)」¹⁰⁴ なものではなくてはならないと説示している。

補助的権限が立法権限の効果的行使の為に「真に必要」¹⁰⁵ ものでなくてはならないとする基準、ならびに、かかる権限が立法機構の運用に「不可欠」¹⁰⁶ なものでなくてはならないとする基準は、前述の合理的、機能的関連性の基準よりはるかに厳格なものである¹⁰⁷。

以上のように、カナダ最高裁は補助的権限に関し「二つの矛盾するアプローチ」¹⁰⁸ を採用している。この矛盾は、特定の裁判官により惹起されたものではなく、カナダ最高裁のほとんどの

裁判官がかかる二つの矛盾するアプローチを採用した為に生じたものである。¹⁰⁾ カナダ最高裁は、何らかの理由により、この重要な憲法問題に関し統一的法理を形成することができない状態にあると解される。¹¹⁾

四 立法権限の競合

前述の「立法権限の専属性」において説明したように、カナダ憲法においては、各項目分類は連邦議会又は州議会の立法権限として専属的かつ相互排他的に配分されている。しかし、例外的に、以下の三つの条項が明示的に連邦及び州の競合的立法権限を規定している。¹²⁾

第一に、一九八二年に追加された一八六七年憲法第九二条A二項及び三項と同九一条二項の競合が存する。前者の規定は、州議会に対し天然資源の輸出に関する立法権限を付与している。それは、連邦議会の有する通商の規制に関する立法権限と競合する。

第二に、一九五一年に追加され一九六四年に改正された同九四条Aは、連邦議会に対し老齢年金及び遺族を含む追加給付に関する立法権限を付与している。これは、同条が承認するように、このような事項に関する州の立法権限と競合している。

第三に、同九五条は、連邦及び州の両議会に対し農業及び移民に関する立法権限を付与している。

これら三つの立法権限競合は全立法権限分野の内ほんのわずかな部分を占めるにすぎず、カナダ憲法の立法権限配分制度においては、権限の専属性、相互排他性が原則であり、権限の競合はあくまでも例外にすぎないのである。¹³⁾

カナダ憲法においては、立法権限の専属性、相互排他性が原則である。しかし、実際上は、一八六七年憲法第九一条及び九二条の項目分類に関しても、かなりの程度立法権限が競合している分野が存在している。この現象は、二重局面の法理及び法律の實質的要素の法理により惹起されたものである。¹⁴⁾ 二重局面の法理は、特定の事項に関し、連邦及び州の両議会が立法権限を有することを認め、立法権限の競合を惹起する効果を有している。又、法律の實質的要素の法理は、立法府が自己の権限内の事項に関連する法律により有効に権限外の事項に対しある程度の影響を及ぼすことを可能にする為、實質的に立法権限が競合する分野をつくり出している。

以上のように、カナダにおいては、實質的に立法権が競合する分野が存在している。このような分野においては連邦法と州法が抵触する可能性が存する。この問題は、連邦法優位の法理

により解決されている。⁽¹⁴⁾

五 網羅的立法権限配分の原則

カナダ憲法においては、原則として、全ての立法権限が連邦議会又は州議会のいずれかに網羅的に配分されている。しかし、この原則には、いずれの立法府も権利及び自由に関するカナダ憲章により保障された人権を侵害する立法をなし得ない、という例外が存している。

一八六七年憲法の制定者は、将来憲法制定当時に予測できない新しい種類の立法権限が必要になることを予見し、以下のような一般条項を規定した。即ち、同九二条一六項は、「一般的に州におけるすべての地方的又は私的性質の事項」に関する立法権限を州議会に与えている。又、同九一条の冒頭の文言は、連邦議会に「カナダの治安、秩序及び健全な統治の為、この制定法が各州立法府の専属的な権限としていたる項目分類に該当しない、すべての事項に関して法律を制定する」権限を与えている。これらの規定の結果、同九一及び九二条が列挙する特定の項目分類に該当しない事項の内、同九二条一六項の規定する地方的又は私的性質にとどまる事項に該当するものは州議会の立法権限事項であり、国家的規模の事項は連邦議会の権限事項となる。⁽¹⁵⁾

網羅的立法権限配分の原則により、全ての法律は連邦もしくは州の議会により有効に制定され得ることになる。これは、一般的には正当な命題である。しかし、Hogg教授は、一九五三年の *Sumner v. Quebec* 事件におけるカナダ最高裁の *Pard* 裁判官の意見を論拠として、次のような原則を主張している。即ち、法律は憲法上列挙された一つの項目分類に該当する事項に確定することが可能な程度に充分な特定性を有していなくてはならず、連邦及び州のいずれの議会も過度に広範な又は過度に漠然とした法律を制定する権限を有しない、という原則である。⁽¹⁶⁾ さらに、Hogg教授は、連邦議会の有する「治安、秩序及び健全な統治」に関する権限について、連邦議会は憲法上列挙された権限に該当させることができない程一般的に広範な (*diffuse and pervasive*) 対象事項に関する法律を制定することにより、州の権限事項に含まれる分野の中に連邦議会の権限を散大することは認められない、と主張している。⁽¹⁷⁾

六 発展的憲法解釈の法理

前述のように、⁽¹⁸⁾ 枢密院司法委員会及びカナダ最高裁は、カナダ憲法を解釈する際、伝統的に、厳格な実証主義的文理解釈の方法を採用し、裁判所による法創造機能を拒否してきた。その為、

裁判所は社会的変化に対しては、ほとんど注意を払わなかった。それ故、カナダ憲法の内容が硬直化し社会的変化に対応しきれなくなるといふ現象も、過去においてはしばしばみられた。

かかる社会的変化に対応する為、立法権限に関する規定は過去四回改正された。しかし、カナダ憲法は激変する社会の中で、全体としてはほとんど変化していないのである。¹²¹

このような状況の中でSankey卿は、一九三〇年に「英領北アメリカ法はカナダにその自然の範囲内で成長し発展することができる生きた木(living tree)を植えたのである。この法の目的はカナダに憲法を付与することである。我々は、狭義的でかつ技術的な解釈により、この法の諸規定を切り落とすことを本司法委員会の義務であるとは考えず——又、それは、我々の希望するところでもない——、むしろ、その法に広くかつ自由な(liberal) 解釈を与えることが本司法委員会の義務であると考え¹²²」と述べ、発展的憲法解釈(progressive interpretation)の必要性及び可能性を示唆した。¹²³カナダ最高裁判所はこの発展的憲法解釈の考え方を一九七〇年代後半になって採用しはじめた。¹²⁴

国家の基本法としての性質を有しかつ改正が困難な憲法の解釈においては、ある程度の柔軟性及び発展性は不可欠の要素で

あると解される。¹²⁵

以上で、連邦制度における立法権限配分に関する違憲審査の第二段階、即ち、憲法の解釈の検討を終える。次項では、有効な連邦法と有効な州法が抵触した場合の問題を解決する為の法理である、連邦法優位の法理について検討を加える。

第五項 連邦法優位の法理

一 概 要

カナダにおいては、前述のように法律の實質的要素の法理及び二重局面の法理により、有効な連邦法と有効な州法が抵触する可能性が存する。連邦議会は州法を廃止する権限を有せず、又、その逆に、州議会も連邦法を廃止する権限を有していない。その為「黙示的廃止の法理(doctrine of implied repeal)」によりこの問題を解決することはできない。¹²⁶

連邦法と州法の抵触問題を解決する為に判例が採用したのが、「連邦法優位の法理(doctrine of federal paramountcy)」である。¹²⁷この法理の下では連邦法と州法が抵触した場合、連邦法が適用され、州法は適用不能と判断される。かかる連邦法優位の法理は、連邦法と州法が存在し、(1)それぞれの法が有効であり、かつ、(2)それぞれが抵触する場合、にのみ適用される。そ

れ故、かかる法理の適用は、問題となっている二つの連邦法及び州法の合憲性が確定された後に行われるのであり、法律の合憲性の審査と連邦法と州法の抵触に関する審査は完全に分離されるべきものである。⁽¹⁰⁾

以下、いかなる場合に、抵触が生じるかにつき検討を加えていく。

二 抵触の確定

(1) 抵触確定の意義

連邦法優位の法理の下で連邦法と州法の抵触を確定することは、司法審査権の範囲及び連邦制度における連邦・州間の権限の均衡に関し極めて重要な意義を有している。即ち、抵触を広く定義する場合、多くの州法が連邦法に抵触し適用不能となる。これは、連邦権限の拡大に与する司法積極主義を意味する。逆に、抵触を狭義にとらえると、州の権限が散大し、裁判所も、司法消極主義を採ることを意味する。カナダにおける裁判所は一般に後者の立場を採っている。⁽¹¹⁾

(2) 明確な抵触

ある人が連邦法及び州法の両方を同時に遵守することが不可

能な場合、もしくは、「一つの法を守ると他の法に違反してしま⁽¹²⁾う」場合、連邦法と州法との明確な抵触が存在する。この「二重遵守の不可能性(impossibility of dual compliance)」が明確なことを理由に抵触を認定した判例はそれほど多くはない。⁽¹³⁾

かかる二重遵守の不可能性のテストは、二つの法律が人に対し相反する義務を賦課する場合には、比較的容易に適用し得る。しかし、このテストは、二つの法律が人に対し矛盾する義務を賦課しない場合であっても、かかる法律が裁判官を含む法執行機関に対し矛盾する義務を賦課する場合にも適用し得ると解せられる。⁽¹⁴⁾

以上のように連邦法と州法が明確に抵触する場合、連邦法優位の法理が適用される。

(3) 連邦法先占の理論

前述のように、明確な抵触が存する場合、連邦法優位の法理が適用され、抵触する州法が適用不能となることは明らかである。では、連邦法がある特定の事項に関し規定している場合、かかる連邦法の存在は当該事項に関する州法を排除するという黙示的意義を有するのであろうか。又、州法は既存の連邦法に他の補充的規制を加えることができるのであろうか。

連邦法先占 (covering the field) の理論は、連邦法が特定の分野に関し規定している場合、当該連邦法はかかる分野に関する州法を、たとえそれが当該連邦法に抵触しない場合であっても排除するというように当該連邦法を解釈する理論である。⁽¹³⁾ この理論によると、連邦法が先占した分野には州法が規制を加えることができなくなり、連邦法と州法が抵触する場合が増加する。

カナダにおいては、かかる連邦法先占の理論は判例により採用されていない。⁽¹⁴⁾ それ故、州議会は連邦法に抵触することなく連邦法に補充的な州法や重複的な州法を制定することが可能である。⁽¹⁵⁾

以上のように、連邦法と州法が抵触するのは、明確な抵触の存する場合のみであり、それ故、かかる場合にのみ連邦法優位の法理が適用されるのである。⁽¹⁶⁾

三 抵触の効果

連邦法優位の法理は、連邦法と州法が抵触した場合、連邦法が適用されるといふ効果を有している。そして、連邦法との抵触が確定した州法は、その抵触の限度内で適用不能となる。州法の抵触部分と非抵触部分が分離可能な場合、かかる抵触部分

のみが適用不能となり、他の部分は適用可能であると解されている。又、州法が適用不能となるのは抵触している連邦法が有効に施行されている場合のみであり、当該連邦法が廃止された場合、適用不能となっていた州法は立法府により再制定されることなく、自動的に適用可能な有効な法として「復活する (revive)」。⁽¹⁷⁾

以上のように、連邦法優位の法理の効果は、連邦法と抵触する州法を廃止するのではなく、単に、適用不能にするにとどまるのである。

以上で、連邦制度における連邦・州間の立法権限配分に関する違憲審査の方法、及び、それに関し確立された諸法理の検討を終える。

次節では、一九八二年に制定された「権利及び自由に関するカナダ憲章」⁽¹⁸⁾ についての違憲審査の方法、及び、その特徴につき検討を加える。

(1) P. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at 310.

(2) *Ibid.*

(3) *Ibid.*, at 312.

- D. Mundell, "Tests for Validity of Legislation under The British North America Act" (1954), 32 *Can. Bar Rev.* 813, at 814.
- (4) Hogg, *id.*, at 312-313.
- (5) 本稿における以下の検討は、Hogg 教授の研究(同右書)を基礎に進めていく。
- (6) *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, at 450.
- (7) *Union Colliery v. Bryden*, [1899] A.C. 580, at 587.
- (8) *Russell v. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829, at 839-840; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, at 130.
- (9) *Supra*, note 7, at 587.
法律の事実的要素という表現がより一般的に用いられている。Hogg, *supra*, note 1, at 313.
- (10) Laskin, *Canadian Constitutional Law* (3rd rev. ed. 1969), at 85.
- (11) Lederman, in Lederman (ed), *The Courts and the Canadian Constitution* (1964), at 186.
- (12) D. Mundell, "Tests for Validity of Legislation under The British North America Act: A Reply to Professor Laskin" (1955), 33 *Can. Bar Rev.* 915, at 928.
- (13) Hogg, *supra*, note 1, at 313.
- (14) *Id.*, at 313-314.
- (15) *A. G. Alta. v. A. G. Can.*, [1939] A. C. 117, at 130-131.
- (16) *A. G. Can. v. A. G. Que.*, [1947] A. C. 33, at 44.
- (17) *Supra*, note 15.
- (18) Mundell, *supra*, note 3, at 817.
- (19) *Supra*, note 15, at 129-130.
- (20) Mundell, *supra*, note 3, at 827.
Hogg, *supra*, note 1, at 318.
D. Gibson, *The Law of The Charter: General Principle* (1986), at 52.
- (21) Hogg, *id.*, at 319.
- (22) *Supra*, note 15, at 130, Gibson, *supra*, note 20, at 52.
- (23) カナダにおいては、従来、通常の制定法解釈の規則の下、立法経過(legislative history)は証拠として提出することは認められていなかった。Hogg, *supra*, note 1, at 319。
本稿第二部第三章第四節参照。
- (24) Hogg, *id.*, at 319 footnote 47.
Gibson, *supra*, note 20, at 53。
See also cases cited in Hogg, *id.*
本稿第二部第三章第四節参照。
- (25) Hogg, *id.*, at 319.
- (26) Mundell, *supra*, note 3, at 832.
- (27) *Supra*, note 15, at 130.
- (28) Hogg, *supra*, note 1, at 320.

- Mundell, *supra*, note 3, at 823.
- (35) *Supra*, note 15, at 130. To the same effect, *Reference re Residential Tenancies Act*, [1981] 1 S.C.R. 714, at 721.
- (36) Mundell, *supra*, note 3, at 832.
- (37) A. G. Alta. v. A. G. Can., [1939] A. C. 117; *Texada Mines v. A. G. B. C.*, [1960] S.C.R. 713; *Central Canada Polish Co. v. Government of Sask.*, [1979] 1 S.C.R. 42
- (38) Hogg, *supra*, note 1, at 321.
- (39) [1953] 2 S.C.R. 299.
- (40) 本件においてはケベック市条例が問題とされた。同市は街頭で文書「ノンフレット」等を配付する際は「事前に、警察長の許可を受けなければならない旨規定していた。本件では、無許可で宗教的「ノンフレット」を配付していたエホバの証人の信者が、当該市条例の無効を争ったものである。
- (41) Hogg, *supra*, note 1, at 321.
- (42) Hogg, *supra*, note 1, at 321.
- (43) *Id.*
- (44) しかしながら、本件は宗教の自由及び言論の自由に関する特殊な事例である。さらに、本判決が出された一九五〇年代は、人権保護に対しカナダ最高裁が比較的積極的な態度を採っていた特殊な時代であった。それ故、本判決の審査方法—法律の実際上の運用による審査—を一般化して理解することは相当でないと思われる。
- (45) C. Rogerson, "The Judicial Search for Appropriate Remedies under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness", in Sharp(ed). *Charter Litigation* (1987), at 245-246.
- (46) B. Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts, The Function and Scope of Judicial Review* (2nd ed. 1983), at 215-217.
- (47) Strayer博士は「裁判所がある法律の合憲性を審査する場合当該法律の効果のみを考慮すべきである」と主張している。
- (48) 法律の実際上の効果により、法律の目的が確定される可能性も存する」とに注意すべきである。
- (49) Hogg, *supra*, note 1, at 314.
- (50) (1887), 12 App. Cas. 575.
- (51) Hogg, *supra*, note 1, at 314.
- (52) F. Labrie, "Canadian Constitutional Interpretation and Legislative Review" (1950), 8 *U. T. L. J.* 298, at 299-300.
- (53) Hogg, *id.*
- (54) 「影響を与える(affect)」と同じ意味で、「接近する(trench upon)」、「干渉する(interfere with)」、又は「変更する(modify)」という語が用いられることもある。しかし、「接近する」という語は最近用いられなくなった。さらに「付随的影響力(incidental impact)」は「問題となつてゐる法律の性格を左右するものではない」。
- (55) Hogg, *supra*, note 1, at 314-315.

- See Workmens Comp. Bd. v. C. P. R.* [1920] A. C. 184; *Lymburn v. Mayland*, [1932] A. C. 318; *Ladore v. Bennett*, [1939] A. C. 468; *Johannesson v. West St. Paul*, [1952] 1 S. C. R. 292; *Stevedores v. Reference*, [1955] S.C.R. 529; *A. G. Ont. v. Barfried Enterprises*, [1963] S.C.R. 570; *Oil Chemical and Atomic Wkrs. v. Imperial Oil*, [1963] S. C.R. 584; *Munro v. Nat. Capital Comm.*, [1966] S.C.R. 663; *Carnation Co. v. Que. Agricultural Marketing Bd.*, [1968] S.C.R. 238; *Walter v. A. G. Alta.*, [1969] S.C.R. 383; *Papp v. Papp*, [1970] 1 O. R. 331; *Can. Indemnity Co. v. A. G. B. C.*, [1977] 2 S.C.R. 504; *A. G. Que. v. Kellog's of Canada*, [1978] 2 S.C.R. 211; *Construction Montevalm v. Minimum Wage Comm.*, [1979] 1 S.C.R.754; *Four B Manufacturing v. United Garment Workers*, [1980] 1 S. C.R. 1031.
- (46) *Bank of Toronto v. Lambe* (1887) , 12 App. Cas. 575.
 A. G. Alta. v. A. G. Can. (*Bank Taxation*), [1939] A.C. 117との比較を参照。
- (47) *Bank of Toronto v. Lambe, id.*
 本件では、銀行に対する課税についても銀行業務に關連するものであるとして認められた。
- (48) *Sask. Farm Security Act Reference*, [1949] A.C. 110.
- (49) *Mundell, supra*, note 3, at 818-819.
- (50) *A. G. Alta. v. A. G. Can. (Bank Taxation)*, [1939] A.C. 117.
- (51) *Hogg, supra*, note 1, at 315-316
- (52) *Bank of Toronto v. Lambe* (1887) , 12 App. Cas. 575; *Van Buren Bridge Co. v. Madawaska* (1958), 15 D.L.R. (2d) 763; *Cunningham v. Tomey Homma*, [1903] A.C. 151; *Abitibi Power and Paper Co. v. Montreal Trust Co.*, [1943] A.C. 536; *Sommers v. Sturdy* (1957) , 10 D.L.R. (2d) 269 (B.C.C.A.) ; *Gregorly Co. v. Imperial Bank*, [1960] C.S. 204 (Que. S. C.) ; *Société Asbestos v. Société nationale de l'amiante* (1981) , 128 D.L.R. (3d) 405 (Que. C. A.).
- (53) *Hogg, supra*, note 1, at 316.
- (54) *Id.*, See also *id.*, at 329-332.
- (55) *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, at 130.
- (56) *Hogg, supra*, note 1, at 317.
- (57) *Id.*
- (58) *Lederman, Continuing Canadian Constitutional Dilemmas* (1981), at 224.
- (59) [1982] 2 S.C.R. 161, at 181.
- (60) *Hogg, supra*, note 1, at 317.
- (61) *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Stephens v. The Queen*, [1960] S.C.R. 823; *Mann v. The Queen*, [1966] S.C.R. 238.

- (62) *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776.
- (63) *Multiple Access v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161.
- (64) 支払不能 (insolvency) に関し *A. G. Ont. v. A. G. Can. (Voluntary Assignment)*, [1984] A.C. 189; *Robinson v. Countrywide Factors*, [1978] 1 S.C.R. 753; 禁酒に関し *A. G. Ont. v. A. G. Can. (Local Prohibition)*, [1896] A.C. 348; 利率に関し *A. G. Ont. v. Barfried Enterprises*, [1963] S.C.R. 570; 配偶者、子供の扶養及び子供の後見に関し *Papp v. Papp*, [1970] 1 O.R. 331 (Ont. C.A.) 参照。
- (65) 連邦法優位の法理は、本稿第二部第二章第一節五項で検討する。
- (66) Hogg, *supra*, note 1, at 322.
- (67) *A. G. Alta. v. A. G. Can. (Bank Taxation)*, [1939] A.C. 117; *A. G. Ont. v. Reciprocal Insurers*, [1924] A.C. 328; *Insurance Reference*, [1932] A.C. 41; *A. G. Sask. v. A. G. Can. (Sask. Farm Security)*, [1949] A.C. 110; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Re Upper Churchill Water Rights*, [1984] 1 S.C.R. 297.
- (68) Hogg, *supra*, note 1, at 323.
- (69) しかし、二重層面の法理の存在が示すように、一つの法律と一つの事実的要素を発見することはしばしば困難なものである。
- (70) Hogg, *supra*, note 1, at 323.
R. Seyffert, "A Study of the Supreme Court of Canada as an Institution of Constitutional Law Reform" (1970), 28 *U. T. Faculty of Law Rev.*, 17, at 18.
- (71) Hogg, *id.*
- (72) *id.*
- (73) Simeon, "Criteria for Choice in Federal Systems" (1983), 8 *Queen's L.J.* 131.
- (74) 裁判官がかかる政策的判断をする場合には、客観的基準が存在せず、従って真摯審査の中立性が完全に保たれることは不可能である。このことへの理由としてHogg教授は、司法の抑制を主張してゐる。Hogg, *supra*, note 1, at 324.
- (75) Hogg, *id.*, at 332.
- (76) Mundell, *supra*, note 3, at 814-816.
- (77) *Ottawa Separate Schools v. Ottawa*, [1917] A.C. 76, at 80; *A. G. Can. v. A. G. Ont. Que. N. S. (First Fisheries Case)*, [1898] A.C. 700, at 712-713; *A. G. Ont. v. A. G. Can.*, [1925] A.C. 750; *Toronto v. York*, [1938] A.C. 415.
- (78) *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575, at 587; *Companies Reference*, [1912] A.C. 571, at 581; *Debt Adjustment Act Reference*, [1943] A.C. 356, at 371.
- (79) *Citizens Insurance Co. v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96, at 108; *John Deere Plow Co. Ltd. v. Wharton*, [1915] A.C. 330, at 338-340; *Paquet v. Pilots Corporation*, [1920] A.C. 1029, at 1031; *Great West Saddlery v. The King*, [1912]

- 2 A.C. 91, at 116; *Re Marriage Reference*, [1912] A.C. 880.
- (80) *First Fisheries Case*, *supra*, note 77, at 714-715; *John Deere Plow Co. Ltd. v. Wharton, id.*, at 339-340.
- (81) *Mundell, supra*, note 3, at 816.
- (82) このことは、同九一及び九二条の冒頭の文言により明示されている。
- (83) *Hogg, supra*, note 1, at 333.
Union Colliery Co. v. Bryden, [1899] A.C. 580, at 588.
しかし、実際には、裁判所は他のレベルの立法府が特定の立法を行っていない事実而言及する場合もあり、その場合、かかる事実は問題となっている法律の合憲性に有利に作用することもあり得るように思われる。
- (84) *Hogg, id.*
- (85) この外にも、同九一条二六項の「結婚及び離婚」と同九二条一二項の「州における結婚式」が外見上重複するように見える。
- (86) *Lederman, supra*, note 58, at 243.
- (87) *Hogg, supra*, note 1, at 333.
- (88) *Id.*, at 334.
- (89) *Id.*
- (90) *E.g. Grand Trunk Ry. Co. v. A. G. Can.* [1907] A.C. 65.
- (91) *Hogg, supra*, note 1, at 334.
- (92) *A. G. Can. v. Nykorak*, [1962] S.C.R. 331; *Papp. v. Papp.*, [1970] 1 O.R. 331 (Ont. C.A.); *A. G. Can. v. C. N. Transportation*, [1983] 2 S.C.R. 206, at 228, per Laskin C.J.
- (93) *Papp. v. Papp., id.*
- (94) *Id.*, at 335-336.
- (95) *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940, at 955, per Laskin C.J.; *Multiple Access v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at 183, per Dickson J.
- (96) *Hogg, supra*, note 1, at 335.
- (97) [1978] 2 S.C.R. 211.
- (98) 補助的権限は「必然的に付随的な」権限として表現されることが多い。
- (99) *Supra*, note 97, at 216.
- (100) *Supra*, note 92.
- (101) *Hogg, supra*, note 1, at 336.
- (102) [1980] 1 S.C.R. 695.
- (103) *Id.*, at 713.
- (104) [1982] 2 S.C.R. 9.
- (105) *Id.*, at 18.
- (106) *Id.*, at 19.
- (107) *Hogg, supra*, note 1, at 336.
- (108) *Id.*, at 337.
- (109) *Id.*

- (110) *Id.*
Hogg 教授は、合理的、機能的関連性の基準が司法の抑制の原則に適合的であるという理由でその基準を支持している。
- (111) *Id.*
- (112) *Id.*
- (113) *Id.*, at 338.
- (114) 本稿第二部第二章第二節五項参照。
- (115) Hogg, *supra*, note 1, at 339.
- (116) *Id.*
- (117) [1953] 2 S.C.R. 299, at 333.
- (118) Hogg, *supra*, note 1, at 339.
- (119) *Id.*, at 340.
- (120) 本稿第二部第二章第一節参照。
- (121) 枢密院司法委員会は、州政府の自治独立の為、一八六七年憲法の制定者の意図とは反対に、州の権限を拡大するように同憲法を解釈していた。これは、カナダ憲法に関する枢密院司法委員会が行った法創造機能の一つとして理解し得る。しかし、これも連邦と州の平等という連邦制度の観念に基づく文理的憲法解釈の成果であると解される。See V. MacDonald, "The Privy Council and the Canadian Constitution" (1951), 29 *Can. Bar Rev.* 1021, at 1030-1032.
- (122) 一九四〇年に失業保険に関する立法権限が(九一条二A)、一九五一年に老齢年金に関する立法権限が(九四条A)、それぞれ連邦議会に付与された。一九六四年には老齢年金に関する連邦権限が追加給付を含むものとして改正された(九四条A)。さらに、一九八二年、天然資源に関する州の立法権限が追加された(九二条A)。
- (123) Hogg, *supra*, note, 1 at 340.
- (124) *Edwards v. A. G. Can.*, [1930] A.C. 124, at 136. (P.C.). Sankey 卿は、しかし、本件が立法権限配分規定に関係のなからざることを強調している。
- (125) この考えは、後で *British Coal Corp. v. The King*, [1953] A.C. 500, at 518; *A. G. Ont. v. A. G. Can.*, [1947] A.C. 127, at 154 以下の採用された。
- (126) *A. G. Que. v. Blainie*, [1979] 2 S.C.R. 1016, at 1029; *A. G. B. C. v. Canada Trust Co.*, [1980] 2 S.C.R. 466, at 478; *Re Residential Tenancies Act*, [1981] 1 S.C.R. 714, at 723.
- (127) Hogg, *supra*, note 1, at 341.
- (128) ロモン・ロー上の原則で、二つの抵触する制定法が存在する場合、後法が前法を抵触する範囲内で黙示的に廃止したと看做す法理。Hogg, *id.*, at 353.
- (129) *Id.*, at 354.
- (130) *Id.*
See B. Laskin, "Occupying the Field: Paramourcy in Penal Legislation" (1963), 41 *Can. Bar Rev.* 234; Lederman, "The Concurrent Operation of Federal and Provin-

- cial Laws in Canada” (1963), 9 *McGill L. J.* 185.
- (131) Hogg, *id.*, at 354-355, 365.
Hogg 教授は、判例の中にはこの二つの異なる審査が混同されてしまっているものが多くあることを指摘している。
- (132) *Id.*, at 355.
- (133) *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776, at 800.
- (134) Hogg, *supra*, note 1, at 355.
- (135) *Id.*
- (136) *Royal Bank of Can. v. LaRue*, [1928] A.C. 187; *Re Bozanich*, [1942] S.C.R. 130; *A. G. Ont. v. Policy-holders of Wentworth Ins. Co.*, [1969] S.C.R. 779; *A. G. B. C. v. A. G. Can. (Employment of Japanese)*, [1924] A.C. 203; *Gillespie v. Gillespie* (1973), 36 D.L.R. (3d) 421 (N. B. C. A.); *Re Min. of Finance (B. C.) and Pacific Petroleum* (1979), 99 D.L.R. (3d), 491 (B. C. C. A.).
- (137) Hogg, *supra*, note 1, at 356-357.
See Tennant v. Union Bank of Canada, [1984] A.C. 31; *Crown Grain Co. v. Day*, [1908] A.C. 504.
- (138) Hogg, *id.*, at 358-359.
この理論は、アメリカ合衆国 (*Pennsylvania v. Nelson* 359 U.S. 497, 501-505 (1956)) に採られて採用されている。
- (139) *O’Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Stephens v. The Queen*, [1960] S.C.R. 823; *Smith v. The Queen*, [1960]

S.C.R. 776; *Mann v. The Queen*, [1966] S.C.R. 238; *Ross v. Registrar of Motor Vehicles*, [1975] 1 S.C.R. 5; *Bell v. A. G. P. E. I.*, [1975] 1 S.C.R. 25; *Robinson v. Countrywide Factors*, [1977] 2 S.C.R. 753; *Construction Montcalm v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *Multiple Access v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161.

連邦法先占の理論が採用されたかのように思われる判例として *A. G. Ont. v. A. G. Can. (Local Prohibition)*, [1896] A.C. 343. がある。又、先占理論は *O’Grady v. Sparling* 事件、*Stephens v. The Queen* 事件、*Smith v. The Queen* 事件においてカナダ最高裁の Cartwright 裁判官が書いた反対意見により強く主張された。*Stephens* 事件では Lock 裁判官が、そして *Smith* 事件では Lock, Ritchie 両裁判官が、それぞれ Cartwright 裁判官の反対意見に同調した。しかし、先占理論を採用しない多くの判例の流れからすると、先占理論に基づいて連邦法と州法の抵触がカナダ最高裁により認定される可能性は極めて少ないように思われる。See Hogg, *id.*, at 363.

- (140) Hogg, *id.*, at 358.
- (141) *Id.*, at 358, 363.
- (142) 以上のことから、重微的な刑罰規定が存在する可能性が存するが、それは一事不再理の法理により解決される。
See Hogg, *id.*, at 365-366.

(14) *Id.*, at 367.

(14) 人権憲章制定後また五年程しか経過していない為、充分な判例の蓄積もなく、かつ、充分な参考文献もないのが現状である。しかし、この五年間でカナダ最高裁が示した法理や解釈アプローチは検討に値すると考えられる。それ故、極めて限定された範囲内ではあるが、以下、人権憲章に関する違憲審査の方法及びその特徴につき検討を加えていく。

第三節 権利及び自由に関する

カナダ憲章と違憲審査

第一項 違憲審査権の行使

一九八二年憲法第五二条一項は、「カナダ憲法は、カナダの最高法規であつて、憲法の規定に反するいかなる法規も、その抵触する限度において効力を有しないものとする」と規定している。この規定により、裁判所及び行政審判所は人権憲章に抵触するいかなる制定法をも無視 (*disregard*) する権限及び義務を有しているのである。従つて、人権憲章違反を理由に特定の制定法の合憲性を争う当事者が存するいかなる裁判所及び行政審

判所におけるいかなる手続においても、人権憲章は適用可能でありかつ執行可能である。¹⁾ 又、人権憲章は立法府のみならず政府の行為に対しても新たな規範を課している為、人権憲章に関する違憲審査は行政行為の人権憲章適合性(合憲性)をも含んでいることは自明である。²⁾³⁾

第二項 違憲判断の方法とその特徴

一 人権憲章第一条の規定

人権憲章第一条は、「権利及び自由に関するカナダ憲章は、自由かつ民主的な社会において明確に正当化され得る合理性を有し、法律で定められた制限にのみ服することを条件に、当該憲章で規定する権利及び自由を保障する」と規定している。

この規定は、人権憲章に定められた権利及び自由を保障することを明示すると同時に、かかる権利及び自由が「絶対的(*absolute*)」なものでないことを、即ち、かかる権利及び自由が「自由かつ民主的な社会において明確に正当化され得る合理性を有し、法律に定められた制限」に服することを憲法上明示している。⁴⁾ このような権利の相対性の観念は「世界中の全ての人権保障に適用可能な憲法上の真理 (*constitutional truth*)」⁵⁾ であると解され得る。この規定は、人権憲章が保障する全ての権利及

び自由に適用される。⁶

二 違憲審査の方法——二段階審査——

人権憲章第一条の規定の下、人権憲章に関する違憲審査は以下のような二段階審査により行われる。その第一段階において、裁判所は問題となっている法律が人権憲章により保障された権利を制限する効果を有しているか否か、即ち、問題となっている法律により憲法上保障された権利が制限されているか否かを審査する。そして、人権の制限が認定されると第二段階審査が行われる。ここでは裁判所はかかる人権の制限が自由かつ民主的な社会において明確に正当化され得る合理性を有するか否かを審査する。第一段階の審査では、諸権利を保障している人権憲章の諸規定の解釈、適用がなされ、第二段階の審査においては、人権憲章第一条の解釈、適用がなされる。

以下、人権憲章に関する違憲審査の方法及びその特徴を、前述した二段階審査の各段階、即ち、(1)権利及びその制限の確定、(2)権利制限の正当性の確定、にそって考察していく。

第三項 権利及びその制限の確定

一 立証責任

人権憲章に関する違憲審査の第一段階では、問題となっている法律により憲法上保障されている権利が制限を受けているかが審査される。即ち、この段階では、人権憲章が保障している権利及びその制限の有無の確定がなされるのである。

この段階においては、自己の憲章上の権利が制限されたと主張する者がかかる主張の立証責任を負う。立証の基準は「優勢な蓋然性 (preponderance of probability)」という通常の民事事件における立証基準と同じものと解される。従って、人権憲章違反を主張する者は、自己の憲章上の権利が制限されたことを、「一応 (prima facie)」証明する立証責任を負っているのである。⁸

二 人権憲章の解釈方法論

前述のように、従来、一八六七年憲法は通常の制定法と同様の方法により解釈されてきた。しかし、カナダ最高裁判所は、人権憲章が通常の制定法とは異なる解釈方法により解釈されなければならないことを承認している。¹⁰

カナダ最高裁が下した人権憲章に関する最初の判決において、

Essex裁判官はカナダ最高裁の全員一致の意見として以下のよう
に述べた。「我々はここにおいて権利及び自由に関するカナダ
憲章の解釈、適用という新たな責務を担っている。人権憲章は
『通常の』の制定法ではない。それは、国家の憲法の一部であ
る。一八六七年英領北アメリカ法は、そのような『性質の』法
である。この解釈、適用において枢密院司法委員会は、『英領北
アメリカ法はカナダにその自然の範囲内で成長し発展すること
ができる生きた木を植えたのである』と述べている。……人権
憲章は、……憲法そのものであり、……真に、『カナダの最高法
規』である。……これら憲法規定を精巧 (fine) かつ不断 (con-
stant) に調整する過程 (adjustment process) は、伝統的な必
然性のために司法に委ねられている。柔軟性は確実性と比較衡
量されなければならない。未来は予見可能な限り、現在におい
て適応されなければならない。……一九八二年憲法により新た
な次元が発生した。それは、個人と共同体のそれぞれの有する
尊重すべき諸権利を調整する為の判断基準であり、憲法上の比
較衡量と同様、裁判所により解釈、適用されなければならない
次元である」。

人権憲章に関するカナダ最高裁の第二番目の判決においても、
カナダ最高裁は前述 Skapinker 事件判決の立場を踏襲し、全員

一致で以下のように述べた。カナダ最高裁は、まず、憲法が「生
きた木」であるとの理解に基づき、「憲法の諸規定は遺言書のよ
うに一義的内容のみを有するように解釈されてはならない」と
述べ、続けて、「憲法の内容を説明する責務は、『通常の』制定
法解釈のそれとは決定的に異なるものである。『通常の』制定法
は現在の権利及び義務を規定している。それは容易に制定し、
廃止し得る。それに対し、憲法は未来を見つめた視点から起草
された。その機能は政府権力の正当な行使の継続的枠組を規定
することであり、憲法と権利章典又は人権憲章とが結合した場
合は、個人の権利及び自由を不断の保護を与えることがその機
能である。憲法が一度制定されると、その諸規定は容易には廃
止、改正され得ない。それ故、憲法は、しばしば、その制定者
により想像されなかった新しい社会的、政治的、そして歴史的
現実に適合する為に、時代を越えて成長、発展することが可能
でなければならない。司法府は、憲法の番人であり、その諸規
定を解釈する際かかる事項を考慮しなければならない」と説示
した。

幾人かの裁判官は、憲法が制定されて間もない時期に憲法を
急激に成長させることへの懸念を表明している。しかしほとん
ど全てのカナダの裁判官が、人権憲章は他の制定法とは異なる

解釈方法論により解釈されるべきであるという立場を承認している。¹⁷

以上のように、カナダ最高裁を中心に、権利及び自由に関するカナダ憲章は、憲法として新たな社会発展に適合するよう柔軟かつ発展的に解釈されなければならないという解釈方法論が確立している。

三 権利の確定——人権憲章の合目的な確定方法——

カナダ最高裁は、一般的文言により規定されている人権憲章上の権利の内容を確定する際、人権憲章の「合目的的(Purposeful)」な確定方法を採用している。¹⁸

前述一九八四年の *Hunter v. Southam Inc.* 事件において、カナダ最高裁は「憲法上の特定の規定をその全体的な目的に照らし解釈する広範な合目的的分析方法」を用いることを明示した。¹⁹ 本件では、私人の所有する家屋の搜索、押収に関する広範な権限を与えている規定が、「不当な搜索又は押収を受けることのない権利」を保障する人権憲章第八条の規定に違反するかが争われた。カナダ最高裁は、権利を確定する際、以下のような合目的的方法を用いた。即ち、「権利及び自由に関するカナダ憲章は合目的な法文である。人権憲章の目的は、合理的

制限の中で、人権憲章が規定する権利及び自由の享有を保護し、保障することである。それは、かかる権利及び自由に抵触する政府の行為を抑制することを意図しているものであり、人権憲章自体が政府の行為を授權しているのではない。……権利及び自由に関するカナダ憲章を解釈する適切な手法は合目的的手法である為、……まず第一に、「人権憲章」第八条の目的を確定する必要がある。換言すると、人権憲章第八条が保護することを意図している利益の性質に境界を定める必要があるのである。²¹ この合目的な権利確定の手法は、カナダ最高裁の他の判例によっても採用されている。²²

このように、カナダ最高裁は、人権憲章が保障する権利の内容を確定する際、人権憲章及び問題となっている規定の目的を基準に権利の確定を行っている。

四 権利制限の確定——目的と効果——

人権憲章を解釈する際、人権憲章の目的により権利の内容を確定することはカナダ最高裁判例により確立した。次の問題は、何を基準にして権利の制限を確定するかである。前述のように、連邦・州間の立法権限配分に関する違憲審査においては、問題となつている法律の目的と効果によりその法律の性格づけを

行っている。人権憲章に関する違憲審査においても、問題となっている法律の目的及び効果を審査することによって権利制限の確定がなされている。²⁴

一九八五年の *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* 事件²⁵におけるカナダ最高裁の多数意見を書いた Dickson 裁判官によれば、問題となっている法律の目的と効果は異なる審査基準であり、両方の審査に合格しなければ法律は合憲と判断されないことになる。Dickson 裁判官は、次のように説明している。

「私の考えでは、合憲性を確定する際、目的と効果の両方の審査が重要である。違憲な目的又は違憲な効果はその一方のみで法律を違憲にし得る。全ての法律は立法府が達成しよう²⁶と意図している目的が存在する為に制定される。かかる目的は当該法律の執行及び適用により生じる影響力(impact)により実現される。法律の目的及びその最終的な影響力という意味における目的と効果は、それぞれ不可分なものでないにしても密接に関連している。意図された効果及び実際の効果は、しばしば、法律の目的、即ちその有効性を評価する指標として考慮されてきた。

さらに、法律の目的を考慮することは、権利が完全に保護されるべき場合には決定的に重要なものとなる。裁判所によ

る立法目的の評価は立法府の目標及び目的の精査に集中し、それはかかる目的が人権憲章による人権の保障と一致することを確保する。特定の目的が立法権限外にあることを宣言することは、違憲の政府行為をその第一段階で抑制することができる。さらに加えて、それは、「問題となっている法律の」効果が人権憲章上の権利を制限していることを私人が説明する必要性を除去することにより、憲法上の権利をより即座にかつより強力に保護することになる。それは、又、目的が明らかに不適当である場合、裁判所がかかる立法の実際上の影響力を審査することなく事件を処理することを可能にする。

簡潔に言うると、私は、立法目的が合憲性の第一の審査であり、その効果は問題となっている法が目的審査に合格もしくは少なくとも合格したと看做される場合に審査されるべきである、とする被告に同意する。法律が目的審査に失敗すれば、その法律の無効が既に証明されているのであるから、その効果を考慮する必要はない。従って、有効な目的を有する法律がその影響力により権利及び自由を制限する場合、訴訟当事者は、その場合においても、当該法律が適用可能性及び有効性を有することを否定する手段として、その効果を争うことができるのである。簡潔に言うると、効果の審査は有効

な目的を有する立法を否定する場合にのみ必要とされるのである。効果は無効な目的を有する立法を救済する為に頼られることは決してないのである。⁽²⁶⁾

このようにカナダ最高裁の多数意見は、立法の合憲性を審査する場合、第一にその目的を審査し、次に効果を審査する、という二段階の目的・効果審査を採用している。

この多数意見に対するWilson裁判官の意見は、目的・効果審査に対する異なった見解を示している。即ち、Wilson裁判官によると、連邦議会と州議会との立法権限配分に関する問題、又は、人権憲章第一条の下で問題となっている法律が憲法上の権利に対し「合理的制限」を課しているか否かに関する問題を考慮する際には、立法目的が第一番目に審査されるべき問題である。しかし、同裁判官は、人権憲章上の権利確定に関する争点が考慮される場合は、法律の効果がその目的以前に審査されなければならないと主張する。その理由として、Wilson裁判官は、人権憲章は「まず第一に、効果志向的(effect-oriented)な法文」⁽²⁷⁾であり、「制定法が憲法上の権利を「制限する」⁽²⁸⁾ 実際上の効果又は潜在的效果を有する限り、当該立法制定に隠された目的が如何なるものであっても、それは問題とならない」⁽²⁹⁾ ことを述べている。さらに、Wilson裁判官は、効果審査に集中すること

は原告により軽い立証責任を課す利点があることもつけ加えている。⁽³⁰⁾

多数意見もWilson裁判官の意見も、法律の目的、効果の両方により合憲性を審査することを承認しており、二つの意見の差異は審査の順番のみである。それ故、その差異はそれほど重要なものではないように思われる。⁽³¹⁾

いずれにせよ、人権憲章に関して立法の違憲性が審査される際、法律の目的及び効果の両方の審査がそれぞれ独立に行われることは、カナダ最高裁の判例により確立されたと理解することができるといえる。⁽³¹⁾

以上で、人権憲章に関する違憲審査の第一段階、即ち、権利及びその制限の確定に関する考察を終える。次項では、その第二段階審査、即ち、権利制限の正当性の確定に関し検討を加えていく。

第四項 権利制限の正当性の確定

一 立証事件

人権憲章上の人権が制限されたことについては、それを主張する者が立証責任を負っている。人権憲章上の権利制限が一応証明されると、人権憲章に関する違憲審査はその第二段階に入

る。ここでは、かかる人権制限が「自由かつ民主的な社会において明確に正当化され得る合理性を有し、法律で定められた制限」であるか否かが審査される。

人権憲章上の人権制限が一応証明されると、かかる人権制限が「合理的制限」であることの立証責任は、かかる制限を支持する者、即ち政府が負うことになる。

一九八六年の *R. v. Oakes* 事件³⁵において、カナダ最高裁の多数意見は以下のように述べた。「人権憲章上保障された権利及び自由に対する制限が自由かつ民主的な社会において明確に正当化され得る合理性を有することの立証責任は、かかる制限を支持する当事者が負う。人権憲章第一条の文言から、人権憲章に列挙された権利及び自由の制限がその一般的保障の例外であることは明らかである。第一条の規定を援用する当事者が、権利制限を正当化する例外的基準の中に問題となっている制限が存在していることを証明しない限り、権利及び自由は保障されているという推定が働く。このことは正当化の責任が制限を支持する者にあることを明白に示している『明確に正当化され得る』という文言により、さらに実証される」³⁶。

このように人権制限を支持する者がその正当性を立証する責任を有するという考え方は、本判決以前にも、他のほとんどの

裁判所によって採用されていたものであり、この立場は判例上既に確立しているものと解することができる。³⁵

人権制限の正当性の立証基準は、通常の民事事件における立証基準たる「優勢な蓋然性」の証明である。³⁶しかし、カナダ最高裁は、一九八六年の *R. v. Oakes* 事件³⁷において、人権憲章第一条の下でのかかる蓋然性の立証基準は、通常の立証基準よりもより厳格なものであることを、以下のように示した。「人権憲章第一条の下での立証基準は、民事事件における基準、即ち、優勢な蓋然性の証明である。それにもかかわらず、優勢な蓋然性のテストは厳格に適用されなければならない。民事事件における基準の広範なカテゴリーの中には、事件の性質により、異なる蓋然性の程度が存在する。……人権憲章第一条は憲章が保護するよう予定している憲法上の権利及び自由の制限を正当化する目的で援用されていることに鑑みると、極めて高い程度の蓋然性が……この場合適切である」。第一条審査の構成要件を証明する為に証拠の提出が要請されている場合、そして、それは、一般的に要請されているのであるが、その証明は強力かつ説得力あるもの (coherent and persuasive) でなければならず、かつ、それは、かかる「権利」制限を課した場合と課さない場合の結果を裁判所に対し明白に示すものでなければならぬ」³⁸。

このように、権利制限の正当性の立証責任はかかる制限を支持する者、即ち政府が負い、その立証基準は厳格なものである。従って、カナダ最高裁は、憲法上の人権保障をより確実なものとする方向で立証責任に関する法理を形成していると理解することができる。

二 権利制限の正当性を審査する基準

(1) 目的、手段の二段階審査

人権憲章第一条の要件を満足する為には、まず第一に、権利制限が「法律で定められ」ていなくてはならない。³⁹⁾

かかる条件が満たされている場合、権利制限が正当性を有しているか否かの審査が行われる。この審査は、目的、手段の二段階審査により行われる。即ち、(1)かかる権利制限の目的は明確に正当化され得るか、(2)かかる権利制限が採用している手段は合理的なものかが審査されるのである。

以下、それぞれの審査につき検討を加えていく。

(2) 目的の審査 — 十分に重要な政府目的の基準 —

権利制限の目的は明確に正当化され得るものでなくてはならない。即ち、かかる「政府目的は、憲法上保護された権利及び

自由を無効(override)にする為の正当な理由となる程、充分に重要(of sufficient importance)なもの」であり、又、「最低限、目的は、自由かつ民主的な社会において強く要求されかつ実質的な(pressing and substantial)事項に関連して」いなければならないのである。

(3) 手段の審査 — 比例テスト —

「十分に重要な政府利益が認定された場合、次に、かかる利益を達成するために選択された手段が合理的なものであるかが判断されなければならない。これは比例テスト(proportionality test)により行われる」。

かかる「比例テスト」は、社会的利益と個人及び団体の利益とを比較衡量するテストであり、以下の三つの重要な構成要素を有している。第一の構成要素は、権利を制限する為に採用された手段はかかる制限の目的と「合理的に関連(rationally connected to)」してはならないというサブ・テストである。「手段は目的を達成する為に、注意深く設定されたものでなくてはならない。手段は、専断的、不公正なもの又は不合理な考慮に基づくものであってはならないのである」。第二の構成要素は、「たとえ手段が目的と合理的に関連していたとしても、か

かる手段は問題となつてゐる権利を『最少限』にし、侵害しな
いものでなくてはならない」というサブ・テストである。第三
のサブ・テストは、「人権憲章の権利及び自由を制限してゐる手
段が有する効果と『充分に重要なもの』として認定された目的
の間に比例関係 (proportionality) が存しなければならぬ」と
いうものである。⁴⁴

この比例テストによると、目的が充分に重要なものであり、
かつ、前述の第一、第二のサブ・テストを合格したものであつ
ても、手段が私人の権利に対し極めて有害な効果を有する場合、
かかる手段による権利制限が人権憲章第一条の下で違憲と判断
される可能性が存する。「権利を制限する手段が、自由かつ民主
的の社会において明確に正当化され得る合理性を有する為には、
手段の有する効果が有害なものであればあるほど目的がより重
要なものでなければならぬのである」⁴⁵。かかる第三のサブ・テ
ストは、たとえ第一、第二のサブ・テストに合格した場合にお
いても、制限された権利の重要性と政府利益の間の比較衡量を
裁判所に要請するものである。⁴⁶

以上のように、権利を制限する手段の審査は比例テストによ
り行われる。かかる比例テストは、(1)目的・手段の合理的関連
性、(2)権利制限の最少限性、⁴⁷(3)制限される権利と政府目的の比

例性という三つの構成要素を有してゐる。そして問題となつて
いる権利を制限する手段は、それら三つのサブ・テストを全て
満足しなければ合憲とは判断され得ないのである。

以上のように、カナダ最高裁は、権利制限の正当性を審査す
る基準として、現段階では「充分に重要な政治目的」の基準及
び「比例テスト」を用いてゐる。かかる基準が具体的に如何な
る内容を有し、如何なる事実状況に適用されるかについては、
今後の判例法の形成を待つほかはない。

以上で、人権憲章に関する違憲審査の第二段階、即ち、権利
制限の正当性の確定に関する考察を終える。従つて、これで、
権利及び自由に関するカナダ憲章に関する違憲審査の方法とそ
の特徴についての検討を終える。

これまでは、違憲審査の法的問題を主に取り扱つてきた。そ
こで、次節においては、違憲審査の事実問題及びその証明方法
について独立に議論を進めていく。

(1) P. Hogg, "A Comparison of the Canadian Charter of
Rights and Freedoms with the Canadian Bill of Rights," in
Tarnopolsky and Beaudoin(ed.), *Canadian Charter of
Rights and Freedoms: Commentary* (1982), at 13.

- (2) B. Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts, The Function and Scope of Judicial Review* (2nd ed. 1983), at 1-2.
- (3) 本稿では、主として法律の違憲審査に限定して議論を進めよう。
- (4) P. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at 679.
- (5) D. Gibson, *The Law of the Charter: General Principles* (1986), at 134.
- (6) *Id.*, at 135.
See *Que. Assn. of Protestant Sch. Bd. v. A. G. Que.* (1983), 14 D.L.R. (3d) 33.
- (7) Hogg, *supra*, note 4, at 679.
- (8) *R. v. Hamill* (1984), 13 D.L.R. (4th) 275, (B.C.C.A.)
Gibson, *supra*, note 5, at 278.
Hogg, *supra*, note 4, at 681.
- (9) 本稿第二部二章第一節参照。
- (10) Gibson, *supra*, note 5, at 47.
R. Sharpe, "The Charter of Rights and Freedoms and the Supreme Court of Canada: The First Four Years", [1987] *Public Law* 48, at 49.
- (11) *Law Society of Upper Canada v. Skapinker* (1984), 9 D.L.R. (4th) 161, (S.C.C.).
- (12) *Id.*, at 167-168.
- (13) *Hunter v. Southam Inc.* (1984), 11 D.L.R. (4th) 641. (S.C.C.).
- (14) *Id.*, at 649.
- (15) *Id.*
- (16) Gibson, *supra*, note 5, at 47.
See *Pub. Service Alliance of Can. v. R.* (1984), 11 D.L.R. (4th) 387, at 392, per Mahoney J. of Federal Court of Appeal.
- (17) Gibson, *id.*
- (18) *Id.*
Sharpe, *supra*, note 11, at 49.
- (19) *Supra*, note 13, at 650.
- (20) Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 10.
- (21) *Supra*, note 13, at 650-651.
See Gibson, *supra*, note 5, at 49-51.
- (22) *R. v. Therens* (1985), 18 D.L.R. (4th) 655; *R. v. Oakes* (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* (1985), 18 D.L.R. (4th) 321.
See Sharpe, *supra*, note 11, at 49-53.
- (23) 本稿第二部第二章第一節前三項参照。
- (24) Gibson, *supra*, note 5, at 53.
- (25) *Supra*, note 2.

- (26) *Id.*, at 350-352.
 (27) *Id.*, at 372.
 (28) *Id.*, at 373.
 (29) *Id.*
 (30) Gibson, *supra*, note 5, at 55.
 (31) *Id.*, at 54.
 (32) *Id.*, at 157.
 Hogg, *supra*, note 4, at 681.
 Sharpe, *supra*, note 11, at 53.
 (33) (1986), 26 D.L.R. (4th) 200.
 (34) *Id.*, at 225-226.
 (35) Gibson, *supra*, note 5, at 157.
 (36) *Id.*, at 158.
 (37) *Supra*, note 33.
 (38) *Id.*, at 227.
 (39) 「法律(law)」の中には「制定法、規則、総督令(order in Council)等が含まれる」と解かれ得る。Gibson, *supra*, note 5, at 152-155.
 (40) *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, note 22, per Dickson J., at 366.
 Sharpe, *supra*, note 11, at 54.
 (41) *R. v. Big M Drug Mart Ltd. id.*, at 336, per Dickson J.
 (42) *R. v. Oakes, supra*, note 22, at 227.

- (43) *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, note 22 at 366, per Dickson J.
 (44) *R. v. Oakes, supra*, note 22, at 227.
 (45) *Id.*
 (46) Sharpe, *supra*, note 11, at 54.
 (47) この権利制限の最少限性の要素は、「アメリカ合衆国連邦最高裁判決により確立されたいわゆる「L.R.A.の基準」にきわめて類似したものであると解される。
 See C. Rogerson, "The Judicial Search for Appropriate Remedies under The Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness", in Sharpe (ed.) *Charter Litigation* (1987), at 241-242.

第四節 違憲審査における事実問題

第一項 違憲審査における事実の役割

立法の違憲審査を行う際、裁判所が純粋な法律問題のみならず事実問題に関しても審査を行わなければならないことは一般に承認されている。¹⁾そして、違憲審査における事実問題の中には、いわゆる「司法事実(adjudicative facts)」と「立法事実

(legislative facts)の二つの事実に関する審査が含まれていることも一般に承認されている。¹⁰

カナダにおける違憲審査においても、事実審査の重要性が一般に承認されている。¹¹一八六七年憲法、特にその立法権限配分規定に関する違憲審査に関しては、事実審査が不可欠のものが多し。同憲法第九一条の冒頭に規定された「カナダの治安、秩序及び健全な統治」の為の立法権限に基づき、連邦議会は、戦争やひどいインフレーション等の国家的な非常時(national emergency)における広範囲に及ぶ経済規制、及び、「州の事項、利益を越え、その性質上国家全体の事項」に関する、ラジオ、航空、原子力エネルギー等に関連する法律を立法する権限を有している。そのような性質を有する立法の合憲性が争われた場合は、国家的な非常事態が存在していたか、又は、かかる立法の対象は国家全体の事項であるか等の立法事実の審査が不可欠のものとなる。実際、「カナダの治安、秩序及び健全な統治」に関する法律の合憲性が争われた事件において、裁判所はかかる立法事実に関する証拠、情報の必要性を認識し、立法事実に関する証拠、情報を裁判所に対し提出することを認めている。¹⁰

その外にも、同九一条二項の通商に関する権限、同条七項の国防に関する権限、同条一五項の銀行業務に関する権限、同条

二四項のインディアンに関する権限、又、同九二条一〇項の地方的企業活動に関する権限、同条一三項の州における財産権及び市民的権利に関する権限に関連する立法の合憲性を審査する場合にも、事実問題が極めて重要な役割を有している。¹¹

さらに、立法権限配分に関する法律の合憲性を審査する際、裁判所は問題となっている法律の実際上の効果及び影響力を審査する場合があります。¹²このような場合にも事実に関する争点の解明が不可欠の要素となる。¹³

一八六七年憲法の立法権限配分規定に関する違憲審査のみならず、一九八二年憲法特に人権憲章に関する違憲審査においても、事実問題が非常に重要な役割を有している。特に、人権憲章第一条の性質と要請により、立法権限配分に関する違憲審査以上に、人権憲章に関する違憲審査においてはより多くの事実問題の解決が必要とされている。¹⁴

人権憲章第一条の下、人権憲章に関する違憲審査は、(1)人権制限の確定、(2)人権制限の正当性の確定、という二段階審査方法により行われている。その第一段階においては、問題となっている法律の目的、効果の両方が審査され、その場合、事実問題の審査が必要となる。さらに、第二段階審査においては、当該法律の目的、手段が審査され、この場合、立法経過における

資料、専門家の意見、社会科学的研究資料等々多くの事実に関する問題が裁判所により審査されなければならないのである。¹⁵⁾ 以上のように、カナダにおける違憲審査においても、事実問題の審査が極めて重要な役割を有しているのである。

第二項 事実問題に対する裁判所の消極的対応

従来、カナダにおける違憲審査は事実問題を充分に分析することなく行われてきたと批判されてきた。裁判所は、一八六七年憲法を解釈する際、制定法解釈の通常の規則に従い、事実問題を考慮することなく憲法の立法権限配分規定の文面上の審査を行うことによって、憲法問題を処理する一般的傾向を有していた。¹⁷⁾

裁判所は証拠及び司法確知により事実を認定することができ。しかし、証拠は相手側当事者の反対尋問が可能なものではなくてはならず、又、司法確知は極めて明白な事実のみが可能である。¹⁸⁾ このような通常の証拠規則に従っていた為、裁判所は違憲審査における立法事実に関し、一般的に消極的態度を採ってきた。

裁判所のみならずカナダの弁護士も、この傾向を助長する役割を果たしていた。つまり、カナダの弁護士は、概して、訴訟

自体に固有でない外的な (extrinsic) 社会的、政策的資料を収集し、法廷に提出する訓練を受けていなかったのである。ほとんどの憲法訴訟においては司法事実のみが訴訟に関係した為、立法事実に関する証拠を提出する試みはほとんどなされなかった。それ故、ほとんど全ての証拠規則は司法事実に関するもののみであった。²⁰⁾

このような特徴を有していたカナダの違憲審査制度の下においては、特殊な性質を有する立法事実が伝統的な証明方法の変革を要請するか否かに関して、ほとんど議論されてこなかった。²¹⁾

前述した一九三九年の *Alberta Bank Reference*²²⁾ や、一九三七年の *Unemployment Insurance Reference*²³⁾ のような例外的な事例においては、意見陳述書 (factums) の中に事実に関する証拠を入れることによって立法事実に関する証拠を法廷に提出することがなされてきた。又、他の例外的事例において、立法事実が裁判所により考慮されたこともある。²⁴⁾ しかしながら、カナダにおいては、従来、いかなる事実がいかなる程度、又、いかなる方法により違憲審査を行っている法廷に提出されるべきかに関しての理論的發展は何らなされてこなかった。²⁵⁾

かかる状況において、カナダ最高裁判所が事実問題、特に立法事実の証明に対して積極的態度を示したのが、一九七六年の

第三項 事実問題に対する積極的対応への変化

一 人権憲章制定以前

一九七六年の *Reference re Anti-Inflation Act* においては、インフレーション対策法 (Anti-Inflation Act) が国家的な非常時における立法としての性格を有するか否かが争点となった。

カナダ最高裁の Laskin 長官及び当事者は数回協議をし、そこで、事件に固有でない外的証拠が法廷に提出されることが認められるか否か、又、かかる証拠はいかなる方法により提出されるべきか、が検討された²⁸⁾。その協議の後 Laskin 長官は、一九七六年四月六日に、事実資料の法廷提出許可に關し以下の三つの命令を發した。即ち、(1)連邦の法務総裁は「照会事実記載書 (Case)」の中に、一九七五年一〇月一四日の白書及び同法務総裁が適当と判断する他の政府報告書等の資料を入れなければならない。(2)他の当事者は各自の意見陳述書の中に補充的資料を付加することができる。かかる意見陳述書は一九七六年五月一日までに裁判所に提出されなければならない。(3)いかなる当事者も、他の当事者により提出された資料の為に必要となった付加的資料を、一九七六年五月二一日までに裁判所に提出する

ことができる。この第三の命令の目的は、照会事実記載書及び意見陳述書に含められた資料に対する反論の機会を与えることにある²⁹⁾。

かかる命令に従い極めて多量の事実資料が提出され、かつ、裁判所によりそれらの許容性が認められた。それらの資料の中には、(1)連邦政府の資金及び価額政策に関する白書、(2)消費者物価の上昇を示す統計、(3)この照会事件の為に準備された Lipsey 教授及びその他三八人の経済学者のカナダにおけるインフレーションに関する研究報告書、(4)インフレーション及び Lipsey 教授等の研究に対するオンタリオ州政府の意見書、(5)カナダ銀行 (Bank of Canada) 頭取の講演原稿が含まれていた³⁰⁾。これらの外的資料は、インフレーション対策法の立法経過及び憲法制定経過 (Constitutional history)、又、インフレーションにより生じる弊害に関する分析、一九七五年のカナダの経済状態等に関するものであった³¹⁾。

カナダ最高裁は、その判決理由の中で、事件に固有でない外的事実資料を法廷に提出することを承認した。Laskin 長官は³²⁾、かかる外的事実資料の「裁判所に対する提出が許容されるか否かに関する一般的原则は、本裁判所により提示されることはできず又提示されるべきではなく」、むしろ「事件に固有でない外

的証拠に依存すべきか否かに関する問題及びいかなる種類の外的証拠が許容され得るかに関する問題は、かかる外的証拠が提出されようとしている憲法上の争点の性質によって解決されなければならないことである」と述べている。Laskin 長官は、「ほとんどの状況においては、問題となっている法律の有効性を判断する為に当該法律の文言以外のことを考慮する必要はないであろう」が、本件においては社会的、経済的状況に関する外的事実資料を審査する必要がある、と説示した。

Laskin 長官のかかる意見は、違憲審査における事実資料の許容性がその事実資料と裁判所で問題となっている争点との関連性により決定されることを、明示的に示している。又、同長官の出した前述の命令、及び、カナダ最高裁の出した判決における三つの意見から、当事者が他の当事者の提出した資料に対する反論の機会を有する限り、意見陳述書は違憲審査における立憲事実の問題に関連する社会科学上の資料を提出する為の「満足のいく」手段であることが黙示的に示されていると解することもできる。

このように、一九七六年の「*Anti-Inflation Reference*」は、立憲事実が争点となっている憲法訴訟において、社会科学上の「資料に関する」準備書面 (Brief) が許容されることに關しての明

確な先例を確立している」のである。

一九八一年の *Reference re Residential Tenancies Act* において、Dickson 裁判官は、カナダ最高裁の全員一致の意見として、外的事実資料の許容性につき以下のように述べた。即ち、「私の考えでは、裁判所は適切な事件において、「問題となっている」法律の効果がいかなるものになり得るかに關する情報を与えられるよう要請することができる」。 *Anti-Inflation Reference* の判示により、一九五〇年の *Reference re War-time Leasehold Regulation* において、Rinfret 長官により提示された外的事実証拠排除の準則はもはや正当な法理ではない。「憲法問題に關する照会事件において、外的資料の許容性を支配する硬直化した (inflexible) 準則を宣言することを我々は嫌悪すべきである、私には思える。かかる準則の効果は、論理的に關連を有し高い証明力を有する証拠を排除する可能性を有している」。 *Anti-Inflation Reference* の例に習い、事件の解決に必要な外的資料の提出を許容すべきである。「一般的に言って、法律の性格づけの目的の為に、我々は問題となっている法律の基礎を形成している王立委員会 (Royal Commission) の報告書及び法改正委員会の報告書の援助を受けることを拒否すべきではない」。

このカナダ最高裁判例により、王立委員会及び法改正委員会
の報告書は全て裁判所に提出され得ることが判明した。

これら二つの判例により、社会科学の研究を含む事件に固有
でない外的事実資料が、法廷に提出される許容性を有している
ことが明らかとなった。

しかし、*Reference re Residential Tenancies Act* における
Dickson 裁判官の法廷意見が強調しているように、かかる外的
事実資料は法の性格づけの目的の為にのみ考慮され得るのであ
り、決して、制定法の解釈の為に用いられるのではないのであ
る。⁴² 又、外的事実資料の許容性の問題とそれに与えられる重要
性の問題は、全く別の問題であることに注意すべきである。外
的事実資料は、法律が制定された社会的、経済的状况を判定す
る為の援助的な要素として一般的に許容され得るが、かかる外
的事実資料の中には、重要なものもあればほとんど意味を有
さず時には無意味なものもあることに注意すべきである。⁴³

以上のように、カナダ最高裁は、一九七〇年代後半から、一
八六七年憲法の立法権限配分規定に関する違憲審査において、
社会科学上の外的事実資料を積極的に考慮する態度を採ってき
た。その為、カナダにおける違憲審査において立法事実が充分
に審査される可能性が高くなってきたのである。⁴⁵

二 人権憲章制定以後

前述のように、人権憲章第一条の規定の下で行われる違憲審
査においては、事実問題の解決が極めて重要な役割を有してい
る。⁴⁶

カナダ最高裁判所は、この点に関し、一九八六年の *R. v. Oakes* 事件⁴⁷において以下のように述べている。「人権憲章」第一
条の構成要件を証明する為に証拠の提出が要請されている場合、
そして、それは一般的に要請されているのであるが、その証拠
は強力かつ説得力あるものでなければならず、それは、かかる
「権利」制限を課した場合と課さない場合の結果を裁判所に対
し明白に示すものでなければならぬ。……裁判所は又、立法
府が問題となつて法律を制定したとき、その目的を果たす
為に、いかなる代替手段が立法府にとり利用可能であつたかを
知る必要がある。しかしながら、第一条の下での分析をする際、
特定の要素が明白かつ自明である事案も存する可能性があること
もつけ加えておくべきであろう」⁴⁸

この判決により、人権憲章に関する違憲審査においても事件
に固有でない外的事実資料、即ち、立法事実に関する社会科学
上の証拠が法廷に提出され得ることが明示的に判例上確立した
のである。さらに、本判決が、人権憲章第一条の審査において

は、一般的に証拠提出が要請されている、と判示していることに注意すべきである。前述した一九七六年の *Anti-Inflation Reference* に於いて、Laskin 長官は、「ほとんどの状況においては、問題となつている法律の有効性を判断する為に当該法律の文言以外のことを考慮する必要はないであろう」と述べ、一般的には証拠提出は必要ないと判断している。この二つの判決の差異は、事実分析をより多く必要とする人権憲章第一条の性質及び要請の為に生じたものであろうが、それは、違憲審査における「外的事実資料の許容性及び適当性 (advisability) に対する裁判所の重要な態度変更」に基礎づけられていたことに注意すべきであろう。

以上のように、一九七〇年代後半からカナダ最高裁が採つてきた外的事実資料、即ち立法事実に関する証拠の許容性に対する積極的態度は、人権憲章の制定以後より積極的なものとして発展しつつある。このような裁判所の積極的態度の下でいかなる種類の証拠が裁判所により要求されかつ許容され得るかがしだいに明らかになってきた。⁵¹⁾

以下では、いかなる証拠をいかなる方法で裁判所に提出するかについて概観してみる。

第四項 立法事実の提出方法

一 司法確知 (judicial notice)

司法確知とは、「一方当事者から提出された事実又は法に関する事項を、証拠として正式に証明することなく裁判所が認定すること」⁵²⁾である。司法事実に関しては、裁判所は「(a) 合理的人間 (reasonable men) の間で議論の余地のない程有名な事実、又は、(b) 容易に入手しうる情報源により直ちにかつ正確にその真实性を証明することができる事実」のみしか司法確知することができない。⁵³⁾ それ故、かかる司法確知の規則に従えば、多くの立法事実が司法確知されないことになる。

しかしながら、裁判所は違憲審査を行う際、前述した狭義の司法確知の概念にとらわれてはいない。実際、*Anti-Inflation Reference* において、カナダ最高裁は、司法確知し得る事実の範囲を散大し、立法事実の認定を行っている。カナダ最高裁は、他の憲法事件及びカナダ権利章典に関する事件においても、広い範囲の事実を司法確知している。⁵⁴⁾ 又、人権憲章に関する事件においても、裁判所は、心理学的、⁵⁵⁾ 社会学的、⁵⁶⁾ 経済学的、⁵⁷⁾ 生物学的研究に基づく事項及び法制度に関する事項等に関し、司法確知を行っている。⁵⁸⁾

違憲審査を行う際、裁判所により司法確知され得る事実とは「万

人が知っている」と推定しうる程『明白』なものではなく、直接証拠の許容性に関する慣例上のテストを容易に満足し得るようなものではないが信頼し得る資料により確かめることができる程『明白』なもの⁶⁶」であると解されている。

違憲審査が行われる際に司法確知が広く認められることに對しては、多くの有名な憲法学者が肯定的評価を与えている⁶⁷。しかし、裁判所が広く司法確知を行う場合、訴訟当事者が裁判所により確知された事実に対し反論する機会及び付加的事実資料を追加する機会等を保障されなければならないことも強く主張されている⁶⁸。

以上のように、裁判所は司法確知により違憲審査に必要な立憲事実を認定する手法を積極的に用いている。

二 専門家の証言

専門家の証言は憲法訴訟において事実を証明する上で特に有効な方法である。それは、事実審理における証言又は宣誓供述書 (affidavit) により提出され得る。宣誓供述書は照会事件において事実を証明する上でも活用され得る⁶⁹。

憲章訴訟 (Charter litigation) においては、特定の権利や人権憲章第一条に関する事項につき、専門家の証言が重要な機能

を果たしていることがいくつかの判例により示されている⁷⁰。

一九八二年の *Que. Assn. of Protestant Sch. Bds.* 事件⁷¹におけるケベック州の上級裁判所の判決は、その典型例として理解し得る。そこでは、六人の専門家が、人権憲章第一条が要請する「明確に正当化され得る合理的な制限」の条件に關し証言した。六人の専門家の中には、一人の歴史学者、一人の数学者、一人の社会学者、二人の人口統計学者が含まれていた。彼らの証言は、主に、ケベック州の言語立法がその目的を達成する為に採用した手段が合理的制限内のものか否かに關する争点に直接向けられていた。かかる専門家の証言は、証拠及び充分な説明と理由に基づく判決を下す為に重要な役割を果たした⁷²。

専門家の証言は、又、宗教的事項及び表現、集会の自由⁷³に關する憲章訴訟においても重要な役割を果たしている。さらに、カナダの特定の立法が人権憲章違反であると争われ、そこで特定の外国の法律が人権憲章第一条の規定する正当化の基準として主張された場合、当該外国が「自由かつ民主的」であるか否かに關しては専門家の証言が必要となると思われる⁷⁴。

以上のように、専門家の証言は違憲審査において特に重要な事実の証明手段となり得る。

三 ブランダイス・ブリーフ

いわゆるブランダイス・ブリーフ⁷⁷には、法廷で争われている問題に関係のある統計的資料、専門家による科学的議論、政府の報告書等の社会科学の又は自然科学的資料が記載され得る。

ブランダイス・ブリーフは、一九七六年の *Anti-Inflation Reference* ⁸²及び一九八一年の *Residential Tenancies Act Ref.* ⁸¹ *ence* を含む、いくつかの人権憲章制定以前の憲法訴訟においても採用されてきた。しかし、人権憲章に関する訴訟においてはそれ以上に広く採用されている。

ブランダイス・ブリーフにより裁判所に提出される資料は、宣誓した証言の形式を採るものではなく、又、訴訟における相手方当事者による反対尋問を受けることもない。同様に、かかる資料は一般的には司法確知されうる程の明白性を有していない⁸²。しかしながら、特定の状況においては、ブランダイス・ブリーフのみが裁判所に対して広い範囲の専門的な情報を与える為の時間的・費用的に利用可能な手段であることもあり得る。

又、「憲法事実 (constitutional facts) の性質、及び、憲章訴訟での審査に主要な比例性のテストの適用は、司法事実の判断において必要とされる厳格な証明のようなものを、しばしば要求しないこともある⁸³」。さらに、ブランダイス・ブリーフは、ある

専門家が裁判所に提出された社会科学の資料の全範囲に対し論評することができる場合は特に、かかる専門家の口頭証言とともに提出されれば、極めて有効な立法事実の証明手段となり得る⁸⁴。

今後、ブランダイス・ブリーフは、より多くの憲法訴訟、特に、憲章訴訟において活用されると予想される。

判例は、多くの憲章訴訟において、事実問題、とりわけ、いかなる種類の証拠が人権憲章第一条の審査において有用であるかにつき具体的指針を展開させつつある。この立法事実の認定に対する裁判所の積極的態度は、カナダにおける違憲審査の技術、方法、理論の発展に少なからぬ影響を与えるものと解される。

以上で、違憲審査における事実問題の一般的な検討を終える。次項では、違憲審査において立法経過 (legislative history) が果たす役割につき独立に考察する。

第五項 違憲審査における立法経過

一 概 要

一般にカナダにおいては制定法を解釈する上で立法経過を援用することは許されていなかった⁸⁵。しかし、立法権限配分に関

する違憲審査において法律の性格づけを行う段階では、立法経過が有効な援助となり得る。又、人権憲章に関する訴訟においても、人権の内容を確定する段階及び人権制限の正当性を確定する段階のいずれにおいても立法経過が有効であることは否定できない。

以下では、違憲審査において立法経過がいかなる役割を果たしているか又果たし得るかにつき検討を加えていく。

本稿における立法経過の意味は、Hogg 教授の定義に従う。即ち、立法経過は、(1)ある制定法を制定すべきであると主張している王立委員会、法改正委員会、議会委員会等の報告書、(2)ある制定法を制定すべきであると主張している政府の白書等の政策報告、(3)成立以前の法案形態のもの、(4)法案の検討を行っている議会委員会における大臣及び議員の陳述ならびに専門家の証言、(5)法案審議中の議会における発言、を含むものとする。

二 制定法解釈における立法経過

本論に入る前に、カナダにおいて制定法を解釈する際、立法経過がいかに取り扱われてきたかを概観しておく。

制定法解釈の「害悪ルール (mischief rule)⁸⁷」の下、裁判所は制定法を解釈する際、以下の四つの段階を踏むことを要請され

ている。即ち、(1)解釈すべき法律が制定される以前の法状態 (state of the law) の確定、(2)かかる法状態が対処していかつた「害悪 (mischief)」の確定、(3)解釈すべき制定法により現在規定されている矯正策 (remedy) の確定、(4)かかる害悪を抑制し、かかる矯正策を促進するような解釈の確定、である。

この害悪ルールはカナダにおける制定法解釈法 (Interpretation Act)⁸⁸により採用されている⁸⁹。

カナダ最高裁判所は、害悪ルールにおける四つの段階のうち最初の三つの段階において立法経過を援用することを認めている。特に、立法経過は制定法が矯正することを目的としている害悪を確定する際に援用され得る。しかし、第四段階、即ち、制定法上の文言の意味を決定する段階においては、立法経過は援用され得ないのである⁹¹。

カナダにおいては、立法が矯正することを目的としている害悪を確定する際、立法制定以前の王立委員会等の報告書、政府の政策報告書及び専門家の証言は、裁判所によって考慮される許容性を有していることは明らかである。しかしながら、議会における議論が同じ目的の為に許容されるか否かは明白ではない⁹²。

三 法律の分類

(1) 立法権限配分に関する違憲審査における

法律の性格づけ

立法権限配分に関する違憲審査の第一段階において法律の性格づけが行われるが、これは特定の条文の解釈を含むものではない。むしろそれは、制定法の解釈における害悪の確定に類似している。

一九六〇年代における二つのカナダ最高裁判決は、法律の性格づけにおいて立法経過を援用することを禁止している。⁹³しかし、それ以前の判例で立法経過の援用を認めたものもある。⁹⁴さらに、一九七六年以降、立法経過の援用を認める傾向が確立されてきた。⁹⁵

Reference re Anti-Inflation Act (1976), *Reference re Residential Tenancies Act* (1981), *Reference re Exported Natural Gas Tax* (1982), *Schneider v. The Queen* (1982), *Upper Churchill Water Rights Reversion Act; Churchill Falls (Labrador) Corp. Ltd. v. A. G. Newfoundland* (1984) の五つの最高裁判例は、少なくとも特定の種類の立法経過に関する資料は、立法権限配分に関する違憲審査において法律の性格づけを行う際、援用することが許容されることを明らかにした。⁹⁶ 援用の許

容性が明らかに認められるものとして、法改正委員会ならびにその他の委員会の報告書及び政府発行の政策報告書が挙げられる。立法制定時の議会における発言は、一九八一年の *Residential Tenancies Act Reference* における *Dickson* 裁判官の法廷意見で「一般的に言って、……証拠としての重要性をほとんど有しない為その援用は許容され得ない」と判示されている。

それに対し *Hogg* 教授は、一般的に議会における議論が証拠としての重要性を有しないことを認めつつも、それが有用である場合があることを根拠に、議会における議論も法律の性格づけにおいて許容されるべきであると主張している。その結果、*Hogg* 教授は、議会における議論及び専門家の証言を含め全ての種類の立法経過に関する資料が法律の性格づけにおいて許容されるべきであると主張している。⁹⁷

(2) 人権憲章に関する違憲審査

人権憲章に関する違憲審査においては、(1) 人権制限の確定、(2) 人権制限の正当性の確定、という二段階審査が行われる。これら二つの段階においては、人権憲章の目的及び問題となっている法律の目的の審査が重要な役割を果たしている。

かかる審査の性質からすると、(1) 問題となっている法律はい

かなる権利を制限する性質を有するか、(2)かかる法律はいかなる害悪を矯正する為に制定されたのかを審査する上で、立法経過は重要な判断要素となり得る。

従って、前述の立法権限配分に関する違憲審査において確立された立法経過に関する原則は、人権憲章に関する訴訟にも適用されると解される。⁽¹⁶⁾

四 憲法の解釈

(1) 概要

前述の議論は、違憲審査における法律の分類（性格づけ）に関するものであった。そこでは、特定の法律の条文が解釈されるのではなく、法律の目的や性質の確定が行われていたのである。⁽¹⁷⁾

法律の性格づけが行われた後、違憲審査はかかる性質を有する法律が憲法規定に違反するか否かという憲法解釈の段階に入る。⁽¹⁸⁾ この憲法解釈の段階において、立法経過の援用が許容されるか否かがここでの問題である。

(2) 一八六七年憲法の解釈

一八六七年憲法の立法経過に関する資料が充分でない為、こ

れまで同憲法の解釈において、立法経過がどの程度許容されるかに関しあまり活発な議論はなされてこなかった。⁽¹⁹⁾

最近までは、同憲法の立法経過をその解釈の為に援用することは認められていなかった。⁽²⁰⁾ しかし、*Jones v. A. G. N. B.* (1974), *Di Iorio v. Warden of Montreal Jail* (1976), *A. G. Que. v. Blainie* (1979), *Re Authority of Parliament in relation to the Upper House* (1979), *A. G. Can. v. C. N. Transportation Ltd.* (1983) の五つのカナダ最高裁判決は、それぞれ立法経過に言及しつつ憲法の条文を解釈している。⁽²¹⁾

(3) 一九八二年憲法の解釈

一九八二年憲法の立法経過に関する資料は極めて多量にかつ正確に存在している。⁽²²⁾ 一九七〇年代後半から、カナダ最高裁が示してきた立法経過を憲法解釈に用いる手法は、一九八二年憲法にも適用されている。

一九八五年の *Reference re B. C. Motor Vehicle Act* において、カナダ最高裁は、人権憲章第七条を解釈する上で立法経過を援用することが許容されることを判示し、⁽²³⁾ 一九八二年憲法を解釈する上でも立法経過が許容されるという明確な先例を確立したのである。⁽²⁴⁾

(4) 評 価

一九七〇年代後半から、カナダ最高裁は憲法解釈の指針として立法経過を援用することを許容する態度を採ってきた。この新しい傾向は、一九七〇年代後半からカナダ最高裁が採ってきた事実問題に対する積極的態度と一致している。

前述の一八六七年憲法の解釈に関する判例の中には、議会における議論を解釈の指針としたものもある。又、一九八五年の *Motor Vehicle Reference* を含む他の判例も、議会における議論と他の立法経過に関する資料とを区別していない。それ故、憲法解釈においては、議会における議論を含む、裁判所が有用と認める全ての立法経過に関する資料が許容されると解される。加えて、最近の判例は、立法経過を援用する目的を、法律の性格づけと憲法の解釈として区別していない。それ故、裁判所が有用と判断する全ての立法経過に関する資料は、議会における議論を含めて、法律の分類及び性格づけにおいてのみならず、憲法解釈においても援用し得ると解釈することも可能であろう。¹¹⁶

五 立法経過の有する重要性の程度

カナダにおいては、従来、違憲審査のいかなる段階において

も立法経過を援用することに対し否定的立場を採ってきた。それと同時に、立法経過を決定的なものと理解するオリジナリズム (Originalism) は、カナダにおいて拒絶されてきた。¹¹⁷

最近のカナダ最高裁判例は、立法経過を法の分類及び憲法解釈の両面において援用することを認めている。しかし、援用の許容性の問題と立法経過が有する証拠として重要性の問題とは別問題であることに注意すべきである。

立法経過の中でも特に憲法の制定者意思の確定は極めて困難な作業であり、正確に制定者意思を認定することは、特に時が経過すればするほど困難となる。¹¹⁸

さらに、最近のカナダ最高裁判例により確立された「発展的憲法解釈の法理」は、憲法解釈において立法経過が絶対的な重要性を有することを否定している。¹¹⁹

以上のことを合わせ考えると、立法経過は時には有用でありかつ許容され得るが、憲法判断において決定的な意義を有せずかつ有すべきではないと解される。立法経過は憲法判断における一つの指針にすぎないことに注意すべきであろう。

この意味で、一九八五年の *Motor Vehicle Reference* において、カナダ最高裁が立法経過に関する資料や証言に反して、人権憲章第七条は手続的権利のみならず実体的権利をも保障して

いると判断したことは、その実体的判断内容は別として、立法経過に対する態度としては肯定し得る可能性もあると思われる。

以上で、カナダにおける違憲審査の事実問題に関する考察を終える。

- (1) 違憲立法審査制度の有する二局面性、即ち、法律問題と事実問題に関し、戸部信喜『憲法訴訟の理論』(有斐閣・一九八四年)一一七頁以下参照。
- (2) P. Hogg, "Proof of Facts in Constitutional Cases" (1976), 26 *U.T.L.J.* 386, at 394-395.
- (3) *Id.*, at 386-390.
B. Morgan, "Proof of Facts in Charter Litigation", in Sharpe (ed.) *Charter Litigation*(1987), 159, at 159-163.
B. Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts, The Function and Scope of Judicial Review* (2nd ed. 1983), at 228-239.
- (4) *Fort Frances Pulp and Power Co. v. Manitoba Free Press Co.*, [1923] A. C. 695; *Co-operative Committee on Japanese Canadians v. A. G. Can.*, [1947] A. C. 88; *Reference re Validity of Wartime Leasehold Regulations*, [1950] S.C.R.

124.

- (5) *Reference re Anti-Inflation Act* (1976), 68 D.L.R. (3d) 452 (S.C.C.).
- (6) *A. G. Ont. v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193. at 205, per Viscount Simon.
- (7) *Re C.F.R.B. and A.G.Can.*, [1973] 3 O.R. 819 (Ont. C. A.).
- (8) *Johannesson v. West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292.
- (9) *Pronto Uranium Mines v. Ontario Labour Relations Bd.*, [1956] O.R. 862(Ont. H.C.); *Denison Mines v. A. G. Can.*, [1973] 1 O.R. 799(Ont. H.C.).
- (10) Hogg, *supra*, note 2, at 386-387.
Fort Frances Pulp and Power Co. v. Manitoba Free Press Co., *supra*, note 4, at 705-708, per Viscount Haldane; *Co-operative Committee on Japanese Canadians v. A. G. Can.*, *supra*, note 4, at 101-102, per Lord Wright; *Reference re Validity of Wartime Leasehold Regulations*, *supra*, note 4, at 135, per Kerwin J., at 141-143, per Taschereau J., at 145, per Rand J., at 151 and 154, per Kellock J., at 157, per Estey J., at 166, per Lock J.; *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396, 415-416, per Viscount Haldane; *Unemployment Insurance Reference*, [1937] A. C. 355, at 358-361 (argument of counsel); *Margarine Refe-*

- rence, [1951] A.C. 179, at 198, per Lord Morton of Henryton; *Johannesson v. West St. Paul*, *supra*, note 8, at 308, per Kerwin J., at 326, per Lock J.; *Munro v. National Capital Commission*, [1966] S.C.R. 663, at 677, per Cartwright J.; *Reference re Anti-Inflation Act*, *supra*, note 5, at 498, per Laskin C. J., at 507, per Ritchie J.
- (11) Hogg, *id.*, 387-389.
- (12) *E.g. A. G. Alta. v. A. G. Can.*, [1939] A.C. 117.; *Texada Mines Ltd. v. A. G. B. C.*, [1960] S.C.R. 713, 24 D.L.R. (2d) 81.
- (13) Hogg, *supra*, note 2, at 388-390.
- (14) Morgan, *supra*, note 3, at 170.
- (15) *Id.*, at 168-169.
- (16) *Id.*, at 163.
Strayer, *supra*, note 3, at 229.
- (17) Morgan, *id.*, at 163-164.
- (18) Hogg, *supra*, note 2, at 394.
- (19) Morgan, *supra*, note 3, at 161.
- (20) Hogg, *supra*, note 2, at 395.
- (21) *Id.*
- (22) *A. G. Alta. v. A. G. Can.*, [1939] A.C. 117.
- (23) [1937] A.C. 355.
- (24) See cases *supra*, note 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10.

- (25) Hogg, *supra*, note 2, at 397.

もちろん、通常の司法事実に関する証拠は、通常の証拠規則により規定され、かかる規則に従い裁判所は事実認定を行ってきた。しかし、事実審理を行わない照会事件においては、いかなる事実の証明手段も存しない。特に、立法の抽象的違憲審査を行う際、立法事実の提出と証明は必要な要素である。照会事件においても、社会科学的立法事実が裁判所に提供され、判決の中でかかる立法事実が考慮されたものも多い。しかし、いかなる事実がいかなる程度又いかなる方法により法廷に提出されるかに関する一般的法理は、裁判所によっては確立されてこなかった。

See Hogg, *id.*, at 390-394.

これとは逆に、一九五〇年の *Reference re Validity of War-time Leasehold Regulations*, *supra*, note 4, においてカナダ最高裁 Rinfret 長官は、裁判所は照会命令 (order of reference) の中に引用された事実以外の事実を考慮しては行けないという、外的事実排除の準則を提示した。一般的に照会事件においては、事実問題が充分には考慮されてこなかったと批判されている。

- (26) [1976] 2 S.C.R. 373 (1976), 68 D.L.R. (3d) 452.
- (27) Morgan, *supra*, note 3, at 166.
Hogg, *supra*, note 2, at 399.
- (28) Hogg, *id.*

- (29) *Id.*, at 400.
四月六日の命令を出す際、Laskin 長官は、いかなる事実資料に関しても、その事件に対する関連性(relevance)、許容性(admissibility)及び重要性(weight)は裁判所により審査されることを明示している。*Id.*, at 401.
- (30) Morgan, *supra*, note 3, at 166, footnote 34.
- (31) *Id.*, at 166., see also Hogg, *supra* note 2, at 399-402.
- (32) Judson J., Spence J., Dickson J., 同調。
- (33) 68. D.L.R. (3d), at 468, per Laskin C. J.
- (34) *Id.*, at 467.
- (35) *Id.*, at 470.
- (36) Hogg, *supra*, note 2, at 404.
- (37) *Id.*
Morgan, *supra*, note 3, at 166.
- (38) [1981] 1 S.C.R. 714, 123 D.L.R. (3d) 554.
- (39) 123 D.L.R. (3d), at 561.
- (40) *Id.*, at 562.
- (41) *Id.*, at 563.
- (42) *Anti-Inflation Act Reference, supra*, note 5 の、法の性格についての為に外的事実資料を考慮したとすべきでない。See Morgan, *supra*, note 3, at 167. したがって The Law Society of Upper Canada v. Skapinker, [1984] 1 S.C.R. 357 とおなじ Estey 裁判官の意見は、将来、外的事実資料が憲法解釈の目的

の為に用いられる可能性を残しているとも解され得る。Morgan, *id.*, at 167-168.

- (43) 123 D.L.R. (3d), at 562.
- (44) *Id.*
- (45) カナダにおいては、違憲審査制度の方法及び理論を考察する際、通常の訴訟による違憲審査と照会制度によるそれとを明確に区別することなく、統一的に取り扱う傾向が強いように思われる。それ故、照会事件における判例が通常の訴訟においても先例として取り扱われている。
Hogg 教授は、外的事実資料の許容性に関する照会事件における先例が通常の訴訟における違憲審査においても適用されると結論づけている。
Hogg, *supra*, note 2, at 407.
- (46) Morgan, *supra*, note 3, at 168-169.
- (47) [1986] 1 S.C.R. 103.
- (48) *Id.*, at 138, per Dickson C. J. C.
- (49) *Supra*, note 34.
- (50) Morgan, *supra*, note 3, at 170.
- (51) *Id.*, at 161.
- (52) *Id.*, at 171.
- (53) Sopinka and Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (1974), at 374.
- (54) Hogg, *supra*, note 2, at 394.

- Morgan, *supra*, note 3, at 171-172.
- (55) Hogg, *id.*, at 408.
 実際、過去においては、ほとんどの憲法上の事案において立
 法事実が考慮されていない。裁判所は、結局、万人が知ってい
 る事実のみが司法確知してこなかった。
- Strayer, *supra*, note 3, at 252.
- (56) Morgan, *supra*, note 3, at 172.
 Strayer, *id.*, at 252.
- (57) Hogg, *supra*, note 2, at 408.
- (58) See Strayer, *supra*, note 3, at 252-255.
- (59) *R. v. Red Hot Video* (1985), 18 C.C.C. (3d) 1, at 8 (B.C.
 C.A.).
- (60) *Red Hot Video Ltd. v. Vancouver* (1983), 5 D.L.R. (4th)
 61, at 66 (B.C.S.C.).
- (61) *Re McDonald and The Queen* (1985), 51 O.R. (2d) 745,
 at 768 (C.A.).
- (62) *R. v. Lucas* (1985), 16 C.R.R.1, at 7 (Ont. Dist. Ct.).
- (63) *R. v. Bryant* (1984), 48 O.R. (2d) 732, at 753.
- (64) Morgan, *supra*, note 3, at 173.
- (65) Strayer, *supra*, note 3, at 256.
- (66) Morgan, *supra*, note 3, at 172.
- (67) *Id.*
 Strayer, *supra*, note 3, at 254.
- Hogg, *supra*, note 2, at 408.
- (68) Strayer, *id.*, at 255-256.
 Hogg, *id.*
 Morgan, *id.*
Anti-Inflation Act Reference, *supra*, note 5 において、
 Laskin 長官により出された三つの命令の中でも特にその三番
 目の命令により、反論に関する手続的保障が裁判所により与
 えられてゐる。
- (69) Morgan, *id.*, at 174.
- (70) *Id.*
- (71) *Que. Assn. of Protestant Sch. Bds. v. A. G. Que.* (1982),
 140 D.L.R. (3d), 33, (Que. S. C.); *affd.* 1 D.L.R. (4th) 573
 (C.A.); *affd.* [1984] 2 S.C.R. 66.
- (72) Morgan, *supra*, note 3, at 174-175.
- (73) *R. v. Morgentaler* (1984), 47 O.R. (2d) 353 (H.C.)
 (比較宗教学の教授の証言); *Jack and Charlie v. The Queen*,
 [1985] 2 S.C.R. 332. (〈類学者の証言〉)
- (74) *Re Lavigne and OPSEU*, not yet reported.
 July 4, 1986 (Ont. H.C.), cited in Morgan, *supra*, note 3,
 at 176.
- (75) Morgan, *id.*, at 176.
- (76) *Id.*, at 176-177.
 See *National Citizens' Coalition Inc. v. A. G. Can.* (1984),

- 11 D.L.R. (4th) 481 (Alta.Q.B.).
- (77) L.D.Brandeisが、Muller v. Oregon, 208 U.S. 412 (1908) で法廷に提出した一三頁の準備書面(Brief)がその名称の由来である。
- (78) Morgan, *supra*, note 3, at 177.
- (79) [1976] 2 S.C.R. 373.
- (80) [1981] 1 S.C.R. 714.
- (81) Morgan, *supra*, note 3, at 177-178.
See e.g. Quebec Association of Protestant School Bds. v. A. G. Que. (1982), 140 D.L.R. (3d), 33, (Que.S.C.); R. v. Seo. (1986), 54 O.R. (2d) 293 (C.A.).
- (82) Morgan, *id.*, at 178.
- (83) *Id.*, at 178-179.
- (84) *Id.*, at 179.
- (85) P. Hogg, "Legislative History in Constitutional Cases", in Sharpe(ed.), *Charter Litigation* (1987), 131, at 134.
- (86) *Id.*, at 131-132.
- (87) このルールは、Heydon's Case (1584), 3 Co. Rep. 7a, 76 E. R. 637, at 638 におけるルールとして知られている。See Hogg, *id.*, at 134.
- (88) 例えは、Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 11は「全ての立法は補正的なもの (remedial) と看做され、かつ、その目的達成を最大限に保障するような公正、広義、かつ自由な (liberal) 解釈が与えられなければならない」と規定している。
- (89) Hogg, *supra*, note 85, at 134.
- (90) E.g. Laidlaw v. Metro Toronto, [1978] 2 S.C.R. 736.
- (91) Hogg, *supra*, note 85, at 134-135.
- (92) *Id.*, at 137.
イギリスにおける *Black-Clawson Int. Ltd. v. Papierwerke Waldhof Aschaffenburg A. G.*, [1975] A.C. 519 (H.L.) は、その付随的意見の中で、議会における議論は意思の確定の為に許容されないことを述べている。註90で引用したカナダ最高裁の判例は、このイギリスの判例を引用しているが、かかる付随的意見の部分も承認しているか否かは明らかではない。
- (93) *Texada Mines Ltd. v. A.G.B.C.*, [1960] S.C.R. 713, at 720; *A.G.Can. v. Reader's Digest Assn, (Canada) Ltd.*, [1961] S.C.R. 775, at 782, 791.
- (94) *Proprietary Articles Trade Assn. v. A.G.Can.*, [1931] A.C. 310, at 317 (P.C.) ; *A.G.B.C. v. A.G.Can.*, [1937] A.C. 368, at 376; *Ladore v. Bennett*, [1939] A.C. 468, at 477 (P.C.) ; *Home Oil Distributor Ltd, v. A.G.B.C.*, [1940] S.C.R. 444, at 447-448.
- (95) Hogg, *supra*, note 85, at 138.
- (96) [1976] 2 S.C.R. 373.

- (97) [1981] 1 S.C.R. 714.
 (98) [1982] 1 S.C.R. 1004.
 (99) [1982] 2 S.C.R. 112.
 (100) [1984] 1 S.C.R. 297.
 (101) *Hogg, supra*, note 85, at 141.
 (102) *Supra*, note 97, at 721.
 (103) *Hogg, supra*, note 85, at 142, 158.
 (104) *Id.*, at 143-144.
 (105) *Id.*, at 144-145.
 (106) *Id.*, at 145.
 (107) *Id.*, at 146.
 See Laskin, *Canadian Constitutional Law* (4th rev. ed. 1975) at 59-65.
- (108) [1975] 2 S.C.R. 182, at 194.
 (109) [1978] 1 S.C.R. 152, at 200.
 (110) [1979] 2 S.C.R. 1016, at 1027.
 (111) [1980] 1 S.C.R. 54, at 66-67.
 (112) [1983] 2 S.C.R. 206, at 226.
 (113) *Hogg, supra*, note 85, at 146-147.
 (114) *Id.*, at 147-148.
 (115) [1985] 2 S.C.R. 486.
 (116) *Id.*, at 504-507.
 (117) *Hogg, supra*, note 85, at 150.

- (118) *Id.*, at 150, 158.
 (119) *Id.*, at 150-151.
 (120) *Id.*, at 152-154.
 (121) *Id.*, at 154-157.

第五節 本章のまとめ

1 カナダ憲法は、従来、国家の基本法としての性格を与えられず、通常の制定法と同様の方法により解釈されてきた。一九四九年までカナダ憲法の最終的な解釈権を有していた枢密院司法委員会は、以下のような解釈方法論によりカナダ憲法を解釈してきた。即ち、同委員会は、社会の発展や文言以外の事実問題等を考慮することなく、憲法の文言の意味を法実証主義的な文理解釈により解釈してきた。同司法委員会は、憲法を新しい社会状況に適合させることは司法府の責務ではなく立法府の役割であると理解していたのである。かかる解釈方法論に対し、カナダ憲法をより柔軟かつ発展的に解釈すべきことが主張されたこともあったが、枢密院司法委員会の一般的憲法解釈方法論は法実証主義的な文理解釈から離れることはなかった。

かかる憲法解釈方法論の影響により、カナダ最高裁判所も同様な解釈方法論を採用していた。カナダ最高裁は、枢密院司法委員会の先例を厳格かつ機械的に適用するという、いわゆる「司法的保守主義 (judicial conservatism)」の態度を採っていた。又、カナダ最高裁が自ら憲法を解釈する場合は、枢密院司法委員会同様、社会的、政治的要因を考慮することなく、法実証主義的文理解釈を行ってきた。

しかし、一九七〇年代後半あたりから、カナダ最高裁の憲法解釈方法が少しずつ変化し、特に一九八二年憲法の解釈に対しては、自由 (liberal) で、柔軟かつ発展的な憲法解釈の方法を採用している。

2 かかる保守的な憲法の解釈方法によりカナダ憲法が解釈、適用されたことと関係し、カナダにおける違憲審査は、主に、文言の文面審査により行われ、違憲審査における事実問題はほとんど考慮されてこなかった。従って、立法事実に関する法理論はほとんど発展しなかった。即ち、いかなる事実がいかなる程度いかなる手段により法廷に提出されるべきかに関する問題、さらに、それら事実問題が違憲審査においていかなる程度考慮されるべきかに関する問題等は、カナダにおいてはほとんど議論されることがなかったのである。いくつかの例外的な事案に

において、社会科学のもしくは自然科学的資料がブランダイス・ブリーフや意見陳述書を用いることによって、法廷に提出されたことはあった。しかし、事案に固有でない外的事実資料を裁判所に提出することの許容性に関しては、裁判所は一般的に否定的態度を採っていた。

かかる外的事実資料の許容性の問題にカナダ最高裁が初めて積極的態度を示したのが、一九七六年の *Reference re Anti-Inflation Act* である。本件において、カナダ最高裁は事案に固有でない外的事実資料が法廷に提出され得ることを明示的に判示した。許容され得る外的事実資料の中には、立法経過に関する資料、専門家の証言、社会科学のもしくは自然科学的資料等が含まれている。それら外的資料の法廷への提出方法としては、事実審理における証言、宣誓供述書、ブランダイス・ブリーフ、意見陳述書等々が考えられる。又、裁判所が司法確知により明白な外的事実を認定することもあり得る。

3 一九八二年に権利及び自由に関するカナダ憲章が制定される以前は、カナダにおける違憲審査の範囲は主に連邦・州間の立法権限分配に関するものに限られていた。

立法権限分配に関する違憲審査権は、カナダ国内で司法権を行使する機関、即ち、行政裁判所を含む全ての裁判所が有して

いる。

連邦及び州議会の立法権限は、憲法がそれぞれの議会の権限として列挙する「項目分類」に該当する全ての「事項」に及ぶと一八六七年憲法は規定している。その為、立法権限配分に関する違憲審査は、(1)問題となつている法律はいかなる「事項」に関連するものであるか、(2)かかる事項は憲法上列挙されたいかなる「項目分類」に該当するか、という二段階審査により行われる。その第一段階においては、法律の性格づけ、即ち、問題となつている法律の目的及び効果により当該法律の実質的要素を確定し、その実質的要素に基づいて当該法律が対処する事項を決定する作業が行われる。第二段階では問題となつている法律が対処する事項が、憲法上のいかなる項目分類に該当するかという憲法解釈が行われる。

法律の実質的要素を決定する際、ある事項に対して連邦と州の両議会が立法権限を有する場合も存する。この場合、有効な連邦法と有効な州法が抵触する可能性が存する。連邦法と州法が抵触した場合、連邦法優位の法理により連邦法が適用され、抵触すると判断された州法は抵触の範囲内で適用不能となる。

4 一九八二年に制定された権利及び自由に関するカナダ憲章により、カナダにおける違憲審査権が人権保障問題にも及ぶ

ようになった。人権憲章が制定される以前は、カナダ権利章典による人権保障に対し極めて消極的態度を示してきたカナダ最高裁も、人権憲章の制定後は、人権保護に積極的態度を示すようになった。

人権憲章に関する違憲審査権は、立法権限配分に関する違憲審査権と同様、司法権を行使する行政審判所及び全ての裁判所が有している。

人権憲章第一条は「権利及び自由に関するカナダ憲章は、自由かつ民主的な社会において明確に正当化され得る合理性を有し、法律で定められた制限にのみ服することを条件に、当該憲章で規定する権利及び自由を保障する」と規定し、人権憲章によって保障された諸権利が絶対的ではなく相対的であることを明示し、かつ、人権憲章上保障された諸権利が正当に制限される基準を規定したのである。

かかる規定の下で人権憲章に関する違憲審査は、(1)問題となつている法律はいかなる権利を制限しているか、(2)かかる権利制限は人権憲章第一条の下で正当化されるか、という二段階審査により行われる。

その第一段階においては人権憲章上保障されている権利の内実及びその制限が確定されなければならない。権利の内実は、

主に、人権憲章全体の目的及び特定の人権憲章上の条文の目的に適合するよう合目的に確定される。そして、権利制限は問題となっている法律の目的及び効果によりそれぞれ独立に確定される。従って、違憲な目的又は違憲な効果のどちらか一方のみが存在していれば、権利制限が認定されることになる。

第二段階においては、第一段階で認定された権利制限の目的及び手法に関しそれぞれの正当性が審査される。権利制限の目的は、「十分に重要」かつ「自由かつ民主的な社会において強く要求されかつ実質的な政府利益でなければ正当化され得ない。権利制限の手段の正当性審査は、いわゆる「比例テスト」により行われる。比例テストは、社会の利益と個人の利益とを比較衡量するテストであり、(1)目的、手段の合理的な関連性、(2)権利制限の最少限性、(3)制限される権利と政府目的の比例性、という三つの構成要素を有している。人権憲章との関係で合憲性が問題となっている法律は、それら三つのサブ・テストを全て満足しなければ合憲と判断され得ないのである。かかる違憲審査基準が具体的にいかなる内容を有しいかなる事実状況に適用されるかについては、今後の判例法の形成を待つほかはない。

人権憲章に関する違憲審査における立証責任の問題は以下のような二元的なものとなっている。即ち、第一段階の権利制限

の確定においては、かかる権利制限を主張する者が立証責任を負う。立証の基準は通常の民事訴訟と同様、「優勢な蓋然性」の証明と解されている。それに対し、第二段階の権利制限の正当性確定においては、かかる権利制限を支持する者即ち政府側が立証責任を負い、立証の基準は「優勢な蓋然性」の証明である。しかし、かかる蓋然性の内容は通常の立証基準よりも厳格なものであり、証明は「強力かつ説得力あるもの」でなければならぬのである。

以上のことから、カナダ最高裁は人権保障をより確実なものとする為の諸法理を確立しつつあると解することができる。

5 カナダにおける違憲審査の方法を歴史的に概観すると、違憲審査に対するカナダ最高裁判所の姿勢及びアプローチの方法が、一九七〇年代後半以降、極めて重要な変化をとげつつあることに気がつく。憲法の柔軟的で発展的な解釈方法、違憲審査における事実問題に対する積極的態度、後述する憲法判例の変更に對する柔軟な態度、当事者適格の要件の緩和等々は全て一九七〇年代後半から発展してきたものである。さらに、人権憲章制定後の人権保障に対するカナダ最高裁の積極的態度は特に注目し値する。これら、司法による革新的で創造的な機能及び人権保障機能の発展は、カナダ国民がカナダ最高裁判所に對

して有していた新たな期待感を、カナダ最高裁が理解しその期待に添うよう自己変革した結果であると解することができる。⁽⁴⁾かかる国民の期待感の中でも、特に一九八二年の人権憲章制定の意義は極めて重大であると思われる。⁽⁵⁾

かかる司法による創造的な人権保障機能は、今後、カナダにおける違憲審査制度に少なからず影響を与えるものと予想される。⁽⁶⁾

カナダ最高裁判所は、今や、憲法の番人として又人権の保護者として新たな発展をとりつつあるのである。⁽⁶⁾

以上で、カナダにおける違憲審査の方法に関する考察を終える。次章ではかかる違憲審査の方法を規定している違憲審査の理論につき検討を加えていく。

- (1) J. Snell and F. Vaughan, *The Supreme Court of Canada, History of the Institution* (1985), at Preface xi.
- (2) [1976] 2 S.C.R. 373, 68 D.L.R. (3d) 452.
- (3) 本稿第二部第三章第三「五節参照。
- (4) Snell, Vaughan, *supra*, note 1, at 214-258.
- (5) *Id.*, at 251.
- (6) *Id.*, at preface xiv, at 233-258.

The Characteristics of Constitutional Review in Canada (2)

Masatoshi SASAKI*

Part II. Characteristics of Constitutional Review.

Chapter 1. Procedural and Institutional Characteristics of Constitutional Review.

- (1) Constitutional Review and the Separation of Powers.
- (2) Special Procedures to Litigate Constitutional Issues.
- (3) Constitutional References.
- (4) Summary.

Chapter 2. Techniques of Constitutional Review.

- (1) General Tendency of Constitutional Interpretation.
- (2) Constitutional Review on Federal Grounds.
- (3) Constitutional Review on Charter Grounds.
- (4) Proof of Facts in Constitutional Review.
- (5) Summary.

(To be continued.)

* * *

Part II of this article examines the characteristics of constitutional review in Canada from two aspects, that is 1) procedural and institutional feature, 2) technical feature.

Chapter 1.

The system of constitutional review in Canada keeps with the standard pattern of the United States, not with the pattern of a special constitutional court as in some European countries. Canada, however, has supplemented the normal procedures of the common law with provisions intended to speed up the solution of constitutional issues, while at the same time guaranteeing a more adequate consideration of the rights of all concerned.

*LL. M. University of Hokkaido.

The risk of constitutional issues being resolved by courts without argument from the interested government has been reduced by rules adopted in most provinces requiring the party raising a constitutional issue to give notice to the Attorney-General of the government of the jurisdiction which enacted the statute, and allowing the Attorney-General to intervene in the proceedings. In the Supreme Court of Canada, a similar rule requires notice to be given to all eleven Attorneys-General.

In some provisions of Canada, it is possible to shorten the time necessary to secure the Supreme Court's definitive rulings on a constitutional issue in civil procedure. The Supreme Court of Canada Act authorizes the provincial legislatures to provide that any suit in which the parties by their pleadings have raised the question of the validity of a federal or a provincial statute, and in the opinion of the trial judge the question is material, may be transferred to the Supreme Court of Canada. The Supreme Court of Canada then hear argument and rule on this constitutional question only, remanding the case to the trial court for completion in the right of its ruling.

Some provisions of Canada have specifically provided that when it is suspected that a provincial statute exceeds the jurisdiction of the provincial legislature and invades that of the federal Parliament, the Attorney-General of Canada may bring a suit in a provincial court against the Attorney-General for the province to secure a declaratory judgment as to its validity. In the alternative, the suit may be brought by the Attorney-General for the province against the Attorney-General of Canada. The Ontario Act is equally applicable to federal legislation. These statutes make it unnecessary to wait to settle the issue until a dispute arises between private individuals or corporations, or between the government and private persons or corporation. This type of procedure can be described as "Abstract Constitutional Review" or "Abstract Norm Control".

From the very first, the Supreme Court of Canada Act has provided for advisory opinions at the request of the Governor in Council. Its principal use has been to refer questions as to the constitutional validity of federal or provincial statutes or bills under discussion. Each of the provinces has copied this procedure, authorizing its Lieutenant-Governor in Council to submit any matter he thinks fit to the provincial court of appeals, with an appeal to the Supreme Court of Canada. Even though it was acknowledged that advisory opinions are not part of judicial function, Canadian courts accepted advisory opinions.

One of the reasons is that there is no general "separation of powers" in the Constitution Act, 1867. The Act does not separate the legislative, executive and judicial functions and does not insist that each branch of government exercise only "its own" function. Either the Parliament or the Legislatures may by appropriate legislation confer non-judicial functions on the courts and may confer judicial functions on bodies which are not courts.

Chapter 2.

In Canada distribution of legislative power between the federal Parliament and the Provincial Legislatures is mainly set out in s. 91 and 92 of the Constitution Act, 1867. Both sections use a distinctive terminology, giving legislative authority in relation to "matters" coming within "classes of subjects". This terminology emphasizes and helps to describe the two steps involved in the process of constitutional review: the first step is to identify the "matter" of challenged law (the characterization of challenged law); the second step is to assign the matter to one of the "classes of subjects" (the interpretation of the power-distributing provisions of the Constitution).

Section 1 of the Charter guarantees the rights and freedoms set out in the Charter, but makes clear that they are not absolutes: they are subject "to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". Section 1 of the Charter contemplates that constitutional review of legislation under the Charter should proceed in two stages. In the first stage, the court must decide whether the challenged law has the effect of limiting one of the guaranteed rights. If the challenged law does have this effect, the second stage is reached: the court must then decide whether the limit is a reasonable one that can be demonstrably justified in a free and democratic society. The first stage involves the interpretation and application of provisions of the Charter that define the guaranteed rights. The second stage involves the interpretation and application of s. 1 of the Charter.

In constitutional cases, there are often factual issues which have to be determined by the court. In Canada, until recently, there has been no developed theory on how, or to what extent, facts should be introduced in constitutional cases. However, since the middle of 1970's, courts have been developing theory as to proof of facts in constitutional review.

(To be continued)