



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	カナダにおける違憲審査制度の特徴（下・完）
Author(s)	佐々木, 雅寿; SASAKI, Masatoshi
Citation	北大法学論集, 39(4), 285-372
Issue Date	1989-02-10
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16645">https://hdl.handle.net/2115/16645</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	39(4)_p285-372.pdf



# カナダにおける違憲審査制度の特徴（下・完）

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
  - 第二章 裁判所制度（以上第三十九卷二号）
- 第二部 違憲審査制度の特徴
  - 第一章 違憲審査制度の系統的・制度的特徴
  - 第二章 違憲審査の方法（以上三十九卷三号）
  - 第三章 違憲審査の理論
    - 第一節 憲法判断回避の原則

第二節 合憲性推定の原則

第三節 先例拘束性の原理と憲法判例の変更可能性

第四節 違憲判決の効力と方法

第五節 憲法上の争点を提起する当事者適格

第六節 司法判断適合性

第七節 違憲審査と議会制民主主義

第八節 本章のまとめ

## 結論

## 第二部 違憲審査制度の特徴

### 第三章 違憲審査の理論

#### 第一節 憲法判断回避の原則

##### 第一項 人権憲章制定以前

##### 一 憲法判断回避の原則の確立

人権憲章が制定される以前、憲法上の争点に関する判断をすることなく事件の解決が可能な場合には、裁判所は憲法問題の

判断を回避すべきである、という原則が判例により確立されていた。同様に、憲法上の争点に関する判断が事件を解決する上で必要な場合でも、裁判所は目前の具体的事件を解決する為に必要な以上の憲法判断をすべきではない、との原則も確立されていた。<sup>(1)</sup>

後者の原則、すなわち、目前の具体的事件を解決する為に必要な憲法判断を回避すべきであるとの原則は、一八八一年の *Citizens Ins. Co. of Canada v. Parsons* ; *Queens Ins. Co. v. Parsons* 事件判決<sup>(2)</sup>において、枢密院司法委員会により初めて示された。本件における争点は、保険契約の規制は連邦または州のいずれの立法権限事項に該当するか、であった。枢密院司

法委員会は具体的争点を判断する前に、憲法判断に関する以下のような一般原則を示した。すなわち、連邦・州間の立法権限配分に関する憲法判断という「困難な責務を遂行する際、目的の具体的問題を解決する為に必要とされない憲法解釈をできる限り行わずに、『目前の』事件で生じている各争点を判断することとは、裁判所にとり賢明なことである」と。<sup>(3)</sup>

かかる原則は、一八八三年の *Hodge v. The Queen* 事件判決<sup>(4)</sup>において、枢密院司法委員会により再度確認されている。同司法委員会は、前述 *Parsons* 事件で説示された一般原則を引用し、目前の事件を解決する為に必要とされない憲法判断を回避すべきことを明示的に示している。<sup>(5)</sup>

さらに、一九一四年の *John Deere Plow Co. v. Wharton* 事件<sup>(6)</sup>において、枢密院司法委員会は以下のように説示した。すなわち、英領北アメリカ法（一八六七年憲法）は政治的合意により制定されたものであり、立法権限配分に関する第九一、九二条の意味および範囲につき、網羅的に定義することは賢明ではないと。また、同司法委員会は、前述 *Parsons* 事件において説示された一般原則に従うべきことに関し、以下のように述べている。具体的事件において「市民的権利（第九二条一三項）」という文言の意味内容を決定する場合、事件の解決に不必要な憲

法判断を回避することは、特に重要なことである。かかる文言を具体的事実状況に基づかず一般に定義することは不可能であるのみならず、それは将来正義に反する可能性を有している。特に、ある事項が連邦および州双方の立法権限に属する可能性を有している場合、問題となっている法律が具体的事実関係においていかなる性質を有するかを検討しなければならぬ。かかる検討は具体的事件の事実関係においてのみ可能である。<sup>(8)</sup> このような理解に基づき、枢密院司法委員会は当該事件において、事案の解決に必要な争点のみに判断を下している。<sup>(9)</sup>

これら枢密院司法委員会の判例により、目前の具体的事件を解決する為に必要とされない憲法判断は回避されるべきである<sup>(10)</sup>との原則が確立された。この原則は、その後、他の判例によっても採用されている。

憲法上の争点に関する判断をすることなく事件の解決が可能の場合、裁判所は憲法問題の判断を回避すべきである、との原則を直接明示している判例を、*Strayer* 博士は引用していない。しかし、かかる憲法判断回避の原則が、判例上確立していると同博士は述べている。<sup>(11)</sup> *Shape* 教授も同様の見解を採っている<sup>(12)</sup>。この二人の見解は、目前の具体的事件を解決する為に必要とされない憲法判断は回避すべきである、との一般原則により

正当化されうる。なぜなら、かかる一般原則は、特定の事件を解決する際、憲法判断が必要とされない場合には、憲法判断を回避し、憲法以外の理由に基づき事件を解決すべきことを要請しているからである。

## 二 憲法判断回避の原則の適用実態

憲法判断回避の原則が判例上確立していることは、すでに述べた通りである。しかし、かかる原則の実際上の適用を分析すると、いくつかの判例が憲法判断を回避できる場合<sup>(13)(14)</sup>においても、憲法上の争点につき判断を下している。

この点に関する特に注目すべき判例として、一九四一年の *Provincial Secretary of P. E. I. v. Egan* 事件<sup>(15)</sup>が挙げられる。本件の被告である Egan は、飲酒運転を禁止しているカナダ刑法典二八五条四項(b)に違反したことを理由に、一九三九年一月二〇日、有罪判決を受けた。当該有罪判決の結果、プリンス・エドワート・アイランド州道路交通法八四条一項の規定により、Egan の運転免許が二カ月間停止された。一九四〇年五月二八日、Egan は運転免許証の申請を行った。しかし、州務長官 (provincial secretary) は同申請を拒否した。そこで Egan は郡裁判所に提訴した。同裁判所は、Egan に運転免許証を交付

するよう、州務長官に対し命令を出した。この命令に対し、州務長官はプリンス・エドワード・アイランド州最高裁判所に上訴した。主な上訴理由は、郡裁判所が前述の命令を出す管轄権を有していない、というものであった。州最高裁はかかる上訴理由を受け入れず、上訴を棄却した。続いて州最高裁は、同州道路交通法八四条一項が州の立法権限逾越<sup>(16)</sup>か否かの問題に検討を加えることは当該事件の解決の為に不必要なことではあるが、判断を下すべきであると述べている。結局、当該州法は州の立法権限逾越であると判断された。そこで州務長官は、カナダ最高裁判所に上訴した。憲法問題が提起されている為、プリンス・エドワード・アイランド州法務総裁が訴訟参加し、オンタリオ州および連邦の法務総裁が法廷で意見陳述を行なう許可を得た。

カナダ最高裁の Rinfret 裁判官 (Crockett および Kerwin 裁判官同調) は、郡裁判所が前述の命令を出す管轄権を有していないと判示した。さらに Rinfret 裁判官は、「本件判決に必要な他の点に関し意見を述べることを慎むべきである」と述べている。しかし同裁判官は、プリンス・エドワード・アイランド州最高裁判所が同州道路交通法八四条一項を州の立法権限逾越であると判示した事実を指摘し、以下のように述べている。

すなわち、「かかる憲法問題に対し」[州最高裁が]判断を下した為、プリンス・エドワード・アイランド州法務総裁により本件上訴がなされ、かつ、連邦およびオンタリオ州の法務総裁が訴訟参加を許可されたのである。州最高裁のかかる法廷意見は重要かつ広範な影響力を有すること、さらに、同法廷意見は附随的意見ではあるが、プリンス・エドワード・アイランド州のみならず他の州の立法権限に関する法理論に対し影響を及ぼす可能性を有していることが、当裁判所に対し示された。それ故、かかる憲法問題に対し当裁判所が意見を述べることは、望ましいことであると思われる<sup>(19)</sup>。こう述べた後、Rinfret裁判官は当該憲法問題に検討を加え、問題となっている州法は州の立法権限内の立法である旨判示した<sup>(20)</sup>。

Taschereau 裁判官は当該事件を解決する上で憲法判断を行う必要性がないことを認識しつつも、当該憲法問題に関し判断を下している。Duff 長官および Hudson 裁判官は、躊躇することなく憲法判断を行っている。

前述 Rinfret 裁判官の意見からすると、事件を解決する上で直接必要のないものであっても特に重要な憲法問題に対しては、カナダ最高裁は判断を下すべきである、という立場を最高裁が採っているように解される。

以上のように、人権憲章制定以前に確立された憲法判断回避の原則は、実際上の運用においては必ずしも厳格に適用されているわけではないことが理解される。

## 第二項 人権憲章制定以後

### 一 憲法判断回避の原則の維持

人権憲章制定以前に確立された憲法判断回避の原則は、人権憲章に関する訴訟 (Charter Litigation) においても維持されている<sup>(24)</sup>。一九八四年の *L. S. U. C. v. Skapinker* 事件<sup>(25)</sup>において、カナダ最高裁の法廷意見を書いた Estey 裁判官は、本件で問題となっているオンタリオ州法曹法<sup>(26)</sup>二八条C項の規定が人権憲章第六条二項(b)に違反しないと判示した後、以下のように述べている。すなわち、本件においては、問題となっている法規が、人権憲章第一条により正当化されるか否かの判断を下す必要がない。「我々の憲法における人権憲章の発展は、必然的に慎重な過程により行われなければならない。裁判所に提起された争点を解決する為に、新しい人権憲章の規定に対する註解が強く要請される場合でなければ、いかなる註解も行われてはならない<sup>(27)</sup>」。このように、カナダ最高裁は人権憲章に関する訴訟においても憲法判断回避の原則を採用している<sup>(28)</sup>。

いくつかの下級審判例の中にも、憲法判断回避の原則に言及し、それを採用するものもある。<sup>(29)</sup>

さらに、法律を無効と判断する際、憲法上の立法権限配分規定の違反を理由とするか、または、人権憲章の違反を理由とするかに関し選択の余地がある場合、前者の理由を採るべきことがいくつかの下級審判例により説示されている。<sup>(30)</sup>この立場は、事件を解決する上で必要とされない憲法判断を回避すべきである、との一般原則と一致するものと思われる。<sup>(31)</sup>なぜなら、立法権限配分規定の違反を理由に無効とされた法律は他のレベルの議会によって有効に制定されうるが、ある法律が人権憲章の違反を理由として無効とされた場合、かかる法律は連邦および州のいずれの議会によっても有効に制定されることは許されないからである。

以上のように、人権憲章制定以前に確立された憲法判断回避の原則は、人権憲章制定以後も維持されている。さらに、法律を無効とする場合、人権憲章の違反を理由とするより、立法権限配分規定の違反を理由とする方を可能な限り選択すべきである、との原則が下級審判例の中で発展しつつある。

## 二 憲法判断回避の原則の適用実態

憲章訴訟においても憲法判断回避の原則が採用されていることは、既に述べたとおりである。しかし、実際上の適用においてはかかる原則が厳格に守られているわけではない。<sup>(32)</sup>

前述 *Stapinker* 事件判決<sup>(33)</sup>において憲法判断回避の原則を説示した *Estey* 裁判官は、そのすぐ後で以下のように述べ、かかる原則が厳格な要請ではないことを示唆している。すなわち、「附随的意見による指導及び争点を事前に判断することがカナダの共同体、特に、憲法の発展過程に寄与する場合も存する。このような場合、裁判所は目前の争点を解決する為に要請されていないものまでも判断し、判決理由を広げることもありうる」<sup>(34)</sup>。このように述べた後 *Estey* 裁判官は、本件事件を解決する上で直接必要とされていない事項、すなわち、人権憲章第一条に基づく審査で要請されている証拠の種類についての重要な考察を行っている。<sup>(35)</sup>

このようにカナダ最高裁は、「憲法の発展過程に寄与する」ような人権憲章上の争点に関し、たとえそれが目前の事件を解決するために必要とされていない場合においても意見を述べるべき<sup>(36)</sup>と示している。このような傾向は下級審判例の中にもいくつか見ることができ、「人権憲章上の争点に関し

何か意見を述べることに對する誘惑が、抵抗しようのないものである」<sup>(37)</sup>ことが理解される。

以上のように、憲章訴訟においても憲法判断回避の原則が適用される。しかし、裁判所はかかる原則を厳格には適用していないことがうかがわれる。<sup>(38)</sup>

### 第三項 本節のまとめ

1 カナダにおける憲法判断回避の原則は、(1)目前の具体的事件を解決する際、憲法上の争点につき判断を下す必要がない場合には、憲法判断を回避すべきである、(2)憲法判断をする場合、目前の争点を解決する上で直接関係のない不必要な憲法判断は回避すべきである、という二つの内容を有している。かかる原則は人権憲章に関する憲法判断を行う場合にも適用される。

法律を無効とする際、人権憲章に違反することを理由とすることより、立法権限配分規定に違反することを理由とすることとをできる限り選択すべきである、との原則が、下級審判例の中で発展しつつある。この点に関するカナダ最高裁の判例が待たれる。

2 憲法判断回避の原則は、常に厳格に守られてきたわけでは

ない。カナダ最高裁は、(1)特に重要な憲法問題、(2)憲法の発展過程に寄与するような憲法問題に関し、それが目前の事件を解決する上で直接必要とされていない場合であっても意見を述べる傾向がある。

3 カナダ最高裁は憲法判断回避の原則に関する厳格な定式化を避けているように思われる。<sup>(39)</sup>

4 一般にカナダの裁判所は積極的に憲法判断を行う傾向を有している、<sup>(40)</sup>と言われている。それはカナダにおいて司法権の役割につき憲法上の制限が存していないこと、<sup>(41)</sup>ならびに、裁判所が憲法保障における自身の役割を寛大に捉えていることにより生じる現象であると解される。<sup>(42)</sup>

5 従って、カナダにおける憲法判断回避の原則は憲法上の要請から生じるものではなく、それは実際上 (practical) の理由もしくは機能的な理由に基づく司法の自己抑制的なものである<sup>(43)</sup>と理解することができるであろう。

- (1) R. Sharpe, "Mootness, Abstract Questions and Alternative Grounds: Deciding whether to Decide," in Sharpe (ed.), *Charter Litigation* (1987), at 342. B. Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts*,

- The Function and Scope of Judicial Review* (2nd ed. 1983), at 182.
- (2) (1881), 7 App. Cas. 96 (P. C.).
- (3) *Id.*, at 109.
- (4) (1883), 9 App. Cas. 117 (P. C.).
- (5) *Id.*, at 128.
- (6) (1914), 18 D. L. R. 353 (P. C.).
- (7) 本稿第二部第二章第二節三項五(『北大法字論集』三九卷三頁一七二頁以下) 参照。
- (8) *Supra*, note 6, at 358-359.
- (9) Strayer. *supra*, note 1, at 183.
- (10) *A. G. Ont. v. Winner*, [1954] A. C. 541; *Winner v. S. M. T. (Eastern) Ltd.*, [1951] 4 D. L. R. 529.; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] 2 D. L. R. 81; *Reference re Anti-Inflation Act* (1976), 68 D. L. R. (3 d), 452; *C. N. R. v. Williams*, [1978] 1 S. C. R. 1092.
- (11) Strayer, *supra*, note 1, at 182.
- (12) Sharpe, *supra*, note 1, at 342.
- (13) Strayer, *supra*, note 1, at 184.  
Sharpe, *id.*, at 344.
- (14) *E.g. Smith v. A. G. Ont.*, [1924] 3 D. L. R. 189; *Calder v. A. G. B. C.* (1973), 34 D. L. R. (3 d) 145 per Judson J.; *Denison Mines Ltd. v. A. G. Can.* (1973), 32 D. L. R. (3 d) 419 (H. C.); *Labatt Breweries Ltd. v. A. G. Can.* (1980), 110 D. L. R. (3 d) 594. per Ritchie J.
- (15) [1941] 3 D. L. R. 305.
- (16) [1941] 1 D. L. R. 291-.
- (17) [1941] 3 D. L. R. at 314-316.
- (18) *Id.*, at 318.
- (19) *Id.*, at 318-319.
- (20) *Id.*, at 319-323.
- (21) *Id.*, at 324-325.
- (22) *Id.*, at 307-311.
- (23) *Id.*, at 323-324.
- (24) Sharpe, *supra*, note 1, at 342.
- (25) [1984] 1 S. C. R. 357.
- (26) Law Society Act. R. S. O. 1980, c. 233.
- 同法二八条七項は、オンタリオ州の法曹となる為の資格としてカナダの市民であることを要請している。本件では、同条の規定が移民の権利を保障する人権憲第六条

二項(d)に違反するかが争点となった。

- (27) [1984] 1 S. C. R. at 383.
- (28) See also *Skote-Graham et al. v. The Queen*, [1984] 1 S. C. R. 106.
- (29) Sharpe, *supra*, note 1, at 343. See cases cited in Sharpe.
- (30) *Id.*  
*Re Koumaudouros et al. and Metro, Toronto* (1985), 52 O. R. (2 d) 442 (C. A.).; *Re Information Retailers Assn. of Metro. Toronto Inc. and of Metro. Toronto* (1984), 48 O. R. (2 d) 290 (Div. ct.); denied by Court of Appeal (1985), 52 O. R. (2 d) 449.  
 See also. *Westendorp v. The Queen*. [1983] 1 S. C. R. 43.
- (31) Sharpe, *id.*, at 343-344.
- (32) *Id.*, at 344.
- (33) *Supra*, note 24.
- (34) *Id.*, at 383.
- (35) *Id.*, at 383-.
- (36) *E. g. Re Boudreau and Lynch* (1984), 66 N. S. R. (2

d) 271 (N. S. C. A.); *Re Bowles and Post et al.* (1985), 16 D. L. R. (4 th) 591. (B. C. S. C. ); *Nightengale Galleries Ltd, v. Dir, of Theatres Branch* (1985), 48 O. R. (2 d) 21 (Co. Ct.).

- (37) Sharpe, *supra*, note 1, at 344.
- (38) *Id.*
- (39) *Id.* at 345.  
 Strayer, *supra*, note 1, at 193.
- (40) Strayer, *id.*
- (41) 本稿第二部第一章第一節(『北大法學論集』三九卷三号  
 一一八頁以上)参照。
- (42) Strayer, *supra*, note 1, at 181-182.
- (43) *Id.*, at 193. 212.

## 第二節 合憲性推定の原則<sup>1)</sup>

### 第一項 概要

カナダにおいて合憲性推定の原則が学説上本格的に議論されたのは、おそらく一九八〇年に発表された Magnet 教授の論

文が初めてであろう。<sup>(2)</sup> 当該論文で議論された合憲性推定の原則は、一八六七年憲法、特に、連邦・州間の立法権限配分規に關するものであった。

その後一九八二年に人権憲章が制定され、カナダ憲法に新たな次元が創造された。特に、人権憲章第一条の規定は立証責任に關する新たな法理を形成し、<sup>(4)</sup> 既存の合憲性推定の原則に変化を与えつつあるように思われる。

そこで本稿では、一八六七年憲法、特に、立法権限配分規定に關する合憲性推定の原則と人権憲章に關する当該原則とを分けて検討していく。

## 第二項 立法権限配分規定に關する合憲性推定の

### 原則<sup>(5)</sup>

#### 一 概要

“*Omnia praesumuntur solemniter esse acta*” (全ての行為は正しく行われたと推定される)。(この法格言同様、全ての法律は憲法上有効であるとし、*prima facie*) 推定される、<sup>(6)</sup> というのが合憲性推定の原則である。Strayer博士は、かかる原則が法的側面と事後的側面の二つの側面を有していると説明している。<sup>(6)</sup> この合憲性推定の原則が有する二面性は、違憲審査が法律

問題及び事実問題の二つの側面から行われることに対応していると解せられる。

前述のように、<sup>(7)</sup> カナダにおける違憲審査は、従来、事実問題をほとんど考慮することなく法律問題のみを抽象的に審査してきた。この場合問題となるのは法的側面における合憲性推定の原則のみである。しかし、一九七〇年代後半からカナダ最高裁が事実問題に積極的に取り組むようになったため、事実的側面における合憲性推定の原則が重要視されるようになってきた。そこで以下では、合憲性推定の原則が有する二つの側面をそれぞれ独立に検討していく。<sup>(8)</sup>

## 二 法律問題における合憲性推定の原則

法律問題における合憲性推定の原則は、カナダ最高裁の *Fautoux* 裁判官が述べた以下の言葉により説明される。すなわち、「立法府は自らを自己の権限内に制限する誠実な (*bona fide*) 意図を有している」という法の推定 (*presumptio juris*) が存する。<sup>(9)</sup> かかる法の推定は、カナダ憲法上確立された法理となつている。<sup>(10)</sup>

法律問題における合憲性推定の原則は、次のような立法府の意図及び目的に關する側面を有している。すなわち、反対の証

明がない限り、立法府は不法な目的を有することなく正当な目的に基づき法律を制定し、さらに、立法府は自己の法的及び地理的立法権限内に自らを限定することを意図していたということとを、裁判所が一応推定するということである。<sup>(11)</sup>

さらに、かかる原則は、「制定法の解釈が公正に見て二通り可能であり、その一方が当該法律を立法権限内のものとし、他の一方が逆の結果をもたらす場合、前者の解釈を採用すべきである」という合憲限定解釈の手法を要請している。<sup>(12)</sup>

このような内容を有する法律問題における合憲性推定の原則は、後述する合憲限定解釈 (reading down)<sup>(14)</sup> の手法及び分離 (severance)<sup>(15)</sup> の手法と深く関連している。<sup>(16)</sup>

以上のように、法律問題における合憲性推定の原則は、(1) 立法府が自己の権限内で立法活動を行っている、という立法府の意図及び目的に関する法的推定、ならびに、(2) 法律は憲法上有効な意味内容を有している、という法的推定の二つの内容を有しているとして理解することができる。そして、かかる原則は、合憲限定解釈の手法により裁判所により適用されている。

### 三 事実問題における合憲性推定の原則

事実問題における合憲性推定の原則は、法律の合憲性を支え

る事実的条件である立法事実が全て存在していることを一応推定する、というものである。かかる原則はカナダ最高裁の判例により承認されている。<sup>(17)</sup> この立法事実に関する推定は、ある事実の存在が不可欠の前提条件である国家的非常時に連邦議会の立法権限等が行使された場合、その前提条件としての立法事実が存在していたことを一応推定する。<sup>(18)</sup> また、事実問題における合憲性の推定は、問題となつて法律の効果が憲法上有効な範囲内に限定されている、という事実の推定を意味する。<sup>(19)</sup>

合憲性推定の原則により立法事実の存在が一応推定されることは、すでに述べた通りである。しかし、立法事実の存在を推定することが不合理な場合、立法事実の推定は否定されると解するのが相当であろう。<sup>(20)</sup>

### 四 立証責任

立法権限配分に関する違憲審査において、法律の合憲性を争う者はその立証責任を負う。<sup>(21)</sup> 法律問題における合憲性推定の原則の下では、裁判所は合憲限定解釈の手法を用いるため、合憲性に関する法的推定を覆すことは極めて困難であろう。従つて、法律の合憲性を争う者は、實際上、立法事実の存在を否定することを立証する責任を負っていると理解することができる。<sup>(22)</sup>

法律の合憲性を争う者が立法事実の不存在を立証するために裁判所に提出する「証拠は、明白なもの (Clear and unmistakable) でなければならぬ」<sup>(23)</sup>。それとは逆に、政府側は立法事実が存在していたと判断したことは「合理的根拠 (rational basis)」が存在していたことを証明すれば、法律の合憲性を立証することができる<sup>(24)</sup>と解せられる。従って、法律の合憲性を争う者は、立法事実が存在したとする政府側の判断には明らかに合理的根拠がないことを立証する責任を負っているのである<sup>(25)</sup>。

以上で、立法権限配分規定に関する合憲性推定の原則についての考察を終える。次項では人権憲章に関する合憲性推定の原則につき検討する。

### 第三項 人権憲章に関する合憲性推定の原則

#### 一 概要

人権憲章第一条は、次のように規定している。

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うる合理性を有し、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。

この規定に基づき、人権憲章に関する違憲審査は、(1) 権利制

限の確定、(2) 権利制限の正当性の確定、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権利の制限の存在を主張する者が立証責任を負う。その場合の立証基準は、通常の民事事件と同様「優勢な蓋然性 (preponderance of probability)」の証明である。それに対し、第二段階において権利制限の正当性を主張する者 (政府側) は、当該権利制限が合理的制限であることを立証する責任を負う。その場合の立証基準は厳格なものであり、「強力かつ説得力ある」証明が要求される<sup>(26)</sup>。

かかる立証責任の転換に鑑みると、人権憲章に関する違憲審査の第一段階においては法律の合憲性が推定され、逆に第二段階においては違憲性の推定がなされる、と理解することが可能であろう。しかし、この点に関しては明確な判例法理がいまだ形成されていない。そこで以下では、Strayer 博士の学説に従い考察を進めていく。

#### 二 権利制限の確定段階における合憲性推定の

##### 原則

Strayer 博士は、権利制限を確定する段階においては法律問題における合憲性の推定が働き、その逆が証明されない限り法律は合憲と推定される<sup>(27)</sup>、と述べている。さらに、同博士はこの

段階において事実問題における合憲性の推定も働く可能性を示唆している。<sup>(28)</sup>

それに対し、Hogg教授は権利制限を確定する段階においても合憲性推定の原則が適用されない可能性を示唆している。<sup>(29)</sup>

人権保障をより確実なものとするために人権憲章が制定されたことに鑑みると、権利制限を確定する段階において強度な合憲性の推定をすることは妥当ではないであろう。しかし、この段階において権利制限の存在を主張する者が立証責任を負うことからすると、ある程度の合憲性推定が働いていると解することが相当である。

### 三 権利制限の正当性確定段階における合憲性推定の原則

Stayer博士は、法律問題における合憲性推定がこの段階では働かず、権利制限の正当性を主張する者が立証責任を負う、と説明している。<sup>(30)</sup> さらに、同博士は、この段階において事実問題に関する合憲性推定の原則も適用されず立法事実の存在は推定されない、と述べている。<sup>(31)</sup>

Hogg教授も同様に、権利制限の正当性を確定する段階において合憲性推定の原則が適用されない、と主張している。<sup>(32)</sup>

この段階においては権利制限の正当性を主張する者が立証責任を負い、その立証の基準は厳格なものである、という判例法理からすると、Stayer博士及びHogg教授の説は妥当なものであると解される。さらに、権利制限の正当性を証明する基準が厳格であることからすると、この段階において法律の違憲性が推定されていると理解することができる。<sup>(33)</sup>

以上のように、人権憲章に関する違憲審査の第一段階（権利制限の確定）においては合憲性推定の原則が適用され、第二段階（権利制限の正当性の確定）においては違憲性の推定が働くのである。このことをうけて、第一段階と第二段階においては立証責任が転換されるのである。各段階における合憲性または違憲性推定の程度に関しては、今後の判例法理の形成が待たれる。

### 第四項 本節のまとめ

1 カナダにおける合憲性推定の原則は、(1)法律問題における合憲性推定、(2)事実問題における合憲性推定、の二つのカテゴリーに分類することができる。

法律問題における合憲性推定の原則は、(1)立法府は自己の権限内で立法活動をしている、という立法府の意図、目的に関する

る法的推定、(2)法律は憲法上有効な意味内容を有している、という法的推定をその内容として有している。かかる原則は裁判所が合憲限定解釈の手法を用いることにより適用される。

これに対し、事実問題における合憲性推定の原則の下では法律の合憲性を支える立法事実の存在が推定される。

2 立法権限配分規定に関する違憲審査においては、法律問題及び事実問題それぞれに関して合憲性推定の原則が適用される。そのため、法律の合憲性を立法権限配分規定との関係で争う者が、立証責任を負う。その場合、法律の合憲性を争う者は、立法事実が存在していたとする立法者の判断には明らかに合理的根拠がないことを証明しなければならないのである。

3 人権憲章に関する違憲審査の第一段階(権利制限の確定)においては、前に述べた二種類の合憲性推定の原則が適用され、逆に、第二段階(権利制限の正当性の確定)においては、違憲性の推定がなされる、と解される。従って、立証責任が第二段階で転換される。

4 かかる合憲性推定の原則が違憲審査において実際如何なる効果を発揮しているかは、明確ではない<sup>(34)</sup>。従って、合憲性推定の原則に基づき違憲判決を出すことが抑制されている、と直ちに結論づけることはできないと解される<sup>(35)</sup>。

- (1) カナダにおけるこの点についての最も網羅的研究として J. Magnet, "The Presumption of Constitutionality" (1980), 18 *Osgoode Hall L. J.* 87. がある。その他 B. Strayer, *The Canadian Constitution and The Courts, The Function and Scope of Judicial Review* (2nd, ed., 1983), at 224-226, 256-257, P. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd, ed., 1985), at 99, 324-325, 327, 681-682, D. Gibson, *The Law of The Charter : General Principles* (1986), at 56-62 参照。
- (2) Magnet, *id.*
- (3) Hogg, *supra*, note 1, at 324.
- (4) 本稿第二章第三節(『北大法学論集』三九卷三号 一九〇頁以下)参照。
- (5) 人権憲章制定以前、カナダにおいて合憲性推定の原則が認識されてきたのは、主に、立法権限配分に関する憲法事件においてである。Strayer, *supra*, note 1, at 225.
- (6) Strayer, *id.*, at 225.
- (7) 本稿第二章第一節及び第四節(『北大法学論集』三九卷三号一六三頁以下および二〇〇頁以下)参照。
- (8) Strayer 博士は、合憲性推定を、法律問題と事実問題の

二つに分けて議論を進めている。*id.*, at 224-256. 本稿は、同博士の分類に従った。Magnet 教授は、合憲性の推定を、立法者意思 (legislative intent) の問題と、事実の問題とに分け、さらに、それとは別の合憲性推定の原則のカテゴリーとして、合憲限定解釈の手法を、それぞれ別々に考察している。Magnet, *supra*, note 1.

筆者の分類においては、立法者意思の問題及び合憲限定解釈の問題は、法律問題のカテゴリーに入れている。

- (9) *Reference re Farm Products Marketing Act (Ont)* [1957] S. C. R. 198, at 255, 7 D. L. R. (2d) 257, at 311.
- (10) Magnet, *supra*, note 1, at 98.
- (11) *Id.*  
Strayer, *supra*, note 1, at 224-225.
- (12) *Mckay v. The Queen*, [1965] S. C. R. 798, at 804., 53 D. L. R. (2d) 532, at 537, per Cartwright J.
- (13) See also cases cited in Strayer, *supra*, note 1, at 244 footnote 38.
- (14) 本稿第二章第三節第四節参照。
- (15) Hogg, *supra*, note 1, at 325-329.

Gibson 教授は、合憲限定解釈は、合憲性推定の原則から派生するものではなく、それは、立法府の判断に対する司法府の干渉をできる限り少なくすべきである、という裁判所に対する要請により生じているものであると説明している。*supra*, note 1, at 58.

合憲性推定の原則が、立法府の判断をできる限り尊重すべきであるという司法哲学に深く関連している以上、合憲限定解釈を合憲性推定の原則との関連において理解することは、全く論拠を欠くものではないと解せられる。Strayer 博士も Hogg 教授と同じ見解を採っている。*Supra*, note 1, at 225.

- (16) *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S. C. R. 104, 75 D. L. R. (3d) 434; *Montcalm Construction Inc. v. Minimum Wage Commission* (1979), 93 D. L. R. (3d) 641.
- (17) Magnet, *supra*, note 1, at 127.
- (18) *Id.*, at 103-105, 121-128.
- (19) Strayer, *supra*, note 1, at 225, 256-257.
- (20) *Id.*, at 257-258.  
Magnet, *supra*, note 1, at 127.
- (21) Gibson, *supra*, note 1, at 56.

- (22) Magnet, *supra*, note 1, at 131.
- (23) *CIGOL v. Gov't of Sask.*, [1978] 2 S. C. R. 545, at 573, 80 D. L. R. (3d) 449, at 468.
- See also Fort Frances Pulp and Power Co. v. Man. Free Press Co.*, [1923] A. C. 695, at 706, [1923] 3 D. L. R. 629 (P. C.) at 635 ; *Co-operative Committee on Japanese Canadians v. A. G. Can.*, [1947] A. C. 87, at 101-102, [1947] 1 D. L. R. 577, at 585, ; *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S. C. R. 104, at 112, 117, 75 D. L. R. (3d) 434, at 440, 443.
- See also Magnet, supra*, note 1, at 143.
- (24) *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S. C. R. 373, at 470, 68 D. L. R. (3d) 452 at 534. per Beetz J.
- P. Hogg, "Proof of Facts in Constitutional Cases" (1976), 26 *U. T. L. J.* 386. at 396-397.
- (25) *See Magnet, supra*, note 1, at 144.
- (26) 本稿第二部第二章第三節(『北大法学論集』三九卷三号一九〇頁以下)参照。
- (27) Strayer, *supra*, note 1, at 225-227.
- (28) *Id.*, at 257.

- (29) Hogg, *supra*, note 1, at 681.
- (30) Strayer, *supra*, note 1, at 225-227.
- (31) *Id.* at 257.
- (32) Hogg, *supra*, note 1, at 681-682.
- (33) しかしながら、裁判所は、権利制限の正当性を確定する際、両当事者からの証拠が出された場合より、かかる正当性を支持する者からの証拠のみが提出された場合の方が、その正当性を認めやすい傾向を有している、との指摘もある。
- Gibson, *supra*, note 1, at 157-158.
- (34) Strayer, *supra*, note 1, at 225.
- (35) Hogg, *supra*, note 1, at 324-325.
- Hogg教授は、一九七七年から八三年の間に行われた立法権限配分規定に関する違憲審査を分析し、合憲性推定の原則に基づけば、合衆国連邦最高裁であれば合憲判決を出すような法律が、カナダ最高裁により多く違憲判決を受けていることを指摘している。その結果、Hogg教授は、カナダ最高裁が合憲性推定の原則を厳格に適用していないと主張している。

### 第三節 先例拘束性の原理と憲法判例の変更可 能性

カナダにおいては、上級裁判所の先例は下級裁判所を拘束する、という先例拘束性の原理が適用されている。<sup>(1)</sup>一九四九年に枢密院司法委員会への上訴が廃止されるまで、カナダ最高裁判所は枢密院司法委員会の下級裁判所として機能していた。その為、カナダ最高裁は、カナダからの上訴に対する枢密院司法委員会の先例に拘束されていた。<sup>(2)</sup>この時期、カナダ最高裁は「極めて例外的場合」<sup>(3)</sup>以外は自己の先例に拘束される、と説示している。<sup>(4)</sup>

枢密院司法委員会は、自己の先例に拘束されることはない<sup>(4)</sup>と明示的に述べている。しかし、カナダ憲法に関する先例を同司法委員会が明示的に変更したことはない。<sup>(5)</sup>また、カナダ最高裁も、實際上、自己の先例を変更することはしなかった。<sup>(6)</sup>従って、一九四九年以前、カナダ憲法に関する事件に対しては、(1)上級裁判所の先例は下級裁判所を拘束する、(2)上級裁判所の先例は当該裁判所自身を拘束する、という二つの意味を有する先例拘束性の原理が厳格に適用されていたと解することができる。<sup>(7)</sup>

一九四九年以降、カナダ最高裁判所は名実共にカナダにおけ

る最上級裁判所となり、カナダにおける先例拘束性の原理を再評価する自由を得た。<sup>(8)</sup>

一九五七年の *Reference re Farm Products Marketing Act* <sup>(9)</sup> において、カナダ最高裁の Rand 裁判官は、憲法に関する先例を変更する権限をカナダ最高裁が有している旨の意見を述べている。<sup>(10)</sup>一九六六年にイギリスの貴族院が自己の先例を変更することができ旨明示した後、<sup>(11)</sup>カナダ最高裁は、一九六七年に適切な事案において自己の先例を変更する意思のあることを示唆し、<sup>(12)</sup>その後一九七〇年代に入り、実際に自己の先例を変更した。<sup>(13)</sup>さらに、カナダ最高裁は、一九七八年の *Reference re Agricultural Products Marketing Act* <sup>(14)</sup> において枢密院司法委員会のカナダ憲法に関する先例<sup>(15)</sup>を変更した。

以上のように、カナダにおいては一九四九年以前先例拘束性の原理が厳格に守られていた。しかし、一九四九年以降適切な事案において先例が変更されることがあり、当該原理は比較的緩和された状態で適用されていると解することができる。

このように先例拘束性の原理を緩和させることは、特に、憲法判例に関しては妥当性を有すると解される。通常の法律と異なり、憲法の条文を容易に改正することはできず、かつ、そうすべきではない。さらに、国家の基本法としての性質を有する

憲法は長い間の社会的変化に適用できるよう柔軟かつ発展的に解釈されるべきであり、また、憲法を社会的変化に適合的に発展させることは裁判所の役割であるということは、カナダ最高裁自身が認めるところである。<sup>(16)</sup>従って、このような性質を有する憲法についての先例は、適切な場合変更が可能なのであると解すべきであろう。<sup>(17)</sup>

すでに述べたように、現在カナダで採用されている先例拘束性の原理は、憲法判例の変更に関しそれほど厳格なものではない。従って、カナダ最高裁は、適切な場合自己の先例及び枢密院司法委員会の先例を変更することができるのである。

- (1) P. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed, 1985), at 182.
- 鈴木敏和「カナダ法における先例拘束」『立正法学』八巻三・四号（一九七五年）一頁参照。
- (2) Hogg, *id.*
- B. Strayer, *The Canadian Constitution and The Courts, The Function and Scope of Judicial Review* (2nd, ed, 1983), at 29.
- See generally A. Joanes, "Stare Decisis in the

- Supreme Court of Canada" (1958), 36 *Can. Bar Rev.* 175, G. Curtis, "Stare Decisis at Common Law in Canada" (1978), 12 *U. B. C. Law Review* 1.
- 鈴木敏和「カナダ法の形成とカナダ最高裁判所」『立正法学』七巻一〜四号（一九七四年）七頁および同「カナダ法における英国枢密院先例の展開と後退」『立正法学』九巻三・四号（一九七六年）一頁参照。
- (3) *Stuart v. Bank of Montreal* (1909), 41 S. C. R. 516, at 535, Per Duff J. and at 549, per Anglin J.
- (4) *Tooth v. Power*, [1891] A. C. 284, at 292. (P. C. Aust.).
- (5) Hogg, *supra*, note 1, at 184.
- (6) Joanes, *supra*, note 2, at 181-184.
- (7) Curtis, *supra*, note 2, at 1-2.
- (8) Strayer, *supra*, note 2, at 29.
- Curtis, *id.*, at 1.
- (9) (1957), 7 D. L. R. (2d) 257.
- (10) *Id.*, at 271-272.
- (11) See also Joanes, *supra*, note 2, at 175-178.
- Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1

W. L. R. 1234 (H. L.).

田中英夫「イギリスにおける先例拘束性の原理の変更に ついて」『英米法研究—法形成過程』（東京大学出版会・一九八七年）六二頁以下参照。

「からた」イギリスの判例法理論の研究として新井正男

『判例の権威』（中央大学出版部・一九八七年）参照。

(21) *Binnis v. The Queen*. [1967] S. C. R. 594.

(13) *Brant Dairy v. Milk Comm. of Ont.*, [1973] S. C. R.

131 at 152-153; *Pagnette v. The Queen*, [1977] 2 S. C.

R. 189, at 197; *McNamara Construction v. The Queen*,

[1977] 2 S. C. R. 655, at 661; *Keizer v. Hanna*, [1978]

2 S. C. R. 342, at 347; *Vetrovec v. The Queen*, [1982]

1 S. C. R. 811, at 830; *Min. of Indian Affairs v.*

*Ranville*, [1982] 2 S. C. R. 518, at 527.

(14) [1978] 2 S. C. R. 1198, 84 D. L. R. (3d) 257,

(15) *Lower Mainland Dairy Products Sales Adjustment*

*Committee v. Crystal Dairy, Ltd.*, [1933] A. C. 168,

[1933] 1 D. L. R. 82 (P. C.).

(16) *Law Society of Upper Canada v. Skapinker* (1984),

9 D. L. R. (4th) 161, at 167-68; *Hunter v. Southam*

*Inc.* (1984), 11 D. L. R. (4th) 641, at 649.

(17) See *Strayer, supra*, note 2, at 29-30.

*Hogg, supra*, note 1, at 184-185.

#### 第四節 違憲判決の効力と方法

##### 第一項 違憲判決の効力

###### —当初無効の原則—

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り、この憲法の規定に反するいかなる規定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、憲法の最高法規性を明示している。カナダにおいて憲法の最高法規性が憲法の条文により明示的に規定されたのは右規定によるものが初めてである。しかし、憲法の最高法規性は従来からカナダ憲法の基礎的原理であった。<sup>(1)</sup>そのため、一八六七年憲法制定以来、裁判所は憲法に違反する法律を無効にする権限を行使してきた。<sup>(2)</sup>従って、一九八二年憲法第五二条一項はかかる原理を再確認したにすぎないのである。<sup>(3)</sup>

一九八二年憲法で人権憲章が規定されるまで、カナダにおけ

る違憲審査は連邦・州間の立法権限配分に関するものが主であった。立法権限配分に関する違憲審査を行う際、裁判所は「立法権限踰越の法理 (Doctrine of Ultra Vires)」を用いてきた。<sup>(4)</sup> この法理により、憲法の規定に反する法律は当該法律を制定した立法府の「立法権限踰越」である、と判令されてきた。

憲法により付与された立法権限を踰越して制定された法律は、「最初から無効 (nullity from the out set; void ob initio)<sup>(5)</sup>」である。立法権限踰越の法律は、「違憲の法律」であり、それは「法ではない。かかる違憲の法律はいかなる権利も付与せず、いかなる義務も課さない。それはいかなる保護も与えず、いかなる機関も創設しない。法的思考によれば、それは立法されなかったと同様、効力を有さないのである」<sup>(7)(8)</sup>。従って、立法権限踰越の法理を用いた違憲判決の効力は遡及的である。<sup>(9)</sup>

かかる当初無効の原則が採用されているため、いわゆる「将来効判決」はカナダにおいて明示的に採用されたことがない。<sup>(10)</sup>

「カナダの裁判所は、憲法上の規定が憲法自身の力 (its own force) によって作用する」と理解しているので、将来効判決がカナダで採用されることは不可能であろう、と Hogg 教授は指摘している。<sup>(11)</sup> カナダの裁判所は、将来効判決に関する問題を最近まで考慮してこなかったようである。<sup>(12)</sup>

しかし、この点に関する極めて注目すべき判断が、一九八五年カナダ最高裁により出された。マニトバ州の憲法的法律は、全ての法律が英語及び仏語の二カ国語によって制定されなければならない、と規定している。一八九〇年から一九八五年の間に制定されたマニトバ州のほとんど全ての法律は、かかる憲法的法律の規定に違反し、英語のみで制定されていた。そこで、カナダ最高裁は「Reference re Manitoba Language Rights」において、かかるマニトバ州のほとんどの法律を無効と判令した。かかる判決によって生じるであろう法的な無秩序状態を回避するため、カナダ最高裁は以下のような手法を用いた。それは、マニトバ州の憲法的法律が要請するように二カ国語により法律を制定するために「必要とされる最少限度の期間 (the minimum period necessary)」無効と判断された法律は一時的に効力を有する、というものである。カナダ最高裁は、この一時的有効性の根拠を、カナダ憲法の「基本的原理」である法の支配の原理に求めている。

当該事件において、カナダ最高裁は将来効判決の手法を明示的に採用していない。しかし、前述した一時的有効の手法は、将来効判決と類似の効果を有していると解される。

このように、カナダ最高裁は将来効判決の手法を明示的に採

用していない。しかし、同裁判所は、それが適切な場合、憲法適合的な状態を回復するために「必要とされる最少限度の期間」<sup>15</sup> 違憲な法律を一時的に有効なものと看做す、という手法を開発した。将来効判決の手法がカナダにおいて受け入れられるか否かの問題は、今後の判例法理の発展を待つべき分野であろう。

以上述べたように、立法権限踰越の法理を用いた違憲判決は遡及効を有し、違憲と判断された法律は当初無効となる。<sup>16</sup>

立法権限踰越の法理が人権憲章に関する違憲判決に直接適用されるか否かについては、議論のあるところである。<sup>17</sup> つまり、立法権限配分規定に違反したことを理由とする無効と人権憲章違反による無効の法的性質に差異が存するか、存するとすれば如何なる性質の差異か、等の問題がいまだ説明されていない。<sup>18</sup> 今後の判例法理の発展が待たれる。

## 第二項 違憲判決の方法

### 一 概要

カナダにおける違憲審査においても、違憲判決の様々な方法が発展してきた。全部無効、一部無効、及び、合憲限定解釈等がそれである。このような違憲判決の手法は、立法権限配分に関する違憲審査において発展してきたものである。そして、人

権憲章制定後、新たな違憲判決の手法が発展しつつある。<sup>19</sup>

そこで以下では、立法権限配分に関する違憲審査において発展してきた手法を検討し、その後、人権憲章に関する違憲審査における新たな手法の可能性につき検討していく。

### 二 全部無効の手法

連邦・州間の立法権限配分に関する違憲審査をする際、問題となつている法律の具体的適用形態が当該法律の性格を示す場合<sup>20</sup> は例外的であるが、通常の場合、カナダ最高裁は、法律の具体的適用状況を考慮することなく法律の文面のみを審査する、という手法を採用してきた。<sup>21</sup> これは、事実問題を考慮することなく法律の文言を抽象的に文理解釈する、という憲法解釈の方法論<sup>22</sup> と密接な関連性を有していると解される。

かかる審査方法において最も典型的に採用された違憲判決の手法は、法律全体を無効と判断する全部無効の手法であった。<sup>23</sup> 従つて、法律の一部が違憲であると判示する一部無効の手法、及び、法律の特定の適用が違憲であると判示する適用違憲の手法は、ほとんど発展しなかつた。<sup>24</sup>

全部無効または全部有効という法律全体の合憲性を問題とする違憲審査の手法を採用しつつ裁判所が開発した「より精密に

調整されている」<sup>(25)</sup>手法が、後に説明する合憲限定解釈(Reading Down)と分離の手法(Severance)である。これらの手法は、よりきめの細かな違憲審査を可能にするものである。しかし、これら二つの手法はその適用範囲が限定されているため、違憲判決の手法としてはあくまで副次的役割を果たしていたにすぎない<sup>(26)</sup>。その理由は、これら二つの手法の性質自体に由来するもののみならず、立法権限配分という連邦制度上の性質にも求められる。すなわち立法権限配分に関する違憲審査において問題となっている利益は、特定の個人の利益ではなく、政府の広範な権限である。政府の目的を抽象的に審査してきた裁判所にとり、法律の特定の部分または特定の適用の審査はそれほど重要なものではなかったと解される。この場合問題となるのは、政府がある種の法律を制定する権限を一般的に有するか否かである<sup>(27)</sup>。立法権限配分に関する違憲審査が有するこのような性質により、少なくとも部分的には、文面審査による全部無効の手法が一般的に用いられてきたことを説明することができるであろう<sup>(28)</sup>。

さらに、立法権限配分に関する違憲審査において文面審査による全部無効の手法が主に採用されてきたことは、司法機能に對する裁判所の見解と深く関連していると思われる<sup>(29)</sup>。一九六七

年の *Amaz Potash Ltd. v. Gov't of Sask.* 事件<sup>(30)</sup>において、カナダ最高裁は裁判所の責務に関し以下のように説示した。すなわち、「国家は主権を有していると言われている。そして、政策及び立法府の意思の賢明さにつき判断を下すことは裁判所の役割ではない。このことは、憲法原理を広く理解したものである。確かに正当である。しかし、連邦国家においては、かかる一般原理は憲法の要請するところに従わなくてはならない。憲法が主権の範囲を確定し、それ故、主権性が制限されている。カナダ憲法の文言によつて立法府の権限内に存する立法内容の賢明さを裁判所は問題としない。しかし、立法府が憲法上の制限を超越し不法な権限行使をしないよう確保することは、この裁判所の重要な責務である」<sup>(31)</sup>。

このことが示すように、カナダ最高裁は、法律の合憲性を審査することにより裁判所が立法府の機能を侵害しているとは理解していないのである。カナダにおいては、裁判所が法律の合憲性を審査することは立法管轄権の境界を監視することにすぎないのであり、それは、法の支配の原理に支配されている社会における司法の第一次的な機能の一つである、との理解がされているのである<sup>(32)</sup>。また、このような司法機能に関する理解は、裁判所が法律の有効な部分と無効な部分とを分離したり、有効

な適用と無効な適用とを分離することは、立法府が有する政策判断に対する権限を裁判所が侵害することになるため回避されなければならない、という理解につながる。<sup>(33)</sup>

以上のように、立法権限配分に関する違憲審査においては、裁判所が法律の一部を違憲と判断し他の残りの部分の合憲性を支持することよりも、法律全体を違憲無効と判断する方が立法府に対する敬讓がより多く示され、裁判所による立法権限の侵害がより少ないと理解されているのである。<sup>(34)</sup> この理解は、法の制定及び改正が全て立法府の権限に属する、という伝統的理解に基づいている。

後述する合憲限定解釈等の手法はより柔軟な違憲判決を可能とすることができるが、それらの手法はあくまでも例外的副次的なものであり、一般的には、全部無効の手法が採用されてきたのである。<sup>(35)</sup>

### 三 合憲限定解釈 (Reading Down)

合憲限定解釈は、かかる解釈が可能な場合、法律の違憲な適用を排除するように限定的に法律を解釈する手法である。<sup>(36)</sup> 立法府は自己の立法権限内において立法活動を行う意思を有している、と推定する法律問題における合憲性推定の原則が、合憲限

定解釈の基礎となっている。<sup>(38)</sup>

前述のように、裁判所の一方的判断によって法律の内容を変更することは許されない。従って、合憲限定解釈は、立法者の意思、つまり、法律の文言がかかる限定解釈を可能にする場合にのみ行われうるのである。<sup>(39)</sup>

合憲限定解釈の手法は、実際にいくつかの判例により採用されている。<sup>(40)</sup> しかし、いかなる場合にかかる手法が用いられるべきかについては、それほど明確にされていない。<sup>(41)</sup> しかしながら、合憲限定解釈の手法は、問題となっている法律の大部分の適用が有効であり、無効な適用が例外的なものにすぎない場合、すなわち、「法律の実質的要素の法理」<sup>(42)</sup> に従うと法律全体が合憲と判断される可能性のある場合にのみ用いられている傾向がある。つまり法律の主要な部分が無効となる場合には、この手法は用いられないのである。法律の実質的要素が違憲なものは、裁判所により当該法律全体が違憲無効と判断され、無効と判断された法律を合憲的に再構成する作業は立法府に委ねられているのである。<sup>(43)</sup>

このように、合憲限定解釈は法律の文言がそれを可能とする場合で、かつ、法律の実質的要素が合憲と判断されうる場合にのみ用いることができる「比較的限定された手法」<sup>(44)</sup> であると理

解することができる。

#### 四 一部無効

##### — 分離の手法 (Severance) —

分離の手法は、一つの法律の有効な部分と無効な部分とを分離し、その有効な部分のみを支持する手法である。<sup>(46)</sup>

分離の手法は、二つの条件の下でのみ用いることが許される。<sup>(46)</sup> その一つは、法律の無効な部分が残りの部分と明確に分離される特定の条項に限定されている場合にのみ、分離の手法を用いることができる、というものである。同一条項の中に有効な部分と無効な部分が存在している場合、その二つの部分を分離することは許されないのである。もう一つの条件は、立法者意思である。立法者意思が分離を認めないような場合、この手法は使用できないのである。このことは、一九四九年の *A. G. Alta. v. A. G. Can. (Alta. Bill of Rights)* 事件<sup>(47)</sup> において枢密院司法委員会により次のように述べられている。すなわち、分離の手法を用いる際の「実際上の問題は、有効な部分と無効と判断された部分が分断できない程結合しているため有効な部分が独立には機能しえないか否か、もしくは、時々言われているように、法律全体を公正に審査した場合、立法府が立法権限

踰越である部分以外の有効な部分のみを制定したであろうと看做すことができるか否かである」<sup>(48)</sup>。

裁判所は、かかる二つの条件の下で分離の手法を用いることより、むしろ、法律全体を無効にする手法をより好んで用いた。<sup>(49)</sup>

以上のように、立法権限配分に関する違憲審査においては、文面審査による全部無効の手法が主に用いられ、合憲限定解釈及び分離の手法は限定された副次的な手法でしかなかった。

次に、人権憲章に関する違憲審査における違憲判決の手法につき概観する。

#### 五 人権憲章に関する違憲審査における違憲判決の方法

一九八二年に制定された人権憲章は、その違憲審査において従来の立法権限配分に関する違憲審査とは異なる分析方法及び異なる違憲判決の手法を要請している、<sup>(50)</sup> と言われている。

憲章訴訟において問題となる利益は、政府の広範な権限ではなく、個人の個別具体的な権利である。従って、裁判所は法律の目的のみならず具体的な適用状況をも審査しなくてはならない。さらに、人権憲章第一条の規定に照らしより制限的でない

他の代替手段を評価する際<sup>(51)</sup>、裁判所は立法府が選択した政策の賢明さに関して判断をすることになる。この場合、比較衡量アプローチが重要な役割を果たすと考えられる。さらに、憲章訴訟においては、法律の大部分の適用が合憲であつても法律の一部の適用が人権憲章により保障された人権を侵害する場合、裁判所は人権保護のための救済を行わなければならないのである。

これら憲章訴訟の性質に鑑みると、カナダの裁判所は新たな違憲審査の方法ならびに新たな違憲判決の手法を創造的に発展させる必要性に迫られていると思われる。判例の中には新たな違憲判決の手法を模索しているものもみられるが、現段階では、ほとんどの判例が従来の手法を踏襲しているにすぎない<sup>(52)</sup>。いくつかの判例は、法律を人権憲章の規定に適合させるために裁判所が法律を「書き変える」ことはすべきでない、と強調し<sup>(54)</sup>、全部無効の手法をより好む傾向を示している。

しかし、憲章訴訟においては、個人の個別具体的な権利が問題となっているため、より個別的なアプローチに基づく違憲判決の手法が必要であると解される。

### 第三項 本節のまとめ

1 立法権限配分に関する違憲審査において、違憲な法律は「立法権限超越 (Ultra Vires)」であると判示される。法律を立法権限超越であると判示する違憲判決の効力は遡及的であり、違憲の法律は当初無効となる。

2 カナダでは将来効判決の手法ははまだ明示的には採用されていない。しかし、違憲判決により生じる法的混乱を回避するため違憲の法律を一時的に有効なものと看做す新たな手法が開発された。これは、将来効判決の手法にかなり類似している。

3 人権憲章に関する違憲審査での違憲判決の効力も、原則として立法権限配分に関する違憲審査におけるそれと同様のものであると解される。しかし、人権憲章に関する違憲審査において立法権限超越の法理がそのまま適用されるか否かは明確となっていない。

4 立法権限配分に関する違憲審査において、裁判所は法律の文言を抽象的に審査し法律全体を無効とする全部無効の手法を主に採用してきた。合憲限定解釈及び分離の手法は例外的に限定的な手法であり、あくまでも副次的役割を果たしていたにすぎない。

5 少なくとも立法権限配分に関する違憲審査においては、

裁判所が法律の内容を合憲的に変更する手法は立法権限の侵害に当たると解されてきた。それゆえ、法律全体を無効と判断する手法の方が立法府の権限をより尊重することであると解されてきた。

6 人権憲章に関する違憲審査での違憲判決の手法は、现阶段では、立法権限配分に関する違憲審査において発展してきたものが採用されている。憲章訴訟の性質上、より個別的なアプローチに基づく新たな手法の開発が必要であると解されている。

- (1) P. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at 344.
- (2) D. Gibson, *The Law of The Charter : General Principles* (1986), at 184.
- (3) *Id.*  
Hogg, *supra* note 1, at 344.
- (4) B. Strayer, *The Canadian Constitution and The Courts, The Function and Scope of Judicial Review* (2nd ed. 1983), at 265.  
C. Rogerson, "The Judicial Search For Appropriate

Remedies under The Charter : The Examples of Overbreadth and Vagueness", in Sharpe (ed.) *Charter Litigation* (1987), at 271.

- (5) Strayer, *id.*, at 265.  
Hogg, *supra*, note 1, at 345.
- (6) Rogerson, *supra*, note 4, at 271.
- (7) Norton v. Shelby County, 118 U. S. 425, at 442. (1886), per Field J.
- (8) Hogg, *supra*, note 1, at 344.
- (9) *Id.*, at 345.
- (10) *Id.*
- (11) *Id.*
- (12) Strayer, *supra*, note 4 at 265.
- (13) Manitoba Act. 1870, s. 23.
- (14) (1985), 19 D. L. R. (4th), 1.
- (15) Gibson, *supra*, note 2 at 186.  
Strayer 博士は、カナダ最高裁が採用した一時的有効性の手法は、将来効判決と同様のものであると述べている。B.Strayer, *The Canadian Constitution and The Courts, The Function and Scope of Judicial Review* (3

d ed 1988), at 305.

- (16) 後に違憲と判断された法の下でなされた行為の効力、及び、後に違憲と判示された法の下でなされた課税の効力に関する横討は、Hogg, *supra*, note 1, at 346-350.; Gibson, *supra*, note 2, at 163-181. 参照。
- さらに、違憲判決の効力と判例の拘束力との関係につき、高橋一修「違憲判決の効力論・考」、藤倉皓一郎代表編集『英米法論集』(東京大学出版会・一九八七年)一二三頁以下参照。

- (17) Hogg, *supra*, note 1, at 97 footnote 77.  
Rogerson, *supra*, note 4, at 271-276.
- (18) Côté教授は、次のように述べている。つまり、人権憲章は政府の立法管轄権限の制限を規定しているのではなく、憲法上保護されるべき諸利益を規定したものであるから、かかる利益を侵害する法律は立法権限逾越ではなく、単に人権憲章に「抵触(conflict)」するにすぎない」と。そこでCôté教授は、連邦法優位の法理(本稿第二章第二節第五項「北大法学論集」三九卷三号一八〇頁以下参照)同様、人権憲章に抵触する法律は立法権限逾越を理由として無効となるのではなく、当該抵触の限度

において「適用不能」となる」と主張している。

P. Côté, "La Présence de la Charte Canadienne des droits et libertés" (1984), 18 R. J. T. 105. See, also Rogerson, *id.*, at 271-272.

しかし、Côté教授の学説は、多くの支持を得てはいるようである。Rogerson, *id.*, at 271 footnote 95.

- (19) Rogerson, *id.*, at 271-276.
- (20) 本稿第二章第二節(「北大法学論集」三九卷三号一六六頁以下)参照。
- (21) Rogerson, *supra*, note 4, at 245.
- (22) 本稿第二章第一節及び第四節(「北大法学論集」三九卷三号一六三頁以下及び二〇〇頁以下)参照。
- (23) Rogerson, *supra*, note 4, at 245.
- (24) *Id.*, at 245-246.
- (25) *Id.*, at 246.
- (26) *Id.*
- (27) 本稿第二章第二節(「北大法学論集」三九卷三号一六六頁以下)参照。
- (28) Rogerson, *supra*, note 4, at 245.
- (29) *Id.*

- (30) (1977), 71 D. L. R., (3d). 1.
- (31) *Id.*, at 10.
- (32) Rogerson, *supra*, note 4, at 250.
- (33) *Id.*  
この考え方は、一九八四年の *Hunter v. Southam Inc.* ([1984] 2 S. C. R. 145, at 168-169) においてカナダ最高裁により明示的に示された。
- (34) Rogerson, *id.*, at 250, 256.
- (35) *Id.*, at 251-252.  
Rogerson 教授は、立法権限配分に関する違憲審査において、一部無効の手法が発展しなかった理由として、裁判所が様々な法理により広い範囲における立法権限の競合を認めたことをあげている。  
本稿第二部第二章第二節（『北大法学論集』三九卷三号一六六頁以下）参照。
- (36) Hogg, *supra*, note 1, at 327-329.  
Reading Down という用語は、一九七七年に、Hogg 教授により、初めて用いられたものである。  
Rogerson, *supra*, note 4, at 247.
- (37) 本章第二節参照。
- (38) Hogg, *supra*, note 1, at 327-329.  
Rogerson, *supra*, note 4, at 247.
- (39) Rogerson, *id.*, at 248.
- (40) *E.g. Reference re s. 31 of the Municipal District Act Amendment Act*, 1941. *Alta, c. 53.*, [1943] S. C. R. 295 ; *Mckay v. The Queen*, [1965] S. C. R. 798 ; *Comm. du Salaire Minimum v. Bell Telephone Co. of Can.*, [1966] S. C. R. 767 ; *Que. North Shore Paper Co v. C. P.*, [1977] 2 S. C. R. 1054 ; *Deloitte, Haskins and Sells Ltd. v. W. C. B.*, [1985] 1 S. C. R. 785. per Wilson J.
- (41) Rogerson, *supra*, note 4, at 248.
- (42) 本稿第二部第二章第二節第三項三（『北大法学論集』三九卷三号一七〇頁以下）参照。
- (43) Rogerson, *supra*, note 4, at 249-250.
- (44) *Id.*, at 250.
- (45) *Id.*, at 246.  
Hogg, *supra*, note 1, at 325-327.
- (46) Hogg, *id.*, at 326.  
Rogerson, *id.*, at 246.
- (47) [1947] A. C. 503.

- (48) *Id.*, at 518.
- (49) Rogerson, *supra*, note 4, at 247.  
Hogg, *supra*, note 1, at 326.
- (50) Rogerson, *id.*, at 252.
- (51) 本稿第二部第二章第三節(『北大法学論集』三九卷三号  
一九〇頁以下)参照。
- (52) See cases cited in Rogerson, *supra*, note 4, at  
276-284.
- (53) *Id.*, at 285.
- (54) *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S. C. R. 145, at  
168-169; *R. v. Oakes* (1983), 40 O. R. (2d) 660, at 683,  
(C. A.).

### 第五節 憲法上の争点を提起する当事者適格<sup>(1)</sup>

#### 第一項 概要

カナダにおいて違憲審査を行う場合、全ての憲法訴訟で憲法上の争点を提起する当事者適格が問題となるわけではない。<sup>(2)</sup>

「私人間または私人と国家との間で争われる通常の訴訟におい

て法律の合憲性が問題となる場合、訴訟当事者は憲法上の争点を提起する当事者適格を有している。この場合、個人は自己の権利を主張することを試みる。かかる権利主張の過程において、その個人は自己の権利を侵害する法律は無効であると主張する。これは、その当事者に特有の権利を主張する場合、付随的、二次的に行われる法律の合憲性に対する攻撃である<sup>(3)</sup>。このような個人に特有の権利を主張する際に憲法上の争点が提起される訴訟を、「私的訴訟(Private Action)」と呼ぶことができる<sup>(4)</sup>。かかる私的訴訟においては、訴訟当事者に特有な諸権利に関する現実の紛争が生じているため、当事者適格の問題は特に生じな<sup>(5)</sup>。

前述した違憲審査の特殊制度として規定されている法務総裁対法務総裁の訴訟においては、法律の合憲性に関し宣言的判決を求めることができる当事者適格が制定法により法務総裁に対し付与されている。また、法務総裁は、公共の利益を代表する者として公共の利益を守るための訴訟を提起することができる。この場合、当事者適格の問題は生じない<sup>(6)</sup>。さらに、照会制度においては、枢密院における総督または枢密院における副総督がカナダ最高裁判所または州の最高裁判所に対し勧告的意見を求めることができる<sup>(7)</sup>。これらの特殊制度においては、憲法上

の争点を提起する当事者適格が制定法上規定されているため問題が生じない。

憲法上の争点を提起する当事者適格が問題となるのは、私人が公共の利益全体のために法律の合憲性を争う、いわゆる「公益訴訟 (Public Action, Public-Interest Litigation)」<sup>(8)</sup> においてである。かかる公益訴訟において、訴訟当事者として私人は自己に特有の権利を主張することなく、憲法上の要請を実行することにより得られる社会全体の利益を代表することになる。かかる公益訴訟は、特に、法律の合憲性に関する宣言的判決を裁判所に対し要請する方法により行われている。従って、憲法上の問題に関する宣言的判決を求めることができる当事者適格が特に問題となる。<sup>(9)</sup>

カナダにおいては、司法権の役割が憲法上の権力分立原則によって一般的に制約をうけていない。<sup>(10)</sup> そのため、当事者適格の問題は、憲法上の要請<sup>(11)</sup> というよりは、むしろ、機能的な問題として取り扱われている。<sup>(12)</sup> また、全ての訴訟手続に適用される当事者適格についての一般的な準則も存在していない。しかし、訴訟当事者が裁判所に対して求める救済方法 (Remedy) ことに適用される当事者適格に関する特殊な準則が、それぞれ存在している。<sup>(13)</sup> かかる準則は、立法権限配分に関する違憲審査及びカナ

ダ権利章典に関する司法審査において形成されてきたものである。<sup>(14)</sup>

従って以下では、人権憲章制定以前に形成された当事者適格に関する準則を裁判所が出す救済方法の種類に応じて検討し、<sup>(15)</sup> ついで、人権憲章に関する当事者適格につき検討していく。

## 第二項 宣言的判決

### 一 概要

法律の合憲性に関する宣言的判決を求めることができる当事者適格の準則は、一九二四年の *Smith v. A. G. Ont.* 事件<sup>(16)</sup>、一九七四年の *Thorson v. A. G. Can.* 事件<sup>(17)</sup>、一九七五年の *Nowa Scotia Board of Censors v. McNeil* 事件<sup>(17)</sup>、一九八一年の *Minister of Justice of Canada v. Borowski* 事件<sup>(18)</sup> における四つのカナダ最高裁判例によって形成され発展してきた。<sup>(19)</sup>

法律の合憲性に関する宣言的判決を求める当事者適格は、伝統的には、問題となっている法律により自己の私的権利 (Private right) が直接影響を受けた者に対してのみ認められてきた。しかし、判例法理が発展するにつれて、当事者適格を認めるか否かの問題は裁判所の裁量の問題と見做されるようになってきた。そして現在では、問題となっている法律の合憲性を争

う者が他にいない場合、当該法律の合憲性に関し市民として「真の関心 (genuine interest)」を有している者に当事者適格が認められるようになった。

このように、法律の合憲性に関し宣言的判決を求める当事者適格は極めて重要な程度緩和されている。従って、この分野においては、当事者適格の問題が法律の合憲性を争う場合の障害とはなりえない程になっている。<sup>(20)</sup>

以下、法律の合憲性に関し宣言的判決を求める当事者適格の準則がいかに形成され発展してきたかを、前述の四つの判例を分析しつつ検討していく。

## 二 Smith 判決とその影響

一九二四年の *Smith v. A. G. Ont.* 事件<sup>(21)</sup>における原告の Smith 氏は、オンタリオ州の住人であり、モントリオール市の酒類業者に酒を注文した。その酒類業者は、Smith 氏の注文に応じることが州際の酒類輸送を禁止するカナダ禁酒法<sup>(22)</sup>に違反するとの理由でかかる注文に応じることが拒否した。そこで Smith 氏は、オンタリオ州の法務総裁を被告とし、当該カナダ禁酒法はオンタリオ州には有効に適用されない旨の宣言的判決を求めるために出訴した。オンタリオ州最高裁は Smith 氏の主

張を却下したため、彼はカナダ最高裁に上訴した。<sup>(23)</sup>

カナダ最高裁の判決は三つの意見から構成されているが、各意見とも Smith 氏が本件宣言的判決を求める当事者適格を有していないと判示した。Idington 裁判官は本案につき判決を下すことを拒否した。<sup>(24)</sup>しかし、Duff および Mignault 両裁判官は Smith 氏が当事者適格を有さない旨判示した後に、本案についての判断を下し、本案においても Smith 氏の主張は認められないと説示した。<sup>(25)</sup>

Smith 氏の当事者適格を認めないカナダ最高裁の判断は主に二つの理由に基づいている。<sup>(26)</sup>すなわち本件訴訟では具体的問題ではなく単に仮定的な問題が提起されているにすぎない、というのが第一の理由である。Idington 裁判官は、原告の Smith 氏にはカナダ禁酒法の規定により起訴され有罪となる現実の危険性が存していないことを強調している。<sup>(27)</sup>また、Duff 裁判官も、原告が現実の危険にさらされていないことを指摘し、「仮定的事実の下で当事者の権利が如何なるものになるかにつき勧告することは、裁判所の機能ではない」というイギリス貴族院の判例を引用している。<sup>(28)</sup>

カナダ最高裁が原告の当事者適格を認めなかった第二の理由は、公益妨害 (public nuisance) に関する私人の当事者適格の

準則を法律の有効性に関する宣言的判決を求める当事者適格の準則として適用することにその基礎を有している。私人が公益妨害に関し訴訟を提起する場合、一般公衆とは異なる特別な損害 (special damage) を被ったことを証明しなければ、私人には当事者適格が認められないのである。<sup>(30)(31)</sup>

本件原告の当事者適格に関し、カナダ最高裁は公益妨害に関する私人の当事者適格と同様の理論構成をしている。まず、Duff裁判官は、「本件上訴人の主張を認めることは、事実上オンタリオ州の全ての住人が同様の訴訟を提起することを可能にする結果」となり、それは「重大な不都合」を惹起すると述べ、その後続けて、「例えば、個人は不法な行為により例外的に損害を被った場合以外には、公共的権利 (public rights) の不法な侵害を抑制するための訴訟を提起することはできない」と説示している。<sup>(32)</sup> また、Mignault裁判官は、原告が禁酒に反対するオンタリオ州の他の住人と異なる利益を有していないことを指摘した後、次のように述べている。すなわち、「特別な利益を示すことなく特定の法律が立法権限踰越もしくは適用不能であると主張する者により提起される訴訟を認めることにより、不都合が生じるであろうことは、議論の余地なく明白である」<sup>(33)</sup>と。

この事件は、連邦・州間の立法権限配分規定に関するもので

はなく、また伝統的意味における憲法上の争点とは全く関係のないものである。<sup>(34)</sup> しかし、Smith判決は法律の合憲性に関する宣言的判決を私人が求める場合の当事者適格の準則を確定したものと理解されている。<sup>(35)</sup>

一九二四年にSmith判決が出されて一九七四年にThorson判決が出されるまでの五〇年間、私人が法律の合憲性に関し宣言的判決を求める場合、かかる私人は以下のことを示さない限り当事者適格を有しないと解されてきた。すなわち、私人は自己の私的権利が侵害を受けたこと、または、私的権利が侵害を受けない場合、自己が他の一般公衆と異なる特別な損害を被ったこと、を示さなければならなかったのである。この準則は多くの判例により言及され、かつ、厳格に適用されてきた。<sup>(36)</sup>

### 三 Thorson 判決<sup>(37)</sup>

Smith判決は、私人が法律の合憲性に関し宣言的判決を求める当事者適格に対し前述のような厳格な要件を課している。そのため、司法判断適合的な憲法上の問題が裁判所の違憲審査に服することを妨げられている、との批判が出されていた。<sup>(38)</sup> かかる批判を受けているSmith判決の準則がカナダ最高裁により再検討される機会を与えられたのが、一九七四年のThorson v.

A. G. Can. 事件<sup>(39)</sup>とある。

本件の原告である Thorson 氏は、連邦の納税者としてまた連邦の納税者の代表として、連邦の法務総裁を被告に、オンタリオ州の裁判所に提訴した。原告は、連邦の公用語法 (Official Language Act)<sup>(40)</sup> 及び同法を施行するための財政支出を規定する財政充当法 (Appropriation Act) を制定する立法権限が連邦議会に属さないこと、ならびに、公用語法を施行するために支出される費用は不法な支出である、との宣言的判決を出すよう裁判所に対し求めた。第一審は、まず、特別な損害を被った私人でなければ連邦議会が制定した法律の合憲性を争う当事者資格を有しない、という *Smith* 判決の準則を「一般的に適用される」原理であると説示している。続いて同裁判所は、本件原告が連邦の他の納税者と同様の立場にあり特別な損害を被っていない、と認定し、原告が当事者資格を有していないことを理由に本件事案を却下した。<sup>(41)</sup> Thorson 氏の上訴に対しオンタリオ州最高裁判所は第一審と同じ理由で上訴を却下した。<sup>(42)</sup>

これに対し、カナダ最高裁は六対三の判決で Thorson 氏に当事者資格を認める旨判示した。Judson 裁判官の反対意見 (Fautaux 長官及び Abbott 裁判官同調) は、本件が *Smith* 判決の準則により判断されるべきであるため原審の判断は正当で

あると判示し、上訴を却下すべき旨説示している。<sup>(43)</sup>

Laskin 裁判官の多数意見 (Martland, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson の各裁判官同調) は、以下のような理論構成を採っている。Laskin 裁判官はまず、宣言的判決を求める訴訟及び納税者訴訟における当事者資格の問題は裁判所の裁量により決定されるべき問題である、と説示している。<sup>(44)</sup> そして、本件との関係において同裁判官は、「連邦法の合憲性を争う納税者訴訟における当事者資格の問題は、裁判所が有している訴訟過程の有効性に関する裁量を行使するのに特に適した問題である」と述べている。そして、かかる裁量を行使する場合考慮すべき重要な要素として、(1) 争点の司法判断適合性、(2) 合憲性が争われている法律の性質、の二つを挙げている。<sup>(45)</sup>

争点の司法判断適合性に関し、Laskin 裁判官は、「この国では、法律の合憲性に関する問題は常に司法判断適合的な問題であった。法律の合憲性についての判断を行うための前提条件……を連邦または州の議会が設定しようと試みたとしても、単にかかる前程条件が充足されていないとの理由では裁判所が有する違憲審査権の行使を妨害することはできない<sup>(47)</sup>」と述べている。Laskin 裁判官の理由によると、法律の合憲性に関する問題は常に司法判断適合的であり、従って、本件における争点も裁

判所の判断に適することになる。

合憲性が争われている法律の性質に関し、Laskin 裁判官は以下のような二分論を展開している。すなわち、法律を「取り締まり法規 (regulatory legislation)」と「宣言的・指示的法規 (declaratory and directly)」とに分け、それぞれの性質により当事者適格の準則が異なる、というものである。まず、取り締まり法規は、特定のグループの人々に対しある行為を禁止したり規制を加え、そのために特定の人々が他の一般公衆と異なる特別の影響を受けるような種類の法規を意味する。かかる取り締まり法規が問題となる場合、単なる納税者及び一般公衆は当該法規の合憲性を争うことはできず、特別な損害を被った者のみが当事者適格を有することになる。他方、問題となっている法律が犯罪、刑罰または義務を何ら規定せず、一般公衆全体が同じように影響を受けるような宣言的・指示的法規である場合で、かつ、提起された争点が法律の合憲性に関する司法判断適的なものであれば、裁判所は、提起された争点の実体判断を行うため当事者適格を認めるか否かに関し、広い裁量を有している。<sup>(48)</sup>

本件で問題となっている連邦の公用語法は後者の「宣言的・指示的」な性質の法規である。従って、本件原告の Thorson 氏

は、裁判所の裁量により当事者適格を認められたのである。<sup>(49)</sup>

Smith 判決で懸念された濫訴の弊害は裁判所の裁量等により抑制することが可能である、と Laskin 裁判官は判示し、その根拠として、地方公共団体での納税者訴訟が認められても濫訴には至らなかつた経験的事実を挙げている。<sup>(50)</sup>

反対意見が主張するように Smith 判決の準則が適用されていれば、本件で問題となつた「宣言的・指示的」法規の合憲性は如何なる私人によつても争われることができなくなる。このことは、二つの意味において多数意見を述べた裁判官にとつて満足いくものではなかつた。<sup>(51)</sup> 第一に、法律の合憲性の問題は常に司法判断適的な問題であるにもかかわらず、「立法権限越の問題につき裁判所の判断を求めるための手段が何も存在していないことは、不思議なことであり、全く驚くべきこと」<sup>(52)</sup>であつた。第二に、公益妨害に関する事件と法律の合憲性に関する事件との相異ならびにカナダとイギリスの法務総裁が果たしている役割の相異に鑑みると、法律の合憲性に関する問題を裁判所に提訴する権限を法務総裁のみに限定することは適切ではない。<sup>(53)</sup>と解された。

本件判決において注目すべきもう一つの点は、Laskin 裁判官が納税者に当事者適格を認める根拠として「公的財産の浪費を

「妨止する権利」のみというよりは、むしろ、連邦議会の憲法適合的な行為に対する市民の権利 (right of the citizenry to constitutional behaviour by Parliament)<sup>(57)</sup> を挙げたことである。この判断は、納税者訴訟に関する今後の理論構成に多大の影響を与える可能性がある<sup>(55)</sup>。

以上のべたように、Thorson 判決は、法律の合憲性に関する<sup>(56)</sup> 宣言的判決を求める当事者適格の問題が裁判所の裁量により決定されるべき問題であることを明示した。それ故、宣言的・指示的法律の合憲性を特別な損害を被っていない一般公衆が争うことができる可能性が生じた。裁判所が当事者適格を認めるか否かに関する裁量を行使する場合、(1)争点の司法判断適合性、および(2)問題となっている法律の性質、が重要な判断要素となる。この場合、法務総裁が自己の権限で問題となっている法律の合憲性を裁判所において争うことを拒否したことが、一般公衆に当事者適格を認めるための前提条件であるか否かは明らかではない<sup>(57)</sup>。

#### 四 McNeil 判決<sup>(58)</sup>

Thorson 判決で展開された「取り締まり法規」と「宣言的・指示的法規」の二分論は、同判決が出された翌年の一九七五年

に Nova Scotia Board of Censors v. McNeil 事件において再検討された。

本件は、ノヴァ・スコシア州の住人であり納税者である McNeil 氏により提起され、同州において「Last tango in Paris」という映画の上映を禁止した同州検閲委員会の権限の合憲性が争われた。McNeil 氏は、同検閲委員会の権限を規定している同州劇場及び娯楽に関する法律 (Theatre and Amusement Act)<sup>(59)</sup> が一八六七年憲法の立法権限配分規定に違反し無効である旨の宣言的判決を求めた。第一審<sup>(60)</sup>、第二審<sup>(61)</sup>とも McNeil 氏に当事者適格を認めた。カナダ最高裁に上訴されたのは当事者適格に関する問題のみであった。そして、カナダ最高裁も全員一致の判決で McNeil 氏に当事者適格を認めた。

本件で問題となった法律は Thorson 判決の分類に従えば明らかに「取り締まり法規である」<sup>(62)</sup>。そして、原告である McNeil 氏は、当該法律により直接規制される劇場所有者や映画関係会社とは異なる立場にいた。従って、Thorson 判決の二分論を厳格に適用すると McNeil 氏は単なる納税者にすぎず、当事者適格を認められない立場にある。しかし、カナダ最高裁の法廷意見を書いた Laikin 長官は、以下の理由で McNeil 氏に当事者適格を認めている。

Laskey長官はまず、本件事案は「重大かつ実質的な憲法上の争点」であること、ならびに、原告が本件訴訟を提起する前に当該法律の合憲性を争うための他に利用可能な全ての手段を試みたが成功しなかった事実を指摘している。<sup>(63)</sup> 同長官は次に単なる納税者の当事者適格が問題となっている場合、「取り締まり法規」と「宣言的・指示的法規」の二分論は支配的要素ではないと説示している。その理由として、(1)当事者適格を認めるか否かに関する裁判所の裁量を留保すべき必要性があること、(2)かかる二分論は、全ての法規を分類する基準としては不十分なものであることの二つを挙げている。<sup>(64)</sup> 続いてLaskey長官は、本件で問題となっている法律の下では劇場の所有者や映画関係の会社等が直接規制され、そのため、それらの者が当事者適格を有しうることを示唆している。<sup>(65)</sup> しかし、当該法律は検閲委員会に対し「公衆が如何なる映画を劇場や他の公共的娯楽施設において観賞しうるかを決定する」<sup>(66)</sup> 権限を与えているため、当該法律の合憲性を争う当事者適格が映画上映を職業としている者に限定されえないことを示している。<sup>(67)</sup> そして、Laskey長官は、「……本件で問題となっている法律の文言の下では当該法律により規制されている業者がより直接的影響を受けることとなる。しかし、ノヴァ・スコシア州の公衆が同州の劇場で何を観

賞するかについて直接的影響を受ける議論可能な場合も存する……」。「当該法律は映画関係者に対する規制のみならず」、公衆の有する中心的局面 (central aspect) の一つに衝撃を加えるものである<sup>(68)</sup>と述べている。

以上のことに基づきLaskey長官は最後に、本件で問題となっている法律の合憲性を裁判所で審査させる他の方法がないことに鑑み、McNeil氏に当事者適格を認める<sup>(69)</sup>と述べている。McNeil判決により、法律の合憲性に関する宣言的判決を求める当事者適格の問題は裁判所の裁量によって決定されること<sup>(70)</sup>が再確認された。そして、かかる裁量が行使される際、争点の司法判断適合性が重要な要素であることも確認されている。さらに、合憲性を争うための他の方法が利用可能か否かの問題も、かかる裁量行使にとり重要な要素であることが明らかとなった。また、本判決は、法律の合憲性に関する宣言的判決を求める当事者適格が裁判所の裁量により認められうるという裁量的アプローチが、連邦法のみならず州法の合憲性を争う場合においても適用されることを明確にした。<sup>(70)</sup> しかし、本件判決で最も注目すべきことは、Thorson判決で展開された取り締まり法規と宣言的・指示的な法規の二分論が、当事者適格を認めるか否かに関する裁判所の裁量を行使する際には決定的な基準となり

えないと明示されたことであろう。<sup>(71)</sup>これにより、取り締まり法規に直接規制される者がその合憲性を争わない場合、公衆の一人がその合憲性を争う当事者適格を認められる場合のあることが明示的に示されたのである。<sup>(72)</sup>

以上述べたこととは別に、本件でカナダ最高裁がMcNeil氏に当事者適格を認めた理由を、問題となっている法律により原告が「直接的影響を受け」、<sup>(73)</sup>原告が当該法律の合憲性に関し「現実の利害関係 (real stake)」を有していることに求めることも可能である。かりにそうであるとすれば、かかる「現実の利害関係」及び「直接的影響」と、Smith 判決で用いられた「例外的損害」という用語とは、如何なる関係にあり、また、如何なる相異点を有しているのであろうか。この点は極めて重要な問題ではあるが、本判決においては明らかにされていない。<sup>(75)</sup>

前述した Smith, Thorson, McNeil の三つの判決から以下のことと理解される。すなわち、法律の合憲性に関し宣言的判決を求める当事者適格は、問題となっている法律により例外的な損害を被った者に対しては権利として認められ、それ以外の者に対しては裁判所の裁量により認められるのである。<sup>(76)</sup>

このように、法律の合憲性に関し宣言的判決を求める当事者適格の要件を裁判所の裁量によって緩和した Thorson,

McNeil の両判決の基礎となっているものとして次のことが考えられる。つまり、カナダ最高裁は、「争点が司法判断適合的である場合、当事者適格が認められないとの理由で宣言的判決の手法を用いた違憲審査が妨害されるべきではない」と<sup>(77)</sup>と解していると思われる。この考え方は、一九八一年の Minister of Justice of Canada v. Borowski 事件のカナダ最高裁判決<sup>(78)</sup>によりさらに強化された。

##### 五 Borowski 判決<sup>(79)</sup>

本件では法律の合憲性ではなく刑法とカナダ権利章典との抵触の存否が争われた。しかし、カナダ最高裁は、本件の問題を憲法問題と区別することなく当事者適格に関し判断を下している。<sup>(81)</sup>

本件において Borowski 氏は、カナダの市民及び納税者として、特定の例外的な場合に治療的人工妊娠中絶を認めている刑法<sup>(82)</sup>二五一条四、五、六項の規定が、生命に対する個人の権利を保障しているカナダ権利章典第一条の規定に違反することを理由に、当該刑法の規定を適用不能であると宣言する判決を求めてサスカチュワン州の裁判所に提訴した。<sup>(83)</sup>下級審では当事者適格は争われなかったが、カナダ最高裁への上訴の際かかる問題

が新たに提起された。カナダ最高裁は、七対二の判決で Borowski 氏に当事者適格を認めた。

Matland 裁判官が書いた多数意見は以下の理由で原告に当事者適格を認めている。多数意見はまず、原告が問題となっている刑法規定の合憲性を裁判所に審査させるための他に利用可能な全ての方法を試みたが全て失敗に終わったこと、そして、その結果本件訴訟が提起されたことを指摘している。<sup>(85)</sup>次に多数意見は、Thorsom 判決<sup>(86)</sup>及び McNeil 判決<sup>(87)</sup>の判旨を明確にしている。その理解によると、それら二つの判決は次の原則を定立させたことになる。すなわち、「法律が無効であるとする重大な争点が存在する場合、当該法律は無効である旨の宣言的判決を求める訴訟における原告としての地位を支えられるためには、自分が当該法律により直接影響を受けたこと、または、自分が当該法律の有効性に対し市民として真の関心 (genuine interest) を有していること、ならびに、当該争点が裁判所に提起されうる他の合理的かつ有効な方法が存しないこと、のみを示すだけで足りる」<sup>(88)</sup>。そして多数意見は、かかる原則の下で Borowski 氏が当事者適格を認められるべき立場にいと認定している。<sup>(89)</sup>

この結論に至る過程で多数意見は、一八六七年憲法との関係で法律の合憲性を争い宣言的判決を求める場合とカナダ権利章

典の下で法律の適用可能性を争い宣言的判決を求める場合とは区別されるべきではないことを明示している。<sup>(90)</sup>また多数意見は、本件で問題となっている法律は取り締まり法規もしくは宣言的・指示的法規のいずれでもなく、それは、刑罰を免除する免罪的な (exculpatory) な性質を有する法規であると認定している。そして、本件で問題となっている免罪的な法規に直接影響を受けたまたは例外的に損害を被った者が当該法律の合憲性を争うことはほとんど考えられず、関心ある市民により訴訟が提起されない限り当該争点が裁判所に提起される手段は他に存在しないと説示している。<sup>(91)</sup>この点に関連し多数意見は、Borowski 氏が当該刑法の規定の合憲性を争うための他の手段を全て試みたことを強調している。

司法判断適合性の問題に関し多数意見は、「生命に対する人権を保護するカナダ権利章典の規定の範囲についての争点は極めて重要な問題である」と説示し、本件での争点が裁判所の判断に服すべき問題であると理解している。

これに対し、Lamer 裁判官が同調した Taskin 長官の反対意見は次のような理論構成を採っている。反対意見はまず、「法律により直接影響を受けていずまたは法律違反を理由として制裁を受ける危険にさらされていない場合、法律の解釈、適用また

はその有効性に関する裁判所の判断」を求める当事者適格は、単なる市民もしくは納税者には認められない、という命題を当事者適格についての一般的準則であると説示している<sup>93</sup>。続けて、「単なる嫌忌 (dislike) は従来から裁判所の援助を求めるための根拠とはなりえなかった」のであり、市民もしくは納税者が法律の合憲性等を争うことができる旨法律が規定しない限り、法律の合憲性を争う者は、当該法律の施行により社会全体が一般に有する以上の何か特別の利害を有することを示さなければならぬ、と判示している<sup>94</sup>。

このような *Smith* 判決に基づく一般的準則の根拠として、反対意見は以下のような裁判所の役割論を展開している。すなわち、裁判所は「人に対するもしくは人との間で争われている権利や請求、または、国家の機関により起訴された犯罪の刑罰や刑事責任を判断するために創設された、紛争を解決するための裁判所 (dispute-resolving tribunal)」である。裁判所は通常、具体的な法律上の争点が提起されていない純粹に仮定的問題、または、「既存の法の中で知覚しうる不正に対する人の好奇心もしくは強迫観念のようなものを単に満足させるための抽象的な問題が提起されているような純粹に仮定的な問題を取り扱うこととはしない。」<sup>95</sup>

このような一般的準則の例外として、反対意見は、(1) 地方公共団体の違法な財政支出を抑制することを目的とする地方公共団体における納税者訴訟、(2) *Thosson* 判決で行われた裁判所の裁量によって当事者適格が認められる場合、の二つを挙げている<sup>96</sup>。

以上述べた基礎的理解を下に、反対意見は本件事件に関し次のように説示している。まず、本件で問題となっている法律は「免罪的」法規であり、それ故、本件は *Thosson* 事件とは異なる<sup>97</sup>。また、*McNeil* 事件の原告は「映画を観賞する権利」を奪われたことを理由に当事者適格を認められたのであるから、何の権利も奪われていない本件の原告とは異なる状況にいる<sup>98</sup>。反対意見は続けて、本件において問題となっている法律の有効性は、医者、病院または人工妊娠中絶をする女性の夫といったような当該法律の施行に利害を有する者により争われる可能性がある、と認定している<sup>99</sup>。さらに反対意見は、本件では極めて重要な争点が提起されているが本件の問題は「具体性」を欠いている、と指摘している<sup>100</sup>。

以上の認定に基づき反対意見は、「従って原告は、自ら提起した問題において裁判所が認定しうる利益を何も提示しなかつた」のであり、裁判所の裁量によって原告に当事者適格を認め

ることとはしない<sup>(10)</sup>、と判示した。

本件におけるカナダ最高裁の多数意見と反対意見の相異は、(1) *Thorson, McNeil* 判決の適用範囲、(2) 原告が有する利益の性質と司法判断適合性<sup>(11)</sup>、(3) 本件で問題となっている法律の合憲性を争う他の者の存在可能性<sup>(12)</sup> のそれぞれに対する理解が異なるため生じていると解される。多数意見は *Thorson* 判決を次のように理解している。つまり、重要な憲法上の争点が提起され、他に当該争点を裁判所によって判断させる手段が存在しない場合、例外的な損害を被っていない単なる市民が当該争点に関する宣言的判決を求める当事者適格を認められる可能性があることを明示した、と同判決を理解している。ちなみに *McNeil* 判決は *Thorson* 判決の準則をさらに広げ、問題となっている法律により例外的な損害を被る者が他に存在している場合であつても、特定の場合市民が当該法律の合憲性を争う当事者適格を認められうることを明示した、と理解している。このように多数意見は *Thorson, McNeil* の二つの判決の判旨を極めて広く理解し、自分が法律の合憲性に対し真の関心を有し、かつ、他に当該争点を裁判所において争う合理的で有効な手段が存在しないことのみを示すだけで当事者適格が認められる、と定式化している。この場合多数意見は「……を示しさえすれば足りる」

という文言を使用している。この文言からすると、多数意見は裁量により当事者適格を求めることに對し比較的積極的な立場を採っているように思われる。これに對し反対意見は、例外的な損害を被つた者のみが当事者適格を有し、*Thorson, McNeil* の二つの判決はあくまでも例外にすぎないことを強調して、それらの判決の適用範囲をかなり限定的に理解している。<sup>(13)</sup>

争点の司法判断適合性について、多数意見は、生命権を保障するカナダ権利章典の規定の範囲に関する問題は重要な争点であり、裁判所の判断に適する、と理解している。そして、本件原告が有する利益は *Thorson* 判決で示された「連邦議会の憲法適合的な行為に對する市民の権利」である、と多数意見が認めていると思われる。<sup>(14)</sup> これに對し、私人間の具体的紛争を欠くものは司法判断適合的ではなく、本件のような、法律の施行に何の利害関係も有していない市民により提起された当該法律の有効性に對する争いは具体性を欠き、裁判所が認定しうる利益が何ら提起されていない、というのが反対意見の立場である。

さらに、本件で問題となっている法律の合憲性を争う他の者の存在可能性に關し、多数意見は *Borowski* 氏以外当該法律の合憲性を争う者が現実には存在しないと認定しているが、反対意見はその逆の理解をしている。<sup>(15)</sup>

以上のような理解の相異により、本件での多数意見と反対意見の判断が異なると解される。ここで注目すべきことは、前述の *Thorson* と *McNeil* 判決において、裁判所の裁量を用いることにより当事者適格の準則を緩和させる判決を書いた *Levin* 長官が、それら二つの判決の適用範囲を限定的にとらえる反対意見を書いていることである。

いずれにせよ、*Borowski* 事件のカナダ最高裁判決により以下のことが明確となった。すなわち法律の合憲性に関する宣言的判決を求める私人は、自己が当該法律により直接の影響を受けたこと、または、自己が当該法律の合憲性につき真の関心を有していることならびに当該問題を争う他の合理的かつ有効な方法が存在しないこと、を示すことにより当事者適格を認められるのである。

以下では、前述した *Smith*, *Thorson*, *McNeil*, *Borowski* の四つの判決により法律の合憲性に関する宣言的判決を求める当事者適格の準則が如何に理解されるべきかにつき検討を加える。

#### 六 判例の体系的理解の試み

*Strayer* 博士は前述した判例の体系的理解として次のような定式を示している。

「これら三つの判例 [*Thorson*, *McNeil*, *Borowski*] を結合的に理解すると、以下のいずれかの点を示す者に制定法の有効性についての宣言的判決を求める当事者適格を認める可能性がある、と思われる。示すべき点とは、すなわち、(1) 自分が取り締まり的または強制的な法的効果を有する制定法の下で切迫した危険にさらされていた、もしくは、さらされていること、(2) たとえ前述(1)のカテゴリーに潜在的に含まれる他の特定の人が存在し、その人が問題となっている制定法の有効性を争うことを選択しなかった場合であっても、当該制定法が存在しなければ自分が利用可能であった利益、特権もしくは自由を当該制定法のために否定され、そのために他の全ての公衆と同様に不利益を被ったか、または、被るであろうこと、または、(3) たとえ自分が前述(1)もしくは(2)のカテゴリーに入らない場合であっても、別の理由により当事者適格を有するであろう者または現に当事者適格を有している他の誰もが、当該制定法の有効性を争う可能性がないこと、のいずれかである。ここに流れている根本的な原理は、合憲性の問題またはカナダ権利章典の下での準憲法的な問題に対しては最終的に裁判所の審査が可能でなければならない、というものであると思われる。このことは次のことを黙示していると思

われる。すなわち、右に述べた根本的原理を実現させるために広げられた当事者適格の準則は、公益訴訟における争点が憲法上のものまたは準憲法上のものでない場合には適用されないであろう<sup>(11)</sup>。

Strayer博士による右の定式化は、如何なる問題が司法判断適合的であり、如何なるものが「真の関心」を構成するのかに関する未解決の諸問題、さらに、特定の場合当事者適格は裁判所の裁量により認められる、という裁量に関する問題を無視する危険性を有している<sup>(12)</sup>、という批判もある。

しかし、*Borowski*判決により、問題となっている法律に直接利害関係を有さず、かつ、当該法律の適用に何ら関係のない市民であつても、当該法律の合憲性に対し真の関心を有し、かつ、他に当該争点を裁判所で争う手段が存しない場合、かかる市民に対し当事者適格が認められる可能性がある、という広い準則が定立されたことは事実である。このことにより、私人が法律の合憲性に関する宣言的判決を求める場合、当事者適格の障害はほぼその「消滅点」にまで取り除かれている<sup>(13)</sup>と理解することができる<sup>(14)</sup>。従つて、私人が法律の合憲性を争うために裁判所に対し求める宣言的判決の手法は、多くの点において「市民による照会制度<sup>(15)</sup>」であると評されることがある。

司法判断適合性や「真の関心」の内実の問題、さらに、当事者適格を認める裁判所の裁量の範囲及びかかる裁量権を行使する際考慮されるべき要素等の諸問題<sup>(16)</sup>は、今後の判例法の発展を待つほかないであろう。

以上のように、カナダにおいて私人が法律の合憲性に関する宣言的判決を求める当事者適格は、(1)問題となっている法律により例外的損害を被つた者に対しては権利として、また、(2)当該法律の合憲性に対し「真の関心」を有する市民に対しては裁判所の裁量によつて認められるほどその準則が緩和されている。これは、裁判所が憲法秩序を客観的に保障すべきである<sup>(17)</sup>、という考え方に基礎を有していると思われる。一九七〇年代後半から一九八二年に人権憲章が制定されるまで、カナダの裁判所、特に、カナダ最高裁判所は、人権保障機能ではなく客観的憲法保障機能を積極的に果たすようになったと理解することができる。

以上で、法律の合憲性に関する宣言的判決を求める当事者適格についての検討を終える。次項からは他の救済方法に固有の当事者適格の準則を概観していく。

第三項 差止命令 (injunction)<sup>(11)</sup>

差止命令を求める当事者適格は、前述の宣言的判決のそれほど広く認められていない。

差止命令を求める者は、「利益 (interest)」を示さなければならぬ<sup>(12)</sup>。個人の利益と全く関連性を有さない純粹に公共的な権利は差止命令を求める基礎となる利益には当たらない<sup>(13)</sup>。

差止命令は、それを求める者の財産や個人的利益に対する侵害が切迫している極めて明白な場合にのみ認められる救済手段である。そして、通常、差止命令を認めるか否かは裁判所が有する衡平法上の裁量により決定される<sup>(14)</sup>。従って、差止命令は、法律の合憲性及び有効性を争うための一般的な手段とはなりえず、損害賠償請求訴訟や宣言的判決を求める訴訟に付随して求められるにすぎない。

差止命令は法律を実施するための純粹な公益訴訟において法務総裁により求められることもある。この場合、たとえ制定法が他の制裁や救済方法を規定し、または財産権に対する現実のものしくは理解しうる侵害が何ら存在していなくとも、差止命令が認められることもありうる<sup>(15)</sup>。しかし、法務総裁が自己の政府が制定した違憲と思われる法律の実施を抑制するために差止命令を求める可能性は低いと思われる。法務総裁が差止命令を求

めるのは、自分が属する政府の独立機関による人権憲章違反を排除する場合の方が多いと思われる。

以上のように、違憲な法律の施行を禁止するために差止命令を求める私人は、自己の利益に対する切迫した侵害を示さなければならぬのである。

第四項 行政庁の判断に対する司法審査を求める移送命令 (certiorari)<sup>(16)</sup>

移送命令を求める者が当事者適格を認められるためには自己の利益が危険にさらされていることを示さなければならぬ、という絶対的な要請が存在しているわけではない。この場合の当事者適格は裁判所の裁量により認められうるのである。移送命令を求める原告が「権利を侵害された者 (person aggrieved)」であれば権利として当事者適格が認められ、通常移送令状が出される。しかし、たとえ原告が問題となっている判断に関係のない「第三者 (stranger)」であっても、裁判所が裁量により原告に当事者適格を認める場合がある<sup>(17)</sup>。

裁判所が原告の権利侵害を認めた判例<sup>(18)</sup>を分析すると、問題となっている行政庁の判断と原告との関係がかなり希薄な場合においても、裁判所は原告の権利侵害を認定する傾向があるよう

に思われる。また、裁判所は、問題となつて行政庁の判断に関係のない第三者に対しても当事者適格を認める傾向を有している。この傾向は特に、行政庁の管轄権に関する争点が問題となつてゐる場合に顕著である。

以上のことから、移送命令が適切な救済方法である場合、行政庁が下した判断の憲法上の有効性を争う公益訴訟において、移送命令が裁判所の裁量の範囲内で利用可能であると思われる。

#### 第五項 禁止命令 (prohibition) <sup>(13)</sup>

禁止命令を求める当事者適格の準則は、前述した移送命令のそれと基本的には同じものである。しかし、次の場合においては、第三者が禁止命令を求めることができる明らかな権利を有している。すなわち、第三者が問題となつてゐる手続に関し明白な管轄権上の瑕疵を主張した場合、裁判所はその第三者が求める禁止命令を出さなければならないのである<sup>(14)</sup>。その他の場合、裁判所は第三者による禁止命令の請求を認めるか否かに関し裁量権を有している<sup>(15)</sup>。

従つて、禁止命令により第三者が法律の合憲性を争う場合、裁判所の裁量によつて当事者適格が認められることもありう

る。

#### 第六項 職務執行命令 (mandamus) <sup>(16)</sup>

職務執行命令を求める当事者適格の準則は、前述した移送命令と禁止命令に関するそれよりも厳格なものであると解される。なぜなら職務執行命令を求める者は問題となつてゐる職務遂行に対し特別な法的権利を有していなければ当事者適格が認められない、と解されているからである<sup>(17)</sup>。しかし、法的権利のみならず、公衆一般が有する利益以上の何か特別の利益を有していれば、その者に当事者適格が認められうる<sup>(18)</sup>。さらに私人は、たとえそれが法的利益でないにしても何か特別な利益を有する団体の代表として職務執行命令を求めることができる<sup>(19)</sup>。

職務執行命令が求められている場合、裁判所は裁量によつて第三者に対し当事者適格を認めることはできない。しかし、職務執行命令を求めるための基礎となる特別な利益の内容を広くとらえることにより、当事者適格を認める範囲を広げることが可能である。職務執行命令を求める者は、その令状が出されない場合、問題となつてゐる職務が遂行されないことにより損害賠償請求権を有するであろうことまで示す必要はないと解されている。

憲法上の理由に基づき職務執行命令を求める者は、ある官吏が憲法上ある具体的な職務遂行義務を負っていること、または、ある官吏が違憲な法律のために憲法上の職務遂行義務を遂行することを妨害されていること、を示さなければならぬであろう。しかし、これを証明することはかなり困難であると思われる。しかしながら、人権憲章によつて保障された個人または集団が有する司法上の権利、平等権および少数者言語教育権等の諸権利を実現するために職務執行命令が用いられる可能性はあると思われる。憲法上の理由に基づいて職務執行命令を求めるにしても、官吏がその機能を果たす際、本来国家または立法院に<sup>(14)</sup>対し責任を有している場合には、職務執行命令は適切な救済方法ではないと解される。

以上で、立法権限配分に関する違憲審査において確立された当事者適格に関する準則の検討を終える。次項では、人権憲章に関する違憲審査における当事者適格の問題を検討していく。

第七項 人権憲章に関する当事者適格<sup>(15)</sup>

一 人権憲章第二四条の規定

人権憲章第二四条一項は、「何人も、この憲章で保障する権利もしくは自由を侵害または否定された場合には、管轄権を有す

る裁判所に対し、裁判所が事情に応じて適当かつ正当であると認める救済を求めることができる」と規定している。

この規定は、人権憲章で保障された自己の権利や自由を侵害または否定された者がその救済を求めるための権利としての当事者適格を有することを明示したものである<sup>(16)</sup>。従つて、同条の規定に該当する者に対し当事者適格を認めることは、決して裁判所の裁量の問題ではないのである<sup>(17)</sup>。権利としての当事者適格を認められるためには、自己の権利や自由が違憲であると主張されている法律または行為により侵害もしくは否定されたことを裁判所に対し示さなければならぬのである<sup>(18)</sup>。

同条が規定する「侵害または否定された場合」とは、過去に現実が発生した権利侵害のみならず、現実には発生していないが懸念される切迫した将来の権利侵害をも含むと解される<sup>(19)</sup>。そして、この解釈はいくつかの判例によつても支持されている<sup>(20)</sup>。従つて、人権憲章の違反を理由に裁判所に対し救済を求める者は、切迫した将来の権利侵害を示すことにより権利としての当事者適格を認められるのである。

二 人権憲章と *Thorson, McNeil, Borowski* 判決

前述したように、*Thorson, McNeil, Borowski* の三つの判決は、私人が法律の合憲性に関し宣言的判決を求める場合、かかる私人が当該法律により直接影響を受けていなくとも、裁判所の裁量でその者に対し当事者適格を認めることがありうることを明示した。特に、*Borowski* 判決は、当事者適格に関する裁量的なアプローチが法律の合憲性を争う場合のみならず、カナダ権利章典の下で法律の有効性を争う場合にも適用されることを明確にした。<sup>(16)</sup> しかし、かかる裁量的なアプローチが人権憲章に関する公益訴訟にも適用されるか否かについては、必ずしも明らかではない。

この点に関し、人権憲章第二四条は人権憲章に関する全ての救済方法を規定したのであり、同条のみが人権憲章に関する訴訟での当事者適格を定めている、と解釈することも可能である。この解釈によると、当事者適格に対する裁量的なアプローチは人権憲章に関する訴訟には適用されないことになる。<sup>(16)</sup> しかし、この解釈は多くの支持を得ていない。多くの論者は、当事者適格に対する裁量的アプローチが人権憲章に関する公益訴訟においても適用されると主張している。<sup>(16)</sup> この主張は、カナダ最高裁

判決を含むいくつかの判例によっても支持されている。<sup>(16)</sup> 従って、人権憲章の下で法律の合憲性を私人が争うために公益訴訟を提起し法律の合憲性に関し宣言的判決を求める場合においても、前述した *Thorson, McNeil, Borowski* の三つの判決で確立された当事者適格に対する裁量的なアプローチが適用されると解するのが相当である。

しかし、人権憲章に関する問題においては、実際に自己の権利が侵害されもしくは侵害されうる者が裁判所に救済を求める可能性が高い。それ故、公益訴訟を提起した一般市民に当事者適格が裁判所の裁量で認められることはそれほど多くないと予想される。<sup>(16)</sup>

以上のことから次のようなことが言える。すなわち、人権憲章第二四条の規定は、人権憲章で保障された自己の権利及び自由が侵害もしくは否定された者がその救済を裁判所に対して求めるための権利としての当事者適格を明示している。それに加えて、公益訴訟において一九八二年憲法第五二条（憲法の最高法規性を規定している）の下で法律の合憲性（人権憲章適合性）を争い、宣言的判決を求める私人に対しては、裁判所の裁量により当事者適格が認められる可能性がある。<sup>(16)</sup>

以上で、憲法上の争点を提起する当事者適格に関する考察を

終える。

第八項 本節のまとめ

1 カナダにおいて、私人は自己の権利義務に関する私的訴訟で憲法上の争点を提起することができる。憲法上の争点を提起する当事者適格が問題となるのは、私人が自己の権利や利益と関係のない公共的利益一般のために法律の合憲性を争う公益訴訟においてである。

カナダにおける当事者適格の準則は原告が裁判所に対して求める各救済方法ごとに個別化されている。それ故、憲法訴訟一般に適用される共通の当事者適格の準則は存在しない。

2 法律の合憲性に関し宣言的判決を求める当事者適格の準則は、一九七四年の *Thorson* 判決、一九七五年の *McNeil* 判決そして一九八一年の *Borowski* 判決により緩和された。その結果、原告が問題となっている法律により例外的損害もしくは特別な影響を受けていない場合であっても、(1)司法判断適合的な争点が提起されていて、(2)当該争点を裁判所で争う他の合理的かつ有効な手段が存在せず、(3)原告が当該法律の合憲性の問題に対し市民として真の関心を有していることを裁判所に対し示すことができれば、その原告に裁判所の裁量で当事者適格が認

められうることになった。当事者適格を認めるか否かに関する裁量を行使する際、如何なる要素が考慮されまた考慮されるべきかについてはいまだ明確にされていない。

当事者適格に対する裁量的なアプローチの根底に流れる原理は、法律の合憲性の問題またはカナダ権利章典に関する準憲法的な問題は最終的には裁判所の審査に服さなければならず、それ故、司法判断適合的で重要な争点が提起されている場合、当事者適格がないということのみで裁判所の審査権を妨害すべきではない、というものである。そして、公益訴訟を提起する原告の当事者適格の基礎となるものは、政府の憲法適合的な行為に対する市民の権利であると解される。

3 当事者適格に対する裁量的なアプローチは、行政庁の判断に対する司法審査を求める移送命令及び禁止命令を求める当事者適格の準則にも適用される。しかし、差止命令及び職務執行命令を求める者は、自己に特有の特別な利益もしくは法的利益を有していなければ当事者適格は認められない。

4 人権憲章第二四条は、人権憲章により保障された自己の権利もしくは自由が侵害または否定された私人が、裁判所に対し救済を求めるための権利としての当事者適格を明示的に規定している。しかし、自己の権利侵害とは関係なく公益訴訟とし

て法律の人権憲章上の有効性を争い、宣言的判決を求める場合、その原告に対し裁判所の裁量で当事者適格が認められる場合もある。他の憲法問題（主に立法権限配分に関する問題）と同様に人権憲章に関する訴訟においても、権利としての当事者適格と裁判所の裁量により認められる当事者適格の二種類がある。

5 カナダにおける当事者適格の準則は、憲法上の原理から導き出されたものではなく機能的な理由から確立されてきたと理解することができる。その理由として、カナダ憲法が裁判所の機能を純粹な司法権の行使に限定していないことが挙げられる。当事者適格の要件を決定する上で考慮すべき特に重要な機能上の要請として、(1)裁判所に過度に多くの仕事量を与えるべきではない、(2)裁判所は仮定的な問題ではなく司法判断適合的な問題のみを判断すべきである、という二つのが考えられる<sup>(10)</sup>。このことからすると、カナダの裁判所は自己が判断する事件の量及び事案の質を決定する裁量権を有し、裁判所が自らの判断でそれをコントロールすることができるのである。このような裁量によって、法律の合憲性を争う者に対し当事者適格を認めるか否かの決定が下されるのである。

6 当事者適格の問題は、裁判所が社会の中で果たすべき役割の問題と密接に関連している<sup>(11)</sup>。カナダ最高裁は、一九七〇年

代後半から<sup>(12)</sup>、憲法問題及びカナダ権利章典に関する準憲法問題について宣言的判決を求める当事者適格の準則を緩和し、この分野における当事者適格の障害をほぼ消滅させた。その結果、法律の合憲性に対し真の関心を有する市民がその問題を裁判所に提起することも可能となった。このような市民による法律の合憲性に関する公益訴訟は、「客観訴訟としての性質を相当程度備えている」ということができる。

当事者適格に関する準則の緩和及びカナダ最高裁判所が「宣言判決は客観的な憲法保障の機能を果たすと考えている」ことに鑑みると、一九七〇年代後半以降、カナダ最高裁は単なる私的紛争解決機関から客観的憲法保障機能を果たす憲法裁判所的な機関へと積極的に自己変革しつつあるように思われる。かかるカナダ最高裁判所の自己変革が実際の違憲審査においてどの程度の影響力を有しているかについては、今後の判例の蓄積を待つほかない<sup>(13)</sup>。しかし、カナダ最高裁が客観的憲法保障機能を果たす意思を有し、そのために当事者適格の障害を實際に取り除いたという事実は極めて重要なことであり、注目に値する。

裁判所が社会の中で果たすべき役割に関する問題は、当事者適格の問題のみならず司法判断適合性の問題とも密接に関連している<sup>(14)</sup>。また、当事者適格の問題自身も司法判断適合性の問題

と深く関連している<sup>(8)</sup>。それ故、次節ではカナダにおける司法判断適合性の問題を検討していく。

(1) See generally T. Cromwell, *Locus Standi, A Commentary on the Law of Standing in Canada* (1986), especially at 68-102.

B. Strayer, *The Canadian Constitution and The Courts, The Function and Scope of Judicial Review* (2nd ed. 1983). at 133-180.

紙谷雅子「憲法と最高裁判所—カナダの場合」藤倉皓一郎代表編集『英米法論集』(東京大学出版会・一九八七年)八六-九二頁。

(2) Cromwell, *id.*, at 69.

(3) Strayer, *supra*, note 1, at 133.

(4) *Id.*

(5) *Id.*, at 134.

(6) *Id.*, at 109-110, 148-150.

本稿第二部第一章第二節(『北大法字論集』三九卷三号一二五頁以下)参照。

(7) 本稿第二部第一章第三節(同右・一三五頁以下)参照。

(8) Strayer, *supra*, note 1, at 134.

(9) Cromwell, *supra*, note 1, at 69.

(10) 本稿第二部第一章第一節(『北大法字論集』三九卷三号一八頁以下)参照。

(11) アメリカ合衆国連邦最高裁が確立してきた当事者適格に関する法原則は、主に、連邦の司法権を「事件」及び「争訟」に限定した合衆国憲法第三編の規定から導出されている。

Strayer, *supra*, note 1, at 134-135.

S. Blake, "Standing to Litigate Constitutional Rights and Freedoms in Canada and The United States" (1984), 16 *Ottawa L. Rev.* 66, at 74.

(12) Strayer, *id.*, at 135.

(13) *Id.*

(14) Blake, *supra*, note 9, at 72.

(15) [1924] 3 D. L. R. 189.

(16) (1974), 43 D. L. R. (3d) 1.

(17) (1975), 55 D. L. R. (3d) 632.

(18) (1982), 130 D. L. R. (3d) 588.

(19) Cromwell, *supra*, note 1, at 69.

- (20) Strayer, *supra*, note 1, at 142.  
 Strayer 博士は、当事者適格の障害は、「ほとんど消滅点 (vanishing point)」に達している、と述べている。
- (21) *Supra*, note 12.
- (22) Canada Temperance Act, 10 George V. c. 8.
- (23) See *Smith v. A. G. Ont.*, [1923] 4 D. L. R. 1071.
- (24) *Supra*, note 12, at 190.
- (25) *Id.*, at 194-201, 202-203.  
 Strayer 博士はこの点に関し、カナダ最高裁は当事者適格を有さない訴訟当事者により提起された争点に対し、実体判断を下すか否かに関する裁量権を有している、と説明している。そして、その理由をカナダの裁判所が、憲法上、司法機能のみの行使にその権限を限定されていないことに求めている。Strayer, *supra*, note 1, at 139.
- (26) Cromwell, *supra*, note 1, at 72.
- (27) *Supra*, note 12, at 189-190.
- (28) *Glasgow Nav. Co. v. Iron Ore Co.*, [1910] A. C. 293, at 294, per Lord Loreburn L. C.
- (29) *Supra*, note 12, at 192.
- (30) *Rainy River Navigation Co. v. Ontario and Min-*

*nesota Power* (1914), 17 D. L. R. 850, at 852 (Ont. C. A.).

- (31) もしくは、私人は適切な権限を有する法務総裁の許可を得ることにより、訴退代行者訴訟 (relator action) を提起することができる。通常は、法務総裁が公益妨害から一般の公共の利益を守る職務上の義務を負っている。  
 See generally Gromwell, *supra*, note 1, at 15-27.
- (32) *Supra*, note 12, at 193-194.
- (33) *Id.*, at 202.
- (34) Cromwell, *supra*, note 1, at 70, 74.
- (35) *Id.*, at 70.  
 Strayer, *supra*, note 1, at 141.
- (36) *Cowan v. C. B. C.*, [1966] 2 O. R. 309, 56 D. L. R. (2d) 578 (C. A.); *Jamieson v. A. G. B. C.* (1971), 21 D. L. R. (3d) 313 (B. C. S. C.); *Mercer v. A. G. Can.* (1972), 24 D. L. R. (3d) 758 (Alta. S. C.); *Burnham v. A. G. Can.* (1970), 74 W. W. R. 427, 15 D. L. R. (3d) 6; *Denison Mines Ltd. v. A. G. Can.* (1972), 32 D. L. R. (3d) 419 (Ont. H. C.); *Moose Jaw School Dist. No. 1. Bd. of Education v. A. G. Sask.* (1973), 41

D. L. R. (3d) 732 (Sask. Q. B. ).

(37) *Supra*, note 13.

See J. Johnson, “Locus Standi in Constitutional Cases after *Thorson*”, [1975] *Public Law* 137 for commentary.

(38) Johnson, *id.*, at 140.

(39) *Supra*, note 13.

(40) Now R. S. C. 1970. c. 0-2.

同法は、裁判所を含む連邦の機関において、英語及び仏語の両方を使用することを規定していた。

(41) *Thorson v. A. G. Can.* (No. 2), [1972] 1 O. R. 86, 22 D. L. R. (3d) 274.

(42) *Thorson v. A. G. Can.* (No 2), [1972] 2 O. R. 340, 25 D. L. R. (3d) 400.

(43) *Supra* note 13, at 3-5.

(44) *Id.*, at 8.

(45) *Id.*, at 17-18.

(46) *Id.*, at 8-7, 18.

(47) *Id.*, at 11.

(48) *Id.*, at 8-11, 18.

(49) *Id.*, at 19.

(50) *Id.*, at 6-7.

(51) Cromwell, *supra*, note 1, at 76.

(52) *Supra*, note 13, at 7.

(53) *Id.*, at 9-10, 11-13.

(54) *Id.*, at 19.

(55) See Cromwell, *supra*, note 1, at 43-68.

(56) *Thorson* 判決は、連邦法の合憲性のみならず州法の合憲性に関する宣言的判決の当事者適格についても適用される。

*Supra*, note 13, at 8.

Johnson, *supra*, note 34, at 158.

See McNeil, *supra*, note 14.

(57) *Supra*, note 13, at 7.

Cromwell, *supra*, note 1, at 78.

Johnson 教授は、それを前提条件として理解している。

Johnson, *supra*, note 34, at 158-159.

(58) *Supra*, note 14.

See D. Mullan, “Standing After McNeil” (1976), 8 *Ottawa L. Rev.*, 32, for commentary,

- (59) R. S. N. S. 1967, c. 304.
- (60) *McNeil v. N. S. Bd. of Censors*. (1974), 46 D. L. R. (3d) 259 (N. S. Sup. Ct. ).
- (61) *McNeil v. N. S. Bd. of Censors*. (1974). 53 D. L. R. (3d) 259 (N. S. ).
- (62) Mullan, *supra*, note 55, at 35.
- (63) *Supra*, note 14, at 634-635.
- (64) *Id.*, at 635.
- (65) *Id.*, at 636.
- (66) *Id.*, at 637.
- (67) *Id.*, at 636.
- (68) *Id.*, at 637.
- (69) *Id.*
- (70) Cromwell, *supra*, note 1, at 80.
- (71) *Id.*  
Strayer, *supra*, note 1, at 144.
- (72) Strayer, *id.*
- (73) *Supra* note 14, at 637.
- (74) *Id.*, at 635.
- (75) Cromwell, *supra*, note 1, at 80, 82.
- (76) *Id.*, at 82.  
Mullan, *supra*, note 55, at 40.  
Johnson, *supra*, note 34, at 158-159.  
各論者も、Thorson, McNeil 同判決が、Smith 判決を否定変更していないことを認めている。
- (77) Strayer, *supra*, note 1, at 145.
- (78) *Supra*, note 15.
- (79) *Id.*
- (80) 本稿第一部第一章第二節五項（『北大法字論集』三九巻一〇三頁以上）参照。
- (81) *Supra*, note 15, at 596, 605.
- (82) R. S. C. 1970, c. C-34.
- (83) [1980] 5 W. W. R. 283 ; [1981] 1 W. W. R. 1.
- (84) Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard  
の各裁判官が同調。
- (85) *Supra*, note 15, at 600-601.  
Borowski 氏は、中絶費用に財源を配分した州予算案に反対して州大臣を辞任した。また妊娠中絶に税金が費やされるのに反対し所得税の支払いを拒否した。さらに、マニトバ州のオムブズマン（Manitoba Official Guard-

- ian) 同州首相、連邦首相、大臣に対し、当該法律の合憲性を争うために何らかの法的手段を採るよう要請した。
- (86) *Id.*, at 603.
- (87) *Id.*, at 604-605.
- (88) *Id.*, at 606.
- (89) *Id.*
- (90) *Id.*, at 605.
- (91) *Id.*, at 605-606.
- (92) *Id.*, at 606.
- (93) *Id.*, at 591.
- (94) *Id.*
- (95) *Id.*, at 592.
- (96) *Id.*, at 592-593.
- (97) *Id.*, at 593-594.
- (98) *Id.*, at 595.
- (99) *Id.*, at 596-597.
- (100) *Id.*, at 598.
- (101) *Id.*
- (102) Cromwell, *supra*, note 1, at 84-85.
- (103) Strayer, *supra*, note 1, at 147.
- (104) *Supra*, note 15, at 603.
- (105) *Id.*, at 604-605.
- (106) *Id.*, at 606.
- (107) *Id.*, at 591-595.
- (108) Cromwell, *supra*, note 1, at 85.
- (109) *Supra*, note 15, at 598.
- (110) *Id.*, at 605.
- (111) *Id.*, at 596.
- (112) Strayer, *supra*, note 1, at 147.
- (113) Cromwell, *supra*, note 1, at 88.
- (114) Strayer, *supra*, note 1, at 142.
- (115) 紙谷助教は、かかる現象をとらえ、法律の合憲性を争う言言的判決における当事者適格は「最適の原告」に与えられると表現している。紙谷・前提論文（註1）八八―八九頁。
- (116) K. Swan, "Intervention and Amicus Curiae Status in Charter Litigation", in Sharpe (ed.) *Charter Litigation* (1987), at 38.
- (117) See Cromwell, *supra*, note 1, at 86-92.
- (118) Blake, *supra*, note 9, at 96.

- (119) Strayer, *supra*, note 1, at 151-152.  
See Cromwell, *supra*, note 1, at 147-158.
- (120) 24 *Halsbury Laws of England* (4th ed. 1979), at 580-581.  
See also Strayer, *id.*, at 151.
- (121) *Grant v. St. Lawrence Seaway Authority*, [1960] O. R. 298, 23 D. L. R. (2d) 252; *Greenpeace Foundation of B. C. v. Min of Environment* (1981), 122 D. L. R. (3d) 179 (B. C. S. C.).
- (122) See *Snell's Principles of Equity* (27th ed. 1973).  
See also Strayer, *supra*, note 1, at 152.
- (123) *A. G. B. C. v. Cowen*, [1938] 4 D. L. R. 17. (C. A.), *affd.* [1939] 1 D. L. R. 288; *Winner v. S. M. T. (Eastern) Ltd.*, [1951] 4 D. L. R. 529; *United Nurses of Alta. v. A. G. Alta.* (1980), 124 D. L. R. (3d) 64.
- (124) Strayer, *supra*, note 1, at 152-154.  
See Cromwell, *supra*, note 1, at 103-109.
- (125) See *De Smith's Judicial Review of Administrative Action* (4th ed. 1980), at 418-421.  
Mullan, *Administrative Law* (2nd ed.) s. 157.

See also Strayer, *id.*, at 153.

ケベック州において、移送命令及び禁止命令は訴訟移送令状 (writ of evocation) に取って代わられている。

(C. C. P. Art. 846) 訴訟移送令状を求める原告は、C. C. R. Art. 55. により要求されている利益を有していない場合はならぬ。 *Turcotte v. Régie des eaux du Québec*, [1972] C. A. 623.

- (126) *Re Surrey Municipal By-Law* (1956), 6 D. L. R. (2d) 768 (B. C. S. C.); *Beaton v. P. E. I. Land Use Comm.* (1979), 101 D. L. R. (3d) 404 (P. E. I. C. A.); *W. A. W. Holdings Ltd. v. Summer Village of Sundance Beach* (1980), 105 D. L. R. (3d) 403. (Alta. Q. B.), *revd.* (1981), 117 D. L. R. (3d) 351 (Alta. C. A.).
- (127) Strayer, *supra*, note 1, at 154-155.  
See Cromwell, *supra*, note 1, at 109-112.
- (128) *Lott v. Cameron* (1897), 29 O. R. 70 (C. A.); *Re Holman and Rea* (1912), 27 O. L. R. 432, 9 D. L. R. 234.
- (129) *Re Board of Manhood Suffrage Registrars* (1901), 13 Man. R. 345 (K. B.); *Re I. U. O. E., Local No. 968*

- and Michelin Tires Mfg. Co.* (1973), 43 D. L. R. (3 d) 602 (N. S. S. C.).
- (130) Strayer, *supra*, note 1, at 155-156.  
See Cromwell, *supra*, note 1, at 113-118.
- (131) *E. g. Hughes v. Henderson* (1963), 42 D. L. R. (2 d) 743 (Man. Q. B.); *Canadians for the Abolition of the Seal Hunt v. Min. of Fisheries and Environment* (1981), 111 D. L. R. (3 d) 333 (T. D.).
- (132) *R. v. Publicover*, [1940] 4 D. L. R. 43. at 45. (N. S. C. A.); *W. A. W. Holdings Ltd. v. Summer Village of Sundance Beach*, *supra*, note 126.
- (133) *Re Leahy and Garvey*, [1935] O. W. N. 41 (C. A.).
- (134) *R. v. Treasury Lords Commrs* (1872), 7 L. R. Q. B. 387.
- (135) *Temple v. Bulmer*, [1943] 3 D. L. R. 649; *Canadians for the Abolition of Seal Hunt v. Min. of Fisheries and the Environment*, *supra*, note 131.
- (136) Cromwell, *supra*, note 1, at 95-102.  
Strayer, *supra*, note 1, at 170-171.  
D. Gibson, *The Law of The Charter ; General Principles* (1986), at 264-271.
- (137) Gibson, *id.*, at 264.  
Gromwell, *id.*, at 102.
- (138) Gibson. *id.*
- (139) *Id.*, at 264-266. See cases cited in Gibson.
- (140) *Id.* at 267.  
Cromwell, *supra*, note 1, at 99-100.
- (141) *Que. Assn. of Protestant Sch. Bds. v. A. G. Que.* (No. 2). (1983), 140 D. L. R. (3 d) 33. at 41-42. (Que. S. C.) per Deschenes C. J. affirmed 1 D. L. R. (4 th) 573 (Que. C. A.), affirmed 10 D. L. R. (4 th) 321. (S. C. C.); *R. L. Crain Inc. v. Couture* (1983), 6 D. L. R. (4 th) 478. at 517-518 (Sask. Q. B.).
- (142) *Supra*, note 15, at 596, 605.
- (143) E. Ewaschuk, "The Charter, An Overview and Remedies" (1982), 26 C. R. (3 d) 54, at 67-68.
- (144) Cromwell, *supra*, note 1, at 100-102.  
Strayer, *supra*, note 1, at 171.  
Gibson, *supra*, note 130, at 270.  
A. McLellan and B. Elman, "The Enforcement of

the Canadian Charter of Rights and Freedoms : An Analysis of Section 24" (1983), 21 *Alta. L. Rev.* 205, at 212-213.

M. Manning, *Rights Freedoms and The Courts - A practical Analysis of the Constitution Act*, 1982 (1983), at 461-462.

- (145) *E. g. R. v. Big M Drug Mart Ltd.* (1985), 18 D. L. R. (4th) 321, at 336 (S. C. C.). per Dickson J; *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1982), 70 C. C. C. (2d) 257. (Ont. H. C.), affirmed, 3 C. C. C. (3d) 515 (Ont. C. A.); *R. v. T. R. (No. 1)* (1984), 7 D. L. R. (4th) 205 (Alta. Q. B.); *Re Edmonton Journal and A. G. Alta.* (1983), 146 D. L. R. (3d) 673 (Alta. Q. B.); *National Citizens Coalition v. A. G. Can.* (1984), 11 D. L. R. (4th) 481, (Alta. Q. B.); *Re Sim and Supt. of Motor Vehicles* (1984), 14 D. L. R. (4th) 763 (B. C. S. C.); *Danson v. A. G. Ont.* (1985), 2 C. P. C. (2d) 109 (Ont. H. C.).

(146) *Cromwell, supra*, note 1, at 102.

(147) *Id.*

(148) *Strayer, supra*, note 1, at 172-176.

(149) *Cromwell, supra*, note 1, at 92.

(150) *Thorson* 判決は一九七四年、*McNeil* 判決は一九七五年、そして *Borowski* 判決は一九八一年にそれぞれ出されている。

(151) 紙谷・前掲論文(註1) 九二頁。

(152) 紙谷・同右論文九〇頁。

(153) *Thorson, McNeil, Borowski* の各判決は、それぞれ、当事者適格の問題にのみ判断を下しているにすぎない。実際に公益訴訟においていかなる言言的判決を出すかは、別の問題である為、広い当事者適格が認められたから直ちに裁判所が市民から提起された問題に対し抽象的違憲審査を積極的に行なうという結論を導き出すことはできないであろう。

(154) *See Cromwell, supra*, note 1, at 92.

*Strayer, supra*, note 1, at 173.

(155) *Cromwell, id.*, at 91.

## 第六節 司法判断適合性<sup>(1)</sup>

### 第一項 概要

カナダにおいては、司法判断適合性に関する確固とした原則は存在しておらず、その内容は明確ではない。<sup>(2)</sup>カナダにも、裁判所が具体的争訟以外のものを判断することに對し消極的態度を採るといふ司法の伝統が存在している。しかし、かかる伝統に對する裁判所の態度は必ずしも厳格なものではない。<sup>(4)</sup>

一九七四年の *Thorson v. A. G. Can.* 事件<sup>(5)</sup>において、カナダ最高裁の *Laskin* 裁判官は当事者適格の問題に關連して司法判断適合性の問題を以下のように説示している。すなわち、「この国では、法律の合憲性に関する問題は常に司法判断適合的な問題であった。法律の合憲性についての判断を行なうための前提条件……を連邦または州の議会在設定しようとして試みたとしても、単にかかる前提条件が充足されていないとの理由では裁判所が有する違憲審査権の行使を妨害することはできない。<sup>(6)</sup>」さらに同裁判官は、「連邦法の合憲性を争う納税者訴訟における当事者適格の問題は、裁判所が有している訴訟過程の有効性に関する裁量を行使するのに特に適した問題である。かかる裁量を行使する際考慮すべき重要な要素は、提起された争点の司法判

断適合性である」と述べている。また、「一九八一年の *Minister of Justice of Canada v. Borowski* 事件<sup>(7)</sup>において *Laskin* 長官は、法律の合憲性の問題及びカナダ権利章典の下での法律の有効性の問題が司法判断適合的であると説示している。この二つの判断からすると、*Laskin* 長官は以下の二つの異なる意味において司法判断適合性という用語を用いていると思われる。その一つは、法律の合憲性もしくはカナダ権利章典の下での法律の有効性といった憲法的または準憲法的な問題は司法判断適合的なものであり、このような司法判断適合的な問題を審査する裁判所の権限は議会の権限によつても侵害されえないものである、といった意味である。<sup>(8)</sup> またもう一つの意味とは、司法判断適合性の問題は裁判所が特定の事件を判断する際の判決の「有効性 (effectiveness)」に關連している、というものである。<sup>(9)</sup>

右に述べた *Laskin* 長官の司法判断適合性に関する理解は、カナダにおける司法判断適合性の一般的な理解を例示するものとして注目に値する。しかし、同長官の理解においても司法判断適合性の内実はそれほど明らかにされていない。特に同長官は、全ての憲法的及び準憲法的な問題が司法判断適合的であるとは考えず、<sup>(10)</sup> 特定の憲法問題は司法判断適合的ではないと理解しているように思われる。このことをとらえて、*Mullan* 教授

は、司法判断適合性の問題も裁判所が裁量権を行使する場合の要素となつてしまふ、と述べている。<sup>(12)</sup>

このように、カナダにおける司法判断適合性の内容は明確ではなく、その内容決定においては裁判所の裁量がかなり関係していると解される。このことは、カナダ憲法が裁判所の機能を司法権の行使に限定していないために生じる現象であると思われ<sup>(13)</sup>。それ故、カナダの裁判所は司法判断適合性の問題に對し<sup>(14)</sup>憲法上の原理からではなく機能的な理由に基づく自己抑制的な制限によつて対応していると理解することができる。<sup>(15)</sup>

以下では、裁判所が憲法判断を抑制すべき場合と一般に解せられるムートネス、仮定的・抽象的問題、成熟性そして政治問題のそれぞれに對するカナダの裁判所の対応を検討し、カナダにおける司法判断適合性の内容を構成している諸要素について若干の考察を加えていく。

## 第二項 ムートネス<sup>(16)</sup>

「ムート (moot)」という語は、具体的争点が一度は存在していたが裁判所が判断を下す時までにかかると争点が消滅した状態を表現するために用いられている。<sup>(17)</sup>

カナダの多くの判例もムートネスの問題を取り扱っている。

従来カナダにおいても、裁判所はムートになつた争点に對し判断を下すべきではない、という原則が存在していた。しかし、一九五〇年代後半から、カナダ最高裁はムートネスの問題を裁判所の裁量によつて決定されるべき問題としてとらえるようになった。その結果、裁判所はムートになつた争点に對し判断を下すことを絶対的に禁止されているわけではない、と理解されるようになった。

ムートになつた争点に對し裁判所は判断を下さないという原則は、一九三八年の *Reference re Alberta Bills*<sup>(20)</sup> において枢密院司法委員会により明示的に示された。本件照会事件ではアルバータ州議会の第八、第九法案の合憲性が問題となつた。同法案は、カナダ最高裁によつて立法権限超越であると判断された後<sup>(21)</sup>に改正され、枢密院司法委員会が判断を下す時には問題となつた法案は存在していなかつた。そこで同司法委員会は、「現在存在している権利と何ら関係を有さない上訴を受け入れることは、この委員会において長年にわたつて確立された慣行に反するものである」と説示し、当該法案の合憲性に対する判断を回避している。<sup>(22)</sup>

憲法問題が提起された一九四四年の *The King ex rel. Tol-free v. Clark et al.* 事件<sup>(23)</sup>において、カナダ最高裁の Duff 長官

は、「訴訟の基礎が消滅した場合」裁判所がその上訴を受け入れないというのは「確立した原理」であり、「公共的利益に関する重要な法律問題が、当該訴訟手続により直接提起された争点を考慮する上で関係があつたかもしくは関係があつたかもしれない」という事実は、かかる原理の適用に何ら影響を与えるものではない<sup>(24)</sup>と説示している。この判決により、裁判所はムートになつた争点に対し判断を下さないということが確立した原理であることが明示された。このことは後のカナダ最高裁判例によつても踏襲されている<sup>(25)</sup>。

しかし、一九五八年の *Vic Restaurant Inc. v. Montreal* 事件<sup>(26)</sup>において、カナダ最高裁はムートになつた争点の取り扱いに對する厳格な原則は存在しないということを明示した。本件では、警察署長に営業許可免許の発行権限を委任しているケベック市条例の有効性が争点となつた。原告はレストランの経営者であり、営業許可の更新を申請したが認められなかつたため、営業許可免許の更新を認める旨の職務執行命令を求め裁判所に提訴した。ケベック州の裁判所が原告の申請を拒否したため<sup>(27)</sup>、事件はカナダ最高裁に上訴された。しかし、その時には問題となつてゐる免許の期限が切れ、原告はレストランの営業を止めていた。そこでカナダ最高裁は当該上訴を受け入れるべきか否

かにつき以下のように説示した。すなわち、Locke 裁判官は、本件での争点が当該条例の有効性であり、原告は当該条例の有効性に関して現実の利害を有していると判示した。その理由として同裁判官は、原告が無許可で営業したことに對する刑事訴訟追の問題は未解決のままであること、及び、原告が当該条例に關係する他のレストランの経営をする権利を有していることを挙げてゐる<sup>(28)</sup>。さらに同裁判官は、ムートになつた争点に関する上訴を認めるか否かの問題は「裁判所の管轄権の問題ではなく、むしろそれは裁量によつて決定されるべき問題」であり、提示された事実に基づき各事案ごとに決定されるべきである<sup>(29)</sup>と述べ、ムートネスの問題が裁判所の裁量の問題であることを明示した。そして同裁判官は、本件で争点となつてゐるケベック市条例の有効性についての問題は、「カナダ全土の地方公共団体の一般的利益に関する問題」であり、かつ、「ここで当裁判所が判断を下すべき正義の正当な運用に関する利益」についての問題であるため、本件上訴を受け入れ、本件の争点に對し判断を下すことは支持されうると説示している<sup>(30)</sup>。

この意見には Cartwright 裁判官が同調している。同裁判官はムートネスの問題に關し次のように述べてゐる。すなわち、ムートになつた争点に関する上訴に對しカナダ最高裁が判断を

下さないというのは準則である。「しかし、私の意見では、その準則は裁判所が緩和することが可能な実用上の (practical) 準則である」。重要な法律問題が提起されている「特別な状況」<sup>(31)</sup>である本件においては、本件上訴に対し判断を下すべきである。このように述べて、Cartwright裁判官も、ムートネスの問題は裁判所の裁量の問題であると説示した。

これら二人の裁判官の意見からすると、カナダ最高裁は、ムートになった争点に対し判断を下すか否かの問題は裁判所の裁量によつて決定されるべき問題であり、特に重要な法律上の争点が提起されている場合は、かかる争点がムートになったとしても裁判所が判断を下すべきである、と考えていると解される。現在では、ムートになった争点に判断を下すか否かの問題は、裁判所の裁量によつて対処されている。そして、裁判所はしばしばかかる裁量を行使してムートになった争点に判断を下している<sup>(32)</sup>。また、ムートになった問題に対し判断を下すことを拒否した裁判官が、裁判所は裁量によつて当該問題につき判断を下すこともできる旨つけ加える場合もある<sup>(33)</sup>。

一九八二年の *Quebec Constitutional Amendment Reference* (No. 2)<sup>(34)</sup> においては、イギリス議会がすでにカナダ憲法の改正に関する法律を制定したため、憲法改正に対するケベック州の

拒否権が憲法慣習上認められるか否かの問題がムートになってしまった。しかし、カナダ最高裁は、「かかる憲法問題に関する疑義を払い去るために、当該問題に対し回答を出すことは望ましいことであろう。従つて、その問題に対し判断を下す」と述べ、ムートになった憲法問題に対し判断を下している<sup>(35)</sup>。

また、カナダ最高裁は、一九八四年の *L.S.U.C. v. Skapinker* 事件<sup>(36)</sup>において、ムートになった人権憲章に関する争点に判断を下し、下級審判決を破棄している。ムートになった人権憲章に関する事件に対し裁判所が判断を下す傾向は、いくつかの下級審判例の中にもみうけられる<sup>(37)</sup>。

このように、人権憲章に関する違憲審査においても、争点が重要なものであれば、たとえその争点がムートになった場合であっても裁判所が自らの裁量権を行使してそれに判断を下すという裁量的アプローチがとられている。

以上のように、カナダにおいてもムートネスの問題は裁判所によつてしばしば考慮されてきている。しかし、ムートネスの問題に対する裁判所の対応方法は時代により変化している<sup>(38)</sup>。ムートになった争点に対し裁判所は判断を下すべきではないという原則は、以前は確固たる原則として裁判所によつて厳格に守られていた。しかし、現在では、そのような厳格な原則は存

在せず、ムートネスの問題は裁判所の裁量の問題として理解されている。そして、裁判所に提起された問題がムートになった場合であっても、その問題が重要であればあるほど裁判所がそれに對し判断を下す傾向が強い、という一般的な特徴があるように思われる。

### 第三項 仮定的・抽象的問題<sup>(39)</sup>

仮定的問題とは、それが真実か否かもしくはそれが生じる蓋然性が存するか否かがはつきりしない事実の仮定に基づいている問題をいう。また、抽象的問題とは、具体的事実に基づかない一般的な問題をいう。<sup>(40)</sup>

このような性質を有する問題に對し判断を下すことは、コモン・ロー上の判断方法に反するものである。従つて、コモン・ロー上の判断方法に慣れている裁判官が具体的事実に基づかない仮定的・抽象的な問題に對し判断を下さなければならぬ場合、それらの裁判官は困難を感じずにはいられないのである。<sup>(41)</sup> 実際、カナダの下級審判例の中には、事実問題についての十分な記録を欠く人権憲章に関する争点に判断を下すことに消極的態度を示しているものもある。<sup>(42)</sup>

しかし、仮定的・抽象的な問題に對し裁判所が判断を下すと

いう現象は、カナダ憲法に関する事件においては決して稀有なことではない。<sup>(43)</sup> 連邦及び州の政府による照会制度の一般的な利用や公益訴訟としての宣言的判決の利用の増加により、多くの憲法問題が仮定的・抽象的な型で裁判所に提起され、裁判所はそれらに對し判断を下しているのである。

おそらく、照会事件は具体的事実に基づかない憲法問題が提起される第一のものであろう。<sup>(45)</sup>

照会制度の主な目的は、具体的争訟の生じる前に法律もしくは法律案の合憲性に関し裁判所の意見を求めることである。従つて、その性質上、照会事件では仮定的・抽象的な問題が提起されざるをえない。

照会事件で提起された争点を判断する上で必要とされている事実問題が十分に展開されていない場合や質問事項が一般的もしくは不明確な文言で書かれている場合、<sup>(47)</sup> または、質問事項が司法判断に適合的でない場合等は、<sup>(48)</sup> 裁判所がそのような質問に回答を出すことを拒否する裁量権を有している、とカナダ最高裁は説示している。しかし、カナダ最高裁は、仮定的・抽象的な質問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。<sup>(49)</sup>

公益訴訟として法律の合憲性を争い、それに関し宣言的判

を求める場合においても、仮定的・抽象的問題が提起される可能性が高い。<sup>(50)</sup> カナダ最高裁は、一九八一年の *Min. of Justice of Can. v. Borowski* 事件<sup>(51)</sup>において、特定の場合に治療目的の人工妊娠中絶を認める刑法の規定がカナダ権利章典の第一条に違反するか否かという一般的・抽象的問題を司法判断に適合すると考えている。従って、そのような抽象的な問題に対しても、カナダ最高裁は判断を下す意思を有していると解せられる。

宣言的判決が法律の合憲性を争う公益訴訟の手段として承認され、かつ、裁判所が法律の合憲性についての宣言的判決を出すことに對し困難さを感じなくなってきたため、<sup>(52)</sup> 今後とも、仮定的・抽象的な憲法問題が法律の合憲性に関する宣言的判決を求める公益訴訟において提起されることが予想される。

以上のように、カナダにおいては、照会事件及び公益訴訟として法律の合憲性に関し宣言的判決を求める訴訟において、仮定的・抽象的な憲法問題が裁判所に提起され、裁判所がそれに対し判断を下すということが一般的に行われている。そして何が仮定的・抽象的な問題であるか、また、仮定的・抽象的な問題に対し判断を下すべきか否かに関する問題は、裁判所の裁量によって決定されるべきものとして理解されている。<sup>(53)</sup>

#### 第四項 成熟性 (Ripeness)<sup>(54)</sup>

成熟性という用語は、カナダの判例の中ではこれまでほとんど用いられていなかった。<sup>(55)</sup> しかし、成熟性の問題とパラレルな問題として、損害防止 (quia time) 差止の請求が認められるか否かの問題がカナダにおいて議論されていた。<sup>(56)</sup>

人権憲章第二四条の規定は、過去に発生した現実の権利侵害のみならず、将来生じる蓋然性が認識される権利侵害に対し救済を求める権利も保障している。それ故、今後、成熟性との関係でこの問題が議論される必要性が増加すると思われる。

人権憲章に関するいくつもの事件では、すでに成熟性の問題が取り扱われている。<sup>(57)</sup> しかし、それらの判例は成熟性の問題に対し一貫した対応を採っていない。<sup>(58)</sup> 従って、現段階でカナダにおける成熟性の問題に関して詳しい検討を加えることはできない。今後の判例法理の形成が待たれる分野である。

#### 第五項 政治問題 (Political Questions) の法理

カナダ最高裁は、一九八五年の *Operation Dismantle v. The Queen* 事件<sup>(59)</sup>において、アメリカ合衆国連邦最高裁判所の判例によって確立されている政治問題の法理 (Political Questions Doctrine) を採用しないことを明示した。

本件では、一九八三年七月十五日に連邦政府の内閣が下した合衆国の巡航ミサイルの実験をカナダの領土内で行うことを認める決定が、人権憲章第七条により保障されている生命・安全の権利を侵害するか否かが争われた。原告は、連邦政府が下した右決定によってカナダが核攻撃の目標となる危険性が増化するため、人権憲章第七条で保障されている原告及びカナダ国民の生命・安全の権利が侵害される、と主張した。そして、原告は、(1)かかる閣議決定が違憲である旨の宣言的判決、(2)問題となっているミサイル実験の差止、(3)損害賠償、の三つの救済を裁判所に対して求めた。そこで被告側は、原告が提出した訴答書面 (statement of claim) が合理的な訴訟原因を提示していないことを理由に本件事件を却下するよう動議を出した。第一審のカナダ連邦裁判所事実審理部はかかる動議を却下した。<sup>(60)</sup>しかし、第二審の連邦控訴裁判所は、全員一致で被告側の主張を認め、本件事件を却下した。<sup>(61)</sup>

カナダ最高裁判所は原告側の上訴を却下した。しかし、その理由づけは、Dickson 裁判官によって書かれた多数意見と Wilson 裁判官の意見とは若干異なっている。多数意見は、本件での争点が次の点にあるとしている。すなわち、本件事件は、原告の訴答書面に合理的な訴訟原因が提示されていないことを理

由に事実審理を行う前に却下されるべきか否かという問題である。そして、この点に関し多数意見は、前述の閣議決定と原告の主張する権利侵害との間の因果関係は訴訟原因を支持するためには「不確定で推論的かつ仮定的」に過ぎると判示し、本件上訴を却下した。Wilson 裁判官は、原告の主張が正しいと仮定しても、問題となっている閣議決定は人権憲章第七条の違反とはならず、従って、同二四条の訴訟原因は存在しない、との理由で本件上訴を却下した。<sup>(62)</sup>

このような結論に至る前提として、多数意見及び Wilson 裁判官の意見は、閣議決定も裁判所の違憲審査に服すること、また、国防上もしくは外交上の問題も違憲審査の対象となることを説示し、カナダでは政治問題の法理が適用されないことを明示した。

多数意見は、「閣議決定は人権憲章第三二条一項(a)に該当する。それ故、閣議決定は、裁判所によって審査されうるのであり、憲法との適合性に関し裁判所の精査に服する」と説示した。そして、本件における争点の司法判断適合性に関し以下のように述べた。すなわち、「私 [Dickson 裁判官] は、Wilson 裁判官の司法判断適合性に関する議論、及び、「司法判断適合性に関する」法理は異なる種類の紛争を解決する討論の場としての裁

判所の適切な役割に関する考慮に基礎をおいているという同裁判官の結論に、実質的に賛成するものである。私は、政治的にもしくは外交政策的な性質の紛争が裁判所により適切に判断されるであろうことに對しては何ら疑義を有していない<sup>(65)</sup>。このように、カナダ最高裁の多数意見は、政治的にもしくは外交政策的な問題も司法判断に適合的であると明示した。

これに對し Wilson 裁判官は、本件における第一の争点を「国防及び外交に関する連邦政府の決定は、(a)それが国王大権の行使であるから、(b)それが提起されている事実の性質上本質的に司法判断に適合的でないから、(c)それが裁判所の判断を下すべきではない『政治問題』を含んでいるから、のいずれかの理由によつて裁判所の審査が不可能なものであるか」と整理した。この争点に關し、Wilson 裁判官は次のように判示している。

まず、当該問題が国王大権の行使か否かの問題に關しては、「議會が国王大権の範囲内の事項に關し立法する権限を有する」という意味において、国王大権は「議會の権限内」にある」との理解に立つて、議會権限は人権憲章の範囲内にあり、そのため裁判所の審査が可能であるから、国王大権も裁判所の審査に服する<sup>(67)</sup>、と結論づけている。次に、本件問題が事実の性質上証明されえないものである、もしくは、当該問題は裁判所の評価

に適さないものである、との理由で、本件での争点が司法判断に適合的ではない、との点に關し、Wilson 裁判官は次のように述べている。すなわち、本件での問題は、裁判所が判断を下すことが「可能か」という観点からではなく、裁判所が判断を下すべきか<sup>(68)</sup>、もしくは「下さなくてはならないか」という観点から判断されなければならない。そして、本件問題に判断を下すべきか否かの問題については、以下の政治問題の法理に關する議論でその結論を述べている。

Wilson 裁判官は、政治問題の法理に關するアメリカ合衆国の判例及び学説を詳細に検討した<sup>(69)</sup>後、本件での争点を次のように整理した。すなわち、「我々の前にあるのは、政府の国防政策が正しいか否かの問題ではなく、当該政策が原告の有する人権憲章第七条の権利を侵害するか否かの問題である。この二つは全く異なる問題である。後者の問題に對し裁判所が判断を下すべきであることについてはいかなる疑義も存しえないと私は考える。実際、憲法の一部である人権憲章第二四条は、後者のような問題の判断を『管轄権を有する裁判所』の責任であることを明示している。裁判所は『事情に應じて適當かつ正当であると認める救済』を与える権限を有している。しかし、だからといって、争点が本質的に司法判断非適合的であるから、もしくは、

争点がいわゆる「政治問題」であるから、との理由に基づいて裁判所がその管轄権を放棄することが裁判所の自由になっているとは思われない。……それ故、国防に関する行政府の判断を裁判所が『結果論で修正する (second guess)』ことが適切か否かという問題に解答を出すために憲法を見なければならぬ場合、それは不適切であると我々は結論づけるであろう。しかしながら、我々が要請されていることが、行政府の特定の行為は市民の権利を侵害するか否かを判断することである場合、我々はその問題に対し解答を出すことは適切であるばかりではなく、それは人権憲章の下での我々の義務である<sup>(70)</sup>。本件との関連でいえば、「巡航ミサイルの実験を許可した決定は原告の有する人権憲章上の権利を侵害するか否かの判断を、立法府が憲法上の責任として裁判所に課した」と理解することができ、それ故、「当該問題に判断を下すことは、適切であるのみならず、憲法上の義務でもある」<sup>(71)</sup>。

以上のように述べ、Wilson 裁判官は、政治問題の法理を援用することによって憲法上裁判所に課されている違憲審査権を放棄することは許されなことを説示し、「政治問題の法理が適用されないことを明示した。前に述べたように、多数意見も司法判断適合性に関する Wilson 裁判官の議論に賛成しているた

め、カナダ最高裁は政治問題の法理を採用しないことで意見が一致していると解することができる<sup>(72)</sup>。

本件においてカナダ最高裁は、政治問題の法理を援用して国防及び外交政策に関する問題に対する判断を回避すべきではないと説示した。しかし、多数意見は、原告の訴答書面における主張が「不確実で推論的かつ仮定的」であるため合理的な訴訟原因を構成していないとの理由で、本件事件の事実審理を行うことすら認めなかった。多数意見は、原告が巡航ミサイルの実験を認める閣議決定と核戦争の危険性が増大することとの間の因果関係を証明しない限り、事実審理は行わない、と述べている。さらに多数意見は、そのような因果関係は事実の性質上「決して証明されうるものではない」<sup>(73)</sup>と説示している。

ある論者は、本件の多数意見を次のように批判している。すなわち、多数意見のこのような論理構成は原告の訴答書面のみを見て原告の持つている証拠を「審理する前に判断する」<sup>(76)</sup>ことを意味している。さらに、多数意見は、原告に対し「証明不可能な事実」<sup>(77)</sup>の証明責任を課し、かかる事実が証明されない限り事実審理を行わないと述べることににより、事実上、本件事件に対する判断を完全に回避することに成功している。この批判が指摘しているように、少なくとも本件に関していえば、カナダ

「最高裁の採った「証明不可能な事実の法理」は政治問題の法理とほぼ同様の結果を導き出した」と理解することも可能であろう。<sup>(78)</sup>

このように、多数意見が政治問題の法理を採用することなく証明不可能な事実の法理を用いることによって本件事案を因果関係の問題で却下したことは、裁判所が実体的な政治判断に過度に係わっていると印象を軽減するのに役立っていると解することができる。<sup>(79)</sup>

以上述べたように、カナダ最高裁は政治問題の法理を採用していない。しかし、同裁判所は、同時に、ある種の憲法問題に対する判断を回避するための手段の必要性を感じていたと思われる。<sup>(80)</sup> Wilson 裁判官は、政府の国防政策の賢明さに関する判断が裁判所の役割として適切ではないことを認めている。<sup>(81)</sup> 特定の憲法問題に対する判断を回避するためにいかなる法理がカナダにおいて発展するかは、今後の判例の蓄積を待つほかないであろう。

以上で、カナダにおける司法判断適合性の問題に関する判例の分析を終える。前述のように、司法判断適合性の問題は、憲法上の原理から規定されているというよりは、かなりの程度裁判所の裁量によって決定されている。<sup>(82)</sup> そして、一般にカナダ最

高裁は、法律の合憲性の問題及び重要な憲法上の問題に対し積極的に判断を下す傾向があるように思われる。以下では、司法判断適合性の問題を判断する際、裁判所がいかなる要素を考慮するかもしくは考慮すべきか、につき検討を加えていく。

#### 第六項 司法判断適合性の基準<sup>(83)</sup>

##### 一 立法府及び行政府に対する敬讓

すでにのべたように、カナダ憲法は、一般的な権力分立原則を規定せず、特に、裁判所の機能を純粹な司法権の行使に限定していない。<sup>(84)</sup> その結果、カナダの裁判所は、ムートネス、仮定的・抽象的問題、成熟性、政治問題等々司法判断適合性の問題に関し厳格な基準を定式化していないように思われる。<sup>(85)</sup> そのため、カナダの裁判所は一般に憲法問題に対し積極的に判断を下す傾向がある。<sup>(86)</sup>

しかしながら、判例は、特定の分野における問題に対して裁判所が政府の他の部門の判断を結果論により修正することは許されない、という原則を確立している。<sup>(87)</sup>

多くの分野に関する政府の意思決定は行政府に留保されている。この場合、裁判所は意思決定をした行政機関の管轄権および意思決定をする際の法定手続等の諸問題につき審査すること

ができる。しかし、行使された行政権限が純粹に裁量的である場合、裁判所は行政機関の裁量的判断を自己の裁量による判断と代えることは許されていない。<sup>(88)</sup>

また、一九八二年以前は、立法府が憲法上の規定に従っている限り、立法府は自己の立法権限を自己が選択する方法で自由に行使することができたのである。この場合、裁判所は立法府が有する憲法上の立法管轄権に関して審査することはできない。しかし、裁判所は立法内容の賢明さ及び立法権限の濫用の可能性<sup>(90)</sup>に関しては審査することはできなかったのである。これに対し、一九八二年に人権憲章が制定されたからは、裁判所が人権憲章第一条の下で立法手段の適切さについて審査することが可能となった。

さらに、憲法上の規範の全てが裁判所によって強制的に執行されるわけではなく、立法府自身により執行される憲法規範もいくつか存在する。<sup>(91)</sup>例えば、一八六七年憲法第五十一条は、庶民院の議員定数の配分及びその一〇年ごとの再配分に関し規定している。Strayer博士は、この規定が裁判所によって審査され執行されることはない<sup>(92)</sup>と解している。また、同博士は、立法府の議員の資格に関する憲法上の規定<sup>(93)</sup>も裁判所によって審査され執行されることなく、この問題に関しては議院の自律権が存する

と解している。<sup>(94)</sup>これに対し同博士は、人権憲章第四条によって規定されている庶民院の少なくとも五年ごとの選挙ならびに同第五条が規定する連邦及び州の議会の開催時期、さらに、一八六七年憲法第四八条が規定する庶民院の定足数等、立法手続に関する問題は裁判所の審査が可能であると解している。<sup>(95)</sup>また、Strayer博士によると、人権憲章第三条の適用除外条項に関する問題ならびに一八六七年憲法第一八条が立法府に委任した連邦議会議員の特権についての問題も裁判所の審査に服することになる。<sup>(96)</sup>

以上のように、裁判所は立法府及び行政府の管轄権に関する問題を審査する権限を有している。また、行政府の判断も手続上の観点から裁判所によって審査されうる。しかし、行政の意思決定が行政府の裁量事項に関する場合、裁判所はかかる意思決定の内容を実体的に審査することはできない。これに対し、議会の内部手続及び議員の特権に関し裁判所がどの程度審査権を有すかは、判例上明確となっていない。Strayer博士は、立法府及び行政府に対し裁判所がいかなる場合、またいかなる程度敬讓を与えるべきかの問題は、それほど明確になっているわけではない。<sup>(97)</sup>と述べている。

## 二 司法判断適合性の基準

憲法上のいかなる問題が司法判断適合的であり、いかなる場合に裁判所が立法府及び行政府に対し敬讓を与えるべきかを決定する際に裁判所が考慮すべき要因として、Strayer 博士は、(1) 憲法により保護されている利益の性質、(2) 裁判所によつて実効性を担保することの困難性、(3) 客観的基準の存否、の三つを挙げてゐる。<sup>(98)</sup>

Strayer 博士は、憲法により保護されている利益が立法府によつて適切に保護されうる性質のものであれば、かかる利益の保護に関する立法府の判断を裁判所が審査すべきではない、と述べている。これとは逆に、憲法上の利益が裁判所によつても適切に保護されうる場合、裁判所がかかる利益を保護すべき立場に在る、と説明している。<sup>(99)</sup> また、憲法上の利益を裁判所が保護することが困難な場合、裁判所は立法府及び行政府の判断に敬讓を与えるべきこともありうる<sup>(100)</sup>と述べている。さらに、裁判所が適用すべき客観的基準が存在しない場合、裁判所は立法府及び行政府の判断を尊重すべきである、と同博士は主張してゐる。<sup>(101)(102)</sup>

Sharpe 教授は、Strayer 博士とは別の観点から司法判断適合性の基準を提示している。<sup>(103)</sup> Sharpe 教授は、裁判所が争点の司法

判断適合性を判断する際に考慮すべき要素として、(1) 適切な対立性の存否、(2) 効率性、(3) 他に違憲審査を受ける可能性の存否、の三つを挙げている。適切な対立性の存否に関しては以下の命題が主張されている。すなわち、裁判所に提出された争点につき活発に相対立して議論する当事者が存在しない場合、裁判所はかかる争点に対し判断を下すべきではない。<sup>(104)</sup> また、効率性については、裁判所がその限定された資源を配分する際、最も効率的な方法を採用すべきである、という命題が導き出される。従つて、裁判所に提起された争点が仮にムートになつても、かかる争点が重要であるため後に生じる多くの事件の先例となるような性質を有し、かつ、裁判所及び当事者がその争点の解明のために多大の労力と時間を費やしている場合、裁判所はその争点に対し判断を下すべきこととなる。<sup>(105)</sup> 第三番目に挙げられた他に違憲審査を受ける可能性の存否とは、裁判所に提起された争点<sup>(106)</sup>がその訴訟以外では他に裁判所の違憲審査に服しえない場合、裁判所はその争点に対し判断を下すべきである、ということである。<sup>(107)</sup>

Strayer 博士及び Sharpe 教授の学説は、判例を分析することによつて司法判断適合性の基準を解明しようと試みてゐる点で極めて重要なものであろう。しかし、判例は司法判断適合性の

内容に関しそれほど明確な基準を提出していない。それ故、Strayer 博士及び Sharpe 教授の説で指摘されている諸要素がそれぞれの程度裁判所によって実際に考慮されているかについては明らかではない。今後の判例法理及び学説の発展を待つほかないであろう。

以上述べてきたように、カナダにおける司法判断適合性の基準はそれほど明確となっていない。裁判所は、いくつかの要素に規定された裁量を行使することにより争点が司法判断適合的か否かを決定していると思われる。そして、カナダにおいては、法律の合憲性の問題（立法権限の問題）及び人権憲章に関する問題は司法判断適合的であり、これらの問題に対し判断を下すことは憲法が裁判所に課した義務である、と解されていると思われる。このような理解は、カナダにおいて伝統的に、「憲法問題は法律問題であり、裁判所がそれを解決するための適切な場であると考えられてきた」<sup>(註)</sup>ことと深く関連していると思われる。

以上で司法判断適合性の基準についての考察を終える。

#### 第七項 本節のまとめ

1 カナダ憲法は、一般的な権力分立を規定せず、裁判所の

機能を純粋な司法権の行使に限定していない。このため、裁判所が判断を下すことができる争点の性質は、憲法上の原理から規定されるものではなく、機能的な理由によって規定されている。提起された争点の司法判断適合性は裁判所の裁量によって決定される。以上の要因により、カナダにおける司法判断適合性の内実及びその基準は、それほど明確となっていない。

2 ムートネスの問題も裁判所の裁量により処理されている。争点がムートになった場合でも、その争点が憲法上重要なものであれば裁判所は判断を下す傾向がある。

3 照会制度の存在及び公益訴訟として法律の合憲性に関する宣言的判決を求める事案の増加等の理由により、仮定的・抽象的な憲法問題に対し裁判所が判断を下す傾向が強い。裁判所は、争点が仮定的・抽象的であることを理由に判断を回避する裁量権を有している。しかし、裁判所はかかる裁量権を積極的に行使していないと解される。

4 成熟性の問題はこれまで憲法訴訟においてそれほど重要な論点とはなっていない。しかし、人権憲章の制定以後は、将来発生しうる人権侵害の救済の問題を解決するうえで、成熟性の問題が重要な論点となりうると思われる。

5 カナダ最高裁は政治問題の法理を採用していない。争点

がどんなに政治的な性質を有していても、立法権限配分規定との関係における法律の合憲性の問題、及び、人憲権章に関する憲法問題に対し裁判所が判断を下すことは、憲法上裁判所に課された義務であると解されている。

しかし、今後、特定の憲法問題に対する判断を回避するための何らかの法理が、カナダにおいて発展する可能性がないとは言えない。

6 カナダ最高裁判所は、憲法により保護されている利益の性質、裁判所によって実効性を担保することの困難性、客観的基準の存否、立法府及び行政府に対する敬讓、適切な対立性の存否、効率性、他に違憲審査を受ける可能性の存否等々の要素に基づき、争点の司法判断適合性を裁量により決定していると解される。しかし、各要素がいかなる程度において裁判所によって考慮されているかは明らかとなっていない。

7 カナダにおいては、憲法問題は法律問題であり、裁判所がその解決に適した場である、と伝統的に考えられてきた。従って、裁判所は比較的積極的に憲法問題を判断して来た<sup>(6)</sup>。しかし、違憲審査の理論に関する議論はそれほど展開されていない。それ故、カナダでは、違憲審査に関する網羅的かつ全体的な理論の構成が必要とされていると思われる<sup>(7)</sup>。

以上でカナダにおける司法判断適合性の問題に関する考察を終える。次節では、違憲審査と民主主義の問題について検討を加えていく。

(1) See generally B. Strayer, *The Canadian Constitution and The Courts, The Function and Scope of Judicial Review* (2nd ed. 1983), Ch. 7.

R. Sharpe, "Moonness, Abstract Questions and Alternative Grounds : Deciding Whether to Decide", in Sharpe (ed.) *Charter Litigation* (1987), Ch. 12.

(2) Sharpe, *id.*, at 330.

(3) Strayer, *supra*, note 1, at 173.

S. Blake, "Standing to Litigate Constitutional Rights and Freedoms in Canada and The United States" (1984), 16 *Ottawa L. Rev.* 66, at 70.

(4) Sharpe, *supra*, note 1, at 330.

(5) (1974), 43 D. L. R. (3d) 1.

(6) *Id.*, at 11.

(7) *Id.*, at 17-18.

(8) (1982), 130 D. L. R. (3d) 588, at 596.

- (9) しかし、Laskin 長官は他方で Borowski 氏が提起した自己に適用のない刑法の有効性に関する問題は具体性を欠くと判示している。 *id.*, at 598. それ故、同長官が、司法判断適合性と具体性の問題をどう理解しているのか、また、司法判断適合性の内容をどうとらえているのか、明確ではない。
- (10) Blake, *supra*, note 3, at 70 footnote 31.
- (11) See note 9. *supra*.
- (12) D. Mullan, “Standing After McNeil” (1976), 8 *Ottawa L. Rev.* 32. at 38.
- (13) Strayer, *supra*, note 1, at 22.
- (14) 本稿第二部第一章第一節(『北大法学論集』三九卷三号 一八一頁以上) 参照。
- (15) Strayer, *supra*, note, at 22.  
Sharpe, *supra*, note 1, at 329.
- (16) Strayer, *id.*
- (17) Sharpe, *supra*, note 1, at 331.
- (18) *Id.*, at 331-335.
- (19) *Id.*, at 331.
- (20) [1938] 4 D. L. R. 433.
- (21) *Reference re Alberta Legislation*, [1938] 2 D. L. R. 81.
- (22) [1938] 4 D. L. R. at 437.
- (23) [1944] S. C. R. 69.
- (24) *Id.*, at 72.
- (25) *Coca-Cola Ltd. v. Mathews*, [1944] S. C. R. 385, at 386, per Rinfret C. J. C.; *Oatway v. Can. Wheat Bd.*, [1945] S. C. R. 204, at 215.
- (26) (1959), 17 D. L. R. (2 d) 81.
- (27) [1957] Que. Q. B. 1, affirming [1955] Rev. Leg. 540.
- (28) (1959), 17 D. L. R. (2 d), at 98.
- (29) *Id.*, at 96-98.
- (30) *Id.*, at 98.
- (31) *Id.*, at 99.
- (32) Sharpe, *supra*, note 1, at 334.
- (33) See e. g. *Re Yukon Conservation Soc. et al. and N. E. B. et al.* (1978), 95 D. L. R. (3 d) 665 (Fed. C. A.); *R. v. Anderson* (1982), 1 C. C. C. (3 d) 267 (Ont. C. A.); *Can. Cablesys tems (Ont.) Ltd. v. Consumer’s Assn. of Can.*, [1977] 2 S. C. R. 740. See also *C. U. P.*

- W. v. A. G. Can.* (1978), 93 D. L. R. (3 d) 148 (Fed. Ct.).
- (34) *A. G. Que and A. G. Can. Re.* [1982] 2 S. C. R. 793. per Laskin C. J. C.
- (35) *Id.*, at 806.
- (36) (1984), 9 D. L. R. (4 th) 161.
- (37) *Re Marshall and The Queen* (1984), B. C. C. C. (3 d) 73 (Ont. H. C.). ; *Re Howard and Presiding Officer of Inmate Disciplinary Ct. of Stony Mountain Institution* (1985), 19 D. L. R. (4 th) 502 (Fed. C. A.) したが、*Re Cadeddu and The Queen* (1983), 41 O. R. (2 d) 481 (C. A.). ; *Re Maltby et al, and A. G. Sask.* (1984), 13 C. C. C. (3 d) 308. (Sask. C. A.). 611101 総審判例は、*ヘームを理由に判断を下す*のべきを否定している。
- (38) Sharpe, *supra*, note 1, at 335.
- (39) *Id.*, at 335-340.
- (40) *Id.*, at 335.
- (41) *Id.*, at 336.
- (42) *Re Blackwoods Beverages Ltd.*, (1984), 15 D. L. R. (4 th) 231 (Man, C. A.). ; *Re Sherwood Park Res-aurant Inc. et al. and Markham et al.* (1984), 46 O. R. (2 d) 436 (H. C.).
- (43) Sharpe, *supra*, note 1, at 336.
- (44) 一般に、公益訴訟として法律の合憲性に関し宣言的判決を求める場合、事実の関連性を欠く一般的抽象的問題が提起されている。
- (45) Sharpe, *supra*, note 1, at 337.  
本稿第二部第一章第三節(『北大法学論集』三九卷三号 | 三五頁以下) 参照。
- (46) *Reference re Waters and Water Powers*, [1929] S. C. R. 200 ; *Re Authority of Parliament in Relation to the Upper House*, [1980] 1 S. C. R. 54.
- (47) *Reference re Angliers Ry. Crossing*, [1937] S. C. R. 451.
- (48) *Re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S. C. R. 753.
- (49) Sharpe, *supra*, note 1, at 339.  
P. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1985), at 180.
- (50) Sharpe, *supra*, note 1, at 328, 339.

- (51) (1982), 130 D. L. R. (3d) 588.
- (52) Sharpe, *supra*, note 1, at 339.
- (53) 公益訴訟として法律の合憲性に関する宣言的判決を求める市民に当事者資格を認めるか否かの判断を下す際、裁判所は、同時に、提起された問題が司法判断適合的か否かの判断を下す。それは裁判所の裁量の問題であると解されている。
- (54) Sharpe, *supra*, note 1, at 340-342.
- (55) *Id.*, at 340.
- (56) *Id.*  
T. Cromwell, *Locus Standi, A Commentary on the Law of Standing in Canada* (1986), at 100.
- (57) *Nat. Citizens' Coalition Inc. v. A. G. Can.* (1984), 11 D. L. R. (4th) 481 (Alta. Q. B.); *Que Assn. of Protestant Sch. Bds. et al. 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; *Collin et al. v. Kaplan et al.* (1982), 143 D. L. R. (3d) 121 (Fed. T. D.); *R. v. Jones* (1984), 10 D. L. R. (4th) 765 (Alta. C. A.).
- (58) Sharpe, *supra*, note 1, at 343.
- (59) [1985] 1 S. C. R. 441., 18 D. L. R. (4th) 481.
- (60) [1983] 1 F. C. 429 (T. D.).
- (61) [1983] 1 F. C. 745, (1983), 3 D. L. R. (4th) 193.
- (62) 18 D. L. R. (4th), at 485.
- (63) *Id.*, at 515-519.
- (64) *Id.*, at 491.
- (65) *Id.*, at 494.
- (66) *Id.*, at 497.
- (67) *Id.*, at 498.
- (68) *Id.*, at 500.
- (69) *Id.*, at 500-503.
- (70) *Id.*, at 504.
- (71) *Id.*, at 505.
- (72) H・N・シヤニツシユ・佐々木雅寿訳「カナダ憲法上の照会権限」、『北大法学論集』第三九巻三号(一九八七年)九一〇頁。  
M. Rankin and A. Roman, "Constitutional Law-A New Basis for Screening Constitutional Questions under The Canadian Charter of Rights and Freedoms

-Prejudging The Evidence? : Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al. ” (1987), 66 *Can. Bar Rev* 365, at 377.

(73) 18 D. L. R. (4 th), at 485.

(74) *Id.*, at 488.

(75) *Id.*, at 488, 489.

(76) Rankin, Roman, *supra*, note 72. at 379.

(77) *Id.*, at 375-377.

(78) *Id.*, at 387.

(79) *Id.*, at 377.

See also A. Petter, “The Politics of the Charter” (1986), 8 *Supreme Court L. R.* 437.

(80) Rankin, Roman, *id.*, at 374, 375, 378, 387.

政治問題の法理のカナダにおける適用可能性を主張する学説もいくつもある。

*Id.*, at 387.

シヤリシシコ・前掲論文(註72) 一〇頁。

(81) 18 D. L. R. (4 th), at 504.

(82) Strayer, *supra*, note 1, at 212.

(83) *Id.*, at 195-209.

Sharpe, *supra*, note 1, at 345-356.

(84) 本稿第一節第一章第一節(『北大法学論集』三九卷三号 | 一頁以上) 参照。

(85) Sharpe, *supra*, note 1, at 345.

(86) Strayer, *supra*, note 1, at 193.

(87) *Id.*, at 195.

(88) *Id.*, at 195-196.

(89) *A. G. Can. v. A. G. Ont.*, [1898] A. C. 700 (P. C.). ; *A. G. Ont. v. A. G. Can.*, [1912] 3 D. L. R. 509 (P. C.). ; *Royal Bank v. The King*, [1913] 9 D. L. R. 337 (P. C.). ; *Co-operative Comm. on Japanese Canadians v. A. G. Can.*, [1947] 1 D. L. R. 577 (P. C.). ; *Morgentaler v. The Queen* (1976), 53 D. L. R. (3 d) 161 ; *Reference re Anti-Inflation Act* (1976), 68 D. L. R. (3 d) 452.

(90) *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575 (P. C.). at 587 ; *Reference re Adoption Act*, [1938] 3 D. L. R. 497.

(91) Strayer, *supra*, note 1, at 196.

(92) *Id.*, at 196-197.

この点に関する判例は、カナダにおいて存在していないようである。

- (93) 一八六七年憲法第二三条、三一条、三九条、八三条等。
- (94) Strayer, *supra*, note 1, at 197.
- (95) *Id.*, at 197-198.
- (96) *Id.*, at 199-200.
- (97) *Id.*, at 200.
- (98) *Id.*
- (99) *Id.*
- (100) *Id.*, at 200-201.
- (101) *Id.*, at 201-209.
- (102) 裁判所による立法府への敬讓は、合憲性推定の原則としていくつかの判例によって実際に表明されていると思われる。本稿第二部第三章第二節参照。
- (103) Sharpe, *supra*, note 1, at 345-356.
- (104) *Id.*, at 345-349.
- (105) *Id.*, at 349-353.
- (106) *Id.*, at 353-356.
- (107) H. Clokie, "Judicial Review, Federalism, and The Canadian Constitution" (1942), 18 *Can. J. of Eco. &*

*Pol. Sci.* 537, at 540.

(80) Strayer, *supra*, note 1, at 193.

(109) See Sharpe, *supra*, note 1, at 330.

### 第七節 違憲審査と議会制民主主義<sup>(1)</sup>

#### 第一項 概要

裁判所による違憲審査制はカナダ憲法の確立された一側面としての性質を有している。また、裁判所は一般に憲法問題に対し積極的に判断を下している。そのため、裁判所は、憲法問題を解決するための主要な機関として機能してきた。しかし、これに対しては、違憲審査制度はカナダ憲法の中心的な原理である議会制民主主義と基本的に矛盾するものである、との批判も出されている。このような批判は、特に、人権憲章を硬性憲法化する動きに対して強く主張されていた。<sup>(2)</sup>

違憲審査制度に批判的な論者は、以下のように主張している。すなわち、カナダ憲法の根本的な原理は、(1)議会の優越性であり、従って、裁判所は立法府の制定した法律を結果論により修正する (second guess) ことなく適用しなければならない、(2)

選挙された立法府の多数の声は選挙されていない裁判官の声に優越的でなければならぬ、というものである。カナダにおける議会の優越の原理は、法的にもまた歴史的にも正当化される。また、多数決の原理は、議会の優越に対する人々の合意として、またその道徳的な正当化として理解することができるであらう。

このような議論をふまえ、以下では、Singer博士の研究に基づき、カナダにおける違憲審査と議会制民主主義との関係について概観していく。

## 第二項 議会の優越—裁判所対議会—

一八六七年憲法の前文は、カナダが「連合王国の憲法と同じ原理の憲法」を有する旨規定している。従って、カナダにおける議会の優越の原理は、連合王国の憲法にその法的及び歴史的な起源を有している。

イギリスにおける議会の優越の原理は、裁判所または他の機関が議会の制定法を無効にするいかなる権限をも有さない、というものである。従って、イギリスの裁判所は、違憲審査権を行使して議会の立法に制限を加えることはできないのである。

一八六七年憲法の前文が示すように、カナダ憲法も右に述べ

たイギリスの議会の優越の原理をある意味において継受していることは明らかである。しかし、カナダにおいては、議会の立法の有効性を裁判所が審査する違憲審査制度が存在している。このため、カナダにおける違憲審査制度が法的にまた歴史的に正当化される必要性が出てくる。

連邦結成以前、植民地の立法府はイギリス本国の法律によって制限を課せられた立法権限しか有していなかった。そのため、植民地の裁判所は、植民地の立法府がその立法権限を超越しているか否かを審査する権限を有していた。連邦結成後も、カナダの裁判所は、一八六七年憲法の下で違憲審査権を行使していた。この点に関し、Dicey教授は次のように説明している。すなわち、連邦制度における各議会は、その権限が定款(Charte)によって制限されている株式会社と本質的に同種のものであるため、裁判所は立法権限超越の法律を無効とすることができ(8)。Dicey教授は、このように、株式会社の議論を類推することにより、連邦制度における立法府が裁判所の違憲審査権に服することを正当化している。

カナダもアメリカ合衆国と同様に連邦制度を採用し、成文の連邦憲法を制定した。かかる連邦憲法はカナダの最高法規であり、その最高法規性は裁判所の違憲審査権によって担保されて

いるのである。この意味において、カナダ憲法はイギリス憲法と異なっているのである。<sup>(10)</sup>従って、カナダ憲法はイギリス憲法と全く同様な議会の優越の原理を継受したのではないと考えられる。カナダにおける連邦及び州の立法府は、連邦憲法が規定する立法権限の制限に服し、自己の立法権限内においてのみ優越した権限を有しているのにすぎないのである。

一九八二年に制定された人権憲章は立法府の権限に対し新たな制限を加えている。S. 33(1)博士は、人権憲章による制限は従来の立法権限の制限を拡大したにすぎず、新たな概念を導入したものではない、と理解している。<sup>(11)</sup>しかし、人権憲章が制定されたことにより、裁判所が立法内容を実体的に審査する権限を有するようになったことは、極めて重要なことであると思われる。<sup>(12)</sup>このことにより、裁判所と議会との関係に新たな次元が発生したと解することも可能であろう。

以上のことから、連邦制度を採用しているカナダ憲法においては、裁判所による違憲審査制度が黙示的に承認されていたと解することが可能である。従って、議会と裁判所の対立は憲法上正当化されうると思われる。しかし、人権憲章が制定され、カナダ憲法に「準・司法権の優越」の原理が導入されつつある今日、議会と裁判所の関係を再度検討し直す必要があると思わ

れる。

### 第三項 民主主義―裁判所対国民―

#### 一 多数決の原理

裁判所による違憲審査制度は多数決の原理と矛盾すると批判されう。カナダにおいては、人権憲章を硬性憲法化するか否かに関してかかる議論が展開された。<sup>(13)</sup>特に、人権憲章に関する違憲審査は、立法府が行うべき価値判断を含む政策決定を必然的に含んでいるため、裁判所の機能としては適当ではない、との批判が出された。<sup>(15)</sup>しかし、多数決の原理との関係でいえば、政府の政策が常にその時の多数派の支持を得ているわけではなく、また、連邦国家においては少数派の州の利害も守らなくてはならないため、全ての決定が多数決の原理に基づいてはならない<sup>(16)</sup>。さらに、カナダ憲法は、文化的、宗教的、言語的少数者を保護することを、その重要な機能の一つとしている。従って、カナダ憲法は、全てのことを多数決の原理に基づいて決定することを要求してはいないのである。それ故、多数決の原理のみで違憲審査制度を論難することは相当ではないであろう。

連邦・州間の立法権限配分に関する違憲審査において、裁判

所がある種の政策的判断を行っていることは一般に認識されていた。カナダにおいて問題となつたのは、一般的な文言によつて規定された憲法上の権利を保護する際に裁判所が必然的に行うであろう政策形成的な判断であつた。違憲審査に批判的な論者は、アメリカ合衆国連邦最高裁判所が行つてきた政策形成的な機能を例にとり議論を展開した。<sup>17)</sup>

違憲審査においてある程度の政策的な判断がなされることは、それ自体問題とされる余地はあるが、それを完全になくすることは不可能なことであろう。特に、カナダの国民は、人権保障機能を裁判所が果たすことに対し同意したのであるから、人権憲章に関する違憲審査において行われるある程度の政策判断は、正当化されうるものと思われる。<sup>18)</sup>さらに、カナダでは、憲法は裁判所の違憲審査権によつて守られなければならないという理解が憲法上定着していることも、違憲審査制度の正当性を支持するための一要素となりうるであろう。

Strayer博士は、違憲審査制度と民主主義の関係について以下のように述べている。すなわち、違憲審査制度は、民主主義に反し裁判官の意見を人民の意見に代えるものではなく、「ある目前の魅力的な目標が、社会によつて承認され社会に浸透している永続的な規範に相対立している」ということを、裁判官が国

民及び選挙された代表に対し強制的に想起させる」ものなのである。さらに、違憲審査制度は、統治機構による憲法適合的な行為に対する国民の権利を守るという極めて重要な機能を有している。<sup>20)</sup>

違憲審査権は常に行使されるものではなく、訴訟当事者が憲法上の争点を提起する際偶発的に行使されるものであり、裁判所の完全なイニシヤチブで行使されるものではない。また、上訴が認められている限り、憲法判断は慎重に何度もくり返される可能性がある。従つて、Strayer博士が述べているように、立法権が裁判所の違憲審査権によつて侵害されるということとはそれほど顕著な現象ではないと解することも可能であろう。従つて、違憲審査制度が民主主義と真向から対立するものであるとは解し難く、返つて、それは、民主主義と両立しうるものであると解することも可能であろう。<sup>22)</sup>

## 二 裁判所の能力

前述のように、違憲審査制度が民主主義と矛盾するものではないとしても、裁判所は政策的な判断をする能力を有していないという批判が可能である。確かに、裁判官は、政策判断をするための教育を受けておらず、また、政策判断を行う上で必要

な情報を集取する手段も有していない。このことは、裁判所による違憲審査が政策形成過程における最良の手段ではないことを例証している。しかし、このことは、違憲審査制度を完全に廃止する根拠とはなりえない。

裁判所による違憲審査制度は、通常、他の手段が有効でない場合に用いられる最後の手段である。また、違憲審査は、少数者の利益を守るための有効な手段となりうる。従って、裁判所の能力についての批判は、それ自体正当なものではあるが、違憲審査制度を完全に否定する根拠とはなりえないであろう。

### 三 カナダの政治文化—裁判による政治—

憲法原理上、裁判所による違憲審査制度が議会の優越の原理及び民主主義と矛盾対立する要素を有していることを完全に否定することは困難であろう。しかし、カナダの政治文化においては、違憲審査制度が民主主義及び議会の優越の原理と対立するものとして看做されてこなかったように思われる。

連邦及び州の政府は、自己の提出する法律案や政策が憲法上正当化されることを証明するという政治的な目的のために照会制度を多用してきた。そのため、政治的な争点となつてきている問題の解決を裁判所に委頼することが一般に広く行われてき

た。<sup>(24)</sup>最近では、人権憲章に関する重要な争点を、照会制度を活用することによつて裁判所に解決してもらうことも一般に行われてい<sup>(25)</sup>る。

このように、カナダにおいては、政府が重要な憲法問題を裁判所に判断・解決してもらうという「裁判による政治」の政治文化が広く普及していると思われる。かかる政治文化は、憲法問題は法律問題であり、その適切な解決は裁判所が行うべきである、という一般的な理解に基づいていると思われる。従つて、少なくとも一九八二年以前までは、違憲審査制度と民主主義の対立がカナダにおいてそれほど現実的な問題とはなつていなかったという印象を受ける。

### 第四項 人権憲章と議会制民主主義

すでにのべたように、カナダにおいては、違憲審査と議会制民主主義の問題が、主に、人権憲章を硬性憲法化するべきか否かの問題に関連して議論されてきた。そして、このような議論は、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」<sup>(26)</sup>にいくつかの点で多大な影響を与えた。

その一例として、人権憲章第一条の規定が挙げられる。同条は、人権憲章で保障された諸権利が自由かつ民主的の社会におい

て明確に正当化されかつ法律で規定された制限に服することを規定している。この規定により、人権憲章上の諸権利は立法府が規定した法律上の制限に服することが明示されている。従って、立法府は、それ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ものである限り、人権憲章上の権利を制限する権限を保留されているのである<sup>(27)</sup>。けれども、人権憲章第一条の条件が満足されているか否かの問題は裁判所によって判断される。従って、同条は、議会制民主主義に対する部分的な保護規定であると評価することができる<sup>(28)</sup>。

これに対し、人権憲章第三三条は、議会制民主主義の全面的な保護規定であると解される。同条は、連邦もしくは州の議会は、制定法またはその条項が人権憲章の特定の規定にかかわらず適用される旨を当該制定法において明示的に宣言すれば、人権憲章の当該規定による拘束から自由になることができる旨規定している<sup>(29)</sup>。この規定は、実際に援用されることは少ないと思われるが、論理的には人権を保障しつつも議会の優越性を完全に保護しているものと解される<sup>(30)</sup>。

同条の規定は、立法府に対し、基本的自由（良心及び信教の自由、表現の自由）、司法上の権利、平等権の保障を無効にする権限を与えている。しかし、同条は、民主的権利（選挙権、議

員となる被選挙権、選挙、国会の開催要請等）、移転の権利、言語権には適用されない。Strayer博士は、このことによって、民主主義の基礎となる諸権利<sup>(31)</sup>は、議会制民主主義における議会の優越性に服することなく、裁判所によって保護される必要があることが示されていると理解している<sup>(32)</sup>。従って、同条が、議会制民主主義において裁判所による違憲審査制度がある意味では必要であるとの一例証となっていると理解することも可能であろう。

このように、人権憲章は、第一条及び第三三条の規定によって議会制民主主義を保護している。しかし、その裏側では、議会制民主主義において裁判所による違憲審査制度が必要であることをも黙示している。

##### 第五項 本節のまとめ

1 カナダ憲法における議会の優越の原理は、イギリス憲法におけるそれとは異なっている。カナダの各立法府は、連邦憲法の立法権限配分規定及び人権憲章によって課せられた立法権限に対する制限の中においてのみ優越性を有している。立法権限に対するこのような制限は、連邦制度を採用しかつ成文憲法を有しているカナダの統治機構の性質上、当然の結果であると

解される。そして、立法権限に関する問題が裁判所によって審査されることは、歴史的にもまた法的にも正当化されうるものである。

2 違憲審査制度は、民主主義の維持発展のため機能していると解することができる。違憲審査制度は、国民に対しその社会が承認したより永続的な規範の存在を強制的に想起させる機能及び少数者の利益を保護する機能を有しているのである。

3 人権憲章は、その第一条及び第三三条において、議会制民主主義を保護する手段を採用している。しかし、それは同時に、議会制民主主義の基礎を支えるためには裁判所による違憲審査制度が必要であることを黙示している。

4 従来、カナダにおいては、議会制民主主義と違憲審査制度の問題は、それほど現実的な問題としてとらえられていなかったと思われる。返って、裁判所の判断を立法府が利用する傾向が強かった。しかし、当事者適格の要件の緩和、司法判断適合性の基準の不明確性、憲法判断に対する裁判所の積極的態度、さらに、人権憲章の制定、等々の諸要因により、今後、カナダにおいて議会制民主主義と違憲審査との問題がより顕在化する可能性が高くなると思われる。<sup>(33)</sup>

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

(2) E. g. Schneider, "The Case against Entrenchment of Canadian Bill of Rights" (1973), 1 *Dolhouse L. J.* 15.

人権憲章を硬性憲法化することに反対していたいくつかの州は、人権憲章の憲法化は議会制民主主義に矛盾すると主張していた。

(3) Strayer, *supra*, note 1, at 35.

(4) *Id.*

(5) Dicey, *An Introduction to The Study of The Law of The Constitution* (10th ed. 1959), at 91.

(6) Strayer, *supra*, note 1, at 36.

J. Johnson, "Locus Standi in Constitutional Cases after Thorson", [1975] *Public Law* 137, at 142.

(7) Strayer, *id.*, at 38-39.

See *Vain v. Langlois* (1880), 3 S. C. R. 1, at 17-18.

(8) Dicey, *supra*, note 5, at 149-151, 158-159.

(9) Strayer, *supra*, note 1, at 39-40.

- (10) *Id.*, at 40-43.
- (11) *Id.*, at 49.
- (12) 本稿第一部第一章第三節及び第四節二項(『北大法学論集』三九卷二号一三三頁以下及び一三四頁以上)参照。
- (13) Strayer, *supra*, note 1, at 49.
- (14) E. g. Russell, "A Democratic Approach to Civil Liberties" (1969), 19 *U. T. L. J.* 109.  
Schmeiser, *supra*, note 2.  
Smiley, "Courts, Legislatures, and the Protection of Human Rights", in Friedland (ed.) *Courts and Trials: A Multidisciplinary Approach* (1975), at 89.  
Weiler, "Of Judges and Rights, or Should Canada have a Constitutional Bill of Rights" (1980), *Dalhousie Rev.* 205.  
Schmeiser, "The Entrenchment of a Bill of Rights" (1981), 19 *Alta. L. Rev.* 375.
- (15) Strayer, *supra*, note 1, at 51.
- (16) *Id.*, at 53.
- (17) *Id.*, at 52.
- (18) *Id.*, at 54-55.
- (19) *Id.*
- (20) *Id.*
- (21) *Id.*, at 55.
- (22) *Id.*
- (23) *Id.*, at 56.
- (24) H・N・シヤニツシユ・佐々木雅寿訳「カナダ憲法上の照会権限」『北大法学論集』第三九卷三号(一九八七年)一四-一五頁。
- (25) R. Sharpe, "Mootness, Abstract Questions and Alternative Grounds: Deciding Whether to Decide", in Sharpe (ed.) *Charter Litigation*, Ch 12, at 336.
- (26) Strayer, *supra*, note 1, at 58.
- (27) *Id.*
- (28) *Id.*, at 59.
- (29) 本稿第一部第一章第二節六項(『北大法学論集』三九卷一号一〇八頁以下)参照。
- (30) Strayer, *supra*, note 1, at 60.
- (31) この中に、基本的自由(良心及び信教の自由、表現の自由)が含まれていないことは、問題であると思われる。
- (32) Strayer, *supra*, note 1, at 60.

## 第八節 本章のまとめ

1 カナダにおいては、違憲審査に関する全体的かつ網羅的な理論が確立されているわけではない。カナダ憲法は一般的な権力分立原則を規定していない。従って、裁判所の機能は純粹な司法権の行使に限定されていない。そのため、カナダにおける違憲審査の理論は、憲法上の原理から形成されたものではなく、機能的な理由に基づいて形成されたものである。違憲審査の理論の形成、発展においては、裁判所の裁量が重要な役割を果たしてきた。

2 法律の合憲性が審査される場合、裁判所は法律の文面審査の手法を主に用い、適用審査の手法はほとんど採用していなかった。裁判所が法律を違憲と判断する際は、当該法律を立法権限踰越 (Ultra Vires) であると判示してきた。かかる違憲判決の効力は遡及的なものである。将来効判決の手法がカナダにおいて採用されるか否かの問題は、明らかになっていない。

3 憲法上の争点を提起する当事者適格に関する一般的な法

理は形成されておらず、原告が裁判所に対して求める各救済方法に固有の当事者適格に関する準則が存在している。

法律の合憲性に関する宣言的判決を求める当事者適格は、現段階では、問題となつている法律の適用に何ら関係のない者であっても、当該法律の合憲性について市民としての真の関心を有している者に対し裁判所の裁量で認められうる。かかる当事者適格を基礎づけている利益は、統治機構による憲法適合的な行為に対する国民の権利であると解されている。

このように広い当事者適格が認められた背景には、次のような理解があると思われる。すなわち、法律の合憲性に関する問題は司法判断に適合的であり、その問題は最終的には裁判所によつて判断されなければならない。そして、裁判所の違憲審査権は、当事者適格の要件が満たされないからといって妨害されるべきではない。

4 裁判所に提起された問題が司法判断に適合的か否かは、裁判所の裁量により決定されている。一般に裁判所は、重要な憲法上の問題、特に、法律の合憲性 (立法権限配分に関する問題及び人権憲章上の問題) に関する問題を司法判断に適合的であると判断し、かかる問題に対し判断を下す傾向がある。

5 カナダ最高裁判所は、当事者適格の要件及び司法判断適

合性の基準を緩和し、重要な憲法問題に対し判断を下す機会を増大させている。その結果、カナダ最高裁は抽象的違憲審査を行うことによって憲法の客観的保障機能をも果たしているという理論解することができる。この特徴は、法律の合憲性を抽象的に審査する照会制度及び法務総裁対法務総裁の訴訟等<sup>(2)</sup>の違憲審査の特種制度が存在するために一層明確なものとなっている。

現在、カナダ最高裁判所は、付随的違憲審査及び抽象的違憲審査を行うことにより、憲法上の人権を保障する機能ならびに憲法の客観的保障機能を果たしていると解することができる<sup>(3)</sup>。

以上で違憲審査の理論に関する検討を終える。

これまでのべてきた特徴を有するカナダにおける違憲審査制度が世界の違憲審査制度の中でいかなる位置にあるのかを検討するのが、本稿での最後の課題である。

- (1) 本稿第二部第一章第三節「北大法学論集」三九卷三号一三五頁以下) 参照。
- (2) 本稿第二部第一章第二節四項「北大法学論集」三九卷三号一三二頁以下) 参照。
- (3) J. Snell and F. Vaughan, *The Supreme Court of*

*Canada, History of the Institution* (1985), at Preface

## XIV.

## 結 論

## 一 分析枠組

カペレットイ教授は、その著者「現代憲法裁判論」<sup>(1)</sup>の中で、英米諸国及びヨーロッパ大陸諸国における司法審査制度を、(1) 審査機関、(2) 審査過程、(3) 審査の効力、の三つの側面から分析している。そして、アメリカ型司法審査制度とオーストリア型司法審査制度が「合一化傾向」にあることを指摘している。審査機関に関しては集中型と非集中型、審査過程に関しては前提問題型と主要問題型、そして、審査の効力に関しては個別的効力と対世的効力、及び、遡及効と将来効、というそれぞれの分析枠組を用いて検討を加えている。

かかる分析枠組は、カナダにおける違憲審査制度の特徴を分析する上でも有用であると思われる。従って、本稿においても、かかる分析枠組を用いて検討を加えていく。

## 二 審査機関

カペレット教授は、法律の合憲性に関する司法審査制を集中型と非集中型の二つに分類している。<sup>(2)</sup> 非集中型とは、一国の全ての司法機関に違憲審査権が付与されている制度であり、アメリカ型と呼ばれるものである。これに対し集中型とは、違憲審査権が単一の司法機関に限定されているものであり、カペレット教授はこれをオーストリア型と呼んでいる。しかし、同教授は、二つの類型が合一化傾向にあることを指摘している。<sup>(3)</sup> その例として、次のことが挙げられている。すなわち、集中型の司法審査制度を採用している国の通常裁判所は、ある憲法問題が憲法裁判所に送付されるべきか否かに関する第一次的な憲法判断をしなければならぬ。また、アメリカ合衆国連邦最高裁判所は、サーシオレイを活用し、主に憲法問題のみを審査する傾向にあり、その結果、同裁判所がある種の政治的機能を果たしている。

カペレット教授は、カナダの違憲審査制度をアメリカ型のそれであると指摘している。<sup>(4)</sup> この指摘の通り、カナダの全ての司法機関は違憲審査権を有している。しかし、カナダ最高裁判所が上訴許可を与えるか否かの裁量権を行使することにより、

同裁判所が主に憲法問題のみに判断を下す傾向になりつつあることは注目に値する。さらに、照会事件においては、重要な憲法問題が直接カナダ最高裁に照会され、同裁判所は専属的に憲法問題を審査することになる。これは、カナダ最高裁が一種の憲法裁判所として機能していることの一例であると解される。

一九八二年に人権憲章が制定されて以来、カナダにおける違憲審査は、立法権限配分に関する審査のみならず実体的な政策判断に関する審査をも含むようになった。このため、違憲審査権を行使する裁判所がある種の政治的機能を果たしていることが一般に認識されている。特に、カナダ最高裁は、政治問題の法理を採用せず、政治的な性格の強い憲法問題に対しても積極的に判断を下す傾向を示している。これは、ヨーロッパ大陸の憲法裁判所が政治的色彩の濃い憲法問題に対しても判断を下していること<sup>(5)</sup> に類似している。

以上のように、カナダ最高裁は、憲法裁判所的な機能をも果たしている特殊な機関であると解することができる。従って、カナダにおける違憲審査制度は、審査機関の面からみると、原則としてはアメリカ型の制度ではあるが、カナダ最高裁の特殊な立場を考慮すると、かなりの程度オーストリア型の制度に類似した特徴をも有していると解することができる。

## 三 審査過程

カペレットイ教授は、憲法問題を審査する方法を前提問題型と主要問題型の二つに分類し、前者が主にアメリカ型そして後者が主にオーストラリア型に特有の方法であると指摘している<sup>(6)</sup>。そして、前提問題型の審査においては、法律の合憲性に関する問題を主要問題として裁判所に提起することは許されず、憲法問題は具体的争訟の内容の一部として事件の解決に関連する限りにおいて提起されうる、と説明している<sup>(7)</sup>。しかし、同教授は、審査過程の二つの類型も合一化傾向にあることを指摘している<sup>(8)</sup>。

カペレットイ教授は、カナダにおいても、法律の合憲性の問題を主要問題として裁判所に提起することは許されないと説明している<sup>(9)</sup>。これは以下の理由に基づくと思われる。すなわち、同教授が本書を書かれた時期には、カナダでも厳格な当事者適格の法理が採用されていた。そのため、私人が公益訴訟として法律の合憲性に関する宣言的判断を求めて、裁判所に憲法問題を提起することは許されていなかったからである。さらに、同教授は、照会制度を「本当の司法審査ではなく憲法諮問の一種である<sup>(10)</sup>」と理解し、照会制度と通常の司法審査を慎重に区別し

ているからである。

しかし、カナダにおいては、連邦の法務総裁が州の法務総裁を相手として当該州の法律の合憲性に関する宣言的判決を求めするための訴訟手続が存在している。この訴訟においては、州法の合憲性に関する問題を主要問題として裁判所に提起することが認められている。この訴訟手続は、一八八六年にオンタリオ州で制度化されていた。その後、一八八〇年代後半から一九〇〇年代にかけて、他の多くの州においても同様の訴訟手続が制定されている<sup>(11)</sup>。従って、カナダにおいては、この訴訟手続を用いることにより、法律の合憲性に関する問題を主要問題として裁判所に提起することが従来から認められていたのである。

前述のように、カペレットイ教授は照会制度と通常の司法審査とを区別して議論している。しかし、カナダにおいては、その二つを厳格に区別して違憲審査制度を考えてはいない。実際の運用及び違憲審査の理論においても照会制度と通常の違憲審査との間に明確な差異は存しない。従って、カナダ的な観点からすれば、照会制度は、法律の合憲性や他の憲法上の問題を主要問題として裁判所に提起するための制度として理解することが可能である。

さらに、カナダにおいては、一九七〇年代後半から憲法上の

争点を提起する当事者適格の要件が緩和されてきた。現段階では、問題となつている法律の合憲性に対し真の関心を有している市民が、純粋な公益訴訟として法律の合憲性に関する宣言的判決を求める当事者適格を有すると解されている。これにより、市民が法律の合憲性に関する問題を主要問題として裁判所に提起することが認められたのである。<sup>(12)</sup>

以上のように、カナダにおいては、前提問題としてはもちろんのこと、主要問題として憲法問題を裁判所に提起することも可能なのである。従つて、審査過程の面からしても、カナダにおける違憲審査制度はアメリカ型とオーストリア型の両方の特徴を有していると解することができる。

#### 四 審査の効力

カベレツティ教授は、アメリカ型司法審査制度Ⅱ個別的効力Ⅱ週及効及びオーストリア型司法審査制度Ⅱ対世的効力Ⅱ将来効、というモデルが一応考えられることを指摘し、二つのモデルが接近しつつあると説明している。<sup>(13)</sup>

カナダにおいては、法律を違憲と判断する場合、立法権限踰越の法理（Ultra Vires Doctrine）が採用されてきた。それ故、

違憲判決の効力は週及的なものとなる。カナダでは週及効が原則であるため、いまだに将来効判決の手法は判例により明示的には採用されていない。しかし、一般的週及効により生じうる法的混乱を回避するため、カナダ最高裁は、違憲の法律を一時的に有効なものとする看做す新たな法理を開発した。このような実質的な理由に基づく週及効の緩和は、カベレツティ教授の指摘する合一化傾向の一例であると解される。さらに、カナダにおいても先例拘束性の原理の下で、違憲審査の効力がかなりの程度対世的効力に類似していることも指摘される。<sup>(16)</sup>これも合一化傾向の一例であろう。

以上のように、カナダにおける違憲判決の効力は、週及的であり、また、対世的効力に類似した要素をも有している。従つて、カナダにおける違憲審査制度は、審査の効力の面からも、アメリカ型とオーストリア型の両方の特徴を有していると解される。

#### 五 結語

以上の考察から、カナダにおける違憲審査制度は、(1) 審査機関、(2) 審査過程、(3) 審査の効力の全ての局面において、アメ

カ型司法審査制度とオーストリア型のそれとの「中間型」としての特徴を有していることが明らかとなった。

カナダ最高裁は、通常の司法裁判所として付随的違憲審査を行うと同時に、憲法裁判所的な機関として抽象的違憲審査を行うことも可能な、極めて特殊な性格を有している。また、州の裁判所も、付随的違憲審査のみならず抽象的違憲審査を行うこともありうる。

以上のような特徴を有するカナダの違憲審査制度が今後いかなる発展をとげるかは判例の蓄積を待つほかない。

カナダにおける違憲審査制度の特徴を今後も更に研究することは、比較憲法的観点からは極めて重要なことであると解される。

— 完 —

- (1) 谷口安平・佐藤幸治訳（有斐閣・一九七四年）
- (2) カペレットティ・同右書七一―七四頁。
- (3) カペレットティ・同右書八六―八八頁。
- (4) カペレットティ・同右書七二頁。
- (5) カペレットティ・同右書七七頁。

(6) カペレットティ・同右書一一―一九頁。

(7) カペレットティ・同右書一二二頁。

(8) カペレットティ・同右書一二六―二七頁。

(9) カペレットティ・同右書一二二頁。

(10) カペレットティ・同右書一二八頁、註二。

(11) J. Grant, "Judicial Review in Canada: Procedural Aspects" (1964), 42 *Can. Bar Rev* 195, at 202-203, B. Strayer, *The Canadian Constitution and The Courts, The Function and Scope of Judicial Review* (2nd ed. 1983), at 109-114.

本稿第二章第一節第二節四項（『北大法学論集』三九卷三号一三一頁以下）参照。

(12) 本稿第二章第三節第五節参照。

(13) カペレットティ・前掲書（註一）一三七―四八頁。

(14) 本稿第二章第三節第四節参照。

(15) カペレットティ・前掲書（註一）一三八―三九頁参照。

(16) 高橋一修「違憲判決の効力論・考」藤倉皓一郎代表編集『英米法論集』（東京大学出版会・一九八七年）一二三頁以下参照。

# The Characteristics of Constitutional Review in Canada (3)

Masatoshi SASAKI\*

## Part II Characteristics of Constitutional Review.

### Chapter 3 Theory on Constitutional Review.

- (1) Alternative Grounds.
- (2) Presumption of Constitutionality.
- (3) Doctrine of Stare Decisis.
- (4) Effect and Method of Decisions Declaring a Statute Unconstitutional.
- (5) Standing to Raise the Constitutional Issue.
- (6) Justiciability.
- (7) Constitutional Review and Parliamentary Democracy.
- (8) Summary.

Conclusion.

\* \* \*

### Chapter 3

Chapter 3 in Part II of this article analyzes the theory on constitutional review in Canada.

There are no limitations in the Canadian constitution which limit the capacity of Canadian courts to undertake constitutional review such as "case or controversy" requirement or the separation of powers. Thus the theory on constitutional review is not based on the constitutional principles, but on functional reasons.

(1) Pre-Charter case law firmly established the principle that given a choice between deciding a case on constitutional or non-constitutional grounds, a court should avoid the constitutional issue. Similarly, it was often said that when dealing with a constitutional issue, a court should avoid going beyond that which is necessary to decide the particular case at hand. Already this theme has emerged in Charter litigation. Nevertheless it must be recognized that the courts

---

\*LL. M. University of Hokkaido.

have been inconsistent in their practice. Various decisions have dealt with constitutional issues where there were grounds for declining to do so.

(2) It has long been said by courts that they will presume an impugned law to be constitutional where there is an ambiguity in its scope that would otherwise allow the law to be characterized either as constitutional or unconstitutional depending on the meaning ascribed to it. The presumption of constitutionality is said to apply to lead the court to conclude both that the enacting legislature intended to stay within its assigned powers and to stay within its assigned geographical territory, unless a contrary interpretation is inevitable. The presumption of constitutionality has two aspects. One is the legal presumption of validity which assumes a legal meaning of a contested statute which would permit its validity. The other is the factual presumption of validity which assumes a factual context that would allow the statute or its particular application to the situation at hand to be characterized as constitutionally valid in the absence of compelling evidence to the contrary.

Under the presumption of constitutionality, a burden of demonstration lies upon those who would challenge the validity of a statute. This is applicable in the first stage of constitutional review under the Charter in which the issue of whether a Charter right has been ostensibly infringed is under the question. However, the second stage issue of whether the law can be justified under s. 1 of the Charter is subject to a special rule imposing the burden of persuasion on the government.

(3) Canadian courts accept the doctrine of stare decisis, under which the decisions of a court are binding on courts lower in the judicial hierarchy. Before 1949, the Supreme Court of Canada decided that it was bound by decisions of both the Privy Council and its own. However, after its accession to final appellate status, the Court gradually came to accept that, while it should normally adhere to the precedents, it was not absolutely bound to do so.

(4) A law enacted outside the authority granted by the constitution is ultra vires. A judicial decision that a law is unconstitutional is retroactive in the sense that it involves the nullification of law from the outset.

In deciding federalism matters, Canadian courts on the whole have approached invalidity as a matter to be determined on the face of the statute, without reference to particular applications, except to the extent that a particular application might indicate the general tendencies of the law. Thus, the typical remedies have been broad declarations that the law were either valid in their entirety or invalid in their entirety.

(5) In Canada, the issue of standing has been seen more in functional,

rather than constitutional, terms, because the judicial role is not confined by a constitutional separation of powers. There are no general rules of standing applicable to all kinds of proceedings, but instead there are special rules applicable to particular remedies. While the rules for some remedies impose limitation on the right to such constitutional review, these limitations have become of much less importance in recent years with the general relaxation by the Supreme Court of Canada of standing requirements in action for declarations as to constitutional validity. The Court, in those actions, have progressively lowered the standing barrier almost to the vanishing point. The common theme appears to be that a constitutional or other public rights issue, if it is genuinely justiciable, ought not to fail of judicial consideration for want of standing.

(6) Although the content of the term "justiciability" is not so clear in Canada, the Supreme Court of Canada stated that "the question of the constitutionality of legislation has in this country always been a justiciable question". It has often been stated in categorical language that the courts simply will not entertain a case where the issue has become moot. Canadian courts, however, are clearly not absolutely barred from deciding cases which are moot, and modern approach has been to treat mootness as a matter of discretion. To answer hypothetical and abstract questions runs counter to the common law method. Yet decisions of this kind are hardly an unfamiliar aspect of Canadian constitutional law. Also the Supreme Court of Canada has not adopted a political question doctrine.

(7) In Canada, it would be possible to reconcile constitutional review, for the protection of federalism or for the protection of rights and freedoms, with a system of parliamentary democracy. However, the adoption of the Canadian Charter of Rights and Freedoms might create new conflict between constitutional review and parliamentary democracy.

Conclusion.

The constitutional review in Canada can be said to have the characteristics not only of judicial review in the United States, but also of constitutional review in Austria with a special constitutional court, for the functions of the constitutional review in Canada are both concrete norm control and abstract norm control.