

# カナダ最高裁の構成と立憲主義

——カナダ最高裁判事任命無効判決——

富井幸雄

- 一 はじめに
- 二 最高裁判事任命無効判決
  - 1 事件の概要—Marc Nadonの任命経緯
  - 2 最高裁の判断
  - 3 小括
- 三 最高裁判所の構成—ケベックの緊密性
  - 1 本判決後の展開—政治
  - 2 最高裁判事の地域代表的性格
  - 3 連邦裁判所判事は任命できるか
- 四 憲法規範としての最高裁の構成
  - 1 憲法改正の手続の歴史
  - 2 現行の憲法改正の手続
  - 3 最高裁判事の任命資格は憲法改正事項であるか—解釈上の問題
- 五 むすびにかえて

## 一 はじめに

二〇一四年三月二日、カナダ連邦最高裁判所 (Supreme Court of Canada) (以下 SCC) は、Stephen Harper 首相が前年一〇月に SCC 判事に任命した Marc Nadon は、最高裁判所法 (Supreme Court Act) (以下 SCA) が規定する SCC 判事の資格要件を満たさないとして、失職すると判断した<sup>(1)</sup>。総督(執行権)による判事の任命行為を違法と判断したのは、一九四九年に SCC がカナダの最終上告裁判所になって以来、初めてである。かかる判決を下すこと自体、執行権(国王や内閣)が最高裁判事に任命するシステムにあつては、稀である。

筆者は SCC 判事の任命プロセスを好意的に観察している。わが国と同じように SCC 判事任命は内閣の専権ではあるものの、透明性とアカウンタビリティを確保すべく、内閣の主導は維持しつつ、任命された判事を議会で公開聴聞する慣行が出現している。そもそも任命プロセスは執行権の独壇場であった。二〇〇五年四月、時の首相 Martin は議会の人権司法常任委員会で法務大臣 Collier に SCC 判事任命の説明と質疑応答を行わせた。これに端を発し、このプロセスにも議会や公的な参画が意識されるようになる<sup>(2)</sup>。この間、Abella と Charon の両判事は議会のこうしたプロセスを経て任じられた。さらにハーバーは、新任判事本人の議会公聴会 (public hearing) を実現し、Rothstein がその第一号となり、この慣行は継承される傾向にある<sup>(3)</sup> (二〇〇八年、Cromwell の任命ではこれを行わなかった)<sup>(4)</sup>。

SCC はわが国と同様に違憲審査権を有し、政治機関としての要素がある。人権に関する違憲審査は、一九八二年のカナダ憲章 (Canadian Charter of Human Rights and Freedom) (一九八二年憲法) 制定以後で、また三〇年あまりであるけれども、積極的に行使されている。日本やアメリカのように事件性を要求することなく、憲法の解釈や判断のみ依頼される照会 (Reference) もあつて、政府の政策の是非にコミットしており、その影響力は大である。こうした展開は、まぎれもなく国民の SCC への関心を増大

させている。

カナダは、一国内にあって二つの文化が競合するユニークな国である。それは歴史的要因による。カナダは英国国王を元首とする英連邦諸国の一員である。憲法制定権を自前にすることが独立を意味するとすれば、一九八二年憲法制定がその時であり、それまでは英国の自治領 (Dominion) であった。立憲システムは英国のそれであり、言語や文化、宗教も英国の影響を受ける。もつとも、英国の植民地になったのは、北米に利権を有するフランス勢力との妥協で、英国王に忠節を誓うかわりに、ケベックを中心とするフランス文化や言語、宗教を固有なものとして保護するとしたのである (ケベック連合 (一八四〇年))。

フランス文化のこのケベックをどう統合させていくか。これはカナダ立憲政治の根本的課題といえる。一般に、憲法は国家や民族を統合する機能を有する。カナダ憲法も同様である。カナダ憲法の課題は、英国立憲主義の枠組みにケベック・フランスをどう統合させていくかであり、ケベックの固有な社会を尊重し、保護し、カナダの責任政治に取り込むことで、カナダ連邦の体裁を整える手法がとられる。<sup>(5)</sup>一九八二年憲法の人権保障を軸とするカナダ立憲主義の確立にケベックを取り込む努力がなされてきたが、ケベックはついで、これを批准することがなかった。その後、ミーチ湖やシャーロットタウンなど、ケベックを取り込むための憲法改正の合意形成の試みがなされるも、これまでのところ実現していない。国家の憲法を批准していない州が共存しているのである。ケベック州が現行憲法を批准すべくその憲法を改正せよと主張するポイントは、S C C の判事の構成の憲法的編入にある。S C C は憲法上の機関ではなく、憲法には規定されていない。もつとも S C C の文言はあり、一九八二年憲法は S C C の存在を前提としているようにもみえる。ただし、その構成は S C A で規定され、ケベック州の出身者が S C C 判事九人のうち三人いなければならないと定めている。なお、一九八二年憲法 (四二条一項 (d)) は S C C の構成に関しては一般的な憲法改正の手続 (三八条) によるべしとしている。それだけ S C C の判事の構成、特にその出身や出自は大きな関心となる。

今回の S C C の判断は、S C C 判事の任命の厳格化に止まらず、S C C が統治機構改革に関する憲法的限界を積極的に明確にしていく傾向を汲みとることができよう。有効なツールは、照会 (reference) というカナダ特有の違憲審査権行使で、事件性を要せず、

しかも立法の前に政府のうかがいに基づいて憲法判断権を行使するものである。<sup>(6)</sup>その根拠はSCA五三条であり、総督は憲法の解釈にかかわる法あるいは事実の重要な問題をSCCに照会することができる。<sup>(7)</sup>

カナダ憲法は形式的に一九八二年憲法五二条で定義される。実質的には、「ルールと原理の包括的なセットで、……われわれの統治システムの網羅的な法枠組みを」提供する。<sup>(8)</sup>ただし、同条はカナダ憲法の内容を排他的に定義していない。<sup>(9)</sup>政府権限は憲法に符合していなければ、適法に行使されることはない。<sup>(10)</sup>それは連邦と州の権限配分に加えて、連邦政府の構成要素—立法権、執行権、司法権—の権限を画定するのである。<sup>(11)</sup>本件はこの認識を改めて自覚するものとなった。

本件のもう一つの、そしてより重要な判断は、SCCの判事の構成の法は憲法であるとされたことである。<sup>(12)</sup>それを定めるSCAは、形式的には、一九八二年憲法五二条が定義するカナダ憲法を構成する法とされていなかったので、議会のみ通常に制定法として自由に改正できるとも解される。同条は、カナダ憲法は最高法規であるとしたうえで（一項）、それは、a.この憲法を含む一九八二年カナダ法、b.別表が列挙する法律や命令c.aまたはbの法律または命令の改正を含む（二項）。カナダ憲法の改正は、一九八二年憲法第五部（Part V）の規定に従ってなされなければならないとする（三項）。

SCAはこの五三条二項にいうカナダ憲法とは言い難い。この規定ぶりからすれば、SCAはカナダ憲法に入らず、したがって憲法改正の手續を踏む必要はないことになる。しかし、カナダ憲法は五二条で言及された成文法に限定されず、基本法を含むと解することもできよう。五二条二項は「カナダ憲法は以下のものを含む（includes）」としており、意味する（means）ではない。その定義は排他的でないことをさす。判例は、五二条二項の定義は完結的ではなく、議会特権（parliamentary privilege）に<sup>(13)</sup>、それは明記されていないが、その不文の教義もこの定義に含まれるとした。議会特権は一八六七年憲法の前文「英国の憲法の原理に類する憲法」から黙示されるとする。<sup>(14)</sup>しかしSCAに関する限り、一八七五年に制定され立憲的にも確立した法であるにもかかわらず、五二条の憲法の中身として規定されていないということは、少なくともSCAの改正は憲法改正の手續を踏まなくてもよいとの判断があると読むのが、自然なようにも思える。この点は実にカナダ憲法解釈の論点なのである。

カナダ憲法（カナダ憲章）はいまやアメリカ憲法をしのぐ、現在世界で最も影響力のある、モデルとされる憲法といわれるようになって<sup>(15)</sup>いる。一方で、カナダ立憲主義に固有の原理も多くみられ、S C C 判事の選任や構成がまさにそれである。その典型は、ケベック（オンタリオも同様）という特定の州から三人の枠が確保されていることである。これは、連邦制国家にあつても、アメリカはもちろんカナダと同じコモンウェルスで自治領であつたオーストラリアにもない原理である。S C C は統合のかなめであり、その機能の本質はその判事構成にある<sup>(16)</sup>。司法権の最上位の裁判所の構成に州のバランスをとることが規範となつていたのである。「カナダの裁判所の構成とカナダ憲法との関連性は、司法の選任の仕方にある」<sup>(17)</sup>。

今回の S C C の判決はその立憲的地位を十分に認識させるものとなつて<sup>(18)</sup>いる。本稿は、近時、憲法判断に積極的な S C C に国民の関心も高まり、政治的インパクトも大きい中にあつて、その構成の立憲的価値を確認したこの判決を検討することで、S C C の特異な性格を浮きぼりにするとともに、カナダ連邦制の憲法原理の具体的かつユニークな展開を観察するものである。まず本判決の経過と中身を検討し、あわせて S C C 判事任命のカナダ的特徴を整理する。そのうえで本判決の立憲的な意義を鮮明にする。それは S C A の解釈に止まらず、それに関連させながら、憲法的立ち位置が定かなかつた S C C の構成が憲法であることを明確にした点を、学説をにらみながら分析する。本稿では、カナダ固有の連邦制の立憲主義に根差した S C C の構造を理解することとなる<sup>(19)</sup>。

## 二 最高裁判事任命無効判決

### 1 事件の概要—Marc Nadon の任命経緯<sup>(18)</sup>

二〇一三年八月三十一日の S C C 判事 Morris Fish <sup>フイッシュ</sup> の定年退職にともない、ハーパー保守党政権は連邦控訴裁判所判事の M・ナド

カナダ最高裁の構成と立憲主義（富井）

ンを二〇一三年九月三〇日に指名し、翌一〇月三日にSCC判事に任命した。一〇月七日午前に宣誓をすませ、正式にSCC判事となるナドンの任命の経緯は、次の如くである。

フィッシュはケベック枠の判事であり、その後任はケベック州の法曹から選ばなければならない。連邦の法務大臣兼法務長官 Peter Mackay は、ケベック州法務長官、ケベック州司法長官 (Chief Justice)、ケベック上級裁判所首席判事、連邦控訴裁判所首席判事、連邦裁判所首席判事と、カナダ法曹協会やケベック法曹協会 (Barreau de Québec) を含む、権威ある法律家組織の代表に諮問した。<sup>(19)</sup>そこで候補者の長いリストが作られ、これが連邦議会議員五人で構成される選任部会 (selection panel) — 与党から三人と、野党からそれぞれ党首によって選ばれた二名 — で審査される。SCC任命選任審査団 (The Supreme Court of Canada Appointments Selection Panel) は、この長い候補者リストから、順位を付けない三人の短い候補者リストを作成する責務を負う。これを首相と法務大臣に考量のために答申する。このリストから選定された一名が、議会の委員会での公聴会 (public hearing) に召喚されて、質疑応答を受ける。このプロセスは二〇〇六年のロスティンに始まり、二〇一一年の Karakatsanis と Moldaver 判事、二〇一二年の Wagner 判事の任命にも踏襲されてくる。<sup>(20)</sup>

こうしたプロセスを経てハーパー首相はナドンを指名する。いわく、彼の「コモンローとシビルローについての特筆すべき知識と、弁護士、判事、仲裁者としての豊かな経験は、彼をSCCの輝かしいランクに列する高い資格のあるものとさせた。私は彼が格別の荣誉を以て仕えることを十分に確信している」。ナドンは一〇月二日に議会の公聴会で聴聞にさらされる。<sup>(21)</sup>

ナドンは、一九七三年に Sherbrooke 大学 (ケベック州) でシビルローの法学位を取得し、一九七四年にケベック州法曹になる。二〇〇一年からSCC判事任命時まで、現職の連邦控訴裁判所判事であり、その前は一九九三年から連邦裁判所の判事であった。一九九四年に軍控訴裁判所 (Court Martial Appeal Court of Canada) 判事、九八年に競争裁判所司法委員を歴任する。連邦の裁判所に入る前はモントリオールの Fasken Martineau Walker の弁護士である。海事法 (Maritime law) の専門家で、シャープルック大学法学部で講師をしたり、国際機関で実務をこなしたり、著書も出したりしている。任命時、連邦控訴裁判所教育委員会委員長

であり、連邦裁判所規則制定委員会をはじめ、裁判所のいくつかの委員会のメンバーであった。

ナドンはかつて、二〇年以上ケベック州の法曹メンバーであったものの、任命時は連邦控訴裁判所 (Federal Court of Appeal) 判事であった。二〇年ほど前に連邦裁判所判事に任じられた時、ケベック州法曹をやめている。一九九三年連邦裁判所実審 (Trial Division) 判事に任じられる。そのときはケベック州に割り当てられた一〇人の枠の中で任じられたのである。二〇〇一年に控訴審判事に上り、やはりケベック州に割り当てられた席を占めることとなった。<sup>(22)</sup> この任命と同時に彼の資格について疑義が提起される。トロントの憲法弁護士である Rocco Galati<sup>ガティ</sup> は、ナドンは SCA に照らして資格がないとして、カナダ連邦裁判所に訴えを起した。これをうけてナドンは SCC の職務に就くのを中断することとした。<sup>(23)</sup> この訴えに関して、政府は SCC に照会を行ったのが本件である。総督は SCA 五三条に基づいて、二〇一三年一月二日、総督令 (P.C. 2013-1105) を出して、後掲の二つの諮問事項を SCC に提起した。

そこでの問題は次のようである。ナドンはケベック枠で選出される。ただ、彼はケベック州に過去に一〇年以上法曹経験があるも、任命時は連邦控訴裁判所の判事であり、ケベック州の現職の法曹ではない。ハーパーは任命の声明に際して、こうした事実が任命の資格を欠如させることになるかについて、前 SCC 判事 Ian Binnie<sup>ビニー</sup> に確認し、彼のメモも明らかにしている (後述)。さらに同じ元判事の Louise Charron<sup>シャロン</sup> にも諮問し、彼女も「連邦裁判所判事は、彼 (女) が最低一〇年ケベック法曹のメンバーである限り、ケベック州の代表として SCC に任じられる資格があることに何の疑問もない」としている。憲法学者 Hogg<sup>ホッグ</sup> も、同様にビニーの意見を支持しているとしている。

SCC 判事の資格は、もとより憲法には規定がなく、制定法 (SCA) で規定されている。SCA 五条はまず、SCC 判事になるにはある州で連続して一〇年以上法曹 (判事や弁護士) でなければならぬとする。同六条は、少なくとも三人はケベック州の上級裁判所もしくは控訴裁判所の判事、もしくは同州の弁護士の中から選ばなければならないと定めている (一項)。そのためには、そうした者はケベック州で一〇年以上引き続いて法曹でなければならないとしている。ナドンはケベック州の法曹として過去

に二〇年以上の経験があるけれども、任命時は連邦控訴裁判所の判事であり、ケベック州の法曹ではない。

二〇一四年三月二一日、SCCCはSCCA五五条の権限に基づいてナドンの任命がSCCAに反すると判断した。これを受けてハーパーは、白紙に戻って新たなSCC判事のケベック枠での任命に入ることとなる（判決はナドンは定数外の連邦控訴裁判所判事になるとした）。ハーパーはこの判決に疑問を抱き続けており、ナドンはケベック法曹に戻り次期候補に上がるように期待している<sup>(24)</sup>と<sup>(24)</sup>いつている。

## 2 最高裁の判断

本件のSCCの判断を見てみよう。SCCは政府の諮問二点について、いずれも否定する判決を六対一で下した。

A 法廷意見・マクラックリン首席判事、ルベル、アベラ、クロムウエル、カラカツァニス、ワグナー判事

### (1) SCCA五条と六条の解釈

政府の諮問の第一点は、「ケベック法曹協会に時を問わず引き続き一〇年以上法曹であった者は、SCCA五条及び六条に基づいてケベックからのSCCのメンバーとしてSCCに任じうるか<sup>(25)</sup>」、である。

SCCA五条と六条は以下のように規定する<sup>(25)</sup>。

五条 継続して最低一〇年州の法曹で、弁護士または州の上級裁判所判事である、もしくはあった (is or has been) いかなる者も、SCC判事に任じられうる。

五・一条 より確かに、五条の目的のために、時を問わず (at any time; afterwards)、州の法曹で継続して最低一〇年弁護士であった者は、SCC判事に任じられうる。

六条 SCC判事の最低三人は、ケベック州の上級裁判所もしくは控訴裁判所の判事から、または、同州の弁護士から、任じられるものとする。

六・一条より確かに、六条の目的のために、当該弁護士が時を問わず、継続して最低一〇年同州の法曹の弁護士であったなら、S C C 判事はケベック州の弁護士の間からである。

本件ではこれらの条文の解釈を行う。争点は、この六条は現職のケベック州法曹に限定しているのか、それとも過去にそうであった者を含むのである。ナドンは任命時、ケベック州の法曹ではなかったが、過去において一〇年以上同州の法曹であった。現職のケベック州法曹ではないので、前者のように解されると、S C C 判事の資格要件を満たさないこととなる。

政府（法務長官）は、五条は一般的な原則を述べており、六条はこれを制限するものでもなければ、変更や緩和修正するものでもなく、ケベックで選出される判事は同州の一般的な資格要件を満たさなければならぬとする意味だと解した。しかし、S C C は、S C A 「六条は、五条での資格要件を満たす人々の四つの集団からのプールを、六条での資格要件を満たす二つのグループに狭める」ものだとし、ケベックから選出される三人は五条の要件を満たしたうえで、さらにケベック州の現職の法曹でなければならぬと解した (para 17)。

その根拠は四つある (para 18)。第一に、六条の文言の平易明白な意味 (plain meaning) である。一八七五年の S C A 制定以来、一貫して元職者は排除されている。第二に、そうであるがゆえに、五条と六条の文言の規定の仕方が異なっているのである。第三に、六条をこのように解釈することで、S C C がシビルローの専門家をもつことと、ケベックの法伝統と社会的価値が S C C に表されて、ケベックの S C C への信頼を維持させるのを確保するという二重の目的を發展させることになる。第四に、この解釈は個別の判事の任命において S C A の広い枠組みに合致することになる。

この五条と六条は、S C C 創設当初の一八七五年制定の S C A の四条に原型を見出す。それは、他の州も含めてケベックも当該州の現職の法律家とする趣旨であった (para 21)。現職のケベック州の法曹から選ぶのは法の一貫した考え方である (para 27)。

確かに S C A 五条は前職を含み、現職に限定していない。したがって、連邦裁判所判事は、ある州で一〇年以上法曹であったなら

らば、S C C判事の資格要件を満たす (Paras 33, 34)。政府がいうように、五条と六条は一緒に読まれるべきとの考えもある。しかし、六条は明らかに文言を変えており、特にフランス語の条文では、現職の判事や弁護士からとれているのであって、それは前職を含んではいなく (para 41)。

こうした解釈は六条の趣旨に符合する。三人はケベック州の法曹でなければならぬと解釈してケベックを保護しているのは、S C C創設の核となる部分であり、六条の趣旨解釈 (punitive) はこれに適合するようでなければならぬ。「六条の目的は、S C Cにシビルローの訓練と経験を確保させるためだけでなく、ケベックの固有の法伝統と社会的価値がS C Cに代表され、もってS C Cにケベックの人民の信頼を、すなわち、彼らの権利の最後の仲裁者として高めさせるのを、確保させることにある」 (para 49)。六条の目的は五条のそれと明らかに異なる。五条は広汎な資格者のプールを確保し、六条は制限的である。五条のプールから六条で排除されるのは、議会がケベックの法文化をS C Cに反映するのを確保させる目的からである (Paras 56, 69)。「いかなる時でもケベック法曹協会に一〇年以上弁護士であった者がS C Cに任じられるのは、S C A五条に基づくものであって、六条ではない。六条で三人の任命は、五条で定立された要件に加えて、ケベック州の上級裁判所あるいは控訴裁判所、または同州法曹協会の、現在のメンバーである必要がある。したがって、連邦裁判所あるいは連邦控訴裁判所の判事は、S C A六条での任命では資格がない」 (para 71)。

(2) 前職の資格要件を法定化する許容性

照会の第二点は、「S C C判事任命の条件として、ある州の法曹に引き続いて一〇年以上バリスタあるいは弁護士に以前 (previously) あつたことを要件とする立法を、議会は制定し得るか、あるいは経済行動計画二〇一三年法第二号 (Economic Action Plan 2013 Act, No. 2) と題された法案の四七一条と四七二条に規定されたような宣言的な附則を制定することができるか」である。言い換えれば「S C Cの構成を変更するような宣言的立法を議会は制定しうるか (para 72)。S C Cはこれを否定する。「議会は一方的にS C Cの現在の構成を変えることはできない。S C Cの本質的様相は一九八二年憲法第五部によって憲法上保護され

ている。ゆえに議会と州立府府の一致した同意を要する」(para 74)。S.C.C.の構成は、同憲法四一条で規定された手続の下でのみ、変えることができる。

一九八二年憲法は、S.C.C.の構成に関しては、各州立法議会と連邦議会上下両院の議決によって認められたときのみ、カナダ国璽のある総督によって発せられた公布によって完成されるカナダ憲法改正による(四一条(d))。

第一に、なぜ憲法はかかる保護を設けたのかの歴史を見る(Paras 75-85)。S.C.C.は一八六七年憲法では設けられず、最終上告審は英本国の枢密院司法委員会(J.C.P.C.)であった。ただし、同憲法では議会が立法で一般的な上告裁判所(a general court of appeal for Canada)を設けることを認めている(一〇一条)<sup>(26)</sup>。一八六八―七五年にかけてS.C.C.創設が論じられるに際し、ケベックの法律家の席を確保することが争点となったし、そもそもJ.C.P.C.があるのにS.C.C.が必要なのかも議論となる。一八七五年にS.C.A.が制定され、民事事、そして憲法事件の一般的な上告審として、また総督から照会事件を審査する機関として、設置される。一九三一年のウエストミンスター憲章で認められた権限に基づいて、一九三三年にはJ.C.P.C.の刑事上告審が廃され、さらに一九四九年にはS.C.C.が最終上告審となる。これは、J.C.P.C.のカナダでの最終上告審査権限をそのままS.C.C.が引き継ぐことを意味した。S.C.C.は連邦制に関して判断し、カナダの統一された裁判所制度の要石となった。S.C.C.は連邦制度の一部を形成する機関として、重要な役割を想定されるようになる。配分された権限の最終的な仲介者として、シビルロー(ヨーロッパのシビルロー)とコモンローそれぞれの判断者として、連邦と州の両方の利益にかかわる憲法上不可欠な機関として出現した。

一九八二年憲法はこのことを確認したうえで、S.C.C.の憲法上保護された機関としての地位を明確にする。カナダ憲章の採択による憲法の母国化(partition)で、「最高法」と位置づけられた憲法に、国家行為が反しているかを判断する権限を認められる(一九八二年憲法五二条)。憲法は、S.C.C.に憲法の番人としての地位を確証させるとともに、これを保護したのである。憲法第五部の四一条(d)がそれである。第五部は一九八一年の、ケベックも加わっている八州による四月合意(April Accord)にその源がある。「S.C.C.は、憲法を含むカナダ及び州の法すべてに関する上告審として、カナダの最終上告裁判所へと変転した結果、憲法上の地位

を獲得した。この地位は一九八二年憲法で確認され、それはS C Cの構成とその他本質的な様相の変更は厳格な改正手続に服せるとしたのである」(para 95)。

第二に、法務長官の議論を検討する (paras 96-103)。法務長官は、(A)一九八二年憲法のS C C言及は何の法的意味もない、(B)一九八七年のミーチ湖合意と一九九二年のシャーロットタウン合意の失敗は、そうした要請が一九八二年に規定されていなかったと、連邦も州も理解していたことの証だ、と論じている。

(A)について、S C Aは一九八二年憲法五二条に列挙されていないから、同憲法第五部によって保護されないというのである(空の花瓶 (Empty Vessels) 理論)。そうであるなら、議会が勝手にS C Aの構造を変えることができってしまうことになる。これはケベックが一貫して反対しているし、これまでのカナダでの憲法改正の議論に反することになる。なるほど一八六七年憲法一〇一条は、議会に裁判所の組織権を認めている。しかし、それは憲法の構造であって、S C Cの変転によって凌駕され、いまやこの一〇一条が要請するのは、S C Cが今日の役割を果たすことができることの本質を議会が維持し、保護することなのである。

(B)について、憲法改正に関するこの両方の合意でS C Cの構成について一致を試みたものの、同意されなかったということは、一九八二年憲法にはS C Cの構成を憲法的に保護する同意がないことを意味するという。しかし、一九八二年憲法はS C Cの現状を保護したのであり、それは明らかにS C Cの構成を含む。両合意の失敗は、S C Cの憲法上の役割に関する現状を変えないことを意味するにすぎない。

第三に、議会が制定した宣言的条項の効果である (paras 104-106)。S C A六条はなによりも、S C Cのコモンローとシビルローの二重の法の枠を反映し、歴史的妥協の鍵を表す。ケベックからのS C Cの構成の任命資格はS C Cの構成にかかわるのであり、同条の改正は憲法改正を要するのである。

## B 反対意見…モルデイバー判事

法廷意見に対して、モルデイバーだけが以下のような反対意見を述べる (paras 108-134)。

S C A 五条は現職元職両方を含むのは、争いがない。六条が現職に限定しているのが争いとなる。法廷意見はそうだとするが、六条の条文、コンテキスト、歴史あるいは趣旨からそうは解し得ず、現職が要件とされたことは全くない。六条は五条の要件を満たすケベック州の司法機関から選ばれるとするのみで、いかなる要件もさらに課すものではない。

五条と六条はほどけないほど (inextricably) リンクしている。五条は一般的に S C A の判事の任命資格者のプールを示し、六条はケベック州の三人について、五条と同様の要件が当てはまるとしているのだ。五条の「何人も (any person)」は、同条がすべての人に適用されることを示している。六条の「その判事 (the judge)」は、明確に五条で規定された判事を記述したのである。明らかに、どの判事が六条で言及されていてそれらの任命資格が何であるかを理解するには、五条を読まなければならない。これは制定法解釈の通常のルールである。六条が現職に限定していると読む根拠は、法文のどこにもない。もしそう読むのなら、立法者は明確に現職に限定する規定を設けたはずである。

個別の判事 (ad hoc judge) の任命について規定した S C A 三〇条の規定でも、法廷意見の解釈は担保されない。同条には連邦裁判所でのケベック州の判事が言及されていないので、その理由をみるには同条の立法経緯をたどらなければならない。一九一八年、S C C 判事に欠員が出たのでこれが制定される。実務的な理由から、まずオタワにあった Exchequer Court (財務裁判所) から判事と陪席判事 (assistant judge) が選ばれ、後者はケベックとされた。コモンローとシビルローのバランスを考慮したのである。議会は二つの目的を三〇条に込めた。第一の、そして主たる目的は、S C C がその職務を全うし続けることができるようにであり、第二に、シビルロー判事がコモンロー事件で多数を形成できないようにすることである。したがって、同条の連邦裁判所にケベック州の判事を戴くことは不可能であった。

かくして、S C A 五条は「潜在的な候補者のプールのために最低限の資格基準を設定した」。一方で、六条は「S C C の決められた数の判事はシビルローで訓練を受け、ケベックを代表するのを確保する」のが目的である。多数意見が述べるように、ケベック

の社会的価値を反映させるとの目的は、見出し得ない。六条の目的は、SCCでのケベックの信頼を鼓舞し、ケベックのシビルローの伝統を保護することである。しかし、そのことが現職に限定するとの解釈となる証拠にはならず、かかる根拠はついで見出し得ない。さらに現職に限定する解釈をとったからといって、ケベックの信頼を促進させることにはならない。現実に一〇年以上同州の法曹である現職は一六〇〇人以上いるが、そのうち任じられるのは一人である。現職であると解さねばならない実際の理由もないのである。

かくして照会第一の問題は肯定的に解される。したがって第二の問題を判断する必要はない。

### 3 小 括

政府の法解釈を否定し、首相のSCC判事の任命行為を違法と判断した、本件の政治的インパクトははかり知れない。本判決の法的な意義は、第一にケベック州の法曹は現職のそれであるとして、SCAの解釈を明確にしたことである。第二に、SCCの構成は憲法で保護され、ゆえにその変更は改正事項であるとしたことである。SCCの構成を規定するSCAは憲法ではない(一九八二年憲法五二条二項(b)の定める別表に含まれていない)けれども、四二条一項(d)により三八条の一般改正手続の対象となった。それはSCCの構成の法は憲法としての地位を獲得した(constitutionally entrenched)ことを承認するものである。これら二点とも、モルデイバーが一部反対しているように、憲法解釈の争点であり、異なる解釈がありうる。以下、学説を踏まえてこの二点を検討する。

## 三 最高裁判所の構成—ケベックの緊密性

### 1 本判決後の展開—政治

ハーパー政権はこの判決に「実に驚いた (genuinely surprised)」<sup>(29)</sup>。ハーパー政権にはさすがに政治的打撃となった。<sup>(30)</sup> 自由党幹事

のトルードは、この判決がハーパーの判断力に深刻な疑問を呈するとともに、依然、彼の選任プロセスが続くことになるから、重大な先例になるという。二〇一四年一月には Louis LeBel<sup>(31)</sup>も定年で退任することになっている。この後任の判事の選任にも影響をもたらすであろう。

ハーパーは、マーチンから政権を奪取したときより、S C C 判事のプロセスに透明性とアカウントビリティを尽すべく、改革を行ってきた。ナドンも、与党主導であるが、議会の公聴会を経ている。専門家や議会人までその資格の審査を行っており、議論までして公式に任命されているのに、それが違法と判断されるとは、いったい改革されたそうしたプロセスはいかなる意味があるのかと訝しくなる。<sup>(31)</sup>ともあれ、保守系で S C C 判事をかめたいとのハーパーの意向は頓挫する。<sup>(32)</sup>

一方で、ハーパー側は現職の連邦裁判所判事をケベック枠で選出させるのに、リスクも覚悟していたようだ。<sup>(33)</sup>これは、S C A の解釈でだめでも、それを改正してナドンを S C C に入れさせる戦略が、S C A を議会で改正することでなしうるかを照会したことにも表れている。S C C はこれもだめとしたのであり、ハーパーの企てはついでた。当面、S C C は八人の判事のままであり、ケベック枠は二人しかいないこととあいなる。<sup>(34)</sup>これは連邦制の視点も含め、政治問題化する懸念がある。ナドンは一〇月に任じられており、S C C 判事として仕事をしていないにもかかわらず、この判決で失職するまではその地位にあったとみれば、その間の給与等コストが問題になっている。<sup>(35)</sup>

そうした矢先、二〇一四年六月三日、ハーパーはナドンが占めるはずであった、フィッシュ判事後任のケベック枠に、ケベック州控訴裁判所判事 Clement Gascon を任命し、九日にも着任すると発表した。<sup>(36)</sup>判決から三ヶ月後、空席が生じてから約九カ月、やっと埋まったのである。ガスコンは二〇一二年から当該職にあり、その前は二〇一〇年からケベック州上級裁判所判事、さらにその前はモントリオールに本拠を置く法律事務所の弁護士であった。マギル大学でシビロアの法学位をとり、ビジネス法や労働法の専門家として著作もあり、教育の経験も有する。

ハーパーは任命に際しこう述べている。「ガスコン判事を S C C に任命することは私の喜びとするところであります。現在、ケベック

ク州控訴裁判所判事で、ガスコン判事の豊かな法の学識と経験は、この重要なカナダの機関に有意義な利益を持たせることでしよう。彼の任命は、ケベックの法共同体の卓越したメンバーに広く諮問した結果であります。その評判は高く、この任命は好意的に受け取られている。ことに現 S C C 首席判事 McLachlin は彼を「際立った法律家」と称賛し、そのシビルローの技量を強調した<sup>(37)</sup>。ナドンを端を発する一連の判事任命のプロセスでマクラックリンと保守党政権の間には波風が立ち、彼女が首相の任命にちゃちゃを入れた等、憲法問題を提起するものもある。

なお、この任命に際しては、ハーバーが首相就任から六年來行ってきた(クロムウェル現 S C C 判事には実施しなかった)議会での判事の公聴会は、ガスコンについては行わないとした<sup>(38)</sup>。首相筋によれば、最早一刻の猶予もなく席を埋めなければならないからだとする。ガスコンは、二〇一三年九月にナドンが任命されたプロセスでは最終的な六人の候補者リストには挙がっておらず、当時は政権がナドンを是が非でも任命したいとの企図が露骨であったとの憶測も流れている<sup>(39)</sup>。

判事任命は執行権の専権で、政治問題あるいは高度に裁量に属するとされ、その決定を司法権が覆すのは、日本では考えられない。アメリカも、上院で不承認のケースは少なからずあるも、司法判断まで仰ぎ、しかも任命が反古にされることは想定しにくい<sup>(40)</sup>。一般に、最高裁判事の任命資格の判断には執行権に広汎な裁量を認める構造から、法の要件も法学の識見を備えているとか、何年以上の実務経験とかいった「あそび」の要素を多く含んだ要件規定となっている。一定の期間の経験年数とか年齢といった形式的要件はある。しかし、それは解釈の問題を惹起せしめないものであり、執行権の判事任命の不当や、適任かどうか議論を呼ぶことはあっても、違憲性あるいは違憲性が問題になる、つまり裁判所の判断の対象になるような法問題になることはない。さらにかかる高度な裁量事項に司法権がコミットすることには、自己抑制が働くことも考えられる。

本件で S C C はこの領域に果敢に踏み込んだ。S C A 解釈の問題であるが、その判断は執行権の裁量であり、司法権の判断するところではない。との逃げの判断は行わなかった。S C C は自ら、もはやいずれの者の使い走りの少年 (errand boy) ではないことを示したのであり、S C C 判事の政府任命行為を無効にする精力を持ち合わせているのだと見せることで、独立性を示し、S C C

が、その構成は憲法改正手続によらなければならないと判示して、S C Cの一九八二年憲法制定時の構成が憲法で保護されていると宣言することで、憲法上独立した地位にあることを明確にした。<sup>(41)</sup>

本件は照会であり、その本質はS C Cの解釈を求めるものであったから、判断しない選択肢はなかったといえる。カナダはアメリカのような政治問題の法理はとっていない。無論、政治性は避けられない。本判決当時、ケベック州は分離党が政権を握っており、ケベック州総選挙まで三週間を切っていたところであり、そこでS C Cはきっぱりと、自らが連邦の制度にあつてケベックの「社会的価値」の声を保障する機関であると宣言したのだ。<sup>(42)</sup>

そうまでして本件判断に至つたのに、筆者はS C C判事任命のカナダ的特徴をみる。S C C判事は連邦制に配慮した、それでいて偏りのある構成を法定している。ケベックとオンタリオ（後者は慣例）から各三人ずつ、つまりそれでS C C判事の三分の二が占められる。<sup>(43)</sup>とりわけケベックの三人は一連の憲法改正作業、さらに一九八二年憲法制定前後でも憲法的編入が唱えられてきたところである。ケベック州法曹は三人でなければならないのは、S C Aで規定されたものであるけれども、憲法的価値を有するといつても過言ではない。S C Cが本件でこの点を曖昧にせずに首相の決定を無効にしたのは、ここに憲法的価値、カナダ連邦制の真髄を見出したからにはかならない。

本件の二つの判断事項は、憲法解釈あるいは法解釈の大問題であつた。本件第一の諮問事項はS C Aの解釈の問題であり、議會の意思を探るものである。S C Cは一九八二年憲法によつて立憲的機関であるとの地位を默示的に獲得しているけれども、一八六七年憲法一〇一条により議會制定法で創設された連邦の上告裁判所であり、その権限や構成をどのようにするかは、第一次的には立法レビューで明確にされる。本判決で注目すべきは第二の諮問事項で、そうはいつてもS C Cの構成は一九八二年憲法によつて保護され、憲法改正事項としたのである。憲法では、統治機構に関して何が立法レビューで規定できる事項であり、何がそうでなく憲法改正を要するかの境界が明確でないものがある。本件は、S C Cの構成がそうであることを条文に忠実に従つて判断した。S C Cは、本判断の後、二〇一四年四月二十五日、上院の改革の立法案についてそれが立法レビューであることを否定し、

憲法改正事項であることを明確にした。<sup>(44)</sup>これと相まって、SCCの政治レビューでの諸改革に憲法的限界を積極的に明確にしている役割とその傾向をみることができる。

## 2 最高裁判事の地域代表的性格

SCCの判事構成にはユニークな原理を置いている。<sup>(45)</sup>それは地域的配分を重視し、特定の州の枠を厳格に設けていることである。SCAは六条で、SCC九人の判事のうち三人はケベック州の法曹から選出しなければならないとしている。これはカナダ連邦制原理と密接不可分の関係にある。現在では、ほかに、三人がオンタリオ州から、二人が西部州（一人はプリティシユ・コロンビア州から、もう一人はprairie provinces（マニトバ州、サスカチュアン州、アルバータ州）からが慣例となっている）から、一人が大西洋州から選任されることとなっている。これは立法の要請ではなく、慣習である。

SCC創設の原案では必ずしも州の配分は考慮されていなかった。<sup>(46)</sup>一八六七年憲法制定前はカナダの司法制度は各州が自身の裁判所を持っており、州レベルで完結していた。一八四〇年のカナダ連合でケベック (Lower Canada) とオンタリオ (Upper Canada) が結合しても、州の裁判所が包括的な裁判所として存続した。ただし、その判事はカナダ政府と議会が任免できた。一八六七年憲法が制定され、その一〇一条で連邦議会が上告裁判所を創設できる権限が認められても、多くの人はそれが英本土のJCCPであると認識していたから、すぐにできる機運にはなかった。

保守の初代首相 John A. Macdonald マクドナルド は、受け入れられないとわかっていたが、州の裁判所の廃止まで考えていた。ただSCCに州裁判所の監視権限を持たせようとし、カナダ法の統一に執心した。彼は一八六九年にそのためのSCA法案を提出し、SCCが想定されるが、ここではシビルローとコモンローの出自への配分やこだわりはなかった。その後の自由党の Alexander Mackenzie マッケンジー は、一八七五年に最高控訴裁判所 (Supreme Court of Appeal) と、別に租税を扱う財務裁判所 (Exchequer Court) を創設する立法を採択した。このとき、ケベック州からこの最高控訴裁判所には二人の判事枠が設けられた。同時にJCCPへの上告を終焉さ

せる法案もあったが、英本国議会で否決されている。S C Aが一八七五年に制定され、ケベック州からの二人の判事を含む六人の判事で構成されるS C Cが創設される。マッケンジー首相は最初の判事任命でいくつかの伝統を確立させた。二人はケベックからなので同人数オンタリオから確保し、残りの二人はニュー・ブランズウィックとノヴァ・スコシアからとした(ブリティッシュ・コロンビアなど他の州や準州は人口が少なかった)。五人が政治家であり、二人が州の最高裁判官であった。後者の一人が最初のS C C首席判事となるオンタリオのWilliam Richards<sup>(47)</sup>である。S C Cはその創設から既に、その判事の地域的あるいは州のバランスが最大の関心であったのである。

その後、一九二七年に七人となり、さらに一九四九年、J C P Cへの上告が否定され(民事事件)<sup>(48)</sup>、同時にS C Aが改正されて判事が九人となる。これ以降、S C Aでケベック州から三人と、慣習でオンタリオ州から三人、西部州から二人、大西洋州から一人といったバランスは維持されている。<sup>(49)</sup>このように、S C C判事は地域代表の側面を有している。こうした性格は一般に、判事や法律家が地理的な場所を根拠にS C Cへの任命資格を否定されないようにするためであり、裁判所が中央と地方の政府の間及びカナダの様々な地方の間の緊張のバランスがとれた見解を維持するようにするのにも益する。<sup>(50)</sup>また、S C Cの判断に説得力を持たせ、受容性を高める意義もある。<sup>(51)</sup>

カナダが独立を醸成しはじめ、一九八二年憲法を制定し、その後も、同憲法を批准しなかったケベック州を取り込むべく、憲法(改正の議論を積み重ねていった)<sup>(52)</sup>。そのほぼ普遍的な立憲的原理(とすべき)として追求され、あるいは認識されるようになったのが、ケベック州からの三人の枠であるといえよう。一九八七年のミーチ湖と一九九二年のシャロットタウンの憲法改正合意案は、ケベックの固有の社会(different society)<sup>(53)</sup>を認めるべく憲法にその条件を盛り込む主張であるが、ともにS C Aが規定するケベック三人枠の憲法的編入が謳われていた。<sup>(53)</sup>もともと、これらの憲法改正合意案に州の必要な同意を得られなかったということは、後述するように、三人の枠、つまりS C A六条の憲法的編入が認められなかったのだと解する根拠ともできるであろう。

地域的配分は現実にS C Cに実現されているけれども、主に四つの、特にケベックや西部州から批判があり、依然としてS C C

の構成に相当な不同意があることがうかがえる。<sup>(54)</sup> 第一に、S C C の存在や管轄権は憲法で規定されておらず、保障されていないとの点である。その際、S C C のどの部分まで憲法に規定されるべきかの問題が横たわる。第二に、S C C 判事は連邦政府のみによって選任される点である。第三に、三人のケベック枠は少なすぎるとの批判である。第四に、特別の憲法裁判所、あるいは S C C に憲法部を創設すべきではないかとの示唆である。憲法を意識した S C C の権能やその構成のありかたの議論は尽きないようである。

### 3 連邦裁判所判事は任命できるか

ナドンの任命には別の S C A 解釈の問題、つまり、連邦裁判所判事は S C C 判事任命の資格を欠くのかの問題がある。S C A 五条も六条もこの点は規定しておらず、少なくとも法文上は言及がないから、資格を欠くようにもみえる。これは永く議論となつている点であるけれども、本判決はこの点は直接判断していない。ただ論理的帰結として、ケベック枠での連邦裁判所判事からの任命はあり得ず、その他の州の枠からの可能性は残る。本件と関係があるので、検討しておこう。

先述したように、ナドンの任命には、ハーバーの依頼に応じて法務省に宛てた前 S C C 判事ビーニーの二〇一三年九月九日付のメモがある。<sup>(55)</sup> それは、S C A 五条も六条も連邦裁判所及び同控訴裁判所判事の任命資格を妨げるものではないとするもので、ナドンの同条での任命資格を肯定する。以下これをたどることにする。

これまで連邦控訴裁判所から直接 S C C 判事になった Gerald Ledain、Frank Iacobucci、<sup>(56)</sup> Marshall Rothstein には、いずれも五条の問題が提起されることはなかった。Louise Arbour <sup>(57)</sup> に至っては、ルワンダ国際刑事裁判所首席検察官から直接 S C C 判事に任じられている。S C A の解釈を改めて明確にする必要がある。

特定の条項はそれだけで解釈されてはならない。この黄金律 (golden rule) は Driedger <sup>(58)</sup> アプローチとされ、S C C は判例で「立法の文言はその全体のコンテキストと、その立法の枠組みに符合した文法的普遍的意味と、その立法の目的と議会の意思で読まなければならない」と敷衍している。さらに英仏二言語主義 (カナダは英語と仏語が公用語であり、法令は英仏二言語で公刊され

る)にあつては、英仏語は同じ権威を有し、かりに明らかな不調和があれば、裁判所は「共有された意味 (shared meaning)」を採すものとされ、また一方が明確で他方が不明確であるときには、明確な方が共有された意味となつて採択される。この制定法解釈のルールを当てはめる。

第一に条文 (text) である。五条の仏文は "inscris pendant au moins dix ans" (最低一〇年登録された) としている。inscris (登録された) は現在なのか過去なのか明確ではなく、文法的には両者の可能性がある。連邦裁判所判事は除外されるとの解釈は、これを任命時に州の法曹である現職の会員 (current membership) との法解釈に基づく。曖昧な場合、英文をみなければならぬところ、英文は "is or has been" となつている。これは明確に、過去にそうであつた者も含まれるのであり、この意味をとるべきである。すると過去に州の法曹であれば、現職が連邦裁判所判事も資格は否定されないことになる。

第二にコンテキストである。条文は単独で読まれるべきではなく、六条を見る必要がある。六条のみでは、ケベック州の法曹経験が一年に満たなくとも、任命時ケベック州の法曹であれば有資格者となる。いうまでもなく五条と総合して読めば、これはとりうる解釈にはならない。コンテキストをみるのに重要なのは立法経緯である。两条項のそれを見ると、議会の関心は現職の会員であることではなく、その法曹協会で最低年限の経験があることにあつたと解される。

五条の inscris は、一九五二年のカナダ制定法典化 (1952 Consolidation of the Statutes of Canada) で付加される。それ以前の一九二七年法には、英仏両文とも現職の会員と規定するものはなかった。それが一九五二年の仏文の改正で、カナダ諸州 (Provinces du Canada) の後にコンマとともに付加された。これが現職の地位 (current standing) を要求したとの根拠にされている。しかし、そうした実質的な改正ならば英文の方も変更されるべきであるところ、なんの変更もなされていない。これは驚くに値しない。そもそも法典化 (Consolidation) は立法府の事務管理にかかわり、意味の変更ではないからだ。同法四条は、法典化は法の変更をとらぬものではないことを明確にしている。また、かりに文言の言語的操作で変更があつても、その時は継続した意味が勝つていている。なお一九五二年に連邦裁判所への言及がなされていないことも、当時連邦裁判所は存在しなかつたので、気にかける要はない。

その前身の財務裁判所のメンバーであることは、S C C 任命の障壁とは考えられなかった。コンテキストでも現職のケベック法曹であることが資格要件とはされていない。

第三に当該立法の枠組み (scheme) と目的である。S C A 五条と六条は、まず経験と能力のない者を排除する意図を有する。例えば一五年間モントリオール (ケベック州) の法曹であり、その後連邦控訴裁判所判事に任じられている者を、S C C 判事から無資格として除外するのか。有能なのは明らかで、はたして、それを排することは立法の趣旨なのであるうか。

ビニーはもう一つの関連する質問にも答えている。それは連邦裁判所判事をやめ、その後ケベック州法曹に再加入した者は、五条と六条の枠組みでケベックのメンバーとして S C C 判事の資格を有するか、である。基本的に両条項の同じ解釈で肯定される。しかし、週の初めに連邦裁判所判事となり、その半ばに一日か二日、S C C 判事の資格を得るためにケベック州法曹に再加入し、その週の終わりに S C C 判事に任じられようといった仮定は非現実的である。法は最低限の期間を要求していることを斟酌すべきであるとする。

現職の連邦裁判所判事は S C C 判事に任じられるか。判例は存在しない。先にみたように、ハーバーがビニー以外にも解釈について相談し、ホッグをはじめとしてこの考えが支持されていることを確認する。<sup>(56)</sup> 他方、一八七五年の S C A の立法経緯から (ビニーはこれを考察していないとして)、六条はケベックの特別の地位に対応したもので、候補者のプールを排他的に狭める目的を持ち、連邦裁判所判事はケベックの判事が任じられる列挙された裁判所のリストから除外された<sup>(57)</sup>と解する説がある。立法過程では教育を受けたことが言及され、それはとりもなおさずシビルローの知識と訓練があることを意味し、ケベックからの選出はその現代の知識を有していることを意味するという。上級裁判所や控訴裁判所との規定は例示ではなく限定だと解するのである。

#### 四 憲法規範としての最高裁の構成

本件はさらに、S C A 六条は S C C の構造にかかわる事項であり、議会制定法ではなく一九八二年憲法の定める憲法改正手続のつとつのみ変更できるとした。これによって、S C A は同憲法が定義するカナダ憲法ではないけれども、S C C の構成に関する規定は憲法的地位を獲得するに至った (constitutionally entrenched)。これは画期的な判断である。政府が議会の多数で以て S C C の構造を一方的に、州の承認なく変更させることはできないとしたのである。

一九八二年憲法は実に複雑な憲法改正手続や原理を置いている。以下、まずそれを整理したうえで、S C C の構造は憲法改正手続が支配するものであるかどうかを検討する。

##### 1 憲法改正の手続の歴史

カナダは一八六七年憲法 (B N A (英領北米) 法) には改正手続の規定を持たない。英国議会がカナダの立法権を有しており、憲法改正の究極の権限を持っていた。しかし、カナダ議会やとりわけ州議会がどうかかわるか、カナダ国内の手続は不明であった。カナダ憲法の改正は一八九五年に確立する慣例によってなされた。<sup>(58)</sup> B N A 法では憲法改正権はカナダにはなく、立法をも含む総ての法は、英本国議会の承認が必要とされた。一九三一年のウエストミンスター憲章では、そうした手続は残すものの、カナダの立法のイニシアティブが尊重されることが確認される。ただし、B N A 法やその他の立憲的法律を改正するものではない。<sup>(59)</sup> これを受けてまずカナダ議会で改正案が提起され、これを両院が可決することで英国議会に呈示され、改正のプロセスが進む。一九四九年に英国議会によって改正された B N A 法は、連邦政府にのみ影響を与える憲法改正をなす権限をカナダ議会両院に認めた。連邦と州の権限配分に関する改正は、英国議会だけがなしようとされたままであった。いずれにせよ、カナダ連邦政府の要請と同意を受

けてのみ英国議會は動く。

この手続に州は参画しない。そもそも憲法改正に州がどのようにかかわるかは、不明であった。連邦政府は、州の権限に関する改正であっても州の同意を取り付けることなく、改正を英国議會に提案する慣行をしいた。<sup>(60)</sup> 憲法改正に関してカナダ国内の手続、とくに州の議會をどうかからわせるかの議論が、一四四年間も展開されることとなる。その間、カナダは独立色を強めていくとともに、二つの原理が成熟していった。<sup>(61)</sup> 第一が、英国議會はカナダ議會両院の要請を除いては、カナダ憲法にいかなる根本的な改正も行わない。第二が、カナダ議會は州の事前の諮問と同意がなければ、連邦—州に直接影響を与える改正を要請しない。

トルード首相（一九八二年憲法制定時のカナダ首相）が州の同意を得られなくとも連邦は州の権限に関する改正を一方的に進めうるとする法改正を提案した時、三州がレファレンス（照会）を申し立てた。控訴裁判所レヴェルでは多様な判断があったのを、S C C は、州の同意は法律要件か、州の同意は慣習上の要件か、の二点に関して次のように判断した。<sup>(62)</sup> 州の同意を要件とすることは「法の問題として」要求されてはいないが、州の「相当程度の (substantial degree)」の同意は「慣習の問題 (matter of convention)」として要求されている、と。これをうけてトルード首相と九つの州の首相は改正に同意して英国議會に呈示し、一九八二年カナダ法となる。そこには別表B、つまり一九八二年憲法が含まれている。

この一九八二年憲法第五部に、一八六七年憲法を含むカナダ憲法の改正手続が規定される。もはや英国議會にはカナダ憲法を改正する権限はなく、そのプロセスにコミットすることはできないことを明確にした。なお憲法には、一八六七年と一九八二年の憲法だけでなく、一九八二年憲法五二条が列記する法がすべて含まれる。

かくして、「一九八二年憲法は、一九二七年、連邦法務大臣が同年の連邦—州会議のアジェンダにのせた時に始まる、国内の改正手続の模索の極致 (culmination) である」<sup>(63)</sup>。同大臣は、カナダは英本国と対等であるとした一九二六年のバルフォア宣言に触発され、それがカナダ憲法改正プロセスでの英国議會の排除と解した。これは一九八一年一月五日まで待たなければならなかった。

一九六四年、一八六七年憲法改正案となるフルトン—ファヴォリユ・フォーミュラはケベックを除く全州で同意される。それは、

重要な改正は連邦議会と全ての州議会の同意を要するものであった。一九七〇年、ヴィクトリア・フォーミュラに連邦を含む全ての首相が合意、ただしその採択には全ての州政府の批准が必要とされ、ケベックが批准しなかったので流れた。このヴィクトリア・フォーミュラは、憲法改正に必要な州の配分について複雑なルールを持っていた。すなわち、①カナダ総人口の二五%を有していた州 ②少なくとも二州は大西洋州 ③西部州の少なくとも二州はあわせて西部州全人口の最低五〇%を有すること、とされた。①はケベック州（オンタリオ州も同様）の拒否権を実質的に保障するものであった。

ヴィクトリアとファヴォリユ、両方のフォーミュラは、共通してケベックの拒否権を保障するようになっていた。<sup>(64)</sup> 八州がこれに反発して Vancouver Formula バンクーバーフォーミュラ を採択し、連邦議会と三分の二の州議会の同意、ただしそれがカナダ人口の五〇%以上を占める州のそれであること、を要件とした。これは州の拒否権を認めないものである。ケベック首相「Jevagne ルベク はこれに同意し、ここにケベック州は初めて、拒否権という特別の地位を要求することを放棄した。

一九八一年一月五日の合意は、カナダ首相とその支持母体であるオンタリオとニューブランズウィックの首相が、ヴィクトリア・フォーミュラではなくバンクーバー・フォーミュラを支持したことで達成される。八州のうち七州が同様な態度をとるが、ケベック州はこれには賛同しなかった。しかし、それはこれまでのように改正作業の足かせにはならなかった。州がすべて同意しなくても、法的には問題なく、ケベック州の同意は法によって要求されておらず、慣習にとっても同様だと、最高裁が判断したのである。<sup>(65)</sup> 連邦と州の一九八一年一月五日の同意は、後にいくつか変更があるも、一二月に両院で可決され、ロンドンに送付される。翌八二年三月二九日に英国議会で制定され、一九八二年憲法は同年四月一七日に発効し、ついに自らの憲法を国内で改正する手続を獲得した。<sup>(66)</sup> 英国議会はそのカナダに対する権限の一切を終焉させたのである (Partition)。<sup>(67)</sup> すなわち、一九八二年三月二九日、女王が最後の英国議会によるカナダに関する法律となる一九八二年カナダ法に署名したことで、英国議会の立法的主権が否定され、Colonial Laws Validity Act 1865 (植民地法有効法) と Statute of Westminster 1931 (ウェストミンスター憲章) 七条が失効したのであり、そうした Imperial (英本国) 法にかわって一九八二年カナダ法とカナダ憲法とその別表Bが支配し、憲法改正（一九八二

年第五部)もこれにのつとることとなる。<sup>(68)</sup>

一九六七年憲法の改正には連邦と州の關係に関するものがあり、これまで二回ある一九八二年憲法の改正は、多文化主義に関するものである。<sup>(69)</sup>カナダの一九八二年憲法制定に至る道のりは、英国議會からカナダの立法権を奪還するのを第一義とし、憲法改正権の獲得で成就する。と同時に、国内的にはその憲法改正に州の同意をどう立憲的に位置づけるかの葛藤の道のりでもあった。ケベック一州のみの拒否権は諦念となり、立憲的に州の同意が要求されることとなったのである。一九八二年憲法はそれがカナダ憲章を含み、違憲審査制を認めたことで、司法国家とか人権保障にその意義が熟く語られがちであるけれども、憲法改正の権限と手続と、そこに反映されるカナダ連邦制の特徴が際立った法文に注目しなければならぬ。カナダ憲法の改正をめぐる議論の経緯を反映して、一九八二年憲法の定めるカナダ憲法の手続は日本やアメリカに比べて、はるかに入り組んだものになっているのである。

## 2 現行の憲法改正の手続

これまでの憲法改正を議論したプロセスで、州がいかにこれに参画するか、発言権を持つかが大きな争点であるのがわかる。とりわけケベックは強固で、憲法改正や partition に試練を与えてきた。もつとも、連邦制である以上、連邦と州の権限配分は最も重要な立憲主義原理であり、これに絡む改正には州の地位を相当に認めるべきとの主張は自然である。<sup>(70)</sup>新しい憲法となる、そして partition を獲得する一九八二年憲法では、カナダ憲法改正手続をどう規定すべきかは喫緊の問題であったし、同意法での個々の州の関心をどう調整するかは、他国の憲法にはない、カナダ憲法の際立った点となっている。<sup>(71)</sup>

この点、BNA法(一八六七年憲法)は、改正権は国内にないとの前提から憲法改正手続の規定を持たず、今見たように、立法と同様にもつぱら英本国の議會で決定権を留保する立憲主義をとった。そこでは州の関与は眼中になく、カナダ議會の権限すら改正プロセスに入り込むための規定を設けておらなかった。それが一九八二年憲法の制定で partition が成就するとともに、改正権を自ら主張に収め、そのための改正手続を憲法で規定するに至る。そこでは改正のプロセスにおける州の地位や権能が複雑に明記

されることとなる。これは、憲法改正での州の関与の問題が一九八二年憲法制定の道程に大きな要素を占めていたことを物語るの十分である。<sup>(72)</sup>

一九八二年憲法第五部に規定される現行の改正手続は、その内容あるいは対象に応じて五つある。改正のアクターは、連邦の上院と下院、そして州の立法議会であり、日本国憲法のような人民投票は認めていない。最終的に総督の公布で完成する。改正の発議はアクターのいずれかである。なお連邦議会両院は州憲法の改正以外、いかなる手続にも必須となっており、いわば憲法改正の拒否権を常に有する形になっている。

第一が一般 (general) 改正手続である (一九八二年憲法三八条)。上下両院とカナダ総人口の五〇%以上を占める三分の二の州の立法議会 (七/五〇) の承認があれば、総督が改正を公布する。七/五〇は事実上、オンタリオ州かケベック州の少なくともどちらかが承認していなければならないことを要求する。これは以下の特別の手続のどれも適用されない場合、適用される。三八条の手続は従来の改正手続の議論であるビクトリア・フォーミュラやフルトン・ファボリユーと区別される。<sup>(73)</sup>

なお、a 憲法が規定する州の比例代表原理、b 上院の権限とその議員の選出方法、c 州に割り当てられる上院議員の数とその居住資格、d 四一条(d)に従う S C C、e 既存の州の準州への領域拡大、f 新州の設置、は特別にこの三八条の一般改正手続によらなければならないとしている (四二条一項)。ただし三八条二項から四項の規定は適用されない (四二条二項)。a と b (上院の権限は除く) と c は、これまでの憲法改正の議論での合意によって議会の排他的権限から除外された事項で、b (上院の権限) と d はこれらに類して先行的な (anticipatory) 規定で、e と f は新たな規定である。<sup>(74)</sup>

第二が全議会一致 (unanimity) の手続である (四一条)。a 女王、総督、州総督の地位、b この部が施行されるとき州に割り当てられている上院議員の数を下回らない数の下院議員を選出する州の権利、c 四三条に従って英語またはフランス語の使用、d S C C の構成、e この部の改正、に関しては、上下両院と総ての州の議会の承認を必要とする。

第三が連邦議会と一部の州のみの一致による改正である (四三条)。a 州境界の変更、b 州における英語または仏語の使用に関する

る規定の改正、は上下両院と当該州の立法議会の承認で、国璽が押印された総督の布告で成立する。

第四が連邦議会による一方的な改正である(四四条)。四一条と四二条に服して、上下両院または連邦執行権に関するカナダ憲法の改正は連邦議会のみ立法でなされう。これは一八六七年憲法の一八九九年改正でもたらされたもので、同憲法九一条一項は一九八二年憲法布告で廃止された。<sup>(75)</sup>

第五に、州憲法の改正は州の立法府のみがその立法手続でなしうることを保障している(四五条)。一八六七年憲法九二条一項を編入させたものであり、同条項は一九八二年憲法の制定で削除される。州憲法は本稿の考察対象ではないのでこれ以上触れない。

これらには州がどの程度かわるか、その本質にバリエーションがある。加えて四七条は、一八〇日経過しても上院が決議しなければ下院の決議でたりとする、いわば下院の優越を認める。

そのほか、手続的な規定が設けられている。三九条は憲法改正が成立する時間に関する。公布は、改正手続を開始する決議から一年を経過しないとできない(一項)。また、改正の布告は開始の決議から三年を経過したら公布できない(二項)。

日本国憲法あるいはアメリカ憲法の改正に比べると、カナダ憲法は改正が一筋縄ではないことは一目瞭然である。日本は国会が総議員の三分の二以上で発議し、国民投票にかけ過半数の賛成が得られれば、改正が実質的に成立する(天皇の公布で完成する)(日本国憲法九六条)。アメリカの場合は三分の二の州の発議と連邦議会の発議で、そのあと四分の三の州の承認があれば成立する。<sup>(76)</sup>同じ連邦制のアメリカは州の人口比例には関心を持たない。<sup>(77)</sup>憲法改正は総ての条項にかかわらず、条項によって異なった手続を設けていない。

この点、カナダ憲法は際立って、条文や原理によって異なった手続に服させている。複雑である。<sup>(78)</sup>「カナダにあって当初から、憲法はその改正の公式が同意されることになるなら、区画されてい(compartmentalized)なければならぬことは認容されていた」。<sup>(79)</sup>

またカナダ憲法改正のユニークさは、option(選択的離脱)にある。三八条の一般改正手続には、州の立法権や財産上の権利その他の権利や特権を減少させるものに州は拒否権を行使でき、当該州で改正前後にこれを承認しなかり、その州には適用され

ない(三八条二項、三項)。改正手続に州の参加や同意が納得いくように解決されたのは、州の平等原理に基づくこの optout が受容されたことによる。<sup>(80)</sup> アメリカにはこれがないことに、Dallinger<sup>アランジャー</sup> は以下のように指摘する。<sup>(81)</sup> 「逃れようもない事実は、カナダは弱い国家忠誠主義者の社会で、「二連のシンボルとヒーローと歴史的事件と敵と、あるいは大志さえ、本質的に共有されたものをほとんど完全に欠いている」と記述される。そうした社会の分権化された資質を反映する改正手続は、よくもなければ悪くもない。それはただ的確 (accurate) なだけである」。

この optout の三八条二項や、州議会や連邦議会は改正承認の決議を改正が正式に布告される前であればいつでも取り消しうるとする四六条二項も、ユニークである。カナダ憲法の改正規定は明確に撤回 (rescission)<sup>(82)</sup> の概念を取り入れているのである。

### 3 最高裁判事の任命資格は憲法改正事項であるか—解釈上の問題

S C A が一九八二年憲法五三条でカナダ憲法と明記されていない以上、S C A 六条の改正は四つのやり方が考えられる。第一が一八六七年憲法一〇一条での一方的な連邦法としてあつかう。第二が一九八二年憲法四一条(d)で規定されたやり方による。第三が同憲法四二条一項(d)による。第四が同憲法四三条に規定されたやり方である。

この問題は一九八二年制定時、学問上議論されたようだ。その後、一義的解決のないまま下火となり、結局、法的には今次 S C C 判決で決着をみることとなる。争いとなるのは、S C A は一九八二年憲法が定義する憲法を形成する法ではない一方で、同四一条、四二条が S C C 判事の構成は一般改正手続によることとしており、そのため、S C A の判事の構成にかかわる部分の改正は、通常の立法として議会のみで完結するのか、それとも憲法改正手続を踏むべきなのか、問題となる。本判決は後者と断言した。ただし、S C A そのものの総ての条項に憲法改正の手続が適用されると判断したのではなく、あくまで S C A 五条と六条が該当するとしてことに留意すべきである。S C A の他の条項はどうなのかは、判断してないのである。

ただ S C A の改正が憲法改正によるべきかは、解釈上の争いはある。

最高裁判事の構成は憲法改正事項ではなく、議会の制定法で変えられようと主張するのがホッグである。S C C 判事の構成を定める S C A は一九八二年憲法五二条の憲法に挙げられておらず、したがって憲法ではないから、その改正は憲法改正手続によらないとするのである。その姿勢は徹底した文理解釈であり、憲法に広く含ませる解釈の傾向を戒める。同条は、カナダ憲法は以下を含む (includes) としており、その列挙は限定的 (exhaustive) だとする。<sup>(83)</sup> 憲法の定める改正手続は五二条に列挙されていない法の改正には適用されないのであり、四一条や四二条に限定されている事項は文理に忠実に、限定的に解釈する。いわく、<sup>(84)</sup>

カナダ法の S C A もまた、カナダ憲法 (Constitution of Canada) の一部ではない。ゆえに、一九八七年、カナダ議会は、S C C が一般改正手続 (七/五〇) を要求している四二条にリストアップされている事項の一つであるとの事実にもかかわらず、一九八七年法を拡大的に改正する立法を制定できたのだ。一九八七年改正法は、三人の判事がケベックから任命されなければならないとの要請や判事の数を変えなかったけれども、これらは S C A で規定された事項であって、カナダ憲法ではなく、したがって、それはまた、「S C C の構成」が、全員一致 (unanimity) の手続を要求する四一条にリストアップされている事項の一つであるとの事実にもかかわらず、通常の立法過程によって改正される開かれたものである。

さらに以下のことを確認する。<sup>(85)</sup>

四二条一項 (d) は S C C の、その構成 (特別に四一条 (d) にリストされている、つまり全員一致の手続) 以外のすべての面に関するものである。S C C への言及は奇妙である。なぜなら、四二条一項で列挙されたその他の事項と異なり、S C C はカナダ憲法のどこにも規定されていないからである。S C C は S C A によって創設され、S C A は連邦法であって、カナダ憲法の一部を構成する文書の一つではない。四二条が「カナダ憲法」の改正についてのみ適用される以上、連邦議会は、一八六七年憲法一〇一条に基づいて、いまなお S C A を改正する権限を持っている。この権限は、S C C をカナダ憲法に採択するためのステップが取られれば、終焉し、四二条一項 (d) が実効性を持つこととなる。

そのうえで四一条(d)の規範的意義は疑問だとする。<sup>(86)</sup> 同条項はSCCの構成(composition)とするが、その意味は完全に明確とはいえない。判事の総数も特定の州からの判事の数もこれにあてはまりそうだが、任命様式はそうではない。いずれにせよ、それはSCAに規定されており、SCAはカナダ憲法ではないのだから、「四一条(d)はたぶん実効性はない。SCCの構成はなおもカナダ議会の通常の立法過程で変更されうる」。

これに対して、合目的解釈(purposive)から批判がある。これが有力といえよう。<sup>(87)</sup> モナハン、ホッグのこの解釈は「SCCに関する州の利益を保護する面では、四二条一項(d)を完全に効果のないものにする」とし、以下のような解釈を展開する。<sup>(88)</sup> 四二条一項(d)はバンクーバー・フォーミュラに基づいており、それはそうした一方的な連邦権を立憲的に確立させるといふよりも、むしろ憲法改正を有効にする一方的な連邦権を拘束することにある。「四二条一項(d)はこの基底にある意図に合致するようなやり方で解釈されるべきである。そうした合目的な解釈をすれば、四二条一項(d)はある程度、州の同意なくしてSCCの変更を有効にさせる連邦議会の能力を制限するように機能しなければならないという結論を支持することになろう」。

では連邦議会の限界はどこか。本判決は、SCAの五条と六条は議会のみの方的な法改正手続の対象にはならないとしたのであり、SCAの他の条項については判断していない。そのため、SCAあるいはSCCに関する法に関して、その法改正に州を巻き込んだ憲法改正手続を踏まなければならないかは不明である。これは議会の限界、つまり議会の法改正のみでSCAを改正できる部分はどこまでかの問題である。

本判決はこの点は明確にしていないし、法的にも一義的であるわけではない。五二条の憲法の定義規定、つまり憲法改正手続が適用される法は完結的ではなく、SCAはそれに含まれると解したとしても、SCAのすべての規定やその他SCCに関する立法や規則も同じように含まれると解すべきではなからう。<sup>(89)</sup>

モナハンのように解釈しても、SCAが一九八二年憲法(五二条)にいう憲法に該当するかの問題は残るように思われる。先にみたように、同憲法は五二条でSCAは憲法とはしておらない。一九八二年の憲法制定は司法制度に何ら直接の変更はもたらして

はいないのである。この点には二つの肯定的アプローチがある。第一は、一九八二年憲法でSCAが立憲化されたとするものである。とりわけSCCに対して重要な変化をもたらしたとする見方がある。レダーマンは、新たな改正手続、つまり四一条(d)と四二条一項(d)がSCC自身を実効的に「立憲化 (constitutionalized)」したとする<sup>(90)</sup>。なるほど、SCCはSCAという議会法の産物である。しかし、SCAの特定の部分は一九八二年憲法で憲法改正手続に服すると、新たに特別に規定された。一八六七年憲法が、SCCは議会制定法の管轄として、ことと矛盾することになるが、後法優先の原則から一九八二年憲法が一八六七年憲法の規定を凌駕するとする。

では一〇二カ条あるSCAのどの部分が四一条(d)や四二条一項(d)の対象になるのか、つまり一九八二年憲法によって上書きされるかである。それはSCAの規定する三つの基本的な部類であるとする。第一がSCCの基本的な構成に関する部分である(例えばSCA四条、六条、九条)。第二が構成以外でSCCの基本要素に関連する規定である(SCA三条、三五条、五四条一項)。第三がSCCの詳細な管理運営に関する副次的な規定である(SCA八条、一〇三条)。SCA全条項が一九八二年憲法四一条(d)と四二条一項(d)で憲法化されたわけではない。何がそれに当たるかは、SCCが究極的には決するとする。

同様に、「上院とSCCのいずれの立憲的な変更あるいは改革は、決して予断 (foregone conclusion) ではないけれども、議論が再開するとするならば、これらの領域での憲法のいかなる変更も州の参加を要求するということが、はつきりと今や確立された」<sup>(92)</sup>。

第二は、一九八二年憲法五二条の憲法の概念を完結的 (exclusive) と捉えないものである。ホックは完結的と解し、いみじくもSCAは五二条のリストに入っていないから、その改正は憲法改正手続を要しないと。しかしモナハン、これが自己完結的と解されるなら、ケベック州法曹から三人を選任するとのSCAの規定は、SCCの構成にかかわるもので、その改正は通常の立法手続で行われるということになると、SCAの構成の変更は憲法改正手続による四一条(d)と矛盾することになるし、ひいては四一条(d)を効力のないものにしてしまい、ケベック州の同意を得ることなくこれを交換することとなる<sup>(93)</sup>。三八条以下にみられる改正手続に流れる目的は、州の利益を州の同意なくその特権や権利の実効性を消極的にさせることから保護することで

あり、S C Cのような主要な国家機関の核たる機能や存立意義における州の利益を含むのである。<sup>(94)</sup>

これに付随してS C Cの構成に関する法が憲法改正の対象でないなら、S C Cを廃止してしまうのも立法議会の判断でできてしまうのか。ホッグは、「理論上は、連邦議会の一方的な行為によって廃止されうる。無論、実際には、カナダ統治機構にあつて高度な尊厳のある地位を獲得しているので、連邦のどの政権もS C Cの廃止あるいは減退を実行することはなからう」とする。<sup>(95)</sup> ニューマンは、ホッグの実証主義的解釈を理解しながらも、S C Aが憲法改正の対象となる憲法なのかはさして重要な問題ではないとしたうえで、これまでの歴史を通して、S C Cはカナダ立憲主義にとって不可欠のものとなっていることを重視すべきだとする。<sup>(96)</sup> 一九八二年憲法第五部の改正規定は一九八二年に存在した属性をS C Cの不可欠の属性としたのであつて、ケベック州の三人の枠はカナダにおけるシビルローの伝統の認知と、より広くカナダの連邦制と多様性に意義を与えたものであり、議会のみによる改正は禁じられるとする。<sup>(97)</sup>

七〇年代から八〇年代での憲法改正の議論でS C Cの構成に憲法的昇格を意識されていたことに鑑みれば、一九八二年憲法はこれを受容し、S C Cの基本的な改革は単なる議会制定法によつてはなされえないとしたといえよう。いいかえれば、それには広く連邦一州のコンセンサス、すなわち全員一致が今や、S C Cの規模や、判事の地域的割り当て、そして任命の現行の選任方法に関する変更には必要なのである。<sup>(98)</sup>

## 五 むすびにかえて

S C Cは一八六七年憲法一〇一条を受けた議会制定法によつて、一八七五年に創設された。S C Cは今日、カナダの立憲主義に不可欠の機関となっている。それは、日本やアメリカの憲法のように憲法的編入で立憲的地位を明確に獲得されることがないままに発展していった。本判決は、S C Cの構成は一九八二年憲法四一条と四二条の憲法改正手続の対象となると判示することで、S

CCの立憲的地位の獲得を明確にしたといえる。<sup>(99)</sup>

本件のSCCの憲法判断は、具体的な事件を要求しないカナダ固有の照会制度 (reference) に基づくものである。SCCは同時に上院の改革に関して同じように憲法解釈を行っている。<sup>(100)</sup> SCCがまさに政府の憲法解釈の健全さを担保する機能を果たしている。そもそも立憲制度の細部は憲法が禁じていない限り、議会の制定法によって決められる。その一次的判断がない段階でSCCが制度のありようを決めるのに先行するのは、英国型の議会主権の伝統のあるカナダ憲法では訝しがられる要素もある。照会制度は法的に認められた制度であるから、SCCがこうした権能を行使することに何ら問題はないけれども、SCCによる統治といった懸念も浮上してこよう。

かくして、SCCはカナダ立憲主義の核となり、憲法上の立ち位置も明確となった。その構成の変更には州の同意が憲法上要求されるとした本件は、SCCのそうしたダイナミックな機能と意義を十分に認識するとともに、それゆえ一九八二年憲法制定時のSCCの構成は州不在では成り立ち得ないとの思いを駆け巡らせたのであろう。

- (1) Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6, 2014 SCC 21. 厳密には、本件判断は法の解釈に関する照会のケースであって、具体的な事件を裁断したものではない。しかし、ナドンのケースを前提としており、法的に彼の無資格を判断したのであって、その効果は本件任命行為を当初から無効 (void ab initio) とするものである (para 6)。
- (2) 富井幸雄「最高裁判所判事任命過程における議会の関与—カナダの展開と日本への示唆」法学会雑誌五三巻二五二七頁、二〇一三年。同「最高裁判所判事の任命 (一) (二)」法学新報一四卷一・二号一九頁、三・四号七三頁、平成一九年。
- (3) 同上論文。See also, James B. Kelly and Christopher P. Manfredi, *Courts in Oxford Handbook of Canadian Politics* 39, 44 (John C. Courtney and David E. Smith, eds., 2010). この論文ではSCCには二つの重要なターニングポイントがあるとする。一つめは、一九四九年にJPCPCへの上告が全面的に禁じられてSCCが最終上告審となったときで、二つめは、一九七五年に一万ドル以上の民事裁判が除外されたことで、刑事事件と連邦あるいは州の管轄権の越権に関する訴えの二類型に限定されたことである。三つめが、一九八二年のカナダ憲法の制定である。  
*Id.* at 46–47.
- (4) このプロセスが通常化したと判断するのは時期尚早との指摘もある。I. PETER W. HOGG, *CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA* 8–8 (5th ed. Supp.

2007).

- (5) カナダは連邦結成時、責任政治原理を取り入れ、その契機としてダラム報告が注目されるが、こうした見方を再検討するものとして、細川道久『カナダの自立と北大西洋世界—英米関係と民族問題』（刀水書房、二〇一三年）。
- (6) H・N・シャーマンシユ／佐々木雅寿訳「カナダ憲法上の照会権限（Reference Power）」北大法学論集三九巻三号四九七頁、一九八八年。
- (7) Supreme Court Act, R.S., c. S-19, s. 55.
- (8) Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217, at para 32.
- (9) *Id.* at para 32. 政府の構造に関しは「憲法の条文やその下、歴史的コンテキストと、それまでの憲法の意味を解釈した司法判断」をみなければならぬ。*Id.*
- (10) *Id.* at paras 70-78.
- (11) Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island, [1997] 3 S.C.R. 3 at para. 108. 下の判例に「富井幸雄」司法権の独立—カナダ憲法の成熟（一）」法学新報—一五巻第五・六号—四一五頁—一七四—一八三頁、二〇〇八年、参照。
- (12) 多くは首相の選任の政治的見識を批判するけれども、「憲法問題はSCAの解釈と国家の憲法改正の定式の解釈に関心を置くこととなる」。Robert Leckey, *Constitutionalizing Canada's Supreme Court*, <http://www.iconnectblog.com/2014/03/constitutionalizing-canadas-supreme-court>
- (13) New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia, [1993] 1 S.C.R. 319 (McLachlin, J. delivering).
- (14) PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 94th ed. 1997. 本判決は「憲法の他の条項や部分からの定義に含まれるものを司法権に与えて導き出したこと」それは憲法が定義した三〇の法文書のリストを明らかに超える可能性があることを示唆している。*Id.*
- (15) Adam Lipiak, 'We the People' Loses Appeal with People around the World, N.Y. TIMES, Feb. 6, 2012, <http://www.nytimes.com/2012/02/07/us/we-the-people-appeal-with-people-around-the-world.html>, May 10, 2014. 一九八七年の調査では「一七〇カ国のうち一六〇がアメリカ憲法を直接ないし間接的にモデルとしていたが、それから四半世紀経過した今日ではその地位は失われ、かわってカナダ憲章がアメリカのそれよりも影響力を持つようになったこと」を示している。See also, Mark Tushnet, *The Charter's Influence around the World*, 50 OSGOODE L.J. 527 (2013). See also, David S. Law and Mila Versteeg, *The Declining Influence of the United States Constitution*, 87 N.Y.U. L. REV. 762 (2012).
- (16) DAVID E. SMITH, FEDERALISM AND THE CONSTITUTION OF CANADA, 120 (2010). 「カナダの固有性の説明は、右にほゞ左様だ、ケネックの存在にあるが、ここではとりわけ、カナダがコモローとシビルローの両方を有していることにある。二元法主義—二つの公用語—がいかに憲法の理解に影響を与えているかは、カナダ政治で研究されているもうひとつのトピックである。SCCの構成は、憲法の司法的解釈の観点からはおそらくオーバーな重要性が与えられているけれども、長期にわたる関心の主題である」。*Id.* なおSmithはSCCの構成は全員一致(unanimous

- consent) の憲法改正手続の対象と解している。 *Id.* at 23.
- (17) *Id.* at 121.
- (18) 本節は、二〇一三年九月三〇日付けと二〇月三日付けのカナダ首相の公式のHPに基づいて。 <http://pm.gc.ca/eng/news/2013-09-30>。 法節には、SCC判事任命のプロセスに州はいかなる役割もなく、参与しない。しかし、実務では当該州の法務長官に首相は諮問するようになっている。 Hogg, *supra* note 4 at 8-8.
- (19) この展開については、富井、前掲論文(2)論文、参照。
- (20) Ad Hoc Committee on the Appointment of the Supreme Court of Canada Justices. <http://www.justice.ca/news-nouv/ja-nl/2013/doc-32972.html>。 動画もみられる。 <http://www.cpac.ca/en/digital-archives>
- (21) 連邦裁判所判事三七の席（一人の首席判事と三六人の判事）のうち、一〇はケベック州の判事（法文では、ケベック州控訴裁判所もしくは上級裁判所、または同州法曹協会メンバー）に割り当てられている。同様に、連邦控訴裁判所一三の席のうち、五はケベック州の判事に割り当てられている。 Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 54. 連邦裁判所は、二〇〇三年まで控訴部と予審部の二部からなっていたが、連邦裁判所法が改正されて、二〇〇三年七月二日から連邦控訴裁判所と連邦裁判所に分断された。
- (22) カナダ最高裁一三七年の歴史で初めて裁判官が裁判官を判断する機会となり、二〇一四年一月一日にはSCCのhearingが行われている。
- (23) *PM wanted Marc Nadon to practice law again to enhance eligibility for supreme court: report*, NATIONAL POST, May 7, 2014. ハーパー政権側の懸念は強く、事前にホックをはじめとする権威者にお墨付きをもらっているからなおさらだとする。そこに浮上しているのが、最高裁首席判事マクラックリン（女性）がナドンの任命に文句を入れたのではないかと疑惑である。彼女は、ナドンの任命にはハーバーとの話し合いで赤信号を送っていた。しかし、彼女は介入は否定し、首相が長官に判事任命で相談することは慣例で、不適切でも違法でもないとしている。
- (24) Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26.
- (25) 一八六七年憲法一〇一条はこう規定する。「カナダ議会は、本法（一八六七年憲法―筆者）のいかなる規定にもかかわらず、時宜に応じてカナダの包括的上訴裁判所の創設、維持、構成の規定と、カナダ法のよりよい管理のためのいかなる付加的な裁判所を創設する規定を設けることができる」。
- (26) 一八六七年憲法で認められたカナダ議会の立法権について、以後英国議会はこれを覆すようなことはしなされた。 An Act to give effect to certain resolutions passed by Imperial Conferences held in the years 1926 and 1930, 22 & 23 Geo. V, c. 4 (U.K.), ss. 2, 7.
- (27) 判事の事故や病气や空席などで、SCCの開廷の定足数が充たされないとき、首席判事（不在の時は陪席判事）は、個別判事（ad hoc judge）を連邦裁判所もしくはカナダ国税裁判所の判事から任命することができる。 Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 30. これは臨時の暫定的なもので、裁判の遅延を防ぐためであるが、少なからずこれによる任命例があった。 Reynold Boulit, *Ad Hoc Judges of The*

- Supreme Court of Canada*, 26 CHITTY'S L.J. 289 (1978).
- (31) *Harper Government 'genuinely surprised' by Nodon Decision*, CTV NEWS, March 21, 2014, <http://www.ctvnews.ca/politics/harper-government-genuinely-surprised-by-nodon-decision>
- (32) Tonda MacCharles, *Supreme Court of Canada rejects Harper judicial appointee Marc Nadon*, TORONTO STAR, March 21, 2014.
- (33) こうした改革は実は不透明で曖昧な面もあり、であるがゆえに、そうした機能を果たすことができず、任命の有効性がどうなるかに判断を仰がなければならない。もっとも、今回の判断でノーバーがやっていた欠陥だらけの任命プロセスは終焉するところになると指摘されてゐる。Adam Dodek, *Nodon decision is Supreme Court's declaration of independence*, THE GLOBE AND MAIL, March 21, 2014.
- (34) 以下のような教訓を本判決からノーバー政権は教へられたことになる。「裁判所で政治を演じると、快や遅いペースで（fast and loose）最善の資格者を引き出せ、平等とはなされた。憲法を理解せよ」。Jeffrey Simpson, *The Harper government deserves the Supreme Court's rebuke*, THE GLOBE AND MAIL, March 21, 2014.
- (35) Irwin Cotler, *Marc Nadon's Supreme Court rejection was unprecedented, but foreseeable*, NATIONAL POST, March 21, 2014.
- (36) ノーバーが二〇一三年九月にありすたように、ケベック控訴裁判所の Marie-France Bich 及 Nicholas Kasler の任命がいつまで Sean Fine, *Supreme Court's rejection of Nadon is a legal marker and a political blow*, THE GLOBE AND MAIL, March 21, 2014. なお本判決に「さび、モンテリオール大学の行政法の Paul Day たちが述べた」。この判断は「カナダの連合として大抵な日である。それは、ケベックの固有の性格とこれを保護する手段がいかに重要であるかのこのことから響きのある宣言である」。Id.
- (37) House of Commons Canada, 41st Parliament 2nd Session, May 26, 2014, Order and Notice Paper, No. 26.
- (38) PM announces Appointment for the Supreme Court of Canada, 3 June 2014, <http://pm.gc.ca/eng/news/2014/06/03>
- (39) *Chief Justice Beverley McLachlin welcomes Clement Gascon to Supreme Court*, CBC NEWS, Jun 03, 2014, <http://www.cbc.ca/news/chief-justice-beverly-mclachlin>
- (40) *Harper appoints Quebec Court of Appeal judge Gascon to Supreme Court*, THE GLOBE AND MAIL, Jun. 3, 2014.
- (41) *Id.* 保守党政権はナドンの判事は形式的に任命ルールから排除されるべきとの野党の要求を無視したことになる。Justice Minister: Nadon not Quebec's only qualified candidate for Supreme Court, THE CANADIAN PRESS, March 24, 2014.
- (42) けれども二七人の大統領による指名が実現されず、一人は上院で否決された。SANDRA DAY O'CONNOR, OUT OF ORDER 42 (2013).
- (43) Dodek, *supra* note 31.
- (44) Leckey, *supra* note 12. 黙示的に、法廷意見は、ナドンの判事の選任は形式的に無効であるだけでなく、実質的にケベックを軽視したことになる。

- (43) 私見として、SCCはカナダ国家の裁判所であり、カナダ全体の法の安定と統一性と立憲主義の砦であるから、最高の法曹を迎え入れる必要があると察するが、州の出自の固定がそうした優秀な人材の具備に障害とならないのであるうか、そうした懸念は深刻に論じられないのであろうか。ただそうしたのを凌駕する立憲的利益が現行制度にあるのであり、それはシビルローの専門家を一定数確保しておくということなのである。
- (44) Reference re Senate Reform, [2014] S.C.R. 32.
- (45) 「of the same nature regional idea (地域性(理念)に原理を置かざる)」。Hogg, *supra* note 4 at 5-10.
- (46) DONALD R. SONGER, SUSAN W. JOHNSON, C. L. OSTBERG, AND MATTHEW E. WESTERN, LAW IDEOLOGY AND COLLEGIABILITY: JUDICIAL BEHAVIOUR IN THE SUPREME COURT OF CANADA 15 (2012), 15節(記述はつらね)。
- (47) JAMES G. SMILL AND FREDERICK VAUGHAN, THE SUPREME COURT OF CANADA: HISTORY OF THE INSTITUTION 12 (1985).
- (48) 刑事事件の上古については、すでに一八八八年にカナダ議会は否定していた。しかし、一九二六年にJCPCは、明白にその委員会のカナダの上古を規定した英国制定法に抵触するとして越権だと判断した。一九三三年にカナダ議회가再度刑事上古権を否定した(刑法一〇二五条)のを一九三五年にJCPCが有効と判断したことで、刑事事件のJCPC上古権は否定されている。SONGER ET AL., *supra* note 46 at 23.
- (49) Hogg, *supra* note 14 at 215. 首席判事職は通例、一九四四年以降英語人と仏語人の交替であった。一九八四年にLaskinの後継にDicksonになつたことで途切れたけれども、ディクソンのあとLamerが継いだりして再開している。Id. また首席判事は陪席の中古参(seniority)がなるほどの慣例があるが、それは慣例(usage)であつて、慣習(convention)ではない。すなわち、誰を首席判事にするかはあくまで首相の任意なのである。Hogg, *supra* note 4 at 1-25.
- (50) JESSE J. HORNER, CANADIAN LAW AND THE CANADIAN LEGAL SYSTEM 291 (2007).
- (51) Hogg, *supra* note 4 at 8-25.
- (52) 一九八五年、カナダ経済連合将来的展望独立委員会、通称Macdonald Commissionは、国家の将来の包括的分析として、ケベックとそれ以外の州の間に更新された理解を追求する必要があるとしてゐる。PATRICK J. MONAHAN, CONSTITUTIONAL LAW 207 n.80 (3rd ed. 2006).
- (53) 日本カナダ学会編『史料が語るカナダ(新版)』(有斐閣、二〇〇八年)一〇六一—一〇九頁(國武輝久筆)。
- (54) Hogg, *supra* note 4 at 8-25, 8-26, 8-27, 8-28.
- (55) Re: Eligibility of Federal Court Judges for Appointment to the Supreme Court of Canada, Sep. 9, 2013, [http://pm.gc.ca/gfx/docs/20130930\\_Binnie\\_cp.pdf](http://pm.gc.ca/gfx/docs/20130930_Binnie_cp.pdf) <visited May 5, 2014>. 以下、SCA「五条はSCCへの任命の最低限の条件を創設する。一〇年の実務である。六条の「その州での弁護士」への言及は、ケベック州での一〇年の実務」と読まなければならない。ケベック州で実務をし、引き続き連邦裁判所の一つのメンバーとなった判事は、この基準を満たしつつける。さらに、連邦控訴裁判所から判事を任命することは許される。なぜなら、列挙され

- た裁判所（州の上級裁判所と控訴裁判所）は、ある人が任命されうる裁判所のタイプを単に描いたに過ぎない。したがって、六条のリストは完結ではない。連邦裁判所の負担を与えられ、そこで働く判事には、SCCに列する資格に卓越している」。
- (56) こうした権威者のお墨付きをもらってのナドンの任命がSCCで違法とされたのであるから、政治的のみならず法解釈に関して、SCCの判断で政権の面目は丸められたらどうか。Jeffrey Simpson, *The Harper government deserves the Supreme Court's rebuke*, THE GLOBE AND MAIL, March 21, 2014.
- (57) *More on section 6 of the Supreme Court Act: Legislative History and Purpose*, ADMINISTRATIVE LAW MATTERS, Oct. 16, 2013, <http://administrativelawmaters.blogspot.jp/2013/10/more-on-section-6-of-supreme-court>
- (58) Peter Hogg, *Formal Amendment of the Constitution of Canada*, 55 L. & CONTEMP. PROBS. 253, 254 (1992).
- (59) ウェストミンスター憲章七条一項は、同意章のいかなる規定もBNA法をそれに基づく法令を改廃するために適用されると解されてはならぬとされている。前掲注(27)。
- (60) 一八六七年から一九六五年まで二二回の改正があり、うち五回のみ州一致の同意を得てなされた。そのうちの三回は州の立法管轄権を変更したものであった。後の一七回は州議会への事前の諮問すらなかった。 *Id.* at 254 n.3.
- (61) W.R. Lederman, *The Supreme Court of Canada and Basic Constitutional Amendment An Assessment of Reference Re Amendment of the Constitution of Canada* (Nos. 1, 2 and 3), 27 MCGILL L.J. 527, 529 (1982).
- (62) *Re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 SCR 753.
- (63) Hogg, *supra* note 58 at 255.
- (64) *Id.* at 256.
- (65) Reference Re Amendment of Constitution of Canada (Nos. 1, 2, 3), [1981] 1 SCR 753. この判決の意義については W.R. Lederman, *The Supreme Court of Canada and Basic Constitutional Amendment An Assessment of Reference Re Amendment of the Constitution of Canada* (Nos. 1, 2, 3), 27 MCGILL L.J. 537 (1982).
- (66) Hogg, *supra* note 58 at 257.
- (67) *Paritaton* はこのように定義される。MONAHAN, *supra* note 52 at 494. カナダ特有の造語で、自分自身の国を取り戻す (restore) 意味からきてゐるが、確定した一義的定義があるわけではない。
- (68) Stephen A. Scott, *The Canadian Constitutional Amendment Process*, 45 L. & CONTEMP. PROBS. 249, 253 (1982).
- (69) 国立国会図書館「諸外国における戦後の憲法改正」(第四版)「調査と情報」二四号二一三頁、二〇一四年四月二四日。
- (70) イギリスから完全に独立したアメリカは、憲法改正手続に三分の二以上の州の批准を要件としている。U.S. Const. Art. V. カナダは同じ連

邦制をとるも、そうした規定が憲法に盛り込まれなかったことは、やはり改正権がカナダにない、つまり真の独立がなされていない、つまり自治領としてのそれであったことにあるといえよう。

- (71) J. Peter Meekinson, *The Amending Formula*, QUEEN'S L.J. 99, 99-100 (1983).
- (72) 「オランダ」カナダ連邦制の複雑な政治を反映して「新たな国内改正手続は稀に見るほど複雑である」。Walter Dellinger, *The Amending Process in Canada and the United States: A Comparative Perspective*, 45 L. & CONTEMP. PROBS. 283, 297 (1983).
- (73) Meekinson, *supra* note 71 at 108.
- (74) *Id.* at 116.
- (75) 一八六七年憲法九一条一項で改正された法は、上院議員の定年を七五歳とする一九六五年改正と、下院の規模に関する一九七四年改正の二件である。
- (76) U.S. Const. Art. V.
- (77) 「アメリカ憲法のどこにも（おそらく例外は、各州立法議会によって二人の連邦上院議員を選任するという原案）、その連邦制としての特徴が闡明されていない。各州のアカウントは改正手続において一つなのである。大統領選任プロセスと違って、五条は人口を衡量した各州の「拒否権」を規定している」。Dellinger, *supra* note 72 at 288. 「五条に具現化されている重要な連邦制原理は、各州の同意は他のいずれの州のそれと同じくらい充分に重要である」ということである」。*Id.* at 289.
- (78) Meekinson, *supra* note 71 at 100. 「憲法の部分々に異なる改正の仕方を要求していることで、カナダの定式はまぎれもなく、いかなる連邦国家にあつて、その憲法改正手続が最も詳細かつ複雑な (detailed and complex) のである」。*Id.* at 121.
- (79) *Id.* at 99-100.
- (80) *Id.* at 121.
- (81) Dellinger, *supra* note 72 at 302.
- (82) *Id.* at 299.
- (83) Hogg, *supra* note 14 at 9.
- (84) *Id.* at 73.
- (85) *Id.* at 80-81.
- (86) *Id.* at 85-86.
- (87) この立場は概して実証主義的ではなく、目的と憲法改正や一九八二年憲法制定での経緯といった歴史的背景を重視して、SCAの判事の構成部分が憲法であるとの性格を導き出すといつてよからう。

- (88) MONAHAN, *supra* note 52 at 193–194.
- (89) Scott, *supra* note 68 at 261–262. 例として最高裁判規則三九条二項「上告人の事実の陳述書 (factum) の表紙は淡黄褐色 (buff) で彩られ、被上告人の陳述書は緑色でなければならぬ」をあげる。
- (90) W.R. Lederman, *Constitutional Procedure and the Reform of the Supreme Court of Canada*, 26 *CAHIERS DE DROIT* 195, 196 (1985).
- (91) *Id.* at 197–198.
- (92) Meekison, *supra* note 71 at 116.
- (93) MONAHAN, *supra* note 52 at 180–181.
- (94) *Id.* at 181. 州の同意なく SCC の構成を変えることは、連邦議会は州の利益に影響を与える変更をもたらすように国家機関を一方的に変えるべきではないと最高裁判例 Reference Re Legislative Authority of Parliament of Canada, [1980] 1 S.C.R. 54 に反する。
- (95) Hogg, *supra* note 14 at 212. See also, *id.* at 232–233.
- (96) Warren J. Newman, *The Constitutional Status of the Supreme Court of Canada*, 47 S.C.L.R. (2d) 429 (2009).
- (97) *Id.* at 441. 一八六七年憲法一〇一条に基づき議会の制定法で SCC の機能や属性や管理に法改正を行うことは妨げられない。
- (98) Lederman, *supra* note 90 at 201. とりわけ SCA に規定されるケベックの三人の枠はケベック州の同意なくしては変更されず、さらに他の州議会や連邦議会の同意も必要であるとする。他の州出身の割り当て (オンタリオから三人、西部州から二人、大西洋州 (Atlantic Provinces) から一人) は慣習にすぎないので、正式な改正手続の外にあるとする。 *Id.*
- (99) 本判決は、SCC を「廃止すれば、その構成をねじを除去することになるのだから」SCC の継続する存在を立憲化した。 Leckey, *supra* note 12.
- (100) Reference re Senate Reform, 2014 S.C.C. 32.

補遺 本稿は二〇一四年六月二一日の日本カナダ学会関東地区研究会(於中央大学市ヶ谷キャンパス)での報告が基となっている。  
参加者の有益な示唆に感謝申し上げる。なお、本稿に関する一切の責任は筆者にある。

(本学兼任講師・首都大学東京法科大学院教授)