

カナダ憲法と法の支配 (2・完)

高木 康一*

- 1 はじめに
- 2 憲法規定と法の支配 (以上第 17 卷 2 号)
- 3 憲法原理としての法の支配
- 4 不文の憲法原理のもつ意味
- 5 結語 (以上本号)

3 憲法原理としての法の支配

法の支配について、法的には何ら意味をもたないというものから、きわめて多くの実体的価値を含ませるものまで多様な理解がある中で、Hogg 教授らは自らを中庸に位置づける。Hogg 教授らは、法の支配には、次の 3 つの要素が含まれると解する。①人々が利用できるものであり (publicly available)、一般的に従われており、さらに一般的に執行される諸法からなる一つの体系であり、②政府がそれらの法に従い (立憲主義)、③独立した司法や法的専門家がこうした法に関する紛争を解決する。ここで示された理解に従えば、法の支配はそれ単独で、直接的な法的効力をもたない。したがって、憲法の規定に反する法や政府の行為が、違憲無効と判断されることがあるのは性質を異にする。実定法が直接的に何らかの行動を規律するのとも異なる。ここで言う法の支配とは、一つの憲法的

価値であり、いかにして法律が制定され、執行されるかに影響を及ぼすものの、それ単独で直接的な効力は持たない一つの理念だとされる。これはまた、「善き法の支配」を意味するものでもない。平等や人間の尊厳、道徳的価値を説くのであれば、それは、自然法に依拠してなされるべきものであり、法の支配の下に語られるものではないとされる。法の支配を持ち出すことで、悪法に対抗できるわけではない。内容が邪悪な法に対抗しようとするならば、民主的諸制度がもたらす善き判断や、憲法が公権力に課す諸々の制約に期待すべきである³¹⁾。このように説く Hogg 教授らの法の支配に関する見方は、カナダの裁判所の示す判断に照らしてみると、いかなる評価ができるであろうか。

カナダ連邦最高裁が法の支配に言及した事例は数多く存在するが、その判断結果に重要な影響を及ぼしたと理解されることがあるもので、かつ特有の性格を持つのが、*Reference Re Manitoba Language Rights*³²⁾ である。1870 年マニトバ法は、州の実質的憲法であり、その 23 条では、州法は英仏両言語で制定されなければならないと規定されていたにもかかわらず、1890 年に制定されたマニトバ州法であるマニトバ言語法に、以降の州法は英語のみで制定されればよいとの規定

* 中央学院大学社会システム研究所 客員研究員；中央学院大学現代教養学部 准教授

を設けた。約1世紀を経た1985年に、連邦最高裁は、1890年以降の州法のすべてが違憲かどうかの判断を求められることになった。

(州) 憲法が明文で英仏両言語での法制定を規定しており、それに関する例外規定が存在しない以上、州の立法者たちは、2つの言語での州法を制定することを義務付けられているのであり、それに反する立法行為、すなわち、一言語での州法制定は憲法違反である。カナダ連邦最高裁はこうした立場に立ちながら、1890年以降の州法はすべて違憲とすべきだとの判断を示した。ところが、こうした言説の後、法の支配の観念を持ち出し、通常想定される違憲の法律に対する扱いとは異なる判断を示す。

カナダ連邦最高裁は、法の支配として、①法は政府と私人の双方にとって上位にあること、②規範秩序を作り出す一般原理を存続させ、具体化する現実の実定法秩序を創造し、維持するものであることの2つを示した³³⁾。本件での事例に関して注目すべき点は、英語のみで制定された法律が違憲であるとされ、1890年以降の100年近くの間には英語のみで制定された膨大な州法のすべてが無効となると、マニトバ州には法の空白が生じることである。そうすると、法の支配が要請する実定法に基づく安定した規範秩序の維持が困難になる。連邦最高裁は、英語のみの単一言語で制定された州法は無効とされるべきではあるが、法の支配の第2の原理に基づき、議会がこれらの法律を修正するための一定の猶予期間を与え、その間に限り、単一言語での州法を存続させると判断した。そうすることで、英語のみで制定された州法を無効とした場合に生じるであろう混乱を回避することができ、結果として、法の支配の要請する安定した秩序形成と維持を図ることができると判断

したのである。

法の支配の①で述べられているように、法が政府の上位に位置付けられるのであれば、憲法に反する法律は無効とされるべきであるが、②のように、実定法に基づく安定した秩序を維持するためには、すべての法律を無効とすることは、本件では実際的ではない。この2つの相対する原理を調整する仕方としてカナダ連邦最高裁が考案したのが、法律の無効を、州議会が英語だけで記された法律をフランス語にも翻訳し制定するまでの間、一時的に停止するというものであった。こうすることで、②で述べられた法秩序に関する要請は満たされ、かつ、立法府に対しては、憲法に合致した二言語での法律制定を求めることで、①の原理もクリアできる³⁴⁾。

本件で法の支配は、憲法上の諸原理の上に位置づけられ、それらを超越するものではなく、憲法上の諸原理に服する形で用いられており、憲法の枠内に置かれていると解することができる。それは、憲法に反する法律を違憲とし、それらの法律の効果を単に無効とはしないとしたのではなく、一定期間内での修正(フランス語への翻訳をしておきの発効)を求めていることに示されている。違憲無効となる法律の、無効の法効果をただちに生じさせると、法の支配に反することになるために、議会が違憲状態を解消するまで待とうというものである。このように、本判断において、法の支配は唯一の根拠として用いられているわけではない。カナダ連邦最高裁は、奇異な結論を根拠づけるために、(前文に含意された)法の支配を持ち出したと評されることもあるが³⁵⁾、まずもって、憲法に反する法律は認められないという原理を根底に置き、ただし、その判断によって生じる混乱を回避するために、法の支配が援用されているにすぎず、その限りで本判決が支持されている³⁶⁾。

通常、不文の法原理としての法の支配を裁判所が扱うに際して問題となるのは、裁判所が法の支配に依拠して法律が問題であると指摘し、当該法律の無効を宣言するようなケースであるが、本件では逆に、裁判所が法の支配を援用しながら、その内実は、問題とされた法律を無効とするのではなく、逆に、当該法律を、時限を設けてではあるが、存続させたことである³⁷⁾。この事例の特徴はこの点に見られる。

ここでは、法の支配とデモクラシーの対立は緩和されている。この2つが対立するのは、前者が後者を凌駕するとき、すなわち、法の支配に立脚して民主的機関の判断を——とりわけ非民主的機関が——覆す場合である。しかし本件は、憲法に基づき法律を違憲とするものの、法の支配に基づきその法律を存続させている。

カナダ連邦最高裁がその判断過程において法の支配に言及している事例は多数存在するが、法律が法の支配の原理に反するという理由のみで、無効であるとされた事例は存在しない³⁸⁾。他方で、成文の憲法ではなく、不文の憲法原理に依拠することで、連邦最高裁が法律を無効とした事例が存在する。不文の憲法原理が裁判実務で用いられることはないと考えられていたが、連邦最高裁は、1997年になって、不文憲法原理に実体的な規範力（substantive normative force）を持たせたと言われることがある³⁹⁾。カナダ憲法学では、フェデラリズムや議会主権、権力分立などが不文の憲法原理として論じられるが、その中で、司法の独立は、連邦最高裁によって別格の地位が与えられた。

4 不文の憲法原理のもつ意味

憲法の特定の規定が、ある事項について明確な定めを置いていない場合に、裁判所が不文の憲法原理を用いることで、事件を解決したと考えられる事例が、カナダ連邦最高裁判所に見られる。

州裁判官の報酬削減州法が司法の独立を侵すのではないかを問われた *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court*⁴⁰⁾ においてカナダ連邦最高裁は、本件で問題となった裁判所に関して——別の形態の裁判ないし裁判官に関する規定や刑事裁判を受ける権利は憲法上規定があった——、「司法の独立」が憲法上、直接、明示の規定をもって保障されていないことから、この点に関して「欠缺」(gaps)が存在するとした⁴¹⁾。そこで連邦最高裁は、特定の条項を超えたところに存在する不文の憲法原理に依拠することで、この欠缺を埋め、かつ、司法の独立を見出そうとした。そうした判断過程において最高裁の多数意見は、司法の独立が不文の憲法原理に基礎を持つとした。そしてそれは、1867年憲法前文において認められている不文の憲法規範に淵源を有するとされた⁴²⁾。この連邦最高裁の判断手法に対しては、きわめて多くの、とりわけ批判的な論評がなされているが⁴³⁾、その中でも、La Forest 判事の書いた反対意見に注目したい。

彼によれば、カナダ憲法上の諸規定に依拠し、それを解釈することで司法の独立が見い出されるはずであり、多数意見のように前文をも引き合いに出しながら不文憲法原理を持ち出して司法の独立を導く必要はない。裁判所の行う「解釈行為の正統性はその基礎を、民主的意思の表明に持つのであり、暗示の憲法構造という怪しげな理屈に持つものではない。憲法の明示の諸規定は、〔多数意見を書

いた] 首席判事が言うような『1867年憲法前文に見出される根底的な、不文の、そして組織原理を書き記したもの』ではない。そうではなく、憲法の諸規定は、憲法なのである。こうした理解とは別の主張をすることは、司法審査の民主的基盤を掘り崩すことになる。』⁴⁴⁾

ここで言う、「民主的意思の表明」や「司法審査の民主的基盤を掘り崩す」とはどのような意味であろうか。司法審査が憲法のテキストに基づいて行われている限りでそれは、通常法（律）解釈と同様の性格を有する。憲法上権限を与えられた民主的機関に対して、裁判所の権限として司法審査権を行使する際は、裁判所自らもまた、憲法に基礎付けられていなければならない。つまり、民主的に制定された法律を違憲とする権限は、憲法に根拠を持つべきであり、そこから逸脱した場合には、自らの権限の正統性を危険にさらすことになる⁴⁵⁾。憲法の明示の規定によって権限を与えられた裁判所は自身が行使する権限をその憲法に求めなければならないのであり、不文の憲法を持ち出し自らの権限とすることに正統性は見出せないというのが La Forest 判事の見解だと思われる⁴⁶⁾。

本件でカナダ連邦最高裁は憲法のテキストはもはや取るに足らないものであり、それに裁判所が拘束されることはなく、裁判所が憲法の欠缺と思われるものを見つけたときにはそれを自由に埋める立場を作り上げたという強烈的な批判がある。そこには、不文の憲法原理に依拠することで、裁判所の司法審査にタガをはめることができなくなり、ひいては司法審査の正統性を損なってしまうことへの不安が見てとれる。不文の憲法原理に依拠し始めた裁判官に、自己抑制を期待することは難しいのではないかと考えられているからである⁴⁷⁾。

カナダのこの事例の特殊性は、司法の独立という不文の憲法原理を援用することで裁判所が解決しようとしたのが、自分たちの仲間である裁判官の報酬削減問題だったことである。いわば、自分たちの利益を確保するために、裁判官は不文の憲法原理なるものを創設したのではないかという疑惑が本件の評価には付きまとい、悪評の基礎にあるように思われるが、論証の難しいこの論点を別にしても、やはり、カナダ連邦最高裁の判断には、疑問が提起されている。もし不文の憲法原理を持ち出すならば、イギリス憲法の系譜にもあるカナダでは、議会主権に関する議論は避けて通れないのではないか。議会主権という不文の憲法原理に基づけば、憲法のテキストに反することがないならば、法律の無効性を訴えても、それは跳ね返されてしまうものではないか。こうした主張はやや単純に過ぎるが、本判断において連邦最高裁は議会主権を、あるいは権力分立原理を司法の独立との関連で論じた形跡はない。Leclair 教授は、最高裁のこうした態度は、司法の独立という原理を、他の諸原理との複雑な関連を持つものではなく、絶対的なコンセプトと捉えているからだとみなす⁴⁸⁾。

裁判所が不文原理である司法の独立を持ち出し、法律を違憲とすることは、権力分立原理という不文原理に対する直接の攻撃になりかねない。権力分立原理は、内容が固定されているものではないが、ここでの文脈で検討すべきものとして、互いに調和されなければならない2つの要素が含まれていると考えられる。司法の独立の原理と、財政措置に関して政治部門に委ねられている権限である。この2つを調和させることは、民主的原理が要請するところである。財政措置に関して裁判所が政治部門の判断に口をさしはさむことは、権力分立原理に反することになる。もし

司法部が自らのなしうる領域を超えて自己の利益を追求するとなると、国家の基本的な諸制度や司法部に対して人々が持つ信頼を傷つける。権力分立原理がデモクラシーの基礎をなすものであると考えられるならば、選挙によって選出されていない裁判官がこうした行為に出ることは、民主的政府が依拠する権力分立という観念に真っ向から反することになる。もしそうした行動に出たいならば、それは、憲法修正を要する事柄である。下級審判事のこのような見解に依拠しながら Leclair 教授は、不文原理に訴えることが持つ危険性を明らかにしようとする。裁判官によって不文原理に依拠した議論が展開されると、競合する他の原理を検討することが見過ごされがちになり、他の原理を犠牲にして不適切にある原理を優先させる傾向が見られる。特にその場合に、憲法秩序の有する民主的構造が犠牲にされることが常だと言うのである⁴⁹⁾。

成文憲法を有する場合に、不文憲法を持ち出すことによって生じる問題は他にも指摘される。とりわけ、司法が不文憲法を援用することで、立法府の行為に制約を課そうとすると、それは、裁判官の持つ道德観を選挙で選ばれた立法者に示し、立法者をそれに服させることになる。もっとも、裁判官が自由に憲法を創造し、立法府を制約するような極端なケースばかりが想定されるわけではない。不文憲法が実際に取り上げられる際には、それは成文憲法とまったく独立に新たな観念として持ち出されるのではなく、成文憲法が作り上げている憲法構造から推論されるものが大部分である。そうすると、この場合の不文憲法というのは、まったくの不文というわけではなく、成文憲法のテキストに明示的に示されなかったことを、テキストの解釈という形をとることで示そうとするものだと言うことができる⁵⁰⁾。

確かに、裁判所が憲法解釈を行う際に、成文憲法が潜在的に含意するところまで遡っていくことは、しばしば見られることである。アメリカやオーストラリアの憲法学ではこうした仕方は、成文憲法から憲法を構成する部分を見出そうとしていると理解されるが⁵¹⁾、カナダではこれは、不文憲法に依拠しているときみなされることが多い⁵²⁾。これは、(憲)法の欠缺にいかに対処するかにかかわる問題として扱われることもあるが、そこで問われるべきより重要な争点は、欠缺の有無ではなく、憲法規範の意味内容をだれが、いかなる仕方、どの程度まで明らかにすることができるかということである。

カナダの裁判所でこれまで根底的憲法原理 (underlying constitutional principles) とされてきた、司法の独立、フェデラリズム、デモクラシー、法の支配、立憲主義、議会優位、マイノリティの尊重、人権、アボリジナルの自己統治などは、もっぱら、不文憲法原理と理解される。憲法のテキストは憲法の意味を決するに際して主たる位置づけを得るが、テキストは網羅的なものではない。憲法は、成文と不文のルールからなるものだとして理解される。そして、成文憲法が規定していない欠缺を埋めるために援用されるのが不文憲法とされるのが一つの見方である⁵³⁾。

これに対して、カナダの裁判所は、さらに、別の見方も示しているのではないかと Walters 教授は示唆する。それによれば、成文憲法のテキストは、不文憲法を基礎として、あるいは背景にあるものとして理解されるべきと考えられる。ここでは、憲法のテキストを不文の憲法原理が補完するというにとどまらず、憲法のテキストが不文憲法原理を基礎に持つと捉えられている⁵⁴⁾。

Walters 教授によれば、アメリカ、オーストラリアの裁判官に並んでカナダの裁判官

も、成文憲法のテキストを憲法のすべてが網羅されたものと捉えるのではなく、成文憲法はそこに書かれているよりもさらに抽象的な原理を示したものであると考えてきている。そしてこの抽象的な不文の原理からは、成文のテキストに書かれていない諸原理が派生する。裁判所が解決したり、判断を示すべき実際に生じる諸事例を網羅する憲法のテキストが存在するわけではない。その際に、憲法の根底にある不文の原理に依拠して問題を解決しようとする態度は、コモン・ローの伝統において不文の法が扱われた仕方と異なることがない⁵⁵⁾。

カナダ憲法学において、憲法は成文憲法のみで完結するものであるという見解は、目にすることがない⁵⁶⁾。不文の憲法原理に訴えること自体を否定するのではなく、結局のところ、その仕方や、それを行う機関のあり方が問題とされる。Mullan 教授は、カナダの憲法は、そもそも多様な不文法を含むものであるから、裁判所が根本原理に訴え、不文の憲法原理を導出してもそれは、驚くような話ではないとする⁵⁷⁾。しかし問題なのは、カナダ連邦最高裁が、どのような文脈で不文憲法原理を持ち出したのか、そしてそれが、具体的な事例においていかなる役割を果たしたかである。さらに、裁判所がただ単に不文の憲法原理に依拠して判断を下すことと、成文憲法を解釈する際に不文原理に依拠することは異なることに注意が必要である。前者は剥き出しの憲法原理創造になりかねない。問われるべきは、憲法のテキストに明示の規定が存在しないにもかかわらず、裁判所が憲法上のルールを創造することができるのか、できるのであれば、そのためにはいかなる論拠を提示しうるかという点である。もっとも、憲法のテキストからはおよそ想像もできないような原理が認められるかど

うかといった極端な議論がカナダでなされているわけではない⁵⁸⁾。少なくとも、憲法のテキストや「憲法学」として論じられうる内実が不文の憲法原理には備わっていると言える⁵⁹⁾。

5 結語

1982年にカナダ憲法に人権保障規定であるカナダ憲章が組み込まれ、憲法の最高法規性と裁判所による権利侵害に対する救済が条文に明記されてからカナダ連邦最高裁は、それまで有しなかった権限を与えられることになる。連邦最高裁は、時に、法定立とも言えるような領域にまで踏み込むようになる。不文の原理が実体的規範力を持つものと理解されるようになったのがこの時期と重なるのは偶然ではないというのが Leclair 教授の見方である。1982年以前に比べてはるかに議会優位が弱まり、逆に憲法の優位性が高まったと見られる⁶⁰⁾。しかし、かつてのイギリス流の議会の位置づけに関する理解の仕方に対して、憲法の優位性がカナダで認められたとしても、そのことからただちに、裁判所が成文憲法のテキストから離れて、これが憲法であると唱える形での不文原理の援用を正統化することにはならない。

カナダの裁判例において不文原理が用いられるには3つの傾向があると指摘される⁶¹⁾。一つは、法律の違憲性が問題になっていないケースで、対立する憲法秩序を調整する場合である。この際には、民主的機関の権限を拡大する傾向が見られる。次に根底原理 (underlying principles) というものが、法律の違憲性を問う事例で持ち出されるものである。最後に、憲法の明示の規定を解釈する際に用いられるものである。カナダの事例で興味深いのは、司法の独立という唯一つの原

理だけが法律の違憲の根拠とされているにすぎないことである⁶²⁾。

それでもなお、Leclair 教授は、裁判所が、とりわけカナダ連邦最高裁が不文の憲法原理に依拠することに批判的である。彼によれば、不文の憲法原理を用いて法律を違憲無効とすることにはいくつもの問題が指摘される。不文の憲法原理の変更は、憲法修正によってしかなしえない。いったん裁判所が不文の憲法原理を提示してしまうと、それを廃止したり変更したりするには、憲法修正に訴えるしかないが、カナダ憲法に規定された修正プロセスをクリアするには、複雑で厳格な要件が課せられ、かつ、政治的・社会的状況から見ても成功することが非常に困難である。不文の憲法原理は特定の憲法条文の外に地位づけられるため、憲法上の権利の制約は一定の場合に法律をもって認められるとするカナダ憲章1条(1982年カナダ憲法に含まれる条文)や、憲法上の権利であっても、一定の要件の下で議会が制約できるとした33条に服さない。1条や33条は裁判所と立法府の対話を可能にするが、不文の憲法原理に関してはそれが極めて困難になってしまう。先に検討した、司法の独立を持ち出して、裁判官の報酬削減法を無効とした *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court* がそうであるように、不文原理は裁判所が自分たちの意思を立法府に押し付ける際に使える道具となっている。その結果、選挙によって選出された代表者が、なんらかの応答をすることを不可能にしてしまい、対話は生まれえない。さらに、成文憲法と違って不文憲法原理は、裁判官がそれに対抗する原理を検討対象としなければ、絶対的なものとして作用する傾向を持つ。もし、明文規定が問題となった場合であれば、同じ憲法上に、これに対抗する準則が存在した場合、それを無視することはきわめ

て困難である⁶³⁾。しかし不文憲法原理の場合は、それぞれの出自が異なるとみなされてしまえば、独立の原理として裁判官が扱うことになりかねない。そして、不文憲法原理に依拠するに際して、裁判所は、憲法のテキストが存在する場合に比して、これらを抽象的な仕方でも検討することになる。そのため、不文の規範をテキストが導く憲法構造から引き離すことになってしまう。もちろん、憲法のテキストがあっても、一義的に明確な意味を示すことがない場合も多いが、それでも、テキストが存在することで、解釈のあり方に、一定の歯止めをかけることができる⁶⁴⁾。

裁判官が不文の憲法原理を持ち出し、議会の制定した法律の無効を宣言することの問題点は、憲法の意味をめぐる決定者がどこにあるべきかに関する議論をもたらす。裁判官だけが憲法解釈に携わるわけではないと考えるならば、憲法の意味をめぐる様々な活動に際しては、裁判官以外の他の行為者たちにも発言権が属することになる。憲法は、司法部にのみ属するものではない。断片化した社会では、あらゆる市民が自身の信念や行為を正当化したり説明し、他者のそれらを批判する一つの場所を憲法が提供するのである。そうであればこそ、憲法規範の意味が客観的で明確でなくとも、その意味は、多様な行為者たちの参画を経て明らかにされていくものである。裁判所がある争点について判断を下しても、そしてそれが最高裁判所による最終的判断であっても、その出発点においては、当事者の声に耳が傾けられる。それから、あるコンセプトの意味が決定されることになる。その決定に対しては新たな議論がもたらされるが、当該決定がもたらす相対的な安定性も必要となる。もっともそうした対話的なアプローチには限界があり、司法プロセスに参画する対話者の数には限りがある。というのも、

それを決めるのは終局的には裁判官だからである⁶⁵⁾。

法の支配を裁判所が援用し、民主的機関に對抗させることに懐疑的な見解は、こうした見方を背景に危惧を示している。カナダにおいて「法の支配」は、裁判所以外の当事者たちにとって、それほど使い勝手の良い道具とは見られていないことがあるようである。

[注]

- 31) Peter W. Hogg and Cara F. Zwibel, 'The Rule of Law in the Supreme Court of Canada' 55 *University of Toronto Law Journal* (2005) 715 at 718.
- 32) [1985] 1 S.C.R. 721.
- 33) *Ibid.* para 59-60. 前述の『分離独立照会事件』では、この2つに第3の要素が付け加えられた。
- 34) Hogg and Zwibel, *supra* note 31 at 721.
- 35) Jamie Cameron, 'The Written Word and the Constitution's Vital Unstated Assumptions' in P. Thibault, B. Pelletier, L. Perret eds., *Essays in Honour of Gérald-A. Beaudoin: The Challenges of Constitutionalism* (Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2002) 89 at 109.
- 36) Hogg and Zwibel, *supra* note 31 at 723.
- 37) Robin Elliot, 'References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada's Constitution' 80 *Canadian Bar Review* (2001) 67 at 114-115.
- 38) もっとも、連邦最高裁の判断において、憲法上の規定を補完したり、関連するものとして法の支配が援用されたり、憲法の規定の解釈に際して法の支配に言及されるものはあるが、法の支配が単独で、法律の無効の根拠とされたものはない。
- 他方、法の支配への言及はあるものの、憲法の明示の規定に依拠しておけば、そもそもあえて法の支配を持ち出す必要がなかったと評される事例も存在する。カナダ連邦最高裁の判断の詳細な分析は、Elliot *ibid.*, Hogg and Zwibel, *supra* note 31 を参照。
- 39) Jean Leclair, 'Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles' 27 *Queens Law Journal* (2002) 389 at 390-391.
- 40) *Supra* note 24, *Reference re Provincial Judges*.
- 41) *Ibid.* para 85. カナダ憲章11条(d)では、刑事事件において、「独立で公平な裁判所による」裁判を受ける権利が、また、1867年憲法99条、100条では、上級裁判所の判事について、任期や報酬に関する保障が規定されているが、本件で問題となった州の権限に属する裁判所に関しては、憲法上の規定が存在しなかった。本件に関する詳細な検討は、富井幸雄「司法権の独立——カナダ憲法での成熟(二)」法学新報115巻5・6号(2008)174頁以下参照。
- 42) 厳密には、憲法前文によって不文原理が認められ、その結果、裁判所は憲法の明示の規定に欠缺がある場合に、それを埋めることができるというロジックである。*supra* note 24, *Reference re Provincial Judges*. para 75, 83.
- 43) 「司法の独立」がカナダ憲法の明示の規定から間接的にであれ、見出されるはずだとの見解もカナダ憲法学には多く存在するが、本稿ではこの論点に立ち入らない。また、カナダ憲法前文への依拠の仕方や、前文の法的効果、イギリスにおける司法の独立の理解に関する議論についても立ち入らない。Cameron教授は、本

判断では、司法の独立はまずもって、前文にその原理的基礎を持つのであり、憲法の規定は副次的なものであり、司法の独立を導きうると考えられる個々の規定は例示に過ぎないとの理解が示されたことと批判的に解する。Cameron, *supra* note 35 at 99-101.

- 44) *Supra* note 24, *Reference re Provincial Court Judges*, para 319. 強調は原文。
- 45) Cameron, *supra* note 35 at 91.
- 46) ここでは、成文の憲法は、民主的意思のあらわれだということが前提にされている。このような捉え方自体、カナダ憲法学では論争を生んでいる。カナダの憲法の意味をめぐる議論に種々の当事者が参画していくことでアイデンティティが形成されているとする Eric Adams, 'Canadian Constitutional Identities' (2015) 38 *Dalhousie Law Journal* 311. を参照。
- 47) Cameron, *supra* note 35 at 112-113.
- 48) Leclair, *supra* note 39 at 419-420.
- 49) Leclair, *supra* note 39 at 422-424.
- 50) Mark D. Walters, 'Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism', in G. Hushcroft ed., *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (Cambridge University Press, 2008) 245 at 247.
- 51) Aharon Barak, 'On Constitutional Implications and Constitutional Structure' in D. Dyzenhaus and M. Thorburn ed., *Philosophical Foundations of Constitutional Law* (Oxford University Press, 2016) 53.
- 52) Walters, *supra* note 50 at 261-262.
- 53) *Ibid.* at 263-264. ここで言う成文のルールには、憲法典と憲法附属法が含まれると考えられる。
- 54) *Ibid.* at 264.
- 55) *Ibid.* at 265.
- 56) 憲法の範囲を極めて限定的に捉える見解として W. J. Newman, "Grand Entrance Hall," *Back Door or Foundation Stone? The Role of Constitutional Principles in Construing and Applying the Constitution of Canada*' (2001) 14 *Supreme Court Law Review* (2d) 197.
- 57) David Mullan, 'Underlying Constitutional Principles: The Legacy of Justice Rand' 34 *Manitoba Law Journal* 1 (2010), 73 at 82. もっとも、Mullan 教授のここでの議論は、もっぱら権利や自由に関するものに向けられている。
- 58) たとえば、カナダ憲法上も、コモン・ロー上も、自治体の地位は保障されていない。こうした点に関しては、裁判所自身が言う根底的原理、不文の憲法原理であるデモクラシーなどに依拠して自治体の地位の保障を唱えることも可能であると思われるが、裁判所はそのような議論を展開してはいない。 *ibid.* at 90.
- 59) *Ibid.* at 83-84.
- 60) Leclair, *supra* note 39 at 391.
- 61) *Ibid.* at 407.
- 62) 行政決定がマイノリティの尊重という原理に照らして無効とされるなど、行政に対してはしばしば法の支配が対抗原理となっている。
- 63) たとえば、憲法で規定される州の管轄権限が問題になった場合には、同じく憲法上の規定を持つ連邦の管轄権限も検討されることになろう。
- 64) Leclair, *supra* note 39 at 429-431.
- 65) *Ibid.* at 428-429.

The Canadian Constitution and the Rule of Law

Koichi Takagi
Associate Professor

Abstract

The Supreme Court of Canada sometimes uses a term, the ‘rule of law’ in the judgements. This word is regarded as one of unwritten constitutions or constitutional principles in the Canadian constitutional theory even though the term is expressly used in the Constitution.

This article tries to articulate what are the problems when the courts invoke to unwritten constitutions, particularly when the Court invalidates statutes based on them.

Constitutional scholars show their concerns about the courts using this way in their judgements.

We will find serious critics against the Court when it relays on unwritten constitutions from the points of view of democracy, division of powers, constitutional interpretation, and the dialogue (theory) in the Canadian Constitution.