

【論文】

カナダ憲法解釈の潮流

—新原意主義と「生ける樹」憲法解釈—

高木 康一

1. はじめに

憲法を「生ける樹」(Living Tree)として捉える解釈手法が裁判所や憲法研究者によってしばしば唱えられるカナダにおいて原意主義 (Originalism) は、きわめて評判の悪いものとして受け取られてきた。「原意主義は、カナダ憲法においては、禁句 (a dirty word) である」[Dodek 2008, 333] とまで評される。カナダにとっての隣国アメリカ合衆国であればほどさかんに原意主義に関する議論が展開された1970-80年代ですら、カナダにおいて原意主義は真剣に検討すべきものとは思われていなかった。それどころか、原意主義は忌避されるべきものと受け止められた。

理論・実務の双方において原意主義を徹底的に否定し、「生ける樹」憲法解釈を生んだとされるカナダ憲法学であったが、原意主義の新たな考え方を踏まえて、近年見方を変えるようになってきている。「生ける樹」憲法解釈と原意主義との対立が、原意主義の捉え方によっては、実はそれほど深刻なものにはならないのではないかという最近の議論と、そのような主張の背景を、憲法上の権利に関する領域を中心に、本稿では検討する。

2. 「生ける樹」憲法解釈の萌芽

カナダ憲法の解釈にかかわる文脈で「生ける樹」という表現が用いられる契機は、1920年代にさかのぼる。カナダでPersons事件と通称される事件¹

で問題となったのは、女性のカナダ連邦議会上院議員への任命資格に関してであった。1867年憲法23条では「彼」という表現でいくつかの要件を示し、24条では総督が「有資格者」(qualified persons)を上院に召喚し、「このように召喚されたすべての人が上院の構成員となり上院議員となる」としていた²。問題となったのは、この有資格の「人」(Persons)に女性が含まれるかどうかであった。1867年憲法の起草者も、制定者も、あるいは1867年憲法制定時のコモン・ロー上も、女性を公職に就かせないこと、そして選挙権を与えないものとしていたことに一致が見られるからである。

カナダ連邦最高裁は、1867年憲法の解釈としては、制定された時点と同じ解釈をとるべきであり、制定時点でこの文脈における有資格の「人」に女性が含まれない以上、女性は上院議員になり得ないと判断した。連邦最高裁によれば、「もし、24条の『有資格者』に女性が含まれると現時点で解するならば、それは、1867年以来含まれていたということになる」³。

これに対して、当時のカナダの裁判所の最終審であった、イギリスの枢密院司法委員会は、憲法を「生ける樹」という比喻で表現しながら異なる判断を示した⁴。枢密院司法委員会は、1867年時点では、有資格の「人」に女性が含まれていなかったことは認めるものの、「人」という文言は男性も女性も含めることができるし、女性を排除するのであれば、憲法にそう書き込めばよかったこと、また、カナダ連邦最高裁の判断と異なり、コモン・ロー上、女性が公職に就くことができなわけではないとした。そして、後に何度となくカナダで引き合いに出されることとなる一節で、カナダ憲法は、「カナダに、本質的制約内で発展と拡大をなしうる生ける樹を植えた」と表現し、憲法条項は、「広範でリベラルな解釈」を施されるものとした⁵。

「生ける樹」憲法解釈は、その後のカナダの諸裁判所に広く受け入れられることとなる。さらに1982年カナダ憲法に権利保障条項であるカナダ憲章が組み込まれてからも、この解釈において継続して持ち込まれるようになる。

3. カナダにおける原意主義批判

「生ける樹」憲法解釈は、カナダにおいては、原意主義に対抗するものだと受け止められている [Miller 2009, 331]。Persons 事件で枢密院司法委員会は、先行する判断を示したカナダ連邦最高裁に並んで、憲法の原意に沿って道徳的に許容されないような結論に至るか、つまり、女性は上院議員になりえないとの判断を下すのか、あるいは逆に、非原意主義的手法によって、司法部が公正な仕方、変動する社会的ニーズに応じるかの選択を迫られた [Miller 2010, 122]。枢密院司法委員会がとったのは、後者の仕方であった。

Persons 事件は人権保障条項をもたない 1867 年カナダ憲法に関するものであったが、後にカナダは、1960 年になって、通常の制定法で人権保障や平等を確保しようとするカナダ権利章典 (Canadian Bill of Rights) を制定する。裁判所はカナダ権利章典の解釈において、「権利凍結理論」(frozen rights theory) と呼ばれる手法をとった [Dodek 2008, 334-335]⁶。カナダ権利章典で保障される権利は、制定時の 1960 年時点ですでに存在していたものが対象となる。したがって、カナダ権利章典制定後に、当初想定していなかった権利保障の必要が生じても、それはカナダ権利章典からは導かれない。こうした態度は、制定法の解釈にかかわるものではあるが、およそ「生ける樹」憲法解釈と合致するものではなくむしろ、原意主義に極めて親和的である。

起草者の意図に基づく憲法解釈を主張するような原意主義であれば、憲法の起草者の主観的意図を憲法解釈に際して権威をもった規範的起源と捉える。これはまた、カナダ権利章典で説かれていた「権利凍結理論」と同じものとみなされる。カナダ権利章典に関しては、制定時の 1960 年時点で存在した権利が保障されるものと理解されていたことから、権利保障としては不十分であったこと、そして、制定後に生じた権利保障の必要性に対応することができなかったことから、これらに対する批判が、結果として、1982 年憲法にカナダ憲章として人権保障規定を置こうとする動向を導く要因の一つ

になった [Dodek 2008, 334]。

「権利凍結理論」はしかし、カナダで主流の立場を得ることも、受け入れられることもなく、「権利凍結理論」それ自体が「凍結」されているとみなされている [Binnie 2007, 104]。憲法解釈を行う裁判官は、憲法の原意 (original meaning) に拘束されるという意味で原意主義を捉えこれを、「権利凍結理論」と呼ぶ Ian Binnie 判事は、カナダにおける強力な反原意主義者の一人である。

カナダは、非民主的機関である上院を憲法上設置することで、実際にその権限を行使するかどうかを別にすれば、民主的な機関である下院の立法を覆す権限を与えている。また実質的権限を行使しないとはいえ、国王を有している。執行権を持つ女王は法案の裁可を拒否することができる。このような憲法制定時の原意に従うことが、はたして可能であるのかというのが Binnie 判事の原意主義批判の一つである。さらに、カナダで原意主義や「権利凍結理論」を主張するということは、カナダの裁判所が時代の推移に対応できなかつた時にもたらした、憲法上の問題を無視している。先に見た Persons 事件でのカナダ連邦最高裁の判断がそれであるし、他にも、中絶は認められず、死刑が許容されることになってしまう [Binnie 2007, 105-106]。このような原意主義批判は、憲法上の実体的価値判断に照らし合わせ、原意主義をとることができないとしているものであり、原意主義そのものというよりは、原意主義がもたらすとみなされる帰結に対する批判である。

他方で Binnie 判事は、「権利凍結理論」の提唱者には、民主的正統性を重視する傾向があると見る。彼らは、民主的正統性を持たない裁判官が、憲法解釈において、原意以上の、あるいは原意以外のことがらを読み込むことの正統性が説明できないという考え方を背景に持っている。しかし、そもそも 1867 年、1982 年双方のカナダ憲法の制定プロセス自体が、徹底した民主的背景をもってなされたものではないし、また、大胆で新しい民主的ビジョンを憲法が示しているわけでもない。Binnie 判事によれば、裁判所が民主的性格を持たないことから、裁判官が原意に依拠するといった遠慮をする必要

はない。「裁判所の正統性は、投票箱からではなく、カナダ憲法が、合衆国憲法と同様に、チェックアンドバランスを予定しているという事実からもたらされるのである」[Binnie 2007, 105]。カナダの文脈で、裁判所による憲法解釈に関する民主的性格の有無を基盤に据えることそれ自体に疑問が呈される。カナダの憲法は、上述のように、上院の設置や女王の有する権限のように憲法自身が非民主的性格を帯びているからである [Binnie 2007, 104]。

民主的に制定された憲法の解釈を、非民主的機関である裁判所の裁判官が担うからこそ原意に従うべきだという見解に対しては、カナダの文脈で、憲法そのものがそれを志向していないゆえに、カナダには原意主義を主張する基盤が欠けているというのが Binnie 判事の見解である。

Binnie 判事によれば、「生ける樹」として憲法をとらえる態度はすでにカナダに根付いている。人々が裁判所の判断に必ずしも賛意を示すものではないが、それでも裁判所が自らに与えられた役割を担っていることは認めているはずである。そして人々はカナダ憲法が 1860 年代の政治家たちの見方ではなく、この約 150 年間の経験や蓄積を踏まえて解釈されるべきと考えている [Binnie 2007, 107]。

Binnie 判事の原意主義批判の特徴は、帰結主義と経験レベルの主張が全面に押し出され、規範レベルの主張があまり示されていないところにある。そうした傾向は、判事の原意主義の捉え方にかかっていると思われる。彼はカナダ連邦最高裁が、カナダ憲章上の権利や自由を解釈するときには、それらの実際上の目的を見逃してはならず、また固有の言語、哲学、そして歴史的な文脈にカナダ憲章が置かれていることを把握しなければならないとしながら⁷、ここで言う「目的とは、起草者や制定者の意図によってもたらされる一つの作用 (function) であり、推移しながら変化するものではない」⁸と述べている部分に着目する。ここを見る限りでは、ただちに原意主義か非原意主義かどちらに立つのかははっきりしない。しかし、原意主義として捉えた場合と非原意主義として捉えた場合とでは、次の 2 つの点で大きな相違がもたらされる [Binnie 2004, 346]。

第1は、原意の探り方にある。彼の見る原意主義者は、起草者が述べたこと、批准者が理解していただろうことに関する外在的証拠を用いることを重要視する。対して非原意主義者は、憲法制定過程に参画した人々の集合的意思を捉えることが困難であることを前提とする。そのため、起草者が憲法のテキストを一義的で明確な文言で定めているならその通りにすればよいし、そうでないならば、後の世代に解釈の余地を残していると想定すればよいと考える。その際の解釈は、史実に照らして、憲法制定に参画した人々がどのように考えていたかということに制限されるのではなく、我々の持つすべての経験に即して行えばよい [Binnie 2004, 346-347]。

2点目は、正統性の捉え方にかかわる。憲法を成長させる権限を誰かが裁判官に授けているわけではない。憲法は人々に属するものである。そうすると、憲法を最新の状態に更新してゆくのは、人々の意思の発現として、究極的には憲法改正手続に則りなされなければならないはずだというのが原意主義の考え方である。非原意主義者はこれに対して、正式の憲法改正を行うことが實際上困難であることを強調する。正式の憲法改正ができないということは、原意主義は単に、1世紀以上前の保守的価値を社会に押し付けようとしていることと同じである。そこで彼は、変わりゆく諸状況に対応するように法を維持することは、コモン・ロー裁判官の役割だと言う [Binnie 2004, 347]。

ここで Binnie 判事が登場させたコモン・ロー裁判官について、その内実は詳しく述べていないが、別の記述からその意味するところを推論することができる。Binnie 判事はカナダ連邦最高裁の Dickson 長官がカナダ憲章の意味を探るにはその目的を追求することが必要だと述べたことに言及する。この「目的」は、カナダ憲章の特性やカナダ憲章の広い意味で捉えられる諸目的、または選択された文言に、そして「法文化された諸々のコンセプトの歴史的諸起源 (the historical origins of the concepts enshrined)」に照らし合わせて探られるものであるという部分に着目する⁹。Dickson 長官の言う「歴史的諸起源」はここでは、「法文化された諸々のコンセプト」に限って用

いられているが、たとえば表現の自由に関しては、カナダ憲章制定の歴史的起源だけを頼りにするものではない。このコンセプトの把握にはそれ以外のコモン・ロー、国際慣習法など種々の勘案されるべき要素が存在する。そのことは、1982年カナダ憲法の制定過程でも意識されており、他国の諸事例が検討されている [Binnie 2004, 378]。Binnie 判事はこのように、歴史的起源に限定されずにあれやこれやの要素を使いこなし、目的を練り上げていく——発見するのではない——裁判官像を描いているように思われる。

4. カナダにおける反「生ける樹」憲法解釈

「生ける樹」憲法解釈が主流のカナダでも、これに批判的な見解は存在する。その代表者の一人である Grant Huscroft 判事は¹⁰、憲法解釈が、起草者の予期しなかった仕方になされるべきではないとか、起草時に想定しえなかった諸状況に対応する必要はないなどといったことを主張しているわけではない。そもそも、想定しえない状況が生じたからといって、その都度憲法改正を求めるような論者が存在しているとは言いがたい [Huscroft 2004, 418]。それでもなお彼は、「生ける樹」として憲法を捉えることに批判的である。

先に見た *Persons* 事件で枢密院司法委員会の提示した「広範でリベラルな解釈」としての「生ける樹」憲法解釈は、後には、技術的な解釈ではなく、社会の発展を促すような進歩的解釈 (progressive interpretation) を行うものとして語られることがしばしば見られるようになる。「進歩的解釈とは、通常、カナダ憲章の解釈に際して、変革する諸状況に適用できるように、柔軟性が必要だということを示すものとして用いられるものである」[Huscroft 2004, 415]。「生ける樹」憲法解釈の系譜にあるこうした進歩的解釈は、しかし、単に憲法の解釈や適用において柔軟性を持たせようとするにとどまるものではない。とりわけカナダ憲章の解釈においては、司法審査を用いることによってカナダ憲章そのものを変えてしまうことを認めよという主張につながることになり、この点にこそ、Huscroft 判事の批判の要諦が置かれる

[Huscroft 2004, 413-414]。カナダ憲章を導入した1982年カナダ憲法では司法審査制を明示的に導入しており、そのことが特に、裁判所による進歩的解釈を促進する原動力になっている。

カナダ憲章の進歩的解釈として柔軟性が求められるのは、カナダ憲章の特徴にある。この点に関して、カナダ連邦最高裁判所の立場がよりよく示されているのが *Hunter v. Southam Inc* での Dickson 長官の言説である。制定法は、その時々により必要とされる権利や義務を規定するものであり、制定や改廃が容易であるが、カナダ憲章は将来を見越して制定されている。それによって政府の権限行使の正統性が与えられ、かつ権利や自由の保障に資するものとなる。こうした継続的な一つの枠組みが憲法によって提供されるが、それは、一旦制定されると改廃が容易ではない。憲法は、「したがって、時の経過とともに、しばしば生じる、起草者の想定しなかった新たな社会的、政治的、歴史的事態に即した発展と展開ができるようにしなければならない。司法部は、憲法の擁護者であるとともに、その規定を解釈する際には、こうした諸状況を念頭に置かなければならないのである」¹¹。

カナダ憲法学ではこれまでこの一節を好意的に受け入れ、進歩的解釈と結びつける傾向があった。Huscroft 判事は、それに対し、次の3つの問題点を指摘する [Huscroft 2004, 417]。

第1に、この見解に従えば、固定化された権利の固守か、進歩的解釈による不安定性のどちらかを選ばなければならないことになる。しかし事はそう単純ではない。

第2に、カナダ憲章の改正が難しいということから、カナダ憲章が「発展と展開」をするような仕方で解釈してよいということにはならない。むしろ、別の帰結が考えられる。カナダ憲章の改正困難性は、裁判所がカナダ憲章の諸規定を解釈する際に慎重になることを求めるものだという見方もできる。というのも、裁判所による解釈は実質的にはカナダ憲章を変容させかねない。憲法の実質的変容がカナダ連邦最高裁によってなされる場合は、そうした変容に反対する人々に対して、カナダ憲章を改正する負担を課すことに

なる。一旦連邦最高裁が実質的に憲法の変容となるような解釈を施すと、それが「憲法」解釈である以上、反対者が自分たちの見解を貫徹するには、憲法の改正を行う以外の手立てはないからである。しかしこれは、先の問題に再度行き着くことになる。正式の憲法改正が困難であるから裁判所が進歩的解釈を行うと言っておきながら、反対派には憲法改正の困難さを与えているのである。もし進歩的解釈が行き過ぎてしまい、それが憲法改正に匹敵するものになると、そうした過剰を是正するには、次は憲法改正手続に訴えるしかない。憲法改正手続に訴えることを回避するために構想された解釈手法が、憲法改正手続を要請することになるのは皮肉である [Huscroft 2004, 442]。

カナダ憲章が解釈を通じて「発展と展開」をするものだとしても、その正当な範囲には争いがあるはずだというのが第3の点である。司法部が「憲法の擁護者」であると言ったところで解答にはならない。根底にある問題は、どの程度であれば司法部の解釈による「発展と展開」が正当化されるかということである。これに答えるには、あらゆる問題が憲法上の解決を要するわけではないということを念頭に置かなければならない。カナダ憲章は権利保障の上限ではなく、下限を設けていると言うこともできる。そうすると、カナダ連邦最高裁が懸念するような新たな社会的、政治的、歴史的事態に即するには、通常の立法プロセスで十分に対応できるはずである¹²。

Huscroft 判事のこうした批判の根底には、民主的プロセスの重視がある。そしてこれは、新たな社会的・政治的事態に即するために、カナダ憲章の変容が求められるとしても、その役割を担うのがなにゆえ裁判所なのかという疑問と結びつく。権利に関する問題が生じているからといって、その解決は裁判所のみがなしうるというものではない。権利の観点からなされた主張があるというだけで、カナダ連邦最高裁がカナダ憲章上の解決策を提示しなければならないわけではない。むしろ、連邦最高裁は、問題が政治的紛争で手に負えないようなものであるゆえに、カナダ憲章上の解決を図ることは不適切だと言うこともできよう。カナダ憲章上の解決が想定されるようなもので

も、解釈によって実質的な変容を施すには限界があるはずである。ある権利に関する紛争が生じたから、それはただちにカナダ憲章上の問題に算入されるというわけではない。新たな社会的・政治的実態に即した対応は、立法機関による法定立でもなしうるはずである。もっとも、立法機関は連邦最高裁が適切であるとか必要だと考える手法を取りたがらないことがあり得る。その場合、連邦最高裁にとっては、憲法上の解決策を提供するカナダ憲章の進歩的解釈が魅力的に映るだろう。憲法問題とすることで、連邦最高裁は必要だと考える手法を、ただちに、また妥協することなく実施することができる。安楽死や中絶、同性婚など論争的な問題について見解が分かれる場合に、法律で決着をつけることは難しい。ある論争的な問題を解決するための政治的コンセンサスを得ることは、そう容易いことではない。しかしそれでもなお、コンセンサスを追い求めることに意味はある。それが永続的な問題解決に資するからである。進歩的解釈によって争点を憲法化すると、政治的解決の可能性は閉ざされる。連邦最高裁が民主的機関による問題解決に信頼を寄せていないからといって、自ら解決を引き受けることは、民主的立憲主義 (democratic constitutionalism) を傷つけることになる [Huscroft 2004, 424-426]。

この民主的立憲主義という表現には、憲法規範の下に置かれる人々の存在の重視、そして、憲法を変容させるのは裁判官ではなく、すべての人々に開かれているはずだという視点が含まれていると思われる [Huscroft 2011, 212-213]。

5. 近接する「生ける樹」憲法解釈と新原意主義

原意主義の定義にコンセンサスがあるわけではなく、さらに近年の新たな原意主義に関する議論は、多様性を帯びている。原意主義陣営にありながら、憲法の起草者や批准者の意図に拘束されるわけではないと主張する見解から、「新原意主義」(New Originalism) と呼ばれるようになった解釈 (interpretation) / 構築 (construction) の区分に至る原意主義の議論動向

は、カナダ憲法学においても意識されるようになってきた。むしろ、こうした新たな動向が初めて、カナダにおいて原意主義に関する真剣な議論を引き起こしたとすることができる。もっとも、これらの原意主義の新たな傾向は、アメリカで唱えられた初期のものとはおよそ様相を異にするものであり、だからこそ、カナダにおける真剣な議論がもたらされたと言える。

その一つとして、「生ける樹」憲法解釈の生みの親である Persons 事件での枢密院司法委員会の判断手法そのものが、そもそも、原意主義的憲法解釈なのだという見方が提示されている。「生ける樹」憲法解釈を批判する Bradley Miller 判事によれば、女性の上院議員への就任への道を認めなかったカナダ連邦最高裁は、1867 年憲法の意味が憲法の制定時に確定されたものとして固定化されていると見ていた。そして、女性の上院議員になり得る資格を認める反対の結論に至った枢密院司法委員会も実は、連邦最高裁と同じように、1867 年憲法の意味 (the semantic meaning) が 1867 年時点で固定化されていると捉えているのであり、だからこそ 1867 年以降に persons という言葉の意味が変化したかどうかということには関心を示していない。この 2 つを異なった結論に導いたのは、連邦最高裁が 1867 年憲法の当該条項の言葉の意味を捉えるに際して起草者の意図に大きく依拠したのに対して、枢密院司法委員会は 1867 年憲法のテキスト全体を通して persons という用語を読み解いたところにある。その結果、カナダにおいてコモン・ロー上、女性が公職に就けないということにはならないとし、女性の上院議員への道が開かれた [Miller 2011]。このような Miller 判事の枢密院司法委員会の結論に至る判断の読み方は、Persons 事件での枢密院司法委員会の判断が、憲法のテキストを憲法の制定時の意味から読み解こうとしているものと見ることで、原意主義との近接を示そうとしていると言える。ただしそれは、憲法制定者の主観的な意図に着目する旧原意主義から、憲法制定時の意味を人々に広く共有されていた意味と捉える見解 (OPM original public meaning) への移行を前提に、後者との関連においてである。

「生ける樹」憲法解釈を支持する Wil Waluchow 教授は、現在でも、カナ

ダでは「生ける樹」憲法解釈が継続しているとみなしている。原意主義を、憲法の規定の意味が歴史や起草者・批准者の意図、さらに採択時の意味と結び付けようとするものだと捉えると、これは「生ける樹」憲法解釈と真っ向から対立する。「生ける樹」憲法解釈によれば、憲法の意味は変容する道徳的、政治的見解、新たな社会状況に応答して常に展開するものである。そして、はるか以前に制定された憲法を現在、解釈し、適用するならば、柔軟性を持たせることが必要だと考える。それでも彼は、原意主義は、実のところ *Persons* 事件での枢密院司法員会の判断やそれ以降のカナダの裁判所で用いられた「生ける樹」憲法解釈と極めて近接しているとみなしている [Waluchow 2017, 891-892]。カナダの司法部は、自分たちが「生ける樹」憲法解釈をとることを自己理解としているようであるが、その判断手法の中には、原意主義とそれほど懸隔があるわけではないものが存在するとの見方も可能だとする [Waluchow 2017, 905-906]

Waluchow 教授の原意主義理解によれば、原意主義には様々な形態があるが、その核心にあるのは、憲法の規定の意味は、その制定時に固定されているとするものである。つまり、ある規定の意味は、過去、現在、将来のいずれの時点においても、原意 (original meaning) であると主張するものである。原意主義が様々な見解に分かれていくのは、この原意を確定する作業においてである。そこには、起草者の意図とみなしたり (OIO original intentions originalism)、当該規定を採択した際に、通常理解能力を持つ人であればこう考えただろうと当該文言を捉えるものもある (PMO public meaning originalism)。原意を確定させるに際して双方に違いはあるが、共通しているのは、憲法解釈において考慮に入れるのは原意だと考えている点である。それ以外を検討するということは、もはや解釈ではなく、新たな意味の創造であり、法律の内容を、解釈者がこうあるべきだと考えるものに書き換えることになる [Waluchow 2017, 906]。

このような原意主義理解と「生ける樹」憲法解釈の関係を考察するに際して、Waluchow 教授は、カナダ連邦最高裁が起草者の意図に依拠することを

否定した判決の中で、「問題となっている権利や自由の実際の目的から逸脱しないことが重要であるがしかし、カナダ憲章が真空状態で制定されたわけではなく、したがって、その固有の言語、哲学、そして歴史的な文脈の中に置かれているということを念頭に置かなければならない」¹³と述べていることに着目する。この連邦最高裁の言説は、「生ける樹」憲法解釈をとるとしても、原意主義が焦点を置く歴史的要素を拒絶しているわけではないことを示している。Waluchow 教授によれば、連邦最高裁が憲法の意味を明らかにするに際して、問題となった権利や自由を規定する際にとられた文言が何であるか、カナダ憲章に規定された諸コンセプトの歴史的起源はいかなるものか、ある特定の権利規定が置かれた背景にある目的は何か、ある規定が適用されるとして、関連するカナダ憲章の別の規定の意味や目的は何かということが考慮に入れられている [Waluchow 2017, 900]。「生ける樹」憲法解釈といっても、こうしたことからすると、まったくのフリーハンドを裁判所に委ねているわけではなさそうである。

カナダの裁判所、とりわけ連邦最高裁の判断を通じて見えることは、カナダの法体系がその時々状況に応じて適用可能な憲法をもっているとの理解を示していることである。個々の憲法問題の判断には、歴史的意味や目的、起草者の意図が影響力をもつが、しかし、これらがある一定の方向付けをするというところにはまでは踏み込んでいない。連邦最高裁は、憲法解釈に際して起草者の意図に言及することがあるものの、そこで検討に入れられているであろう意図とは、ある憲法の規定の背後にある、広く捉えられた、「意図された諸目的」(intended purposes)であることが多い。それは、ある規定が保護しようとしている広範な道徳的利益を確保するものだと捉えられるのが通常である。これは、憲法上の保護をなすに際して元来理解されていた道徳的利益である必要はない。そうではなく、現代の視点に立って理解される道徳でよいのである。つまり、継続的進展 (continued evolution) の対象となる道徳なのである。もしこのような道徳観を認めないのであれば、カナダ憲章は採択時点で固定化されたものとなり、発展すること、そして変容す

る必要に応えることができなくなってしまうからである [Waluchow 2017, 905]。

こうした見方からすると、原意主義の居場所は、やはりカナダにはないのであろうか。裁判所で具体的な事件を解決するに際して、原意が抽象的であったり、はっきりと把握できないために、不明確なことはありうる。そのような状況に直面すると、多くの現代の原意主義者たちは、憲法構築 (constitutional construction) を通じて裁判所が創造的役割を担うことを認めるようになってきている。この場合、具体的なルールや原理を示す作業として構築がなされるというが、実は、カナダでもそうした傾向がすでに見られている。たとえば、カナダで「オークステスト」と呼ばれる判断手法がその一つである。構築は、具体的な意味を導くプロセスである。カナダの裁判所が「生ける樹」憲法解釈アプローチをとる際に強調してきたのは、その時々状況に対する適用可能性や柔軟性が重要だという点である。現代の新原意主義者が構築を持ち出すことで適用可能性や柔軟性に対処しようとしているならば、双方にそれほどの不一致があるわけではなくなる。憲法の諸規定は、新たな状況に対応するためには、正式の改正手続きを踏むしかないわけではない。裁判所が創り出す構築の場合にはその必要がなく、また、さらなる状況が生じた際には、再度裁判所によって構築の内容を破棄したり、別途作り直すことが可能である。「生ける樹」憲法解釈の方もまた、変革する諸状況や道徳的・政治的信念の変遷に照らし合わせた対応が可能であることを重視する一方で、憲法やその意味が、歴史、原意、意図、目的に根付いていることも軽視してはならないことを十分自覚している。現代の原意主義者は、自分たちの主張を相当に緩和した形で示しており、原意を抽象的な意味や意図にとどめており、彼らの憲法構築と呼ぶものを通じて、変革に対応できる適用可能性を求めているのである。そうである以上、「生ける樹」憲法解釈が原意主義に対抗するものだという見解をそろそろ見直さなければならぬであろうというのが Waluchow 教授の見方である [Waluchow 2017, 906-908]。

6. 「生ける樹」憲法解釈に対する制約

「生ける樹」憲法解釈が主流とみなされているカナダであるが、カナダ連邦最高裁が原意主義的解釈を行っている事例が見られることは、しばしば指摘されてきた。特に、憲法に意図的に書き込まれなかった経済的権利や、制定時に政治的交渉や妥協が行われた結果設けられた言語権や先住民の権利に関してはその傾向が顕著である [Sirota & Oliphant 2017, 548-558]。もっとも、連邦最高裁がどのような基準や観点、あるいは理論的基盤に基づいてこうした判断手法を使い分けているかについては、不明確であることも同時に指摘されている。

カナダ連邦最高裁が、「生ける樹」憲法解釈を行うとしても、憲法が「生ける樹」であるということから、裁判官は何の拠り所もなしに、自由な憲法解釈を行うことができるわけではない。たとえば、「目的論的解釈アプローチ」によれば、カナダ憲章の解釈に際してはその目的を解釈指針の一つとすることが求められる。解釈者がカナダ憲章の特性や広く捉えられた目的、特定の権利や自由を規定した際にとられた文言、諸々のコンセプトの歴史的起源、他の権利や自由の意味や目的を念頭に置くべきというものである。裁判所は、これらを通じて目的を見出す。そうするとこれは、実質的には新原意主義者が言うことと同じものだと言える。もっとも、目的論的解釈アプローチは、目的をよりよく達成したり、司法部が考える目的を実現するために、テキストの意味を拡大するように用いられることがしばしばある。これを認めると、政治的目標を達成したり、道徳的価値を実現するために、憲法に何かを追加したり、差し引くような極めて大きい権限を裁判所に与えることになる。このように見ると今度は、「生ける樹」憲法解釈に近接する¹⁴。

Huscroft 判事は、たとえ「生ける樹」憲法解釈であったとしても、そこには一定の枠組みがあるはずだと言う。「生ける樹」憲法解釈が制定時に憲法の言語上の意味が固定化されることは否定するものの、意味に幅がある文

言で規定された憲法上の権利 (vaguely worded constitutional rights) から裁判所が何でももたらすことができると見ることはできない。どこかに司法審査を限界付けるものがあるはずである。原意主義も「生ける樹」憲法解釈も権利保障条項は有限のものだという理解を根底に据えることができるものである。権利保障条項は、列挙された一群の権利を保障しているに過ぎないとの理解である。権利保障条項が網羅する権利は広範ではあるものの、想定されるものすべてを保障しているわけではない。合衆国憲法の権利章典と同様、カナダ憲章は一つの政治的同意である。憲法秩序の構築に当たって必要であった政治的同意を得るために、交渉と妥協を通じてできあがったものである。他方で、カナダ憲章を制定する際に、そこに何を書き込むかの選択は、ある権利を保障することのみならず、そこに書かれなかったなんらかの権利を憲法上の権利として保障しないということも含意されていることに注意が必要である。カナダ憲法では財産権がその典型である。カナダ憲章にある権利が書き込まれなかったということは、カナダ憲章には有限性があるということである。こうした考えを前提とすると、たとえ道徳的に望ましいものであっても、カナダ憲章はある特定の権利を保障していないとすることができるのである [Huscroft 2011, 204-205]。Persons 事件で枢密院司法委員会の Sankey 卿が 1867 年憲法は「発展と拡大をなしうる生ける樹」であるという表現に並んで述べた、そこに含まれる「本質的制約」(natural limits)をこの文脈で再度示しなおそうとするのが Huscroft 判事の立論である。

「生ける樹」憲法解釈には制約があると主張していても、その帰結は、制定時に意図的に排除された権利を裁判所が認めることはできないというものであり、制約の内容としてはソフトなものである。換言すれば、カナダ連邦最高裁のカナダ憲章の解釈に対する一定の枠だけは少なくとも必要だという危惧があると思われる。

7. カナダの文脈での原意主義

そもそもカナダにおいて、アメリカにおける原意主義を徹底して排除しよ

うとしてきたのは、これが保守的な結論をもたらすことになると考えられたからである。1970-80年代のアメリカで原意主義がターゲットにしていたのは、アメリカ連邦最高裁のリベラルで進歩的な積極的憲法判断であった。ウォーレン・コートに代表される一連のリベラルな判断が、憲法起草時にマディソンやハミルトンらの念頭にあったこととは異なるものだという主張を根底に置いていた。ここで言う「保守的」とは、そのような意味においてである。同様の傾向がカナダにおいてもたらされることが極度に警戒されたのである。1982年にできるカナダ憲章の制定を積極的に擁護してきた者たちは、ウォーレン・コートを肯定的に観察していた。彼らはカナダ憲章以前に存在した一般制定法によるカナダ権利章典に基づき法令を違法とすることに極めて抑制的であったカナダ連邦最高裁のスタンスを、1982年カナダ憲法にカナダ憲章を置き、司法審査制を導入することで、大きく転換できるものと考えた。そのようにとらえると、カナダ憲章の「原意」が、カナダ憲章に対して懐疑的であったり、あるいは上述の意味での保守的態度であったはずはない。起草者たちは、現代型のリベラルな政治家や官僚であった。アメリカにおける初期の原意主義は、民主的機関の決定を裁判所が退けることに対する批判を含んでいた。民主的機関の決定を退ける裁判所の判断は、原意にそぐわないというものである。原意、民主的決定、裁判所の3つ巴の中での一つの対立構造は、「原意と裁判所」である。アメリカの初期の原意主義は、司法部の裁量を抑制し、立法府のとった選択を尊重するという点では、民主的論拠を基盤にしていた。仮に原意が確認できたとして、カナダの原意は、アメリカにおけるそれとは大きく異なる。そうするとカナダにおいては、議論の眼目は、原意と裁判所の対立という構図ではないはずである。むしろ問われるべきは、「民主的決定と裁判所」の対立である [Morey 2016, 755-756]。

アメリカの初期の原意主義は、そもそも原意を把握することが困難ではないか、あるいは「死者の手」による拘束をもたらすのではないかという批判を呼んだ。実は、この批判の内容こそが、当時のカナダでリベラルな立場を

とり、原意主義を徹底して忌避しようとしていた者たちには不都合があったのではないかと推測することができる。カナダで人権保障条項や司法審査制を備えた憲法が制定されたのは1982年であった。1970年代後半から1980年代前半にかけてのカナダで憲法制定論争がなされていたまさにその時期に、アメリカでは200年前に制定された憲法をめぐる原意主義とそれに対する批判が勃興し、何が原意か、「死者の手」支配にならないかとの議論がなされていた。その隣国カナダでは、制定過程に関する資料は目前に大量に存在し、起草者は「死者」どころか、まさにそこに「生存」しているのである。当時のカナダ憲法を擁護しようとしていたりリベラル勢力にとっては、原意主義が保守的見解に結びつくものと映る。原意主義批判として有力な、何が原意か、「死者の手」支配ではないかという論拠をカナダのリベラル勢力が提示できない以上、当時、彼らが躍起になって原意主義の侵入を阻止しようとしたことは、現在の視点から理解できなくはない。

1982年カナダ憲法が制定されるまで、カナダにおいては憲法解釈のあり方がそれほど真剣に議論されていなかった。ところが、1982年にカナダ憲章を有することになると、その文言が一義的で明確ではなく、解釈に幅を持たせることが可能である性格から、カナダの裁判所は憲法解釈のあり方について向き合う必要ができた。その一つとして、1929年に枢密院司法委員会が先導した「生ける樹」憲法解釈をカナダ連邦最高裁は、カナダ憲章制定後早々に、再帰させたという指摘がある [Miller 2010, 121 note 7]。

8. 結語

これまで主流であっただけに、「生ける樹」憲法解釈に対する批判は、カナダでは数の上では相当に少数ではあったが、十分な論拠を据えてなされるものも存在した。そうした批判は、民主的機関である議会の手による制定法を、自由に、とも言えるような仕方で「生ける樹」憲法解釈の名の下に裁判所が手を加えていると映ることに対する強力な批判を含んでいる。そこで念頭に置かれているのは、憲法解釈のあり方そのものの議論というよりは、裁

判所の位置づけ、役割であったと思われる。これに対して近年では、カナダ連邦最高裁が「生ける樹」憲法解釈をとったとみなされてきた諸判断を読み直し、それが新原意主義に依拠しても説明ができるという議論を提示する傾向が見られる。これらは、＜旧（あるいは初期の）原意主義 vs 「生ける樹」憲法解釈＞という対立軸ではなく、＜新原意主義と整合する「生ける樹」憲法解釈＞という構図を示そうとするものである。そこでもっぱら拠り所とされるのは、解釈と構築の区分である。

たとえば近年、原意主義、憲法解釈に関する判例分析を中心とした膨大な文献を発表し続けている Oliphant 氏と Sirota 教授の共著によれば、現在の原意主義は、憲法典 (the Constitution) の制定時点での意味が認識できるものであるならば、それは法であるべきものであり、当該意味は司法部による修正を許すものではないと考える。仮に修正の必要があるならば、正式の改正手続きを踏まなくてはならない。しかしながら、大部分の現代の原意主義者は、憲法上の論争を解決するにあたって、憲法の諸規定の元来の意味 (the original meaning) を明らかにするだけでは十分でないことを分かっている。そこで、解釈と構築を分けるのである [Sirota and Oliphant 2017, 507-508]。

筆者はここに、もう一つ、現代の原意主義者たちが理解していることを付け加えてもよいと考える。それは、憲法改正手続きを踏み、憲法を改正することの困難性である。彼らの批判する「生ける樹」憲法解釈は、憲法改正の困難性を問題とはしない。「生ける樹」憲法解釈に対する批判者の目には、カナダ連邦最高裁はカナダ憲章を、あたかも起草者や裁判所からすらも切り離された、それ自体で目的をもつ「有機的創造物——『生ける樹』』として捉えているように映るのである [Miller 2009, 340]。しかしこうした批判者であっても、カナダ憲法を改正せよという「筋論」ないしは「正論」が受け入れられるとは考えていないのではないだろうか。実質的に極めて困難な手法をとることを相手に求めることが、自身の合理的な論拠にはなりえないことを理解しているからこそ、「生ける樹」憲法解釈を新原意主義と整合的に

読むことができると主張することで、一定の制約を課す戦略を描いているように見える。

カナダ連邦最高裁の判断を、新原意主義的読み方をすることで、連邦最高裁が決して、「生ける樹」憲法解釈一辺倒ではなく、憲法のテキスト、文脈、目的、原意、歴史、先例、実務上の重要性、道徳的価値を考慮に入れており、その意味では折衷的かつ、多元的であるとみることができる [Sirota and Oliphant 2017, 563]。このことは別の側面から見ると、連邦最高裁は一貫した解釈手法をとっているわけではないことを示している。カナダにおいては、初期の「原意主義」を受け入れることはないが、かといって、自由な「生ける樹」憲法解釈を支持しない者にとって、「生ける樹」憲法解釈には制約があるのだと主張することよりもより効果的なのは、新原意主義であったのである。アメリカでは、初期の原意主義に対して、新原意主義がその緩和版として唱えられるようになった。カナダでは、「生ける樹」憲法解釈の緩和版として新原意主義が受け入れられつつあると言えよう。

注

¹ 本件については [手塚 2018, 144-190] が詳しく紹介している。

² 条文の訳は [松井 2012] による。

³ *Edwards v. Canada (Attorney General)*, [1928] S.C.R. 276

⁴ *Edwards v. Canada (Attorney General)*, [1930] A.C. 124; [1929] J.C.J. No. 2

⁵ [1929] J.C.J. No. 2 para 43-45.

⁶ 「凍結」という表現は、1867年憲法、1982年憲法の文脈でも用いられ、それらが制定された時点で諸規定の意味が固定されていることを指している [Miller 2010, 124]。

⁷ *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295 at 344.

⁸ *ibid.*, at 335.

⁹ *ibid.*, at 344.

¹⁰ 反「生ける樹」憲法解釈の論陣を張った Bradley Miller 教授と Grant Huscroft 教授の2人の憲法研究者は後に、双方とも裁判官に就任している。

¹¹ [1984] 2 S.C.R. 145 at 155.

¹² *Hunter v. Southam Inc* から引用した本文の一節にはさらに、やや勇み足など

ころがあるのではないかと Huscroft 判事は指摘する。1982年にカナダ憲章が制定され、本判決が下されたのは、1985年である。この時点では、ついこの前に制定されたばかりのカナダ憲章の文書があるのである。カナダ憲章に生命を宿すことが望ましいとしても、それはカナダ憲章制定のすぐ後に言うことであろうか？目の前に新しい憲法の文書があるのに、その発展や拡大の可能性を強調する必要があったのであろうかという疑問を提示している [Huscroft 2011, 207]。

¹³ *Supra* note 7 at 344.

¹⁴ カナダ連邦最高裁のとり目的論的アプローチについては、[Oliphant 2015] が極めて詳細な検討を行っている。

引用文献

- Binnie, Ian (2004), *Constitutional Interpretation and Original Intent*, 23 *Supreme Court Law Review* (2d) 345
- (2007), *Interpreting the Constitution: The Living Tree vs. Original Meaning*, *Policy Options*, October 104
- Dodek, Adam (2008), *The Dutiful Conscript: An Originalist View of Justice Wilson’s Conception of Charter Rights and their Limits*, 41 *Supreme Court Law Review* (2d) 331
- Huscroft, Grant (2004), *A Constitutional Work in Progress? The Charter and the Limits of Progressive Interpretation*, 23 *Supreme Court Law Review* (2d) 413
- (2011), “Vagueness, Finiteness, and the Limits of Interpretation and Construction”, in G. Huscroft and Bradley W. Miller eds., *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*, Cambridge University Press, 203
- Miller, Bradley M. (2009), *Beguiled by Metaphors: “Living Tree” and Originalist Constitutional Interpretation in Canada*, 22 *Canadian Journal Law and Jurisprudence* 331
- (2011), “Original Myth: The Persons Case, the Living Tree, and the New Originalism”, in G. Huscroft and B. W. Miller eds., *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*, Cambridge University Press, 120
- Morey, Gareth (2016), *Dead Hands, Living Trees, Historic Compromises: The Senate Reform and Supreme Court Act References Bring the Originalism Debate to Canada*, 53 *Osgood Hall Law Journal* 745

- Olipahnt (2015), Taking purposes seriously: The purposive scope and textual bounds of interpretation under the Canadian Charter of Rights and Freedoms, 65 *University of Toronto Law Journal* 239
- Sirota, Leonid and Oliphant, Benjamin (2017), Originalist Reasoning in Canadian Constitutional Jurisprudence, 50:2 *University of British Columbia Law Review* 505
- Waluchow, Wil J. (2017), “The Living Tree”, in P. Oliver, P. Macklem, N. Des Rosiers eds., *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford University Press, 891
- 手塚崇聡 (2018) 『司法権の国際化と憲法解釈』 (法律文化社)
- 松井茂記 (2012) 『カナダの憲法』 (三省堂)

New Trend in Canadian Constitutional Interpretation

Koichi TAKAGI

ABSTRACT

Constitutional interpretation in Canada has been said that “the living tree” is a common way and the originalism is entirely swept away.

We can find a new trend of the originalism in the US which divides “interpretation” and “construction”. The new originalism affects the Canadian constitutional interpretation or theoretical perspectives on the relationship between the living tree constitutionalism and the originalism.

I try to elaborate on the tendency toward reconciling the traditional conflicts between the living tree constitutional interpretation and its opponents in Canada.