

# カナダ憲法解釈における 「生ける樹」理論の限界

——原意主義的理解の可能性——

手塚 崇 聡\*

## 目 次

- I はじめに
- II 「生ける樹」理論の原点と原意主義
  - 1. 1928年最高裁の意見と「制定者の意図」
  - 2. 1929年枢密院司法委員会の判断——「生ける樹」理論の原点——
- III カナダ最高裁における「生ける樹」理論と原意主義
  - 1. エドワーズ事件以降の「生ける樹」理論の継承
  - 2. カナダにおける原意主義
  - 3. 「生ける樹」理論と原意主義との調和の可能性
- IV おわりに

## I はじめに

カナダでは時代状況の変化に対応する形で、憲法条文を柔軟に解釈する方法が最高裁判所（以下、「最高裁」）においてたびたび用いられている。こうした解釈を支える一つの解釈理論が、1929年のエドワーズ事件枢密院司法委員会判決<sup>1)</sup>において、サンキー（John Sankey）卿によって唱えられた「生ける樹（Living Tree）」理論<sup>2)</sup>である。同理論は、1867年憲法<sup>3)</sup>や「権利及び自由に関するカナダ憲章<sup>4)</sup>」（以下、「憲章」）の条文に関して、その意義を広く、そして自由に解釈する方法を導く根拠として、最高裁においてたびたび言及されてきた<sup>5)</sup>。こうした解釈理論を背景として、例え

---

\* てづか・たかとし 中京大学国際教養学部准教授

ば最高裁は、憲法解釈の際に未締結条約を含む国際人権諸条約や外国法などを頻繁に参照してきた<sup>6)</sup>が、そうした参照については厳格な限界が設けられているように思われぬ。もちろん憲法で保障される人権では十分にカバーできていないような国際的に保障されている人権があれば、その国際的義務を背景に、まずは立法・行政措置による条約適合的なアプローチが必要であろう<sup>7)</sup>。また「生ける樹」理論は、「憲法の人権規範」と特定の制度を越えた「国際人権規範」の「連関」<sup>8)</sup>を検討する場面においては、非常に有益な示唆を与えてくれる解釈方法を提供しているようにも思われる。ただし、カナダ最高裁による未締結条約や外国法などの積極的な参照については、そもそもその背景に国際的な義務がないため「緊張関係」や「条約義務」「有権解釈」が存在せず<sup>9)</sup>、むしろ国内法上は民主的な正統性といった点や最高裁による恣意的な判断の問題があるように思われる。

もっともこうした国際的な文書の国内での参照の場面に限らず、「生ける樹」理論に対しては、これまで民主的な正統性をめぐることが提起されてきた。モートンやノッフは、最高裁が「生ける樹」理論に基づく解釈方法により憲法規定の意味を拡大し、また多数派の要求や民主的に選挙された政府の意向、さらに「制定者の意図 (framers intentions)」を無視することで、裁判官の恣意的な判断が許容されることになり、まさに最高裁は「事実上の第三の立法府」となる<sup>10)</sup>とする。またマンフレディも同様に、裁判所が「制定者の意図」や憲法の文言に明確な意義を見出さず、裁判官が自らの政策的な好みによって判決を書くことを批判する<sup>11)</sup>。こうした批判において指摘されるように、「生ける樹」理論は、憲法解釈においてその「制定者の意図」に拘束されないことをその内容に含んでおり、アメリカで伝統的に議論されてきた原意主義<sup>12)</sup>を同理論は否定しているようにも捉えられる。

ただし同理論にはそれに内在する限界も存在する。つまり、憲法条文を広く解釈する手法を用いることができるのは、多義的な憲法条文を解釈す

る場合と、その憲法条文の「本質的範囲内」に限られ、憲法条文中に規定されている明確な文言を逸脱するような解釈はできない。後述するように、近年こうした限界には原意主義が含まれているという指摘がなされており<sup>13)</sup>、さらに憲法条文の「本来の意味 (original meaning)」が憲法解釈においてさまざまな役割を果たすことを含んでいると指摘されている<sup>14)</sup>。

本稿は、こうした「生ける樹」理論と原意主義の関係に焦点を当てることにより、同理論の限界について把握することを目的とする。そこでまずは、エドワーズ事件における「生ける樹」理論の原点を確認しながら、原意主義との関係を検討する。その上で、そうした傾向が近年の判例においてどのように受け止められているかという点を検討し、エドワーズ事件以降発展してきた「生ける樹」理論の限界の把握を目指したい。

## II 「生ける樹」理論の原点と原意主義

「生ける樹」理論の原点は、1929年のエドワーズ事件における枢密院司法委員会での判断であるが、同事件では、「制定者の意図」を重視するか否かについて、同委員会の判断と1928年に下されたカナダ最高裁の判断が対立している。そのためまずは、エドワーズ事件におけるこうした対立の内容を明らかにし、その対立する二つの判断の意義とその相違点を明らかにする。

### 1. 1928年最高裁の意見と「制定者の意図」

#### (1) 最高裁の判断過程

エドワーズ事件は、上院議員の「資格ある人 (qualified persons)」を規定する1867年憲法第24条<sup>15)</sup>について、その「人 (persons)」という文言の中に、女性を含むか否かという点が争われた事件である<sup>16)</sup>。なお当時の政府は、「法務長官は、1867年憲法法の規定に基づき、幾度となく男性のみが上院に召喚されるという見解を表明している」<sup>17)</sup>と主張していた。

最高裁は結論として、同規定の「人」という文言に女性は含まれないという結論を示したが、その判断過程をまとめると次のようになる。

まず最高裁は、1867年憲法法の「人」という意義が多義的であることを確認し、一見するとその文言の意味に女性が含まれるということには疑いがなくとする<sup>18)</sup>。しかし、その多義性は「制定者の意図」によって解消されるとした上で、1867年憲法法第24条が上院への女性の召喚を認めるかという問題について、次のように説明した。まず、1867年から内閣総理大臣が上院議員に女性を指名したことがないという歴史的な事実、同条の原意に女性が含まれていないということの証明になるとした<sup>19)</sup>。さらに、コモンロー上の解釈推定に従い、明確な憲法上の文言がない限り、同条の解釈はコモンローに従うものとして行われるべきであるとした上で、1867年の段階で、女性は公職につくことができず、またそれが明確に憲法上の文言として存在していないことから、コモンローを超える意図を見出すことはできないとした<sup>20)</sup>。そして、最終的に最高裁は、同条の「人」という文言には女性は含まれないとし、上院に女性を召喚することは認められないとした。

## (2) 最高裁による「制定者の意図」の判断——古典的原意主義

このように最高裁は、1867年憲法法第24条の解釈にあたって「制定者の意図」を重視し、その意図の内容は、それまでの同条の適用実態によって判断されるとした。特に「制定者の意図」の判断については、女性の公職就任の不適格性がコモンローと一致するため、仮に申立人の主張を認めるためには、明確な「制定者の意図」が証明されなければならないとした。ただしこの点で、なぜ本件では、条文の解釈において「制定者の意図」が重視されたのであろうか。そしてその意図は、どのように特定されたのであろうか。

まず最高裁によれば、裁判所の役割は制定法解釈の純粋な問題を検討することにあるとされ、「上院に女性の存在が望ましいか否かという問題、

またはその問題の政治的側面に懸念を示すことは賢明ではな」く、裁判所の義務は、「最大限の能力を使って、1867年憲法法の関連規定を解釈し、結論の基礎を構築することである」とされた<sup>21)</sup>。そしてその上で、「1867年憲法法は1867年に議会を通過したが、……（その構造は）裁判所がその制定以降与えてきた構造と同じであり、「もし現在、第24条の『資格ある人』という文言に女性を含めるのならば、同条は1867年からその条文に女性を含めていたということになる」とした<sup>22)</sup>。そして、「制定者の意図」を優先させる根拠について、ストレイドリリング事件<sup>23)</sup>を引用しながら、次のように述べた。「法に詳しい賢人 (sages) は、これまで、見た目の文言とは全く異なる法の解釈を行ってきた……、法の解釈は議会の意図によって導かれ、常に物事の必要性に応じて、そして根拠とよき裁量とを一致させるように用いられてきた」とした<sup>24)</sup>。すなわち、最高裁の判断によれば、まず条文の意味 (meaning) は制定された当時に固定され (fixed)、1867年憲法法第24条の意味は、現在と制定時とで同じ意味を持つものとして解釈されなければならない、制定時に固定された意味と一致しない解釈をすることはできないとした。

それでは、その固定された意味はどのように判断されるのであろうか。最高裁はこの点について、まず1867年憲法法で使われる文言の「一般的で世俗的な意味 (the ordinary and popular sense)」<sup>25)</sup> の検討がなされるべきであるとして、次のように述べた。「我々は議会の法の文言だけではなく、……法が作られた要因と必要性、そのいくつかの部分の比較、……外国の状況から得られる議会の意図をも解釈する必要がある」とした<sup>26)</sup>。すなわち、制定者は一般的な意味論上の意味 (ordinary semantic meaning) を意図したと期待されるため、その意図は言葉の選択で証明されるが、条文の意味はさまざまな文脈とともに与えられるため、その意味を決定するために、裁判所は法の文脈 (いくつかの部分の比較)、全体と立法目的 (法が作られた要因と必要性) を考察しなければならないとしたのである。そして裁判所は、1867年憲法法の解釈は「制定者の意図」によって制限することが

でき、その文脈的要素はその意図の内容を明らかにするのに役立つとしたのである。

このように最高裁は、まず1867年憲法法の条文の多義性を確認した上で、その条文の多義性は1867年に固定された「制定者の意図」（すなわち、その条文を起草し投票した人々の主観的意図）によって判断されるが、その意図はたいていが文脈的要素から明らかにされるとした。ここでミラーによれば、文言の多義性の判断において、最高裁がその意味は1867年に固定されると判断した点について、これは「文言主義者（textualist）」による分析であるとする<sup>27)</sup>。また最高裁の依拠したような、1867年憲法法の文言の意味が、制定者の「主観的意図」によって判断されるとした点については、「古典的」<sup>28)</sup> または「意図的」原意主義と同義であるとする<sup>29)</sup>。

## 2. 1929年枢密院司法委員会の判断——「生ける樹」理論の原点——

最高裁において、1867年憲法法第24条の「人」という文言に女性は含まれないとの決定がなされたことから、エドワーズらは枢密院司法委員会に上訴した。なお、その弁護人であったローウェル（Newton Rowell）は、1867年憲法法の多くの条文には「人」という文言があり、それらにはほとんど女性が含まれることや、1867年憲法法によりカナダは自己統治能力を備えていること、「制定者の意図」から自由であることなどを強調した<sup>30)</sup>。これに対してカナダの法務長官は、最高裁の決定におけるアングリン（Anglin）長官の意見をほぼすべて引用する文書を提出した<sup>31)</sup>。

### (1) 枢密院司法委員会による判断過程

枢密院司法委員会は、上院に女性を召喚することが可能であるかという問題について、1867年憲法法第24条が規定する「人」という文言の意味論上の意味の探究を行うべきであるとして、その判断は次の2点に依拠するものとした。つまり、①「事件以前に存在していた法律や判例のような外来の状況から導かれる外的証拠（external evidence）」と②「法それ自体か

ら導かれる内的証拠 (internal evidence)」をもとに、同条の「人」という文言の意味論上の意味を判断するものとした<sup>32)</sup>。

①について同委員会は、まず最高裁と同様に同条の「人」という文言の意味論上の意味の多義性を指摘し、女性を公職に召喚することについては、同条の「人」という文言の下で判断すべきであるとした上で<sup>33)</sup>、「人」という文言の「本来の意味 (original meaning)」の考察を行った。そして、「その本来の意味は疑いなくいずれかの性別をその一員として含んで」おり<sup>34)</sup>、その多義性を検討する際に、ローマ法や女性を公職につかせないとする19世紀の判例、女性の投票権を拒否したカナダの州法などを検討した<sup>35)</sup>。しかし同委員会は、「ローマ法や早期の英国の判決が、1867年憲法法の解釈を構築するための安全な基盤とはならない」とし<sup>36)</sup>、それらの歴史は、1867年において用いられた「人」という文言の意味の解釈をする際に有用ではないとした。また、こうした「外来の状況」は、法によって設置された機関の仕事に従事することから女性を排除するという、コモンロー上の解釈推定を構成しないと<sup>37)</sup>。

こうして①の証拠が有用ではないことから、同委員会は②の検討に移行した。そしてその冒頭部分で、1867年憲法法の制定に至った理由に言及しながら、「本委員会は、習慣や伝統に厳格に従ってすることによって、1つのコミュニティにのみ適用されるように、立法上の意味を限定的に解釈しないよう細心の注意を払う必要がある」として、コモンウェルス間の社会的・政治的・経済的コミュニティの違いを強調した<sup>38)</sup>。そしてその上で、「1867年憲法法はその本質的範囲内において、カナダにその成長と拡大が可能なら生ける樹を植えた」<sup>39)</sup>とし、裁判所が行うべき解釈方法は、「制定者の意図」の言明を探ることや、「何が意図されたかを想定するのではなく、何が述べられてきたか」を探ることであると<sup>40)</sup>。

同委員会は、こうした解釈方法を明示したうえで、1867年憲法法のその他の規定を収集して、②の内的証拠の検討を行った。すなわち、1867年憲法法第11条と第133条は男性と女性の両者を含む言葉で用いられているこ

と<sup>41)</sup>、第41条や第84条のように男性に限定する場合には明確にその制限が用いられていること<sup>42)</sup>、第23条が規定する上院の資格はリスト化されているが、その資格者として男性がリストアップされていないこと<sup>43)</sup>を指摘した。そこで、「もし議会在第24条の『人』という文言に男性という制限を加える意図があった場合、そのように限定する表現によって確実にその意図を明確にしていたらろう」と指摘した<sup>44)</sup>。そして、同委員会は結論として、「第24条の『人』という文言は男性と女性の両者を含むものとし、そのため女性はカナダの上院に召集され、その一員となることができる」と述べた<sup>45)</sup>。

## (2) 枢密院司法委員会の判断の意義

以上のように、枢密院司法委員会は1867年憲法法の「人」という多義的な文言の意味の探究を行うために、外的証拠と内的証拠についての検討を行った。そして前者は、同文言の意味の探究のために有用ではなく、後者の検討を通じて得た示唆、つまり、憲法上の他の規定を検討した上で、「人」という文言を男性に限るという明確な「制定者の意図」は存在せず、その文言に女性を含めるべきであるとした。同委員会のこうした判断について、グリーンは次の4つの意義を指摘している。まず同委員会の判断によって、最高裁の判断が覆され、女性の上院に参加する権利が付与されたこと、そして2つ目に、州と連邦議会の主権を並列関係に描き、州の立法権限の優越というバイアスを取り除いたこと、3つ目に同委員会がカナダの内政における自立性を尊重したこと、最後に、1867年憲法法はその条文の意味が「制定者の意図」や司法解釈によって、普遍的に固定される解釈はなされないことが確認されたことである<sup>46)</sup>。

ここで本稿の目的からすると、枢密院司法委員会が「生ける樹」理論に言及した意義はどこに見出されるだろうか。この点で、グリーンへの指摘のうち、特に3つ目の点と最後の点が重要である。同委員会の判断によれば、「裁判官は、その欲望に従うのではなく、狭く専門的な解釈によって



1867年憲法法の規定の意味を縮小することを本委員会の責務としてはならず、むしろ広く自由な解釈を与えることをその責務としなければならない。そのため、州が一定の範囲内でその州を支配するように、自治領は一定の範囲内でその領域を支配することになるだろう」とした<sup>47)</sup>。つまり、イギリスの議会法である1867年憲法法がカナダに「生ける樹」を植えた<sup>48)</sup>のであり、同委員会はカナダの自立性を尊重し、その文脈と一定の範囲内で、広く解釈しなければならないとしたのである。この点に関しては、同委員会が明らかにコモンローの制限的な効果を縮小化しようとしていたとし、「生ける樹」理論はこのことを正当化するために用いられたとする指摘がなされている<sup>49)</sup>。

### (3) 枢密院司法委員会の判断における文言主義

もっとも枢密院司法委員会の判断によれば、こうした「生ける樹」理論への言及を行う前に、1867年憲法法が規定する「人」という文言の「本来の意味」を探究することの必要性が指摘された。この点についてミラーは、同委員会の判断によって、裁判所の役割は文言の「本来の意味」の確定にあることが確認されたが、その方法は「徹底的に文言主義」であり<sup>50)</sup>、その文言の「本来の意味」は制定時に固定されることが確認されたとする<sup>51)</sup>。すなわち、同委員会は「人」という文言の意味論上の意味を確かめることによって、その憲法的意味を解釈したと指摘する。なお、この指摘は、最高裁の判断に対する指摘と類似するものであると考えられる。また、同委員会の判断によれば、女性を上院に召喚できるか否かの判断は、1867年憲法法第24条の文言の意味の探究により行うべきであり、具体的には「人」という文言の「本来の意味」の判断にあたって、外的証拠は有用ではないとされた。しかし一方で、そのような「本来の意味」の判断を行うにあたって、内的証拠の検討がなされたかどうかは定かではない。それは、内的証拠の検討にあたって、同委員会が「本来の意味」の検討を必要とする明示的な説明をしていないためである。ただし、少なくとも

もその内的証拠の検討にあたり、その文言の解釈の方法としては、「生ける樹」理論に基づき、「制定者の意図」の言明ではなく、「何が述べられてきたか」という客観的な意味を探るべきであるとされた。

#### （4）「生ける樹」理論の内実と限界

ここで、枢密院司法委員会においてサンキー卿が述べた「生ける樹」理論は、次のような解釈方法を含むものである。つまり「裁判官は、その欲望に従うのではなく、また狭く専門的な解釈によって同法の規定の意味を縮小することを本委員会の責務としてはならず、むしろ広く自由な解釈を与えることをその責務としなければならない」<sup>52)</sup>ということである。この解釈方法については、さまざまな評価がなされているが、シャープとマクマホンによれば、サンキー卿の述べた「生ける樹」理論は、アメリカ最高裁の元裁判官であったホームズ（Oliver Wendell Holmes Jr.）の見解に酷似しているとする。つまり、憲法は「英国の土壌から移植された有機的に生ける文書であり、その意味は辞書の使用によって判断されない」<sup>53)</sup>が、その起源や成長の軌跡の考慮によって判断されるとするアプローチと、「生ける樹」理論のアプローチは同義であると彼らは評価する<sup>54)</sup>。また彼らは、サンキー卿の憲法解釈におけるアプローチは、「憲法がカナダ社会の変化するニーズに応えるために、時間をかけて適用することが可能な恒久的な文書（timeless document）であるという考え」を示したものであり<sup>55)</sup>、「裁判所は現在、社会状況の変化を根拠として、憲法が制定されたときに明確に禁止されていたことを許容することができる」と評価する<sup>56)</sup>。しかしこれに対してミラーは、こうした理解は誤りであると指摘する。彼によれば、憲法の明確な文言で否定されていることについては、それと異なる解釈を行うことはできないとする<sup>57)</sup>。つまり枢密院司法委員会は、1867年憲法第24条の「人」が「本来の意味」において「男性」であるにもかかわらず、男性と女性を「人」として含むように解釈したわけではなく、憲法が制定されたときに明確に禁止されていたことを許容す

ることまでは認められないとする。

この点に関連して問題となるのは、「生ける樹」理論の限界である。レイドによれば、「生ける樹」の成長の本質的限界は、その樹が植えられた1867年に存在したものであり、つまりその限界は、1867年憲法法の固定された意味の範囲内にあるとする<sup>58)</sup>。同委員会の言及に対する同様の理解は、ミラーにも見られる。彼は、同委員会が1867年憲法法の条文の意味は1867年における「本来の意味」に固定されるとしたことから、その「本質的範囲」とは、おのずと1867年時点における「本来の意味」の範囲内ということになるとする<sup>59)</sup>。こうした議論は、1867年憲法法の文言の意味が、そもそも1867年当時の「本来の意味」に固定されるのかという問題とも関わっている。それは、1867年憲法法の文言の意味を判断するにあたり、その内的証拠の検討について、その文言の意味が「本来の意味」に固定されるかを同委員会が明示していないためである。この点についてミラー、レイド、ブラウンらは、最高裁と同委員会の判断は、いずれも1867年憲法法の文言の意味の検討を行った点について共通点を見出せるが、前者は意図主義 (intentionalism, もしくは本来の意図原意主義 (original intentions originalism)) を採用し、後者は一般的意味原意主義 (original public meaning originalism) を採用したものであると評価する<sup>60)</sup>。なお、この問題については、後でさらに検討する。

### Ⅲ カナダ最高裁における「生ける樹」理論と原意主義

これまで見てきたように、まず枢密院司法委員会において「生ける樹」理論が示された背景には、カナダの自立性の尊重という意義を見出すことができる。また同理論には、「本質的範囲内」での解釈という限界があり、そして憲法条文の意味は「本来の意味」に固定されるという指摘がなされている。「生ける樹」理論は、同委員会による判断以降も、カナダ最高裁において継承されることになるが、こうした意義は、その後どのように受

け止められているのであろうか。特に「生ける樹」理論の限界として、憲法条文の意味は「本来の意味」に固定されるという指摘は、その後の「生ける樹」理論の理解として妥当するものであろうか。以下では、まずその後の「生ける樹」理論の継承を踏まえて、これらの問題を検討する上で重要となる原意主義との関係を中心に検討していく。

## 1. エドワーズ事件以降の「生ける樹」理論の継承

### (1) 枢密院司法委員会における継承

枢密院司法委員会におけるサンキー卿による解釈手法は、その後も同委員会において、特に連邦権限の解釈の場面で用いられた<sup>61)</sup>。たとえば、1931年のラジオ・コミュニケーション規制照会事件<sup>62)</sup>では、ラジオ・コミュニケーション規制は1867年憲法法の制定時には想定されていなかったが、同委員会はカナダ連邦政府による同規制の権限を認めた。また、より詳細に「生ける樹」理論を継承した事例として、刑事事件を同委員会に上訴することを禁じるカナダ連邦議会の権限の有無が問題となった1935年のブリティッシュ石炭株式会社事件<sup>63)</sup>がある。本件でも判決文を執筆したサンキー卿は、カナダ連邦議会による上訴禁止という立法行為が、1867年憲法法に基づく権限の範囲内に含まれるかという問題の検討を行った。そこで彼は、1867年憲法法の解釈に当たって、「構成法または組織法の解釈については、その権限の範囲内で、可能な限り広い最も有効な解釈がなされなければならない」とし、この原則がエドワーズ事件枢密院司法委員会判決において、明示的に用いられたことを指摘した<sup>64)</sup>。そしてそれを根拠に、同議会が同委員会への上訴を禁止する立法権限を有すると判断した。なお、1947年の上訴廃止事件<sup>65)</sup>においても「生ける樹」理論は継承されており、同委員会は1867年憲法法の柔軟な（flexible）解釈を認めた。ただし、1935年のブリティッシュ石炭株式会社事件後にサンキー卿の後を継いだアトキン卿は、「生ける樹」理論の採用には消極的であり、1937年の労働条約事件<sup>66)</sup>において同理論を用いることはなかった<sup>67)</sup>。

## (2) カナダ最高裁における継承

枢密院司法委員会における上訴が廃止されて以降も、カナダ最高裁においては、言語権、連邦主義、憲章上の権利をめぐる事件で、「生ける樹」理論は継承されている<sup>68)</sup>。このうち、1867年憲法法の解釈に関して、エドワーズ事件を参照しながら「広い解釈」や「柔軟な解釈」を継承したものとして、1979年のプライキー事件<sup>69)</sup>と1980年のカナダトラスト会社事件<sup>70)</sup>がある。前者は、1867年憲法法の解釈には「状況の変化に対応した広い解釈」<sup>71)</sup>が必要であるとし、後者は「憲法の条文は柔軟性と弾力性を維持しなければならず、「カナダの憲法には、静的な、凍結した、狭い、技術的なものは存在しない」とした<sup>72)</sup>。また、翌年の1981年の住宅借用法照会事件<sup>73)</sup>で最高裁は、委員会の報告書などのような裁判に「関連する事項は、エドワーズ事件でサンキー卿の表現した、『生ける樹』である憲法の幅広い目的に影響を与えるものである」とし、それらの事項を解釈の補助的要素として採用するべきであるとしている<sup>74)</sup>。

1982年に制定された憲章上の権利に関しては、1984年のスカピンカー事件<sup>75)</sup>において、憲章は柔軟性と予見可能性をもって解釈しなければならず、憲章の文言の解釈が、「もし将来の未知の認識によって変更されないのであれば、法の成長と社会による影響を阻害する」とした<sup>76)</sup>。さらに、1991年の州選挙区に関する照会事件<sup>77)</sup>では、まず憲章解釈の前提として、「カナダ憲法である生ける樹の上に憲章は移植された (engrafted)」とし、憲章は「その本質的範囲内において、カナダにその成長と拡大が可能な生ける樹」として審査されなければならないとした<sup>78)</sup>。また「生ける樹」という憲法理論は、狭く専門的なアプローチは避けなければならないことを示し、「それは憲章によって保障された権利と自由の内容を決定する際に重要かつ排他的ではない役割を演じるもの」であり、「その樹は過去と現在の機関 (institutions) に根差しているが、その将来に向かって成長するものでなければならない」とした<sup>79)</sup>。このように「生ける樹」理論は、「柔軟な解釈」「広い解釈」など、さまざまな解釈を含むものとして継承さ

れてきた。また「生ける樹」の上に憲章は移植されたことから、1867年憲法法だけではなく、憲章についてもそのような解釈が継承されることとされた。

その一方で、本稿の問題意識に大きくかかわる指摘がなされた事例として、1984年のハンター事件<sup>80)</sup>、1985年の自動車法照会事件<sup>81)</sup>、2004年の同性婚照会事件<sup>82)</sup>がある。まず、1984年のハンター事件で最高裁は、憲法解釈は「多くの場合、制定者（framers）が想定していなかった新たな社会的、政治的、歴史的な現実と出会うたびに、成長し発展していくことができないならぬ」とした<sup>83)</sup>。また翌年の1985年の自動車法照会事件で最高裁は、「制定者の意図」を明確に否定した。最高裁は、憲章解釈に付随する危険性は、憲章制定期の議論に縛られることにより、「社会のニーズの変化に対する調整や成長、発展の可能性をほぼ皆無にするとともに、憲章が採用された時点で凍結される」ことにあるとし、「もし憲章が時間をかけて成長、調整する可能性を持つものであるという『生ける樹』が植えられたとするならば、（憲章制定期における）議事録や特別合同委員会の証言などの歴史的な文書によって、その成長が妨げられないことを確実にさせるケアが必要になる」とした<sup>84)</sup>。また、こうした理解は2004年の同性婚照会事件においても見られる。最高裁は、1867年憲法法の解釈につき、「『概念凍結（frozen concepts）』は、カナダの憲法解釈における最も根本的な原則の一つに反する。つまり我々の憲法は、進歩的な解釈（progressive interpretation）の方法によって現代生活の現実を取り入れ、またはその現実に対処する『生ける樹』である」とした<sup>85)</sup>。

こうした「生ける樹」理論の継承事例から明らかになることは、「柔軟な解釈」「広い解釈」などさまざまな解釈方法だけではなく、憲法解釈は「制定者の意図」に拘束されず、また制定当時に保障されていた権利に「凍結」されることなく、「進歩的な解釈」を行うことを最高裁は明示してきたということである。

## 2. カナダにおける原意主義

### (1) カナダにおける原意主義の議論

以上のように、「生ける樹」理論はカナダ最高裁において継承され、またその対象も1867年憲法だけでなく、憲章解釈においてもなされるようになった。ただし前述のように、「生ける樹」理論の限界として、憲法条文の意味は「本来の意味」に固定されるという指摘があり、これがこれまで見てきたエドワーズ事件以降の判例にも妥当するかという問題がある。そこで、この問題を検討するために、まずはカナダにおいて、原意主義がどのように受け止められてきたかを分析する。そしてそうした議論が、「生ける樹」理論とどのような関係にあるのかを検討することで、「生ける樹」理論の限界に迫りたい。

まずドーデックによれば、「カナダの憲法において原意主義は禁句 (dirty word) である」と指摘されている<sup>86)</sup>。つまり、カナダで原意主義は無視又は批判の対象とされ、そしてそれは単に「制定者の意図」や、権利や自由が制定時に凍結されるとする「概念凍結」理論<sup>87)</sup>と同一視されてきたと指摘する<sup>88)</sup>。このことは、前述の最高裁判例の展開を見ても明らかのように、憲法の「制定者の意図」を探ることが否定されているからであり、また同性婚照会事件で「概念凍結」が否定されたためである。またドーデックは、自動車照会事件における「制定者の意図」の否定は、アメリカにおける原意主義の議論と逆行する形で、カナダにおける沈黙をもたらし、その結果として、原意主義と最高裁判例との調和可能性を説明することに失敗する状況、又はその説明を拒絶する状況が生み出されたとする<sup>89)</sup>。もっとも原意主義に関して、何らの議論もなかったわけでは無く、たとえばホッグは、原意主義とは「憲法の文言の『本来の理解 (original understanding)』によって裁判所は拘束される」という概念であり、裁判所は憲法条文の立法的な歴史と「制定者の意図」に重点を置くべきであるとする考え方をいうとする<sup>90)</sup>。このように、カナダにおいて原意主義は、「制定者の意図」や「概念凍結」、さらに「本来の理解」といった意味で理



解され、否定または批判されてきたことがわかる。それでは、それらは具体的にどのようなことになされてきたのであろうか。

## (2) カナダにおける原意主義批判

まず最高裁において原意主義は、前述のように1985年の自動車照会事件や2004年の同性婚照会事件で、「制定者の意図」に拘束されないという意味で否定されている。また、1993年のオンタリオ・ハイドロ事件<sup>91)</sup>で最高裁は、同裁判所が「憲法制定者（framers）の本来の意図に憲法解釈を基礎づけるような、アメリカで普及している判断を一度も採用してこなかった」<sup>92)</sup>としている。

一方、研究者による批判として、たとえばジャウォースキーによれば、カナダにおける原意主義に対する批判には次の3つが考えられるという<sup>93)</sup>。一つ目は「概念凍結」としての理解に対する批判であり、これは2004年の同性婚照会事件においても明確に否定されているとする。2つ目の批判は、原意主義が「死者の拘束（dead hand）」を意味し、そうした「墓場からの規則」に拘束されることに対する批判である。3つ目の批判は、「現代的価値」の実現という観点からの批判であり、カナダの憲法は現代的なカナダ人の価値と連続的に接触する必要があるとする。一方で、元最高裁の裁判官であったビニーは、原意主義はカナダ憲法とは調和しないとす。彼は、原意主義の問題は「制定者の意図」や「本来の理解」を確定することができないことにあり、憲法制定や憲法改正においてはさまざまな主体がそれに参画するが、「制定者の意図」とはそのうち誰の意図であり、どれが重要であるかを特定できないためであるとする<sup>94)</sup>。またホッグによれば、「本来の理解」は正当では無く、それどころか憲法解釈はその規定の歴史的な脈に依拠する必要があるとする<sup>95)</sup>。

以上のように、カナダにおける原意主義の議論状況とその批判を概観して明らかになることは、カナダにおける原意主義の理解は、限られたものを原意主義として認識し、批判しているように思われる<sup>96)</sup>。そのため原



原意主義批判は、憲法の文言が主観的な「制定者の意図」や「概念凍結」「本来の理解」といった点に関する批判に集中している。つまり、エドワーズ事件以降、特に近年における「生ける樹」理論の継承は、憲法の文言が主観的な「制定者の意図」や「概念凍結」「本来の理解」といった意味で理解され、そういった意味での原意主義を批判するものと理解することができる。しかし、こうした「生ける樹」理論に基づく原意主義の批判に対しては、そもそも同理論は原意主義と調和するものであるとの指摘もなされている。

### 3. 「生ける樹」理論と原意主義との調和の可能性

#### (1) 「生ける樹」理論と「制定者の意図」との不和

前述のように、エドワーズ事件における最高裁の意見は、「制定者の意図」を1867年憲法法の文言の意味を判断する際に参照した。しかし、こうした「制定者の意図」を重視する原意主義の立場は、その後の最高裁において本当に否定されてきたのであろうか。この点についてミラーは、「連邦協定」事例、「反対意見と判例変更」事例、そして「根拠のない参照」事例において、「制定者の意図」が参照されてきたと指摘する<sup>97)</sup>。まず「連邦協定」事例とは、歴史的な妥協の産物として規定された憲法規定（少数者言語や宗教教育などの規定）が問題となった事例をいい、それらの事例において「制定者の意図」が参照されてきたとする<sup>98)</sup>。また数件の「反対意見」においては、民主的根拠を提示するなどの理由から「制定者の意図」が、そして極めてまれな「判例変更」の事例においても同様に、それが参照されたとする<sup>99)</sup>。最後に、「根拠のない参照」事例が、最も「制定者の意図」の参照が多い事例であるとされるが、たいていが他の理由によって結論が導かれている場合であり、裁判所の結論を補強するために「制定者の意図」が参照されているとする。この点でビニーは、1867年憲法法の制定に関わったカナダの政治家の意図は、最高裁における憲法事例で驚くべき頻度で参照されていることを認めているが、それらは他の手

段を補うためのレトリックであるとする<sup>100</sup>。

もっともエドワーズ事件以降、特に近年における「生ける樹」理論を継承した判例は、前述のように主観的な「制定者の意図」や「概念凍結」「本来の理解」を否定していたのであり、「生ける樹」理論とその意味での原意主義は調和しえないように思われる。つまりミラーが指摘するように、最高裁が「制定者の意図」を参照する事例があったとしても、それと「生ける樹」理論が調和するかという論点は別であり、少なくとも前述のように「生ける樹」理論を継承した判例において、「制定者の意図」が明確に否定されていることから、その限りで両者は調和しえないと考えられる。しかし一方で、こうした「制定者の意図」ではなく、前述のように制定時の「本来の意味」を探るために客観的な意図を参照するような解釈は、「生ける樹」理論とどのような関係にあるのであろうか。

## (2) 「生ける樹」理論と「本来の意味」との調和

憲法解釈におけるアドホックな解釈の危険性を主張するミラーによれば、エドワーズ事件において枢密院司法委員会は、1867年当時の「人」という文言の意味の確認に従事し、1867年憲法制定時にその文言の意味を固定していたと指摘する<sup>101</sup>。もっとも同委員会は、意味論上の意味は時代によって変遷するとし、1867年以前に数百年かけて存在していた制定法解釈によって「人」という文言の解釈をすることを明示的に否定し（外的証拠の否定）、さらに17、8世紀において「人」という文言は「男性」を意味するものであったことを許容するが、裁判所の仕事は1867年当時における「人」という文言の意味を決めることであるとした。ここでミラーは、さまざまな考慮要素を判断し、「制定者の意図」を探ることは否定しつつも、結局のところ、同委員会が判断の対象としたのは、1867年当時の「人」という文言の意味を明らかにすることであったと指摘する。

また、ミラーによれば、同委員会は広く自由な解釈を容認しつつも、その判断において、1867年から「人」という文言の意味論上の意味の変化が

あったことを示しておらず、またその変化を信じることを示唆するような理由を提示しなかったことを指摘する。つまり、1867年から1929年にかけて、「人」という文言の意味が変化した示唆がないため、言語的な慣習の変化が解釈に影響を与えていることを、同委員会は許容していないとするのである。そして以上のことから彼は、「文言の固定された意味は、制定者の意図によってではなく、むしろ原意の一般的理解 (original public meaning) によって決定される」<sup>102)</sup> ということを示しているとする。そしてこうした手法は、アメリカ最高裁のスカリア裁判官の主張する新原意主義の手法と同義であるとする<sup>103)</sup>。

ここで、スカリア裁判官の手法とはどのようなものであろうか。すでに多くの紹介がなされているところではあるが<sup>104)</sup>、彼はその内容について次のように述べている。つまり、原意主義の「基本的な内容は、次の2つのような内容である。まず(1)文言 (text) に準拠し、そして(2)その文言が採用された時に与えられた意味 (meaning) を文言に与えること」<sup>105)</sup> であるとする。また、その「本来の意味」を探るためには、条文が「公正な意味を持つように合理的に解釈されなければなら」ず、また制定者の主観的な意図ではなく、「客観的意図」を参照することでその意味を明らかにするという解釈方法である<sup>106)</sup>。ミラーによれば、こうしたスカリアの手法が、エドワーズ事件の枢密院司法委員会判決において用いられていたとするのである。つまり同委員会は、条文の意味を探るために、エドワーズ事件における最高裁の判断のように、主観的な「制定者の意図」を参照するのではなく、憲法のその他の規定の内容から、その「客観的意図」を参照したとするのである。

それでは、こうしたエドワーズ事件における同委員会の判断に対する理解は、その後の判例ではどのように理解することが可能なのであろうか。また、近年まで継承されている「生ける樹」理論について、ミラーの提示するような新原意主義的な理解を行うことは可能なのであろうか。

この点でホッグは、ビッグエム薬事会社事件最高裁判決<sup>107)</sup>を引用しな

がら、「憲法の文言は……『適切な言語的、哲学的、そして歴史的文脈に位置づけ』られなければならない」とし、さらにブレイズ事件<sup>108)</sup>を引用しながら、憲法条文の解釈は「その規定の歴史的文脈に固定（anchored）されなければならない」とする<sup>109)</sup>。またピニーは、原意主義は、「たとえばビッグエム薬事会社事件最高裁判決のような憲章事例において、よく強調される『文脈的解釈』と一致する」とし、その意味で「原意主義者」と「進化論者（evolutionists）」は同様のことを言っているとする<sup>110)</sup>。彼らの主張をまとめると、エドワーズ事件における枢密院司法委員会の判断で示された「生ける樹」理論は、新原意主義と類似した（もしくは同様の）ものであり、またその後の継承によってその内容は、憲法条文の「本来の意味」を判断するために、制定時の「適切な言語的、哲学的、そして歴史的文脈」を考慮することを含むものとされたということになる<sup>111)</sup>。こうした指摘を踏まえるならば、エドワーズ事件後のカナダ最高裁において用いられる「生ける樹」理論は、少なくともまずは「制定者の意図」の探求を否定するものとして理解できるであろう。ただし、同理論の限界として示された「本質的範囲内」における憲法解釈とは、憲法条文のその制定時に固定された「本来の意味」を客観的意図により判断することにあり、その意図には歴史的文脈などが含まれるということになるであろう。

#### IV おわりに

以上のように、本稿ではエドワーズ事件における最高裁の意見と枢密院司法委員会の判断に焦点を当て、前者を主観的な「制定者の意図」を参照した事例として、後者を憲法制定時の「本来の意味」を探るために「客観的意図」を参照した事例として理解しうることを、そして1867年憲法法の固定された「本来の意味」を客観的意図により判断することが、「生ける樹」理論の成長の本質的限界として理解しうることを指摘した。そもそもカナダにおいて原意主義は、アメリカとは対照的に無視又は批判の対象とさ

れ、その意義については明確な定義づけがなされなかったものの、少なくとも最高裁は、「制定者の意図」によって憲法の条文の意味を探る点については明確に否定をしており、学説もそうした点を明らかにしてきた。ただし、「生ける樹」理論は原意主義との関係において、憲法条文の「本来の意味」を判断するために、制定時における「適切な言語的、哲学的、そして歴史的な文脈」を考慮することを含むものとして発展し、そうした理解は新原意主義と調和する可能性がある指摘されている。そのため、エドワーズ事件以降の変遷により、「生ける樹」の成長の本質的限界は、制定時における憲法の文言の「本来の意味」にあり、その意味は「適切な言語的、哲学的、そして歴史的な文脈」によって判断されるということになったと考えられる。ただし、ミラーやビニーが指摘するように、憲章解釈において最高裁は、「制定者の意図」を参照する場面があることや、一方でそうした場面で具体的な拘束がなされているかという点などについて、本稿では検討を行ってこなかった。そのため、実際に近年の最高裁が新原意主義を採用している可能性については、具体的な判例の分析を通して、さらにその検討を行う必要がある。

また他方で、そもそも「生ける樹」理論自体の正当性の問題がある。たとえば、モートンとノップフによれば、憲法上の権利を「生ける樹」として見た場合、司法審査の正統性は損なわれるとする。つまり、司法は議会主権への敬讓が必要であり、「生ける樹」理論に基づく進歩的解釈により、文言の意味の拡充や権利の創設を行うこと、そして司法に最終的な決定権を付与することは、民主主義へのコミットメントを弱めることになると指摘する<sup>112)</sup>。同様の批判は、ハスクロフトにも見られるが、こうした批判は本稿において検討した原意主義とも大きくかわり、憲章が解釈によって成長し、発展するとしても、その「司法解釈を通じた成長や発展による拡大の正当性」<sup>113)</sup> それ自体を検討する必要もあるであろう。

1) *Edwards v. Canada (AG)*, [1930] A.C. 124. なお本件は、別名「Persons Case」とも呼ば

れるが、以下、同事件には最高裁の意見もあり、それと区別するために、枢密院司法委員会の判決については「*Persons Case*」として引用する。

- 2) “Living Tree”には, “Metaphor” “Theory” “Doctrine” “Concept”などの用語が論文、判決などにおいて付されているが、それらには統一がみられないため、本稿では「理論」と付した。なお、同じ語を付したものとして、松井茂記『カナダの憲法——多文化主義の国のかたち』（2012年、岩波書店）42頁。
- 3) *Constitution Act, 1867* 30 & 31 Victoria, c. 3 (U.K.). 1867年憲法は1982年憲法（*The Constitution Act, 1982, Schedule B to the Canada Act 1982* (UK), 1982, c 11.）の制定により、1867年英領北アメリカ法（*The British North America Act, 1867*, Victoria, c.3.）を改称したものである。本稿では用語の統一のため、1982年以前の実際の判決等では「1867年英領北アメリカ法」とされているが、「1867年憲法」と表記する。
- 4) *Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part 1 of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act 1982* (UK), 1982, c 11. なお、本稿で「憲法解釈」という場合、特に説明のない限り、「憲章」と「1867年憲法」の両者の「解釈」を意味する。
- 5) 「生ける樹」理論の具体的内容とその展開については、拙稿「カナダ憲法解釈における『生ける樹』理論——その判例上の起源と展開——」法学研究87巻2号（2014年）475-504頁を参照。
- 6) 拙稿「国内裁判所における外国法・外国判例の参照とその意義——カナダ最高裁判所における実践を参考に——」国際人権26号（2015年）78-83頁を参照。
- 7) 葉師寺公夫「日本における人権条約の解釈適用」ジュリスト1387号（2009年）57頁。
- 8) 葉師寺公夫「国際人権法から見た憲法規範の『限界』と可能性」法律時報84巻5号（2012年）24頁。
- 9) 葉師寺・前掲注（7）、54-55頁。同「国際人権法の現代的意義——「世界法」としての人権法の可能性？——」世界法年報29号（2010年）35-38頁。もっとも、こうしたカナダ最高裁による参照は、「国家の同意を超えて人権規範が国家に適用される可能性」をめぐる議論においては、有意義な実践であるように思われる。同38-40頁。
- 10) F.L. Morton & Rainer Knopff, *Charter Revolution and the Court Party* (Toronto: Broadview Press, 2000) at 58.
- 11) Christopher P. Manfredi, *Judicial Power and the Charter* (Toronto: McClelland & Stewart, 1993) at 60, 147.
- 12) アメリカにおける原意主義をめぐる議論については多くの論考があるが、大林啓吾「時をかける憲法——憲法解釈論から憲法構築論の地平へ——」帝京法学28巻1号（2012年）91頁、団上智也「原意主義における憲法解釈と憲法構築の区別の意義」憲法論叢19号（2012年）31頁、浅野博宣「ジャック・バルキンの原意主義」辻村みよ子・長谷部恭男編『憲法理論の再創造』229頁（日本評論社、2011年）、大河内美紀『憲法解釈方法論の再構成——合衆国における原意主義論争を素材として』（日本評論社、2010年）、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』（日本評論社、2001年）などを参照。
- 13) Bradley W. Miller, “Origin Myth: The Persons Case, the Living Tree, and the New Originalism” G. Huscroft, B. Miller eds. *The Challenge of Originalism* (Cambridge:

Cambridge University Press, 2011), online: SSRN <<http://ssrn.com/abstract=1935018>> at 17-18 [*The Persons Case*]. なお本稿で使用したウェブサイトの最終閲覧日は、すべて2015年1月28日である。

- 14) Bradley W. Miller, “Beguiled By Metaphors: The “Living Tree” and Originalist Constitutional Interpretation in Canada”, (2009) 22 Can. J.L. & Juris. 331, online: SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1272042>> [*“Living Tree”*].
- 15) 1867年憲法第24条は、次のように規定する。「総督は、随時、カナダの国璽を押印した文書により、資格ある人を上院に召喚する。この法律の規定に従い、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。」なお、本稿におけるカナダ憲法の条文につき、初宿正典・辻村みよ子編『新解説世界憲法集 第3版』（三省堂、2014年）を参照した。
- 16) なお、事件の詳細については、拙稿・前掲注(6)、477-478頁を参照。またその他には、次のものなどを参照。Miller, *The Persons Case*, supra note 13, Scott Reid, *The Persons case eight decades later: Reappraising Canada’s most misunderstood court ruling* (2013), online: SSRN <<http://ssrn.com/abstract=2209846>>, Robert J. Sharpe & Patricia I. McMahon, *The Persons Case: The Origins and Legacy of the Fight For Legal Personhood* (Toronto: University of Toronto Press, 2007) at 74-103.
- 17) *Edwards v. Canada (AG)*, [1928] S.C.R. 276 at 288 [*Edwards*].
- 18) *Ibid.* at 285.
- 19) *Ibid.* at 284-5.
- 20) *Ibid.*
- 21) *Ibid.* at 281-82.
- 22) *Ibid.* at 282.
- 23) *Stradling v. Morgan*, (1560) 1 Plowd. 203.
- 24) *Edwards*, supra note 17 at 282.
- 25) *Ibid.* at 282.
- 26) *Ibid.*
- 27) Miller, *The Persons Case*, supra note 13 at 9.
- 28) こうした意味での原意主義については、前掲注(12)のほか、金澤孝「アメリカ憲法理論の近年の動向——グランド・セオリーの退場——」比較法学46巻3号(2013年)165-171頁なども参照。
- 29) Miller, *The Persons Case*, supra note 13 at 6.
- 30) “Privy Council Is Puzzled Whether Women ‘Persons’” *Toronto Daily Star* (25 July 1929), quoted in Sharpe & McMahon, supra note 16 at 175.
- 31) *Ibid.* at 175-176.
- 32) *Persons Case*, supra note 1 at 127.
- 33) *Ibid.* at 133-34
- 34) *Ibid.* at 134.
- 35) *Ibid.* at 128-33.

- 36) *Ibid.* at 135.
- 37) *Ibid.*
- 38) *Ibid.*
- 39) *Ibid.* at 136.
- 40) *Ibid.* at 137.
- 41) *Ibid.* at 140-41.
- 42) *Ibid.* at 141.
- 43) *Ibid.* at 141-2.
- 44) *Ibid.* at 141.
- 45) *Ibid.* at 143.
- 46) Jamal Greene, "On the Origins of Originalism, forthcoming" (2009) 88 Tex. L. Rev. online : SSRN <<http://ssrn.com/abstract=1357541>> at 18-19 [*Greene*].
- 47) *Persons Case*, *supra* note 1 at 136.
- 48) なお、1867年憲法が植えたものはカナダ憲法（成文、不文、条約など）であって、その中には、「慣習や伝統」も含まれるとされた。*Ibid.*
- 49) Miller, *The Persons Case*, *supra* note 16 at 14.
- 50) *Ibid.* at 11.
- 51) *Ibid.* at 22.
- 52) *Persons Case*, *supra* note 1 at 136.
- 53) *Gompers v. United States*, (1914) 233 U.S. 604 at 610.
- 54) Sharpe & McMahon, *supra* note 16 at 56.
- 55) *Ibid.* at 202.
- 56) *Ibid.*
- 57) Miller, *The Persons Case*, *supra* note 13 at 20-21.
- 58) Reid, *supra* note 16 at 4.
- 59) Miller, *The Persons Case*, *supra* note 13 at 12.
- 60) Miller, *ibid.*, Reid, *supra* note 16, David M. Brown, "Tradition and Change in Constitutional Interpretation: Do Living Trees have Roots?" (2005) 19 National J. Con. Law 33.
- 61) Vicki C. Jackson, "Constitutions as "Living Trees"? Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors" (2006) 75 Fordham L. Rev. 921 at 946-947.
- 62) *Reference re Jurisdiction of Parliament to Regulate & Control Radio Comm'n*, [1932] A.C. 304.
- 63) *British Coal Corporation v. the King*, [1935] A.C. 500.
- 64) *Ibid.*, at 518.
- 65) *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127.
- 66) *Canada (AG) v. Ontario (AG)*, [1937] A.C. 326.
- 67) *Greene*, *supra* note 46 at 19-20.
- 68) *Jackson*, *supra* note 61 at 947.



- 69) *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016 [Blaikie].
- 70) *Attorney General of British Columbia v. Canada Trust Co. et al.*, [1980] 2 S.C.R. 466 [Canada Trust].
- 71) *Blaikie*, *supra* note 69 at 1029.
- 72) *Canada Trust*, *supra* note 70 at 478.
- 73) *Reference re Residential Tenancies act*, [1981] 1 S.C.R. 714.
- 74) *Ibid.* at 723-724.
- 75) *Law Soc'y of Upper Can. v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357.
- 76) *Ibid.* at para 11.
- 77) *Reference Re Provincial Electoral Boundaries (Sask)*, [1991] 2 S.C.R. 158.
- 78) *Ibid.* at 180.
- 79) *Ibid.*
- 80) *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145.
- 81) *Reference Re BC Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486 [Motor Vehicle].
- 82) *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698 [Same-Sex Marriage].
- 83) *Hunter*, *supra* note 80 at 155.
- 84) *Motor Vehicle*, *supra* note 81 at para. 53.
- 85) *Same-Sex Marriage*, *supra* note 82 at paras. 21-22.
- 86) Adam M. Dodek, "The Dutiful Conscript: An Originalist View of Justice Wilson's Conception of Charter Rights and Their Limits" (2008) 41 Sup. Ct. L. Rev. (2d) 331 at 333.
- 87) この理論は、1960年に連邦議会で制定された権利章典 (*Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44) によって保障される権利は、その制定以前から存在する法律とは矛盾せず、1960年に保障されていた権利のみが保障されるとするものである。そのため、権利章典制定時に成立していた法律は権利章典には違反しないということになる。詳細については、野上修市「1982年「カナダ人権憲章」とカナダ最高裁判所——カナダ憲法審査制の一考察として——」法律論叢58巻4・5号(1986年)287頁を参照。
- 88) Dodek, *supra* note 86 at 334.
- 89) *Ibid.* at 335-336. なおドーデックは、ジャック・レイコブ (Jack N. Rakove, *Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of the Constitution* (New York: Vintage Books, 1997)) を引用しながら、「原意 (original meaning)」と「本来の意図 (original intent)」と「本来の理解 (original understanding)」の違いを次のように説明している。つまり、「原意」は憲法の多くの規定の字義通りの表現 (文言) を埋め合わせる試みに言及すること、「本来の意図」は問題となる憲法上の文言の意味について、その文言を制定した者、すなわち制定者の意図に言及すること、「本来の理解」は、本来の読み手 (憲法の制定において何らかの方法で参加した市民や議員など) によって形成される憲法の印象や解釈のことをいうとされる。 *Ibid.* at 337.
- 90) Peter W Hogg, *Constitutional Law of Canada*, student ed. (Toronto: Carswell, 2011) c 15.9 (f) at 49.
- 91) *Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1993] 3 S.C.R. 327 [Ontario Hydro].

- 92) *Ibid.* at 409.
- 93) Peter Martin Jaworski, “Originalism All the Way Down: Or the Explosion of Progressivism” (2013) 26 Can. J.L. & Juris. 313 at para 34-47.
- 94) Ian Binnie, “Constitutional Interpretation and Original Intent” (2004) Sup. Ct. L.Rev. (2d) 345 at 348. ビニーは、本論文において、アメリカとの原意主義理解の違いを前提としながら、カナダではアメリカにおけるほど、原意主義は説得的ではなかったと分析する。at 381.
- 95) Hogg, *supra* note 90 c 15.9 (f) at 50.
- 96) ミラーは、裁判所や研究者による原意主義の理解は不十分で、それを疑う必要があるとまで指摘している。Miller, “*Living Tree*”, *supra* note 14 at 5, 36.
- 97) *Ibid.* at 23-29.
- 98) *Ibid.* at 23-25, citing *A. G. (Que.) v. Quebec Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66 at 79, *Société des Acadiens v. Association of Parents*, [1986] 1 S.C.R. 549 at 578.
- 99) Miller, *ibid.* at 25-27. ミラーによれば「反対意見」については、次の事例を挙げる。*Ontario Hydro, supra* note 91 at 409. (Iacobucci J. (dissent)), *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236 at 287, *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, para. 5 (Iacobucci J. (dissent)). また判例変更の事例については、次の事例を挙げる。*Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, [2007] 2 S.C.R. 391.
- 100) *Binnie, supra* note 94 at 375.
- 101) 以下、この仮説については、Miller, *The Persons Case, supra* note 13 at 12-13.
- 102) *Ibid.* at 22.
- 103) *Ibid.* at 17-18, 29-30.
- 104) スカリア裁判官の法解釈や新原意主義についての論者は多岐にわたるが、大林・前掲注(12)、105頁以下、団上智也「A. スカリアの原意主義における理論と実践——ヘラー判決を素材として——」憲法論叢18号(2011年)55頁、大林啓吾・横大道聡「連邦最高裁裁判官と法解釈——スカリア判事とブライヤー判事の法解釈観——」帝京法学25巻2号(2008年)160頁以下、松井茂記「アントニン・スカリア裁判官の司法哲学・憲法理論」アメリカ法1992-2号(1994年)263頁などを参照。
- 105) Antonin Scalia, “Romancing the Constitution: Interpretation as Invention” (2004) 23 S.C. L.R. (2d) 337 at 337. なおビニーは、スカリアの多数派による正当化に対して、次のような批判を行っている。「カナダの憲章は少数者の権利を規定しているが、多数者の手から少数者の権利を保護することを憲章制定者 (framers) は意図していたのであり、もし制定者が少数者の権利を議会の多数派に手渡そうとしていたなら、彼らがそれを制定した理由がない」とする。Binnie, *supra* note 94 at 377.
- 106) 大林・前掲注(12)、105頁。
- 107) *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295 at 344. 本判決では、「重要なことは問題に関する権利や自由の実際の目的に過度な期待をすることでは無く、憲章が真空の中から制定されたものではないということ想起させることであり、そのため、この裁判所がスカピナー事件最高裁判決で示したように、適切な言語的、哲学的、そして歴史的な文脈に位

「置づけられなければならない」とされた (傍点, 筆者)。

- 108) *R. v. Blais*, [2003] 2 S.C.R. 236.
- 109) Hogg, *supra* note 90 c 15.9 (f) at 50.
- 110) Binnie, *supra* note 94 at 346.
- 111) たとえば, 前述した1981年の住宅借用法照会事件判決はこうした理解に近いように思われる。
- 112) F.L. Morton & Rainer Knopff, *supra* note 10 at 149-166.
- 113) Grant Huscroft, "A Constitutional "Work in Progress"? The Charter and the Limits of Progressive Interpretation" (2004) 23 Sup. Ct. L.Rev. (2d) 413 at 417.