慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	カナダ憲法解釈における「生ける樹」理論の意義 : その判例上の起源と展開
Sub Title	Significance of the theory of "living tree" in Canadian constitutional interpretation: its origin and expansion of the case law
Author	手塚, 崇聡(Tezuka, Takatoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2014
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.87, No.2 (2014. 2) ,p.475- 504
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	小林節教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20140228-0475

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

カナダ憲法解釈における「生ける樹」理論の意義

――その判例上の起源と展開――

手塚崇聡

Ⅰ　はじめに
Ⅱ　「生ける樹」理論の起源とその位置づけ
1.　「生ける樹」理論の起源――エドワーズ事件――
2.　「生ける樹」理論の意義とその位置づけ
Ⅲ　「生ける樹」理論のその後の展開
1.　一九八四年ハンター事件最高裁判決
2.　二〇〇四年同性婚に関する照会事件
Ⅳ　カナダ憲法解釈における「生ける樹」理論の意義とその影響
1.　カナダにおける「生ける樹」理論の意義
2.　目的的解釈と進歩的解釈の意義
3.　「生ける樹」理論に基づく進歩的解釈と「概念凍結」
Ⅴ　おわりに

Ⅰ　はじめに

憲法解釈をめぐる議論は、アメリカ合衆国における「原意主義（originalism）」に関する論争、そして「新原意主義」と呼ばれる議論やその展開を通じて、憲法解釈方法論にとどまらない議論が展開されている。また、憲法の動静をめぐる憲法観の対立、憲法解釈と憲法構築それぞれの意義やその区別などの議論もなされている[1]。このようなアメリカ合衆国における議論、すなわち原意主義をめぐる議論については、野坂泰司による研究[2]を筆頭として、日本においても多くの関心が集められてきた[3]。そしてそれらはまた、日本における憲法解釈論にも多大な影響を与えてきた。

こうした憲法解釈の方法をめぐる議論は、アメリカ合衆国の隣国カナダの憲法解釈においても存在する。カナダでは一八六七年憲法法[4]の解釈において、「生ける樹」（living tree）理論[5]と呼ばれる議論を展開しながら、さまざまな憲法解釈が行われてきた。この理論は、カナダにおける過去、現在、未来の文脈をカナダ憲法解釈の中に読み込むことを求めるものであり、カナダの憲法観を形作ってきたものである。ただし、後述するように、それは必ずしもカナダの憲法解釈が憲法制定者の意図や、制定時の意味などに拘束されるという意味ではない。カナダは隣国アメリカ合衆国の影響を受けながらも、独自の憲法観、独自の憲法解釈論を形成しているように思われる。なお、カナダは一九八二年に憲法が改正されたことにより、「権利および自由に関するカナダ憲章」（以下、「憲章」）が導入され、人権保障規定や最高法規規定等が盛り込まれることになったが[6]、この理論は憲法改正によって中断することなく、一八六七年から継続して裁判所の解釈において用いられている。

本稿では、こうしたカナダ憲法解釈における「生ける樹」理論を明確にするとともに、その憲法上の意義を検討する。まずは「生ける樹」理論の起源とその後の展開を検討することにより、同理論の判例上の意義を明らか

にし、その上で、同理論の具体的な意義と内容を明らかにし、その問題点について検討を行う。

Ⅱ 「生ける樹」理論の起源とその位置づけ

「生ける樹」理論がカナダ憲法解釈において初めて登場したのは、エドワーズ（Edwards）事件[7]である。まずはこの事件を検討することにより、「生ける樹」理論が生まれた経緯とその意義を明確にしたい。

1．「生ける樹」理論の起源――エドワーズ事件――

(1) エドワーズ事件の経緯と概要

エドワーズ事件の事実関係は次のとおりである[8]。カナダ人女性の権利擁護運動家であったエミリー・マーフィ（Emily Murphy）は、一九一九年から女性も上院議員に任命されるべきであるとし、彼女自身もその地位に就くことを主張していた。これに対して三人の歴代首相は、彼女を上院議員に任命することを拒否し、いずれの首相も女性を上院議員として任命するためには、憲法改正が必要であると考えていた。それは一八六七年憲法法が、上院議員または公職者として、女性が適格であるということを明示的に規定していなかったためである。当時の司法省は、女性が公職に投票する、またはその地位を得るには不適格であるとするような、コモン・ロー上のルールを覆す明示的な意図は存在していないと判断しており、加えてカナダとイギリスの裁判所は、そのようなコモン・ロー上のルールを支持していた。これらを覆すためには、明示的な立法が必要であったが、当時そのような連邦法は存在していなかった[9]。また一八六七年憲法法は、その第二四条[10]において、総督が上院議員の「有資格者（qualified persons）」を召致すると規定しているが、当時の司法省の見解によれば、上院議員として女性を

任命することを可能にするようなまたはそのことを制限する先例を覆すような憲法起草者の明確な意図はないとされていた。

一九二七年、マーフィは最終的にこの問題についての政治的解決はないという見込みから、他の四名の女性（エドワーズ（Henrietta Muir Edwards）、マックラング（Nellie McClung）、マクキニー（Louise McKinney）、パルビィ（Irene Palby））とともに[11]、一八六七年憲法法第二四条の「人（persons）」という語の中に、女性を含むかどうかという問題について、カナダ連邦政府がカナダ最高裁判所（以下、「最高裁」）に対して照会権限[12]を行使するよう申し立てた[13]。これに対して同年一〇月一九日、総督はこの問題と政府の立場についての検討を行うよう、最高裁に対して枢密院勅令（Order in Council）を発した。

(2) カナダ最高裁の意見

本意見を執筆したのは当時の最高裁長官アングリン（Angiin）である。彼はまず本件の問題について、一八六七年憲法法第二四条に基づき、女性が総督によって上院に召致される「人（persons）」としての資格を有するかどうかという点にあることを指摘した。そして、この問題を考える際に重要な点は、女性議員が望ましいか否かという議論や政治的な議論を考慮するのではなく、最大限の能力を発揮して一八六七年憲法法自体の解釈を行うべきであるとした[14]。ただしその際、一八六七年憲法法が制定された当時に要求されたものと同様の構造（construction）を、現在の裁判所も同法の諸規定に与えることになるとし、「もし現在ここで第二四条の『人』という語に女性を含めるのならば、同条は一八六七年から女性を含めていたことになる」とした[15]。すなわち、一八六七年憲法法が制定された当時に確立した「人」の保障範囲を超えた、またはそれと一致しない対象は、「人」とはならないとした。このように憲法起草時の意図に従う解釈を行う根拠として、彼は次のように説明している。

つまり、「法に詳しい賢人（Sages）は、これまで、見た目の文字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（intent）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」[16]とした。すなわち、「我々は議会法の語句だけではなく、……法が制定される原因と必要性、そのそれぞれの比較、そして外国の状況から収集した、議会の意図を解釈しなければならない」[17]とした。

このような解釈方法を示した上で彼は、まず「人」という文言が多義的であり、このような多義性を考慮すると、一八六七年憲法法第二四条により、女性を上院議員に任命することが可能であることを起草者が意図していたか否かが問題となるが、起草者はそのような解釈を意図していないとした[18]。そしてその根拠となる事実として、一八六七年からカナダ政府は女性を上院議員として任命してこなかったことを挙げ、このことは女性が対象外であることを信じるに足りる十分な証拠であるとした[19]。そして以上のことからアングリン長官は、一八六七年憲法法第二四条の「人」には女性を含めないと結論づけた。

(3) 枢密院司法委員会判決

カナダ最高裁による意見後、五名の女性は当時の終審裁判所[20]であった枢密院司法委員会（Judicial Committee of the Privy Council）に上訴した。この判決[21]を執筆したのはサンキー卿（Lord Sankey）である。彼はまず本件の争点を、「人」の中に女性は含まれるかという点と、その結果として上院議員として召致されるにふさわしい資格を有するかという点に整理した[22]。そしてこの問題を検討する際には、二つの点を考慮すること、すなわち女性を「人」とみなさないとするような、当該事件以前の法律や既存の判決のように外的な事情に由来する根拠と、当該法律に内在する根拠を別々に検討することが可能であるとした[23]。まず外的根拠としては、一九世紀には女性を

公職に就かせないとするコモン・ロー上のルールを維持する判例が、一八世紀には女性の選挙権を否定する州法が存在していたことが挙げられるが[24]、「人」という語の多義的意義を明確化するために、これらの異なる状況、世紀、国に適用されている外的（歴史的）事情を考慮することは有用とは言えず、またそれらの事情は、公職から女性を除外するというコモン・ロー上の推定を構成しないとした[25]。そして次に、法（一八六七年憲法法）に内在する根拠についての考察（すなわち、女性を「人」とみなさないとするような、法に内在する根拠があったかどうかという点に関する考察）を行ったが、まずはその前提として一八六七年憲法法を取り巻く状況について、枢密院司法委員会は別の習慣や伝統をもつカナダの法律を解釈する際には、細心の注意を払う必要があり、一八六四年シャーロット会議から一八六七年憲法法制定に至る政治的過程を踏まえながら、次のように述べた。

> 一八六七年憲法法はその本質的範囲内（within its natural limits）において、カナダにその成長と拡大が可能な生ける樹を植えた。同法の目的はカナダに憲法を付与することであった。……（原典改行）裁判官は……狭く専門的な解釈（narrow and technical construction）によって同法の規定の意味を縮小（cut down）することを本委員会の責務としてはならず、むしろ……広くリベラルな解釈（large and liberal interpretation）を与えることをその責務としなければならない[26]。

そして、このことから枢密院司法委員会は、「人」という文言の多義性を探るためには、「どのように意図されてきたかということではなく、どのように記述されてきたかということ」を探るべきであるとした[27]。そしてこのことを前提としつつ、一八六七年憲法法の他の規定から集めた証拠を根拠としながら[28]、「もし第二四条が男性に限定することを意図していた場合、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だろう」とした[29]。そしてそのことから、一八六七年憲法法第二四条の「人」という用語には両性が含まれるとし[30]、その結

果として、女性は上院議員として召致されるにふさわしい資格を有すると結論づけた。[31]

2.「生ける樹」理論の意義とその位置づけ

このようにエドワーズ事件では、一八六七年憲法法第二四条の「人」という用語の意義について、カナダ最高裁はそこに女性を含まないとする結論を、枢密院司法委員会は「生ける樹」理論を用いて女性を含むとする結論を導いた。この結論を分けた両者の違いは「どのように一八六七年憲法法第二四条の『人』という語句の意義を決めるか」という点にあった。[32] ここでカナダ最高裁は、「法が制定される原因と必要性、そのそれぞれの比較、そして外国の状況から収集した、議会の意図を解釈しなければならない」[33]として、これまで女性を上院議員に任命してこなかったことを根拠に、一八六七年憲法法の起草者は、上院議員に女性を含めるとするような意図はなかったとした。カナダ最高裁の手法は、まさに一八六七年憲法法第二四条の「人」という語句の意義は、「起草者の意図」によって決められるとするものであったといえる。これに対して枢密院司法委員会は、「生ける樹」に言及しながら、「人」という文言の多義性を探るために、起草者の意図に依拠するべきではなく、「どのように記述されてきたかということ」を探るべきであるとした。[34] すなわち同委員会は、一八六七年憲法法第二四条の「人」という語句の意義は、「文言のそのままの意義」によって決められるとした。[35]

ここで、枢密院司法委員会でサンキー卿が唱えた「生ける樹」理論の意義は、次のように整理することができる。[36] すなわち、ⓐ一八六七年憲法法が、カナダにその成長と拡大が可能な「生ける樹」を植えたこと、そしてこのことに基づいて、ⓑ裁判官は憲法の文言について、狭く専門的な解釈を行うのではなく、広くリベラルな解釈を行うべきであること、ただしそのような解釈を行うことができるのは、ⓒ多義的な憲法条文を解釈する場合であり、またその憲法条文のⓓ「本質的範囲内」に限られること、である。まずⓐについては、一八六七年憲法法

そのものが「生ける樹」なのではなく、一八六七年憲法法が「生ける樹」を植えたのであり、一八六七憲法法が植えたのは、カナダの憲法である。[37] 枢密院司法委員会によれば、ここでいう憲法には、憲法典としての一八六七年憲法法だけではなく、カナダ憲法を構成する慣習や協定も含まれるとされている。[38] まさにカナダ憲法の根底にある憲法観を、カナダに根を生やした「生ける樹」と表現したことになる。またⓑについては、より技術的な解釈方法であるが、実際にサンキー卿が行った解釈は、一八六七年憲法法の他の条文にみられる「人」という文言の客観的な意味から、二四条の「人」の意義を特定したことである。このことからサンキー卿の行った「広くリベラルな解釈」とは、条文に依拠し、その意味を客観的に解釈することであると考えられる。さらにⓒとⓓについては、「生ける樹」理論に基づく「広くリベラルな解釈」に対する限界を示している。つまり、条文の意義を広く解釈することが可能となるのは、「多義的な憲法条文を解釈する場合」であり、条文が厳格に意義を提示している場合には（そもそも解釈上の問題とはならない可能性もあるが）不可能となる。また「広くリベラルな解釈」を行うためには、問題となる事項が一八六七年憲法法の条文の「本質的範囲内」にある場合でなければならず、もしそうではない場合は、このような解釈を行うことはできないということになる。[39]

以上のように「生ける樹」理論は四つの意義に整理することができるが、後述するようにこの「生ける樹」理論は、その後の判決においても好意的に受け止められている。ただしカナダは、一九八二年に憲法改正を行っており、自主改正権や人権規定などを導入した。そのため、サンキー卿が用いた「生ける樹」理論が一九八二年の憲法改正後も、一八六七年憲法法の解釈と同様に用いられたのかという点、またその場合、カナダにおける憲法観も継承されたのかという点が問題となる。そこで以降では、一九八二年憲法法制定以降の「生ける樹」理論の展開を検討し、カナダにおける「生ける樹」理論の意義について、その明確化を試みたい。

Ⅲ 「生ける樹」理論のその後の展開

カナダは一九八二年に憲法を改正し、新たに人権規定をその内に取り込んだ。また一方で違憲審査権が導入され、人権を侵害する法律を憲法違反とすることが可能となった。ただし一九八二年以降も、カナダ最高裁は「生ける樹」理論を継承し、まさにこれまでの幹からさらに新たな枝葉を生やすがごとく、新たな解釈方法を生み出した。そこでまずは、「生ける樹」理論の継承の具体的な内容を理解するために、エドワーズ事件を明確に引用した一九八四年のハンター事件[40]と二〇〇四年の同性婚に関する照会事件[41]を検討していく[42]。

1. 一九八四年ハンター事件最高裁判決

(1) 事件の概要

本件の概要は次のとおりである。一九八二年四月二〇日、企業結合調査法（Combines Investigation Act、以下CIA）第一〇条一項[43]により調査執行官ハンター（Hunter）は、企業結合の調査のため、エドモントンにあるサウザン新聞社（Southam Newspaper）内への立ち入り、文書の調査を行った[44]。なお、この権限の行使のためには同法第一〇条三項により制限取引行為委員会による保証が必要とされている。これに対して同社は、同日正午、そもそも同法は憲章第八条[45]に違反する調査を認めるものである（違憲な捜索または押収を許容するものである）として、同法に基づく調査についての仮差止命令を申立てた。しかしこの申立てを審査したカヴァナフ（Cavanagh）裁判官は、確かに憲章第八条の重要な問題を提起しているとしたものの、その申立てを認めなかった。そこで同社は、アルバータ控訴裁判所に上訴した。同裁判所は同社から収集したすべての文書について、暫定的な措置として封印することを命じ、またCIA第一〇条一項及び三項は憲章第八条に違反するとした。これ

に対してハンターは上訴したが、最高裁も全会一致でそれらが憲章第八条に違反するとした。法廷意見を執筆したのはディクソン（Dickson）裁判官である。

(2) 最高裁判決

ディクソン裁判官によれば、憲章第八条は「正当な理由なく捜索または押収」をされないことを保障しており、この「正当な理由なく」という文言は曖昧かつ広範であるが、その意義は歴史的、政治的もしくは哲学的文脈、または辞書もしくは制定法によって言及される事柄によって明確にすることはできないとした(46)。そして、その意義を確定するにあたり、カナダ憲法の解釈について、次のように述べた。

> 憲法（Constitution）の意義を拡張する作業は、制定法解釈と決定的に異なっている。制定法は現在（present）の権利と義務を定義づけている。制定法は容易に制定され、同様に容易に廃止される。憲法は対照的に、将来（future）を見据えて起草されたものである。その機能は、政府の権限を正当に行使するための、かつ権利章典や憲章が統合された時から、個人の権利と自由の絶え間ない保護のための継続的な枠組みを提供することである。一度それが制定されれば、その規定は簡単に廃止または改正することはできない。したがって、それは多くの場合、起草者が想定していなかった新たな社会的、政治的または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ければならない。……憲法上の文言を広い視野でアプローチする必要性は、カナダの憲法ではおなじみのテーマである。このことは、カナダの憲法判例上数えきれないほど引用され適用された、エドワーズ事件のサンキー卿の見解に含まれている(47)。

このようにディクソンは、前述したエドワーズ事件の「生ける樹」についての言及を引用しながら、「カナダ憲章は目的的な（purposive）文書であり、その目的は、合理的な制限の下で、権利や自由の行使を保障かつ保護

することである」とした[48]。そして本件においては、まさに違法な「捜索または押収」からの自由を保障することが憲章第八条の目的であり、その保護法益は財産権だけではなく、アメリカ合衆国最高裁がカッツ（Katz）事件[49]で示したように、少なくともプライヴァシー権にまで拡張するべきであるとした[50]。すなわちディクソンは、憲章第八条の目的はプライヴァシー権の保護にあり、同条の保障範囲はそこまで拡張されるべきであるとしたのである。そしてこのことが要求するものは、不当な検査の防止であり、そのためには事後に検査が行われるべきではなかったという決定がなされることだけでは不十分であり、「事前の承認（prior authorization）」を条件づけることが必要であるとした[51]。そこでＣＩＡ第一〇条三項は、事前の承認を規定しているが、その手続きは次の二点において不備があるとした。まず一点目として、この手続きを意義のあるものにするためには、調査執行官に対して、政府と個人の対立する利益を中立かつ公平に評価できることが必要であるが、制限取引委員会はそのような能力を有していないとした[52]。次に二点目として、憲章第八条が保障する最低基準は、犯罪が行われ、その場所を捜索することでその犯罪の証拠が発見されると信じるに足りる調査までであるが、ＣＩＡ第一〇条一項及び三項は犯罪が行われることを対象としていないため、これらを満たしていないとした[53]。以上のことから当該規定は、憲章第八条に違反するとした。

(3)　本判決の意義

このようにハンター事件では、エドワーズ事件で言及された「生ける樹」理論を引用し、憲章第八条の保障範囲について目的的解釈を行った。ここで、ハンター事件で示された内容を整理すると次のようになる。まず憲法について、それは「将来を見据えて起草されたもの」であり、「起草者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ければならない」とした[54]。このカナダ憲

法が発展し成長していくという点、起草者の意図に拘束されないという点については、エドワーズ事件で整理したⓐの事項と同様の見解であるが、本件では新たに、憲法の発展は「将来」に向かうという点が加わった。そして次に、憲法解釈の際には広い視野でのアプローチによって、目的的に解釈することとされた。この点についてはエドワーズ事件で整理したⓑの点にも関わるが、エドワーズ事件においては「広くリベラルな解釈」とされていたが、本件では「目的的解釈」として用いられている[55]。なお、エドワーズ事件で整理したⓒの点については本件も同様であるが、ⓓの点については触れられていない。

このようにハンター事件では、憲法の発展が「将来」に向けられていること、そして目的的解釈を行うべきことが新たに指摘された。このような「生ける樹」理論に対する新たな指摘は、その後約一〇年を経た二〇〇四年の同性婚に関する照会事件においても見られる。次にこの判決の詳細を見ていくことで、歴史的に変容を遂げる、「生ける樹」理論の全体像を明らかにしたい。

2. 二〇〇四年同性婚に関する照会事件

(1) 事実の概要

本件の概要は次のとおりである。二〇〇三年七月一六日、最高裁判所法[56]第五三条に基づき、連邦政府は次の四つの点について、最高裁に照会を行った。第一に、「市民的目的による婚姻の法的許容性の諸相に関する添付法案[57]は、カナダ連邦議会の排他的立法権限の範囲内に含まれるか、もし含まれない場合、どのような事項、またはどの範囲においてか」という点、第二に、「もし排他的権限の範囲内に含まれるとした場合、法案の第一条が規定するように、同性同士に婚姻能力を拡大することは、憲章に合致するか、もし合致しない場合、それはどのような事項、またはどの範囲においてか」という点、第三に、「憲章第二条 a 号が規定する信教の自由は、宗教関

係者に対して、その自らの宗教的信念に反して、両性同士の婚姻を強制されないことを保障しているか」という点、第四に、「市民的目的のために異性間での婚姻を要件とすることは、……憲章に合致するか、もし合致しない場合、それはどのような事項、またはどの範囲においてか」という点である。最高裁は、一点目につき、法案第一条は連邦議会の排他的権限内に含まれるが、同第二条は含まれないとし、二点目については、婚姻を定義づける法案第一条は憲章に違反しないとし、三点目については、信教の自由は自らの宗教的信念に反する両性同士の婚姻を国家によって強制されることからの自由を保障しているとし、最後に四点目については、回答を拒絶した。

(2) 最高裁による意見（第一の点について）

最高裁は以上の三つの点について検討を行ったが、ここでは本稿の目的から第一の点についてのみ詳細に述べる。[58]

第一の点について最高裁は、一八六七年憲法法の立法権限を考えるにあたっては、次の二つのステップによって評価しなければならないとした。最高裁によれば、法案の「核心と本質」、またはその支配的な特徴を性格づけること、そして一八六七年憲法法第九一条[59]と第九二条[60]において列挙された権限の一つに、その法案の対象とする事項を割り当てることができれば、その事項は一八六七年憲法法の立法権限の範囲に含まれるとした。[61]そしてこのステップを同法案に当てはめると、その第一条が規定する「婚姻」の定義は、「核心と本質」において市民的婚姻の法的能力に関わるものであり、一八六七年憲法法第九一条二六号の事項に含まれる（連邦の排他的権限に含まれる）とした。[62]

なおここで最高裁は、その「核心と本質」に関わる同条の「婚姻」の定義について言及を行った。一八六七年

にハイド（Hyde）事件で確立したコモン・ロー上の「婚姻」の定義[63]は、結婚と宗教を不可分のものと考えており、多元的社会である現在のカナダでは妥当せず、このような定義を固持しようとする「『凍結概念』（"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（Constitution）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（living tree）である」とした[64]。そしてこの「生ける樹」理論に従って一八六七年憲法法第九一条二六号の「婚姻」概念を解釈すると、まず「婚姻」は法制度が作られる以前から行われていたものであり、法によってその根本的な内容を変更することはできないこと、そして同性婚は「その本質的範囲内」に含まれないため、「生ける樹」理論に基づいて一八六七年憲法法第九一条二六号の進歩的解釈を行うことはできないこと（すなわち、同号の「婚姻」という用語から発展的に同性婚を除外してはならないということ）、そして憲法起草者の意図は限定的でなければならず、説得的ではないことを示した[65]。以上のことから、一八六七年憲法法第九一条二六号の「婚姻」にはコモン・ロー上の定義は含まれず、また同性婚も除外されないことを明らかにした。なお照会に付された法案の第二条については、その「核心と本質」において婚姻を行う者に関連し、一八六七年憲法法第九二条一二号[66]が規定する地方議会の権限に含まれるため、一八六七年憲法法第九一条二六号の事項に含まれない（連邦の排他的権限に含まれない）とした[67]。

(3) 本判決の意義

ここで、本判決で示された内容を整理すると次のようになる。まず本判決はカナダ憲法について、「進歩的な解釈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。この「生ける樹」に関する言及は、エドワーズ事件で整理したⓐの事項と同様である。またⓒの事項についても同様であ

るが、ⓑの事項に関しては、本件ではその解釈の方法として、新たに進歩的解釈を行う点が加わった。そしてⓓの事項に関して本件は、進歩的解釈の限界を示した。すなわち、同性婚が一八六七年憲法法第九一条二六号に明確に掲げられていないことをもって、同性婚は同条の「本質的」限界にあたるため、同条を進歩的に解釈することはできないとした。なおこのような整理とは別に、本判決の意義として特筆すべき点は、「凍結概念」を用いたエドワーズ事件におけるカナダ最高裁の意見を明確に否定している点である。つまり本件は、一八六七年憲法法の解釈にあたって、一八六七年に理解されていた認識、すなわち、英国で確立された判例やコモン・ロー上の定義を固持することが、「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」としたのである。本件で示されたような「生ける樹」理論を前提とするならば、憲章上の条文の定義を固持しようとするような解釈は採用できないということになる。(68)

Ⅳ　カナダ憲法解釈における「生ける樹」理論の意義とその影響

以上、「生ける樹」理論の展開を見てきたが、この理論は目的的解釈や進歩的解釈などのようにカナダの憲法解釈にさまざまな影響を与えてきた。そこでこうした影響を理解するために、まずはエドワーズ事件を起源とする「生ける樹」理論が、カナダにおいてどのように発展し、そこにどのような意義を見出すことができるのかという点を、これまでの議論や判決を整理しながら明らかにしたい。

1．カナダにおける「生ける樹」理論の意義

エドワーズ事件で示された「生ける樹」理論の四つの整理事項に従って、以上の判決で示されたことを整理す

ると次のようになる。[69] まずⓐ´一八六七年憲法法は、カナダにその成長と拡大が可能な「生ける樹」を植え、まさにカナダ憲法は「生ける樹」であり、[70] その発展は「将来」に向かうため、起草者の意図、英国で確立された判例、そしてコモン・ロー上の定義に拘束されない（「凍結概念」は否定される）こと、そしてⓑ´裁判官は憲法の文言について、狭く専門的な解釈を行うのではなく、広くリベラルな解釈を行うべきであるが、その方法としては、「目的的解釈」と「進歩的解釈」によってなされるべきであること、そしてこのような解釈を行うことができるのは、ⓒ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ことである。このように解釈の前提となるⓒとⓓ´については、エドワーズ事件当初からほぼその変容は見られないが、カナダの憲法観を示すⓐ´、そしてその帰結や具体化としてのⓑ´については、エドワーズ事件以来さらなる明確化がなされた。そのため、以下で若干の検討を行う。

まずⓐ´については、特に一八六七年憲法法が制定されてから現在まで、そして将来に向けた、カナダにおける憲法観を示したものであるといえる。すなわち、カナダ憲法は「一八六七年に理解されていた認識」（起草者の意図、英国で確立された判例、そしてコモン・ロー上の定義）に拘束されない（「凍結概念」を否定する）ということが示されている。ただし、このように「生ける樹」理論は、過去の意図や認識に拘束されないということを意味しているが、果たしてこの縛りは全く存在しないのだろうか。つまり、過去の意図や認識には含まれない歴史的な文書などは、カナダの憲法解釈を拘束することはないのであろうか。この点は、「生ける樹」理論に基づく進歩的解釈とも関わってくるため後述するとして、まずは新たに生まれた憲法解釈方法である、ⓑ´の目的的解釈と進歩的解釈について、その意義を整理しておきたい。

2．目的的解釈と進歩的解釈の意義

まずカナダにおける目的的解釈は、ハンター事件において用いられた解釈方法であり、その解釈は「合理的な制限の下で、権利や自由の行使を保障かつ保護することである」[71]とされている。ただしハンター事件ではこれ以上の具体的な解釈手法は述べられていない。そこで、この目的的解釈は一九八五年のビッグエム薬事会社事件[72]において詳細に述べられているため、まずはそれを確認する。同事件でディクソン裁判官は、ハンター事件を引用しながら、目的的解釈について次のように述べている。

> 憲章によって保護される権利または自由の意義はその保護の目的の分析によって確認される。つまりそれは、憲章が保護しようとしている利益に照らして理解される。（原典改行）そして私の見解では、問題となる権利または自由の目的は、憲章そのものの性格とその広い対象、具体的な権利または自由を明確に表現するために選ばれた言葉、記録された概念の歴史的起源、そして憲章の文言に関連するその他の具体的な権利または自由の意味や目的への言及に求められるべきである。解釈は……憲章の保護による利益を個人に保障し確保することを実現することに努めるべきである。[73]

この言及を整理すれば、憲法解釈は「憲章が保護しようとしている利益」に照らして、広く「権利または自由の意味や目的」に言及しなければならないということになる。つまり目的的解釈とは、ある憲法条文の解釈にあたって、その条文で保障される「権利または自由の意味や目的」に言及しながら、広く解釈するということになる。このような目的的解釈は、その後の憲法判例においても用いられており、カナダ憲法判例においては非常に重要な解釈方法の一つとなっている[74]。この点でピーター・ホッグ（Peter W. Hogg）は、目的的解釈とエドワーズ事件で示された「寛大な解釈（generous interpretation）」（ホッグによる表現）とは、ほぼ同一のものであり、少なくとも両者は矛盾しないとしている[75]。このようにエドワーズ事件において示された「生ける樹」理論、そして「広くリベラルな解釈」は、目的的解釈として、現在まで裁判所の憲法解釈方法として継承されており、カナダ

憲法解釈において重要な解釈方法を提供している。

一方で進歩的解釈については、二〇〇四年同性婚に関する照会事件で示された解釈方法であるが、ホッグによれば、この源流はエドワーズ事件に遡るとされている[76]。確かに同事件において、「生ける樹」理論が引用されていることからも、この解釈方法はエドワーズ事件をその源流としていると考えられる[77]。ただしこの解釈の詳細について、同性婚に関する照会事件では、「概念凍結」を伴わない「進歩的な解釈」という点しか述べられておらず、またその後もこの解釈は引用されているが[78]、その詳細については明確にされていない。この点で、これまでの判例上の考え方からすれば「概念凍結」とは、前述したように、一八六七年に理解されていた認識（起草者の意図、英国で確立された判例、そしてコモン・ロー上の定義）に凍結されないことを意味すると考えられる[79]。ただし、ヴィッキー・ジャクソン（Vicki C. Jackson）は、「『生ける樹』は、憲法解釈の有機的な観念を伝達することで、現在の憲法上の決定とある特定の過去を結び付けている」[80]としている[81]。つまり「生ける樹」理論によれば、カナダ憲法は過去と現在を結び付ける「樹」であるということであり[82]、彼女の表現によれば、カナダ憲法は過去の認識や意図にも拘束される場合があるように考えられる。進歩的解釈の意義を考える上で重要になるのは、まさにこの点である。すなわち進歩的解釈は過去の認識や意図に凍結（拘束）されないということを必要としているのかとしている点である。換言すれば、進歩的解釈を求める「生ける樹」理論は、過去の認識や意図に全く拘束されないということまで求めているのかという点である。この点は、まさに「生ける樹」理論の理解を行う上で重要になるため、次にこの点を検討する。

3．「生ける樹」理論に基づく進歩的解釈と「概念凍結」

二〇〇三年のブライス（Blais）事件[83]で最高裁は、「憲法上の規定は、ハンター事件でディクソン裁判官が述べ

たように、『政府の権限を正当に行使するための継続的な枠組み』を提供することである。……。この分析はその条文の歴史的文脈（historical context）に根付いた（anchored）ものでなければならない」とした[84]。つまり、憲法の解釈を行う際には、「条文の歴史的文脈に根付いたもの」に依拠しなければならないとされている。この点で、まさにこの「歴史的文脈」が何を意味するかが問題となる。それは、この歴史的文脈が過去の認識や意図を含むものであれば、「生ける樹」理論は過去の認識や意図に拘束される場合も出てくることになるからである。この点について、最高裁による明確な棲み分けがなされているわけではないが、ホッグは「言わずもがなであるが、進歩的解釈は解釈の規範的束縛から裁判所を解放しない」とし、ビッグエム薬事会社事件を引用しながら、「他の文書の言語と同じように、憲法上の文言は『正確な言語的、哲学的、そして歴史的文脈』によって考えられなければなら」ず、「（もし確かであれば）原意は不正確である」とした[85]。以上のことから、ホッグによれば「歴史的文脈」には原意となる過去の認識や意図は含まれないということになる。また彼は、「最高裁は『概念凍結』を根拠とする原意に拘束されることを否定している」とし、「あらゆる進歩的解釈の主張は、永遠に原意に拘束されないことを意味している」としていることから[86]、進歩的解釈を行う際には過去の認識や意図をその内容とする原意に拘束されることはないと思われる。すなわち、少なくとも最高裁の見解を見る限り、「生ける樹」理論に基づいた進歩的解釈を行う際には、過去の「歴史的文脈」に根付くものでなければならないとしても、過去の認識や意図をその内容とする原意には拘束されない。なおホッグは、進歩的解釈とは「一八六七年憲法法の文言が一八六七年に理解されていた認識に凍結されること」というよりも、むしろ「新たな状況や考え方に継続的に適応していくこと」を意味するとしている[87]。つまり彼は、新たな状況に適応するように憲法解釈することを重視しているように思われる。

V　おわりに

以上、カナダ最高裁ではエドワーズ事件で示された「生ける樹」理論を起源としながら、目的的解釈と進歩的解釈などの新たな憲法解釈手法が用いられていること、そして「生ける樹」理論に基づく進歩的解釈においては、「歴史的文脈」に依拠しつつも、過去の認識や意図をその内容とする原意に拘束されることはないということが明らかになった。

ただし本稿ではアメリカ合衆国における議論との関係で十分な検討を行わなかった。つまり本稿では、カナダにおける進歩的解釈を内実とする「生ける樹」理論が、アメリカ合衆国で議論となっている原意主義や新原意主義などの議論とどのような違いがあるか、またはどのような関連性があるか、などの点について明確にしていない。確かに原意に拘束されることについてカナダ最高裁は否定しており[88]、また前述したように同最高裁は、起草者の意図等に拘束されることを否定しているが、この点については明確になっていない。ここでブラッドリー・ミラー（Bradley W. Miller）は、カナダ最高裁は意味論的要求としての憲法テキストの言語的意味づけと、規範的要求としての憲法的規則の構築の区別や、「凍結」概念等の区別を行ってこなかった点を指摘している[89]。そこで今後は、こうしたアメリカ合衆国における憲法解釈の議論との対比を含め、カナダの「生ける樹」理論が憲法解釈において比較法的にいかなる意義を有するのか、という点についても検討を行う必要があるであろう。

（1）こうしたアメリカ合衆国における議論の詳細と、憲法解釈と憲法構築の峻別を行いながら、憲法秩序のあり方を探究したものとして、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―」帝京法学二八巻一号（二〇一二年）九一頁を参照。

（2）野坂泰司「憲法解釈における原意主義（上）（下）」ジュリスト九二六号（一九八九年）六一頁、ジュリスト九二七号（一九八九年）八一頁、同「テクストと意図―アメリカにおける原意主義―非原意主義論争の意義について―」樋口陽一・高橋和之編『現代立憲主義の展開　下』（有斐閣、一九九三年）七三二頁、同「原意主義論争と司法審査制―最近のアメリカにおける理論状況について」ジュリスト一〇三七号（一九九四年）四六頁などを参照。

（3）淺野博宣「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』（日本評論社、二〇一一年）二二九頁、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、二〇一〇年）、大林啓吾・前掲注（1）、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』（日本評論社、二〇〇一年）、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」憲法論叢一九号（二〇一二年）三一頁などを参照。なお、原意主義に関する主な先行研究については、大林啓吾・前掲注（1）、脚注10にその詳細が列挙されている。

（4）*Constitution Act, 1867* (U.K.), 30 & 31 Victoria, c. 3. なお、本稿の引用方法について、カナダの判決、論文、書籍などはすべて、カナダの引用方法（Mcgill Law Journal, *Canadian Guide to Uniform Legal Citation 6th ed.* (Toronto: Carswell, 2006).）に従った。またその引用については、それぞれの文中にパラグラフ番号が書かれているものはパラグラフ番号を、ページ番号が記載されているものについては、ページ番号を記載した。

（5）カナダの「生ける樹」理論を論ずるものとしては、次のようなものがある。Aileen Kavanagh, "The Idea of a Living Constitution" (2003) 16 Canadian Journal of Law & Jurisprudence 55, Vicki C. Jackson, "Constitutions as "Living Trees" ?: Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors" (2006) 75 Fordham L. Rev. 921, W. J. Waluchow, "Constitutional Law Symposium: Debating the Living Constitution: Symposium Article: Democracy and the Living Tree Constitution" (2011) 59 Drake L. Rev. 100, 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) at 120 [Miller, *The Person's Case*].

（6）一九八二年にカナダ憲法は改正され、一九八二年憲法法（*Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (UK), 1982, c. 11.）が導入された。憲章（*Canadian Charter of rights and freedoms*. Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (UK), 1982, c. 11）はその第一章である。カナダ

憲法の制定過程の議論については、齋藤憲司「各国憲法集(4)　カナダ憲法」〈http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_3487777_po_201101d.pdf?contentNo=1〉などを参照。なお本稿で掲載するウェブサイトの最終閲覧日はすべて、二〇一三年八月三〇日である。

(7) *Edwards v. Canada (Attorney General)*, [1928] S.C.R. 276 [*Edwards*]. なお本件は、その後枢密院司法委員会に上訴されているため、同委員会での判決と区別するために、カナダ最高裁の意見については、「*Edwards*」として引用する。

(8) この事件の経緯については、Miller, *The Person's Case*, *supra* note 5 が詳しい。

(9) 確かにほとんどの州ではすべての成人に参政権を付与する法律改正がなされていたが、この時点でカナダの連邦法は成立していなかった。

(10) 同条は、「総督は、女王の名において、カナダの国璽を押した文書をもって、有資格者を連邦上院に召致する。このようにして召致された者は、この法律の規定に従うことを条件に、連邦上院の構成員となり、連邦上院議員となる」と規定している。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　第二版』（三省堂、二〇一〇年）を参照した。以下、同様である。

(11) 女性の人権の向上に寄与した彼女たちは、カナダで「有名な五人（Famous five）」と呼ばれている。彼女たちの活動については、Lorna M.A. Bowman, *Are Women Persons ? : The Case of Canada's Famous Five*, online: The Religious Education Association: 〈http://www.religiouseducation.net/wp-content/uploads/2011/10/RIG1.6-Bowman.pdf〉が詳しい。なお当時、エドワーズはＮＧＯである「カナダ女性協議会」のアルバータ支部副部長（vice-president for the province of Alberta of the National Council of Women for Canada）、マックラングとマクキニーは州議会の議員、マーフィは治安判事、パルビィは州議会の議員と、行政機関の職員をしていた。

(12) カナダ最高裁は、連邦政府からの憲法上の問題に関する照会に対して、勧告的意見を出すことができる。こうしたカナダの照会制度については、野上修市「カナダ法の照会事件（Reference Case）について―カナダ司法審査制の一側面―」法律論叢四〇巻四・五号（一九六七年）三五頁、佐々木雅寿『現代における違憲審査権の性格』（有斐閣、一九九五年）、同「カナダにおける違憲審査制度の特徴（中）」北大論集三九巻三号（一九八八年）一一七頁、ロバー

ト・J・シャープ（佐々木雅寿訳）「カナダ憲法における司法制度と違憲審査権(1)」法学雑誌四三巻一号（一九九六年）一六三頁などを参照。

(13) この歴史的な展開については、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 が詳しい。

(14) *Edwards, supra* note 7 at 281-282.

(15) *Ibid.* at 282. このことについてカナダでは概念の「凍結（frozen）」と呼ばれている。Miller, *The Person's Case, supra* note 5 at 5.

(16) *Edwards, supra* note 7 at 282.

(17) *Ibid.* at 282.

(18) *Ibid.* at 285-286.

(19) *Ibid.* at 284-285. なお、このことを補強するものとして、議会がコモン・ローを認識しており制定法はコモン・ローを要約するものとして解釈されるべきであること、コモン・ローによって一八六七年まで女性が公職に就くことは不可能であったこと、一八六七年憲法法第二四条にはコモン・ローを明示的に覆す文言がないことが考慮された。

(20) カナダが自前の最高裁判所を設置したのは一八七五年であったが、植民地時代からの慣行で一九四九年まで、枢密院司法委員会への上訴が認められていた。なおこの点については、野上修市「司法審査とカナダ最高裁判所」明治大学社会学研究所紀要四号（一九六六年）一一五頁などを参照。

(21) *Edwards v. A.G. of Canada*, [1930] A.C. 124. なお本件は、別名「*Persons Case*」とも呼ばれるため、以下、最高裁の意見と区別するために、枢密院判決については「*Persons Case*」として引用する。

(22) *Ibid.* at 124.

(23) *Ibid.* at 127.

(24) *Ibid.* at 128-133.

(25) *Ibid.* at 135.

(26) *Ibid.* at 136.

(27) *Ibid.* at 136-137.

(28) サンキー卿が解釈の根拠としたのは、一八六七年憲法法第一一条や第一三三条一項が規定する「人」は両性を示すものとして用いられていること、第四一条と第八四条がそうであるように、仮に男性に限定する場合にはそのように規定されていること、上院議員の資格について規定する第二三条は男性をリストアップしていないことである。なお、一八六七年憲法法の諸規定については文量が多いため、ここでは見出しのみ掲載するが、第一一条は「カナダのための女王の枢密院」について、第四一条、第八四条はともに「従来の選挙法の効力」について、第二三条は「連邦上院議員の資格」について規定している。

(29) *Persons Case*, *supra* note 21 at 141.

(30) *Ibid.* at 138-142.

(31) *Ibid.* at 143.

(32) Miller, *The Person's Case*, *supra* note 5 at 17.

(33) *Edwards*, *supra* note 7 at 282.

(34) *Ibid.* at 136-137.

(35) この点についてミラーは、枢密院司法委員会は一八六七年憲法法第二四条の語句の意義を「その文言のそのままの意義（plain meaning of the text）」によって判断しており、まさにこれはアメリカ合衆国最高裁裁判官のスカリアの解釈方法を予期するものであったとする。またこれに対して最高裁の議論は、第二四条の語句の意義を「起草者の意図（intentions of the framers）」によって判断し、まさにこれは一九八〇年代にアメリカで支配的であった原意主義の手法を採用したものであるとする。Miller, *The Person's Case*, *supra* note 5 at 17.

(36) なお「生ける樹」理論の整理については、Scott Reid, *The Persons case eight decades later: Reappraising Canada's most misunderstood court ruling*, online: 〈http://constitutionday.ca/wp-content/uploads/2012/10/charter_essay_october_2012.pdf〉 at 3, Bradley W. Miller, "Beguiled By Metaphors: The "Living Tree" and Originalist Constitutional Interpretation in Canada" (2009) 22 Can. J.L. & Juris. 331-354 [Miller, *"Living Tree"*] 等〜参照。

(37) Miller, *The Person's Case*, *supra* note 5 at 15.

(38) *Persons Case*, *supra* note 21 at 136.

(39) 枢密院司法委員会の判決は、何が成長を止める「本質的」な限界になるかについて明確にしていないが、その「本質的」な限界とはまさに、一八六七年憲法法の制定によって固定され静止した「条文」であるとする見解がある。Scott Reid, *The Persons case eight decades later: Reappraising Canada's most misunderstood court ruling*, online: 〈http://ssrn.com/abstract=2209846〉 at 4.

(40) *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145 [*Hunter*].

(41) *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R 698 [*Same-Sex Marriage*].

(42) なお一九八二年に憲法が改正されて以降、初めてエドワーズ事件を引用した事件は、*Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357 である。本件で最高裁は「狭く専門的な解釈は、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、法の成長と社会からの影響を阻害する。そしてこのことはすべて、一八六七年憲法法に基づく政府の組織が、その発展において経験してきたことである」とした。At 366-367. ただし本件で最高裁は、この言及のほか、一八六七年憲法法がカナダに「生ける樹」を植えたと述べるにとどまっているため、本稿ではその詳細を割愛する。

(43) ＣＩＡ第一〇条一項は次のように規定する。「第三項を条件として、この法律に基づくあらゆる審査（inquiry）において、企業結合調査局の調査執行官もしくはその委任を受けた代理者は、審査事項に関連する証拠が存在すると信じる任意の敷地に立ち入ること、その敷地内の任意のものを調査すること、またはさらなる検査のための運びだし、もしくはその複製、もしくは本、紙、記録、その他の文書を複製することができる。場合に応じて、それらを証拠とすることができる」。また第三項は次のように規定する。「第一項による権限を行使するにあたって、そのような一方的な権限を与えられた調査執行官またはその委任を受けた代理者は、制限取引行為委員会の委員から与えられた証明書を提示しなければならない」。

(44) 証明書の内容については、*Hunter*, *supra* note 40 at 150-151. なお、調査の証明自体は憲章制定以前に行われたが、調査自体は憲章制定後に行われたため、本件の訴えは認められている。憲章が制定されたのは、一九八二年四月

一七日である。

(45) 憲章第八条は次のように規定する。「何人も、正当な理由なく捜索または押収されない権利を有する」。

(46) *Ibid.* at 154-155.

(47) *Ibid.* at 155-156.

(48) *Ibid.* at 156.

(49) *Katz v. United States*, (1967) 389 U.S. 347.

(50) *Hunter, supra* note 40 at 158-159.

(51) *Ibid.* at 160-161.

(52) *Ibid.* at 162-165.

(53) *Ibid.* at 165-169.

(54) *Ibid.* at 155-156.

(55) なお目的的解釈についての一般的議論に関しては、A. Barak, *Purposive Interpretation in Law* (Princeton: Princeton U.P., 2005) at 85-304 を参照。

(56) *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26.

(57) 法案の第一条は「市民的目的のための婚姻は、他のすべての者を排除する当事者間の合法的な結合（union）である」とし、第二条は「本法は宗教団体関係者が、その宗教的信念に反して行う婚姻を拒否する自由を否定しない」と規定していた。

(58) なお第二、第三の点については、次の通りである。第二の点について、法案第一条の目的は同性同士が婚姻する権利を与えることであり、憲章第一五条一項が保障する平等に関する政府の政策的姿勢を示しているが、同条の効果において合理的な区別を行っておらず、憲章第一五条一項を侵害しないとした。See *Same-Sex Marriage, supra* note 41 at paras. 40-46. また同性婚の権利は潜在的に信教の自由と衝突する可能性があるが、その権利の衝突は憲章との衝突ではなく、むしろ憲章内部での衡量と叙述により解決されるため、憲章第二条 a 号を侵害しないとした。At paras. 47-54. また第三の点については、憲章第二条 a 号は、宗教関係者がその宗教的信念に反する同性婚を行うこと

を政府によって強制されないことを広く保障しているとした。At paras. 55-60.

(59) 一八六七年憲法法第九一条一項は「連邦議会の権能」について規定し、連邦議会の専属的立法権を列挙している。二六号は「婚姻及び離婚」を規定している。なお、議会の立法権限については、長内了「『権限配分』にみられるカナダ連邦制度の特色―合衆国における経験との比較―」比較法雑誌七巻三・四号（一九七三年）二四三頁が詳しい。

(60) 一八六七年憲法法第九二条は「州立法府の専属的権能」について規定し、州議会が専属的に法を制定できる事項を列挙している。

(61) *Same-Sex Marriage*, *supra* note 41 at para. 13. なおこの点について最高裁は、*R. v. HydroQuébec*, [1997] 3 S.C.R. 213 at para. 23 を参照した。

(62) *Ibid.* at paras. 16-19.

(63) *Hyde v. Hyde*, (1866) L.R. 1 P. & D. 130. 本件において「婚姻」概念は、「キリスト教徒に理解されてきたように、他のすべての者を排除して、一人の男性と一人の女性の生存（life）を自発的に結合（union）するもの」と定義された。At 133. なお、同事件の「婚姻」概念の定義とその変容については、河北洋介「カナダにおける『婚姻』概念の変容―カナダ憲法判例に基づいて―」GEMC journal 五号（二〇一一年）六四頁を参照。

(64) *Same-Sex Marriage*, *supra* note 41 at paras. 21-22. また最高裁は、「広くリベラルな、または進歩的な解釈はカナダの文書の解釈を行う上で継続的な妥当性と正統性を保障する。……早期の英国の判例は我々の憲法の『解釈を構築する上で安全な土台』とは言えない」とした。At para. 23.

(65) *Ibid.* at paras. 23-30. なお、一八六七年憲法法第九一条一項二六号は同性婚の結婚式も含むが、このことは地方議会の立法権限を侵害することにはならないとした。At paras. 31-34.

(66) 一八六七年憲法法第九二条一二号は、「州における結婚式」と規定している。

(67) *Same-Sex Marriage*, *supra* note 41 at paras. 35-39.

(68) エドワーズ事件においては、一八六七年憲法法の起草者の凍結した概念に縛られないとされ、またハンター事件においても起草者の意思に拘束されないとの言及がなされたが、本件における凍結された概念とは、具体的にはコモン・ロー上の定義のことである。

(69) ミラーは、現在までの「生ける樹」理論について、①進歩的解釈の理論、②進歩的解釈の目的的手法の使用、③憲法解釈における起草者の原意の不必要性、④司法解釈におけるその他の自制という観点から分析を行っている。Miller, *"Living Tree", supra* note 36 at para. 5.

(70) エドワーズ事件では一八六七年憲法法の解釈において「生ける樹」理論を用いたが、そもそも「生ける樹」とはカナダ憲法そのものであって、一八六七年憲法法の解釈だけに用いられるわけではない。そのため、憲章解釈においても目的的解釈や進歩的解釈は用いられる。

(71) *Ibid.* at 156.

(72) *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. 本件は、主日法第四条が日曜日の労働を禁じているにもかかわらず、ビッグエム薬事会社が日曜日に営業をしていたために、同会社への規制が信教の自由を侵害するか否かが争われた事例である。最高裁は、主日法第四条が信教遵守を強制するものであり、憲章第二条 a 号が規定する信教の自由を侵害するものであるとした。そして、特定の宗教の保護は他宗教に破壊的な衝撃を与えるため、これを強制する主日法は憲章第一条にいう合理的な制限とはいえないとした。

(73) *Ibid.* at paras. 116-117.

(74) 特に詳細に引用された事例として、憲章第一〇条の解釈において用いられ、ハンター事件が引用された *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613、憲章第七条の解釈において用いられ、ビッグエム薬事会社事件が引用された *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486 [*Motor Vehicle*] がある。ただしいずれの判決においても、エドワーズ事件についての言及はない。

(75) Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, student ed. (Toront: Carswell, 2011) c36 at 30-31. またロバート・シャープ（Robert J. Sharpe）とケント・ローチ（Kent Roach）はこの手法を「目的的手法（purposive method）」としているが、ホッグがいう手法と同様の手法である。Robert J. Sharpe & Kent Roach, *The Charter of Rights and Freedoms* (Toronto: Irwin Law, 2005) at 50-53.

(76) *Hogg, ibid.* c36 at 25-27. また同趣旨として *Miller, "Living Tree", supra* note 36, at para. 7.

(77) ただしエドワーズ事件以外にも、進歩的解釈を行った事例は存在する。たとえば、*Electric Despatch Co. of*

Toronto v. Bell Telephone Co. of Canada, (1891) 20 S.C.R. 83, *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney General of Canada*, [1931] AC 310, A.G. Alberta v. A.G. Canada, [1947] A.C. 503 等がある。詳細については、*Hogg*, *ibid.* c15 at 48.

(78) *Reference re Employment Insurance Act (Can.), ss. 22 and 23*, [2005] 2 S.C.R. 669 は、解釈の手法として、「裁判所は新たな現実社会に適応するために進歩的なアプローチを採用する。裁判所は何度も『生ける樹』を引用しているが、我々はそれを再検討する必要はない」としている。At paras. 9-10.

(79) なお、「もし憲章に植えられた『生ける樹』が、通時的に成長し適応する可能性を持つならば、議事録や特別合同委員会の証拠などのような歴史的文書はその成長を阻害しないことを保障することが必要である」としているため、過去の議事録等の参照は進歩的解釈を阻害することにはならない。*Motor Vehicle*, *supra* note 74 at para. 53.

(80) Jackson, *supra* note 5 at 958.

(81) また大林啓吾・前掲注(1)、一四二頁は、ヴィッキー・ジャクソンを引用しながら、「憲法解釈は過去からまったく拘束されないわけでもないし、過去にきつく縛りつけられているわけでもない」とし、また「憲法は、植物のように、憲法典という根に基づきながら成長していくものである」とする。

(82) ただし最高裁はハンター事件において、過去については触れず、「憲法は……将来（future）を見据えて起草されたもの」であるとしか述べていない。See *Hunter*, *supra* note 40 at 155-156.

(83) *R. v. Blais*, [2003] 2 S.C.R. 236. 本件は天然資源に関する協定上の「インディアン（Indians）」という文言の中に、メティスが含まれるか否かが争われた事件である。なお、カナダ憲法上のメティスの権利について同判決を考察したものとして、守谷賢輔「カナダ憲法上の『メティス（Métis）』の法的地位と権利―先住民の定義の予備的考察として―」福岡大学法学論叢五六巻四号（二〇一二年）五七九頁を参照。

(84) *Ibid.* at para. 44.

(85) *Hogg*, *supra* note 75 c36 at 30-31.

(86) *Ibid.* c15 at 49-50.

(87) *Hogg*, *supra* note 75 at 60.1(f).

（88） *R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432 at para. 61.

（89） Miller, *"Living Tree"*, *supra* nore 36 at para 25.