

## 最高裁判所判事任命過程における議会の関与

——カナダの展開と日本への示唆

富井 幸雄

### 1 問題の所在——最高裁判事任命のアカウンタビリテイの確保

民主党政権になってひっそりと、最高裁判事は最高裁長官を含め三分の二あまりが交替した（二〇一二年だけで三名）。最高裁は司法権の頂点に位置するとともに、「一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である」（日本国憲法八一一条）。国民代表機関である国会の立法を違憲無効と判断できる巨大な権限を持つ公権力機関であるにもかかわらず、その裁判官がいかなる理由でどのように任じられるかに、国民の関心は低い。

最高裁判事は内閣によって任じられる（七九条。最高裁長官は内閣が指名し天皇が任命する（六条二項）。任命のプロセスは不透明で、国民はもちろん、国会もこれに関与することはない。最高裁判事の選任は民主主義的では

ない。国民審査があるではないか、という者もあろう。最高裁判事は任命後初めて行われる衆議院議員選挙時に国民審査を行い、以後一〇年ごとにこれにかけられる（七九条二項）。これは最高裁判所裁判官国民審査法（以下審査法）に基づいて実施され、そこで多数が罷免を可とすれば罷免される（同条三項）。国民審査は解職の制度とされている。<sup>(1)</sup> 国民は投票時、審査公報（審査法五三条、審査法施行令第七章）によって、審査にかかっている判事の人となりや過去の判例等の実績を初めて知り、適格性を判断する。なるほど、制憲者は内閣の専権に対する歯止めとして機能させようと、民主主義的な視点は配慮したと言えよう。<sup>(2)</sup>

憲法上、判事の任命は内閣の専権で、国会その他の関与は一切要求していない。明治憲法は判事の任命については規定せず、裁判所の構成や資格は法律に委ねていた（五七条二項、五八条一項）。これを受けて裁判所構成法（明治三三年法律第六号）が制定され、「判事は勅任又は奏任とし其の任官を終身とす」（六七条）とされていた。<sup>(3)</sup> 司法権は天皇の名で行うこと（明治憲法五七条一項）から、天皇が任命するのは憲法の趣旨に適っていた。

日本国憲法は執行権（内閣）による任命制度をとる一方で、国民審査制を創設した。<sup>(4)</sup> 最高裁判事は憲法上の機関であるけれども、その資格設定は法律に委ねている。裁判所法四一条は、任命資格として「識見の高い、法律の素養のある年齢四〇歳以上の者」で、①高裁長官②判事③簡易裁判所判事④検察官⑤弁護士⑥法律の定める大学の法学の教授又は准教授の職にあるものとしている。そして最低一〇人は高裁長官もしくは判事に一〇年以上在った者、③から⑥には二〇年以上在った者、とする。これ以外に資格要件はない。空席を補充するのに、一般的には前任者の出身職域から選ばれるから、職の構成としては固定化する傾向となる。

司法制度改革審議会は、最高裁判事の出身分野別の固定化など、選任での問題点とその重要性を認識し、国民の信頼性を高める観点から、その選任プロセスの「透明性・客観性を確保するための適切な措置を検討すべき」とす

る。<sup>(5)</sup> 昭和二三年の裁判所法で設置されていた裁判官任命諮問委員会の制度も参考になるとしたが、具体的な改革や提言はしていない。社会的にも透明化は叫ばれ、内閣が「なぜその人物を任命したのか、その理由を明らかにするとともに、開かれた場でチェックする過程を用意すべき」だ<sup>(6)</sup>という。任命プロセスのアカウンタビリティに疑念を呈している元最高裁判事の滝井繁男は、弁護士会から推薦した者を弁護士出身の判事の後任にするのは良いとしても、その弁護士会での推薦プロセスを国民の前に開示する必要があると主張する<sup>(7)</sup>。滝井は、最高裁のとりわけ憲法判断には、裁判官出身六人、検察官・行政官出身四人で、民間出身は学者一人弁護士四人の現状では、同質的な思考が求められないがゆえに適切でない<sup>(8)</sup>という。

もつとも、実質的には司法権（最高裁）<sup>(9)</sup>が判事の人事を行っている。弁護士出身は弁護士会で推薦されるなど、メリット・システムは浸透しており、内閣は最高裁事務局が作成した候補者を任じる形となる。しかし、こうしたプロセスは、慣例とはいえ、国民には分かりづらい。憲法や法では内閣の権能とされているから、そのようなプロセスで、なぜ当該人物を最高裁判事にしたのか、国民に知らしめるべきである。われわれは最高裁判事の人となりなど、彼（女）らを評価する情報の基本を欠いたままなのである。

現状はこうした観点には配慮が不足しているように思われる。国会の法務委員会をはじめその他の委員会でも、政府の任命の正当性に関する説明を求める質疑応答もみられない。国権の最高機関たる国会が政府の説明を求めれば、アカウンタビリティにつながる。選任プロセスをいじっても即、違憲となるわけでもあるまい。内閣の指名権（最高裁長官）や任命権をはく奪するようなものでなければ<sup>(10)</sup>、国民審査制を充実させるためにも、アカウンタビリティを向上させる制度構築は、立法や運用で可能である。筆者は、立憲主義上憲法保障の重要な砦で、違憲審査権という強大な権力を有している最高裁の構成員たる判事をしっかりと意識して、その選任に透明性とアカウンタビ

リティを確保するために、国会を選任プロセスに参与させる制度思考をもつべきではないかと考える。

こうした改革をしているのがカナダである。日本の最高裁と同じように憲法上位置づけられるカナダ最高裁 (Supreme Court of Canada(SCC)) の判事の任命のプロセスは、わが国のそれと酷似しており、立憲君主制の伝統もあつて執行権主導で、国民に対するアカウンタビリティを欠いている。それは選任も含めて執行権のフリーハンド (unfettered) <sup>(12)</sup> で、「執行権のみへのアカウンタビリティに関心があるようにみえる」とまでいわれる<sup>(13)</sup>。国民が無関心なものも似ているが、カナダでは、一九八二年に司法権による人権保障 (違憲審査制) を基調とした「人権と自由に関するカナダ憲章 (Canadian Charter of Human Rights and Freedoms) (一九八二年憲法) を制定した後、SCC による違憲審査が活性化することで、SCC 判事への国民の関心は変容してきている。これに呼応するかのよう、その任命プロセスの改革が議論され、現在、議会 (委員会) が任官判事の聴聞を公開で行うようになっていいる。筆者はすでにこうした動向を検討しているが、本稿では、これがその後どのように展開されいかなる課題が提起されているかをさらに検討し、考察を深める。カナダあるいはSCCとわが国は憲法状況が異なるのを割引いても、最高裁判事任命の透明性を志向したカナダの展開は興味深く、日本にも示唆的であると考える。筆者は、最高裁判事の任命プロセスの透明性とアカウンタビリティを確保するために、議会での公開の聴聞は有益と考えるものである。そこで本稿はまず、SCC 判事任命制度を概観して、そのプロセスが執行権専権と透明性欠如の共通点を知るとともに、カナダ独自の任命基準を整理する。次に、議会のスクリーニングがいかなる背景で企図され、実践され、どのような課題があるのかを検討する。最後にカナダの改革を踏まえながら、我が国の最高裁判事任命プロセスの改革の議論を一瞥し、議会関与の必要性の視点を指摘する。

## 2 カナダ最高裁判事の任命プロセス—法的枠組

### (1) 立法と慣例による手続

S C Cは憲法上の機関ではない。カナダ憲法は司法権については上級裁判所 (superior courts) のみ規定し、それ以外は立法で設けられる (一八六七年憲法九六条、一〇一条)。議会は制定法に拠って連邦上訴裁判所 (General Court of Appeal for Canada) を設ける<sup>(14)</sup>ことができる (二〇一条)。これをうけてS C Cは、一八六七年憲法の制定までもない一八七五年に、議会の立法である最高裁判所法 (S C A) によって設置された<sup>(15)</sup>。それまではイギリス植民地にふさわしく、High Court (高等法院) が置かれていた。S C Cの前身である。そこに予審部と控訴審部が置かれ、それぞれ女王座部と大法官部の区別 (コモンロー裁判所とエクイティ裁判所の分離ということ) があつた<sup>(16)</sup>。最終上告審の地位が獲得されたのは一九四九年で、それ以前、S C Cの判決には、イギリスの枢密院司法委員会 (J C P C) に上告できた<sup>(17)</sup>。これは、一八六七年憲法があくまで自治領としてのカナダを認めたのであつて、独立した主権国としてのカナダを規定した憲法ではないことの帰結である。立憲的に独立を獲得したのは一九八二年憲法といえる。憲法改正権はカナダが有するとされたからだ (repatriation)。

日本やアメリカの最高裁と異なり、S C Cはカナダ憲法 (主に一八六七年憲法と一九八二年憲法) に根拠規定をもたない。憲法は、司法権では州に置かれる上級裁判所についてのみ規定し (第七章)、そうした上級裁判所判事は総督が任命すると規定するのみである (九七条)。S C Cは、一八六七年憲法一〇一条を受けて制定される立法 (S C A) によって創設された裁判所である。最上級裁判所としてイギリス本国にJ C P Cが君臨していたため、

SCCを憲法で設ける意義はなかった。一九八二年憲法ではSCCの文言はあるので(四一条、四二条)、SCCは前提とされているといえよう。設置の根拠法がSCAであることには変わりない<sup>18)</sup>。

SCCは首席判事 (Chief Justice of Canada) と八人の陪席判事 (justice) の九人で構成される (SCA四条一項)。当初 (一八七五年) は六人であったが、一九二七年に一人、一九四九年に二人、追加され、現在に至っている。一九四九年はJCP Cの上告権が否定され、SCCが名実ともにカナダでの最終上告審となった年である。SCC判事は総督によって、国璽の勅許状 (letters patent under the Great Seal) で任命される (二項)。その資格は、SCAでは二点のみ要求している。第一は、州の法曹として常勤で一〇年以上の経験があるか、上級裁判所の判事であった者あるいは現職の者でなければならない (五条)。第二は、九人のうち少なくとも三人は、ケベック州の上級裁判所もしくは控訴裁判所の判事から、もしくは同州の法曹から任じられなければならない (六条)。任命されれば、品行方正で (good behaviour)、総督が議会両院に提議して罷免されない限り、七五歳まで身分が保障される (九条)。これらには憲法的意義が認められる。SCCの構成に関する憲法改正は、連邦議会両院と州議会すべての決議がなければなされないのである (一九八二年憲法四一条(d)号、四二条(d)号)。

立法上の要件はこの二つだけであるが、実務や運用で次の条件や資格もルール化している。地域バランスである。すなわち、ケベック州以外、慣習で、残りの六人のうち、三人はオンタリオ州から、二人を四つの西部の州 (ブリティッシュ・コロンビア、マニトバ、サスカチュワン、アルバータ)、一人を大西洋州から選ぶことになっている。通常は現職の判事 (多くは控訴裁判所判事) から選出される<sup>19)</sup>。このように、法的には専門性ととも地域バランスや連邦主義が重視されている特徴がみられる。

総督 (執行権) は、欠員の出たとき、こうした資格や基準にのっとり、判事を任命することとなる。その手続

は立法の規定するところではない。秘密でインフォーマルであるのが特徴だ。選任プロセス (nomination) は、運用や慣例で以下のようになっている。<sup>(20)</sup> 空席が生じると、前任者の地域の法曹界に候補者推薦の依頼を行い、これを法務大臣に打診する。大臣は法曹界の人間をはじめ関係者に相談し、候補者の能力等を精査し、適当な候補者を首相に推薦する。首相がその者を正式に S C C 判事に任命する。こうした任命手続のルールは一九七〇年代に確立した。<sup>(21)</sup> それ以前は党派性と後見的行為 (patronage) がむき出しで、政治家である判事も珍しくなかった。<sup>(22)</sup> 一九六七年、Pierre Trudeau が法務大臣になるとこれを改め、その後首相になっても継続させた。候補者 (一般に対象となる州の控訴裁判所判事) のリストがその州の法曹界を中心に作成され、連邦法務大臣がこれを通覧し、S C C 長官 (Chief Justice) を含む多様な法律専門家と十分相談する仕組みで、選考には法学に通暁していることと党派性がないことに加えて、判事としての経歴を考慮するようになった。<sup>(23)</sup>

その際、言語バランスやマイノリティ、そして女性の比率が勘案されることもあるけれども、地域バランスほどには規範化していない。<sup>(24)</sup> 背景に多様性の反映 (diversity) の要請があり、カナダの特徴となっている。アメリカでもマイノリティは議論されるが、法的なレビュールまでは昇華されておらず、日本でもバランスといえば、せいぜい出身職種やその構成 (弁護士、検事、学者、判事、官僚) くらいである。プロセスは秘密 (confidential) で、国民もどのようなプロセスで任命されたのか、なぜ任命されたのか、透明性とアカウンタビリティの欠如した状態である。民主的欠陥 (democratic deficit) と指摘される。<sup>(26)</sup>

こうした要件の充足度も含めて、執行権には州や議会に事前に諮る義務は、憲法上も法律上も一切ない。構造上も制度上も、連邦の、そして執行権の独壇場である。法務大臣は具体的候補者について法曹界などに相談するけれども、全くのブライヴエートである。そうでなければ多くの候補者が自分の名が考慮されなくなるとして、正当

化されている。一方で、州からはこれを公にするように提案されている<sup>(27)</sup>。S C C 判事任命の改革には、州の参加を求める議論も根強い<sup>(28)</sup>。それは、六〇年代からケベック州の訴えを引き金として、連邦権限の行使に州が参画するのを立憲化する集中的な憲法交渉の過程である (B. Russell の「巨大立憲政治 (mega constitutional politics)」)<sup>(29)</sup>。

## (2) 憲法改正議論と任命プロセスの改革

ケベック州は、一九六七年一月に「明日会議 (Conference of Tomorrow)」をオンタリオ州首相 John Roberts と開催して憲法改正を主張したけれども、それは盛り上がりなかった。翌年トルードが法務大臣になると (後に首相となり一九八二年憲法制定の最大の功労者となる)、憲法改正の会議は少なからず設けられたが、ケベック州と連邦政府の関係では英語人のカナダ人が反発した。ケベック州は連邦制の見直しを憲法改正の根底にすえ、一九七一年、全州首相が Victoria<sup>ヴィクトリア</sup>に会し、改正手続とささやかな人権保障条項や最高裁判事の任命での州の役割の拡大を盛り込んだヴィクトリア憲章 (Victoria Charter) を採択したけれども、ケベック州首相 Robert Bourassa<sup>ブーラッサ</sup>が妥協的な連邦案に賛成したことで非難され、改正として結実するには至らなかった<sup>(30)</sup>。

ヴィクトリア憲章は一〇章、六一か条から成り、その第四章 (二二條—四二条) が S C C とされ、最も多く条文が割かれていた。S C C をカナダ最終の上告審としての現在の位置づけを憲法典に盛り込む (二二条) ことから始まり、定数や任命手続等、判事の候補者の指名に前任者の州とケベック州、その他適当と考える州が参加すること等以外は、現在の S C A に書かれているものとはほぼ同じルールが細かく規定された<sup>(31)</sup>。

一九八二年憲法制定を受けて、とりわけケベック州をどう扱うかの憲法改正案の審議は続く。ミーチ湖合意 (Meech Lake Accord) は、一九八七年憲法合意 (六月三日) とはいわれ、カナダ全州の首相 (first ministers) がオ



タワに会同し、ケベック州を憲法改正プロセスに参加させるための合意をまとめたものである。一九八二年憲法を同州は批准しておらず、この憲法への同州の賛同を取りつけるべく、憲法改正案が審議されたのである。一八六七年憲法の司法権の章の改正として次のことが提案されている。一〇一条Aとして、明文でS C Cをカナダの通常上告裁判所として設置し、あわせてS C Cが長官と八人の判事で構成され、いずれも総督 (Governor General in Council) によって任じられるとした。さらに一〇一条Bとして、(1) S C C判事に任じられる者は、州または準州で一〇年以上の判事あるいは法曹経験がある、(2) 九人の判事のうち三人はケベック州から任じられる、と明文で盛り込んだ。一〇一条Cは、(1) 判事に空席が出た時、各州政府は適格の候補者をカナダ法務大臣に呈示することができる (2) 任命がなされたとき、首席判事が在任の判事からなされる場合を除いて (1) のもとで出され枢密院で認められた名の者を任じるものとする (3) 三人の候補者から前項のように任命されたときは、ケベック州が提示した者を任じるものとする (4) 前項を除いて (2) 項で任命がなされたとき、総督はケベック州以外の州が提示した者を任じるとした。

この合意でケベックが憲法に批准する条件として、憲法改正にケベック州の完全拒否権を認めること、ケベックを固有の社会 (distinct society) と認めること、S C C判事任命に州の役割を認めること、移民に関する権限を州に移すこと、連邦歳出権の制限、の五つの条件を掲げた。この合意は失敗に終わるも、S C C判事任命の案は広く受容された<sup>(32)</sup>。

シャーロットタウン合意 (Charlottetown Accord) も、州と連邦の関係を中心とした憲法改正の議論である。一九九二年三月一二日にオタワで初の会議がもたれ、以後、七〇〇人以上からの参考意見と三〇〇〇の提案を受け、一九九二年八月二八日、発議された。その第二部「連邦統治機関 (Institutions)」のB章はS C Cと題され、まずS C C

が憲法上明記されることを提案する（二七条）。一八条では、三人はケベック州出身の九人の判事で構成されると規定したSCAが憲法編入されるとし、一九条では、全州（準州含む）政府から候補者リストを出させ、その中から選任することとし、それができない場合には暫定的に任じられることも明記されていた。

ところで、カナダでの判事（SCC判事も含む）任命が執行権の専権とされるのは、イギリスのそれを踏襲したことによる。そのイギリスは憲法改革を進めており、この立憲主義原理に変化がみられる。イギリスでの立憲制と最高裁判事任命プロセスを一瞥しておくのは無意味ではない。

### （3）イギリス最高裁判事の任命

カナダ憲法は、イギリス立憲主義を継承する（一八六七年憲法前文）。イギリスには二〇〇九年まで最高裁はなかったので、SCCには示唆を与えるものではない。<sup>33</sup>ただ、司法判事の任命はカナダと同じで、大臣の助言に基づいて女王が任じる、女王の判事である。実質的には大法官（Lord Chancellor）が決定するのであり、その過程は秘密である。こうしたプロセスは、一九九七年に高等法院判事の基準が示されてから変遷の過程にある。二〇〇一年三月には、判事任命委員会（Commission for Judicial Appointments）が、候補者を調査するなどの諮問的役割を与えられて設置され、さらに二〇〇六年四月、憲法改革法（Constitutional Reform Act (CRA)）によって司法任命委員会（Judicial Appointments Commission (JAC)）を設け、判事選任の責任をこれに移行させ、制度の透明性を高めた。JACは独立の公的機関で、女王が大法官の助言に基づいて任命する、五人の司法判事と二人の法曹と五人の常任委員と一人の裁判所職員（tribunal officer）と一人の治安判事（magistrate）の、一五人の委員で構成される。

改編された判事任命プロセスを整理しておこう。<sup>34</sup>空席ができると、大法官がその欠員を補充するよう要請し、J

A C（高等法院以下の場合。最高裁判事の任命は後にみるので、ここではそれ以外のレヴェル）がメリットのみに人格高潔な者を選任する。この報告を受けて、大法官は三段階の選任プロセスを踏む。第一段階は、① J A C の選好を受諾する、② 不適格と判断したときのみこれを拒否する、③ 判断の証拠が不足している時のみ再考を促す、のいずれかをなす。後二者の場合、第二段階となる。J A C は別の候補者を選考するが、③ の場合は同じ候補者を選任するのを妨げない。これを再度、大法官が拒否すれば、第三段階となる。J A C は第一段階で選任した者以外の者を選任することとなり、大法官はこれを基本的に受け入れる。大法官が正式に任じること、実質的に任命される（女王による任命）。C R A は判事任命行為オンブズマン（Judicial Appointments and Conduct Ombudsman）を設け、J A C から独立してこのプロセスを検証させることになっている。

イギリスは二〇〇九年に、連合王国の最終上告審として最高裁を設置している。憲法改革の理念は、君主制中心からモンテスキューバリの権力分立を立憲機構に確立させることである。権力分立制から遠ざかっている制度としてやり玉に上がったのが、大法官職である。<sup>(35)</sup> 大法官は主要な閣僚であると同時に、司法権の長で上級判事でもあり、貴族院議長でもあった。権力分立と司法権の独立を高めるために後二者の地位や権限を除去し、司法権の長（Head of the Judiciary）として首席裁判官（Lord Chief Justice）とする。この流れの中で最高裁が設置された。

憲法改革で司法権が権力分立の視点から独立するようになれば、その判事の任命プロセスも改編されることとなる。<sup>(36)</sup> その原理は第一に司法権の独立である。他の二権からも当事者からも、また選任では政治的影響力からも、解放されていなければならない。第二にメリットに基づく任免である。第三に平等である。第四に公開性と透明性である。第五に効率性である。さらに国際的視点も考慮している。

判事任命プロセスに議会はこれまで何ら役割を果たしてこなかったし、C R A でもこれは変わらない。司法権は

議会に対して責めを負わないけれども、上級裁判官 (senior judges) の罷免には議会は主要な役割を果たしている。<sup>(37)</sup> 任命に際しての議会の事前の聴聞には、政治的であるとの理由で消極的である。何を質問すればよいかの判断も困難で、純粹な諮問機能に限定すれば、判事適格性判断の信用性は薄まることになる。判事任命が滞るのを防げる利点が主張されるが、現実には行われていない。<sup>(38)</sup>

イギリス最高裁は二人の最高裁判事 (現在、女性は Baroness Hale のみ) で構成される。その任命手続は C R A 二五条から三一条と別表八に規定されている。<sup>(39)</sup> 一瞥しておこう。<sup>(40)</sup> 任命の資格は二五条に規定されていたのが、二〇〇七年の裁判所執行法 (Tribunals and Enforcement Act) 五〇―五二条で修正され、現在は次のようである。まず高等裁判所 (イングランド、北アイルランド、ウエールズ高等法院 (High Court)、イングランド、ウエールズ、北アイルランド控訴裁判所、スコットランド民事控訴院 (Court of Session)) 判事職二年以上、さもなくば一五年以上の実務経験を基礎とすること。一五年以上、イングランドとウエールズの上級裁判所のソリシタもしくはバリスタで、資格取得後も引き続き実務経験を継続していること。スコットランドでの弁護士もしくはその高等裁判所や民事控訴院に出席できる資格のあるソリシタであること、もしくは北アイルランド法曹界のメンバーまたは北アイルランド最高裁判所 (Court of Judicature) のソリシタであること。

C R A は、最高裁判事には別個の任命プロセスを設けている (二〇〇九年最高裁判所法が施行された後、稼働。最初の最高裁判事には現在の法律貴族 (Law Lords) がそのままなるが、それ以後はこれが適用される)。J A C は関与せず、大法官が選考委員会 (selection commission) を立ち上げ、それを主宰する裁判所長 (President of the Court) に書簡を出すことでなされる。委員会はこの委員長のほか、副所長、ウエールズ、北アイルランド、ウエールズ、スコットランドの各任命委員会の代表委員である。各代表のうち一名は常任でなければならない。指名は

関係委員会 (relevant Commission/Board) の議長によってなされる。

立法は選考委員会が踏むべき手続を規定しておらず、大法官が出す通達が適用される (二七条九項)。実務では各選考委員会が自らの手続を決定している。ただし、諮問されるべき人物は明記している。それは上級判事 (senior judges) で、以下の者である (六〇条一項)。a (連合王国) 最高裁判事 b イングランドとウェールズの首席裁判官 c 控訴院最上位裁判官 (Master of the Rolls) d スコットランド民事控訴院院長 e 北アイルランド首席裁判官 f スコットランド最高法院次長 (Lord Justice Clerk) g 王座裁判所所長 (Queen's Bench Division) h 家庭裁判所所長 i 高等法院院長。さらに選任委員会は、大法官、スコットランド首相 (First Minister)、ウエールズ首相、北アイルランド司法任命委員会委員長に諮問すべきとされている。

二七条は五つの選考要件を規定する。①成績主義②二五条で規定された資格要件を満たす者のみ選任③委員会の委員は対象外④その委員会も一人のみ選任⑤「判事は連合王国のどこかの王国の法律の知識と経験を持っている」と確信しなければならない。選考はこれまで二度行われ、公告や情報提供は公開されており、二〇一〇年の選考はウェブで公開されている。

選考では大法官が主要な役割を果たす。選考委員会は大法官に、誰が選考され、誰に諮問し、さらに大法官がいかなる情報を求めたかを述べた報告書を提出しなければならない。大法官は裁量で知りたい情報を要求できる。大法官は、別途諮問された者たちに諮問する制定法上の義務がある。選択権を有し (二九―三二条)、限定的に勧告をなしたり候補者を拒否したりできる。そのときは理由を述べなければならない。委員会の選考に満足したならば、その候補者名を首相に伝え、首相は女王に正式に推薦する (憲法改革統治法案では、このプロセスから首相が外されており、大法官が直接に女王に推薦するとされていた)。

## (4) 小括

カナダが範とするイギリスの立憲主義では、最高裁判事の任命は執行権に属し、それは固有の権能であるから、民主的洗礼を受けることなく、したがって透明性やアカウンタビリティに関心を払わなくてもよしとされる伝統にある。しかし、イギリスは、執行権の大権的作用を民主的統制に服させる憲法改革の流れの中で、執行権の権能の枠は乱すことなく、民主的欠陥を補正する改革を始めている。カナダは任命プロセスに州を参加させる憲法的視点が提起されたが、二〇〇四年までは何ら改革されないうまま、この伝統を墨守している感があった。

## 3 選任プロセスの改革―議会スクリーニング

(1) 任命プロセスの改革の系譜：連邦主義観点から議会議主義観点へ

クランドール  
Orandall は、S C C 判事任命プロセスの改革を三つの時期に区分している。<sup>(41)</sup>第一期は、一九四九年（S C C が名実ともにカナダ最終上告審となった年）からシャーロットタウン合意の一九九二年までである。第二期は一九九三年から二〇〇八年までで、一九八二年憲法（カナダ憲章）が浸透して司法権が成熟していく中で、政治的嗜好のなかった改革が叫ばれる。第三期は二〇〇八年以降で、自由党の改革を引き継ぎ発展させている、保守党政権での改革である。

第一期では、最終上告審となった S C C が州と連邦の権限配分に関して判示したことが際立ったのも手伝って、連邦主義の観点から州が S C C 判事任命のプロセスに参画する法制度が訴えられた。しかし、その憲法的実現をみないとなると、アカウンタビリティと透明性の関心にこの議論の次元がシフトしていった。<sup>(42)</sup>七〇年代から八〇年代

での S C C の憲法改革議論の批判の土俵は、連邦制であった<sup>(43)</sup>。シャーロットタウン合意（失敗）で終わる憲法改正の議論は、州首相を参画させて S C C 判事の候補者のリストを作るという主張であったことに象徴されるように、立法あるいは慣習で州の参加を憲法的に確保しようとの注目すべき認識であるが、州と連邦の関係では州に傾きすぎたきらいもあり、S C C 判事任命に両政府の間のバランスをどう取るかの困難な課題を改めて突き付けた<sup>(44)</sup>。

第二期では、憲法的疲労 (constitutional fatigue) と言われるように、憲法改正作業は目立ってなされなかった一方、S C C 判事任命プロセスにはその透明性を求めて政治家やメディアなどから議論が出され、なかでも改革党 (Reform Party, 1989-2000) は熱心であった<sup>(45)</sup>。同党は、S C C の役割を連邦主義での権限の配分の判断ではなく、本来公選議員でなされるべき政策形成が S C C でなされている点に注目する。これは、同党がカナダ同盟党 (Canadian Alliance Party) に替わり、やがて二〇〇三年に保守党に併合されても、継承される。保守党のトローエス (後に法務大臣となる) も、S C C が根本の立憲的決定を議会にとつて替わってなしているのを政府は見逃しているとし、最高裁の政治化を指摘する。ケベック連合 (Bloc Québécois) は、二〇〇三年に、最高裁と連邦控訴裁判所の判事任命のプロセスを司法委員会に研究させる動議を提出している。この時、法務省政務官 (Parliamentary Secretary) Paul Harold Macklin は、任命は適切に行われているからその必要はないと突っぱねたが、二〇〇三年十一月、Paul Martin 首相はこうした野党の声に耳を傾け、下院司法人権公共安全緊急事態準備委員会 (Committee on Justice, Human Rights, Public Safety and Emergency Preparedness) に S C C 判事任命の事前の最善の審査方法を諮問するとした。

かくて、S C C 判事の任命プロセスの改革は、その民主主義的欠陥 (democratic deficit) の観点に向けられるようになっていく。S C C 判事任命の改革には、民主主義的リニューアルと、州と連邦の政府間関係 (intergovernmental

relations) の二つの競合するアジェンダがある。<sup>(46)</sup> 前者は連邦執行権を弱めるのに対し、後者は強めるといった矛盾がある。クランドールは、第二期での状況では、州にミーチ湖合意で提示された権限に匹敵するものを獲得する可能性は薄くなっているとす。<sup>(47)</sup> 第一期での「巨大な立憲政治」では、任命プロセスに参画する地位を州に認める意義があつたが、カナダ憲章の浸透で司法権が発展し、任命プロセスに別の政治的要因が重視されるようになり、自由党政権での民主主義的欠陥の視点が連邦主義のそれを凌駕するようになっていったのである。

トルードからの S C C 判事任命プロセス改革の系譜を眺めれば、<sup>(48)</sup> トルードのそれは選任プロセスで諮問を拡大してよりよい判事を選ぶ、メリット重視の改革であつた。一連の憲法改正合意でみられる連邦主義中心の改革の議論を経て、アメリカ型のような立法院による批准 (ratification) ではない、議会関与を巻き込んだ政府の裁判所としての改革へと展開していく。民主性を追求すれば判事公選制となるが、憲法の枠組は端から外さないとすれば、候補者のリストは誰が作るのか、誰がその中から一人を推薦するか、誰がそれを決定するか、そしてこれを誰が承認 (confirm) するか、<sup>(49)</sup> でのアカウンタビリティが追求されることとなる。

## (2) 議会関与の背景と経緯<sup>(50)</sup>

### ① 改革の端緒—自由党<sup>(51)</sup>

二〇〇三年二月二日に首相に就任した自由党のマーチンは、法務大臣に任じた Irwin Cotler<sup>コトラー</sup> に、S C C 判事任命のプロセスを民主主義的に改革するよう打診し、ついで下院司法人権委員会 (Standing Committee on Justice and Human Rights) に、事前に諮問して候補者を審査できるようにするよう、指示した。マーチンは、S C C 判事任命プロセスに「民主的欠陥 (democratic deficit)」があると考え、その透明化を主張、議会委員会での公



聴会を開いて、勧告や代替の権能まで意識していた。自由党政権は二〇〇四年二月四日、民主的改革行動計画 (Action Plan for Democratic Reform) を出し、恒久的改革でじっくりと議論しようとする目論みだ。しかし、いきなり二人の後任人事に着手する羽目となった。

二〇日、S C C 判事 Louise Arbour が国連人権高等弁務官着任のため辞任するのを受けて、自由党政権は後任人事に乗り出すとともに、そのための暫定の任命プロセスか、それとも恒常的なそれを迫られた。マーチンは、議事人が S C C 判事の任命を審査する権利があるとした。二〇〇四年三月一九日、S C C 長官 Frank Iacobucci も家族の都合で辞任を申し出たので、六月に退官することとなる二人の空席を埋めるため、三月二四日に可及的速やかに任命プロセスを確立させなければならなくなった。任命プロセスを精査する議会常任委員会の決定がなされ、コトラー自身、同月三〇日にそこと呼ばれることとなった。

彼は、改革には任命に関する憲法上の枠組のなかで包括的諮問プロセスを重視することを基本とした。憲法や S C A の規定、さらに慣習を変えるものではなく、諮問過程は秘密裡にかつ政党色でなされるとの偏見を払拭して、透明性とアカウンタビリティの確保のために、自身が議会委員会に出る任命プロセスのアウトラインを説明することが憲法上の責務を果たすことになると考えた。この行動 (委員会の面前に出る) は、議会の委員会からこう評された。「本邦初の任命プロセスが公にされた。カナダ人は誰が S C C 判事任命について諮問され、当該候補者の判事としての適格性を評価する基準を学ぶ初めての機会を持ったのだ」<sup>(52)</sup>。

任命プロセスの第一段階は諮問プロセスである。法務大臣が空席を認識すると、退官判事の出身州の法曹 (学者や弁護士も含むが、だいたい控訴裁判所判事) から候補者を選定する。先の任命で候補に挙がった者もリストに載ることはあるが、肝要なのは潜在的候補者に関して広く相談をすることである。S C C 長官、当該地区の首席判事

や法務長官、法曹協会の上席委員などである。大臣自ら候補者を挙げることも可能で、学者などがここでノミネートされよう。関係者が大臣に書簡で推薦することもできる。

第二段階はそうした候補者の評価で、メリット・システムを旨とする。それは、専門的能力、人格性、多様性の三つのカテゴリーに分類される。能力の判断には高度な法的素養だけでなく、以下の点も考慮することが必要である。すなわち、①より高度な知能、分析力と文章力②双方の議論を公平に聞く実証された能力③決断力④協働での負担の管理と公平分担⑤判事の孤独の重圧の管理能力⑥確固たる協同技術⑦社会背景に認識力⑧英仏両言語力⑨S C Cに特に要求される専門性（S C C自らあるいは他者によって同定される）。人格性とは、①無欠の人間の専門的倫理観Ⅱ実直、清廉、率直②他者尊敬Ⅱ忍耐、礼直、気転、謙虚、中立、寛容③責任感Ⅱ常識、几帳面（punctuality）、頼りがい（reliability）である。多様性とは、S C C判事（の構成）はカナダ社会の多様性を反映していなければならないということである。こうした要素や基準が候補者の選定と評価になり、首相への報告のポイントにもなる。

コトラーは、議会委員会に出頭してこうしたプロセスを説明するには、議会の委員会が任命プロセスに果たす役割としていかに重要な審査にかかわるかを議員に認識させなければならないとする。議会の審査は、任命過程の審査とその過程で推挙された候補者の審査である。前者には、執行権の権限であるとの憲法枠組と、どの候補者が評価されるかの憲法上の責務を果たすために諮問プロセスがあることの二点を喚起している。

さらに、議会委員会は委員会での手続がどうか、構成や候補者のインタビュウなどを考えさせる機会を提供するとしている。具体的には、委員会への適切な構成はどうか、政党の代表者で構成されるのでよいか、審議は非公開がよいか、いくつかは公開すべきか、である。議会委員会での審査に六つの原則を掲げる。第一にメ

リット原則である。任命プロセスは最適の判事を実績に基づいて選任することに尽きる。第二に、いかなる改革であれ、SCCと司法行政の清廉さを維持するのでなければならない。政治化は避けねばならない。第三に、任命プロセスは司法権の独立を保護し促進させなければならない。第四に、任命プロセスはより透明でなければならない。諮問プロセスはその時点では知られていないのを要する。第五に、任命プロセスは州のインプットの意義を認識しなければならぬ。州の首席判事、法務長官、法曹会の指導者、その他候補者選定にかかわる機関の者たちであり、州の参画は制度化されるべきである。第六に、二〇〇四年三月に立ち上がった議会審査のように、議会の重要性を根拠づける任命プロセスでなければならない。

二〇〇四年五月、議会委員会は「SCC判事任命プロセスの改革 (Improving the Supreme Court of Canada Appointment Process)」を出し、透明性と議会の関与について議論の到達点を整理した。にわかにアーバーとイアコブツチ両判事の後任を決める時が迫っていた。暫定的な措置として、法務大臣コトラーは、公開の委員会に出席して二人の後任人事について説明したのである。

## ② 透明性とアカウンタビリティ

二〇〇四年八月、選任プロセスに大きな変化がもたらされた。二〇〇四年六月二八日に再選されたマーチン自由党政権にあって、七月一九日、コトラーが法務大臣に再任される。彼は、SCC長官、オンタリオ控訴裁判所長官、そして同州法務長官らと何度も相談を重ねて、八月二〇日、アーバーとイアコブツチの後任に、ともにオンタリオ控訴裁判所 (the Court of Appeal of Ontario) 判事である Rosalie Abella と Louise Charron を選任した。コトラーが下院司法委員会 (Standing Committee on Justice of the House of Commons) で初めてこの任命の正当性、つまり両判事の適格性や選考プロセスについて、委員会で質問に答えながら説明した。一〇月四日に前任判事が退官するの

で、委員会の諮問は八月中には終わらせておかなければならなかった。選任プロセスの秘密性に批判があり、さらに政府のアカウンタビリティを高めるとの政治思潮が背景にある。これは議会が何かものを申せるとか、同意をするとかの法的な意義はなく、判事任命権はあくまで総督（執行権）の権限であることに何ら揺らぎはない。

画期的なのは、実質的な任命権者である法務大臣が委員会に出頭して、プロセスや任命の理由等を公にすることである。大臣は、任命についてどのような相談をしたか、どのような資料を重視したか、個人的にどのようなことを調べたかをプレゼンテーションし、委員会はこれらについて直接大臣に質問することができる。これは二時間にわたり、テレビ中継もされた。大臣の出頭は歴史的一大事とまで言われ、質疑応答と事前の議会のチェックという前代未聞のことであった。この後、非公開で議会委員会が報告書作成のための議論を行い、二人の候補者が適格であるとの結論を答申することとなる。この手続はあくまで暫定的で個別的なもので、コトラーは二〇〇五年四月七日の議会の委員会で、二〇〇四年の報告書にあるような恒常的な改革の推進を訴えた。

二〇〇五年一月二十五日の S C C 判事 メジャー Major の退官にともない、その後任を選任すべく、コトラーは諮問委員会を立ち上げて六人の候補者リストを提出し、そのプロセスを始めた。この新たな手続は四段階からなる。第一段階は、法務大臣が指名候補者の絞り込みを行うために相談をする。ここでは推薦団体などから書面でその実績を提出させ、州に配慮しながら五人から八人のリストを作成する。リストアップされたくない候補者もあることから、大臣は事前に候補者の了解をとるものとされる。第二段階は、個別の諮問委員会を立ち上げる。同委員会は諮問と評価のプロセスであり、大臣から評価基準や適切な資料を提供される。諮問委員会の構成は、下院の各政党から議員一名、カナダ司法協会推薦の退役判事一名、当該地域の州法律協会が指名した者一名、大臣が指名した当該地域の

卓越した人物二名からなり、委員は、政党などの特定の団体や思想の代表者ではなく、メリット主義の選考過程に多様な考えを開陳する。大臣は、委員にそうした教示の指令書を提供するとともに、委員会始動前に会合を持つ。委員会は、書面と第三者への相談などで候補者の経験と実績を正確に把握して評価する。委員会の決定で重要な事項は多数決で行うなど、民主主義ベースであるが、個人的な聞き取りはせず、秘密裡に進めていく。これは相談された者についても同様である。討議を重ねた結果、優先順位やコメントを付けて絞りこんだ三人のリストを作成し、大臣に提出する。大臣はこれが不十分であると判断すれば、さらなる審議を求めることができる。第三段階は、この提出されたリストから判事を選任し任命する過程である。第四段階では、任命が確定した時、大臣が議会法務委員会に出頭して、この一連のプロセスや任命理由を説明する。最終の第四段階は公にされ、法務大臣が前回同様、委員会に出席して選任過程や選任された者の適格を説明して、答申として出され政府が任命作業に移行する手はずであった。自由党の改革である。

ところが、委員会の最終選考段階の二〇〇五年一月二十九日、下院が解散され、二〇〇六年一月二三日に総選挙となり、自由党政権が破れて保守党の Stephen Harper 政権に交代した。S C C 判事の空きはそのままであった。同政権の法務大臣トーズはこの選任プロセスを変えなかつたので、政権交代しても維持されたが、保守党政権は、前政権が作ったものを終わらせたいと思った。すなわち、前政権の諮問委員会で挙げられた三名の候補者リストから一名を選任したうえで、その者は下院の個別委員会に出頭しインタビューされる運びとした。三名のなかから連邦控訴裁判所の Marshall Rothstein ロステイン を任命した（この人事は前政権時に固まっていた）。S C C 判事任命審査個別委員会 (Ad Hoc Committee to review a Nominee for the Supreme Court of Canada) が下院の議席数に比例して、保守党五人、自由党四人、ケベック連合二人、新民主党一人の一二人の議員で構成され、法務大臣でもあるトーズが委員長

となった。なおコトラー（自由党）も委員である。

S C C 判事に対する初の聴聞は二〇〇六年二月二七日月曜日、議事堂の委員会室（Reading Room）で午後一時から四時半までなされ、テレビ中継もされた。ロスティンの履歴や主要判決の資料は委員にあらかじめ配布され、簡単な紹介を交えた委員長（法務大臣）の開会のあいさつに引きつづいて、ロスティン自身のスピーチがあり、その後、委員からの質疑応答となった。会議は二部に分かれ、前半三人、後半二人の約六〇の質問がなされ、その会は行わないと議決して、閉会した。委員会は、書面の報告書は出さなかったものの、テレビ中継されていたので、首相は見たはずで、トースも委員らと議論した後、首相に報告したはずである。この会から二日後の三月一日、首相はロスティンを推薦し、総督によってS C C 判事に任命されるであろうと書面を出し、六日、正式にS C C 判事に就任した（宣誓式）。

ハーバーは議会聴聞を実施した初の人物となる。<sup>(54)</sup> 彼自身、こうしたプロセスは歴史的意義があり、これまでになく透明性とアカウンタビリティの確保に資するし、あらかじめカナダ国民はS C C 判事を議会の聴聞を通して知ることができるとした。参考人で出席していた憲法学者 ホック Hoock は手続を説明し、ロスティンのプライバシー等、人格にかかわる質問や将来どのような判決を書くかなどといった質問は避けるよう、注意した。<sup>(55)</sup> この委員会は、新任S C C 判事の適格性を、書面のみならず自身の委員会での受け答えも通して判断し、その保証を首相に対してなす意義があつた。<sup>(56)</sup>

これは、自由党の改革案とは異なるけれども、議会で聴聞の意義を示し、その方法の先例を形成した。<sup>(57)</sup> 判事選任は執行権の権能で、また、司法権の独立から議会政治の党派性がむき出しになつてはならず、あくまで執行権が任命した判事がS C C のそれとしてふさわしいかを議会は確認する。<sup>(58)</sup> そもそも自由党の案でも個別委員会の権能は

限定される。聴聞の冒頭、ホッグがこの聴聞の在り方やS C C判事の適格性の基準を提示し、そうした憲法上の制約や位置づけに念を押しした。この経験は、「カナダ連邦議会議員が、司法権を政治化する危険も任命された者を辱めることも一切ない市民的聴聞 (civil hearing) を行いうることを確認させた」<sup>(60)</sup>。アメリカの任命行為確定のための聴聞会 (confirmation hearing) のように人格や政治嗜好などへの質問はなされず、法律扶助制度と裁判のテレビ中継の問題くらいが、せいぜい政策に関する質問であつたくらいである。聴聞は判事の適格性を見るもので、判事の人となりや国民に知らしめ、S C C判事に関心を持つという教育的効果が見事にはかられたといえる。<sup>(62)</sup>と同時に、クレチエンまでの政治状況と異なり、秘密の (closed door) 任命決定への不信とS C Cへの国民の関心が高まっていることの証ともいえよう。<sup>(63)</sup>

二〇〇八年四月、Michel Bastarache バストラッシュ ニューブランズウィック州 (大西洋地域) (出身) の退官をうけて、法務大臣 Rob Nicholson ニコルソン は、五月、大西洋地域から任命候補者リストを出すべく、同区域の諸州に相談を始め、議員五名 (二名が与党 (政府) で野党から各一名) からなる選任パネルに提出した。このパネルが秘密裡に三名に絞られた候補者リストを首相に提出し、首相が選任した一名が議会の委員会に出頭する運びとなつた。議会に個別任命委員会を立ち上げるとし、かかるプロセスの有用性を強調したが、まもなく Nova Scotia ノヴァスコシア 控訴裁判所判事の Thomas Albert Cromwell ク ロ ム ウェ ル を任じると発表し、議会委員会のチェックを受けるであらうとした。しかし、二〇〇八年九月五日、首相と法務大臣は、野党がこの選任パネルの構成に反発し、クロムウェルの任命は政府のそれにすぎないとしたため、選任パネルは中断されると宣言した。一方で首相は、クロムウェルは下院の個別諮問委員会の質疑応答のプロセスを経なければ任命されないと断言していた。

この発言から二日後、下院は解散されて、総選挙が一〇月一四日に行われ、保守党が政権を維持するが、その基

盤は脆弱となった。一月一八日に議会が召集されるも、一二月四日には翌年一月二六日までの閉会が宣言された。その間、首相はクロムウエルが議会の審査の後直ちに任命されるとしたが、最高裁は六カ月以上も一人欠いた状態で運営されていたため、これを早く解消されるのが立憲主義の要請だと法務大臣は認識して、将来的には個別諮問委員会の審査を続けるとしたうえで、クロムウエルはこれを受けることなく、二〇〇八年一月二二日にＳＣＣ判事に任じられている（二〇〇九年一月二九日就任）。政府はこうしたプロセスを否定するものではなく、引き続き任命のアカウンタビリティに努めるとした。聴聞の手續が廃止されたと解されるようなことはなかった。

### (3) 議会聴聞 (Parliamentary Hearing) の浸透

議会による聴聞プロセスは、将来も継続すると政府は言明しており、また、もともと自由党が改革に乗り出したのを保守党が発展させていることから、維持されよう<sup>(64)</sup>。

このプロセスに法的根拠はない。任命された候補者は下院の個別委員会で質疑応答を受けるとの政府声明に基づく。継承されて慣習化していくものと思われる。立法等で整備しようとの動きはない。判事任命は憲法で認められた総督の固有の権限と解されるから、これを議会がいじめることはできない。政府が任じた新ＳＣＣ判事のお披露目といった要素がある。

この制度の理論的基盤を提供しているホッグはこう述べている<sup>(65)</sup>。

このプロセスは、公民にＳＣＣの仕事とその判事の役割に何らかの洞察を与え、指名された者を公民に紹介する。これまでの経験から、アメリカよりも、ここカナダで起こる可能性は低いものであるけれども、全く適格でない判事を任



じることへの防御である。アメリカの指名の聴聞を今や特徴づけている政党間の怨嗟 (partisan rancour) もなければ、カナダの聴聞を損うような可能性も低い。なぜならば、カナダの政党を分断している争点は S C C 判決を含まないし、政党間の口論 (squabbles) はカナダでの指名の聴聞に安全に設定されうるからである。ロスティンの指名の聴聞を跡付けた礼義正しさと懇懃々 (civility and courtesy) は、クロムウェル判事のそれが行われていたなら同様に跡付けたであろうと信じる。

アメリカを意識し違いを強調して、聴聞をポジティブに捉えている。ホッグは、議会の聴聞について、アメリカは憲法上の制度であり政党政治の受難を受ける一方、カナダでは憲法上の制度ではなく諮問に止まり、政府もよい政治はよい任命にあると信じているし、民主主義では重要な判決は透明でなければならないから、この制度は功利が大きいと評価する<sup>(66)</sup>。

アメリカは大統領の任命権を軸として、それに上院の承認を必要としている。その聴聞会 (フランクファーター判事に始まる) は、大統領対議会の政党政治の闘争にどっぷりつかつたもので、一大政治バトルである。候補者も相当の肉体的心理的負担を被るであろう。アメリカ憲法は最高裁判事の任命には上院の同意を要すると規定しているが (二条二節二項)、連邦裁判所判事すべての任命も同様であるのに対し、カナダは S C C 判事のみ議会の聴聞にかける制度思考である (連邦下級審判事は司法諮問委員会 (Judicial Advisory Board) の助言に基づいて内閣が行う)。執行権の任命権は同じであるが、アメリカがそこに議会上院の承認を要件としているのは、共和主義原理に基づく<sup>(69)</sup>。上院の役割も重要で、執行権優位を説いたハミルトンでさえ、大統領の任命権 (最高裁判事も上級官史任命権も同じ) に適切で効果的なチェックをなしうるとしている<sup>(70)</sup>。

カナダの学者の分析を通して、アメリカのプロセスを一瞥しておこう。それは指名候補者の選定 (nomination) プロセスから始まる。これは大統領の独断となる。一般に、大統領の顧問や法務長官、法務省の上級幹部、さらには法曹協会などの民間人と相談して、リストアップされる。最初の候補者リストが慎重に作成されると、そこに挙がっている候補者に、法務省から私生活に関する質問状が送付される。この時法務省は、アメリカ法曹協会 (ABA) の司法委員会 (Standing Committee on the Judiciary) に候補者の評価を尋ねることがある。その後、連邦捜査局 (FBI) が候補者すべてのセキュリティ・チェックを行い、そのうえで大統領は指名者を絞り、上院に送付する。承認プロセスは上院司法委員会 (Committee on the Judiciary) に委ねられる。委員会が始動する前に必要な調査をスタッフに命じ、財政状況や党派性、過去の判決等に関する別の詳細な質問状が候補者に送付される。これは性質の許す限り公開される。また ABA も個人的資質を判断して評価し、「適格十分 (highly qualified)」「適格」「不適格」のいずれかを委員会に答申する。指名された者は自分を知ってもらおうと、委員長など、重要な上院議員と会うこともある。委員会は原則公開で、指名者と証人を呼んで質疑応答し、承認するかどうかを判断していく。この後も委員会は書面で質問等を行うことができる。通常、この公聴会から一週間後、都合のよい時に委員会表決となる。

上院本会議 (Full Senate) は是認、否認、推薦なし (上院への報告書に載せなくても反対できる) の三つの意思表示をなす。上院議員は自分の表決の理由を詳細に語りたがるものである。一般的には、候補者の司法哲学やバックグラウンド、あるいは重要な問題についての考え方を基に判断して、表決行動をとるといふ。上院規則では、不承認が多ければ上院本会議に上程しなくてもよいとされているけれども、伝統的には上程する。是認以外の報告は、本会議でこの指名が否認されることを示唆する。

本会議に上程されると、上院全体で討論と表決がなされる。承認は単純多数でよいが、上院には討論に時間制限がないため、討論終結 (cloture) に出席上院議員五分の三が賛成の票決をすれば、終わる。上院は憲法上承認を行うだけで、上院の礼節から、指名された者を否決したからといって別の人物を推薦するようなことはしない。上院が閉会している時に空席を埋めなければならないときは、大統領は辞令を発することができ、次の上院が開会されるまで効力を有する (二条二節三項)。これは過去に一二回ある (最近の例は一九五八年にアイゼンハワー大統領が ステュアート Potter Stewart 判事を任じた時)。

大統領は、党派性 (政党としての意向)、政策、個人的志向の三つの目的から選定されると言われる。このとき地域性が大統領の頭をかすめることがあり、実際、ニクソンは南部人を選任するのに骨を折った (Louis R. Powell 判事を選任)。レーガンは選挙公約に従って女性の判事 (Sandra Day O'Connor) を任じている。友情や個人的な関係、大統領の個人的評価も小さくないとされる。McLeod は、マクラウド 直接公選ではないけれども、最高裁判事の指名と承認のプロセスは公的な参加が致命的な役割を果たしていると評価する<sup>(72)</sup>。アメリカでは地域性は要件とされないから、判事の出身州はさほど問題とならず、候補者のイニシエーションも連邦のみの判断である。

アメリカ最高裁と S C C は機能や位置づけは基本的に同じである。大きく異なるのは、憲法で判事任命の法律要件を議会 (上院) の承認としてしていることである。アメリカの様式はカナダに導入し難い。アメリカは政党の拘束が緩いが、カナダは強固であり、委員会もさしたる独立性や権限はない<sup>(74)</sup>。アメリカ的な議会の関与のモードには、カナダはネガティブとなる。

## (4) 議会聴聞への批判—政治化と司法権の独立

こうした議会によるチェックを入れること自体に否定的な考えがある。いち早く、マーチン首相がそうした改革に乗り出した時、カナダ法曹協会 (Canadian Bar Association (CBA)) が強固に反対している。マーチンあての二〇〇四年三月八日の書簡では、三八、〇〇〇以上の法曹を抱えるCBAの代表として、SCC判事候補者の議会審査はアメリカ的な公聴会の制度であって政治化を招くとして、強く反対するとしている<sup>(75)</sup>。

CBAがこだわるのは司法権の独立である。それはアクセスのしやすさ、専門性、代表性、効率性、公平性を要素とし、判事任命は「業績にのみ基づき、究極的には社会全体の多様性を反映する、開かれた透明性のあるプロセスを支持する」。議会審査はこれに沿うものではなく、「任命プロセスを政治化させ (politicize)、司法権独立の原理から逸脱することになる」とし、「CBAは、判事をその判決について議会からの批判にさらし、判事の信念や志向、あるいは法廷意見、あるいは司法部が立法部に回答しているという印象をカナダ人に与えかねるような、いかなる手法に対する尋問 (gross examination) になりかねない、いかなるシステムにも強固に反対する」。

CBAは現行プロセスが最良の判事の任命につながっていないとの認識から、一九八四年にマックルヴィイ報告 (McKelvey Report) という改革案を出している。選任プロセスは適格な判事を選定するのが目的で、メリットが最も重視されなければならないと訴える。時間も限られ、法律の専門家でない議員がそこで適正な判断ができるかといえば、心もとない。議会の党派性や政治色がむきだしとなるなかで選任されれば、司法の独立を脅かしかねないというのである。一方で選任のプロセスの透明性は必要であり、SCC以外の連邦裁判所判事について創設されているのと同じように、法務長官も含む法律専門家からなる特別諮問委員会 (Special Advisory Committee) による審査と推薦を提案する。CBAの報告書は、「候補者の議会審査を、それが任命プロセスを政治化させ司法の独立か

ら逸脱させるから、支持しない」と結んでいる。

ブリティッシュ・コロンビア市民自由協会も、議会の聴聞は否定する。<sup>(76)</sup> 現状を執行権専権の不透明なプロセスだと批判し、透明性とアカウンタビリティを心掛けた改革は訴える。一方で、司法権の独立と公平性の憲法原理に配慮しなければならぬとして、SCC判事選任プロセスは、メリット主義、民主的正当性、独立公平な司法権を原理とすべきとする。透明性は議会ほど求められず、問題は司法権の独立性と公平(impartiality)がSCC判事任命プロセスにどう反映してくるかである。民主的正当性を推し進めればより大きな議会の参画が要請されるけれども、司法権の独立と公平性は非政治化(Depoliticization)を要求する。議会承認を判事任命の法律要件としているのはアメリカくらいしかなく、議員が判事予定者に特定の事件や、個人的価値観や争点となる政治や社会の問題について尋ねるのは適切ではない。議会の聴聞は政治的操作(manipulation)であり、司法権の独立を脅かすという。ただ、諮問委員会制度は適切で、そこで候補者を絞ってそのなかから首相に最終的に選ばせる制度を提示する。

既に見たように、イギリスでは、CRAで、判事任命プロセスは、第三者的機関での推薦に基づいて執行権が任命する仕組みに変わった。イギリス人の目からカナダのこの聴聞の制度を評価する者がある。<sup>(77)</sup> カナダには、アメリカのように政治性が蔓延し司法権の独立が脅かされるとの懸念はないし、候補者のプライバシーを侵害することもなく、良い候補者を探すことはこうした価値に凌駕するという。「市民は自分たちの頂点の裁判所に座り、偉大なモラルをもち、政治的に敏感な争点を決断する人について適切に情報提供を受ける権利がある。この次元の判事は、匿名性を要求して文字通りの隠喩的な鬘の背後に隠れることはできない」<sup>(78)</sup> 議会の聴聞は、英国のみならずヨーロッパ諸国への刺激となるとする。

議会の聴聞はアメリカのそれがイメージされて、SCC判事任命が議会政治の党派性のなかで、時の政治と密着

した判事が任命され、また判事の報酬など身分も議会によってちらつかされて、司法権の独立が脅かされる懸念がある。<sup>(79)</sup> 議会関与には司法権の独立に配慮した限界も十分に認識されねばなるまい。

## (5) 展望

モートンは、SCC判事任命プロセスの改革には四つの力が作用しているとす<sup>(80)</sup>。第一が保守的な動きで、現状維持のベクトルである。カナダ法曹協会や自由党などがそうだとする。第二がアイデンティティ政治の唱道 (identity politics advocates) で、司法の構成は社会の多様性を映す鏡たるべきだとのベクトルである。ここではメリット・システムとの衝突が問題となる。第三が連邦制であり、州がSCC判事任命過程に直接参入したいと要請するようになっていく。第四が民主的アカウンタビリティで、野党も巻き込んだ議会での公聴会の動きである。モートン自身は、二〇〇四年の下院の報告書のように推移していくと分析している。<sup>(81)</sup>

現行が問題ないとされて、起動していくとなれば、総督(執行権)の任命権の憲法の枠組を壊さないように、議会の関与、特に聴聞を経るプロセスが合憲的に運営されなければならない。加えて、議会の関与がSCC判事選任プロセスの透明性とアカウンタビリティを維持向上させる効果がなければならない。この二点から議会(委員会)関与の手續や権能が繊細に考えられなくてはなるまい。さしずめ、以下の四点をつめておく必要があるように思われる。

第一に、議会の権限をどこまで認めるか。判事選任が執行権固有の権限であるから、その限界を明確にしておく。議会をこのプロセスに絡ませるとして、執行権に対してどこまでなら踏み込めるかの問題である。憲法上、執行権の選任権は侵してはならないから、執行権の選任した判事に拒否権を行使するようなことは認められないし、まし

てやそれに替わる新たな候補者を推薦することもできない。議会委員会の権能は限定され、これまでの運用では、拒否権もプロセスを遅延させる権限も認められない。そうすると、単なるラバースタンプになり下がるか、政府の議員が任命をめぐって火花を散らすか、のどちらかになってしまふ懸念がある<sup>(82)</sup>。委員会には執行権の選任した判事を不適格者として報告する権能（拒否権ではない）を認められるようにしなければ、議会関与の意義は薄れるのではなからうか。

第二に、その委員会の構成が重要となる。判事の適格性の判断であれば、法曹等の専門家がよく、アメリカのように政治性を排除する懸念からも歓迎される。しかし、民主性と執行権独占の排除抑制の観点も考えれば、議員は公選政治家もいなくてはならない。そうなれば議員の構成はどうするか、与党中心、つまり多数は与党になるようにするのか、議員構成の比例性を考えてバランスを取るのか、それとも議員を有する各政党に平等に配分するのか、といった点が問題となる。

SCC判事の任命はつきつめれば政権の判断である。議会の委員会がかかる権能を覆すことができないなら、聴聞は通過儀礼でしかない。しかし、こうした制度にしたのには、党派を超えてSCC判事の人となりを知り、政権の任命の背景を白日にさらすという意義があるから、個別委員会も政権側、つまり与党議員やそのとりまきで仕切られれば、こうした目的を果たすにはほど遠いものとなる。委員の構成は重要である。

自由党が設けた最初の選任委員会は、全政党を代表する者七名と法曹で構成された。自由党から三名（Derek Lee, Sue Barnes, Denis Paradis）、保守党から二名（Vic Toews, Peter Mackay）、ケベック連合一名（Richard Marceau）、新民主党一名（Joe Comartin）、それにアッパーカナダ法曹協会（Julian Porter）とカナダ司法協議会から現連邦高裁長官（John Richard）である。Derek Leeが委員長を務め、以下の基準が示される。①専門職能力

知性、文章力、包容力、決定力、勤勉、協働能力、人種、性、その他細かい問題の認識度、英仏両言語能力、裁判所に要求される特別の技術②人格②真摯、清廉、公平無私、忍従、礼讓、機転、謙虚、公平。委員会は八月二四日火曜日に、任命される者の氏名や人物の資料を受領、翌日法務大臣を迎えて討論、二六日木曜日も討議し、二七日の金曜日には報告書を首相と内閣に提出する。なおこれとは別に、今後のＳＣＣ判事の任命プロセスのありかたを具申できる。これらの充足度について、法務大臣を呼んで聞くことができる。

第三に、議会関与の目玉が聴聞にあるなら、その手続を政治的にならないようにし、また委員会の権限を考慮して、判事の弁明や委員による質問事項に限界はないのか、どこまで深く掘り下げてよいのか、あるいは掘り下げるべきなのか、ＳＣＣ判事（厳密な予定者）に応答を拒否する権利を認めるのか、といったことが問題となる。質問に特に限界は設定されないが、議員にはアメリカのような confirmation hearing にはならない自覚はあるし、このことが聴聞を合憲的に運営させるカギとなる。アメリカのように候補者以外に参考人を呼んで質疑応答する手続は、意図されない。判事任命を議会と大統領のいわば合同行為とするアメリカとは異なり、カナダは執行権固有の権限であると考えれば、そういえる。

第四に、議会関与の手続で、そのプロセスをどこまで公開するかである。執行権が議会に呈示する候補者が聴聞まで非公開でなされる、つまり、首相が次期ＳＣＣ判事の指名を正式に公表するまで秘密裡に行うのには、争いがない。聴聞も公開されるようになっており、改革の趣旨にかなう。その後、委員会の当該候補者を良しと判断する審議が、委員会公開の原則から排除されるのかは、問題となる。



#### 4 聴聞で審査すること——適格性

審査の次元、つまりSCC判事任命で基準として関心となるものは、専門性 (professional dimension)、州間のバランス (federalism dimension)、人種やジェンダーなどの社会の代表性 (representation dimension)、透明性とアカウンタビリティ (accountability and transparency dimension)、首相の息がかかっているかといった与党の志向性 (partisan political dimension)、独立性 (independence dimension) が考えられる<sup>(83)</sup>。このうち代表性は何をどのように、また何を優先して代表させるかにルールがないから、議論となる<sup>(84)</sup>。

人口構成からバランスを考慮されるのは、まず女性である。一九八二年にトルード首相が初の女性のSCC判事 Bertha Wilson を任じて以来、マルルーニ首相が Claire L'Heureux-Dubé と Beverley McLachlin を任命、一九九一年にウィルソンが退官したあと女性を当てることはできなかったが、一九九九年に男性判事の Peter Cory が退官した際には、クレチエン首相は女性判事 Louise Arbour を後任とさせ、二〇〇二年にローリユデュベが退官したときも、ケベックの女性判事 Marie Deschamps を後任とさせている<sup>(85)</sup>。

少数者、とりわけ先住民の代表性はどうか。SCC判事任命は社会の多様性を反映するものでなければならぬ。カナダは多文化社会であり、国家もイギリス系とフランス系と先住民の三つの民族の取極めで成り立っている。SCC判事にフランス系 (ケベック州) は三名の枠が保障されたが、先住民への配慮は立法にはない。

一九八二年憲法は、「カナダ国民の多文化的伝統の維持および発展と一致するように解釈」(二七条) されて、明文で先住民の権利も承認され保障される (三五条一項)。カナダの先住民とは「カナダのインディアン、イヌイット

ト、およびメティス」をいう（同条二項）。S C Cはシビル・ロー（civil law）とコモン・ロー（common law）、そして先住民の法（aboriginal law）から生じる紛争を扱うから、法多元主義はS C Cに先住民が入っていないなければその正当性も正義も成立しないのだと、批判される<sup>(86)</sup>。先住民の権利は手続も実体も保障されるから、S C Cもそのように構成され、先住民のS C C判事の席を創設するなど、特別の任命の可能性を探るべきだとする。「先住民にとつてカナダ統治機関の正統性は、究極にはそうした機関へ彼らが参画していることにかかっている。∴カナダのすべての裁判所での先住民に影響を与える法的判断は、それらの判断に先住民が参加していなければ、決して完璧に正統であるはずがない」。

エスニククのバランスはS C C判事任命で考慮されようが、規範化されるまでには至っていない。S C C判事が社会の多様性を反映する代表でなければならぬとの認識が定着してくるようになると、判事はそうした民主的原理に根差して選出されるべきと考えられるようになってくる。そうでない現実のS C C判事の構成やその選任手続には民主的欠陥があると評されることになる。

すべからず判事任命をこう割り切るのが新現実主義法理論（neo-realist theory of law）で、法は政治の形態をとらざるをえず、判事は政治的行動者となつて、民主的プロセスに服さなければならぬとする<sup>(87)</sup>。一方で、こうした割り切りが司法権本来の少数者の人権保護機能を埋没しかねないと警戒する者（*sober*）もある。民主性を高める方法での改革は同時に、反多数者主義という権利保護機関としての司法権の立憲的役割を脅かすパラドクスに留意すべき<sup>(88)</sup>という。無論、判事任命に民主的アカウンタビリティがなくてもよいのではない。むしろ要求されると力説したうえで、立憲システムが執行権に判事任命の番人としての役割を与えていることと、少数者の権利に対する裁判所の保護的な役割を支え公民が信頼していることで、民主主義が具現化されるとする<sup>(89)</sup>。アカウンタビリティ

は、全判事の任命にひいき (patronage) を減じてメリット・ベースの基準を構築させるのが肝要だとして、三点を敷衍する<sup>(90)</sup>。第一に、アカウンタビリティは明白かつ包括的なデータの基礎に基づいている。第二に、アカウンタビリティは判事の選定とそこで適用される実質的な基準の両方を明確にする、公開された指針ないしその他の資料を発することが高められる。第三に、アカウンタビリティは監視による。判事選定の指針を確保する権限と能力を持った機関が利用されていることである。

アメリカでは判事の党派性は顕著で、判事の個性を尊ぶ伝統がある。アメリカ最高裁の全員一致の判決率は約四〇%であるの対し、SCCは六〇%と高いことを示し、アメリカの判事は思想にコミットし非協力的であるのに対し、SCCはその対極に置かれる傾向があるとの興味深い分析がある<sup>(91)</sup>。二極化と政治的党派性は、アメリカは顕著である。SCCの場合、任命プロセスの政治化 (politicization) (任命に関して政治バトルがあったり、任命された個人の政治的アイデンティティが問題とされたりする) が低いことによるとし、SCC判事は政治性を問われることなく、カナダ社会に流れる政治見解に影響を与えるものではないから、SCC判事の任命はそれなりに民主的中立であつて、これをとりたてて変えねばならない積極的意義は見出し難いとする<sup>(92)</sup>。

はたせるかな、ハーバー政権は議会の聴聞の織り込んだ任命手続を再び実践することになる。

## 5 議会聴聞の踏襲―二〇一一年の二人の判事の任命

二〇一一年一〇月一七日、ハーバー首相は、シャロン (女性) とビニーの二人の最高裁判事の退位を受けて、この二人の出身区域であるオンタリオ州から二人の判事候補者、モルデイバー (Michael Moldaver) とカラカツァニ

ス (Andromache Karakatsanis) を公表した。オンタリオ州の法曹協会から指名を受け (内部ではきちんと法律の定める資格に適合しているかのスクリーニングをしている)、執行権がこの二名を任命したのである。この二人が卓越した法律家であることに異論はなく、争点にはならなかった。両判事はカナダ史上、公開の聴聞を受ける二人目三人目の S C C 判事となる。一〇月一九日に両名の聴聞が三時間余り行われ、映像とも公開されている。<sup>(98)</sup> 一〇月二一日、ハーパーは両名を正式に S C C 判事に任命し、S C C で認証式が行われた。

モルデイバーは一九四七年生まれで、オンタリオ州で一九七三年に弁護士として実務を開始し、Osgoode (ヨーク大学法科大学院) やトロント大学法科大学院でも刑事法を教えるなど、刑事法を専門とする。<sup>(94)</sup> 判事としては一九九〇年四月二二日、オンタリオ最高裁判所 (現在オンタリオ司法裁判所 (Ontario Court of Justice)) に任じられた。九五年一月二二日、オンタリオ控訴裁判所判事となり、二〇一一年一〇月二二日、S C C 判事となる。ユダヤ人で、<sup>(95)</sup> こてこての保守と目されている。

カラカツァニスは一九五五年生まれで、法科大学院卒業後の一九八二年にオンタリオ控訴裁判所調査官 (law clerk) となり、弁護士としては数年間、刑事、民事や家族事件をトロントでこなし、その後一五年間、オンタリオ州行政部 (Public Service) で幹部として業績をあげた。八八年から九五年までオンタリオ酒免許局長 (Chair and Chief Executive Officer of the Liquor Licence)、九五年から九七年まで法務副長官兼先住民問題長官 (Secretary for Native Affairs)、九七年から二〇〇〇年まで法務副長官、二〇〇〇年七月から二〇〇二年一月までオンタリオ州内閣官房長官 (Ontario's Secretary of the Cabinet and Clerk of the Executive Council) を務め、内閣へのアドヴァイザーとして、同州の行政に指導力を発揮した。行政法に精通し、彼女は S C C 初のギリシヤ系カナダ人判事となる。

法務大臣でもある委員長ニコルソン (Niagara Falls, 保守党) は一五時四〇分の開会の演説で、この聴聞は両判事の人となりを知ることと任命プロセスにアカウンタビリティと透明性をもたらす目的を有すること、首相が、六名の候補者リスト (議会の選任パネルである) から、S C C 長官やC B A、アツパーカナダ法曹会 (Attorneys Society)、オンタリオ州法務長官とも相談して承認したことを明らかにした。その後、参考人のホッグが、委員長に促されてこのプロセスの憲法的背景や留意点を簡単に述べた。ホッグは第一回から議会スクリーニングに携わっており、一貫して、このプロセスは判事としての適格性を諮るもので、委員からの質問事項に制限はないけれども、指針で示された適格性の基準を判断するために限定されることを強調した。そして、まずモルデイバー、次にカラカツアニスが、それぞれ二〇分くらい、家族や生い立ちなどプライベートな話から始め、キャリアなど自分のバックグラウンドを説明し、カナダ憲章称賛でしめくくるスピーチを行った。その後、委員からの質疑と両名からの応答となり、休憩をはさんで、最後にホッグの短いコメントと議長<sup>ホッブナー</sup>の宣言で、一九時一五分くらいに閉会した。与党保守党の公共安全省政務官 (Parliamentary Secretary) の Candice Hoepner (Portage-Lindsay) 議員は、両名の適格性について当委員会は全員一致で問題なしとされたことを披歴<sup>96</sup>し、この諮問委員会はさほど緊張感のない、和やかな雰囲気<sup>97</sup>で終始したといえる。

聴聞では、モルデイバーのフランス語能力が問題とされた。野党新民主党の Joe Comartin (Windsor-Tecumseh) がバイリンガルは絶対条件ではないかと、早速かみついた。モルデイバーはフランス語能力がないことを素直に認め、これから全力をあげて学ぶことも約して、現段階ではこれを謝罪した。これに対してコマーティンは、先に任命されたロスティンも今なおフランス語で公判ができないでいるとの皮肉を忘れていない。別の六名の候補者の名前を知っていたか、そこにフランス語ができる判事がいたかの質問には、モルデイバーは全くの秘密であったとし

た。カラカツアニスがオンタリオ州控訴裁判所判事二二名のうち、五人がフランス語で公判を行っているで紹介している。同じく新民主党のケベック州選出の François Boivin<sup>#</sup><sub>ワッバン</sub>が、一九九〇年以降フランス語学習の努力をしていないがそれはなぜかと詰問した。モルデイバーは、フランス語は好きであることを強調し、SCC判事になれば再学習したいとしたうえで、その理由は自分がここにいることを予測しなかった（SCC判事になる野心も希望も持っていないかった）からとまで言った。

カラカツアニスについては、司法畑というより行政畑が長く、判決を書くなどの実績は少ないため、判事としての能力は未知数だと懸念されていた。なるほど行政権との結びつきは強く、現財務大臣<sup>フラーハーティ</sup> Jim Flaherty<sup>フレイハーティ</sup>がオンタリオ州法務長官の時、彼女は近くで勤務していた。これには Jack Harris<sup>ハリス</sup>議員が、判事の経験が少なく行政官としてのそれが長いのはいかなものかとしている。マスコミなどの批判をどう思うかと質問した。彼女は、SCC判事に任命されたのは名誉であり、高裁判事などには経験がない者や少ない者も任じられるのは奇妙なことではないと受け流した。これに対しハリス議員は、貴女は行政法の専門家であるからそれを反映できることになるでしょうとの返答に、「どうもありがとう。それが素晴らしい答えだ」と、軽く流している。

野党新民主党の委員からは、モルデイバーのフランス語能力の欠如や、事前に根回しや打診はあったのか、他の六名のリストに挙がった者を知っているかなど、厳しい質問があったともいえるだろう。TVカメラが法廷に入ることやこの聴聞手続をどう思うか、SCCの照会（reference）の制度をどう思うか、訴訟が高すぎる現状をどう思うかなど、政策に関わる質問もなされたが、判事の判断することではない（政治家の領分）などと上手にかわし、特に議論にまで発展するようなことはなかった。論争や討論はしないように神経を尖らせていたといえよう。もとより判事任命は覆ることはなく、アメリカのような政治ショーのような雰囲気もなく、ホッグも「礼儀正しい、穏

健全な、市民的な (civic) アプローチ」であったと結んでいる。党派性をほとんど感じない委員会であった。

二日間の議会諮問委員会では資料の読みこなしができないなど、時間が不十分との批判などあるが、<sup>(97)</sup> 聴聞のやり方に非難はなかったようである。一番関心となる代表性は充たしたのか。まず女性判事の比率は留意されたのか。S C C判事は現在、長官のマクラックリンをはじめ、デシャン、アベラ、そして着任したばかりのカラカツアニスの四人が女性である。<sup>(98)</sup>

ハーバー政権は女性判事の任命が少ないと批判されている。<sup>(99)</sup> 二〇一〇年には三七人の男性判事に対して一三人であり、二〇一一年一月現在、四一人の男性判事に対してたった八人である。目下、一一一七人の現職の連邦の裁判所判事のうち女性は三五六人で、法務省は、二〇〇六年以降任じられた四二〇人の判事のうち、三〇%は女性であるとされている。ロースクールでの女性の数の激増も考慮すれば、こうした女性判事の割合からまさに社会の多様性を反映させる判事選任があつてよからう。選任プロセスのアカウンタビリティが問題となり、ジェンダーのアンバランス解消にも、任命の諮問委員会が単に答申のみでよいのかも問題とされる。

現段階で (二〇一二年九月) の出身地域の構成は、オンタリオ州とケベック州からそれぞれ三人、マニトバ、ブリティッシュ・コロンビア、ノヴァ・スコシアの各州から一名である。モルデイバーとカラカツアニス両判事の任命で、現政権ハーバーが任命した最判判事は四人となり、「ハーバーの法廷 (Harper's court)」とも揶揄される。<sup>(100)</sup> S C A九条二項はS C C判事の定年を七五歳としているから、現職のうち、二〇一五年 (解散のない限り現政権) まで<sup>フィッシュ</sup> Morris Fish (二〇〇三年八月五日就任、二〇一三年一月六日定年)、<sup>ルベ</sup> Louis Lebel (二〇〇〇年一月七日就任、二〇一四年一月三日定年)、<sup>ルベ</sup> Ross Tein (二〇〇六年三月一日就任、二〇一五年十二月二五日定年) の三名の後任判事の任命がなされることになる。

選任部会 (panel) の当初の構成には批判がある。選任部会は、法務大臣の諮問的な組織で、政府の数名のリストを三名ほどに絞って政府に投げ返す合議体である。自由党は議員の政党出自のバランスのとれたものにして、今次の二人の任命選任パネルは選別された議員のみで、与党保守党三名と自由党一名と新民民主党一名である。無論このパネルが、彼(女)らがここまで来るのに法曹界をはじめ多くのスクリーニングを経ているのであるから、さらに専門的見地からスクリーニングをするわけではなく、また諮問であつて決定権は首相にあるのだから、とりたてて非難することもなからう。ただ、「SCC判事はこの議会のフィルターを通して多数者の意思から生まれるべき」を前提として、<sup>(10)</sup>と思われかねない。この兩名の任命には保守色がすぎるとも批判される。任命のアカウンタピリティを尽くすのが議会のスクリーニングの意義であろう。党派性を払拭させ、政党政治の争論に巻き込まれないように配慮してなされるのが、この部会への諮問である。ただ実績主義と党派的プロセスの区別はもろく、議会通过しても党派性なしとするのは困難である。<sup>(10)</sup>

議会の聴聞が判事の適格性を判断するのにそれはそもそも適切かの批判は依然ある。いずれにせよ、これまで政権が異なるにもかかわらず、二〇〇四年以降新たな改革での任命プロセスで六人のSCC判事が任じられ、内三人が議会の聴聞の洗礼を受けて着任しており(国政選挙がなければクロムウェルについても行われていたことは間違いない)、さらにプロセスが少なからず慣習の賜物であることを考えれば、このプロセスは維持されていくものと思われる。「一旦、聴聞のプロセスを発意したいじょう、これからの政権が非公開の選任プロセスに立ち戻ること<sup>(10)</sup>は極めて困難であろう」。



## 6 日本における最高裁判事任命プロセス改革の位相

### (1) カナダの示唆

カナダの最高裁判事任命プロセスの改革の系譜を鳥瞰すると、その批判の基礎が二つあることが分かる。第一は連邦主義の欠陥である (federalism deficit)。S C C 判事は州 (地域) のバランスを取って構成されなければならないとの慣例上の要請であるが、立憲主義原理になっているようにもみえる。第二が民主的欠陥である (democratic deficit)。執行権専権への疑問であり、透明性とアカウンタビリティの確保への関心である。第一の点はカナダに固有である。第二点は議会関与で担保させ、下院の諮問委員会の設置とそこでの任命された判事の聴聞が定着している。委員会の構成や聴聞での質問事項に配慮しながらも、党派性の薄い非論争タイプの穏健な聴聞が今後も (政権が代わっても) 踏襲されよう。第一点からは州の参加をこのプロセスに確保させ、少なくとも選任プロセスにはそうすべきともされ、S C C 判事の任命がカナダの多様性を反映させるものでなければならない要請となる。わが国はカナダのような地域性は考慮するに及ばないから、さしずめ第二点の改革を注視していく必要がある。

### (2) 日本の現段階の議論

日本国憲法草案の段階で国民審査制の削除案が貴族院憲法改正特別委員会で採択されたとき、総司令部 (C.E.C) はそうするならばその代案として、①国会承認を任命要件とする②国会での選挙③任期を定める、のいずれかを入れることを要求した (一九四六年一〇月二日)。アメリカはミズーリ州でなされている、執行権による任命と公選

の要素をとりいれた、国民審査制となり、執行権任命の枠を維持しながらも議会の関与をもたせる制度は考えに上らなかつたようだ。先にみた司法制度改革審議会での「最高裁判官の選任過程について透明性・客観性を確保するための適切な措置」の議論は、任命諮問委員会を設けるかどうかに終わっている。その方向は執行権専権・密室性への反省と批判であり、カナダと共有するところである。<sup>(104)</sup>

最高裁判事任命のアカウンタビリティを担保させるものとしての国民審査制がそのようには機能していないのは、大方の認めるところである。<sup>(105)</sup> 当然、国民審査制を廃する議論が出るが、それは憲法改正をとまないので、ここでは留保しておきたい。国民審査制を維持しながら（方法について審査法改正も含む改革は議論されるべきである）、これをより効果的にするとともに、アカウンタブルな最高裁判事任命（過程）があつてよい。審査にかけられている任命ほやほやの最高裁判事の人となりから、内閣がなぜ当人を任命したのか、その詳細は如何、といった情報まで、十分に国民に知らされていなければならない。<sup>(106)</sup> なお、国民審査は事後であり、任命プロセスとは別の次元に属する。

裁判官がどのように選ばれるかの関心は高くなりつつある。<sup>(107)</sup> 二〇〇三年に下級裁判所裁判官指名諮問委員会が最高裁に設置され、その支部として高等裁判所所在地に、指名候補者の情報を収集して委員会に報告させる地域委員会が設けられている。諮問委員会の委員は一人で、うち五人は法曹出身である。選任基準を打ち立てるなど、活発な活動がなされている。

目下、最高裁判事にはこれはない。先に述べたように、昭和三二年、現憲法下で初めての一五人の最高裁判事の指名には特別に裁判官任命諮問委員会が設置された。<sup>(108)</sup> 両院議長、裁判官四人、弁護士四人、検察官一人、学者四人の一五人で構成され、三〇人の候補者名簿を作成、内閣に提出した。この委員会はこの一回きりで廃止され、その

後二度、復活が主張されるも、設置されることはなかった。鈴木義男司法大臣（当時）によれば、この方式は形式的過ぎて期待された成果を得られないきらいがあり、指名の責任の所在を不明確たらしめるということであった。<sup>(10)</sup>

司法制度改革審議会を受けて、法制度検討会でも最高裁判事任命過程を検討している。二―一四回法曹制度検討会での「最高裁判官の選任過程について透明性・客観性を確保するための適切な措置」では、「任命諮問委員会設置」について賛成、慎重、反対の意見が出されている（議事整理メモ）。その中には憲法で明確にすべきとする意見や、プライバシーを多少犠牲にしても裁判官の人となりを国民に説明すべきとの意見も出されている。政府の専権にすべきではなく、立法府との緊張関係を持ちながら決定する仕組みが必要で、「例えば、行政府が指名した者について、議会が同意するかどうかでチェックする制度が望ましい」（奥野委員）との意見がある。司法制度改革審議会では、「SCC裁判官任命諮問委員会を設置し、その構成等は下級裁判所裁判官推薦委員会の制度と同様にする」としている。<sup>(11)</sup>

最高裁判事の任命プロセスは現憲法の枠組を維持するとしうえて、アカウンタビリティをどう確保していくかは、改革の視点である。カナダでは次のように指摘されている。「民主主義に資するには、判事は公民に対してアカウンタブルでなければならない。翻つて、公的信頼は裁判所の独立と中立と信頼からくる。これらは最高裁判事選任プロセスを価値あるものにするまさに寄与要因なのだ」<sup>(12)</sup>。わが国は、現段階では諮問委員会を法律家で立ち上げ、これを職能を判断する機関とさせることで政治性を排除し、あるいは司法権の独立を担保させ、さらに人事の理由を開示したり、弁護士や大学教授など民間からの任用も増加させたりして、透明性とアカウンタビリティを確保するとの方向である。国会を任命のプロセスに有意に関与させようとの議論は乏しい。

## 7 むすびにかえて

現代の立憲主義において最高裁に立法を違憲無効と判断できる権能が認められるいじょう、最高裁も立法過程に事実上コミットしているといってもよい。そこには適正な憲法判断が求められ、その担保として最高裁判事のアカウンタビリティが考えられる。司法権のレーゾン・デートルは、民主主義の政治プロセスから超然として、もっぱら憲法や立法の命じるところを解釈し、社会に適用させ、立憲主義を維持発展させることにある。最高裁判事についてのみ国民審査という民主制の契機を置かせている日本国憲法に鑑みれば、その任命から判決まで、広く国民の前にさらさなければならぬ。カナダでは、多様で適正な判断にはこうした判事の民主制の洗礼を置くことだとの認識が芽生えている。

SCC判事の任命プロセスの改革が画期的に展開している背景に、SCCが憲章判断に積極的にコミットしている傾向がある。<sup>(10)</sup> わが国で低調なのは、立憲政治に最高裁の関与がさほど認識されていないということか。日本の最高裁判事の任命プロセス改革議論の深化に、民主制、つまり透明性とアカウンタビリティの確保のため、国会を関与させる議論を熟させてよいのではないか。また、この改革が内閣・官邸主導で行われているけれども、参議院（特に法務委員会）での調査研究と議論の深化が望まれる。

(1) 最判大昭和二七年二月二〇日、民集六卷二号一二二頁。審査法は罷免を可とする者に×をつけるシステムとしており、記載なきは罷免を否と看做す制度が憲法一九条などに反すると訴えた事件で、七九条二項と三項の字句を合わせ読めば、

国民が罷免すべきか否かを決定する趣旨の国民審査が解職制度であつて、白票は積極的に罷免を可とするものではないから、かかる解釈をしても違憲ではないとした。

(2) リコールだけではなく内閣の意思を確認する行為ともみる説もある。憲法上の論点については、高見勝利「最高裁判所裁判官の国民審査制」法学教室二六二号三七頁、二〇〇二年、参照。

(3) 小柳春一郎・蕪山巖編著『裁判所構成法』（信山社、二〇一〇年）、参照。

(4) 国民審査制度の成立過程をはじめ同制度の課題を実証的に指摘したものととして、西川伸一『最高裁判官国民審査の実証的研究』（五月書房、二〇一二年）、参照。過半数を得て罷免された判事はおらず、罷免すべきとした割合が最高であったのは、一九七二年の下田武三判事の五一・七％にとどまる。

(5) <http://www.kantei.go.jp/jp/silhouseido/report/kenkyu/ken-3.html> 二〇一二年四月一八日アクセス。国民審査制について、その形骸化を認めたくうえで、審査対象の判事の情報を開示するなど、「制度の実効化を図るための措置を検討すべき」としている。

(6) 山口進・宮地ゆう『最高裁の暗闘』（朝日新書、二〇一一年）二五〇―五二頁。市民やメディア・レヴェルでも同様でもっと問題意識を持つべきで、「ひいては、任命の事後チェックという性格を持つ国民審査を意味あるものとするこゝにながる」という。同上。

(7) 滝井繁男『最高裁判所は変わったか 一裁判官の自己検証』（岩波書店、二〇〇九年）一〇頁。

(8) 同上書、五四頁。また、司法制度改革審議会意見書は適確であるが、これを現実化する動きは見られないと批判する。同上、五五頁。

(9) 飯孝行「裁判官選任制度の再定位―日本におけるメリットセレクションの継受と変容」早稲田大学博士（法学）学位申請論文二〇〇八年二月。

(10) 仮に指名諮問委員会のようなものができたとしても、その意見が内閣を拘束するようなものになつてはならない。佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、二〇一一年）六〇一頁。

(11) 連邦裁判所下級審も含めて約一〇〇の任命があり、それらもすべて執行権の任命である。ただ三分の二の国民が公選制を望んでいるとの調査もあり、イギリス型の制度にアメリカ型を接木する任命制度は流動的である。F. L. Morton, *Judicial Appointments in Post-Charter Canada: A System in Transition*, in *Appointing Judges in an Age of Judicial Power* 56, 56-57 (Kate Malleson & Peter H. Russell, eds. 2006). 一九九五年、アルバータ州で州裁判所と王座裁判所 (Queen's Bench) の判事の公選制の立法案が出されたことがあるが、一八六七年憲法九六条等から違憲の疑いも強く、流産となった。Gene

- ADD GALL, *THE CANADIAN LEGAL SYSTEM* 351 (5th ed. 2004).
- (12) Peter Russell は、「カナダは、政府のリーダーが、誰がこの国の最高レベルの裁判所に座するかを決める無制約の裁量を持つてくる、世界で唯一の立憲民主主義である」と断言する。Canada, Report of the Standing Committee on Justice, Human Rights, Public Safety and Emergency Preparedness, Improving the Supreme Court of Canada Appointment Process, at 17, 2004. Hereinafter cite as 'Improving'. 最高裁判事の任命は、比較憲法的には、①執行権専権(憲法改革法前のイギリス)②他の機関の指名に基づく執行権による任命(憲法改革法以後のイギリス)③執行権による指名と立法権による同意(アメリカ合衆国)④立法府もしくは人民投票(ドイツ)の四パターンに整理され、カナダは①に属する。Jacob Ziegler, *A New Era in the Selection of Supreme Court Judges?* 44 *OSGOODE HALL L.J.* 547, 549-50 (2006).
- (13) Nada Verrelli, *Reforming the SCC: Rethinking Legitimacy & the Appointment Process*, at 6, Institute of Intergovernmental Relations School of Policy Studies, Queen's University, SG Working Paper 2009-3.
- (14) 富井幸雄「最高裁判所判事の任命(一)」「(二)」法学新報一一四巻一・二号一一九頁、三・四号七三頁、平成一九年。SCCの構造や司法権、判事の任命プロセス、またロスティンの任命までの改革議論は重複するところもあるが、本稿はこれを敷衍するものである。
- (15) Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26.
- (16) 幡新大実『イギリスの司法制度』(東信堂、二〇〇九年)三八頁。この区割りは、イングランド・ウェールズでの最高権威の判例集 Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales の Law Reports が高等法院と控訴院に分けないで Queen's Bench Division や Chancery Division に分けたことと深く関連する。同上。
- (17) SCCの判決が最終とされるも、国王の慈悲、つまり大権によって、JCCPC上訴ができた。これは困難なことではなかった。また、州裁判所の上訴はSCCとJCCPCどちらにも上訴可能であり、そこに手続的なルールはなかった。Robert Cassels, *The Supreme Court of Canada*, 2 GREEN BAG 241, 254 (1890).
- (18) Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 23条々、これまで存在している最高裁判所を引き続き最高裁判所とすることとする。
- (19) 最近の例での例外は、Ian Binnie 判事で、弁護士から直接選任された。彼は退任に際して自身の思いをつづっている。*Justice Ian Binnie's exit interview*, GLOBE & MAIL, Oct. 2, 2011.
- (20) SCC判事の任命は、執行権が最初から最後まで責任と権限を持つて行うが、判事候補を選任するプロセスと、それを任命してよいかの諮問ないし任命のプロセス (appointment) に、大きく分けられる。後にみる議会のスクリーニングは後

- 者にかかわり、選任プロセスに大きな変革はなされていない。
- (21) Benjamin Alarie and Andrew Green, *Policy Preference Change and Appointments to the Supreme Court of Canada*, 47 OSOODE HALL L.J. 1, 6 (2009).
- (22) 「政治的党派性との結びつきは、しばしば重要であらざる要因であった」とし、一九四九年以前に任命された五〇人の判事のうち三分の二は政治家で、また、Abbott (一九五四年任命) のように連邦政府の閣僚から選ばれた者もあった。Peter McCormick, *Selecting the Supremes: The Appointment of Judges to the Supreme Court of Canada*, 7 J. APP. PRACT. & PROCESS 1, 13 (2005).
- (23) 一九七〇年代は一貫した司法制度改革がなされ、マコーミックは「カナダ大司法革命 (Great Canadian Judicial Revolution)」と呼んでいる。Id. at 14-16. トールドは最も熟練した学識の高い判事を任命したと言われる。
- (24) 「カナダは、最高裁判事の任命にエスニックと地域を代表させる長い伝統がある」。Morton, *supra* note 11 at 58.
- (25) こうした慣例はエスニックや言語の出自にまで拡大している。Lorne Sossin, *Judicial Appointment, Democratic Aspirations, and the Culture of Accountability*, 58 U.N.B. L.J. 11, 27 (2008). かつては、三人のケネック州選出のうち一人は英語人でプロテスタントとされ、ケネック以外でも一人はフランス語人でカトリックとされていたという。Id. Bora Laskin がユダヤ系初の SCC 判事に任じられ、どちらの宗派でもない初の判事となったことで、SCC 判事の宗教バランスや出自も注目されるようになる。これら三宗派以外の出自の判事は出ていない。
- (26) Verrilli, *supra* note 13 at 5.
- (27) PATRICK J. MONAHAN, CONSTITUTIONAL LAW 127 (3rd ed. 2006).
- (28) Erin Grandall, *Intergovernmental Relations and the Supreme Court of Canada: The Changing Role of the Provinces in Judicial Selection Reform*, at 1, Institute of Intergovernmental Relations School of Policy Studies, Queen's University, SC Working Paper 2010-05.
- (29) Id. at 4.
- (30) Peter H. Russell, *Constitution*, in THE OXFORD HANDBOOK OF CANADIAN POLITICS 21, 29 (John C. Courtney and David E. Smith, eds. 2010).
- (31) 70年代後半には、さまざまな州を代表する特別の憲法裁判所の設置まで提示されたこともある (アルバータとケベック)。Claire L'Heureux-Dubé, *Nomination of Supreme Court Judges: Some Issues for Canada*, 20 MAN. L.J. 600, 608-9 (1991).
- (32) Id.

- (33) イギリスでは、裁判官は「国王のライオン」(F・ヘーコン)とまでいわれるように、国王の意のままに動く存在で、一七世紀まで司法の独立はなかったが、一七〇一年の王位継承法 (Act of Settlement) で判事の報酬が決められ、議会によってのみ罷免されることが確立する。これが一八三〇年代までには北米植民地 (British North America) にも移植され、一八六七年憲法 (British North America Act) では明文化されている。CANADIAN SUPERIOR COURTS JUDGES ASSOCIATION EDUCATION PROJECT, TRY JUDGING 131 (2004)。なお、一九八二年憲法では「独立かつ公平な裁判所」は明文化されている (一一条d号)。イギリスの司法制度がカナダに深く影響しているのはいうまでもない。
- (34) The Governance of Britain: Judicial Appointments, Oct. 2007, Cm 7210, at 23-24.
- (35) *Id.* at 14-15.
- (36) *Id.* at 16-20.
- (37) *Id.* at 26.
- (38) *Id.* at 38-40. 議会が全く関与しないのではなく、先にみたオンプズマンはもちろん、議会の有する調査権限も選任プロセスの公正さに寄与する。*Id.* at 41.
- (39) イギリスの最高裁判事は、この別表8に基づいて大法官が召集した独立選任パネルによる選任プロセスの後、首相の推薦に基づいて女王によって任じられる。選任プロセスは先にみた他の判事のそれと類似する。*Id.* at 24 n.14. See also, *id.* at 47.
- (40) 本項は以下に拠る。 <http://www.supremecourt.gov.uk> なお裁判所名の邦語訳も含めて、幡新大、前掲(16)書にも依拠しつつある。
- (41) Grandall, *supra* note 28 at 2.
- (42) *Id.* at 5.
- (43) Peter McCormick, *The Serendipitous Solution to the Problem of Supreme Court Appointments*, 44 OSGOODE HALL L.J. 539, 542 (2006).
- (44) McCormick, *supra* note 22 at 31-32.
- (45) *Id.* at 6-7. 政党の動態に関する本文の記述はいずれに拠る。
- (46) Sujit Choudry, *The Supreme Court Appointment Process: Improved Federal-Provincial Relations Vs. Democratic Renewal?* at 3, in *Democracy and Federalism Series*, Igr, School of Policy Studies, Queen's University, 2005.
- (47) Grandall, *supra* note 28 at 11.



- (48) McCormick, *supra* note 22 at 29-41. マコーミックは、プロセスの比較憲法的考察でモデルを整理、分析しており、アメリカのような議会の裁判所やヨーロッパ型の党派裁判所 (partisan court)、さらに私見として独立した指名プロセス国民の裁判所モデルをあげている。それは候補者指名手続に特化し、適格の委員で構成される機関が五名の候補者を指名し、首相はそこから一名を選ぶというものである。執行権の任命権 (指名権も含まれる) を制限する恐れがあるように思われる。
- (49) L'Heureux-Dubé, *supra* note 31 at 607.
- (50) 以下のペーパーに依拠しよう。Peter W. Hogg, *Special Series on the Federal Dimensions of Reforming the Supreme Court of Canada*, SC Working Paper 2009-05.
- (51) Irwin Cotler, *The Supreme Court Appointment Process: Chronology, Context and Reform*, 58 U.N.B. L.J. 131 (2008). トラーは憲法学の教授であったが、二〇〇三年から六年まで法務長官・法務大臣を歴任、その後も下院諮問委員会の立ち上げや運営にかかわり、現在野党にあっても、後にみる二〇一一年の諮問委員会のメンバーにもなっている。
- (52) Improving, at 5. この報告書はコトラーの考えと一致したものである。
- (53) 二〇〇四年の議会委員会では *Vic Toews* を含む保守党委員は、さらなる透明性とアカウンタビリティを要求しており、全州 (準州も含む) からのリストアップ (これは秘密) 委員会開始前でのリストの公開、総督の任命権を奪わない限りでの選任された判事への議会の批准、任命手続を義務化するような立法<sup>5</sup> を求めていた。Improving, at 15-16.
- (54) ハーパー保守党政権の司法改革は、SCC判事の議会スクリーニングの構築とともに、それ以外の連邦裁判所判事の任命に関して、一九八八年創設の司法諮問委員会 (Judicial Advisory Committees) を純粋なメリット原理に置き換え、適格者と不適格者を毅然と分けよせようとしたことがある。Rainer Knipff, *The Politics of Reforming Judicial Appointments*, 58 U.N.B. L.J. 44 (2008).
- (55) SCCは、判事に判決の説明を求めるとは司法権の独立に反すると全員一致で判断している。Mackeigan v. Hickman, [1989] 2 S.C.R. 796. すでに現SCC長官の Malachuk 判事はこう述べている。「判事が個別の司法的判断の結論になせど、ように達したのかに関して、政府の立法あるいは執行府または任命者に解答するのを拒む判事の権利は、判事の個人的な独立に必須である」。*Id.* at 830-31.
- (56) 保守党のこうした任命制度改革には、SCCの創造的イマジネーションを抑える目的もあり、少なくとも特定の政党や党指導者のごうように持つていかならうとする腹もある。McCormick, *supra* note 43 at 545.
- (57) Michael Plaxton, *Neutrality: Thesis and the Rothstein Hearing*, 58 U.N.B. L.J. 92 (2008).

- (58) マコミックは、政権交代をはさむも、個別諮問委員会は政府と野党の架け橋となり、両方から受け入れられる、専門的に適格な候補者を選出したとし、「ロスティンは、政府と野党の健全かつプラス思考の相互作用 (interaction) を通じて選ばれた最初の SCC のメンバーである。彼が最後であってはならぬ」と評価する。McCormick, *supra* note 43 at 544-545.
- (59) 困難な法的問題の処理能力、情熱と客観性、公平中立さ、礼節、論理的文章力、協調性の六点を挙げた。Peter Hogg, *Appointing of Justice Marshall Rothstein to the Supreme Court of Canada*, 44 OSGOODE HALL L.J. 527, 538 (2006).
- (60) *Id.* at 531.
- (61) オンタリオ州では裁判をビジュアルに記録して公開することを禁じている。The Court of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C. 43, s. 136. もっとも、当事者が合意して教育的目的のためであるなら、この限りではない。コモンローではカメラや記録の装置を法廷に持ち込むのは許されず、司法を汚すとの批判もあるが、テレビが入った例はアメリカやカナダではいっくかある。こうした展開については、see, GALL, *supra* note 11 at 204-209.
- (62) Plaxton, *supra* note 57 at 104.
- (63) Ziegel, *supra* note 12 at 555. ロスティンの聴聞の教育的効果は重要であり、議員の質問の拙劣は問題とすべきではないとして、ともかくこの新規の制度を評価する。
- (64) 「議会の聴聞は最高裁判所判事任命プロセスの一部となり続けるであろう」。Hogg, *supra* note 50 at 4.
- (65) *Id.* at 9.
- (66) *Id.* at 5-6.
- (67) 上院で否決された、直近の候補者の例 (一九八七年) として R・ボークがいる。レーガン任命の右翼と目されたが、マスコミでもネガティブ・キャンペーンがはられ、ポジティブな報道はほとんどされなかったことなど、かなりまいいっていったことがわかる。ROBERT H. BORK, THE TEMPTING OF AMERICA: THE POLITICAL SEDUCTION OF THE LAW 308 (1990).
- (68) 連邦裁判所及び憲法が定める上級裁判所の判事の任命は、内閣の助言に基づいて総督が任命する。連邦裁判所判事については、推薦は諮問委員会のスクリーニングを経て法務大臣になされる。裁判官法 (Judges Act, R.S., 1985, c. J-1) は、一六の連邦諮問委員会 (Federal Advisory Committees) を経てなされる判事任命の事務を法務大臣に代わってなす連邦司法事務コミッションナー (Commissioner for Federal Judicial Affairs) を創設し、そこに申請がなされる。このプロセスは上級裁判所も同じである。諮問委員会は州 (準州) 法曹協会からの推薦人、カナダ法曹協会の当該州 (準州) 支部推薦人、当該州の首席もしくは上級裁判所判事の推薦人、当該州の法務長官あるいは準州法務大臣の推薦人、法執行機関からの推薦

- 人、ほか一般人を代表する連邦法務大臣推薦人三名の計八名からなる。州裁判所 (provincial courts) の判事は州総督によって任じられるが、その手続は一三の州 (準州) によって異なる。
- (69) MITCHEL A. SOLTENBERGER, JUDICIAL APPOINTMENT AND DEMOCRATIC CONTROLS 6 (2011). 共和主義では政府の権力と組織の源泉は人民にあり、共和政府は市民と政府との間のリンクを提供する。さらに権力が一局集中することを防ぐ原理が内包される。
- (70) 上院の同意を「強力な作用」とし、「大統領のえこひいきに對する特別すぐれた抑制力であり、州の偏見、血縁関係、個人的関係、ないしは人気を博そうとする見解からする、不適当な人物の任命を阻止するうえで大きく作用するだろう。また、行政の安定上の有効な条件ともなるだろう」。A・ハミルトン、J・ジェイ、J・マディソン／齋藤眞・武則忠見訳『ザ・フェデラリスト』(福村出版、一九九一年)三七〇頁(第七六篇、ハミルトン)。
- (71) Aman L. McLeod, *Choosing the Deciders: The Supreme Court Nomination and Confirmation Process in the United States*, SC Working Paper 2010-01.
- (72) *Id.* at 5. 政治的すぎるほどの批判があることを指摘しながらも、このプロセス自体を大きく変更させようと主張する者はいないという。*Id.* at 6.
- (73) アメリカ最高裁は憲法で規定され、立法で構成などいじられるけれども、世論でも確固としている。州法は扱わない、仕事量が膨大である、判事は他の判事と同じ手続で任命される、政治的党派性が深く司法権に貫徹している、点からCCと異なる。McCormick, *supra* note 22 at 3-6.
- (74) *Id.* at 33.
- (75) 同時に「カナダ最高裁任命プロセス (Supreme Court of Canada Appointment Process)」なる冊子を出している。CBAの主張は以下にこれによる。
- (76) British Columbia Civil Liberties Association, *Judicial Appointments to the Supreme Court of Canada*, June 2004, <http://www.bccla.org/positions/dueprocess/04judicial%20appointments/> (last visited Jan. 25, 2012).
- (77) Kate Malleson, *Parliamentary Scrutiny of Supreme Court Nominees: A View from the United Kingdom*, 44 OSGOODE HALL L.J. 557 (2006).
- (78) *Id.* at 560-1.
- (79) Kent Roach, *Supreme Court of Canada Appointments and Judicial Independence*, 48 *GRM L.Q.* 397 (2004). 判事は自らの判決を議会の面前で正当化するために説明する義務はなご。*Id.* at 399.

- (80) Morton, *supra* note 11 at 70-74.
- (81) *Id.* at 75.
- (82) McCormick, *supra* note 43 at 543.
- (83) McCormick, *supra* note 22 at 17-28.
- (84) *Id.* at 23. だからといって憲法や法律でこうしたことを規定するのも賢明でなく、政治の中で決定される性格のものであるとする。
- (85) Morton, *supra* note 11 at 58-9. 女性を代表させるのも慣習 (convention) になっており、少なくとも三人は女性、は規範化しつつあると主張される。*Id.*
- (86) James C. Hopkins and Albert C. Peeling, Aboriginal Judicial Appointments to the Supreme Court of Canada, April 6, 2004.
- (87) Richard Devlin, A. Wayne Mackay and Natasha Kim, *Reducing the Democratic Deficit: Representation, Diversity and the Canadian Judiciary, or Towards a "Triple P" Judiciary*, 38 *Am. L. Rev.* 734 (2000). ニルの「民主主義の第一原理は数に比例した代表である」との言を引いて、司法はカナダ社会を形成するさまざまなコミュニティに、より見合った代表を包含する必要があると主張する。*Id.* at 736. 「判決することは権力の行使であり、権力が行使される時市民が「そこにいる (be there)」真の機会をもちつつは、民主主義では重要である (...)。法は、多様な考え方やコミュニティを代表する対立する社会的価値が言明され実行される社会的闘争の領域 (terrain) である。われわれの目的は、どちらかといえば独占的な司法権を権力共有の (power-sharing) 司法に置き換えることであり、そうした司法が司法職のまねな社会的善をより公平に配分するようになるのである」。*Id.*
- (88) Sossin, *supra* note 25 at 14. つの「ブランドゥス」を Sossin は、Rand Paradox とする。*Id.* at 43. Ivan Rand は一九四三年に SCC 判事に任じられ、執行権の全権的任命権と法の支配の関係を腐心した。
- (89) *Id.* at 41-42.
- (90) *Id.* at 39-41. アカウンタビリティは単なる目的ではなく、メリットと独立の別の目的の基盤でもあり、メリット・ベースを確証させる唯一の手法が判事任命に適用される基準の透明性によるものであり、そうした手法がとられるタイミンクも重要だとする。*Id.* at 40.
- (91) Benjamin Alarie and Andrew Green, *Should They Just Get Along? Judicial Ideology, Collegiality, and Appointments to the Supreme Court of Canada*, 58 *U.N.B. L.J.* 73 (2008). アメリカ最高裁判事は、共和党任命か民主党任命かではっきりした傾向があるとする。*Id.* at 86. つの論文は、SCC 任命プロセスの改革議論には任命プロセスと選任された判事の性格の

- 結節、および彼(女)らの性格と判決投票行動の結節を理解しなければならぬと主張する。 *Id.* at 91.
- (92) *Id.* at 90-91. 私見では、S C C はアメリカ最高裁に比べ政治的関心も国民的関心も薄くことにあり、S C C はそもそも政治化される必要はなかったが、特にカナダ憲章制定(一九八二年)後(post-Charter era)の違憲審査権を行使するS C C は政治機関化を余儀なくされ、そこにS C C 判事任命の改革が叫ばれる背景があると考ええる。
- (93) <http://www.cpac.ca/eng> (last visited May 13, 2012). 議事録は、Supreme Court of Canada Nominees Appear Before Ad Hoc Committee of Parliamentarians, Wednesday, October 19, 2011, [http://www.justice.gc.ca/eng/news-nouv/ja-nl/2011/doc\\_32665.html](http://www.justice.gc.ca/eng/news-nouv/ja-nl/2011/doc_32665.html) (last visited May 16, 2012).
- (94) モルデイバーとカラカツァニスの略歴はカナダ最高裁HPに於て、<http://www.scc-csc.gc.ca/court-court> (last visited July 18, 2012). なおHPには兩人の職種バックグラウンドは記されておらず、報道による。
- (95) 最初のユダヤ系S C C判事はBora Laskin<sup>ラッスキン</sup>であるが、その後Abella<sup>アベラ</sup>とFish<sup>フィッシュ</sup>としてロスティンもそうで、彼の任命時はS C C判事の三分の一はユダヤ系であったことになる。Sossin, *supra* note 25 at 27. 人種や宗教も代表性の次元に入るともいえるだろう。
- (96) この時、興味深い質疑応答をしている。この新たな聴聞の制度はアカウンタビリティを高める意義があるが、司法のアカウンタビリティをどう考えるかとの質問に、カラカツァニスは公開性と口頭弁論主義や当事者主義をあげ、モルデイバーは国民に理解される判断、合理的な理由の開示をあげている。
- (97) *Even good Supreme Court nominees need public scrutiny*, GLOBE & MAIL, Oct. 17, 2011. 聴聞は首相が自らの選任をひからかす機会以上のものであるべきだとする。 *Supreme Court nominee review needs more time*, GLOBE & MAIL, Oct. 20, 2011.
- (98) わが国は、一九九四年に元労働省婦人少年局長の高橋久子が初の女性最高裁判事となり、その後、社会保険庁長官の横尾和子、そして現職の桜井籠子(元労働省女性局長)と岡部喜代子(元慶応大学教授)の四人である。ちなみにアメリカも女性の最高裁判事は四人である。一九八一年にサンドラ・オコナーが初の女性判事に任じられ(二〇〇六年に退官)、ルース・ギンズバーク、ソニア・ソトマイヨール、エレナ・ケーガン(いずれも現職)が続く。
- (99) *Appointments of female judges slump under Harper's Tories*, GLOBE & MAIL, Nov. 11, 2011.
- (100) *Even good Supreme Court nominees need public scrutiny*, GLOBE & MAIL, Oct. 17, 2011.
- (101) Lorne Sossin, *Picking Canada's judges injudiciously*, GLOBE & MAIL, Oct. 17, 2011.
- (102) *Id.*

- (103) Monahan, *supra* note 27 at 129.
- (104) 次のように明確に認識している。司法制度改革案議会第四八回会議資料(平成一三年二月一九日)、四六頁。「最高裁判所裁判官の選任過程は、国民から窺い知ることができない極めて不透明な状況にある。選任手続は、裁判所法第四一条に定める要件のほか法令上の規制はなく、完全秘密裡に行われている。指名・任命基準は公表されていない。指名・任命が決定される過程についても何らの準則もなく第三者の関与もない」。創設時、出身別では裁判官五、弁護士五、学識経験者(検察官一名を含む)五であったが、弁護士や学識経験者の割合が減り、キャリアシステムでの実務経験者で裁判官や検察官出身の割合が多くなった。指名も閣議決定の少し前の裁判官会議の席上で長官から指名が伝えられるにすぎず、長官が実質的決定権者となっている。
- (105) 司法制度審議会は、抜本的な改革を求めるとしたうえで、情報公開と、現行のように何も記載されていない者は罷免を可としないとする方式を改め、適任者には○、罷免可とする者には×を記載する方式へ改めるべきだとしている。同上、四七頁。
- (106) 「最高裁判官の任命過程をオープンにして、最高裁判官についての国民の「知る権利」を充実させる必要がある」。西川、前掲(4)書、一八四頁。
- (107) 二〇〇七年の一五〇〇人を対象としたある調査では、八割が選任のプロセスや基準を一般市民は知るべきだとしているという。ダニエル・H・フット/溜箭将之訳『名もない顔もない司法 日本の裁判は変わるか』(NTT出版、二〇〇七年)二二二頁。
- (108) 制定当初の裁判所法四九条四項は、「内閣は最高裁長官の指名又は最高裁判事の任命を行うには、裁判官任命諮問委員会に諮問しなければならない」と規定していた。この委員会は、裁判官任命諮問委員会規程が政令として定められ、衆参両院議長、全国の裁判官からの互選された者四名、検察官等から互選された者四名、全国の弁護士から互選された者四名など計一五人で構成され、各委員は最高裁判事として適任と認める者一五、三〇人のリストを委員会に提出し、委員会はその中から適任と思われる者三〇人を名簿リストにして答申するものとされた。
- (109) フット、前掲(107)書、九二一九三頁。こうした委員会を設けるかどうかは内閣の裁量であり、したがって最高裁判事の指名や任命には内閣が責任を負うことを明確にした。
- (110) 司法制度改革案議会、前掲(104)、四八頁。日弁連の弁護士からの最高裁判事推薦基準を紹介している。同上、四九頁。
- (ア) 憲法の理念に徹し、広く国民的視野に立ち、高潔な人格を備えた人(イ) 弁護士としての活動及び弁護士会での活動によって培われた市民的感觉と基本的人権の擁護への熱意が具体的に感得される人(ウ) 他の分野出身の裁判官に伍して

粘り強く説得的議論ができる学識、識見と、少数意見も含めてそれを表現できる積極性がみられる人。

(111) Sossini, *supra* note 101. カナダはまだこれに達していないと結んでいる。

(112) See, e.g., Gall, *supra* note 11 at 347-8. カナダの政治学の教科書にかつては裁判所の章がなかったが、今日こうした遺漏はあり得ないとして、「われわれは今や皆、裁判所ウォッチャーなのだ」。McCormick, *supra* note 43 at 539.

〔追記〕 本稿の一部は平成二四年九月二三日の日本カナダ学会（於：関西大学）での報告を基にしている。