

カナダ憲法における包括的基本権

— fundamental justice 原理の意味 —

富 井 幸 雄

- 一 はじめに
- 二 憲章七条の規範構造
- 三 P F Jの意義と射程
- 四 P F Jの立憲的機能
- 五 むすびにかえて

一 はじめに

日本国憲法は刑事司法手続の権利について、比較憲法的には詳細な規定を設けている（三一条から四〇条）。G 8諸国の憲法にあっては最も新しいカナダの一九八二年憲法（Canadian Charter of Rights and Freedoms（権利と自由に関するカナダ憲章（以下憲章）が第一章（一条から三四条）を占める⁽¹⁾）も、日本国憲法に劣らず詳細である。法的権利（Legal Rights）と題し、七条から一四条まで八カ条設けており、条項の数では日本国憲法（九カ条）とほぼ同じだ。生命、自由、身体の安全を保障する憲章七条に

カナダ憲法における包括的基本権（富井）

はじまって、国民は、不当な搜索押収からの保全（八条）、恣意的な拘留拘禁の禁止（九条）、理由の迅速開示と弁護人依頼権の告知と令状なくして逮捕されない（一〇条）権利を保障し、さらに迅速な公判を受ける権利（一一条）、残虐な拷問刑罰の禁止（一二条）、黙秘権（二三条）、通訳を依頼する権利（一四条）を保障している。⁽³⁾

これらは、この、一九八二年憲法で導入された人権に関する司法審査制によって、カナダ連邦最高裁判所（以下最高裁）を通して刑事法改革の強力な道具となっている。もともと、これらは憲章によって初めて保障されたのではなく、ほとんどはそれ以前のカナダ法（一九六〇年の権利章典（Canadian Bill of Rights）など）やコモンローで認められていたものである。⁽⁵⁾ 憲章に明記することで人権保障を強化し、議会に対して立法権に重要な原則を設けた意義がある。⁽⁶⁾

そうした権利規定にあって、品の高い、それでいて不明確な条項がある。次のように規定する七条である。"Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice." 「なんびとも生命、自由、身体の安全の権利を有し、これらの権利は the principles of fundamental justice (PFJ) によらなければ、奪われない権利を有する」。PFJがいかなる意味なのか、不明なことにまず目が行くことであろう。「基本的正義の原理」とか「司法の基本的原理」と訳されているが、本稿では当面PFJとしておく。⁽⁷⁾

PFJは、裁判規範としてはきわめて曖昧である。ただ、憲法訴訟では果敢に使用されており、憲章が意図した司法権による憲法保障を先導しているようだ。七条は、なるほど刑事手続を想定しているとはいえず、現実の適用や運用ではそれに限定されてない。⁽⁸⁾ カナダ憲法で少なくとも一九九一年から二〇〇五年まで一番争われた条項である。⁽⁹⁾ 立法よりも訴訟で権利を保護するための強力なツールとなっている。⁽¹⁰⁾

七条が裁判規範として使われるに足る明確な権利概念であるのかを見極めなければならぬ。七条は憲章にあって「最も雄弁だが不可解 (eloquent but mysterious)」といわれ、大事に温められた人権の理念を規定するけれども、憲法上どのような権利が保護されるのかは明確ではない。⁽¹¹⁾ そうした不明確性 (uncertainty) は、憲章が掲げる人権のカタログ以外の人権を憲法的に取り込む可

能性を秘める。七条は人間の最も基本的な利益である、生命、自由、身体の保全を保障しているから、憲法訴訟では最も困難な問題を提起することになる。⁽¹²⁾

七条は日本国憲法一三条に類しており、包括的基本権の構造を内包している。⁽¹³⁾ 憲章は、憲章で規定された人権に憲法的保障は限定されないと明言しており（二二六条）、人権保障の発展を示唆している構造からも、七条を包括的基本権規定と読むことに難はない。⁽¹⁴⁾ いきおい七条は、憲法で具体的に保護される実体的権利はどこまでかの問題を抱えこむこととなる。

七条の規範から、まず生命、自由、身体の保全が保護される。これに何が含まれるかは不明なので、憲法解釈となる。それがいかなるものであれ、その侵害だけでは七条違反にならない。その侵害行為がPFJに反していなければならぬ。このPFJの意味も曖昧で、憲法解釈を要する。七条の違憲審査はこの二段階を経ることとなる。⁽¹⁵⁾ 七条のPFJは、憲法上保障された権利を合憲的に制限できる要件で、目的を規定するのみであって、手段は規定していない。⁽¹⁶⁾

かくして、PFJの含意は司法権によって確定される。本稿は、判例でこの点を実証しながら、七条の具体的な意味を探っていくようにするものである。なお、七条は法的権利の章に置かれているから、PFJは、八条から一四条までの刑事司法での人権を補完するものとも理解され、裁判を受ける権利や証拠法則といった刑事司法での立憲的原理が語られる。⁽¹⁷⁾ むろん、これもPFJの要素であるが、憲法というよりも刑事法の領域にかかっているので、本稿はあくまでPFJが憲法上いかなる意義を有するものかに限定して検討する。こうした検討を通して、カナダ憲法が一九八二年以降違憲審査制を導入したことで、七条が憲法上保障される権利の概念を司法的に拡大する契機になっていることを観察する。

二 憲章七条の規範構造

1 七条が保障する権利

法的権利としての七条は何を保障しているのか。「法的権利 (Legal Rights)」の意味それ自体に、慣らされた明確な意義があるわけではない。⁽¹⁸⁾ 刑事手続をカバーするのは一目瞭然である。憲章は州にも適用されるけれども、刑事法は連邦の管轄である(一八六七年憲法九一条二七号)から、州は蚊帳の外ともいえる。もつとも、裁判所の管理運営は刑事司法の執行や民事訴訟を含み、州の管轄とされる(同九二条一四号)ので、そうともいえない。

生命、自由、身体の安全の権利 (LLSP) と、それらが P F J によって侵されない権利の二つを保障しているのか、前者の権利が P F J によらなければ侵害されないという一つの権利を保障しているのか、が論点となる。七条は、文法に従って解釈すれば、LLSP と、それらが P F J に反しない限り奪われない権利、の二つの権利を保障していると読める。しかし、一つの権利を保障していると解されるのが一般的である。⁽¹⁹⁾ アメリカ憲法修正第五条や第一四条の規定に準じて、P F J に適合しない限り LLSP は奪われないという一つの権利のみを保障したとするのである。この単一権利解釈 (single right theory/interpretation) が支持され、⁽²⁰⁾ 七条違反は P F J に適合していれば、成立しないとされる。判例はこのように解しており、前段の三つの権利の LLSP は P F J に合致する方法で制限されることを規範的内容としている。LLSP は P F J に合致しない方法では制限されないということである。LLSP の侵害があっても、それが P F J に合致しているかが本条の焦点となり、P F J に反していないことが立証されれば、七条違反にはならない。審査の手順としては、七条の規定する LLSP の侵害が前提となるけれども、憲法判断としては P F J 違反が焦点となる。

カナダ憲法には適正手続 (due process) の規定がない。ただ、憲章制定前に連邦政府の人権侵害を立憲的に制御する権利章典は、

明文で適正手続を保障している。その一条aは、「生命、自由、個人の安全、財産の享有に対する個人の権利と、法の適正な手続によらない限りそれらを奪われない権利」と規定し、「個人の権利義務の決定についてPFJに従って公平な聴聞 (fair hearing) の個人の権利を奪う」(二条e) ように解釈適用されてはならないとしている。

七条は、この権利章典に比べると、適正手続が明文化されていないことに加えて、適用対象を限定している。⁽²¹⁾ PFJで保護されるのはLLSPであり、財産権は対象とされていない。権利章典はあくまで制定法であり、連邦政府にのみ適用されるから、カナダ憲法には日本国憲法二九条のような、財産権をストレートに保障する規定はないことになる。「七条が財産権を漏らしたことで、その射程は大きく減じられることとなる。それは、七条は損失補償あるいは公用制限に対する公平手続さえ与えないことを意味する。七条は、個人もしくは企業の純粋に経済的な利益に権限を有する裁判所や審判所、あるいは官吏による公平な処遇を保障するものではない」。⁽²²⁾ 七条の自由に経済的自由が含まれるならばともかく、そうは解されてはいない。⁽²³⁾ 憲章が財産権を保障していないことで、財産権を保障する権利章典の法的意義が見出されることになる。

七条(憲章)と権利章典(二条e)はPFJを使用しているが、規範としては三つの大きな違いがある。⁽²⁴⁾ 第一に、権利章典は「個人(individual)」とか「人(person)」を使用しているのに対し、七条は「なんびと(everyone)」のみである。第二に、権利章典は財産の享有を含んでいる。第三に、権利章典二条eの権利義務の決定に対する手続を明文で保障している。憲章一条に相当する規定が権利章典にはないのにも注意したい。この相違から次の三点が導かれる。第一に、七条のLLSPは自然人にのみ適用されるのであって、personに法人(corporations)は含まれない。⁽²⁵⁾ 生命、身体、自由は人間としての性質の権利であるから、法人には適用されない。⁽²⁶⁾ 第二に、意図的に七条は財産権の保障を含んでおらず、そこに保護権益として財産権は入らない。最高裁もわざと規定していないことを目に留め、「経済的権利が人間の生命や生存の根本的に商業団体の経済的権利とあたかも同類であるかのよう」に扱われるべきなんぞは、「判断するに及ばない」としている。⁽²⁷⁾ 第三に、権利章典二条eの権利義務は狭く解されることとなり、「厳格な法的権利」の侵害にのみ裁判所によって適用される。⁽²⁸⁾

七条は国外においても適用されることがある。Khadr^{カハド}事件で最高裁はキューバのGuantanamo^{グァンタナモ}にも及ぶとした⁽²⁹⁾。カナダ人のカダは、グァンタナモの米軍軍法廷で、殺人罪で起訴された。その過程で、カナダ政府に対して二〇〇三年に同政府が行った彼へのインタヴューなど、本件起訴に関連する書類を七条に基づいて開示請求した。政府は、憲章は国外には及ばず、グァンタナモでのカナダ公務員の仕事には適用されないとこれを拒否した。最高裁は、カダは本件記録開示の権利を持っているとし、一般に海外で働くカナダ公務員は現地の法に従うべきとする国際法や主権敬讓 (comity of nations) 原理は、カナダが批准した国際人権法上の義務に反するプロセスに参加することによって拡大されないとした。本件では、国際人権法上の義務に反した外国のプロセスにカナダが参加することで七条の自由の権利がかかわっていると、七条は当該個人に開示する義務を政府に課している (Para 31)⁽³⁰⁾とした。

社会権も七条で読み込まれてはいない。ケベックの社会扶助法 (Social Aid Act) の一九八四年改正で、それまで三〇歳を境に基礎年金額が異なっていたのをとっぱらったことが憲章七条に反しないかが問題とされた事件 (Gosselin)⁽³¹⁾で、原告が七条は基礎需要を満たすのに適切な一定レヴェルの社会援助を州から受ける権利を含んでいるのであって、P.F.J.に反するやり方で不適切な (inadequate) 受給をなすことよって州はこの権利を侵害したとの主張に、これを立証する事実がないとしたりうえで、以下のように、七条の意義を判断した⁽³²⁾。

まず、七条の基本的意義は司法制度やその運用で個人をL.L.S.P.の侵害から守ることであって、州のすべての行為にかかわるのではない。もつとも、刑法の運用過程に限定されるのではなく、司法制度の運用は、たとえば州が課す子への医療に関する親の権利とか、この監護プロセスでの親の権利などを含む。司法の運用を一義的に定義することは、それが増殖しうるものであるからここでは必要ない。問題は本件に七条が適用されるかである。司法の運用に全く関係のない権利や利益を保護するのに、七条が適用されるか。身体の安全はプライバシー権のような個人の自律 (personal autonomy) にかかわり、経済的権利が包含されるかの問題はオープンのままである。かりに含まれるとしても、七条はP.F.J.に符合したときを除いてはL.L.S.P.を奪われないとしており、

州にこうした権利を確保する積極的な義務を課したのではない。本件でこうした権利を州は奪ったのではない。

この判例は七条が社会権を認めたものではないとした。ただ、七条は発展していく権利概念であり、本件ではこれを認めるに足る事実認められないが、この問題は将来に委ねられるとしている。この点、*Bastarache* バストラッシュ 判事の少数意見⁽³³⁾は、七条はカナダ法の伝統的自由権の規定であり、個人の尊厳に基づき国家の不作為不干渉を求めるものとし、本件では原告の個人の安全という権利の侵害と司法制度やその運用とリンクしないとした。そして、BC州自動車法照会事件(MVR。後述)を引きながら、PFJは一般的な公共政策の領域にあるのではなく、法制度の擁護者たる司法権の固有の領域(inherent domain)だとして、「司法制度あるいはその運用に何らかの関係があるものが、七条適用にはかかわっていないなければならないとの結論に導くのは、この権利と司法権の役割の強固な関係なのである」とする。本件はかかわり(engagement)がないから、七条は適用されないとする。

これに対してArbour アーバー 判事の反対意見は、七条のLLSPは商業的な意味での財産権ではなく、基本的な健康や生存のための経済的権利を保障したとし、合目的、文理的または背景的解釈をして、七条がこうした実体的権利を包含するとしている。そして、それがPFJに反しているかについて興味深い議論を展開する(Para 38)。すなわち、七条の実体的権利それ自体が問題となっているのであるから、PFJは関係がない。この実体的権利は立法過程で侵害されるもので、司法の固有領域とは全くかけ離れており、ここではPFJはそもそも問題とされない。すなわち、七条前段のLLSPという実体的権利の侵害が認められれば、それがPFJに反するかは議論されることなく、直ちに憲章一条で正当化されるかの問題となったのである(本件は一条で正当化されないとした)。ただ、この二つの権利論は判例の採用するところとはなっていない。

憲章制定時、このPFJはカナダ法において確固たる意味をもっていなかった。⁽³⁴⁾すでに権利章典二条eで「権利義務の決定においてPFJに符合した公平な聴聞の権利」が規定され、それが手続を保障した自然的正義を意味した。後にみるMVRがいうように、七条制定者はPFJに自然的正義の意味を込めたのであり、むしろ裁判所が手続を超えて実体の審査まで立入るのを懸念した。憲章の条文を審議した特別合同委員会(Special Joint Committee)は「アメリカのような実体的適正手続(substantive due process)

への発展を恐れた。七条に *due process* の文言が意図的に欠落しているのは、その表れである。⁽³⁵⁾

七条の保護法益は各人に固有の尊厳であり、生きていく者の安寧 (*well-being*) である。その意味で実体的に法の根本原理である。そうであるがゆえに、そうした権利を P F J に反するようなり方で侵害してはならないとの立憲主義原理が生まれてくる。ただ手続の文言はないから、手続の権利を保障したのかは制定当初の論点であった。

2 P F J と *due process*

七条の解釈には、権利章典との関係やアメリカ憲法修正第五条や第一四条との対比、さらにカナダがイギリス法を継承していることから、コモンローにおける自然的正義 (*natural justice*) との関係を意識せざるをえない。修正第五条は法の適正手続によらなければ生命自由財産を奪われないと規定し、それがいったい何を意味するのかには多様な解釈が可能である。⁽³⁶⁾ 文理からすれば、前二者で規定されている適正手続の文言を七条は使用していないし、自然的正義 (*natural justice*) も使用しておらず、独自に P F J を使っているから、これらとは別の概念と解するのが自然かもしれない。⁽³⁷⁾ アメリカ憲法の *due process* の文言はあえて使用しなかったものであり、そこにはアメリカのそれとは異なる P F J が意図されたことと読むことになる。同様に、*natural justice* の文言も使用していないのは、イギリスの自然的正義とも別であるということになろう。

憲章制定過程は、アメリカのように解されないように、つまり *due process* に手続以外のいわゆる実体的権利を読み込むのを避けるよう意図した。⁽³⁸⁾ カナダ憲法両院合同特別委員会 (タリー、ホルスキー) で *Walter Tarnopolsky* は、*due process* は公正な司法以上のことをも意味するけれども、カナダの裁判所はそうしたことをアメリカのように実体的権利にまで広がることを恐れて、そうした解釈をとつていないと述べている。法務次官 *Barry Strayer*、Q.C. も、*due process* は根本的正義 (*fundamental justice*) がカバーするものを含むが、手続的公平さを超えて実体的なものまで広がる一方で、「自然的正義あるいは根本的正義は公平さの手続的要請を超えることはない」とする。一九八二年憲法制定の立役者であるクレイエン首相は、「われわれは書かれた法の *due process* は持っていないので、議

会が正しい決定をなしたのか悪い決定をなしたのかをみることはできない」と述べている。

今日、P F Jが適正手続ないし自然的正義を保障していることには争いが無い。⁽³⁹⁾判例(典型はM V R)はP F Jを豊かに解したのである。⁽⁴⁰⁾七条の司法審査を手続に限定しようとした制憲者の意図は、判例の展開で完全に無視されたのだ。⁽⁴¹⁾P F Jをことさらに実体的と手続的の要素に分説するのは、P F Jの意義を考えるのには意味がなからう。⁽⁴²⁾七条は憲章で新たに確立された違憲審査制にその中身の画定を委ねたのであり、living tree^(生きた樹)を体現するものともいえる。七条は成長発展する規範であり、憲法学としてはそれがどのように発展してきたか、現在はどう意義づけられているのかを明確にすることが、七条の研究であると考ええる。

そこで最高裁の判例を検討していく。その視点は以下の三つである。第一に、七条前段のL L S Pといった抽象的な権利概念の具体的意義を明確にしているかである。そこでの定義は事例に拘束されるとして、射程を明確に(限定)するような定義はせず、最高裁は、決してこれらの権利を憲法的な意味で包括的に確定させようとしていないようである。第二に、他方、P F Jが具体的にいかなる規範的意義を有するのかを明確にしているかである。due processとかぶつてしまいが、P F Jの手続的および実体的意義について、最高裁の視点を確認する。

第三に、違憲審査の方法である。七条は単一の権利であるとしても、まず前段の実体的権利の侵害がなければならぬから、そこが審査される。これが認められてもP F Jに反しなければ違憲とならないから、P F Jの意義とその当てはめとして侵害があったかが審査される。次に、憲章違反の訴訟では一条で正当化されるかの審査を経なければならない。すなわち、七条違反が認められても、さらに一条の「自由で民主主義の社会で明確に正当化し得る合理的制約」であれば、違憲とはならないのである。⁽⁴³⁾これを便宜的に三段階テストとよんでおく。

司法審査によって七条、特にP F Jの意義がどのように吟味され、規範的意義が明確化されていったかを検討していこう。七条が問題となる局面は刑事司法の分野に限定されず、州が個人の自律的決定に干渉することであって、主に七条の文言では自由、とりわけ身体の保全が問題となっているのをもみることもなろう。⁽⁴⁴⁾

三 PFJの意義と射程

1 限定アプローチ——Lamer^{ラマー}首席判事

七条前段のLISPを広く捉える包括的なアプローチをとったうえで、後段のPFJの文言を重視して、これと関連する権利に限定されとの解釈がある。最高裁首席判事ラマーである。これは輸血拒否に関するトロント首都圏児童福祉事件での補足意見で展開された⁽⁴⁵⁾。

事例は以下のごとくである。未熟児で生まれたシーナは、トロントの小児病院に移送され、病気を併発し多くの治療を受けた。この間、両親（原告、上告人）はすべての医療の相談を受けたが、エホバの証人であるとの宗教上の理由から、医師らには輸血は避けるように要請し、不必要だとも主張していた。その後、シーナのヘモグロビンのレベルが生命を脅かすほどになり、鬱血性心不全（congestive heart failure）治療のため輸血を必要とする段階となった。両親への短い告知を経て、オンタリオ州裁判所（家庭部）は、輸血が生命のために不可欠とした医師の証言を基に、児童支援協会（Children's Aid Society）（被告人、被上告人。以下「協会」）に七十二時間の後見を認めた。これが終了した後の状態審査（Status review）で、シーナはやや安定はしているものの依然危険な状態であるとの医師の証言や、小児グラコロマの疑いがあり正確な診断のための外科手術が必要だとの証言、そのための輸血（blood transfusion）が必要であるとの証言を受けて、同裁判所は、こうした立証が成功しており州の家族への介入は絶対不可欠（absolutely essential）として、後見を二日間延長させた。その間、シーナが検査とグラコロマの手術で輸血を受けたため、両親は裁判所の後見命令やその根拠法である児童福祉法一九九一年b九号が憲章二条a（⁽⁴⁶⁾信教の自由）と七条に反すると訴えた。

最高裁（Lamer^{ラフォーレ}判事）は違憲ではないとした。本件は、州の干渉なしに自分の子供を育てる親の権利が問題となっている。原

告は、親が憲章七条に基づいてわが子の治療を選択する権利を持つことを主張する。同条は、統一体としての家族の権利を保障したのではなく、自由に関する個人の権利を保障するものである。自由 (liberty) は特権でなく制約があり、利害から親の子に対する教育権を包含するのではない。自由は強制や制約がないことを意味するが、共通善 (common good) から多くの制約に服する。州は個人の行動に多くの制約を課す権利を有するし、すべてのそうした制約が憲章の審査を受けるものでもない。自由は単に身体拘束からの自由 (freedom) を意味するのではなく、個人が根本的に重要な決定をなし自己の生活を送る人格的自律 (personal autonomy) を認めなければならない。子供を育て治療などの根本的決定をなす権利は親の自由の利益 (liberty interest) であり、コモンローは、親が子の安寧を確保するすべての決定を行い実効する最良の立場にあると認識している。子育ては親の決定権として保護された領域で、親は子の最善の利益をより認識しやすい。州はそうした決定をなす資格がないから、親が子の重要な決定をなすことが前提となる。

もっとも、州は子の自律や健康を守るのに必要と考えれば介入できないというのではない。「親の決定は州の介入が裁判所によって適切に監視されるようにし、憲章の根底にある価値に適合するときのみ許されるようにするために、憲章の保護を受けなければならない」(para 85)。子の住居や学校などは親の決定権である。しかし、親の行為が社会的に許容される最低基準を下回る情況であれば、州が介入することは適切である。親が自由の権益を有するも、親と子の権利の衡量は、自由の範囲を確定させる議論というよりも、州の介入がP.F.J.に適切であるかの問題である。

parens patriae (国父) として州は子供にかかわる立法に長い歴史をもつ。攻撃されている法条項は子の生命の危険がある時だけでなく、治療が子の健康や安寧の確保を保障しない場合も含まれる。原告は州の介入する権利を否定するのではなく、その手続つまり親の決定を凌駕するような法解釈を問題としている。児童福祉法の規定は公平な聴聞手続を設けるなど、法の根本原理に適合しており、合理性に疑いはない。裁判所の後見命令手続も対審的手続と十分な客観的証拠に基づいており、合法である。したがって、かかる法枠組みが本件に適用される場合に問題はないかを検証しなければならない。七月三十一日の後見命令と八月一八、一九日の状

態審査を検証した結果、公平かつ合理的な手続がなされており、原審 (Tarnopolsky 判事) の判断を支持する。P F J 違反の主張は認められないとした。

これに対してラマーは、憲章二条 a、七条ともに違反するものではないとの結論には同意するも、七条の解釈は異にする。いわく、憲章七条の自由権益は、親の子に対する治療選択権も、州の関与なく子を教育する親の権利も含まず、家族という統一体の自律ないし保全といった、より一般的な自由をいう。具体的な自由は二条以下の各条項で保障され、七条はそれ以外のすべての自由を保障するのではない。あくまで根本的自由であり、それが P F J によらずして侵害されないことを保障する。憲章の自由概念はアメリカ法学のそれと符合し、包括的に解される向きがある一方で、七条の自由の解釈はそうであってはならない。すべての個人の自由 (freedom) が先験的に社会の根本価値として認識されるわけではない。二条や六条の自由は憲章の個別の条文で特に保障されたもので、権利である。七条の「自由に対する権利 (right to liberty)」は、憲章上は個人の根本的な自由 (freedom) の意味ではない。P F J に符合する限定がなされるのが、根本的な権利なのである。憲章の自由は合目的に解され、憲章がかかる自由を保障した目的を探らなければならない。当該憲章の文言、その自由が意味する歴史的起源、関連する他の権利条項を資として、憲章のより大きな目的や特徴を見出すのである。判例 (M V R) は、P F J は法制度の根本条理であり、政策の領域ではなく法制度の番人としての司法に固有の領域内にあるとする。七条は L L S P という三つを規定するが、法制度のうち制裁や刑罰の方法や使用の局面にかかわる。しかるに七条の自由は、法執行の強制的権限を与えられた裁判所もしくはその他の機関によって制限されたり、奪われてたりしてはならない類のものでなければならぬ (para 21)。この自由は P F J と密接に関連するものに限定されるから、根本的自由といえども「自由の概念の身体にかかわる次元」に関係ないものは、七条では保護されない。七条は基本的自由といわれるものに符合しないで、憲章の他の個所でも設けられていない識別された権利を一条に三つ並べている。これらは個人の自律に関連しあっている。このように考えると、自由への権利は拘禁や収監あるいはその他移動の自由を制御ないし制約する形式に対して措置されなければならない。したがって、原告が主張する、子の治療を決定する親の権利は、七条の保護するところ

ではない。

この事件は、信教の自由に基づく自己決定権が憲法上保護されるかといった憲章二条aの事件としても言及されるが、七条の「自由」の意義を解釈して、それとPFJとの関係を判断している。多数意見がMVRの判断を踏襲する一方で、ラマーはこれと異なる議論を展開させており、あらためて「自由」の意義を問うている。そして、この自由の中に子に対する親の監護権や教育権が含まれるかを判断している。親と子のかかる関係は家族内のことであるが、そこに州（国家）が介入できるかの問題である。カナダ憲法は家族についての規定を設けておらず、国家がそこにとどのようにかかわるのか、干渉はどこまでできるのか不明であった。本件が七条の自由として親権には州の干渉が要請されると判断した意義は少なくない。もつとも、ラマーはこうした「自由」の解釈に反対しており、それはもつぱらPFJとの関係で刑事手続を典型とする身体的自由に限定されるから、親の権利は含まれないことになる。

七条の解釈には、PFJの意味を含めて先輩筋ともいべきアメリカ憲法修正第五条や第一四条が参照される⁽⁴⁸⁾。もとより、アメリカ憲法は、その判例や学説が直接、カナダ憲法解釈の根拠にはならない。もつとも、判事によって温度差はあるけれども、アメリカ憲法を参照するにはやぶさかではない。

この事件では親の子に対する監督権なるものが自由（liberty）に入るかが問題となっている。多数意見は七条の「自由」の法文上の意義を確定することは避け、PFJと関係させて個別的に判断している。日本語では同じ自由と訳されるが、憲章ではfreedomと規定している場合とlibertyとしている場合がある。これは微妙であるものの、別意に解するのが合理であろう。ちなみに、フランス語文ではともにlibertéである。多数意見は特段、別に解することはないとするのに対して、ラマーはそうすべきとした。そしてPFJとの絡みで身体の自由、特に刑事的拘束からの自由が七条のlibertyだとした。

libertyとは何か。アメリカの判例では身体の保全だけではなく、結婚し家庭を築き子供を育て、自由人の正当な幸福追求に不可欠の、コモンスローで長い間に認められた特権（privileges）とされる⁽⁴⁹⁾。妊娠中絶が憲法上の権利とした判例では、結婚とか家族はア

メリカ憲法のどこにも規定されていないけれども、それにかかわる個人的選択権は修正条項で明記された権利以上のものを包括する due process 条項で保護される liberty であるとし、それは信教の自由など列記された個別の自由の寄せ集めではなく、恣意的な公課や拘束から自由であること (freedom) を意味するとした。⁽⁵⁰⁾

七条の自由はアメリカの脈絡では必ずしも理解されず、同条の身体の保全と関連したときに限定的に意識されるようにみえる。ただ最高裁判事にあってもこの理解には温度差があり、Wilson 判事などはアメリカ的に理解する少数の立場にあるといえる(後述)。

財産権が入らないとの解釈は憲章制定後初期に確定されている。L L S P について、本件は刑事司法に関連するものに限定されるところとした。ラマーそして ^{コルヴァン} Colman が限定アプローチの主張者である。コルヴァンは、そうした権利とは司法制度に個人がかかわっている局面に限定され、司法の機構を使用しその機構の質に対する権利とする。⁽⁵¹⁾ このように刑事司法に関連させる限定的立場にたち、拡大的解釈とは一線を画する一方で、七条の実体的権利について七条でどのようにそれらの利益が保護されるかの限界が認識されているなら、緩和された解釈も否定しないとし、七条の射程が刑事法や規制法に限定されるいわれはもとよりなく、行政法領域で個人の身体的危険を及ぼす行為などは七条で問題にしようとする。⁽⁵²⁾

判例は限定アプローチをとっていない。これを明確にしたのが M V R である。

2 七条の意義の確立—ブリティシユ・コロンビア (B C) 州自動車法照会事件 (M V R)

(1) 争点

七条は実際にどう審査されるか。P F J の意味も含めて、これを明らかにしたのが一九八五年の自動車法照会事件 (M V R) である。⁽⁵³⁾ これは憲章下で初めて七条違反が判断されたケースである。

一九七九年制定の B C 州自動車法九四条二項が憲章七条に反するかが、最高裁に照会 (reference) された。同条一項は無免許や

免許中の者が高速道路や産業道路で自動車を運転するのを禁止し、第一回目の違反には三百ドル以上二千ドル以下の罰金と七日以上六カ月以内の拘禁を科し、それ以後の違反には、違反が起きたときにかかわらず、三百ドル以上二千ドル以下の罰金と一四日以下一年以下の拘禁が科されるとしていた。同二項は、この刑罰は絶対責任 (absolute liability) であり、禁止されているとか免許であるとかの知識にかかわらず、運転したとの証拠によつて有罪とされるとしていた。BC州控訴裁判所は、九四条二項は故意 (mens rea) から絶対責任に転換し、被告に違反の意思や事実不知の立証機会を奪っており、七条の P F J に反するとした (497)。最高裁は全員一致でこれを支持した。

(2) 判旨

法廷意見 (ラマー判事) はまず七条の意味を明確にする。はじめに憲章制定から間もない時 (三年経過) にあつて、新たな司法審査制の意義を説く。憲章制定前は、司法審査は州と連邦の権限配分 (distribution of powers) にかかわつたが、憲章下では実体的な憲法上の権利を問題とする。裁判所は「少なくとも立法の内容を考える権利に関するようになり、変わったのは性格というよりも憲法判断の範囲である」(496)。七条は立法に対する制約を課した。その意味では司法審査は、これまでと同様に、立法権に越権がないかを審査するのであり、本質は変わらない。ここではアメリカ憲法の影響もあつて、七条の P F J が手続のみならず実体的な due process をも保障しているかが問題となつてゐる。司法は制定法の賢明さ (wisdom of enactments) には及びえないから手続のみとの考えもあるが、憲章の七条はこれを司法の判断に委ね、いきおい、司法は立法の本身 (content) もみなければならなくなる (498-499)。本法廷の仕事は実体か手続かの選択ではなく、公政策の実体に関する判断を避けながら憲章が保護する利益を個人に十分保障させることにあるのであつて、その憲法判断は合目的解釈 (purposive) によつてなされる (498-499)。

そこで P F J の意義を解釈する。七条前段の L L S P の意味は本件では争われていない。問題は P F J の意義に限定される。七条で保護される利益は文言から明白で、L L S P である。「P F J は保護された利益ではなく、むしろ生命、自由、個人の安全を奪

われない権利を「格づけるもの (qualifier)」である」(501)。ただ、その単一的な権利としての意味は明白ではなく、「その条項の文言が保護しようとする利益と同条項内の文の特定の役割に照らして、決定される。修飾語として、文は利益の限界を確定するのに資するが、それを無意味にしたり、あるいはくじいたりするよう、狭く解釈することはできない」(502)。自然的正義と同意と読むべきではなく、憲章八条から一四条までを参照すべきである。それらはL L S PがP F Jに反して奪われることを例証するもので、「P F Jの意味にはかりしれない鍵を提供する」(501-502)。権利章典前文の「個人の尊厳と価値」や、憲章前文の法の支配に基づいて、司法制度は形成されている。P F Jはわれわれの法制度の基本要素 (basic tenets of our legal system) であり、「一般的な公共政策の領域にはなく、裁判制度の番人としての司法権の固有の領域にあるのである。P F Jの解釈でこのようにアプローチは、七条の文言と構造、同条のコンテキスト、すなわち、八条から一四条と、憲章自身の特徴と大きな目的に符合する。それは政策事項の判断を避けながら、七条の保障に有意な内容を提供する」(503)。「コモンローの公理として長きにわたり発展してきたものや、人権の国際法で表現されたものもある」(503)。これは、八条から一四条の文言や憲章の目的そのものに符合する。P F Jを定義した条文はないけれども、「ある所与の原理が七条の意味でのP F Jであるといわれるかどうかは、司法過程やわれわれの法制度内でそれが変転していくとともに、その原理の本質、根拠、合理、必須の役割をどう分析するかによる。したがって、こうした文言に完結的な意味合い、あるいは単純な列挙的定義を与えることはできない。しかし、裁判所が七条に反するとの訴えを受ける時、具体的な意味を斟酌することになる」(513)。

ここでこうした解釈に制憲経緯、つまり七条で議会は何を意図したかを斟酌すべきかが問題となる。カナダ憲法に関する上下両院特別委員会議事録 (Proceedings and Evidence of the Special Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada) を七条解釈に反映させるべきか。その点は一応認めた (admissibility) が、判例では外部資料 (extrinsic) は否定されていないとするのであって、もとよりルールがあるわけではなく、裁判所の裁量だとする。ではどれほど重視するか。こうした weight の問題は、憲章であるからといって変わるものではない(508)。憲章は多様な人々が交渉し起草に携わったのであ

て、一人の者の意思の産物ではなく、どの見解が決定的かは断じえない(508)。

権利章典との関係はどうか。判例では、憲章は新しい権利や自由を公認し、それらの保護に重大な権限と責任を司法権に与えたとしている(509)。「権利章典二条^eでは、P F Jの文言は明白に「公平な聴聞の権利」の文脈に置かれ、それに法的根拠を与えた。七条は同じ文脈を創造しない。七条ではP F Jの文言は、根源的な権利、L L S Pの文脈でこれを根拠づけるものである」(511)。

かくして、七条の「P F Jは、権利ではなくL L S Pを奪われない権利の修飾語であり、その機能はこの権利の射程を画するのである。……P F Jは司法過程だけでなく、われわれの法制度を構成する根本的原理である」(512)。P F Jは単純に列挙された権利だけに与えられた用語ではなく、裁判所が七条違反の訴えに対して表明する具体的な意味を画する」(513)。

七条をこのように解釈したうえで、本件の問題、つまり絶対責任をとるB C州自動車法九四条二項がP F Jに反しないかを判断する。まず犯罪成立の基本要件として*actus non facti reum nisi mens sit rea*(犯罪を構成するためには意思と行為の両方が同時になければならぬ)の古典的法原理を確認する(515)。犯意(*guilty mind*)を要件としない絶対責任(*absolute liability*)はP F Jに反するとの判例(*R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] S.C.R.)がある。P F Jは規制的な性格の事犯を制定する立法府を前提にする。絶対責任はL L S Pを奪う潜在性がある限りでのみ、七条違反となる。拘禁が個人の自由を奪うのは明らかで、本件州法の九四条二項は羈束されている。「拘禁と絶対責任の連結は七条に反しており、政府側が憲章一条に基づいて、P F Jに反したそうした自由の侵害が、その状況において自由で民主主義の社会で七条の権利を合理的に制限できるのを正当化することを立証したときのみ、救われる」(515)。絶対責任が即、七条違反というのではなく、公益の要請から犯罪の種類によっては認められる場合もある。しかし、行政法上の義務違反に対する行政刑罰といった行政的便宜の場合、純粋無垢の人や状況を斟酌せずに絶対責任を要請すれば、七条に反する(517)。よって、この九四条は、「道徳的に無垢な限定的多数の人の自由の権利に影響をもたらす。限定的多数の人にとって自由を侵害される効果を有する絶対責任の犯罪を九四条は創設した。……七条違反とするのには、これだけで十分である」(520)。

ではこの七条違反は憲章一条によって正当化されるか。州政府側は、悪質な運転 (Bad driving) による人的経済的損失を減少させ、悪質な運転者を道路から追い出す公的な計画の一環として、徹底した禁止は必要な手段であると主張する。問題の本質は、「BC州政府が、数人の無垢な人々を拘禁するという危険が、悪質な運転者を同州の道路から除去しようとの意図が与えられて、自由で民主主義の社会において合理的な制限であることを実証したか、である。その結果は、何も悪いことをしていないわずかな人々を自由にさせておくのを上回る成功でなく、事犯に対して正当な注意を払ったとの抗弁に開かれた厳格責任であることで測られるのである」(521)。本件九四条二項は七条違反であり、一条による正当化も認められず、違憲無効とした。

McIntyre ^{マッキンタイア} 判事の補足意見は多数意見を敷衍し、P F J は自然的正義に限定されず実体的要素も含むとしたうえで、いかなる抗弁も認めずに短期の拘禁を科すのは P F J に違反するとした (521)。

ウィルソン判事の補足意見は、まず、事犯には制定法上、故意を要件とするものとそうでないものがあるとする。行為自体で犯罪とするものには、規制のないし公共の福祉 (public welfare) 事犯がある (522)。P F J は L L S P の限定的修飾句ではなく、P F J によらずして権利侵害がなされることから、権利を保護するものであるとする。P F J それ自体は権利ではないから、L L S P が侵害されていなければ七条違反の問題にはならない (523)。P F J に適合した処遇をしなければ、それは同時に民主主義社会において合理性も正当性もない。P F J に適合していない限りとの文言は、一条のもとで制約を課す政府の権限を制限する。P F J にとらない七条の権利に課される制約は、さらに一条のテストを満たさなければならぬ。罪刑の原理、特に制度の目的が要請する最小限の罪刑の決定は重要で、九四条二項は拘禁としているが、これは、死刑は別として、他に代替できないとの判断で究極的に科せられる刑罰である (533)。「不知、無知、そして正当な注意を払った後で侵された事犯に強制的な拘禁期間を設定するのは、過剰できわめて非人道的である」(534) とす。

(3) 本判決の意義

最高裁は、短期の拘禁 (imprisonment) である以上、それは自由を侵害するから、七条が問題となり、本法における絶対責任は P F J を侵害するとした。これを受けて B C 州は法改正を行った。犯罪法 (Offences Act) 四・一条は同州のいかなる法律の規定にあつても、「なんびとも絶対責任の犯罪で拘禁される責めを負わない」とした。⁽⁵⁶⁾

M V R は七条の意義、とりわけ P F J のそれについて先例となつた。まず、P F J には広範な解釈の余地があり、その具体例は八条から一四条までの法的権利で例示されておいた。残余理論 (residual) をとつたといえようか。⁽⁵⁷⁾次に、P F J は自然的正義の手続的側面と同義ではないとした。自然的正義とすることは、保護された権利の内容を奪い、L L S P をひどく弱められた状態に置くことになるとした。ラマーは七条の実体的権利面に着目し、最高裁は州の立法も無効にできるとしたのであり、この判決にかかわつた判事全員 (ラマーに加えて、Dickson 首席判事、Beetz、Chouhurd、Ledain、マツキンタイア、ウィルソンは個別意見を述べているが、この部分は賛成している) が、七条に実体的意義を認めている。

これは憲章制定者が意図していなかつたことである。はやくもこれから決別し、七条に実体的原理の要素を認めたのである。以後、最高裁が七条の規範的意義を形成していくとともに、それは開放的であるから司法の積極的な原理形成が可能な領域となり、司法積極主義の足がかりとなつた。⁽⁵⁸⁾憲章制定当初の論点は七条が実体的正義まで認めたか、適正手続も認めたかにあつたが、これに決着をつけた。

もつとも、本件は P F J が何たるかは一義的に定義していない。以下みるように最高裁がこれをなしたことはない。一方で、いかなる場合が P F J に反するかは判断している。本件はその手法を、歴史的原理、派生的原理 (半影理論)、変転理論の三つの原理を黙示的に示していると、Kavan 指摘する。⁽⁵⁹⁾歴史的とは、M V R が示したように、P F J はカナダ法制度の歴史や伝統に深く根ざした法原理だということである。それはコモンローや憲章の規定に限定されない広がりをもつ。憲章は、憲法のみならず人民固有の人権によつても政府が規定される立憲民主主義社会への移行の目的をもち、憲章に規定された人権に保護が限定されるわけ

はない。⁽⁶⁰⁾

派生的とは、アメリカの半影 (penumbra) 理論を援用し、法的権利の章(七条から一四条) から演繹される権利を含むとする。⁽⁶¹⁾ 公判での黙秘権の保障が判例で確認されるようになり、その際、一一条 d や一一条 f 等も援用され、要するにこの原理は補完 (supplement) であり、不文の立憲原理とも重なる。ただ半影理論はあくまで七条から一四条のなかでの *shadow* であるのに対し、不文原理は憲法の書かれた条項や法制度を活性化させる「構成原理」や「必須の不文の公理」にまたがるものを含む。⁽⁶²⁾ これは憲章初期の判例で展開されるも、次第に衰退していった。

変転的 (evolutionary) とは、歴史的でも派生的でもなく、裁判所は L L S P が政府利益を凌駕する場合に P F J 違反を認めることができるとするもので、これまでの流れのなかで、比例性の原則、つまり、恣意性 (arbitrariness)、広汎性 (vagueness)、著しい反比例性 (gross disproportionality) に収斂されるとする。最も拡大的な原理であり、憲章は国家に個人の尊厳と自律を尊重するのを確保させる法であって、カナダ市民の人間の尊厳 (human dignity) を保護するという一義的目的に、P F J は固く結びつけられなければならない。⁽⁶³⁾

また、本件は七条の審査方法が三段階であることを示した意義がある。すなわち、七条違反を主張するには、第一に、侵害された権利が L L S P であることである。第二に、その侵害が P F J に反したやり方でなされたことである。その際、状況に応じて P F J が国家や共同体の有効な利益を凌駕していないことを個人の方で立証しなければならぬ。これは七条侵害を訴える者の立証責任に大きな負担となっている。⁽⁶⁴⁾ 第三に、違憲判決を獲得するには、七条侵害に加えて一条の比例原則で正当化されないことが明らかでなければならない。一条の立証責任は国にある。

なお、M V R は、P F J の審査では社会的利益 (societal interest) との比較衡量がなされるとした。これは、七条が個人の人権を保障したことを考えると、同条を「骨抜きにする (emasculate)」とも批判されている。⁽⁶⁵⁾

(4) 刑事法での展開

七条は、単純に金銭のみが問題となっている民事事件には適用されない。しかし、自由はその射程が長いので、拘禁刑での自由の剝奪が典型となる刑事法を視野に入れており、実際に刑事事件での七条援用が多い⁽⁶⁶⁾。

P F Jに反しなかった一九九三年の判例をみておこう⁽⁶⁷⁾。一九八一年二月一日に二年の懲役刑を受けたカニングハムが、判決時の仮釈放法 (Parole Act) とは、刑期の三分の二を終えた時点で善良な監生活を送っていれば仮釈放されると規定していたところ、一九八九年四月八日にその三分の二の経過日をむかえた。しかし、一九八六年に同法が改正されて、予定の釈放日の六か月前に矯正局長 (Commissioner of Corrections) は、該当者が死傷をもたらず犯罪を犯すに足る相当な理由があるかどうかを国家仮釈放審査会 (National Parole Board) にかけて、刑期終了まで仮釈放させないことを決めるものとなった。カニングハムは善良な監者であったと主張するも、この改正法が適用されたことで仮釈放を否定されたので、この改正法を七条違反と訴えた。

最高裁は、改正法は合憲で、カニングハムの適用にも違憲なところはないとした。法令違憲の議論では、七条違反が主張された。まず七条の「自由」が侵害されたかを審査する。アメリカでは、仮釈放法によって創設された仮釈放の期待権は、アメリカ憲法修正第一四条の適正手続によって保障された自由の権益であるとされている。本件では、そうした自由の権益が与えられた (vested) とか与えられなかった (not vested) とかは問題ではなく、保護された自由権益が制約されたかどうか、そうであるならそれが P F Jに符合したものがどうかの問題だとした。仮釈放法が改正されなければ、カニングハムは八九年四月八日に自動的に仮釈放される高度の期待権を有したから、八六年の同法の改正はこの自動的な仮釈放の蓋然性を奪った意味で自由の期待権を減じたといえる。かくして、七条の「自由」の侵害を認めた。

ではその侵害の仕方が P F Jに反するか。憲章は些細な (trivial) 制約は問題としない。「さらなる自由の剝奪に相当する条件に実質的な変化 (substantial change)」がなければならぬ。P F Jは「自分の自由を主張する者の利益だけではなく、社会の保護にもかかわる。根本的正義はこれらの利益の間で、手続と実体法の両方で公平な均衡が打ち出されるのを要求する」。まず、被告人

カニングハムの利益と社会の利益の公正なバランスが法の変化によってくずれたか。矯正制度は国の専門的な裁量で、時代や社会の変化で何が司法制度の利益になるかを判断することによって変容する。立法あるいは規則によって矯正の法制度が変えられること自体、根本的正義に反するものではない。では、本件の刑期が全うされる形式に関するルールの特定の変化が憲章に反するか。この変化は、強制的な監視から釈放されれば重篤な傷害を犯すかもしれない人から社会を保護する公益に直接かわる。在監者の釈放される利益よりこの公益が勝るのであり、両者の利益のバランスは公平に保たれているから、憲章違反ではない。囚人には聴聞の機会が改正法でも保障され、手続も十分である。かくして違憲ではないとした。

刑事責任に関する立法の態度も問題となる。MVRでは厳格な責任が違憲とされた。カナダ法では責任にはどのようなものがあるのか。デイクソン判事は三つに分類している。⁶⁸ 第一が絶対責任 (absolute liability) で、単純に、禁止行為をなすことで構成される犯罪である。過失や故意は要求されない。法律を犯そうとする意図や合理的に要求される注意義務を怠っても、犯罪とされる。第二が厳格責任 (strict liability) である。単純に禁止行為をなすことが構成要件であるが、かかる犯罪を避けるために合理的に配慮したことを被疑者が蓋然性の衡量についての民事上の規準 (civil standard of the balance of probabilities) に照らして立証すれば、抗弁となる。実際、合理的な注意を払ったことを証明できない被告人のみが有責とされるから、不注意という過失要件が存在する。第三が故意 (*mens rea*) であり、禁止行為をするだけでなく、法を犯す意思 (もしくは法が破られるかどうかについて注意を欠いている) の有罪意思 (*guilty mind*) をもってそれを行ったことで構成される。

MVRでは、カナダ法には長くなじみのある絶対責任がPFJに反するとされた。なぜそうなのかは明確に説明されていないように思われる。本稿は憲法に習熟するので、PFJの刑事法での原理的側面にはこれ以上触れない。⁶⁹

MVRは、七条違反が問題となる憲法審査は、①七条の生命、自由、身体の安全の権利が剝奪されたか、②そうだとしたならば、それがPFJに反してなされたか、③そうだとしたならば七条違反となるが、それは一条で正当化されないか、の三つのプロセスを経るとした。これがいかなる規準に具体化させていくのかを次に検討してみよう。

3 P F J の三段階審査の発展

(1) 妊娠中絶と七条—Morgentaler 事件（一九八八年）

M V R の判例は直、モーゲンテラー事件に踏襲された。⁽⁷⁰⁾ 妊娠した女性およびなんびとも、薬品等（手段は列記されている）で中絶を実施してはならないとした刑法二五一条を、最高裁は七条に反するとして違憲と判断した。原告は医師であり、憲章二条 a や一二条違反も主張しているが、本件は七条に照らして違憲とする判断で十分としている。判決（ディクソン首席判事）は M V R を踏襲して、L L S P が侵害されたと判断したなら、立法の実体を審査する義務を七条は裁判所に課しているとし、かかる侵害が P F J に符合していなければ正当化されないとした。⁽⁷¹⁾

そこでまず L L S P、とりわけ身体の安全（S P）が侵害されているかを判断する。原告は、自分の生命について根本的な決定をなし、その身体をコントロールする権利が憲章によって保護されているところ、判例法上、身体の保全に干渉したり、身体的ストレスを重篤に刑法で加えたりすれば、S P を侵害する。⁽⁷²⁾ 医学的な証拠では、治療的中絶（Therapeutic abortions）は一週間から七週間まで待たされることがあり、二五一条による処置には数週間を要し母体に危険をとまうのは明らかで、身体の安全の権利を侵している。

では、これが P F J へのとつっているか。二五一条によって、中絶を望む妊婦は認定された病院の治療中絶委員会に申請して許可を受けなければならない。この委員会は健康被害を判断するとしているけれども、健康の概念もその基準も曖昧で、またその実務は統一されていない。行政の手続は治療的中絶を利用しやすいものになっていない。治療的中絶のために二五一条によって創設された手続は、P F J に合致しない。⁽⁷³⁾ こうした刑法の妊娠中絶に関する法枠組みは「明らかに不公平（manifestly unfair）」であり、P F J に反するとしたのである。⁽⁷⁴⁾ ビーツの補意見も基本的には同じである。⁽⁷⁵⁾ 中絶の権利が七条で保障されたものかは判断しておらず、それが憲法上の権利であるのかは依然不明である。⁽⁷⁶⁾

そしてOakesテストを使って一条で正当化されるかを判断する。それは法の目的と手段の比例性であり、①規制手段が目的に対して合理的で公平であつて、恣意的ではないか、②手段が最小限の規制に止まっているか、③目的に対して自由や権利制限が比例しているか、である。本件刑法規定の目的は妊婦の生命や健康の保護であるところ、政府は胎児の利益を持ちだしている。胎児の権利は憲法上独立した価値があるかを判断する必要はないのであつて、議会が本件刑法規定で妊婦優先と胎児保護の国家利益に関連してなした特定の衡量を評価するのである⁽⁷⁴⁾。そして比例性は認められないとして、憲章違反と結論づけた。

ウィルソンの補足意見は、明白に不公平と判断せず、また七条が手続面に止まらず個人の尊厳に基づくとする新たなPFJ原理を示した⁽⁷⁷⁾。いわく⁽⁷⁸⁾、

個人の尊厳の理念は、憲章で保障されたほすべての権利と自由に言い尽くされている。個人は、自分自身の宗教と生命哲学と、誰と交わるかを選ぶ権利と自分自身をどう表現するか⁽⁷⁹⁾の権利と、どこに住み、何を職として追求するかを選ぶ権利を、与えられている。これらはすべて憲章の根底にある基本理論の例であり、つまるところ、国家は個人がなした選択を尊重するものであつて、可能な限り最大限、こうした選択をよい生活とはこうだといった一つの考えに服させるのは避けるものである。しかるに、憲章に基づいている人間の尊厳の一つの側面は、国家から干渉されずに根源的な個人的決定をなす権利である。この権利は自由の権利の必須要素である。自由は……広範な意味を持ちうるフレーズである。思うにこの権利は、適切に解釈されて、根本として個人的に重要な決定をなすのにかなりの自律を個人に認めるものである。

本件はPFJに関して、それが変転していく原理(evolving)であるのを典型的に示した分水嶺の判例である⁽⁷⁹⁾。この意見は、「いかなる権利や利益や価値が自由で民主的な社会で保護されるべきかの規範的判断において、変転する社会価値に注目している」のである⁽⁸⁰⁾。ウィルソンは先の事件でこう述べている⁽⁸¹⁾。

自由で民主的な社会での根本的価値としての自由を保障しようとする制憲者は、彼の潜在を完全に発展させて現実化させ、彼自身の特質にあうよう彼自身の生き方を計画し、よからうが悪からうが彼自身に選択させ、非国教徒 (non-conformist)、「特異でエキセントリックでさえある、今日の語法でいえば、「自己中心 (his own person)」やそうした者であろうとするのに個人の自由があると考えた」と信じる。

ウィルソンは一貫して自由を広く捉え、その定義は支持を集めているけれども、最高裁の多数を占めるには至っていない⁽⁸²⁾。最高裁は七条の自由を「根本的な個人の選択」に限定しているようだ (Blanco 事件)⁽⁸³⁾。ブレニコ事件では、先例 (Godbout v. Longueuil) を引いて、自由の権利は、「個人が固有の私的選択を州の干渉から自由にさせることができる、これ以上減らすことができない個人の自律の権利」だとし、そうしたものに限定されるとした⁽⁸⁴⁾。個人の保全是「州による深刻な身体的ストレス (serious state-imposed psychological stress)」に限定されるから、州の個人への干渉がすべて七条違反とされるのではなく、それは、身体的損害が州の課したものであるだけでなく重篤であることを要するとした⁽⁸⁵⁾。ブレニコは、セクハラ疑惑で人権を侵害されていることから回復するための手続が遅延していることに七条違反があるとして問題とされた。この要件を当てはめて、ストレスや不安は認められるけれども、そうした感情的ステイグマは七条の対象にならないとした⁽⁸⁶⁾。七条の保護を受けるには、問題となっている自由や身体の安全の利益が相当に重要 (sufficiently important) でなければならなかった⁽⁸⁷⁾のである。

最高裁は、「原告が被ったストレスやステイグマや不安は、LLSPを剝奪しなかった」とした。七条の文言で制憲者はLLSPに限定したのであって、七条の保護法益まで昇華されないとし、したがって七条の前提となる自由や身体の安全の権利の侵害が認められないから、PFJの審査までなす必要はないとした⁽⁸⁸⁾。

三段階審査のうち、第一段階、すなわち、原告が訴えている権利侵害が七条の保護法益に該当するものではないとしたのである。最高裁に七条のLLSPを限定的に捉えようとする態度はうかがえるが、それが何であるかは定義していない。ただ、本件で問題

としている精神的な侵害は七条の保護類型に入らないと、消極の解答だけなしているのである。最高裁は七条の自由の利益に、根本的な個人の選択に影響を及ぼす事実を類型化しようとはしていないといえよう。⁽⁸⁹⁾

(2) LLSPよりPFJの審査を重視

売春の権利は憲章七条で保障されるか。カナダ刑法は、売春宿 (bawdy-house) を営んだり所有したりする者に刑事責任を科し(二一〇条、売春者と同居したり、公的な場所で売春の勧誘をしたりする者も罰している(二一二条、二一三条)⁽⁹¹⁾。この構成要件に該当したとして訴追された者が、この法の七条違反を争った。最高裁は、お金のために性を売ることはカナダでは犯罪ではなく、売春は違法ではないので、売春の語は上記条項から削除されると判断した (Bedford 事件)。⁽⁹²⁾

これは原審の判断 (Hemel, J.) を基本的に踏襲した。それは、売春に関連する刑事罰は不道徳な行為を処罰するというよりも社会的な損害を統御することであり、科学的な証拠を斟酌すると、本件刑事法でその目的を達成することに合理的関連はないとしたものである。⁽⁹²⁾ 自由の問題だけでなく、身体の安全にもかかわり、その論点は「国家の行為と最終的に影響を受ける個人の安全の剥夺の間に相当な因果関係 (sufficient causal connection) があるか」であって、これを認めた。⁽⁹³⁾

売春規制を合憲とした最高裁の先例がある (Prostitution Reference)⁽⁹⁴⁾。そこでは、売春のために交流するのを犯罪とした刑法規定の構成要件が曖昧 (vague) だとして、七条違反が問題となった。最高裁は禁止規定が広汎であるのを認めただけでも、知覚できる文言の意味を裁判所が定義できないほどではないとして、合憲とした。本件は、この先例は照会 (reference) であり、かつ争点が異なるとして (distinguish)、これには拘束されないとしたうえで (paras 40-47)、七条違反を検討する。その際、立法事実、時代の流れで変化しており、政府部門に委譲する必要もないから、最高裁はこれを精査するものとしている (paras 48-56)。まず身体の安全の侵害があるか。売春宿での居住や売春目的での公のコミュニケーションを禁止すれば、七条の身体の安全の侵害にならないか。「お金のために性を売るのは犯罪ではな」く、本件規定の売春宿でのその行為が犯罪となる (para 61)。本件の刑法規定

では街頭と出張 (out-calls) の売春のみ適法となる。しかし、屋内の売春の方が街頭のそれよりはるかに危険ではないし、運転手や受付係を置くなどすればよく、買春者をチェックしたりコンドームを使用したりするのも禁じているから、身体の安全を害しているのは明らかだ (paras 63-72)。本法諸規定は「否定的に作用して、個人の売春する権利の安全な行使にかかわる」(para 73)。因果関係のテストには、①相当因果関係 (sufficient causal connection) ②通常の影響 (general impact) ③積極的に予見できる直接因果関係 (active and foreseeable and direct causal connection) の三つがあるところ、柔軟な適用が可能な①が本件ではふさわしい。売春の危険を避けるための手段が本法規定だとするけれども、それを達成する相当な手段でないばかりか、売春そのものを禁止しているし、第三者の行為まで不当に制約している。

ではそれが P F J に反しないか。P F J の意義は変転し、恣意性 (arbitrariness)、広汎性 (overbreadth)、著しい反比例性 (gross disproportionality) となっている (paras 96, 97)。「これら三つの原理は……法によって惹起された権利侵害を、法の有効性 (effectiveness) ではなく、法の目的に比較させることにある。法がいかによくその目的を達成したかとか、いかに多くの人口がその法の恩恵を受けたかを見るのではない。また、どの原理も人口の何%が否定的な影響を被ったかをはかるものでない。分析は質であって (qualitative) 量では (quantitative) ないのだ。七条の問題は、L L S P が本質的に悪い法によって否定されたかであって、著しい反比例性、広汎性、個人に対する恣意的な効果は、七条違反を立証するのにふさわしい」(para 123)。これが満たされても、さらに一条違反が検討されなければならない。それは、個人の権利侵害という負の効果が公益をはかるに法の差し迫った実質的利益に釣り合っているかの審査で、七条での審査と異なる (para 125)。これらはことごとく満たされず、本件刑法規定は違憲と判断された。

もとより、売春を規制してはならないというのではない。これは公的関心の高い重要な問題なので、議会に委ねられる。本件規定が違憲となれば規制が緩やかになり、売春が放縦になるため、本件判決の実効に一年間の猶予を付けている (paras 165-169)。

このベッドフォードでは、売春が憲法上保護された権利なのかは判断していない。むしろその判断は本件には必要ないとし、本

件刑事法が七条の意図に沿ったものか、つまり、法の目的と自由や個人の安全の侵害が合理的関連を有するものかを判断している。われわれの感覚では売春は不道徳で規制すべきと考えがちであるが、たとえその疑いがあるとしても、科学的に客観的で説得的な証拠が必要であるところ、本件では少なくとも法の目的と手段との関係で立証されていないと判断されたといえる。⁽⁹⁵⁾

この判断で興味深いのは、P F J をかつちり定義していないけれども、その内容あるいは規程は憲章の歴史の積み重ねとともに緻密な方向に変化していったと認識していることである。ゆえに、以前の七条判断の先例拘束性を認めない、あるいは先例とはならない (distinguish) とする⁽⁹⁶⁾。さらに、売春が七条あるいは憲章で保護される自由かは判断を避けており、本件刑法規定がその目的から身体の安全にかかわると判断し (すりかえ?)、目的と手段の関係を審査する P F J のテストで処理している。これは国民の自由を拡大させる人権保障というよりも、裁判所が立法の仕方を精査する機能を果たしているともいえる。P F J は立法の作法を吟味するための道具となっていて、目的と手段の有機的合理的関係が診断される。アメリカや日本のように、人権の中身によって審査基準を変えるスタイルはとらず、したがって侵害された人権がそのようなものは問わず、少なくとも憲章上の自由や権利であれば、同じ規程で判断されているのである。⁽⁹⁷⁾

4 三段階審査の定着と P F J 概念の深化——尊厳死規制

七条の適用可能性の射程の問題は、尊厳死をめぐる鮮明に意識され、その規範的意義や審査方法が洗練されていく。ここでみる次の二つの事件は、いずれも終末期患者で体力の衰えから自分で生命を絶ち切れない者が、医師の助けを受けてこれを実行するのを刑法が禁じているのは七条違反 (平等条項の「一五条も問題となっている」) だとして争ったものである。

Rodríguez 事件は、P F J の判断となる七条の違憲審査基準の定式、すなわち、恣意的、広汎性、著しい反比例性の三つのテストを打ち出したケースでもある。⁽⁹⁸⁾

(1) ロドリゲズ事件

A 事件の概要と判旨

自殺する権利が憲章で認められるかが問題となったロドリゲズ事件では、P F Jの概念が問題とされた。⁽⁹⁹⁾

筋委縮性側索硬化症 (ALS) に罹って余命二、一四カ月と診断され、じきに呼吸も含む自律行動ができなくなり、寝たきりになることが確実であったロドリゲズは、やがて死ぬことを自覚していた。そして、自分の死の情況や時期、方法を決めたいと希望するようになった。しかし、自ら死を実行するための体力はすでになく、尊厳死は他者の助けを必要とする。そこで、自分が決めた死期に専門医にこれを実行してもらう許可命令をBC州最高裁判所に求めた。その際、カナダ刑法典二四一条bが、自分が自分が依頼した専門医に適用されることから、同条項が憲章七条、一二条、一五条bに反して無効であり、五二条一項により法的効力を持たないとの宣言を憲章二四条に基づいて求めた。カナダ刑法典二四一条bは、自殺を(a)教唆、または(b)幫助・関与した者は、自殺が完遂されたか否かにかかわらず、一四年以下の禁固に処すると規定していた。BC州最高裁判所(第一審)と控訴審が訴えを退けたので、最高裁に上告した。

本件の憲法上の論点は次の二点である。①刑法二四一条bの全部もしくは一部は、憲章七条、一二条、一五条一項に反しているか? ②そうだとしても、憲章一条によって正当化されて憲章違反にはならないか? 多数意見^(ソピニカ) (Gonthier, Iacobucci, Major 判事同調) は以下のように述べて、刑法二四一条bは七条に反せず合憲とした。⁽¹⁰⁰⁾

二四一条bは自らの死の時期と方法を統制するのを禁じている点で七条に違反するかが、本件の本質的問題である。同条は生命の神聖不可侵 (sanctity) に裏打ちされて、個人のLLSPを保障する。そしてそれがP F Jに反する制限は受けないことを保障する。本件ではいかなる実体的利益が法システムによって侵害されているか。助けがなければ自分の命を終わらせることができないとき、二四一条bは、刑罰をもって自殺幫助を一切禁止することでその可能性を奪っている。これは安全にかかわる法システムと関係している。個人の安全 (security of person) は、刑事訴追の恐れなく生命や健康への危険な情況で医学的治療を受ける権利を

含む。これは肉体と精神の両面での個人を保全 (integrity) し、国家の介入から個人の自律を優先させる原理である。少なくとも自身の身体に関する決定の自律権 (personal autonomy) と人間の尊厳は、これらに関与する刑法の禁止から自由である限りで、個人の安全が優越する。医療で自分の身体がどのように扱われるかを選択する権利は、コモンローで認められている。二四一条bは、ロドリゲズの自律を侵害しており、彼女の安全を侵害するやり方で身体的肉体的苦痛を与えている。

ではこれがP F Jに反しているか。これは手続のみならず実体の問題でもある。主観的判断に流れやすいが、裁判所が判断するときは普遍性を意識しなければならない。コモンローを根拠とするだけでは不十分で、社会の正義概念に不可欠なコンセンサスに基づいた原理が要求される。歴史、さらに運用もみて、合理性を検討しなければならない。二四一条bは自殺幫助を包括的に禁じている。これが、傷つけられやすい人を保護する国家利益に関係のない恣意的で不公平な法なのかを検討する。この国家利益は単なる政策ではなく、人命の神聖不可侵という根本原理の一部であることに注意しなければならない。

自殺は、コモンローでは神と国王に対する罪とされた。ストア哲学では個人の自由とされ、哲学では一致をみない。カナダではコモンローで犯罪とされて刑法典に規定されるも、自殺未遂罪は一九七二年に廃止されている。この脱刑罰化 (decriminalization) は本件とは関係がない。これは妊娠中絶の一部非刑罰化と異なり、自殺をしたい人の自律権が市民の生命を守るとの国家の利益に優越するという、議会やカナダ人の包括的なコンセンサスを表したものではない。自殺は法以外の学問での議論であって、法的救済にはなじまない。これまでいくつかの自殺幫助廃止の法案が出されては、ことごとく否決されているのである。

アメリカでは修正第一四条によって保護された自由権益として、生命維持装置を拒否する権利を認めているし、イギリスも消極的安楽死は認めている。ただ濫用には警戒的で、厳格な要件を課している。カナダ法改革委員会も、末期患者の苦痛回避のための尊厳死には同情するも、第三者の介助は認めていない。個人の死に他人が参加するのは道徳的、そして法的に悪であり、何よりも濫用の恐れがあつて、完全な禁止以外には濫用を防げないと考えられるからである。諸外国には、二四一条bのような規定を持つ国もあれば、そうでない国もある。後者にあつても、指針を設けてそれを違法性阻却としている。もっとも、西欧民主主義国にあつ

て、二四一条bのような自殺幫助の包括禁止 (blanket prohibition) が基本的人権に反するか、違憲だとか判断されたことはない。人命の神聖不可侵は一般原理であり、個人の自律や尊厳が優越する限定的例外情況に服する。そこでは死の過程への介入で消極的と積極的の意思の関与の区別は重要となる。コモンローでは、医師は治療拒否の意思表示は受け入れなければならない。この区別に医師の意図は重要で、苦痛緩和治療では死期を早めることはあっても、自殺幫助と異なり死を不可避にする意図はない。P F Jは、合理的人間にあつて一般的に受容されている意味での根本的な原理でなければならぬ。国民的コンセンサスであり、それは、人命を尊重し保護する制度を低下させないように慎重でなければならぬことである。その例として死刑制度の廃止がある。しかし、自殺幫助ではそこまでの域に達していない。二四一条bはP F Jに違反しているとはいえない。

B 違憲論

これに対して、マククラックリン ローリー デュベ McLachlin, L'Heureux-Dube 判事の一部同調、一部反対意見があり、以下のように、P F J違反を指摘している。本件はラマーの反対意見のように平等違反と解すべきではなく、身体に関する決定をなす個人の権利を国家が規制する方法にかかわるものとみななければならない。七条の個人の安全の権利を侵害しているとの多数意見には賛同するも、他者にも利用できる選択権を原告に否定するのは正当化できないと考える。「個人の安全は、自分の身体に関する決定で個人のプライバシーと尊厳を守る人格的自律の要素で、……何が自分の身体にとって最善かを決定する自律を持つのは、人間の尊厳と役割 (Persona)」なのである。国家がこれをP F Jに反するやり方で侵せば、七条に違反する。議会が二四一条bでそのようにしていないかが問題なのである。P F Jはわれわれの法制度の根本的教義である。本件では、身体を扱う原告の個人的権利を制限する立法の枠組みが恣意的 (arbitrary) であるなら、P F J違反となるのを判断すればよい。自殺を非刑罰化したことは議会がこの問題は法以外の領域に委ねるのが最善と判断したことの表れであるとする多数意見には同意できる。ただ、合法である自殺と違法である自殺幫助で、前者は選択できて後者は選択できないとの違いは何なのか。この問題はP F J違反が一条で正当化されるかの検討となる。恣意的な処遇でP F J違反の疑いがあるなら、その立法の枠組みが目的に照らして正当化できない方法で個人の特定の保護利益を侵害している

かが考察される。多数意見は個人と国家の利益の比較衡量を説く。立法の枠組みが恣意的であると訴えられれば、その適正さは国家が立証する責めを負う。これは一条の審査でなされる。

立法が自殺Ⅱ合法、自殺幫助Ⅱ違法と区別したのは、原告の自律権を行使する妨げとなっていて恣意的である。ゆえにP F Jに反しており、二四一条bは七条に反する。これは一条で正当化されるか。国は、個人の自由の侵害の重篤さを凌駕するに十分な重目的に法が仕えていることを立証しなければならぬ。自殺の予防でもなければ死を助ける行為の予防でもなく、真の目的は実際の真に死を望まない者を殺してしまう恐れにある。カナダでは有責の殺人には十分な救済があるから、こうした規定が必要かは明確ではない。また、不真正な死の懸念は健常者の自殺にもある。同意していない者が殺されたり、脆弱な人の同意が不適切に招来されたりする恐れは常在する。この恐れは、原告が選択した時と方法を絶つ憲章七条の権利を凌駕するに十分か。原告のような者の同意なくして死に至らしめば、それは故意殺人罪に問われる。また二四一条aで自殺の相談は犯罪とされているから、脆弱な者に不正な影響を与えるのは禁じられている。一条の正当化は立証されていない。

自殺幫助をどう扱うかは議会の役割であつて、裁判所のそれではないと主張される。われわれは自殺幫助を刑罰化する議会の意図を先読みするよう求められてはいない。議会がすでに設定した規制の法枠組みを与えられて、原告の絶命の能力を否定することが恣意的であつて、P F Jに適合しない個人の安全の制限に匹敵するかを判断するという、はるかに控えめな仕事である。議会は自殺Ⅱ合法、自殺幫助Ⅱ違法の枠組みを設定したのである。

C 平等違反の問題

首席判事ラマーの反対意見は、憲章一五条違反で一条でも正当化されないと判断するので、七条や一二条には言及しない。

平等違反は、①憲章一五条で言及された事由での平等権侵害があつたか、とりわけ個別な差異に基づく特定の人ないし集団の差別があつたか、②その不平等は差別的か、③そうであるなら憲章一条でそれが正当化されるか、の三段階でなされる。刑法二四一条bは自殺幫助を禁じており、社会道徳上正当化される。一九七二年、自殺未遂は犯罪でなくなり、自殺は合法となる。健常者

は他人の助けを借りずに自殺できるが、身障者 (disabilities) はロドリゲズのように他人の助けなくしては自ら死ぬことができない。これは法の効果において明確な不平等を生むから、身体的障害 (physical disability) という個人的な特性に基づく差別であり、一五条の不平等事由に該当する。これは一条で正当化されない。脆弱者が自殺を強要されないようにするとの立法目的は多数意見と同様、正当である。その手段はこの目的と関連させると、原告の平等権に対する合理的に可能な必要最小限の侵害になつていないから、比例テストを満たさない。自殺幫助を全面禁止する二四一条bは脆弱者を保護するが、この保護を求めない人も身体的障害があることだけで取り込んでしまっている (over-inclusive)。

コリーも次のような反対意見を述べている。憲章七条は人間存在の天賦の尊厳を強調する。「個人の命は死を含むものでなければならぬ。死は生命のドラマの最後の幕である」。健全な患者は自殺できるのだから、刑法二四一条が本件のような末期患者に対してのみ禁じることは、憲章一五条にも違反する。

D 判決の意義

刑法二四一条bは、終末の患者で自力で絶命できない者に対して、首席判事を除く八人が憲章七条の個人の安全を侵害していると判断した。しかし、多数意見 (五人) はそれが同条後段のP F Jに反しているとはまではいえないとして、二四一条bを合憲とした。P F Jとは、M V Rを踏まえ、根本的原理であるということはそれが合理的人間の間に一般に受け入れられている (general acceptance) という意味であるとした。国民的コンセンサスを得たものであるとの要素を付け加えたのである。そして、こうしたコンセンサスは安楽死 (euthanasia) には存在しないとされた。

このことは死ぬ権利なるものの判断が議会なのか裁判所なのかの視点の相違にもなる。多数意見は国民的コンセンサスの問題であるから議会の役割だとしたのに対して、マクラックリンの反対意見は、刑法二四一条bで立法は決定をしているのだから、これが公平かを判断することが求められ、それは裁判所の役割になるとした。

憲章七条のP F Jの意味をどう捉えたのか。専門医による自殺幫助という形でも末期患者の死ぬ権利を憲章が保障しているかの

判断が、本件で期待される。刑法二四一条bは末期患者の治療を拒否する権利を侵害しているとみて、憲章七条前段の個人の安全 (security of person) が個人の尊厳の神聖不可侵を基軸にしていることから、この法条はこれを侵害しているとの認識は共有される。しかし、後段のPFJには異なった判断をする。法廷意見は、「人間の尊厳の尊重は、われわれの社会の根底にある原理の一つである」のは疑う余地はないけれども、独立したPFJではないとしている(592)。ともにMVR判決での定義を踏襲するも、その具体的な中身は別に認識される。MVRは、PFJは利害の限界を画するのに資するとともに、基本的権利であるから無意味にするほど狭く解されないし、われわれの法制度の根本教義 (basic tenets) であるとともに、一般公政策ではなく法制度の守護者としての司法に固有の領域にあるとした(501, 503)。多数意見は、これを国民的コンセンサスに根差したものととの具体的な要件を加える⁽¹⁰¹⁾。

こうした認識は裁判所の憲章判断の責務を放棄すると批判される⁽¹⁰²⁾。よしんばこれにのっとったとしても、国民的コンセンサスはどうおしやるのか。当時の世論調査では、本件のような情況で医学的補助を受けた自殺は容認する傾向にあったとの指摘もある⁽¹⁰³⁾。PFJの審査で国家や社会の利益が衡量され、社会的コンセンサスが判断基準になること自体とりたてて新しいことではないけれども、本件では弱者を保護する国家利益の正当化として使用されることとなる⁽¹⁰⁴⁾。

法廷意見は、「死を早める患者の権利」を憲法で認めることに深刻な危険性があることを認識し、「最終的に立法府に委ねるのは、問題となっている権利の複雑な様相と、慎重な制定法の指針も漸進的な手続統制もないなかで、安楽死をむしろ立法化するのには、個性を危うくする潜在性が相当にあるから、賢明である」とのアメリカ憲法学のトライブの学説に同調する⁽¹⁰⁵⁾。

コモローは自殺を禁じている。単純に、刑法二四一条bがこれを宣言しているとみることでもできる。しかし議会は、一九七二年に自殺を刑法から除外した。この立法趣旨をどう読むか。多数意見はコモローにいかなる変更もないとし、自殺が合法ならもっと強い意思表示がなされるはずで、この削除は本件には関係がないとする。一方、反対意見はこの削除を重視し、自殺が犯罪とされなくなった以上、健常者は自力があるから自殺できるのに対し、ロドリゲズのような脆弱者はできないという二四一条bの帰結

があることに注意すべきとする。この扱いをラマーは一五条の平等権の問題としたのに対し、マクラックリンはPFJだとし、国家が恣意的な処遇をしていないかの論点が浮上した。首席判事ラマーには死ぬ権利といった困難な問題は避けたいとの配慮が推測されるが、最高裁が憲章の訴訟で、平等には果敢に立法に反省を促す契機を持ってきた力学もあるかもしれない。とまれ、マクラックリン（ローリュデュベ判事同調。コリー判事の反対意見も実質的に同調）の議論がここでは重要である。PFJそれ自体人権であり、国家によって恣意的に扱われない（*fair*）権利を内容とするとの判断である。これはMVRでのPFJの定義よりも具体的であり、多数意見が政治的な要素を漂わせるのに対して、法的である。

ラマーの反対意見は次の二点で興味深い。第一に、身体的障害（*disabled*）に基づく差別として憲章一五条違反を指摘する。自力で難なく安楽死できる健常者との差別があり、平等違反だとしたのには、説得力がある（コリー判事同調）。スタンダードな審査（三段階アプローチ）で、原告の抱える身体的障害は憲章一五条に列挙されている明文の差別事由に該当するとした。ラマーは、自殺する権利が認められるかは問題となりうるにせよ、「裁判所は、この問題に自殺や安楽死の道徳性に関する議論を満たす哲学的理論的な考察によることなく、答えなければならぬ。この問題は、憲章がカナダ社会の世俗性と制度運用における良心の自由を中心に据えたことを本質的に確立させたことに留意して、法的側面から考察されるべきである。」（533）としている。

第二に、違憲判決Ⅱ憲法的免責としたことである。彼は刑法二四一条bの違憲の判断を制限するとともに、一年間の猶予期間を設けた。ただ本件原告については、個別的救済（*Personal remedy*）を指示する憲法的免責（*Constitutional exemption*）を認めた（マクラックリンら三人の反対意見が同調）のは注目される。ロドリゲズへの憲法的免責は上級裁判所が認めたように行うこと、担当医と第三者の精神科医によって確証され、ロドリゲズが明白な意思で示したようなやり方でなされることなどを、条件としてつけた。ラマーは、憲法的免責は無効宣言の中断効と連携してのみ認められるとした。

憲法的免責は~~憲法~~判決でも提示されており、特定の個人または集団に適用されれば違憲となるような場合、当該立法が改廃されるまでは有効な立法として憲法上免責される希望を、最高裁はときとして傍論で示す。これは憲法判断の効力に関する司法裁量

とみることができ、憲章五二条一項で認められるとされる。一方で、個別救済の内容や範囲は裁判所によって画定されるのに対して、これは同価値の憲法の選択肢から選ぶ類のもので、本来は立法府そのものによってなされるべきではないかとも指摘される。⁽¹⁰⁶⁾

安楽死が全面的に禁じられている場合は、人間の尊厳ではなく、憲法の差別禁止条項に反する疑いがあること、生命保護が重要な権利であるから死ぬ権利は否定され、それは国家利益から正当化されるが、安楽死の制約は厳格な審査が必要との普遍的な視点を提供されているとの見方もある。⁽¹⁰⁷⁾ 自己決定権と死の選択権は憲法で保護されとしたのはコリーの目で、憲章が自らの死を選択する権利に具体的にどのようにかかわるかは明らかでないままだ。安楽死が憲章で認められるかの判断は、七条のP F Jを実体的価値に踏み込まないものとして狭く解し、うまく避けたといえる。

では、法廷意見はP F Jをどうみたのか。M V Rのコンセプトを踏襲するとともに、その抽象性ゆえに拡大するのを警戒し、限定的解釈をしている。いわく(590)、

単にコモローだからといってP F Jを構成するに十分だとはいえない。むしろ、その語が暗示するように、正義に関するわれわれの社会概念に死活的であると何らかの合意がある原理が要求される。しかしながら、P F Jはわれわれの社会が倫理的ないし道徳的と考えることに、漠然と一般化するほど広範であってはならない。それは、理解できる結果をもたらすやり方で何らかの厳密さを以て同定されて、情況に適用されることができるものでなければならない。私見では、それらはまた法的原理 (legal principles) でなければならない。

M V RでP F Jの包括性を認めただけでも、その具体的な定義や原理の発見方法は判示しなかったため、広範かつ放縱に広がる可能性がある。そこで限定をかけようとした。しかし、これでP F Jが明確に裁判ですぐ使えるようになったとはいえない。二〇〇三年のMaimo-Levine事件^{マルモールヴァイン}では、P F Jの中身、つまりそれを満たす要件を次の三つに整理している。⁽¹⁰⁸⁾ 第一に法的原理であ

ること第二に、そのルールないし原理に、法制度が公平に機能するやり方の根本であるとの社会的合意 (societal consensus) があること。第三に、その原理が、L I S P の剝奪をどのように認定するかを管理できる規準をもたらずのに十分な厳密さで同定されること、である。

この事件は、マリファナの単純所持を犯罪とする麻薬統制法 (Narcotic Control Act) が七条に反するかが問題となった。被告側は、マリファナの喫煙はライフスタイルの嗜好にかかわり、これを可罰化するのは個人の自由を侵害すると主張した。P F J 違反かの判断にこの三要件を当てはめて検討している。まず、J・Sミル流の加害原理 (harm theory) を援用し、⁽¹⁰⁾これが七条に内包されていないとする (para 114)。P F J に包含される原理あるいはルールは、「法システムが適正に機能するように根本的であるとする相当な社会的コンセンサスが存在し、生命、自由、身体の安全の剝奪を認めるための測定可能な規準に委ねるに十分な正確さで同定されるものでなければならない」(para 113)。しかし、加害原理は規範的な法原理というより、重要な国益を記述するものとして特徴づけられる (para 114)。その規準は裁判で使用するに耐えない (para 127)。一方、有害を避けることは国の利益であり (para 131)、マリファナの禁止が公的健康や安全に寄与すること、有罪にされた人を含む禁止に服する人々への反対の効果の間に比例関係があるかが問題となる (para 144)。立法目的が正当でもその達成手段が過剰 (so extreme) なら即 (per se)、比例していない (disproportionate) との判断になる (Suresh 判決を引用)。最低絶対法定刑 (minimum mandatory sentence) はないから、マリファナの所持のみで処罰しても粗大な反比例にはならないとした (para 168)。

社会的合意があるとの判断はどうするのかは不明で、それはまた裁判所が P F J を判断する余地を十分残したまともいえる。⁽¹¹⁾母国セルビアでヘロインの運び屋を拒否すれば母親を殺すと脅迫されてカナダへの密輸を犯した事件で、強迫された者で罪を犯す意思がなければ、脅迫者は犯罪現場に脅迫をじかになすためにいなければならないとした刑法の規定が問題となった。最高裁は、刑事被告人が現実には選択の余地がないなかで有罪の汚名を着せるのは P F J に反し、憲章で保障された自由や安全の利益を危険にさらし、意図的に行動しない者を有罪にする可能性があると⁽¹¹⁾した。これについて、内心の非自発性 (moral involuntariness) は補

完原理にすぎず、また広汎すぎて厳密に解釈できないとして、PFJを構成するとするのは疑問だとの批判がある。⁽¹²⁾

マクラックリンはロドリゲズでの反対意見で、社会的利益をPFJの判断要素にするのはおかしいとし、それは一条の審査で考慮されるべきとしている。いわく、⁽¹³⁾

社会利益をPFJに持ち込み、そして刑事被告人の七条の権利を制限しようとするので、被告人の権利行使を国家が阻害するのは、適切ではない。社会利益は憲章一条で扱われるべきで、ここでは、国王が攻撃されている法が自由で民主的な社会で実証的に正当化されるのを立証する責任をもつ。言い換えれば、私見では、七条で保障された個人の権利に社会的利益を衡量するのは、憲章一条の範囲内でなされるべきものである。

さて、ロドリゲズは社会的コンセンサスをPFJの要素として取り込み、介助された自殺を絶対的に禁止することを支持するのに、広く西欧民主主義国家の立法にそのコンセンサスがあるとした。ただ、それは社会科学的事実として変容しており、また社会的コンセンサスを要素としていることから、コンセンサスが形成されれば、介助された自殺が立憲的承認を得る可能性は秘められていることとなる。⁽¹⁴⁾これが次の二〇一五年のケースで実現した。

(2) カーター事件⁽¹⁵⁾

A 事件の概要

^{テイラー}Taylor 女史は、二〇〇九年、神経変性疾患の筋萎縮性側索硬化症 (amyotrophic lateral sclerosis (ALS)) に罹り、筋肉が弱まり始め、二〇一〇年には車いすでやっと短い距離を移動できる程度にまで悪化し、耐えがたい苦痛に襲われるようになった。日常生活にも介護を要するようになり、尊厳やプライバシーの喪失を痛感し、みじめに死んで行くのに嫌悪を訴え、やがて尊厳死を望

むようになる。しかし筋力がないため自分の力で実行することはできず、これを認めているスイスまで行ける財力もない。カナダ国内で他者の力を借りなければ実行できないところ、それは刑法で禁止されている。また自殺は苦痛をとめない、選択肢として医師の介助での死への移行 (physician-assisted dying (pady)) しかない。

Kay Carter は脊髄狭窄症 (spinal stenosis) の持病が悪化し、家族とともにスイスに渡り尊厳死 (death by dignity) を実施した。これはカナダ法上何ら責任を問われなくても、わざわざ海外まで出掛けずともカナダで医師の介助で死ぬこと (physician-assisted death) ができるべきだとして、その医師と娘がテイラーの訴訟に参加した。

第一審 (BC州最高裁判所) は訴えを認め二四一条dを違憲と判断したが、控訴審は二四一条bがpadyを禁じているのは憲章七条と一五条 (平等) に反するかを問題とし、ロドリゲズ事件が適用されるとした。最高裁は九人の判事全員一致で、刑法二四一条bを違憲と判断した。padyを禁ずることは、(1)当該個人が生命終結に明確に同意している、かつ、(2)その人が彼 (女) の情況で個人に忍び難い苦痛を被むらせている深刻かつ治癒できない医学的条件 (病氣、感染症、不能を含む) にあるとき、そうした助けを受けるのを意思能力のある (competent) 成人から剝奪している限り、無効である」(4. See also, 127, 147)⁽¹¹⁶⁾。

B 判旨

① 前提問題

この論点の前に二つの前提的争点がある。第一が、二四一条bと一四条には合憲としている最高裁の先例 (ロドリゲズ事件) があるから、その拘束力 (stare decisis) で本件は争えない (政府の主張) である (21-48)。なるほど本件はロドリゲズ事件に酷似している。しかし、先例拘束性は絶対ではなく、①新たな法的问题が提起され、②議論の変数を根本的にシフトさせる事情あるいは証拠があるとき、確立した判示事項であっても再考できる。本件はこれらを満たす。ロドリゲズで支配的であった七条の法原理とは異なる法原理、すなわち、広汎性と著しい反比例性 (overbreadth and gross disproportionality) が認識されるようになったためである。ロドリゲズでは過剰包摂 (over-inclusive) が論じられ、弱者保護の利益に関連しないことで不当あるいは恣意的

(arbitrary or unfair) であるかを問うた。広汎性は今日明らかに P F J とみなされており、法が法の目的に何ら関連のない行為に干渉しているかを問う。ロドリゲズの多数意見は著しい反比例性を考慮していない。立法事実の基盤も異なる。ロドリゲズは、①積極的安楽死と消極的の倫理的区別は広く受容されていること、②弱者保護のための中間措置 (halfway measure) が欠如していること、③白地的禁止が slippery slope (どつちつかず) から守るのに必要とする西欧諸国の間に実質的合意があること、に依拠した。これらは本件にはみられない。

第二が、*Padly* は健康に関する州の管轄権にあるから、連邦議会は越権ではないか、である (49-153)。刑法なのだから連邦の管轄であることに争いはない (一八六七年憲法九一条二七号) けれども、相互管轄免責 (interjurisdictional immunity) が主張される。一八六七年憲法九一条は連邦の管轄権、同九二条は州の管轄権を規定する。それらは排他的で、それぞれ最小限不可侵の核たる内容を持つ。本件では、*padly* が州の健康に関する管轄権の「保護された核 (protected core)」を阻害することが立証されなければならぬ。しかし、健康 (health) は州と連邦の両方が競合する管轄領域で、「*padly* は立法の情況や焦点しだいで、両政府レヴェルによる有効な立法の主題となりうる」とした (53)。

② 七条審査のアプローチ—実体的権利の侵害

かくして七条の問題に入る。審査では三段階テストをとる。第一に、三つの実体的権利 (L L S P) の侵害があったか。まず生命 (life) である (51-63)。*Padly* の禁止は、耐えがたい苦痛になったときそうするのを恐れて、時期尚早で生命を個人に奪わせる効果を持つから、生命権にかかわるとした第一審を支持する。より広い質的な (qualitative) なアプローチをとるべきとし、尊厳死やその時期を決定する権利を含むと主張されている。第一審は、これを拒否して、生命権は死なない権利に限定されるとした。判例法では、生命権は法や国家が直接的または間接的に、死もしくは死の高まった危険に個人をさらすことにかかわり、自治 (autonomy) や生活の質は伝統的に自由や保全の権利として扱われてきた。生命の不可侵 (sanctity of life) は最も根本的な社会的価値であり、七条はこれに深遠なる尊重をおくとともに、死への移行での L L S P を包含する。したがって、生命の不可侵はすべての人間の命は是

が非でも維持されなければならないとは、もはやみられない。法はこうした状況を汲んで、終末決定は個人の根源的な選択となる。

そこで自由および身体の安全の権利が問題となる (Paris-Guyon)。両者は個人の自治と尊厳を保護する利益である。自由とは「国家の干渉から個人の根本的な選択を解放させる権利」であり、個人の安全は、「個人の肉体的保全を国家の干渉から解放させるよう統御するのにかかわる個人の自治の概念を包含する」。両者は別々の保護法益を持つが、本件の目的から一緒に考察できる。第一審は、「根本的に重要で個人的な医学的自己決定」に干渉し、肉体的保全の統御を奪い、苦痛と心理的ストレスを課していることでテイラーのこれらの権利を制限したとして、重篤で治癒不可能の病人の尊厳と、保全の重要な決定をなす機会を否定したと判断した。これに同意する。自分の運命を決定する成人の権利は、自らの医療に向けられる。インフォームド・コンセントの基礎はこの原理であって、自由と個人の保全を保障する七条によって保護されるのである。自由の利益は「国家の強制または禁止が重要かつ根本的な生命の選択に影響するところ」にあり、本件はまさにこれに当たる。なお、カーターをスイスに連れて行ったことで刑事責任を問われる脅威も自由にかかわるが、争点になっていないので、ここでは、Pady はもつばら、提供する者ではなく求める者の権利が問題とされる。

③ P F Jでの正当化審査

第二に、それではこうした実体的権利が P F J に反するやり方で侵害されたか。そもそも P F J とは何か。七条は P F J のカテゴリーを規定していない。三二年にわたる憲章の判例から、さまざま原理を出してはいるものの、L L S P を侵害する法は、①恣意的②広汎的③目的に照らして著しく反比例的であってはならないとの最低限の憲法上の要件を本件は課した (72)。

これらは法の目的との関連で捉えられるから、まずは Pady を禁止した法目的を明確にする。それは、弱きときに自殺しようとすることから脆弱な人を保護することで、これには争いはない。政府はこれに加えて「生命の保持 (preservation of life)」とするが、次の三点から認められない (76-78)。第一に、ロドリゲズの多数意見がそう述べたとし、なるほどこの法廷意見を書いたソピнкаはたしかに生命の維持とは言っている。しかしそれは、禁止の特定の目的を述べたというよりも、社会的価値を鼓舞させるために

言及したにすぎない。第二に、そのように目的を広く解すれば分析をだめにしてしまう可能性を秘めている。手段の正当性の比例原理を混乱させてしまうのである。第三に、判例は、攻撃されている法の目的は七条のために厳密に (precisely) 定義されなければならないとしている。

次に、①②③をクリアーしているかの審査に入る。まず、P F J の判断では、攻撃された法によって与えられた競合する社会利益あるいは公的利益は、かかわらない。というのも、競合する道徳的主張や広汎な社会利益は、一条の審査でなされるのが適切である。M V R でラマーが述べているように、「P F J はわれわれの司法システムの必須の要素から導出されたもので、それ自体、人間ひとりひとりに価値と尊厳があるとの信条に根づいたものである」(81)。

次に恣意的 (arbitrariness) はどうか (83, 84)。これは、法の目的と L L S P にそれが課す制限との間に何ら合理的な連結がないことを意味する。恣意的な法は法の目的を達成できない。paddy の目的は先に述べたとおりで、介助による自殺を禁ずることは明らかにこの目的に資するから、恣意的ではない。

では広汎性はどうか。過剰包摂、つまり「一般的に法の目的を支える方法で権利を剝奪する法が、その目的に何ら関連を持たない方法で何人かの個人の権利を否定することで行き過ぎ (go too far) ていないか」を審査する (85)。これは L R A (より制限的でない他の選ぶ手段) のテストではなく、議会が選択した手段が、立法府が意図した害に関係のない方法で個人の L L S P を剝奪しているかを審査し、広汎な社会的影響ではなく、個人のそうした権利への影響を評価する。こう考えると、paddy の禁止は、何人かの個人の権利を制限しているが、いくつかの場合では弱者保護の目的に関連せず、包括的禁止となつているから、広汎すぎる (overbroad) といえる。政府は弱者を特定できないし、誰でも弱者たりうるし、そもそも搾取的と非搾取的の区別はほんやりしており、法規定は広汎たらざるをえないとする。しかし、これは一条で議論すべきことである。

著しい反比例性はどうか。実体的権利侵害が法の目的との比例原則を法外に欠いていないか。法の目的に比べて原告の権利に否定的な効果が一見して認められるか、その影響と法目的は著しい反比例性の基準に達しなければ不相応となるか、で判断する。原

告の権利の否定は「非常に重篤 (very severe)」であり、著しく反比例になる。影響を受ける個人に不必要な苦痛をもたらしているのだ。

かくして、pady 禁止は P F J に反したやり方であるので、七条に違反する。なお、七条違反であるので、一五条(平等)違反は論ずるに及ばない(93)。

④ 一条での正当化審査

第三に、本件の七条違反は一条で正当化されるか。これには Oakes テストを当てはめる。すなわち、(1)法のとっている手段がその法目的に合理的に連結しているか (2)法の問題となっている権利の侵害は最小限か (3)法の有害な効果と有益な点とは釣り合っているか (proportionality)。七条違反を正当化するのは困難である(95)とした一方で、政府が一条で正当化される公共善 (public good)、つまり競合する社会的利益が憲章で保護されていることを立証すれば、容認される。本件では制限が法によって規定されており、実質的目的を持っているので、政府が禁止は比例的であることを立証したかが問題の焦点となる。もともと、pady は複雑な社会政策や競合する社会的価値を含み、議会がそれらを衡量したことに委譲 (deference) すべきであり、裁判所は合理性の審査をなすこととなる。しかし、第一審が判断したように、絶対禁止は「複雑な規制の対応 (complex regulatory response)」にはなりません、委譲の程度は減じられる(98)。

第一に、pady の禁止と法目的の間には合理的関連 (rational connection) が認められる (para 100)。それでは第二に、最小限の侵害 (minimal impairment)、すなわち、権利制限がその目的に合理的に仕上げられているか、立法目的達成に、より有害でない (less harmful) 手段があるか、の立証を政府が行っているか (102, 103)。この判断は第一審での証拠が物をいう。第一審が、科学者や医師その他専門家から証拠を集め、pady を絶対禁止にせずとも経験のある医師がチェックすることで弱者保護は可能で、リスクも少ないと判断したことは、正当である。絶対禁止でないと、カナダは安楽死と寛容死 (condoned murder) に宙ぶらりんに下っていくこと (slippery slope) になると論じられる。国際的にみてその証拠はなく、第一審の判断に誤りはない。

C コメント

七条違反だけでは違憲にならず、さらに一条の審査も必要であるとは、確立した手法であるけれども、その審査基準の相違や関係が本件で明確にされる。それはベッドフォードで議論されたもので、これを基本的に踏襲している。それは次のようなものである。⁽¹⁷⁾七条審査は恣意性、広汎性、反比例性のテストで、価値があると判断された法目的が効果が結びついているか、その否定的効果が並外れてはいないかである。一条の審査は問題を異にし、法による個人の権利の侵害が公共利益を凌駕する止むにやまれない実質的な (pressing and substantial) 目的に釣り合っているかで、公目的と関連させて正当化を考えるのである。七条は個人の権利侵害の次元に止まる。一条は、合理的関連性 (rational connection)、最小限の侵害 (minimal impairment)、権利侵害の比例性であり、この審査は量的であるとともに質的でもある。これに対して七条はどれだけの人が侵害されたかといった量の問題ではなく、質の問題である。両条は同じ関心に根差すが、分析は異なるのである。

(3) 小括

カーター事件はベッドフォード判決を踏襲するもので、七条に関する最新の最高裁判例であり、その解釈や審査方法は同条に關する立憲的位相を捉えるのに重要である。この判決は、要件は絞られるが、尊厳死が七条の権利として保障されることがあるのを明確にしたものといえる。

七条はなるほど三つの実体的権利の保障を前提としているが、それは絶対ではなく、P F Jに反しなければ制限できる。したがって、審査は実体的権利の保護領域の議論よりも（むしろこれ自体はすんなり認められてもよい）、国家がP F Jに反するやり方で侵害したかを問題としており、権利侵害よりも国家の立法措置の正当性が七条訴訟の要諦となつていくように思われる。P F Jは違憲審査の規準ともなり、また国民にはP F Jにのつとつた扱いが国家によってなされる権利を意味することから、このP F Jが具体的にどのような意味なのか、P F Jに反する場合とはどのような場合なのか、その規準は何か、が七条の関心となる。やや穿つた見方をすれば、法文はP F Jに反しない処遇を受ける権利の形をとるが、憲法訴訟の関心は国家がP F Jに反した措置をとつた

かにあり、その反射としてそうした権利が保障されるともみれる。PFJは、七条前段の実体的権利を侵害したとしても、その正当化事由として機能する面もある。その際の挙証責任は明確ではないが、カーター事件は政府側に置いているようである。なお一条の正当化の立証は政府が負う。

七条はPFJを核とする。その意義を章を改めて掘り下げていこう。

四 PFJの立憲的機能

1 概 念

PFJの定義や射程は、MVRでも明確にされたとはいえない。「PFJは、われわれの法制度の基本原理 (Basic tenets of our legal system) に見出される裁判制度の番人として、司法権に固有の領域にある」⁽¹¹⁸⁾。この定義はラマー自身がMVRで認めているように、具体的な法規範としては使えない。「七条のPFJの意味として何らかの原理がいえるかどうかは、司法過程と、変転するわれわれの法制度でその原理の性格、根拠、合理、そして本質的役割の分析にかかってくる。したがって、網羅的な内容あるいは簡潔な列挙的定義は付与できないのであって、裁判所が七条違反の訴えで表明する具体的な意味づけによるであろう」⁽¹¹⁹⁾。

MVR以後もPFJや法制度の基本原理を咀嚼する(しようとす)判例が出てくるが、その定義に成功した判例はない⁽¹²⁰⁾。この展開で特徴的なのは、PFJの中身はカナダ法の伝統によつて根本とされるもので、一義的にできないということである。こうした法概念がどのように正当化されるのか。カナダ法の漸増モデルともいべき考え方がある。アメリカ憲法が軍事革命によつて急に確立された憲法原理をとつたのと対比して、カナダ憲法はこの体験を持たず、カナダが自己規定していく漸増 (incremental) のステップで、英国議会から権能を手中にしていた。「憲章も、したがって、法と政府の比較的安定し成熟したシステムの所産である。憲章の用語は政府の諸機関の間と、個人と国家の間の法的関係を画定させた公法伝統のコンテキストで理解される。……も

ちろん伝統そのものは変遷し、別の方向にいくようにみえることもあろう。実際、憲章の制定それ自身が、法制度によって保護しようとする利益に与えられた高次の価値の証拠としてみなされる⁽¹²¹⁾。

コモンロー諸国にあつて、イギリスの自然的正義やアメリカの適正手続の用語を用いず、コモンロー上の公平な聴聞 (fair hearing) の語もなく、P F J を使用しているのは、P F J がそれらと同一ではない、そしてより広い、つまり手続的な正義に限定されない意義であることを示唆する⁽¹²²⁾。アメリカの適正手続の解釈は P F J には適用されず、カナダの「憲法のアングロ・カナダの伝統 (our Anglo-Canadian tradition of constitutional law)」に符合させて解釈すべきとの先駆けとなる見解がある⁽¹²³⁾。最高裁のいうように、P F J がカナダの法伝統に根差したと認め、そのうえでその法伝統とは何かが明確にされなければならない。これは一義的にできる代物ではない。ただ、憲章が違憲立法審査権を認めても、アメリカよりイギリスの伝統をはるかに継承しており、政治思想もアメリカと異なり、トーリズム、ホイッグズム、リベラリズム、社会主義と多元的で、どれが最高次の価値かといったヘゲモニーがないと指摘される⁽¹²⁴⁾。イギリス的というのは、カナダ憲法は成文化されているけれども、憲法伝統の根本理念は不文法原理たる議会主権であつて、アメリカのような権力分立は弱められるということである。

七条の制定過程で、一九八〇年九月の憲章の草案にあつた「法の適正手続 (due process of law)」の文言が P F J に書き換えられている。その理由として次の四つが挙げられている⁽¹²⁵⁾。第一に、カナダ法は権利章典二条 e で P F J は既知である。第二に、この文言は政治的に責務を課すものではなく、単に手続のみかかわる⁽¹²⁶⁾。第三に、なんびとも認めるように、適正手続の概念が単に連邦管轄権を惹起させるためにおもしろおかしく使用されてきたのであるから、この用語で裁判所が極端にアメリカ合衆国の判例に依拠するのを慎重にさせる。第四に、この概念は当時の支配的な手続のスタンダードである自然的正義よりも好ましい⁽¹²⁷⁾。

M V R は、P F J が手続のみならず実体的適正の審査を裁判所に義務づけていると判断し、P F J が実体的適正を要求しているとの憲法解釈を確立させた。ではそれは何をさすのか。Khadr に言及して、国家による差別行為、不公正、国際法違反がこれに当たるとしたのを女性差別撤廃にアナロジーさせて実体的平等だとし、それが最高裁の傾向だとも論じられる⁽¹²⁸⁾。

二〇〇二年の Gosselin¹²⁰ では、P F J とは「基本的な必要性 (basic needs)、個人の尊厳や有意義な人生の合理的な尊重、自己統治 (individual autonomy)」、個人の安全といった根源的利益 (fundamental interests) であると敷衍している。最高裁は P F J に開放系の概念を与えているが、その定義に裁判官は全く自由というのではなく、むしろ慎重であるといえる。P F J は、コモソロー¹²⁰ だけではなく、憲章のその他の権利や哲学、広汎な倫理的関心、世論、裁判所制度なども取り込むこととなる。¹³⁰

P F J に類する規範は権利章典にある。権利章典を成立させたデイフェンベイカー内閣は、基本的人権 (human rights and fundamental freedoms) の存在を認識し、これを憲法的に確保させた。そこでは信教の自由などの実体的権利に加えて、弁護人依頼権など一定の手続的権利も規定された。権利章典は連邦の法律であって、連邦法に対してのみ適用され、同法に反する連邦法は無効と判断されるから、憲法に準じる法律である。今日、憲章が規定していない人権についてのみ適用される。

カナダは憲章でアメリカ型の違憲立法審査権を裁判所に認め、それは立法の内容にまで及ぶ。イギリスでは議会優越の憲法原理から、裁判所は法の内容までは統制できない。カナダもこの伝統を受け継ぐのか。七条の制定過程にあるように、due process とすることでアメリカのように実体的正義が読み込まれる Lochner 流^{ロクンナー}の展開を避けるために、due process としなかった。すなわち、制憲者は司法審査において裁判所が立法の実体的価値にまで踏み込んで、立法府の領域である政治的政策的判断をなすのを忌避したというのである。なるほど P F J は権利章典二条 e で使用され、それは fair hearing とドッキングして手続的正義に限定されると解されるから、これと同じ文言の憲章七条の P F J を手続的正義に限定する解釈は、オリジナリズムの観点から説得力はある。

もとより、制憲過程や制憲者意思は憲法解釈にとって重要であるが、それがすべてではない。憲法の文言は開放的で時代超越的であるから、非限定的に規定されるものであり、その具体的な意味は少なくとも司法審査制をとった以上は、裁判所によってその時代時代の法学シーンを反映させて確定される。そもそも七条の P F J という文言自体開放的で、簡潔な意味 (plain meaning) をもちえない。¹³² なるほど権利章典での P F J に手続的意義があることはまちがいない。しかし、七条は権利章典二条 e のように明白な限定をしていないのであって、権利章典と同視するアプローチはそもそも誤りであるとも考えられる。¹³³

2 P F Jの包括性

(1) 刑事司法での包括規定

日本国憲法一三条と同じような議論がこのP F Jについてもなされるのをみてとれる。P F Jの概念は包括的なので、憲章が規定する権利以外の権利を憲法保障の対象として取り込むとの理論である。これを残余理論 (residual) という。P F Jの概念はそもそも明確ではなく、M V Rで法制度の基本的教義 (basic tenets) と定義された。かかる表現から発展し、より具体的な意味合いが最高裁によって読み込まれるようになっていく。⁽¹³⁴⁾

この残余理論は、法的権利として列挙する八条から一四条は、七条の単なる例示 (illustrations) であり、実体的根本正義を考えるのに何らかの制限を課すことに資するとし、根本的正義という言葉によって保護された価値は、八条から一四条で明示的に保護された価値のアナロジーによって導き出されるとするものである。⁽¹³⁵⁾

最高裁は、強制された自己負罪に対する列挙された権利は証言の強制にのみ適用されるにもかかわらず、刑事被告人の公判前の黙秘権もP F Jで保障されるとしている。⁽¹³⁶⁾ このヘバート事件では、警察の被告人聴取方法がP F Jに反しているかが問題となった。M V Rを踏襲してP F Jを司法制度の基盤だとし、それはまずわれわれの法制度がよって立つ基盤、主にコモンローを訪ねなければならぬ。黙秘権は告白ルール (confessions rule) と自己負罪特権 (privileges against self-incrimination) に基づくも、欺罔的な警察行為から被告人を保護する目的から、コモンローに限定されず、憲章は制定者の意図に拘束されずに時代時代の概念で判断されるとし、したがって、P F Jは特定のルールというよりも広汎で一般的だとした。⁽¹³⁷⁾ そのロジックは歴史的とも派生的 (半影理論) ともいわれる。⁽¹³⁸⁾ 七条は包括的で一つのルールに止まることなく、協同するさまざまな原理も含むのであって、「被拘禁者の黙秘権は、哲学的に (philosophically)、公判での自己負罪特権や弁護人依頼権のような、関連する権利と両立する」というのである。⁽¹³⁹⁾ 憲章一一条が刑事被告人の権利を列挙し、公平な裁判を要求しているが、公判外での黙秘権は七条で保護されたとしたのである。

ウィルソンはこの法廷意見とアプローチを異にし、PFJの審査には国の態度が考量されるとしている。いわく、⁽¹⁴⁾「公権力がPJに反したどうかの判断には、私見では、被告人の処遇に絞るべきであり、国家の目的であつてはならない。思うに、七条の権利を制限するに正当な考量を、その射程と内容を断定するのに差しはさむことになり、それは合目的なアプローチには完全に反することになる。」

PFJの包括的な性格は判事によつて確定される規範としての宿命を背負い、司法権が積極的にその意味づけをなすようになり、司法積極主義の原動力となる。それは主に刑事司法に向かい、そのプロセスでの人権保障の拡大が図られる。⁽¹⁴⁾アメリカの適正手続条項は、実定的権利がない時、それを埋めるために援用される限定的なものであるのに対し、カナダのPFJは、全部にまたがつて人権を活性化させる原理であるから、拡大的 (expansive) である。根本 (fundamental) とは手続に限定されず、実体にまで及ぶし、法の支配を有効にする道具となるけれども、根本的保障それ自体抽象的で、無限の事例に適用され、その都度根本が判定されることになるから、司法権が究極の判断権者として君臨する。⁽¹⁵⁾結果、司法積極主義が惹起される。

(2) 行政手続への適用可能性

PFJは、自然的正義を含むと判断されている。行政の審判所 (administrative tribunals) は手続的公正さを順守しなければならぬから、七条が及ぶ。無論すべての行政手続ではなく、それが生命、自由、安全の権利を侵害するものに限られる。PFJが立法に適用され違憲無効にできる場合には、制定法が明示あるいは黙示で行政裁判 (administrative justice) の根拠としてのコメントに依拠するのを排除しているときがあり、具体的には制定法が公平義務を排除あるいは制限している場合などで、七条違反が問題とされる。⁽¹⁴⁾

ロドリゲズで、マクラックリンが政府の恣意的な処遇を受けない権利として fairness をPFJに読み込んでいたのが、注目される。これは適正手続にほかならず、経緯や内容が同一かとはともかく、アメリカの due process と軌を同じくするのは紛れもない。

自然的正義はアングロカナダ法 (Anglo-Canadian law) の可視的な適正手続の標準であり、合衆国憲法修正第五条と憲章七条の両者に最も密接なアナロジーがある。⁽¹⁴⁵⁾ 自然的正義は一七世紀、内乱や弾劾のただなかにあって王座裁判所が二つのルールを自然的正義と説明したことに端を発する。その二つとは、*audi alteram partem* (一方当事者は聴聞されなければならない) と、*nemo iudex in causa sua debet esse* (何人も自分自身の事件に判事とさせてはならない) である。これが今日、自然的正義が適切な聴聞の機会の保障と、利害関係のない中立の判事による裁判の法理として語られる。自然的正義やその規準はコモンローである。したがって、制定法で修正を受ければ制定法が優先されるし、そもそも自然的正義は裁判の概念であって、立法や政策のプロセスには適用されない。⁽¹⁴⁶⁾ 判例によって七〇年代には手続的公平 (procedural fairness) の法理が形成されて、司法過程以外にも自然的正義の基準が適用されるようになり、自然的正義や手続的公平の違反には司法審査が及び、いわば「新自然的正義」となり、カナダの手続的公平の基準は「旧自然的正義」とは幾分異なる。⁽¹⁴⁷⁾

移民法が告知聴聞の機会を与えていないとして難民認定規定を無効とした *Singh* 事件は、行政過程にも手続的公平が及ぶとした。⁽¹⁴⁸⁾ そこでカナダ権利章典二条 e は憲章制定後も意義があることを説き、権利義務を規定する権限のある連邦政府の行政決定者には根本的正義の手続面を順守する義務を課すものとした。

原告はすべて、難民条約の適用を主張する、カナダ入国の難民である。難民地位諮問委員会 (Refugee Status Advisory Committee) に従って、所轄大臣は原告らが難民条約の難民ではないと認定した。彼らは再決定を求めて移民審判所 (Immigration Appeal Board) に不服申し立てを行った。このとき、同審判所は彼らが提出した書類を重視して、聴聞をしても彼らが立証できると合理的に信じるに足る根拠はないと判断したため、意見陳述 (oral hearing) には付さなかった。彼らは七条の権利侵害を連邦控訴裁判所に訴えたが、却下されたので、権利章典二条 e 違反を主張して最高裁に上告した。

判決 (ウィルソン判事法廷意見。ディックソン、ラマー同調) は一九七六年移民法を吟味し、安寧に庇護される難民の権利を認めようとして、*hearing* が手続的公平さの古典的な意味かは明確ではなく、移民法はこの手続を認めていないと判断した。そして、原

告が憲章七条の権利を保障される地位にあるかを検討する。同条の「なんびとも」に、難民であつてもカナダの地に足を踏み入れたからには原告は含まれるとした点は、政府も認めているとし、問題は七条の権利が原告に適用されるかである。政府の主張を以下のように三つに整理して検討している。

第一に、七条前段の実体的権利が侵害されているか(201)。政府はL L S Pを一つの権利とみる単一権利論(single right)を主張する。これらは相互に関連しあつており、個人の生死や逮捕、拘束といったことに関係する。この権利を侵害しその侵害の態様がP F Jに反するとき、七条違反となる。移民法は条約難民にカナダに入国して滞在するかどうかの許可を求める権利を認めており、難民の生命が拒否によつて脅かされるときは返還されない権利も認めている。七条の「自由」は広すぎるとされるが、その意味を明確にするのは裁判所である。本国に召還されれば七条の権利が毀損されるのは明らかで、問題はそれが七条の「剝奪(deprivation)」に当たるかである。条約難民迫害の恐れは明白だとしても、母国に返されたとき生命や自由が奪われることにはなるわけではない。しかし、自由と同様身体の安全も権利章典一条で言及され、広範な意味を含む。判例は明確ではない。法改革委員会は一九四八年の世界人権宣言二五条一項を敷衍しながら、「身体の保全の保護だけではなく、その維持に必要なものの提供をも意味する」としている。七条前段の意味を広くとるかどうかは考える必要はない。「身体の安全はそうした刑罰自体からの自由はもちろん、肉体の罰則や苦痛の脅威からの自由を含む。条約難民は移民法五五条で自らの生命が脅威にさらされる国にカナダから移送されない権利を有するのである。そうした権利の否定は、憲章七条の意味での身体の安全を剝奪するのに相当するといふべきである」(207)。

第二に、それでは移民法で設定された難民の地位の決定のための手続は、P F Jに符合しているか(212)。七条が手続的公平を含むことは当事者間に争いが無い。移民法が難民の申請で申請者に適切な機会を与えているか。意見陳述(oral hearing)は要求されておらず、それをしたところでそれは提出された書類に基づくのであるから法的に無意味であるとの政府の主張は、支持できない。事は死とか身体への刑罰にかかわるのだ。書類だけでは不十分で、「信用性といった深刻な問題がかかわっているところでは、P F Jは、信用性が意見陳述に基づいて判断されることを要求する。……P F Jの順守が提出された書類のみに基づいて信用性の

重大な判断をなす審判所によって達成される状況を理解することは困難であると判断する」(213-214)。問題は、法に意見陳述が欠如していたことではなく、その枠組みが難民申請者に自分のケースを言明するのに提供される機会の不適切さにある。「審判所(Immigration Appeal Board)での手続は準司法的であり、難民申請者自身が再決定の申請で提出した記録以外の資料に依拠する権利は認められていない」(214)。政府はこの手続を非対審的(non-adversarial)とみるが、これは高度に対審的(adversarial)で当事者主義的(adversary)である(215)。「一九七六年移民法で設定されたような難民地位の主張に対する決定手続は、そうした主張の裁決において難民申請者の根本的正義(fundamental justice)に符合しておらず、七条に反する」(216)。

第三に、ではこの七条違反は一条によって正当化できるか。意見陳述を欠くことが合理的か、である。「根本的正義の原理に符合しない、難民地位の申請に裁決の制度で、申請者のLLSPを剝奪することが合理的かどうか。……自然的正義や手続的公平の諸原理は、われわれの裁判所によって遵奉され、七条のPFJで憲法典に定着して、黙示的に、行政の便宜の衡量はこれらの原理にのっとる必要性を凌駕しないと認識する。審査基準が一条の下で最終的にどのように表れようとも、七条の権利の制限を正当化する根拠は、こうした主張に先立ついかなるもの以上に強いるものでなければならぬ」(219)。かくして一条でも正当化されないとした。

多数意見は、七条前段の権利侵害がなされた時、意見陳述はPFJの中身であるとした。これに対してビーツは、上告は認めるものの、七条違反で処理されるのではなく、権利章典二条eの問題だとする(223)。まず憲章二六条の規定に注目する。「一定の権利及び自由をこの憲章で保障していることで、「同条が」カナダに存在するその他の権利や自由を否定するものと解釈されてはならない」との規定である。ゆえに、権利章典も法的効力を持つのであり、憲章で規定されていないものは権利章典でカバーされる。権利章典二条eの「権利」が一条の「個人の生命、自由、身体の権利」や「法の適正手続によらなければ奪われない権利」の権利と同じかは不明であるが、二条eの権利の射程は一条のリストよりも広範で、個人の権利義務の決定に公平な聴聞の権利を保護する。本件で難民申請人の地位の決定は、単なる特権(privilege)の取消ではなく権利義務の決定であるから、二条eが適用されて、

P F Jに符合した公平な聴聞の権利が認められる。では本件で原告人はかかる扱いを受けたか。明らかに否である。もとより、P F Jがすべての場合に意見陳述を要請するというものではない。⁽¹⁴⁹⁾その規準は問題となっている法的権利の性質と、かかわっている個人への影響の重篤さである。本件はP F Jの要請が及ぶとした。

シン事件は、七条が不法滞在者にも適用されるとし、カナダ国内に物理的に入国している者すべてに適用されることを明確にしている。そして、P F Jは難民の地位が否定されたことに対する聴聞の権利を与えているとし、七条が権利と特権を区別しているとするのを拒否した。⁽¹⁵⁰⁾

この移民難民法 (Immigration and Refugee Protection Act (IRPA)) は、九・一一を契機とする緊張した安全保障環境にあって政府の手続の裁量を緩やかに解する傾向が出ており、そこで憲章七条違反が問題とされるようになる。IRPAは九・一一以前に制定されているが、新たに公共安全緊急事態準備大臣と移民大臣が発行する安全保証状 (Security Certificate (SC)) でカナダの安全保障にとって危険な人物を国外退去させている。SCは安全保障上危険な疑いのある非カナダ人 (non-citizens) を拘禁するために使われた。本人はそうした情報にアクセスできないけれども、その概要は知らされるから、SC自体は合憲と判断されている。⁽¹⁵¹⁾九・一一直前、実際には六日前にIPRAが改正され、このSC発給手続が省力化された。すなわち、永久在住者 (permanent residents) にはSC発給前に安全保障情報審査委員会 (Security Intelligence Review Committee) の面前で聴聞手続が廃され、発給後、連邦裁判所 (Federal Court) での審査は保障されるも、被拘禁者は安全保障を損なうとする情報のサマリーさえ受けとることができないことになる。安全保障情報の内容や入手方法の機密性を重視する公益を意識したものである。

カナダは九・一一以降、テロ対策に力点を置き、直後の二月一八日に反テロ法 (Anti-terrorism Act (ATA)) を制定して、これに基づき諸法を改正して、安全保障の名の下に捜査権限を強化している。⁽¹⁵²⁾ATA制定直後、テロリストの疑いのある「タミール・イーラム解放」のトラに属していた) スリランカン人 スリランカ人 SureshのSCを出して入国を拒否したケースで、彼が送還されれば拷問を受ける疑いがあり、これを保護するのは国際法上の義務であるところ、そうしないのは憲章七条に反すると訴えられた。最高裁は次の

ように述べて、七条に反しないと⁽¹⁵³⁾した。

例外的な情況で拷問を受けることになる強制送還が、憲章七条によって、もしくは同一条で指示されたバランスングの過程の結果として、正当化される可能性を排除するものではない。彼または彼女が送還されて拷問されると信ずる実質的な根拠がある場合、カナダはその者を強制送還できないのは、憲章七条のP F Jがケースバイケースで適用されて、拷問のための強制送還を一般的に排除しているからである。深刻な拷問の危険があるところでは、それが肯定的に排除されるのはまれでしかないと言言できる。しかしながら、ことがバランスングの一つであるときは、正確な予言は避けられる。拷問を受けることになる強制送還を例外的に認める裁量の幅は、あるとすれば将来の事例を待たなければならない。

P F Jが裁判所によって具体化されるとの判例法理は、スレッシユでは生かされておらず、行政の判断に委譲する形になっている。⁽¹⁵⁴⁾ 公平な手続はコモンローの原則であるけれども、ここではコンテキストを重視するようになり、以下の点を考量すべきとしている。⁽¹⁵⁵⁾

- (1) 決定に先立つ手続をなすとした決定の性質、すなわち、「行政過程の司法過程への類似性」
- (2) 制定法の枠組みでの特定の決定の役割
- (3) 決定が個人に及ぼす影響の重要性
- (4) のつとるべき手続に関して処分がなされた決定を訴えている個人の正当な期待
- (5) 行政機関自身がなした手続の決定

IRPAは外国人の入国をいくつかの理由で制限できるとしている。その一つが安全保障への危険であり、テロに従事しているほか、テロ集団のメンバーであることを含む。入国不可の者は強制退去させられ、政府が危険であると判断する者を退去させるために、SCの手続が開始される。移民大臣または保安長官は、「定住市民あるいは外国人は安全保障の理由から入国不可である」と宣言するSCにサインする。大臣はこれを連邦裁判所に付託し、判事がSCは合理的であるかを審査する。不合理なら取り消され、

合理的なら非カナダ市民は入国不可であることが確定し、退去命令が発せられる。当該人物が保護を求めるなら、大臣の決定が合法的に作成されたかを判事は審査する。この判事の決定は控訴できない。S Cの合理性を判事が審査して、国家の安全保障や他者への安全に支障が生じると判断するなら、根拠となる証拠は開示されない。S Cが発行されると定住人は拘禁することができ、外国人は拘禁しなければならない。カナダ国民の場合は四八時間以内に審査され、その後六カ月ごとに審査される。外国人は、発効後一二〇日は条件付で拘禁され、国外退去が命じられる。法は無期限の拘禁を規定していないが、現実にはその可能性がある。

この強化されたS Cの手続が問題となったのが二〇〇七年のチャーカウイ事件である。⁽¹⁶⁾ I R P Aは、市民権移民大臣と公共安全緊急事態大臣に外国人あるいはカナダ永住者が、安全保障上の理由から入国を認めず、とりわけS Cに記載された者の拘禁までに至ると宣言するS Cの発給権を授権している(七七条)。このS Cと拘禁はともに連邦裁判所の審査に服することになっており、その過程でS Cが発行されたあるいは拘禁が命じられた根拠となる情報のすべてまたはいくつかを本人に開示しないことができる(七八条)。S Cがいったん発行されると、永住者は拘禁され、拘禁は四八時間以内に審査される。外国人の場合、拘禁は自動的になされ、判事がS Cに理由があると判断してから一二〇日たないと、司法審査を求めることができない(八二―八四条)。S Cが合理的であるとした判事の判断は控訴できない、もしくは裁判所の審査に服さない(八〇条三項)。判事が合理的と判断すれば、証明書は退去命令となり、それは控訴できず直ちに執行されることとなる(八一条)。本件で原告であるCは永住者で、HとAは外国人で、Convention refugee(条約難民)と認定されている。彼らはカナダに住んでいたが、テロリスト活動にかかわっていたことで安全保障の脅威になるとして、逮捕拘禁された。CとHは二〇〇五年と二〇〇六年に条件付で釈放されたが(Hはアルジェリアに国外追放されるように勧告された)、Aは拘禁されたままである。連邦裁判所と同控訴裁判所はI R P Aのこの制度を合憲と判断した。

こうしたS Cの制度が憲章に反するかが争点となった。第一に七条に反するからである。すなわち、L L S Pを侵害する結果や情況に関して手続的正義が保障されているからである(16)。拘禁には事前に公平な司法手続が必要で、聴聞、特に独立かつ公平な

(impartial) 司法官の面前で、事実と法について決定を受けなければならない(28, 29)。IPRAは聴聞を規定している。SC発行の結果に対する行政のプロセスでは聴聞はなされないが、直ちに司法審査を要求しそこで聴聞を受けるから、聴聞は設けられている。問題は、その判事が独立公平か、さらに本人が事案に接する機会が与えられているか、そして質問等をなすように事案について十分知らされているか、である。この三つの要件のうち、後二者は満たされていないとした。それは憲章一条によっても正当化されない。「SCが合理的であるかどうかの決定と拘禁の審査のためのIRPAの手続は、事実と法についての司法的決定への個人の権利と、自らの事件を熟知する権利への侵害を最小限にするものとして正当化されない。カナダそして外国で発展したメカニズムは、政府がIRPAでなした以上に、重要な情報を極秘にしたままで個人を保護できることを示している。厳密に言えば、よりなされなければならないのは議会が決定することなのである。しかし、自由で民主主義の社会の要件を満たすには、より多くのことがなされなければならないのである」(35)。

さらに、恣意的な勾留・拘禁を禁じる憲章九条と、勾留の有効性を人身保護令状によつて決定される権利および勾留が違法な場合に釈放される権利を保障する一〇条cにも違反し、一条でも正当化できないと断じる。外国人は明らかに定住人と異なつて、一二〇日間は拘禁されたままで、タイムリーな拘禁審査を認められていない(88-94)。残虐異常な処遇や刑罰を禁じた同一二条については合憲限定解釈をした。SCと拘禁審査で外国人が差別されているのは同一五条(平等)に反するか。同六条がカナダ市民にのみ出入国ならびに在在の権利を保障しており、差別ではないとした。法の支配に対する違反の主張も退けている。

IRPAの枠組みは二つの点が七条に反するとして、違憲と判断された。一つは、IRPA七八条gで、非開示の適切な代替措置を設けないで本人に決して開示されない証拠を使うのを認めていることである(なおこの違憲判決は一年間の猶予を設けている。140)。もう一つは、八四条二項で外国人に一二〇日間の自動的な抑留を課していることである。秘密の保護は重要な目的であると認めためたうえで、その達成のためにはより制限的でない他の手段があると判断したのである。

七条のPFJは刑事手続以外にも適用されることが明確にされた。いわく、「PFJの多くは刑事事件で発展してきたけれども、

その適用が刑事事件に限定されているのを意味しない。保護されている利益の一つがかかわっているとどこにでも適用されるのである。言い換えれば、P F Jが刑事事件で適用されているのは、刑事訴訟だからでなく、その自由の利益が常に刑事事件にかかわっているからなのだ」(17-18)。

このSCのプロセスで連邦裁判所は重要な役割を果たす。もつとも、連邦裁判所は憲法で認められた裁判所(一八六七年憲法九六条)ではなく、制定法で創設された裁判所(同一一条)であるから、人身保護令状を含む適切な救済を出すことができる裁判所か、その判断プロセスで憲章違反を審査できるかは、議論となる。連邦裁判所は難民移民法で包括的な管轄権を与えられており、審議の効率性からも人身保護令状を発給できる裁判所とされ、また外国人に対して釈放が必要かを検討するために政府の判断が憲章に適合しているかを審査できることは、憲章二四条一項から認められるとする説がある⁽¹⁵⁸⁾。

政府は一九七八年以来、SCがカナダをテロから防御するのに必須の道具であるとの見解を固持しており、*Kawaja* 最高裁判決を受けて(違憲部分について一年の猶予を設けていた。すなわち、現行のSCは立法改正がなければ二〇〇八年二月二三日に違憲無効となる)、法改正案を二〇〇七年一〇月二二日提出した(233)。それは外国人についてもカナダ人と同じように扱う手続として、拘禁の審査を外国人も四八時間以内とし、連邦裁判所判事がこれを行うとするものである。

(3) 社会権の包含性

P F Jの権利概念としての中身の解釈は開放されたままで、裁判所がこれを決めるコモンのな装いをみせている。LLSPはその侵害がP F Jに反しなければ保障される。実体的権利を盛り込まれるものの、P F Jという絞りをかけている。もつとも、最高裁は実体的権利制限を具体的に要件つけないことで、司法による読み込みの特権を享受している⁽¹⁵⁹⁾。

七条が包括的で開放的な規定となっており、ドイツのように国家の基本権保護義務を読み込む解釈もある。国家以外のアクターも含めて個人の尊厳が脅かされている状況にあるとき、それを排除するため特定の集団に何らかの保護を国家が与える義

務が憲法上認められ、こうした保護機能によって潜在的に創設される義務解怠は、七条において国家の保護機能をいかにしてかわらせるかに典型的に現れる⁽¹⁶⁰⁾。

開放系のターミノロジーの包括的性格から、P.F.Jに社会権も読み込めるかが論じられる。カナダ社会で貧困度が増しており、統計的に特定の集団の貧困化が社会問題になっている。これは人種や性、植民地主義などの深いカナダ社会の政治的部分が関係しているともいわれる⁽¹⁶¹⁾。国際的には、国際人権規約でかかる権利は人権として普遍的に保障されることが要請される。

カナダ憲法には日本国憲法二五条のような社会権規定がない。そこで生活保障を国家に請求する権利や、国家がこれを確保する法義務は、憲法的に確保できないのが、問題となる。ケベック州での社会保障制度が争われた次の二つのケースは示唆的である。両者とも社会的利便を提供する大制度に埋め込まれた個別の制約を争っている。そのうちの二つ、先にみたゴスリンは、三〇歳未満の請求者は受給のためには三〇歳以上の請求人の受給レベルに達するための訓練を受けなければならないとするルールが問題となった⁽¹⁶²⁾。判決は七条の実体的権利拡大に絞りをかけ、七条は自由や身体の保全に対する州の干渉のうち、それが法制度の運用から発するタイプに限定されるとした。法廷意見(マクラックリン)は司法の運営で、より特定のには裁判のコンテキストでなされたL.L.S.Pの剝奪に七条が限定されるかを決定するのは時期尚早だとした⁽¹⁶⁴⁾。パストラッシュ判事は七条が伝統的な刑事司法のコンテキスト以外でも司法の権限に関するものに及ぶとしたうえで、本件では原告の損害と司法制度あるいはその運営の関係が示されておらず、七条の権利剝奪であるためには、司法あるいは行政過程に類する州の行為によって剝奪されたことが示されなければならないとした⁽¹⁶⁵⁾。

もう一つは、ケベック州の健康保険制度でカバーされるものを民間の保険会社で得るための保険に入るのを禁止するケベック法が、四対三で七条に反すると判断されたケースである(Chaoulli事件)⁽¹⁶⁶⁾。このケベック法の一般的な目的は、支払い能力にかかわらずすべてのケベック州民に、可能な限りの最高品質のヘルスケアを促進させることである(Duhaime)。しかし、この公のヘルスケア制度による措置を求めるには過剰な遅延があり、カナダ国外に治療のために旅行できる富裕層以外は、タイムリーで効果的

な個別のケアを受けられないのだから、それは生命や身体の保全の権利を侵害するとした (para 123)。

これが P F J に反するかでは意見が分かれる。本件の本質的問題は、「現実にはウエイティング・リストのために、公部門にアクセスできないヘルスケアにアクセスするためにお金を使う用意のあるケベック人が、州によってそうすることを妨げられるか」である。少数意見ともに、「お金を支出する」権利はそれが財産権であるため憲法上認められないことと、「公の制度が生命を維持するケアを施しえず、個人が同時に民間の施設でそのケアのコストをカバーするために保険に加入するのを妨げられているら、その時当該個人は、彼(女)の身体の安全を剝奪される信号を出す情況に潜在的に置かれることになる」ことでは合意している (para 203)。Deschamps^{デシヤン} 判事は、ケベック人権憲章九・二条に違反しているから憲章違反を判断するに及ばないとする (para 100)。マクラックリン、メジャー、バストラシユの三人は、公の健康保険制度を保護するという法目的に、法が選択した手段である民間保険の禁止は何の関係もない恣意的なやり方だとして、七条違反とした。⁽¹⁰⁷⁾「健康保険の禁止と質のある公の保険制度の間に事實上、真実の素連関係 (connection) は存在しない」 (para 139)。

ビニー、ルベル、フィシュの反対意見は、民間の保険は原資を公的制度から拡散させるとの事実分析を重視し、この法的手段は目的に関連しているとして、恣意的ではないとした (paras 256, 257)。ただ次の言説はタイムリーなヘルスケアを受ける憲法上の権利を示唆しているとも指摘される。⁽¹⁰⁸⁾

ケベック州民に問題となつているケアを受けられないときにタイムリーなやり方で州外で必須のヘルスケアを受けるのを認めるという安全弁 (safety valve) は、(完全に実施されていないけれども) 重要である。申立人のいうように、この安全弁があまりにもまれにしか開かれていないなら、裁判所はケースバイケースで決定に直接影響されたそうした患者の権利の執行を見守るのに利用できる。このレビューで司法が介入すれば、一層、健康保険に申立人がグローバルに挑戦するのを認めるのは好ましい。ケベックの健康保険への申立人の挑戦を拒めば、個別の情況にشوつた個人の救済をはかることから個別の

患者を締め出すことはないと強調するのは、重要である (para 264)。

最高裁は、L L S P に財産権は入らないとしているものの、社会保障制度に公平にアクセスする権利が七条で完全に退けられるとまで判示したかは不明である。憲法構造はどうであれ、社会保障制度を立法政策として州も含めて構築することは、もとより否定されるべきではない。ひとたび、州が社会保障制度の枠組みを立法で立ち上げたならば、その枠組みで個人の七条の権利、とりわけ身体の安全が剝奪されるかは、七条の関心となる。チャウイで示されたように、何らかの社会保障の立法がその目的を達成するための手段が P F J に反するようなものであれば、違憲となるのである。⁽¹⁶⁾

この文脈では社会権を論じるのは生産的ではないし、七条の憲法議論としての射でない。ここに七条の、P F J の憲法規範としての機能をみるものである。すなわち、P F J は社会権とかの実体的権利を第一義に問題とするのではなく、むしろ、立法権の行使に不当な点があったかをチェックする規範として機能しているのである。

3 日本国憲法との比較

七条がアメリカ憲法の適正手続規定を意識していたのと同様に、わが国はカナダに先立つこと約四〇年前、日本国憲法は三一条制定で同じことを意識していた。同条は「法の定める手続」によらなければ「刑罰を科せられない」⁽¹⁷⁾としているから、刑事司法手続の法定主義を要求したことは紛れもない。

七条は適正手続という語を意図的に避け、また刑罰権の行使という限定句を設けず、L L S P の侵害と広くとっている。権利章典が明確に手続的権利として due process を使用しているのに対して、憲章がこれをあえて使っていないことは、手続の適正に限定されるものでないことを示唆する。アメリカ憲法修正第五条も「法の適正な手続によらず、生命、自由または財産を奪われない」としており、文言では刑事司法手続に限定していない。もっとも、憲章七条も修正五条も、規定の位置からすれば明らかに刑事司

法過程における権利を意図している。⁽¹⁷⁾ カナダでは七条から一四条が刑事司法での「法的権利」と一般には認識される。しかし、判例は必ずしも刑事司法に限定していないのであり、刑事が第一義であるとしても、公権力行使一般に及ぶ。

そう考えると七条は、手続のみならず、実体的権利についても包括性が認められる。同条前段の L L S P も日本国憲法一三条の「生命、自由、及び幸福追求」を彷彿させる包容力があり、後段の P F J も同様に手続に限定していない規定の仕方となっている。判例も法の一般原則といった捉え方を基本とし、そうしたものと裁判官が認識できる原理をこれに代入できることとなる。

実定憲法が人権のカタログを規定したことで人権の包括性が否定されるものではない。憲章二六条は、「憲章が一定の権利や自由を保障したことをもって、カナダに存在するその他の権利や自由を認めないこととなると解釈されてはならない」と規定する。これはアメリカ憲法修正第九条の「憲法が一定の権利を列挙したことで、人民が保有するその他の権利を否定ないし軽視したものと解釈されてはならない」との規定と同じである。もともと、これらは解釈の原理を規定し、従来存在する権利の保障を確認した規定とみるべきで、日本国憲法のような包括的基本権の規定とは読めない。

憲章七条は包括的基本権規定に該当するといえよう。判例はその可能性を認めている。ただし、これがアメリカのように実体的適正手続のように無限に広がり、司法権によって実体的権利のカタログが形成されてくることに慎重である空気も感じ取らなければならない。制憲趣旨もそうなのである。P F J の概念の議論はこうした限界、つまり権利と認めることでその射程や限界も明確にすることが要求される。

カナダ憲法において、不明確あるいは広汎な法文が違憲となる憲章上の根拠は七条に求められる。⁽¹⁷⁾ この理論はカナダ憲法では貧弱といわれており、法廷で法律家が条項の意味を議論できればよいという程度であった。しかし、この理論が法の支配から当然の帰結であると認識され、⁽¹⁸⁾ 法文の明確性は憲章七条や一条によって要請される。立法の明確な文言は法に服する人々に公平な告知 (fair notice) を与え、⁽¹⁹⁾ 官吏によって恣意的に権限が行使されるのを制限するためである。

最高裁は、犯罪は判事によるよりも制定法で一義的に定義されなければならないとして、この理論を認めた。⁽¹⁷⁾ 「公平な告知の实

質的側面は、法は立法の根底にある価値の基層 (substratum) に基づいて、何らかの行為と、立法が社会生活で果たす役割に触れているという主観的な理解である。国家は関与に法的根拠がない時のみ法を通して関与できるといつているのではない。制定法は相対的に射程が狭く、大概、社会に少ししか反映しないものである。多くの規制立法はこれである。制定法の前に実質的告知を欠く欠点は、法の現実の文言を公民の注意にさらけ出すことで補てんされ、しかるに実質的告知が達成されるのである。……公平告知の形式と実質の側面との一定の結びつきはここにみられる。公平な告知は、制定法がいくばくか一般的な文言で、つまり市民がその実質をにわかには認識することができないやり方で書かれているとき、社会によって保持された価値の基層の何らかの要素にかかわらないときには、与えられない。そうした制定法がしばしば曖昧であると判断されるのは偶然の一致ではない (no coincidence) のである⁽¹⁷⁶⁾。

P F J は手続のみ保障するのではなく、その射程は常に進化をとげていくけれども、法制度の基盤を核として定義され、違憲審査の基準も含むことから、日本国憲法一三条に近い。包括的基本権としての性格も共有される。カナダの最高裁は七条の規範内容を豊かにすることに積極的のり出し、こうした態度が同条で認められたものとしている。七条の中身は立法を待たずに司法権によって明らかにされ確定されることに躊躇ない⁽¹⁷⁷⁾。

日本国憲法三一条違反の議論は、それが実体法レヴェルでは生命と自由であり、同条でその他の実体的権利の侵害は考慮されない。第三者所有物没収事件では、まず財産権の侵害が立証され、その侵害が適正手続によらずしてなされたので、三一条違反と判断された⁽¹⁷⁸⁾。カナダの場合、財産権侵害は七条はも含めて、憲章上の問題にならないから、権利章典など別の実体法レヴェルで審査される。信教の自由の侵害の違憲性は憲章二条と一条で処理され、P F J は問題とするに及ばない。L L S P が他の憲法条項で救えない人権を取り込む面は否定できないけれども、日本国憲法一三条の議論のように、新しい人権がL L S P あるいは七条で読み込めるかの議論は熱心ではない。七条は行政手続にも及ぶけれども、刑事手続の章で規定されていることもあって、刑事司法プロセスでの身体の自由が関心となり、その中身は事例に応じて具体化される (先にみたように、黙秘権の捜査段階での保障など)。こ

とほゞさように、七条のLLSPの侵害の審査は淡白で、七条の議論はPFJ違反が中心となる。それは日本国憲法三一条のように告知聴聞といった手続の適正のみに止まらず、より広い立憲的価値の問題となる。

4 違憲審査基準の設定としてのPFJ

二〇一五年のカーター判決も示すように、七条のLLSPが剝奪されると認定されれば、次にそれがPFJに反しないかの議論となり、その際、比例性の原則としての、恣意性、広汎性、著しい反比例性という三つの規準 (proportionality triumvirate) である⁽¹⁷⁾ にかけられる。恣意性とは、当該法が「立法の背後にある国家利益に符合しない、あるいは関係を持たない」なら、七条違反となる⁽¹⁸⁾。立法あるいは処分を恣意的とするのは、法あるいは処分目的に合致しない (inconsistency) ことにあるわけで、立法目的を見極めるだけでなく、その目的に仕える法または決定の効率性を経験則から評価する。チャウイが示したように、社会科学⁽¹⁸⁾ 的証拠が物をいうことになる。もつとも、政府側が合理的関連性を実証するので、この主張はなかなか成功しないようである⁽¹⁸⁾。

広汎性では、法が選択した手段が法の目的達成のためよりも広い場合、七条違反とされる。性犯罪前科者が校庭や公園などでふらついているのが見つければ放浪罪 (vagrancy) になるとした刑法規定が広汎だとして、七条違反と判断された⁽¹⁸⁾。子供の安全を保護する目的で自由を制約することに問題はないとした一方で、その目的達成のための必要以上の広い規制になっているとしたのである。第一に規制している地理的範囲が広すぎる。第二に規制期間が長すぎて審査もない。第三にマイナーな犯罪者も含み、広きにすぎる。広汎性 (overbread) では、裁判所は違憲と訴えられた立法の目的を同定し、そのうえでその立法が法目的を達成するのに必要な手段になっているかを考えなければならぬ⁽¹⁸⁾。

著しい反比例性は、マルモールヴァイン事件でPFJの中身として確定された⁽¹⁸⁾。マリファナの所持が禁錮刑の対象となりうると規定した刑法について、マリファナ使用を禁止する正当な国の利益があるか、あるとしてもマリファナ所持までは国の利益に対応させるには極端すぎないかが問題となった。その際、PFJのテストは比例性ではなく著しい反比例性だとし (para 143)、それは

一二条の残虐かつ非情の刑罰を禁止した規定の審査テストからくるとした。⁽¹⁸⁶⁾ 著しい反比例性では、①法が「正当な国家利益」を追求しているか、②法がその利益に著しく反比例しているか、を審査する (Para 143)。判決は、それは認められないとして、七条違反ではないとした。反対意見 (ルベル、デシャン) は、「マリファナの単純使用を制裁するために刑法を使うことで生じる損害は、その禁止がもたらしうる効用をはるかに凌駕するものだ」として、⁽¹⁸⁷⁾ (Para 301)。

著しい反比例性のテストは、法 (あるいは行政処分) が極端であってそれ自体で正当な政府利益に反比例しているかどうかのみ⁽¹⁸⁷⁾。著しい反比例性は比例性の審査と酷似し、一条の比例テスト (Oakes テスト) のアナロジーで、⁽¹⁸⁸⁾ 有害に対して有益の効果を衡量する。広汎性の審査に置き換わるものではないけれども、広汎性同様、立法目的を達成するのに制定された手段の効力を審査する裁判所のまさに権限なのである。⁽¹⁸⁹⁾ ただ、著しい反比例性が違憲審査の根底に流れている比例性どう異なるのか。両者ともに流動的であるから、区別するのは困難であるけれども、⁽¹⁹⁰⁾ マルモールヴァイン事件があえて、比例性ではなく著しい反比例性をテストとして用いたのは、意味があろう。違憲の判断はすべからず憲章の各条に反すると判断された後、さらに一条の審査を受けることとなっている。七条とて例外ではない。そして一条のテストは比例性である。この一条のテストと七条のそれを区別することをマルモールヴァイン事件はこだわったといえよう。⁽¹⁹¹⁾ すなわち、「七条での問題は、問題となっている権利や原理の境界を輪郭づけることであり、他方、一条の下では、その剝奪が正当化されるかが問題なのである」 (Para 97)。

一条の審査は Oakes テストであり、それは比例性の審査にほかならない。であるとすれば、七条でも比例性の審査を行うのだから、改めて一条の審査をするに及ばないのではないかとも思われる。ウィルソン判事は MVR の補足意見でそのように指摘している。⁽¹⁹²⁾ 実際では、七条違反であるなら、さらに一条の審査を設けている。⁽¹⁹³⁾ 憲章制定初期にディクソン首席判事が明らかにしたように、憲章適合性審査は一条での比例審査を究極とする。いわく、⁽¹⁹⁴⁾

最高裁は、自由で民主的な社会に不可欠の価値原理に導かれなければならない。それは、私が信ずるに、若干の例を挙げれば、

個人の固有の尊厳の尊重、社会的正義や平等へのコミットメント、広汎で多様な信条の調整、文化や集団のアイデンティティの尊重、そして社会の個人や集団の参加を高める政治社会制度への忠誠を具体化する。自由で民主的な社会の根底にある価値原理は、権利あるいは原理の制限に対して、その効果にもかかわらず合理的かつ実証的に正当化されるために示されるべき究極の基準や憲章によって保障された権利や自由の起源なのである。

七条違反かどうかは、同条が抽象的文言で保障する実体的権利（LISP）の侵害があったと認定したうえで、それがPFJに反しているかの審査となる。これまでみたように、判例学説ともに両者の法的定義や概念は具体的ではなく、裁判所も一義的にしようとはしていないようだ。七条自体、変移的な（transformative）規定で、その憲法規範としての意義は時代とともに変転していくものであって、その意味込めは違憲審査権を有する裁判所が行う。この認識は大方共有されているのではなからうか。

七条はPFJに包含される一つの権利だと認識されるけれども、これを裁判所は一義的に確定しようとはしていない。⁽¹⁹⁵⁾ PFJは国民個人の具体的な憲法上の権利というよりも、むしろ、恣意性や著しい反比例性といった立法の審査の基準になつてるように、政府が憲法にのっとりた立法行為を行っているかの審査のための規範といえよう。これを国民個人の側、いわば受動的地位の国民から眺めれば、国家によって不当な処遇をされない、国家によって不当に個人の領域に干渉を受けない権利を前提としているといえる。ただ、この切り札となる個人の領域がどこまでかは裁判所は明らかにせず、否、あえて明らかにしようとはせず、むしろLISPの不当な毀損があれば、その公権力行使がPFJに基づいてなされたかを判断することに着目することとなる。

五 むすびにかえて

七条はそれが保障する権利内容を司法に委ねた、開放的な憲法規定である。そのPFJが何たるかは判例で具体的にされていくが、

今後の展開には未知数な部分も否定できない。最高裁自身、七条の射程は「予見するに依然むずかしい」としている⁽¹⁹⁶⁾。

さて最後に宿題を片付けなければなるまい。PFJはいかなる日本語訳が適当か。「正義の根本的原理」とか「司法の根本原理」との訳がある。前者は七条の包括性をうまく表しているが、道徳的抽象的ニュアンスが残り、裁判規範としての法規規範性が弱くなるきらいがある。正義の意味は必ずしも明確ではないのだ。後者は七条の位置づけと法規規範性を示しているが、狭義に解して包括的側面をうまく出していないのではいかとの感がある。残余理論の匂いもある。

むずしいのは justice の訳であろう。Oxford の辞典では、①人民を公正に処遇する (fair treatment of people)、②公平あるいは合理的な質、に続いて、③「犯罪を犯した人民を処罰するのに使用される法律制度 (legal system)」とある。さらに④裁判官のこととされる。憲章が裁判規範として使用されることから法的な意義の考察をしなければならない。

カナダ法辞典では justice は Oxford 辞典と同じ意味としている。PFJ については自然的正義と同義ではないとしたうえで、MVR の判決の箇所を引用している。PFJ は権利ではなく、LLSP を格づけるもの (qualifier) で、その機能は当該権利の射程を設定することである。法の支配と個人の尊厳と価値と信頼に基づいた司法制度運営の必須の要件として、コモンローと国際法と憲章に規定されているという、まさにその事実によって認められた原理であって、PFJ はわれわれの司法過程だけでなく法律制度の他の構成要素の基本的な支柱や原理に見出される、と。

カナダ憲法では justice は司法制度と同義である。一八六七年憲法九二条一四項は州の立法管轄権の事項として州の司法制度の管理運営 (Administration of Justice in Province) を挙げているが、そこでは justice が明らかに司法の意味で使われている。

PFJ に司法的意味合いを込める余地はあるが、法的にはカナダでは意外と限定的に解されているといえよう。七条の役割は謙虚で、「社会目的の追及の仕方にかかわるのであって、そうした方が向けられる目的ではなく」、LLSP が PFJ に反したやり方では奪われまいとし、この原理が「行為規範の制度設計とその制度の運営の副次的なプロセスで順守されなければならないことを要請する」⁽¹⁹⁸⁾。

こう考えてみると、「fundamental justice」は政治社会の脈絡で個人を不正に扱ってはならないとの意義であり、実体というよりも制度の根本原理であり、ただ政府のその不順守には司法救済の道がある（実定憲法化するということはそういうこと）としたのであるから、根本法原理と訳しておきたい。それは、個人が適正かつ公正に処遇される権利を根本においた制度設計と運用を求める規範内容を示すものである。

P F Jは立法に対する注意事項となるも、その法的意味は一義的といえるほど明確ではなく、憲法が立法への指令としての機能が最重要だとすれば、はなはだ投げやりで不案内である。P F Jに何を盛り込むか。制憲者としては見切り発車であった。一方で、おりから導入された司法審査制度でこの意義をどう解するかが司法の責務となり、結果、P F Jの立憲的意義の画定にその積極的な役割を惹起せしめることとなった。⁽¹⁹⁾

ホッグは三〇年経過した七条の展開をこう述懐している。⁽²⁰⁾ 妊娠中絶や売春、自殺幫助などの法を無効にする権限を判事に与えることになるとは、だれが想像しえたであろうか。司法積極主義に帰結する展開が多数決主義の民主主義に逆行する批判の矢面にたたされる一方で、少数者を保護する機能を果たしているとの評価もある。いずれにせよ、この三〇年の七条の司法の成果は「brilliant（光輝的）」であるし、司法積極主義は続いている。この傾向にあれば「次の三〇年で七条のキャリアは一層 brilliant になるであろう」。

- (1) Constitution Act, 1982, Schedule B to Canada Act 1982, U.K. 1982, c. 11. 以下、条項を記す。法形式としては、憲章を一九八二年憲法のなかに取り込んでいる。
- (2) 憲章は一九八二年憲法の一部で、「権利及び自由」として、基本的自由（二条）、民主的権利（三条—五条）、移動の権利（六条）、法的権利（七条—四條）、平等権（一—五条）を規定している。
- (3) 刑法制定権は連邦の権限であり（一八六七年憲法九一条二七号）、刑事裁判の組織やプロセスに連邦が包括的権限を有する一方で、民刑事裁判の運営（administration）は州の権限とされ（同九二条一四号）、刑事罰を科す州法が連邦制の憲法問題となることがある。富井幸雄「カナダ競争法と憲法—連邦制と競争法（上）（下）」国際商事法務三三巻七号九三九—九四四頁、八号一〇八一—一〇八八頁、平成一八年、参照。
- (4) Dennis Kinck, *The Charter and Substantive Criminal Justice*, 42 U.N.B. L.J. 191, 191 (1993).

- (6) BERNARD W. FOLSON AND EUGENE MEEHAN, CANADA'S CONSTITUTIONAL LAW IN A NUTSHELL 177 (2nd ed. 1988).
- (7) 「新たな憲章が古い権利章典よりはるかに強力な道具となったのは疑いの余地はない。とてつものも、憲章は一九八二年憲法によって立憲化 (entrenched) され、国家の基本法 (fundamental law) になったのであり、違法な行為や手続を違憲と宣言する権限を判事に与えた」。 Frederick Vaughn, *Judicial Politics in Canada: Patterns and Trends*, 5 CHOICES 1, 11-12 (1999).
- (8) 前者が「高橋和之編『世界憲法集』岩波書店(二〇一四年) 一三六頁(佐々木雅寿訳)。後者が日本カナダ学会編『新版 史料が語るカナダ』(有斐閣、二〇〇八年) 三二四頁(長内了記)。
- (9) 2 PETER H. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 471 (Looseleaf, 2005). Hereinafter cite as Hogg. John D. Whyte, *Fundamental Justice: The Scope and Application of Section 7 of the Charter*, 13 MAN. L. REV. 455, 461-62, 473 (1983).
- (10) PATRICK J. MONAHAN, CONSTITUTIONAL LAW 426-427 (3rd ed. 2006). See also, *id.* at 422, table 13.2. 一二六件であり、その次が八条で六〇件である。
- (11) HAMISH STEWART, FUNDAMENTAL JUSTICE: SECTION 7 OF THE CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS 19 (2012).
- (12) Eric Colvin, *Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 68 CAN. B. REV. 560, 560-61 (1989).
- (13) Chaoili v. Quebec (A.G.), [2005] 1 S.C.R. 791 at para 193 (Binnie, J., dissenting).
- (14) 「七条は、そのまことに包括的な言語が、憲章の他の条項よりは主張するのがむずかしいまたの憲法上の主張の根源にやせており、憲章上最も肥沃な (fertile) 変幻自在の言葉である条項の一つにたがいつたものは間違ひなし」。 STEWART, *supra* note 10 at 307.
- (15) Whyte, *supra* note 8 at 471. Whyte は実体的権利まで七条を読み込ませる。 *Id.* at 469-470.
- (16) 「七条を「発動させるには第一に「生命、自由、身体の保全」の権利の剝奪があったらなければならない」との認定、第二に「その剝奪が P.F.J. に反しているとの認定がなければならぬ」。 R. v. Beare [1981] 2 S.C.R. 387, at 401 (La Forest, J.), cited in Blencoe v. B.C. Human Rights Commission, [2000] 2 S.C.R. 307 at para 47.
- (17) David M. Siegel, *Canadian Fundamental Justice and U.S. Due Process: Two Models for a Guarantee of Basic Adjudicative Fairness*, 37 GEO. WASH. INT'L L. REV. 1, 6-7 (2005). 憲章は権利を憲法化したといわれる。が、そうした列挙された権利は結果の特定の質 (quality) まで必ずしも保障したのではなく、それは特定の手続を用いることで達成される。すなわち、そうした人権は具体的な行為を規制する(迅速な裁判など)のであって、それ自体は質的な手段 (qualitative measure) ではない。 *Id.* at 7, 7 n.26. カナダ憲法では憲法上の人権を entrenchment とし、憲法典に実定化されたり、裁判所によって憲法上の権利の地位を与えられたり、その他、通常の政治プロセスで変更されたりなどして立憲化 (constitutionalization) されたとする意味で使用している。 *Id.* at 1.
- (18) Hogg at 4711-4721. Hogg は最高裁が P.F.J. の中身とした権利として、黙秘権 (right to silence) や公平な裁判 (fair trial) を受ける権利

や刑事裁判での事前の証拠開示請求などを挙げている。これらもP.F.J.の規範的内容として論及すべきであるが、本稿はP.F.J.の立憲的意義に着目しその意義を探ろうとするもので、刑事訴訟法には深くかわからない。

(18) PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 1064 (4th ed. 1997).

(19) *Id.* at 1065. フランス語の条文では、「その文法に従って忠実に訳せば、「なんびとも生命、自由及び個人の安全に対する権利を有する。なんびともP.F.J.に適合しないかぎりその権利を奪われない」となる。長内訳では「何びとも、生命、自由及び身体の安全に対する権利を有し、司法の基本原理（P.F.J.の訳「筆者」によらなければ、その権利を奪われない」としており、「この読み方を反映させている。フランス語法文ではこの権利を保障してゐるやうに読めるが、判例は単一の権利としている。STEWART, *supra* note 10 at 61-62.

(20) この権利の記述の前段部分は単なる権利宣言であり、その法的効果はP.F.J.に反しない限り維持されるこの条文と結合して（conjunctively）読まれる。Colvin, *supra* note 11 at 563.

(21) 七条は権利章典のこの二の二の条項の amalgam（混合物）だとしたうえで、財産権（一条a項）に及ばないことと、権利や義務の画定（二条e）に及ばないことと、射程が狭くせよとある。Hogg, *supra* note 18 at 1065-66. 本文のこの段落の記述はこれに基づく。

(22) *Id.* at 1074.

(23) 契約の自由とこの財産権はP.F.J.に含まれる。Irwin Toy Ltd. v. A.G. Quebec, [1989] 1 S.C.R. 927 at 1003.

(24) J.M. EVANS, H.N. JANISCH AND DAVID J. MULLAN, ADMINISTRATIVE LAW: CASES, TEXT AND MATERIALS 151 (4th ed. 1995).

(25) Irwin Toy v. Quebec [1989] 1 S.C.R. 927. 判決のこの権利は自然人の属性だからである。権利章典では法人適用は未解決である。ただ、連邦の「解釈法（Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. 1-21）」三五条一項は、「person」には法に別の定めのない限り法人が含まれるとしている。なお憲章二条dの表現の自由に関して、最高裁は「憲章七条は純粋に商業的な活動には及ばないと判断している。R. v. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 S.C.R. 713 at para 156.

(26) STEWART, *supra* note 10 at 57-61. 法人でも七条の権利に反する政府の行為を攻撃すると、七条に依拠する権利がある。Wholesale Travel Group v. Harvey v. New Brunswick (Attorney General), [1996] 2 S.C.R. 876. 七条の権利主体については、法人のほかに「なんび」とには不法移民が入るとするのが判例であること、胎児は含まれないことが確認される。Hogg, *supra* note 18 at 1067-68. 七条適用の訴訟の要件は、その対象が公権力の行使（state action）であり、原告は自然人で七条の権利を侵害されていると訴えていることである。STEWART, *supra* note 10 at 21-22.

(27) Irwin Toy Ltd. v. A.G. Quebec, [1989] 1 S.C.R. 927, at 1003-1004. See also STEWART, *supra* note 10 at 91-92. 憲章制定過程で社会党（Socialist Party）が財産権の保障を盛り込むのに強く反対した経緯や、財産権を保障する条項で州や連邦の社会福祉立法や労働組合などの制度を解体させてしまうのではとの懸念から、こうした社会主義的イデオロギーとの調和もあったとされる。Roderick A. Macdonald,

- Procedural Due Process in Canadian Constitutional Law: Natural Justice and Fundamental Justice*, 39 U. FLA. L. REV. 217, 243 (1987).
- (32) 憲章は私人間の訴訟には適用されなく。 STEWART, *supra* note 10 at 32.
- (32) Canada (Justice) v. Khadr, [2008] 2 S.C.R. 125.
- (30) かつ、この判決は即時に開示が命じられるわけではなく。カナダ証拠法(二〇〇一年の反テロ法 (ATA)) によって公式秘密法 (Official Secrets Act) から (Canada Evidence Act に変更) によって本件記録等が開示されるべきかどうかは、開示によってカナダの安全保障や国際関係に障害を及ぼすかどうかについての観点から、指定された判事によって判断される。 See, at para 41.
- (16) Gosselin v. Quebec, [2002] 4 S.C.R. 429.
- (32) *Id.* at paras 75–84.
- (33) *Id.* at paras 205–223.
- (34) Hogg, *supra* note 18 at 1075–76.
- (35) *Id.* at 1076; Whyte, *supra* note 8 at 458.
- (36) 修正第五条や第一四条の「雄弁なる言ひ回しからは、どれほど……多くの不確定性が生み出されるであろうか」。H. L. A. ハート／長谷部恭男訳『法の概念』(ちくま学芸文庫、二〇一四年) 三九頁。
- (37) Re B.C. Motor Vehicle Act, [1985] 2 S.C.R. 486, at 531 (Wilson, J., concurring).
- (38) 制憲プロセスの議論は 474–476。STEPHEN ROSS, HELEN IRVING AND HENZ KLUG, COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW: A CONTEXTUAL APPROACH 199–200 (2014).
- (39) Nicholas Bala and J. Douglas Redfern, *Family Law and the “Liberty Interest”: Section 7 of the Canadian Charter of Rights*, 15 OTTAWA L. REV. 274, 288 (1983). この論文は「憲章の解釈に議會での審議を重要な資料として位置づけて、七条の意義を検討する」。
- (40) 憲章制定後の判例では、手続は中心であるものの、実体的価値の側面の保障も無視できないとして、こうした傾向を早くも示唆している。控訴審でオンタリオ州控訴審判事 Robins はこう述べている。「今や憲章によって認められた P.F.J. が不変であるということではなから。P.F.J. は、「自然的正義」あるいは「フェアプレイ」と同様に、自由な社会の市民が公平な手続にあずかる基本的な権利が保障されるのを意図した包括的な表現である。根本的正義の到達に不可欠な公平性 (fairness) の基準ないし原理が静態であるわけはなく、これまでもそうであったように、何が恣意的で不公平で不正であるかを社会がどのように理解するかに応じて、変転し発展し続けるのである」。Re Potma and the Queen, 41 O.R. (2d) 43, at 52 (C.A., 1983)。「カナダの判事は、時に解釈主義者 (R・ホークバリーの、制憲時の意味が憲法の意味とする) の解釈手法を用いるけれども、自身の憲法原理を「憲章の」文書が批准されたときに理解された原理に置き換えるのは自由だと思っている」。Robert E. Hawkins, *Interpretivism and Sections 7 & 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 22 OTTAWA L. REV. 275, 305 (1990).

- (41) Peter Hogg, *The Brilliant Charter of Section 7 of the Charter*, 58 S.C.L.R. (2d) 195, at para 6 (2012).
- (42) STEWART, *supra* note 10 at 126.
- (43) 七条の審査に「一条の審査を加えるべきかは議論があるが、ルーティンになっている。Hogg, *supra* note 18 at 1066. 一九八八年の、中絶を規制した刑法を七条違反と判断した判例で、Dickson 判事は「一条の審査を行い、法の目的が胎児の保護にあるとしたうえで、母体の健康を保持するための中絶はこの目的に比例しておらず、一条のテストをクリアしないと」として、違憲と判断している。Morgentaler v. The Queen, [1988] 1 S.C.R. 30.
- (44) 「七条は、法的手続の結果として個人の身体的自由を干渉するのを超える利益を保護していることが今や明確となった」と判例を総括して「Philip Bryden, *Section 7 of the Charter outside the Criminal Context*, 38 U.B.C. L. REV. 507, 513 (2005). そして七条の判例は「すべての法的手続は、すべての法が P.F.J. に適合していなければならない」と理解された以上に、P.F.J. に適合していなければならないとの「一般的な憲法保障として、七条は解釈されないとしている。Id. 七条で審査される立法は、犯罪、児童保護、移民、退去手続など、多様である。STEWART, *supra* note 10 at 23-24.
- (45) B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, [1995] 1 S.C.R. 315.
- (46) 「以下のような規定である。」「本章及び第四章において……「保護の必要のある児童」とは……子の世話をする人が、適切な医学的、外科的、もしくはその子の健康や安寧に必要なその他の認められた救護の措置や処置を施すのをしない、もしくは拒否したり、または適法な資格ある医師によって勧められたとき、そうした治療や処置を子に提供されるのを拒んだ場合、もしくはその他子供を適切に保護しない場合にある児童……を意味する」。本件判決時には、廃止されている。
- (47) 富井幸雄「カナダにおける信教の自由」法学会雑誌四八巻二号一八一頁、一九六頁、二〇〇七年。
- (48) 「アメリカの判例は助けとなるにもかかわらず、究極的には憲章の文言はカナダの憲法文書のそれとしてアプローチされ、カナダの経験とカナダの条件に照らしてその解釈を受け入れなければならない。憲章を解釈するとき、裁判所は底流にある共同体の価値と期待に公平な表現を施す努力をしなければならない」。Bala and Redfern, *supra* note 39 at 275 (citation omitted). カナダはコモロンローと大陸法の二元法体系を受容してコモポリタンの伝統があり、アメリカ法の判例を参照するのは造作ないし「アメリカの法科大学院で教育を受けたカナダ法曹も多くいるの」ために拍車をかける。Gerard V. La Forest, *The Use of American Precedents in Canadian Courts*, 46 MAINE L. REV. 211 (1994).
- (49) Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390, 399 (1923) (Reynolds, J. dissenting). この事件は「公私立学校において英語以外で教育することを禁じたネブラスカ州法を違憲と判断したものである。そこでは、修正第十四条の適正手続条項で保護される liberty とは、身体的拘束からの自由 freedom だけではなく、労働や生活の糧の契約をしたり、有益な知識を得たり、結婚し家庭を設けて子供を育てたり、自己の良心にしたがって神を崇拜したり、そして正当な自由人の希求に不可欠のコモロンローで長い間認められてきた特権を享受する個人の権利を記述とした。

- そして、この自由は「有効な州の権能の範囲内の目的に合理的に関連することなしに、もしくは恣意的な立法行為では導くことができな
州がその市民の質を高めるために多くをなしうることは明確であるが、個人は尊厳を与えられるべき一定の根本的な権利を有している」。
- (50) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 168-9 (1973). アメリカ憲法修正第五条と第一四条の判例は、その国に驚くほど広範な自由 (liberty) 概念を与えたが、それは単なる身体的拘束の対義語ではなく、無制限なのではなく。Bala and Redfern, *supra* note 39 at 280 n.25.
- (51) Colvin, *supra* note 11 at 575.
- (52) *Id.* at 583-584.
- (53) *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486. 以下本文では引用頁を括弧内に数字で示す。
- (54) カナダ法では刑罰には二つの責任がある。第一が絶対責任で、過失も故意も要せず、禁じられた行為を単純に罰するものである。第二が嚴格責任 (strict liability) で、禁じられた行為を罰するのであるが、被告が合理的な注意を欠いていた、過失 (negligence) が立証されたときのみ責任を認める。第三が故意 (mens rea) で、禁じられた行為に違法性の認識が確実にあったときのみ有責とするものである。Hogg, at 47-31, 47-32.
- (55) 「明らかに、収監 (仮釈放を含む) は人民の自由を奪う。犯罪は収監が判事に委ねられた瞬間にその潜在性を有する。収監が強制的である必要はなく」ごまり、収監の可能性そのもので七条の自由が問題となる。Re B.C. Motor Vehicle Act, [1985] 2 S.C.R. 486, at 515.
- (56) *S.A. the Offences Act*, R.S.B.C. 1979 c. 305, *as amended* by S.B.C. 1990, c.34, s. 10.
- (57) [1985] 2 S.C.R. at 502-503 (Lamer). ホッグは残余理論を否定し、七条解釈に慎重なアプローチをとる。Hogg, at 44-9. 財産権は当然含まれなくとも。 *Id.* at 44-12. 同様に残余説を批判する者として Hawkins, *supra* note 40 at 289.
- (58) Christopher P. Manfredi, *Fundamental Justice in the Supreme Court of Canada: Decisions under Section 7 of the Charter of Rights and Freedoms*, 1984-1988, 38 *Am. J. Comp. L.* 655 (1990). この期間に二五の七条判例があり、① P.F.J.への言及で最高裁が立法と民主主義的価値 (democratic value) の手続および実体的適合性を衡る責務を認めたと、② 自由と身体の安全の意味について、同様な観点から最高裁に定義を与えるに十分な開放的な (open ended) 規範性を与えたと、を焼き付けた分析をする。 *Id.* at 681.
- (59) Nader R. Hasan, *Three Theories of "Principles of Fundamental Justice"*, 63 S.C.L.R. (2d) 339 (2013).
- (60) 白白ルール、弁護人接見特権、完全応答権などが P.F.J.として判例で認められたのは、歴史に淵源を求めたものだとする。 *Id.* at paras 16-20.
- (61) M.V.R.のLamerの次の言説を典拠とする。「八条から一四条は L.L.S.P が P.F.J.に反して剝奪される権利の典型である。というのも、それらは、現実に、L.L.S.P の範囲のいくつかを描いている。つまり、個人の生命、自由、身体の保全が P.F.J.に従わないやり方で侵害される場合の例なのである。別な言い方をすれば、七条から一四条は一つの条項に合体される」。 *Id.* at para 28.

- (62) *Id.* at para 43. もっとも、七条から一四条の法的権利は司法の運営やセッティングでの権利であって、派生もこの枠組みに限定されることに留意したい。ただ、七条がこれに限定されないとすれば、憲章全体に派生的となる。*Id.* at para 55.
- (63) *Id.* at para 84.
- (64) Thomas J. Singleton, *The Principles of Fundamental Justice, Societal Interest and Section 1 of the Charter*, 74 CAN. B. REV. 446, 449 (1995).
- (65) *Id.* at 450. たゞそれは判例や判事の問では一貫しておらず、社会的利益との衡量は「条々を争う」と主張する。*Id.* See also, *id.* at 473.
- (66) Hogg, *supra* note 41 at para 3. これが制憲者の意図であるのは疑いないとする。*Id.*
- (67) Cunningham v. Canada, [1993] 2 S.C.R. 143.
- (68) R. v. City of Sault Ste. Marie, [1978] S.C.R. 1299, 1325–1326.
- (69) P.F.J.の要素とされた刑事責任の原理として、①肉体的に自発的行為であること、②正当な注意を怠っていること、③過失犯は深刻な比例にすぎない。④犯罪の種類では特別に過失が要求されること、が挙げられている。STEWART, *supra* note 10 at 157–220.
- (70) R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30. 以下本文では引用頁を括弧内に示す。
- (71) *Id.* at 53 (Dickson, J., delivering). さらにM.V.R.は、公政策と実体的審査の間に微妙な線引きをする必要があるとした。これについて、本件は七条の手續の側面の領域内ではっきりと判断されるとして、関係ないとした。*Id.* したがって、二五一条の実体的内容の評価に開かせず、もっとも治療の中絶にアクセスすること、二五一条で規定された行政の仕組みや手續の仕組みを局面に習熟する。*Id.* at 63.
- (72) Beetz & Esteyの補足意見も同様で、身体の安全には「一般的に個人の生命や健康が危険に瀕しているとき、州の干渉からの何らかの保護を含む」とする。*Id.* at 90. 危険にあるというだけでなく、州がこれに関与していることが七条を惹起するとする。
- (73) *Id.* at 73.
- (74) 判決は明確にしていけないが、恣意的 (arbitrary) などとしてP.F.J.違反としたと理解できず、STEWART, *supra* note 10 at 140. ただその後の最高裁の判例はそうはみていないようである。*Id.*
- (75) 胎児の利益を保護する国家利益のために女性の生命や健康に信頼ある独立した医学的判断を要求する議会の意思は正当で、そのための煩雑さや時間を要することはやむをえないとしても、二五一条の枠は妊婦の健康に付加的な危険をもたらすことになり、事務的な行動を作り上げることに不必要な点があって、明らかに不公平だとする。*Id.* at 82. 中絶禁止はP.F.J.に反しないが、中絶の手續に異常な遅延を生じさせており、多少の遅延は避けられないものの、議会が行政手續の枠組みで達成しようとした目的に照らして不安定なものである。*Id.* at 114.
- (76) Kerri A. Froc, *Constitutional Coalescence: Substantive Equality as a Principle of Fundamental Justice*, 42 OTTAWA L. REV. 411, 421 (2012).
- (77) Hasn, *supra* note 59 at para 62. 「彼女は根本正義 (fundamental justice) の実体的内容を大きく広げた」。Hawkins, *supra* note 40 at 292. ウィルソンは一九八二年トルド首相が任命したカナダ初の女性最高裁判事であり、アメリカでオコナーがアメリカ初の女性最高裁判事に

- なごらたあからんべもつた。PETER MCCORMICK, SUPREME AT LAST: THE EVOLUTION OF THE SUPREME COURT OF CANADA 85 (2000).
- (78) [1988] 1 S.C.R. 166. 「それは自身の先の判例 (R. v. Jones) を述べたのと同じだ。自由 (free) 民主的な社会の自由 (liberty) は、国家に、その市民がなした個人的決定を承認するよう要求するものではない。しかしながら、国家がそれらを尊重するように求めるものである。Id. at 167. ウェルソンはアメリカの判例を読み起こしながら、個人の自律の立憲的価値はアメリカの影響を受けていると分析している。Id. at 171. 妊娠を中断させる女性の決定は、深遠な心理的・経済的・社会的帰結だとして保護されるとする。Id. 妊娠中絶の女性の権利が七条で保護されると正面から判断している点が、多数意見と異なる。無論これは絶対的に保障されるとしているのではなく、健康の保護や適切な医学水準、胎児の生命での正当な国家利益も衡量される」としている。Id. at 169.
- (79) Hasan, *supra* note 59 at paras 60, 63. 憲章前の法や半影でもなく、彼がいつまでもの歴史的原理にも派生的原理 (半影理論) にも基づかないで、変転原理の先駆かである。
- (80) Id. at para 63.
- (81) R. v. Jones, [1986] 2 S.C.R. 284 at para 76.
- (82) Hogg, at 47-9 n.38.
- (83) 「個人は国家の干渉から自由に根本的な個人的決定をなす権利を有しているけれども、そうした個人の自律は無制約な自由と同義語ではない。5。本件では州はいかなる「根本的個人的選択」をなすのを原告にできないようにしたことはなかった」。Blencoe v. B.C. Human Rights Commission, [2000] 2 S.C.R. 307 at para 54 (Bastarache, J., dissenting).
- (84) Id. at para 51.
- (85) Id. at para 57. 身体の安全の制約が問題となるには、問題となっている州の制約が個人の心理的保全 (integrity) に重篤かつ深遠な効果がなければならぬ。州の干渉の効果は客観的に測られ、合理的な感覚の人の心理的保全への影響の観点からなされる。New Brunswick (Minister of Health & Community Service) v. G (J), [1999] 3 S.C.R. 46 at para 60.
- (86) [2000] 2 S.C.R. 307, at para 96.
- (87) 「七条で保護される権利を限定する第一の要素だとする。Bryden, *supra* note 44 at 519.
- (88) [2000] 2 S.C.R. 307 at paras 97-99. P.F.J.の審査はするに及ばず、行政法の論点のために本件の状況での手続の遅延がP.F.J.に反しないかを議論しなくてはならない。Id. at para 99.
- (89) STEWART, *supra* note 10 at 75.
- (90) Canada (A.G.) v. Bedford, [2013] 3 S.C.R. 1101.
- (91) カナダの売春の法規制の現状と課題について、手塚崇聡「カナダにおける売春規制の歴史と現状」臨床政治研究四号二二頁、二〇一三年、

参照。

- (25) *Bedford v. Can. (A.G.)* (2010), 327 D.L.R. (4th) 52.
- (26) *Id.* at paras 281, 287.
- (27) *Reference re ss. 193 and 195.1 (1) (c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123. 本件刑法条項について一部二条違反を認めたが一、条改正化やれること、また七条違反はなごうた。
- (28) *Hamish Stewart, Bedford v. Canada: Prostitution and Fundamental Justice*, 57 *CRIM. L.Q.* 197, 199 (2011).
- (29) *Bedford* の第一番は、売春宿禁止条項を合憲とした最高裁判断 (*Prostitution Reference*)。厳密には勧告的意見であるが、判例としておくは本件違憲審査の妨げにならないとした。それは、第一に、七条の判例が一九九〇年以降相当に変転して、とりわけ恣意性、広汎性、著しい反比例性は、その最高裁判断時には議論も考慮もされていなかった。第二に、多くの証拠となる記録が当時よりふんだんにある。第三に、その最高裁判断の社会的、政治的、経済的前提もは有効ではない。第四に、本件の表現の自由の類型はその最高裁判例と異なる。Canada (*A.G.*) *v. Bedford*, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para 17. 最高裁もこれを基本的に支持して、本件判断に至っている。 *Id.* at paras 38–56.
- (97) カナダのどううのはたやすいが、違憲審査基準の難解な議論に二石を投じており、研究する意義がある。
- (98) STEWART, *supra* note 10 at 106.
- (99) *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1983] 3 S.C.R. 519. 以下本文で引用頁を括弧内に示す。
- (100) 憲章一二条(残虐な刑罰・処遇の禁止)違反には、①原告が国家によって刑罰や処置 (treatment) に服されていること、②それが残虐もしくは非常 (unusual) であること、③が満たされなければならない。本件では刑罰は問題ではなく、自殺の禁止が処遇に当たるともいえないから①は満たさない。処遇は刑罰よりも広く、公的制度の中で個人を拘束的に統制する行政的措置であれば、作為不作為にかかわらず、含まれる。しかし、単なる国家による禁止ではこれに当たらない。二四一条bはこれに該当する。国家による何らかの積極的な運用過程がなければならぬところ、本件ではロドリゲスが国家の行政的ないし司法的制度に服する状況ではないから、憲章一二条違反は認められない。憲章一五一条(平等)違反は、憲章一条で明らかに合憲とされるから、そこで議論されるべきである。首席判事に従って一五一条違反はありと仮定しても、一条の判断が重要なのである。憲章一条での検討は次のごとくである。人命保護という二四一条bの立法目的は、反対意見と同様正当である。問題は自殺補助の包括禁止といった手段の比例性であり、この目的と合理的に関係しないとは思われない。これに例外を設ければ不平等な取扱いをもたらす、不十分で不安定な (slippery slope) 理論となる。政府が最小限の侵害であることを主張する合理的根拠があるから比例テストは満たしており、裁判所がほかにどのような手段があるかを思弁することはその適切な役割を超えるから、議会の手に乗るものである。
- (101) そもそも P.F.J. はアメリカの Due Process とは異なっており、カナダ法のコモローで根本とされるものが入り、それがなんたるかは裁判官が決める開放系の術語である。Luc Tremblay, *Section 7 of the Charter: Substantive Due Process?* 18 *U.B.C. L. REV.* 201, 234 (1984).

- (20) Lorraine Eisenstat Weinrib, *The Body and the Body Politics: Assisted Suicide under the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 39 McGill L.J. 618 (1994). 憲章の解釈を議会に丸投げしてしまふ、わが文化の本質的な実体的価値を精練せざる機会を逸したと非難する。 *Id.* at 642.
- (21) *Id.* at 642. 多数意見は自殺の一般的禁止の法伝統を正しく捉えている一方で、致死の病など個別的な状況で刑事罰などの一般的禁止を緩和せざる長期の伝統に同じように目配りしなかつたとみる。 *Id.* at 640.
- (22) Patrick S. Florencio and Robert H. Keller, *End-of-Life Decision Making: Rethinking the Principles of Fundamental Justice in the Context of Emerging Empirical Data*, 7 HEALTH L.J. 233, at paras 34-37 (1999). 社会的合意がドーリーの中身だとするが、七条を援用するのは社会的・インリナイなものであるから、認められるべきが厳しすぎるかもしれない。 *Id.*
- (23) L.H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 1370 (2nd ed. 1988).
- (24) Hogg, *supra* note 18 at 934.
- (25) 稲葉実香「生命の不可侵と自己決定権の狭間（二・完）」法學論叢二五八巻二号八一頁、二〇〇五年。
- (26) R. v. Maimo-Levine, [2003] 3 S.C.R. 571, at para 113.
- (27) J. の「自由論」の「権力が文明化された共同体のいかなるメンバーにも、その意に反して行使が正当化されうるたつた一つの目的は、他者に対する害を防ぐことである」との一節を引用して、それがパターンリズムを排除するとともに、いわゆる道徳的加害 (moral harm) は含まれないとの他者に弱者集団は含まれないことを確認している。 *Id.* at paras 106-109. わが国ではこの点、法原理にまご高められているかは明確ではない。佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、二〇一一年）一三二頁。
- (28) なぜこれが判事によって適用される法のテストと想定される要素でなければならぬのかとし、おそれるれば真剣に受け取られず、判事自らがドーリーについて社会的合意があるかどうかを判断するべきだとする。 Hogg, *supra* note 41 at para 12.
- (29) R. v. Ruizic, [2001] 1 S.C.R. 687 at para 44.
- (30) Stanley Yeo, *Challenging Moral Involuntariness as a Principle of Fundamental Justice*, 28 QUEEN'S L.J. 335 (2002).
- (31) [1993] 3 S.C.R. 519 at 621-22.
- (32) Florencio and Keller, *supra* note 104 at paras 62, 63.
- (33) Carter v. Canada (A.G.), 2015 SCC 5. 以下本文での引用は括弧でパラグラフ番号のみ記す。
- (34) 違憲判決であるが、刑法二四一条b（および同一四条）の無効には二一カ月の猶予を認めた。 *Id.* at para 128.
- (35) [2013] 3 S.C.R. 1101, at paras 124-129.
- (36) [1985] 2 S.C.R. 486, at 503.

(119) *Id.* at 513.

(120) Hogg, *supra* note 18 at 1079.

(121) J.M. Evans, *The Principles of Fundamental Justice: the Constitution and the Common Law*, 29 OSOODE HALL L.J. 51, 56 (1991). 最高裁判所の次の言質を引用している。「重要な点にて、憲章の規定はそれまでのカナダの経験に深く根を下ろしたものであるようにみえる。だからといって、われわれは過去に囚われた人のままでなければならぬというのではない。しかしながら、特定の状況で最善のバランスを探ろうとし続けるべき、われわれ自身の経験が出発点になるのだ。」Thompson Newspaper Ltd. v. Canada, [1990] 1 S.C.R. 425 at 539.

(122) Evans, *supra* note 121 at 60.

(123) Tremblay, *supra* note 101 at 202.

(124) Macdonald, *supra* note 27 at 221-224.

(125) *Id.* at 244.

(126) 法務省高官の次の言明を紹介している。「根本的正義」という語は、「いわゆる手続での適正過程 (procedural due process) と同じく」をカバールのであって、それすなわち公平な手続を要求することに適正なプロセスたることを意味するというのが、われわれの考えである。しかしながら、われわれの考えでは、「いわゆる実体的適正手続の概念はカバールなのであって、それは問題となっている法の政策に実体的な要件を課すことになるのである。」*Id.* n.65.

(127) マクドナルドは、「自然的正義と手続的公平では基準が異なるのか、裁判の作用にだけ適正手続を根拠に審査可能であるのかといった発展している論争 (imbroiglio) は棚上げにした」と評する。*Id.* at 244.

(128) Frow, *supra* note 76 at 445.

(129) 「最高裁はP.F.J.を広範なやり方で定義するのに一般的には全く受容的であるけれども、判事は七条が保護しようとした生命とか自由の射程を定義するべき、彼らが二条aや二条bを読むのになれた演繹の合目的なアプローチを抱くのは淡りがちとなる。」DAVID BEATTY, CONSTITUTIONAL LAW IN THEORY AND PRACTICE 79 (1995).

(130) Klink, *supra* note 4 at 198.

(131) R. v. Drybones, [1970] S.C.R. 282. 権利章典二条は、「権利章典で宣言され認められた人権を逸脱したり侵害したりすると解されて適用されるカナダ法は無効である」ことを明確に意図したと判示した。*Id.* at 294.

(132) Bruce Chapman, *Criminal Law Liability and Fundamental Justice: Toward a Theory of Substantive Judicial Review*, 44 U. TORONTO FAC. L. REV. 153, 156 (1986). チャプマンは、「なるほど制憲者は、裁判所がアメリカの裁判所のように実体的審査をなすように解釈する due process の文言を避けてP.F.J.としたが、このことは、裁判所は制憲者意思に直接訴えることなく憲法を解釈する伝統を継続させるべきとの制憲者の

- 考えを前提とするのであって、七条に關してもその制憲者意思がいかなるものであるものであろうとも、裁判所がこれに依拠すべきことにはならないとし、オリジナリズムを否定する。 *Id.* at 158.
- (132) *Id.* at 156.
- (134) 外国人犯罪者引き渡しのカースでこれがみられ、七条の P F J が権利として適用されている。 *Hogg, supra* note 18 at 1081-82.
- (135) *Id.* at 1078. アメリカの実体的適正手続を認めた *Lochner v. N.Y.* をモデルとするが、八条から一四条の権利はこのアメリカの判例（労働時間問題でなれ刑事手続ではない）とは異なるし、七条と八一四条を解釈目的でリンクさせるのは説得力を欠くとする。 *Id.*
- (136) *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, 163 (McLachlin, J., delivering). 「憲章が保障した基本権は、一九八二年にそうであったままの法に永遠に拘束されるよう配したと想定するのは誤りである」とする。 *Id.*
- (137) *Id.* at 162-164. これら二つのコモンロー・ルールの共通点は、「官憲に対する供述をなす、あるいは黙秘を続けるかを選択する権利は、司法過程の統合と評価の関心につながる」ことであり、その目的のためにコモンロー・ルールよりも広げられるとする。 *Id.* at 175.
- (138) *Hasan* は半影の典型だとする。 *Hasan, supra* note 59 at para 31. 彼自身、歴史的原理と派生的原理の区別は困難だとしており、むしろ相互補完的だとする。 *Id.* at paras 26, 42.
- (139) [1990] 2 S.C.R. 151, 163.
- (140) *Id.* at 191.
- (141) 「憲章は最高裁の手中にあつて、刑事法改革の強力な道具となつてゐる。この改革が急激だと疑う者がいるかもしれないけれども、憲章が実体刑法と刑事手続と刑事証拠の領域に相当なインパクトを持ったことを否定するのはむずかしい」。 *Kinick, supra* note 4 at 191. *See also Siegel, supra* note 16 at 26. いわく、P F J は「カナダの刑事司法制度に深遠な (profound) 効果をもたらした。これは憲章制定者が、P F J がもたらすのを懸念した特別な効果ではなく、南のアメリカの刑事事件での適正手続の憲法判例の歴史をみることで、この展開を示唆したに違いない効果なのである」。
- (142) *Id.* at 8.
- (143) *Id.* at 9-10. さらにカナダは憲章を目的とした解釈 (purposive) をとるから、なおさら拡大的となる。 *Id.* at 14-15. 合目的解釈 (purposive) は、憲章が規定する権利と自由の享受を合理的な範囲内で保障し保護するために、憲章の目的を実現しようとす。 *Id.* at 15.
- (144) *Evans, supra* note 121 at 57.
- (145) *Macdonald, supra* note 27 at 235.
- (146) *Id.* at 237.
- (147) *Id.* at 239-240.

- (14) *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177. 以下、本文では引用頁を括弧内に示す。
- (14) *Id.* at 229. 「P.F.J.が全ての事件にoral hearing（口頭意見陳述）を課しているとは思われない」として、以下の判例文を引用する。「自然的正義の要請は事件の情況、調査の性格、審判所が活動するルール、扱われている主題などといういたものに依拠するものなのだ。Russell v. Duke of Norfolk, [1949] 1 All E.R. 109 (C.A.) 118.
- (15) [1985] 1 S.C.R. 177, 179.
- (16) Charelli v. Canada, [1992] 1 S.C.R. 711 (Sopinka, J.). 「初日の聴聞は秘密に行われ、本人は提出された証拠のサマリーを提供される。思うに、*ラッセル*の有名な書類は自らに対する訴えの実質を知るのが十分な情報を本人に与え、応答するのを可能にする。この文脈で根本的正義に符合するには、本人が、当該情報を入力するのに使われた警察源や公安調査捜査技術の詳細もまた、与えられるべきことにはならない」。
- (16) A.T.A.の内容や背景、問題点については、富井幸雄『憲法と緊急事態法制 カナダの緊急権』（日本評論社、二〇〇六年）第V章、参照。なお、同「反テロ法」カナダ研究年報二五号四九頁、二〇〇五年、同「反テロ法」日本カナダ学会編『史料が語るカナダ（新版）』（有斐閣、二〇〇八年）一六六頁、参照。
- (17) *Suresh v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 3, para 78. なおこの事件については安全保障の概念の不明確性も問題となっている。富井、前掲(15)書一九九—二〇三頁。
- (18) 七条で保護された利益に影響する裁量権は、そうした利益に関心を払って行使されねばならず、かつ通常の行政法の土壌で司法審査される。STEWART, *supra* note 10 at 29. なお、戦時のような緊急事態でも、P.F.J.は裁判所によって最もよく定義され保障されることを考えるべきである。Kent Roach, *The Role and Capacities of Courts and Legislatures in Reviewing Canada's Anti-Terrorism Act*, 24 WINDSOR REV. LEGAL & SOC. 5, 43-44 (2008).
- (19) [2002] 1 S.C.R. 3, at para 115.
- (20) Charkoui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration and Minister of Public Safety and Emergency Preparedness), [2007] 1 S.C.R. 350. 以下、本文ではパラグラフの番号を括弧内に示す。
- (21) Benjamin L. Berger, *Our Evolving Judiciary: Security Certificates, Detention Review, and the Federal Court*, 39 U.B.C. L. REV. 101 (2006).
- (22) *Id.* at 120-121, 135.
- (23) Mark Carter, *Fundamental Justice in Section 7 of the Charter: A Human Rights Interpretation*, 52 U.N.B. L.J. 243, 252 (2003). カーター自身は、憲章の目的がすべての個人の平等価値と尊厳を尊重することにあるから、正義の概念は普遍的な人権理論に符合するものでなければならぬと論じている。*Id.* at 257-8. もっともそれ自体、法的に明確な具体的概念ともいえないであろう。
- (24) Vanessa A. MacDonnell, *The Protective Function and Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 17 REV. CONST. STUD. 53.

- 55-56 (2012). これまで判例は、「七条は「根本的な生命の選択」(あるいは身体保全 (bodily integrity)) が関係しているところで国家の保護機能を行使用するのを国家に要求するのみである」。 *Id.* at 70. なお保護機能のなんたるかは「Crimin 判事の以下の言に依拠している。「法が合憲か違憲かを判断する段になった時、基本権を保護する義務と尊重する義務にはさほど違いはない。法たるもののおよそは基本権の制限を含み、その正当化にはほとんど常に、別の基本権もしくは憲法上認められた価値を保護する以上、立法府の仕事は競合する価値を調和させ、それぞれが互いに維持されるようにする」(1)269」。 *Id.* at 57.
- (19) Margot Young, *Section 7 and the Politics of Social Justice*, 38 U.B.C. L. REV. 539, 539-40 (2005).
- (20) Gosselin v. Quebec (A.G.), [2002] 4 S.C.R. 429.
- (21) 侵害された利益が充分に重要であるように加えて、これが七条の権利を制約する第二の要素だと整理している。Bryden, *supra* note 44 at 523.
- (22) [2002] 4 S.C.R. 429, at paras 79-81. 「わく」司法の運営の意味とより広範な七条の意味は、漸増的に (incrementally) 発展していくことが認められるべきであるがゆえに、予見されない論点が考慮のために提起される。」(1)270の問題は司法の運営が含まれているかではなく、明らかにそうではない。本件事実にもかかわらず裁判所は七条を適用しなければならぬかである。…七条は P.F.J. に従っている場合を除いて、生命、自由、身体の安全を奪われない権利について語っている。これまでのいかなる判例も、七条は各人が生命、自由、身体の安全を享受するのを確保するように、州に実体的義務を課したとは示唆していない。むしろ、七条は、これらを人民から剝奪する州の能力を制限するものと解されてきた。そうした剝奪は本件にはない」。
- (23) *Id.* at paras 213, 216 (Bastarache, J. dissenting). バストラッシュは七条を満たしていない点で法廷意見に同調している。
- (24) Chaouli v. Quebec (A.G.), [2005] 1 S.C.R. 791.
- (25) *Id.* at para 153 (McLachlin, Chief J. Major and Bastarache, JJ). ロドリゲズに依拠し、恣意性 (arbitrariness) の判断は、L.L.S.P. に立法目的と制限が理論的に関連しているだけでなく、事実に基づく現実の牽連関係がなければならず、その立証は申立人にあり、そうした牽連関係がなければ明らかに公平でなくなる。 *Id.* at para 131.
- (26) Hogg, at 47-60. *See also*, Bryden, *supra* note 44 at 526.
- (27) このチャウイ判決は、一般に社会保障政策領域では広汎な立法裁量が認められるので、裁判所は謙抑的態度をとるところ。そうではなかったのに驚きともいえる。STEWART, *supra* note 10 at 141. Stewart は、この判決は、恣意性の判断には立法の合理性を裁判所が深く審査できる権限があると認めたことが重要だとする。 *Id.* at 142.
- (28) この文言がアメリカの due process と同じ意味で考えられたとしても、違う意味で考えられたでもないという。高柳賢三・大友一郎・田中英夫『日本国憲法制定の過程 II 解説』(有斐閣、二〇〇〇年)一八五-一八六頁。

- (171) 規定の位置づけは法解釈での重要な要素である。日本国憲法三二条が刑事に限定されるのは、それが三一条から四〇条までの人身の自由と
 が刑事司法の憲法原理の体系の中にあることは決め手となる。もっとも、三二条が裁判を受ける権利として刑事司法に限るのではないから、
 刑事司法の原理は三三条以下であり、三二条はこれと分離されて一般規定と読むべきとの主張もある。南野森「行政手続とデュープロセス」
 憲法の争点(第三版)八九頁、二〇〇八年、参照。ただ法解釈は文言も重要で、文言は明らかに刑罰としていのであるから、かりに一般規
 定としても刑事手続に限っているとみるべきであろう。
- (172) W. Walsey Pue and Robert Russo, *The Problem of Official Discretion in Anti-Terrorism Law: A Comment on R. v. Khanuja*, 24 WINDSOR
 REV. LEGAL & SOC. ISSUES 57, 65 (2008).
- (173) タイシーの『憲法研究入門』の次の一節が引かれる。 *Id.* at 64. 「なんびとも国の通常裁判所の前での通常的方法で確立された法の特別
 な違反を除いては、身体あるいは財産に法によって侵害を受けたりあるいは罰則を加えられたりされない。その意味で法の支配は、政府の全
 制度が広汎、恣意的、裁量的な拘束権限を有する者によって行使されるのと対照的である」。
- (174) *Id.* at 65.
- (175) Canada v. Pharmaceutical Society (Nova Scotia), [1992] 2 S.C.R. 606.
- (176) *Id.* at 634-635.
- (177) STEWART, *supra* note 10 at 18-19.
- (178) 最大判昭和三七年一月二八日、刑集一六卷一一号一五九三頁。
- (179) Hasan, *supra* note 59 at para 73. ロドリゲスの次の一節を引用している。「問題となっている権利の剝奪が国家の利益に資するものに、全く
 もしくはそれほど関係がないところでは、根本的正義の違反は、個人の権利が有効な目的でないものために剝奪されるであろうから、はっ
 きりされるように思われる。……したがって、制定法の規定が根本的正義に反していると判断できる前に、その規定と国家利益の関係が考察
 されなければならないこととなる。「法規定が制定法の背後にある目的に符合していない、あるいは関係を持たない」……のだから、法規定が
 反映する国家利益や社会的利益を考察することなしに、特定の制限が恣意的だと結論することはできない」。
- (180) Chaouli v. Quebec, [2005] 1 S.C.R. 791, at para 232.
- (181) STEWART, *supra* note 10 at 143.
- (182) *Id.* at 146.
- (183) R. v. Heywood, [1994] 3 S.C.R. 761.
- (184) STEWART, *supra* note 10 at 135.
- (185) R. v. Malmo-Levine, [2003] 3 S.C.R. 571. マリファナを吸うことがMalmoのライフスタイルの中心であるのは認めるも、憲章の自由で保

- 護られることではなく、「レクリエーション目的でマリファナを吸う (smoke pot) こと自体は憲法上の権利とはならない」。 *Id.* at 623-624.
- (186) 「七条での著しい反比例性の原理は一二条の要件より広汎で、有罪にともなう刑罰の衡量に限定されない。にもかかわらず、七条での基準は一二条下と同様、依然、粗大な反比例性の一つなのである」。 *Id.* at para 169.
- (187) [2002] 1 S.C.R. 3 at para 47.
- (188) Hasn, *supra* note 59 at para 73.
- (189) Hogg, *supra* note 41 at para 20.
- (190) MacDonald, *supra* note 160 at 71-72.
- (191) *Id.* 最高裁は一条と七条の比例性のテストの性質の違いを明確にしていまいとし、七条での比例性のテストが主流になった結果、一条でのよりなる審査は大した役割をともなっていないとする。 *Id.*
- (192) 「七条の自由生命身体の安全の権利の制限が、P F J 違反で実効たらしめられるのなら、その制限は一条で支持されることはない。というのも、P F J 違反で課せられた七条の権利の制限は、「自由で民主的な社会で実証的に正当化される」か、もしくは「合理的」であるか、どちらかでありうるなどということはないからだ」。 [1985] 2 S.C.R. 486 at 523.
- (193) もともと、七条違反とされたものが一条の審査をクリアして合憲とされた最高裁判例はほとんどない。STEWART, *supra* note 10 at 289. 七条違反を一条で正当化するのが困難なわけをラマー首席判事はこう述べている。「第一に、七条で保護される権利—生命、自由、身体の安全—はきわめて有意義であり、通常は競合する社会的利益によって凌駕されることはない。第二に、P F J 侵害、とりわけ公正な聴聞の権利の侵害が自由で民主的な社会で実証的に正当化される合理的な制限であるとして是認されるのはつくまれないだ」。 *Id.* at 290, 290 n.13.
- (194) R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103, at 136.
- (195) 「最高裁は、あらゆる情況に一義的なり方で適用される P F J の確固たる定義を確立するには、さほど関心を持たなくなった」。 Bryden, *supra* note 44 at 531.
- (196) Hasn, *supra* note 59 at para 1. Blencoe v. B.C. [2000] 2 S.C.R. 307, at para 188 (Bastarache J.). いわく、「七条は憲章の基本価値のいくつかを表しているのに留意しなければならない。憲章、そしておそらくカナダ法のコンテキストが、七条のような柔軟かつ複雑な条文に落ち込んでいくのを避けなければならないのは確かに真である。しかし、その重要性はカナダ法における実体および手続の保障の定義にあるので、法のこの部分を凍結させるのは危険である。七条の完全な射程を詳細に予見し評価するのは、未だ困難である。最高裁は、憲章七条の解釈と変転にある程度の柔軟さを確保させる必要に活目していなければならない」。これは、B C 州閣僚がセクハラのかどで州首相から罷免され、さらに女性から州人権委員会に告発された事件で、マスコミ等世間がヒートアップして自分や家族に偏見や妨害が増えていったにもかかわらず、当委員会は不当に審議を遅らせたことが七条に反すると最高裁は判断した。本稿一六三—一四頁、参照。

- (17) DAPHNE A. DUKELOW, *THE DICTIONARY OF CANADIAN LAW* 518 (3rd ed. 2004). 本稿一五四頁。
- (18) Colvin, *supra* note 11 at 585. それを法的権利として実定憲法化していることは法的用語として使用でき、そうした仕組みの質を保障している。*Id.*
- (19) STEWART, *supra* note 10 at 308. スチュワート自身はこうした懸念は不要とし、七条の積極的な意義を評価する。「七条は、国家権力の行使が、民主的機関を通しての立法者の能力に不当に介入することなしに、法の主体としての個人の能力において正当であるのを要求する自由民主主義的な企てを志向する」。*Id.* at 313. 同条は立法過程に七条で保護された根本規範への尊重をもたらしたのである。*Id.* at 311-312.
- (20) Hogg, *supra* note 41 at paras 26-29.
- (首都大学東京法科大学院教授・本学法学部兼任講師)