



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	カナダ憲法における比例原則の展開 : 「オックス・テスト (Oakes Test)」 の内容と含意
Author(s)	佐々木, 雅寿; Sasaki, Masatoshi
Citation	北大法学論集, 63(2), 356[1]-306[51]
Issue Date	2012-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/49786
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR63-2_004.pdf



カナダ憲法における比例原則の展開

——「オークス・テスト (Oakes Test)」の内容と含意——

佐々木 雅 寿

目 次

はじめに

I カナダ憲法と人権保障

- 1 カナダ憲法
- 2 「権利および自由に関するカナダ憲章」
- 3 違憲審査制

II 人権制約の違憲審査

- 1 人権憲章1条の規定
- 2 二段階審査

III 制約

IV 法で定められた制約

V 自由で民主的な社会において明確に正当化することができる合理的制約

- 1 オークス・テスト (Oakes Test)
- 2 目的の重要性
- 3 目的と手段の合理的関連性
- 4 人権制約の最小性
- 5 目的の重要性と手段の効果との比例性
- 6 オークス・テストの性格と厳格度

VI 立証責任

VII 違憲審査の民主的正当性

VIII オークス・テストの特徴

- 1 オークス・テストの特徴
- 2 オークス・テストの比較憲法上の位置づけ

IX 日本法への示唆

- 1 比較憲法の対象
- 2 二段階審査か三段階審査か
- 3 主張責任・立証責任
- 4 比例テストの構成要素の独自性
- 5 目的の認定方法
- 6 裸の利益衡量論
- 7 付随的違憲審査における比例原則の適用可能性
- 8 あるべき審査方法の模索

おわりに

はじめに

近年、ドイツ由来のいわゆる「三段階審査論」をわが国に導入しようとする意欲的な主張が行われ¹、多くの議論を誘発している。三段階審査論に関しては、「違憲審査基準を使って取りあえず従来どおりやっていけばいい、というような安易な空気は、なくなったのではないか。」²との見解が「説得力を有するのが、今日的な状況と言えよう。」³と評価することも可能かもしれない。しかし、「そこから感じ取れる空気は、好意的というより懐疑的・警戒的、もしくは批判的なそれであるように思われる。」との指摘もある⁴。

三段階審査論の利点としてまず、理論の明快さがあげられる。具体的には、①違憲審査が分節化され、合計で7つのチェックポイントがあり、これにより緻密で合理的な検討が可能となる、②従来の複雑な違憲審査の議論を整理することができる、③わが国の判例と整合的である等であ

¹ 代表的なものとして、松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会・2001年）、小山剛『「憲法上の権利」の作法 新版』（尚学社・2011年）等。

² 石川健治他「Mission : Alternative」『法学教室』342号25頁（2009年）47頁（石川発言）。

³ 青井未帆「三段階審査・審査の基準・審査基準論」『ジュリスト』1400号68頁（2010年）68頁。

⁴ 松本和彦「三段階審査論の行方」『法律時報』83巻5号34頁（2011年）34頁。

る⁵。それ以外にも、④違憲性の発見の文脈を正当化の文脈から峻別するので、改めて権利侵害の様相を丁寧に考察することの重要性を認識させる⁶、⑤正当化の段階において法律の留保への着眼を導く⁷、⑥裁判官が事案の具体的な諸事情を考慮して柔軟に合憲性を判断していける枠組みである⁸等が指摘されている。

それに対し、三段階審査論とりわけ比例原則に対する批判やその問題点として、(a) 明確な基準を欠いたままアド・ホックになされる裸の利益衡量に堕しかねない危険を伴っている⁹、(b) 裁判官の主観的または恣意的判断の入る余地が大きく予測可能性が低くなり、法的安定性や信頼性が損なわれる¹⁰、(c) 裁判官は否応なく政策決定者の作業を追体験せざるを得なくなるが、それは裁判官にとって荷が重いだけでなく必ずしもふさわしい仕事とはいえない¹¹、(d) 違憲審査の民主的正当性の問題、ならびに、当事者適格や立証責任など通常裁判所における訴訟法に付随する論点は避けられない¹²等があげられる。また、(e) 広義の比例原則の適合性、必要性、狭義の比例性という3つの内容について、仮に狭義の比例性を「規制により得られる利益と失われる利益の均衡」（利益衡量論）を意味するのであれば、適合性と必要性は理論上は狭義の比例性に吸収され、適合性と必要性は独自の基準としての意味を持たなくなるとの指摘もある¹³。上記 (a) (b) の問題点への対処法として、比例原則適

⁵ 三宅雄彦「論証作法としての三段階審査」『法学セミナー』674号8頁(2011年)8-9頁。

⁶ 駒村圭吾「憲法的論証における厳格審査」『法学教室』338号40頁(2008年)42頁。

⁷ 市川正人「最近の『三段階審査』論をめぐって」『法律時報』83巻5号6頁(2011年)9頁。

⁸ 市川・前掲注(7)9頁、高橋和之「『通常審査』の意味と構造」『法律時報』83巻5号12頁(2011年)19頁。

⁹ 松本・前掲注(4)37頁、高橋・前掲注(8)19頁、高橋和之「違憲審査方法に関する学説・判例の動向」『法曹時報』61巻12号1頁(2009年)13頁。

¹⁰ 高橋・前掲注(8)19頁、高橋・前掲注(9)13頁、松本・前掲注(4)38頁。

¹¹ 松本・前掲注(4)37頁。

¹² 君塚正臣「二重の基準論とは異質な憲法訴訟理論は成立するか」『横浜国際経済法学』18巻1号17頁(2009年)39頁。

¹³ 高橋・前掲注(9)12頁。

用の指針、適用にあたっての考慮事由(比例原則の寛厳を左右する要因)を明確化してゆくことの必要性¹⁴、および、類型的事案ごとに比例原則の多段階化の志向¹⁵が説かれている。

もっとも、三段階審査論に批判的な論者も、アメリカの手法がよいのか、ドイツの手法がよいのかということではなく、わが国の違憲審査制の適切な運用をもたらすための理論枠組みをどう構築するのが重要であり、三段階審査論の問題提起、提案を受けて、今後、アメリカ型違憲審査基準論を提唱してきた論者との間で「建設的な対話」がなされるべきことが提唱されている¹⁶。実際、ドイツ由来の三段階審査論とアメリカ由来の審査基準論との相補的な議論¹⁷や融合可能性¹⁸を指向する議論もある。ただ、憲法裁判所型の違憲審査において発達した理論が付随的違憲審査制においてそのまま妥当しうるのが問題であり、三段階審査論をわが国に導入するのであれば、両制度の相違をふまえての「変換」がなされなければならない、その際、違憲審査の民主的正当性の問題と付随的違憲審査制において裁判所が具体的な事件に迫られて憲法判断をすることの意義を考慮する必要性が説かれている¹⁹。

このような議論状況は、比較の対象をドイツとアメリカに限定したことに規定されていると考えられるが、筆者には以下のような疑問がある。1つは、三段階審査論なかでも比例原則はドイツのみに由来する議論なのか、言い換えると、比較検討の対象とすべき比例原則の形態はドイツのみであるのか、との疑問である。青井教授は、世界を見渡せば憲法裁判のありようは「独自路線をゆくアメリカ」と「その他の国々」とに大別されつつあり、三段階審査を採用し、〈適合性・必要性・狭義の比例性〉の3原則から構成された比例原則を適用する後者の様式は、コモンウェルスのシステムにも及んでいることを指摘する²⁰。実際カナダでは、

¹⁴ 市川・前掲注(7)10頁。

¹⁵ 石川健治「夢は稔り難く、道は極め難し」『法学教室』340号53頁(2009年)58頁。

¹⁶ 市川・前掲注(7)9頁。

¹⁷ 青井・前掲注(3)74頁。

¹⁸ 駒村・前掲注(6)51-52頁。

¹⁹ 市川・前掲注(7)10-11頁。

²⁰ 青井・前掲注(3)68頁。

ヨーロッパ人権裁判所の判例に影響を受けて比例原則を採用している。比較憲法的な観点からは、比例原則の現代的発展形態の諸相を明らかにし、比例原則をより広い視野から分析する必要性がある。2つめの疑問は、三段階審査論が説くように、違憲審査を3つの段階に分節することがどこまで普遍性を有するのか、との疑問である。同じく青井教授は、英語文献では「二段階（侵害→正当化）」と把握するのが一般的であることを指摘する²¹。カナダでも違憲審査を二段階でとらえている。最後は、三段階審査論の上記(d)の問題点にも関連するが、ドイツ由来の三段階審査論なかでも比例原則を「付随審査の国には異質なはずの彼の地の知恵」²²と捉えることへの疑問である。もちろんドイツの議論は憲法裁判所を持つ国の学説や判例理論であるが、付随的違憲審査制度の国においても同様の審査方法がとられているのであれば、比較憲法的には、三段階審査方法なかでも比例原則は決して憲法裁判所型の制度に固有のものとはいえない。実際付随的違憲審査制度を原則とするカナダでも二段階審査と比例原則が採用され、通常裁判所における違憲審査の立証責任の配分や、違憲審査の民主的正当性が詳細に議論されている。

そこで本稿は、上記の疑問に答えつつ、比例原則の問題点への対処方法を模索し、わが国の違憲審査制の適切な運用をもたらすための理論枠組みを構築するための予備的考察として、カナダにおける「オークス・テスト」なかでもその重要な構成要素である「比例テスト」について、主にカナダ最高裁判所の判例を中心に分析し、そこから日本法への示唆を得ることを目的とする。

I カナダ憲法と人権保障

1 カナダ憲法

カナダ憲法は、1つの成文の「憲法典」で構成されているのではなく、グレート・ブリテンおよびアイルランド連合王国の議会制定法である

²¹ 青井・前掲注(3)68頁注1)。

²² 棟居快行「ロースクール憲法が生んだ新しい理論体系『憲法上の権利』の作法』『法学セミナー』656号143頁(2009年)143頁。

「1867年英領北アメリカ法」(現「1867年憲法」)、同法の改正法群、「1982年憲法」、ウェストミンスター法等の法令、および、憲法上の慣例の集合体で構成されている。そして、1982年憲法52条2項は、最高法規性を有するカナダ憲法の範囲を規定している。現在、カナダ憲法として最も重要と考えられている実定法は、1867年憲法および1982年憲法である。

1867年憲法は、専ら統治機構を規定し、人権保障に関する一般的規定を有していない。1982年憲法は、一般的人権規定に相当する「権利および自由に関するカナダ憲章」(以下、「人権憲章」という。)を規定する。また、1982年憲法の第2章は、主に個人的権利を保障する人権憲章とは別に、集団的権利を中心とするカナダの先住民族の権利を保障する。この憲法は、従来憲法を否定するものではなく、これまで不完全であった部分を新たに追加し、従来憲法を発展させるものと理解できる²³。

2 「権利および自由に関するカナダ憲章」

1982年憲法の第1章は「権利および自由に関するカナダ憲章」であり、カナダ憲法史上初の一般的人権規定である。人権憲章の1条は本稿の検討対象となる一般的人権制約条項である。それに続き、人権憲章は7つの権利のカテゴリーを規定する。「基本的自由」(2条)には、良心および信教の自由、表現の自由や結社の自由等が含まれる。「民主的権利」(3条から5条)では、選挙権や被選挙権等が保障されている。「移転の権利」(6条)は、移転の自由とその制限を定める。「法的権利」(7条から14条)には、生命、自由、身体の安全に対する権利やその他の刑事手続上の諸権利が詳細に規定されている。「平等権」を保障する15条1項は、人種、出身民族、宗教、性別、年齢、精神的もしくは身体的障害等による差別を禁止し、15条2項は積極的差別解消措置を明示的に認める。「カナダの公用語」(16条から22条)では、英語とフランス語が連邦およびニュー・ブランズウィック州の公用語であり、連邦および同州の議会、裁判所等において、英語またはフランス語を使用する権利等が規定されている。最後に「少数派言語教育権」も23条で保障されている。しかし、財産権

²³ カナダ憲法の解説および条文は、高橋和之編『[新版]世界憲法集 第2版』(岩波文庫、2012年)95頁以下(佐々木雅寿 訳・解説)等参照。

保障を理由に裁判所が社会経済立法等を違憲と判断することへの懸念等により、人権憲章には財産権保障の規定はない²⁴。また、社会権の明示的保障もない。

人権憲章24条1項は、自己の人権が侵害された者に、「裁判所が事情に応じて適正かつ正当であると認める救済」を求める権利を保障する。

以上のように、人権憲章は主に自由権を保障している。しかし、23条が規定する少数派言語教育権は、請求権的側面を有する権利（positive right）であり²⁵、かつ、集团的権利としての要素も含んでいると解することができる²⁶。

人権憲章は、「現代的権利章典（modern bill of rights）」²⁷とよばれている。その特徴の1つが適用除外条項と呼ばれる人権憲章33条1項であり、この規定により、連邦議会および州の議会は、人権憲章2条または7条から15条が規定する権利や自由を、憲法上有効に制限ないしは否定することができる。この条項は、人権憲章がカナダ憲法の伝統である議会主権を損なう等の理由でその制定に反対していた州の同意を得るための政治的妥協の産物である。適用除外条項は、さまざまな政治的理由のため、実際に使用されることは多くはないが、憲法上の人権保障を不完

²⁴ P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supplemented (Carswell, 2007) at 47-10. この点に関しては、中島徹「カナダ憲法における財産権条項の欠如」『比較法学』32巻1号133頁（1998年）参照。しかし、現在でも連邦政府に適用されるカナダ権利章典の1条（a）が財産権を保障している点に留意する必要がある。カナダ権利章典については、佐々木雅寿「カナダにおける違憲審査制度の特徴（上）」『北大法学論集』39巻2号（1988年）355-360頁参照。

²⁵ R.J. Sharpe & K.E. Swinton, *The Charter of Rights and Freedoms* (Irwin Law, 1998) at 32.

²⁶ 同様に、1867年憲法93条が保障する宗教的少数者の教育に関する権利や特権にも集团的権利の要素を読み取ることができよう。集团的権利については、L. Cardinal, “Collective Rights in Canada: A Critical and Bibliographical Study” (2000-2001) 12 N.J.C.L. 165. 参照。

²⁷ ローチ教授は、カナダの人権憲章とその影響を受けて1990年代に制定されたニュー・ジーランド、イスラエル、イギリス等の人権保障規定を「現代的権利章典」と呼んでいる（K. Roach, *The Supreme Court on Trial* (Irwin Law, 2001) at 238, 343.）。

全なものにすると批判されている。しかし、この条項は、人権に関する裁判所の判断を最終的なものとすることなく、人権問題に関し議会にも重要な役割を演じさせるための制度であり、人権問題に関し裁判所と議会が対話し、協力することを可能とする契機が含まれていると解することもできる。その意味で、カナダ憲法上の人権保障制度は、議会による人権保障に期待するイギリス型と裁判所による人権保障を重視するアメリカ型との中間型と評価することもできよう。

3 違憲審査制

カナダにおいては、原則として、すべての裁判所が違憲審査権を行使することができる。ところが、政府が裁判所に対して勧告的意見を求めるための照会制度が、連邦およびすべての州で採用されており、また、ある法律の合憲性に関する宣言的判決を求めるスタンディングが相当程度拡大されているため、裁判所に抽象的な憲法問題が提起され、それに対して裁判所が判断を下すことが多くある。その意味で、カナダの違憲審査制度は、付随的違憲審査制度を原則としつつも、大陸型違憲審査制度とアメリカ型制度の中間的な要素も備えているといえる。ただ、付随的具体的違憲審査の性格が主要なもので、独立的抽象的違憲審査の性格はあくまで補助的・副次的なものである²⁸。

II 人権制約の違憲審査

1 人権憲章1条の規定

人権憲章1条は、『『権利および自由に関するカナダ憲章』は、法で定められ、自由で民主的な社会において明確に正当化することができる合理的制約にのみ服することを条件に、この憲章で規定する権利および自由を保障する。』と規定する。この規定は、人権憲章で規定された諸権利を「保障」と同時に、「制約」が正当化されるための条件を規定する。このような一般的人権制約条項は、いかなる権利も絶対的ではな

²⁸ 詳しくは、佐々木雅寿「(a)カナダ」杉原泰雄編『新版体系憲法事典』（青林書院・2008年）261頁参照。

く、他者の権利や社会全体の利益のために制約を受ける場合があるという観念を示しているが、この考えや1条の文言は、特に、ヨーロッパ人権条約の影響であることが指摘されている²⁹。

2 二段階審査

人権憲章1条の下、人権制約の合憲性は、人権制約の有無の判断とその正当性の判断という二段階に分けて審査される。このような二段階審査も、ヨーロッパ人権条約および市民的及び政治的権利に関する国際規約の影響であり、それらの条約に関する判例理論がカナダにおける人権憲章1条の学説や判例に採用されている³⁰。

(1) 人権制約の判断

人権に関する違憲審査の第一段階で裁判所は、人権憲章で規定された権利や自由の意味を探り、その後、かかる権利・自由の制約の有無を判断する。この段階では、自己の人権が侵害されたことを主張する者が立証責任を負う。

カナダ最高裁は、人権憲章は、制定当時には予想されていなかったような新しい社会的、政治的变化に対応するために成長し発展するような方法で解釈されなければならないことを強調し³¹、憲法制定者の意思に厳格に従う解釈方法を採用していない³²。また、同裁判所は、人権憲章の性格と全体的な目的、使用された文言、当該概念の淵源等を考慮する「合目的的 (purposive)」解釈方法を採用し、人権をなるべく広く定義するように努めている³³。

²⁹ Hogg, *supra* note 24 at 38-2; D. Gibson, *The Law of the Charter: General Principles*, (Carswell, 1986) at 134; L.I. Rotman et al. *Constitutional Law*, (Thomson Carswell, 2008) at 769-770.

³⁰ Hogg, *supra* note 24 at 38-2 – 38-3.

³¹ See *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357 at paras. 10-11.; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145 at 155-157.

³² *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486 at paras. 35-68.

³³ *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295 at paras. 116-117.

人権憲章は「カナダ国民の多文化的伝統の維持および発展と一致する方法によって解釈されなければならない。」と規定する人権憲章27条に関しては、佐々

このような解釈方法を用いることにより、カナダ最高裁は一般に、人権を定義する段階では、人権と他の利益等の調整を行わず、個々の人権を広く定義する傾向にある³⁴。その結果、人権の制約が比較的容易に認められることになる。

(2) 人権制約の正当性審査－オークス・テスト (Oakes Test) －

人権制約が認定されると第二段階へ移行し、裁判所はかかる制約が、「法で定められ、自由で民主的な社会において明確に正当化することができる合理的制約」であるか否かを判断する。この段階は、人権憲章1条の解釈と適用の段階である。ここでの立証責任は人権制約の正当性を主張する者すなわち政府に課される。

人権憲章1条により人権制約が正当化されるためには、かかる制約が、法により規定され(形式的要件)、かつ、自由で民主的な社会において明確に正当化される合理性を備えていなければならない(実質的要件)。後者の実質的要件の審査基準は、1986年にカナダ最高裁によって「オークス・テスト」として定式化された³⁵。それによると、審査内容は、目的の重要性審査と「比例テスト (proportionality test)」による目的と手段の関係審査に分かれるが、後者の比例テストは、目的と手段の合理的関連性、人権制約の最小性、目的の重要性と手段の効果との比例性の3つの要素で構成される。

このように人権憲章1条の下、①人権制約の法定性、②目的の重要性、③目的と手段の合理的関連性、④人権制約の最小性、⑤目的の重要性と手段の効果との比例性という5つの要素が検討される。

この比例テストの採用も、主に、ヨーロッパ人権裁判所の判例理論の影響であると考えられる³⁶。

木雅寿「カナダ憲法における多文化主義条項」『法学雑誌』53巻4号191頁(2007年)参照。

³⁴ 人権が狭く定義された例に関しては、Sharpe & Swinton, *supra* note 25 at 34. 参照。

³⁵ *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 at paras. 62-71. 佐々木雅寿「カナダ憲法における人権保障の特徴」『ジュリスト』1244号196頁(2003年)199頁参照。

³⁶ 1982年に公開された人権憲章のコンメンタールである W. S. Tarnopolsky & G. Beaudoin eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Carswell,

以下では、人権制約の正当性審査について説明を加える。

1982) の中の、H. Marx, “Entrenchment, Limitations and Non-Obstante” at 61. は、ヨーロッパ人権条約に関するヨーロッパ人権裁判所の判例が比例原則を用いていることを参考にする (at 63-66)。

カナダ憲法の最も代表的な教科書である P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2nd. ed. (Carswell, 1985) at 687-688 は、*Oakes* 判決が出される前の 1985年に、人権憲章 1 条の解釈に、ヨーロッパ人権裁判所の *Sunday Times v. United Kingdom* (1979) 2 European Human Rights Reports 245 (Eur. Ct. of Hum. Rts.) を参考にすべきで、人権憲章 1 条の「合理的」という文言は、人権制約と正当な政府目的との合理的関連性を要請し、また、人権制約の目的がいかに重要であっても、人権制約は当該目的達成に必要な程度を超えてはならないという、比例性の概念を含んでいることを主張する。

Quebec Association of Protestant School Boards v. A. G. Quebec (No.2) (1982), 140 D.L.R.(3d) 33 (QCSupCt) at 77 (per Deschênes C.J.S.C.); *Re Jamieson and The Queen* (1982), 142 D.L.R. (3d) 54 (QCSupCt) at 69 (per Durand J.) は、人権憲章 1 条の正当化審査において、立法手段が立法目的達成のために比例性を具備しているかどうかを基準とした。特に、前者の判決は、ヨーロッパ人権条約に関するヨーロッパ人権裁判所の判決、アメリカ合衆国最高裁判所のいくつかの判例、イギリスの判決例、カナダの判決例を検討したうえで、比例原則を抽出している (at 72-78)。

R. v. Keegstra (1984), 19 C.C.C. (3d) 254 (ABQB) at paras. 73-95. は人権憲章 1 条の正当化審査において、立法目的の合理性 (rationality)、権利制限の程度に関する比例性 (proportionality)、他の自由で民主的な国における類似の法制度との比較 (comparison) という 3 つの要素を検討すべきであるとする (per Quigley J.)。最後の比較は、より制限的でない他の手段の有無を検討する可能性を示していると解される。

R. v. Bryant (1984), 15 D.L.R. (4th) 66 (ONCA) at 74. は、人権憲章 1 条の正当化審査において、人権制約的な立法の目的と制約を受ける権利や自由との比較考量が必要であることを指摘する (per Blair J.A.)。

また、*Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, [2007] 2 S.C.R. 610. におけるカナダ最高裁の全員一致の意見は、現代における比例原則の定式化は、ドイツ憲法裁判所とヨーロッパ人権裁判所により行われ、カナダ最高裁がオークス・テストで定式化した比例テストも、そのような比例原則の諸要素を反映していることを指摘する (at para. 36)。

それに対し、D. Grimm, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence” (2007) 57 UTLJ 383 at 384. は、①実際にはそうではなかったが、

Ⅲ 制約

人権憲章1条は、人権が一定の「制約 (limits)」に服することを明示する。この制約の意味について、カナダ最高裁は、1984年の *A. G. (Que.) v. Quebec Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R.66. において、全員一致の意見として、人権の「制約 (limits)」と「明白な矛盾 (direct conflict)」とを区別し、制約は人権憲章1条のもとで正当化しうるが、明白な矛盾は正当化できないため、正当性審査を受けずに違憲となりうることを示唆した³⁷。これは、人権憲章1条により正当化できる人権「制約」と正当化できない人権の「否定」との区別と解されるが、この区別は、多様な人権侵害をこの2つのカテゴリーに分類するための法的基準がないと批判された³⁸。

その後、カナダ最高裁は、1988年の *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712. において、全員一致の意見として、1984年の *Quebec Protestant School Boards* 判決で示唆された制約・否定二分論の適用範囲を大幅に狭めた。原告は、問題となっている法律は表現の自由の制約ではなく否定であるから、当該法律は人権憲章1条の正当化審査に服しないと主張した。それに対し最高裁は、① *Quebec Protestant School Boards* 判決の事案は、人権憲章23条で保障された少数派言語教育権をケベック州において完全に否定するもの(a complete denial)、すなわち、23条が保障した具体的で限定的な権利の潜在的な行使範囲と人権否定の

ドイツがカナダの比例テストのモデルとなり得た可能性を示唆し、②ドイツとカナダの比例原則は用語法のレベルでは多少の違いがあるが、内容面では類似していること、③しかし、両国の比例原則の適用の仕方に違いがあることを指摘し、④最大の違いが、カナダでは比例テストの第二段階（人権制約の最小性）でほとんどの法が違憲となり、ドイツでは比例原則の最終段階（狭義の比例原則）が重要な審査となる点にあることを指摘する。

A. Barak, "Proportional Effect: The Israeli Experience" (2007) 57 UTLJ 369 at 370 は、カナダ最高裁は、ドイツ憲法裁判所の判例理論、または、ドイツ法から影響を受けたヨーロッパ人権裁判所から影響を受けたと推測する。

³⁷ *A. G. (Que.) v. Quebec Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R.66 at 88.

³⁸ Hogg, *supra* note 24 at 38-11.

範囲が完全に一致したものであり、そのような効果を伴う人権保障の例外は人権憲章 1 条にいう制約とはなり得ない、② *Quebec Protestant School Boards* 判決は、権利の潜在的行使の全範囲と権利否定の範囲が一致する場合のような保障された権利の真性の完全否定 (a truly complete denial) のかなり稀有な例であり、当該判決は、法律の規定の効果が、当該権利や自由の潜在的行使の範囲における限定された一部範囲において当該権利や自由を否定したりその行使を禁止した場合、その規定は人権憲章 1 条の正当性審査に服することのできる制約ではないという主張の先例とはならない、③ 上述した保障された権利の真性の完全否定のかなり稀有な例を除き、人権の否定と制約との区別は、人権憲章 1 条の適用を否定する理にかなった根拠ではない、④ しかし、権利や自由の潜在的行使の範囲における限定された一部範囲において当該権利や自由の行使を一切禁止する制約と、権利や自由の制限された行使を認める制約との区別は、人権憲章 1 条の比例テストを適用する際に有意義であるかもしれない、と説示した³⁹。これにより、人権に対する厳しい制限であっても人権憲章 1 条の正当化審査を受ける「制約」となりうるが、制約の程度は、比例テストで考慮されることになる⁴⁰。

IV 法で定められた制約

人権制約が人権憲章 1 条により正当化されるための第一関門は、人権の制約が「法で定められ (prescribed by law)」ていることである。Hogg 教授は、人権制約の法定要請は、立憲主義と法の支配の基礎にある 2 つの価値、すなわち、① 公務員による恣意的で差別的な行為を排除するために、権利を侵害するすべての公務員の行為は法の根拠を要すること、および、② 市民は、それに従い行動できるように、何が禁止されているのかについて知る合理的機会を持たなければならないこと、を反映していると指摘する。そしてこの 2 つの価値は、(a) 法は市民に対して十分にアクセス可能 (accessible) でなければならない、(b) 法は、人々

³⁹ *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712 at paras. 64-66.

⁴⁰ Hogg, *supra* note 24 at 38-11.

がそれにより自己の行為を規律し、法を適用する者に指針を示すために、十分な明確さ（precision）で規定されなければならない、という2つの要請が満たされた場合に実現すると説明する⁴¹。それ以外にも、人権の制約は、かかる制約についての民主的議論を促進し、説明責任を果たすためにも明確に示されなければならないという要請もあげられる⁴²。

2009年の *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students – British Columbia Component*, [2009] 2 S.C.R. 295. では、公共交通機関のバスの側面に掲示することができる広告は商業用に限られ、政治的広告は掲示することができないとする公共交通機関が定めた政策（policy）が、表現の自由を侵害するかどうか争点となった。カナダ最高裁の多数意見は、人権制約の法定要件に関するカナダ最高裁の判例を概観し、以下のような説明を加えた。まず、カナダ最高裁の判例は、政府の行為（government acts）の合憲性が争われた事例と法（laws）の合憲性が争われた事例とを区別していることを指摘し、本件は、政策に基づく当局の決定が問題とされているのではなく、政策の合憲性が問題とされているため、後者の事例であるとする。そして、当該政策が法定要件を満たすかどうかを判断するため、第一に、政策は「法」という文言の意味に含まれるかどうかを判断するため、当該政府機関が問題とされる政策を制定する権限を付与されているかどうかと、その政策は一般的に適用される拘束力を持つルールであるかどうかを検討し、それが肯定されれば政策は人権憲章1条のいう「法」となりえ、第二に、法で「定められ」たかどうかを判断するため、政策が十分に明確（precision）でアクセス可能（accessible）かどうかを検討すると説明するが、ここで上記 Hogg 教授の教科書の記述を引用する⁴³。

続いて多数意見は、人権制約の法定要件は、恣意的な人権制約から人々

⁴¹ *Ibid.*, at 38-12. Hogg 教授はここでも、ヨーロッパ人権裁判所の *Sunday Times v. United Kingdom* (1979) 2 European Human Rights Reports 245 (Eur. Ct. of Hum. Rts.) を参照する。

⁴² R. J. Sharpe & K. Roach, *The Charter of Rights and Freedoms* 4th ed. (Irwin Law, 2009) at 66.

⁴³ *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students – British Columbia Component*, [2009] 2 S.C.R. 295, at para. 50.

を保護するためのものであることを強調し、カナダ最高裁は「法」を狭義には解釈せず、規則 (regulation)、コモン・ロー、条例、法の文言または法施行に要請されるものから当然に含意される結果による制限等も法定要件を満たすと説示する。その理由は、それらのものは、制定法により授權され、一般的に適用される拘束力を持つルールであり、それらの規範が適用される者に対して十分にアクセス可能で明確であり、恣意的な国家行為を排除し、個人や国家の機関に対して、どのように行動すべきかについて十分な情報を与えることができるからである⁴⁴。

またカナダ最高裁は、明確さの要件に対しても柔軟なアプローチをとり、絶対的な明確性は望むことはできず、市民や法を適用する者が理解することができる基準を提示していれば法定要件の実質的内容を満たすと説示する⁴⁵。

そして多数意見は、本件で問題となった政策が法定要件を満たすかどうかを判断する際、行政的性格の政策と立法的性格の政策とを区別する。行政的性格の政策は、行政内部の管理に向けられ、明示的な制定法上の授權を要せず、行政内部での利用にとどまり、個人の権利や義務を変更せず、通常、行政内部でしかアクセスができないものであり、それは人権憲章1条のいう「法」には該当しない。それに対し、立法的性格の政策は、制定法により授權され、拘束力を持つ一般的な規範や基準を設定し、十分にアクセス可能で明確なものであり、これは、人権憲章1条の「法」を構成する⁴⁶。結論として当該政策は、後者の立法的政策であり、人権憲章1条のいう「法」に該当すると判断された⁴⁷。

以上をまとめると、人権制約の法定要件の実質的要件は、主に、(ア)法制定権限の有無、(イ)一般的拘束力のあるルールかどうか、(ウ)十分な明確性、(エ)十分なアクセス可能性によって判断され、形式的要件としては、それらの実質的要件を満たす、規則、コモン・ロー、条例、立法的政策等が、人権憲章1条のいう「法」に該当する。

⁴⁴ *Ibid.*, at paras. 51-53.

⁴⁵ *Ibid.*, at paras. 54-56.

⁴⁶ *Ibid.*, at paras. 58-66.

⁴⁷ *Ibid.*, at para. 73.

したがって、公務員や行政機関等に人権を制限する無制限の裁量や漠然としか範囲を規定していない裁量を与える法は人権制約の法定要件を満たさないが⁴⁸、制定法上の根拠がある人権制限の裁量が理解可能な基準に服していれば、かかる要件を満たしうる⁴⁹。

人権制約の法定要件は、法文の漠然性の問題とも関連するが、これまでカナダ最高裁は、この論点にも柔軟な対応をして、漠然性故に無効との主張に対して好意的な態度は示していない⁵⁰。

V 自由で民主的な社会において明確に正当化することができる合理的制約

1 オークス・テスト (Oakes Test)

人権制約が人権憲章1条のもとで正当化されるための第二関門は、人権制約が「自由で民主的な社会において明確に正当化することができる合理的制約 (such reasonable limits as can be demonstrably justified in a free and democratic society)」であることである。カナダ最高裁の Dickson 長官は、1986年の *R v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. において、この第二関門の判断基準を以下のように定式化した⁵¹が、この点に関しては全員一致の意見であった。

制約が自由で民主的な社会において明確に正当化することができる合理的制約であるためには2つの主要な基準 (criteria) が満たされなければならない。第一に、人権憲章上の権利や自由を制約する手段が達成しようとする目的は「憲法上保障された権利や自由を制限する根拠となるほど十分に重要 (of sufficient importance)」でなければならない (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352)。些細なまたは自由で民主的な社会に不可欠の諸原理と調和しない目的が人権憲章1条の保護を受けないようにするために、この基準は高く設定されな

⁴⁸ Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 65-66.

⁴⁹ See Hogg, *supra* note 24 at 38-14 – 38-16.

⁵⁰ See Hogg, *ibid.*, at 38-16 – 38-17; Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 67-68.

なければならない。目的が十分に重要と性格づけられる前に、最低限、目的は自由で民主的な社会において緊急かつ重大な (pressing and substantial) 事項に関連していなければならない。

第二に、十分に重要な目的が認定されれば、次に人権憲章1条を援用する当事者は、選択された手段が合理的で明確に正当化されることを示さなければならない。ここでは「比例テストの枠組み (a form of proportionality test)」が用いられる (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352)。比例テストの性質 (nature) は事情に応じて変化するが、各事案において裁判所は社会の利益と個人や団体の利益とを比較衡量することが求められる。私の見解では、比例テストには3つの重要な構成要素がある。第一に、採用された手段は問題となっている目的達成のため注意深く設計されていなければならない。手段は恣意的、不公正、また、不合理な考慮に基づくものであってはならない。要約すると、手段は目的と合理的に関連 (rationally connected to) していなければならない。第二に、第一段階において手段が目的と合理的に関連していたとしても、手段は、問題となっている権利や自由を「可能な限り小さく (as little as possible)」侵害するものでなければならない (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352)。第三に、人権憲章の権利や自由を制約する手段の効果 (effect)と、「十分に重要」と認定された目的との間に比例性 (proportionality) がなければならない。(下線は原文。)⁵¹

⁵¹ *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 at paras. 69-70.

R. v. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 S.C.R. 295 において多数意見を述べた Dickson 裁判官 (当時) は、「いかなる政府の目的が憲法上保障された権利や自由を制限する根拠となるほど十分に重要 (of sufficient importance) であるかを認定するための諸原理が今後展開されなければならない。ひとたび十分に重要な政府利益が認定されれば、当該利益達成のために採用された手段が合理的か否かが判断されなければならない——比例テストの枠組み (a form of proportionality test)。裁判所は、当該目的達成のために採用された手段は、問題となっている権利や自由を可能な限り小さく (as little as possible) 侵害するものであるかどうかを審査することも許されるであろう。」と説示していた (at para. 139)。

これは、その後「オークス・テスト」と呼ばれているものであるが、それは、目的審査と「比例テスト」で構成されている。要約すると、オークス・テストは、①目的の重要性、②目的と手段の合理的関連性、③人権制約の最小性、④目的の重要性と手段の効果との比例性の4つの内容で構成されている⁵²。Dickson 長官は、この判断基準を「1つの厳格な正当化基準 (a stringent standard of justification)」⁵³として設定した。

2 目的の重要性

(1) 概要

先に引用したように、Dickson 長官は、人権制約の目的が「十分に重要」で「自由で民主的な社会において緊急かつ重大な事項」に関連していなければならず、「自由で民主的な社会に不可欠の諸原理と調和しない目的」は目的審査をクリアしないと説示する。

Dickson 長官は、この説示の前に、人権憲章1条の解釈指針として、①1条の審査は、問題となる制約はカナダの最高法規の一部である憲法上の権利や自由を侵害しているとの理解に基づかなければならないことと、②人権憲章を憲法に規定した目的は、カナダの社会が自由で民主的であろうとしたことであり、カナダ最高裁は、自由で民主的な社会に不可欠な諸価値や諸原理を指針とすべきで、それには、人間の固有の尊厳の尊重、社会的正義と平等の重視、多様な信念の調和、文化的および集団的アイデンティティーの尊重、個人や集団が社会に参加することを促進する社会的および政治的機関への信頼等が含まれることを強調する⁵⁴。また、2002年の *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519. におけるカナダ最高裁の多数意見は、人権憲章1条は何よりも権利を保障するものであるため、人権制約について正当化されうる目的の範囲は無制限ではなく、例えば、対立する権利の保護は正当化されうる目的ではあるが、ある権利を完全に廃止しようとする多数派の単な

⁵² Hogg, *supra* note 24 at 38-18; Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 68.

⁵³ *R v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 at para. 65.

⁵⁴ *Ibid.*, at paras. 63-64.

る政治的選考は憲法上有効な目的とはなり得ないと説示する⁵⁵。

これまでの裁判例は、目的の重要性に関する立法府の判断に敬讓を示し、目的審査をクリアーしない例はかなりの例外であり、97%の事案が目的審査をクリアーしたとする研究も紹介されている⁵⁶。カナダ最高裁が明らかに立法目的を拒絶した例は、1985年の *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. である⁵⁷。この事案では連邦の日曜休業法である「安息日法 (Lord's Day Act)」が人権憲章2条 (a) で保障する良心および信教の自由に違反するかどうかが争点となり、Dickson 長官によるカナダ最高裁の多数意見は、当該法律の目的は、「キリスト教徒の安息日を遵守することを強要すること」⁵⁸であり、それは人権憲章が良心および信教の自由を保障することと真っ向から対立するものであったため、人権制約の正当性審査はそこで終了した。Hogg 教授は、この判決により、人権憲章により憲法上保護された諸価値と矛盾する目的は、人権憲章1条の正当化根拠にはなり得ないことが明らかになったと説明する⁵⁹。

(2) 目的の認定方法—目的の一般化のレベル—

裁判所はこれまでほとんどの立法目的を十分に重要であると認定してきたが、目的審査はその後の比例テストにおいて重要な役割を果たしうる。有力学説からは、①裁判所が立法目的を高度に一般化して広く定義すると、その重要性は承認されやすくなるが、権利制約の最小性や、当該目的を達成するより制限的でない他の手段が存在しないことを政府が証明することがより困難となり、②立法目的をより狭く定義すれば、その重要性は自明ではなくなるが、当該人権制約を比例原則に適合的な手段として正当化することがより容易になり、さらに、③立法目的を当該法律の条文を繰り返すような形で過度に狭く定義すると、比例テストに

⁵⁵ *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519 at para. 20.

⁵⁶ Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 70.

⁵⁷ Hogg, *supra* note 24 at 38-25.

⁵⁸ *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295 at para. 136.

⁵⁹ Hogg, *supra* note 24 at 38-26.

よる審査がトートロジーになる危険性があることが指摘されている⁶⁰。そのため、オークス・テストは、法律の条文を繰り返すよりも高いレベルで一般化された立法目的を認定することを裁判所に要請するとの有力学説がある⁶¹。

この点、1998年の *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877. におけるカナダ最高裁の多数意見も、人権憲章1条の審査のためには、「立法目的の重要性を評価し、かつ、当該目的を達成するために作られた手段の精確さを評価するための明瞭な枠組みを提供するため、人権を制約する条文の目的をできるだけ正確かつ具体的に述べるのが望ましい。」と説示する⁶²。また、2002年の *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519. におけるカナダ最高裁の多数意見も、「漠然的で象徴的な目的」は、目的の重要性をほとんどの場合認められるが、そのような目的は人権制約の必要性や具体的に何を達成しようとしているのかについてはほとんど明らかにしないため、正当性審査をより困難なものとする旨を指摘する⁶³。さらに、2007年の *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, [2007] 2 S.C.R. 610. におけるカナダ最高裁の全一致の意見は、制定法は抽象度の異なるレベルで、異なる目的をもちうるが、立法目的がより広く、より包括的であればあるほど、当該目的を達成するための手段が人権制約の最小性要件を具備することの証明はより困難となる、と説示する⁶⁴。

このように、目的審査においては、どの程度一般化された立法目的を認定するかは重要な問題となっている。

(3) 法律全体の目的と人権制約の目的

Hogg 教授は、立法目的を認定する唯一の理由は、人権憲章の侵害に十分な正当性があるかどうかを判断するためであることを強調し、認定

⁶⁰ Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 71, Hogg, *ibid.*, at 38-19 – 38-22.

⁶¹ Hogg, *ibid.*, at 38-22.

⁶² *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877 at para. 98.

⁶³ *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519 at para. 22.

⁶⁴ *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, [2007] 2 S.C.R. 610 at para. 38.

されるべき立法目的は人権侵害の理由を示す目的でなければならないと主張する⁶⁵。

この点、たばこの広告を広範囲に禁止した連邦法が表現の自由を規定する人権憲章2条(b)を侵害するかどうか争点となった1995年の *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199. を例にとると、立法目的をたばこの害から公衆の健康を保護することと認定し、たばこの健康に対する害についての証拠を審査して当該目的の重要性を評価することには意味がない。なぜなら、そのような立法目的は、表現の自由を制限する理由に焦点を当てていないため、過度に広すぎるからである。この判決で目的審査に関するカナダ最高裁の多数意見を述べた McLachlin 裁判官は、「目的を誇張しないよう注意しなければならない。人権憲章1条の審査に必要な目的は、人権侵害的な手段の目的である（下線は原文）。なぜなら、ほかでもない人権侵害的手段の正当性が問題となっているからである。もし立法目的が過度に広く定義されるとその重要性が誇張され、審査は妥協的となる。・・・問題となっている手段の目的は、[たばこの消費による健康リスクからカナダ人を守ることよりも（筆者）] 幾分狭いものである。広告禁止とトレードマーク使用の制限の目的は、カナダに居住する人々が、広告や販売促進活動によりたばこを消費するよう説得されることを防ぐことであるに違いない。」、この限定的な目的はカナダ人一般をたばこの消費によるリスクから守るという広い目的と比較すると「より重要性は軽減される」が、表現の自由を制限することを正当化するに「十分に重要」な目的であると述べる⁶⁶。このように、人権侵害の目的は重要ではあるが、それ以外の考慮要素も注意を要する。

アルバータ州の私人間の雇用等における差別を禁止する人権保護法が、年齢、性別、人種、障害等のさまざまな差別禁止事由を規定してい

⁶⁵ Hogg, *supra* note 24 at 38-20.

⁶⁶ *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199 at paras. 144-146.

しかし、McLachlin 裁判官は、当該法律は人権制約の最小性の要件を満たさないため違憲と判断した。

たが、性的指向性 (sexual orientation) を差別禁止事由として列挙していないことが、人権憲章15条で規定する平等権を侵害するかどうかを争われた1998年の *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493. で、カナダ最高裁の多数意見は、性的指向性を差別禁止事由に規定しなかったことは人権憲章15条の平等権を侵害すると判示し、人権憲章1条の審査に移った。この点に関しては Iacobucci 裁判官により書かれた理由に裁判官全員が同意している。同裁判官は、①人権憲章1条の目的審査に関するカナダ最高裁の判例は、問題となっている法律全体の目的を検討しているものと、人権制約の目的のみを考慮するものに分かれているが、本件のように法律の過少包摂性により人権侵害が認められる場合には、当該法律全体、問題となる条項、そして特定の差別禁止事由の除外それ自体の目的をすべて適正に考慮すべきである、②オークス・テストの目的審査においては、問題となる人権制約の目的、本件では性的指向性を差別禁止事由から除外したことの目的に分析の焦点を当てなければならない、③しかし、当該除外の目的を理解するため、法律全体の目的と問題となっている条項の目的に対しても一定の考慮を払う必要がある、④本件で問題となった人権保護法全体の目的は、差別をなくすことにより、アルバータ州民の固有の尊厳と奪うことのできない権利を承認し保護することであり、これは緊急かつ重大な目的であり、問題となっている条項の目的は、雇用等の一定の状況下にあるアルバータ州民を差別から守ることであり、これも緊急かつ重大な目的である、⑤目的審査においては政府が当該除外の目的が緊急かつ重要なものであることを証明するよう要請されているが、かかる証明に関する主張等がなされていない場合、政府は証拠提出義務 (evidentiary burden) を果たすことができず、人権制約の正当性は証明されておらず、人権憲章1条の審査はこれで終了する、⑥仮に証拠提出義務を無視したとしても、当該人権保護法全体の目的はアルバータ州民の尊厳と権利の保護であり、性的指向性を差別禁止事由から除外することは同性愛者に対しそのような保護を実質的に否定することになり、本件のように、特定の差別禁止事由を立法上除外することが文面上 (on its face) 当該法律全体に具体化された諸原理と正反対のものである場合、当該法律は問題となる除外の目的とその重要性を示唆することもできず、目的審査を通過することはできない、と説示する⁶⁷。

このように、目的審査においては、人権侵害の手段の目的が最も重要視されるが、事案に応じて、法律全体の目的や当該手段が規定されている条項の目的も考慮する必要がある。

3 目的と手段の合理的関連性

(1) 概要

オークス・テストの第二閥門で、比例テストの第一要素は、目的と手段の合理的関連性の審査である。先に引用したように、「採用された手段は問題となっている目的達成のため注意深く設計されていなければならず」、「手段は恣意的、不公正、また、不合理な考慮に基づくものであってはならない」。この段階でも裁判所は立法府に対し敬讓的で、この審査をクリアできない事例は少ない⁶⁸。

1986年の *Oakes* 事件判決は、その例外的事案の1つである。この事案では、連邦の麻薬取締法8条が、違法薬物を所持していた者は麻薬取引の目的で当該薬物を所持していたとの推定が働くと規定し、被告人に対し自分は取引のために当該薬物を所持していたのではないことの立証責任を負わせていた（立証責任の転換規定）ことが、無罪推定の権利を保障する人権憲章11条(d)に違反するかどうかで争われた。カナダ最高裁の Dickson 長官は、この論点に関し全員一致の意見で、麻薬取引の害悪から社会を守ることは十分に重要な目的ではあるが、目的と手段の合理的関連性がないと結論づけた。同長官は、麻薬の所持という基礎的な事実と取引目的の麻薬所持という推定された事実の間に合理的関連性がなければならぬが、少量または無視できるほどの量の麻薬の所持は当該所持が取引目的であるとの推定された結論を基礎づけず、非常に少量の麻薬所持から取引目的を帰結することは不合理(irrational)であり、また、当該規定が要請する推定は過大包摂である、と説示する⁶⁹。

多くの学説は、この事案は、目的と手段の合理的関連性審査ではなく、

⁶⁷ *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493 at paras. 109-116.

⁶⁸ Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 71.

⁶⁹ *R v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 at paras. 77-78.

人権侵害の最小性の審査で違憲とすべきであったと批判する⁷⁰。

1997年の *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358. も合理的関連性審査をクリアできなかった例である。この事案では、連邦の国籍法が、カナダ人を父としてカナダ国外で生まれた子供の場合、カナダ国内で出生登録をすれば自動的にカナダ国籍が取得できたのに対し、カナダ人を母としてカナダ国外で生まれた子供の場合、国籍を申請し、宣誓し、安全性審査を通過しなければ国籍を取得できないと規定していたことが、平等権の侵害に当たるかどうか争点となった。カナダ最高裁の全員一致の意見は、当該規定が人権憲章15条に違反すると認定し、人権憲章1条の審査に移り、将来カナダ人となる者が国家に危険を及ぼさないことを確保することは緊急かつ重大な目的であるが、当該目的とカナダ人を父とする子供とカナダ人を母とする子供とを区別する方法との間に合理的関連性はないと判示した⁷¹。

このように、合理的関連性審査は、恣意的または差別的な仮定に基づく法を正当化することを拒み、また、ある基準を差別的な手段で実行することも排除しうる⁷²。

Hogg 教授は、一時、合理的関連性の審査をクリアできない事案は非常に少なく、かつ、かかる例外的事案は人権制約の最小性の審査もクリアしないため、合理的関連性審査は余分で不必要なものであると主張していたが、現在はその主張を変えている⁷³。

(2) 合理的関連性の証明

カナダ最高裁は、人権制約と立法目的の合理的関連性について直接的な証明を常に求めているわけではなく、合理的関連性に科学的証明も常

⁷⁰ Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 72; Hogg, *supra* note 24 at 38-32 – 38-33.

⁷¹ *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358 at paras. 92-102.

⁷² Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 72. See *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students – British Columbia Component*, [2009] 2 S.C.R. 295.

⁷³ Hogg, *supra* note 24 at 38-34 – 38-35. Hogg 教授は、例として、麻薬取引の罪に問われている被告人に対して自分の名前を証明する責任を課した場合、そのような立証責任は、人権制約の最小性の審査はクリアするが、目的と手段の合理的関連性はないと説明する。

に要請していない⁷⁴。私人の選挙活動の規制に関する 2004年の *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827. におけるカナダ最高裁の多数意見は、合理的関連性の審査において連邦の法務総裁は、人権侵害と得られうる利益との間の因果関係を「理由または論理 (reason or logic)」をもとに証明しなければならないが、目的と手段の経験に基づく関連性 (empirical connection) を示すような過度に高度の証明をする必要はない、と説示した⁷⁵。また、2年以上の刑期で服役している在監者に投票権を否定している連邦の選挙法が選挙権を保障する人権憲章 3条および平等権を保障する人権憲章15条に違反するか否かが争われた 2002年の *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519. におけるカナダ最高裁の多数意見は、人権憲章 1条の審査の仕方に関して、①本件において立法府に対する敬讓は不適切であるが、立法の正当化は「科学的な意味における経験に基づく証明」を要請しない、②「ある事項は経験的または数学的な正確性をもって証明することができるが、哲学的、政治的そして社会的考慮を含む他の事柄はそのような証明をすることができない。」、③本件においては、証拠と関連する考慮事項をすべてふまえた合理的人間が人権制約の正当性を認めうる程度に説得力をもてば十分である、④合理的で理由に基づく正当性が求められている、⑤良識 (common sense) と推論に基づく理由づけは証拠を補充しうる、⑥しかし、良識の仮面をかぶった固定概念 (stereotype) や、人権憲章 1条の下で要請されている理由に基づく証明を敬讓で置き換えることに注意しなければならない、と説示する⁷⁶。

このような傾向があるため、カナダ最高裁は、ポルノグラフィと暴力の関連性に関する社会科学的データは決定的ではないにもかかわらず、わいせつな文書等の禁止と女性や子供を暴力から守るといった目的との合理的関連性を認めたり⁷⁷、手段と目的の因果関係に関する証拠が決定的ではないにもかかわらず、たばこの広告規制とたばこ消費の抑制と

⁷⁴ Hogg, *ibid.*, at 38-35; Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 73.

⁷⁵ *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827 at para. 104.

⁷⁶ *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519 at para. 18.

⁷⁷ *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452.

いう目的との合理的関連性を認めた⁷⁸。しかし、合理的関連性について今後どのような証拠が求められるのかは、判例の展開を待つ必要がある。

さらに、たばこの広告規制に関する2007年の *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, [2007] 2 S.C.R. 610. におけるカナダ最高裁の全員一致の意見は、たばこの消費問題のような複雑な社会問題に対する効果的対処方法は単純でも明白でもなく、何が有効で何が有効でないかについて議論の余地があり、対処の結果も科学的に評価することはできないかもしれないため、合理的関連性審査においても、立法府に対する敬讓が適切でありえ、そのような事案においてどのような手段を採用するのかについての連邦議会の判断には、相当な敬讓が示されるべきである、と説示した⁷⁹。他にどのような事案において、立法府に対する敬讓が求められるのかについても、今後の判例の展開を待つ必要がある。

4 人権制約の最小性

(1) 概要

比例テストの最も重要な要素は、人権制約の最小性審査である⁸⁰。Dickson 長官は、この審査を、1986年2月28日の *Oakes* 事件判決では、「手段は、問題となっている権利や自由を『可能な限り小さく (as little as possible)』侵害するものでなければならない」と定式化した。しかし同長官は、同年12月18日の *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. では、他の2人の裁判官の同意のもと、①オークス・テストは、過去のカナダ最高裁判例を要約し、発展させたものであり、②証明の基準を設定したり、比例原則の内容を構成する基準 (criteria) を説明する際にも、当裁判所は、厳格で柔軟性を欠く基準 (standards) を注意深くさけてきたことを指摘する。その際、同長官は、比例テストの第二要素を、人権制約の手段は当該権利を「可能な限り小さく (as

⁷⁸ *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199.

⁷⁹ *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, [2007] 2 S.C.R. 610 at para. 41.

⁸⁰ Hogg, *supra* note 24 at 38-36; Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 74.

little as possible)」侵害するものでなければならないと確認しているが⁸¹、その直後、本件における中心的争点は、問題となっている法律が信教の自由を「合理的に可能な限り小さく (as little as is reasonably possible)」侵害するか否かであると定式化し直し、判断すべきは、信教の自由に対するより小さな有害な効果を伴いつつ、立法目的を達成する「他の合理的な規制枠組み」が存在するかどうかであると説示した⁸²。ここでは、人権制約の最小性審査が、事案に応じて、多少厳格度が下げられたり、柔軟に行われうることが示唆されている⁸³。

多数の事案が、人権制約の最小性の要件を満たさないとの理由で違憲となっている。違憲判決においてカナダ最高裁は、問題となっている法よりも人権に対しより制限的でなく、かつ、立法目的を達成しうる他の法が立法府に利用可能であったことを認定している⁸⁴。特に、問題となっている権利を部分的に制限するのではなく、全面的に否定する人権制約は、通常、人権制約の最小性審査をクリアーすることはできない⁸⁵。

しかし、カナダ最高裁は、単に裁判所が人権制限がより小さいかもしれない他の手段を思いつくことができるとの理由で、人権制約の最小性の要請を機械的に適用して法を違憲とすることはしていない⁸⁶。この点、1997年の *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569. におけるカナダ最高裁全員一致の意見は、人権制約の最小性に関し、①政府は、問題となっている手段が立法目的を達成するために、表現の自由を「合理的に可能な限り小さく」侵害することを示さなければならない、②つまり、法は必要以上に権利を侵害しないように注意深く作られていなければならない、③立法過程において完璧性はほとんどありえず、裁判所は立法府に対しある程度の自由度 (some leeway) を許容しなければならず、④法が合理的な複数の選択肢の範囲内にあれば、裁判所は、

⁸¹ *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713 at paras. 121-122.

⁸² *Ibid.*, at para. 131.

⁸³ See Hogg, *supra* note 24 at 38-41; Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 74.

⁸⁴ Hogg, *ibid.*, at 38-38.

⁸⁵ See *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Corbiere v. Canada*, [1999] 2 S.C.R. 202.

⁸⁶ Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 78.

人権制限をより小さくするかもしれない他の方法を思い出すことができるという理由で、法を過度に広汎であるとは判断しない、と説示した⁸⁷。

(2) 審査の厳格度

人権制約の最小性審査の厳格度に関し、Hogg教授は、カナダ最高裁の判例を分析し、1986年の *Edwards Books* 事件判決以降、カナダ最高裁は、人権制約の最小性の要請を柔軟に適用し、人権制約が最も小さい手段のみがこの審査をクリアすることができるとの立場をとることなく、人権制限を最小化するための立法府の合理的な努力を考慮するようになってきていること、および、カナダ最高裁は、立法府の判断が「評価の余地 (margin of appreciation)」の範囲内または裁量の範囲内、すなわち、合理的な立法府が人権を尊重しつつも判断が分かれうる範囲内にあれば、それに敬讓を示す傾向があることを指摘する。そして、カナダ最高裁が立法府の判断に対して一定の敬讓を示す根拠として挙げたものとして、①法が、子供のような傷つきやすい集団 (vulnerable group) を保護するために制定された場合、②たばこの広告規制のように、法が必ずしも決定的とはいええない複雑な社会科学上の証拠に基づいている場合、③法が、喫煙のような当該問題に対処する方法が多数あり、そのうちどの方法が最も有効であるかについて確証が持てないような複雑な社会問題を扱う場合、④定年制の問題のように、法が対立する集団の利益を調整する場合、⑤法が希少な資源の配分を行う場合などがある。また、⑥人権憲章と、独自性、多様性そして実験といった連邦制の諸価値とを調整する必要上、裁判所は州の立法府に対し評価の余地を認めるべきことが指摘されている⁸⁸。

最後の⑥に関し、Sharpe 裁判官らは、連邦制の価値を前提にすると、より制限的でない手段がカナダ国内の他の法域または他の国で用いられているとの証拠は、考慮に値するかもしれないが、決定的となることはほとんどないと指摘する⁸⁹。

⁸⁷ *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569 at para. 58.

⁸⁸ Hogg, *supra* note 24 at 38-38-38-43. See also Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 77-87.

⁸⁹ Sharpe & Roach, *ibid.*, at 75-76. そのような場合、政府は、他の制限的でな

これに対し、刑事手続における人権侵害のように、国家が唯一の人権侵害の主体として理解できるような場合には、人権制約の最小性の審査は厳格に行われる可能性がある⁹⁰。

また、問題となっている表現の性質により憲法上の保護の程度は変化し、政治的表現は表現の自由の核心部分にあり、憲法上の高度の保護を受けるべきであるため、裁判所は、通常、政治的表現を侵害する法の正当化のためには厳格度の高い基準を適用すべきことになる⁹¹。それに対し、商業的表現⁹²や憎悪的表現⁹³は、表現の自由の保障範囲には入るが、それらの表現は表現の自由の核から距離があるため、比較的緩やかな審査が行われうる⁹⁴。

このように、人権制約の最小性審査の厳格度は、事案に応じて変化しうる。

5 目的の重要性と手段の効果との比例性

(1) 概要

オークス・テストの最後の閾門であり、比例テストの3つめの要素は、目的の重要性と手段の効果との比例性である。1986年の *Oakes* 事件判決において Dickson 長官は、「人権憲章の権利や自由を制約する手段の効果 (effect) と、『十分に重要』と認定された目的との間に比例性 (proportionality) がなければならない。(下線は原文)」と定式化した。また、同長官は、この比例性審査に関し、「立法目的が十分に重要で、かつ、比例テストの最初の2つの要請を満たしたとしても、それでもなお、個人や集団に対する立法手段がもたらす有害な効果の厳しさ故に、当該手段はそれが達成しようとする目的によって正当化されないことは

い手段は問題となっている手段よりも目的達成において有効性を欠くことを証明するように要請されるであろう。

⁹⁰ *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569 at para. 59. See Sharpe & Roach, *ibid.*, at 82.

⁹¹ *Libman v. Quebec (Attorney General)*, *ibid.*, at para. 60.

⁹² *Irwin Toy Ltd., v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927.

⁹³ *R v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697.

⁹⁴ Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 83-84.

ありうる。手段の有害な効果が厳しければ厳しいほど、その手段が合理的でかつ自由で民主的な社会において明確に正当化することができるものであるためには、目的はより重要なものでなければならない。』⁹⁵と説示した。

この比例性審査は、陪審員による裁判が終了するまで、当該事件に関する報道等を差止める裁判所の命令が表現の自由等を侵害するか否かが争点となった1994年の *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. において、カナダ最高裁の5人の裁判官の多数意見を述べた Lamer 長官によって、「問題となっている権利や自由を制約する手段の有害な効果と目的との間の比例性が存在しなければならない、また、手段の有害な効果と有益な効果との間の比例性が存在しなければならない。」(下線は原文)と再定式化された。その理由は、①多くの場合、立法手段は立法目的を完全にまたは完全に近く達成することができ、そのような場合、比例テストの第三審査は、立法目的と当該目的を達成するために採用された手段から生じる憲法上の権利に対する有害な効果との比較衡量を要請するが、②他の場合、立法手段は、重要な目的と合理的関連性を有しつつも、当該目的を部分的にしか達成しないこともあり、そのような場合、比例テストの第三審査は、立法手段の基礎にある「目的」と当該手段の施行により実際に生じている「有益な効果 (salutary effects)」の両方が、当該手段がもたらす基本的な権利や自由に対する有害な効果との間で比例性を有することを要請する、③立法目的は緊急かつ重大で、立法手段は当該目的と合理的に関連し、人権制限のより小さい他の手段は利用できず、抽象的に見た場合「当該目的自体」は憲法上の権利に対する有害な効果より重要であってもなお、当該立法の実際の「有益な効果」がそれらマイナスの効果を正当化するためには十分ではないということありうる、④比例テストの第三審査は、目的と手段の有害な効果との比較衡量のみに関するものと性格づけることは、比例原則の狭すぎる概念に基づいている等である (下線は原文)⁹⁶。

この再定式化により、目的と手段の比例性審査においては、立法目的

⁹⁵ *R v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 at para. 71.

⁹⁶ *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835 at 887-889.

のみならず、目的達成のための手段の有効性も問題とされるようになった⁹⁷。

(2) 比例性審査の意義

Hogg教授は、この比例性審査は、目的の重要性審査の言いかえにすぎず、目的が人権制約を正当化するほど重要で、手段が目的と合理的に関連し、人権を必要以上に制限しない場合、手段の効果が厳しすぎると判断されることはありえず、比例性審査は無意味で無視しうる、と批判する⁹⁸。

このような批判に対し、投票日の3日前から選挙に関する世論調査の報道等を禁止する連邦の選挙法の規定が表現の自由や投票の自由に違反するか否かが争点となった1998年の *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877. におけるカナダ最高裁の多数意見は反論する。Bastarache 裁判官は、*Oakes* 判決で定式化された比例性審査は比例テストの最初の2つの審査と重複しているとの批判を受けており、カナダ最高裁の判例にも比例テストの最初の2つの審査をクリアーし、最後の審査で正当化できなかった例はないため、カナダ最高裁の判例法理も事実上その批判を裏付けているようにも見えるが、しかし、1994年の *Dagenais* 判決で再定式化された比例性審査の下では、比例性審査は基本的な独自の役割を演じる、と述べ、以下の説明を加える。すなわち、①立法目的が緊急かつ重大であるかどうかの判断は、当該法律の具体的な性質や人権への影響を分析するまえに、抽象的に行われる、②比例テストの最初の2つの審査の焦点は、立法手段と問題となっている人権との関係ではなく、立法目的と手段との関係である、③人権制約の最小性審査における究極の基準は、立法目的の有効性を前提として（下線は原文）、人権が可能な限り小さく制限されているかどうかである、④比例性審査は、比例テストの最初の2つの審査で解明された実際上および文脈上の具体化をふまえて、人権制約により生じる利益と有害な効果との間の比例性を、人権憲章の基礎となっている諸価値

⁹⁷ Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 76.

⁹⁸ Hogg, *supra* note 24 at 38-44.

に照らして評価する機会を提供する⁹⁹。実際、Bastarache 裁判官は、投票日直前の時期に不正確な世論調査結果によって影響を受けないようにする当該選挙法の規定の目的は緊急かつ重大であるが¹⁰⁰、3日間の禁止期間は人権制約の最小性の要請を満たさないと判断しつつも¹⁰¹、比例性審査に移り、仮定された害悪はほとんど生じることはなく、世論調査の報道等の禁止により得られる利益も不十分で、逆に有害な効果は重大であるため、比例性審査もクリアーすることができないと結論づけた¹⁰²。

また、アルバータ州の法令が自動車運転免許証を取得する者に対し免許証所持者の写真を要求していることが、宗教上の理由で写真を撮ることを禁じられていると信じているフッター兄弟会 (Hutterian Brethren) の信者の信教の自由等を侵害するか否かが争われた2009年の *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 S.C.R. 567. におけるカナダ最高裁の多数意見も、上記の Hogg 教授の批判に反論する。McLachlin 長官は、運転免許制度の完全性を維持し、身分詐称等を防ぐことは緊急かつ重大な目的であり、写真要求と当該目的の間には合理的関連性があり、立法手段は人権侵害を最小にする方法であり、手段は効果との間で比例性を維持しているため、信教の自由に対する制約は、人権憲章1条の下で正当化しうると結論づけた¹⁰³。比例性審査に関しては、Hogg 教授の批判を紹介しつつ¹⁰⁴、(a) 目的の重要性、合理的関連性、人権制約の最小性という厳格な審査をクリアーした法が効果の比例性という最後の審査をクリアーできないということはありうるのかとの問いに対する答えは、オクス・テストの最初の3つの審査は問題となっている法の目的の評価に基づいているが、最後の審査のみが手段が有する個人や集団に対する有害な効果の厳しさを十分に考慮するという

⁹⁹ *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877 at paras. 123-125.

¹⁰⁰ *Ibid.*, at para. 109.

¹⁰¹ *Ibid.*, at para. 122.

¹⁰² *Ibid.*, at paras. 129-130.

¹⁰³ *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 S.C.R. 567 at para. 104.

¹⁰⁴ *Ibid.*, at para. 75.

事実にある、(b) 比例性審査は、問題となっている法の利益は人権制約のコストに見合っているかどうかをより広い観点から評価することを可能にする、(c) 本件のように、権利は妥協することなく完全な形で保障されるべきであると主張されている場合、人権を制約する法の正当化は、しばしば、人権を制限する手段により達成される公共の利益が人権に対する有害な効果と比例関係にあるかどうかの判断に依存し、本件も、比例性審査が決定的となる、と説示する¹⁰⁵。実際ここでは、法によりもたらされる有益な効果と有害な効果の比較衡量が行われ、比例性が肯定されている¹⁰⁶。

このように、近年、比例性審査の重要性が増しつつある¹⁰⁷。重要性が増した比例性審査においては、政府は、抽象的なレベルでの目的の重要性と手段との比例性のみならず、具体的なレベルで、目的達成のための手段の有効性ならびに手段により実際に得られる有益な効果と実際に課される有害な効果との間の比例性も証明しなければならない。

6 オークス・テストの性格と厳格度

(1) 概要

カナダでは、人権制約の違憲審査における最も重要な問題は、オークス・テストはどの程度厳格に適用されるのか、である。これまでのカナダ最高裁の判例は、審査の厳格度、特に、人権制約の最小性審査の厳格度が事案に応じて変化しうることを示している¹⁰⁸。

オークス・テストは、「1つの厳格な正当化基準」¹⁰⁹として設定されていたため、これを人権制約に関する単一の違憲審査基準と理解することも可能であった。しかし、オークス・テストを定式化した Dickson 長官自身、*Oakes* 事件判決において、「比例テストの性質は事情に応じて変化するが、各事案において裁判所は社会の利益と個人や団体の利益と

¹⁰⁵ *Ibid.*, at paras. 75-78.

¹⁰⁶ *Ibid.*, at paras. 79-103.

¹⁰⁷ Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 76-77.

¹⁰⁸ *Ibid.*, at 77.

¹⁰⁹ *R v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 at para. 65.

を比較衡量することが求められる。]¹¹⁰と指摘していた。また、Dickson 長官は、*Oakes* 事件判決の約10 ヶ月後に出された *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. では、他の2人の裁判官の同意のもと、オークス・テストは、過去のカナダ最高裁判例を要約し、発展させたものであり、比例原則の内容を構成する基準を説明する際にも、カナダ最高裁は、「硬直的で柔軟性を欠く基準」を注意深くさけてきたことを指摘する¹¹¹。

(2) 文脈的アプローチ (contextual approach)

現在、カナダ最高裁は、オークス・テストを、問題となっている特定の法が置かれた事実関係の文脈に留意しつつ、柔軟に適用するアプローチをとっていると理解されている¹¹²。

1998年 の *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877. におけるカナダ最高裁の多数意見を述べた Bastarache 裁判官は、オークス・テストの具体的適用に入る前に、人権憲章1条の審査の仕方に関し、①「人権憲章1条の分析は事実関係の文脈 (context) に十分留意して行われなければならない」、②考慮すべき文脈の1つは、問題となっている規定が置かれた背景であり、(a) 立法府が保護しようとする集団の傷つきやすさ、(b) 当該集団の主観的な不安感と害悪の懸念、(c) 問題となっている害悪やその対処法の効果が科学的に評価することができないということは、すべて人権憲章1条の審査をする際裁判所が考慮すべき要素である、③考慮すべきもう1つの文脈的要素は、制限を受ける行為の性質であり、例えば、表現の性質により憲法上の保護の程度は変化しうるのであり、人権憲章が保障する表現の「核 (core)」にある政治的表現は高度の保護をうけるため、本件で問題となる政治的情報の性質は、一応、立法府に対する敬讓的アプローチを要請しない、と説示する¹¹³。その際、Bastarache 裁判官は、カナダ

¹¹⁰ *Ibid.*, at para. 70.

¹¹¹ *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713 at paras. 121-122.

¹¹² Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 78. See S. Choudhry, “So What is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter’s Section 1” (2006), 34 S.C.L.R. (2d) 501 at 503.

¹¹³ *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877 at paras. 87-95.

最高裁の判例は、1つのカテゴリーの事案においては人権憲章1条の厳格度が低い正当化基準を適用し、もう1つのカテゴリーにおいては厳格度の高い基準が適用されることを示唆するものは何もないと明言する¹¹⁴。

また、カナダ最高裁の多数意見は、選挙権の制約に関連する2つの判決において、選挙権と被選挙権を保障する人権憲章3条の制限が問題となる事案においては、立法府に対する敬讓ではなく、「慎重な検討(careful examination)」が要請されるが、それは、人権憲章3条は適用除外条項である33条によっても制限することが認められておらず、3条が保障する権利がカナダの民主政にとって基本的な重要性をもっているためである、と説示する¹¹⁵。これにより、適用除外条項の適用を受けない人権は、より慎重な審査を受ける可能性がある¹¹⁶。

さらに、人権制約の段階で人権の範囲を限定的に定義する場合、当該人権制約の正当性審査は厳格度が高まる可能性も指摘されている¹¹⁷。

このような状況をふまえ、Sharpe 裁判官らは、オークス・テストは「分析の基本的枠組み (the basic framework for analysis)」を提供し、カナダの裁判所は、すべての事案に適用可能な「1つのテスト (a single test)」に固執しておらず、具体的事案の事実関係の文脈が人権憲章1条を適用する際にはきわめて重要であると結論づける¹¹⁸。

このように、カナダでは、当初、人権制約に関する「単一の厳格な違憲審査基準」が設定されたと解しうる状況があった¹¹⁹。しかし現在は、人権制約に関する「単一の厳格な判断枠組み」があり、その適用の厳格さや柔軟さは、問題となっている法律の性質や個々の事実関係に応じて変化しうるが、審査の厳格度の初期設定は厳格なものであり、事案に応じてその厳格さが緩められる、と理解できる。

¹¹⁴ *Ibid.*, at para. 90.

¹¹⁵ *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519 at para. 9; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 912 at para. 60.

¹¹⁶ Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 85.

¹¹⁷ Sharpe & Roach, *ibid.*, at 84-85; Hogg, *supra* note 24 at 38-6-38-7.

¹¹⁸ Sharpe & Roach, *ibid.*, at 88.

¹¹⁹ See Hogg, *supra* note 24 at 38-6.

このような性格をもつオックス・テストは、原則として、平等権を含むすべての人権憲章上の権利制約の正当性を判断する基準として適用されると解される¹²⁰。

VI 立証責任

人権憲章1条の下、人権制約の合憲性は、人権制約の有無の判断とその正当性の判断という二段階に分けて審査される。第一段階では、自己の人権が侵害されたことを主張する者が立証責任を負う。カナダ最高裁は、人権を定義する段階では、人権と他の利益等の調整を行わず、個々の人権を広く定義する傾向にあるため、一部の例外を除けば、ここでの立証責任は比較的容易に果たすことができる¹²¹。

人権制約が認定されると第二段階へ移行し、ここでの立証責任は人権制約の正当性を主張する者すなわち政府に課される。この点は、1986年の *Oakes* 判決によって明確に示された¹²²。政府は、問題となっている法が人権憲章1条により正当化できることについて裁判所を「説得 (persuade)」しなければならない¹²³。このことは、第一段階の審査で人権制約が認定されれば、問題となっている法が、「自由で民主的な社会において明確に正当化することができる合理的制約」であるという合憲性の推定が働かないことを意味する¹²⁴。

人権制約の正当性の立証責任を政府に課す理由として、①人権制約は人権保障という原則の例外であること、②人権が「明確に正当化することができる合理的制約にのみ服する」と規定する人権憲章1条の文言¹²⁵、③人権制約の必要性を立証する能力と資源において政府が優位な立場にいること¹²⁶、があげられる。

¹²⁰ See Hogg, *ibid.*, at 38-44.2–38-49.

¹²¹ Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 87.

¹²² *R v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 at para. 66.

¹²³ Hogg, *supra* note 24 at 38-7.

¹²⁴ *Ibid.*, at 38-10.

¹²⁵ *R v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 at para. 66.

¹²⁶ Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 87.

Oakes 判決において Dickson 長官は、(a) 人権憲章 1 条の下での証明の基準 (standard of proof) は、「蓋然性の優越 (preponderance of probability) による証明」という「民事上の基準 (civil standard)」である、(b) 合理的疑いの余地のない証明という刑事法上の基準は厳格に過ぎる、(c) しかし、蓋然性の優越テストは厳格に適用されなければならない、と説示した¹²⁷。ただ Dickson 長官は、*Oakes* 事件判決の約 10 ヶ月後に出された *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. では、他の 2 人の裁判官の同意のもと、証明の基準を設定する際に、カナダ最高裁は、「硬直的で柔軟性を欠く基準 (standards)」を注意深くさけてきたことを指摘する¹²⁸。実際、カナダ最高裁は、人権制約と立法目的との合理的関連性について直接的な証明を常に求めているわけでもなく、合理的関連性に科学的証明も常に要請していない¹²⁹。したがって、証明の基準も事案の文脈に応じて柔軟に変化する可能性がある。

Oakes 判決において Dickson 長官は、(ア)通常は、人権憲章 1 条の審査の構成要素を証明する「証拠 (evidence)」が要請され、(イ)証拠は適切かつ説得的なものでなければならず、裁判所に対し、人権を制約する場合としない場合の結果の違いを明らかにするものでなければならず、(ウ)裁判所は、立法府が当該規定を制定した当時、他にどのような選択肢が利用可能であったのかも知る必要があるが、(エ)人権憲章 1 条の審査においては一定の要素が明白または自明である場合もありうる、と説示した¹³⁰。

このように、証拠が要請される結果、裁判所に提出される証拠の内容がかなり拡大した。歴史的資料、哲学的資料、経済的データ、内外の政府の報告書等が、専門家の証言や司法確知により、裁判所に提出されている¹³¹。

カナダ最高裁は、証拠がない状況または証拠がほとんどない状況でも、事実の明白性や自明性を根拠に、人権制約の正当性に関する事実認定を

¹²⁷ *R v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 at para. 67.

¹²⁸ *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713 at para. 122.

¹²⁹ Hogg, *supra* note 24 at 38-35; Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 73.

¹³⁰ *R v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 at para. 68.

¹³¹ Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 87.

行う場合もあることが指摘されており¹³²、裁判所が証拠の提出を求める程度も、事案の文脈に応じて柔軟に変化する可能性がある¹³³。

Hogg教授は、人権憲章の違憲審査における証拠に関わる問題として、(i)法の合憲性の結論が、しばしば事実審の証拠に関する資料次第で変わりうること、(ii)コストがかかること、(iii)公共政策の分野では、しばしば、知覚された害悪に関する適切な社会科学上の証拠が存在しないが、それにもかかわらず、立法者は当該害悪に対する理由のある懸念を持ちうる場合があることをあげ、現状よりも、証拠に基づく程度が低い違憲審査の方が望ましいと主張する¹³⁴。

このようにカナダでは、人権に関する違憲審査における立証責任は、それを果たさないと法律等の合憲性の結論に直接影響を及ぼすかなり厳格なものと観念されている。

VII 違憲審査の民主的正当性

1982年憲法が制定されて以来、カナダにおける裁判所と議会の関係に大きな変化が生じた。それは、人権憲章のもと、①裁判所が人権規定についても違憲審査権を行使し、②抽象的に規定された権利や自由を解釈し、その制約の正当性を審査し、救済内容を決定する全ての場面で裁判所に広い裁量権が認められ、③違憲審査権の対象は、いくつもの答えがありうる価値的・道徳的な選択に関する問題、および、個人の権利や自由と社会全体の利益との調整の問題といった、それまでは議会が判断すべきであると考えられてきた事柄であり、④裁判所の違憲判決は、連邦および州の議会に重大な制限を課すからである。

このような変化をうけ、特に1990年代以降、カナダ最高裁の司法積極主義に対する批判が違憲審査権の正当性の問題とも絡んで政治問題化している。そこでは、カナダ最高裁は、(a)少数者の権利や被告人の権利を過度に保護している、(b)憲法に規定されていない権利を作り出し、

¹³² Hogg, *supra* note 24 at 38-8.

¹³³ Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 87-88.

¹³⁴ Hogg, *supra* note 24 at 38-9.

多数者の意思に反してそれを社会に押しつけている、(c) 政策に対する裁判官の個人的な好みをも憲法に読み込んでいる等の批判がなされている。このような批判は、人権問題に関するカナダ最高裁の判断は最終的なものであるとの前提に立っている¹³⁵。

しかし、カナダにおいては、違憲審査権の民主的正当性の積極的根拠の1つとして、人権に関する違憲審査により裁判所と立法府との「対話」と呼ぶことのできるダイナミックな相互作用が発展し、かかる対話は民主的過程を否定するのではなくそれを促進するということが、有力学説とカナダ最高裁により指摘されている。カナダにおける対話理論は、より具体的には、裁判所の違憲判決の多くは、立法目的ではなく立法手段を違憲とし、議会が判決後に対応することができる余地を与えており、議会は違憲とされた法律の立法目的を維持しつつ、それを新しい合憲的な手段で達成できるように法改正することができ、裁判所と議会の対話が成立し、最後の言葉は多くの場合裁判所ではなく議会が述べることができるという議論である¹³⁶。

この対話理論は、カナダにおいては、人権憲章に基づく違憲審査と議会の関係を理解する支配的なパラダイムとなっている¹³⁷。しかしこの理論は、裁判官に対して、ハード・ケースをどのように判断すべきかについて示唆を与える理論ではない。この理論は、違憲審査の民主的正当性に関する従来の憲法理論が行き詰まりに達していることを前提に、従来とは異なる問い、すなわち、ことによると不完全な裁判所の判決を修正したり、その判決に応答したりするために、立法府や社会が利用可能な選択肢はどのようなものかという問いを検討するように迫る¹³⁸。対話理論を支持する Roach 教授は、司法積極主義に対抗すべきは、立法府積極主義および裁判所の判決を制限したり覆したりすることの民主的責任

¹³⁵ 佐々木・前掲注(35)201頁。

¹³⁶ 佐々木雅寿「カナダにおける裁判所と立法府の対話」『法学雑誌』54巻1号15頁(2007年)参照。

¹³⁷ 佐々木・前掲注(136)41頁。

¹³⁸ 佐々木・前掲注(136)42頁。

を立法府が引き受けることであると主張する¹³⁹。

対話理論は、違憲審査の民主的正当性に関する議論に新たな地平を開拓したが、この理論のみでは、この難問を解決することはできない。しかし、対話理論によって、違憲審査の民主的正当性に対する疑念を和らげることはできるであろう。

VIII オークス・テストの特徴

1 オークス・テストの特徴

以上の分析によると、オークス・テストには以下のような特徴がある。すなわち、①人権制約に関する違憲審査は人権制約の認定と制約の正当性審査の二段階に分かれる、②二段階審査は立証責任の配分と関連する、③比例テストの3つの審査はそれぞれ独自の意義と効果を持ちうる、④オークス・テストは1つの厳格な判断枠組みを提供し、事案が置かれた事実関係の文脈に応じてその厳格度が緩和される場合がある、⑤オークス・テストは主にヨーロッパ人権裁判所の判例理論に影響を受けて形成された、⑥比例テストを含むオークス・テストは、付随的違憲審査において定式化され、発展しつつある等である。

2 オークス・テストの比較憲法上の位置づけ

Gardbaum 教授は、比較憲法の観点から以下の点を指摘する。第一に、現代立憲主義諸国においては、人権の優位性を原則としつつも、一定の場合政府による人権制約を許容するというのが、憲法上の権利に関する支配的で一般的な考え方である。しかし、人権に与えられる重要度は、国によりまた権利により異なっている。第二に、そのような一般的人権概念のもと、人権に関する違憲審査は、人権範囲を確定し、その制約を認定する段階と、人権制約の正当性を判断する段階の2つに分かれ、このような二段階審査が、憲法上の権利を分析する「ほぼ普遍的な (near-universal)」審査方法である。第三に、人権に対する外在的制約 (external limits) の規定方法には、カナダ人権憲章1条のような単一の一般的人

¹³⁹ Roach, *supra*, note 27 at 296.

権制約条項によるものと、人権ごとに制約条件を規定する方法の2種類ある。第四に、人権制約の正当性審査を比例原則 (the principle of proportionality) を用いて行うことが一般的になっている。人権の違憲審査における比例原則は、1950年代後期にドイツ連邦憲法裁判所によって採用され、以後、カナダ、イスラエル、南アフリカ、ほとんどのヨーロッパ諸国を含む世界中の国々、ヨーロッパ人権条約に広がっている。第五に、比例原則を採用するほとんどの国では、目的の重要性審査が比例原則の第一関門となっている。第六に、比例原則は、通常、①手段と目的の適合性または合理的関連性、②人権制約の必要性または最小性、③目的と手段の比例性という3つのテストで構成されるが、それぞれの人権に異なる重みを付与することも排除されていない。第七に、比例原則の3つのテストはほぼ共通しているが、その適用の仕方には、少なくとも2つの異なる方法がある。1つは、カナダやドイツのように、それら3つのテストを別々にかつ順序だてて適用し、最初のテストをクリアした場合にのみ次のテストに進む方法である。もう1つは、南アフリカの憲法裁判所やヨーロッパ人権裁判所のように、それら3つのテストを分けずに総合的に考慮する方法である。後者の適用方法は、いくつかのコモン・ロー系諸国で採用されているが、そこでは目的と手段の比例性テストに対する疑義等が示され、最後の比例性審査を、比例原則の構成要素から除外したり、必要性審査と合体させたり、ほとんど適用しないという方法もとられている。第八に、人権制約の正当性審査において、アメリカ合衆国は、比例原則ではなく、独自の違憲審査基準を用いているが、そこでも権利と政府利益との比較衡量が要請されていることは広く認識されており、比例原則を用いる審査方法とアメリカの審査方法の違いは通常指摘されていることよりはかなり小さくそれほど重要でもないとの指摘もある。最後に、比較憲法の対象を、これまでよく検討されてきた「核となる諸国 (the core group of countries)」以外に広げる必要性がある¹⁴⁰。

¹⁴⁰ S. Gardbaum, "The Structure and Scope of Constitutional Rights" in T. Ginsburg & R. Dixon eds., *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar, 2011) 387 at 388-391.

上記第四の点に関し、Choudhry 准教授は、アンティグア＝バーブーダ、オーストラリア、フィジー、香港、アイルランド、イスラエル、ジャマイカ、ナミビア、南アフリカ、連合王国、バヌアツ、ジンバブエの裁判所が *Oakes* 判決を引用することにより、オックス・テストは、人権に関する違憲審査の「主要なモデルの1つ (one of the central models)」となったと指摘する¹⁴¹。

元ドイツ連邦憲法裁判所の裁判官であった Grimm 教授は、実際にはそうではなかったが、ドイツがカナダの比例テストのモデルとなっていた可能性を示唆し、ドイツとカナダの比例原則は用語法のレベルでは多少の違いがあるけれども内容面では類似しているが、両国の比例原則の適用の仕方に違いがあり、最も顕著な違いが、カナダでは比例テストの第二段階（人権制約の最小性）でほとんどの法が違憲となり、ドイツでは比例原則の最終段階（狭義の比例原則）が重要な審査となる点であると指摘する¹⁴²。

このように、カナダのオックス・テストは、比較憲法の観点から見ると、強い影響力を持ち、少なくとも英語圏で比例原則を採用する諸国にとっては、人権に関する違憲審査の主要なモデルの1つとなっている。その意味では、比例原則の現代的発展形態を理解するためには、ドイツのみならずカナダの研究は必要不可欠なものである。しかし、比例原則にはさまざまな発展形態があり、カナダの比例原則は、それを受け入れた国で独自の発展を遂げつつあることにも留意すべきである。

IX 日本法への示唆

以下では、カナダの分析から得られる日本法への示唆をいくつか指摘

¹⁴¹ Choudhry, *supra* note 112 at 502.

Barak, *supra* note 36 at 370. は、イスラエルの立法府はカナダの人権憲章1条に影響を受け、イスラエルの最高裁判所は比例原則に関するカナダ最高裁の判例に影響を受けたことを指摘する。

¹⁴² Grimm, *supra* note 36 at 384.

する¹⁴³。

1 比較憲法の対象

これまでわが国の憲法学は、比較憲法の手法を重視してきた。現在憲法学界で議論されている、三段階審査論と違憲審査基準論との比較を通してわが国の違憲審査制の適切な運用をもたらすための理論枠組みを構築する作業も、これまでの比較研究の成果が大いに発揮されている。

しかし、比例原則の現代的発展形態を比較検討する場合、ドイツのみを対象とすることは必ずしも十分とはいえない。比例原則を採用する「核となる諸国」¹⁴⁴には、ドイツのみならず、カナダが含まれる。特に、英語圏で比例原則を採用する諸国に対するカナダのオクス・テストの影響力や、カナダとドイツの比例原則の相違点等を考えれば、ドイツのみならずカナダを研究することは、比較憲法の観点からは必要不可欠といえよう。それに加え、ヨーロッパ人権裁判所の判例等を含め、比例原則を採用する他の諸国の判例等の研究も重要な課題となる。

比較憲法の手法をとる場合、主要な国々の憲法を研究することに加え、検討する問題に合わせて適切な比較対象を選ぶことも重要である。その意味では、比較憲法の対象を今まで以上に広げる必要があろう。

2 二段階審査か三段階審査か

日本国憲法が、アメリカ合衆国憲法と異なり、基本的人権を保障すると同時に、公共の福祉によって人権を制約することを条文上明示的に認めていることから、人権に関する違憲審査は、少なくとも、人権制約の認定とその制約が公共の福祉に合致するか否かという人権制約の正当性の審査の二段階に分かれると解される。人権制約の認定には、人権の範囲の画定とその制限の確認が必要であるため、論理的には、人権に関する違憲審査は三段階に分かれうる。

¹⁴³ 以下に示すもの以外にも、人権制約の法定性に関するカナダでの議論は、人権制約の形式的要件としての法律の留保のみならず、法の支配にいう「法」の内実に関するわが国の議論にも参考となる要素が多いと考えられる。

¹⁴⁴ Gardbaum, *supra* note 140 at 391.

しかし、人権範囲の画定には、問題となった事案における人権制約を確認するために必要な範囲で、いわば部分的に人権範囲を画定する方法と、問題となった人権の範囲をかなり一般的に画定する方法とがありうる。事案解決に必要な範囲で憲法判断をするという付随的違憲審査制の要請および事例判断を多用するわが国の最高裁の傾向からすると、前者の部分的画定方法が実務に受け入れられる可能性がある。前者の方法をとる場合、人権の画定と制約の認定はかなりの程度密接に関連し、1つの審査段階と観念することも可能であろう。

より重要なのは、人権範囲の画定段階と制約の認定段階との区別ではなく、人権制約の認定段階とその正当性の審査段階との区別であると考えられる。

3 主張責任・立証責任

わが国では、違憲審査における主張責任や立証責任について必ずしも十分な議論が行われているとはいえない。その理由の1つは、法律の合憲性は裁判所の職権事項であり、通常の民事裁判におけるような主張責任や立証責任は妥当しないという考えがあるためと解される¹⁴⁵。

しかし、通説的な学説が唱えるアメリカ型の違憲審査基準論では、合理性の基準が適用される場合は法律の違憲性を主張する側が主張責任や立証責任を負い、厳格な合理性の基準または厳格審査基準が適用される場合は、政府の側が法律の合憲性の主張・立証責任を負うことになると考えられる。そこには、人権制約の認定と制約の正当性審査とを区別する視点はない。

しかし、日本国憲法の場合、一方で、人権保障が原則で人権制約は例外であること、人権制約の合憲性を支える立法事実等は国会や政府が独占していること、他方、法律には合憲性の推定が働くことと解されていることを総合すれば、違憲審査を、少なくとも、①人権制約の有無の判断と、②人権制約の正当性審査の二段階に分け、①の段階では人権制約を主張する当事者がその主張責任や立証責任を負い、②の段階では人権制約の正当性を主張する当事者および国側が主張責任や立証責任を負うと考え

¹⁴⁵ 林屋礼二『憲法訴訟の手續理論』（信山社、1999年）149-162頁参照。

るべきであろう¹⁴⁶。

もっとも、法律の合憲性は裁判所の職権事項であるとの観念、および、違憲審査の機能には客観的な憲法秩序の維持も含まれるとの理解を前提にすれば、法律の合憲性を、主張責任や立証責任が果たされたかどうかという点のみで決めることは容認できないであろう¹⁴⁷。その意味で、わが国における違憲審査の主張責任や立証責任の問題は、通常の民事裁判におけるそれとは異なる性質をもつことは否定できない。

しかし、ここで具体的事実に基づく付随的違憲審査のメリットを想起する必要がある。具体的事実に基づく憲法判断に必要な要素は、少なくとも、争点の明確化、争点に対する十分な議論、必要な司法事実と立法事実等の資料の収集等であると解される¹⁴⁸。これらの要請をより確実に実現するためには、上記のように訴訟当事者等に主張責任や立証責任を課すことが必要であると解される。

そこでいう主張責任・立証責任は、憲法問題に関し自己の主張を展開し、その根拠となる司法事実や立法事実を提出する争点形成責任と証拠提出責任であると考えられる。ただし、かかる主張責任・立証責任を果たさないことのみに基づいて法律の合憲性が決せられるわけではなく、結論は裁判所の判断に委ねられることになる。つまり、ここでの主張責任・立証責任は、裁判所の憲法判断を、より多くの具体的事実に基づき、十分な議論を踏まえた、説得力のあるものにするための補助的責任または裁判所への協力責任と解することができよう¹⁴⁹。このように理解する

¹⁴⁶ 佐々木雅寿「ヨーロッパ人権保護条約、カナダ人権憲章および日本国憲法における人権制約原理」石部雅亮他編『法の国際化への道』205頁（信山社、1994年）219頁。

この結論は、対話理論からも支持される。つまり、国側が裁判所に対してある法律の合憲性を主張・立証することは、裁判所と国側との対話の重要な要素と考えられ、対話理論からは、そのような国側の対応が強く求められるからである。

¹⁴⁷ 林屋・前掲注(145)155頁。

¹⁴⁸ 佐々木雅寿「勧告的意見の可能性」高見勝利他編『日本国憲法解釈の再検討』323頁（有斐閣、2004年）336頁参照。

¹⁴⁹ 林屋・前掲注(145)155頁参照。

ことにより、付随的違憲審査のメリットを十分に発揮することができると考えられる。

このように考えれば、ひとたび人権制約が認定されれば、当該法律等は、訴訟手続上、一応違憲性の推定を受けるため、いかなる厳格度の審査を行うにしても、裁判所は人権制約の正当性を支える立法事実をふまえて判断すべきで、立法事実の存在を推定することは、原則として、許されないと解される。緩やかな審査が行われる場合でも、国側は立法事実を提出する義務を負い、裁判所は提出されまたは司法確知した立法事実等をふまえて憲法判断すべきことになる。審査の緩やかさは、立法事実の存在を推定することにより実現すべきものではなく、立法事実が人権制約を正当化するかどうかの立法府の判断に対して敬讓を示すことによつて実現すべきであると考えられる¹⁵⁰。

4 比例テストの構成要素の独自性

わが国で紹介されているドイツ由来の三段階審査は、基本権の保護領域→基本権の制限→基本権制限の正当化(形式的正当化+実質的正当化)という、基本権侵害がないかどうかを審査する構造化された論証の作法であり、形式的正当化は、法律の留保原則の適合性審査であり、実質的正当化は、目的審査と手段審査であり、後者の手段審査では、①目的との適合性、②目的達成のための必要性、③狭義の比例性が検討されるものである¹⁵¹。

高橋教授は、仮に③狭義の比例性を「規制により得られる利益と失わ

ただし、対話理論からすると、国側の主張責任・立証責任は、裁判所と立法府や政府との対話の当事者としての説明責任、人権制約が憲法上許される理由を国民に示す説明責任といった性質も備えている。

このことはまた、当事者にとって不意打ちとなる裁判所の憲法判断を避けるという意味もある。これは裁判を受ける権利の内容にも関連する。憲法判断に必要な立法事実等に関しては、両当事者からの意見等をふまえて裁判所が最終的に判断すべきと考えられる。

¹⁵⁰ そもそも立法事実が存在しない場合は緩やかな審査を行っても合憲性を支持することはできないと解される。

¹⁵¹ 松本・前掲注(4)35頁、三宅・前掲注(5)8頁等参照。

れる利益の均衡」(利益衡量論)を意味するのであれば、①と②は理論上は③に吸収されてしまう性質のものであり、①と②は独自の基準としての意味を持たなくなると指摘する。また、仮に③の狭義の比例性が「目的と手段の均衡」(目的・手段均衡論)の意味であれば、③の基準が行おうとしているのは、正当な目的(公益の実現)の重要度が制限される人権の重要度とつりあっているかどうかの審査と思われ、その実体はアメリカの目的審査に対応していると指摘する¹⁵²。

また、先に示したように、比例原則は、通常、(a)手段と目的の適合性または合理的関連性、(b)人権制限の必要性または最小性、(c)目的と手段の比例性という3つのテストで構成されるが、その適用の仕方には、カナダやドイツのように、それら3つのテストを別々にかつ順序だって適用する方法と、南アフリカの憲法裁判所やヨーロッパ人権裁判所のように、それら3つのテストを分けずに総合的に考慮する方法があり、後者の適用方法では、最後の比例性審査を、比例原則の構成要素から除外したり、必要性審査と合体させたり、ほとんど適用しないという方法もとられている¹⁵³。さらに、カナダでは、(b)人権制限の最小性が決め手となるが、ドイツでは、(c)目的と手段の比例性が重要な役割を果たす¹⁵⁴。

このように、論理的考察においても、また、比例原則を実際に適用する段階においても、比例原則にはさまざまな発展形態があり、比例原則の3つのテストそれぞれに異なる意義づけをしたり、時には特定のテストを排除することもありうる。重要なことは、抽象的・形式的レベルでどのテストが重要で、どのテストが不必要であるかを検討するよりも、具体的・実質的レベルで、どのような要素が、どの程度の重要性を伴って考慮されるべきかを、具体的事案に即して検討することであろう。そうであれば、考慮すべき要素が比較的明確になっているカナダやドイツの判例を分析し参考にすることには十分な意義がある。

¹⁵² 高橋・前掲注(9)12頁。

¹⁵³ Gardbaum, *supra* note 140 at 390-391.

¹⁵⁴ Grimm, *supra* note 36 at 384.

5 目的の認定方法

カナダの判例や学説が指摘する、認定する目的の一般化のレベルに注意し、問題となっている法律全体の目的のみならず、人権制約の目的に重点を置く審査方法は、今後わが国でも検討すべき課題と考えられる。

前者の点に関し、「君が代」のピアノ伴奏拒否事件判決（最3小判H19・2・27 民集61・1・291）における藤田裁判官の反対意見が、「本件の場合、「公共の利益の達成」は、いわば、「子供の教育を受ける利益の達成」という究極の（一般的・抽象的な）目的のために、「入学式における『君が代』斉唱の指導」という中間目的が（学習指導要領により）設定され、それを実現するために、いわば、「入学式進行における秩序・紀律」及び「（組織決定を遂行するための）校長の指揮権の確保」を具体的な目的とした「『君が代』のピアノ伴奏をすること」という職務命令が発せられるという構造によって行われることとされているのである。そして、仮に上記の中間目的が承認されたとしても、そのことが当然に「『君が代』のピアノ伴奏を強制すること」の不可欠性を導くものでもない。公務員の基本的人権の制約要因たり得る公共の福祉ないし公共の利益が認められるか否かについては、この重層構造のそれぞれの位相に対応して慎重に検討されるべきであると考えるのであって、本件の場合、何よりも、上記の〔1〕「入学式進行における秩序・紀律」及び〔2〕「校長の指揮権の確保」という具体的な目的との関係において考量されることが必要であるというべきである。」と指摘したことは注目に値する。

6 裸の利益衡量論

比例原則に対する最も厳しい批判は、それが明確な基準を欠いたままアド・ホックになされる裸の利益衡量に堕しかねない危険を伴っているというものであろう¹⁵⁵。この問題への対処法として、比例原則適用の指針、適用にあたっての考慮事由（比例原則の寛厳を左右する要因）を明確化してゆくことの必要性¹⁵⁶、および、類型的事案ごとに比例原則の多

¹⁵⁵ 松本・前掲注(4)37頁、高橋・前掲注(8)19頁、高橋・前掲注(9)13頁。

¹⁵⁶ 市川・前掲注(7)10頁。

段階化の必要性¹⁵⁷が説かれている。

この点、カナダの比例テストが、厳格な審査基準として初期設定され、事案が置かれた事実関係の文脈との関係で、一定の考慮要素がある場合、審査の厳格度を下げる場合があることは示唆的である。特に、①法が傷つきやすい集団を保護するために制定された場合、②法が複雑で必ずしも決定的とはいえない社会科学上の証拠に基づいている場合、③法が当該問題に対処する方法が多数あり、そのうちどの方法が最も有効かについて確証が持てないような複雑な社会問題を扱う場合、④法が対立する集団の利益を調整する場合、⑤法が希少な資源の配分を行う場合などは、立法府の判断に対して一定の敬讓を示すべきとしていることは、考慮に値するであろう。上記①は、平等権侵害の問題やアファーマティヴ・アクションの合憲性を判断する際、また、上記②、③、④、⑤は、立法裁量の具体的内容を明確にし、立法裁量の広狭を考える際、参考になろう。

また、問題となっている人権の重要度によって憲法上の保護の程度が変化し、審査の厳格度も変わりうるとの発想や、民主政にとって基本的重要性をもつ参政権の制約には慎重な検討を求める考え方は、二重の基準論にも通底しうる要素を持ちうる。

加えて、人権の重要性のみならず、人権制約の目的、程度、態様等を総合的に比較衡量論する方法を基本におきつつ、その判断に一定の枠をつけるためにアメリカ由来の違憲審査基準論が示す考えを援用する方法を用いたり、また、ドイツ型の比例原則にも、カナダの比例テストにも類似する猿払基準を一定の場合に用いるわが国の最高裁の発想からすれば、事案が置かれた事実関係の文脈を総合的に考慮するカナダの比例テストは、参考になる要素が多いと解される。

7 付随的違憲審査における比例原則の適用可能性

カナダの判例理論は、付随的違憲審査においても比例テストが適用可能であることを示している。カナダにおいては、立証責任の問題も明確になっており、違憲審査の民主的正当性の問題にも自覚的議論がなされている。その点では、カナダの方がドイツよりも参考にすべき点は多い

¹⁵⁷ 石川・前掲注(15)58頁。

といえよう。

8 あるべき審査方法の模索

現在の論争の焦点は、アメリカの手法かドイツの手法かといった二者択一的思考ではなく、わが国の違憲審査制の適切な運用をもたらすための理論枠組みをどう構築するのかがである。その際重要な考慮要素の1つとして、半世紀以上にわたって違憲審査権を行使し、独自の判例の蓄積もある最高裁に受け入れられる可能性の高い理論枠組みを提示することがあげられよう。仮にどんなに優れた理論であっても、最高裁の判例理論からかけ離れたもので、最高裁が受け入れる可能性が低い理論を提示しても、わが国の違憲審査制の適切な運用は実現しえない。そうであれば、高い目標を目指すための第一歩としては、最高裁の判例理論に類似性を持ち、最高裁が受け入れる可能性が少しでも高い理論枠組みを提示する必要もあろう。

わが国の最高裁は、人権の重要性のみならず、人権制約の目的、程度、態様等を総合的に比較衡量論する方法を基本におきつつ、その判断に一定の枠をつけるためにアメリカ由来の違憲審査基準論が示す考えを援用する方法を用いたり、また、ドイツ型の比例原則にも、カナダの比例テストにも類似する猿払基準を一定の場合に用いている。そこにはすでに、ドイツ的な比例原則とアメリカ的な違憲審査基準論との一種の融合ないしは結合が見てとれる。また、判例理論の背景には、予測可能性よりも、具体的正義の要請を重視するため、硬直的で、幅のない「線としての違憲審査基準」ではなく、事案に応じて柔軟に適用することができる「幅のある判断枠組み」をより好む傾向があると解される。さらに、最高裁は独自の判断枠組みを模索していると考えられる。このような最高裁の発想からすれば、特定の国の最上級裁判所の判例ではなく、ヨーロッパ人権裁判所の判例を模範として作られたカナダの比例テストは、人権の重要性のみならず、人権制約の目的、程度、態様等を総合的に比較衡量する手法とも共通性を持ち、猿払基準とも類似し、二重の基準論とも通底しうる要素を含み、付随的違憲審査においても適用可能なものであるため、参考になる要素が多いと解される。

おわりに

今必要なのは、最高裁判例に対する批判的視点を維持しつつも、外国の理論をベースに最高裁を外から批判すること、すなわち、最高裁との「対決」はなく、最高裁の判例法理をベースに、それをより望ましい方向に発展させるために、外国の理論を参考にすること、すなわち、最高裁判例を内在的に理解し、最高裁と「対話」することではないだろうか。そのためには、いわゆる猿払基準を「全否定の対象」¹⁵⁸としてではなく、修正の対象として再評価の可能性を探ることも求められよう¹⁵⁹。

¹⁵⁸ 六戸常寿「『猿払基準』の再検討」『法律時報』83巻5号20頁（2011年）21頁。

¹⁵⁹ その際、猿払基準を「幅のある判断枠組み」として捉え、判断枠組みの構造それ自体、判断すべき諸要素、判断すべき諸要素それぞれの重要性、判断すべき諸要素の関係、判断の際の厳格度や判断枠組みの適用方法、結論等を区別し、判例の問題点を明確化することに留意すべきであろう。