

カナダにおける表現の自由の保障とその限界 ——審査枠組みの観点から——

法学研究科公法学専攻博士後期課程2年
鈴木 崇之

はじめに

1. カナダにおける審査枠組み

- (1) 二段階アプローチ
- (2) Oakesテスト

2. 表現の自由の領域における考慮要素

- (1) 保障の範囲
- (2) 制限：目的と効果の区分
- (3) 審査の厳格度

おわりに

はじめに

日本国憲法が施行されてから70年が経ち、我が国の最高裁判所でも多くの判例が蓄積され、それに対する研究も多くなされてきた。近年では日本の判例理論がドイツ型の比例原則と親和的であることから、ドイツのいわゆる「三段階審査」が注目を集めている¹。三段階審査は、基本的に、①保護領域の画定、②制限の存在、③制限の正当化に分節して、審査するものである。しかし、日本国憲法はアメリカの主導によって制定され、司法審査についても付随審査制を採用している²。そのため、憲法裁判所型のドイツにおいて発達した三段階審査に関する理論が付随審査制を採用する我が国へそのまま妥当するののかという問題もある³。

我が国における初期の判例では、公共の福祉に基づく審査が行われ、それは「裸の利益衡量」とも揶揄されていた。そのような状況を打破するために、芦部信喜の主導によってアメリカの違憲審査基準論が展開された。アメリカにおける目的・手段審査の審査基準は、厳格審査基準、中間審査基準、合理性基準に区分され、規制される人権の性格や規制の手法に基

づき、どの審査基準を用いるかを検討するアプローチを採用している⁴。表現の自由の領域においても、アメリカの判例法理影響を多大に受け、判例が展開してきた。我が国の最高裁判所は、二重の基準論、内容規制・内容中立規制二分論、パブリックフォーラム論などのアメリカにおける審査基準論を明示的にせよ黙示的にせよ用いている⁵。このような審査基準を用いた判断手法は、判決に対する予測可能性は高まるが、柔軟な判断が難しくなるという問題がある⁶。

しかしながら、カナダではアメリカと同様にイギリス法を起源とし、付随審査制を採用しながらも、三段階審査に類似した二段階アプローチを採用し、その中心に比例テストを置いている⁷。カナダにおけるこのような審査手法は、決して違憲審査基準というわけではなく、「分析のための基本的枠組み (the basic framework for analysis)」であると理解されている⁸。カナダにおける審査枠組みは、その理論の明快さもさることながら、審査基準を用いた硬直的な判断ではなく、具体的な諸事情を考慮した柔軟な合憲性判断が行えるという利点がある。

表現の自由の領域においても、この審査手法の違いは結果に相違をもたらしている。すなわち、違憲審査基準を用いた審査の下では、表現の自由に関する事件に対する審査基準の範囲内で決定され、硬直的な判断となり、基本的に厳格な審査がなされる。それに対して、カナダ型の審査枠組みを用いた審査手法は、上述のようにその枠組みの中で柔軟な判断がなされうる⁹。しかし、この審査枠組みは決して表現の自由事例に特有のものではないが、表現の自由事例に当然適用されるものである。そこで本稿では、カナダにおける権利及び自由の保障を一般的に限界づける判断枠組みを基幹に、表現の自由に関する特有の考慮事由について概説する。さらに、カナダ型の審査枠組みを分析することで、日本に対する有意性及び汎用性を考察する。

1. カナダにおける審査枠組み

カナダ憲法は、日本国憲法のように単一の法ではなく、複数の法によって構成されている¹⁰。なかでも、国家の構成について規定した1867年憲法と、人権規定を有する1982年憲法がその中心的地位を占めている¹¹。さらに、1982年憲法の中でも、その第1章は「権利及び自由に関するカナダ憲章 (以下、カナダ憲章)」と題され、カナダにおける人権保障の中核をなしている¹²。そして、カナダにおける審査枠組みを特徴付けるものとして、カナダ憲章の1条の存在がある。そこでは、「権利及び自由に関するカナダ憲章は、自由かつ民主的な社会において明確に正当化され得る合理性をもち、かつ、法で定める制限にのみ服することを条件に、この憲章で規定する権利及び自由を保障する」と規定されている。本条は、権利及び自由の保障を謳うとともに、その制限の可能性も規定し、審査枠組みへの基礎を提供している。

(1) 二段階アプローチ

カナダでは憲法上の権利及び自由に関する裁判の判断枠組みとして、二段階アプローチを採用している。これは、R. v. Oakes¹³において、Dickson首席裁判官が示したものであり、それは、まず第一段階で、カナダ憲章で保護された権利及び自由が制限されたかどうかの問題となる。この段階での立証責任は、権利及び自由の侵害を主張する当事者にある。この権利及び自由の制限に関して、A. G. (Que.) v. Quebec Protestant School Boards¹⁴において、権利及び自由の「制限 (limits)」と「あからさまな矛盾 (direct conflict)」を区別する考えが示された。すなわち、カナダ最高裁判所は、「制限」の場合には、カナダ憲章1条の審査に移り正当化しうが、「あからさまな矛盾」の場合には、正当化しえないためカナダ憲章1条の審査を受けることなく、違憲となり得ると示唆した。権利及び自由への侵害の厳しさによって正当化されうる「制限」と正当化されえない「あからさまな矛盾」とに区別するとの考えは、様々な権利及び自由への侵害が2つの類型に分類されるべきではないと批判され、4年後のFord v. Quebec (Attorney General) において修正がなされた。そこでは、Quebec Protestant School Boards事件判決を権利及び自由の「全く完全な否定 (a truly complete denial)」の特殊事例とし、そのような事例を除けば、人権の否定であっても、それが1条の適用を排除することにはならないとした¹⁵。これにより、制限と判断される権利及び自由に対する侵害の範囲が拡張され、ほとんどの事例が二段階目へと歩を進めることとなった。

第二段階では、制限が正当化されるかどうかの問題となり、この段階での立証責任は制限を支持することを求める当事者—大抵は国家—にある¹⁶。そして、この第二段階において、前述のカナダ憲章1条が問題となる。つまり、「法によって規定されていること」という形式的要件と、「自由で民主的な社会において明確に正当化され得る合理性を有していること」という実質的要件を満たせば、制限が正当化される。ここでいう法とは、規則、コモン・ロー、条例、立法政策等を含むものと解される¹⁷。この形式的要件は、その機能として、①公務員の恣意的ないし差別的取扱いを排除すること、②何が禁止されているかにつき国民に知らしめる告知機能が挙げられる¹⁸。次に、実質的要件については、その文言が多義的であり、その内実を確定することが求められる。

(2) Oakesテスト

この二段階アプローチにおける実質的要件を明確に示したものとして、Oakesテストがある。これもOakes事件判決においてDickson首席裁判官が示したものであり、まず (i) 目的の重要性と (ii) 目的と手段の関連性に区分し、後者をさらに①目的と手段の合理的関連性、②人権制約の最小性、③目的の重要性と手段の効果との比例性に細分化するものである¹⁹。

(i) 目的の重要性

まず、目的審査についてカナダ最高裁判所は、人権制約の目的が「十分に重要 (sufficient importance)」で「自由で民主的な社会において喫緊かつ相当程度に (pressing and substantial) に重大な事項」に関連していなければならないとした²⁰。しかし、この目的審査は、さほど厳格なものではなく、ほとんどの事例が通過する²¹。例えば、立法目的の重要性が認められなかった事例として、R. v. Big M Drug Mart Ltd.²²がある。本件は、Big M Drug Martが日曜日を休業日とする「安息日法 (Lord's Day Act)」に違反して営業を行ったことにより、起訴された事件である。Dickson裁判官による多数意見は、安息日法の目的がキリスト教の信仰を強制するものであると判断し、立法目的を拒絶した。

(ii) 比例テスト

目的の重要性が認定されると、次に3つの審査から成る「比例テスト」が用いられ、審査が行われる。

①目的と手段の合理的関連性：まず初めに、手段と目的の合理的関連性が問われる。すなわち、採用された手段は問題となっている目的を達成するために注意深く策定されなければならない、それらは恣意的、不公平、又は不合理な考慮に基づくものではない²³。そして、この合理的関連性の証明は、制約の手段と立法目的との間の直接的又は科学的証明までを要求するものではなく、立法府への敬讓がなされることが多い²⁴。

②人権制約の最小性：次に、制限の手段が権利や自由に対して必要最小限のものであるかが問われる。つまり、問題となっている権利や自由に対する制限が「可能な限り小さい (as little as possible)」ものでなければならない²⁵。しかし、常にこの厳格度が要求されるわけではなく、信教の自由が問題となったR. v. Edwards Books and Art Ltd.において、最高裁判所は、制限が「合理的に可能な限り小さい (as little as is reasonably possible)」ものであることを要求した²⁶。その上で、より合理的な他の代替手段があるかを問う。この点に関して、裁判所は立法府に対して評価の余地が認められる場合には、立法府の判断に敬讓を示している。

③狭義の比例性：最後に、比例性についてOakes事件判決においては、手段の有害な効果と目的の重要性との間の比例性が求められていた²⁷。すなわち、手段の有害な効果が大きければ大きいほど、その正当化のためには、目的はより重要なものでなければならない。しかし、Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.²⁸において、手段に関する有害な効果と有益な効果との間の比例性が求められると修正がなされた。これによって、目的の重要性のみならず、手段の有効性も問われることとなった。それゆえに、立法目的と規制手段を問う前2審査と重複するのではないかという批判から逃れ²⁹、政府は前2審査において抽象的な比例性を、3つ目の審査において目的達成のためにとられた手段の有意性及び実際に得られる利益と手段の有害な効果との間の比例性という具体的比例性の証明を要することとなった。

以上で論じた二段階アプローチ及びその実質的要件を具体化したOakesテストは、「単一の厳格な基準（a stringent standard）」と理解されていたが³⁰、現在では「分析のための基本的枠組み（the basic framework for analysis）」と理解され、カナダの裁判所は、全ての事案に仕える「一つのテスト」に固執しておらず、基本的に特定の事案における文脈が重要であるとした³¹。この審査枠組みにおける審査の厳格度に関して、カナダ最高裁判所は、1条分析の下では文脈に十分留意する必要があるとして、「文脈的アプローチ」を採用している³²。ここでいう「文脈（context）」は、問題となっている規定の背景、及び制限を受ける行為の性質であるとされる³³。前者は、例えば、子供のような傷つきやすい集団を保護するために制定された法律、決定的でない複雑な社会科学上の根拠に基づく法律、対立する集団の利益を調整する法律、などにおいて勘案される。後者については、表現の自由との関係において後述する。このような文脈的アプローチは、審査基準によって寛厳を区分する方法とは異なり、カナダの審査枠組みにおける厳格度を調整するものとして機能する³⁴。そして、この価値判断的アプローチは、カナダ憲章1条の正当化の段階において行われるべきであるとされる³⁵。

カナダ憲章において保障される権利及び自由に関する司法審査は、基本的にこれらの2段階アプローチやOakesテストによって判断されるが、以下では、これらの審査枠組みにおいて表現の自由の領域に特有の論点を概説する。

2. 表現の自由の領域における考慮要素

カナダ憲章2条（b）は、「出版その他のコミュニケーション・メディアの自由を含む思想、信条、意見及び表現の自由」を保障している。しかし、カナダ憲章が制定された1982年以前において、表現の自由が保障されていなかったというわけではない。そこでは個人の基本的自由としての表現の自由が保障されていたというよりむしろ、連邦政府と州政府の間の権限の分配の問題として捉えられていた³⁶。とりわけ、政治的表現は民主的政府の組織の保持及び作用と関係があるとその重要性が説かれた。このことは、民主主義において公的問題が自由かつ公然と討論されるべきという前提に基づく³⁷。カナダ憲章の制定によって、その保障が明文によって規定された表現の自由ではあるが、カナダ憲章1条の存在が示すように、その保障は絶対的なものではない。

（1）保障の範囲

二段階アプローチの第一段階では、権利又は自由の制限があったことが要求される。カナダ最高裁判所は、表現の自由が問題となった事例において、この段階を二分節する³⁸。すなわち、裁判所は規制されている行為が表現の自由の保障の範囲内にあるものかを明らかにしなければならない、そして、それが政府によって妨げられたかどうかを決定しなければならない

い³⁹。

まず、カナダ最高裁判所は、その保障の対象となる表現の範囲を非常に広範なものとしている。商業広告についてフランス語のみで表記することが義務付けられたフランス語憲章（The Quebec Charter of French Language）の規定の合憲性が問題となったFord v. Quebec (Attorney General)において、カナダ最高裁判所は、カナダ憲章制定以前の政治的表現のみが表現の自由の保障の範囲内に含まれるとする理解を排し、ある表現がその営利的要素ゆえに表現の自由の保障の範囲から除外されるということを導かないと判断した⁴⁰。その翌年に、13歳未満の子供に向けられる商業広告を禁止した州法が問題となったIrwin Toy Ltd. v. Quebecにおいて、カナダ最高裁判所は表現の自由の価値に言及することで、その範囲を拡げた。カナダ最高裁判所は、表現の自由の価値を①真実への探求及び到達が本来的によい活動であること、②社会的及び政治的意思決定への参加が促進され、奨励されること、③個人の自己実現及び人間の反映の形態における多様性が意味を伝えるもの及び意味を伝えられるものの両者のために寛大で居心地のいい環境において育まれるべきであること、と強調した⁴¹。とりわけ、第三の価値の受容によって表現の自由の保障の範囲は拡充された。例えば、カナダ最高裁判所は、チャイルドポルノを規制する法律が問題となったR. v. Sharpeにおいて、チャイルドポルノが民主的政府に寄与せず、真実の探求にも寄与しないが、人格的充実としてのその役割ゆえにカナダ憲章2条（b）の下保護されると判断している⁴²。

そして、表現の自由の保障の範囲について、カナダ最高裁判所は、カナダ憲章2条（b）が「意味を伝達し、又は伝達することを意図する」いかなる活動も保護していると判断した⁴³。例えば、違法駐車は、大抵メッセージを伝えることを意図しないがゆえに、表現行為でないとされるが、それが駐車に関する政策・実施に対する抵抗としてなされるのであれば、それは表現の自由の射程に含まれる。また、WIC Radio Ltd. V. Simpsonにおいて、カナダ最高裁判所は、表現の自由には「無礼で馬鹿げた意見を表現する権利」も含まれるべきであると指摘した⁴⁴。さらに、カナダ憲章2条（b）において保障されている「表現」には、伝達される特定の意味又はメッセージに関係なく全ての表現が含まれる。カナダ最高裁判所は、商業広告⁴⁵、ピケッティング⁴⁶、憎悪宣伝⁴⁷、売春のため客引きをすること⁴⁸、及び児童ポルノ⁴⁹も表現の自由の射程に含まれると判断した。これ対して、アメリカでは、表現の自由に対して完全に近い保障を与え、憲法上保護されない表現を含まないように表現の自由を限定的に捉えている。カナダのこのような表現の自由についての広範な理解は、やはり正当化の段階が残されているということが要因の一つとして考えられよう⁵⁰。さらに立証責任の観点からも、その負担を権利主張をする者よりも政府側に課し、権利主張をする者の負担を軽減するということは、権利及び自由への制限が原則的に認められるべきではないという自由主義の考えと一致するものと考えられる⁵¹。

しかし、この広範な射程にも例外があり、カナダ最高裁判所はIrwin Toy事件判決において、「自由表現の保障は表現の全ての内容を保護するけれども、表現の形態としての暴力は当然そのような保護を受けない」と、暴力行為を表現の自由の保障の範囲から除外している⁵²。この除外は、暴力形態を有する表現のみを含み、暴力を唱道し、又は暴力で脅す表現はカナダ憲章2条（b）の下保護される。

（２）制限：目的と効果の区分

二段階アプローチの第一段階では、カナダ憲章で保障された権利及び自由が制限されたかどうかが問題となる。カナダ最高裁判所は、Irwin Toy事件判決において、表現を制限する「目的」を有する法と表現を制限する「効果」を有する法とを区別した。前者は表現の内容に基づき規制するもので、後者は表現の内容を狙ってはいないが、結果として表現を規制する効果を有するものである。この区別は、アメリカの内容規制・内容中立規制二分論と類似している。アメリカでは、両者を審査する際に厳格度の異なった審査基準を用いる手法を採っている。これに対して、カナダでは、単一の「厳格な基準」とされるOakesテストしか有しておらず、違憲審査基準の使い分けをしていない。カナダにおいて、表現を制限する目的を有する法の場合は通常通り、権利を侵害されたと主張する者がその侵害の立証を行う⁵³。そして、表現を制限する効果を有する法の場合、表現の自由を侵害されたと主張する者は、自身の行為が表現の自由の価値のいずれかを促進するものであることを証明する必要がある。すなわち、アメリカにおいては、審査の厳格度に関わるものが、カナダでは立証責任の問題として扱われている⁵⁴。

（３）審査の厳格度

Oakesテストは、アメリカの二重の基準のように、権利の性質に応じて違憲審査基準を使い分けていない⁵⁵。しかし、カナダ最高裁判所は、正当化の段階において、文脈を考慮してその寛厳を決している。表現の自由の領域において考慮されるべきものとして、例えば、子供や人種の少数者のような傷つきやすい集団を保護するために制定された法律、たばこの広告規制⁵⁶やポルノグラフィと暴力⁵⁷の関係などのように必ずしも決定的とはいえない複雑な社会科学上の根拠に基づいて制定された法律などは、その問題となっている規定の置かれた背景が考慮される。

また、Thomson Newspapers Co.事件判決において、カナダ最高裁判所は、侵害された行為の性質も考慮すべきであるとした。すなわち、「憲法上の保障の程度は、問題となっている表現の性質によって変わるが、このことは「低い基準が適用されるというわけではなく、表現の低い価値が政府目的によってより容易に凌駕されるということである」⁵⁸。表現の性質は、表現の価値、すなわち表現の自由の核心との距離によって変化する⁵⁹。例えば、表現の

自由の価値の中核をなす政治的表現が問題となる場合は、立法府に対して裁判所は敬謙的になる必要はない。それに対して、表現の自由の価値と距離のある表現は、より容易にその正当化が認められる⁶⁰。

おわりに

カナダにおける表現の自由の保障は、以上で論じたように、カナダ憲章1条の制約の範囲内で保障されている。そして、その内実とはOakesテストによって明確にされ、文脈的アプローチによって表現の自由の価値も考慮される。この審査枠組みを特徴付けるカナダ憲章1条の規定は、憲法の条文上で憲法上の権利及び自由の制限を認めている。あたかも法律の留保とも思えるカナダ憲章1条の正当化条項はカナダ特有のものではなく、欧州人権規約⁶¹、市民的及び政治的権利に関する国際規約⁶²、世界人権宣言⁶³にも類似の規定が見受けられる。1982年憲法が比較的新しいことから、カナダ憲章1条は人権保障に関する国際的趨勢を参考に規定したものと考えられる⁶⁴。日本でも、憲法13条において、個人の権利及び自由が「公共の福祉に反しない限り」最大限尊重されると規定され、個人の権利及び自由についても公共の福祉という制限に服するとされている。表現の自由に関しても、アメリカの違憲審査基準の影響を受けながら、終局的には公共の福祉による判断がなされてきた⁶⁵。このような公共の福祉に関して、広範な解釈権限を有する裁判官による比較衡量に対して、「比較衡量を枠づけるルール」が必要であるという批判もある⁶⁶。そこで、この「比較衡量を枠づけるルール」として、カナダのような段階的審査を用いることで、どこの段階で、何の権利及び自由が問題となり、どのように判断されたかを明確に示すことにより、議論が整序され、活発になるものと考えられる。また、このような一般的人権制約条項とも捉えられる条文を有している我が国においても、カナダにおける司法審査枠組みを研究することで、グローバルスタンダードに接近しうる可能性がある⁶⁷。

さらに、世界的にも、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、比例原則を適用する後者の様式は、コモンウェルスシステムにも及んでいると指摘される⁶⁸。さらに、Oakesテストは、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、バヌアツ、ジンバブエの裁判所によって引用されており、違憲審査の「主要なモデルの1つ」となったとされている⁶⁹。このことから、カナダ最高裁判所の国際的地位を確認することができるのと同時に、このテストの汎用性が高いことが示唆されうる。確かに、これらの国はイギリス連邦加盟国やイギリスと地理的及び政治的に深いつながりを有する国々であるが、付随審査制を採用する我が国にとっても非常に示唆に富むものである⁷⁰。よって、我が国においても、憲法13条の一般的人権制約条項を基幹に、カナダ型の審査枠組み構築に向けた議論を展開していくために、カナダの審査枠組みを研究す

ることには十分に意味がある⁷¹。我が国における表現の自由に関する判決を違憲審査基準から離れ、この枠組みの中で理解することについては、今後の課題としたい。

-
- 1 小山剛『「憲法上の権利」の作法 第3版』（尚学社、2016年）、渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達郎『憲法1 基本権』（日本評論社、2016年）など。
 - 2 警察予備隊違憲訴訟（最大判昭和27年10月18日民集6巻9号783頁）では、日本の「裁判所が現行の制度上与えられているのは司法権を行う権限であり、そして司法権が発動するためには具体的な争訟事件が提起されることを必要とする」として、「現行の制度上」という限定を附しながらも付随的審査制を採用している。学説上も、「最高裁に与えられた違憲審査権がアメリカ型の審査権限を含むものであることについては、解釈上異論がな」といわれる。高橋和之『体系憲法訴訟』（岩波書店、2017年）14頁。
 - 3 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（2011年）10-11頁。
 - 4 高橋・前掲注（2）137-38頁。
 - 5 最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁、最三小判昭和59年12月18日刑集38巻12号3026頁（伊藤正己裁判官補足意見）など。
 - 6 高橋和之も、どのような事件類型に厳格度の異なる三つの基準がそれぞれ適用されるかという議論が先行し、「その帰属が決まると適用される基準も決まり、結論もほぼ決まるということになり、そのために事件の実体をなす利益対立の分析がおろそかになり、類型への当て嵌めという形式的議論に終始しているという批判もある」と指摘している。高橋和之『「通常審査」の意味と構造』法律時報83巻5号（2011年）19頁。
 - 7 佐々木雅寿も、カナダの違憲審査制について、「大陸型違憲審査制度とアメリカ型制度の中間的要素」を備えているとしながらも、「付随的具体的違憲審査の性格が主要なもの」としている。佐々木雅寿「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—」北大法学論集63巻2号（2012年）349頁。カナダには、照会制度（Reference）があり、それは「法令等の合憲性それ自体を、その制定の前後を問わずに審査の対象とするため、抽象的・独立的違憲審査と」理解されている。菊地洋「多文化主義条項を持つ憲法の意義と可能性（1）—カナダ型多文化主義の憲法学的考察—」成城法学80号（2011年）148頁。照会制度については、H・N・ジャンニッシュ（佐々木雅寿訳）「カナダ憲法上の照会権限」北大法学論集39巻3号。
 - 8 Robert J. Sharpe & Kent Roach, *The Charter of Rights and Freedoms* 6th ed. (Irwin Law, 2017) at 93.
 - 9 佐々木は、日本の最高裁判所の判例理論が、「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』を好む傾向が

- ある」と指摘する。佐々木・前掲注 (7) 307頁。
- 10 1982年憲法52条2項によれば、(a) この法律を含む「1982年カナダ法」、(b) 別表に掲げる法律及び命令、(c) 第 (a) 号又は第 (b) 号に掲げる法律又は命令の改正、からカナダ憲法が構成されるとしている。
- 11 1867年憲法は、制定時は「英領北アメリカ法 (the British America Act)」との名称であったが、1982年憲法の制定により、現在の名称 (the Constitution Act, 1867) に変更された。
- 12 カナダ憲章は1982年憲法の中でも、個別的な取扱いがなされている。1982年憲法34条では、「この章は、権利及び自由に関するカナダ憲章として引用することができる」とし、例えば1条や24条1項でも、1982年憲法ではなく、カナダ憲章という文言を用いて規定している。
- 13 *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.
- 14 *A. G. (Que.) v. Quebec Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66.
- 15 See *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1998] 2 S.C.R. 712 at 766.
- 16 See *Ibid.*, at 136-137. See Richard Moon, *The Constitutional Protection of Freedom of Expression* (University of Toronto Press, 2000) at 32.
- 17 佐々木・前掲注 (7) 342頁。
- 18 佐々木・前掲注 (7) 344頁。See Sharpe & Roach, *supra* note 8 at 67-68.
- 19 See Sharpe & Roach, *supra* note 8 at 70.
- 20 See *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 at 138-39.
- 21 1986年から1997年の統計であるが、カナダ最高裁判所は、憲章の権利及び自由の制限が問題となった97%の事例において政府目的を十分に重要であると判断した。L Trakman et al, “R. v. Oakes 1986-1997: Back to the Drawing Board” (1998) 36 Osgoode Hall LJ 83 at 95.
- 22 *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295.
- 23 See *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 at 139.
- 24 目的と手段の間の合理的関連性が認められなかった事例として、Oakes事件判決が挙げられる。Oakes事件判決は、麻薬取引の害悪から社会を守るという目的と麻薬所持を取引目的のための所持と推定する規定との間の関連性が、少量又は無視できるほどの量の麻薬であってもそのような推定が及ぶということは不合理であると結論づけられた。
- 25 See *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295 at 352.
- 26 See *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713 at 772.
- 27 See *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 at 139.
- 28 *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835.
- 29 See e.g. Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Student ed. (Carswell, 2011) at 38-44.
- 30 See *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 at 136.
- 31 See Sharpe & Roach, *supra* note 8 at 93. SethiもOakesテストの厳格性が弱められていること

- 指摘している。See Chanakya Sethi, “Beyond Irwin Toy: A New Approach to Freedom of Expression under the Charter, Appeal” , Vol. 17 (2012) at 23.
- 32 See *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877.
- 33 「文脈」という訳語に関して、主たる意味としては、ある文言がその前後の文言に及ぼす意味的規定力とされるが、その他にも、物事の脈絡や背景という意味も有する。
- 34 ドイツの三段階審査では、このような比例原則における厳格度の寛厳を調整するものを「審査密度」と表現している。小山・前掲注（1）72頁以下参照。
- 35 See *Edmonton Journal v. Alberta (A.G.)*, [1989] 2 S.C.R. 1326 at 1356.
- 36 See Kent Greenawalt, “Free Speech in the United States and Canada” , 55 Law and Contemporary Problems (1992) 5 at 9.
- 37 See Sharpe & Roach, *supra* note 8 at 166.
- 38 See *Irwin Toy Ltd v. Quebec (A.G.)*, [1989] 1 S.C.R. 927 at 967-973.
- 39 See Moon, *supra* note 16 at 32.
- 40 See *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712.
- 41 See *Irwin Toy Ltd v. Quebec (A.G.)*, [1989] 1 S.C.R. 927 at 976.
- 42 See *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45.
- 43 See *Irwin Toy Ltd v. Quebec (A.G.)*, [1989] 1 S.C.R. 927 at 968. See also *R. v. Khawaja*, [2012] S.C.C. 69.
- 44 See *WIC Radio Ltd. V. Simpson*, [2008] 2 S.C.R. 420 at 431.
- 45 *Irwin Toy Ltd v. Quebec (A.G.)*, [1989] 1 S.C.R. 927.
- 46 *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573.
- 47 *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697.
- 48 *Reference re ss. 193 and 195.1 (1) (C) of the criminal code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123.
- 49 *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45.
- 50 Mark Tushnetもカナダの裁判所がアメリカの裁判所より表現の自由を広く捉え、その侵害を認めている理由として、カナダ憲章1条の存在を指摘している。Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law* (Foundation Press, 2014) at 1542.
- 51 制限の正当化の立証責任を政府側に課す根拠として、憲章上の権利を制限する必要性を立証する政府の能力と資源が優位するという点も指摘される。Sharpe & Roach, *supra* note 8 at 92.
- 52 See *Irwin Toy Ltd v. Quebec (A.G.)*, [1989] 1 S.C.R. 927 at 970.
- 53 Richard Moonによれば、表現を制限する目的を有する法は「自動的に」カナダ憲章2条（b）を侵害すると認められるとする。Moon, *supra* note 16 at 34-35.
- 54 *Irwin Toy Ltd v. Quebec (A.G.)*, [1989] 1 S.C.R. 927 at 973-976, 978-979.

- 55 そもそも、カナダ憲章1条がその対象としているのは、カナダ憲章に規定されている権利及び自由であり、カナダ憲章には経済的自由が含まれていない。
- 56 See *e.g. Canada (A.G.) v. JTI-MacDonald Corp.*, [2007] 2 S.C.R. 610.
- 57 See *e.g. R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452.
- 58 *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877 at 943.
- 59 Sethi, *supra* note 31 at 30. しかし、表現の自由の保障の核心にあるものを決定することにおいて、裁判所は一貫した理論を有していないとの批判もある。 *Ibid.* at 32.
- 60 しかし、保障の核心と距離のある表現への規制であっても、それが全面禁止を課す場合には、裁判所は比較的厳格に審査をしている。例えば、 *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario* において、カナダ最高裁判所は、商業的表現への規制が他の表現への規制より容易に正当化されるだろうと認めながらも、消費者にとって有用な情報（営業時間や使用可能言語）まで規制する場合には、そのような規制は認められないと判断した。 *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232 at 247.
- 61 表現の自由については、10条2項。
- 62 表現の自由については、19条3項。
- 63 29条2項。
- 64 「カナダ憲章は、アメリカ憲法というよりむしろ国際的人権文書のモデルに従っている」との指摘もある。 Sharpe & Roach, *supra* note 8 at 49.
- 65 例えば、「沖縄デー事件」の控訴審判決（東京高判昭和62年3月16日判時1232号43頁）においては、「昨今では、……ブランデンバーグ原則（一九六九年のブランデンバーグ対オハイオ事件においてアメリカ国連邦最高裁判所が判示した『憲法における言論の自由及び出版の自由の保障は、州に対し、暴力の行使や違法行為の唱道を、かかる唱道が、さし迫った違法行為をせん動し、もしくは生ぜしめることに向けられており、かつ、かかる行為をせん動し、もしくは生ぜしめる可能性がある場合を除き、禁止することを認めていない。』との原則）が新しく注目されているといわれる。そしてこの原則の核心は、憲法上禁止できる唱道の範囲を『さし迫った違法行為のせん動』であつて、少なくとも『せん動』の効果発生の『可能性のある（be likely to）もの』に限定した点にあると解することができると考えられるが、いずれにしてもこの原則は、弁護人の消極的評価（当審弁論要旨三二頁）にもかかわらず、彼我の国情の差を超え、わが国における表現犯罪の解釈に当たつてもきわめて示唆的なものがあるといつてよいであろう」とアメリカのブランデンバーグテストが引用されているが、最高裁判決（最二小判平成2年9月28日集刑255号261頁）では、従来通り「公共の福祉」に基づいて判断がなされた。
- 66 芦部信喜『宗教・人権・憲法学』（有斐閣、1999年）215頁。
- 67 青井未帆も、「日本国憲法はアメリカと同様に絶対的保障方式を採りながらも、『公共の福祉』

による制約を明らかにしており、衡量による人権制約の議論に接合しやすい条件がある」と指摘する。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（2010年）72頁。

- 68 青井・前掲注（67）68頁。
- 69 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 502.なお、これらの国の多くがイギリス連邦加盟国ないし元加盟国であるということには留意する必要がある。
- 70 佐々木・前掲注（7）308頁。
- 71 近年、高橋和之もカナダ型の審査枠組みに類似した「二段階分節審査」を提唱している。二段階分節審査とは、三段階審査が保護領域の画定、制限の存在、その正当化というプロセスをとるのに対し、制限の存在とその正当化のみを判断するものである。この二段階分節審査は、内容確定型人権の審査の場合にのみ用いることができ、それゆえに保護領域の確定が必要ない。内容確定型人権とは、保障内容が憲法上確定されていると解される人権であり、表現の自由などの財産権を除いた自由権であると解される。これに対して、内容形成型人権とは、憲法上法律にその内容の確定を委ねている、財産権や社会権がそれにあたる。カナダにおいても、カナダ憲章一条はカナダ憲章によって保障されている権利及び自由を対象とし、カナダ憲章には財産権や社会権に関する規定がないことから、二段階分節審査の議論はカナダにおける二段階アプローチと少なからず対応していると解し得る。高橋・前掲注（2）221頁以下参照。

Freedom of Expression in Canada

—Focusing on Judicial Review Framework—

SUZUKI, Takayuki

Seventy years have passed since the Constitution of Japan was enforced, many constitutional precedents have been found by the Supreme Court in Japan, and examined by scholars. In Japan, the so-called “three part judicial review (Drei Schritt Prüfung) ” of Germany has attracted interest recently because doctrines of precedent of Japan are compatible with it. However, it is difficult to introduce this system into Japan because of differences between them, such as the judicial review system.

On the other side, although Canadian law has its origins in the laws of England as well as the United States, Canada has adopted a two-step approach similar to the three part judicial review. This approach in Canada has never been understood as a judicial review standard for constitutionality, but as “the basic framework for analysis”. Courts in Canada indicate that what is important is the context of specific factual relations. The judicial review framework in Canada has the advantage of not making inflexible judgements for constitutionality that use judicial review standards, but it has theoretical clarity and makes flexible judgements that consider specific circumstances.

Part 1 of this paper describes the two step approach that is the judicial review framework in Canada, and the Oakes Test that is the substantial requirement for it. Part 2 analyzes the particular matter of the realm of freedom of expression in this judicial review framework. Part 3 explains the international status and versatility of the judicial review framework in Canada. From these descriptions, this study considers their significance and applicability for Japan.