

Title	憲法解釈における「生ける樹」理論と司法積極主義
Sub Title	"Living tree" theory and judicial activism in interpretation of constitution
Author	手塚, 崇聡(Tezuka, Takatoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2018
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.91, No.1 (2018. 1) ,p.427- 454
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	大沢秀介教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20180128-0427

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

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

憲法解釈における「生ける樹」理論と司法積極主義

手塚 崇 聡

- 一 はじめに
- 二 近年の先例変更を行った二つの最高裁判決
 - 1 二〇一三年ベッドフォード事件最高裁判決
 - 2 二〇一五年カーター事件最高裁判決
- 三 憲法解釈における進歩的解釈の変遷
 - 1 第七条解釈における「生ける樹」理論
 - 2 近年の最高裁判決と「生ける樹」理論の関連性
 - 3 「生ける樹」理論に対する批判とマクラクリン・コート
- 四 おわりに

一 はじめに

近年、日本の最高裁判所（以下、「最高裁」）は「司法積極主義になって」おり、憲法判断、違憲判断の「両方の意味で司法積極主義に近づいてきた」とされる。⁽¹⁾そして、「立法時には手段・規制の合理性を支えていた事実

が、裁判所の判断の時点ではすでに変化しており、手段・規制の合理性が失われている」とする論理が、「違憲判断の定石的手法」であるとされている。⁽²⁾ただし、こうした新しい「事情の変更による違憲判断」の手法は、「最高裁判例においては、古くから扱われてきた《問題》」でもあり、⁽³⁾そうした立法事実の変化について、どの程度の変化があれば違憲となるかという「明確な線引きが難しいのが、社会変化の法理の特徴でもある」とされるように、「裁判所の新たな憲法適合性の判断手法として検討する必要」がある⁽⁴⁾とされている。

この点で、カナダ最高裁では憲法解釈の場面において時代状況の変化を考慮する手法が用いられてきた。カナダでは一九三〇年のエドワーズ事件枢密院司法委員会判決で「生ける樹 (Living Tree)」理論が唱えられ、一八六七年憲法の文言を広く解釈する手法がカナダ最高裁において用いられている。そしてこの「生ける樹」理論は、一九八四年のスカピンカー事件最高裁判決⁽⁷⁾において、一九八二年に制定された権利及び自由に関するカナダ憲章⁽⁸⁾（以下、「憲章」とする）の解釈をする際に引用されている。この事件で最高裁は、エドワーズ事件、ブリティッシュシユ石炭会社事件⁽⁹⁾の枢密院司法委員会判決を引用して、憲章は柔軟性と予見可能性をもって解釈しなければならず、「狭く専門的な解釈は、もし将来の未知の認識によつて変更されないのであれば、法の成長と社会からの影響を阻害する」として、憲法に基づく個人と社会、そして権利間の調整は、裁判所による憲法の解釈と適用によつてもたらされるとした。⁽¹⁰⁾また同年のハンター事件⁽¹¹⁾でも最高裁は、憲法解釈は「多くの場合、起草者が想定していなかった新たな社会的、政治的、歴史的な現実と出会った時に、成長し発展していくことができなければならぬ」とした。⁽¹²⁾さらにこのことは、州選挙区に関する照会事件において、「カナダ憲法である生ける樹の上に憲章は移植された」という比喩が用いられ、憲章とカナダ憲法との関係性が説明されている。⁽¹³⁾そして二〇〇四年の同性婚姻照会事件⁽¹⁴⁾において、「進歩的解釈」という形で継承された。⁽¹⁵⁾

特に憲章制定当初の最高裁による「生ける樹」理論への言及については、憲章解釈の開拓期であったことが影

響しているように思われるが、後述するように、「生ける樹」理論に基づく解釈や、違憲判断については、司法積極主義であるなどのさまざまな批判が歴史的になされてきた。またカナダ最高裁は、歴史的に憲章の解釈によって新たな権利を導いてきたが、それは憲章第七条の解釈においてもあてはまり、同条からは後述するようなさまざまな権利を導いており、その一つの要因として、「生ける樹」理論による進歩的解釈が考えられる⁽¹⁸⁾。そのため、憲章制定当初行われた「生ける樹」理論に基づく進歩的解釈と司法積極主義は、非常に密接な関係にあって、⁽¹⁹⁾と言えり。しかし、最高裁による違憲判断に積極的な姿勢は、憲章制定から三〇年たった近年も多く見られ、特に憲章第七条に関わる判断において二つの違憲判決が連続して下されている⁽²⁰⁾。この二つの最高裁判決は、時代状況の変化などを考慮して先例変更を行い、違憲判決を下したものであるが、後述するように、近年の憲章第七条に関わる違憲判決は、「生ける樹」理論への言及が明確になされているわけではない。ただし、もしこれらの違憲判決において進歩的解釈が行われているとすれば、カナダにおける司法積極主義は、歴史的な継続性があり、「生ける樹」理論と密接にかかわるといことになる。またもしそうでなければ、カナダ最高裁の近年における司法積極主義は、「生ける樹」理論とはかかわりない議論として、憲章制定当初の議論とは別に検討すべき事項となるであろう。

そこで本稿では、近年の憲章第七条をめぐる違憲判断を検討することで、憲章解釈において時代状況の変化を考慮する「生ける樹」理論の継承が近年においてもなされているのか、またそれが違憲判断に影響を及ぼしているのかという点を検討する。さらにこうした検討をもとに、司法積極主義との関連性についても若干の検討を行う。そこで、まずは近年の憲章第七条に関する違憲判決を紹介し、憲章制定以降の同条解釈における「生ける樹」理論の意義を踏まえたうえで、それらの「生ける樹」理論との関係性を明らかにしたい。そしてその関係性を踏まえて、司法積極主義との関連について検討したい。

二 近年の先例変更を行った二つの最高裁判決

先に紹介したように、近年、憲章第七条をめぐっては、先例を変更したベッドフォード事件最高裁判決⁽²¹⁾とカーター事件最高裁判決⁽²²⁾がある。ここでは両事件を見ながら、「生ける樹」理論に基づく進歩的解釈がなされたかどうかについての検討を行いたい。

1 二〇一三年ベッドフォード事件最高裁判決

(1) 事件の概要

本件が提起された当時、刑法典は「みだらな家」(Dawdy-house)の経営(旧第二一〇条)、売春の手引き(旧第二二条一項j号)、そして公の場所での勧誘や客引き行為など(旧第二二三条一項c号)、売春に関わる多くの行為を禁止していた。そこで売春婦として活動してきたベッドフォード(Fern Jean Bedford)らは、オンタリオ州上級裁判所に対して刑法典の上記規定が憲章第七条に違反し無効であるなどとして提訴した。これに対して第一審(オンタリオ州上級裁判所)は、原告適格を認め、これらの規定が憲章第七条に違反すると判断した⁽²³⁾。その後の上訴に対してオンタリオ州控訴裁判所は、客引き行為の規制以外の規定を憲章第七条違反とした⁽²⁴⁾。これに対して、最高裁は全会一致で違憲と判断した。判決を執筆したのはマクラクリン長官(当時)である。

(2) 最高裁判決の概要

① 先例拘束性について

最高裁は憲章第七条の解釈を行う前に、先例拘束性について検討を行った。まず法の確実性は、裁判所が権威ある判例に従い、そしてそれを適用することに求められ、これはコモン・ローに依拠する基本原理であるとしたうえで、そのような先例から逸脱する可能性があるのは、垂直の問題として、下級裁判所が上級裁判所によって確立された先例から逸脱する場合と、水平の問題として、カナダ最高裁が自身の判例から逸脱する場合であると⁽²⁵⁾した。そして本件で問題となる先例は、刑法典による売春宿とコミュニケーションの禁止を合憲とした、一九九〇年の売春照会事件⁽²⁶⁾であるとした。⁽²⁷⁾

この問題について本件第一審は、まず①この分野における法の進化 (the evolution of the law) を考慮すると本件では、異なった問題が提起されていること、②現在は証拠記録が当時より豊かであり、一九九〇年には入手できなかった研究を提供していること、③売春照会事件の根底にある社会的、政治的及び経済的前提はもはや適用されないこと、最後に、④本件で問題となった表現 (安全を促進する表現) と売春照会事件で問題となった表現 (商業的表現) は異なっていることから、「再検討 (review)」できるとした。⁽²⁸⁾しかし控訴審は、先例を逸脱することとはできないとした。これに対してマクラクリンは、先例を「再検討」できるのは、①新たな法的問題を構成し、法の重要な発展の結果として新たな法的問題が提起された場合、あるいは②その議論の要素が根本的に切り替わる状況や証拠の変化があつた場合であるとした。⁽²⁹⁾ここで、売春照会事件では、身体の「自由」の利益にのみ言及し、また「基本的正義の原則」については、当該規定の曖昧性と売春関連行為の犯罪化の許容性を審査したが、本件では「身体の安全性」を検討するものとし、「基本的正義の原則」については、過去二〇年間で大きく発達したとした。⁽³⁰⁾なお、「基本的正義の原則」の審査においては、恣意性 (arbitrariness)⁽³¹⁾、広範性 (overbreadth)⁽³²⁾、著しい不均衡性 (gross disproportionality)⁽³³⁾ によつて審査されることが判例上確立してきている。

② 憲章第七条の分析

以上のような先例拘束性の問題を解消したうえで、マクラクリンは刑法典の諸規定についての検討を行ったが、まず売春目的での「場所 (Place)」の占拠等の禁止は広範であること、また売春の手引きの規制は売春婦の安全を増進する手立てをも規制していること、最後に客引き行為の規制によって、売春婦が危険に直面する可能性が増すことから、憲章第七条の「身体の安全性」を侵害するとした⁽³⁴⁾。

そして次に、こうした侵害が「基本的正義の原則」に反しないかどうかを検討した。その際にマクラクリンは、「基本的正義」という語を「自然的正義」と解することは誤りであるとし、「生命、自由及び身体の安全性」の権利を剝奪するような結果は、スカピンカー、ハンター両事件最高裁判決において示されたように、「それらの権利が表現されている幅広く肯定的な文言や、憲法上の権利の解釈においてこの裁判所が採用してきたアプローチと矛盾する」とした自動車法照会事件を参照した⁽³⁵⁾。そして、こうした理解は我々の憲法秩序を支える基本的価値に関するものであり、憲章第七条の分析を行うことは、その基本的価値に反するような方法で人の「生命、自由及び身体の安全性」を剝奪する悪法を捕捉することにあるとし、その判断は、長年形作ってきた「恣意性、過度の広範性、全体の不均衡性」という基準による⁽³⁷⁾。そして、その基準に照らし合わせて本件を検討すると、まず「みだらな家」の規制については、当該規定による害悪 (Harm) はひどくその目的との均衡性を逸していること、また売春の手引きの規制については、あまりにも広範であること、最後に勧誘行為の規制については、著しく不均衡であることを指摘し、いずれの規定も「基本的正義」の原則に反する形で権利の侵害がなされているとした⁽³⁸⁾。

(3) 本判決の意義

本判決ではまず、一九九〇年の売春照会事件における最高裁の勧告的意見の拘束性が問題とされた。そもそも勧告的意見には拘束力がないとされているものの、実際にはその意見にその後の判例も従っているとされており、本判決も同様の姿勢を示している。また①新たな法的問題が法律の大幅な進展の結果として提起された場合、または②根本的に議論の根拠を転換するような状況や証拠の変更があった場合には、従来の問題は「再検討」される可能性があるとして、新たな法的問題や社会状況の変化を根拠として先例拘束性を柔軟に解釈したうえで、憲章第七条の解釈を行った。⁽⁴⁰⁾

一方で、本稿の関心事項からすれば、「生ける樹」理論を継承したスカピンカー、ハンター両事件最高裁判決を引用した自動車法照会事件を根拠として、憲法秩序を支える基本的価値として憲章第七条を広く肯定的に解釈することが示された。その意味において本件は、「基本的正義の原則」の理解にあたって、「生ける樹」理論に触れたものとも考えられる。ただし、「基本的正義の原則」から「恣意性、過度の広範性、全体の不均衡性」を導くために同事件に言及したとも考えられ、判断基準について従来の判決を踏襲しただけであるようにも読むことができる。また判決文中には「生ける樹」理論への言及や、具体的な進歩的解釈の内容は示されておらず、結果として売春関連行為については、「身体の安全性」の権利を侵害するとはされたものの、時代状況の変化により、憲章第七条で保障される範囲がどのように広がったかという点については明らかにしていない。

なお、カナダ連邦議会では二〇一四年の六月から法改正の議論が開始され、その後の審議を経て、二〇一四年一月に「コミュニティと搾取被害者保護法」⁽⁴¹⁾として裁可を受けた。

2 二〇一五年カーター事件最高裁判決

このように二〇一三年のベッドフォード事件では、憲章第七条解釈について、先例とは異なる判断を下したが、

それから二年後のカーター事件でも、同条の解釈が問題となり、結果として違憲判決が下された。

(1) 事実の概要

カーター事件の概要は次の通りである。二〇〇九年に筋萎縮性側索硬化症 (ALS) であり一年後に死亡する可能性が高いと診断されたテイラー (Gloria Taylor) は、「寝たきり状態で尊厳と自立を失った状態」での生活や「醜い死」を望んでおらず、「医師の援助による死」(physician-assisted dying) を求めている。しかし当時カナダでは、自殺を援助または幫助することは旧刑法典第二四一条 b 号により禁止されており、また同規定について、一九九三年のロドリゲズ事件⁽⁴³⁾では、憲章に違反しないとされていた。また一方で尊厳死を非居住者にも合法化しているスイスへの渡航は、資金面で困難であったため、「医師の援助による死」を実現することはできなかった。そのため、ブリティッシュ・コロンビア市民自由協会と共に、旧刑法典第二四一条 b 号などが憲章第七条及び第一五条に違反するとの訴えを提起した。第一審は違憲と判断したものの⁽⁴⁴⁾、控訴審はロドリゲズ事件の先例拘束性を認め⁽⁴⁵⁾た。これに対して最高裁は、全会一致で旧刑法典第二四一条 b 号を違憲と判断した。

(2) 最高裁判決の概要

最高裁において主な論点となったのは、旧刑法典第二四一条 b 号などが憲章第七条と第一五条に違反するかという点であったが、その問題の検討の前に、次の二点が問題となった。まず一点目は、旧刑法典第二四一条 b 号を合憲としたロドリゲズ事件に拘束されるかという点、そして二点目は、「医師の援助による死」が健康に関する州の立法管轄権に含まれるため、連邦議会の権限踰越かどうかという点である。なお、第二点目について最高裁は、「健康」は連邦議会と州議会の両方に管轄権があり得るとした⁽⁴⁶⁾。

① 先例拘束性との関係

ロドリゲズ事件で多数意見を執筆したソピニカ裁判官は、「医師の援助による死」の禁止は、彼女の安全を剝奪するものであるが、それは「基本的正義の原則」に反しない形で行われているとし、またそれは憲章第一五条に違反するが、憲章第一条によって正当化されると判断した。⁽⁴⁷⁾ 本件で最高裁は、先例拘束性は我々の法システムにおいて基本的なものであるが、それは法の停滞を望むものではなく、ベッドフォード事件において示されたように、①新しい法的问题が提起された場合、②「議論のパラダイムを根本的に変える」状況や証拠に変化がある場合には先例を再検討 (revisit) でき、本件はこれら両方を備えているとした。⁽⁴⁸⁾ つまり、まず本件ではロドリゲズ事件の時とは異なる法的概念が含まれており、当時適用されなかった広範性の原則は、今や「基本的正義の原則」として明白に認められており、また同じく著しい不均衡性も当時は議論されなかったとした。⁽⁴⁹⁾ さらに社会的状況について、ロドリゲズ事件では、①消極的安楽死と積極的安楽死の道徳的または倫理的な区別が広く受け入れられていたこと、②脆弱な者を保護することができる「中間措置 (halfway measure)」がないこと、③安楽死の包括的禁止が、滑り坂論法 (slippery slope) からまもるために必要であるという西欧諸国における「実質的合意」が、証拠として採用されていたが、本件においてこれらはないとした。⁽⁵⁰⁾

以上のような前提問題を解消したうえで、憲章第七条の審査において、刑法典による「医師の援助による死」の禁止が、「生命、自由及び身体の安全性」の権利を侵害するか、そしてその侵害が「基本的正義の原則」に反しない方法でなされたかどうかを判断した。⁽⁵¹⁾

② 憲章第七条の審査と第一条の審査

まず「生命」の権利は「死なない権利」であり、また判例法によれば、尊厳死のような自律や生命の質に関する問題は、伝統的に「自由及び身体の安全性」の権利として扱われてきたことを指摘した。⁽⁵²⁾ そして「自由及び身

体の安全性」の権利について、これらの権利の根底には、個人の自律と尊厳の保護があるとされ、「自由」とは「個人の基本的な選択を国家の干渉から解放する権利」⁽⁵³⁾を保護することであり、「身体の安全性」とは「個人の身のインテグリティを国家の干渉から解放することに関わる個人の自律の概念」⁽⁵⁴⁾を含むものとされた。そして、旧刑法典第二四一条b号などは、永続的かつ耐え難い苦しみを引き起こす重篤で回復不可能な病気の結果として、成人が「医師の援助による死」を求めたことを禁じている限りにおいて、「自由及び身体の安全性」の権利を侵害するものであるとした。⁽⁵⁵⁾そして、こうした侵害が「基本的正義の原則」に反しない形で行われたかどうかについては、三二年にわたる憲章事例でさまざまな原則が確立しており、本件では恣意的であるか、過度に広範であるか、目的との関係で著しく不均衡であるかにより審査することとした。⁽⁵⁶⁾そこで最高裁は、恣意性以外について、「基本的正義の原則」に反することを認めた。⁽⁵⁷⁾

最後に最高裁は、憲章第七条違反が第一条によって正当化されるかを審査した。その際に、オークス・テスト⁽⁵⁸⁾により、①目的と手段の合理的関連性、②最小限侵害、③利益と不利益との均衡性について審査を行ったが、合理的関連性を認めつつも、最小限侵害ではないとして、第一条による正当化はできないとした。⁽⁵⁹⁾

(3) 本判決の意義

本判決では、一九九三年のロドリゲズ事件最高裁判決について、ベッドフォード事件最高裁判決を引用しながら、①当時とは異なる新たな法的概念の存在、②社会的状況の変化を理由として、憲章第七条の問題について再検討することを認めた。つまり前者については、「基本的正義の原則」の内容が一九九三年当時から発展していること、また後者については、社会的な状況や国外の状況が変化していることを考慮した。こうした理解は、最高裁による「先例拘束性の原則は、法の停滞を宣言する拘束服 (straitjacket) ではなく」⁽⁶⁰⁾との明示的な表現にも

現れている。⁽⁶¹⁾

ただし、ベッドフォード事件最高裁判決と同様に、憲章第七条解釈の場面において進歩的解釈が行われたかという点に関しては、明示的な言及はなされていない。本件においても、「医師の援助による死」を求めることを禁じている限りにおいて、「自由及び身体の安全性」の権利を侵害するとして、憲章第七条における権利の保障が及ぶとしているものの、そこに進歩的解釈であることの根拠は示されていない。もつとも、ベッドフォード事件最高裁判決と同様に、「基本的正義の原則」の検討にあたり、自動車法照会事件が参照されており、「基本的正義の原則は、すべての人間の尊厳と価値の確信をもとに設立された司法制度 (system of justice) の本質的要素である」との指摘がなされている。⁽⁶²⁾

なお、本判決を受けて、二〇一五年二月にトルドー (Justin Trudeau) 首相は、下院に特別委員会を設置し判決への対応を進めた。⁽⁶³⁾ そして改正刑法典が二〇一六年六月に裁可を受けた。⁽⁶⁵⁾

三 憲法解釈における進歩的解釈の変遷

二つの事例を見る限り、最高裁は、時代状況の変化などをくみ取りながら、先例拘束性について柔軟な姿勢を示している。しかし問題は、憲章解釈の場面にそれらが行われているかということ、特にカーター事件を見ると、明示的に「生ける樹」理論に言及がなされているわけではない。そこで、これらの事例が憲章解釈の場面において、「生ける樹」理論に基づく進歩的解釈を行ったか否かを分析するために、本稿では次の二点に焦点をあてて検討を行いたい。まず、カナダの憲章制定以降の「生ける樹」理論、特に憲章第七条をめぐる進歩的解釈がどのように理解されてきたかという点、そしてそれとの関係で両事件をどのように理解すべきかという点である。

1 第七条解釈における「生ける樹」理論

憲章制定以降は、前述したような事例以外にも、「生ける樹」理論への明示的な言及が見られるが、そもそも憲章第七条の解釈において「生ける樹」理論はどのように用いられてきたのであろうか。まずは判例における位置づけを見てみよう。

(一) 一九八五年自動車法照会事件

まずベッドフォード、カーター両事件最高裁判決においても引用された、一九八五年の自動車法照会事件を見よう。本件は、運転を禁止または停止されている者が、それを知っていたかどうかに関わらず、自動車を運転した場合に、罰金や拘禁刑などを科していた自動車法⁶⁷⁾が、憲章第七条に違反するかが争われた事件である。また本件は、憲章第七条解釈において、「生ける樹」理論を初めて用いた事例でもある。最高裁は、憲章第七条が保障する「基本的正義」の意味を狭く解釈すればするほど、個人の権利が奪われる可能性があることから、「『基本的正義』という用語の解釈を……自然的正義と同義に解釈することは誤り」であり、スカピンカー事件とハンター事件を引用しながら、こうした憲章の解釈については、これまでの裁判所のアプローチと矛盾するものではないとした⁶⁸⁾。また憲章第七条の解釈に付随する危険性は、憲章起草時の議論に縛られることにより、「憲章で規定される権利、自由そして価値は、社会のニーズの変化への調整や成長、発展の可能性をほぼ皆無にするとともに、憲章が採用された時点で凍結される」ことにあるとし、「もし憲章が時間をかけて成長、調整する可能性を持つものであるという『生ける樹』が植えられたとするならば、……その成長を妨げないことを確実にさせるケアが必要になる」として、第七条の解釈における憲章起草時の議論の採用を否定した⁶⁹⁾。

(2) 二〇〇二年ゴセリン事件最高裁判決

こうした自動車法照会事件における「生ける樹」理論を継承したと見られる事例が、二〇〇二年のゴセリン事件⁽⁷⁰⁾である。本件は、ケベック州において一九八四年の社会支援法 (Social Aid Act)⁽⁷¹⁾に基づき制定された社会支援に関する規則の第二十九条a号が、三〇歳未満の人の受給金額を三〇歳以上の基礎額の約三分の一に設定しており、三〇歳未満の人は、三つの教育または職業体験プログラムの一つに参加することで、三〇歳以上の人の支援拠出額と同額または一〇〇ドル以内の増額をすることができるとしていたことについて、憲章第七条と第一五条、さらにケベック自由人権憲章第四五条に違反するとして、ゴセリン (Louise Gosselin) が三〇歳未満のすべての受給者に代わって集団訴訟を提訴したものである。⁽⁷³⁾

本件で最高裁は、憲章第七条と第一五条の問題の検討を行ったが、特に憲章第七条については、次のような検討を行った。⁽⁷⁴⁾ まず社会扶助への権利が憲章第七条で保障されるかという問題について、そもそも憲章第七条は、「法の遵守を確保または執行する過程における政府の行為」としての「司法制度やその運営 (justice system and its administration)」と、それに関わる個人の「生命、自由及び身体の安全性」の権利の剝奪からの保護を目的としているとされてきたが、そうした狭い解釈ではすべての国家行為に対する保護ではなく、「司法の運営」を意味する国家行為からの保護しか意味しないことになる⁽⁷⁵⁾。そして、「司法の運営」とは刑法上の手続きのみを指すのではなく、むしろさまざまな状況に関与するものであり、現段階ではその網羅的な定義を述べる必要性はなく、あらゆる状況を想定する必要があるとして、「司法の運営」の意味は徐々に発展していくことが許されるべきであるとした。⁽⁷⁶⁾ またいくつかの事例⁽⁷⁷⁾においては、「司法の運営」と明示的に関連していなくても、憲章第七条の保護が及ぶかという議論がなされているが、仮に経済的権利を含むとしても、憲章第七条が保障する「生命、自由及び身体の安全性」の権利を個人が享有できるように国家に積極的な義務 (positive obligation) を負わ

せることはできないとした。⁽⁷⁸⁾ただし、エドワーズ事件でサンキー卿が述べたように、憲章は「生ける樹」として解釈されなければならないことから、ある日その積極的義務を含むものと解釈することも可能であり、「憲章第七条を凍結したものととして、またはその内容を従前の事例において網羅的に定義されてきたものとしてその内容を解釈することは誤りである」とした。⁽⁷⁹⁾そのため、問題は憲章第七条から積極的な権利を認めることではなく、現在の状況において、憲章第七条からそうした積極的な国家の義務を正当化することができかどうかを判断することであるとしつつ、現在はそうした状況ではないことから、憲章第七条には違反しないとされた。⁽⁸⁰⁾

(3) 憲章第七条における「生ける樹」理論の継承とその含意

以上の展開からまず一つ確認できることは、判例の理解によれば、「生ける樹」理論が憲章第七条解釈にも継承されているということである。もともと自動車法照会事件に関連して、原意主義を否定したかどうかについては、その意義を含めてさまざまな議論がなされているところである。⁽⁸²⁾憲章第七条の起草時の意図は、法律の広範な審査を根拠づけることではなく、その範囲を縮小するために、財産権規定を意図的にテキストの中も含めなかったことであるとされており、また「基本的正義の原則」という文言は、デュープロセスのみを意味するものであるとされていた。⁽⁸³⁾しかしそれらは、さまざまな変化があることが指摘されており、前述した自動車法照会事件において最高裁は、起草時の意図を否定して、憲章第七条は実体的かつ手続的な不正を禁じていると判断した。さらに、憲章第七条の解釈において進歩的な解釈が行われた点については、ゴセリン事件以外にも用いられているとの指摘がある。⁽⁸⁴⁾つまり実際に最高裁は、中絶を禁止する刑法典⁽⁸⁵⁾や民間健康保険に関する州法⁽⁸⁶⁾などを違憲とする際に、こうした「基本的正義の原則」の進歩的解釈を用いてきたと指摘されている。⁽⁸⁷⁾

そしてもう一つ確認できることは、ゴセリン事件最高裁判決において示された、「憲章第七条を凍結したもの

として、またはその内容を従前の事例において網羅的に定義されてきたものとしてその内容を解釈することは誤りである」という理解である。これまでカナダにおいて、社会経済的権利についてはさまざまな議論がなされてきたが、⁽⁸⁸⁾ 同事件において示されたように、そうした権利にまで拡大する可能性もありうる。問題は「タイムミング」であり、憲章は今日において社会経済的権利を保護していかないものであって、明日にはそうではないかもしれないということである。⁽⁸⁹⁾ いずれにしても、最高裁の判断によれば、「憲章第七条を凍結したものととして、またはその内容を従前の事例において網羅的に定義されてきたものとしてその内容を解釈」しないことが憲章第七条の進歩的解釈の中身になる。

2 近年の最高裁判決と「生ける樹」理論の関連性

(1) 「生ける樹」理論の含意と近年の最高裁判決の留意点

ここでこうした「生ける樹」理論の具体的な姿を確認しておきたい。ホッグによれば、カナダ「憲法は広範かつ予測不能な事実に対応するために、十分に広範な言語で表現されているという点で、通常の法律とは異なる。…：憲法は柔軟な解釈を必要とするため、憲法は時間とともに変化する条件に適合させることができる。その根拠が進歩的解釈の法理である」と⁽⁹⁰⁾ されている。そのため「生ける樹」理論には、「(1) 進歩的解釈の法理、(2) 進歩的解釈における目的的手法の使用、(3) 憲法解釈における起草者の意図が果たす役割がないこと、(4) 司法解釈におけるその他の制約の存在」という「四つの主な合意」⁽⁹¹⁾ があるとされる。つまり、「生ける樹」理論の中心には進歩的解釈の法理があり、ゴゼリン事件をも踏まえ、憲章第七条にひきつけると、同条を起草者の意図を踏まえた「凍結したもの」または「従前の事例において網羅的に定義されてきたもの」として解釈しないことが進歩的解釈の法理ということになる。

なお、二つの最高裁判決を分析するにあたって、事前に留意しておくべき点は、時代状況の変化を考慮したのは、先例拘束の検討の場面においてであり、具体的な憲章解釈の場面においてではないということである。つまり、明示的に時代状況の変化が考慮されたのは、あくまでも先例拘束の問題についてであり、憲章解釈の場面ではないということである。憲章解釈の場面においては、いずれの事例においても、「生ける樹」理論や進歩的解釈に関する明示的な言及がなされていない点に、留意が必要である。

(2) 近年の憲章第七条解釈における「生ける樹」理論の継承？

それでは、二つの最高裁判決は「生ける樹」理論を継承したと言えるのであろうか。まずベッドフォード事件最高裁判決においては、「基本的正義の原則」の意義について、自動車法照会事件で示された解釈理論を参照している。この点で、憲章第七条を起草者の意図を踏まえた「凍結したもの」、または「従前の事例において網羅的に定義されてきたもの」として解釈していないことを踏まえれば、「基本的正義の原則」を進歩的に考慮したと理解することも可能であるかもしれない。ただし、それは、「基本的正義の原則」の理解の場面であり、結果として売春関連行為の規制については、「身体の安全性」の権利を侵害するとはされたものの、時代状況の変化により憲章第七条で保障される範囲がどのように広がったかは特定できない。

もともと同判決では明示的に触れられていないが、反対の結論に至った控訴審判決においては、「生ける樹」理論への言及がある。控訴審は、憲章事例については先例拘束が重要であり、証拠や立法事実は変化し続けるが、この進化だけでは下級裁判所における先例からの逸脱を十分に説明できないとし、またそうでなければ訴訟当事者が新たな証拠や問題などを指摘するたびに、下級裁判所は最高裁判所の権威ある判例にもかかわらず、再審査しなければならないとなるとした。そして、それは憲章の決定と法の支配の正当性を損ない、そのような憲法解釈

のアプローチは「生ける樹」ではなく、定期的に植え替えられる庭園 (garden of annuals) であると⁽⁹²⁾した。このような理解は、先例拘束と「生ける樹」理論の調和を意味しているようにも思われる。なぜなら、先例拘束を柔軟に解釈すると、「生ける樹」理論の「樹」の部分が否定される可能性があるためである。このように理解すると、最高裁判決における先例拘束を柔軟に解釈する手法は、「生ける樹」理論と矛盾する可能性も秘めている⁽⁹³⁾。いずれにしても、憲章第七条解釈においては、「生ける樹」理論は明示的に用いられていない。

一方でカーター事件最高裁判決については、時代状況の変化を踏まえながら先例を「再検討」したが、「生ける樹」理論に関して明示的な言及もなされていない。また「生ける樹」理論に言及した自動車法照会事件にも言及を行ってはいないもの、これは「基本的正義の原則」の本質的要素の意義についての言及であって、この言及をもって進歩的解釈ということはできないであろう。

以上のように、いずれの最高裁判決においても、時代状況の変化を考慮したものの、それは先例拘束の問題の検討においてであり、憲章第七条の文脈において明確に「生ける樹」理論を継承したものとはいえない。ベッドフォード事件最高裁判決を見れば、その一端を見ることも可能かもしれないが、憲章第七条を起草者の意図を踏まえた「凍結したもの」または「従前の事例において網羅的に定義されてきたもの」として解釈しないこととするのであれば、「基本的正義の原則」を従前の理解を踏まえて理解したことになり、進歩的解釈を用いていないということになる。

3 「生ける樹」理論に対する批判とマクラクリン・コート

(1) 「生ける樹」理論に対する批判

このようにベッドフォード事件最高裁判決については、検討の余地があるものの、いずれの判決も「生ける

樹」理論を明確に継承したとは言えないであろう。もっとも、こうした状況の背景にはどのようなことが考え得るのであるか。

そもそも「生ける樹」理論に基づく進歩的解釈については、司法積極主義であるとの批判やその限界を論ずる議論などがある。特にその批判については、「生ける樹の解釈の結果として司法のもつ役割の重要性が増大することは避けられない」⁽⁹⁵⁾として、憲章積極主義 (Charter activism) を正当化するものであるという指摘があり、また司法裁量が広げられることに対する批判や、憲章起草者の意図や意思を無視した解釈についても批判がなされている。⁽⁹⁷⁾ 一方で裁判官からの批判として、最高裁ではプロスパー事件におけるデューベ裁判官の反対意見がある。彼女によれば、「生ける樹」理論はおそらく、議会の意思を無視することを可能にするが、この理論は通常、現在の社会経済的状况に沿わない解釈を矯正する (put right) ために用いられる……私はそれが、社会経済狀況が進化していない憲章のような幼年期の憲法文書を解釈するのに使うことができると考えている。……裁判所が国家の憲法を変えることができるならば、それは奇妙であり、危険でさえあるだろう」としている。⁽⁹⁸⁾ (傍点筆者)。

この指摘を踏まえれば、幼年期から「成熟した憲章」については、「生ける樹」理論は妥当しないのかといった問題が出てくる。つまり、最高裁の裁判官がこうした理解をしているのであれば、近時の最高裁による違憲判断に積極的な姿勢は、「成熟した憲章」における司法積極主義であるために、「生ける樹」理論に明示的に言及しないのではないかという疑問が出てくる。

(2) マクラクリン・コートと司法積極主義

この点で、マクラクリン・コートは、「社会的環境に応じて判断を下し」⁽⁹⁹⁾ており、カーター事件はこうした「論争の的になる判決にも関わらず、カナダの最高裁は乱暴な積極主義者ではない」との指摘がある。また同

コートの特徴は、バランスと均衡を求めるものであるとの指摘があり、憲章の発展の中で、権利間や思想間の均衡を図ってきたと評されている。⁽¹⁰⁾ 近年の最高裁が頻繁に違憲判断を行っている状況を見る限りにおいては、⁽¹⁰⁾ 権利間の調整を行いながら、議会との関係においても「戦略的に」違憲判断を行っている⁽¹⁰⁾とされる。もともと一七七年にも及び長官を務めたマクラクリン長官自身は、「憲章はもはや幼少期ではないが、まだ初期の段階である。憲章は進行中かつ未完成のプロジェクトである。……サンキー卿の表現を借りれば、憲章は「生ける樹」である」⁽¹⁰⁾との指摘を行っており、「生ける樹」理論に親和的である。ただしこの発言は二〇〇二年に行われたスピーチの一節であり、現在から一〇数年も前の理解であることから、現在においてもこうした認識であるかは、二つの最高裁判決を見る限り、見出すことができない。そのため、マクラクリン・コートにおいて、現在は権利の調整の段階であり、「生ける樹」理論と若干距離をおいている可能性もある。⁽¹⁰⁾ この点は、今後の判例の展開を見る必要があるが、少なくとも近年のカナダにおける司法積極主義は、「生ける樹」理論との関係において、憲章制定初期の司法積極主義とは異なった状況にある。

四 おわりに

以上で見てきたように、一九三〇年のエドワーズ事件枢密院司法委員会判決で言及された「生ける樹」理論は、その後一九八二年の憲章解釈においても用いられ、さらにそれは判例上、憲章第七条の解釈においても用いられることを指摘した。しかし、憲章第七条に関わる近年のベッドフォード、カーター両事件最高裁判決では、時代状況の変化を考慮することを前提として違憲判断が下されたが、それは、憲章解釈の場面ではなく、先例拘束の検討においてなされたものであり、少なくともカーター事件最高裁判決においては、「生ける樹」理論は継承

されていないことを指摘した。そのため、近年の、特に憲章第七条をめぐるカナダ最高裁における違憲判断に対する積極的な姿勢については、必ずしも「生ける樹」理論と関連しない可能性がある。これらの事例を見る限りにおいて、むしろ時代状況の変化については、先例拘束の検討の場面で行われており、特にカナダ最高裁における司法積極主義的な姿勢の要素は、「過去に制定された法律がある種の消費期限を迎えている」点に見出せるかもしれない⁽¹⁰⁵⁾。またこの点について、日本との関連では、時代状況の変化を憲法解釈に致らないまでも、先例拘束との関係で議論することには意義を見出せるであろう。

また一方で、司法積極主義については、規範的側面と記述的側面があるとされるが、特に後者について、カナダの文脈では、最高裁による「生ける樹」理論とそれに基づく進歩的解釈は、その批判も踏まえて議会との関係も問題となる。この点については、本稿では検討を行うことはできなかったが、対話の死 (The Day the Dialogue Died)⁽¹⁰⁷⁾との指摘を踏まえながらも、近年でもベッドフォード事件とカーター事件を対話の実践⁽¹⁰⁸⁾とする議論があり、議会と最高裁の関係に関するさらなる検討が必要であろう。

〔付記〕 本稿は平成二九年度科学研究費補助金・基盤研究 (C) 「時代状況に合わせた憲法判例の展開とその理論的根拠についての研究」(課題番号 16K03300) による研究成果の一部である。

- (1) 大林啓吾「憲法訴訟の転機と司法積極主義の兆し―契機としての再婚禁止期間違憲訴訟と夫婦別姓訴訟―」法律時報八八巻七号(二〇一六年)六六頁。
- (2) 宍戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開 第二版』(日本評論社、二〇一四年)六四頁。
- (3) 最高裁判例における「事情の変更による違憲判断」については、櫻井智章「事情の変更による違憲判断について」甲南法学五一巻四号(二〇一一年)一四五―一七一頁を参照。

- (4) 白水隆・宇野文重「非嫡出子相続分最高裁違憲決定―非嫡出子をめぐる『事柄の変遷』」法学セミナー七三二号(二〇一五年)四二頁。
- (5) *Edwards v. Canada (AG)*, [1930] A.C. 124.
- (6) *Constitution Act, 1867* 30 & 31 Victoria, c. 3 (U.K.).
- (7) *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357.
- (8) *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c 11.
- (9) *British Coal Corporation v. the King*, [1935] A.C. 500.
- (10) *Ibid.* at para. 11.
- (11) *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145.
- (12) *Ibid.* at 155.
- (13) *Reference Re Provincial Electoral Boundaries (Sask)*, [1991] 2 S.C.R. 158.
- (14) *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 SCR 698.
- (15) これらの展開と「生ける樹」理論の具体的内容については、拙稿「カナダ憲法解釈における『生ける樹』理論の意義―その判例上の起源と展開―」法学研究八七巻二号(二〇一四年)四七五―五〇四頁を参照願いたい。
- (16) Kent Roach, *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Revised Edition (Toronto, Irwin Law: 2016) at 131-160.
- (17) 憲章第七条は次のように規定する。「すべての人は、生命、自由及び身体の安全性ならびにそれらを基本的な正義の諸原則に合致した形でなければ剝奪されないと権利を有する」。本稿における憲章の条文訳はすべて、初稿正典・辻村みよ子編『新解説世界憲法集 第四版』(三省堂、二〇一七年)を参照した。
- (18) 拙稿「カナダにおける違憲審査制度の特徴と司法積極主義」比較憲法学研究二八巻(二〇一六年)七七―一〇一頁を参照願いたい。
- (19) 司法積極主義をどのように理解するかにもよるが、特に近年において、カナダでは違憲判断に積極的な姿勢が示

されてきたと考えられる。特に司法積極主義の定義をめぐっては大沢秀介「司法積極主義とわが国の最高裁」大石眞他編『各国憲法の差異と接点』(成文堂、二〇一〇年)二九九―三〇〇頁を参照。

(20) その他にも、同条をめぐっては違憲判断だけではなく、薬物使用施設の「Insite」をめぐり、政府の意向と反する結論も下されている。Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society, [2011] 3 S.C.R. 134 [PHS].

(21) Canada (Attorney General) v. Bedford, [2013] 3 S.C.R. 1101 [Bedford]. なお、本事件にまつては、松井茂記「売春行為と憲法」長谷部恭男他編『自由の法理 阪本昌成先生古稀記念論文集』(成文堂、二〇一五年)九六九―一〇〇九頁、拙稿「売春規制における『メイド・イン・カナダ』モデルと憲法上の問題」陶久利彦編『性風俗と法秩序』(尚学社、二〇一七年)一〇七―一二三頁を参照。なお、本件が問題となった刑法典の各条項についても、拙稿を参照した。

(22) Carter v. Canada (Attorney General), [2015] 1 S.C.R. 331 [Carter].

(23) Bedford v. Canada, (2010) O.N.S.C. 4264.

(24) Canada (Attorney General) v. Bedford, (2012) O.N.C.A. 186 [Bedford Ontario].

(25) Bedford, supra note 21 at paras. 38-39.

(26) Reference re ss. 193 & 195, 1(1)(c) of Criminal Code (Canada), [1990] 1 S.C.R. 1123.

(27) Bedford, supra note 21 at para. 40.

(28) Ibid. at 41.

(29) Ibid. at 42.

(30) Ibid. at 45. なお、本件では、憲章第七条で完全に解決できるため、第二条b号の判断について、売春照会事件から離脱できるかを判断する必要はなかつた。At 46-47.

(31) R. v. Heywood, [1994] 3 S.C.R. 761.

(32) R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine, [2003] 3 S.C.R. 571, PHS, supra note 20.

(33) Chaoulli v. Quebec (Attorney General), [2005] 1 S.C.R. 791 [Chaoulli].

(34) Bedford, supra note 21 at paras. 61-72.

- (35) *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486 at para. 26.
- (36) *Bedford*, *supra* note 21 at paras. 95.
- (37) *Ibid.* at para. 96.
- (38) *Ibid.* at paras. 130-159.
- (39) G. Rubin, "The Nature, Use and Effect of Reference Cases in Canadian Constitutional Law" (1960) 6 M.L.J. 168, at 175.
- (40) *Bedford*, *supra* note 21 at para. 42. 「この『憲章第二条については判断を行っていない』。
- (41) *Protection of Communities and Exploited Persons Act*, S.C. 2014, c. 25.
- (42) *Criminal Code*, R.S.C. 1985. 同条は次のように規定していた。「次の者は自殺が成立したかどうかに関わらず、起訴可能な罪となり、一四年以下の懲役に服するものとする。(b) 自殺する者を幫助または教唆した者」。
- (43) *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519 [*Rodriguez*].
- (44) *Carter v. Canada*, 2012 B.C.S.C. 886.
- (45) *Carter v. Canada*, 2013 B.C.C.A. 435.
- (46) *Carter*, *supra* note 22 at para. 53.
- (47) *Rodriguez*, *supra* note 43.
- (48) *Carter*, *supra* note 22 at paras. 44-45.
- (49) *Ibid.* at para. 46.
- (50) *Ibid.* at para. 47.
- (51) なお、詳細については、松井茂記「カナダの尊厳死・安楽死法について」法律時報八八巻九号(二〇一六年)八二―九一頁、富井幸雄「カナダ憲法における包括的基本権―fundamental justice 原理の意味―」法学新法第一二二巻七・八号(二〇一六年)一六七―一八三頁を参照。
- (52) *Carter*, *supra* note 22 at paras. 57-62.
- (53) *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307 at para. 54 [*Blencoe*].

- (54) *Rodriguez, supra* note 43 at 587-88.
- (55) *Carter, supra* note 22 at paras. 65-66, 68.
- (56) *Ibid.* at para. 72. なお、基本的正義の原則の判断においては、社会的利益や公的利益は考慮せず、第一条の審査を行わなかった。At paras. 79-81.
- (57) *Ibid.* at paras. 83-86, 89-90.
- (58) オークス・テストについては、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」北大法学論集六(三巻二号 (二〇一二年) 一—五一頁を参照。
- (59) *Carter, supra* note 22 at paras. 99-121.
- (60) *Ibid.* at para. 44.
- (61) *Ibid.* at paras. 5-10. 特に後者については最高裁は、ロドリゲズ事件以降の議会における議論や「医師の援助による死」が合法化されている国の状況や、それを違法としている英国最高裁判所の判決などを検討した。
- (62) *Ibid.* at para. 81.
- (63) See, Roach, *supra* note 16 at 347-371.
- (64) *An Act to amend the Criminal Code and to make related amendments to other Acts (medical assistance in dying)*, S.C. 2016, c. 3.
- (65) 本法律の詳細については、松井・前掲注(51)八五—八八頁、カナダ政府のウェブサイト (<https://www.canada.ca/en/health-canada/services/medical-assistance-dying.html>) を参照。なお本稿におけるウェブサイトの最終閲覧日はそれぞれ二〇一七年八月二六日である。
- (66) Pether W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, student ed. (Toronto: Carswell, 2011) c36 at 25-27.
- (67) *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, c. 288.
- (68) *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486 at paras. 24-26.
- (69) *Ibid.* at para. 53.
- (70) *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429 [Gosselin].

- (71) *Social Aid Act*, R.S.Q.
- (72) *Regulation respecting social aid*, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1.
- (73) 詳細については、中川純「カナダ憲法における社会・経済権と社会保障制度をめぐる司法審査(2)」中京法学四三巻一号(二〇〇八年)二一五頁以下を参照。
- (74) 憲章第一五条の判断にあたっては、ロー事件最高裁判決において示されたテストに当てはめながら、当該法律は人間の尊厳には違反しないと見て、同条には違反しないとした。Gosselin, *supra* note 70 at para. 25-74.
- (75) *Ibid.* at para. 77. Citing *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 65.
- (76) Gosselin, *ibid* at paras. 78-79.
- (77) マジデは、次の事例が挙げられている。モーゲンテラー事件 (*R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at 56 [Morgentaler]) においては、個人の安全の権利を「個人の自律という中心的な利益の保護」に拡大する可能性を示唆し、アーウィン・トイ事件 (*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at 1003) では、「人間の……生存にとって基本的な経済的権利」を保護することにまで拡大することが出来るかという問題は、未解決のままにされた。
- (78) Gosselin, *supra* note 70 at paras. 80-81.
- (79) *Ibid.* at para. 82. マジデ最高裁は「ブレンコ事件 (*Blencoe supra* note 53 at para. 188.) における次のような言及を引用している。憲章第七条を柔軟で複雑な規定にすることは避けなければならないが、先の社会を予見し評価することは困難であることから、実質的かつ手続的な保障の部分の発展を凍結することは危険であり、「憲章第七条の解釈と進化について、ある程度の柔軟性を守る必要があるはずである」とした。
- (80) Gosselin, *supra* note 70 at paras. 82-83.
- (81) エドワース事件におけるサンキー卿の「生ける樹」理論への言及について、一九八〇年代以前の学界内の理解はむしろ「原意主義」を採用していたというコンセンサスがあったとの指摘がある。Scott Reid, “The Persons case eight decades later : Reappraising Canada’s most misunderstood court ruling” (2013), online: SSRN <<http://ssrn.com>>

- com/abstract = 2209846).
- (82) さゆへも原意主義の意義は、過去数十年にわたって進化しており、そうした新たな原意主義の理解に基づく判例分析が⁸⁹。Benjamin J. Oliphant & Leonid Sirota, "Has the Supreme Court of Canada Rejected 'Originalism?'" (2016) 42:1 Q.L.J. 107.
- (83) Peter W. Hogg, "The Brilliant Career of Section 7 of the Charter" (2012) 58 S.C.L.R. 195 at 195-196.
- (84) Sanjeev Anand, "The Truth About Canadian Judicial Activism" (2006) 15 C.F.C. 87 at 92.
- (85) *Morgentaler*, *supra* note 77. 本件で最高裁は、「裁判所は憲章解釈の適切な手法は、保障される権利について『目的』な分析を追求するところである」と一貫して主張してきた」としてゐるが、「生ける樹」理論への言及や進歩的解釈の可能性に⁹⁰の言及はな⁹¹。At 52.
- (86) *Chaoulli*, *supra* note 33. 本件で最高裁は、「生ける樹」理論に明示的⁹²の言及してゐな⁹³。
- (87) たた⁹⁴、⁹⁵の判決に⁹⁶の批判が⁹⁷。See. Rory Leishman, *Against Judicial Activism* (Montreal: McGill-Queen's University Press, 2006) at 139.
- (88) Margot Young, "The Other Section 7" (2013) 62 S.C.L.R. (2d) 3-48, Grant Huscroft, "Vagueness, Finiteness, and The limits of Interpretation and Construction", online: SSRN <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2016276> at 22-23, W. Mackay, "Social and Economic Rights in Canada: What Are They and Who Can Best Protect Them?" (2009) 45 S.C.L.R. 385 at 411.
- (89) Huscroft, *ibid.* at 27.
- (90) Hogg, *supra* note 56 c36 at 25.
- (91) Bradley W. Miller, "Beguiled by Metaphors: The 'Living Tree' and Originalist Constitutional Interpretation in Canada", (2009) 22 C.J.L. & J. 331 at 3-5.
- (92) *Bedford Ontario*, *supra* note 24 at 83-84.
- (93) なお、控訴審の判断とは逆に、進歩的解釈が先例拘束と矛盾するとの見解がある。Peter M. Jaworski, "Originalism All the Way Down. Or: The Explosion of Progressivism", online: SSRN <<https://papers.ssrn.com/sol3/>

- papers.cfm?abstract_id=2257015) at 30-31, 44.
- (94) 内在的な限界については、拙稿「カナダ憲法解釈における「生ける樹」理論の限界―原意主義的理解の可能性―」立命館法學二〇一五年五・六月号(二〇一六年)一六五六一―一六八二頁を参照願いたい。
- (95) Grant Huscroft, “The Trouble with Living Tree Interpretation” (2006) 3 U.Q.L.J. 3 at 22.
- (96) F. L. Morton & Peter H. Russell & Michael J. Whithy, “The Supreme Court’s First One Hundred Charter of Rights Decisions: A Statistical Analysis” (1992) 30.1 O.H.L.J. 1 at 12.
- (97) F.L. Morton & Rainer Knopff, *Charter Revolution and the Court Party* (Toronto: Broadview Press, 2000) at 15, Christopher Manfredi, *Judicial Power and the Charter* (Toronto: McClelland & Stewart, 1993).
- (98) *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236 at 287. ただし、本件は憲章第一〇条の解釈が問題とされた事例であり、厳密には憲章第七条の進歩的解釈に関する議論ではない。
- (99) Megan Ma, “A Critical Assessment of Supreme Court Judicial Reasoning: The Constitutionality of Health Care Policies in Canada” (2016) 10 J.P. & P.L. 397 at 407-408.
- (100) Peter J. McCormick, *The end of the Charter revolution : looking back from the new normal* (Toronto: University of Toronto Press, 2015) at 121-168.
- (101) 拙稿・前掲注(8) 八一―八二頁。
- (102) Megan Ma, *supra* note 99 at 408.
- (103) Grant Huscroft, “A Constitutional Work in Progress? The Charter and the Limits of Progressive Interpretation” (2004) 23 S.C.L.R. (2d) at 413.
- (104) なお、近年の二つの最高裁判決も同様であるが、マクラクリン・コートでは全会一致の判決の傾向が強さとの指摘がある。Emmett Macfarlane, “Consensus and Uraniumity at the Supreme Court of Canada” (2010) 52 S.C.L.R. (2d) 379. また近年の傾向については、次のものを参照。Jamie Cameron, “Law, Politics and Legacy Building at the McLachlin Court in 2014” (2015) 71 S.C.L.R. (2d) 3.
- (105) 大林・前掲注(一) 七一頁の脚注41を参照。また「時代状況の変化は判例変更の理由の一つである」もの、日

本において判例変更が認められない点について、同「憲法判例変更のパラドックス」法律時報八八巻四号（二〇一六年）一〇三頁を参照。

(106) 大沢秀介『司法による憲法価値の実現』（有斐閣、二〇一一年）五五―一五八頁。

(107) Christopher P. Manfredi, “The Day the Dialogue Died: A Comment on *Sauve v. Canada*” (2007) 45:1 O.H.L.J. 105.

(108) Roach, *supra* note 16 at 335-382.