

論 説

カナダ憲法₍₁₎における財産権条項の欠如

中 島 徹

- 1 問題の所在
- 2 人権憲章制定以前の制度的背景
- 3 人権憲章制定過程における財産権をめぐる攻防
- 4 人権憲章における財産権条項の欠如
- 5 小括

1 問題の所在

アメリカ合衆国憲法下の実体的デュー・プロセス論が、アメリカのみならず各国の法理論に与えた影響は、いうまでもなく甚大である。本稿で「実体的デュー・プロセス」という場合、1960年代以降プライバシーの権利等をめぐって論じられることになるのではなく、*Lochner* 判決₍₂₎に代表される経済的自由に関するそれを意味するが₍₃₎、これはアメリカにおいては結果として二重の基準論に道を開き、日本国憲法29条にみられるよ

(1) カナダ憲法は、1982年憲法52条により、同法を含む1982年カナダ法および1867年憲法並びにそれらに掲げられる法律等からなるが、本稿で検討対象とする財産権条項の欠如をめぐる問題は、1982年憲法第1章の「権利および自由に関するカナダ人権憲章」に関わるものであるので、以下、それを「人権憲章」と略して用いることにする。

(2) *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45(1905)。

(3) 実体的デュー・プロセスの問題としては、経済分野におけるその復活はこれまでのところ阻止されている。もっとも、規制緩和論は政策レベルでそれを

うに、相対的な権利保障にとどまる財産権を生み出す遠因ともなった⁽⁴⁾。その背景には、ごく簡単にいって、福祉国家化という当時の時代状況のもとで、実体的デュー・プロセス論が果たしてきた負の役割⁽⁵⁾の精算という課題があったといつてよい。そしてこの点について、憲法上もっともドラスティックな対応を示した一例が、財産権条項をもたないカナダ人権憲章 (*The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 1982) であった。人権憲章制定に積極的だったトリュドー首相 (当時) は、実体的デュー・プロセスと財産権の関係について、次のように述べている。

「アメリカの経験に照らしてみると、デュー・プロセスが“生命”や個人の“自由”を守るために適用されても、ほとんど問題をひきおこすこと

実質的に復活させる側面をもつ場合がある。この点は、別稿で検討する予定である。現在深刻な問題を提起しているのはむしろ、アポーシオン問題を契機とする実体的デュー・プロセス論であり、これがアメリカ合衆国連邦最高裁の積極主義とも関わって、司法審査制と民主主義の問題を提起していることは周知の通りである。両問題は、表裏一体の関係にあるが、後者の側面については、本稿では取り扱わない。その点については、さしあたり、阪口正二郎「立憲主義と民主主義 1 ～」法律時報70巻1号 (1998年) 以下、カナダの最高裁については、野上修一「1982年『カナダ人権憲章』とカナダ最高裁判所」法律論叢58巻4・5合併号279頁 (1986年) 以下、カナダ連邦制の研究として、岩崎美紀子『カナダ連邦制の政治分析』(1985年、お茶の水書房)、長内了「カナダ連邦制の新展開 (上)・(下)」ジュリスト790号43頁以下、794号84頁以下、(1983年) 等参照。

- (4) アメリカにおいて、積極国家への転身に二重の基準論という法的支柱が与えられるのは、周知のように1938年の最高裁判決においてであり、日本国憲法はその8年後に、主としてニューディール政策の立案・遂行に携わったメンバーを中心とする占領軍の手を一好むと好まざるとにかかわらず一借りて成立する。その際、彼らが「財産権の不可侵」条項によって本国で味わった裁判所の抵抗という苦い経験をもとに、日本国憲法の経済的自由保障条項には「公共の福祉」による制約を明示しておこうと考えたとしても、不思議ではない。
- (5) *Lochner* 判決は、しばしばマイナスの評価とともに引用されるが、当時の歴史的文脈の下では正当な側面をもっていたのであり、それが“誤り”であるのは、ニューディール政策との関連においてである。See, e. g., Ellen Frankel Paul and Howard Dickman eds., *LIBERTY, PROPERTY, AND GOVERNMENT* (1989, SUNY).

はないようだが、実体的デュー・プロセスが契約の“自由”や“財産”に適用されると、いつだって論争的となっている。そのことを念頭に置くと、デュー・プロセスは、“生命”，個人の“自由”ならびに“個人の安全”に限り保障されると考えたほうがよさそうである。もとよりデュー・プロセスとは別に、カナダ権利章典⁽⁶⁾に個別に規定された特定の手続的公正さの保障は、依然として契約や財産に対するいかなる干渉にも適用されるだろう。そうすることによって、実体的“デュー・プロセス”をめぐる諸問題は回避できると思う。

もうひとつの選択肢は、“デュー・プロセス”が契約の“自由”や“財産”にも適用されるという前提にたって、いかなる保障があるかを詳細に規定することである。」⁽⁷⁾

こうした実体的デュー・プロセスに対する警戒心にもかかわらず、のちにみるように、トリュドー自身は強固な連邦制の確立という観点から財産権を明文で保障することに積極的であったが、紆余曲折の結果、カナダ人

(6) *The Canadian Bill of Rights*, R.S.C.1970, App.III. 正式名称は、*An Act for the Recognition and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*（「人権と基本的自由の承認及び保障に関する法律」）。ちなみに同法では、財産権保障が明記されている（第1条a項）。1867年に連邦を結成して以来、カナダはイギリス型の議会主権に基づく人権保障の制度を基本としてきたが、移民を積極的に受け入れる等イギリスとは異なる社会を形成していく過程で、明文の人権保障規定をもたないイギリス型が社会の現実に適合しない場合がある（例えば、第二次世界大戦中の日系市民に対する差別政策）ことから、アメリカ合衆国型の採用が検討され、1960年に成立した。しかしこれは、第2節でみるように議会制定法であり、通常の立法手続きで改廃できる点で最高法規性をもたず、限界があった。その背景には、一方で英系諸州がイギリスの伝統にこだわったこと、他方でケベック州も独自の文化的伝統を主張して同法の制定に抵抗を示し、妥協の産物として通常の制定法として成立したという事情があり、結局、人権条項が憲法に明文化されるのは、1982年の人権憲章においてであった。のちに見るように、以上の点も人権憲章に財産権が明記されなかったことの要因のひとつとなっている。

(7) Pierre Elliott Trudeau, *A CANADIAN CHARTER OF HUMAN RIGHTS* 20 (1968, Queen's Printer).

権憲章は財産権条項をもたない憲法として成立する。もとよりそれは、政党間のかげひきや州政府の抵抗、その結果としての妥協の産物といった現実的側面や、アメリカに比べてはるかにコミュニタリアン的な社会を築き上げてきているカナダの政治的・社会的風土、コモン・ローの伝統の下では財産権条項の有無は、現実的には財産権保障に影響をおよぼさないと考える余地があること、財産権が明文で保障されると環境保護等社会立法の足かせとなること等々の錯綜した事情の結果であって、単に実体的デュー・プロセスの回避だけがその要因であったわけでない。とはいえ“アメリカの経験”は、カナダの選択にとって無視できない重みをもっていたこともまた事実である。そしてこの問題は、単に財産権条項の欠如ということにとどまらず、最高裁判所の役割や基本的正義の原則（7条）といった他の憲法条項（さらにはその解釈）とも密接に関わって、結局のところカナダ人権憲章の隠れた中心的争点のひとつを形成しているといつてよい。ただし、これがカナダ一国にとどまる問題であるならば、超大国アメリカの隣国として、その存在を否応なく意識せざるを得なかったカナダに固有の対応と考えることもできなくはない⁽⁸⁾。しかし近時新たに憲法を制定し、あるいはしつつあるイスラエルや南アフリカ共和国は、いずれもアメリカ憲法を意識的に避け、カナダ憲法を相当程度に参考にしつつ制憲作業をおこなってきている⁽⁹⁾。これが、単に実体的デュー・プロセスのかかえ

(8) 「合衆国は（寒冷前線以外に）ほとんどカナダの影響を受けないのに、カナダは歴史、社会、政治、文化などさまざまな点で隣国の存在を日々意識せざるを得ない」（日本カナダ学会編『資料が語るカナダ』1997年、有斐閣、i頁）。See also, Seymour Martin Lipset, *CONTINENTAL DIVIDE* (1990, Routledge).

(9) もっとも南アフリカ憲法は、固有の事情から財産権保障にむしろ積極的であり、財産権条項をもたないという選択においてカナダ憲法を模範としているわけではない。イスラエルも同様である。See, e. g., Sbo Gutto, *PROPERTY AND LAND REFORM.: CONSTITUTIONAL AND JURISPRUDENTIAL PERSPECTIVES* (1995, Butterworths); Sydney Kentridge, *Bill of Rights-The South African Experiment*, 237 *The Law Quarterly R.* 112(1996); Zeev Segal, *Israeli Ushers in a Constitutional Revolution: The Israeli Experience, The Canadian Impact*, 7 *Constitutional Forum* 6 (1995);

る問題点に着目しての結果であるかどうかは、別途慎重な検討を要するものの、興味深い事実ではあろう。

他方、日本国憲法の場合は、改めて指摘するまでもなく、アメリカ合衆国憲法の圧倒的影響の下に作られたが、とりわけ上記の点に関していえば、1930年代ルーズベルト政権下で当初連邦最高裁が示した抵抗に手を焼いたニューディーラーたちが、日本で同様の事態が再燃しないように、あらかじめ自国の財産権保障の方式とは異なる、はじめから制限を念頭に置いた財産権条項を29条に結実させていた。ところが彼らの思惑は、それ以前にデュー・プロセスの観念をもたなかった日本にはストレートに伝わらず、財産権保障を基軸とする近代的人権保障のもつ意味が理解されないまま公共の福祉論が1人歩きし、それが逆説的に、産業基盤整備のために個人の財産権を制限してあやしむところのない経済至上主義国家を生み出す要因のひとつともなってしまったのである。

財産権はしばしば自由の保障と結びつけて論じられ（「自由の基礎は財産権」）、あるいは個人の生存保障の限りで財産権の不可侵性を肯定することの重要性が説かれることがあるが、たしかに日本の状況を念頭におく限り、そうした側面があったことは否定できないであろう。しかし他方、実際に財産権条項がそのように機能することは期待できないというリアルな認識に立って、財産権条項は単に社会問題の解決の妨げとなるだけだ、と考える立場もある。前述のように、カナダ憲法はまさしく後者の見地に立脚するわけであるが、本稿の主たる目的は、近代立憲主義憲法の系譜に属するにも関わらず、財産権条項を持たないという憲法史的にみてまれな選択をカナダがおこなったことの背景を探ることある。ただし、その検討を通じてアメリカ憲法とカナダ憲法のスタンスの違い、新しく制定される憲

Aharon Barak, *Constitutional Human Rights and Private Law*, 3 Review of Constitutional Studies 280(1996); Carole Lewis, *The Right to Private Property in a New Political Dispensation in South Africa*, 8 South African J. on Human Rights 389(1992).

法が、「標準仕様」と考えられがちなアメリカ憲法ではなく、カナダやドイツの憲法をより多く参考にしてきていることの意味も自ずと浮かび上がってくるだろう。そしてそれは、“アメリカの経験”を曲解した(?)日本の財産権保障のありようを考え直すきっかけをも提供してくれると思う。

2 人権憲章制定以前の制度的背景

すでに述べたように、人権憲章において財産権条項が挿入されなかった理由は、単に実体的デュー・プロセスの回避だけに求められるわけではなく、さまざまな歴史的・社会的要因に基づいている。もとより、憲法に財産権条項が存在しないからといって、カナダの法体系上、およそ財産権が保障されていないというわけではない。むしろ現実には、財産権は連邦結成以来しかるべき保障はうけてきており、また人権憲章制定以後今日に至るまで、さまざまな角度からひき続きその保障根拠が検討されてきている。人権憲章における財産権条項の欠如の意味を理解するには、そうした一連の流れの把握が不可欠である。そこで本節では、人権憲章の制定・運用をめぐる議論を検討する前段階の作業として、主としてカナダに固有の歴史的背景に焦点をあてながら、連邦結成以来の財産権をめぐる制度的展開を概観しておきたい。

A. 議会主権原理の下での財産権—B. N. A. 法における位置づけ

1867年憲法法(以下、B. N. A. 法)⁽¹⁰⁾は、財産権および私権⁽¹¹⁾に対する

(10) *The Constitution Act, 1867* (旧称1867年英国領北アメリカ法—*The British North America Act, 1867*. 旧称の略称が B. N. A. 法。). 注(6)で略説したように、同法はイギリス流の議会主権の考え方に基づいて制定されたために人権条項をもたず、その欠落を埋めることが人権憲章(1982)の目的であった。

(11) 原語は、“property and civil rights”であるが、B. N. A. 法における“civil rights”は通常訳される「市民の諸権利」(B. N. A. 法には、例えば表現の自由のような今日「市民の諸権利」と理解されている権利を対国家との関係におい

州の立法機関の排他的管轄権を明記するが（92条13号）、それらに対する連邦の権限については全く言及がない。しかし裁判所は、連邦議会にも財産権に関する規制権限が必然的に付随すると判示してきているので⁽¹²⁾、結局のところ州と連邦の両立法機関が財産権の内容を定める権限を有していることになる。その上、B. N. A. 法上当該権限を制限する明示的な規定が存在しないことをも考え併せると、財産権は連邦結成当初から制限を内在させた権利として少なくとも潜在的には一構想されており、その点でアメリカとは大いに異なることが指摘できる⁽¹³⁾。もっともこの点は、カナダがイギリス型の議会主権の観念に基づいた憲法体制を選択したことと

て保障するという観念が存在しない）ではなく、私法の領域に属する権利を意味する。なお、ジョン・セイウエル（吉田善明監修・吉田健正訳）『カナダの政治と憲法』（1994年、三省堂）vii 頁参照。

- (12) *Reference re Waters & Water-Powers*, [1929] S.C.R.200, [1929] 2D.L.R. 481.; *Re Ont.Power Co. & Hewson*, 6 O.L.R.11, 20.W.R.419(H.C.1903), *aff'd* 8 O.L.R.88, 30.W.R.865(C.A, 1904), *aff'd* 36S.C.R.596(1905). B. N. A. 法上、州が財産権および私権に対する排他的管轄権を有するとされていたのは、ケベック州はフランス民法典、それ以外の州はイギリスのコモン・ローに基いて当該分野を規律することを認めざるをえなかったからである。
- (13) これはもっぱら議会主権原理を採用した結果であり、「二重の基準論」とオーバーラップする修正資本主義的な観点からの「立法府の判断の尊重」を意味するものでないことは、B. N. A. 法が歴史段階を異にしている点で明らかである。そもそもこの時点では、自由とはすなわち「契約の自由」に他ならなかったから、そのことを当然の前提として、枢密院司法委員会（The Privy Council）は、経済領域に対する州の規制権限を抑制する方向で92条13号を解釈していた。したがって、本来ならば規制権限であったはずのものは、逆説的に経済的自由の保障に転化してしまったのである。しかし、そうした歴史的文脈を離れば B. N. A. 法は経済領域における州の規制権限を明示していたから、それがニューディールの洗礼を受け、人権憲章へと受け継がれる過程で、制定当初とは異なる意味を帯びて、世界的な意義を共有することになったとしても不思議ではない。カナダにおける「ニューディール」の意義の概観について、Macklem, Risk, Rogerson, Swinton, Weinrib, Whyte, *CANADIAN CONSTITUTIONAL LAW* vol.I, ch.6. *The 1930s: The Depression and the New Deal* (Emond Montgomery, 1994). See also, W. H. McConnell, *Some Comparisons of the Roosevelt and Benett 'New Deals'*, 9 Osgoode Hall L. J. 220 (1971).

密接にかかわっていることを忘れてはならない。すなわち、議会は至高の存在であり、個人の権利はそれにより充分に保護され尊重されるから明文で保障するまでもない⁽¹⁴⁾、というのである。こうしたイギリス型の採用は、同時にマグナ・カルタ (1215年)、権利請願 (1628年)、権利章典 (1689年) 等々による一連の権利保障がカナダ憲法体制に組み込まれたことを意味するとの指摘もあるが、実際にこれらを援用した判決はブリティッシュ・コロンビア州控訴裁判所による一例⁽¹⁵⁾しかなく、以後それに従う判例は存在しない⁽¹⁶⁾。さらには、有力な学説はそうした理解をまっこうから否定している⁽¹⁷⁾。結局、B. N. A. 法の下では、財産権の自由・不可侵性は、アメリカのような明文の権利章典あるいはイギリス古来の憲法文書のいずれによっても明示的には保障されていなかったのである。

B. 判例にあらわれたいくつかの法理—権限分配論、制定法の解釈ルール、黙示の権利章典

前述の議会主権原理との関連から、カナダでは、法律の合憲性が問われる場合には、問題となった法律の解釈を通じて、それが立法府の権限の範

(14) *Florence Mining Co. v. Cobalt Lake Mining Co.*, 18 O.L.R. 280, 293, 13 O.W.R. 837, 848 (C.A. 1909). この点は、人権憲章の制定過程でも繰り返し言及されている。*Joint Communique of Ministers. Proposals on the Canadian Constitution*, 1971-78: collation, 73 (1978, CICS). 注 (13) でみたように、時代思潮もあって、財産権や契約の自由は当然に保障されるはずであった。

(15) *R. v. Hess* (No. 2) [1949] 1 W.W.R. 586, [1949] 4 D.L.R. 199 (B.C.C.A.).

(16) *Newfoundland Colonization & Mining Co. v. Newfoundland*, 4 R.P.R. 82 at 91, 15 Nfld. & P.E.I.R. 338, 347 (Nfld.C.A. 1978) は、マグナ・カルタに依拠した控訴理由を無意味だ、として退けている。また、*Nelson v. Pacific Great E.Ry.*, 25 B.C.L.R. 259 at 265, [1918] 1 W. 23, R. 597 at 603 (S.C.); *Re McDowell & Town of Palmerston*, 22 O.R. 563, 565 (H.C. 1892) は、損失補償なしで公用収用をおこなう州の権限は、マグナ・カルタによっては制限されないことを明言している。

(17) Bora Laskin, *CANADIAN CONSTITUTIONAL LAW* 3d ed. 971-73 (1966, Carswell).

圏内に含まれるかどうかを問う方法が伝統的にとられてきた。カナダ最高裁が、*Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden*⁽¹⁸⁾において、ブリティッシュ・コロンビア州が制定した地下の石油採取場での中国人労働者の使用を禁じる石油坑規制法（*The Coal Mines Regulation Act*, R.S.B.C. 1897, c138.）は「地方的な工事」（B. N. A. 法92条10号）や「財産権および私権」（同92条13号—いずれも州の専権事項）よりもむしろ、「帰化および在留外国人」（同91条25号）に関する問題を含むから、連邦議会の専権事項であると認定し、州議会の権限外であると判示したのはその一例である。こうした処理のしかたは、一見個人の権利や自由の保障とは無縁の構成だが、実質的にはそれらの保障に資するという評価もある。上記事例に即していえば、人権保障の観点からの実質的な問題点は人種差別であるが、その点に関しては州議会の権限外として同法が違憲無効とされる結果、人種差別的な法は廃止されることになるというのである。しかし、仮に同内容の法を連邦議会が制定した場合には権限の範囲内ということになるから、人権保障はせいぜい付随的な効果にとどまり、決め手とはならない⁽¹⁹⁾。したがってこうした権限分配論では、財産権の実質的な保障を期待することもできないのである。

他方、イギリスで発達した制定法の解釈ルール（*rules of statutory interpretation*）がカナダでも採用された結果として⁽²⁰⁾、財産権も保障されてきたと論じる余地がある。というのも、裁判所の定義によれば同ルールは、「国民の権利を制限する法律は、それが個人に関するものであろうか財産に関するものであろうか、いずれも精査の対象となる。ある法令の意味が

(18) [1899] A.C.580(P.C.).

(19) *Cunningham v. Homma*, [1903] A.C.151はまさにその例証である。事案は、日系人に選挙権を与えない州法を権限外としたものであるが、「裁判官が検討する権限を与えられているのは、特定の人種に選挙権を付与しないことの是非ではない」（at 155-56.）と指摘している。

(20) Bola Laskin, *THE BRITISH TRADITION IN CANADIAN LAW* 22-25 (1969, Stevens).

不確定であったり曖昧である場合には、裁判所は私人の権利を制限しない解釈を採用することになる。」⁽²¹⁾という内容をもつが、これを財産権に適用すると以下のような2つの側面をもつルールとして定式化できるからである⁽²²⁾。すなわち第1に、立法府は個人の財産権を侵害することを意図しないものと推定される。それゆえ裁判所は、他に合理的な解釈の余地がない場合を除いて、権利制限とならないように法律を解釈する。第2に、万一法律上立法府が個人の財産権を制限する意図をもっていることが明らかである場合には、立法府は財産権者に正当な補償をおこなう用意があると推定される、というのである。実際、権利章典および人権憲章の制定に前後して、そうした趣旨の判例がいくつか出されている。

Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen⁽²³⁾は、ある法律⁽²⁴⁾が同法に基づき設立された企業に独占的営業権を付与したことによって廃業を余儀なくされた既存業者が、損失補償を求めることができるかが争われた事例である。連邦地裁および連邦控訴裁判所は、いずれも財産権の収用がなされたとはいえないので原告に損失補償を請求する権利はないと判示したが、カナダ最高裁は当該認定を覆し、本件は収用に該当するとした。その上で前記の制定法の解釈ルールを適用し、法文上損失補償の規定は存在しないが立法府には損失補償をする意思があったはずであるとして、原告に対して暖簾を含む財産の市場価値を補償をすることを命じている。これに対して、*R. v. Appleby* (No. 2)⁽²⁵⁾は、制定法の解釈ルールがうまく機能しなかった事例である。本件で被告は、国立図書館法⁽²⁶⁾の規定に違反し

(21) *A.-G.Can. v.Hallet & Carey Ltd.*, [1952] A.C.427 at 450, [1952] 3D.L.R.433,446-47(P.C.).

(22) Philip W. Augustine, *Protection of the Right to Property under the Canadian Charter of Rights and Freedoms*,18 Ottawa L.R.55,58(1986).

(23) [1979] 1S.C.R.101, 88 D.L.R.(3d)462(1978).

(24) *The Freshwater Fish Marketing Act*,R.S.C.1970,c.F-13.

(25) 15 N.B.R.(2d)650,76D.L.R.(3d)110(C.A.1976).

(26) *The National Library Act*,R.S.C.1970,c. N-11, sub.11(1).

て、被告が出版した本を国立図書館に2冊寄贈することを怠ったとして起訴された。ここではカナダ最高裁は、被告が制定法上補償を受ける権利を有していることを立証しない限り、政府は補償なしに被告の財産を収用できることを、*Sisters of Charity of Rockingham v. The King*⁽²⁷⁾を引用しながら是認している。*Appleby* および *Rockingham* の両判決に対しては、財産権の明示的な根拠に基づく保障を重視する論者から、「制定法の解釈ルールを適用する条件は整っているにもかかわらず、財産権に有利な法の解釈を行わなかった点で、誤っている」⁽²⁸⁾ との批判がなされているが、元来、「権利保障に有利な推定」という考え方自体、コモン・ロー上のルールにすぎず⁽²⁹⁾、それが仮に英国においては基本的権利として憲法上保障されたものであると観念されていたとしても⁽³⁰⁾、カナダにおいてはコモン・ロー以上の意味をもたないし、また人権憲章の一部に編入されるわけでもない以上⁽³¹⁾、「財産権の内容は立法府が定める」という B. N. A. 法の定式を打ち破るだけの効力をもちえないのは、ある意味で当然である⁽³²⁾。結局、ここでもまた財産権の憲法保障は見いだせなかったといわなければならない。

以上の展開、とりわけ人権問題が実質的争点となっている事例を前述の権限分配論で処理することに対しては司法部内でも次第に不満が高まり、1938年から57年にかけてのカナダ最高裁の判例において、数人の裁判官た

(27) [1922] 2A.C.315, 67 D.L.R. 209(P.C.). 本件では、公益目的で土地を収用された土地所有者であっても、制定法上補償を受ける権利があることを立証できなければ損失補償を受けることはできない(211)とされた。

(28) Augustine, *supra* note 22 at 59.

(29) Peter Hogg, *CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA* 580-84 (1996, Carswell).

(30) *Re Esterbrooks Pontiac Buick Ltd.*, 44 N.B.R. (2d) 201, 213, 7 C.R.R. 46, 54 (C.A. 1982), *aff'g sub nom. Melvin v. New Brunswick*, 40 N.B.R. (2d) 42, 1 C.R.R. 307 (Q.B. 1982).

(31) Peter Hogg, *CANADA ACT 1982 ANNOTATED* 70 (1982, Carswell).

(32) *London & N.W. Ry. v. Evans*, [1893] 1 Ch. 16, 28 (C.A. 1892).

ちが、のちに「黙示の権利章典」(*Implied Bill of Rights*)と呼ばれる考え方を提示した⁽³³⁾。これは、自由で民主的な社会を維持するために不可欠な基本的権利や自由については憲法上一定の保障が与えられるとするもので、B. N. A. 法前文における「連合王国と同じ原理の憲法」および同17条の「カナダには．．．ひとつの議会を置く」という規定をその根拠としている。すなわちこの2つの条文は、いずれもカナダが民主的に選挙された議会をもつべきことを規定しているのであるから、議会を民主的に形成するために不可欠な表現の自由や集会の自由、あるいはプレスと自由といった基本的な自由に関しては、司法府による保護が必要であることをも意味している、というのである。これがアメリカ合衆国における「二重の基準論」に類似した議論であることは、一見して明らかであろう。実際この法理は、以後政治過程に直接かかわる問題に限って援用され、財産権に適用されることはなかった。そのことからただちに、財産権が司法府による手厚い保護の対象から外されたといえるかどうかはなお検討の余地があるものの、大筋においてそのように考えて間違いなであろう。もっともこの「暗黙の権利章典」論は、結局のところカナダ最高裁の多数意見とはならなかったが、しかしこれを契機に司法府による基本的人権保障の機運が高まり、カナダ権利章典の制定に道を開くことになった。

C. カナダ権利章典（1960）における財産権保障の意義と限界

上述のように、第2次世界大戦中から芽生え始めた「明文による人権保障」という課題⁽³⁴⁾は、1960年8月10日に「カナダ権利章典」(*The Cana-*

(33) *Reference re Alta. Bills*, [1938] S.C.R. 100, [1938] 2 D.L.R.81(Duff C.J. & Davis J.)同判決におけるダフ最高裁長官の意見が、「黙示の権利章典」論の最初の例である。以後以下に示す各判例が、同法理を援用している。*Win-ner v. S.M.T.(E.)Ltd.*, [1951] 4 D.L.R. 529(Rand J.); *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R.299, [1953] 4D.L.R.641(Kerwin, Rand, Kellock, Locke JJ.); *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R.285, 7D.L.R.(2d)337 (Rand, Kellock,Abbott JJ.).

(34) Walter Tarnopolsky, *The Iron Hand in the Velvet Glove:Administration*

dian Bill of Rights) としてひとまず結実する。ただし、同法は通常の連邦議会制定法として成立し、連邦の立法機関に対して効力をもつにすぎないから、制定当初より人権保障の実効性には疑問が投げかけられていた。そのことは、第2条が「カナダのすべての法律は、カナダ権利章典の規定にかかわらず効力を有することがカナダ議会制定法によって明示的に宣言されない限り、ここに確認され宣言された権利もしくは自由を廃棄、制限もしくは侵害し、又はこれらの権利もしくは自由を廃棄、制限もしくは侵害する権限を付与するものとして、解釈又は適用してはならない」⁽³⁵⁾と規定していることに典型的に示されている。連邦議会は、特別な宣言を行えば同法が特定の法律に適用されることを排除できるし、さらには単なる議会制定法であるから通常の手続きで改廃可能であって、論理的には裁判所が権利章典違反を理由に個別の法律を無効とする権限は否定されていることになるのである⁽³⁶⁾。それゆえ、B でみたような一部の最高裁判事たちの意図は実現されなかったし、権利章典に対する最高裁の対応は実際にはきわめて保守的で、人権保障とはほど遠いものであった⁽³⁷⁾。しかしそうした欠点にもかかわらず、本稿の課題との関係で特徴的なのは、同章典が第1条で財産権保障を以下のように明記している点である。すなわち同条は、「カナダにおいては、人種、国籍、皮膚の色、宗教ならびに性別によって差別されることなく、以下に掲げる人権および基本的自由が保障されてきたし、今後とも保障され続けることをここに宣言する」として、(a) 項で、「生命、自由、身体の安全および財産の享受とデュー・プロセスの保障なしに財産を奪われぬ権利」を掲げているのである。それにもかかわらず同規定は、財産権保障に明文の根拠を設けることに積極・消極

and Enforcement of Human Rights Legislation in Canada, 46 Can.B.Rev. 565, 568 (1968).

(35) 訳は、前掲注(8)書83頁（長内了訳）による。

(36) *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889, 902, 26 D.L.R.(3d) 603, 615-16.

(37) John D. Whyte, *Fundamental Justice: The Scope and Application of Section 7 of the Charter*, 13 Man. L.J. 455, 461 (1983).

いずれの論者からも評判が悪い。前者は次のように指摘する⁽³⁸⁾。(1) 同条の適用対象は“個人”(＝自然人)に限定され、企業のような自然人でない存在は、保護の対象から除外されている⁽³⁹⁾。(2)財産権を剥奪された個人に対して、損失補償を受ける権利を明示的に保障していない⁽⁴⁰⁾。もっとも後者に関しては、損失補償を受ける権利を認める判例⁽⁴¹⁾によれば、「権利章典 1 条 a 項によって保障される権利は、コモン・ローないし制定法によらなければ奪われない。しかし、財産を収用する法律が公益を目的としている以上、収用は合理的な手続きによって行われるべきである。そして、所有者は損失補償を受けることができるのであり、その額がいくらであるかは聴聞により適切に決定される」ということになるので、その限りで権利章典違反の問題は生じないことになる。また、前述の *Re Estabrooks* 判決⁽⁴²⁾も、補償なしに財産を剥奪されない権利は憲法上の権利であると明言するが、しかしその根拠は示されておらず、控訴審で覆されている⁽⁴³⁾上に、学説も批判的である⁽⁴⁴⁾。それゆえ明文による財産権の強固

(38) Augustine, *supra* note 22 at 62.

(39) *R. v. Halpert*, 9 C.C.C. (3d) 411 at 421, 6 C. R. R. 136, 147 (Ont. Prov. Ct. 1983), *rev'd on other grounds* 48 O. R. (2d) 249, 15 C. C. C. (3d) 292 (Cty. Ct. 1984); *New Brunswick Broadcasting Co. v. C. R. T. C.*, [1984] 2 F. C. 410, 427, 13 D. L. R. (4th) 77, 90 (C.A.), *leave to appeal granted* [1984] 2 S.C.R. ix.

(40) この点は、アメリカ合衆国憲法修正 5 条が連邦権限を制限すると同時に正当な補償を受ける権利を規定していることと対照的である。ちなみに同修正 14 条は、州権に関して同様の規定をもたないが、判例上「デュー・プロセス」の文言に含まれるものと解されてきているので (*Chicago, B. & Q.R.R. v. City of Chicago*, 17 S.Ct. 581 (1897)), カナダ権利章典がアメリカの例をふまえて、あえて損失補償に言及しなかったことは、決して偶然ではないであろう。

(41) *N.C.C. v. Lapointe*, [1972] F.C. 568, 29 D.L.R. (3d) 376 (T.D.). 本件では、所有する土地を告知なしに、しかも収用手続に対する異議申立の機会を実質的には与えないに等しい収用法 (*The Expropriation Act*, R.S.C. 1970, c.E-19 (replaced by R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 16) の権利章典違反が問われた。

(42) *Supra* note 30.

(43) *Id.* at 211, 7 C.R.R. 52 (C.A.).

(44) G.J. Brandt, *Note*, 61 Can. B.Rev. 398 (1983).

な保障を主張する立場からは、これらの判決では損失補償を受ける暗黙の権利を根拠づけることができないので、むしろ率直に章典上損失補償を受ける権利は明示的にも暗黙にも存在していないことを認めるべきであると批判されている⁽⁴⁵⁾。前記判例の理論構成は、アメリカ憲法修正14条が同様に損失補償規定を欠いており、その欠落を判例が実体的デュー・プロセスの法理に依拠して埋めた⁽⁴⁶⁾ことを念頭に置いているのだろうが、カナダでは、わずかな下級審判例を除くと、そうした考え方に否定的である。そしてそのことはとりもなおさず、財産権保障に対する双方の対応の違いを示すものともいえよう。

これに対して、アメリカ流の実体的デュー・プロセスの再現をおそれる論者は、権利章典が財産権を保障したこと自体に批判的であった⁽⁴⁷⁾。「法のデュー・プロセスによらない限り」(*"except by due process of law"*)という文言は、一方で議会が個人の権利を一定の場合には適法に制限し剝奪することができることを意味するが、他方このプロセスがいかなる性格のもので、議会の判断に対して裁判所が介入できるのがどのような場合であるのかについては明らかでないから、議会主権の原理を前提とする限り、これに懐疑的な論者がいたとしても不思議ではない⁽⁴⁸⁾。加えて、カナダ

(45) Augustine, *supra* note 22 at 63.

(46) 前掲注(40) 参照。

(47) See, e.g., Whyte, *supra* note 37 at 456.

(48) 権利章典の下で妊娠中絶の権利が争われた *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616, 53 D.L.R.(3d) 161 (1975) は、注意深くアメリカ流の実体的デュー・プロセス論を回避している。また人権憲章制定後に下された *R. v. Morgentaler* (No.2) (1988) 判決も、妊娠中絶に際して病院内に設置された委員会の承認を要求することは、治療のタイミングを逸することによって健康に悪影響をもたらすから、人権憲章7条に規定される「身体の安全」を害するという理論構成をとる。もっとも、人権憲章の下では司法の役割がそれ以前に比べて大幅に拡大されているから、アメリカ同様の問題を抱え込む危険性は高く、7条に規定される基本的正義 (*fundamental justice*) の原則と実体的デュー・プロセスとの関係が最近では問われている。See, e.g., Kathleen McManus, *The Sleeping Giant of Rights: Section 7 and Substantive Review*, 3 Dalhousie J. of L.S.35 (1994). なお、*Morgentaler* 判決については、

の法制は元来イギリス法の影響を強く受けているので、デュー・プロセスという文言についてアメリカとは理解を異にする面があり、さらには司法府が積極的に立法府の判断に干渉するという歴史も存在しなかったので、デュー・プロセスの概念を明確にするという作業はアメリカのように焦眉の課題とならず、手つかずのままであったのである。

かくして、権利章典におけるデュー・プロセスの理解をめぐり、改めてその意義が問われることになった。実際に議論の対象となったのは、次の諸説である⁽⁴⁹⁾。(ア)「法律に基づき」と理解する。議会は、単に通常の制定法により、権利章典によって保障された権利を制限することができる。(イ) 手続的デュー・プロセスと理解する。自然的正義の原則その他個々の事例に適用可能なあらゆる手続的保障を及ぼすことを意味する。(ウ) 実体的デュー・プロセスと理解する。裁判所は自身の信念に従って、法律の内容が適切であるかどうかを判断する。結局、(ア) の定義では、前述の「制定法の解釈ルール」による保障を下回ることになるから権利章典でわざわざ権利を明記したことが無意味となる、との批判がなされ⁽⁵⁰⁾、実体的デュー・プロセスと理解する(ウ) に対しては、「裁判所の判断を議会の判断に置きさせる客観的で制御できる基準が存在せず、責任ある統治という原則に反する」⁽⁵¹⁾と判例・学説がこぞって反対した結果、(イ) の手続的デュー・プロセスと理解する立場が多くの支持を集めた。

以上の展開は、理論的にはアメリカと大差ないが、しかし実際にはアメリカよりもはるかに権利保障に消極的な対応が裁判所によってとられている。*Curr v. The Queen* は、息のサンプルを提供することを拒んだ場合、

Lorraine E. Weinrib, *The Morgentaler Judgement: Constitutional Rights, Legislative Intention, and Institutional Design*, 42 U. of T.L.J. 22 (1992) を参照。

(49) Walter Tarnopolsky, *THE CANADIAN BILL OF RIGHTS*, 223-24 (2nd ed., 1975, McClelland & Stewart).

(50) *Id.* See also Augustine, *supra* note 22 at 64.

(51) *Curr*, *supra* note 36 at 899-900, 26 D.L.R. (3d) at 614.

それを犯罪とする一連の刑法規定がデュー・プロセスの権利を侵害するかどうかが問われた事例であるが、Laskin 判事は、単なる制定法にすぎないという権利章典の位置づけを理由に、問題となった法律を実質的に審査することを拒んだ⁽⁵²⁾。また *Lapointe*⁽⁵³⁾ 判決は、デュー・プロセスの要件を充たすためには、収用法が収用の日より前に制定されており、かつ法に規定された手続きに従って行われていれば足りると判示した。ここでは一見すると、手続的保障が確保されているように見えるが、法律の規定に従っていればよいというだけのことであるから、実質的には（ア）の「法律に基づき」という要件と大差ない。つまり、裁判所は権利章典の解釈に際して立法府の判断を尊重する立場を一般的に採用してきているのであって、デュー・プロセスの理解も限定的なものにとどまり、判例上は手続的権利を保障する自然的正義の原則⁽⁵⁴⁾以上のものとは解されていないこと⁽⁵⁵⁾、さらに財産権に関しては、前述のような一部の例外を除き、デュー・プロセスの文言に収用の際に損失補償を受ける権利が読み込まれてい

(52) *Id.* at 902-03, 26 D.L.R.(3d) at 616. 同判事は、学者時代から一貫して、デュー・プロセスはやっかいな概念であり、制定法に用いるべきでないとの態度をとっている。Bora Laskin, *An Inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights*, 37 Can. B. R. 77, 128 (1959). また, *Morgentaler v. The Queen*, *supra* note 48 でも、同判事はデュー・プロセスを手続的に理解すべきことを強調し、法律の内容を実体的に審査することを否定する反対意見を書いている (at 632-33, 53 D.L.R. at 173.).

(53) *Supra* note 41.

(54) それは、聴聞の機会、公平な審判、公正な手続といったもっぱら手続に関わるルールからなる。Hogg, *supra* note 29 at 837.

(55) *R. v. Thibodeau*, 23 N.S.R.(2d) 16 (S.C. 1976)は、「渡り鳥協定法」(*The Migratory Convention Act*, R.S.C.1970, c. M-12)に違反した所有者に対して告知なしでその財産を没収することの是非が問われた事例であるが、告知・聴聞の機会を与えなかったことは章典違反であると判断されている。ただし、章典のデュー・プロセスを根拠にそのように判断したのかどうかは定かではなく、なんらかの行政法上の原則が適用されたとする見解や、自然的正義の原則に類似した手続的意味においてデュー・プロセスを理解したのだ、と把握する見解もある。Augustine, *supra* note 22 at 65.

ないので、1条 a 項に財産権が挿入されたことの意義は単にカタログ的なものとどまり、権利保障の実効性という点で、状況はそれ以前の歴史と何ら変わりがなかったのである。

3 人権憲章制定過程における財産権をめぐる攻防

明文による権利保障の道に門を開いた権利章典ではあったが、それゆえの抵抗も少なくなく⁽⁵⁶⁾、結局、同章典が連邦にのみ適用される通常の制定法としての効力をもつにとどまったことは、すでにみたとおりである。裁判所もまた、制定過程におけるさまざまな政治的妥協を無視するわけにはいかず、また議会主権原理との関係や実体的デュー・プロセスへの危惧といった観点からの自己抑制も働いて、「人権の砦」としての役割を充分に果たすことはできなかった。財産権に関していえば、そうした事情の下では、それは日本風にいうところの「プログラム規定」でしかなかったのである。もっともこのことは、生存権保障をめぐるプログラム規定説の母国ドイツでそれが主張された歴史的経緯やニューディール以後のアメリカの状況を前提とするならば、正しい選択であったと評価することもできる。しかし現実には、権利章典が通常の制定法でしかなかったことがその主たる原因であるから、権利章典制定の時点では財産権に対するカナダの態度はあいまいなままであった⁽⁵⁷⁾。結局、カナダ社会における財

(56) 注(6)参照。

(57) ワイマール憲法下において生存保障の色彩をもつ条項(151条1項)がプログラム規定であると解されたのは、立法府や行政府が資本主義体制維持のためには社会保障政策の推進が不可欠であるとみて積極的にこれを推進する側にいたのに対し、司法府がこれに歯止めをかける保守的な役割を一ちょうニューディール政策が開始された当初のアメリカのように一演じていたという背景の下で、社会保障政策に対して裁判所に口を出させないこそが社会保障を実現させる道であったことに端を発することは周知の通りであるが、アメリカ同様社会権条項をもたないカナダでは、財産権が「プログラム規定」(もっとも、財産権についてこのような議論があるわけではない。社会憲章との関係につい

産権の位置づけが明確になるのは、権利章典による人権保障が不徹底に終わったことをうけて、より十全な権利保障をめざして人権憲章の制定が論議されていく過程において、財産権にも同様の保障を与えるべきかどうか問われてからである。

結果は、人権憲章には財産権保障を明記しない、という選択であった。カナダ憲法の標準的な教科書⁽⁵⁸⁾によれば、その意味は「(人権憲章) 7条⁽⁵⁹⁾は、“生命、自由および身体安全”を保障する。7条から財産権が除外された結果、それが模範としたいいくつかの憲法規定とは大きく異なるものとなったが、それは慎重に考慮された結果である。…財産権の保障を含まないことにより、7条の射程距離は大幅に狭められた。損失補償を受ける権利は存在せず、公用収用に際しての適正な手続すら保障されていない。ということはつまり、個人や企業の純粋に経済的な利益に対する権限の行使に関しては、裁判所や行政審判所、公務員による適正な取り扱いを

ては、桑原昌宏「カナダ1992年憲法草案と『社会憲章』条項」国武輝久編『カナダ憲法と現代政治』（1994年、同文館）117頁以下参照。）であることは、いわゆる社会的権利の保障に間接的に役立つことになるから、ことを財産権に限れば、権利章典における権利保障のありようは、憲法史の流れに沿うものであったことになる。しかしこのことは、権利章典が通常の制定法でしかなかったことに主たる理由があるから、権利章典の段階では財産権の位置づけが明確にされたとはいえないのである。

(58) Hogg, *supra* note 29 at 835-36.

(59) 人権憲章7条は、「何人も、生命、自由および身体安全に対する権利を有し、基本的正義の原則によらなければ、その権利を奪われぬ」と規定する。これは、権利章典1条a項の「生命、自由、身体安全、財産を享受する権利およびデュー・プロセスによらずにこれらを奪われぬ権利」と2条e項の「いかなるカナダ法も各人の権利および義務に関する決定が下される場合に、基本的正義の原則に基づく公正な審理を受ける権利を剥奪するように解釈・適用されてはならない」との規定を統一的に規定したものであるかのごとくであるが、1条にいう「財産の享受」と2条の「権利と義務に関する決定」という文言を欠いている点で、その射程距離は狭い。しかし、人権憲章の制定によって権利章典が失効したわけではないから、人権憲章7条によって保障されない財産権については、依然として権利章典の限度で（その意味については、注(57)参照）保障されていることになる。

求める権利が存在しないということである。そのことはまた…同条にいう“自由”や“身体安全”という文言に、経済的自由や経済的安定が含まれていないものと解釈すべきことを意味する。そうでなければ、入口を閉ざされた財産権が、裏口から入り込むことになるであろう」⁽⁶⁰⁾と説明されている。そして同書によれば、こうした選択がなされた理由は、「カナダから *Lochner* を追い払うため」⁽⁶¹⁾であった、という。教科書の説明としてはそれで足りるかもしれないが、しかしことがそれほど単純でないことは、すでに繰り返し指摘した。そこで以下では、人権憲章制定過程における財産権条項をめぐる紆余曲折を検証しながら、「選択」の背景を探ってみることにしたい。

1982年4月17日に施行された「1982年憲法」は、憲法改廃権をイギリス議会からカナダに移管し、イギリスからの法的独立を完全なものにすると同時に、さまざまな人権を憲法上の権利と明記する「人権憲章」(＝「権利および自由に関するカナダ憲章」)を含むことによって、従来の憲法体制とは質的に異なる制度を生み出した。そのことは、「カナダ憲法は、カナダの最高法規であって、憲法規定に違反する全ての法は、抵触する範囲において、なんらの効力ももたない」と規定する52条(1)項に特徴的に示されている。これは、人権憲章が連邦議会のみならず州議会に対しても効力が及ぶことを意味しているから⁽⁶²⁾、州議会に効力の及ばなかった権利章典とは異なり、文字通り最高法規であることを明らかにしているのである。このことは同時に、司法府の役割が劇的に変化したことをも意味

(60) 7条から排除されているのは、契約の自由や職業選択の自由を含むあらゆる経済的自由であり、狭義の財産権に限定されるわけではないことが、別の箇所指摘されている。*Id.* at 832-33.

(61) *Id.*なお、こうした経緯については、*Re B.C. Motor Vehicle Act* [1985] 2 S.C.R.486,504-505において、Lamer 判事が詳しく論じている。

(62) *R. v. Holman*, 28 C.R.(3d)379,391(1982); *Reference re S. 94(2) of the Motor Vehicle Act*, 42 B.C.L.R. 364, 67,147D.L.R. (3d) 539, 42 (C.A.), *aff'd(unreported)*,S.C.C.,17 Dec.1985).

する。権利章典時代にカナダ最高裁がとった自己抑制的な立場⁽⁶³⁾は、人権憲章の下では理由のないものとなったのである⁽⁶⁴⁾。しかし、そのことと裏腹に権利章典には明記されていた財産権が、人権憲章からは消えた。裁判所が権利をさまざまに解釈することによって、社会問題の第1次的裁定者になるというアメリカの実体的デュー・プロセスの再現を阻止することがその公式の理由であることは、すでに繰り返し指摘してきた通りである。司法省はそのことを明言し⁽⁶⁵⁾、研究者⁽⁶⁶⁾もまた同様であるばかりか、それは人権憲章の制定過程の記録⁽⁶⁷⁾にもたびたび登場する論点のひとつである。そのためには、「生命、自由および身体安全」の権利から財産権を切り離し、“法に基づき”とか“自然的正義”といった“デュー・プロセス”に比べて実体的意味を持ちにくい用語を使用することによって、財産権の制限を明確にすべきだ、というのが大方の意見であった⁽⁶⁸⁾。

トリュドーは1978年に憲法改正法案（法案C-60）を議会上程するも州政府の同意を得られず、翌年の総選挙で敗北した結果、同法案は廃案となる。しかし1980年に政権に復帰すると同時に、彼は憲法改正に関して州政府と交渉を続けることに見切りをつけ、連邦政府単独で憲法改正案を連邦議会に上程、紆余曲折の末、1982年憲法は成立する。しかし、財産権自体

(63) "frozen concepts doctrine"と呼ばれる。*R. v. Burnshine*, [1975] 1 S.C.R.693, 705,44D.L.R.(3d)584,592(1974). See also, *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R.680,704,70 D.L.R.(3d) 324,343(1976).

(64) Gerald-A. Beaudoin & Errol Mendes eds., *THE CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS* 3rd ed.ch.1,7-16(1996, Carswell).

(65) See generally, Department of Justice, *A CANADIAN CHARTER OF HUMAN RIGHTS*(1968).

(66) Whyte, *supra* note 37 at 456-61.

(67) *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and House of Commons on the Constitution of Canada*,30th Parl.,3d sess., Issue No.12 39 and 52-53(12 Sep.1978); 32 th Parl.1st sess., Issue No.46 at 46:37(27 Jan.1981).

(68) Edward McWhinney, *CANADA AND CONSTITUTION* 1979-1982, 58(1982,U.of T.Pr.), Tarnopolsky, *supra* note 49 at 16.

は同年10月6日の第1次草案⁽⁶⁹⁾から削除され、“デュー・プロセス”の用語も“基本的正義の原則”に変更されて、表面的には「実体的デュー・プロセス阻止論」の思惑通りの進行となった。しかしこれは実際には、新民主党 (NDP) の反対ならびに B. N. A. 法により財産と私権に排他的管轄権を認められている州政府の強力な抵抗をかわすために自由党がとった戦略としての色彩が濃厚であり、実体的デュー・プロセスの阻止といった“信念”に基づくものでは必ずしもなかったことは、その直後に財産権保障が復活する寸前にまで至ることに示されている。財産権の保障に積極的であったのは保守党であるが、同党は人権憲章に財産権保障を明記し、自然的正義の原則に合致しない限り奪われない権利を保障しよう修正案を提出した。これが保守党の1人相撲でないことは、1981年1月23日に法務次官の Robert Kaplan が、憲章起草に当たっている特別合同委員会 (*Special Joint Committee*) に対して、自由党もまた保守党の修正案を支持する意向であることを述べていることに示されている。しかし、ニューファンドランド、ノヴァスコシア、プリンス・エドワード・アイランドの3州(いずれも保守党政権)が、外国人による州内の土地の所有をコントロールする権限を主張して譲らず、また NDP も財産権条項を復活させるのであれば、憲法草案全体に対する支持を撤回すると表明して、結局3日後に自由党政府は保守党修正への支持を断念することになる。そしてこれ以降1982年憲法が成立するまで、人権憲章への財産権の挿入が議題となることはなかった⁽⁷⁰⁾。

(69) *Proposed Resolution for Joint Address to Her Majesty The Queen respecting the Constitution of Canada*, October 6, 1980, Anne F. Bayefsky, *CANADA'S CONSTITUTION ACT 1982 & AMENDMENTS: A DOCUMENTARY HISTORY*, 743, 747 (1989, McGraw-Hill Ryerson).

(70) 時事的な観点からこの間の事情を分析したものとして、1981年1月23, 24, 28日付けの *The Globe and Mail* 紙の Robert Sheppard 記者の記事を参照 (“*Liberals accept PC amendment on Property*.” 23 Jan. 1981 at A-8, “*NDP gains vote postponement on Tory property amendment*.” 24 Jan. 1981 at A-12, “*Property rights issue may bring boycott of sessions by PCs*.” 27 Jan.

この間の事情をもう少し詳しく跡づけると、以下のごとくである。もともと保守党の背後で、人権憲章への財産権、デュー・プロセスによらずして財産を剥奪されない権利、正当な補償を受ける権利の挿入を強く主張していたのは、経済界の代表組織である「国家的問題に関する企業評議会」(*The Business Council on National Issues*)であった。同評議会は、年間125億ドル以上の売上げを誇る140の企業の代表者から構成されるが、起草委員会のヒアリングでは、年間売上げ2.5億ドルの Stelco 社が評議会を代表して、法人を含む“すべての人”に対してこれらの権利が保障されるべきことを主張し⁽⁷¹⁾、これが保守党の立場となる。これは、もっぱら経済的権益の確保を目的とした立場からの、財産権挿入論である。これに対し、自由党もまた人権憲章の原案である1978年の法案 C-60の段階ですでに財産権保障を掲げていること、さらには上述のように保守党の修正案にも賛意を示す等、元来が財産権保障に積極的であったが⁽⁷²⁾、それは必ずしも保守党や経済界の立場と軌を一にするものではなく、むしろ州の権限を抑制し、連邦政府の権限拡大をはかるトリュドーの思惑を背景としている。財産権に関していえば、州の排他的管轄権を否定することによって、連邦全体の観点から経済秩序を構築することが可能となる。その意味で、トリュドーにとっては人権憲章それ自体が、個人の権利保障もさることながら、国民全体にかかわる問題で国家的統合をはかり、結果において州政府の求心力を弱めるための手段でもあった⁽⁷³⁾。したがって自由党の主張に

1981 at A-1-2.)。

(71) *MINUTES OF PROCEEDINGS AND EVIDENCE OF THE SPECIAL COMMITTEE OF THE SENATE AND OF THE HOUSE OF COMMONS ON THE CONSTITUTION 1980-81*, Issue No.33,134-35.

(72) *Id.* Issue No.45,34. ちなみに、財産権条項の挿入を提案するように保守党に働きかけたのは、自由党であった。Issue No. 41A, No. 43, 58-9. *See also*, Alexander Alvaro, *Why Property Rights were Excluded from the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 24 Can. J. of Pol. Sci. 309, 321 (1991).

(73) Keith Banting & Richard Simeon, *AND NO ONE CHEERED: FEDERALISM, DEMOCRACY AND THE CONSTITUTION ACT*,14-15(1983,

よれば、最終的に彼らが財産権条項の挿入に反対しなければならなかったのは、もっぱら州政府に対する事前の約束に基づくものであり⁽⁷⁴⁾、それはとりもなおさずトリュドーの挫折を意味していたのである。財産権保障に反対であった NDP も、社会主義の観点からの反対というよりは、天然資源開発をめぐる裁判所に口を差し挟まれることを嫌ったサスカチュワン州の政府与党である NDP の意向に大きく左右されている⁽⁷⁵⁾。その背景には、オンタリオ州とケベック州という東部の 2 大州に政治的・経済的権力を独占されているという西部の不満があり、極端に言えば連邦政府はそれら 2 州の代表でしかないこと、その連邦政府がすすめる憲法改革も、所詮は東部カナダの権益確保のためのものにすぎないという反感が渦巻いている。それゆえ、憲法上天然資源の所有と管理は州の権限であることを確認させることは、これらの州にとっては一種の死活問題であった⁽⁷⁶⁾。かくして、実体的デュー・プロセスの回避という名目もさることながら、むしろ政党間のかけひき、ひいては連邦制度に常についてまわる州と連邦の権限配分の問題をめぐる、財産権条項の命運は決せられることになったのである⁽⁷⁷⁾。

Methuen). いずれにせよトリュドーは、財産権の保障が政府による経済規制の妨げとなるとは考えていなかった。というのも、彼はそれを手続的権利保障と理解していたからである。Alvaro, *supra* note 72 at 323.

(74) See *supra* note 71, Issue No.44,12; Issue No.46,30.

(75) Robert Sheppard & Michael Valpy, *THE NATIONAL DEAL: THE FIGHT FOR A CANADIAN CONSTITUTION*,151(1982,Fleet Books).なおサスカチュワン州では州所有の公営企業設立・運営のために、財産権や私権は大幅に制限されていた。

(76) Rainer Knopff & F.L.Morton, "Nation-Building and the Canadian Charter of Rights and Freedoms" in Alan Cairns & Cynthia Williams, *CONSTITUTIONALISM, CITIZEN SHIP AND SOCIETY IN CANADA*, 140 (1985, U.of T.Pr.).

(77) Michael Mandel, *THE CHARTER OF RIGHTS AND THE LEGALIZATION OF POLITICS IN CANADA*,218(1989,Wall & Thompson). ちなみに、以上のような経過自体が「民主的討議」の結果であり、司法の独走を許すおそれのある実体的デュー・プロセスの回避となりえているという皮肉な(?) 見方も可能である。Alvaro, *supra* note 72 at 321.

4 人権憲章における財産権条項の欠如

かくして1982年憲法は、近代立憲主義の系譜に属しながらも、人権カテゴリーに財産権保障条項をもたない独特な憲法として成立した。制憲過程において主張された実体的デュー・プロセスの回避という目的が名目にすぎず、現実にはその法服の下にさまざまな利害や思惑がぶつかりあったとしても、ひとたび憲法として成立してしまえば、法理論上はその名目が一人歩きすることは別段珍しいことではない。他方で、制憲過程における議論とはまったく別の観点から法理論を構築する可能性を示唆する意見が、カナダ最高裁の2裁判官により示されている⁽⁷⁸⁾のは興味深い。というのも後者は、実体的デュー・プロセスへの道を開く可能性を秘めているからである。

そもそも実体的デュー・プロセスに対する警戒心は、一方で一カナダの場合はとりわけ議会主権原理との関係で一裁判所が社会問題の裁定者として立ち現れることを拒否するという一般論としての側面と、他方で現代社会における財産権の無制限な保障が引き起こすかもしれない諸問題を回避するという具体的要請の2側面をもっており、両者をひとまとめにして論じることは、理論的混乱を招くことになる。ただし両者は、少数者の人権保障という課題において重なり合う場面があるから、その点を財産権に即して検討しておくことは必要であろう。本稿の検討課題との関係でいえば、憲法上財産権を保障しないことにより、財産権をめぐる多数者の専制という事態が生じないのかどうか、仮に生じるとすれば、それにもかかわらず裁判所による介入、そのための権利保障が依然として不要である

(78) *Reference re Section 94(2) of the Motor Vehicle Act(British Columbia)* (1985) 36 M.V.R.240において、Lamer 判事およびそれに同調する Dickson 最高裁長官は、制定過程において何が論じられていようと、裁判所がそれを気にかけることはない、と断言している。

といえるのかが問われなければならない。そのことを問う前提として、以下では、人権憲章の中に黙示の財産権保障をみいだそうとする試みを検証し、人権憲章における財産権保障の有無を確定しておくことにする。

A. 「身体の安全」と財産権

財産権が人権憲章 7 条、8 条、26 条のいずれかに黙示的に含まれると主張する見解は、少なくない。7 条に即していえば、「身体の安全」(*the security of the person*) ないし「自由への権利」(*the right to liberty*) または「基本的正義」(*fundamental justice*)⁽⁷⁹⁾のいずれかに含まれるという。最初の「身体の安全」という文言は、人権憲章以外では、前述のようにそれ自体としては憲法としての性格をもたない権利章典に採用されたことがあるだけなので、その意味については必ずしも明確にされてこなかった。それを狭く理解する見解⁽⁸⁰⁾は、文字通り物理的な意味での身体を傷つけられない権利と理解するが、広義に理解する説は、個人の尊厳、プライバシー⁽⁸¹⁾、さらには財産権を含む経済的権利⁽⁸²⁾を包含するものと理解す

(79) “Fundamental Justice” の訳語については、「司法の基本的原理」(長内了訳・前掲注(8)書300頁および吉田健正訳・注(11)書232頁)と「根本的正義の原則」(中村英訳『解説・世界憲法集第3版』91頁, 1994年, 三省堂)の2通りの訳がみられる。それを手続的権利保障の趣旨に限定し, *natural justice* (=自然的正義)と同じ意味に理解するのであれば, 「司法の基本的原理」と訳すことはそのニュアンスをよく伝えるものと思われるが, 他方, 以下の本文でみるように, 7条を実体的側面をもつ規定と理解するのであれば, 「根本的正義の原則」のほうがふさわしいようにも考えられる。もっとも後者の訳がその趣旨であるかどうかは定かではないので, 本稿ではそれが実体的な側面を含むという最近の最高裁の理解を前提にしつつ, 便宜的に「基本的正義の原則」と訳しておくことにする。

(80) *R. v. Operation Dismantle Inc.*, [1983] 1F.C.745, 3 D.L.R.(4th)193(App. D.).

(81) *Morgentaler*, *supra* note 48; *Rodriguez v. British Columbia* [1993] 3 S.C.R.519.

(82) *Whyte*, *supra* note 37 at 474-75; *Shigh v. Minister of Employment and*

る。本稿の関心事である財産権に関しては、Whyteが「身体の安全」には、人間の基本的欲求を充足する経済的権能が含まれているとして、福祉受給資格の剥奪、仕事に必要な道具や設備等の財産の没収、タクシー運転手や弁護士、エンジニアの資格のような業務遂行に欠かすことのできない免許の剥奪などを「身体の安全」を害する例としてあげている⁽⁸³⁾。これは、Reichの*The New Property*論⁽⁸⁴⁾のカナダ版とでもいうべき内容の主張といってよいが、同説に対しては、人権憲章の「司法上の権利」の箇所にはそれが規定されていることに矛盾する経済的役割が7条に与えられていることや⁽⁸⁵⁾、営業や職業の規制、労働基準が適切であるかどうか、破産法秩序、福祉計画に支出する財政規模といった現代福祉国家のあらゆる側面を司法判断の対象とすることによって、司法審査の範囲を極端に拡大することになるといった批判が寄せられている⁽⁸⁶⁾。

この点は、福祉国家における個人の権利保障をどのように構築するかという問題を抜きにして論じることではできないから、その当否をここでは論じない。しかしアメリカに比べて、良かれ悪しかれ福祉国家指向の度合いが高いカナダ⁽⁸⁷⁾では、Reich風⁽⁸⁸⁾の議論を展開せざるを得ない事情がより

Imm. [1985] 1 S.C.R.177,207 per Wilson J.(*obiter dictum, with supporting citations*); *Irwin Toy v. Quebec* [1989] 1S.C.R.927,1003 per Dickson C.J. (*obiter dictum, leaving issue open*).

(83) Whyte, *Id.*474.端的に、福祉権(*welfare rights*)の問題として論じる立場もある。Martha Jackman, *The Protection of Welfare Rights under the Charter*. 20 Ottawa L.R.257(1988).

(84) Charles A. Reich, *The New Property*, 73 Yale L.J.733(1964).

(85) *Re ss. 193 and 195. 1 of Criminal Code* (Prostitution Reference) [1990] 1 S.C.R. 1123,1163-66 per Lamer J.

(86) Hogg, *supra* note 29 at 835.

(87) 現実に「福祉国家」としての体裁を整えているかどうかは、別問題である。カナダを「残滓的福祉国家」と位置づける見解もある。新川敏光「カナダ福祉国家の発展と構造」(国武編, 前掲注(57)書79頁) 参照。

(88) Reich 風といっても、いわゆる社会権を財産権の中に含めようとする側面でのそれではなく、社会権と引き替えに自由を失うことに対する防波堤としての「新しい財産権」論の側面を指している。詳しくは、拙稿「ニューデール・

一層ありそうなことは、想像に難くない。さらに加えてここで特徴的なのは、あえて財産権を憲章中に明記することを主張するのではなく、個人の権利の文脈で財産権保障を読みとろうとしている点である。財産権を明文で保障することを主張する論者たちは、しばしば権利保障の対象を法人に拡大すべきことを主張するが、Whyte 説はその点に否定的であって⁽⁸⁹⁾、同じ財産権保障といっても立脚点が異なる⁽⁹⁰⁾ことが、ここからも推測できる。

B. 基本的正義の原則 (*The Principles of Fundamental Justice*)

「自由への権利」に財産権が含まれるという人権憲章制定後の判例がいくつかあるが⁽⁹¹⁾、いずれも現在では否定されているから、7条で残された道は「基本的正義の原則」だけである。この用語は、カナダ権利章典およびアメリカ憲法の中で用いられている「法のデュー・プロセス」のかわりに挿入されたものであるが、本来その趣旨が司法審査の範囲を手続に限定し、実体に及ぼさないことを示す目的にあったことは、いうまでもない⁽⁹²⁾。しかしその後の判例は、必ずしもそのようには展開しなかった。

リベラリズムの崩壊と財産権」(大須賀明編『社会国家の憲法理論』221頁以下、1996年、三省堂)参照。

(89) 7条は自然人に対してのみ適用されとするのが最高裁の立場である (*Irwin Toy, supra* note 82; *Dywidag Systems v. Zutphen Brothers* [1990] 1 S.C.R.707,709.)。

(90) 財産権の明文による保障、さらには法人にもその保障を及ぼすべきだとする Augustine, *supra* note 22は、Whyte 説を思弁的にすぎると批判している (at 69)。

(91) Halpert, *supra* note 39 at 430. 6 C.R.R. at 150. See also, *Re Southam Inc. & The Queen* (No.2), 146 D. L. R.(3d)408, 418, 6C. R. R.1,10(Ont.C. A.1983)。

(92) 立法に際して依拠されたのは、*Curr, supra* note 36における Laskin 判事の見解であった。それによれば、権利章典の解釈に際して実体的デュー・プロセスを持ち込むべきではなく、それは、憲法としての性格をもつ人権保障文書にこそふさわしい、という(at 614)。なお、手続保障に限定する趣旨であるなら、*natural justice* の文言を用いれば問題はややくいしくならないですんだ、との指摘がある。Hogg, *supra* note 29 at 838。

裁判所が、権利章典 2 条 e 項における「基本的正義の原則」という用語に手続的な定義を与えたのは、*Duke v. The Queen*₍₉₃₎であった。それによれば、「裁判所が各人の権利に基づいて裁定を下す場合には、偏見をもたず、司法府として自制しながら、公正かつ誠実に審理をおこない、各人の主張を適切に述べる機会を与えることが、（基本的正義の原則という）用語の意味であると考ええる。」₍₉₄₎ という。権利章典が憲法としての性格をもたないから、人権憲章の先例たりうるか疑問₍₉₅₎という批判はともかくとしても、そもそも権利章典 2 条 e 項は公正な聴聞を受ける権利を規定したもので、「基本的正義の原則」は手続の文脈で用いられているにすぎないこと、さらには事案も手続上の難点が問題とされているにすぎないことからすると、この判例が人権憲章にいう「基本的正義の原則」を一般的に手続に限定する趣旨のものであると理解することは必ずしも正しいとはいえないにもかかわらず、人権憲章の起草者たちは、「基本的正義の原則」を以上と同趣旨の「自然的正義」と等しいものと理解し、判例も同様の立場を採用した。こうして、裁判所の役割は手続的公正さの確保に限定されるという考え方が、人権憲章制定当初の支配的理解となったのである。このように理解する限り、「基本的正義の原則」の中に財産権を見いだす余地はない。

しかし、*Reference re Section 94(2) of the Motor Vehicle Act* (British Columbia) (1985)₍₉₆₎が、そうした流れを変えた₍₉₇₎。Lamer 判事

(93) [1972] S.C.R.917, 28 D.L.R.(3d)129.

(94) *Id.* at 923, 28 D.L.R.(3d) at 134.

(95) Augustine, *supra* note 22 at 71.

(96) *Supra* note 78.

(97) もちろん、それには前史がある。以下に示す 4 つの判例は、いずれも判断根拠は曖昧であるが、「基本的正義の原則」に実体的意味を付与していた。*Reference re S.94 (2)*, 42 B.C.L.R. 364, 147 D.L.R.(3d)539(C.A.)では、ブリティッシュ・コロンビア州控訴裁判所が、「基本的正義の原則」は裁判所に法律の内容を審査する権限を与えており、本件で問題となった法律はその意味において「基本的正義の原則」に違反すると判示している。*R. v. Carriere*, 32 C.

は、本件において、実体的司法審査と手続的司法審査のどちらか一方しか認めないオール・オア・ナッシングの議論を展開してきた従来の議論を批判しつつ、「実体的司法審査」とは、人権憲章 7 条に規定された権利保障に違反する法律の内容を審査することを意味すると論じたのである。ただしそれには条件がついていて、法律の背後にある政策判断が適切であったかどうかを審査する権限はそれに含まれていない、という。同判事の結論に至る推論には異論が提起されたものの⁽⁹⁸⁾、他の裁判官も結論自体には賛成した。かくしてカナダ最高裁は、実体的司法審査の限定的理解を前提に、以下のような理由で「基本的正義の原則」を実体的に解釈すべきことを宣言したのである。(1) カナダの裁判所は、これまでもずっと立法の内容を検討してきた。人権憲章を制定したことの効果は、従来政府権限の配分を審査することを任務としていた裁判所の役割が、人権保障に拡大されただけである。(2) 人権憲章が最高法規であること (52 条) の明確化によ

R.(3d)117, 4 C.R.R. at 107 も、人権憲章 52 条と「基本的正義の原則」の実体的意義を根拠に、裁判所が法律の実体的内容を審査する監督的権限の存在を肯定した。*Re R.L. Crain Inc., v. Couture*, 30 Sask R. 191, 214, 6 D.L.R.(4th) 478, 505(Q.B.1983)ならびに、*R. v. Campagna*, 70 C.C.C.(2d)236, 141 D.L.R.(3d)485(B.C.Prov.Ct.1982) も同様に、「基本的正義の原則」を実体的に理解している (ちなみに、後者は *Reference re S. 94 (2)* 以後の判決である)。各事件は、免許停止中の運転、麻薬取引におけるおとり捜査といった内容のものであるが、いずれも市民的自由の保護を前面に打ち出して、法律による規制を不合理であると判断した点に特色がある。もっともこれらに対して、「基本的正義の原則」を手続的に理解する判例も引き続き存在することを付け加えておかなければならない。*R. v. Holman*, 28 C.R.(3d)379, 391(1982)は、カナダにおけるデュー・プロセスと「基本的正義の原則」の歴史的展開ならびに 7 条の制定過程を詳細に跡づけ、手続的理解の正当性を基礎づけた。*Jamieson v. The Queen*, 3C.C.R.193(Que. C.S.1982)および *Re Mason*, 43O.R.(2d)321, 35C.R.(3d)393(Ont.H.C.1983)も、同原則を「自然的正義」と同義と理解している。*See also, R. v. Hayden*, 23 Man. R. (2d)315, 7C.R.R.325(C.A.1983); *Public Service Alliance of Canada v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 562, 602, 9 C.R.R. 248, 281(Trial D.).

- (98) Wilson 判事は、Lamer 判事が 7 条を一種の総則規定と理解し、8 条—14 条をその例示とみることに反対している。*Supra* note 78 at 502-03. *See also, Hogg, supra* note 29 at 839-40.

って、司法の役割は手続保障にとどまらないことが明らかになった。(3) 人権憲章7条は、もっとも基本的な性格の権利を保障しており、これらの権利が侵害された場合に手続的な保障しかおこなわないとすれば、人権憲章の他の規定以上に7条に限界を画することになる。(4) 人権憲章の各規定は、それが憲法としての性格をもつことを考慮すると、強い権限に基づいて幅広く解釈されるべきで、制限的な解釈をとるべきではない。反対に、純然たる手続的解釈を拒絶する理由としては、(1) カナダ人権憲章は、アメリカ憲法の権利章典とは大きく性格を異にするから、アメリカ流の手続的デュー・プロセス概念を導入しようとすることは、人権憲章1条、33条、52条の意義を無視することになる。(2) 「自然的正義」という表現は、通常手続的保護を意味するものと理解され、人権憲章の起草者もそのような意味でそれを利用することができたが、実際には採用されなかった。(3) 権利章典における「基本的正義の原則」という表現の解釈に関する諸判決は、単なる制定法上の手続保障規定を、不安定で矛盾をかかえた司法が解釈したものにはすぎない。(4) 司法省副大臣補佐が「基本的正義の原則」を手続的に理解することは自由だが、それに大きな意味を認めることはできない⁽⁹⁹⁾。こうして、人権憲章7条の「基本的正義の原則」という文言は、裁判所の活動がそれ固有の領域にとどまり、決して立法の政策形成判断の領域に踏み込まないことを条件に、法律の内容が同条の保障に反するかどうかを審査する権限を裁判所に与えていることが確認された。これが危惧された実体的デュー・プロセスへの扉を開くものであったかどうかについては、その後の判例の流れを精査する必要があるが⁽¹⁰⁰⁾、ことを財産権にかぎっていえば、それは再現されていない。それが何を意味するかは節を改めて検討することにして、取り急ぎ8条および26条と財産権の

(99) *Re Mason*, *supra* note 97は、司法副大臣補佐 Strayer の「基本的正義の原則」は「自然的正義」と同じ意味であるという発言を引用して、手続的解釈を行った。

(100) カナダにおける実体的デュー・プロセス論争は別稿で検討予定であるので、ここではこれ以上深入りしない。

関連をみておくことにしたい。

8 条は、「何人も、不当な逮捕あるいは押収を受けない権利を有する」と規定するが、これに財産権保障が含まれないことは、*Becker v. Alberta*⁽¹⁰¹⁾が「もし立法者が人権憲章に財産権を規定しようと考えたのであれば、7 条に挿入したであろう。7 条にないということは、8 条でも保障されていないことになる」と述べて明らかにしている⁽¹⁰²⁾。他方、26 条は、「この憲章における権利および自由の保障は、カナダに存在するその他の権利および自由を否定するものと理解してはならない」旨規定しており、それが人権憲章以前に存在した権利や自由が引き続き保障され続けることを意味する点では、一見すると権利章典やコモン・ローで保障されていた財産権に有利な規定であるかのごとくである。しかしそれは、こうした権利を憲法上の権利に引き上げることを意味するわけではないから⁽¹⁰³⁾、財産権の憲法保障の根拠とはならない。このようにみえてくると、人権憲章の中に暗黙の内に財産権を発見しようとする試みはいずれも成功しなかった、といわざるをえないであろう。

5 小 括

1991 年 5 月 2 日、世間から注目を集めず、マスコミに報道されることもないまま、財産権条項を人権憲章に組み込む機会は再度失われた。これに先立つ 1988 年に、連邦下院は 108 対 16 で 1982 年憲法に財産権条項を追加することを提案していたが⁽¹⁰⁴⁾、その承認期限が冒頭の日付であったのである。同提案は、次のように規定されていた。「財産を享受する権利ならびにそれを剥奪されない権利は、基本的正義の原則に従い、連邦と州の間で

(101) 23 Man. R.(2d) 217(Cty.Ct. 1983).

(102) See also, *Re Worker's Compensation Bd. of N. S. and Coastal Rentals, Sales and Serv. Ltd.*, 12 D.L.R.(4th) 564(N.S.C. Trial D. 1983).

(103) この点で、*Re Estabrooks*, *supra* note 30 は、明らかな誤りを犯している。

(104) *Canada, House of Commons Debates*, May 2, 1988, 15044.

おこなわれる通常の協議を経るのでない限り奪われない」。後半の「連邦と州の間でおこなわれる通常の協議」という箇所には暗黙のうちに示されているように、今回もまた財産権条項の憲法への挿入を阻んだのは、州の抵抗であった⁽¹⁰⁵⁾。

第3節でみたように、人権憲章の制定には強固な連邦制の確立という隠れた目的があったが、財産権の明文による保障は、財産権に対する州権を弱め、結果的に州の経済力を弱体化させることに結びつくから、そうした目的に適合的な条項のひとつと位置づけることができる。それゆえ、州の抵抗もまた当然であった。他方、人権憲章推進派にしても、財産権保障が連邦制の強化という目的に積極的役割を果たすにしても、それが同時に“ロックナーの再現”をもたらす危険をはらんでいることをはっきりと認識しており、財産権の保障が両刃の剣であることは熟知していた。第1節冒頭で引用したトリュドーの述懐は、そのことを端的に物語っている。しかしトリュドーにとっては人権憲章が成立しさえすれば強固な連邦制への道は開けるから、財産権の明記を断念すること自体にさほど抵抗感はなく⁽¹⁰⁶⁾、実体的デュー・プロセスをめぐる論議もまた中途半端なままに終

(105) 憲法を改正するためには、さらに上院の承認と全州のうちの3分の2以上の承認（この時点でいえば、10州のうちの7州以上）の州議会の承認が必要で、しかも後者の場合、決議した州の人口の合計が全州の人口の50パーセント以上であることが要求されているが、仮に以上の要件が充足されても、なおこの改正に賛成しない州に対してはその効力が及ばないとされている（1982年憲法第38条）。同規定のとりわけ（2）から（4）は、財産権問題における州側の勝利を示すものと理解されている。Alvaro, *supra* note 72 at 328. なお、1991年9月には、*Shaping Canada's Future Together: Proposals 3*（1991, Minister of Supply and Services Canada）という表題の下、連邦政府により財産権条項の挿入が提案され、翌年2月には連邦議会の合同委員会も同様の提案をおこなっている（Senator Gerald A. Beaudoin & Dorothy Dobbie, M.P.(Joint Chairs), *A Renewed Canada: The Report of the Special Joint Committee of the Senate and the House of Commons*, 34-5 (1992, Parliament of Canada) が、提案の理由はほとんど述べられておらず、反響を呼ぶこともなかった。

(106) Alvaro, *supra* note 72 at 326.

わった。この点では、「実体的デュー・プロセス」は連邦主義者と州権主義者の代理戦争の場でしかなかったのである。

その後カナダ最高裁は、前節でみたように7条の「基本的正義の原則」に実体的側面が含まれることを認め、従来の自己抑制的な立場から一步を踏み出す。そのことは、最高裁が人権憲章という国全体を統括する規範を解釈する唯一・絶対の機関として積極的な役割を果たすことを意味するから⁽¹⁰⁷⁾、結果として連邦の強化につながる可能性をもっていた。かくして、危惧された実体的デュー・プロセスのうち、裁判所が社会問題の裁定者として重要な役割を演ずるという側面については、—1982年憲法にその最高法規性を認める条項が挿入された段階で当然に予想されたこととはいえ—連邦主義者の思惑と合致するうに、最高裁が「穏健な積極主義」⁽¹⁰⁸⁾路線をとったこととも相俟って、比較的スムーズに受け入れられていった。最高裁の7条解釈からすれば、その気になれば財産権保障を読み込むことも不可能ではなかったはずであるが、これまでのところその気配はない。また、憲法改正による財産権条項の挿入という正面突破路線も、本節冒頭に示したように成功しなかった。その点で、ロックナー時代の実体的デュー・プロセスの再現を阻止するという目的は、見事に達成されている。前述のように、人権憲章推進派に課された課題は、一方で連邦制の強化を目的として最高裁の権限を拡大するという実体的デュー・プロセスの一般的側面⁽¹⁰⁹⁾をカナダ社会に受容させつつ、他方で財産権保障によるロックナリズムの再現を回避するという綱渡りを演じることであったが、こ

(107) Peter H. Russel, *The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 30 Can. B. R. 30, 40-43(1983); Knopff & Morton, *supra* note 76 at 144-50; Alvaro, *supra* note 72 at 323.

(108) セイウエル, 前掲注(12)書152頁。これに対して、「極めて保守的」という評価もある。See, David M. Beatty, *CONSTITUTIONAL LAW IN THEORY AND PRACTICE*, 81-107(1995, U. of T. Pr.); Beatty, *A Conservative's Court: The Politicization of Law*, 41 U. of T. L. J. 147, 151 (1991).

(109) 「実体的デュー・プロセスの一般的側面」という表現が適切であるかどうかは検討の余地があるが、その意味については4節で論じた。

れを一定の限度であれ実現することができた背景には、一体何があったのであろうか。

まず最初に留意すべきは、これまで検討してきた財産権保障論には、いくつかの異なる傾向がみられる点である。ひとつの流れが、いま指摘したような連邦権限の強化を目的とした戦略的観点からの保障論であることはいうまでもない。その対極に位置するのは、保守党の主張するようなロックナリズムの復活をも厭わない（歓迎する？）保障論である。これに対して、実体的権利の保障という点では後者と軌を一にしつつも、「新しい財産権」タイプ⁽¹¹⁰⁾の権利保障に力点を置き、伝統的な意味での財産権、すなわち企業の財産権に象徴されるような経済的強者の財産権は保障の対象からはずしたままにしておくという財産権論があり、これらが入り乱れて人権憲章の中に黙示の財産権を見いだそうとした結果が、前節でみた議論であった。概していえば、1番目と3番目の立場は、特に財産権を明文で保障することにこだわらない。各々の目的は、7条の「解釈」でも達成可能だからである。これに対し2番目の立場は、黙示の権利保障では心許ないし、何よりも7条に含まれると解したのでは、同条は法人には適用されないから⁽¹¹¹⁾、人権憲章の中に財産権を明記することを主張する。両グループが、ロックナー時代の実体的デュー・プロセスに対する態度において対照的であることは、容易に理解できるであろう。そして、これまでのと

(110) Jean McBean, *The Implications of Entrenching Property Rights in Section 7 of the Charter of Rights*, 26 Alberta L.R.548(1988); Morris C. Schumatcher, *Property and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 1 Can. J. of Law and Jurisprudence 189(1988).なお、「新しい財産権」論のもともとの主張者である Reich の議論は、本来的には手続的デュー・プロセスの保障を念頭においたものである。周知のようにそれは、アメリカ連邦最高裁の“手続的デュー・プロセス革命”に結実する。*Goldberg v. Kelly*, 397 U. S. 254 (1970). カナダではこれをどちらかといえば、Michelman 流の福祉権に近いものとして実体化する傾向が強い。Frank I. Michelman, *Welfare Rights in a Constitutional Democracy*, 1979 Washington U.L.Q. 659.

(111) 「生命、自由、身体の安全」は、いずれも自然人の特質だから、と最高裁はいう。See *supra* note 89; Hogg, *supra* note 29 at 828.

ころその点で勝利を収めてきたのは、前者のグループであった。それを抽象的に図式化すれば、18・9世紀的な古典的財産権の自由（第2グループ）よりは、20世紀的な社会的制約を伴う財産権像を支持する（第1・3グループ）⁽¹¹²⁾ということではしかないが、それが日本国憲法のようなあいまいな修正原理に基づくものではない点がカナダ憲法の特徴であり、アメリカ憲法と大きく一線を画する所以でもあるのである。

カナダが当初イギリスの法体系に大きく依存して法制度を作り上げてきたことは第2節で概観したとおりであるが、その母国イギリスでは憲法史的には財産権の保障が重要な位置を占めていたから、本来的にはカナダもまた財産権を強く保障する法体系を基礎にしていたはずであり、事実1867年憲法はそのことを暗黙の前提にして組み立てられていた。イギリスの例でいえば、制限選挙制の下では、有産者の財産は議会を通じて適切に保護されることが期待できたし、実際に保護されていたから、「法律による財産権の保障」は文字通りの財産権保障を意味していたのである。しかし、議会主権原理の伝統自体は維持されつつも、普通選挙制を背景とした現代型民主主義の中でその実質が変容を遂げていく過程で、「法律による財産権の保障」は大きくその意味を変えていく。その上、アメリカのそれと比べてはるかに強力な州権を前提とした連邦制を形成してきたカナダでは、こうした「民主主義」の基礎は文字通り州議会にあり、ケベックの独立問題に象徴されるように、仮に連邦政府が州の独自性を尊重しないのであれば、連邦制は常に崩壊の危機に晒されることになるのであった。さらに加えて、国土の多くに寒冷地が含まれるという地理的・気候的条件から、個人の自助努力以上に社会が共同して生活条件を改善していくことが必要であったという現実が、個人主義よりは集団主義を支持することに結

(112) Monahan 教授は、この対立図式を“*Propertarian systems*”と“*Democratic-communitarian systems*”と名づけ、整理している。Patrick Monahan, *POLITICS AND THE CONSTITUTION*, 103-06 (1987, Carswell).

びつきやすかった⁽¹¹³⁾という事情もある。本稿で検討してきた財産権をめぐる議論は、こうした文脈を背景としてのものであった。

他方、人権憲章が採用する「民主主義」は、以下のように特徴づけられている。「民主主義的価値は、人権憲章のいたる所で明示的にあるいは暗示的に言及されている。人権憲章の中には、民主的な討論や論争を保障し、民主的過程に制度的障害が生じたときにはそれを取り除くためのいくつかの規定が設けられている。．．．人権憲章全体を通じてコミュニタリアンの価値の重要性が承認されており、いくつもの規定が、共同社会で生活する個人に対して、自分自身を確立し発展させる機会と手段を与えられることを保障するように設けられているのである。」⁽¹¹⁴⁾。この点を象徴的に示すのが、人権憲章1条であろう。同条は、「権利および自由に関するカナダ憲章は、自由で民主的な社会において明白に正当化できる合理性をもった法律で定める制限にのみ服することを条件に、本憲章に掲げる権利および自由を保障する」と規定するが、ここでは冒頭から憲章に規定されている諸権利の限界が明らかにされており、コミュニティの選択を重視した権利保障の方式をとることが宣言されているのである⁽¹¹⁵⁾。もともと人権憲章の制定により、カナダ社会においても次第に個人主義が加速されるだろう⁽¹¹⁶⁾との指摘がなされていたことからすると、財産権のような社会と密接にかかわる権利については、コミュニティの価値を優先させるべきだという観念が伝統的に強かったと推測することも可能である。財産権の保

(113) Lipset, *supra* note 8 ch.6, *especially* at 110.

(114) Monahan, *supra* note 112 at 104.

(115) Cf. Shumiatcher, *supra* note 110 at 189. なお、ステファン・M. サルズバーク（本間一也編集）「英米法と比較したカナダ法の特質」新潟大学法学部日加比較法研究会編『カナダの現代法』（1991年、御茶の水書房）7頁参照。

(116) Lipset, *supra* note 8 at 116. 同書は、仮に個人主義が加速されても、依然としてアメリカに比べればはるかに集団指向的であることがカナダの特徴だ、と指摘している（同頁）。

障は、環境保護の妨げとなるという指摘⁽¹¹⁷⁾は、そうした社会風土と密接に関わっている。もとより、カナダの社会において財産権が保障されてこなかったわけでは決してないから、あえてそれ以上に強い権利保障をおこなう必要性を感じなかった⁽¹¹⁸⁾ということもあるだろう。またさらに、「新しい財産権」風の議論についても、その多くは7条の「生命、自由、身体、安全」でカバーできるから、さまざまな要素から成り立つ権利の束である財産権を明記することによって、かえってそれらの権利を損なう可能性があることへの危惧感も指摘されている⁽¹¹⁹⁾。

要するに、「財産権を明文で保障すると、社会保障施策の中で認められてきたさまざまな受給権や、平等な社会の実現を目指して作られてきた法制度に逆行する道具として用いられるおそれがあり、カナダ国民の多くは人権憲章によって保護される権利のカatalogに財産権を付け加えることには疑いをもっている」⁽¹²⁰⁾のである。これは、アメリカの最近に至るまでの経験⁽¹²¹⁾を横目でにらんだうえでの、カナダの選択であるといつてよい。

では、財産権を保障しなかったことによるデメリットはないのだろうか。とりわけ、「少数者の人権保障」との関連が問題になるが、結論的にいえば、判例上何らかのかたちで財産権の保障が問われたのは、いずれも比較的規模の大きい企業関連の事例ばかりで、生活や生存と密接に関わる

(117) See generally, Mark Walters, *Ecological Unity and Political Fragmentation: The Implications of the Brundland Report for the Canadian Constitutional Order*, 29 Alberta L. R. 420 (1991).

(118) Richard W. Bauman, *Property Rights in the Canadian Constitutional Context*, 8 South African J. on Human Rights, 344, 345.

(119) See generally, Jeremy Waldron, *THE RIGHT TO PRIVATE PROPERTY*, 24-61 (1988, Clarendon Pr.).

(120) Bauman, *supra* note 118 at 359.

(121) Michelman は、合衆国連邦最高裁の中で有力な力をもつグループが、近時ますます財産権擁護の姿勢を強めてきていることを指摘している。See, *Key-stone Bituminous Coal Associations v. De Benedictus*, 107 S.Ct. 1232 (1987); *Mollan v. California Coastal Commission*, 107 S.Ct. 3141 (1987). See also, Frank I. Michelman, *Takings*, 1987, 88 Colum. L.R. 1600 (1988).

個人の財産権についての深刻な問題ではなかった⁽¹²²⁾。加えて、財産権が実体的に保障されていないにせよ、告知・聴聞等の適正手続保障は法律上明文でそれが否定されていない限り⁽¹²³⁾裁判上保障されており⁽¹²⁴⁾、さらに損失保障もコモン・ローに依拠しておこなわれ、法律上明文でそれが否定されない限り、實際上保護に欠けることはない⁽¹²⁵⁾。結局、「財産権を憲法に明記することによって利益を受けるのは有産者であって、財産をもたない者には何の意味もない」⁽¹²⁶⁾という認識が、これまでのカナダの選択を支えてきたのである⁽¹²⁷⁾。

ひるがえって日本国憲法の場合、第2次世界大戦以前の社会においては、近代立憲主義の文脈における財産権保障の観念が存在しなかったがゆえに、日本国憲法制定の時点でカナダと同様の選択をすることを期待できなかったことはやむをえない。しかし29条が戦後50年間に果たしてきた現実的な役割や、最近の規制緩和論、グローバル・スタンダード化のかけ声のもとでのアメリカ型⁽¹²⁸⁾競争原理の導入論等々を念頭におくとき、カナ

(122) See, e.g. *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* [1985] 1 S.C.R.295; *Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R.713, (1987) 35 D.L.R.(4th)6,30C.C.C.(3d) 385.個人の「財産権」に関わる問題としては、トロントにあるピアソン国際空港の拡張をめぐる住民との間に紛争が生じたが、法廷で深刻に争われるにはいたらなかった。

(123) *Cooper v. Board of Works for the Wandsworth District* (1863) 14 C.B.(N.S.)180, 143E.R.414(Eng. C.P.).

(124) Hogg, *supra* note 29 at 836.

(125) See generally, Jack L. Kenetsch, *PROPERTY RIGHTS AND COMPENSATION* (1983, Butterworths).

(126) McBean, *supra* note 110 at 548; David M. Beatty in *Discussion: Property Rights and Liberty*, 1 Can. J. of Law and Jurisprudence 217,224(1988).

(127) 本稿では、カナダにおける財産権の理論的研究についてふれることができなかった。その点については、他日を期したい。See generally, *Special issue devoted to a philosophical re-examination of property*, 6 Can. J. of Law and Jurisprudence 183(1993).

(128) アメリカ社会は世界標準であるよりはむしろ特異な例外であることと、日本国憲法とのかかわりをどのように把握するかは、興味深い主題である。See, Seymour Martin Lipset, *AMERICAN EXCEPTIONALISM* (1996, W. W.

ダの選択はなお日本社会と無縁である⁽¹²⁹⁾、と断言できるかどうか検討の余地があるのではないだろうか⁽¹³⁰⁾。(1998年4月10日脱稿)

Norton). *especially* ch. 7.

- (129) ちなみに、市民的及び政治的権利に関する国際規約6条—11条には、生命、自由、身体の安全についての保障規定は含まれているものの、財産権は除外されている。
- (130) 本稿を、筆者がトロント大学ロー・スクールに客員研究員として滞在中(1996—7年)に貴重な助言を多数与えてくれた、Lorraine E. Weinrib (憲法)、James R. Phillips (財産法)、そして公私ともにお世話になった David M. Beatty (憲法)の3教授に捧げる。彼らがいなければ、私のカナダ憲法への目は開かれなかったであろう。