



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	カナダ憲法上の照会権限
Author(s)	ジャーニッシュ, H. N. ; Janisch, H.N.; 佐々木, 雅寿//訳 他
Citation	北大法学論集, 39(3), 1-23
Issue Date	1988-10-20
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16633
Type	departmental bulletin paper
File Information	39(3)_p1-23.pdf



カナダ憲法上の照会権限 (Reference Power)^①

H・N・ジャニツユ*
佐々木 雅 寿 訳

目 次

- 1 照会権限の意義
- 2 照会権限の歴史的重要性
- 3 照会権限の発展
- 4 連邦および州における照会権限
- 5 照会権限の合憲性
- 6 照会権限の利点と欠点
- 7 照会事件における判決の先例的価値
- 8 結 論

1 照会権限の意義

本来、照会権限は、裁判所に対して政府が勧告的意見 (advisory opinion) を求めるための手段である。勧告的意見の観念はほとんどの憲法制度において通常拒絶されてきた。というのは、勧告的意見が、具体的争訟ではなく、仮説的問題の判断を裁判所に対して求めることになりえたからである。たとえば、合衆国では、連邦の司法権が「事件」および「争訟」のみに及ぶと規定されているために連邦最高裁判所が勧告的意見をのべることはできない。オーストラリアでは、司法機能ではないとの理由で最高裁判所 (the High Court) は勧告的意見をのべることを拒絶してきた。⁽³⁾

カナダにおいても、二つの理由により勧告的意見をのべることが同様に拒絶される可能性があった。第一に、一八六七年憲法の第一〇一条は上訴裁判所 (a "court" of appeal) を創設したのであるから、オーストラリアの場合と同様、勧告的意見をのべることは裁判所の司法機能と相いれない、と容易に判断される可能性があった。第二に、同条は上訴裁判所を創設したのであり、カナダ最高裁から直接に意見を求めるために照会権限が用いられた場合、それは同裁判所に対して上訴管轄権ではなく第一審管轄権の行使を求めることになる、と判断される可能性があった。

しかし以下にのべるように、いずれの議論もカナダにおいては受け入れられなかった。したがって、照会権限およびその運用はかなりの程度カナダ特有であり、検討に値する。

まず、照会に付される質問の実例を充分に示しておくことが有用であろう。これは、後の議論のために念頭におかれたい。Reference Re Anti-Inflation Act⁽⁴⁾ において、カナダ最高裁は賃金および価格を広範囲にわたり統制する法律の合憲性について意見を求められた。この法律は、連邦部門および州がこの法律を採用した場合には州の公的部門に適用さ

れるものである。照会された質問の文言は以下の通りである。

1 インフレーション対策法 (the Anti-Inflation Act)、『すなわち、カナダの制定法一九七四―七五―七六の第七章は、…全体的または部分的にカナダ連邦議会の権限を超越 (ultra vires) していないか。かりにそうであれば、どの部分であり、また、どの程度か。』

2 インフレーション対策法がカナダ連邦議会の権限内にある場合、「カナダ政府とオンタリオ州政府とにおける」と題する一九七六年一月一三日に結ばれた合意はインフレーション対策法のもとで有効であり、当該合意に規定されたように、オンタリオ州の公的部門を同法が拘束し、かつ、同法の下で作成されるインフレーション対策ガイドラインは同州公的部門に適用されることになるのか。⁽⁵⁾

連邦政府および五つの州、それに五つの労働組合は、これらの質問に関し五日間カナダ最高裁判所において弁論を行なった。八〇頁に及ぶ判決の結果は七対二に分かれたが、カナダ最高裁は当該法律と合意の有効性を支持した。これは、連邦政府と州政府の間における現代の立法権限配分にとり長期的にみて極めて重要なことである。

2 照会権限の歴史的重要性

バリー・ストレイヤー (Barry Strayer) は、憲法訴訟における照会権限の役割に関して、いくつかの興味深い統計を作成している。それによれば、一八六七年から一九八一年の間に最上級裁判所 (the highest court) ⁽⁶⁾ に上訴された二八二の憲法事件のうち、四分の一をやや上まわる七七の事件が照会事件として提起されている。これ自体驚くべき数字で

はあるが、ストレイヤーはさらに、照会事件の重要性はその数字が示す以上に大きいことを示唆している。すなわち、「この国の政治的、社会的、そして経済的事象への影響の点において、これらの事件における判決は数量上の割合をはるかに越える効果を有している」と。このように、照会事件は量的にもまた質的にも非常に重要なものであった。

3 照会権限の発展

照会制度の起源は一八七五年に制定された最高裁判所及び財務裁判所法 (Supreme and Exchequer Court Act) に求めることができる。照会権限は一八六七年憲法それ自体には規定されておらず、したがって、厳密にいうと、それは憲法が規定する手段ではなく制定法が規定する手段である、ということは銘記されなければならない。それゆえ、照会権限は立法府の命令によっていつでも廃止あるいは改正されうるものである。しかし以下にのべるように、現在では、照会権限はカナダ憲法制度上確立され、かつ、厳密な理論においてはではないにしても実際上は憲法それ自体の一部となっている。現在、このように重要になっているが、最初に創設された当初、照会制度の手続形態は不十分なものであった。第一に、裁判所に対し利害関係者が意見を陳述するための規定が不充分であり、第二に、事実問題を取り扱うための手続も不充分であった。また第三に、そして最も重要な問題として、充分な理由を付した意見を述べることが裁判所に対して要請されていなかった。

この第三の欠点により、カナダ最高裁に対し照会がなされた場合、ある事項が連邦・州のいずれの領域に属するかという質問に対し、連邦政府は「然り」もしくは「否」という短い回答しか受け取ることができなかった。これは当然將

来生ずる権限配分問題の解決にとり全く有用でなかった。また、利害関係者が訴訟参加する十分な機会を有せず、かつ、判決の基礎となる事実問題が未解決のままであれば、照会事件における判決の正当性も充分には承認されなかった。

それゆえ、一八七五年から現行カナダ最高裁判所法^⑤が規定されるまでの間これらの欠点を補うための諸改正が行なわれた。この全面的な改正は照会制度の完全な「司法化」(Judicialize)を目標としてきた。それは、利害関係者の適切な意見陳述を認め、事実問題を取り扱うための手続を充実させ、さらに、最も重要なこととして、理由を付した意見をのべるよう規定することにより行なわれた。その結果、今日、照会事件は通常の争訟事件と同様の方法で審理され、その判決は充分な理由に基づく判断として通常の争訟事件の判決と同様の質を有している。

カナダ最高裁判所法の規定は、付録Iに掲載している。

4 連邦および州における照会権限

照会権限は連邦および州のどちらにも存在する。州の照会権限の典型例として、ここでは、オンタリオ州の規定を付録IIに掲載する。二つの付録を注意深く読むと以下のことがうかがわれる。すなわち、利害関係者の訴訟参加、事実問題さらに理由を付した意見等、照会権限に関し認識されていた諸欠点を立法府が補うよう努力したことである。

より広く見ると、照会権限に関しかなりの対称性があるように思われる。第一に、連邦政府はある事項が連邦もしくは州のいずれの権限に属するかについて、カナダ最高裁に対しその意見を求めることができる。第二に、州政府はある事項が連邦もしくは州のいずれの権限に属するかについて、州最高裁判所^⑥(provincial court of appeal)に対しその意

見を求めることができる。その場合、州での照会事件に関しカナダ最高裁への（上訴許可を必要としない）自動的上訴権が認められている^⑤。このように、連邦および州のいずれの政府も最上級裁判所からの回答を得ることを保障されている。

5 照会権限の合憲性

一九一二年の *A.G. Ont. v. A.G. Can.* ⁽²¹⁾ 事件において、枢密院司法委員会は照会権限の合憲性を支持した。その判決においては、勸告的意見が司法機能ではないことが認定されたにもかかわらず、以下の理由で照会権限の合憲性が支持された。すなわち、裁判所の回答は単に勸告的なものすぎず、それは内閣の法律顧問 (the Law Officers of the Crown) からの助言以上の効力を有しない、というものである。換言すると、照会権限はカナダ最高裁の責務に付加されたものとして看做され、したがってそれが裁判所の司法機能の一部とされていないため裁判所の司法機能と矛盾しない、と判断された。

すでのべたように、近年照会権限が完全に司法化され、照会事件の判決が内閣の法律顧問の単なる法的助言以上のものとなったため、この憲法上の正当化のための理由がほとんど満足のいくものではなくなったことは興味深い。しかし、かりにこの憲法上の正当化のための理由が満足のいくものではなくなくなったとしても、現段階でカナダ最高裁が照会権限の合憲性を否定することはあり得ないであろう。照会権限はカナダにおける憲法環境の重要な部分となつてしまつているのである。

6 照会権限の利点と欠点

すでにのべたことは、照会権限の合憲性についての議論はともかく、その実際上の価値に関する議論がなされなかったことを意味するわけではない。照会権限が望ましい制度か否かに関する問題は未解決のままである。

憲法問題を取り扱う場合の照会権限には五つの主な利点があるであろう。

第一に、照会権限は当事者適格の問題を克服する手段を提供する。当事者適格の準則のもとでは、司法審査を求める者は一般公衆の利益とは異なった「利益」を示されなければならない。ところが、連邦の財務支出権限が州の立法権限内の分野で行使された場合のように、いかなる個人も当事者適格性を与えられないような争点が存在する可能性がある。第二に、重要な争点が生じた場合にカナダ最高裁により判断されることを照会権限は保障する。裁判所の判断を必要とする事項が最上級裁判所により確定的に解決される以前に、いくつかの理由から、私人の訴訟当事者がその上訴を断念することがありうる。

第三に、照会権限は迅速な問題解決を可能にする。すでにのべた *Reference Re Anti-Inflation Act*¹⁷ を検討してみよう。当該問題の広範な重要性ならびに問題解決の遅延および不確実性から生ずる損失に鑑みれば、いずれかの方法によりその問題を可能な限り迅速に解決することが強く要請された。本件においては、一九七五年一月一五日に連邦議会が当該法律を制定し、一九七六年三月一日に当該問題がカナダ最高裁に照会され、同年五月三一日から六月四日まで審理され、同年七月一二日に判決が下された。したがって、当該法律の合憲性を判断するための全過程は七ヶ月弱しか要していない。もしこれが事実審から最高裁への上訴という通常の裁判過程により行なわれていたなら、迅速な手続を

用いたとしても、二、三年は要したであろう。

第四に、照会事件の訴訟遂行は政府に委ねられているため、個人の訴訟当事者から経済的負担が取り除かれる。このことはまた、裁判所の判断を仰ぐ価値のある事件が費用のために上訴が断念されることなく最上級裁判所により判断されることを保障する。

第五すなわち最後の利点として、照会権限は主に連邦制の要請から生じてきたことがあげられる。各レベルの政府が、他のレベルの政府により主張された憲法上の権限を攻撃し、また、自己の主張する権限の正当性を立証するための弾力的な手段を照会権限は提供している。¹²

では他方いかなる欠点が考えられるか。二つのことが主に主張されている。

第一に、適切な事実の関連性(adequate factual context)を欠く抽象的理論が勧告的意見により創造される傾向が強いことがあげられる。過去における照会事件は憲法訴訟に対する制限的かつ概念的アプローチの一部となっていた、と主張されている。このアプローチは孤立した文言の意味論的で抽象的な分析を促進し、事実が最も重要な現代の機能的法理学から完全に乖離している。これに対しては以下のことが示唆されてきた。すなわち、憲法訴訟に関する制限的な伝統故に照会権限は論難されるべきではない。なぜなら、近年に至るまで枢密院司法委員会およびカナダ最高裁が制限的な教義的考慮に基づき行動してきたのは、照会権限の存在以外のはるかに広い理由によるものだったからである。^⑧とはいえ、適切な事実の関連性を欠いて抽象的な問題を処理する手法が制限的概念主義(narrow conceptualism)へのものともとの偏向(predilection)を強化したかもしれないということは認識すべきである。裁判所は、過度に広範で一般的な質問に対する回答を拒否すべきであり、また、事実の関連性が十分に展開されることを要求すべきである。¹³

第二の欠点として、勧告的意見が司法判断に適合的でない政治的な争点の判断を裁判所に要求し、このことが、裁判

所の正当性を危うくする恐れがあることがあげられる。このことは潜在的には非常に現実的な問題である。なぜなら、すでにのべたように、照会権限に関する連邦および州の法律は、「いかなる事項」に關しても政府が裁判所に対し照会することを可能にしているからである。ストレイヤーが指摘するように、それは、法に關する質問のみならず、「…政治、科学、もしくは、趣味に關する質問をも」¹⁴含む可能性がある。

実際には、連邦および州の政府はかなりの程度自己抑制し、不適當な質問を裁判所に対し照会してこなかった。そのうえ、カナダ最高裁は長い間積極的に照会に應じてきたにもかかわらず、以下のように主張してきた。すなわち、照会を受けた裁判所は、不適切で司法判断に適合的でない照会および過度に一般的な質問、または適切な事実の関連性を欠いている照会に対する回答を拒否する裁判所に留保された裁量権を有する。照会に対する回答を拒否するこの裁量権を主張する一方で、ピーター・ホッグ (Peter Hogg) の言葉によると、カナダ最高裁が「驚くべき程リベラル」¹⁵に回答を出していることは非常に興味深い。ピーター・ホッグは、その例として *Partition Reference* ¹⁶および *Quebec Veto Reference* ¹⁷をあげている。それらの照会事件においてカナダ最高裁は、憲法慣習の存在とその意味に關する質問に対し回答を準備していた。その質問事項は、厳密にいうと全く法的な問題ではなく、もちろん非常に重要な政治的影響のある問題であった。

この点に關し、カナダ最高裁が政治問題の法理 (political question doctrine) を採用していないことを指摘すべきである。したがって、カナダ北部におけるアメリカの巡航ミサイルテストに關する高度に政治的な争点を取り扱った *Operation Dismantle v. The Queen* ¹⁸事件において、当該ミサイルテストに關する判断は純粹に政治的判断であるとの理由ではなく、むしろ以下の理由で、カナダ最高裁は、上訴人の主張に対し実体的判断を下すことを拒否した。すなわち、当該テストがかりに許可された場合、現状よりきわめて大きな核戦争の危険が生じ、その結果、上訴人らの憲法上保護

された権利が脅かされるであらうことを上訴人は証明していない、というものである²⁰。早晩、政治問題の法理がカナダに発展されなければならないであろう。しかしその一方では、愚かにもといわれるかもしれないが、勇敢にも、カナダ最高裁はこの周知のしかし容易に濫用される憲法上の安全弁を援用することによって困難な争点に対する判断を回避することはしてこなかったのである。

7 照会事件における判決の先例的価値

照会事件における判決を先例として取り扱うことに関してはいくつかの困難がある²¹。かりに、仮説的問題の基礎となっている明確な争点だけを含む全くの仮説的質問として照会制度が特徴づけられるのであれば、照会事件における判決の先例的価値は非常に限定されたものとなる。

しかし、すでにのべたように、照会権限の発展により照会制度は司法化された。そのため、抽象性は軽減し、事実問題がより具体化し、結論のみの法的意見としての性格が減少し、理由に基づく判断となり、質問に対する回答というよりむしろ全ての利害関係者が参加した完全な法的審理としての特徴を、照会事件が有するようになった。これらの状況のもと、通常の争訟事件以上に、先例作成の目的で照会制度を用いる傾向が増加している。本稿では、争訟事件は拘束力ある先例であり、照会事件は先例的価値を持たない、というような白黒を明確にするような解答を求めることはしない。しかし、ある一つの照会事件における判決に与えられる重要性はその個々具体的な特徴に基づくのであり、固定化したア・プリオリな分類に基づくのではない、ということ認識する必要がある。

カナダの憲法訴訟における照会制度の役割は早晚減少であろうことが示唆されてきた。当事者適格に関する準則の緩和⁷⁾、カナダ最高裁へのアクセスがより容易になったこと、法的扶助による訴訟費用の軽減、そして、現代のカナダ社会において個人と団体の訴訟好きの傾向が強まっていることが全体として、照会制度の本来の存在理由をある程度減少させてきた。その一方で、インフレーション対策法に関する照会事件において劇的に証明されたように、迅速な問題解決の価値は以前からいわれている照会制度の重要な正当化のための理由の少なくとも一つを示している。

この点に関し、ストレイヤーは、以下のような結論を出している。

「司法審査においては、たとえ慎重に抑制された照会制度であっても二次的役割しか果たしてはならない。完全な事実および現実的争点に基づく判決は、不完全な事実または仮説的問題に基づく判断よりも優先されるべきであり、その拘束力は勧告的意見より確実であろう。したがって、他の事情が等しくかつ具体的事実に基づく司法審査が可能な場合、それが優先されるべきである。照会制度は我々の司法審査制度に対する有用な補助的手段と看做されるべきである。しかし、それは、慎重に用いられるべきで、将来おそらくしだいに用いられなくなるものとして考えられるべきである。」²²⁾

人権憲章に関する訴訟 (Charter litigation)⁸⁾ において照会制度が演じる役割に関してはいまだ明らかではない。一九八二年、カナダは初めて硬性憲法化された (constitutionally entrenched) 権利章典、すなわち、「権利と自由に関するカナダ憲章」を採択した。それゆえ、歴史的にそれが発生した連邦・州間の権限配分問題に関する訴訟とは別の分野に

において照会権限がいかなる役割を果たすかにつきここで検討する必要がある。

カナダにおいて我々は、硬性憲法化された権利章典に關し約五年の経験しかもっていない。しかし、一つのこと既
に明確であると思われる。すなわち、人權憲章に關する照会事件は連邦・州間の権限配分問題に關する照会事件ほど量
的には重要ではないであろう。周知のように、一九八二年と一九八五年の間には二千を越える憲章訴訟の激増があつた。⁽²³⁾
照会事件はそれらのうちほんの一握りにすぎない。しかし、照会事件は質的には最も重要なものであり続けている。例
えば、現在までにカナダ最高裁により判断された最も重要な憲章事件のうちの二つは、州最高裁判所に対する照会事件
であつた。

B.C. Motor Vehicle Act Reference⁽²⁴⁾ においては、免許停止中の自動車運転行為を結果責任犯罪 (absolute liability
offence) として運転者を自動的に投獄する州の制定法の有効性が争点となつた。人權憲章第七条の「基本的正義」(fundamental justice)⁽²⁵⁾ の保障については、起草者が手続的権利を創設することのみを意図していたことは明白であつた。そ
れにもかかわらず、カナダ最高裁は、問題となつてゐる州法を違憲無効と判断する際、人權憲章第七条の規定は実体的
権利をも創設したと判示した。このアプローチは一九三〇年代合衆国においてニュー・デール立法の合憲性を争う
際に用いられたものと同様の「実体的デュー・プロセス」権を導出するのではないか、との懸念がこの判決の後に生じ
た。⁽²⁶⁾ これは、社会福祉問題に対し伝統的に行なわれてきた集産主義的 (collective) 政治的アプローチ、ならびに、健康
および失業保険を国民すべてに及ぼすという基本的態度を考えた場合、カナダにおいては特に微妙な問題である。人權
憲章で保障された権利が実体的要素をもつと判断された場合、特に、この一般的、集産主義的アプローチは、人權憲章
に含意されている個人主義的価値と矛盾する可能性がある。⁽²⁶⁾

照会事件として判断された憲章訴訟で重要なものの他の一つはごく最近判断されたもので、宗派学校への公金支出と

いう非常に微妙な問題を含んでいる。合衆国と異なり、カナダにおいては政府が宗派学校に援助する長い歴史があり、この援助は人権憲章制定以前から憲法上の規定により保護されていた。人権憲章自体が既存の権利を保障しているため、ローマ・カトリックの宗派学校への公金支出問題は宗教的自由に関する人権憲章の規定によっては判断されるべきではない、とカナダ最高裁は判示した。

Reference re an Act to Amend the Education Act⁽²⁷⁾ が照会制度に独自の特徴を十二分に示したことは、非常に驚くべきことである。第一に、考えられる全ての利害関係者が訴訟参加できるよう特別に広範な規定が制定された。重要な一般的質問を付す最近の多くの照会事件においてはその回答が多くの利益に影響を与えるため、対立する利害関係者が当該照会事件に関し弁論を行なうよう新聞で告知する必要があるとオンタリオ州最高裁判所は考えた。

四〇以上の異なる当事者がそれに応じ、訴訟参加人として裁判所に出頭する地位を与えられた。カナダ最高裁において、二三の当事者は弁護士および三人の法曹でない個人により代表されて彼らの利益を主張した。代表された二三の当事者の内訳は、いくつかの種類の教育委員会が九つ、教員組合が三つ、三州の州政府、そして、公教育連合(the Coalition for Public Education)、オルターナティブ・スクールおよびインディペンデント・スクールの会、カナダ市民的自由の会、そして、カナダユダヤ人会議を含む八つの利益集団であった。筆者の同僚であるロバート・シャープ(Robert Sharpe)(彼自身、我が法学部の憲法訴訟プログラムによりこの訴訟に参加した)は、非常に控えめに以下のように述べている。「このような多数の当事者、および、このような様々な利益が関わっている事件において、伝統的な対審構造を用いることは明らかに困難なことである。しかし、照会された質問へ回答することを辞退する裁量権を行使せず、裁判所は、全ての利害関係者は自己の利益を主張する権利をもつ、という原則を尊重することを決定したように思われる」。⁽²⁸⁾ 当該事件で注目すべき第二の点として、当事者が証拠として提出する権利を与えられた「事実」に関し、オンタリオ

州最高裁判所およびカナダ最高裁判所は驚くべきほどリベラルであったことがあげられる。インフレーション対策法に關する照会事件においては、提出されうる証拠の範囲がやや試行的に広げられたが、宗派学校への公金支出に關する照会事件においては、証拠を制限するための防御壁は崩れ去り、おびただしい量のなまの歴史的資料が反対尋問の必要性および事実審で行われる他のテストを経ることなくオンタリオ州最高裁判所に提出された。カナダ最高裁が歴史的事項についての相対立する宣誓供述書の提出を積極的に認めたため、問題は更に複雑化した。⁽²⁹⁾

いずれにせよ、訴訟参加する当事者の数ならびに裁判所に提出しうる「証拠」の量および種類に關し、速やかに制限が加えられなければならないであろう。したがって、利害關係者の訴訟参加のための充分な規定がなく、また、判決を下す際に充分な事実の関連性を明らかにすることを認めていなかったことを理由に長い間批判されてきた照会権限は、今日、皮肉にも過度に多くの当事者の参加および過度に多くの事実の関連性の展開を認めたために収拾不能であると批判される可能性がある。

他方、迅速性という照会権限が有する一つのすぐれた利点は残っている。政府提案の法律がまだ法律案であった間の一九八五年七月に、それに対する批判に対応するため、オンタリオ州政府は当該法律案に關し州最高裁判所に照会した。同裁判所は一九八六年二月に判決を下し、当該事件は一九八七年六月にカナダ最高裁により最終的に判断された。これは、インフレーション対策法に關する照会事件（すでにのべたように、これは、カナダ最高裁に直接照会されたものである）ほど迅速ではない。しかし、裁判所構造の全段階を通過した場合ほど長い時間がかかるかを考慮すると、これは相当に迅速である。しかし、また一方では、すでにのべたように、事実審理を経ていれば事実の関連性の展開がより満足のいくものであったかもしれない。

最後に、人権憲章に關し照会する政府の動機につき検討する必要がある。すでにのべたように、カナダにおいて憲法

に關する照会制度が発達してきたのは、主に連邦制度上の要請とともに、各レベルの政府が、他のレベルの政府の権限を攻撃し、また、自己の主張する権限の正当性を立証するための弾力的な手段が必要とされたからである。このような特殊な状況のもとでは当然のこととして、広く照会権限が行使されるようになった。しかし、人権憲章に關する質問を裁判所に照会する場合、政府にはこのような動機はありえないであろう。とはいえ、次の点は注意すべきである。すなわち、連邦・州間の権限配分問題に關するものであっても、ほとんどの照会事件は、一つのレベルの政府が他のレベルの政府が行なう行為の正当性を攻撃するためになされたものではなく、むしろ、批判をあげている一つのレベルの政府が自己の権限の正当性を裁判所の判断により証明しようとする場合に発生してきた、ということである。さらに、問題をかかなり迅速に処理できること、また、裁判所に付託する質問を選択することにより、政府に重要な議題設定の利点 (agenda-setting advantage) を与えうるという照会制度の能力も、政府が照会制度を用いる重要な動機となっている。

その結果、特に、人権憲章が制定されて比較的早い時期においては、連邦および州の政府が主要な争点に關する質問を裁判所に対しかなり積極的に照会する可能性はある。確かに、議論の多い人権憲章上の争点を照会することに対し「特別な選好」(special fondness)を示しているオンタリオ州においては、このことがあてはまるように思われる。⁽³⁰⁾しかし、裁判所に対し照会するか否かの決定が政府の排他的裁量権の範囲内にあることは、常に念頭におかれなければならない。ケベック州における英語の言語権保護に關してそうであったように、軽率な照会により州の微妙な問題が害されやすい領域においては、連邦および州の政府がそのような領域の問題に關与することを差し控え、問題を通常の訴訟に委ねることは無理のないことである。⁽³¹⁾⁽³²⁾

* トロント大学法学部教授

主要著書と簡単な紹介を加えておく。

ジャンニッシュ教授は、トロント大学法学部で行政法と電気通信制度を研究、教育しており、電気通信制度の第一人者である。行政法についての著作のほか、電気通信制度について多数の論文を発表している。ごく最近の論文としては以下のものがあげられる。

Hudson N. Janisch and S. Romaniuk, "The Quest for Regulatory Forbearance in Telecommunications"(1985), 17 *Ohawa L. Rev.* 455. (共著者は、ヘルカナダの「ホロン」ズト)。

H. Janisch, "Winner and Losers: The Challenges Facing Telecommunications Regulation" in *Competition and Technological Change: The Impact on Telecommunications Policy and Regulation in Canada* (1985), 43.

また、日本の電気通信にも強い興味を持ち次の論文がある。

Janisch and Kurisaki, "Reform of Telecommunications Regulation in Japan and Canada"(1985), 9 *Telecommunications Policy* 31. (共著者は、N.I.T.在職)。(訳者筆)

本稿の原型は、一九八七年六月一〇日、北海道大学法学部の教官および院生に対するシンポジウムにおいて最初に発表されたものである。筆者は、北大へ招待していただいたことに対し心から感謝し、特に、古城、紙谷両教授から受けた御親切と御助力に対し感謝の意を表したい。

〔註〕

(一) 照会権限に関する最も有用な総合的研究として、Strayer, *The Canadian Constitution and The Courts*, Toronto: Butterworths, 2nd ed. 1983, C.9 "Constitutional References", 271-95 があげられる。

- (2) U. S. Constitution, Article III s. 2.
- (3) *Re Judiciary Act* (1912), 29 C.L.R. 257. この点に関するカナダ、合衆国およびオーストラリアにおける相違の分析は Laskin, "Comparative Constitutional Law-Common Problems" (1977), 51 *A.L.J.R.* 450 at 452. 参照。
- (4) [1976] 2 S.C.R. 373, 68 D.L.R. (3d) 452.
- (5) *Id.*, S.C.R. at 380, D.L.R. at 461.
- (6) Strayer, *above*, note 1 at 271.
- (7) S.C. 1875, c.11. s.52.
- (8) Strayer, *above*, note 1 at 272-78 による議論を参照。
- (9) R.S.C. 1970, c. S-19.
- (10) [1912] A.C. 571, 3 D.L.R. 509. Strayer, *above*, note 1 at 125-31 参照。
- (11) *Above*, note 4.
- (12) これは、ストレイヤーによって、特によく展開されている非常に重要な点である。 Strayer, *above*, note 1 at 282-83.
- (13) より完全な分析として、Strayer, *above*, note 1, at 283-90 参照。
- (14) *Ibid.*, at 290.
- (15) *Re Resolution to Amend the Constitution* [1981] 1 S.C.R. 753, 125 D.L.R. (3d) 1.
- (16) Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto: Carswell, 2nd ed. 1985, at 180.
- (17) *Re Resolution to Amend the Constitution*, *above*, note 15.
- (18) *Re Objection of Quebec to Resolution to Amend the Constitution* [1982] 2 S.C.R. 793, 140 D.L.R. (3d) 385.
- (19) [1985] 1 S.C.R. 441, 18 D.L.R. (4th) 481.
- (20) 簡潔な註釈として、Janisch, "Annotation", 12 *Admin. L.R.* 18. 参照。
- (21) この争点に関する詳細な研究として、Rubin, "The Nature, Use and Effect of Reference Cases in Canadian Constitutional Law" (1959) 6 *McGill L.J.* 168 at 175-79. 参照。
 さらに、Strayer, *above*, note 1 at 292-94. 参照。

- (22) *Above*, note 1 at 295.
- (23) 憲法訴訟に関する最も顕著な特徴は、人権憲章違反の主張が高い割合で受け入れられているという点である。Mona-
han, "A Critics' Guide to the Charter" in R. Sharpe (ed.) *Charter Litigation*, Toronto; Butterworths, 1987, 383-408.
参照。
- (24) [1985] S.C.R. 486, 24 D.L.R. (4th) 536.
- (25) Cameron, "The Motor Vehicle Reference and the Relevance of American Doctrine in Charter Adjudication"
in *Charter Litigation*, *above*, note 23, 69-96. 参照。
- (26) 例えば、Hutchinson, "Charter Litigation and Social Change: Legal Battles and Social Wars" in *Charter Liti-
gation*, *above*, note 23, 357-81. 参照。
- (27) Supreme Court of Canada, June 25, 1987.
- (28) Sharpe, "Mootness, Abstract Questions and Alternative Grounds: Deciding Whether to Decide" in *Charter Liti-
gation*, *above*, note 23 at 348. 裁判所は照会事件における利害関係者の参加を広く認める見解をとってきたが、しかし
カナダ最高裁は、特に、「裁判所の友」(amicus curiae)の当事者適格に関しては決してリベラルな対処をしていない。Swan,
"Intervention and Amicus Curiae Status in Charter Litigation" in *Charter Litigation*, *above*, note 23, 27-44. 参照。
- (29) 憲法訴訟における事実の役割とその評価に関する問題は、全体として、主要かつ未解決の問題として現われてきている。
例えば、Hogg, "Legislative History in Constitutional Cases" in *Charter Litigation*, *above*, note 23, 131-58. Morgan,
"Proof of Facts in Charter Litigation", *ibid.*, 159-86. 参照。
- (30) Sharpe, *above*, note 28 at 36.
- (31) Strayer, *above*, note 1 at 281.

付録 I

カナダ最高裁判所法 (Supreme Court of Canada Act, R.S.C. 1970, S-19.)

特別管轄権

枢密院における総督^①による照会事件

第五五条

一項 左の各号に掲げた事項に関する法または事実の重要な問題は、枢密院における総督により、審理のため最高裁判所に
対し照会することができる。枢密院における総督により照会された左の事項に関する問題は、重要な問題であると終局的
にみなすものとする。

(a) 憲法の解釈

(b) 連邦法または州法の合憲性もしくは解釈

(c) 一八六七年憲法ならびに他の法律および法により枢密院における総督に与えられた教育に関する事項についての上訴
管轄権

(d) すでに行使されあるいは行使されようとしている連邦議会もしくは州議会の権限、または、その政府の権限

(e) その他、右に掲げた事項に含まれるか否かの最高裁判所の判断に係わりなく、枢密院における総督が照会することを
適当であると判断した他の事項

二項 第一項に基づき最高裁判所に対して照会がなされた場合、当該裁判所は、照会された事項を審理し、それぞれの質問
に対し回答を与えなければならない。最高裁判所は、それぞれの質問に対する理由を付した裁判所の意見を、その参考に
するため、枢密院における総督に対し文書で示さなければならない。かかる意見は最高裁判所への上訴事件の判決と同様
の方法で宣言されなければならない。多数意見と異なる意見を有する裁判官は、同様の方法でその意見を文書で示さな
ければならない。

三項 照会された質問事項がすでに制定されもしくは今後制定されるいずれかの州のいずれかの制定法もしくはその条項の
合憲性に関連する場合、または、なんらかの理由によりいずれかの州が当該質問事項に特別の利害関係を有する場合、か

かる州の法務総裁は、自ら適当と判断する場合その主張を裁判所に対して行なうため、当該照会事件における聴聞について通告を受けるものとする。

四項 最高裁判所は、利害関係を有する者ならびに利害関係を有する者の団体が存在する場合かかる団体の代表としての一人もしくは複数の者に対し、本条に基づく照会における聴聞に関して通告が行われること、また、かかる利害関係者が裁判所において自己の主張を提出する権利を有することを保障するため、命令する権限を有する。

五項 最高裁判所は、その裁量において、利害関係を有しかつ弁護士により代表されていない者の利益を主張することをいづれかの弁護士に対し要請することができる。そのために必要とされる合理的費用は、連邦議会により訴訟費用として配分された財源の中から、大蔵大臣により支払われることができる。

付録 II

オンタリオ州裁判所法 (Courts of Justice Act, S.O. 1984, c.11.)

第一九条

一項 枢密院における副総督¹⁰は審理のためいかなる質問をも最高裁判所に照会することができる。

二項 最高裁判所は理由を付した意見を枢密院における副総督に対し文書で示さなければならぬ。裁判所の意見と異なる意見を有する裁判官は、各自の意見と理由を通常の判決における場合と同様に文書で示すことができる。

三項 照会された問題に関する聴聞において、オンタリオ州法務総裁は裁判所に対し意見陳述を行う権利を有する。

四項 照会された問題が連邦またはオンタリオ州の法律もしくはそのもとで規定された規則および条例の合憲性もしくは憲法に照らし適用できるか否かという点に関する場合には、連邦の法務総裁は当該照会事件についての通告を受けなければならず、当該法務総裁は裁判所に対し意見陳述を行う権利を有する。

五項 最高裁判所は、利害関係者ならびに利害関係団体の代表としての一人もしくは複数の者に対して照会事件の聴聞に関する通告が行われること、また、かかる利害関係者が裁判所に対し意見陳述を行う権利を有することを保障するため、命令することができる。

六項 影響を受ける利益が弁護士により代表されていない場合、最高裁判所は当該利益を代表して意見を述べることができない。その場合の合理的費用はオンタリオ州の大蔵大臣が支払わなければならない。

七項 最高裁判所の意見は当該裁判所の判決とみなされ、通常の争訟事件における判決と同様、上訴が可能である。

〔訳註〕

① 「Reference」は、野上修市「カナダ法の照会事件 (Reference Case) についで」『法律論叢』四〇巻(一九六七年)三五頁、および、森島昭夫・ケネス・M・リニック編『カナダ法概説』(有斐閣・一九八四年)三九頁においては、「照会」と訳出されている。また長内了「カナダ連邦憲法の基本構造」『比較法雑誌』七巻・二号(一九七二年)二二九頁では、「リファレンス」および「諮問」と訳出されている。さらに、紙谷雅子「憲法と最高裁判所—カナダの場合」藤倉皓一郎編『英米法論集』(東京大学出版会・一九八七年)八六頁においては、「諮問」と訳出されている。Referenceの訳語は、必ずしも統一されていないため、本稿では一応この語を用いた。

② カナダ最高裁判所法第五五条一項の文言上、カナダ最高裁判所に照会することができるのは「枢密院における総督」(Governor in Council)である。一八六七年憲法第一三条は、「この制定法で枢密院における総督とは、カナダのための女王の枢密院の助言により行為する総督をいうものとして解釈されなければならない」と規定している。實際上、「枢密院における総督」は、連邦の内閣の助言により行為する総督を意味している。したがって、照会権限を有するのは、形式的には、枢密院における総督であるが、実質的には、内閣、つまり、連邦政府ということになる。州における照会権限を有するのは、文言上、「枢密院における副総督」(Lieutenant Governor in Council)である。しかしこれも州の内閣の助言により行為する副総督を意味しているため、州の照会権限を実質的に有しているのは州政府ということになる。See P.Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at 195-196.

③ カナダ最高裁判所は一八七五年に設置された。しかし、ロンドンにある枢密院司法委員会 (Judicial Committee of the Privy Council) が同裁判所からの上訴管轄権を有していた。そのため、枢密院司法委員会がカナダにとっての最上級裁判所であった。カナダから枢密院司法委員会への上訴が廃止されたのは、刑事事件に関しては一九三三年、その他の事件に関しては一九四九年である。したがって、カナダ最高裁判所がカナダにおける最上級裁判所になったのは一九四九年以降である。

④ 州の裁判所は、州法が適用される事件のみならず連邦法が適用される事件に対しても一般的管轄権を有している。州最高裁判所は、州における最上級裁判所として、州法および連邦法に関する事件の上訴管轄権を有している。しかし、連邦法に関する事件のみならず州法に関する事件に対する州最高裁判所の判決も最終的ではなく、「カナダのための一般的上訴裁判所」としてのカナダ最高裁判所への上訴が可能である。また、カナダ最高裁判所は、連邦法が適用される事件のみならず州法が適用される事件に対しても一般的上訴管轄権を有している。したがって、カナダにおける裁判所制度はアメリカ合衆国におけるそれとは異なり、連邦裁判所と州裁判所の完全な分離はなされていない。カナダにおける裁判所制度は、カナダ最高裁判所を頂点に一〇州の裁判所がかなりの程度統一化されているため、連邦国家における裁判所制度というよりは、単一国家のそれに近い性格を有している。それゆえ、州最高裁判所は、確かに州の最高裁判所としての性格を有しているが、それ以上に、カナダ全体の裁判所制度内における中間上訴裁判所としての性格をも有していると理解することができる。

カナダにおける裁判所制度の説明として、P.Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at 133-185. および塚本重頼「カナダの裁判制度」『英米法学』二一〇号（一九八〇年）、同「カナダおよびアメリカ合衆国の裁判所めぐり」『ジュリス』三三八号（一九六六年）、同「カナダの裁判所」『ジュリス』五七三号（一九七四年）、佐々木雅寿「カナダにおける違憲審査制度の特徴（上）」『北大法学論集』三九巻二号（一九八八年）一三九頁以下参照。

⑤ カナダ最高裁判所法第三七条。

⑥ 枢密院司法委員会およびカナダ最高裁判所の憲法解釈方法論の特徴に関し、佐々木雅寿「カナダにおける違憲審査制度の特徴（中）」『北大法学論集』三九巻三号（一九八八年）一六三頁以下参照。

⑦ この点に関し、B. Strayer, *The Canadian Constitution and The Courts* (2nd ed. 1983), at 133-180. T. Cromwell, *Locus Standi* (1986), at 68-102. および佐々木雅寿「カナダにおける違憲審査制度の特徴（下）」『北大法学論集』三九巻四号掲載予定（第二部第三章第五節）参照。

⑧ 人権憲章に関する訴訟は、「権利と自由に関するカナダ憲章」違反を理由として、政府の行為の違憲性を争う憲法訴訟である。一八六七年憲法は権利章典を有していなかったため、カナダにおいては一九八二年以前、憲法上の人権侵害を理由として政府の行為の合憲性を争うことができなかった。したがって、一九八二年以前、カナダにおける憲法訴訟は、主に、連邦・州間の立法権限配分に関する争いのみを意味していた。一九八二年に人権憲章が制定されたため、憲章訴訟として憲法上の

人権侵害を争うことが可能となった。

- ⑨ カナダにおける人権保障の歴史につき、佐々木・前掲論文(訳註④)九五頁以下、および、そこで引用されている論文参照。人権憲章第七条の“the principle of fundamental justice”は、一般には「基本的な司法原則」と訳出されている。本文では、“fundamental justice”の語のみが用いられているため、本稿では一応「基本的正義」と訳出する。一九八二年憲法の邦訳には、斉藤憲司「一九八二年カナダ憲法」、『レファレンス』三八一号(一九八二年)一〇〇頁以下、吉川智「カナダの一九八二年憲法」、『産大法学』一六巻三号(一九八二年)四七頁以下、伊藤勝美「一九八二年憲法(カナダ法別表B)―仮訳―」、『近大法学』三〇巻一・二号(一九八三年)二九五頁以下、法と秩序研究会「カナダ一九八二年憲法(カナダ法別表B) (上) (下)」、『法と秩序』一三巻四号(一九八三年)四四頁以下、同六号(一九八三年)四五頁以下、ジョン・セイウエル著 吉田善明監修・吉田健正訳『カナダの政治と憲法』(三省堂・一九八七年)二二二頁以下等がある。

- ⑩ カナダにおける照会制度に関する最近の日本での研究として佐々木・前掲論文(訳註⑥)一三五頁以下参照。

- ⑪ 訳註②参照。

- ⑫ 本条第一項および第二項の訳語は、主に、野上・前掲論文(訳註①)三七頁以下および長内・前掲論文(訳註①)二三〇頁以下を参考にした。

- ⑬ 訳註②参照。

- ⑭ 訳註④参照。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. X X X I X No.3

SUMMARY OF CONTENTS

The Reference Power in Canadian Constitutional Law

H. N. JANISCH*

1. What is Meant by a Reference Power?
2. Historical Importance of the Reference Power.
3. Evolution of the Reference Power.
4. Federal and Provincial Reference Powers.
5. Constitutional Validity of the Reference Power.
6. Advantages and Disadvantages.
7. Precedential Value of Reference Decisions.
8. Conclusion.

*

*

*

Essentially, a reference power is a means by which a government may ask a court for an advisory opinion. The whole notion of an advisory opinion has normally been rejected in most constitutional systems on the ground that it would amount to asking the courts to decide hypothetical questions and not concrete cases. In Canada, however, the advisory opinion has been accepted. Thus the reference power, and its use, remain relatively unique and worthy of study.

Between 1867 and 1981, of 282 constitutional cases reaching the highest court, 77 originated as references and the importance of the reference cases was even greater than their number would indicate. So reference cases have

*Professor, Faculty of Law, University of Toronto.

been very important both on quantitative grounds and on qualitative grounds.

Though the reference power was not provided for in the Constitution Act, 1867 itself, it is now very well established in the Canadian constitutional system and has become, in practice, part of the constitution itself. Be that as it may, when first established the form of reference proceedings turned out to be unsatisfactory. First, there was inadequate provision made for the representation before the Court of interested parties : second, procedures to deal with facts were inadequate, and third, there was no requirement for fully reasoned opinions. Therefore, amendments of Supreme Court of Canada Act were introduced to deal with these shortcomings and the reference power has been fully "judicialized". Today, reference cases are argued in a very similar manner to contested cases and reference judgments have the same quality of fully reasoned decision-making as judgments rendered in contested cases.

There are both federal and provincial reference powers. After a provincial government refers a matter to a provincial court of appeal for its opinion, there is an automatic right of appeal from provincial reference to the Supreme Court of Canada. Thus both federal and provincial governments are assured of an answer from the highest court.

The constitutional validity of the reference power was upheld by the Privy Council in 1912. However, the Privy Council acknowledged that advisory opinions are not part of the judicial function.

There appear to be five main advantages associated with the reference power in constitutional matters. 1) It provides means of overcoming standing problems, 2) it ensures that important issues are actually dealt with by the Supreme Court of Canada, 3) it makes speedy resolution possible, 4) the burden of expence is removed from the individual litigator, 5) it provides a flexible means by which each level of government may challenge the constitutional authority of the other level of government or vindicate its own assertion of authority. On the other hand, two disadvantages are most commonly cited. 1) advisory opinions tend to create abstract jurisprudence which lack adequate factual context, 2) advisory opinions require courts to deal with non-justiciable political issues and this place their legitimacy in jeopardy.

There is some difficulty with the way in which reference decisions are dealt with as matters of precedent. However, as the reference power has been fully judicialized, there has been a growing tendency to treat reference

questions for precedent purposes more like regular cases.

It has been suggested that the role of the reference in Canadian constitutional litigation is likely to diminish in time. References with respect to the Charter matters will not be as quantitatively important as they have been in the federal-provincial field. However, it may be that in qualitative terms reference cases continue to be of the greatest importance.