

## 《論説》

## 勸告的意見と権力分立

## Advisory Opinions and Separation of Powers

成瀬 トーマス 誠

## I. はじめに

1793 年、連邦最高裁長官であった John Jay は勸告的意見の要請を拒否する旨の書簡を Washington に送付した<sup>1)</sup>。この一件以来、実務上も学説上も勸告的意見が連邦憲法上禁止されているという点についてコンセンサスが形成されている。

連邦レベルでの禁止の反面、各州においては事情が異なっている。連邦レベルでの禁止は連邦憲法に基づくものであり、各州に及ぶものではない。各州は独自にその組織や権限のあり方を定めることが可能であることから、11 州においては、今日でも何らかの形での勸告的意見が認められている<sup>2)</sup>。もっとも、各州において勸告的意見の制度を巡り常に議論が交わされており、平穏な中に確立されているとはいいがたい状況にある。

我が国において長らく勸告的意見は注目されてこなかったが、近年では好意的な見解もみられる<sup>3)</sup>。その一方で、勸告的意見が権力分立に反するとの批

---

1) アメリカにおける勸告的意見をめぐる動向についての近年の研究として、Lucas Moench, *State Court Advisory Opinions: Implications for Legislative Power and Prerogatives*, 97 B. U. L. Rev. 2243 (2017)、が挙げられる。なお、我が国における論稿としては成瀬トーマス誠「アメリカ諸州における勸告的意見の制度について」法政治研究創刊号 79-110 頁（2014 年）を参照されたい。

2) Moench, *supra* note 1, at 2246.

3) 代表的なものとして、佐々木雅寿「勸告的意見の可能性」高見勝利他編『日本国憲法解釈の再検討』（有斐閣、2004 年）。

判も有力である<sup>4)</sup>。別稿で指摘したように、勧告的意見は違憲審査とは異なるものであり、違憲審査の代替となるものではない<sup>5)</sup>。しかし付随的審査制では取り上げることの困難な問題をも扱いうることや、意見を求めることが諮問者の任意であることから権力部門間の摩擦が小さいこと、といった利点も指摘しうる<sup>6)</sup>。

先述のようにアメリカにおいて勧告的意見への風あたりは強いが、賛否をめぐっては、勧告的意見に賛成する側は「实际的」な根拠に、反対する側は「理念的」な根拠に立つと指摘される<sup>7)</sup>。そこにおいて反対論者の代表的な論拠が権力分立に反するというものであることから、賛成論者も反論を展開している。勧告的意見について論じる際に、権力分立論を避けて通ることが不可能な所以である。我が国において勧告的意見をめぐる議論の歴史はまだ浅いが、蓄積のあるアメリカの議論を把握することは、今後の議論に有力な視座を提供するものであると考える。また、この点についての先行研究は必ずしも十分ではないことから、ここで議論の整理・紹介を行うことは有益であろう。

以下、本稿ではアメリカにおける勧告的意見をめぐる議論の中で、権力分立がどのように捉えられているのかについてその議論を紹介していきたい<sup>8)</sup>。

4) 一例として、君塚正臣「司法権定義に伴う裁判所の中間領域論－客観訴訟・非訟事件再考（２）」横浜法学 23 巻 1 号 37 頁脚注 327（2014 年）。

5) 成瀬・前掲注（１）99 頁。

6) 同上、99-100 頁。

7) 一例として、Jonathan D. Persky, Note: “Ghosts that Slay” : A Contemporary Look at State Advisory Opinions, 37 Conn. L. Rev. 1155, at 1172 (2005)、George N. Stevens, Advisory opinions-Present Status and an Evaluation, 34 Wash. L. Rev. 1, at 13 (1959)、Terrance A. Smiljanich, Advisory opinions in Florida: An Experiment in Intergovernmental Cooperation, 24 Fla. L. Rev. 328, at 338 (1972)。

8) 本稿で扱う諸文献に加え、勧告的意見について扱うものとして以下の各論稿も参照されたい。Manley O. Hudson, Advisory Opinions of National and International Courts, 37 Harv. L. Rev. 970(1924)、Richard W. Wrestling, Advisory Opinions and the “Constitutionally Required” Adequate Independent State Ground Doctrine, 63 Tul. L. Rev. 379 (1988)、Notes: Extra-Judicial Opinions, 10 Harv. L. Rev. 50 (1897)、Recent Cases: Constitutional Law- Powers of Judiciary- Obligation of Courts to Give Advisory Opinions, 26 Harv. L. Rev. 655 (1913)、James B. Thayer, Legal Essays, 42-59 (reprint)、Charles M. Carberry, The State Advisory Opinion

もっとも、この論点自体が多岐にわたるものである。先述のように1793年に連邦最高裁が勸告的意見を拒否したが、それが権力分立に基づく拒否であったか否かについては今日でも議論がなされており、また1792年のHayburn's Case<sup>9)</sup>の解釈を巡っても議論がみられる<sup>10)</sup>。裁判所が政治性を帯びることになるという指摘や勸告的意見が拘束力を持つか否かなど、密接に関連する論点もみられる。

様々な論点がみられる中、特に注目されるのが憲法ではなく立法によって勸告的意見を創設していた州の動向である。現在勸告的意見を採用している州の多くでは、憲法にそのための規定を置いている。憲法に規定を置いている州においては、勸告的意見自体が憲法上の権限となるため、権力分立との正面からの衝突は生じない<sup>11)</sup>。反面、立法によって勸告的意見を創設した場合、憲法原理たる権力分立との整合性が問題になる。それらの州の多くは勸告的意見を憲法違反としたが、中には合憲としている州も存在する。そこで

---

in Perspective, 44 Fordham L. Rev. 81 (1975), John F. Hagemann, The Advisory Opinion in South Dakota, 16 S. D. L. Rev. 291 (1971).

9) Hayburn's Case, 2 U.S. (2 Dall.) 409 (1792).

10) 初期の勸告的意見と権力分立については成瀬・前掲注(1) 81-85頁、及び成瀬トーマス誠「合衆国憲法制定過程及び制定直後における司法権概念」憲法研究第41号33頁(2009年)、並びに上記論文の脚注で挙げられている諸文献に加え、以下の諸文献を参照されたい。Stewart Jay, Most Humble Servants The Advisory Role of Early Judges (Yale University Press, 1997)、E.C.S. Wade, Consultation of the Judiciary by the Executive, 182 LQR 169 (1930)、Sirvert E. & R. B. Bernstein, John Jay, Judicial Independence, and advising Coordinate Branches, 2 Journal of Supreme Court History 23 (1996)、Maeva Marcus, Separation of Powers in the Early National Period, 30 Wm. & Mary L. Rev. 269 (1989)、Russel Osgood, Early Versions and Practice of Separation of Powers: A Comment, 30 Wm. & Mary L. Rev. 279 (1989)。

11) もっとも、このことから権力分立との緊張関係が直ちに解消されるものではない。例えばロードアイランド州では、憲法によって規定されているものの権力分立原理との緊張関係への認識から、判事らが自製のルールを作り出したとされている。詳細についてはMel A. Topf, A Doughtful and Perilous Experiment-Advisory Opinions, State Constitutions, and Judicial Supremacy, 69-97 (1st ed. 2011), See Generally, Thomas R. Bender, Rhode Island's Public Importance Exemption for Advisory Opinions: The Unconstitutional Exercise of a Non-Judicial Power, 10 Roger Williams U. L. Rev. 123 (2004)。また、その適切さについては、立法上の規定が存在する州でも議論になっている。

本稿では、まず立法によって勧告的意見を創設していた州における事例について、当該立法を憲法違反とした州・合憲とした州双方の判断をみていきたい。その上で、勧告的意見をめぐる学説の対立の中から権力分立をめぐる議論を取り上げ、賛成論・反対論の双方がそれぞれどのような権力分立論を展開しているのかについて観察していく<sup>12)</sup>。

## II. 州における判断

立法によって勧告的意見を創設していた州の多くで、権力分立を始めとする根拠から違憲判断が下されている。この点について Stevens 教授は、そのような経過をたどった5州における違憲判断の根拠として以下の7点を挙げている。すなわち、①司法権外の権限であること、②単に勧告的なもので、一方当事者手続きによって訴訟代理人(counsel)の補助なしになされるものであること、③後に係属することになる事件の事前判断(pre-judgement)になるという意味で司法的任務(judicial duties)と抵触すること、④立法府の他部門から分離・独立した権限と職務への侵害になること、⑤権力分立の下、立法府は裁判所ないし判事に司法権外の権限を与えることは認められないこと、⑥最高裁は上訴管轄権しか持たないこと、⑦このような権限の行使はできないこと(This we will not do)、というものである<sup>13)</sup>。上記の中でも①④⑤は特に直接的に権力分立原理とつながるものであり、権力分立が主要な論点となっていることがうかがわれよう。以下ではまず、州において勧告的意見が拒否された事例からみていきたい。

12) 過去には合衆国憲法を改正して勧告的意見を盛り込む主張もみられた。改憲案について扱っている主な文献として、Comments, The Advisory Opinion and the United States Supreme Court, 5 Fordham L. Rev. 94, 101-02 (1936)、及び Robert P. Dahlquist, Advisory Opinions, Extrajudicial Activity and Judicial Advocacy: A Historical Perspective, 14 Sw. L. Rev. 46 (1983) を参照されたい。なお、州の中には憲法改正によって廃止、ないし導入した例もみられる。そこにおける議論も注目すべきものであるが、本稿の射程を越えるため、今後の課題としたい。

13) Stevens, supra note 7, at 8.

## 1. 勧告的意見が拒否された事例

### （1）ミネソタ州及びオハイオ州の事例

後にケンタッキー州<sup>14)</sup>を始め様々な州の事例の中で参照されるのがミネソタ州及びオハイオ州の事例である。ミネソタ州法は、議会の両院はその決議によって州最高裁もしくはその判事に勧告的意見を求めることができる旨を規定すると同時に、裁判所や判事に対しては意見を書面で提出する旨を義務付けていた<sup>15)</sup>。上院からの勧告的意見の要求があった際に、権力分立に依りつつ勧告的意見を拒否をしたのが本件である。

同州憲法は州の権力を立法府・行政部・司法部という3つの区別された（distinct）部門に分割し、各部門の権限はそれぞれ限定（distinctly defined）されている<sup>16)</sup>。そして各部門は少なくとも、明確に規定されていない限り他の部門に属する権限を行使できない程度には独立している<sup>17)</sup>。このことは、各部門がそれぞれに本来的に属していない権限を引き受けることを防ぐのみならず、ある部門が他の部門に、その射程に入らない権限を与えることを否定するのである<sup>18)</sup>。そして他の権力部門による侵食（encroachment）から距離を置き、またはそれに対して抵抗することが義務とされるのである<sup>19)</sup>。

---

14) これら2件を引用して判断を下した事例としてケンタッキー州の事例が挙げられる。本件では、直接的には一定の令状（writs）を発するという例外を除いて上訴審管轄権しか持たないとする憲法上の規定に基づき、勧告的意見はそのような権限に該当しないとして勧告的意見を否定したが、権力分立についても見解を示している。そこでは、州憲法の権力分立規定によって権力はそれぞれ別個の立法府・行政部・司法部に分割された上で、それぞれの構成員（ないし構成員達）は他の部門に属する権限を行使することが禁止されているとする。そしてそのことによって本来的に属している権限以外を引き受けることが防がれるのみならず、その射程に入らない権限を他の部門に与えることが否定されるとする。このようにして、本来的に司法権に属さない任務や司法的方法で処理されない任務を裁判所に付与することが禁止するのである。See generally, *In re Constitutionality of House Bill No.222*, 90 S.W.2d 692 (Ky.1936) .

15) *In re Application of Senate*, 10 Minn. 78, 80 (1865) .

16) *Id.*, at 80-1.

17) *Id.*, at 81.

18) *Id.*

19) *Id.*

以上の権力分立観を踏まえ、同裁判所は Hayburn' s Case を引用しつつ、立法府または行政部は本来的に司法的ないし司法的方法 (judicial manner) でなされるものではない権限を司法部に付与することはできないと指摘する<sup>20)</sup>。その上で勧告的意見は本来的に司法的ないし司法的方法でなされる権限ではないとして、権力分立原則に照らして拒否したのである。

続いてオハイオ州の事例においては、立法府の機能への侵害という視点がみられる。オハイオ州の事例では、Quo Warranto 訴訟の中で司法権の性格や勧告的意見について言及がなされた。そこでは、司法による解決 (judicial settlement) のためには、司法手続きの中で、管轄権を持つ裁判所に適切に問題が提起されなくてはならないとされる<sup>21)</sup>。権力分立は基本原理であり、この仕組みが調和的に機能するためにはいずれの部門も他の部門の権限を侵食してはならない<sup>22)</sup>。もし司法部門が目前にある訴訟における司法手続きに関連しない、抽象的な問題に対して判断することができるのであれば、仮にそれが立法府にとって重要な価値を有するものであったとしても、それは立法府の機能 (function) に対する不当な介入であり、また越権行為であり、危険な傾向を有するものであるとされたのである<sup>23)</sup>。

## (2) ノース・ダコタ州及びコネティカット州の事例

宣言判決と対照しつつ、勧告的意見について論じているのがノース・ダコタ州における事例である。まず宣言判決について、司法判断に適した性格の、対抗的利益をもつ当事者間の現実の争訟でなくてはならず、単に勧告的ないし抽象的なものは対象外であるとする<sup>24)</sup>。そこでは4つの要件、すなわち①司法判断に適した争訟の存在、すなわち競合する利益を持つ相手方に対して利益を主張する争訟であること、②対抗する利益を持つ当事者間の争訟であ

---

20) Id.

21) State v. Baughman, 38 Ohio St. 455, 459 (1882) .

22) Id.

23) Id.

24) Langer v. State, 284 N.W. 238, 245 (1939) .

ること、③救済を求める側は争訟について法的な利益を有すること、すなわち法的に保護された利益であること、④成熟していること（“ripe”であること）、が挙げられている<sup>25)</sup>。

そして宣言判決と勧告的意見を区別し、勧告的意見は違憲であるとする<sup>26)</sup>。そこではニューヨーク州の事例を引用しつつ、当事者間の争訟を裁定するのが司法の機能であり、アメリカにおいて司法権外の権限である勧告的意見を憲法上の規定なく裁判所に付与することは不可能であるとする<sup>27)</sup>。また、立法による司法権外の権限の付与自体が認められないとしている<sup>28)</sup>。同時に本件では、同州憲法の制定過程において当初勧告的意見を設ける旨の提案がなされたものの、司法権外の権限であるとの反論を受けてその提案が否決され、司法権外の権限を裁判所および判事に課すことを禁止する旨の条項が設けられたという経緯も参照されていた<sup>29)</sup>。

ノース・ダコタ州の事例で示された憲法規定の必要性については、コネティカット州の事例においても言及されている。そこでは法案の有効性(validity)についての議会からの勧告的意見の要求が、5点の根拠から拒否されている<sup>30)</sup>。それらのうち権力分立に関する点を拾い上げると、そこではまず、勧告的意見は司法権外の権限であるとの指摘がみられた<sup>31)</sup>。それは判決を下すものではなく、純粋に「助言」に過ぎず、当事者もなく、判決を下す対象が文字通りに存在しない（nothing for us to adjudicate in any sense of the

---

25) Id.

26) Id., at 250.

27) Id.

28) Id.

29) Id., at 251-52.

30) In re Reply of the Judges, 33 Conn. 586, 586-88 (1867) . なお同州においては勧告的意見の先例が存在したが、それらの事例は極めて重要性が高く、また緊急性が認められたことから、先例を作ることを意図せずに、断ることもできた中であえて行った、として本件との区別を行なっている。Id., at 587-88. この判断からは、少なくともこの判断の時点において厳密に憲法原理であるとして否定されたのか否かについて、曇りが生じよう。

31) Id., at 586.

term)<sup>32)</sup>。そして拘束力を有するものでもない<sup>33)</sup>。このような行為は司法権のみならず、立法権とも衝突するものである<sup>34)</sup>。すなわち、前者については事前判断にあたることから司法権自体と抵触し、後者については立法への介入に当たるとするのである<sup>35)</sup>。勧告的意見を設けている州はみられるもののそれらの州は憲法に規定を置いており、立法によって権限を付与した州においては違憲とされているとの指摘もなされている<sup>36)</sup>。

### (3) バーモント州の事例

権力分立をよりゆるやかに捉えている点で注目されるのが、バーモント州の事例である。勧告的意見を創設する州法である House Bill No.88 が議会で可決され、州知事の署名を経て成立した。その成立直後に同知事が、当該州法は憲法上の権力分立及び他の部門に属する権限を行使することを禁止する憲法規定に反するのではないかとして勧告的意見を求めたのが本件である。

そこでは他州のあり方にも言及しつつ、憲法に授權規定がなく、また司法・立法・行政部の機能が区別され、他の部門に属する権限を行使することが禁止されている場合、司法権外の権限たる勧告的意見の要求はほぼ全ての州において拒否されていると指摘された<sup>37)</sup>。また、憲法上の権力分立原理のもと、勧告的意見を立法で創設することは認められていないとした<sup>38)</sup>。

バーモント州憲法では各部門は分離されかつ独立しており、ある部門が他の部門に属している権限を行使することは明文で禁止されている<sup>39)</sup>。もっとも、それは各機能の絶対的な分離を求めるものではなく、ある部門が他

---

32) Id.

33) Id.

34) Id., at 587.

35) Id.

36) Id.

37) In re Opinion of the Justices, 115 Vt. 524, 527 (1949) .

38) Id., at 528.

39) Id., at 529.



の部門に何らかの形で属する権限を行使すること自体は可能である<sup>40)</sup>。しかし、その権限の行使はあくまでも行使主体たる部門自身にプロパーな機能の遂行に付随的なものでなくてはならず、それを越えた権限の行使は憲法上認められないとされる<sup>41)</sup>。そして勧告的意見は真性の訴訟手続き（bona fide litigation）に関しない司法権外のものであり、また司法部門の本来的な権限の行使に付随して行使されるものでもないとして、違憲判断が下されたのである<sup>42)</sup>。

#### （４）カンサス州の事例

ここまでみてきた州の多くには明文の権力分立規定が存在したが、権力分立についての明文規定の存在しない州の一つとして挙げられるのがカンサス州である。また本件は機能的な権力分立論に言及した近年の事例であるという点も注目される。本件はいわゆる“Judicial Trigger Provision”の合憲性が争われた事例の中で、権力分立及び勧告的意見について詳細な検討が加えられたものである。

判決は、権力分立を共和政体（republican form of government）にとって固有かつ不可欠なものであると指摘する<sup>43)</sup>。すなわちその要石であり、自由のために不可欠なものである<sup>44)</sup>。そしてその基本は、立法・行政・司法の各部門がそれぞれに適した権限と機能を分配されることにある<sup>45)</sup>。もっとも、純粋な形での権力分立が存在したことはない<sup>46)</sup>。それぞれがオーバーラップすることや混合、他の部門による補助的な行為もみられる<sup>47)</sup>。そこでどのような線引きを行うかについて、４つの基準が提示された。すなわち、①合憲

40) Id.

41) Id.

42) Id.

43) State ex rel. Morrison v. Sebelius, 285 Kan. 875, 882 (2008) .

44) Id., at 882-83.

45) Id., at 883.

46) Id.

47) Id.

性の推定、②権力分立への違反を検討する際には特定の事実関係と状況を検証すること、③権限の踰越（usurpation）は顕著な介入が存在した時に成立すること、④その存在については a. 行使されている権限の本質的な性格、b. 部門間の支配（control）の程度、c. 目的、d. 現実の経験から見られる混合についての現実的な結果、から把握されるというものである<sup>48)</sup>。これらの4要件に照らし、権力分立への違反か否かが判断されるのである。

同判決は、各州は独自にその司法部門のあり方について決定することができる<sup>49)</sup>。その上で連邦との違いを3点挙げるが、ここで注目されるのが条文上の違いへの言及である<sup>50)</sup>。すなわち、連邦憲法は3条2節においてその対象を“Cases”と“Controversies”に明文で限定するが、カンサス州憲法にそのような規定は存在しない<sup>51)</sup>。しかし、カンサス州裁判所は司法権の及ぶ対象を対抗当事者間の争訟としてきた<sup>52)</sup>。そしてその要件として①スタンディング、②ムートネス、③ライブネス、④政治問題の法理、という連邦と近似した項目が挙げられるが、そのような理解は権力分立原理から導かれるものであると指摘する<sup>53)</sup>。

もっとも、同判決は権力分立が純粋な形で存在していないことも指摘していた。では、勧告的意見はどのように把握されるのであろうか。憲法は立法府に法律を可決・修正・廃止する独占的な権限を与えている<sup>54)</sup>。そして立法機能の本質は立法政策の決定とその形成、普及であるとする<sup>55)</sup>。このことから、行政部や司法部が立法の役割を引き受ける（assume）ことは禁止される<sup>56)</sup>。このように、立法の「過程」に司法権が立ち入ることは憲法によって禁止され

---

48) Id., at 883-84.

49) Id., at 893.

50) Id., at 893-94.

51) Id., at 895-96.

52) Id., at 896.

53) Id., at 896-98.

54) Id., at 898.

55) Id.

56) Id.

ているとするのである<sup>57)</sup>。

このことに加え、立法を行うということは、当該規定が合憲であると立法府が自ら評価したということに他ならない<sup>58)</sup>。しかしこの点について立法府自らが独自に結論に達していないということは、たとえ予備的なものであったとしても (albeit preliminary) 権限が移動したということになる<sup>59)</sup>。憲法上の禁止を立法によって修正することはできないことから、たとえ立法の要求によってなされたとしても、そのような権限の移動が認められないことに変わりはない<sup>60)</sup>。このようにして、勧告的意見を先述の基準に照らしつつ、違憲であるとしたのである。

## （５）小括

以上、州において勧告的意見が直接拒否された事例を中心に観察してきたが、そこで触れた他にも、多くの見解が示されている<sup>61)</sup>。例えばニューヨーク州では、勧告的意見は司法権外の権限であり、アメリカにおいては憲法上の規定なくしては裁判所にそのような権限を付与できないとされた<sup>62)</sup>。そこでは同時に、ニューヨーク州において立法府は司法権外の権限を裁判所に付

---

57) Id.

58) Id., at 899.

59) Id.

60) Id., at 900.

61) 本稿では詳細には立ち入らないが、ノースキャロライナ州では、1985年に初めて勧告的意見が否定されるに至った。同州はそれまでの200年あまりの間、勧告的意見は合憲とされていたが、そこで注目されるのが同州において勧告的意見が憲法上の規定のみならず法律による授權もなされておらず、成文法上の根拠がないままになされていた点である。そもそも制度化されておらず判事が独自に権限を認めていたため、今後勧告的意見が一切出されなくなるのかは不明確であるが、権力部門間の侵害等の権力分立観に基づいて拒否がなされている。See generally, *In re Advisory Opinion*, 335 S.E.2d 890 (1985). なお、同州の動向については A.K.Smith, *Advisory Opinions in North Carolina*, 7 N.C. L. Rev. 449 (1929)、Preston W. Esdall, *The Advisory Opinion in North Carolina*, 27 N.C. L. Rev. 297 (1949)、及び Margaret M. Bledsoe, *The Advisory Opinion in North Carolina: 1947 to 1991*, 70 N.C. L. Rev. 1853 (1992) を参照されたい。

62) *In re Workmen's Compensation Fund*, 224 N.Y. 13, 16 (1918)

与することができないともされている<sup>63)</sup>。ミシシッピ州においても、州憲法は権力を3つの部門に分割しており、条文上の規定がない限り、勧告的意見を黙示的に禁止しているとする<sup>64)</sup>。

権力分立をめぐるのは、他の部門に属する権限の行使を明示的に禁止する規定を持つ州と持たない州があるなど、州によってその規定に違いがみられた。例えばバーモント州憲法が立法・行政・司法の各部門の分離・独立に加え各部門は他の部門に属する権限を行使してはならない旨を明示的に規定する一方、カンサス州憲法には連邦憲法と同様に、権力分立原理を直接規定する条文が存在しない。しかしそのような規定を持たない州においても、必ずしも権力分立が緩やかに解されるというものではなかった。特にカンサス州憲法は明示的な権力分立規定を置いていない上に司法権条項に“case”や“controversy”という文言も存在しないが、司法権は本来的に“case”や“controversy”をその要素とするとした上で、権力分立論に基づいて勧告的意見を否定するのである。

権力分立に反するという点についても、様々な視点がみられた。まず挙げられるのが、ミネソタ州やニューヨーク州にみられた、裁判所には司法権以外の権限を付与できないとする、いわば「1作用1機関対応型<sup>65)</sup>」の権力分立観である。ケンタッキー州やミシガン州、ノース・ダコタ州にもみられたように、憲法上の明示規定がない以上は権限の移動は認められないとする見解も示されていた。

以上の各視点に加え、権力部門間の侵害についての視点もみられた。ミネソタ州やオハイオ州でみられたような権力部門間の侵食を防ぐという視点の他、コネティカット、カンサス、ノース・キャロライナの各州でみられたように、立法府に対する侵害や介入に当たるという見解もあった。また、コネティカット州においてみられた司法権そのものと抵触するという見解も注目

63) Id., at 7

64) In re Opinion of the Justices, 114 So. 887, 888 (1927) .

65) 坂本昌成『権力分立 立憲国の条件』52頁脚注21（有信堂、2016年）。以降、本稿では「1対1対応型」と表記する。

されよう。

以上でみてきた中には「1対1対応型」の権力分立に基づくものがみられており、理論的にも勧告的意見の禁止とそのような権力分立観には親和性があるかがわかる。しかし、必ずしもそのような権力分立観に限られるものではなく、よりゆるやかな権力分立論に基づく違憲判断もみられる。すなわち、バーモント州とカンサス州である。バーモント州では明文である部門が他部門に属する権限を行使することを禁じていたが、同時に一定のオーバーラップを認めていた。しかしそこでは許容される範囲について①自部門の本来的な機能の遂行の際に、②付随的になされるものであること、という要件が設けられている。またカンサス州ではより踏み込んだ基準を示しつつ、その限界を超えるものとして勧告的意見を禁止している。これらの事例では各部門の「オーバーラップ」の限界が示されていたが、その基準をどのように設定するかも、興味深い論点である。

以上の各州においては、勧告的意見は憲法ではなく立法によって規定されていたことから、憲法原理たる権力分立との衝突が問題とされ、違憲とされるに至っていた。しかし、中には憲法の授權によることなく、立法で勧告的意見の制度を創設し、それが合憲とされ、存続している州もみられる。以下ではそれらの州のうち、アラバマ州とデラウェア州についてみていきたい<sup>66)</sup>。

## 2. 勧告的意見が肯定された事例

### （1）アラバマ州の事例

勧告的意見制度の合憲性について同州最高裁の判事らは、1923年に踏み込んだ検討を行っている。まず、立法府は知事や判事の権限や義務、機能について憲法の範囲内で規定する権限を持つと指摘する<sup>67)</sup>。勧告的意見について定めた州法は議会と知事に勧告的意見を求める権限を、判事にそれについて

66) オクラホマ州も限定的に認めているが、本稿では割愛する。

67) In re Reply of the Justices, 209 Ala. 593, 594 (1923) .

検討する義務を、それぞれ課している<sup>68)</sup>。そしてそこでの判事の権限はあくまでも司法権外の権限であるとされる<sup>69)</sup>。もっとも、アラバマ州憲法は権力を3つの部門に分配し、明示規定がない限り、ある部門が他の部門に属する権限を行使することを禁じている<sup>70)</sup>。しかしアラバマ州憲法の禁止規定は「部門」に対する規制であり、同州の1875年憲法の規定にみられた各部門の「構成員」に対する規制とはなっていない<sup>71)</sup>。すなわち、同州の1875年憲法の下で、立法府が司法官に公安委員長 (police commissioner) の任命権を与えることの合憲性が議論されたことを受けての規定であるという経緯に照らし、「部門」と「構成員」を分けて捉えるのである<sup>72)</sup>。もっとも「構成員」への規制を設けていた同州の1845年憲法下においても、憲法上明示的または黙示的に、ある部門またはその構成員が「独占的に」担うとされていない権限については立法府に裁量の余地がみられていたことが指摘されており、伝統的に柔軟な権力分立観であったことがうかがわれる<sup>73)</sup>。

ここで勧告的意見に目を転じると、憲法は勧告的意見について明示的にも黙示的にも言及をしていない<sup>74)</sup>。司法権に該当しない権限であり、憲法が保障する司法権の独自性 (distinctiveness) を損なう性格のものでもない<sup>75)</sup>。そうであることから立法府は司法部門の構成員に勧告的意見に関する権限を付与することが可能である。もし仮に勧告的意見が司法的な性格のものであれば、なおさらである<sup>76)</sup>。

同法が課している権限はあくまでも勧告的なものとどまり、性格的にも質的にも拒否権を付与するものではない<sup>77)</sup>。同時に、判事は求めに応じて権

---

68) Id.

69) Id.

70) Id., at 595-96.

71) Id., at 596.

72) Id.

73) Id.

74) Id.

75) Id.

76) Id., at 596-97.

77) Id., at 597

限を行使するに過ぎない<sup>78)</sup>。立法ないし行政のいかなる機能が判事に与えられるものでもなく、単に勸告的なものにとどまるのである<sup>79)</sup>。また、勸告的意見の対象となる事柄は裁判所に係属し得ない問題が中心であることなどから、後日裁判所に係属する問題への事前審査にも当たらないと指摘する<sup>80)</sup>。

このように、立法府は各権力部門の構成員に職務を割り振る権限を有することや、その内容が司法権を害するものでも、他の権力部門の固有の領域を侵すものでもないことから、判事らは勸告的意見を憲法に合致するものとしている。ここでは同時に、その拘束力についての評価も注目されよう。また各権力部門は憲法に違反する権限を有さず、憲法に従うことが義務とされている<sup>81)</sup>。そのような中で、勸告的意見は憲法に従った統治をもたらすための、許容される最高の方策であるとされたのである<sup>82)</sup>。

## （２）デラウェア州の事例

デラウェア州も、アラバマ州と同様に憲法上の規定ではなく、立法によって勸告的意見制度を設けている州である。同州においても勸告的意見は合憲とされたが、以下ではその判断についてみていきたい。

まず勸告的意見の性格については、司法権外の権限であり、拘束力を有しないとす<sup>83)</sup>。司法権外の権限であるという認識については他の州と共通であるが、同州ではごく初期の頃から、議会が非司法的権限を司法部の構成員に付与することがしばしば行われてきたと指摘する<sup>84)</sup>。州憲法は権力を３分割し立法・行政・司法の各部門にそれぞれを担わせるが、３つの部門をそれぞれ切り離し、他の部門に属する権限の行使を禁止する旨の明示規定は置か

---

78) Id.

79) Id.

80) Id., at 598

81) Id.

82) Id., at 598-99.

83) In re Opinion of the Justices, 88 A.2d 128, 134 (1952) .

84) Id., at 135.

れていない<sup>85)</sup>。また、権力分立は厳格に適用されてきたものでもない<sup>86)</sup>。デラウェア州の過去の3つの憲法を通して、1世紀半以上にわたって、司法部の構成員に司法権外の、多くの場合において裁判や司法の作用と全く関係のない権限が与えられており、またそのような議会の権限に対する疑問が提示されたこともなかったのである<sup>87)</sup>。以上のように、明示規定の欠如と実際のな視点から勧告的意見を認めたのである。

### (3) 小括

以上でみてきたように、アラバマ州においてはある部門が他部門に属する権限を行使することを禁止する明示の規定が存在したにもかかわらず、柔軟な分立観が採られている。そこではある部門が「独占的」に担う権限でないものについては、立法府に広い裁量が認められているという前提がみられる。デラウェア州も立法府に広い裁量を認めているが、この点はニューヨーク州などにおける、より厳格な見解とは対照的である。

もっとも、そうであっても無限定とはされていない点に注意が必要である。他部門の「固有の領域」を侵害するような権限の付与は禁止されており、各部門に独占的に委ねられているような権限は移動させることが認められないのである。この点についてはカンサス州の判断とも近似するところであるが、アラバマ州では「勧告」に過ぎないものであるという点が強調されており、そこでは同時に法の支配という観点も重視されていた。また、デラウェア州では憲法規定の性格と現実のあり方が合憲判断の中で大きな比重を占めていた。そのような司法権から大きく離れた権限を付与することが認められてきたという点は、我が国における非争訟的非訟事件を念頭に置く場合、示唆深いのではないだろうか。

---

85) *Id.*, at 137-138.

86) *Id.*, at 138.

87) *Id.*, at 139.



### Ⅲ．学説における見解

ここまでみてきたように勸告的意見論争における権力分立の論点は多岐に渡るものであったが、学説においてはさらなる議論の深化がみられている。以下、学説における見解について素描していきたい。

#### 1. 勸告的意見反対論における権力分立論<sup>88)</sup>

勸告的意見反対論における権力分立論には、大まかに①司法権外の権限の付与の禁止に抵触する、②立法権の侵害になる、③司法権を害する、④厳格な権力分立観に基づく協調的権力分立観への批判、というものがみられる。以下、各点についてみていきたい。

##### （1）司法権外の権限の付与の禁止に抵触する

この点について端的に述べているのが Rhodes 教授である。同教授は権力分立をめぐり、立法府も行政部も、裁判所に司法権外の権限を付与することは認められないと指摘する<sup>89)</sup>。それらの部門は専門的助言によって利益を得られるかもしれないが、裁判所に適切に係属しない限り、司法による意見の表示がなされてはならない<sup>90)</sup>。すなわち、他の部門の命令によって、司法部がアドバイザーになってはならないのである<sup>91)</sup>。現実の争訟の中で法を解釈・適用することを排他的権限とする機関たる裁判所が、そのような司法権外の権限を担うことは認められず、そのことによって不便が生じたとしても、それは司法制度に付随するものなのである<sup>92)</sup>。ここで、権限の排他性への言及が注目されよう。

88) 本稿では直接触れないが、批判的な論考として Stevens 教授は、立法や行政に対する一定のコントロールを判事に与えるものであるとして権力分立に言及する。Stevens, *supra* note 7, at 13.

89) J. E. Rhodes, *Advisory Opinions*, 6 Me. L. Rev. 28, 32 (1932).

90) *Id.*

91) *Id.*

92) *Id.*, at 37.

勧告的意見についての最も代表的な論者の一人である Topf 教授は、勧告的意見は権力分立及びデュー・プロセスの双方に反するとした上で、憲法上の統治構造と人権保障の双方に反するものであると批判する<sup>93)</sup>。同教授は連邦における勧告的意見の禁止自体が権力分立に直結したものであるとした上で、その禁止は、司法判断適合性やスタンディング、ライプネス、そしてムートネスなどの諸原理を通じてなされんとする<sup>94)</sup>。そして勧告的意見における当事者対抗手続き (adversarial process) の欠如は司法の本質そのものに反するとする<sup>95)</sup>。

同教授は司法判断適合性の原則は勧告的意見の禁止を目的とするものであるとし、権力分立、司法権の射程をめぐる諸原理、そして勧告的意見の禁止を結びつけるのである。なお、勧告的意見と権力分立の衝突について、立法過程への介入に当たるという点や司法権の独立を害するという点<sup>96)</sup>、そして一つの権力部門が勧告的意見を他の部門に対して利用する、ないし最高裁を他の権力部門を監督する (supervise) ために利用する、という点も指摘する<sup>97)</sup>。

事件・争訟性を憲法原理として重視する見解は、憲法上の規定の有無に関わらずにみられる。例えば Bender 教授は、憲法が事件・争訟性について明示の規定を置いていなくとも、司法権の及ぶ範囲は事件または争訟に限られるとし、スタンディングや司法権、事件性の要件などの概念は権力分立に基づくものであると指摘する<sup>98)</sup>。そして勧告的意見は司法権に含まれるもので

93) Topf, *supra* note 11, at 45.

94) *Id.*, at 48.

95) *Id.* なお、このような見解には現実に一方当事者手続が存在しているとの批判がなされるが、それに対し Sands 教授は、先例の存在とその正当性 (soundness) は別であると反論する。C. Dallas Sands, *Government by Judiciary-Advisory Opinions in Alabama*, 4 Ala. L. Rev. 1, 22 (1951)

96) Mel A. Topf, *The Jurisprudence of the Advisory Opinion Process in Rhode Island*, 2 Roger Williams U. L. Rev. 207, 221 (1997).

97) Mel A. Topf, *The Advisory Opinion on Separation of Powers: The Uncertain Contours of Advisory Opinion Jurisprudence in Rhode Island*, 5 Roger Williams U. L. Rev. 385, 406 (2000).

98) Bender, *supra* note 11, at 126-28.

はなく、憲法によって裁判所に与えられた司法権外の権限であるとする<sup>99)</sup>。そのことから勸告的意見は裁判所の司法権の行使と権力分立の双方と衝突するものであると指摘するのである<sup>100)</sup>。

## （２）立法権の侵害になる

勸告的意見への反対論の中でも代表的かつ古典的な論稿が、後に連邦最高裁判事となる Frankfurter 教授によるものである。同教授は基本的なスタンスとして、立法権は立法府の手にあり、最高裁はそれを修正する（revisory）権限を持つものではなく、その賢明さや公正さ、有用性について判断するものではないと指摘する<sup>101)</sup>。そして勸告的意見に賛同する見解は合憲性が固定されたものであるとの前提に立っているが、それは誤りであるとする<sup>102)</sup>。「自由」や「デュー・プロセス」といった憲法上の理念そのものはそれ自体では漠然としすぎており、具体的な事実関係に照らすことで初めて意味を持つのである<sup>103)</sup>。すなわち、それ自体では意味を発揮しない法原理は、事実関係に当てはめられることで初めて意味を発揮する<sup>104)</sup>。立法は事実関係に関する判断であり、また少なからぬ程度に可能性や希望、そして恐れに基づくものである<sup>105)</sup>。そのような中で立法府が慎重に下した「決定」ではなく、その前段階の法案を司法の判断に供することは、とりもなおさず「確信」ではなく「疑念」の段階で照会することになるものであり、立法の創造性をも奪うものである<sup>106)</sup>。そして、ひいては立法と人民の責任を弱めるものでもあるとする<sup>107)</sup>。立法は単に立法府の権限であるのみではなく義務でもあるが、そのような政

99) Id., at 129.

100) Id., at 159.

101) Felix Frankfurter, A Note on Advisory Opinions, 37 Harv. L. Rev. 1002, 1003 (1924).

102) Id., at 1004.

103) Id., at 1004-05.

104) Id.

105) Id., at 1005.

106) Id.

107) Id., at 1007.

治性を帯びた権限を司法が制限することの危険性を指摘するのである<sup>108)</sup>。

Frankfurter 教授の見解は反対論の中でしばしば引用されるが、同様の見解として Auman 教授の批判も挙げられる。同教授は、立法プロセスはまさに「実験的」なプロセスであり、立法府は未来についての試行錯誤という困難な作業を「可能性」に基づいて行うとする<sup>109)</sup>。そのような中で様々な予測や議論、分析、検討などを経て立法がなされるが、勧告的意見として司法部に照会されることで、そのような機会を失うのである<sup>110)</sup>。立法府の至った「確信」ではなく「疑念」に対して裁判所が答えることとなり、Frankfurter 判事の指摘するように立法府の創造性を奪うことになる<sup>111)</sup>。そこでは、人民の責任も、議会も、そして裁判所自身も害されるのである<sup>112)</sup>。

### (3) 司法権を害する

権力分立に基づく反対論はしばしば、司法部を保護するという視点からも主張される。第一に、司法の独立を害するという見解が挙げられる<sup>113)</sup>。一つの権力部門が勧告的意見を他の部門に対して利用する、ないし最高裁を他の権力部門を監督する (supervise) ために利用する、という視点は、司法部門が他の権力部門に従属的な位置に立たされることを意味する<sup>114)</sup>。この点については、権力部門間の闘争の中で「駒」として使われるとの批判もなされている<sup>115)</sup>。また、諮問に対して拒否する権限が認められない場合、諮問者に対して従属的な地位に立たされるとも指摘される<sup>116)</sup>。他にも勧告的意見が拘束

---

108) Id.

109) F. R. Auman, The Supreme Court and the Advisory Opinion, 4 Ohio St. L.J. 21, 45 (1937) .

110) Id.

111) Id.

112) Id., at 53.

113) Bledsoe, *supra* note 61, at 1891. も参照されたい。

114) Topf, *supra* note 97, at 406.

115) Persky, *supra* note 7, at 1179.

116) Robert H. Kennedy , Advisory Opinions: Cautions About Non-Judicial Undertakings, 23 U. Rich. L. Rev. 173, 196 (1989). 同論文の引用を含みつつ、

力を持たないことから、従われなかった場合に裁判所の権威に傷をつけることになるとの指摘もなされている<sup>117)</sup>。なお、事前審査に当たるという点からは、司法的任務（judicial duties）と衝突するという指摘もなされている<sup>118)</sup>。

このように、司法権の独立や司法権自体をも害するという視点も主張されており、権力分立に反することによる「双方向的」な害悪が主張されるのである。

#### （４）厳格な権力分立観に基づく協調的権力分立観への批判

Topf教授は、根本的な権力分立観においても賛成論者への批判を展開する。まず「権力部門間の協調」という賛成論者の主張への反論の中で、賛成論者は各部門が共通の目的に向かって調和的に活動している時に初めて権力分立が成功すると捉えていると指摘する<sup>119)</sup>。そしてそれは国家と企業を同一視し、生産性の前提として効率性があり、そしてその前提として協働がある、という図式に依る見解だとする<sup>120)</sup>。しかし、そのような見解は危険なものである<sup>121)</sup>。すなわち、権力分立原理はそもそも権力部門の「調和（harmony）」を危険視し、権力の「集中」という危険な傾向を防ごうとする原理である<sup>122)</sup>。また、賛成論者が権力分立を「効率性」で捉える点についても批判を展開しており、そこでも歴史的視点から、権力分立は「恣意的な権力の行使」を防ぐ原理であると批判する<sup>123)</sup>。そして賛成論者は「協調」を「デュー・プロセス」や「事件・争訟性の要件（cases or controversies）」よりも高く評価している

---

司法権自体への害悪について紹介する見解として、Pascal F. Calogero Jr., *Advisory Opinions: A wise Change for Louisiana and Its Judiciary?*, 38 Loy. L. Rev. 329, 363-64 (1992)

117) *Id.*, at 198-99.

118) Stevens, *supra* note 7, at 8.

119) Topf, *supra* note 96, at 220.

120) *Id.*

121) *Id.*

122) *Id.*

123) Topf, *supra* note 11, at 112.

とも指摘する<sup>124)</sup>と同時に、彼らは「協調」へのもはや「感情的」な共感によっていると批判する<sup>125)</sup>。このように、同教授は「分離」自体の持つ意味を重視する視点から事件・争訟性の要件を重視し、協働のための緩やかな権力分立論とは根本的に相容れない見解に立つのである。

### (5) 小括

以上でみてきたように、権力分立をめぐる様々な観点からの主張が展開されている。以上の諸点の他にも、本稿では深く立ち入らないが、政治性の観点からの権力分立に基づく批判もなされている。Mikva教授は勧告的「機能」をめぐる議論の中ではあるが、裁判所が立法の誤りを正すことに適した機関であるという見解について、非民主的であり誤っていると強く批判する<sup>126)</sup>。そこでは裁判所が民主的正当性を持たないことも指摘されるが、このような民主主義観も、権力分立に基づく批判の一角を占めるものとなっている<sup>127)</sup>。

以上でみてきた諸見解においては、まず権力分立の厳格さが論点となる。すなわち、裁判所に司法権以外の権限を付与することはできないとする見解を始め、権力分立を厳格に把握する見解がみられた。いわば「1対1対応型」の権力分立観であるといえるが、そのような分立観からは勧告的意見の禁止は当然の帰結といえよう。

もっとも、必ずしもそのような厳格な権力分立論に基づくものばかりではない。例えば Rhodes 教授のようにある部門の「排他的な権限」を他の部門に付与することの禁止としているものもみられる。このように、機能的分立論的な視点に立ちつつも認められる範囲を超えている、とする見解もみられた。このような権力分立観からは、その許容範囲が問題となる。また立法へ

---

124) Id., at 113.

125) Id., at 110.

126) Abner J. Mikva, Why Judges Should not be Advicegivers: A Response to Professor Neal Katyal, 50 Stan. L. Rev. 1825, 1827 (1998) .

127) Id., at 1828.

の侵害をめぐつても、どこまでを立法府の「独占」的な権限とするのかについて、厳格に把握されていたといえよう。

## 2. 勸告的意見賛成論における権力分立論<sup>128)</sup>

冒頭でも触れたように、勸告的意見に賛成する論者は権力分立といった「理念的」な根拠よりも、時間やコスト、効率性といった「実際の」な根拠を挙げることが多い。例えばField教授は、導入している州での運用状況を仔細に検討した上で、それは違憲審査の代替ではなく補助的な機能を果たすものであるとしつつ<sup>129)</sup>、立法過程における立法府及び行政部の仕事を容易にする仕組みとしてメリットがあるという<sup>130)</sup>。しかしながら、反対論への反論を含め、権力分立についての言及もなされている。以下では、勸告的意見賛成論における権力分立観についてみていきたい。

### （1）他の権限の付与が可能／現実にオーバーラップが生じている<sup>131)</sup>

勸告的意見についての代表的論者の一人である Ellingwood 教授は、憲法制定者が権力分立を重視していたことを認めつつも、勸告的意見は権力分立に影響しないとする<sup>132)</sup>。権力分立は立法・行政・司法の各権力が大部分において分離され、独立した機関によって担われることを要求するが、現実にそ

128) 直接的に扱わないが、反対意見や傍論などを通じて現実に勸告的な機能を果たしていることをあげた上で、正式な勸告的意見の導入に賛同する見解もみられる。See generally, E. F. Albertsworth, *Advisory Functions in Federal Supreme Court*, 23 Geo. L. J. 643 (1935). なお、勸告的機能についての論稿としては Neal Katyal, *Judges as Advicegivers*, 50 Stan. L. Rev. 1709 (1998)、Phillip M. Kannan, *Advisory Opinions by Federal Courts*, 32 U. Rich. L. Rev. 769 (1998)、を参照されたい。

129) Oliver P. Field, *The Advisory Opinion-An Analysis*, 24 Ind. L. J. 203, 222 (1949).

130) *Id.*, at 220.

131) 他にも、非訟事件を含む様々な非司法的な権限が裁判所に与えられている点を指摘する見解も見られる。See generally, Comments, *The Advisory Opinion and the United States Supreme Court*, 5 Fordham L. Rev. 94 (1936).

132) Albert R. Ellingwood, *Departmental Cooperation in State Government*, 168 (photo. reprint 2016) (1918) .

れらはオーバーラップしている<sup>133)</sup>。どの部門も、憲法で規定されていればその本質的性格に関わらず、どのような権限をも担いうる<sup>134)</sup>。一方、その部門の固有の権限の行使に付随するものでない限り、憲法によって付与されていない権限を行使することはできない<sup>135)</sup>。

勧告的意見は司法権外の権限であり、拘束力も有しないことから、係争中の事件についてなされない限り、司法権との衝突は生じない<sup>136)</sup>。仮に立法権ないし行政権の行使にあたることから立法府ないし行政部への介入であったとしても、立法や行政ではなく司法権の保護を前面に押し出すところの権力分立原理への重大な違反となるものでもなく、また諮問者の求めに応じてなされるものであり、ひいてはそもそも勧告的意見が大きな意味を持たないことから、立法府や行政部への介入の程度は些細なものに過ぎない<sup>137)</sup>。そして仮に勧告的意見が司法権に含まれる場合、司法権の独立の保障に影響がないことから、問題は生じない<sup>138)</sup>。このように、勧告的意見が現実を持つインパクトの評価に加え、司法権を保護することを重視した権力分立観に立っていることも注目されよう。

また同教授は、どの州においても、裁判所の機能は純粋に司法的なものに限定されているのではなく、立法府は裁判所を準立法ないし準行政機能の便利な受託機関としていると指摘する<sup>139)</sup>。どこまでの権限を引き受けることが可能であるかについては一般的な理論があるのではなく、州によって様々な個別のルールが存在している<sup>140)</sup>。立法府が司法的任務を裁判所に与えようとする場合、それは司法的形式で行使されるようにしなくてはならない<sup>141)</sup>。

---

133) *Id.*, at 168-69.

134) *Id.*, at 169.

135) *Id.*

136) *Id.*

137) *Id.*, at 169-70.

138) *Id.*, at 170.

139) *Id.*, at 250.

140) *Id.*

141) *Id.*



そして立法府が司法権を担うことが認められないのと同様に、裁判所も他の部門の独立した権限ないし任務に明白な介入をすることはできないのである<sup>142)</sup>。このように一定の限界を認めつつも、現実には裁判所が担っている権限が司法権に限定されないと指摘するのである。

同様に Hoffman 教授も、権力分立論において複数の機能について正確に輪郭を描くことは困難であり、一定のオーバーラップは認識されているとする<sup>143)</sup>。政府が創設されたまさにその目的たる国民全体の利益に仕える中で、各部門は他の部門を補助することに消極的であるべきではない<sup>144)</sup>。このように、Hoffman 教授の見解においては、オーバーラップの存在が主張される際に、次にみていくところの「協働」の視点がみられている。

## （2）権力部門間の協働・調和・対話をもたらす

Hoffman 教授の見解においてもみられた「協働」の視点には、Ellingwood 教授も言及している。同教授は、アメリカの権力分立は完全なものからは程遠いものであり、各部門は本来的にその管轄に含まれるもの以外の権限を担い、時には同じ一連の事柄が複数の部門によって担われることもあると指摘する<sup>145)</sup>。純粋な権力分立はそもそも実行が不可能であるばかりか、もし存在したとすれば致命的なものである<sup>146)</sup>。現状では分立の「行き過ぎ」から実害が生じており、権力部門間の協調の欠如によって、人民に多大な損害が生じている<sup>147)</sup>。そのようなことから、協調を促すのである。

Persky 教授も勸告的意見に賛成する見解の根拠をまとめる中で、部門間の対話と救済的立法 (remedial legislation) という点を指摘している<sup>148)</sup>。そこ

142) Id.

143) R. K. Hoffman, Why Not Advisory Opinions for Illinois, 31 Chi.-Kent. L. Rev. 141, 150 (1953).

144) Id.

145) Ellingwood, *supra* note 132, at 251.

146) Id.

147) Id.

148) Persky, *supra* note 7, at 1155.

では諮問者が状況を整理し、関連する憲法問題を説明し、そして質問を描き出す<sup>149)</sup>。それに対して判事は問題をより明確化し、判断を行い、回答を提示する<sup>150)</sup>。多くの場合において、勧告的意見はより大きな「対話」の中間段階にあるものであり、その後も他の部門を巻き込んでの対話が継続されるのである<sup>151)</sup>。そしてこのような対話は、違憲審査によって否定されることによる「分断」を和らげる性格のものでもあると指摘される<sup>152)</sup>。また権力分立をめぐっては、その実際的な起源が意思 (ambitions) を調整し調和をもたらすための技術であったにもかかわらず、今日ではとても触れられないものにされてしまっているとの指摘もなされている<sup>153)</sup>。その上で、拡大している州の責務への裁判所の直接的な参加が喫緊の課題であるとするのである<sup>154)</sup>。

前節で紹介した Topf 教授の権力分立観は「分立」を重視するものであったが、その一方で、以上でみてきたように各部門を一定の協調関係に置くことを目指す権力分立論も主張されているのである。Smiljanich 教授も協働の観点から論を展開するが、そこにおいて通常の司法プロセスにおいて採られている対抗的手続きが部門間の「協働」をもたらすことに適さないとの指摘がなされていることも注目されよう<sup>155)</sup>。またその中において「対話」という視点が提唱されている点も示唆深いところである。

### (3) 効率性も権力分立の目的の一つである

他の箇所でも既に言及したが、権力分立の目的に「効率性」を加える見解も主張される。Ellingwood 教授が強調するのが、権力分立が民主主義のみならず効率性をも求めているという認識である<sup>156)</sup>。そしてアメリカでは分立

---

149) Id.

150) Id.

151) Id.

152) Id.

153) Supra note 131, at 112-113.

154) Id., at 113.

155) Smiljanich, supra note 7, at 339.

156) Ellingwood, supra note 132, at 251.

の行き過ぎによって多大なる無駄が生じており、権力部門間の協調の欠如によって、人民に多大な損害を与えているとする<sup>157)</sup>。このような現状から、民主制と効率性を調和させることこそが喫緊の課題であると主張するのである。

同様に Clovis 教授らも、権力分立は統治の効率性に仕える原理であると指摘する<sup>158)</sup>。権力分立原理は、重大な実務上の効率性によってその原理の厳格な適用からの離脱が求められた際に、様々な形で侵食されてきた<sup>159)</sup>。権力分立原理は魔法の言葉などではなく、その上に社会や経済の状況の変化に合わせて改変されてきた統治機構が打ち立てられている、実務的な、運用の基盤 (working basis) となるものであると捉えるのである<sup>160)</sup>。

このように、効率性そのものを権力分立の「目的」とすることで厳格な適用よりも、より柔軟な運用が主張されるのである。

#### （４）権力分立に反しない<sup>161)</sup>

権力分立をどのように把握するのかという観点とも関連するが、そもそも勸告的意見が権力分立に反するものではないとする見解もみられる。McKeever 教授らは、権力分立は絶対的なものではないとした上で、それは “separation of powers” よりも “balance of powers” と把握した方が正確ではないかと指摘する<sup>162)</sup>。勸告的意見が拘束力を持っていれば司法寡頭制の危険が存在し、勸告的意見の要求に応じることが義務であれば立法府への従属

157) Id.

158) Paul C. Clovis & Clarence M. Updegraff, Advisory Opinions, 13 Iowa L. Rev. 188, 196 (1927) .

159) Id.

160) Id., at 196-97.

161) 以下で紹介する見解の他にも、Esdall はマサチューセッツ州などの厳格な権力分立規定を持つ州においても勸告的意見が成立していることをあげ、現実的に権力分立と矛盾するものではないとする。Esdall, *supra* note 61, at 300.

162) Patrick C. McKeever & Billy Dwight Perry, Notes: The Case for an Advisory Function in the Federal Judiciary, 50 Geo. L. Rev. 785, 811 (1962) なお、同論文が合憲な法律の下で生活する権利に言及している点も注目されよう。Id., at 794.

の危険が存在する<sup>163)</sup>。しかしながら州の経験に照らしても、適切な制度設計がなされれば、勧告的意見はこのようなバランスを崩すことはない<sup>164)</sup>。また、議会がより説得力のある (sound) 法律を制定することを助けることで、成立後に違憲審査によって無効とされる可能性を減ずるのである<sup>165)</sup>。勧告的意見にそもそも拘束力が存在するか否かについては大きな議論がみられるが、その点についての認識が他の論点の前提をなしているのである。

拘束力がないことに加えて判事「個人」の権限であるという点も指摘される。Hoffman 教授は、行政ないし立法府に助言をすることは、それらの部門に固有の機能ではないとする<sup>166)</sup>。その機能が各権力の間の「隙間」に落ち込むものであったとしても、それは伝統的に司法的な性格とされてきたもの (traditionally been judicial in nature) であった<sup>167)</sup>。また、司法権の独立に関する批判に対しても、通常勧告的意見は「裁判所」ではなく「判事」に個人的に課せられたものであるという本質を見失っていると批判する<sup>168)</sup>。拘束力についても先例としての意味を持つものでもなく、もし後日先例とされるとすればそれは単にその説得性によるものである<sup>169)</sup>。

また、Clovis 教授らはもし仮に権力分立原理が厳格に守られなくてはならないとしても、勧告的意見によって侵害されることはないと主張する。勧告的意見は非司法的な権限であり、個々の判事に個別に与えられる<sup>170)</sup>。その権限はそもそも立法府ないし行政府に独占的に属するものではない<sup>171)</sup>。すなわち、立法府や行政部、ないしその構成員に憲法が与えた権限や機能に影響を及ぼすものではないのである<sup>172)</sup>。同時に、立法でも行政でもなく、司法で

---

163) Id.

164) Id.

165) Id., at 812-813.

166) Hoffman, *supra* note 143, at 148.

167) Id.

168) Id.

169) Id.

170) Clovis and Updegraff, *supra* note 158, at 197.

171) Id.

172) Id.

もないが、司法の機能に最も近似している<sup>173)</sup>。そのようなことから、その行使にふさわしいものであるところの司法部門に付与することが可能なのである<sup>174)</sup>。

またある論者は、当事者のみならずより多様な参加を認めることで対抗的当事者間での手続以上に現実的な視点をもたらすことができるとして勸告的意見に賛成するが<sup>175)</sup>、その中で権力分立論に基づく批判への反論を展開している。そこでは立法府が自ら合憲性について判断することを放棄することになるという批判に対して、立法府は勸告的意見を求める際に、そうしない場合と同様に事前の検討を行うものであると指摘する<sup>176)</sup>。すなわち、立法府は勸告的意見を単なる「助言」ではなく「早期の違憲審査 (accelerated judicial review)」として捉える以上、そこに出す前に自ら検討を尽くす、というのである<sup>177)</sup>。また、仮に合憲性の詳細について立法府が自ら検討していないとしても、立法府は法案をある目的のためにもっとも望ましい手段として定めるものである<sup>178)</sup>。そうである以上、その法案は合理的なものであって、そこにおいて議会は必然的にデュー・プロセスのような一般的な憲法原理に適うとの結論に達していることとなる<sup>179)</sup>。より詳細な、個別具体的な憲法上の規定に適合するか否かの判断はしていないかもしれないが、そのような詳細な判断はより本質的ではないとするのである<sup>180)</sup>。

このように、様々な観点から権力分立に反しないと主張が展開されているが、そこにおいては勸告的意見が法的拘束力を有しないとする点や、裁判所ではなく判事「個人」に与えられた権限であるという点がみられていた。

---

173) Id.

174) Id.

175) Note: Advisory Opinions on the Constitutionality of Statutes, 69 Harv. L. Rev. 1302, 1309-10 (1956)

176) Id., at 1305-06.

177) Id.

178) Id., at 1306.

179) Id.

180) Id.

それ以外にも注目されたのが、司法権に近似した、ないし伝統的に司法的な性格であるという主張である。そして各部門の「核心的」な権限であるか否かという点も言及されており、その該当性の判断に際して賛成論との違いがみられた。勧告的意見をめぐっては賛成・反対の双方が司法権との違いを強調してきたが、その点についても、議論の余地がうかがわれるところである。

## （５）まとめ

以上の諸見解の他にも、勧告的意見は権力分立を補助するものであるとの指摘もなされている。Smiljanich 教授は政府の部門同士が実際に争いが生じていないものの、ある行為を憲法の枠内に収めることについて懸念が抱かれているような事例を指摘する<sup>181)</sup>。そのような事例は反対論者の重視する對抗的手続きには不向きなものであり、むしろ勧告的意見によって権力分立が実現されることになるのである<sup>182)</sup>。また本稿では深く扱わないが、勧告的意見が司法部の「政治性」を増すという前提自体に疑問を呈する見解も存在する。ある論者は、勧告的意見によって最高裁の判断を測ることができないことにかえって萎縮効果が働き、立法府が立法過程における選択肢を自ら狭めることにつながる、と主張する<sup>183)</sup>。

先述のように、賛成論の主たる論拠は実質的な視点にあり、権力分立論をめぐると言及には反対論への反論という形でなされるものが多いが、「実質的な」視点を反映した権力分立観がみられた。そこでは権力分立に効率性や協調が読み込まれていることや、現実問題として厳格に権限が分配されていないことなどが強調されていた。特に現実には司法部門が司法権以外の権限を担っているとする主張は、賛成派の議論でも指摘されているところであり、いわばそこから「先」の、許容範囲をめぐると議論における分岐が注目されよう。

181) Smiljanich, *supra* note 7, at 336.

182) *Id.* また、同論文では部門間の協働によって効率性をもたらす仕組みであると指摘されている。*Id.*, at 339.

183) See generally, Note, Advisory Opinions and the Influence of the Supreme Court Over American Policymaking, 124 Harv. L. Rev. 2064 (2011).

#### IV. おわりに

以上でみてきたように、勸告的意見が権力分立に反するか否かを巡っては多くの議論が見られた。歴史的に、勸告的意見の制度はイギリスからマサチューセッツ州を経て広まったものとされている。アメリカは多くの制度をイギリスから移入したが、勸告的意見はそのような制度の一つでありながら、アメリカでは憲法上の明文規定がない限り認められない、「例外」的な存在であるとする見解が有力である。当時のイギリスにおいて勸告的意見は制度化されており、合衆国憲法が制定された時点においても活用されていた。イギリス法の影響を強く受けているアメリカにおいて採用されていない理由としても、権力分立が挙げられている。すなわち、イギリスにおいては政府の各部門の権限にオーバーラップが見られる反面、アメリカにおいては権力分立が採用されている<sup>184)</sup>。そしてそこでは分配された各権力が独立した部門によって行使されるものとされ、司法部が他の部門から侵食されることも防がれているのである<sup>185)</sup>。そこにおいて勸告的意見は権力分立の例外として位置付けられることから、認めるためには特別な憲法上の規定が必要とされるのである<sup>186)</sup>。もっとも、そこでもイギリスとは異なり司法権の独立が存在することから、イギリスよりも射程が狭められていると指摘される<sup>187)</sup>。これらのことに加え、権力分立の「例外」であることによる効果として、判事が自制を働かせているとの指摘もなされている<sup>188)</sup>。

アメリカとイギリスの権力分立観の差異の指摘からも示唆されるように、勸告的意見が認められるか否かは、それぞれの国における権力分立の把握に

---

184) Note, *The Validity of the Restrictions on the Modern Advisory Opinions*, 29 Me. L. Rev. 305, 310 (1977). このような見解は広く見られるものであり、例えば Calogero, *supra* note 116, at 336-37., Bender, *supra* note 11, at 131、が挙げられる。

185) Note, *supra* note 184, at 310.

186) *Id.*

187) *Id.*, at 312.

188) *Id.*, at 324, Calogero *supra* note 184, at 339-44.

大きく依っている。それらの論点の中でも重要なのが、権力分立の厳格さをめぐる議論である。原則的に憲法規定なくして勧告的意見は認められないという主張に対し、現実には非司法的な権限を裁判所が担っている、ないし権力分立は純粋な形で存在し得ないという反論がなされている。また、調和や協働、そして「対話」の視点が示されていたことも注目される。権力分立をTopf教授のように権力集中の排除として把握するのであれば、勧告的意見は許されざる「異物」となるであろう。しかし「協働」や「対話」を権力分立に織り込むのであれば、正当性を獲得する途が開かれる。

もっとも、緩やかな分立論に立ったとしても、もう一段階「先」の議論が必要となる。例えば機能的な権力分立論に立つ場合においても限界は存在しており、他の権力部門の核心となる権限の移動は認められない。この点をめぐっては、立法過程の範囲も議論になっていた。法案の合憲性の判断も立法過程の不可侵の領域であるのか、検討が要される。またSands教授は、勧告的意見は司法の優越を行き過ぎたものにするとして評した上で、立法府や行政部が責任を回避することを可能にすると同時に、民主的正当性に疑問のある少数の裁判官による一方当事者手続きによって、政府の行為が阻害されるものであると主張する<sup>189)</sup>。勧告的意見が立法府の固有の領域を侵すものであるのか、それともむしろ伝統的に裁判所の担ってきた、立法を支え分断を回避するものであるのか、議論の余地が残る。本稿では扱わなかったが、勧告的意見反対論においては、裁判所が「政治」の領域に入ることになるという主張も有力に展開されている。そしてその点をめぐっては、勧告的意見の拘束力の評価も問題となるところである。

我が国において、政治の領域において近年憲法裁判所設置論も唱えられているが<sup>190)</sup>、裁判所による統制という視点からは、勧告的意見の制度にもみるべきものはあるのではないだろうか。ここで同時に、設計によっては立法過程への統制手段としても機能しうる点も指摘されよう。勧告的意見と立法

189) Sands, *supra* note 95, at 38-9

190) 一例として、山尾志桜里『立憲的改憲』（ちくま新書、2018年）。



権について詳細な検討を行った論稿は、その「双刃の剣」の側面を指摘しつつも、部門間の協働や立法過程の効率性の向上に資する余地を指摘している<sup>191)</sup>。我が国では、非争訟的非訟事件の例からも明らかなように、権限の分配における立法判断の余地が大きく解されている。また裁判所は現実には「勸告的」な機能を果たしているとの指摘もみられる<sup>192)</sup>。そして、近年対話理論が注目を集めている中、佐々木教授もカナダの照会制度を対話をもたらし制度の一つとして示唆しており、部門間の対話という視点からも論じるべき点が多い<sup>193)</sup>。我が国の権力分立観との親和性について、肯定的に捉える余地は大きいのではないだろうか。

もっとも、課題は多く残されている。別稿において裁判所の担いうる権限の範囲を同心円構造で把握した上で、司法権との親和性によって正当化される実質的意味の司法権の領域と、そのような正当化を要しない、機構的な特性から正当化される形式的意味の司法権の領域に分けられる旨を主張した<sup>194)</sup>。勸告的意見はそのどちらの領域に割り振られるのか、今後の検討が必要である。また、より大きな課題として、裁判所が過度に「政治」の領域に組み込まれるという批判が存在する。具体的な制度設計や、そもそも「望ましい」ものであるのかという点についても検討を要する。

本稿はアメリカにおける議論の紹介にとどまり、分析や検討については別稿を期すこととなった。他の諸論点と共に、今後の課題としたい。

191) Moench, *supra* note 1, at 2307. 同論文は立法過程における勸告的意見の機能や運用について詳細に検討しており、立法府内の関係や政党間関係、立法府と行政部の関係、立法府と司法部の関係、にも検討が及んでいる。その内容については別稿で扱うが、リスクを指摘しつつも、潜在的な有用性を主張しており、示唆に豊んでいる。

192) 本稿注 128 を参照されたい。

193) 佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』232 頁（三省堂、2013 年）。

194) 成瀬トーマス誠「非訟事件と司法権」東洋法学第 61 巻第 3 号 199-216 頁（2018 年）。