

執行府の憲法解釈機関としてのOLCと内閣法制局： 動態的憲法秩序の一断面

著者	横大道 聡
雑誌名	鹿児島大学法学論集
巻	45
号	1
ページ	1-92
別言語のタイトル	Office of Legal Counsel and Cabinet Legislation Bureau as Interpreters of Constitution in Executive Branch : One Aspect of Dynamic Constitutional Order
URL	http://hdl.handle.net/10232/11357

執行府の憲法解釈機関としての OLC と内閣法制局 ——動的憲法秩序の一断面——

Office of Legal Counsel and Cabinet Legislation Bureau as Interpreters
of Constitution in Executive Branch
: One Aspect of Dynamic Constitutional Order

横 大 道 聡

- I はじめに
 - 1. 裁判所以外の憲法解釈の場面
 - 2. 執行府の憲法解釈の担い手としての内閣法制局
 - 3. 比較対象としての OLC
- II OLC の組織と職務
 - 1. OLC の組織
 - 2. OLC の職務内容
 - 3. OLC の意見作成過程
 - 4. OLC の法律案審査過程
- III OLC の法解釈のあり方
 - 1. 2つのモデル
 - 2. モデルの選択
- 3. OLC の行動原理
- 4. OLC の改革
- 5. 小括
- IV 内閣法制局
 - 1. 内閣法制局の組織
 - 2. 内閣法制局の職務内容
 - 3. 内閣法制局の解釈態度
 - 4. 内閣法制局の憲法解釈のあり方
- V むすびにかえて
 - 1. 内閣法制局の運用
 - 2. 答弁禁止により予想される効果
 - 3. 内閣法制局の活用に向けて

——数種の権力が同一の政府部門に次つぎに集中していくことを防ぐ最大の保障は、各部門を運営するものに、他部門よりの侵害に対して抵抗するのに必要な憲法上の手段と、個人的な動機とを与えることにある。防御のための方途は、他の場合におけると同様、この場合も、攻撃の危険と均衡してなければならない。野望には、野望をもって対抗せしめなければならない¹。

Alexander Hamilton

¹ A. ハミルトン・J. ジェイ・J. マディソン（齋藤眞・武則忠見訳）『ザ・フェデラリスト』第51篇（254頁）（福村出版、1998年）。

I はじめに

1. 裁判所以外の憲法解釈の場面

日本の憲法学が憲法解釈のあり方について研究するとき、専ら裁判所の憲法解釈を念頭に置いて理論構築してきたといっても過言ではない²。もちろんそこには、違憲審査権の行使を通じた実効的な憲法保障という実践的意義が存しており、それが極めて重要な営みであることを疑う余地はない³。しかしその一方で、裁判所の憲法解釈のみに目を向けすぎていたのではないかとも思われる⁴。「憲法解釈は、裁判所（最高裁判所・下級裁判所）だけでなく、立法府（国会・地方議会）や行政府——それらは政治部門と呼ぶ——、さらには私人（憲法学者・弁護士・一般国民）によってもなされる、ということに留意する必要がある⁵」があるのではないか。なぜならば、「質的には最高裁の憲法解釈が重要であるが、量的には、政治部門（議会・行政府）による憲法解釈の方が、——最高裁が異なった解釈を示さないかぎり現実を支配する力をもっているという意味で——大きな位置を占めているといえる⁶」からである。具体例に政治部門の憲法解釈が「現実を支配する力」を持ちうる場合を、簡単ではあるがいくつか

² 「従来の憲法解釈論のほとんどは、誰による解釈かを問題とすることなく、『およそ憲法の解釈とは』という形で議論を重ねてきた。……しかし、日本国憲法の解釈について考える場合、やはり決定的に重要なのは、司法審査権を行使する裁判所であると思われる」。松井茂記『日本国憲法〔第3版〕』70頁（有斐閣、2007年）。

³ 近年の憲法訴訟論が置かれている状況については、駒村圭吾「“三重苦”を超えて」法学セミナー670号72頁（2010年）の整理と分析を参照。

⁴ 内野正幸「政府の憲法解釈の位置づけ」法律時報75巻2号92頁（2003年）は、「しかし、憲法学界においては、政府見解の重視は、主張されることが少なかった」と指摘している。アメリカ憲法学においても、近年、解釈主体の能力、役割、影響などの制度的側面に着目する議論が注目されているように思われる。この点については、松尾陽「憲法解釈方法論における制度論的展開（一）（二・完）——近時のアメリカ憲法解釈方法論の展開を素材として」民商法雑誌140巻1号36頁、140巻2号61頁（2009年）を参照。

⁵ 内野正幸『憲法解釈の論理と体系』161頁（日本評論社、1991年）。さらに、野坂泰司「憲法解釈の理論と課題」公法研究67号19頁（2006年）も参照。

⁶ 内野・前掲註（5）163頁。園部逸夫『最高裁判所十年——私の見たこと考えたこと』241頁（有斐閣、2001年）でも、「最高裁判所の憲法解釈が必要に応じて示されることのない日本では、憲法の公権的解釈については、法案を準備する内閣（及び合憲性の判断も含め事前の法令審査に当たる内閣法制局）と内閣提案の法律を審議する国会に責任があるかの如くであり、その解釈には一種の公定力（つまり、事件に付随して最高裁判所の最終的解釈がされるまで公の通用力がある）があるのではないかとと思われる」と述べられている。

挙げてみよう⁷。

第1に、裁判所は、当事者からの訴訟の提起を待って「受動的に (passive)」事件を処理する機関であるため、すべての憲法問題を裁判所が判断するわけではない⁸。「政治部門の機関は、それに対して、問題を自ら積極的に取り上げることができる⁹」のであり、とくに先例となる最高裁判所の判例が存在していない空白領域の問題については、第一次的に政治部門が自身の憲法解釈を前提に意思決定しなければならない。また、最高裁判所の判例は、将来新たに生じるすべての事例に適応されるわけではない点にも注意が必要である。そのような「新たな事例」が生じた際には、裁判所に先立ち、政治部門が自身の憲法解釈を前提に行動しなければならないことになる¹⁰。

第2に、憲法76条1項により裁判所に与えられた「司法権」に内在する限界が立ちはだかる。憲法のいう「司法権」の意味を法律で確認した規定であるとされる裁判所法3条は、「裁判所は、日本国憲法に特別の定のある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判し、その他法律において特に定める権限を有する。」と規定しているのであるが、ここでいう「法律上の争訟」について最高裁判所は、「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、且つそれが法律の適用によって終局的に解決し得べきものであることを要する」と定式化した¹¹。したがって、この要件を満たさない限り、原則として裁判所の審査には服さない¹²。裁判所の違憲審査権（憲法81条）は、「法律上の争訟」を解決するために必要な限りで付随的に行使されるものであるか

⁷ 以下の議論は日本を念頭においているが、アメリカのほぼ同様の事情がある。See David A. Strauss, *Presidential Interpretation of the Constitution*, 15 *CADDOZO L. REV.* 113, 113-117 (1993); Cornelia T.L. Pillard, *The Unfulfilled Promise of the Constitution in Executive Hands*, 103 *MICH. L. REV.* 676 (2005).

⁸ また、「そもそも憲法訴訟として争われなければ、当該憲法問題に関する最高裁判所の最終的判断もありえない」。野坂・前掲註(5)21頁。

⁹ 大沢秀介『アメリカの司法と政治講義ノート』152頁(成文堂、2003年)。

¹⁰ Pillard, *supra* note 7, at 688-689.

¹¹ 最判昭28年11月17日行集4巻11号2760頁。

¹² 「原則として」と述べたのは、法律が定める例外があるためである。具体的には、客観訴訟(民衆訴訟と機関訴訟)があるが、客観訴訟は、司法権の当然の内容をなすものではなく、法政策的見地から立法府によって特に認められたものであるとされる。たとえば、芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法〔第4版〕』323頁(岩波書店、2007年)。

ら¹³ (付随的違憲審査制)、仮に憲法訴訟が提起されたとしても、すべての問題について当事者が望む裁判所の有権解釈が示されるわけではない¹⁴。そのため、裁判所による審査の俎上に上らない／上れない事項に関わる政治部門の憲法解釈が、現実には大きな意味を持つことになる。このことは、憲法が明文で司法権の例外として設定した国会議員の資格争訟(55条)、裁判官の弾劾裁判(64条)といった領域、さらには原告適格の問題などのように裁判手続上の制約から裁判所による判断がなされないような場合も同様である¹⁵。

第3に、「法律上の争訟」に該当する場合であっても、裁判所が憲法判断を差し控える場合がある。その代表例が、いわゆる「統治行為論(政治問題の法理)」である。日米安全保障条約の合憲性が争われた1959年の砂川事件最高裁判決¹⁶では、「本件安全保障条約は、前述のごとく、主権国としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度の政治性を有するものというべきであって、その内容が違憲なりや否やの法的判断は、その条約を締結した内閣およびこれを承認した国会の高度の政治的ないし自由裁量的判断と表裏をなす点が少なくない」と述べている。また、衆議院の解散についての1960年の苫米地事件最高裁判決¹⁷でも、憲法の三権分立の下において司法権の限界が存しているのであり、「直接国家統治の基本に関する高度に政治性のある国家行為のごときはたとえそれが法律上の争訟となり、これに対する有効無効の判断が法律上可能である場合であっても、かかる国家行為は裁判所の審査権の外にあり、その判断は主権者たる国民に対して政治的責任を負うところの政府、国会等の

¹³ 警察予備隊訴訟(最大判昭27年10月8日民集6巻9号783頁)では、「わが裁判所が現行の制度上与えられているのは司法権を行う権限であり、そして司法権が発動されるためには具体的な争訟事件が提起されることを必要とする」と述べられている。その他、最大判昭28年4月1日行裁集4巻4号923頁、最判昭56年4月7日民集35巻3号443頁、最判昭41年2月8日民集20巻2号196頁、最判昭57年7月15日判時1053号93頁などを参照。

¹⁴ キャス・サンステイン(Cass R. Sunstein)のいう「司法ミニマリズム」の立場を採用した場合、裁判所によって判断されない領域はさらに拡大する。See generally CASS R. SUNSTEIN, ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT (1999).

¹⁵ Strauss, *supra* note 7, at 115.

¹⁶ 最大判昭34年12月16日刑集13巻13号3225頁。

¹⁷ 最大判昭35年6月8日民集14巻7号1206頁。

政治部門の判断に委され、最終的には国民の政治判断に委ねられているものと解すべきである（——傍点は引用者）」と述べている。

関連して第4に、裁判所が政治部門の判断に敬讓する場合においても、政治部門の憲法解釈が憲法秩序において有権的解釈として機能する。その代表例が、国家機関の自律事項についてである。まず、国会との関係を見てみよう。たとえば、議事手続の違法性が争われた1962年の警察法改正無効事件判決¹⁸において最高裁判所は、「両院において議決を経たものとされ適法な手続によって公布されている以上、裁判所は両院の自主性を尊重すべく同法の議事手続に関する所論のような事実を審理してその有効無効を判断すべきではない」と述べている。立法不作為についても、判例は、憲法が「一義的に」特定の立法を義務付けていない限り、いつ、どのような立法をすべき又はすべきでないかの判断については、原則として国会の裁量事項に属するとしている¹⁹。さらに、いわゆる違憲審査基準論における「憲法判断回避²⁰」や「合憲限定解釈²¹」、さらには、精神的自由を規制する法令の合憲性の審査を行うに際しては経済的自由の規制立法に対して適用される「合理性の基準」ではなく、より厳格な基準によって審査すべきであるという「二重の基準論²²」も、——議会と裁判所の権限分配に着目する機能論的根拠に依拠する場合にはとりわけ——経済的自由の領域

¹⁸ 最大判昭37年3月7日民集16巻3号445頁。

¹⁹ 在宅投票廃止事件判決（最判昭60年11月21日民集39巻7号1512頁）。なお、ハンセン病国賠訴訟熊本地裁判決（熊本地判平13年5月11日判時1748号30頁）及び在外国民選挙権訴訟（最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁）では、若干ではあるが、立法不作為について裁判所の審査の余地が広められている。社会権の実現についても、たとえば堀木訴訟（最大判昭57年7月7日民集36巻7号1235頁）では、「憲法25条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定は、立法府の広い裁量にゆだねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合を除き、裁判所が審査判断するのに適しない事柄であるといわなければならない」とされている。学生無年金訴訟（最判平19年9月28日民集61巻6号2345頁）も同旨。

²⁰ 代表的な例として、恵庭事件地裁判決（札幌地判昭42年3月29日下刑集9巻3号359頁）。

²¹ 代表的な例として、東京都教組事件判決（最大判昭44年4月2日刑集23巻5号305頁）、福岡県青少年保護育成条例事件判決（最大判昭60年10月23日刑集39官6号413頁）などがある。

²² 芦部・前掲註（12）101頁。二重の基準論の根拠については、君塚正臣「二重の基準論の根拠について」横浜国際経済法学16巻1号1頁（2007年）等を参照。

における議会の憲法解釈への敬讓を示す例として挙げる事が許されよう²³。

執行府との関係においても裁判所は、執行府の政治的裁量事項²⁴のみならず、専門技術的事項についても敬讓の姿勢を示している。「日本では、法律の違憲性を判断するといっても、国会の立法政策に対して裁判所が介入するというのではなく、結局は法律に表された国の行政上の施策に対して、裁判所がどこまで批判的な判断を下すことができるかという問題に帰することが多い。表向きは立法裁量というが、実質は行政裁量あるいは行政裁量と渾然一体となった立法裁量といってもよいであろう。立法府の最終判断により是とされた行政府の判断（それには、かなり広範で長期の歴史的経緯とのからみも含まれる）に対し、司法府がどこまで容喙できるかという問題が、違憲審査の深奥に横たわっている」という園部逸夫の指摘²⁵を敷衍して大石和彦が指摘しているように、「実は我が国の裁判所が憲法判断を行う際に強く働いているのは、民主的代表機関の判断を覆すことの『反民主制』というよりも、行政の判断を覆すことの、いわば《反専門技術性》への懸念²⁶」であり、この懸念を背景に裁判所は執行府の判断に敬讓を示すことが多いのである²⁷。アメリカにおける Chevron 法理、すなわち、法律があいまいな場合には、その法律を解釈する裁判所は、執行部の解釈が合理的であればその解釈を尊重するという、1984年の Chevron USA v.

²³ Pillard, *supra* note 7, at 692. このように、議会の判断に敬讓を示す「日本の憲法判例には、裁判官には想像も及ばない専門的技術的知識を備え、公共の福祉を誠実に実現すべく与えられた広範な裁量をいかんなく駆使するこの世のものとも思われぬ理想的な立法者像」があるとされる。J・ウォルドロン（長谷部恭男・愛敬浩二・谷口功一訳）『立法の復権——議会主義の政治哲学』208頁（訳者あとがき〔長谷部執筆〕（岩波書店、2003年）。

²⁴ 代表的な例として、マククリーン事件判決（最大判昭53年10月4日民集32巻7号1223頁）。

²⁵ 園部・前掲註（6）28頁。

²⁶ 大石和彦「司法審査における反専門技術性という困難——法形成過程の民主制補強的司法審査方法論の可能性と課題」法学67巻5号716-717頁（2004年）。

²⁷ 大石・前掲註（26）735頁は、その例として、熊本丸刈り訴訟（熊本地判昭60年12月13日判時1174号48頁）、サラリーマン税金訴訟（最大判昭60年3月27日民集39官2号247頁）、酒税法違反事件（最判平4年12月15日民集46巻9号2829頁）を挙げている。その他、伊方原発事件（最判平4年10月29日民集46巻7号1174頁）などが挙げられよう。なお大石は、「専門技術的裁量判断能力を〔現に〕持つ立法府」という、民主性と専門性が渾然一体となった理解を前提にしつつも、裁判所がそれに対してどう対処できるかという問いを立てたうえで、法形成過程の瑕疵審査を提唱しており、注目される。

Natural Resources Defense Council 連邦最高裁判決²⁸にて示された法理の背景にもこの理解が横たわっている。日本でも、1958年のパチンコ球遊機通達課税事件²⁹などにおいて同様の理解を見て取ることができるが³⁰、このことは取りも直さず、事実上、執行府の憲法解釈が有権解釈として機能することを意味する³¹。

2. 執行府の憲法解釈の担い手としての内閣法制局

以上のように、現実政治においては、政治部門も——公務員の憲法尊重擁護義務（憲法99条）のもと——憲法を解釈・実践する役割を担っており、それが——裁判所による審査を受けないという意味で——有権解釈として「現実を支配する力」を有している場合が数多く存在する³²。そうだとすれば、現実にある憲法秩序は、客観的に意味内容の定まった憲法規範に基づく静態的な秩序というよりはむしろ、統治機構全体の活動を通じて形成されるダイナミックな動態的な秩序として把握するという視点が必要となってくるように思われ

²⁸ Chevron USA v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984).

²⁹ 最判昭33年3月28日民集12巻4号624頁。

³⁰ 大石・前掲註(26)731頁。

³¹ そして第5に、「憲法典の解釈は司法府だけにあるのではなく、三権が同等に有するという見解」と定義されるディパートメンタリズムの立場を採用した場合、政治部門の憲法解釈の重要性はさらに高まる。ディパートメンタリズムにつき詳細は、安西文雄「憲法解釈をめぐる最高裁判所と議会の関係」立憲法学第63号61頁(2003年)、大林啓吾「ディパートメンタリズムと司法優越主義——憲法解釈の最終的権威をめぐる」帝京法学25巻2号103頁(2008年)、横大道聡「大統領の憲法解釈——アメリカ合衆国における Signing Statements を巡る論争を中心に」研究論文集2巻1号1頁(2008年)等を参照。なお、コーネリア・ピラード(Cornelia T.L. Pillard)は、事実の問題として、上述のように政治部門の憲法解釈の局面が広いからこそ、規範論としてディパートメンタリズムが主張されていると分析している。Pillard, *supra* note 7, at 699.

³² 横田耕一が指摘するように、「権力を国民から委託され行使する立法府や行政府は、その立法や行政の執行過程において、なんらかの憲法解釈をししばしば行っている。……しかし、結局この種の『公権解釈』も最終的には裁判所によってその当否が決定される。その意味では、『裁判所、なにかんづく最高裁判所が憲法と考えるものが日本の憲法である』といえる」としても(横田耕一「なぜ『神々の争い』が起きるのか?——さまざまな解釈論」横田耕一・高見勝利編『ブリッジブック憲法』112頁(信山社、2002年))、裁判所による最終的決定が常に与えられるわけではない点に、政治部門の憲法解釈を検討する意義が存しているといえよう。

る³³。そして、かような理解を前提とするのであれば、政治部門の憲法解釈が現実にどのようになされているのか、そしてどのようになされるべきなのかについて、憲法論的な観点から考察する必要性が生じてくるように思われる。野坂泰司が指摘するように、「政治部門の解釈に従った憲法秩序は真剣に受け止められるべきである³⁴」。

ところで、「……わが国では政治部門の憲法解釈としては、議会の解釈より内閣の解釈の方が、はるかに大きな機能を営んできた³⁵」。そして、日本において専ら執行府の憲法解釈を担っている機関が、内閣法制局である³⁶。詳細については後述するが、内閣法制局とは、内閣法制局設置法に基づいて内閣に設置された機関であり、①閣議に附される法律案、政令案及び条約案を審査し、これに意見を附し、及び所要の修正を加えて、内閣に上申すること。②法律案

³³ 「結局のところこれらの事態（現実の憲法秩序が、憲法典の規律や憲法制定者の意図、憲法典の枠を超えて自律的に変動するという事態——引用者）の背後にあるのは、憲法というものがある外部に確実な支点を持たず、憲法によって拘束されるはずの者自身によって解釈・運用されざるをえない、という問題である。憲法は国家の現実の生活の内側で初めてその意味を与えられ、その姿を変容させていく。かように憲法生活の諸構成要素が相互関係を発展させていく中で、国家の秩序が恒常的に動的・流動的な性質を抱え込むことになるとすれば、ここに示唆されるのは、憲法制定権力の一回的な決断に基づく静的な秩序像などとは全く異なる国家秩序のイメージである」。林知更「憲法と立憲主義」安西文雄他『憲法学の現代的論点〔第2版〕』67頁（有斐閣、2009年）。土井真一「憲法解釈と憲法学説」公法研究66号131-132頁（2006年）も参照。

戸松秀典は、過去30年の憲法訴訟に関する実務を見る限り、「司法による憲法秩序の形成ということが、ゆっくりとしか進んでいない状況を確認することができる」と指摘する。戸松秀典「憲法訴訟の理論」公法研究71巻49-51頁（2009年）。そうだとすれば、現実の憲法秩序の大部分を形成しているのは、政治部門の憲法解釈ということになろう（野坂・前掲註（5）23頁）。なお、議会による憲法秩序の形成は、多くの場合、憲法附属法の制定・改廃を通じてなされる。この点については、大石眞『憲法秩序への展望』3-54頁（有斐閣、2008年）を参照。また、憲法上の権利内容を具体化・形成する立法作用の重要性について詳細な検討を加えた、小山剛『基本権の内容形成——立法による憲法価値の実現』（尚学社、2004年）も参照。

³⁴ 野坂・前掲註（5）23頁。こうした関心から、逐条的に政府の国会答弁を整理したものとして、浅野一郎・杉原泰雄編『憲法答弁集〔1947-1999〕』（信山社、2003年）がある（i-iii頁）。また、山内一夫・浅野一郎編『国会の憲法論議Ⅰ・Ⅱ』（ぎょうせい、1984年）も参照。アメリカにおける同趣旨の指摘として、see 1 LAWRENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW, 264-267 (3rd. ed. 2000).

³⁵ 内野・前掲註（5）163頁。

³⁶ たとえば、土井・前掲註（33）133頁、138頁脚注（12）の指摘。詳細については本論文のIVを参照。

及び政令案を立案し、内閣に上申すること。③法律問題に関し内閣並びに内閣総理大臣及び各省大臣に対し意見を述べること。④内外及び国際法制並びにその運用に関する調査研究を行うこと。⑤その他法制一般に関すること、という5つの事務を掌る機関である（内閣府設置法3条1号～5号）。内閣法制局長官の津野修によると、「内閣法制局は、審査事務、意見事務等を通じて憲法解釈等について政府内の解釈を統一することにより、内閣の法律案提出に係る事務、法律を誠実に執行する事務等が法治主義の観点から適切に遂行され、また、国務大臣が負う憲法尊重擁護義務が適切に果たされるよう、内閣を直接補佐する機関³⁷⁾」である。

内閣法制局については、特にその憲法9条解釈をめぐり、「護憲論」の立場からは解釈改憲の主体として、「明文改憲論」の立場からは集団的自衛権を頑なに認めないその姿勢について、双方向から批判の対象となっているところである³⁸⁾。また、2010年5月14日、第174国会において民主党が、内閣法制局長官の国会審議における答弁を禁止すべく内閣法制局長官を政府特別補佐人から排除すること等を規定した「国会審議の活性化のための国会法等の一部を改正する法律案」を国会に提出したこと³⁹⁾、さらには、民主党代表選挙の最中の2010年9月8日、小沢一郎前幹事長が内閣法制局の廃止を明言したこと⁴⁰⁾など

³⁷⁾ 衆議院憲法調査会『衆議院憲法調査会報告書』143頁、577頁（2005年）。本稿の関心からすると、津野が、執行府の憲法解釈について、「憲法解釈を確定するのは裁判所であるが、憲法に適合するように行政運営を行うためには、事前に政府として憲法解釈を行う必要がある」と述べ、その重要性を強調している点が注目される。同上参照。

³⁸⁾ 塚田哲之「改憲論と内閣法制局」法の科学38巻135頁（2007年）。文献は数多くあるが、とりわけ内閣法制局との関連で論じている近年のものとして、内野正幸「政府の憲法解釈と個別的自衛権」樋口陽一・森秀樹・高見勝利・辻村みよ子編著『国家と自由——憲法学の可能性』244頁（日本評論社、2004年）、中村明『戦後政治にゆれた憲法9条——内閣法制局の自信と強さ〔第3版〕』（西海出版、2009年）、浦田一郎「政府の憲法解釈とその変更——国会・内閣・内閣法制局」浦田一郎・只野雅人編著『議会の役割と憲法原理』125頁（信山社、2009年）のみを挙げるに留めておく。

³⁹⁾ 現時点（2010年9月30日）段階では閉会中審査となっている。なお同時に、政府参考人制度の廃止について定める、「衆議院規則の一部を改正する規則案」も提出された。原文は次のウェブサイトから入手することができる。<http://www.dpj.or.jp/news/?num=18181>

⁴⁰⁾ たとえば、日本経済新聞2010年9月9日を参照。ちなみに小沢一郎は、自由党時代の平成15年に、内閣法制局の廃止を目指して法案を提出したことがある。当該法案は小沢一郎ウェブサイトから閲覧することができる。<http://www.ozawa-ichiro.jp/>

を契機として、その役割に大きな注目が集まっているところである⁴¹。しかし、憲法9条といった特定の問題文脈から離れ、執行府の憲法解釈機関としての内閣法制局のあり方についての検討は、これまで十分になされてきたとは言い難いように思われる⁴²。

3. 比較対象としての OLC

この点で参考になると思われるのが、アメリカの政府機関で、「わが国の内閣法制局に相当する機関⁴³」である司法省法律顧問局 (Office of Legal Counsel for the United States department of Justice, OLC) をめぐる議論である。OLC の組織と職務についての詳細は後述 (II) するが、その主要な職務は内閣法制局とおおむね等しいといえる。OLC は、「合衆国においてあなたが聞いたことのない組織のなかで最も重要な組織⁴⁴」ともいわれる機関であるが、近年、その OLC が——極めて不名誉な形ではあるが——広く一般的な注目を集めた。それは、2004年6月、OLC がテロ容疑者の「拷問」を正当化する文書を作成していたということがワシントンポスト紙に報道された一件⁴⁵を契機としている。

この文書は、2002年に CIA (Central Intelligence Agency) の要請を受けたホワイトハウス法律顧問アルベルト・ゴンザレス (Alberto Gonzalez) からの依頼を受けた OLC が、当時の OLC 局長ジェイ・バイビー (Jay S. Bybee) の名前で作成した文書——実質的な執筆者は、当時の司法長官補代理 (Deputy

policy/11hoan02-2.htm

⁴¹ 代表的なものとして、青井未帆「内閣法制局長官の答弁排除の問題性」世界2010年1月号33頁、長谷部恭男「比較の中の内閣法制局」ジュリスト1403号2頁(2010年)等がある。

⁴² 内野・前掲註(4)92頁。そうした研究として、長谷部・前掲註(41)、間柴泰治「内閣法制局による憲法解釈小論」レファレンス685号75頁(2008年)等がある。

⁴³ 岡田順太「憲法の番人としての議会の可能性——アメリカ OLC 報告法案審議を題材として」白鷗法学17巻1号104頁(2010年)。

⁴⁴ Daniel Klaidman, Stuart Taylor Jr., Evan Thomas, *Palace Revolt*, NEWSWEEK, Feb. 2, 2006. ちなみに内閣法制局は、「知られざる最強力官庁」とも称されており(芹川洋一『憲法改革——21世紀日本の見取図』181頁(日本経済新聞社、2000年))、この点でも OLC との類似性が窺える。

⁴⁵ Dana Priest & R. Jeffrey Smith, *Memo Offered Justification for Use of Torture: Justice Dept Gave Advice in 2002*, WASH. POST, June 8, 2004.

Assistant Attorney General) で、現在はカリフォルニア大学バークレー校で教鞭を執るジョン・ユウ (John Yoo) ——であり、一般に、バイビーの名前をとって「バイビーメモ」又は「拷問メモ」と呼ばれている⁴⁶。その内容を要約していえば、①合衆国外での拷問行為を違法行為とする連邦法⁴⁷及び拷問等禁止条約がいうところの「拷問」を、極めて狭く定義する⁴⁸とともに、②仮に拷問に該当する場合であっても、それが大統領の合衆国軍最高司令官 (Commander in Chief) としての地位⁴⁹に由来する戦争権限に基づいてなされる行為を制限する場合には違憲である⁵⁰、③仮に違憲と判断されなかったとしても、緊急避難 (necessity) 又は正当防衛 (self-defense) により、それらの行為を行ったことで刑事責任は問われない⁵¹とする——ある論者の言葉を借りて言えば、「目に余るほどひどく、不注意では済まされない、困惑してしまうほどに極めて根拠薄弱⁵²」な——ものであった。

「拷問メモ」の存在をワシントンポスト紙がスクープした時、すでに「拷問

⁴⁶ Memorandum from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General, to Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, *Standards of Conduct for Interrogation Under 18 U.S.C. §§2340-2340A* (Aug. 1, 2002) [hereinafter *Bybee Memorandum*], available at http://www.humanrightsfirst.org/us_law/etn/gonzales/memos_dir/memo_20020801_JD_%20Gonz.pdf. なお同日、「より徹底した尋問技術 (Enhanced Interrogation Techniques)」——悪名高い水責め (waterboarding) など13の方法——を用いることは「拷問」に該当しないとす文書も作成されている。Memorandum from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General, to John Rizzo, Acting General Counsel of the Central Intelligence Agency, *Interrogation of Al Qaeda Operative* (Aug. 1, 2002), available at <http://www.justice.gov/olc/docs/memo-bybee2002.pdf>

⁴⁷ 18 U.S.C. § § 2340-2340A.

⁴⁸ 「臓器不全、身体機能の損傷、又は死に至るような重大な身体損傷を伴うもの」、及びそれらが原因で「長期間にわたる精神的障害」を患わせることを「明確に意図 (specifically intended)」して行った行為が「拷問」に該当し、これに至らない場合は、連邦法及び国際法がいうところの「拷問」に該当しないとの解釈を展開した。*Bybee Memorandum*, *supra* note 46, at 1-22. 同メモの言葉を借りれば、「極端な行為の場合のみ (only extreme acts)」拷問に該当するとしたのである。 *Id.* at 46.

⁴⁹ U.S. CONST. art. II, § 1, cl. 1.

⁵⁰ *Bybee Memorandum*, *supra* note 46, at 33-39.

⁵¹ *Id.* at 39-46.

⁵² Adam Liptak, *Legal Scholars Criticize Memos on Torture*, N.Y. TIMES, June, 25, 2004 (statement of Cass Sunstein).

メモ」作成当時の OLC 局長バイビーは辞任しており⁵³、激しい批判の対応にあたったのは、後任のジャック・ゴールドスミス (Jack Goldsmith) であった。就任後間もない時期で、まだ「拷問メモ」がリークされる前の2003年12月、「拷問メモ」等の存在を知ったゴールドスミスは、その法的な問題点を認識し、これを撤回しなければならないと判断したが、意見を撤回することによって生じる影響を考えて——同一政権期において、OLC が出した意見を撤回した例は存在していなかった——すぐに撤回せず、新たな解釈を示した意見を準備しようとしている間に報道がなされたようである⁵⁴。ゴールドスミスはその後すぐに辞任したため⁵⁵、「拷問メモ」に取って代わる新たな解釈を提示した意見の作成は、ゴールドスミスの後に OLC 局長代理を務めたダニエル・レヴィン (Daniel Levin) に引き継がれることになった。2004年12月、レヴィンは、「拷問メモ」を公式に撤回する意見を出す⁵⁶などして、その批判の応対に当たったのであるが、議論は今に至るまで収まっていない。たとえば近年でも、2009年6月に、司法省専門職倫理局⁵⁷ (Office of Professional Responsibility, OPR) が、「拷問メモ」を含む一連の文書を作成した OLC の法律家について、法曹倫理違反を理由に懲戒するよう勧告する報告書を提出するといった動きがある⁵⁸。これに対

⁵³ 現在バイビーは、第9巡回区連邦控訴裁判所の判事を務めるとともに、ネバダ大学ラスベガス校ロースクールにて、憲法等を教えている Senior Fellow である。http://law.unlv.edu/faculty/jay-Bybee.html

⁵⁴ このあたりの経緯については、ゴールドスミスの著書に詳しい。JACK GOLDSMITH, THE TERROR PRESIDENCY: LAW AND JUDGMENT INSIDE THE BUSH ADMINISTRATION, CH.5 (2007).

⁵⁵ 現在ゴールドスミスは、ハーバード大学ロースクールの教授として、外交・国防に関する法などを教えている。http://www.law.harvard.edu/faculty/directory/index.html?id=559.

⁵⁶ Memorandum from Daniel Levin, Acting Assistant Attorney General, to James B. Comey, Deputy Attorney General., *Legal Standards Applicable Under 18 U.S.C. §§2340-2340A* (Dec. 30, 2004), available at http://news.findlaw.com/hdocs/docs/terrorism/dojtoriture123004mem.pdf.

⁵⁷ ORA は、「司法省の法律家が、調査、訴訟又は法的アドバイスを行うという職務の執行に関係して不正行為 (misconduct) を行ったという主張を調査する責任」等を負う司法省の部局である。詳細については、http://www.justice.gov/opr/polandproc.htm.

⁵⁸ Office of Professional Responsibility, *Investigation into the Office of Legal Counsel's Memoranda Concerning Issues Relating to the Central Intelligence*

して司法次官局（Office of Deputy Attorney General）が OPR の勧告に反対する意見を出すなど⁵⁹、司法省内部でも意見の対立が見られ、政権交代がなされた現在に至っても、議論はまだ収束とは程遠い状況にあるといえる。

ともあれ、G.W. ブッシュ（George Walker Bush）政権のテロ対策を受け、アメリカでは、議会による執行府のチェック機能が低下したという認識のもと、「セカンド・ベスト」であるかもしれないが、執行権に対する司法権や立法権を通じた「外」からの抑制と均衡だけでなく、執行府の「内」におけるチェック機能に着目することの必要性が主張されている⁶⁰。そして、本来かかる役割を果たすべきと期待されていた OLC が、G.W. ブッシュ政権の行った一連のテロ対策を法的に正当化していたという事実が明るみに出たことをきっかけに、執行府の憲法解釈機関としての OLC のあるべき姿をめぐって活発な議論が展開されている状況にある。そこでの議論は、同じく執行府の憲法解釈機関である我が国の内閣法制局のあり方を考えるにあたっても、格好の素材を提供してくれるものだと思う⁶¹。

Agency's Use of "Enhanced Interrogation Techniques" on Suspected Terrorists (2009) [hereinafter *OPR Report*], available at <http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/OPRFinalReport090729.pdf>. 同報告書には、拷問メモ執筆過程とその後の経緯などが詳細に記されており、注目に値する。

⁵⁹ Memorandum from David Margolis, Associate Deputy Attorney General, to Eric Holder, Attorney General, *Memorandum of Decision Regarding the Objections to the Findings of Professional Misconduct in the Office of Professional Responsibility's Report of Investigation into the Office of Legal Counsel's Memoranda Concerning Issues Relating to the Central Intelligence Agency's Use of "Enhanced Interrogation Techniques" on Suspected Terrorists* (Jan. 5, 2010), available at <http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/DAGMargolisMemo100105.pdf>

⁶⁰ Neal Katyal, *Internal Separation of Powers: Checking Today's Most Dangerous Branch from Within*, 115 YALE L.J. 2314, 2319-2322 (2006); Dawn Johnsen, *Faithfully Executing the Laws: Internal Legal Constraints on Executive Power*, 54 UCLA L. REV. 1559, 1576 (2007). 前者の論文は、執行府による「政治主導」に対抗するものとして、執行府内の権力分立の担い手として官僚（bureaucracy）を想定している点で、政治任用職のあり様の違いを踏まえてもなお、政治主導が強調される我が国との対比という意味においても興味深い。この点については後述する。なお、G.W. ブッシュ政権の「テロとの戦争」において OLC が果たした役割については、横大道聡「アメリカの『テロとの戦争』と OLC の役割」法学論集45巻2号（2011年掲載予定）を参照願いたい。

⁶¹ なお、アメリカ以外に、これまであまり注目されてこなかったが、比較憲法的に見て

そこで本稿は、アメリカにおける OLC をめぐる議論を手がかりに、執行府の憲法解釈のあり方について考察することにした。まずⅡにおいて、日本ではほとんど馴染みのない機関と思われる OLC という組織と職務内容について概観する。Ⅲでは、昨今のアメリカにおける議論を参考にしながら、OLC の(憲)法解釈のあり方について、その実態を踏まえたうえで規範的観点からの検討を試みる。そしてⅣでは、我彼の制度的相違を踏まえつつも、Ⅱ、Ⅲを通じて得られた知見を参考にしながら、日本の内閣法制局のあり方についての展望を示すことにする。

Ⅱ OLC の組織と職務

OLC とは、司法省に設置された一部局であり、「大統領の法律家」である司法長官 (Attorney General) の法律家⁶²として、以下に見るようなさまざまな職務を行う要職である⁶³。まず OLC の組織と職務を見てみよう。

興味深い素材を提供していると思われるのが、法務長官 (法務大臣) が執行府内の憲法保障機能を果たしているカナダである。これについては、富井幸雄の詳細な研究がある (「憲法保障機関としてのカナダ法務長官——付随的違憲審査制の補充?」法学会雑誌46巻2号133頁 (2006年))。それによると、カナダでは法務長官のもと、法務省が政府提出法案について憲章適合性を含め、詳細な審査を行っており、「我が国の法制局とオーバーラップするところもあり、事実上の憲法審査機関となっている」(158頁)。それだけでなく、法務長官は「公益の番人」として、——カナダでも日本と同様に付随的違憲審査制を採用しつつも——公益を擁護するために憲法訴訟を提起することも可能となっている。これについては、内閣の閣僚でありながら、政府の行為の違憲性を追求できるのか、その職務の独立性はどうあるべきかについて、議論がなされているようである。また、私人間の民事訴訟において、制定法の合憲性が問題となっている場合に、法務大臣の訴訟参加ができるようになってきているという。いずれにせよ、「付随的違憲審査制を中心としながらも、我が国では事件性のない世界で官僚による違憲審査が実質的に行われ、憲法の公定的解釈が形成されている現実にとったとき、カナダのような法務長官制度と憲法保障の関係を考察していく視点は、無意味ではなからう」(193頁)。本稿は、この富井の指摘も踏まえて、アメリカの OLC についての考察を行おうとするものである。

⁶² DOUGLAS W. KMIEC, *THE ATTORNEY GENERAL'S LAWYER: INSIDE THE MEESE JUSTICE DEPARTMENT* (1992).

⁶³ Douglas W. Kmiec, *OLC's Opinion Writing Function: The Legal Adhesive for A Unitary Executive*, 15 *CARDOZO L. REV.* 337, 345-346 (1993). OLC について言及する邦語文献として、横大道聡「オバマと法学者——アメリカ政治のダイナミズム」法学

1. OLC の組織

(1) 歴史

OLC が独立した組織として設立される以前は、現在 OLC が行っている職務は、訟務長官 (Solicitor General) によって担われていた。1920年代後半から、訟務次官 (Deputy Solicitor General) が当該職務を担うようになったが、1933年、ニューディール期における法律の量的増大と、それに伴う執行府内での法解釈の不統一という問題に対処するため⁶⁴、訟務長官補局 (Office of Assistant Solicitor General) にその職務が移されることとなる。これが OLC の前身である。そして1950年、訟務長官補局が廃止されたのに伴い、執行府裁定部 (Executive Adjudications Divisions) に当該職務が移管される。そして1953年、執行府裁定部が OLC と改称され、現在に至っている⁶⁵。

(2) 構成

OLC の局長を務めるのは、OLC 担当の司法長官補 (Assistant Attorney General) である (以下、OLC 局長と呼ぶ)⁶⁶。司法長官補の職は、大統領による任命と上院による承認が必要な政治任用職——いわゆる PAS 官職 (Positions Subject to Presidential Appointment with Senate Confirmation) ——である⁶⁷。そのため、必ずしもそのポストが直ちに埋められるとは限らない。最近

セミナー663号30-31頁 (2010年)、岡田・前掲註 (43) 104-106頁、長谷部・前掲註 (41) 6-7頁等を参照。

⁶⁴ Bruce Ackerman, *Abolish the White House Counsel; and the Office of Legal Counsel, too, We're at it*, SLATE, Apl. 22, 2009.

⁶⁵ Frank M. Wozencraft, *OLC: The Unfamiliar Acronym*, 57 A.B.A. J. 33, 34 (1971); Pillard, *supra* note 7, at 710; Griffin B. Bell, *The Attorney General: The Federal Government's Lawyer and Chief Litigator, or One Among Many?*, 46 FORDHAM L. REV. 1049, 1064 (1978).

⁶⁶ 司法省には11人の司法長官補が置かれるが、そのうちの1名が OLC 担当となる。28 U.S.C. § 506.

⁶⁷ 28 U.S.C. § 506. *See also* COMMITTEE ON HOMELAND SECURITY AND GOVERNMENT AFFAIRS, UNITED STATES SENATE, UNITED STATES GOVERNMENT POLICY AND SUPPORTING POSITIONS (2008). アメリカの政治任用について詳細は、デイヴィッド・ルイス (稲継裕昭・浅尾久美子訳) 『大統領任命の政治学——政治任用の実態と行政への影響』(ミネルヴァ書房、2009年)、菅原和行「アメリカ政治任用制の過去と現在」久保文明編『オバマ大統領を支える高官たち』20頁 (日本評論社、2008年)、村松岐夫編『公務員制度改革』(学陽書房、2008年) 64頁 [稲継裕昭執筆] 等を参照。

では、ビル・クリントン（Bill Clinton）政権下で司法長官補代理および OLC 局長代理を務めた経験のあるインディアナ大学ロースクールの憲法学者ドーン・ジョンセン（Dawn Johnsen）が、バラク・オバマ（Barack Obama）大統領から OLC 局長に指名されながらも、共和党からの強い反対にあい、上院での承認を得られないまま指名を撤回されたという例がある。なお、後述するように OLC は、連邦法により司法長官に与えられた権限の一部を司法長官からの委任に基づいて行使する機関であるが、その職務の重要性に鑑み、OLC 局長の任命に際しては司法長官の意向よりもホワイトハウス側の意向が大きく働いているようである⁶⁸。

OLC 局長のもと、数名の司法長官補代理（Deputy Assistant Attorney General）が置かれ⁶⁹、そのうち1名が首席（principal）となり、OLC 局長のポストが空席の際に代理を務めることがある⁷⁰。その他に OLC では、20数名の法律家が Attorney Advisor（以下、AA と記す。）として勤務している⁷¹。AA になるためには、①法学博士号（J.D）を有していること、②合衆国内において、1つ以上の弁護士会（Bar）に所属していること、③法学博士号取得後、少なくとも1年以上、法の専門家としての活動に従事していること、④卓越した成績を収め、ロークラーク又はそれに類する経験を有し、憲法に通じており、傑出した法的調査能力と文書作成能力を有していることが望ましいという要件が課されている⁷²。その採用には、OLC 局長の意向が強く働くという。なお、AA

⁶⁸ John O. McGinnis, *Models of the Opinion Function of the Attorney General: A Normative, Descriptive, and Historical Prolegomenon*, 15 CARDOZO L. REV. 375, 421 (1993).

⁶⁹ 司法省のホームページの組織図によると、現在は5名の司法長官補代理が置かれることとなっているようである。http://www.justice.gov/jmd/mps/manual/orgcharts/olp.pdf.

⁷⁰ OLC 局長の代理は、Acting Assistant Attorney General と呼ばれる。ちなみに、上述したジャック・ゴールドスミス の OLC 局長就任以来、現在に至るまで局長人事は成功しておらず、約5年にわたって局長不在の状況にある。See *Justice Department's Office of Legal Counsel needs a chief -- and soon*, WASH. POST, Aug. 21, 2010. 2010年9月末日段階では、ジョナサン・ゴールドマン・セダーバウム（Jonathan Goldman Cedarbaum）が OLC 局長代理を務めている。セダーバウムの経歴については、http://www.justice.gov/olc/meet-olc.html.

⁷¹ 現在は24名である。http://www.justice.gov/olc/opportunities.htm.

⁷² *Id.*

はおおよそ2～3年程度で職を離れるようである⁷³。

法律家以外には、support staffとして、キャリア公務員 (career civil servants) が勤務している。また、OLC は毎年3～4名のロースクール生 (通常3年生) をインターンとして受け入れている⁷⁴。

(3) 位置づけ

OLC 局長経験者には、ウィリアム・レーンキスト (William H. Rehnquist) 元連邦最高裁長官やアントニン・スカリア (Antonin Scalia) 元連邦最高裁判事が、OLC 司法長官補代理の経験者には、サミュエル・アリート (Samuel A. Alito, Jr.) 元連邦最高裁判事らが名を連ねている。この錚々たる面々からもわかるように、OLC は卓越した法的能力を有する法律家から構成されており⁷⁵、現在のその職のprestigeは非常に高い。20～30人程度の法律家を中心に構成された小さな部局でありながら、その影響力は「組織の小ささと全く比例していないほど大きい⁷⁶」。そして、その影響力の大きさは、OLC が行う職務内容と深く関連している。

2. OLC の職務内容

1789年裁判所法 (Judiciary Act of 1789) により、司法長官には、①合衆国が関わる訴訟の指揮等に加え、②大統領及び大臣の求めに応じて、法的事項のアドバイスを与えるという義務が課された⁷⁷。司法長官の職務内容が大幅に

⁷³ McGinnis, *supra* note 68, at 425.

⁷⁴ 前掲註 (71) のウェブサイトを参照。

⁷⁵ その他、大学教授や著名な弁護士事務所に勤務する法律家にも、OLC 勤務経験者が数多くいる。この点については、*see, e.g., Douglas W. Kmiec, Book Review: Yoo's Labour's Lost: Jack Goldsmith's Nine-Month Saga in the Office of Legal Counsel*, 31 HARV. J.L. PUB. POL'Y 795, 796, n. 7 (2008)。また、後掲の註 (164) も参照。

⁷⁶ KMIEC, *supra* note 62, at 2.

⁷⁷ Judiciary Act of 1789, ch. 20, § 35, 1 Stat. 73, 93。司法長官及び司法省の歴史については、*see, e.g., LUTHER A. HUSTON, THE DEPARTMENT OF JUSTICE* (1967); Susan Low Bloch, *The Early Role of the Attorney General in Our Constitutional Scheme: In the Beginning there was Pragmatism*, 1989 DUKE L. J. 561, 566-590 (1989); Bell, *supra* note 65。邦語文献では、1789年裁判所法制定から司法長官の位置づけを詳細にたどるとともに、司法省設置をめぐる議論を詳細に検討している、北見宏介「政府の訴訟活動における機関利益と公共の利益 (一) (二) ——司法省による『合衆国の利益』の実現をめぐる」北大法学論集58巻6号59頁以下 (2008年)、59巻1号46頁以下 (2008

拡大した今日においても、この2つの義務がその職務の中心であり続けているが⁷⁸、OLCは、司法長官の委任を受け⁷⁹、主として後者の職務を中心に行う⁸⁰。もつとも、現在 OLC が果たしている役割はそれに尽きない。以下、OLC が行っている職務のうち、大統領等に法的アドバイスを与える事務（いわゆる意見事務）と、いわゆる審査事務について見てみることにしよう。

（1）意見事務——法的アドバイスの提供

まず意見事務から見てみよう。OLC は、司法長官の法的意見の起草をするとともに、OLC 自身の名義で書面による意見や口頭での法的アドバイスを、大統領、大統領法律顧問、他の執行機関、司法省職員の求めに応じて——OLC が法的アドバイスを最も提供しているのはホワイトハウス及びホワイトハウス関係機関、そして司法長官のようである⁸¹——提供する⁸²。法的アドバイスの対象となる事項は多岐にわたるが、特に OLC は、すべての憲法上の問題について執行機関に法的アドバイスを与える責任があるとされる⁸³。ここで留

年)を参照。

⁷⁸ See 28 U.S.C. 511-513, 516.

⁷⁹ 28 U.S.C. 510.

⁸⁰ 28 C.F.R. 0.25. 前者の職務を掌るのは、訟務長官 (Solicitor General) である。28 C.F.R. 0.20. 訟務長官は一般的に、政府がすでに行った行動の合憲性を「事後的」に裁判所で擁護しなければならない立場にあるため、展開しうる憲法解釈は限定的とならざるを得ない。他方、OLC は、原則として「事前」に政府の行動の合憲性を審査することが可能であるため、展開しうる憲法解釈は訟務長官に比べて広い。そしてこれこそが、OLC が「最も良い (best)」法の意味を純粋に探究することを可能とするとされる。Pillard, *supra* note 7, at 714-715, n. 121. 訟務長官については、北見宏介「政府の訴訟活動における機関利益と公共の利益 (四) (五) ——司法省による『合衆国の利益』の実現をめぐる」北大法学論集59巻4号81頁(2008年)、59巻6号59頁(2009年)において詳細な研究がなされている。

⁸¹ Johnsen, *supra* note 60, at 1577; Pillard, *supra* note 7, at 711.

⁸² 28 C.F.R. 0.25 (a). OLC のウェブサイト (<http://www.justice.gov/olc/index.html>) では、次のように述べられている。「司法長官の委任のもと、OLC を所掌する司法長官補は、大統領及びすべての執行府の機関に権威ある法的意見を提供する。OLC は司法長官の法的意見を起草するとともに、OLC 自身の書面による意見及び口頭でのアドバイスを、大統領法律顧問、執行府の機関、司法省内部の職員の要求に応じて提供する。かかる要求は、複雑で重要な法的問題を扱うもの、または2つ以上の機関間の対立に関するものが多い。さらに OLC は、すべての憲法上の問題について執行機関に法的アドバイスを与える責任とともに、ペンディング中の法案の合憲性について審査する責任を負う。……」。

⁸³ 同上。著名なものとしては、1957年のいわゆるリトル・ロック事件に際して、大統

意が必要なことは、①大統領等には OLC に法的アドバイスを求めなければならない法的義務が課されているわけではなく、あくまで「求めることができる」にすぎないという点⁸⁴、そして、②大統領及び司法長官は、OLC の法的アドバイスに従う法的義務がないという点である。これに対し、執行機関間の法的争いについては、1979年のジミー・カーター（Jimmy Carter）大統領の大統領命令（executive order）により、司法長官への付託が奨励されるとともに裁判手続を行う前に司法長官に付託すべきとされており⁸⁵、これにより、執行機関間の法的争いについては司法長官の意見——実際に執筆するのは OLC である——が拘束力を持つとされるようである⁸⁶。なお、OLC が法的アドバイスを提供することができるのは、執行府に対してのみであって、議会や司法、外国政府、私人等、執行府外の者に対する法的アドバイスは行っていない⁸⁷。

領は連邦軍を派遣することが憲法上可能であるとした司法長官の意見執筆（41 Op. Att'y Gen. 313 (Nov. 7, 1957)）、いわゆる戦争権限法（War Power Resolution）は、大統領が合衆国軍を海外に派遣する憲法上の権限を制約することはできないとした OLC 意見（4A Op. OLC. 185 (Feb. 12, 1980)）などがある。その他の例については、司法長官及び OLC の出した憲法解釈に関する意見のなかから重要なものを整理・所収した、H. JEFFERSON POWELL, *THE CONSTITUTION AND THE ATTORNEYS GENERAL* (1999) が便利である。また、See HUSTON, *supra* note 77, at 60; *Fall Meeting Dinner Honors Office of Legal Counsel*, ADMIN. & REG. L. NEWS, Winter 1998.

最近の例を挙げれば、オバマ大統領がノーベル平和賞を受賞することは、「俸給または信任を伴う合衆国の公職にある者は、合衆国議会の同意なく、国王、王侯または外国から、いかなる贈与、報酬、公職または称号も受けてはならない」とする憲法 1 条 9 節 8 項の規定（訳は高橋和之編『[[新版] 世界憲法集] 65頁〔土井真一訳〕（岩波書店、2007年）に依拠。以下も同様。）に違反するか否か等についての OLC の見解を述べた意見——OLC は、ノーベル平和賞は「国王、王侯または外国」から授与されるものではないので憲法に違反しないと判断——などがあり、興味深い。Memorandum from David J. Barron, Acting Assistant Attorney General, to Counsel to the President, *Applicability of the Emoluments Clause and the Foreign Gifts and Decorations Acts to the President's Receipt of Nobel Peace Prize* (Dec. 7, 2009), available at <http://www.justice.gov/olc/2009/emoluments-nobel-peace.pdf>.

⁸⁴ その反面、司法長官（そして司法長官により権限を委任された OLC）は、「法に関する問題について、大統領からの要求に応じて、自身の助言と意見を提供しなければならない」とされている。28 U.S.C. 511.

⁸⁵ Exec. Order No. 12,146, 3 C.F.R. 409, 411 (1979).

⁸⁶ William P. Barr, *Attorney General's Remarks, Benjamin N. Cardozo School of Law, November 15, 1992*, 15 CARDOZO L. REV. 31, 36 (1993).

⁸⁷ 司法長官及び OLC 局長の経験もあるウィリアム・バー（William P. Barr）は、「OLC 局長のとき、しばしば議員から法的アドバイスを求められたが、それを断っていた」

現在連邦最高裁判所判事であり、かつて OLC の司法長官補代理としての職務経験を持つアリートは、非公式に行われている OLC の法的アドバイスも重要であり見逃してはならないと指摘している。アリートによると、ロナルド・レーガン (Ronald Regan) 政権期の初代 OLC 局長であったセオドア・オルソン (Theodore B. Olson) がほぼ毎日のように大統領法律顧問と電話会談を行っていたように、ホワイトハウスと緊密に連絡を取り合い、様々なアドバイスを非公式に与えるということも多いようである。また、OLC は訴訟に関しても、非公式に見解を伝えることがあるという⁸⁸。

OLC は、司法長官が行う意見事務を、司法長官から「分離」して創設された機関ではないが、事実上はそのように機能している。すなわち、法的アドバイスの要請は、司法長官を通してではなく直接 OLC に持ち込まれるし、司法長官が OLC の意見に対して干渉することもほとんどない⁸⁹。そして OLC の法解釈は、大統領又は司法長官により覆されうるもの——法的拘束力は有さない——ではあるが、現実にはそうした事態が生じることはほとんどなく、行政機関内部では事実上、拘束力を持った解釈として機能しているとされる⁹⁰。

(2) 審査事務——法律案等の審査

OLC は法律案、命令等の審査にも関与している。まず、命令等の審査から見ていこう。

OLC には、「執行命令及び告示 (proclamations) の準備及び提案されたそれらに対して必要な修正を施すこと、大統領に送付される前に、その形式及び合法性について助言を与えること；大統領又は司法長官の承認が必要な規則 (regulations) 及び他の類似の事項について、同様の役割を果たすこと」が求

と述懐している。 *Id.* at 32.

⁸⁸ Samuel A. Alito, Jr., *Change in Continuity at the Office of Legal Counsel*, 15 CARDOZO L. REV. 507, 508-509 (1993).

⁸⁹ Kmiec, *supra* note 63, at 373. ジョン・マクギニス (John O. McGinnis) によると、司法長官の意見として出されることは稀であり、OLC 局長又は OLC の司法長官補代理の名前で法的アドバイスがなされることが一般的であるようである。McGinnis, *supra* note 68, at 426.

⁹⁰ Randolph D. Moss, *Executive Branch Legal Interpretation: A Perspective from the Office of Legal Counsel*, 52 ADMIN. L. REV. 1303, 1316 (2000).

められており⁹¹、形式面にとどまらず、実体的内容にまで踏み込んだ審査を行うこととされている。この権限もまた、司法長官から OLC に委任されたものである⁹²。OLC 局長経験者であるダグラス・クメック (Douglas W. Kmiec) によると、「すべての大統領の執行命令に対する『形式及び合法性』の審査ほど、OLC が大統領に対して直接的に発言できるものはない⁹³」。また、司法長官により発せられる命令についても、OLC が「形式及び合法性、並びに既存の命令との統一性」について審査を行っている⁹⁴。

次に法律案の審査である。まず、政府提出法案⁹⁵から見てみよう。1967年にホワイトハウスは OLC に対し、政府提出法案が議会に提案される前に、その法的な側面について審査する権限を与えた⁹⁶。この権限に基づき OLC は、事前に、とりわけ憲法上の問題について、法律案を審査しているという⁹⁷。その際には、他の政府機関との間で交渉も行われ、その結果、OLC の意見が変更されるようなこともあるようである⁹⁸。

さらに OLC は、登録法案⁹⁹ (enrolled bill) の合憲性も審査している。憲法上、登録法案に対して大統領がとりうる選択肢は 3 つある¹⁰⁰。第 1 に、登録法案を承認するときは、これに署名をして法律とすることができる。第 2 に、登録法

⁹¹ 28 C.F.R. 0.25 (b).

⁹² 28 C.F.R. 0.25 (b) - (d). Pillard, *supra* note 7, at 712, n.111.

⁹³ Kmiec, *supra* note 63, at 359.

⁹⁴ 28 C.F.R. 0.25 (d); 28 C.F.R. 0.182.

⁹⁵ 大統領は、法案提出権を正式には有していないが、憲法 2 条 3 節「大統領は、随時、合衆国議会に対して、国の状況に関する情報を提供し、必要かつ適当と判断する施策を審議するよう勧告する」という規定（いわゆる「勧告条項」）に基づき、一般教書や執行府書簡 (Executive Communication) を通じて、事実上、法案を上院又は議長に発議している。近年では、連邦議会に発議される法案の多くがこれであるという。See John V. Sullivan, *How our Law are Made* 4-5 (revised and Updated, 2007), available at http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=110_cong_documents&docid=f:hd049.110.pdf. また、阿部竹松『アメリカ憲法〔補訂版〕』188 頁以下（成文堂、2009年）も参照。

⁹⁶ Exec. Order No. 11,030, 3 C.F.R. 610 (1959-1963).

⁹⁷ Wozencraft, *supra* note 65, at 35.

⁹⁸ Mark Tushnet, *Non-Judicial Review*, 40 HARV. J. ON LEGIS. 453, 474-475 (2003).

⁹⁹ 登録法案 (enrolled bill) とは、上院および下院を通過し、大統領に送付されて署名を待っている段階の法律案のことである。See Sullivan, *supra* note 95, at 49-50.

¹⁰⁰ U.S. CONST. art. I, § 7, cl. 2.

案を承認しないときは、拒否の理由を付したうえで、これを発議した議院に送り返すことができる。拒否権の行使である。法律案を送り返された議院は、拒否理由の全体を議事録に記載し、その法律案の再議を行い、再議の結果、その議院が3分の2の多数がその法律案の通過を可決したときは、拒否理由とともにこれを他の議院に回付し、他の議院でも同様に再議を行い、その3分の2の多数をもって可決されたときは、その法律案は法律となる。第3に、送付を受けた法律案に署名をせず、拒否理由を付して発議した議院に送り返すこともせずに、放置することもできる。この場合、10日以内（日曜日を除く。）に署名しないときは、法律案は署名した場合と同様に法律となるが、連邦議会の休会により法律案を送り返すことができないときは法律とならない（いわゆる「ポケット拒否権（Pocket Veto）」）。そして、このいずれの選択肢を選ぶかについても、OLCがホワイトハウスや行政管理予算局（Office of Management and Budget, OMB）と協働して検討している。特に、立法府はしばしば執行権を制限するような、憲法上の疑義を含んだ立法を提案するため——典型的な例が、「議会拒否権¹⁰¹（legislative veto）」を規定した法案である。議会拒否権は、1983年のINS v.Chadha 連邦最高裁判決¹⁰²にて違憲と判断されたにも関わらず、その後も連邦議会は議会拒否権を認める法律を幾度となく提出している——、そうした法律案が不用意に成立してしまい、大統領の権限を縮小させてしまうことのないようにアドバイスを行ったり、場合によっては議会と法律案について検討を行ったりもする。この職務は、どの党派の政権の場合であれ、法の支配を守るためにOLCが最も明確に寄与する職務であるといわれる¹⁰³。

なお、明らかに憲法上の問題が存しているが、政治的に署名せざるを得ないような法律案——たとえば予算に関連する場合など——に直面した場合、署名声明（signing statement）という手法が用いられるのであるが¹⁰⁴、ここでもOLCが深

¹⁰¹ 議会拒否権（legislative veto）とは、執行府の規則や行為に対して、連邦議会在両院共同決議（concurrent resolution）や一院での単独決議（simple resolution）によって条件を付けたり、無効としたり、変更させたりする権限である。

¹⁰² *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983).

¹⁰³ Kmiec, *supra* note 63, at 340.

¹⁰⁴ 署名声明とは、カーティス・ブラッドリー（Curtis A. Bradley）とエリック・ポズナー（Eric A. Posner）によると、一般的に法案に署名する際に、その法に関する大統領

く関わっている。また、当該法案をよりよい内容のものにするために、議会の委員会や他の関連する部局と協働することもある。さらに OLC は、国際条約と国内法が抵触するか否かについての審査も行っており、国際条約と憲法の関係等について国務省からアドバイスを求められることもしばしばあるようである¹⁰⁵。

以上のように、OLC は、憲法解釈を含む法解釈に関して多岐にわたる業務をこなしている¹⁰⁶。このように OLC の役割が拡大してきたのは、①ホワイトハウス内の喧騒から離れたところにある中立的立場からの裁定者の必要性、②司法長官の役割に対する注目、③専門的見地から大統領と執行機関の法的問題にアプローチするというその職務の性質、④そして党派的制限から自由な立場に位置していることに存しているとされる¹⁰⁷。

3. OLC の意見作成過程

上述したように、実務上、OLC の法的意見は執行府の有権解釈として機能するため、それは明確かつ精確な内容で書かれ、かつ徹底的な調査に基づいた、十分に筋の通ったものでなければならない。それでは、どのような過程を

の見解として公式に記録される声明をいい、①「憲法解釈に関する署名声明」、②「法解釈に関する署名声明」、③「政治目的による署名声明」の3種類に分類することができる。Curtis A. Bradley & Eric A. Posner, *Presidential Signing Statements and Executive Power*, 23 CONST. COMMENTARY 307, 313-316 (2006). 署名声明の詳細については、横大道・前掲註(31)参照。OLC は、——「レトリックに過ぎない署名声明」については関与しないが——「憲法解釈に関する署名声明」等の原案の執筆も行っているようである。Kmiec, *supra* note 63, 345-346.

なお、アメリカでは近年、G.W. ブッシュ大統領により「乱発」された「憲法解釈に関する署名声明」の是非が大問題となった。具体的には、憲法上の問題をはらむものであると大統領が解釈した法律案に署名するに際して、①憲法適合的な解釈を採用するという声明、または②法的義務としてではなく勧告的なものとして扱うとする声明、③違憲であるが故に当該規定のみ執行しない旨を宣言するといった内容の署名声明を、G.W. ブッシュ大統領が歴代大統領のなかで突出して多く用いることで、憲法の意味を大統領にとって都合のいいように捻じ曲げているのではないか、という議論である。この点に関しては、横大道聡「政府の憲法解釈——アメリカにおける憲法実践から」比較憲法学研究第23巻(2011年掲載予定)を参照。

¹⁰⁵ Wozencraft, *supra* note 65, at 36.

¹⁰⁶ その他にも、入国管理不服審判所 (Board of Immigration Appeals) の審査について、司法長官に対してアドバイスを提供する (28 CFR 0.25 (f)) などの業務も行っている。

¹⁰⁷ Wozencraft, *supra* note 65, at 37.

経て、OLCの法的意見は作成されるのだろうか。ここでは、「OLCの法律家がOLCの公式意見を準備するに際して、指針として機能し、これからも機能することが期待される長年にわたって維持されてきた原理を再確認（——傍点は引用者）」するという目的で、「拷問メモ」発覚後の2005年5月16日に出されたOLCの「ベストプラクティス」に関するメモランダムと、政権交代後の2010年7月16日に出されたその改訂版¹⁰⁸を参考に、OLCの意見作成過程を見てみることにしよう。

（１）意見案の立案

まず、執行府の他機関から意見を求められた場合、当該事案を割り当てられた司法長官補代理及びAAは、OLCがアドバイスする問題として適切かどうか、そして非公式のアドバイスではなく公式のアドバイスを行うメリットがあるか否か等を検討するため、関連法令や過去のOLC意見、裁判所のリーディングケースなどを調査する。そして、その際には、① unnecessaryアドバイスを避けること、② OLCの公式意見は、複数の執行機関間で、明確な主題について対立が現在進行しており、当該問題が法的な対立に起因するものである場合に求められること、③ 合衆国が当事者として訴訟係属中の問題や、訴訟が差し迫っている問題についてはアドバイスを避けるべきこと、④ 過去の執行府の行動を評価するのではなく、将来生じる問題について意見がだされなければならないことが方針として示されている¹⁰⁹。

OLCは意見執筆に先立ち、意見を求めてきた機関に対し、かかる問題についての当該機関自身の分析を記した詳細なメモランダムを提出するよう要求し

¹⁰⁸ Memorandum from Steven G. Bradbury, Office of the Principal Deputy Assistant Attorney General, to attorneys of the office, *Re: Best Practices for OLC Opinions*, at 1 (May 16, 2005) [hereinafter *Best Practices*], available at <http://www.justice.gov/olc/best-practices-memo.pdf>, and Memorandum from David J. Barron, acting Assistant Attorney General, to attorneys of the office, *Re: Best Practices for OLC Legal Advice and Written Opinions*, at 1 (July, 16, 2010) [hereinafter *Updated Best Practices*], available at <http://www.justice.gov/olc/pdf/olc-legal-advice-opinions.pdf>. 改定された部分については、重要と思われる部分についてのみ、適宜脚注にて言及する。

¹⁰⁹ *Best Practice*, *supra* note 108, at 1-2; *Updated Best Practice*, *supra* note 108, at 2-3. なお、前者では1人の司法長官補代理及び1人のAAに割り当てられるされているが、後者では、1人「以上」という変更が見られる。

ている¹¹⁰。ただし、大統領及び大統領法律顧問、司法長官などから法的意見を求められた場合はこのメモランダム提出は要求されない¹¹¹。執行機関間の紛争の場合には、当事者である両機関にかかるメモランダムの提供を求めるとともに、両機関にそれぞれの見解を共有させるのが通常であるとされる。そして必要な場合には、守秘義務に反しない限りで、紛争当事者機関以外の機関の意見を求めることもある¹¹²。

関係機関から提出された文書、関連法令、過去の OLC 意見及び裁判所のリーディングケースを審査した後、当該問題を担当する司法長官補代理と AA は、問題の調査、アウトラインの準備、意見の第一稿のための行程表を作成するために会合を持ち、以降も、進捗状況を確認し、よりよい意見を作成するための定期的な会合、また、時宜に応じて OLC 局長との会合も持つべきとされる¹¹³。

調査を行うに当たっては次の点に留意するように求められている。①憲法上の問題が関係する場合、OLC の分析は、主として憲法のテキスト及び当該テキストについての原意を示す歴史的記録に焦点を当てなければならない、歴史的な理解に忠実でなければならないこと、②大統領や他の執行府職員の権限又は権力分立上の問題が関係する場合、過去の先例及び歴史的実践が重要であること、③法律や条約の解釈の場合、テキスト及びテキストを解釈するための伝統的な解釈方法に依拠して行うこと、④過去の司法長官および OLC の意見は極めて重要なので、これを十分に考慮するとともに適合するように努めること、⑤直接関係する争点について連邦最高裁判決及び連邦控訴審判決が存在している場合にはそれらを参照することの 5 つである¹¹⁴。

¹¹⁰ ピラードによると、この他にも OLC は伝統的に、意見請求につき、機関の長又は法律顧問経由で行うことを要求している。Pillard, *supra* note 7, at 711. なお、マクギニス は、自身が OLC 勤務時、他機関からの意見要求を、これを理由に拒否したことが最も多かったと述懐している。McGinnis, *supra* note 68, at 426, n. 196.

¹¹¹ なおマクギニスは、これに OMB を加えている。McGinnis, *supra* note 68, at 426.

¹¹² *Best Practices*, *supra* note 108, at 1-2; *Updated Best Practices*, *supra* note 108, at 3.

¹¹³ *Best Practice*, *supra* note 108, at 1-2; *Updated Best Practice*, *supra* note 108, at 3. 改訂版では、可能な限り、他の司法長官補代理との協議を行うことも推奨されている。

¹¹⁴ *Best Practice*, *supra* note 108, at 2-3; *Updated Best Practice*, *supra* note 108, at 2. 改訂版では、この部分が OLC の職務すべてに及ぶ基本原則の一つに格上げされるとともに、①の部分において、上記の視点に加え、「憲法の構造や目的、関連する条文についての裁判所および執行府による解釈の先例」に照らして憲法解釈がなされ

(2) 内部審査

こうして練られた意見案は、最終的な意見として出される前に、他の司法長官補代理による「二次審査(secondary review)」を受ける。このOLCの慣行は、「司法長官補代理2名による審査の原則 (two-deputy rule)」と呼ばれる¹¹⁵。そして、二次審査のコメントを受けた担当司法長官補代理は、当該意見案の最終審査のために、その原稿を、OLC 局長、他の司法長官補代理、関連する専門知識を有している OLC のメンバーに回覧する。原則として、この OLC 内部での審査が完了して後に意見案は OLC 外部にも共有されることになるが、時間的な関係で、最終的な審査が完了する前に、意見案を回覧することもあるようである¹¹⁶。

その後、一般に意見案は、審査とコメントを受けるために、司法長官局 (Office of Attorney General) と司法次官局 (Office of the Deputy Attorney General) に回覧される。大統領法律顧問局 (Office of the Counsel to the President) にもコピーが回覧される場合がある。そして多くの場合、意見を要求した機関にも、事実関係や当該機関が問題とした法的争点について誤りがないかどうかを確認してもらうために原稿を回覧する。その他の意見が必要な場合には、紛争当事者機関以外の機関にも回覧することもあるようである¹¹⁷。

以上の実質的手続が済んだ後、OLC のパラリーガルの職員から、引用の仕方など形式的なチェックを受ける。その後、最終意見として署名をする関係上、当該意見はボンド紙に印刷される。そこには、第1次審査を行った司法次官補代理と AA、第2次審査を行った司法次官補代理の署名がなされていなければならないとされる¹¹⁸。

(3) 意見の公表

OLC の法的意見は原則として公表されない。これは、① OLC の法的意見

なければならないとする記述が追加されている。

¹¹⁵ Pillard, *supra* note 7, at 716. 担当 AA は、二次審査のために必要な文書や意見等も合わせて提供する。

¹¹⁶ *Best Practices*, *supra* note 108, at 3; *Updated Best Practice*, *supra* note 108, at 4.

¹¹⁷ *Best Practice*, *supra* note 108, at 3; *Updated Best Practice*, *supra* note 108, at 2.

¹¹⁸ *Best Practice*, *supra* note 108, at 3; *Updated Best Practice*, *supra* note 108, at 4. ちなみにほとんどの場合、書面による意見には、当該意見は政策的観点からのものではなく、法的観点から執筆された旨の断り書き (disclaimer) が付されるという。Kmiec, *supra* note 75, at 798.

の多くは、執行府の上級公務員に対して機密での法的アドバイスを含むものであること、② OLC の法的意見の機密性を確保することは、熟議に基づく意思決定過程の確保、そして他の執行機関と OLC との間の信頼関係を保持するために必要であること、③場合によっては、公表することが法の執行を妨げることもありうることなどがその理由として挙げられる。そして、機密保持の利益は、大統領による憲法上賦与された権限の行使に関して提供される OLC 意見の場合により大きくなるとされる¹¹⁹。

他方、そうした場合に該当せず、公開することが執行府、議会、司法府、そして弁護士などの法律家や一般公衆の便宜のために必要な場合もある。かかる観点から OLC が公表を可と判断した場合には、意見を求めた機関の了承の得たうえで、機密を確保する利益を損なわせない範囲で公表されることになる¹²⁰。

公表の流れであるが、まず、意見に署名する段階において、当該意見執筆を担当した司法長官補代理は、これを公表することが適切かどうかを勧告する。その後、不定期又は定期的に、各意見を公表できるかどうかにつき、OLC の公表審査委員会 (Publication Review Committee) で審査する。公表審査委員会が、基準に照らして公表を可と判断した場合には、関係機関に対し、当該意見をすぐに公開することが適切か否か、遅らせるべきか、公表すべきでないかについて意見を求める¹²¹。特に重要な意見については、司法長官局及び大統領法律顧問にも意見を求める。意見を公表するという最終決定がなされた場合、当該意見は再チェックされるとともに、オンライン上の公開のために再フォーマットされ、司法省のウェブサイト¹²²に載せられる。その後、意見集というか

¹¹⁹ *Best Practice, supra note 108, at 4; Updated Best Practice, supra note 108, at 5-6.*

¹²⁰ Pillard, *supra note 7, at 713.* 1977年以降、OLC は「執行府、立法府、司法部の便宜のため、及び専門的弁護士、一般公衆の便宜のため」に、その意見のなかからセレクトされたものが公表されている。28 U.S.C. § 521.

¹²¹ それらの意見を考慮しつつ、最終的には委員会が公表するか否かを決定するとされる。*Best Practice, supra note 108, at 4; Updated Best Practice, supra note 108, at 5.* 他方、ピラードは、意見を求めてきた機関の了承が得られない場合、OLC は公表を了承するよう交渉するが、公開を強制することはできないと述べている。Pillard, *supra note 7, at 713, n. 113.*

¹²² <http://www.usdoj.gov/olc/opinions.htm>.

たちで出版される¹²³。

4. OLC の法律案審査過程

次に、OLC による法律案の合憲性審査の過程について、マーク・タシュネット (Mark V. Tushnet) の整理を参考に見てみることにしよう¹²⁴。

(1) 法律案の割当と審査

上述のように、OLC は、法律案の合憲性についての審査を行っている。通常、法律案が OLC による合憲性審査にかかる場合、1 名の司法長官補代理が責任者となる。責任者となった司法長官補代理は、専門性を考慮しつつも、手の空いている AA に当該法案を割り当て、協働して審査に当たるといふ。議会が会期中の場合、週で 1 人当たり 5～10 の法律案を扱うようであるが、時間的な制約もあり、委員会等で法律案の修正がなされる度に修正点についてチェックすることはできないようである¹²⁵。

多くの場合、法律案に憲法上の問題はないとして何のコメントもつけないようであるが、当該法律案が、文面上、憲法上の懸念を抱えていたり、適用上、違憲な仕方でも適用されるおそれがあったりする場合には、担当の AA がかかる問題箇所を明示したコメントを執筆する。そして、担当の AA が当該法律案に対して作成したコメントや意見を、司法次官補代理が確認し、承認する¹²⁶。

OLC によって法律案に付された憲法的観点からの意見は、裁判所の判断に依拠しつつ、合憲性の程度について「ラベル付け」がなされるといふ。すな

¹²³ *Best Practice*, *supra* note 108, at 4; *Updated Best Practice*, *supra* note 108, at 5-6. 改訂版では、OLC 意見を公開し、透明性とアカウンタビリティを確保することの重要性を強調する部分、そして未公表の OLC 意見も情報自由法 (Freedom of Information Act) の対象になるのであり、国の安全に関する情報だからといって直ちに非公開とするのではなく、公表可能かどうかを検討すべきであるとする新たな部分が付け加えられている。

¹²⁴ Tushnet, *supra* note 98; MARK TUSHNET, WEAK COURT, STRONG RIGHTS: JUDICIAL REVIEW AND SOCIAL WELFARE RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW, 129-139 (2007). なお、OLC の職務過程についての詳細な研究が不足していることについて、タシュネットは、OLC の職員が、この過程は法律家としての守秘義務の範疇であると考えているためではないかと述べている。TUSHNET, at 129-130, n. 71.

¹²⁵ *Id.* at 469-470.

¹²⁶ *Id.* at 468-470; Pillard, *supra* note 7, at 711-712.

わち、「合理的な」裁判官であれば、当該法律案が法律として成立したとしても違憲であると判断しないと思われるような、憲法上の問題が最も少ない場合には「訴訟のリスク (litigation risk)」というラベルが付される。次に、憲法上の問題が強い場合には、その程度に応じて、「憲法上の懸念 (constitutional concerns)」、「強い憲法上の懸念 (serious constitutional concerns)」というラベルが付される。この場合には、OLC は裁判所の判断から独立して OLC としての意見を提示するようである。最後に、法律として制定された場合、間違いなく違憲であると思われるような法律案については、大統領に対して拒否権の行使を勧めるが、上述のように政治的理由のために現実的に拒否権が行使できない場合には、署名声明を発出するよう勧めたりするようである。

タシュネットによると、このようなラベル付けは、将来の訴訟リスクとその結論を予期するものであると同時に、法律案の文言や内容について議会側と交渉するための道具としても用いられるという。すなわち、OLC は、司法省の立法担当局 (Office of Legislative Affairs, OLA) を通じて、又はホワイトハウスの許可のもとで直接に議会スタッフと面会し、法律案の目的を損なわずに訴訟のリスクを減らすような修正を提案したりする。ここでは、憲法上の懸念が大きければ大きいほど、大統領が拒否権を行使する可能性が高いため、OLC の交渉力が増大することになる¹²⁷。

(2) 意見の送付

その後、OLC からの意見は、対議会との関係の事務を担当する司法省の OLA に送付される。OLA は、OLC から受け取ったコメント、そして当該法律案の関連のある司法省の他部局から寄せられた政策的観点からのコメントを整理し、OMB に書面で送付する。OMB は、関係省庁すべてから寄せられた当該法律案に対するコメントをまとめ、OMB からの文書 (letter) というかたちで、議会の関係委員会に送付する¹²⁸。もともと、憲法上の著しい問題を抱えている法律案の場合には、直接 OLC が文書というかたちで当該問題点を議会に伝達するように、OMB から OLA 経由で指示が来る場合もあるという¹²⁹。

¹²⁷ Tushnet, *supra* note 124, at 471-472.

¹²⁸ *Id.* at 470-471. ; Pillard, *supra* note 7, at 712.

¹²⁹ Kmiec, *supra* note 63, at 338-339.

クメックによると、直接 OLC が法律案に対する憲法的観点からの意見を議会に伝達するのではなく、OLA を経由する理由は、単純に、議会との関係に関わる司法省の見解を執行府に伝える窓口を一元化するためである。OMB が関与するのも同様に、執行府と議会との折衝の窓口を一元化するためである。クメックは、このような「官僚的プロセス」を経ることのメリットとして、OLC を政治的対立から引き離し、公正無私な立場からの法的アドバイスの提供を可能とすることを挙げている¹³⁰。もっとも、実際のところは、OMB が OLC による憲法的観点からの意見をそのまま受け入れずに、政府の政策的目的達成のための取引材料とする場合もあるようである¹³¹。タシュネットも、OMB はしばしば OLC の憲法的観点からのコメントを文書からオミットしていると指摘している¹³²。

Ⅲ OLC の法解釈のあり方

以上のように OLC は、執行機関の一部局として、意見事務、審査事務等を通じて、大統領や執行機関に法的アドバイスを提供するという極めて重要な職務を担っている。OLC の構成員たる法律家たちは、公務員として職務に従事するのであるが、他方で彼（女）らはまた、法律の専門家として法に服さなければならないという側面もある¹³³。OLC の解釈のあり方をめぐる議論は、このような二面性——執行府の一機関であるという側面と、法律の専門家集団であるという側面——のどちらを重視するのかに深く関連している。

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ *Id.* at 339.

¹³² Tushnet, *supra* note 98, at 470-471.

¹³³ この両側面の対立という視座から、歴代の司法長官について概観したものとして、NANCY V. BAKER, *CONFLICTING LOYALTIES; LAW & POLITICS IN THE ATTORNEY GENERAL'S OFFICE 1789-1990* (1992). See also Nancy V. Baker, *The Attorney General as A Legal Policy-Maker: Conflicting Loyalties*, in *GOVERNMENT LAWYERS; THE FEDERAL LEGAL BUREAUCRACY AND PRESIDENTIAL POLITICS*, 31 (Cornell W. Clayton ed. 1995); HAROLD H. BRUFF, *BAD ADVICE: BUSH'S LAWYERS IN THE WAR ON TERROR*, 7-60 (2009).

1. 2つのモデル

この点について学説上では、上述した OLC の二面性に対応するかたちで、OLC のあるべき解釈について2つの理念的なモデルを設定し、それを対比させて論じるのが一般的である¹³⁴。ここでもそれに倣い、2つのモデルについて見てみることにしよう。

(1) 準司法モデル

まず第1のモデルが、「準司法モデル (quasi-judicial model)」や「中立解釈者モデル (neutral expositor model)」と呼ばれるモデルである。この立場は、OLC は法の「ありうる (passable)」解釈を探るのではなく、「最も良い (best)」解釈を探る裁判官のように法解釈をすべきであるとする¹³⁵。換言すれば、法解釈の領域に政治的・政策的考慮を持ち込まず、客観的に法の意味を探求すべきであるとする立場である¹³⁶。このモデルの源流は、合衆国初代大統領であるジョージ・ワシントン (George Washington) が、初代の司法長官エドモンド・ラン

¹³⁴ ちなみにマクギニスとは、①連邦最高裁判所の解釈に拘束されるべきとする「裁判所中心モデル (court-centered model)」、②必ずしも連邦最高裁判所の法解釈に拘束されず、大統領としての賢慮に基づく独立した法解釈も認められるとする「独立モデル (independent authority model)」、③大統領が置かれた状況や政治的見解を支持するような法解釈をすべきであるとする「状況モデル (situational model)」という3つのモデルを立てている。McGinnis, *supra* note 68, at 377, 380-381.

¹³⁵ リアリズム法学や批判法学 (Critical Legal Studies) からの指摘を待つまでもなく、この「司法」理解が現実の司法をそのまま反映しているとは言い難い。近年でも、憲法解釈における連邦最高裁判所の政治性を、「記述レベル」で論証する研究が盛んに見られる。See, e.g., LUCAS A. POWE, JR., *THE WARREN COURT AND AMERICAN POLITICS* (2000); MICHAEL J. KLARMAN, *FROM JIM CROW TO CIVIL RIGHT* (2004). 邦語文献では、山本龍彦・大林啓吾「司法審査論の新天地平 (一) (二) ——法原理機関説へのレクイエム?」桐蔭法学12巻1号91頁 (2005年)、13巻1号1頁 (2006年)、金澤孝「憲法理論の新局面——反多数派支配という難点 (Countermajoritarian Difficulty) からの解放に向けて」法律時報79巻4号83頁 (2007年)、見平典「司法積極主義の政治的構築——アメリカ連邦最高裁判所の積極主義の背景 (一) (二) (三・完)」法学論叢163巻2号124頁、4巻131頁、5巻149頁 (2008年)、同「『司法積極主義の政治的構築』とアメリカの司法発展——アメリカ憲法秩序形成の動態的把握に向けて (一) (二・完)」法学論叢165巻1号38頁、3号83頁 (2009年) 等を参照。このため、「準司法モデル」という名称はミスリーディングであることは否めないのであるが、このことを自覚しつつ、本稿では、後述するアドボケートモデルとの対比、そして、「準」司法モデルと「司法モデル」との対比を際立たせるために——「中立解釈者」という用法は「司法モデル」に近いニュアンスが含まれる——、準司法モデルという用語を用いることにしたい。

¹³⁶ Moss, *supra* note 90, at 1305-1306.

ドルフ (Edmund Randolph) に対して、「政治的助言者」ではなく、「中立的な法解釈者」たることを求めたという逸話にまで遡ることができるが¹³⁷、より直接的に準司法モデルの立場を鮮明にしたのは、1854年、当時の司法長官ケレブ・クッシング (Caleb Cushing) の出した意見にあるとされる。すなわち、

上述した義務のうち2つ目の義務（意見事務のこと——引用者）を果たす場合、司法長官の行動は準司法的 (quasi judicial) である。司法長官の意見が事実上最終的かつ決定的となる多くの事例において、それは公式に何が法かを示すものとなる。……それゆえ、多かれ少なかれ、法的な鋭敏さ、学識、経験を備えた代々の司法長官の意見は、裁判所の裁判官の決定と同じ程度とはいえなくとも、同じ種類の権威を備えた法的な先例又は註解の体系を構成するのである。……司法長官は、顧客としての政府に対してアドバイスを提供する弁護士¹³⁸ではなく、良心及び法的義務という荘厳な責任のもと、裁判官のように行動する公務員なのである¹³⁸。

それではなぜ、司法長官——そして司法長官により権限を委任された OLC——は、準司法的に（憲）法解釈をすべきなのだろうか。その理由として、OLC 局長の経験もあるランドルフ・モス (Randolph Moss) は以下の3つを挙げている。

第1に、連邦法上司法長官に与えられた権限からの類推、すなわち、議会は明示的に司法長官に対して客観的・準司法的に法的アドバイスを提供する義務を課しているわけではないが、黙示的にこれを要求していることである。モスによると、「司法長官」という名前自体、イギリス法における司法長官制度を意識し想定していることは明らかであり¹³⁹、イギリスの司法長官の職務の一つが、まさに客観的、中立的、準司法的に、時の政府に法的アドバイスを提供す

¹³⁷ *Id.* at 1308. Griffin B. Bell, *Office of Attorney General's Client Relationship*, 36 BUS. LAW. 791, 791 (1981).

¹³⁸ 6 Op. Att'y Gen. 326 (1854) (emphasis added). もっとも、ナンシー・ベイカー (Nancy V. Baker) は、クッシングを「19世紀のアドボケートモデルを体現した」司法長官であったと評している。Baker, *supra* note 133, at 71-77.

¹³⁹ CORNELL W. CLAYTON, *THE POLITICS OF JUSTICE; THE ATTORNEY GENERAL AND MAKING OF LEGAL POLICY*, 16 (1992).

ることとされている¹⁴⁰。また、法に関する問題について「意見 (opinion)」を与えるとされていることも重要である。なぜならば、「意見」という語は、単にもっともらしい理由を提示することを意味するのではなく、ある程度の客観性が含意された言葉だからである¹⁴¹。1870年の司法省設置に関する議会での議論もこの理解を支持するものであるという¹⁴²。

第2に、OLCの法的アドバイスは、その中立性及び論理によってのみ評価されるということが挙げられる。他権や他機関がOLCの解釈を尊重するのは、その説得力の所以であって、OLCの解釈が党派的であったり不公平であったりする場合、執行府の他機関や他権が、そのアドバイスに従うインセンティブが失われる。OLCの顧客の側から見ても、このことは妥当する。なぜならば、自身にとって都合のいい法的アドバイスに従って行動したとしても、後にその行動に批判が集まった場合、そうしたアドバイスを引き合いに出すことで自身の行動を説得的に正当化することが困難となるためである¹⁴³。

第3に、最も重要なものとして、それが憲法上の要求であるということが挙げられる。大統領は就任の際に、「合衆国憲法を維持し、保護し、擁護する」という宣誓を行うことが要求される¹⁴⁴。また、「……大統領は、法律が忠

¹⁴⁰ イギリスの司法長官については、*Id.* at 11-14. 邦語文献では、富井・前掲註 (61) 138-140頁、北見 (一)・前掲註 (77) 58-59頁等を参照。

¹⁴¹ Moss, *supra* note 90, at 1309-1311. デビッド・ルバン (David Luban) も、「準備書面 (brief)」とは異なり、「法的意見 (opinion)」である以上、それは可能な限り客観的であること、関連する法的文書を公平に扱うこと、法解釈共同体に受容されるものであることが必要であると論じている。DAVID LUBAN, *LEGAL ETHICS AND HUMAN DIGNITY*, 197-202 (2007).

¹⁴² Moss, *supra* note 90, at 1309-1311. 司法長官に与えられた法律上の職務は法に関する事項 (matter of law) について法的な観点からアドバイスを提供することであって、特定の政策的決定を支持 (advocacy) することではないということを、「準司法モデル」を採用すべき根拠として挙げているものとして、*see Michelle Querijero, Note, Without Lawyer: An Ethical View of the Torture Memos*, 23 *Geo. J. Legal Ethics* 241, 264-265 (2010). とりわけウォーターゲート事件以降、大統領が指名した司法長官や OLC 局長を議会が承認するに際し、大統領から独立した法的判断を行うよう確約を取ろうとしているという事実からも、この理解が現在も「議会意思」であるといえるのではないと思われる。See BRUFF, *supra* note 133, at 70-71.

¹⁴³ Moss, *supra* note 90, at 1311-1312.

¹⁴⁴ U.S. CONST. art. II, § 1, cl. 8. (いわゆる「宣誓条項」)。なお、この宣誓条項を大統領の憲法解釈権限の淵源とみる見解については、大林啓吾「大統領の憲法解釈権の淵源

実に執行されることに留意」するという義務も憲法で定められている¹⁴⁵。そして、憲法は明示していないが、裁判所が司法権を行使するに際して「付随的に (ancillary to)」法解釈を行うのと同様に、大統領も憲法2条が大統領に付与している権限——とりわけ法の執行——を行使するに際して、「付随的に」法解釈を行うことが含意されているという憲法構造からも、大統領の憲法解釈権限を導き出すことができる。このように、大統領には「誠実に法を執行する」義務が課されており、その義務の履行のため、法を憲法に照らして解釈する必要性があるとすれば、それに必要な法的アドバイスを提供する者——彼（女）らもまた憲法尊重擁護義務を負う¹⁴⁶——も、「最も良い」法解釈に基づいたアドバイスをしなければならないはずである、とするのである¹⁴⁷。

（２）アドボケートモデル

準司法モデルと対立する解釈モデルが、「アドボケートモデル (advocate model)」である。アドボケートモデルは、大統領と、大統領に法的アドバイスを与える者——司法長官や OLC、ホワイトハウス法律顧問など——との関係を、弁護士と依頼人との関係に類するものとして把握する。ここでは、その代表的論者であり、OLC の AA 職経験者でもあるネルソン・ランド (Nelson Lund) の見解を見てみよう。

ランドは、OLC の役割を「準司法的」に捉え、顧客である大統領の利害から独立して客観的立場から法的アドバイスを提供することが、大統領の意向に沿って「弁護士」のように法的アドバイスを提供する場合と比べて、法の支配に仕えることになるかどうかは明確ではないという。それはランドが、OLC が顧客の意向に従わなくともよいとした場合、そのことが帰結するのは、OLC が純粋に法の意味を探る「準司法」的役割を果たすために行動するというよりは、OLC 自身の組織利益の追求のために行動することになるのではないかと考えられるためである¹⁴⁸。

——憲法の宣誓条項の意味」社会情報論叢 (十文字学園女子大学) 13号99頁 (2009年) を参照。

¹⁴⁵ U.S. CONST. art. II, § 3. (いわゆる「誠実執行条項」)。

¹⁴⁶ U.S. CONST. art. VI, § 3; 5 U.S.C. § 3331.

¹⁴⁷ Moss, *supra* note 90, at 1312-1316.

¹⁴⁸ Nelson Lund, *Rational Choice at the Office of Legal Counsel*, 15 CARDOZO L. REV.

典型的な弁護士と顧客との関係を見た場合、顧客は、自分が行おうと考えている行動が法的にどのように評価されるのか、訴訟のリスクの程度、訴訟になった際の勝訴可能性等について弁護士にアドバイスを求める。弁護士は、法的観点から、顧客の望む行動を可能とするような方法を模索し、そのメリットとデメリットを提示し、顧客の利益を最大化させるようなアドバイスを提供する。そのアドバイスを受けた顧客は、弁護士のアドバイスの通りに行動する義務はなく、最終的には自身の判断と責任のもとで意思決定を行う¹⁴⁹。

大統領には、そもそも法的アドバイスを法律家に求めなければならない義務があるわけではなく、アドバイスを求めるか否か、アドバイスに従うか否かも含めて、大統領自身の判断と責任のもとで意思決定を行う。そうだとすれば、私人と同様、自身が望む行動を正当化してくれるような法的アドバイスを法律家に求めることも認められるべきではないか——法律上も、そうした性質のアドバイスを求めることを禁止しているわけではない——。確かに大統領には、私人と異なる法的義務が課されているが、それはあくまで大統領に課された義務なのであって、大統領にアドバイスを与える者に課された義務ではない。したがって、大統領に法的アドバイスを提供する OLC は、弁護士と顧客との関係のように、大統領の望む行動を正当化するような法的理論を案出して提供するとともに、そのメリットとデメリットを提示することを、その職務とすべきであるとするのである¹⁵⁰。

2. モデルの選択

以上、OLC の法解釈のあり方について、2つのモデルを見た。それでは、どちらのモデルが OLC のあるべき姿として望ましいといえるだろうか。

(1) アドボケートモデルの陥穽

この点、私見では、OLC の法的アドバイに従うか否かについて最終的決定権が大統領にあるということが、司法長官や OLC の役割をアドボケートモデルで捉えることを正当化するとは思えない。なぜならば、現実問題として、

437, 447-448 (1993).

¹⁴⁹ *Id.* at 448-449.

¹⁵⁰ *Id.* at 449-451.

大統領や他機関が OLC に意見を求めたにもかかわらず、その意見を無視するということは極めて稀であるためである¹⁵¹。確かに、最終的な決断を下すのは大統領であるとしても、OLC の法的アドバイスを遵守しているという現実を前提とする限り——だからこそ、「拷問メモ」に見られるように、ホワイトハウス側は、自身の行動を正当化するような OLC の法的アドバイスに固執していたといえる¹⁵²——、アドボケートモデルで OLC の役割を捉えることは、規範論として妥当ではないように思われる。

また、プライベートな法律家が顧客の望む通りの法的アドバイスを行うというアドボケートモデルの想定自体にも疑義が呈されている。すなわち、その前提的理解が、そもそも法曹倫理に反しているという批判である。各州は、州法、州規則、地方の連邦裁判所規則により、法律家にさまざまな義務を課しているが、政府に勤務する法律家の場合、連邦法上、勤務地である州の法律家が服する義務と同じ義務に服するとされている¹⁵³。ここでは、OLC の勤務地たるワシントン D.C. の規則を見てみよう。

ここで注目されるのは、D.C. の規則において、「アドボケート (legal advocate)」として行動する場合と「助言者 (legal advisor)」として行動する場合とが区別され、異なった倫理規則が適用されるという点である。前者の典型として想定されているのは、刑事事件における被告人の弁護であり、その場合、不面目な (frivolous) 法的議論でない限り、自身の観点から見て「最も良い」法の意味を探索する必要はなく、顧客の利益となる法的議論を展開することが求められるとする¹⁵⁴。他方、助言者として行動する場合、「クライアントを代表するに

¹⁵¹ Moss, *supra* note 90, at 1318-1321. See also Johnsen, *supra* note 60, at 1577, 1588; GOLDSMITH, *supra* note 54, at 79-80; LUBAN, *supra* note 141, at 203.

¹⁵² GOLDSMITH, *supra* note 54, at 79-80.

¹⁵³ 28 U.S.C. § 530B. もっとも、同規定を執行するために規定された 28 C.F.R. § 77.4(c) (1) では、係争中ではない (no case pending) 場合、当該法律家が弁護士資格をとった州の法曹倫理規定に従う旨定められている。しかし、多くの州では、それが係争中の事案と関係するものではない場合には、その弁護士が活動している州の規則に従う旨を定める場合が多いようである (たとえばペンシルヴァニア州など)。それ故、本稿では、ワシントン D.C. の規則について見ていくことにする。

¹⁵⁴ DISTRICT OF COLUMBIA RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT, 3.1 (revised effective February 1, 2007) [hereinafter *D.C. Rule*], available at http://www.dcb.org/new_rules/rules.cfm.

際しては、法律家は、専門家として独立した判断を行うとともに誠実な助言を提供しなければならない。助言を提供するに際しては、法のみではなく、クライアントの置かれた状況に関連しうる道徳、経済、社会又は政治的要因といった法以外の考慮要因にも言及すべきである（——傍点は引用者）」とされる¹⁵⁵。そして、OLC の行っている職務は後者であるといえるだろう。そうだとすると、OLC の法律家は、後者の法曹倫理に服することになるのであり、アドボケートモデルに基づいてなされる法的アドバイスの提供は、「誠実な助言」とはいえず、それ故に法曹倫理に違反するものである、と論じられているのである¹⁵⁶。

近年、130名余りの法律家が署名した、「G.W. ブッシュ政権の拷問メモに対する法律家の宣言¹⁵⁷」における批判の根拠もこの点に存している。すなわち同

¹⁵⁵ *D.C. Rule 2.1*. 関連して、*see D.C. Rule 1.1(a), (b)*. なお、全米法曹協会（American Bar Association, ABA）の出しているモデル弁護士行動規範（model rules of professional conduct）の規則2.1は、D.C. 規則2.1と全く同じ規定である。ABA, MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT, 2.1, available at http://www.abanet.org/cpr/mrpc/mrpc_toc.html. ハロルド・ブルフ（Harold H. Bruff）によると、各州の規則はこのモデル弁護士行動規範に従って作られているという。BRUFF, *supra* note 133, at 72.

¹⁵⁶ 「拷問メモ」と OLC の問題を法曹倫理の観点から論じるものとして、*see, e.g., OPR Report, supra* note 58, at 18-25; Kathleen Clark, *Ethical Issues Raised by the OLC Torture Memorandum*, 1 J. NAT'L SEC. L. & POL'Y 455, 463-469 (2005); George C. Harris, *The Rule of Law and the War on Terror: The Professional Responsibilities of Executive Branch Lawyers in the Wake of 9/11*, 1 J. NAT'L SEC. L. & POL'Y 409 (2005); Marisa Lopez, Note, *Professional Responsibility: Tortured Independence in the Office of Legal Counsel*, 57 FLA. L. REV. 685, 707-712 (2005); LUBAN, *supra* note 141, at 162-205; Tung Yin, *Great Minds Think Alike: The "Torture Memo", Office of Legal Counsel, and Sharing the Boss's Mindset*, 45 WILLAMETTE L. REV. 473 (2009); Steven Giballa, Current Development, *Saving the Law from the Office of Legal Counsel*, 22 GEO. J. LEGAL ETHICS, 845 (2009); Note, *supra* note 142, at 249-256.

¹⁵⁷ *Lawyer's Statement on Bush Administration's Torture Memos*, 2 (Aug. 4, 2004), available at <http://www.sfcityattorney.org/Modules/ShowDocument.aspx?documentid=507>. 署名した法律家の中には、ブルース・アッカーマン、ジャック・バルキン（Jack M. Balkin）、デビッド・コール（David Cole）、パメラ・カーラン（Pamela Karlan）、マーサ・ミノウ（Martha L. Minow）、ローレンス・トライブ（Lawrence Tribe）といった、日本の憲法学者にも馴染みのある面々が名を連ねている。*Id.* at 3-4.

宣言は、法律家は顧客に法的アドバイスを提供するという義務と同時に、法を尊重する義務も負うのであって、これは政府の法律家にも当てはまるとする。そのうえで宣言は、「彼らの究極的なクライアントは、大統領でも CIA でも、その他の政府機関でもなく、合衆国市民である。すべての合衆国市民を代表する政府の法律家は、憲法及び法の支配に従わなければならないのである」と述べ、「拷問メモ」についての事実の詳細についての徹底的究明を求めているのである。これら批判を踏まえるのならば、顧客の望む通りのアドバイスを提供するというアドボケートモデルは、そもそもアメリカにおいて想定される法律家の「あるべき姿」と一致しない可能性が高く、法曹倫理に違反するといえるのではないかと思われる。

さらに、OLCによる法的アドバイスを弁護士—顧客の関係で把握することは、あまりに単純すぎるという側面もある。上述したように、OLCの解釈は現実に執行府を拘束するものとして機能しているため、仮にOLCのアドバイスに依拠してなんらかの行動を行った場合、その行為は事実上、訴追されないということの意味する¹⁵⁸。これは、弁護士の法的アドバイスに基づいて行動した場合と明確に異なる。このようなOLCの法的アドバイスが有する訴追からの免除という絶大な影響力を踏まえるのならば、そのあるべき姿として、アドボケートモデルを想定することには問題がある¹⁵⁹。

そもそも、憲法は大統領に対し、法——憲法もここでいう法に含まれる——の「誠実な執行」を要請しているのであり¹⁶⁰、その手助けをするのがOLCの役割であるはずである。憲法上疑いのある政策の遂行を正当化するためのもっともらしい憲法論を提供するのがOLCの仕事だとすれば、それは、法の「誠

¹⁵⁸ See Note, *The Immunity-Conferring Power of the Office of Legal Counsel*, 121 HARV. L. REV. 2086 (2008). ゴールドスミスは、このOLCの権限を、「get-out-of-jail-free-cards」を配布する権限であると表現しているが、言い得て妙である。GOLDSMITH, *supra* note 54, at 96-97, 162. なお、2009年4月16日、オバマ大統領は、司法省やOLCのアドバイスに従い誠実に (good faith) 行動した者については訴追をしないとの声明を出している。Statement of President Barack Obama on Release of OLC Memos, available at <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/statement-president-barack-obama-release-olc-memos>.

¹⁵⁹ Giballa, *supra* note 156, at 847, 852, 853-854.

¹⁶⁰ U.S. CONST. art. II, § 3.

実な執行」と矛盾するのではないだろうか。それ故、上述した OLC の「ベストプラクティス」に関するメモランダムの改訂版が強調しているように、大統領領らに課された憲法尊重擁護義務及び誠実な執行を促進させることが OLC の活動すべてにおける根本的な原理であり、その職責を全うするために OLC は、アドボケートとしてではなく、もっとも良い法の解釈に基づいてアドバイスを
行わなければならないと思われる¹⁶¹。

冒頭で述べたように、政治部門、とりわけ執行府が憲法解釈する／しなければならない局面は現実にも多岐にわたって存在しているのであり、そうした場合に、多数者意思に拘束されがちな大統領を頂点とする執行府の政策的選好を正当化するような憲法論を OLC が提供すべきだとすれば、それは「多数者の専制」を帰結することになりかねない¹⁶²。冒頭で言及した「拷問メモ」執筆に至った経緯として、OLC が G.W. ブッシュ政権の意向に沿って、顧客の望む法的アドバイスを提供しようとしたためであると結論付け、ユーとバイビーについて専門家としての違法行為（professional misconduct）を認定した OPR 報告書の分析¹⁶³が、アドボケートモデルの問題点をよく示しているといえよう¹⁶⁴。

（２）OLC ガイドラインから

それでは、OLC はどのように法解釈をすべきなのであろうか。ここで注目されるのが、OLC 勤務経験者19名が、将来「拷問メモ」のような事態が生じることを防ぐために必要と考える基準と手続を明示し、「大統領が法の支配を遵守することを促進させるために OLC が伝統的に果たしてきた重要な役割を回復し、確保する」ことを目的に、2004年に作成した「Principles to Guide of Legal

¹⁶¹ *Updated Best Practices supra* note 108, at 1-2. *See also* Johnsen, *supra* note 60, at 1580. LUBAN, *supra* note 141, at 203.

¹⁶² Pillard, *supra* note 7, at 722.

¹⁶³ *OPR Report, supra* note 58. *See also* Joseph Lavitt, *Professionalism and Power: Flawed Decision Making by the OLC Exposes a Bar that is Losing its Moxie*, 1 CAL. L. REV. CIRCUIT, 33, 40-44 (2010).

¹⁶⁴ もっとも、拷問メモの責任を OLC にのみ負わせるのは単純すぎるかもしれない。この点につき、クライアントの責任とアメリカの文化という観点から考察したものとして、*see* Gabriella Blum, *The Role of The Client: The President's Role in Government Lawyering*, 32 B.C. INT'L & COMP. L. REV. 275 (2009).

Counsel¹⁶⁵」である（以下、OLC ガイドラインと記す）。この OLC ガイドラインでは、OLC が守るべき10の行動指針が提言されているのであるが、そのうち、もっとも根本的であるとされる¹⁶⁶第1の提言は次のように述べている。

執行府の意図している行動の指針として OLC が法的アドバイスを行う場合、当該アドバイスが行政機関の望む政策の追及を制約することになるとしても、適用される法について、精確且つ誠実な評価をしなければならない。弁護士が、単に顧客の望む活動を支えるために説得的な法的議論を展開する弁護活動のようなアドボケートモデルは、執行府の活動の合法性を確保するという、大統領に課された憲法上の義務を促

¹⁶⁵ Walter E. Dellinger et al., *Principles to Guide the Office of Legal Counsel* (Dec. 21, 2004) [hereinafter *OLC Guidelines*], available at http://www.acslaw.org/files/2004%20programs_OLC%20principles_white%20paper.pdf. なお、同ガイドラインは、ジョンセンによるイントロダクションが付されたかたちで次の文献にも再録されている。 *Guidelines for the President's Legal Advisors*, 81 IND. L. REV. 1345, 1349-1345 (2005).

19名の内訳は次のとおり（OLC 在職時の地位と、2010年9月段階で確認できた現職も合わせて記す）。まず OLC 局長経験者として、①デューク大学のウォルター・デリンジャー（Walter Dellinger）、②大手弁護士事務所パートナーであるランドルフ・モス（Randolph Moss）。次に OLC 局長代理経験者として、③インディアナ大学のジョンセン、④司法省立法政策局（Office of Legal Policy）局長のクリストファー・ショールダー（Christopher Schroeder）。OLC 司法長官補代理の経験者として、⑤ジョージ・ワシントン大学副学長のベス・ノラン（Beth Nolan）、⑥ジョセフ・グエラ（Joseph R. Guerra）、⑦ジョージ・ワシントン大学のトッド・ペターソン（Todd Peterson）、⑧ジョージタウン大学のピラード、⑨デューク大学のジェファーソン・パウエル（H. Jefferson Powell）、⑩弁護士のテレサ・ロズボロフ（Teresa Wynn Roseborough）、⑪リチャード・シフリン（Richard Shiffrin）、⑫ジョージタウン大学ローセンター長のウィリアム・マイケル・トレナー（William Michael Treanor）。最後に AA 経験者として、⑬デューク大学のスチュワート・ベンジャミン（Stuart Benjamin）、⑭ハーバード大学教授で、2010年7月までオバマ政権で OLC 局長代理を務めたデビッド・バロン（David Barron）、⑮ホワイトハウス職員秘書局（White House Office of the Staff Secretary）局長のリサ・ブラウン（Lisa Brown）、⑯ジョージタウン大学ローセンターのパメラ・ハリス（Pamela Harris）、⑰ジョージア州立カレッジのニール・キンコプフ（Neil Kinkopf）、⑱2010年8月まで OLC の司法長官補代理を務め、現在ジョージタウン大学ローセンターのマーティン・レダーマン（Martin Lederman）、⑲弁護士のマイケル・スモール（Michael Small）の19名である。

¹⁶⁶ Johnsen, *supra* note 60, at 1580. ちなみに同論文の巻末にも、OLC ガイドラインが再録されている。 *Id.* at App. 2, 1603-1611.

進させるためには不適切である（——傍点は引用者）¹⁶⁷。

ここでは、アドボケートモデルが OLC の行動原理として不適切であると明言されている点が注目される。この OLC ガイドラインの執筆を主導するとともに¹⁶⁸、そのガイドラインの解説ともいえる論文¹⁶⁹も執筆しているジョンセンは、「拷問メモ」がまさしくアドボケートモデルの産物であったと批判している¹⁷⁰。

さらに OLC ガイドラインは、提言 2 において、「OLC のアドバイスは徹底のかつ率直でなければならず、かつ、連邦政府の協働機関——裁判所と議会——の憲法上の権限、そして政府の権限行使に対して課される憲法上の制約を含む、すべての法的制約を反映したものでなければならない¹⁷¹」とし、提言 3 では、「法に従うようにアドバイスするという OLC の義務、そしてアドボケートモデルの不十分さは、OLC のアドバイスが裁判所による審査に服さない状況において、格別の意義を有するものである¹⁷²。」と述べている。ここからも、準司法モデルの側に立ち、その重要性を強調していることを見て取ることができる。

（3）「執行府」の憲法解釈であることの意味

もっとも、OLC ガイドラインの提言 4 が、「OLC による法的な分析及び法的決定に至るためのプロセスは、①単に連邦裁判所のそれを反映したものであってはならず、②現在大統領の地位にある者の見解、そして③執行機関の制度的な伝統及び能力を反映したものでなければならない（——番号及び傍点は引用者）¹⁷³」と述べている点を見逃してはならない。

まず①についてである。司法権は、その制度的な位置づけ、司法管轄権¹⁷⁴な

¹⁶⁷ OLC Guidelines, *supra* note 165, at 1.

¹⁶⁸ Dawn Johnsen, *Restoring Leadership and Integrity to the Office of Legal Counsel*, WASH. POST, June 11, 2010.

¹⁶⁹ Johnsen, *supra* note 60.

¹⁷⁰ *Id.* at 1580, 1583-1586.

¹⁷¹ OLC Guidelines, *supra* note 165, at 2.

¹⁷² *Id.*

¹⁷³ *Id.* at 4.

¹⁷⁴ この論点については、大林啓吾「アメリカにおける裁判管轄権剥奪法案の動向——司法権の核心に関する予備的考察」帝京法学26巻2号149頁（2010年）を参照。

どの限界があり、必ずしも十分に執行府の活動の合法性を審査できるわけではない。他方 OLC には、特に大統領からの依頼に対して法的アドバイスを提供しないという選択肢がないため、より困難な解釈の役割が期待される場合がある。①は、その際に OLC は、単に裁判所において「違法・違憲と判断されるか否か」という観点からではなく、上述した提言 2 を踏まえた解釈を行わなければならないことに注意を喚起する指摘である¹⁷⁵。

②と③の指摘は、OLC は、憲法の意味内容を具体的文脈や状況から切り離して抽象的に探るのではなく、執行機関の一部であって、民主的に選出された特定の大統領に仕えるのだという制度的な位置づけを踏まえたうえで解釈を行うべきことを示している。このことは、上述した OLC の「ベストプラティクス」に関するメモランダムにも示されていた。すなわち、大統領や他の執行府職員の権限又は権力分立上の問題が関係する場合、先例及び歴史的実践がしばしば密接に関係することに鑑み、これらを重視しなければならないという指摘や、過去の司法長官および OLC の意見は大きなウエイトを持つものとして扱うことといった指摘である¹⁷⁶。

私見では、この点において、OLC のあるべき解釈として、司法とまったく同じように憲法の客観的意味を論理的に探る解釈をすべきであるとする(以下、本稿では「司法モデル」と呼ぶ。)のではなく、「準」が付されたモデルが提示されていることの積極的意味が見出されるように思われる。ゴールドスミスが指摘するように、「司法省から大統領への法的な助言の性質は、私的な弁護士からのアドバイスのようなものでも、政治的中立の立場から判決を下す裁判所のようなものでもない。それは不可避免的に、心地が悪いが、その中間に存しているのである¹⁷⁷」。そしてこうした性質を踏まえつつ、後者のごとき判断を為

¹⁷⁵ Johnsen, *supra* note 60, at 1587.

¹⁷⁶ *Best Practices*, *supra* note 108, at 2-3. *Updated Best Practice*, *supra* note 108, at 2. 上述(脚注(114))したように、改訂版では、このことが「OLC の職務すべてに及ぶ基本原則」に格上げされているという点を見逃してはならない。関連してゴールドスミスは、OLC の法的意見は、裁判所における先例拘束性(Stare Decisis)のごとく機能するという伝統が存していると述べている。GOLDSMITH, *supra* note 54, at 145-146.

¹⁷⁷ GOLDSMITH, *supra* note 54, at 35. *See also* BRUFF, *supra* note 133, at 70-71.

すことを、あるべきモデルとして設定しているのが、「準」司法モデルであると理解すべきであろう。

また、この指摘は、OLC が「客観的にはアドボケートモデルで行動しているように見えるが、主観的には準司法モデルで行動している」場合にも重要な意味を持つと思われる。たとえば、上述のとおり、OLC の「拷問メモ」はアドボケートモデルの産物であるという理解が一般的であるが、その執筆者とされるジョン・ユウの主観では、アドボケートモデルで行動した結果ではなく、あくまで学問的見地からの誠実に憲法を解釈した結果である¹⁷⁸。それでは、この学問的見解を、従来の執行府の憲法解釈の伝統を無視してでもそのまま執行府の憲法解釈として主張すべきなのだろうか。ここにおいて、OLC が執行府の一機関であり、民主的に選出された特定の大統領に仕えるのだという制度的位置づけ、そして、先例や歴史的实践を踏まえなければならないという執行府の憲法解釈に課された事実上の「枠」が、重要な意味を持つてくるのではないかと思われる。

(4) 執行府の憲法解釈と動態的憲法秩序

さらに、OLC の解釈モデルとして、司法モデルではなく「準」司法モデルを採用することには、よりよい憲法解釈に向けた積極的意義をも有していると思わ

¹⁷⁸ 2001年9月25日にユウが作成した「テロリスト及びテロ支援国家に対して軍事行動に出る大統領の憲法上の権限について」と題された OLC メモランダム (Memorandum from John C. Yoo, Deputy Assistant Attorney General, to Timothy E. Flanigan, Deputy Counsel to the President, *The President's Constitutional Authority To Conduct Military Operations Against Terrorists and Nations Supporting Them* (Sept. 25, 2001), available at <http://www.justice.gov/olc/warpowers925.htm>) は、「その後 2 年にわたって、合衆国軍最高司令官及び大統領 (chief executive) として、憲法 2 条により大統領に与えられた憲法上の権限を広く解釈するという OLC の風潮を創り出した」とされるが (Note, *Executive Power and the Office of Legal Counsel*, 28 YALE L. & POL'Y REV. 439, 443 (2010))、そこで示された立場は、彼の著作に示された立場とほぼ同一である。JOHN YOO, *WAR BY OTHER MEANS: AN INSIDER'S ACCOUNT OF THE WAR ON TERROR* (2006); see also, JOHN YOO, *THE POWERS OF WAR AND PEACE: THE CONSTITUTION AND FOREIGN AFFAIRS AFTER 9/11* (2005) .

ただし、多くの学者は、「拷問メモ」において *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 587 (1952) が引用されていないことなど、「拷問メモ」に示された議論の学問的水準に疑問を投げかけているが。See TUSHNET, *supra* note 124, at 136; LIPTAK, *supra* note 52; CLARK, *supra* note 156, at 461.

れる。この点については、クリストファー・アイスグルーバー（Christopher L. Eisgruber）の議論が参考になる。

アイスグルーバーは、統治の各部門を制度的に見た場合、司法については、①選挙を通じた民意によるコントロールを受けないこと、②自身の判断を文書のかたちで公表し正当化することが求められていること、③法的能力を少なくとも基準の一つとして選任されること等に照らし、他権と比べて制度的に、人権や権利の問題についてよりよい憲法解釈を行うことができる制度的地位にある。他方、制度的地位に照らし、他権のほうが優れた憲法解釈を提供できるような問題領域も存在する。具体的には、国防問題などのいわゆる「政治問題の法理 (political question doctrine)¹⁷⁹」が妥当する領域については大統領のほうが制度的に優れており、権利の問題でなく人々の意思 (popular will)、つまり政策問題については議会のほうが制度的に優れているといえる。そして司法は、そうした問題領域においては、他権の憲法解釈が司法の憲法解釈よりも制度的によりよい解釈となりうることを理由に、それら解釈に敬讓すべき十分な理由があるとするのである¹⁸⁰。

実は、OLC ガイドラインの事実上の執筆者であったジョンセンが想定する憲法秩序も、憲法の各統治部門が、それぞれ憲法解釈を行い、他権と憲法解釈をめぐって対話しながらよりよい憲法解釈に向けた協働作業を遂行するという、「機能的ディパートメンタリズム (functional departmentalism)」というものであった¹⁸¹。ジョンセンは、憲法は三権を同等の機関として位置づけてい

¹⁷⁹ アメリカの政治問題の法理についての詳細は、小林節『政治問題の法理』第1章（日本評論社、1988年）を参照。

¹⁸⁰ Christopher L. Eisgruber, *The Most Competent Branches: A Response to Professor Paulsen*, 83 GEO. L. J. 347, 354-355 (1994). See also CHRISTOPHER L. EISGRUBER, CONSTITUTIONAL SELF-GOVERNMENT (2001). 制度的要因に照らし、最高裁の意見形成過程と政治における意見形成過程の相違を強調する、CHRISTOPHER L. EISGRUBER, THE NEXT JUSTICE: REPAIRING THE SUPREME COURT APPOINTMENTS PROCESS, CH. 4, 5 (2007) も参照。なお、こうした各機関の制度的な能力を踏まえたうえで、その役割観自体も検討の俎上へのせていく必要がある。この点については、see ADRIAN VERMEULE, JUDGING UNDER UNCERTAINTY: AN INSTITUTIONAL THEORY OF LEGAL INTERPRETATION (2006)。また、松尾「法解釈方法論における制度論的展開（二・完）」・前掲註（4）74-82頁を参照。

¹⁸¹ ジョンセンの憲法観については、See generally Dawn Johnsen, *Functional*

るというだけでなく、三権が協働して憲法解釈に従事する役割（collaborative enterprise）をも期待しているとする。そしてこのことから、各権に対し、他権に憲法上割り当てられた職務や機能を尊重し擁護する義務と、よりよい憲法解釈と解釈のプロセスを維持し促進すべき義務を導き出す。他権の憲法解釈に従うか否かについても、この観点から文脈に依拠したかたちで判断すべき問題となってくるとする。そして、他権の憲法解釈に従わない場合でも、その理由を明確にして透明性を確保することが求められ、それにより、他権との憲法解釈についての対話を促され、公衆への説明責任にも奉仕することになり、よりよい憲法解釈に向けた協働作業が遂行されるというビジョンを提示している¹⁸²。そして、まさにこの理解と親和的な解釈モデルが「準」司法モデルであるということができるのである。

3. OLC の行動原理

もともと、法的意見を作成するにあたり、OLC が準司法モデルのもとで行動しうるのかについて考察しなければ、以上の議論は画竜点睛を欠くことになる。この点については、OLC の行動原理についての分析した研究が参考になる。

上述したように、OLC は執行府の一員として、顧客——最大の顧客はホワイトハウスである——にとって望ましいアドバイスを与えることと、法律の専門職として中立的かつ客観的に法の「最も良い」意味を探求するという職責を果たすことを両立させなければならないというジレンマを抱えている¹⁸³。このジレンマを抱える OLC は、現実にはどのような行動をとるのだろうか。

(1) 意見事務

まず意見事務について、OLC の AA 及び司法長官補代理の経験もあるジョン・マクギニス（John O. McGinnis）の議論を見てみよう。マクギニスが着目するのは「評判（reputation）」である。

まず、OLC 局長の個人的立場から見た場合、顧客にとって望ましいアドバ

Departmentalism and Nonjudicial Interpretation; Who Determines Constitutional Meaning? 67 LAW & CONTEMP. PROB. 105 (2004).

¹⁸² *Id.* at 120-130.

¹⁸³ McGinnis, *supra* note 68, at 422.

イスを与えることは、自身のポストを維持し、大統領や司法長官に対する影響力を保持し、将来の出世を果たすために重要となる。他方で、OLCの法解釈機関としての評判を維持するというのもOLC局長個人にとって重要である。なぜならば、将来、離職して民間に転職する際の利益になるし——特に学者出身の場合、OLC在籍時に党派的にはなく中立公平な立場で職務を行っていたという評判は重要となるようである——、将来裁判官になることを目論んでいる場合にも、このことが任官に当たって重要な要素となりうるからである¹⁸⁴。

次に、OLCの組織という観点から見た場合、OLCの組織としての評判を維持することには次のようなメリットがある。第1に、OLCの職務の一つである執行機関間の紛争の裁定を行う際、OLCが原理に基づいた公平な法的判断を行っているという信頼があれば、裁定を受ける機関がOLCの判断に従う可能性が高まる。それにより、OLCではなく大統領や司法長官が介入して紛争を裁定した場合に生じる政治的コストを回避することができる。また、OLCには、①訟務長官局のように直接訴訟に関与しないため専門知識を直接に活かす機会がないこと、②民間よりも給料が低いといったデメリットがあるが、OLCの組織としての評判を維持してさえいれば、公益のために職務を行いたいという有能な法律家をリクルートすることが可能となる。そのためにも、組織としての評判を維持していることが重要である¹⁸⁵。

さて、以上がマクギニスが見るところのOLCが置かれている状況である。それでは、こうした状況にあるOLCはどのように行動するのだろうか。マクギニスによると、対執行機関との関係と、対ホワイトハウスとの関係ではOLCの行動が異なることになるという。まず対執行機関との関係であるが、上述のようにOLCは意見事務に先立ち、意見を求めてきた機関に対して、かかる問題についての当該機関自身の分析を述べた詳細なメモランダムを提出するよう要求している。この要求を行うことのメリットとして、①安易に法的問題について執行機関が紹介するのを防ぐことで、OLCが余計な政治的争いに巻き込まれないようにすること、②意見要求を行うコストを課すことで、

¹⁸⁴ *Id.* at 422-423.

¹⁸⁵ *Id.* at 424.

OLC が不必要な仕事に忙殺されることを防ぎ、重要な問題に時間と労力を専心可能となること、③裁判所と類似した手続を採用することで、当該機関が抱える専門の弁護士の意見を得ることができるとともに、OLC の意見の権威性を確保できることを挙げている。すなわち、対執行機関との関係では、確立した原理に基づき、先例を尊重して、事案を裁定することが OLC にとってメリットとなるため、OLC には「準司法モデル」で行動するインセンティブが働くのである¹⁸⁶。

他方、対ホワイトハウスとの関係においては、評判の維持と顧客利益の最大化という、相反する要請のバランスが対執行機関の場合とは異なるという。上述のように、ホワイトハウスから意見要求が来た場合には、他の執行機関からの意見要求の場合とは異なり、ホワイトハウス自身による分析の提出は要求されない。そして、裁判類似の手続を取らないため、対ホワイトハウスとの関係では、書面による公式な法的アドバイスではなく、非公式に口頭で法的アドバイスをするインセンティブが OLC にはあるという。こうして、非公式であるが故に、裁判類似の行動というよりは、弁護士一顧客的な様相を帯びてくる。ここにあつては、「アドボケートモデル」で行動する可能性が高くなるというのである¹⁸⁷。以上からマクギニス は、OLC の行動原理は、状況と文脈によって変化するのであり、どれか 1 つのモデルによって一貫的に説明することはできないとしている。

これに対し、ランドは、現実に OLC が準司法モデル的に行動しているとしても、それはすべてアドボケートモデルから説明可能であるという。そもそも OLC は、議会や裁判所、マスコミから、顧客たる大統領のために党派的な法的アドバイスを行っている機関であると思われるのであって、大統領の望むような法的アドバイスを行い、それを正当化する理論を構築したとしても、OLC の評判を落としたり、OLC の組織自体の支持基盤を失わせたりすると

¹⁸⁶ *Id.* at 426-429.

¹⁸⁷ *Id.* at 429. もっとも、①他機関からの意見要求を準司法的に処理していることが OLC の組織文化に大きな影響を与えていること、② OLC が法律の専門家で構成されていること、③政策立案者よりも法に通じていることなどが、OLC をして、単なる大統領にとって都合のいい法的アドバイスを述べるだけの機関となることを防いでいるという。*Id.* at 429-430.

いったことは生じない——そもそも守るべき評判がない——ため、マクギニスの前提は成り立たないと批判する¹⁸⁸。そのうえで、OLCの行動原理を理解するために必要なことは、その制度的位置づけを適切に理解することであるとするのである。

上述のように OLC は、法的アドバイスの提供をその主要な職務とする機関であるが、法的アドバイスを行う機関は OLC に限られない。各省もそれぞれが法律顧問を抱えているし、ホワイトハウスも法律顧問を擁している。そして、法的問題が生じた場合に必ず OLC に意見を求めなければならない法的義務が課されているわけでもない。それにもかかわらず、他機関が OLC に法的アドバイスを求めるのは、自分の機関に対する批判をそらしたり、OLC のお墨付きを利用することが、自身の政策を追及したりするために都合がよいからである。そうすると、OLC からすれば、法的に問題がないと他機関にアドバイスしたが、後になってそれが問題となった場合に負うコストは大きい一方で、厳格に法解釈を行い、警鐘を鳴らしておくことによって生じるコストは少ない。これが他機関との関係において、OLC が「準司法的」に行動する理由である。つまり、OLC の「準司法的」行動は、「自己擁護的な官僚的規範の自然な産物に過ぎない」のである。OLC が他機関からの意見要求の際に同機関の法的見解を示した文書を要求するのも、このためである¹⁸⁹。

他方、ホワイトハウスと OLC の関係では様相を異にする。ホワイトハウスは、OLC 以外にも法的意見を求める先が多くあるため——とりわけホワイトハウス法律顧問がその中心のようである¹⁹⁰——、OLC がホワイトハウスの望まない法的意見ばかり出していると、その存立基盤が危うくなる可能性がある。OLC が他機関からの意見要求の際に同機関の法的見解を示した文書を要求し

¹⁸⁸ Lund, *supra* note 148, at 486. エリック・ポズナー (Eric Posner) とエイドリアン・ヴァーミュール (Adrian Vermeule) も、そもそも OLC は、高度に執行府寄り (highly pro-executive) の組織なのであって、OLC は政府機関内の「憲法の良心」として公平無私な立場から法的アドバイスを提供することこそが OLC の職務であるとする理解は、「感傷的で現実を無視したもの」であると述べている。Eric Posner & Adrian Vermeule, *A "Torture" Memo and Its Tortuous Critics*, WALL ST. J., July 6, 2004. 同旨の指摘として、*see* Note, *supra* note 178, at 449-451.

¹⁸⁹ Lund, *supra* note 148, at 486-494.

¹⁹⁰ BAKER, *supra* note 133, at 13; BRUFF, *supra* note 133, at 68.

ているにもかかわらず、ホワイトハウスからの意見要求にこの手続を求めないのも、ここから説明可能である。こうして、OLC は公式に意見を提供するというよりはむしろ、非公式にホワイトハウスと協働しながら意見を提供するようになるのであり、弁護士—依頼人関係に極めて類似してくるのである。すなわち、OLC の執行府内での影響力は、ホワイトハウスの意向に従うことで増大するのである。以上からランドは、OLC は「準司法的な法律顧問というよりはむしろ、大統領の法律家と言った方が正確である」と結論付けている¹⁹¹。

このように、理由付けの仕方こそ異なるが、マクギニスもランドも、対執行機関との関係では、OLC は「準司法モデル」的に行動するインセンティブがあるが、対ホワイトハウスとの関係では、アドボケートモデルで行動するインセンティブが働くということを指摘している。そしてこのことは、OLC の意見事務の構造によっても、ある程度裏付けられるように思われる。すなわち、ピラードが指摘するように、OLC の意見事務のうち、執行機関間の争い以外の場面においては、裁判所と異なり、対審主義的な手続を採用していないため、当事者の一方である執行府からの意見しか聞けない／聞かない場合が多い。そして、OLC の意見は機密扱いを受けるため、公衆や学界、市民団体等が展開するであろう、別の観点からの議論を聞く機会が存在しない。「したがって、OLC が準司法的であろうとしても、OLC に提示される情報は構造的に歪められている傾向があるため、執行権に対する制約が過少にしか達成されない可能性がある¹⁹²」。

(2) 法律案の審査

法律案審査についてはどうだろうか。この点につき、マクギニスは、①法律案審査は立法府という他権との関係であること、②法律として成立しなかった法律案については司法審査がなされないといった事情から、「準司法」モデル的ではなく、自覚的にアドボケートモデルのように行動し、大胆な憲法解釈を展開する傾向があり、このことは、とりわけ大統領に憲法上割り当てられた権限を制約すると思われる法律案に対する場合に顕著になるという。そして、

¹⁹¹ Lund, *supra* note 148, at 496-505.

¹⁹² Pillard, *supra* note 7, at 737, 739-740. *See also*, David Cole, *Introductory Commentary: Torture Law*, 13 in *THE TORTURE MEMOS: RATIONALIZING THE UNTHINKABLE* (David Cole ed. 2009).

このような仕方では OLC が行動することは、執行府の利益を擁護するものであって、政権を問わず一貫性が見られることから、OLC の評判を下げることに つながらないとする¹⁹³。

他方、タシュネットは、法律案の審査の段階における OLC の憲法解釈に関して、OLC は行政機関内部の存在であるが故に政権の意向に影響を受けるのではないかと受け取られるのが一般的であるが、実際はそうではなく、裁判所の憲法解釈を踏まえた妥当な判断——つまり準司法モデルでの判断——を行っているとする。その理由としてタシュネットが挙げるのは、①他機関の政策的観点からの批判に対応し、OLC の見解を維持・正当化するためには、きちんとした法的理由付けが必要であること、②そもそも法律案の審査に当たる AA は、必ずしも法律案に対する政府の立場を十分に把握しているわけではないし、当該法律案が政治的にいかなる意味を持つかについて熟知していない場合が多いこと、③裁判所の判断を憲法解釈の際に援用している OLC は、解釈方法論としても裁判所のそれを参考にしていること、④法律案の審査について、仮に OLC の憲法解釈が政策に基づくものであるとしたら、議会はそれを無視するだろうことの 4 点である。以上からタシュネットは、法律案の審査の場面において OLC は、特定のアジェンダ等とは関連なく、「準司法的」に法案審査を行うのが一般的といえるとしている¹⁹⁴。

4. OLC の改革

以上の議論からすると、OLC は、①意見事務においてはホワイトハウスとの関係において、②法律案の審査においては大統領に憲法上与えられた権限を制約すると思われるような法案と対峙する場合において、準司法モデルではなくアドボケートモデル的行動をとる可能性が高いといえそうである。それでは、

¹⁹³ *Id.* at 431.

¹⁹⁴ Tushnet, *supra* note 98, at 472-473. もっともタシュネットも、「OLC は大統領の特権が問題となっている場合には、より関心を持ってアドバイスを行う」と述べ、この領域の問題については、裁判所の判断がさして役に立たないため、歴史的慣行が決定的な役割を果たすとしている。そして場合によっては、「現職の」大統領を守るためではなく、大統領職を守るために、現職大統領と対立することもあると述べている。*Id.* at 476.

以上の行動原理を踏まえたうえで、OLC を可能な限り準司法モデルのもとで行動させるためには、何が必要となるのだろうか。

(1) OLC の廃止・改編？

この点、学説上では OLC の廃止・改編を含めた大胆な提案も見られるところである。たとえば、オバマ政権のもとで最高裁判所判事に就任したエレナ・ケイガン (Elena Kagan) の後任として、現在、訟務長官代理 (acting Solicitor General) を務めている憲法学者でもあるニール・キャティル (Neal Katyal) は、次のように論じていた。すなわち、OLC の主要メンバーは政治任用なので、政治的圧力を受けやすいし、ホワイトハウスとの結びつきも強い。そのため、ホワイトハウスとの関係においては中立的の忠告者としての役割を OLC に期待できない。のみならず、本来中立的に行為すべきである執行府機関間の対立の裁定を行う際にも、この関係が持ち込まれてしまう危険性もある。それゆえ、OLC の意見事務と紛争裁定事務とを分離すべきである、と¹⁹⁵。ブルース・アッカーマン (Bruce Ackerman) も同様の立場を表明している¹⁹⁶。

また、OLC が政治性を帯びてしまうことを防ぐための提案も見られる。たとえば、エリック・ポズナーとエイドリアン・ヴァーミュールは、OLC の政治任用職の任命に当たっては、超党派での任命を行うべきであると指摘する¹⁹⁷。また、OLC が政治性を帯びるのは、①その主要メンバーが政治任用職であること、② AA の入れ替えが早く、その結果、政治任用職が自分と似たような考えを持つ AA を雇うことが可能であること、③ OLC 勤務を経験することは「出世コース」に乗るといことなので、野心的な法律家を惹きつけることが関係しているのであり、「拷問メモ」のような事態が生じたのも、G.W. ブッシュ政権の問題と言うよりはむしろ OLC の組織上の問題であるという現状認識のもと¹⁹⁸、① OLC の政治任用職の数を減らし、②それにより、党派的・野心的な AA を雇うことを減らして、経験をそれなりに積んだ中堅の弁護士を雇う

¹⁹⁵ Katyal, *supra* note 60, at 2337.

¹⁹⁶ Ackerman, *supra* note 64.

¹⁹⁷ Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *The Credible Executive*, 74 U. CHI. L. REV. 865, 897-909 (2007).

¹⁹⁸ Bradley Lipton, *A Call for Institutional Reform of the Office of Legal Counsel*, 4 HARV. L. & POL'Y REV. 249, 253-256 (2010).

こと、③そして、これを担保するために、政権を超えて職に就く OLC 職員の存在が重要であるという指摘も見られる¹⁹⁹。

以上のような議論は、OLC をアドボケートモデルで行動させないためには、OLC の政治性を減少させることが必要であり、この目的を達成するために OLC の組織そのものを改革しようとする議論である。これらの試みは注目に値するが、本稿では、現在の制度を前提としたうえで、運用レベルでの改革案を提示する OLC ガイドラインに再度注目することにしたい。

(2) 適切な内部意思決定システムの確立

OLC ガイドラインの提言 7 は、「OLC は、OLC の法的アドバイスが可能な限り最良の質を保持し、かつ、法について最も適切な見解を体現させることに仕えるような内部システムと実践を維持しなければならない²⁰⁰」とする。この提言 7 についてジョンセンは、上述した「司法長官補代理 2 名による審査の原則」などに言及しながら、規則的な内部意思決定プロセスとメカニズムが、外部圧力から提言 1 に示された OLC のあるべき解釈態度——アドボケートモデルではなく準司法モデルで行動すべきこと——を維持していくために必要不可欠であると述べている²⁰¹。OLC ガイドラインの提言 8 も、「OLC は、時間と状況が許す限り、最終的なアドバイスを提供する前に、すべての関連機関及び司法省職員の見解を求めなければならない²⁰²」と述べているが、これも熟慮の過程を経たうえでの適切な意見を作成するためには、意見作成に係る内部意思決定システムを改善していくことが重要であるという認識に基づくものといえる²⁰³。

OLC の AA を務めた経験もある、イェール大学教授で現在は国務省法律顧問 (Legal Adviser of the Department of State) を務めているハロルド・コー

¹⁹⁹ *Id.* at 256-258.

²⁰⁰ *OLC Guidelines*, *supra* note 165, at 4.

²⁰¹ Johnsen, *supra* note 60, at 1595.

²⁰² *OLC Guidelines*, *supra* note 165, at 5.

²⁰³ 拷問メモに至る OLC の意思決定は、ごく少数の関係者のみで進められ、そうした熟慮の過程を経ていなかったということは、当時、OLC の AA であったレダーマンが、OLC 内部にしながら、拷問メモの存在を全く知らず、2004年の報道でそれを知ったというエピソードから窺うことができる。Martin Lederman, *Understanding the OLC Torture Memos (Part I)*, Balkinization.com, Jan. 7, 2005, <http://balkin.blogspot.com/2005/01/understanding-olc-torture-memos-part.html>

(Harold Hongju Koh) が指摘するように、OLC が他機関からの意見要求に対してインフォーマルな手続要求を課すという内部意思決定システムは、——マクギニスがいうように OLC の評判を維持するためというよりはむしろ——顧客利益の最大化に走りがちな OLC を、OLC 自身から守るための、いわばプリコミットメントである²⁰⁴。このことは、OLC はアドボケートモデルで行為すべきではないということが、必ずしもすべての OLC 職員に共有されている理解ではないということを前提とすれば²⁰⁵、自覚的にこれを認識、強化していかなければならないといえるだろう²⁰⁶。

さて、コーによると、このプリコミットメントが破られてしまう可能性が高くなるのが、①すでに執行府が行動した後に、OLC に法的アドバイスが求められた場合、②法的アドバイスを公衆の批判にさらす機会がない場合、③OLC の先例をいかなる場合に覆すことができるかについての基準が存在しない場合である²⁰⁷。

(3) 事前のアドバイス

まず、①についてであるが、これは、既に行った行動に対して法的アドバイスを求められた場合、OLC はその正当化に追われることになり、その結果、中立的・客観的立場から法を解釈しにくくなるという懸念である²⁰⁸。上述した OLC ガイドラインの提言 7 の解説部分でも、事後的なアドバイスを求められた場合、どうしてもアドボケートモデルの行動するようにという強いプレッシャーがかかってしまうため、執行府が行動を起こす前に法的アドバイスを提供すべきだと指摘されている²⁰⁹。OLC ガイドラインの提言 9 でも、「OLC は、

²⁰⁴ Harold Hongju Koh, *Protecting the Office of Legal Counsel from Itself*, 15 CARDOZO L. REV. 513 (1993).

²⁰⁵ Johnsen, *supra* note 60, at 1596.

²⁰⁶ ガイドラインの提言 7 の解説部分では、このような内部意思決定プロセスを公開することも、そのシステム自体の信頼を確保することに仕えることになるとしている。OLC Guidelines, *supra* note 165, at 4. 本論文のⅢの 3 で見た OLC のベストプラクティスに関するメモランダム (*Best Practices, supra* note 108, *Updated Best Practices, supra* note 108) は、こうした試みとして評価することが可能である。

²⁰⁷ Koh, *supra* note 204, at 514-516. 対ホワイトハウスとの関係でアドボケートになりがちであるのも、ここから説明可能である。

²⁰⁸ *Id.* at 515.

²⁰⁹ OLC Guidelines, *supra* note 165, at 5.

法的に問題のある執行府の実質的活動すべてに関する事前の OLC との協議を確保するために、依頼を受けた機関、とりわけホワイトハウス法律顧問局との良好な現場環境を維持するよう努めなければならない²¹⁰」と述べ、この重要性について注意を喚起している。ジョンセンもまた、コーの論文を引用しつつ、執行府が行動に出た後で OLC の意見を求められるとなると、OLC はそれに反対しにくくなってしまうため、事前に OLC のアドバイスを求めることを可能とする運用のシステムを構築することが重要であるとしている²¹¹。

(4) 意見の公開による透明性の確保

次に②について見てみよう。②の懸念に対応するためには、迅速に OLC の意見を公開することが必要となる。コーは、とりわけ過去の OLC 意見で採用した立場を変更する場合には可及的速やかにその旨を公表すべきであるとする。

それでは、意見を公開することにはどのような意味があるのだろうか。この点については、「拷問メモ」の一件が参考になろう。すなわち、「拷問メモ」は、それがリークされたことで、激しい公衆の批判を受け、結果的に撤回されることとなったといえる。逆に言えば、公開されなければ「拷問メモ」の立場は覆されなかった可能性がある。これは、OLC 自身が法的アドバイスは公開されないことを前提に行動する場合には、よりアドボケートモデルに適合的な意見となりがちであるということの意味する²¹²。そうだとすれば、OLC の意見を公表すること、あるいは公表を原則とすることで、アドボケートモデルのように行動することに対する抑制を働かせようとする議論には説得力があると思われる²¹³。

このように、OLC は意見の公開を積極的に進めるべきだとする議論は多い²¹⁴。しかしその一方で、意見の公開による透明性確保は現実には困難を伴う。

²¹⁰ *Id.*

²¹¹ Johnsen, *supra* note 60, at 1600.

²¹² Harold Hongju Koh, *A World Without Torture*, 43 COLUM. J. TRANS'L. 641, 645 (2005).

²¹³ なお、コーは、意見を公開することのメリットとして、①意見へのアクセスを容易にすることで、②人々が当該意見の前提となっている事実関係を認識可能とし、③ OLC が注意深く執筆した意見のニュアンスを無視して「OLCのお墨付きがある」という単純な結論に至ることを防止するという点を挙げている。*Id.* at 517.

²¹⁴ See, e.g., Note, *The Office of Legal Counsel and Torture: The Law as Both Sword and Shield*, 77 GEO. WASH. L. REV. 524, 549-556 (2009);

なぜならば、制度上、OLC に法的アドバイスを求めるか否かは任意なので、その公開が前提とされるとなると、他機関や大統領が OLC に意見を求めなくなる可能性があるためである。「OLC は、公開を遅らせたり非公開にしたりすることについて強固な理由が存在しない限り、時宜にかなった仕方、その書面による法的意見を公にしなければならない²¹⁵」とする OLC ガイドラインの提言 6 について、この透明性の要請こそがアドボケートモデルに陥らないために本質的に最も重要な要請であるとしつつ、OLC ガイドラインの提言のなかでもっとも論争的かつ多義的なものとするジョンセンの評価²¹⁶が、意見の公開による透明性確保の難しさを物語っている。

結局、必要なことは、執行府が OLC の法的アドバイスを求めなくなってしまうような事態に陥らないようにしつつも、可能な限りで意見を公表していくことである。この点、OLC ガイドラインの提言 5 は、「OLC のアドバイスは、裁判所及び議会による憲法上の見解に対して正当な配慮を（大統領のそれと同様に）払わなければならない。執行府が、連邦法の要求に完全に従うことを——通常は OLC のアドバイスに従い——拒否するという稀な場合にあっては、その正当化根拠を公にしなければならない²¹⁷」と述べ、意見の公開が必要な場合の例を示している。OLC ガイドラインの解説部分においても、執行府が OLC の法的アドバイスに従って行動しなかつた場合にはその意見を公表する必要性は低いが、OLC の法的アドバイスが執行府の行動にゴーサインを出した場合には、時宜に適ったタイミングで、当該意見を知るといふ公衆の利益は正当かつ強固なものであると述べている²¹⁸。これらは、意見公開のメリットを確保しつつ、デメリットが生じないようにしようとする試みとして注目されよう。

²¹⁵ OLC Guidelines, *supra* note 165, at 4.

²¹⁶ Johnsen, *supra* note 60, at 1597. See also Johnsen, *supra* note 168.

²¹⁷ OLC Guidelines, *supra* note 165, at 3.

²¹⁸ Johnsen, *supra* note 60, at 1597-98 (2007). また、「ベストプラティクス」の改訂版でも、新たにこの点を強調する部分が追加されており、注目される。Updated Best Practice, *supra* note 108, at 5. 学説の中には、公開した OLC 意見のみに正当化の効力を認め、非公開のものは参考程度にしか使えなくするという方策を提唱するものもある。Lipton, *supra* note 198, at 259-260.

(5) 2008年 OLC 報告法案

なお、そうした試みとしてもうひとつ注目されるのが、結局廃案となってしまった法案であるが、2008年にルス・ファインゴールド (Russ Feingold) 上院議員が、ダイアン・ファインスタイン (Dianne Feinstein) 上院議員を共同提案者にして提案した「2008年 OLC 報告法案 (OLC Reporting Act of 2008)²¹⁹」をめぐる議論である²²⁰。これは議会による OLC の統制なので、OLC による自主的な意見公開とは異なるが、そこでの議論は、意見の公開と透明性確保について一定の示唆を与えてくれるように思われるため、ここで紹介することにしたい²²¹。

2008年 OLC 報告法案は、OLC の法的アドバイスが秘密裏になされたことで「拷問メモ」のような非合法的活動にゴーサインを与えてしまったという認識に基づき、OLC の行った法解釈を議会に報告するよう要求するものである。具体的には、合衆国法典28篇530D 条に規定された報告義務、すなわち、司法省が法律の憲法違反を根拠に連邦法の執行を拒否したり擁護しないと決定したりした場合に、司法長官が議会に報告しなければならないと定める報告義務の範囲を、①連邦法が憲法違反あるいは適用上違憲であると結論付ける意見を出した場合、②権力分立上の懸念から、連邦法の合憲限定解釈 (Constitutional avoidance) を行った場合、③戦時か平時かを問わず、連邦法を執行府に適用することに反対する「法律上の推定 (legal presumption)」が働くという解釈を行った場合、④後法により前法が廃止されたものと司法省が判断した場合にまで拡大しようと試みるものである。

2008年 OLC 報告法案に対しては、OLC が、司法長官マイケル・ミュケイジー (Michael B. Mukasey) の名義で、その憲法上の問題——判例上確立している

²¹⁹ S. 3501, 110th Cong. (2008).

²²⁰ 同法案の詳細を紹介しつつ、執行府の憲法解釈の統制として、議会に「憲法の番人」としての役割を期待する興味深い論稿として、岡田・前掲註(43)参照。本稿は、同論文に共感しつつも、議会ではなく執行府内部の「憲法の番人」としての OLC のあり方について論じるものである。

²²¹ ちなみに下院においても、ブラッド・ミラー (Brad Miller) 議員によって、「Office of Legal Counsel Reporting Act of 2008」という似たような法案が提出されているが、これもまた成立しなかった。H.R. 6929 110th Cong. (2008).

機密情報に関する大統領の権限と、執行特権²²² (executive privilege) の侵害の2点——と政策上の問題を掲げて反対したこともあって²²³、結局本会議に上程されることなく廃案となってしまったのであるが、ここで注目されるのは、OLC 局長代理経験者として、OLC の意見を機密扱いすることの重要性を知り尽くしているであろうジョンセンが、G.W. ブッシュ政権における大統領法律顧問の1人であったブラッドフォード・ベレンソン (Bradford A. Berenson) とともに同法案を支持し、そこで示された公開基準を「憲法的に見て均衡が保たれた」ものと評価している点である。

同法案を全体として見れば、公平な法的アドバイスを得ること、国家安全保障に関する機密情報を保護すること、過度に立ち入った不当な報告要求によって負担を課せられないとすることといった執行府の必要性と、法律が解釈される様子を知るといった議会の必要性との間で、憲法的に見て均衡が保たれたものであると我々は信じている²²⁴。

ジョンセンとベレンソンがいうように、同法案の提示する解法が、意見公開のメリットを確保しつつデメリットが生じないようにするための方策として「憲法的に見て均衡が保たれた」とものかどうかについては評価が分かれるところであろう。しかし、可能な限り OLC の意見を公開するための努力は惜しむべきではない。いずれにせよ、「法の支配の安定性が、リークに依拠するというようなことはあってはならない²²⁵」。

(6) 先例としての OLC 意見

最後に③について見ておこう。コーは、OLC が先例となる OLC 意見をいかなる場合に変更するのかについての立場を明確にすることが、上述したプリコ

²²² 執行特権とは、「大統領が執行府の責務を遂行するために、他の機関から情報を秘匿する権限である」。大林啓吾『アメリカ憲法と執行特権——権力分立原理の動態』1-2頁 (成文堂、2008年)。

²²³ Opinion of the Attorney General, Michael Mukasey, to The Majority Leader United States Senate, *Constitutionality of the OLC Reporting Act of 2008* (Nov. 14, 2008), available at <http://www.justice.gov/olc/2008/olc-reporting-act.pdf>.

²²⁴ 154 Cong. Rec. S8858 (2008) (joint letter of Brad Berenson and Dawn Johnsen).

²²⁵ Johnsen, *supra* note 168.

ミットメントを守る上で最も重要であるとしている²²⁶。確かに、安易に過去の OLC 意見が覆されるようであれば、OLC の解釈は場当たりの顧客目線のアドボケートモデル的になってしまうか、そのように受け取られてしまう可能性が高なる。そしてその結果、法の「最も良い」解釈のために OLC が行動しているという信頼が失われてしまいかねないだろう。その意味では、OLC の意見に先例としての拘束力を認め、安易にその変更を認めないことの必要性には首肯できる面もある。

しかし他方で、OLC の意見が先例としての拘束力を発揮するとすれば、先の政権時に出された意見に現在の政権が拘束されるということにつながるため、どうしても消極的になりがちであるという面も否定できない²²⁷。結局、この問題は、OLC 意見の行った法解釈の説得力の問題に帰着するように思われる。すなわち、OLC の意見が公開されることが前提であるという条件付きであるが、先例を覆すことが法解釈の問題として十分に説得力がありさえすれば、先例となる OLC 意見を覆したとしても OLC に対する信頼は損なわれなはずである。すなわち、「OLC の意見の価値は、その分析の説得力に存している」のであり、法解釈の一貫性の重要性を認識しつつも、十分な根拠と理論に基づく立場変更の可能性を否定すべきではないだろうと思われる。

5. 小括

以上、II 章、III 章では、アメリカにおける執行府の憲法解釈機関である OLC について見てきた。前章 (II) では、OLC の組織を確認したうえで、その職務の中核である意見事務と法案審査事務について見た。そして本章 (III) では、OLC のあるべき法解釈について、まず、準司法モデルとアドボケートモデルという対立する二つのモデルを対比させながら紹介し (1)、そのうえで準司法モデルの優位性、司法モデルではなく「準」司法モデルであることの有する積極的意味を論じた (2)。そして、実際の OLC の行動原理を踏まえつつ (3)、OLC がアドボケートモデルではなく準司法モデルのもとで行動す

²²⁶ Koh, *supra* note 204, at 523..

²²⁷ Pillard, *supra* note 7, at 738-739, 750-751.

ることを確保するためには、内部意思決定システムを整備したうえで、可能な限りでの意見公開を行うことが必要となってくるということ等、アメリカにおける議論を参考にしながら論じた（4）。

アメリカにおいては、「拷問メモ」に代表される、G.W. ブッシュ大統領のテロ対策を正当化するような OLC の文書の存在が認識されたことをきっかけに、執行府の憲法解釈機関としての OLC のあり方に着目が集まっているわけであるが、そこで展開されている議論は、そうした具体的文脈から離れてもなお、参考に値するものであると思われる。執行府の内部に位置づけられているが故にアドボケートとして行為しがちな解釈機関について、その解釈の中立性を確保しつつも、裁判所と異なった独自の位置づけを行い、その積極的役割を展望するという以上の議論、そしてその議論が前提とする動的憲法秩序観は、日本に対しても何らかの示唆を与えてくれるように思われる。この点については次章（IV）で検討することにした。

IV 内閣法制局

以上、アメリカにおける執行府内部の憲法解釈機関である OLC について、その組織と職務内容を確認したうえで、OLC の解釈のあり方をめぐる議論を考察してきたわけであるが、以上の議論は、——アメリカと日本の制度の違いを踏まえる必要があることはいうまでもないが、その点を考慮してもなお——日本における執行府内部の事実上の憲法解釈機関である内閣法制局のあり方を考えるうえでも参考になるとと思われる。そこで本章では、以上の考察を参考にしつつ、内閣法制局のあり方について、昨今の政治状況と絡めながら検討を行うことにする。

1. 内閣法制局の組織

まず、内閣法制局の沿革と組織をごく簡単にはあるが、見ておくことにしたい²²⁸。

²²⁸ 以下の内閣法制局の沿革についての記述は、主として、内閣法制局百年史編集委員会『内閣法制局百年史』1-210頁（大蔵省印刷局、1985年）の叙述によるものである。

(1) 戦前

内閣法制局の源流は、1873年（明治6年）、太政官正院に置かれた「法制課」にまで遡ることができる。法制課は、「諸律法式礼規則章程条例等ニ関スル事ヲ勘査ス」ことを所掌していた。法制課は、2年後の1875年（明治8年）に「法制局」に、1880年（明治13年）に法制局から「法制部」となる。1881年（明治14年）、来るべき議会の開設（1890年（明治23年））への準備に当たるため、フランスのコンセイユ・デタ（Conseil d'État）をモデルに「参事院」が設けられ、法制部の法律規則に関する事務はこの参事院に引き継がれることになったが、1885年（明治18年）、内閣制度の創設に伴って参事院は廃止され、内閣に「法制局」が置かれることになる。法制局には行政部、法制部、司法部の三部が置かれ、行政部は「外交内務勸業教育軍制財務通信ニ関スル法律命令ノ起草審査」を、法制部は「民法訴訟法商法刑法治安罪法及之ニ関スル命令ノ起草審査」を、司法部は「恩赦特典及諸裁判所ノ官制及行政裁判」を掌るとされた。この法制局が、現在の内閣法制局の直接的な起源とされる²²⁹。

1889年（明治22年）、大日本帝国憲法が制定される。1890年（明治23年）、行政裁判所の設立等に伴い、法制局の法制部と司法部の所掌事務が別機関に移され、法制局の事務は、「内閣総理大臣ノ命ニ依リ法律命令案ヲ起草シ理由ヲ具ヘテ上申」すること、「法律命令ノ新定廃止改正ニ付違憲アルトキハ案ヲ具ヘテ内閣ニ上申」すること、「各省大臣ヨリ閣議ニ提出スル所ノ法律命令案ヲ審査シ意見ヲ具ヘテ又ハ修正ヲ加ヘテ内閣ニ上申」すること、「内閣総理大臣ヨリ諮詢アルトキハ意見ヲ具ヘテ上申」することに集約された。その後、機構の縮小があったが、「その所掌に関する部分は、明治23年の官制のままで終戦後まで半世紀以上にわたって、法制局の基礎を定めることになった²³⁰」。

なお、戦前の法制局と帝国議会との関係については、法制局が議会から憲法論議を挑まれるというようなことはそれほど多くなく、法律案の数の少なさと政府の権限が強かったこともあり、法制局の政府委員が出席を求められること

²²⁹ それ故、上記の『内閣法制局百年史』が出版されたのが、「法制局」が設置された1885年から100年後の1985年というわけである。

²³⁰ 同上26頁。

はほとんどなかったようである²³¹。

(2) 戦後

終戦後、法制局が、憲法改正及びそれに伴う関係法令の整備に大きな役割を果たしたことは周知の事実だろう。しかし GHQ には、当時の法制局が余りにも形式的、論理的、反動的であり、占領政策に反抗する組織であると映っていた。そのため、1947年（昭和22年）に制定された法務庁設置法（翌年施行。1949年（昭和24年）より法務府）により法制局は廃止され（法務庁設置に伴う法令の整理に関する法律2条1項）、これにより、内閣の最高法律顧問たる地位は、法務総裁へと移ることとなる。そして法務総裁の下に、従来の法制局の機能についての補佐に当たる法制長官及び法務調査意見長官が、検務長官、訟務長官及び法務行政長官と並んで置かれることになった。

GHQ による法制局の敵視はそれにとどまらなかった。GHQ はコートニー・ホイットニー（Courtney Whitney）准将の名前で、「法制局が長い間非民主的慣行及び方法の下に活動してきた事実」に鑑み、法制局長官が法務庁法制長官として任命され得ることを唯一の例外として、その他の職員は法務庁に転用してはならないと指示したのである。そのため、法制局長官（佐藤達夫）と当時新人であった参事官1名（後に長官となる真田秀夫）を除き、他の職員は職を離れることとなる。「法制局は、ここに文字どおり、解体されることになった²³²」。

1952年（昭和27年）にサンフランシスコ平和条約の発効により占領統治体制を解かれた後、法制局は、法務庁を司法省に改編するに際して再び内閣に置かれることになった（法制局設置法）。その後、法制局は、衆参の法制局と紛らわしいことを理由に内閣法制局と改称されたり、部の増設、法理整理本部や憲法調査史料室が設置されたりするといったような変更はあったが、1952年（昭和27年）の法制局設置法において定められた所掌事務が、現在に至るまで維持されている。

²³¹ 同上42-45頁。むしろ、天皇の最高顧問の府であった枢密院との関係のほうが密接であったようである。その理由は、憲法附属法令、官吏制度に関する勅令などの制定改廃等については、あらかじめ枢密院に付議されることとなっていたためである。同上49頁。

²³² 同上140頁。

(3) 現在の組織及び職務

現在の内閣法制局の組織及び職務は、内閣法制局設置法及び同法施行令によると次のようになっている。

内閣法制局は内閣に置かれ（内閣府設置法1条）、その長たる内閣法制局長官は内閣が任命する（法2条1項）。長官は、内閣法制局の事務を統括し、部内の職員の任免、進退を行い、且つ、その服務につき、これを統督する。（法2条2項）。

内閣法制局の所掌事務は、①閣議に附される法律案、政令案及び条約案を審査し、これに意見を附し、及び所要の修正を加えて、内閣に上申すること。②法律案及び政令案を立案し、内閣に上申すること。③法律問題に関し内閣並びに内閣総理大臣及び各省大臣に対し意見を述べること。④内外及び国際法制並びにその運用に関する調査研究を行うこと。⑤その他法制一般に関すること、という5つである（法3条1号～5号）。

長官のほかは、①長官を助け、局務を整理する内閣法制次長一人（法5条1項、2項）、②命を受け、所掌事務をつかさどる内閣法制局参事官（法5条1項、3項）、③命を受け、事務を整理する内閣法制局事務官が置かれている。なお、参事官の数は、兼職者を除き、各部を通じ、24人を超えることができないとされる（施行令8条）

内閣法制局の内部部局として、第一部から第四部の部局及び長官総務室が置かれる（法4条）。第一部は、内閣法制局の所掌事務のうち、「第3条第3号及び第4号に掲げる事項並びに同条第5号に掲げる事項のうち他の部の所掌に属しないものに関する事務」、すなわち、法律問題に対する意見の陳述を主たる職務とする（施行令1条）。憲法解釈を主に担っているのが、この第一部である。第二部は、主として内閣（内閣府を除く。）、内閣府（金融庁を除く。）、法務省、文部科学省、国土交通省又は防衛省の所管に属する事項についての法律案及び政令案の審査・立案を（施行令2条）、第三部は、主として金融庁、総務省（公正取引委員会及び公害等調整委員会を除く）、外務省、財務省、会計検査院の所管に属する事項についての法律案及び政令案の審査・立案、そして条約案の審査に関する事項を（施行令3条）、第四部は、主として公正取引委員会、公害等調整委員会、厚生労働省、農林水産省、経済産業省又は環境省の所管に属する事項についての法律案及び政令案の審査・立案を行う（施行令4条）。なお、

部の長は部長であり、参事官をもって充てられる（5条5項）。

2. 内閣法制局の職務内容

以上のように、内閣法制局は、内閣法制局設置法3条の1号から5号に定められた職務を行うのであるが、これらの職務は、①法律問題に関し内閣並びに内閣総理大臣及び各省大臣に対し意見を述べるといふ、いわゆる「意見事務」と、②閣議に付される法律案、政令案及び条約案を審査するといふ、いわゆる「審査事務」に分けて論じられるのが一般的である²³³。以下、それぞれについて見ておこう。

(1) 意見事務

まずは意見事務である。内閣法制局のウェブサイトによると、意見事務は次のように説明されている。「法令の解釈は、その法令を所管し、その執行に当たる各省庁において行っていますが、法令の解釈に関して各省庁において疑義がある場合や関係省庁間において争いがあるような場合に、各省庁から求めがあったときは、内閣法制局は、これに応じてその法律問題に対する意見を述べることとされており、このような事務を意見事務と呼んでいます²³⁴。」この職務は、OLCの行っている意見事務と類似したものといえるだろう。

意見事務のうち、文書によるものを法制意見、口頭によるものを口頭意見回答というが²³⁵、法制意見は、法制意見をまとめた『法制局意見年報』が1967-68年の意見を収めた第12巻を最後に刊行されていない。そして、1980年を最後に、近年では法制意見が出された例はない²³⁶。他方、法制意見の減少に比例するか

²³³ 内閣法制局ウェブサイト。http://www.clb.go.jp/info/about/index.html.

²³⁴ 内閣法制局ウェブサイト。http://www.clb.go.jp/info/about/work.html#_1.

²³⁵ 内閣法制局百年史・前掲註（228）266頁。「口頭意見回答は、参事官が、担当省庁からの照会に応じ、その結論について事前又は事後に第一部長の承認を得て行われる。ただ、案件によっては、長官目での決済を経るものもあるが、このようなものは、口頭を持って回答されるとはいえ、法制意見と異なるところはないといえる」。同上268頁。

²³⁶ 大石眞「内閣法制局の国政秩序形成機能」公共政策研究6号14頁（2006年）。その理由については、①法制度が安定し、各省庁が法制局に意見を求めなければならないような案件が少なくなったこと、②判例の蓄積により、法令解釈上の疑義が少なくなってきたこと、③各省庁が決定的な結論の出る文書による法制意見を好まなくなってきたこと、④文書による法制意見は結論が正式に示されるまでに多くの時間を要すること、などがあるとされる。成田頼明「学者の目から見た法制局」内閣法制局

のように、「口頭による意見照会は依然相当な量」に上っており、「第一部においては、口頭による照会のうち重要なものは記録にとどめることとしているが、記録にとどめたもののほか、軽微な事項についての照会は枚挙にいとまがないほどである²³⁷」とされる。もっとも、近年では、記録にとどめられたものの数も減っているようである²³⁸。

(2) 審査事務

次に審査事務である。同じく内閣法制局のウェブサイトによると、審査事務は次のように説明されている。「法律案については、内閣が提出するものと国会議員又は国会の委員会・調査会が提出するもの（いわゆる議員立法）がありますが、内閣が提出する法律案は、閣議に付される前に各省庁が立案したものをすべて内閣法制局で審査しています。最近では、例年100件を超える法律が制定されていますが、その多くは内閣の提出によるものとなっています。[原典改行] 政令については、法律の委任に基づき又は法律を実施するため、内閣が制定するものですが、すべて内閣法制局の審査を経て閣議に付され、最近では、例年400件ほどの政令が制定されています。[原典改行] 条約は内閣が締結する権能を有していますが、「事前に、時宜によっては事後に、国会の承認を経ることを必要とする」（憲法第73条第3号ただし書）こととされている条約（いわゆる国会承認条約）については、すべて内閣法制局の審査を経て閣議に付されることとされています²³⁹」。

内閣法制局による審査は、主管省庁で立案した原案に対して、①憲法や他の現行の法制との関係、立法内容の法的妥当性、②立案の意図が、法文の上に正確に表現されているか、③条文の表現及び配列等の構成は適当であるか、④用字・用語について誤りはないかというような点について、法律的、立法技術的

百年史編集委員会『内閣法制局の回想——創設百年記念』278頁（内閣法制局、1985年）。

²³⁷ 内閣法制局百年史・前掲註（228）268頁。

²³⁸ 大石・前掲註（236）14頁によると、2004年、2005年は2件である。2006年以降については、電子政府の総合窓口（<http://www.e-gov.go.jp/>）での行政文書ファイル管理簿の検索結果では、2006年、2007年は1件、2008年は0件、2009年は1件、2010年（9月30日段階）で0件であった（大分類を「第一部」、中分類を「意見関係」に絞って検索した結果である。なお、いずれも「作成（取得）時期」である）。

²³⁹ 内閣法制局ウェブサイト・前掲註（234）を参照。

にあらゆる角度から²⁴⁰、換言すれば、「下は文章の付け方から、上は憲法を始め他の法令との対照、抵触の排除に及ぶもの²⁴¹」である²⁴²。OLC は細かな文章表現の統一まで行っているわけではないようであるが、ここでも内閣法制局は、おおむね、OLC の審査事務と同じような職務を行っているといえるだろう。

(3) 答弁事務と内閣法制局の憲法解釈

内閣法制局の行っている事務のうち、本稿にとって重要なのが、意見事務・審査事務に関連して行われる国会での答弁である（便宜的に、大石眞の表現を借りて「答弁事務」と呼ぶ²⁴³）。すなわち、意見事務に関連して内閣法制局は、「国会において、憲法や各種法律の解釈など法律問題について意見を求められた場合には、その答弁を行うこととなっている²⁴⁴」。これは、意見事務を職務としている関係上、「法律問題に関する政府統一見解の作成、その他国会における政府答弁の準備や答弁案の作成、及び衆・参両議院の議長から内閣に転送される質問主意書に対する内閣の答弁書の検討も、重要な職務の一部となっている²⁴⁵」ためである²⁴⁶。そして、「国会との関係で、憲法以下の各種法令の緊要な問題について意見を求められることも多く、この面での事務がかなり増加し

²⁴⁰ 内閣法制局ウェブサイト。http://www.clb.go.jp/law/process.html#process_1.

²⁴¹ 中島誠『立法学 序論・立法過程論 [新版]』75頁（法律文化社、2007年）。

²⁴² 実際にどのような仕方で審査事務がなされるかについては、政策研究大学院大学（政策研究院）C.O.E. オーラル・政策研究プロジェクト『工藤敦夫（元内閣法制局長官）オーラル・ヒストリー』（文部科学省科学研究費補助金 [特別推進研究（COE）] 研究成果報告書（2005年）が詳細であり、参照されるべきである。合わせて、西川伸一『工藤敦夫オーラル・ヒストリー』を読む』政経論叢74巻3・4号59頁（2006年）も参照。

²⁴³ 大石・前掲註（236）10頁。

²⁴⁴ 中島・前掲註（241）75頁。

²⁴⁵ 内閣法制局百年史・前掲註（228）285-286頁。

²⁴⁶ 大石眞は、このような国会答弁などの事務を意見事務に位置づけることについて、次のように述べている。「内閣法制局設置法第3条3号にいう『法律問題に関し内閣並びに内閣総理大臣及び各省大臣に対し意見を述べる』という文言が、国会との関係においてそこでの答弁事務を含むと解するのは、やはり無理があろう。だからこそ、法制局自身の認識としては、もともと、同局設置法にいう意見事務それ自体というより、むしろ上記の意見事務・審査事務を『その職務としている関係上』、法律問題に関する国会答弁といった事務も内閣法制局の『重要な職務の一部となっている』……という立場を示していたのである。つまり、意見・審査事務と密接に関連する付随的職務として位置づけられていたわけで、この方が収まりがよいように思われる」。大石・前掲註（236）10-11頁。同旨の指摘として、青井・前掲註（41）34頁。

ている。……このための準備が、事務量のかなりのウエイトを占めるようになってきた」とされる²⁴⁷。

審査事務もまた答弁事務と関連する。内閣法制局の審査を経たうえで内閣提出法案として国会に提出された法律案が委員会に付託されると、当該法律案について質疑が行われることになる²⁴⁸。質疑に対して答弁に当たるのは主務大臣であるが、「その質疑が重要な法律問題に及ぶときは、当局の政府委員たる審査担当部長が説明のため委員会に出席を求められることも多い²⁴⁹」からである。1999年の国会審議活性化法により政府委員は廃止されたため、内閣法制局の参事官（主に部長）は、政府参考人として技術的・細目的事項について答弁を行っている（衆規45条の3、参規42条の3）。内閣法制局長官も、政府特別補佐人として、会議又は委員会に出席し、答弁を行っている（国会法69条2項）。この答弁事務は、OLCの職務とは若干異なったものといえることができる。

以上の意見事務および審査事務、そしてそれらに関連して行われる答弁事務に際して、憲法上の論点が問題となっている場合に内閣法制局は憲法解釈を行うことになる。そして、意見事務のうち、法制意見がほとんど出されていないという現在の状況を前提する限り、内閣法制局の憲法解釈が実際に表に出る機会、答弁事務の局面にほぼ限定されるといっても過言ではない。もっとも、内閣提出法案についての答弁事務の場合、閣議を経て国会に提案されるに先立ち、必ず内閣法制局の審査を受けており、その内閣法制局が答弁事務に当たるのであるから、両者はおおむね一体のものとして捉えることができる。

3. 内閣法制局の解釈態度

それでは、以上に見た事務を行うに際して、内閣法制局の（憲）法解釈はどのようなになされているのだろうか。

²⁴⁷ 内閣法制局百年史・前掲註（228）201頁。

²⁴⁸ 内閣提出法案の立法過程と、そこにおける内閣法制局の役割については、自民党政権時代のものであるが、関守「内閣提出法律案の立法過程」ジュリスト805号25頁（1984年）、遠藤文夫「内閣提出法律における法文作成の過程」法学脅威室173号23頁（1995年）、西川伸一「内閣法制局の法案審査過程——『政策形成過程の機能不全』の一断面として」政経論叢72巻6号259頁（2004年）等を参照。

²⁴⁹ 内閣法制局百年史・前掲註（228）228頁。

(1) 内閣法制局の法解釈

この点について、法制意見を収めた『法制局意見年報』公刊に寄せて、法制局長官であった佐藤達夫は次のように述べている。「各省各庁からわれわれの手もとに持ちこまれる問題は、大部分が複雑微妙な難問であり、その結論を得るための苦労はなみ大抵のことではないが、われわれは訴訟事件に対する裁判官と同じような心構えで、慎重周到な用意をもつてその審議に当っている。法制局の意見は、法律的には各省庁に対する拘束力をもつものではないけれども、常にわれわれの意見が尊重されていることは、まことに喜ばしいことと思つている（——傍点は引用者）²⁵⁰」。同じく元内閣法制局長官の高辻正巳も、離職後に、「いずれにせよ、内閣法制局の使命は、内閣が法律的な過誤をおかすことなく、その施策を円満に遂行することができるようにするという、その一点にある。そうである以上、同局の法律上の意見の開陳は、法律的良心により是なりと信ずるところの従うべきであつて、時の内閣の政策的意図に盲従し、何が政府にとって好都合であるかという利害の見地に立ってその場をしのぐというような無節操な態度ですべきではない。そうであつてこそ、内閣法制局に対する内閣の信任の基礎があり、その意見の權威が保たれるというものであろう（——傍点は引用者）²⁵¹」と述べている²⁵²。

内閣法制局の法解釈のあり方に批判的な立場からの論稿においても、時の政府にとって都合のよい法解釈を行っているとして批判する論調のものはあまり見られない。たとえば、内閣法制局は、「……法案の当否を審査しているのではない。既存の法体系を前提に、その法的な整合性を問題にするだけなのである。それゆえ法制局官僚の頭では、自分たちは純粋に技術的問題を考えているのであつて、政治的判断をしているわけではないということになる。そして『選挙で選ばれたわけでもないのに、何の權威があつて、こんなに頑健に抵抗する

²⁵⁰ 法制局『法制局意見年報 第1巻 昭和27年度』（1953年）の「序」の部分である。

²⁵¹ 高辻正巳「内閣法制局のあらまし——再建20周年に寄せて」時の法令793号42頁（1972年）

²⁵² 同旨の指摘は数多い。たとえば、阪田雅裕元内閣法制局長官は、「法令の解釈は、政策判断のように、いくつかの選択肢のどれを取りますかということではなく、憲法の趣旨等を踏まえると、このように解釈されますと。この法的な論理が結果的に尊重されている」と述べている。『解釈変更』で対応するには無理がある」中央公論118巻9号124頁（2003年）。

のか』と聞かれて、『真理が根拠だ』と胸を張ったりするのである²⁵³』という指摘や、「……法制局を通過した法案は一般に妥協の余地のないほど完璧なものになる。それは一方で法体系の一貫性を保つことに寄与しているが、国会の裁量範囲を狭め、国会の立法機能を制約することになっているのである²⁵⁴』という指摘に見られるように、法的整合性を頑なに追求しようとする形式主義的態度が批判されることは多々あれども、恣意的で都合主義的な法解釈を行っているという評価は一般的ではないように思われる²⁵⁵。

(2) 内閣法制局の憲法解釈

内閣法制局は、憲法解釈に際しても法解釈と同様の態度で臨んでいる旨の答弁をしばしば行っている。以下、その例を引用しておこう（いずれも傍点は引用者によるものである）²⁵⁶。

法律の解釈は、客観的に一義的に正しく確定せらるべきものでありまして、行政府がこれをみだりに変更することなどはあり得ないものでございます²⁵⁷。

²⁵³ 飯尾潤「今のあり方は政治のダイナミズムを奪っている」中央公論118巻9号117頁（2003年）。

²⁵⁴ 岩井奉信『立法過程』54-55頁（東京大学出版会、1988年）。

²⁵⁵ こうした法制局の形式主義的メンタリティについては、古くから指摘があるところである。たとえば、佐藤竺「司法官僚と法制官僚」塩見俊隆編『岩波講座 現代法6 現代の法律家』57-60頁（岩波書店、1966年）等を参照。

もちろん、強引な法解釈をせざるを得ない場合もあるだろう。たとえば、大森政輔元内閣法制局長官が、「苦渋の答弁」であったと回顧する、「湾岸危機に伴う避難民の輸送に関する暫定措置に関する政令」の解釈、そして、沖縄の楚辺通信用所用地の賃貸借契約終了による使用権原の消滅後の使用についての答弁などがそれに該当しよう。その答弁内容も含め、大森政輔『20世紀末期の霞ヶ関・永田町——法制の軌跡を巡って』271-306頁（日本加除出版、2005年）を参照。

²⁵⁶ 内閣法制局が行う憲法解釈に関する国会質疑については、間柴・前掲註（42）77頁以下、第156国会参議院憲法調査会統治機構のあり方に関する調査小委員会会議録3号（平成15年5月15日）1-3頁〔津野修弁護士（前内閣法制局長官）発言〕及びその会議に供された資料においてまとめられている。当該資料は次のアドレスから入手できる。[http://www.shugiin.go.jp/itdb_kenpou.nsf/html/kenpou/1560515tsuno2.pdf/\\$File/1560515tsuno2.pdf](http://www.shugiin.go.jp/itdb_kenpou.nsf/html/kenpou/1560515tsuno2.pdf/$File/1560515tsuno2.pdf)

²⁵⁷ 第75国会衆議院予算委員会会議録9号（昭和50年2月7日）7頁〔吉國一郎内閣法制局長官発言〕。

憲法をはじめ法令の解釈は、当該法令の規定の文言、趣旨等に即しつつ、それが法規範として持つ意味内容を論理的に追求し、確定することであるから、それぞれの解釈者にとって論理的に得られる正しい結論は当然一つしかなく、幾つかの結論の中からある政策に合致するものを選択して採用すればよいという性質のものでないことは明らかである²⁵⁸。

一般論として申し上げますと、憲法を初め法令の解釈といいますのは、当該法令の規定の文言とか趣旨等に即して、立案者の意図なども考慮し、また、議論の積み重ねのあるものについては全体の整合性を保つことにも留意して論理的に確定されるべきものであると考えられるわけであり、政府による憲法解釈についての見解は、このような考え方にに基づき、それぞれ論理的な追求の結果として示されてきたものと承知をいたしており、最高法規である憲法の解釈は、政府がこうした考え方を離れて自由に変更することができるという性質のものではないというふうに考えておるところであります。特に、国会等における論議の積み重ねを経て確立され定着しているような解釈については、政府がこれを基本的に変更することは困難であるということでございます²⁵⁹。

まず、憲法解釈の変更はあり得るのかということについてお答えいたしたいと思いますが、委員御承知のとおり、憲法を初め法令の解釈と申しますのは、当該法令の文言とか趣旨に即しつつ、立案者の意図をも考慮して、議論の積み重ねのあるものについては全体の整合性をも保つことにも留意して、論理的に確定するという作業でございます。〔原典改行〕政府の憲法解釈につきましても、このような考え方にに基づきまして、それぞれ論理的な追求の結果として今まで国会等の席においても申し上げてきたとおりでございまして、一般論として申し上げますと、政府がこのような考え方を離れて、必要に応じて自由にこれを変更することは不可能でございます。……〔原典改行〕したがって、政府がその政策のために従前の憲法解釈を基本的に変

²⁵⁸ 第84国会参議院予算委員会会議録23号（昭和53年4月3日）2頁〔真田秀夫内閣法制局長官発言〕。

²⁵⁹ 第134国会参議院宗教法人等に関する特別委員会会議録3号（平成7年11月27日）12頁〔大出峻郎内閣法制局長官発言〕。

更するるといいううここはは不不可可能能ででああるるとと私私もも考考ええてておおりりままししてて、先先ほほどど言言及及さされれままししたたかかつつててのの法法制制局局関関係係者者のの見見解解もも、そそううなな見見解解にに基基づくくももののとと思思いいまますす²⁶⁰。

憲憲法法をを初初めめ法法令令のの解解釈釈とと申申ししまますすののはは、当当該該法法令令のの規規定定のの文文言言、趣趣旨旨等等にに即即ししつつつつ、立立法法者者のの意意図図ああるるいいははそそのの背背景景ととななるる社社会会情情勢勢等等をを考考慮慮しし、ままたた、議議論論のの積積みみ重重ねねののああるるももののつつききままししててはは、全全体体のの整整合合性性にに留留意意ししてて、論論理理的的にに確確定定すすべべきき性性質質ののももののとといいううふふううにに考考ええ、日日ごごろろそそううなな立立場場かかららそそのの見見解解をを申申しし上上げげてていいるるわわけけででごござざいいまますす。ししたたががいいままししてて、政政府府のの憲憲法法解解釈釈等等ににつつききままししててはは、ここううなな考考ええ方方にに基基づづききままししてて、そそれれぞぞれれ論論理理的的なな追追求求のの結結果果ととししてて示示ししててききたたももののとといいまますす。一一般般論論ととししてて言言ええばば、政政府府ががここううなな考考ええ方方をを離離れれてて自自由由ににここれれすすななわわちち憲憲法法上上のの見見解解をを変変更更すすここののはは、そそうういいうう性性質質ののももののででなないいとといいううふふううにに言言わわざるるをを得得ないいとと思思いいまますす²⁶¹。

憲憲法法解解釈釈のの基基準準とといいううここでであありりまますすけけれれどどもも、ここれれはは私私ども憲憲法法にに限限ららないいわわけけでですすけけれれどどもも、法法律律をを解解釈釈すすととききもも、そそのの規規定定のの文文言言、趣趣旨旨、そそれれかからら立立案案者者のの意意図図ああるるいいはは立立法法さされれたたととききのの客客観観的的なな社社会会事事情情とといいったたよよううななももののををいいろろいいろろのの検検討討しし、そそししてて要要すするるにに論論理理的的にに結結論論をを導導くくとといいううふふううなな作作業業ををししてていいううここででああるるとと考考ええてておおりりまますす²⁶²。

間柴泰治が指摘しているように、ここで引用した内閣法制局自身の解釈方法

²⁶⁰ 第140国会衆議院予算委員会会議録12号（平成9年2月13日）33頁〔大森政輔内閣法制局長官発言〕。

²⁶¹ 第144国会衆議院予算委員会会議録2号（平成10年12月7日）16頁〔大森政輔内閣法制局長官発言〕。大森元内閣法制局長官は、読売新聞のインタビューに対しても、「憲法に関する政府解釈は、論理的追求の結果だから、事情が変わったとか政策遂行に都合が悪くなったとして変更することは基本的に不可能ですね」と述べ、「憲法制定時に想定されなかった変化があった場合は、別の考え方があってもいいと思いませんか」というインタビューの質問に対し、「そんなことをしてはならないというのが私どもの信念ですね。今日は自信たっぷりにこうだと言っているが、そのうちにまたひっくり返るだろう、ということになると、明日から言うことが信用されない」と答えている。「内閣法制局・実像と虚像 番外編 大森長官に聞く（下）」読売新聞1997年10月12日。

²⁶² 第151国会参議院憲法調査委員会会議録9号（平成13年6月6日）10頁〔阪田雅裕内閣法制局第一部長発言〕。

に示された特徴を整理すれば、傍点を付して強調した点を見れば明らかなように、①憲法の解釈方法と他の法令一般の解釈方法とは相違がないものと理解していること、②「憲法の解釈とはあくまで論理的な追求であり、当然の論理的帰結として解釈は確定するものであり、したがって、政策的に複数ある解釈のうちから特定の解釈を選択するものではないことを強調」していることを挙げることができる²⁶³。内閣法制局が憲法解釈を変更した例はごく少ないながらも存在しているが²⁶⁴、以上の理解を忠実に踏まえた場合、過去の憲法解釈が「論理的に間違っていた」ための変更ということになる²⁶⁵。このような解釈態度は、上述の議論を参考にしていえば、「準」司法モデルというよりはむしろ、憲法の客観的意味を論理的に探るという意味での「司法モデル」に近いといえるだろう。

もちろん、こうした内閣法制局の憲法解釈についての自己言及は、現実の憲法解釈とは異なるという批判もありうる。たとえば中村明は、内閣法制局への取材を通じて、「内閣法制局は、日本の歴史、国内政治、国際政治、国民感情などを分析、統合して、出来るだけ『筋の良い憲法解釈』を行うことを心がけている。……内閣法制局は時代状況や内外の情勢を直視しながら、国民の大半が合意できる落としどころを探っている、と言っても過言ではない」ことに気付いたと述べている²⁶⁶、この理解は、内閣法制局の自己言及とは相容れない

²⁶³ 間柴・前掲註(42) 77-78頁。

²⁶⁴ 政府自身が明示的に憲法解釈の変更したことを認めているのが、憲法66条2項の「文民条項」の解釈である（平成16年5月28日に島聡議員からの質問主意書に対する答弁。内閣衆質159第114号（平成16年6月18日））。当初、内閣法制局は、「文民」の意味を、「……軍国主義というものに深く染まった、そういう経歴の人、そういう意味だと今までずっと考えて来ております」としていた（第15国会衆議院外務委員会会議録17号（昭和28年2月14日）9頁〔佐藤達夫法制局長官発言〕）が、その後、「自衛官は文民にあらざと解すべき」と解釈を変更し、佐藤栄作内閣総理大臣がこれを認めている（第48国会衆議院予算委員会会議録21号（昭和40年5月31日）26-27頁）。この点について詳細は、常岡（乗本）せつ子『「文民」の意味』大石眞・石川健治編『憲法の争点』244頁（有斐閣、2008年）等参照。

²⁶⁵ もちろん、「……憲法問題、法律問題については（内閣法制局は——引用者）政府部内の元締めということになっているので、その守備範囲内のことに関する限り、前にいったことはまちがっていましたがなどということは簡単にはいえないのである」だろうが。林修三『法制局長官生活の思い出』64頁（財政経済弘報社、1966年）。

²⁶⁶ 中村明「内閣法制局の憲法学は高度な政治学である」憲法理論研究会編『“改革の時代”

ように見える。また、野党議員からすれば、内閣法制局は、政府の擁護ばかりする——つまり、アドボケートモデルで行動する——機関であると感じられるようである²⁶⁷。しかし、上述したように、こと内閣提出法案についていえば、内閣が提出する前に必ず内閣法制局の審査を経ているのであるから、その擁護に回るのはある意味で当然である²⁶⁸。換言すれば、内閣法制局が答弁事務にお

と憲法』138-139頁（敬文堂、2006年）。

²⁶⁷ たとえば、次の発言。「……一体、法制局の答弁は、政府が苦境におちいるような場合に、往々にして手助けをしなければならないということで、いつでも歯切れが悪く、あとで責任を追及されないように、あるいは内閣が苦境におちいらぬように弁護してやる弁護士の役目だとあなた方は思っている。それであってはならないと思うのです。そんな意味なら必要ないですよ。そういうために立法化しているのじゃない。……三権分立を紛淆させてはならないというところにあなた方の使命があるのに、政府を擁護してやろうという弁護士のな役目をあなた方は果たそうとしている。それが身につけてしまっているのです。……どうもいつも法制局の答弁というものは、歯切れが悪いのじゃなくて、どこかを擁護するものでなければならないというような弁護士のな答弁をされることに、私常々不満を持っております。不満を持つばかりでなく、これは組織法を変えなければならないのじゃないかという意見すら持っております。……裁判所で弁護士がするように、どこかに用心をしながら答弁をする。そういう目で置いているのじゃないのです。三権分立を紛淆させないために、正確な判断をしてやろうという趣旨で設けられておる。国会のほうが行き過ぎだという場合には、そういう批判をあなた方が下してちっとも差しつかえないと思う。それを、そういう判断をしないで、いつでも政府が苦境におちいらぬように弁護してやろうということは、これは国家組織を非常に誤った方向へ持っていくのではないか。……うまく政府を擁護したのがいい法制局長官だというのは、誤った考え方です。行政府なり内閣なりにあやまちなからしめるための機関であって、それを擁護する機関じゃないのですよ。擁護しようとするから、歯切れが悪くなってくる。そういう態度を改めていただかなければならぬ。……」。第41国会衆議院予算委員会第一分科会会議録6号（昭和40年2月27日）11頁〔川俣清音委員発言〕。岩井・前掲註（254）55頁は、内閣法制局の審査を経た「……法案の完璧性の故に与野党の妥協の余地を小さくしていること」を、与野党対立を生み出す要因の一つとしている

²⁶⁸ 直前の註（267）の質問を受けた高辻内閣法制局長官は、次のように述べている。「……いま御指摘の点は、どうも弁明ばかりに走っているのじゃないかということですが、実はほんとうを言いますと、お聞き願いたいこともございます。たとえば国会等に出ました法律案につきましては、われわれが実は全責任を持っております。これは法制局長官が判を押すといいますか、決裁をして、このとおり決定されてしかるべしという閣議にかけて、そして国会に出るわけでございますから、その段階でわれわれはわれわれの責任を全うする意味で大いにそれこそ弁明を申し上げる。それまでの過程で、法制局の中では、各省からの法律案を審議する際には、これは行き過ぎであるとか、これはいいだろうとか、いろいろ中ではございます。ございますが、それを何も申し上げることもございませぬので、結果においてできたもの、これはわれわれはほんとうに責任を持つわけでございますから、したがって、むしろ弁解ではなく

いて政府を擁護することは、必ずしもアドボケートモデルで行動していることの証明にはならない。

(3) 内閣法制局の憲法解釈と最高裁判所の憲法解釈

それでは、この内閣法制局が自認している憲法解釈の態度は、最高裁判所の憲法解釈とどのような関係にあるといえるのだろうか。この点で参考になるのが、佐藤岩夫の議論である。

日本において、最高裁判所が違憲判決をほとんど出さない理由の一つとして、「日本には内閣法制局があり、立法段階でそこでぎりぎりまで検討を重ねるので、違憲の立法が横行していないという事情も違憲判断が出ない大きな理由

で、われわれの考えているところを申し上げるという場合が多いものですから、勢いどうもいつも弁解ばかりしているように見える点もあるのではないかというふうに思うわけでございます。第41国会衆議院予算委員会第一分科会会議録6号（昭和40年2月27日）11頁〔高辻正己内閣法制局長官発言〕。また、第40国会衆議院内閣委員会会議録19号（昭和37年3月22日）14頁〔高辻正己法制局次長発言〕等も参照。

林修三元内閣法制局長官も著書において次のように述べている。少々長いが、大変興味深いので引用しておく。「私どもが国会で答弁すると、よく野党側の人々から、お前は政府の立場ばかり弁護してけしからん、もっと公平な立場で憲法論、法律論をすべきだというおしかりをこうむる。〔原典改行〕……これは別に、えこひいきをしたり、御用学者ぶりを發揮してなんでも政府側に有利になるように、場合によっては、黒を白といいくるめるような態度で答弁していることによるものではない。〔原典改行〕野党議員の中には本気でそう思っている人もまいるし、三百代言などという野次をそのまま報道するマスコミなどの影響を受けて世間でも案外そういうように思っている向きが多いから、このさい啓蒙の意味を含めて書いておくことにするが、政府の提案する法律案や条約は、すべて事前に法制局の審査を受けるわけであるし、法律案や条約という形をとらない政府の行動施策でも、それが憲法問題や重大な法律問題を含む場合は、必ずといっていい程度に、法制局は、事前の連絡、相談を受けている。〔原典改行〕そして、そういう法律案や条約の審査の過程、行政施策上の憲法問題、法律問題の相談の過程で、法制局の法的意見は、常に十分にとり入れられており、法制局の承認、同意を得た者だけが、法律案や条約の形になって国会に提案され、あるいは行政施策として世の中に出ているのである。〔原典改行〕そういう内部過程を経ているのであるから、そういうものについての法的意見を聞かれて、法制局が、その弁護にまわるにはむしろ当然なわけである。自分であらかじめこ判を押ししたものに対し、批判的意見をいう道理がないのである」。林・前掲註（265）78-79頁。

なお、このことと関連して、「通常、議員提案の法案に関して内閣法制局長官が答弁するのは極めて異例」のようである。「内閣法制局・実像と虚像（5）」読売新聞1997年7月30日。

の一つであろう²⁶⁹」という理解が広く共有されていると思われるが²⁷⁰、佐藤岩夫は、「法令の厳格な事前審査の存在が論理必然的に裁判所の事後的な違憲審査の余地をなくすわけではない。……日本について内閣法制局の厳格な事前審査の存在が違憲判決の少なさの原因であるという説明は、暗黙のうちに、法令の事前審査機関である内閣法制局の役割と事後的な違憲審査機関である最高裁判所の役割の均質性という前提を含意しているように思われる。事前審査機関と事後審査機関の役割の均質性を前提としてはじめて、事前審査が機能するだけ事後審査の必要が減少するといえるからである²⁷¹」と指摘する。そして、上述したように、「内閣法制局においては、憲法解釈の論理性を強調し、法案の憲法適合性を論理的・形式的に審査することが自己の役割であると考えられている²⁷²」のに対し、「日本の最高裁判所の役割観において第1次的に関心が向けられているのは、人権保障や憲法的価値の擁護といった観点よりは、より強く、司法の自制、政治部門の決定への影響の回避であるように伺われる。政治への実質的な影響を可能な限り回避しようとするれば、違憲審査制度が機能する領域は自ずと縮小し、残される領域は、政治部門の決定に実質的な影響を及ぼさない論理的・形式的審査だけになるかもしれない。そして、これこそが、内閣法制局が事前に余すところなく先取りしている活動領域なのである（——傍

²⁶⁹ 園部・前掲註(6) 322頁(236頁註7も同旨)。

²⁷⁰ 同様の見解を示すものとして、長谷部恭男「民主主義の質の向上——ブルース・アッカーマンの挑戦」ジュリスト1311号86頁(2006年)、第156国会参議院憲法調査会統治機構のあり方に関する調査小委員会会議録3号(平成15年5月15日)4-8頁〔山口繁前最高裁判所長官発言〕等がある。林修三元内閣法制局長官も、「法制局の審査の過程で憲法の趣旨に合致しないということで陽のめをみずに葬られる法律案が相当に多い」と述べている。林・前掲註(265) 79、194-195頁。

他方で、内閣法制局の審査を受ける前の段階で、すでに違憲性が除去されているという理解もある。ある内閣法制局参事官は、在任中に、「所管省庁が法制局に持ち込んだ法案が違憲となるようなものはほとんど考えられない」と述べている。平岡秀夫「政府における内閣法制局の役割」北大法学論集46巻6号354頁〔質疑応答・平岡発言〕(1996年)。

なお近年では、内閣法制局の審査を経た法律について最高裁判所が違憲判断を下した例も見られる。郵便法違憲判決(最大判平成14年9月11日民集56巻7号1439頁)、在外邦人選挙権訴訟(最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁)がそれである。

²⁷¹ 佐藤岩夫「違憲審査制と内閣法制局」社会科学研究56巻5・6号97-98頁(2005年)。

²⁷² 同上・100頁。

点は引用者)²⁷³」と指摘している²⁷⁴。

以上の説明が示しているのは、最高裁判所が憲法解釈において果たすべきだと考えている方法・領域において、事前に内閣法制局が同様の憲法解釈を行っているが故に、日本においては違憲判決が少ないということである。裁判所は政治部門への決定への影響の回避のために高度に自制的態度をとるとされるが、この自制された領域においても内閣法制局は論理的・形式的な審査を行うという点で違いが存しているものの、以上の議論に依拠する限り、内閣法制局の憲法解釈方法は、最高裁判所のそれとおおむね合致するということになる。この意味でも、日本の内閣法制局の憲法解釈の態度は、「準」司法モデルというよりはむしろ「司法モデル」に近いといえるだろうと思われる。

4. 内閣法制局の憲法解釈のあり方

それでは、日本における執行府の憲法解釈機関である内閣法制局の憲法解釈のモデルとして、司法モデルを採用することは、規範的観点から見てどのように評価できるだろうか。この点、私見では、OLC と同じく内閣法制局の解釈は、司法モデルでもアドボケートモデルでもなく、「準」司法モデルで把握すべきであると考えている。それは次の理由による。

(1) アドボケートモデルの否定

まず、アドボケートモデルを採用すべきでない理由から見ていこう。それは端的に言えば、OLC をアドボケートモデルで捉えるべきではないとする上述した議論の根拠が、いずれも、ほぼ内閣法制局にも当てはまると思われるからである。

第1に、内閣法制局の法制度上の位置づけである。上述したように、戦後法制局は、法務庁の設置により廃止されたのであるが、この改革は、次のような目的によるものであった。

²⁷³ 同上・104頁。

²⁷⁴ 「最高裁判所裁判官は、自分たちが最上級審の裁判官であり、法解釈の統一にあたることこそが自己の職務であるという意識をもっているので、憲法解釈のような政治的判断が必要な政治性の強い職務は、自分たちの本来の職務ではないと感じているのではないか」と指摘するものとして、市川正人「日本における違憲審査制の軌跡と特徴」立命館法学294号111頁（2004年）も、同旨であろう。

従つて政府が、憲法及び法律を忠實に施行するためには、政府自體においても、憲法及び法律の解釋適用を統一して、自主的に法に則つた政治を確保することが絶対に必要でありまして、このためには、政府に一元的な法務に関する統轄機關を設け、法律問題に関する政府の最高顧問として、行政部門に對し法律上の意見の陳述又は勸告をさせることが適當と存するのであります。これがすなわちこの法案に所謂最高法務總裁でありまして、この最高法務總裁の管理する事務は、最高法務廳でこれを掌るのであります。

……この制度を立案いたすにつきましては、英米におけるアトニー・ゼネラルの制度が參酌せられたのでありまして、殊に米國のアトニー・ゼネラルの制度が參考となつたのであります。役所をつくるというよりは、行政部全體に對する最高法律顧問たる最高法務總裁というものを設ける、そしてその最高法務總裁が仕事をしていく必要上、諸々の補助官府をもつという建前でありまして、……そしてこの總裁のもとに、檢察長官、法制長官、法務調査意見長官、訟務長官及び法務行政長官の五長官を設けたのでありまして、この五長官は、米國のソリサイター・ゼネラル・アツシスタント・ツ・ザ・アトニー・ゼネラル等に當り、それぞれ主管事務について、最高法務總裁を助けるのであります（傍点は引用者）²⁷⁵。

この立法趣旨を見る限り、アメリカの司法長官を模して導入された法務總裁制度は、そのあるべき職務内容もまた、アメリカのそれを想定していたものと解釈できる。そうだとすると、少なくとも意見事務については準司法モデルのもとで把握していたといえるのではないかと思われる。

法制局はその後、再び内閣に置かれ、それに伴つて、官僚から法制局長官を置くことになった。そこで、この改編を通じて、法制局の役割を上記のものから変更させようとする意図があつたのかが問題となる。この点について焦点を当てた議論は国会議事録からは管見の限り窺えなかつたが²⁷⁶、その趣旨

²⁷⁵ 第1国会衆議院司法委員会會議録60号（昭和22年11月23日）1頁〔鈴木義男司法大臣発言〕

²⁷⁶ 「現在のこの改正によりますと、現在法制意見局長官の持つておられる権限をそのままに長官のほうに移される、別に実質的の審査権を従来現在よりも強く広く持たせ

は、「新憲法下数年間の国会における首相その他の政府答弁の経験を通じて、内閣が国会に対する責任を果たす上において、直属の法律専門スタッフを置く必要が痛感されていたことも、大きな理由であった²⁷⁷」ようである。そうすると、いかなる出来事があって「直属の法律専門スタッフを置く必要」が「痛感」されたのが問題となるが、これは、吉田茂首相の憲法 9 条 2 項に関する失言——従来の政府解釈とは異なる内容の答弁をしたことで大問題となったこと²⁷⁸——を契機としていたとされる。この失言は、当時、内閣総理大臣が本会議や重要な委員会に出席する際、特に内閣からの要請がない限り、法務総裁又は法制意見長官が内閣総理大臣を補佐するために出席することが行われていなかったために生じたものであったとされる。そのため、失言の直後に吉田首相が直々に法制局を内閣直属の部局として復活するよう指示したというエピソードが伝えられている²⁷⁹。そうだとすると、以上の経緯に照らしてみる限り、内閣法制局の役割は、英米の司法長官を模範とした創設された法務総裁の行っていた事務の変更を特に意図したものではないと考えられる。それゆえ、明示的ではないにしろ、黙示的に国会は内閣法制局長官に準司法的に法的アドバイスを提供するよう求めているものと解しうると思われるが、この点は判然としない点も多く、決定的な結論を導くものとはいえない。

第 2 に、OLC の法的アドバイスと同様に、内閣法制局には、自らの解釈を執行府内の公定解釈として確定させる権限は与えられておらず、事実上の拘束力を有しているにすぎない²⁸⁰。事実上の拘束力の背景には内閣法制局の「権威」

ようとするようにお考えになつておるわけではないのですか。」という質問を受けた当時法務府法制意見第二局長であった林修三は、「特に條文の表現上はそう書いてはないわけでございます」と答弁している。第13国会参議院内閣委員会会議録30号（昭和27年5月26日）8頁〔質問者は竹下豊次参議院議員〕。

²⁷⁷ 高辻・前掲註（251）38頁。

²⁷⁸ 憲法 9 条は、自衛のための戦力を保持することを禁止していないという趣旨の発言。第13国会参議院予算委員会会議録16号（昭和27年3月6日）13, 24頁。

²⁷⁹ 林・前掲註（265）13-14頁、林修三「法制局時代の思い出——法制局の復活と安保条約のこと」内閣法制局の回想・前掲註（236）6-8頁。なお、法制局は昭和37年に「内閣」法制局へと改称されたが、これは、衆参の法制局と紛らわしいことが理由であり、それ以外の理由はないという。第40国会衆議院内閣委員会会議録19号（昭和37年3月22日）14頁〔高辻正己法制局次長発言〕。

²⁸⁰ 青井・前掲註（41）35頁。

があるとされるが、この権威は、徹底的な法案審査と法的整合性へのこだわりから生じているとされる²⁸¹。「内閣法制局は憲法違反を最大の恥辱と考へ、法案審査に最大限の慎重さを期して権威の保持に努めている。この実績は、各省庁が内閣法制局の権威を受け入れるのに十分である」とか、「内閣法制局の解釈で行政は動くのであるから、安易な解釈変更は内閣法制局の権威失墜に直結する」という指摘も、このことを示しているといえる²⁸²。逆にいえば、この権威は、内閣法制局がアドボケートモデルで行動した場合に失われる可能性がある。南野森が指摘するように、最高裁判所とは異なり事実上の権威を有することとどまる内閣法制局が、憲法解釈を変更することによって権威を低下させる可能性は、最高裁判所の判例変更の場合よりいっそう大きいと言わねばならない²⁸³。

第3に、アメリカでは、アドボケートモデルで OLC が行動することは法曹倫理規定に違反するという議論があったが、この議論は内閣法制局には当てはまらないだろう。むしろ日本の文脈において重要であると思われるのは、公務員の憲法尊重擁護義務（憲法99条、国家公務員法97条、職員のサービスの宣誓に関する政令）である。内閣法制局の職員も公務員であるため、当然この義務を負うことになる。憲法尊重擁護義務については、それが憲法への精神的な支持なのか、それとも行動に際しての遵守なのかという対立が見られるが²⁸⁴、時の政府にとって都合のいい憲法解釈を提供することが、内閣法制局に課された憲法尊重擁護義務の履行であるとは言い難いという点については、合意が得られるのではないと思われる。

高辻正己元法制局長官は、内閣法制局の存在意義につき、読売新聞のインタビューに対して、「何のために法制局があるかと言えば、政府の施策が法の支配、

²⁸¹ 「内閣法制局の力は、法律よりもその権威に事実上の源泉があるように思われる。権威を裏付けるものが、法案審査の実績である」。西川伸一『立法の中核 知られざる官庁 新内閣法制局』75頁（五月書房、2002年）。また、高辻・前掲注（251）42頁も参照。

²⁸² 同上76, 79頁。「内閣法制局・実像と虚像（4）」読売新聞1997年7月29日には、味村治元内閣法制局長官の「憲法違反というのは最大の恥辱だから、立案にあたっては最大限慎重に検討する」という言葉が引用されている。

²⁸³ 南野森「憲法解釈の変更可能性について」法学教室330号33-34頁（2008年）。

²⁸⁴ 学説については、阪口正二郎「憲法尊重擁護義務」大石・石川編・前掲註（264）32頁を参照。

法の定めるところに従って実施されることを担保するためですよ。……内閣は行政各部を指揮監督できるんですが、内閣が法制局を指揮監督するというのは考えられない。法の支配を考えると、法律判断というのを内閣がやっていたらきりが無い。だから、法制局が重視されざるをえない」と答えている²⁸⁵。発言の後半部分——内閣が法制局を指揮監督するというのは考えられないという箇所——には異論があるが、前半部分は首肯できる。「法制局の話聞いて内閣が決定していたのが間違っていたので、内閣が決めたならそれに合う解釈を考えるのが法制局の仕事だ」という議論もあるが²⁸⁶、そのように正当化された政府の行為を、「法の支配」の枠内である、ということにはやはり躊躇が残るといわざるを得ない²⁸⁷。

(2) 司法モデルと準司法モデル

以上より本稿は、内閣法制局の憲法解釈モデルとしてアドボケートモデルを採用すべきではないと考えるのであるが、次に検討を要するのは、「準」司法モデルと司法モデルのうち、どちらの解釈モデルが規範論としてより妥当なモデルなのかについてである。この検討は、とくに昨今民主党が内閣法制局長官の答弁禁止を法制化しようとしていることの主眼に、「司法モデル」の変更があると思われるために重要となる。

先に述べたように、内閣法制局の自認する憲法解釈の特徴は、①憲法と他の法令一般の解釈方法との間に違いはないものとするとともに、②憲法解釈は、論理的な意味内容の確定作業であり、複数ある解釈の選択肢から選択する性質のものではないことを強調する点に見出される。そして内閣法制局は、執行府内における憲法解釈機関としての自身の役割を次のように認識している。たとえば、1979年（昭和54年）12月11日の衆議院法務委員会において味村治内閣

²⁸⁵ 「内閣法制局・実像と虚像 番外編 故高辻・本長官の証言（下）」読売新聞1997年9月18日。関連して、前掲註（60）の記述も参照。

²⁸⁶ 「内閣法制局・実像と虚像 番外編 有識者座談会 憲法解釈変更は政治の責任」読売新聞1997年10月31日〔飯尾潤発言〕。

²⁸⁷ 現行の国会法69条2項が、純粋な官僚組織である内閣法制局の長官を、高い独立性が保障され、両院の同意人事とされている人事院総裁、公正取引委員会委員長、公害等調整委員会委員長と同列に置いていることも、内閣法制局を、単に政府の行動を正当化するための法解釈を行う機関として見るべきではない根拠となるように思われる。

法制局第一部長は、内閣法制局の憲法解釈のあり方について、「先ほども申し上げましたように、政治は憲法に従ってしなければならない。政治でもって憲法を改める、憲法に反する政治を行うということは許されないことは当然でございます。〔原典改行〕したがいまして、仮に内閣において何らかのことを決するという場合におきましては、私ども内閣法制局といたしましては、法律上の意見を内閣に申し上げるという立場から、違憲なことが行われることが絶対にならないように、細心の注意を払って御意見を申し上げておる次第でございます。決して内閣は憲法に違反いたしました行為をしていいということではないわけでございます。たとえ最高裁判所が統治行為論をおとりになりまして、統治に関する基本的な行為については裁判権は及ばない、こういうふうにおっしゃったからといって、内閣といたしまして、では違憲なことをやってもいいのだというようなことで、そんなことを考えて内閣の決定を行っている、内閣の行為をしているということは決してございません（——傍点は引用者）²⁸⁸」と述べているが²⁸⁹、これが意味するのは、政権交代があったとしても、一義的に導き出される憲法解釈の変更を認めないということである。「内閣法制局は時の政権にとっての単なる便利な法律顧問ではない。一度示した憲法解釈、法律解釈は頑として変更しない。誰が首相でも、政権交代があっても従来の見解を固守する²⁹⁰」のである。

民主党が問題視しているのは、まさにこの点であるように思われる。このことは、たとえば、2010年3月16日の内閣委員会における、「今まで法制局、内

²⁸⁸ 第90国会衆議院法務委員会会議録2号（昭和54年12月11日）10頁〔味村治内閣法制局第一部長発言〕。

²⁸⁹ その他、内閣法制局には、『創造と抑制』の二つの側面がある。内閣の直属の補佐機関として、法令案の審査を通じて、政府が展開しようとする施策のための法的枠組みを作るのは価値創造の作用。他方、政策の展開はすべて憲法の枠内で行わなければならない、抵触するおそれがある場合には、憎まれ役かもしれないが、内閣に対して躊躇なく意見を述べる職責があり、これは抑制的機能だ。その時々々の社会情勢によっては抑制的な側面が目立つ時もある。「法制局長官の答弁禁止で、国会論議の粗悪化が進む（大森政輔・元法制局長官インタビュー）」朝日新聞 GLOBE41号（2010年6月14日）。http://globe.asahi.com/feature/100614/02_4.html 大森元長官は、同旨の発言を、「内閣法制局・実像と虚像 番外編 大森長官に聞く（上）」読売新聞1997年10月11日でも述べている。

²⁹⁰ 西川・前掲註（281）79頁。

閣法制局長官が幾つもの憲法解釈を国会の中でしているわけですね。その評価というのは、これからそれを基本的に踏襲していくということによろしいですか」という質問に対する、枝野幸男行政刷新担当大臣（法令解釈も担当）の答弁、すなわち、「基本的には、政権が変わったからといって憲法の解釈を恣意的に変更するということは私はあってはいけないことだと、許されないことだというふうに思っております。〔原典改行〕ただ、すべての過去の内閣法制局長官等による発言、見解を私網羅的にチェックをしているわけではありませんので、一応余地としては、過去の解釈、判断に間違いがあるということがあった場合には、それは変更する余地はあるということは一応残しておかないといけないかなというふうには思っておりますが、基本的にはやはり過去の解釈を恣意的に変更するということはありませんというふうに思っています²⁹¹」という発言や、同じく枝野幸男大臣が、朝日新聞のインタビューに対して、「9条に限らず、行政における憲法の解釈は、恣意的に変わってはいけないが、間違った解釈を是正することはありうる。従来の内閣における憲法9条の解釈は、誤解されて受け止められている面が多々あると思っている²⁹²」と答えていることから見て取ることができるだろう²⁹³。

²⁹¹ 第174国会参議院内閣委員会会議録2号（平成22年3月16日）25頁〔枝野幸男内閣府特命担当（行政刷新）大臣発言〕。

²⁹² 「間違った憲法解釈の是正はあり得る（枝野幸男・前法令解釈担当相（現民主党幹事長）インタビュー）」朝日新聞 GLOBE41号（2010年6月14日）。http://globe.asahi.com/feature/100614/02_5.html

²⁹³ なお一般的には、この民主党の動きは憲法9条の解釈を「政治主導」で変更することにあると理解されている。このことは、たとえば、同法案をめぐる国会の場での次のような発言から窺うことができる。「我が国司法における違憲審査は、個別的、事後的事であることから、内閣法制局長官というのは、特にこの安全保障関係立法の憲法との整合性に関しまして事前的な考え方を委員会答弁で提示する、言わば準司法的な役割を担ってきたわけであります。したがって、その答弁排除は、時々々の政治意図に左右される政治主導の憲法解釈が横行するんじゃないか、多くの国民はこれを不安に思っているわけであります。」第174国会参議院予算委員会会議録15号（平成22年3月23日）14頁〔浜田昌良委員発言〕。「とりわけ、内閣法制局長官を政府特別補佐人から除外し、国会審議の場から外し、憲法九条の解釈改憲を政治主導で進めることをねらっていることは、断じて容認できません。」第174国会衆議院議院運営委員会会議録31号（平成22年5月18日）2頁〔佐々木憲昭委員発言〕など。また、上脇博之「鳩山連立政権における憲法問題——衆院比例定数削減と内閣法制局長官答弁禁止の策動の問題点」人権と部落問題62巻6号40頁（2010年）、中村明「内閣法制局の憲法9条

つまり、国会法改正を通じて民主党が果たそうとしている「政治主導」の自身は、内閣法制局の解釈態度——本稿の整理に引きつけていえば、憲法解釈の客観的・一義性にこだわる「司法モデル」——を変更し、内閣法制局が、政治家自身が正しいと考え、自らの責任で行おうとしている憲法解釈²⁹⁴の「障害」とならないようにしようとするものであると言えると思われるのである²⁹⁵。

(3) 憲法解釈の一義性？

それゆえ、検討を要するのは、論理に基づく憲法解釈の一義性にこだわる内閣法制局の憲法解釈態度の是非であろう。

さて、この内閣法制局の立場は、法解釈の科学性を標榜し、法解釈とは客観的に存在する価値を認識する作用であるとする立場を彷彿させるものである。こうした理解に対する来栖三郎の問題提起が、「法解釈論争」を引き起こしたことは広く知られている。ここでは法解釈論争について深くは立ち入らないが²⁹⁶、来栖は、法解釈とは、複数ありうる解釈のうち解釈者の選択によって選ばれる主観的作用であって、客観的かつ一義的に「正しい」意味を認識する作用ではないと主張した²⁹⁷。にもかかわらず法律家が、自らの解釈を客観的な認

解釈のなし崩しの解体が狙い——内閣法制局長官の国会答弁を禁止する国会法改正問題」法と民主主義446号22頁（2010年）なども同様の理解を示している。

²⁹⁴ 「……憲法解釈について政治主導で内閣で決めていくというのは、私にはそれがなぜ駄目なのかよく分かりません」。第173国会参議院外交防衛委員会会議録3号（平成22年11月19日）14頁〔岡田克也外務大臣発言〕

²⁹⁵ 民主党は次のように説明している。「私は、従来、法制局長官が国会等で主に答弁をされていたというのは、私は一種の政治の責任逃れだというふうに思っておりまして、元々、内閣法制局設置法には、内閣法制局は内閣に対する意見具申機関であるというふうにその所掌事務が書いてありまして、やはりあくまでも内閣としての、憲法を始めとする法令解釈の権限と責任は内閣にあるというのは従来からそうであると。責任と権限があるにもかかわらず、いかにもそれは自分たちになくて法制局長官の責任なんだというような顔をして答弁を逃れてきたということが私は、大きく言えば、先ほど菅副総理がおっしゃってございました官僚主導、官僚依存というような構造とつながっていたのかなというふうに思っておりまして、もちろん法制局長官にお任せをした方が楽ではありますが、責任を負うのは内閣であるということで国務大臣たる私がやはりその責任を負うべきではないかなというふうに思っております」。第174国会参議院内閣委員会会議録2号（平成22年3月16日）25頁〔枝野幸男内閣府特命担当（行政刷新）大臣発言〕。

²⁹⁶ 法解釈論争の概要とその後の展開については、田中成明『法理学講義』第14章（有斐閣、1994年）等の整理が簡便である。

²⁹⁷ 来栖三郎「法の解釈と法律家」『来栖三郎著作集 I 法律家・法の解釈・財産法・財

識の結果であるかのように装って主張するのは、「威武高」で、「気が弱く」、「虚偽が無責任」であり、自らの解釈に対する政治的責任を放棄するものであると批判している²⁹⁸。

法解釈論争の影響を受けた憲法学でも、憲法解釈の性質をめぐって活発な議論が展開されたこと²⁹⁹も周知のとおりである³⁰⁰。野坂泰司は、憲法学が法解釈論争をどう受け止めたかについて、①憲法解釈は実践的な価値判断を含む作用であり、とりわけ憲法が一般的・抽象的な規定が中心であり、すぐれて政治的な法であることに起因して、通常法律よりも解釈者の価値判断の余地が大きいこと、②この憲法の実践的性格は、憲法現象を認識する学である憲法科学との対比で強調される傾向がみられたと整理しているが³⁰¹、これらに鑑みれば、憲法学として、上記の内閣法制局の憲法解釈のあり方についての自己認識をそのまま妥当な理解として是とするわけにはいかないだろう³⁰²。「……変更の前後いず

産法判例評釈(1)』73頁(信山社、2004年)(初出は、『私法』11号16頁(1954年))。
²⁹⁸ 来栖・前掲註(297)81-82頁。来栖三郎「法律家」来栖・前掲註(297)49頁も参照。来栖はその後、裁判所は法を作るのではなく客観的に存在する意味の認識であるといった言説に見られるような「擬制(=フィクション)」の機能と意義について思索を深化させていくことになるが、この点については、来栖三郎『法とフィクション』(東京大学出版会、1999年)所収の各論文を参照。

²⁹⁹ この点については、山内敏弘「戦後における憲法解釈の方法」杉原泰雄編『講座 憲法学の基礎3 憲法学の方法』71頁(勁草書房、1984年)、植野妙実子「憲法解釈について——1950年代から現代までの論争を整理する」法学セミナー544号87頁(2000年)等における整理を参照。

³⁰⁰ もっとも、山元一は、「最近の憲法概説書においては、松井茂記『日本国憲法』がそれに異例のページ数を割いていることを除けば、憲法解釈とは何か、という問題に割かれた分量は驚くほど少なく、ほとんど体系的な論述の対象となっていない」と指摘している。山元一「憲法解釈と比較法」公法研究66号106頁(2004年)。

³⁰¹ 野坂・前掲註(5)6-7頁。杉原泰雄は、共通の確認とはいえないものの、①実践的意欲の作用である憲法解釈と憲法現象の認識の学である憲法科学が方法においても性質においても異なること、②憲法解釈には社会的、政治的、歴史的責任が伴うこと、③憲法解釈は憲法科学の成果をふまえたものであるべきこと、④憲法解釈は権力担当者の規制を根本課題としていること、かつ、権力担当者が権力濫用を本性としていることに照らし、法の解釈一般とは異なる憲法解釈に固有の課題の追求が不足していたということについて、一応は確認されたと整理している。杉原泰雄「憲法解釈学」杉原泰雄編『新版 体系憲法事典』278頁(青林書院、2008年)。

³⁰² 政治学者の西川伸一も、「すべて解釈を『客観的に一義的に正しく確定』できるとする(内閣法制局の——引用者)考え方には若干の違和感を覚える」と述べている。西川・前掲註(248)303頁。

れかの解釈が『正しい』ものであるとすれば、それ以外は『誤り』であった（そしてその正誤は法文が制定された時点に決定していた）ということになる。果たして多くの法律家はこのような想定に納得するだろうか。客観説に基づく議論は、我々の法にまつわる実践に合致しないのではないだろうか³⁰³と思われるからである³⁰⁴。

（４）政府の憲法解釈と動態的憲法秩序の可能性

また、論理に基づく憲法解釈の一義性という意味での司法モデルは、—— OLC の検討箇所でも論じたように——執行府の憲法解釈機関としての内閣法制局という、制度的な位置づけを考慮に入れていない点でも問題が残るように思われる。この論点は、土井真一が「解釈主体の相違は、憲法解釈の方法あるいは在り方の差異を帰結するか」と定式化した問い、すなわち、「とりわけ国家機関が憲法解釈を行う主体となる場合に、憲法解釈の方法あるいは在り方について規範的差異を認めるべきか否か」という問題³⁰⁵に関わってくる³⁰⁶。

土井は、この問題について、憲法解釈権を複数の国家機関に分散的に帰属させ、「憲法解釈自体を動態的な統合と均衡のプロセスの中」に置く可能性を認め、そこにおける付随的違憲審査制という制約のもとで下された憲法判例を、熟議の民主主義を促進しうるものとして積極的な観点から理解する見方を提示しつつ³⁰⁷、「日本国憲法は、各解釈主体が多様性を維持し、それぞれの役割を自覚しつつ憲法を解釈し、国民を含めた統合と均衡の中で憲法秩序を動態的に実現していくことを選んだのではないだろうか（——傍点は引用者）」と指摘し、上

³⁰³ 大屋雄裕「根源的規約主義は解釈改憲を放縱化させるのか」『岩波講座 憲法 1 立憲主義の哲学的問題地平』287頁（岩波書店、2007年）。

³⁰⁴ もっとも、内閣法制局の解釈態度についての自己言及を額面通り受け取るのは「野暮」なことなのかもしれない。解釈の複数性と主観的選択の契機を認識しつつも、対外的には一義性を主張し続けることにより、組織としてのプレゼンスを発揮し政治に対する事実上の拘束力を保持しようという戦略が根底にある可能性も否定できないからである。この点については、長谷部恭男「表立っていえない憲法解釈論」同『Interactive 憲法』第16章（有斐閣、2006年）、内野・前掲註（5）195-200頁、南野・前掲註（283）34頁、大屋・前掲註（303）295-297頁を参照。

³⁰⁵ 土井・前掲註（32）130-131頁。

³⁰⁶ この論点についての先駆的業績として、内野・前掲註（5）182-206頁が重要である。

³⁰⁷ 同上・131-135頁。

記の問いに対して肯定的に答えている³⁰⁸。上述したように、OLC ガイドラインにおいても、OLC は憲法の意味内容を、具体的文脈や状況から切り離して抽象的に探るのではなく、執行機関の一部であって、民主的に選出された特定の大統領に仕えるのだという制度的な位置づけも踏まえたうえで解釈を行うべきことが示されていたが、これも解釈主体の相違による解釈のあり方の違いを認めるものである。

本稿も、冒頭でも述べたとおり、事実の問題として日本では動的に憲法秩序が生成されてきたという説明が妥当であると考えてだけでなく、規範の問題としても妥当であると考えている。まず、そもそも裁判官と同じ憲法解釈の望むのであれば、執行府の内部に憲法解釈機関を置くことの意味それ自体を問い直す必要があるように思われる³⁰⁹。また、OLC の検討箇所でも論じたように、憲法解釈を実践的な価値判断を伴う作用と捉えた場合、憲法の意味をよりよく解釈しうる主体は、文脈によって異なるはずである。そうだとすれば、土井が指摘しているように、「漸次的に最適解に接近していくために、現段階においてなすべき判断の範囲と深度を考察することも賢慮の求めるところ」であり、「それゆえ、憲法解釈の主体に関わる要素に着目して、機能的観点から、憲法解釈の方法あるいは在り方について規範的な差異を認めることも、決して不合理であるとはいえないように思われる³¹⁰」のである。そして、このような動的な憲法秩序理解を前提とした場合、客観的に正しい憲法の意味は論理的に一義に確定するという立場は、解釈の変更が客観的に存在する憲法の意味を捻じ曲げることを意味してしまうがために、他機関や政府との交渉や妥協、協働の余地が失われてしまうという点において問題が残るように思われる。

以上から、OLC と同様、執行機関の一部であって特定の政府に仕えるのだ

³⁰⁸ 同上・137頁。

³⁰⁹ 裁判所と同じ審査が必要であるというのであれば、憲法裁判所の設置等によって、抽象的違憲審査に基づく司法による憲法秩序統制の道を模索するのが本筋であるように思われる。もっとも、憲法改正が現実的なオプションではないことに照らすと、いわゆる「勸告的意見」の可能性を模索すること等がありうる選択肢だろう。勸告的意見については、佐々木雅寿「勸告的意見の可能性」高見勝利・岡田信弘・常本照樹編『日本国憲法解釈の再検討』323頁（有斐閣、2004年）参照。

³¹⁰ 土井・前掲註（32）131頁。

という制度的な位置づけのもとで内閣法制局は、国会論議における先例や議論の積み重ね、歴史的实践を踏まえながら、執行府の憲法解釈として、よりよい解釈をなすべきことが求められているといえるのではないだろうか³¹¹。それゆえ本稿は、「憲法解釈は、客観的かつ一義的に正しい意味の探究である」とする内閣法制局の憲法解釈理解には問題があり、執行府の一機関としての自覚を持ちながら、複数成り立ちうる憲法解釈からの選択を、恣意的にではなく、——理想的な意味での——裁判官が憲法を解釈するかのごとく憲法を解釈すべきであるという「準司法モデル」という解釈モデルに共感を覚えるのである³¹²。

³¹¹ 内野は、このような立場は、憲法尊重擁護義務（憲法99条）でいうところの「この憲法」の意味の相対化につながり、それが憲法の各条項の規範性の相対化につながると批判する。内野・前掲註（5）187頁。この批判は重要な批判であるが、本稿ではさしあたり、三権が協働して「この憲法」のよりよい意味を探るという協働作業を通じた「対話」のなかに、規範の相対化という消極的側面だけではない積極的意義が見出されるのではないかと考えている。関連して、駒村圭吾「討議民主主義の再構築」中村睦男・大石眞編『立法の実務と理論——上田章先生喜寿記念論文集』21頁（信山社、2005年）、岡田・前掲註（43）117-119頁。

なお、南野森は、憲法9条をめぐる状況に鑑み、「……有権解釈によって憲法規範が生成されるというような動態的憲法観に安易に与するわけにはいかない状況に、解釈としての戦後日本の憲法学はおかれている。およそ形式的意味の憲法を良しと判断し、その政治部門による運用を悪しと判断する者にとっては、解釈としての憲法学の対象は静態的な形式的意味における憲法でなければならないという主張が出てくることは、自然な成り行きであるようにみえる」と指摘しつつも、「……たとえ動態的憲法観を採ったとしても、憲法学の解釈という仕事は決して無意味なものとはならないはずだ」と指摘し、有権解釈機関の解釈は、その解釈を解釈する者の存在によって制約されるのであり、この点に学説の意義を見出されることを論じており、興味深い。南野森「憲法・憲法解釈・憲法学」安西他・前掲註（33）20-21頁。

³¹² 「法制局は、内閣の一員としての存在と、政治とは一線を画した法律の専門家集団としての位置づけがありますが、法制局は、どちらに重みがあるのでしょうか」というインタビューの質問に対し、秋山収元内閣法制局長官は次のように答えている。「法制局に期待されているのは、法律の専門家集団として、法律的に間違いのない意見を内閣に出すという職務だ。ただ、内閣の一員なので、内閣の政策をまったく考えずに法律論だけをやるというのではなく、求められる政策を踏まえつつ、法律的に間違いのない見解を出していく。そこは両方に足をかけて考えていた。「政府解釈の迷走はまずい。軌道修正のときにはきちんとした説明を（秋山収・元内閣法制局長官）」朝日新聞 GLOBE41号（2010年6月14日）。http://globe.asahi.com/feature/100614/side/02_01.html

V むすびにかえて

以上、本稿は、政治部門の憲法解釈が現実の憲法秩序形成に多大な寄与を果たしているという現実認識のもと、政治部門のうち、とくに執行府の憲法解釈に着目した。そして、執行府の憲法解釈を担う機関はいかなる態度で憲法解釈をすべきかについて、アメリカの OLC を検討対象として、その組織・職務の概要を踏まえながら、アメリカでの議論を参考にそのあり方を論じてきた。そのうえで、以上の検討を参考にして、OLC および内閣法制局は、執行府の行動を正当化するような憲法解釈をその役割とするのではなく——「アドボケートモデル」の否定——、執行府の憲法解釈機関であるという制度的地位を踏まえつつ——「司法モデル」の否定——、裁判官が憲法解釈を行うかのごとく憲法解釈すべきであるという「準司法モデル」が、あるべき解釈モデルではないかと論じた。

最後に、本稿の立場からすると、民主党が進めようとしている政治主導という「目的」を達成するための「手段」として採用された内閣法制局長官の答弁禁止について、どのように評価されるかについて述べることで、本稿のむすびにかえることにしたい。

1. 内閣法制局の運用

さて、執行府内部の法解釈機関としていかなる解釈態度をとるべきかについて、アメリカではアドボケートモデルと準司法モデルとを対比させて論じるのが一般的であることは上述した通りである。そして、アメリカにおける議論は、OLC の「拷問メモ」を一つのきっかけとして、アドボケートモデルから準司法モデルへの転換を推し進めようとする議論が中心的であったように思われる。これに対し、日本の内閣法制局のあり方をめぐる昨今の政治の動きは、アメリカとはちょうど逆向きの事態が進行しているかのようである。

上述したように内閣法制局は、——自認・他認ともに——これまで司法モデル的で行動してきたといえるだろう。このことは、アメリカにおいて、OLC を準司法モデル的に運用させるために必要なこととして提示された議論が、日本の内閣法制局の現状におおむね当てはまるという事実からも窺うことができる。

第 1 に、OLC の政治性を排除するために政治任用職の数を減らすといった

提案が見られたところであるが、内閣法制局の人事は、形式的には任命権は内閣にあるが、「1952年8月1日、法務府から内閣に法制局が再び置かれることになって以来、参事官→第一部長→法制次長→長官へという人事原則は揺らいだことはない。[原典改行]つまり、長官任用の実態は政治任用ではなく、行政任用なのだ。吉国一郎長官（第51代）以降、任期は例外もあるが、3-4年が守られている³¹³」。つまり、政治的圧力に対抗することが制度的に可能な運用がなされている。

第2に、OLCがアドボケートモデルで行動しないようにするためには、その意見の透明性確保が重要であるという指摘が多く見られたが、この点、日本では会議や委員会における内閣法制局の答弁の内容は、議事録等を通じて容易に入手することが可能であり³¹⁴、この意味で高い透明性が確保されている。

第3に、OLCがアドボケートモデルに陥らないようにするためには、政府の行動に対して、事後にアドバイスするのではなく、事前にアドバイスすべきであるという議論がなされていたが、既述のとおり、内閣提出法案や答弁趣意書については、内閣法制局による「事前」の審査がなされているため、それらに関連した質疑において内閣法制局が答弁の任に当たる場合であっても、準司法モデルに必要とされた「事前のアドバイス」の要請を満たしているといえる³¹⁵。

³¹³ 中村・前掲註(38)38頁。

³¹⁴ 情報の所在と入手方法については、いしかわまりこ・藤井康子・村井のり子『リーガル・リサーチ [第3版]』109-121頁（日本評論社、2008年）の整理を参照。

³¹⁵ 内閣法制局の回想・前掲註(236)に所収されている（内閣）法制局の職務経験者の各論文が異口同音に述べている（内閣）法制局内部の様子による限り、自由闊達な議論が展開できる環境にあるようである。

なお、審査事務については、法案の審査を担当する参事官1名が完全に独立して審査を行い、他の参事官と協議することはあるが、絶対に他の人を助けたりすることはないようである。『工藤敦夫オーラル・ヒストリー』前掲註(242)100-101頁。その後、担当参事官は、審査結果を上司である部長に説明し、部長の了解を得て次長、長官に対して説明を行う（平岡・前掲註(270)349頁）。そのため、内閣法制局では審査事務につき、縦のラインでの審査の機会は確保されているが、横のラインでの正式なチェックは行われていないといえるだろう。意見事務についての意思決定システムの詳細は不明であるが、『工藤敦夫オーラル・ヒストリー』前掲註(242)233、331頁等によると、第一部の参事官および参事官補が、それぞれ各省別に分担しているようであり、ここでも、横のラインでのチェックはなされていないものと推察される。ただし、各部長も参事官なので、縦のラインでのチェックが働くということは、OLCというところの「司法長官補代理2名による審査の原則」と同様の機能は果たされて

2. 答弁禁止により予想される効果

さて、内閣法制局長官の答弁禁止は、こうした内閣法制局の現状を大きく変更させる可能性がある。特に影響を受けると思われるのは、第2、第3番目に指摘した事項である。

まず意見の透明性確保という問題である。OLC の意見公開を広く進め、その透明性を確保することでアドボケートモデルから準司法モデルへの変換を図ろうとしていたアメリカの議論を踏まえるのならば、内閣法制局の意見が公になる機会を奪いかねない答弁禁止は深刻な問題をはらむことになる。長谷部恭男が指摘するように、「憲法解釈を含む重要な問題について、内閣法制局長官が国会議員の質問に公開の議員の会議や委員会の席上で回答する慣行は、このように相衝突する要請（公開と非公開の要請のこと——引用者）のバランスをとるために、長年の経験の中で築き上げられてきた。こうした経験の叡智を、『政治家の主導する国会論議の活性化』という観念論で否定してよいものなのか、疑問が残ると言わざるを得ない³¹⁶」。

なお民主党は、衆議院規則の改正によって政府参考人制度を廃止し、官僚答弁をも禁止しようとしている。この改正案では、官僚の答弁禁止の代償的な措置として、衆議院規則85条の2第1項「委員会は、審査又は調査のため必要があるときは、参考人の出頭を求め、その意見を聴くことができる」を、「委員会は、審査又は調査のため必要があるときは、参考人として行政機関の職員、学識経験者、利害関係者等の出頭を求め、その意見又は説明を聞くことができる（——下線部が改正部分。引用者）」と改正するとともに、同条第2項として、「前項の規定による意見又は説明の聴取については、委員会は、意見聴取会を開いてこれを行う。」を挿入する等の内容となっている。つまり、これらの改正がなされた場合、内閣法制局の解釈が公にされうるのは、この意見聴取会という場と、改正の対象となっていない参議院の委員会での政府参考人としての答弁のみということになる。

しかし、意見聴取会という仕組みが「政治主導」にとって意味あるものであ

いるともいえる。

³¹⁶ 長谷部・前掲註（41）7頁。

るか疑わしい³¹⁷だけでなく、それが、これまでの内閣法制局の国会答弁が果たしてきた意見の透明性確保の代用として機能するかどうかにも疑問が残る。意見聴取会は法案審議の場である委員会から切り離されており、そのため、国会が必要と考える審査や調査が不十分となり、結果、充実した審議が阻害される可能性があるためである³¹⁸。そうした審査や調査は、公開された場での審議の場——「国会の憲法解釈機能」を発揮する場である——でなされるということが重要なのであり、それにより、執行府の憲法解釈の当否をチェックするとともに、国民に知らしめるという重要な意義を持つ³¹⁹。しかし答弁禁止は、これが阻害してしまいかねないという点で、大きな問題を抱えているといえる。

次に、意見を出す「時期」の問題である。内閣法制局長官のサポートなしでは、不用意な憲法解釈やこれまで一貫して政府が採用してきた憲法解釈とは異なった憲法解釈が、閣僚により国会の場で発言される可能性がある。閣僚の発言が政府統一見解と異なることを理由に撤回や修正を行った例はあるものの、政治的に見て、閣僚が国会で発言した内容を頻繁に変更することは困難であろうし、また、政府統一見解の変更のためにこれまでとは異なった憲法解釈について発言することもありうる。そうした場合、内閣は、発言を正当化できるような憲法解釈を、事後的に内閣法制局に求めることが予想される。それにより、「事前のアドバイス」という、準司法モデルにとって必要な要請が損なわれてしまいかねず、結果、これまで国会論議などを通じて確立してきたはずの憲法解釈が、政治家の一存で変更されてしまう可能性³²⁰や、そうならないにしても、大森政輔元内閣法制局長官がインタビューに応じて述べているように、「……法

³¹⁷ 高見勝利「憲法春秋⑤ 委員会の議事仕分けと『意見聴取会』創設の愚」書齋の窓 597号表 II (2010年)。なお、内閣法制局が内閣に置かれることになった歴史的経緯(前掲註 (279) あたりを参照。)を踏まえるのならば、岡田順太が指摘しているように、内閣法制局長官の答弁禁止だけでなく、「内閣法制局の機構上の位置付けも再検討することが首尾一貫している」。岡田・前掲註 (43) 120頁脚注 (12)。

³¹⁸ 小松浩「国会・選挙制度——民主党集権的『民主主義』の危うさ」法と民主主義445号48頁 (2010年)。

³¹⁹ 内野・前掲註 (5) 175頁。

³²⁰ 「法制局長官の答弁禁止で、国会論議の粗悪化が進む (大森政輔・元内閣法制局長官インタビュー)」朝日新聞 GLOBE41号 (2010年6月14日)。http://globe.asahi.com/feature/100614/02_4.html.

律解釈をめぐる国会論議が非常に低調になり、きめの粗い議論にとどまってしまう。国会中継を見る限り、非常にお粗末な場面を目にします。」というような状況になってしまう可能性もある³²¹。

以上より、内閣法制局長官の答弁禁止は、現在の制度を前提とするかぎり、司法モデルを「準」司法モデルに変更するというよりはむしろ、司法モデルからアドボケートモデルに近づいていくことになりかねないと考えられる。民主党は国会答弁において、内閣法制局長官の答弁禁止は「恣意的な憲法解釈を目論むものではない」旨を再三にわたって述べていたが、以上の検討に照らせば、實際上、その危険をはらむものであるといえるのではないだろうか。もちろん、①現状の内閣法制局内部の意思決定システムを維持しつつ、②すでに行われた執行府の行動に対して事後的に内閣法制局が法的意見を出すのではなく、事前に出す仕組みを確保し、③そしてその意見を可能な限り公開し、公衆の批判にさらすという制度を構築するのであれば、つまり、アドボケートモデルとならないような制度構築及び制度運用を行うのであれば、内閣法制局長官の答弁禁止に反対しなければならぬ理由はない³²²。しかし、少なくとも現在の制度を前提とする限りでは、内閣法制局長官の答弁禁止には賛同できないといわざるを得ない。

³²¹ 同上。そしてこうした事態が生じると、近年問われている「立法の質」のさらなる低下が進む恐れがある。近年の立法をめぐる問題状況については、川崎政司「立法をめぐる昨今の問題状況と立法の質・あり方——法と政治の相克による従来の法的な枠組みの揺らぎと、それらへの対応」慶應法学12巻43頁（2009年）を参照。

内閣法制局の参事官経験者であり、現在民主党議員である平岡秀夫は、ブログにおいて、「要は、内閣法制局長官が国会で答弁できなくなることは、それほど大きな問題ではなく、むしろ問題は、政府統一見解を示す場合に、内閣法制局の意見が内閣の中でどれだけ尊重されるのかにあると考えられます」と述べている（<http://ameblo.jp/hideoh29/entry-10385723768.html>）が、ポイントとなるのは、その政府統一見解を「事前」に内閣法制局がチェックできる仕組みが整えられるか否かであり、その可能性が内閣法制局長官の答弁禁止により、減少されるのではないかと思われる点にこそ存しているのではないかと思われる。

³²² 「ただ、国家での答弁は、法制局の有権解釈を公にする一つのやり方に過ぎないので、絶対に必要とまでは言えないでしょう。」「対談・『政治主導』と民主主義の行方」朝日新聞2010年1月6日〔長谷部恭男発言〕。「長官の国会での発言を封じるのであれば、少なくともそれに代えて、公開の形で与野党の代表の質問に内閣法制局が回答する場を設営すべきであるし、さらに、とくに重要な論点に関する意見は、内閣法制局のホームページでの公開を考えるべきであろう」。長谷部・前掲誌（41）7頁。

3. 内閣法制局の活用に向けて

大石眞は、2006年に「この十数年にわたる行政改革の歩みは、常に内閣機能の強化、その補助機能の強化という議論と結びついてきた。そうであるなら、意見事務・審査事務などを通して示される『国制知』の担い手としての内閣法制局の役割と機能は、その文脈でも再考されるべきものであった。しかし、このような視点はその歩みの中でかならずしも見られず、むしろ『政治主導』の掛け声は、その憲法・法令解釈を敵視するかのようであった³²³」と指摘していたが、この指摘は、戦後初めての単独政権による政権交代が果たされた現在において、より妥当するものといえる。

憲法解釈が実践的な価値判断を含む作用であるとするれば、その解釈をめぐり対立が生じるのは当然である。立場や場合によっては、内閣法制局の憲法解釈を受け入れ難い場合もあるだろう。しかしだからといって、内閣法制局がこれまで担ってきた「国政秩序形成機能」を等閑視し、その役割を不用意に縮小させたり、政治に従属させようと試みたり、さらには組織の廃止を目論んだりすることは、「角を矯めて牛を殺す」に等しい。今求められるのは、執行府の憲法解釈機関として、内閣法制局がこれまで果たしてきた憲法保障の役割や国政秩序形成の機能を正面から評価するとともに、その制度的位置づけを踏まえたうえで、そのさらなる活用を目指し、あるべき憲法解釈のあり方を展望していくことではないだろうか³²⁴。

[2010年9月30日脱稿]

³²³ 大石・前掲註(236) 15頁。大石眞のいう「国政知」とは、「国家の構成と諸制度——国制——を構想し……その支柱となって運営していく知的営み」である。同上7頁(大石は、瀧井一博『ドイツ国家学と明治国制』2頁(ミネルヴァ書房、1999年)を引用している)。

³²⁴ 同上。

※本論文で言及した政治状況及び本論文で引用したホームページの最終閲覧日は、いずれも、2010年9月30日段階のものである。