HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	政府の訴訟活動における機関利益と公共の利益（1）：司法省による「合衆国の利益」の実現をめぐって
Author(s)	北見, 宏介
Description	論説
Citation	北大法学論集, 58(6), 37-92
Issue Date	2008-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/32572
Type	departmental bulletin paper
File Information	vol58-6_p37-92.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

政府の訴訟活動における機関利益と公共の利益（一）

――司法省による「合衆国の利益」の実現をめぐって――

北見宏介

序　章
一．問題の設定と検討方法
二．本稿における分析の視座
三．考察の範囲と限定

四．本稿の構成
第一章　政府訴訟と司法省――法務総裁と政府の訴訟活動の歴史的展開
第一節　法務総裁の原像とその展開
第一款　一七八九年裁判所法と法務総裁の原像
一．前史
二．一七八九年裁判所法三五条
三．他省設置法との異同
四．立法過程
五．小括
第二款　法務総裁職の発展と大統領への接近
一．法務総裁の職務環境――規模・職の性質・地位
二．大統領閣議
三．意見書作成とワートの対応
四．一八五四年クッシング意見書
第三款　創設期の訴訟活動
第四款　訴訟活動権限の集中化の試みと司法省創設
第二節　合衆国の利益と法務総裁の性格
第三節　政府の法律事務の集中と分散
第四節　訴訟活動と大統領の権限
第二章　訟務長官の活動と合衆国の利益
第三章　訟務長官と政治性
終　章　総括とわが国に対する示唆

（以上本号）

序章

本稿は、訴訟局面における当事者としての行政の行動のあり方を探るべく、アメリカ合衆国の司法省を比較研究の素材として、訴訟活動の制度が果たすべき機能について検討を行うものである。

一．問題の設定と検討方法

行政は法の規律を受け、法律に示された公益の実現に向けた活動を行う任務を有している。そして、こうした公益実現の任務は、行政が活動を行うあらゆる場面において存在すると思われる。行政が公益実現の任務から完全に解放されて活動を行うことが可能な場面は想定困難である。

こうした行政の活動が法の規律に反してなされた際には、行政訴訟が、不利益を受ける者の主観的利益の実現とともに、適法性を確保するという意味で、「法治国原理を担保する」機能を有するとされている。(1)

もっとも、この行政訴訟は通常の民事訴訟と同様に当事者主義的な訴訟構造となっている。それゆえ、上記のような公益実現に向けた任務を負う行政もまた、この行政訴訟の局面において基本的には通常の民事訴訟と同様に、訴訟の一方当事者として法廷に立ち、行政は勝訴を目指して主張その他の訴訟活動を行うこととされる。

しかしながら、行政活動の公益実現と法適合の要請は、訴訟の局面においても存在するものと考えられる。したがって、行政が当事者として活動する行政訴訟でもやはり、行政は公益実現と自己の法適合の実現に向けた訴訟の対応をとることが要請されると考えるべきであろう。(2) そうすると、行政が訴訟において当事者となる場合には、通常の当事者のような自己の勝訴を第一に追求するのとは異なる訴訟の対応をとることが要請されるのではないだろうか。

このような視点に立つならば、小早川光郎教授の以下のような論述に注目すべきである。

「行政、とりわけ行政処分に関係する立法の規定は、たしかに、いったん処分がされ、それに対して取消訴訟が提起された場合には、その裁判の基準となるものであるが、……むしろ、第一次的には、処分そのものを担当する国家機関、すなわち行政庁自身が、個々の事案についてそれらの立法を誠実に執行し、その趣旨を的確に実現すべき任務を負っているものと考えられる」[3]。

「行政庁は、［取消訴訟が提起されると、］ここでは、訴訟当事者として、みずからの処分が擁護されるべきものである限りはそれを擁護するという立場に立つ。しかし、当該処分に関する立法の趣旨の実現に務めるべき行政庁の本来の任務が、右のような訴訟上の立場にてらして失われるわけではなく、行政庁はここでも、立法の趣旨に適った裁判がされるために必要な資料を、その調査検討にもとづいて提出すべき任務を負っているとみるのが妥当であろう」[4]。

ここで小早川教授は、取消訴訟の審理のあり方を、特に行政庁が負う処分の際における事実調査の義務との関連で論じているが、上記の問題意識を有している本稿の筆者にとっては、以下の二点が注目される。まず第一に、小早川教授の議論が、法律に従って公益と国民の権利利益のために活動する義務を負う行政が一方の当事者となるという行政訴訟（とりわけ処分の取消訴訟）[5]の特殊性に立脚したものであるという点であり、そして第二に、この特殊性から導かれることとして、行政の訴訟における行為に、通常の私人当事者に対しては課されない要請が存在することを述べている点である。

しかし、こうした小早川教授の議論がある一方で、すでに園部逸夫教授は、行政訴訟における裁判所の位置づけについて、次のように述べていた。

「わが国の行政事件訴訟では、通常裁判所が、行政権の裁量権の行使につき逸脱・濫用の有無を審理・判断し、行政権の事実認定の是非を証拠によって判断し、究極的には、裁判所の公益判断を行政庁のそれと置き換えることまで要求される場合がある。わが国の行政訴訟では、当事者主義の下で被告行政庁が当事者の地位において抗争を続けるという訴訟構造になっている以上、当事者としての行政庁に、終始、客観的かつ第三者的な公益判断を期待することは困難である。この点でも、裁判所は、重い負担を課されているといわなければならない」(6)。

このように園部教授は、現在の当事者主義的な行政訴訟の運用下で、行政に対し通常の私人当事者と異なる要求を行うことに、実際上の限界があることを指摘していた。さらにここでは、裁判所が判断を行う上での情報が不足しているという問題が生じていることも示唆するものとなっている。つまり、裁判所の判断の基礎となる情報について、裁判所は当事者、特に行政に依存することになるけれども、そこに中立的な立場を期待することが難しいために、裁判所が「重い負担」を負わざるを得ないということである。

こうした負担は、当事者主義の下で行政と対峙する私人当事者に対しても重荷となるだろう。わが国の行政訴訟が当事者主義をとることによる問題の分析として南博方教授は、「民事訴訟を支配する弁論主義……は、私的自治を原則とする民事紛争の解決手続として最も適している」ものであり、「客観的・実体的真実発見（原処分の違法性の確認）を第一義とする行政訴訟において弁論主義を無条件に導入することは、原告に多大の負担を強い」ることになると述べる。

そして、「情報が行政庁の手に独占され、しかもそれが政策に関する事項や高度の専門的・技術的知見を要する場合には、原告は、証拠収集能力に欠け、かつ、証拠の取捨選択ないしその解析能力に劣ることは、いうまでもな」く、「訴訟の巧拙、訴訟追行能力の差によって訴訟の結果が左右される危険性が多分に存在」すると指摘していた(7)。

上記からは、現在の行政訴訟の問題状況を次のように述べることが許されるだろう。それは、一方において行政は公益実現の任務と法適合の要請を受けつつも(8)、他方で訴訟過程に至ると、私人に対して実質的な訴訟遂行に係る知識、情報、能力の点での優位性が存在するにもかかわらず(9)、通常の私人当事者と同様の行動を取るものとして扱われ、このこと行政訴訟が有する機能を阻害している、というものである。

先に見た小早川教授の見解は、行政が負う立法の趣旨を実現する任務を等閑視してなされる訴訟活動に、「悪しき当事者主義」(10)という評価を導く点で、この問題状況に対する批判的な意義を有するものであろう。小早川教授は、直接的には処分に係る行政による事実調査の議論で示されたものであったけれども、行政庁の地位が処分局面のみならず訴訟局面でも、立法の趣旨の実現に努める面では連続的であるべきことを述べていたからである。

もっとも、小早川教授の見解に対しては、行政の処分における立場と訴訟の局面における立場には違いがあるという指摘が交告尚史教授からなされている。興味深いのは、交告教授がこの違いが存在する根拠の一つとして、以下のように行政組織的な観点から説明しているところである。

「訴訟への対応としての調査検討は、行政処分を担当した部局とは異なる部局によって進められるのが通例と思われる。もちろん行政処分担当部局と協議がなされるであろうが、訴訟対策である以上、訴訟担当部局が主導権を握ることになるのは当然であろう。さらに、訴訟代理人の意向も強く反映されるに違いない。そうした環境で実施さ

れる調査検討は、立法の趣旨を実現するための行政庁の本来的任務とは異質であると思う。[11]」

このように、処分の局面と訴訟局面の間に存在する差異を、それぞれの活動を別個の部局が担当しているという点から説明している。交告教授によれば訴訟担当部局の活動は、訴訟「対策」であるという。通常の理解でいえば、訴訟への「対策」の目的は勝訴あるいは敗訴の回避であろう。そうするとこの記述からは、交告教授の次のような現状把握を読み取ることができるだろう。それは、訴訟担当部局の活動が勝訴や敗訴回避を志向した活動であるため、訴訟局面で行政が立法の趣旨の実現に努める行動を取ることは想定しがたい、というものである。[12]

しかし同時に、訴訟局面で異なる部局が関与しているという交告教授による指摘には、上記の問題状況の突破口を見出すための重要な手がかりが示されているとも考えられる。というのは、問題状況の中核を、「すでに一度、当該係争に係る処分を行っている以上、中立な立場から主張を行うことには困難があり、法律の実現にあたって要請された公益が、公平な立場から法廷において反映されるかという点でいうと、地位的な問題があるということ」[13]にあると見るならば、訴訟局面における活動に処分担当部局と異なる者が関与することは、処分に直接には関与していない第三者の視点が行政訴訟に注入されるということになり、現状における問題を構造的に解消する契機を有しているように思われるからである。

確かに、訴訟担当部局は第三者的な視点というよりも、勝訴や敗訴回避を志向した訴訟対策をとるものだという認識が一般的かもしれない。交告教授の記述もこうした認識の上に立つものだろう。

しかしその反面、処分に直接関与していない訴訟担当部局は、行政内部においては処分担当部局に比して客観的で第三者的な立場で訴訟活動を行うことが可能な位置にあるということもできる。[14]したがって、その役割像ないし運用の

転換によっては、当事者主義の下の行政訴訟の局面においても、行政が公益実現の任務と法適合の要請に即した行動を取ることを担保するしくみとして機能する可能性があると考えられる。そうすると、この行政による訴訟活動の制度の検討と、それがいかにあるべきかを探求することは、重要な課題になるのではないだろうか。

以上のような問題意識の下に、本稿では、行政による訴訟活動の制度、すなわち「訟務事務」[15]をテーマとして取り上げる。このテーマは、これまでわが国の行政法学においては、必ずしも充分に検討されてはこなかった。確かに、行政による訴訟活動の制度は、行政訴訟法制としては、周辺領域に位置づけられることになるかもしれない。[16]しかし、司法改革の際には、訴訟手続に関する諸課題のほか、「行政訴訟の基盤整備上の諸課題への対応も重要である」ことが認識されていた。このことに鑑みれば、視野を行政事件訴訟法のみに限定することなく、行政が、訴訟過程においても、任務に即した行動をとることを確保するしくみを検討することが求められており、[17]この作業は行政法学が担うべき事項として承認されるものと思われる。[18]

この検討を行うにあたり、本稿では、アメリカ合衆国における政府の訴訟への対応のしくみを対象とした比較法的検討を行う。その理由は以下の通りである。

わが国の行政の訴訟活動について検討を行う場合には、様々なアプローチがあり得る。例えば、わが国の行政による訴訟活動の制度が、裁判例上の争点となったことはほとんどない点を考慮すると、社会学的な手法を用いることにより、その実態を解明することも必要な作業といえるだろう。[19]しかし、こうした検証を行う場合にも、そこでは、政府の訴訟活動のあり方、あるいは果たすべき機能に関する一定の視座が求められることになるだろう。そこで、比較法的研究を行う意義が認められるように思われる。この点、わが国の行政の訴訟活動の制度は、戦後の司法改革時においてアメリカ合衆国の法務総裁（Attorney General）[20]の制度を導入したものとされている。[21]したがって、わが国の訴訟活動の制

度の淵源をたどり、その背景にある思考に接近する意味でも、また、わが国の制度運用の状況を測定する上でも、比較法研究の対象国として好適と考えられる[22]。アメリカ合衆国の訴訟活動の制度の成立、その後の展開、運用とそれをめぐる議論には、アメリカ合衆国での、訴訟局面における政府の活動がいかにあるべきかという点に関する観念が少なくとも一定程度は反映されていることが想定される。この観念を探ることは、現在のわが国の行政訴訟における問題状況に対して、有益な示唆を与えてくれるものと思われる。

二　本稿における分析の視座

さて、現在のわが国（国レベル）[23]の訴訟活動に関するしくみに目を向けると、それは、国の利害に関係のある訴訟についての法務大臣の権限等に関する法律（以下、「法務大臣権限法」）によって規定されている。これによれば、国を当事者または参加人とする訴訟については、法務大臣が国を代表し（一条）、訴訟を法務省の職員に行わせることが可能である（二条一項）。また所管行政庁の職員に訴訟活動を行わせることも可能であるが、この場合にはその行政庁の職員は法務大臣の指揮を受ける（二条二項）。また、国を当事者とする訴訟の中でも抗告訴訟については、当該行政庁は所部の職員から訴訟を行うものを指定することや弁護士を選任することができる（五条）けれども、この訴訟につき行政庁は法務大臣の指揮を受ける（六条一項）。また法務大臣は必要があると認めるときは、指定した法務省の職員や選任した弁護士にその訴訟を行わせることができ、行政庁が指定した職員や選任した弁護士を解任することも可能である（六条二項）。

このように行政の訴訟活動につき、法務大臣に強度に集権化された、「訟務制度」[24]がとられていることがまずは注目される。では、こうした訴訟活動に関する権限が、国家行政組織法の原則を越えて[25]法務大臣の下に集権化されている

のは、いかなる意図に基づくものなのであろうか。

この法律の解説によれば、法務大臣「権限法は、国の利害に関係のある争訟について法務大臣が一元的に処理することとし、もって各省庁の負担の軽減と訴訟の実施の統一を図ることによって、国の正当な利益を擁護するとともに、国民と国との間の法律上の紛争の適正な解決を図ることにより、法律による行政の原理を確保することを期したものである」[26]とされている。しかし、この説明にはなおも不明確な点がみられる。確かに、法務大臣とその下の法務省の職員の手によって訴訟活動が担われることとなれば、各省庁の負担は軽減されることにもなるだろう。法務大臣に権限が一元的に集中していることにより訴訟の実施も統一されるだろう。しかし、このことが「紛争の適正な解決」や、「法律による行政の原理を確保すること」にどのように連結していくのかは必ずしも判然とはしない[27]。そこで、この訴訟活動の権限が法務大臣の下に集権化されていることの意義を明らかにすることが課題となってくる。

では、わが国が制度の範としたとされるアメリカ合衆国政府の訴訟活動のしくみはどのようになっているのだろうか。これに関してはアメリカ合衆国でも制定法により規定が置かれている。中心的な三つの条文が以下のものである。

「合衆国、行政機関もしくはその職員が当事者となり、または利益を有する（interested）訴訟の遂行と、そのための証拠の収集は、法律が別に授権している場合を除き、法務総裁の指揮の下の司法省（Department of Justice）の職員に留保される[28]」

「合衆国、行政機関またはその職員が当事者となるあらゆる訴訟について、法律が別に授権している場合を除き、法務総裁は監督を行い、合衆国法務官(United States attorneys)、合衆国法務官補(assistant United States attorneys)、本編五四三条に基づいて任命される特別法務官（special attorney）に対して、その各自の任務の実行につき指揮を

行うものとする。[29]」

「執行府内の省または軍事に係る省（military department）の長官は、法律が別に授権している場合を除き、合衆国、行政機関もしくはその被用者が当事者となり、または利益を有する訴訟の遂行と、そのための証拠の収集のために弁護士（attorney）もしくは法律顧問（counsel）を雇用することはできず、事件は司法省に送付されるものとする。[30]」

このように、アメリカ合衆国でも、わが国と類似して[31]、法務総裁の下にある司法省への訴訟活動権限の集中という原則がとられている。そして、この制定法の枠組みの下で、訴訟活動の権限を集中的に保持する法務総裁が果たす役割につき、司法省自身は以下のように述べている。

「……合衆国の訴訟活動職員の長（chief litigation officer）として法務総裁は、合衆国と連邦政府の機関、省が関わるあらゆる訴訟に対する広範で完全な（plenary）権限を保持している。この権限は、広い射程を有し[32]、訴訟のあらゆる局面に及び、サピーナ（subpoena）の執行や和解の権限や訴追裁量を含む。」

「こうした権限の広範な付与が含意するのは、法務総裁がそのプロフェッションとしての任務を実行することによって、「クライアント」たる機関の利益とともに、より広く合衆国政府全体の利益に対して奉仕しなければならないという認識である。法務総裁は、「クライアント」たる各機関のより「私的（"private"）」な法的利益のみならず、合衆国憲法と、法律として示された議会の意思を実施（administer）し、実現することも義務づけられている。このように法務総裁の役割が多様であるために、法務総裁が対立する要求に直面する場合が生じうる。例えば、「クライアント」たる機関が、脱法的な活動を欲求している場合や、執行府が賛意を示す法的、政策的判断から離れよ

うとする場合や、連邦政府の他の機関、省に対して出訴しようと試みる場合や、所管している領域にとってのみ有益な法的結論を欲求し合衆国政府全体の広範な利益への考慮を欠いているような場合などである。こうした事件では、法務総裁の「クライアント」たる機関の立場を代理し弁護するという義務よりも、法律が誠実に執行されることに留意するという高次の義務が優先する。執行府から授権される憲法上の義務が妥協することはいかなる場合にもこれまで見られたことはなく、法務総裁により弁護される法的な立場は、合衆国に不利益を与えるものであってはならないということを、法務総裁はいかなる事件においても得心していなければならない。[33]」

ここにおいて法務総裁とその下の司法省は、合衆国やその政府機関をクライアントとした弁護士として捉えられている。そして、この下で法務総裁が果たす役割に関しては、次の二点が注目される。まず第一には、法務総裁が代表して主張し、訴訟において実現を追求する「合衆国の利益」は、必ずしも当事者機関（クライアント）の訴訟での勝利を意味するわけではないと示されていることである。そして第二には、この「合衆国の利益」の実現の際に、法務総裁に政府の訴訟活動の権限が集中化している制度図式が、各当事者機関に対するコントロールの機能を果たすものとして把握されていることである。

そこで本稿では、アメリカ合衆国における政府の訴訟活動の制度が果たす機能の分析を行うために、法務総裁と司法省が訴訟の局面で代表するとされている、この「合衆国の利益」に着目する。アメリカ合衆国における政府の訴訟活動の制度の下で実現が企図されているのが、この「合衆国の利益」であるといえ、したがって、上記のような集権的な訴訟遂行のしくみに期待されている機能、ひいてはこのしくみが採用されている理由に密接に関連すると考えられるからである。これは、わが国の訴訟局面における行政の行動を評価する上での有益な概念にもなるだろう。

ところで、上記の制定法の規定は司法省の訴訟活動につき「法律が別に授権している場合を除き」という留保を置いている。実は、本稿で後に示されるとおり、議会が上記三条文とは別個に、司法省から独立して訴訟活動を行う権限を各行政機関に対して付与している例も、相当の数で存在している。このことは、法務総裁への権限の一元化という政府の訴訟活動の制度図式に対して対抗的な思考の存在をうかがわせるものである。こうした制定法による例外創設の動きは、「合衆国の利益」の理解のされ方あるいはその実現のあり方をめぐる対立として把えることが可能になり、この対立を検証することを通じて、政府の訴訟活動に対して影響を及ぼす諸要素を整理し、アメリカ合衆国における政府の訴訟活動に関する、より総体的な把握を行うことが期待できる。(34)

三　考察の範囲と限定

以下、アメリカ合衆国の政府の訴訟活動を検討する際に、念頭に置いておくべき点がある。それは、アメリカ合衆国では、「司法的執行の原則」(35)がとられているために、各行政機関による法の実現は、裁判所の手続を経て行われるということである。しかしわが国では、一応のところは、かかる事情はない。(36)この点で、アメリカ合衆国とわが国の間には、その基盤において相違が存在することに注意しなければならない。もっとも、この執行訴訟の局面の検証を行うことにより、その分だけ「合衆国の利益」と行政の関係につき豊富な材料を得ることも見込めるものと思われる。そのため本稿では、こうした執行訴訟の局面も検討の対象として取り上げることにする。

ところで、アメリカ合衆国の政府訴訟は、連邦レベルのみに存在するわけではないことはもちろんである。そして、政府の訴訟活動の制度を検討する場合には、州レベルの検討を行うことが、訴訟活動の有する意味や把握のされ方の解明に向けて、大きな意義を持つことは否定できない。しかし、アメリカ合衆国の各州における、訴訟活動の担当機関の

統治構造上の位置づけは必ずしも一様というわけではなく、各州の憲法に則した上で、個別に充分な検討を行うことが必要な課題である。[37] そこで本稿では、アメリカ合衆国の連邦レベルにその対象を限定せざるを得ない。

四．本稿の構成

ここで、あらかじめ本稿の大まかな構成を示しておくと、以下のようなものとなる。

第一章では、アメリカ合衆国における政府の訴訟活動の歴史的な展開を、法務総裁に焦点を当てて検討する。すなわち、法務総裁の創設期とその後の司法省設置までの時期の検討（第一節）、司法省設置後の法務総裁による「合衆国の利益」を主張した出訴例の検討（第二節）、独立機関創設後の訴訟活動権限の配分をめぐる議論の検討（第三節）、法務総裁が担う訴訟活動と大統領の関係と、その憲法上の位置づけに関する検討（第四節）を行い、これを通じて、政府の訴訟活動の根底にある理念を探るとともに、この理念が「合衆国の利益」といかなる関係にあるのかを検証する。これに加え、現在の政府の訴訟活動の制度の形成過程で、いかなる要素が影響を及ぼしてきたのかを抽出し、現在の制度図式の下に構築されている司法省とその他の政府機関の間の構造を示す。

第二章では、現在の司法省内において、特に最高裁判所における訴訟活動を担当する任務を負っている、訟務長官（Solicitor General）を対象とした検討を行う。ここでは、訟務長官がその具体的な活動場面において通常の弁護士と異なる行為様式を取り、また異なる役割像が与えられていることを示すとともに、これが「合衆国の利益」の理解のされ方に起因していることを示す。

この訟務長官が執行府内で有してきた「独立の伝統」と、政治性との関係を中心とした検討を行うのが第三章である。近年になって新たに示されている行動モデルの紹介と検討の作業を通じて、アメリカ合衆国の議論状況として、訟務長

官が大統領の政治的立場に即した訴訟活動を行うことに一定の肯定的評価が与えられつつも、これに対しては、一方において第二章に見る役割像の観念から訟務長官の政治的性格が制約されることが期待されており、他方で、訟務長官から独立した訴訟活動の権限を特に独立機関に付与すべきとする議論が存在していることを紹介する。

終章では、アメリカ合衆国の検討をもとに、わが国の訟務制度の評価、また二〇〇四年改正行政事件訴訟法の下での意義の指摘を行うとともに、筆者に残された課題を提示する。

（1）宇賀克也『行政法概説Ⅱ　行政救済法』（有斐閣、二〇〇六年）八六頁。また参照、塩野宏『行政法Ⅱ［第四版］』（有斐閣、二〇〇五年）八〇頁。もっとも、適法性確保は、行政訴訟にのみ認められる機能ではなく、民事訴訟によっても同様の機能は果たされうるとの指摘がある（芝池義一『行政救済法講義　第三版』（有斐閣、二〇〇六年）三〇頁）。国家賠償訴訟に適法性確保の機能があることについては、宇賀前掲三四九頁。

（2）塩野前掲注（1）書一三七頁は、説明責任の原則を行政法上の基本原理とした上で、「このような行政過程における基本原則が、訴訟の段階になると途端に当事者対等の原則の下に無視されてよいことにはならず、むしろ、裁判過程においても貫徹されるべき」としている。この見解については、本稿の終章において取り上げる。

（3）小早川光郎「調査・処分・証明」成田頼明ほか編『行政法の諸問題　中　―雄川一郎先生献呈論集』（有斐閣、一九九〇年）二六〇―六一頁。

（4）小早川前掲注（3）論文二六九頁。

（5）参照、深澤龍一郎「行政訴訟の審理のあり方」ジュリスト一二六三号（二〇〇四年）六一頁。

（6）園部逸夫「行政訴訟と民事訴訟との関係」『現代行政と行政訴訟』（弘文堂、一九八七年）一九頁（初出一九八三年）。

（7）南博方「行政事件訴訟法の軌跡と展望」ジュリスト九二五号（一九八九年）一〇三―〇四頁。また、旧建設省で訴訟代理人としての経験を有する福井秀夫教授は、行政訴訟に関して以下のような認識を示している。「証拠の取捨選択やそれ

に基づく主張については、現行訴訟法上、自己に不利な証拠を開示する義務がない以上、行政庁も不利な証拠をあえて裁判所に提出することはない。このような構図の下で原告が自己の主張を裏付ける、被告側に不利な証拠を探索することは、実際上困難を極める」（福井秀夫「行政訴訟改革の法と経済学」同『司法政策の法と経済学』（日本評論社、二〇〇六年）一八八頁（初出二〇〇二年））。

（8）福井教授は、特に地方における原告側代理人弁護士の知識等の不足も指摘する。すなわち、「恐らく行政訴訟なんかやったことはないし、行政法の教科書も、今回依頼されて初めて読むのだろうというような人が地方ではほとんど」であり、被告代理人の側から見て「吹き出すような議論ばかり」の「行政訴訟を引き受けたこと自体がおかしいのではないかというような」、原告側の弁護士が非常に多かったという経験を述べている（福井「司法制度改革の一環としての行政事件訴訟改革」同前掲注（7）書二四三―四四頁（初出二〇〇二年））。私人（代理人弁護士）と行政との間で、行政訴訟の経験面で差が生じざるを得ないことにつき、参照、阿部泰隆「行政訴訟における裁判を受ける権利」ジュリスト一一九二号（二〇〇一年）一四三頁。

（9）南教授は、「このような行政訴訟における主張・立証の困難性が、訴訟の提起をためらわせ、訴訟の追行を困難にするとともに、裁判の遅延を招いていることは、疑いのないところである」として、原告の救済に対する複層的な阻害要因となっていたことを指摘している（南前掲注（7）論文一〇四頁）。

（10）小早川前掲注（3）論文二七六頁注三五。

（11）交告尚史『処分理由と取消訴訟』（勁草書房、二〇〇〇年）一三九頁。

（12）こうした現状に交告教授がいかなる規範的評価を与えているかは、必ずしも明らかではないが、行政の訴訟への対応について、福井教授は以下のような自己の経験と感想を述べている。「国側は予算も無尽蔵にあり、担当者も訴訟のためだけに法務省や建設省の職員が1つの事件に延べ何人もかけて徹底的に証拠調べをしたり、準備書面をつくったりする。……審査対象は処分時の違法性ですが、後から結論に合わせて証拠を作る作業に邁進するわけです」。「第三者的立場で考えると、後からそのときに考えもしなかったことを持ち出して、こういう理屈でなら今度は正当化できるとエンドレスに主張できていいんだろうか。……後からとにかく正当化というのは、もちろんやってやれないことはない。しかし、ほんとうにそれで公金の適性（ママ）使用やむだ遣い、違法な処分を防ぐという目的が達成できるのかどうか、疑問が残ってしま

います」（福井「行政訴訟のパラダイム転換」同前掲注（7）書一〇一―一〇二頁（初出二〇〇三年））。

（13）古屋等「行政訴訟の現代的課題と訟務制度――公益保護に果たす訴訟上の機能をめぐる問題――」法学紀要（日本大学）三四巻（一九九二年）四九一頁。

（14）行政不服審査法による不服申立てで、審査請求中心主義がとられていることも、処分庁とは別個の行政庁による判断のほうが、公正を期待できることによるものであろう。参照、室井力・芝池義一・浜川清編著『コンメンタール行政法Ⅰ行政手続法・行政不服審査法』（日本評論社、一九九七年）二八三頁（渡名喜庸安執筆）。

（15）「国の利害に関係のある争訟について、国の立場から裁判所に対して申立てや主張・立証などの活動を行う事務」のことである。訟務事務研究会編集『訟務事務の手引き』（ぎょうせい、二〇〇一年）一頁。

（16）「司法制度改革審議会意見書 ―二一世紀の日本を支える司法制度―」（二〇〇一年六月一二日）三九頁。

（17）小早川教授は、行政訴訟のあり方については、「制度を運用していくための諸装備、とりわけ、裁判官や弁護士や訟務検事などの人的体制……の問題が実際上きわめて重要であることは言うまでもない」としている。小早川光郎・高橋滋編集『詳解 改正行政事件訴訟法』（第一法規、二〇〇四年）四頁（小早川光郎執筆）。

（18）北村喜宣教授は、「市民の権利保障を実効的なものとし、また、行政活動の適法性・応答性・合理性確保に資する」という行政法学の目的に鑑み、行政法学が「研究の対象とすべき領域がまだまだ多く存在しているはず」だとしている（北村喜宣『行政執行過程と自治体』（日本評論社、一九九七年）はしがき-i頁）。北村教授が研究対象として重視する執行過程と若干場面は異なるけれども、この行政の訴訟への対応の場面を対象とした検討もまた、北村教授のいう、行政法学の目的に寄与しうるものといえるのではなかろうか。

（19）行政の訴訟への対応の現状を明らかにするとともに、このしくみが事件の結果に与える影響を多角的に分析することも求められることになろう。例えば、法社会学の立場から宮沢節生教授は、公害訴訟を例として当事者の組織性を取り上げた上で、「当事者の……組織性の程度の違いや、組織体の国家的性格の程度の違い……も法使用の規定要因」であるとする（宮沢節生『法過程のリアリティ』（信山社、一九九四年）四八頁）。

（20）この Attorney General については、現在のアメリカ合衆国での司法省の長としての地位に則して「司法長官」の訳語があてられることも多い。しかしながら、法務総裁の職は司法省の創設以前から存在しているものである。また本稿でも

触れるように、司法省創設以前の時期、特に合衆国での Attorney General の創設期においては、他の省の長たる長官（Secretary）とはやや性格を異にする面も見られるように思われる。そこで本稿では、この Attorney General に対しては「法務総裁」の訳語を、全時期を通じて統一的にあてることとする。

(21) 前掲注（15）『訟務事務の手引き』一頁。

(22) 政府の訴訟活動に関しては、ドイツを比較対象国とした研究がみられる。参照、木佐茂男「訟務制度にみる公共性と法治主義（一）（二・完）」北大法学論集四一巻五・六号（一九九一年）二四〇七頁、四二巻一号（一九九一年）一〇五頁。古屋等「ドイツ行政訴訟における公益代理人」法学紀要（日本大学）三三巻（一九九二年）二五七頁。しかしアメリカ合衆国を対象としたものは、後掲注（34）の論考が目につくにとどまる。また法務総裁に関しても、わが国の法律学では、充分な研究はなされていないように思われる。わが国の行政による訴訟活動の制度につき検討を行う、古屋前掲注（13）論文五〇五頁注二二において、法務総裁に関する邦語文献としてあげられているのは以下の二本のみである。飯島澄雄『アメリカの法律家　下』（布井出版、一九七六年）八八頁以下、田中英夫『英米法総論　下』（東京大学出版会、一九八〇年）四二五頁、五七八頁以下。ドイツの制度との比較検討を行う木佐教授も、わが国の法務省による訴訟活動について、「アメリカの訟務の制度と実務との比較検討が重要であることはいうまでもない」としている（同「（一）」二四一一頁）。

(23) ただし一部、地方公共団体や独立行政法人等の事務にも及ぶ。

(24) 「訟務制度」とは、「訟務事務を専門的に所掌する行政機関を特別に設けて、各省庁の所掌事務に関する訟務事務をそこに集中させ、国として統一的・一元的に処理する制度」のことである。前掲注（15）『訟務事務の手引き』一頁。小早川教授は、法務大臣権限法が、「行政訴訟およびその他の行政関連訴訟の実務上、重要な意義を有する」としている。小早川光郎『行政法講義　下Ⅱ』（弘文堂、二〇〇五年）一三四頁。

(25) 後掲注（26）の法務大臣権限法解説が触れるとおり、田中二郎教授は以下のように述べていた。「国家行政組織法に基づいて各大臣の有する一般的な権限……のほか」の、個々の法律の定める各大臣の具体的権限のなかで「異色のあるものとして、法務大臣が、国を当事者又は参加人とする訴訟について国を代表し、国の利害又は公共の福祉に重大な関係のある訴訟について自ら意見を述べ又はその所部の職員に意見を述べさせることができ、また、行政庁を当事者又は参加人とする訴訟において、行政庁を指揮する権限を有する……ことを注意しなければならぬ」（田中二郎『新版行政法　中巻

全訂第二版』（弘文堂、一九七六年）五九頁）。

（26）南博方・高橋滋編集『条解　行政事件訴訟法　第三版』（弘文堂、二〇〇六年）七六七頁（幸良秋夫執筆）。

（27）別個の解説においては、法務大臣の監督権限につき、「法律解釈の一元的統一その他実際上の要求」を理由したものとされているけれども、ここでも「その他実際上の要求」がいかなるものであるかは明らかにはされていない。参照、南博方編『注釈行政事件訴訟法』（有斐閣、一九七二年）一三七頁（村田哲夫執筆）。

（28）28 U.S.C. § 516 (2006).

（29）28 U.S.C. § 519 (2006). 五四三条では、公益上必要とされる場合に、法務総裁が、合衆国法務官を補佐する特別法務官を任命することができるとされ、この特別法務官については法務総裁が罷免権を有するとされている。

（30）5 U.S.C. §3106 (2006).

（31）政府外の弁護士任用の点では違いがある。わが国においては政府外の弁護士を選任することは妨げられてはいない（参照、法務大臣権限法三条、五条三項等）。

（32）6 Op. O.L.C. 47, 61-62 (1982).

（33）Id. at 62.

（34）アメリカ合衆国の政府訴訟の制度については、法務省関係者（執筆当時）による紹介（高桑昭「アメリカ合衆国における連邦および州の法務省とその訴訟事務について」訟務月報一五巻八号（一九六九年）九八二頁、岡本元夫「欧米訟務事情（一）」訟務月報一二巻一号（一九六六年）一〇一頁以下）が参考になるほか、民事訴訟法学の小林秀之教授がわが国に紹介をしている（小林秀之『新版・アメリカ民事訴訟法』（弘文堂、一九九六年）一〇〇－一〇六頁。また三三四－三五頁にも本稿の問題関心から興味深い記述がある）。小林教授は、「アメリカ政府が当事者となる民事事件や行政争訟が、政府の果たす機能の増大に伴って最近加速度的に増えてきたために、それに従事する政府弁護士の数も最近非常に増大し、もはや無視できない存在に成長している」ことから、政府弁護士（government lawyer）の活動につき、その訴訟戦術、弁護士倫理や、最高裁判所への上訴の局面における司法省の果たす機能の紹介を行っている。これらは本稿と検討対象が重なるものであり、筆者も同書から極めて多くの教示を受けている。もっともこれらの記述は、著書の一部分でなされているに過ぎず、立ち入った検討がなされているわけではなく、むしろわが国法律学による今後の詳細な検討の必要性を示

唆するものでもあるように感じられる。また、政府内における大統領や行政機関との連関での訴訟活動の検討は、若干の言及はされてはいるものの、あまりみられず、弁護士論の観点から検討に重点が置かれている（政府弁護士に関する記述は、「当事者主義と弁護士の役割の変化」と題された章の中で、証券弁護士（securities lawyer）、公共利益弁護士（public interest lawyer）と並んで、なされている）。このように、小林教授の検討と本稿では、その対象をかなりの部分で重ねつつも、その検討の重点はやや異なったものとなる。なお、アメリカ合衆国の政府弁護士については、浅香吉幹『現代アメリカの司法』（東京大学出版会、一九九九年）一六八頁にも簡単な紹介がなされている。また刑事訴訟法学の文献でも、本稿が扱う司法省の組織や活動のうち、刑事手続に関係するものについては扱うものがあり、本稿でも、これらを参考にしている箇所がある。

(35) 司法的執行の原則については、廣岡隆『行政上の強制執行の研究』（法律文化社、一九六一年）二六〇頁以下、須貝脩一「行政強制執行」法学論叢五七巻二号（一九五〇年）五五頁、金子芳雄「行政強制　―特に米国法制を中心として」法学研究三七巻一一号（一九六四年）一頁、また、連邦取引委員会の行政調査の局面における司法的執行の原則に関する分析として曽和俊文「経済規制行政における行政調査の法的統制（一）法学論叢一〇九巻三号（一九八一年）四九頁以下。また執行訴訟の司法権との関係を検討するものとして中川丈久「行政訴訟に関する外国法制調査―アメリカ（上）」ジュリスト一二四〇号（二〇〇三年）一〇一頁以下。

(36) その評価はともかくとして、わが国最高裁判所の、いわゆる宝塚市パチンコ店事件判決（最三小判平成一四年七月九日民集五六巻六号一一三四頁）により、判例上は、こうした訴えが「法律上の争訟」とされる可能性は小さい。

(37) 連邦レベルと同様に各州においても、法務総裁が存在しているが、その位置づけは様々である。多くの州（四三州）では法務総裁は公選によって選出されるが、それ以外に、立法府による任命がなされる州（メイン州）、最高裁判所による任命がなされる州（テネシー州）、知事による任命がなされる州（ニュージャージー州、ニューハンプシャー州、ハワイ州、アラスカ州、ワイオミング州）も存在するという。また、知事によって任命される州においても、知事による罷免が認められていない州（ニュージャージー州、ニューハンプシャー州、ハワイ州）もあるという（*See* Patrick C. McGinley, *Separation of Powers, State Constitutions & the Attorney General : Who Represents the State?*, 99 W. Va. L. Rev. 721, 721 n1 (1997), *quoting* National Association of Attorney General, State Attorney General : Power and Responsibilities ; Note,

The Solicitor General and Intragovernmental Conflict, 76 Mich. L. Rev. 324, 334 n48 (1977) ; William P. Marshall, *Break Up the Presidency? Governors, State Attorneys General, and Lessons from the Divided Executive*, 115 Yale L. J. 2446, 2448 n3 (2006).)。なお、州レベルの法務総裁の公選化には、「人民「による」統治」を強調するジャクソニアンデモクラシー期の政治思想が影響を与えたとされている。田中英夫『英米法総論　上』（東京大学出版会、一九八〇年）二六〇頁。

第一章　政府訴訟と司法省――法務総裁と政府の訴訟活動の歴史的展開

第一節　法務総裁の原像とその展開

第一款　一七八九年裁判所法と法務総裁の原像

一．前史

アメリカ合衆国の連邦政府の法務総裁に関しては、憲法上は何らの規定も置かれていない。法務総裁の設置は、第一回連邦議会が制定した、連邦の司法制度について規定する、一七八九年裁判所法（Judiciary Act of 1789）[1]によるものである。そこで、法務総裁の検討を行うには、この裁判所法の検証作業が不可欠となる。

もっとも、浅香教授が述べる以下の指摘には注目すべきであろう。「アメリカの裁判所制度は一七八九年に唐突に発明されたものではな」く、「植民地時代、連合の時代にそれぞれ植民地・邦のレヴェル、連合のレヴェルで裁判所を運営してきた伝統」が存在し、「それまで自ら有してきた裁判所のイメージから全くかけ離れたものを組み立てることは

不可能であった」[2]というものである。この指摘を踏まえた場合、一七八九年裁判所法で規定された政府の訴訟活動の制度についても同様に、その創設には旧来の状況が影響を及ぼしている可能性が高いとも考えられる[3]。そこで、連邦法務総裁の検討を行う前に、その歴史的起源と、運用状況をごく簡単にみておくこととしたい[4]。

（一）イギリス

法務総裁（attorney general）と称される職は、アメリカ合衆国での設立以前から、イギリスですでに存在していた[5]。一三世紀のイギリスでは国王の下で複数の法律家が法的な活動に従事しており、国王が裁判所に現れる場合の代理人として法廷に立っていた[6]。こうした法律家は、活動を行う裁判所や地域、扱う事項が限定されており、相互に独立して活動を行っていた。しかしその後徐々に、特定の法律家の権能が拡大し、またそうした法律家が部下（deputy）を任用する例が増加するようになる。そして一四七二年にフシー（William Hussee / Husee）が初めて、法務総裁（attorney general）という称号の職に任命された[7]。これ以降、法務総裁は国王の下の法律家の長とされた。

その後一六世紀から一七世紀にかけて、法務総裁の任務は増大し、貴族院（House of Lords）の法律相談も受けるようにもなった[8]。一六七三年には法務総裁のフランシス・ノース（Francis North）が庶民院（House of Commons）の議員になり、法案に関する法的な助言を行うようになる。これ以降今日に至るまで、イギリスの法務総裁は庶民院議員によりその座を占められるのが通例であり、政府内の各省に対して法的助言を行っている[9]。

イギリスの法務総裁の歴史的展開に関する記述の中で注目されるのが、法務総裁は政府の代理人としてのみならず、公衆の利益（public interest）の代表としての地位を確立するに至ったというものである[10]。ホールズワース（Willam S. Holdsworth）は、一七五六年から五七年に法務総裁の任についたヘンリー（Robert Henley：ノーシントン卿（Lord Northington）となる）に関する以下のような発言を紹介している。「彼［ヘンリー］は、法務総裁の職にあって、自ら

が内閣（Ministry）に対してのみならず公衆に対しても責任を負うと感じていた。自己の意見や判断に沿わない訴追やその取り下げ、令書への署名は決して行うことはなく、自己の意見や判断を放棄することや政府のために変更することもなかった。……彼は、政府の執行部（executive Government）とその統治を受ける者（subject）の間に自らを位置させており、したがって当事者の双方に対して責任を負う（accountable）一種の審判官（referee）として行動した」[11]。

このように法務総裁は、もしも政府の省による訴追や訴追取り下げの命令に同意しない場合には、これを拒絶することができ、したがって、法務総裁は「正義に対して責任を負う」[12]、独立的な存在となっていたという。

（二）植民地期

イギリスにおける法務総裁は、植民地政府においても導入される。一六四三年のヴァージニアにおけるリー（Richard Lee）の就任を皮切りとして、各植民地に法務総裁が置かれることとなる[13]。アメリカの植民地の法務総裁は、イギリスにおけるものを受け継ぐ形となった。イギリスの法務総裁が有していたコモンロー上の権能を、憲章（charter）や特定の制定法によって制限されない限りは保持することとなった[14]。植民地の法務総裁は、「一面では、イギリスの法務総裁の委任を受けた者（delegate）」であったとされている。

法務総裁の任務や権限に関しては、制定法による規定が置かれることは少なく[15]、慣習に従う形で行われていたが、こうした状況の下で法務総裁は、国王（Crown）の財産保護に係る訴訟遂行や刑事訴追を行うほか、違法になされた官職の剥奪や着任不許可に対して、着任や官職返還のマンダムスを求めることや、国王の保護にある無能力者（lunatics）などの訴訟（proceedings）を行っていた[16]。また総督（Governor）や参議会（council）に対して、法的助言を行うこともなされた。

アメリカ独立によっても、法務総裁の存在は大きな影響を受けなかった。各邦は法務総裁に関する規定を憲法に置く

ようになる。例えば、ノースカロライナでは、立法府の任命による終身の法務総裁が憲法で規定されることになった。またデラウェアでも、法務総裁について、首長（Governor）が任命し、不正があった場合に議会（Assembly）の三分の二の議決がある場合に罷免されるという憲法条項が置かれることとなった。[17] 他方、大陸会議（Continental Congress）では、「連合のための（in behalf of United States）すべての訴訟を遂行し、議会（Congress）からの照会に係るすべての事項に助言を行う」という、連合レベルの法務総裁の創設が提案された。しかしこの案は再議に付されることとなり、結局、連合規約（Articles of Confederation）の下で法務総裁に関する規定は置かれることはなかった。[18] 連合の訴訟は、各邦において訴訟遂行官（prosecutor）を任命するという形で対応された。

二．一七八九年裁判所法三五条

合衆国建国の後、第一回連邦議会は、長官（Secretary）を長とする三つの省（Department）を創設する。一七八九年七月二七日の外務省（Department of Foreign Affairs）、[19] 八月七日の陸軍省（Department of Army）、[20] 九月二日の財務省（Treasury Department）である。[21][22] これら三省の設置後の九月二四日に作られたのが、一七八九年裁判所法であった。

一七八九年裁判所法は、合衆国政府の訴訟活動に関して規定を置いた。それが以下にあげる三五条である。なお、この条文以外に合衆国政府の訴訟活動に関する規定は裁判所法には置かれていない。

「……各巡回区ごとに、合衆国の法務官として、法的見識を備えた（learned in the law）合衆国の法務官として行動するのにふさわしい者が任命される（there shall be appointed）。その者は、自己の職務の誠実な執行を宣誓ないし証言するものとする（shall be sworn or affirmed）。その任務は、最高裁判所以外の各巡回区の判決が下される

裁判所における合衆国の裁判管轄権内にあるすべての刑事法上の非行（delinquents）と犯罪（offences）についての訴追と、合衆国に関わる（concerned）すべての民事訴訟についてとする。

……また、合衆国の法務総裁として、法的見識を備えた法務総裁として行動するのにふさわしい者が任命される。その者は、自己の職務の誠実な執行を宣誓ないし証言するものとする。その任務は、最高裁判所における合衆国に関わるあらゆる訴追と訴訟の遂行と、合衆国の大統領から求められ（required）、またはあらゆる省の長から各省に関わる問題につき要求があった（requested）場合に、法的問題に関する助言と意見を提示することとする。……」[23]

このように、連邦政府の訴訟活動につき、各巡回区ごとの任務を担当する法務官と、最高裁判所を担当する法務総裁が設置されることとなった。そして法務総裁の権限を見ると、二つの役割が与えられていることがわかる。それは、①最高裁判所における訴訟活動を行う法務官としての任務と、②大統領と各省長官に対して助言や意見を示す法律顧問としての任務である。

それでは、この条文により創設された法務総裁は、当初いかなる存在として構想され、実際どのような把握がなされていたのであろうか。

三　他省設置法との異同

一七八九年裁判所法の下における法務総裁の統治構造上ないし組織法上の位置づけは、極めて不明確なものである。[24]そもそも法務総裁が立法・執行・司法という合衆国の三つの権力府のうち、どの部門に属する存在として構想されたのかについてすら明確とはいえない。この点につき、大統領と法務総裁の政治的な関係を考察したミーダー（Daniel

Meador）は、「第一回議会による法務総裁の職の扱いは、新しい政府内で執行府の省を創設することと連続的なもの（in connection）ではなかった。このことはこれまで見落とされてきた歴史的に重要な事項である」[25]という。

そこで、法務総裁の創設当初の位置づけを探るに当たり、これに先んじて第一回議会で創設されていた外務、陸軍、財務の各省とその長官の位置づけを検証し、その上で法務総裁との比較検討を行うことにしよう。

（一）三省の設置法の検討

まず、最初に創設された外務省を見ることにしよう。第一回議会が成立させた外務省設置法は、タイトルとしては、「外務省と称される執行府の省を設立する法律」（An Act for establishing an Executive Department, to be denominated the Department of Foreign Affairs）である。

全四条のこの法律で注目すべきは、以下の三点である[26]。まず第一に、法律のタイトルと第一条において、外務省に対して執行府の省（Executive department）としての性格が明確に与えられていることである[27]。第二には、外務長官に対する大統領の関与が複数にわたり述べられていることである。第一条では外務長官の任務について、「合衆国からの公使もしくは領事への通信、指令（commission）もしくは指示（instruction）、または外国からの公使もしくは君主との交渉、または外国の公使その他の外国人からの誓願（memorials）もしくは申込み（application）、その他合衆国大統領が当該省［外務省］に配分する（assign to）外交に関する事項に関連する」ものがあげられており、これらの任務につき外務長官は、「随時合衆国大統領により命ぜられ（enjoined on）または委任される（intrusted to）任務を実行（perform）および執行（execute）する」ものとされている。さらに同条では、「当該主要職員［外務長官］は合衆国大統領が随時命令（order）または指示（instruct）する方法で当該省［外務省］の業務を遂行（conduct）する」と規定している[28]。また第三に、議会はこの法律において、外務省内の組織事項についてそれほど詳細な規定を置いてはいない点がある。

この法律で外務省内のポストについては、外務長官のほか、第二条において外務長官により任命される「主任事務官」（chief Clerk）について規定を置いているだけである。[29]

以上のように、外務省について議会は、執行府内の存在としての位置づけを与え、大統領による恒常的なコントロールを想定していたといえる。と同時に、議会によるコントロールは念頭には置かれていなかったといえよう。また、この外務省設置法の構造は、同じく全四条からなる陸軍省設置法についても同様である。[30]

これに対して、第一回議会が三番目に創設した財務省については、外務省と異なる点が見られる。まず、全八条からなる財務省設置法（An Act to establish the Treasury Department）においては、条文上もタイトル上も、「執行府」（Executive）の語は用いられておらず、財務省に対して執行府内の存在としての性格を、外務省や陸軍省ほどには明確には与えていない。また、議会はこの法律で、財務長官（Secretary of the Treasury）のほか、会計官（Comptroller）、会計検査官（Auditor）、出納官（Treasurer）、金銭登録官（Register）、財務次官補（Assistant to the Secretary of the Treasury）というポストを置き、それぞれの任務につき詳細な規定もしている。[31]さらにこれらの任務に関して、大統領による監督の規定は置かれていない。大統領の語が用いられているのは財務長官の罷免に関する規定のみである。[32]むしろ財務長官に対しては、「上院または下院によって自己に委託されまたは自己の部局（office）に属するものとされたすべての問題に関して、（求めに応じて）直接に（in person）または書面で、立法府のいずれかの院に報告を行い、情報を与える」[33]として、議会による関与が規定されている。

以上の三省の設置法の検討から、外務省・陸軍省と財務省を異なるタイプに位置づけることができる。[34]第一回議会は、外務省・陸軍省については大統領との密接な関係を念頭に置き、省の活動に対して大統領がコントロールを及ぼすものとして扱っていた。これに対して財務省については、大統領ではなくむしろ議会との間で密接な関係を有することもの

として扱われていた。[35]

（二）裁判所法との比較

法務総裁について規定する裁判所法三五条の条文は、上記の三省に関する規定と比較した場合、外務省・陸軍省と財務省のいずれのタイプとも異なっている。そしてその違いの程度も、両タイプ間の違いよりも大きいといえる。

その違いとしてまず、三省がいずれも当該省の創設のための独立の法律により設置されているのに対し、法務総裁は連邦政府の裁判所に関して規定を置く裁判所法の、末尾のわずか一つの条文で創設されていることがあげられる。また、裁判所法の正式タイトルは、「合衆国の司法裁判所を創設する法律」（An Act to Establish the Judicial Courts of the United States）であり、特に執行府（"executive"）の省とすることが明示的にタイトルで示されている外務省・陸軍省タイプの創設のされ方とは対照的である。

さらに財務省の規定と比較しても、以下の差異を指摘できる。裁判所法三五条では法務総裁の組織に関する詳細な規定は置かれていない。また、議会に対する報告などの責任を規定した文言も存在していない。このように法務総裁について、財務省のような議会との密接な関係は想定されていない。

それでは、議会との間の密接な関係が想定されていない代わりに、外務省・陸軍省タイプのように大統領による恒常的なコントロールが念頭に置かれているかといえば、そうした規定も存在していない。裁判所法三五条の条文中で大統領は、法務総裁に対して法的事項に関する意見を求めることができるのみである。外務省・陸軍省タイプのような大統領による「命令」や「指示」といった文言は用いられていない。

以上に加えて、裁判所法では大統領による法務総裁の罷免に関しても規定は置かれていない。このことは、三省については長官や省内の職に対する罷免権が激しい議論の対象になっていたこと[36]を考慮すると奇妙にも思われる。[37]

このように、同じ第一回議会が創設した連邦政府の機構であるとしても、法務総裁は他のどの省（長官）とも異なったタイプの存在であると、裁判所法三五条の条文をみる限りでは述べることができる。創設時の法務総裁には、外務省・陸軍省設置法にみられるような大統領との密接な関係が設定されてはおらず、同時に財務省のように議会との関係が念頭に置かれているところも条文上はみられない。組織法的にみると大統領とも、また議会ともその関係が希薄であったわけである。

では、法務総裁の組織上の位置づけはいかなるものであったのか。ここで、法務総裁が司法権について規定を置く裁判所法によって創設された存在であることに注目するならば、法務総裁は創設当初は、大統領にも議会にも服さない、司法府内の存在として構想されていたと推定しうる余地もあろう。[38]

もっとも、法務総裁の創設に係る条文はわずか一条のみである。条文の文言や規定のされ方の比較のみによってその組織上の位置づけを探ることでは、検討としてはなお不充分だと考えられる。そこでさらに、裁判所法三五条の立法過程にも目を向けた上で、創設時の法務総裁に与えられていた位置づけを検討する必要性があるだろう。

四．立法過程

一七八九年裁判所法の起草に当たったのは、エルズワース（Oliver Ellsworth）を長とする八名の上院の「司法府の組織のための法案作成委員会」（a committee to bring in a bill for organizing the Judiciary of the United States）であった。[39] 中でもエルズワースの貢献が大きかったという。[40]

この裁判所法の立法過程においては、三五条の法務総裁に関する規定については、ただ一点を除いては議論は明確には見られなかった。その唯一の論点が、法務総裁（と各法務官）の任命に関する事項である。

裁判所法三五条には、当初の法案では三二条が対応する。実は、この当初の法案三二条では、法務総裁の任命に関しては、次のように規定されていたという。

「各巡回区ごとに、合衆国の法務官として、法的識見を備えた合衆国の法務官として行動するのにふさわしい者を各巡回区裁判所が任命するものとする。」[41]

「合衆国の法務総裁として、法的見識を備えた法務総裁として行動するのにふさわしい者を最高裁判所が任命する（the Supreme Court should appoint）。最高裁判所はその者に、自己の職務の誠実な執行を宣誓させる（swear him）ものとする。その任務は、最高裁判所における合衆国に関わるあらゆる訴追と訴訟の遂行と、合衆国の大統領から求められ、またはあらゆる省の長から各省に関わる問題について要求があった場合に、法的問題に関する助言と意見を提示することとする。……」[42]。

以上のように、当初の法案段階においては、法務総裁は最高裁判所によって、各地区法務官は各巡回区裁判所によって任命されることと規定されていた。これがある段階で最高裁判所と各巡回区裁判所の任命に係る部分が削除されるという修正を受けた上で、裁判所法三五条として成立されることとなったわけである。

このことから、法案段階における法務総裁につき以下の指摘を行うことができるだろう。まず第一に、法務総裁に対しては、裁判所によって任命されるという、いわば裁判所に対して責任を負う司法府内の存在としての性格が組織上は与えられていたということである。これは、先にみた外務省・陸軍省とも、財務省とも全く異なる位置づけである。また第二に、法務総裁は、裁判所に任命されるという点で、合衆国憲法にいう「合衆国の職員」ではなく、「下級職員」

として位置づけられていたということである。憲法第二条二節二項では、「……大統領は、……、最高裁判所の裁判官、ならびに、法律で設置される他のすべての合衆国の職員（Officers of the United States）でこの憲法にその任命に関して別段の定めのないものを指名し、上院の助言と承認を得て、これを任命する。ただし、連邦議会は、法律で、その適当と認める下級職員（inferior Officers）の任命権を、大統領のみに、裁判所に、または各省の長官に、与えることができる」とされている。[43] 法案の下の法務総裁は、この条項にいう「下級職員」ということになる。

では、この法案の修正はいかなる意味を持つものとして把握すべきであろうか。確かに当初の法案から、「裁判所が任命する」という文言は削除された。しかし成立した法律でも、法務総裁と各法務官の任命権者については明確に規定されてはいない。条文の主語が無生物（there）に変更されているだけである。

まず第一に、この条文の変更により、法務総裁を誰が任命することになるのか。この点で手がかりになるのが、マサチューセッツの法務官に任命されることになるゴア（Christpher Gore）から、同じくマサチューセッツの上院議員であったルーファス・キング（Rufus King）への書簡である。ここでは以下のように述べられていた。「委員会の上院への報告書は、各巡回区の法務官の任命につき、巡回区の裁判官に依らしめている（rest on）。しかし、上院から下院に送付された法律は単に、こうした職員が任命されるもの、としか述べられていない。したがって私は、もしこの法律がこの文言のまま成立するならば、地区法務官は大統領によって任命されるに違いないと結論する」。[44] この書簡は、直接には地区法務官について記されたものではあるが、法務総裁に関しても同様に当てはまる記述といえるであろう。

またジョン・アダムス（John Adams）が、かつての秘書であり当時マサチューセッツ最高裁判所裁判官であったダナ（Francis Dana）に対してあてた書簡でも、「法務総裁を大統領により任命させるよう修正を可決」したというものがあるという。[45] このように、法案の条文が修正されたことについて、任命権者が文言上特定されてはいなかったものの、

当時の人々にとって、大統領が任命するものだと捉えられていたことがうかがわれる。

それでは、法務総裁及び各地区法務官を大統領が任命するということは、先にみた外務長官・陸軍長官あるいは財務長官と同様の位置付けが与えられたものと考えるべきであろうか。これが次の問題となる。

この裁判所法の制定過程において、上院委員会のメンバーは司法に関わりのあった者に法案に関する見解を求めていた。これに対する回答のうち法案三二条に関するものとして、当時ニューヨーク州の裁判官（chancellor of New York State）であった、リビングストン（Robert R. Livingston）からエルズワースへの書簡があったという。そこでは、次のように記されている。

「法務総裁が執行府により任命されることによって当然に執行府に属するもの（department）[46]とすることは、司法府に属することとするよりも、不賢明（not be better）なことなのではなかろうか……？」

この書簡が記されたのが、法案修正のどの段階におけるものであるかは明らかではない。しかしこの書簡にみるとおり、「最高裁判所が任命する」という文言の削除は、法務総裁を執行府内の存在とする理解を生ぜしめていた[47]。そうするとこの書簡は、成立した裁判所法の下でも法務総裁は、執行府に属すると理解されていたことを推測させるものである[48]。この推測は、第一回議会が裁判所法の制定後、外務長官・陸軍長官とともに法務総裁を特許委員会（Patent Board）と減債基金委員会（Sinking Fund Commission）のメンバーにしていること[49]とも符号が合う。

しかし、議会による文言修正の意図については、法務総裁を執行府の存在とする点にはなかったとする注目すべき別個の見解も提示されている。それは、大統領により任命されると変更されてもなお、法務総裁が司法府内の位置づけを

与えられていたとする、クレイトン（Cornell Clayton）の主張である。[50] クレイトンはこの点に関して、まず第一に、初代法務総裁のランドルフ（Edmund Randolph）のオフィススペースが最高裁判所の一室であったこと、第二に、議会における法務総裁の予算が、連邦裁判所の一項目とされていたことを指摘する。[51] これらを補強材料として上げつつ、クレイトンは、裁判所法三五条における法務総裁の任命規定の変容の意味につき、次のように述べている。

「……法務総裁は当初は執行府の部局というよりもむしろ司法府の部局として受け止められていた。……条文の変更は任命権限を最高裁判所から大統領に移動させたけれども、このことは必ずしも法務総裁の憲法上の地位に影響を及ぼすものではない。連邦裁判所の裁判官もまた、上院の承認により大統領が任命する。この変更は、司法府の主要な（major）職員の任命に関する統一性を確保しようとした議会の意図のみを反映した文言上の変容であろう。」[52]

この見解について、どのように考えるべきであろうか。クレイトンはこの見解を示す際に根拠としては、上記二点の指摘のほかは参照文献名をあげるのみである。[53] この文献におけるクレイトンの参照箇所は不明確であるが、当該文献の裁判所法の制定過程に関する箇所においては、以下のような記述が見られ、これを参照したものと推測される。

「……［変更後の条文には、］単なる任命権限の所在を越えた意味が含まれている。法務総裁という職の性格そのものが変容したということである。……法務総裁の職は、もはや当初の法案のような最高裁判所の任命により埋められるものではなくなった。新条文の文言は法務総裁の任命を、大統領単独にも、省の長にも付与してはいない。したがって憲法の任命条項との整合性と、条文が誰かに任命を命じていないことからすると、一つの方法しか残さ

れていないことになる。それは、合衆国の法務総裁を大統領が指名し、上院の助言と承認により任命するということである。これは、法務総裁がもはや「下級職員」ではなく「合衆国の職員」になったことを意味している」[54]。

確かに、もしも議会が法務総裁を司法府の下ではなく執行府の下に置こうとする意図を有していたならば、議会としては法務総裁を大統領による単独の任命に変更することも可能だったはずである。というのは、当初の法案での法務総裁の憲法上の位置づけは、最高裁判所によって任命される「下級職員」だったからである。憲法によれば「下級職員」は、法律によって大統領による単独の任命とすることも可能である。法務総裁を執行府の存在とする意図が存在していたならば、それは大統領の単独の任命とすることで満たされることになる。しかし実際の裁判所法では、「法務総裁が……任命される」とされただけであった。こうしてみると、最高裁判所による任命の文言を議会が削除した意図は、法務総裁を執行府内の存在とすることではなかったといえるかもしれない。そしてクレイトンの主張やその参照からうかがえるように、むしろ議会の意図は法務総裁を、「下級職員」ではなく「合衆国の職員」として、連邦裁判所の裁判官と同等のものにするという点にあったといえるかもしれない。法務総裁が、裁判所法という連邦裁判所裁判官の任命をはじめとした司法府の組織と権限に関する制定法によって創設されていることを重視すれば、このクレイトンの主張は説得的であるとも思われる[55]。

もっとも、こうした憲法の任命条項との関係から、議会が法案修正の際に、法務総裁を司法府内に置く積極的な意図を有していたと断定することには、なおも慎重であるべきだろう。しかし創設時の法務総裁が、執行府としての性格、特に外務・陸軍長官と同様の位置づけを、当然に有していたわけではないと指摘することは許されるだろう。

五．小括

以上、第一回議会が裁判所法により法務総裁を創設した際の、その統治機構上ないし組織法上の位置づけに関連して、同時期に創設された三つの省との比較と、裁判所法の立法過程の検証を行った。法務総裁の創設時の位置づけについては、議会が執行府内に置いたとする見方と、司法府の内部に置いたとする見方とが存在している。本稿では、法務総裁を司法府の内部においたのか、それとも執行府の下においたのかということにつき、結論を示すことはできず、それぞれの手がかりとなる材料の紹介と検証を行うにとどまったといわざるを得ない。

しかしながら、創設当初の時期における法務総裁に関して、以下の指摘を行うことは許されるように思われる。それは、もしも法務総裁が当初において司法府の内部の職として位置づけられていたならば無論のこと、法務総裁が執行府内の機構として位置づけられていたとしても、現在観念されているような省の長官とは異なる性格の存在として創設されていたということである。

そしてこの法務総裁の扱いは、先に見たように、法務総裁に関しては外務省や陸軍省のような大統領との監督関係は規定されておらず、また財務省のような議会との密接な関係が予定されていたわけでもない。他の三省に比べると、こうした大統領・議会との結びつきが念頭に置かれていないという意味では、法務総裁は相対的には裁判所との結びつきが強いものとして捉えることができるように思われる。法務総裁の予算の位置づけ等に関する当時の事実も、司法府内の存在として位置づけられていたことを示す決定的な証拠にはならないにしても、裁判所との結びつきの強さを示すものということはできるであろう。(56)

とりわけ、現在において法務総裁は司法省の長であり、大統領が上院の助言と承認により任命すると明文化されているが、(57)創設当時の制度構想としては法務総裁と大統領との関係が希薄なものであったことが注目される。最高裁判所にお

ける訴訟活動と意見書の提出という、法務総裁の有する二つの権限について、第一回議会では大統領による恒常的なコントロールは強く念頭には置かれていなかったといえる。(58)

しかし、この法務総裁の性格は、その後の展開の中で変容していくこととなる。法務総裁は次第に大統領との関係を強め、最終的には一八七〇年の司法省設立の際に、明文的に執行府内に置かれるものと規定されることになる。以下では、裁判所法により創設された法務総裁がどのようにして大統領との関係を強めることとなったのかを検証する。

第二款　法務総裁職の発展と大統領への接近

法務総裁と大統領の関係につき、まず創設期の法務総裁をめぐる環境とその展開を見ることにする。その上で、法務総裁が執行府との関係を強化していく局面として、法務総裁の大統領閣議（Cabinet）への参加と、意見書提出の場面での議会との関係の変化を取り上げる。そして、この展開を経た後に、法務総裁の自己認識がどのようなものとなったのかを確認することとしよう。

一．法務総裁の職務環境――規模・職の性質・地位

裁判所法三五条によって創設された法務総裁の職は、現在と比較すると、極めて小規模で貧弱なものであった。これは、法務総裁が当初においては非常勤的な存在であったことによるとされる。以下、創設期における法務総裁をめぐる諸環境の中から、報酬、事務体制、居住地を取り上げる。

（一）報酬

法務総裁に与えられる報酬は、政府内の主要な職員の中では少額であった。創設当初に制定法で定められた法務総裁に与えられる報酬は一五〇〇ドルであり[59]、これは、外務長官と財務長官が三五〇〇ドル、陸軍大臣が三〇〇〇ドルを報酬として受け取っていたことと比較すると半分以下であった[60]。また助手の雇用や事務に係る諸費用も、この報酬からまかなわれることとなっていた[61]。

その後議会は法務総裁の報酬を上昇させるが、速やかなものではなく、他の長官と同じレベルに達するには半世紀以上を要した。その展開は以下のとおりである。まず一七九一年（初代ランドルフ期）に報酬が一九〇〇ドルに、また一七九九年（第三代リー（Charles Lee）期）には三〇〇〇ドルに上昇した。しかし、助手の雇用や諸事務に関する手当は与えられなかった[62]。それから二〇年後の一八一九年（第九代ワート（William Wirt）期）になって、報酬は三五〇〇ドルに増加し、さらに助手雇用の手当として一〇〇〇ドル、諸事務費として五〇〇ドルが支払われることとなった[63]。その後、一八三一年（第一〇代ベリエン（John M. Berrien）期）に報酬が四〇〇〇ドルとなり、諸事務費（contingency）に五〇〇ドル、オフィススペース関連の費用に七三三ドル、書籍等の費用に五〇〇ドルが支払われることとなった。しかし、助手の増員が可能になるような手当の増加はなかった。ようやく一八五〇年（第二二代クリッテンデン（John J. Crittenden）期）に、助手雇用の手当が二人分となり、同時に報酬は六〇〇〇ドルとなった。最終的には一八五三年（第二三代クッシング（Caleb Cushing）期）に、法務総裁の報酬は他の長官と同等の八〇〇〇ドルとなった[64]。

以上のような、法務総裁の報酬の低さは、その非常勤的な性格を示すものである[65]。というのは、法務総裁はその収入を弁護士としての私的な活動によって得ることが期待されていたからである。つまり法務総裁という職に対して与えられる報酬は、その受任者の収入の一部をなすにすぎず、法務総裁の職にある者は通常の弁護士としての活動を行うかたわら、その職務に従事していたわけである。

こうした法務総裁の職の性質から、法務総裁はそれほど魅力的なポストであったとはいえないようである。事実、初代ランドルフは、法務総裁の任につくことをためらっており、ワシントンの強い説得があったという。(66)

また一八一四年には第四代大統領マジソン（James Madison）が、教書の中で法務総裁の権限と任務の増大と、その報酬の上昇を求めた。これは、一八〇〇年のワシントンへの首都移転により、法務総裁の任命に手間取る事態が生じており、当時の報酬水準では適任の者を首都ワシントンに法務総裁として呼ぶことが困難であると考えていたからだとされている。(67)

（二）事務体制

また、裁判所法は法務総裁の職のみを創設し、法務総裁の下に何らかの省庁を置いていたわけではない。裁判所法の条文では、法務総裁の部下に関する規定は一切おかれていない。そして実際上も、創設期においては法務総裁の下には部下も助手もいなかった。(68)本節第四款で触れるとおり、各地区法務官に対しても法務総裁の監督権限は存在しておらず、それぞれ別個かつ独自に活動を行うものとされていた。助手の雇用も、先のとおり、対応する手当が一八一九年までは支払われなかったことから行われなかった。一八五九年（第二四代ブラック（Jeremiah S. Black）期）に議会は、助手（clerk）に対する手当ての支給を行うとともに、法務総裁の部下として二名の法務総裁次官補（assistant Attorney General）を用意することとなるが、(69)この時点までは、実際上法務総裁はその任務をほぼ単独で行うものとされていた。(70)

また、初期の法務総裁は、それぞれの行った職務の記録を後任者に対して全く残していなかった。第九代ワートは、一八一七年の着任日に、「本日私が任命されるに至ったけれども、連邦政府が設立されて以来、前任者によっていかなる活動を行ってきたかを私に伝える、書籍、書類あるいは文書の類のものは一切なく、国（nation）に対しても、また自分自身にとっても不都合であることを非常に強く感じている」という書簡を記していたという。(71)

こうした環境に対してワートは、法務総裁にとってその職務の記録を残しておくことや、各州の法典等の資料の充実させることが必要であると考える。ワートは手当の支出を議会に対して求め、部分的には実現した。[72] このことにより、法務総裁の職務体制は向上することになった。このことは、ワートが就任する以前の法務総裁には連邦政府内の確固とした一部局としての性格が希薄であったことを示しているといえよう。

（三）居住地

連邦政府が創設されて間もなくは、最高裁判所における事件は非常に少なかった。[73] したがって、当初の法務総裁の活動は、最高裁判所における訴訟活動よりも、意見書の提出が主要なものであった。[74]

こうした最高裁判所の状況にあっては、法務総裁は首都にいる必要性は高くはない。これに加えて、先のとおり当時の諸手当と事務体制は非常に貧弱なものであった。そこで法務総裁の職にある者にとっては、首都を離れて自らの地元で私的な弁護士としての活動を行うことのほうが重要視されることになった。このため、当初の法務総裁は常に政府のある首都に居住していたわけではなかった。ホワイト（Leonald D. White）は当時の状況につき、「一八一四年までは、法務総裁のオフィスは法務総裁がいた場所であった」[75]と表現している。

ここにあげられている一八一四年とは、法務総裁に対して議会会期中は首都にとどまることを要求する立法が下院で提案された年である。この法案にはマジソン大統領も賛同する。しかし当時の第七代ピンクニー（William Pinkney）はこれに反対し、大統領に対して、職を辞すという脅しをかけることとなった。[76] 最終的に上院での否決によって法案成立は失敗に終わるものの、ピンクニーは辞職することとなった。マジソン大統領は、ピンクニーに代わって同年に就任することになる第八代ラッシュ（Richard Rush）に対して、議会会期中は首都ワシントンに留まるという誓約を取り付けた。[77] さらに、続くモンロー大統領期の第九代法務総裁のワートもまた首都ワシントンに居住した。[78] こうして、法

務総裁が首都ワシントンを活動拠点とする傾向が強められることになる。もっとも、ワートも私的な弁護士活動を放棄したわけではなく、この活動のために首都ワシントンを離れることはあった。またその後の法務総裁も、長期間にわたりワシントンを離れる場合がみられた。完全に首都ワシントンに拠点を置く法務総裁は、私的な弁護士活動を行うことなく、法務総裁の職務に専念した第二三代クッシングが最初であるという。(79)

（四）法務総裁の非官吏的性格

以上にみたように、法務総裁は創設当初から政府機構内の職員という性格を帯びていたわけではなかった。むしろ初期の法務総裁は、「いわば政府も依頼人とする弁護士あるいは法律顧問」というような存在であった。(80)

このことは、裁判所法三五条の条文の構成からもうかがわれる。（地区法務官と）法務総裁に関する条文の直前の箇所では、「すべての合衆国裁判所において、当事者は自己の訴訟につき自ら（personally）または各裁判所の規則（rules）で当該裁判所における訴訟の運営（manage）もしくは遂行（conduct）を行うことを許されている法律顧問もしくは弁護士により訴答と運営を行うことができる」として、連邦裁判所における訴訟代理につき規定していた。(81)つまり裁判所法三五条は、連邦裁判所における訴訟代理につき、前段では私人の当事者に関する規定を置き、後段では政府訴訟に関する規定を置いていたわけである。ここでの法務総裁は、政府を依頼人とする弁護士として捉えられている。

このように、法務総裁は当初は政府外部者としての性格を帯びており、これがその後の展開の中で、政府内の常勤職としての性格を強める方向に変容していったものといえるだろう。

二．大統領閣議（Cabinet）

（一）大統領閣議

大統領閣議（Cabinet）の起こりについては以下のように説明されている。

憲法の起草者は、州の代表者の集まりという性格の強い上院が、大統領の諮問に対しインフォーマルに討議を行う助言者としての役割を果たすことを期待してきた。条約の締結、主な官吏の任命について、大統領は上院の助言と承認を得なければならないとされていたのは、この発想に由来している。しかしながら上院は、実際のところはこうした諮問機関的な活動を行うことはなかった。

またその一方で、初代大統領ワシントンは、各省の長官をライバルや代理人としてではなく、補佐官と考えていた。ワシントン大統領はその出張の際に、副大統領と各省長官が集まって重要事項について審議するよう指示を行い、実際、一七九一年四月一一日にこうした審議が行われた。このことがきっかけとなって、大統領の下で各長官が集まって会議を行う慣行が生じるようになった。一七九三年以降は、政府施策の重要問題について審議し、かつ大統領に助言するために各省の長官が招集されるという慣習が常態化し、これが時の経過とともに慣行として確立した。[82]

（二）法務総裁の大統領閣議への参加

創設当初の法務総裁は省の長官というわけではなく、そのため大統領閣議のメンバーとしても考えられていなかったという。[83] しかし初代ランドルフは、初代大統領ワシントンと個人的に親密な関係にあった。そしてワシントンからの信頼も厚かったことから、ランドルフはワシントンから様々な事項に関する助言も求められていた。[84]

閣議における議題は次第に法に関する問題との関連を強めるようになっていく。そして、法務総裁は大統領と各省の長官に対する助言者として裁判所法に規定されていたことから、ワシントンは閣議への参加を求めることとなった。これを受けて、ランドルフは一七九二年三月に初めて閣議に出席した。そしてこれ以降は、恒常的に閣議のメンバーとして認識されるようになる。

もっとも、先に見た法務総裁の報酬面での他の長官との格差等を考慮に入れれば、法務総裁は各長官とともに大統領閣議に参加しつつも、初期においては各長官と全く同様の立場ではなく、アドバイザーとして出席する非常勤の法律家という性格だったとも推測される[85]。しかし、こうした大統領閣議内での性格も、法務総裁が首都ワシントンに駐在する期間が長くなることにより変容する。ワート期のころから法務総裁に対する意見の要求は爆発的に増加し[86]、法務総裁は大統領閣議のメンバーとの結びつきを強めるようになる。そして、その後も法務総裁が他の長官とともに閣議に参加する運用が続くことにより、法務総裁は大統領の下の存在として認識されるようになった。また、ワシントンとランドルフの関係が先例となり、大統領は法務総裁を自己と親密な関係にある者を法務総裁として任命する傾向を示すようになる[87]。そしてこれは、時期によりその程度は異なるが、今日まで続いている。

三　意見書作成とワートの対応

先に法務総裁の居住地についての検討を行ったが、ここでは、法務総裁に対して議会の会期中に首都にとどまることを求める、一八一四年の立法案について触れた[88]。一九七九年裁判所法は、法務総裁と議会との関係につき規定していない。しかし上記の立法案は法務総裁が議会の会期中に首都にとどまる必要性があったことを示すものである。ではその必要性とはいったい何であったのか。

実は、議会もまた法務総裁を自らの法律顧問とみなしていた[89]。そこで、法案や諸手続に関して、法務総裁の意見を求めていた。そして法務総裁の意見は、とりわけその法案や手続の憲法適合性に関して、議会にとっての最高の権威（principal authority）となっていたという[90]。裁判所法においては法務総裁は大統領と各長官に対して意見書を提出することとなっている。しかしこれに限定されず意見書を示してきていたわけである。このように初期の法務総裁は、執

行府のみならず議会との間でも密接な関係を有していた。

しかし、一八一九年に第九代法務総裁のワートは、下院からの意見の要求に対して、次のような回答を示す。

「法務総裁事務局の任務は、この国の法律により特定されており、……法務総裁は、法律に従い（*according to law*）その任務を遂行することを宣誓する。法律により表明された法務総裁の公式の任務を超えて、その任務の範囲が拡大されることに法務総裁が寄与してしまえば、私の意見では、それは宣誓に反することになる。この直感のもとに、私は十分に注意して、本件に関して下院から渡されたすべての文書を精査した。私が下院から受けた要求が、法務総裁の公式の任務に当たるか否かを確実にするためである。そして、公式の任務には当たらないということが私にとって明らかになった。これは法律を参照すれば、議論の余地なく明白だと考える。[91]」

「こうした［法務総裁を下院の法律顧問として性格づける］規定は制定されていない。これに加えて、純粋に法律に羈束された政府（government purely of laws）において、政府職員が法律を逸して、その職務の雰囲気（color）によって行為することを許すことが、計り知れないほどに危険であることを考えれば、下院が私に対して要求した公的な報告は、どのようなものでも拒絶させていただく。[92]」

このように、ワートは議会からの意見書の要求を拒絶した。この拒絶があって以降、後任の法務総裁も、ワートと同様に議会に対する意見書の提出を行わなくなる。こうした運用が行われることにより、この後、法務総裁は、「議会を含む連邦政府全体に対する法務職員ではなく、執行府にとっての弁護士」として把握をされるようになっていく。[93]

もっとも、このワートの意見書の論理には注意を向ける必要がある。というのは、ワートは制定法の規定がないこと

を拒絶の理由としているので、仮に、議会への意見書を提出する任務を法務総裁に付与する明示的な規定を議会が用意した場合には、法務総裁は議会に対しても意見書提出を義務づけられることになると読めるからである。

上記からうかがえるような、法律によって法務総裁の任務が決定され、またその法律上の任務に限定されるとするワートの思考は、執行府の下級職員（海軍少佐）に対する意見書提出を拒絶した際の論理でも見ることができる。

「残念ながら貴殿の質問に対して回答することは拒絶せざるを得ない。これは、私が公式に回答する法的権限を有していないことのみに基づくものである。[94]」

「……この法律［裁判所法三五条］は当該事項［法務総裁の権限］に関する唯一のものであるが、この下においては、大統領または省の長の要求がある場合を除いてはいかなる場合でも、公式の意見書を示すことは私自身に授権されていないと考えている。そして、私の任務について規定する法律では授権されていない意見書に、私の職の権威（weight）を付け加えるよう試みたならば、それは私が、全く正当化されない方法により職務への制限を逸脱したことになると考えるべきである。……［回答を拒絶することは］貴殿に対する尊重の欠如によるものではなく、純粋な公的任務についての感覚と、その任務について規定する法律に対する尊重によるものである[95]」

このように、ワートは執行府に属する職員に対しても、議会と同様に意見書提示を拒絶している。したがってワートによる議会への意見書提示の拒絶は、政府組織において法務総裁が執行府内にあるとワートが認識していたからではなく、また、権力分立上の制約を認識していたからでもない。

むしろワートの意見書には、法務総裁が議会に対して意見書を提示することの権力分立との関係での懸念は全く見ら

れない。[96] 法務総裁の権限は議会による制定法により完全に可変なものだという思考をうかがわせるものといえる。この点は、法務総裁の権限と制定法の関係や、権力分立との関連を検討する上で留意しておく必要があろう。[97]

以上のように、確かにこのワートの議会への意見書提示の拒絶は、法務総裁の執行府との関係を相対的に強めるものであったといえる。しかしそれは、ワートが、自己の職を執行府内のものとして把握していたことによるものではなく、むしろ、法律の文言に忠実であろうとしたことによって、いわば結果的に生じたことというべきであろう。[98][99]

四．一八五四年クッシング意見書

初期の法務総裁の、政府内における非常勤的性格は、遅くとも第二三代クッシング期に失われたといえる。クッシングは、在任期間に私的な弁護士活動を行わずに職務に専念した初めての法務総裁である。[100] 在任中は首都ワシントンに居留し続けた。また、法務総裁の報酬が他の長官と同額になった年も、クッシングが着任した一八五三年である。[101] このように法務総裁職は、クッシング期に政府内の確固たる一部局としての地位を獲得するに至った。[102] こうした政府内における地位の確立を背景として、法務総裁の下に法務総裁次官補が設置されたと把握できるだろう。

それでは、このクッシング期の時点で、大統領ないし執行府と法務総裁の関係はどのように捉えられていたのであろうか。ここでは、クッシングの法務総裁としての自己認識が示された意見書を取り上げ、その大統領との関係の理解をみることにしよう。

クッシングの意見書には、第一回議会が創設した諸ポストにつき、以下のように述べた箇所がある。

「国務長官（Secretary of State）は政治的問題と外交上の問題について、陸軍長官は陸軍と海軍に関する問題につ

いて、財務長官は財政に関する問題について、そして、法務総裁は法的問題と司法に関する問題について、大統領の直近で閣議を構成する最高位職員（immediate superior ministerial officers）として、ワシントン政権期を通じて大統領にとっての憲法に関する顧問であり続けた。[103]」

「それらのすべて［各省の長官、郵政総裁（Postmaster General）と法務総裁］が大統領の下に属しているという確立した感覚は、部分的には、大統領の法律の誠実な執行という憲法上の義務の解釈によるものである。[104]」

このようにクッシングは、法務総裁を他の長官と同等に捉えている。[105]この時期に至り、法務総裁は未だ自己の省を有していなくとも、大統領の下に置かれる存在として観念されていたことを確認できる。そしてこの観念の下に、一八七〇年に執行府内の省として法務総裁を長とした司法省が設立されることとなる。

（1）Act of Sept. 24, 1789 ch. 20, 1 Stat. 73. この一七八九年裁判所法に関しては、田中英夫『アメリカ法の歴史　上』（東京大学出版会、一九六八年）一六八頁以下を参照。ただし、法務総裁に関する検討は一切なされていない。

（2）浅香吉幹「一七八九年裁判所法以前のアメリカの裁判所　―「司法部の独立」および「上訴制度」の醸成―」国家学会雑誌一〇六巻三・四号（一九九三年）三〇〇頁。

（3）*See Seaall Key, The Legal Work of the Federal Government*, 25 Va. L. Rev. 165, 166 (1938).

（4）以下のイギリス、植民地時代の状況に関しては、指宿信「合衆国検察官制度成立史序説　――公衆訴追主義の成立とその意義――」北大法学論集三九巻四号（一九八九年）九二九―三一頁をも参照。

（5）ベロー（Hugh H. L. Bellot）によれば、"attorney-general" に近似した用語が初めて現れたのは、一三九八年のノーフォーク公（Duke of Norfork）の四人の弁護士が用いたものだという（attornies generalx）。Hugh H. L. Bellot, *The Origin of the*

Attorney General, 25 L. Q. R. 400, 403 (1909).

(6) William S. Holdsworth, *The Early History of the Attorney General and Solicitor General*, 13 Ill. L. Rev. 602, 604-05 (1919).

(7) Bellot, *supra* note 5, at 411 ; Key, *supra* note 3, at 166-67.

(8) William P. Marshall, *Break Up the Presidency? Governors, State Attorneys General, and Lessons from the Divided Executive*, 115 Yale L. J. 2446, 2449 (2006).

(9) Key, *supra* note 3, at 168.

(10) Marshall, *supra* note 8, at 2450.

(11) 12 William S. Holdsworth, A History of English Law 305 n6 (1st ed. 1938). この発言は一七六六年から七〇年に大法官（Load Chancellor）の職務についたカムデン卿（Lord Camden）のものである。カムデン卿の前任者がヘンリーであった。

(12) *Id.* ; Marshall, *supra* note 8, at 2450. こうした法務総裁の地位の理解は、その後においても見られる。アンソン（William R. Anson）は以下のように述べている。イギリス政府の法務職員（The Law Officer of Crown）「は、主権（Sovereign）の代表ではない。コミュニティの良好な秩序に対する侵害への対処が私人の提訴に任せっきりにされるのではなく政府によって扱われている、この国（State）に奉仕するものである。私人の要望に応えて、公衆の権利（rights of the public）の擁護のために介入を行うことが可能である」。2 William R. Anson, The Law and Custom of the Constitution 221 (4th ed., 1935). もっとも、イギリスにおいてこうした法務総裁に関する把握のされ方が確立した時期については、必ずしも判然とはしない。ホールズワースは、ヘンリーを「原理を確立した初めての法務総裁」とする（Holdsworth, *supra* note 11, at 305.）が、上記マーシャル論文では、ヘンリーが法務総裁の職についた一七五七年以前の一六世紀から一七世紀までの時期に、こうした観念が確立していたとする（Marshall, *supra* note 8, at 2450.）。いずれにしろ、アメリカ合衆国の建国以前において、本文中に見るような把握のされ方が存在していたことは指摘可能であろう。

(13) Cornell W. Clayton, The Politics of Justice 14 (1992).

(14) Key, *supra* note 3, at 169.

(15) 法務総裁に関する明確な定めがなかったことで、就任者には不満もあったようである。*See id.* at 171.

(16) Rita W. Cooley, *Predecessors of the Federal Attorney General : The Attorney General in England and the American Colonies*, 2 Am. J. Legal. Hist. 304, 309 (1958).
(17) Marshall, *supra* note 8, at 2450.
(18) Cooley, *supra* note 16, at 312 n28.
(19) Act of July 27, 1789, ch. 4, 1 Stat. 28.
(20) Act of Aug. 5, 1789, ch. 7, 1 Stat. 49.
(21) Act of Sept. 2, 1789, ch. 12, 1 Stat. 65.
(22) なお、その後四番目の「省」が創設されるのは、一七九八年の海軍省である。
(23) Act of Sept. 24, 1789, ch. 20, § 35, 1 Stat. 73, 92-93.
(24) このことは、すでに間田穆「アメリカにおける行政組織編成権限・序説」著者代表・神長勲『室井力先生還暦記念論集　現代行政法の理論』（法律文化社、一九九一年）二八八頁でも触れられている。
(25) Daniel Meador, The President, the Attorney General, and the Department of Justice 5 (1980).
(26) 参照、間田前掲注（24）論文二九二頁以下。*See also* Lawrence Lessig & Cass R. Sunstein, *The President and the Administration*, 94 Colum. L. Rev. 1, 27-28 (1994). また、条文の訳については、間田論文に多くを拠っているが、本稿の文脈に応じ部分的には変更している。
(27) Act of July 27, 1789, ch. 4, § 1, 1 Stat. 28, 28-29 (1789).
(28) *Id.*
(29) *Id.* § 2, 1 Stat. at 29. 法律において、主任事務官以外の者を雇用することは予定されている（第三条）。しかし、その職務その他の詳細な事項については規定されていない。*Id.* § 3, 1 Stat. at 29.
(30) 間田前掲注（24）論文二九三頁。
(31) Act of Sept. 2, 1789, ch. 12, 1 Stat. 65.
(32) *Id.* § 7, 1 Stat. at 67.
(33) *Id.* § 2, 1 Stat. at 65-66. 括弧内は訳語を提示するものを除き、条文中のものである。

（34）間田前掲注（24）論文二九四頁。

（35）Lessig & Sunstein, *supra* note 26, at 28 ; Leonald D. White, The Federalists : A Study in Administrative History 118-19 (1948). もっとも、レーシック／サンスティンは、「執行府」と規定したか否かを二タイプを区別する要素の一つとしてあげつつも、当時の議会の混乱に起因する可能性も示している。というのは、確かに財務省はタイトル上は「執行府」として位置づけられてはいなかったが、財務省設置法の直後に制定された「政府における執行府の職員と、その補助者と事務官の給与を確定する法律」（An Act for establishing the Salaries of the Executive Officers of Government, with their Assistants and Clerk）においては、財務長官をはじめとする財務省内の諸官職は、執行府の職員としてあげられていたからである（*See* Act of Sept. 11, 1789, ch 13, § 1, 1 Stat. 67, 67-68.）。また当時の議事録には、財務省を「執行府の省」として捉えた上での記述も見られる（*See, e.g.* 1 Annals of Cong. 369, 396 (Joseph Gales ed., 1789).）。こうしたところから、例えばグッゲンハイマー（Jay C. Guggenheimer）は財務長官につき、設置法に「執行府」の語がないとしてもやはり、「執行府の職員」としての位置づけを与えている（Jay C. Guggenheimer, *The Development of the Executive Department, in* Essays in the Constitutional History of the United States in the Formative Period 1775-1789, 181 (J. Franklin Jameson ed. 1970).）。しかし同時にグッゲンハイマーは、財務長官は大統領との関係で「陸軍長官や外務長官に比べていっそう自由な活動を許容されている……独立的な執行府の職員」（*Id.*）であり、「財務省の組織化を行った者たちが目指したことは、財務長官を立法府と密接な関係に置くことにあったということは充分に明白であろう」としている（*Id.* at 182.）。

（36）外務長官につき、間田前掲注（24）論文二八九―九一頁。議論につき、*See* 1 Annals of Cong. 494-692 (Joseph Gales ed., 1789). 罷免に関する議論がいく度となくあらわれている。財務省については、会計官の罷免が最たる争点となっている。*See id.* at 611-14.

（37）ブロックは、各長官の罷免に関する激しい議論からすると、裁判所法に法務総裁に関する罷免権を規定する条文が置かれていないことは不注意によるものとは考えがたいとしている。そして、大統領の罷免権に関する規定が置かれていない理由を不明確であるとしつつも、当時の議会が大統領による罷免の可否についての確信をそれほど強くは有しておらず、また大統領による法務総裁に対するコントロールの必要性にあまり関心を示していなかったため、この問題に関して未解決の状態にしておく意図が強められることになったのではないかと推測している。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, 579-80 (1989).

(38) 先述のとおり、執行府の職員の給与に関する法律で、財務省内の職員が規定されていることを根拠として、財務省を執行府として位置づけていたものとみる見解が存在していたが、法務総裁の報酬に関しては、裁判官の報酬を定める制定法（An Act for Allowing certain Compensation to the Judges of the Supreme and other Courts, and to the Attorney General of the United States）で規定されている。*See* Act of Sept. 23, 1789, ch. 18, §1, 1 Stat. 72, 72. *See also* Bloch, *supra* note 37, at 578 n56.

(39) 委員会のメンバーについては、*See* 1 Julius Goebel, Jr., History of the Supreme Court of the United States, 458 (1971).

(40) 田中前掲注（1）書一六八頁。

(41) Charles Warren, *New Light of the History of the Federal Judiciary Act of 1789,* 37 Harv. L. Rev. 49, 108 (1923). なお下線部は、成立した裁判所法の条文と異なる箇所である。

(42) *Id.* at 109. ブロックは、この修正が六月一二日の上院委員会から、七月一七日の上院での可決の間に変容したものとしている。Bloch, *supra* note 37, at 571 n32.

(43) U.S. Const. art. Ⅱ, § 2, cl 2. 条文訳については、田中英夫編集代表『BASIC英米法辞典』（東京大学出版会、一九九三年）一一五頁を参考にした。なお、本稿を通じて、合衆国憲法の各Articleをそれぞれ「条」として表記する。

(44) Letter from Cristpher Gore to Rufus King (Aug. 22, 1789), *reprinted in* Warren, *supra* note 41, at 109 n137. なお、ウォーレン論文ではこの書簡を一七八八年のものと記載しているが、ブロックによれば、一七八九年との記載の誤りであろうとする。Bloch, *supra* note 37, at 571 n32.

(45) Bloch, *supra* note 37, at 571 n32, *quoting* Letter from John Adams to Francis Dana (July 5-14, 1789). ただし、この書簡の執筆日付は不明確であるという。

(46) *Id., quoting* Letter from Robert R. Livingston (June. 24, 1789). ブロックは当初の法案三二条の修正については、ほとんど手がかりがないとするが、その数少ない手がかりとして以上の三つの書簡を挙げている。

(47) 同時にこの書簡は、当初の法案の下では、法務総裁が司法府内の存在と理解されていたことを示すものである。

(48) ベイカーは、当初の法案では法務総裁は「準司法的」（quasi-judicial）な職員とされていたとするが、裁判所法の制定で法務総裁は「第四番目の執行府内の職」として創設されたとしている。Nancy V. Baker, Conflicting Loyalities 47-48 (1992). またブロックも、ランドルフ自身は、自己の位置づけを執行府内の存在として考えていたと結論づけている。*See* Bloch, *supra* note 37, at 582.

(49) Homer Cummings & Carl McFarland, Federal Justice 20 (1937).

(50) Clayton, *supra* note 13, at 48.

(51) *Id.* at 49. もっとも後にみるように、初期の法務総裁は必ずしも最高裁判所のある首都に在駐しているわけではなかった。したがって法務総裁のオフィススペースについては、法務総裁の当初の性格づけをはかる上での根拠としてはそれほど強いものではないようにも思われる。本節第二款を参照。

(52) *Id.* at 48.

(53) *Id.* at 80 n4.

(54) James A. Hightower, *From "Attornatus" to the Department of Justice — An Historical Perspective of the Nature of the Attorney Generalship of the United States as Embodied in the Department of Justice Act of 1870, reprinted in Hearings on Removing Politics from the Administration of Justice, before the Senate Subcomm. on Separation of Powers of the Comm. on the Judiciary*, 93d Cong. 2d Sess. 405, 412 (1973).

(55) クレイトンは、「法務総裁の職は、議会が司法府に目を向けた後、およそ一月後になってようやく設立されたことは明らか」とも述べている。Clayton, *supra* note 13, at 15. なお、三省の設置法の次に成立した制定法が、前掲注（35）の三省内の職員の報酬に関する制定法であり、その後に前掲注（38）の裁判官と法務総裁の報酬に関する法律と、裁判所法が制定されている。

(56) 法務総裁の創設当初における裁判所との結びつきの強さは、今日にも影響を与えているようにも思われる。これを示す例として、現在の司法省内で最高裁判所における訴訟活動を担当するポストである訟務長官（Solicitor General）の指名を受けたクレメント（Paul D. Clement）による、上院でのヒアリングにおける発言をあげることができよう。クレメントは、最高裁判所判決集の各巻の冒頭に掲載されている最高裁判所裁判官の名前のリストの直後に、法務総裁と訟務長官の

名前が掲載されていることに言及する。そしてこの両者の名前がロークラーク等よりも先に掲載されているという事実につき、以下のように発言している。「私はこのこと（法務総裁と訟務長官の名前が先に掲載されていること）が一面においては、訟務長官が最高裁判所において最も頻繁に現れる当事者（litigant）であるという事実を反映したものであると考えている。しかし同時に、訟務長官が最高裁判所の職員（an officer of the Court）であるという事実も反映していると考えている」（*Confirmation Hearing on the Nomination of Paul D. Clement to Be Solicitor General of the United States, before the Senate Committee on the Judiciary*, 109th Cong. 1st Sess. 6 (2005).）。もちろん今日においては司法省は執行府の一機関とされ、クレメント自身もそのことはヒアリング内で明言している。したがってこの発言は一種の比喩であるけれども、ここにはクレメントの、司法省と裁判所の結びつきの強さへの認識が示されているといえるだろう。この訟務長官と最高裁判所の関係については、本稿の第二章以下で検討する。

(57) *See* 28 U.S.C. § 503 (2006).

(58) また、次の点も注目に値するものと思われる。それは、政府訴訟において裁判所が任命する者が合衆国を代理して法廷に立つという制度構想が法案段階では存在していたことである。これは、こと組織的な面に関していえば、現在一般的に念頭に置かれている当事者主義や権力分立の観念とは異なる観念だといえるだろう。実際には条文化はなされず、法案修正がこの観念を否定する意図の下にあったと考えることも可能かもしれないが、当時存在していた政府訴訟に関する観念が、法案の修正によって直ちに消え去ったものとは考えがたい。この点からは、初期の法務総裁の訴訟活動は、裁判所に対する責任という色彩を帯びたものとして観念されていたと想定する余地もあるのではないだろうか。

(59) Act of Sept. 23, 1789, ch. 18, §1, 1 Stat. 72, 72.

(60) Act of Sept. 11, 1789, ch 13, § 1, 1 Stat. 67, 67-68.

(61) LUTHER A. HUSTON, THE DEPARTMENT OF JUSTICE 9 (1967).

(62) 一八一七年の時点で、モンロー大統領は「この職［法務総裁］は職務のための部屋（apartment）も、助手も、伝令官も、文房具も、燃料も有していない。これらは職員本人の自己負担によって賄われてきた」という書簡を送っている。Letter from James Monroe to Iliam Lowndes, Chairman, Committee on Ways and Means, *reprinted in* 2 AMERICAN STATE PAPERS, MISCELLANEOUS 418-19 (1834) (No. 424).

(63) ただし、一八二〇年には、助手雇用の手当がいったん八〇〇ドルに減額される。

(64) 以上の給与の上昇と手当金の付与状況については、*See* Huston *supra* note 64, at 9 ; Albert Langeluttig, The Department of Justice 6-7 (1927).

(65) Baker, *supra* note 48, at 55 ; Clayton, *supra* note 13, at 16 ; Langeluttig, *supra* note 64, at 2-3.

(66) *See* Bloch, *supra* note 37, at 583.

(67) *See* Key, *supra* note 3, at 176 ; Henry Barrett Learned, *The Attorney-General and the Cabinet*, 24 Pol. Sci. Q. 444, 446 (1909).

(68) Luther A. Huston, *History of the Office of the Attorney General, in* Roles of the Attorney General of the United States 1, 2 (1968).

(69) Langeluttig, *supra* note 64, at 7.

(70) Huston, *supra* note 61, at 10. この法務総裁次官補が置かれる直前期の法務総裁のスタッフは、助手が二名と伝令官（messenger）が一名であったとされている。*Id.* at 9-10.

(71) Langeluttig, *supra* note 64, at 4.

(72) Baker, *supra* note 48, at 56. ワートを、法務総裁職の基礎の確立に最も寄与した着任者とする評価もある。*See* James S. Easby-Smith, The Department of Justice 11 (1904).

(73) 最初の三代の首席裁判官の下の一一年間において、下された判決はわずかに五六件であった（田中英夫前掲注（1）書一八六頁）。また初代の最高裁判所首席裁判官であるジェイ（John Jay）や、第三代最高裁判所首席裁判官のエルズワースは、その地位にあるまま外交官としてヨーロッパに渡っており、田中英夫教授はこれを、「当時の最高裁判所がいかにひまであったかを示している」ものと述べていた（田中前掲注（1）書一八六頁注五八）。同書一七八頁表も参照。

(74) *See* Baker, *supra* note 48, at 51. なお、最初の三人の法務総裁は、一〇年間で六事件についてしか活動を行っていないという。Bloch, *supra* note 37, at 589-90.

(75) White, *supra* note 35, at 336.

(76) *Id.* at 336. 結局、ピンクニーはその在任期間中において首都ワシントンに居住することは全くなかったという。*Id. See*

also Langeluttig, *supra* note 64, at 3 n10.

(77) Huston, *supra* note 68, at 6 ; Cummings & McFarland, *supra* note 49, at 78. Langeluttig, *supra* note 64, at 3, これより前の法務総裁は、意見書の提示を郵送で行い、最高裁判所の法廷に立つ必要がある際にだけ首都に寄留していた。*See* Easby-Smith, *supra* note 72, at 8.

(78) 前掲注（62）のモンロー書簡は、法務総裁を首都に滞留させるための環境整備を企図したものとして読めるだろう。なお、法務総裁に公式のオフィススペースが用意されたのは、ワート在任期の一八二二年のことである。Easby-Smith, *supra* note 72, at 10.

(79) Baker, *supra* note 48, at 57.

(80) *Id.* at 55.

(81) Act of Sept. 24, 1789, ch. 20, §35, 1 Stat. 73, 92 (1789).

(82) 田中英夫『英米法総論　上』（東京大学出版会、一九八〇年）二二九―三〇頁。

(83) Cummings & McFarland, *supra* note 49, at 25-26.

(84) この状況につきジェファーソン（Thomas Jefferson）は知人に対して、「この政府は完全にランドルフによって方向付けられている」との書簡を送っていたという。Clayton, *supra* note 13, at 16, *quoting* Easby-Smith, Edmund Randolph 421.

(85) Baker, *supra* note 48, at 56.

(86) Cummings & McFarland, *supra* note 49, at 78-79 ; Baker, *supra* note 48, at 57.

(87) 法務総裁は、国務長官、国防長官、財務長官とともに、閣議のメンバーの中でも特に強い影響力を有する「圏内閣僚」（inner cabinet）であるとされている（鈴木康彦『アメリカの政治と法』（国際書房、一九九九年）九二頁）。もっとも、近年の大統領は、意思決定の目的で閣議を招集するのではなく、ホワイトハウス内で設定された政策目標を伝えるために閣議を招集するとの指摘がなされている（及川敬貴『アメリカ環境政策の形成過程』（北海道大学図書刊行会、二〇〇三年）一四一頁、注六）。

(88) 本款一（二）を参照。

(89) Huston, *supra* note 61, at 8.

(90) Huston, *supra* note 68, at 6.
(91) 1 Op. Att'y Gen. 335, 336 (1820).
(92) *Id.* at 337. [ ] 内は筆者による。
(93) H. Jefferson Powell, The Constitution and the Attorneys General 14 (1999). また、意見書の記述には、ワートが法務総裁を「政府職員」としていることにも注目される。
(94) 1 Op. Att'y Gen. 211, 211 (1818).
(95) *Id.* at 212. [ ] 内は筆者による。
(96) Powell, *supra* note 93, at 14.
(97) 本章第二節三、および第四節を参照。
(98) なお、従来は州政府の職員や、私人までもが法務総裁に意見を求めることもあったようであるが、ワートはこれに対しても意見書提出を拒絶しているという。Cummings & McFarland, *supra* note 49, at 83. こうした事実もまた、ワート以前の初期の法務総裁には、連邦政府の事務に従事する職員としての性格が希薄であったことを示しているように思われる。
(99) この第九代ワートは、政権党の交代をまたいで、法務総裁の職にあった唯一の存在である。ワートの非党派的な性格につき、*See* Baker, *supra* note 48, at 126-39. もっとも、この時期は、党派的な色彩が薄かった「好感情の時代」（Era of Good Feelings）でもあり（田中前掲注（82）書二三二頁）、当時の政治状況も背景要因にあったともいえるだろう。
(100) Baker, *supra* note 48, at 73.
(101) *Id.* at 57-58 ; Langeluttig, *supra* note 64, at 7.
(102) 以上のように、確かにクッシング期には法務総裁が政府内の常勤職員としての性格が確立したということはできる。しかし、この時期の職務体制が事務処理の点で充分であったとはいえない。本節第四款で述べるように、一八三〇年以降、法務総裁に対してはさまざまな任務が付加されることになり、その膨大さから法務総裁の任務遂行に負担がかかってきたため、司法省設立以前にも法務総裁の下に省を設立しようという動きがいく度も現れている。
(103) 6 Op. Att'y Gen. 326, 330 (1854). 外務省は、創設後間もなく「国務省」（Department of State）に改称されている。
(104) *Id.* at 332-33. [ ] 内は筆者による。このクッシングの記述箇所は、直接には一八四九年の内務省（Department of

Interior）設置法に関するものである。内務省設置法には、内務長官が大統領の包括的な指揮下にあることを示す文言は見あたらないが、他の大統領閣議のメンバーと同じく大統領に従属する、ということを主張する文脈での記述である。

(105) なお、この意見書では法務総裁の権限のうち訴訟活動権限についても、大統領の命令を受けるものだということを述べている。*Id.* at 335.

〔付記〕

本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇〇七年六月二九日授与）に補筆したものである。