HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	政府の訴訟活動における機関利益と公共の利益（3）：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, 59(3), 241-309
Issue Date	2008-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/34842
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-3_p241-309.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（三）

――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
一．Hayburn 事件とその背景
二．検討
第四款　訴訟活動権限の集中化の試みと司法省創設
一．集中化の試みとその失敗
二．司法省創設とその背景
三．制度図式への裁判所の評価
第二節　合衆国の利益と法務総裁の性格
一．法務総裁の出訴と合衆国の利益

（以上五八巻六号）

（以上五九巻一号）

二．合衆国の出訴可能性
三．法務総裁の出訴の限界と権力分立
四．合衆国の利益の理解
第三節　政府の法律事務の集中と分散
一．司法省設立法の失敗
二．法務総裁の専門性の欠如と政治性
三．政策形成と訴訟活動の組織的分裂
第四節　訴訟活動と大統領の権限
一．立法による規制と「大統領の手」
二．司法省の独立機関化案
三．独立の訴訟活動権限の憲法上の評価
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）

第二節　合衆国の利益と法務総裁の性格

一．法務総裁の出訴と合衆国の利益

本節第三款において検討した一七九二年の Hayburn 事件は、政府の違法な行為の是正を求めて、法務総裁の地位で申立てがなされた事件であった。これは、法務総裁が法の実現そのものを目指して出訴したと把握することが可能なも

のであったように思われる。ここでは、当該申立てを受け入れる議論が、当時、一定程度存在していたことがうかがわれたものの、結論的には、法務総裁による当該申立ては肯定されるには至らなかった。

ところで、この Hayburn 事件時の法務総裁に関して規定を置く一七八九年裁判所法三五条では、「合衆国に関わる（concerned）」事件についての法務総裁の権限を規定するものであったが、司法省創設法五条においては、これが「合衆国の利益に関わる（interested）」事件へと修正されていた。[1] それでは法務総裁は、いかなる利益を「合衆国の利益」として、裁判所において代表するのであろうか。

司法省創設の後、法務総裁による訴訟活動や法務総裁自身の性格に関して一定の判断を示す判決が、連邦裁判所で現れるようになる。そうした事件としてまず上げられるのが、司法省創設の一八年後に最高裁判所によって下された、United States v. San Jacinto Tin Co. 判決[2]である。

この事件での被告は公有地の払い下げを受けた者である。この事件では、問題となった払い下げが必要な手続を経ておらず、さらに、払い下げのための鑑定の際には、被告が合衆国に対して欺罔行為（fraud）を行っていたという事情があった。そこで法務総裁は、払い下げの無効確認を求めて連邦裁判所に出訴した。しかし、こうした訴えの提起を法務総裁に認める明確な制定法の定めは存在してはいなかったため、法務総裁が制定法の明示的な規定によらずに本件のような訴えを提起することが許容されるか否かが問題となった。この点につき、ミラー（Miller）裁判官の執筆した法廷意見においては以下のように述べられている。

「［司法省設置法の］全条項を参照することにより、法務総裁が、合衆国によって、または合衆国に対してなされるあらゆる訴訟の遂行を監督する権限を有し、それを任務としていることがわかる。政府に対する欺罔行為者への

訴訟提起や、債権の執行に関する訴訟提起や、刑事訴追の開始や、合衆国が原告となる事件における手続の開始に関する権限を付与する明確な規定は存在していない。しかし法務総裁は、こうした訴訟に対する一般的な監督権限を与えられており、この国の様々な裁判所でこうした訴訟を提起するあらゆる地区法務官は法務総裁の直接的な指揮とコントロールの下にある。そして、問題となる行為の取消や無効宣言を求める合衆国の名による訴えの提起の明確な権限がないにもかかわらず、こうした訴えの提起がなされるべき事件が存在する場合に、訴訟、訴追の開始を提起することが法務総裁の権限外であるとは、当裁判所は考えることができない。法務総裁は、合衆国による訴訟の開始、遂行と、政府の権利の実現に必要な訴訟活動に従事する職員であることは疑いようがない」[3]。

その上で、判決は、それまでの公有地に関する判例を検討し、次のように判示して、法務総裁による出訴を肯定した。

「……効力が認められてしまうと、合衆国に対して深刻な侵害をもたらしてその利益に棄損を与えてしまう（prejudice）ような、欺罔行為や詐欺（imposture）や錯誤（mistake）によって政府から発布されている公有地譲渡証を、破棄し、取り消しまたは無効とするための訴訟を、合衆国の名により提起する権利が司法省の長たる法務総裁に存することを、当裁判所は否定できない」[4]。

この判決は、司法省設置法を参照しつつ合衆国が出訴する際の権限は政府内において法務総裁にあることを導出しており、前節でみた、すでに最高裁判所が示していた法務総裁の訴訟活動に関するコントロールを是認するものである点で連続性もある。もっとも、この判示においてはなおも法務総裁の権限に関して不明確さを残すものとなっているため、

次のような問題が生じることになる。まず、議会が法務総裁に関する個別的、明示的な出訴規定を置いていない場合に、法務総裁は一般的に出訴を行うことが可能なのであろうか。また、そうした訴えを提起することが許容されるとすれば、それはいかなる根拠づけによるものとされるのであろうか。(5)

この点につき、判決では上記のとおり、公有地の譲渡に係る合衆国の利益への棄損をもって、合衆国の出訴を認める基礎としているところであるが、上記判示部分に続いて、判決では以下のように述べられている。

「政府は私人と同様に、自らが訴えの提起（move）を資格づけることに関するような救済（relief）を求める利益を有していることを示さなければならない。もしも財産（property）が問題となるのであれば、裁判所がその財産に関する回復（remedy）を与えうる事件でなければならない。もしも法的文書を無効とするような欺罔行為が問題となるのであれば、その欺罔行為は合衆国に対して棄損的な作用をもたらすものでなければならない。そしてもしも訴訟が、誰か第三者の便益のために提起されたことが明らかな場合や、合衆国が回復を求めるような財産上の利益を有していない場合や、訴訟が維持されることにより利益を受ける者（party）に対する義務の下に合衆国が置かれていない場合、要するに、公衆または個人に対する合衆国の側に存在する義務や、合衆国自身の利益が一切表明されていない事件では、もはや訴えは維持され得ない。これは私人が同じ状況に陥るのと同様のことである(6)」。

このように判決では、法務総裁による合衆国の出訴においても利益の存在が要求されるとして、私人と「同様の一般的原理(7)」が当てはまることが述べられている。したがって、出訴を無条件に認める判示がなされているわけではない。しかし同時にこの判示は、合衆国の公衆に対する義務に基づく出訴の可能性に言及しており、私人が出訴する場合と異

なる面があることを含意するものともなっている。この義務に関する言及は、さらに続けて判決文に現れる。

「……もちろんこうした利益は、訴答書面や証拠によって訴訟手続の進展の中で明らかにされなければならない。そして、もしもこの利益を欠いている場合や、訴訟が現実には第三者の利益のために提起されているという事実が明白である場合や、合衆国の訴訟提起が必要とされるような公衆一般（general public exists）に対する義務が存在していない場合には、訴えは認められない（fail）」[8]。

上記のとおり、この義務の存在が、合衆国の出訴の基礎となることを示唆する判示となっている。最高裁判所は、合衆国の出訴に際しては、一方においては利益の存在が必要であるとして、私人と同様の性格づけを行う。しかし他方で、最高裁判所は公衆一般に対する義務の存在が示されることにより政府の出訴が許容されることを述べている。そこで、最高裁判所には、合衆国が公衆一般に対して負う義務を履行することを、「合衆国の利益」として扱う思考が存在しているといえるように思われる。

では、この San Jacinto Tin 判決が示唆するような、合衆国の出訴に特有の要素は、この後、裁判所によりいかなる取り扱いを受けるのであろうか。引き続いて San Jacinto Tin 判決と同じく、制定法の規定によらずに合衆国が法務総裁を通じて出訴した事件を取り上げることとしよう。こうした事件においては、法務総裁と、その訴訟で代表する「合衆国の利益」の性格について、より端的に言及した判示を裁判所が行うことが期待できると思われるからである。

二　合衆国による出訴可能性

（一）私人との同質性

San Jacinto Tin 判決に対して評価を行うならば、「法務総裁の出訴が認められるか否かの実質的な条件は、訴訟が「合衆国の利益」に結びつけられるか否かである」[9]ということになるだろう。この、San Jacinto Tin 判決は、公有地の譲渡を無効化することを合衆国が求めた事件であり、この背景にある「合衆国の利益」は、いわば合衆国の有する財産上の利益として把握することが可能なものであった[10]。

こうした、合衆国の財産的利益の実現のために出訴することは、制定法の規定が存在しない場合においても、San Jacinto Tin 判決の以前から最高裁判所において認められていた。例えば一八一八年の Dugan v. United States 判決[11]では、「合衆国が、その出訴を意図した議会による法律がない場合にはどんな事件でも訴える権利を持たないという主張（intimation）は拒絶されてお」り、「合衆国の契約に関するあらゆる事件では、合衆国はこうした契約の履行を実現し、違反があった際の賠償を得ることを……自己の名による訴えによって実現する権利を有していなければならない[12]。……合衆国内のあらゆる市民が保持している権利を合衆国について否定することは奇妙なことである」との判示がなされていた。また、一八三〇年の United States v. Buford は、需品次官（deputy quarter master general）から、兵站将校次官（deputy commissary）のバフォード（Thomas Buford）に対して誤ってなされた公金の支払いに関して、その返還請求の訴えが提起された事件であるが[13]、ここでは「合衆国は……バフォードを被告として受け取った金銭に関する訴えを提起する権利を有する」[14]と判示されていた。さらに、一八四五年の United States v. Gear 判決は、売却が予定されていると合衆国から主張された公有地における鉛鉱床からの鉛鉱採掘につき、合衆国が採掘者を相手として採掘のインジャンクションを求めて出訴したものであったが[15]、明示的な出訴規定が存在していなかったことを全く問題にすることなく、この採掘が「合衆国にインジャンクションを求める資格を付与するような浪費である」[16]として合衆国の出訴を肯定し

ていた。そして、公有地への不法侵入による松の木の不法伐採につき合衆国が損害賠償を求めて出訴した事件に関する、一八五〇年のCotton v. United States判決[17]でも、最高裁判所は、「あらゆる主権国家は、必然的に政体（body politic）あるいは法人（artificial person）であり、……法人（corporation）あるいは政体として、その契約の実現と自己の財産の擁護のために、州裁判所または、連邦法を管理している自身の裁判所に出訴することが可能である」[18]と判示していた[19]。

このように、私人が自己の有する利益の実現のために出訴するのと同様に、合衆国が契約上の利益や財産上の利益の実現のために訴えを提起することを許容する判例が存在していた。公有地の売却に関する事件であったSan Jacinto Tin判決も、こうした一連の最高裁判所の判例の延長線上に位置づけることができる。

（二）私人との異質性

もっとも、本稿でSan Jacinto Tin判決で注目していた点は、これらの諸判例から一歩踏み出して、契約上、財産上の利益という私人にも認められる利益にとどまらず、「公衆に対する義務」の実現を「合衆国の利益」として構成する思考をうかがわせる、政府に固有の出訴可能性の存在を示唆しているところにある。では、このSan Jacinto Tin判決で述べられた「公衆に対する義務」に関する判示部分は、その後どのような扱いを受けることになるのか。

この点について、最高裁判所がSan Jacinto Tin判決を引用した判示を行っているのが、一八八八年のUnited States v. American Bell Telephone Company判決[20]である。この事件は、電話会社が欺罔行為によって特許を取得したことに対して、合衆国が原告となり、特許の無効の宣言その他を求めて出訴したものである。被告電話会社側は、原告の合衆国はこうした訴えを提起する権限を欠いていると主張していた。この事件では、合衆国の訴えの提起が肯定されたが、ミラー裁判官による法廷意見では、特に合衆国の「公衆に対する義務」に関して、次のように述べられた。

「[San Jacinto Tin Co. 判決での] 裁判所の感覚は、当該事件が土地に関する財産上の権利の争訟であるということが重要な問題であったことは明白である。しかし判決では注意深くも以下のことが述べられている。すなわち、合衆国が回復を求めるような財産上の利益を有していない場合や、訴訟が維持されることにより利益を受ける者に対する義務の下に合衆国が置かれていない場合や、公衆または個人に対する合衆国の側に存在する義務が一切表明されていない場合、それは裁判所という手段を用いることができない事件である、と。合衆国が有する本件に関与をする権利の本質は、欺罔行為によって得られた特許による独占から公衆を擁護するという合衆国の義務にある。そして、合衆国政府が利益を欠いていることを理由に司法判断（jurisdiction）から排除されてしまうような事件の種別には、本件が含まれないということを示す文言として、これ [San Jacinto Tin Co. 判決の該当判示部分] 以上に適切なものを探し出すことは困難である」[21]。

判決は、合衆国が制定法の明示の規定によらずに出訴する場面において、その背景にある「合衆国の利益」が契約上、財産上の利益にとどまらないことを示しており[22]、さらには、ここでの「合衆国の利益」が「欺罔行為によって得られた特許による独占から公衆を擁護するという合衆国の義務」の実現にあることを示した。

さらに七年後、最高裁判所は In re Debs 判決[23]において、合衆国の財産に関わらない出訴について判断を下す。この事件は、州際で運行する鉄道会社の職員がストライキを行っていることに対して、地区法務官が州際通商法違反を主張し、その差し止めを求めたことに関するものである[24]。ブリューワ（Brewer）裁判官による法廷意見は以下のように述べる。

「公衆の利益のために行使すべき権限を付託されているあらゆる政府は、その権限の行使に当たって、自らの政府

の裁判所に対し適切な援助を申し立てる権利があり、……そこに財産的利害関係がないということだけでこの権利が否定されることにはならない。政府が社会の成員すべての利益を促進し、また、公共の福祉への損害を引き起こすような、一部の者の許されざる行為を防止するという責務を有するということで、裁判所に提訴するための原告適格を認めるのに、通常は充分である」[25]。

そして、San Jacinto Tin 判決と、American Bell Telephone 判決について触れた後に、次のように判示する。

「政府が問題として主張する悪しき事態が、公衆全体に影響していたり、憲法上国家に対して責任として委ねられていたり、あらゆる市民に共通の権利として保持させるよう国家が負っている義務に関わる、というような場合であれば、単に政府が財産的利益を事件に対して有していないという事実だけでは、裁判所から政府を排除したり、政府が憲法上の義務を果たすために裁判をその手段とすることを妨げる理由にはならない」[26]。

このように最高裁判所は、San Jacinto Tin 判決と、American Bell Telephone 判決の判示を受けて、合衆国の出訴について、「国家が負っている義務」との関連性が根拠となりうることを述べている。特にここでは、この義務を「憲法上の義務」としている。では、この事件における出訴は、合衆国政府のいかなる憲法上の地位と関連しているものだとされたのであろうか。判決文では、さらに以下のように述べられる。

「……国家には、州際通商や郵便の確保のために、天然のものにしろ人工のものにしろ物流路のあらゆる障害を取

り除くことを行う充分な資格がある。政府は（執行府を通じ、国家の執行権の行使として）こうした障害を強制的に除去する能力を有しており、その能力には、民事裁判所にその障害の存在、性格について吟味と判断を求めることもまた含まれる。そしてもしも、そうした障害の存在が確認され、あるいはそのおそれがある場合には、裁判所のそうした障害の除去や抑制の権限を発動することができる[27]」。

このように判決では、制定法の明示的な出訴に関する規定によらない法務総裁による出訴につき、合衆国憲法第一条に列記されている、「州際通商や郵便の確保[28]」という連邦政府に与えられた任務と、ストライキという事態を結びつけて、この出訴を肯定するという結論を導き出している。この判決はまず第一に、制定法に明示的な条文がない合衆国の出訴に際し、最高裁判所がその根拠を憲法自体に置いたものということができる[29]。またこの点と関連して、第二には、憲法により連邦政府に与えられている任務のうち、「公衆の利益のために行使すべき」ものや、「あらゆる市民に共通の権利として保持させるよう国家が負っている義務」と、当該事件における政府の出訴との間で関連性がある場合には、出訴が許容される可能性があることを示唆するものである。

かくして、法務総裁とその下の司法省を通じた合衆国による出訴は、一九世紀後半の判例を通じ、契約上、財産上の利益を根拠としたもののみならず、政府が与えられている憲法上の任務を根拠としても是認されうることとなった。

（三）合衆国の出訴例の増大

制定法によらない法務総裁を通じた合衆国の出訴に関する「リーディングケース」となるDebs判決[30]を受けて、二〇世紀に入り、法務総裁と司法省は様々な政府の地位との関連で出訴を行い、裁判所もこの出訴を是認する[31]。

そうした例として、一九二五年に最高裁判所が下した、Sanitary District of Chicago v. United States判決がある。こ

の事件は、原告の合衆国が、シカゴ衛生区（Sanitary District of Chicago）に対して、ミシガン湖からの引水の差し止めを求めて出訴したものである。シカゴ衛生区は、陸軍長官から許可されている水量以上の引水を行っており、原告の合衆国は、この引水がミシガン湖の水位を下げ、水上輸送の妨げになっていることを主張した。

ホームズ裁判官による法廷意見は、以下のように出訴を肯定した。「本件は、同等の当事者による争訟（controversy between equals）ではない。合衆国は自己の管轄範囲内での通商を規制し船舶が航行可能な水位をコントロールする自らの有する統治上の権能の主張を行っている。合衆国は本件訴えにおいて、州際通商や国際通商の障害を除去するための原告適格を有する……。またこれのみならず、湖に隣接することにより関係する外国との間の条約上の義務を履行するためにも、原告適格を有している[32]」。このように判決では、州際・国際通商上、外国との条約上の合衆国政府の地位という、合衆国憲法第一条との関連で、法務総裁による出訴が肯定された。

また州際通商上の合衆国政府の地位との関連では、国立公園内における無認可ハイヤーに対してインジャンクションを求めた事件に係る一九二二年の Robbins v. United States 判決[33]において、第八巡回区控訴裁判所は、Debs 判決を引用しつつ、政府が財産的利益を有していることに加えて、「何よりも、公園内における移動に関する公衆の擁護に係る政府の国家政策[34]」の存在を根拠として、出訴を肯定している。

他方、合衆国海軍兵に対するカウンティ（county）の課税が連邦法（一九四〇年陸軍兵および海軍兵の民事救済に関する法律（Soldiers' and Sailors' Civil Relief Act of 1940））に違反することの宣言を求めて合衆国が出訴した、一九六四年の United States v. Arlington County 判決[35]でも、「主権的な合衆国が有する、その軍隊のメンバーについての合衆国の政策やプログラムの擁護と執行に関する特別の利益は、諸裁判所において多くの事件において是認されてきて」おり、「連邦政府が、自己の政策やプログラムを執行するために出訴する権利は、たとえ直接的な金銭上の利益が不存在の場

合であったとしても、連邦政府の他の多くの活動領域において支持されてきた」とし、Debs 判決、San Jacinto Tin 判決、American Bell Telephone 判決などを引用の上で、「ここ［先例］では、連邦政府が有する国防（national defense）に関する自己の政策やプログラムの適切な実行（implementation）の利益が、本件訴えを支持するような非制定法上の権利を付与するものであるとわかる」と判示されている。[36] このように、制定法違反という事態に対する出訴が、政府の国防に関する地位との関連で認められた。

こうした政府の国防上、軍事上の地位との関連で出訴が肯定された例として、アラバマ州の人種間婚姻禁止法（antimiscegenation laws）に関する、一九七〇年の United States v. Brittain 判決[37]もあげられる。この事件は、アラバマ州に住む陸軍軍曹が人種間婚姻を行うため、隣のテネシー州に移動して結婚し、その後再度アラバマ州に戻ってきたところ、アラバマ州法の下で訴追されそうになったため、州法が合衆国憲法の修正一四条の平等条項に違反するとして、合衆国が出訴したものである。判決は、Debs 判決を引用しつつ、以下のように述べた。「合衆国は、適切な事件においては、特定の制定法の指示（mandate）に関係なく（irrespective）訴えを提起する適格を有する。……州による不当な妨害（frustration）を受けることなく、その軍事権（military powers）を行使するという合衆国の特別な利益が存在している。……合衆国が、自己の（its）利益を擁護する局面で、……一定の事件においては、訴訟の提起が正当化されうることは明白である。合衆国の軍の資源管理では、人員をその婚姻の状況に対しても考慮して配置しているに違いない。もしも特定の州法がその状況に何らかの処置を施している（address）場合には、この資源管理は深刻に損なわれる[38]」。

以上のように、Debs 判決以降、合衆国が司法省を通じて制定法の明示的な規定によらずに出訴することが認められた例が見られる。特にこうした合衆国の出訴は、ケネディ政権期の、南部における人種差別に関する事件で多く見られたという[39]。もっとも本稿にみた、軍事的な事項に係る二事件に関しては、Debs 判決までの最高裁判所の三つの判決で

強調されていた、合衆国政府の人民に対する義務に関する考慮はなされていないようにも読める。むしろ、憲法上の規定から、人民に対する義務とは無関係に直接、「連邦政府が有する国防に関する自己の政策やプログラムの適切な実行の利益」や「軍事権（military powers）を行使するという合衆国の特別な利益」を導出しているようにも思われる。

三．法務総裁の出訴の限界と権力分立

では、こうした合衆国が法務総裁や司法省を通じて制定法の明示の規定によらずに出訴することは、政府の憲法上の地位との関連性が存在する場合には必ず認められるのか。この点につき裁判所は、法務総裁の出訴に関して、一定の制約があり得ることを示唆する判決を下してもいた。そうした例として、まず二つの最高裁判所の判決を見てみよう。

まず第一が、一九二一年の Kern River Company v. United States 判決[40]である。この事件は、合衆国の国有林の水路の使用権が、欺罔行為に基づき付与されたことに対して、法務総裁がその使用権の没収などを求めて出訴したものである。バン・デヴァンター裁判官の法廷意見では、先の San Jacinto Tin 判決を参照しつつ、以下のように述べられた。

「……確かに、議会は没収に関して明文で述べるところはなく、また出訴を導いてもいない。しかしこのことは有効な障害とはならない。本件のように、反対する立法規定が存在しない場合においては、合衆国の申立てと、その権利の確立と擁護のために必要とされる訴訟に関する法務総裁の一般的な権限は、法務総裁による本件のような訴えの開始と訴追について広範な根拠を与えるものである[41]」。

この事件は、国有林の水路の使用権に関するものであり、その点で合衆国の財産上の利益に関わる事件とみることが

できる。[42] このことからか、判決ではSan Jacinto Tin判決を参照しつつも、憲法に関する言及を全く行っていない。

代わりに最高裁判所は、こうした財産上の利益に関する出訴について、「法務総裁の一般的な権限」による根拠づけを行っている。この「法務総裁の一般的な権限」について、憲法上は何らの規定も置かれていない。一七八九年裁判所法以来の議会の制定法により付与されているものである。こうした法務総裁の権限を、議会が「反対する立法規定」の創設によって制約できることが、判決では述べられている。したがって、いかに合衆国に出訴の基礎となる財産上の利益が存在する場合であっても、議会はその実現のための出訴を制定法の明示的な規定の創設により禁じることができることを認めた判示と読めることになろう。

さらに、このKern River判決と同じく、議会の制定法と法務総裁による合衆国の出訴の関係について、注目すべき判示を行っていると思われるのが、United States v. California判決[43]である。この事件は以下のようなものであった。カリフォルニア州は、海底の天然資源の権利につき民間企業等にリースすることで利益を得ていた。これに対して、合衆国がその地下天然資源に関する権利を有することの宣言を求めて法務総裁を通じて出訴した。この出訴に対して被告カリフォルニア州側は、法務総裁の出訴が制定法により制約を受けることを前提として、次のような反論を行っていた。すなわち、連邦議会は海底の天然資源に関して法務総裁がカリフォルニア州に対して出訴することを明示的に認める規定を制定する動きを見せていたけれども、これに失敗している。この事実は、法務総裁の出訴を禁止する連邦議会の意図があることを示すものである、と。こうした被告の主張に関して、ブラック裁判官による法廷意見では、以下のように法務総裁による合衆国の出訴を認めた。

「議会を通過し、大統領の署名を受けた法律は、もちろん、合衆国のための請求を行うという法務総裁に対して明

白に与えられた権能を制限することが可能である。合衆国憲法第四条三節二項では、「合衆国に属する領地もしくは他の財産を処分する権限、及びそれに関する必要なすべての準則と規則を制定する権限を……」連邦議会に対して付与している。当裁判所はこれまで、この点に関する議会の憲法上の権能については制約は存在しないと述べてきた。……したがって、国家の権能のうち、この議会の領域においては、議会の法律に反する手続は、いかなる裁判所も、執行府の機関も行うことはできない。

しかし、政府の利益を裁判所において擁護する権限と任務を法務総裁に与える制定法［裁判所法三五条以来の法務総裁に関する規定］を改正する議会の法律はこれまでのところみられない。……議会がこれまで二度、カリフォルニアに対して訴えを提起する特定の権限を付与する法律の制定に失敗してきたということは、法務総裁の制定法上の権限に制約を与える充分な基礎となるものではない[44]」。

この判決もまた、海底資源が争点となった点で、Kern River 判決と同じく合衆国の財産上の利益が問題になったものと読むことができるかもしれない[45]。そして、この財産的な利益が存在する場合に、法務総裁が裁判所法以来の制定法上の権限により出訴することが認められると判示された。Kern River 判決では、この法務総裁による出訴について、議会が明示的な反対規定を置くことによって制限されることが述べられたが、この事件で問題になったのは、黙示的な議会による制限が存在するか否かであった。最高裁判所は、結論的には議会の立法の失敗という事実は、議会の法務総裁を制約する意図を示すものではないとして、議会による黙示的な制限の存在を否定しているものの、こうした黙示的な制限の余地は明確には否定していない。このように、本判決は Kern River 判決と同様に、出訴を基礎づけるような財産上の利益が政府に存在する場合において、議会がその出訴を制約できることを示したものである。

ところで、この判決では、争点である海底資源に関連する憲法条項として、合衆国憲法第四条を参照している。ここで注目すべきは、本判決が、Debs 判決のように法務総裁による合衆国の出訴を基礎づけるものとして憲法を参照しているわけではない点である。逆に、法務総裁による出訴を議会が制限しうる根拠として憲法上の議会の権限を提示している。つまり、法務総裁の出訴を、「執行府の機関」による出訴として捉え、これを前提として、憲法第四条によって政府内の部門のうち立法府に対して配分されている権能により執行府の出訴が制約されるという論理になっている。

Debs 判決でも、確かに法務総裁による合衆国の出訴を、「政府は（執行府を通じ、国家の執行権の行使として）……」として執行府の作用だと明確に認識していた。しかし Debs 判決では、法務総裁による合衆国の出訴について、政府の憲法上の任務との関連性を述べつつも、他方でその憲法上の任務が、政府機構のうちどの部門に配分されているのかについては考察を加えてはいなかった[46]。むしろ出訴の主体を各部門のレベルではなく、単に「政府（the government）」として判断を行っていた。これに対して、最高裁判所はこの California 判決において、権力分立の観点を持ち出した。

この権力分立の観点は、その後の法務総裁が議会による制定法の明示的な規定によらずに出訴する事件における裁判所の判断に現れるようになる。そして、この観点から法務総裁の出訴を否定する判決が複数下されるに至る。そこで、時代的にはやや先取りをする格好にはなるが[47]、こうした判決を見ることにしよう。

一九七六年の Unites States v. Solomon 判決では、法務総裁による出訴が否定された。この事件は、以下のようなものであった。メリーランド州の知能発育不全者（mental retarded）に関するプログラムとその運用が、州内の病院（Rosewood State Hospital）[48]に入っている知能発育不全者のうち大多数の者の、修正第八条、修正第一三条、修正第一四条で保障されている権利に、深刻で広範な侵害を与えるということから、原告の合衆国が、この憲法条項に違反した状態を除去するという政府の任務を主張して、プログラムの一部の差し止めを求めた[49]。

裁判所はまず、「本件における執行府の権能（power）に関する議論は、もしも憲法による統治の構造（scheme of government）の下で、こうした［＝憲法により付与された］権限を、明示的でも黙示的でも有していなければ、連邦政府の執行府にはいかなる権能もなく、したがって本訴訟を提起する法的適格を有さないという前提からスタートしなければならない」[50]として、法務総裁を通じた合衆国の出訴を、「執行府」による出訴として捉える。そして、憲法の修正条項違反の事態に対する出訴につき、以下のように判示した。

「州際通商と同様に、修正一三条と一四条の執行に関する政策形成は、一次的には議会に委ねられている。……したがって、修正一三条と一四条の執行に関する独立的な権限の拡張はいかなるものでも、政府の権力府間の権力の均衡を壊す（undoing）危険性に満ちているものである。この権力の均衡に注意すると、……In re Debs 判決とその後の判決は、実際には、議会が執行府に訴えの提起を望んでいることが推定される状況においてのみ、制定法によらない執行府の独立の訴えの権限が拡張されるというものとして読むことが可能になる。本件は、議会の意図とは全く異なる状況を示している」[51]。

「独立の訴えの提起の権限（あるいは、原告の言い方でいえば「固有の権能（"inherent power"）」）は、執行府の憲法上の役割が、議会の憲法上の役割を上回っていないにしても同レベルであるような、国家の安全保障のような領域の事項において行使されることが求められるものであり、この場合には、執行府の［権能の保有を主張する］負担はいくぶんか軽減されることになるだろう。しかし、……執行府の独立の訴えの提起の権限が、修正一四条上の権利の擁護や、州際通商政策の発展のような、憲法上は議会の役割の領域に関するものである場合には、執行府の独立の訴えの必要性を示す負担は最も厳格なものとなる」[52]。

このように判決では、合衆国が出訴の基礎とする憲法上の任務について、それが政府内の部門のうちのどこに配分されているかに注目する。この事件で問題となった、修正一三条では第二項で、修正一四条については第五項で、それぞれ「連邦議会は、この修正条項をそれに適した立法によって執行する権限を持つものとする」と規定されている。こうした憲法上議会に配分されている事項については、執行府が立法府による明示の規定なくして出訴することは大きく制限されることがこの判決では示された[53]。

こうした、権力分立の視点によって、執行府の存在である法務総裁の出訴を制限する判決は、その後も現れる。一九八〇年の United States v. City of Philadelphia 判決[54]は、フィラデルフィア市の警察当局が、黒人やヒスパニックに対して修正一四条に違反する活動を行っていたことに対して、合衆国が、その違法宣言や差し止めを求めて訴えを提起したものである。合衆国側は、政府は個人の権利の「擁護人」(guarantor) であり、修正一四条違反と、憲法第二条により執行府に付与されている「法律が誠実に執行されるよう配慮する」権限から、法務総裁の出訴が肯定されることを主張していた。

判決では、「修正一四条第五項は、執行府でも司法府でもなく、議会に対して「適した法律によって本条の諸規定を執行する権能」を与えて」おり、法務総裁の出訴を肯定することが「修正一四条第五項に示され具現化されている権力の分立という憲法の意図を侵害することにな[55]」ると判示した。

このように一九七〇年代の後半以降、権力分立の観点から法務総裁の出訴を否定する裁判例が現れるところとなった。この権力分立の視点からは、先の Solomon 判決が示唆するように、憲法上、執行府に配分されている事項に関しては、法務総裁が明示の規定によらずに出訴することが認められやすく、議会に配分されている事項に関しては認められにくいということになるだろう。政府が「国防上の利益」に基づいて制定法の明文の規定がないにもかかわらず、政府のべ

トナム秘密文書（いわゆるペンタゴンペーパー）の記事公表の差し止めを求めた、一九七一年のNew York Times Co. v. United States判決[56]において、最高裁判所は、合衆国が出訴すること自体については肯定していたが[57]、この「国防上の利益」は、憲法第二条において、合衆国の陸海軍の総指揮官として規定されている大統領の権限と密接に関係するものとして把握することが可能なものである。先に見た、Arlington County判決や、Brittain判決で、「連邦政府が有する国防に関する自己の政策やプログラムの適切な実行の利益」に基づく出訴と、「軍事権（military powers）を行使するという合衆国の特別な利益」に基づく出訴が許容されたのも、こうした判示と整合性を持って理解することが可能なように思われる[58]。

四．「合衆国の利益」の理解

以上、法務総裁による「合衆国の利益」に関する出訴について、法務総裁が制定法の明示的な規定によらないで出訴した事件を取り上げてきた。ここで、「合衆国の利益」の捉えられ方に関する確認を行うこととしよう。

まず最高裁判所は、政府訴訟において出訴が認められるためには、私人と同じく「利益」を有していなければならないことを示している。しかし、ここで法務総裁により代表される「合衆国の利益」は、必ずしも財産的な利益に限定されないこともまた示されている。そして特に、非財産的な「合衆国の利益」に関しては以下のことを指摘できる。それは、一九世紀末の、San Jacinto Tin判決、American Bell Telephone判決、Debs判決といった一連の判決において、政府が公衆一般ないし人民に対して負っている義務の実現が、合衆国の出訴を基礎づける「合衆国の利益」の内容を構成するものとして理解されているということである。

もっとも、この公衆一般ないし人民に対して負っている義務が存在している場合でも、それが、憲法上議会に対して

配分されていると解される場合には、執行府の一員たる法務総裁が議会の明示的な授権なくして出訴することには制約があることを指摘する裁判例も存在する。この裁判例の立場によれば、「合衆国の利益」が存在する場合でも、法務総裁による出訴が制約されることはあり得ることになる。

しかしこの判示も、特にDebs判決との間では、若干の齟齬をきたすもののように思われる。というのは、法務総裁の出訴を結論的に許容したDebs判決において、最高裁判所が根拠としたのは、州際通商、郵便という、憲法上は議会に配分された事項だったからである。したがって、こうした権力分立の観点から法務総裁の出訴を制約する立場に対しては、反対論もみられる。すでに見たPhiladelphia判決では、合衆国側が再ヒアリングを求めている。結論的には、法務総裁による出訴は否定されているけれども、ここではギボンス（Gibbons）裁判官による反対意見があった。この反対意見では、様々な理由から事件において法務総裁の出訴が肯定されることを述べているが、その中の一つとして、Debs判決が公衆の利益を擁護する執行府の一般的な憲法上の任務により出訴を許容するものとして理解されることが上げられている。(59)

もっとも、議会に配分されている事項に関連した法務総裁の明文規定によらない出訴可能性を、積極的に捉える場合はもちろん、制約的に捉えるにしても、「合衆国の利益」の内容として、政府の人民に対して負う義務の実現がその構成要素として含まれることは否定されないであろう。

第三節　政府内の法律事務の集中と分裂

前節では、司法省創設以降、裁判所によって示された、法務総裁の代表する「合衆国の利益」の性質について、検証

する時代としてはやや先取りをしつつ、そこから派生して生じる問題として、法務総裁の活動の憲法上の位置づけに関する検討を行った。本節では、再度、司法省創設後の時期に目を転じ、司法省設立後の連邦政府内の訴訟活動の権限の配分状況に注目をしていくことにしよう。ここでは、司法省創設までの法務総裁の「法専門家」としての評価が微妙に変化を見せ、これを背景として、政府の訴訟活動の権限を法務総裁の手から切り離そうとする動きが展開されていた。

一．司法省設置法の失敗

すでに第一節第四款で見たように、司法省設置法が議会を通過する時期に前後して、法務総裁が連邦政府の訴訟活動のコントロールを及ぼすことを裁判所は是認しており、司法省設立後の法務総裁の下への訴訟活動の権限が集中化された図式につき問題視を向けることもなかった。こうした法務総裁への権限集中と政府外弁護士の雇用禁止という図式に対する肯定的な評価は、二〇世紀に入って以降も裁判所から繰り返し述べられる。

例えば、一九一六年のEslik v. United States判決[60]をあげることができる。この事件は、内務長官が法務官を任命してインディアン（Indians）の土地に関する合衆国の名による訴えに関する事務を行わせていたところ、当該事務に関する報酬の支払いがなされなかったため、この法務官が合衆国に対して支払いを請求したものであった。請求裁判所は、「内務長官に、合衆国の名による訴えの提起……に関連した権能を付与する立法は、……内務長官に、合衆国の立場で、合衆国により給与の支払いを受ける法務官を雇用する契約を締結する授権をするものではなく、それを含意するものでもない。当裁判所の見解としては、内務長官にはこうした契約を締結する権限はない。……合衆国の立場の法務官の雇用する権能は、特別の授権がない限りは、……法務総裁に留保されている[61]」との判断を示して請求を認めなかった。

また、在留外国人財産管理者（Alien Property Custodian）が、自己の雇用した弁護士により訴えを提起した事件に

関する、一九三〇年の Sutherland v. International Ins. Co. of New York 判決[62]でも、第二巡回区控訴裁判所は、「法務総裁と、その部下または、法務総裁の「監督と指揮」の下にある地区法務官以外の者による合衆国のための訴えの提起は存在し得ない」[63]との判示がなされ、訴えの提起は認められなかった[64]。

このように、裁判所は司法省設置法が規定する制度図式を是認する判断を下してきた。もっとも、これらの事件は司法省が設置されてから、それぞれ約四五年後、六〇年後の事件である。こうした制度図式に反するような訴えが提起される事件が、司法省設置後、相当の期間を経た時期においてもみられることは、やや不自然にも思われる。このことは、司法省の設置にもかかわらず、法務総裁に訴訟活動権限が集中化されていることが定常的な状況とはいえなかったことをも想像させるものである。

これらの判決から推測されるとおり、実は、司法省の創設後も、連邦政府の訴訟活動の権限は完全に司法省に一元化されていたわけではなかった。この要因としては、第一に、司法省設置法の規定する制度の実現が不徹底であったこと、第二に、司法省設置後の時期において、法務総裁から独立した訴訟活動を連邦機関に付与するインセンティブが生じていたという、二つの事情があったと考えられる。ここではまず、第一の事情から見ていこう。

司法省設置法の規定するところが不充分な実現しかなされなかった理由としてまず、司法省の庁舎の不足がある。司法省設置法では新たなオフィススペースに移動することが規定され、またその用意を財務省に対して課していた（司法省設置法一三条）。ところが実際には十分な場所が用意されなかったために、司法省に移動することとなるはずの各省の職員が、従来属していた省の庁舎内に残らざるを得ないという状況が発生した[65]。このため、新たに司法省に移動する職員に対して、従来に引き続いて各省の長官の影響力が存続することとなった。

また、旧来の訴訟活動に関する制定法の規定を完全に無効にすることを、議会が怠っていたことも理由にあげられる。

たとえば内国歳入検査官（Commissioner of Internal Revenue）は、司法省設置法の成立後も、内国歳入検査官事務室に関わる事件については、従来と同じく地区法務官に対する監督権限を有するという解釈を主張していた。また財務省も、旧法が無効化されていないことを強調して、法務総裁が行うにふさわしいとされるものを除き、司法省の設立以前に財務省内の各訟務職員に付与されていた任務は、司法省設置法の制定によっても移動はなされないと主張した。これはその後、他の省にも波及し、海軍省、国務省もこうした主張を行うようになった(66)。これが司法省の創設までに培われていた各省の長官と法務担当官との結びつきの強さと相まって、法務総裁への訴訟活動権限の一元化を不充分なものとしていた。

こうした事情は、いわば、当時の偶然的な状況を背景としたものといえるかもしれない。しかし、これに対して次に見る第二の要因は、法務総裁の下への訴訟活動の一元的な集中化と本質的に対抗的な思考を背景としているように思われる。それは、司法省創設後、法務総裁に対する評価が、従来とは異なるものに変容していたということである。

二．法務総裁の専門性の欠如と政治性

一八七〇年の司法省の創設後、連邦政府内では新たな局面が発生していた。それが、いわゆる独立行政機関の創設である。一八八七年には、州際通商法（Interstate Commerce Act）が制定され、連邦政府で初の独立行政機関である、州際通商委員会（Interstate Commerce Commission：ICC）が創設された。こうした独立機関に存在する数ある特徴の中には、当該規制領域における専門性と、一定の大統領の政治的な監督からの距離がある(67)。

それでは、司法省設置法が規定する制度は、独立機関の専門性と政治的独立性との関係で、どのように議論されたのであろうか。ある論者によれば、訴訟活動を行う権限は、独立機関にとり非常に重要なものと考えられていたため、こ

の訴訟活動権限は、ＩＣＣをはじめとした独立機関に関する中心的な論点の一つになっていたという。[68]そこで以下では、連邦政府で最初の独立機関であるＩＣＣと、その後、一九一四年に設立された連邦取引委員会（Federal Trade Commission：ＦＴＣ）に関する、訴訟活動の権限に関する議論を簡単にではあるが参照しつつ、そこにおいて、法務総裁と司法省に対していかなる評価がなされていたのかを検証する。

（一）ＩＣＣをめぐる議論

ブレガ（Marshall J. Breger）／エドルス（Gary J. Edles）によれば、ＩＣＣは創設当初、訴訟活動の権限を有しておらず、ＩＣＣに関する訴訟は法務総裁と司法省によってなされることとされていた。この状況は、その後の一八七九年の法改正によっても変更されることはなかった。しかし、一九〇六年の法改正では、金銭納付に係る事項についての訴訟は、明文で法務総裁の任務とされたが、これ以外のＩＣＣの命令に関しては、ＩＣＣに「自己の名で」訴訟活動を行う権限が付与されることとなった。[69]

しかし、こうしたＩＣＣへの独立の訴訟活動権限の部分的付与に対して、一九一〇年の法改正（いわゆる、マン＝エルキンス法）時には、ＩＣＣが訴訟活動の権限を有していることについて議論が生じた。ここでは、当時の法務総裁と司法省に対する評価に変化があることがうかがわれる。[70]当時の、法務総裁と司法省に対する評価に注目をしつつ、議論の様子を見ることにしよう。

タフト大統領は議会に対する教書において、州際通商法に関連して、ＩＣＣの金銭支払い命令以外の命令に関する審査を管轄するものとして、州際通商裁判所（Interstate Commerce Court/Commerce Court）[71]の創設の考えを提示した。そして、そこにおける訴訟活動権限につき、「……私の見解では、政府に影響を与えるあらゆる訴訟は、司法省の直接的なコントロールの下にあるべきものと考える。そして、ＩＣＣの命令、規則に影響を与えるあらゆる手続は、合衆国

によりあるいは合衆国に対して、合衆国の名において（eo nomine）行われるものとするべきであり、法務総裁の指示の下で行動する、法務総裁次官補（assistant Attorney-General）の手に置かれるべきものである」[72]と述べて、ＩＣＣの政府弁護士が行う訴訟活動を法務総裁の指揮下に置くように促した。このタフトの見解を受けて、ＩＣＣの命令・規則に関する訴訟活動の権限を、ＩＣＣの手から法務総裁・司法省に移動させる法案が呈されることとなった。この法案に対して、議会内では賛否両論が生じることとなる。

便宜的に下院の議論から見ることにしよう。マッデン（Martin B. Madden）議員によると、訴訟活動を司法省に委ねる点について、その法案の趣旨が、ＩＣＣが雇用する法務官に関する費用の縮小という経済的な観点と、事件の取り扱いにおける矛盾の回避という統一性・効果性の観点があることが説明されている[73]。しかし、これのみならず、法務総裁が訴訟活動の権限を有することにより、主張の適切性と有効性（the argument of propriety and efficiency）が実現されることも述べられている。したがって、マッデン議員の主張の根底には、法務総裁の能力の高さの認識があると考えられ[74]、この認識の下にマッデン議員は、ＩＣＣの雇用した法務官が訴訟活動を行うという当時の制定法上の制度につき以下のように批判する。すなわち、「この高次の職員に対して、法律では他のあらゆる訴訟において政府の利益が信託されている。どうして州際通商法の執行に関する利益についてはそうではないのか？」[75]と。

しかし、こうした法務総裁にＩＣＣの訴訟を扱わせる案に対しては、ＩＣＣの判断がゆがめられてしまうという懸念から反論が生じる。そしてそれは二つの点からなされたものであった。まず第一にはＩＣＣの政治的な独立性の維持の必要性であり、第二にはＩＣＣによる専門的な訴訟への対応の必要性である。

第一の点から見てみよう。ＩＣＣに関わる訴訟活動の権限を法務総裁に与えることについては、委員会での少数意見報告書において、司法省が「政治的な省（political department）」であるために、ＩＣＣの独立性という本質的な性格

が失われることが主張されていた。[76] そこで、例えばリチャードソン（William Richardson）議員は、次のように主張する。

「ＩＣＣの本質的な事務を移動させる必要性があるならば、それはなぜなのか。ＩＣＣは独立した省（department）ないし局（bureau）であり、政治性を帯びたり、政治的に活動したり、完全に政治的な省に従属して政治的に用いられたりすることは断じてない。司法省は政治的な省である。司法省は現在も、またこれまでも常に、政権の支持者によって占められてきた。これは政治的な省である。どうしてこのような［訴訟活動権限の］移動を行うべきであろうか？」[77]

このように、法務総裁と司法省が政治的な性格を帯びているという評価を理由として、法務総裁にＩＣＣの訴訟活動の権限を移動させることに対する反論がみられた。こうした評価は、リチャードソン議員によるものにはとどまらない。同じく法務総裁と司法省の政治的な性格を指摘したものとしてヒッチコック（Gilbert M. Hitchcock）議員の発言をあげることもできる。ヒッチコック議員は、法務総裁の高い能力に対して敬意を払いつつも、[78] 法務総裁が政治的な性格を帯びていることを指摘して、次のような発言を行う。

「……［法務総裁と］同様に、ＩＣＣによる訴訟の扱いを褒めることもできるだろう。ＩＣＣはまさに有能である。われわれは確かに、一般的に法務総裁が有能で高潔であることを承認できる。しかし、どんな法務総裁もほんの数年しかその職には就かない。法務総裁職に就く者はしばしば交替する。そして、法務総裁の職にある間、その者は

完全に政治的な職員である。大統領の閣議の一員となり大統領の政治的グループ（political family）に属する。政治運動に関与し、現実政治に巻き込まれる。法務総裁はＩＣＣの権限に関係する訴訟で訴追、防御、監督を行うのに適切な職員ではない。すでに今の法務総裁は選挙運動が迫っているので遊説に出てしまっている。」

「法務総裁は政治的職員であり、鉄道に関する事件の訴訟追行に政治性を注入する傾向がある。前職者によって提起されたニューイングランドでの重大な合併に関する訴訟遂行を、現在の法務総裁がやめてしまったことによって、大きな批判が巻き起こっている。多くの者はこれをスキャンダラスなことであると考えている。少なくとも、ある法務総裁が訴訟に関してある見解をとっても、ほんの数ヶ月後に後任者が正反対の見解をとり、行われるべきことが行われないことがある……」[79]。

このように、ヒッチコック議員は、法務総裁の能力を承認しつつも、その活動が政治的な背景により左右されてしまうことを憂慮して、ＩＣＣが訴訟活動を保持するように法案を修正することに賛意を示した。このヒッチコック議員の発言に見るように、法務総裁が政治的な性格を帯びているという認識を前提としつつ、訴訟局面でＩＣＣが法務総裁に従属的になることによって、その非党派性と独立性が損なわれることになるとする見方が存在していた[80]。

ところで、このヒッチコック議員の発言では、法務総裁の能力を肯定する一方で、その能力の高さをＩＣＣの能力に比して優越的なものとしては見ていない。したがって、ヒッチコック議員はこの発言に続けて、法務総裁に訴訟活動権限を移動する案に対して、ＩＣＣの専門性の観点からの反論も加える。ヒッチコック議員は、司法省ではなくＩＣＣが自己の法務官を雇用して訴訟の対応をとるという運用により「最良の結果を得る」ことが可能になるとする。その理由としてヒッチコック議員は、訴訟前の段階のＩＣＣの手続に関連して、ＩＣＣ自身は詳細な情報を有しているため訴訟

活動の遂行に最も適した立場にあるのに対して、法務総裁はＩＣＣでの審理手続に関する知識ないし情報を有していないことをあげる。[81] さらに、法務総裁が多くの訴訟を受け持っており「政府の中で最も多忙な者」で「事務過多」の状態にあることもあげつつ、ＩＣＣの受け持っている鉄道関係の訴訟にとって求められる「適切な特別の配慮」（proper special attention）を払うことが、もはや法務総裁には不可能であることが述べられた。[82] そして、鉄道に関係する訴訟については、法務総裁よりもＩＣＣが取り扱うことが望ましいことについて、以下のように述べている。

「今日は専門化（specialization）が求められる時であり、鉄道に関する訴訟では、このＩＣＣという専門家集団（special body of men）による活動が常に必要とされる。……この専門家たちは鉄道に関する訴訟をコントロールするのに適切な存在であり、こうした事件を処理する法務官を雇用するのにふさわしい存在である。」[83]

こうした、法務総裁がＩＣＣの手続等に関して情報や知識を有していないことを理由とした法案への反対論は、上院での議論においても見られる。

法案の提出者であるエルキンス（Stephen B. Elkins）議員は、ＩＣＣに関わる訴訟活動の権限につき、「われわれは、誰かに信頼しなければならない。そして合衆国の裁判所において、法務総裁とその部下以上に信頼することのできる者がいるだろうか？」とし、[84] また、「実務に通じた良い弁護士とは誰なのか、なぜＩＣＣは合衆国法務総裁に信頼をすることができないのか？」と述べていた。このエルキンス議員の発言からもうかがえるように、法案に対しては、法務総裁には実務、すなわち訴訟の前段階たるＩＣＣの手続に関する情報と知識が欠けているという点を主張する、カミンズ（Albert B. Cummins）議員らによる強硬な反対論があった。カミンズ議員は、以下のように述べている。

「私のこの法案に対する反論は、司法省によってＩＣＣの代理をさせるという点である。ＩＣＣから司法省に権限と責任を移動させた場合には、この法律の効果性を破壊することになるということを、私は警告する」。

「ＩＣＣが扱う事件は、証拠の極めて細かな箇所や、膨大な量の料率に関する書類（rate sheet）や事業と運送状況についての膨大な量の書類が関わる事件である。こうした事件は、最終的には委員会の命令に至る。委員会は、これらの事件の一部始終に関与しているため、事件について完全に熟達している。命令で影響を受ける鉄道会社によって通商裁判所における訴訟になると、直ちにフォーラムが完全に変更される。法務総裁が事件で防御に当たるのである。法務総裁は事情について全く何も知らない。法務総裁が事件の一部始終に関与してきた者のように、事件に熟達することは不可能である。鉄道会社の弁護士は、証拠を収集してきている。つまり、彼らはＩＣＣでの事件の弁論のためにも証拠を収集してきており、そして彼らは、委員会での手続と同様に、裁判所においても事件を扱うわけである」[85]。

このようにカミンズ議員は、法務総裁がそもそも、ＩＣＣの手によって行われてきた手続に関与しておらず、したがって訴訟の場面で、当該事件に関する知識と情報を欠くことを問題視する。そしてさらに、ＩＣＣでの手続で提示された証拠等が、法務総裁によっては裁判所に示されないことを憂慮しつつ、法務総裁によってではなく、「その自ら行った調査を通じて得た知識と、動機を有しているＩＣＣが、訴訟において最も精力的で誠実かつ理知的に［命令の］防御活動を行うであろう」[86]と述べる。

上記に見たようなカミンズ議員の発言からは、司法省に訴訟活動の権限が移動することによって、ＩＣＣが訴訟の場面において関与を行うことが不可能になってしまい、ＩＣＣの判断よりも法務総裁の判断が優越してしまうことへの強

い危惧をうかがうことができるだろう。[87]

なお上院においても、すでに見たヒッチコック議員の発言にも現れていた、法務総裁の事務過多の状況や政治的な性格を問題視する発言も見られる。ベイリー（Joseph W. Bailey）議員は、法務総裁がこのＩＣＣに関する訴訟活動の他に多くのなすべき事務を抱えている状況にあるため、こうした事務の中に適切な配慮が払われないものが出てくることを問題視する。またこれとともに、法務総裁が大統領の意思によって交替する存在であることから、ＩＣＣが政治に巻き込まれることになることを憂慮する。そこでベイリー議員は、「私が反対する理由は、大統領の選挙が行われるごとに、ＩＣＣとその事務が完全にそれに巻き込まれてしまうことであ」り、「ＩＣＣの命令を最も確実に擁護し、そのための適切な弁護士を雇用することができるのは、ＩＣＣ自身であると考える」[88]と述べていた。

以上の議論に見たように、ＩＣＣの命令に関する訴訟に関する権限をＩＣＣから法務総裁と司法省に移動する案に対しては、反対論が存在していた。そしてこの反対論では、この権限の移動が次のことを意味するものとして捉えられていたといえるだろう。それは、ＩＣＣによって下された判断が、訴訟の前段階のＩＣＣにおける手続に一切関与しておらず、時の政権の下での党派的性格を強く帯びている全くの他者に支配されて、無実化してしまうということである。ナップ（Charles L. Knapp）下院議員が述べるように、「この提案により、委員会は手と足を束縛されることになり、骨抜きにされてしまうという結果がもたらされる」[89]ものと考えられたわけである。

こうした反対論から、出来上がった法律では、このＩＣＣの命令に関する訴訟の取り扱いに関して、あいまいさを残すものとなった。すなわち、法律では、法務総裁に対して訴訟活動の権限を付与する一方で、同時に、ＩＣＣに対しても、自らの法務官により代理活動を行うことが可能であるということを認めるものとなった。[90]

（二）ＦＴＣをめぐる議論

以上では、最初の独立機関とされるＩＣＣに関する議論を検討してきたところであるが、他の独立機関に関してはいかなる議論があったのか。ＦＴＣに関する議論も見ておくことにしよう。[91]

反トラスト法の執行を行う連邦政府の機関の一つであるＦＴＣは、一九一四年に創設された。このＦＴＣの創設には、後に最高裁判所が、著名な Humphrey's Executor v. United States 判決において、連邦議会の議事録を参照しつつ認めたとおり、[92]背景に、ＦＴＣを大統領の指示に服することのない、他の省から独立したものとする意図が存在していた。したがって、このＦＴＣ創設時には、その訴訟活動の権限につき、法務総裁の政治的性格との関係で議論されている。

周知の通り、このＦＴＣが創設される以前の反トラスト法に関しては、一八九〇年のシャーマン法の制定時に、司法省に反トラスト局（Antitrust Division）が設立されていた。したがって、反トラスト法の執行についてはすでに法務総裁の下での一定の運用がなされていた。そしてこの司法省による反トラスト法の運用の成果について、カミンズ議員は、以下のように批判している。

> 「シャーマン法は州際通商法とほぼ同時期に成立した。そして、この法律の運用（administration）は、一政権で三回ないし四回も頻繁に交替する法務総裁の事務局の流動的な責務に委ねられてきた。このことにより、法運用のシステムの確立はなされず、その代わりに、さまざまな政策や法務総裁の見解によって流動的に左右される職員に対してシャーマン法の運用が委ねられるという結果が生じた[93]」。

では、こうした「流動的」な状況とはいかなる状況であったのだろうか。ＦＴＣの創設を提案したニューランズ（Francis G. Newlands）上院議員は、法務総裁の下での司法省による反トラスト法のエンフォースメントをめぐるエ

ピソードとして、以下のようなことがあったことを明らかにしている。すなわち、「われわれはみな、この［シャーマン法の］運用がこれまでどれほど一貫していなかったかを知っている。この最良の例の一つは、ルーズベルト政権（Cabinet）の法務総裁の下にニューヨーク・ニューヘイブン・ハートフォード社（New Haven & Hartford）の企業結合（combination）の解消（dissolve）のための訴えが、タフト政権の法務総裁によっては取り下げられ（dismissed）、またウィルソン政権の法務総裁によって再提起（renewed）されたというものである」[94]。このエピソードは、ＩＣＣに関してヒッチコック議員が、法務総裁の「訴訟追行に政治性を注入する傾向」の例として指摘していたのと類似した状況であるといえるだろう。そこでニューランズ議員は、カミンズ議員と同じように、上記のような状況を、法務総裁と司法省が「政府の政治的な省の一部であ」り、「政治的な影響にさらされたことによ」るものとして批判した[95]。

ニューランズ議員は、ＦＴＣを、ＩＣＣと同様の権限を有した機関として構想した法案を提出することとなるが[96]、これは上記のところからすると、法務総裁と司法省の政治性への問題視が強い動機となっていることがうかがえる。こうしたニューランズ議員の意識は、次の発言からも読みとることができるように思われる。

> 「……われわれは、法律［シャーマン法］を制定した。しかし法律の実際の執行は、アメリカの人民にとって満足のいくものではなかった。……一政権で三人も四人も交替する法務総裁に服する法務総裁事務局の流動的な責務の下に、この法律の執行が委ねられているシステム自体に、何か欠点が存在していると考えるべき時なのではないだろうか？」[97]

以上のように、ＦＴＣに関しては、法務総裁と司法省が帯びている政治的な性格への問題視に起因して、司法省から

独立した訴訟活動権限を付与すべきとする議論が生じていた。この議論の背景にある当時の状況認識は、ＩＣＣに関する議論の際に見られたものと類似しているといえるだろう。

さて、ＩＣＣの議論の際には、上記のような法務総裁と司法省の有する政治性の指摘とともに、法務総裁がＩＣＣの手続に関与していないことによる、訴訟における知識と情報の不足を指摘する発言が見られた。では、こうした視点はＦＴＣに関する議論の中には存在していなかったのだろうか。

この点、やはりＦＴＣに関しても、ＩＣＣに関する議論と同様に、当該領域に関する能力の不足が指摘されていた。ニューランズ議員は、シャーマン法が取り扱う企業結合に係る訴訟について、「適切な判断を行いうるに必要な運用体制（administrative mechinery）や経験を欠いてい」たことにより、裁判所の判断が、「それほど成功していなかった」と指摘する。そして、訴追を行う法務総裁と判断を下す裁判所の裁判官は、「いずれも法的専門家に属するものではあるが、通例は経済に関しても産業に関しても経験を有しておらず訓練も受けていないという事実」が支障になっていたとする。つまり、シャーマン法に関しては、法務総裁や裁判所の裁判官にとっては、「未知の領域を探索するものであった」とニューランズ議員には捉えられていたわけである[98]。このように、規制領域の特殊性とそれに関連する専門性を法務総裁が有していなかったこともまた、ＦＴＣに対して独立の訴訟活動権限を付与する理由となっていたといえる[99]。

結局、最終的な法文上では、ＦＴＣに係る訴訟の一部について、ＦＴＣは自らの法務官による訴訟活動を行うことが許容されることとなった[100]。

（三）司法省への二つの反対論

以上、ＩＣＣとＦＴＣの訴訟活動権限をめぐる議論を見てきた。ここからは、特に法務総裁の性格と、当時におけるその把握のされ方との関連で、次の二点の指摘を行うことが可能であろう。

まず第一に、この独立機関が設置される時期に至っては、法務総裁は完全に大統領との距離を完全に近接させ、時の政権の一員という政治的な存在として認識されていたということである。すでに司法省創設以前の段階において、法務総裁は大統領への接近過程を経て、大統領の下の存在として把握されていたといえるだろうが、この二〇世紀初頭の時期に至り、より積極的に政治的な活動を行う存在としての評価がみられるほどにもなった。特に、ＩＣＣ、ＦＴＣの両委員会についてなされていた、政権交替に伴う司法省の行う訴訟活動に差異が生じていることを指摘する発言は、実際にも法務総裁の政治的な影響力が、訴訟活動の任務の行使の場面でも発揮されていることをもうかがわせるものである。このように、政府の訴訟活動に影響を及ぼす要素の一つとして、法務総裁と司法省の有する政治的な性格が、この時期に、特に独立機関との関係で認識されていたことを確認できる。

第二の点は、上記に見た議論では、法務総裁と司法省が、規制活動に関連した専門性を欠いた存在としても把握されていたことである。第一節で見たところでは、法務総裁は法に関する高度の専門家として観念されていた。そして、この観念は職の創設期から継続して存在しており、司法省創設の根底にも、ジェネラリスト的な専門性を有する法務総裁と司法省に対して訴訟活動権限と法律事務を集中化させようという意図が議会にはあった(110)。しかし、この独立機関の創設される時期に至っては、法務総裁は少なくとも一定の領域においては、絶対的な専門性を有するとの評価を受けていたとは、もはやいえない。むしろ領域特有の専門性については司法省よりも他の機関に優位性を認めた上で、司法省から独立した活動権限を付与しようとする見解が議会内に生じるに至っていた。このように、法務総裁に対しては、その専門家としての評価も、政府活動の専門分化が進むことにより、変容せざるを得なかった。

こうした法務総裁の性格の変容は、法務総裁の下に司法省という組織が整備されたことによるものとされている。政府の法律事務が司法省に相当程度に組織化されたことで、法務総裁にとって、自身の法律に係る高い能力は必ずしも不

可欠の要素とはならなくなった。そこでその後の傾向としては、大統領による法務総裁の指名では、法に関する高い能力よりもむしろ、司法省という機構の管理能力や大統領との政治的同質性が規定要素として重要なものとなる。そして大統領は選挙活動で中心的な役割にあった者を法務総裁に置くことがみられるようにもなる。このように、法務総裁自身が法的専門家から政治的存在へと変容する条件が、司法省の創設とその発展によって形成されたと説明されている。[102]

三　政策形成と訴訟活動の組織的分裂

（一）背景状況――ニューディールまで

司法省創設後の時期において、一方においては司法省設置法の規定自体が充分には実現していないという状況にあり、また他方においては、議会側の法務総裁の捉え方の変化を背景にして、司法省から独立した訴訟活動を各機関に対して付与するという動きが見られるようになっていた。特に、法務総裁の性格の変容は、司法省設置法の制度構想とは、本質的に対立するともいえよう。

したがって、新たに司法省から独立した訴訟活動の権限を付与するという動きは、ＩＣＣとＦＴＣにとどまらず、その他の機関においても見られた。例えば、議会は一九二〇年に、合衆国船舶委員会（United States Shipping Board）に対して、「あらゆる裁判所で委員会の代理活動を行う」法務官の雇用を認める立法を行う。[103]また一九二一年に設置された退役軍人局（Veterans Bureau）[104]に関しては、退役軍人に関する訴訟について、退役軍人局自体が権限を有することが規定されていた。

また、こうした議会の動きに加えて、連邦政府の機関が、特に制定法上の規定がないにもかかわらず、独立に訴訟活動を行うという運用がなされていたとの指摘も存在する。[105]このように、司法省創設から一九三〇年代初頭にかけての

政府訴訟の取り扱いは、いわば司法省設置法が有名無実化していたともいえる展開を見せていた。

ところで、司法省創設には、訴訟活動権限の集中化のみならず、より一般的に、政府の法律事務に関する権限を集中化させる意図が存在していた[106]。しかし、この時期における状況をみると、この助言事務の司法省への集中化に関しても、その実現は極めて不充分なものであった。権限の分散状況は訴訟活動の場面に限らず、連邦政府の法律事務一般について存在していたわけである[107]。すでに見たとおり、司法省創設後における旧法の規定の無効化が充分になされていなかったことから、各省は旧来有してきた法律事務の権限に関しては、なおも自らが扱いうると主張されていたが、これに加えて、例えば、「法務総裁次官補（Assistant Attorney General）」という名称でありながら、法務総裁には任命権が存在しない職が、内務省と郵政省に置かれることもあったように[108]、議会は新たに司法省から独立した法律事務職を創設する動きを見せた[109]。また、司法省に移動した法律事務職や司法省内に新たに創設された職についても、その運用状況としては、法務総裁の監督がほとんど及んでいないという状況にあり、いわば「名目上の司法省職員」[110]と称されるべき存在となっていた。他方、法務総裁の側も、こうした司法省内の職を、特定の結びつきのある省に対してだけ貢献を果たす「各省の法務官（house attorneys）」と捉えていた。したがって、こうした職員は法務総裁と関わることなく、自らが結びつきを有する省に対して助言を行うことが可能であった。そこで、議会も各会計年度の歳出配分承認法律（appropriation act）では、これらの職員を各省の職員として扱うようにもなっていた[111]。

こうした状況下でも、司法省に訴訟活動をもう一度集中化させようという動きが全く見られなかったわけではない。例えば、第一次世界大戦への合衆国の参加と、大戦への対応のための機関が創設されたことを背景として、ウィルソン大統領は、一九一八年のいわゆるオーバーマン法（Overman Act）による執行府内の再編成権限の授権により、同年に大統領命令二八七七を発し、訴訟活動権限を司法省のもとに集中させた。しかし、休戦後六ヶ月でオーバーマン法はそ

の効力を失うこととなり、その後議会は、各機関に対して司法省からの完全な独立性を付与する動きを再度見せるようになる。したがって、この大統領命令二八七七は、あくまでも戦時体制下における一時的に見られた動きであり、全体的には、各機関に対して訴訟活動の権限を付与する傾向にあった。[112] こうした傾向の結果、一九二八年の時点で、省・機関の九一九の法律事務職のうち、法務総裁の監督に明確に服しているものはわずかに一一五のみという状況にあった。[113]

このように、司法省創設による連邦政府の法律事務の集権化の試みは、一方においては訴訟活動の権限について、また他方においては法律問題に対する助言活動について失敗に終わっていた。

（二）大統領命令六一六六

こうした状況下で再び変革の手が加えられたのが、ニューディール期であった。そして、この時期に形成された制度図式が、現在の訴訟活動の制度と直接的に連結している。しかしながら、このニューディール期の変革は、そもそも全面的な法律事務の集権化を目指したものではなかった。そのためこの変革は、現在でもなお生じる政府の訴訟局面での摩擦につき、構造的な基盤を与えるものであった。

一八二九年の大恐慌への対応として、議会は、一九三二年に「経済法」（Economy Act）を制定し、その一九三三年改正で、フランクリン・ルーズベルト大統領に組織再編成の授権がされた。直ちに第五代法務総裁カミングス（Homer S. Cummings）はルーズベルト大統領に対し、司法省への訴訟活動権限の集中化を要望し、ルーズベルト大統領は、大統領命令六一六六を発した。[114] このうち第五条は、以下のように訴訟活動を司法省へ集中化することを規定していた。

「合衆国の裁判所における合衆国政府の請求もしくは要求または犯罪に関する訴追と、合衆国政府に対する請求ま

たは要求に係る応訴活動と、以上の活動における合衆国法務官、執行官、事務官の職務に関する監督は、現在あらゆる機関あるいは職員によって行使されているものについても、司法省に移管する。

司法省に送付される訴追または応訴に係るすべての事件における、訴追、応訴、和解、上訴、訴追または応訴の断念に関する方針の決定については、現在あらゆる機関または職員によって行使されているものについても、司法省に移管する。……」[115]

この大統領命令の内容は、その後議会により法典化され、現在の連邦政府の訴訟活動に関する一般的な規定である、合衆国法典二八編五一六条となった。現在の合衆国の訴訟活動の制度枠組みは、この大統領命令により形成された。[116] こうして司法省設置法の制度構想は、大恐慌への対応を背景として集権化の再挙が図られたことによって実現された。

もっとも、この大統領命令については注意すべき点がある。それは、この大統領命令は、あくまでも訴訟活動権限の集中化のみを目指したものであり、各機関の法務職員を再び司法省に集結させることは、放棄されていたことである。[117]

したがって、各省、機関が、法律的な問題に関して法務総裁から監督を受けることなく、自らの法務官に対して意見照会を行うことができるという意味では、各省、機関は相当程度の自律性を有するけれども、その反面、訴訟の場面に至ると、各省、機関は司法省の支配の下に置かれることとなった。このように、連邦政府の法律事務のうち、助言事務については各省、機関が担当し、訴訟活動に関しては司法省が原則、独占的に担当するという、[118]「分業と役割分担」（A Division of Labor and a Divorce of Function）が、[119] この大統領命令六一六六によって形成された。[120]

この組織的な分担は、連邦政府内での摩擦を新たに表出させるものであるともいえる。というのは、各省、機関が独自の法務職員の助言を受けつつ自律的に形成した見解が、訴訟の場面において司法省の手によってゆがめられることが

起こりうる一般的な制度図式といえるからである。事実、こうした対立は、まさにこの大統領命令六一六六が出された直後の時期、すなわちニューディール期において生じることとなった。

（三）各機関と司法省の対立

一九三九年の時点で、ある論者は以下のように述べていた。

「ほとんどの省とその他の部局（establishment）では、充分な法務職員体制を用意しており、非常に多くの事務が省の訟務官（solicitor）や法律顧問長（general counsel）の指揮の下にある法務職員によって行われている。……議会委員会の公聴会に出席する省の代表は、多くの法律的事項に関する情報を準備する必要性がある。訟務官は通常の法的助言を行い、省が行う運用（use）に関する公的見解（opinion）を示さなければならない。こうした見解は、当該省に特有の作用に適用される制定法や規則（rules and regulations）を扱うものである。……省の政策は、法の専門家によって形成されるものではないけれども、省の規則の案の作成とその後の解釈は、法的訓練を受けた者によって行われ、監督されねばならない。行政決定の基礎をなすヒアリングは、同じように法的訓練を必要とする」[121]。

ここに見るように、遅くとも一九三〇年代末においては、連邦政府の様々な活動において、各省、機関内の法務職員が大きな役割を担っていた。いわば、各省、機関の多くの部分が、「法律家による成果」（lawyer's craft）[122]であったともいえる。そしてニューディールが、「弁護士による蒔き直し政策（"lawyer's deal"）」[123]ともいわれるように、各省、機関内の法務職員の役割が増大したのがニューディールであったといわれる[124]。特に、ニューディール実現のために、連邦政府内には新たに複数の機関が創設されており、こうした機関は、当時の著名な法律家を擁していた[125]。

しかし大統領命令六一六六の下では、各省、機関の法務職員による活動は、訴訟に及ぶものではない。このことはニューディール期において新たに創設された機関に関しても原則的にはそうであった。そこで各機関は、プログラムの実現が訴訟局面で司法省によって阻害されていると不満を述べるようにもなる。

例えば、内務省内に設置された石油管理委員会（Petroleum Administrative Board：ＰＡＢ）の場合、ＰＡＢが石油流通の統制を行うことを強く希望していたにもかかわらず、当時の司法省は、充分な人員をＰＡＢに関する訴訟のために用意できずにいる状況だった。そこでＰＡＢは司法省に対して、自ら訴訟活動を行うこと等を要求していた[126]。また、ＰＡＢ自身の見解を示す書面の提示をめぐり、法務総裁と内務長官が対立する事件も見られた。これは、産業復興局（National Recovery Administration：ＮＲＡ）でも類似の状況であった。ＮＲＡもまた、司法省の側に対応する体制整備が不充分なことに不満を有しており、また、司法省が争点に関して検討の時間を必要以上にかけすぎていることで政策の迅速な実現が妨げられていることを批判していた[127]。さらに、こうした司法省の対応体制の不充分に加えて、特定政策に関連する能力不足の指摘もなされた。例えば農業調整局（Agricultural Adjustment Administration：ＡＡＡ）からは、司法省の法務官には、ＡＡＡに関連する事件に求められる能力が不足しており、産業界側が擁する弁護士に匹敵していないことへの非難の声も上げられていた[128]。このように、訴訟の取り扱いをめぐり、各機関と司法省の間では対立がしばしば生じていた。

上記のようなニューディール期における各機関と司法省の間の対立的な関係は、ニューディール期における新たな手法への対応も含めて、司法省の体制が不充分であったことに起因するものであったという把握もありえよう。そこで、現在との連関でこのニューディール期を見る際には、過渡期における特殊な状況だったことを強調できるかもしれない[129]。事実、この後に司法省では訴訟への対応の体制の整備に動き、省内のスタッフの数を飛躍的に増大させ、ニューディー

ル期以降は、各機関と司法省の間の摩擦は大幅に減少しているともいう。さらに、訴訟活動権限を司法省が原則的には独占することにより、各機関が人的能力で司法省を圧倒する状況は解消され、ロースクールからのリクルーティングでも、司法省は充分な人材を確保することが可能になっていると指摘されている。[130]

しかしニューディール期に上記のような摩擦を生じさせたのは、各機関が自らの法務職員により、一定の自律性の下に行った決定、活動に対して、司法省が訴訟局面で一定の制約をかけることができる制度図式にある。この大統領命令六一六六により形成された制度は、各機関に対する司法省によるコントロールを可能にする構造を創出するものだったといえる。そして、この大統領命令六一六六の生み出した構造は基本的には今日でも継続している。したがって、訴訟活動を原則的に独占する現在の司法省も、各省、機関の決定、活動にとって制約的、対抗的なものだともいいうる。

（四）司法省を通じた統制の契機の認識

大統領命令六一六六によって、各省、機関が独自に法務職員を用意することが許容されることとなった。したがって、もはや司法省は、連邦政府内における包括的な法律事務の権限を独占しうる存在ではなくなった。しかしニューディール以降の時期において、この各省、機関の法律事務体制のあり方には注目が向けられ、各省、機関が独自に法務職員を用意する体制には一定の批判の目も向けられていた。これが示されているのが、「政府の執行府の組織に関する委員会」（The Commission on Organization of the Executive Branch of the Government）、いわゆる第二次フーバー委員会の行った検討である。

第二次フーバー委員会は、一九五五年に、政府の作用、組織、政策についての調査、研究を、「法律事務と手続に関する報告書」（Report on Legal Service and Procedure）[131]として議会に提示した。この報告書の作成に際しては、五つのタスクフォースを設けて、その調査、報告を行わせている。[132]委員長のフーバーによれば、タスクフォースの活動開始

に当たり、その調査、研究の対象として、「分野は完全に開かれている。政府の執行府に関わる限りにおいては、いかなる法律分野でも自由に調査を行い勧告を作成することを行ってよい」[133]という立場を示しており、極めて広い対象設定がなされていた。これを受けたタスクフォースのメンバーの中では、扱うべき分野として、法律事務（legal service）、手続（legal procedure）、行政手続や政府訴訟における私人の代理人弁護士（legal representation）の三つとすることで合意があった[134]。そして、この三分野のうち、第一の法律事務の分野に関する研究と勧告においては、その対象の少なからぬ部分で司法省への言及がなされた。このように、政府に関する問題の中から、その法律事務のあり方が調査対象として選択されていたことは、この問題に対する当時の関心の高さを示すものといえるだろう。この第一の分野を担当したタスクフォースは、法律事務の再組織化、法務職員の統合化（一般）、法務職員の統合化（国防）、法務官人事（legal career service）の四項目について検討している。このうち、はじめの二つの項目についてここでは取り上げよう。

タスクフォースは報告書において、まず、連邦政府内の機関[135]で司法省から独立して活動を行っている法務職員が数多く存在している状況を指摘する。そして、こうした各機関の法務職員は、司法省との間で最小限の協議しか行っていないため、政府内では法的見解の分裂化が生じており、機関間で法解釈に関する矛盾や対立も発生しているとする。こうした状況に対してタスクフォースは、自己のスタンス[136]が、「司法省による積極的な調整が必要だとする強固な見解」の上に立つものであることを明らかにしている。

このようにタスクフォースは、大統領命令六一六六では放棄されていた法律事務一般における司法省の権限拡大を志向している。そこでタスクフォースは、「司法省は政府における最高の法律事務部局として認識され、執行府内における効率的で効果的な法律事務の活動のコーディネーションのために必要な権限が与えられるべき」[137]ことを、勧告の第一とした。そして、勧告の第二、第四では、これに伴っての司法省内の組織の再編成の必要性が述べられ、また勧告の

第三では、特に省・機関間の権限争議の解決を司法省が果たすべきことが述べられていた。[138]

もっとも、こうした志向を示すタスクフォースも、政府内の法務職員を完全に司法省に集中化することまでは考えておらず、むしろ各省、機関がそれぞれに法務官を用意する体制を前提とした上で、勧告を行っていたように思われる。なぜなら勧告の第五では、「原則的には、いかなる省や機関も、一〇名以下の法務官の省や機関は創設されるべきではない」として、小規模な法務組織が各省に散在することに対しては改善の必要性を述べてはいるけれども、ここでは、各省、機関が法務官を用意する体制そのものに対する批判は示されておらず、「司法省によっては供給され得ない法律事務に係る活動（legal service）が機関にとって必要とされる場合」には、各機関が独自の法務官を用意することを許容しているからである。タスクフォースが重視していたのは、当時存在していた法務官には、実際には司法省によって対応することが可能であるような、必ずしも不可欠とはされないようなものが見られること、つまり「必要とされない職員は削減されなければならない」ということであった。[139] したがって、あくまでもタスクフォースは、各省、機関が法務官を用意すること自体に対して反対したわけではなく、こうした法務官につき、政治的な調整ではなく、法専門家により調整がなされることの制度化を志向していたといえるだろう。勧告の第六では、「執行府の省と独立機関（independent establishments）の法務職員は、各省または独立機関の法律事項担当長官補佐官（Assistant Secretary for Legal Affairs）または法律顧問長（General Counsel）の専門家としての（professional）指揮の下に集中化して置かれるべきである」[140]としている。

司法省を通じた調整の構想において、訴訟活動の権限は大きな意義を有していたといえる。この提言を受けた委員会は、タスクフォースのスタンスに賛意を示した上で、法務総裁が招集する各法律顧問長での協議会により効果的な調整が実現されうることを述べつつも、本来最も効果的な調整の手段は、すべての訴訟活動権限を司法省に集中化すること

であるとしており、司法省から独立した訴訟活動権限が制定法によって付与される分だけ、委員会の提案の効果性は損なわれてしまうと議会に対して警告している。[141]

以上の検討からは次のような指摘を行うことが可能だろう。それは司法省が各省、機関に対して一定の調整機能を果たしうるという認識が存在し、特に、ニューディールを経たこの時期において、大統領命令六一六六による訴訟活動権限が集中化される制度の下で、訴訟局面での調整機能が意識されていたということである。また、注意すべきは、両報告書において主眼に置かれていたのは、それが法的側面での調整だったことである。[142]両報告書においては、各機関の政治的な調整の要素は見られないように思われる。

第四節　訴訟活動と大統領の権限

一九六八年に、ある論者は法務総裁につき、「法務総裁は大統領の裁量的な任務の行使に責任を負う一方で、法務総裁の基礎的な権限は議会に由来し、その役割は議会のコントロールに服する」[143]と表現していた。この表現に示されるように、法務総裁は、アメリカ合衆国の統治構造上、ないし憲法上、複雑な位置づけがなされていることがうかがえる。第一節で見たとおり、一八七九年裁判所法によって創設された法務総裁は、その後次第に大統領との関係を強めていく展開をたどり、司法省の設置により他の省の長官と同様の位置づけが与えられるに至った。他方、第三節では、議会が立法によって、司法省の手によらずに訴訟活動を行う権限を政府機関に対して与えている例が見られることを紹介した。

本節では、この法務総裁と政府の訴訟活動が、制定法や大統領といかなる関係にあるのかという問題につき、特に、第二節でも若干関連する事項に触れた、権力分立の観点から検討する。この法務総裁と大統領との関係が、まさにこの

観点から議論されたのが、いわゆるウォーターゲート事件の際の議論であった。そこで本節では、ウォーターゲート事件に対する議会の対応と、その際の議論を手がかりにしつつ、政府の訴訟活動に関する権限の配分のあり方に関する検討を行うことにしよう。

一・立法による規制と「大統領の手」

最高裁判所が示す、法務総裁と大統領、法務総裁と制定法の関係は、不明確であった。このことは、一九二〇年代の二つの判例にあらわれている。

まず、第一の判断は、一九二二年のPonzi v. Fessenden事件[144]におけるものである。これは、連邦被収監者であったポンチ（Ponzi）の州の刑事手続への移送に関する事件であった。法務総裁が移送に同意したが、これに対してポンチは次のような主張を行っていたようである。すなわち、法務総裁は「制定法上の職員」（statutory officer）であり、議会の明示的な制定法の規定が存在するか明確な制定法の規定から当然に導かれる場合でない限りは、合衆国の囚人に対してはいかなる権限も有しない、と。

この主張につき、タフト裁判官による法廷意見では、法務総裁に対して権限を付与する様々な制定法上の規定を参照しつつ、結論的には、「連邦法上の被告人を……州裁判所に移送する権限を付与する明示的な規定は存在していない」けれども、「しかし当裁判所は、移送の権限が存在し、それが法務総裁の同意の上に行われるものであることについては何らの疑いも有していない。連邦裁判所と州裁判所の間の事件の礼譲（comity）についての権限と裁量権は法務総裁に帰属している」とした[145]。そしてこれに引き続き、法務総裁と大統領の関係につき、以下のように判示した。

「法務総裁は司法省の長である。……法務総裁は、訴訟手続（legal proceeding）と犯罪者への訴追において合衆国の利益を擁護する際に合衆国の法律が誠実に執行されるよう配慮する大統領の手（the hand of the President）となるものである」[146]。

このように、法務総裁の活動が大統領の任務と結びつけて説明されている。この判決は、合衆国憲法を明示的に引用してはいないけれども、「合衆国の法律を誠実に執行するように配慮する大統領」という箇所は、まさに合衆国憲法二条が規定する大統領の権限を示すものに他ならない。判決は法務総裁の大統領との関係の密接さを強調したものとなっており、特に法務総裁の活動が憲法上の大統領の権限に由来するものであることが示された[147]。

その一方で、この Ponzi 判決の五年後に最高裁判所は、McGrain v. Daugherty 判決を下す。この事件は、証人としての召喚を無視した者（Mally S. Daugherty）がこれを理由に拘束を受けたため、人身保護令状を求めたというものである。令状申立人は第五一代法務総裁ハリー・ドーハティー（Harry M. Daugherty）の兄であり、事件には以下のような背景があった[148]。ハーディング政権の法務総裁だったドーハティは、政権の他の要職のあった者と同じく、その在任時に、複数のスキャンダルを起こしていたほか[149]、反トラスト法違反の黙過など、任務の懈怠がみられた。そこで当時こうした司法省の活動の追及を行っていた上院は、議員五名による委員会を設置し、ドーハティーの行為を調査して上院への報告を行わせる決議を行った。この委員会の調査過程で、法務総裁ドーハティの兄が証人として証言するよう召喚を受けたが、これを無視したため、上院の守衛次官（Deputy Sergeant at Arms）により拘束されたというものである。

事件では、議会が司法省に対する調査の権限を有するか否かが争点とされた。ヴァン・デヴァンター裁判官による意見では、「たしかに上院の決議が、明文上立法の補助を意図したものであると公言したものでないことは事実である。

しかし……法務総裁とその部下が任務を適切に行使しているか、怠っているかという……事項の調査は、明白に立法府が行えることであり、また調査によって明らかにされることが意図されている情報は、立法府を実質的に手助けするものである」[150]と述べられた。そして、このことは次のことから明白であるとしている。

「司法省の役割、法務総裁の権限と任務、そして法務総裁の部下の任務が、すべて議会の立法による規制の下に服しており、議会に毎年求められている予算の承認の下に、司法省が維持され、その活動が実行されている」[151]。

こうして、司法省による訴訟活動への調査が問題となったこの事件では、それが議会の権限の範囲内であることが示された。特に注目すべきは、上記の通り法務総裁の権限と任務、司法省の活動が「すべて議会の立法による規制の下に服して」いると判示されており、Ponzi 判決とは異なり、司法省の議会との関係の強調、すなわち議会による司法省に対するコントロールを強調するものとなっている点である。そしてこの箇所は、議会が司法省に関して制定法によっていかなる事項でも決定可能であることを認めているかのようにも読める判示である。

以上、一九二〇年代における最高裁判所が示した法務総裁の権限の性格に関する判断では、一方において、法務総裁の権限が憲法上の大統領の権限に由来するものであることを示しつつ、また他方で、法務総裁の権限は、議会の法律による完全なコントロールを受けるものであるという判示を行っていた。

二．司法省の独立機関化案

こうした法務総裁の大統領、制定法との関係がクローズアップされるのが、ウォーターゲート事件とその後の議会で

の議論である。ウォーターゲート事件の発覚と、その後の一九七三年一〇月二〇日に起こった、いわゆる「土曜の夜の惨劇」（Saturday Night Massacre）[152]によって、人々は司法省が大統領の政治的コントロールの下にあることを強く認識し、また不信と不満も爆発する。[153]こうした国民の不信と不満を背景として、議会は、法務総裁と司法省に対する大統領の政治的な影響力の排除を試みることとなる。

一つの例として、上院司法委員会のアービン（Sam Ervin）議員による、司法省を独立機関化する法案がある。これは、法務総裁は大統領により任命されるが、任期は六年とされ、大統領による任期中の罷免は制限されるとするものであった。[154]アービンは、「法務総裁と司法省のあらゆる権能は、議会の法律から発する（flow from）ものである。議会が付与したものは議会が取り上げることができるということには、疑問が生じる余地はほとんどない。事実、私個人としてはこうした疑問は一切有していない」[155]と述べていた。この案は、先の McGrain 判決に依拠したものだといえるだろう。[156]

しかし結局、法案の実現は、反対論が強力だったために失敗に終わる。この反対論は、上記二判例のうちもう一方の、Ponzi 判決に立脚したものであった。それは、McGrain 判決は確かに、司法省に対する議会の広範なコントロールについて述べるものではあるけれども、これはあくまでも議会の監視に関して述べられたものであって、司法省を独立化することを許容するものではないと理解されたことと、Ponzi 判決に示されている通り、司法省の訴訟に関する活動は、大統領の「法律が誠実に執行されるよう配慮する」という憲法上の権限から由来するものであり、これに大統領のコントロールが及ばなくさせる法律を議会が制定した場合には、権力分立に違反するというものである。[157]

事実、裁判所は、Ponzi 判決を受けて、訴訟活動が、執行府に固有の特権領域に属するものであることを判示してきており、ここにおいては、いずれも政府の訴訟活動に関して、裁判所により干渉されない特権領域が執行府に存することが認められていた。これらの諸裁判例は、執行府の特権領域を司法府との関係において認めたものであったが、その

論理は、議会が制定法によりこの作用を大統領の権限の及ぶ範囲外に移動させることは許されないとする結論を導出しうるものであった。[158]

このように、法務総裁ないし司法省に対して大統領からの独立性を制定法によって付与することには、権力分立原理による制約があるものと解されている。このことを述べているのが、司法省の公式見解として示された一九七七年の法律顧問室意見書[159]である。意見書は、郵便局長（postmaster）の罷免に関して上院の承認を必要とすることを規定する制定法を違憲とした、最高裁判所の Myers v. United States 判決[160]や、先の Ponzi 判決を引用しつつ、「法務総裁は合衆国における法執行職員の長である。法務総裁は、大統領が法律の誠実な執行という自己の憲法上の責務を実行することを確実にするために行動する。この役割を果たすべき職員を大統領が自ら選択することや罷免することを制約することは、大統領の法律を執行する能力を害するものである」[161]と述べた。また、同意見書では、法務総裁が罷免される事由を制限することを、議会の制定法によってではなく、大統領命令によって行う場合には、大統領が自発的に罷免を抑制していることにはなるけれども、大統領の法務総裁への影響力行使が減じられることになり、法律が誠実に執行されるよう配慮するという大統領の責務を放棄することになることから、制定法による場合と同様に、違憲の疑いがあるとしている。[162]

このように、Ponzi 判決が述べる通り、法務総裁の権限は大統領の憲法上の権限に由来し、この法務総裁への大統領の監督を縮減することは、憲法に違反する可能性があるとされ、McGrain 判決の文言は限定的に理解されている。

三　独立の訴訟活動権限の評価

以上のような、法務総裁による訴訟活動と大統領の憲法上の任務との関係によれば、新たに検証の必要が生じてくる点がある。それは第三節で見たような、議会の制定法によって法務総裁の手によらずに自ら訴訟活動を行う権限が、連

邦政府の各機関、とりわけ大統領の罷免権の発動が一定の事由に限定されているような独立機関に対して与えられている状況を、どのように理解するべきかということである。以下、この点について、簡単な検討を行うことにしよう。[163]

この点に関しては、ＦＴＣの独立訴訟活動が問題となった事件に係る、一九六八年のFTC v. Guignon判決がある。この事件は、ＦＴＣがあるビール会社を相手として、自身が下した文書提出命令（discovery subpoena）の執行を求めて出訴したものであった。しかしこの出訴は、司法省によってではなくＦＴＣ自身によってなされたものであり、また出訴に際して法務総裁の同意を得ていたわけでもなかった。そこでＦＴＣが法務総裁の補助あるいは同意がないままに命令の執行を求めて出訴できるか否かが問題となった。

第八巡回区控訴裁判所は、「機関が法務総裁の助言、補助または監督なくして訴訟手続を行う明示的な権限が与えられている場合には、機関はそうすることが可能である」と判示し[164]、この前提に立った上で、ＦＴＣ法の条文の文言を詳細に検討し、結論として、ＦＴＣの命令は法務総裁によってのみ実現されうるものであるとした[165]。

判決は、結論的にはＦＴＣによる出訴を否定したわけであるが、その論理は、ＦＴＣに対して議会が、制定法で明示的に訴訟活動権限を付与することを認めるものであった。このように判決では、司法省から独立した訴訟活動の権限が議会の制定法によってＦＴＣに対して与えられる際の、憲法上の問題の発生する余地は意識されていない[166]。

これに対して、独立機関に対して訴訟活動権限が付与されることにつき、その違憲性を指摘した最高裁判所の判決も存在する[167]。それは、連邦選挙委員会（Federal Election Commission：ＦＥＣ）の合憲性が争われたBuckley v. Valeo判決である。この事件は、主としては、ＦＥＣの委員のうちの半数の者の任命を議会が行うことは大統領の任命権を侵害するかという、権力分立上の問題が争点の一つとなったものであるが、この問題は、ＦＥＣが司法省から独立した訴訟活動権限を有していることとの関連でも議論されている。すなわち、判決は、訴訟活動を「法律が誠実に執行されることに

配慮する」大統領の任務だとして、大統領が上院の助言と承認により任命する職員によって行使されねばならないとした。その上で、ＦＥＣの委員を議会が任命する場合には、ＦＥＣが議会の機関[168]としてみなされるとしつつ、こうした機関に、訴訟提起の権限を付与することは、憲法二条に違反すると判示した。

もっとも、このＦＥＣの委員の任命に関する規定について改正がほどこされた後の法律下における、一九九四年のFEC v. NRA Political Victory Fund判決[169]では、制定法によりＦＥＣに対し、法務総裁から独立した訴訟活動を行う権限を付与することを認める最高裁判所の態度があらわれているように思われる。事件は、ＦＥＣ自身が独自に最高裁判所へのサーシオレイライの申立てを行ったことにつき、申立てに司法省の承認が必要か否かが争点となったものであった。ここで最高裁判所は、憲法二条や、憲法判断回避に関する言及を一切行うことなく、純粋に制定法の解釈のみに基づいて、ＦＥＣに独立した訴訟活動権限を付与する議会の意図があったか否かに関する検討を行っている。結論的にはＦＥＣの独自の訴訟活動は認められなかったが、ここではＦＥＣに対して制定法により独立の訴訟活動権限を付与すること自体に関する疑念は存在していないように思われる。

これらの判決からは、独立機関に対して付与された独立の訴訟活動についていかなる把握を行うことが可能であろうか。ＦＥＣに関する二判決を見れば、さしあたり、少なくとも大統領が任命権を行使しうる者による訴訟活動は、憲法二条上の問題を生じさせることはないという理解を導ける可能性がある[170]。また、独立機関への訴訟活動権限の付与が、部分的なものであることが違憲性を回避している理由であると捉える見解も存在する[171]。

これに対して、こうした独立機関への独立の訴訟活動権限を付与することについて、「現存する「独立規制委員会」（“independent regulatory commission”）による法執行権限の合憲性に関して」を「裁判所によって完全には解決されてはいない」問題として把握し、違憲とされる可能性を完全には否定していない論者も見られる[172][173]。

（1）*See* James L. Cooper, *The Solicitor General and the Evolution of Activism*, 65 Ind. L. J. 675 678-79 (1990). クーパーはこの変容を、Hayburn 事件の文脈であげているが、司法省創設に際して、議会が Hayburn 事件での論争を意識したか否かは、明らかではない。

（2）125 U.S. 273 (1888).

（3）*Id.* at 278-79.

（4）*Id.* at 284-85.

（5）また判決は、「一七八九年裁判所法は、その権限についての厳密な規定を何ら置いてはいないけれども、……イギリス法の下で同様の意図の下に存在してきた同種の職を参照したに違いない。……議会がイギリス法に親和性のある用語を用いたということは、イギリス法における意味を参照して用いられることが意図されていた」として、アメリカ合衆国の法務総裁が、イギリスの法務総裁と類似の権限を有しうることを示唆するものとなっている。*Id.* at 279-80. アメリカ合衆国における法務総裁はイギリスないし植民地時代と同様の出訴に係る権限が認められることになるのかという疑問も生じることになる。

（6）*Id.* at 285-86.

（7）*Id.* at 285.

（8）*Id.* at 286.

（9）David Schwartz & Sidney B. Jacoby, Government Litigation 658 (1970).

（10）中川丈久教授は、この San Jacinto Tin 判決を、「合衆国の財産的ないし契約上の利害……を守るために提起される訴訟であるならば、許容されることが、当然ながら認められ」ることを示す事件の一つとしてあげている。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）一〇二頁注六一と対応する本文を参照。

（11）16 U.S. (3 Wheat.) 172 (1818).

（12）*Id.* at 181.

（13）28 U.S. (3 Pet.) 12 (1830).

（14）*Id.* at 29.

(15) 44 U.S. (3 How.) 120 (1845).
(16) *Id.* at 133.
(17) 52 U.S. (11 How.) 229 (1850).
(18) *Id.* at 231.
(19) 判決では、この判示部分の後で、根拠として Dugan v. United States 判決や、United States v. Gear 判決を引用する。*Id.* at 231-32.
(20) 128 U.S. 315 (1888).
(21) *Id.* at 367-68. ［ ］内は筆者による。
(22) 中川前掲注（10）論文一〇二頁。
(23) 158 U.S. 564 (1895). この事件に関しては、中川前掲注（10）論文一〇二―一〇三頁を参照。
(24) ユージン・デブス（Eugene V. Debs）が指導した、いわゆるプルマンストライキ（Pullman Strike）につき、有賀貞一・大下尚一・志邨晃佑・平野孝編『アメリカ史 2』（山川出版社、一九九三年）八二―八四頁を参照。
(25) 158 U.S. at 584.
(26) *Id.* at 586.
(27) *Id.* at 599. なお、引用文中のかっこ書きは原文内のものである。
(28) 州際通商に関しては合衆国憲法一条第八節第三項において、郵便については第八節第七項において連邦議会の権限としてあげられている。
(29) Note, *Protecting the Public Interest: Nonsatutory Suits by the United States*, 89 YALE L. J. 118, 122 (1979).
(30) 中川前掲注（10）論文一〇二頁。もっとも、このDebs判決には、最高裁判所が保守派の利益保護のために司法積極の立場を発展させた判決としての評価も存在する。参照、木下毅『アメリカ公法』（有斐閣、一九九三年）一三二頁。
(31) 266 U.S. 405 (1925).
(32) *Id.* at 425.
(33) 284 F. 39 (8th Cir. 1922).

(34) *Id.* at 46.

(35) 326 F.2d 929 (4th Cir. 1964). 同法においては、軍人が軍務のため移動を行うことがあったとしても、租税関係における住所が変動したとは扱われないことや、従軍地での収入は、その地の所属する州、自治体での収入としては扱われないことなどが規定されていた。*Id.* at 931 n1.

(36) *Id.* at 931-33. [　] 内は筆者による。

(37) 319 F.Supp. 1058 (N. D. Ala. 1970).

(38) *Id.* at 1061.

(39) Note, *Nonstatutory Executive Authority to Bring Suit*, 85 HARV. L. REV. 1566, 1572 (1972). なお、このケネディ期までは、Debs 判決はそれほど注目されることはなく、出訴の際に政府が援用することも少なかったという（*Id.*）。

(40) 257 U.S. 147 (1921).

(41) *Id.* at 154-55.

(42) 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, 623 n198 (1989).

(43) 332 U.S.19 (1947).

(44) *Id.* at 27-28. [　] 内は筆者による。

(45) Bloch, *supra* note 42, at 623 n198.

(46) Note, *supra* note 29, at 122 n23 (1979).

(47) 419 F.Supp. 358 (D. Md. 1976).

(48) 修正第八条では残酷な刑罰の禁止を、修正第一三条では奴隷制・意に反する苦役の禁止を、修正第一四条では、州に対するデュープロセスの適用を規定する。

(49) 419 F.Supp. at 361. これとともに、法務総裁に「合衆国の利益」に関する訴訟活動の権限を付与する、合衆国法典二八編第五一六条、五一八条が、本件のような憲法の修正条項違反の事態における出訴を授権していると主張していた。

(50) *Id.* at 362. [　] 内は筆者による。

(51) *Id.* at 368-69.

(52) *Id.* at 372. （ ）内は訳出した語を示すものを除いては、原文内のものである。

(53) また、法務総裁の訴訟活動の権限に関する制定法である、合衆国法典二八編五一六条、五一八条の意義については、「……これらの条文は、法務総裁に、彼が合衆国の「利益に関わる」（"interested"）と考える事項（matter）に関連するあらゆる訴えを提起する権限を付与してはいない。……これらの条文は、法務総裁の活動を発動させるような「利益」（"interest"）の性格を何ら示してはいない。したがってこれらの条文は、議会が明示的に執行府に対して、修正一三条、一四条の下での訴えの提起を一般的に授権したという……ものではない。」（*Id.* at 362-33.）と判示された。

(54) 644 F.2d 187 (3rd Cir. 1980).

(55) *Id.* at 200.

(56) 403 U.S. 713 (1971).

(57) この事件に関しては、法律時報四三巻一一号（一九七一年）における「特集・報道の自由と国家秘密」の各論説を参照。なおこの事件では、合衆国の出訴は認めつつも、結論的には、その差し止めの請求を認めておらず、このことから「言論の自由に軍配を上げる歴史的な判決」（芦部信喜「報道の自由と米最高裁判決の意義」法律時報四三巻一一号（一九七一年）八頁）として評されるところとなっている。同特集では、合衆国の制定法によらない出訴の可否という論点に関する検討はほとんどなされていない。この判決につき、合衆国の出訴の可否の観点から検討を行う邦語文献として、曽和俊文「地方公共団体の訴訟」杉村敏正編『行政救済法2』（有斐閣、一九九一年）二八四－八五頁。

(58) もっとも、この軍事事項に関しては、Solomon 判決が「執行府の憲法上の役割が、議会の憲法上の役割を上回っていないにしても同レベルであるような」という微妙な言い回しで表現するように、特にベトナム戦争に関連して、合衆国憲法の解釈上議論が見られるところである。すなわち、戦争を宣言するのは議会の権限であると憲法第一条で規定されているため、軍隊の派遣、戦闘活動の開始に関しては議会の権限事項であるとも考えられ、したがって、議会と執行府の間の権限関係について争いが見られる領域となっている。参照、松井茂記『アメリカ憲法入門［第5版］』（有斐閣、二〇〇四年）七三－七四頁。

(59) 644 F. 2d 187, 213-14 (3rd Cir. 1981)(Gibbons, J., dissenting). また、学説上も修正一四条違反に関しては、制定法の

規定なくして出訴可能であるとする見解も存在するようである。 *See* RICHARD H. FALLON ET AL., THE FEDERAL COURTS AND THE FEDERAL SYSTEM 792 (5th ed., 2003).

(60) 51 Ct. Cl. 266 (1916).

(61) *Id.* at 272-73.

(62) 43 F.2d 969 (2nd Cir. 1930).

(63) *Id.* at 970-71.

(64) この他、司法省設置法の制度図式を肯定する裁判例につき、 *See* Sewall Key, *The Legal Work of the Federal Government*, 25 VA. L. REV. 165, 186 n79 (1938); Note, *Attorneys Authorized to Represent the United States in Court --Extent of Authority of Counsel for the Federal Trade Commission*, 32 MINN. L. REV. 606, 608-10 n18-22 (1948).

(65) Key, *supra* note 64, at 183-84. *citing* 1870 ATT'Y GEN. ANN. REP. 1. この第三代法務総裁アーケルマン（Amos T. Akerman）による報告書では、司法省のオフィスが五箇所に分散しており、すべての職員を収めるだけの建物が用意されるまでは、省を創設した議会の目的は達成されないだろうとしていた。

(66) *Id.* at 183-84.

(67) Senate Committee on Governmental Affairs, V Study on Federal Regulation 56, 95th Cong., 1st Sess. 28 (1977). もっとも、ICCのまさに創設時においては、この大統領からの独立性は意図されていなかったという。これが大統領からの独立性を確保する組織へと変容したのには、以下のような背景があるといわれる。一八八八年の大統領選挙で第二三代大統領に選出された共和党のハリソン（Benjamin Harrison）は、鉄道弁護士（railroad lawyer）の経歴を有していた。そこで民主党側が、鉄道規制に対する影響力を留保しておくために、大統領からの一定の距離を保持するようにICCの組織を変革したというものである。 *See* Neal Devins, *Unitariness and Independence:Solicitor General Control over Independent Agency Litigation*, 82 CALIF. L.REV. 255, 322 n388 (1994).

(68) Angel Manuel Moreno, *Presidential Coordination of the Independent Regulatory Process*, 8 ADMIN. L. J. AM. U. 461, 502 (1994).

(69) Marshall J. Breger & Gary J. Edles, *Established by Practice: The Theory and Operation of Independent Federal Agencies*, 52

Admin. L. Rev. 1111, 1153 (2000). ジョン・デイビス（John F. Davis）はヘップバーン法以前の時期からすでに、下級裁判所ではICC自身が、また最高裁判所では ICC は、訟務長官（司法省で最高裁判所での活動を担当する）と共同的に、訴訟活動を行う運用がなされていたとする。*See* John F. Davis, Department of Justice Control of Agency Litigation 6 n17 (Aug. 14, 1975) (unpublished report prepared for the Administrative Conference of the United States).

(70) 以下の議論については、*See* Robert E. Cushman, The Independent Regulatory Commissions 96-102 (1941).

(71) 一九一〇年に創設後一九一三年に廃止された。大橋真由美『行政紛争解決の現代的構造』（弘文堂、二〇〇五年）一一〇頁注五三。

(72) H. R. Rep 61-923, at 3 (1910).

(73) 45 Cong. Rec. 4938-39 (1910). 両院の法案のうち訴訟活動権限に関しては、*See* S. Doc. No. 61-606, at 9-10 (1910).

(74) *See* Cushman, *supra* note 70, at 98.

(75) 45 Cong. Rec. 4938 (1910).

(76) *Id.* at 4241.

(77) *Id.* at 4832.

(78) 以下に引用するヒッチコック議員の発言は、タウンゼント（Charles E. Townsend）議員による訴訟活動権限の移動を主張する、次のような発言を受けてのものである。すなわちタウンゼント議員は、ICCに関する訴訟活動の権限を法務総裁に付与することについて、「法務総裁は自らの任務を実行するであろうし、ここにおいては、誰か別の者に対して任務を与えて、法務総裁以上に確実に実行させることは不可能である」（*Id.* at 5517.）と述べていた。この発言では、法務総裁の能力に対する高い信頼を読みとることが可能だろう。

(79) *Id.* at 5517. ［ ］内は筆者による。なおここでの批判の対象とされている法務総裁は、第四六代法務総裁ボナパルト（Charles J. Bonaparte）と、第四七代法務総裁ヴィッカーズハム（George W. Wickersham）のことである。

(80) *See* Cushman, *supra* note 70, at 100.

(81) 45 Cong. Rec. 5517 (1910).

(82) *Id.* at 5518.

(83) *Id.*
(84) *Id.* at 3351.
(85) *Id.* at 3350.
(86) *Id.* at 3355. ［ ］内は筆者による。
(87) したがって、カミンズ議員は、「私の反論は、まず第一には、責任もなく上訴も不可能なＩＣＣの命令に対する審査権を司法省に与えてしまうことである。」（*Id.*）と述べている。
(88) *Id.* at 3351.
(89) *Id.* at 3539.
(90) Breger & Edles, *supra* note 69, at 1153 n220. したがって、タフト大統領の試みは、「不完全な勝利」であったということができ、実際上の運用としては、ＩＣＣと司法省の代理人が法廷に同時に現れることがあったようである。*See* Carl Brent Swisher, *Federal Organization of Legal Functions*, 33 American Pol. Sci. Rev. 973, 977 (1939).
(91) 以下の議論箇所の摘出につき、*See* Note, *supra* note 64, at 612-13.
(92) 295 U.S. 602, 624-25 (1935).
(93) 51 Cong Rec. 11082 (1914).
(94) *Id.* at 12623.
(95) 51 Cong. Rec. 12031 (1914).
(96) S. Rep No. 63-597, at 18 (1914). なおニューランズ議員は、すでに一九一一年の時点で、州際取引委員会（Interstate Trade Commission）の創設を提案していた。そしてここでもまた、「自己の法務官により訴訟を行うＩＣＣの権限と同様の権限」を有するべきとしていた。47 Cong Rec. 1212 (1911).
(97) 51 Cong. Rec. 12031 (1914). ［ ］内は筆者による。
(98) *Id.* at 11083.
(99) なお、こうした法務総裁の一定領域における専門性の欠如に関しては、競争領域のみについて指摘されていたわけではないようである。その後例えば、核エネルギーに関する領域を担当する、（旧）核エネルギー委員会（Atomic Energy

Commission（現 核規制委員会：Nuclear Regulatory Commission））に関して、その訴訟活動権限をめぐる議論の中でも、サバス（Adolph J. Sabath）下院議員は、法務総裁に対して訴訟活動の権限を付与する修正案に対して、その専門的な知識の欠如を理由として、「核エネルギーに関する訴訟は高度に技術的なものであり、物理学、化学、地質学その他多くの分野の広範な知識を必要とする。したがって、この修正案のように、この機関の活動にハンディキャップを与えることは、格別に不賢明なことであると思われる」（92 Cong. Rec. 9139 (1946)）と反対していた。

(100) 虚偽広告（False advertisements）に関して、自らの法務官による地方裁判所への出訴が許容された。

(101) この法務総裁の高度の専門家としての観念は、一八三〇年の法務省創設の提案の際におけるウェブスター議員の反対論のように、法務総裁への権限の集中と増大に対抗的に作用する時期もあったけれども、いずれにしろ専門性を備えた存在であるという観念は一貫して存在していたといってよい。

(102) Daniel Meador, The President, the Attorney General, and the Department of Justice 10-11 (1980). そこで、今日の法務総裁につき、「わが国[の法務大臣（筆者注）]のように、しばしば法律家以外から任命されることは皆無」であっても、「実際には全くの政治家といってよい」という記述は正当と思われる。参照、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）九八九頁。本稿第三章で見るように、今日の法務総裁は、大統領と同じく完全に政治的な存在として捉えられている。

(103) Swisher, *supra* note 90, at 978.

(104) Key, *supra* note 64, at 191.

(105) 一九三〇年の時点で、財務省・内国歳入庁・内務省・農務省・特許局・労務省・ＩＣＣ・退役軍人局・連邦放送委員会に対して、特別の議会の授権なくして、独立に訴訟活動を行っていたという。Swisher, *supra* note 90, at 978 n22. こうした運用がなされていたということは、本節の冒頭にみた、各機関が独自に法務官を雇用して訴訟活動を行っていた事例が裁判例上も現れていたところからもうかがえる。

(106) 司法省設置法一七条では、各機関における法律問題に関して、個別的に雇用した弁護士ではなく、司法省に対して助言を要求すべきことを規定していた。Act of June 22, 1870, ch150, §17, 16 Stat. 162, 164.

(107) Swisher, *supra* note 90, at 978.

(108) Key, *supra* note 64, at 184.
(109) *See* Albert Langeluttig, The Department of Justice 57-60 (1927).
(110) *Id.* at 59.
(111) *Id.* at 59-60.
(112) *See* Swisher, *supra* note 90, at 978; Key, *supra* note 64, at 189.
(113) Swisher, *supra* note 90, at 978, *citing* 1928 Att'y Gen. Ann. Rep. 343-51. したがって報告書では、この数値をあげつつ、司法省くの法務職員の一元化を議会に対して要求している。 *See* 1928 Atty Gen. Ann. Rep. 343-51.
(114) Neal Devins, *Government Lawyers and the New Deal*, 96 Colum. L. Rev. 237, 258 (1996).
(115) Executive Order 6166 (1933), *reprinted in* 5 U.S.C. §901 (2006).
(116) Neal Devins & Michael Herz, *The Uneasy Case for Department of Justice Control of Federal Litigation*, 5 U. Pa. J. Const. L. 558, 560 (2003).
(117) この点に注目するものとして、 *See* Cornell W. Clayton, The Politics of Justice 75-76 (1992).
(118) もっとも、この大統領命令が、いかなる範囲の機関に対して射程が及ぶかについては理解のされ方に差異が生じていたようである。 *See* Note, *supra* note 64, at 611. また、大統領命令六一六六による規制を回避する立法も見られたようである。 Devins, *supra* note 67, at 265.
(119) Donald L. Horowitz, The Jurocracy 5 (1977).
(120) *Id.* at 14.
(121) Swisher, *supra* note 90, at 995-96.
(122) Devins, *supra* note 114, at 257.
(123) Peter H. Iron, The New Deal Lawyer, at x (1993).
(124) *See* Devins, *supra* note 114, at 256-57.
(125) 例えば、農業調整局（Agricultural Adjustment Administration：AAA）の法律顧問室には、著名な法学者で当時はイエールロースクールの教授であったフランク（Jerome Frank）が室長に就任し、この下に、後に連邦最高裁判所裁判官と

なるフォータス（Abe Fortas）や、後にニュルンベルグ軍事裁判所裁判官となるテイラー（Telford Taylor）らがスタッフとなっていた。Devins, *supra* note 114, at 258 n117. ニューディール期における法律家の活動につき、参照、伊藤孝夫「ニューディール・ロイヤーズの肖像」法学論叢一六〇巻三・四号（二〇〇七年）一六九頁。

(126) Swisher, *supra* note 90, at 981-83.

(127) *Id.* at 985-86.

(128) Devins, *supra* note 114, at 259 n122. また、全国労働関係委員会（National Labor Relations Board）についても、司法省が関連する政策に熱意を示さなかったために、その遂行が阻害されたといわれている。参照、道幸哲也『不当労働行為救済の法理論』（有斐閣、一九八八年）二一頁（初出一九七五年）。

(129) Devins, *supra* note 114, at 257 n109. なお、大統領命令六一六六にあわせて、一九三三年には司法省内の訴訟を担当する局のうち、民事局（Civil Division）と租税局（Tax Division）が設置されている。

(130) *Id.* at 260 n126. 弁護士にとって、訴訟活動権限を有していない機関は、それほど魅力的な環境ではないという。*See* Horowitz, *supra* note 119, at 132.

(131) U.S. Commission on Organization of the Executive of the Government, Legal Service and Procedure, A Report to the Congress (1955).

(132) 委員会の報告は、各タスクフォースが、委員会への報告を行い、委員会がこれを再検討したうえで、議会に委員会の報告書として提出をするという方法が取られている。それと同時に、研究チームの報告書もまた議会に提出されている。この委員会の報告書については、橋本公亘『米国行政法研究』（有信堂、一九五八年）二八五頁以下、タスクフォース報告書については、同書二六四頁以下、大橋前掲注（71）書一〇一頁以下に記述がある。もっとも、本稿で扱う政府の法律事務に関しては、両書においては取り上げられていない。

(133) Task Force on Legal Services and Procedure, Report on Legal Services and Procedure 1 (1955).

(134) *Id.*

(135) 報告書では、いわゆる独立機関（independent establishments）も、執行府内の機関と同列に検討を行っている。もっとも、独立機関を創設した議会の意図に配慮していないことには、やや批判的な見解も存在していた。*See* Louis L. Jaffe,

Basic Issues: An Analysis, 30 N.Y.U.L. Rev. 1273, 1277-78 (1955).

(136) *Id.* at 7-8. タスクフォースは、当時の制度下では、通例は非法律家たる各機関の長による協議が、各機関の法律顧問の長が自発的にインフォーマルな協議を行うことによってしか調整はなされ得ないとしている（*Id.* at 59.）。

(137) *Id.* at 59.

(138) *Id.* at 60-66.

(139) *Id.* at 67.

(140) *Id.* at 71. このタスクフォースのスタンスは、構成メンバーの全てを法律家が占めていたことによるものかもしれない。*See* Ralph F. Fuchs, *The Hoover Commission and Task Force Reports on Legal Service and Procedure,* 33 Ind. L. J. 1, 2 (1955).

(141) U.S. Commission on Organization of the Executive of the Government, Legal Service and Procedure, A Report to the Congress 6 (1955). 委員会の報告書では、大統領命令一六六六以降、一定の機関（certain agencies）に対しては、制定法で明示的に独自の訴訟活動権限が付与されていたことが述べられている（*Id.* at 5.）。これに対して、委員の一人であるホリフィールド（Chet Holifield）議員は、各機関の訴訟が専門的であることを述べ、各機関が自己の訴訟を取り扱うしくみ（separate agency litingation）がもたらす結果についてのタスクフォースによる分析は不十分であるとする反対意見を示し、法務総裁が各機関のプログラムや法務職員の活動に阻害的な地位に立つ危険性を指摘した。*See id.* at 101-02 . *See also* Jaffe, *supra* note 135, at 1277-78; Fuchs, *supra* note 140, at 14-16.

(142) 両報告書は、司法省を、この法的調整の役割を担わせるにふさわしい存在だと認識していたことになる。この点で、ICCやFTCの訴訟活動権限をめぐる議論での、独立権限を付与することへの反対論と、両報告書は親和的である。その一方で、ホリフィールドは反対意見で、タスクフォースと委員会の報告書に対して、「リーガリスティックに過ぎる」としていた。U.S. Commission on Organization of the Executive Branch of the Government, Legal Services and Procedure, A Report to the Congress 97 (1955).

(143) Luther A. Huston, *History of the Office of the Attorney General, in* Roles of the Attorney General of the United States 1, 3 (1968).

(144) 258 U.S. 254 (1922).

(145) *Id.* at 261-62.

(146) *Id.* at 262.

(147) 273 U.S. 135 (1927).

(148) ハーディング政権期における最も著名なスキャンダルとして、当時のウォルシュ（Thomas J. Walsh）上院議員により追求された、海軍省の石油貯蔵所の不正貸与に係り内務長官のフォール（Albert B. Fall）が収賄による有罪判決を受けた、いわゆる「ティーポットドーム」事件がある。ここでは、松村赳・富田虎男編著『英米史辞典』（研究社、二〇〇〇年）七三五頁の同事件に関する項目を参照した。

(149) ドーハティは、第一次大戦時の押収外国人財産の返還にからんだ汚職事件を起こしている。参照、有賀貞一ほか前掲（24）書二一五頁。

(150) 273 U.S. at 177-78.

(151) *Id.* なお、司法省設置法第一二条では、「法務総裁は、司法省の事務、合衆国の犯罪統計または調査可能な限り州法の犯罪統計等、司法省の事務に付随すると法務総裁が考える事項に関する報告書を、毎年一月に議会に対して提出する義務を負う」と規定されていた。Act of June 22, 1870, ch150, §12, 16 Stat. 162, 164.

(152) このエピソードは、以下のようなものである。最高裁判所から執務室内の録音テープを提出するよう命じられたニクソン大統領は、それを拒絶しようとした。ニクソン大統領は、特別検察官のコックス（Archibald Cox）から命令に従うように助言されると、法務総裁のリチャードソン（Elliot Richardson）に、コックスを解任するように指示をした。これに対してリチャードソンと、法務総裁次官（Deputy Attorney General）のラッケルズハウス（Williams Ruckelshaus）は、これに反発をして、両者とも辞任をした。最終的には、訟務長官のボーク（Robert Bork）がコックスを解任することとなった。

(153) ウォーターゲート事件と司法省に関する邦語文献として、飯島澄雄『アメリカの法律家　下』（東京布井出版、一九七六年）八八頁以下。

(154) Note, *Removing Politics from the Justice Department: Constitutional Problems with Institutional Reform*, 50 N. Y. L. Rev. 366, 369-70 (1975).

(155) *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. 3 (1973).

(156) CLAYTON, *supra* note 117, at 104.

(157) *See id.*

(158) *See* Pugach v. Klein, 193 F.Supp. 630, 634 (S.D.N.Y. 1961); Moses v. Kennedy, 219 F.Supp. 762, 764-65 (D.D.C. 1963); United States v. Greater Blouse, Skirt, & Neckwear Contractors Association,Inc., 228 F.Supp. 483, 489 (S.D.N.Y. 1964)); United States v. Cox, 342 F.2d 167, 171 (5th Cir. 1965); Smith v. United States, 375 F.2d 243, 246-47 (5th Cir. 1967); United States v. Wong Kim Bo, 466 F.2d 1298, 1302 n10 (5th Cir. 1972).

(159) 1 Op. Off. Legal Counsel 75 (1977). かつての法務総裁の意見書に関する権限は、実際上、現在では法律顧問室（Office of Legal Counsel: OLC）が行っている。28 C. F. R. § 0.25 (2008). ここでは、法務総裁の意見書の原案用意を任務としているが、OLC自身の意見書提示も行われている。*See* H. JEFFERSON POWELL, THE CONSTITUTION AND THE ATTORNEYS GENERAL, at x iii (1999). なお、本稿におけるOLC意見書の引用様式を、本号より変更していることにつき、お詫び申し上げる。

(160) 272 U.S. 52 (1926).

(161) 1 Op. Off. Legal Counsel 75, 76 (1977).

(162) *Id.* at 77.

(163) 390 F.2d 323 (8th Cir. 1968).

(164) *Id.* at 324.

(165) *Id.* at 329.

(166) また実際に、この判示が引き金となって、議会の側はFTCをはじめとした独立機関に対して、より明示的な文言によって司法省から独立した権限の付与を行うようになったという。前掲注（100）の通り、制定法上、明確に有していたのは虚偽広告に関する権限だけであったにもかかわらず、実際上は、本判決のヒーニー（Heaney）裁判官による反対意見で示唆されているように、FTC自身の法務官によりサピーナの執行を求める訴訟が取り扱われる運用が相当に広く行われていた（*Id.* at 336 n8(Heaney, J., dissenting.）。議会の対応は、この運用を維持しようとしたものと推測される。*See* JERRY

L. Mashaw & Richard A. Merrill, Administrative Law: The American Public Law System 169 (2nd ed., 1985); Davis, *supra* note 69, at 12-13, 33-39.

(167) 424 U.S. 1 (1976).

(168) *Id.* at 139-40.

(169) 513 U.S. 88 (1994).

(170) このことは、大統領の任命権が及ばない者による訴訟活動が必ず違憲とされることを意味しない。大統領の任命権が及ばない者による訴訟活動について合憲と判断した最高裁判所の判決として、Morrison v. Olson 判決（487 U.S. 654 (1988).）が存在している。ウォーターゲート事件以降の司法省への政治的影響力の排除の試みの一つとして一九七八年に制定された、政府倫理法（Government Ethics Act）における、政府高官の刑事法規違反に対する訴追を担当する特別検察官（Special Prosecutor）の制度に関するものである。この特別検察官は、政府高官の違反行為があったとされる場合に、法務総裁の求めに応じてコロンビア特別区控訴裁判所の特別部（Special Division）が任命し、法務総裁の罷免権が正当な事由がある場合に限定されている存在であった。この特別検察官の制度の合憲性が争われたが、レンケスト裁判官による法廷意見ではこの特別検察官を憲法二条により法律で裁判所や省の長に任命権を与えうる「下級職員」（inferior Officer）と判断した上で（*Id.* at 671.）、その検討を行っている。そして、この活動が、典型的には執行府内の職員により担われる法執行の作用であることを認めつつも、「真の問題は、罷免権の制約が大統領の義務を行使する能力を侵害するという性質を有しているか否かである」（*Id.* at 691）として、実際上の大統領に与えうる影響についてを重視した。その上で、この特別検察官の制度に関しては、罷免が正当な事由に限定されていても、大統領の監督に許容されないほどの負担を課すわけではないから、充分な権能を保有しているとして（*Id.* at 692.）、制度を合憲と判断した。

もっとも、この判決では、スカリア裁判官が反対意見を記している。ここにおいては、執行権の「すべて」が大統領に付与されているとして（*Id.* at 705 (Scalia, J., dissenting).）、執行権の作用の典型である刑事捜査と訴追について、その大統領の権限が侵害されているとしている。*See* Bloch, *supra* note 42, at 639-46. また参照、松井茂記「アントニン・スカリア裁判官の司法哲学・憲法理論」［1994-2］アメリカ法二六三頁。

(171) Note, *The Solicitor General and Intragovernmental Conflict*, 76 Mich. L. Rev. 324, 359 (1976). またこの点に関しては、一

九六五年に第七巡回区控訴裁判所が下した、ＩＣＣの訴訟活動権限に関する、ICC v. Chatworth Cooperative Marketing Association 判決（347 F.2d 821 (7th Cir. 1965).）がある。この事件は、あるハイヤー自動車事業者が、ＩＣＣの認可を受けずに（without authority）州際の事業を行っていたことに対して、ＩＣＣが、差し止めを求める訴えを提起したというものである。ＩＣＣは、制定法によって、こうした事業者に対して差し止めや宣言的判決を求めることができる旨が規定されていたところ、被告の事業者側は、この制定法の規定が、憲法二条により執行府に対して排他的に配分されているはずの権能と裁量を、独立機関に対して付与しているので違憲であると主張していたようである（*Id.* at 822.）。この争点につき第七巡回区控訴裁判所は、「法執行の権限は、完全に執行府の省に配分されるものではない。……議会による立法を執行するための司法手続の開始の作用は、大統領に対して排他的に留保されている特権の行使ではない」（*Id.*）と判示している。この判示は、訴訟活動権限の部分的な付与は許容されることを示しているもののように読める。また、先の Morrison 判決においても、特別検察官の活動領域と期間が限定的であることの言及が複数箇所で見られる。

(172) Joshua I. Schwartz, *Two Perspectives on the Solicitor General's Independence*, 21 Loy. L.A. L.Rev. 1119, 1165 (1988). もっとも、この論文は Morrison 判決以前に執筆されたものである。

(173) この大統領の権限に対する侵害の場面として想定されるのは、政府機関内に限定されるわけではない。私人との間でも想定しうるものである。例えば Morrison 判決で反対意見を執筆したスカリア裁判官は、その後、「何人」に対しても出訴を認める、いわゆる市民訴訟（citizen suit）規定に関連して、事件性を構成することのない何らの「事実上の侵害」を受けていない者に対して出訴を認めることになると、憲法二条に違反する疑いが生じることを提示している（Lujan v. Defender of WildLife, 504 U.S. 555, 576-77 (1992); FEC v. Akins, 524 U.S. 11, 36-37 (1999)(Scalia, J., dissenting).）。また、政府のかわりに政府への不正請求者に対して賠償請求を行い、報奨金を得るという、いわゆるQui Tam 訴訟についても、同様の議論は生じうる。参照、碓井光明「私人による政府の賠償請求権の実現（三）――アメリカ合衆国不正請求法による qui tam 訴訟の検討（三）」自治研究七五巻六号（一九九九年）五六―六〇頁。なお、スカリア裁判官が法廷意見を執筆した、Qui Tam 訴訟に関する Vermont Agency of Natural Resources v. United States ex rel. Stevens 判決（529 U.S. 765 (2000).）では、スカリア裁判官は、Qui Tam 訴訟と憲法二条の関係に関する言及を明確に避けた上で（*Id.* at 778 n8.）、Qui Tam 訴訟の提訴を認めた。スカリア裁判官の原告適格に関する判断の検討として、参照、畠山武道『アメリカの環

境訴訟』（北海道大学出版会、二〇〇八年）一三一頁以下（初出二〇〇〇年および二〇〇四年）、二六八頁注五一。また、松井茂記「「国民訴訟」の可能性について」村上武則・高橋明男・松本和彦編『高田敏先生古稀記念論集　法治国家の展開と現代的構成』（法律文化社、二〇〇七年）三六九頁以下も参照。

〔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。