



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	政府の訴訟活動における機関利益と公共の利益（4）： 司法省による「合衆国の利益」の実現をめぐる
Author(s)	北見, 宏介
Description	論説
Citation	北大法学論集, 59(4), 81-153
Issue Date	2008-11-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/35182
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-4_p81-153.pdf



政府の訴訟活動における機関利益と公共の利益（四）

—— 司法省による「合衆国の利益」の実現をめぐつて ——

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

(以上五八卷六号)

(以上五九卷一号)

- 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
 - 第一節 訴訟活動権限の配分状況と訟務長官
 - 一、司法省の組織
 - 二、訴訟活動権限の配分状況
 - 三、訟務長官の位置づけと権限
 - 第二節 最高裁判所での訟務長官の活動
 - 第一款 サーシオレイライの申立て
 - 一、サーシオレイライ
 - 二、訟務長官による申立ての自制とその基準
 - 三、最高裁判所に対する寄与への期待
 - 四、自制を導く要因
- 第二款 過誤の自白

（以上五九卷三号）

一、下級裁判所での政府の勝訴と過誤の自白

二、背景にある思考

三、過誤の自白の問題点

第三款 アミカスキュリエとしての関与

一、アミカスキュリエ

二、政府によるアミカス書面と訟務長官の権限

三、訟務長官によるアミカス書面の使用状況と最高裁判所の評価

四、最高裁判所によるアミカス書面の要求

五、訟務長官のアミカス書面の機能

六、訟務長官の自己認識

第三節 訟務長官の行動様式と機能

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)

第二章 訟務長官の活動と合衆国の利益

制定法による現行制度上、いくつかの複数の例外はあるものの、連邦政府の訴訟活動は原則的に、法務総裁の下の司法省によって担われる。ここにおける連邦政府の各省・機関と司法省の関係は、ちょうど訴訟当事者と弁護士との関係になぞらえて考えることが可能である。つまり、一般の訴訟当事者が自己の立場を法廷において主張するために弁護士に依頼をすることになるが、これと同様に司法省も、政府訴訟において、事件に関係する連邦機関の見解を裁判所にお

いて主張する役割を果たすことになる。⁽¹⁾

しかしながら、連邦の各省・機関と司法省の関係は、通常の当事者と弁護士との関係とは決定的に異なる面を有している。通常の訴訟当事者の場合、クライアントとして弁護士を依頼し、もしもその訴訟活動について自己の利益に沿わないところがあると考えた場合には、別個の弁護士に変更することが可能である。これに対して制定法の原則によれば、各省・機関の訴訟活動は、司法省が排他的に行うこととされている。したがって、司法省以外の弁護士によって自己の見解を裁判所で主張してもらうことが不可能である。このように、連邦政府の各省・機関は、司法省を自己の見解を裁判所において主張する際の弁護士として利用するクライアントとしての存在ではあるけれども、それは通常の訴訟当事者と異なり、「とらわれのクライアント」(captive client)である。⁽²⁾

では、こうした関係の下での司法省による連邦の政府機関の訴訟活動は、いかなる観点から行われており、いかなる機能を果たしていると評価しうるのだろうか。そしてまた、その背景にはどのような思考が存在しているのであるか。本章ではこれらの問題に取り組む。

前章では法務総裁を検討対象の中心としてきたところであるが、本章では上記の検討を行う際の対象をシフトさせ、司法省の数ある訴訟活動を担当する部局の中でも、特に訟務長官 (Solicitor General) というポストに焦点を当てることとしたい。本章で述べるように、この訟務長官は政府の訴訟活動のうち主として特に最高裁判所における活動を担っている職であるが、同時に司法省内において、とりわけユニークな性格を有する存在として認識されている。この訟務長官を本稿が対象として取り上げる理由は主として、訟務長官をめぐる次の要素によるものである。まず第一に、現在の制定法による訴訟活動権限の配分が、最高裁判所における活動の場面で最も集中化されていること。第二には、この訟務長官は一八七〇年の司法省創設時に設立されたポストであるが、司法省創設以前の法務総裁が有していた性格を連

統的に有していると考えられること。第三に、この訟務長官が、政府の訴訟活動を担当する政府弁護士の行動様式の典型として議論をされていることである。

この章では、まず上記の理由の背景を今少し詳しく見るために、現在のアメリカ合衆国における訴訟活動権限の配分状況の概略と、訟務長官に関する簡単な紹介を行う（第一節）。その上で、訟務長官が活動を行う具体的な局面における特徴的な行動について検討を行う（第二節）。これを受けて第三節においては、訟務長官の活動における伝統的な行動様式を提示するとともに、そこで実現が期待される「合衆国の利益」が、いかなるものとして理解されているかを検討する。そしてこの行動様式との関係で訟務長官が各機関に関する訴訟についての活動権限を握っている制度図式が果たしうる機能を、特に各政府機関との関係で検討する。

第一節 訴訟活動権限の配分状況と訟務長官

連邦政府の訴訟活動の検討を行うに当たり、本章では司法省内の訟務長官に焦点を当てるが、それは、消極的理由と積極的理由による。まず消極的理由から説明をしたい。これは、司法省の組織とその相互関係が複雑であることと、現在の訴訟活動権限の配分状況に、最高裁判所での訴訟活動については司法省への集中化の傾向がみられること以外には一般的なパターンを見いだすことが困難であるというところにある。

一・司法省の組織

一八七〇年に法務総裁を長として司法省が設立されて以降、その規模や任務の範囲は著しく増大してきた。法務総裁

の当初からの任務である、訴訟活動と意見書提出に加えて、現在においては、目立った活動だけをあげても、麻薬取締、一定の連邦法に関する捜査活動、恩赦に関する活動、強制執行に関する任務など、さまざまな任務を担っている。⁽³⁾

このうち、訴訟活動についてみると、現在では、法務総裁自身が実際に訴訟活動を行うことはまれである。実際の訴訟活動は、一九二八年創設の刑事局 (Criminal Division)、一九三三年創設の民事局 (Civil Division)、一九五七年創設の市民権局 (Civil Rights Division)、一八九〇年創設の反トラスト局 (Antitrust Division)、一九三三年創設の租税局 (Tax Division)、一九〇七年創設の環境及び天然資源局 (Environment and Natural Resource Division) の六局が設置され、それぞれ担当する範囲の事件について活動を行うこととされている。⁽⁵⁾

各省・機関の規制プログラムに関する刑事訴訟以外の活動については、民事局が担当するのが通常であるが、一定の規制領域については他の局が担当することになる。したがって、例えば環境保護庁 (Environmental Protection Agency) や内務省 (Department of Interior) などは、民事局よりも環境及び天然資源局との間により強い関係を有しているとい⁽⁶⁾い、また内国歳入庁は、租税局と密接な関係を有している。

以上のように、連邦政府の訴訟活動は、司法省と各省・機関との関係においても、司法省内の訴訟活動を担当する各局相互の関係においても非常に複雑である。これを包括的に取り上げて扱うことは、筆者にとって現時点では困難であるといわざるを得ない。

二．訴訟活動権限の配分状況

(１) 訴訟活動権限の分散状況

またさらに、連邦政府の訴訟活動に関しては、包括的な取り扱いを困難にするもう一つの実状が存在している。それ

は訴訟活動権限の配分状況が、以下にみるように、極めて複雑なものとなっていることである。

ここまで述べているように、現在の司法省への訴訟活動の集中化には、制定法による例外創設が予定されており、実際上も複数の機関が、司法省から独立して訴訟活動を行うことを認められている。もつとも、こうした制定法上の例外については、一般的な図式が存在しているわけではない。この点につき、デヴィンス (Neal Devins) / ハーツ (Michael Herz) 両教授は以下のように述べる。「確かに、議会は司法省のコントロールの原則に対して様々な例外を創設している。しかしこの例外創設はシステマティックなものではない。わずかなパターンを見いだすことができるのみである。議会は訴訟活動権限を、執行府内の機関よりも独立機関に対して多く付与している。しかし、議会が独立の訴訟活動権限をあらゆる独立機関に与えているわけではなく、独立機関のすべての訴訟にその活動権限を与えているわけではなく、またこうした権限を独立機関に対してだけ与えているわけでもない。この傾向以外には、議会が司法省によるコントロールから離脱させる際の一般的な原則を見いだすことは困難である」⁽⁷⁾。このように両教授は、連邦政府の訴訟活動権限の配分に関しては、わずかな傾向しか認められないとしている。

こうした司法省によらない訴訟活動を規定する例外創設のほとんどは、一九七〇年代に制定されたものであるとされている。⁽⁸⁾ その一つのきっかけとして、前章にみた一九六八年の *Guignon* 判決で第八巡回区控訴裁判所から、議会の制定法による司法省から独立した訴訟活動権限の付与が可能だと宣言されたことが指摘されている。⁽⁹⁾ また同時に、議会による例外創設の動きは、同じく前章でみた、ウォーターゲート事件と、そこから生じた政府の訴訟活動を大統領によるコントロールから分離しようとする試みとしての性格も有する。⁽¹⁰⁾

こうした背景の下に、すでに一九七〇年代のうちに、司法省から独立した訴訟活動権限を規定する制定法は相当の数に及んでいた。一九七七年に上院の政府内問題委員会 (Committee on Governmental Affairs) は、連邦政府の規制活動

を行う各種の組織機構とその問題点に関する調査報告書を公表するが、この報告書では、訴訟活動をめぐる司法省と独立機関との間の関係も取り上げられている。ここにおいて当時の訴訟活動の配分状況は以下のように表現されていた。

「……現在の状況が混乱していることは明らかである。独立委員会の訴訟活動に関する一貫した方針は存在しておらず、各独立委員会は一つのグループとして取り扱われているわけではない。むしろ、こうした機関が有している、司法省から監督を受けることなく訴訟活動を行うことができるという権限は、一般的な制定法に対する例外としてのものであり、現在の法律の状況はこうした例外のごった煮 (hodgepodge) によるものである」⁽¹²⁾。

この記述に示されているように、議会による各機関に対する独立の訴訟活動権限の付与は、各機関に共通して一括的に行われたわけではない。おのおのの機関に特有の事情と、それに応じた議会の個別的な対応によるものである。

(2) 最高裁判所における訴訟活動権限の集中

上記のように、アメリカ合衆国の訴訟活動権限は全体的に見ると、相当程度は政府機関に対しても配分されている状況にある。こうした中でも、司法省に最も権限が集中しているのが、最高裁判所における訴訟活動の場面である。⁽¹³⁾ 以下若干の例をあげて見てみることにしよう。⁽¹⁴⁾

例えば、連邦エネルギー規制委員会 (Federal Energy Regulatory Commission) は、独立の訴訟活動権限を付与されているけれども、それは、控訴裁判所レベルまでに限定されている。⁽¹⁵⁾ このことは、証券取引委員会 (Security and Exchange Commission : SEC) や平等雇用機会委員会 (Equal Employment Opportunity Commission) でも同様である。⁽¹⁶⁾ また、最高裁判所における訴訟活動の権限が認められている機関についても、それが無限定で許容されているという

わけではなく、一定の司法省の関与が認められている場合が多い。⁽¹⁷⁾例えば、FTCについては、下級裁判所においては独立の訴訟活動を行うことができる一方で、最高裁判所に關しては、FTCは、下級裁判所の判決後一〇日以内に訟務長官にFTC自身が最高裁判所で訴訟活動を行うことを承認するよう求めることができ、訟務長官がその求めを受けてから六〇日以内に承認した場合のほか、訟務長官がFTCの見解を支持することを拒絶した場合や、六〇日以内に回答を示さない場合には、FTC自身が最高裁判所において訴訟活動を行うことが可能とされている。⁽¹⁸⁾

このように最高裁判所の局面は、「今なお法務総裁と訟務長官の最も強力な支配領域である」といえる。この背景には、最高裁判所においては、政府機関の訴訟活動が集中化されているべきであるとする一定の思考が存在しているものとも考えられる。報告書では当時の状況を前提としつつ、「法務総裁と訟務長官は、最高裁判所における事件につき、「コントロールと主張活動」を継続していくべきである」と記述されている。⁽²⁰⁾

したがって、司法省の訴訟活動への関与の背景にある思考に接近する際に、この訟務長官が検討対象として好適であると思われる。それはまず第一に、司法省と各機関との関係で「一定の」共通的な事項として論述を行うことが許されるものと考えられ、第二に、訴訟活動の司法省への集中化が志向されている背景の観念に接近する上で、最適であると考えられるからである。

ただし、デヴィンス教授は、この最高裁判所の訴訟活動の局面における訟務長官による寡占的管轄の状況を踏まえてもなお、「司法省によるコントロールの範囲について、また特に訟務長官のコントロールの範囲についても、一般化には不向き (ill-suited) である」と指摘している。⁽²¹⁾したがって、本稿においてこの訟務長官を対象とするとしても、司法省の訴訟活動の検討としてはなお不十分なものであるといわざるを得ない。ここにおける訟務長官は、せいぜい、司法省内の諸ポストの中で検討対象としての意義が、相対的に最も大きいという程度のものだと認めねばならない。⁽²³⁾

三．訟務長官の位置づけと権限

（１）訴訟活動への特化

以上見てきた事情は、本稿で訟務長官を扱うことについての、いわば消極的な理由を構成する背景であった。しかし、訟務長官を扱うことについては一定の積極的な意義も存在するものと考ええる。それは、この訟務長官という職が、法務総裁が行ってきた政府の訴訟活動の任務を受け継いだ存在だと考えられ、したがって、アメリカ合衆国における政府の訴訟対応のあり方を体现している存在だと思われるからである。

訟務長官は、一八七〇年の司法省創設時に設置されたポストである。この訟務長官の創設時における任務は、司法省設置法において次のように規定されていた。

「司法省に、訟務長官と称する、法務総裁の任務の遂行を補助する、法的見識を備えた職員を置く。訟務長官は、法務総裁が欠けている場合、または法務総裁が不在もしくは無能力（disability）の場合に、法務総裁のあらゆる任務を行使する権能を有する。また司法省に、二名の法務総裁次官補（Assistants of the Attorney General）と称する、法的見識を備えた従前の職を残すものとする。その任務は、法務総裁と訟務長官の法律上の任務の遂行を補助することとする」（第二条）

「法務総裁は、必要と考える場合には、請求裁判所（court of claims）における合衆国の利益に関わる（interested）あらゆる事件について、訟務長官に主張活動を行うよう命じることができる。請求裁判所から合衆国最高裁判所に上訴があった場合には、合衆国の利益に関わる他の事件と同様に、法務総裁と訟務長官が最高裁判所における訴訟の遂行と主張活動の任務を負うものとする。法務総裁は、合衆国の利益に係る（in the interest of the United

States」と考える場合には、政府の利益に関わるすべての合衆国の裁判所におけるあらゆる事件の訴訟遂行と主張活動を行い、また訟務長官その他の司法省職員に対してそれを命じることができる。法務総裁は、すべての州裁判所及び合衆国区裁判所に継続している事件についての合衆国の利益に配慮する (attend to) ため、または、あらゆる合衆国の利益に配慮するために、訟務長官その他の司法省職員を、すべての州裁判所及び合衆国内の裁判区に派遣することができる。……」(第五条)⁽²⁴⁾

以上の条文からは、当初の訟務長官は、当時の法務総裁が行っていた政府の訴訟活動につき補助する任務を与えられていたといえる。しかし、第二条に示されている通り、その活動分野は必ずしも訴訟活動に限定されてはいない。いわば、司法省内における法務総裁の「首席補佐官」としての位置づけであった。⁽²⁵⁾

しかし、司法省の組織の拡張と任務の増大にしたがって、訟務長官の「首席補佐官」としての性格は次第に薄れ、訴訟活動の責務に純化していくこととなる。⁽²⁶⁾ まず、一九三三年には、法務総裁の意見書作成の補助の職務から解放されることとなる。さらに、一九五三年に司法省内に、省内の管理的事務について法務総裁を補助する法務総裁次官 (Deputy Attorney General) が創設されることにより、訟務長官は省内の行政的な事務の多くから解放されることとなる。⁽²⁷⁾ そして、一九七七年の法務総裁副次官 (Associate Attorney General) の創設により、省内の管理的任務のほとんどから解放され、本稿で追って見るような最高裁判所に関する職務にほぼ限定的に従事することとなった。⁽²⁸⁾⁽²⁹⁾

上記の過程からは、訟務長官は、司法省内において法務総裁の任務のうち訴訟活動に関する事務を受け継ぎ、それに特化した任務を現在有しているものだと考えることができると思われる。この法務総裁との連続性を端的に示すものと考えられるのが、訟務長官に任命される者に条文中要求されている事項がある。上記の司法省設置法第二条にあるよう

に、訟務長官として任命される者は、「法の見識を備えた (learned in the law)」者である。この要求は、一八七九年の裁判所法における法務総裁に対するものと同様である。しかし、この司法省設置法においては、法務総裁に対してはもはや、「法の見識を備えた」という要求は条文上はみられなくなっている。議会の意図は不明であるけれども、現在のところ政府内で、「法の見識を備えた」者であることを制定法上要求されているのは、訟務長官だけである。⁽³⁰⁾

訟務長官は、上院の助言と承認により大統領が任命する職員である。⁽³¹⁾ これまでの歴任者としては、アメリカ合衆国における高名な弁護士や法学者が着任することが多い。⁽³²⁾ また訟務長官の下には、訟務長官事務室 (Office of Solicitor General) が置かれており、ここに複数人のスタッフが配置されている。訟務長官事務室のスタッフ数は少なく、通例は二〇人前後のようであり、したがって、司法省全体からみると、極めて小規模な組織であるといえる。

(2) 訟務長官の活動権限

訟務長官の活動を検討するに当たり、まずは現在の訟務長官の権限を、制定法及び規則の条文から確認しておこう。訟務長官の活動に係る一般的な権限は、次の制定法の条文に示されている。

「法務総裁が特に指定する事件を除き、法務総裁と訟務長官は、合衆国の利益に関わる (interested)、連邦請求裁判所、連邦巡回区控訴裁判所、国際通商裁判所における訴訟の遂行、弁論を行い、最高裁判所における上訴と訴訟の遂行、弁論を行うものとする」⁽³⁴⁾

「合衆国の裁判所における、合衆国の利益に関わるすべての事件につき、法務総裁が合衆国の利益に沿うと認めるときは、自ら訴訟の遂行もしくは弁論を行い、または訟務長官もしくは他の司法省内の職員にこれを命じることができ」⁽³⁵⁾」。

この条文上は訟務長官は、法務総裁と訴訟活動権限を共有することとなっているけれども、法務総裁が、裁判所において実際に書面提出や口頭弁論などの訴訟活動を行うことは極めてまれなことであるという。³⁶⁾

そして訟務長官は、実際上は最高裁判所における活動を行うことを任務とする。

「下記の事項に関しては、関係する機関または職員と協議の上、訟務長官に割り当てられ (assigned to)、訟務長官により遂行 (conducted)、取り扱い (handled)、監督 (supervised) がなされるものとする。

(a) 上訴、サーシオレイライの申立てまたは反論、書面提出または口頭弁論もしくは〇・一六三条による和解を含むあらゆる最高裁判所における事件の遂行または代理人の指定 (assigning) もしくは監督活動

……

(c) 政府によるアミカス書面 (amicus brief) を提出するか否かの決定または上訴裁判所における政府の参加 (intervene) を行うか否かの決定すること³⁷⁾

……」

本稿では、この訟務長官の最高裁判所における活動を取り上げる。このうち、下級裁判所において、政府側が敗訴している場面について (サーシオレイライの申立ての局面) と、政府側が勝訴しており、相手方当事者が上告してきた場合における場面における訟務長官の特徴的な活動を取り上げ、これに加えて、アミカスキュリエとして訟務長官が活動を行う場面についてを検討することにしよう。

本章で、訟務長官の活動を検討するに当たり、まず、この訟務長官が極めてユニークな存在として把握されているこ

とを見ておくことにしよう。一九七七年に、司法省の法律顧問室（Office of Legal Counsel）は、訟務長官の存在とその活動について、以下のような意見書を作成している。

「……伝統的に、法務総裁は訟務長官に対して最高裁判所において政府の見解を示すことについての第一次的な責任を与えてきた。そして、この役割の実行のために、訟務長官は非常に高い独立性を享受してきた」⁽³⁹⁾

「訟務長官は二つの種類の独立性を享受してきた……。第一には、訟務長官の司法省内部における独立性である。司法省内のすべての職員の中で最高裁判所での事件において政府の立場を決定する任務を負うのは訟務長官である。各局（division）の職員の見解は訟務長官を拘束することではなく、また、法務総裁も訟務長官の見解を妨害することがないようにしてきた」⁽⁴⁰⁾。

「第二には、訟務長官は執行府全体の中での独立性を享受している。訟務長官はその「クライアント」の見解に拘束されない。訟務長官は、クライアントが過誤をおかしていると考えた場合には、その過誤を自白することができる。訟務長官はクライアントの作成した書面を書き直すことができる。訟務長官はクライアントの最高裁判所へのサーシオレイライの申立ての要求を拒絶することができる。そのクライアントが独立の訴訟活動権限を有しているためクライアント自身が最高裁判所において弁論を行ったとしても、訟務長官は（全体的にも部分的にも）反対をすることができ」⁽⁴¹⁾。

この意見書では訟務長官を、政府機関を「クライアント」とした最高裁判所において活動を行う弁護士として把握している。したがって意見書も、訟務長官と政府機関の関係を、本章の冒頭で示したような弁護士―クライアントの関係

でとらえていることになる。

政府機関は最高裁判所においては、当然、事件における勝訴を望むのが通常であろう。しかし、この意見書においては、クライアントたる政府機関の見解に反対して活動を行うことが強調されている。したがって訟務長官は、必ずしも「クライアント」たる政府機関の勝訴を目指す存在としては観念されていない。むしろここにおいて訟務長官は、事件に関わる政府機関の主張を抑制する存在として観念されている。この点では、訟務長官と政府機関との関係は、通常の弁護士―クライアントの関係との間で、すでに述べたような「とらわれのクライアント」であるという点のみならず、訟務長官という弁護士が必ずしもクライアントの意図に沿う行動をとるわけではないという点でも異なっているといえる。この点を意識しながら、訟務長官の活動場面に關する検討を行うこととしよう。

第二節 最高裁判所での訟務長官の活動

第一款 サーシオレイライの申立て

一．サーシオレイライ

政府機関の見解が下級裁判所で受け入れられなかった場合には、その機関が最高裁判所に上訴を行って判断を得ようと望むことが起こりうる。先に見た条文の通り、この上訴の申立てを行うか否かの決定は、行政機関に制定法上の授權がなされていない限りは、訟務長官によって行われることとされている。

現在のところ最高裁判所に対する上告は、ほとんどの場合に、裁量的に受理、不受理が決定される。このサーシオレ

イライと呼ばれる上訴においては、最高裁判所裁判官の九人のうち四人が賛成すれば、サーシオレイライの申立てを受理するという慣例になっている。⁽¹²⁾サーシオレイライの可否を決定する法定の基準は存在していないが、最高裁判所規則 (Supreme Court Rules) 一〇条では、以下のような規定が存在している。

第一〇条 サーシオレイライの審査に係る考慮事項

サーシオレイライの審査は権利的事項ではなく、司法裁量事項である。サーシオレイライの申立ては、やむにやまれぬ (compelling) 理由がある場合にのみ許可される。以下の事項は、最高裁判所が理由があると考慮する性質を示したものであるが、拘束的なものではなく、かつ完全な基準となるものでもない

(a) 同一の重要事項につき、合衆国控訴裁判所が他の合衆国控訴裁判所と矛盾する判決を行った場合、合衆国控訴裁判所が重要な連邦上の問題 (federal question) について州の上告裁判所の判決と矛盾する判断を下した場合、あるいは合衆国控訴裁判所が一般的に認められた (accepted) 通常の司法手続から乖離した場合または下級裁判所によるこうした乖離が是認された場合で、最高裁判所の監督権能の行使が必要とされる場合

(b) 重要な連邦事項につき、州の上告裁判所が他州の上告裁判所や合衆国控訴裁判所の判決と矛盾する判断を行った場合

(c) 州の裁判所もしくは合衆国控訴裁判所が、最高裁判所が解決しておらずその判断が望まれる (should) 連邦法の重要事項につき判断を行った場合または、重要な連邦事項について最高裁判所の関連する判決に矛盾する判断を行った場合

サーシオレイライの申立ては、事実認定の誤りや厳格に規定された (properly stated) 法の支配の適用の誤りが

主張されている場合にはめったに許可されない。⁽⁴³⁾

この最高裁判所の裁量による運用がなされるサーシオレイライの制度において、訟務長官は高い上告被受理率を誇っている。シュナッパー (Eric Schnapper) の調査によると、一九五二年から八五年までの期間において、⁽⁴⁴⁾ 訟務長官は、各年平均で約四〇件の申立てを行い、平均約七五%のサーシオレイライの申立ての被受理率を示している。⁽⁴⁵⁾ これに対して、通常の当事者の平均被受理率は、五%未満であるといい、したがって、飛び抜けた数字であるといえる。

二・訟務長官による申立ての自制とその基準

(1) 申立ての自制

では、この高い被受理率の要因としては、いかなるところが考えられるであろうか。この点について、第三四代訟務長官グリスヴォルド (Ervin N. Griswold) は以下のように述べている。

「高いサーシオレイライの被受理率の数値は、訟務長官の最高裁判所における高い腕前を示すものではない。むしろこの数値は、控訴裁判所における政府敗訴の判決から、一般的な重要性を有しないものを、場合によってはいかに誤ったものであったとしても、間引きする (pruning) という方針が成功していることを示している」。⁽⁴⁶⁾

グリスヴォルドは、訟務長官がサーシオレイライの申立てを行う事件を選択していることを述べる。こうした選択は、何もグリスヴォルドに限ったことではない。例えば、一九五九年において、訟務長官は最高裁判所に対して三二件のサー

シオレイライの申立てを行っており、うち二四件が認められているが、訟務長官事務室のスタッフを務めていたスターン（Robert L. Stern）⁽⁴⁷⁾によれば、同年には訟務長官に対して、各省・機関から申立てを行うことを求める要求が五二〇件もあったという。したがって、実際に最高裁判所に対して申し立てられた三二件は、政府内で要求されたもののうちわずか六％にすぎないことになる。さらに第三七代訟務長官のリー（Rex E. Lee）は、訟務長官の行うサーシオレイライの申立ては、「その約六倍から七倍の申立てをするようにとの推薦の中から選別したものである。……申立てがなされるのは、三〇〇から三五〇の推薦のスクリーニングの結果であり、全事件の約六分の一について申立てがなされていることになる」と述べている。⁽⁴⁸⁾⁽⁴⁹⁾

このように訟務長官は、その在任者にかかわらず、サーシオレイライの申立てに際しては事件の選別を行っている。こうした訟務長官が最高裁判所の「門番」となっていることは一般に広く認知されている。⁽⁵⁰⁾⁽⁵¹⁾

（２）最高裁判所の基準の内部化

さて、上記の訟務長官が「門番」としての役割を果たすことは、政府が下級裁判所で敗訴している事件をスクリーニングすることによってなされる。では、ここにおいて訟務長官は、どのような基準でスクリーニングを行うのであろうか。第三六代訟務長官のマクリー（Wade H. McCree, Jr.）は以下のように述べる。

「事件は通常、それが政府にとって実質的な重要性を有しており、かつ、政府の法的立場が合理的な基礎を有している場合に上訴される。しかし、事件が最高裁判所自身の適用する、例外的な重要性という、より厳格な基準を満たしていない場合には、訟務長官は最高裁判所に対してサーシオレイライの申立てを行わない」。⁽⁵²⁾

このマクリーの言説からは、訟務長官が最高裁判所と同じ基準によって、事件のスクリーニングを行っていることがうかがわれる。これを確かめるべく、さらにマクリーの言説を検討することにしよう。マクリーはこの最高裁判所自身の基準を満たさない場合に申立てを行わないことについて、上記の引用部分の直後で、次のように述べる。

「このことは、通例では次のことを意味する。それは、訟務長官は、各巡回区間の対立を含む事件や、実質的で今後も継続する法執行の重要性に関する、憲法上、制定法上の争点を含む事件を探しているということである。これに加えて、訟務長官は、最高裁判所における正式のヒアリング (plenary hearing) において法的问题をテストするための事実に関する記録 (factual record) や手続の状況 (procedural posture) が適切であるかどうかを決定するよう調査する」⁽⁵³⁾。

ここでは、巡回区間の対立、重要な争点を含む事件であるか否かの調査と、当該事件について最高裁判所が判例を示すのに適切な事件であるかどうかを調査することが語られている。

さらに、第三二代訟務長官のボックス (Archibald Cox) もまた、サーシオレイライの申立ての際の態度として、通常の弁護士との違いを強調しつつ、次のように述べる。

「われわれ『訟務長官事務室』は、最高裁判所の規則として公表されているサーシオレイライの申立ての慣習的な基準を、より厳格に適用している。それは例えば、実際に巡回区間の矛盾が生じているかどうかを決定するということである。

……通常の弁護士が関心を有することが乏しいもう一つの要素は、タイミングの問題である。この事件（*this*）は、この争点（*this question*）を最高裁判所が取り上げるのに機が熟しているであろうか？あるいは、最高裁判所にとっては数年間延期した方がいい争点なのであるか？……法はこのような観点の下に変容していく」⁽⁵⁴⁾。

スターンもまた以下のように述べている。

「訟務長官は、サーシオレイライの申立てを行うか否かを決定する際に、最高裁判所が規則などによってしばしば宣言する事項に配慮する。それは、控訴裁判所の間で矛盾が生じている場合や、事件が一般的な重要性を有している場合や、あるいは下級裁判所の判示にひどい（*gross*）誤りが存在している場合や、あるいはこれらの要素が混在している場合にのみ最高裁判所は上告を認めるということである。訟務長官事務室は最高裁判所の基準を適用しようとして試みている」⁽⁵⁵⁾。

以上のように、訟務長官はサーシオレイライの申立てに際して、最高裁判所と同様の事項を考慮しているといえる。⁽⁵⁶⁾ 訟務長官は、通常の弁護士が上告を求める場合と異なり、最高裁判所の立場に立った上で、サーシオレイライの申立てを行うべき事件の決定を行い、各機関の最高裁判所における審査の要求、ひいては最高裁判所における勝訴の要求は、この訟務長官の立場の下に抑制されることになる。このように、訟務長官は最高裁判所自身のサーシオレイライの判断基準を「内部化」しているといわれる。⁽⁵⁷⁾

そしてこのことが、訟務長官のサーシオレイライの被受理率の高さにつながっていると考えられている。コックスは、

一九七三年の議会公聴会において、以下のように証言している。

「最高裁判所における、訟務長官による事件の注意深いスクリーニングには、最高裁判所に審査が求められるべきではない事件が提示されることを妨げるよう審査を行うことが求められている。この訟務長官による注意深い審査の効果と安定性は、最高裁判所がたったの七から一〇%の事件に対してしか上告を認めていないのに、政府の事件については六〇から七〇%の上告を許容しているという事実⁽⁵⁸⁾に示されている」。

先に見た訟務長官のサーシオレイライの被受理率の高さは、訟務長官が最高裁判所と同じ事項を考慮し、最高裁判所の上告に係る基準を遵守して上告すべき事件の選別を行っていることによるものだと見える。

三・最高裁判所に対する寄与への期待

では、こうした訟務長官が上告すべき事件の選別を行う背景にある思考はどのようなものか。これをまずは、訟務長官自身の言説から探ることにしよう。第二二代訟務長官のサッチャー(Thomas H. Thacher)は、こうした事件の選別を行う背景に、訟務長官が有する最高裁判所に対する責務が存在することを述べる。

「この「最高裁判所への上訴に係る」任務は、最高裁判所への特別の責任を負ってなされる。それは、最高裁判所が審査するに値する事件のみが上告されてきているかどうかを見ることで、最高裁判所自身の莫大な負担を取り除くというものである。……政府が敗訴した事件のうち約五分の一しか上訴されないという事実⁽⁵⁹⁾は、裁判所が政府に

よる軽率な上訴により負担を負ってはいないことを示しているといえるであろう⁽⁵⁹⁾。

このサッチャーの言説からは、訟務長官の役割として、サーシオレイライの申立てを行う事件数を制限することで最高裁判所の負担を軽減し、これによって最高裁判所に対する一定の寄与を果たすべきとする自己認識がうかがえる。同様の認識はマクリーもまた示している。

「敗訴している政府機関や省は、当該事件を、最上級の緊急事態として見る傾向がある。しかし、第一線の門番（first-line gatekeeper）として最高裁判所に仕え、下級裁判所の法的な誤りを口先達者に（plausible）主張する多くの政府職員に対して「ノー」と言うことは、訟務長官の任務である。訟務長官の最高裁判所に対する任務と、最高裁判所に対して事件が「上訴するに値する」ということを助言する際の信頼を維持する必要性は、こうしたサーシオレイライの申立てを求める多くの要求を拒絶することを必要とする⁽⁶⁰⁾」。

サッチャーとマクリーが述べているところで何よりも特徴的なのは、訟務長官が「クライアント」たる政府機関のために活動を行うというよりも、むしろ逆に、上訴の意向を制限する役割が強調されているところである。そしてここでは、訟務長官が政府機関ではなく、最高裁判所のために「門番」として活動するという役割像が語られている。このように、サッチャーとマクリーの自己認識に示された最高裁判所にとっての「門番」としての役割像は、この二人に特有のものではない。訟務長官の活動の観察者からも述べられていることである⁽⁶¹⁾。

では、上記のようなサーシオレイライの場面における訟務長官の活動に対し、最高裁判所の側は、どのような把握を

してきたのであろうか。スターンは、訟務長官にあらゆる政府訴訟におけるスクリーニングを行うことと、争点が真に本案に関するもので、この国の最上級の裁判所で審査を受ける正当な理由のある限定的な事件についてのみ上訴の申立てを行うことを、最高裁判所は期待しているとする。そして、「訟務長官は、自己のことを、——そして最高裁判所にとつての訟務長官も同様であるが、——執行府の職員であるのみならず、最高裁判所の職員 (an officer of the Court) ⁽²²⁾ であるとしているので、訟務長官は、事件が上訴に値するか否かについて、非常に注意を払っている」ともいう。

スターンが述べるとおり、最高裁判所は、訟務長官の事件選別による負担軽減の役割に期待を示してきた。例えば、一九七一年に議会がSECに独立の訴訟活動権限を付与するという動きを見せた際に、モス議員から最高裁判所に対して、もしもSECに対して訟務長官事務室から独立して最高裁判所において訴訟の遂行を行う権限を付与した場合にいかなる効果が発生するかについて見解を問う書簡を送っていたところ、最高裁判所裁判官会議 (Conference of the Justices) の代表として当時のバーガー最高裁判所主席裁判官は、以下のような回答を送っていた。

「執行府及び独立機関で生じる最高裁判所の管轄する事件に関して、訟務長官の権限を弱めるのは不賢明である。これは裁判官の全員一致の見解である。もしも訟務長官の同意なくして問題が最高裁判所に持ち込まれることが可能になった場合には最高裁判所の労力が増大することはほぼ確実である。おそらくより重要なことに、訟務長官は最高裁判所に持ち込まれる事件につき、公的な利益に関する長期的な視点から選択を行うという、高度に重要な役割を果たしている」⁽⁶³⁾。

また、かつて فران克福ォータ裁判官も、ある事件での同意意見において、以下のように述べていた。

「多様な合衆国の行政機関は、自己の領域限定的な視野に立った上で、自己に不利益な判決をみる傾向があり、またしばしば、行政機関の活動を阻害する下級裁判決について、最高裁判所の審査を得ようと過度に熱心になる。しかし訟務長官には、いかなる場合に上告を求めるべきかを決定する際の適正な視座を有していることが求められる。したがって、行政機関の主張が本案の判断に無関係であったり、最高裁判所の審査を求めるべきでない場合には、訟務長官は、⁽⁶⁴⁾訟務長官事務室の職員が認識しているように、行政機関からの審査を求める強制を拒絶する特別の責任を負っている」。

さらに、一九八七年の *United States v. Providence Journal Co.* 判決⁽⁶⁵⁾においても、最高裁判所からの訟務長官が果たす役割に対する期待が示されている。事案はやや特殊であるが、裁判所が法定侮辱罪の訴追に関して独自の法務官により訴追を行い、最高裁判所に対して、訟務長官の手によらずに独自にサーシオレイライの申立てを行った事件である。ブラックマン裁判官執筆の法廷意見においては、本稿でも引用する訟務長官（マクリー、グリスヴォールド）の論説と、上記のフランクファーター裁判官の言を引用しつつ、以下のように訟務長官の役割について言及する。まず、「実際上も当裁判所は、政府が控訴裁判所で敗訴している事件のほとんどにおいて、訟務長官によるこうした「サーシオレイライの申し立てを行うか否かに関する」独立の判断と、当裁判所の審査を求めることの許可を拒絶するという権限行使に依存（relies on）している」とする。⁽⁶⁶⁾その上で、最高裁判所における訴訟活動の権限を訟務長官に集中化させる制定法の規定である、合衆国法典二八編五一八条（a）の意義を以下のように述べる。

「当裁判所の訴訟が法務総裁と訟務長官に留保されていることの理由は、合衆国が通常は当裁判所において、単一

の声によって示されるべきであり、そしてこの単一の声が、特定機関の狭量な利益ではなく、政府の共通の利益、したがってあらゆる人民の利益を反映したものであるべきだという関心である。もしも、サーシオレイライを求めるか否かの決定が集中化されていなかったら、法の発展についての長期的な利益ではなく、あらゆる連邦の訴追官 (prosecutor)、機関、構成体 (instrumentality) による係争中の事件における短期的な必要に基づいて形成される一貫性のない多様な立場が、合衆国の立場とされてしまう。そして当裁判所は、この立場をせきたてるサーシオレイライの申立ての大洪水にあう (deluged) ことになってしまった。⁽⁶⁷⁾⁽⁶⁸⁾

この最高裁判所の見解は、その後のサーシオレイライの申立てに関する判示においても引用されている。一九九六年の *FEC v. NRA Political Victory Fund* 判決は、第一章で触れたとおり、⁽⁶⁹⁾ 議会が *FEC* に対して、司法省から独立した訴訟活動権限を付与したか否かに関して、制定法の解釈が問題となった事件であった。事件では、専ら制定法の解釈から、*FEC* は、訟務長官の許可を得ることなくサーシオレイライの申立てを行うことはできないと判示されたが、ここでは、サーシオレイライの申立ての局面における訟務長官によるコントロールに対する期待が述べられてもいた。レンケスト裁判官による法廷意見では、先の *Providence Journal* 判決を参照した上で、以下のように判示されている。

「[五一八条という] 制定法による権限は、当裁判所における訴訟の遂行を法務総裁に付与するという議会の政策判断を示しており、この権限は、規則と伝統により訟務長官に対して委任されている。……当裁判所はもちろん、こうした運用による寄与を充分に受けている。なぜなら訟務長官事務室は、『最高裁判所の活動に』専門化してきた伝統により、自らがサーシオレイライの申立てを許可するか、それとも拒絶するかという点につき、当裁判所の

活動に調和的に発展してきたからである。しかし、この実務は、個々の政府機関に対してまた寄与をもたらすものである。個々の政府機関は訴訟における政府の利益について、必然的にいっそう狭量な視野しか持たない。訟務長官事務室は、州と連邦の裁判所制度の下での政府が関わる訴訟において、より広範な視野を有している。控訴裁判所における政府に不利な（adverse）判決について審査が求められるべきかどうかは、容易にはカテゴリー化することができないような多くの要素によっている。こうした決定は単一の職員に集権化されている場合に、政府全体としてはうまくいく（fare）傾向がある⁽⁷¹⁾。

このように両判決は、訟務長官が広範な視野から、各政府機関の最高裁判所における審理と勝訴を望んだ要求を抑制することに期待をしている。

また、直接に訟務長官のサーシオレイライに係る権限が争点となった事件ではないが、一九八四年の United States v. Mendoza 判決⁽⁷²⁾でも、最高裁判所は訟務長官が果たす役割に関する判示を行っている。この事件は、フィリピン人が戦時中に合衆国への帰化申請に関して、争点効（collateral estoppel）⁽⁷³⁾が問題となった事件である。申請人のフィリピン人であった Mendoza は、戦時中の一九四〇年国籍法（Nationality Act）に関する運用での、デュープロセス違反を主張した。カリフォルニア北部地区裁判所は、デュープロセス違反という憲法上の問題に触れることなく、Mendoza の請求を認容した。というのは、連邦政府はフィリピン人の帰化に関するデュープロセスに関する争点について、すでに訴訟当事者として判断を受け、上訴をせず確定しているので、再度の訴訟上の主張（re-litigate）を行うことはできないとされたからであった。この判示は、第九巡回区控訴裁判所においても維持された。これに対して合衆国側が上告し、最高裁判所が判断を示したのが、この判決である。レンケスト裁判官による法廷意見（全員一致）では、争点効の法理が合

衆国政府には適用されないことが判示されたが、ここでは、訟務長官が果たしている役割にも言及されている。

判決では、政府が他の私的当事者に比して圧倒的な数の事件で当事者となっていることに加え、公的重要性を帯びた同一の法的争点の問題になるけれども相手方当事者が異なる訴訟に関わることが多いことを指摘する。そして、こうした事件で争点効の法理を政府に適用するならば、争点に関する問題の発展が最初の確定判決によって終了してしまうため、最高裁判所がこれまでとってきた、好適な事件がサーシオレイライの許可を与えるにふさわしい政府からの申立てとして現れるまで待ち続けるという運用も改めることを余儀なくされることを述べる。⁽⁷⁴⁾その上で、訟務長官の役割に関連して、次のような説示を行った。

「訟務長官の、敗訴した判決についていつ上訴を行うかを決定する方針もまた、根本的な変更を求められることになる。控訴裁判所『の原判決』は、政府が『前訴の』判決に上訴を行わず、今になって判決が誤りであったという結論に立つことを非難する。……しかし、自らが勝訴できると信じたら上訴を差し控えることをしない一般的な私的当事者と異なり、訟務長官は、上訴の許可を行う前に様々な要素を考慮する。それは、政府の資源が限定的であることだったり、裁判所に殺到する事件の数だったりする。……争点効の法理を政府に対して適用する場合には、訟務長官のこうした賢慮的な関心を払うことを放棄することを強い、後の審査が妨げられることを回避するために、不利なすべての判決について政府側が上訴を行うことを強制することになってしまう」⁽⁷⁵⁾。

このように判決は、政府に争点効の法理を適用しない理由の前提として、訟務長官がサーシオレイライの申立ての際に自制的に事件の選択を行っていることをあげている。つまり、当該争点について再度争うことができないという結果

が政府に課せられる場合には、訟務長官が自制を行う方針を放棄してしまうということである。

上記の諸判例はいずれも、最高裁判所が訟務長官のことを、サーシオレイライの申立ての場面において、自らに対して、上告に値する事件のみについてサーシオレイライの申立てを行い、そのことにより事件数を調整し、負担を軽減してくれる存在として把握、さらには期待していることを示している。⁽⁷⁶⁾

四．自制を導く要因

（1）各機関の見解抑制の役割認識

ところで、これらの判示においては、訟務長官の役割像とともに、訴訟に関係する政府機関の上訴に係る態度についての言及がみられる。ここでは、いずれも各機関が、短期的な視野に立った上で、当該事件についての勝訴を求める存在であることが語られている。こうした認識は、訟務長官自身も示している。ソベロフは以下のように述べる。

「いかなる主張を最高裁判所において行うかを決定するという訟務長官の任務のうち、時にやっかいな性格のものは、関連する政府機関の取り扱いである。訟務長官の仕事は、関連機関の敗訴した事件についての審査を求める涙ぐましいまでのしつこさを拒否するというものである。敗訴は政府機関の冷静さを奪うもののである。政府機関は直接的な結果に没頭しており、あるいは少なくとも、視野が自己の特定の事務に限定されている。訟務長官は、ある単一機関のプログラムについてだけではなく、合衆国全体の法律事務に関する広範な視座を追い求めなければならない」⁽⁷⁷⁾。

このように訟務長官は各機関とは異なり、広範な視野を有し、この視野をもつて各機関の勝訴に向けた上訴の要求を抑制する存在であるとの自覚が示されている。そして、各機関の手によってではなく、事件について直接の利害関係を有してはいない訟務長官の下に、サーシオレイライの申立てを行う権限が配分されている制度を、各機関の見解を抑制するためのしくみとして捉えている。このしくみの下における、自らの役割の認識が、申立てを行うことの自制要因と見ることができる。

(2) 相手方当事者の迅速な救済

このように、下級裁判所で政府側が敗訴している場合に、訟務長官は最高裁判所の「門番」として、敗訴している事件に関係している政府機関の上訴の要求を拒絶し、最高裁判所の事件数を抑制する役割を果たしている。

もつとも、これは単に最高裁判所に対する補助にとどまるものではない。相手方当事者に対する配慮も働いていることを述べる訟務長官が存在していることには注目すべきであろう。サッチャーは次のように述べている。

「この「サーシオレイライに関する最高裁判所に対する」責任に関しては、政府が審査を要求するべきか否かということのみならず、……サーシオレイライの申立てを行う相手方当事者のことをも想定したものである。……合衆国が判決に対して上訴すべきか否かを決定する際に生じる諸問題においては、いかにして政府の利益が最上に擁護されるかということのみならず、無駄で不必要な上訴によって当事者私人の権利の追求が遅れることがないように考慮することに最大の注意を払うことが要求される」⁽⁷⁸⁾。

(3) 最高裁判所との関係の確保

訟務長官の上記のような活動を要求する制定法や規則上の規定は存在していない。したがって訟務長官は、最高裁判所に対して各機関からの要求のすべてについてサーシオレイライの申立てを行うことも可能ではある。にもかかわらず、こうした活動を訟務長官はとてはいない。それでは、訟務長官に対して法的な要求が存在しないにもかかわらず、裁判所に対する寄与を果たすべく行動することが維持されているのは、いかなる理由によるものなのであろうか。

訟務長官自身の、自己の職務に関する言説を注意深くみてみると、訟務長官と最高裁判所との間の特別な関係を重視しているところがうかがえる。例えば、先にみたマクリーの言説では、訟務長官が最高裁判所に対して事件が上告に値するということを伝達する際の「信頼」を維持する必要性について言及していた。⁽²⁹⁾さらにリーも以下のように述べる。

「訟務長官は、裁量によってこの活動を、最高裁判所との間に築かれた信頼の蓄積を減少させることがないようにセンシティブに行われなければならない。それは、単に政府が勝訴できること (ability) に対してだけではなく、政府の重要な制度そのものに対して向けられなければならない⁽³⁰⁾」。

この最高裁判所が有する訟務長官に対する信頼感について、スターンは以下のように述べる。

「サーシオレイライの申立ての自己抑制は、最高裁判所に政府の申立てに対する信頼を与える。もしも争点が一般的重要性を有しない場合には、訟務長官はそれを重要なものとは主張しないだろうと最高裁判所は認識している。このことは最高裁判所に関わったことがある者はみな信じていることであり、またそれを期待している。そして、訟務長官が最高裁判所自身の上告の基準に固執してくれるとの信頼が、政府のサーシオレイライの申立てをより一層

認めさせている」。⁽⁸¹⁾

スターンが述べているのは、訟務長官のサーシオレイライの申立ての被受理率の高さが、訟務長官が最高裁判所の基準を厳格に適用していることによるだけではなく、最高裁判所が一定の信頼を与えていることによるものだというのである。すなわち、訟務長官は最高裁判所自身の基準を適用していることが想定されており、したがって訟務長官がサーシオレイライの申立てを行ってきた事件は、上告に値する事件であると最高裁判所が推定しているということである。こうした最高裁判所が訟務長官のサーシオレイライの申立てについて信頼を有している場合には、訟務長官がサーシオレイライの申立てを行うこと自体が、最高裁判所に対して当該事件の政府にとつての重要性を伝達することになる。⁽⁸²⁾

訟務長官によるサーシオレイライの申立てが他の私的な当事者に比べて圧倒的な被受理率を誇っているのは、先に見た、グリスヴォルドが述べるような訟務長官による厳格なスクリーニングの結果としてだけでなく、このスクリーニングに対して最高裁判所が信頼を置いていることが組み合わさっていることの結果であると指摘されているわけである。

こうした状況においては、もしも訟務長官がサーシオレイライの申立てについて自制的なスクリーニングを行うことを放棄した場合には、最高裁判所が訟務長官に対して有している信頼が失われることになる。この信頼を失った場合には、訟務長官はこれまでのようなサーシオレイライの受理率を保つことができなくなるので、これを回避するために、訟務長官は、法的な要請がないにもかかわらず、自制的なスクリーニングを行うものとして説明されている。⁽⁸³⁾

(4) 戦略的考慮

またこの最高裁判所の信頼を維持しようという要素に加えて、別個の、いわば戦略的な要因に基づいて、申立てを自制することを示唆する訟務長官の言もある。ソベロフによれば、争点に関する最高裁判所の判断を回避する意図が存在

することをほのめかしている。次のような記述がそれである。

「訟務長官の主要な任務は、裁判所に勝訴をせがまないようにする場合であるかどうかを決定することである。というのは、敗訴するよりも勝訴した方がいっそう悲惨であることが明らかだが時には見られるからである。経験豊かな弁護士はみな、明確な答えを得るよりも不明瞭な点を残しておく方が賢明な場合もあると述べるであろう」。⁽⁸⁴⁾

第二款 過誤の告白

政府側からサーシオレイライの申立てを行う場合とは逆に、下級裁判所で政府側が勝訴しており、それに対して相手方当事者から上訴がなされた場合にも、訟務長官はそこでの訴訟活動を担うこととなる。この場面での訟務長官の活動の中で、最も特徴的な活動であると考えられるのが、「過誤の告白」(confession of error)と呼ばれるものである。この過誤の告白とは、下級裁判所において、政府側が勝訴判決を得ており、それに対して相手方当事者が上告を求めた際に、訟務長官が、政府側が下級裁判所において勝訴したことが妥当でなかったということを、最高裁判所に対して告白してしまうというものである。本款では、この「過誤の告白」に関する検討を行うことにしよう。⁽⁸⁵⁾

一・下級裁判所での政府の勝訴と過誤の告白

この下級裁判所の判決の誤りを認めてしまうという「過誤の告白」は、通例は、刑事事件においてなされるものである。⁽⁸⁶⁾しかしながら、完全に刑事事件に限定的であるというわけではない。非刑事事件でも用いられることがある。⁽⁸⁷⁾

この過誤の自白は、サーシオレイライが申し立てられた局面で、訟務長官から述べられるものであることが多い。しかし、場合によっては、訟務長官が本案の主張において、過誤の自白を行うこともある。⁽⁸⁸⁾ 過誤の自白は、頻繁に行われるものではないといわれているけれども、これまでのところ、訟務長官はこの一〇〇年間で約二五〇回の過誤の自白を行ってきたという。⁽⁸⁹⁾

訟務長官は、過誤の自白を行う際に、同時に最高裁判所に対して、事件の処理についての提案を行う。通例は、略式的に原判決を破棄する (summary reversal) ことを求めることが多い。⁽⁹⁰⁾ もっとも訟務長官は、この他にも、自白とともに示される政府側の新たな主張について下級裁判所で再審理を行うことを求めたりすることもできる。また過誤の自白を行いつつも、主張の結論として、相手方のサーシオレイライの申立てを拒絶するよう求める例もみられるという。⁽⁹¹⁾

過誤の自白があつた場合には、ほとんど常に、最高裁判所は訟務長官の自白に同調する。しかし、過誤の自白があつたとしても、サーシオレイライに関する最高裁判所の裁量等によって、訟務長官の自白に必ずしも拘束されるわけではない。⁽⁹²⁾

過誤の自白がなされた例としてマクリーは、以下をあげている。陪審員選定の方法が明らかに不公正であつた場合 (Leonard v. United States, 378 U.S. 544 (1964))、陪審員に対する説明 (instruction) が明らかに誤りであつた場合 (Chaifetz v. United States, 366 U.S. 209 (1961))、有罪判決が証拠によつて支持されていない場合 (Bates v. United States, 323 U.S. 15 (1944)) や、不法な判決が押しつけられている (impose) 場合 (Grabina v. United States, 369 U.S. 426 (1962))、被告人に対する有罪判決が、最高裁判所の判決と矛盾する法理論を支持するものである場合 (Mariscal v. United States, 409 U.S. 445 (1981)) である。⁽⁹³⁾

二. 背景にある思考

（1）正義の実現と合衆国の利益

それでは、こうした訟務長官による過誤の自白は、いかなる思考の下になされているといえるのであろうか。この過誤の自白について、最高裁判所が言及している事件としてしばしば引用されるのが、*Young v. United States* 判決である。ここにおいては、以下のように判示された。

「法執行を行う政府の職員に依存的な公衆の信託は、以下のことを要求する。すなわち、……法執行を行う職員が黙し続けていることにより正義の誤った実現が引き起こされてしまうかもしれない場合には、職員はただちに過誤の自白を行わなければならない」⁽⁹⁴⁾。

このように、最高裁判所は訟務長官による過誤の自白について、最高裁判所における「正義の誤った実現」、すなわち誤った判決が下されることを回避するという意義があることが述べられる。

とはいえ過誤の自白は、自ら不利な主張を行うことを通常は意味する。これは、勝訴を希求するクライアントの意思には反するものであろうが、こうした訟務長官の特徴的な行動は、いかなる要素に起因するものなのであろうか。

実際に過誤の自白が行われた *Mesarosh v. United States* 事件は、第三一代訟務長官のランキン (J. Lee Rankin) が、政府側証人 マツシー (Joseph D. Mazzei) 氏による証言の信憑性に疑いがあることを理由に、原判決の地方裁判所への差し戻しを求めた事件であった。ウォーレン首席裁判官による法廷意見では、申立てを受けて、原判決を破棄し、地方裁判所で再審理を行わせる判示を行った。この事件に付されたハーラン裁判官による反対意見の中では、ランキンが過誤の自白を行った口頭弁論に関する言及がある。これによれば、ランキンは次のように口頭弁論において述べている。

「私は、こうした種々の状況の下での政府の義務は、特定の被告人の権利を越えるものであると感じている。そして正義が実現するべく試みて、その実現を見届けることは、この最高裁判所の義務であり、この国 (country) の義務であり、われわれの義務である。……われわれに対しては、遅すぎるという批判があるかもしれない。しかし、正義の実現を目指すことに、遅すぎるということは決してないと私は考える。こうした結論「この証言の効力に疑惑があること」に至っている以上は、私が考えるには、われわれはその疑惑が妥当であろうとなかろうと裁判所に來るべきであり、もしもその疑惑がその通りである場合には、誤りの修正を得るよう試みるべきである」⁹⁶。

このランキンの弁論では、上記の Young 判決が述べている最高裁判所における「正義の実現」について、訟務長官が最高裁判所と義務を共有するものであるという認識が示されている。ここでいう正義の実現も、最高裁判所において正しい判決が下されることであろう。コックスもまた、「……私は、明らかに誤っている場合には、過誤の自白を行う運用を続けていくべきであると考えている。……どんな「下級裁判所の」裁判官も、自己の判断が維持されることよりも、最高裁判所で正しく判断が下されることの方が重要であるということには同意するであろう」と述べている。⁽⁹⁷⁾

では、政府の利益を主張する弁護士としての訟務長官の立場は、この敗訴を自ら認めるという過誤の自白との間に、矛盾は生じないのであるか。グリスヴォールドは、訟務長官が最高裁判所において代表する「合衆国の利益」の性質から、矛盾は生じないことを説明する。

「訟務長官のクライアントは常に、合衆国政府またはその職員、機関であるので、私的弁護士の活動で一般的にみられるようなロイヤリティは、簡単には画定できない。ある事件における訟務長官のクライアントを最高裁判所に

おいて適切に代表することは、健全な政府と適切な法の形成と発展に影響を及ぼすあらゆる要素を考慮に入れるという観点に立つ以外には行うことができない。訟務長官が法務総裁の指示の下で、訴訟において「合衆国の利益」に関心を向けるよう規定している制定法は、これまで常に、単なる財産上の（*mere*）利益や、特定の訴訟における勝訴ではなく、政府として、人民としての長期的な合衆国の利益として理解されてきた。時には、政府にとつて有利な判決を擁護することが不可能であると結論づけた場合には、訟務長官は「過誤の自白」を行うことを必要と考える。これを行う訟務長官の権限は、上記の制定法と、一流の訟務長官らにより長きにわたる「訟務長官」事務室で築かれ確立した伝統に由来している⁽⁹⁸⁾。

ここでいう、「合衆国の利益」に関心を向けるよう規定している制定法」とは、訴訟活動について法務総裁と訟務長官に権限を付与する、合衆国法典二八編五一八条のことであろう。グリスヴォールドによれば、「合衆国の利益」としては、単に目前の事件で政府が勝訴することとしては考えられてはいない。むしろ、政府が勝訴することよりも重要な利益として、最高裁判所において誤りのない適正な判決が下されることが想定されている。そしてこの思考の下に、訟務長官が自ら誤りを認めるという運用が導かれるものとしていくわけである。

そして、こうした最高裁判所における適正な裁判の実現に対して寄与するという責任を訟務長官が負っており、この責務の実現のために訟務長官は政府の訴訟活動をコントロールすべきであるという自己認識を、訟務長官やそのスタッフは述べている。例えばコックスは、「政府弁護士はいくぶんか特別の地位に立っている。非良心的とは言えないとしても、支持され得ず、長期的に見ると公共の利益に反する主張を行うことを、政府弁護士が要求されていると真剣に主張する者はいないであろう。……訟務長官が政府の主張が通らない（*no case*）と確信した際の過誤の自白の運用は特

に重要である。……過誤の自白の運用は、訟務長官事務室が最高裁判所に対して責任を負っているというわれわれの信念の強さをテストする⁽⁹⁹⁾と述べている。またスターンも、自己の法的判断に基づき下級審段階までの訴訟の方針を否定し変更することが自己の役割に適うこと、及びそうした活動を行うことについて最高裁判所が訟務長官に信頼を置いていることを以下のように述べている。「訟務長官が、一方当事者の側に立った完全に熱狂的な (enthusiastic) 活動を行うかわりに、過誤の自白を行う理由の一つは、最高裁判所における訟務長官自身と政府の信頼を高く保つためである。より重要な理由は、最高裁判所における合衆国政府の法務職員の長として訟務長官が、法に忠実であることを自己の義務であると考えており、下級裁判所において政府の法務官が主張したやり方とは違っていても、この「過誤の自白という」やり方によらなければ事件は適正には (rightly) 解決されないと考える場合が存在するからである」⁽¹⁰⁰⁾。

(2) 非刑事訴訟の場合

さて、以上のような最高裁判所における正義の実現へ向けた行為としてなされる訟務長官による過誤の自白の運用は、先に述べたとおり、多くの場合、刑事事件において行われるものである。では、わが国における行政事件訴訟に重ね合わせることで、非刑事事件においては、こうした思考はみられないのであろうか。

過誤の自白の運用は、必ずしも数が多いわけではないけれども、非刑事事件においても存在する。あるノートによれば、こうした刑事事件以外に訟務長官が過誤の自白を行った例として、*Richmond Television Corp. v. United States* 事件⁽¹⁰¹⁾、*Crest Finance Co., Inc., v. United States* 事件⁽¹⁰²⁾、*Department of Revenue of Illinois v. United States* 事件⁽¹⁰³⁾があげられている。これらの事件においてはいずれも、租税に関する事件であるが、最高裁判所は、「訟務長官の代理活動にかんがみて」あるいは「訟務長官の護歩にかんがみて」、原判決を破棄し、事件を差し戻すという判断を行っている。このように、過誤の自白を行うという訟務長官の行為様式は、必ずしも刑事事件に限定されているわけではない。

もつとも、こうした過誤の自白を行うことの要求は、やはり刑事事件における場合の方が強いようである。その理由は、刑事事件において訴追を行う検察官については、「正義に仕える者」(minister of justice)としての性格づけがこれまで長きにわたって与えられてきており、特に刑事訴訟における「無辜の救済」と「公正な司法プロセスの促進」を果たさなければならぬものとして考えられてきたからである。⁽¹⁰⁶⁾例えば最高裁判所は、ある刑事事件において、合衆国法務官(旧地区法務官)の刑事訴追に係る任務について次のように述べている。「合衆国法務官は、争訟における通常の当事者の代理人ではない。主権を代理するものである。この主権は統治を行うことを義務とし、また同時にその義務は、ただ単に統治を行うというにとどまらず非党派的に行うことを強制されている。したがって刑事訴追におけるその主権の利益は、事件に勝訴することではなく、正義が実現されるということである。このように合衆国法務官は、法への奉仕者という独特かつ明確な価値(sense)を有している。……誤った有罪判決を生み出すことを意図した不適切な方法を慎むとともに、公正な判決を生み出すために正統な手段のみを用いるということは、合衆国法務官の義務である」⁽¹⁰⁷⁾。

こうした「主権の利益は、事件に勝訴することではなく、正義が実現すること」といった判示が刑事事件で示されている一方、非刑事事件における政府の弁護士については、こうした任務の存在を明言する判示は見られないようである。また概して、クライアントの利益に寄与するという通常の弁護士と同様の職務が意識されることから、刑事事件におけるほど強くは、過誤の自白を行うことを要求する議論はなされていないようである。⁽¹⁰⁸⁾

しかしながら、アメリカ法曹協会(American Bar Association)の「倫理考察」(Ethical Consideration)においては、刑事訴訟のみならず民事訴訟においても、政府の弁護士は「正義の追求」を行うべきであることが規定されている。

「訴訟に係る裁量的権限を有する政府弁護士は、明らかに不正な (unfair) な訴訟を遂行、継続することを自制するものとする (should)。政府弁護士は、自己に提示された紛争に主張すべき実体がないと考えた場合には、上級職員に助言をし、不正な訴訟を回避するよう提案するものとする。政府弁護士は、民事訴訟あるいは行政手続において、正義を追求 (seek justice) し、完全に公正な正式記録が作成されるべき責任を有し、自己の立場や政府の経済的能力を用いて、当事者を操作し (manipulates) または、不正な和解や結論を導いてはならない (should not)。⁽¹⁰⁸⁾」

このように、非刑事事件においても、政府の弁護士は、刑事訴訟の場合と同じように正義の実現に向けた、公正な裁判の実現に向けた行為をとるべきことが示されている。ここでは、過誤の告白を行うべきとする要求まではみられないが、根底にある思考は、刑事事件において背景に存在する思考と同様であるといえよう。⁽¹⁰⁹⁾ 最高裁判所レベルでの訟務長官による過誤の告白の運用で、刑事事件においてなされる場合が大多数であることは、こうした過誤の告白を行う訟務長官に対する期待の程度の強弱によるものであり、過誤の告白の基本にある思考は非刑事訴訟にも通底しているといつて差し支えないだろう。

三. 過誤の告白の問題点

しかし、この過誤の告白については問題点も指摘されている。この中で特に注目すべきものと思われるのが、訟務長官による過誤の告白が、純粹に正義の実現に向けられているわけではなく戦略的ななされている可能性があるのではないかという疑念である。

これまでの訟務長官は、こうした戦略的な動機を表明したことはない。したがって、過誤の告白がなされている事件

において、それを戦略的な動機に基づくものと確定することは極めて困難である。しかし、この戦略的な動機に基づく過誤の告白がなされていることをうかがわせる言説もある。かつて訟務長官であり、退任後に第四巡回区控訴裁判所の首席裁判官となったソベロフが、「私が訟務長官であったときには……過誤の告白は、訟務長官事務局にとって最も高貴 (noblest) な役割と考えていた。控訴裁判所裁判官となった今となつては、私は、これが他面において、弁護士が行うことのできる最も陳腐で卑劣な (trick) ものであると知っている」⁽¹¹⁾ という発言をしたことが紹介されている。

このソベロフの発言は、訟務長官の行う過誤の告白の運用に対して、控訴裁判所の裁判官らが不満を有している例としてあげられることが多い。だがこれに加えて、上記のような正義の実現という観点から逸脱した意図で過誤の告白がなされているというソベロフによる観察を読み取ることも可能かもしれない。もちろん、この発言からそうした過誤の告白が実際になされているということを断定することはできないけれども、少なくともこのソベロフの発言のように、過誤の告白を、正義の実現とは異なる観点で行うこと自体は可能だということとは確かである。

事実、訟務長官により過誤の告白がなされた事件で、最高裁判所の裁判官が、その意図について疑念の目を向けることもある。その例としてあげられるのが、*Petite v. United States* 判決である。⁽¹²⁾ この事件は、司法省の訴追基準 (州と連邦の二重訴追の問題を回避するための法務総裁によるメモランダム) 違反に関する告白を訟務長官が行ったという事件である。パーキュリアムによる判決では、訟務長官による過誤の告白を受けて、原判決を破棄し起訴の取り下げ (dismiss indictment) が言い渡された。⁽¹³⁾ しかしこの事件について注目すべきは、ウォーレン裁判官の同意意見である。

「ここではまず、『当裁判所における訴訟の遂行の権限を制定法上有する訟務長官は、……正義への関心から (in the interests of justice)、『当裁判所に判決の破棄と起訴の取り下げを要求してきた』ことを述べる。その上で、『この国の法律解釈を決定し、その司法府における適用を監督するという当裁判所の責任から、当裁判所の本案に関する事件処理が

必要とされる状況もありうる。例えば、……原判決破棄差し戻しの申立てが判定 (judication) を回避するための手段であることが明白な場合においては、当裁判所が申立てを認めてしまふならば、それは当裁判所の任務の懈怠である⁽¹⁵⁾と私は考える」とした。最終的には、「しかし、本件はそうした事件ではない。……よこしまな目的 (devious purpose) を政府は抱いてはいない……」⁽¹⁶⁾ことをもって申立てを認めているが、申立ての背景に最高裁判所の判断を回避するという、上記に述べたような「正義の実現」とは異なる「よこしまな」意図により過誤の自白がなされる可能性を意識したものととなっている。このように、裁判官の側も、訟務長官による過誤の自白の運用に対する警戒の目を有しているということができる。

また、これとともに第二の問題として、過誤の自白がなされた際の最高裁判所による自白への対応に向けた批判が示されることもある。すでに訟務長官ランキンによる書面について参照している、Mearosh 判決は、政府側証人マツツイ (Joseph D. Mazzei) による証言の信憑性に疑いがあることが問題となり、ウォーレン首席裁判官による法廷意見で、判決を破棄し地方裁判所で新たな事実審を行う判示がなされた事件であったが、この事件で訟務長官ランキンは、地方裁判所での証言の信頼性の判定を申し立てはしたが、新たな事実審を行うことは明示的には要求していなかったようである。そこで、この判決ではハーラン裁判官による次のような反対意見 (フランクファーター裁判官、バートン裁判官がこれに同調) が記された。「当裁判所は、結果的には、あたかも訟務長官がマツツイの事実審における証言に信頼がおけない (untrustworthiness) ことを認めたものとして事件を扱った。われわれにとつては、これは訟務長官の立場を誤解していることを示しているように思われる。マツツイの事実審における証言に関していえば、訟務長官の主張は、——その率直さと公正さについては誰も異論をはさむ者はおらず、こうした状況における訟務長官の行為は当裁判所からもこれまで賞賛されてきたところであるけれども——証言が真実ではない (untruthful) かもしれないという

点で、未だ証言を十分な基礎を有するものとしては政府は考えていない、ということの意味するものである。……要するにわれわれの考えは、本件の状況では完全な調査が必要だという点しか訟務長官は認めていないのは明白だ、ということである」¹⁸⁾。

この意見では、訟務長官の過誤の自白を行うことについては、肯定的ないし歓迎する評価をしており、批判の目が訟務長官に向けられているわけではない。むしろ多数意見に対して、第一に、訟務長官によってなされた証言の信頼性に対する疑問という過誤の自白の内容について十分な吟味を行っておらず、また第二に、訟務長官が必ずしも明確には要求していたわけではない新たな事実審を行うという結論を下したという点で批判を行っている。

このように、訟務長官が不正な意図で過誤の自白を行う危険性という問題に加えて、自白を受ける側の最高裁判所の側の取り扱いについても問題点が指摘される。もともと、いずれの問題点でも、最高裁判所の裁判官の意見にみられるように、裁判官自身が問題点について一定の自覚を示しているといえる。そしてその限りでは、最高裁判所は訟務長官の過誤の自白に対して、完全に機械的に服従する姿勢を示しているわけではないといえる。

第三款 アミカスキュリエとしての関与

以上の訟務長官の活動は、合衆国政府ないしその機関が当事者となる訴訟において、その最高裁判所における訴訟活動の権限が、訟務長官に配分されている場合に行われるものであった。もともと、訟務長官の活動は、各機関が独立の訴訟活動権限を有している場合や、そもそも合衆国政府やその機関が当事者とならない訴訟においても存在しうる。それが本款に見る、アミカスキュリエとして訟務長官が活動を行う場合である。

このアミカスキュリエの制度は、英米法における特徴的な制度としてあげられることが多い。⁽¹¹⁹⁾ここではまず、このアミカスキュリエの制度に関する概説を行い、その上で、訟務長官とこの制度との関係を検討することにした。

一・アミカスキュリエ

「裁判所の友」あるいは「法廷助言者」とも訳されるアミカスキュリエ（キュリイ）は、「裁判所に係属する事件について裁判所に情報または意見を提出する第三者」⁽¹²⁰⁾のこととされている。この制度は、コモンローにおいて古くからみられた制度であるが、その起源がどこにあるかは必ずしも明らかではないという。一般的には、ローマの顧問官の制度に由来し、これが英米に受け継がれたものとされているようである。⁽¹²¹⁾イギリスにおいては、ヘンリー四世の時代に、「いかなる第三者も、アミカス・キュリイ」として裁判所に提議することができる」⁽¹²²⁾ことが立法されているという。

このアミカスキュリエについて伊藤正己教授は、その特徴として次の三点を指摘する。まず第一に、アミカスキュリエは、訴訟当事者ではないこと。第二には、「amicusの参与がなければ考慮されないかもしれない法、事実、状況を裁判所に知らせるのが amicus の役割であるといわれるのが普通である」⁽¹²³⁾こと。第三には、裁判所が職権により委嘱する場合と、申立てにより裁判所が許可する場合があることである。

特に第二の点に関連して、この「アミカスキュリエのコモンローにおける役割は、事件に関して判事が知らない事項を示すことによる、一種の口頭による「導き」であり、「誤判を回避することは、司法裁判所にとっての名誉である」⁽¹²⁴⁾ことから、判事の側は、こうした援助を歓迎してきたという。

このような「正しい裁判の確保」のために、アミカスキュリエの利用が承認されてきた背景には、二つの考慮があったことを伊藤教授は指摘する。まず第一に、裁判の影響が、単に当事者に対してだけでなく、それ以外にもより広く及

ぶことである。すなわち、「先例を形成することにより、将来の法に影響を及ぼし」、「また紛争解決手段として裁判に訴える民衆の態度の基盤となる、裁判所に対する信頼感に影響し」、「さらに、もっと広く、裁判の内容によっては、政治的、社会的効果を持つこと」である。そこで、裁判が「当事者以外の者にとっても無関心でありえず、とくに誤った裁判によって影響を受けること防止すること」が当然に望まれるという点が考慮されるという。また第二のものが、「当事者の不注意、能力の不足、ときには当事者間の馴合いによって、正しい裁判に必要な資料が出されないことがありうる」のであり、その場合には、裁判所は、職権により、あるいは申立てにより、第三者の意見や事実の陳述の助力をうる必要があるという考慮⁽¹²⁾である。さらに伊藤教授は、当事者主義との関係について以下のように述べる。

「もとより、当事者主義的訴訟構造において、訴訟をコントロールするのは当事者であり、局外者がこれに参与し、何らかの影響を与えることは、その理念に反するものである。むしろそれぞれの当事者が自己の主張にたって相互に争うことによって、正しい裁判が確保されるというのが英米の訴訟の伝統的な考え方であったということができ⁽¹³⁾る。amicusの利用によって正しい裁判を確保しようとすることは、そのかぎりでの考え方に逆行するものでもある。しかしイギリスで中世以来この制度が認められ、アメリカにそれが継受された背後には、純粹の当事者主義的訴訟構造を多少なりとも修正することによって、いっそう大きな公益を実現しようと考えられたからにほかならない」⁽¹⁴⁾。

もつとも、初期のアミカスキュリエは、当時の法令集や判例集の編纂が不充分であつた状況を背景として、裁判所に對する純粹に法的な情報提供の意義を強く有していたといえるが、その後の整備により、裁判が与える社会的、経済的

効果を述べて裁判所の注目を引くことが主眼になっていく。こうしたところから、「特定の世論を陳述書を通じて裁判所に示し、それによって自己に有利にしようとするための手段」⁽¹²⁷⁾にもなっていることが指摘される。例えばある論者は、こうした変容を以下のように述べている。「アミカスは、将来における潜在的な当事者として、あるいは事件における当事者の一方の同盟者として、あるいはアミカスによらなければ事件において示されない利益の代表として扱われている。……したがって、アミカスキュリエの書面の制度は、党派に関する中立性から離れてしまい、友という性格づけ(friendship) から主張者(advocate)へと変容してしまった」⁽¹²⁸⁾。

こうした評価が与えられているアミカスキュリエは、裁判所に提示することが無条件に認められているわけではない。⁽¹²⁹⁾現在の最高裁判所におけるアミカスキュリエについては、最高裁判所規則三七条において規定されている。⁽¹³⁰⁾アミカス書面の提出は、サーシオレイライの申立ての局面においても本案の局面においてもなされるが、この最高裁判所規則三七条では、アミカス書面の提出にはいずれの場面においても、すべての当事者の同意が必要とされている。⁽¹³¹⁾また、当事者の同意が得られなかった場合でも、最高裁判所に対して提出の申立てを行うことが可能である。⁽¹³²⁾アミカス書面の内容としては、「当事者がまだ最高裁判所の注意を喚起していない関連事項について最高裁判所の注意を喚起するアミカス意見書は、最高裁判所に対する大いなる助力となる。この目的に貢献しないアミカス意見書は最高裁判所に負担をかけるものであり、好意的には考慮されない」と規定されている。⁽¹³³⁾もともと、現在のところ、最高裁判所は提出の申立てをほとんど許可する傾向にあるという。

歴史的にみると、最高裁判所におけるアミカス書面の利用は、爆発的に増大した。二〇世紀の初頭においては、アミカス書面が示される事件は全体の約一〇%ほどであったのが、近年では最高裁判所の事件のうち約八五%において、アミカス書面が提出されているという。⁽¹³⁴⁾したがって、現在の最高裁判所の事件において、アミカス書面が提出されない

事件はまれな状況にあるといえる。⁽¹³⁵⁾

二．政府によるアミカス書面と訟務長官の権限

この制度においては、連邦政府や各機関がアミカスキュリエとして裁判所に対して意見を述べることもある。ここで訟務長官は、最高裁判所の規則において、いかなる場合でも最高裁判所の許可を得ることなくアミカスになれる唯一の連邦政府内の存在とされている。というのは、規則では、「アミカス書面の提出許可の申立ては、訟務長官が合衆国のために書面を提出する場合、法律上裁判所に出廷する権限を与えられている合衆国の機関がその正当な法律上の代表者によって書面を提出する場合……には、必要とされない」とされているからである。⁽¹³⁶⁾

また、本章第一節三でみた最高裁判所における訴訟活動権限の配分状況から、各政府機関がアミカス書面を提出しようという場合には、訟務長官の許可を要することと解されている。⁽¹³⁷⁾したがって連邦政府のアミカス書面の提出は、制定法による例外規定が用意されていない限り、必ず訟務長官を経由したものだということになる。

三．訟務長官によるアミカス書面の使用状況と最高裁判所の評価

（1）訟務長官によるアミカス書面の使用状況

初めて政府がアミカスキュリエとなって意見を述べたのは、一八五四年の *Florida v. Georgia* 事件⁽¹³⁸⁾であった。もともとこの事件の以前から、この制度によらずに、法務総裁は合衆国としての見解を法廷において示す機能を果たしてきた。すでに本稿でみたとおり初期の法務総裁は、連邦政府の職員であるとともに、通常の私的な弁護士としての活動も行っていた。ここで法務総裁は、私的な当事者の代理活動を行いつつ、同時に合衆国の利益に関する主張を行う例も

あつた。⁽¹³⁹⁾ こうした場合、法務総裁は一事件において、当事者の私的な利益と合衆国の利益の双方を法廷において主張する機能を果たしていたことになり、その意味では、私的当事者の代理人とアミカスとしての政府が一体化したものであつたといふことができる。⁽¹⁴⁰⁾ この一八五四年の事件では、こうした運用がなされてきたことも理由の一つとした上で、合衆国政府がアミカスとして事件に参与することを認めた。したがってアミカスキュリエの制度によらずとも、すでに法務総裁の活動は、政府のアミカスキュリエと同じ機能を果たしていたとみることもできる。

さて、一八五四年に始まるアミカスキュリエとして政府が意見を述べるという運用は、一九五〇年代まではそれほど多くはなかつたと指摘されている。⁽¹⁴¹⁾ しかしこれ以降は、政府によるアミカス書面の提出が増加している。数値的にみると、一九四六年から一九五五年の期間には六八件であつたが、一九五六年から一九六五年の期間の件数は一〇九件になつている。そしてさらに、一九六六年から一九七五年の期間には一七六件、一九七六年から一九八五年の期間には三〇八件、一九八六年から一九九五年の期間では三三〇件へと増加している。⁽¹⁴²⁾

(2) 訟務長官によるアミカス書面に対する最高裁判所の評価

訟務長官によつて提出される政府のアミカス書面に対しては、最高裁判所は重要な意味づけを与えていることがうかがえる。これを見ることにしよう。

まず、最高裁判所は判決の中で、訟務長官によるアミカス書面について言及 (reference) を行うことが多い。最高裁判所によるアミカス書面で最も言及されることが多いのが訟務長官によるものである。ある研究によれば、一九四六年から一九九五年の五〇年間に、訟務長官は最高裁判所に対して、九九一の事件でアミカス書面を提出しているところ、このうち、四〇二の事件について判決文において言及がなされている。⁽¹⁴³⁾ したがって、訟務長官の提出したアミカス書面のうち四〇%以上の書面が、判決文で参照されていることになる。そして、こうした最高裁判所が訟務長官によるア

ミカスを参照する頻度は、年々、増加している。一九四六年から一九五五年の期間においては、訟務長官によるアミカス書面が参照される率は二六・四七％（六八件のうち一八件）であったが、一九五六年から一九六五年の期間には三〇・二八％（一〇九件のうち三三件）、一九六六年から一九七五年の期間には三六・九三％（二七六件のうち六五件）、一九七六年から一九八五年の期間には四二・五三％（三〇八件のうち一三一件）、一九八六年から一九九五年の期間には四六・九七％（三三〇件のうち一五五件）へと増加している。

こうした状況は、訟務長官以外の者によるアミカス書面に対する最高裁判所の扱いと比較してみても特異なものであるといえる。アミカス書面を提出する頻度が高い者としては、例えば、アメリカ人権協会（American Civil Liberty Union : ACLU）をあげることができる。このACLUが提出するアミカス書面への最高裁判所による言及についてみると、ACLUは一九四六年から一九九五年の期間に五五六の事件でアミカス書面を提出しているものの、最高裁判所はわずか二四件についてしか言及を行っていない。割合としてみると、四・三三％でしかない。⁽¹⁶⁾

また、ACLUとともにアミカス書面を最高裁判所に提出する頻度が高いとされる、労働総同盟産業別組合会議（American Federation of Labor Congress of Industrial Organizations : AFL-CIO）についてもみてみることにしよう。AFL-CIOは、一九五六年から一九九五年の期間で、二六八の事件でアミカス書面を提出しているけれども、最高裁判所はこのうち二八件（一〇・四五％）⁽¹⁶⁾についてしか言及を行っていない。このように、他のアミカス書面の提出者と比較しても、訟務長官によるアミカス書面が最高裁判所によって言及される割合は破格のものであるといえる。こうした最高裁判所による訟務長官によるアミカス書面の参照は、「最高裁判所がこの五〇年の間に、少なくとも意見執筆をするに当たっては、訟務長官の提出するアミカス書面を当てにしてきた度合いが高いということを強く示唆する」⁽¹⁷⁾ものである。では、訟務長官のアミカス書面は、最高裁判所の判決に対して、いかなる影響を与えていると考えること

ができるであろうか。

この点について参考になると思われるのが、やや古くなるが、シーガル (Jeffrey A. Segal) の論文である。⁽¹⁴⁸⁾ シーガルは、アイゼンハワー政権からレーガン政権 (第一期) までの訟務長官によるアミカス書面について分析を行っている。これによれば、訟務長官によってアミカス書面を示した事件においては、訟務長官が支持する側の当事者が高い勝訴率を示している。すなわちこの率は、アイゼンハワー期においては八三・三%、ケネディー期においては八七・五%、ジョンソン期においては八二・九%、ニクソン期においては七〇・九%、フォード期においては七一・一%、カーター期においては六五・一%、レーガン期においては七八・〇%となっている。⁽¹⁴⁹⁾ このことは、各政権の訟務長官ごとの結果をみても同様である。各政権期における訟務長官 (ソベロフ、ランキン、コックス、マーシャル、グリスヴォルド、ボーク、マクリー、リー) の対応した数値をみても、最も低い数値を示すマクリーにおいてすら六六・七%という率で、アミカス書面が支持する当事者が勝訴している。⁽¹⁵⁰⁾ そして、この率はアミカス書面を提出する事件の争点がいかなる分野に属するものであっても高い数値を示している。シーガルは、以下の六つの争点について数値を示している。刑事手続 (Criminal Procedure)、市民権 (Civil Rights)、表現の自由 (First Amendment)、経済規制 (Economic Regulation)、司法権 (Judicial Power)、フェデラリズム (Federalism) である。最も数値的に低いのが、司法権が争点となっている場合であるが、それでも七二・七%が最高裁判所によって採用されている。⁽¹⁵¹⁾ このシーガルの研究も、訟務長官のアミカス書面に示された見解が最高裁判所の判決に対して強い影響を与えており、また争点となる分野を問わずに、最高裁判所が訟務長官の見解を積極的に採用していることを示すものだといえよう。

四・最高裁判所によるアミカス書面の要求

訟務長官は、最高裁判所の許可を得ることなくアミカス書面を提出することが可能であるが、むしろ逆に、最高裁判所の側が、訟務長官に対してアミカス書面を提出するよう求めることもある。こうした運用は、「訟務長官の見解の要求（Call for Vision of the Solicitor General : CVSG）」と呼ばれる⁽¹³²⁾。こうしたCVSGが多くみられるのは、特に憲法上の争点が生じている私人間紛争であるという。最高裁判所がアミカス書面を提出することを求めることは、何も訟務長官に対してだけ行われるわけではないけれども、要求を行う場合の典型が、訟務長官であるとされている⁽¹³⁴⁾。

このCVSGは、本案の書面については、最高裁判所の裁判官のうち三名が訟務長官の書面提出を求めることに賛成した場合にのみ行われるとするルールが、非公式にはあるが確立しているという⁽¹³⁵⁾。この要求の運用は、かなりの頻度で行われている。訟務長官であったリーによれば、最高裁判所は訟務長官に対して、毎年だいたい一二件ほどのアミカス書面の提出を要求するという⁽¹³⁶⁾。これは、訟務長官が最高裁判所に提出するアミカス書面のうち、約三分の一を占めている⁽¹³⁷⁾。また、一九八七年において、訟務長官が最高裁判所に対して提出した本案に関するアミカス書面のうち、三八％は最高裁判所の求めに応じたものであるという指摘もある⁽¹³⁸⁾。上記の、最高裁判所裁判官のうち三名の賛成という要件は、少数の裁判官が訟務長官のアミカス書面の提出を要求することにより、訟務長官事務室に負担を与えることを回避するためのものであることが指摘されており⁽¹³⁹⁾、このことを考慮すると、実際にはCVSGが行われていない事件であっても、個々の裁判官の中には訟務長官のアミカス書面の提出を望んでいた場合があるという推測も可能だろう。

このように、訟務長官の見解の発露を能動的に求めるCVSGの運用がなされていることもまた、先の統計的な数値が示しているのと同じく、訟務長官の見解に対して、最高裁判所が判決の際の重要な考慮材料として高い価値を置いていることを示しているといえよう⁽¹⁴⁰⁾。

五・訟務長官のアミカス書面の機能

それでは、訟務長官によるアミカス書面は、最高裁判所にとっていかなる点に基づいて高い価値が置かれていると考えられるのであろうか。

すでに見た伊藤教授の指摘によれば、この制度の役割は、裁判所が考慮しないかもしれない法、事実、状況を裁判所に知らせるところにあり、その背景には、アミカスキュリエを助力として裁判所が正しい裁判に必要な資料を得る必要性があるという思考が存在していた。つまり、アミカス書面は両当事者が議論を提起していない考慮すべき点を最高裁判所に提示する役割を果たすわけである。この点で、政府は通常の者に比べてより多くの情報を有しており、また高度の専門性を備えている。そこで訟務長官によるアミカス書面は、通常の者によるアミカス書面よりも最高裁判所に対する寄与の度合いが高いといえる。

例えば、私人間の訴訟では制定法に関連する事項が争点となる場合がある。ここにおいて政府は、他のアミカスとなる者よりも制定法に関する専門性に基づく視点を提供することが可能な存在である。また、様々な機関による非公表の研究報告書など、両当事者や通常のアミカスとなる者が容易にはアクセスできないような情報も政府の手元には存在する。そこで、こうした両当事者や通常のアミカスとなる者からは提示されることがない情報を最高裁判所に対して提供することが、訟務長官のアミカス書面によって可能となる。また、訟務長官がアミカス書面を提出するよう要求されるのは、憲法上の争点が生じている事件が多いということであるが、訟務長官事務室には、それまでの憲法上の争点に関わる訴訟についての豊富な知識や経験の蓄積がある。そこで、こうした憲法上の争点が生じている事件においては、上記のような訟務長官によるアミカス書面の機能の有効性は高いものとなる。さらに、憲法上の争点が生じている事件で、最高裁判所が憲法判断を回避しようとする場合、その際に必要となる制定法上の知識を提示し、判決に基礎を与え

ることも可能になることも指摘されている。⁽¹⁶²⁾ 最高裁判所は自ら大規模なスタッフを有しているわけではない。そこで、訟務長官によるアミカス書面は、最高裁判所に対して、政府に関わる知識と専門性に基づく視点と情報の提供を行うという点で大きな役割を果たしている。

こうした訟務長官によるアミカス書面は中立的な観点からなされており、そこに価値が置かれていられるとされる。⁽¹⁶³⁾ しかし、制定法に関連する事項が争点となる場合には、単に最高裁判所に対する情報提供だけでなく、訟務長官は合衆国の制定法に係る政策的な利益の主張を行うことも可能である。⁽¹⁶⁴⁾ この点で、訟務長官のアミカス書面は、政府の政策的利益主張を行う手段としての機能も有することになる。特に、憲法上の争点が生じている事件では、一方当事者の側に立つた主張を行うことが多いという。⁽¹⁶⁵⁾ こうした主張が政策的観点からなされている場合には、アミカス制度一般における、アミカス書面が主張の手段としての性格を強めているとの指摘に一致しているといえる。

他面で、こうした訟務長官が制定法上の政策的利益を主張することは、最高裁判所にとつての便益になるともされている。というのは、訟務長官によるアミカス書面は、政府側の判決に対する反応を示すものとしても捉えられるからだという。最高裁判所の判決は大きな効果をもたらすものであり、最高裁判所は訟務長官のアミカス書面を、立法府と執行府が判決に対していかなる反応をとるかということ予測する材料として見ることもあると指摘されている。⁽¹⁶⁷⁾

さらに訟務長官のアミカス書面の機能を考える上で、アミカス書面が利用される場面として、次のような状況があることも留意しておかねばならない。それは、訟務長官がアミカス書面を提出するのは、私人間紛争のみならず、合衆国政府ないしその機関・職員が当事者となる場合でもありうるということである。

この場面においては、訟務長官はアミカス書面によつて、連邦政府内の多様な見解を最高裁判所に提示することが可能になる。ある事件において訟務長官の見解と事件に係る機関の見解が対立する場合に、訟務長官は、当該機関に対し

て自ら最高裁判所における主張活動を行うことを承認しつつ、同時に訟務長官がアミカス書面で、訟務長官自身の見解を述べるといふ運用がなされることもある⁽¹⁰⁸⁾。

こうした訟務長官のアミカス書面と関係機関のアミカス書面の双方が提出されることは、私人間訴訟において行われることもありうる。訟務長官は、私人間の事件について関連を有する機関からアミカス書面を提出することを要求されることがあり、この場合には訟務長官は、各機関の見解をアミカス書面として提示するか、あるいは提示しないかを決定する権限を握っていることになる。ここで訟務長官が、複数の機関に対して、それぞれの見解を述べるべくアミカス書面を提出することを承認することもある。例えば、Gordon v. New York Stock Exch., Inc. 事件は、ある個人が証券会社を相手に反トラスト法違反について訴えを提起したものであり、SECが証券会社の手数料率 (exchange commission rates) の認可 (approve) の権限を制定法上有しているか否かが争点となったが、ここでは、訟務長官が合衆国としてアミカス書面を提出して原判決の破棄を主張する一方で、SECもまたアミカス書面を提出して、原判決の維持を主張していたことが、判決のシラバスには示されている⁽¹⁰⁹⁾。また、Levinson v. Spector Motor Service 事件は、運送会社に対してその従業員が、公正労働基準法 (Fair Labor Standards Act) の規定の下で定められている残業代の支払いを求めて訴えを提起したものであるところ、当時のICCが就業時間の上限の設定を行う権限を制定法上有しているか否かが問題となったものである。この事件では、判決文によれば、訟務長官がアミカス書面を提出しているほかに、「最高裁判所の特別の許可により (By special leave of Court)」、「労働省の賃金労働時間局長 (the Administrator of the Wage and Hour Division, United States Department of Labor) と」、ICCがアミカス書面を提出してこ⁽¹¹⁰⁾。

これまで見てきたようなサーシオレイライの申立ての局面や過誤の自白の局面において、訟務長官は対抗する機関の見解を抑制することが可能であるけれども、アミカス書面の利用により訟務長官は、各機関の見解を最高裁判所に示す

という選択肢を得ることになり、訟務長官の最高裁判所における活動に柔軟な対応の可能性が加わることになる。⁽¹⁷³⁾

六・訟務長官の自己認識

上記のような訟務長官によって提出されるアミカス書面について、訟務長官自身はどのような認識を示しているだろうか。コックスは、いかなる場合にアミカス書面を提出するかに関して以下のように述べている。

「広く公衆にとって重要な論点は最高裁判所に、私人間訴訟として繰り返し上ってくる。それらの多くは公衆が意見を有している事項である。こうした公衆が最高裁判所によって意見を聴かれるとすれば、それは訟務長官によるアミカス書面によってである。……政府がいかなる場合にアミカスキュリエとして関与するべきかということを明確に基準化することは非常に困難であり、おそらく不可能である。第一の考慮事項は、問題が法の発展の上で重要性を有するかどうかである。すなわち、憲法上の根幹的（*basic*）問題か、それとも広範な重要性を有しない通常の法律問題であるか。多くの人々に影響があるかどうかである。……当該事件が政府の直接的な利益に何らかの影響を及ぼすかどうかも重要なテストとなる」⁽¹⁷⁴⁾。

「われわれが関与することで最高裁判所を手助けすることが可能かどうか」ということも頻繁に問題となる。通常の私的当事者の主張は、しばしば極端な見解をとり……そこにおいては誰かが中庸的な見解を書面で示すか口頭弁論で述べることににより、最高裁判所は、事件の当事者のみによる場合よりも一層適切な結果を成し遂げることが可能になる」⁽¹⁷⁵⁾。

コックスはアミカス書面を提出する際の訟務長官の考慮事項を表明している。ここでは、政府の直接的な利益が考慮事項とされているところから、アミカス書面を政府の主張の手段と捉えるコックスの認識が示されているといえるだろう。しかし他方で、コックスは訟務長官によるアミカス書面を、単に政府の主張手段としてだけでなく、最高裁判所の判断が大きな影響力を有する事件において、最高裁判所に対して公衆の意見を伝達し、事件の処理について最高裁判所を補助すべきものであるとも認識している。

こうした最高裁判所に対して助言を行うというアミカス書面の意義は、後の訟務長官も共有している。デイズは、最高裁判所が訟務長官に対してアミカス書面の提出を求める状況（サーシオレイライの局面）について、以下のような認識を示している。

「訟務長官はしばしば最高裁判所から公式に……政府が当事者とならない事件（non-government case）でサーシオレイライを付与すべきか否かについて、訟務長官としての見解を示すことを求められる。こうした場合、最高裁判所は主張や党派的な支持を助言することを求めているわけではない。むしろ、争点とされている問題に関して自己の最良の判断を提供することに専心する、裁判所の職員としての助言を求めている」⁽¹⁷⁶⁾。

そして、自らがアミカス書面を提出した事件を例に挙げつつ、「下級裁判所の判決は合衆国とその職員にとって都合のいいものであったかもしれないけれども、訟務長官事務室はこの立場に反対した。なぜなら、訟務長官事務室がその判決が長期的な法の利益に反すると考えたからである」⁽¹⁷⁷⁾と述べている。

コックスとデイズの、アミカス書面によって助言を行うことにより最高裁判所の事件処理ないし判断に寄与するとい

う認識は、これまでに見たサーシオレイライの申立てや過誤の自白の場面における訟務長官の役割の自己認識と類似する。訟務長官のサーシオレイライの申立ての局面での活動では、下級裁判所で敗訴している機関に対してというよりもむしろ、最高裁判所ないし最高裁判所による健全な判例の形成に対する寄与の姿勢が強くみられるところであったが、このアミカス書面の提出に際しても同様に、訟務長官は、特に最高裁判所が判断を下すべき重要な事件において、情報の提供という形で補助を行うことにより、最高裁判所が適切な判断を示すことに寄与を果たすべきことが示されている。またデイズの論述に見られるように、アミカス書面での主張の内容も、過誤の自白の場面と同じく、当該事件の結論が政府にとって好都合かどうかという観点ではなく、訟務長官として独立した中立的な判断を示すべきものとされている。

(1) この点は、民間企業とのアナロジーでも説明されている。民間企業は法務担当部門を置いており、通常の法務に関してはその部門が処理を行うが、訴訟の段階になると外部のローファームに依頼を行うことになる。これと同じく各省・機関は、組織内に法律事務の担当官を置いており、活動に係る法的問題の処理もそうなる（参照、第一章第三節）。しかし、訴訟過程に至っては、司法省が担当することになるわけである。Neal Devins & Michael Herz, *The Uneasy Case for Department of Justice Control of Federal Litigation*, 5 U. PA. J. CONST. L. 558, 579-80 (2003).

(2) *Id.* at 580; Susan M. Olson, *Challenges to the Gatekeeper: the debate over federal litigating authority*, 68 JUDICATURE 71, 73 (1984).

(3) 担当部署は「*See United States Department of Justice, Organization, Mission and Functions Manual* (2008) (*available in* <http://www.usdoj.gov/jmd/mps/mission.htm> (last visited Sep. 30, 2008)). また参照、森本哲也『概説アメリカ連邦刑事手続』（信山社、二〇〇五年）一八頁以下。なお、移民に関する事務はこれまで司法省の移民帰化局 (Immigration and Naturalization Service) によって担われてきたが、現在では二〇〇二年に設立された国土安全保障省 (Department of Homeland Security) の合衆国市民権及び移民局 (United States Citizenship and Immigration Services) が担当する。

- (4) 当初は「公有地請求局」(Land Claims Division)であったが、一九六五年に現在の名称となった。
- (5) こうした司法省内における各局の設置は、第一には、訴訟活動権限の司法省への集中化を受けた、司法省内部における調整の必要への対応といつことが出来る。See Carl Brent Swisher, *Federal Organization of Legal Functions*, 33 AMER. POL. SCI. REV. 973, 980 (1939). また、それとともに第二に、その専門性の必要への対応といつことができよう。
- (6) Olson, *supra* note 2, at 72. 環境保護庁と司法省との関係については、See Michael Herz, *Structure of Environmental Criminal Enforcement*, 7 FORDHAM ENVTL L. J. 679 (1996). 同論文につき、マイケル・ハーン(要約・筑紫圭一)「環境法の刑事的執行の構造」社会安全研究財団調査研究事業報告書『環境犯罪に関する日米比較研究』(研究代表・北村喜宣)六頁。また、連邦租税に関する訴訟手続における内国歳入庁と司法省租税局との関係については、佐藤英明『脱税と制裁』(弘文堂、一九九六年)一三九頁以下に記述がある。
- (7) Neal Devins and Michael Herz, *The Battle That Never Was: Congress, The White House, and Agency Litigation Authority*, 61 LAW & CONTEMP. PROB. 205, 208 (1998).
- (8) Olson, *supra* note 2, at 76; JERRY L. MASHAW & RICHARD A. MERRILL, *ADMINISTRATIVE LAW: THE AMERICAN PUBLIC LAW SYSTEM* 168 (2nd ed., 1985).
- (9) *FTC v. Guignon*, 390 F.2d 323 (8th Cir., 1968).
- (10) 第一章第四節を参照。
- (11) See Devins & Herz, *supra* note 7, at 218.
- (12) Senate Committee on Governmental Affairs, V Study on Federal Regulation, 95th Cong., 1st Sess. 56 (1977). また、制定法上は「法務総裁の指示と監督の下に」ある各機関の法務官が、法務総裁との間で合意に至り、覚書(Memoranda of Understanding)を取りかわすことで、実際上は各機関が一定程度自立的な訴訟活動を行える例も、相当多数にのぼる。See John F. Davis, Department of Justice Control of Agency Litigation 16 (Aug. 14, 1975) (unpublished report prepared for the Administrative Conference of the United States); Olson, *Supra* note 2, at 77-78; Herz *Supra* note 6, at 700; James R. Harvey III, Note, *Loyalty in Government Litigation: Department of Justice Representation of Agency Clients*, 37 WM. & MARY L. REV. 1569, 1573-75 (1996); Michael Herz & Neal Devins, *Recent Developments Federal Agency Focus: The Department of Justice:*

The Consequences of DOJ Control of Litigation on Agencies' Programs, 52 ADMIN. L. REV. 1345, 1350-57 (2000).

(13) Devins & Herz, *supra* note 1, at 567.

(14) 以下の記述におおむね「ブレガー (Marshall J. Breger) / エドルス (Gary J. Edles) の二〇〇〇年の論文も参照して」⁵² (Marshall J. Breger & Gary J. Edles, *Established by Practice: The Theory and Operation of Independent Federal Agencies*, 52 ADMIN. L. REV. 1111 (2000)). この論文は、連邦政府の「独立機関」を取り上げたものであるが、論文の末尾部分においては、それらの機関の制定法上のミッション、権限、メンバー等についての調査結果を、付録として示している (*Id.* at 1236 Appendix). 本稿では、この付録部分を特に参照している。各機関に関する情報は、各々の法律顧問室等からのものである (*Id.* at 1236 n.688). もっとも両教授は、網羅的なものにするを試みたが、包括的な情報が欠如しているためにそれは困難であり、そのために、対象から漏れてしまった機関があるかもしれないとしている (*Id.*).
ブレガー/エドルスは、「独立機関」を、以下のように定義している。「合議制 (multi-member) であろうとなかろうと、少なくとも一名以上が常勤かつ一定任期を与えられる者として、上院の助言と承認を受けて大統領によって任命され、かつ、大統領の一般的な罷免権が「正当な理由による」 (‘for cause’) 場合に制限されることによって保護を受けているような機関」 (*Id.* at 1114). この定義付けに沿って、両教授は、「いわゆる政府関係法人 (‘government corporation’) も独立機関としてあげている。このうち、例えば連邦準備制度理事会 (Board of Governors of the Federal Reserve System) や連邦預金保険公社 (Federal Deposit Insurance Corporation) は、司法省から独立した訴訟活動が可能とされている。政府関係法人については、宇賀克也『アメリカの政府関係法人 ―わが国の特殊法人、独立行政法人との比較― 碓井光明・小早川光郎・水野忠恒・中里実編『公法学の法と政策 (下) 金子宏先生七稀祝賀』(有斐閣、二〇〇〇年) 二〇五頁を参照。特にその訴訟活動について、宇賀教授は、「政府関係法人は、合衆国から独立した法人格を有するので、設置法に明文の規定がなくとも、訴訟上の当事者能力を有し、自己の名で訴え、または訴えられることができる。……もっとも、政府関係法人の中には、訴訟提起に際して、司法省、監督官庁の一方または双方の許可を得ることを法律上義務づけられていたり、そうでない場合であっても、許可を求める運用をしている例が多」く、また独立に訴訟活動を行うことができる場合にも、「実際には、司法省に訴訟を代理してもらっている」とする。宇賀教授は、ムー (Ronald C. Moe) による一九九五年の報告書を参照しているが (二三二頁注六三)、本稿においてはムーの手による一九九八年の別個の報告書を参

- 照した。Ronald C. Moe, *Federal Government Corporations: An Overview* 7-8 (CRS Report for Congress, 1998), (available in <http://www.jhu.edu/ccss/toolsworkbooks/pdfbook5/part1/a2.pdf> (last visited Sep. 30, 2008)). 政府関係法人に関する邦語文献として、宇賀克也「アメリカにおける政府関係法人の歴史的展開(上)(下)」自治研究七十六巻四号(二〇〇〇年)一四頁、七号(二〇〇〇年)一四頁、中川丈久「米国法における政府組織の外延とその隣接領域——Government Corporationの日本法への示唆」確井光明ほか編前掲書四七三頁。またブレガー／エドルスは、検討の対象機関として、連邦準備制度理事会を含んでいる。この連邦準備制度理事会の法的性格については、塩野宏監修『日本銀行の法的性格』(弘文堂、二〇〇一年)一一四頁注二、一三三頁を参照。同書一一三頁は、アメリカ合衆国における連邦準備制度委員会の法的地位は独立政府機関(independent agency)と位置付けられている、と紹介している。なお、ブレガー／エドルスの付録部分では、「独立機関」の独立性のインジケータとして、その組織機構等と並んで、独立の訴訟活動権限が取り扱われている点でも興味深い。この訴訟活動権限の有無が、独立機関の独立性評価の一要素とされていることのあらわれであろう。
- (15) Neal Devins, *Unitariness and Independence: Solicitor General Control over Independent Agency Litigation*, 82 CALIF. L. REV. 255, 278-79 (1994); Breger & Edles, *supra* note 14, at 1258.
- (16) Breger & Edles, *supra* note 14, at 1258. *SENATE* *Id.* at 1287. 平等雇用機会委員会に¹⁶ *Id.* at 1248.
- (17) Devins, *supra* note 15, at 278.
- (18) Breger & Edles, *supra* note 14, at 1269.
- (19) Senate Committee on Governmental Affairs, V Study on Federal Regulation 56, 95th Cong., 1st Sess. 62 (1977).
- (20) *Id.* at 66.
- (21) Devins, *supra* note 15, at 278.
- (22) 最高裁判所において、司法省から高度の独立性を有している機関として、デヴィンス教授は、地上鉄道輸送委員会(Surface Transportation Board)、上院法律顧問室(Office of Senate Legal Counsel)、政府倫理法の下の特例検察官をあげている。Devins, *supra* note 15, at 274. ¹⁷ これは教授らが制定法の規定を参照したものであり、制定法が当該機関に独立の訴訟活動権限を付与しているか否かには、解釈上の争いが生じることはある。また制定法の文言上は、必ずしも独立の訴訟活動権限を付与しているとはいえない場合であったとしても、實際上、機関が司法省から独立に活動を行っ

ている場合もあるという。 *Id.* at 275 n.104.

(23) さらに、この訟務長官について検討することは、連邦政府の訴訟活動のうちの、一部の範囲を扱うに過ぎない。またそれのみならず、最高裁判所という最上級の裁判所における活動について、他のレベルにおける訴訟活動には見られない、固有の特性が存在することもありうる。したがって、最高裁判所の局面で語られていることが、他の裁判所レベルの訴訟活動に当てはまるかどうかについては、別個に慎重な考慮が必要になるだろう。その点で本稿は、アメリカ合衆国の政府の訴訟活動のうち、量的にはごくわずかな、質的には特殊な場面を扱っているということを自覚している。

(24) 司法省の創設に際しての議論は、本稿の第一章第一節第四款を参照。訟務長官は一八七〇年以来、現在（二〇〇八年九月末）に至るまで、代行も含めると合計四十六人が歴任している。

(25) George F. Fraley, Note & Comment: *Is the Fox Watching the Henhouse? : The Administration's Control of FEC Litigation through the Solicitor General*, 9 ADMN. L.J. AM. U. 1215, 1227 (1996).

(26) Jeffery A. Burt & Irving S. Schloss, Note, *Government Litigation in the Supreme Court: The Roles of Solicitor General*, 78 YALE L.J. 1442, 1447 (1969). またしばしば引用される、訟務長官自身による以下のような記述もある。「時が経過して、制度が発展するとともに、当初は法務総裁によって行われてきた純粋なプロフェッションとしての任務は、訟務長官によって行使されるようになった。……「議会における審議や、制定法の規定では、訟務長官は法務総裁とともに仕事を共有することとされていたが、」しかし実際上の問題として、また巨大な省の長としての法務総裁に課される、管理的な（administrative）あるいは政治的な任務のプレッシャーと負担の下で、……必然的に多くの任務についてが法務総裁によりその部下に対して委任されるようになった。そして訟務長官に委任される任務は、管理的、政治的な責務を一切含まない、純粋にプロフェッションとしての性格を有するものとなった」。Thomas H. Thacher, *Genesis and Present Duties of Office of Solicitor General*, 17 A.B.A.J. 519, 519 (1931).

(27) Burt & Schloss, *supra* note 26, at 1447-48. 法務総裁次官の職務については、法務総裁が司法省の政策プログラムを形成、実行する際の助言と補助を行うこととされている。United States Attorneys' Manual 1-2.102 (2003).

(28) 法務総裁副次官の職務は、法務総裁と法務総裁次官が司法省の政策プログラムを形成、実行する際の助言と補助を行うこととされている。これに加えて、司法省の訴訟活動に関しては、民事局、市民権局、反トラスト局、租税局、環境及び

- 天然資源局の監督を行う任務も負っている。United States Attorneys' Manual §1-2.103 (2007); *See also* Todd Lochner, Note, *The Relationship between the Office of Solicitor General and the Independent Agency*, 79 VA. L. REV. 549, 554 (1993).
- (29) 訟務長官の任務は、ただ減少していたわけではない。訟務長官に対して、一時期は訴訟活動に関するさまざまな任務が追加され、それらが司法省内の他の局に移管されるという経過をたどっている。Burt & Schloss, *supra* note 26, at 1447-48.
- (30) っの要求は裁判所の裁判官に対しても要求されている。See Ervin N. Griswold, *The Office of the Solicitor General - Representing the Interests of the United States before the Supreme Court*, 34 MO. L. REV. 527, 530 (1969).
- (31) 28 U.S.C. §505 (2006).
- (32) 詳しくは第三章第一節三で触れる。
- (33) See Lochner, *supra* note 28, at 554-55.
- (34) 28 U.S.C. §518 (a) (2006).
- (35) 28 U.S.C. §518 (b) (2006).
- (36) Lochner, *supra* note 28, at 554 n.21.
- (37) 28 C.F.R. § 0.20 (2008) なお、(b)項においては最高裁判所以外の上訴について、(d)項においては、司法省内事務の補助について規定されている。
- (38) 司法省による意見書に関して、最高裁判所が判断を示した事例としては、Smith v. Jackson 判決 (246 U.S. 388 (1918)) がある。事案は以下のようなものである。陸軍大臣は法務総裁に対して、パナマ運河地帯 (Canal Zone) の裁判官に対する給与について、会計検査官 (Auditor) が給与から官金料 (rent for quarters) 分を差し引くことができるのか、との照会を行っていた。これに対して、法務総裁は「明確な条項が存在しない場合には、支出を留保することはできない」との意見書を提示していた。ホワイト裁判官による法廷意見では、この法務総裁の意見書に関して、「会計検査官は、……法務総裁の決定に従わねばならないということには、……何らの疑いも……なく」と判示していた。Id. at 390-91.
- (39) 1 Op. Off. Legal Counsel 228, 229 (1977).
- (40) Id. at 230.

- (41) *Id.* なお本引用中のかつこ書きは、訳出語を提示するものを除き引用本文にあるものである。
- (42) 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）六六頁。
- (43) *Sup. Ct. R.* 10. また参照、浅香前掲注（42）書六六頁。
- (44) Eric Schnapper, *Becket at the Bar -- The Conflicting Obligation of the Solicitor General*, 21 *Lox. L. A. L. Rev.* 1187, 1211 (1988). なお、ロックナー (Todd Lochner) のノートによれば、マクラー期におつては受理率は七二%、リー期におつては七九%、フリード期におつては八三%であるといふ。Lochner, *supra* note 28, at 556-57.
- (45) See Schnapper, *supra* note 44, at 1212.
- (46) Griswold, *supra* note 30, at 535.
- (47) Robert L. Stern, *The Solicitor General's Office and Administrative Agency Litigation*, 46 *A.B.A.J.* 154, 155 (1960).
- (48) Rex E. Lee, *Lawyer for the Government: Politics, Polemics & Principle*, 47 *Ohio St. L.J.* 595, 598 (1986).
- (49) この他、第三〇代訟務長官ソベロフ (Simon E. Sobeloff) も「政府が敗訴した事件のうちほとんどのわずかなものだけが上訴される」といふ。Simon E. Sobeloff, *Attorney for the Government: The Work of the Solicitor General's Office*, 41 *A.B.A.J.* 229, 230 (1955).
- (50) ランクトット (Catherine J. Lanctot) は「最もよく知られたゲートキーピングの役割は、訟務長官によるものである」とする。Catherine J. Lanctot, *The Duty of Zealous Advocacy and the Ethics of the Federal Government Lawyer: The Three Hand Questions*, 64 *S. Cal. L. Rev.* 951, 998-99 (1991). この記述は「政府機関が下級裁判所に対して出訴する際に、司法省が各機関に抑制的に機能していることも示している。こうした司法省が各機関の出訴要求を拒絶する場面に關しては、環境保護庁 (Environment Protect Agency) の執行局面につき、参照、北村喜宣『環境管理の制度と実態』（弘文堂、一九九二年）一六二―六四頁。
- (51) 司法省では、一九八五年以降は統計的データを公表するのをやめている。See Kristen A. Norman-Major, *The Solicitor General: Executive Policy Agendas and the Court*, 57 *Alb. L. Rev.* 1081, 1987 n.39 (1994). そのため本稿では「精確な統計を得ることはできなかったけれども、訟務長官に対するサーシオレイライの申立てを行うことの要求が極端に変動する要素はあまり考えられず、こうした傾向は、こうした訟務長官が事件の選択を行っているという状況は、各時期に共通して

みられると推定する)とができるだろう。事実その後の論者も、訟務長官が上訴を行う際に事件を選択していることを記述している。See, e.g., Jim Rossi, *Does the Solicitor General Advantage Thwart the Rule of Law in the Administrative State?*, 28 FLA. ST. L. REV. 459, 463 (2000); Dalena Marcott, *The Duty to Defend: What is in the Best Interests of the World's Most Powerful Client?*, 92 GEO. L. J. 1309, 1312 (2004).

(52) Wade H. McCree, *The Solicitor General and his Client*, 59 WASH. L. Q. 337, 340 (1981).

(53) *Id.* at 340-41.

(54) Archibald Cox, *The Government in the Supreme Court*, 5 CHI. B. REC. 221, 226 (1963). [] 内は筆者による。

(55) Stern, *supra* note 47, at 155.

(56) 浅香山掲注(42)書六七頁は、「最高裁が上訴を許可するのは、当該争点についてすでに下級審で矛盾する判断が下されている場合が多い。新しい問題が出てきた最初の事件において上訴を許可することは控えがちであり、むしろ下級裁判所でその種の事件を扱った後、対立する考え方が出尽して整理されてから最高裁が最終的判断を下す傾向にある」。「……実際上も、原判決に賛成しかねるがもと筋のよい事件が今後出てくることを期待して裁量上訴不許可とすることもあるようである」としている。こうした最高裁判所の態度、とりわけ「筋のいい事件」を選択するという態度は、訟務長官の態度と重なり合っているといえるだろう。

(57) Lochner, *supra* note 28, at 557.

(58) *Hearings before the Subcomm. on Commerce and Finance of House Comm. on Interstate and Foreign Commerce*, 93d Cong. 1st sess. 278 (1973).

(59) Thacher, *supra* note 26, at 521. [] 内は筆者による。

(60) McCree, *supra* note 52, at 341.

(61) See, e.g., Harvey, *supra* note 12, at 1576.

(62) Stern, *supra* note 47, at 155.

(63) *Hearings before the Subcomm. on Commerce and Finance of House Comm. on Interstate and Foreign Commerce*, 93d Cong. 1st sess. 280 (1973). See also Griffin B. Bell, *The Attorney General: The Federal Government's Chief Lawyer and Chief Litigator*, or

- One Among Many?*, 46 *FORDHAM L. REV.* 1049, 1060-61 (1978).
- (64) *Andres v. United States*, 333 U.S. 740, 765 n.9 (1947) (Frankfurter, J., concurring).
- (65) 485 U.S. 693 (1987).
- (66) *Id.* at 702 n.7.
- (67) *Id.* at 706.
- (68) この事件は、司法府の利益の実現を執行府の職員である訟務長官の手に負わせることが権力分立の観点からして問題が生じることが争点となったが、最高裁判所は最終的に、①サーシオレイライの制度が最高裁判所の完全な裁量事項であり、最高裁判所もまた司法府の機関であること、②最高裁判所がサーシオレイライを付与するか否かの決定をするに当たって、本稿で後にみる、別個に意見を表明することが可能なアミカスキュリエの制度によって、司法府が任命した特別検察官の見解を提示させることが可能であることから、連邦裁判所の利益が問題となる事件においても、サーシオレイライの申立てに関する訟務長官によるコントロールを容認した (485 U.S. at 703-04)。アミカスキュリエに関しては、本節の第三款を参照。
- (69) 513 U.S. 88 (1996).
- (70) 第一章第四節を参照。
- (71) 513 U.S. at 96. 「」内は筆者による。
- (72) 464 U.S. 154 (1984).
- (73) 「訴訟原因判断の前提として現実に争われた争点 (issue) についての裁判所の判断に反する主張を後訴ですることを許さない効力」とされている。参照、田中英夫編集代表『英米法辞典』（東京大学出版会、一九九三年）一五八頁。また参照、浅香吉幹『アメリカ民事手続法（第2版）』（弘文堂、二〇〇八年）一五一―一五三頁。
- (74) 464 U.S. at 159-60.
- (75) *Id.* at 160-61. （「」内は筆者による。）なお、この判示は上訴に関する訟務長官の判断について、最高裁判所に対するサーシオレイライの申立てを念頭に置いているものかもしれないが、必ずしも限定的な述べ方はしていない。本稿では検討の対象とすることはできないが、訟務長官は最高裁判所に限らず連邦裁判所の上訴の局面について広範な決定権限を

有している。この判示は、連邦地方裁判所から連邦控訴裁判所への控訴の場面にも当てはまる議論である。

- (76) 特に *Mendoza* 判決については、当時、訟務長官事務室のスタッフとして同事件に関わっているヨシユア・シュウオーツ (Joshua I. Schwartz) 準教授によれば、提出した書面における訟務長官の役割に依拠した主張は予備的なものであり、別個の理論から結論を導き出すことが可能だったとする。そして訟務長官に関して言及を行うことは不要であったにもかかわらず、積極的に訟務長官の役割を基礎とした判決を下したことは、訟務長官の主張の公正さは最高裁判所が依存可能なものである、というメッセージをあらためて宣言する意味を有していると述べている。Joshua I. Schwartz, *Two Perspectives on the Solicitor General's Independence*, 21 LOY. L. A. L. REV. 1119, 1145-46 (1988).

- (77) Sobeloff, *supra* note 49, at 231.

- (78) Thacher, *supra* note 26, at 521. 「」内は筆者による。

- (79) 前掲注 (60) の引用箇所を参照。

- (80) Lee, *supra* note 48, at 597.

- (81) Stern, *supra* note 47, at 156.

- (82) *Id.*

- (83) リーは、もしも訟務長官が方針を変更して、申立ての自制的スクリーニングを緩和し、二倍の申立てを行った場合には、一年目には、成功数は劇的に増大するであろうとしているが、三年から四年のうちに最高裁判所がスクリーニングの負担を負うことにより、数値的には現在と同じようなところに落ち着くとしている。そしてこのことは、政府にとって相対的に重要性を有する事件について最高裁判所の審査を受けることが困難になる点で、クライアントの側にとっても不利益なことであるとしている。Lee, *supra* note 48, at 598. しかし、こうしたスターンやリーの述べるところは、最高裁判所の裁判官に対して、訟務長官が一定の予断を与えていることを示唆するものかもしれない。リーは、最高裁判所の信頼を失うことを回避するために、最高裁判所の基準を遵守することに訟務長官が固執することを述べるが、先入観を与えることと、それにより、本案についても政府側に有利な判断がなされるかもしれないという点で、抑制のメカニズムとしては、危険なもののようにも思われる。

- (84) Sobeloff, *supra* note 49, at 231.

- (85) 本款の検討は、David M. Rozenweig, Note, *Confession of Error in the Supreme Court by the Solicitor General*, 82 GEO. L. J. 2079 (1994) に主として依っている。この過誤の自白については、アメリカ合衆国でも、それほど本格的な研究はなされていらないものである。Id. at 2080.
- (86) 小林秀之『新版・アメリカ民事訴訟法』(弘文堂、一九九六年) 一〇五頁。
- (87) Rozenweig, *supra* note 85, at 2098-99.
- (88) Id. at 2081.
- (89) Id. at 2080 n.11.
- (90) Note, *Confession of Error by the Solicitor General*, 74 MICH. L. REV. 1067 (1976).
- (91) Rozenweig, *supra* note 85, at 2081.
- (92) Note, *supra* note 90, at 1068.
- (93) McCree, *supra* note 52, at 342.
- (94) Young v. United States, 315 U.S. 257, 258 (1942). なお、Note, *supra* note 90, at 1068 n.12. では、「Young 判決以降の事件は、Young 判決が活力を有し続けていることを示している」と語っている。
- (95) 352 U.S. 1 (1956).
- (96) *Quoted in* Mesarosh v. United States, 352 U.S. 1, 18 n.7 (1956) (Harlan, J., dissenting). ([] 内は判決文の書き方。)
- (97) Cox, *supra* note 54, at 225. [] 内は筆者による。
- (98) Griswold, *supra* note 30, at 535. [] 内は筆者による。
- (99) Cox, *supra* note 54, at 225.
- (100) Stern, *supra* note 47, at 157. [] 内は筆者による。
- (101) Burt & Schloss, *supra* note 26, at 1468 n.114.
- (102) 382 U.S. 68 (1965).
- (103) 368 U.S. 347 (1961).
- (104) 368 U.S. 30 (1961).

- (105) Bruce A. Green, *Legal Ethics for Government Lawyers: Straight Talk for Tough Times: Must Government Lawyers “Seek Justice” in Civil Litigation?*, 9 WIDENER J. PUB. L. 235, 236 (2000).
- (106) *Berger v. United States*, 295 U.S. 78 (1935).
- (107) *Id.* at 88.
- (108) *See* *Lancot*, *supra* note 50, at 993-94.
- (109) MODEL CODE OF PROF'L RESPONSIBILITY EC 7-14 (1980).
- (110) まだ過誤の自白と似たものとして、最高裁判所において、政府機関にとって不利な材料を提示することがあると指摘されている。制定法により付与された権限からの逸脱や、当該機関の決定が事実的な証拠に支えられていないことを示すというものであり、この場合の訟務長官は、政府側の対立当事者と同じ立場で機関の決定を覆すことを求めているの同然であると指摘されている。こうした事例は年間、六件から一〇件起ると指摘されていた。Burt & Schloss, *supra* note 26, at 1459-63. 例えば、一九八三年の *Dirks v. SEC* 事件 (463 U.S. 646) は、証券アナリストのインサイダー取引に関する事件であったが、ここではSECの「内部文書」の捉え方に訟務長官は反対していた。そこで、SECに対して最高裁判所への書面提出を認めつつ、訟務長官自身もSECの立場に反して、相手方のターク氏を支持する内容の書面を提出してゐる。Brief for the SEC, *Dirks v. SEC*, 463 U.S. 646 (No. 82-276); Brief for the United States as Amicus Curiae in support of reversal *Dirks v. SEC*, 463 U.S. 646 (No. 82-276). なお、この訟務長官の書面は後述するアムicus書面として提出されたものである。
- (111) *Cox*, *supra* note 54, at 225.
- (112) 361 U.S. 529 (1960).
- (113) *Id.* at 529-30.
- (114) *Id.* at 531 (Warren, C. J. concurring).
- (115) *Id.* at 532 (Warren, C. J. concurring).
- (116) *Id.*
- (117) Rozenweig, *supra* note 85, at 2096.

- (118) Mesarosh v. United States, 352 U.S. 1, 20-21 (1956) (Harlan, J., dissenting).
- (119) 伊藤正巳「Amicus Curiae について」三ヶ月章編『菊井先生献呈論集 裁判と法（上）』（有斐閣、一九六七年）一二九頁、森川金寿「裁判の民主的コントロール——アミカス・キュリイについて——」小山昇・中島一郎編集代表『裁判法の諸問題 上』（有斐閣、一九六九年）二六三頁、金原恭子「世論と裁判所とをつなぐもの…米国におけるアミカス・キュリイとロー・クラーク」滝沢正編集代表『大木雅夫先生古稀記念 比較法学の課題と展望』（信山社、二〇〇二年）二四三頁、楠茂樹「反トラスト法と Amicus Curiae（上）（下）」公正取引六〇九号（二〇〇一年）六六頁、六一〇号（二〇〇一年）六九頁、など。
- (120) 田中英夫編集代表『英米法辞典』四八頁。
- (121) 金原前掲注（119）論文二四五頁。
- (122) 森川前掲注（119）論文二六六頁。
- (123) 伊藤前掲注（119）論文一三三—三四頁。
- (124) Samuel Krislov, *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*, 72 YALE L. J. 694, 695 (1963), 777-781, Krislov (Samuel Krislov) は、イギリスにおける一六五六年の判決（*The Protector v. Geering*, 145 Eng. Rep. 394 (Ex.1656).）を引用している。この判決については、伊藤前掲注（119）論文一四三頁。
- (125) 伊藤前掲注（119）論文一四四頁。
- (126) 伊藤前掲注（119）論文一四三頁。
- (127) 伊藤前掲注（119）論文一四七頁。
- (128) Krislov, *supra* note 124, at 704. 現在、こうしたアミカス書面を利用する傾向が顕著な団体としては、労働団体・事業者団体などの職能団体や、アメリカ人権協会（American Civil Liberty Union : ACLU）、有色人種地位向上全国協会（National Association for the Advancement of Colored People）などの非職能的な公益目的の団体があるという。金原前掲注（119）論文二四九—五〇頁。また、伊藤前掲注（119）論文一四六—四七頁をも参照。
- (129) Sup. Ct. R. 37.
- (130) このアミカスキュリイは、最高裁判所においてのみ認められるものではない。連邦控訴裁判所規則（Federal Rules of

Appellate Procedure) の二九条において規定が置かれている。地方裁判所に関しては、連邦民事訴訟規則 (Federal Rules of Appellate Procedure) にアミカスキュリエに関する規定はなく、各連邦地方裁判所の判断に委ねられた形になっているという。金原、前掲注 (119) 論文二五四頁注八。

(131) サーシオレイライの局面につき、2 a 項。本案の局面につき、3 a 項。

(132) サーシオレイライの局面につき、2 b 項。本案の局面につき、3 b 項。

(133) 金原前掲注 (119) 論文二四八頁。

(134) Joseph D. Kearney & Thomas W. Merrill, *The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court*, 148 U. Pa. L. Rev. 743, 744 (2000). この点は、楠前掲注 (119) 「上」論文七〇頁注一でも言及されている。

(135) 伊藤教授は、このアミカスキュリエについて「早急な結論を引き出すことはできないが」、「amicus curiae は適切に利用されるときには、裁判の運用にとつて有益な道具」という引用に対して「まず穏当な見解とみてよい」とする。伊藤前掲注 (119) 論文一五〇―五一頁。

(136) Sup. Ct. R. 37.4. 訳は金原前掲注 (119) 論文二四七頁を参照した。

(137) United States Attorneys' Manual § 2-2.123 (2007). は、すべてに本稿でも取り上げた 28 C.F.R. § 0.20 (c) を参照して、「訟務長官による許可の必要性」の題の下に、「すべての上訴審裁判所におけるあらゆるアミカス書面の提出には、訟務長官による許可を必要とする」としている。最高裁判所の許可を求めるのではなく当事者の同意を得る場合にも、この条文が適用されるかどうかについては、必ずしも明らかではない。もっとも、「いかなる」アミカス書面との文言からは、裁判所の許可による場合のみならず、当事者の同意を得て提出する場合についても適用されると考えられるだろう。サロカーは、「省庁が、アミカス書面を提出するように求めることがある。……提出するか否かは訟務長官の判断にかかっている」と記述している。裁判所の許可による場合も、当事者の同意を得る場合も、訟務長官の許可がなければ提出は許されないという理解であろう。Rebecca Mae Salokar, *Politics, Law, and the Office of the Solicitor General* 73, in GOVERNMENT LAWYERS (CORNELL CLAYTON ed., 1995).

(138) 58 U.S. (17 How.) 478 (1854).

(139) Samuel Krislov, *The Role of the Attorney General as Amicus Curiae* 76-77, in LUTHER A. HUSTON, ROLES OF THE ATTORNEY

GENERAL OF THE UNITED STATES (1968).

- (140) また、本稿の第一章第一節第三款ですでにみている一七九二年の Hayburn 事件でも、ランドルフは法務総裁として申立てを行ったところ、最高裁判所からその権限行使に疑いがあるとされたため、今度はヘイバーンの代理人として、全く同じ主張を行っている。このように、当時の法務総裁は、その連邦政府内の位置づけに起因するところもあるが、法務総裁としての活動と私的な代理活動を行う二面性を有しており、その区別もそれほど明確ではなかったといえる。

- (141) CORNELL W. CLAYTON, *THE POLITICS OF JUSTICE* 69 (1992).

- (142) Kearney & Merrill, *supra* note 134, at 760 n.49.

- (143) *Id.* at 760 n.48.

- (144) *Id.* at 760.

- (145) *Id.* at 761.

- (146) *Id.* ACJLUとAFJLCIOに関する「一〇年」とにみた詳しい数値については、ACJLUに「あ」 *Id.* at 761 n.51. AFJLCIOに「あ」 *Id.* at 761 n.53.

- (147) *Id.* at 760.

- (148) Jeffrey A. Segal, *Amicus Curiae Briefs by the Solicitor General during the Warren and Burger Courts*, 41 WESTERN POL. QUARTERLY 135 (1988).

- (149) *Id.* at 139 tbl. 4.

- (150) *Id.* at 139 tbl. 5.

- (151) *Id.* at 139 tbl. 6.

- (152) Drew S. Days, III, *The Solicitor General and the American Legal Ideal*, 49 SMU L. REV. 73, 79 (1995).

- (153) CLAYTON, *supra* note 148, at 69.

- (154) 楠前掲注 (119) 「上」論文六九頁。

- (155) James L. Cooper, *The Solicitor General and the Evolution of Activism*, 65 IND. L. J. 675, 690 (1990).

- (156) Lee, *supra* note 48, at 597.

- (157) Ronald S. Chamberlain, Note, *Mixing Politics and Justice: The Office of Solicitor General*, 4 J. of Law & Politics 379, 404 (1987).
- (158) Cooper, *supra* note 155, at 683 n.47.
- (159) *Id.* at 691.
- (160) Chamberlain, *supra* note 157, at 404 (1987); Burt & Schloss, *supra* note 26, at 1475.
- (161) Burt & Schloss, *supra* note 26, at 1476-77; Lochner, *supra* note 28, at 562.
- (162) Burt & Schloss, *supra* note 26, at 1480.
- (163) 最高裁判所裁判官は、現在それぞれ四名以内のロー・クラークを採用することができるとされている。金原前掲注(119) 論文二五七頁。このロークラークについては、同二五六頁以下を参照。
- (164) Burt & Schloss, *supra* note 26, at 1477. また楠前掲注(119)「上」論文七一頁では、反トラスト法に関する最高裁判所判決を例にあげつつ、政府側が「防御側(違反行為をしたと疑われている当事者)に有利な Amicus Brief を提出することもある。しかし、これはおかしなことではない。法執行機関は反トラスト法を適正に運用することを求められているのである。もし法執行機関が問題となる行為が反トラスト法に違反しないと判断するのであれば、Amicus Curiae としてその旨主張することが求められる」としている。
- (165) Burt & Schloss, *supra* note 26, at 1476.
- (166) *Id.* at 1479.
- (167) Lochner, *supra* note 28, at 562.
- (168) Burt & Schloss, *supra* note 26, at 1477. なお、本章第一節ですでに取り上げている、司法省による一九七七年意見書において「そのクライアントが独立の訴訟活動権限を有しているためクライアント自身が最高裁判所において弁論を行ったとしても、訟務長官は(全体的にも部分的にも)反対をすることができ。」という記述があるのは、このアミカスキュリエの制度によって可能になっている。
- (169) 422 U.S. 659 (1975).
- (170) *Id.* at 660.

- (171) 330 U.S. 649 (1947).
- (172) *Id.* at 651. なお、この Levinson 事件当時、連邦機関が最高裁判所の許可を得てアミカス書面を提出する際に、訟務長官の承認が必要であったかどうかは、必ずしも明らかではない。スターンの記述によれば、賃金労働時間局長は私人間の民事訴訟において下級裁判所においては自由にアミカス書面を提出することが認められていたが、最高裁判所においては提出に訟務長官の承認が必要とされていたようである。See Robert Stern, "Inconsistency" in *Government Litigation*, 64 HARV. L. REV. 759, 766-67 (1951). 他方、ICC は、連邦政府内でも例外的に独自のアミカス書面を提出してきた機関とされている。Burt & Schloss, *supra* note 26, at 1478. ICC は、最高裁判所からアミカス書面の提出を求められる例もあった。See *Morris v. McComb*, 332 U.S. 422, 426 (1947). この Morris 事件を含む本文にあげた三事件について、See Kearney & Merrill, *supra* note 141, at 722 n.99.
- (173) Burt & Schloss, *supra* note 26, at 147.
- (174) Cox, *supra* note 54, at 226.
- (175) *Id.* at 227.
- (176) Days, *supra* note 152, at 79.
- (177) *Id.*