

国立国会図書館 調査及び立法考査局

Research and Legislative Reference Bureau
National Diet Library

論題 Title	アメリカ合衆国における政府の憲法解釈
他言語論題 Title in other language	Executive Interpretation of the Constitution in the United States
著者 / 所属 Author(s)	横大道 聡 (Yokodaido, Satoshi) / 慶應義塾大学大学院法務研究科教授
雑誌名 Journal	レファレンス (The Reference)
編集 Editor	国立国会図書館 調査及び立法考査局
発行 Publisher	国立国会図書館
通号 Number	818
刊行日 Issue Date	2019-03-20
ページ Pages	81-100
ISSN	0034-2912
本文の言語 Language	日本語 (Japanese)
摘要 Abstract	アメリカ合衆国の政府(執行府)において憲法解釈を補佐する機関である、司法省の法律顧問局やホワイトハウス法律顧問の職務及びこれらの機関をめぐる近年の議論等について解説する。

* 掲載論文等は、調査及び立法考査局内において、国政審議に係る有用性、記述の中立性、客観性及び正確性、論旨の明晰(めいせき)性等の観点からの審査を経たものです。

* 意見にわたる部分は、筆者の個人的見解であることをお断りしておきます。

アメリカ合衆国における政府の憲法解釈

横大道 聡

(本稿は、憲法課が執筆を委託したものである。)

目 次

はじめに

I 大統領の憲法解釈権限

- 1 合衆国憲法上の根拠
- 2 法律の執行と憲法解釈
- 3 憲法解釈の提示方法

II OLC の概要

- 1 執行府内部の憲法解釈補佐機関
- 2 職務内容
- 3 組織

III OLC の憲法解釈の在り方

- 1 OLC の憲法解釈モデル
- 2 G.W.ブッシュ政権下の OLC
- 3 理念型としての「準司法モデル」

IV OLC をめぐる近時の議論

- 1 オバマ政権下の OLC
- 2 ホワイトハウス法律顧問
- 3 トランプ政権下での OLC と WHC

おわりに

資料：OLC の法的助言および書面による意見のためのベスト・プラクティス（訳）

キーワード：アメリカ合衆国、憲法、憲法解釈、司法省法律顧問局（OLC）、ホワイトハウス法律顧問（WHC）

要 旨

- ① 執行権をはじめとして憲法により様々な権限が与えられているアメリカ合衆国大統領には、宣誓条項（2条1節8項）、誠実執行条項（2条3節）などを根拠に、職務の執行に際して憲法を解釈する権限がある。
- ② 大統領およびその下にある執行府の憲法解釈を補佐する代表的な機関が司法省の法律顧問局（Office of Legal Counsel: OLC）である。OLCは、ホワイトハウスや他の執行府の機関の長からの求めに応じて、執行府の活動に関して生じる法的問題についての意見作成や、大統領により発出されるすべての執行命令および布告の形式面と合法性の審査を行うなどしている。
- ③ OLCの憲法解釈は、裁判官とまったく同じように憲法の客観的意味を論理的に探るべきであるという「司法モデル」、顧客利益の代弁者（アドボケート）としてその利益の最大化を目指した憲法解釈を行うべきであるとする「アドボケート・モデル」、裁判所と同一の立場からではなく、執行府の一員としての立場に立ったうえで法の「最も良い意味」を探るべきであるとする「準司法モデル」、という3つのモデルに大別される。
- ④ G.W.ブッシュ大統領のもとでのOLCが「アドボケート・モデル」で活動したことに対する批判を受け、OLC自身、あるべき憲法解釈は「準司法モデル」だとするメモランダムを出している（資料「OLCの法的助言および書面による意見のためのベスト・プラクティス」参照）。
- ⑤ オバマ政権下では、執行府の憲法解釈が問題となった際、OLCのみならず、多様なアクターの非公式かつ合意重視による意思決定への移行が見られた。そこで大きな役割を果たしたとされるのが、「アドボケート・モデル」で行動するホワイトハウス法律顧問（White House Counsel: WHC）であった。
- ⑥ トランプ政権下では、OLCやWHCといった執行府内部の憲法解釈や法的アドバイスを職務とする機関による助言や審査を受けずして意思決定を行う例が多く見られ、執行府内部の法的プロセスの崩壊が見られるという指摘もなされている。

はじめに

本稿は、アメリカ合衆国において、政府——ここでは政府という用語は、大統領を頂点とした執行府を指すものとして、場合によっては大統領という語と互換的に用いる——によってなされる憲法解釈について概観するものである。

まず、大統領が憲法解釈を行う憲法上の根拠を説明する(→I)。次に、大統領の憲法解釈を補佐する主要な機関とされる司法省(Department of Justice)の法律顧問局(Office of Legal Counsel: OLC)の組織・職務内容等と(→II)、OLCのあるべき解釈態度についての議論を概観する(→III)。そのうえで、OLCと一部競合する役割を果たしているホワイトハウス法律顧問(White House Counsel: WHC)の概要およびOLCとの相互関係について瞥見する(→IV)。

I 大統領の憲法解釈権限

「アメリカ合衆国における政府の憲法解釈」について考えるためには、まず、なぜ政府ないし大統領が憲法解釈を行うことができるのか、それができるとした場合、どのような場面・方法で憲法解釈が行われるのかについて見る必要がある。

1 合衆国憲法上の根拠

大統領が憲法解釈を行うことができるのは、合衆国憲法によりそれが認められると解されているからである。

合衆国憲法6条2節は、「この憲法、これに準拠して制定される合衆国の法律、および合衆国の権限に基づいて締結されまた将来締結されるすべての条約は、国の最高法規である」と定める⁽¹⁾。ここでは、憲法、連邦法、条約が並列的に「最高法規」と位置づけられているが、憲法上の明文規定のない裁判所による違憲審査権を認めた1803年のMarbury v. Madison連邦最高裁判決⁽²⁾が、憲法に反する法は無効であると述べたように、実際は憲法が「国の最高法規」ということになる。

合衆国憲法2条は、「執行権(executive power)」をはじめとして様々な権限を大統領に認めている⁽³⁾。その権限の行使に関連して、大統領には、合衆国憲法2条1節8項により、職務の遂行を開始する前に、「私は、合衆国大統領の職務を誠実に(faithfully)遂行し、全力を尽くして合衆国憲法を維持し、保護し、擁護することを厳粛に誓う(または確約する)」、という宣誓または確約をしなければならないという義務が課されている⁽⁴⁾(いわゆる「宣誓条項」)。さらに大統領には、合衆国憲法2条3節により、「法(Laws)が誠実に(faithfully)執行されることに留意」しなければならないという義務も課されている⁽⁵⁾(いわゆる「留意条項」または「誠実執行条項」)。ここでいう「法」には、当然、憲法が含まれる。

* 本稿におけるインターネット情報の最終アクセス日は、2019年1月29日である。

(1) U.S. CONST. art. VI, § 2.

(2) Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

(3) U.S. CONST. art. II, § 1, cl. 1, art. II, § 2, 3.

(4) U.S. CONST. art. II, § 1, cl. 8.

(5) U.S. CONST. art. II, § 3.

こうして大統領には、憲法により与えられた権限行使に際して上記の義務の履行が求められることになる。そのためには、大統領が憲法解釈をすることが必要とされるのであり、以上から大統領の憲法解釈権限が導き出されるのである⁽⁶⁾。実際、大統領が憲法解釈をしてきたという事例は、歴史上枚挙にいとまがない⁽⁷⁾。

2 法律の執行と憲法解釈

大統領の主要な職務の1つが法律の執行であるが、アメリカでは、適切な手続を経て制定された法律であったとしても、大統領がそれを「違憲」と考える場合、当該法律を執行しないことが憲法上認められる、または、求められるのではないかと、という論点も議論されている⁽⁸⁾。執行府自身による見解は、裁判所が示した／示すであろう憲法解釈を踏まえたうえで、大統領は、場合によっては法律の執行を拒否することも可能であるというものであり⁽⁹⁾、一律に執行拒否を認めないという解釈を採用していない。事実、大統領が違憲と考える法律の執行を拒否したという歴史的実践例も少なくない⁽¹⁰⁾。

この論点と関連して、大統領が違憲と考える法律の合憲性が訴訟で争われた際、政府は当該法律の合憲性を法廷にて擁護しなければならないのかという問題も議論されているところである⁽¹¹⁾。

3 憲法解釈の提示方法

大統領の憲法解釈の提示方法は複数あるが、ここでは、法律案を署名する際に声明を出すという方法、いわゆる「署名時声明 (signing statements)」について触れておきたい⁽¹²⁾。

(6) 大林啓吾「大統領の憲法解釈権の淵源—憲法の宣誓条項の意味—」『社会情報論叢』13号, 2009.12, pp.99-128も参照。なお、同趣旨の論理は、大統領制を採らない日本国憲法下においても妥当する。例えば、参議院予算委員会(第186回国会閉会後)会議録第1号 平成26年7月15日 p.18では、横島裕介内閣法制局長官により、「憲法第65条には、「行政権は、内閣に属する。」と規定されております。すなわち、行政権の行使について最終的な権限と責任を負うのは内閣でございます。そして、その行政権を行うためには、憲法を適正、適切に解釈することが必要であります。なぜならば、そうでなければ憲法に違反するような行政行為に及ぶおそれがあるからでございます。その意味で、内閣が憲法を適正に解釈する権限と責任があるということで理解しております。」と述べられている。

(7) See Harold H. Bruff, *Untrodden ground: how Presidents interpret the Constitution*, Chicago: University of Chicago Press, 2015. なお、アメリカでは、大統領、連邦議会および連邦最高裁判所の各機関がそれぞれ対等な憲法解釈権限を有し、各自が妥当と考える憲法解釈を展開しあうことで動的に抑制と均衡が図られるべきであるとする、ディパートメンタリズムと呼ばれる憲法観が有力に主張されており、三権の憲法解釈が衝突した際に、誰が憲法の意味を確定するのか等が議論されているが、本稿ではこの論点には立ち入らない。ディパートメンタリズムについては、大林啓吾「ディパートメンタリズムと司法優越主義—憲法解釈の最終的権威をめぐって—」『帝京法学』25巻2号, 2008.3, pp.103-155; 同「アメリカにおける憲法構築論と三権の憲法解釈—ディパートメンタリズムからみる司法審査の位置づけ—」『社会情報論叢』14号, 2010.12, pp.71-97等を参照。

(8) 詳細については、横大道聡「大統領の憲法解釈—アメリカ合衆国における Signing Statements を巡る論争を中心に—」『鹿児島大学教育学部研究紀要 人文・社会科学編』59巻, 2007年度, pp.89-125. <https://ir.kagoshima-u.ac.jp/?action=repository_uri&item_id=6856&file_id=16&file_no=1>; 同「「違憲」な法律の執行義務と擁護義務—DOMAをめぐる政治と憲法—」『法学研究』87巻2号, 2014.2, pp.513-518のほか、富井幸雄「法律を執行しない大統領の権限—法誠実執行配慮条項との関係—」『法学新報』124巻5・6号, 2017.9, pp.51-141等を参照。

(9) Memorandum from Walter Dellinger, Assistant Attorney General, Office of Legal Counsel, to the Honorable Abner J. Mikva, Counsel to the President, *Presidential Authority to Decline to Execute Unconstitutional Statutes* (Nov. 2, 1994). 同文書の内容については、横大道「「違憲」な法律の執行義務と擁護義務」同上, pp.517-518を参照。

(10) See generally Curtis A. Bradley and Trevor W. Morrison, “Presidential power, historical practice, and legal constraint,” *Columbia law review*, 113(4), 2011.1, pp.1097-1161.

法律の制定に関して、合衆国憲法は、「下院および上院を通過したすべての法律案は、法律となるに先立ち、合衆国大統領に送付しなければならず、「大統領は、法律案を承認するときはこれに署名する」と定めている⁽¹³⁾。この署名の際に大統領は、当該法律案の一部規定が憲法に抵触する可能性があるためその部分は執行しないと、執行に際しては留意するといった内容の声明を出すことがある。これが署名時声明である。

署名時に声明を出すという慣行は、建国初期からも存在していたが、近時、署名の対象である法律案に対する憲法解釈を示す内容の声明を出し、かかる憲法解釈に基づき、当該法律の執行ないし不執行を行うという例が増えている。そのため、大統領の憲法解釈と法律の執行義務という論点とともに、議論されているところである⁽¹⁴⁾。

II OLC の概要

1 執行府内部の憲法解釈補佐機関

I で見たように、大統領は憲法解釈権限を有しており、その解釈に基づいて憲法上与えられた権限を行使しているし、する必要性もある。しかし、自らを拘束する憲法の内容を自ら解釈するということは、恣意的に憲法の意味内容を解釈してしまうという危険を孕むものである。この「アポリア」は、アメリカに限らず、一般的に存在するものといえるが、蟻川恒正日本大学教授は日本の文脈において、①「内閣それ自体からは差し当たり区別された何らかの機関が、内閣それ自体が自らのためにするのとは異なる解釈原理に立って憲法を解釈」し、②「その機関のした憲法解釈を内閣が尊重し、当該機関の憲法解釈に内閣が自らの憲法解釈を従わせること」により、この「アポリア」を実践的に解決すべきであると論じている⁽¹⁵⁾。

日本の場合、「内閣それ自体からは差し当たり区別された」機関である内閣法制局が、①の役割をほぼ排他的に担ってきた⁽¹⁶⁾。アメリカの場合、かかる役割を担う代表的な機関として、司

(11) See generally Daniel J. Meltzer, "Executive defense of congressional acts," *Duke law journal*, 61(2), 2012.3, pp.1183-1235. この論文の紹介・検討も含め、この論点について検討した論稿として、横大道「「違憲」な法律の執行義務と擁護義務」前掲注(8)を参照。

訴訟において合衆国の利益を代弁する役割を担うのは、司法省の訟務長官 (Solicitor General) である。28 U.S.C. §§ 516, 2403. 訟務長官については、北見宏介「政府の訴訟活動における機関利益と公共の利益 (4) —司法省による「合衆国の利益」の実現をめぐる—」『北大法学論集』59 卷 4 号, 2008, pp.1763-1835; 同「同 (5)」『同』59 卷 6 号, 2009, pp.2949-3026 を参照。

なお、上告事件の受理は連邦最高裁の裁量で決定され (certiorari)、その受理件数は上告事件の約 3% 程度に抑えられているが、政府の訴訟代理人である訟務長官が上告した事件の場合、約 7 割が受理され、その勝訴率は 6~7 割に及んでいる。また、連邦最高裁判所規則 (Supreme Court Rule: S.Ct. R.) 上、訟務長官は、通常は連邦最高裁への意見書 (amicus curiae brief) の提出に際しては当事者の合意または連邦最高裁の許可が必要であるところ (S.Ct. R. 37.2 (a)(b), 37.3(a)(b))、独自に意見書を提出することが認められており (S.Ct. R. 37.4)、口頭弁論の機会も与えられている。そのため、合衆国が当事者でない訴訟でも、訟務長官を通じて憲法問題に関与することが可能となっている。

(12) その憲法上の議論を含め、その詳細については、横大道「大統領の憲法解釈」前掲注(8)のほか、梅川健『大統領が変えるアメリカの三権分立制—署名時声明をめぐる議会との攻防—』東京大学出版会, 2015 等を参照。

(13) U.S. CONST. art. I, § 7, cl. 2.

(14) その他、政府の憲法解釈の提示方法に関連して、後掲注(21)も参照。

(15) 蟻川恒正「内閣の憲法解釈」岡田信弘ほか編『憲法の基底と憲法論—思想・制度・運用—高見勝利先生古稀記念』信山社, 2015, pp.119-120.

(16) とりわけ近時、内閣法制局の憲法解釈が注目を集めたのは、民主党政権下での内閣法制局長官の政府特別補佐人からの除外と国会答弁禁止により目指された「政治主導の憲法解釈」や、第二次安倍政権下で行われた集团的自衛権の一部行使容認に関する憲法解釈の変更などを理由としている。内閣法制局の憲法解釈の在り方を論じる文献は多いが、同上のほか、間柴泰治「政治部門の憲法解釈行為の検討」岡田ほか編 同上, pp.1135-1154 等を参照。

法省の OLC を挙げることができる⁽¹⁷⁾。

2 職務内容

1789 年裁判所法 (Judiciary Act of 1789) により、司法長官 (Attorney General) には、①合衆国が関わる訴訟の指揮等に加え、②大統領および各省長官の求めに応じて、法的事項の助言を提供するという義務が課された⁽¹⁸⁾。司法長官の職務内容が大幅に拡大した今日においても、この 2 つの義務がその職務の中心であるが⁽¹⁹⁾、現在、OLC 担当の司法次官補 (Assistant Attorney General) が OLC 局長として、司法長官の委任⁽²⁰⁾を受け、主として②の職務を担っている⁽²¹⁾。OLC の具体的な職務内容は次の通りである。

まず OLC は、司法長官により発出される正式の意見 (formal opinion) の草案作成や、ホワイトハウスや他の執行府の機関の長からの求めに応じて、執行府の活動に関して生じる法的問題についての法的助言および書面での意見作成等を行う。また OLC は、大統領により発出されるすべての執行命令 (executive orders) および布告 (proclamations) について、その形式面と合法性の審査も行う。さらに OLC は、審議中の法案の合憲性についても審査しコメントするという職務も担っている。司法省の内部では、OLC は、司法長官の許可が必要なすべての司法省の命令および規則等を審査するとともに、司法長官、司法次官 (Deputy Attorney General) からの求めに応じて、司法省内部の法律顧問のような役割をも担っている⁽²²⁾。

上述したように、合衆国憲法により、大統領は就任の際に、「合衆国憲法を維持し、保護し、擁護する」という宣誓を行うことが要求されるとともに、「法律が忠実に執行されることに留意」

(17) 詳細については、横大道聡「執行府の憲法解釈機関としての OLC と内閣法制局—動態的憲法秩序の一断面—」〔補訂版〕『研究論文集—教育系・文系の九州地区国立大学連携論文集』5 巻 1 号, 2011, pp.1-95. <https://ir.kagoshima-u.ac.jp/index.php?action=pages_view_main&active_action=repository_action_common_download&item_id=4616&item_no=1&attribute_id=16&file_no=1&page_id=13&block_id=21> を参照願いたい。なお、合衆国の連邦政府に仕える法律家は約 2 万人いるとされる。本稿では OLC 等の一部の機関にのみ着目するが、そうした日々の行政事務を担う主体によって担われる執行府の合法性担保機能の重要性を否定する趣旨ではない。その重要性については、see David Fontana, “Executive branch legalisms,” *Harvard law review forum*, Vol.126, 2012, pp.21-49.

(18) Judiciary Act of 1789, ch. 20, § 35, 1 Stat. 73, 93. なお、大統領の権限について定める合衆国憲法 2 条 2 節 1 項 (U.S. CONST. art. II, § 2, cl. 1) は、「大統領は、行政各部署の長に対し、それぞれの職務に関するいかなる事項についても、書面による意見の具申を求めることができる。」と定めており、司法長官による法的事項の助言は、かかる条項に淵源を有しているといえる。司法長官および司法省の歴史については、see generally Luther A. Huston, *The Department of Justice*, New York: Praeger, 1967. 邦語文献では、北見宏介「政府の訴訟活動における機関利益と公共の利益 (1) —司法省による「合衆国の利益」の実現をめぐる—」『北大法学論集』58 巻 6 号, 2008, pp.2607-2662; 同「同 (2)」『同』59 巻 1 号, 2008, pp.37-64 を参照。

(19) See 28 U.S.C. §§ 511-513, 516.

(20) 28 U.S.C. § 510.

(21) 28 C.F.R. § 0.25. 経緯については、see, e.g., Arthur H. Garrison, “The opinions by the attorney general and the Office of Legal Counsel: how and why they are significant,” *Albany law review*, 76(1), 2013, pp.217-251; 横大道 前掲注(17), p.15 も参照。なお前者の職務を掌るのは、訟務長官である (28 C.F.R. § 0.20)。訟務長官は、前掲注(11)で見たように、①の職務に際して憲法解釈を提示することがある。しかし訟務長官は、一般的に、政府がすでに行った行動の合憲性を訴訟という場で「事後的」に擁護しなければならない立場にあるため、展開しうる憲法解釈は限定的とならざるを得ない。他方、OLC は、原則として「事前」に政府の行動の合憲性を審査することが可能であるため、展開しうる憲法解釈は訟務長官に比べて広い。そしてこれこそが、OLC が「準司法モデル」に立脚して「最も良い」法の意味を純粋に探究することを可能とすると指摘される。Cornelia T.L. Pillard, “The unfulfilled promise of the Constitution in executive hands,” *Michigan law review*, 103(4), 2005, pp.714-715.

(22) See “Office of Legal Counsel.” U.S. Dep’t of Justice website <<https://www.justice.gov/olc>>; “Organization, mission and functions manual: Office of Legal Counsel.” *idem* <<https://www.justice.gov/jmd/organization-mission-and-functions-manual-office-legal-counsel>>

しなければならないが、OLC は上記の職務を通じて、これらの大統領の憲法上の義務履行を補助しているのである⁽²³⁾。

3 組織

OLC は、司法次官補を長とし、1名の首席司法次官補代理 (Principal Deputy Assistant Attorney General) と4名の司法次官補代理 (Deputy Assistant Attorney General) のほか、法務顧問 (attorney-adviser) と法務補助職員 (パラリーガル) から成る⁽²⁴⁾。司法次官補代理らは政治任用職であるが、法務顧問はキャリア採用である。法務顧問の採用基準は厳格であり、①法学の博士号 (J.D.) を有していること、②合衆国内において、1つ以上の弁護士会 (Bar) に所属していること、③法学博士号取得後、少なくとも1年以上、法の専門家としての活動に従事していることが求められている。さらに、OLC の職務内容に鑑み、卓越した学業成績を収め、裁判官付きの調査官 (ロー・クラーク) またはそれに類する経験を有し、憲法に通じており、傑出した法的調査能力と文書作成能力を有していること、そして機密 (top secret)⁽²⁵⁾ の情報を扱うためのセキュリティ・クリアランス (適格性の確認) を得ていることが望ましいとされている⁽²⁶⁾。

なお、法務顧問の大半はキャリア採用でありながら政権を超えて職にとどまることは稀で、数年で離職するようである⁽²⁷⁾。そのため決まった雇用サイクルは存在せず、欠員が出たら補充するというかたちで採用がなされる⁽²⁸⁾。他方、パラリーガルは、政権を超えて継続して職にとどまることが多いようである。連邦最高裁判事、著名大学の法学教授、大手法律事務所のパートナーにも OLC 出身者が存在していることが示しているように、OLC での職歴は、その後のキャリア形成にも寄与してきたという実績がある。

III OLC の憲法解釈の在り方

以上、II で OLC が政府の憲法解釈を補佐する重要な役割を担っていることを見てきた。それでは、OLC はどのように憲法解釈を行うべきなのだろうか。先に言及した蟻川教授の指摘を参考にすれば、大統領それ自体からは差し当たり区別された OLC は、大統領「それ自体が自らのためにするのは異なる解釈原理」に立つべきである、といえるだろうが、それではいかなる「解釈原理」が採用されるべきなのだろうか。

1 OLC の憲法解釈モデル

OLC のあるべき憲法解釈モデルは、次の3つに大別できる⁽²⁹⁾。第一に、(理想的な意味での)

⁽²³⁾ “Best practices for OLC legal advice and written opinions.” *ibid.* <<https://www.justice.gov/olc/best-practices-olc-legal-advice-and-written-opinions>>

⁽²⁴⁾ 2018年12月段階では、18名の法務顧問と4名のパラリーガルが勤務している (OLC のパラリーガルの Dyone Mitchell 氏から情報提供を受けた)。

⁽²⁵⁾ 機密情報とは、「不正な公開が、国家安全保障に対して例外的なほど極めて深刻な害を与えるものであると合理的に考えられる情報」と定義されている。Exec. Order No. 13526, § 1.2(a), 75 Fed. Reg. 707 (Jan. 5, 2010). 国家安全保障に関する秘密保全制度の概要については、横大道聡「アメリカにおける国家安全保障に関する秘密保全法制について—三権の役割・機能を中心に—」『比較憲法学研究』27号, 2015, pp.23-45等を参照。

⁽²⁶⁾ “Attorney-advisor.” U.S. Dep’t of Justice website <<https://www.justice.gov/legal-careers/job/attorney-advisor-105>>

⁽²⁷⁾ Trevor W. Morrison, “Stare decisis in the Office of Legal Counsel,” *Columbia law review*, Vol.110, 2010, p.1460.

⁽²⁸⁾ “Employment opportunities.” U.S. Dep’t of Justice website <<https://www.justice.gov/olc/employment-opportunities>>

⁽²⁹⁾ ここで言及した各解釈モデルについては、横大道 前掲注(17), pp.30-45を参照。

裁判官と同じように憲法の客観的意味を論理的に探るべきであるという「司法モデル」、第二に、顧客利益の代弁者（アドボケート）としてその利益の最大化を目指した憲法解釈を行うべきであるとする、司法モデルと対照的な「アドボケート・モデル」、第三は、裁判所と同一の立場からではなく、執行府の一員としての立場に立ったうえで法の「最も良い意味」を探るべきであるとする「準司法モデル」の3つである。

OLCの前身となる部局が発足したのは1933年であるが、OLCの活動が活発化したのは、ウォーターゲート事件によって執行府に対する信頼が失墜したなか、ジェームズ・カーター（James Carter）大統領が、司法長官グリフィン・ベル（Griffin B. Bell）とともに、執行府の信頼性を向上させるための方策として、裁判官のように中立的な立場で、執行府内部において、事前に、かつ、集約的に、執行府の行動の合法性・合憲性を正式に審査するという役割を積極的にOLCへと与えたことが——OLC意見の文書による公開を大幅に進めたのもベル司法長官であった⁽³⁰⁾——きっかけである⁽³¹⁾。すなわち、「司法モデル」に限りなく近い「準司法モデル」が想定されていた。

2 G.W.ブッシュ政権下のOLC

しかし、OLC局長人事にホワイトハウスの意向が強く働くようになったことから⁽³²⁾、ホワイトハウスとの距離が近くなって緊密な関係が築かれていき、徐々にOLCの解釈態度は「アドボケート・モデル」へと移行していく。それが典型的かつ鮮烈なかたちで示されていたのが、ジョージ・W・ブッシュ（George W. Bush）政権下で起きた9.11同時多発テロの容疑者に対して、水責めなどといった「より徹底した尋問技術（Enhanced Interrogation Techniques）」を利用しても合法・合憲であるとする内容のOLC作成の法的文書（いわゆる「拷問メモ」）⁽³³⁾である⁽³⁴⁾。

ワシントン・ポスト紙のスクープ報道をきっかけにOLC作成の「拷問メモ」が広く世に知れ渡り、執行府内部の憲法解釈を担う機関であるOLCのあるべき憲法解釈態度をめぐる議論が広く展開されることとなったのである。

3 理念型としての「準司法モデル」

それらの議論のなかで注目に値するのが、2004年にOLC職務経験者有志19名が連名で公表した、「大統領が法の支配を遵守することを促進させるためにOLCが伝統的に果たしてきた重要な役割を回復し、確保する」ことを目的としたガイドライン（Principles to Guide the Office of

⁽³⁰⁾ ベル司法長官は、1977年に、OLC意見が司法長官の意見と同様に執行府内部において先例として機能していることに鑑み、定期的な公開を決定した。Forward, 1 Op. O.L.C., at v (1977).

⁽³¹⁾ Daphna Renan, “The law presidents make,” *Virginia law review*, Vol.103, 2017, pp.817-831. ベル司法長官の考え方については、see Griffin B. Bell, “The Attorney General: the federal government’s chief lawyer and chief litigator, or one among many?” *Fordham law review*, Vol.46, 1978, pp.1049-1070; *idem*, “Office of the Attorney General’s client relationship,” *Business lawyer*, Vol.36, 1981, pp.791-797.

⁽³²⁾ John O. McGinnis, “Models of the opinion function of the Attorney General: a normative, descriptive, and historical prolegomenon,” *Cardozo law review*, Vol.15, 1993, p.421.

⁽³³⁾ Memorandum from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General, to Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, *Standards of Conduct for Interrogation Under 18 U.S.C. §§2340-2340A* (Aug. 1, 2002).

⁽³⁴⁾ 「拷問メモ」の件も含め、G.W.ブッシュ政権の「対テロ戦争」においてOLCが果たした役割については、横大道聡「アメリカの「テロとの戦争」とOLCの役割」『法学論集』45巻2号, 2011.3, pp.85-128を参照。

Legal Counsel)⁽³⁵⁾と、バラク・オバマ (Barack Obama) 政権下で、OLC 自らが公表した、「OLC の法的助言および書面による意見のためのベスト・プラクティス」⁽³⁶⁾と題されたメモランダム (以下「OLC ベストプラクティス」という。) である。その理由は、両者とも、「アドボケート・モデル」の問題点を指摘し、「準司法モデル」こそがあるべき OLC の解釈モデルであると論じているからである。

とりわけ OLC ベストプラクティスは、「準司法モデル」の解釈態度を維持確保するために OLC がどのようにして法的意見を作成するべきかにまで踏み込んで論じており、政府の憲法解釈補佐機関の在り方を考えるにあたって示唆に富む。そこで本稿の資料として OLC ベストプラクティスを全訳して後掲したので、併せて参照願いたい。

IV OLC をめぐる近時の議論

再び蟻川教授の指摘を借りていえば、大統領それ自体からは差し当たり区別された OLC は、大統領「それ自体が自らのためにするのは異なる解釈原理」である「準司法モデル」に立脚すべきであるというのがⅢ 3 で見た議論であったが、蟻川教授はさらに、「その機関のした憲法解釈を内閣〔大統領〕が尊重し、当該機関の憲法解釈に内閣〔大統領〕が自らの憲法解釈を従わせること」が必要であると論じていた。それでは、この点についてアメリカの実践は現在どのようになっているだろうか。あらかじめ結論を述べれば、オバマ政権、ドナルド・トランプ (Donald Trump) 政権はともに、それを行っているとは言い難い。

1 オバマ政権下の OLC

OLC ベストプラクティスはオバマ政権下で出されたものであるが、オバマ政権下での執行府内部での (憲) 法解釈は、多様なアクターのインフォーマルかつコンセンサス重視のスタイルに移行した——そのため OLC は、執行府内部での多様な法的意見を述べる部局の一つになった——という点に特徴がある⁽³⁷⁾。それが顕著に表れたのが、リビア空爆をめぐる意思決定プロセスであった。

NATO によるリビア攻撃へのアメリカの参加について、戦争権限法 (War Powers Resolution) が定める「敵対行為 (hostilities)」に該当するか否か——「敵対行為」に該当する場合、議会の承認を得る必要が生じ、これが得られなければ 60 日を超えて当該行為に従事できない——が法的に問題となった。OLC 局長代行のキャロリン・クラス (Caroline Krass) は、リビア空爆は戦争権限法にいう「敵対行為」に該当するため議会承認が必要であるとし、国防総省法律顧問ジェー・ジョンソン (Jeh Johnson) もこの立場を採用した。しかしオバマ大統領は、リビア空爆

(35) Walter E. Dellinger et al., “Principles to Guide the Office of Legal Counsel,” Dec. 21, 2004. Duke University School of Law website <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2927&context=faculty_scholarship> そこで示された 10 の原則については、横大道聡「政府の憲法解釈—アメリカにおける近年の憲法実践から—」『比較憲法学研究』23 号, 2011, pp.159-160 を参照。

(36) “Memorandum for attorneys of the office: re: best practices for OLC legal advice and written opinions,” July 16, 2010. U.S. Dep’t of Justice website <<http://www.justice.gov/olc/pdf/olc-legal-advice-opinions.pdf>> この OLC ベストプラクティスは、トランプ政権になった現在でも、OLC のウェブサイトに掲載されており、依然として有効な考え方とされている。

(37) Renan, *op.cit.*(31), pp.835-848. レナンは、これを多孔的合法主義 (porous legalism) と名付けている。

は戦争権限法にいう「敵対行為」に該当しないので議会承認は不要であるという解釈を示した、WHC のボブ・バウアー (Bob Bauer) と、国務省法律顧問で著名な国際法学者のハロルド・コー (Harold Koh) の見解を採用したのである。OLC 局長のクラスは、OLC としてそのような立場を支持することはできないと WHC のバウアーに伝えたが、この問題に対して OLC に正式に意見が求められることはなかった⁽³⁸⁾。

この一件に表れているように、オバマ大統領は、多様なアクターの法的見解を、インフォーマルなやり取りを通じて議論し、コンセンサスを重視しつつ、そのなかで自らにとって都合の良い解釈を採用するスタイルを採っていた。ここでは OLC は必ずしも重宝されておらず、OLC の影響力——とりわけ国防問題における影響力——はこれまでの政権と比べて格段に低下したと指摘されている⁽³⁹⁾。

このような意思決定プロセスは、1970 年代の OLC 活性化に際して期待された役割——執行府の信頼性を向上させるために、裁判官のような中立的立場で、執行府内部において、事前に、かつ、集約的に、執行府の行動の合法性・合憲性を正式に審査するという役割 (上記Ⅲ 1 参照) ——とは異なるものである。このような OLC 軽視の姿勢に対しては、執行府内部の活発なやり取りを通じた意思決定であるとして積極的に評価する見解がある一方で⁽⁴⁰⁾、厳しい批判も多く寄せられている⁽⁴¹⁾。

2 ホワイトハウス法律顧問

WHC は、アメリカにおける政府の憲法解釈を論じる本稿の主題にとって重要なので⁽⁴²⁾、簡単にではあるが触れておきたい⁽⁴³⁾。

ホワイトハウス内に法律顧問を置くという実践は、フランクリン・D・ルーズベルト (Franklin D. Roosevelt) 大統領が、州知事時代からつながりがあり、個人的な法律顧問でもあったニューヨーク州の判事サミュエル・ローゼンマン (Samuel Rosenman) を、常勤のホワイトハウスのス

⁽³⁸⁾ Charlie Savage, “2 Top Lawyers Lost to Obama in Libya War Policy Debate,” *New York Times*, June 17, 2011. See also *idem*, *Power wars: inside Obama’s post-9/11 presidency*, Little, Brown and Company, 2015; Renan, *op.cit.*(31), pp.837-842. さらに、栗田真広「米国における軍隊投入の権限」『レファレンス』765号, 2014.10, pp.110-113. <http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_8779804_po_076505.pdf?contentNo=1> も参照。

⁽³⁹⁾ Jack Goldsmith, “The decline of OLC,” Oct. 28, 2015. Lawfare website <<https://www.lawfareblog.com/decline-olc>>; *idem* “More on the Decline of OLC,” Nov. 3, 2015. *idem* <<https://www.lawfareblog.com/more-decline-olc>> ところで、オバマ政権の運営の特徴——とりわけ大統領の所属政党と連邦議会多数派の政党が異なる分割政府という状況となった後期——は、連邦議会ないし法律を軽視した単独行動主義 (unilateralism) であったが (この点については、横大道聡「抑制と均衡」としての大統領の単独行動主義? —「連邦議会の機能不全」時代のアメリカ権力分立論—」松井茂記ほか編『自由の法理—阪本昌成先生古希記念論文集—』成文堂, 2015, pp.243-291 を参照)、その単独行動の憲法的正当化に OLC も一役買っていた。しかし、本文で見た状況に照らすと、OLC の法的意見に示された憲法解釈に従った行動が採られたとしても、それは、大統領にとって都合がいい見解だったからである、と捉えられることになろう。

⁽⁴⁰⁾ See, e.g., W. Neil Eggleston and Amanda Elbogen, “The Trump administration and the breakdown of intra-executive legal process,” *Yale law journal forum*, Vol.127, 2018, pp.827-828.

⁽⁴¹⁾ See, e.g., Trevor W. Morrison, “Libya, “Hostilities,” The Office of Legal Counsel, and the process of executive branch legal interpretation,” *Harvard law review forum*, Vol.124, 2011, pp.62-74; Bruce Ackerman, “Legal acrobatics, illegal war,” *New York Times*, June 20, 2011.

⁽⁴²⁾ アメリカにおける政府の憲法解釈を補佐する機関として、OLC と WHC の 2 つを主要な機関とみる論者は少なくない。See, e.g., Bruce Ackerman, *The Decline and fall of the American republic*, Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2010. この点を指摘するものとして、see Fontana, *op.cit.*(17), pp.24-28.

⁽⁴³⁾ See generally MaryAnne Borrelli et al., *The White House Counsel* (The White House Transition Project 1997-2017, Report 2017-29). White House Transition Project website <<http://whitehousetransitionproject.org/wp-content/uploads/2016/03/WH-TP2017-29-Counsel.pdf>>

スタッフとして雇用したことが起源であるとされるが⁽⁴⁴⁾、リチャード・ニクソン（Richard Nixon）政権下のジョン・ディーン（John Dean）が組織を拡大させ、法的助言をその中心的職務とする現在の状況を確認させたとされる⁽⁴⁵⁾。1970年代以降、ホワイトハウス法律顧問が率いる部局——大統領法律顧問局（Office of the Counsel to the President）、ホワイトハウス法律顧問局（White House Counsel's Office）といわれることもある——には、20～40人近い法律家が勤務しているという⁽⁴⁶⁾。

政権によって若干の違いはあるが、WHCの中心的職務は、①大統領権限の行使についての助言の提供および大統領が有する憲法上の特権の擁護、②大統領による執行府職員および裁判官の指名・任命についての監督、③立法過程における大統領の活動に関する助言、④ホワイトハウス・スタッフに対する倫理規定や記録管理についての研修と履行状況の監視、⑤執行府の部局およびホワイトハウス・スタッフと司法省との接触についての対応、の5つである⁽⁴⁷⁾。

このように、WHCの職務内容はOLCと一部重複するが、WHCは「法と政治、政策の交差点」に位置し⁽⁴⁸⁾、純粹に客観的見地から（憲）法解釈を行うわけではなく、状況に応じて法的に妥当な見解を提供すればよい——「アドボケート・モデル」——と考えられている⁽⁴⁹⁾。また、OLCベストプラクティスにも示されているように、OLCは従来の執行府の憲法解釈を先例として尊重するとともに、それとの整合性を重視するのに対して⁽⁵⁰⁾、WHCは原則として非公開で助言を与えるということもあって、制度的記録を有していないため、整合性の要請も働かない⁽⁵¹⁾。

先にオバマ政権下のOLCは、執行府内部での多様な法的意見を述べる部局の1つになったと述べたが（IV 1参照）、それは、WHCが、上記⑤の職務の一環として行うOLCとのインフォーマルなやり取りなどを通じて政権にとって不利な法的見解が提示されることを予見した場合、OLCに正式文書での意見を求めず、大統領が望む法的見解——アドボケートとしてのWHCが支持する見解——を採用することによって生じたといえるだろう。

3 トランプ政権下でのOLCとWHC

トランプ政権下のOLCは、2017年1月27日にトランプ大統領が発出した「外国テロリストの入国からアメリカ合衆国を守る」と題された大統領令⁽⁵²⁾（いわゆる第1次入国禁止令）の「形式

(44) 執行府の組織については、廣瀬淳子「アメリカの大統領行政府と大統領補佐官」『レファレンス』676号、2007.5、pp.43-58。<http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_999748_po_067603.pdf?contentNo=1>等を参照。

(45) WHCの歴史的経緯については、Borrelli et al., *op.cit.*(43), pp.56-57; Jeremy Rabkin, “At the President’s side: the role of the White House Counsel in constitutional policy,” *Law and contemporary problems*, 56(4), Autumn 1993, pp.65-71.

(46) 内部での職務分担や日々の業務の詳細も含めて、see Borrelli et al., *ibid.*, pp.56-67.

(47) *ibid.*, pp.21-38.

(48) *ibid.*, pp.36-37. See also “Presidential departments.” White House website <<https://www.whitehouse.gov/get-involved/internships/presidential-departments/>>

(49) Borrelli et al., *ibid.*, pp.17-19. WHCは大統領の個人的な法律顧問ではないが、その人選は大統領との個人的つながりに基づく場合が多く、大統領個人に対する法律顧問のように行動しがちである。

(50) 権力分立との関係での先例の重要性については、see Curtis A. Bradley and Trevor W. Morrison, “Historical gloss and the separation of powers,” *Harvard law review*, 126(2), 2012.12, pp.411-485.

(51) Borrelli et al., *op.cit.*(43), p.36.

(52) Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States, Exec. Order No. 13769, 82 Fed. Reg. 8977 (Feb. 1, 2017). トランプ大統領による入国禁止令は、第1次から第3次までであるが、その内容および訴訟の動向については、福嶋敏明「トランプ大統領による入国禁止令と司法（1）」『法学セミナー』750号、2017.7、pp.1-7; 同「同（2）」『同』756号、2018.1、pp.8-15; 同「同（3）」『同』760号、2018.5、pp.1-8; 同「同（4）」『同』765号、2018.10、pp.1-8. 第3次入国禁止令を合憲とした最高裁判決については、大林啓吾「トランプ大統領の入国禁止令が合憲・合法とされた事例—トランプ対ハワイ対決—」『判例時報』2379号、2018.10.21、pp.118-119等を参照。

および合法性」を認めた文書⁽⁵³⁾を作成したが、その内容を見てみると、ほとんど憲法上の論点が検討されておらず、拙速に合法のお墨付きを与えるために作成された印象を与えるものであった。この大統領令は、大統領選挙時からのトランプの立場をベースに、大統領と大統領上級顧問のステイブン・ミラー（Stephen Miller）ら限られた一部幹部の独断で作成されたものであり、国務省、国防総省、国土安全保障省の法律顧問らが事前に審査する機会を与えられておらず、OLC や WHC の関与も、最終段階でほんのわずかに機会を与えられたに過ぎないという、異例の意思決定プロセスであったようである⁽⁵⁴⁾。

このようにトランプ政権では、憲法上問題をはらむ行動をとるのに先立ち、もはや OLC や WHC といった執行府内部の憲法解釈や法的助言を職務とする機関による助言や審査すら受けずして意思決定を行う例が多く、執行府内部の法的プロセスの崩壊が見られるという指摘もなされている⁽⁵⁵⁾。

おわりに

以上見てきたように、近時のアメリカ政治では、政府の憲法解釈が恣意に流れてしまわないようするために、執行府内部に大統領とは別の解釈原理に立脚する機関が、大統領の政治的立場から離れた法的な視点から憲法解釈を行い、大統領はその憲法解釈を尊重し従う、という実践が確保されているとはいい難い状況にあるといつてよい。

OLC が、OLC ベストプラクティスで示された「準司法モデル」の立場から（憲）法解釈を行うとなると、場合によっては大統領にとって不都合な解釈が示されることになる。そうであるが故に、OLC とその憲法解釈には権威性や対外的な説得力が備わるのであるが、その一方で、OLC が大統領の意向に沿わない諫言ばかりを行うようになると、大統領は OLC ではなく、アドボケート・モデルで解釈を行う WHC に法的な助言を求めがちになったり⁽⁵⁶⁾、他の機関の法律顧問の解釈などを広く集めて、その中から自身にとって都合のよい解釈を採用したりするようになる。そうすると OLC は、機関としてのプレゼンスを失わないようにするために大統領に迎合するような法解釈を提示するインセンティブを持つようになりかねない。そして WHC との距離が近づけば近づくほど、その傾向は強まる。

そして、OLC の影響力低下——執行府内部での（憲）法解釈は、多様なアクターのインフォーマルかつコンセンサス重視のスタイルに移行し、OLC はそのなかの 1 つという扱いとなった（IV1 参照）——が、「ハーヴァード・ロースクールの優等生で、初の黒人 Law Review President に

⁽⁵³⁾ “Memorandum: re: proposed executive order entitled, “protecting the nation from foreign terrorist entry into the United States”,” Jan. 27, 2017. <https://www.clearinghouse.net/chDocs/resources/new_CurtisGannon_1486094814.pdf>

⁽⁵⁴⁾ Evan Perez et al., “Inside the confusion of the Trump executive order and travel ban,” January 30, 2017. CNN website <<https://edition.cnn.com/2017/01/28/politics/donald-trump-travel-ban/index.html>> なお、司法長官代行であったサリー・イエーツ（Sally Yates）が、同命令の法廷での擁護拒否の姿勢を示したため、即座にトランプ大統領から解任されている。Michael D. Shear et al., “Trump fires Acting Attorney General who defied him,” *New York Times*, Jan. 30, 2017.

⁽⁵⁵⁾ Eggleston and Elbogen, *op. cit.*(40), pp.829-835. トランスジェンダーの軍務就任の禁止方針を示した際や、不法移民を保護する都市（sanctuary cities）に対して連邦補助金の支出を停止する大統領令（Enhancing Public Safety in the Interior of the United States, Exec. Order No. 13768, 82 Fed. Reg. 8799 (Jan. 30, 2017)）を発した際などがその典型例である。

⁽⁵⁶⁾ OLC は、法的な意見照会を受けて初めて正式文書を作成するが、OLC からネガティブな法的見解が出るのが予想されるような場合、OLC にそもそも法的な意見照会を行わない。

就任」⁽⁵⁷⁾し、ロースクール修了後、1992年から2004年に連邦上院選に出馬するまで、「シカゴ・ロースクールの講師として憲法を講じ」⁽⁵⁸⁾ていた、「法律的・憲法的素養が歴代大統領の中で最も高い」⁽⁵⁹⁾オバマ大統領政権下で進んだという事実は、上記の実践の履行確保の困難性を強く示しているように思われる⁽⁶⁰⁾。

執行府内部の憲法解釈補佐機関のあるべき憲法解釈を示し、そのような解釈をしない当該機関を批判したり、その解釈を尊重しようとしない大統領を指弾したりするだけでは不十分である。当該機関自身の制度改革や⁽⁶¹⁾、あるべき憲法解釈を行える条件の探求⁽⁶²⁾、さらには、大統領に当該解釈を尊重させるための仕組みや条件の検討、議会関与・統制の在り方の構想などもまた求められるだろう。日本においても、すでに述べたように、執行府内部の憲法解釈を補佐する機関としての内閣法制局の憲法解釈に注目が集まっているが、本稿にて行ったアメリカにおける政府の憲法解釈の概観は、そうした視点からの検討の必要性を示唆しているように思われる。

(57) 駒村圭吾「大統領 “Yes, We Can!” のプログレッシヴィズムとアメリカン・リベラルの再生」『法学セミナー』663号, 2010.3, p.12. Law Review とは、アメリカのロースクールの法律雑誌のことであり、その編集委員には優秀な学生が就任するのが通例である。その編集長 (president) となると、成績、編集能力、執筆能力等が高く評価されているということの意味する。

(58) 同上, p.15.

(59) 横大道聡「オバマと法学者 アメリカ政治のダイナミズム—公法学者の政治任用から—」『法学セミナー』663号, 2010.3, p.30.

(60) トランプ政権下でも同様の傾向が見られるものの、彼の特異なパーソナリティに起因する面が大きいといえる。

(61) 著名な憲法学者であるブルース・アッカマン (Bruce Ackerman) は、OLC も WHC も廃止すべきとしている。Bruce Ackerman, “Abolish the White House Counsel: and the Office of Legal Counsel, too, while we’re at it,” April 22, 2009. Slate website <<https://slate.com/news-and-politics/2009/04/abolish-the-white-house-counsel-and-the-office-of-legal-counsel.html>> また、WHC や OLC などの法的意見を審査するための最高執行府審判所 (Supreme Executive Tribunal: SET) の設置という具体的提案も行っている。Ackerman, *op.cit.*(42), pp.143-152. アッカマンの SET 構想の紹介として、横大道聡「政府の憲法解釈」の論理構造とその分析」憲法理論研究会編著『変動する社会と憲法』(憲法理論叢書 21) 敬文堂, 2013, pp.39-41 も参照。

(62) 横大道 前掲注(17), pp.50-60 のほか、岡田順太「憲法の番人としての議会の可能性—アメリカ OLC 報告法案審議を題材として—」『白鷗法学』17 卷 1 号, 2010.6, p.104 以下等を参照。

資料：OLC の法的助言および書面による意見のためのベスト・プラクティス（訳）

司法省

法律顧問局

司法次官補室（Office of Assistant Attorney General）

ワシントン D.C. 20530

2010年7月16日

当局の法律専門職員（attorneys）のためのメモランダム

Re：OLC の法的助言および書面による意見のためのベスト・プラクティス*

司法省法律顧問局（OLC）は、委任に基づき、大統領と執行府に対して法に関する質問に助言を提供するという1789年の裁判所法（Judiciary Act）に基づいた司法長官の権限を行使する。OLCの中心的な職務は、司法長官からの委任に従い、連邦政府の運営にとってとくに重要である法に関する質問について、執行府の構成員に拘束力のある（controlling）助言を提供することである。この職務を履行する際に、OLCは、大統領が憲法を維持し、保持し、擁護するとともに、「法が忠実に執行されることに留意」という大統領の憲法上の義務の遵守を援助する。したがって、OLCの助言が明確、精確で、徹底した調査に基づいた、適切に理由付けられたものであることが求められる。OLCの助言の価値は、その分析力に依存する。OLCは常に、率直で、独立した、理にかなった助言を——その助言が政策担当者の狙いと矛盾するときでも——提供しなければならない。このメモランダムは、OLCの法律専門職員の職務のすべての局面を導いてきた、そして今後も導くであろう長きにわたる原理を再確認するとともに、OLC職員が提供する拘束力のある法的助言のうち、とりわけ重要な形式での助言、すなわち、正式な書面による意見の提供に際して従うべきベスト・プラクティスについて述べるものである。

I. 指導原理

いくつかの根本原理が、OLCの職務すべての領域にわたっての指導原理となる。上述したように、OLCの中心的職務は、司法長官の委任に基づき、大統領に課された憲法上の義務、すなわち、合衆国憲法を維持し、保護し、擁護するとともに、「法が忠実に執行されることに留意」という義務の遵守を促進させるために、執行機関に拘束力ある法的助言を提供することである。かかる職務を全うするために、OLCは、法が何を要求しているのかについての最良の理解に基づいて助言を提供しなければならない。OLCは、政府機関または執行府によって提案され、行おうとされている行動や立場を擁護するための単なる代弁者（advocate）ではない。したがって、法的助言を提供する場合、OLCは、たとえその法的評価が執行府または政府機関の追

* [原注] このメモランダム [Memorandum for attorneys of the office: re: best practices for OLC legal advice and written opinions, July 16, 2010. U.S. Dep't of Justice website <<http://www.justice.gov/olc/pdf/olc-legal-advice-opinions.pdf>>] は、2005年5月16日に発出された「OLC意見のためのベスト・プラクティス」という以前のメモランダム [Memorandum for attorneys of the office: re: best practices for OLC opinions, May 16, 2005. Federation of American Scientists website <<https://fas.org/irp/agency/doj/olc/best-practices.pdf>>] の改訂版である。

求しようとしている必要な実践や政策目的を制約するとしても、適用されうる法につき、精確かつ公正な評価を行うように努めなければならない。このことは、OLCに与えられた役割を実効的にこなすために決定的に重要である。なぜならば、OLCは、裁判所によって解決される可能性が乏しいであろう新しい問題——OLCの助言が実質上、適用される法に関する最終的判断となりうる——について意見を求められることが多いからである。

助言の提供に際して、OLCは、要請によって提起されている中心的争点に集約的に焦点を当てなければならない。そこで直接に提起されていない事項にまで言及することを避けなければならない。可能な限りOLCは、要請のなかで問題となっている特定の事実や状況に注意を払わなければならない。法的分析を行うにあたって手助けとならないような明確な根拠を欠いた抽象的な問題についての助言を避けなければならない。そして、最終的な法的結論の如何に関わらず、OLCは、関連する法源および問題となっている争点についての重要な賛否の両論について、包み隠すことなく公平に言及することを確保するよう努めなければならない。確かにOLCは、厳しい時間的制約の下で活動しているのが通常である。そうした場合、関連する争点について適切かつ徹底した審査を行うためにさらなる時間が必要であれば、OLCはその旨を明らかにしなければならない。追加的な時間の余裕がない場合、OLCの助言は時間的制約の下で提供されたものであって、より徹底した考察を加えることができなかつた旨を明らかにしなければならない。

憲法上の問題に関係するいかなる争点についても、OLCの分析は、憲法の文言、その文言の意味を解明する歴史的記録、憲法の構造と目的、関連する憲法規定について解釈した司法および執行府の先例など、憲法の意味を明らかにするための伝統的な源泉に焦点を当てなければならない。特に、争点が大統領または他の執行府職員の権限や、統治の各機関間の権限配分に関係する場合、先例と歴史的実践が特別の関連性を有することが多い。他の解釈問題についてのOLCの分析は、関連する文書の文言によって導かれなければならない。かかる文言の解釈に当たっては、伝統的な解釈方法を用いなければならない。OLCは執行府の一部であり、その分析は執行府の制度的伝統および能力もまた反映すべきだからである。例えばOLCの意見は、司法長官およびOLCの関連する過去の意見を考慮するとともに、通常はそれに重きを置かなければならない。OLCは、とりわけ問題となっている論点について過去の決定が直接言及している場合には、そうした過去の決定から安易に離脱すべきではない。しかし、いかなる先例重視のシステムにも言えることであるが、過去の決定は、適切な事案において適切な手続を経て、再考や撤回がなされることもある。

最後に、OLCの分析は、OLCの責務には法と調和した執行府の活動の促進および大統領の目的の促進もまた含まれているという事実を適切に反映すべきである。その結果、OLCは裁判所とは異なり、可能かつ適切な場合において自身が違法であると決定した執行府の提案の代替となる合法的な選択肢を提示するように試みることもある。OLCのかかる任務の側面にも関わらず、その法的分析は常に原理に基づいた、率直な、時間が許す限り徹底したものでなければならない。大統領または他の公務員の政策的選好を促進するためだけのものであってはならない。

II. 意見の準備

OLC は、拘束力のある法的助言を、口頭での説明および電子メールを通じた方法を含む正式ではない方法によって伝えていることも多いが、OLC の正式な書面による意見を準備するためのベスト・プラクティスは、特段の注意を払うに値する。それらの意見は署名されたメモの形をとる。そして、OLC の意見を要請した執行府職員に交付される。

A. 意見要請の評価 まず、意見要請は、各々、少なくとも 1 名の司法次官補代理および 1 名の法務顧問に割り当てられる。彼（女）らは、そこで提起された問題ならびに関連する主要な資料、以前に出された OLC 意見および主要な判例の審査を行い、まずその問題が OLC が助言するのにふさわしいものであるか否か、署名を付した書面での意見という形式に値する問題であるといえるか否かについて判断する。提起される法的問題は、明瞭かつ具体的でなければならない。すなわち、一般的に OLC は、ある法領域の一般的調査や、広範かつ抽象的な法的意見を提供することを差し控える。さらに、書面による意見であることの実上の必要性がなければならない。すなわち、OLC は、政策担当者が異なる方向へと向かうように思われるような、不必要な助言を差し控えなければならない。法的問題が最も必要であるといえるのは、当該問題が、2 つ以上の執行府の機関間で、具体的かつ現在進行中の紛争の対象である場合である。執行府の機関から OLC に意見が求められたが、当該機関の長が大統領の意向に沿わない場合（例えば、執行府の機関の長が「正当理由 (for cause)」がなければ解任されない職である場合）、OLC が当該機関から、OLC の出した結論に従って行動するという書面による合意を受け取った場合に限り、OLC が自身の意見を提供することになっている。慎重を期すために、OLC は、合衆国が訴訟当事者としてかかわっている係争中または差し迫った訴訟において起こりそうな法的問題に対して意見を提供することを差し控える（もっとも、OLC は進行中の訴訟に携わっている司法省部局に対しては援助をしてもよい）。最後に、OLC の意見は、将来に向けて法的質問について述べなければならない。すなわち、OLC は、過去の行動の合法性に関する意見を差し控える（もっとも、時に OLC の将来に向けての意見は、過去の助言を確認し、もしくは記録化する場合、または現在進行中の法的問題に対処する際に過去の行動が必然的に関係してくる場合がある）。

B. 利害関係のある機関の意見要請 OLC の一般的慣行では、OLC が意見の準備を進める前に、意見を要請してきた機関に対して、当該問題についての当該機関自身による分析が行われている詳細なメモランダム [の提出] を求めている。多くの場合、OLC に正式に意見要請を行う前に、当該機関と OLC は予備的な論議を行い、当該機関は意見要請とともに自身の分析を提供する（意見要請が大統領法律顧問 (Counsel to the President)、司法長官または司法省のその他の上級管理部局の 1 つから来たものである場合には、詳細な分析は要求されない）。機関間の紛争の場合、OLC は両当事者の側にそのような文書の提出を求める。OLC は、紛争の両当事者が各々の文書を共有すること、または OLC が共有させることについての容認を求める。それにより、必要な場合に、OLC が返信コメントから示唆を得ることができるからである。OLC は、適切かつ有益で、意見要請を行っている機関の守秘義務に関する利益に反しない場合には、意

見要請に直接関係しない機関で、提起されている問題の内容について専門知識を有する、または特別の利害関係を有する機関の見解も求める。ただし OLC は、意見要請した機関の事前の同意なしで、第三者機関に対して意見要請の写しを回覧しない。

C. 調査、概要作成および起草 書面による OLC 意見は、慎重かつ熟慮を経たプロセスの産物である。意見要請をした機関からの提出物と、過去の OLC 意見および主要な司法判断を含む関連する主要な資料を審査した後、司法次官補代理および法務顧問は、当該問題を調査し、概要と意見の第 1 稿草案を準備する計画を立てるために会合を持たなければならない。司法次官補代理と法務顧問は、そのプロセスの各段階で目標となる期限を設定しなければならず、また、意見の進捗状況を検討するために定期的に会合を持たなければならない。他の司法次官補代理や司法次官補 [OLC 局長] との会合など、必要に応じて OLC の他の職員との協議の機会を持つことは推奨される。早い段階での第 1 稿は、当初予期されたよりも注意を払う必要がある分析の弱点や欠点を特定するのに有益である。一般的に言って、意見作成の進捗に応じて、司法次官補代理および法務顧問が時折司法次官補と面会し、意見草案の状態と方向性を議論することは有益なことである。

OLC は、明確かつ簡潔な分析で、問題の両側からバランスよく議論を提示する意見となるように努めなければならない。OLC 意見が執行機関間の紛争における問題を解決しようとする場合、OLC は両当事者側から提起された論点を徹底的に考慮し、公平に言及するように注意しなければならない。その際、概して我々は、異なる見解を有する機関を「優勢な」、「劣勢な」当事者であると特徴づけることを差し控える。OLC の義務は、機関によって提供されたか否かにかかわらず、あらゆる合理的な反論を考慮して、法の正しい回答についての見解を提供することである。

D. 意見草案の審査 OLC 意見は、署名される前に、OLC 内部にて厳格な審査を受ける。意見作成の責任を有する主担当の司法次官補代理と法務顧問が、意見草案が二次審査を受ける準備ができていないことに納得した場合、彼（女）らは当該意見草案を審査のために別の二次審査を行う司法次官補代理に提出しなければならない。法務顧問は、意見草案とともに、二次審査を行う司法次官補代理に対して、法律、規則、重要な判例、関連する過去の OLC 意見、利害関係を有する機関から受領したメモランダムを含む主要な資料の写しを提供しなければならない。二次審査を行う司法次官補代理による審査が終了し、コメントや修正の提案などがなされたら、主担当の司法次官補代理は、意見草案を OLC 局長、残りの司法次官補代理（各々の事案でそれぞれが意見を審査する必要はないが）、関連した専門知識を有する OLC 内の他の法律専門職員による最終審査のために回覧しなければならない。

OLC は司法長官に委任された権限に従って意見を出す。そのため、OLC は、定期的な会合および他のコミュニケーション方法を通して、その業務内容について、司法長官室（Office of the Attorney General）および司法次官室（Office of the Deputy Attorney General）が把握できるようにしておく。この慣行は、指導的な部署が OLC の職務を認識しておくことを確保するとともに、追加的に OLC が考慮すべき利益や、OLC が意見を確定させる前に求めるべき見解に関する示

唆を OLC に得させるものである。それにもかかわらず、意見の確定は OLC 自身による独立した分析と判断に基づくものである。また OLC は、大統領法律顧問局に対しても、適切に OLC の業務内容を知らせておく。

OLC 自身の独立した判断を反映した助言を提供するという伝統と合致させるため、通常 OLC は、意見草案を OLC 外部に回覧しない。しかし、当該意見によって影響を受けるであろう要請者またはその他の者からの意見が、意見草案のなかで生じる問題について言及していない場合には、我々の意見作成のプロセスのなかで、意見草案の分析面について、彼（女）らと共有することもある。そのほかにも、OLC は、意見がいかなる事実または法的に重要な点についても誤って言及することがないように、意見草案全体の要旨または意見それ自体を司法省内または他の者と共有することもある。

E. 意見の確定 意見作成に関するすべての実質的な作業が終了したら、すべての引用の精確性と、OLC の書式ルールとの合致を確実にするために、当該意見は、我々の法務補助職員から徹底的な引用チェックを受けなければならない。すべての引用チェックの変更が承認され実行された後、最終的な意見は署名のためにボンド紙に印刷されなければならない。署名の準備が完了している各意見には、主担当の司法次官補代理、二次審査を行った司法次官補代理、そして法務顧問によって署名された、記入済みの意見管理シート（opinion control sheet）を含まなければならない。機密指定されていないのならば、当該意見は、署名され、意見を求めた機関に提出された後、我々の ISYS データベースに置かれなければならない。また、OLC の機密指定されていない日誌（Day Books）に収められなければならない。署名された意見の写し、意見管理シート、容易に入手できない重要な資料（例えば最初の意見要請、利害関係のある機関の見解を示したメモ、意見で引用された世に知られていない典拠）の写しを含んでいる個々のファイルは、将来の参考のために我々のファイルでも保持されなければならない。

Ⅲ. 意見の公表と他の公衆への情報開示

大統領命令 12146 号 [1979 年にカーター大統領が発出した、司法長官を長とし、他の執行機関の長より任命された代表者によって構成される組織（federal legal counsel）を設立するとともに、機関間の争いを裁定する司法長官の権限等について定める大統領命令] および司法長官からの指令に従い、OLC には、重要な意見を公式に公表するために定期的な考慮と選別を行うための、長年にわたる内部的なプロセスが整備されている。そのプロセスの最初の段階において、意見作成に取り組んだ法律専門職員と、それを審査した幹部職員は、当該意見が公表されなければならないかどうかについての勧告を求められる。これらの勧告が集められた後、当該意見は、少なくとも専門の 1 名のキャリア採用の法律専門職員と幹部部局（front office）からの法律専門職員によって構成される OLC 内部の公表審査委員会（internal publication review committee）に送付される。同委員会が当該意見は公表されるべきであるとする予備的判断を下した場合、当該意見は意見要請をした執行府の職員または部局、そして公表によって影響を受ける可能性のある他のすべての機関に回覧され、当該意見は公表されるべきではないとする理由が存するかについての見解を求められる。この見解を考慮に入れたうえで、公表審査委員会は、OLC が

意見を公表すべきかどうかについての最終判断を下す。OLCが意見を公表するという最終決定をした後、当該意見はオンライン上の公表のために再確認され、再フォーマットされる。すなわち、頭書を用意して当該意見に添付して、司法省ウェブサイト（www.usdoj.gov/olc/opinions.htm）に掲示される。OLCの公表意見としてウェブサイトに掲載されたすべての意見は、最終的に、ハードカバーで装丁した書籍としても公表される。

意見が公表に値するに十分なほど重要かどうかを決める際、OLCは、当該意見が執行府の他機関や職員に対して有する潜在的な重要性、類似した疑義が将来生じ得る見込み、意見の歴史的重要性またはそれが生じた文脈、そしてOLCの法解釈体系全体にとって有する当該意見の潜在的な重要性といった要素を考慮する。これらの要因を考慮する際に、OLCは、完全かつ迅速にその重要な意見を市民が利用できるようにしなければならないという前提に立脚する。この前提は、執行府の透明性という利益を促進するものであり、それにより、説明責任と効果的な政府に寄与し、政府の行動の合法性に対する市民の信頼度を高めることができる。時宜に合ったOLC意見の公表は、憲法上の根拠に照らし、連邦法上の要求は無効であるとOLCが結論付け、執行府がその結論に基づいてある行動をとる（または行動を控える）場合において、特別に重要となる。そのような状況において、議会と市民は執行府が法律に従わない理由を理解することによって恩恵を得る。すなわち、議会はそれらの理由を考慮して適切に対応することができるようになり、そして市民は、執行府の行動が適切な法的判断に基づくものであり、憲法を含む法が誠実に執行されるように留意するという大統領の義務を促進させるものであると納得できるようになる。

同時に、OLCは、[公表に値するという判断とは]対立する考慮により、そのような考慮がなければ公表に値するとされる意見の公表は不適切または賢明でない結論するかもしれない。例えば、意見の公表が機密情報またはその他の国家安全保障に関連する慎重な扱いを要する情報を明かすことになる場合には、OLCは意見の公表を差し控える（機密解除の決定は、OLCではなく機密指定を行った機関によってなされる）。同様に、意見の公表が連邦法の執行を妨げる場合や、法律によって禁止されている場合には、OLCは意見の公表を差し控える。また、意見を公表しないことが執行府内部での熟議プロセスを維持するため、またはOLCと他の執行府部局という弁護士—顧客間関係に含まれる情報秘匿性を保持するために必要なときには、OLCは意見の公表を差し控える。大統領と他の執行府職員は、他の公共・民間部門の顧客と同様に、効果的に自身の職務を全うするために、しばしば法的助言の守秘性を信頼する。ある機関が提案された行動方針に関して助言を求め、OLCがそれは法的に許されないと結論付けると、当該行動は実行されないというのがその例である。仮にOLCが、合法性が確実ではない企図された行動のすべてに関する助言を日常的に公表するならば、執行府の職員は、政策形成の初期段階でOLCの助言を求めようとしなくなるだろう。その結果、法の支配の利益が損なわれるだろう。OLC意見には、意見要請をしている機関を除き、市民または他の者の関心を引かない問題にも関するものもあるだろう。公表するとされた意見を、意見要請をした執行府の職員または部局、そして公表によって影響を受ける可能性のある他のすべての機関に回覧するというOLCの慣行は、それらの競合する考慮事項についてのOLCの自覚を確かなものにするに役立つ。これらの懸念のいずれかに対処するにあたり、公表を延期することで十分である

ような場合、OLC は適当な時期に公表の決定を再考する。

OLC は、未公表の法的意見について、多数の情報自由法（FOIA）に基づく開示請求を受ける。近年、特に国家安全保障問題に関する意見について、そのような請求の量は、かなり増加している。定義上、これらの請求は、OLC がその内部での公表手続に従って公表するという選択をしていない文書の開示を求めるものである。これらの請求に応じる際、OLC は、オバマ大統領の 2009 年 1 月 21 日の FOIA メモランダムと、ホルダー司法長官の 2009 年 3 月 19 日の FOIA メモランダムに準拠する。司法長官のメモが述べるように、FOIA のいくつかの適用除外条項は、「国家安全保障、…… [弁護士—顧客関係における] 秘匿情報記録および法の執行上の利益」を保護する。OLC は、特定の開示請求が FOIA の適用除外条項に該当するか否か、そして不開示とすべきかどうかについての決定に際して、関連する機関と協議する。開示請求を受けた文書が不開示事由に該当しない場合には、OLC は迅速にそれを開示する。さらに、仮に当該文書が法令上 FOIA の不開示事由に該当する場合でも、OLC は当該文書の公開を検討する。司法長官の 2009 年 3 月 19 日のメモランダムでも述べているように、「単に非開示が合法であるということを理由として、[司法省の] 部局は情報を非開示としてはならない」。特に、オバマ大統領の指示と一致して、OLC は、単に OLC または個々の職員の困惑を避けるため、法的理由付けのありうるミスを隠すため、あるいは「推定的または抽象的な恐れのため」に、意見を不開示にすることはしない。

OLC は特有の使命と、どのようにして職務を遂行すべきかについての——多くの政権を超えて維持されてきた——古くからの伝統を有している。この伝統の維持を確かなものにするために、OLC は、そのリーダーシップだけでなく、内部の各々の法律専門職員に多くを負っているのである。

デイビッド・J・バロン

司法次官補代行（Acting Assistant Attorney General）

※ [] は訳者による補記である。

（よこだいどう さとし
慶應義塾大学大学院法務研究科教授）