

大統領の指示権に関する一考察

澤田 知 樹

要 旨

行政機関の裁量行使を適正化する手法の可能性の一つとして、大統領による行政コントロールという方法が考えられる。大統領コントロールモデルといった概念が、米国において数年前から主張されており、その概念の中核となる考え方は、法律によって各行政機関に委任された裁量に関して、大統領がその裁量の行使について指示を発する権限を有するというものである。この見解を採る論者は、法律条文によって行政官に委任された裁量の行使について大統領が指示権を主張することができると読むことができると考える。

だが、議会が権限を委任したのは大統領ではなく行政機関に対してであると一般的には理解されており、この見解に対しては疑問や批判が多く提示されているところである。本稿では、法律条文の解釈によって大統領の指示権を導くことの可能性について、そのような解釈に批判的な論者の主張に基づいて検証を試みる。

キーワード：行政裁量

はじめに

大統領コントロールモデルという概念が、米国において数年前から主張されている¹⁾。その概念の中核となる考え方は、法律によって各行政機関に委任された裁量に関して、大統領がその裁量の行使について指示を発する権限を有するというものである。議会が権限を委任したのは大統領ではなく行政機関に対してであると一般的には理解されているが、この見解を採る論者は、委任された裁量の行使について大統領が指示権を主張することができると読むことができると考える²⁾。

その他にも、大統領によるコントロールを主張する根拠は、アカウントビリティと効率性にも求められると主張される。大統領による行政は二つの原理が互いに関連する方法でアカウントビリティを促進する。一つは、大統領によるリーダーシップによって透明性が高められる。いま一つは、大統領によるリーダーシップは公衆と官僚制との間に選挙によるリンクを創り出し、前者に対する後者の責任を強化する³⁾。さらに効率性については、大統領は単一の機関で

1) Elena Kagan, *Presidential Administration*, 114 HARVARD LAW REVIEW 2245 (2001).

2) *Id.* at 2251.

3) *Id.* at 2333.

あるから、集合体に見られるような不決断・非能率から開放されて行動することができる。行政機関の活動に統一的な原理を適用し、そして進行させることができる。その第一はおそらく調整機能であろう。また、政府内でのエネルギーの必要性を認識することも重要である。だが大統領のコントロールを導入することにより政府内におけるダイナミズムを促進するような方法は、耐え難い独裁制と不安定の双方のリスクを課することになるかも知れない。このような恐れを避けるためには、公衆に対する大統領のアカウントビリティを結びつけなければならない。それにより、政治的アカウントビリティが政府内のエネルギーをチェックし、公衆の意見から離れないように繋ぎとめておくことができるかも知れない⁴⁾と論じられる。

行政機関の裁量の行使に際して大統領が指示を発するという手法は、行政機関の裁量の行使に対する一種の歯止めとしても考えることができよう。民主的熟慮の所在は、議会ではなく行政機関自身に見出すことができる。行政国家における意思決定過程は熟慮過程として観念づけることができる⁵⁾。このような見解では、大統領によるコントロールは正統性の中心的なソースではなく、熟慮が歪められたときあるいは不適切な結果に対する安全保障として捉えているようである⁶⁾。このように消極的な捉え方としても考えることができる。

だが、このような大統領コントロールモデルに対する疑問や批判も多く主張されている。本稿では、上に挙げた論点中、法律条文による解釈による大統領の指示権の主張に関して考察を試みる。解釈による指示権の付与について批判的な論者の主張⁷⁾をベースに論じていくこととする。その他の論点、アカウントビリティや大統領の注目度による透明性さらには憲法との関連での問題についてはまたの機会に譲るものとする。

I 大統領の指示権 その法律条文上の問題

法律条文は大統領に対して指示権を与えているのであろうか。それは、法律の下で直接行為できる権限か、あるいは下位の行政機関職員を法的に拘束できるのか。

法律解釈の問題の中核となるところは、行政機関の職員への権限委任を定めた条文を、大統領に対して指示権を与えたものとして読むべきかどうかである。各行政機関の長官への権限委任についてその裁量の行使に際して、大統領が指示を発する権限有すると読むべきか⁸⁾。

1. 司法長官 Writ の見解

1823年、司法長官 Writ の見解に拠れば、個々具体的な職員に法律条文が権限を委任してい

4) *Id.* at 2339 – 2345.

5) Mark Seidenfeld, *A Civic Republican Justification for the Bureaucratic State*, 105 HARVARD LAW REVIEW 1511, 1515 (1995).

6) Nina A. Mendelson, *Agency Burrowing : Entrenching Policies and Personal before a New President Arrival*, 78 NEW YORK UNIVERSITY LAW REVIEW 557, 587 (2003).

7) Kevin M Stack, *The President's Statutory Power to Administer the Laws*, 106 COLUMBIA LAW REVIEW 263 (2006).

8) *Id.* at 270.

る場合には、その職員こそが法律条文の下で裁量を行使するのであって、大統領はその判断を法律による委任に置き換えることはできない⁹⁾。法律条文が個々具体的な職員に名指しで義務の遂行を求めている場合には、その職員がその義務を遂行することが予定されており、他の如何なる職員がそれを遂行したとしてもそれは違法となる。Writによると、憲法のテイク・ケア (Take Care) 条項¹⁰⁾ は大統領に対して監視の義務を課してはいるが、直接に行為する権限を与えていない。法律条文がある職員に権限を与えている場合には、Take Care 条項は大統領にその義務を遂行する権限を与えてはおらず、法律条文によって名指しされた職員がその義務を忠実に遂行するかを監視することを大統領に求めている。Writはこの問題を法律条文の解釈の問題として扱っている。どのような場合に議会は大統領に各職員の領域に立ち入る権限を与えたか。法律条文がある行政機関の職員に権限を与えたこと、そのことのみからは大統領の支持権は導かれない。その理由としてWritは、議会の慣行として大統領に権限を与える場合には、大統領を明示していることを挙げている。彼の考え方では、法律条文が行政機関の職員に権限を委任していることにより、その職員は独立した裁量と義務を授けられている¹¹⁾。

2. 司法長官 CUSHING の見解

1855年、司法長官 Cushing は、反対の見解を述べている。Cushing は、憲法はすべての執行府職員は、法律条文がそれぞれの職員に対して権限を与えている場合といえども、大統領の指示権の下に置かれることを規定しているとする¹²⁾。法律に基づくすべての執行府の行為は、各省の長官によって執行されることが求められているという立法状況に鑑み、各省の長官は大統領の指示の対象となる。その支持は、執行府職員がどのようにその義務を遂行するかを大統領がコントロールすることを含み、いかなる省の長官も、法的には大統領の意思に反して職務行為を執行することはできない。そしてその意思は、憲法によって、そのようなすべての行為の執行を支配する力を有する¹³⁾。Cushingによると Take Care 条項は、議会が明示的に大統領の指示権を認めていない場合においても、法律条文による権限が包含されることを要求する。

また Cushing は、法律条文が個々具体的な執行府職員を行政部の執行者として定めている場合と、大統領を名指しして権限を与えている場合とを区別している。法律が各職員に対して権限を割り当て、大統領の選択によってその法律を執行する者が決定され、そして大統領の意思がそれぞれ割り当てられた職員に伝えられる。憲法は、議会によって与えられたすべての裁量権は大統領の意思に調和するように行使されることを要求しており、執行府職員への権限付与は大統領はどの職員を通じて行動しなければならないかを指定しているのであって、職員個人

9) *Id.* at 271, citing *The President and Accounting Officers*, 1 Op. Att'y Gen. 624 (1823).

10) U.S. Const. art II, 3.

11) Stack, *supra* note 7, at 271.

12) 7. Op. Att'y Gen. 453, 469-70 (1855).

13) *Id.* at 468.

に対して権限を与えているのではない¹⁴⁾。

3. 相違する二つの考え方

大統領の法律上の権限についての、二人の司法長官の異なった見解であったが、これらの見解の不合意は、最高裁によって完全には解決されていないようである。Murbury v. Madison¹⁵⁾は、狭い範囲ではあるが、職員の義務について大統領が干渉できないような範疇を認めている。これらの義務は、裁判所によって審査され得る執行府の行為と審査され得ない行為とに区別される。一つの場合は、執行府職員が憲法上あるいは法律上裁量を有するときには、その職員は大統領の意思に調和するように行為することが予想される。それらの義務は、政治的にのみ審査され得るとい以外には何も明らかではないと Marshall 判事は記す¹⁶⁾。いま一つの場合は、裁量を含まない個々の法律に依拠する職務上の義務も存する。法律によって具体的な義務がそれぞれの職員に割り当てられているときには、その職員はその義務を遂行することによって法的にアカウンタブルであることができよう¹⁷⁾。

また Kendall v. United States¹⁸⁾において最高裁は、それぞれの職員に裁量のない職務遂行義務が法律条文によって課されているときには、その義務を遂行しないように命ずる権限は大統領にはないと判示した。議会が具体的な省の長官に行為するように要求する法律を制定したときには、その義務の遂行は純粋に各省独自のものであり、そのような法律の下ではその省の長官は下級職員に対するコントロールの裁量を有さない。Kendall では、Take Care 条項に基づいて大統領は各省の長官の行為について指示する権限を有するという考え方を否定した。指示権を有するというような解釈を採ることは、大統領に対して議会の立法行為についての全般的なコントロール権を持たせてしまうようなことになってしまう¹⁹⁾。法律によって各職員に課された義務は、各省固有の特徴を有するものであって、大統領の指示を受けるものではない²⁰⁾。

Kendall と Marbury は、法律が純粋に各省固有で裁量のない行為の執行について職員に権限を付与しているとき、大統領はその行為を留めるように各職員に対して命ずることはできないという見解を支持する。だが、法律のどの部分が執行府職員に法的裁量を与えるのか。それこそが行政国家における重要な委任問題の中核部分となるところである²¹⁾。

Kendall は各省固有の義務の遂行に関するものであり、裁量を伴う場合について各職員に対する大統領の権限の範囲については明確にしていない²²⁾。Murbury もまたほとんどガイダンスを提示していない。Murbury は二つの区別を提示したと考えられよう。一つは、行政機関の行

14) Stack, *supra* note 7, at 272.

15) 5 U.S. 137, 166 (1803).

16) *Id.*

17) *Id.*

18) 37 U.S. 524 (1838).

19) *Id.* at 613.

20) *Id.* at 610.

21) Stack, *supra* note 7, at 273.

22) 6 Op. Att'y Gen. 326, 345–346 (1854).

為が政治的であり大統領の意思に調和することが要求されるときには、司法審査に服さない。いま一つは、行為が裁量を含まず大統領の意思に左右されないときには、司法審査に服するというものである。だが、現代の行政法の重要な前提は、行政職員はその意思決定にあたって、裁量の行使を含むときであっても、法的にアカウンタブルであるということである。裁量が司法審査を排除しないときに、大統領の意思に調和することを要求されるのが問題となるところであろう²³⁾。

I-2 大統領の影響力による黙示の権限

Elena Kagan の *Presidential Administration*²⁴⁾ によると、大統領の指示権は、執行府職員に付与されたすべての権限に対して及ぶと主張される。行政職員への委任を大統領の支持権を含むと読むことが、議会の一般的な意思そして理解を反映するものであり、政策的理由からより正当である。Kagan は、議会が独立行政委員会と執行府行政機関とに分けて委任を行っていることに着目する。議会が独立行政委員会に権限を委任したときには、議会は行政機関の意思決定を大統領から隔離しようとする意図であるとする。独立行政委員会の職員に対する大統領の解任権の制限は、これらの職員は大統領に従位するものではないということの意味する²⁵⁾。

II 混合型権限委任

もし議会の立法慣行が、法律による権限委任として行政機関職員または大統領のどちらかのみを名指ししているのであれば、独立行政委員会への委任と執行府行政機関への委任との相違は、行政職員への委任のもと大統領が指示権を有するという見解は、擁護されるであろう。しかしながら議会は、権限をどの職員に委任するかについての選択においてより多様な委任を行ってきた²⁶⁾。

II-1. 行政機関—大統領・混合型権限委任

1) 条件付きの委任

もっとも初期のころには議会は、大統領の監視という明示の条件つきでの行政職員へ権限を委任する法律を制定していた。1789年、海軍省を設立する法律において、海軍長官は大統領の指示を明示の条件とする権限を付与された²⁷⁾。類似の例として、外務省の長官は、大統領によって委任された義務を遂行することを命ぜられていた。外交に関連して大統領は、時々に応

23) Stack, *supra* note 7, at 273.

24) *Supra* note 1.

25) *Id.* at 2327.

26) Stack, *supra* note 7, at 276.

27) Act of Apr. 30, 1789 ch. 35 1, 1 Stat. 553, 553.

じて命令あるいは委任すべきであるという方法が採られていた²⁸⁾。反対に、財務省の長官は大統領の指示を受けることを権限行使の条件とされていなかった²⁹⁾。1800年代を通して議会は、大統領の監視のもとに行政職員に権限を付与するような法律を制定し続けた。現行法にも行政機関—大統領・混合型委任の例は多く見られる。例として、農務長官の「大統領の承諾を要する (with)」³⁰⁾ 権限、内務長官について「大統領が指示する方法で」という条件つき³¹⁾ の権限などである。最近では、国防長官に対する「大統領の指示の下」³²⁾ での権限付与などがある。

2) 行政機関を特定した委任

議会はまた、大統領は特定の具体的な行政機関の職員を通して行為しなければならないような権限委任を、慣行として行ってきた。現行法の中にも、大統領は Secretary of State を通して国際合意に見合う権限を執行するための規則を公布すべきことを規定したものがある³³⁾。合衆国と他国との空輸に関する合意を修了させることを長官に指示する権限を大統領に与えているものもある³⁴⁾。

II-2 行政機関—大統領・混合型委任によるネガティブな黙示

大統領の指示権を広く認める見解からすれば、法律条文を大統領に都合よく解釈し黙示的な包含を認めることが主張される。それらによると各省の「長官」には、大統領を含むとする。しかしそれは黙示の拡張によってのみ可能であるのではないかという疑問を生じさせる。議会の二つのタイプの混合型委任の立法慣行からすれば、そのような黙示の拡張に抗う強い根拠が見出せるであろう。それらの法律は、議会が大統領の承諾という条件を必要としない行政機関への委任を行ったときには、法律条文は大統領の指示権を否定しているというネガティブな推論を示唆しているであろう³⁵⁾。

1) 同じ法律の中での混合委任から示されるネガティブな推論

同一の法律の中で、ある節が特定の語を用いそして他の節では同じ語を入れていないとき、議会は包含することと排除することを明確に意図してそしてそのような目的をもって区別して法律を制定していると、一般に推測されるであろう³⁶⁾。同じ法律の中での語の使用・不使用から導かれる推論を引き出すことは、法律を全体として捉えることが、特定の具体的な条項にとって、文脈の中核部分をなすという考え方からくるものである³⁷⁾。この考え方は、法律条文

28) Act of July 27, 1789 ch. 7, 1, 1 Stat. 28.

29) Act of Sept. 2, 1789 ch. 4, 1, 1 Stat. 65, 65-66.

30) 7 U.S.C. 610 (c) (2000).

31) 16 U.S.C. 590z (2000).

32) Foreign Military Sales Act, 22 U.S.C. 2791 (d) (1) (2000).

33) 1 U.S.C. 112 (e) (2000).

34) 22 U.S.C. 5605 (b) (2) (f) (ii) (I).

35) Stack, *supra* note 7, at 284.

36) *Russello v. United States*, 464 U.S. 16, 23 (1983).

37) Larry Alexander & Salkrishna Prakash, *Why Intention Free Interpretation Is an Impossibility*, 41 SANDIEGO LAW REVIEW 967, 968 (2004).

を単に特定の条項ではなく全体として一貫した適用を可能とするために、法律を解釈する者にとって適切な想定であろう。法律のそれぞれの条項の意味は、それを含む法律全体の一部としての機能である³⁸⁾。行政機関への職員への委任が、大統領への権限付与と単純に解釈できるのであれば、混合型委任の法律条文はほとんど意味をなさない。行政機関の職員のみへの委任と混合型委任がともに、大統領の指示によるコントロールという条件付きの権限を付与しているものではない³⁹⁾。

2) 混合型委任から単純委任へのネガティブな黙示

法律条文の用語を解釈するにあたっての関連する法律的な脈絡は、その用語が用いられている法律の正確な範囲にのみ捉われるものではない。最高裁がしばしば記するように、裁判所は法律条文をそのみ単独で解釈しているわけではない。その語に制定された法律を含め、その国全体の法体系の脈絡にそって解釈しているのである⁴⁰⁾。議会がその初期のころから長きにわたって行ってきた立法慣行に鑑みるのであれば、単一の委任と混合型の委任は異なった意味を有することが示されるであろうし、そして合理的な立法者が大統領に権限を指示権をあたえようと欲するのであれば、混合型委任を用いるであろうことが示されるであろう⁴¹⁾。ある法律が大統領のコントロールの対象となる権限を行政機関の職員に与え、他の法律がそのような条件なしに同じ権限を与えているときに、それらの法律は異なった義務を課していると思えないことは、合理的な行政職員や他の法律解釈者にとってはこじつけとなるであろう⁴²⁾。さらに、議会がどのアクターに権限を委任すべきかという問題は、議会が権限を委任する際に必ず起きる問題である。議会が権限を委任するときの、その受任者の選択は重要な入り口での決定なのである⁴³⁾。

3) どの行政機関が法律を管理するか決定と Chevron との類似性

さらに司法審査について少し考えてみる。行政機関の職員への委任を大統領への黙示の指示権付与と、裁判所は読んではいけないことは、Chevron⁴⁴⁾ 原則によって提示される問題と類似している論理から導かれる。Chevron 原則が適用されるかどうかの境界線を画するという意味において、裁判所は行政機関が特定の法律を適用・執行するかどうかという決定をしなければならない。Chevron による謙譲は、それぞれの行政機関がその適用・執行する法律の解釈についてのみ適用される。この原則の下、裁判所は行政機関と執行法律との組み合わせを決定しなければならない。この組み合わせの基礎として、法律がそれぞれの行政機関に政策決定の権限を専属的に付与しているかが考慮される。ある行政機関が、他の行政機関によって適

38) 534 U.S. 438, 445–446 (2002).

39) Stack, *supra* note 7, at 287.

40) 538 U.S. 254, 281 (2003).

41) 12 U.S.C. 1703 (d) (2000).

42) Stack, *supra* note 7, at 289.

43) *Id.* citing David Epstein & Sharyn O'Halloran, (1999).

44) 463 U.S. 837.

用・執行されている法律を解釈するとき⁴⁵⁾、法律がその行政機関に権限を付与していないと解釈されるとき⁴⁶⁾、あるいは、法律を執行する権限が単一の行政機関に専属的に付与されていないときには⁴⁷⁾、裁判所は Chevron による謙譲を否定してきた。

ある特定の行政機関が法律の下、専属的に政策決定権限を付与されてきたかどうかを、裁判所が決定する方法は次のようなものである。その行政機関が明示的にそして専属的に法律による権限の受任者であるかどうかを裁判所は考慮した。そしてその法律による委任の解釈と各省内の下級職員との間に争いがあるという状況においては、条文が委任した解釈に対して裁判所が謙譲した⁴⁸⁾。同様に行政機関に対して明示の委任のないときには、謙譲すべき根拠がないとした⁴⁹⁾。Chevron による謙譲を否定されるときには、重要な法律上の視点が呈される。法律条文による明示的そして専属的な受任者でない行政機関について、裁判所は名指しされていない職員に黙示の権限を認めるような解釈は許容されるものではないという見解を採っている⁵⁰⁾。

Chevron の文脈における中核の問題は、法律条文による権限の受任者そのものについてであるから、裁判所がその決定をなすときの方法は、我々が問題としていることに対して有用な類似性を示してくれる。Chevron の文脈において行政機関に黙示的な権限付与の解釈が許されないときには、法律条文の解釈として大統領に権限を付与することを包含するとの解釈が、如何なる理由から許容され得るのであろうか。それに対する唯一の答えは、大統領は特別の存在であるということではなかろうか。大統領は憲法的地位にあり、他の行政職員よりもヒエラルキー的に高位な地位にあり、同一水準のものではない。しかし、大統領のヒエラルキー的地位が故に彼を、指示権は議会が明示的にそれを設定したところに存するという基準から、免れさせるべきであらうか⁵¹⁾。行政機関職員への権限委任についての、最も自然な解釈は、それらの条文によって黙示的に大統領への権限付与が行われていないということである。

II-3 解任権と指示権との相違

黙示による大統領の指示権を否定することに対して、最も障碍となるものは、大統領による解任権の存在であらう。実務上、解任権と指示権との差異はほとんどなく、それらを分けるための「議会意図」を想定するような根拠も殆どない⁵²⁾。大統領は広く多様な手段で影響力を行使する。任命権を通して行政機関の予定計画を創り上げることもできる。司法審査を通して行政機関に関する訴訟をコントロールをすることもでき、彼の方針に適合しない職員を解雇し、他の職員を再任命することができる。これらのすべての権限を併せれば、大統領は執行府行政

45) 86 F. 3d 1185, 1187 (1996).

46) 521 U.S. 121, 137 (1997).

47) 95 F. 3d 212, 216-217 (1995).

48) 17 F. 3d 616, 626-627 (1994).

49) 521 U.S. 121, 137 (1997).

50) Stack, *supra* note 7, at 292.

51) *Id.* at 293.

52) Kagan, *supra* note 1, at 2330.

機関を通して彼の政策を実行することが可能であることを意味することになる。そして裁判所にとって、大統領の影響と行政機関への指示との区別を画することは困難なこととなるであろう⁵³⁾。

しかし、大統領が解任権を有することが必ずしも、法律条文が各職員に権限を付与したことについて大統領にもまた指示権を与えたものであるということを含むことを必要としないであろう。ロジックとしては、解任権は直ちに指示権を要求するものではないと考えられよう。原則としては、たとえ職員が大統領による解任権の対象であったとしても、独立した法律上の裁量を与えられたものと解釈することができよう。問題の中心はむしろ実務的なものである。ある行政機関の職員が大統領の指示を受けた行為を実行することを拒否した場合、大統領はその職員を自分の方針に適合させようとすることもできるし、あるいはその職員を解雇し、彼の政策により適合しうるような職員を任命することもできる。だが、解雇することは指示権を行使することより大統領にとって、政治的なコストがずっと高くつく⁵⁴⁾。

また、大統領と行政機関の職員との相反は実務的な差異が存する状況においてのみではない。むしろ、法律の下に明示的に誰が権限を付与されたかという問題は、大統領と行政機関の職員との地位のかけ引きに関連して影響を及ぼすことになりそうである。行政機関の職員の裁量の行使が、大統領の指示という条件つきであることが明示的に示されているときには、その法律条文は行政機関の職員が大統領の指示に抗う根拠を法的に認めていない⁵⁵⁾。

反対に、委任が行政機関の職員についてのみ行われているときには、法律条文が独立した法的義務と裁量とを大統領ではなくその職員に委任していることを理由に、その職員は大統領の指示に抗うことができるかも知れない。このように各職員が大統領の指示に抗う可能性が高くなると仮定するのであれば、法律が誰に権限を委任したかという選択は、実務的な効果を有することになる。法律条文による委任の選択により職員の独立判断の機会が増え、大統領は各職員に適合するように行動することを求められることになるかも知れない。それらが大統領の実務的な権限の範囲に影響するのであれば、議会に対して重要な働きかけとなるかも知れない。

もし、各職員がどのように行為するかについて法律的に意識的になされた権限配分が影響すると考えるのであれば、解任権と指示権との原理的な差異は実務的なものとなるかも知れない。大統領は多大な影響力を有するという事実を鑑みたとしても、その影響力のみによって解任権から指示権が導かれるような解釈が包含されるわけではないであろう⁵⁶⁾。

53) Richard H. Pildes & Cass R. Sunstein, *Reinventing the Regulatory States*, 62 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 1, 25–26 (1995).

54) Michael Herz, *When Can the Federal Government Sue Itself?*, 32 WILLIAM & MARY LAW REVIEW 893, 928–929 (1991).

55) Stack, *supra* note 7, at 295.

56) *Id.* at 296.

II-4 憲法的回避と法律による委任

行政機関の職員に対する単純な委任についての適切な解釈が大統領の指示権を排するというのであれば、Unitarian は、憲法問題を回避するような原則に頼らなければならないことになるであろう。そのような場合には、条文の二通りの可能な解釈の間で、裁判所は法律を無効としないような解釈をすべきであるという古典的な回避原則が採られるであろう。かわりに、Unitarian は条文の可能な解釈を行うことよりも近代的な回避原理に向かうことになるかも知れない。裁判所は他の解釈を採ることによって合憲をなすような場合においても、そのように判断せずに、法律の合憲性についての判断という厄介な問題を回避するような条文の読み方を採用すべきであろう⁵⁷⁾。

1) 単純な委任の曖昧性

憲回避の方法を採るにあたっては、憲法以前の法律条文の解釈の問題として、執行府行政機関の職員への権限委任が大統領へ指示権を与えているのかどうか不明瞭であること、単純委任をそのような方法で解釈することが十分に可能 (fairly possible)⁵⁸⁾ であるかという問題がある。法律条文の解釈をめぐる論議からは、行政機関職員への単純な委任が大統領へ権限を与えたものと結論づけることは支持されにくいであろう。行政機関と大統領への混合委任を採るという議会の立法慣行によって、単純な委任は大統領に権限を与えてはいないというネガティブな黙示的解釈の可能性が強められるであろう。このようなネガティブな黙示的解釈は、最高裁にとって法律条文を明瞭に解釈するための基準となってきた⁵⁹⁾。

2) 深刻な憲法問題

大統領が指示権を有するのは、明示的な委任のあるときにのみという見解を擁護する者であっても、大統領の解任権を制限することは憲法違反であるという立場を採るであろう。大統領は指示権の他に執行府行政機関の職員に対する広範囲にわたるコントロール手法を有する。さらに政策に対して強大な影響力を行使する。これらからは、指示権を制限すること制限することにのみによって憲法違反とするようなケースが、構造上の問題として正当化されることは困難であろう。行政機関の職員への単純な権限委任が不明瞭なものでないとするのであれば、憲法回避の原則は単純には利用できないと結論づけることができるかも知れない。もし法律条文について多様な解釈が可能であったとしても、Unitary 論の擁護者は単純な権限委任についての解釈が憲法構造の原則を侵害するということを論じなければならないという困難な負担を負うかも知れない。いずれにしろ法律条文の解釈は司法審査の結果でもあり、そして執行府の構造でもある⁶⁰⁾。

57) 275 U.S. 142, 148 (1927).

58) 297 U.S. 288, 348 (1936).

59) 464 U.S. 16 (1983).

60) Stack, *supra* note 7, at 299.

Ⅲ 大統領の執行府に対する法律上の権限

Ⅲ-1 執行府内での法律条文解釈

執行府の職員にとって最も明瞭な結論は、最終的な意思決定の権限は法律の権限委任に従うべきであるということであろう。これは少なくとも二つの理由からなる。一つは、行政の原理として広く共有された認識によるもので、執行府や行政機関の職員は自分たちの行為についてより多くの司法的謙讓を享受することを好むということである。そのため、明示的に法律条文上の権限を受任された者の行為のみが Chevron 原則による司法的謙讓を享受することができるのであれば、執行府のアクター達は、大統領であれ行政機関であれ、どの職員（機関）に最終的な意思決定の権限が配分されているかについて強い関心を抱くことになる⁶¹⁾。

いま一つは、行政機関の行為についての司法審査が行われないときあるいは行うことが適切でないようなケースにおいても、大統領の指示権の範囲に対する制限の問題は根底に残されるであろう。大統領命令や大統領の指示は、独立したあるいは自立的な憲法上の権限に欠けるため⁶²⁾、大統領に対する明示的な権限委任があるときのみ、行政機関の職員を拘束する。法律的な裁量は究極的には法律条文の明示的な委任に依拠する。議会はどの職員に権限を付与したか、そして誰（どの機関）がその権限を遂行するについて独立した義務を負っているかである⁶³⁾。

Ⅲ-2 行政機関による法律条文解釈

つぎなる問題は、法律の下に権限を付与された行政機関の職員は、その与えられた裁量の行使に関連して発された大統領命令をどのように考慮し対処すべきであるかという問題である。執行府のアクターの機関としてのポジションは裁判所のそれとは異なるため、執行府内での法律条文の解釈は大統領の指示の比重を考慮に入れた独自の論議が要求されるとする考え方もある⁶⁴⁾。

行政機関による法律条文の解釈は、その行政機関に付与された権限から明らかに逸脱しない限り、大統領の指示に従うべきであるとの主張もある⁶⁵⁾。だが明示的な権限委任から外れるような大統領命令について、職員はどのように対処すべきであろうか。大統領命令を単純に無視するということも考えられる。このような場合、その職員は自分の任期を短縮するというリス

61) Michael Herz, *Imposing Unified Executive Branch Statutory Interpretation*, 15 CARDOZO LAW REVIEW 219, 257 (1993).

62) Jofferson Powell, *The President's Authority over Foreign Affairs*, 67 GEORGE WASHINGTON LAW REVIEW 527, 543-544 (1999).

63) Stack, *supra* note 7, at 311.

64) Peter L. Strauss, *Agency Interpretation and the Problem of Legislative History*, 66 CHICAGO KENT LAW REVIEW 321, 329-335 (1990).

65) Stack, *supra* note 7, at 314, citing Jerry L. Mashaw, GREED, CHAOS, AND GOVERNANCE: USING PUBLIC CHOICE TO IMPROVE PUBLIC LAW 522 (1997).

ク以上のことを行っている。むしろ、その職員は大統領の立場を慎重に考慮するという義務を有するようなことを行うことになるかも知れない。

このような大統領の立場を考慮するという義務は、どのような方法で行政機関の職員が大統領の命令を評価するかというモデルを形成する出発点となるであろう。Skidmore⁶⁶⁾によって示された基準は、行政機関の裁量を法律的に拘束しないような大統領の指示について行政機関は如何に対処すべきかのベース・ラインを提供することができるであろう。審査裁判所には行政機関の地位やその基盤を考慮する義務が課せられる。大統領の立場やその権限について考慮する義務が行政機関の職員に適用されるべきであろう。行政機関の職員が大統領の法律条文解釈に反駁しようとするためには、それらの職員の見解が大統領のそれと異なるについて「十分に適切な理由 (very good reason)」があるときのみ適用されるべきであろう⁶⁷⁾。だが、大統領行う宣言と前回に行ったそれとの一貫性は、行政機関の行為についての一連の司法審査の首尾一貫性ほどには比重を有さない。行政機関の職員は大統領の指示に対して慎重な考慮を求められてはいるものの、大統領の方針に従うかどうかの最終的な判断は行政機関の各職員の手中に留まるであろう。これによって、大統領はその政策について行政機関とよりいっそうインフォーマルな対話を持つようになりそして政府の透明性が減じられることになるかも知れない。言い換えれば、明示的な権限委任のない限り大統領の命令は法律的な拘束力を有しないという結論によって、行政機関の行為の背後には大統領の固有の政策があるということを公衆に知らしめることができるような方法で行動するというインセンティブを、大統領は失っていくであろうかも知れない⁶⁸⁾。

IV 大統領の特殊性と委任の問題

議会が権限を付与しようとするときには、設置されたどの機関に権限を付与するかについての選択をしなければならない。誰 (どの機関) に権限を付与するか、どのような組織を創設するか、どのような行政プロセスが要求されるか、そして法律権限を委任された者をどのように解任するかを決定しなければならない。すべての政治的アクターは、その構造がどのような政策を遂行しあるいは停止させるかの手段であることを知っており、そして異なった構造によって大きく異なった結果をもたらされるであろうことを知っているから、これらの構造的選択はそれ自身が政治の産物である⁶⁹⁾。

裁判所そして執行府の行為の基盤としての明確な推定的な解釈を提供することが求められよ

66) 323 U.S. 134 (1994).

67) Stack, *supra* note 7, at 315.

68) *Id.*

69) *Id.* citing Terry M. Moe & Michael Caldwell, *The Institutional Foundations of Democratic Government: A Comparison of Presidential and Parliamentary Systems*, 150 JOURNAL INSTITUTIONAL & THEORETICAL ECONOMY 171, 173 (1994).

う。そこで議会が用いた委任の文言についてたどろうと試みるであろう。この解釈の問題についてそれらの解釈の適切さを保つためのアウトラインを提示することが求められよう。

1) 議会と大統領との思惑の相違

経験的な研究によると、大統領と議会はこれらの法律条文の解釈に関して異なった見解を有しているようであることが示されている。大統領は行政国家をコントロールするという強い圧力の下にある。彼は、政府の機能をアカウントブルに保たなければならず、政策を効率的に実行するために集中化されたコントロールを必要とする。大統領はそのコントロールが制限されるようなあるいはアカウントビリティが混乱させられるような行政機関の設定方法に反対してきた⁷⁰⁾。

反対に議会は、機能をより分散し分担するような設定を進めようとする。議会の個々のメンバーは、大統領に比べると官僚制を集中的にコントロールするような制度ないし組織の設計について弱いインセンティブしか有さない。彼らにとって次期の選挙において再選される見通しは、自身の選挙区の有権者の具体的利益であり、組織された利益グループに便宜をはかることに結びついている。そのような政策行動を大統領がサポートしそうでないときには、議会のメンバー達は可能な限り大統領によるコントロールから隔絶されることを求めることになるであろう⁷¹⁾。議会のそれ自身の意思は、行政機関の職員への権限委任が黙示的に大統領への委任へと拡張されないような方向へと進むであろう。

2) 手続回避の問題

さらに、大統領への権限委任の拡張を黙示的に許すのであれば、議会が行政機関のアクターを特定して課した行政手続をショート・カットしてしまうことにもなりかねないであろう。行政機関のプロセスはその行為について正統性を保持するものであり続けている。APA (Administrative Procedure Act: 行政手続法) の制定以後、行政機関は同法が定めた手続的要求に従わねばならなかった。だが、同法は大統領に対しては適用されない⁷²⁾。

大統領が直接に行為することが許されるのであれば権限の遂行は、APAによって課せられている手続的要求から逸脱してしまうことになろう。このようにして指示権を黙示的に認めるような法律条文解釈は、議会が法律条文による権限の遂行の際に採られるべき手続を特定した意図を、意味なきものにしてしまうかも知れない⁷³⁾。

3) 大統領の優位性

大統領は議会に対して幾つかの機関としての優位点を有する。公共選択論によると、議会の行為を変更するためのコストは大統領がその命令で権限を主張しようとするコストよりはるかに高くつく⁷⁴⁾。議会が動くためにはその数百人のメンバーと交渉し調整しなければならない。

70) David E. Lewis, *PRESIDENT AND THE POLITICS OF AGENCY DESIGN* 4, 26 (2003).

71) *Id.* at 30.

72) 505 U.S. 788, 800-01 (1992).

73) Stack, *supra* note 7, at 318.

74) William G. Howell, *THE POLITICS OF DIRECT PRESIDENTIAL ACTION* 14-16 (2003).

それぞれのメンバーは各自の選挙民、利害そしてスケジュールを持っている。それに対して、大統領は自身の発案によって行動でき、手続的な拘束も受けず、そしてなによりも他のメンバーの同意を得る必要がない。それらにより大統領は「最初に行動する者」としての優位を得ることができる⁷⁵⁾。

Kagan は、大統領権限拡大に対する司法審査によるチェックや議会がより制限的な法律条文を起草することを提案する⁷⁶⁾。しかし、大統領の権限主張について裁判所がチェックできる範囲は、まさに問題の本質的な疑問点に依拠している。つまり、裁判所が執行府行政機関の職員への権限委任を大統領への権限付与を読むかどうかである。もしそのように読むのであれば、司法審査は大統領に対する抑制とはならないであろう。あるいはもし、将来議会がより制限的な法律条文を起草し可決したとしても、そのことにより現存の法律の下で大統領が主張する権限の範囲を拘束することにはならない。大統領の権限濫用に対する保護を考えるのであれば、法律の委任によって創設された行政機関の職員の独立した法律的義務と裁量を強調することがベターであると考えることができよう。しかし、このような行政行政機関の役割についての考え方は、よくても部分的な解決にしかない⁷⁷⁾。

V

1) 憲法問題との関連

公共選択モデルは、政府が公共善を推進する能力について、基本的に悲観的である⁷⁸⁾。一般的な福祉を増進させるような立法的な政策決定について深く猜疑的である。立法的な活動が少ないほどより好ましいと考える。このモデルは法律制定に抑止を掛けることにより、立法府を抑制しようとするような憲法メカニズムを誇張する⁷⁹⁾。

行政機関にあまりに大きな権限を委任するような法律を制定するような能力を立法府が有することは、憲法の設計上の大きな欠点であるかと考えられると主張する。規制国家は、議会のメンバーに憲法第 I 編第 7 節による抑制から逸れるような広大な政策決定の試みを起こさせてしまう⁸⁰⁾。そして、もし行政機関が多分に自律的であるのならば、憲法の三権分立構造において、構造問題として行政機関の存在を正しく定めることは困難になるであろう⁸¹⁾。

75) *Id.* at 27.

76) Kagan, *supra* note 1, at 2350.

77) Stack, *supra* note 7, at 322.

78) Jonathan R. Macey, *Cynicism and Trust in Politics and Constitutional Theory*, 87 CORNELL LAW REVIEW 280 (2002).

79) Jonathan R. Marcy, *Public Choice : The Theory of the Firm and the Theory of Market Exchange*, 74 CORNELL LAW REVIEW 43, 52–59 (1988).

80) Jonathan R. Marcy, *Transaction Cost and the Normative Elements of the Public Choice Model : An Application to Constitutional Theory*, 74 VIRGINIA LAW REVIEW 471, 514 (1988).

81) Jeffrey J. Rachinski & Cynthia R. Farina, *New Theories of the Regulatory State Cognitive Psychology and Optimal Government Design*, 87 CORNELL LAW REVIEW 549, 585 (2002).

Unitary Executive 論者は、憲法第Ⅱ編中のいくつかの条項を繋ぎあわせて、大統領の指示の下に行政機関を正しく位置づける根拠として認識し、それらの問題の解決を図ろうとしている⁸²⁾。だが、この試みは、重要な政府の意思決定を憲法原理によって設定されたフレームワークの外側へ持ち出してしまうような不適切な解釈を産み出してしまうであろう⁸³⁾。

2) 多数派主義と専断的判断

大統領コントロールモデルの困難さは、我々が行政国家について常に憂慮してきた懸念について言及し損ねているということである。この懸念とは、専断的な行政意思決定についてである。憲法構造は、専断的な立法・執行・司法についての類似の懸念を論じるにあたっての様々な見通しの中で理解されてきた。だが、60年代70年代において、ときどきこの懸念が忘れられることがあった。その結果、大統領コントロールを含め最近現れてきたモデルは、憲法構造の核心について憂慮すべき懸念を無視することによってのみあるいは少なくとも未解決のまま置いておくことにより、行政国家について理解しうるものとなった。さらに彼らは、憲法や行政法のありきたりの問題を未解決のままに置いている⁸⁴⁾。

大統領コントロールモデルの推奨者の中には、行政機関の専断的判断に関する懸念をもはや避けて通ることができないことを認識した者もいる。そして彼らは、そのモデルを多数派による政府と同様に、よき政府の指図に調和するものとして正当化するという作業を要することとなるであろう。しかし、そのステップは機能していないように見える。大統領コントロールモデルは、その最も洗練されたものであっても、多数派主義に陥ってしまう。専断的判断についての懸念を適正に勘案することはできないであろう⁸⁵⁾。

3)

行政行為をコントロールするにつき、Unitary Executive 論は、憲法論議について新たな一節を始めた。連邦官僚制は、これまでの三権分立構造のどこにおさまるのが正しい形態であるかという問題について適切に言及しようとしている。彼らは、三府をその内容とし、第4府を認めるには消極的であるオリジナルの憲法解釈を指摘する。そして、議会がいったん詳細を定めることを放棄したのであるのならば、憲法が他の選択肢を許容していない以上、大統領がその任務を引き受けなければならない。さらに憲法がそれらの権限を行使するために、官僚よりもむしろ選挙で選ばれ焦点を宛てられる政府職員を要求しているのであれば、大統領がその任務を引き受けるべきであるとする⁸⁶⁾。

4) 多数派による専制

選挙によって選ばれた者は、私的利益を拾い上げてしまうことも多い。このような意味では、

82) Steven G. Calabresi & Saikrishna B. Prakash, *The President's Power to Excute the Law*, 104 YALE LAW JOURNAL 541, 570-72 (1994).

83) *Supra* note 81, at 585.

84) Lisa Schultz Bressman, *Beyond Accountability: Arbitrariness and Legitimacy in Administrative State*, 78 NEW YORK UNIVERSITY LAW REVIEW 461, 555 (2003).

85) *Id.*

86) *Id.* at 489.

彼らは独裁的または裁量濫用的に振舞うこととなる。選挙の機関中は、私的利益を防ぐことについて不十分となり、そしてそのような結果を容易にしてしまう。これが多数による専制である (Majority Tyranny)。アカウントビリティは、選挙によって選ばれた者が単に人々に責任を負うというものではない。それは政治決定が人々のチェックの対象となるということの意味する。選挙によって選ばれた政府職員が、公衆の利益を採り入れかどうかを、投票者が考慮することを可能ならしめるかどうかによって、アカウントビリティは理解されるであろう。大統領や議会はこの多数派であり、反多数派は裁判官や行政官であると捉えることもできよう。大統領による政治的アカウントビリティを強調することはこの多数派による独裁に対しても十分な注意をはらわなければならないであろう⁸⁷⁾。

むすびにかえて

行政機関の職員への権限委任についてそれが大統領の指示権を含むかどうかについての問題について論じてきたが、二つの相反する主張が見られる。Kagan は次のように述べている。議会が大統領に対して指示を発することを禁止することが可能であるということは、議会が指示を禁止したことを意味しないことに着目しよう。つまり条文の解釈の問題なのであると⁸⁸⁾。このようなネガティブな解釈が適切であるかどうかは疑問を感じる者も少なくないと思われる。Stack が批判している点はまさにこの部分にあると考えられよう。つまり前者は「やってはいけない」と言う事ができるがそれを「言っていない」ということは、「やってもいい」という結論を黙示的に包含していると主張していると考えられるよう。この点について Stack はそのようなネガティブな黙示による解釈を否定している。この問題は Kagan の主張するように「解釈の問題」であるかも知れない。しかし、「やってもいい」との結論を導くための根拠がいまひとつ不十分であると考えられるかも知れない。

またこの解釈に関連して行政機関の行為に関する根本的な問題も類似的に考察され得るかも知れない。その根本的な問題とは、「行政機関は、法律に書かれていないことを行ってもいいのか」という問いである。だが米国の論議では行政機関と大統領は分けて考えられているようである。つまり、大統領は憲法上の存在であるが行政機関は法律上の産物であるという分類である。この憲法上の存在であることから大統領の特殊性を強調し、指示権の根拠とすることも主張されている。だが「大統領は特別の存在である」ことは、法律条文の解釈の問題に対して適切な解答を与えることができるのであろうか。むしろ条文解釈の論議にストップを掛けるものとして機能するものではないかと推測され得よう。つまり条文解釈の論議のラウンドから外へと飛び出すことなるのではないかと考えられるかも知れない。

これに関連してある問題について考えてみる。裁判所は、法律を憲法違反とすることを避け

87) *Id.* at 489–500.

88) Kagan, *supra* note 1, at 2226.

るために二つの原則を用いているようである。一つは、条文の複数の解釈が可能な場合には法律を違憲としないような解釈を選択すること、いま一つは、そのような判断をせずに法律の合憲性についての判断という厄介な問題を回避するような条文の読み方を採用することである。この問題の場合は、条文解釈のラウンドと憲法問題のラウンドの二つがある中で、可能な限り憲法問題のラウンドに入ることを避けようとする姿勢であると考えられることも可能であるかも知れない。

ここで「大統領は特別の存在である」について再び見てみよう。この場合は条文解釈のラウンドから外へでてしまっていると考えられることもできようが、それでははたして憲法問題のラウンドに入っているのだろうか。この場合には、憲法問題のラウンドに入るということも行っていないと考えられるのではないかと考えられるかも知れない。まさにストップを掛けるものとして機能しているのであるが、それ以外の働きを行っているのだろうか。あるとすればそれは、「特別な存在」を理由に条文解釈の論議を政治的アカウンタビリティや大統領のヴィジュアルリティへの論議へと移行させる機能と考えることもできるかも知れない。この問題については憲法問題とも併せてさらなる考察を続けていく所存である。

最後に、解任権についてであるが、それを「手続的監督」⁸⁹⁾ 表現する論者もいる。この手続的監督権を理由に Kagan は、少なくとも最終的決定権が行政職員的手中にある限りは、指示権を肯定する方向と捉えている⁹⁰⁾。だが Stack は大統領が解任権を有することが必ずしも指示権を与えたものであるとは解釈していない。それはむしろ実務上の問題であるとする。この問題もまた「解釈の問題」であろうか。また大統領の指示と影響との区別はとても困難であろう。

大統領コントロールモデルについて、本稿では批判的な論者の主張を中心に考えてみた。この問題について今回は条文解釈の問題を主に論じてみた。大統領の行政職員に対する指示権は黙示的に認められるのだろうかそれとも明示的な記述が必要であろうか。あるいは解釈の問題かそれとも立法的に解決されるべきものでしょうか。解釈の問題であるのなら、裁判所がその結論を出すことも可能であろう。だが裁判所が判断を避けるのであれば、立法的に解決されなければならないのではなかろうかと考えることもできよう。日本においても内閣総理大臣の各大臣に対する指示権というものが考えられている。これを憲法上明記すべきとの主張もある。米国の大統領と日本の内閣総理大臣では、大統領制と議院内閣制という根本的な相違があるために単純には比較できない。だが、憲法に盛り込むのではなく、個別の法律に書き込むのであれば、米国における論議も日本法へ示唆するものがあるかも知れない。

89) *Supra* note 53, at 30.

90) Kagan, *supra* note 1, at 1325.