

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

岡田 順太

一 はじめに

本稿は、アメリカの連邦議会上院において提出された法案をめぐる提出議員側と司法省の間で交わされた憲法論争を取り上げ、法解釈に関する議会と行政府の在り方を検討するものである。アメリカ合衆国憲法における大統領の憲法解釈権については、争いがあるものの、憲法二条一節八項に定める宣誓規定を一つの根拠として是認する見解が存在する^①。それは、大統領が宣誓の際に、職務を誠実に遂行するとともに「合衆国憲法を維持し、保護し、擁護する」と述べていることを積極的な授權規範ととらえ、大統領の判断においてある法律が違憲とされた場合、行政府による法律の執行を行わないことを正当化する根拠となるというものである。

もちろん、アメリカにおいては、*Marbury* 判決^②以来、司法府の違憲審査権が法の支配に不可欠の要素として確立しており、大統領がそれを覆す解釈権限を有しているものではない。しかしながら、それは司法府の判例が存在する領域についての話であって、いわば判例の空白域にあっては、依然として大統領の憲法解釈権を認める余地がある。

それは、限られた場面ではあるが、「大統領は常に法律に従っていればよいというわけではなく、明白に違憲な法律を執行することは宣誓条項に反することになる^③」というのである。

要するに、判例の空白域にあつて、大統領は事実上の有権解釈権を持つ機関たりえるのであり、実務上も大統領は、司法長官の補佐の下で、そうした権限を行使している。これは、ちょうどわが国の内閣法制局と同様、憲法上の明確な根拠はないものの、司法部に代わつて「憲法の番人」として実際のな機能を果たしているのと共通するものであり、非常に興味深いものがある。ただ、他方でそれは、実務上の必要性から行政府の権限を肥大化させるおそれをはらむものとなる。そこで、議会の存在に注目せざるを得なくなるのである。この点、そうした行政府の権限を抑制的にとらえるべきとする考えも一案であろうが、本稿の立場は、むしろそのような行政府による有権解釈を前提としつつ、いかに議会の関与を可能とすべきかということを考察するものである。

以下においては、わが国の実情も念頭に置きながら、アメリカの議論を参照し、本来の「憲法の番人」たる司法部の判例の空白域において、「憲法の番人」を自負する行政府をいかに統制して、「憲法の番人」としての議会の存在を示すことが可能か検討していくことにする。

二 有権解釈者の「適格性」をめぐる議論

（1）衆参両院憲法審査会の有権解釈権？

まず、わが国の国会での次の発言を紹介したい。それは、憲法改正国民投票法の審議において、当時の野党である民

主党側から提出された対案である「日本国憲法の改正及び国政における重要な問題に係る案件の発議手続及び国民投票に関する法律案」（一六四国会衆法三一号）の提出者の一人である園田康博議員の答弁である。質疑者の滝実議員が、「憲法改正手続を定めて憲法を改正しても、内閣の憲法解釈で条文に明示されていない運用が相変わらず行われるのではないか」との意見を踏まえ、「解釈で憲法を変えていくのをどのように抑えていくのか」と質したのに対して答えたものである。

時々の政府の恣意的な解釈によって、公権力の都合に合わせて憲法の運用を左右しているという現実がございませう。それどころか、同一の内閣においてすら憲法解釈が平然と変更されて、憲法の空洞化が指摘されているゆえんでございませう。このままでは、憲法の基本的役割である公権力行使のルールという機能はなきがごときの状態に陥ってしまします。

今最も必要なことは、この傾向にしっかりと歯どめをかけて、実質的な法の支配、すなわち正義の支配を取り戻すことであると考えております。

そのための方策として、一つは、従来のように行政府に憲法の有権解釈を独占させるのではなく、我々国会の中に於いて有権的に憲法解釈をチェックできる機関を設けることとございませう。この点、現在の憲法調査会あるいは憲法調査特別委員会にも既に日本国憲法に関する総合的な調査権限が与えられており、法案によって設置することとしている憲法審査会においてもこれは同様とございませう。私たちがいたしましては、これらの機関は憲法の調査、解釈において内閣法制局よりも強力な権限を有すると考えておりますので、これをぜひとも活用していきたいというふうに

思っております。(傍線筆者)^⑤

園田議員は、引き続き憲法裁判所などの設置も将来的な検討事項としているが、ともかく内閣法制局よりも両院に設置される憲法審査会が憲法解釈権限において優位する旨を述べている。そうした理論を支える憲法的根拠は必ずしも明らかではないし、また、両院の憲法審査会で意見が分かれた場合にどうなるかといった点についても言及はないので、具体化するためにはなお検討を要するのであるが、それはともかく、有権解釈に立法府が関与し、内閣以下の行政機関を統制する必要性には、共感を覚えるものがある。従来、最高裁判所の有権解釈が示されない事項について、行政府、ことに内閣法制局が法令審査と意見事務を通じて事実上の有権解釈者、ないしは「憲法の番人」として機能してきたこと^⑥とはいうまでもない。他方、国会は有権解釈機能の枠外に置かれ、そのような局面における国会審議はさながら内閣法制局からのご高説を賜る講釈の場であるかのような様を呈してしまっている観があり、この点において「国権の最高機関」の意義は、政治的美称説の域を出ないものとなっているとも言えよう。そのような状況からすれば、園田議員のような懸念を払拭し、議会主導の政治を実現することには意義がある。

しかし、その一方で「政府の憲法解釈は立憲主義にとって一定の役割を果たしており、その認識の上で内閣法制局批判がなされるべきである」との論調があるように、国会が多数をもって憲法解釈を変更することに慎重な立場も存在する^⑦。良かれ悪しかれ、内閣法制局の示す解釈は、現状改変への歯止めとして機能するのであり、近年では、集団的自衛権をめぐる解釈を政治主導で変更しようとしながら、諸々の政治情勢から、結局頓挫した動きがあったが、これも内閣法制局の存在があつてこそのものであるといえよう^⑧。このように、内閣法制局は、内閣の下にありながら、政治部門の

中の司法部門として機能することで、多数決原理が支配する国会やその信任のもとに存立する内閣からの独立した地位を築いてきたのである。^⑧ もっとも、集団的自衛権について内閣法制局の解釈に与する論者であっても、外国人の公務就任に関する「当然の法理」については、内閣法制局の憲法解釈を批判するなど、必ずしも内閣法制局の見解を全面的に受け入れるものではない。^⑨ だが、それこそが、判例の空白域において、セカンドベストの憲法の番人として「機能」している一つの証左なのではないだろうか。

(2) 有権解釈の在り方

このように、「時の政権に対しては政権維持装置として『貸し』をつくる一方、解釈には口をはさませず面目を保つ」^⑩ことで独自の存在感を示してきた内閣法制局ではあるが、安倍内閣での政府解釈変更の動きがあったり、民主党政権の登場により、「政治主導」の掛け声のもと、内閣法制局長官の国会答弁をやめさせようとする動きがあったりと、^⑪政治的な変革期にあつては、内閣との軋轢を生じることが多々ある。そこにあつては、政治家がご都合主義で解釈を変更してしまうことによる立憲主義の破壊への危惧を抱かざるを得ないのであるが、それと同時に、根拠なき無謬性と解釈の不変性を信奉する官僚の傲慢さをも垣間見ることができるといえる。

それでは、何をもってすれば、立憲主義に根ざした有権解釈の統治システムを構築することができるのであろうか。少なくとも、内閣法制局の方が国会よりもまともな法解釈ができるというのであろうか。仮にそうであったとしても、国会が有権解釈に立ち入る余地は、残されていないのであろうか。すなわち、有権解釈権の所在が、国会にあるのか内閣法制局にあるのかという択一的議論に終始するのではなく、純粋な政治部門であっても、法解釈に何らかのかたちで

関わる事が、別の問題として論じられるべき必然性があるように思われるのである。¹³⁾そして、そのような間隙に存在する領域において「憲法の番人」としての議会の可能性を見出せるのかもしれない。

そこで、次に、この点に関連して、アメリカ連邦議会上院に提出された一つの法案をめぐる憲法論争を取り上げ、若干の考察を試みていきたいと思う。ここでは、議会との関係で問題となる「法解釈に関する執行府の情報秘匿権限」の意義が中心的争点となる。その法案は最終的に本会議への上程もなされずに廃案となったものであるが、これに対する司法省と上院司法委員会の意見がそれぞれ出され、政府の法解釈権限に対する議会の関与をめぐる憲法論が展開されており、興味深いものとなっている。

三 二〇〇八年OLC報告法案

(1) OLCの役割

ここで問題となる法案というのは、第一一〇回第二期(二〇〇八年)アメリカ議会において、ルス・ファインゴールド下院議員(Sen. Russ Feingold)らが九月一六日に提出した「二〇〇八年OLC報告法案」(S.3501)である。

OLCとは、司法省の内部機関である“Office of Legal Council” (法律顧問局)で、わが国の内閣法制局に相当する機関と考えてよい。司法長官は、政府における最高法律顧問として位置付けられているが、¹⁴⁾OLC担当司法長官補は、そうした司法長官の持つ権限を授権され、大統領及び全ての行政機関に対して法的助言を行う権限を有している。OLCは、大統領法律顧問、各種行政機関及び司法省内の部局からの要請に応え、司法長官の意見の原案を作成し、ま

た、自ら意見を執筆し、あるいは口頭での助言を行う。それらの要請は、概して、特別に複雑かつ重要な法的問題や二つ以上の機関が意見の相違をみせる法律問題を扱うものであり、また、OLCは行政機関に対してあらゆる憲法問題の助言をし、法律案の合憲性審査をする権限を有している。¹⁶⁾ 全ての大統領命令及び大統領によって発布される告示(Proclamation)は、形式と適法性の観点からOLCによって審査を受け、大統領の正式な承認を要する事項も同様に扱われている。事実上、他の行政機関の外部法律顧問を務めるのに加えて、OLCは司法省自体の法律顧問としての機能も果たす。OLCは、司法長官の命令案の全て、司法長官の承認を要する規則の全てを審査し、また、司法長官又は司法次官によって命ぜられた様々な特命事項も担当している。なお、OLCには、個人に対して法的助言をする権限は与えられていない。¹⁷⁾

このように、OLCの守備範囲はきわめて広く、国家安全保障に関する事項といえども、例外なくOLCの扱う業務となる。例えば、国家安全保障に関する重要な問題で、省庁間での意見対立のためにNSC（国家安全保障会議）の法務担当補佐官がしばしばOLCに助言を求めることがあるが、仮にその対立が解消しない場合の決裁権は、NSCではなく、OLCに認められている。¹⁸⁾ ホワイトハウスにも大統領直轄の法律顧問が置かれ、独自のスタッフが配置されているが、しばしばOLCに協力を求めることがある。ホワイトハウスの法律顧問からの求めに応じて、法律の違憲性を判断する例も散見される。¹⁹⁾ 同じ政府の法律家組織であるが、OLCの優れている点は、その職員が、特に憲法の専門的知識を有しており、現実的な課題に対する解決策を大統領や大統領法律顧問に提案するのみならず、過去の政権からの先例によつて、その結論を理論武装することに長けている点にあるといわれる。²⁰⁾

このような行政実例の継続性一貫性を重視するOLCに対し、ホワイトハウスの職員は、その種の「制度上の記憶

(institutional memory) にはとらわれない点が長所でもあり、短所でもある。それがOLCの独自の存在意義の背景にあるともいえるだろう。⁽²³⁾ ただ、OLCにどの程度依拠していくかは、時々々の政権の方針によって異なるようである。⁽²⁴⁾ この点、G・W・ブッシュ政権はOLCを重用し、対テロ戦争を正当化する理論武装に役立てていた。⁽²⁵⁾ そして、それが今回の法案提出の背景にもなっている。

(2) 法案提出の背景

ファインゴールド上院議員は、上院司法委員会憲法小委員会の小委員長として、G・W・ブッシュ政権時代に失われた法の支配の再興を二〇〇九年の初めからオバマ大統領に力説していたリベラル派の代表格である。同議員は、令状なしでの盗聴を認める二〇〇八年の改正外国情報監視法案 (Foreign Intelligence Surveillance Act: FISA) に対し、猛反対をした人物でもある。⁽²⁶⁾ また、二〇〇一年のアメリカ同時多発テロを契機に制定された「愛国者法」に反対票を投じた唯一の上院議員でもある。

OLC報告法案の背景となる著名な事例の一つは、二〇〇八年四月に公にされたいわゆる「バイビーメモ (Bybee Memo)」である。⁽²⁷⁾ これは、CIAの要請に応じて、当時の司法省OLC担当司法長官補代理 (局長代理) のジョン・ユー (John Yoo) が中心となって作成されたもので、OLC担当司法長官補ジェイ・バイビー (Jay S. Bybee) 名で出されたことからそう呼ばれている。このメモは、テロ容疑者のような外国人の拘束者については、拷問を禁止した刑法に行政機関が拘束されないとの法解釈を示している。⁽²⁸⁾

このバイビーメモのように、OLCの法解釈は必ずしも公開されず、それが政権の非合法活動に正当性を与え、ゴ

サインとして機能してしまうことがある。

フライングゴールド上院議員は、こうしたO.L.Cの法解釈を「秘密法 (secret law)」と呼び、その問題点を指摘し、法案提出理由としている。⁽²⁷⁾

(3) 法案の概要

次に法案の概要を見ていくことにする。この法案は、現行の連邦法二八節五三〇D条 (28 U.S.C. 530D) に規定された司法省への報告義務を拡大するものである。現行法は、司法省が憲法違反を理由として法律の執行又は擁護をしないと決定した場合、司法長官が議会に報告しなければならないと定められている。法案は、次の四つの事態において、司法長官が議会に報告する義務を新たに設けようとするものである。

- ① 連邦法が憲法違反であると結論づける意見を、司法省が発出した場合に、報告を義務づける。現行法では、ある法律を擁護ないし執行しないと司法省が決定した場合に限り、報告を義務づけているのみである。
- ② 司法省がいわゆる「憲法的回避 (constitutional avoidance) の原理」に依拠し、憲法第二条又は権力分立を引用する場合、言い換えると、ある法律が行政機関職員に適用されれば憲法問題を引き起こし、そして、それは適用されるものではないと解釈されると司法省が決定した場合に、報告が要求される。この決定内容の正当性にかかわらず、法律が行政機関職員に適用されることはないが、その状況は議会の知るところとなる。
- ③ ある法律を行政府に適用することに反対する「法的確信 (legal presumption)」に司法省が依拠する場合、報告が

要求される(例えば、バイビーメモの事案)。なお、「法的確信」の基準は、報告義務の範囲を厳格に規定するためのものである。

④ある法律がその後の立法行為により、まさに明示的に廃止されたとき司法省が決定した場合、報告が要求される(例えば、NSA(国家安全保障局)の盗聴活動を正当化するために出された、二〇〇一年の対テロリストのための軍隊使用許可決議(Authorization for Use of Military Force Against Terrorists (Pub.L. 107-40))が、外国情報監視法(FISA)に取って代わるとするOLCの解釈)。このような場合、議会が報告を受けることでその意図を明確にする機会を得られる。

なお、機密情報の保全のため、諜報活動を含む情報については、諜報委員会及び司法委員会にのみ報告するか、また、状況によってはより限られた国家安全保障法上の情報公開規定に準拠し、より狭く「十二人衆(Gang of Twelve)」⁽²⁸⁾に対して報告すべきものとしている。

(4) ベレンソン&ジョンセンの意見書

この法案提出に先立ち、ファイナゴールド上院議員は、自身が小委員長を務める憲法小委員会に、ブラッドフォード・ベレンソン(Bradford A. Berenson)とダウン・ジョンセン(Dawn E. Johnson)らを呼び、公聴会での意見聴取を行っている(二〇〇八年四月三日)。ベレンソンは、G・W・ブッシュ政権で大統領法律顧問の一人であった人物で、ジョンセンは司法省OLC担当司法長官補代理(局長代理)をクリントン政権下で務めていた人物である。ちなみ

に、ジョンセンは現在インディアナ大学ロースクールの教授であるが、オバマ政権でOLC局長に指名されながら、共和党の強い反対のため、上院での承認を得られないまま指名を取り下げられた人物である。ベレンソンとジョンセンは、党派は違うものの、政府が説明責任を果たす上で、OLCの法的解釈の特定領域について議会に報告する義務を法律化することに賛成する点で問題意識を共有している。

法案提出にあたり、ベレンソンとジョンセンが、パトリック・リーヒー（Patrick J. Leahy）上院司法委員長に提出した意見書⁽²⁸⁾によると、まず、彼らは一般論として、OLCが司法長官から授権された権限により、大統領や他の行政機関に対して行う法的助言の正当な機密確保の必要性は強く認識しているという。それは例えば、国家機密に関わる情報であったり、非合法活動の提案に対する助言を行うものであったり、助言内容が迅速かつ定期的に公表されてしまつては法的助言を求めることを行政職員に躊躇させるようなものであるとしている。

その上で、彼らは次のように述べている。

しかしながら、我々は、OLCの意見の特定の領域に関しては、現行法以上に、議会がより広範な告知を受けるといふ立法上の正当な利益を有していることに同意する。その意見とは、議会の意表を付く方法で法律を解釈するた
めに、OLCが憲法に基づく解釈原理に依拠するようなものとして一般に評されるものである。これらには、「憲法的回避」(constitutional avoidance)の原理のほか、行政職員への法適用に対する取消、修正又は特定の承認が含まれる。我々の見るところ、そのような原理に強く依拠するOLCの意見は、行政府の領域を逸脱する重大な潜在性と、それが故の議会への通知の重要性を示している。もし、議会がこれらの解釈を知らなければ、法改正や明文化の可能

性に思い至らないであろう。³⁰⁾

ここで、O L Cの意見が単なる行政機関の意見と異なる重要性を有しているのは、憲法原理の解釈という方式を採用するからだという見解が示されているが、これには興味深いものがある。国家機密や非合法活動が念頭に置かれるなど、一概にわが国の行政活動と比較できない部分もあるのだが、憲法解釈の方法が権力の源泉となるという点は、わが国の内閣法制局の意義付けにも共通するものであろう。

さて、このような認識のもと、ベレンソンとジョンセンは、上院の職員や政府・O L Cに勤務していた元職員らとともに、本法案の作成に協力した。そして、「この法案は、注意深く定義付けられた事項について報告を求めるものであり、また、国家安全保障及び機密情報を保護する適切な条項を含んでいる」³¹⁾とも述べている。

その上で、彼らは以下のように法案を評価し、憲法上の大統領の権限にも十分配慮したものであることを強調する。

全体としてみれば、この法案は、公平な法的助言を得ることや、国家安全保障に関わる機密情報を保護すること、過度に割り入った不当な報告要求によって負荷を課せられないようにすることといった政府の必要性と、法律が解釈される様子を知る議会の必要性との間の憲法的な釣り合いを取るものであると我々は信じている。³²⁾

上院司法委員会は、九月二五日にこの法案を議題とし、原案通り可決すべきものとする全会一致の議決を行った。上院司法委員長のリヒー上院議員がこの法案の賛成者となったことも、スムーズな議決を後押ししたものと思われる。³³⁾

しかしながら、この法案に対しては、司法省が猛反発することになる。それが、二〇〇八年一月一四日に、マイケル・ミューケイジー（Michael B. Mukasey）司法長官名で出された「二〇〇八年OLC報告法案の違憲性」⁽⁹⁾と題する意見書である。これは、上院民主党院内総務宛に提出された。

四 司法長官の意見書

(1) 概要

司法長官の意見書は、まず冒頭において、次のように法案の違憲性と政策上の懸念について言及している。

本法案は、憲法上の特権によって保護された法的助言についての報告を求めるものであり、そのようなことをすれば、政府の重要施策の運営に関わる率直な法的助言を、行政機関職員が求めたり、司法省が提供したりすることを躊躇してしまいかねない。我々は、本法案が違憲であると考えている。さらに言えば、本法案は非常に深刻な政策上の懸念を引き起こす。というのは、議会、最高裁判所及び民主・共和両政権が、情報に基づく効果的な政府の意思決定にとって不可欠なものと長年認識してきた機密的助言及び情報保有に存在する公共的利益を、本法案は増進するどころかむしろ損なうものとなるからである。⁽¹⁰⁾

その理由の詳細は、以下に見るとおりであるが、司法省は「この法案に強く反対する (strongly opposes)」と述べ、

さらに、大統領の拒否権行使をもちろつかせながら、強い調子で反対の立場をあらわにしている。以下では、そのうちの違憲性の主張について詳しく見ていきたい。

(2) 違憲性の主張

司法長官の意見書は、この法案が2つの観点から違憲であると断じている。一つは、法案が機密情報に対して憲法的に授權された大統領の権限を侵害するというものである。そして、もう一つは、執行特権 (executive privilege) という憲法上の原理に違反するというものである。

まず、第一点については、最高裁の判例や過去のO.L.Cの報告書を引用して、司法省の見解を述べている。そこでの報告書というのは、連邦機関の職員が議会の議員に対して直接機密情報を提供することを大統領に許可するよう求めるという上院提出法案³⁸⁾に対する見解で、当時のクリントン大統領が拒否権行使をも検討していたものだといっているのである。

(この法案は)、特定の領域の情報を、どのように、どの時点で、いかなる状況において議会に対して公開するかを、国家的利益に基づいて決定する大統領の権限を奪うものである。これは、中核的な執行機能を遂行するための大統領の権能に対する許されざる侵害である。議会の行政監視の文脈においても、その他の場合であっても、機密情報を公開するかどうか、また、いかなる状況において行うかの決定は、大統領の公的権限に基づいて行動し、終局的に大統領に責任を有する者がしなければならない。³⁹⁾

このように情報秘匿権⁴⁰を所与のものとして、議論の余地なく違憲論の根拠として用いている。そして、第二点については、カーター政権時代末期に出された司法長官補ジョン・ハーモン（John Harmon）による次のメモ内容が示される。⁴¹

執行府内の熟慮と討議を強制的に開示することを免れる憲法の特権の理由は、法的助言がそこに含まれる場合に、特別な意義を持つ。大統領の義務で法に従う義務ほど重大なものはない。憲法は、それ自身の中にこのような大統領の義務規定を置いている。それは、就任の際の宣誓と「大統領は、法律が忠実に執行されるべく留意する」との二条三節の規定である。この義務は憲法自身によって課されているものであるので、議会は大統領の職務遂行の権能を不法に奪うことはできないのである。さらには、政府高官が最も必要とする領域には法的事項が存在し、それは、客観的で専門的な助言を要するものである。政策事項において気兼ねのない議論が重要なものと同じく、必要な場合、法的助言が「率直で、客観的で、さらに無遠慮で無情な⁴²」ものとなることがなお重要なのである。これ以外の説明は、単なる個別の政策や施策ではなく、政府が法に従うべき原理を危険にさらすことになる。これらの理由から、大統領やその助言者達が、開示強制のおそれから離れて、素直な法的助言や意見を求め、そして与えられるようになることが不可欠なのである。⁴³

このように、法的助言に関する情報秘匿は、民主党政権下においても執行特権として保護されていたと主張し、普遍的な原理であると述べるのである。そして、司法長官の見解は、それが機密情報であるか否かにかかわらず、法案のよ

うなかたちで、議会に開示を義務づけること自体が違憲となるとする。

五 まとめにかえて

(1) 上院司法委員会報告書

結局、同法案は本会議に上程されることなく廃案となるが、上院司法委員長は、一月一日付けで同法案に関する審査報告書をまとめ、公式記録として登録している⁽⁴³⁾。その中では、改めて法案の必要性を裏付ける立法事実が述べられている。

すなわち、かつて「二〇世紀の半ば、連邦諸機関が非公表の行政法令を増加させていることが明らかになった際、連邦議会は「秘密法 (secret law)」の「形態を禁じるという明確な目的で——連邦登録法、行政手続法及び情報自由法を含む——法令を公開するよう求める法律を制定した⁽⁴⁴⁾」。しかし、OLCの法的意見はその対象外である。にもかかわらず、OLCの法的意見は、単なる意見にとどまらず、連邦機関を拘束する。ミュケイジー司法長官は、議会証言で「OLCの意見に依拠していれば、司法省は当該政府職員を刑事訴追することはない⁽⁴⁵⁾」と述べている⁽⁴⁶⁾。しかも、OLC意見書の扱う事案の多くは、司法審査の機会がなく、「それらの事項については、OLCが実質的に最終の法解釈者である⁽⁴⁷⁾」。また、連邦第二巡回裁判所は、「その意見が行政機関の政策に採択され、または、組み入れられているのであれば、弁護士・依頼人間の秘匿特権は、OLC意見書には適用されない」と判示している⁽⁴⁸⁾。

そのような事実を述べた上で、報告書は以下のような結論を示している。

二〇〇八年 OLC 報告法案 (S3501) は、議会在責任をもって憲法上の権限を全うするため、必要な情報を有することを確実にするとともに、執行府の特権にも配慮しているものである。法案の速やかな可決と立法化が、秘密法を統制し、政府権力の適切な分立を修復することに役立つであろう。⁽⁴⁾

このように、法案の成立には至らなかったものの、法案提出の趣旨とその必要性を示し、憲法上の論点についても司法長官の意見書と反対の立場を明らかにして、上院司法委員会としての政治的主張を試みたものと言える。

お互いに言い合いで終わってしまった感のある同法案の合憲性如何はさて置き、最後に法解釈の権限をめぐる議会と執行府のやり取りから、わが国において得られる示唆について若干触れてみたい。

(2) 法解釈に関する情報秘匿権限

もちろん、わが国とアメリカとは、議院内閣制と大統領制という統治構造の違いがあり、また、「執行特権」の概念がそのまま日本国憲法下でも妥当するかという点に関しては争いが残るところである。例えば、内閣が違憲と判断した法律の執行を拒否することができるかといえ、⁽⁵⁾「法律が違憲かどうかの判断については、国会のそれが内閣のそれに優先する。ゆえに、国会で合憲として制定した以上、内閣はその判断に拘束され」、⁽⁶⁾「裁判所が違憲と判断した場合に、内閣はその法律の執行義務を解除される」⁽⁷⁾に過ぎないとするのが通説であるし、公務員一般に憲法尊重擁護義務を課す日本国憲法九九条の規定を、アメリカ合衆国憲法における大統領の宣誓規定のようにとらえることは難しいように思われるので、アメリカのような問題は起き得ないようにも思われる。そして、情報秘匿権限に関しても、議院証言法

上の内閣声明を出して情報開示を拒んだ事例に乏しく、³²⁾ 国外における秘密工作活動などを前提とした制度について議論する必要が感じられないとする考え方もできるであろう。

しかしながら、内閣声明に至らないまでも、刑事捜査の公正性や外交上の機密を理由に答弁を拒む事例は多く存在しており、それが問題としてさほど顕在化しないのは議院内閣制の採用が大きく関係するところであろう。実際、最近話題となった、アメリカ政府との核持込に関する密約の存在を政府が認めたことは、政権交代の副産物といえるであろうが、これが大統領制であれば、もっと早い時期に議会と執行府との対立として争点化されていたかもしれない。

また、一般的には、内閣が独自の判断で違憲の法律を執行しないことはできないとされているが、³³⁾ アメリカとの密約のように、合憲とも違憲とも判断がつかない判例の空白域の事柄に関して、内閣が独自の判断で行政活動を行うことはありうる訳である。また、事前規制型の官僚手法による内閣法制局の法令審査の過程において、違憲・違法ないし先例の不存在などの理由から、水面下で葬られたり、変更を余儀なくされたり、あるいは実現が遅れてしまったりといった法案の企画・構想もあつたことだろうが、問題はそれらが表に見えてこない点である。³⁴⁾ 既述の通り、内閣が法律の執行を拒否できないわが国の統治構造だからこそ、国会提出前に疑義のある法案をふるいにかける意義が出てくるのであるが、そこに「唯一の立法機関」である国会が関与しえない状況になっていることにメスを入れる必要性を否定することはできないように思う。本稿の冒頭で、国会の機関が内閣法制局に優位する憲法解釈権限を有するという見解を紹介したが、その議論をする以前に、政府の法解釈に関する情報を国会が知り得なければ、そもそも憲法解釈の主体ともなり得ないのではないだろうか。

それゆえに、わが国においても、権力分立と内閣(執行府)の責務遂行の必要性から、国会との関係での情報秘匿

権限の法的性質を憲法理論的に整理しておく必要があると考える。仮定の話であるが、内閣法制局の法令審査の経過で生じた憲法解釈を全て報告すべきとの法案が議員立法で提案された場合、反対理由として、OLC報告法案と同様に「政府内の自由な議論が損なわれる」とする現実的必要性の主張は容易に思いつくであろう。だが、この法案を内閣の情報秘匿権限を侵害するものとして違憲とする理由を、日本国憲法において見出すことはできるだろうか。

この点、情報秘匿権限を「執行特権モデル」としてとらえ、比較衡量による判断を提唱する説⁶⁸では、国会が情報を手に入れる筋道を立てるのは難しそうに思われる。その際、アメリカのように、安全保障に関わるなど一定の場合には、議会の限られたメンバーにのみ情報提供をする制度を考えることも一案であろうが、その場合でも、具体的に誰を対象とすべきかは、アメリカとの政治体制の違いを考慮しなければならないなど、検討すべき課題も多い。わが国の憲法学説では、これまで内閣の法案提出の憲法上の可否やその根拠に着目した議論が行われてきたが⁶⁹、内閣の立案過程にも踏み込んだ国会の権限行使の可能性と限界についても議論がなされてよいのではなからうか。

(3) 「憲法の番人」としての議会

最後に、「憲法の番人」としての議会の可能性について述べてみたい。OLC報告法案は、執行府の憲法解釈そのものを統制するのではなく、その解釈の状況を細大漏らさず議会が把握することを目的とし、現状を踏まえ、議会の憲法解釈を適切に示せるようにしようとするものであったと言える。

憲法解釈の主体は、終局的には最高裁判所が担う訳であるが、そこに至らない（又は至れない）事案については、どうしても執行府の解釈が優位に立ち、事実上の有権解釈者として振舞ってしまう。とはいっても、民意を基に多数決で

意思決定を行うことを基本とする議会が、これに取って代わることは現実的であるとは言えない。この点は、日本においても同様である。

ただ、「憲法の番人」を専ら「裁断」作用を営む者として捉えたと、どうしてもそのように理解せざるを得なくなるのであるが、「調整」ないし「誘導」作用という「ソフトな憲法解釈」とも呼ぶべき方法でならば、議会が「憲法の番人」となる可能性を秘めていると思うのである。つまり、OLC報告法案に関する憲法解釈をめぐる上院司法委員会と司法省とのやり取りを「対話」として捉えれば、憲法解釈の主体を「議会」という熟慮と討議が可能な公共空間の中に見出せるかもしれない。

それは、「民主的決定の正当性を、強固かつ完璧に合意に求めるのではなく、むしろ決定が多様なチャンネルからの挑戦にさらされるダイナミズム自体に求める民主的理解」を基礎とする「挑戦モデル」⁽⁸⁷⁾の観点から憲法解釈の主体を意義付けるものでもある。

この点、OLC報告法案の作成に尽力したジョンセンが、大統領が違憲と考える法律であっても、行政内部の憲法解釈によって安易に執行を拒むのではなく、議会に呼びかけて法律改正を促すといった手段によって憲法秩序を保つ方法を示していることが参考になる。ジョンセンの念頭にあるのは、クリントン政権下において成立した一九九六年国家防衛権限法(National Defense Authorization Act of 1996)である。この法律には、HIV感染者を除隊させなければならぬ旨の規定があったため、大統領は平等権侵害であるなどとして、一度、拒否権を行使するのであるが、議会が再議決をして法律を成立させてしまったため、予算執行などを考慮してとりあえず受け入れることとした。しかし、同時に、「署名声明(signing statement)」⁽⁸⁸⁾によって、憲法違反の疑いがあることなどを公にし、議会に法律改正を働きかけ

るのである。結果として、当該条項は廃止され、除隊を命じられた者は一人も出なかった。⁽⁶⁵⁾

このように各国家机关がそれぞれの立場から憲法解釈に参与していくことは、憲法秩序を維持し、立法を「鍛える」契機の一つとなると思われる。⁽⁶⁶⁾ もちろん、たとえ同じ署名声明であっても用い方によっては、他権との対立を生むこともあり、そこには、「憲法解釈に関して他権と対話し協働して構築していこうとする意思」が不可欠となる。⁽⁶⁷⁾ そのような条件の下、こと法廷を主戦場としては狭すぎる問題について、議会が「憲法の番人」として機能する可能性が大きく見出せるのである。⁽⁶⁸⁾

- (1) これについての詳細な研究は、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（十文字学園女子大学）一三号（二〇〇九年）九九—一二八頁。
- (2) *Marbury v. Madison*, 1 Cranch (5 U.S.) 137 (1803).
- (3) 大林・前掲注（一）一二二頁。
- (4) 一六四国会衆会議録三三三号（平成一八年六月一日）二九頁〔滝実議員発言〕。
- (5) 同上三〇頁〔園田康博議員答弁〕。
- (6) 西川伸一「立法の中枢—知られざる官庁・新内閣法制局—」（五月書房、二〇〇二年）一七八頁は、次のように述べる。「事前規制」によって混乱を未然に回避するという、霞が関お得意の手法がここにも見られる。しかし視点を変えれば、それは、内閣法制局が最高裁に代わって、事実上、最終の違憲立法審査権を行っていることを意味する。本来、行政を担うべき官僚が、立法ばかりか司法の役割まで果たしていることになる。
- (7) 浦田一郎「政府の憲法解釈とその変更」浦田一郎・只野雅人編『議会の役割と憲法原理』（信山社、二〇〇八年）一四二頁。
- (8) 朝日新聞（二〇一〇年一月二五日）参照。
- (9) 片岡寛光『内閣の機能と補佐機構』（成文堂、一九八二年）二五八頁参照。

- (10) 浦田・前掲注(7)一三八頁は、内閣法制局の憲法解釈として批判される代表例として、外国人の公務就任権に関する「当然の法理」を挙げる。
- (11) 西川・前掲注(6)七九頁。
- (12) そもそも内閣法制局長官が現在のように国会答弁を行うに至った経緯として、戦前からの法制局が解体され、國務大臣としての法務總裁の補佐であった法制意見長官が、吉田総理の憲法九条をめぐる国会答弁での失言を契機に、総理の補佐役として国会に常時出席できるようになり、それが今日に引き継がれていることがある(林修三「法制局時代の思い出―法制局の復活と安保条約のこと」内閣法制局百年史編集委員会『内閣法制局の回想―創設百年記念』(内閣法制局、一九八五年)六一―八頁)。こうした事情を背景として、内閣法制局を法務省の一部局でなく、内閣直属の機関として位置付けるようになったことを考えれば(同上八頁)、単に長官の答弁を禁止するのみならず、この際、内閣法制局の機構上の位置付けも再検討することが首尾一貫しているようにも思われる。とはいえ、内閣法制局長官の答弁を禁ずることが、果たして「政治主導」につながるのかどうかは疑問の残るところではあるが。
- (13) これに関連して、鳩山由紀夫内閣の動きとして注目されるのは、弁護士で党憲法調査会長であった枝野幸男行政刷新担当大臣を法令解釈担当とすることである(朝日新聞(二〇一〇年二月一三日))。政府における法的専門性を有する人材は、内閣法制局のようなメリットシステムの中でしか登用しえない訳ではなく、政治任用によることも可能なはずである。今後も同様の大臣が置かれるか、また、その答弁・意見にどの程度の権威づけがなされるのかは、未知数の部分が多いが、一つの試みとして注視する価値はあろう。
- (14) Judiciary Act of 1789, ch.20, sec.35, 1 Stat. 73, 92-93.
- (15) See 28 C.F.R. 0.25 (1998).
- (16) Douglas W. Kmiec, *The Attorney General's Lawyer: Inside the Masse Justice Department*, Praeger Publishers 54 (1992).
- (17) OLCO Web page. Available from <http://www.justice.gov/olc/>; internet; accessed 5 Apr. 2010.
- (18) Bradley H. Patterson Jr., *The White House Staff: Inside the West Wing and Beyond*, Brookings Institution Press 67 (2000).
- (19) See, e.g., 16 Op. O.L.C. 18 (1992) & 14 Op. O.L.C. 37 (1990). シモンセンによれば、当該意見書による決定は、当該法律に対する限定された事由におおって成り立つものであるにもかかわらず、大統領の憲法上の権限を侵犯するような諸法律に関して、大統領が違憲だと信じる法律には、意見書が執行しなすよう提案する正当化理由がすべて拒否されるようだったという。See also Dawn E. Johnsen, *The Constitution under Clinton: A Critical Assessment: Presidential Non-Enforcement of Constitutionally Objectionable Statute*, 63 *Law & Contemp. Prob.* 7, n.38 (2000).
- (20) Patterson, *supra* note 18, at 98.

- (21) もちろん、O.L.C.が出した過去の意見について、最高裁の見解が明らかになるまでの状況の変化に依り、O.L.C.自身が「判例変更」をする場合もある。例えば、大統領の外交権限の専権性について述べた一九八九年の意見書（13 Op. O.L.C. 248 (1989)）が、一九九六年の意見書によって改められた（20 Op. O.L.C. 124, final (1996)）。See also H. Jefferson Powell, The President's Authority over Foreign Affairs: An Executive Branch Perspective, 67 *Geo. Wash. L. Rev.* 527, n14 (1999).
- (22) Patterson, *supra* note 18, at 98.
- (23) 後述のハイナム作成の経緯に関しは、以下に詳し。Bruce P. Montgomery, Richard B. Cheney and the Rise of the Imperial Vice Presidency, Praeger Publishers 133-141 (2009).
- (24) Chuck McCutcheon & Christina L. Lyons (eds.), *CQ's Politics in America 2010: The 111th Congress*, CQ Press 1102 (2009).
- (25) Joseph A. Pika & John Anthony Maltese, *The Politics of the Presidency* (7th ed.), CQ Press 16 (2008).
- (26) 後にハイナムは、連邦控訴裁判所判事に指名されるが、上院での承認手続において、対テロ戦争における彼の法律顧問としての役回りを質されても、「行政部内で行った法的助言については秘密を保たなければならぬ。そのような助言をしたかどうかも口には書ら」なさい」と、証言を拒否しようとした。このためハイナムは、無事に上院での承認を得ようとはできなかった。Bruce Ackerman, *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, Yale University Press 111 (2006).
- (27) *Congressional Record*, Sep. 16, 2008, S8859-8860.
- (28) 下院議長及び少数党院内総務、上院の両党院内総務、上院諜報特別委員会の委員長及び少数党筆頭委員、上院司法委員会の委員長及び少数党筆頭委員、下院諜報常設特別委員会の委員長及び少数党筆頭委員、並びに、下院司法委員会の委員長及び少数党筆頭委員を指す。
- (29) *Supra* note 27, at S8862.
- (30) *Ibid.*
- (31) *Ibid.*
- (32) *Ibid.*
- (33) ちなみに、同議員は、G・W・ブッシュ政権の行ったとされる国家安全保障上の悪事を検証する機関（“truth commission”）の創設を二〇〇九年に行っている。フラインコールで上院議員とその一員でもある。
- (34) Available from <http://www.justice.gov/olc/2008/olc-reporting-act.pdf>; internet; accessed 5 Apr. 2010.
- (35) *Id.* at 1.
- (36) *Dept of Navy v. Egan*, 484 U.S. 518 (1988).

- (37) *Whistleblower Protections for Classified Disclosures*, 22 Op. O.L.C. 92 (1998).
- (38) *Disclosure to Congress Act of 1998* (S.1668).
- (39) *Supra* note 34, at 2.
- (40) アメリカにおける執行府の情報秘匿の必要性と危険性に関しては、大林啓吾『アメリカ憲法と執行特権—権力分立原理の動態』(成文堂 二〇〇八年)一七—一四頁。
- (41) *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, 708 (1974).
- (42) *Supra* note 34, at 3-4.
- (43) *Senate Report 110-528* (Dec. 11 (legislative day, Dec. 10), 2008).
- (44) *Id.* at 2.
- (45) *Ibid.*
- (46) G・W・ブッシュ政権下でOLC局長を務めたゴールドスマスは、OLCの意見に従って行動した行政職員を訴追することは、「独立検察官であっても困難に直面するだろう」と述べ、その意義を強調する。Jack Goldsmith, *The Terror Presidency: Law and Judgment inside the Bush Administration*, W. W. Norton & Company 96-97 (2007).
- (47) *Supra* note 43, at 2.
- (48) *National Council of La Raza v. Department of Justice*, 411 F.3d 350 (2d Cir. 2005). この判決に対して、司法省は上告せずに確定している。
- (49) *Supra* note 43, at 3.
- (50) *Id.* at 8.
- (51) 野中俊彦ほか『憲法(第三版)』(有斐閣 二〇〇三年)一九二頁。
- (52) 大林・前掲注(40)二七五—二七七頁では、造船疑獄事件に係る内閣声明を取り上げている。
- (53) 九六国会参公職選挙法改正に関する特別委員会会議録七号(昭和五七年五月一二日)一七頁(角田内閣法制局長官答弁)。
- (54) 西川・前掲注(6)一六三—一六四頁は、法案の予備審査において、内閣法制局と各省庁の担当者が行った議論や法案の修正の過程を記録したものが存在しているものの、情報公開には消極的である法制局の姿勢を批判している。
- (55) 大林・前掲注(40)二九二—三〇〇頁。
- (56) 新正幸『憲法と立法過程』(創文社 一九八五年)二〇一—二一〇頁参照。
- (57) 駒村圭吾『討議民主政の再構築』中村睦男・大石真編『立法の実務と理論—上田章先生喜寿記念論文集』(信山社 二〇〇五年)二一

- 頁。
- (58) 署名声明に関する先駆的な研究として、横大道聡「大統領の憲法解釈—アメリカ合衆国における Signing Statement を巡る論争を中心に」鹿兒島大学教育学部研究紀要人文・社会科学編五九卷（二〇〇八年）八九—一二五頁。
- (59) Dawn E. Johnsen, What's a President to Do? Interpreting the Constitution in the Wake of Bush Administration Abuses, 88 *B. U.L. Rev.* 395, 416-7 (2008). See also Johnsen, *supra* note 18, at 54-55.
- (60) 最高裁判所裁判官の個別意見にもそうした意義があるものとして、拙稿「選挙制度の立法政策と裁量の限界—最大判平成一九年六月一三日判時一九七七号五四頁」総合政策論集（東北文化学園大学）七卷一号（二〇〇八年）一一九頁参照。
- (61) 横大道・前掲注（58）一二二頁は、G・W・ブッシュ大統領が行った署名声明の問題点として、本文に掲げた「意思」の欠如のほか、「広い執行権の概念（単一執行府論）を採用し、デフォルト権限を排他的権限のごとき理解し、その理解を前提としたうえで、『憲法に関する署名声明』を行っている」という点を指摘する。
- (62) 拙稿「憲法から論じる格差社会」法セミ六五〇号（二〇〇九年）六七—六八頁。
- (63) 近時、在外国民選挙権訴訟（最大判平成一七年九月一四日民集五九卷七号二〇八七頁）や国籍法違憲訴訟（最大判平成二〇年六月四日民集六二卷六号一三六七頁）のように、裁判官と「同等の能力を持つ機関」（長谷部恭男「憲法とは何か」（岩波新書、二〇〇六年）一一二頁）である内閣法制局が審査した法律の違憲判決が出されていることが注目される。それらに共通するのは、法律制定当時の立法事実が変化したことにより、「少なくともある時点において」違憲状態となったとする判断方法である。ここから考えられるのは、すでに立法事実が失われている（又は失われかけている）法令がまだ存在する可能性であるが、そうした諸法令の立法事実の適時審査とでも呼ぶべき機能を、憲法の番人たる国会が果たしうるのではなからうか。思えば、従来、行政評価ならぬ立法評価という発想に乏しかった感があるので、議院法制局を活用し、両院の憲法審査会がそうした機能を担い、施行後一定期間を経過した法令や違憲性の疑義のある法令（例えば、最高裁で僅差により合憲とされた法令や合憲判断への反対意見の多い法令など）を審査し、報告書を作成して議長に提出したり、自ら改正法案の作成・提出をしたり、内閣に対する改正勧告決議を行っていくことなども一案であらう。

（本学法学部准教授）