共和主義的憲法理論と単一執行府論争

大沢秀介

一　最近の共和主義的憲法理論の傾向
二　単一執行府論をめぐる論争
三　単一執行府論に対するサンスティンの理解
四　サンスティンらの考え方の問題点
五　結語に代えて

一　最近の共和主義的憲法理論の傾向

筆者は、これまで最近アメリカで議論されているいわゆる市民的共和主義（Civic Republicanism）および共和主義的理論について、若干の考察を加えてきた。(1) 市民的共和主義の内容をごく概略的に述べれば、以下のようになる。それは、有機的な共同体の中で人々が政治に参加し、その過程で私的利益を超えた形で公共善を確認し、それに基いて公共的利益とはなにかについて、理性にもとづく議論を重ねた上で熟慮し、集合的な意思決定として政治的な判断を下すという考え方である。共和主義的憲法理論は、そのような市民的共和主義のための枠組みを提供するものであ

る。[2]

市民的共和主義および共和主義的憲法理論は、一九八〇年代に登場したが、その登場を促したものとして、少なくともつぎの二点を指摘することができる。

第一点は、利益集団政治による弊害が一九八〇年代に入って明瞭になってきたということである。アメリカでは、第二次大戦後多元主義的な考え方が、政治学、経済学などを通じて広く支持されるようになった。それは、アメリカの政治システムを、自律的な個人やそれら個人から構成される集団が、すでに保持する私的な利益に対する満足の最大化を目指して立法過程で活動を行い[3]、それら個人や集団が政策決定過程へ与えた影響力の結果として、立法過程における政策を理解するというものである。この多元主義的な考え方の下では、それぞれの政策をめぐる個人や集団の活動が、相互にその影響力を相殺することになる結果、政治システム全体としては一種の政治的均衡を生み出すことになるととらえられた[4]。しかし、このような多元主義の考え方は、一九七〇年代後半から批判されるようになった[5]。それは、国家活動の積極化に伴う権限の増大および多様な政策分野の展開とそれに伴って生じた利益集団政治の横行、官僚と利益集団との癒着に起因するものであった。その結果、多元主義の下で「統治権力は収拾の困難な状況に直面する[6]」ことになったのである。このような状況に対応するためには、「統治権力の集中性を高めること[7]」がその是正策となるが、それはまた支柱となる理論を求める。共和主義的憲法理論は、憲法学の立場からするそのような理論提供の試みとして理解される。

第二点は、歴史学界の中での共和主義対自由主義論争の中で、ポコック(J. Pocock)らがアメリカ革命期における伝統的な共和主義思想の影響を指摘したことである。従来の伝統的な理解では、アメリカ革命はロック(J. Locke)の政治思想の影響を受けた最初の近代革命ととらえられていた。前述した現代における政治システムの多元主義的な特徴も、個人の権利、自由を国家による侵害から保護する必要があるというロック的視点から、政策決定の過程において

特定の政策に対して拒否権を行使することのできる団体の存在が必要であり、それによって政治的少数派の権利、自由が保障されるという見解と関係していた。これに対して、ポコックらの主張を取り入れた場合には、現代の政治システムを憲法起草者が有していたとされる共和主義的観点を含ませた上でみることになる。具体的には、有徳な市民が私的利益の追求を離れて立法過程で熟慮に基づく対話を重ね、そのことを通して公的な価値を創出し公共善を確認するという、従来の通説的理解に欠けていた共和主義的要素をつけ加えて、現在の政治システムを考えていくことが可能になるとされる。この考え方に従えば、従来に比べ統治権力の統合の契機が大きく浮かび上がることになる。

いま述べた二つの要因を契機に登場した市民的共和主義は、多元主義的な政治観とは相対立する政治観をとることになる。共和主義的政治観の下では、政治における個人または集団は私的利益を携えて政治に関与するのではなく、私的選好の形成を政治の場での集合的な自己決定（collective self-determination）と同時になすものとされるからである。政治の場における個人は、理性に基づく他者との議論および熟慮に基づいて、みずからの私的利益の追及を超えたところにある公共善を確認し、公共的な利益、価値を創出することになるのである。[8] このような政治観が、市民的共和主義者によって主張されている熟慮民主主義（Deliberative Democracy）の観念である。熟慮民主主義の下では、その名の通り熟慮が強調されることになるが、そこでは政治過程への参加がどのような内容のものであるかが重要な意味を有する。理性に基づく議論を欠いたままでの熟慮を必要としない参加は、否定的に評価されることになる。その意味で、熟慮民主主義の下では、熟慮と参加の意味が重要な要素となるのである。

このような市民的共和主義は、それが市民の徳や公共的利益への配慮、政治過程における対話や熟慮の重視などを説く点において首肯される反面、問題点も指摘されている。たとえば、市民的共和主義が熟慮と参加をともに強調し、熟慮を伴わない参加を否定的にとらえることは、市民内部の多様性を考慮した場合には、幅広い参加を妨げるように働くのではないか、その意味で熟慮と参加は二者択一的なものではないかという批判[9]や、市民的共和主義が現代的に

参加を強調する点で古典的な共和主義とは異なるが、そのことは逆に多元主義との区別を困難にしているのではないかという批判[10]などである。そのような批判の中で、しばしば繰り返し指摘されるものに、市民的共和主義が抽象論の段階においては、市民の徳や熟慮と参加の強調などを説くために批判しがたいが、それが具体的にどのような権利論、制度論をとるのかが不明確である点で、不十分なものに終わっているという批判がある[11]。この批判は、市民的共和主義に対するものであると同時に、市民的共和主義に対して制度的枠組みを提供すべき共和主義的憲法理論に対するものともなっている。

この点に関連して注目されるのは、市民的共和主義が従来政治的リベラルによって憲法上強く保障されるべきであるとされてきた市民的自由に対して消極的だという指摘である。この批判は、共和主義的憲法理論の下では、政府の積極的な活動が公共的利益の実現という目的のために幅広く認められ、その結果これまで個人の基本的権利、自由にかかわるとして保護されてきた領域にまで政府が関与することも認容され、権利の観念が脆弱化するのではないかという危惧を基礎とするものである[12]。このような批判が生じた背景には、共和主義的憲法理論の下では、集合的な意思決定、すなわち公共善を基底に据えた公共的価値、利益を実現するための政策を遂行する機関として政府の積極的な活動が是認されるばかりか、むしろ政府は個人を社会的に有益な形で陶冶することが要請されるという理解がある[13]。また、このことと関連して、従来のリベラルな憲法理論が人権保障の機関として裁判所を重要視してきたのに対して、最近の市民的共和主義者の中に、人権保障の面での政府の役割を積極的に評価し、それとは相対的に裁判所の役割を低くとらえる立場があらわれるようになってきている。

このような市民的共和主義の最近の傾向を示す学者として注目されるのが、サンスティン（C. Sunstein）である。彼は、すでに表現の自由に関して暴力的ポルノの規制を是認する立場を明らかにし、市民的自由に対して一定の制約を是認する市民的共和主義による理解を示しているが[14]、最近では、裁判所の社会改革的な役割に対してきわめて否定

的な見解にくみすることを明らかにするとともに、政府の積極的な活動についてもそれを強く是認する考え方を公けにしている。しかし、そのような考え方は、それが過度にわたる場合には、市民的共和主義および共和主義的憲法理論にとっての問題を引き起こすように思われる。

以上のような問題関心から、本稿では、これまでその統治機構のあり方が不明確であると批判されてきた共和主義的憲法理論について、サンスティンがいわゆる単一執行府（Unitary Executive）論をめぐる論争に関連して著した論文を中心に、サンスティンの共和主義的憲法理論の具体的な構想が有している問題点を、判例や学説などを通して明らかにすることをねらいとする。

二　単一執行府論をめぐる論争

1　サンスティンの最近の考え方

サンスティンの市民的共和主義に対する考え方については、これまでにもすでに触れたことがあるが、ここでは本稿との問題意識との関連で、最近のサンスティンの考え方について取り上げてみることにしたい。

最近サンスティンは、共和主義的憲法理論に関する著書“The Partial Constitution”を出版したが、その中でこれまでにない特色として注目すべき点は、社会改革における裁判所の役割をきわめて否定的にとらえていることである。裁判所がそのような活動に従事することは、政治過程の熟慮の結果としての政策を先取りすることであり、それは政治に必要なエネルギーと資源を奪うことになる。裁判所による社会改革の成功はまれであり、裁判所が社会改革を実行する際に判決を履行するためにとる手段、たとえば強制的バス通学にかかる費用は、本来他の社会福祉プログラムなどに使用されるべきものが多く効率的でないとするのである。(15)

このようなサンスティンの考え方は、つぎの二つの点で注目される。第一に、この考え方は、かつてサンスティンが多元主義に起因するものとして利益集団多元主義をとらえ、その弊害として特定の集団が政治過程での取引や影響力の行使を通して、みずからに資源が分配されるような形で、そのあからさまな選好(naked preferences)を満足させることをあげた上で、それを是正する手段として裁判所の役割に期待するという考え方をとっていたことと矛盾するのではないかということである。政治過程が憲法上の価値を公正かつ適切に反映した立法や政策を行わない場合に、裁判所にその矯正を期待するという考え方は、これまでのリベラルと呼ばれる人々にあっては、共通してみられるものであった[16]が、サンスティンはそのような考え方をとらないことを明確にしているのである。

第二に、サンスティンが、このような立場をとった理由である。とくに、サンスティンがこの新しい考え方をとる上で根拠としたローゼンバーグ(G. Rosenberg)の著書[17]については、その中で展開された裁判所が社会改革に果たした役割はきわめて限定されているという事実認識が、不十分、不正確なものであるとして厳しい批判がなされており[18]、そのことを考えると疑問が強く残るからである。この疑問に対する答えとして予想されるものがあるとすれば、それは、市民的自由擁護団体、環境保護団体などが現在その活動の焦点を裁判所から議会、政府へと移行させつつある中で、そのような傾向をさらに促進しようとする意図が背景にあるのではないかということである[19]。ローゼンバーグばかりではなくサンスティンも、このような意図を共有しているとみられるからである。それは、サンスティンが前述の著書の中で、最高裁の解釈をもって憲法の意味であると判断することは、他の公務員や一般の市民の責任感を弱めるばかりではなく、裁判所以外の機関が憲法を具体化していくためにとる戦略から注意をそらすことになる[20]としていることからうかがわれる。この点に関連して興味深いのは、サンスティンが司法積極主義で知られたウォーレン長官下での合衆国最高裁判所(以下、最高裁という)の影響をもはや受けていない世代であり、ウォーレン・コートの遺産の継承という難問とは無縁の世代だという指摘である[21]。

しかし、サンスティンが、ウォーレン・コートの遺産を継承するための作業を拒否するということは、裁判所に代わる議会、大統領などが、具体的にどのような形で熟慮に基づく意思決定をおこない、それを遂行していくのかという点についての解答を用意しなければならないことを意味する。この点に関して、サンスティンの解答は、これまで不明瞭であると指摘されてきた[22]。とくに、この問題をより複雑で困難なものにしているのは、サンスティンが、政府の行為については公平の原理(the principle of impartiality)に基づいて、その裏付けとなる理由が明らかにされることが要請されているという立場をとっていることである。その考え方は、統治する側の権力の統合性を強く求めることになる。権力の拡散状態では政治を進めるために妥協が必要となり、そのような妥協はなにがしかの恣意的な結果をもたらさざるをえないからである[23]。しかし、アメリカの政治において統治権力の統合性を求めれば、アメリカ憲法に特有ともいえる大統領と行政機関、大統領と立法府との関係をめぐる理解について大統領の権限を強める方向でとらえ直す必要が生じる。その点で注目されるのが、法律の執行にあたっては人民に直接責任を有する大統領の下に行政機関が従うという形で、執行府が一体となってあたるべきだとする単一執行府論である。とくに最近、この単一執行府論をめぐって再び議論が活発に展開されるようになってきている。

2　単一執行府論をめぐる論争の経緯と内容

単一執行府論は、これまでもいくたびか論争の対象とされてきたが、最近また論争が再燃するきっかけとなったのは、一九八〇年代にレーガン政権が規制緩和政策を遂行する上で民主党が多数を占める連邦議会を通しては行いえないことが、明らかになったことと関係する。レーガン政権は、そのような議会の状況から政府の官僚機構を高度に集権化すること、すなわち独立機関を含むすべての執行機関および行政機関での意思決定の究極的な監督権を大統領の下に一元化することを通して、規制緩和政策を実現しようとはかったが[24]、その際に単一執行府論を援用したのである。

単一執行府論の下では、大統領が執行機関および行政機関に対する広汎な指揮監督権を有するとされる。その憲法上の根拠は、合衆国憲法第二条第一節第一項の帰属条項(Vesting Clause)と第二条第三節第二項の留意条項(Take Care Clause)に求められるのが普通である。単一執行府論を支持する論者は、これらの条文を根拠に、大統領のみがいわゆる行政を含むすべての執行権を有し、大統領は裁量的権限を行使する公務員および機関に対して指揮、監督、命令する権限を有すると主張する。[25] そして、これらの条文を根拠に、大統領が、執行機関および行政機関の決定に関与し政策遂行の優先順位を定め、限られた資源を配分し、競合する政策目標間のバランスをとり、執行機関および行政機関相互の管轄と権限の競合を調整し、政策プログラムの効率的、効果的な運営を確保する、という権限を有するとするのである。

これに対して、単一執行府論を否定する立場は、執行府は大統領を頂点とした階層的な性質を有するものではなく、行政を含む意味での執行権は大統領にのみ帰属するものでもないとする。具体的には、合衆国憲法第二条第二節第二項は、下級公務員の任命権を大統領とともに明示的に行政各部の長にも付与することによって、執行機関と異なる行政機関を創設することを認めていると主張する。また、もう一つの否定論の根拠として、合衆国憲法第一条第八節第一八項の必要かつ適切条項(Necessary and Proper Clause)の下での、連邦議会に対する行政組織編成権の付与があげられる。[26] この立場では、肯定論と異なり、留意条項は、法律を執行する機関を問わず連邦議会の指示を遵守することに留意する義務のみを大統領に与えたにすぎないものとされる。

このような単一執行府論をめぐる問題は、これまでにも折をみて表面化した。とくに、独立規制委員会の委員の解任は相当事由のある場合に限られると判断した一九三五年のハンフリーズ・エクゼキューター対合衆国事件(Humphrey's Executor v. United States)判決[27]後に、ルーズベルト大統領によって設けられた行政管理委員会、通称ブラウンロー委員会(Brownlow Committee)は、一九三七年の報告書の中で、執行府を再組織し、統合・階層化した中で大統領が活

動的なマネージャーとして統轄するような行政組織を創出するべきことを提案した。また、この報告書は、当時百あまりあった独立規制委員会をはじめとする独立機関を執行府の下におくことによって、大統領の役割を拡大するべきであると勧告した。[28] この報告書でもわかるように、単一執行府論の中で一つの大きな問題となっていたのは、独立規制委員会をはじめとする大統領の指揮監督から独立しているとされる行政機関と大統領ないし執行府との関係であった。[29] その意味では、一九四九年および一九五五年のフーバー委員会の独立機関に関する報告、一九六〇年に行政法学者ランディス(J. Landis)が大統領に選出されたケネディのために用意した規制機関に関する報告(Report on Regulatory Agencies)も注目に値する。さらに、一九七一年の執行府組織に関する大統領勧告評議会(President's Advisory Council on Executive Organization)、通称アッシュ報告もそれらにつけ加えることができよう。

歴代の大統領は、これらの報告を受けて、いくつかの組織改革法案を提出してきたが、それらの法案はいずれも成立せず、結局独立機関の予算、情報収集権について若干の制約を加えるという小幅な妥協が行われたにすぎなかった。[30] その後、この問題は、一九七〇年代後半まで沈静化していた。それは、ハンフリーズ・エクゼキューター事件判決の下で、執行権は大統領の完全な解任権と広汎な監督権に服する公務員によって行使されなければならないが、他方、議会は準立法的および準司法的権限を有する公務員を、大統領の指揮監督権の外におく憲法上の権限を有するという考え方が、定着したと思われたからである。[31] しかし、前述のように、一九八〇年代に入ってレーガン政権の下で単一執行府論が再び主張されることになり、議論は再び活発化することになった。ただ、このようなレーガン政権およびその後のブッシュ政権の主張にもかかわらず、最高裁は、モリソン事件判決およびミストレッタ事件判決では消極的姿勢を示した。ところが、最近クリントン政権が、長く共和党政権の影響下にあった政府を掌握し新しい政策を打ち出すためには、政府の一体性を保持することが必要であるとの観点から、レーガン政権とは異なった立場からではあるが、単一執行府論の考え方をとるに至ったため、[32] 現在においても議論が継続されることになったのである。

三　単一執行府論に対するサンスティンの理解

いま述べたような状況の中で、サンスティンがレシッヒ(L. Lessig)との共同執筆の形で発表したのが、単一執行府論擁護の議論を展開した“The President and the Administration”と題する論文である。ここでは、まずその論文の内容をみてみることにしたい。

サンスティンらは、その論文の中で、単一執行府論を支持する論旨を展開しているが、その実体的内容に入る前に指摘しなければならない点は、この論文がレッシヒの提唱する憲法解釈の方法である「翻訳(translation)」に従っていることである。サンスティンらによれば、単一執行府論は、歴史的には憲法起草者が憲法に規定しようとしたものとはいえないが、一八世紀以来の状況の変化を考慮に入れ、起草者らの意図を現代に翻訳するとき、そこでは単一執行府論を支持する憲法解釈が成立するというのである。(33)

このような立場を明らかにした上で、サンスティンらは、まず単一執行府論が支持されるか否かを憲法の各条文について検討するが、その際現在の意識が混入せざるを得ないテクストや構造についての解釈よりも、憲法の制定経過を重視する態度を示す。(34)そして、単一執行府論がその憲法上の根拠条文とする帰属条項について、それは、執行権が大統領に属すると規定しているものの、そこで言及されている執行権は現代的な意味での執行権とは異なるものであったとする。(35)つぎに、サンスティンらは、憲法第二条第二節第一項の意見条項(Opinions Clause)について、それが大統領は行政部局(executive Departments)の長(principal Officer)に、それぞれの職務に関連して意見を求めることができると定めている点を、単一執行府論者が当然の規定であるとして軽視していることに対して、つぎのように指摘する。この条項の起草時においては、行政各部の長ばかりではなく、最高裁判所をも大統領が意見を求める相手方であるとされていながら、その後削除されたという経過からは、大統領は行政各部から職務にかかわる意見を求める

固有の権限を有しないものとされていたとみるべきだとする。さらに、サンスティンらは、意見条項が行政部局(executive departments)の長(principal officer)としているのに対し、第二条第二節第二項の下級公務員任命条項(Inferior Officers Appointment Clause)が同様な意味で Heads of Departments という文言を用いていることは、principal Officer という文言を執行府の省に対してのみ用い、Heads of Departments は執行府以外の省をも含む広義の意味で用いられたものであり、したがって、連邦議会は大統領から独立した行政機関の長に下級公務員の任命権限を付与することができると解する余地があったとする。

サンスティンらは、このような各条文の制定経過に加えて、憲法起草者の Executive の観念が、現代のそれとは相違していたことを指摘する。サンスティンらによれば、憲法起草者は、Executive の意味を政治的な機能と行政的な機能に分けて理解し、政治的機能と考えたものとある種の行政的機能を憲法上執行府に付与した反面、残余の行政権をどの程度大統領に与えるかについては、議会にその決定権を委ねるというプラグマティックな考え方をとっていたとする。[36] そのような観点から、単一執行府論の論者が、すべての政治的および行政的機能に対するコントロールは執行府に与えられていると見ていることを批判する。

サンスティンらによれば、憲法起草者が Executive の意味を政治的な機能と行政的な機能の二つに分け、政治的機能を執行権として大統領に付与し、行政権をどの機関に付与するかについては、必要かつ適切条項の下で議会の判断に委ね、ある機関が執行権を行使する場合には執行機関となって大統領の指揮監督下に入るのに対し、その機関が行政権を行使する場合には、大統領には憲法上指揮監督権を与えられないとした[37]背景には、一九世紀の憲法理論、政治理論が存在するとされる。[38] それは、憲法起草者が、帰属条項を現代的な意味での執行権すべてを大統領に付与したのではなく、第二条に列挙されている執行権限を与えているにすぎないと考え、また、政治的なものということの意味を他の機関の関与を受けることなくみずから決定するという意で用い、その延長上に憲法上の執行権を考え、連邦議

会と裁判所による制約に服する行政権から執行権を区別していたことにあらわれているとする。

サンスティンらによれば、一九世紀の憲法理論は、起草者の理解という点で現在の単一執行府論より優れるが、Executive を執行と行政の二つにあまりに明瞭に範疇化しすぎているという問題点があるとされる。すなわち、憲法起草者の観念する執行権の構造は、統治機構を上から下まで明確に区分するような明白なものではなく、革命を成功させるという憲法起草者の主たる関心に比べれば副次的なものであったとされる。憲法起草者は、統治機構の各部門の区分について大筋の線を引いたにすぎず、その他のことは連邦議会に委ねたのであり(39)、その結果どの機関が現代的に理解される行政を指揮するのかについては、明確で権威的な判断を下すことができなかったとされるのである(40)。

しかし、サンスティンらは、憲法起草者が受け入れなかったと思われるとしても、単一執行府論を引き出すような、それでいて憲法適合的な解釈は可能であるとする。そのような解釈を生み出す方法論として、サンスティンらが持ち出すのが、レッシヒらによって最近主張されている「翻訳」という解釈方法である。すなわち、サンスティンらは、憲法起草者の憲法に対するコミットメントを重視することの必要性を認識しつつ、他方、憲法制定以後の連邦政府と大統領制をめぐる事情の変化には劇的なものがあるとして、このような状況の下では、起草者の意図を憲法解釈の際に機械的にあてはめることは、むしろ起草者の予期していなかった職務に従事する独立機関の公務員のような存在を認めることに通じてしまい、起草者の憲法に対するコミットメントにむしろ反することになるとする(41)。そこで、サンスティンらは、事情の変化を考慮に入れた上で、憲法起草者の憲法に対するコミットメントが最善の形で履行されるように解釈すべきだとする(42)立場をとるのである。

このような立場をとった場合に問題となるのは、憲法起草者のコミットメントとは、具体的にはどのようなものかということである。この点について、サンスティンらは、憲法起草者が執行府に関して最も重視し、執行府に対する連邦議会の制限が適切か否かを判断する際にかかわった価値として、人民に対して責任に応えること(accountability)

と、党派を作り出すことを回避すること(avoiding faction)の二つをあげる。[43] そして、このような二つの価値を現代的に引き直す必要のある二つの事情の変化が現在生じているとするのである。

サンスティンらによれば、それらの一つは、行政機関の機能の変化である。すなわち、現代においては、立法(lawmaking)と法の解釈(law-interpreting)がこれらの機関に集中するようになり、その結果法律を執行する際に政治的な判断を伴う裁量行為が著しく増大し、国家の意思決定が州や議会ではなく、巨大な連邦の行政官僚組織によって行われるようになっているとする。しかし、サンスティンらによれば、これら行政機関の大統領からの独立は、憲法起草者の前述した二つの価値である、国民に対する責任に応えることと、党派の形成を避けることに反することになるとされる。したがって、憲法解釈としても、Executive の中に起草者が含意したもの以上のものを含めるようにするか、[44] あるいは大統領から独立した行政機関を連邦議会が設けることは、必要かつ適切条項に反する疑いがあるというように解すべきだとする。事情の変化を引き起こしているもう一点の事情は、行政機関に対する見方の変化である。行政機関は、その創設当初は革新運動の影響などにより、その職務の技術的な内容が強調され、非政治的なものであると考えられたが、現在では政治的な内容のものであるとみられるようになってきたとされる。このように考えた場合には、行政に関して広範な権限を行使する公務員の存在は、大統領が Executive の機能の中で政治的機能を担うとした憲法起草者の考え方とずれたものとならざるをえない。その意味で、サンスティンらは、行政機関のもつ政治性が重視されなければならず、それに対する民主的なコントロールと、政治的責任について国民に応えることが必要となり、裁判所は裁量的な政策決定権限を行使する公務員の活動を大統領の監督外におくことを禁じる判断を行うべきだ[45]とするのである。

サンスティンらは、このような考え方を現在争われている具体的な問題にあてはめる。まず、独立機関の合憲性については、大統領の監督権からの完全な独立性は、特別そのような機関を設ける必要性が存在し適切であるという例

外を除き認められないとする。必要かつ適切条項の下での連邦議会の独立機関を創設する権限は、制限されたものであることを示唆するのである。[46] つぎに、大統領の行政機関の公務員の解任権の行使に際してその根拠とされるいわゆる相当理由について、サンスティンらはそれを広く解し、大統領は公務員と政策上の見解の相違がある場合にも、相当事由に該当するとして解任できるとするのである。

四　サンスティンらの考え方の問題点

これまでみてきたようなサンスティンらの考え方については、その特色として、サンスティンが最近示している連邦政府における官僚制の進展について共和主義的な考え方の下で擁護する見解を、より詳細に展開しているという点をあげることができる。そのことは、サンスティンが最近の論文の中で、現在の社会問題を解決する際に、国家が重要な役割を果たすべきだとする見解をとっていることと強く結びついていると考えられる。いわゆるリベラル派と目される学者の中で、このような国家の役割に対する積極的な支持を表明したものとして、前述の論文は注目されるのである。ただし、そのことからただちに、サンスティンらの論文に対する肯定的評価が生じるわけではない。サンスティンらの考え方は、すでに前に若干触れたように判例の立場とは一致していない。また、サンスティンらが、論文の中でみずから認めているように、学説の中にはサンスティンらの考え方に反対する立場も見出される。そこで、つぎに判例の立場とサンスティンらの見解に反対する学説について、もう少し詳しく検討してみることにしたい。

1　判例の立場

サンスティンらの見解は、すでに述べたように、現在主として大統領側によって主張されている単一執行府論を憲

法起草者の意思そのものによってではなく、憲法起草者が付与しようとしていた国民に対する責任の所在の明確化と、党派が誕生することによる政府部内での協調が欠如することを回避すること、という二つの価値を、事情の変化を理由に、「翻訳」という解釈方法を適用することによって支持しようとするものである。このような考え方は、同様に単一執行府論を帰結する考え方の中でも、スカリア裁判官のように[47]、第二条第一節第一項の執行権が大統領に属するという文言を根拠に、単一執行府論をとる一部の原意主義者の見解とは異なるものである[48]。

サンスティンらの考え方については、まずここで用いられている「翻訳」という憲法解釈方法それ自体の有効性が問われよう。とくに後述するように、同じ「翻訳」という憲法解釈方法に依拠しながら単一執行府論を否定する見解を導き出すグリーン(A. Greene)[49]のような立場も存在するからである。ただ、この点については後に学説との関係で若干触れるとして[50]、まず、ここでは先に判例の立場について検討してみたい。

ここで判例として取り上げて検討する事例は、執行府の一体性を保つ上で最も効果的な担保手段である、独立機関の公務員に対する大統領の解任権をめぐって争われた事件に対する最高裁の諸判決である。最初の判例は、憲法第二条第二項にいう合衆国の公務員である郵便局長の解任について、憲法上要求されている任命の際と同様に上院の助言と承認を必要とした法律の合憲性が争われたマイヤース対合衆国事件(Myers v. United States)判決[51]である。判決は、同法を帰属条項と留意条項に反し違憲としたが、その中で執行権の大統領への付与に伴い、合衆国公務員が大統領の一般的行政監督権に服すとともに、大統領は法律の一体的および統一的執行を確保するために公務員の法解釈を指揮監督する権限を有する[52]とする、単一執行府論を幅広く認める見解を明らかにした。しかし、この見解は、ルーズベルト大統領による連邦取引委員会(Federal Trade Commission)委員の解任の有効性が争われた一九三五年のハンフリーズ・エクゼキューター事件で、その射程を制限されることになった。同判決は、まずマイヤース事件判決について、それが純然たる執行府の公務員にのみ適用され、執行府に属さず執行作用を担当しない公務員には適用されないとし

た上で、連邦取引委員会の性格について、連邦議会の政策を遂行するために議会の示した基準に従って活動するように創設された行政機関であり、いかなる意味においても執行府の機関とは考えられず、その職務は準立法的および準司法的なものであるとした。[53] そして、判決は、このような性格を有する委員会の公務員に対して、大統領は完全な解任権を有しないとした。判決は、その根拠として連邦議会が準立法的もしくは準司法的機関を創設するに際して、執行府の監督から独立して職務を遂行するよう求めるという権限は疑うことができないものであり、委員はその任期中相当事由が存在しなければ解任されないとしたのである。[54] この判決によって、いわゆる行政機関を含む執行府の公務員に対する大統領の解任権の行使は、純然たる執行府の公務員に対しては完全であるが、その職務が準立法的あるいは準司法的なものである公務員に関しては制限されうるということになったのである。

ハンフリーズ・エクゼキューター事件判決は、その後、戦後補償請求委員会(War Claims Commision)が司法的作用を営む機関であるとして、大統領の委員に対する解任権を否定する法律を合憲としたウィナー対合衆国事件(Wiener v. United States)判決[55]などを経て、判例法として確立したかに思われた。ところが、連邦選挙委員会の委員の任命権を大統領とともに下院議長らに付与した連邦選挙運動法について、憲法第二条第二項にいう合衆国公務員の任命権は議会に与えられていないとして、同法を違憲とした一九七六年のバックリー対バレオ事件(Buckley v. Valeo)判決[56]や、議会拒否権を違憲と判断した移民帰化局対チャダ事件(Immigration and Naturalization Service v. Chadha)判決[57]で、権力分立原理を厳格に解釈するいわゆる形式主義的アプローチが見られるようになった。

そして、連邦財政赤字の削減のために制定されたグラム・ラッドマン法の下で設けられた自動赤字削減制度の合憲性が争われたボウシャー対サイナー事件(Bowsher v. Syner)判決[58]では、最高裁が形式主義的アプローチ[59]により同制度を違憲と判断したため、従来の独立機関の公務員に対する大統領の解任権に対する制限についての判例に変更が生じたのではないかとの見解がみられるようになった。[60] ボウシャー事件判決が、同制度を違憲とした理由は、つぎのよう

なものであった。会計検査院長(Comptroller General)が同制度の下で行政管理・予算局と議会予算局(Congressional Budget Office)から財政赤字幅の予測と必要な予算削減額について報告を受けた上で、独自の判断と評価にもとづき大統領と連邦議会に報告書を提出するとしていることは、執行権の行使にあたる。しかし、会計検査院長は、伝統的に立法府の職員と考えられており、そのことは、グラム・ラッドマン法の下で相当な事由がある場合にのみ弾劾または両院共同決議により解任されるとされていることからも明らかである。連邦議会は、グラム・ラッドマン法の執行が意にそわない場合に会計検査院長の解任を通して同法の執行を実質的に統制することができることになり、そのことは執行権を侵害することになるとしたのである。

このボウシャー事件判決は、ハンフリーズ・エクゼキューター事件判決以来の判例が、現代の行政国家化現象の下での執行権の機能の拡大と多様化のゆえに立法的作用、司法的作用を行政機関が担当することを認容してきたことに対して、疑問を投げかけるものと受け取られた。学説の中にはさらに進んで、憲法上連邦議会は独立機関を創設することが禁じられているとする立場を、最高裁がとるのではないかと期待するものまであらわれた[61]。しかし、このような期待は、政府倫理法(Ethics in Government Act)の下で設けられた独立検察官(independent counsel)制度の合憲性が争われた、モリソン対オルソン事件(Morrison v. Olson)[62]判決で否定されることになった。この事件で争われた独立検察官制度の下では、独立検察官は、政府高官による犯罪の疑いがあると司法長官が判断し要請した場合に、執行府ではなく司法府内に設けられた特別部(Special Division)によって任命される一方、定められた管轄内ではあるが捜査、起訴について、司法省の有するすべての権限を独立して行使することができるとされていた。このように独立検察官の職務が一見執行的なものであるとみられるにもかかわらず、大統領は独立検察官に対して司法長官を通して相当な理由があるときにのみ解任しうるにすぎないとされていた[63]。判決は、これらの点に触れる前に、まずマイヤース事件やボウシャー事件が、執行府の公務員の解任についても権限を拡大しようとする連邦議会の試みにかかわる

ものであるのに対して、ハンフリーズ・エクゼキューター事件は、大統領の解任権に対する法律上の制限が合憲か否かにかかわるものであるとして両者を区別し、本事件は後者に属するとした。[64] その上で、判決は、大統領の独立機関の公務員に対する解任権の制限が憲法上許容されるか否かは、公務員の職務が純然たる執行的なものであるか否かにかかわるのではなく、解任権の制限によって大統領の権限の遂行が妨げられるものであるか否かにかかわっているとした。[65] そして、独立検察官の職務は執行的なものであるが、執行府の全体からみれば中心的なものとはいえないこと、相当事由の存在する場合に司法長官が独立検察官を解任するという手段が確保されていることから合憲とした。[66] また、判決は、権力分立原理との関係について、司法長官による独立検察官に対する解任権の行使を通して、大統領はその憲法上の権限や義務を果たすために十分な独立検察官に対する監督を行うことができ、権力分立原理に反するとはいえないとしたのである。[67]

このモリソン事件判決では、従来の判例と異なる立場がとられた。そのため、権力分立とくに抑制と均衡の原理の観点からの説明はあまりなされず、むしろ問題とされた程度の侵害はそれほど深刻ではないという判断の下に、アドホックな解決をはかったと評価された。[68] これに対して、ミストレッタ対合衆国事件(Mistretta v. United States)判決[69]は、権力分立の観点から前述の法理を確認することになった。同事件では、従来の連邦の不定期刑制度下での量刑の不均衡の著しさを是正するために設けられた独立機関で、その委員として少なくとも三名の連邦裁判所の裁判官を含む委員で構成され、量刑について拘束力を有するガイドラインを公布する権限を有する量刑委員会(Sentencing Commission)を、司法府内に設けることを定める量刑制度改革法(Sentencing Reforming Act)の合憲性が争われ、最高裁は同法を合憲とした。判決は、権力分立論についてまず触れ、その目的は人権の保障にあるが、三権を完全に分離、区別しようとするものではなく、相互に依存、協調しつつ、活動しうる政府を形作ることに重点があり、[70] したがって、それは一つの部門が他の部門を犠牲にして自己の権力を増大(aggrandizement)させたり、他の部門を侵食(encroach-

ment) したりすることを防ぐ保護手段とみることができるとし、[71] 各権力間の均衡を重視する柔軟な考え方を示した。判決は、このような観点から、量刑委員会が規則制定権を有し、その職務は立法的であることを認めつつ、同委員会の定めたガイドラインは連邦議会により撤回、修正されうること、委員は限定的ながら大統領の解任権行使の対象となること、ガイドラインについては行政手続法による告知、聴聞の要件をみたさなければならないこと、などにより司法府に司法権と立法権をあわせるという形で権力の集中が生じるとはいえないとした。[72] また、立法権を行使する同委員会に連邦裁判所の裁判官が含まれることにより、司法権の独立や司法の高潔さが侵されるのではないかという点については、憲法のテクスト上は現職の連邦裁判所の裁判官が法律により創設された独立委員会の委員を兼職することを禁じていないこと、そのような兼職を認める先例も存在すること、などからそのおそれはないとした。[73] 判決は、最後に、このような柔軟な権力分立観から、大統領が量刑委員会に対する強制的影響力を行使することを防ぐという観点から連邦議会が大統領の解任権の制限を設けたことを是認したのである。[74]

いままでみてきたモリソン、ミストレッタ両事件の判決は、最高裁が柔軟な権力分立観を示す一方、行政機関の創設、権限の付与、大統領との関係について広汎な立法裁量を認めていることも明らかにしたものであると考えられる。その結果学説の中には、大統領の独立機関の公務員に対する審査にあたって、最高裁がつぎのような二段階の比較衡量のテストを適用することを明らかにしたととらえる立場も存在する。すなわち、まず最初に、連邦議会により創設された独立機関が執行府の職務の遂行することを妨げているか否かを判断し、その点が肯定されるときには、つぎに、その職務に対する悪影響を正当化しうる立法目的を達成するための高度の必要性(overriding need)を示しうるか否かを判断する、というテストである。[75] このようなモリソン、ミストレッタ両事件判決の理解が正しいとすれば、高度の必要性の立証は容易でないと考えられることから、大統領は行政機関の政策の立案、履行に対して影響力を行使することについて大きな制約をこうむることになる。[76] その意味で、単一執行府論の主張は、判例との関係では、困難なも

のとなったと評価されよう。[77] 実際、モリソン事件の判決は、脚注の中ではなるが、単一執行府論が憲法第二条の帰属条項を根拠にしていることに対して、そのような解釈は、文言の意味から著しく乖離したものだとして否定する立場を明らかにしているのである。[78] それでは、学説の方はどのようであろうか。つぎにその点をみてみることにしたい。

2 学説の傾向

大統領の独立機関の公務員に対する解任権の制限に関するこれまでの学説[79]は、大きく二つに分かれており、対立した状況にある。大統領の解任権を支持する学説は、概要つぎのように説く。法律の執行は、大統領本人が行うわけではなく多数の公務員により行われる。しかし、それらの行為は、大統領の代理人としての行為であり、したがって、大統領は、それらの行為が自らの意図に合致するように[80]指揮監督することができなければならないとする。これに対し、連邦議会は大統領の解任権を制限しうると解する学説は、つぎのように説く。議会が委任した権限については、大統領は連邦議会の代理人であり、議会の命令に従わなければならない。連邦議会が大統領の一部公務員について解任権を制限することが適切だと判断した場合には、その議会の意思は大統領が執行しなければならない法律の一部である。執行権の行使にあたるすべての公務員を大統領の解任権の対象外としてしまうことは、法律の誠実な執行に留意することを大統領に求めた留意条項に反するであろうが、一般には大統領の公務員に対する監督関係は法律に委ねられているとするのである。

このように、学説は大きく二つに分かれているが、最近では、さらに原意主義の影響の下[81]に憲法のテクスト、構造、制定経過を重視した憲法解釈を行おうとする立場もみられるようになってきた。そのような状況の中で、原意主義の考え方に好意を示しつつも、その欠点も意識した憲法解釈の方法論である「翻訳」の手法をとろうとしたのがサンスティンらであった。サンスティンらは、その新しい解釈方法の下で、単一執行府論を支持する結論を得たのであるが、

これとまったく同じ解釈方法を用いながら、反対の結論を引き出したのがグリーンである。このことは、サンスティンらの立場について、いくつかの問題点を提起することになる。しかし、その前にまず、グリーンの所説をみてみることにしたい。

グリーンは、サンスティンらと同様に、憲法解釈において憲法起草者の意図した基本的原理を維持する必要を認めつつ、それを現代に適用した場合には憲法起草時とは異なるものとならざるをえないとする。[82] しかし、グリーンによれば、憲法起草者の抱いていた価値は、権力の分離あるいは権力の貯蔵所の複数化をはかるということであったとされる。すなわち、憲法起草者は、強力な執行府の創設を重視したのではなく、今後強大になるだろうと予測された立法府を抑制する程度の強さをもつ執行府像を描いていたとするのである。[83] グリーンは、その根拠として、まず単一執行府論をめぐる議論の中で、憲法起草者が憲法制定会議で合議制型の執行府ではなく独任制型の執行府、すなわち大統領を頂点とする制度を採用しつつ、執行府の公務員がすべて大統領の監督に服するということまで合意し得なかったことをあげる。また、憲法起草者が、執行権の観念を国法(national laws)を執行する権限に限られるものとして理解し、したがって、立法府は立法権を執行府に委任することはできないとしたことにもあらわれていると指摘する。

これまでみてきたグリーンの考え方は、サンスティンらと多くの点で共通する。とくに、ニュー・ディール後の委任立法の増大と非委任法理の完全な衰退に伴い、執行府による法律解釈を通じての立法という事態が不可避であり、それによって執行府への権力の集中化が進展するという事情の変化が、二〇世紀の憲法の構造的変化の特徴であるという点については、サンスティンらと認識を共有している。ただ、グリーンは、憲法起草者の価値が維持しがたいという危機に現在直面することになったものの、連邦議会は、権力の分離という原理を再活性化するために、三つの方法を用いてきたとする。第一に、公務員の任命や法律の執行において連邦議会が法的役割を果たすようにすることであり、第二に、憲法第一条第七節の枠外で立法を行うことであり、第三に、執行、立法、司法のそれぞれを担う種々

の機関を大統領の指揮監督を受けないようにしたり、執行府内部の腐敗に対する捜査を大統領の指揮監督外の公務員に認めることによって、執行府の専制を抑制しようとしたりすることであった。これらの連邦議会の試みに対する最高裁の判断は、第一と第二の方法については無効とし、第三の方法については、それを認容するというものであったが、グリーンは、それら判例について、結果そのものについては同意しつつ、その理由付けについて前述の憲法起草者の価値を尊重するという観点から、異なる立場をとろうとする。

グリーンによれば、これまでの最高裁の判決は、以下のような三つのカテゴリーに分けられるとされる。第一に、連邦議会は公務員の任命または法律の執行において憲法上の役割を果たすことは認められないという点を明らかにしているものである。グリーンによれば、このカテゴリーには、マイヤース事件判決、バックリー事件判決、チャダ事件判決[84]、ボウシャー事件判決が属するとされ、そこでは、連邦議会が、執行府の公務員の解任に関して法律によってみずからの役割を創設し、その結果実質的に立法権以外の権力をみずからに帰属させ権力の増大をはかる点が問題とされたとする。第二のカテゴリーは、連邦議会は詳細に規定された第一条第七節の両院提出要件と大統領への送付以外の形での立法はできないというものである。このカテゴリーに属する事件の代表的なものはチャダ事件であるが、そこでは委任立法は認めうるとしても、議会拒否権は憲法上求められている大統領による拒否権と司法審査に服さずに議会が立法することを認めることになり、その結果議会の権力の増大をもたらすことになるとする考慮が存在していたとする。また、ボウシャー事件における会計検査院長の職務の性質について多数意見は執行的であるとしたが、スティーブンス裁判官の結果同意意見のように立法的なものとみれば、それは、この第二のカテゴリーに属することになるとする[85]。第三のカテゴリーは、議会が委任した権限のすべてを大統領がコントロールすることのないように、連邦議会が大統領の解任権の制限を設けたことにかかわるものである。このカテゴリーに属する事件には、モリソン事件やハンフリーズ・エクゼキューター事件があげられるが、グリーンはハンフリーズ・エクゼキューター事件に対

する判決では、現代の行政国家において法律の執行は単なる執行ではなく、広汎な裁量権の行使を通して法律を執行する機関が解釈という名の下での立法を行うものであり、そのような状況の中での解任権の制限は、大統領の側に傾斜した権力の均衡をもう一度議会との間で回復させるための手段であるとする理解が働いていたとされる。グリーンによれば、独立機関が合憲であるのは、連邦議会が権力を増大させることなく大統領の権力の増大を防ぐがゆえにであるとされる。(86)

グリーンは、このように判例を整理した後、独立機関が認められることによって、国民に対する責任が不明確になることを認めつつ、憲法起草者は、権力間の抑制と均衡を重視し、特定の権力や人が支配権を握ることを警戒し、わざわざ両院制や司法審査などの複雑な権力抑制のための統治構造を作り上げたのであり、そこでは国民に対する責任ということは、他との関係において相対的に犠牲にされたのであるとする。(87)

いままでみてきたグリーンの所説から、サンスティンらの立場を問題とする二つの視点を見出すことができると考えられる。第一点は、サンスティンらとグリーンがともに依拠する憲法解釈の方法論としての「翻訳」という手法の有効性についての疑問である。「翻訳」という憲法解釈の方法についての検討は、本稿での直接の対象ではないので、ここでは憲法解釈との関連において、つぎの二点のみを指摘しておきたい。第一点は、かりに憲法起草者の抱いていた原理を憲法解釈上重視しなければならないとして、なぜ起草者の原理を文字どおりそのまま適用するのではなく、「翻訳」しなければならないのかということである。この点については、一応、制定当時に予定された統治構造の一部に構造的な変化が生じかつ他の構造部分は保持すべき価値があると判断される場合には、その変化が生じた構造を、憲法起草者の意図した原理を維持するという視点から概念的に再構成するべきだという議論がなされよう。(88) しかし、憲法の構造に大きな変化が生じていることをどのように確認するのかという点に加えて、そのような変化が生じた場合になぜ憲法改正などの手段に訴えないのかという点が疑問になる。とくに、この手法が「翻訳」ということを通し

て、解釈する側である現在の人民の一体性の確認をはかろうとするものであるとすれば、その点が認識される必要があろう。第二点は、かりに「翻訳」という憲法解釈の方法が適切であるとしても、どのような憲法起草者の原理が重要なものとして選択されるべきかということである。この点は、そこで選ばれた原理が他の原理を捨て去りつつ現在の時点における解釈の根拠ともなるだけに重要だと思われる。とくに、原理を選択する基準が曖昧で主観的なものになりやすいということは問題である。その難点は、サンスティンらがそれら原理として国民に対する責任の所在を明確にすることと、派閥の形成を困難にすることによって政府内での協調をはかることを、憲法起草者の価値であるとしているのに対し、グリーンが権力を分離することをその原理として理解していることによっても明らかである。さらに、留意しなければならないことは、その結論が原理をどのように理解するかによって反対方向のものとなってしまい、かつその優劣が結局のところ現在の争いを解決するにあたってどの程度有効かという点についての解釈者の主観的判断に委ねられてしまうことである。(89)

グリーンの所説によって示唆されるサンスティンらの論文のもう一つの問題は、グリーンの憲法起草者の原理に対する把握のほうが、サンスティンのこれまで主張してきた共和主義的憲法理論と一致するのではないかという点である。たとえば、グリーンは、憲法起草者の権力の貯蔵所を複数にするという原理が司法審査やフェデラリズムと深い関係を有するとする。また、権限を有する人間はその権限をみずからの指摘利益を促進するために使いやすく、公共善のために用いない傾向があると指摘し、このことはフェデラリスト第一〇篇に明らかであるとする。さらに、グリーンは、権力の分離はそれぞれの権力によって代表される見解が公共的な議論の多様性を担保し、政府内での対話を拡げ、その結果政府の意思決定を民主化することにつながると指摘する。(90)

このようなグリーンの立場は、その一部に政府の機関がその党派的な利益を促進するように権限を行使することを防ぐためには人間性を改善するのではなく、利益をもって利益を、派閥をもって派閥を対峙させることを通して、自

己促進的な政府の活動をもっともよく除去することができるとする指摘[91]に示されているように、多元主義的な色彩がみられる。しかし、そこには、これまでサンスティンが当初示してきた市民的共和主義の下での権力分立制、フェデラリズムなどの権力を分離させることの重要性の認識また司法審査の憲法上の位置づけなどと少なからぬ親和性を有していると考えられる[92]。この点で、興味を引くのは、独立機関の合憲性に関するサンスティンの所説が最近になって変化してきたという指摘である[93]。事実、これまでサンスティンは、ニュー・ディール期以来の行政の観念が衰退するに伴って、大統領の行政機関に対する監督の増大がみられるようになるであろうことを指摘していたが、そこではなお解任権の存在などを根拠に、独立機関に対してある程度の独立性を認める立場をとってきた。その点、本稿で触れた論文においては、そのような立場を踏み超えて、独立機関は原則として違憲であるとする立場を明確にしたといえる[94]。ただ、その際大統領の行政機関に対する監督の増大の根拠として、ニュー・ディール期以来の行政概念、すなわち専門家の判断の政治的公平さに対する信頼の低下についてふれているが、モリソン事件判決、ミストレッタ事件判決で独立検察官および量刑委員会がそれぞれ合憲とされたことを考えると、少なくとも判例においては、依然として政治的公平さに対する信頼への低下はいまだ明瞭には示されていないといえよう。また、かりにそのような行政概念の衰退がみられるとしても、そのことをもって大統領の監督の増大の必要性が生じているとはいえないであろう。サンスティンらと反対の結論をとるグリーンも、政治的な影響から離れたところで専門家の判断が行われるという観点から独立機関を擁護する議論には疑問を呈しているからである[95]。

最後に、サンスティンらの考え方で問題として指摘されなければならない点は、サンスティンが独立機関の合憲性を否定し、単一執行府論を支持する姿勢に転じた背景に存在する、現代の規制政策を担う連邦の官僚組織への信頼が、共和主義的憲法理論に及ぼす影響である。サンスティンは、前述したように、現代における規制政策の増大を背景に規制政策の一元化による効率化と、その国民に対する責任の所在の明確化が必要であり、それは、憲法起草者の意図

でもあったことを理由に単一執行府論を支持しようとする。しかし、大統領が国民によって選ばれることをもって責任の所在が明確化すると短絡的に考えることは、現在の大統領選挙がイデオロギー、政策の相違を棚上げにしたままで、マスコミをどのように味方に付けるかをめぐっての争いになりつつあることを考えるとき、結局サンスティンらの議論は、実質的には規制政策を担うためにますます巨大化する官僚制を擁護する議論にならざるをえない。そうであるとするならば、連邦官僚組織に市民的共和主義の下での熟慮を信頼し期待しうるということになる。官僚組織のもつ技術的洗練性と行政手続法の下で司法審査が理由づけられた政策を要求しているということを根拠に、官僚組織に熟慮を期待しうるというわけである。[96] しかし、このような考え方では、市民的共和主義において熟慮と並んで重要でありかつ古典的な共和主義から区別する指標とされてきた参加の意義が失われることにならざるをえない。もし、このような参加の重要性が意識されないならば、その結果、選挙によって選ばれる代表者の集う立法府における熟慮の意義が失われざるをえない。[97] そのような、立法府での熟慮の機会の喪失は、熟慮の過程で確認されると考えられてきた公共善の意義を喪失させることを意味する。それは、官僚組織の熟慮の結果生み出された政策が、技術的には洗練されていても公共善を認識した上のものであることを保障する手段はないからである。また、熟慮の過程での真摯な議論を通して人格が育成されるといった視点も欠くことにならざるをえない。このような問題は、まさに市民的共和主義の中心的要素にかかわるものであり、サンスティンらの考え方がそれを克服するものでない限り、市民的共和主義との間に重要な軋轢をもたらすことにならざるをえないであろう。[98]

五　結語に代えて

本稿では、最近のアメリカ憲法学における理論である共和主義的憲法理論に関して、これまで不明確とされてきた

中心概念である熟慮と参加を基礎とした統治構造の具体的なあり方を、最も熱心な理論の提案者であるサンスティンの単一執行府論をめぐる論文を中心に検討を加えてきた。

その結果、サンスティンは、これまで両義的な意見の表明にとどまっていた執行府を中心とする国民に対する政治の責任の対象の明確化と、効率的かつエネルギッシュな政府の必要性を明確に支持する立場を示すに至ったことが明らかにされた。そのことは、これまで憲法の起草者意思への配慮から、現在の規制政策の実行上必要とされる大統領の下に一元化された規制機関の必要性を認識しつつ、単一執行府論に対しては距離を置いてきたサンスティンが、本稿で紹介した論文において、共同執筆者であるレッシヒの主張する「翻訳」という憲法解釈の方法によりつつ、単一執行府論支持の立場を鮮明にしたものと受け取ることができる。

しかし、このような立場には、少なくとも以下の三つの問題点が存在する。第一に、それがモリソン事件判決やミストレッタ事件判決によって明確にされた最高裁の判例と多くの不一致を有するということである。とくに、ミストレッタ事件で権力分立原理の観点から強力な執行府に対する連邦議会の重要性を法廷意見が強調したことは、サンスティンらの立場からすれば大きな問題であろう。第二に、サンスティンらの依拠した「翻訳」という憲法解釈方法の有効性が明らかでないということである。そのことは、同様の解釈方法に依拠しながら反対の結論に到達したグリーンの所説の存在によって示されている。第三に、本稿で検討したサンスティンらの論文の内容が、従来理解されてきた共和主義的憲法理論と一致していないのではないかということである。すなわち、これまでの共和主義的憲法理論の下では、立法府における熟慮が強調され、それとの関連で参加という現代的な要素が取り入れられ古典的な共和主義との差別化がはかられてきた。しかし、今回の論文の中で示された強力な執行府の必要性の強調は、この参加の要素を著しく減少させるものであり、共和主義的憲法理論さらにはその基礎にある市民的共和主義の考え方とも抵触するのではないかと思われる。

サンスティンは、これまでつねに学界の中間的な立場をとり、その中で左右の極端な立場を避ける傾向を有すると指摘されてきた。[99] しかし、最近はみずからも属するニュー・リベラル派によって構成される現在のクリントン政権に対する積極的な姿勢も指摘されており、[100] その意味で、政権の動向と結びついた考え方の変更であるのか否かについて、もう少し注意深く見守っていく必要があるように思われる。

(1) 大沢秀介『アメリカの政治と憲法』(一九九二年)。大沢秀介「共和主義的憲法理論と表現の自由」芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開(上)』五八五頁(一九九三年)。

(2) Steven G. Gey, *The Unfortunate Revival of Civic Republicanism*, 141 U. Pa. L. Rev. 801, 806 (1993).

(3) Stephen M. Feldman, *The Persistence of Power and Struggle for Dialogic Standards in Postmodern Constitutional Jurisprudence: Michelman, Harbermas, and Civic Republicanism*, 81 Geo. L.J. 2243 (1993).

(4) 大沢・前掲書注(1)一七－一九頁。

(5) 代表的なものとして、ローウィの批判があげられる。Theodore J. Lowi, The End of Liberalism (2d ed. 1979).

(6) 阿部斉『アメリカ現代政治』一三五頁(一九八六年)。

(7) 阿部・前掲書一三五頁。

(8) Note, *Civic Republican Administrative Theory: Bureaucrats as Deliberative Democracy*, 107 Harv. L. Rev. 1401, 1402-03 (1994) (hereinafter Civic Republican Administrative Theory); *See also* David M. Estlund, *Who's Afraid of Deliberative Democracy ? On the Strategic/Deliberative Dichotomy in Recent Constitutional Jurisprudence*, 71 Tex. L. Rev. 1437 (1993).

(9) *Id.* at 1404.

(10) Gey, *supra* note 2, at 807 n. 13.

(11) *Id.* at 865.

(12) *Id.* at 803.

(13) *Id.* at 813.

(14) 大沢・前掲論文注(1)参照のこと。

(15) Cass R. Sunstein, The Partial Constitution ch. 5 (1993).

(16) この点で、マイクルマンの立場と著しい違いを生じることになる。大沢・前掲書注（1）四八－四九頁参照のこと。

(17) Gerald N. Rosenberg, The Hollow Hope (1991).

(18) デヴィンス（N. Devins）は、ローゼンバーグの見解には、裁判所の役割に反対するという先入観が入っているとする。Neal Devins, *Judicail Matters*, 80 Cal. L. Rev. 1027, 1037 (1992). シャックは、裁判所が社会改革にはたす役割について、積極的に支持する見解、懐疑的な見解、裁判所にとって致命的として強く否定する見解の三つに学説を区別し、ローゼンバーグの見解は、ごく少数にとどまる最後にあげられた見解に属するとする。Peter H. Schuck, *Pulic Law Litigation and Socail Reform*, 102 Yale L.J. 1763, 1770 (1993) (reviewing Gerald N. Rosenberg, The Hollow Hope (1991)).

(19) Devins, *supra* note 18, at 1029.

(20) Sunstein, *supra* note 15, p. v.

(21) レヴィンソン(S. Levinson)は、サンスティンがウォーレン長官の退官後にその青春時代を迎えた年代であり、その意味で、ウォーレン・コートの遺産をどのように擁護するかという難問からは自由であり、裁判所ではなく議会や大統領が、積極国家化の中で憲法上の価値、利益に従って、政策を遂行、実現していくべきであり、憲法にかかわる議論もそれらの機関に向けて行われるべきであるとする立場をとることができたと指摘する。Stanford Levinson, *Unnatural Law*, New Republic July 19 & 26, 1993 at 42 (reviewing Cass R. Sunstein, The Partial Constitution (1993)).

(22) Book Note, *The Partial Partial Constitution*, 107 Harv. L. Rev. 493, 497 (1993).

(23) Gregory E. Maggs, Note, *Yet Still Partial to It*, 103 Yale L.J. 1627, 1648 (1994).

(24) Morton Rosenberg, *Congress's Prerogative Over Agencies and Agency Decisionmakers: The Rise and Demise of the Reagan Administration's Theory of the Unitary Executive*, 57 Geo. Wash. L. Rev. 627, 628-29 (1989). 具体的な手段としては、行政機関の規則制定に対する監督を大統領令によって行政管理・予算局に委ねたこと、独立規制機関の憲法上の合憲性をめぐって訴訟を提起したこと、連邦議会が裁量権を大統領の指揮監督下にない執行府の下級公務員に与えることの無効を主張したこと、政府が違憲と考える法律の履行を拒否したこと、連邦議会が訴追権限を有する執行府の公務員の任命を裁判所に与えるとともにその公務員の罷免を相当事由のある場合にかぎるとする権限を有することを問題としたことなどである。

(25) Steven G. Calabresi and Kevin H. Rhodes, *The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary*, 105 HARV. L. REV. 1153, 1165 (1992).

(26) *Id.* at 1170.

(27) 295 U. S. 602 (1935).

(28) Rosenberg, *supra* note 24, at 635.

(29) とくに、独立機関の公務員に対する大統領の解任権に対する制限を設けることの合憲性が問題とされた。Calabresi and Rhodes, *supra* note 25, at 1166.

(30) Rosenberg, *supra* note 24, at 698-699.

(31) Lawrence Lessig and Cass R. Sunstein, *The President and the Administration*, 94 COLUM. L. REV. 1, 5 (1994).

(32) クリントン大統領は、大統領令一二八六六号で、行政予算・管理局と情報・規制問題局(Office of Information and Regulatory Affairs)が行政機関による規制を監督すること、行政機関は新しい原理の下で規制策を考慮することが求められること、そして全体の規制政策の決定機能はゴア副大統領によって担われることとした。*See* Exec. Order No. 12866, 58 Fed. Reg. 51, 735 (1993).

(33) Lessig & Sunstein, *supra* note 31, at 3.

(34) *Id.* at 13.

(35) サンスティンらによれば、このことは、二つの点を例証することによって明らかにしうるとされる。第一点は、現在は執行権の一部として理解されている連邦における訴追権限が、憲法起草者によってはそのようには理解されておらず、訴追権限が実際にも大統領の監督の及ばない公務員や州の公務員によって行使されたことがあったということである。サンスティンらによれば、この点は単一執行府論によっては説明しえないとする。第二に、サンスティンらは、現在の単一執行府論がすべての行政部局を同じようにとらえ、その上でそれら各部局が階層を構成し、それぞれが裁量権限を行使するに際してはすべて大統領の指揮監督に服するという考え方をとっていることに対して、第一回連邦議会が、一七八九年の決定(Decision of 1789)で、外務省(Department of Foreign Affairs)、戦争省(Department of War)、財務省(Department of Treasury)の三省を設立したが、その際に連邦議会は外務省と戦争省については、執行府の省(executive departments)とし、その内部組織や具体的な活動をどのように定めるかについては大統領に委ねたのに対し、財務省についてはそれを執行府の省とは定

めず、内部組織やその役割について詳細に定めるなど、省によって異なる取扱いをすることを決めたということは、第一回連邦議会が、大統領の指揮監督権との観点からも外務省や戦争省は大統領に全面的に服するが、財務省についてはそのようにはいえないとする見解をとったことを意味すると指摘する。*Id.* at 16-19, 25-30.

(36) *Id.* at 40.

(37) *Id.* at 54-55.

(38) 具体的には、ウィロビー(W. Willoughby)らがあげる。なお、その学説の内容については、W. WILLOUGHBY, PRINCIPLES OF PUBLIC ADMINISTRATION 36-37 (1927) などを参照のこと。

(39) Lessig & Sunstein, *supra*, note 31, at 73-74.

(40) *Id.* at 74. この点の例証として、サンスティンらは、一七九二年の第二回連邦議会で独立戦争の退役軍人に対する救済を目的として制定された法律が、年金の申請を巡回裁判所に対してなすことを求め、提出された申請リストが戦争省の長官に提出されるという形で処理されることが規定されていたことをあげ、そのような事態は、初期連邦議会の問題処理に対するプラグマティックな姿勢を示すものであるとともに、憲法起草時には現在考えられているような各権力間の明確な区別が憲法起草者の中に存在しなかったことを示すものであるとする。ただ、サンスティンらは、大統領職(Presidency)の観念が、ジャクソン大統領の時代におけるジャクソン大統領と合衆国銀行(Bank of the United States)との対立事件を経て現代の単一執行府論の論者の指摘するような、憲法起草者によれば本来非執行権の部局の長である財務省長官の裁量的判断とされたものにまで大統領の指揮監督権が及ぶという主張が認められるようになったとする。*Id.* at 78-81.

(41) *Id.* at 85-86.

(42) *Id.* at 93.

(43) *Id.* at 94.

(44) *Id.* at 95-99.

(45) *Id.* at 101-03.

(46) 例外的に認められる場合として、サンスティンらは、モリソン事件で問題となった独立検察官などをあげるが、ただ独立検察官の合憲性の根拠を訴追権と執行権との相違ではなく、執行権内部での取引を防止するという点に求めようとする。*Id.* at 114.

(47) Morrison v. Olson, 487 U. S. 654, 705-07 (1988) (Scalia J., dissenting) (1988).

(48) 実際にも、サンスティンらはこのような見解を批判する。Lessig & Sunstein, *supra* note 31, at 85.

(49) Abner S. Greene, *Checks and Balances in an Era of Presidential Lawmaking*, 61 U. CHI. L. REV. 123 (1994).

(50) 以下の判例については、大林文敏「アメリカ連邦最高裁の新しい役割論――権力分立原則を中心にして――」芦部信喜先生古稀記念祝賀『現代立憲主義の展開（下）』九五頁、九八－一〇八頁（一九九三）。また、とくにモリソン事件判決およびミストレッタ事件判決については、駒村圭吾「独立機関に対する大統領の公務員解任権の限界」法学政治学論究一〇号四一頁（一九九一）を参照のこと。

(51) 272 U. S. 52 (1926).

(52) 272 U. S. at 135.

(53) 295 U. S. at 627.

(54) 295 U. S. at 628-29.

(55) 357 U. S. 349 (1958).

(56) 424 U. S. 1 (1976).

(57) 462 U. S. 919 (1983).

(58) 478 U. S. 714 (1986).

(59) アメリカにおける権力分立に関して、ここであげた形式主義的アプローチに対して、機能主義的アプローチが指摘されることがある。この両者の区別については、大林・前掲論文注（50）九八－一〇九頁参照のこと。

(60) Peter L. Strauss, *Formal and Functional Approaches to Separation of Powers Questions－A foolish Inconsistency?*, 72 CORNELL L. REV. 488 (1987).

(61) *See* Lessig & Sunstein, *supra* note 31, at 6 n. 13.

(62) 487 U. S. 654 (1988).

(63) 487 U. S. at 660-63.

(64) 487 U. S. at 685-87.

(65) 487 U. S. at 691.

(66) 487 U.S. at 689-93.
(67) 487 U.S. at 696.
(68) Greene, *supra* note 49, at 175.
(69) 488 U.S. 361 (1989).
(70) 488 U.S. at 380-81.
(71) 488 U.S. at 382.
(72) 488 U.S. at 392-94.
(73) 488 U.S. at 404-05.
(74) 488 U.S. at 410-11.
(75) Rosenberg, *supra* note 24, at 647.
(76) *Id.* at 632. この点で、興味深いのは、最初の独立規制委員会である州際通商委員会がもともとは内務省の一部局であったが、元鉄道会社の顧問弁護士であった共和党のハリソン政権が誕生することになったために、大統領の就任二日前にハリソン大統領の当該部局への影響力の行使を恐れた反対党の民主党により誕生させられたという点である。*Id.* at 657 n. 169.
(77) *Id.* at 645, 661.
(78) 487 U.S. 654, 690 n. 29 (1988).
(79) グリーンは、この学説を支持する者として、Steven Calabresi, Kevin Rhodes, David Currie, Daniel Gifford, Geoffrey Miller, Nathaniel Nathanson, Richard Pierce, Peter Strauss, Paul Verkuil をあげる。Greene, *supra* note 49, at 127, 127 n. 14.
(80) グリーンは、この学説を支持する者として、Edward Corwin, Morton Rosenberg. William Van Alstyne をあげる。*Id.* at 127-28, 127 n. 15.
(81) *See e. g.* Saikrishna Bangalore Prakash, Note, *Hail to the Chief Administrator: The Framers and the President's Administrative Powers*, 102 YALE L.J. 991 (1993).
(82) Greene, *supra* note 49, at 129.
(83) *Id.* at 142-53.

(84) チャダ事件判決については、パウエル裁判官の結果同意意見が議会の行為は立法的なものではなく、司法的であるという見解をとった場合あるいは執行的なものであると考えた場合、第一のカテゴリーに属する事件とされる。*Id.* at 163; *See* 462 U. S. 919, 959 (1983) (Powell J., concurring in the judgment).

(85) Greene, *supra* note 49, at 165-70.

(86) *Id.* at 171-76.

(87) *Id.* at 177.

(88) *Id.* at 130.

(89) たとえば、サンスティンらは、グリーンの議論を否定するにあたって、ニュー・ディール期以後における行政機関の国民に対する責任が問題となっていることを重視すべきことをあげている。Lessig & Sunstein, *supra* note 31, at 105.

(90) Greene, *supra* note 49, at 131-33.

(91) *Id.* at 132.

(92) 大沢・前掲書注(1)二七-三五頁。

(93) Greene, *supra* note 49, at 128 n. 16.

(94) Cass R. Sunstein, *Constitutionalism After the New Deal*, 101 HARV. L. REV. 421, 499-500 (1987).

(95) Greene, *supra* note 49, at 158.

(96) この考え方を押し進めたものとして、サイデンフェルド(Mark Seidenfeld)の議論がある。Mark Seidenfeld, *A Civic Republican Justification for the Bureaucratic State*, 105 HARV. L. REV. 1511 (1992).

(97) この点について、かつてサンスティンは、基本的な価値にかかわる判断は連邦議会によってなされるべきだとする立場をとっていたとされる。*Id.* at 1515.

(98) Civic Republican Administrative Theory, *supra* note 8, at 1406-07.

(99) Mark Tushnet, *The Bricoleur at the Center*, 60 U. CHI. L. REV. 1071, 1074 (1993) (reviewing CASS R. SUNSTEIN. THE PARTIAL CONSITUTION (1993))。

(100) レヴィンソンは、サンスティンをニュー・リベラルと呼び、サンスティンの著書は同年代のクリントン大統領を頂点とするニュー・リベラル政権への覚書であると指摘する。Levinson, *supra* note 21, at 40.