



休会任命をめぐる憲法構築

大 林 啓 吾

序

- I 政治的停滞の一要因としての上院承認人事
 - 1 上院承認人事のプロセス
 - 2 休会任命の原意
 - 3 大統領の休会任命の展開
- II 会期内休会任命をめぐる憲法解釈
 - 1 執行府の憲法解釈
 - 2 立法府の法的対応
 - 3 司法府の憲法解釈
- III 会期内休会任命をめぐる大統領と上院の対立
 - 1 上院の新たな対抗手段——プロフォルマセッション
 - 2 Canning v. NLRB判決
 - 3 憲法判断の手法——オリジナリズムとバーキアニズム

後序

「アメリカ人は、執行権の長が使命を果たし全責任を負うためには、部下を自分で任命し、随意に罷免する自由をできる限りこれに残さねばならぬと考えた」(トクヴィル(松本礼二訳)『アメリカのデモクラシー(第一巻(上))』210頁(岩波書店、2005年))。

序

オバマ(Barack Obama, Jr.)政権は、発足当初こそ統合政府(unified government)であったが、2010年の中間選挙では早々に分割政府(divided government)となった⁽¹⁾。2期目も分割政府の状況は続き、以後しばし

ば政治的停滞に陥っている⁽²⁾。大統領制をとるアメリカではもともと分割政府になりやすく、実際、これまでに何度も分割政府を経験してきた。とくに最近のアメリカはリベラル派と保守派の対立が激しさを増していることから、政治的妥協を見いだせない状況にある。たとえば、「財政の崖」が典型例であり、デフォルトの危機を迎えたことからわかるように、大統領と連邦議会の間には大きな溝が存在している。

このような対立は、新たな憲法問題を生み出すこととなった。それが、人事をめぐる問題である。アメリカ憲法2条2節2項は、上級職の任命につき上院の承認を要求している。ところが、上院との対立が深まると任命が滞ってしまうことがある。しかも、上院にはフィリバスター制度があり、与党が過半数を握っていても60議席を獲得しなければ、フィリバスターを止めることができない⁽³⁾。そのため、共和党はフィリバスターを頻繁に利用し、上院の承認が必要な人事にストップをかけてきた。

これに対し、大統領は主に2つの対抗手段をとった。ホワイトハウスのスタッフ強化と休会任命の拡大である。前者は、ホワイトハウスの高官レベルになると上院の承認が必要になることから、一般スタッフを任命するかにようにみせかけて、実際には高官レベルの仕事を担当するという方法である⁽⁴⁾。後者は、上院の休会を利用して、暫定的に空席ポストを埋めるという方法である。

-
- (1) 2010年の中間選挙以降、上院は民主党、下院は共和党が多数派を形成している。なお、民主党は上院で60議席以上を確保していない。
 - (2) 政府側と野党側の対立や交渉の様子を赤裸々に綴ったものとして、ボブ・ウッドワード(伏見威蕃訳)『政治の代償』(日本経済新聞出版社、2013年)。
 - (3) Tonja Jacobi and Jeff VanDam, *The Filibuster and Reconciliation: The Future of Majoritarian Lawmaking in the U.S. Senate*, 47 U.C. DAVIS L. REV. 261, 269-273 (2013). なお、フィリバスターは上院だけが認めているルールではなく、かつては下院にも存在した。
 - (4) Lanora C. Pettit, *Cincinnatus or Caesar: American Czars and the Appointment Clause*, 26 J.L. & POL. 81. (2010). ホワイトハウスに新たな権力者が登場していることを揶揄して、これらのポストに就いている者は「ホワイトハウスのツァーリ」と呼ばれている。

いずれも上院の承認をスルーできる仕組みであり、事態の打開をはかるために有効なものであった。しかし、これらはいずれも憲法上の問題を惹起する。前者は、運用によって上院の承認を回避することが許されるのかという問題である。連邦議会はこうした運用に強く反発し、一部のポストについて報酬を支払わないことで対抗した⁽⁵⁾。これに対して大統領側も、そのような法律は大統領の権限を侵害するものであるとして反論している。

後者は、休会の意味を広く解釈することで休会任命の枠を広げていくことが憲法上許されるのかという問題である。休会任命の拡大は、政治的停滞から一時的に抜け出す試みであるが、上院の承認を回避することにつながるため、権力分立上の問題が生じる。換言すれば、統治の実効性の追求が権力分立上どこまで許容されるかが問われることになるのである。現在、この問題については、その合憲性が連邦最高裁で争われており、司法をも巻き込んだ三つ巴の様相を呈している。

本稿では、休会任命を素材にして、統治の実効性と権力分立のせめぎ合いについて、三権の憲法解釈や憲法構築を考察しながら、連邦最高裁判決が出る前の予備的検討を行うことにする。

I 政治的停滞の一要因としての上院承認人事

1 上院承認人事のプロセス

憲法2条2節2項は、「大統領は、大使その他の外交使節及び領事、最高裁判所裁判官、並びにその任命についてこの憲法に別段の定めがなく、法律により定めなければならない他のすべての合衆国の公職に就任する者を指名し、上院の助言と同意を得て、任命する。ただし、合衆国議会は、法律により、適切と認める下位の公務員について、その任命権を大統領に専属させ、または裁判所、もしくは執行各部の長に付与する

(5) ツアーリの問題をめぐる大統領と連邦議会の対立については、大林啓吾「ホワイトハウスのツアーリ」千葉大学法学論集28巻1・2号117頁、134-138頁(2013年)を参照。

ことができる』⁽⁶⁾と規定している。すなわち、大統領は公務員の任命権を有するが、外交官や最高裁判官をはじめとするすべての公務員の任命には上院の承認が必要になっている。

大統領が公務員を任命する際、上院の承認が必要な公務員のことをPAS(Presidentially Appointed, Senate-confirmed)ポジションという⁽⁷⁾。いわゆる上院承認人事のことである。

ただし、法律によって下級公務員については大統領等に授権することができるため、その場合は上院の承認が不要となる。したがって、憲法の条文を素直に読むと、法律の授権がない公務員を任命する場合には、すべて上院の承認が必要になるわけである。実際、会計検査院長官(Comptroller General)は、1976年に、連邦議会が授権していない公職はすべて上院の承認人事であると述べている⁽⁸⁾。

そこで問題となるのが、上級職と下級職をどのように分けるかという点である。これについてEdmond v. United States連邦最高裁判決⁽⁹⁾が重要な指摘を行っている。この事件は、沿岸警備隊の刑事事件を扱う裁判(Coast Guard Court of Criminal Appeals)のメンバーの任命が問題となった。そのうちの2名は運輸省の法律顧問が任命したものであったことから(後に長官が追認)、ここで有罪判決を受けた者らが、上級職に該当するはずのメンバーは上院の承認を受けべきであるとして裁判を提起した。連邦最高裁は、下級職かどうかは上司がいるかどうかによらず、その職が上院の承認を得て任命された者に監督されている場合は下級職に当たるとした。したがって、判例法理に基づくと、上院の承認を得た上司を持つ職員はすべて下級職に該当することになる。

(6) 高橋和之編『新版 世界憲法集(第2版)』66-67頁 [土井真一訳](岩波書店、2012年)。(以下、『世界憲法集』という)。

(7) HENRY B. HOGUE, CONG. RESEARCH SERV., RL32212, THE APPROPRIATE NUMBER OF ADVICE AND CONSENT POSITIONS: AN ANALYSIS OF THE ISSUE AND PROPOSALS FOR CHANGE 1 (2005). 以下の上院人事プロセスの概要は、この文献に基づいている。

(8) 56 COMP. GEN. 137 (1976).

(9) Edmond v. United States, 520 U.S. 651 (1997).

① 職員のカテゴリー

現在、約3,500名の政治任命職員がいるが、それは4つのカテゴリーに分けられる。すなわち、PASポジション、上院の承認を得ていない職、上級幹部職(Senior Executive Service : SES)、スケジュールCの地位、である。大統領は毎年相当数の承認を上院に求めるが、その多くは、沿岸警備隊や外交員、公衆衛生サービスなどの職員であり、これらについては包括的(en bloc)に提出され、承認されるというプロセスになっている。

PASポジション以外のカテゴリーは、上院の承認を経ないで任命される。上院の承認を得ていない職は、大統領に直接助言をすることができるホワイトハウスのスタッフなどを指す。法律により⁽¹⁰⁾、大統領が一定数のスタッフを任命できることになっている。SESは、キャリアとノンキャリアに分かれ、前者は法律および規則によって規定されている。ノンキャリアについては、人事管理局(Office of Personal Management)の同意と大統領の人事専門のホワイトハウスオフィスの承認を得て、行政機関の長が任命する。SESは上位の監督および運営的地位にあるため、ノンキャリアの締める割合は、法律により、SES全体の10%以下でなければならないとされている⁽¹¹⁾。スケジュールCは、法律に基づき⁽¹²⁾、規則によって設けられた職である⁽¹³⁾。この職は、主に上級職の秘書の役割を果たすことが期待されており、大統領が任命する。

② 承認プロセス

上院の承認は、〈選定および指名——承認——任命〉という3つのプロセスに分かれる。まず、ホワイトハウスオフィスの人事担当の助力を得ながら、大統領が候補者を選定する。候補に選ばれた者は採用調査関連の書類を提出し、大統領の法律顧問が当該人物に問題がないかどうかをチェックする。このクリアランスを行う際、大統領の法律顧問は提出書類のみならず、FBI、内国歳入庁、政府倫理局の調査を交えながら、

(10) 3 U.S.C. 105 (a) (2).

(11) 5 U.S.C. 3134.

(12) 5 U.S.C. 3301.

(13) 70 F.R. 2284-2316.

チェックを行う。

クリアランスが終われば、指名の準備は完了するが、上院に提出する前に根回しが必要な場合がある。各州に置かれる職(検事、法執行官、連邦地裁の裁判官)に関しては、その州の上院議員に相談することが慣例となっている。ただし、その州の上院議員に、大統領と同じ政党の上院議員がいない場合は、その州の党のリーダーに相談する。州と関係のない地位についても、その職に関連する委員会を仕切っている上院議員に相談する。根回しが済めば、上院に舞台が移る。

上院は、承認するかどうかを決める際、その職の重要性や政治状況を考慮して判断することが多い。とりわけ、上院では、被指名者がどのような考えの持ち主か、また政治にどのような影響をもたらすか、について大きな関心を払う。

承認を検討する場合は、主として委員会で行われる。中でも、軍務委員会、司法委員会、外交関係委員会は多くの指名を取り扱っている。委員会では、調査、公聴会、報告というプロセスを経て、裁決に至る。実質的に、上院承認人事は委員会で決まるといっても過言ではなく、委員会の決定が上院本会議で覆されることはめったにない。

③ 対抗手段としての休会任命

このように、上級職については上院の承認が必要となっているが、上院はつねに開会しているわけではない。一般に、上院は年に1回「議会」(congress)を開き、2つの「会期」(session)に分けて開会することが多い。そして、議会と議会の間や、会期と会期の間に、「休会」(recess)することがある。

当初、交通手段が未発達なこともあり、上院議員が頻繁に上院と地元を往來することは想定されておらず、上院は年中開会しているとは考えられていなかった⁽¹⁴⁾。そのため、その間に欠員が生じた場合、上院が開会していないので事実上人事が凍結されてしまうおそれがあり、憲法起

(14) *Dates of Sessions of the Congress, Present-1789*, U.S. SENATE, <http://www.senate.gov/reference/Sessions/sessionDates.htm> (last visited Jan. 14, 2014). 実際、建国初期から20世紀半ばの頃までの上院は、一年のうち半年程度しか開会していなかった。

草者はそのことを懸念していた。そこで設けられたのが、憲法2条2節3項の「休会任命」(recess appointment)である。

憲法2条2節3項は、「大統領は、上院が開会していないときに生じた公職の欠員について、辞令を発することにより、これをすべて補充することができる。ただし、この辞令は、上院の次の会期の終わりに、その効力を失う」⁽¹⁵⁾(The President shall have power to fill up all vacancies that may happen during the recess of the Senate, by granting commissions which shall expire at the end of their next session)と定めている。これにより、大統領は上院の休会中に生じた公務員の欠員について、上院の承認を得ないで任命することができるようになっているのである。

ただし、これはあくまで上院が休会している場合に補充的に機能するものと予定されており、あくまで上級職人事の一般原則としては、上院の開会中に、上院の承認を得て大統領が任命するというのが本来の姿と理解されていた。したがって、大統領は滞りなく人事を進めるためにも上院と良好な関係を維持することが重要である。ところが、野党が上院で多数を握っている場合、政権与党と野党の対立が激しいと、上院承認人事が滞ってしまうおそれがある。とくに最近では、党派的対立が激化し、上院承認人事が滞りがちである。そのため、各省庁においても長官職が空席のままという状況が常態化しつつある。しかも、たとえ多数派を形成していたとしても、6割以上の議席を確保していないと、フィリバスターによって阻害されることもあり、政権側にとっては厳しい状況が続いている。実際、オバマ政権は、最初の選挙以降、僅差で民主党が上院で過半数を確保してはいるが、多くのPASポジションが空席のままである。

このような承認を得られない事態を打開するために、大統領は休会任命の権限を拡大解釈して対応し始めている。すなわち、休会任命数を増やすことで、上院の承認を得ずに人事を進めていくわけである。とりわけ、会期と会期の間における休み(intersession)(以下「会期間休会」という)だけでなく、会期内における一時的な休み(intrasession)(以下「会期

(15) 『世界憲法集』・前掲注(6)67頁。

内休会」という)をも休会とみなして、休会任命を行う例が増えてきた。ところが、このような代替の方法は、決められない政治の弊害を一部除去することができる反面、従来の休会任命権の趣旨を逸脱しているのではないか、また本来の任命プロセスを歪めているのではないか、といった権力分立上の問題を惹起する。

2 休会任命の原意

それでは、これまで休会任命がどのように理解されてきたのか、そして実行されてきたのかを考察しておく。まず、憲法起草者がどのように考えていたか、また建国初期から19世紀初頭における実務家はどのように理解していたのかに着目しながら、休会任命を認めることの意義について考えてみる。

官吏の任命は、君主の特権事項であり、君主の手足となって動く者を選定する行為であった⁽¹⁶⁾。任命する側としては、自らの意に合った政策を実行できる優秀な人物を欲することになる。そのため、官吏の任命は国家統治において重要な意味を持つ。

その反面、任命はしばしば政治ゲームに利用されることから、腐敗の温床になりやすいという危険性がある。また、立憲主義の観点からみると、公権力の担い手を任命するという点において、国民の権利義務にも関連する事項であることにも留意しなければならない。

そうすると、任命はできる限り恣意性を防ぐ必要があるが、他面において、ある程度政治的選好の余地が認められなければ効果的な政策実現ができなくなるおそれがある。そこで、アメリカ憲法では、大統領が上級職の官吏を指名し、上院の助言と同意を得て、任命するというプロセスを採用することにしたのである⁽¹⁷⁾。

しかしながら、このプロセスをつねに維持できるとは限らない。なぜなら、上院が常時開会していればいいが、休会中に欠員が生じた場合、どのように対応するかという問題がでてくる⁽¹⁸⁾。そこで、憲法は先の任

(16) Edward A. Hartnett, *Recess Appointments of Article III Judges: Three Constitutional Questions*, 26 CARDOZO L. REV. 377, 381 (2005).

命プロセスを原則としつつ、補充的手段として、休会任命権を大統領に付与した。これが、一般的な休会任命の意義である。

このような理解は、フェデラリスト67編におけるハミルトン(Alexander Hamilton)の言述からもうかがうことができる。ハミルトンによれば、「この項は、合衆国官吏の一般的任命法を定めた二項の次に位置し、一般的方法では間に合わない場合における任命の補助手段を定めるため、二項を補足するものにほかならないことを示している。一般的任命権は、大統領と上院との共同職権と定められているから、上院の開会中にのみ行使できる。けれども、官吏任命のために上院を常時開会させておくことは適当ではないだろうし、また、上院の閉会中にたまたま欠員が生ずれば、遅滞なく補充することが公的サービス上必要であるだろうから、三項は『上院の閉会中であつては、次の会期末にその効力を失う条件付権限を承認することにより』、大統領単独でも暫定的任命をなしうる権限を付与する意図であることははっきりしている」⁽¹⁷⁾(傍点原本)というのである。

また、19世紀前半に司法長官を務めたヴィルト(William Wirt)も同様の解釈を行っている。ヴィルト司法長官の見解は、後述するように、「生じた(生じる)」(happen)⁽²⁰⁾の解釈についてはハミルトンと意見を異にするが、休会任命の意味についてはほぼ同じ考え方を持っている。それによれば、「憲法は以下のことを意味しているように思われる。すなわち、大統領単独では上級職の正式な任命を行うことができないという

(17) Michael J. Slinger, Lucy Salisbury Payne and James Lloyd Gates, Jr., *The Senate Power of Advice and Consent on Judicial Appointments: An Annotated Research Bibliography*, 64 NOTRE DAME L. REV. 106, 109-112 (1989).

(18) Hartnett, *supra* note 16, at 381.

(19) A. ハミルトン/J. ジェイ/J. マディソン(齋藤眞・武則忠見訳)『ザ・フェデラリスト』329頁(福村出版、1991年)。

(20) なお、「happen」は現在形であるため、本来であれば「生じる」と訳すべきところであるが、憲法条文の訳が「上院が開会していないときに生じた公職の欠員」(vacancies that may happen during the recess of the Senate)となるため、本稿では「生じた」という表記で用いることにする。

ことである。正式な任命を行うためには、上院の同意が必要なのである。しかし、公益の観点からただちに補充すべき欠員が存在する場合に、補充したくても、上院が休会中であるがゆえに、上院の助言と同意を得ることができないとき、大統領は上院のつぎの会期までの間の任期で任命することにより欠員を補充する権限を有する⁽²¹⁾というのである。

さらに、後に連邦最高裁長官となるトーニー(Roger B. Taney)司法長官も同様の見解を提示している。トーニー司法長官によれば、「憲法起草者は上院の同意を得て上級職を任命するように規定した。しかし、様々な不慮の事故や個人的事情により、休会中に欠員が生じることが予想されたため、憲法起草者は上院の前に任命された者を連れてくる機会がある時まで欠員を補充する権限を付与した⁽²²⁾」という。つまり、ここでも、大統領の休会任命は、空席を埋めるための補充的手段として想定されているのである。

フリソフ(David Frisof)は、このような理解を機能的解釈(functionality construction)と呼んでいる⁽²³⁾。休会任命は、大統領と上院の権力のバランスを維持しつつ、上院が開会していないときに空席を埋める機能を果たす点に着目しているからである。機能的解釈をとると、原則として通常の任命プロセスを経なければならず、休会任命は補充的なものにすぎないので、最近みられるような政治的停滞の回避のために、通常の任命プロセスを迂回して休会任命を一般化させるような運用はその趣旨に反することになる。

それでは、実際にはどのように運用されていったのかを概観しておこう。

3 大統領の休会任命の展開

建国当初の連邦議会は、現在のように1年を通してほとんど開会して

(21) 1 Op. A.G. 631, 632 (1823).

(22) 2 Op. A.G. 525, 528 (1832).

(23) David Frisof, *Plausible Absurdities and Practical Formalities: The Recess Appointments Clause in Theory and Practice*, 112 MICH. L. REV. 627, 634-644 (2014).

いたわけではなく、半年ほど開会していたにすぎなかった。残りの期間は会期と会期の間の休会であり、その間、大統領は休会任命を行うことができた。

休会任命はワシントン(George Washington)大統領の頃から行われてきたものであり、裁判官を含む、上院の承認が必要な上級職が休会任命されてきた⁽²⁴⁾。ただし、休会后に正式に指名しても拒否されるケースもあり、有名なのはラトリッジ(John Rutledge)連邦最高裁長官の任命である。1795年の休会中に、ワシントン大統領はラトリッジを連邦最高裁長官に休会任命した。ワシントン大統領は休会終了後に正式な長官に指名したが、上院で否決されてしまった。

しかし、初期の頃の大統領はこのケースにめげることなく、それ以外にも連邦最高裁裁判官を休会任命しており、1791年のジョンソン(Thomas Johnson)、1795年のラトリッジ、1798年のワシントン(Bushrod Washington)、1806年のリビングストン(Henry B. Livingston)、1823年のトンプソン(Smith Thompson)が休会任命されている⁽²⁵⁾。

ラトリッジのように上院によって正式な任命が拒絶される場合があるので、休会任命によって職務に就いた者は正当性が弱いのではないかという問題や、政治的公平性や独立性が求められる裁判官については休会任命を行うべきではないとの議論はあるが⁽²⁶⁾、19世紀から21世紀にかけての実務は会期中の休会任命の問題は生じなかった。理論上は、司法長官らが「生じた」や「休会」の解釈をめぐって見解を提示していたが、21世紀初頭までは休会期間が長かったこともあり、会期中の休会任命がほとんどなかったため、実務上は問題にならなかったのである。19世紀

⁽²⁴⁾ Michael B. Rappaport, *The Original Meaning of the Recess Appointments Clause*, 52 UCLA L. REV. 1487, 1522–1523 (2005).

⁽²⁵⁾ Thomas A. Curtis, *Recess Appointments to Article III Courts: The Use of Historical Practice in Constitutional Interpretation*, 84 COLUM. L. REV. 1758, 1775 (1984).

⁽²⁶⁾ See, e.g., Blake Denton, *While the Senate Sleeps: Do Contemporary Events Warrant a New Interpretation of the Recess Appointments Clause?*, 58 CATH. U.L. REV. 751 (2009).

に、唯一会期中の休会任命が行われたという記録が残っているのは、1867年にA・ジョンソン(Andrew Johnson)大統領がブラッチフォード(Samuel Blatchford)を連邦地裁の裁判官に任命したことくらいである⁽²⁷⁾。

休会任命の時期が問題になり始めたのは、T・ルーズベルト(Theodore Roosevelt, Jr.)大統領のときからである⁽²⁸⁾。第58議会第1会期は1903年12月7日に終了したが、同日ただちに第2会期が始まった。このとき、T・ルーズベルト大統領はサウスキャロライナ州のチャールストンの税関長にクラム(William D. Crum)を再任しようと予定していたが、南部民主党の一部がそれに反発していた。T・ルーズベルト大統領は上院における反対派との正面衝突を回避するために、休会任命を行うことで対応しようとした。そこで、会期と会期の間には切れ目があるはずであり、そこで休会任命しても問題はないとして休会任命を行ったのである。これについては、上院司法委員会で議題に上がり、休会とは上院が散会している状態をいうのであって、そのような解釈は妥当でないとの報告書を出している⁽²⁹⁾。

その後、ほとんどの休会任命は会期と会期の間における休会中に行われたが、1928年に、クーリッジ(Calvin Coolidge)大統領が州際通商委員会の委員長にエシュ(John Esch)を第70議会の13日間の会期中の休みの間に任命している⁽³⁰⁾。

会期内の休会任命が頻繁に行われ始めたのは、第2次世界大戦後の1947年頃からであった⁽³¹⁾。トルーマン(Harry S. Truman)大統領は4回の会期中の休み期間に20人の休会任命を行った。続くアイゼンハワー(Dwight D. Eisenhower)大統領も、35日の会期中の休み期間に9人の休

(27) Michael A. Carries, *When Is the Senate in Recess for Purposes of the Recess Appointments Clause?*, 92 MICH. L. REV. 2204, 2211 (1994).

(28) Jeff VanDam, *The Kill Switch: The New Battle over Presidential Recess Appointments*, 107 NW. U.L. REV. 361, 370-371 (2012).

(29) Carries, *supra* note 27, at 2212.

(30) *Id.* at 2212.

(31) *Id.* at 2212-2213.

会任命を行っている。

また、第2次世界大戦以降は休会任命の総数が増加している点にも注目しておかなければならない。たとえば、F・D・ルーズベルト(Franklin D. Roosevelt)大統領は長期(約4期)にわたって政権を担当したにもかかわらず、89人の休会任命しかしていないが、続くトルーマン大統領は195人、アイゼンハワー大統領は193人、を休会任命している⁽³²⁾。とりわけ、当初上院で多数派を握っていた政権が途中から上院で少数派になった場合に、上院多数派(野党)との対立が激化し、休会任命が多用されるという傾向がある。

その後、ケネディ(John F. Kennedy)大統領やL・ジョンソン(Lyndon Johnson)大統領は会期中の休み期間には休会任命を行わなかったが、ニクソン(Richard M. Nixon)大統領以降は会期内休会任命を常用するようになった。とくにカーター(Jimmy Carter)大統領は、上院の承認プロセスを避けようとして会期内休会任命を行った。カーター大統領は任期終了直前の会期内休会中に17人の休会任命を行っている。また、カーター大統領は、上院に否決された人物を休会任命によって任命するという方法を行った。続くレーガン(Ronald Reagan)大統領の休会任命の数は243人と飛びぬけて多く、分割政府において休会任命が上院への対抗手段として用いられていることがわかる。

ブッシュ(George Bush)大統領は休会任命の全体数こそ少ないものの、会期内休会中に37人の休会任命を行っている。さらに、ブッシュ政権では、休会任命が一般的任命プロセスを補充する性格のものではなく、上院の承認を回避して任命を行うものであるとし、上院への対抗権限という見解が提示されている⁽³³⁾。クリントン(William J. Clinton)大統領も分割政府にてこずり、139人を休会任命している。

21世紀に入ると、会期内休会任命が会期間休会任命を大幅に上回るようになる。G・W・ブッシュ(George W. Bush)大統領が休会任命した171

⁽³²⁾ *Total Recess Appointments, by President, 1933-2010*, U.S. SENATE, <https://www.senate.gov/artandhistory/history/resources/pdf/TotalRecessAppointments1933-present.pdf> (last visited Jan. 14, 2014).

⁽³³⁾ 13 Op. Off. Legal Counsel 299, 309 (1989).

人のうち、141人は会期内に休会任命されている⁽³⁴⁾。また、オバマ大統領は2013年6月までに32人の休会任命をしているが、そのうち26人は会期内に休会任命されている⁽³⁵⁾。

以上の休会任命の歴史的展開をみると、分割政府の状況が増えるにつれて、大統領は休会任命を多用するようになり、さらに会期内休会においても休会任命を行うようになっていく。とくに最近では、会期内休会任命を多用して承認任命を回避する傾向にあるため、このような方法が憲法上許容されるかという問題が浮上している。この問題には、憲法2条2節3項の「生じた」と「休会」をどのように解釈するかという論点があるが、実は、この憲法解釈をめぐるのは従来から三権がそれぞれの見解を提示してきた。

II 会期内休会任命をめぐる憲法解釈

1 執行府の憲法解釈

① 「生じた」(happen)の解釈

「生じた」(happen)については、その休会中に生じたことを指すのか、それとも以前から欠員が生じていたことを指すのかについて争いがある。前者の解釈によれば、今まさに上院が休会している間に生じた欠員に限定されるため、大統領の休会任命の対象は狭いものとなる。一方、後者の解釈に基づくと、上院が休会したときに、その前から空席だったポストを補充することができることになるため、大統領の休会任命の対象が広がることになる。

この解釈については、多くの司法長官の意見書において言及されているので、執行府の解釈としてはこれを参照していくことになる。当初、執行府は前者の解釈をとっていた。1792年、初代司法長官ランドルフ

(34) HENRY B. HOGUE AND MAUREEN BEARDEN, CONG. RESEARCH SERV., RL 33310, RECESS APPOINTMENTS MADE BY PRESIDENT GEORGE W. BUSH, JANUARY 20, 2001-OCTOBER 31, 2008 4 (2008).

(35) HENRY B. HOGUE AND MAUREEN BEARDEN, CONG. RESEARCH SERV., R42329, RECESS APPOINTMENTS MADE BY PRESIDENT BARACK OBAMA 10 (2013).

(Edmund Randolph)は、ジェファークソン(Thomas Jefferson)からの諮問を受けた際、休会任命はあくまで例外的手段であるという点を重視して、上院の休会中に生じた欠員を意味すると答えている⁽³⁶⁾。また、1799年、ハミルトンも、別の諮問を受けた際に、上院の会期中に生じている欠員を補充することはできないと述べている⁽³⁷⁾。

ところが、モンロー(James Monroe)政権においてヴィルト司法長官は新たな解釈を打ち出した。1823年にヴィルト司法長官が大統領に提出した意見書は、後者の解釈をとったのである。それによれば、「憲法の実質的目的はこれらの職に欠員が生じないようにすることである。したがって、この目的を適切に行えるように解釈されなければならない。しかし大統領が上院の会期中にすでに欠員が生じていたという状況で欠員を補充する権限を持たなかったら、この権限は適切に憲法の目的を果たすことができなくなってしまう……」⁽³⁸⁾という。このような解釈は、ランドルフ司法長官の解釈と相反するものであるが、ヴィルト司法長官はランドルフ司法長官の解釈に言及することなく、自説を展開した。

その後、ジャクソン(Andrew Jackson)政権において、トニー司法長官がこの問題に関する意見書を提出する。それによれば、「私は、大統領が任命できるのは、休会中に生じた欠員でなければならないという主張があったことを知っている。言い換えれば、その職は上院の休会中に補充されなければならない、その後は空席になるのである。私はこれが真の条文解釈とは思えない。憲法は実用的目的にそって制定されたものであって、休会任命権限の目的を無為にしてしまう解釈は真の解釈とはいえない。法律によって設けられた職で、政府が機能し続けるのに必要な職はつねに満たされていなければならない、空席を長引かせてはならないというのが憲法の意図である」⁽³⁹⁾とし、「『生じた』(happen)という文言は、欠員が生じた特定の時を指すのではなく、欠員の類型や種類を意味

(36) T.J. HALSTEAD, CONG. RESEARCH SERV., RL33009, RECESS APPOINTMENTS: A LEGAL OVERVIEW 4 (2007).

(37) *Id.*

(38) 1 Op. A.G. at 632.

(39) 2 Op. A.G. at 526-527.

するために使われているのである」⁽⁴⁰⁾とした。

ところが、その後、ポーク (James Knox Polk) 政権において、再度、司法長官の解釈は変更される。メイソン (J.Y. Mason) 司法長官は、「もし上院の会期中に欠員が生じていることが判明して、指名がなされなかった場合には、その欠員は上院の休会時において執行府の任命によって補充することができない」⁽⁴¹⁾と述べたのである。ただし、翌年の意見書ではトーニーの見解などにも言及した上で、メイソン司法長官は自らの見解の修正を行う。「政府の見解によれば、休会任命権は上級職が実際に空席になった時に『生じる』という文言の意味を限定する憲法解釈をとってこなかったと考えられている」⁽⁴²⁾とし、上院の統制を避けるという意図がないのであれば、これまでの解釈を踏襲することに異論があるわけではないとした⁽⁴³⁾。

メイソンの変遷以降、「生じた」の解釈は休会中の欠員に限定されず、休会前に存在していた欠員をも含むという見解を踏襲するようになる⁽⁴⁴⁾。1866年、A・ジョンソン政権においてスタンベリー (Henry Stanbery) 司法長官は、この問題につき、「1823年にはヴィルト司法長官が、1833年にはトーニー司法長官が、1841年にはレグリー (Hugh S. Legaré) 司法長官が、上院の会期中に生じている欠員についても休会中に大統領によって補充されることに同意してきた。1845年にメイソン司法長官が短い意見書の中で、会期中に生じていることが判明した欠員は休会中に補充することができないとしたが、しかし、1846年に述べた詳細な見解においてメイソン司法長官は前任者たちの見解に全面的に同意すること

(40) *Id.* at 528.

(41) 4 Op. A.G. 361, 363 (1845).

(42) 4 Op. A.G. 523, 525 (1846).

(43) *Id.* at 527-528.

(44) 12 Op. A.G. 455, 456 (1868). メイソン司法長官の変遷については、後にエバーツ (William M. Evarts) 司法長官も、「後の意見において、メイソン司法長官は前任者たちが採用してきた見解に基づき憲法の規定を解釈することに全面的に同意することを表明している」とし、自らもこれまでの先例に従うことの根拠として挙げている。

を表明した⁽⁴⁵⁾と整理しながら、「大統領は欠員が生じた時点に限定されることなく、上院の休会中において欠員を補充する完全かつ独立した権限を有すると、私は考える」⁽⁴⁶⁾とした。その後、この見解が20世紀以降も引き継がれていくこととなった⁽⁴⁷⁾。

このように、司法長官の見解を基に執行府の判断をまとめてみると、ハミルトンやランドルフ司法長官といった憲法制定にも関与した者らは上院の休会中に生じた欠員に限定するとしてきたが、ヴィルト司法長官が解釈を変更し、休会中に生じているあらゆる欠員を対象にするとした。その後、メイソン司法長官の見解において動揺がみられるものの、基本的には休会中に生じているすべての欠員を対象に休会任命できるとの解釈が踏襲されていく。実務上も、各大統領は休会中に生じたかどうかに関わらず、すでに生じているすべての欠員を対象に休会任命を行っている。

「生じた」を限定するか否かにつき、縮小解釈を行う立場は、大統領の休会任命はあくまで例外的手段であることを重視している。一方、拡大解釈を行う立場は、休会任命条項の趣旨は欠員を埋めることにあり、それができなくなると政府機能に重大な支障が生じてしまうことを理由に、広く解すべきであるとしている。

もっとも、この文言の解釈は、この言葉だけで解決できる問題ではなく、「休会」をめぐる解釈と連動している。なぜなら、休会任命は休会中に「生じた(生じている)」欠員を対象とするため、休会の解釈が任命の機会を大きく左右するからである。

② 「休会」(recess)の解釈

「休会」の解釈についても、歴代の司法長官が見解を披歴しているので、これを中心に考察していくことにする。休会をめぐる問題となる

(45) 12 Op. A.G. 32, 33 (1866).

(46) *Id.* at 42.

(47) See 14 Op. A.G. 562 (1875); 15 Op. A.G. 207 (1877); 16 Op. A.G. 522 (1880); 16 Op. A.G. 538 (1880); 17 Op. A.G. 521 (1883); 18 Op. A.G. 29 (1884); 19 Op. A.G. 261 (1889); 26 Op. A.G. 234 (1907); 30 Op. A.G. 314 (1914); 33 Op. A.G. 20 (1921).

のは、会期と会期の間の休みだけが休会に当たるのか、それとも会期中の休みも休会に含まれるのか、という点である。

司法長官がこの点に関する見解を正面から取り上げ始めたのは20世紀に入ってからのことであった。1901年、T・ルーズベルト政権において、ノックス(P.C. Knox)司法長官は、休会は会期と会期の間の休みである会期間休会に限定されるという見解を打ち出したのである。ノックス司法長官によれば、「辞書は『散会』(adjourn or adjournment)と『休会』(recess)という言葉の両方に、会議体の開催や議事手続を停止または中断するという意味を与えているが、しかし、『散会』という言葉は『休会』よりも短い休みを指す。この区別は一般的にありふれたものであり、憲法および法律は立法行為における連邦議会の会期中の散会は単なる一時的な一日ごとの開催の中断を意味するか、または両院合同で認められ、確立され、承認された短い3日以内の休日を意味する。一方、休会はその会期が終わる休みから、つぎの会期が始まるまでの期間を意味する」⁽⁴⁸⁾という。

ところが、ノックスの見解はドハティ(Harry M. Daugherty)司法長官によって覆される。ハーディング(Warren G. Harding)政権において司法長官を務めたドハティは、憲法の目的や憲法起草者の意図を考えると、休会はそのような狭い概念を想定していたとは考えられないというのである。

ドハティ司法長官によれば、「この問題に関する私見は1901年12月24日にノックス司法長官が大統領に提示した見解と衝突する」⁽⁴⁹⁾と述べた上で、「憲法の主な根本的目的は上院の会期中には上院の助言と同意を得なければならないにもかかわらず大統領が上院の助言と同意を得ず任命してしまうことを禁止するものである点にあると思われる。真の問題は、上院が休止または休会しているかどうかではなく、私が分析したように、実際上の意味において、上院の助言と同意を得なければならない会期中であるかどうかである。『休会』という言葉に技術的な意味を与

(48) 23 Op. A.G. 599, 601 (1901).

(49) 33 Op. A.G. at 21.

えても実践的な解釈にはならず、形式のために実質を無視しているようなものである」⁽⁵⁰⁾とし、「もし大統領の任命権が上院の休会した期間に限定されるとしたら、重大な影響が生じて政府機能の実行が阻害されることになる。私は憲法制定者がそのような破局が生じることを意図していたとは考えられない」⁽⁵¹⁾と述べている。

また、アイゼンハワー政権において、ウォルシュ(Lawrence E. Walsh)司法長官代理(Acting Attorney General)は、1921年のドハティ司法長官の意見を引き合いに出しながら、次のように述べた。

「1921年に、司法長官は大統領が4週間の上院の休会中に休会任命を行使したことをルール化した33 Op. 20 (1921)。その意見によれば、中絶が憲法上の意味における休会となりうるかどうかは一時的な休みなのかその会期を終えるのかどうかを問うような休会に関する技術的な性質の問題ではなく、上院が執行府の任命に対して助言と承認を行うという憲法上の機能を行使できるかどうかという実践的な問題である。ヴィルト司法長官やスタンベリー司法長官は、大統領の休会任命権は上院の助言と同意がただちに得られない場合に、公益の観点から、長期間欠員が生じないようにそれを補充するように意図されたものであると説明した1 Op. 631 (1823) and 12 Op. 32 (1866)」⁽⁵²⁾。

「しかも、この見解は初期の司法長官の意見に限られるわけではない。それは司法府や立法府によっても支持されているものである。Gould v. United States請求裁判所判決⁽⁵³⁾は、1867年7月20日から11月21日までの上院の一時的な休みの間に大統領は休会任命権を行使する権限があるとした。司法長官はさらに1905年3月2日の上院の報告書が最も重要であるとする。本報告書は、まさにここで問題となっている憲法条文の解釈について、休会とは上院が連邦議会の一院として通常若しくは臨時の会を開いていない場合、又は執行府の機能の遂行のために臨時会を開いていない場合を指すと解釈した」⁽⁵⁴⁾とし、「私はこの見解の理由および結

⁽⁵⁰⁾ *Id.* at 21-22.

⁽⁵¹⁾ *Id.* at 23.

⁽⁵²⁾ 41 Op. A.G. 463, 466-467 (1960).

⁽⁵³⁾ Gould v. United States, 19 C. Cls. 593, 595 (1884).

論に賛成する」⁽⁵⁵⁾とした。

ウォルシュ司法長官が引用した判例は、請求裁判所の判決であるが、たしかに判決は「1967年7月20日から11月21日までの上院が一時的に中断している間に生じている欠員が大統領の任命によって補充されることは合法的であり、任命された者は次の会期——法律によって設定されたつぎの通常会が1867年12月2日に始まるまで——に上院によって否決されるまで合法的にその職に就くことに疑いはない」⁽⁵⁶⁾と述べていることから、会期中の休会も休会任命の対象になると判示しているといえる。

このように、執行府の憲法解釈には変遷がみられるが、現在では「生じた」と「休会」について統一の見解がとられている。すなわち、休会任命の対象となる欠員は、当該休会中に「生じた」欠員に限定されるわけではなく、以前から存在していた欠員も含まれ、「休会」には、会期間休会のみならず、会期内休会も含まれるという解釈である。

2 立法府の法的対応

しかしながら、以上のような執行府の休会任命に関する憲法解釈に対し、立法府は反発した。

1863年、上院司法委員会は、執行府の「生じた」の解釈が憲法の趣旨を曲解しているとし、大統領の休会任命に限定をかけなければ上院の承認が機能しなくなるとの報告書⁽⁵⁷⁾を出した⁽⁵⁸⁾。これにより、立法府では休会任命の拡大的運用に対する懸念が高まった。そうした中、フェセンデン(William Fessenden)上院議員は、立法府には休会任命を制約する権限はないが、予算を通して統制することはできるとして、大統領の憲法上の権限を侵害しない形で立法的統制を行うべきことを示唆した。これを受けて、連邦議会は1863年軍事歳出予算法(Army Appropriation Act)

⁽⁵⁴⁾ 41 Op. A.G. at 467.

⁽⁵⁵⁾ *Id.* at 468.

⁽⁵⁶⁾ *Gould*, 19 C. Cls. at 595-596.

⁽⁵⁷⁾ S. Rep. No. 37-80, at 1 (1863).

⁽⁵⁸⁾ Patrick Hein, *In Defense of Broad Recess Appointment Power: The Effectiveness of Political Counterweights*, 96 CALIF. L. REV. 235, 244 (2008).

を制定した⁽⁵⁹⁾。それは、上院の会期中に欠員が生じていた職について任命された者に対しては上院の正式な承認を得るまで財務省から金銭を支払ってはならないとする内容であった⁽⁶⁰⁾。これは事実上大統領の休会任命に制限を課すものであったが、予算的統制にすぎなかったため、大きな対立にはならなかった。

もっとも、すでに生じている欠員をその後の休会中に補充できるかどうか自体の問題は残り、とりわけF・D・ルーズベルト大統領が連邦最高裁の裁判官の欠員が出た場合には上院の休会中に任命しようと発言したことが再び波紋を呼んだ⁽⁶¹⁾。

しかし、当時の連邦議会は与党が多数派を握っていたので、むしろ1863年軍事歳出予算法を修正して、費用支出に関する若干の緩和がなされることとなった。それによれば、「(a) 法令により上院の助言と同意が必要とされている職に上院の会期中に欠員が生じた場合、上院の休会中にその欠員を補充するために任命された者については、上院の承認がなされるまで、合衆国財務省から役務に対する報酬を支払ってはならない。ただし、以下の場合には適用されない。(1)上院の会期終了の30日前に生じた欠員である場合、(2)……会期末に当該職に指名されたために上院の助言と同意が保留されている場合、(3)会期末前の30日の間に上院によって指名が否決された者以外の者が休会任命された場合」⁽⁶²⁾と規定された。(1)から(3)の規定は例外事項を設定しており、若干、制限を緩和している。

とはいえ、例外事項の中身をみてみると、報酬不支給の対象とならないのは日程上やむをえない場合に限られていることからすれば、大統領が上院の承認プロセスを回避する目的で休会任命の対象を拡大することに対しては歯止めをかけようとしていることがわかる。

このような予算を通じた立法的統制は、大統領の休会任命権を侵害しているようにも見える。しかし、これは連邦議会の予算権限に基づく正

⁽⁵⁹⁾ 12 Stat. 646 (1863).

⁽⁶⁰⁾ Hein, *supra* note 58, at 244-245.

⁽⁶¹⁾ *Id.* at 245-246.

⁽⁶²⁾ 5 U.S.C. 5503.

当な権限行使であり、それが大統領の憲法上の権限行使を侵害しない限り許容されると考えられている⁽⁶³⁾。

3 司法府の憲法解釈

① United States v. Allocco判決

大統領による休会任命の拡大的運用は、休会任命された者の正当性に疑義が生じるきっかけとなった。休会任命された者は、上院の承認を得ていないにもかかわらず、上級職であることから重要な決定を行う。中には市民の権利義務に関する決定を行う職も含まれており、その任命は暫定的といえども、適切になされていなければならない。ところが、会期内休会任命などのように、休会任命の合憲性に疑いが生じると、休会任命された者の決定の正当性も疑わしくなってくる。そこで、いくつかの訴訟が提起され、連邦高裁レベルで判断が下された。

1962年のUnited States v. Allocco連邦高裁判決⁽⁶⁴⁾は、麻薬取締法違反で起訴された被告人が、刑事事件は正式に任命された裁判官しか審理を担当することができず、休会任命された裁判官が行うことはできないと主張した事件である。被告人は、事実審において、陪審によって有罪の評決を受け、キャッシン(John M. Cashin)裁判官により懲役10年の判決を下された。ところが、キャッシン裁判官は、1955年7月に辞職した裁判官の後任として、同年8月17日にアイゼンハワー大統領によって休会任命された連邦地裁の裁判官であった⁽⁶⁵⁾。キャッシン裁判官は翌年上院の承認を得て正式に連邦地裁の裁判官に就任するが、被告人の事件は上院の承認を得るまでの間に審理されたため、被告人は休会任命された裁判官の裁判は無効だと主張したのである。

カウフマン(Irving Robert Kaufman)裁判官の法廷意見は、裁判官はつねに上院の承認を得なければならないのかどうか(言い換えれば裁判官を休会任命することは可能なのか)、裁判官の休会任命が可能だとすれば、

(63) Hein, *supra* note 58, at 251-252.

(64) United States v. Allocco, 305 F. 2d 704 (2d Cir. 1962).

(65) なお、第84議会第1会期は、1955年1月5日から1955年8月2日までとなっている。

それは休会時に生じた欠員についてのみ可能なのか、について判断した。被告人によれば、裁判官は上院の承認を得なければならず、休会任命を裁判官に対して適用することはできないという。しかし、憲法2条2節2項は上院の助言と承認が必要となる公職のすべての欠員に対して休会任命を認めている。また、これまでに多くの裁判官が休会任命を受けていることからすれば、憲法条文上も慣行上も、被告人の主張には理由がない。

さらに、被告人は裁判官を休会任命できるとしても、休会中に生じた欠員でしか任命することができないとして、キャッシン裁判官の枠は休会前に生じた欠員であることから無効であると主張する。そして、もしそのような休会任命が認められてしまうと、休会任命が一般的任命方法となってしまう、原則と例外が反対になってしまうというのである。しかし、これまでの慣行では休会中以外に生じた欠員に対して休会任命が行われてきたが、被告人が懸念するような事態は起きていない。また、政府側は、かつてヴィルト司法長官が休会任命権の解釈について言及していたことを持ち出して、正当化を試みている。ヴィルト司法長官は、憲法条文が欠員の生じる時点について言及していない以上、大統領の判断によって決められるものであるという憲法解釈を行っていたからである。大統領は憲法忠誠を行い、誠実執行義務を負っていることから、その憲法判断は尊重される。また、これまでにそのような休会任命が濫用されてきたこともないため、それは憲法に反するものではないとした。

② United States v. Woodley連邦高裁判決

1985年のUnited States v. Woodley連邦高裁判決⁽⁶⁶⁾も、Allocco判決とほぼ同様の問題が争われた事案である。麻薬取締法違反で起訴された被告人は、休会任命された裁判官の裁判で有罪判決を受けたことから、その裁判官の任命が無効であると主張した。

ただし、Allocco判決で休会任命された裁判官はその後上院で正式に任命されたが、本件で休会任命された裁判官はその後正式に任命されず、休会任命のみ裁判官の職を務めたというケースである。休会任命

(66) United States v. Woodley, 751 F. 2d 1008 (9th Cir. 1985).

の任期終了後に任命されない場合、休会任命の違憲性を主張する側にとってはその正当性が疑わしいとして攻撃する材料の1つとなる。

本件で休会任命されたヒーン(Walter Heen)裁判官は、もともと正式な裁判官に任命される予定であった。1980年2月28日、ヒーンはハワイの連邦地裁の欠員補充として、カーター大統領に正式な連邦の裁判官として指名された。それを受けて上院司法委員会は、同年9月に公聴会を開き、承認のプロセスを進めていた。しかし、1980年12月31日に上院が会期内の休みをとると、カーター大統領はヒーンを休会任命した。したがって、ヒーンは休会任命を受けた暫定裁判官として職務を行うが、大統領の指名が取り消されたわけではないので、任期終了後にはあらためて正式に上院の承認を得る余地が残されていた。しかし、1981年1月21日にレーガンがつぎの大統領に就任すると、ヒーンへの指名を撤回した。そのため、会期が終わる1981年12月16日にはヒーンの任期も切れることとなった。

もっとも、本件の問題は、ヒーンの前職中の裁判についてである。被告人は1981年9月に起訴され、ヒーン裁判官が審理する裁判で有罪判決を受けた。そのため、被告人は、裁判官を休会任命することは憲法3条の司法権条項に反するとし、さらに休会任命が許されるとしても休会時に起きた欠員しか休会任命はできないとして、ヒーン裁判官の休会任命が違憲無効であると主張した。

ビーザー(Robert R. Beezer)裁判官の法廷意見はまず条文解釈を行う。ビーザー裁判官は、憲法3条が在職中の身分保障をしていることを確認しつつ、他方で裁判官も憲法2条の任命プロセスの対象であることに言及し、2条2節2項の休会任命がすべての公職者を対象としていることから、裁判官もそれに含まれるとした。つぎに、歴史的慣行について言及する。裁判官に対する休会任命はワシントン大統領以来行われてきたものであり、これまでに約300以上の休会任命が行われてきた。また、連邦議会は休会任命を受けた裁判官の給料に関する法律を制定していることから⁽⁶⁷⁾、立法府も裁判官の休会任命を認めてきたといえる。さら

(67) 5 U.S.C. 5503.

に、先例としてAllocco判決があり、司法もそれを認めてきた。以上のように、憲法条文および憲法慣行からすると、裁判官の休会任命は認められるといえる。

そこでつぎに、休会任命の対象の問題について判断する。被告人は休会中に生じた欠員についてしか休会任命を行うことはできないとし、休会中に生じている欠員を休会任命することはできないと主張した。しかし、休会任命の対象を休会中に生じた欠員としてしまうと、上院のつぎの会期まで欠員が補充されないままになってしまう。このような解釈は、大統領の休会任命権を損なう結果となる。また、大統領も裁判所も、これまで休会中に生じている欠員を補充することを認めてきたことから、休会中に生じた欠員しか休会任命できないという解釈をとることはできないとした。

ただし、本件にはノリス(William Albert Norris)裁判官らの反対意見があり、法廷意見のように慣行を理由に合憲性を認めることは問題であるとしている⁽⁶⁸⁾。

③ 休会任命権の積極的活用とEvans v. Stephens判決

Evans v. Stephens連邦高裁判決⁽⁶⁹⁾では、大統領が会期中の休みを利用して連邦高裁判官を休会任命したことの合憲性が争われた。ただし、この事件は最初から休会任命の合憲性の問題が争われたわけではなく、もともとは刑事事件が発端となったケースであった。飲酒運転等の容疑で拘束されたエバンス(Peter Evans)とジョルダン(Detree Jordan)は、取り調べ中に尊厳をおとしめるような方法で身体をチェックされたとして、当該行為は違憲・違法であり、損害賠償請求訴訟を提起した。一審・控訴審ともに原告らの主張が認められたが、控訴審は警察官の免責について再審理する必要があるとした⁽⁷⁰⁾。その後、連邦高裁で再度審査し、前判決を取り消して、全員法廷(en banc)で再審理を行うという

(68) 751 F. 2d 1008 (Norris, j., dissenting).

(69) Evans v. Stephens, 387 F. 3d 1220 (11th Cir. 2004).

(70) Evans v. City of Zebulon, 351 F. 3d 485 (11th Cir. 2003). なお、この判決には、プライア(William H. Pryor Jr.)裁判官(休会任命された裁判官)は参加していない。

判断が下された⁽⁷¹⁾。このとき、G・W・ブッシュ大統領が会期中の休みを利用して休会任命したプライア裁判官が判断に加わっていたことから、原告らはこのような休会任命は違憲であると主張したのが本件である。

事実関係を確認すると、2004年2月12日から2月23日まで上院は会期中の休みをとったところ、2月20日に、G・W・ブッシュ大統領は、休会任命権を行使し、プライアを連邦高裁裁判官に任命した。そこで、原告らはこのような会期中の休みは憲法のいう休会に当たらないとし、当該任命は憲法に反すると主張したのである。なお、プライア裁判官は自らが利害関係者であることから忌避しており、訴訟に参加していない。

エドモンドソン(James Larry Edmondson)裁判官の法廷意見は、まず、「司法府は憲法がどのように適用されるかを統制する解釈者である。しかし、大統領もまた、この国の執行府の長としてその権限の範囲内で、憲法を支持すると誓っている。ゆえに大統領が合衆国憲法の明示的規定に基づいて行動している場合、我々はその行動が合憲であるという推定から出発しなければならない」⁽⁷²⁾とする。そのため、本件では原告側が合憲性の推定を否定するための立証責任を負わなければならない。しかし、本件において、合憲性の推定を覆すだけの立証はなされていない。むしろ、憲法条文はそのような休会任命を認めており、さらに憲法慣行も合憲性を支持する形で展開している。

憲法条文を確認してみると、憲法2条2節3項は、大統領に休会任命権を付与しているが、その休会の射程については何も言及していない。つまり、会期と会期の間の休会のみを指すのか、会期中の休みも対象になるのかについて、憲法条文は何も規定していないのである。憲法制定者の意図を探ると、休会任命規定は休会中に欠員が生じても政府機能を維持できるようにするために設けられたと考えることができる。憲法1条7節2項も、「休会(散会)」(adjournment)という言葉を使っているが、ここで意味しているのは会期が終わるという意味での正式な休会であ

(71) *Evans v. Stephens*, 387 F. 3d 1220.

(72) *Id.* at 1221.

る。したがって、この言葉と区別される「休会」(recess)は、会期中の休会を含むという解釈が可能である。しかも、憲法条文は大統領の休会任命権に何らかの限定をつけていないことから、会期終了の休会に限定すべきという解釈は採用しえない。また、憲法慣行をみても、12人の大統領が285を超える会期中の休会任命を行ってきた。慣行があるからといって、つねにある行為が正当化されるわけではないが、それを否定するためには相応の理由が必要となる。だが、本件ではそうした理由が提示されていない。

つぎに、「生じた」(happen)の解釈も問題となる。すなわち、休会任命は、その休会において生じた欠員に限定されるのか、それとも休会中に生じた欠員であれば、前の休会中に生じた欠員すべてをも指すのかということである。これについては、辞書を紐解くと、「(異変などが)起きる／生じる」(befall)と同義語とされていることから、当該会期中に限定されないことがわかる。実際、ジェファーソン大統領は先の会期に生じた欠員についても、つぎの会期に休会任命をしており、初期の大統領以来、そうした解釈がとられてきたといえる。

このように、憲法条文と憲法慣行を見る限り、本件のような休会任命は合憲であり、それを覆すだけの証拠は見当たらない。したがって、本件任命も合憲であるとした。

この事件では原告が上告したが、連邦最高裁は裁量上訴を認めなかった。その際、スティーブンス(John Paul Stevens)裁判官がその理由について若干の付言を行っている⁽⁷³⁾。スティーブンス裁判官によれば、本件は重要な憲法問題を惹起するものであるが、それはまた裁量上訴を認めるかどうかにつき、慎重に考慮しなければならない要素を含んでいるとする。なぜなら、この種の任命はすでに半世紀前から行われていることに加え、本件では休会任命を受けた裁判官の裁判の有効性を問うているわけではないからである。つまり、スティーブンス裁判官としては、本件のような休会任命が従来から行われてきたということから、このよう

⁽⁷³⁾ Evans v. Stephens, 387 F. 3d 1220 (11th Cir. 2004), cert. denied, 544 U. S. 942 (2005) (Stevens, J., concurring).

な政治的慣行の有効性について連邦最高裁が判断すべきではなく、また当該裁判官が下した判決の有効性が問題とされていない以上、具体的な権利義務に関係するような形の紛争はこれ以上存在しないことから、連邦最高裁が判断する必要はないとしたのである⁽⁷⁴⁾。

このように、連邦高裁はいずれも会期内休会任命を合憲と判示している。その際、どの判決も執行府の判断に敬讓している点が特徴であり、この問題については執行府の憲法解釈が尊重されているといえる。

Ⅲ 会期内休会任命をめぐる大統領と上院の対立

1 上院の新たな対抗手段——プロフォルマセッション

大統領による休会任命の拡大的運用が顕著になると、上院も新たな対抗策を取り始めた。それがプロフォルマ(Pro Forma)という手段である。プロフォルマが登場したのはG・W・ブッシュ政権のときであった⁽⁷⁵⁾。プロフォルマとは、一部の上院議員が3日ごとに上院に出向き、上院を一時的に開会してすぐに散会するというものであり、慣行上、休会ではなく、一時的な休みを指すとされる。というのも、憲法1条5節4項が「合衆国議会の会期中、両議院は、各々他の議院の同意がなければ、三日を超えて休会し、または両議院が開会すべき場所以外にその議場を移してはならない」⁽⁷⁶⁾と定めていることから、3日を超えなければ下院の同意も必要にならない上に、休会にもならないという形を創り出すことができるからである⁽⁷⁷⁾。

ただし、プロフォルマでは正式な議事を進行することはできない。憲

(74) なお、元の刑事手続に関する訴訟は別途連邦高裁で再審理された。

Evans v. Stephens, 2005 U.S. App. LEXIS 8071 (11th Cir. Ga., May 9, 2005).

(75) Alex Kron, *The Constitutional Validity of Pro Forma Recess Appointments: A Bright-Line Test Using a Substance-over-Form Approach*, 98 IOWA L. REV. 397, 405 (2012).

(76) 『世界憲法集』・前掲注(6)57頁。

(77) Steven D. Schwinn, *Recess Appointments*, 4 PREVIEW 169 (2014).

法1条5節1項が「両議院が議事を行うための定足数は、各々その議員の過半数とする」⁽⁷⁸⁾と規定しているため、ごく少数の議員が行うプロフォルマでは定足数を満たせないからである。

したがって、プロフォルマによって休会を作らないようにしようという試みは、3日以内の休みが休会に当たらないかどうかという問題に加え、プロフォルマによって上院が正式に開会したことになるのかといった問題がある。だが、それでも上院は休会任命の拡大を防止すべく、こうした対応策を講じたのである。

プロフォルマが初めて試みられたのは、2007年の11月のことである。リード(Harry Reid)上院多数党院内総務の主導の下、G・W・ブッシュ大統領が労働感謝祭に関連する休みの期間を利用して休会任命を行うことを防ぐために、プロフォルマが実践されたのである。上院は、16日の休みの期間を休会としないために、3日から4日ごとに一部の上院議員が上院に出向くという戦法をとった。

このケースではつぎのようなプロセスで行われた。すなわち、①ウェブ(Jim Webb)上院議員が上院の開会を宣言し、②立法書記官が本会期の臨時議長代理としてウェブを任命するというバード(Robert Byrd)上院議員の手紙を読み上げ、③ウェブ上院議員はつぎのプロフォルマまで休みにすると宣言した⁽⁷⁹⁾。この間、わずか30秒の出来事であったが、3日を超えて休みになることを防ぐことで、形式上、休会にならないようにした。上院はこれを3回以上繰り返して休会の期間を設けなかった。そのため、G・W・ブッシュ大統領は感謝祭の休み期間中に何人かの休会任命を予定していたが、休会任命を行えなかった⁽⁸⁰⁾。

このように、最初のプロフォルマは成功したわけであるが、プロフォルマによる休会任命の回避は変則的手法であることは上院側も自覚していた。場合によってはプロフォルマの期間であっても休会任命されるおそれもあり、上院はプロフォルマを多用することは控えていた。また、

(78) 『世界憲法集』・前掲注(6)56頁。

(79) Kron, *supra* note 75, at 406.

(80) *Id.* at 406, n. 51.

オバマ政権一期目の前半(2009年～2010年)は、統合政府だったことから、プロフォルマを用いても上院と下院が協力して正式な休会を宣言してしまったり止められなくなってしまう可能性もあり、プロフォルマは使われなかった。しかし、2010年の中間選挙では、ティーパーティー運動の躍進もあり、共和党が下院で過半数を獲得し、上院は僅差で民主党が過半数を維持するにとどまった。その結果、共和党は強硬路線に転じ、民主党は下院の賛同を得にくくなり、上院ではフィリバスターが多用されて人事がますます滞るようになった。このように、民主党と共和党の対立が激化すると、オバマ大統領も対抗するためにツァーリや休会任命を多用するようになった。そのため、2011年、一部の上院議員はプロフォルマを実行した⁽⁸¹⁾。プロフォルマにより、上院は正式な休会を設けられなくなり、第112議会は、第1会期(2011年1月5日～2012年1月3日)、第2会期(2012年1月3日～2013年1月3日)となっている。2011年のプロフォルマのとき、オバマ大統領は休会任命を行わなかったこともあり、上院は2011年12月20日から2012年1月中旬までプロフォルマを続け、会期内休会どころか、会期間休会も作らないようにした⁽⁸²⁾。これに対してオバマ大統領は、第2会期が始まった翌日の2012年1月4日に休会任命を行った。

この休会任命により任命された公務員は正当な地位を有するのかが問題となるため、先述した先例のように、当該公務員の行為の正当性が裁判になった。それに付随して会期内休会任命の合憲性が争われることになったのが、Canning v. NLRB連邦高裁判決⁽⁸³⁾である。

2 Canning v. NLRB判決

この事件は、もともと国家労働関係委員会(National Labor Relations Board : NLRB)の決定に対して、企業側が不服を申し立てたというものである。ノエル社(ワシントン州)は、ペプシコーラのボトリングや流通

(81) HENRY B. HOGUE, CONG. RESEARCH SERV., RS21308, RECESS APPOINTMENTS: FREQUENTLY ASKED QUESTIONS 13 (2013).

(82) *Id.*

(83) Canning v. NLRB, 705 F. 3d 490 (D.C. Cir. 2013).

などを行っている会社で、年間50万ドル超の収益を上げている。ところが、2010年の労使交渉の際、双方で合意内容に食い違いが生じた。

2010年12月8日の交渉で、両者は時給40セントのアップで握手しており、合意が形成されたはずであった。しかし、翌12月9日に、会社側は40セントのうち、10セントまでしか年金に充てることはできないという上限をセットするとのメールを送ってきた。これに対し、労働組合側は、8日の時点で、どの程度年金に割り当てるかについて制限が課されていないと主張し、会社側はそれに応じることはできないとして合意の実行を拒否した。

そこで労働組合側は、会社側はいったん合意したはずであり、それを遵守しないのは国家労働関係法(National Labor Relations Act : NLRA)の不当労働行為⁽⁸⁴⁾にあたるとして、国家労働関係委員会に申し立てを行った。同委員会は、労働組合側が交渉で用いたノートや証人の証言を検討した結果、労働組合側の主張に沿う形で合意に至っており、会社側がこれを履行しないのは不当労働行為に当たると判断した。そのため、同委員会は、ノエル社に合意書に署名するように命令を出した。ノエル社はただちに同判断の例外適用を申し立てたが、同委員会は原判断を認容した(2012年2月8日)。

そこでノエル社は連邦高裁に交差上訴した。連邦高裁は、合意の有無については実質的証拠に基づく委員会の決定を認容した。ただし、ノエル社は、2月8日の委員会の決定は、違憲な休会任命により任命された委員による決定であることから、定足数に満たない違法な判断だと主張したため、連邦高裁はこの憲法問題を判断することになり、以下のような判決を下した。

2月8日の委員会では、ヘイズ(Brian Hayes)、フリン(Terence F. Flynn)、ブロック(Sharon Block)の3人が委員を務めたが、フリンとブロックは休会任命によって任命された委員であった。そのため、もし休会任命が無効であれば、当該決定も無効になる可能性があり、休会任命の合憲性を考えなければならない。

(84) 29 U.S.C. 158(a) (1), (5).

原告(Noel Canning)は、New Process Steel, L.P. v. NLRB連邦最高裁判決⁽⁸⁵⁾を引用しながら、委員会は定足数を満たしていなければ行動できないと主張し、本件も合憲的に任命された委員で定足数を満たしていないのだから、無効であるとした。

委員会が3人の定足数を満たさなければならないことに争いはなく、また委員の任命が有効でなければならないことについても争いはない。問題は、本件で問題となっている委員が適切に任命されたかどうかである。委員会側は、休会任命権に基づく任命であり有効であると主張するのに対し、会社側は不適法な任命であり無効であると主張している。会社側によれば、憲法の予定する休会任命は会期と会期の間における任命であるという。ところが、当該委員は会期と会期の間ではなく、会期内の休会中に任命されたことから、それは休会任命の射程外だということである。

この問題を考えるに際しては、まず憲法条文の意味について、District of Columbia v. Heller連邦最高裁判決⁽⁸⁶⁾に基づき、制定当時どのように理解されていたのかを検討しなければならない。一般に、会期は1議会ごとに2～3回開かれる。そうだとすれば、休会は会期と会期の間ということになるのが通常の解釈である。憲法起草者は、フェデラリスト67編で、休会は上院が会期中でないことを指すとしており、まさにそうした解釈に合致する。また、憲法起草者の原意を理解する際に役立つと思われるのが、初期の慣行である。建国してから約80年の間、大統領は会期中の休会任命を行ってこなかった。最初にこれを行ったのは、A・ジョンソン大統領であったが、それがそのまま慣行化したとはいえず、1947年までに行われた会期中の休会任命は文書では3例しか行われた例がない。

また、フェデラリスト67編によれば、休会任命は、上院の同意を得るという一般原則が機能しない場合の補充的手段であって、その一般的原則にとって代わるような解釈をすることはできない。会期中の休会任命

(85) New Process Steel, L.P. v. NLRB, 560 U.S. 674 (2010).

(86) District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008).

が一般化してしまうと、上院の同意という要件が有名無実化し、その一般原則を不要にしてしまう。

この問題について、4つの別の解釈がありうる。第一に、休会にはあらゆる休みの状態を含むという解釈である。しかし、そのように解釈してしまうと、ランチ中も休会になってしまうおそれがある。第二に、休会は一定の期間を意図したものと解釈する方法である。しかし、一定期間がどのくらいなのかは不明であり、役立たない。第三に、3日以上休会には他の議院の同意が必要とする1条5節4項を準用して、3日以上休会を意味するという解釈がある。しかし、本規定の休会と1条5節4項の「休会(散会)」(adjournment)は文脈が異なる。第四に、大統領の裁量で決められるという解釈がある。だが、それは大統領権限を強め、権力分立に反するものである。

また、NLRBは、Evans判決に依拠しながら、休会には会期中の休会も含まれると主張するが、Evans判決は「休会」(recess)の前についている「the」の特定性を過小評価し、休会の意味を広く解しすぎているので採用することはできない。

近時の大統領は憲法解釈によって休会の意味を明らかしようとしているが、法の意味を最終的に解釈する権威は司法にあるので、司法がその意味を決めなければならない。したがって、休会は、会期と会期の間の休会を指すという解釈が適切ということになる。

つぎに、「生じた」(happen)の解釈をしなければならない。これについても、憲法制定時にどのように理解されていたのかを検討する必要がある。一般的な理解としては、欠員が生じたときを意味するはずである。たとえば、1972年、ランドルフ司法長官は、上院の休会中に生じた欠員の意味とは上院の休会中に起きた欠員のことを指すと述べており、それは休会中に生じた欠員を意味している。ハミルトンも、フェデラリスト67編で、欠員は休会時において生じた場合を指すとしている。また、1814年にゴア(Christopher Gore)上院議員も、休会任命条項は休会時に生じた欠員に限定されると発言している。ストーリー(Joseph Story)裁判官も述べているように、「生じた」(happen)は「(問題/機会などが)生じる」(arise)という意味なのである。

これに対し、Evans判決は現代辞書を参照しながら、「生じた」(happen)は「(異変などが)起きる／生じる」(befall)と同義語であることに言及し、休会時に限定されない「起こる／存在する」(exist)の意味で解釈できるとしている。しかし、現代的意味とのクロスレファレンスをしたからといって、現代的意味を採用するということになるわけではない。

本件をみると、2012年1月4日に、3人の委員が休会任命で就任している。ブロックは、2012年1月3日(第112議会は第1会期と第2会期の間に休会しなかったため、休会時ではなく、第1会期の終了時となる)に前任者の任期が切れて空席になったポストに任命され、フリンは、2010年8月27日(会期中の休会：intrasession)に前任者の任期が切れて空席になったポストに任命され、グリフィン(Richard F. Griffin)は、2011年8月27日(会期中の休会)に前任者の任期が切れて空席になったポストに任命された。

そもそも、今回の任命はいずれも休会時ではないことから、休会任命の対象にはならない。仮に休会にあたるとしても、いずれも休会時に欠員が生じたわけではない。したがって、今回の休会任命は無効であり、本件における委員会の決定は定員を満たしておらず、無効であるとしたのである。

本判決は、先述した3つの連邦高裁の先例と異なる結論であったこともあり、大方の予想に反する判決であった⁽⁸⁷⁾。本件の特徴として原意を重視し、権力分立を形式的に解した点が挙げられる⁽⁸⁸⁾。だが、この特徴は、いくつかの問題を惹き起こすことになる。まず、判断方法についてであるが、原意主義を採用すべきか否かの問題があることに加え、本件の原意の理解の方法にも問題があると指摘される。ナテルソン(Robert G. Natelson)によれば、本件は、憲法起草者の見解と建国初期の慣行を

(87) Carrie Johnson, *Court Ruling Upsets Conventional Wisdom on Recess Appointments*, NPR (Jan. 25, 2013), <http://wfpl.org/post/court-ruling-upsets-conventional-wisdom-recess-appointments>.

(88) James M. Hobbs, *The Future of Recess Appointments After the Decision of the D.C. Circuit in Noel Canning v. NLRB*, 162 U. PA. L. REV. ONLINE 1, 3 (2013).

重視しているが、「休会」や「生じた」の解釈はもっと歴史をさかのぼらなければならないという⁽⁸⁹⁾。原意を探るためには、憲法制定以前の議論を参考にする必要がある。憲法起草者が制定前に議論を行っていた方がいいが、「休会」や「生じた」については十分な認識がなかった。そのため、憲法制定前の各州がどのようにこれらの文言を理解していたのかを考察する必要があるというのである。

また、本判決は少なくとも理論上、従来の実務上の慣行の正当性を否定し、それによって職務を行ってきた公務員の決定の正当性をも否定することになる。関連して、将来の大統領の休会任命の対象をかなり狭めることになり、実務に対する影響も大きい。

3 憲法判断の手法——オリジナリズムとパーキアニズム

現在、Canning v. NLRB判決は連邦最高裁で係争中であり、この開廷期中には判断が下される見込みである。連邦最高裁がいかなる結論を下すかはさておき、ここではどのような問題が論点になるのかを考えてみたい。

まず、本案について判断するのかどうかという問題がある。本件は、大統領と上院の争いであり、しかも双方の応酬が政治的手法によって行われていることから、司法判断になじまないという判断もありうる⁽⁹⁰⁾。そのため、政治問題の法理を適用して、憲法判断を回避する可能性がある。あるいは、本件はもともとNLRBの決定内容が問題となった事案であることからすれば、NLRB自体の正当性と判断の妥当性を切り離し、前者については政治部門の判断に任せ、後者のみ判断する可能性もある。

政治問題に該当するかどうかについて、ベイカーテストの6要件を用いる場合もあるが、最近では2つの要件に絞って検討する傾向にある。すなわち、政治部門に委ねられている事項であるか否か(ただし、最近で

(89) Robert G. Natelson, *The Origins and Meaning of "Vacancies That May Happen During the Recess" in the Constitution's Recess Appointments Clause*, 37 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 199 (2014).

(90) Evans判決におけるスティーブンス裁判官の付言は、まさにこの点に関連する。See *Evans*, *supra* note 73.

は政治部門の専権領域に関する事項であっても司法の責務を果たすことが必要な場合は判断に踏み込む傾向にある)、または司法判断を行うにあたり適切な判断基準があるかどうか(これには司法の能力や判断結果の影響も含意されることがある)である。本件で争点となっている休会任命は、大統領と上院の関係なので、裁判所が口を挟む問題ではないようにも思える。ただし、放置すると統治構造に歪みをもたらしてしまうような場合は、*Clinton v. City of New York*連邦最高裁判決⁽⁹¹⁾のように判断に踏み込む可能性もある。ただし、それを判断する基準を見いだせない場合は判断を回避するかもしれない。もっとも、近年、連邦最高裁は政治問題の法理の適用に消極的であり、21世紀に入ってからではゲリマンダリングのケースしか政治問題の法理を適用していない⁽⁹²⁾。そのため、連邦最高裁が裁量上訴を認めて口頭弁論を開いている以上——しかも口頭弁論では政治問題の法理に言及していない——、何らかの実体判断を下す可能性がある⁽⁹³⁾。

ただし、実体判断を下す場合であっても、合憲と違憲のどちらにするか、また限定的な憲法判断にとどめるかそれとも憲法原理に踏み込んだ判断をするか、といった分岐点がある。合憲にするのであれば、他の事案への影響が少なく済むが、違憲にするとなると、本件同様に期間内休会任命を受けて活動している機関の決定に影響が生じ、あらためて任命し直す必要もでてくる。また、限定的な憲法判断しかしないのであれば、本件における会期内休会任命が憲法に反するか否かのみを判断することになる。つまり、会期内休会任命自体の合憲性ではなく、プロフォルマの期間に会期内休会任命することの合憲性のみ判断するということである。一方、本件の合憲性の判断には、会期間休会任命を予定してい

(91) *Clinton v. City of New York*, 524 U.S. 417 (1998).

(92) See *Vieth v. Jubelirer*, 541 U.S. 267 (2004).

(93) Brief for Petitioner at 7-29, *NLRB v. Canning*, 133 S. Ct. 2861 (No. 12-1281); 2012 U.S. Briefs 1281; 2013 U.S. S. Ct. Briefs LEXIS 2513. なお、コロンバスロースクールのウィリアムズ(Victor Williams)教授のアミカスブリーフでは、政治問題の法理を適用して憲法判断を回避すべきとの意見が提出されている。

た原意と会期内休会任命を許容してきた慣行との対立をどのように考えるかという憲法原理が潜んでいることから、これについて言及する可能性もある。

実際、2014年1月16日の連邦最高裁の口頭弁論では、原意主義を標榜するスカリア (Antonin Scalia) 裁判官と執行府の慣行を重視するヴェリーリ (Donald B. Verrilli Jr.) 政府側代理人との応酬が目をついた⁽⁹⁴⁾。スカリア裁判官は、きわめて単純な質問があると前置きをしながら、休会任命の対象は休会中に生じた欠員に限定されないとする執行府の慣行は憲法条文に優先するのかと尋ねた。ヴェリーリは慣行が優先すると回答したため、すかさずスカリア裁判官は、それでは執行府は憲法を無視してきたのかとたたみかけた。ヴェリーリは、そうではなく、慣行が憲法に意味を与えていくという意味であると反論した。しかし、スカリア裁判官は納得せず、憲法条文に反する慣行なのであるから、そのような答えは適切ではないとし、慣行が憲法に勝るのかと再び迫った。ヴェリーリは、この規定をめぐる解釈は建国初期から物議をかもししてきたものであり、憲法条文の意味が必ずしも明らかではないとして、慣行が憲法に反しているわけではないとの立場を堅持しようとした。

このようなやり取りからすると、憲法起草者の原意を重視するか、それとも長年の慣行を重視するか、という対立軸が見えてくる。サンステイン (Cass R. Sunstein) は、これをオリジナリズムとパーキアニズムの対立 (Originalism v. Burkeanism) と呼び、双方が何を主張しているのかを対話形式で整理している⁽⁹⁵⁾。

まず、オリジナリストは、原意にそって解釈することで、裁判官の裁量を統制することができるので、人(裁判官)の支配ではなく法の支配を実現し、さらに法的安定性を維持することが可能になると考える。したがって、本件では、原意に従い、「休会」の意味を会期間休会に限定し、

(94) NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD v. NOEL CANNING, The Oyez Project at IIT Chicago-Kent College of Law, http://www.oyez.org/cases/2010-2019/2013/2013_12_1281 (last visited Feb. 7, 2014).

(95) Cass R. Sunstein, *Originalism v. Burkeanism: A Dialogue over Recess*, 126 HARV. L. REV. F. 126 (2013).

「生じた」の意味を休会中に生じた欠員というように理解しなければならない。これに対して、慣行を重視するパーキアニストは、本件では「休会」(the recess)に関する原意が明らかではないため、その意味を明らかにする必要があるとする。「休会」に「the」がついているからといって、休会のあり方がただ1つの形に限定されるわけではない。そして政治部門は、「休会」には会期内休会も含まれると理解し、その慣行が長期にわたって継続されてきた。そのため、本件において原意に固執することは長期にわたる人民の意思を覆すことになってしまう。だが、原意主義からすると、このような主張は政治部門の慣行が憲法に優先するという考え方であり、受け入れられない。もっとも、原意主義は原意に従わないことが正当化される例外的場面(司法の確立した先例が存在し、原意に基づく解釈をすると著しい混乱を招いてしまう場合)を設定しているので、本件がそれに該当するかどうかを考えなければならない。パーキアニストによれば、本件は政治部門の確立した慣行があり、違憲となれば過去の決定がどうなるか、また将来的にも容易に欠員を埋められなくなり、現場で大混乱が生じてしまうため、原意に従わない条件に該当するという。この判断枠組に基づくならば、本件では重大な混乱を招くかどうか争点になる。

これについて、P・ストラウス(Peter Strauss)は、原意と慣行の対立関係を処理するまでもなく、原意を正しく理解すれば、本件休会任命が正当化されるとする⁽⁹⁶⁾。原意に従うためには、まず憲法条文の解釈から始めなければならない。憲法1条4節2項⁽⁹⁷⁾が、連邦議会は少なくとも年に1回集会されなければならないと定めていることからすれば、休会が少なくとも1回以上あることを前提としている。その後、1933年に修正20条2節が制定され、「合衆国議会は、少なくとも毎年一回集会する。その開会は、合衆国議会が法律によりこれと異なる日を指定する場合を除き、一月三日正午とする」⁽⁹⁸⁾と規定された。この規定からすると、通

⁽⁹⁶⁾ Peter Strauss, *The Pre-Session Recess*, 126 HARV. L. REV. F. 130 (2013).

⁽⁹⁷⁾ 「合衆国議会は、少なくとも毎年一回集会する。この集会は、合衆国議会が法律により異なる日を定めない限り、《12月の第一月曜日とする》」。『世界憲法集』・前掲注(6)56頁。

常であれば1月3日が開会日となるため、1月4日に行われた本件休会任命は休会中に行われた任命ではなかったことになる。しかし、実際に議事が始まった1月17日を開会日だと考えるのであれば、1月3日から1月17日まで休会になっていたと考えることができる。1934年以降、実際の議事が始まる時は連邦議会から大統領にその通知が行くことになっており、2012年は1月17日に通知がなされたことからしても、17日から開会したと考えられる。つまり、憲法規定に基づけば、本件休会任命は休会中に任命されたとみなすことができ、原意主義の観点からも正当化できるとするのである。

このように、本件では、原意や慣行をどのように考えるべきかという論点が理論上の関心を呼んでいるが、連邦最高裁の裁判官全員がこの点に着目するとは限らない。他の裁判官はこれらの問題に踏み込まずにプラグマティックな判断を下す可能性もある。ただし、その場合でも、反対意見や同意意見でこれらの問題には何らかの言及がなされることが予想される。いずれにせよ、連邦最高裁が何を重視して、どのような解釈方法をとるのが興味深いところである。

後序

2013年11月、長期にわたる政治的停滞を打破するためにリード上院民主党院内総務は上院規則の改正に踏み切り、フィリバスターを打ち切るための票数を51票に削減した⁽⁹⁸⁾。これにより、滞っていた人事が進行するための手はずが整ったが、これは上院の内部で妥協策を探った結果であり、大統領と上院の関係を直接的に修復するものではない。

民主党の野党時代にプロフォルマを主導したリード上院議員が今度はフィリバスター対策を講じていることからわかるように、政治状況次第

(98) 『世界憲法集』・前掲注(6)86頁。

(99) Janet Hook and Kristina Peterson, *Democrats Rein In Senate Filibusters*, WALL. ST. J. Nov. 21, 2013, available at http://online.wsj.com/news/articles/SB100014240527_02304607104579211881413579404. ただし、連邦最高裁裁判官の指名や一般法案をめぐる問題については適用されない。

で上院の動きも変わる可能性が高い。たとえば、与党が上院で多数派を獲得できなかった場合には、上院承認人事が滞る可能性があり、再び休会任命の問題が浮上してくるようになると思われる。つまり、フィリバスターを弱めても、その射程は上院内部にとどまっており、大統領と上院の関係はなお休会任命をめぐる対立することが予想されるのである⁽¹⁰⁰⁾。

以上のことからすれば、休会任命の問題は大統領の権限拡大だけでなく、上院による対抗措置の問題にも注意を向ける必要がある。プロフォルマのような小手先の技術によって休会期間がなくなってしまうことが認められるとすれば、休会任命は有名無実の規定になってしまう⁽¹⁰¹⁾。大統領が休会任命の拡大的運用を行うようになったのも、上院との対立構造が原因になっていることからすれば、上院の権限行使の妥当性についても合わせて考察していく必要がある⁽¹⁰²⁾。

とすれば、休会任命の問題は、統治の実効性と権力分立のバランスをどのようにとるかという点に収斂するように思われる。ヴァーミュール(Adrian Vermeule)は、Canning v. NLRB判決(控訴審)が予防的立憲主義(precautionary constitutionalism)のリーディングケースにあたるとしている⁽¹⁰³⁾。予防的立憲主義とは、統治(制度)の問題を政治的リスクに対する安全弁として捉えるものであるが⁽¹⁰⁴⁾、控訴審判決はそのような観点から休会任命制度を権力乱用防止の一手段として考え、大統領の休会任命

⁽¹⁰⁰⁾ そのため、この問題は上院の多数派の動向や見解を注視すべきとの指摘がある。David J. Arkush, *The Senate and the Recess Appointments*, 127 HARV. L. REV. F. 1 (2013).

⁽¹⁰¹⁾ Ryan D. Doerfler, *Go Big or Go Home: The Constitutionality of Recess Appointments Following Pro Forma Sessions of the Senate*, 65 ADMIN. L. REV. 975, 1013-1014 (2013).

⁽¹⁰²⁾ Matthew C. Stephenson, *Can the President Appoint Principle Executive Officers Without a Senate Confirmation Vote?*, 122 YALE L.J. 940 (2013). 近年の上院の承認人事の停滞に対して、上院が時間稼ぎをするような場合には黙示の承認があったものとして対抗してもよいのではないかという提案も出てきている。

⁽¹⁰³⁾ Adrian Vermeule, *Reaction: Recess Appointments and Precautionary Constitutionalism*, 126 HARV. L. REV. F. 122(2013).

権の拡大的運用に待ったをかけたというのである。しかしながら、ヴァーミュールによれば、憲法のリスクの問題は権力抑制の側面だけを考えればいいのではなく、それによってもたらされる弊害(リスク)も考慮しなければならないとし、休会任命の問題もそうした要素を加味して再考すべきであるとする⁽¹⁰⁵⁾。たしかに、統治の実効性と権力分立のバランスはある意味ジレンマ的要素を持っており、その意味でリスクの問題に類似している⁽¹⁰⁶⁾。このやっかいな論点に司法がどこまで踏み込めるかという問題も含めて、連邦最高裁の判断が待たれるところである。

⁽¹⁰⁴⁾ Adriaan Lanni and Adrian Vermeule, *Precautionary Constitutionalism in Ancient Athens*, 34 *CARDOZO L. REV.* 893 (2013).

⁽¹⁰⁵⁾ Vermeule, *supra* note 103, at 124.

⁽¹⁰⁶⁾ 土方透「リスク戦略」土方透／アルミン・ナセヒ編著『リスク』12頁(新泉社、2002年)。リスクに対応しようとするとは別のリスクを生み出すので、リスクはスパイラルなものであり、リスク対応はジレンマを抱える。