



続・休会任命をめぐる憲法構築

——NLRB v. Noel Canning連邦最高裁判決をよむ——

大 林 啓 吾

序

I NLRB v. Noel Canning判決

- 1 事件の概要
- 2 本件の争点
- 3 政治的背景

II ブライヤー判事の法廷意見

- 1 休会任命条項の意味
- 2 休会の意味
- 3 休会任命の慣行
- 4 会期内休会任命を認めることに対する批判
- 5 休会に該当する期間
- 6 happenの意味
- 7 本件休会任命の合憲性
- 8 結論

III スカリア判事の同意意見

- 1 会期内休会任命の問題
- 2 happenの解釈
- 3 結論

IV 考察

- 1 法廷意見と同意意見の対立
- 2 原意と慣行
- 3 権力分立上の問題
- 4 政治問題の法理
- 5 後始末の問題
- 6 New Process Steel, L.P. v. NLRB判決の意味
- 7 代行による対応？

後序

「連邦の上級職の任命プロセスのダイナミック性はあまりに複雑すぎてシングルゲームというシンプルな言葉では正確に捉えきれない。」
Michael J. Gerhardt, *Putting Presidential Performance in the Federal Appointments Process in Perspective*, 47 CASE W. RES. 1359, 1376 (1997).

序

本稿は、2014年3月に出した拙稿「休会任命をめぐる憲法構築」⁽¹⁾の続編である。前作では、休会任命の歴史的展開を概観しながら、特に会期内休会任命の是非や欠員の時期など休会任命の射程をめぐる憲法構築を考察した。

休会任命に関する憲法構築は、主として政治部門によって形成されてきたが、その射程については時代や状況によって変化してきた。ただし、下級審レベルでは、司法の場に争いが持ち込まれることもあった。これまで、連邦高裁は大統領が行った休会任命を合憲と判断してきたが⁽²⁾、Noel Canning v. NLRB連邦高裁判決⁽³⁾では初めて違憲判決が下され、注目を集めていた。そして、2014年6月26日、その上告審判決が下された。休会任命の憲法構築を語るにあたり、この連邦最高裁判決の分析は欠かせない⁽⁴⁾。

本件は、これまで政治部門間で実践されてきた休会任命をめぐる憲法構築に関して、連邦最高裁が介入したことで注目されると同時に、その判断方法につき原意と近時の慣行のどちらを優先すべきかという問題が浮上し、原意主義をめぐる問題が付随しているという点でも興味深い。

(1) 大林啓吾「休会任命をめぐる憲法構築」千葉大学法学論集28巻4号1-41頁(2014年)。

(2) See, e.g., *Evans v. Stephens*, 387 F.3d 1220 (11th Cir. 2004).

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

また、本件の結果が大統領と上院のどちらに有利になったのかについて大統領側と上院側で受け止め方が異なっており⁽⁵⁾、その分析も重要である。

本稿では、NLRB v. Noel Canning連邦最高裁判決に焦点を絞り、本判決の分析を試みることにしたい。

I NLRB v. Noel Canning判決

1 事件の概要

この事件は、最初から休会任命の合憲性が争点となっていたわけではなく、事件の発端は労使交渉に関する国家労働関係委員会(National Labor Relations Board: NLRB)の決定であった⁽⁶⁾。NLRBが労働者側の主張を認めたため、会社側(ノエル社)は異議を申し立てたが、同委員会は原決定を認容した⁽⁷⁾。

そこでノエル社は連邦高裁に控訴した⁽⁸⁾。連邦高裁は、労使交渉の合

(4) アメリカで憲法構築という場合、司法の場ではなく、政治部門による憲法実践を指すことが多いが、時に政治部門で形成してきた憲法構築に対して司法判断が下されることがある。これを憲法構築に含めるか否かについては検討の余地があるが、本稿では、政治部門が憲法実践を行ってきたことを中心にしつつ、その問題を司法が取り上げるに至ったという段階も含めて、憲法構築の射程に含めることにする。憲法構築については、KEITH E. WHITTINGTON, CONSTITUTIONAL CONSTRUCTION (1999)。

(5) Jess Bravin and Melanie Trottman, *Supreme Court Narrows President's Recess-Appointment Powers: Justices Rule Obama's Appointments to NLRB During Senate Break in 2012 Were Invalid*, WALL ST. J. (June 26, 2014), <http://online.wsj.com/articles/supreme-court-rules-nlrbs-recess-appointments-invalid-1403791866>.

(6) 事件の概要については、大林・前掲注(1)30-35頁。

(7) See Noel Canning, A Division of the Noel Corp., 358 N.L.R.B. No. 4, 2012 WL 402322 (Feb. 8, 2012).

(8) 29 U.S.C. 160(f). NLRBの決定に不服がある場合は連邦高裁に訴訟を提起することになっている。

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⁽⁹⁾。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、連邦高裁は憲法問題についても審査することになった。

2 本件の争点

本件における休会任命の争点はつぎのような点である。大統領は憲法により上級職公務員を任命する際に上院の承認が必要とされているが、上院の休会中に生じた欠員に対して休会任命を行うことができることになっている⁽¹⁰⁾。ただし、休会任命の対象は、上院の会期と会期の間の休み(会期間休会: intersession)を指すのか、会期内の休み(会期内休会: intrasession)を指すのかは明らかではなく、さらにいつ生じた欠員が対象になるかも定かではない。近年では、上院が大統領の任命を承認しないことが多いため、大統領は休会任命によって対応するケースが増えていた。NLRBのポストも上院の承認が必要な地位(PASポジション)だったので、オバマ(Barack Obama)大統領は休会任命を使用しようとした。

2012年1月4日、オバマ大統領はブロック(Sharon Block)、フリン(Terence F. Flynn)、グリフィン(Richard F. Griffin)の3人をNLRBの委員に任命した。ブロックは、2012年1月3日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⁽¹¹⁾。

上院のスケジュールによると、2012年1月は23日に開会するまで休み

(9) 705 F.3d 490.

(10) 憲法2条2節3項「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」。高橋和之編『新版 世界憲法集(第2版)』67頁〔土井真一訳〕(岩波書店、2012年)。(以下、『世界憲法集』という)。

の予定になっていたが、上院は2011年12月20日～2012年1月20日まで毎週プロフォルマ(pro forma)を開くという決議を行った。プロフォルマとは、一部の上院議員(たいてい1人)が約3日ごとに上院に出向き、開会を宣言した後、つぎのプロフォルマまで休み(adjourn)にすると宣言することをいう⁽¹²⁾。つまり、事実上は休会しているが、3日ごとに開会することで休会しているわけではなく、単に休んでいるだけであるという外形を創出したのである。言い換えれば、プロフォルマを行うことによって、休会任命の対象となる休会を設けないようにしたわけである。

本件におけるプロフォルマはつぎのような手順で進められた⁽¹³⁾。2011年12月17日、上院は全員一致で2012年1月23日まで休む決議を行った。その際、1月23日まで3日おきにプロフォルマを行うことで同意していた。本件で問題となった1月3日にプロフォルマを行ったのはワーナー(Mark Warner)上院議員であった。ワーナー上院議員は1月3日正午頃に上院に出向き、上院を開会する小槌を鳴らした。その41秒後、ワーナー上院議員は3日後のプロフォルマまで休むことを宣言したというものである。

オバマ大統領は、1月4日に本件で問題となっている者を任命しており、それは1月3日と1月6日のプロフォルマの間の休みの期間であった。そこで問題となるのが、その3日間を会期中とみなすのか、それとも休会中とみなすのかという点である。会期中の休みと考えるのであれば、それは休会任命の対象となる。しかし、休会していないと考えるのであれば、それは休会任命の対象にならないということになる。

(11) 当時のNLRBの委員は、ピアース(Mark G. Pearce)、ヘイズ(Brian Hayes)、ブロック、フリン、グリフィンの5名であったが、ブロック、フリン、グリフィンの3名は休会任命された委員であった。ブロックとグリフィンは2013年8月まで、フリンは2012年7月まで(その後、2013年8月まで空席)、委員を務めた。

(12) Alexander M. Wolf, *Taking Back What's Theirs: The Recess Appointments Clause, Pro Forma Sessions, and a Political Tug-of-War*, 81 *FORDHAM L. REV.* 2055 (2013).

(13) *Id.* at 2079–2080.

連邦高裁は、会期内休会は休会任命の対象にはならないとし、今回の任命は会期内休会中に行われていることから無効であるとした。また、仮に会期内休会が休会にあたるとしても、当該休会時に欠員が生じたわけではないので、休会任命の対象にはならないとした。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。

そこでNLRBが上告したのが本件である。

3 政治的背景

連邦最高裁の判断に移る前に、任命をめぐる政治状況について確認しておく必要がある。オバマ政権では、共和党と民主党の対立が激しくなっていることは周知の通りである⁽¹⁴⁾。とりわけ、特定の政策をめぐって両者が対立すると、それに関わる人事にも衝突が起きる。今回のNLRBの委員の任命をめぐる問題も、金融政策をめぐる政治的対立の影響を受けていたという背景がある。

2010年に成立したドッド・フランク法(Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010)は、オバマ政権が金融危機対策の一環として金融規制改革を施したものであり、危機対応のための包括的規制や消費者保護のための制度を設けた⁽¹⁵⁾。これに対しては、共和党の反発を招いたが、当初のオバマ政権は統合政府であったこともあり、法律として成立した。しかし、2010年の中間選挙の結果、オバマ政権は下院で多数派を握れず、さらに上院でもフィリバスターを防ぐために必要な60議席を獲得できなかった。そのため、民主党と共和党の対立は激しさを増し、ドッド・フランク法によって設置された機関である消費者金融保護庁(Consumer Financial Protection Bureau)の長官(director)職のポストが上院の共和党の反対で埋まらない状態となった⁽¹⁶⁾。そこでは、金

(14) 吉野孝「評価と展望——連邦政府の機能障害の克服と“オバマ後”のアメリカ政治」吉野孝・前嶋和弘編著『オバマ後のアメリカ政治——2012年大統領選挙と分断された政治の行方』196-204頁(東信堂、2014年)。

(15) Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. No. 111-203, 124 Stat. 1376 (2010).

融政策をめぐる問題のみならず、当該機関の独立性も問題視されたことから、当該機関の発足自体が問題とされた⁽¹⁷⁾。オバマ大統領は、元オハイオ州司法長官のコードレイ (Richard Cordray) を長官に指名したが、それに反対する共和党のフィリバスターにあい、空席を埋めることができなかった⁽¹⁸⁾。

そこでオバマ大統領は、2012年1月4日に消費者金融保護庁長官にコードレイを休会任命した⁽¹⁹⁾。あわせて、同日、オバマ大統領は本件で問題となったNLRBの委員も休会任命した⁽²⁰⁾。そのため、消費者金融保護庁長官の人事に巻き込まれる形でNLRBの休会任命も、上院の反対に対する大統領の対抗策とみなされることになった。その後、NLRBの決定が訴訟になったことから、NLRBのケースを素材に休会任命の合憲性が争われることになったという政治的背景がある。

II ブライヤー判事の法廷意見

連邦最高裁は、全員一致で本件任命は休会任命に当たらず無効であるとして、NLRBの主張を退けた⁽²¹⁾。ただし、本件にはスカリア (Antonin Scalia) 判事の同意意見があり、同意意見は結論的には同意しているものの、実質的内容は反対意見に近い。以下では、法廷意見と同意意見をや

(16) Wolf, *supra* note 12, at 2057–2058.

(17) Neomi Rau, *Removal: Necessary and Sufficient for Presidential Control*, 65 ALA. L. REV. 1205 (2014).

(18) Ylan Q. Mui, *Senate blocks Richard Cordray confirmation to head consumer watchdog agency*, WASH. POST. COM., (Dec. 8, 2011), http://www.washingtonpost.com/blogs/2chambers/post/senate-republicans-block-cordray-as-obama-consumer-watchdog-nominee/2011/12/08/gtQA6j9BfO_blog.html.

(19) Amelia Frenkel, *Defining Recess Appointments Clause “Vacancies”*, 88 N.Y.U. L. REV. 729 (2013). なお、この休会任命については、新設ポストを休会任命の対象となる欠員とみなせるのかという問題もある。

(20) Shannon Cain, *The Case for Judicial Review of President Obama’s January 4 Recess Appointments*, 64 ADMIN. L. REV. 993, 994 (2012).

や詳細にみていくことにする。

1 休会任命条項の意味

ブライヤー(Stephen Breyer)判事の法廷意見は、会期内休会における休会任命を認め、休会前から生じていた欠員も休会任命の対象となとした上で、休会任命の対象となるためには10日以上休みが必要であるとし、本件休会任命を無効とした。以下は、法廷意見の概要である。

まず、憲法起草者の意図を参考にしながら、休会任命条項の意味を考えてみる⁽²²⁾。ハミルトン(Alexander Hamilton)は、上級職公務員の任命につき、上院に大統領の指名をチェックさせるために承認権を付与した上で、休会中に生じてしまった欠員については大統領に単独で任命させることで政府が間断なく機能するように調整した。したがって、大統領は休会任命権を有するが、それを用いて上院の承認を回避するようになってはならない。

2 休会の意味

「休会」(recess)の辞書的意味は、建国時も現在も変わらず、「通常の業務の休みの期間」である⁽²³⁾。憲法条文の「休会」にはtheがついており、通常、theは特定の事柄を指すことから、休会は1つのことを意味しているように見える。しかし、憲法条文のtheは必ずしも特定の事柄を指していないことも多く、たとえば1条3節5項の「副大統領の不在の場合」の「不在」にもtheがついている。そのため、もう少し憲法条文を広く解釈する必要がある。

休会任命条項は、上院の休会中も大統領が政府機能を果たすことができるようにしたものである。したがって、会期間休会であれ会期内休会

(21) NLRB v. Noel Canning, 134 S. Ct. 2550 (2014). なお、以下の判決文に関する脚注文献は、判決文に掲載されていた司法長官の意見や上院議員の発言、上院の報告書、法令等であるが、原典(原文)を確認できなかったものについてはSeeを付けてある。

(22) *Id.* at 2558–2560.

(23) *Id.* at 2561.

であれ、上院が休みの間は休会任命の対象になるといえる。

3 休会任命の慣行

休会任命の意味を明らかにするにあたり、歴史的慣行(historical practice)が重要になるが、慣行もそうした解釈を支持するものである⁽²⁴⁾。南北戦争以前は、ほとんど会期間休会しか行われてこなかったので、会期内休会を含むという解釈を支える慣行にはならない。しかし、それは連邦議会が一般に会期内には実質的な休みをとらずに会期間に長期の休みをとっていたことを示すだけである。会期内休会が実質的な休みでなければ、その間に休会任命も行われるはずがない。

第二次世界大戦以降、連邦議会は会期間休会の期間を短縮し、会期内休会の期間を長く取り始めた。そのため、大統領も会期内休会において休会任命を多くするようになった。また、大統領に対する法的助言をみても、会期内休会任命を認める見解を表すものが多い。T・ルーズベルト(Theodore Roosevelt, Jr.)政権におけるノックス(P.C. Knox)司法長官は会期内休会任命に対して否定的な見解を示したが、それはtheにこだわっただけであり、正しい解釈とはいえない。

4 会期内休会任命を認めることに対する批判

会期内休会任命を認めることに対しては、3つの批判が考えられる⁽²⁵⁾。第1に、憲法起草者は会期間休会以外の休会を知らなかったはずなので、会期間休会のみを想定していたのではないかという反論である。たしかに、憲法起草者は会期内休会という方法を知らなかったと思われる。しかし、問題は憲法起草者が休会任命を会期間休会のみに限定すると意図していたのか、それとも将来の状況にあわせてそれを広げてもよいと意図していたかという点である。憲法起草者は状況に応じて適応するように条文を書いた。「憲法は将来に対応できるように意図されており、憲法はわずかに見える将来に自らを適合させなければならな

⁽²⁴⁾ *Id.* at 2561-2564.

⁽²⁵⁾ *Id.* at 2564-2565.

い」⁽²⁶⁾。それゆえ、憲法起草者は休会任命条項が将来の状況にあわせて対応できるものと意図していたと解釈することになる。

第2に、会期内休会任命を認めることは、大統領に不合理な長期の休会任命を認めることになってしまうという懸念がある。たしかに、会期間休会任命を認めることはいくらか長く休会任命を認めることになるが、それが不合理であるとはいえない。休会任命をする大統領であっても暫定ではなく通常の任命を求めているのが常であり、休会任命条項も通常の任命過程において通常の会期が開催されることを前提としている。そのため、休会が長くなっても、不合理な結果になるとはいえない。

第3に、会期内休会任命を認めることは休会任命条項を漠然としたものにしてしまうという反論がある。しかし、会期内休会任命を認めることが漠然性につながるわけではない。ある特定の休会任命が行われた際、それを会期間休会とするか会期内休会とするかで意見が分かれた場合、いずれにせよ、漠然としたものになることは変わりがないからである。

5 休会に該当する期間

そうなると、重要になるのは、結局どのくらいの期間であれば休会にあたるのかという点である⁽²⁷⁾。スカリア判事によれば、条文が期間について何も述べていない以上、憲法起草者は会期間休会のみを意図していたという。しかし、これには賛成できない。憲法起草者が「休会」という文言に注釈をつけられなかったのは、将来のことを予見できていなかったからである。憲法起草者は、上院がせいぜい1年に半年程度の会期を1回開くだけであろうと想定していたのであり、会期内休会が長くなるとは考えていなかった。

もっとも、休会任命の期間に限界がないわけではない。かつて訟務長官は、憲法1条5節4項を援用しながら、3日間必要であることを述べ

(26) *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 415 (1819).

(27) 134 S. Ct. at 2566–2567.

ていた。我々はこの見解に賛同する。この条項は、3日であれば立法業務に支障にならないと考えているわけであり、大統領の休会任命権を行使するに値しない期間なのである。

このことは、3日以上休みがあれば、大統領は休会任命を行使できるといっているわけではない。建国以来200年の歴史の中で、10日より短い会期内休会の最中に大統領が休会任命を行使した例は見当たらない。かつて、司法省法律顧問局 (Office of Legal Counsel: OLC) が非公式に6日間の会期内休会の間に休会任命を行うことに反対したこともある。これまでの例に見当たらないということは、そのような短い期間の休みには休会任命が必要とされなかったことを示している。

会期間休会の場合は10日より短い休みであっても、休会任命が行われてきた例がわずかながらある。トルーマン (Harry S. Truman) 大統領の場合は、3日間の会期間休会の間に休会任命が行われた例がある。しかし、そうした短期間の例は例外的事例である。

以上の慣行を考慮すると、3日以上であっても10日以下の休会は、休会条項の対象としては短すぎると推定される。ただし、緊急事態のような例外的場合には、そのような短い期間であっても休会任命が可能な場合もありうる。

したがって、休会には、会期間休会と会期内休会の両方が認められる。ただし、休会の期間が短すぎて下院の同意を必要としない場合、休会任命条項の対象とはならない。10日以内の休みは休会任命の対象としては短すぎるといえる。

6 happenの意味

次に問題となるのは、「上院の休会中に生じた欠員」(vacancies that may happen during the recess of the Senate)のhappenの意味についてである⁽²⁸⁾。これが、当該休会任命を行う休会の最中に起きた欠員のことを表す点については異論がない。問題は、前から生じている欠員についても休会任命することができるかどうかである。

(28) *Id.* at 2567–2573.

happenを文字通り読めば、その休会中に生じた欠員を指すことになるが、この文言はそのような解釈に限定されるわけではない。モンロー (James Monroe) 政権の司法長官ヴィルト (William Wirt) は、「休会中に生じた」空席だけでなく、「前の休会から生じている」空席を含めても、文言の意味を変えるわけではないと大統領に進言している⁽²⁹⁾。

そもそも休会任命条項の目的を考えると、広い解釈が可能であることを示していることがわかる。当該条項の目的は、上院が機能していないときに、大統領に部下を任命させられるようにすることである。これについてヴィルトは、狭く解してしまうとこの目的を大きく損ねてしまうと述べている。なぜなら、その休会中に生じた欠員だけに限定されると、前の休会に生じた欠員の状態がそのまま続いてしまう結果になるからである。

これに対してスカリア判事は、合衆国法典第5編3345条⁽³⁰⁾に基づく代行 (acting officer) や憲法2条3節に基づく連邦議会の特別召集が可能なことから、憲法起草者はそのような意図を持っていなかったと反論する。しかし、代行は正式に任命された者よりも権威がなく、大統領の任命権を損ねる可能性がある。

また、これまでの慣行をみても、建国の頃からずっと、広義の意味で解釈されてきた。前から続く欠員に対して休会任命を行った例はマディソン (James Madison) 大統領にまでさかのぼることができる。その後の大統領も広義の解釈に基づき、休会任命を継続してきたといえる。

一方、上院は当初広義の解釈に対して反発していた。1814年、ゴア (Christopher Gore) 上院議員は前の休会から生じている欠員に対しても休会任命を認めることは憲法の想定外であると発言している⁽³¹⁾。また、1863年の上院司法委員会の報告書では、欠員は会期が終わり、次の会期が始まるまでの間に生じた欠員を指すとしている⁽³²⁾。さらに1863年の賃金法⁽³³⁾では、上院の会期中に生じた欠員を補充するために、上院の休会

(29) 1 Op. Atty. Gen. 631, 631-632 (1823).

(30) 5 U.S.C. 3345.

(31) See 26 Annals of Cong. 653.

(32) See S. Rep. No. 80, 37th Cong., 3d Sess., p. 3.

中に任命された者は給料が支給されないと規定された。

しかし、1905年の上院の報告書では広義の解釈への反発をやめ、ウィルトの見解に近い立場をとった⁽³⁴⁾。また、1927年、会計検査院長は大統領が前から存在している欠員についても休会任命することができると記述している⁽³⁵⁾。

1940年になると、連邦議会は賃金法を修正し、会期終了前の13日間に生じた欠員の場合、会期終了時において指名がなされていた場合、会期終了前の13日間に上院によって指名が拒否された場合、当該欠員に対する休会任命についても報酬を支払うことになった⁽³⁶⁾。

以上のように、当該条項の文言は曖昧であることから、その目的や歴史的慣行を考慮すると、休会時に生じていた欠員すべてが対象になるといえる。

7 本件休会任命の合憲性

このように、会期内休会任命が認められ、以前から生じている欠員も休会任命の対象になるとしても、本件休会任命が休会中になされたといえるかどうかについて考えなければならない⁽³⁷⁾。オバマ大統領は、1月4日に本件で問題となっている者を任命しており、それは1月3日と1月6日のプロフォルマの間の休みの期間であった。そこで問題となるのが、その3日間を会期中とみなすのか、それとも休会中とみなすのかという点である。

上院が開いていると宣言すれば、それは上院の業務を行う能力があると考えられる。なぜなら、憲法は上院がいつどのように業務を行うかについて、広範な権限を上院に与えているからである。たとえば、憲法1条5節2項⁽³⁸⁾は上院に規則制定権を与えており、上院は会期日程を含む

⁽³³⁾ See Act of Feb. 9, 1863, § 2, 12 Stat. 646.

⁽³⁴⁾ See 1905 Senate Report, at 2.

⁽³⁵⁾ 7 Comp. Gen. 10, 11 (1927).

⁽³⁶⁾ Act of July 11, 1940, ch. 580, 54 Stat. 751 (codified, as amended, at 5 U.S.C. 5503).

⁽³⁷⁾ 134 S. Ct. at 2573-2577.

議事進行について広範な裁量を有している。

そのため、会期に関する上院の判断は尊重されなければならない。ただし、上院への敬議は無制約というわけではなく、上院が業務を行う実質的可能性がない場合は、たとえ上院が会期中と宣言していても会期中ということにはならない。その場合、上院は大統領の指名に対応できないからである。上院が業務を行っていないときにも政府の機能を維持させることが休会任命条項の目的であることから、上院が助言と同意を与える能力を有していない場合を会期として認めるわけにはいかない。したがって、上院が業務を行える状態で宣言する会期を会期中として認めることが妥当であると考ええる。

このように考えると、プロフォルマは会期に当たるといえる。第1に、上院は会期と宣言している。第2に、たとえ決議で業務を行わないとしても、プロフォルマの間、上院は業務を行える状態にある。プロフォルマの間であっても、上院は全員一致で決議すれば、業務を行うことができる。上院の規則は、出席議員が異議を唱えない限り、出席議員がいれば定足数を満たしていると推定している。したがって、プロフォルマの間業務を行わないと宣言していても、上院は議決することができるのである。

これに対して、訟務長官は、プロフォルマの間に上院が業務を行えるかどうかではなく、実際に行っているかどうかが問題だという。しかし、実際に行っているかどうかは法的問題として考慮する必要はない。そこまで司法が踏み込むことは司法による立法への介入となってしまうからである。

また、訟務長官はプロフォルマを会期として認めてしまうと大統領の休会任命権の行使を阻害すると主張する。しかし、上院がその気になれば休会しなけばいいだけの話であり、プロフォルマを会期として認めたからといって、権力分立に大きな支障をもたらすわけではない。

(38) 憲法1条5節2項「両議院は、各々その議事手続に関する規則を定め……ることができる」。『世界憲法集』・前掲注(10)56頁。

8 結論

スカリア判事は、憲法起草者の時代に返って解釈すべきだというが、しかし、ハミルトンが政府の活力を重視したように、憲法起草者は政府機能を重視する観点から休会任命条項を制定したはずであり、スカリア判事の解釈はこの目的を減殺してしまうものである⁽³⁹⁾。これについては、条文、目的、経験などに照らして憲法を解釈し、実際の政府慣行にも目を配って判断すべきである。

Ⅲ スカリア判事の同意意見

スカリア判事の同意意見は、結論こそ法廷意見と同じとなったが、その内容は法廷意見と対立する側面が強い⁽⁴⁰⁾。同意意見は、法廷意見が憲法条文の原意よりも最近の慣行を重視したことを批判しながら、会期内休会や前から生じていた欠員を休会任命の対象にすることはできないとするからである。以下は、スカリア判事の同意意見の概要である⁽⁴¹⁾。

1 会期内休会任命の問題

まず、休会任命の対象は、正式な会期の間の期間の休みなのか、それとも上院の会期中の休憩も入るのかという問題を考える⁽⁴²⁾。本件で問題となったような上院の会期中の休みは明らかに会期中であるため、休会任命の対象にならない。これと反対の法廷意見の見解は、憲法の条文や構造に矛盾するものである。

建国初期、口語における会期と休会はその意味が厳密に分かれていたわけではなく、会期は立法府の議員が業務のために集まる場合を指し、休会はその立法業務の中断を指していた。そのため、両者は連動的であったといえる。だが、会期という言葉の意味を考える場合、それは正

⁽³⁹⁾ 134 S. Ct. at 2577-2578.

⁽⁴⁰⁾ ロバーツ(John G. Roberts, Jr.)長官、 トーマス(Justice C. Thomas)判事、アリート(Samuel A. Alito, Jr.)判事が同調した。

⁽⁴¹⁾ 134 S. Ct. at 2592-2618 (Scalia, J., concurring).

⁽⁴²⁾ *Id.* at 2595-2606 (Scalia, J., concurring).

式な会期を指すのであり、休会は正式な会期と会期の間の休みでなければならない。

法廷意見のように、会期内休会まで休会任命の対象に入れてしまうと、休会とみなせるかどうかの期間を考えなければならないことになるが、その基準があるわけではない。また、その場合、大統領の休会任命権に対して、司法は限界を設けることができるのだろうか。法廷意見は執行府の慣行が指針になるとするが、ある大統領の自制が将来の大統領によって受け継がれるとは限らない。法廷意見のような司法の無謀な挑戦(judicial adventurism)は正しくない。休会任命の対象となる期間かどうかを判断する基準がないということは、もはや司法判断適合性に欠ける政治問題ということになる。

また、法廷意見は歴史的慣行が会期内休会を含むという解釈に強い援護(strong support)になるとしているが、たとえ休会任命条項の条文が不明確であっても、休会任命に関する慣行は法廷意見の解釈を援護することにはならない。まず、建国から1866年までの間、ほとんど会期内休会は行われなかったという事実がある。そして、1867年から1868年にかけてジョンソン(Andrew Johnson)大統領が会期内休会中に休会任命を初めて行ったが、この時期は再建期にあたり、大統領と議会の対立が激しかった時期であった。しかも、この時の休会任命を正当化する記録はほとんど存在しない。

それどころか、1901年には、ノックス司法長官が休会任命は会期間休会に限定されることを表明している⁽⁴³⁾。しかし、1905年に上院が会期内休会に対する反発を弱めたことから、司法長官も意見を変え、会期内休会も休会任命の対象になるとし始めた。

こうしてみると、会期内休会の休会任命は建国から130年ほど経つまでほとんどなく、しかもその数が増えたのは戦後になってからのことであった。ゆえに、歴史的慣行は法廷意見の解釈を援護することにはならないといえる。

(43) 23 Op. Atty. Gen. 599 (1901).

2 happenの解釈

つぎに、欠員は、その休会中に生じた欠員を指すのか、それとも前から続いている欠員を指すのかという問題を考える⁽⁴⁴⁾。

法廷意見も認めているように、文言に忠実に従えば、happenはまさにその休会に生じた欠員を指すことになる。これについて、前から存在している欠員も含まれると解して、大統領にあらゆる欠員補充権を与えてしまうことは不合理な解釈である。もし、そのような意味にするならば、条文が「すべての欠員」が対象となることを明示するはずである。なお、そのような解釈は、大統領の任命に対する上院のチェック機能を弱めることにもなり、適切でない。

また、憲法起草者の見解も、限定的な解釈であった。ランドルフ (Edmund Randolph) 司法長官はワシントン (George Washington) 大統領に、憲法は前から存在している欠員を休会で任命することを認めておらず、休会任命は上院の承認権の例外と考えるべきであるとの助言を行った⁽⁴⁵⁾。また、アダムズ (John Adams) 政権のリー (Charles Lee) 司法長官も同様の指摘をアダムズ大統領にしている⁽⁴⁶⁾。

これに対して法廷意見は、1823年のヴィルトの意見を持ち出している。ヴィルトは、文言通りに読むのではなく、憲法の目的にそって解釈すべきであるとした。しかし、憲法の条文を読むだけで十分その意味を解釈することができる。

また、法廷意見は代行があるのだから政府機能は弱まらないという見解に対して代行では権威がなく大統領の任命能力が弱まるというが、休会任命と代行とで大きな違いがあるわけではない。

法廷意見はこの問題についても歴史的慣行によって補強されるというが、ここでもそれに失敗している。当初、ワシントン、アダムズ、ジェファソン (Thomas Jefferson) はいずれも休会前から存在している欠員

(44) 134 S. Ct. at 2606-2617 (Scalia, J., concurring).

(45) See Opinion on Recess Appointments (July 7, 1792), in 24 Papers of Thomas Jefferson 165-166 (J. Catanzariti ed. 1990).

(46) Letter to George Washington (July 7, 1796), available at <http://founders.archives.gov/documents/Washington/99-01-02-00702>.

に対して休会任命を行わなかった。その後、1823年のヴィルトの意見が出るまで、そうした休会任命は控えられてきた。また、1863年の賃金法は上院の会期中に生じた欠員を補充するために休会任命された者に対しては報酬を払わないという法律ができています。これに対して法廷意見は1940年に賃金法が修正されてそれらの者にも支払われる場合が規定されたことを取り上げて、認められるようになったとするが、それはあくまで例外的要件を満たした場合であり、認められるようになったとはいえない。

その後、たしかに前から存在している欠員に対して休会任命がなされるようになったが、それは比較的最近のことであり、歴史的慣行はむしろ逆のことを示しているといえる。

3 結論

法廷意見は休会任命について憲法条文を裁判官が作成した新しいルールに置き換えた⁽⁴⁷⁾。上院は、大統領の広範な休会任命の運用に対してプロフォルマという奇妙な方法で対抗できるようになったわけであるが、それによって大統領の権限に十分対抗できるわけではない。なぜなら、上院がプロフォルマを否決すればその手段は使えないわけであり、また両院が一致しないときは大統領が休会にすることもできるからである。

もっとも、本件の本当の悲劇は休会任命権に限界を設けられなかったことに加え、司法がそれに関する奇抜なルールを設定したことである。統治に関する問題は、たいてい政治部門で対応していくことが多く、司法がそれに接する機会は多くない。それにもかかわらず、今回のようなルールを設定してしまったことは、大統領の権限集中を促進し、権力分立を弱めてしまうことになるだろう。

IV 考察

休会任命については、これまで政治部門間に対立・妥協を繰り返した

(47) 134 S. Ct. at 2617-2618 (Scalia, J., concurring).

がら憲法構築が行われてきた。ところが、近時の大統領と上院の対立の激化により、上級職公務員に対して上院が不同意または遅滞することが増えた結果、大統領は休会任命を多用するようになり、それに対して上院はプロフォルマで対抗するなど、泥仕合の様相を呈していた。そうした中、連邦最高裁が本件判断に踏み込んだことは、休会任命の射程をある程度明らかにしたという意味で、各政治アクターに予測可能性を提供することとなり、政治的停滞を少しでも改善する1つの機会を提供したといえるかもしれない。同時に、長年にわたって物議をかもしてきた会期内休会任命に正当性を与えたことで、司法が政治部門の憲法構築を後押ししたという側面もある。

しかしながら、司法が政治部門の憲法構築に口を挟むことには異論もありうるところであり、本件判決がほとんど取り上げなかった政治問題の法理や権力分立の問題がこの事案には潜んでいる。しかも、本件の内容を見ると、必ずしも司法は一枚岩ではなかったことがうかがえる。このように、本件には休会任命をめぐる様々な論点を内包しているため、以下では本件の分析を行うことにする。

1 法廷意見と同意意見の対立

本件は、全員一致の判断となっているが、休会任命に関する解釈については法廷意見と同意意見で意見が分かれており、事実上5対4の判断であったといえる⁽⁴⁸⁾。というのも、会期内休会任命を認めるか否か、欠員の射程を広げるか否かという重要な争点をめぐり、両者は異なる結論を出していたからである。そもそも両者はアプローチに違いがあり、ブライヤー判事率いる法廷意見が慣行を重視するアプローチをとったのに対し、スカリア判事率いる同意意見は原意主義に基づくアプローチをとった。その結果、法廷意見は会期内休会任命を認め、欠員の射程も広

(48) 全員一致の判断であるが、ブライヤー判事の法廷意見(ケネディ(Anthony M. Kennedy)判事、ギンズバーグ(Ruth B. Ginsburg)判事、ソトマイヨール(Sonia Sotomayor)判事、ケイガン(Elena Kagan)判事)と、スカリア判事の同意意見(ロバーツ長官、トーマス判事、アリート判事)とに分かれていたといえる。

く解釈したが、同意意見はそれと反対の結論に至った。これだけを見ると、法廷意見は本件休会任命を合憲とし、同意意見は本件休会任命を違憲とする形になりそうである。しかし、法廷意見は、プロフォルマを行っている以上会期中であり、10日より短い期間は休会に当たらないとして本件休会任命を無効としたため、結論において両者は異ならない構図となった。したがって、スカリア判事の同意意見は、事実上反対意見ともいえる結果同意意見ということになる。

ゆえに本件は、ブライヤー判事の積極的自由(active liberty)とスカリア判事の原意主義(originalism)という従来からの因縁的対立が正面から衝突した事案ともいえる⁽⁴⁹⁾。ブライヤー判事の積極的自由は、司法が時代に合った憲法上の権利を実現していくというアプローチであり、原意や条文をベースにするものの、それらに強く縛られることなく、社会状況や慣行等を考慮して判断するというスタンスをとる。一方、スカリア判事の原意主義は、司法は憲法に忠実でなければ民主的決定を覆すことはできず、憲法条文を中心とした憲法起草者の原意に基づいて解釈すべきというものである。

ブライヤー判事の解釈方法においても原意を参照することがあり、本件でも原意を参照していることからすると、一見両者の間には見た目ほど径庭がないように見えるが、しかし、条文の意味よりも目的を重視するという点において両者の解釈方法は袂を分かつことになる。ブライヤー判事は、上院の承認規定が大統領の任命権のチェックにあり、休会任命の規定が上院の休み中にも政府が継続することを目的としていたと解した上で、上院の任命をスルーしないような休会任命であれば認められるとし、そのような政治部門の慣行があるとして、会期内休会や以前から生じていた欠員を休会任命の対象にすることを認めた。

一方、スカリア判事は、休会という言葉は会期と会期の間の休みを指すことを意味するとして、条文をベースに出発する。そして、憲法起草

(49) それぞれのアプローチについては、大林啓吾・横大道聡「連邦最高裁判官と法解釈——スカリア判事とブライヤー判事の法解釈観——」帝京法学25巻2号157頁(2008年)参照。

者の見解や初期の慣行を振り返りながら会期内休会を否定し、欠員も当該休会で生じた欠員に限定されるとした。

そのため、本件における両者の対立は、条文の目的と意味のどちらを重視するか、初期の慣行(原意)とその後の慣行のどちらを重視するか、という点にあったといえるだろう。ただし、後者の問題に限っていえば、スカリア判事の立場は明快である。なぜなら、会期内休会や欠員の慣行は、初期の慣行(原意)、20世紀頃までの慣行、20世紀以降の慣行とに分かれており、いずれをもって慣行とみなすのが難しいが、原意に着目するスカリア判事のアプローチは初期だけを取り上げればいいので、明快なのである。これに対してブライヤー判事のアプローチは、20世紀以降の慣行を重視しているが、なぜ20世紀以降の慣行が重要なのかを説明する必要がある。

2 原意と慣行

ブライヤー判事は、歴史的慣行(historical practice)を見る必要があるとして、初期から現代まで概観した上で、近年の慣行を重視するというアプローチをとった。ブライヤー判事の見解を整理すると、次のように考えていたといえる。もともと、建国初期の頃は上院の休会期間が長く、その間に大統領が任命を行えないと政府機能に重大な支障が生じるおそれがあったことから本条項が設けられた。その後、上院の休会期間が短くなると、当時の意味での休会任命条項は必要なくなってしまった。だが、条文が存在する以上、大統領は政治的状況により任命が困難な場合に休会任命を活用するようになった。このように、憲法の意味は時代や社会の変化に応じて変わりうるものであり、現代における意味を探るために近時の慣行を参考にしたわけである。

しかしながら、時代に応じて憲法の意味の変化を認めることは憲法を外的事情に適応(constitutional exaptation)させるものであり、わずかな期間しか経過していないのに、それを肯定する解釈論を認めるべきではないという批判がある⁽⁵⁰⁾。そうした解釈論が妥当するかどうかについてはその推移を見守るべきであり、もし司法がそうした解釈を提示してしまったら、司法の権限を逸脱してしまうというのである。たしかに、連

邦最高裁は、基本的権利(fundamental rights)として認めるか否かを判断する際に、深く歴史に根差しているかどうかを物差しにしてきたことからすれば⁽⁵¹⁾、こうした外的対応が認められるためにはある程度の長期的慣行が必要といえるかもしれない。

会期内休会任命が頻繁に行われるようになってから半世紀あまり経過しているが、この期間をもって慣行といえるかどうかは微妙なところである。そもそも本件でいうところの慣行(practice)が何を指すかについては明らかではない。ブライヤー判事は歴史的慣行という言葉を用いていることから、期間の長さも考慮対象にしているといえるが、長さだけでいえば、会期間休会に限定されていた頃の方が長かったため、それだけでは正当化し難い。ブライヤー判事は、会期間休会に限定した当初の執行府の解釈に誤りがあるとして、その後の慣行が正当であるとしているが、そうなるとはや慣行の問題ではなく、法解釈の問題である。

また、政治部門の慣行は、長さのみならず、それ以外の正当性も重要である⁽⁵²⁾。すなわち、憲法条文に明らかに反していないか、当該機関はその問題に関する権限をどの程度有しているのか、他権はそれに対して承認しているかどうかなどである⁽⁵³⁾。実際、本件でも、法廷意見は欠員の射程につき上院の対応にも言及し、休会の判断については上院の裁量、休会任命については大統領の裁量としている。各機関の権限分配の問題は権力分立に関連する。

(50) Jay Wexler, *Has the Constitution Exacerbated the Crisis of Governance? Constitutional Exaptation, Political Dysfunction, and the Recess Appointments Clause*, 94 B.U.L. REV. 807 (2014); see also Michael C. Dorf, *Spandred or Frankenstein's Monster?, The Vices and Virtues of Retrofitting in American Law*, 54 WM. & MARY L. REV. 339 (2012).

(51) See *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

(52) この意味で、*Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 634-667 (1952) (Jackson, J., concurring)に近いといえる。

(53) 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, 412-414 (2008). ジョンセン(Dawn E. Johnsen)は、執行府の憲法解釈の正当性について、他権の承認が重要であるとしている。

3 権力分立上の問題

本件では法解釈方法の対立が中心的争点となったため、権力分立の問題が後景に退けられてしまった感がある。権力分立をめぐる問題といえば、形式主義(formalism)と機能主義(functionalism)の対立がしばしば取り上げられてきた。形式主義は、権力分立原理のうち権力の分割面を重視することから各機関の権限や専権領域を侵害する行為を違憲と考えるアプローチであるのに対し、機能主義は、抑制と均衡の関係を重視することから他権の核心部分を侵害しなければ違憲にはならないという柔軟なアプローチである⁽⁵⁴⁾。ターリー(Jonathan Turley)は休会任命をめぐる問題を権力分立の問題として捉えた上で、機能主義的なアプローチは行政国家の拡大に寄与している側面があるとし、大統領の休会任命権を拡大させるおそれがあるとする⁽⁵⁵⁾。ターリーによれば、権力分立の目的は権力が1つの機関に集中してしまうを防ぐことであり、それに対応できるようなアプローチをとらなければならないという。そのため、休会任命をめぐる問題は大統領の権限拡大を防ぐことが肝要であり、上院のプロフォルマはそれに歯止めをかける手段とみなすことができ、それは形式主義のみならず、抑制と均衡の関係を維持することにつながるので機能主義とも合致するとしている。

このように、休会任命をめぐる問題は権力分立の論点を含むものである。だが、法廷意見は、権力分立に部分的に触れているものの、最終的に休会該当性の判断に焦点を絞り、慣行に依拠しながら上院が実質的に機能しているかどうかに着目して判断したため⁽⁵⁶⁾、権限配分の問題よりも、慣行に基づく判断という法解釈方法の面がクローズアップされる結

(54) See Peter L. Strauss, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, 84 COLUM. L. REV. 573 (1984).

(55) Jonathan Turley, *Recess Appointments in the Age of Regulation*, 93 B.U.L. REV. 1523 (2013).

(56) この問題に関するアプローチ自体は機能主義的といえるが、権力分立でいうところの機能主義は核心を侵すか否かを問うものであるため、本件が明らかに機能主義的アプローチを用いたといえるかどうかは議論の余地がある。

果となった。

とはいえ、法廷意見、同意意見ともに権力分立の問題を忘れてしまったわけではない。両意見において、権力分立の問題は、判断結果が大統領を優位にするか、上院を優位するかという論点として登場している。同意意見は、法廷意見によって会期内休会任命が認められ、欠員の射程も広く認められていたことから、大統領の休会任命権を拡大させてしまい、権力分立上の問題が生じているとして批判している。これに対して法廷意見は、休会にするかどうかの判断を上院に認めたことから、同意意見のような懸念は生じないという。なぜなら、上院は好きな時に休会にできることから、大統領の休会を防ぎたいければ、プロフォルマなどを用いて休会にしなければいいだけのことと考えるからである。

しかしながら、法廷意見は、時の政治状況により、そうした対応ができなくなってしまうおそれを十分考慮していないようにも思える。上院において野党側が過半数を占めた場合、そもそもプロフォルマを実施できるかどうかかわからない。上院の日程は全員一致が原則で意見が分かれた場合には過半数の同意によって決定するが、プロフォルマを行うかどうかについても同様の手続が必要である。そのため、与党側が上院で過半数を獲得できなかった場合、プロフォルマに必要な同意を得られなくなる可能性がある。また、3日以上の上院の休会には下院の同意も必要なので⁽⁵⁷⁾、下院でどちらが過半数を握っているかにも左右される。

そうした事態を想定してか、ホワイトハウスの報道担当官アーネスト (Josh Earnest) は、本件に対するコメントで、判決には失望したが、ワシントン大統領以来行われてきた行為が認められたことは喜ばしいと述べている⁽⁵⁸⁾。

ただし、執行府はプロフォルマによって休会任命にストップをかけることはできないという見解を表明していたことからすると、本件によっ

(57) 憲法1条5節4項「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」。『世界憲法集』・前掲注1057頁。

(58) Adam Liptak, *Supreme Court Rebukes Obama on Right of Appointment*, N.Y. TIMES, June 27, 2014, at A1.

てプロフォルマを活用した休会防止策が認められたこと自体に対しては反感を持っているといえるだろう。2012年にOLCがプロフォルマに関して表明した憲法解釈によれば、上院は会期を継続的に行うことで大統領の休会任命を防ぐことができるが、プロフォルマは実質的には上院が機能していないにもかかわらず見せかけの会期を継続させるものであり、休会任命条項の目的を妨げるものであるとする。このような上院の対応は大統領の休会任命権を侵害するものであり、権力分立に反するとした⁽⁵⁹⁾。

もし上院が本気で休会任命を阻止したいのであれば、3日または10日以上休まないという方法をとることになるが、實際上、上院がそのような行為に出る可能性があるだろうか⁽⁶⁰⁾。ここ数年の上院の日程を見る限り、5日～10日単位の休みや約1か月の夏休みをとっている⁽⁶¹⁾。このような日程を維持しながら休会任命を阻止するのであれば、下院との政治的調整を行って3日以上休む同意を得た上で、それが10日以上に休みにならないようにすることになろう。下院の同意が得られない場合は、3日以上に休みをとらないようにすることになる。とくに、上院は8月から9月にかけて約1か月間休むことが慣行となっているので、これにつ

(59) Lawfulness of Recess Appointments During a Recess of the Senate Notwithstanding Periodic Pro Forma Sessions, 36 Op. O.L.C. 1 (2012), available at <http://www.justice.gov/olc/memoranda-opinions.html>.

(60) Michael Herz, *Abandoning Recess Appointments?: A Comment on Hartnett (and Others)*, 26 CARDOZO L. REV. 443, 459-460 (2005). あるいは、休会任命された者の任期は次の会期までであることから、会期を大幅に増やすことで、休会任命の期間を短縮するという対抗手段も考えられる。しかし、そのたびごとに休会任命されてしまえば意味がなく、有効な方法とはいえないだろう。

(61) Tentative 2014 Legislative Schedule, 113th Congress, 2nd Session, UNITED STATES SENATE, https://www.senate.gov/pagelayout/legislative/one_item_and_teasers/2014_schedule.htm, (last visited Oct. 12, 2014). たとえば、2014年は1週間単位の休みと1か月単位の休みをとっており、近時そのような傾向が続いている。なお、この上院のウェブサイトで過去の日程についても確認できる。

いてはプロフォルマを行って対応することになろう。ただし、プロフォルマは上院で過半数を獲得していないと認められない可能性もあることは上述した通りであり、上院が本気で休会任命を阻止しようとする場合でも、時の政治状況に大きく左右されざるをえないので、本判決をもってただちに上院が有利になったとはいえないように思われる。

このように、本件における権力分立の問題は、大統領に有利になるか、上院に有利になるかという点に絞られていたといえる。もっとも、法廷意見は、休会任命権の行使については大統領の裁量を認め、休会の認定については上院の裁量を認めたので、権力分立上の問題としては、それぞれの専権事項が尊重され、イーブンの関係が保たれたという見方もできるだろう。

4 政治問題の法理

権力分立の問題に関連して、そもそも本件は司法が取り扱うべき事案だったのかという問題もある。というのも、休会や休会任命をめぐる政治部門間の動向は、それ自体、きわめて政治性の強い問題である。また、休会の判断や休会任命の判断はそれぞれ上院と大統領の権限であることからすれば、政治問題に該当する可能性が十分ある。しかも、本件はもともと労働問題をめぐる問題であり、本件で休会任命の問題に踏み込まずに解決するという方法もあったように思われる。

実際、アミカスでは、本件は政治問題に当たるとの文書が提出されている⁽⁶²⁾。ところが、法廷意見はこの問題について一切触れないまま休会任命の有効性に関する判断を行った。一方、同意意見は、法廷意見のように会期内休会も休会任命の対象に入るとすると、休会に該当するかどうかの期間(休みの長さ)を明らかにしなければならなくなるが、その判断基準がない以上、それは本来政治問題に当たるものであると批判している。

ただし、同意意見の指摘はあくまで会期内休会と判断すると政治問題

(62) Brief for Petitioner at 7-29, *NLRB v. Noel Canning*, 133 S. Ct. 2861 (No. 12-1281); 2012 U.S. Briefs 1281; 2013 U.S. S. Ct. Briefs LEXIS 2513.

になりかねないとしているだけであって、本件自体が政治問題であるとは言っていない。つまり、法廷意見を批判するために部分的に政治問題を持ち出しているだけであり、本件自体については同意意見も実体判断を行っている。そのため、法廷意見および同意意見の両方とも、本件が政治問題に該当するとは考えていないといえる。

連邦最高裁は、21世紀に入ってから政治問題を適用しない傾向にあるので、本件でもそのスタンスが示されたと理解することもできる⁽⁶³⁾。あるいは、過去に休会任命をめぐる判決が連邦高裁レベルで3件⁽⁶⁴⁾あり、いずれも合憲としていたので、その意味で本件の原審が違憲としたことに対し、連邦最高裁として何らかの対応を示さなければならないと考えたという推測も働く。

また、本件では、執行府の憲法解釈をたびたび参照したことも特徴である。法廷意見、同意意見ともに、大統領の見解、司法長官の見解、OLCの見解に言及し、それを重視しているからである。法廷意見と同意意見の相違は、どの時代の誰の見解を重視するかの違いであり、この意味でも、本件が政治性の強い問題であったことがうかがえる。

5 後始末の問題

本件は、プロフォルマとプロフォルマの間に任命した行為が無効になるとしているのだから、実務に与える影響が大きい。なぜなら、本件で問題となった委員が判断した他の決定が無効になってしまう可能性が出てくるからである。ところが、法廷意見および同意意見ともに、本件判決の射程について何も言及していない⁽⁶⁵⁾。たとえば、本件の結果はどの決定に影響するか、あるいはその他の決定につきどのような法的救済が行われるべきかにつき、言及する方法があったように思われるが、何も語っていないのである。

(63) 大林啓吾「政治問題の法理のゆくえ」法学研究87巻2号197-248頁(2014年)。

(64) *United States v. Allocco*, 305 F.2d 704 (2d Cir. 1962); *United States v. Woodley*, 751 F.2d 1008 (9th Cir. 1985); *Evans*, 387 F.3d 1220.

問題となった3人の委員は、2012年1月～2013年8月までの任期(フリンは2012年7月まで)の間に400件以上の決定を行っているとする⁽⁶⁶⁾。そのため、これらの決定が無効であるとして、再審査を求める動きや裁判が起こされる可能性がある。

また、NLRBは、各地に地方局を置いており、実際にはその地方局で審査が行われることが多い。そして、地方局長(regional director)については、NLRBの同意に基づき、事務総長(General Counsel)が任命することになっている⁽⁶⁷⁾。任命プロセスにNLRBが関係している以上、本件が休会任命された委員を無効とするのであれば、NLRBの委員のみならず、地方局長の地位も問題が生じることになってくるのである。これについては、おそらく現在の委員会によって追認される形で解決されるのではないかと指摘されるが⁽⁶⁸⁾、連邦最高裁は本件の射程につき言及しておくべきであったと思われる。

6 New Process Steel, L.P. v. NLRB判決の意味

本件は事実上5対4に分かれていたわけだが、そのような構成に至った経緯をたどるには、New Process Steel, L.P. v. NLRB連邦最高裁判決⁽⁶⁹⁾が重要な鍵となる。この事件は、G・W・ブッシュ(George W. Bush)政権時に起きたものである⁽⁷⁰⁾。2007年末、NLRBは欠員が1名い

(65) *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#opinion (last visited Oct. 29, 2014). なお、口頭弁論では、連邦最高裁判事が会社側代理人に対して質問する場面で、違憲となった場合にどこまで法的効果が波及するかについての問題が取り上げられている。

(66) Melanie Trotman, *Supreme Court Ruling Forces NLRB to Scramble to Revisit Cases*, WALL ST. J., June 26, 2014.

(67) See 20 FR 2175 (1955).

(68) Randall Schmitz, *NLRB v. Noel Canning: Another Setback for the NLRB*, IDAHO BUSSINESS REV. COM. (Sep. 9, 2014), <http://idahobusinessreview.com/2014/09/10/nlr-b-v-noel-canning-another-setback-for-the-nlr-b/>.

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

たため、4名で委員会を構成していたが、年末に休会任命された2名の期限が切れることとなり、2名しか残らないことになった。連邦法は、委員会は5名で構成され、3名が定足数であるとするが、委員会は3名以上のメンバーに権限を委ねることができるとし、その場合は2名が定足数になるとしている。そこで、委員会は2名の期限が切れる前に残された2名と期限が切れる1名の計3名に権限を委任し、2008年以降は2名の定足数で対応できるようにした(2010年3月の休会任命によって補充されるまで)。そのため、2名しかいない委員会では2名で定足数を満たすことにならないとして、委員会の決定に対して不服のある会社が訴えを提起した。

スティーブンス(John P. Stevens)判事の法廷意見は、委任規定は3名いる状態で2名の定足数を認めるとしているのであって、2名しかいない状態ではこれに該当しないとして、原審に差し戻した⁽⁷¹⁾。そして差戻審では、適切な定足数を満たす委員会で再度決定を受けるべきとの判断を下した。

一方、ケネディ判事の反対意見は、委任規定の目的は何か問題が生じたときにも効果的に対応できるようにしたものであり、委任された委員会が3名を維持し続けることまで要求していないとした⁽⁷²⁾。また、2名の状態で決定した数は600以上にのぼり、この処理をどうするのかという点にも言及している。

このように、本件の法廷意見のメンバーとNew Process Steel, L.P. v. NLRB判決のメンバーを見ると、その間に辞任したスティーブンス判事を除き、相関関係を維持している(次々頁の表を参照)。つまり、New Process Steel, L.P. v. NLRB判決の法廷意見のメンバーがNLRB v. Noel Canning判決では同意意見となり、New Process Steel, L.P. v. NLRB判

(70) なお、この事件とは関係ないが、G・W・ブッシュ政権時においても、大統領の休会任命に対して立法府はしばしば反発していた。Karen Balderama, *Developments in the Executive Branch: Controversy Surrounds Re-cess Appointment of Head of ICE*, 20 GEO. IMMIGR. L.J. 329 (2006)。

(71) ロバーツ長官、スカリア判事、トーマス判事、アリート判事が同調した。

(72) ギンズバーグ判事、ブライヤー判事、ソトマイヨール判事が同調した。

決の反対意見がNLRB v. Noel Canning判決の法廷意見のメンバーとなっている。そして、スティーブンス判事の後任に就いたケイガン判事が、スティーブンス判事と異なる立場に組したことから、NLRB v. Noel Canning判決ではNew Process Steel, L.P. v. NLRB判決の法廷意見と反対意見が入れ替わる形となったのである。

こうしてみると、New Process Steel, L.P. v. NLRB判決がNLRB v. Noel Canning判決におけるブライヤー判事とスカリア判事の前哨戦となっており、ケイガン判事が本件の帰趨を左右したといえる。ブライヤー判事とスカリア判事がNew Process Steel, L.P. v. NLRB判決で法廷意見や個別意見を書いているわけではないが、解釈手法としては法廷意見が硬直的(定足数について厳格)、反対意見が機能的(実効的な対応)であり、ブライヤー判事とスカリア判事それぞれの特徴が法廷意見と反対意見のそれぞれとマッチしている。

とりわけ、会期内休会の合憲性が争われたEvans連邦高裁判決において連邦最高裁が裁量上訴を拒否した際に、スティーブンス判事が政治問題に当たる可能性を指摘していたことを踏まえると、スティーブンス判事がいたらNLRB v. Noel Canning判決の法廷意見に加わらなかった可能性がある⁽⁷³⁾。しかも、ケイガンは、New Process Steel, L.P. v. NLRB判決(2010年3月23日に口頭弁論～同年6月17日に判決)の係争中に訟務長官を務めており(2009年3月19日～2010年5月17日)、重複している時期があることに加え、判決では2人で委員会を構成していた際に600件ものケースを判断したことを述べる際にケイガン訟務長官がまとめた報告書が引用されている⁽⁷⁴⁾。とすれば、ケイガンはNLRBの定足数が問題となったという意味で類似の事件に関与していた可能性があったにもかか

(73) もっとも、NLRB v. Noel Canning判決の同意意見は会期内休会を認める
と判断基準が不明確であることから政治問題に該当する可能性を示唆して
いるが、実体判断は行っていることから、司法判断適合性の問題につきス
ティーブンス判事が同意意見にも加わらない可能性もある。

(74) 560 U.S. at 678. 判決は次のように引用している。「See Letter from Elena
Kagan, Solicitor General, to William K. Suter, Clerk of Court (Apr. 26,
2010).」。

ならず、NLRB v. Noel Canning判決の判断に加わったということになり、自覚的に判決のゆくえを左右する役割を果たしたとみることもできる。こうしてみると、スティーブンス判事からケイガン判事に代わったことは、NLRB v. Noel Canning判決の法廷意見を構成する上できわめて重要だったといえよう。

また、New Process Steel, L.P. v. NLRB判決は、本件の後始末問題にも示唆する点を含んでいる。なぜなら、反対意見が処理の問題に言及し、差戻審はNLRBで再審査を受けるように指示したからである。本件の判断結果についても、こうした対応がなされることを想定していたとも考えられよう。

New Process Steel, L.P. v. NLRB判決とNLRB v. Noel Canning判決における判事の構成を表した表

*○は法廷意見執筆者、●は反対意見執筆者、△は同意意見執筆者

	法廷意見	反対意見
New Process Steel, L.P. v. NLRB	○Stevens Roberts <u>Scalia</u> Thomas Alito	●Kennedy Ginsburg <u>Breyer</u> Sotomayor
	法廷意見	同意意見
NLRB v. Noel Canning	○ <u>Breyer</u> Kagan Kennedy Ginsburg Sotomayor	△ <u>Scalia</u> Roberts Thomas Alito

7 代行による対応？

法廷意見は、休会任命をある程度広く認めなければ、継続的な政府が機能しなくなるとしているのに対し、スカリア判事は代行(acting officer)で対応できるのであるから、そのように広く解釈する必要はないとしている。

近時、大統領と上院が衝突する場面が増えるにつれ、重要なポストについて上院の承認を得られないことが多くなり、空席が目立つようになってきている。そのため、多くのポストには代行が就いている。

代行については、連邦法に定めがある。PASポジションに欠員が生じた際、次席の者が一定期間(210日間)⁽⁷⁵⁾一時的にその任務を代行す

る⁽⁷⁶⁾。ただし、大統領はPASポジションの者にその任務を行わせることもできる⁽⁷⁷⁾。あるいは、大統領は、欠員が生じてから1年の間、少なくとも90日間当該機関で職務に就いていた者をその任務にあてることができる。なお、政権が変わった場合、新政権が始まってから60日の間に生じた欠員については210日の期間は、政権交代後90日が過ぎてから起算される⁽⁷⁸⁾。欠員補充については他の法律や休会任命がなされる場合等を除き、この方法で行われなければならない⁽⁷⁹⁾。

したがって、法律上は、空席が生じた場合は代行で対応するのが一般的な方法であるとしており、スカリア判事はそれを念頭に置いているといえよう。問題は、休会任命と代行の違いである。休会任命は次の会期の終了まで任期があるので、両者の任期には違いが出てくるが⁽⁸⁰⁾、権限については大きな違いは見られない。そのため、その権威に違いがあるかどうかが主な問題となる。法律は代行を一般的方法とみなしている感があり、欠員補充については代行の方が正常なルートであるという見方もある。しかし、休会任命は憲法が認める方法である以上、法律上の制度である代行によって代わりになりうるだろうか。憲法が政府の継続性のために休会任命を広く認めているという解釈に対し、代行という別の制度をもって休会任命の射程を限定することは憲法の規範的要請に対して記述的に対応する試みであり、やや問題がずれているように思える。

(75) 5 U.S.C. 3346.

(76) 5 U.S.C. 3345 (a).(1).

(77) 5 U.S.C. 3345 (a).(2).

(78) 5 U.S.C. 3349a.

(79) 5 U.S.C. 3347.

(80) Anne Joseph O'Connell, *Vacant Offices: Delays in Staffing Top Agency Positions*, 82 S. CAL. L. REV. 913, 934 (2009). そのため、大統領は、政権の時期や政治状況などのタイミングを考慮して、休会任命と代行を使い分けることが予想される。

後序

本件は、会期内休会任命は可能なのか、以前から存在している欠員についても休会任命できるのかといった、長年曖昧にされてきた休会任命の問題に一定の解決を行ったといえる⁽⁸¹⁾。政治問題とされても不思議ではないこの問題につき、司法が判断に踏み込んだのは、近時の司法優越主義⁽⁸²⁾の他に、事案の特性と司法の思惑があったように思われる。事案の特性とは、休会任命の拡大は任命条項の趣旨(上院のチェック)に反することから、どこかで歯止めをかけなければならない反面、会期内休会任命を無効としてしまうと大きな混乱が生じるおそれがあることから、最近になって登場したプロフォルマに光を当てて限定的な歯止めをかけたということである。すなわち、会期内休会任命を認めつつ、10日以内の休みは原則として休会にならないという限定をつけることで休会任命に一定の歯止めをかけたわけである。司法の思惑とは、これまで休会任命された判事の正当性に疑義を呈する議論があったことへの対応である。とくに、休会任命の期限が切れた後、上院の承認が得られなかった場合には、当該判事の正当性が弱いという批判があった⁽⁸³⁾。そのため、会期内休会中に任命された判事の正当性が疑われる前に、本件において

(81) Matthew R. Leffler, *Recess Isn't Always Fun and Games: Recess Appointments and the Supreme Court*, WIS. EMPLOYMENT L. LETTER AUGUST, 2014, VOL. 23, ISSUE 8 (Aug. 1, 2014), available at http://www.lexis.com/research/retrieve?cc=&pushme=1&tmpFBSEL=all&totaldocs=&taggedDocs=&toggleValue=&numDocsChked=0&prefFBSEL=0&delformat=XCITE&fpDocs=&fpNodeId=&fpCiteReq=&expNewLead=id%3D%22expandedNewLead%22&fpSetup=0&brand=&_m=ef2b09237d005f26ffce3f9523661c3d&docnum=9&_fmtstr=FULL&_startdoc=1&wchp=dGLzVzt-zSkAA&_md5=b2aa5d5a928a99319c162e6d8c2ff98a&focBudTerms=nlr+b.v.+canning&focBudSel=all.

(82) 司法優越主義とは、司法が憲法解釈の最終的権威であると考ええる見解である。これについては、大林啓吾「ディパートメンタリズムと司法優越主義——憲法解釈の最終的権威をめぐる——」帝京法学25巻2号103頁(2008年)参照。

会期内休会任命の合憲性を認めることで、休会任命された判事の正当性の問題に蓋をしたと思われる。

本件では、原意と慣行をめぐって法廷意見と同意意見が対立し、直近の慣行を重視する側が法廷意見を構成したので、一見すると原意主義の敗北のようにみえるかもしれない。しかし、ブライヤー判事も休会任命の意味を明らかにする際に原意に言及しており、原意の意義を否定しているわけではない。ただ、それが憲法判断を行う唯一の要素ではないとしているだけである。また、スカリア判事も原意を重視するものの、慣行を参考にしながら休会任命の意味を明らかにしている。こうしてみると、そもそも原意主義とは何なのかという問いは本件をもってしても解決しておらず、近時の原意主義をめぐる論争はなお続くといえよう⁽⁸⁴⁾。

また、本件は、統治機構の問題であり、当然ながら権力分立の問題でもある。G・W・ブッシュ政権頃から休会任命をめぐる問題が激しくなったのは、G・W・ブッシュ大統領が単独主義的な行動を行ったことに加え、その3年ほど前に大統領の任命権に限定をかける連邦欠員改革法(Federal Vacancies Reform Act of 1998)⁽⁸⁵⁾が成立していたことも影響しているともいえる⁽⁸⁶⁾。ゆえに、大統領の休会任命権と上院の承認権の対立という側面があることは言うまでもない。さらにこの問題には、行政

(83) とりわけ、休会任命後、正式に指名されたが上院の承認が得られなかった判事の正当性については従来から物議をかもしてきた。See, e.g., Thomas A. Curtis, *Recess Appointments to Article III Courts: The Use of Historical Practice in Constitutional Interpretation*, 84 COLUM. L. REV. 1758 (1984); William Ty Mayton, *Recess Appointments and an Independent Judiciary*, 20 CONST. COMMENTARY 515 (2004); Edward A. Hartnett, *Recess Appointments of Article III Judges: Three Constitutional Questions*, 26 CARDOZO L. REV. 377 (2005).

(84) See, e.g., Symposium: The New Originalism in Constitutional Law, 82 FORDHAM L. REV. 371 (2013).

(85) 5 U.S.C. 3345-3349.

(86) Joshua L. Stayn, *Vacant Reform: Why the Federal Vacancies Reform Act of 1998 Is Unconstitutional*, 50 DUKE L.J. 1511 (2001). この法律については権力分立違反なのではないかという議論があった。

国家の統制という原理的な権力分立の問題もある。行政機関の上級職の任命に関する上院の承認権は行政機関の拡大防止の側面があり、休会任命をめぐる問題は行政国家をめぐる権力分立上の問題につながっているからである⁽⁸⁷⁾。

しかし、法廷意見、同意意見ともに、権力分立の原理的問題には触れず、大統領と上院のどちらが優位になるかという実際上の権力ゲームとして取り上げている。たしかに、休会任命は権力ゲームの一環という側面があるが、それは同時に各機関の憲法解釈に関する思惑を秘めた人事ゲームとして、あるいは各判事の憲法解釈方法論をめぐるケースとして展開することもあり⁽⁸⁸⁾、シングルゲームだけでは語りつくせないものである⁽⁸⁹⁾。本件はまさに休会任命をめぐるゲームが複数にまたがっていることを示した好例といえよう。*

(87) *Developments in the Law—Presidential Authority*, 125 HARV. L. REV. 2057 (2012).

(88) これについては、大林啓吾『『憲法解釈をめぐる人事』と『人事をめぐる憲法解釈』——アメリカの憲法実践から』法律時報86巻8号36頁(2014年)。

(89) Jamal Greene, *The Supreme Court as a Constitutional Court*, 128 HARV. L. REV. 124 (2014). また、アメリカが付随的違憲審査制をとっているがゆえに、本件のように違憲判決の射程の問題等が生じてしまうとして、本件は司法制度の再考を迫るものであるという指摘もある。

*なお、本稿で取り上げた判例については、合衆国最高裁判例研究会(2014年10月11日(土)於学習院大学)にて報告する機会をいただいた。研究会でコメントをいただいた諸先生に厚く御礼を申し上げる。I also wish to thank Richard S. Beth, Specialist on Congress and the Legislative Process, Congressional Research Service, for his kindness reply to my question about pro forma procedure by e-mail.