

法律を執行しない大統領の権限

——法誠実執行配慮条項との関係——

富 井 幸 雄

制定法を厳格に遵守することは紛れもなく善良な市民の高次の義務の一つである。しかしそれは最高次ではない。

——トマス・ジェファソン⁽¹⁾

われわれは今日、大統領による行政の時代に生活している。

——ケーガン最高裁判事⁽²⁾

- 一 はじめに
 - 二 法誠実執行配慮条項 (Take Care Clause (TCC))
 - 1 規範的性格
 - 2 TCCでの「法」
 - 3 法律を執行することとしての刑事訴追権
 - 4 単一執行権 (Unitary Executive)
 - 5 小 括
- 法律を執行しない大統領の権限 (富井)

三 違憲な立法を無視する大統領権限

- 1 大統領の違憲法律の不執行
- 2 違憲を理由とする法不執行は合憲か——理論と実務
- 3 権力分立

四 行政法不執行の執行裁量

- 1 授権法の解釈と不執行
 - 2 移民法の不履行
 - 3 不執行の裁判的履行
 - 4 大統領の行政法の不執行の許容性
- 五 むすびにかえて

一 はじめに

日本国憲法六五条の「行政権」(執行権)がいかように定義されようとも、その作用として法律を執行する要素は否定されるものではない。⁽⁴⁾ その七三条は、「行政権」たる内閣は「法律を誠実に執行」するとしている。「執行」とは法典にある法規範を現実化することである。⁽⁵⁾

その執行権にあつて法律をあえて執行しないことができるか。その局面には、執行権が、その議会の制定法を違憲と考え執行すれば違憲の状態を創出することになると判断する場合と、執行権のより高次の政策目的から法律を執行しない場合、の二つが考えられる。どちらの場合も議会との対峙は必至で、立法権と執行権の間に緊張や争いが生じ

るし、司法的解決が求められることもある。法の不執行は権力分立の問題である。

違憲の法律でも執行しなければならぬかは慎重を要する。一般に、最高裁が違憲と判断しない限り、法不執行の選択はあり得ず、内閣が違憲と考えれば当該法律を改正する案を出すことが求められると説明される。⁽⁶⁾ もっとも、日本国憲法の解釈においてなぜ国会の憲法判断が内閣より優先するのか、憲法上の根拠は不明である。三権分立が三権の対等を原理としており、また、内閣（執行権）もルーティンとして一次的に憲法を解釈して国政に当たっているのであるから、憲法を解釈する権限はある。これは最高裁の憲法判断が内閣の解釈に優越するといえる憲法上の根拠は何なのかの疑問も生む。⁽⁷⁾ ただ、議院内閣制のわが国にあっては、内閣と国会は同一の部分が多いので、問題になることは想定しにくい。行政法の次元では執行権の政策的次元で法律を執行しないことが、執行権の裁量（executive discretion）として認められるかの問題となる。⁽⁸⁾

執行権と立法権を厳格に分離しているアメリカにあっては、二つのいずれの局面も執行権の法不執行は鮮明な権力分立の憲法問題となる。アメリカ憲法にも日本国憲法七三条一号のような、執行権の権限とも責務ともとれるような規定がある。執行権たる「大統領は法律が誠実に執行されるように配慮（take care that the Laws be faithfully executed）」するとの法誠実執行配慮条項（Take Care Clause（TCC））である。⁽⁹⁾ これを義務規定だとみれば、大統領は法律を一義的に執行しなければならず、不執行は原則違憲となる⁽¹⁰⁾。しかし、違憲な法律までも執行しなければならぬのか、また多くの行政法は裁量を認めており、その選択として不執行も認められないのか、の疑問は残る。大統領は別途、「大統領の職務を誠実に執行し、アメリカ憲法を維持し、防御し、擁護することを厳粛に誓う」と宣誓することを憲法上求められている（Oath Clause（OC））からである。⁽¹¹⁾ OCは法律の誠実執行は求めておらず、高次の憲

法の擁護を、少なくとも文言上は、根本の職務としている。執行あるいは行政において現実に立法を適用する局面で、法不執行となっても合理的と判断されることはあるだろう。大統領には法が定める事実の認定と処分選択で自らの権能に基づいた合理的な判断が許されてよかるう。「憲法は大統領にロボットたるべしと要求したのではない」⁽¹²⁾。

筆者は、大統領は憲法上、執行権を有するとの規定 (Vesting Clause (VC)) から、外交などの安全保障に広範な権限を認められていると理解した⁽¹³⁾。大統領の法不執行は現実に多用される。オバマ大統領は移民法の執行を自らの判断で猶予する計画、いわゆる D A C A (Deferred Action for Childhood Arrivals) を立ち上げ、移民政策には一定の成果はあるものの、州の負担を重くさせることから提訴されており、大統領の法不執行が問題になっている⁽¹⁴⁾。二〇一二年五月、オバマは国土安全保障省 (DHS) に対して一定の無書類の移民 (undocumented immigrant) に対する強制退去の訴えを提起させない政策を出している⁽¹⁵⁾。その前のブッシュ43 (第四三代大統領で息子の方) も含めて、大統領の法の不執行はアメリカ政治の中心をしめるようになり、大統領は有権者の機嫌取りにそうすることもあって、執行権による法の不執行は政策形成能力を議会から執行権に移行させつつある⁽¹⁷⁾。

本稿は、こうした大統領の法不執行が憲法とりわけ TCC に反しないかを考察する⁽¹⁸⁾。まず、TCC がいかなる規範であるのか、どのような解釈問題があるのか、スケッチする。次に大統領の法不執行には大統領が当該制定法を執行することがふさわしくない (unjustified) と判断するシーンが主に二つあり、それらを個別に検討する⁽¹⁹⁾。第一は憲法解釈にかかわらず、大統領が当該制定法を違憲と考える場合である。第二は政策的見地から、制定法が示す議会の指示に従うことが、かえって議会の意図したことに反してしまったり、法執行の必要がなくなったり、さらに法適用の局面では執行することがかえって公益に反するといったような場合、大統領の判断で不執行とするのである。こうしたこ

とがTCCに反さないのか、認められるとするならその憲法的根拠は何かを考える。

アメリカ憲法では最高裁が法律の違憲性を究極的に判断し、他の政治機関はこれに服するものとされる。しかし、立法権、執行権、司法権の三権は対等で、それぞれが憲法を実現していくのであるから、それぞれに独立した憲法解釈権が内包される。最高裁の憲法解釈が常に正しいとしてアンタッチャブルにするいわれはどこにあるというのか。むしろ三権の間の憲法的対話が憲法の意味を豊かにし、正しい方向に持つていく。執行権たる大統領が法を執行しない政策あるいは権限が憲法上正当化される前提は、憲法解釈権は三権それぞれで尊重されなければならず、そのダイナミックな対話が憲法の意味を覚醒していくとの哲学である。これは政治レヴェルで憲法の意味を形成していくことの正当化にもつながる。⁽²⁰⁾

アメリカ憲法の権力分立システムでは、執行権の憲法解釈が他の二権と対立を生む局面は四つ考えられる。⁽²¹⁾ 第一が憲法に規定している大統領の恩赦権 (Pardon) と立法拒否権 (Veto) の行使である。⁽²²⁾ 第二が司法判断のない中で、あるいは司法が判断しなかった状況で、大統領は違憲と考える制定法を執行しない (non execution)。第三が、執行権の法原理だと裁判所が判示したことを黙認しないことである (non acquiescence)。第四が、特定の判例を含む裁判所の判断を執行しないことである。TCCは第二から第四の場合で問題となりうるが、本稿は制定法の不執行で大統領と議会が対立する局面を意識する。議会は必要適切条項 (Necessary and Proper Clause) で広範な立法権を有し、大統領がこれを執行する立憲構造にあつて、両者は密接に関係し、制定法は大統領に執行してもらつてのみ、議会が意図した状態が惹起されるのであるから、大統領の法不執行はこうした立憲構造からも重大な関心となる。⁽²³⁾

法の支配 (Rule of Law) の原理に忠実であれば、一般に、執行権が法律を執行しないことなどあつてはなるまい。

議会が法律を制定しこれを執行するのが大統領（執行権）であるとの図式は、なるほど立憲主義の基本である。しかし、法の支配での「法」が制定法のみを指すのではなく憲法や高次の法を意味するとの一般的な理解からすれば、制定法が「法」に反する場合、そうした制定法の執行を拒否するのは法の支配にかなうことになる。法の支配は表面的な（thin）法の管理という手続的要請だけでなく、法の公平性という重厚な（thick）実体的要請をも含む。⁽²⁴⁾ 議会のみが法律を制定できるのは揺るがないとしても、何が法であるか、あるいは何が憲法の意味であるのかの判断権は立法権あるいは司法権が独占するとの憲法解釈は出てこない。権力分立に当てはめて、立法権は議会独占だとしても、立憲主義にとつていかなる法の執行のあり方が不執行も含めて適切かの判断は、執行権に留保されているとみることは許されよう。

権力分立は歴史的に抑制と均衡の原理とされ、一つの権力が暴走し立憲政治を独占することがないようにするシステムで、「抑制された権力分立（checked separation of powers）」（P. Shane）である。⁽²⁵⁾ 権力分立には三権をカテゴリーカルにとらえるものと、この抑制された権力分立ととらえる二つのアプローチがあり、その違いは執行権が法の支配に忠実であることを促進する政府構造の容量にあつて、カテゴリーカルなアプローチは執行権の法適合性をむしろ覆すもので、後者のとらえ方が人口に膾炙しているとする。⁽²⁷⁾ 要は、権力分立論は現実の政府実務を単に不完全に予測しうるものでしかないことである。⁽²⁸⁾

二 法誠実執行配慮条項 (Take Care Clause (TCC))

1 規範的性格

(1) TCCは義務規定

TCCは権力分立の規定である。⁽²⁹⁾ 大統領が法律を執行するのであって、裁判所や議会ではないということだ。それは、大統領は法律を作つてはいけないことを意味する。⁽³⁰⁾ なお、TCCは大統領が法律を執行するとは規定しておらず、法律が誠実に執行されているかに注意するとしている。⁽³¹⁾ このTCCが大統領の権限を具体的に規定したものか、執行権の属性を述べたものかは、はっきりしない。そもそも、大統領を規定する憲法二条は、大統領の権限がどこまでかは明確にしていない。同条一節 (Vesting Clause (VC)) は「執行権は大統領に属する」とするものの、その執行権の本身は規定していない。VCは権力分立の規定として大統領職の根拠規定であるけれども、執行権が何を指すかは書かれていない。VCは、制憲当時の執行官任命や国王の植民地への権限付与などの文書の様式からすれば、指定 (designation) 規定にとどまり、それは憲法一条の議会の構成と同じとされて、符合すると指摘される。⁽³²⁾

執行権は文字通り法律を機能させる権限を持つこと (having the power to put in act the laws) であり、これを大統領の権限とするのがVCで、憲法二条はこれ以外に条約締結権などのいくつかの権限規定に加えて、包括的なTCCを置くけれども、これは大統領が法律を執行する権限を持つことを前提としている。⁽³³⁾ 憲法は二条一節のVCでまず執行権を承認し、以降の条項で特別の制限がなければその執行権の承認に付随する一般的原理を特定し、さらに演

「釋的に外交政策の指導が執行権作用 (executive function) とされる構造的解釈に基づく」⁽³⁴⁾。

V Cは、執行権は大統領に属するとし、その他のいくつかの機関とはしていないから、執行権の機関であればそれは大統領の執行権を行う形となるので、大統領の下の執行権一元と読むのが素直であろう。⁽³⁵⁾ この解釈はT C Cを読めばすんなり受け入れられよう。だから、大統領は法律が誠実に執行されているのに配慮するのである。T C Cはそれが権限である限り義務と読めるけれども、その義務は大統領のものであって何らかの義務を伴うことから、一定の権限を認めた規定とも読める。⁽³⁶⁾ なお執行権一元論には議論がある(後述)。

大統領の権限として特別に規定する条項がV Cの後に続く。上院の承認を必要とするけれども、条約締結権や上級政府職員任命権、さらに意見申述権などである。この並びでT C Cがあるわけで、そう考えれば法誠実執行配慮は大統領の権限であるとも解されよう。一体、T C Cはどう読むべきなのか。大統領の権限を規定したもののなか、あるいは法的規範力はなく、大統領の心構えのようなものを述べたにとどまるのか。権限ではなく義務と読む見方もあり、なるほど二条二節二項の人事権のように具体的権限を付与する規定とは別様に規定されているから、権限とは読めないともいえる。⁽³⁷⁾

大統領を規定する憲法二条は、一節で執行権が大統領に属すると規定し、二節で大統領は最高司令官であるとし、権限を規定したあと、三節で議会に報告するなどの義務とともに、T C Cが規定される。二節が“shall have power”としているのに対し、三節にはpowerの語は出てこない。議会報告義務も“shall……give to the Congress information of the state”⁽³⁸⁾、T C Cが“shall take Care that the Laws be faithfully executed”⁽³⁹⁾、義務を列挙する形となっている。shallではなくmayで規定する唯一の条項が、三節の非常事態での議会招集の大統領権限であ

る。憲法は義務と権限を区別しているのであり、TCCは義務規定であると文理解釈できる。判例もTCCは義務規定であるとする⁽³⁹⁾。TCCのこの点の解釈には不確定な部分があるのは否定できない。しかし、制憲者意思も斟酌すると、TCCは大統領に法執行権限を付与するというよりも、法を制定できないことと、英国王のような法執行を停止させるような大権は認められないとの限界を画したものと見えるから、義務の規定と読むのが基本となろう⁽⁴⁰⁾。

制憲者に従って、VCを執行権の一般承認規定と読めば、TCCはその行使の要件としての義務を課した規定と読むのが通りやすいし、それが制憲者の意思だとされる⁽⁴¹⁾。コモンローでは執行権は法の執行以上のもので裁量が認められている(Blackstone)とし、独立戦争時の連合会議では執行権への不信が優勢であったが、制憲会議では強い執行権が指向される。憲法一条の原案は、Gouverneur MorrisとJames Wilsonによって、執行権は「国家法を執行する権限(power to carry into execution the national laws)」と起草された後、詳細委員会(Committee of Detail)で現在のVCとTCCに分けて規定されることとなった。TCCには、ジェームス二世のような大権にまつわる停止権を大統領には濫用させないとの意図があったけれども、制憲者はTCCを大統領の拘束衣(straitjacket)とは理解しなかった。こうした制憲プロセスでの変遷は、制憲者が法執行に大統領の裁量を認めていた証左になりうるであろう。

権力分立は厳格な分離ではなく融合の部分がある。立法権は議会に属するものの、大統領はしっかりと立法過程に組み込まれている。法律は大統領が署名しなければ成立せず、不満であれば拒否権を行使できる(一条七節二項)。大統領は法案や議案を提出することはできないけれども、議会に対して情報を提供し、必要かつ適切と自らを考える施策を審議するように勧告する(二条三節)。ただ、いったん合憲的に有効に成立した制定法には従わなければならない、執行権に作為義務を要求する制定法においてもしかりである⁽⁴²⁾。

(2) 裁量的と事務的

ではTCCは、制定法には常に法的拘束力が認められ、これをいつでも執行しなければならない義務を執行権に課したのであろうか。

制憲当初のマーベリ事件は、執行権の機関の長の行為が司法審査されうるかは問題となっている行為の性質によるとし、それには二つのタイプがあつて、第一のタイプは審査できないとした判例である。⁽⁴³⁾ 第一のタイプは、長が政治的もしくは秘密のエージェントであり、単に大統領の意思を執行する、「もしくはむしろ、執行権が憲法上あるいは法律上裁量を有している場合に行動するとき、政治的にのみ検証できるということ以上に完全に明確なもの存在しない」ものである。第二のタイプは、執行権が立法によって行為することが義務付けられ、かつ個人の権利にかかわるところでは、エージェントは法の官吏 (officer of law) なのであつて、行政処分をなすものである。

これは判例で確認されている。郵便長官の契約者に対する債務支払いを命じた連邦法を大統領が無視したケースで、最高裁はこれが裁量的でなく事務的 (ministerial) であるとして、大統領には長官に義務を履行するよう命じる権限はないとした。⁽⁴⁴⁾ さらに、TCCが大統領権限の根拠となるとの主張を退け、「法律を誠実に執行するよう目配りするよう、大統領に課された義務は、その執行を禁じる権限を含むと主張することは、……憲法の新解釈であつて受容できない」ともした。⁽⁴⁵⁾

もっとも、制定法が義務付けているとの解釈が成り立たない、あるいは一義的ではないとき、不執行を含む行為が執行権に裁量として認められる場合は、執行義務が法的に厳格なものとはならないようである。広範かつ曖昧に義務的と規定していない場合は、執行権への義務付けとは解さず、⁽⁴⁶⁾ 明白な義務が欠如しているところでは、執行権は当該

制定法によって執行権の人物に認められた裁量の領域内で自由に行動することが許されなければならない。⁽⁴⁷⁾ もとより、制定法の属性として言語の限界からくる必然的な曖昧さは払拭できない。⁽⁴⁸⁾

制定法が執行権に要請する行為命題が事務的・法的か、裁量的・政治的かの区別が、授權している制定法の解釈として重要となる。⁽⁴⁹⁾ そして後者の場合は、TCCに基づき大統領の統制が同法を執行する執行権のメンバーに対して及ぶし、前者であれば大統領の介入は認められない。

TCCは一見すれば、大統領に法不執行を認めていないと読めるだろう。⁽⁵⁰⁾ ここで問題となるのはTCCが規定する法 (Law) は何を指すかである。議会制定法はそうであるとしても、裁判所の判決は入るであろうか。憲法が入るのは異論なからうが、そうでないとしても、最高法規条項から憲法が基本であることはいうまでもない。ただそうであるなら、憲法に反する議会制定法はここでいう法に入るのか。裁判所の判決も法とみなされるけれども (判例)、これが憲法に反する場合でも法として大統領は執行義務を負うのであろうか。

2 TCCでの「法」

(1) 憲法と議会制定法

TCCでの法 (Law) がなんであるかは、これを定義した規定はないので、はっきりしない。黙示の法あるいは生きた憲法を強調する者もあり、各部門に憲法解釈権があるのを前提に、それは各部門が事物の本質 (raison d'être)、つまり成文法と同じくらしいの根本法に基づくのであって、大統領にあっては、必要性の広範な政治原理、政治の法あるいは立憲国家理論 (constitutional reason of state) を執行するのであるとする。⁽⁵¹⁾

法律を執行しない大統領の権限 (富井)

憲法が法に入ることはいうまでもない。マーベリ事件はこれを確認しており、憲法を実定法としてあつかっている。⁽⁵²⁾ ヤングスタウン事件のジャクソン補足意見も、TCCは法の適正な手続なしには生命、自由、財産を奪われないとする修正第五条に対峙するものだとし、法がある限りで政府権限は認められ私権が保護されるわれわれの政府は法の政府 (government of law) なのであって、法の下にある限りで支配者に服するとしている。⁽⁵³⁾

二条一節は執行権 (Executive) としているから、それは法を無視することではなく執行するという作為を前提にしている。大統領は法が気に入らないからといって、法に従わなかったりその適用を停止したりすることはできないことになろう。ただV Cのあとに来るTCCは法を「誠実に執行」とあり、その法には、イングランドと違って、議会制定法だけでなく憲法も入るし、その憲法には、この憲法が最高法規だとする規定 (六条) もある。制憲時、大統領は国家第一の、そして高度の名声を持った執政官 (Magistrate) であることが期待されたことから、大統領の不執行権も黙示される。⁽⁵⁴⁾ 憲法が法 (Laws) というとき何を指しているかは問題にできる。最高法規条項は憲法、連邦法、条約をとくに州法に対して優越することを明記しており、憲法も (連邦) 法と意識される。であれば、TCCが規定する法にはこれらが入ると解するのが自然である。

(2) 最高裁判決

連邦裁判所の判例はどうか。二条のV Cで大統領に付与された執行権は、連邦法や司法判決を執行することを含む。前項でみたようにTCCが義務規定だと解すれば、制定法の執行を停止する権限は否定される。そう解するとTCCの法には司法判決は入らず、憲法が法を語るときそれは明らかに制定法を指していると説かれる。⁽⁵⁵⁾ 一方、大統領

は司法判決の執行を停止できず、判例法を無視することはできないともいえる。司法権は終局的に (with finality) 事件を解決させる権能であり、したがってその結論としての判決は執行権に対して法的拘束力を有する。⁽³⁶⁾ この終局性が鍵概念である。しかし、司法判決の終局性は憲法のどこにも規定がなく、司法権の憲法規定そのものに読み込めるものでもないので、仮説 (assumption) にしか過ぎないともいえる。⁽³⁷⁾

判決は法である部分があるけれども (現実には先例拘束力を有する判決内容となる。しかしそれがどの部分かは一義的ではなく、その後の判例の展開に負うところが少なくない)、大統領には自身の憲法解釈権が留保されるといえる。大統領の法不執行は民事 (行政を含む) 事件で問題となり、その判決の終局性の基盤である既判力 (res iudicata) と争点効 (collateral estoppel) は、当事者間とその争点の主張にだけ及ぶのであって、大統領に対して法的拘束力はない。⁽³⁸⁾ 大統領の憲法審査権が全権的絶対的とみる者 (Pauley) や、個人の権利が問題となつてい部分では拘束されるとみる説がある。⁽³⁹⁾

最高裁の判決はどうか。大統領がこれを無視した例はある。リンカーン大統領が奴隷制を合憲とした *Dred Scott* 判決を無視したことは有名である。⁽⁴⁰⁾ 一八六一年三月四日の第一次大統領就任演説では、自由人が奴隷として引き渡されないのが憲法だとして、次のように述べる。「率直な市民が告白しなくてはならないことは、全国民に関する重大問題についての政府の政策が、もし最高裁判所の判決に基いて一挙に決定せられ、動かしがたいものとされるといふならば、それが個人的訴訟の当事者間における普通の訴訟についてであつても、かかる判決が下されるや否や、国民は直ちに自らの支配者ではなくなるということ、即ちその限度において、国民の政治を事実上最高裁判所の手に委ねてしまったということ認めなければならぬ」。⁽⁴¹⁾

最高裁判例が法源たりうることは疑いない。その憲法判断は、立法の違憲判断についてその法的効力を否定するの

であるから、法であるし、何が憲法の意味なのかの規範的判断であるから、法である。TCCの法に最高裁の判例も含まれるとみるのが基本であろう。ただ、最高裁の違憲判断が憲法に反していると大統領が考えるときでも従わなければならないのかは、議論となる。次のようなマディソンの権力分立観ではそうはならない。「政府の各部門はその共通の委任状ともいべき憲法の条文をもっておのおのが完全に対等の立場に置かれているがゆえに、それぞれの権限の境界を定める排他的な、あるいは優越的な権利を持っているなどとは、どの部門も主張することはできないわけである」⁽⁶²⁾。

リンカーンと対立したTaney首席判事は、TCCに最高裁判決も含まれ、大統領はこれに抵抗できないとするいわゆるMerryman Powerを主張する。これはMerryman判決に由来する⁽⁶³⁾。Merryman事件は以下の⁽⁶⁴⁾とある。リンカーンは南北戦争に備えてワシントンからフィラデルフィアに軍事線を張り、そこで人身保護令状(Habeas Corpus (HC))の発給を禁止する命令を出した。その間にあるボルチモアでの反対派の暴動で多数の逮捕者を出し裁判となるが、ともに弁護士をつけてもらえないなど、問題があった。HCが認められないことにMerrymanが訴えたところ、裁判所はリンカーンのかかる命令を違憲として認めなかった。Taneyは、大統領は独立した解釈権限を持たないとして、以下のようにきっぱりと、TCCによって大統領は最高裁判決に服するものである⁽⁶⁵⁾とした。

(TCCで規定された権限のみを大統領は有し、——筆者) 自らが法を執行できるよう授権されたわけではなく、……法は、その義務が憲法によって割り当てられた統治機構の同等の部門によって、解釈され裁定されたように誠実に執行されるよう、配慮しなければならぬ。したがって、それは司法権を支援して果たされる義務とされており……この権限の行使では、大統領は司法権に服して行動し、そのプロセスを執行しその判決を強制するために司法権

を助けるのである。

先のリンカーンの就任演説でも言及されているように、最高裁の憲法判断は絶対で優越的地位を有すると現実には考えられている⁽⁶⁶⁾。最高裁の憲法判断は最大限尊重され、これをもとに国政は運営される。違憲審査制自体はマーベリ事件判決の所産である⁽⁶⁷⁾。この判例は、司法権が事件争訟の解決で法の何たるかを確定させる手段でなす作用であるから、法の解釈が前提となるどころ、憲法も法でありその意味を解釈しないと面前の事件は解決しないから、裁判所は憲法解釈も辞さないとしたものである⁽⁶⁸⁾。

最高裁の判決不履行と制定法の不執行は、執行権が他の部門の憲法解釈を是とせず無視する権限ともいえ、①〇Cに基づく職務、②他の部門から相互に独立する構造、③TCC、を根拠にできる⁽⁶⁹⁾。最高裁は何か法であるかを最終的に語るものであるのに対し、議会のそれは最後の言葉ではないといえる。司法は執行権の後に行動するのであるから、文字通り最後の言葉となる。ただ、「判決は大抵自力執行的ではなく、要するに、執行を必要とする」のであって、その意味では「司法権でなく執行権が最後の解釈の言葉を持つ」⁽⁷⁰⁾。

しかし、かかる解釈は大統領の専横を許すところとならないか。執行権は「最も危険な部門」であるけれども、他の二権が大統領をチェックする権限は憲法上ビルトインされており、また解釈権限とそれに基づいてなされた誤った解釈は区別されなければならない⁽⁷¹⁾。憲法の権力分立システムは憲法の崩壊 (constitutional meltdown) を防ぐために設けられているのであって、三権はそれぞれ独立した解釈権限をもっており、その解決は究極的には公共選択のゲーム理論がふさわしいとする⁽⁷²⁾。ポールの同等 (coordinate) 解釈権モデルでは、執行権による司法判断無視と議会制定

法不執行はほぼ同列に考察されようが、それは執行権の解釈権の自律 (executive interpretive autonomy) であつて、これまで⁽⁷³⁾の立憲史がそうした方向を確実に示しているとする。法務長官ミースⅢも、憲法と、司法が解釈する憲法とは異なるとし、執行権が独立して憲法解釈できると演説している⁽⁷⁴⁾。

TCCでの「法」が議会の制定法となる場合、裁判所の判決は議会の実行するためのものであると考える伝統的な立場からは、裁判所が判示した法(の具体的な意味)を執行しなければ、TCCに触れることになる⁽⁷⁵⁾。裁判所が制定法を解釈できることの正当性は、判事が議会の意思を履行するいわば「忠実なエージェント (faithful agents)」であるのを前提とする。一方で、エスカリッジなどに代表される法創造者としての判事論では、それは、制憲時はすでにあつたとしても司法的実践の積み重ねからそうとはいえないとし、忠実なエージェント論はかかる司法権限を根拠づけないとする⁽⁷⁶⁾。フエデラリストは、司法が立法府の意思を誤解したり離反したりすることがあるかもしれないけれども、それは特に不便や脅威をもたらして政治部門に影響を持つようにはならないとする⁽⁷⁷⁾。制定法といえどもいったん議会の手を離れば、解釈者の解釈するところが法の意味とされ、ことに執行権は第一次的に制定法を解釈し執行するのであるから、執行権の解釈も法とみなしうる⁽⁷⁸⁾。

⁽⁷⁹⁾ 三権がそれぞれ独立した憲法解釈権を有し、それぞれ尊重されるとの権力分立観は、デバートメンタリズムであつて、何が憲法なのか混乱と衝突を生む⁽⁸⁰⁾。TCCの法に制定法のみならず司法判決も含ませ、さらに「誠実に」の意味がそれらを忠実に執行し無視したりできないことだと解すれば、こうした懸念は杞憂になる。しかし、TCCを設けた制憲者がそう単純に解した様子はなく、その後の運用も憲法の解釈をめぐる統治機構間の緊張が展開され、概して憲法の意味は何だつたのかが一義的にならないことも見られるし、戦争権限のように決着が付いていないものも少

なくない⁽⁸¹⁾。

3 法律を執行することとしての刑事訴追権

TCCでの法の執行には刑事訴追権限が含まれると解され、二条二節二項の「弾劾の場合を除き、合衆国に対する罪過の恩赦や執行猶予を与える」大統領権限の規定によって裏付けられる⁽⁸²⁾。もともと、刑事司法制度にあって起訴権と恩赦権は別物であり、TCCは起訴権を明文で規定しておらず、また恩赦権は起訴権を認めることとは異なるから、TCCが執行権に固有の刑事訴追権を認めた規定とまではいい難いであろう。

判例では執行権の中身は刑事訴追権限であるとされている。大統領を含む執行権の高級幹部の犯罪を捜査起訴する独立法務官 (Independent Counsel) を設置し、法務長官がその特別検察官を罷免できるとする法律は、執行権の権限を侵犯するものではなく権力分立に反するものではないから合憲であるとした⁽⁸³⁾。法務長官 (執行権) が罷免権を持ち、任命にも特別な要請が認められている。刑事捜査の開始と特別検察官の任命は、法務長官の裁量であって、司法審査はできないとした (モリソン事件)⁽⁸⁴⁾。モリソン事件で最高裁は全判事が、起訴は執行権作用であると認めている⁽⁸⁵⁾。起訴裁量はTCCから導かれる執行権の作用と解されている⁽⁸⁶⁾。法務長官は大統領のTCCから導かれる義務の代理として制定法で指定されているから、連邦政府は公訴の提起に広範な裁量を有しているとされる⁽⁸⁷⁾。

ウォーターゲート事件後に制定された政府倫理法 (Ethics in Government Act) は、政府高官の一定の犯罪を捜査起訴する独立検察官職を設けた。その公訴権は、法務長官の外に大統領が限定的に統制することとなっている。公訴権は執行権であり、執行権は大統領にのみ属するから違憲ではないかと主張されたが、最高裁は大統領の憲法上の権限

の行使を妨げてはいないとして、同法を合憲としている⁽⁸⁸⁾。

起訴裁量は広範で法的にほぼ無制約であることは、公訴権が執行権に固有のものと考えられることによるものであろう。ただ、憲法上の権力分立からはこのことが適切に説明されていない⁽⁸⁹⁾。歴史や司法の黙従 (acquiescence) が大きな要因であるけれども、被害者が刑事訴追するイングラッドにあって、法務長官がこれを取り消すいわゆる *nolle prosequi* (起訴猶予) を継承発展させた⁽⁹⁰⁾。連邦刑事司法制度は起訴裁量にあり、その決定は司法審査に服さない⁽⁹¹⁾。憲法によって大統領がこれを有するも、現実には検察官が行うから、その意味するところは、大統領が連邦検察官を統制するのは絶対的であり、かかる権能は制定法ではなく憲法自身から発し、議会は一切、法務長官を指揮できない⁽⁹²⁾。

TCCは大統領に法違反の容疑者をきちんと起訴するのを確保する義務を課し、起訴にかんする自律を大統領に認める一方で、大統領は起訴裁量すべてをチェックすることは不可能であるけれども、不誠実な法執行を発見したときは適切な措置をとる義務がある⁽⁹³⁾。

起訴裁量は、法を執行する執行権の憲法的意義に含まれていると理解され、行政国家にあってそれは広く運用されて、司法権がその是非を判断することはできないとの法理も展開されている⁽⁹⁴⁾。起訴裁量は憲法上の大統領権限と考えられている。ジェファソンは、法誠実執行配慮義務を履行するために、直接執行行為に介入し指揮することができる⁽⁹⁵⁾と、以下のように解していたのである。「大統領は、法を執行させるものとされる。したがって、起訴されるべき罪状を命じることができる。もし彼が適法でない公訴が開始されたとみるなら、それをこれ以上続けまいように命じ適法にするようにすることができる。こうした立場にも推論にも弱点は全くないものと拝察される」(副大統領時にNY

地区法務長官 E. Livingston に宛てた手紙)。

執行権に公訴権が含まれるのは多くの国でそうであるし、その起訴裁量は司法による認否を受けないのが原則である。もつとも、イングランドでは、限定的ではあるがその裁量の司法審査基準を打ち立てる展開にあるようだ。⁽⁹⁶⁾なお、不起訴の司法的統制は本稿の直接の関心ではないので、これ以上触れない。なお起訴裁量は刑事司法の次元であるけれども、行政法の次元でも法不執行の正当化にアナロジーされることに留意したい（後述）。

4 単一執行権 (Unitary Executive)

アメリカ憲法は日本国憲法と異なり、単一の執行権、独任制の大統領を創設し、合議制の執行権を否定している。イギリスの君主の行為が法的にはその agent（代理人）の行為として認識されるのとは対照的に、大統領の憲法上の行為では、自身の個人的もしくは個人的判断の行使でなされることが前提となっている。⁽⁹⁷⁾コーウインは、憲法は唯一の執行権、つまり大統領の権限のみを知っており、その義務を法誠実執行配慮とすることで、自身の法解釈に従つてのみ、自身で法を執行する権限と義務に相当する権力としたとする。⁽⁹⁸⁾

執行権をどのような組織にするか、誰に組織を定立する権限を与えるかは、制憲時の争点である。⁽⁹⁹⁾フェデラリス・ト・パーバーズ（第七〇篇…ハミルトン）では、執行権は単一でなければならぬとのテーゼを公平に打ち出している。⁽¹⁰⁰⁾すなわち、根本は執行権が強力で活動的でなければならぬ。脆弱なそれは統治機能が発揮されず悪政そのものだからだ。ではそのための要件はなにか。活力という面では、単一であること、持続できること、適切な報酬があること、十分な権限が付与されていること、の四つである。専制を防ぎ人民の自由や権利を保障するという共和主義の観点からは、執行権の存立が人民の意思に基づいていることと、人民に対して責任の所在が明確であることだとす

る。決定、活動、秘密、迅速といった活力を担保するために単一の執行権が最適であることはいうまでもない。もっとも、執行権を複数にしておくほうが安全だとの考えはある。ニューヨーク州知事の官吏任命権は行政参議会と協同である。それは過ちで、重要な公職に対して言語道断な任命がなされてきたとし、執行権を複数にするのは世論による抑制を分散させ責任の所在を曖昧にすると論難する。「執行権はそれが単一であるときに一層容易に限定される」(ジューニアス)のだという。⁽¹⁰⁾

V Cを執行権の包括的付与の規定と解するならば、かかる執行権を複数で多様に展開させるのはやはり不自然であろう。ハミルトンは単一人の執行権で、その作用体系は大統領の指揮監督に服するものと解したようだ。彼は、統治(government)は三権の作用すべてを含みうるけれども、一般的で明確な定義としては執行権の作用が意識され、執行権の管轄に属するとし、そのさまざまな作用は大統領の補助者ないし代理人とみなされ、彼らは大統領によって任じられ、その監督に服さなければならぬとする。⁽¹¹⁾ 執行権は大統領と副大統領以外は、その職の設置の根拠は制定法にあり、それは議会が必要適切条項(憲法一条八節一八号)に基づいて組織法を制定することができるからである。⁽¹²⁾

大統領に執行権の各機関を指揮監督して一体性を保持する権能が認められるかは、権力分立論の一大論点である。それは、執行権の機関の上級幹部職員を罷免できるか(removal)で問題とされてきた。憲法は、大統領が上院の同意を得て任命できる権限は規定している一方で、⁽¹³⁾ 罷免については定めていないのである。

すでにみたように、執行(executive)と行政(administrative)を明確に分ける立場からは、前者にのみ大統領一元機構(unitary)が認められることになろう。行政は議会が立法で創設することになる。そう解すると問題は、何が執行で、何が行政かとなり、執行に当たる機関は議会は関与できないということになるのか。⁽¹⁴⁾ 判例(マイヤーズ事件)

は、大統領に執行権を付与している憲法規定から、執行権を行使する機関には大統領の罷免権も及ぶとして、単一執行権を示唆している。「制定法で規定された官吏の一般的義務は、執行権の包括的付与によって大統領の一般的行政統制に支配され、大統領は、憲法第二条が大統領にだけ包括的執行権を付与していると明白に企図した法の一元的統一的執行を確保するために、官吏が行動するそうした制定法の解釈を適切に監督し指導することができる」⁽¹⁰⁶⁾。

憲法は執行権の組織や行政権について何も語っていない。制憲者には執行権とか行政権とかの意識は薄く、一元的組織とかはほとんど意識に上がっていない。一七八九年、議会は執行権内に四つの省、戦争省、外務省、財務省、郵政省を制定法で創設した。前二者は執行権の権限に属することで問題ないけれども、郵政省は department ではなく Office とされ、その長官は財務長官に報告義務を負うとされ、財務省ともども執行権といえるかは疑問であった。⁽¹⁰⁷⁾

公訴権は執行権作用で独占的であって、現実には地区の連邦検察官が行使しているのであるけれども、起訴権を独占的に有する大統領がこれを統括する論理は、unitary executive (単一執行権) に結び付く。モリソン事件でのスクリア判事の反対意見がその典型である。⁽¹⁰⁸⁾ ただそれは起訴裁量について妥当するにとどまるとも反論しうる。

マーベリ判決 (一八〇三年) で留意しなければならないのは、議会が制定法で課した任官義務を長官が拒否したことに司法審査が可能かの問題であり、任官が執行権であるかの問題 (そうであれば司法権は介入できない) である。アダムズ大統領は上院の承認を経てマーベリを治安判事に任じたが、同政権下の国務長官マーシャル (マーベリ判決を書いた首席判事と同一人物) は委員会送付の手続を怠ったまま、最高裁首席判事に任じられた。大統領がジェファソンに替わり、その国務長官マディソンは手続の遂行を拒否したので、裁判所法に基づきマディソンがこれを行うよう職務執行令状 (writ of mandamus) を求めたケースがマーベリ事件である。マーシャル首席判事は、大統領は自らの裁量が

全面に認められる政治的権限を有し、その政治的性格ゆえに自己の良心と人民に対してのみ責任を負い、これを遂行するために幹部人事権などを有し、そうした幹部は大統領の命に従って行動して、その行為は大統領の行為となる⁽¹⁰⁹⁾とした。マーベリを委員会に送付するのは國務長官の義務である任官という執行権の行為であって、大統領が任免した⁽¹¹⁰⁾ということは彼が完全な裁量を行使したのである。

憲法に淵源を持つ政治的権力、あるいは議会制定法で認められた法的裁量では、その行使を自らの判断で指揮できるのであって、要するに大統領が行動する時の権限の型 (type of power) には裁量的 = 政治と事務的 (ministerial) = 行政の二つがあるけれども、制定法がどちらを取っているかは判断できないし、混同もあることから、大統領の指揮下に入るか、unitary executive とみなしうるかは一義的ではない⁽¹¹¹⁾。郵便契約の支払いをジャクソン大統領の命で拒んだ郵政長官に対して議会が支払いを命じたことへの職務執行命令を認めた判例では、長官の権限は憲法ではなく制定法によって付与されたものであるから、大統領は統制できないとした⁽¹¹²⁾。

V C のみでは unitary executive は薄弱なところ、T C C がこれを補完して unitary executive になるともいえる。もつとも、T C C は制憲時さほど議論されることなく採択され、法執行とは司法でも立法でもない権限で議会が補完できるものと、漠然ととらえられていた⁽¹¹³⁾。一九世紀、議会は行政権をどう組織し、行政権をどう行使させるかを決定する権限を与えられていたのであり、T C C の原初的意味は、執行機関の内外ともに規制する議会が制定した法律に完全に大統領を従わせるとするものであった⁽¹¹⁴⁾。

カラブレッシ／ユーは、一貫した歴史や慣行は明確であるとし、T C C は憲法や法の忠実な執行を監督し、統制し、確保する義務を大統領に課したことを示しているとする⁽¹¹⁵⁾。ユーらは、歴代大統領の声明や言説を渉猟して、ワシ

ントンからブッシュ43まで大統領四三人すべて、「憲法は法執行としての部下を罷免し指揮する権限を大統領に与えたとの考えを主張しており、……制憲者が後世に残した単一の執行権を繰り返し妨害する議会の努力に耐え忍ぶのを拒否してきた」と結論付ける⁽¹¹⁶⁾。TCCの法誠実執行義務は、執行機関官吏の罷免 (removal) や部下 (subordinates) への指揮 (direction) はもちろん、そうでないとみなされがちな、公務員人事行政 (civil service)、独立行政委員会や独立検察官の統制、行政機関による規則制定の中央集権的審査にも展開していることでみられるとする。

単一執行権論は現代の見解ともされるけれども、原意主義的アプローチから、この考えを否定する見解がある。現代的見解は、大統領の政治的アカウントビリティとTCCを受けての管理アカウントビリティ (managerial) と責務を負うとする。しかし、TCCは権限ではなく義務であり、権限の拡散と国内の政策形成での議会優位という憲法原理から支持できないものである⁽¹¹⁷⁾。

もつとも、議会は制定法で立法権限を執行機関に委任しており、それはとりもなおさず大統領がかかる機関を統制する傾向を増長させている⁽¹¹⁸⁾。つまり、大統領が実質的に法を執行したり執行しなかったりしているのであり、そうした制度がアメリカ憲政で現実にはビルトインされている状況といえる⁽¹¹⁹⁾。制憲初期は大統領が直接、個別の執行機関の執行政策に関与していたが、ニューディール以降、予算説明責任法 (Budget and Accounting Act) 制定を契機に法執行 (規制権限行使) を大統領が審査するようになり、その審査機能がより大統領に求心的になっていく⁽¹²⁰⁾。それは大統領権力を増大させるメカニズムとなり、大統領のアジェンダとリーダーシップを強化させ、政策目的を実現させる大統領にとって重要なツールとして機能している⁽¹²¹⁾。

大統領は、その根拠法となる議会の授權法を執行することに限定された行政委員会、あるいは特定の制定法を管理

する省庁と違って、大量の立法が執行されるよう配慮する任を負った憲法上の官吏 (constitutional officer) なのである。⁽¹²²⁾ 大統領は、政策アジェンダのために執行権内での法の執行の整合性を確保するために、法の執行にダイレクトに関与する。単一主義はこうした面から認識されるし、そうした統一 (unity) がアカウントビリティと調整と統一性を促進させるのに好ましい。⁽¹²³⁾

もつとも、こうした制度運用が憲法に整合するかは議論となろう。TCCは法執行に配慮する大統領の義務を規定し、法を執行しろと述べているのではない。したがって、法執行を命じる権限は認められないとし、憲法は大統領を執行府の結果の監視役に据えたのであって、あらゆる機関の決定者としてのタイトルを与えたのではなく、その機能は監督 (vasee) であって決定ではないとの解釈もある。⁽¹²⁴⁾ 制定法の執行は行政であって政治ではないと解したうえで、現実では大統領は具体的に法の執行 (あるいは不執行) を命じているから、行政の領域に政治を持ち込むことになり、「かかる大統領権の行使は……行政過程の正当性と実効性の両方に貢献する意思決定の客観性と中立性を脅かす」と批判する。⁽¹²⁵⁾

大統領が単一の執行権を束ねる筈とすれば、個々の機関がバラバラにならないように制定法の執行においてその制定法の意味、すなわち解釈を統一し、指示する権限と義務が認められることになろう。制定法の解釈は司法権によって確定されるけれども、⁽¹²⁶⁾ 大統領は法案の署名時の署名声明、大統領命令、通達などで制定法の解釈を行っている。執行権にあつて法の解釈は法務省 (DOJ) が統一の政府解釈を出す、いわば統制的立場 (controlling status) にあり、⁽¹²⁷⁾ これらが大統領の指揮と解される。法誠実執行は単一執行権をささえる。大統領は実質的には執行機関の法執行に調整の視点からかかわっているものであり、それは法の執行がすべて事務的機械的な執行ではないことを意味するといえ

よう。⁽¹²⁸⁾

5 小 括

TCC 解釈の一般的論点をみた。議論は多岐にわたるが、大統領は自分が気に入らないからといって、すでに合憲的な手続（法の中身や実体が合憲ということではない）で成立した議会の制定法の執行を拒否することは認められないとの理解は基本のようだ。大統領は立法過程にコミットでき、そのように主張するなら拒否権を行使すればよいのである、これを行って議会在三分の二でオーバーライドすれば、これが合憲的に確立された法であり、その執行を拒否することは TCC に反するであろう。もっとも、前政権で署名された制定法には拒否権を行使していかないのだから、現大統領にそうした制定法の審査権を認める余地はあろう。こうしたことは執行権の概念から導かれうる。⁽¹²⁹⁾

一方、大統領は立憲主義の実質を防御する *ultima ratio*（究極の手段）である。憲法がそう位置付けている根拠として OC を挙げるだけでも十分であろう。⁽¹³¹⁾ 違憲の法律をあえて執行する義務はないし、むしろ執行すべきでない義務が生じるともいえる。⁽¹³²⁾ また、立法事実を欠く、あるいは制定法を執行することがかえって立憲主義に重大な支障を及ぼす場合、不執行が求められる、もしくは義務付けられるともいえる。かくして、本稿の問題は、違憲な法律を不履行のできるかと、制定法を執行しない執行裁量が認められるかの二つの問題に収れんされる。

三 違憲な立法を無視する大統領権限

1 大統領の違憲法律の不執行

(1) 前 提

大統領が違憲と解釈する法律を執行しないことがTCCに反して違憲にならないかの議論は、以下の三点を前提とする。第一は、大統領を規定した憲法二条にも他の条項にも、違憲の法律を無視する大統領権を規定したものが無いことである。それは制憲者意思が明確でないことを意味する⁽¹³³⁾。したがって、権力分立規定の解釈の常道として、条文を基としながらも、憲法構造(structure)や歴史や先例を素材として議論されることになる⁽¹³⁴⁾。

第二は、法律を憲法解釈するのは裁判所だけではないことである。違憲審査権の行使で最高裁が違憲と判断した法律は、なるほどそれはアメリカ法秩序の中で違憲が確定したこととされるけれども、それは最高裁のみが憲法解釈権を持つことを意味しない。違憲審査権を確立させたマーベリ事件は、「法が何たるかを述べることはまさに司法の領域にあつて義務である(the province and duty of judicial department to say what the law is)」とするも、それが司法の排他的権限とはしていない。特定の事件にルールを適用する者はそのルールを必然的に解釈しなければならぬ⁽¹³⁵⁾。大統領も法律を適用する機関なのだから、憲法解釈は大統領にあつて必然となるし、これは違憲審査権Ⅱ司法権の枠にあつても、否定されるものではない⁽¹³⁶⁾。マーシャル首席判事は、法の解釈が司法の専権領域だといつてはおらず、裁判所が憲法を解釈するのは、法を特定の事件に適用する者がその法を必然的に解釈しなければならぬからであるとして

いる。⁽¹³⁷⁾

ニューディール期を経ての行政国家にあって、リアリストは執行権の法解釈権を好意的に解する傾向がある。⁽¹³⁸⁾ 実効的な法創造権がモンロー裁判所から執行権の官僚にその定位が移り、シェブロン最高裁判決はこれを容認するものとなる。⁽¹³⁹⁾ サンステインは次の四点が背景にあるという。⁽¹⁴⁰⁾ 第一に、制定法の解釈は専門家を要するから執行権が裁判所に対して優位となる。第二に、制定法解釈は政治的アカウンタビリティを要することがある。第三に、執行権は拡大された機関にわたって異質のコンテキストで適用される法を管理する (administer)。第四に、現代国家は迅速かつ決定的に行動できることがしばしば重要となる。大統領の憲法解釈権が司法に劣るということにはならない。

第三の前提は、TCCの解釈問題であることである。それは、大統領が違憲と判断している法律について、いかなる場合でも執行しなければならぬという意味か、それとも執行しなくてよいか、である。そこにはTCCという法 (Laws) に違憲な法律も含まれるか、違憲はだれが確定させるかの問題が横たわる。最高法規条項 (憲法六条) は憲法を最高位に位置付けていることから、違憲の法律はそもそもここでいう法には入らないといえる。⁽¹⁴¹⁾ 最高裁で違憲が確定した法律は法ではない。それが無い段階で大統領の判断だけで違憲の抗弁が認められるのが問題となる。

法律の不執行は議会と大統領の対立を生む。その両者とも憲法解釈権を対等に持っていることをまず認識しなければならぬ。権力分立の原理は三権が対等であり、それぞれは他の部門の権限を侵してはならず、またどれかが突出してもいけないとの原理である。であれば、憲法解釈権は最高裁も議会も大統領も独立して有しており、それぞれ等しいとの前提がまず共有されなければならない。

(2) 大統領が違憲を理由に法執行を拒否した実例

大統領が議会の制定法（法案段階も含む）を違憲と考える類型として、制定法が、権力分立に反して大統領の権限を侵犯している場合、連邦制など統治構造にかんする憲法違反の場合、平等条項違反などの非構造的憲法ルールに反する場合、の三つがある。⁽¹⁴³⁾ そうした場合に、大統領の真摯な憲法解釈から、当該問題に関連する憲法判例も加味しながら、当該法の執行を拒否することがTCCに反しないかが、ここでの問題である。

拒否権行使による不執行の意思表示はここでは対象にしない。また、裁判所で違憲が確定した制定法を執行する義務はない。⁽¹⁴⁴⁾ 問題は制定法を議会も廃止しておらず裁判所も違憲と判断していないとき、大統領は自らが違憲と考えた当該制定法を無視できるか、である。「大統領に法律を広く適用する (generalize) 権限を認めることは、彼に独立した憲法上の決定をなす権限を認めることである」として、これを認める解釈がある。⁽¹⁴⁵⁾ イースターブルックは、大統領の恩赦権 (Pardons)、立法拒否権 (Veto)、立法提案権といった憲法構造と歴史的先例 (リンカーンやジェファソンやジャクソン)、さらに判例やその背景にある政策的理由から、大統領の憲法審査権はむしろ司法審査より重い場合があるとする。⁽¹⁴⁶⁾ 立法拒否権はすでに制憲初期に、立法制定前に大統領が独占的に憲法解釈権を行使して当該立法を否定する権限であるとされた。国立銀行を設置する権限は議会にあるとした最高裁判決 (Osborn v. Bank of the United States, 22 U.S. 738 (1824)) をうけて議会在銀行設置法を可決したことに対して、ジャクソン大統領は最高裁のかかる判断は誤りで、この法案は違憲であるとした。⁽¹⁴⁷⁾ また、ジェファソン大統領は自らが違憲と考える扇動法 (Seditious Act) での起訴を猶予した。⁽¹⁴⁸⁾ 執行権が自らの憲法解釈で法を執行するとの考えは、憲法三条の司法権の役割を篡奪していないかぎり、広く受容されている。⁽¹⁴⁹⁾ ジェファソンは生涯を通して、司法権が他の部門との関係で最後の訴え場所 (last

resort) であるとの主張を、基本的な憲法構造原理に反するとして拒否した。⁽¹⁵⁰⁾

ジエファソンは、もともと司法審査に好意的であったが、マーベリ事件を境に懐疑的になっていった。その背景には、マーシャル判事に先導されてリパブリカン的になっていった最高裁への反感と警戒がある。⁽¹⁵¹⁾ 彼の哲学は立法、執行、司法それぞれが自らの行為について独立した憲法解釈権を平等に持っているという三者共有理論 (tripartite doctrine) であり、大統領在任時代にこれを次のような言明で発展させた。⁽¹⁵²⁾

われわれの国はその政府の権力を三つの対等かつ独立の権限に分割するのが適切と考え、その一つあるいは二つの他者に憲法に支障をきたそうとするすべての試みをそれぞれチェックさせることを形成した。より効果的にするため、それぞれは自ら固有の職務の流れの中で生起する事件に権能を持ち、ここでは他と対等に自らの判断に従って、しかもいかなる他の機関の意見にも支配されずに、その行為の有効性を判断するのに、最終審としてかかる上告なしで行動する。……そのうえ、憲法は自身がさらなる安定としてすべての部門の一致による違憲にさえ、そうした機関の権限を行使する人を変えることで、自身の再統合を提供した。

ジエファソンは、各部門が他者から真に独立していて、直面する事案に自らが憲法の意味を判断する権利を対等に持っており、その判断は最終的で上訴できないとし、最高裁に究極の憲法解釈の排他的権限があるとするのは、最高法規条項に反すると考えたのである。⁽¹⁵³⁾ 彼は自分自身の憲法観に基づいて行動し、扇動法を執行し擁護する義務があるとは考えず、それを無効として扱う義務があると宣言したのである。⁽¹⁵⁴⁾

権力分立の解釈で条文から断言できないときは、制憲者意思や歴史的運用が解釈の資料となる。歴史は、一七九八

年扇動法という制定法を無視するジェファソンやドレッド・スコット判決を無視するリンカーンをはじめ、F・D・ローズベルトやレーガンなど、大統領は最高裁判決を含めて悪い法だと考えれば反対の見解を価値ある公民の声に提供してきた。⁽¹⁵⁶⁾ A・ジョンソン大統領は閣僚の罷免には上院の助言と承認を要するとした地位保持法 (Tenure in Office Act) を無視して、独断で戦争長官を罷免している。⁽¹⁵⁶⁾ 憲法上異議のある制定法は執行しない慣行が、のちの政府見解 (一九九四年) に結実するように、形成される。⁽¹⁵⁷⁾

大統領が既存の制定法を違憲と断定し額面通りの執行を留保することは、珍しいことではない。オバマは、法律婚は男女間のみと規定した婚姻防衛法 (DOMA) 三条について、合理性の基準を用いて合憲とした司法判断を批判し、その審査は厳格な基準 (heightened) でなされるべきと主張したうえで、同条は憲法の平等保護条項に反しているとし、この認識を執行権 (特にDOJ) に徹底させるとともに、DOMAは防衛しないと宣言した。⁽¹⁵⁸⁾ もっとも、DOMAは有効な法だとし、以下のように述べて不執行にはしていない。「大統領は執行権の機関にDOMA三条を遵守し続けるよう指示したが、それは議会がDOMA三条を廃止する、あるいは司法権が法の合憲性に決定的な判断を下すまで、あるいはそうするときまで、法が誠実に執行されるよう配慮する執行権の義務に適合させるものである。これら一連の行為はDOMAを制定した先の議会の行動に敬意を払うものであり、また、司法権が提起された憲法問題について最終の調停者 (final arbiter) であると認識するものである」。⁽¹⁵⁹⁾ TCCや議会を立てる微妙な配慮が汲みとれる。

2 違憲を理由とする法不執行は合憲か——理論と実務

(1) オーソドックスな憲法解釈アプローチ…文言・先例・歴史

歴史はそうであったとしても、大統領に法不執行権は認められないとの理論がある⁽¹⁰⁾。メイは、制憲者意思を基に、TCCは大統領がいかなる法律も不執行にできないことを規定したものだとする⁽¹⁰⁾。イングランドの国王は主権者の地位に基づき、議会に対抗する唯一の手段として制定法の不履行(suspend/dispense)が大権として認められていたけれども、一六八九年の権利章典(Bill of Rights)が議会の同意なしに国王はそうすることはできないと規定した⁽¹⁰⁾ことで、国王の法不執行の権能は否定されたとする。アメリカ憲法は権利章典とは違ってそうした明文の規定を欠くけれども、これを継承している。法律の執行停止(suspend)は執行作用というより立法作用であって、制憲者は大統領のかかる行為に深い敵意を抱いていたのであり、であるがゆえに大統領に拒否権が認められたとする。大統領は拒否権、法案署名での声明(signing statement)、そして以前制定された法律への異議で、当該立法が違憲であると主張できる。大統領が違憲と考えれば、立法プロセスで、主に立法拒否権を行使して抵抗できるのであって、いったん制定された法は執行義務を拒否できないということなのである⁽¹⁰⁾。

執行権が違憲と考える法律でもTCCから不履行にできないとする根拠には、以下の五つがあげられる。第一に、大統領がいかなる憲法解釈をなそうとも、TCCは文言上明らかに執行義務を課しており、そのエクスキューズを認めていない。第二に、法執行は、「法律を超えて、議会が大統領権に任せるのがふさわしいとみた以上のことを達成するよう大統領に要求した義務ではない」(O.W. Holmes)。第三に、最高裁は、大統領は法作成者ではないと断言し

てゐる (Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer 判決)。第四に、同様に、法執行権は議会が提供したことを無視もしくは不服従する権限を含まない。

これに対してプラカッシューは、憲法の条文と構造、そして歴史から、大統領は違憲な法律を無視する、むしろ義務があるとする⁽¹⁶⁴⁾。TCCから全く認めない解釈は別として、違憲な法律の無視 (Executive Disregard (ED)) の理論には、大統領の憲法上の権限を侵奪する立法は不執行とする防御理論 (Defensive Executive Disregard) 、最高裁が違憲と判断しそうだと推論される立法について認める裁量権理論 (Discretionary Power) があるけれども、条文、構造、歴史からこれらは認められず、包括的義務が解釈として成立するとする⁽¹⁶⁵⁾。大統領が違憲と考える制定法を不執行にできるとする裁量権論は、これを認める憲法規定がないから明らかに誤りで、むしろそうした制定法を無視する (disregard) よう要求している (requires) と解されるとする⁽¹⁶⁶⁾。

メイは、権利章典で執行権 (国王) の法不執行権が否定されたことがアメリカ憲法に継承されたとする。プラカッシューは、このイングランドの経験はアメリカ憲法でのEDとは無関係だという。イングランドには違憲な法律の概念はなく、制定法を遵守する義務を負うけれども、国王に憲法擁護の宣誓は要求されていない一方で、アメリカ憲法には最高法規条項があり、憲法に反する法は認められず、大統領はこの憲法を擁護することを宣誓するのであって、立憲構造がそもそも異なる。EDは、アメリカ憲法でのOCとTCCと最高法規条項の結節として認められるとする⁽¹⁶⁷⁾。

憲法制定後早くも、大統領が自ら違憲と判断した法を執行することを拒否することがあった。ジェファソン大統領は扇動法 (Alien and Sedition Laws) が違憲であると判断して、それが William Duane に適用されるのを拒否して nolle prosequi を命じた⁽¹⁶⁸⁾。同法の有効性の判断は判事がなすのだとの見解に対して、それは執行権だとか司法権だとか規

定したものは憲法にはなく、両者に対等に与えられたもので、裁判所は刑罰を下すときにこれを行使する一方で、執行権は違憲と考える法は、それを執行しないように憲法によって大統領に与えられている義務であると述べている。⁽¹⁷⁾

(2) 憲法の構造的解釈

TCC 違反(メイ) 説と違反でない(ブラカッシュ) 否定説をみた。その間の折衷的な見解としてジョンソンのアプローチをあげることが許されよう。⁽¹⁸⁾ 彼女は、憲法は法律の執行を確保するよう大統領に義務づけているだけでなく、議会と大統領は法はいかにあるべきかの法の中身の充実で協働することを明確に語っているから、大統領はそうした構造的原理を重視して、執行権を行使しなければならないとする。この点から、大統領は、憲法が規定した立法プロセスを尊重しなければならない、大統領の不執行政策は、憲法の意味を決定し憲法を促進させ、単に大統領自身の憲法解釈にとどまらないとの原理が導かれる。そして以下の六つの判断基準を掲げる。①法の憲法的瑕疵がいかに明白か②大統領は、憲法問題解決と三部門の相対的な解釈能力はいかなるものかの判断に組織としての専門家もっているか③議会が現実に法制定での憲法問題を考慮しているか④司法審査がなされる可能性はどの程度であり、不執行がその可能性にどれほど影響を持つか⑤執行すればいかに深刻な損害があるか⑥法的な挑戦に対してその制定法を廃止するあるいは執行しないことが不執行に有効な代替となるか。

違憲な(と大統領が判断する) 法律の執行を拒否する権限が執行権にあるかの議論は、個別の制定法が憲法に抵触すると大統領が考えるとき、大統領はいかにして法誠実執行配慮義務を最もよく満たすかの議論ではないとする。⁽¹⁹⁾ 法不執行権限を認める者は、先例や実務政策を重視する。⁽²⁰⁾ しかし、憲法の構造をみれば、大統領が憲法上異議のある制定

法に直面したときの行動として、二つの原理が導かれる⁽¹⁷⁾。第一に、一条で規定された立法プロセスの統合を維持し尊重するやり方で法を執行しなければならない。第二に、大統領の不執行の決定は自己の憲法解釈ではなく、憲法そのもの、すなわち三権すべての原理的な憲法解釈とその過程での司法権の特別の役割を促進させるものでなければならぬ。

憲法は三権それぞれに固有の憲法解釈権を認め、それが違憲な国家行為（主に立法）を抑制する機能を發揮するとしており、憲法的対話の継続をもたらすとの哲学がその前提となる。憲法は結果だけでなくプロセスも規定している。TCCは、大統領が一方的に法律制定後に自分の憲法解釈を押し付けるよりも、立法過程で立法の合憲性を担保させるのを志向した。すなわち、大統領が違憲な法律の執行を拒否するよりも、違憲の法律が制定されるときに大統領が自らの考えに基づいて行動することで、憲法はよりよく機能するということである⁽¹⁸⁾。先の二つの原理は、大統領が「違憲な法律に必要とされるチェックを提供するように特別に位置づけられていて、憲法が規定した立法過程を脅かすことなくそうすることができるときにのみ、法を執行しない不執行政策を提示する⁽¹⁹⁾」。この観点から、ジョンソンはそうした場合や要因としてさきの六点を提示しているのである。

構造的解釈は、憲法上三権それぞれが独立の憲法解釈権を有していることを大統領の法不執行権限の前提とする。構造的解釈ではこの権限が憲法上存在するかどうかは重要ではなく、問題はその権限はどこまで認められるかなのだ⁽¹⁷⁾。憲法は憲法解釈権について規定を設けておらない。司法権の憲法解釈権でさえ、判例（マーベリ事件）で憲法三条の司法権の規定から帰結されるとしたことで明確にされたのであり、執行権については司法権以上に様々な権限が憲法に列挙されており、それらを行使するときに憲法解釈が必至とされることから、執行権の憲法解釈権は導かれ

る。⁽¹⁷⁸⁾

法律は両院で可決したのち、大統領が署名することで成立するのであって、大統領はその法案を審査する権限をもち、違憲を含む問題があるときは署名を拒否できる（憲法一条七節）。大統領は立法過程の一要素なのである。この法案署名権に対峙する法案拒否権は、大統領自らが法案の違憲性を疑ってその法を執行しないという意思の発露である。では大統領が署名したならば、大統領が議会の憲法解釈を是認したとみることになるのか。このとき、署名はするも違憲性の疑いを吐露したり法の執行を制限したりするような署名声明を出すことが⁽¹⁷⁹⁾ある。自ら署名した法律を、違憲を理由に不執行にできるのか。この点、学説は大統領の解釈にかかわらず裁判所が違憲と判断していかないかぎり、大統領に執行する義務があるとするものから義務はないとするものまである一方で、判例はないけれども、不執行の実務はあり、また署名での声明で当該法律を違憲と考える旨を述べることは違憲ではなく、むしろ裁判や立法のレベルでの早期の段階での議論の契機となるとして、肯定的にみるものがある。⁽¹⁸⁰⁾

大統領が独自の憲法解釈権を持ち、違憲な法律を不執行にできる、あるいは不執行の義務があると解すると、大統領は自らが違憲と考える法案には署名してはならないと義務づけられるのか。三権それぞれは憲法遵守義務を負い、解釈権を有すると解すれば、違憲な法律は存在してはならないから、かかる法案には署名してはならないとする義務説は論理的である。⁽¹⁸¹⁾争いはある。違憲な法案に署名してはならないとする憲法条文上の根拠はなく、違憲な法律が存在することは憲法上危険であるけれども大統領はそれを引き受けることが認められ、あるいは要請されているのであって、その法もかかる危険を孕むとするのは形式主義的であるととして、実務的にはそう解されないとされる。⁽¹⁸²⁾

大統領が違憲と考えても署名する実務は、「署名して糾弾する (Sign and Denounce)」と呼ばれ、慣例化している。⁽¹⁸³⁾

ブラカッシュは、大統領が違憲と考える法案に拒否権を行使するのは、以下の憲法上の根拠から義務なのだと念を押す。⁽⁸⁴⁾ 第一に、大統領もその他の公職者も憲法に反することはできないのは自明である。第二に、大統領は「憲法を維持し保護し防御する」とのユニークな宣誓を行っている。第三にTCCで、TCCの「法」に憲法も当然入る。実務は法律が大統領の拒否権によって成立しない立憲政治の停滞を懸念する。憲法はこれを織り込み済みであるとし、また、裁判所が立法の違憲を究極的に判断するから法律の合憲性は司法で担保されるのであって、大統領はリスクを負わないとの論も排除する。彼の議論は、大統領が政治的動機から憲法を盾に議会との対立を招くインセンティブを与えるのではないかと懸念されるけれども、それは国民に対するアカウンタビリティの問題だとし、むしろ大統領の三権対等な憲法解釈権と憲法尊重義務を第一義としているように思える。

(3) 政府見解

実際大統領は違憲と考える法律を執行しなくてよいのか。一九九四年に大統領府は、「違憲な法律を執行しない大統領権限」と題する法務顧問(OLC)のメモを公表している。⁽⁸⁵⁾ 以下の七点を確認する。第一に、大統領は憲法によって権限の範囲と限界が確定され、TCCとOCによって憲法と法律に従って行動しなければならない。第二に、議会で法案が審議されているときに大統領は違憲な規定があると考えるときは、速やかに改めるように議会に働きかけなければならない。第三に、制定法は合憲であることを前提に大統領は行動しなければならないけれども、違憲と考えたときは、独立してその審査を行うことができる。ただし、議会に最大限の敬讓をもってしなければならない。第四に、制定法が違憲かどうかの争いでは最高裁が特別の役割を果たすのであって、大統領が違憲と考えても最高裁は

そう解さないとせば、当該制定法を執行する。ただ、最高裁が大統領の違憲判断の解釈に同調すると考えれば、当該制定法を執行しない権限が認められる。第五に、大統領の独立した違憲判断とそれに最高裁が同調する蓋然性がある場合、大統領は当該制定法に従うかどうかを決定しなければならない。これは特定のコンテキストに依拠して慎重になされるもので、最高裁が違憲審査する機会を持つようにされる。第六に、大統領は大統領の憲法上の権限を侵す違憲な法条項に抵抗する高尚な責任を有する。執行権を侵害する制定法の違憲性については最高裁の審理は制限されるので、そうした違憲性が解釈されえないところでは、大統領は自らの憲法理解に基づいて行動する権限を有する。第七に、大統領が法案に署名したかどうかは無関係であり、アイゼンハワー以来、署名に際して違憲な条項は執行を拒むとの署名声明を発してきている。

くわえて、これらの前提から、立法に拒否権を行使するか、その法の違憲な部分を執行するかの選択のみに制限されることにはならないとし、「大統領は、憲法上欠陥のある条項を執行するのを拒否する一方で、望ましい要素を含んでいる立法にサインする権限を有している」としている。

ところで、このOLCは大統領の憲法解釈を形成するうえで不可欠の機関で、制度上執行権内の法解釈に関する争いはOLCに諮問するようになっており、また大統領は政策の選択にくわえて法的決定の究極の責任と権限を有するから、OLCの助言は大統領に十分に伝わっていなければならない。⁽¹⁸⁶⁾ その意味で、大統領が議会制定法を違憲と判断するのにOLCは相当の影響力を持つし、大統領の判断を法的に内部統制する機関ともいえる。大統領あるいはその法的顧問たるOLCも、原理となるような憲法解釈の蓄積がある。⁽¹⁸⁷⁾

違憲な法律は執行してはならないとするプラカッシュュラからは、このメモには欠陥があり、とりわけ「違憲と判断

して防衛しないが執行はする」との見解には、以下のようなOLCとDOJの立ち位置や政治的立場からくる官僚制の色合いが濃く出ていると批判する⁽¹⁸⁸⁾。OLCは、大統領権限をきつぱりと制限できる一方で、大統領の政治的利益も斟酌し、議会、大統領、そしてDOJ内の裁判所中心指向の体質も考慮する。議会は調査権や予算権、訴訟権限の移転などでDOJに圧力をかけ、DOJはおおかた法律を擁護するものになっており、そうでなくても大統領の不執行権は留保させるようになっていいる。大統領はDOJやOLCと対峙することは得策ではないと考えている。

このOLCのメモは実務を指導するものであるけれども、違憲な法律の不執行がTCCに反するか否かの理論的問題に決着をつけたとまではいえないようだ。

3 権力分立

大統領の違憲と考える法律を執行しない権能を認める前提は、三権が対等、とくに憲法解釈権において優劣がなく、それが抑制と均衡のメカニズムを維持させるとの権力分立観にあるといえる。アメリカ憲法の権力分立は、他の部門を排して一つの部門の権力を拡大させる危険性に注意している⁽¹⁸⁹⁾。

これは制憲者が共有していた。ポールソンは、司法権が「最も危険の少ない部門」(ハミルトン、フェデラリスト第七八篇)とされることになぞらえて、執行権を實力、意思、判断権(法解釈権)をもった「最も危険な部門」とラベルをかけた考察で、「三権の間の権力の分離と配分と、分離された同等の(coordinate)部門」は制憲者で共有された考えで、「何が法であるかを述べる権限は常にすべての問題を決定する、最終的でさらなる審査を受けない(unreviewable)権威をもった一つの組織体に権威的に与えられてはいない。むしろ、権力分立と連邦制の考えに符合して、その権限

は国家政府の三部門すべてに分割され配分されている」との前提を導く。⁽⁹⁰⁾ この権力分立観、つまり同一の三権が対等に憲法解釈権を持つことから、単に制憲者意思からだけでなく論理的にも大統領独自の憲法解釈権は導かれるとする。⁽⁹¹⁾

大統領の違憲な法律を執行しない権限は、大統領は憲法を尊重し擁護する義務があること（OCと最高法規条項）、日々の憲法上の権限の執行においては憲法を自ら（執行権内部において）解釈していること、憲法上三権は独自の憲法解釈権を持っていて、どこが、とりわけ司法権がその解釈において優越するわけではないこと、を理論的基盤とする。この最後の点はポールスンによれば、制憲者と、そして違憲審査制を確立させたマーベリ判決によって、確固たるものだという。⁽⁹²⁾

フェデラリスト七八篇（ハミルトン）は、いかなる立法も憲法に反する限り無効であるとし、裁判所がこれを宣言しうるとする一方で、それは司法権が立法権に優位するのを意味しないと、こう敷衍する。⁽⁹³⁾ 「人民の権力こそ司法権に対しても立法権に対しても、優位に立つべきことを意味しているにすぎない。すなわち、制定法の形で表明された立法部の意思が、憲法の形で表明された人民の意思に反するときには、判事は、制定法によってではなく、憲法によって支配されるべきであるということの意味するにすぎない」。

大統領は自らが違憲と考える法を無視できるかは、憲法がこれを認めているかの問題である。それは、「誰が憲法上の争いにおいて最後の判事あるいは解釈者なのか」の古典的な問題であり、早くもストーリーが以下のように論点として提起している。⁽⁹⁴⁾ すなわち、この問題に答える明文の規定はもとより存在しないけれども、政府権限を制限的に規定した三権分立の規定や最高法規条項（六条）から、三権はそれぞれ等しく憲法を遵守し擁護する義務があり、ゆえ

に違憲な行為は禁じられるのであって、それぞれがその権限を行使するときにそれぞれ一次的に憲法を解釈することとなる。そしてその判断、特に議会や大統領の権限に属するものは、性質上、政治的、立法的、執行的本質を持ち、完結的で修正できないもので、他所で審査されえないものだとする。そうした性質をもたなければ司法による修正が可能であり、最高法規条項から、事件争訟性を備えたケースは司法によって憲法判断に浴する。各州政府との関係においても、最高裁の憲法判断が完結的かは問題となる。「憲法を解釈する権限は司法部に、その最終性についてはいかなる制限も限定もなく、明白に限定している」(§388)。このことは制憲者意思と、これまでの運用で確立している。「司法部は最後の砦として解釈権をコンスタントに行使しただけでなく、理由付けと運用のすべての流れは、解釈はひとたびなされると州や人民にも最終的であることに基づいて展開してきた」(§389)。問題は、司法部も含む統治部門が間違った解釈をしたならいかなる救済が考えられるかである。その装置として三権分立があり、相互の抑制と均衡があり、例えば政治部門が裁判官を任命できることなどである。さらに憲法上州に憲法改正権が保障されていることである。

大統領自らが違憲と考える法律を執行しないことがTCCに反するかは、権力分立の理解にかかわる。権力分立が権力機関に対する懐疑に発するのであれば、立法権も司法権も常に合憲の行動をするとはかぎらず、三権相互間の緊張関係が立憲主義を担保するともいえる。国家行為の合憲性を維持するのを命題とする立憲主義をいかに保たせるかの機微に、この問題は触れているのである。

四 行政法不執行の執行裁量

1 授権法の解釈と不執行

(1) 法不執行の裁量は認められるか

大統領は規制法規を執行しないことがある。授権法規が執行権の不執行の裁量を明示的に規定している場合はともかく、そうした規定がない場合はTCCとの関係で問題となる。黙示的に不執行の裁量が認められれば、TCCあるいは権力分立の問題にはなるまい。もつとも、黙示されているとの認定は、授権法の解釈の問題であり、司法権によって確定される。ここではこのような問題も含めて、法を執行しないことが授権法規で意図されていない場合に、執行権に固有の理由から不執行の裁量が認められるか、を考える。それは違憲を抗弁とするのではなく、政策の観点からの不執行である⁽¹⁹⁶⁾。大統領の意図的な不作為（purposive presidential inaction）であり、議会が立法で授権している権限を執行しない大統領もしくは執行機関の意図的な決定である⁽¹⁹⁷⁾。近時の大統領はことに監視、監督、審査、さらに行政行為を命じることで執行権の機関と一体的な関係を強めており、大統領は訓令を発する権限を利用して解釈に関する一般原理を選択するようになっていった⁽¹⁹⁸⁾。なお、明示にせよ黙示にせよ、授権法規で法不執行の裁量が認められると解釈されても、実際の法不執行が裁量の範囲内にあるか、それに濫用はないかの法問題は残る。ここではこの行政法の問題は対象としない。

議会が制定法をこしらえて執行権に権限を行使するように命じているにもかかわらず、大統領がこれをあえてしな

いことになれば、人権に影響を及ぼすこともあり、また権力分立の観点からも、無視できない⁽¹⁹⁹⁾。これには行政訴訟の途があるけれども、制定法の不執行に対する司法審査が、一般の行政処分のと列に扱われるかは単純な問題ではなく、また大統領は起訴裁量をなぞることで司法審査を免れようとするし、執行権の不作為の裁量は認められないとも言い切れまい。法不執行によって自らの政策である規制緩和を追求していったレーガン大統領の例もある⁽²⁰⁰⁾。

授権法を執行権があえて執行しないパターンとして、以下の三類型がある⁽²⁰¹⁾。第一が、ケースバイケースの不執行で、個別の領域で執行の慣行を減らしていくもので、最も一般的な手法である。第二が、インフォーマルな不執行政策であり、特定の慣行に対して執行権が規範をつくっていくものである。第三が、産業界で広く受容された合意であり、非公式のケースバイケースでの不執行もあれば、正式に同意協定とされたものまである。いずれも授権法をあえて執行しない執行権側に理由がある。それには合理的な理由とアカウンタビリティが要求され、その当否は制度的に判断されなければならない。

裁判所が執行権の起訴裁量の個別の行使に特定の制定法の授権を有すると要求したことは、これまでない⁽²⁰²⁾。執行権も、「大統領の憲法上の責務のまさに本質が法を執行する義務なのだから、執行部門は議会が採択した法律を執行するため訴追し起訴する権限を排他的に持っている」として⁽²⁰³⁾いる。起訴は執行権の作用とされ、憲法上TCCが根拠となり、執行権の専権であるから、個別の事案について立法で制限したり司法で統制したりはできない⁽²⁰⁴⁾。

(2) ヘックラー事件

行政法でそれが認められるか⁽²⁰⁵⁾、すなわち、起訴裁量は行政法にもアナロジーされるか。厳密に言えば刑事訴追の文

脈にはほとんどならないから、法を執行する裁量 (enforcement discretion) というべきであろう。⁽²⁰⁶⁾ 最高裁はこれを認めている (ヘックラー事件)⁽²⁰⁷⁾ ので、立ち入って検証しておく。

死刑判決を受けた囚人が、自分に薬物注射で刑を執行するのは麻薬使用を禁じた食物薬物化粧品法 (FDCA) に反するとして、その抵触を避けるためにその他のあらゆる手法をとるよう食物薬品庁 (FDA) に対して求めたところ、これを拒否されたので行政訴訟となった。行政機関が一定の執行行為をとらない裁量権の行使は行政手続法 (APA) で司法審査の対象となるかが、論点となった。原審 (DC控訴裁判所) は司法審査の対象となることを認め、裁量の濫用があったとして、行政機関は「その制定法の職務を完遂させるよう」義務付けられているとした。最高裁 (レーンキスト首席判事) は、州際通商でドラッグの使用にかんする執行権限を行使しないFDAの決定が司法審査の対象になるかの問題であって、それにはAPAとFDCAの法解釈が不可欠とした (八二八)。

法を執行しないとの機関決定は、専門的技術的な要因の複雑な衡量を伴うのであって、それらから優先を決めて適切に判断するのは、裁判所より行政機関の方がふさわしい (八三二—三三)。むしろ、議会が実的に優先順位や衡量の仕方を設定することで、執行権限を規制することはできるけれども、そうすることは極めてまれである (八三三)。

APA (§701(a)(1)(2)) は、不作為も含む行政機関の最終行為を対象とするも、①制定法が司法審査を除外している、②法に基づいて行政機関の裁量として行政行為がなされている、との二つの例外を認めている。本件はこの②に該当するが、同条項の具体的な意味を司法が解釈する機会はなかった (八三三)。①は議会が明白に司法審査を排除している場合であるのに対して、②は裁量行為であるから、違法適法を判断する法基準がない (no law to apply)。この考えは法執行にあてはまる。第一に、執行しないとする行政裁量は専門的な多くの要因を複雑に衡量するのを含むの

であって、これらにあって優先順位を決めることは司法には適さない。第二に、行政が執行を拒否しても個人の人権に強制的な権限を行使することにはならないから、司法が保護する領域とはならない。第三に以下のことが認められる。「手続を起すのを行政が拒否することは、ある程度執行部内にある検察官が起訴しないとすると決定——(TC C)で課された執行権であるかぎり、これまで執行部の特別の領域とみなされてきた決定——の特質を共有する」。不執行の決定は、APAのこの条項で司法審査を受けないことが前提とされたのである。ただ司法審査の免除はあくまでも前提に止まり、それは「実体的制定法が執行権限を行使するのに行政が従うべきガイドラインを提供しているときには、凌駕される」(以上、八三一—三三三)。

FDC Aはそうなっているか、前提を覆すほどの規定となっているか(以下、八三五—三八)。差し止め、刑事制裁、違法物の没収が規定され、執行については一般的に「長官は調査と捜査を行う権限がある」とするのみである。執行の方法に具体的な指針は規定されていない。政策声明規定など主張されるが、執行にかんする規定の包括性を曲げるものではない。したがってAPAの条文(§701(e)(3))でいう裁量行為に該当し、司法審査は免除される。同条項の適用は限定的であるが、「手続を開始させるのを行政が拒否することが司法審査されうるかどうかの決定は、裁判所ではなく、本質的に議会に委ねられる」⁽²⁰⁾。

ヘックラー事件は二つのことを明確にしたといえる。一つは、法の不執行の裁量は起訴裁量のアナロジーで行政法の分野にも適用されることである。APAでは、法の不執行も裁量行為と認められれば司法審査は免除されるとの前提となる⁽²⁰⁾。もう一つは、ただし、授権法が当該法の執行にガイドラインを設けていれば、そうは解されないこととである。法の不執行が法的问题にならないかどうか(司法審査の対象になるかどうか)は、制定法の解釈の問題であ

るといふことだ。

A P Aは不作為も司法審査の対象としている。かつては行政機関の不作為は司法審査を免れていたけれども、不作為で権利利益を侵害されることもあり、また法の不執行は議會の意思をないがしろにする可能性をもって、司法審査は認められるようになった。それでも司法審査は極限される⁽²⁰⁾。現代行政では行政法の不執行は規制緩和の手段であり、その意味では作為とみなしうるけれども、その司法審査は敬讓的になる⁽²¹⁾。

刑事法の執行は伝統的に執行権の裁量であつて司法は立ち入らないとされ、全政府レヴェルで警察や檢察は日常的にあらゆる起訴可能な刑事事犯でも捜査あるいは起訴をしないことがあり⁽²²⁾、起訴するかどうかは政策に基づく裁量である。

起訴裁量あるいは執行裁量は移民法の分野で、とりわけ退去手続を開始しない執行権を正当化する理論として援用される。すでに筆者はこれについて論じたことがあるので、以下簡単に触れておく。⁽²³⁾

2 移民法の不履行

移民帰化法（I N A）は、退去事由に該当する移民に連邦執行権が退去手続（removal proceedings）をとるよう命じている。オバマは大統領命令でその猶予計画を打ち立て、結果的に同法の執行を怠っていることが、T C Cに反するなどとして争われた。大統領の移民規制権限や法の不執行権があるかの判断が注目されたテキサス事件で、スカリアの急逝で判事が八人になっていた最高裁は、四対四となったので、判断しないとの一文のみで、上告審を終えた。⁽²⁴⁾

オバマ政権はD A C AとかD A P Aといった、一定の若い人に対する退去手続の着手を猶予する政策をとつてお

法律を執行しない大統領の権限（富井）

り、これが連邦法の不履行となつて、訴訟を含め州や議会から一部反発をまねいた。⁽²⁵⁾二〇一二年、移民を管轄するDHS長官は、子供の時にアメリカに親とともにやって来た一定の若い世代に対して退去手続の執行を猶予するガイドラインを出し、連邦移民法では執行権に不執行の裁量が認められるとして次のように述べている。⁽²⁶⁾「一つの国家の移民法は、強固かつ思慮のあるやり方で執行されなければならない。それは、各事例の個々の状況に与えられた考量なしに盲目的に執行されるようには企図されていない。有用な若い人々を、彼らが住んだことがないであろう、またその言語を話さないであろう所に移送するようにも、企図されていない。実際に、これら多くの若い人々はわが国にすでに相当に貢献しているのである。起訴裁量は、多くの他の領域で使用されているが、ここではとくに正当化される」。

テキサス事件は州が大統領に対して移民法を履行しないことの違法、違憲性を争った事件である。DAPAを立ち上げたことで、「DHSは、議会がそれを書いたように法律を執行する義務を放棄しただけでなく、憲法とその権力分立に反する立法も行ってしまった」と訴えたのである。⁽²⁷⁾第一審(テキサス連邦地方裁判所)は、DHSの裁量を認めたいうえで、裁判所は審査できないとしたヘックラー事件とは異なるとした。ヘックラー判決が審査できないとした不執行(nonenforcement)は不作為(inaction)と互換的であるけれども、前者は後者に含まれるとして、本件ではDAPAは不執行として性格付けられるので、不作為ではなく実際には肯定的な行為(affirmative action)だとして審査可能とした。⁽²⁸⁾控訴審はTCCには言及せず、DAPAのメモは、それが政策の表明や解釈ルールではないから州には原告適格があるとしたうえで、不執行以上のものであつて一定のクラスの違法滞在外国人に適法な滞在と関連する便益を付与するものだとして、大統領のDAPA(移民法の執行を猶予する)の実施を差し止めるインジャンクションを認

めた。⁽²¹⁹⁾

テキサス事件以前に、最高裁はDAPAを授權法(ACAなど)の認めた裁量の範囲内として容認する判断をしている(アリゾナ事件⁽²²⁰⁾)。すなわち、移民退去制度は移民官吏の広範な裁量に基づくとの原理に立ち、その連邦の官吏が最初に強制退去させるかどうかを決定する。移民法の執行での裁量はさし迫った人道的関心(immediate human concerns)を包含する。無書類の移民労働者であっても、重罪を犯した者とは異なり危険はないし、アメリカ在住の外国人の子供も、共同体に貢献したり顕著な軍役があったりと、執行には衡量を要するものである。

トランプ政権(二〇一七年一月)は、移民法が定める強制退去対象者には同法を誠実に執行していく政策をほのめかしている。もっとも、DACA廃止には慎重なようであり、執行権の法の執行が大統領の政策レヴェルの問題になっていることを認識させる。DACAは憲法や制定法で執行権に認められた裁量の適正な行使であるとして、正当化する議論が強いように思われる。⁽²²¹⁾それは執行権が移民について有する三つの広範な裁量の類型から正当化される。⁽²²²⁾第一が、授權制定法の明文で裁量権を委任している場合である。例えば、INA二四四条は暫定保護地位(Temporary Protected Status)として、母国に安全に戻ることができない在留の外国人を認める権限を執行権に与えている。第二が執行裁量あるいは起訴裁量といわれるもので、それは特定の外国人に退去手続を開始させるか、移民法判事に面前に召喚する通知(Notice to Appear)あるいは必要提出書類の提出をキャンセルするか、移民法判事の判決や命令に控訴するか、の三つの局面で認められる。第三が制定法を適用解釈する裁量で、特定の問題について制定法が沈黙あるいは曖昧であるとき、当該制定法の解釈は行政機関に委ねられるとの判例法理に基づく。⁽²²³⁾

3 不執行の裁判的履行

(1) 行政訴訟の可能性

裁判で大統領の法の不執行を争えるか。伝統的な行政法の理解では、行政法はトランスミッション・ベルト (transmission belt) であって、行政機関は立法の指令を履行するトランスミッション・ベルトにすぎないとみるのであって、司法審査はその指令内に機関が保たれるようになされる⁽²⁶⁾。

大統領の法不執行はその決定が執行権の機関にいきわたり、そこでの行政行為として発現するから、A P Aに基づく司法審査の問題となる⁽²⁵⁾。すなわち、制定法で処分が命じられているのに執行権にこれをしない裁量が認められるか。A P Aは、「違法に撤回された、あるいは不合理に遅延された」行政処分を審査するとしている⁽²⁶⁾。また、司法審査の対象は行政の行為であるけれども、そこに不執行 (failure to act) も含まれている⁽²⁷⁾。しかし、議会が司法審査を特段排除しているとき、および行政行為あるいは不行為が「法によって行政裁量にかかわる (committed to agency discretion by law)」ときは、審査できず、後者に関しては濫用があれば審査できる⁽²⁸⁾。

ヘックラー事件は裁量の枠組みでA P Aによる審査を可能とした。それは制定法の指針がない中で特定の執行にかんする決定について、現実には行政に敬讓した判断であり、執行権の法不執行の司法審査では限定された判例といえる⁽²⁹⁾。大統領の意図的な法不執行には司法審査のメスが入り、個別具体的な判断が柔軟になされる余地は認められているといえよう⁽³⁰⁾。法の執行というよりは規則制定権を行使しなかった事例であるマサチューセッツ対環境庁 (E P A 事件)では、E P Aが排出基準の規則制定を行わないのは違法であると判断し、行政機関が同法を執行しないなら、そ

の理由は授權法に適合していなければならぬとした。⁽²³¹⁾ その前提として、規則制定を行政機関が拒否したことは、たとえそれが「極度に限定されている (extremely limited)」あるいは「高度に敬讓的 (highly deferential)」であるとしても、審査に服するとしている。⁽²³²⁾

(2) 議員あるいは議院の原告適格

大統領が制定法を違憲と考えて執行しないのであれば、当該制定法の合憲性ははっきりされなければならない。また、執行されるのを意図して制定した法が無視されれば、執行権に対して議会の不満が生じる。では、議員は大統領の法不執行を違法として訴えを提起できるか。州議会上院議員二〇名らが賛否同数の議決を受けて副知事の一票で可決されたことに対して、州執行府を訴えた事件 (コールマン) では、それで彼らの表決が覆され無に帰したのであって、自らの表決の実効性を維持する明白で直接の適切な利益を持つのであるから、彼らは制度としての損害を立証しているとして、原告適格を認めている。⁽²³³⁾

一方、一定の税控除をキャンセルする権限を大統領に認めた特定条項拒否権法 (Line Item Veto Act) が議会で可決され法律として成立したのちに、同法が違憲だと争った連邦議会議員については、憲法三条の要件を満たさず原告適格を欠くとした (レーンズ事件)⁽²³⁴⁾。同法は、同法によって侵害を受けた公人あるいは連邦議会議員に訴訟を提起できる資格を認めていた。しかし最高裁 (レーンキスト首席判事) は、かかる侵害は法的かつ司法的に認識できるものでなければならぬところ、原告 (議員) は別の議員に対峙して特別に冷遇されてはならず、また、議席が脅かされたなど個人的な資格や権利がはく奪されたとの主張もしていないのであるから、原告が主張する制度的侵害は抽象的で広汎

であり、個人的ではないとした。

そこでは、執行権に対して議員個人が訴えを提起できる二つの場合を示した。⁽²³⁵⁾ 第一に個人的損害で、原告が個人的に (personally) 付与された利益を侵害された、あるいは他の議員に対して特別に個人的に不利に扱われたことに起因するものである。第二に、原告は、「抽象的で広範に拡散されて」おらない、投票無効 (vote nullification) に相当する機関損害 (institutional injury) を被っているなら、原告適格が認められるとした。機関損害は当該問題における過去及び将来の立法者の表決が完全に無効にされることである。⁽²³⁶⁾ レーンズでは原告は議会の表決がいかなる影響も持たず、あるいは法律が自らの表決を無効にすることを訴えておらず、同法の表決では議員らの表決に完全な効力を付与され、彼らは単純にその表決に負けたのである。⁽²³⁷⁾ これは、議員が大統領の法の不執行を訴える原告適格の判例法となる。⁽²³⁸⁾

法の不執行は議会のメンツをつぶしているともいえる。議員は執行権 (大統領) に TCC 違反として、法の執行を命じる訴訟を提起できる原告適格を憲法三条によって認められるか。⁽²³⁹⁾ 判例法は、立法府が議員個人の利害ではなく、機関として (institutional) 議決を無効にする利益が認められるときに原告適格を認めるようであるけれども、それは薄弱でまばらであり、執行権の不執行を争う議員の原告適格を認めた例はほとんどない。⁽²⁴⁰⁾

この問題がオバマの医療保険法 (Patient Protection and Affordable Care Act (ACA)) の不執行を議員が訴える行政訴訟で再燃している。⁽²⁴¹⁾ 二〇一四年一月のパウエル事件では、大統領が ACA を執行していないことと、議会の承認なく予算を支出したことを連邦議会下院が訴えたところ、その原告適格が壁となった。ACA が補助金交付を認めている事項以外に大統領が補助金を交付したことと、使用者の保険金の拠出を求めるのを遅延させたことが訴因とな

った。このとき下院は同年七月三〇日、二二五対二〇一で決議六七六号を採択して、議長にACAなどの立法の不執行について提訴するのを授權する議決をしている。連邦地方裁判所は、ACAなどを大統領が実質的に改正してとの訴えには原告適格を否定した一方で、議会の授權していない支出については、それが制定法の解釈や履行についての争いではなく憲法上の問題（議会の議決なくして国庫からの支出はできないとした憲法一条九節七項違反）であるので、この点での原告適格を認め⁽²³⁾た。

議員が大統領の不執行を訴える訴訟を認めるに、以下の三点に留意⁽²⁴⁾したい。第一に、大統領の善意の法停止（benevolent suspensions）ではだれも原告適格を満足させるような損害を受けていない。第二に、下院は院を代表して誰が訴えを提起できるかを正式に決めるメカニズムを有している。第三に、議会による訴訟は怒りの敗者（angry losers）についてではなく、大統領による法の誠実な執行を要求し立法権を擁護する議会についてである。

大統領の制定法の不執行は訴えの利益となる損害だと構成して、議会の原告適格を認めようとする説もある（フォー⁽²⁵⁾リ）。フォーリは要件として四つのテストを提示した。第一に、明白な立法院の授權があり、訴訟提起が院の多数で認められていることである。第二に、私人の訴訟が利用できないことで、訴えの対象は大統領の、一義的に制定法の規定する「善意の不執行（benevolent suspension）」であることである。第三に、政治的自助が利用できないことで、訴えの対象となる大統領の行為は単なる法律の撤回では救済されないことである。第四に、損害が機関の権限を無効にしている（nullification of institutional power injury）ことである。機関の損害を主張するには、①機関として機関のために明白に語る、②当該機関のメンバー全員が等しく蒙る損害を主張する、③損害が立法行為の無効に相当するのを立証する、ものでなければならない。表決無効では、立法院と執行府が対立していることに疑いはなく、憲法三条の

司法審査を得るに十分である。パーウエル事件では、大統領のACAの不執行は法を無効にするもので、議会の将来の立法権力を減じるものだとして、原告適格の要件を満たすと主張していた。

一般に、原告適格を基礎づけるのは私権 (private) の侵害があったかである。執行権の法不執行を争う場合、議員の原告適格を私権の侵害で構成するのは難しい。問題は議院としての損害 (institutional injury) を原告適格の要件としてどのように構成すれば認められるかである。フォーリは、裁判所は機関と損害の二面をチェックしなければならぬとする⁽²⁴⁶⁾。前者は、訴訟を提起している憲法一条の機関 (議院) のメンバーが機関そのもの (institution qua institution) を代表しており、単に執行権がなしたことに對する自身の個人的な異議ではないことである。損害のチェックは原告 ≡ 立法者 (plaintiff-legislators) が訴えるそうした機関としての損害が現実に機関そのものに対する損害であること、すなわち、執行権が議会の行為を直接無効にする、もしくは矛盾する行為を行っていることを確認させることである。暗にDACAを意識しながら、執行権による移民法の停止は、議会が十分に審議し、その結果否決された立法改革の提案に相当するのであって、猶予の射程を定義する議会の権限がひどく侵奪され、違法に入国した人を強制送還させる現行の移民法が実効されず、そうした人々の猶予を議会が否定したことも無効にされた疑義を生じさせる⁽²⁴⁷⁾とする。

大統領の法不執行に、機関としての損害↓表決の無効を基準として、議院に原告適格を認める方向が見える。一方で、それはあくまで政治部門間の対立であり、議会は大統領に直接対峙して收拾を図るのが筋だとして、消極的に解する議論もある⁽²⁴⁸⁾。なお、議員の原告適格が認められても、本家で大統領の法不執行が制裁を受けるかは、別の問題である (コールマンでは原告適格のみ認められた)。

4 大統領の行政法の不執行の許容性

一般に、行政法はそれがいったん合憲の手続で大統領の署名も含めて成立すれば、大統領側の政策指向で執行しないとすることは、当該立法を大統領自らが違憲と解釈する場合はともかく、TCC違反となり、権力分立上許されない。ただそうした法にあっても、不執行を明文で許容しているのはもちろん、そうでなくても不執行の選択が認められるとするのが実務である。問題はいかなる場合に、いかなる要件で許容されるかだ。不執行では大統領側の政策に
思惑があるのであって、それを吟味することが要請される。以下の三点が問題となる⁽²⁴⁹⁾。

第一に、大統領に執行するよう要求する制定法の文言、つまり制定法のベースラインを大統領が満たしていないときである。議会は立法にあって限定的文言で大統領に裁量を認めることが少なくない。「するものとする (shall) 」とか、「できる (may) 」とかいう文言である。第二に、制定法のベースラインを踏み外しているとしても、資源が不足していたり、憲法二条の大統領の固有の権限にかかわったりしている場合である。これは政策に絡むものではない。第三に、これとは逆に、まさに政策の問題として、大統領の政策声明に触れる場合である。これは外部的客観的資料から、かかる政策声明が真のものか、さらに法不執行がこれを全うさせるものかを判断することになる。

これらの指標は法不執行の抗弁として許容されうるとしても、マディソンの権力分立観や古典的行政法の視点からは容認し難く、そうでないとしても、具体的な判断は一義的⁽²⁵⁰⁾ではありえない。大統領に不執行の裁量や抗弁が認められるかは最終的には司法判断となる。しかし、そこまで行くのに原告適格や不執行の審査など、入口の問題がある。こうした大統領の政策視点からの法不執行は一般的である一方で、裁判所や議会がこれをチェックするツールは十分

とはいえない。⁽²⁵⁾

大統領が制定法を執行していないという事実だけを取り上げて、TCC違反を含む違法の主張をすることは正しくない。その評価には二つの正当性の主張があり得よう。第一は、不執行が法の授権内にある、つまり裁量の枠内として認められるとの主張であり、それはあくまでも授権の制定法の解釈になる。⁽²⁶⁾「違法に撤回されたあるいは不当に遅延された行政の行為」が認められるとのAPA (5 USC § 706(1))の解釈には、判例は次の五つの要件を考量しなければならぬとしている。⁽²⁷⁾①行政の決定の時期が「合理性のルール」に合致している②授権法が時期を指定しているとき、同時にその合理性のルールの中身を提供している③経済的規制で合理的とされる遅延は健康や福祉が問題となつているところでは同様には認められない④裁判所はより高次の競合する優先される行政活動に遅延された行為を促進させる効果を考慮する⑤裁判所はまた遅延で害された利益の性質と範囲を斟酌する。なお、裁判所は行政の行為が不合理に遅延されたと判示するために行政の倦怠 (laxitude) が背後に不適切に潜んでいることを見出す必要はない。

第二は大統領固有の執行権の長としての責務である。一般的には外交や防衛を含む安全保障マターや政治的判断が強固に必要とされる領域、さらに執行権の統一が求められるケースでは、議会の制定法は一つの指針として理解される。

もつとも、これら二点は厳然と分離できて区別して論じられるものでない場合が多からう。第二の考量が第一の背景にあるといってもよい。

五 むすびにかえて

TCCは、大統領に執行権が法を誠実に執行しているかを配慮する義務 (Duty) を課した。大統領は法律の執行を停止させたり免除させたりすることはできない。それは立法行為であつて議会がなすことだからだ。大統領は単に気に食わない、ポリシーに合わないという理由で法を執行しないことは許されまい。他方、大統領は情勢に応じて機敏に対応するよう要請されている。政策形成者として現実には立法に近い作用も果たしている。それを議会がさらにサクションする制度も内包されるけれども、その線引きは極めて困難である。問題は執行権の中身としてそれが認められるかである。⁽²⁵⁾

執行権の法不執行の権限は近代憲法上執行権に内包されているとまでは断言できまい。アメリカ憲法ではTCCに法律を執行しない権限を大統領に読み込める余地がある。大統領は制定法が違憲であるとき、または議会が法執行に財源をつけていないとき、制定法の執行を拒否できるとの判例もある。⁽²⁶⁾

大統領の法不執行は立憲主義にとつて意義がある。憲法防衛の機能である。実は大統領のみならず、議会も裁判所も州も人民もそれぞれその機能を果たすべき役割をもっており、それは憲法自身にビルトインされている。⁽²⁶⁾ アメリカ憲法六条三項が、上下両院議員、州議会の議員、州の執行府および司法府の職員は、宣誓または確約によつてこの憲法を擁護する義務を負うとしているのは、その証左といつてもよからう。憲法は宣誓など大統領に実に多くの憲法防護の義務と手段を与えており、⁽²⁷⁾ TCCもその一つと理解できる。

さて、日本国憲法では執行権たる内閣にかかる権限が認められるか。アメリカの議論を参照すれば、三権たる国会、内閣、裁判所は対等独立であり、それぞれ憲法を解釈してそれぞれの権限を行使するから、それぞれが憲法解釈権を持ち、尊重される。各機関は法律ではなくて憲法に忠実でなければならぬから（九九条参照）、違憲と解する法律はむしろ執行してはならない。ある部門が憲法解釈を誤ることがあり、これを他の機関がチェックするのは権力分立の正しい姿である。日本国憲法八一条は最高裁の有権的な憲法解釈権のみ明文化している。最高裁の憲法解釈が他の部門のそれに優越するとは書かれていない。最高裁を終審の裁判所と規定するだけであって、旧憲法では認められなかった憲法解釈権を司法権の権限として認めた規定である。TCCの研究を契機に内閣の憲法解釈権の独立性を憲法上読み込めるかの議論が深められんことを願う。

- (1) Thomas Jefferson, Letter to John B. Colvin (Sept. 20, 1810), in 3 THE PAPERS OF THOMAS JEFFERSON, RETIREMENT SERIES 99 (Susan Halbrook Perdue et als., 2006).
- (2) Elena Kagan, *Presidential Administration*, 114 HARV. L. REV. 2245, 2246 (2001).
- (3) 日本国憲法は行政権というタームを使っているけれども、英文では executive となっており、行政法で認識されるような行政権とはいえない。この「行政権」は執行権と理解したほうがよからう。富井幸雄「海外派兵と議会―日本、アメリカ、カナダの比較憲法的考察」(成文堂、二〇一三年)第一章、参照。アメリカ憲法は、大統領は執行権 (executive) の帰属者であって、行政権 (administrative agencies) の長とはしておらず、行政権や行政各部についての規定をもたない。行政機関(国民に対して具体的な処分をなす)は議会制定法によって創設され、執行権(大統領)との関係は明確ではない。そしてこの行政権は法律によって権限が与えられて法律を執行する面があり、大統領の指揮監督を受けるわけではない。執行機関 (executive agencies) の概念もある。もっとも、本稿で考察する法律を無視できるかについては行政権も執行権も同じ

で、起訴裁量も行政法で論じられてゐる。2 K. C. DAVIS, ADMINISTRATIVE LAW TREATISE Ch. 9 (2nd, 1979). 行政権と執行権は区別した方がよからう。もともと、アメリカでは歴史的にはともかく、その区別はさほど意識されていないようで、互換的に用いられるようだ。一八世紀、制憲当時は執行権と行政権は区別されておらず、大統領の下に執行権が一元化されるとの考え (unitary executive) は二〇世紀の産物であつて、一八世紀のそれではないと指摘される。Lawrence Lessig and Cass R. Sunstein, *The President and the Administration*, 94 COLUM. L. REV. 1 (1994). 一九世紀では、執行作用には執行権と行政権の二つのカテゴリーが想定されてつたとする。Id. at 70, 72. 制憲時、行政 (administration) は政府の活動的あるいは執行的部分を意味し、執行と同義であつたのであり、「行政権」と「法の管理 (administration of the laws)」は、「執行権」と「法律の執行」の同義語 (synonyms) として扱う現代の用法の淵源になつてゐる。SAKRISHNA BANGALORE PRAKASH, IMPERIAL FROM THE BEGINNING: THE CONSTITUTION OF THE ORIGINAL EXECUTOR 200 (2015). プラカッシュは、一八世紀末において執行権は、法執行、外交、統帥、そしてこれらを執行するのにかかわる官吏の指揮、の四つの要素を有していたとする。Id. at 321. 日本国憲法では六五条をはじめ「行政権」は、法律を執行する行政行為にとどまるものではなく、国政＝執政の部分を含み、外交や防衛といった安全保障は法律の執行ではわり切れず高度に政治的要素を含む。それを内閣の仕事としている。ただ七三条は内閣の仕事として「一般行政事務」を挙げており、行政法でいう行政と同じ作用も内閣に認めている。執行権は行政事務を行うのは想定されていない一方で、行政事務が誠実になされるように目配りし指揮監督する権能を含み、最高の行政機関とも位置づけられる。「行政権」(憲法六五条) あるいは執行権は、執政機関と最高の行政機関の二つの要素を持つと理解するのが無難であろう。そう理解したうえで法律がどこまであるいはどのようにかかわるか、特に執政の部分について検討することが求められる。

- (4) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法(第三版)』(有斐閣、二〇一三年)三五八頁。本稿はアメリカ憲法の執行権 (executive) にわざわざ考察していく。アメリカでも、「法の執行は大統領の義務と権限の核にある」。Kate Andrias, *The President's Enforcement Power*, 88 N.Y.U. L. REV. 1031, 1041 (2013). See also, id. at 1046, 1050. 法の執行に大統領は責任を持つことである。Joshua Kleinfeld, *Enforcement and the Concept of Law*, 121 YALE L.J. ON LINE 293, 296 (2011). 概念や規範の世界から事象 (state of affairs) の世界へ転換させる、この二つの世界の架け橋であり、何らかの力 (power) に支えられている、「現実プラスチック」が執行の基準となる。Id. at 296-97. この力の行使はそれ自身、法的に構成されて (legally constituted) ない

法律を執行しない大統領の権限(富井)

- ればならない。*Id.* at 208. 「法の執行は、法が記述することを現実化させるのに法的に構成された力が適用される活動 (activity) である。これは効力を基礎とした法の執行モデルであり、実効としての執行 (enforcement as efficacy) である。実効は活動と力の副次的概念から発した概念である」。*Id.* at 300-1. この議論は実務的というより法学的である。*Id.* at 295.
- (6) 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、二〇一一年) 四九七―九八頁。国会が制定した法律は裁判所が違憲と判断しないかぎり合憲性が推定され、内閣が違憲と判断すること自体認められないとの説もある。佐藤功『憲法(下) 新版』(有斐閣、一九八四年) 八八五―八六頁。同旨、樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『憲法Ⅲ』(青林書院、一九九八年) 二四三―四四頁。私見では、なぜ合憲性が推定されるのか、内閣に憲法解釈権がないのかの根拠が不明である。小嶋は「誠実」が重要だとし(法律執行は行政部として当然だから、「法律内容に対する批判」から「不誠実であることを戒めるもの」だとする。小嶋和司『憲法概説』(信山社、二〇〇五年) 四四二頁。内閣が違憲と判断して法不執行になれば、「事実上立法拒否権を持つことになってしまう」という。小嶋和司「内閣の職務と責任」清宮四郎・佐藤功編『憲法講座 3 国会・内閣』(有斐閣、一九七五年) 一八七頁、一九五頁。ただ、例えば集団的自衛権を容認する安全保障法制について、これを違憲とする民進党が政権をとったとき、同法の適用局面でその違憲性を理由として執行しないことが憲法上許されるのかで、その際法律誠実執行規定との整合性が問題とされよう。なお、七三条一号は、法律と予算の不一致を避けるために内閣が法律の執行に必要な予算を計上する義務を求めたものとの解釈がある。毛利透・小泉良幸・浅野博宣・松本哲治『憲法Ⅰ 統治』(有斐閣、二〇一一年) 一八六頁。予算作成権は内閣の権限であってその政治方針や政策で予算を作成してよいのであるから、憲法八九条以外は憲法的な制約はないとみるべきであり、はたして予算にまで規制をかける規定なのかは疑問である。法律があるにも関わらず予算をつけないとすれば、それは法律を執行しない意思を内閣が表明することであり、国会で議論されることとなる。アメリカでは、相当量の委任立法のためにもあって、政権ごとに異なった制定法へのアプローチがあり、法律を無視するものもあって、それぞれの政権が制定法を別々のやり方で執行していくのにかかる根拠も要求されない。Arthur S. Miller, *The President and Faithful Execution of the Laws*, 40 VAND. L. REV. 389-99 (1987). 大統領が法律を執行しないポリシーをとるのは、後述のようにふつうにみられる現象となっている。
- (7) 日本国憲法八一条は最高裁が国家行為の違憲を判断する最終裁判所であると規定するだけであって、その憲法解釈が他の二権あるいは政治部門に優越するとはしていない。同条は、旧憲法下で憲法問題が裁判所で判断されなかったことを反省し、

司法権にこれを認めた。通説判例ではそれは七六条の司法権の範囲内、つまり具体的な事件が提起され、かかる紛争を解決するために必要な範囲で憲法判断をするのであって、それは司法権として事件解決に限定される。かかる司法権による憲法判断は当該事件にのみ拘束力を有する（個別的効力説）のであって、当該事件での憲法解釈は対世効を有する。しかし、それが事件を離れて最高裁の憲法判断が拘束力を持つかは定かでない、司法権に一般的な憲法解釈権があるわけではない。

(8) 違憲の法律を執行してはならないのは憲法上の義務だとすれば、不執行は裁量ではなく、自らが違憲と判断しているのにあえて執行すれば義務違反となるから、違憲と解される。

(9) U.S. Const. art. 2 §3. 日本国憲法はストリートに内閣の職務として法律を執行すると規定しているのに対し、アメリカ憲法は法律が誠実に執行されるように配慮するとして、大統領が法律の執行者と別段、想定していない書きぶりであるのが、目に見える。

(10) 「法が誠実に執行されるよう配慮する、大統領に課された義務が、それらの執行を禁じる意味を持つと主張することは、一つの新規の憲法解釈であって、到底容認できない」。Kendall v. United States et rel. Stokes, 37 U.S. (12 Pet.) 524, 613 (1838).

(11) U.S. Const. art. II, §1, cl. 8. 日本国憲法には総理大臣を含む閣僚に就任時に何らかの宣誓を求める規定はない。ただ憲法は憲法擁護義務を課している（九九条）。なお国家公務員には就職時に憲法と法令の遵守の宣誓が求められ、法令遵守義務が課せられる（国家公務員法九七条、九八条）。本稿は事務単位としての公務員の法令不遵守の可能性を論じるものではなく、それらを統轄する執行権（内閣、大統領）の法不執行を考えるものである。

(12) Zashary S. Price, *Enforcement Discretion and Executive Duty*, 67 VAND. L. REV. 671, 704 (2014). See also, *id.* at 724. 「COCは「大統領を単なるメッセンジャー・ボーイにしたのではなく」。Miller, *supra* note 6 at 405.

(13) 富井幸雄「アメリカ大統領の憲法上の地位―最高司令官と行政権の長」法学会雑誌五〇巻一号二二七頁、二〇一〇年。See also, Peter L. Strauss, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, 84 COLUM. L. REV. 573, 648-50 (1984); ERIC A. POSNER AND ADRIAN VERMEULE, *THE EXECUTIVE UNBOUND: AFTER THE MADISONIAN REPUBLIC* 4, 19 (2010).

(14) 富井幸雄「アメリカ大統領と安全保障法としての移民法―テキサス事件を素材として」法学会雑誌五七巻二号四五頁、二〇一〇年。法律を執行しない大統領の権限（富井）

〇一六年。なお、本稿四〇参照。See also, Peter Margulies, *Taking Care of immigration Law: Presidential Stewardship, Prosecutorial Discretion, and the Separation of Powers*, 94 B. U. L. REV. 105 (2014). DACAやDAPAは、不法移民の子供など無書類で移民となっても教育や社会的地位を配慮して、退去強制を留保するプログラムで、不法移民は強制退去させるべしとするINA(移民帰化法)の不執行となる。こうした不法移民をケアする事務は州が行うこととなり、その財政負担が重荷となるため、オバマのかかる政策の違憲性が争われる。一部州が勝訴したが、最高裁はその上告を退けている。United States v. Texas, 579 U.S. ____ (2016). オバマは法の執行ではなく、法を時には無視してまで政策目的を効率的に達成するべきと主眼を置くとする指摘がある。Steve Fress, *Obama's Policy Strategy: Ignore Laws, POLITICO* (June 16, 2012) <http://www.politico.com/news/stories/6612/77486.html> <vis. Apr. 4, 2017>. See also, *Enforcing the President's Constitutional Duty to Faithfully Execute the Laws: Hearing Before the Comm. on the Judiciary*, 113th Cong. 2 (2014) (Goolatte, Chairman of the Comm.). Hereinafter cite as 'Hearing'. なお移民法にかんじつはまた、州が連邦法を執行しなかつたが最高法規条項(U.S. Const. art. 6)の関係で問題となる。Michael T. Morley, *Reverse Nullification and Executive Discretion*, 17 U. PA. J. CONST. L. 1283 (2015).

- (15) 法の不執行で大統領が一方的に政策形成してしまふ最も顕著な例だとされる。Jeffrey A. Love and Arpit K. Garg, *Presidential Inaction and the Separation of Powers*, 112 MICH. L. REV. 1195, 1198 (2014). 「事実、現代の大統領は作為と不作為の両方によって権限を篡奪する」ことができ、(id.) と認識し(つまり、法不執行が執行よりも議会の授權範囲を超えているとは言えない)、憲法上は法の執行も不執行も同じだとして(id. at 1199)「それがマディソンのな制憲思想からは受け付けないものだ」と分析したうえで、大統領法不執行の理論を、それが公法学では不十分であったとして、機能的に分析する。
- (16) ブッシュ43は不執行によって規制緩和(deregulation)なる現象を生み出し、執行権専権の起訴裁量になぞらえて司法審査を免れる展開を見せた。Daniel T. Deacon, Note, *Deregulation through Nonenforcement*, 85 N.Y.U. L. REV. 795 (2010). もっとも、規制緩和(deregulation)は一九七〇年代からみられるようになり、大統領の法の不執行もこれと並行して注目されてくるようになったとされる。Merrick B. Garland, *Deregulation and Judicial Review*, 98 HARV. L. REV. 505, 57 (1985). 二〇世紀の四分の三は、行政法は規制のインプリケーションに集中していた。Id.
- (17) Bethany R. Pickett, *Will the Real Lawmakers Please Stand Up: Congressional Standing in Instances of Presidential*

Nonenforcement, 110 NW. U. L. REV. 439, 449 (2016). 現実例として、*id.* at 449-52.

- (18) 現実に大統領が違憲と考える制定法を執行しない実例が憲政史上少なからずあるけれども、執行権は一貫した説得的包括的な説明を尽くして「なご」ともいわれる。Dawn E. Johnson, *Presidential Non-enforcement of Constitutionally Objectionable Statutes*, 63 L. & CONTEMP. PROB. 7, 11 (2000). ユーは大統領の不執行に国内の次元では否定的である。Robert J. Delahunty and John C. Yoo, *Dream On : The Obama Administration's Nonenforcement of Immigration Laws, the DREAM Act, and the Take Care Clause*, 91 TEX. L. REV. 781 (2013).

(19) PETER M. SHANE AND HAROLD H. BRUFF, *SEPARATION OF POWERS LAW : CASES AND MATERIALS* 557 (3rd ed. 2011).

- (20) ショーンソンはごうした観点から憲法の意味の変化を考察する。いわく、「最高裁のみならず連邦政府の政治部門もまた、憲法の意味の発展に影響を持つ。司法判断がわれわれの憲法理解を支配し、政治部門は最高裁の意見に典型的に譲歩するけれども、われわれの選挙した公職者はある範囲の憲法上の権限を持つ——特に重要なのは司法権の人事権を持つ——のである。政治部門は憲法の方角を実質的に変化させるよう権限を行使するのを選択できる」。Dawn E. Johnson, *Ronald Reagan and the Relinquist Court on Congressional Power : Presidential Influences on Constitutional Change*, 78 IND. L.J. 363, 406 (2003). *See also, id.* at 411-12. Powell (H. Jefferson Powell, A Community Built on Words : The Constitution in History and Politics 207-8 (2002)) の以下の指摘を賛成しつつも、*Id.* at 411 n.275. 「司法は絶対確実 (infallible) ではない。ゆえに、人民と連邦政府の政治部門は、司法が誤っていると信じたとき、憲法改正や訴訟や任命プロセスを通して、司法の憲法についての考えを変える適切なステップをとらなければならない。……ごうした目的のための任命過程の使用は、適用には難しい問題を提起するけれども、いかなる変化も求められるのに実質的に反対する人がたびたび抵抗するにもかかわらず、原理は落ち着くのである」。

(21) Michael Stokes Paulsen, *The Most Dangerous Branch : Executive Power to Say What the Law Is*, 83 GEO. L.J. 217, 263-64 (1994). 第四のケースが最も問題たとして議論しつつも。

(22) U.S. Const. art. II, §2, cl. 2, art. I.

(23) Christine E. Burgess, Notes, *When May a President Refuse to Enforce the Law?* 72 TEX. L. REV. 631, 638 (1994).

(24) Presidential Non-Enforcement and the Rule of Law, Fourth Annual Rule of Law Competition (2012-2013), at 7 <https://>

法律を執行しない大統領の権限 (富井)

www.dhbar.org/foundation/Presidential-Non-Enforcement-and-the-Rule-of-Law.pdf; Paul P. Craig, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: On Analytical Framework*, [1997] PUB L. 467.

- (25) Peter M. Shane, *Presidents, Pardons, and Prosecutors: Legal Accountability and the Separation of Powers*, 11 YALE L. & POL'Y REV. 361, 361 (1993).
- (26) 前者は問題となっている職の機能が立法か司法か執行かをみて、それが立法権、司法権、執行権に適切に収まっているかを判断する。抑制された分立論は、このアプローチをベースとするも、適切な機関に収まっているかは決定的な規準ではなく、そうでないことに憲法上任じられた機能を遂行することで当該部門を許容できないほど妨害しているかを問題とする。*Id.* at 371.
- (27) *Id.* at 364, 372. 歴史的に大統領は他の機関が制限もできないカテゴリーの権限を持っているとする。「抑制された分立論は、精力的な大統領制を志向するかしないかではなく、執行権の強力さにかんする裁量は議会をしっかりと尊重していることにあると信じるものである」。 *Id.* at 373.
- (28) *Id.* at 376. Shane は法の支配を「われわれが法的解釈と呼ぶ、正誤を分ける方法たるある種の規範的解釈に制度化されたコミットメントを通じて、社会に相互のアカウンタビリティを達成することへ専念すること (dedication)」と理解する。二点が肝要だという。第一に、かかる作業とプロセスは人民に広く知られた正当なプロセスを通してなされる。第二に、そうしたプロセスに反映される人や機関の多様な利害に規律ある認識 (disciplined recognition) を与えるように、権力組織の人々を強いることである。そして権力分立はこのイデオロギーによってもつた。Peter M. Shane, *The Separation of Powers and the Rule of Law: The Virtues of "Seeing the Trees"*, 30 WM. & MARY L. REV. 375, 384-85 (1989).
- (29) Todd Garvey, *The Take Care Clause and Executive Discretion in the Enforcement of Law*, CRS REP. R43708, Sep. 4, 2014, at 5. 「議会が法律を執行できもしなければ、大統領のその法律の執行に不適切に関与することもできないのとまったく同じように、大統領とその部下は、有効に制定された制定法を一方的に、無視したり、修正したり、あるいは廃止したりすることで法を作ることはできない」。 *Id.* 本節はこの論稿に多く負っている。
- (30) 「法が誠実に執行されているかに配慮する大統領の権限は、大統領が立法者であるとの考えを論駁する (refute)。憲法は、大統領が賢明と考える法を推薦すること、悪いと考える法を拒否することに、立法過程での大統領の職務を制限した」。

Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579, 587 (1952). ただ現実にはニューデール以降、議会は立法権を多く大統領に委任しており、それが司法で無効にされることなく存続している。Abner S. Greene, *Checks and Balances in an Era of Presidential Launching*, 61 U. CHI. L. REV. 123, 196 (1994). グリーンは「このこと自体制憲者が予期しなかったことであり、違憲とまで強く批判されなければいけません。一つの機関に集中するということでは憲法上やっかいであり、議会の統制など立憲的統制のメカニズムが必要だとする」。

(31) TCCの規定は明らかに、他者が法律を執行するのが誠実になされているかを大統領が目配りする書き方になっている。“Take care that the Laws be faithfully executed”のもとに“by others”が隠れてくることなのである。Bruce Ledewitz, *The Uncertain Power of the President to Execute the Laws*, 46 TENN. L. REV. 757, 797 (1979). ただ他者となるもそれは執行権の官吏であって、執行権は大統領に属するし、かかる官吏も大統領の支配下にある。

(32) Robert G. Natelson, *The Original Meaning of the Constitution's "Executive Vesting Clause"—Evidence from Eighteenth-Century Drafting Practice*, 31 WHITTIER L. REV. 1 (2009). 憲法一条の構造は、「立法権としての議会（一節）、組織規定（二一七節）、議会権限列挙（八節）、議会列挙権限の制約（九節）、州に対する制限（一〇節）である。二条は、執行権の長としての大統領（一節）、組織規定（二節後段）、大統領権限列挙（二節、三節）、大統領の更迭（四節）と整理される。もっとも、一節が権限付与となれば、二節、三節は、その他の権限あるいは執行権の中身の説明や制限となる。Id. at 67. 憲法一条は議会の権限を「以下列挙するもの (herein granted)」との文言を置いているのに対し、二条では大統領についてそうした条文がない。二条は条約締結権など大統領の権限を規定しているけれども、規定のないものは執行権＝大統領権とならないのか、あるいはそうでないのか。この点、制憲者はイングランド国王に類似させて限定列挙する必要はないとし、執行権はその中身がいかようであろうとも、すべて大統領に属するとしたのである。MICHAEL STOKES PAULSEN AND LUKE PAULSEN, *THE CONSTITUTION: AN INTRODUCTION* 58 (2016). 二条の執行権の包括性は一条に対比させるのではなく、同じように「herein granted」の文言がなご三条（司法権）に近似しており、これにアナロジーさせるべきで、二条と三条が同じようにこの文言を置かずに規定されたのは驚くべきことではないとの指摘もある。Steven G. Calabresi and Kevin H. Rhodes, *The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary*, 105 HARV. L. REV. 1153, 1199 (1992). 二条二節の大統領権限を規定した六項目は大統領の執行権を説明し、実質的に制限したものであるけれども、三条の司法裁判所の権

限の九項目とは異なつて、排他的なりストとして提示されたものではない。タフト首席判事やハミルトンのように、二条二節は一節の権限を制限し説明するものと解されるべしとする。 *Id.* at 1196-97. タフトは、マイヤーズ事件では、執行権は議会と異なり憲法の条文で禁じられているものを除き、列挙された権限に限定されないとし、「執行権は包括的な文言で与えられており、協調が適切とみなされるところでは個別的な文言で強化され、制限が必要とされるところでは直接的な表現で制限されている」とする。 *Myers v. United States*, 272 U.S. 52, 118 (1926) (Taft, C.J., delivering). ただ執行権に固有の (inherent) 権限が制約なしの権限であるとは言つてゐない。 LAWRENCE TRIBE, 1 AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 634 (3rd ed. 2000). なお、外交には執行権に専権の広範な権限が認められつつある。 *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304 (1936).

(33) PRAKASH, *supra* note 3 at 84.

(34) ハミルトンはV.Cを、それ以降の規定が定める権限の享有者とするものではなく、単に一般的に執行権を認めた規定と解し、マディソンも同様に、同条はすべての執行権が大統領にあるとした規定と考へた。 Saikrishna Bangalore Prakash, *Hail to the Chief Administrator: The Framers and the President's Administrative Powers*, 102 YALE L.J. 991, 996 (1993).

(35) V.Cは一条の立法権付与条項(一条一節)に類似してゐると認め、より明確である。 Lessig and Sunstein, *supra* note 3 at 50. ただ議会の権限は一条八節に列記したものにくわえて「必要かつ適切な事項」(Necessary and Proper Clause)を挙げており、これは包括性を意図したものであるけれども、行政機関の創設権を読み込むこともできる。 *Id.* at 45, 45 n.185.

(36) *Id.* at 10. T.C.Cは自明といふにはほど遠いけれども、執行権の部局が誠実に執行してゐるのを確保させる義務を課すものと解するのが最良だとする。 John F. Manning, *Forward: The Means of Constitutional Power*, 128 HARV. L. REV. 1, 45 n. 268 (2014). See also, John F. Manning, *Separation of Powers as Ordinary Interpretation*, 124 HARV. L. REV. 1939, 2036-37 (2011).

(37) T.C.Cは超法的権限を大統領が主張することを排除することを意図したのであって、立法を凌駕する積極的権限を付与したのではないとする。 Charles Tiefer, *The Constitutionality of Independent Officers as Checks on Abuses of the Executive Power*, 63 B.U.L. REV. 59, 90, n.151 (1984). なお、TieferはT.C.Cを単一執行権 (unitary executive) 付与規定と読むのに反対で、大統領は伝統的な執行権である外交や国防でのヒエラルヒーは、大統領直下でその指揮監督に服し、議会は国政

調査的な権能はそれに認められるけれども、そこでの大統領の任免権限には関与できない。 *Id.* at 61.

(38) Pickett, *supra* note 17 at 444-45.

(39) *See e.g.*, Morrison v. Olson, 487 U.S. 654, 690 (1988); Myers v. United States, 272 U.S. 52, 177 (1926); Little v. Barreme, 6 U.S. 170, 177 (1804). Little 事件については、富井、前掲(3)書、一七三頁、参照。ヤングスタウン鉄鋼会社事件で最高裁は、朝鮮戦争時のトルーマン大統領の鉄鋼会社国有化の大統領令は制定法の授權もなく、また憲法上かかる権限は議会にあり大統領は立法や政策形成に固有の権限はないとしたなかで、こう判断している。「われわれの憲法の枠組みでは、法が誠実に執行されているのに注意するのを大統領の権限としているのは、大統領が立法者であることを否定する」。343 U.S., 583 (Black, J., delivering). *See also, id.* at 587-88. そしてTCCは権限を認めたものではなく義務であると解釈している。 *Id.* at 660 (Clark, J., concurring).

(40) Gary Lawson and Christopher D. Moore, *The Executive Power of Constitutional Interpretation*, 81 IOWA L. REV. 1267, 1313 (1996).

(41) Daniel Stepanich, *Presidential Inaction and the Constitutional Basis for Executive Nonenforcement Discretion*, 18 U. PA. J. CONST. L. 1507, 1513-24 (2016). 「TCCは法律の誠実な執行を監視しコントロールする大統領の義務である。大統領は、議会が課した有効な命令的あるいは事務的 (mandatory or ministerial) 義務を停止することはできないが、法律の執行には、ブラックストーンや制憲者の同時代人が理解しような、その執行の状況と時間と方法を選ぶ裁量が黙示されている」。 *Id.* at 1521. *See also, id.* at 1524. TCCは、ジェームズ二世が執行権を振りかざして議会の立法を執行しないことで議会の明示の指示を履行しなかった歴史的经验に基づく。初代大統領ワシントンは、TCCを、法律が執行されるのを見守る (see) 義務と解して、その免責で踏みこじるのを認めればこの義務に反することになるとしている。 Delahunty and Yoo, *supra* note 18 at 805-6. *See also, id.* at 796-99, 799 n.97. 制憲過程では、大統領にこの義務の免責や停止を認めることは真向から否定されていた。 *Id.* at 802, 802 n.124. *See also*, Office of Personnel Management v. Richmond, 496 U.S. 414, 435 (1990).

(42) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 164-66 (1804). ただし政治的行為については執行裁量が認められるとする。 *Id.* at 164. もっとも、法が命じる行為であっても、事務的機械的 (ministerial or mandatory) 行為と政治的行為とは、執行への義務

法律を執行しない大統領の権限 (富井)

付けあるいは裁量で大きく異なる。

- (43) *Id.* at 166.
- (44) *Kendall v. United States ex rel. Stokes*, 37 U.S. 524 (1838). 議会が執行権の役人に有効な義務を制定法で課したとき、かかる義務と責任は法の統制に服するのであって、大統領の命令にはない。*Id.* at 610.
- (45) *Id.* at 613. マーシャルは、国家に関係する憲法あるいは制定法に基づく裁量的義務と、これに対峙する、個人に関係する命令的事務的 (mandatory or ministerial) 義務との区別を設けたのである。*Stepanich, supra* note 41 at 1523.
- (46) *Wilbur v. United States ex rel. Kadrie*, 281 U.S. 206, 219 (1930).
- (47) *Ameron Inc. v. U.S. Army Corps of Engineers*, 808 F. 2d 979, 994 (3rd Cir. 1986). 「議会が大統領にほんのわずかしかな般的教示を与えておらず、詳細は執行権が埋めることを認めているなら、その場合は執行権の範囲は大きい。他方、議会が執行権にどう進めていくかの詳細をいちいち特定することを選択したなら、……立法院はそのやり方を仕切るのに完全に自由である」。*Id.* at 993.
- (48) 「新しい成文法はすべて、技術的にきわめて巧みに起草されたものであり、十分かつ慎重な審議を経て制定されたものであるが、一連の特定の議論と判決とによってその意味が整理され確定されるまでは、やはり多かれ少なかれ曖昧模糊たるものとみなされているのである」。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』(福武書店、一九九一年)一七五頁(三七篇、マディソン)。
- (49) LOUIS FISHER, *THE LAW OF THE EXECUTIVE BRANCH: PRESIDENTIAL POWER* 97 (2014). 執行権の機関の職員を更迭する大統領権限の議論と同様で、執行権の義務については、大統領権限は最大限となり、機関の裁決には最低限となる。*Id.* at 98.
- (50) この立場をとり、Edwin M. Meese, III, *The Law of the Constitution*, 61 *TUL. L. REV.* 979 (1987).
- (51) Miller, *supra* note 6. 憲法と憲法典を区別するならば、大統領あるいは執行権の幹部は前者にとらわれるとする見方といえようか。いわく、なるほど、大統領を含む執行権の高官は議会制定法を執行する義務を負うが、「それは形式的憲法の指令の下でのみ真理である。秘密の憲法(あるいは実効法 (operational code))は、相当に異なる。執行権の官吏、とりわけ高次レヴェルの者は、自らが最善と考える制定法を運用し (administer) 法の禁止によってよりもむしろ、司法判決を含む政治の圧力によってのみ制約される。大統領は政治プロセスをなすように、あるいはうまくやるように許したことをな

- す」。 *Id.* at 399. 行政国家ならぬ大統領国家を憲法上容認する立場といえよう。
- (52) 5 U.S. 170.
- (53) 343 U.S. 646 (Jackson, J., concurring). Shane, *supra* note 28 at 382.
- (54) AKHIL REED AMAR, AMERICA'S CONSTITUTION: A BIOGRAPHY 178-80 (2006). 結局大統領の不執行となれば訴訟になり、司法が判断するお膳立てが *more or less* かかる行為が常に司法審査の対象となるわけではない。 *Id.* at 179.
- (55) Lawson and Moore, *supra* note 40 at 1315, 1315 n.225.
- (56) Frank H. Easterbrook, *Presidential Review*, 40 CASE W. L. REV. 905, 926 (1989-1990). 彼は判事であり、「司法の管轄権を有する事件に下された裁判所の命令を実行する」*must* 判決の法判断 (rule) に忍従する *must* (acquiescing) は「本質的に異なる」*must* に注意して *more. Id.*
- (57) Paulsen, *supra* note 21 at 297-98. 司法権の優越原理からでは薄弱であり、歴史的には判決の終局性は政策であって、司法制度の前提条件ではなく、重要なのは憲法に忠実であることであって、憲法上の過誤を大統領が審査できる権能が導かれる。 Lawson and Moore, *supra* note 40 at 1324.
- (58) *Id.* at 1327-28.
- (59) *Id.* at 1324-27. 適正手続と責任 (liability) の判断は拘束されるとする。 *Id.* ただその根拠は明確ではないように思われる。憲法判例は他の二権にまで法的拘束力があるかについての否定的な分析として、大林啓吾「先例拘束の再定位」小谷順子・新井誠・山本龍彦・葛西まゆこ・大林啓吾『現代アメリカの司法と憲法—理論的対話の試み』(尚学社、二〇一三年)二二八頁。
- (60) ドレッド・スコット事件の最高裁判決が党派的偏見に満ち歴史的根拠も持たない、先例として司法判決に値する条件を満たさず、社会一般の信頼を得ていないならば、国家において決定的な理論として確立させるには至っていないと扱うことは、判決を無視するでもそれに反抗するでもないとする。「ドレッドスコット判決に関するスプリングフィールドにおける演説」リンカーン／高木八尺・斎藤光沢『リンカーン演説集』(岩波文庫、二〇〇八年)三八—四二頁。判決が憲法と矛盾するなら、市民としての国民が大統領、上院議員、そして代表者を通じて正しい憲法判断をすべきであって、最高裁だけが憲法解釈者ではないことを物語る。 Meese III, *supra* note 50 at 985.

- (61) 前掲(60)書、『リンカーン演説集』、一〇二頁。引用は原文のまま。
- (62) フェデラリスト第四九編(マディソン)。A・ハミルトン他、前掲(48)書、二四六頁。権力分立を侵犯する権力濫用に對して憲法會議を設けることが人民主権の憲法原理に符合することを訴える文脈で論及したものである。
- (63) Michael Stokes Paulsen, *The Merryman Power and the Dilemma of Autonomous Executive Branch Interpretation*, 15 *CARDOZO L. REV.* 81 (1998).
- (64) *Ex Parte Merryman*, 17 F. Cas. 144 (C.C.D. Md. 1861) (No. 9487).
- (65) *Id.* at 149. この判決にリンカーンは異を唱え、Merrymanを釈放しなかった。
- (66) 前掲(60)書、『リンカーン演説集』、一〇二頁。ただ最高裁のかかる判決の拘束力は、いわば個別的効力説で、特定個別の事件に限定される点に注意すべきとしている。
- (67) SYLVIA SNOWISS, *JUDICIAL REVIEW AND THE LAW OF THE CONSTITUTION* (1990). プーベリ以前には違憲審査権は想定されておらず、独立期からフェデラリスト・ペーパーズ七八篇、マーベリ判決、マーシャル判事の退官、の三つの時期を経て現代のような普遍的理解になっていったとする。
- (68) 「特定の事件に法を適用する者たちは、必然的にその法を解釈し(expound and interpret) しなければならない」。5 U.S. at 177.
- (69) Paulsen, *supra* note 21 at 276.
- (70) *Id.* at 277. 解釈が法誠実執行配慮義務の一部であり、TCCは法の意味と合憲性について大統領の落着した結論に優位を認めるのであって、他の部門の選好に服従を要求するのではない。*Id.* 司法が最終的判断権を有するとされがちだけれども、憲法には判断の終局性(finality of judgement) について規定した条項はなく、法の執行においてさえ司法が最高ではなく、司法に對峙して議会で大統領の本質的な調和と並立があるのみであるとす。 *Id.* at 297, 306. ただし、陪審裁判の判決はそれが憲法で保障されたものであるから、執行権は無視できな。 *Id.* at 289, 291.
- (71) *Id.* at 321. ボールソンの主張は、「大統領はその宣誓によって善良に(in good faith) 独立した解釈権限を行使するように義務付けられ、……制定法や裁判所の判決を、自らの独立した法判断に基づいて、執行するのを拒否することで正当に無効にすることがある」。 *Id.* at 322-23.

- (72) *Id.* at 324-31. ポールソンは、執行権審査 (executive review) を司法審査になぞらえて、憲法上大統領 (執行権) の憲法審査権を指摘するものといえる。ただそれは司法審査とは異なり、審査基準論などなく、同等審査権限定理論 (theorem) であり、「各部門はその独立した解釈の行使において、他の部門による熟慮された見解への委譲と、自らの独立した見解を他部門のそれに合理的に適合させる責任を指導原理とするものである」。 *Id.* at 331-32.
- (73) *Id.* at 343-44. これは執行権優越 (executive supremacy) ではなく、憲法優越と権力分立での三権同等の解釈権であり、その三部門相互のチェックを意図するもので、その中に当然司法権も入る。 *Id.* at 345. 憲法解釈権限が一つの機関に集中したり優越したりすることは権力分立と相反するとするもので、説得力がある。
- (74) Meese III, *supra* note 50. 憲法 (Constitution) と憲法規範 (constitutional law) は区別され、この区別は重要だとし、最高裁の憲法判断は後者を形成するけれども、憲法が通常の憲法規範に優越すると理解しなければならぬとする。 *Id.* at 898.
- (75) 大統領固有の権限を強調する者は、大統領の法誠実執行配慮義務と法律を作るのは議会だという憲法規定をしばしば忘れ²⁹。 Glen O. Robinson, *Independent Agencies: Form and Substance in Executive Prerogative*, 37 DUKE L.J. 238, 243 (1988).
- (76) Jonathan T. Molot, *Reexamining Marbury in the Administrative State: A Structural and Institutional Defense of Judicial Power over Statutory Interpretation*, 96 NW. U. L. REV. 1239, 1251-52 (2002).
- (77) フェデラリスト、前掲(48)書、三九四頁(八一篇「ハミルトン」)。
- (78) わが国においてかかる文脈から行政機関の法解釈の法としての機能は無視できない。林修三『法令解釈の常識(第二版)』(日本評論社、一九七五年)四九一—五〇頁。
- (79) デパートメントリズムについて、大林啓吾『アメリカ憲法と執行特権——権力分立の動態』(成文堂、二〇〇八年)六八—七三頁、参照。
- (80) Lawson and Moore, *supra* note 40 at 1329-30. もっとも、デパートメントリズムは権力分立の一側面にすぎず、憲法の適用解釈権は偉大で畏敬の権限であって、三権それぞれの解釈はそれぞれに用心してからなければならないとする。 *Id.*
- (81) 富井、前掲(3)書、第4章、参照。
- (82) TRIBE, *supra* note 32 at 717.

法律を執行しない大統領の権限(富井)

- (83) *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988).
- (84) *Id.* at 696-97. 「執行権は刑事訴追するかどうかを決定する絶対的な裁量と独占的な権限を有している」。 *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, 693 (1974).
- (85) 「独立検察官が果たす職務は、執行権内で幹部によって典型的に従事されてきた法執行機能であるという意味で、「執行 (executive)」ではなく「全争うはなら」。 487 U.S. at 691 (Rehnquist, C.J., delivering).
- (86) *United States v. Cox*, 342 F.2d 167, 171-72 (5th Cir. 1965).
- (87) *United States v. Armstrong*, 517 U.S. 456, 464 (1996).
- (88) スカリア判事は「なるほど大統領はすべての執行権の行使を統制するが、本件立法はそうなっていないとして、反対意見を述べなければならない」「政府の犯罪の捜査と起訴は執行権の作用の真髄である (quintessentially)」と云う。 487 U.S. at 706 (Scalia J., dissenting)。 それに対して、制憲者や制憲時の議会は起訴が執行権の独占的権限とは理解してはなかつたと指摘される。 Lessig and Sunstein, *supra* note 3 at 15.
- (89) Rebecca Krauss, *The Theory of Prosecutorial Discretion in Federal Law : Origins and Development*, SETON HALL CIR. REV. 1, 11 (2009)。 「この根拠として多く言及される」。 *Id.* at 10.
- (90) *Id.* at 16. *nolle prosequi* は執行権の手続であり、執行権の特権であって、司法権限ではない。 *Id.* at 17-18. なおイングラントでの私人訴追主義の歴史について、鯨越澄弘「私人訴追主義と国家訴追主義」法政研究四八巻一号三三頁、四二一七〇頁、一九八一年、参照。
- (91) Krauss, *supra* note 89 at 2.
- (92) PRAKASH, *supra* note 3 at 91. プラカッシュは「イングランド国王がすべての犯罪についての憲法上の検察官であるとみていたイギリス刑事司法手続を、アメリカの執行権は引き継いだとする」。 Saikrishna Prakash, *The Chief Prosecutor*, 73 GEO. WASH. L. REV. 521 (2005)。 憲法の執行権の承認は大統領が起訴を統制できるとし、議会は大統領の起訴権の行使を規制できなくことは「条文や構造のみならず、歴史や先例からも明らかであるとし、Lessig や Sunstein に代表される変更主義 (Revisionist) の「大統領は起訴を統制できないとする憲法解釈を批判する」。 *See also, id.* at 552, 572, 575.
- (93) Prakash, *supra* note 92 at 575, 575 n.319. 「より一般的には、大統領が自らの誠実執行義務を満足させたかを判断すること

は、状況的探究 (circumstantial inquiry) を必要とするように見える」*Id.*

(94) Stepanicich, *supra* note 41 at 1520-25. Prakash, *supra* note 92 at 553. *But See*, Harold Kent, *Executive Control over Criminal Law Enforcement: Some Lessons from History*, 38 AM. U. L. REV. 275 (1989). 公訴権の監視は近時の「ジョブ」制定当初にはなかつたとする。

(95) Stepanicich, *supra* note 41 at 1526, n. 145.

(96) Yoav Dotan, *Should Prosecutorial Discretion Enjoy Special Treatment in Judicial Review: A Comparative Analysis of the Law in England and Israel*, [1997] PUB. L. 513.

(97) EDWARD S. CORWIN, *THE PRESIDENTS: OFFICE AND POWERS, 1787-1984* (5th ed. 1984).

(98) *Id.* at 99.

(99) 邦文での簡明な分析として、間田穆「アメリカにおける行政組織編成権限・序説」『現代行政法の理論』：室井力先生還暦記念論集』（法律文化社、一九九一年）二六八頁、参照。

(100) ハミルトン他、前掲(48)書、三四〇―四七頁。この翻訳での「行政権」は「執行権」に変えている。憲法制定は連合規約の政府構造の反省に基づいて、強力な国家、強力な政府を作成することであり、ハミルトンはやたら活力 (energy) にこだわったようにみえる。

(101) 同上、三四五頁。

(102) 同上、三五―一五二頁（七二篇、ハミルトン）。

(103) Peter L. Strauss, *Overseer, or "The Decider"?: The President in Administrative Law*, 75 GEO. WASH. L. REV. 696, 721-22 (2007). 制定法でその職の任命資格などについて規定できるか、つまり議会が大統領の任命権をどこまでコントロールできるかは、ヴァラエティがあつて一義的ではないけれども、議会は憲法上執行権を行使できない。*Id.* at 722.

(104) U.S. Const. art. II § 2, cl. 2. 日本国憲法では国務大臣以外の人事権については明文の規定はない。この点、同六五条から導かれて、国家行政組織法に明文化されているとみられる。小嶋、前掲(6)書、四三八―四一頁。それによれば、行政権は行政の統一化確保のための権能が内包され、職務上の指揮監督権と人事権があるとされる。いわゆる独立行政委員会違憲論では立法権がこれを侵害するものとして唱えられるけれども、形式的権力分立観に根差すものと一蹴される。

法律を執行しない大統領の権限（富井）

- (105) Lessig and Sunstein, *supra* note 3 at 44-55. 一見したところでの相違は、一条に必要適切なことが行政で、二条に必要適切なものが執行となる。一九世紀の理解では、執行権は二条に列記された権限規定に限定されないものであって、執行は政治であり、行政はそうではないとするもので、執行はその権限行使に大幅な裁量が認められる。行動するかしないかは政治的判断だとする。二条は執行権たる大統領が憲法上の大権 (preogative) として行使できるとしたもので、二条に列挙された権限に限定されないと考えた。行政権 (administrative power) は行使者自身の判断に従ってではなく、法律の基準あるいは目的に基づいて行動する義務を自身が有する領域と画することができ、議会は行政官に大統領の全権の下あるいはそれを超えて行動する権限を与える広範な裁量権を有する。*Id.* at 55. 連邦政府内では調整問題が深刻で、多様な機関がその長の判断で多くはホワイトハウスと関係のないところで規制権限を行使し、議会はますます小委員会を創設し断片化 (balkanization) する傾向がある。議会がそうした者をチェックできなければ、大統領がそうした機関が適切かつ効果的な決定をなしているかを見守り、大統領の意思に従っているのを確保し、規制政策が適切に調整されているのを確信させなければならないことになる。STEPHEN G. BREYER, RICHARD B. STEWART, CASS R. SUNSTEIN AND MATTHEW L. SPITZER, ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY: PROBLEMS, TEXT, AND CASES 87-88 (5th ed. 2002).
- (106) *Myers v. United States*, 272 U.S. 52, 135 (1926). ポートランドの郵便局長 (Postmaster) を罷免する大統領権を認めたケースである。
- (107) Peter M. Shane, *Independent Policymaking and Presidential Power: A Constitutional Analysis*, 57 GEO. WASH. L. REV. 596, 615-16 (1989). 外務省や戦争省の設置法と財務省の設置法には法的な相違がみられる。前者は組織編成権限で大統領に広範な裁量を与えているのに対し、財務省は権限も含み法律で細かく規定されているのであり、当時は大統領は単なる政治的長官にすぎず、下級の連邦行政を指揮監督する一般的権限を持った行政長官ではなかったことを示している。間田、前掲(99)論文、二八七—九六頁。ただこうしたイメージは一九世紀後半に大きく転換され、大統領は連邦行政の長であるとみられるようになっていく。それは、①大統領の任免権の承認②TCC③軍事や外務の執行専権領域を大統領に大きく委ねたと④行政的権限の大統領への制定法による授権の拡大、によるとする。同上、三〇〇頁。
- (108) 「大統領に付与されていると考えられる「執行権」は、決して立法府によって、また裁判所によっても行為されたことがなく、常に執行権によって、いかなる時にも場所でもなされてきたと言及する以外に、一体ほかどんな意味でアイデンティ

イフアイできるのであろうか。……政府の犯罪の捜査と起訴は執行権作用の核に外ならない」。487 U.S. at 706 (Scalia, J. dissenting).

- (10) 5 U.S. at 165-66. さらに、外務省のような機関の行為はその裁量に司法審査などの統制は及ばないとした。 *Id.* at 166. 〃の言からブーシヤルは強固な unitary executive 論者であるとする。 Lessig and Sunstein, *supra* note 3 at 56.
- (11) 5 U.S. at 155-58, 167.
- (12) Lessig and Sunstein, *supra* note 3 at 58. 大統領が統制できる行為と議会が規制できる行為にくっきりした区別があり、この区別が一条の必要適切条項から認められる議会の統制権かどうかであって、行為の性質（裁量的か）からではないとする。 *Id.*
- (13) Kendall v. United States ex rel. Stokes, 37 U.S. 524 (1838). 大統領権限が憲法に根拠を持つなら議会も裁判所も統制できないけれども、議会は自らが適切と考えるいかなる義務もそれが憲法によって保全された権利に抵触しない限り、執行権の官吏に課すことが可能。 Lessig and Sunstein, *supra* note 3 at 59.
- (14) *Id.* at 64-65. TCCは、一七八〇年代初頭にジェフアンソンがヴァージニア憲法のために提案したことを源とするが、法律を執行するのに必要な権限が認められるのを意味し、性質上立法法でも司法でもない控除的なものである。 *Id.* at 65.
- (15) STEVEN G. CALABRESI & CHRISTOPHER YOO, THE UNITARY EXECUTIVE: PRESIDENTIAL POWER FROM WASHINGTON TO BUSH 28-29 (2008).
- (16) *Id.* at 418. 〃の解釈はわが国の内閣の地位や権限と同じように解するのであって、わかりやすい。
- (17) Shane, *supra* note 107 at 613, 621. 「われわれの根本法は、（政策形成行政機関を執行権の外に置き、これに大統領の監督権限を認めるかどうか）の詮索の裁量を議会に与えている」。 *Id.* at 626.
- (18) Kagan, *supra* note 2 at 2251.
- (19) Andrias, *supra* note 4 at 10639.
- (20) *Id.* at 1054-69. 求心的法執行審査 (centralized regulatory review) はレーガン以降維持強化され、クリントンはこれにくわえて行政命令 (administrative directives) を使用するようになる。ブッシュ43は不執行によって規制緩和させ、オバマ

はこれを継承してならに起訴裁量の運用を織り交ぜるようにしていると整理している。なお、そうした大統領の審査プロセスがオープンにされていることに留意したい。 *Id.* at 1069.

- (121) *Id.* at 1070. 大統領の執行権における調整された (coordinated) 執行メカニズムは、先占実効の効率性とアカウントタビリティを高める効果がある。 *Id.* at 1083-90. See also, Kagan, *supra* note 2 at 2331-46. ホワイトハウスやOMB (行政管理予算局) は七〇年代以降、機関の詳細な規制政策を検証し調整することが期待され実効化されている。BREYER ET AL., *supra* note 105 at 120-22. 求心的な規制政策実施の大統領による審査はレーガンの大統領命令一二二九一号によって打ち出されてきた。 E.O. 12291, Feb. 17, 1981, 46 FR 13193. <https://www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/12291.html>

- (122) 343 U.S. at 702 (Vinson, C.J. dissenting).

- (123) Andrias, *supra* note 4 at 1108-9.

- (124) Strauss, *supra* note 103. 議会は必要適切条項で行政権限を創設しうるけれども、TCCはそうした法律の執行を監視する責任を大統領に課したのであって、決定権限は含まないとする。「われわれの憲法は、明白に単一の国家元首をいただいたが、政府の枠組みはほぼ全面的に議会のデザインに委ねている」。 *Id.* at 759. プラカッシューは、必要適切条項は憲法二条で認められた一定の大統領権限を規制できるが、それ以外の規制は同時に禁止しているとの解釈にはならないとする。 Saikishina Prakash, *Regulating Presidential Powers*, 91 CORNELL L. REV. 215, 233 (2005).

- (125) Kagan, *supra* note 2 at 2357-58. なお行政と政治の区別は困難であり、彼女はこの点は深く論じていない。

- (126) 「制定法の意味の解釈は、司法判断可能な争訟に適用されるべき、排他的に司法の職務となる」。 United States v. Am. Trucking Ass'ns, 310 U.S. 534, 544 (1940).

- (127) これはアドバイスにすぎず決定ではないとする。 Strauss, *supra* note 103 at 739.

- (128) 「制定法の執行に大統領が関与することは、法制定でないとしても、相当程度の法形成 (law shaping) を包含する。政治的価値判断は与件の競合する執行の任務に不可避である」。 Andrias, *supra* note 4 at 1114-15. なお、大統領の法不執行は法制定に外ならず、権力分立に反するとの批判もある。 Love and Garg, *supra* note 15. See also, Greene, *supra* note 30 at 123-24. われわれは大統領による立法の中で生活してゐるとする。

(129) 両院で可決された法案はすべて大統領に提出される。大統領は一〇日以内に拒否権を行使するか、当該法案に署名する。後者の場合と、一〇日以内に拒否権が行使されないときは、法律として成立する。拒否権を行使した場合には各院で三分の二以上で再可決されれば、法律となる。U.S. Const. art. I, § 7, cl. 2, 3.

(130) 執行権とはなによりも法律を執行することである。そこには執行の裁量も認められる。TCCから法律解釈権も認められ、違憲と判断する制定法は執行を拒否する義務が、OCからも導かれる。そして執行権は外交権である。PAUSEN AND PAUSEN, *supra* note 32 at 59-60. もともと、OCを大統領が憲法擁護の必要性を判断して緊急権を専横にふるえる根拠であるとする解釈には慎重で、それは正しいが危険な原理だとしている。Michael Stokes Paulsen, *The Constitution of Necessity*, 79 NOTRE DAME L. REV. 1257 (2004). See also, PRAKASH, *supra* note 3 at 316. 憲法を保護し防御し維持することには大統領が理解する憲法を防御することであって、大統領を立法や司法の上位に置いたり、仲裁者として、包括的な権限を付与したりするものではない。Id. at 300. 建国初期の大統領は、宣誓が独立した憲法判断を擁護するのを義務付けたと理解していた。Id.

(131) TCCは「憲法を維持し保護し防御する」大統領の宣誓を受けた規定で、執行機関の目的はこの立憲主義に尽きる。JOSEPH STORY, COMMENTARIES ON THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES 357 (2nd ed. 1851). TCCは大統領のかかる義務を述べたものとする。大統領は「私が(1)憲法を防御する」と宣誓しなければならない。Iは憲法ではこの条項だけであり、他はわれわれ(We)とか人民(People)としてのことからみれば、大統領職はきわめて個人的(personal)であることを物語す。AMAR, *supra* note 54 at 177.

(132) Neal Devins and Sakrishna Prakash, *The Indefensible Duty to Defend*, 112 COLUM. L. REV. 507, 523 (2012).

(133) 包括的な法執行の停止権までは考慮されておらず、なごくりと法を執行する柔軟な義務を課したとみるのが最善であろう。PRAKASH, *supra* note 3 at 94-97.

(134) 富井、前掲(3)書、第四章、参照。

(135) 5 U.S. at 177. この判示は「政府の各部門は憲法で配された義務を遂行するとき、第一次的に憲法を解釈しなければならず、いかなる部門による自らの権限の解釈は他部門から正当に尊敬される」。United States v. Nixon, 418 U.S. 683, 703 (1974).

法律を執行しない大統領の権限(富井)

- (136) TRIBE, *supra* note 32 at 210-11. 「大統領も、個々のケースに法律を適用する役割を憲法上与えられている——彼は合衆国の執行権を付与され (vested)、「法律が誠実に執行されるのに配慮する」任を負わされている」。 *Id.* at 722-23. トライブは、大統領の法解釈権は執行権の長 (chief executive) の位置づけから帰結されるとしている。最高裁の違憲審査権は三部門の独立と coordinate (対等) を旨とした権力分立原理からも必然だったと説くユー／プラカッシュも、この点を強調する。「憲法を解釈する司法の権能が最高あるいは独占的であることを意味しない。……憲法を解釈する権限は三部門すべてに共通である。法律を誠実に執行する自らの義務を果たすことにおいて、大統領は、連邦法が有効かどうかを決定することができなければならない。すなわち、それが憲法とそう至高 (paramount) の法に適合しているか、である」。 Sakrishna B. Prakash and John C. Yoo, *The Origins of Judicial Review*, 70 U. CHI. L. REV. 887, 924 (2003). なお、行政機関 (administrative agencies) も単に立法の指令を受身的に伝達するものとの見方から、法制定や裁断のプロセスに参画する道具としての機能に変遷していると漠然とみられるようになり、職務遂行で適憲性を判断するのは当然のようになっていく。Note, *The Authority of Administrative Agencies to Consider the Constitutionality of Statutes*, 90 HARV. L. REV. 1682 (1977). 「ローゼリ事件は法及び憲法の解釈で司法が優越すると決して主張してはならず、独立かつ対等の司法の権能を主張したのみである」。 Paulsen, *supra* note 21 at 257. 彼は、TCCは大統領の独立した解釈権限を条文で正当化するものとしての宣誓条項を補充するものではない。 *Id.* at 261.
- (137) CALABRESI AND YOO, *supra* note 115 at 23.
- (138) Cass R. Sunstein, *Beyond Marbury: The Executive's Power to Say What the Law Is*, 115 YALE L.J. 2580, 2583, 2607 (2006).
- (139) *Id.* at 2593. この観点から「執行権の法解釈権限の認識は、二〇世紀の自然な所産として司法から執行権の法創造にシフトしたと理解される」。 *Id.* at 2595.
- (140) Chevron, U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984). 規制法規の文言が曖昧である時、裁判所は執行権の解釈に敬讓する (deference) とした判例である。サンステインは、シェプロンはわれわれにとつて Erie 判決 (連邦レヴェルでコモンローはないとした判例) に相当するといふ。Sunstein, *supra* note 138 at 2583, 2610. シェプロンは行政国家のためのある種の対マナーリと適切に理解され、「あいまいさに直面したとき、何が法であるかを述べるのは、

まさに執行権の部門の領域だ」と示唆するものとする。 *Id.* at 2589.

(141) *Id.* at 2587-88.

(142) 「違憲な法は無効であり、であるがゆえに現実の法ではないのだから、(TCC)は大統領にそうした法を執行し防護するのを義務付けなす。」 Devins and Prakash, *supra* note 132 at 522.

(143) Burgess, *supra* note 23 at 647-48.

(144) 大統領は判例を読み、その理由に賛同し、いわば先例拘束性の論理から最高裁の違憲判断を尊重する。一方で、そうした理由付けとしての先例を不執行にしようとしている法律の違憲性の根拠として援用するとき、違憲な法律の不執行の問題は *ruin* に困難となる。 Saikrishna Bangalore Prakash, *The Executive's Duty to Disregard Unconstitutional Laws*, 96 *Geo. L.J.* 1613, 1623 (2008).

(145) Easterbrook, *supra* note 56 at 914.

(146) *Id.* at 927, 929.

(147) *Id.* at 907-8, Tribe, *supra* note 32 at 723. そのメッセージは以下のごとくである。「議会、執行権、そして裁判所は、それぞれ自身の憲法についての意見に導かれなければならない。憲法保持の宣誓をした官吏各人は、自身が理解したように支持し、他者が理解したようにそうするのではないことを誓う。自らに可決あるいは制定のために提示された法案や議決の合憲性について決定するのは、最高裁判事が司法判決のために面前に提示されたときと同じように、下院議員、上院議員、そして大統領の義務である。判事の意見が議会の権限よりも優位にあるのではなく、同様に大統領はこの両者から独立している。したがって、最高裁判所は議会にも大統領にもそれらが立法の能力で行動しているときに統制することが認められているわけではなく、それらの理由付けの威力が価値があるとして影響力があるとするかぎりにおいてなのである」。 *Id.* See also, *id.* n.8. 憲法優位と判断したマーベリ判決には、誰が憲法の意味を解釈するかといった困難な問題が残されたともいわれる。Easterbrook, *supra* note 56 at 919. もっともマーベリ判決は、連邦裁判所が究極の憲法解釈者だと判示したと理解されている。Baker v. Carr, 369 U.S. 186, 211 (1962).

(148) その時の説明は以下のとおりである。Easterbrook, *supra* note 56 at 909, n.15. 「憲法はどこにも、司法権が執行権に対して判示する権利を執行権が自身のために決定するもの以上だと認めたものはない。両者は自らに与えられた行動の範囲で同

法律を執行しない大統領の権限(富井)

等に独立している。裁判官は法が合憲であると信じて、刑罰を科す権利を有するのにも、その権限が憲法によって彼らの手中に収められているからである。しかし執行権は、法が違憲だと信じてるとき、その執行を見送るよう義務付けられた。なぜならば、その権限は憲法によって自らに信託された (confide) からである。この装置は、競合する部門は相互にチェックされるべきことを意味する。しかし、判事に、どの法が合憲でありそうでないのかを、自身の行動の範囲で、自身のためだけではなく、立法権や執行権のためにも決定する権利を与える意見は、自身の領域にあって、司法権を専制的な (despotic) 部門にしてしまうことだろう」。

(149) TRIBE, *supra* note 32 at 726. ニクソン事件最高裁判決の「割り当てられた憲法上の義務の遂行において、政府の各部門は初めに憲法を解釈しなければならない」も引いている。 *Id.* at 727.

(150) Paulsen, *supra* note 21 at 256. ジェファソンは、「裁判所をすべての憲法問題の究極の arbiter (調停者) とするのは危険な考えであり、われわれを専制に置くことになる」と述べている。 *Id.*

(151) DAVID N. MAYER, THE CONSTITUTIONAL THOUGHT OF THOMAS JEFFERSON 265 (1994) ; Wallace Mendelson, *Jefferson on Judicial Review : Consistency through Change*, 29 U. CHI. L. REV. 327 (1962). 専制 (tyranny) への危惧であったのであり、もともとは司法権のはるかに重要な役割を好意的に評価していたという。 *Id.* at 327-28. 一八二三年の書簡はこれを如実に語っている。 *Id.* at 331 n.23. 「われわれの憲法が制定されたときは、司法権は政府にあって最も非力で (helpless) 無害のメンバーたちであることが想定された。しかしながら、経験は、じきに最も危険な部門となってしまう道を示すこととなる。これらの更迭に提供された手段が不十分なために、彼らに無責任と放縱の職を与えてしまった」。ジェファソンは、一八〇〇年以前は司法審査を信頼してゐたとする。 *Id.* at 335.

(152) MAYER, *supra* note 151 at 268, 270. 二つの部門の間で新たな憲法解釈上の争いが生じたとき、その最終的な調停者は人民だけだとする。 *Id.* 彼は、「判事が全憲法問題の究極の調停者との考えはひじょうに危険で専制をもたらすとした。 *Id.* at 271.

(153) *Id.* at 280-81. マーヘリ判決を書いたマーシャルは、個人の自然権や利益が基盤となる点では共有するものの、その達成の手段としてはマディソンと同じで、ジェファソンのような旧共和主義者 (Old Republican) の考えには対峙して、一つの国家への要請を第一条件とする。 *Id.* at 291-92. マディソンは憲法を統一国家的にみようとすると、連邦政府の権限は限定列挙されていることから、完全に統一国家的ではないとし、州や地方政府の管轄権との争いにはそれを最終的に決定す

る法廷が、憲法の規定にしたがって公平に運営されるべきはいうまでもないが、武力闘争を避けるためにも、必要であり、中央政府に設置されるべきとしている。フェテラリスト、第三九篇。ハミルトン他、前掲(48)書、一九〇頁。

(15) Devins and Prakash, *supra* note 132 at 514.

(15) Dawn E. Johnsen, *Faithfully Executing the Laws: Internal Legal Constraints on Executive Power*, 54 UCLA L. REV. 1559, 1589 (2007). 扇動法 (Seditious Act) とエドワード・スコット判決は、後世では合憲とは見えなごもみられる。AKHIL REED AMAR, *THE CONSTITUTION TODAY: TIMELESS LESSONS FOR THE ISSUES OF OUR ERA* 7-8 (2016).

(16) 彼の地位保持法はこのケースから五〇年以上経つ違憲と判断された。Myers v. United States, 272 U.S. 52 (1926).

(17) Johnsen, *supra* note 18 at 14-22.

(18) Eric Holder, Attorney General Letter from the Attorney General to Congress on the Litigation Involving the Defense of Marriage Act, Feb. 23, 2011. <https://www.justice.gov/opa/pr/letter-attorney-general-congress-litigation-involving-defense-marriage-act>

(19) *Id.* 彼はブラカッシュの立場からは徹底的に批判される。Devins and Prakash, *supra* note 132 at 508-9, 519. 「執行権を議会あるいは裁判所に従属させる (subordination) のは憲法の抑制と均衡を減じさせる」からである。 *Id.* at 576.

(160) 連邦第九控訴裁判所は、大統領が自らの権限を侵犯しているから違憲と考える制定法を執行しないのは違法だとした。大統領の法執行を項目拒否権 (line-item veto) の行使と同視し、拒否権は立法プロセスで大統領に与えられているものだとした。Lear Siegler, Inc. v. Lehman, 842 F.2d 1101 (9th Cir. 1988).

(161) CHRISTOPHER N. MAY, *PRESIDENTIAL DEFIANCE OF "UNCONSTITUTIONAL" LAWS: REVIVING THE ROYAL PREROGATIVE* (1998). 大統領の違憲法律無視権限の歴史的根拠も否定し、制憲初期の大統領は自らが違憲と判断した法律を無視したことはなく、歴史的記録は、初期の慣例がそうであり憲法の原初的意味がそうであったとのオリジナリスト (原意主義者) の議論を支持しない。 *Id.* at 130. 大統領が違憲と判断する法律に従うのを拒否できるかを直接判断した最高裁判例はなご。 *Id.* at 141.

(162) 「議会の同意なしに王権 (regal Authority) によって法律もしくは法律の執行を停止する (suspending) と主張された権限は、違法である」 「王権によって法律もしくは法律の執行を免除する (dispensing) と主張された権限は……違法である」。Bill of Rights, 1689, 1 W. & M. c. 2 (Eng.). シェーンメイと同様に、これがTCCでアメリカ憲法に編入されたとみ

法律を執行しない大統領の権限 (富井)

29. Shane, *supra* note 107 at 613.
- (163) Eugene Gressman, *Take Care, Mr. President*, 64 N.C.L. Rev. 381 (1986). 一八六四年、会計検査院長 (Director of the Office of Management and Budget) が法務長官代理として執行機関の長宛てに出した、一九八四年法の一部規定は、権力分立に反し違憲であるから無視するようにと命じた訓令は、TCCに照らして認められないと主張するものである。
- (164) Prakash, *supra* note 144. 三つの根拠から「憲法は現実には違憲な制定法を無視するよう大統領に要請している」。第一は、憲法そのものが大統領に違憲な法を執行するように授權していない。第二は、大統領は宣誓によって、憲法を維持し、保護し、防衛しなければならぬ。第三は、TCCによって、違憲な法律より憲法が優越する。 *Id.* at 1616-17.
- (165) *Id.* at 1628-48.
- (166) PRAKASH, *supra* note 3 at 307.
- (167) Prakash, *supra* note 144 at 1655-57. EDはイングランドの国王の停止権限とは以下の四点で異なる。 *Id.* at 1652-54. 第一に、EDは義務であって権限 (power) ではない。第二に、EDは大統領が制定法を違憲と考える場合に限る。第三に、EDの義務は違憲な制定法に勝るとみなされる憲法のコンテキストでのみ存在しうる。第四に、イングランド憲法を構成する制定法にない文言をアメリカ憲法は擁している。 *See also*, Devins and Prakash, *supra* note 132 at 536.
- (168) イングランドで植民地に本国議会の権限は及ぶかの論争と人権への長期的な関心が、違憲の制定法は無効だとの主張に影響を与え、制憲会議に出席した者は違憲な法律が無効だとわきままっていたとする。 Prakash, *supra* note 144 at 1657-59. アメリカ連邦議会の篡奪の成功は立法行為を解釈し実効力を与える執行部と司法部に依存するとする、マディソンのフェデラリスト四四編に言及し (A・ハミルトン他、前掲(48)書、一二二頁、参照)、マディソンは司法審査とEDを語っており、両部門とも違憲な法律に反抗できると考えていたとする。 *Id.* at 1659; PRAKASH, *supra* note 3 at 308. つまり、執行権と判事は法を執行しなければならないから、ともに不行為によって、立法の篡奪をくじく機会を持ったのであり、ある部分、大統領の違憲な制定法を執行するのを、自ら誠実執行義務があるにもかかわらず拒否する権能を担保する主張である。 Devins and Prakash, *supra* note 132 at 534. マディソンが違憲な法律もすべて執行する義務があると理解したとすれば、この言明は矛盾する。篡奪は議会の違憲な法律とそれに自動的に執行が伴うことのみによるからである。 *Id.* at 433 n.60. 「大統領は違憲な法律を執行する権限がなく、憲法が彼に違憲な行為を避ける義務と憲法を執行する義務を課したと気づけば、EDの

ケースは完璧となる」。Prakash, *supra* note 144 at 1659. 要するに、「イングランドは明白に国王を信義の防御者 (Defender of Faith) にしたのに対して、アメリカは大統領を明らかに「憲法の防御者 (Defender of the Constitution)」にしたのだ」。AMAR, *supra* note 54 at 185.

(169) Edward Livingston あての書簡でこう述べている。「大統領は法律を執行させなければならない。……上院に対する罪で Duane になされようとしている公訴は扇動法に基づいたものと思う。この法は法ではないと断言する、なぜならば憲法に反しているからである。そして私は、自分の権限のやり方でそうなるあらゆる場合に無効なものとしてこれを扱う。ここにこの公訴を継続させないように命じた」。Prakash, *supra* note 144 at 1665-66, 1666 n.228.

(170) Letter to Abigail Adams, VII WRITINGS OF THOMAS JEFFERSON 310 (P. Ford ed. 1897), 続けて言へ。「ついにした装置 (instrument) は、調整された部門どうしでチェックしあわなければならないことを意味する。判事にいかなる法が合憲か、そしてそうでないか、を判断する権利を与える意見は、自分ら自身のためではなく、立法府や執行府のためにも、司法権を専制的な部門にさせることであろう」。一八〇四年九月一日のアダムズ夫人への手紙では、「憲法のどれも判事に統治官のために判断する権利を、統治官に判事のために決定する権利以上に与えたものはない。両執政官は自分らに割り当てられた行動領域で平等に独立している。判事は扇動法が合憲であると信じて科料と禁錮の判決を下す権利を持っている。なぜならばかかる権限は憲法によって彼らの手中に置かれたからだ。しかし、執行官は、同法律が違憲と信じてその執行をやめるよう同様に拘束される。なぜなら、その権限は憲法によって同様に彼らに付与されているからだ」。II THE WRITINGS OF THOMAS JEFFERSON 49, 50-51 (Bergh ed. 1904), cited in Mendelson, *supra* note 151 at 333 n.30.

(171) Johnsen, *supra* note 18 at 12-13, 53. 大統領が法律を自己の憲法解釈だけで無視するなら、議会の熟慮された逆の憲法解釈に裏付けられた実効的な立法を制定する能力を議会から奪うことになるとする。Id. at 12.

(172) Id. at 22.

(173) 「大統領の不執行は、学者が執行権の先例をより深く考察することで恩恵を受ける憲法学で、少なくともいくつかはあるものがある」。Id. at 24.

(174) Id. at 29.

(175) Id. at 44. 違憲な法律を執行しない大統領の権能は重要であるけれども、それは三権の中で相対的であって排他的ではな

法律を執行しない大統領の権限 (富井)

- く、自身の不執行の決定の重要な要因であり続ける。 *Id.* at 43 n.145.
- (176) *Id.* at 44. 「大統領の不執行政策は、大統領が何を憲法上の過誤とみるかの「民主的プロセス (democratic process)」によって正しいものにする (rectification) を促し、「立法府に対してその正当な独立と機能発揮能力を維持させる」の方向けられなければならない。われわれの憲法の構造は、大統領と議会によって、立法プロセスで憲法の意味についてのそれぞれの見解を思慮深く促進させることによって最もよく仕えるのである。」 *Id.* at 60.
- (177) David Barron, *Constitutionalism in the Shadow of Doctrine: The President's Non-enforcement Power*, 63 L. & CONTEMP. PROBS. 61, 89 (2000). 憲法解釈は常に司法に委ねられるべきものではなく、訴訟は紛争解決の最初ではなく、究極のオプションであって、憲法の意味を見分ける大統領のような、司法でない行為者の能力を斟酌すべきである。 *Id.* at 106.
- (178) Lawson and Moore, *supra* note 40 at 1280, 1286-88. ただそれは独立した (freestanding) ものではなく、個別の権限の行使に付随するものである。 *Id.* at 1280.
- (179) 例えばブッシュ43は、二〇〇三年財政年度外交授權法の署名に際して、大統領の政策と異なってエルサレムをイスラエルの都市としている同法を、それが訓示的な意味ではないとの声明を出したうえで署名している。富井幸雄「アメリカ憲法における国家承認権限の所在—ジヴォトフスキー事件を素材として」法学会雑誌五六巻一号二八九頁、二〇一五。同、Zivovitsky v. Kerry 評釈、[2016-1] アメリカ法一五二頁、参照。
- (180) Curtis A. Bradley and Eric A. Posner, *Presidential Signing Assignments and Executive Power*, 23 CONST. COMMENT. 307, 334-38 (2006). 署名声明で表明された実体的見解が法的に問題となるのであって、署名声明制度自体が法的に問題となるわけではなくとする。 *Id.* at 337. 大統領の署名声明はモンロー大統領以来、歴史を有しており、憲法問題を避けるべく、違憲と考える条項を執行しないために法案を限定的に解釈する「憲法に関する署名声明」と、曖昧な条項について大統領が解釈した「解釈 (あるいは立法経緯) 署名声明」の二つが、概念上存在する。 *Id.* at 312-14.
- (181) Sakrishna Prakash, *Why the President Must Veto Unconstitutional Bills*, 16 WM. & MARY BILL J. RTS. 81 (2007).
- (182) William Baude, *Signing Unconstitutional Laws*, 86 IAN. L.J. 303, 309 (2011). 議会は自らと異なる大統領の憲法解釈に対して予算や立法など対抗手段を多く持つっており、そうしたものがたとえ違憲な条項を含んでいたとしても、不執行は大統領を困難な立場に追い込むことになるので、現実にはそうした場合に署名することは義務付けられ、そう行動することが違憲な

条項の執行を拒めるとしても好ましくないとはいえない。Bradley and Posner, *supra* note 180 at 360.

(183) Prakash, *supra* note 181 at 81. マディソン、モンロー、ジャクソン大統領は、違憲条項を含む立法に拒否権を行使すべきと考えていた。Id. at 86.

(184) Id. at 82-83. そうした法案に拒否権を行使しなければ、憲法擁護義務を誓ったことに反するとする。Id. at 89.

(185) Presidential Authority to Decline to Execute Unconstitutional Statutes, 18 Off. Legal Counsel 199, 200-3 (1994). なお、れより二年前の一九九二年、法務長官補臨時代理フランニガン (Timothy E. Flanigan) が出したいわゆるフランニガン・メモは、違憲な法律はTCCでいう法ではなく、最高法規条項からも執行義務はなごとして、大統領の判断権を重視している。Issues Raised by Provisions Directing Issuance of Official or Diplomatic Passports, 16 Op. Off. Legal Counsel 18, 31-36 (1992). ショーンソンは、違憲な法律は法ではないとの論理が法不執行を正当化するの説得的ではないと、政府見解を疑問視する。Johnsen, *supra* note 18 at 17. 憲法は法律を誠実に執行する義務を課しており、この指令がいつ不明確になるのか。大統領ではなく議会が法の合憲性を判断して法を通してるのであり、合憲性を容認する義務がある。議会と大統領で憲法解釈が一致しておらず司法判断もないなかで、誰の憲法解釈が通るのか (prevail)、不明だとする。

(186) Johnsen, *supra* note 155 at 1577, 1581. OLCは二四人くらの法律家がスタッフであり、何人かは政治任命であるが、ほとんごは法務官僚 (キャリア) である。Id. at 1577.

(187) Johnsen, *supra* note 18 at 40. いわく、「大統領とその法的顧問は大統領権限の行使で憲法を解釈するという長い伝統を有し、その多くの憲法的分析はOLCあるいは法務長官の文書での法意見として記憶されている」。See also, *id.* at 43 n.145. 大統領が違憲と判断し法不執行を考えるとご、法務長官に相談することもある。一九四二年四月七日、ローズベルト大統領は武器貸与法 (Lend-Lease Act) の規定が政治的に有用でないとして憲法上問題だとする書簡を法務長官に送っている。なお同メモには将来法務長官の裁量ご公開すべきだとごしている。Robert H. Jackson, *A Presidential Legal Opinion*, 66 HARV. L. REV. 1353, 1359 (1953).

(188) Devins and Prakash, *supra* note 132 at 518, 548-50.

(189) Freytag v. Commissioner of Internal Revenue, 501 U.S. 868, 878 (1990) (Blackmun, J., delivering), *quoting* *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 382 (1989). 々の事件では、憲法一条の裁判所で大統領が任命する一九人の判事で構成される連

法律を執行しない大統領の権限 (富井)

邦租税裁判所の首席判事に、同裁判所の特別予審判事を任命する権限を付与した連邦法が大統領の憲法上の任命権限を侵さないかが争点となり、最高裁は合憲と判断した。

- (190) Paulsen, *supra* note 21 at 219, 222. キーワードは *coordinate* (対等) で、それは権力の関係についての用語であって、権力の範囲 (power-scope) のそれではないとする。 *Id.* at 229. なお、力、意思、判断は、ハミルトンの以下の言説をアナロジーさせたものであろう。「政府部門を注意深く検討してみるならば、権力分立制をとっている政府にあっては、司法部は、その職能の性格上、憲法の認める政治的権利にとって最も危険の少ないものであることは、だれの目にもあきらかであろう。……司法部は、つまるところ力も意志もたず、ただ判断するにすぎない、といっても誤りではなからう。しかも、その判断を有効に実施するためにも、結局は行政部の助けを借りなければならないのである」。ハミルトン他、前掲(48)書、三七七頁。なおポールスンも、「判決の執行は執行作用 (executive function) である。……(司法による権限寡奪に) 執行権が介入すれば、何らかの実行力を持つそうした濫用に対して、チェックを及ぼすことであろう」といふ。 *Id.* at 251.

(191) *Id.* at 227, 240.

- (192) *Id.* at 262. うわく、「司法審査制肯定論の論理は、「何が法であるか」を語る執行権の権限が司法権のそれとまさしくパラレルであることを示唆する。…司法権が違憲判断をする過程で制定法を解釈するのとまったく同じように、大統領は制定法を執行する通常の流れて制定法を解釈できる」。 *See also*, Lawson and Moore, *supra* note 40.

(193) ハミルトン他、前掲(48)書、三七八―七九頁。

(194) I JOSEPH STORY, COMMENTARIES ON THE U.S. CONSTITUTION Ch. IV (1851). 本文の本稿のカッコ内の § は引用箇所を示す。

(195) 憲法解釈は一つに統一されるのが、外国に対しても必要である。ハミルトン他、前掲(48)書、二二頁(第三篇、ジェイ)。

(196) Love and Garg, *supra* note 15 at 1212.

(197) Daniel F. Walters, *The Judicial Role in Constraining Presidential Nonenforcement Discretion: The Virtues of an APA Approach*, 164 U. Pa. L. Rev. 1911, 1912, n.1 (2016). 執行権が違憲と解釈して法を執行しない場合とも区別される。大統領が衡平上あるいは資源上完全な履行ができない状況で法不執行は認められることに多くは同意しているけれども、政策的観点からの不執行には議論がある。 *Id.* at 1913.

(198) Kagan, *supra* note 2 at 2317, 2327. レーガンは執行権の機関があらかじめ展開させている規則を審査することをもっぱら

としたが、クリントンには、こうした審査は残しつつ、これら機関に訓令を出すことを主に言い、のちにそれら機関の規則の適切性を考えるスタイルをとった。 *Id.* at 2315.

(19) Deacon, *supra* note 16 at 797. *See also, id.* nn.8, 9. *See also, Heckler v. Chaney*, 470 U.S. 821, 825-27, 851 (Marshall, J. concurring). 法の執行に否定も肯定も大統領の命令としては同様で、法不執行も人権や権力分立の問題を惹起することとする。

(20) Garland, *supra* note 16 at 508. 規制緩和がレーガンにあっては次第に行政不作為の産物となっていた。

(21) Deacon, *supra* note 16 at 807-16.

(22) Kate M. Manuel and Todd Garvey, *Prosecutorial Discretion in Immigration Enforcement: Legal Issues*, CRS REP. R42924, Dec. 27, 2013, at 6. 司法権は、「連邦法の特定の違反に対していつだれを訴追し、または訴追しないかを含む捜査や起訴の決定の幅をなすのに広範な自由を、伝統的に連邦検察官に認めている」。 *Id.* at 8. *See also, id.* n.39.

(23) *Id.* at 9, *citing* Prosecution for Contempt of Congress of an Executive Branch Official Who Has Asserted a Claim of Executive Privilege, 8 Op. Off. Legal Counsel 101, 114 (1984).

(24) 「われわれの刑事司法制度では、政府はだれを起訴するかに広範な裁量を保持している」。 *Wayte v. United States*, 470 U.S. 598, 607 (1985). *See also, United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, 693 (1974). なお行政法でも広範な起訴裁量が語られる。起訴にかかわる行政官は警察と検察が主であるけれども、enforcementはもっと広い概念であり、立法院によって委任されたものではなく、執行しないことは制定法の基準に服さずほとんど司法審査を免れる。ただし、執行しない裁量権は差別する権限 (power to discriminate) であり、捜査しない自由もあり、証拠を見つけても行動しない自由を含む。 *DAVIS, supra* note 3 at 216-25. *Davis* は執行権の裁量を語るものではないが、大統領の完全な起訴裁量を前提としており、警察や検察を典型とする行政官の起訴裁量がこの大統領執行権の起訴権と密接な関係があることを暗示しているといえる。

(25) ハリで行政法 (administrative law) とは、「様々な個人や組織に行政機関の行為の統制権を割り当てる規範のセット」と理解する。 *Kagan, supra* note 2 at 2363.

(26) 行政裁量は二つの根拠を持つ。 *Richard B. Stewart, The Reformation of American Administrative Law*, 88 HARV. L. REV. 1667, 1676 n.25 (1975). 第一に、「立法院が当該領域において行政機関に完全な責任を付与し、明瞭に法の領域では選択のレンジは完全に自由であると示している (indicate)」。第二に、「立法院が選択肢の中から行政機関の選択をコントロールする

法律を執行しない大統領の権限 (富井)

の意図しているけれども、その包括性、曖昧さ、あるいは多義性から、個別のケースでの選択を明らかに決定していない指示を発しうる」。さらに第三の根拠として、授權法における司法審査排除規定を挙げている。ただかかる規定があるからといって法の指示を行政官は無視してよいことにはならないとする。

- (207) *Heckler v. Chaney*, 470 U.S. 821 (1985). 以下本節中の本文のカッコ内の数字は引用頁をさす。
- (208) マーシャル判事の補足意見のみが付されている。それは、「明確かつ説得的な」反対の議会意思が欠如していれば、執行拒否は司法審査されうるが、本件のように、執行裁量を持った行政機関がその裁量を濫用したと示すものが何もなく、執行拒否は敬讓を担保させるとするのである。 *Id.* at 840-41.
- (209) A P A は司法審査を提供するものであるけれども、不作為については作為に対してほど審査可能性を提供できないようにする。 *Cass R. Sunstein, Renewing Agency Inaction after Heckler v. Chaney*, 52 U. CHI. L. REV. 653, 656 (1985).
- (210) *Garland, supra* note 16 at 562-63.
- (211) *Id.* at 513-20.
- (212) *SHANE AND BRUFF, supra* note 19 at 568. 以下を引用している。 *Id.* at 569. 「起訴を始めるか維持するかを決定する連邦法務長官の裁量的権限は、probable cause (相当の理由) の問題とは完全に分離した政策問題に完全に依拠している」。 *Smith v. United States*, 375 F. 2d 243 (5th Cir. 1967).
- (213) 富井、前掲(14)論文。筆者は移民法を安全保障法ととらえ、大統領の安全保障権限と競合することからその法執行には大統領の裁量が広く認められると考えるものである。なお移民法の不執行の政治的背景について、西山隆行「アメリカの移民政策における安全保障対策と不法移民対策の収斂」甲南法学五四卷一・二号二頁、二〇一三年、同『移民大国アメリカ』(ちくま新書、二〇一六年)、参照。
- (214) *Texas v. United States*, 86 F. Supp. 3d 591 (S.D. Tex.), *aff'd*, 809 F. 3d 134 (5th Cir. 2015), *aff'd*, *United States v. Texas*, 136 S. Ct. 2271 (2016) (mem.) (per curiam).
- (215) オバマの猶予計画とその法的問題、訴訟の経緯について、富井、前掲(14)論文、参照。ここでは重複となるので、簡単に触れる。 *See also*, Manuel and Garvey, *Supra* note 202; Kate M. Manuel and Michael John Garcia, *Executive Discretion as to Immigration: Legal Overview*, CRS REP. R43782, Nov. 10, 2014.

- (16) Janet Napolitano, Secretary of Homeland Security, Exercising Prosecutorial Discretion with respect to Individuals who Came to the United States as Children, June 15, 2012. <http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/she-exercising-prosecutorial-discretion-individuals-who-came-to-us-as-children.pdf> 猶予の基準、つまり執行裁量が考慮されるのは、アメリカにやってくるたがひ一六歳以下であること、このメモが発せられたときにアメリカに在留しており、それが五年以上継続したものであること、高校在学中あるいは卒業しており、一般の卒業証書を持っているあるいは陸軍もしくは州兵の名誉除隊であること、殺人罪、相当な軽罪や複数の軽罪の前科がなく、もしくは安全保障や公共の安全に脅威を及ぼしていないこと、三〇歳を超えていないこと、である。同様に、これに先立って二〇一一年に関税移民執行局長官が出したMortonメモも、起訴裁量から移民法の執行を猶予させている。富井、前掲(14)論文、五二頁。
- (17) 86 F. Supp. 3d, at 646.
- (18) *Id.* at 654.
- (19) 809 F. 3d, at 166, 170-71, 176. TCCの解釈が注目されたが、最高裁は先に見たように単に上告棄却とするのみであったので、TCCと法不執行の関係は判断されないままとなっている。富井、前掲(14)論文、参照。
- (20) Arizona v. United States, 132 S. St. 2492, 2499 (2012).
- (21) Shoba Sivaprasad Wadhia, *In Defense of DACA, Deferred Action, and the DREAM Act*, 91 TEX. L. REV. 59 (2013); David A. Martin, *A Defense of Immigration Enforcement Discretion: The Legal and Policy Plans of Kris Kobach's Latest Crusade*, 122 YALE L.J. ONLINE 167 (2012). *But see*, Delahunty and Yoo, *supra* note 18, の論稿のごとく、富井、前掲(14)論文、六六頁、参照。なおトランプ政権のDACAをDAPAに対する態度のごとく、*See*, John Gerstein, *Trump Won't Alter Status of Current Dreamers*, POLITICO, Jun. 16, 2017, <http://www.politico.com/story/2017/06/15/trump-immigration-dreamers-status-239621>
- (22) Manuel and Garcia, *supra* note 215 at 3-4.
- (23) Chevron U.S.A. v. Natural Resources Defense Council, 467 U.S. 827 (1984).
- (24) Stewart, *supra* note 206 at 1675. すなわち、司法審査を担保とした法の執行＝議会意思の実現のモデルであり、統治機構内の権力分立と、行政機関の度を越えた規則制定と法執行の機能の結合との間の矛盾を調整するのであって、そうした統制

法律を執行しない大統領の権限(富井)

は司法権に属し得たならぬとのモデルである。 *Id.* at 1676. See also, Mary M. Cheh, *When Congress Commands a Thing to be Done: An Essay on Marbury v. Madison, Executive Inaction, and the Duty of the Courts to Enforce the Law*, 72 GEO. WASH. L. REV. 253 (2003).

- (25) *Walters, supra* note 197 at 1932.
- (26) 5 U.S.C. § 706 (1).
- (27) 5 U.S.C. § 551 (13).
- (28) 5 U.S.C. § 701 (a) (1), § 701 (a) (2), § 706 (2) (A) (2012).
- (29) *Walters, supra* note 197 at 1929. Heckler は資源配分にかんするもので、司法の敬讓が原理とされる領域である。 *Id.* 「裁量的不執行決定」に明確にあてはまるケースは、「司法審査が完全に利用できないということである。 *Id.*」のみに包括的あるいは形式化されたやり方で不作為が用いられているケースで、理想的な司法的執行は不作為に歯向かうことができないもので、A P A による審査は「ちょうどよい (just right)」監視の程度を提供する。 *Id.* もっとも、不作為のパターンの違法を訴える原告は、そうしたパターンが行政機関が制定法の責任を意図的にかつ明白に放棄しているに相当するのを立証する十分な時を持つことにならう。 Deacon, *supra* note 16 at 804.
- (31) *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497, 533 (2007). 大統領のその他の優先事項を追求する行政機関の裁量をそれが制限している限りでは、それは議会の企図 (design) なのである。 *Id.* 連邦法は E P A に科学的専門の見地から排出基準を設けるよう明白に要請していたが、この遵守を拒み、かわりに規制しない理由の長々としたリスト (laundry list) を掲げた。
- (32) *Id.* at 527-28. 規則制定権の不行使は法の不執行と異なり、まれであって、事実分析ではなく法分析を多く含み、当事者が初めに申請する手続的権利を持っているものであるから、より司法審査に服するという。
- (33) *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433, 437-38 (1939).
- (34) *Raines v. Byrd*, 521 U.S. 811 (1997). ウェストバージニア選出の上院議員ら六人の議員が、一九九六年の Line Item Veto Act は大統領に制定法を変える特権を付与し執行権を拡大するものだととして、権力分立違反などの違憲を主張した。しかし、同法が単に彼らの政治的権力のみをなく奪することしか主張しておらず、「制度的な立法権限の抽象的な希釈 (abstract

dilution of institutional legislative power)」しか訴えていないとした。なお同法は違憲であることが確定している。Clinton v. City of New York, 524 U.S. 417 (1998).

(235) 521 U.S., at 821, 826.

(236) *Id.* at 823. コールマンでは機関としての損害は、「その表決がある特定の立法行為を打ち破る（もしくは制定させる）に十分であった立法者は、その立法活動が、自分らの表決が完全に無効にされたとの理由から、効力を持つ（もしくはもたない）ならば、原告適格を持つ」で、認識されたとする。*Id.*

(237) *Id.* at 824.

(238) レーンズ判決は議員の原告適格を制限するも完全に排除してはならない。Alissa M. Dolan, *House of Representatives v. Burnell and Congressional Standing to Sue*, CRS REP. R44450, Sep. 12, 2006, at 9.

(239) 原告適格は大きく憲法三条に基づくものと、深慮に基づく（prudential）ものがあり、後者は判例法上の射程は定められないけれども、制定法による加減が認められるものであるのに対して、憲法三条は法の操作によらないものである。Pickett, *supra* note 17 at 452-53. コールマンでは憲法三条の原告適格にかかわる。本節は以下に負う。*Id.* at 452-70. なおピケットは、事実上の損害、因果関係、救済可能性、のオーソドックスな憲法三条の原告適格テストから不執行を訴える議員の原告適格を肯定している。*Id.* at 468-70.

(240) *Id.* at 458. 議会による情報アクセスとして執行権のメンバーに対する召喚命令（subpoena）にかんして、議員の原告適格はそれなりに認められるようになってくる。Dolan, *supra* note 238 at 9-10. 要件として核となるのは議会が訴えを承認しているかどうか。*Id.* at 10.

(241) JOHN BLACKMAN, UNRAVELED: OBAMACARE, RELIGIOUS LIBERTY, AND EXECUTIVE POWER 342-68 (2016) ; Dolan, *supra* note 238.

(242) House of Representatives v. Burnell, No. 1 : 14-cv-01967 (D.D.C. filed Nov. 21, 2014).

(243) House of Representatives v. Burnell Civil Action No. 14-1967 (RMC). その後DC控訴裁判所に控訴、審議中である（二〇一七年四月時点）。

(244) BLACKMAN, *supra* note 241 at 352-53.

法律を執行しない大統領の権限（富井）

- (25) Hearing, at 61-95 (Elizabeth Price Foley, Florida International University, Testimony). なお、フォーリーはパウエル事件の原告側訴訟代理人でもある。
- (26) *Id.* at 67. レーンズ事件で機関としての損害が立証されなかったのは、大統領に立法権を委任した自分たち自身である同僚に憤りを持っている議員集団が主張していることだからである。*Id.* at 70. 「執行権の行為が、X 事案に立法府が表決したこと（法制定あるいは未制定）が執行権の行動によって実効的に無効あるいは不作為にされたなら、そのとき、憲法三条の原告適格を満たすに十分な具体性を持った「機関としての損害」が存在する」。*Id.* at 71.
- (27) *Id.* at 72. 明言していないけれども、機関としての侵害が認められるとして、パウエル事件での下院の原告適格を肯定する。
- (28) 大統領の人事に反対したり、予算をつけなかったり、さらに大統領弾劾があるのであって、司法は立ち入るべきではない。United States v. Windsor, 133 S. Ct. 2675, 2702, 2704-5 (2013) (Scalia, J., dissenting).
- (29) Love and Garg, *supra* note 15 at 1211-22.
- (250) 大統領職の権限を防御するためと、大統領拒否権を覆された非構造的問題にかんする最高裁の決定的な判決を支持するためだけに、法不執行は認められ、それ以外は彼が違憲と考えるものであっても法執行を拒否してはならないとの折衷説がある。Burgess, *supra* note 23 at 667. それは、「憲法は統治の各部門が、他の部門から浸食されるのを自衛できるようにすることを意図している」からである。*Id.* at 658. これが憲法上のバランス・オブ・パワーを維持することとなる。*Id.*
- (251) Love and Garg, *supra* note 15 at 1225. 司法判断適合性について、不作為を事件と構成しにくいこと、本案判断では執行権に敬讓的になりがちであること、具体的な執行の判決を出すことは困難であることを指摘する。議会は憲法上強大な監視機能を持っているけれども、大統領の法不執行には適用しづらいという。*Id.* at 1227-37. See also, Hearing, at 30-46 (Testimony of Jonathan Turley, George Washington University).
- (252) Hearing, at 60 (Christopher H. Schroeder, Duke University, Testimony). 「大統領の義務は、法律が誠実に執行されているのに配慮することであって、法律が完全に執行されていることではな」。*Id.* 「執行権が法によって認められた委任された裁量権を行使しているとき、それは法律を執行していることになる」。*Id.* at 56. ただこれは事実としての不執行であっても、裁量の範囲内であれば執行 (executing) とされるのであって、不執行 (nonenforcement) の概念としてさらなる精緻

- を要することになろう。いわく、「不執行の決定でも、法を執行する全般的な (overall) プロセスの一部である」。 *Id.* at 55.
- (253) Telecommunications Research & Action Center v. FCC, 750 F. 2d 70, 80 (D.C. Cir. 1984).
- (254) 私見では、安全保障では法律の規定があっても執行権の意義から大統領にかかる権能が認められる。富井、前掲(14)論文。
- (255) In re Aiken Crty., 725 F. 3d 255, 259 (D.C. Cir. 2013).
- (256) Devins and Prakash, *supra* note 132 at 537. ネルトであり、サスペンダーであり、ロープである。 *Id.*
- (257) 立法の大統領権の侵奪に対して、憲法は大統領にその防御の手段を拒否権など多様に認めている。501 U.S. at 906 (Scalia, J. concurring).

(首都大学東京法科大学院教授・本学法学部兼任講師)