

# 外務における司法権の執行権への敬讓

富 井 幸 雄

——裁判所が外務政策に寄与し外国関係に影響をもつことは、重要であるけれども、大きくはない。<sup>(1)</sup>  
——外務に関する司法審査の将来は、望む者もあれば恐れる者もあるというようなほど大胆ではなからう。司法審査と、司法ではない資源——議会、メディア、人民、国際社会そして執行権内——の連結した効果 (combined effects) <sup>(2)</sup> のみが、戦争として国家的危機のときにあつて、執行権を効果的にチェックし続けることができるのである。

## 一 はじめに

## 二 外務と権力分立——大統領優位の構造

## 三 外務における司法権の抑制

### 1 外務における司法権の不行使

### 2 司法権の不行使と敬讓——権力分立の意識

## 四 外務——大統領専権のアプリアリな敬讓

### 1 憲法外 (extraconstitutional) 理論——Curtiss Wright 事件とサザーランド

### 2 議会の緩やかな委任と外務権

## 五 シェプロンの外務への適用

### 1 行政法の法理としてのシェプロンの敬讓

### 外務における司法権の執行権への敬讓 (富井)

- 2 対テロ全権授權決議の解釈をめぐる執行権と司法権
- 3 シェプロンの外務への適用
- 4 小 括
- 六 むすびにかえて

## 一 はじめに

外務 (foreign affairs) は安全保障の一分野であり、公法学的考察をほぼ免れている。外務は国内行政とは異質にみられ、法律の執行と理解される要素は薄く、したがって司法的統制になじまない領域ともされうる。行政法は国内 (domestic) での法律に基づく法治主義を第一義とするところ、外務はそうではないようにみえるのである。コモンローでは、外交 (foreign relations) は法の問題ではなく国内法の外のものと言われてきた。<sup>(4)</sup> 一般に、外務は国際法に規制され、国内法とはやや異質なようであるから、憲法学では無関心 (indifference)、もしくは無視 (ignorance) の状況となる。アメリカも同様である。<sup>(5)</sup> しかし、外交を核とする外務を処理する権限 (外務権) は憲法に発しているのを忘れてはならない。<sup>(6)</sup>

アメリカには外務例外主義 (foreign relations exceptionalism) がある。それは、「外国関係から生じる法的問題は、国内で生じるそれとは、機能的、教義的、そして方法的に区別される」との信条をいう。<sup>(7)</sup> 実務上外務と内務を厳格に区別して、<sup>(8)</sup> 国内を対象とした (行政) 法は、外務にはそのまま適用されないとすることである。

外務は直接国民の権利義務に影響を及ぼすものではない。しかし、執行権の作用に関する限り、議会の関与や法律から免除されていることはあり得ない。議会は外務に立法で制約や授權をなすことがあり、その意味で外務といえども法律の執行の要素はある。ただ、二つの点に注意が必要であろう。第一に、そうした法律は執行権に対して遊びの部分が多い。外務に関する制定法は大概、執行権の裁量を大きく認め曖昧な規定となる。第二に、外務では対国民ではなく国際関係にかかわるから、行政法原理の法治主義では理解されない部分が少なくない。アメリカでは外務を執行権専権とする三権分立的思考が強い。<sup>(9)</sup>

執行権はこの考え方を追い風とするように、重要な外務を専断的に行う動きを加速させ、その能力をさらに高め、立法を意に介しない傾向を見せている。<sup>(10)</sup>しかし外務に法の支配がないわけではない。国際法に規定されるのはもとより、国内法でも規制がかかるのであり、外務であっても制定法を無視できない。執行権の本質は、外務内務を問わず法律の執行にある（日本国憲法七三条一号参照）。ただ、外務は基本的には国際法が支配し、その意味で公法学の対象にはならない、もしくは関心が注がれてこなかったといえよう。もともと、現代は国際法と国内法の垣根を取っ払い、行政機関は国際法に直面し、国際法も国民生活の大きな要素となっている、いわば国際行政国家を生んでいる。<sup>(11)</sup>

外務であっても違憲な行為であれば、法行為であれば、司法判断を仰がなければならない。法の具体的意味は裁判所で判断される。アメリカではマーベリの伝統である。外務も法の支配の例外ではないから、外務で法の支配を回復させる機関が司法権になるのは、立憲主義に符合する。ただ司法が外務を判断するとき、行政法（内務）と同様に対応するかにはためらいがあり、実際には執行権に敬讓する形（super-strongest deference）となる。<sup>(12)</sup>「様々なカテゴリーの敬讓によって、外務領域で連邦裁判所はきわめて敬讓的なアプローチになる」<sup>(14)</sup>。本稿はそれがなぜなのか、憲法と

権力分立に照らしたとき正当といえるのかを、アメリカ公法学での展開を素材として検討を試みるものである。そして筆者は、外務での敬讓には外務≠執行権（大統領）専権の権力分立観を前面に出す憲法に基づいた論理と、行政法学でのシェプロンの敬讓型（司法審査で行政機関の法解釈に敬讓を認める）の二つがあることを検証する。

本稿は外務 (foreign affairs) に関する制定法を対象とし、外交や国際関係に関する立法をイメージしている。その解釈や運用は国際法が多く関知し影響するところで、政治的要素が強いけれども、国際社会に向けて外務を処理する政治機関（主に大統領）に対し、国内法で規制する面がある<sup>(15)</sup>。そこに外務に関する法 (foreign relations law と呼ばれる) が形成される<sup>(16)</sup>。それは国際法を含むアメリカと外国との関係を規制する法体系をイメージし<sup>(17)</sup>、後者は内務 (domestic affairs) に対峙するものとしているようである。公法を考えたとき、外務と内務では法原理を異にすることがあり、アメリカには二元的思考が基本にある<sup>(18)</sup>。わが国と同様にアメリカでは、外務をいかように観念しようとも、そこにさほど公法学のメスは入れられてこなかった。その一方で、巷間では、裁判所がどのようにふるまうべきかを説くのはそれなりの例外的な特徴をもつものとして認識されてきた<sup>(19)</sup>。もとより、公法学が執行権の統制に関心を持つ以上、外務を法的な分析から放念し去ったままでよいわけではない。

本稿は第一に、アメリカにおいて、憲法の三権分立上、外務はどのように位置付けられ、最高裁はこれをどう認識してきたのかを一瞥する。ここでは憲法原理として執行権優位が確立しているのをみる。この憲法的理解が外務の司法審査を敬讓的にさせるのに大きく影響することになる。第二に、この敬讓を明確にするために、政府が必ずしも当事者にならない民事訴訟で外務が問題となったとき、裁判所はこれを審査しない、abstention（裁判権行使回避）とか nonjusticiability（司法判断不適合）として、外務にタッチしない忌避パターンがあるのをみる。この abstention は敬

議と重なる部分もある。<sup>(20)</sup> 第三に、abstentionと区別される、執行権の外務への裁判所の敬讓に触れる。原則はCurtiss-Wright判決（後述）型のいわば無造作の敬讓である。他方で、行政機関の制定法解釈に敬讓を認めたシエロン判決（後述）型が外務に適用して外務でも敬讓を認めていく法理が展開される。筆者はシエロンについて考察をしたことがあるので、シエロンについての詳細な検討はこれに委ね、<sup>(21)</sup> 本稿ではそれが外務に適用されるシーンを分析する。

法の支配は執行権の活動には法の根拠が必要であるとし、国内の行政に法治主義が貫かれる。対外的な作用である外務でも同様なのか。法治主義は国内で対国民での原則であるから、制定法の根拠は外務に必要ではないともいえる。もともと、議会の立法権の範囲は憲法上明確ではないから、議会が執行権の権限である外務に立法を設けても直ちに違憲とはされまい。そのかぎりでは執行権は外務において法律に羈束される。外務も行政法と類似して司法の統制に服することになる。したがって外務も司法審査の議論に市民権を持つ。

アメリカは裁量論というよりも権力分立論で、司法が外務にどこまで関与できるかを考える向きもある。外務に関する立法の解釈としての執行権の外務の実践に対して司法が敬讓的になるのは、この国の行政法学で確立しているシエロン法理が大きく影響している。はたして、外務は執行権専権であるとして、司法は委縮してしまつてよいのであろうか。法の支配の番人としての司法の審査は外務を例外とするのであろうか。司法は外交に関して、それを判断するための資源も能力もなく、さらに審査の基準もないがゆえに、「蚊帳の外」状態である。外務には、それが国内法と異なる面もあつて司法は敬讓せざるを得ないとするのが一般であらう。<sup>(22)</sup> しかし、そこには外務と憲法、権力分立を巡る議論が展開されており、公法学の関心と呼ぶのである。

本稿には三つの断りがある。第一に、対象を外務とするも軍事や安全保障さらに危機管理などとの境界は不明で、それらも外務の中に取り込んで議論してしまっていることがある。アメリカではこうした区別は意識されず、外務の枠の中で戦争権限も論じるのが通例であろう。本稿ではなるべく戦争権限を外務とは別枠にし、<sup>(23)</sup>外務のイメージは非軍事を念頭に置く。もつとも、軍事と外務に明確な線を設けることは困難なことがあり、オーバーラップする部分がある。本稿でもそうした部分に触れることになろう。第二に、外務といっても、議会の制定法が前提でこれを解釈執行する型での外務を想定しており、制定法とは関係のない外務は対象の中心ではない。<sup>(24)</sup>外務は条約や国際協定などの国際法の執行が基本であり、それは国内法とは別世界で、<sup>(25)</sup>であるがゆえに公法学になじまないともいえる。外務は法律にしばられない部分 (nonstatutory) <sup>(26)</sup> が小さくない。司法審査との関係をみたとき、司法は法を基準とする以上法外の世界は対象になりにくいのである。<sup>(26)</sup>第三に、外務は国際法とりわけ条約の解釈執行の部分が大きく、条約の解釈の敬讓も問題となるけれども、本稿はこれを対象にはしておらず、外務に係る制定法の解釈と司法審査の問題に限定している。その意味で本稿は、執行権を規定する制定法解釈を巡る執行権と司法権のインターフェースとインターコースの研究ともいえるであろう。

## 二 外務と権力分立—大統領優位の構造

アメリカ憲法(以下、憲法)は外務について規定していない。<sup>(27)</sup>その管轄が連邦なのか州なのかはまず議論になるけれども、条文上連邦権限とされることに争いはなからう。それは文理によるところが大きい。憲法は州の権限を基本

とし、連邦権を列挙することでそれ以外の権限は州に留保している（修正第一〇条）。したがって、外務権を規定していないので、州の権限と推定する議論も成り立ちそうである。一方で、州が行使してはいけない権限を明文で列挙している（一条一〇節）。アメリカの外務にかかわる、宣戦や講和、条約締結、通商などは、連邦権の専権としてゐるのである。そして、それはその政治部門に委ねられる<sup>(28)</sup>。

連邦権のうちそれは大統領（執行権）に属するとされる。しかし、憲法条文上そう断定できるかは難しい。議会には宣戦の権限があり、上院には条約締結や大使の承認の権限もあつて、外務権が認められる。これを例示的とみるか制限的とみるかは議論となるうが、外務の特性や、機敏性、迅速性、あるいは秘密性を考慮すると、議会に憲法が列挙したものの以外の外務権を包括的に認めるのは困難といえる。もつとも、外務の決定権の所在は憲法条文からは明確ではない。外務が政治であるとすれば、政治的機関である議会と大統領でどうなっているかが論じられることになる。結局、権力分立を盾に両者の間で決定権の所在を巡つて争われることになり、決着はつかない。

イングランドのコモンローでは国王の大権と解される。ブラックストーンは、対外国には、国王は人民の代表者であるから国家の主権としての行為をなし、「外交権に関して国王権限でなされたことは、全国家的行為（whole nation）であり、国王の同意なくしてなされた行為は単なる私人の行為でしかない」とした<sup>(30)</sup>。国王の外務に関する大権の（*Prerogative*）な行為として、①大使の任命と接受②条約締結③宣戦講和④外国による国民に対する危害への復仇⑤入国する外国人の安全の確保、を列挙している<sup>(31)</sup>。

外交権は連邦の権限であつて、連邦にあつて大統領執行権が有権的地位にあるとされるのが憲法の解釈となる。問題はその根拠である。基本は憲法の条文であり構造である。さらに権力分立の議論では歴史が一般的に言及され

る。<sup>(32)</sup> 憲法条文が一義的でないこと、しかし現実には大統領が専権的に行動してきたことを見るとき、これを憲法的にどう説明するか。合憲とするには大統領に憲法上の権限があるのを認めなければならないところ、条文の導きが薄いとすると、どう説明したらよいのだろうか。

これには、固有とか黙示とか、補完的とか控除的とかを根拠にする解釈がある。<sup>(33)</sup> 黙示の (implied) は条文から導き出される。憲法一条が議会の権限は「以下に認められた (herein granted)」としているのに対し、二条は執行権は大統領に属すると規定するのみである。条約締結権など外務に関する権限は規定するも、なら執行権の具体的な権限を規定していない一方で、法誠実執行配慮義務 (二条三節) を掲げており、そこに制憲者が外務権を黙示していたとする。固有の (inherent) とする考え方は、外務権を憲法の規定から導出しえずも、地位に当然内包されていると読み込む。共和政体とか権力分立とかをそこに掲げるけれども、それが何かは明確にできないので、そうした権限の射程は無限となり、ひいては人権に脅威となりうる。<sup>(34)</sup>

トーマス最高裁判事は、大統領の外務権の根拠を「控除的外務権 (residual foreign affairs power)」としている。<sup>(35)</sup> 控除説は、明文で列挙された事務のほかに、配分されていない外務権が二条の執行権の中に含まれるとするのである。フィッシャーは、なるほど二条一項の Vesting (執行権付与) 条項は、「以下に認められた (herein granted)」(連邦議会の権限を付与する規定である憲法一条一節) の文言をオミットすることで大統領職に全権の控除的権限 (residual powers of plenary powers) の余地を残したともいえるが、それらが執行権の要素を持つているわけではなく、イングランド国王の権限は連邦議会に委ねられたのであるから、大統領に控除的に認められる執行権は立法の制約に服すると反論して<sup>(36)</sup>いる。



控除論者のプラカッシュは、属性として (generic) 執行権に外務権が内包されていることを強調する<sup>(37)</sup>。制憲時、執行権に外務が入ることは、ロックやモンテスキュー、そしてイングランドでは、国王の権限として当然認識されていた。ただ成文のアメリカ憲法は、大統領を国王と同一にしなかった。大統領は広範な外務権限を Vesting 条項で付与されるけれども、憲法はこれに例外 (宣戦や条約承認など議会の権限とした) を設けたのであり、さらに外交関係法や個人を規制する法を制定する権限はない。ただ議会には属性として外務権限はないので、憲法に個別に規定されたもの以外は、外務権限を主張できないとする。

制憲者は大統領をイングランド国王になぞらえその憲法原理を継承したけれども、それと同じではないと理解したとの前提は、共有される。その際、プラカッシュのように憲法に書かれていない権限は当然国王が有すると意識していたとして、広く見る立場がある。完遂権 (後述) を彷彿させる本質主義 (essentialism) で説明し、憲法典は執行権にイングランド国王にはない執行権限は与えなかったとしても、大統領の職務遂行に不可欠な (essential) 権限全ては内包されているのであり、法典化しなかっただけ<sup>(38)</sup>とする。ただ、イングランド国王から大統領の広範な外交権を根拠づけるのは、少数説だともいわれる<sup>(39)</sup>。

もとより、イングランド憲法では外交権は国王特権であり、それは「裁量的もしくは自由な残余 (residue of discretionary or arbitrary) であつて、いかなるときでも国王の手中に法的に委ねられたもの」と理解される<sup>(40)</sup>。ダイシーはこのように理解し、イングランドでは外交は立法権でなく執行権の判断と責任でなされ、条約も議会の関与を受けないとしたうえで、これをアメリカは認識し、大統領の専権にはせず、上院も関与せしめたとする<sup>(41)</sup>。

憲法構造の議論では、憲法一条が立法権の権限を限定列挙したのに対し、執行権 (二条) (司法権 (三条) もそうであ

るが)については包括的に権限を付与するとして定義していないとされる。プラカッシュはそれを憲法の懈怠(default)とするも、制憲者はイギリス国王の例をイメージして執行権は何たるかはわかっていたから、成文憲法で規定しているもの以外は執行権＝大統領の権限との推定が働くとするのである。<sup>(42)</sup> 同様に控除説に立ちながら、また二条の執行権の Vesting 条項が包括的 (sweeping) なのを認めながらも、この二条に列挙されている明示の大統領権限を重視し、固有の執行権 (inherent executive powers) は認められず、限定された控除的権限が認められるとき、アメリカの公選されたプリンスの限定的役割を示すとする、一元的執行権にたつ大統領権を肯定するアプローチもある。<sup>(43)</sup> もっとも、これは大統領の外務権の限界を具体的に論じてはいない。

完遂権 (completion power) 説は、この vesting 条項、最高司令官条項、法誠実執行配慮条項から、それらを執行するのに当然含まれる権能が大統領権に読み込まれるのであるから、大統領の外交権はさらに広範に認められるとする。<sup>(44)</sup> プラカッシュを含め大統領の包括的な外交権を認める論者は、憲法条文としてはこの Vesting 条項を根拠とする。<sup>(45)</sup> これには、条文の意味や制憲史、歴史的運用を含めそのような意味は見出されないとこの詳細な批判があることに、留意したい。

権力分立の解釈は憲法条文に始まるも、それだけでは完結せず、歴史や運用も考慮しなければならない。ただ後者を論じるときエビデンスの取り上げ方は一様ではなく、結果的に歴史の資料やその解釈をはじめとする議論は決定打にならない。制憲者の意図の議論になると、イングランドの憲法思想との断絶とみる者もあればその継承とみる者もあり、その結果、憲法条文に書かれていない部分をイングランドのそれで埋められるとする者とそうでないとする者が出るといった具合である。改めて憲法条文を眺めれば、外務を大統領全権にする条文は見当たらず、議会も関与

しており、書いていない部分が当然大統領に属するとするのにも固有の (inherent) を持ち出すのは苦しいように思われる。もつとも、大統領は執行権を有しており、また外務に関して国際関係を機動させる基本的な権能の部分（大使の任命とか条約の締結）を明文で大統領の権限として、書かれていない外務に関する権能は大統領にあると推定される。ただし、立法権は議会にあるから、外務に関することであつても大統領は立法をなさないし、争訟裁断も司法に留保される。<sup>(46)</sup> こうした考え方は、フォーマリズム（形式主義）とファンクシヨナリズム（機能主義）をともに満足させる解釈といえるであろう。

執行権は専門家たる官僚組織を擁している。大統領をヘッドとして一元的執行権論は、効率性と透明性、そして官僚をコントロールするという意味で、民主性を担保すると評価される (Kagan)。<sup>(47)</sup> これには、国内はそうであつても、こと外務に関しては当てはまらず、外務は大統領の秘密裏のアカウンタブルで専権領域だとされる。「外務は大統領権限を規制する (CMB) 領域にあつて、最も困難な領域である」。<sup>(48)</sup> もつとも、外務にあつて大統領はそうデザインされておらず、そうあるべきだともされる。<sup>(49)</sup>

司法が外務に全く関係しないとの憲法的根拠はない。司法権の管轄を規定した憲法三条二節は、合衆国が締結した条約のもとで生じる事件に及ぶとし、大使や公使に関する事件や、合衆国市民と外国との事件を管轄するとしている。州が当事者となる大使や公使にかかわる事件は、最高裁が原初的管轄権を有するとしている。<sup>(50)</sup>

しかし、「憲法三条で付与された司法権に外交政策を形成する肯定的権限を包含させる解釈をしたコメンテーターは、寡聞にして知らない」。<sup>(51)</sup> 現実には大統領の外交権も制定法によつて規制されているのであり、その適法性の審査で大統領の裁量をチェックしたり、nondelegation（非委任）法理を適用したりして制限できるし、人権を侵害してい

る場合には、制定法を限定解釈して対応することはありうる。<sup>(52)</sup> 司法は外交に全く関与しないとはいえない。ただ、憲法問題でない通常の民事訴訟などで政府の外交政策が絡んでくることはあり、その際司法権ははばかることなくその裁判権能を行使できるとまではいかないように、権力分立の配慮が及ぶことになる。

外務は政治的専門的要素を内包しているとともに法の執行という部分があるので、司法権が外務を処理する一次的権限を有することはありえない。もつとも、司法はその責務から外務に関する裁判を行い、そこには外交政策に影響するものもあろう。それは外交政策を形成することではなく、しいて言えば司法の政策を形成するものである。<sup>(53)</sup> 政治部門である議会と大統領ではどうか。この領域は、葛藤の招来 (invitation to struggle) (E. Corwin) <sup>(54)</sup> といわれるように、議会と大統領の権限の所在は争いが絶えない。判例も少ない。一方で、外務権に関する議会と大統領の対立は権力分立論のホットな議論であるようだ。<sup>(55)</sup> こうした状況は戦争権限の議論と同様である。<sup>(56)</sup>

外交を核とする外務権はどこが有するのかの権力分立論や、立憲主義的関心となる外務権の根拠や統制、そして大統領は、憲法の条文からは一義的にできない。こうした曖昧な、条文中明確にできなかった制憲者の不作為が、大統領専権の解釈に結び付くことになる。<sup>(57)</sup> もつとも、議会と大統領の協働とみる (Aid) <sup>(58)</sup> のがまことしやかに、すわりのよいような解釈になっているようにもみえる。<sup>(59)</sup> しかしこれは権力分立の問題を何ら解決していない。条文が曖昧であることは、制憲者は外務の権力分立問題にいかにかん心を持たなかったかを推論でき、構成の歴史や慣習の議論に委ねたといったプラグマチズムの見方が成り立つのである。<sup>(60)</sup>

現実には、外務には執行権の外交政策の執行だけではなく、議会の立法による制約もあり、外務は法の真空地帯ではない。<sup>(61)</sup> 執行権の外交政策は国際情勢や国際法が一次的には要求されそれに規制されるけれども、国内の立憲システ

ムにあつては、議会と執行権が法的権利や責任に関して外国政策の決定の実効性や状況で関与しあうのである。<sup>(62)</sup>

もつとも、このような憲法解釈問題は、本稿の主題には直接影響するものではない。本稿は、議会と大統領のどちらが外務権を有するかではなく、外務に関する議会の制定法があることを前提とし、これを執行権が解釈して行動することで訴訟になったとき、司法権は当該立法の執行権の解釈にどこまで踏み込めるかを関心とする。なお、国際法の解釈では執行権のそれに重みが置かれるのは、判例法とされているようである。<sup>(63)</sup>ただ、憲法上の根拠には議論はあつるものの、外務は連邦政府の執行権＝大統領に有権的地位が認められ、そのことが司法のかかわり方に影響しているのに留意したい。

かくして、司法権は外務が政治部門とりわけ執行権の領域と慮つて、自ら司法判断を抑える法理を形成させている。abstentionとか nonjusticiable といわれるもので、司法がかかわらないということでは敬譲の一態様といえるかもしれない。それは国際法やコンローから帰結される。執行権や立法権との葛藤や節制による権力分立の思考から離れることはできないようだ。司法が国際社会の法や現実を見据えて、外務に関する法の争いの一定の領域にはそもそも足を踏み入れない法理を發展させている。敬譲の意味を明確にするためにこれを検討しておく必要がある。

### 三 外務における司法権の抑制

#### 1 外務における司法権の不行使

##### (1) 概観

外務自体は執行権の政治的行為であるとしても、外国との通商での損害や外交での人権侵害には訴訟が提起される。その際、司法は国内法と同様に国際法も判断し法を形成する (judge-made law) ことになる。これは議会が授權したことではなく、司法の属性によってなされるもので、この裁判官形成法は少なくとも連邦裁判所を拘束する。司法は、外務や外交政策には間隙的に (interstitially)、粗く (grossly) 突発的に (spasmodically) のみ機能しうることに注意しなければならない。<sup>(64)</sup> アメリカ法の射程については憲法にも法律にも規定がなく、外国法に敬讓を払うべきとする法も<sup>(65)</sup>、外国法が絡んだとき、これを司法はどう扱うかは司法の裁量に委ねられる。

外務を内務と同様とすることで外交を含んでも国務に変わりはないとみるのか、両者はそもそも異なるのであって、外務には司法は管轄外あるいはきわめて敬讓になるとみるかで、司法の立ち位置が規定される。内務と外務の二元論 (dichotomy) に立つか、それとも憲法上区別はされないとみるか、である。後者は、国際関係だからといって法の支配を免れるわけではなく、裁判所は独立してその判断をなす装備はなされているのであって、司法がどこまで踏み込むかは国内法と同じように、個別の事案によるとする。<sup>(66)</sup> これに対して二元論では、外務は権力分立上、政治部門とりわけ大統領の専権であって、憲法上、政治性専門性が認められるから、そうした資質を想定されていない裁判所には制限されるといった、制度的能力の考量が働くとする。<sup>(67)</sup> 大統領への敬讓は外交や軍事の憲法解釈では、その専門

性を司法権が自覚していることから、特に顕著だとされる。<sup>(68)</sup>

制憲期からそうであったかはともかく、司法は外務には司法権行使を留保する法理を展開させている。外務には憲法や法律による司法権の限界に加えて、国際法への配慮からさらに自制をきかせている。そこで、アメリカの司法が国際法に関してどのような制度的対応をとっているのかをみなければならぬ。<sup>(69)</sup> 管轄権や司法判断適合性(justifiability)には法があるから、それをクリアしなければ外務が司法で取り上げられることはない。そうした法は司法を外務に巻きこませないことで、法の支配や救済、そして統制といった司法の責務を十全に果たしえない結果をもたらすことになるから、敬譲の一パターンともみられ、本稿が対象とする敬譲とオーバーラップする。司法権限の対象ではないとか、司法判断適合性がないとかの司法の対応には敬譲の側面があり、また相対化あるいは近接している。しかし、それは敬譲とは別に判断回避や放棄という意味の abstention というべきであろう。<sup>(70)</sup> 裁判所は国際法に基づく訴えを聞く憲法上の権限はあるけれども、義務ではなく、アメリカ外交を保護する観点から abstention になることがある。<sup>(71)</sup> もっとも、司法が介入しないで政治部門の判断を尊重するという意味ではやはり敬譲といえなくもない。<sup>(72)</sup> abstention と deference は相対的ともいえるが別概念ともいえ、<sup>(73)</sup> 本稿では敬譲を対象とする。

ところで司法へのアクセスはまず連邦か州のどちらかの裁判所を選択しなければならぬ。憲法六条の最高法規条項は、憲法と、憲法に従って制定された法律と、合衆国の権限の下で締結された条約は、国家の最高法規であると規定している。したがって州裁判所の判事は州法が抵触してもこれらに拘束される。他方、最高裁は連邦法がなければ、事件に関連する州法を適用する。これは多様管轄の帰結である。さらにいずれの裁判所も一般法原理や慣行で形成された「一般コモンロー (general common law)」も適用するが、裁判所はこれに連邦法の地位を認めなかったので、

連邦裁判所のこれに関する解釈は州裁判所を拘束しなかったために、まちまちの法解釈が生じることとなった。最高裁は有名な一八四二年の *Swift v. Tyson* で、ニューヨーク州の商業紛争であるけれども一般的な商法として確立された原理を認め、これを適用すべきとした。しかし、一九三八年の *Erie Railroad v. Tompkins* でこれを変更させ、一般的な連邦コモンローは存在しないと、コモンローは州で確立されたコモンローのみであることを確認させた。もつともその後、連邦裁判所で連邦コモンローなる法体系が発展し、これは最高法規条項で定める法に含まれるとした。しかし、最高裁は何がそうなのか、連邦コモンローの体系を明確にしたことはなく、現実には限定された領域のみ存在するといわれる。

憲法三条によって、連邦司法権での訴訟の対象は事件性と争訟性 (*case and controversies*) を具備していなければならない。「合衆国の憲法と法律と条約のもとで生じる」事件で、多様な (*diversity*) 合衆国市民の間の争訟もしくはアメリカ市民と他国の市民の間の争訟に及ぶ。同条は連邦問題の管轄権を規定し、それは連邦法が事件の構成要素となっている (*ingredient*) 争訟であり、連邦法の問題が原告の正当な訴えの文面に表れているものに限定される。これは国際法や外交に絡んでも排除されるいわれはなく、むしろ義務でさえあると認識されている。<sup>(74)</sup> かかる事項管轄 (*subject matter jurisdiction*) が満たされても司法権の権限の対象外や限界越えに当たれば、*nonjusticiable* となる。それは勧告的意見の禁止、原告適格、争いの成熟性、政治的問題 (*PQ*) とされる。<sup>(75)</sup>

(2) P Q

外務事案ではPQが援用されやすく、たとえば条約の解消を大統領が一方的にできるかは、政治の問題として司法



判断されない。<sup>(76)</sup> P Qは判例法上、①対等の政治部門に憲法の文言から明らかにわかっている②解決するのに仕える基準や司法が発見できる基準が欠如している③明らかに司法判断不適合の裁量の政策決定をそもそもしなければ判決できない④関係する正当な同等政府部門の欠如を明らかにすることなく司法は独立して解決をなしえない⑤すでになされた政治決定にまごうことなく執着する格別の必要がある⑥一つの問題に様々な部門が多岐にわたる宣明をすることで潜在的な混乱がある、のいずれかを満たす事案とされる。<sup>(77)</sup> ただ多用は戒める傾向にあり、要件を限定させ慎重な (prudential) 考量で判断するようになっていいる。<sup>(78)</sup>

ここではこうした傾向を示す直近のケースとして、Zivotofsky<sup>ジヴォトフスキ</sup>事件に触れておく。これは、アメリカ外務政策の基  
本に従って、国務省はパスポートでの記載出生地を「Jerusalem<sup>エルサレム</sup>」とするのみで、イスラエルとはしなかったところ、議  
会が制定法でイスラエルとしたため、Jerusalemで出生したアメリカ市民が自分のパスポートに国務省がイスラエル  
と記載しなかったのは同法違反だとして出訴した事件である。原審はP Qとしたが、最高裁（ロバーツ首席判事）は  
「justiciability」の問題とせず、Baker<sup>ベイカー</sup>判決を引いて、権力分立にかかわる困難なものであっても外国関係事件を解決す  
る司法の役割を次のように認識した。<sup>(79)</sup> 「連邦裁判所は政治部門の外務政策の決定を、エルサレムに対するアメリカの  
政策はなんたるべきかの裁判所自身の錨を解かれた判断で補完するように求められているのではない。そのかわり、  
Zivotofskyは特定の制定法上の権利を裁判所が執行してくれるよう求めている。この訴えを解決するのに、司法権は  
Zivotofskyの制定法解釈が正しいのか、そしてまたこの制定法が合憲なのかを決定しなければならない。これは精通  
した司法権の行使である」。

裁判所は、その制度的能力や憲法上の権力分立の観点から、外務に関して憲法や法の問題を終局的に解決する機関

とするには限界があり、PQと同視される部分は否定できない<sup>(80)</sup>。ただ制定法の問題に換言できれば、PQの法理は援用しない。日本捕鯨協会事件で最高裁は、日本が国際捕鯨協会の割り当て分を超えた、国際捕鯨条約違反の捕鯨をしたとはしない政府の決定は連邦法の義務に反するとの訴訟は、制定法の解釈に関する法的問題なのであるから、PQは適用されないとした<sup>(81)</sup>。

司法には憲法問題を判断する憲法上の責務がある。外務が議会と大統領の協働だとしても、具体的な権限がどちらにあるかの権力分立の問題に直面させられる。個別の民事刑事訴訟でも、かかる政治部門がなした外交行為が違憲(法)かの訴訟が提起されうる。しかし、訴訟にあつても安全保障や外交にかかる問題には、一般的に司法は消極的にならざるを得ない<sup>(82)</sup>。外交に関する法的基準は一義的ではないので司法判断は困難であるし<sup>(83)</sup>、司法権行使を忌避するのは否めない。

### (3) Act of State (国家行為) 法理 (AOS) と憲法

司法は、外国政府のその領土内での行為を法的に有効なものとして判断しない国家行為法理(AOS)をとっている。最高裁は一八九七年に、「ある国の裁判所は、別の政府が自身の領土内でなした行為に関する裁断の席には座らない」と判示した<sup>(84)</sup>。これは国際法や国際社会での礼讓 (comity) から帰結されることとした。最高裁は、Sabatino<sup>(サバティノ)</sup>事件で、そうしたざつくりした理論には法的根拠がないとした一方で、AOSは次のように憲法上の権力分立での政府部門間関係 (institutional underpinnings) に根拠づけられることとした<sup>(85)</sup>。「国際関係の領域で特定の類の決定をなすのと実行するのとは異なった機関の権能にかかわる (のであって、司法部の過去の判断で強く示されたように―筆者)、司法が外国政府の

行為の有効性につけ込む仕事をすれば、この国の目的の追求を、自身そして国際領域全体としての諸国家の社会両方にとって、高めるといふよりも妨害することになるであろう」。本件は外国の公法の執行であるから、この国の裁判所の管轄にはなく、AOSが適用されるとした。<sup>(86)</sup> AOS適用の対象となる国家行為の範囲は連邦法に従って決定されなければならず<sup>(127)</sup>、AOSは国際法違反があつても適用されなければならない<sup>(131)</sup>。というのも、「諸国家間で法の支配を確立させる目的に向かつて発展していくと同時に国益を維持するには、AOSをその適用の領域で完全無傷のままにさせるのが最善の手段である」からである<sup>(132)</sup>。なお、執行権の外交権を妨害する懸念も表明している<sup>(137)</sup>。<sup>(128)</sup>

AOSは多くの場合、外国政府の執行権の行為（その公務員による財産没収、拘禁、拷問その他悪行など）に関連するから、その理論は、議会は外国の公務員の公的活動を自身の領土内で規制する意図は持たないとの前提に基づく。<sup>(88)</sup>そこではなるほど対外政策など礼讓に關係してくることもあろうが、むしろ管轄権の範囲の解釈であり、そうした議會の意思をはかる通常の司法判断の範疇に属する。裁判所は、①アメリカ法が国境を越えて適用されるべきかを問われているか（そうであるなら、法はこれに對する推論を打ち負かすか）、②その法を、外国政府の国内の指令によつて禁じられた行為を必要とするやり方で適用するべきかを問われているか、を檢討しているともいえる。<sup>(89)</sup>

AOSの援用には以下の三要件が挙げられる。<sup>(90)</sup>第一に、訴えがまさに外国政府の行為の有効性そのものでなければならぬ。第二に、そうした国家行為に値するのは公式のかつ適式の政府行為に限られる。第三に、その対象は、外国政府がその政府の領土内でなした行為でなければならぬ。

AOSは権力分立に直接には關係しないと見える。ナイジェリア政府に賄賂を贈つたにもかかわらず工事契約を受

注できなかったとして、受注者を相手に民事訴訟を提起したケースでは、第一審がAOSを適用してかかる訴訟は受け付けないとしたところ、最高裁は、本件はそもそも訴えられている政府の行為（賄賂）がナイジェリア法でも違法なのであるから、AOSの対象となる国家行為ではないとして、AOSを適用しなかった。<sup>(91)</sup> 今見たAOSの第一と第二の要件を確証させるものといえる。「連邦裁判所は、適切に提起された事件と争訟を判決する権限と、そして一般に義務を有する。AOSは、外国政府をいただくような事件や争訟はその例外となるというのを確立させるものではなく、単に、判決の過程で、国家がその管轄権内になした主権行為は有効なものであるとされなければならないことを要求するのである。この法理は本件には全く適用されない。いかなる国家の主権行為の有効性も問題となっていないからである」。<sup>(92)</sup>

先例が踏襲されていくことでAOSの要件が明確にされてくる。スカリアは、憲法三条、つまり司法の責務として事件争訟性を重視して、AOSについて、もともとは「国際礼让と便宜（expediency）の最高次の考量（highest consideration）」から、Sabbatinoは、国内の権力分立の帰結として司法部が外国国家の行為の有効性につけ込む仕事にかかわれば外務を妨げるかもしれないという、司法部の最強な感覚を反映したものと理解されるようになっていて、AOSの意義や根拠に変容があったとする。<sup>(93)</sup> AOSの判断には司法の自制が考慮されなければならないのである。<sup>(94)</sup>

AOSは、国際礼让の観点から建国まもなく確立した法理である。裁判所は国際法の枠の中で私権を扱うのには消極的であった。外務は議会や大統領の領域とする認識が確立しつつあったが、国際法の諸原理は裁判所がなすコンローの判決として扱っている。制憲期以来の伝統で、国際法はコンローであるとの認識がある。<sup>(95)</sup>

近時、連邦控訴裁判所は、スーダンの虐殺の被害者が人道法違反としてスーダン政府を訴えた事件で、AOSの適用を退けている(Kashaf事件<sup>(96)</sup>)。合衆国政府はレイプや虐殺などの人道法違反に対して、一九九七年と二〇〇六年にスーダンに経済制裁を科している。原告は住所地であるニューヨーク州法の不法行為法にのっとりて訴訟を提起したところ、連邦地裁は、スーダンの行為はスーダン国内で自国民に対してなされたのであるからAOSが適用されるとして、これを退けた<sup>(97)</sup>。控訴審は、これはAOSを広く認めすぎているとし、AOSは無制限でもなければ司法管轄放棄のカテゴリカルなルールでもないとして、その判断は究極的に常に司法問題だとした<sup>(98)</sup>。判例にしろ、裁判所は先に見た三要件を基本的に当てはめていく<sup>(99)</sup>。まず、事実問題が当該外国政府の行為が有効かどうかではなく、それが実際に起こったかどうかであるとき、AOSはかわらない。スーダンが非人道行為をしていたのは誰の目にも明らかだ。第二の要件、すなわち政府の適式公式の行為のみが同法理の対象となるとの要件については、本件の非人道的行為は軍事命令などで公式に認められたものであったとして肯定する。第三に、当該行為は*ius cogens*（強行規範）に反するものであり、AOSは有効（*valid*）な行為のみ認められるところ、*ius cogens* 違反は決して国際法上有効とはされないとした。

#### (4) 主権免責（SI）と国際礼讓

AOSに酷似しかつ関連している法理に、外国（政府）の民事責任を司法判断しない主権免責（*sovereign immunity*（SI））がある<sup>(100)</sup>。

主権免除とも外国政府の免責ともいわれるSIは<sup>(101)</sup>、国家は意図せずして外国の法廷で被告とされないとの法理で、

法的根拠は必ずしも明確ではないけれども（国連憲章の主権平等原則ともいわれる）、国際法では国際礼讓などの実質的理由から容認されている<sup>(102)</sup>。S Iは、二〇世紀前半くらいまで絶対免責とされたが、その後制限免責になっていく。ここでは免責される基準が問題となるころ、国家によって特に制定法で権力的行為を免責するとの原則によりながら、その例外を具体的に列記する方式が主流となっている<sup>(103)</sup>。

諸外国のS Iの法においても、当該行為が主権の行為であったかは執行権の判断に敬讓した一方、私法領域では、免責はコモンローの問題として内外の法原理に立脚しつつ自由判断されていた<sup>(104)</sup>。外国政府やその公務員の免責を認める細かいアメリカの連邦法には、S Iを前提にしつつも、外国政府の行為を争う民事訴訟の管轄権を認めるものがある。外国人不法行為法（Alien Tort Statute）や拷問被害者保護法（Torture Victim Protection Act of 1991）では、外国人が外国政府を相手にその海外での国際人道法違反を連邦裁判所に訴えることができる<sup>(105)</sup>。また外国主権免責法（Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)）は外国政府の免責を原則としながらも、その例外を規定している。

外国政府の免責は、一八二二年の最高裁判決でマーシャル首席判事が、「国家のその領土内での管轄権は必然的に排他的かつ絶対的である」と判示したことに始まる<sup>(106)</sup>。この免責は一九世紀初頭にコモンローで認められ、当初絶対的とされたけれども、次第に制限的アプローチになっていき、二〇世紀初頭にはこれを認めるかどうかは執行権が判断するところとなった<sup>(107)</sup>。一九七六年制定のFSIAはS Iを法文化するとともに、S Iの決定を執行権から司法権に移転させるのをもくろんだ法である<sup>(108)</sup>。

また、代替的な国際的フォーラムで当該事件は審理でき、アメリカが司法判断すれば原告に必要以上に便宜を与え、被告に重圧をかけることになってしまって、裁判所自身の行政的あるいは法的な問題に影響すると考えられるから、

不適切となるような事件は司法の裁量で却下できるとされる (Forum non Conveniens 法理)<sup>(10)</sup>。

AOSやSIでの司法の回避には国際礼让がある。それは、「ある国家が他国の立法権、執行権、もしくは司法権の行為を自国内に認め、国際的な便宜と義務の両方に適正な配慮をするとの承認 (recognition)」である。<sup>(11)</sup> アメリカの裁判所はしばしばこれを援用し、外国の判決を執行しているが、適用基準は具体的に明確にしようとはせず、その定立には裁判所に広範な裁量を認めている。その憲法上の根拠は不明瞭で、最高裁は絶対的拘束力を認めていない。<sup>(12)</sup>

国際礼让に裏付けられたものに *Betsy* 法理がある。これは一八〇四年の最高裁の判例 (*Betsy* 事件) で確立したものである。<sup>(13)</sup> 一八世紀末、米仏間での宣戦なき戦争にあつて、アメリカは、アメリカに居住する者やその保護下にある者のフランス領内の居住者やその保護下にある者との通商を禁じる立法を採択した。あるとき、アメリカの軍艦が、フランスの都市と交易している疑いがあり同法違反とみられる帆船 *Charming Betsy* を公海上で拿捕した。この帆船の所有者はアメリカで出生したものの幼少時にオランダに引越し、オランダ人となっている。この法が慣習国際法の中立権に反していると海事上の訴えをアメリカで提起した。マーシャル首席判事は、同法は問題ないとした一方で、議会の法律は国際法に反して解釈されることは決してあつてはならず、したがつて中立権に反するように解釈することはできないとした。<sup>(14)</sup>

アメリカの制定法は、他に可能な (possible) 解釈が残っているなら国際法に反するように解釈されてはならない。これが *Betsy* 法理である。ただ裁判所にあつては possible を reasonable に変えたり、<sup>リステイトメント</sup> Restatement でも定義が変わっていたりしている。<sup>(15)</sup> なおこれは連邦法に適用されるものである。また、canon (解釈準則規範) であるから司法が解釈する局面で適用される準則であつて、執行権が独自の解釈を展開させることには、かかわらない。

国際礼讓はアメリカ法でも確立した、司法権不行使の正当理由となりうるカテゴリーの一つである。他方、それは司法の政策にすぎず憲法や制定法の根柢はなく、そもそも外国法をアメリカの裁判所が判断する憲法上の義務は認められないのであるから、「誤称 (misnomer)」であり、司法の礼讓として理論的に項目づけるのはやめるべきとの主張がある (Ramsey)<sup>(115)</sup>。それは、裁判所は爾々と以下の四点を検討して国際訴訟を判断すればよいとする<sup>(116)</sup>。すなわち、①判決の承認 (recognition of judgment) — 特定の争点について再び訴訟をさせないように外国の裁判所の判決にアメリカの裁判所が既判力を有する状況にあるか②外国法の証拠 (proof of foreign law) — アメリカの裁判所が外国の有権的解釈を、外国法の内容 (content) に関する終局的な証拠 (若しくは高度に説得的) として認める範囲③アメリカ法の領土外適用 (extraterritorial application of U.S. law) — アメリカの裁判所がアメリカ法の域外適用を承認する状況④外国法の執行 (enforcement of foreign law) — アメリカの裁判所が外国法に基づいて訴えの利益を考慮する状況。

Betsy 法理は canon ではあるけれども、国際法の原理とまではいえまい。国際法は国家に対して国際法を尊重し順守し実行することは求めるけれども、そのやり方や結果をどうするかは国家の法の問題であって、国際法はその関知するところではないといえる<sup>(117)</sup>。ブラッドリーは、Betsy 法理は国際礼讓や立法趣旨論などから正当化されているけれども、現在では連邦政府の適切な三権分立を維持する装置として理解されるのがよいとする<sup>(118)</sup>。まず Betsy 法理はすでに一八〇一年の Talbot v. Seeman にみられ、そこで「合衆国の法律は、避けられるのであれば諸国家の共通の原理と慣用を破るよう解釈されることがあってはならない」と判示されたことにあるとする<sup>(119)</sup>。その後、国際法の地位がアメリカ国内ではコモローに昇華されたり、それほど尊重されなくなったりしてきたことに加えて、国際関係は執行権の責務とする解釈が定着していき、Betsy 法理は司法が外務関係の法を解釈するとき、合憲限定解釈をしたり、



執行権へ敬讓を示したりする法理といった、制定法解釈の canon になっていったとする。そしてそこには権力分立の配慮があるとするのである。<sup>(120)</sup>

このように、'abstention'、'justiciability'、あるいは AOS や SI、そして Betsy 法理と、外務に関する訴訟を司法が管轄しない法理が存在する。そこには、外交権を有する執行権と司法権の権力分立の問題が横たわっているのを無視することはできない。<sup>(121)</sup>

## 2 司法権の不行使と敬讓—権力分立の意識

ブラッドリーは、外務で司法が執行権に敬讓する形として大きく五つのパターンを分類したうえで、オーバーステップするものもあるとする。<sup>(122)</sup> 第一が PQ で、はっきりと司法の関与を拒絶する。第二が執行機関の法制定権への敬讓で、最高裁は、大統領は外務に関して独立した法制定権を有すると考えている。第三が国際上の事実に関する敬讓である。第四が説得力による (persuasiveness) 敬讓であり、執行権の専門性に基づく。第五がシェプロンの敬讓で、外務に関する制定法の意味に関する敬讓である。<sup>(123)</sup>

すでに見たように、外務については司法判断を忌避したり、執行権の判断に敬讓したりする法理は制憲初期に確立している。ポズナーとサンステインは国際関係教義 (international relations doctrines) には大きく二つあるとしている。<sup>(124)</sup> 第一が礼讓教義 (comity) で、Betsy 法理、<sup>(125)</sup> 域外不適用 (extraterritoriality)、AOS、SI、一般的な礼讓からなる。第二が礼讓を認めない、礼讓の例外となるもので、課税と刑事法からなる。アメリカ政府は国益を優先させて外務を処理し、裁判所はこれを邪魔しないという論理で、その基本は外国との不必要な紛糾は避けるという賢慮にある。<sup>(126)</sup>

プラグマティックな立場からは、執行権は国際法に対して専門性と情報を有し、柔軟に対応でき、統一的な声を対外的に発信できるから、執行権への敬讓は立憲的構造に合致していると論じられる。<sup>(127)</sup> 外国政府に対する民事訴訟はワシントン（DC）連邦地方裁判所に提訴できることになっている。<sup>(128)</sup> 同裁判所判事は、救済という司法裁判所の役割と、自らがアメリカの外務政策にコミットするかもしれない危険性との葛藤を経験する。<sup>(129)</sup> 「外国や外国の公務員が絡む訴訟は、執行権の外務行為にインプリケーションをもたらさしうる」からである。<sup>(130)</sup>

外国政府の主権が訴訟で問題となったとき、どのような法が適用されるかについて、議会が整備しておくのはい策である。S Iは外国政府の官吏の不法行為を免責する。これはもともと、慣習国際法に基づいて外国の政府は他国の国内裁判所の管轄を絶対的に免れるとの法理に基づく。裁判所が国際法を適用して決定する権限となるも、執行権（特に国務省）がかかる免責を決めれば裁判所はこれに拘束された。やがてFSIAの制定によって、<sup>(131)</sup> 制定法の基準に従って裁判所が判断することとなった。二〇一〇年には、FSIAは外国の官吏個人の免責には適用されないと司法判断されている。<sup>(132)</sup> これに国務省は反発し、裁判所を拘束する国務省自らにかかる免責を決定する権限があるとし、「免責の示唆（suggestion of immunity）」か「利害のステートメント」の様式で決定するとしている。<sup>(133)</sup>

一九七六年に制定されたFSIAは以下のように規定して、それまで執行権が判断していた外国政府の主権免責の法を司法に包括的に（comprehensive）委ねた意義がある。<sup>(134)</sup> 「議会は、外国からアメリカの裁判所の管轄権免除のクレームに対する司法判断は、司法の利益と外国及び訴訟当事者の権利を保護すると考えている。国際法では、国家はその商業的行為に関する限り、外国の裁判所の管轄を免れるわけではなく、その商業資産は、その商業活動に関連して下された司法判断に基づいて賦課される。したがって、外国の免責の主張は連邦及び州の裁判所によって本法が規定す

る原理に符合してなされるものとする」(38 U.S.C. § 1602)。まず同法が適用されるには、被告が外国の政府でなければならぬ。FSIAは、それには①外国国家の政治的部門②外国の機関もしくはそれに類する機関 (Instrumentality) が含まれるとしている (§ 1603 (a))。「本法成立時にアメリカが締結当事者となつてゐる既存の国際協定に基づいて、外国は、本法の § 1605 から § 1607 に規定する例外の事由に該当しない限り、いかなるアメリカの裁判所においても民事訴訟を免除される」 (§ 1604)。原則はSIであり、制定法(議会)がその例外を定めるとの構造である。これはAOSとしばし混同される。AOSは司法が形成した法理で、アメリカの裁判所は外国が自国で負つた民事責任を問わないとするルールである。ただ最高裁は、AOSは裁判所が判断しなければならないときのみ、つまり、事件の帰結が外国政府の主権に基づく公的行為に影響をもたらすようになるとき、採用されるとしている。

SIはAOSやnonjusticiabilityに密接に関連している<sup>(135)</sup>。AOSはその国の憲法に基づく国内法の思慮分別に基づく (prudential) 法理であるのに対し、SIは国際法に基づく<sup>(136)</sup>。SIとnonjusticiabilityとの実務上の違いは明らかでないし、両者に基づいて裁判権が行使されなるときもある<sup>(137)</sup>。

連邦裁判所は、国際礼譲とりわけforum non conveniens (不便宜地裁判所の法理)<sup>(138)</sup>や、AOSを含む国際法原理に由来する広範なabstentionを広く適用しているのであつて、憲法の条文上はとりたてて問題なく、同様にPQでのabstentionも憲法上容認されうるといえる<sup>(139)</sup>。このabstentionとnonjusticiableに融合あるいは相対化がみられ、両者をどう区別するの困惑してしまう。以下のように整理するのを許されたい。abstentionは司法が国際関係に関する法や礼譲、政策から、裁判権を行使しない法理であり、それは権力分立や憲法の問題には触れない。justiciabilityは憲法の問題であり、原告適格や争ひの成熟性は憲法三条からくる原理である。ただ、abstentionにも「憲法上外交

は政治部門」との配慮がみてとれる。国際法の解釈には執行権の専門的判断は不可欠で、そこには司法は出しゃばれないというメンタルがある。外交にかかわる観点からPQとされる場合は権力分立が見え隠れしている。PQは *justiciability* であるけれども、*abstention* でもあるようにみえるのである。

権力分立上、条約や外務に関する制定法を一次的に解釈し執行するのは政治部門であって、司法ではない。「われわれの権力分立の憲法システムでは、合衆国がその国際的義務を履行するかどうか、どのようにするかを最初に決定するのは議会と大統領であって、裁判所ではない」(現最高裁判事 *Kavanaugh*)<sup>(14)</sup>。こうした権力分立での外務に関する法解釈権の配分は、前節でみた不行使とオーバーラップするし、区別できないときもあるろうが、法解釈権≡司法権を前提としたうえで、外務法に関する法の解釈では司法は執行権より一步後退するのが敬讓といえる。*abstention* と敬讓を一緒にみる説 (*Zeble*) もある(後述)けれども、敬讓と不行使はとりあえず区別できる。

アメリカは、「国の歴史の初めから、裁判所は執行権には、その外務の行為について反対するのをしぶっている」<sup>(15)</sup>。ここでみた憲法の帰結としての大統領専権は、アプリアリに司法審査を排除することになり、この理論に基づく *justiciability* の判断で外務事案には司法の窓を閉ざすに等しいものとなる。PQを適用するのはその典型といえる。現在のロバート・コートは、後にみる拘禁に関する判例に象徴されるように、SIやPQなど、*abstention* (あるいは *nonjusticiable*) とされてきた事例で積極的に判断するようになっていく。ロバーツ首席判事は保守主義であり執行権敬讓型の呼び声が高かった判事であるけれども、外務法の分野では必ずしもそうとはいえず、またギンスバークなどリベラルな判事もそうであるので、この部分では保守もリベラルもない様相を呈している<sup>(16)</sup>。

司法権の不行使では、外務にあつて国際法の配慮が一義的に働く局面である。他方、外務でも、条約や制定法といっ

た議会の息のかかった法に大統領は拘束され、またこれを執行する。条約の解釈では司法の執行権への敬讓は顕著であるが、本稿では外務に対する制定法に対象を限定している<sup>(14)</sup>。外務は大統領の専権との感が強いけれども、憲法は大統領の外務権をさほど明記しておらず、議会が大統領に外務に関する権限を制定法で授権(規制)していることが少なくない<sup>(14)</sup>。外務は執行権の権限であるから、制定法の授権は常に必要であるわけではなからう。ただ憲法上外務が大統領のみの権限とまではいえないので、議会が制定法で拘束するときはこれを無視できない。かかる制定法と大統領の外務権の整合性を裁判所がマーベリの伝統にひたつて始審的に (de novo) 司法審査できるかが、本稿での敬讓の問題である。

制定法と大統領の権限の関係は Youngstown 事件を受けて三つのパターンで考えられている。この事件は朝鮮戦争時、トルーマン大統領が鉄鋼生産を確保するために鉄工場のストライキを阻止すべく製鋼所を収用する大統領令を出したことが、大統領権限を越えるとして違憲とされたものである<sup>(15)</sup>。その補足意見で Jackson 判事<sup>ジャクソン</sup>が提示した、大統領権限と議会の関係の権力分立の定式は判例法になっている。彼は、大統領の権限は固定的でなく流動するのであって、それは議会の権限とくつついたり離れたりすること (disjunction or conjunction) によるとし、現実には三類型に分けられるとする<sup>(16)</sup>。第一が、大統領が議会の明示もしくは黙示の授権に基づいて行動するケースであり、その場合は連邦政府の権限は過度であるかが問題となるのみである。第二が、議会の沈黙という背景で行動する場合で、この権限のテストは抽象的な法理論ではなく、事案の要請や現代の測り難いもの (contemporary imponderables) によって決められることになる。ぼんやりした領域 (zone of twilight) とされ、議会が大統領と競合する権限を持つ。第三が、議会の明示ないし黙示の意思に反して行動する場合であり、このとき大統領の権限は最低限 (power at its lowest web)

となる。

(147) これは大統領の行為が憲法に適合しているかのテストであって、制定法に適合しているかのフレームワークではない。(147) この定式では制定法に基づいていれば、当該制定法がそもそも違憲ならばともかく、合憲であることは前提とされることになる。外務に関して制定法がないとき、Jacksonの定式が適用されて違憲性が判断されるのか、国内法レベルに限定される議論であって、外務は別のフレームワークなのかは明確でない。

この権力分立の一般理論には外務権へのインプリケーションがある。外務に議会の制定法があるとき、執行権はどうふるまうのか、これを委任とみるのか。制定法があれば執行権はこれを解釈して外務をこなすことになる。訴訟となったとき、司法は執行権のその立法の解釈に敬讓を認めるべきなのかが問題なのである。もともと、Jacksonはこれについて語っていない。(148)

#### 四 外務Ⅱ大統領専権のアプリオリな敬讓

##### 1 憲法外 (extraconstitutional) 理論—Curiss Wright 事件とサザーランド

司法が外務について執行権の法解釈を追認する法理を打ち出したのが、Curiss-Wright 事件 (以下 Curiss-Wright) である。(149) このケースは、憲法の規定は明確ではないけれども、外務における大統領の専権Ⅱ司法の大幅な敬讓の定式を確立したものとされる。留意したいのは、まず外務に関する制定法があり、これを議会が大統領に授権した法だとして、大統領がなした同法の解釈を司法が追認した事例であることである。(150) これは執行権の外務権に対する気前の良

い記述 (Avishai description) であつて、政府の法務にあつて外務を政府の専権として正当化する格好の根拠とされている。<sup>(151)</sup>

一九三四年、アメリカ議会は、交戦中のパラグアイとボリビアに対する武器販売の停止を大統領に授權する合同決議を採択した。それは、大統領はアメリカの製造会社が両国へ武器を輸出するのを、自らが「それらの国の間の和平再建に資する」と考えるなら、禁止できる権限を認めた。西半球の平和、さらにできたばかりの国際連盟の武器の国際取引に反対する意向を汲んでのことである。同法違反には刑事罰が科せられる。一九三六年、Curtiss-Wright社が機銃をボリビアに密輸したことにこれが適用され刑事事件となつたのが、本件である。<sup>(152)</sup>

法廷意見を書いたサザーランドは、純粹に内国にかかわるものであるなら執行権への委任が違法であつたかを判断することになるところ、本件はそうではなく<sup>(315)</sup>、対外的な主権の行為であるとし、それは州によつてではなく、連邦がなすもので、もともと憲法外 (extraconstitutional)、つまり国家たるものに固有の (inherent) 権能だとする<sup>(316-18)</sup>。そして、「国際関係の領域で連邦政府の唯一の機関 (sole organ) としての大統領の、きわめて繊細で (delicate) 全権的で (plenary) 独占的な権限」との有名な議論を提示する<sup>(320)</sup>。すなわち、大統領のみが外国政府と条約をネゴシエートし<sup>(319)</sup>、多様な情報のチャンネルと量を持つ<sup>(320)</sup>。国際関係には秘密がつきもので、議会がこれにかかわるのは賢明ではない<sup>(321-22)</sup>。こうしたことは外務の本質から帰結され、外務での広範な立法権限を執行権に委任するのを正当化する<sup>(322)</sup>。「実務として、合衆国法典の全巻は外務に関する項目では大統領による行為を授權する合同決議もしくは複数の立法を含んでおり、いずれも権限の行使を大統領の無制約の判断に委ねるか、内務では常に必須と考えられる以上にはるかに包括的な基準を提供する」<sup>(324)</sup>。

サザーランドは、外務では国内事案と異なつて大統領に専権が、憲法によるといふより国家である以上当然に認められ、また外務の性質上独任の機関である大統領が完全の権限を有すると考えるのである<sup>(154)</sup>。条約協定締結にとどまらず外務全般にこれが当てはまり、州の憲法も法律も政策も無関係であつて、司法がこれを完結させようとして連邦の憲法上の権限の実効的な行使に障害としてさしはさむなどは、思いもよらないとする<sup>(155)</sup>。

Curiss Wright 以前、一九世紀末くらいまで、外務と憲法に関するアメリカの法理では、外務政策は憲法に列挙された権限の枠内で連邦政府内の部門によつて形成されるとされ、PQが適用されるのも、新政府の承認や領土併合などに極限されていた<sup>(156)</sup>。執行権限については、大統領は独立した法制定権限を持つていないとするのが通説であつた<sup>(156)</sup>。サザーランドは内務と外務を分け、前者は憲法規定に厳格に制限されるも、主権作用たる後者には固有の<sup>(157)</sup> 広範な政府権限と司法の敬讓を認める論者となつていた。ホワイトは、サザーランドは混乱を排除し複雑さを避けようとして、外務権限の解釈に「急進的でよりリベラルな」アプローチを提示していると<sup>(158)</sup>。とまれ、サザーランドのこの外国関係例外主義は二〇世紀のほとんどを席卷していくこととなる<sup>(159)</sup>。フィッシャーは二〇一五年の Zivotofsky までの約八〇年間、sole organ 理論が支配していたと<sup>(160)</sup> している。

ブラッドリーは、外務がそれまで憲法の枠内であつたことからの離脱として、サザーランドのこの考えを外務法の二〇世紀的立場<sup>(view)</sup> と位置づけ、その特徴は執行権支配<sup>(executive dominance)</sup>、連邦制との無関係性<sup>(irrelevance of federalism)</sup>、執行権の特権を擁護する法理の司法的形成<sup>(judicial lawmaking to protect federal prerogatives)</sup>にあると<sup>(161)</sup> 説く。その後、これが揺さぶられるようになる。州や自治体が外務に絡んでくるようになったことで、国内レベルではあるが連邦政府に制約的な判断を裁判所がするようになったこと、そして司法の執行権擁護の法理形成に懐疑がも



たれるようになったことがあると分析する。<sup>(102)</sup> これらが外務例外主義から抜け出す新傾向だとしている。もつとも、ブラッドリー自身は例外主義的で外務と内務は異なるとの立場にあるようにみえる。

## 2 議会の緩やかな委任と外務権

Curtiss-Wright は、執行権への委任に関する憲法上の制限法理は外務には適用されず、執行権は国際関係には連邦政府の唯一の機関とし、柔軟性を認められて広範な裁量があるとした。それは憲法条文に基づくのではなく、国際社会の一員としての国家の地位から帰結される<sup>(103)</sup>とした。憲法は立法権を議会にだけ付与している（二条一節）から、執行権が立法を行うのを憲法は禁じているとの委任制限（nondelegation）法理はゆるがない。もつとも、行政国家の展開は広範な立法権限の委任を不可避とさせ、明白性（intelligible）原理で立法での委任の仕方に行政の裁量を制限する相当な基準（sufficient standards）があればよいとして広く認め、違憲とするのを避ける傾向にある。<sup>(104)</sup>

こうした行政法の展開は国内行政を意識している。外務も同様か。二つの点で nondelegation 法理とストレートには同視できない。第一に Curtiss-Wright の伝統は、外務は内務と異なることを前提とし、憲法上執行権専権の領域と解するのであって、議会からの授権との発想は薄くなる。第二に外務に関する制定法があつても、それは包括的にならざるをえず、国内法のように厳格な委任の基準を適用すれば、外交の迅速性や柔軟性を損なうことになる。行政法にあって intelligible 法理がある一方でこれを緩やかにみる傾向にあるのは、行政国家において立法ですべての事態を予測して行政の判断を縛ることは賢明とはいえないからであり、それは外務においてなおさら当てはまる。

これを旅券（passport）法を例に確認しよう。大統領（執行権）が旅券の発給を否定することが海外旅行の自由を侵

害すると、訴訟になる。パスポート発給権を國務長官に授權するとした大統領の規則が、制定法（一九二六年制定で、國務長官にパスポートを発給させる権限を、大統領がアメリカのために、かつアメリカを代表して決定し制定した規則の下で与えられるとしている）の大統領に委任した範囲を超えている（*nondelagation*）として訴えられた事件では、國務長官が制定法を解釈してキューバへの旅行を制限したところ、最高裁は当該制定法の管理の任を負っている者がなした制定法の解釈に重きが置かれるとして、*nondelagation*（立法の授權の範囲を超えている）の訴えを退けた。<sup>(165)</sup>そこでは、「現代の国際関係の可変的で爆発的な性格と、外務に関する事項は執行権に権限を与えていることで、執行権は、立法府には迅速に提示されず、評価されず、行動に移されえない情報に即時に内通しているという事実のために、議会在国内の領域では慣習的に使いこなすブラシより大きなブラシで塗ることは必然である」としている。<sup>(166)</sup>制定法には禁止区域の指定についていかなる意図も見出せないとし、執行権の慣習に重きを置いた、<sup>(167)</sup>いわば敬讓型といえる。<sup>(168)</sup>問題となる旅券法の規定は一九二六年制定当時のままで、執行権の拒否権についての定めはない。<sup>(169)</sup>

議会にも外務権があるとすれば、これらの制定法は委任となる。その際以下の三点から、外務の領域では国内の委任とは異なり執行権に広範な授權がみられると解することになろう。<sup>(170)</sup>第一に、裁判所は外務では、通常の行政法での敬讓以上に特別な敬讓原理を持つてくる。この背景には *Curtiss-Wright* がある。第二に、外務領域では執行権の解釈への敬讓を超えて議会在戻す意向を示す。第三に、憲法問題を提起する執行権の解釈には、純粋な国内法での委任とは異なって外務での委任として扱っている。現実には外務では敬讓は広く見られるので、外務権が執行権専権とか、議会にあるとかいった問題は、敬讓にはそれほど影響を及ぼさないとする。

関連する制定法から推論する司法のアプローチもある。<sup>(171)</sup> 国際緊急経済権限法 (*International Emergency Economic*

Powers Act (IEEPA) は、イランとの協定によって国内のイラン資産の凍結や国外排除などの行為を大統領に認めていた。これに基づいてレーガン大統領がイラン政府に対する国内裁判所でのすべてのクレームをベンディングにする大統領命令を出したが、問題となつた。IEEPAにはクレームの停止の規定がなかったけれども、議会に特段これを否定する意思表示はなく、また関連する法から、大統領にこの停止の権限がなかつたけれども、議会に特段これは、大統領が自ら行為するような、もしくはそうすべきと判断するようなあらゆる状況を予見し立法することはできない。こうした議会の、権限を個別に授けしなかつたという欠缺は、「とりわけ……外務政策や安全保障の分野では」、執行権によってとられる行為を「議会が否定したことを意味しない」。……大統領の広範な裁量に適合させようとの立法府の意思を明らかにする特定の事件では、大統領の権限の問題に密接に関連する立法の制定は、「独立した大統領の責任での手段を惹起する」と考えられる」。本件大統領命令は外務に関するものであつて、本裁判所が特に大統領に敬讓する審査を認めてきたところである<sup>(173)</sup>。

外務での制定法に明文化されていない権限を導出する執行権の解釈にこのように裁判所が追隨する背景に、サザランドの幻影をみる。そのアプリアリな敬讓は外国関係例外主義と親和的である。しかし近時、例外主義からノーマライゼーション (normalization) への移行がみられる。その時期は三つあり、第一が冷戦崩壊後、第二が対テロ戦争時、第三がロバーツ・コートである<sup>(174)</sup>。これは、サザランドの外務法への考え方が第一の革命であるのに対し、外国関係法での第二の革命だとされる<sup>(175)</sup>。内務にはない外務に固有の、したがって内務とは異なる例外とされる所以では、専門性、迅速性、柔軟性、秘密性が挙げられるが、それは内務の場合と特に異なるものではないとなれば、ノーマライゼーションは支持される<sup>(176)</sup>。「外務問題は、国内のコンテキストで生じる同じ競合的な権力分立の価値を提起するよ

うになっており、外務と内務に違いがあるとされていることはしばしば言い過ぎになっている<sup>(17)</sup>。

この背景に、行政手続法 (APA) が国務同様、「全ての外務 (all foreign affairs matters)」を射程に置き、司法審査を排除していないことがある。それは外務に制定法を執行する性格があることを認識している。対象となる行政機関では、軍法会議や軍事委員会、戦時での現地及び占領地で行使される軍事権限は明文で排除しているだけで、外務官庁は排除されていない<sup>(18)</sup> (5 U.S.C. § 551 (1) (C) (F) (G))。

かくして、外務であっても、制定法の授権に係る部分はその限りでは大統領はこれを遵守しなければならない。ただ外務でのかかる制定法の授権は広範であり、それは国内の行政法における委任法理が同様に適用されるとはみられない。最高裁がそうした議会の広範な授権を認めたことは、記述の通りである<sup>(19)</sup>。Curtiss-Wright<sup>(20)</sup>では外務には権限の広範な委任は許容されるとした。裁判所がこれを審査する場合、したがって委任法理での厳格な審査は望めず、さらに外交には秘密が要求されるため、証拠となる事実へのアプローチが制限され、したがって十全な司法判断の前提を欠くのを余儀なくされる<sup>(21)</sup>。

## 五 シェブロン<sup>(22)</sup>の外務への適用

### 1 行政法の法理としてのシェブロン<sup>(23)</sup>の敬讓

行政法学では、行政機関がなした授権法規の解釈に一定の要件があるとき司法権は敬讓し、自ら改めて当該制定法を解釈せず、行政機関の解釈を有権的とさせる、シェブロン法理がある。シェブロン事件 (一九八四年) で確立する。

国内の行政法の解釈と司法審査の關係の理論であるけれども、これが外務に關しても妥当するのではないかが、ここでの議論である。シエプロンについては別に検討しているので詳細はそれに委ね<sup>(18)</sup>、ここでは簡単に記しておく。

シエプロン事件は、大気汚染防止法の文言「固定源」の意義について、環境保護庁が規則を制定して同法を解釈したことが争われた<sup>(19)</sup>。この文言が曖昧であるため、行政機関がこれを明確にした解釈を裁判所が改めて *de novo* (始審的) 審査するかが問題となった。最高裁は、文言が曖昧であり、制定法解釈の伝統的なツール (立法経緯など) を尋ねても問題となつてゐる争点について文言の意味が明らかでないとき、当該制定法の管理の任を負つてゐる行政機関の解釈に裁判所は敬讓するとした。その際、二つのステップで審査される。ステップ1では、問題となつてゐる争点に制定法は明白に語つてゐるかどうかをみて、もうそうであるなら、その立法意図 (*intent*) にしたがつて裁判所は審査する。ステップ2では、そうでなく制定法が沈黙あるいは意図が曖昧であるとき、裁判所は行政機関の解釈にそれが合理的で許容できる (*permissible*) かを審査する。これを満たせば司法は敬讓する<sup>(20)</sup> という法理を打ち立てた。

こうした敬讓の法理はシエプロン以外にも、またそれ以前からある。典型は *Skidmore* 型であつて、行政機関の法解釈に重きを置くもので、裁判所は解釈の指針としてこれを尊重するとの法理である<sup>(21)</sup>。これはシエプロンよりかなり前に唱えられたものである。また、シエプロン後、いわばシエプロンの射程を限定する意味で打ち立てられた *Mead* 型がある。これは、議会が制定法の解釈権を行政機関に授権しその行政機関の解釈が法的効力 (*force of law*) をもつ<sup>(22)</sup> なら、シエプロンが適用されるとした。 *Skidmore* 型は説得力、 *Mead* 型は法的効力の認定で、執行権がなした授権法の解釈への敬讓の是非を判断する。

シエプロンは敬讓を定式化し行政法原理にまで高めた。執行権は権限を授権する規制法の文言の曖昧さに接したと

き、議会が別に指示していなければ、そのギャップを埋める権限を認められ、裁判所はこれが特に許容できない解釈でなければこれに敬讓するとの法理で、司法権とのバランスで行政法の解釈に行政機関の有権的地位を認めるものである。行政法の解釈は政策の要素も含むことから、それには専門性と政治性が要求され、それらは裁判所より行政機関の方が優れているし、民主主義的でアカウンタブルだというものである。ただシェブロンは国内法に關してのルールである。また大統領のなした解釈に適用されるか、最高裁は判断していない。

シェブロンの正当化は執行権の専門性や政策性、そして政治性にある。このことは外務にも当てはまる。執行権の解釈に敬讓する法理はシェブロンに始まったわけではなく、伝統的に存在している。憲法は外務権を具体的に語ることはなく、その憲法解釈は執行権が外務をこなすのに必要な限りで解釈しなければならないところ、司法にはその能力がないため、執行権への敬讓となる。<sup>(185)</sup>ヘンキンは、「司法権の範囲と限界は他と同様に外務にも大きく適用される。しかし外務は異なる。ここでは、裁判所は連邦の政治部門を規制しようとは他のどこよりも意欲的ではなく、それらの行為の合憲性を前提としたそれらの制定法の解釈を受容する姿勢にあり (disposed)、それらに特別に敬讓する法理さえ発展させている」<sup>(186)</sup>と、諦観ともとれるような分析をしている。Curtis-Wrightのアプリオリな司法審査排除の影がやはり大きいのである。<sup>(187)</sup>

## 2 対テロ全権授權決議の解釈をめぐる執行権と司法権

大統領は制定法や条約があればそれを執行する形で外務を行うのであり、そこでは必然的に当該条約や制定法を自ら解釈あるいは、再解釈しなければならない。<sup>(188)</sup>その際、それらの法規定が曖昧であれば、大統領がそれをクリアーに

する。外務ではこうした状況がほとんどであるところ、大統領の解釈にシェブロンを当てはめて司法は敬讓となるか。外務は別体系といった例外主義の伝統的な見方がある一方で、制定法の執行の側面としての外務に司法審査はどうあるべきなのか、そこにシェブロンを当てはめて敬讓が考えられるのか。<sup>(189)</sup>これがここでの問題である。

二〇〇一年の九・一一同時多発テロを受けて同年九月一八日に議会が大統領に対テロで広範な権限を認め採択した合同決議（＝法律）の軍事力行使授權（Authorization for Use of Military Force（AUMF））で、そうした敬讓が現に問題となった。ブラッドレーはAUMFよりも前に、つまり九・一一前に、最高裁は外務は他と異なるべきとのモードに依拠して、Curtiss-Wright やえまれな例外として引用するほど、敬讓のパターンを展開していると分析していた。<sup>(190)</sup>彼は、Curtiss-Wright は、アプリオリでほぼ絶対的な敬讓を認める立場とはみないで、権力分立に配慮したモデルとなよりよいアプローチだとしている。<sup>(191)</sup>

AUMFは以下のように規定して、大統領に包括的な外務権を認めている。「二〇〇一年九月一日起きたテロリストの攻撃を計画し、授權し、実行し、支援し、もしくはそうした組織や人物をかくまったと大統領が判断した、国家や組織もしくは人物に対して、そうした国家や集団もしくは人物による合衆国への国際テロリズムの将来のいかなる行為をも防ぐために、あらゆる必要かつ適切な武力を行使する」<sup>(192)</sup>。

この「必要かつ適切な武力の行使」の文言が明確でないため、何がどこまで認められるかが問題となる。宣戦でない武力行使を議会が授權する一つの類型を打ち立てた意義のある法とされ、大統領に自らが九・一一の再発を防ぐと考える必要な権限を広範に授權したと解される。<sup>(193)</sup>大統領は他に制定法の案内がないから同法を自らが解釈して、ブッシュはもちろんその後の大統領も、同法に基づいて（解釈して）対テロの措置を講じてきた。

Hamdi 事件はそうした AUMF の執行権の解釈が問題となった<sup>(194)</sup>。九・一一を受けて AUMF が制定され、それに依拠してテロ関係者を拘禁し、アメリカ市民 Hamdi を軍事法廷にかける対テロ措置をブッシュはとるようになった。最高裁は最初でかつきっぱりと、その措置の違法性を糾弾した。政府側（法務省）は権力分立や軍事からくる裁判所の劣位から敬讓を主唱した。しかし、弁護士もつけずに一方的に、審査のできない拘禁をなす政策は、憲法及び制定法上の保護に反するとした<sup>(195)</sup>。かかる構造は修正第五条のデュープロセスに反し、AUMF を戦時国際法に適合するよう解釈するなら軍事的拘禁は制限されるのであって、憲法の定める政府の三部門すべての役割に思いを巡らしたとき、戦時は大統領への白紙委任にはならないと判示したのである<sup>(196)</sup>。

こうした措置ではほかに、連邦裁判所への提訴を防ぐためにガンタナモ収容所に収監されたアメリカ市民と非市民について、ガンタナモはキューバ領だから裁判所の管轄権がないとの主張を退けた *Rasul v. Bush* <sup>(197)</sup>、アメリカ市民を爆弾製造のかどで敵性戦闘員（enemy combatant）としてサウスカロライナの海軍刑務所に拘禁したことに人身保護請求を訴えたが、管轄権がないと訴えを退けた *Rumsfeld v. Padilla* <sup>(198)</sup>、戦時法などの違反で非市民を軍事裁判所にかける措置を憲法というより制定法に照らして違法とした *Hamdan v. Rumsfeld* <sup>(199)</sup>、軍事委員会法（Military Commissions Act of 2006）の制定で、議会は適切な代替手段を認めることなく被拘禁者の人身保護令状審査の機会を奪っており違憲とした *Boumediene v. Bush* <sup>(200)</sup> がある。これらは戦時国際法のジュネーブ条約のほかに、AUMF や統一軍事法典（UCMJ）、被拘禁者処遇法（DTA）、拘禁禁止法（Non-Detention Act）などの制定法が問題となっており、執行権（法務省法務顧問局）の解釈に敬讓が認められるかが争われた面がある<sup>(201)</sup>。

注目すべきは、これらの外務のしかも危機や国防安全保障に関する制定法にあって、最高裁が執行権の解釈への敬



譲を拒否していることである。<sup>(202)</sup> 近時、外務領域で司法が法を判断し本来の役割を果たしているケースが増えていると指摘される。<sup>(203)</sup> Hamdan では U C M J に組み込まれた一九四九年ジュネーブ条約共通条項三条の解釈が問題となった。<sup>(204)</sup> 執行権がそれは国際的な戦争時にのみ適用されるのであってアルカイダには適用されないと解釈したのに対し、最高裁（スチーブンス判事）は条約の文言、構造、歴史のいずれからしてもすべての武力紛争に適用されると解されるとして、退けている。<sup>(205)</sup> これは *de novo* の審査である。

Rasul は人身保護令状に関する制定法の解釈が問題となった。政府は、ガンタナモはアメリカ領ではないから、人身保護令状はアフガンでの戦争で拘禁されガンタナモに収容されている一人人には適用されないと解釈した。<sup>(206)</sup> 最高裁（スチーブンス）はこれに敬讓することなく、またこれが先例と異なると指摘して、人身保護令状の法の適用を次のように認めた。「彼らはアメリカと戦争をしている国家の国民ではないし、またアメリカに対する攻撃にかかわったり攻撃をたくらんだりしたことはないとしている。いかなる審判所へのアクセスも与えられることなく、また悪行で刑事責任を科されているのではない。しかも二年以上もアメリカが排他的な管轄権を行使し支配している領土で収監されたままである。……「人身保護令状は救済を求める収監者に対してではなく、違法な収監であると訴えていることを抱いている人に対して働くもの」なのだから、「収監者に手続のサービスが及ぶ」かぎり、連邦地方裁判所は二二四一条 (28 U.S.C. §2241. 裁判所の人身保護令状の権限を定めた法―筆者) の意味の中にある「それぞれの管轄権内で」行動する<sup>(207)</sup>」。

このように、AUMF に依拠した拘禁事件では敬讓は拒否されている。この判断をリードしたのはスチーブンスである。実はシェプロンの敬讓を打ち出したのも彼である。執行権のアカウントビリティや専門性や政治性を十分理解

している判事である。この拘禁事件では外務事案であるにもかかわらず、敬讓を認めていない。シェブロン<sup>(19)</sup>の敬讓は授權法規の曖昧さが前提となる。AUMFが、すべての適切な手段とか、UCMJが実践的で(Practicable)あるかぎりとか、きわめて曖昧な文言であるにもかかわらず、彼は敬讓を認めていない。スチーブンス自身は絶対的な敬讓を信奉する者ではない。また、シェブロンは法原理であるけれども、その射程や、そもそもそれを原理としたままでよいかが議論されており、安定していない。パールステインは、スチーブンスそしてその他の判事も、外務法の領域が証拠を示す任から執行権を解放させる、それほど特別なものではないと信じているようにふるまっているのだとす<sup>(208)</sup>る。とまれ、スチーブンスのこうしたコミットメントは際立っている<sup>(209)</sup>。

ブラッドリーとゴールドスミスは、裁判所は制定法の解釈では議会の意思を判断するとし<sup>(210)</sup>たうえで、その際行政実例からこれを推論するのはまれであるけれども、外務の領域ではその他のコンテキストにおけるよりも一般に強固であるとし、議会には安全保障上の行為の外部的な基準を作り上げる能力に現実的な限界があるのに対して、執行権には特別の事実収集能力やその解釈の専門性があり、大統領は外務に関して相当な議会と協働の(concurrent)権限を有していることを確認している<sup>(211)</sup>。司法のAUMFの解釈には、執行権への敬讓がまた大きく影響するという<sup>(212)</sup>。AUMFの意味は、執行権の実務と戦争に関する国際法と、大統領の共同的(concurrent)権限と、そして制定法解釈に関する一般のツールで決められるとする<sup>(212)</sup>。

### 3 シェブロン<sup>(19)</sup>の外務への適用

#### (1) 肯定論

執行権の外務に関する制定法の解釈に敬讓が認められるかは、今見たAUMFを巡る判例でも規範を見出すことはできないので、依然、議論される。ポズナーとサンステインは、執行権の優位性や歴史にも鑑みてシエプロンを外務にも適用する立場を提示する。サンステインは執行権の専門性を重視し、司法ミニマリズムを行政訴訟でも提唱している。さらに九・一一後、外務にあつて際立つて大統領への敬讓を提唱している。<sup>(215)</sup>ただし、議会の制定法がある場合であつて、かつそれが曖昧であるとき、しかもかかる法が授權法であるとき、まさに国内法に関する判断であるシエプロンを外務権に応用できるとする。「執行権は問題となつて競合する利益を調整するのに最善のポジションにあり、制定法の沈黙や曖昧の場合には、議会は執行権に解釈権限を委任したと想定すべきである」とし、裁判所には、外国の主権が問題となつてるとき、そもそも主権にかかわるとか、協力がよいかを決定する専門性はないとする。<sup>(214)</sup>

そこには、解釈権の所在を考えるのに機関や制度の能力や優位性を指向するモードがある。<sup>(216)</sup>サンステインは、ここでの問題は、シエプロン同様、外務に関する制定法が曖昧なとき、それを埋めて解決すべきなのは執行権と司法権のどちらなのか、とみだてる。「執行権には、もともと曖昧な規定を自らがフィットすると解釈する資格が一般に与えられており、その解釈が合理的でなければならず、かつ、議会が特別に憲法上センシティブな利害への容喙 (intrusion) を授權するものであるとの制限に服する」と、<sup>(216)</sup>シエプロンをストレートに適用させる。いかなるものであろうとも、立法による「外務領域での執行権への権限の付与は、通常、解釈権を含まなければならない」。<sup>(217)</sup>サザーランドのよう  
なモードも出しながら、権力分立と政策的利点から外務での執行権優位とシエプロン適用を提唱するのである。<sup>(218)</sup>

先に見た国際礼讓はシエプロン適用の際どう機能するのか、シエプロンとの関係が問題となる。判例はなく明確で

はない。ブラッドリーは、制定法による外務法の領域でシェブロンを適用することは、外務に関する司法と執行の関係を考える有益な視点を提供するとらえ、<sup>(219)</sup> 国際礼讓の適用可能性を一瞥している。その鍵は執行権の外務に関する法制定や法解釈に、議会がそれを意図した委任があったかであり、それが読めればシェブロンが適用されるとしている。例えば *Best* 法理や領土外適用の禁止といった *canon* は、シェブロンを凌駕しないとす。<sup>(220)</sup> また条約の解釈では、もともと執行権に大いなる敬讓を示すところであるが、条約制定者は執行権にそれが外務のプロであるが故にその解釈権も委任したとするのが前提であるとする。<sup>(221)</sup> 慣習国際法は、そもそも憲法六条の法に当たるかは疑わしく、執行機関の解釈は国内での立法権限の行使ではないから、シェブロンのような委任を見出す必要はないとする。<sup>(222)</sup> 外国に関する連邦コモンロー、とりわけ AOS や休眠外務先占論 (*dormant foreign affairs preemption*) に執行機関への法制定権の委任を前提とする根拠はないから、シェブロンは否定されるとする。<sup>(223)</sup>

ブラッドリーは機能主義的視点にたち、シェブロンを合目的だとして支持する。いわく、「シェブロンは裁判所よりも専門性民主性のアカウンタビリティをもつ政府組織に、「解釈的法制定 (*interpretive lawmaking*)」をプッシュする。くわえて、この法制定を拡散した裁判所システムよりもむしろ執行権中心にさせることによって、シェブロン法理は法の統一性を促進するように意図される。そして、解釈での変化を許すことで、規制的統治の柔軟性を促進させようとする」。<sup>(224)</sup> シェブロンの外務への適用は、外務事件で裁判所が執行権に対して法の支配を執行させるか、裁判所が自らの機能を放棄するか、どちらかの両極端の間の選択の問題だとす。<sup>(225)</sup>

大統領の外務や安全保障に関する立法の解釈はシェブロンの論理を適用して、敬讓が認められるべきとも主張される。<sup>(226)</sup> 下級審の判例では、キューバ空軍がアメリカ市民を殺傷したかどで認められた不法行為責任の履行のためアメリカ

カのキューバ政府資産の凍結や差し押さえを実行するとき、S I法の放棄についての規定が曖昧なところ大統領が放棄を実行したのに対し、シエブロンは行政機関が管理する制定法について認められるもので、大統領の曖昧な制定法の解釈には適用されないとされた。<sup>(227)</sup>しかし、シエブロンの背景にある三つの原理、すなわち委任、民主的アカウンタビリティ、専門性から、大統領の外務に關する制定法解釈にも当てはまるとするのである。<sup>(228)</sup>

最高裁がシエブロン型の敬讓を外務分野で認めた明確な判例はないけれども、下級審ではある。<sup>(229)</sup>フロリダ沖で漂流していたところを救助されたキューバ人の六歳の少年 Brian は母親がすでに死亡しているため、フロリダ州在住の叔父が I N S (連邦移民庁) に彼の庇護を求めたが、キューバ在住の父親がこれを認めないよう手紙を I N S に送ったので、I N S は両者と面談の上、Brian の庇護を解いた。これが争われた第一一控訴審は、以下のように述べてシエブロンを適用している。<sup>(230)</sup>立法 (8 U.S.C. § 1158) は「いかなる外国人も庇護を申請できる」としてるところ、その年齢は規定していない。そこで、I N S が本件で認めなかったのが違法かは、シエブロンを適用して判断する。第一に明らかにすべきは、当該制定法が問題となっているケースについて語っているか、である。同条は、「物理的にアメリカにいる、あるいはアメリカに到着しているいかなる外国人 (alien) (指定されたか否かを問わず、公海又はアメリカ領海内で捕らえられた後アメリカに連れてこられた者を含む) も、外国人の地位にかかわらず、(同法の条項に従って) 庇護を申請できる」とある。これを受けた法務長官の規則は、かかる申請のメリットを考慮しなければならないとしている。問題は Brian が当該条項の外国人に当たるかではなく、この六歳の少年が、自身もしくは自身を代理する親以外の親戚が親の明示の意思に反して当該申請をしたとき、制定法の意味での申請をなしたといえるか、である。重要なのはこの § 1158 で議会が語ったことではなく沈黙していることであり、この立法は外国人がどのように庇護の申請

をなすかは指令してないのである。かかる立法のギャップは執行権に裁量を認めるもので、同法の執行の任を負っている行政機関、つまりINSがこれを埋める。手続は行政機関の裁量であり、これについて規則を定めている以上、司法はこれを尊重しなければならない。裁判所はこの行政機関の手続の政策形成の恣意 (arbitrariness) をチェックするけれども、規則自体の賢明さを検証することはできない。INSの本案に関する政策は合理的であり、恣意は認められないとした。<sup>(23)</sup>

シエロンが適用されなかったケースもある。もつとも、シエロンが外務法に適用されなかったというよりも、シエロン適用の要件を欠いていたというものである。シエロンの敬讓は制定法の執行の任を負っている特定の行政機関の解釈が対象になるところ、複数の機関が負っている場合にはシエロンは適用されない。<sup>(23)</sup>

いずれにせよ、外務であっても制定法が前提になっているので、シエロンが適用されるかは問題とされうる。それは訴訟当事者とりわけ政府がシエロンの適用を主張するからであり、裁判所も執行権に関する制定法の解釈なのでシエロンのテストが適用されるのを前提としている。これはStramanがいうように、外務も国内の行政法と何ら異ならないノーマライズ (外務と内務の同等視) されたことの証左ともいえるかもしれない。

## (2) 否定論

シエロン外務否定論は、シエロンの権力分立での意義を認めず、さらに機能主義に全面的に賛同せずに、司法本来のマーベリ型の復権をはかる。パールステインは、シエロンはマーベリの伝統を完全に捨て去ったわけではなく、憲法三条に合致すれば司法審査はありうるとしたうえで、機能主義がいう専門性や柔軟性は共有するものの、政

治的アカウンタビリティで司法が劣るわけではないこと、それが前提とする内務と外務の伝統的な壁は現代では薄くなっていること、シエプロンは法理として衰退しており、裁判所も依拠しなかったり射程を狭めたりと、完全無欠の法理ではなくなっていることから、シエプロンを外務法に適用するにはネガティブである<sup>(233)</sup>。パールステインは、マーベリで司法は各部門の管轄権を確定させる権能を有するものとされ<sup>(234)</sup> (equilibrium theory)、シエプロンが依拠する忠実なエージェントとみる理論 (faithful agent theory) はもとより、政府部門をとりわけ立法に再考を促すフォーラムとしての機関とみる (instrumental theory) のには肯定的であるも、シエプロンの敬讓を正当化するには不十分であるとする<sup>(234)</sup>。この理論はデパートメンタリズムに親和的で、憲法上各部門は同等の独立した憲法解釈権を有しているとするもので、これにより裁判所は正式の部門間の均衡を促進させる役割を認められ、外務における執行権の専門性<sup>(235)</sup> 敬讓の傾向に打ち勝てるとする<sup>(235)</sup>。裁判所は執行権の解釈を尊重はしているものの、自らの解釈ルール (canon) を用い、また何よりも制定法が執行権に授權したというような委任法理は影をひそめるようになっていく<sup>(236)</sup>。シエプロンは適切ではないけれども、その専門性を尊重する必要もあり、Skidmore 型の、その解釈に説得力があり、現実のプロセスを考量したのちの執行権の解釈に敬讓を認める余地はあるとする<sup>(237)</sup>。

ボズナーとサンステインの具体的敬讓は根拠が不明確で疑わしいから、支持できないとする (敬讓を全面否定するのではなく) のが、Junks と Katyal<sup>(238)</sup> である<sup>(238)</sup>。国際法が執行権を規制する領域 (executive-constraining zone) で機能しているとき、シエプロンは適用されないとする<sup>(239)</sup>。外務法 (条約や国際法を含み慣習国際法は除く) は憲法六条で大統領を拘束する最高法規であり、その適合性は当然裁判所によって担保されるとするのが法の支配である。外務もこの原理から逃れられない憲法構造だというのである。慣習国際法や自力執行力のない国際的取極めは連邦法にはならないし、そ

もそもこれらのカテゴリーを明確に違反だと区別することは必ずしも容易ではないのだから、一口に外務法でくくりそれに敬讓をすべて認めるのは荒すぎる<sup>(20)</sup>。大統領の専権が認められ、そしてシェブロン型の敬讓が認められるなら、その意思形成過程 (decision-making process) を向上させるなんかの手統を展開させなければならないところ、それはないのであって、シェブロン<sup>(21)</sup>の敬讓は、大統領に短期的な政治的動機に基づいた決定にお墨付きを与える法理に成り下がることになるとする。

ボズナーとサンステインの肯定論は執行権・大統領の外務における専権的優越性を前提とし、サザーランド的なニュアンスも漂わせながら、また対テロ、国家安全保障の危機感も匂わせながら、超シェブロン的な敬讓を主張する。ブラッドリーも同列といえる。これに対し、否定論はマーベリ的な司法権論と法の支配を前提に、権力分立上外務における執行権優越は非科学的だとして、シェブロン<sup>(22)</sup>の無造作な適用に警鐘を鳴らす。

### (3) 敬讓の規範的モデルを求めて

外務の司法審査のモデルとしてシェブロンが適用されるかには対立があり、その基準となる規範をどう考えるかは定まらない。専門性や迅速性といった執行権の特性を重視するのか、それとも法の支配、マーベリ型の司法の矜持を立てるのか。その中庸もありうる。執行権の解釈がよりよいとして司法が認めるのは、それが説得力を持ち合理的であるからであって、単に執行権が行ったからではないという原点到ち戻る必要がある。Curtiss-Wright型の古典的な敬讓は、制定法が規定する外務にあつてはストレートには適用されまい。

ここにおける司法の矜持とはなにか。管轄権がないとしてAUMFの解釈に関する訴えを退けたPadilla事件で、



スチープンスは、それは「自由社会の本質 (essence of a free society)」にかかわる問題に外ならず、無制約の執行権による拘禁や弁護士なしでの争うことはデュープロセスに反するとして、次のように反対意見を述べている。<sup>(24)</sup>「敵の軍人を戦場から離しておくために拘禁するように、転覆的な (subversive) 市民を執行権が拘禁することはときとして、破壊ミサイルを打ち上げまたはそうなるのを防ぐには正当化されるかもしれない。しかしながら、情報をひき出すために違法な手続を使うというようなむき出しの利益によって正当化されるものではない。外部との連絡を絶たれ数か月間にわたる拘禁はまさにそうした手続である。そうして収集された情報が極端な法の拷問で獲得された情報よりも依拠できるものなのかどうかは、どうでもよいことである。というのも、この国はその旗で象徴された理念に真であり続けるなら、専制の力によって暴力に抵抗するためであっても、専制の道具を使つてはならないのだ」。

大統領が国際テロに対抗するには刑事裁判では不十分として軍事委員会の設置を認めた Hamdan では、スチープンスは執行権の関連する制定法、条約、そして戦時国際法の解釈に敬讓を認めなかった。ここでは制定法に着目する。それは UCMJ 三六条と二一条である。三六条は、大統領に軍事委員会や軍法会議やその他軍事裁判所で起訴できる事件での証拠法を含む手続や調査に関する規則制定権を認め、その規則制定には通常裁判所が適用する証拠法に関する他の法原理を実践的である (practicable) と考える限り適用し、かかる規則が統一であることを要求している。<sup>(23)</sup> 軍法会議の管轄権を付与する二一条は、制定法や戦争法によって軍事委員会その他の裁判所で起訴できる罪状に関して競合する管轄権を持つ軍事委員会などの裁判権を奪うものではないとしている。<sup>(24)</sup> スチープンスは、政府は軍法会議ルールを適用することが非実践的だと立証していないし、Hamdan 本人を情報の秘密を理由として聴聞 (hearing) しないのも実用的ではないとした。<sup>(25)</sup>

機能主義的観点からこのスチーブンスを批判し、敬讓を認めるべきとの主張がある。<sup>(26)</sup> シェブロン<sup>(26)</sup>の敬讓は、執行権に固有の憲法上の権限とオーバーラップしている制定法の委任であるときは特に必要であるし、本件は実体的敬讓に値するとする。そして機能的な観点から、司法は外務における情報不足と専門的判断能力の欠如、またこれらに関する執行権の優性、さらに本件が戦時にかかわることから、司法の劣勢を根拠とする。<sup>(27)</sup>

行政の裁量は広く認められる。それは行政の専門性にあり、その対比で司法は後退するとの判断である。シェブロンの背景にはこれがある。執行権への敬讓は法理である。スチーブンスは、国内法の解釈で執行権尊重の態度を見せた。一方 Handan では、同じ執行権であつても敬讓は認めなかつた。ここにスチーブンスの姿勢がみられる。すなわち、執行権の専門性からの尊重は認める一方で、専門性や証拠の記録に説得力がなければならず、單純に執行権優位とか敬讓とかを叫んでもだめだといふことである。<sup>(28)</sup>

#### 4 小 括

シェブロンは行政法学の法理となつていくけれども、近時はゴサッチ最高裁判事をはじめシェブロンそのものに否定的な論調も少なくなく、またシェブロン以降の判例もシェブロンの射程を絞る傾向で展開しているともいえ、シェブロン自体、法理として有効なのかの問題がある。行政法の世界でシェブロンが否定されれば、外務での執行権の決定に対する統制での敬讓理論はその前提を失う。ただその際にも、別の視点の Curtis-Wright 的なアプリアリの敬讓が復権することがあるかもしれない。いずれにせよ、シェブロンの適用の有無が外務領域で議論されるということ、外務法の分野も国内行政法と同様だといふ認識の表れといえる。

## 六 むすびにかえて

外務は執行権の核であり、司法はその能力や歴史から判断回避や敬讓を示す。議会は執行権Ⅱ大統領に制定法で法的規制をなすのであって、その限りで立法に服することになる。もつとも、外務に関するそうした立法は、外務の機敏性や専門性の要請から執行権にその解釈を委ねることが多い。そこにシエプロンを類推させて、司法が執行権の解釈を *de novo* に審査することなく、基本的に尊重するパターンが展開される。シエプロンが司法の放棄とか官僚制の追従とか司法専権の横行とか批判されるものが、そのままここにも当てはまる。<sup>(250)</sup>

司法が外務においてどこまで敬讓すべきなのか。司法権の不行使も含めて中立的な憲法理論もないのが現状で、もつぱら慣性ともいうべきプラグマチズムで執行権が優越的地位を占めている。<sup>(251)</sup> 法の支配や人権保障の砦としての司法権をどこまでどのように絡ませるか、規範的基準の議論 (normative approach) が繰り上げられる。外務法を国内法と同じに見て特別視せず、国内法同様に司法権の関与を考える方向も有力である。<sup>(252)</sup> そうした視点には、アメリカにコレマツの悲劇を繰り返してはならないとの公法学の自責の念が流れているとみるのは、筆者だけであろうか。<sup>(253)</sup>

(1) LOUIS HENKIN, FOREIGN AFFAIRS AND THE U. S. CONSTITUTION 147-8 (2<sup>nd</sup> ed. 1996).

(2) Dawn Johnsen, "The Essence of a Free Society": The Executive Powers Legacy of Justice Stevens and the Future of Foreign Affairs Deference, 106 NW L. REV. 467, 475 (2012).

(3) foreign affairs は国内に対して広く国外の事を意味する外務で、政府がかかわる事務である。そこには条約や行政協定の締結から対外的な様々な交渉まで、さらに武力行使や安全保障に関する事項も含まれ、外交とか国際関係の概念でも包括し

- う。
- (4) CAMPBELL MCLACHLAN, *FOREIGN RELATIONS LAW* 4 (2014). 同書はコモンウェルス（イギリス、カナダ、オーストラリア、ニュージーランド）の外交法の体系書であり、それは、統治の三権力間の外交権の配分、外交権の人権へのインプリケーション、国内法における外国の処遇の、三つの主要な論点を持つとする。 *Id.* at 5. その前提は、①外交行為は立憲国家の他のブランドの公権力行使と同様に法によって規制される、②外交法の機能は配分的である（allocative）、③外交問題は絶対的基盤で解決されるのではなく、外交が提起する問題へのきめ細かな解決が見出されるように分解されていなければならないことにある。 *Id.*
- (5) HENKIN, *supra* note 1 at 2-4. 「外務は国務である（Foreign affairs are national affairs）。合衆国は単一の国民国家であり、他国と関係を持つのはこの合衆国であって（単一もしくは一緒にになった Union という諸州ではない）、それらの関係を遂行し国家の外務政策を形成するのは合衆国政府なのである（州の政府ではない）」。 *Id.* at 13. *See also, id.* at 323 n.1. 「外務は連邦政府の政治部門によってなされる政治関係（political relations）である」とする。 *Id.* at 131.
- (6) 「憲法は外交法の中心的構造であり、その運用を条件づける詳細なルールを提供してくれる」。 Tom Ginsburg, *Comparative Foreign Relations Law: A National Constitutions Perspective*, in *THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE FOREIGN RELATIONS LAW* 63, 76 (Curtis A Bradley, ed. 2019). なお、外務権という法学用語はなが、*id.*では外務を処理する権限として便宜的に用いる。
- (7) Ganesh Sitaraman & Ingrid Wuerth, *The Normalization of Foreign Relations Law*, 128 *HARV. L. REV.* 1897, 1902 (2015). 「外国関係例外主義は必ずしも規範ではなかった」。 *Id.* at 1911. 同論稿はこの概念の変遷を歴史的に実証し、現在はそうでないことを示している。この対極がノーマライゼーション（normalization）（内務と外務を法の世界で同等視する）で、外国関係の分析を例外視する憲法から、通常の行政法や制定法解釈の議論にシフトさせることをいう。 *Id.*
- (8) Curtis A. Bradley, *The Treaty Power and American Federalism*, 97 *MICH. L. REV.* 390, 461 (1998). ほかにブラッドリーは、「連邦政府の権力行使に関する通常の制約は外務の領域には適用されないとの見方」とか、「連邦政府の外務権は国内権限を支配する憲法上の制約とは異なった、一般により緩やかな一連の憲法上の制約に服するとの見方」との定義をしている。 Sitaraman and Wuerth, *supra* note 7 at 1906 n.23.

- (9) 「外務関係事件での執行権への敬讓は、伝統的に憲法上と機能上の両方の考量に基づいている。……(執行権のそうした専権を認める一筆者)管轄権はしばしば文言的ではなく機能的であり、伝統的な実務と理解に基づいている」。Eric A. Posner and Cass R. Sunstein, *Cheromizing Foreign Relations Law*, 116 YALE L.J. 1170, 1202 (2007). 「もよより明確な法に執行権は反する」(反びびかなら (……)。しかし、曖昧な場合には、裁判所は執行権の立場に敬讓しがちとなる」。Id.
- (10) Derek Jinks & Neal Kumar Katyal, *Disregarding Foreign Relations Law*, 116 YALE L.J. 1230, 1234 (2007).
- (11) Curtis A. Bradley, *Chevron Deference and Foreign Affairs*, 86 VA. L. REV. 649, 652 (2000).
- (12) Johnson, *supra* note 2 at 524. 同論文は九一一後の拘禁事案 (detainee) に関する判例を考察し、外務に関して執行権に對峙する裁判所の適切な役割を考察する。もともと、「司法権は外務領域での執行権の行為を審査するのにいかなる役割を果たすべきか」自体は、制憲以来の古典的なテーマである。Id. at 475.
- (13) William N. Eskridge, Jr. & Lauren E. Baer, *The Continuum of Deference: Supreme Court Treatment of Agency Statutory Interpretations from Chevron to Hamdan*, 96 GEO. L.J. 1083, 1100 (2008). 「外務や安全保障の領域で政府に對する超敬讓 (super deference) は、依然として最高裁の敬讓の実務の突出した部分である」。Id. at 1102.
- (14) Bradley, *supra* note 11 at 663. もともと、「この国の歴史の初めから、裁判所は執行権の国際関係の行動に反對するのを「さびつる」。Id. at 659.
- (15) 国家が外国と交流する (interact) かを規定する。その国家の国内法を包含する。そうした交流 (interaction) は多くは国家間に起こるが、国家と外国人や、外国と自国民、国際機関にも及ぶ。それを規制する法形式は多様で、憲法や制定法、行政規則、司法判決があるが、多くは司法外で紛争が提起される。Curtis A. Bradley, *What is Foreign Relations Law?* in BRADLEY, *supra* note 6 at 33-4. 外務は、国家の安全保障を軸とする外交政策の形成や執行、外国との交渉を核とする国家事務である。外務省設置法四条、参照。
- (16) 「外国関係法は国際公法と国内法システムの間の相互作用で形成される」。McLACHLAN, *supra* note 4 at 19.
- (17) 外国関係法には以下の五つの見方がある。①外務内務二分論で完全に国内法から独立した法 (exclusionary) ②国際法が国内法に受容された法 (internationalist) ③主に憲法 (constitutional) ④外交機能の法 (diplomatic) ⑤管轄と適用法のルールのセットたる配分の法 (allocative)。Campbell McLachlan, *Five Conceptions of the Function of Foreign Relations Law*, in

外務における司法権の執行権への敬讓(富井)

BRADLEY, *supra* note 6 at 21, 23-24. 執行権専権とされる外務の統制には、憲法と国際法の意味疎通をはかるのが外務法の課題である。Id. at 43.

- (18) 徹底したこの立場を、McLachlan によれば①(前掲注(17))で体系化するのが、UCLA 名誉教授の Trimble である。いわく、対外関係法 (Foreign relations law) は以下の三点において特化され細分化された特異な法である。第一に、法的紛争は大統領や議員など政治家同士の間でなされる。第二に、かかる紛争は裁判所ではなく政治フォーラムで通常は解決される。第三に、政治機関は法を作るだけでなく自らが作った法の解釈権を主張する。かくして、対外関係法は政治部門によって発展したのであり、最高裁がコメントをすることはむしろはまれである。PHILIP R. TRIMBLE, INTERNATIONAL LAW: UNITED STATES FOREIGN RELATIONS LAW 5-8 (2002).

- (19) Deborah N. Pearlstein, *After Deference: Formulating the Judicial Power for Foreign Relations Law*, 159 U. P. L. Rev. 783, 791-792 (2011).

- (20) 両概念は相違しつつも、そうよりも相互に関連しあっている。Jide Nzelibe, *The Uniqueness of Foreign Affairs*, 89 IOWA L. REV. 941, 945 (2004). Nzelibe は放棄と敬讓 (abstention and deference) として議論し(主に政治的問題 (political question))、司法は制度的能力の面では外務には限界があるから、必然的に抑制され、両者は全くかわらないか、少しはかわるかの、程度の違いでしかないとする。Id. at 1000-1006.

- (21) 富井、後掲注(8)、参照。

- (22) Christina E. Wells, *Questioning Deference*, 69 Mo. L. Rev. 903, 906 (2004). David Gray Adler, *Court, Constitution, and Foreign Affairs*, in THE CONSTITUTION AND THE CONDUCT OF AMERICAN FOREIGN POLICY 19, 44 (David Gray Adler and Larry N. George, eds. 1996). Wells は、人権がかかわっているにもかかわらず、判断を避けたくしくは追従するこれまでの外務や安全保障に関する判決は、判事が判断できない (inability) からではなく、そうした希望 (desire) を表明したに過ぎないという。Wells, *supra* note 22 at 907.

- (23) アメリカにおける戦争権限と司法の関係について、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) 第四章、参照。

- (24) A P A (行政手続法) は、国務省や国防省の外務関係の一定の行為は一般の行政機関のそれとは別に扱い、これらを制定

法の要請から除外している。5 U.S.C. § 553 (a) (1) (2012). 後にみるように、シェプロンは行政機関の制定法の解釈を司法が新たに審査できるかの法理であるので、そうした制定法の外の行為にシェプロンを始めとする敬讓が適用されることはほとんどない。Sitarman and Werth, *supra* note 7 at 1952–53.

(25) わが国でいう二元説である。ターリーは二元説（アメリカがそうである）に立ち、国際法は議会とは別の世界で形成される、マディソン・モデルが妥当しない領域であることを前提に、外交にかかわる訴訟での司法の関与を制限的に検討する。Jonathan Turley, *Dualistic Values in the Age of International Legislation*, 44 HASTINGS L.J. 185 (1993).

(26) 執行権の外務以外の分野でもそうであろう。本稿は司法審査で司法が外務法の解釈においてどこまで介入できるかを検討する関係から、制定法とはなんら関係をもたない執行権の行為の司法審査にまでは触れない。PAUL DALY, A THEORY OF DEFERENCE IN ADMINISTRATIVE LAW: BASIS, APPLICATION AND SCOPE 2 (2012).

(27) 日本国憲法は「外交関係を処理する」内閣の権限を明文化している（七三条二号）。代表的な解釈は、外交事務はすべて内閣が行うとし、そうしていることは、「三権分立的発想の枠組による行政権とは異質の面があるが、行政権者が担わざるをえない性質をもっている。不断の地道な情報収集と分析、それに基づく総合的及び個別的外交政策の定立・調節と実行を必要とし、かつ、外交関係と国内問題とが密接に連動し合う状況下において、外交関係を処理する権限が行政権者に帰属せしめられるのはきわめて自然なことである」とされる。佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、二〇一一年）四九八頁。外交権を憲法学的に考察するものとして、石村修「外交権」の立憲主義的統制」専修ロージャーナル一〇号二二頁、二〇一四年、参照。

(28) 「われわれの政府の外交関係のふるまいは、憲法によって執行権と立法権―われわれ政府の政治部門―に委ねられている」。

(29) J・マディソン、J・ジェイ、A・ハミルトン／齋藤眞・武則忠見訳『ザ・フェデラリスト』（福村出版、一九九一年）三六六頁（第七五篇、ハミルトン）、参照。

(30) I WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 252 (8th ed. 1778).

(31) *Id.* at 253–260.

(32) Curtis A. Bradley and Trevor W. Morrison, *Historical Gloss and the Separation of Powers*, 126 HARV. L. REV. 411, 418

外務における司法権の執行権への敬讓（富井）

- (2012). 実務が基づく注解 (gloss) と称し、Youngstown 事件 (後述) でのフランクファーターの次の補足意見を基にして  
いる。「体系的で破られたことのない執行権の実務で、議会で長く論じられ、これまでも決して疑問が投げかけられたこと  
がない、憲法擁護を宣誓した大統領が、われわれの政体の構想の一部にあたかもそうした行使をさせていることは、憲法一  
条と二条によって大統領に与えられた執行権に関する注解として取り扱われうる」。Id. at 418, 418 n.16. See also, American  
Insurance Association v. Garamendi, 539 U.S. 396, 414 (2003).
- (32) Louis Fisher, *Presidential Residual Power in Foreign Affairs*, 47 CAPITAL U.L. REV. 491 (2019). See also, LOUIS FISHER,  
THE LAW OF THE EXECUTIVE BRANCH: PRESIDENTIAL POWER 261–264 (2014). このパラグラフはこれに負っている。学説の展開  
がわかりやすく分析されている。
- (34) ラムゼーは inherent (固有の) を次のように説明している。「アメリカは外交を行い、国際協定を締結し戦争を戦い、国  
際経済力を発揮させることができる。それは憲法がそうできるとしているからではなく、それが国家にとって意味のあるこ  
とだからである。これらの権限は「国家たること」(conception of nationality) に固有 (inherent) であって、憲法に明文化  
されたものに基づくのではない」。MICHAEL D. RAMSEY, THE CONSTITUTION'S TEXT IN FOREIGN AFFAIRS 13 (2007). ラムゼーは  
固有権説ではなく、外務権限に固有に基づくものはないとする。Id. at 377. ブラックストーンの「執行権固有の」つまり  
立法院や立法に規制されない英国国王の大権 (prerogative) が inherent につながったとされる。FISHER, *supra* note 33 at  
264.
- (35) Zivotofsky v. Kerry, 135 S. Ct. 2076, 2096–97 (2015) (Thomas, J., concurring).
- (36) Id. See also, RAMSEY, *supra* note 34 at 499; Robert J. Reinstein, *The Limits of Executive Power*, 59 AM. U.L. REV. 259, 308  
(2009).
- (37) SAKRISHNA BAGALORE PRAKASH, IMPERIAL FROM THE BEGINNING: THE CONSTITUTION OF THE ORIGINAL EXECUTIVE 110–141 (2015).  
ブラカッシュの控除説は次の四点に集約される。「第一に、憲法の条文は連邦政府に外務権限を完全に付与した。第二に、  
大統領はそれらの外務権限を、議会に付与されておらず上院と協働とはされていないものを行使できる。第三に、大統領は  
広範な外務に関する立法権限は有さない。その限定された立法権限は、立法の提案をなす義務と、条約締結権と、法案拒否  
権に限定される。第四に、議会は控除的な外務権限を有しない。というのも、この分野での議会の権限は相当ではあるけれ



ども、外務権限としては属性的 (generic) なものにならなければならない。』 *Id.* at 140. See also, RAMSEY, *supra* note 34 at 339. いわく、「憲法条文は歴史的に理解されているように、多様な独立した権限の中心、つまり大統領、上院、議会、州、そして裁判所に横断的に外務の権限を配分している。これらのそれぞれは、他者が常に自身のやり方をもたないようにさせる独立した権限を持っている」。

(38) Saikrishna Bangalore Prakash, *The Essential Meaning of Executive Power*, 2003 U. ILL. L. REV. 701, 810 (2003).

(39) FISHER, *supra* note 33 at 262. フィッシャー自身も英国との断絶を主張し、一七九四年に連邦議会は外務と戦争が排他的執行権限だとするブラックストーンの定義を排除したとしている。 *Id.* at 264.

(40) ALBERT VENN DICEY, LECTURES INTRODUCTORY TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION 348-9 (1885).

(41) *Id.* at 391.

(42) もともと、議会との協働の姿勢が肝要としている。「憲法は執行権の一定の側面に活力を与え、連合規約での大陸会議の執行権の行使に関係する問題を改善した。」と同時に、憲法は、最も重要な執行権の権限を議会に委ね、主要な執行権を上院と一緒でないと行使できないようにさせた。最重要の執行権に関して、制憲者は執行権を分割させチェックするのが、拙速な決定を防ぐのによいと決断したのだ。 PRAKASH, *supra* note 37 at 140-41. 最高裁は、議会の立法で国家の進行を形成し、単に外務だからといって執行権は議会の通常の監視や統制から免れないのであり、大統領だけが外交政策全般を形成するわけではないから、議会は外務に不可欠で、尊重されなければならないとしている。 Zivotofsky, 135 S. Ct. at 2090.

(43) Teven G. Calabresi, *The Vesting Clauses and Power Grant*, 88 NW. U. L. REV. 1377, 1397-98 (1994).

(44) Jack Goldsmith and John F. Manning, *The President's Completion Power*, 115 YALE L.J. 2280, 2303 (2006). 完遂権とは、「立法の枠組みを、それを完遂させる議会の授權がなくとも執行するに必要な付随的な細部を定める大統領の権限」とする。 *Id.* at 2282.

(45) Curtis A. Bradley and Martin S. Flaherty, *Executive Power Essentialism and Foreign Affairs*, 102 MICH. L. REV. 545 (2004). 一八世紀の政治の理論や、一七八七年以前の州憲法での経験、さらに制憲者が英国モデルを意図的に排除した点を無視してとるに批判する。 *Id.* at 552. Vesting 条項は「法律を執行する (execute the laws)」を意味する以上でも以下でもないとする。 *Id.* at 688.

- (46) RAMSEY, *supra* note 34 at 378-9.
- (47) Neal Kumar Katyal, *Internal Separation of Powers: Checking Today's Most Dangerous Branch, from Within*, 115 YALE L.J. 2314, 2343-44 (2006).
- (48) *Id.* at 2348. 秘密裏であるため、国内で要求されるアカウントビリティは中心的な批判や監視の項目にはなりえないとす。  
 ぬ。 *Id.*
- (49) Sakrishna Bagalore Prakash, *The Imbecitic Executive*, 99 VA. L. REV. 1361, 1395 (2013). この論稿は、大統領の緊急権は特別仕立つてのようだとし、その放縦な展開と執行権の限界を歴史的かつ批判的に分析する。
- (50) 制憲者は外務においても司法がかかわる必要性を認識していたといえる。マディソンはこう述べている。全体の平和は一部に処置に任せるべきではないとの明白な論理に基づいており、司法の正義の拒否は戦争の原因となりうるから、外国の市民がかかわる一切の訴訟事件を管轄すべきである。国内法と国際法は区別すべきとのまっとうな考えもあるけれども、外国人に対する不当判決は外国人の属する主権の侵害になる可能性があるため、州裁判所の管轄にするよりも、外国人を当事者とする事件は国家的問題も含むのが通例でもあるから、国家の裁判所に付託するのが最も安全だとする。J・マディソン他、前掲(29)書、三三七頁(第八〇篇、ハミルトン)。大使や領事に最高裁が第一審管轄権をもつ意義について、同上書、三九五―九六頁(第八一篇、ハミルトン)、参照。
- (51) PETER M. SHANE AND HAROLD H. BRUFF, *SEPARATION OF POWERS: CASES AND MATERIALS* 789 (3rd ed. 2011).
- (52) *Id.* at 790.
- (53) THOMAS FRANCK, *POLITICAL QUESTIONS JUDICIAL ANSWERS: DOES THE RULE OF LAW APPLY TO FOREIGN AFFAIRS?* 5 (1992).
- (54) 「この領域の最高裁の判断はまれで、偶発的であつて、このケースに先例的な価値はわずかである」。Dames & Moore v. Regan, 453 U.S. 654, 661 (1981).
- (55) 議会にあるとみて、大統領権を(条文を離れて)広く解釈するには消極的なのがアカデミックの傾向といえよう。  
*See, e.g.*, JOHN HART ELY, *ON CONSTITUTIONAL GROUND* 149 (1996).
- (56) 富井、前掲注(23)。
- (57) Sakrishna B. Prakash and Michael D. Ramsey, *The Executive Power over Foreign Affairs*, 111 YALE L.J. 231 (2001). 同

かに制憲時の実務や憲法思想から、執行権専権を認める議論もある。H. Jefferson Powell, *The Founders and the President's Authority over Foreign Affairs*, 40 WM. & MARY L. REV. 1471 (1999). 大統領が相当の独立した憲法上の権限を外務で有しているとの議論は二〇世紀のものではなく、制憲時での慎重な議論にすでに見出されうるし、議会に第一次的責務があるとする解釈は誤りだとする。Id. at 1475, 1533.

- (58) 大統領は外務政策においては二次的な機関であり、近時の大統領優位は誤った傾向だとする。Adler, *supra* note 22 at 19.  
(59) FISHER, *supra* note 33 at 261.

- (60) Martin S. Flaherty, *The Future and Past of U. S. Foreign Relations Law*, 67 L. & CONTEMP. PROBS. 169, 172 (2004).

- (61) McLACHLAN, *supra* note 4 at 114.

- (62) Id. 行った役割を發揮するのに、議会と裁判所がより直接的に国際法にかかわるようになっていく。Id. したがって、「憲法での外務の扱いは、統治の三部門それぞれの間での配分と理解するのが最善だ」と見える。Id. at 115. 議会や裁判所が外国政府に直接外交を行う非執行権的外交 (nonexecutive conduct of foreign relations) が無視できなくなっており、Youngstown (後述) で示された権力分立理論との整合性が議論されるようになっていく。Kristen E. Eichensehr, *Courts, Congress, and the Conduct of Foreign Relations*, 85 U. Chi. L. Rev. 609 (2018).

- (63) なぜなら、国際関係では一つの声 (one voice) で語るのがよいからだとする。個別の重み、実体の重み、相当の重みなどありうるが、アメリカが締結した国際協定は相当の重み (great weight) とされる。RESTATEMENT (THIRD) OF THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES § 112 (1987).

- (64) HENKIN, *supra* note 1 at 140. 法理に拘束され論理的な意見で正当化されるものでなければならず、そうでなければ柔軟性や完全性や包括的一貫性を提供することはできない。Id. See also, *Kirchpatrick*, *infra* note 74, 493 U.S. at 404. 政治機関は政治経済状況や世論を考慮して国家利益に最適の対外関係を形成するのに対し、「裁判所は、法原理に基づいて単一の紛争に集中し判決を下す。……裁判所が国家の主権的行為の適法性を断片的に裁断しようとするとき、裁判所はわれわれの国家の対外外交を崩壊させる危険を冒す恐れがある」。International Ass'n of Machinists and Aerospace Workers v. Organization of Petroleum Exporting Countries, 649 F.2d 1354, 1359 (9th Cir. 1981), cited in Michael D. Ramsey, *Escaping "International Comity"*, 83 IOWA L. REV. 893, 913, 913 n.91 (1998).

- (65) *Id.* at 907.
- (66) Jonathan I. Charney, *Judicial Deference in Foreign Relations*, 83 *Am. J. Int'l L.* 805, 813 (1989), *cited in* Nzebile, *supra* note 20 at 967, 967 n.9. Nzebile 47 の立場に国際主義者 (internationalist) のラケットを貼り、Thomas Franck (see, *supra* note 53) がつれご当たるとする。 *Id.* at 967-68.
- (67) *Id.* at 970-72. Nzebile はこの点「外務に對する司法的取り扱いは混乱している」という。 *Id.* at 943. 外務は内務とは異なることを基本とし、裁判所はその判断の能力に疎うことや国内の憲法判断権は外務までには及ばないことを示す。 *Id.* at 944-45.
- (68) David A. Strauss, *Presidential Interpretation of the Constitution*, 15 *CARDOZO L. REV.* 113, 129 (1993).
- (69) 本節の記述は以下に基づく。 CURTIS A. BRADLEY, *INTERNATIONAL LAW IN THE U.S. LEGAL SYSTEM* 1-30 (2nd ed. 2015). See also, HENKIN, *supra* note 1 at 136-148; CURTIS A. BRADLEY AND JACK L. GOLDSMITH, *FOREIGN RELATIONS LAW* 41-140 (4th ed. 2011).
- (70) 一般に撤退とか棄権 (withholding) とかいうのが、州自身の事項の運営をいたすために衝突するのを避ける必要があると、連邦裁判所がその管轄権を放棄するところ。 BLACK'S LAW DICTIONARY 9 (9th ed. 2009).
- (71) RAMSEY, *supra* note 34 at 335. その法理は国際外交法の事件にわたる礼讓に基づく多様な考量であり、より具体的には *forum non conveniens* や国家行爲 (act of state) である。 *Id.*
- (72) 連邦法に基づく外務に関する訴えが難しいのは、①制定法が大統領の外交権に影響をもたらしている②私的な制定法上の訴えが、連邦政府が当事者になつてこないところでも外交にかかわることがある、からである。 *Id.* at 335-36.
- (73) abstention は否定する、 deference を認めため、 Hamdi v. Runsfeld (Hamdi II), 316 F.3d 450, 463-64 (4th Cir. 2003); Hamdi v. Runsfeld (Hamdi I), 296 F.3d 278, 283 (4th Cir. 2002). いずれも執行権の外務における優位を根拠に deference (敬讓) とする。裁判所は abstention と deference の関係を明確にしたことはないけれども、人権がかかわる場合には abstention ではなく deference にならざるべし。 Nzebile, *supra* note 20 at 1006, 1006 n.276.
- (74) 外国腐敗実務法に基づいてナイジェリア政府とある会社の間の契約に賄賂があったと訴えた事件で、スカリアは、「連邦裁判所は、適切に提示された事件や争訟を判決する権限と、そして一般的には義務を有する」とした。 W. S. Kirkpatrick &

Co. v. Environmental Tectonics Corp., 493 U.S. 400, 409 (1990) (Scalia, J. delivering).

(75) BLACK'S LAW DICTIONARY 943-44 (9th ed. 2009).

(76) Goldwater v. Carter, 444 U.S. 996, 1002-5 (1979).

(77) Baker v. Carr, 369 U.S. 186, 217 (1962). ブレンナン判事は、外国関係に触れるすべての問題は政治問題だと有力な見解に對して、そうした自動的な理論はなく、外国関係に関する問題は司法の関知を超えているとするのは誤りとしながらも、多くのかかる問題は、政府見解を一つの声で声明する (single-voiced statement) を特に要求するものであることも認識して 58° *Id.* at 211-212.

(78) Zivotofsky v. Clinton, 132 S. Ct. 1421, 1427 (2012). エルサレムをイスラエルの主権下にあるとした制定法が大統領権限を侵すかが問題となったケースである。この事件について、富井幸雄「アメリカ憲法における国家承認権の所在—ジヴォトフスキー事件を素材として」法学会雑誌五巻二号二八五—三一九頁、平成二十七年、同、アメリカ法 [2016-] 一五一—一五五頁、参照。なお外務に関してPQの適用を疑問視するものとして、Michael J. Glennon, *Foreign Affairs and the Political Question Doctrine*, in FOREIGN AFFAIRS AND THE U.S. CONSTITUTION 107 (Louis Henkin, Michael J. Glennon, and William D. Rogers, eds. 1990). See also, FRANK, *supra* note 53. 最高裁がPQを援用したのは二〇〇四年までは二件しかなく、一方で、下級審は積極的である。Nzeibe, *supra* note 20 at 948.

(79) Zivotofsky, 132 S. Ct. at 1427-28 (Roberts, C.J. delivering).

(80) Nzeibe, *supra* note 20 at 976-99. 制度上の不利な点 (institutional disadvantage) として、①外交権を司法的に定義することの困難さ②外務に関する争いを解決する司法としての権利の欠如③司法が外務に介入するコストはそうすることの利を上回る事実<sup>6</sup>を挙げる。

(81) Japan Whaling Ass'n v. Am. Cetacean Soc'y, 478 U.S. 221, 230 (1986). PQの「法理は、執行府の領域もしくは議事堂の議決に憲法上コミットする政策判断や価値決定に絡む争訟を司法審査から排除する。……いうまでもなく、議会の委任があったとの解釈は連邦裁判所の受容された、そして繰り返されている仕事である」。本件は純然たる制定法解釈の問題である。

*Id.*

(82) JESSE H. CHOPER, JUDICIAL REVIEW AND THE NATIONAL POLITICAL PROCESS: A FUNCTIONAL RECONSIDERATION OF THE ROLE OF THE

外務における司法権の執行権への敬讓 (富井)

- Supreme Court (1980). See also, Turley, *supra* note 25 at 238.
- (83) 外務に関する争訟で司法の基準を引き出しえないのは、外務の問題が複雑で曖昧だからというよりも、外務に関する権限の本質が「現実政治 (realpolitik)」の考量に依拠しているからである。Nzeibe, *supra* note 20 at 983.
- (84) Underhill v. Hernandez, 168 U.S. 250, 252 (1897), cited in BLACK'S LAW DICTIONARY 40 (9th ed. 2009).
- (85) Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, 376 U.S. 398, 423 (1964) (Harlan, J., delivering). これはキューバ政府がアメリカ政府の政策の変更に対処するために、キューバにあるアメリカ人所有の砂糖の商社を収用した事件で、この商社が財産に対する損失補填を求めた事件である。このパラグラフでは同判例の引用頁を本文の括弧に示す。
- (86) *Id.* at 413-415. ヘンキンは、ハーランは外務が本来連邦にあることと、司法は独立した機関であることに、連邦司法権の権限であるとした根拠を求めているようだとし、Curtiss-Wright 事件（後述）の外務権に関する判断（連邦執行権の専権とした）を反映させているとする。HENKIN, *supra* note 1 at 411 n.26.
- (87) したがって「司法は、外国の主権国家政府によるその領土内での財産の収用の有効性は、たとえかかる収用が慣習国際法に違反していると訴えられても、条約あるいは支配的法原理に関する一義的な取極めがなければ、……審査しない」。
- (88) Ramsey, *supra* note 64 at 915.
- (89) *Id.* at 916.
- (90) Bradley, *supra* note 69 at 12.
- (91) Kirkpatrick v. Environmental Tectonics Corp., Intl., 493 U.S. 400 (1990) (Scalia, J., delivering).
- (92) *Id.* at 409-10.
- (93) *Id.* at 404.
- (94) AOSは特に裁判所に対する指針であり、「司法部には権限があるという、外務行為の有効性を判断する事に自身がかわっていることについてのものであり、そうした関与が国際関係における国家的かつ広範な利益を促進させるといふより、妨害するかもしれないという強固なセンスを表明することによって正当化される」。HENKIN, *supra* note 1 at 139. See also, Curtis A. Bradley, *The Charming Betsy Canon and Separation of Powers: Rethinking the Interpretive Role of International Law*, 86 GEO. L.J. 479, 493 (1998).

- (95) HENKIN, *supra* note 1 at 509 n.17. 「アメリカの判事は、国際法はイングランド法の一部だと述べたわれわれのイングリランドの先輩に倣った。……多くのステートメントは、国際法はイングランドからアメリカに継受された国際法の一部であると語っている。……州法の規定がなくても、いくつかの州は国際法違反を州法違反として処理した。これを否定し、当初から国際法は別物と二元説 (dualism) を採ったとする者も」 *see*, Turley, *supra* note 25 at 199–200.
- (96) Kasher v. BNP Paribas S. A., 925 F.3d 53 (2d Cir. 2019). この事件の評釈を *see*, Note, 133 HARV L. REV. 1103 (2019). 二点に注目してゐる。先例を踏襲して AOS 適用を判断し、特に Kirkpatrick 判決を踏襲してゐること、そして、この手の訴訟が手続と実体のレベルで障害が多いところ、州法の選択を認めたことと *jus cogens* (強行法) を認めたこと (国際慣習法の核の実体化) で新傾向をみせたこと、だとする。 *Id.* at 1108.
- (97) Kasher v. BNP Paribas SA, 316 F. Supp. 3d (770 S. D. N. Y. 2018).
- (98) 925 F.3d, at 55, 58, 59.
- (99) *Id.* at 60–62.
- (100) 国連は二〇〇四年、国家及び国家財産の管轄免責に関する議定書 (Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property) を採択したが、アメリカは批准しておらず、現在のところ発効してゐない。 [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&ndsg\\_no=III-13&chapter=3&clang=en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&ndsg_no=III-13&chapter=3&clang=en) 日本は二〇一〇年五月に批准してゐる。
- (101) immunity は公務員に認められた免責のように、義務や責任や手続の役割を免れることを意味し、なによりも不法行為での防御となる。S-I は政府が自ら同意することなく自国の裁判所に訴えられないとした原理としており、本文でいう S-I は foreign immunity とし、「外国政府とそのエージェントや機関はアメリカの裁判所での争訟から免れる」として説明されてゐる。BLACK'S LAW DICTIONARY 817–18 (9th ed. 2009).
- (102) 杉原高嶺『国際法学講義 第二版』(有斐閣、二〇一三年) 二六〇–二六二頁。免責は国家の慣行に基づく慣習国際法のルールであり、国際法秩序の根本原理の一つであることを明白にした国連憲章二条一項の国家主権平等から導かれるとする。Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy), [2012] 1 C. J. Rep. 99, 123, [56], [57]. なお礼讓 (comity) 及び通例、権力分立で政治機関間の慣行をみず。BLACK'S LAW DICTIONARY 303 (9th ed. 2009).
- (103) 杉原、前掲(102) 書、二二六七–七〇頁。アメリカの免除法に言及し、同法が外国政府の不法行為によってアメリカ国内で

- 生じた人的損害、死亡、財産の損害・滅失の金銭賠償請求は免責されないとしている例を紹介している。同上、二七二頁。
- (104) G. Edward White, *The Transformation of the Constitutional Regime of Foreign Relations*, 85 *V.A.L. REV.* 1, 27-28 (1999). 一九三〇年代、ニューディール期の外務執行権裁量 (executive discretion) の時代のみ、「執行権の外国主権免責に関するサジェスションは重くみられる資格があったけれども、裁判所を拘束しなかった」。*Id.* at 136. ホワイトは「外務法に関する法理が二〇世紀初期には主権免責や外務権についての権力分立や連邦主義のこれまでの憲法理論と転換する時期にあったとする。アメリカにおける外国政府（その公務員を含む）などの免責の歴史的展開について、*see*, Chimene I. Keizer, *Between Law and Diplomacy: The Conundrum of Common Law Immunity*, 54 *GA. L. REV.* 217 (2019).
- (105) 両法については、BRADLEY *supra* note 69 at Ch. 7. ATISは一七八九年の司法権法の一部に源を發し、まさに憲法と同時に機能し始めた。*Id.* at 202. 一九九八年のアルカイダによるケニアとタンザニアのアメリカ大使館爆破の被害者らが、このテロをバックアップしていたとして、スーダン政府を訴えた事件で、最高裁はF S I Aが二〇〇八年の法改正でテロを例外とし、懲罰的損害賠償も認めたことから事後法でこれは適用されないとした同政府の主張を退け、法的責任を認めている。Opati v. Republic of Sudan, 590 U.S. \_\_\_\_ (2020) (Gorsuch, J. delivering).
- (106) The Schooner Exchange v. McFadden, 11 U.S. (7 Cranch) 116, 136 (1812).
- (107) BRADLEY, *supra* note 69 at 234-36. Schooner 事件で執行権側は、外国主権免責を認めるかの決定は司法というより執行権の性格を持つのであるから、裁判所はそれを認める義務があると主張していた。11 U.S. at 122. いわく、「その主権の性質をもって主権国家によってその行為がなされたときはいつでも、ことはその重要性に応じて、交渉事、復仇、もしくは戦争に在る」。*See also*, RAMSEY, *supra* note 34 at 337, 471 n.49.
- (108) BRADLEY, *supra* note 69 at 239.
- (109) *Id.* at 13-14. 判例の文言を引いて、この適用には多様な私益と公益を考量するという。私益部分は、証拠源へのアクセスの相対性、出席意思のないことへの強制手続の利用可能性、意思のある出席を確保するコスト、証人、訴訟に適切であるなら立論の可能性、そしてそのほか事実審を容易にさせて安価にして迅速にさせる実務的な問題が含まれる。*Id.* at 14. 公的部分は、法廷の混雑による管理上の困難、地域に特化した争訟をその地域で判断させる地域的利益、多様な管轄の事実審を法の帰属地で訴訟を支配することとなるフォーラムで行う利益、法の抵触あるいは外国法の適用による不必要な問題の回



- 避、陪審者の義務を無関係のフォーラムで負わせる市民の不公平さ、が含まれる。*Id.*
- (10) *Id.* at 15. *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 163-64 (1895). 判例 (*Hilton v. Guyot*, 150 U.S. 113 (1895)) では、「礼讓とは法的意味であつて、絶対的義務でもなければ単なる善意とか礼儀とかでもない。しかし、ある国家がその領土内で、国際的な義務や便宜の両方に正当に配慮して、他国の立法、執行、司法の行為と、またその国の市民とその国の法律で保護される他の人の権利とを認めるといふ承認 (recognition) である」とする。国際法で用いられるのとは異なることされる。
- (11) *HENKIN, supra* note 1 at 410 n.19. 最高裁は、かかる礼讓は「一方では絶対的義務のことからではなく、かといつて他方で、単なる礼讓や善意 (goodwill) でもなく」と述べづゝる。*Id.*
- (12) *Alexander Murray, Esq. v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64 (1804).
- (13) *Id.* at 118. プーシヤル首席判事は、「議会の立法 (Act) は他に可能な解釈があるなら、国際法に反するように解釈されるようなことはあつてはならぬ」と言つづゝる。*Id.* 大統領命令も国際法に適合するように解されるとするのが判例である。*MacLeod v. United States*, 229 U.S. 416, 427 (1913).
- (14) *BRADLEY, supra* note 69 at 16. 最新の *Restatement* (1987 年) では、「正当にみて可能な限りでは (Where fairly possible)、『連邦法は国際法もしくはアメリカの国際的取極めに抵触しないように解釈されるものとする』とされている。*Id.* at 16-17.
- (15) *Ramsay, supra* note 64 at 901, 906. *Betsy* 事件も、そのころはデนมマーク領西インド諸島の住民の行動にアメリカの通商禁止法 (Non-Intercourse Act) の適用を巡る域外管轄権の問題だとする。*Id.* at 916.
- (16) *Id.* at 952. アメリカの裁判所がアメリカ法をさしおいて外国法を適用したり、執行したりするという保障はどこにもない。*Id.* at 931, 933. *Betsy* 法理は国内法の域外適用に関する国内法の解釈の問題だとみされる。*Turley, supra* note 25 at 212-17.
- (17) *RICHARD CRAWFORD, PUGH OSCAR, SCHACHTER HANS SMIT AND LOUIS HENKIN, INTERNATIONAL LAW: CASES AND MATERIALS* 153 (3d ed. 1993).
- (18) *Bradley, supra* note 94 at 484. ブラッドリーは制憲時、国際法モデルで *Betsy* 法理が正当化されたことを否定するのでなく、むしろ当時としては、アメリカが国際社会において弱い立場にあったことや、国際法はアメリカ法の一部とみるな

- どの背景があったとする。 *Id.* at 492-95. 問題は今日においてどう正当化できるかであり、そこに権力分立的理解を提示するのである。
- (119) *Id.* at 486. なおこの事件は議会と大統領の戦争権限に関する古典的判例である。
- (120) *Id.* at 536-7. *Betsy* 法理について、山田哲史『グローバル化と憲法―超国家的秩序との緊張と憲法』(弘文堂、二〇一七年)三〇四―五〇頁、参照。
- (121) 国内の訴訟で国際法とか国際礼讓とかを持ち出すのは、議会と大統領の憲法上の権限を篡奪し、不当な司法権の行使とすると、二元説の立場からは批判される。Turley, *supra* note 25 at 232.
- (122) Bradley, *supra* note 11 at 659-63. 一般に、外務への執行権への敬讓は民主主義的価値に符合して、アメリカが国際社会で実効的に行動するのを確保するのに資する。 *Id.* at 664.
- (123) もともと、裁判所は外務分野にシェプロン敬讓のラベルを付けたことはな。 *Id.* at 663.
- (124) Posner and Sunstein, *supra* note 9 at 1178-92.
- (125) *Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64 (1804). フランスとの通商を禁じた制定法が中立に関する国際法に反しないようにするために中立国の市民に適用されないかの解釈が問題となったところ、国際法を優先させた。
- (126) 「外国との紛争は望まないから、裁判所は議会が他に明文で述べない限り、外国との紛争はアメリカの国益に仕えないと議会が想定してゐるからだ」とする。 Posner and Sunstein, *supra* note 9 at 1185.
- (127) Jonathan I. Charney, *Judicial Deference in Foreign Affairs*, in HENKIN ET AL., *supra* note 78 at 98, 101-106. アメリカが国際社会で主導的な役割を果たしてゐる以上、国内の司法権が外務を混乱させることになつてはならぬとする。 *Id.* at 106.
- (128) 28 U.S.C. § 1391 (f).
- (129) Royce C. Lamberth, *The Role of Courts in Foreign Affairs*, in FOREIGN AFFAIRS LITIGATION IN UNITED STATES COURTS 1, 18 (John Norton Moore, ed. 2013).
- (130) Keitner, *supra* note 104 at 221.
- (131) Foreign Sovereign Immunities Act, 28 U.S.C. §§ 1602-1611 (1976).
- (132) *Samantar v. Yousuf*, 560 U.S. 305 (2010). ソマリア政府の幹部公務員がソマリア軍による拷問や虐殺の責任を問われた事

件でFSIAの適用が争われたが、それは個人の責任であって同法とは別に扱われるものとした。

(133) *Sataraman and Werth, supra note 7* at 1976.

(134) このパラグラフの記述はこれに負っている。DAVID P. STEWART, *THE FOREIGN SOVEREIGN IMMUNITIES ACT: A GUIDE FOR JUDGES* 1-11 (Federal Judicial Center 2013). See also, BRADLEY, *supra note 69* at 239-64.

(135) MALCOLM N. SHAW, *INTERNATIONAL LAW* 699 (6th ed. 2008). イギリスの判例を引いて国家免責 (State immunity) を以下のように観念する。「主権国家 (裁判国 forum state) が外国の行為を裁断しないことは国際法の基本原理である。外国は裁判国のプロセスから手続上の免責を受ける権利がある。この免責は民事刑事に及ぶ」。「国家免責は慣習国際法の創造物であり、主権国家平等から帰結される。それはイギリスが採択すると選択した自らの裁判所の管轄への自己制約ではない。それは……イギリス自身の主権に課せられる制約である」。Id.

(136) Id. at 700. したがって、FSIは手続の前提問題なのであって、AOSの議論に先行する。Id.

(137) Id. 行った交通整理は立法 (アメリカではFSIA、イギリスではState Immunity Act) でなされる。Id. at 701.

(138) 適切なフォーラムは訴訟当事者や証人の便宜のために、訴訟が初めに適切に提起された別のフォーラムで進めるべきように見えるなら、裁判管轄を奪うという法理。BLACK'S LAW DICTIONARY 726 (9th ed. 2009). 外国の裁判所の方が当該訴訟にはよりよい場所だと見なすのである。See, *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, 454 U.S. 235, 255-61 (1981).

(139) RAMSEY, *supra note 34* at 335. ラムゼーはPQをabstentionにしていくけれども、司法判断適合性がないとして裁判権を否定するのがPQと理解されるようになるから、abstentionはnonjusticiableはPQとは区別がつかないと見える。AOSはnonjusticiableとjusticiableは流動状態 (state of flux) である。JAMES CRAWFORD, *BROWNIE'S PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* 77 (9th ed. 2019).

(140) *Al-Bihani v. Obama*, 619 F. 3d 1, 12 (2010) (Kavanaugh, J., concurring in denial of rehearing en banc).

(141) *Bradley, supra note 11* at 659.

(142) *Harlan Grant Cohen, Formalism and Distrust: Foreign Affairs Law in the Roberts Court*, 83 *Geo. Wash. L. Rev.* 380 (2015).  
ロバート・コートの外務に関する判例はフォーマリズムになっており、それは司法の政治部門 (大統領と議会) に対する不

信 (distrust) によると分析する。 *Id.* at 384. See also, *id.* at 417-439. このフォーミスムは最高裁がコントロールを主張し政治部門をてなすける (tame) ことに関してであり、それは不信のフォーミスムである。 *Id.* at 421.

- (143) シェプロンを制定法と条約の解釈での敬譲に適用できるかを論じるのが、Pearlstein, *supra* note 19. なお最高裁は、条約の解釈では執行権のそれは完結的ではないことを強調する一方で、相当の重きが置かれるものとしている。 Sumitomo Shoji Am. Inc. v. Avagliano, 457 U. S. 176, 184-85 (1982) (Burger, C.J. delivering). 現地日本法人の住友商事の米国人女性社員が幹部登用で日本人男性を優遇しているとして公民権法違反などで訴えた事件で、住友商事は日米友好通商航海条約 VIII(1) (当事国の一方の会社は他の当事国の領土内で、会計士、その他の専門職、執行役員、弁護士、代理人、その他専門職を自らの選択でなすことを認められるものとする) で保護されていると主張した。第一審は同社がアメリカで法人化 (incorporate) されているから、同条約による保護は適用されないとした。最高裁はこれを基本的に支持し、「条約の解釈は文言から」とのルールに従って同条約の文言を判断するも、これだけでは決定的な解釈はできないとして他の条項を勘案する。そして、この住友商事は日本の会社というよりニューヨークの法律で会社になったものだとし、両政府の条約の解釈もそうであり、さらに国務省も同条項は現地で法人化された子会社 (locally incorporated subsidiaries) には適用されないとしているとした。「われわれの役割は条約当事国の意思に効力を与えることに限定される。当事国間で条約の条項の意味にすでに同意がされていて、かつその解釈が条約の明白な文言から導かれるなら、われわれは、極端に強固な反対の証拠がない限り、その解釈に敬譲しなければならない」。 *Id.* at 185. 条約の解釈の敬譲の問題については、see, Robert M. Chesney, *Disaggregating Deference: The Judicial Power and Executive Treaty Interpretation*, 92 IOWA L. REV. 1723 (2007).
- (144) 大統領の日々の外務権の行使は憲法上固有の権限ではなく、「むしろ議会が明示的あるいは黙示的に制定法によって彼に授権した権限なのである」。 HAROLD HONGJU KOH, NATIONAL SECURITY CONSTITUTION 45 (1990).
- (145) Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U. S. 579 (1952).
- (146) *Id.* at 635-37. 本件でのトルーマンの権限は第三の類型に当たり、最低限の権限であるところ、議会の明示あるいは黙示の意思と相容れない手段であったとする。 *Id.* at 637. この事件は Black 判事 (法廷意見) による違憲判決 (大統領の行為は立法行為であり議会のみが立法権を認めている憲法に反する) である。 Jackson が補足意見を書いているけれども、違憲とする理由は Black とは必ずしも同じではなく、多様である。この事件について、富井幸雄「大統領の緊急権—トランプ

- の南部国境壁建設のための緊急事態宣言を素材として」法学会雑誌六〇巻一頁、二八二―八四頁、二〇一九年、参照。
- (147) Kevin M. Stack, *The Statutory President*, 90 IOWA L. REV. 539, 558 (2005). 制定法に基づけば合憲は強靱な前提となるが、それが大統領の制定法上の権限についても当てはまるかには、Jackson は語っていない。 *Id.* at 559.
- (148) もっとも、Jackson は、固有とか黙示とか、付随的とか補完的とか、戦争権限とか緊急権とか、互換的に使用されて大統領権限を無責任に拡大させる試みは警戒する。 343 U.S. at 646-647. *See also*, Fisher, *supra* note 33 at 386-87. 司法が大統領の外交権にかかわらないとする司法の態度は、サザーランドの「誤った傍論」(sole organ のこと)を頻繁に引用することである。 *Id.* at 387. *See also*, LOUIS FISHER, SUPREME COURT EXPANSION OF PRESIDENTIAL POWER: UNCONSTITUTIONAL LEANINGS 65-83 (2017).
- (149) Adler, *supra* note 22 at 25. 同判決の「唯一の機関 (sole organ)」は強い表現で、執行権専権の方向を決定づけ、同判決を引用して「少なくともその精神は継承されている。 *Id.*
- (150) 「大統領の制定法上の権限の付与の解釈にきわめて敬謙的な関心を思わせる」。 Pearlstein, *supra* note 19 at 795.
- (151) Koh, *supra* note 144 at 94. 修正相当 (amendment analogue) (アッカーマン)「つまり、憲法二条を、そこに列挙された権限に執行権の外務権限の未決の貯蔵庫を加える実効的な司法による修正だとする。 *Id.*
- (152) United States v. Curtiss-Wright Export Corp., 299 U.S. 304 (1936). 以下本文本節の括弧の数字は引用頁を示す。
- (153) この表現は、マーシャル首席判事の「外務関係での国家の唯一の機関であり、外国に対する唯一の代表」からきているといわれる。この背景に「*see*, Powell, *supra* note 57 at 1521-1528.」の sole organ 理論は悪名高く (notorious) 憲法問題として扱って「なご」と批判されるとともに、学者も唯一の機関の権限の憲法的根拠を説明できていないとする。 Prakash and Ramsey, *supra* note 57 at 239-9, 251. プラカッシュは sole organ は秘密には正しくなく、議会も宣戦権など限定的ではあるけれども憲法上独自の外務に関する声を有しているものであり、「国家意思の機関 (organ of the will of the nation)」(Helvidius)ともイメージされたのであるから、共有された唯一の機関権限 (shared sole organ power) である。 Prakash, *supra* note 37 at 128-9. もっとも、外国とのコミュニケーションでは、議会は限定的で大統領が圧倒するところになる。このサザーランドのマーシャル首席判事の引用はコンテキストを誤っていると批判するものとして、Fisher, *supra* note 33 at 267-68. なお、フィッシャーはこの Curtiss-Wright にあっても、最高裁自身、議会は外交に踏み込んで大統領

- の決定を変更、制限、修正する憲法上の権限を決して否定することはなかったとする。Id. そもそも本件は大統領の排他的権限の有無が争点ではなく、国際関係において議会はどの程度まで委任できるかなのであったとし、*sole organ* 理論を含むサザーランドの議論は傍論であったと分析する。Id. at 266-67.
- (154) この解釈は直ちに踏襲される。United States v. Belmont, 301 U.S. 324 (1937).
- (155) White, *supra* note 104 at 26, 44, 46. ホワイトはこの分野の当時の碩学として Quincy Wright (一九二二年) を検討している。Wright は修正した憲法権限規定として三つの大統領権限規定—政権の長 (head of administration)、最高司令官 (commander in chief)、国際関係における代表機関—を挙げ、一八九〇年以降問題となっていた行政協定に関する様々な問題をこれらの類型学 (typology) で整理した。Id. at 35. Wright は、連邦政府の外務権は plenary (専制的) で exclusive (独占的) であるのを認めていたけれども、あくまで憲法に列挙された権限に基づくとした。Id. at 47 n.155. 外国関係の法問題は、「憲法上委任され留保された権限の伝統的形式的な構造に適合して」表明されていた。Id. at 3. ビーアドは、当時(一九四〇年)、「大統領は、憲法の下、限定的権限を持った一人の官吏であり、外交問題に関する重要政策の提案は、上院あるいは議会において正式に批准されたときのみ、効力ある法律となるということは、世界のすべての外交当局において、正当に認められた常識」であったと述べている。Ch. A. ビーアド／開米潤訳『大陸主義アメリカの外交理念』(藤原書店、二〇一九年) 一八五頁。
- (156) Staraman and Wuerth, *supra* note 7 at 1912.
- (157) White, *supra* note 104 at 53-55. サザーランドは、内務 (internal affairs) では国家の主権意思は憲法が認めたことで明白にされ、外務にあつては憲法が否定しなかったもので明白にされるとしている。Id. at 58-59. この固有の専制的で独占的な連邦の外務権限は、上院や州が執行権の条約や協定での政策形成に敬讓すべきという意味だけでなく、裁判所もまたアメリカの外務政策の公式非公式の表明に敬讓すべきことを意味する。Id. at 60-61.
- (158) Id. at 62. ホワイトは Curtiss-Wright のエポックメイキングとしての影響力を分析している。3 G. EDWARD WHITE, LAW IN AMERICAN HISTORY 444-509 (2019).
- (159) Staraman and Wuerth, *supra* note 7 at 1919. もっとも、サザーランドの理論を例外主義に基づかせる必要はないとして、文言と歴史が超憲法的な権限の基礎として有効であるのが明らかなら、そのとき理論というのは通常の基盤に構築されるの

であって、例外ではないからだとする。 *Id.* at 1952 n.332. 一般的な外務を例外とする憲法上の条文も歴史も根拠はなく、ただ現代の政策にのみ依拠するのであって、それ自体は憲法の歴史的な意味にも、制憲時の背景的思考方にも、適正にたどるべきとはじやな。 RAMSEY, *supra* note 34 at 341.

(160) Fisher, *supra* note 33 at 512-516. Zivotofsky は「国家承認は国家が一つの声で語る (speak with one voice) 必要があり、その声が大統領であって議会ではなく、その判断の広範な裁量は、A・ハミルトンがいうように執行権の性質、つまり決定力、秘密性、活動力にある」としている。 *Id.* at 514.

(161) Curtis A. Bradley, *A New American Foreign Affairs Law*, 70 U. COLO. L. REV. 1089, 1091-96 (1999).

(162) *Id.* at 1097-1104. Flaherty も「国際法や比較法をアメリカも無視できなくなり、司法のグローバル化や法の国際化、あるいは国際法の国内化がこの背景にあるとみる。 Flaherty, *supra* note 60. もっともこれが通説とまではいえないとし、依然外務法の領域は歴史的形形成の要素が強い」としている。

(163) 299 U. S. at 318-20.

(164) 「憲法は、「すべての立法権は憲法で認めたものを……合衆国議会に」付与した。この文言はこれらの権限を委任するのを許さず……したがってわれわれが繰り返し述べてきたように、議会が決定権限を行政機関に付与するときは、議会はその立法によって、人あるいは組織に授權されたことが順守するように命じられた intelligible (明瞭性) 原理を断言しなければならぬ」。 Whimian v. Am. Trucking Ass'n, 531 U. S. 457, 474 (2001) (Salia, J. delivering). なお「委任法理について」, see, RONALD M. LEVIN AND JEFFREY S. LOBBERS, ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS IN A NUTSHELL 9-28 (6th ed. 2017).

(165) Zemel v. Rusk, 381 U. S. 1, 11 (1965).

(166) *Id.* at 17. 外務の領域であっても、議会は執行権に完全に無制約の選択の自由を与えることはできないとし、歴史的コンテキストが包括的な議会の授權の意味を形成させるとした。 *Id.* at 17-18. これに先立つ一九五八年の、政治団体の共産国への旅券が却下された事件では、議会は国務長官に無制限の権限を与えたわけではないと解し、執行権がこれまでの慣例を根拠にしたのに対し、それは薄いとしたりうえで、旅行権が規制されるのである以上、議会の法制定権に基づくかなければならないとして、同法を狭く解釈している。 Kent v. Dulles, 357 U. S. 116 (1958). 海外旅行は憲法(修正五条の適正手続)で保障された市民の自由であるとした一方で、本件は制定法解釈の問題だとして、議会の政策にも制定法にもそうした理由で旅

券発給を拒否する権限まで国務長官に委任したとは読めないとした。 *Id.* at 125, 129. 同様な事件で、かかる授権法を広範で曖昧であるとの理由で違憲と判断し、旅行の自由は表現の自由と密接な関係があると判示している。 *Aptheker v. Secretary of State*, 378 U.S. 500, 505, 517 (1964).

(167) 381 U.S. at 12-13. 一九二六年のバスポート法が問題となった事件で、安全保障から発給を拒否した執行権の解釈に、同法は沈黙しており議会は執行権の政策を前提としていたとして、敬讓が認められている。 *Haig v. Agee*, 453 U.S. 280 (1981). この事件で最高裁は、「外務政策は執行権の管轄と責任であることは一般的に認められた見解」と認識している。 *Id.* at 293-94. この事件について、富井、前掲注(78)、参照。

(168) キューバへの旅行を制限した大統領決定に敬讓の必要性があったケースで、外務事項は司法の精査や干渉から大きく免れていることを根拠としている。 *Regan v. Wald*, 468 U.S. 222, 242 (1984). 学生と教授の団体の学術目的のキューバへの渡航を禁じた規則はその根拠となる敵国通商法を対キューバに適用したものであるが、修正一条などの権利を侵害しているとして訴えた事件で、シエプロンの敬讓が適用されている。 *Emergency Coalition to Defend Educational Travel v. United States Dept of the Treasury*, 498 F. Supp. 2d 150, 164-66 (2007).

(169) 「国務長官は旅券を承認発給し、大統領が合衆国を代表し合衆国のために策定した規則に基づいて、合衆国の外交代表者によって外国においてその旅券が認められ、発給され、有効とされるようにさせることができ、他のいかなる者もそうした旅券を承認、発給、または有効にするとはならぬ」。22 U.S.C. § 211a.

(170) *Patricia L. Bellia, Executive Power in Youngstown's Shadows*, 19 CONST. COMMENT. 87, 130-132 (2002). 先に見た Jackson の定式は、議会の委任法をどう解釈するかについては明確な指針を示してはならないとする。 *Id.* at 134.

(171) 集合による黙示の権限推定 (Statutory Authority by Aggregation) される。 *Stack, supra* note 147 at 566. この集合による権限の推定は大統領の憲法上の権限が前提とされるとする。 *Id.* at 577-78.

(172) *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. at 678 (Rehnquist, C. J. delivering) (citation omitted).

(173) *Id.* 議会が権限を委任しなかったことが必ずしも外務政策や安全保障の領域では否認を意味しないとする。

(174) *Staraman and Werth, supra* note 7 at 1919-1934. 第三期のロバート・コートのノープライゼーションは、*justiciability*、特にPQからの解放、連邦制、執行権専権での(国内法でのアプローチとの)同化を指摘している。



- (175) *Id.* at 1935. なおサザラン島の判例が変更されたわけではない。「例外主義の勃興が執行権への拡大的な敬讓を意味したところで、ノーマライゼーションは、執行権が勝つために自らは外国政策のプロであるといった、漠然とした主張に依拠する」とはべきないことを意味する。*Id.*
- (176) *Id.* at 1936-41. 例外主義では、外務は主権国家間の相互作用、とりわけ軍事や外務問題にかかわり、司法や法問題にまじまじと主張されるけれども、グローバル化していることや国際法も国家の国民に対する処遇や人権にかかわっていることから、特別なものを見出す要はない。*Id.* at 1942-44. 外国関係法は通常の国内法とそれほど異ならないとする。*Id.* at 1948.
- (177) *Id.* at 1935. もっとも、外務事案でノーマライゼーションが浸透しているというわけではなく、むしろ進行中といったところを、下級審として憲法レベルでさうだとする。*Id.* at 1949.
- (178) *Zemel v. Rusk*, 381 U.S. 1(1965). 前掲注(165)。
- (179) 299 U.S. at 324. *See also*, *Nzeibe*, *supra* note 20 at 986, 986 n.196.
- (180) *Id.* at 986. 最高裁は、安全保障情報の秘密の保護はやむに已まれない政府利益であり、外交インテリジェンスの効果的な運営に不可欠であり、未熟な段階で開示すれば取り返しのつかない損害を被るとしていると判示している。*Id.* n.197.
- (181) この展開について、富井幸雄「行政法解釈権における裁判所と行政機関の相克(一)(二)——ゴアサッチ最高裁判事のシェロンへの立ち位置を素材として」法学会雑誌六〇巻二号一頁、六一巻一頁、二〇二〇年、参照。本節の以下の記述はこれに基づく。なお同論文に掲げる文献も参照のこと。
- (182) *Chevron U. S. A. Inc. v. NRDG*, 467 U.S. 837(1984).
- (183) *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134(1944). 行政機関の法解釈は、「裁判所と訴訟当事者が適切に指針として依拠できる経験と熟知された判断の体系を構成する。特定の事件でのそうした判断に重きがあるかは、それを考慮するのに明白な完壁さ」と、その論理の有効性と、前後の声明との一貫性と説得力のあるすべての要因によって決まる。*Id.* at 140 (Jackson, J., delivering).
- (184) *United States v. Mead Corp.*, 533 U.S. 218, 226-27(2001).
- (185) David S. Strauss, *Presidential Interpretation of the Constitution*, 15 *CARDOZO L. REV.* 113, 129(1993).

- (186) HENKIN, *supra* note 1 at 132. 「外務は司法の精査あるいは干渉からほとんど免責されているといつてよいほど、政府の政治部門に極めて排他的に委ねられている。政治的行為を反故にするのをしぶつて裁判所は、制定法あるいは大統領令の効力を避けるための用語を拡大解釈したり、縮小解釈したり、あるいは曲げて解釈したり、さもなくば政治的行為はその政治的行為のもつてなされたことを授權しなかった」と判断することになる」。 *Id.* at 134.
- (187) Curtis-Wright から Youngstown、その他一九六〇年代中ごろまでの外務法に関する機能主義的な判例の傾向は、外務法をアメリカの法学の主流から遠くおぼろげに置いた。Cohen, *supra* note 142 at 404.
- (188) Eugene V. Rostow, *The Reinterpretation Debate and Constitutional Law*, 137 U. PA. L. REV. 1451, 1455 (1989).
- (189) Sitaraman and Wuerth, *supra* note 7 at 1958. この分野の敬讓の問題は外国関係法の核であるけれども未解決 (unsettled) のインシシュアとしたうえで、シェフロンの適否がこの分野で議論されること自体ノーマライゼーションの証左であり、歓迎すべきとしている。 *Id.* もっともその議論は、シェフロン肯定論者も否定論者も依然として外務関係の観点でのみみていることが、ノーマライゼーションではなごとする。 *Id.* at 1963.
- (190) Bradley, *supra* note 11 at 663-64.
- (191) *Id.* at 650, 667.
- (192) Pub. L. No. 107-40, 115 Stat. 224 (2001).
- (193) Curtis A. Bradley and Jack I. Goldsmith, *Congressional Authorization and the War on Terrorism*, 118 HARV. L. REV. 2047, 2083 (2005).
- (194) Hamdi v. Rumsfeld, 542 U. S. 507 (2004).
- (195) *Id.* at 532-34; 535-39 (O'Connor, J., plurality opinion).
- (196) *Id.* at 536. スチーブンスとスカリアもブッシュへの極端な敬讓は否定されたとした。 *Id.* at 577-78 (Scalia, J., dissenting). 両判事が最高裁の意見で同調するのは極めて珍しい。
- (197) 542 U. S. 466 (2004). 二人のオーストラリア人と二人のクエート人が敵対戦闘行為をしていないのに収容されたとして訴えたケースで、これを人身保護請求訴訟と理解したうえで、裁判所の管轄権は、究極的な主権ではなくとも、アメリカが全権的排他的な管轄権を持つ領土に置かれた外国人にも及ぶとした。 *Id.* at 473-484 (Stevens, J., delivering).

- (198) 542 U. S. 426 (2004). 一連の訴訟で政府が勝訴した数少ないものの一つである。
- (199) 548 U. S. 557 (2006).
- (200) 553 U. S. 723 (2008).
- (201) Johnson, *supra* note 2 at 490.
- (202) *See, e. g.*, Rasul, 542 U. S. at 480; *Hamdan*, 548 U. S. at 577-78.
- (203) Johnson, *supra* note 2 at 515; Martin S. Flaherty, *Judicial Foreign Relations Authority after 9/11*, 56 N.Y.L. SCH. L. REV. 119, 122, 145-6 (2011). それを復権と評価するかは今後を見守るべきである。 *Id.*
- (204) 同条は、国際的性質をもたない国内の武力紛争にあつて、敵対行為に直接参加しない者はすべての場合において差別してはならず人道的に処遇すべきとし、特に暴行や拷問、虐待、人質、尊厳毀損行為、適正手続に基づかない裁判による刑の執行を禁じている。三条 (一) (a) (b) (c) (d)。奥脇直也・小寺彰編『国際条約集 二〇一二年版』(有斐閣) 七一七頁。
- (205) 548 U. S. at 630-32 (Stevens, J. delivering in part). トーマスは、制憲者意思から実務まで執行権優位と解られてきた」として軍事にかかわる「*non-AMF*」でそれが担保されているとして、執行権の解釈を支持している。 *Id.* at 678-83 (Thomas, J. dissenting).
- (206) 第二次大戦中、軍事裁判所にかけられたドイツ人の人身保護令状を否定したケースに依拠している。 Johnson v. Eisentrager, 339 U. S. 763 (1950).
- (207) 542 U. S. at 476, 478 (Stevens, J. delivering).
- (208) Deborah N. Pearlstein, *A Measure of Deference: Justice Stevens from Chevron to Hamdan*, 43 U. C. DAVIS L. REV. 1063, 1069 (2010).
- (209) 外務に対する司法の適切な役割を中庸さに求めるのを模索するジョンセンは、「スチーブンス判事は他のどの判事よりも(民主主義や法の支配や権力分立の―筆者) 原理に裁判所が引き続いてコミットするのを確保し、よくやった (job well done) を未代まで認識させるのを獲得した」と評価する。 Johnson, *supra* note 2 at 525.
- (210) Bradley and Goldsmith, *supra* note 193 at 2086. 憲法上の外務権の解釈が大きく歴史的实践や部門間の理解によって常に形成される一つの理由は大統領と議会の協働的な (concurrent) 憲法上の権限にある。 *Id.*

- (211) *Id.* at 2084 n.150. 大統領の制定法解釈にシェブロンが適用されるかは不明であるが、國務長官には認める判例がある。  
*Id.* 大統領の制定法解釈にも適用されるとの主張として、Stack, *supra* note 147 at 585-599. 大統領命令のアカウンタビリティと可視性と透明性がシェブロン適用の根拠となるとする。その前提は、制定法に基づいて行動している限り、大統領も行政法に服するということである。*Id.* at 600. なお敬讓が認められないとされても、AUMFの意味を形成するような、条約ベースの法や慣習国際法や国際法の内容では敬讓は認められる。*Id.* *Id.* at 2084 n.150.
- (212) *Id.* at 2102.
- (213) 憲法の規定で大統領に国家保護の権限が付与されていることに加えて、AUMFという制定法で議会によって広範な授權がなされているのだから、大統領には、シェブロンも手伝って、自らの憲法上の責任を果たすためにもある種の超強固な(super strong)敬讓が認められるし、行政法のルールから、核となる執行権限が含まれている制定法は、これを改めて解釈するならば生じる憲法上の混乱を避けるように、大統領によって手厚く解釈されなければならない。Casey R. Sunstein, *Administrative Law Goes to War*, 118 HARV. L. REV. 2663, 2671 (2005). 大統領のAUMFに基づく一連の行為を正当化できる体系原理は行政法だとし、AUMFの解釈はシェブロンによるべきで、戦時の執行権の行使にはシェブロンのロジックが適用されるとする。*Id.* at 1663-64. それは大統領にAUMFの曖昧な点の解釈に広範な裁量が認められ、ただ合理性の審査のみに服することを意味する。*Id.* at 1664.
- (214) Posner and Sunstein, *supra* note 9 at 1204-5. See also, *id.* at 1227. 条約が曖昧なときは執行権が解釈権をかなり持つことは確立しているとする。*Id.* at 1211. サンステインは執行権の情報力の優位性を専門性の糧としているといえる。
- (215) 「行政機関は、たとえ行政官が熟知したスタッフの見解から逸脱する一連の行動を決定するときでも、シェブロンの敬讓になる。裁判所は厳密には誰がこの決定に影響を与え、それはどこまでかを探る、行政機関のプロセスの背後をみるものではない。」*Id.* at 1214.
- (216) *Id.* at 1218. AUMFへのシェブロン適用を主張する中での議論である。「よりよいアプローチは、大統領が合理的な様式で制定法を解釈する権限を知覚する(acknowledge)ことであり、その解釈が結果的に国際法に違反するかどうかは関係ない」。*Id.* at 1222. 「憲法の構造として、大統領はこの領域(アメリカの利益や国外での人権や環境など適切な結果の判断―筆者)で格別の(distinctive)役割を持つべき」。*Id.* at 1228.

- (17) *Id.* at 1198.
- (21) 「裁判所は、国家は外務政策で「一つの声 (one voice)」で話さなければならないという。つまり執行権がこれをなし、議会や裁判所はできない」と。裁判所は、執行権は専門性と柔軟性をもち、秘密を守ることができ、執行部門を効率的に監視でき、迅速かつ決断的に行動できるという。その他の機関はできないという。シェブロンで強調されたように、執行権は司法権と異なり、政治的にアカウンダブルであるとともに唯一、十分情報を持つ (knowledgeable) いるのである」。*Id.* at 1202. See also, Cass R. Sunstein, *The Most Knowledgeable Branch*, 164 U. Pa. L. Rev. 1607 (2016).
- (219) Bradley, *supra* note 11 at 725–26. 極端な司法権の放棄 (extreme of judicial abdication) と法の支配との中間的な選択を提供するものと肯定的に評価する。*Id.* at 726.
- (220) *Id.* at 687–88, 694. シェブロンの本質は、議会の執行機関への解釈権限の授権があったかにあるとする。*Id.* at 697.
- (221) *Id.* at 701–2. もっとも、条約の文言の意味の解釈に関する敬讓は、その執行機関がその条約を適用する全面的な責任を負っている場合に限定される。*Id.* at 707.
- (222) *Id.* at 708.
- (223) *Id.* at 716. 休眠外務先占論とは、州が外務にひどく関与するようになったなら、それは憲法が連邦政府に割り当てた外務権限によって黙示的に先占されると主張するものである。*Id.* at 721.
- (224) *Id.* at 673.
- (225) *Id.* at 650, 650 n.2. フラットリーは、条約の解釈もシェブロンに従って執行権に敬讓すべきとする。*Id.* at 651–53.
- (226) Oren Eisner, Note, *Extending Chevron Deference to Presidential Interpretations of Ambiguities in Foreign Affairs and National Security Statutes Delegating Lawmaking Power to the President*, 86 CORNELL L. REV. 411 (2001).
- (227) *Alejandro v. Republic of Cuba*, 42 F. Supp. 2d 1317 (S. D. Fla. 1999). もっとも、クリントン大統領は、公法 105–277 の一七条の、大統領は「安全保障上の利益において」放棄を認めるとの条項に基づいて、イラン政府に対する資産差し押さえを実行している。Eisner, *supra* note 226 at 419.
- (228) *Id.* at 426–7. 一七条の放棄に関して大統領の解釈に敬讓することはこのシェブロンの理にかなうことになり、外務安

- (229) 例えは、United States v. Lindh, 212 F. Supp. 2d 541 (E. D. Va. 2002) 中、シトネーブ第三条約の POW (捕虜) の地位がアメリカ人のタリバンには認められなかった。Hamdan の原審もさうである (415 F. 3d 33, 41 (D. C. Cir. 2005))。
- (230) Gonzales v. Reno, 212 F. 3d 1338 (11<sup>th</sup> Cir. 2000)。
- (231) INS の解釈にシェブロン の敬讓が推定されるのが判例法といえる。Auguste v. Ridge, 395 F. 3d 123, 144-45 (3<sup>rd</sup> Cir. 2005)。あるいはシェブロン適用で執行権の解釈に敬讓する傾向が顕著である。R-S-C v. Sessions, 869 F. 3d 1176 (10<sup>th</sup> Cir. 2017)。「移民のコンテキストでの司法の敬讓は、移民政策に固有の外務のインプリケーションがあるがゆえに特別に重要である (of special importance)」。*Id.* at 1186. See also, Mortera-Cruz v. Gonzales, 409 F. 3d 246, 250-51 (5<sup>th</sup> Cir. 2005). 移民法は外務安全保障にかかわる法領域である。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」法学会雑誌五六巻二号四五一—九二頁、平成二八年、参照。
- (232) Scales v. INS, 232 F. 3d 1159 (9<sup>th</sup> Cir. 2000); Kaufman v. Nielsen, 896 F. 3d 475 (D. C. Cir. 2018)。
- (233) Pearlstein, *supra* note 19 at 810-24. 裁判所は合理性を総合的に審査し、解釈の帰結としての政治的影響力を重視し広範な裁量に委ねるのが適切かをみるなど、いわばシェブロン のテストのステップ 2 のみを展開させ、シェブロン を定式として扱わないようになっていくとし、「シェブロン は外務法の領域に導入されても解釈の混乱への万能薬として資する可能性は低いようだ」という。*Id.* at 817. 機能主義を考慮する道具としてシェブロン は鈍くなっているとする。*Id.* at 821.
- (234) *Id.* at 826-42. マーベリの以下の部分に依拠する。「原初の至高の意思が政府を組織し、それぞれの権限を異なった部門に割り当てる。それはここでとまるか、それらの部門によって踰越されないように一定の限界を確立するか、のどちらかをする。合衆国政府は後者である。立法の権限は定義され制限される。そしてこれらの限界を誤ったり忘れたりしないように、憲法が成文化された。もしこれらの制限がいかなるときでも制約を受けるのを意図された人々によって制定されたなら、いかなる目的で権限が制限されるか、そしていかなる目的でその権限が成文化されたか? 制限された政府と制限されていない政府の区別は、それらの制限がそれらを課せられた人々を制約するものでないなら、そして禁じられた行為と許された行為が同じ義務を持つなら、廃止される」。*Id.* at 836-7, quoting Marbury v. Madison 5 U. S. (1 Cranch) 137, 176-77 (1803).
- (235) Pearlstein, *supra* note 19 at 842. これによれば、執行権が自ら外務に関する制定法を解釈したものから最高裁の司法審査を排除するいわれはない。というのも、最高裁自身、部門間の均衡を維持するために自身の解釈権能を適用する義務を行

使するのいある。 *Id.* at 848.

(236) *Id.* at 844–845.

(237) *Id.* at 851–852.

(238) Jinks and Katyal, *supra* note 10 at 1236 n.13, 1238. ポズナーやサンステインのような外務での実体的敬讓は、外務関係

法の分野を効果的に原理に基づいて促進させる三権すべての部門の能力を下げることにすると批判する。 *Id.* at 1283.

(239) *Id.* at 1239. 執行権が羈束される領域とは、①外国関係法特に国際法の領域に一部は少なくとも関連し、②少なくとも一

部は執行権の外で作られ、③執行権の行使を条件づけるものである。 *Id.* at 1934. 例えばジュネーブ条約はこれに該当し、それはまた最高法規条項で連邦法としても位置付けられる。 *Id.* at 1242.

(240) *Id.* at 1261–62.

(241) *Id.* at 1280, 1282.

(242) 542 U. S. at 465 (Stevens, J. dissenting).

(243) 10 U. S. C. § 836 (b) (2006).

(244) 10 U. S. C. § 821 (2006).

(245) Hamdan, 126 S. Ct. 2749, 2791–92 (2006).

(246) Julian Ku & John Yoo, *Hamdan v. Rumsfeld: The Functional Case for Foreign Affairs Deference to the Executive Branch*,

23 CONST. COMMENT. 179, 195–6 (2006). 条約の解釈や国際法の解釈についても敬讓を認めるべきとしているが、このいは制定法のそれにもみ触れる。伝統的通説の、外務法に関する執行権の解釈への敬讓は、再認識されるべきだとする。 *Id.* at 198–99. 「軍事委員会は政府の政治部門間の一貫した憲法上の実践と協力の賜物」だし、「戦争や安全保障での議会と大統領の伝統的な協力のパターンである」。 *Id.* at 205, 207. 両機関が共同しているなら敬讓すべきだし、大統領の国際理解の優性を考えるべきだとする。 *Id.* at 216. この判例が制定法次元のことなので、議会は、判例を覆す軍事委員会法 (MCA) を制定している。 *Id.* at 222. 軍事委員会は軍法会議では裁けない特別の必要があるとき設置される軍事裁判所で、一八世紀後半には戦争犯罪を裁判するために用いられるのは確立されていて、アメリカ法においても正当な役割を果たしてきた。

Daniel Mandell, *The Guantanamo Bay Military Commissions: A Historical Perspective*, 6 NAT'L SEC. L. J. 1 (2018). Hamdan

は、軍事委員会は軍事的必要性から生まれ、その設置権限は戦時において大統領と議会の協働によってのみ導き出されるとしている。548 U.S. at 590-91. しかし Hamdan 後の M.C.A. の制定で初めて制定法によって設置されたことになり、それまで最高司令官としての大統領権限のいわば憲法二条裁判所とされていたのが、破産裁判所と同様の憲法一条裁判所となったのである。Mandell, *supra* note 246 at 30-31.

(247) Ku and Yoo, *supra* note 246 at 199-205.

(248) Deborah Pearlstein, *Justice Stevens and the Expert Executive*, 99 Geo. L.J. 1301 (2011). 執行権の専門性は想定される機能的有利さではなく、執行権が実証しなければならぬ一つの徳である。*Id.* at 1310.

(249) 富井、前掲注(18)、参照。

(250) 最高裁が制憲者に反した大統領の外交権の拡大に結果的に加担したとの批判がある。「外務での大統領に独立した権限を付与する判決は、憲法原理と議会の権限と抑制均衡のシステムと政府への公的信頼に高い犠牲を払っている」。FISHER, *supra* note 148 at 309.

(251) Charney, *supra* note 127 at 98-99.

(252) 問題はもはや裁判所が敬讓するかどうかではなく、中に入る熱意があるかである。Cohen, *supra* note 142 at 448.

(253) Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944).

(254) 軍事的必要性を理由とした盲目的な執行権敬讓について司法への自戒が緩み始めているところ。Neal Kumar Katyal, *Trump v. Hawaii: How the Supreme Court Simultaneously Overturned and Revised Korematsu*, 128 YALE L.J. FORUM 641, 651-52 (2019).

補遺 本稿は科研費(課題番号19K01283)の成果の一部である。また本稿は、George Mason University, Antonin Scalia Law Schoolでの調査研究(二〇二〇年二月から三月)によるところが大き。

(東京都立大学法科大学院教授・本学兼任講師)