

憲法と行政協定（一）

—— 条約条項との緊張——

富井 幸雄

大統領の紙の上での権限（paper powers）と現実の権限とはギャップがある。—Jackson判事¹⁾

- 一 はじめに
- 二 アメリカ憲法における行政協定（EA）の概念
 - 1 条約に対するEAの発展
 - 2 EAの憲法理論的整理
 - 3 EAの手続の明確化による制約
 - 4 EAの実体的制約
 - 5 小括（以上、本号）
- 三 条約の授権に基づく行政協定（Treaty Executive Agreement（TEA））
- 四 議会の同意のある行政協定（Congressional-Executive Agreement（CEA））
 - 1 定着
 - 2 憲法的正当化—条約との互換性
 - 3 CEAの管轄事項
 - 4 CEAの終結権
 - 5 小括

1) Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579, 653 (1952) (Jackson, J., concurring).

五 大統領単独行政協定 (Sole Executive Agreement (SEA))

- 1 憲法的正当化
- 2 事項的限定
- 3 SEAと最高法規条項
- 4 大統領は自由にSEAを終結させうるか

六 EAの憲法的関心は統制となる

- 1 権力分立的思考
- 2 議会と執行権による統制

七 むすびにかえて

一 はじめに

国家間の取極は条約に限定されない。非公式の取極や法的拘束力のない紳士協定もあるし、法的であっても条約でないものもある。国際法は条約を「国の間において文書の形式により締結され、国際法によって規律される国際的な文書」(条約法に関するウィーン条約 (Vienna Convention on Law of Treaties (VCLT)) 2条1(a))と広範で包括的な定義しかしておらず、協定とか交換公文とか、議定書とか国家合意とか、形式的な条約でなくとも文書に依る取極で法的拘束力のある国家間合意を包含している²⁾。わが国では法令上は国際約束として一括し、「条約その他の国際約束」と規定される³⁾。

形式的には条約でないがVCLTの条約に含まれる主なものが、行政協定である。「行政協定」は日本国憲法には規定がないけれども、73条2号に

2) MALCOLM N. SHAW, INTERNATIONAL LAW 904 (6th ed. 2008). 国際法上条約に特別の形式は要求されないけれども、国家間の合意として法的関係を形成する当事者の意思は不可欠である。Id. at 905.

3) 吉国一郎ほか編『法令用語辞典 (第9次改訂版)』(学陽書房, 2009年) 275頁。「共同声明」は、政治的効果はあるが法的拘束力を生じせしめるものではないから、国際約束ではないとしている。

基づいて行政府限りで締結された文書（行政取極ともいう）として、「交換公文」「合意文書」の形式も含めて、98条2項により順守する義務が生じるとされ、条約と不可分一体のものは国会承認が必要とされる⁴⁾。

憲法は、国家の国際法形成として条約のみを規定し、行政協定に言及していない。形式主義からすれば行政協定自体違憲だともいえるが、慣行として行政協定は厳然と存在している⁵⁾。憲法は条約に国会承認を求めている（73条3号）。それは条約が国に新たな国際社会での法関係を創設するからであって、そのようなものではない国際約束にまで国会承認を必要とするのは効率的でない⁶⁾。しかし、条約と同じような法規範性を持たせるならば、内閣がその都合で手続を省かせることになるか。国会承認を要する国際約束はなにかを明確にする憲法解釈が要求される。

憲法はこの点について不案内である。実務では、憲法の条約は形式的意味ではなく実質的な意味のそれだとし、行政協定であっても条約と同じように扱われるものがある。では条約と同視される行政協定はなにか。法律はないけれども1974年の大平ドクトリンという政府見解で⁷⁾、国際約束にあって、第1に国会の立法権に制約を課する内容つまり法律事項を含むもの（法律事項）、第2にすでに予算あるいは法律で認められている以上に財

4) 同上、158頁。実定法上の用語は「国際約束」で、これには国会承認条約と行政取極の2つがある。前者は憲法73条3号で国会承認を経るもので、後者は同条2号の「外交関係の処理」として行政府限りで締結される国際約束であるとも整理される。国立国会図書館『我が国が未批准の国際条約一覧』（2013年）4頁。

5) 中内康夫「国会の承認を要する「条約」の範囲 — 現在の運用と国会で議論となった事例の考察 —」立法と調査429号17頁、2020年。大平ドクトリンについて検討している。

6) 小嶋和司『憲法概説』（信山社、2004年）377頁。形式的に条約とされるものに国家承認が必要であるのはいうまでもない。同上。小嶋は法律関係の変更を基準としている。

7) 政府はこれに基づいて国会承認の要否をふるい分けている。国立国会図書館、前掲4) 書、5頁。

政支出義務を負う内容であるもの（財政事項）、第3に国家間の関係を法的に規定するがゆえに政治的に重要であるため、批准を発効の要件としているもの（政治的重要事項）、については、行政協定であっても国会承認を要するとされ、憲法上は条約と同様になる。この解釈は、日本国憲法制定つまり大日本帝国憲法改正の時にすでに提示されていた⁸⁾。憲法はわが国が条約以外の形式で国際法を形成するのを否定していなかったのである。

大平ドクトリンは、行政協定にあつてその内容が以下の2点のいずれかにあてはまれば国会承認を要し、憲法上条約と擬制するルールである。第1に、国民の権利義務にかかわる国会の法律事項に関する、つまり法規にあたる協定（国際人権規約など）である。第2に、国家間の一般的な基本関係を規定するような政治的に重要な協定（日韓基本条約など）である。ただし、これら以外の行政協定は国会承認を要せず、外交関係の処理（73条2号）として内閣だけで締結される。学説はこれを受容するものの⁹⁾、この基準の正当性はさほど疑問視されておらず、行政協定にどこまで国会の関与が必要かの憲法議論は閉塞状態にある¹⁰⁾。

憲法明文で、議会の承認を必要とする国際約束を規定しているものがある。フランス第5共和制憲法は大統領に条約締結権を認め（52条1項）た

8) 穎原善徳「日本国憲法第七十三条第三号成立前史再考」立命館大学人文科学研究所紀要（117号）219頁，2019年。大石眞「日本国憲法の誕生 第6回」法学教室206号24頁，1997年。なお総司令部案では当初、国会承認として条約及び国際協定とし、すべての国際取極を国会承認にする意向もあったが、「国際約定及び国際協定」は削られ、アメリカのようにそうしたものにまで国会承認を要するとはおよばないとして、現行憲法のようになっている。同上，25頁。

9) 「この区別は永くわが国の憲法的慣行となっている」。杉原高嶺『国際法講義（第2版）』（有斐閣，2013年）134頁。

10) 大平ドクトリンの基準判断には広い裁量があり、司法判断も期待されないなか、憲法との関係でどのように統制していくのかは課題である。植木俊哉「日米「密約」問題をめぐる国際法規範と憲法規範」ジュリスト1418号62頁，76頁，2011年。

うえで、以下のように国会承認（立法を要する）の国際約束を明示している（53条1項）。「平和条約、通商条約、国際組織に関する条約もしくは協定、国家の財政に負担を課す条約もしくは協定、法律の性質を持つ規定を修正する条約もしくは協定、人の身分に関する条約もしくは協定、領土の割譲、交換もしくは併合を含む条約もしくは協定は、法律によってしか批准あるいは承認することができない」¹¹⁾。フランス憲法は条約と行政協定を明確に分け、ともに国会承認を要件としている。

こうした国際法の形成に議会承認を憲法上の要件とするのは、国際法が国内にも重大な影響をおよぼすのであって、執行権のみの判断では不十分で、そこに民主的統制が必要だからである。国際的な取極は今や国民生活の隅々まで関わり、国内法のような効果さえ有している。国民の権利義務に直接かかわるものではないから法治主義の外の話だと、公法学の射程外に放逐することはできまい。日本国憲法では外交は内閣の事務である。しかし、条約は国会両院の同意（衆議院の優越は認められる。61条）を要件としており、総理大臣は外交に関して国会に報告する義務を課せられる（72条）のをみれば、憲法は外交に民主的アカウンタビリティを要求している。条約に相当する国際法を内閣（執行権）の判断で国会承認を省く（bypass）ために行政協定にして単独で締結させるような交通整理を、憲法がそもそも意図しているわけではない。

だからといって、すべての国際約束を国会承認に服させるべきとの議論もありえない。重要でない、細則や技術的事項などにはこうした緊張を持つ必要のない約束もあるわけで、すべて国会承認とすれば、効率や便宜の面であって国際協調主義の円滑な実効が阻まれよう。

憲法は条約しか設けていないのだから、それ以外の約束を認めることができるか、憲法の手続に服さなくてよいとするのか。行政協定の憲法上の

11) 本稿において外国の憲法の邦訳は、高橋和之編『新版 世界憲法集』（岩波書店、2007年）による。

根拠は問題となる。また条約と行政協定を分ける基準の合理性、それは当面、大平ドクトリンが憲法上適切か、の問題もある。それで良しとしても、その遵守をどう担保させるかといった統制も考えなければいけない。国際約束の内容の重要性や効果や影響の程度で条約と同列に扱うべきというのが、大平ドクトリンであるけれども、その基準は必ずしも明確ではなく、内閣の恣意を完全に排除できるとまではいかない。これまでのこうした実務や法理は正当化されるとして、では条約に該当する行政協定と条約はどう使い分けられるのか、相互互換性が認められるのか、そうだとするなら、それは条約締結権者たる内閣の完全な裁量でよいのか。そうした判断に国会は政治のプロセスで踏みこめるけれども、議院内閣制の構造にあっては国会の多数意思と内閣は一体なのであるから、国会の統制の有効性は期待できないともいえる¹²⁾。

行政協定が憲法上どう位置付けられるかは、日米安全保障条約と地位協定に関して問題になった。条約からの委任があれば内閣のみでこれを締結できると、最高裁は認めている¹³⁾。日米安全保障条約(1960年)6条は、米軍の日本の区域や施設の使用並びに米軍の地位は、旧安保条約3条に基づく行政協定に代わる新たな別個の協定や他の取極で規律されるとする。その旧安保条約(1951年)3条は「行政協定」と題し、米軍の「日本国内及びその附近における配備を規律する条件は、両政府間の行政協定で決定する」としている。これは、条約そのものの委任に基づく協定で、別途国会

12) 中野邦観編『国会と外交』(信山社、2000年)13-14頁。

13) 最大判昭和34・12・16、刑集13巻13号3225頁。憲法の「条約」から例外的に除外されるのは、この類型でいわば執行命令的な施行細則に限定されるとする説がある。久保田きぬ子「国会の条約締結権と行政協定」法学教室第一期第5号122頁、1962年。同旨、佐藤功『ポケット注釈全書(4) 憲法』(有斐閣、昭和52年)423頁、426頁。橋本公巨『日本国憲法(改訂版)』(有斐閣、昭和63年)537頁。橋本は、それは委任命令や執行命令が認められるのと同じだとする。ただ、これにかこつけて「実質的に重要な条約」を国家承認は不要だとして締結すれば、違憲になるという。

承認は不要とされる例であり、日本国憲法においては条約で協定への委任があれば、それは国会が承認しており¹⁴⁾、スクリーニングは経たとみなして改めて国会承認は必要ないと解されるということである。かかる形で締結された行政協定は国会が法的に有効なメスをいれることはなく、白紙委任になる。

かくして、以下の疑問は解決されていない。第1に、憲法上の条約に行政協定を含ませる根拠である。それは行政協定であっても国会承認を不要とする、つまり憲法典での条約にあたらぬとする根拠である。条約はもともと元首の権能であるから、議会の承認は不要とされた。立憲君主制国家にはこの傾向が強い。現在ではそうした国にあっても、憲法や制定法に明文の規定を設けずとも慣習として議会に諮る手続を設けている¹⁵⁾。わが国も旧憲法（13条）は天皇の大権としていたが、現憲法は内閣の権限としたうえで議会の承認を要件としている（73条3号）。第2に、行政協定（国会承認を経るもの）が憲法の条約に含まれるとすると、98条2項の国際法尊重条項でいう「条約」になろうが、行政協定のうち憲法の条約に含まれないものは、どうなのか。同条項後段の「その他の国際法規」に入るようになって、慣習国際法と同じ位置づけになるのか¹⁶⁾。第3に、行政協定が

14) 裁判管轄権の取極など国民の権利義務に関する部分もあり、実質的に条約ともいえるが、「配備を規律する条件」の語が使われていて、国際法上、外国軍駐留容認には当然かかる条件が付随するものがあるのを前提としてみるとみられるのであって、それを見越して包括的に安保条約を承認したものと解される。佐藤、前掲13)書、426頁。

15) イギリスのボンソンビー・ルールがそれにあたるし、カナダもその影響を受けている。富井幸雄「カナダ憲法における条約締結権と議会—イギリス立憲主義のジレンマ」法学新報119巻9・10号503頁、2013年。

16) 同条項を検討したものとして、富井幸雄「確立された国際法規」と慣習国際法—アメリカ憲法の議論を素材として」法学会雑誌62巻1号19頁、2021年。なお、座談会「日本国憲法研究 第11回」ジュリスト1418号77頁、85-86頁（植木俊哉、井上寿一発言）、2011年、参照。

VCLTという条約に該当し憲法上も条約に準じるものがあるとすると、その互換性はどうか。大平ドクトリンに該当しない行政協定は民主的アカウンタビリティをどう担保させるのか。

内閣がVCLTという条約に相当する行政協定を締結できる権限を有していることに、異論を見ない。内閣（執行権）に国際法形成権が認められる根拠は憲法65条の行政権付与条項で、そこにかかる権限が含まれる¹⁷⁾。憲法は条約以外にもわが国が順守すべき国際法を想定しており、しかもそれは条約と別に規定している（98条2項）。憲法の条約に行政協定の一部が入りうるが、それ以外のVCLTという条約にあたる国際約束を想定している。条約は、この65条を受けて73条3号で特定のし手続が確認され、憲法のこの定めによってのみ締結される。73条2号で「外交関係を処理する」とし、これに条約以外の国際法の形成権が認められ、条約については別に3号で国会承認を要するという手続の要件を課して権能を内閣に付与している。

法的拘束力のある文書でVCLTの「条約」に該当するも、憲法の「条約」にあたらぬ、法的文書であってもさほど重要でないと判断される国際約束は、憲法の「条約」とはされず、内閣だけで締結される。その根拠は73条2号になる。一般的には3号の条約に形式的のみならず実質的な条約を取り込み（その意味ではVCLTの条約の定義にほぼ符合）、そのうえでそうでない協定などは2号の「外交関係の処理」とされよう¹⁸⁾。条約をはじめとする国際法の形成には、国際法は国内法に委ね、その批准などの手続や実体的権限には無関心である一方で、締結から終結まで政府（執行権）の権限を前提としたルールにしており、そこに立法府の権限は適切にカウントされてはいない¹⁹⁾。

17) 連合権力には、「当該の政治的共同体の外部にあるすべての人々や共同体に對して、戦争と和平、盟約と同盟、その他すべての交渉を行う権力が含まれる」。これは執行権力が同一人に属するのを不可避とする。ジョン・ロック／加藤節訳『統治二論』（岩波文庫、2010年）470-471頁。

18) 佐藤、前掲13) 書、423頁。

ここで2点に注目したい。第1に、憲法は条約についてしか規定していないにもかかわらず、運用では行政協定もその中に含め、条約に相当する行政協定とそうでないものの区別の基準を内閣（時の政府）がうちたてた基準に委ねている。これにあたる大平ドクトリンは実に憲法に相当する規範となっているのである。これは実務先行で確立され、学問的にはほとんど問題となされていない。第2に、国会承認を要する国際法形成に、そうした一部の行政協定と条約がある現行憲法体制において、両者はいわば条約に相当する実質的内容を持つものであるけれども、そうした内容の国際法を形成しようとするとき、条約でいくのか行政協定でいくのか、その分岐（bifurcation）を誰がいかなる基準で決定するのか、いわゆる互換性（interchangeability）は議論されていない。

議会を経ずして執行権だけで締結できる行政協定はいかなるものか、そしてそれは条約とどのような関係に立つのか、互換性は自由なのかといった問題は、アメリカ憲法（以下憲法）でも同様である。行政協定（executive agreements (EA)）を憲法上どう扱うかは諸外国でも議論があろう²⁰⁾。憲法は条約のみ規定しており、その条約締結の手続（2条2節2項）（条約条項）を踏まない国際約束は言及していない。Restatement (3d) は「国際協定（international agreements）」の中に条約と法的拘束力のあるEAも入れているけれども²¹⁾、憲法は条約のみ規定しており、EAを含むその他の国際約束とは区別している²²⁾。しかし、憲法上の慣例はEAをアメリカの国際法

19) Edward T. Swaine, *International Foreign Relations Law: Executive Authority in Entering and Existing Treaties*, in ENCOUNTERS BETWEEN FOREIGN RELATIONS LAW AND INTERNATIONAL LAW: BRIDGES AND BOUNDARIES 46, 59 (Helmut Philipp Aust and Thomas Kleinlein, eds. 2021).

20) 杉原, 前掲9) 書, 134頁。

21) THE AMERICAN LAW INSTITUTE RESTATEMENT OF THE LAW, THIRD, FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES 1987 § 301. 以下本稿では引用の際、§ 番号を記す。

22) もっとも、議会の行為や制定法では「条約」にそれ以外の国際協定が含まれ

形成の主流にのしあげ、憲法が条約だけを規定していることが国際協定をこれに限っている（排他主義）のかの疑念が、ニューディールで深刻に提起されたのである²³⁾。

アメリカも日本国憲法同様、条約締結には議会（上院のみ）の承認を要件とすることで、民主的アカウンタビリティをはかるとともに、執行権が始めから終わりまでリードする形となっている。アメリカでは、どの国と誰とどういう事項について交渉するかは大統領（執行権）が決め、交渉全般に議会は入らないし、上院は助言と承認をなすと規定されるも、「現実には承認のみに減じられて」いる²⁴⁾。制憲者は条約条項（2条2節2項）で、上院の条約の前と後での両方でのアカウンタビリティをはかる意図を持っていたとされるが²⁵⁾、条約の分野は大統領主導になっている。

実際、条約を上院が拒否した例はさほどない²⁶⁾。アメリカは条約でいくとなれば、わが国では両院での過半数という通常多数なのに対し、上院の

と解されることがある。§ 303, comment (a).

23) Quinsy Wright, *The United States and International Agreements*, 38 AM. J. INT'L L. 341 (1944).

24) LOUIS HENKIN, *FOREIGN AFFAIRS AND THE US CONSTITUTION* 177 (2nd ed. 1996). Hereinafter cite as 'HENKIN'. もともと上院は大統領の顧問団 (council) と目されたが、現状では、「正式には交渉の前と最中で助言をすることはない」。*Id.* See also, EDWARD S. CORWIN, *THE PRESIDENT: OFFICE AND POWERS, 1787-1984*, 240-41 (1984). Oona A. Hathaway, *Treaties' End: The Past, Present, and Future of International Lawmaking in the United States*, 117 YALE L.J. 1236, 1278-81 (2008). なお、条約条項には連邦政府を州の利益と交渉させないようにする趣旨もある。*Id.* at 1278.

25) Jean Galbraith, *Prospective Advice and Consent*, 37 YALE J. INT'L L. 247, 256-58 (2012).

26) Hathaway, *supra* note 24 at 1312-13. 20世紀では、1919年のヴェルサイユ条約と1999年の包括核実験禁止条約の2回だけであったという。John Yoo, *Laws as Treaties? The Constitutionality of Congressional Executive Agreements*, 99 MICH. L. REV. 757, 758 (2001). Hereinafter cite as 'Yoo'.

みとはいえその3分の2の承認というハードルの高い要件になっている。アメリカでは条約を形式的に解し、それは上院の3分の2の同意を要するものとされ、EAはそれがいかに重要なものであろうとも憲法上の条約にはしないで、したがってそうした憲法上の手続はとらない。日本国憲法はEAのうちその効果や内容を基準に（大平ドクトリン）、重要なものを「条約」に取り込んで憲法上の手続に服させる憲法的対応であり、すでにEAのうちそうしたものを条約とみなしておるので、わが国では条約とEAの互換性は特段議論にならないようだ。

もっとも、アメリカは、事前あるいは事後の議会両院の通常多数の同意によるEA（議会行政協定Congressional-presidential executive Agreement(CEA)）が恒例になっており、わが国の条約（これに相当する行政協定を含む）締結手続に似た形（議会両院の通常多数の同意）で国際法形成を行っている。条約とは手続が異なるので、EAでいくのか、どちらでもよいのかといった互換性がそこでは問題になる。NAFTA（北米自由貿易協定）は1993年、下院で234対200、上院で61対38の通常多数で可決され、そのあとで大統領が批准している。条約ならば否決になるところ、CEAであるので通常多数で承認された。これは本来条約でなされるべきとすれば、通常多数でなされたのはよかったのか。「本当のミステリーは、単にNAFTAが合憲かではなく、われわれはなぜ、いかにして、立憲的問題（foundational）が尋ねられなく（unaskable）なったのかに行き着いたのか、である」²⁷⁾。

ここで本稿が対象とするEAを明確にしておこう。主権国家は国際社会で様々な約束ができるし、そうしなければならない。そのうち最も重要なものが法的拘束力のあるもので、国際法（VCLT）は形式や名称に着目せず、文書形式と法的拘束力の国際法という実質に着目して、これを条約としている。国際約束にはこの意味の条約でない、つまり文書であっても法的拘

27) Bruce Ackerman and David Golove, *Is NAFTA Constitutional?* 108 HARV. L. REV. 799, 802(1995). Hereinafter cite as 'Ackerman and Golove'.

束力のないものがある。条約はこうした国際法や憲法で手続等が規定されているけれども、それ以外の約束はさほど法的な整理はされていない。しかし国家は条約以外の取極も結ぶ。EAもそれである。本稿では、EAは、国内法での形式的取り扱いとしての条約ではないけれども、VCLTにいう条約に該当する取極、つまり文書形式と法的拘束力を具有した国際約束とする²⁸⁾。Restatement (3d) は国際取極 (international agreements) と包括し、VCLTの条約の定義を踏襲している (§ 301)。

EAは法であり要式行為であるので、国家の真正な意思表示が要件になる。それには国内の憲法や制定法をはじめとする国法体系の中でのケアが明確でなければならない。第2次世界大戦中に、150年以上にもわたる憲法上の実務がすべての必要な手続を利用できるようにさせ、条約とEAはアメリカ憲法でのみの区別でしかなく、国際法上はそうした区別は意味がないと認識された²⁹⁾。

CEAのほかに大統領単独、つまり議会のスクリーニングを受けることなく締結されるEA (sole (presidential) executive agreement (SEA)) がある。大統領はVCLTでいう条約としては、①憲法2条の条約として処理②CEA③SEAの、3つの選択肢をもつことになる。憲法はこの条約 (EAを含むことがある) を最高法規としている (6条2項) から、とりわけ③にあっては

28) 日本国憲法での「条約」がこれと同義なのかは、はっきりしない。重要な国際協定に限定しているのだから、法的文書であってもそうでないのは「条約」ではなく、VCLTでの条約より限定されることになる。また、98条2項で誠実に順守すべき「条約」も同義なのか。同じ憲法の中であるから同義に解すべきであるが、そう解したとしても、「条約」でない条約 (VCLT) もその他の国際法規に入るから、同条項の国際法の尊重義務は貫徹されることになる。

29) Myers S. McDougal & Asher Lans, *Treaties and Congressional-Executive or Presidential Agreements: Interchangeable Instruments of National Policy*, 54 YALE L.J. 181, 186-87, 196 (1945). EAと「条約に区別があるとしても、それは国際法の理論や実務においてではなく、われわれ自身のユニークな憲法の中でのみ見出されるものである」。Id. at 197.

大統領だけで法を形成しうることになる。これは憲法上看過しえないであろう。しかも②と③は手続も統制も憲法で規定されていない。もっとも、憲法は外交権について詳細に規定していないのであって、統制も権力分立の枠組を置くけれども、もとよりそれは一義的ではない。そこでは、いきおい、外交権の所在や行使の具体的様相は憲法の運用や歴史慣例によるところとなり、EAと憲法の関係もそうであるのをアメリカに見るのである³⁰⁾。

本稿は、憲法には規定されていないEAという国際法が、外交権は執行権の専権とする現代立憲主義の展開の中で、憲法的にどのように位置づけられるのかを、日本国憲法と同じように条約のみ規定しているアメリカの憲法での議論を検討することで、考察する。アメリカでは歴史でEAが憲法上認められた国際法形成の手法となったことをみる。その際、EAは条約とどうすみ分けられるのかを意識する。二では、EAが条約条項と緊張関係を持ちながら主要な国際法形成となっていったことと、それにともなう憲法問題を指摘する。三から五では各論的に、条約に基づくEA、議会の事前事後の授権に基づくCEA、大統領のみでなされるSEAの、3類型それぞれについて、憲法上どのように正当化されてきたのかを検討する。条約にとってかわっているCEAが、条約との互換性はどう理解されるのかに関心をおく。EAは国際法であるから、そのライフサイクルは大統領がリードしていくことになる。六では、かかる大統領の権限にややもすれば統制の実は薄いように見えるけれども、立憲的統制は不可欠であって、それはどのようになされるのかを検討する。そのうえで、EAが有用な国際法形成のツールであることを認めるも、立憲的視点が手薄になっている現状を指摘する。

30) ELBERT M. BYRD, JR., TREATIES AND EXECUTIVE AGREEMENTS IN THE UNITED STATES 195-6 (1960).

二 アメリカ憲法における行政協定 (EA) の概念

§ 303 国際協定締結権限：アメリカの法である

§ 302 (2) (いかなる国際協定もアメリカの権限行使に適用される、憲法上のいかなる禁止あるいは制約にも抵触してはならない——筆者) に従って、

- (1) 大統領は上院の助言と承認により、条約の形式でアメリカの国際協定を締結することができる
- (2) 大統領は議会の授権もしくは承認によって、憲法上議会と大統領の権限に属する事項について国際協定を締結することができる
- (3) 大統領はアメリカの条約によって授権された国際協定を締結することができる
- (4) 大統領は自身の権限に基づいて、憲法上自身の独自の権限に属する事項について国際協定を締結することができる

1 条約に対するEAの発展

憲法は連邦政府がEAを締結できるとする権限にもその手続にも言及しておらず、条約のみ法文を用意し、またそれは最高法規条項で州法に優越すると規定する (6条)。州は条約を締結できない (1条10節1項)。ただその3項では外国との協約 (compact) や協定に言及しており、州は連邦議会の同意があれば、それらを締結できるとして、文言上は条約とその他の国際協定を区別している³¹⁾。州は、議会の同意があれば条約以外の国

31) Michael D. Ramsey, *Executive Agreements and (Non) Treaty Power*, 77 N.C. L. REV. 133, 162-64(1998). この区別は連合規約 (6条) にさかのぼるとする。Id. at 163. したがって、憲法での条約がすべての国際協定を含むことにはならない。Id. at 162. これは、日本国憲法では条約に一定の重要な行政協定なども含まれるとする解釈とは対照的である。

際協定を締結できるのであり、かくして、憲法は条約とそれ以外の国際法を区別している³²⁾。この同意は憲法にその要件や手続の規定がないので、議会の政治判断になり、司法では政治問題として扱われることになろう（§ 302, comment(f)）³³⁾。EAの議論は、憲法はアメリカの国際法形成が条約にのみによる、つまり上院の承認を要件とする国際協定に限っていないことが前提になる³⁴⁾。

条約とそれ以外の国際協定は別であることを、制憲者はきちんと理解していたようだ。制憲者が最も依拠した国際法の碩学Vattelは³⁵⁾、以下のように区別している。「直近の利害に関する主体的事項のための約定(compact)は、協定とか、議定とか、とりなし(arrangement)という。それは単一の行為であって、継続的な遂行ではない。問題となっている行為がなされているとき、これらの約定は1度だけ執行され完結する。一方、

32) BYRD, *supra* note 30 at 10.

33) 州が国際協定を議会の同意を得て締結するのは、かかる協定が、「連邦の正当な優越性を侵害したりあるいは干渉したりするような、州の政治的権限を増幅させる」場合に限定されるとの判断がある。Virginia v. Tennessee, 148 U.S. 503, 519 (1893). See also, § 302, comment(f). 汚染源を規制したり警察に協力したりエネルギー源をシェアしたりするといった、地域や州を超えた問題を含む協定は、VCLT上の条約にあたらなから、議会の同意を必要としない。*Id.*

34) 「(憲法は) 国際協定に対して上院の独占を与えてはいない。それは取極締結のプロセスを議会両院が監視する事例を明白に規定している。「他国もしくは外国の機関とのいかなる協定も約定(Agreement and Compact)」も、「議会両院の同意」を得なければ州が締結するのを明文で禁止している条項を考えてみてください」。AckermanとGoloveが時の大統領クリントンに提出した書簡。Laurence H. Tribe, *Taking Text and Structure Seriously: Reflections on Free-Form Method in Constitutional Interpretation*, 108 HARV. L. REV. 1221, 1271 n.172 (1995).

35) Stewart Jay, *The Status of the Law of Nations in Early American Law*, 42 VAND. L. REV. 819, 823(1989).

条約は執行的性格を持ち、そのための行為は条約が続くかぎり継続する」³⁶⁾。制憲前後、条約が国際協定のすべてだとは考えていなかった。協定つまり非条約には法的拘束力がないともしていなかった³⁷⁾。条約は重要な事項で継続的であるのに対し、非条約はそれを意識しないとしていた。Vattelが制憲者の中で影響力を持っていたから、制憲者はEAをこのように解していたといえる³⁸⁾。

アメリカの外交や国際関係は条約だけで形成されているわけではない。法的文書や取極に限っても、条約以外の多様な取極の形式がある。それと憲法との関係は問題となりうるところであるが、実際上の要請から条約以外の形式の国際法をアメリカは形成できないとの解釈は成り立たない。こうした憲法にあって、執行権がEAを単独あるいは議会と協働して、あるいは一方的に (unilaterally)、締結して、国際法を形成させていく展開になる。

憲法は条約締結を大統領と上院の協働にしようとした。条約締結は大統領の専権でもなければ上院の専権でもないということで、相互に抑制と均衡を保たせて悪い条約を批准するのを防ぐ意図が込められる³⁹⁾。ハミルト

36) 2 EMMERICH DE VATTEL, THE LAW OF NATIONS OR THE PRINCIPLES OF NATURAL LAW, ch. 12, § 153 (1758). Vattelは、条約はfoedusに相当し、公共の福祉の観点から優越権力によって、永続的もしくは相当の期間のために締結される約定 (compact) だとする。Id. at § 152. 条約は国家の主権の行為で国家の名の下に締結され国際法になるが、単一の機関によって完遂されるのではなく、その国家の基本法によって何らかの代表機関の助言や承認を必要としているものである。Id. at § 154.

37) Id. at § 206.

38) Ramsey, *supra* note 31 at 190. グロチウスやWolffも同様の考え方で、ともに制憲者に大きな影響をもたらした国際法学者である。Id. Ramseyは、条約と非条約の区別は当該取極の実体的性格に基づく国家政策の意識にかかわるのであり、重要でない短期のそれはEA、アメリカが執行義務を実質的に背負うことにある重要なそれは条約、とする。Id. at 204, 206.

39) 連邦主義者のJames Wilsonは、「大統領も上院も、いずれも単独で条約を完結させることはできない。両者は互いにチェックしあい、そうすることでバラ

ンは、イギリス国王が唯一の絶対的な条約締結権者であるのと比較して、大統領の条約締結権は上院と共同にすることで、制限したのだとする⁴⁰⁾。条約には行政的というよりも立法的であるという特殊性があり、世襲でない4年任期の元首のみにその権限を与えるのは安全でないから、「共同所管」とする意義があると念を押し、ただ下院が流動的で多数であることは条約の締結には不利に働くから、上院のみとしているとする⁴¹⁾。

Ramsey^{ラムゼー}によれば、制憲者は大統領にEA締結の固有の権限を認めてい

ンスがとられ、結果、人民に保全がもたらされるのである」と、同意している。MICHAEL RAMSEY, *THE CONSTITUTION'S TEXT IN FOREIGN AFFAIRS* 150(2007). フィラデルフィアの制憲会議では次の2点は明らかに一致していた。第1に、議会は条約形成に直接的な役割を持っていない。第2に、悪い助言に基づく条約の危険性は、上院の特別多数の表決という要件で解決される。*Id.* at 135-54. *See also*, Michael D. Ramsey, *The Treaty and its Rivals: Making International Agreements in U.S. Law and Practice*, at 7. Research Paper No. 17-160. 2017, <http://ssrn.com/abstract=2915285> 国際法形成には多様なオプションが議論されたが、大統領と上院の相互のチェックが肝要とし、州との関係では条約は憲法が定めた手続以外では締結できないとしたことだとする。Bradford R. Clark, *Domesticating Sole Executive Agreements*, 93 VA. L. REV. 1573, 1590-91 (2007).

- 40) 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』（福村出版、1991年）337-39頁（第69篇、ハミルトン）。ハミルトンは執行権を重視する者であるが、条約締結についてはその安全性と、大統領権の乱用の懸念から、上院の関与を絶賛しており、それがまた世襲のイギリス国王と大統領は別ものであることを強調している。
- 41) 同上、364-67頁（第75篇、ハミルトン）。ハミルトンは、この条約条項（2条2節2項）は憲法（案）の中で「最もうまく成文化され、非の打ちどころがない部分である、という確固たる確信を表明してはばからない」とする。同上、363頁。なお、なぜ下院が加わらないかといえは、上院議員は洗練された尊敬すべき賢者であることが、州立法部によって選抜されることから確かであり、条約にはそうした賢明さが求められる（下院議員は次々に交替し、出たり入ったり、そこまでの分別さを持ちえない人）し、秘密性も求められるからだと言われる。同上、313-315頁（第64篇、ジェイ）。

たという。ただし、それは重要でない現在の事項にかかわり、したがって条約のような最高法規とはされないとし、アメリカを拘束するあるいは国内法を変更させるような重要なEAは議会の参画なくしては締結できないと解していたとする⁴²⁾。これは大統領の「非条約 (non treaty)」権限で、連邦や州の法律に先占するものでもないし、私権を変更するものでもないとする⁴³⁾。

EAは憲法のどこにも規定されていないからといって憲法上否定されるわけではなく、歴史的慣例的に認められるようになったのである⁴⁴⁾。1792年には、議会は国際郵便に関して郵政大臣 (長官) 間で相互に決められるとしたEAをアメリカ郵政長官に授権している⁴⁵⁾。憲法制定後の当初から、大統領は条約以外にEAを締結するようになっていた⁴⁶⁾。制憲後から50年

42) Ramsey, *supra* note 31 at 136-138. なおRamseyはEAを、後述する大統領のみによるEAと定義しており、後に見るCEAとは別ものと定義している。Id. at 136 n.15.

43) 大統領はEAの履行に際して、州や私人の国内における法的権利を変更させるようなことはできない。Medellin v. Texas, 552 U.S. 491, 527-32(2008). 国際司法裁判所の判決は連邦法ではなく、大統領がこれを執行するように命じたメモも法ではないから、州はこれに拘束されないとしたものである。執行力のある法は議会 (条約で自力執行力のあるものは上院のみもありうる) と大統領の両方の承認がなければ成立しないことを確認するものといえる。

44) 「制憲者がそもそもいかにように理解していたとしても、180年の憲法の実践を経て、EAは国際協定を締結する憲法上の一形式であることは全く明らかである」。Statement of John Norton Moore, in Congressional Oversight of Executive Agreements, Hearing before the Subcomm. On Separation of Powers of the Comm. On the Judiciary U.S. Senate, 92nd Cong. 2nd Sess. On S. 3475, 1972, at 141. 以下'Senate Hearing'と略。

45) Act of Feb. 20, 1792, ch.7. § 26, 1 Stat. 232, 239. Sharon G. Hyman, *Executive Agreements: Beyond Constitutional Limits?* 11 HOFSTRA L. REV. 805, 815-16(1983). 1882年に最高裁は、この郵便に関する議定は国法の一部としての条約と同等の地位を有すると判示した。Id. at 816 n. 48

46) 1 LAWRENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 648(3rd ed. 2000).

間、60の条約と27のEAが締結された。数は少なかったが、すでにEAが法的に認証されていたのである。19世紀後半までは、憲法2条の条約で国際協定となすのが支配的であった⁴⁷⁾。1934年の相互通商条約法（Reciprocal Trade Agreements Act）のもとでは100ものEAが、司法判断を受けることなく実効されていった⁴⁸⁾。その後、飛躍的にEAが増加していく。議会の規制権限とされる領域に国際協定を締結させる権能を大統領の判断で構築させていく、まさに執行権に依る（国際通商領域での）立法で、行政国家の増幅との相関関係がみられる⁴⁹⁾。

一方で上院の国際法形成への関与が少なくなっていく。1986年から2003年まで年平均で313本の国際協定が結ばれるなかで、上院の承認を得て締結された条約は18以下である⁵⁰⁾。このように条約は先細り、EAが多用さ

47) Ramsey, *supra* note 39 at 12.

48) これらは「議会=執行権あるいは立法府=執行府のEAとしてきているが、上院の3分の2で承認されていない、アメリカ国際法の生成は、憲法での「条約」ではない」。BYRD, *supra* note 30 at 114. FDR (F. ローズベルト大統領) 以前、1789年から1933年まで1775の国際協定のうち、約40%の706が上院の手続を経た条約で、EAはまれであったが、FDRの時からEAが急増していく。GLEN S. KRUTZ AND JEFFEREY S. PEAKE, *TREATY POLITICS AND THE RISE OF EXECUTIVE AGREEMENTS* 186(2011).

49) 20世半ばまでEAは少数であったが、戦後、大統領のEA締結権が飛躍的に認められるようになり、議会は忍従的になる。Oona A. Hathaway, *Presidential Power over International Law: Restoring the Balance*, 119 *YALE L.J.* 140, 144-45(2009). Hathawayは、制定法でこれを規制することで議会の復権をはかるのを試みるものである。

50) Robert E. Dalton, *National Treaty Law and Practice: United States*, in *NATIONAL TREATY LAW AND PRACTICE* 765, 820 (Duncan B. Hollis, Merritt R. Blakeslee and L. Benjamin Ederington, eds., 2005). *See also*, Jeffrey S. Peake, *The Decline of Treaties? Obama, Trump, and the Politics of International Agreements*, at 40-43. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3153840 オバマは8年の任期中20本の条約にとどまるも、そのうち6本は前大統領ブッシュがもともと提出したものであった。*Id.* at 4-5. 現在実効されている国際協定に一覧は国務

れる傾向が続き、条約は時代遅れ (obsolescence) とさえいわれるようになり⁵¹⁾、トランプ政権の3年半においてそうした条約は5、年平均でオバマ政権では5、ブッシュでは12、クリントンでは約23となっている。今日、アメリカの国際協定の約94%が条約ではなくEAである⁵²⁾。ここ100年、国際協定で条約はわずかで、それにかわってEAが以下の3つの型でなされる展開となる⁵³⁾。第1が、大統領がネゴシエートし事後的に立法の形式で議会によって承認されるもの (after-the-fact approval) で、その場合議会は両院の通常多数でなされる。これは伝統的に国際通商の領域でみられ、

省が開示している。 <https://www.state.gov/Treaties-in-force> 年次ごとの一覧は、Dept. of State, Treaties and Other International Acts Series (TIAS), <https://www.state.gov/tias/>

- 51) Oona A Hathaway, Curtis A. Bradley & Jack L. Goldsmith, *The Failed Transparency Regime for Executive Agreements: An Empirical and Normative Analysis*, 134 HARV. L. REV. 629, 632 (2020). Hereinafter cite as 'Transparency'. 戦間期から議会の認めたEAがアメリカの支配的な国際協定になり、1930年代後半からオバマ政権まで条約条項の手続で締結された国際協定は全体の6%でしかない。 *Id.* at 639. オバマは条約を避けるあるいは否決を恐れて、あるいは見越して条約にしない大統領として際立っている。 Jack Goldsmith, *The Contributions of the Obama Administration to the Practice and Theory of International Law*, 57 HARV. INT'L L.J. 455, 464 (2016). この論稿は、そのかわりオバマは議会に通さないで一方向的に国際協定を締結したり非拘束的な政治協定を締結したりする態度を示したと指摘している。
- 52) KRUTZ & PEAKE, *supra* note 48 at 51.
- 53) Ramsey, *supra* note 39 at 13. このほかに非拘束的な協定があり、法的ではないけれども外交政策に実質的にかかわり、議会も無造作にそれを追認 (忍従) するパターンもあるとする。 *Id.* 50年を区切ってみると、1789-1839では条約は60、EAが27で、条約比率は69%、1839-1889では215、238で47%、1889-1939では524、917で36%、1939-1989で702、11698で、5.6%、1990-2012で366、5491で、6.2%と、条約の低下は顕著である。 Curtis A. Bradley & Jack L. Goldsmith, *Presidential Control over International Law*, 131 HARV. L. REV. 1201, 1210 (2018). Hereinafter cite as 'Bradley and Goldsmith.'

NAFTAがその例である。第2が、あらかじめ議会議が特定の事項について大統領単独で締結できる権限を認めておくものである。第3が、はじめから大統領専権とされて大統領単独でなされるものである。いわゆるSEAである。

EAが凌駕していった背景には様々な要因が考えられる。なにより、国際協定の締結は憲法上の条約に限定されるいわれは実務上ないと理解が大きい。条約は憲法のハードルが高すぎる一方で、国家は迅速柔軟に国際協定を締結させていかなくてはならない。それに比例して大統領権限の強化や行政国家、さらにアメリカの国際社会での地位や役割の向上がある。また、上院の承認を必要とする条約は国内政治の影響をもろに受け、政治となる。条約以外に国際協定を認めないとするならば、アメリカの外交は停滞することになる。要するにEAは効率的であり、コストパフォーマンスがよいのである⁵⁴⁾。

憲法の王道は条約締結であろう。しかしそれは上院での3分の2以上の承認という壁がある。アメリカは2大政党制で、そしてそれが拮抗しているのに鑑みれば、条約はその承認には超党派的な支持が必要とされるから、困難である⁵⁵⁾。1919年のヴェルサイユ条約やクリントン政権下での核実験条約が、上院で承認を得られなかったとき意識されたように、重要な国際法形成が3分の1という少数の一部の上院議員によってなされず、アメリカの外交が妨げられてしまうというフラストレーションがある⁵⁶⁾。

こうした背景から、EAは実務によって発展してきたといえる。アメリカ

54) KRUTZ & PEAKE, *supra* note 48. 上院の方でもすべて条約となると重荷になるとの声もある。 *Id.* at 193.

55) Jean Galbraith, *International Agreements and U.S. Foreign Relations Law*, in OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE FOREIGN RELATIONS LAW 157, 159-60 (Curtis A. Bradley, ed., 2019). 大統領は条約の履行に法律が必要と考えれば、そうした立法を議会議が可決するまで批准を待つ。 *Id.* at 159.

56) Yoo, at 758.

カの国際社会での指導的役割への期待と勢力の高まりで、憲法上は外交権を司る大統領の権力が強まり、そこに議会の忍従があって、国際法形成でも大統領の一方性が認められるようになっていったのである⁵⁷⁾。EAは汎用性がある実務で慣例化されている以上、それが条約条項に反する違憲なものであるという問題はもはや本質ではなく、いかなる範囲でEAが有効に締結されるかの検討が憲法学の課題になっていった⁵⁸⁾。

EAは国際協定の形式であり、条約ほどには困難な手続を経ないで完結でき、国際法上は条約と同等で同じ国際取極として特段区別されることはなく、もっぱら締結当事国の嗜好によるのであって、国内では法的に互換的に用いられるようになってきている⁵⁹⁾。条約の代替 (alternative) になっているともいえる⁶⁰⁾。こうなると、国際協定の形式を憲法上面倒な手続を経なくてはならない条約は敬遠して、EAを好むようになるのは人情だろう。なお、議会がEAを禁じ条約に限定していることはある⁶¹⁾。

2 EAの憲法理論的整理

EAが憲法の実践として認められるとき、その憲法的根拠は何であるのかは、明らかでなければならない。「ある国際協定が憲法上の意味での「条

57) Hathaway, *supra* note 49 at 181-205. Hathawayは大統領の国際法形成権の歴史について、ニューディール期にその萌芽を見出し、戦後にこれが拡大していった、1983年のChadha判決で大統領専権 (unilateralism) が完成したとする。

58) CORWIN, *supra* note 24 at 243.

59) Peake, *supra* note 50 at 7. 相手当事国がEAより条約を好むことがある。Id. at 10. またEAか条約かの選択には政治状況、つまり大統領と上院の勢力が同じ政党か、大統領の志向に反対する議会勢力図になっているかなどが、影響する。Id. at 11-12.

60) TRIBE, *supra* note 46 at 648.

61) 「アメリカは……憲法2条2節2項で締結される条約に基づく以外は、国際刑事裁判所の当事国になってはならない」。22 U.S.C. § 7401(a). <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/22/7401>

約」とみなされて、条約条項での「助言と承認」のために上院に提出されなければならないかを決定するクリアカットのテストは」、判例にも条文にも見出されない状況にあり、「憲法上の要件の解釈に有効な指針は、執行権と立法権が協働することで定立してきた実務的解釈にある」⁶²⁾。現実には、条約のプロセスの検問所は上院外交委員会（Committee on Foreign Relations）である⁶³⁾。この委員会の長が特に保守的であれば、戦略的な観点から上院を迂回しようと考え、重要な取極を条約として完成させるのをしふるようになるといわれる⁶⁴⁾。

トライブは、EAが憲法に遺漏されたことは、憲法の空間（space）のまさに穴（hole）を意味し、それは連邦政府のどの部門も外国と条約以外の拘束力のある取極を締結する権限が認められていないことになるけれども、そう解すると連邦政府が自身の外交に主権の権限を劇的に制限することになってしまうとする⁶⁵⁾。EA締結権は憲法2条1項の執行権付与条項から大統領にあり、限定列举の議会の権限からは帰結されず、条約以外の国際協定は大統領権限であるのは受容されているようだ⁶⁶⁾。

62) Memorandum Opinion for the United States Trade Representative: Whether Uruguay Round Agreements Required Ratification as Treaty, 18 U.S. Op. Off. Legal Office 232, 248(1994). Youngstownでのフランクファーター判事の次の言を引用している。Id. at 234.「憲法は、統治のフレームワークである。したがって、そのフレームワークがコンスタントに運用されていくことで、それはその真の本質にしたがって運用されていることを公平に確立させる」。Kohの言を借りれば、「外務における準憲法慣例（quasi-constitutional custom）」である。

63) 同委員会は、相互通商協定を除く、条約と行政協定に関して、すべての法案や請願や交換公文その他の事項について付託されるものとする。Sen. Rule XXV, (j) (1) 17. <https://www.rules.senate.gov/rules-of-the-senateatenate>

64) KRUTZ & PEAKE, *supra* note 48 at 85. 上院の多数が大統領の政党ではない場合も条約を選択するのを避ける傾向にあり、大統領の支持が高いときは重要な取極は条約でなす傾向にあるとする。Id.

65) TRIBE, *supra* note 46 at 649. HENKIN, at 215.

条約でいくかEAでいくかの決定は、制定法で特別に規定されていない限り、法的にはホワイトハウスの裁量である⁶⁷⁾。EAは否定されなくても、また慣例で互換性が認められているとしても、あるときは条約、あるときはEAといったように、無造作に類別されかねず、そうなれば条約を憲法で規定した法的意義は霧消してしまう。両者の交通整理は必要で、条約かEAかどちらを選ぶのかは政治でも争われる。

1994年のウルグアイ協定をめぐる、これが論じられた。OLC（連邦政府の法務顧問局）は、それは条約によるべきだとするトライブの主張を批判的に検討したうえで、大統領が締結し、その履行のために両院で立法が可決されるのが憲法上の筋だとした⁶⁸⁾。憲法は条約以外の国際協定の手続について語っていないとし、この協定で問題となっている通商規制が大統領の専権とも言っていない。一方で議会の通商規制権（1条8節3項）にもかわり、州法にも影響をもたらす。条約にすべきとする（トライブ）のも一理あるけれども、この協定は紛争解決のための規範も含んでおり、CEAでよしとされた（後述）。これは実務での態度を明確にしたものとい

66) 憲法上の条約を構成しないこうした国際協定をなす権限であり、交渉を行う大統領のみの役割であって、議会自身には容喙する権限はない。United States v. Curtiss-Wright Export Corp., 299 U.S. 304, 318-19(1936).

67) KRUTZ & PEAKE, *supra* note 48 at 62. もっとも、そうした制定法があっても大統領が無視できるかは明確ではなく、法的には条約とEAは完全に互換的ではない。Id. at 211 n.16.

68) Memorandum Opinion for the United States Trade Representative: Whether Uruguay Round Agreements Required Ratification as Treaty, 18 U.S. Op. Off. Legal Office 232, 233(1994). トライブは、後述するように、CEAには憲法上疑義があるとし、国際法形成は条約に限定されるべきとの排他主義 (exclusivist) であり (Yoo), WTOは通商を規制することでアメリカの主権を制限するものであるから、条約でなされなければならないとする。Tribe, *supra* note 34 at 1267 n.156. もっとも、先に見たようにCEAが憲法上容認されることは自身の体系書では述べているところであり、それとの整合性を示す理論は不明である。Ackerman & Golove, at 918.

える。

最高裁は1891年にEAを是認している⁶⁹⁾。大統領に相互通商協定の締結権を付与した1890年法（McKinley Tariff Act）を肯定したのである。EAを条約ではないから違憲だと訴えたケースはほとんどない⁷⁰⁾。実際にはEAのほとんどの議会はかかわっており、執行権だけで国際協定を完結させないとの憲法の趣旨は汲まれているからだ⁷¹⁾。ただ連邦制の観点から、限定される州の事項についてEAで定めることができるかで争われる。

EAの事例ではないが、渡り鳥を規制した米加（英）間の条約とそれを履行するための議会制定法を、ミズーリ州が連邦の州権への容喙だとして

69) Field v. Clark, 143 U.S. 649 (1891). 関税の賦課や停止を大統領に授権したのは条約条項に違反すると争った事件で、大統領は議会の立法を単に執行しただけであって立法作用を行ったわけではないとし、議会は通商と貿易に関して、大統領権限に委ねたのであって、相互関税法は非委任法理（nondelegation doctrine）に反してはいないとした。Id. at 651, 683, 694. この判例以前、EAが合憲かどうかは明確ではなかった。3 G. EDWARD WHITE, LAW IN AMERICAN HISTORY 446(2019).

70) 唯一のケースとして、B. Altman & Co. v. United States, 224 U.S. 583 (1912). この通商協定は上院の批准を要する威厳のあるものではないけれども、2つの主権国家間で国家の代表としてネゴシエートされた、両国の重要な通商関係を扱う国際協定であるとした。See also, BYRD, *supra* note 30 at 114-15. もっとも、これがストレートに争われたというよりも、こうしたEAに司法判断権を認めない議会を非難する訴訟であり、最高裁は、「条約」は国際協定という国際法の意味で理解されるべきで、国内法や憲法でのそれではないと議会は意図したのであって、本件の通商協定は「条約」ではないけれども国際協定であるから、国際協定が「条約」でないから無効だと主張するのは無意味だとした。

71) 「議会が立法によって、そうしたレートを決めるように授権された人あるいは機関が従うように命じられた明白性（intelligible）原理を据えたなら、そうした立法行為は禁じられた立法権の委任ではない」。Hampton & Company v. United States, 276 U.S. 394, 409 (1928) (Taft, C.J., delivering). ただ国際協定であり、それは大統領の外国関係処理の権能にあたるから、委任とか授権とかいうのは疑問である。

修正第10条に反すると訴えた事件 (Holland事件) で、ホームズ判事は、「議会の行為では処理できないけれども、議会の行為につづく条約のできる国家の安寧に喫緊の事項が鮮明に存在するのは紛れもない」とした⁷²⁾。ホームズは条約も制定法も憲法に反してはならないとし、渡り鳥の管理も州の権限にあるようにもみえるけれども、憲法2条2項の権限でもあり、それに基づいて締結された条約は、6条で最高法規とされることに留意しなければならないとした⁷³⁾。渡り鳥の規制が議会の権限である「通商 (commerce)」にあたるかはともかく、条約を履行する議会が制定法では処理できない条約のみの対象となる事項を有するのは否定できないところであり、もしそうでなければ憲法で三権分立を原理にした意味が失われる⁷⁴⁾。Holland事件では、1916年にカナダ (英国) と締結した渡り鳥条約を

72) Field v. Holland, 252 U.S. 416, 433(1920). もっとも、ホームズのこの言は、100年ほど前の、議会権力が拡大する以前のものであって、今日では議会の立法に服さない外務事項があることは疑いないとする一方、議会が国内的に外務について立法するのに異論はないが、法的に重要でない事項に大統領権限にないものを提供するわけではない。HENKIN, at 72, 216.

73) *Holland*, 252 U.S., at 432-433. 「われわれが、憲法のような統治形成行為 (constituent act) でもある文言を扱っているときは、それを生み出した天才でも完全に予測しえなかった発展であることを生けるものにしたと自覚しなければならない。そうした天才にあっては、自らが1つの機構 (organism) を創設したことを自覚し望むことで十分であった。その後継者が1つの国家を創設したと認めるのには年限を要し、多くの血と汗を費やした。われわれの面前にある事件はわれわれ全体の経験から考察されるべきであって、単に100年前に言われたことに照らしてではない。本件条約については憲法に見られるいかなる禁止的な文言にも抵触しない」。Id. at 433.

74) BYRD, *supra* note 30 at 115. これに留意したのが、SEAとCEAの区別と分離である。Id. at 149. もっとも、ByrdはCEAとはせず、議会=大統領共同行為 (joint congressional-executive action) としている。SEAは協定の権限の根拠を示したものであり、CEAはその権限と、条約か大統領の協定かのどちらかを完遂されるのに使用された権限を区別させるものである。Id. at 151. したがって、SEAも大統領の行為とされる。Id. at 166.

執行するための法律の合憲性が問題になって、これらの条約や連邦法が州の権限を侵犯するかが争われたのである⁷⁵⁾。

政府は憲法の手続、すなわち、主題を限定せずに上院で3分の2の承認を経た国際協定を条約と定義し、それ以外の、憲法上の根拠に基づく国際協定、つまり上院の承認の手続を経ない取極を「条約以外の国際協定 (international agreements other than Treaties)」としている⁷⁶⁾。なおこの用語は憲法の条約締結の手続を経ない国際協定を包括する点では有用であるが、大統領単独の権限でなされたのか、議会の権限と結合しての大統領権限なのか、ぼんやりさせていることに注意したい⁷⁷⁾。

改めて、EAの類型は以下の3つである⁷⁸⁾。①条約に基づくEAで、2条によって締結された条約によって授權されたEAである(TEA)。②CEAで、議会両院の過半数で承認されるか事前の授權をえるかの、どちらかに基づいて締結されるEAである⁷⁹⁾。③執行権専権 (sole) で一方的 (unilateral) ともいわれ、文字通り大統領だけで締結されるSEAである。EAの大半は

75) ここでは国家的利益が絡んでいるとし、「その主題事項は州内には単に一時的であって、何ら永続的な生息地をもたないものである。本件条約や制定法がなければ、対処すべき鳥に対していかなる権限もやがてなくなることだろう。われわれは憲法の中に、食物の供給が絶たれ、われわれの森林や作物の保護が破壊されている間、政府がたずんでいなければならないとする条項は、見ないのである。州に依拠するだけでは十分でない」。252 U.S., at 435.

76) 11 FAM 723.2-2. SEAは、「大統領の憲法上の権限のみに基づいてなされた協定として適切に留保されたもの」としている。Id.

77) BYRD, *supra* note 30 at 148-9.

78) CURTIS A. BRADLEY, INTERNATIONAL LAW IN THE U.S. LEGAL SYSTEM 76 (2nd ed. 2015).

79) Congressionalを大統領締結前に議会が制定法で授權し、以後議会の承認や審査を経ないex anteと、事後に議会の通常多数によって承認されるex postを、分ける者もある。Transparency, at 638. 議会とのコラボでの国際協定について、条約あるいは事後的なCEAが6-7%で、80-85%が事前のCEAで、TEAが1-3%、5-10%がSEAとの概算がある。Bradley and Goldsmith, at 1214.

CEAで、1946年から72年までのEAの88.3%は何らかの点で制定法の授権に基づいている。

これは憲法の観点からは次のようにも整理できよう。①が憲法の条約にほぼ該当するもので、委任法理と同じように憲法上問題ない、つまり条約に準じたものということである。②が議会の制定法の授権に基づくもので、条約ではないけれども、議会が立法によって大統領に授権したものといえる。③が大統領の権限のみに基づくEAで、これは憲法が条約締結権しか規定していないので、憲法上の根拠が問題とされよう。これらの分類は法的根拠による類別でもあり、①は条約、②が制定法、③が憲法上の大統領固有の権限、といえる。

Byrdは次のように整理する⁸⁰⁾。まずすべての取極を国際協定 (international agreement) とし、うち重要であって上院で3分の2の同意が必要とされるものを条約とし、これには自力執行力のあるものとそうでないものがある。後者には条約履行のための立法 (Treaty Implementing Legislation) が付いてくる。条約とは別系統にEAがある。これには重要なものから漠然とした非公式のルーティンのようなものまである。これは大統領が単独、もしくは議会の事前もしくは事後の同意で締結される。SEAとCEAがこれであり、後者は議会の通常多数の同意による。議会大統領合同行為 (Joint Congressional-Executive Action) は不明確な用語で、CEAと同義とされるが、大統領によって承認された議会の議決 (テキサス州の承認がその例) を含む。行政機関協定 (administrative agreement) とは政府要人による交換公文のようなものをさす。

3 EAの手続の明確化による制約

EAは合憲とされるのに異論ない⁸¹⁾。その手続は1955年の国務省の通達

80) BYRD, *supra* note 30 at 202-203. アメリカの国際協定は①条約②CEA③SEA④主要な外国との協定 (compacts) の4つだとする。Id. at 201.

81) Congressional Research Service, *Treaties and Other International*

で定められ（現行は2017年であるが、11 FAM 720で刊行されている）、通達175手続（Circular 175 procedure）として、執行権（国務省）はEAを指向するときには以下の8点を基準とすることになっている⁸²⁾。

- 1 EAが国家全体に影響を与える関与やリスクを含む程度
- 2 EAに州法へ影響を及ぼす意図があるか
- 3 EAがこれに引き続いて議会による制定法を制定することなく、実効されるか
- 4 過去の連邦の実務はこのEAに類似している
- 5 EAの特定のタイプに関して議会に照会している
- 6 EAに望まれた形式の程度
- 7 EAの提案された実効期間、EAの迅速な締結の必要性、ルーティンあるいは短期のEAを締結する望ましき
- 8 類似のEAに関する一般的国際実務

これは、条約を含むすべての国際協定を憲法あるいは法の範囲内で実行されるのを確保するため、国務省が適切な条約締結権の行使に作った規則である。これまでの慣例を踏まえていて、具体的な判断では広範な裁量が必要と認められる⁸³⁾。条約かEAかの選択決定にこれが具体的な指針となりえているとするのはもどかしい。EAか条約かを選択するための法規範として不十分で、この選択に法的基準は見出し難い⁸⁴⁾。EAか条約かの選択には、

Agreements: The Role of the United States Senate, 106th Cong. 2d Sess., Jan. 2001, at 25. 以下、‘Senate Study’と略。

82) 11 FAM 720, 11 FAM 723.3. なおこのパラグラフは国務省のHPによる。
<http://2009-2017.state.gov/s/Treaty/c175/index.htm>

83) BRADLEY, *supra* note 78 at 77.

84) Arthur W. Rovine, *Separation of Powers and International Executive Agreements*, 52 IND. L.J. 397, 417(1977). もっとも、そうだからといって大統領の選択に基準やルールがないとはいえず、完全自由であるわけではない。Id.

法的に規制されたこともなければ制定法も連邦規則もなく、司法判断もない⁸⁵⁾。

通達175は法的拘束力のない国際協定には適用されない⁸⁶⁾。通達175の主眼は、大統領が批准に必要な助言と承認を行う上院に送付する条約について、その署名権限の全権を認めてもらうことである。それは、国務省の事務局から次官以上のレベルの官吏に国際協定を交渉し、修正し、締結し、あるいは終結させる権限を認める行動覚書 (action memorandum) についてであり、そこには決定すべき事項や取極の原理、個別具体的な問題などが記載され、また議会への諮問が必要かも記載される。この覚書には交渉や締結されるべき文言が添付されなければならない、取極の法的根拠をきちんと示したメモも付けられるのが通例である。背景の情報なども付され、覚書の作成には国務省だけでなく関係省庁の人もかわかり、国務省条約局 (Office of Treaty Affairs) は白紙委任が適当だと判断することもある。こうした手続は、すべての国際協定の交渉や締結の承認が適切な政策次元で得られて、責任の所在を明確にさせている。

85) *Id.* at 419. サザerlandはかつて以下のように論じていた。「2つのことは確かである。EAはアメリカ独立の当初から使われていること、そして、思慮のある人はそのすべての時間で憲法に欠けているものを補うことができなかったこと—EAが適切な事項と上院の同意で扱われる条約で処理されるべきことの明確な区別—である。……われわれは1818年のモンロー大統領と同じように不案内である (puzzled)。もしわれわれが本質的に条約であるべきことを知っているなら、EAを控除的に定義できる。しかし、われわれの時代にあって、彼の時代より別のものから不知のものを定義することはより可能ではない」。*Id.* n. 82, citing Arthur Southerland, *Restricting the Treaty Power*, 65 HARV. L. REV. 1324, 1324 (1952).

86) 国際協定をCase法 (国際協定を公表公刊する義務) での文書にするには、「当事者は法的に拘束力があるものとしてそれらの業務を意図しなければならず、単に政治的・道徳的効果のものとしてであってはならない。政治的・道義的な比重しか意図されておらず法的拘束力があると意図されていない文書は、国際協定ではない」。22 C.F.R. § 181.2(a) (1) (2019).

この手続をサポートする制定法がある。Case-Zablocki Act(以下、Case法)である⁸⁷⁾。「アメリカの国際協定：議会への移送」と題する同法は、以下のことを明確にする。国務長官は、条約を除くすべての国際協定（口頭を含むが、その際は文章にする）の条文は発効から60日以内に議会に送付するものとする。ただし、大統領が公に開示すれば安全保障に支障をもたらすから、議会に移送されるべきでないという意見するときは、上院外交委員会と下院外務委員会に転送される。連邦のいずれかの省庁がアメリカを代表する当事者となる国際協定では、署名から20日以内に国務省にその条文を送付する（a項）。国務長官への諮問なしに、合衆国の名の下で締結もしくは署名される国際協定はあってはならない（c項）。国務長官は毎年、国際協定の国と日付とタイトルと要旨のインデックスをつけて、議会に報告しなければならない（d項1号）。それは非公開の形でなしうるが（同項2号）、そのとき国務長官は、執行権内部で当該取極が本条での国際協定にあたるかを決定する（e項2号(A)）。本条でいうここでの国際協定は、(i) 片務あるいは双務の対テロ協定、(ii) 1979年輸出管理法6条(j)(1)(A)、1961年対外援助法620A条、もしくは武器輸出規制法40条(d)での決定に服する国との双務的協定、を含む（同号(B)）。

Case法で注目されるのが、議会下院である。下院は条約の締結には参画しないから、国際協定では蚊帳の外に置かれがちである。実際、下院は条約には関心を示さないという。しかしEAには熱心で、EA締結の前か後のどちらかで立法府でのプロセスを経て認められるべきとし、そこに重要な役割を見出すのである⁸⁸⁾。Case法はすべての法的拘束力のある国際協定を議会に報告させ、さらに公刊させるのを義務付けることで、議会の執行

87) Pub. L. 92-403, 86 Stat. § 112b, Aug. 22, 1972.

88) Rovine, *supra* note 84 at 420. Zablocki下院議員（下院外務委員会委員長）は、EAは両院の承認に服すべきと考える者であった。*Id.* また1976年のスペインとの協定に際しては、それは多年にわたる予算措置をとまなうものであるから条約でいくのはよくないと、国務省にプレッシャーをかけた。*Id.*

権のチェックの重要なツールになっているのである⁸⁹⁾。

条約は上院のみとしているところ、EAは実務の展開で何らかの議会関与を取り込み、CEAにいたっては両院の関与を法律要件にまでしている。一方で実際は条約とEA、とりわけCEAとの互換性を認めていて、主たる国際法である条約には議会全体の意思は不要で、条約と同視されるCEAには、憲法にも書かれていないのにこれを要件とし、議会特に下院が国際法形成権の一部を有するようにさせている。

先に見たようにハミルトンは、立法とは異なる特殊性から、条約を大統領と上院の協働とした憲法は賢明であるとした。以下のように敷衍する⁹⁰⁾。条約締結権はやや立法的ではあるが、立法にも執行にもどちらの定義にも当てはまらない。立法権の本質は社会的規制のための法規の定立にあり、法律の執行や共同の兵力の行使はその目的が社会的規制であれ防衛であれ、執行権の全機能の発揮である。条約はそのどちらでもなく、「諸外国との契約（強調略）であって、その強制力は〔条約に対する〕忠実な義務履行に由来する」。それは対人民の規則ではなく主権者同士の取極であって、立法部とも執行部とも別の部門を構成する。外交交渉は執行権が最適であるけれども、「他方では、この職務の重要性と法律としての条約の作用とは、条約締結の効力を発生するうえで、立法部全体かその一院が参画すべきことを強く示している」。EAが条約と同視されるなら両院がかかわることが必ずしも否定されるわけではないと示唆する一方で、国際協定締結は議会の専権ではないとした。議会は単独では国際協定を締結できないのである⁹¹⁾。

89) 法的拘束力のない、道義的政治的意義しか持たない、あるいはささいな国際協定は、同法の対象にはならない。22 C.F.R. § 181.2(a)(c) (2019).

90) ザ・フェデラリスト、前掲40)書、364頁（第75篇、ハミルトン）。

91) Tribe, *supra* note 34 at 1262.

〈参考〉

EA締結のステップ⁹²⁾

第1段階

国務長官（交渉権者）→①国務省は定期的には上院外交委員会と下院外務委員会に、交渉でクリアにされた重要な国際協定のリストを送付する

②委員会の委員もしくは執行府の官吏が、自ら必要と考える潜在的な協定の形式あるいは実質について諮問を始める

第2段階

アメリカの代表団が他国の代表団と交渉する

第3段階

交渉者が約定に合意し、国務長官が署名を授権する

第4段階

アメリカの代表が協定に署名する

第5段階

A SEA：協定は大統領権限に基づく

B TEA：以前にアメリカによって批准された条約に基づく

C CEA：議会が大統領によるそうした協定の締結を授権する法律をあらかじめ制定している、または／そして協定が議会で提出されて完全な立法過程で承認される

または、

引き続きの議会承認を要求する協定が議会の承認を得られず、協定が効力を持たない→終了

第6段階

協定が協定に特定された文言に基づいてその時に効力を持つ（国際法上拘束力を有

92) Senate Study, at 35.

する)

第7段階

大統領は協定を効力発生から60日以内に情報提供のためにその文言を議会に送付する

4 EAの実体的制約

このように、憲法にその手続や権限の所在を規定する条文はないけれども、EAはアメリカの国際法形成の大半を占めるようになってきている。これに特段、憲法上異論がなされることはない。制憲者が制憲過程で条約以外のプロセスで国際協定を作る可能性を議論した様子はなく、意図してないにもかかわらず、アメリカの国際法形成は条約とEAの2本立てになっている⁹³⁾。

問題は、EAと条約それぞれの守備範囲とすみわけであり、あるいはそれはさほど気にすることではなく相互互換的であるのか、である。互換的であるとすれば、それは大統領の完全に自由な権能なのか、気まぐれさえ許されるのか。互換性は肯定的される (Restatement) としても、法的に整理して明確にしておかねばなるまい。これは憲法の問題である。

条約の守備範囲は憲法上の制約がなければ、広範におよぶ⁹⁴⁾。そうした制約として主に以下の4点があげられる⁹⁵⁾。第1が、州に留保された権限

93) Bradley and Goldsmith, at 1207. 環太平洋パートナーシップ (TPP) は、オバマが交渉して、立法などその履行のための枠組みが作られるはずであったが、トランプはこともなげにTPPを破棄しており、アメリカの国際社会との取極のプロセスは一元的ではなく多面的になっている。Jean Galbraith, *From Treaties to International Commitments: The Changing Landscape of Foreign Relations Law*, 84 U. CHI. L. REV. 1675, 1678 (2017).

94) *Geofroy v. Riggs*, 133 U.S. 258, 267 (1890). 条約は議会の立法権限に含まれる事項をカバーできる。 *Edwards v. Carter*, 580 F.2d 1055 (D.C. Cir. 1978), *cert. denied*, 436 U.S. 907 (1978).

95) Senate Study, at 66-72.

は憲法修正第10条（憲法で連邦に委任されずかつ憲法が州に禁止していない権限は州とその人民に留保される）によって連邦の管轄にならない。第2が、ジェファソンが訴えたところであるが、下院の関与が憲法上必須とされている立法事項である。第3が、国際的な司法裁判所にアメリカが当事者となるのを授権するものである。憲法は司法権を最高裁と法律によって設置された司法裁判所に独占させていることから、かかる授権は条約によるものと考えられる。第4に、条約は外国との「交渉に適切な事項（proper subjects of negotiation）」でなければならない。こうした制約は事項にかかわっており、このように条約の所轄事項には限界がある⁹⁶⁾。

EAに事項的制約はあるか。国際間とはいえ執行権の判断で法が形成されるのであるから、憲法上の、あるいは制定法で授権された権限の範囲内で行わなければならない。国内に対する立法行為となれば、大統領が自己の権限の範囲内ではなしえない⁹⁷⁾。法律を制定したり改正したり廃止したりする権限を大統領に認める規定は、憲法のどこにもない⁹⁸⁾。また、大統領は憲法上議会の専権とされている事項に法的行為はなしえないと考えられる。その典型が通商規制で、憲法は議会の管轄としている（1条8節3項）。ただ現実には、EAの得意とする分野は国際通商になっている。慣例のなせる業か。

こうした解釈に抵抗がないわけではない。カナダからのポテトの輸入を規制するEAが、それは国内の通商に影響をもたらすとして否定されたことがある⁹⁹⁾。しかし、EAの主たる管轄領域はみられるけれども、解釈運

96) 以下に整理される。①州に留保された権限②憲法が下院に参画を与えた主題③いくつかの型の国際的な司法裁判所への訴訟をアメリカに授権すること④国際的利害ではなく国内の管轄事項⑤権利章典上の権利と権力分立。Id. at 24-25. なおSenate Studyのこの部分は、Henkinの見解（HENKIN, at 185-198.）に則っている。

97) *Youngstown*, 343 U.S., at 653 (Jackson, J., concurring).

98) *Clinton v. City of N.Y.*, 524 U.S. 417, 438 (1998).

用の実務では、事項的制約は特段ないものとされているようだ。EAが実体権限を越えている *ultra vires* (権限踰越) だとされるケースはほとんど考えられず、そうであれば、大統領のEA締結権へのコントロールは手続に限定され、多くは政治の民主的統制に委ねられる。後述するように、議会が事後的にEAを国内法化するための立法を制定することもあり、また手続的にも今見たように議会は関与しているのであるから、EAが反故にされることは考えにくい。法的問題にするのは困難で、司法的統制は期待できない。こうした状況は、大統領をして条約でなくEAで済ませようという呼び水になる¹⁰⁰⁾。実務では、条約以外の国際協定か条約のどちらの国際協定にするかの決定には、「大統領と上院と議会全体の憲法上の権限の妥協や侵奪がないように、最大限の注意 (*utmost care*) が払われなければならない」とするのみである¹⁰¹⁾。もっとも、重要な国際協定には議会の

99) 「大統領はアメリカ陸海軍の最高司令官として地位に伴う (*pertaining*) 権限や、法が誠実に執行されているかを見守るのに必要な権限といった、憲法での一定の固有の権限を有する一方で、国内および国際の通商を規制する権限は大統領職に付随しうる権限の中にはなく、憲法の明文でそれは議会に付与されている」。United States v. Guy W. Cappa, Inc., 204 F.2d 655, 659 (4th Cir. 1953) (Parker, J.). HENKIN, at 225. 下級審では、執行権が輸出入に関して自発的な規制を交渉した適正な市場協定 (*orderly marketing arrangement*) は法的拘束力のある協定ではないから、執行権限内にあるとも判断されてきた。Id. at 499-500 n.174. この見解は後にも先にも受容されることがなかった。Id. at 226. なおParker判事は続けてこう指摘している。「外国からの輸入は、この国に関する限り、議会のみによる規制に服する外国通商である。執行権は、輸出を規制するからといって、この国によって規制権が行使されるとする外国との協定を発効させることで通商を規制する議会による制限をバイパスできない」。Id. at 660.

100) 今日、国際協定について立法府の承認を得ることは全く予想のつかないプロセスだという。Galbraith, *supra* note 93 at 1726-27. それは同意を得られるかどうかだけでなく、そもそもプロセスが開始されるのか、それはいつなのかの問題も含まれる。

101) 11 FAM 723.3.

幹部や委員会に諮問することが必要で、かかる諮問は適切であると判断されるべきとして、手続面で統制しているといえる¹⁰²⁾。

条約（憲法2条）とCEAとSEAの守備範囲が法的に確定していれば、互換性の問題は解決される。CEAは議会の授権を要するから憲法上議会の管轄権に属するのに限定される（Ackerman, Yooら）し、SEAは大統領権限だから憲法2条の大統領の管轄権に限定される（Bradleyなど）と整理される。もともと、それは憲法解釈であって一義的ではなく、現実には大統領の裁量的判断で、行道（pathway）を決めているようである¹⁰³⁾。このすみわけは法的問題というより執行権内部の意思決定過程での政治的問題といえるので、そのコンテキストで分析されるようになり、合理的選択モデルなども考慮されてくるのである¹⁰⁴⁾。それは法的考察とは異次元になる。

102) 11 FAM 723.4(b)(c). これは1955年時点では存在しなかったが、1978年に上院が、国際協定が条約として提出されるかを決定するとき、大統領は上院外務委員会に助言を求めなければならないとの議決をしたことを受けている。CRS Rep., *International Law and Agreements: Their Effect upon U.S. Law*, RL32528, Updated Sep. 19, 2018, at 11-12.

103) 大統領は条約をはじめ国際法を解釈して外交を処理しているし、一方的に国際協定から離脱する決定も行っており、こうした外交権の集中と統制を通して、「大統領（そしてより一般的には執行府）は、アメリカのために国際法を創設し、変更し、終結させることを支配するようになった」。Bradley and Goldsmith, at 1204. 国際協定の解釈でも、大統領や執行権が司法審査を受けるとない専権領域である。Id. at 1220-1223. 国際協定の締結は大統領単独でほとんどすべてが産出されるようになった。Hathaway, *supra* note 49 at 144.

104) John K. Setear, *The President's Rational Choice of a Treaty's Preparation Pathway: Article II, Congressional-Executive Agreement, or Executive Agreement?* 31 J. LEGAL STUD. S5, S9-S10(2002). Setearは以下のように分析している。「アメリカの持続的な（durable）取極が喫緊（paramount）であるとき、憲法2条の途を選択し、確実に迅速な履行を示すのが喫緊であるとき、CEAを選択し、持続的な取極と確実な履行を示す必要が最小限であるとき、国際協定をEAにすると考える」。Id. at S27.

5 小括

しかし、EAは法的行為である以上そこに法的整理が貫徹されなければならないのであり、やみくもに政治学に委ねてしまってよいとはいえない。

憲法に規定なきも、条約以外に国際関係を規定する法文書としてEAが認められる。では条約とEAは大統領、執行権、あるいは議会の、気まぐれな政治的判断などで互換的に用いられることが認められているのか。通達175は、「EAは主題が条約によってカバーされるものであるときは使用されてはならない」としている。これは明らかに条約とEAは事項が区別されるのを前提にしている。では守備範囲はそれぞれどこなのか。それは政治判断であって、互換性は無制限に認められるのか。通達175を前提とする限りでは、互換性は放縦ではない。ではどこに線が引かれるのか。条約とEAは法的には互換的といえるが、政治的にはそうではないとの分析もある¹⁰⁵⁾。大統領が選択権を持つにしても、国内外の政治状況や世論、メディアの取り上げ方、当該国際協定の重要性、大統領のメッセージなど、様々な要因がその判断を形成していくのであり、条約承認権を持つ上院、特にその外交委員会の委員長や政権との距離感も無視できず、そこでEAの方が制度として効率的だと判断されることが大きいとされる¹⁰⁶⁾。

法的拘束力が認められる国際協定に条約とEAの2元 (two track) が認められる。それが、あるときは条約、あるときはEA、といった恣意遊興の世界になってはならないとすれば、互換性を厳格に否定できないまでも、そこには条約とEAそれぞれの守備範囲に配慮したすみわけが考えられなければならない。それはEAの3類型の間にもいえる。こうした問題意識のもと、EAの3類型の守備範囲や効力、手続を以下で検討していく。

(未完)

(東京都立大学法科大学院教授・本学兼任講師)

105) KRUTZ & PEAKE, *supra* note 48 at 79.

106) *Id.* at 80-95. 面倒臭ければ、大統領令という手法もあるとする。 *Id.* at 94.