

憲法と行政協定（三）

—— 条約条項との緊張——

富井 幸雄

- 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、本誌第129巻第1・2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（以上、本誌第129巻第3・4号）
- 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 権力分立思考
 - 2 議会と執行権による統制
- 七 むすびにかえて（以上、本号）

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

1 憲法的正当化

「大統領は、議会によってその憲法上の権限の行使として制定された立法に反しない限りで、自身の憲法上の権限内にある事項について国際協定を締結できる」¹⁹⁵⁾。大統領がSEAを締結する権限を持っているのはまぎれもなく、「大統領の条約執行権には、補完的なEAによってそうする権限が含まれている」¹⁹⁶⁾。EAはこの論理で憲法上正当化される。SEAは大統領単独の権限であるとして肯定されて、憲法制定当初から実施されている。Presidential Agreementともよばれ¹⁹⁷⁾、憲法上大統領固有の権限とされる事項におよぶ。もっとも、憲法が明文で規定している大統領の権限は条約締結権など数えるほどしかない。憲法は大統領の地位や責務を規定しており、そこから権限が演繹されるとし、最高司令官や執行権の長(2条1節, 2節)、さらに法誠実執行配慮義務(2条3節)といった包括的規定も援用される¹⁹⁸⁾。

195) 11 FAM 723.2-2(C).

196) HENKIN, at 219-20. グァンタナモ基地のリースに関するキューバとの協定や日米地位協定を例として挙げている。Id. at 498 n.167.

197) こうしたものは個別に、覚書 (aide memoire), 交換公文 (exchange of notes), 議定書 (protocols), 紳士協定 (gentlemen's agreement) (日本政府がアメリカ移住を希望する日本人への旅券発給を禁じる合意がこれに該当。この見返りとして、アメリカ政府は日本の面目を保つために日本人差別の立法をしない約束をした), 国家承認協定 (recognition agreement), 休戦協定 (Armistic Agreements) といった形式をとる。BYRD, *supra* note 30 at 166-67, 167 n.8.

198) 実務では「憲法上の大統領権限に基づく協定 (Agreement pursuant to the Constitutional authority of the President)」として、以下の4つを挙げている。

- ①外国において国家を代表する執行権の長としての大統領権限
- ②大使公使接受及び国家承認(後者はイタリックになっている。憲法に明文規定はない—筆者)
- ③最高司令官としての大統領権限
- ④法誠実執行配慮の大統領権

制憲後最初の50年間に、SEAは12本締結されている¹⁹⁹⁾。なるほど、憲法上、大統領は外交関係を処理し、単独の判断で交渉のうえ合意する権能は認められよう。しかし、そうだからといってCEAや条約との関係で、このSEAが大統領の思いのままということにはならない²⁰⁰⁾。これらの互換可能性は問題となり、SEAがだめだからCEAにするとか、その逆とかいうように、そこに何ら法的な基準や制約は不要というわけにはいきまい。かくしてSEAの憲法上の問題は、その正当性よりもむしろその限界、つまりSEAで締結できる事項はどこまでかの議論になる。

SEAの合憲性は最高裁でも確立している。新興のソ連政府によってアメリカに据え置かれた財の返還を求めた民事訴訟では、大統領に単独のEAの締結権限を認めている（Belmont事件）²⁰¹⁾。国家承認や外交関係の樹

限。11 FAM 723.2.

199) ①Wilmington Packet号に関するオランダとの1799年紛争解決協定、②1812年戦争での捕虜交換に関する英国との協定、③5大湖非武装化の1817年Rush-Bagot協定、④及び⑤で1825年のロシア及びコロンビアとの紛争解決協定、⑥及び⑦で、1826年のハワイ及びタヒチとの通商協定、⑧及び⑨で1829年のブラジル及びコロンビアとの紛争解決協定⑩1832年のポルトガルとの紛争解決協定⑪1839年のオランダとの紛争解決協定⑫1839年のサモアとの通商協定。Ramsey, *supra* note 31 at 174-75.

200) BYRD, *supra* note 30 at 168.

201) United States v. Belmont, 301 U.S. 324(1937). 1933年、FDRはロシア革命以後認めていなかったソ連政府を承認し、多くのSEAを結んだ。そこには米ソ政府間の争いに関する事項があり、革命後、ソ連に国有化されたアメリカの財産が問題になった。ニューヨークの銀行家Belmontは、ロシア政府の会社から預託された口座をソ連が国有化したことについて、SEAが修正第5条に反すると訴えたのである。「われわれは、本件で関係している国際協定に反してまで州の政策が勝るのではないとの意見であるから、いかなるニューヨーク州の政策が現実に侵奪されたかを探索するところではない」。Id. at 327(Sutherland, J., delivering). アメリカ市民の財産の侵奪は存在せず、もっぱらロシアの会社の権利のみが影響を受けたのであり、外国人は権原の救済には自国の政府をみるべきであるとした。Id. at 332.

立や取引、協定の締結は、2つの政府間の国際的取極から発する処置 (transaction) であって、上院の承認と同意はなかったのを認めたうえで、このような国際協定は常に上院の参画を必須とする条約でなければならぬわけではないとした²⁰²⁾。その形式は議定書など多様で、暫定協定 (modus vivendi) はこの一つである。

このmodus vivendiとは国際法上以下のように理解される²⁰³⁾。「問題を共有する手法の基盤を用意あるいは設定することで、もしくは恒久的な解決をペンディングさせて何らかの困難を先延ばしすることで、解決に向けた寛大な文書をいう。一般に、最終的にはより恒久的で詳細な性質の正式な取極にとってかわられるべき暫定的アレンジメントとして使用される。modus vivendiを他の条約とはっきり区別する指標はないが、あるとすれば、それが暫定的性質であるということである。modus vivendiはそれが無期限で (sine die) 延長されるとか、問題の最終的解決が条約によっても到達されえないとかなら、期限の制約なく実効されうる。いくつかの「一時的な (temporary)」アレンジメントは、実際にはまったく持続的になりうる可能性がある」。

modus vivendiは非公式の外交の要素を形成してきた。日本人の移民を限定した1907年のいわゆる「紳士協定 (Gentlemen's Agreement)」や、セオドア・ルーズベルトのSanto Domingoの事例にあるように²⁰⁴⁾、条約でい

202) *Id.* at 330. 「交渉、任務や協定の受容、そしてそのための了解が大統領の権能内にあることは疑いない」。 *Id.*

203) Walter Rudolf, *Modus Vivendi*, 3 ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 443(1997). 「ラテン語で「(ともに) 生きていく手段」。国際法では、国際法の当事者間で締結される暫定的一時的なアレンジメントで、その当事者間では拘束力を有する」。BLACK'S LAW DICTIONARY 1096 (9th ed. 2009).

204) 前掲注122), 参照。セオドア・ルーズベルトがドミニカ共和国に対して関税自主権を認めさせるなど大胆に使用したことで、modus vivendiがSEAであることが確立していく。そこでは自国民の財産保護という国際法上の責務が大統領にあることも正当化の事由として援用され、SEAが国際法によってもその

こうとしたところ上院がこれを拒否したときに用いられることもあり、WilsonそしてFDRでもこうした処理が踏襲された²⁰⁵⁾。

こうした実務には、1937年のCurtis-Wright事件で外交に大統領の専権を認めたサザーランドの「唯一機関論」が色濃く反映されている。「本件でなされたことには、執行権は当該政府の唯一の機関（sole organ）として語る権限を持っていた。本件にかかわる協定や移転は、憲法2条2項の条約締結条項で使われている文言での条約の場合のように上院の助言と承認を必要とするものではない」²⁰⁶⁾。サザーランドは、大統領権限は憲法で厳格に制限され規定されているとの議論は国内事項では正しいが、対外国の次元ではそうではなく、条約以外の国際協定締結は主権国家（nationality）と不可分の固有権だとする²⁰⁷⁾。条約でないそうした国際協定は憲法での「条約」ではなく、議会在侵すことのできない、交渉における大統領の固有の役割なのであるとする²⁰⁸⁾。

正当性が強化される例として分析される。Jean Galbraith, *International Law and the Domestic Separation of Powers*, 99 V.A. L. REV. 987, 1029-33(2013).

205) RAMSEY, *supra* note 39 at 21. 悪名高い1917年の、日本の中国での権益を認めたランシング＝石井協定（Lansing-Ishii Agreement）はその例である。なお20世紀初頭の20年間、日本との協定で大統領が専権的に行動するのが目立った。Ackerman & Golove, at 818 n.63. アメリカの極東での権益を定義した、1905年のタフト＝桂協定（Taft-Katsura Memorandum）、本文でみた1907年の紳士協定、1908年のRoot＝高平協定、そして1917年のランシング＝石井協定である。なおランシング＝石井協定は、国務長官が述べたように法的拘束力のない単なる声明でしかないともいわれる（Borchard）が、当事国がいきあたりばったりで（willynilly）一方的に廃棄できるmodus vivendiのようなものであるともされる。McDougal & Hans, *supra* note 29 at 308 n.1. ランシング＝石井協定は1923年3月30日付の覚書交換で、ワシントン会議での了解に鑑みて廃棄された。

206) RAMSEY, *supra* note 39 at 21.

207) *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304, 315-16(1936).

208) *Id.* at 318-19. ただ議会在外務において完全に受け身で何もしていないので

最高裁は執行権の範囲内にあるとして、SEAの合憲性を容認している。FDRが革命さなかのソ連との間で在米ロシア会社の資産について取極めたLitvinov協定の効力が問題となったPink事件は、Belmont事件では銀行であったのが保険会社が変わっただけで、ほぼ同じ事案である。最高裁はそこでこう判断している。「外交での大統領の権限は、上院の同意なくして、ロシアの国有化命令に関するアメリカの公政策を決定する権限を含む。……その権能は政府承認の決定に限定されない。国家承認の問題を支配する政策の決定権を含むのである」²⁰⁹⁾。さらに、このLitvinov協定は憲法の最高法規条項により、条約と同じ地位に立つとした²¹⁰⁾。

SEAが憲法2条の執行権の中身で合憲だとする判断は踏襲されていく²¹¹⁾。最高裁は、条約以外の国際取極も最高法規性が認められるとし

はなく、むしろ憲法の限定列举管轄権にもかかわらず、独自の外交を形成している面は否定できない。Ryan M. Scoville, *Legislative Diplomacy*, 112 MICH. L. REV. 331 (2013).

209) *United States v. Pink*, 315 U.S. 203, 229 (1942) (Douglas, J., delivering).

210) *Id.* at 230. 条約は憲法の最高法規条項(6条)で「国の法」であり、このLitvinov協定のような国際協定や合意は同じ威厳(dignity)をもつとする。*Id.* at 229-30. 本件で問題となっている資産の権利は国有化によってソ連政府に与えられることになり、そしてこのLitvinov協定で合衆国に移転されることになったのであり、この会社や外国債権者に対して本件財産の権原を有するのである。*Id.* at 234. なおこの型のEAが最高法規条項で条約と同じ国内法的効力があるとするには異論がある。BRADLEY, *supra* note 78 at 88 n.56. Litvinov協定自体は議会が関与するような代物ではなく、大統領とロシアの外務担当との間の交換公文(letter of exchange)でしかないが、サザーランドはそれも条約と同じ効力を持つとしたのである。

211) *Moore v. Regan*, 453 U.S. 654 (1981); *American Insurance Ass'n v. Garamendi*, 539 U.S. 396 (2003). ホロコーストに関するドイツとオーストリアとアメリカ(クリントン大統領)のEAで、独塊の責任を認めアメリカがその解決のファシリテーターになるとする取極である。これによって被害者がヨーロッパの保険会社を訴える訴訟をアメリカで起こすようになったが、アメリカはこれを却下し、ヨーロッパの会社もそうした訴訟をやめることを望んだ。カリフォルニ

た²¹²⁾。なおEAは州法に先占するとしているけれども、条約と同じように連邦法と同等かは不明で、これに矛盾する、以前の連邦法を凌駕するわけではないとした判例がある²¹³⁾。

この傾向は戦後も続く。1979年のイランの米大使館人質事件で、カーター大統領は国際緊急経済権限法（International Emergency Economic Powers Act）に従って、在米イラン資産を凍結する措置をとったところ、イラン新政府はアメリカの会社との先占契約を解除した。そのアメリカの当事者であった多国籍エンジニア建設会社Dames & Mooreが州法に基づいてイラン政府を債務不履行などで訴えた。レーガンが大統領に就任すると、大使館の人質が444日ぶりに解放されるとともに、EA（Algiers Accord²¹⁴⁾）が両国間で締結される。その時、ホメイニ師がアメリカの会社との契約すべてを放棄させる前に提供した350万ドルがこのEAで反故にされたと訴えたのである²¹⁵⁾。このEAは、この人質事件によって生じる損害賠償でアメ

ア州がホロコースト期の保険約款を公開するように求める立法を可決したので、保険会社がこの州法はEAに反すると訴えたのである。Garamendiでは、カリフォルニア州法にEAが先占すると判断された。大統領が上院の助言と承認なくして外国とEAを締結するのは長きにわたる慣行で認められた権限であり、一般的に条約と同様に、有効なEAは州法に先占するに適しているとした。Id. at 415-16. 反対意見は、国際的なクレームを解決するためのEA締結の大統領権限は認められるけれども、かかるEAがこうしたクレーム自体を決着させるには別途可能な州法や訴訟に先占することがありうるとした。Id. at 436 (Ginsburg, J., dissenting).

212) 条約が最高法規であることは憲法の明文で明らかであるけれども、同じルールがすべての国際協定や同意にも帰結されないわけではなく、それは「外務に関する完全な権力は国家政府にあり、一部の州によるいかなる干渉や縮減にも服することはできないという事実」による。Belmont, 301 U.S., at 331.

213) E.g., United States v. Guy W. Cupps, Inc., 204 F.2d 655, 659-60 (4th Cir. 1953).

214) Algiers Accordはもともとカーター大統領が交渉し締結して、レーガンによって承認されたものである。

リカ市民がイラン政府を相手に訴訟を提起するのを含むあらゆるクレームを禁じることに同意するものである。最高裁はこのEAを有効と判断した。大統領の措置は制定法に基づいているけれども、訴えの禁止まで授権したとは読めないし、人質法 (Hostage Act) でもそうである。しかし、議会はあらゆる事態を想定して立法化したわけではなく、大統領の訴訟禁止の措置を否定する明示の意思は見られない。こうした制定法や議会の忍従に照らせば、大統領のこの措置は授権されていると解しようとしたのである。Youngstownで示された大統領の権限の定式に従い、議会の授権や制定法を基軸に判断しており、むしろ議会の意思はそこに存在しないから、事案の緊急性や重要性で大統領の行動を容認した。すなわち、かかる大統領の行動は議会の認めるところで、この大統領権限に関連する制定法は大統領の広範な裁量を認めており、大統領に独立した責任を与え、これを否定する立法意思は見当たらないのであるから、司法はこれには容喙しないということである²¹⁶⁾。

SEAは憲法上大統領権限に属する事項であれば正当化されるが、Youngstownの定式に従って、そうでないものは限定的になり、制定法が必要となると解される。先に見たGuy Capps会社事件では、カナダからのポテトの輸入を規制するSEAが、既存の制定法の規定と抵触するから無効であると判示されている²¹⁷⁾。

もとよりこのSEAの大統領権限は無制限ではない。では如何にしてその限界を見いだすか、そうした限界は司法でチェックできるのか²¹⁸⁾。こ

215) *Dames & Moore v. United States*, 453 U.S. 654, 664-65 (1981) (Rehnquist, C.J., delivering).

216) *Id.* at 678-89. 最高裁は、先例から大統領は上院の助言と承認なくEAを締結する何らかの (some measure) 権限を有しているのを承認しているとする。*Id.* at 682.

217) *United States v. Guy W. Capps, Inc.*, 204 F.2d, at 659.

218) BRADLEY, *supra* note 78 at 90.

れが事項的限界の問題である。SEAは大統領固有の権限であるから、他の部門の権限にはおよぼさず、憲法で大統領権限とされる事項に限定される。その典型は最高司令官（憲法2条2節）に基づくもので、停戦協定がその典型となろう。もっとも、憲法上大統領固有の権限は一義的に確定しえないのであって、慣例的にそう解されるようになった事項もあるから、管轄権によるアプローチも一義的な解釈とはいいがたい。

SEAが合憲であるとした判例は、このように財産権にかかわる紛争解決のための民事訴訟である。Belmontに始まる最高裁判例は、大統領の外交に関する完全権（plenary）の原理を前面に押し出しているだけであり、明確な根拠は明示しておらず、その結果、SEA締結権の適切な範囲や限界にはっきりしたコンセンサスはない²¹⁹⁾。大統領は条約で行くか、自身のみでSEAで行くか、互換的に用いるのを許容されており、両者の交通整理は、憲法上はもちろん、立法でもなされていない。Belmontは条約とSEAは併存両立するとするが、そうなれば制憲者が執行権を統制しようと注意深く作り上げた憲法構造を台無しにしてしまうことになろう²²⁰⁾。

Belmontは半世紀以上も前の判例で、なおかつその時代の、政府は悪いことはせず外交ではなおさらだとの司法観に裏打ちされたものであり、また今見た3つの最判はいずれも個人の財産にかかわるもので、本質的優越的な自由ではない²²¹⁾。PinkやBelmontは、外国政府の承認に関してなされたEAはそれに反する州法に優先すると判示したにすぎず、高次法を明示したのではないとも指摘される（Borchard²²²⁾）。Dames & Moore事件は

219) Ramsey, *supra* note 31 at 143–44. SEA「を締結する大統領権は無制限ではないけれども、その制限を決定し闡明するのは困難である」。HENKIN, at 222. 上院は条約にすべきと主張し、大統領はEAだと主張する、いたちごっこである。Id. この境界は政治的判断ということである。ここに司法の判断が入りうるか、あったとしてそれを司法で執行できるかは不明である。BRADLEY, *supra* note 78 at 90.

220) TRIBE, *supra* note 46 at 649.

221) HENKIN, at 227–28.

EA締結に議会の大統領への権限委任の範囲を拡大させ、事後的CEAの範囲を限りなく広げたとも読める²²³⁾。

SEAは憲法上容認され、その根拠には以下の5つが援用されうる²²⁴⁾。第1は2条1節のVesting (執行権付与) 条項、つまり「執行権は大統領に属する」といった包括的規定である。第2は2条2節1項の最高司令官条項である。第3は2条2節2項の条約条項自身にあるとする。第4は2条3節の外国の大使や公使を受任することにある。これには国家承認が含まれる。第5は2条3節の法誠実執行配慮義務にあるとする²²⁵⁾。これらは単独で根拠とされるのではなく、事項に応じて憲法の根拠規定を変える。

SEAは憲法上容認されるとしても、その大統領の権限の根拠は一義的ではない。ただ憲法上の権限に基づくから、SEAのカバーする事項には限定があることになる。であれば、CEAとの互換性は認められないし、

222) McDougal and Lans, *supra* note 29 at 312. Borchardはこの領域でのサーザランド的な執行権専権の見方を否定する。Edwin Borchard, *Extraterritorial Confiscations*, 36 AM. J. INT'L L. 275(1942). また、ロシアだけでなくアメリカ市民の私的財産も議会の授權なしに大統領のみで没収できることになってしまうと、判例を批判する。*Id.* at 280.

223) Hathaway, *supra* note 49 at 196.

224) Senate Study, at 89–95. *See also*, McDougal and Lans, *supra* note 29 at 244–52.

225) 同条項の意義について、富井幸雄「法律を執行しない大統領の権限—法誠実執行配慮条項との関係」法学新報124巻5・6号51頁、2017年、参照。このVesting条項は、執行権に控除的に権限を認めさせるための憲法規定になっている感がある。これをroyal residuum理論と整理したうえで原理や憲法の趣旨から批判し、法執行 (law execution) 理論を説く者がある。Julian Davis Mortenson, *The Executive Power Clause*, 168 U. PA. L. REV. 1269, 1345–65 (2020). これは、政府機構の人事や任命権は包含されるも、憲法にも法にも授權のない外務権は慎重に解されるべきことを示唆している。「憲法2条が執行権を付与したとき、それは法を執行する権限を譲渡した。この権限は、国法によってそれまでに特定された行為のみを授權する空の器 (empty vessel) なのである」。*Id.* at 1367.

CEAとは根本的に異なる理解できるけれども、実際には両者間に原理的な区別はないとされている²²⁶⁾。しかし、憲法の視点からはCEAとSEAは明らかに別物で、前者は大統領が国際法としての効力を発生させるのには立法府のチェックを受けなければならないのに対し、SEAはいかなる制度的チェックも受けないのである²²⁷⁾。

CEAなのかSEAなのか、はたまた条約なのかといった国際法形成の手段のチョイスは、実務では互換性は首肯されても、手続も含めて法的な問題は残る。たしかにSEAは柔軟迅速で便利な国際法形成である。しかし、現実に重要な事柄がSEAでなされているのであり、米西戦争を終わらせた1898年の協定（Protocol of Agreement Between the United States and Spain, Embodying the Terms of a Basis for the Establishment of Peace Between the Two Countries）や、1900年勃発の義和団の乱を終わらせた最終協定、1940年の英国との駆逐艦の取極などがこれにあたる²²⁸⁾。

2011年の反偽造貿易協定（Anti-Counterfeiting Trade Agreement（ACTA））では、議会の承認を得ずに署名したオバマは、既存の制定法で黙示に授權されておりSEAではないとしたが、憲法上SEAとして締結されるべきではなく、また制定法にも授權はないとの批判を浴びた²²⁹⁾。このように制定法の授權が黙示と主張されるときそれがあったのかは議論になるけれども、大統領が押し切る形がみられる。

226) Joel R. Paul, *The Geopolitical Constitution: Executive Expediency and Executive Agreements*, 86 CAL. L. REV. 671, 724(1998). 「大統領は国際協定を、条約としてか、CEAとしてか、はたまたSEAとしてか、どれで提出するかを決定する唯一の（sole）裁量権者である」。 *Id.* 条約とCEAが互換的であるのと同様である。 *See also*, Yoo, at 817.

227) Spiro, *supra* note 169 at 981 n.100.

228) *Id.* at 984-85, 984-85 nn.111-113.

229) BRADLEY, *supra* note 78 at 91. ACTAは秘密裏にそして議会の関与を経ずに行うとし、先に見たEA+の先例ともいえる。Bradley and Goldsmith, at 1217.

2 事項的限定

SEAが管轄できる事項は以下の3点であるといえよう。第1に、憲法上の大統領の専権とされる事項である。もっとも、憲法は大統領の権限としては条約締結権や上級官吏任命権などわずかに規定するだけで、歴史的に大統領は2条に定める地位の規定、つまり「最高司令官」と「執行権の長」に基づいて固有の権限を主張し、外交や安全保障の領域では広い権限を認められてきている。

最高司令官に基づくSEAの典型に、休戦協定がある。古くは、1812年の対英戦争でのマディソン大統領の捕虜交換文書 (Cartel for the Exchange of Prisoners of War) がある。もっとも、SEA専権というより条約でいくのは不安だとかの政治的戦略的視点もあろうし、軍の駐留のようにその前提となる安全保障条約で織り込み済みだからという口上もある。ポルトガルでの駐留はNATOで議会が承認しているとするのはその例である²³⁰⁾。

第2に、訴えの解決 (settlement of claims) が挙げられる。アメリカ市民の外国政府に対するクレームをSEAで決着させるもので、すでに建国時の1799年、民間船Wilmington Packetがオランダの私的略奪にあり、これを条約違反と考えたアメリカ政府はオランダとその損害賠償を約束させる協定を単独で締結している。かかる単独協定は当時は憲法問題とは意識されず、国民の財産を保護する政府の責務といった観点から当然とみられるようになっていった²³¹⁾。外国大使の接受など、外交関係を処理するのは大統領の憲法上の権限と解されることによっている。

Belmont事件やPink事件は、問題となったSEAはソ連邦政府という外国国家の承認であり、その協定自体が法的紛争や訴えの解決そのものだとし

230) Senator Case, in Senate Hearing, at 356.

231) Galbraith, *supra* note 204 at 1028-30. 「大統領は自らの裁量でそうした訴えを支持するか、そしてどのようにそうするかを決定するものとされていた」。*Id.* at 1627-28.

ている²³²⁾。Dames & Moore事件では、「議会は黙示的にEAによってクレーム解決の実務を承認した。これは1949年国際紛争（クレーム）解決法を議会在が制定したことで最もよく示されている」として、紛争解決のSEAを認めている²³³⁾。この判例は名実ともにSEAの条約にほぼ相当する憲法上の位置づけを決定づけた。これは先に見たAmerican Insurance Association v. Garamendiに踏襲されている²³⁴⁾。紛争解決は200年以上も大統領の権限として慣例化しており、「大統領の外務関係のコントロールは訴えの解決を含む」のは「争いない (indisputable)」としている²³⁵⁾。

第3に、時間的効力の観点から、短期なものはSEAとの認識がある。大統領は365日24時間活動している一方で、議会や上院は開会しているときのみである。SEAは迅速性急迫性を要する協定に適している²³⁶⁾。先に見たmodus vivendiはこれに含まれる。この観点は前2者と異なり、憲法2条の大統領権限に基づくというより、協定の性質に起因するともいえる。しかし、外国との交渉であり、条約のための前段階とみることも可能で、また外交権限であることから、憲法2条の大統領権限に広く根拠づけられると解してよい²³⁷⁾。

232) LOUIS FISHER, THE LAW OF THE EXECUTIVE BRANCH: PRESIDENTIAL POWER 291 (2014). See also, Clark, *supra* note 39 at 1637-38, 1644-45. BelmontとPinkは、紛争の解決というよりは国家承認（ソ連の承認）という大統領固有の権限に基づくもので、したがって国家行為（act of state）とされる（つまり州法に優先して他国の行為は司法審査されないとの法が適用）と理解すべきであって、SEAを最高法規と判示したものと理解すべきではないとする。But see, RAMSEY, *supra* note 39 at 295-99.

233) 453 U.S., at 680. イランとのSEAであるAlgiers Accordは、1978-81年の大使館人質事件を終結させる取極として是認した。Id. at 686.

234) 539 U.S. 396 (2003). 「大統領は議会の承認なく、あるいは上院の批准を要することなく、他国とEAを締結する権限を有する」。Id. at 415.

235) Id. Pinkを引用している。

236) BYRD, *supra* note 30 at 173-74.

237) BRADLEY, *supra* note 78 at 93.

では憲法1条の議会の権限に属する事項にはSEAは立ち入れないのかという点、そうでもないようだ (§ 303, comment h)。結局、憲法では議会の権限と明文化しているけれども、その限界点は憲法解釈の余地があって明確にはし難いし、2条の大統領固有の権限の射程となればなおさらそうであって、であるがゆえに互換性をやかましく言うことなく、法的に明確に壁を作ることはしない(できない)でいる。互換性の判断は政治に委ねられているようにみえる。

3 SEAと最高法規条項

このSEAは憲法6条の最高法規に列され、州法に対して優越するとするのが判例である。Belmont事件では次のように判示している²³⁸⁾。

憲法6条2項の明文で条約に関するこのルールは確立されているが、同じルールがすべての国際取極や協定の場合にも帰結されることがあろう。……国際的な調停や取極に関して、またわれわれの外交関係に関して、一般に、州境はなくなる。こうした目的から (as to such purposes) ニューヨーク州は存在しない。

ただこれは、州法に優越するEAは国家承認という大統領固有の憲法上の権限に関連したものに限定されているとしたのであり、またそうしたEAにあって、州の公政策には優位しても正式の法に対してはそうではないとしたとし、SEAの最高法規性は限定されていると分析される²³⁹⁾。たしかにいくつかのSEAはそれ自体で自力執行力があり、最高法規としての何らかの地位を得るものがあるだろう。しかし、連邦議会が後に制定した立

238) 301 U.S., at 331. *See also, supra* note 212.

239) HENKIN, at 227. *See also*, Clark, *supra* note 39. BelmontとPinkは、「外国政府の大統領の承認は国家行為法理を發動させるのであり、……州法に先占するとの前提」に基づくとする。*Id.* at 1654.

法に抵触すれば、そうした効力を失う²⁴⁰⁾。

憲法は条約のみ最高法規と規定し、それ以外の国際法には言及していない。にもかかわらず、SEAが州法に優位するとの法的根拠は明確にしないで、BelmontやPinkではSEAが連邦法と同じ効力を持ちうると判示している。SEAが制定法と同じ位置づけになるとすれば、大統領が立法を行うことになり、議会の授権がないかぎり、違憲が疑われることになる。

CEAは制定法あるいは議会の授権があるから、最高法規とするのは肯定されよう。しかし、議会の通過儀礼を経ないSEAが最高法規条項の条約と同列か。最高裁は肯定的である。最高法規条項は明文で条約や連邦法の州法への優越を規定する。条約以外の国際法としてSEAを大統領は締結できるけれども、それが最高法規条項で州法に先占する、あるいは既存の権利を書き換えるなど、制定法と同位になるかは別問題となろう²⁴¹⁾。

制定法は慎重かつ排他的な手続でのみ制定されるのであって、その変更や廃止は憲法1条に符合していなければならない²⁴²⁾。SEAが制定法と同じ国法上の位置づけにあてられるのには先例がある。Restatement(3d)は、大統領の憲法上の権限内でのSEAは国法であって州法に優越し、条約や他の国際協定と同じように、後の国際協定や制定法によって凌駕される一方で、SEAが既存の制定法に優位するかは有権的には解決されていないとする (§ 303, comment j)。結局、Youngstownの定式に従って、大統領に憲法上固有の権限が認められている事項や制定法の授権があったときは、SEAにかかる地位と効力が認められるとの整理しかないように見える²⁴³⁾。

240) HENKIN, at 228, 503-4 n.194. このEAに自力執行性があるかは1次的には大統領の、2次的には裁判所の、解釈の問題である。Id.

241) Clark, *supra* note 39 at 1597-99.

242) Immigration and Naturalization Service v. Chadha, 462 U.S. 919, 951 (1983).

243) See, e.g., Clark, *supra* note 39 at 1656. SEAが法形式として否定されるのではなく、憲法はSEAを最高法規とみるのを裁判所に要求しないことを意味する。Id. at 1660.

4 大統領は自由にSEAを終結させうるか

SEAが大統領の権限内で執行権のプロセスで決定されていくなれば、その撤廃は大統領のみの判断でなしうるといえそうである。この点、パリ協定の事例は興味深い。1992年の「気候変動に関する国際連合枠組条約」を受けて、また1995年の京都議定書を経て、2016年採択された「パリ協定」は、オバマが政権を去る直前に大統領単独で締結したもので、議会の承認の手続を経ていない。この多国間協定はアメリカだけ条約の形では対応していない²⁴⁴⁾。2016年の選挙で勝利して17年1月から大統領になったトランプは、パリ協定からの撤退を訴え続け、ついに2020年10月、パリ協定から撤退を宣言した。しかし、その後任のバイデンは大統領に就任した2021年1月20日に再加入する声明を出し²⁴⁵⁾、パリ協定に復帰している。

パリ協定は気候変動から環境保全を目的とし、石炭など二酸化炭素排出削減をその手段としている。各国にはこれにかかわる産業や経済を規制することになるから、国内法も要する。ただアメリカはパリ協定の法的拘束力のある部分は、情報提供や排出の算出、報告義務などその手続のみで、欧州とは異なって排出規制など実体面は訓示的と解していたから、議会を参与させないで締結できると踏んだともいえる。パリ協定の締結から離脱さらに再加入は、大統領選の争点にもなりうるほど国論を二分する。しかし法的にはすべて執行権内で展開される。トランプが一方向的に脱退させたようにみえるけれども、そもそもこれを締結したオバマ自身が条約や

244) Steven Groves, *The Paris Agreement Is a Treaty and Should Be Submitted to the Senate*. <https://www.heritage.org/environment/report/the-paris-agreement-Treaty-and-should-be-submitted-the-senate> (Mar. 15, 2016)。日本は、平成27年12月12日にパリで採択されたのを受けて、翌年4月22日にニューヨークで署名した後、同年11月8日に国会承認を行い、同月14日に条約第16号として公布、12月8日に日本について効力発生となっている（外務省HP）。

245) <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/01/20/paris-climate-agreement/>

CEAではなくSEAで締結しており、同協定の多くの国が立法府の参画を経て条約の手法でなしているのと同対照的である²⁴⁶⁾。

ただこのパリ協定はそもそもEAとはいえないかもしれない。というのも、オバマはこれを訓示的で少なくとも法的拘束力のないものと理解して締結しており、したがって議会もこれを国内的に履行するための立法も必要とはしなかった²⁴⁷⁾。これはSEAとはまた別の、大統領による政治的協定あるいはソフト・ローといわれる国際取極で、法的拘束力のないもので、したがってのちの大統領も拘束するとまではいいがたい²⁴⁸⁾。もっとも、アメリカがパリ協定に参画したことは国際社会でアメリカの行動を期待させるのであり、のちの議会も大統領も法的拘束力がないと冷淡に扱うのもいただけない²⁴⁹⁾。こうした政治的協定を憲法的にどう統制するかは困難

246) Eugene Kontorovich, *Exiting Paris: What the Climate Accord Teaches about the Features of Treaties and Executive Agreements*, 51 CASE WES. RES. J. INT'L L. 103, 115(2019)。一概にトランプが独断的だとは責められないということか。Noah Feldman, *The Paris Accord and the Reality of Presidential Power*, BLOOMBERG, <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2017-06-02/trump-paris-climate-change-And-constitutional-realities>

247) Coral Davenport, *Obama Pursuing Climate Accord in Lieu of Treaty*, N.Y. TIMES, Aug. 26, 2014. <https://www.nytimes.com/2014/08/27/us/politics/obama-pursuing-climate-accord-in-lieu-of-treaty.html> 大統領は上院が承認した1992年の気候変動条約に基づいてアメリカを導こうとしたが、温室効果ガス削減の核となる使命には国際法上の取極はできなかったため、清浄大気法（Clean Air Act）での国内法上の独立した既存の権限を、この政治的協定の共鳴する排出削減を義務付ける規制のために行使した。Goldsmith, *supra* note 51 at 466.

248) Michael Ramsey, *Evading the Treaty Power?: The Constitutionality of Nonbinding Agreements*, 11 FIU L. REV. 371, 376(2016); BRADLEY, *supra* note 78 at 97.

249) Eric Posner, *Treaty-ish*, SLATE, Aug. 28, 2014. <https://slate.com/news-and-politics/2014/08/obamas-proposed-climate-change-agreement-good-for-the-planet-and-perfectly-legal.html>

な問題である²⁵⁰⁾。

SEAは大統領権限で大統領が一方的に締結したのであるから、これを一方的に撤回できるのも当然といえる。先にみたように、上院の承認を経ている条約でさえ大統領が一方的に撤回できるのを最高裁は追認している。Goldwater v. Carter (444 U.S. 996(1979))では、カーターが台湾防衛のために米台相互防衛条約 (China-U.S. Mutual Defense Treaty) を中華人民共和国との国交のために一方的に破棄したのを、最高裁は否認していない。パリ協定はさほど法的拘束力がないとの認識で大統領が一方的に撤回できるように見える²⁵¹⁾。

大統領がSEAを一方的に撤回できるかは憲法上肯定されるであろう。しかし、判例もなく一義的とまではいえない。SEAはその締結には議会を関与させず大統領のみの判断で、憲法上あるいは立法上、大統領専権事項の範囲内で国際法として形成される。他方でこのパリ協定のように環境にかかわり、自国の経済規制を不可欠とするような、その実行において国内法のケアを要するものもあり、締結されれば国内法や政策の実効に着手され対世的な影響も無視できない。それを斟酌せず一方的に撤回するの

250) BRADLEY, *supra* note 78 at 97. ソフトローあるいは政治的協定について、富井幸雄「非拘束的国際協定—憲法の視点」法学会雑誌第63巻1号51頁, 2022年, 参照。オバマは憲法上の大統領権限のみに基づいてパリ協定をなしたが、実際にはブッシュが先に締結した気候変動条約や大気清浄法を履践するものともいえる。ただ議会の洗礼は受けていないのであり、そこに統制が働くのは通達175の手続であって、いわば行政法的制約が機能しているとされる。Galbraith, *supra* note 93 at 1740. Galbraithは、大統領の国際約束の多様な手法と憲法を迂回しても行政法あるいは国際法の制約が機能する局面をこのパリ協定に典型的に見いだすとする。Id. at 1731.

251) David A. Wirth, *Is the Paris Agreement on Climate Change A Legitimate Exercise of the Executive Agreement Power?* LAWFARE, Aug. 29, 2016. <https://www.lawfareblog.com/paris-agreement-climate-change-legitimate-exercise-executive-agreement-power> なお、大統領の条約撤廃の権限について、富井幸雄「条約の終了と憲法」法学会雑誌63巻2号, 2023年(予定), 参照。

は、国際社会への影響はともかくとして、利益衡量の観点から制約されるとの法も議論されてもよい。

SEAは次の大統領を法的に拘束しないのかも法的な問題にしよう。セオドア・ルーズベルトは、SEAは将来の大統領を拘束しないとの考えであったが、実務では必ずしもそうでないようであり、かといって法的に拘束するとの強固な断定的法理もあるわけではないようだ²⁵²⁾。

六 EAの憲法的関心は統制となる

1 権力分立思考

SEAは憲法上容認されるも、権力分立や連邦制の原理に反してはならない。大統領は憲法で認められた権限の範囲内であればいかようにもEAを締結できる。もっとも、大統領のみでEAを締結させその実効性が確約されわけではない。事前に議会と調整することは望ましいし、むしろインフォーマルでも同意を得ておくことは憲法的にも指向されるのであって、そうならばCEAあるいは条約に近接してくる²⁵³⁾。EA+やSEAなどで大統領の一方性は既存の制定法で授権済みとして正当化されるが、根拠としては弱いとされる²⁵⁴⁾。

252) Kontorovich, *supra* note 246 at 109.

253) SEA「の有効性に関するルールは、大統領のみの権限に基づいて締結され履行されるすべての協定を含み、その履行には上院もしくは議会の権限の行使を必要とする取極は排除されるように描かれなければならない。履行されるべき大統領の協定が、例えば議会の予算支出法の可決といったような議会行為を要件にして認めるなら、そうした議会行為がCEAとなるような黙示の協定となる。大統領の協定は、条約あるいはCEAのかわりに締結され履行されるのは、大統領がその協定を履行するのに自身のみ権限の中で完結する状況の時だけである」。BYRD, *supra* note 30 at 172-73. 大統領は拘束力のある国際協定には議会あるいは上院の授権を得なければならないとの主張もある。Bradley and Goldsmith, at 1259.

大統領の条約締結には、上院の同意を要件とすることで立憲的統制の仕組みが設けられた。しかし、憲法に規定のないEAはそれが構築されていない。EA締結が執行権にあるとしてもこれを野放しにしておく理由はなく、権力分立や法的統制は要請される。

CEAは議会の承認があり、EAの多くがこれであるから、そこに条約と同じ発想での観点からの統制は一応満たしている。しかし、それで十分なのか、漏れはないのかは問題になる。Hathawayによれば、事前の立法授權型のCEAにあっても、その授權は極めて広範である²⁵⁵⁾。CEAでは、議会の関与は立法過程と大きく異なる。いわゆるfast trackで、委員会審議の時間短縮などで本会議採決を早急に求めるのであって、CEAは両院の同意とするも、通常の立法と同じではない²⁵⁶⁾。条約、CEA、さらにSEAは相互互換性が容認されており、後2者については憲法の管轄権規定で限界が画されるという。立法管轄権は憲法1条で限定されているから画定は可能だというのを容認するとしても、憲法2条の大統領の権限はそうではないから、憲法規定から限界を見いだすことは法議論として賢明ではない。

EAの終結はいずれの類型でも大統領自身にかかっている²⁵⁷⁾。大統領は憲法上、アメリカを代表して外国と交渉し、国際法を形成する権限を黙示

254) *Id.* at 1263. 「受容論 (receptivity)」とか「スペクトラム分析」と名付けている。

255) Hathaway, *supra* note 49 at 166.

256) Paul, *supra* note 226 at 725. 通常の立法では、議会在正式の草案を大統領に送付し、通常多数で両院で可決され、その後10日以内に大統領が署名（または拒否権行使）する。2条の条約手続は大統領が草案を上院に送付、上院は条件など付けて修正できるが、これを受けて大統領が正式の条約を上院のみに送付、3分の2の多数で可決される。大統領は条約を逸脱できるが、議会在正式に立法によらなければそれはできない。Setear, *supra* note 104 at S10-S11.

257) BYRD, *supra* note 30 at 177; Bradley and Goldsmith, at 1225. なお、BradleyとGoldsmithは、EAのみならず条約から政治的協定まで、それらの解釈や運用全体での大統領の国際法形成権をどうアカウンタブルにしていけるかを考察している。

的に認められる²⁵⁸⁾。憲法学的関心は、執行権の国際関係処理能力の効率的発揮を考慮し、それは専権的に行使できるとしたとき、これを立憲的にどう統制していくか、アカウントビリティをどう確保しそのための制度をどう構築していくかにシフトする²⁵⁹⁾。それはEAでの大統領専権をどうチェックしていくかに帰結する。アカウントビリティは必須で、EA（を含む大統領の国際法形成）が外交政策に有効であるかの検証は当然としても、大統領は違法な行為をすることがあり、その適法性を確保させるのが最重要となる²⁶⁰⁾。

EAが条約と並んで外交や国際関係を法的に形成するのに不可欠なツールであることは、広く認識されている。アメリカでは3類型でこれを慣例で展開し定着させている。それぞれは、対象事項を異にすることで漠然とすみ分けられている。SEAは議会の手続を踏まないから、その憲法的根

258) 「唯一大統領だけが、国家の代表として話して聞く権限を有する。彼は上院の助言と承認で条約を締結する。しかし、彼だけが交渉する。この交渉の領域には上院は踏みこめない。すなわち、議会自身はこれに入り込むには無力なのである」。Curtiss-Wright, 299 U.S., at 319. この事件でのサザーランドの（自身はマーシャル最高裁長官を継承としている）「唯一機関」論が大きい。なお、富井幸雄「外務における司法権の執行権への敬讓」法学新報127巻2号87頁、92-99頁、2020年、参照。ホワイトは、サザーランドは外務領域での現代主義者であり、「執行権の柔軟性、積極的拡大商業の外交政策、アメリカの主権や安全保障の保持を好んだ。彼はこうした目的を現代の国際秩序で生存していくことと同視する。」と評する。WHITE, *supra* note 69 at 467.

259) アカウントビリティとは、行為者がその行為の正当化あるいは説明を一方の行為者が要求し、そのパフォーマンスあるいは説明に基づいてその第2の行為者を制裁ないし褒賞することができること（Edward Rubin）であり、執行権によって締結された国際協定を議会で、そして公的に精査（scrutiny）することである。Bradley and Goldsmith, at 1271, 1275 n.330, 1275. 大統領の専権的国際法形成（解釈や運用を含む）では、大統領権限の他の領域に比べて討議のプロセスが欠如している。Id. at 1275-76.

260) Bradley and Goldsmith, at 1278-80, 1282.

拠が議論されるが、基本的には執行権付与規定から正当化されてきたとすることで²⁶¹⁾、争いは少ないようだ。

憲法に明文規定のない国際法の形式は、歴史的実践で定着した。それには流動する国際情勢と、これに責任をもって対処する責務と戦略を持つアメリカの国家としての矜持がある²⁶²⁾。さらにその効率的な対応の要請から、大統領(執行権)の一方的な(unilateral)国際法形成としてEAが条約を圧倒していく。国際情勢と議会=大統領間の力学関係やバランスが、その展開に影響する²⁶³⁾。

大統領先行には、それが外交であっても司法がチェックするのが原意だとされる²⁶⁴⁾。その後の大統領権限の拡大は、権力分立構造を軸としながらも、外務法領域で大統領をどうチェックしていくかの関心をふくらませてきた²⁶⁵⁾。もっとも、司法による統制は消極的になっていくし、憲法の構造や実務から司法による統制には諦観のムードがある²⁶⁶⁾。権力分立の

261) 「憲法のデザインは簡潔かつ実務的である。ルーティンの外交事象をこなすために、マイナーな協定を締結する独立した権限を持っている。それは濫用される余地がほとんどない。しかし、大統領が実体的な長期の義務を約束する、あるいは国内法を変更するように望むなら、上院もしくは議会全体で立法院のチェックが必要とされる」。Ramsey, *supra* note 31 at 240.

262) Yoo, at 760–61.

263) KRUTZ & PEAKE, *supra* note 48 at 199.

264) MARTIN S. FLAHERTY, RESTORING THE GLOBAL JUDICIARY: WHY THE SUPREME COURT SHOULD RULE IN U.S. FOREIGN AFFAIRS 46–63(2019). 原意主義の伝統に立てば、大統領の外務について司法がメスを入れるのは司法の歴史的役割にもかなうとする議論である。

265) 国際法は直接ではないけれども憲法上の権力分立に影響を与えており、とりわけ大統領権限の拡大では顕著である。Galbraith, *supra* note 204 at 1008. Watergate以前は、外務に関する大統領権限の拡大をチェックしたのは、議会ではなく最高裁であった。Elliot L. Richardson, *Checks and Balances in Foreign Relations*, 83 AM. J. INT'L L. 736, 738(1989).

266) Michael D. Ramsey, *Courts and Foreign Affairs: "Their Historic Role"*, 35

うちでEAの政治的統制とりわけ議会によるそれが肝心となっており、以下この局面での統制を考察する。

議会の統制の目的は大きく2つある²⁶⁷⁾。第1に、すべての重要な国際協定を議会が把握できるのを確保させることである。第2に、重要なアメリカの関与が立法府の承認でなされるのを確保させるプロセスを提供することである。そこには権限の射程に関するものと手続に関するものの2つがある²⁶⁸⁾。前者 (scope-based) は「国内法や憲法が沈黙している事項としてなしうる法的権限」に、後者 (process-based) は「この法的権限がどのように行使されているのか」に、かかわる。こうしたチェックの仕組みは、憲法の包含するところではないから十分ではなく、制定法や執行権の慣行や基本的な法によってなされている。Case法はこれにあたる。

Case法はすでに見たように、センシティブな性質を有するものも含む、合衆国が締結するすべてのEAを、議会に知らせるよう執行権に義務付けるもので、具体的には国務長官に、効力発生の60日前までに速やかにあらゆるEAの条文を議会に移送する (transmit) のを要求する。なお、大統領が秘密指定したEAは、議会全体への移送の義務は免除されるけれども、下院の外務委員会 (1994年に国際関係委員会 (Committee on International Relations) に改名) と上院の対外関係委員会に、大統領の通知に基づいてのみ解除される秘密の差し止め (injunction) の下で移送される。

CONST. COMMENT. 79(2020). Ramseyは、Flahertyの分析、つまり司法は外務から完全に除外されていないとの議論は正しいとする一方で、常にそうあるべきとの議論にはならないと論じている。なお、富井、前掲 258) 論文、参照。

267) Senate Study, at 209-43.

268) Jean Galbraith, *From Scope to Process: The Evolution of Checks on Presidential Power in US Foreign Relations Law*, in AUST AND KLEINLEIN, *supra* note 19 at 239, 240.

2 議会と執行権による統制

権力分立はEA（に限定されず大統領の外務権全般におよぶが）の議会統制を要求する。Bradleyらは、議会は、大統領をこの分野で包括的に監視する「警察パトロール (police patrol)」ではなく、議会の外務に関する委員会が、能動的に不断の監視はしないけれども、メディアや世論などに触発されて大統領のこの分野の監視をする「火災報知器 (fire alarm)」として、監視の能力を発揮するとする²⁶⁹⁾。公民への教育効果として情報提供が肝要であり、国務省に国際協定を速やかに効率的に網羅的に公刊させる制度改革が不可欠だとする²⁷⁰⁾。

Hathawayは議会統制を訴える。憲法学上EAの統制は権力分立が基本であるとし、事後的CEAやSEAは議会が関与しない大統領専権の領域になっていることを反省すべきとする²⁷¹⁾。SEAと事後的CEAには民主的アカウントビリティの欠如と議会の忍従、そして大統領専権があることを警戒し、その回復のためにアメリカの国際法の形成に行政的と立法的の2つのトラックの改革を主張する。行政的とは、このプロセスにAPAのルールメイキングの型を取り入れ、告知聴聞の機会を設けて当事者を参画させて透明性をはかるとする。それは、議会への報告を60日以内としているCase法に、事前の報告の義務を要件として加えることである。議会報告は公開で、EAの法的根拠をはじめとする情報もそこで広く公にされるものにする。そこから公的な精査 (scrutiny) が展開され、外国の対応機関との交渉でのコメントも収集される。EAの多くは行政規則のようなものであり、APAに類するプロセスを経ることで法として堂々と確立させることによって、かかる国際法形成がAPAに適合しているかの司法審査に

269) Bradley and Goldsmith, at 1284.

270) *Id.* at 1288-89. Bradleyらは、アカウントビリティの観点として、事後的なこうした統制あるいは監視を重視しているようである。

271) Hathaway, *supra* note 49. 本項の記述は以下に依拠する。*Id.* at 240-66.

服させることができる²⁷²⁾。これは議会の安易な大統領への授權法を検証することにもなり、200年余のそうした惰性を断ち切るものとなる。

これが適用されるのは、大統領の固有の権限に属する事項のEAと、事前の立法の明白な授權に基づくCEAである。これ以外のEA、つまり、①実効化に制定法を必要とするEA②1年以内の告知期間でアメリカの一方的な撤退が明言されていないEA③どちらかの院の相当の数の議員が制定法としての国際協定として締結されるとはっきりと望んでいるEA、は立法的トラックでなされるとする。

立法的トラックは3類型からなる。第1は、憲法2条の条約として国際協定を製作するもので、上院の3分の2の同意と承認で締結される。第2が事後的CEAで、EA締結後に議会の通常多数の賛成でなされる。これに加えて第3に、通商協定でみられるような速戦的なfast trackで、議会と大統領がネゴシエーションしてEAを承認するものである。

このように、HathawayはEAのプロセスを民主化することを主張する²⁷³⁾。Galbraithも、最高裁のチェックを期待しつつ、このレベルのチェックの有用性を志向する²⁷⁴⁾。彼女もAPAに準じたいわば適正手続によるEAのチェックを主唱している²⁷⁵⁾。EAは、国務省の通達175を皮切りに執行

272) もっとも、EAの内容や実体面での司法審査は、国内次元でのAPAであってもシェブロン法理で限定的となる。*Id.* at 249-51. シェブロン法理について、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（1）—ゴースタック最高裁判事のシェブロンへの立ち位置を素材として」法学会雑誌60巻2号1頁、2020年、富井、前掲258）論文、122-24頁、参照。

273) 「よりオープンなプロセスから帰結される協定は、秘密裏で単独で行動する大統領によって協定がなされる場合よりもはるかに長持ちするものになる。……この行政的レビュープロセスは、議会と公民全体によってより深い行政協定の精査（scrutiny）を貫徹させるのをもくろむ」。Hathaway, *supra* note 49 at 252-53. なおHathawayの議会統制の議論を検討した邦語文献として、山田哲史『グローバル化と憲法—超国家的法秩序との緊張と調整』（弘文堂、2017年）121-78頁、がある。

274) Galbraith, *supra* note 268 at 251.

権内部で手続が規定されているのであり、チェックという点では担保されている。1972年に立法化する動きがあったが、EAの大統領権限の側面も主張され、立法にはならなかった²⁷⁶⁾。

立法や大改革をせずとも、簡易迅速な統制は可能である。その第1は情報公開で、EAの公刊である。国際法上、EAも条約もすべて公表されることが義務付けられている²⁷⁷⁾。1895年の公刊法 (Public Printing Act) は、国務長官に会期末までに、法律のみならずすべての議定書や条約や協定、声明を含む『連邦制定法拾遺 (Statutes at Large)』を編纂しバインドして配布する義務を課した²⁷⁸⁾。Case法では、すでにみたように、条約のみならずすべての国際取極の条文を発効から60日以内に議会に移送することが義務付けられている。連邦法はすべての条約やその他の協定を公刊するよう義務付けており (1 U.S.C. § 112a), それは連邦制定法拾遺にも法的な証拠として記される (1 U.S.C. § 112)。条約国際法拾遺 (Treaties and Other International Acts Series (TIAS)) にも同様になされる (1 U.S.C. § 112a, § 113)。

第2にアカウントビリティである。それは「透明性のレジーム」とくくられる、すべてのEAの公刊義務、議会への報告義務、そしてこれらの二股のチェックの定期的な見直しは、議会がEAに関して執行権を統制する最も依拠できる手段になっている²⁷⁹⁾。しかしHathaway, Bradley, Goldsmith

275) Galbraith, *supra* note 93 at 1691-97.

276) Senate Hearing, at 7.

277) 国連憲章102条。「条約及びすべての国際協定は、なすべくすみやかに事務局に登録され、且つ、事務局によって公表されなければならない」とし、これがな「されていないものの当事国は、国際連合のいかなる機関に対しても当該条約又は協定を援用することができない」と規定する。

278) Senate Study, at 210.

279) Transparency, at 645-57. Bradleyらも別のところで、透明性を強調する。「われわれの透明性の主な提案は簡潔で、執行権は締結した国際協定とその法的根拠を、終結させた協定も含めて、そうした行為が終了した後で公にすることである。こうした事後的な透明性は、法を公刊し、これらの事項を交渉し決

の実証的な調査研究では、多くのEAは未公刊で、また議会への報告さえなされずじまいで、法的根拠の引用も大まかで不正確であり、確立された議会のモニター制度は不十分であると断じている²⁸⁰⁾。Case法は、EAの報告にはその法的根拠を正確に示した表紙をつけて議会に提出するように義務付けている。表紙のうち約7%が憲法2条を根拠として示しているからSEAとみられ、あとの約93%は制定法あるいは憲法外の法を援用していると示している。

Hathawayらはこれが法的に弁解の余地のないもので、議会と執行権内のコンプライアンスのための機構の不具合は否めないとしたうえで、立法の改正も制定も要しない改革を提言する²⁸¹⁾。執行権特に国務省にCase法の順守を徹底させ、そのために不順守の原因であった資源不足を議会もともに補っていくFederal Register（官報）制度の改革である。Case法の順守には、法的根拠を明示して提出するのを徹底させる。執行権にはすべてのEAに法的根拠を公刊するよう義務付けるとともに、無関係の法を援用するなんでもかんでもの（kitchen-sink）の議会の慣行を是正する。国内行政法のAPAの枠組みを連想させるといえる。

大統領の国際法形成には条約、CEA、SEA、さらに法的拘束力のない

定する大統領の行為を大統領の大権—ある者は憲法上の、ある者は議会の授權によるもの—に干渉することなく、精査し矯正するのを認めることで、アカウンタビリティの目的に資することになる」。Bradley and Goldsmith, at 1288.

280) Transparency, at 677, 680, 691. 「EAのための透明性の制度は、議会に、直接かつ利害当事者からのヒアリングで、評価するのを可能にさせるように企図されるが、われわれの分析では、そのシステムはこの目的のために十分機能していないと確信をもっていうことができる。協定の政策上の意図と効果が重要であるのはいうまでもないけれども、同様に、執行部が議会の監視に不可欠である制定法上の義務に適合しているか、そして執行権がこれらの協定の締結で適法に行動しているかという問題も重要である。透明性のための制度の失敗は、底流している協定の政策上の意図とは別の関心なのである」。Id. at 691.

281) Id. at 691-720. See also, Bradley and Goldsmith, at 1275-79.

政治的協定があるが、それらの選択には手続も実体も憲法上は制約がない²⁸²⁾。そこに法的基準は見いだせず、相互互換性が実務でも学説でも漫然と通用しているようにも思える。Galbraithは、大統領は上院も議会も通さないEAを含む国際協定によって国内の規制を行っている傾向を指摘し、大統領のこうした国際社会との取極の権限は制約されないとされるが、そうではなく行政法を含む制約の枠組みの選択の問題になるとする²⁸³⁾。

七 むすびにかえて

EAの問題は議会と大統領の権力分立に絡む。国際法形成に権力分立を働かせるアメリカ法学の信念を見るのである²⁸⁴⁾。そこでは規範というより、政治や政策や必要性が動因になっており、いかに歴史や慣行がEAの憲法的地位を形成してきたかを物語っている²⁸⁵⁾。憲法2条の条約ですべ

282) Galbraith, *supra* note 93 at 1699. いわく、「個別の承認のために上院あるいは議会に行くことしか大統領が選択できないのなら、国内での取極を承認するプロセスに有益な憲法上のチェックは、あるとしてもごくわずかになる」。もともと、大統領のこうした裁量的選択権は制約を排除する権力ではなく、それぞれの制約を選択する権利であるから、国際取極の憲法的制約を弱めるものではないとする。 *Id.* at 1700.

283) *Id.* at 1680-81. 「アメリカの外交政策は上院あるいは議会の個別の承認を得ないでなされる国際約束に大きく依拠している」から、その統制のメカニズムとして、憲法にとどまらず国際法や行政法の枠組みで、EAのライフサイクルを見ていく必要性を強調する。 *Id.* at 1744. 「国際社会の情景はアナキーではなく、ますます法秩序によって形成されているし、行政法は執行権が国際的にどのようにふるまっていくかにますます影響をもたらすようになっていく」。 *Id.* at 1744-45.

284) 権力分立は、「野心には野心で対抗させることで誤ったふるまいを萎えさせて、アカウントビリティを促進させることにある」。Hathaway, *supra* note 49 at 147.

285) BRADLEY, *supra* note 78 at 98. 「EAは効率的な政策形成のツールとして出現

ての国際法を形成させるのは非現実的で、EAは大統領にとっても上院にとっても、ともに功利的なのである²⁸⁶⁾。大統領は重要な国際取極でさえ造作なくEAを選択しており、条約のプロセスは典型的な形式にとどまると普通に理解されるようになってきている²⁸⁷⁾。こうした変遷には、大統領が便宜から権限を拡大させていき、憲法の権力分立にも影響をもたらしていったのを見て取れる²⁸⁸⁾。

憲法では上院の3分の2の承認と、条約のハードルは高い。これ以外に国家が国際法を形成できなくなれば、アメリカは国内の政治状況で国際社会では孤立してしまいかねない。実務ではEAという手法で柔軟に機動的に国際法を形成させ、アメリカはたくましく国際社会の主役になっていった。条約にEAが取って代わっているのであり、この現実からEAの統制、条約の現代的定義や限界をとらえる必要はあろう。「条約よさようなら」とは決して言いすぎではない²⁸⁹⁾。もともと、条約は憲法で厳然と存在す

し、ほぼルーティンのこととして重要な政策の分野でさえ支持できない条約プロセスに大きくとってかわった。この重要な変化は、政治的实践を通しての憲法解釈の結果として進化していったのである」。KRUTZ & PEAKE, *supra* note 48 at 50. 高野雄一『憲法と条約』（東京大学出版会、1960年）50頁。3分の2の壁は「円滑な条約締結の桎梏」になっている。同上、49-50頁。

286) KRUTZ & PEAKE, *supra* note 48 at 184. 2条のプロセスを残しながら、憲法の簡潔さ（brevity）が国際情勢の要請と相まって、大統領＝議会の制度の成功裏の取り込みの段取りを設けたのであるとする。 *Id.* at 189.

287) *Id.* at 94-95.

288) Paul, *supra* note 226. 議会や裁判所のチェック機能がより重要になるとする。 *Id.* at 772-73.

289) 「手続を変えることで、われわれの国際法形成プロセスが実体的な不同意を不当に曲げたり招いたりしないことになるであろう。かくして、条約の終焉はたぶん、アメリカの国際法形成の新出発をもたらすことができる」。Hathaway, *supra* note 24 at 1357. 「それでも憲法2条のプロセスを大統領が使用する意義はなくなるかもしれないとされる。Curtis A. Bradley, *Article II Treaties and Signaling Theory*, in THE RESTATEMENT AND BEYOND: THE PAST, PRESENT, AND FUTURE OF U.S.

るわけで、両者のすみ分け、とりわけ互換性が問題になる。実務ではあっさり認めているけれども、理論的には決着していると、はたしていえるであろうか²⁹⁰⁾。

EAの大半はCEAである。それは議会の関与を置くとの憲法のそもそもの意図を曲げるものではないから、特段違憲の主張はみられない。ただそうなる重要なのは、憲法が想定していなかった下院の国際法形成への関与や役割である。これには学問的な分析は乏しく忘れられた領域ともいわれるが、これが認識されれば、国際法形成は国内法形成と同じようなプロセスをたどることになり、国内政治の状況や党派性がよりビビッドに関係してくることになる²⁹¹⁾。

ひるがえって、日本国憲法でのEAと憲法の関係の議論は曖昧である。それは、内閣固有の権限とは何か、さらに立法の守備範囲はどこまでかが憲法上不明確であることに起因しよう。アメリカは、議会の立法権は憲法に列挙されており、執行権（大統領）に固有の権限が認められている。無論、憲法解釈上そうした線引きができるとしても具体的にどこまでかは議論になる。ただ、本稿でみたように憲法上の了解はあり、また、グレイな部分は議会の授権があれば大統領権限となる。

ここで重要なのは、大統領単独といっても議会在全く蚊帳の外の置かれているわけではないことである。CEAがEAの大勢を占めているように、それは議会で明確にされており、この点、執行権側からそうした制度が大統領固有の権限を侵すものだと強い主張は聞かれない。もっとも、条約とEAの選択、互換性には、明確な制定法や判例をはじめ法的基準はない。

FOREIGN RELATIONS LAW 123 (Paul B. Stephen and Sarah H. Cleveland, eds. 2020).」

290) RAMSEY, *supra* note 39 at 41.

291) KRUTZ & PEAKE, *supra* note 48 at 164-84. 「議会の承認を要件にすることは、大統領の行動に正式の制約を置くことで国際協定に相当な効果をもたらさうことになる」。 *Id.* at 171. *See also, id.* at 184.

それは法的な問題ではなく、議会と大統領の礼讓（comity）だとの諦観にも似た指摘もある²⁹²⁾。

わが国はこの点、実にはっきりしていない。実務では実体を基準として大平ドクトリンで処理されている。それ以外は内閣単独でかまわないというのである。大平ドクトリンも不安定である。ただアメリカと異なり、条約は通常多数で両院の合意を要するとされており、条約自体立法権の総意が要求されていること、大平ドクトリンでEAであっても国内法への影響が深刻なものは条約と同様に憲法上は扱われることで、アメリカのような執行権固有の権限に関する権限との議論はぼやける。しかし、大平ドクトリンにかからないEAはどのように民主的に統制するかは課題は残る。さらに大平ドクトリンを満たすEAと条約がどのようにすみ分けられるのか、相互互換性も明確ではない。

補遺 本稿は科研費（課題番号19K01283）に基づく成果の一部である。

（東京都立大学法科大学院教授・本学兼任講師）

292) Rovine, *supra* note 84 at 430-31. A・シュレジンジャーの「帝王的大統領（Imperial Presidency）」を引用している。