

大統領の権限行使に対する司法権行使の 障壁と可能性

— 権力分立の意義とその試金石としての裁判所の役割 —

Barriers and possibilities to the Exercise of Judicial Power
Over the President's Exercise of Authority
— The Significance of the Separation of Powers and
the Role of the Courts as a Touchstone —

矢 邊 均

【要 旨】

今日に至るまで権力分立についての形式的、伝統的解釈は民主的プロセスを担保するための根本的なシステムとして位置づけられてきているが、その意義と実態の乖離は常に議論の対象とされてきた。国家形態により事情は異なるが、民主的プロセスを重んじるアメリカにおいても、程度の差こそあれ権力分立の理想を実現しているわけではない。その意味で、権力分立を常に実態的政治状況と法的妥当性の両面からいかに位置付け、民主的プロセスに実効的システムとして落とし込むことができるかは極めて困難な問題であるとされる場所である。

権力を分散させるのではなく、技術的に権力を区分するという考えに立てば、そこには権力バランスとは異なる権力機能を重視する統治システムが浮かび上がってくる。今日の規制国家においては当然行政がそのイニシアティブをとることになり、バランス自体に大きな偏りが生じている。特に、行政の長たる国家のリーダーの権限行使は、その人的特性に大きく依拠し、それによりもたらされる政治的成果について、その良し悪しにかかわらず、それを民主的プロセスが担保することで、必要な軌道修正を困難にしていることは否定できない。民主的プロセスによるコントロールは建前であってはならないが、民意を反映しそれを政治レベルでの変革へとつなげていくことは民主主義国家といえども容易ではない。

その意味で、理屈の上では行政に優位する立法の役割が当然期待されるが、それ自体が民主的プロセスにおける手続の観点から即効性のある機能を十分果たしていないという現状を踏まえれば、おのずと司法によるアプローチの必要性が見えてくる。しかし、司法もまた行政とのかかわりにおいて優位な立場にあるとは言えない。ただ、いわゆる伝統的権力分立の観点からすれば、モン

テスキューが司法権の独立に重要な意義をみいだしたことについては看過すべきではない。今日において、必要とされるのはまさに司法権の独立の意義であり、それを実現するうえでの核となるのが、法の本質について中立的かつ公正な解釈運用をなすべき立場にある人としての裁判官の自覚と意識改革に他ならない。

【Abstract】

Traditional interpretations of the separation of powers have positioned it as a system for securing the democratic process. However, the discrepancy between the significance and the actual situation has always been an issue. Even in the United States, which values the democratic process, the idea of separation of powers has not been realized. In this sense, the position of the democratic process in a system of power balance is so difficult problem.

From the perspective of technologically compartmentalizing powers rather than dispersing powers, a system of governance that emphasizes power functions as distinct from power balance emerges. The executive power is clearly dominant and balance of power is skewed. However, it is not easy even for advanced democracies to reflect the will of the people and link it to change at the political level.

Then it is the judicial approach, which is considered the least democratic process, that can suggest the consideration of this issue. The importance of the significance that Montesquieu found in the independence of the judiciary must not be overlooked. Today, the independence of the judiciary should be reexamined, and what is necessary to realize this the awareness and consciousness-raising of judges, who are in a position to make neutral and fair interpretations of the nature of law.

I. 問題認識と検討の射程

アメリカの三権分立におけるパワーバランスは、外見上権力がリジットに均衡するシステムと理解される傾向がみられる。権力自体の均衡がいかに担保され維持されるかは、今日における統治システムの要であり、そこにおける各々の権力の法的意義や位置づけの実際が国家の体制自体を決定づけるといっても過言ではない。すなわち、本来基本的人権を実質的に保障し、その質を高め、国民ひとりひとりの自由を実現す最も崇高で現実的手段として憲法上位置づけられているのが統治システムにおける権力分立であり、権力自体を三つに分けるという考え自体は今日定着している。ただし、その権力を行使する実質的主体については、権力自体の線引きを含めその境界をどう理解

するかについては、各々の国家自体の属性としてとらえざるを得ない。

三権分立という外見上権力が明確に区分されているシステムであっても、その線引き自体は極めて困難であることは、そもそも統治作用自体の目指すところが国家理念というある意味理想的価値観を形容する表現により、具体性が排除され、その理念を達成するプロセス自体の実質については、目的達成という究極的価値によりそれがどの程度適正であるかについての正しい判断が十分になされず、単純に理念を達成するプロセスであることのみを形式的に正当化することにより、実際に崇高な理念を達成するための真理の追究との距離が大きく乖離していくという危惧が存していることは、今日の特定の国家に顕著に表れていることも確かである。

そもそも、国家の成立自体よりもその発展について、国際社会における自国のレゾナントルをその国家自体がどのようにとらえるか次第で、当然それぞれの国家自体の運営の仕方が異なることは容易に理解できる。ただし、それが今日に至る国際社会自体のあり方を歴史的に学び、より地球的価値の共有と実現という理想からは外れつつあるという危機感も抱かざるを得ない国際情勢であることも認識せざるを得ない。ただ、国際社会における価値の共有については、その理想がそれほど多様なものではなく、むしろ宇宙船地球号に形容されるごとく、唯一とは言わないまでも共有すべき価値自体についての理解については大きな格差をみだしがたいはずである。そこに格差が生じる要因は残念ながら大国の利益でしかないのかもしれない。

ところで、かような国際社会における国家の属性に基づく価値の多様化は、ある意味エゴイスティックなものでもあるとっていいのかもしれない。極めて客観性に欠ける表現であるという誹りを受けるかもしれないが、そのおおもとが国際社会におけるリーダーシップのあり方と関連していることは否定できないであろう。

歴史的にみれば、覇権国家という存在と極めて大きなイデオロギーの対立という緊張関係において一定の膠着状態ではあるが国家群という枠組みの中での価値観の共有がまだはっきりしていたころと比較して、そのような籬が外れた後の国際社会においては、良くも悪くも国家自体の独立性がより強調されることで、当然突出した国家理念の実現を正当化しようとする力関係が如実になってきている。そのおおもとにあるのは国家のリーダーの意思であることも今日顕著にみられるようになってきている。その意味で、筆者はこれまで国家のリーダー自体の位置づけに注目し、特に20世紀から21世紀にわたって一応の覇権を有してきたアメリカのリーダーである大統領の権限行使について考えてきた¹。

アメリカにおける大統領の交代とともに、国際情勢はまた複雑化しようとしている。そのような事情のもと、そもそも国際社会において覇権というより高次の影響力と支配的地位を確立することは、覇権国家自体の安定を担保する最も効果的な手段である。ただし、それを実現するために必要とされるのが、国家のリーダーとして自らの指導力を国民に及ぼしえる環境であり、国家体制がそのカギとなる。一体、国家体制と覇権については、国家のリーダーがいかなる思想を有しているの

か、いかなる思惑を腹蔵しているのか、その主観的要因が、国家全体に対する指導力の波及、浸透、そして覇権の獲得に至るプロセスにおいて顕在化²しつつ、強力な国家体制が構築されていくプロセスにおいて、世界秩序にも極めて大きな影響が及ぶことになる。

国家についての研究は膨大であるが、今日国家のあり方は特に国家のリーダーのあり方に大きく影響されることは、今日の状況から明らかであろう。ただ、歴史上、人類の英知として築き上げてきた民主的プロセスによる国家運営という経験は決して軽視すべきものではない。その民主的プロセスが何らかの力によって十分機能できないことによって国家による人権侵害や、独断的裁量がまかり通ってしまうという不都合が生じていることは否定できない。

そこで本稿では、これまで権力分立を民主的プロセスを担保する具体的手段として位置づけ、その問題点を模索する作業を行ってきたが、それを基礎に、民主的プロセスにおける権力分立における問題点の再整理を行ううえで、司法という最も民主的プロセスから遠い、いわゆる二元代表制と一線を画す権力作用がいかなる役割を果たし得るかについてその現状を、とりあえず民主的プロセスの形が整っているアメリカのケースにおいて概観し検討することを目的とする。

II. アメリカにおける三権分立と民主的プロセス

1. 三権分立という神話

基本的人権の保障の具体的手段として、社会契約を基礎に民意によって国家の権限の行使をコントロールする装置として三権分立というシステムが理屈の上では極めて画期的に見えた。確かに今日、学術・学際的議論に至る以前の理解として、権力分立が立憲国家における統治システムの基本であり、特に三権分立によるリジットな権力の分立及び行使が権力集中を回避し、民主的プロセスを担保する装置として位置づけられている³。神による支配から君主制を経て今日の民主制に至るプロセスにおいて、歴史的経験から導き出された英知として、当然に受け入れられている。

ただし一般には、三権分立と権力分立の違いまでは十分に理解されているわけではなく、さらに三権分立に限っての理解についても、正確になされているとは言い難い。通常の教育において権力分立が三権分立を意味し、三権分立が三権の独立を意味すると解することが多いし、後者の三権の独立については、アメリカにおいてもいわゆる形式的に制定法上リジットな権力分立が憲法の規定に反映されている⁴。

一体、今日の状況において、権力の分立自体の概念を形式的にとらえることに何をみだしえるかについては、慎重な議論が必要とされる。そもそも、三権が独立し均衡することにおいて何が生じるか、最悪のイメージは「三竊み」であり、そこには何ら生産的成果は見いだせない。当然三者による相互作用が前提となる。

もとをただせば、今日的統治の前提となる権力は、一つに集中し、その行使においていかに高潔で、「民」に利するかが理想とされた。アリストテレスの社会的動物としての「人」は、単純に自然状態において孤立した存在ではなく、常に集団における存在であり、すなわちそこには「個」の存在の前提としての集団、「共同体」があった。その共同体にいかなる秩序を構築するかが、いわゆる統治の問題に敷衍する。それはさらに、その集団たる「共同体」におけるリーダーの存在にもおよび、そのあり方とその正統性、そしてその正当性に至る。そしてそれは、今日後で触れるポピュリズムの問題⁵にもつながっていく。いずれにせよ、三権の分立に関して形式的理解とその誤解は民主的プロセスにおける統治について常にリスクをはらみ、実際に形式を前提とする理想にははるかに及ばないことは確かであり、今日の国家形態においては特に権力バランスの問題は極めて核心的なものとなっていることは否定できない。

2. 統治システムとしての権力分立の前提

そもそも立憲主義国家においては国家権力の行使が民主的にコントロールされる状態にあり、それにより国家の権力作用が正当化される。その根本にあるのがいわゆる社会契約であるが、人は社会的な存在であることによって本来集団・組織において社会生活を営んでおり、自然状態における個と個の対立という構図において生じる不利益のとらえ方については、それが人間の本性をあぶりだす便宜的な論理展開にとどまることを指摘するものがある⁶。間接民主制において国家をコントロールする手段をいかに担保するかは、立憲主義においてきわめて重要な課題であるが、国家形態や社会の発展に伴う社会的要請の激増によってますます混迷してきていることは容易に理解できるであろう。

その中心にある課題が、まさに三権分立のあり方と政治の実態との関係であり、権力分立という形式ではなく、その実態そのものということになる。モンテスキューが三権分立について政治とのかわり方で以下のように述べていることは象徴的である。「公民における政治的自由とは、各人が自己の安全についても確信から生ずる精神の静穏である。そして、この自由を得るためには、公民が他の公民を恐れることのありえないような政体にしなければならない。▶同一の人間あるいは同一の役職者団体において立法権力と執行権力が結合されたとき、自由は全く存在しない。なぜなら、同一の元老院が暴君的な法律を作り、暴君的にそれを執行する恐れがありうるからである」⁷（▶改行マーク：筆者）。社会契約においても、共同体の成員に平和的環境を提供することが契約成立の前提となっていることから、まさにその要件を実現する具体的手段としてモンテスキューが権力分立をとらえていることは明らかであろう。

上記からモンテスキューが三権分立が政治における実態的秩序形成に寄与するものであって法的な普遍的妥当性を前提とするものとまではとらえていないことに注意が必要である。これはすでによく知られるところである⁸。

3. 三権分立についての再評価

アメリカの権力分立について、「通説的理解」とは結論を異にする理解が存在することについて、阪本昌成教授はその当否とは別に、権力分立原則に多元的視点と解釈があることの意義について指摘を行っている⁹。憲法上権力分立が統治においてその核心的原理と位置付けられていることについてそれを消極的にとらえること自体は歴史的経験の積み重ねによって構築された統治原理自体に利するものではないことは自明である。しかしそれゆえに権力分立を常に実態的政治状況と法的妥当性の両面からいかに位置付け、民主的プロセスに実効的システムとして落とし込むことができるかは極めて困難な問題であるといえる。

Ⅲ. 三権の境界というバイアス

1. パワーバランスという建前

権力分立は三権のパワーバランスの上に成り立つ。神代から君主制の時代において権力は未分化で、社会契約によって安寧に生きる状態が民衆に保障されることがそこにおいて最大の関心事であった。神から十戒の啓示を受けたとされるかのモーゼも、行政・司法そしてそれに基づく慣習的立法のいずれをも担っていたとあってよいであろう。

厳密な契機は別にして、かような未分化の権限を、王政に対してそれに不満やおそれを抱く民衆が、自分たちの意思を反映させるために考え出されたのが権力の分離であり、当初は司法権を含む行政権たる執行権と、君主をコントロールする手段を担保する機能としての立法権の独立であった。立法権の独立についてはきわめて単純であるが、しかしその当時においては画期的であった。そして新鮮で王権に対する抑止の効果はそれまでの統治の常識を変え得るものであったことは確かである。まさに抵抗権という権利は固着した君主権限に基づく理不尽な統治秩序を社会の成員の意思によってより正常な軌道に沿った社会にしていくための極めて重要な権利であったことは確かである。

ロックの権力分立に影響を受けたモンテスキューの三権分立を公理として位置づけた¹⁰マディソンであるが、その明確な分離が自由を保持するために必要であることに触れてはいるが、そこから今日に至るまでその明確な分離について具体的に踏み込んだ捉え方はされていないとされる¹¹。

一体三権分立についてその想起以来どのようにそれらの作用が分離され、独立して機能してきたのか、そして独立した権限がいかなる関係において相互に均衡を保ってきたかについては、その時々々の政治状況によって異なり、原理に基づくというよりも経験と試みによるきわめて不透明な運用に任されていたのではないかと考えられる。理想的であってもそれが実証的であるとは限らない。それゆえ、常に形式が前提で、後付けでそれらの権限同士の境界が設定され、相互に作用しあう関係が成り立って

いたと考えるほうが理解を容易にし、今日の状況にも打倒するのではないだろうか。

その意味で、三権分立という理論は、様々な理解のもとで様々な意味を持ってきたといえる。政治理念と法原理、そして実定憲法が採用するそれについての理解は当然異なってくる。そしてそれは、権力や分離をいかに解釈するかという点で異なり、結局のところ権力分立の理解をより難しくかつ混乱させているということになる。

権力分立、いわゆるseparation of powersのseparationとpowersの各々について、理論が想起される以前から想起後今日までの歴史的経験に基づいた解釈は多様である。それについてはすでに精緻な先行研究が存している¹²。ここで問題にすべきは、権力分立における各権力の分散と相互関係という観点から、独立した権力が他の権力といかなる境界を画し、各々の役割をはたそうとするのか、そしてその役割に応じた権限の行使においてその正当性、法的妥当性は何によって担保されるのかということである。そして、その判断の糸口となり得るのが形式として各権力間に引かれた境界線ということになる。

2. 境界の線引きの前提

各々の権力の間に誰がどのような境界線を引くかは極めて難しい。列強のヨーロッパ諸国が自らの利益を優先し、アフリカに機械的・人為的境界を引いたことで一体今日に至るまでどれほどの取り返しのつかない惨事が繰り返されてきたかを考えると、いたずらに権力を背景に自らの利益を優先することで、その負の影響を受けるのは常に主権者たる民衆であることは間違いない。ある権力が自らの権限の範囲を示すために他の権力との境界を設定する場合、何を優先してその境界を確定するのという問題は、権力行使の死活にかかわるだけに、当然一定のリスク回避を前提に他の権力に譲歩するというまさにきな臭い手法に基づくことになる。その際、もう一つ重要なのは権力同士のバランス関係であり、形式的に対等であってもその実質は異なる。したがってその時点での相互の力関係が境界の線引きにおいて最も重要な要件になる。

上に見る関係は、政治的側面に他ならない。政治では、根拠の正当性の是非にかかわらずその時点での政治状況における秩序形成・維持に何が必要かを優先し判断がなされ、それに基づいて権限が行使される。しかし、それはあくまで政治的側面であって、それによって権力分立の各権力の境界の線引きが、憲法上の原理としてしての法の中立性・普遍性を担保するような法的妥当性を有するものではない。恩師小林直樹先生は大学院の講義で「政治は憲法の鬼子である」と述べられているのをいまだに記憶しているが、憲法で規定するあるいは予定する統治システムとしての政治組織と実態としての政治的裁量や権限の行使を区別し、師の言う「鬼子」は後者を意味するとかんがえる。

行政国家としてその権限の肥大化が顕著な現代国家においては、そもそも社会変化に伴う要請に応じて、すなわち社会の側から生じる要因に基づいて法変動が起きるとされる¹³。問題はその要請

に応じた行政の対応が法的妥当性を維持し得るか否かである。行政自らがその判断をする場合、法的中立を維持し得るかを自己評価したとしてもそれが客観性を確実に担保するものではないことは明らかである。まさに中立的立場からの判断が必要とされる。

社会的変化に伴う要請というキーワードによれば、そこに民主的プロセスが絡んでくるわけだが、その民意が先に見たポピュリズムのリスクとして機能した場合そこでは法的妥当性は無視される可能性が極めて高い。したがって、行政国家において行政権の行使に関する境界線をひくことについて、行政府が独自に、あるいは立法府が民意を反映してそれをチェックすることについてはそれなりのリスクが存する。その意味で、とりあえず短絡的表現であるが、民主的プロセスから一定の距離を置く司法の役割には十分な意義が存しているといえよう。

ロックの執政権から司法権を独立させたモンテスキューが、「裁判権力が立法権力や執行権力と分離されていなければ、自由はやはり存在しない、もしこの権力が立法権力と結合されれば、公民の生命と自由に関する権力は恣意的となろう。なぜなら、裁判役が立法者となるからである。もしこの権力が執行権力と結合されれば、裁判役は圧政者の力を持ち得るであろう。」¹⁴と述べているように、司法権が執政権と立法権を凌駕する権限として位置づけられえることさえ考えられる。判決がそのまま先例としてそれ以降の判決を拘束するだけにとどまらず、政治的意図を有してお手盛り判決を下し、それに立法的效果を賦与することになれば、司法権の独立は他の権限を包摂し、統治システム自体の中心になることができることを示唆する。だからこそ司法権は民主的プロセスから最も遠い位置にあり、政治的支配を前提とせず、違憲立法審査権のような権限を持ち、他の権限に対して指導的地位にあるとあってよいであろう。

IV. アメリカ連邦最高裁の可能性

1. 司法判断のクライテリア

大統領の裁量権の行使において司法判断のハードルとなるのがテイクケア条項¹⁵ (Take Care Clause) の存在であることはこれまでに繰り返し述べてきた¹⁶ことであるが、そのテイクケア条項の解釈自体について、連邦最高裁は極めて消極的姿勢を維持しているといつてよい。テイクケア条項の解釈はそもそも行政権を行使するうえで、行政権行使の正当性の根拠となる大統領の裁量権をどこまで認めるかという、行政権の肥大化に伴いその限界を判断するうえできわめて核心的なものである。トランプ前大統領のような独断的裁量に基づいた大統領命令を連発して、アメリカ国内にとどまらず世界中を困惑させたことは記憶に新しいが、行政権の行使の正当性がテイクケア条項に基づく大統領の義務に帰着するとされるゆえにまさに誠実な義務の履行がなされなくてはならないことは確かである。ただ、大統領が行政のトップである以上、あらゆる行政行為に対して大統領

が責任を負わなければならないのかという問に対していったいいかなる結論が用意されているのかは、結局テイクケア条項の解釈いかにかかってくる。そして、その解釈は当然裁判所によるもので、連邦最高裁の解釈が指導的かつ確定的なものとされる必要がある。

なぜなら裁判所以外の行政や立法におけるその解釈が優先することになれば当然それ自体がお手盛り解釈ということになりかねないことは容易に想像できるであろう。したがって、特にアメリカの場合二元代表制が確立しているシステムにおいては、確かに先に触れたモンテスキューによる言及のごとく司法権の独立を前提に、裁判所が民主的プロセスからより距離を置いて解釈・判断を行うことに当然に意義をみいだすことは容易であり、そうでなければならない。結局、裁判所がテイクケア条項をいかに理解し、そのうえで何を許容し、何を許容しないのかという明確な線引きが求められるが、それほど困難な作業はないし、明確な線引きが安易になされることがあればかえって不可解である。しかし線引きの結果が不可解な印象を与え得ることは否定できないともされる¹⁷。なぜなら、権力分立自体がリジットに各々の権限を確定してしまうことによりその機動性を十分に発揮することができなくなってしまうリスクが現実には存しているからである。したがって、権力分立において裁判所がいかなる線引きを行うかは、ある意味どこまで権力分立の実効性を前提に統治システムの秩序を維持するかという関心にあり、その場合当然裁判所自体の立ち位置、役割をどう自覚するかという問題とも向き合わなければならない。その意味では、“公正・中立”という概念自体が裁判所には大きくのしかかってくることは確かであり、それをいかに処理するかが実務上の問題としても極めて大きな問題とされよう。

2. 司法のジレンマ

司法判断の前提は、その判断の機会をどう担保するかである。すなわち、いくら裁判所が問題ありと考えても、俎上に載らなければ勝手に判断することはできない。訴追のシステム自体が行政組織に属する検察官の裁量に基づくものであることにこそその障壁が存している。いくら司法制度の“公正・中立”が建前であっても、組織において、特に統治システムという実際に機能している秩序に何らかの影響を与えかねない場合、当然政治的配慮が優先することは容易に想像できる。ただし、その配慮の必要性が何を対象として、いかなる根拠によるものかによって、その時点では適正に処理され得ない状況にあっても、後々その評価がなされなければならないことは確かである。

行政は忠実に法律を執行しなければならず、それを誠実に監督する最終責任者が大統領であるというテイクケア条項の建前を基本的視点とすれば、行政による法律の免除や停止の適否についてスタンディング¹⁸の有無の判断を含め訴追するかしないかが問題となった場合それを決定するのは検察官である¹⁹。そしてその検察官は行政組織の成員である。この関係において裁判の俎上に載せるまでのプロセスをどう考えるかは裁判所の判断以前の問題でもある。一旦俎上に載ってしまえば、連邦最高裁は移送令状によって事件を処理することもできるが、そこに達するまで、そしてそこに

達してからの判断自体がさらに問題とされてきたわけである。司法権の独立という建前はこの段階ですでに形骸化する可能性をはらんでおり、裁判の“公平・中立”の担保もまた常に崖端にあることの認識として、特に法的普遍性の観点からみて政治の影響が及ぶことについて憂慮すべき関心事であることは否定できない。

3. 行政による裁量の評価

何故に行政が法律の免除や停止を決めるのかについて、それを行政権行使においてどのように解釈するかが具体的に問題となってくる。トランプ政権においては、大統領の独断的政策強行を実現するための大統領命令の連発等が問題となったが、この時には議会が共和党優位でそれを背景により強気の姿勢が貫かれ、連邦最高裁判所の保守派判事数もまたトランプに有利な状況であった。それゆえ、トランプの横暴を止めるための裁判所の役割について議論が高まったわけだが、それに比してオバマ政権の時には大きく事情が違っていた。

オバマ政権ではその核心的政策であったいわゆるオバマ・ケアの実現のため、連邦政府が法執行を控えるケースがみられた。①特定の状況下での連邦マリファナ所持法に基づく規制の緩和や、②オバマ・ケアの根拠となる医療保険制度改革法（通称アフォーダブル・ケア法=Patient Protection and Affordable Care Act)²⁰に基づく特定の規制要件の適用の延期、③一定の条件を満たした非正規移民への規制要件適用延期プログラムの正当化等である。大統領に当選したときから、選挙の公約の実現こそが最優先課題でありそのためにあらゆる手段を講じる。特に政策実現のために議会との関係は慎重に進められ、議会における勢力地図次第では大統領側に相当の妥協、配慮が必要となることもある。ただし、政策実現のために大統領自らの裁量権はやはりそれなりの力を有していることも確かである。

国家のリーダーたる大統領の裁量に基づいて、国家的危機等国民の利益を守らなければならない緊急事態等においては、大統領はいわゆる“大権”に基づいてその権限を他の権限に優先して行使することができる。覇権国家としての地位にあるアメリカにおいては、まさに国家緊急事態の司令塔は大統領であり、これまでに様々なケースでその権限が行使されてきた²¹。大統領のこの権限は、まさにテイクケア条項に基づき憲法を維持・保護・擁護する目的において行使されるのであるが、その権限についてその詳細が憲法上規定されているわけではなく、まさに憲法において定められた手続から結果として導き出される権限であるともされる²²。ただ、その権限行使の特質からいわゆる国王大権と同種の強権的性格を有しているという指摘もなされ、その行使の正当性をいかに担保するかが問題とされることもある²³。すなわち、連邦政府が政策実現を優先するあまりに不用意に議会の権限を踰越し、立法意図に反した違法行為を将来的に容認したり、その意図には含まれていなかった政策を実施したりすることが、時代遅れの王権の行使に類似するものであるという批判がなされたりする²⁴。

4. 行政と立法のバランス

上に見た大統領のいわゆる大権行使に類似する権限行使について、民主的プロセスが機能していない中でその適否を問題とすることの議論は今日において重要であるが、通常の場合、大統領の権限行使は正当な根拠に基づくことを前提とするゆえに、それがどこまで認められるのかを裁判所が判断する際に行政と立法の権限のバランスをいかに評価するかが問題とされる。そもそも、行政が立法作用を実質的に担う場合を含め、立法権の侵害自体をどこまで問題にできるかは、実際の行政上の必要に応じて立法との力関係は反比例することを前提と考えられる必要が出てくる。最終的に国民の利益を代表するのか、実際にそれを守るのかという問いは、権力分立の議論において核心的問題である。いずれも重要なテーマであり、だからこそいかにそのバランスをとるかが重要になってくる。双方が相互に作用し合って理想的効果を生み出すことが権力分立の本分ともいえる。

例えば、オバマ・ケアにおいて、その政策実現は国民全体の利益を前提とするもので、それまで立法によって十分フォローされてこなかった国民に対するケアを実現するためであり、その意味では憲法の理念に反するものではない。しかし、制定法上規定された一定の規制等を行政が免除したり停止したりすることは、実質立法作用のカテゴリーに入る。それについて裁判所の判断が必要とされることになるわけだが、裁判所の俎上に載せるか否かの判断は検察官にゆだねられる。適性な手続を経て成立した制定法の規制は当然正しいと解されるが、その運用において行政の判断も間違いないという場合、とりあえずその判断を裁判所にゆだねるか否かは、行政組織に属する検察官の裁量にかかってくる。行政の行った免除や停止処分が正しいか否かを機械的に訴追してすべて裁判所の判断を仰ぐというのであれば、訴訟社会アメリカにおけるコストの問題を別にして、複雑な議論がある程度回避できる。しかし、検察官が行政組織に属することで、その裁量自体に対する責任もまたテイクケア条項のもとでは大統領の責任の問題に帰着する。

オバマ大統領のもとで移民法の施行を延期するという決定は一体立法意図に反して、権力分立の要件に抵触するのか否かを検察官が判断するということになれば、当然そこには本来一定の原則的な基準が求められてしかるべきであるが、実際にはそれがあったとしても検察官の一定の裁量の余地が認められなければならないがゆえに問題が複雑になる。しかしこの問題については、大権行使の批判に対して権力分立の成立に必要な憲法上の要件と矛盾しないとする指摘²⁵もなされている。

だからといって大統領が今日のような行政国家における規制権限を広範に移譲されているわけでもないことは確かである。あくまでテイクケア条項に基づいた義務の誠実な履行の結果として、大統領が法令の執行に関与することの反射的效果として法の制定とまではいかないまでも法形成にかかわることになっているという考え²⁶も否定できない。

ところで、法形成にかかわるということについては、法令の執行に伴いその対象と優先順位等の法的妥当性が問題となる。少なくとも行政は正当な根拠に基づいて公正に法令を執行することが求められ、そこに何らかの不都合が存すればそれが当然司法判断の対象となる。たとえば、行政が法

令に違反するすべての対象者にたいしてその法令を適正に執行できないとなると、執行機関は基礎の優先順位を決定してそれに従って対応しなければならなくなる。確かに、行政は執行の優先順位や基準を決めることで、効率的に処理するために始源を配分する権限が認められなければ、対費用効果の観点からも十分な成果を出すことができないことは容易に想像できる。したがって行政の法令執行において一定の裁量が認められることについては一定の理解が可能となってくる²⁷。

ただし、優先順位や基準が明確になれば当然そこに不公平が生じることは避けがたい。事前に順位が明らかになることで、その恩恵を受ける者が出てくる。不利益を課す順番が示されれば、後順位になればなるほどそれは法令適用免除の効果を与えることになるという指摘もなされる²⁸。ただし、そうはいつても行政がかような対応をすることでその行使自体が無効であるという極端な結論に達することを十分納得させる理由も存していないとされる²⁹。

それを示唆する以下のような具体的ケースがある。アメリカ食品医薬品局（Food and Drug Administration：FDA）は国民の健康福祉の保護・増進を担う連邦行政組織で、その目的実現を担保するための連邦食品・医薬品・化粧品法（Federal Food, Drug and Cosmetic Act: FDCA）は全米の国民の健康にかかわる消費者保護を目的とした規制を定めている。人の生命に直接かかわるものだけにきわめて詳細かつ具体的な基準が示され、それに基づいて行政を執行する。現実的にはFDAの人員等の執行資源は限られており、それをいかに効率的に配分するかは行政組織全般の課題でもある。それゆえ、リスクの低い規制対象については、それを規制の対象から除外したり、規制の執行の順番を後回しにしたりする決定をすることも少なくない。例えば、（不純物）混入食品については、制定法上、「健康を害する可能性のある毒物または劇物が付着または含有している」ものとして定義されているが、「当該食品に含まれる当該物質の量が通常は健康を害するものではない場合はこれに該当しない」とされている³⁰。

問題は行政当局が後半の部分についていかなる裁量に基づき規制を執行するかである。より具体的には、FDCAによればトウモロコシに20ppmを超えるカビ毒アフラトキシンが含まれている場合は粗悪品とされるがそれ以下であれば低リスクとして規制対象から除外し、執行資源の効率的活用に資する決定をした場合、それがどのように評価されるかである。この決定をベースに検察官がその裁量に基づいて訴追を控えることで本来違憲となり得る法令適用免除ととられる可能性が生じてくる。というのも、実際行政機関が表明した法適用の猶予の程度や性質が、まさに従来解釈から大きく乖離し、他の事例においてはそのような猶予が決して許されないとか、法適用の免除自体が極めて他の事例に比べて違和感を禁じ得ないというような、その根拠自体の正当性についての評価とは別次元の、より直感的、外観的要素に偏った評価によってそのような印象が形成されるとも考えられる。すなわち、とりあえず正当な理由があつて法適用の免除が決定されそれに従った執行がなされているにもかかわらず、行政機関が法解釈自体を自ら修正し新たな法を形成することで立法権を侵害しているという誤解を与えてしまうリスクを外観上常にはらんでいるということにほかな

らない。かような外観は行政機関が法適用の例外を作り出すという立法作用にかかわっているという印象を与えてしまうというわけである³¹。ただし、これはまた外観を呈することとその実質の違いについて示唆するものでもあり、行政機関が検察の訴追の指針を明確に示すことで、より複雑化する法適用について構造化しがたい要素である裁量の濫用を抑制することに寄与するという指摘もなされている³²。

許容される検察官の裁量権の行使と違憲であるとして許容されない法適用の免除との間に明確な境界線を引こうとしても、結局のところ主観的要素の排除が困難できわめてあいまいであるが、人が法を適用する場合に常にその妥当性を検証するうえで回避しがたい問題として議論される場所である。しかし、一体行政の裁量権に関してどこまで法的に委任することが許容されるのか、また行政に対して許容される立法権の法的委任の範囲を明確化することは可能かという問題として捉えた場合、そこから主観を排除して機械的に原理・原則を適用して線引きを行うことは極めて困難であることが判例においても指摘されている³³。

5. 連邦最高裁の解釈

裁判所が行政権と立法権の行使について明確な線引きを行わないながらも一定の結論に到達する手法としては、Youngstown事件判決³⁴が参考になる³⁵。この事件では、朝鮮戦争の最中に当時のトルーマン大統領が賃金交渉で鉄鋼の安定供給が滞っている製鉄所を戦時下での生産の維持・継続の必要から差し押さえる行政命令を発したことについて判断がなされた。行政側は緊急避難的理由により差し押さえを正当化する主張を行った。すなわち、合衆国憲法第2章第1条³⁶のいわゆるVesting条項（権限付与条項）によって、大統領は憲法により包括的に行政権を付与されており、さらにテイクケア条項により法を適切に執行する義務を有しているため差し押さえは許容されるというものであった。

この政府の抗弁に対して連邦最高裁は以下のように述べてその主張を斥けた。すなわち、大統領は軍の最高司令官としての権限は有しているものの、緊急事態を理由にその権限を行使すること³⁷について、特にその行使が戦場ではなく国内において無条件に認められることはない。差し押さえる行政命令については、議会との関係において適切な対応がなされておらず、大統領の権限の濫用にあたるとしたのである。

この当時の連邦最高裁は、今日のような共和党大統領への忖度が可能な人員構成ではなかったこともあり、判決自体が明快であった。すなわち、立法府優位の原則が機械的に当てはめられ、大統領が定める方法で実行されるべき大統領の政策を実施することに対して配慮することなく、ドラスティックにその権限を否定したことになる³⁸。

上のケースでは統治の民主的プロセスにおける大原則として、権力分立が想起された原初的理解に忠実に、立法府の優位の原則が適用されたが、それ以前からかような解釈がなされていたわけで

はない。議会と政府との関係をより有機的にとらえた判決もある。ニーグル事件判決³⁹においては、行政府を立法府の補完的機関として位置づけることで両者の関係をより実務的な観点からとらえようとしているとともに、その結果として大統領の権限をより広く位置づけようとした。すなわち、憲法自体、国際関係、憲法の下での政府の性格に暗示されるすべての庇護から生じる権利、道義的責務、法的義務を保護するために、大統領には事前に法的権限が付与されていなくても大統領に裁量に基づく一定の行政執行権限が与えられている⁴⁰という解釈を示したのである。

一体、議会が意図する制定法趣旨を実現するうえで、そこにおいて生じるかもしれない問題等を議会が予見し、それに対応するあらゆる規定を提供しているかといえ、当然それ自体を肯定することはできない。議会による立法が完璧であるならば違憲審査権は必要ない。議会の議論の成果として成立した制定法は民主的に尊重されるが、その範囲にとどまるもので場合によっては極めて早い時点で改正に着手する必要があるが、改正が繰り返されたりする。制定法も様々なプロセスを経て熟成しその質、機能性等が完成されていく。したがってこのようなプロセスにおいて、法律の制定に際して予見しなかった事態が生じた場合に行政が実務を通してそれに具体的に対処することを議会が認めることは当然必要となる。すなわち特に今日のように社会情勢の変化がますます変化するなかで法の執行の詳細をすべて網羅した規定を提供することができないというやむを得ない事情の下では、行政の長たる大統領に暗示的な補完権限を認めざるを得ないということになるとされる⁴¹。たとえば、議会が軍艦を購入するための予算を計上した場合、大統領にその購入の権限を与える法律を制定していなくても、大統領の調達行為が正当であることを主張することができることになる⁴²。大統領によって制定法を実務を通して補完する権限たる完成権の行使が許容される範囲と議会に留保されている立法権の行使に関する範囲との間との線引きについては、上に見たように抽象的な表現によって定義することはできても、結局具体的なケースについてはそこでの妥当性を具体的に判断せざるを得ないとされる⁴³。

大統領と連邦最高裁長官の両方の地位に就いたタフト（William H. Taft）によって、大統領の完成権を含む行政権の行使について、その行政行為の行使について付与されている具体的な権限や正当な根拠に公正かつ合理的にたどり着くことができない限りその行使は許されないというような抽象的定義がなされた。そして、その正当性とは明示的な権限の付与を前提としつつ暗示されている補完の必要が正当なものでなければならない。また、明示的な権限の付与は、憲法か議会が制定した法律に基づいていなければならないとされる⁴⁴。

結局、憲法に基づいて公正かつ合理的に行政権の行使が正当であることが立証されなければならないということになり、テイクケア条項の解釈の振出にもどることになってしまう。それゆえ上記定義においては、公正かつ明確に記述できるものとそうでないものとの境界をしめしているが具体的に定義されていないこと、大統領が制定法を執行するうえでの裁量が許容される場合と大統領に権限が付与されていないがゆえにその裁量が許容されない場合との間の線引きをしているが、必

要性の観点からその境界は明確なものとは言えないという指摘がなされている⁴⁵。

6. 連邦裁判所のスタンス

権力分立におけるパワーバランスの問題ということになれば、テイクケア条項に関する連邦裁判所の解釈の問題すなわち行政府と司法府との関係における線引きについての問題も議論の対象となるが、権力分立における行政府と立法府の間の緊張関係における線引きの問題とは多少性質を異にする。裁判所は違憲審査権を持っており、本来公正・中立な立場で事件を処理することができる。したがって具体的・直接的被害を受けていないにもかかわらず、政府機関の執行の違法性を争う訴訟の提起を議会が許容することがあれば、それは大統領の専権事項たる裁量権とそれに基づく行政権の行使を侵害するものとして裁判所は解する⁴⁶。ただし、裁判所は、憲法や法律が適切に適用されているかを判断するという抽象的関心においては、それについて踏み込んだ判断をする以前に、形式的なスタンディングの問題として、訴えの利益がないとしてそのような訴訟を門前払いするのみで、議会がなぜそのような訴訟の提起を認めるに至ったかの事情について、その根拠の正当性について具体的に審査をすることはない。その意味では違憲審査権に基づいた審査まで行うことなく事件を終結させてしまうだけで、何らかの具体的基準を示すまでには至っていない⁴⁷。

裁判所が議会の上のような許容を正当なものとして認め、それに基づいて損害が生じたと判断したとしても、その損害が生じたとする裁判所の判断はテイクケア条項に基づく大統領の法的執行権限を侵害したわけではなく、公正・中立な判断をしたにとどまる。しかし、損害がどの程度具体的でなければならないかを決定するための原理的基準が存在するわけでもなく⁴⁸、事実上損害賠償事件として処理するうえで何を根拠にすべきかについては不確実であるとされる⁴⁹。テイクケア条項における大統領の権限行使に伴う義務と損害の発生の関係について判断するうえで、両者の間にどのような境界線を引くのかについてはやはりあいまいなままであり、そうである以上単純に両者を区別するというよりは程度の問題としてどのあたりに境界線を引くかというような区別をすることをやむなしとしなければならないという指摘⁵⁰もある。

まさにこのような緩衝地帯に連邦最高裁がどのように分け入るのかについては、それが法理的な問題を伴うものなのか、テイクケア条項における義務が本質的に不明確であることに起因するものなのか、いずれにせよケースごとに具体的な検証を行ったうえで判断し、それが正当性を有することを立証するという作業をひたすら積み重ねていくしかない。まさに判例法主義の本道⁵¹であるといえるが、連邦最高裁はそれを回避し続けているという批判は根強い⁵²。

V. むすび

連邦最高裁がテイクケア条項について明確かつ具体的な解釈をしてこなかったという批判は、本来裁判所の判断になじまない政治的判断やスタンスにかかわりその適否について審査しなければならないというジレンマに起因することは容易に理解できるであろう。いわゆる高度に政治的な問題に司法が介入しないことが権力分立における不文律となってきたことも確かである。

しかし、多様な社会的要請に対応しなければならない行政国家においては、法律の運用・執行において迅速かつフレキシブルであることがますます求められるようになってきた。テイクケア条項は、大統領の広範な裁量に基づく執行権と法律の趣旨を实情に基づいた社会的要請に応じて必要な対応をすることで本来の法律の規定を補完しその実行性を担保する完成権の根拠となるという解釈がクローズアップされる傾向にあるが、その裏返しとして大統領の解任の根拠ともなり得、特にトランプ前大統領の登場によって後者の観点から余計にその解釈が問題とされることになったことは否定できない。その際、連邦最高裁の裁判官が共和党に有利な構成となっているという批判と相まって、より議論が白熱していった。特にトランプの発した大統領命令については下級審で否定的判断が下されても最終的に連邦最高裁がそれを覆してしまう環境が整っており、さらに議会においてもトランプの解任や弾劾について最終的に共和党がそれを阻止してしまったことは記憶に新しいが、いずれにせよ統治システムにおけるパワーバランスは政党政治の勢力関係と深くかかわっていることは明らかである。その意味で、権力分立における政治の影響力は否定できない。

政治が健全であればその権力分立に対する影響力を憂う必要はない。ただ今日のように行政権が肥大化した国家においては、何が健全かという抽象的な問でありながら具体的答えが求められるという極めて困難な社会的要請が顕著にみられるようになってきている。これは極めて当然であるが、正当な要請に対して国家の主導者自体が建前や外見のような形式を整えることで、その要請に逆行する政治を正当化する傾向も散見されるようになってきている。ただし、その場合には権力分立のシステム自体が変則的であるが、三権が分立しているからといってそのような不都合がみられないわけでもない。

その意味で、権力分立自体のあり方もさることながら、パワーバランスがいかに適正に維持されているかを常にチェックできるシステムの用意は極めて重要である。アメリカのように二元代表制がとられている場合、議院内閣制よりも民主的プロセスによる軌道修正がより可能であるように思われるが、次元は全く異なるものの地方自治に見られる二元代表制の負の側面と実際の状況にかんがみ、そのような代表制が両刃の剣であることは常に認識していかなければならない。それゆえ、行政と立法の双方から一定の距離を維持することのできる司法をいかに中立・公正な判断者として位置づけることができるかが極めて重要な課題となってくる。

国家レベルの権力分立においては、その司法が特に行政との関係性において行政が司法影響を及ぼしえるシステム（最高裁長官や検事総長の指名、裁判官や検察官の任命、法曹の育成及び登用等）自体の存在は、確かに権力バランスにおいて少なからぬ影響を及ぼしえるが、それこそが本来不偏不党、公正・中立を旨とする司法の限界の要因となっていることは否定できない。しかし、この環境をいかに変えていくことができるかは、短絡的に制度改革によるのではなく、まさに司法判断を行う検察官や裁判官自身の健全かつ不偏の独立した意思表示がなされるかなされないかにかかっている。実際、アメリカにおいてはトランプ前大統領に指名された連邦最高裁判官が、保守的傾向に迎合することなく独自の判断を示すに至ったことは記憶に新しい。それゆえ、アメリカにおいては、バイデン政権の誕生以前から連邦最高裁の改革の必要性についての言及がなされ、連邦最高裁の裁判官の定員を増やして保守とリベラルのバランスを調整すべきだというような意見も示されていたが、それについては政権が変わるたびにそのような調整が繰り返されればますます司法の混乱を招くことにもつながりかねない。それゆえ、今日的司法権行使の限界をクリアするために必要なのは政争の具と化すことのない裁判官自身の自覚と意識改革であるということになろう。正義の定義自体が相対的である今日において、裁判官自身の有する価値観も保守カリベラルのいずれかに収斂する傾向が顕著であるが、法の本質について中立的かつ公正な解釈運用をなすべき立場にある裁判官の指名が困難であるという行政主導の統治システムにおいて、それでもなお建国当時のような裁判官に対する決して高くはない評価とは異なり、法解釈技術において最高の知見を有する判事であればこそ、為し得る理想の判決が期待される。単純に機械的システムではなく、そのシステムに変革をもたらすのは人としての誠意ある思索に他ならないという、きわめて無責任な表現であることは否めないが実際にそれが司法権行使の障壁であり可能性であることは否定できない。

なお、そのような観点を含めいわゆる終局的判断を下す最高裁判所の今後のあり方について検討が必要とされる場所であるが、それについては稿を改めて検討したいと考えている。

註

- 1 拙稿、「司法なき行政の現状と課題—アメリカにおける行政機関の裁決に関する法的解釈指針の問題を中心に—」専修大学緑鳳学会紀要『専修総合科学研究』第27号（2019.10）87頁以下。同、「行政機関の立法行為に対する司法審査の意義—アメリカにおける最高裁の先例踏襲と司法審査の新たな可能性—」専修大学緑鳳学会紀要『専修総合科学研究』第28号（2020.10）111頁以下。
- 2 周知のごとく、東西冷戦時代は双方の陣営が国家を束ね一定の均衡状態が成り立っていた。しかし、冷戦崩壊後においては、いわゆる集団指導体制のような形態をとっていた国家において、指導者の独裁的権力の強化が進み、今日それが顕著になってきている。

- 3 ただし、あくまで形式論的言及であり、それを学際的に至上の原理として位置づけるというわけではない。その意味で、権力分立がある意味初学者にとっては神話なのである。阪本教授は「『権力分立』論の目指すところは『権限の区別』の技術と表現されるべきである」と述べられているが、まさに権力間に境界線を引くという観点からすれば、権力がいかに適正に分割されて相乗的効果が期待され得るかという問にもつながる指摘であると思われる。阪本昌成著、『憲法理論 I (補訂第三版)』成文堂 (2000) 161頁以下参照。
- 4 いわゆるVesting Clauseといわれる条項で、合衆国憲法第1章第1条、第2章第1条、第3章第1条を指す。
- 5 佐々木毅編著『民主制とポピュリズム ヨーロッパ・アメリカ・日本の比較政治』筑摩書房 (2018)、第1章「ポピュリズムの挑戦とEU」(池本大輔著)において、ミュデ、カルトワッセル、ミュラーらの指摘を引用し、ポピュリズムの双面性に言及している。すなわちポピュリズムには、一方で民主政治特に政治参加を促進する側面があるもの、他方で少数派の権利は権力分立のような自由主義的な要素を否定する非リベラル民主主義であること、さらに多元主義が民主主義の本質的要素であることを前提にそれが自由主義にとどまらず民主政治をも損ねるものであるという理解がなされることについて言及している。ポピュリズムをどうとらえ、それを民主的プロセスの中でいかにプラスに作用させ得るかという側面では確かにその可能性の検討は否定できない。ただ結果的にマイナスの効果として別の一面が亡霊になったりや変化したりして民主主義・民主政治に悪影響を及ぼすことの方がより重くとらえられていることも確かである。
- 6 フランシス・フクヤマ著、会田弘継訳『政治の起源 人類以前からフランス革命まで (上)』講談社 (2013年) 56頁以下参照。
- 7 モンテスキュー著・野田良之他訳『法の精神 (上)』岩波文庫 (1989) 291頁、第2部第11篇第6章「イギリスの国制について」より。
- 8 阪本昌成著『権力分立 立憲国の条件』有信堂 (2016) 41頁のH. ARENDT, ON REVOLUTIONの引用参照。
- 9 同上42頁参照。
- 10 A・ハミルトン、J・ジェイ、J・マディソン著、斎藤眞・中野勝郎訳『ザ・フェデラリスト』第47篇「権力分立制の意味」(マディソン)、岩波文庫 (1999) 212頁以下。
- 11 阪本昌成、前掲註8、P41-42参照。
- 12 同上45頁以下参照。
- 13 小林直樹著『憲法秩序の理論』東京大学出版 (1986) 22-23頁参照。ここでは、法が社会から独立し、独自の原因や理論によって変動することはなく、政治・経済・文化をふくむ人間的諸関係において法変動が起きることを前提に、法変動の妥当性をとらえようとしている。
- 14 前掲註7、292頁。

- 15 U. S. Const. art. II, § 3. 本条文のテイクケア条項といわれる部分の邦訳は以下の通り。“大統領は、法律が忠実に執行されることに留意し、かつ、合衆国のすべての官吏を任命する。”（アメリカンセンターの訳を参照）<http://americansenterjapan.com/aboutusa/laws/2566/>（June 7 2021 3:17 UTC）.
- 16 テイクケア条項の詳細については、拙稿「アメリカ大統領の行政権と司法に関する若干の考察—連邦最高裁の判例を中心に—」『東日本国際大学研究紀要』第24巻1号（2019）57頁以下を参照されたい。
- 17 See Jack Goldsmith & John F. Manning, *The Protean Take Care Clause*, 164 U.PENN. L. REV. 1835 at 1864 (2016).
- 18 スタンディングすなわち当事者適格の原理（standing doctrine）の詳細については、拙稿「行政権とその司法審査に関する序章的考察—大統領の罷免権に関する司法判断を中心に」専修大学緑鳳学会紀要『専修総合科学研究』第26号（2018.10）55頁以下を参照されたい。
- 19 See Goldsmith & Manning, *supra* note 17 at 1863.
- 20 42 U.S.C. § 300 gg.
- 21 See e.g., Congressional Research Service, “National Emergency Powers (98-505-Version:31) at 2-4 (2012), <http://crsreports.congress.gov/Product/pdf/RL/98-505/31> (June.13 2021 17:03).
- 22 See *id.* at 2. Also see Albert L. Sturm, *The Presidency in Transition*, 11-1 *Journal of Politics* 5 at 125-26 (1949).
- 23 See Robert J. Delahunty & Jhon C. Yoo, *Dream On: The Obama Administration’s Nonenforcement of the Immigration Laws, the Dream Act and the Take Care Clause*, 91 *TEX. L. REV.* 781 at 803-08 (2013).
- 24 See Zachary S. Price, *Enforcement Discretion and Executive Duty*, 67 *VAND. L. REV.* 671 at 705 (2014).
- 25 See Jeffrey A. Love & Arpit K. Garg, *Presidential Inaction and the Separation of Powers*, 113 *MICH. L. REV.* 1195 at 1216 (2014). なお、オバマ政権下の検察官の訴追に関する裁量権の行使についてもそれを擁護するものもある。See Shoba Sivaprasad Wadhia, *Response: In Defense of DACD, Deferred Action and the DREAM ACT*, 91 *TAX. L. REV.* 59 at 62-64 (2013).
- 26 See Kate Andrias, *The President’s Enforcement Power*, 88 *N.Y.U.L. REV.* 1031 at 1114-15 (2013).
- 27 Cass R. Sunstein, *Review Agency Inaction After Heckler v. Chaney*, 52 *U.CHI. L. REV.* 653 at 670 (1985).
- 28 See Price *supra* note 24 at 705.
- 29 See Goldsmith & Manning, *supra* note 17 at 1864.

- 30 See 21 U.S.C. § 342 (a) (1) (2012).
- 31 See Goldsmith & Manning, *supra* note 17 at 1865.
- 32 See Richard M. Thomas, *Prosecutorial Discretion and Agency Self-Regulation: CNI v. Young and the Aflatoxin Dance*, 44 *ADMIN. L. REV.* 131 at 154-55 (1992).
- 33 See *Whitman v. Am. Trucking Ass'ns*, 531 U.S. 457 at 474-75 (2001). ここでは、議会在政策判断をその実行者にゆだねる範囲を決定する権限を有していることについて触れられているが、それ自体を連邦最高裁は否定していない。ただ、そこから先に積極的に踏み込もうとしていないことも確かである。
- 34 *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).
- 35 拙稿、「アメリカ大統領の行政権と司法に関する若干の考察—連邦最高裁の判例を中心に」東日本国際大学研究紀要 第24巻1号 (2020年) 61頁以下を参照されたい。
- 36 U. S. Const. art. II, § 1.
- 37 アメリカ大統領の緊急事態における権限行使については、浅川公紀「米大統領と緊急事態権限」武蔵野大学経済研究年報14 (2017) 23頁以下参照。
- 38 *Youngstown*, 343 U.S. at 588.
- 39 *In re Neagle*, 135 U.S. 1 (1890).
- 40 See *id.* at 64.
- 41 See Jack Goldsmith & John F. Manning, *The President's Completion Power*, 115 *YALE L. J.* 2280 at 2305 (2006).
- 42 See Goldsmith & Manning, *supra* note 17 at 1865.
- 43 See *id.*
- 44 See William Howard Taft, *Our Chief Magistrate and His Powers* at 139-40 (1916).
- 45 See Henry P. Monaghan, *The Protective Power of the Presidency*, 93 *COLUM. L. REV.* 1 at 40 (1993).
- 46 See *id.* at 74-81.
- 47 See *Lujan v. Defs. Of Wildlife*, 504 U.S. 555 at 573-74 (1992).
- 48 See Cass R. Sunstein, *What's Standing After Lujan of Citizen Suits, "Injuries" and Article III*, 91 *MICH. L. REV.* 163 at 226-28 (1992).
- 49 See *id.*
- 50 See Susan Bandes, *The Idea of a Case*, 42 *STAN. L. REV.* 227 at 264 (1990).
- 51 連邦最高裁も解釈のあいまいさについて後ろ向きになっているわけではない。スタンディングに関して、直観以上だが厳格かつ明確な理論未満の概念であるという言及がなされている。See *Allen v. Wright*, 468 U.S. 737 at 750 (1984). またそもそもスタンディングに関する概念がこれま

での様々な判例において完全に一致して定義されてきているわけではないという言及もなされている。See *Valley Forge Christian Coll. v. American United for Separation of Church & State*, 454 U.S. 464 at 475 (1982).

52 Goldsmith 1866.

