

論文

アメリカにおける大統領の権限行使に関する 判例上の混乱

—Take Care Clauseに基づくアメリカ大統領の義務に関する
連邦最高裁の解釈を中心に—

The Confusion of Precedent on the Executive Power of the President in the U.S.
— Focusing on Interpretation of Federal Supreme Court about Obligation of
the President of the U.S. based on Take Care Clause —

矢 邊 均

【要 旨】

国家のリーダーの行政における権限行使が、暴走という形容により問題視される傾向が世界的に顕著になりつつあるように思われる。その代表といえるのがアメリカのトランプ大統領の行状であろう。現実的に大統領の権限行使に関しては時として極めて絶大な敬意が払われ、またそれを背景にその権限行使の正当性を大統領自身が自ら拡大解釈し、その結果大統領の政治的暴走につながりかねないというイメージは、決して的外れとは言えないであろう。それゆえ、それに対する安全装置についての検討が不可欠となってくる。

そもそも大統領といえども憲法と権力分立システムのコントロール下にあるというのが今日の立憲民主主義におけるコンセンサスであることは明確である。大統領の権限行使は憲法で規定されているtake care clauseによって担保されるが、何をもって大統領の権限行使を正当化し得るのかというより核心的な問題とは明確に区別される必要がある。これに関して連邦最高裁は条文の表面的・形式的解釈に終始し、結果的に大統領に利する判決を示してきた。

連邦最高裁が統治システムにおいて本来行使すべき権限を有しているにもかかわらず、それが適正に行使できない要因は、その歴史的背景とともに判事の指名システム、三権のセクショナリズム、そして三権のバランスの核心的ファクターとしての政治秩序等があげられる。しかしこれらは、結局権力分立による統治システムの機能不全を顕在化する要因でしかない。そして司法の機能不全は、本来あるべき権力分立の意義と民主的プロセスにおける統治のありかたに対する軌道修正の具体的手段を否定する病理的現象と捉えることができるであろう。

【Abstract】

In exercising executive power, reckless driving of the leader of the state becoming remarkable worldwide. It will be behavior of U.S. President Trump to be able to say that it is the representative. Extremely great respect is occasionally paid about his executive power and authority. However, it causes the political reckless driving of the president. Therefore, the reviewing about the safety device to it becomes indispensable.

The President is authorized his power by take care clause of the Constitution. However, it is necessary to review as another problem about what justifies the authority of the president. As for this, the federal Supreme Court did the superficial and formal interpretation of the article from beginning to end, and showed the judgment which the president profits by consequently.

The historical background, the designation system of the judge, three powers sectionalism and then the politics order as core factor of the three powers balancer etc. are causes that the federal Supreme Court can not exercise original judicial powers properly in the separation powers system. The judicial insufficiency will be the phenomenon like pathology to deny the meaning of the true separation of power.

I. 問題認識

アメリカ大統領がなにゆえ世界のリーダーとして君臨し得るのかについて、その政治力が民主的プロセスと世界ナンバーワンの経済力に裏付けられたものであるという表面的見解にとどまるとすれば、トランプ大統領の言動が国際社会を構成する極めて多くの国家とその構成員たる国民にまで少なからぬ影響を及ぼしかねない今日的国際情勢を一体いかにとらえるべきであろうか。何ををもって正当であるかという議論は別としても、少なくともその言動の影響力の正当性について明確な根拠を見出すことはできないであろう。

そもそもトランプ大統領の言動はそれまでの歴代大統領の国内外に対する影響力とは異質のものといってもよいであろう。大統領の言動に対して、国内外を問わず批判的な意見も極めて多い。国際社会においては外交というレベルでトランプ大統領の言動に対して各国家がその主権に基づいて対応するというプロセスによってその影響力をある程度セーブする事が可能である。しかし、大統領の言動を裏付ける権限の淵源はアメリカ国民の主権であることは言うまでもない。すなわち、大統領の言動を最終的に担保しているのはアメリカ国民であるということになる。

ただし、そのアメリカ国民が大統領の言動に対して単純に寛容で、それを全面的にかつ肯定的に容認しているわけではないことは周知のとおりである。2期目の大統領選挙に向けてトランプの独

善的パフォーマンスはとどまるところを知らない。トランプ政権誕生直後から、大統領命令や外交パフォーマンスによる暴走ともいえる政治的アピールなどは、アメリカ国民にとって決して歓迎できるものではなかった。大統領命令の差し止め訴訟が全米で提起され、下級審レベルではその訴えが受け入れられたが、最終的に連邦最高裁はそれをはねつけ、多くの国民に失望を与えたこともまだ記憶に新しいところであろう。

重要なことは、大統領が一体どこまで自らの裁量に基づいてその権限を行使し得るのかである。かといってこの権限行使に関して、法的正当性・妥当性が明確であるかと言えばそれも極めて争いのあるところである。何故連邦最高裁は大統領に肩入れする判断をなしたのか、それが最高裁の裁判官の構成人員という数的要因を主とするものであっても、判決だけは確固とした理論に基づき実証的かつ説得的でなければならない。ところが、今日の連邦最高裁のスタンスに関して、判例法主義に基づき学説が判例の後追いをするという傾向であったのに対して、その立場の逆転特に学説が裁判所の判断を痛烈に批判し軌道修正を図ろうとする傾向が顕著になってきている。

実態として、連邦最高裁のスタンスが保守的であることにより、一時期のリベラルな判断は影を潜め、まさに大統領の御用機関と化してしまったように見える現状にいかなる楔を打ち込むことができるかは、判例法主義における法発展の問題として極めて重要な関心事であることは否定できない。まず初めに結論ありきという連邦最高裁のスタンス—ただしここで問題とする大統領の権限に限定してだが—は、表面的には人権問題等の判断とは区別されるとはいえ、その根底では全く別物としてとらえることは極めて短絡的で、結局リベラルな判断は排除されることになりかねない危険が存していることも首肯し得るであろう。

ところで、アメリカ大統領に限定してではないが、政治的力を背景に、国家のリーダーの権限行使について、権力分立システムにおける司法的歯止めが十分機能しない傾向が世界的に散見される。現代立憲主義における権力分立という統治システムによる人権保障を頂点とする歴史的経験を経て生み出され発展してきた知恵である安全装置の意義が、根本的に見直される必要があるところに来ているように思われる。

そもそも憲法のもと民主的プロセスにおいて理性的に軌道修正されるべき政治過程への本来の帰帰を期待しつつ、その契機となる裁判所の本質的機能への期待というコラテラルな観点からの関心に基づいた検討が必要とされる。特に法システムの側面から、法の番人としての裁判所の役割に焦点をあて、その裁判所が今日自らの役割を十分に果たしていない状況を憂え、裁判所が権力分立において置かれている、あるいはそこで甘んじている自らの地位について認識されるべき問題にアクセスする必要性を意識せざるを得ない。そして裁判所が果たすべき役割、特に行政に対するその守備範囲を見極めるため、まずは現状分析を通じてその糸口を求め、三権分立システムの典型であるアメリカにおいて、トランプ大統領の暴走に対して本来裁判所、特に連邦最高裁がどうあるべきかについて見ることで、本来の権力分立における裁判所のありかたについての方向性を検討する手が

かりを探ることが本稿の目的となる。

II. 大統領の権限行使の淵源と三権分立におけるジレンマ

1. 大統領の権限

(1) 権限の正当性の根拠

大統領が、行政の長としてまた国家元首として国民の信託の下に国家運営の中心的存在であることは容易に理解できるところであるが、その大統領の権限行使自体をどのようにとらえるかには争いがある。いわゆる“executive power”を、“行政権”、“執行権”、“執政権”のいずれと捉えるかであるが、筆者はアメリカ大統領に限らず、いわゆる国際社会において様々な面で先進的地位を占める国々の国家のリーダーの政治的機能を見ると、それらリーダーの権限は“執政権”としての性格を有するものと判断すべきであると考えている¹。

今日の立憲民主国家においては、国家のリーダーが国民の信託の下で政治過程を通じて反映された民意に基づき自らの裁量によって行政権を執行するというのが一般的な理解である。しかし、実際には民意を無視したり、十分な説明・説得の下で民意を再構成したり、少なくとも事後承諾を得られるだけの成果を示したりという本来あるべきプロセスがみられず、まさに裁量ではなく独断による政治がまかり通る状況が世界的に散見される。

国家のリーダーである大統領がなにゆえ自らの判断を優先し、その権限を行使できるのかという疑問に対して、どこにその根拠を見出し得るのかについては、権力分立において行政の長としての権限がどこまで認められているのかという根本的な問題に帰着する。憲法の下で、国家権力の合理的配分がなされ、各権力部門にその正統性が担保されているという理解は、その反射的效果として各権力部門の立憲的意味における憲法の意図に反した場合何らかの形でその責任を追及されなければならないことも意味する。

現代立憲民主主義国家において権力分立システムの下、国家の意思決定の担い手たるリーダーの権限行使はもろ刃の剣であるというのが一般的理解であろう。大統領制か議院内閣制かでその意思決定のプロセスに違いはあるものの、いずれにせよリーダーの地位にある者の裁量はきわめて高度な優先性が担保されている。そしてその優先性が最終的に民意に反する場合であっても、手続的に適正であれば一応の正当性が認められる。

(2) 権限行使に対する安全装置

権限行使の正当性の推定は手続的適正によるものであるということは、大統領の裁量自体が形式的に正当であるにとどまり、本質的に正当であるとは限らない。形式か実体かの違いは法的にも争いのあるところであるが、実態に合わせた妥当性というカテゴリー内で正当性が判断されるという

プロセスが実際的であるとしても、その判断には当然本質的正当性が前提とされる。その意味で、大統領の権限行使の正当性は絶対ではなく、軌道修正が必要とされることがあることは容易に理解できるであろう。

それが、まさに権力分立における立法や司法によるものであり、究極的には民意によるが、その民意による軌道修正の方法はいわゆる政治過程によるかあるいはより実力的な方法によるかであるゆえに、より効率的かつ実効的な手段が、権力分立システムにおける軌道修正の契機の提供ということになろう。特に、民衆の意思を容易に反映することができる手段となるのが、大統領の権限行使の法的妥当性を裁判により争うことである。

いかなる事情があるにせよ、民主的プロセスを経て一旦大統領の地位に就いた以上、大統領の権限行使に関しては賛否両論があつてしかるべきで、改めて民主的プロセスによって決着をつけることは結局大統領選挙まで待たなければならない。中間選挙による結果次第で物事が一変するというものではない。それゆえ、裁判の役割が極めて重要になってくるわけである。

(3) 大統領の権限のとらえ方

今日の行政国家において“行政府の長”が行政法律主義の下で忠実に法を執行するという常識的理解が実際の政治状況において否定的にとられる傾向が強い。権力分立における“行政府の長”としての権限行使の範囲拡大の無軌道化あるいは独善的解釈に基づいた無秩序化といっても過言ではない。そもそも行政をとらえる場合その前提としての権力分立において、特に三権のうち行政と立法との間で、いかなる国家作用をどちらに配分し、その配分に基づく権限をどのように関係させ、それを維持していくかという基本的関心²が存している。

そのような関心において、憲法学的視点に行政学的視点を加え、より実態に即して国民の利益の最大化を実現するダイナミズムを追求するスタンスが優先することで、行政と立法の力のバランスに少なからぬ影響が及んでいる。ただし、民主主義が単純な功利的成果を求めるものではないという本質的理解から、国家作用の配分と統治機関の抑制と均衡を慎重に見極めていかなければならないという、効率性とは相反する機能について制度設計当初の意図と今日の実態との間にある較差には十分な注意が払われなければならない。

民主的コントロールによる権限の一極集中を許さないシステムとして機能すべきものが、今日の行政国家へのあくなき要求—あえて単なる福祉国家の理想を実現する国家を前提とせず、極めて広範な社会経済的民衆の要求—を実現するマルチ機能国家たるを得ない状況において、権力の集中という効率を正当化する社会情勢を背景として、“行政府の長”が自らの裁量でリーダーシップを発揮する環境が容認されているという事実状態が顕在化していることは否定できない。その意味で、今日の“行政府の長”の実行的権限は国家のミッションの今日的アポリアの上に成り立っている。

アメリカの大統領制は、国際社会において少数派でありながら外見上権力分立のシンプルな形態としてよりリジットに統治システムが整理されている。その意味で、議院内閣制と比較して権力分

立における“行政府の長”として大統領の権限との形式的連関において一より独立性を担保して一明解に把握し得るような外観を呈している。“行政府の長”が三権において事実上優位な地位にあるという共通性が、“行政府の長”としての純粋な権限と他の権限との形式的側面と実務的側面という視点から、その権限が法システム上その拘束の内外でいかなる位置づけがなされているのかを見極めるうえで、大統領制は一つの指針としてとらえられる。そしてそこに大統領の権限行使の実際の根拠が見出されることも確かであろう。

2. 権力分立というジレンマ

(1) 権力分立のイメージ

人権保障の具体的システムとして考えられ、現代においてはその機能性に差はあるものの、効率的に国家作用を公正かつ効率的に実現するための仕組みであることは容易に理解できるであろう。通常、国家権力を大きく三つに分け、それぞれの権力行使部門の抑制と均衡を維持することによって、国家による人権侵害を抑止するという意図が存している。その権力行使部門がいかなるバランス観を有して自らの権力を行使するのか、他の権力部門との管轄に基づく力関係、緊急に対応した国家意思の実現の正当性に基づく権力行使の権限の優劣等、最終的に国家目的を実現するうえでの各部門の理性的判断に関して容易に解決できない事情がもともとあったことは否めない。というのも憲法制定当時の各国の三部門に対する信頼に温度差があったこと、またその部門の制度的位置づけが国家体制や歴史的背景により異なっていたこと等の事情が存していたからであることは容易に理解できよう³。

法史上、ドイツやフランスのようなロマン法系にせよイギリスのようなゲルマン法系にせよ、権力分立についてはそれぞれの国家の発展の背景の相違により権力行使の三部門の地位は大きく異なった。それらの国家の経験をもとに、英米法族として括られ、イギリス法を継受したアメリカにおいては、それゆえに建国に際して三部門に対するフェデラリストたちの評価は極めてドラステックなものであったといつてよいであろう。最終的に、大統領の権限の独立性を担保するうえでもヨーロッパにおける権力分立とは一線を画すことになったと解することができるであろう。

歴史的な展開を背景に、今日、三権分立制による抑制と均衡のもとでの大統領の権限の行使は、立法上の原理と司法審査によって、事前・事後の両面でコントロールされる構造的宿命を負っている。そしてその宿命の下で、自らの権限行使の成果を最大化することによって、大統領たる国家元首の地位を維持しなければならない。議会及び裁判所に対して大統領の影響力を及ぼす手段が用意されているが、特に前者に対しては強力な権限の下で政策を実現できるというほどの安定した立場にあるわけではない。それゆえ、特に議会に対してはテクニカルな手法による駆け引きがその主たる対策となる。これに対して、裁判所については、下級裁判所の判決がどうであろうと、最終的に最高裁判所の判決が重要で、その観点で大統領の最高裁判事の指名は、効果的に大統領の意思・意図

を判決に反映させる手段として有効な手段となる。まさに、そこに三権分立の建前に対する構造的矛盾が存しているといってもよいであろう。ウォーレンコートからバーガーコートに移行して以来、共和党政権下での指名が続き、当初の革新的イメージの最高裁は、ボディーブローのように徐々にではあるが確実に、そして今日その効果をはっきりと発現させるに至っている。

(2) 三権分立における裁判所の役割に関するジレンマ

うえてみたように、下級裁判所がいくら大統領に不利な判決を下しても、最終的に連邦最高裁の追認がなければ、制度上その成果は大きなものとは言えない。最終的に勝てば官軍というだけの話になってしまう。ジレンマはまさにそこにある。三権の一翼を担う裁判所は、最も民主的プロセスから遠い位置にありながら、その安全装置としての役割を果たさなければならず、そこには常に大義が存していなければならない。大統領を勝たせ官軍にすることがそれではない。あくまで公正中立に正義を実現すること、民主的意思決定に正しい方向性を示すこと、立法と行政に対してその誤りを正すこと、あるいは時として国家の存立の意義について裁判所としての哲学的見解を示すこと等、連邦最高裁には様々な国家問題に対して真理を追究する立場から、時として厳しく、時として柔軟に対応することが求められる。

個別の人権問題は先例拘束に基づきその真理・核心が判例の積み重ねを通してピンポイントの議論を可能にすることやより抽象論としての理想の追求に資する議論を可能にすることもできる。また、その議論がより新しい、先進的実証性を構築するあるいは創造する契機となり得る。ただし、コンサバ、宗教というファクターが絡んだときそれは思わぬ方向に向かう危険性をはらむ。特に後者はコンサバの主張に利用され、排他的状況が作り出される可能性もあり、常に十分な注意が向けられていなければならないことも否定できない。これは、あくまで統治システム、特に行政に対する裁判所の判断との比較でいえることであるが、この行政に対する今日の連邦最高裁の姿勢こそが問題なのである。

建前としての裁判所の役割にたちかえて何をすべきかを強く認識するとき、大統領の指名の如何を問わず最高裁判事がなすべきことは極めて明確である。最高裁判事を頂点としてその下に続く幾多の裁判官が各々有する考え方は多様であるが、裁判官としての公的役割を果たす義務には変わりがない。今回のトランプの大統領命令に対する最高裁と下級審の相反する判断は、その原理的理解とは相容れない結果となったこと、それに対して多方面からの批判がなされていることは周知の通りである。連邦最高裁の三権分立における役割への期待に対する閉塞感はいまだにない議論へと発展してきている。

(3) 司法権の限界

うえて触れた閉塞感は、一般的に司法権の限界の問題のカテゴリーで議論される。そもそも司法が民主的プロセスと一線を画した役割を担っていることについて、安易な民意によるコントロールによって機能が阻害されるおそれから裁判所の地位が不安定になり、公正中立な判断が困難になる

ことを回避するという極めて納得のいく理由が存している。民主的コントロールが及び難いことによる裁判に対する危惧はさまざま指摘されるところであるが、審級制と終局裁判所としての連邦最高裁判所がその安全装置として機能し得るとするのがとりあえずの理解でもある。

しかし、その連邦最高裁の判断自体が近年問題視される傾向が強くなってきた。連邦最高裁はこのような批判に対してこれまでも自らの裁判権の直接行使を回避する便法を駆使してきた。いわゆる本案判決を行わず入り口で訴訟を終わらせるための手法のよりどころとして、当事者適格 (standing) の原理やムートネス (mootness) の理論、訴訟の成熟性の理論がある⁴。これらに依拠し、政治的に配慮を要する問題については、深入りすることはしないが裁判所の存在意義を失わない対応をすることも常に十分な工夫がなされなければならない。それが結局最高裁における行政に関する判例上の混乱の主たる要因となっているといってもよいであろう。

民主的プロセスになじまないことによって裁判所の役割自体に投げかけられる統治秩序における違和感とそれに基づく批判が、司法積極主義と司法消極主義の対立点において司法権の限界というより根本的な問題として具体的に把握されるに至り⁵、上記混乱に関する認識は明確にクローズアップされることになった。三権分立における司法権の位置づけ如何によって、裁判所のレゾンデートルは大きく影響を受け、その判決自体の正当性と法的安定性にダイレクトにかかわる問題であるがゆえに、何よりも裁判所の立ち位置について常に厳しく監視され、その権限の制限にもつながる問題であるとともに、特に終身にわたってその地位を保護されている連邦最高裁の裁判官にとっては法の番人としての矜持にもかかわる問題でもあり、無視できるものではなかったといえよう。

それらの事情を背景に、裁判所が三権において自らのレゾンデートルを確かなものとする必要から示されてきた連邦最高裁の判決理由の変遷から得られる印象はまさに今日においても釈然としないままで、それはよりエスカレートしているといってもよい。特に政治的問題に関しては、わが国も同様であるが、極めてデリケートで、判決においては入り口の議論を中心としたソフトランディングにとどまる傾向が強くみられる。それを司法権の限界として甘受すべきか、さらなる裁判所の役割の正当性を求め、権力分立の核心の問題に挑むべきかについては極めて困難が伴う。しかしそれがまた大統領の権限の行使の問題に大きくかかわることも確かで、そこに焦点を当て学際的批判が展開されることになる。

Ⅲ. 連邦最高裁の解釈に対する学際的批判

1. 三権分立における連邦最高裁判所の位置づけの実際

法の番人として違憲審査権を有することを念頭に置くと、連邦裁判所の三権分立における歴史的な位置づけがどうであれ、形式的には憲法の条文解釈にはそれなりの責任ある対応をしなければなら

ない地位にあることは明らかである。建前云々という実際には法的妥当性とは矛盾する理由によって、最高裁の役割自体にバイアスがかけられることを批判的にとらえることは、本質論からすれば正しい。しかし、理詰めで一定の結論に到達することが、絶対的正当性を担保するとは限らない。それゆえ、連邦最高裁がTake Care Clauseをいかなる視点で、いかなる事情の下で、また何を根拠に解釈し、事件を判断しているのかを見ておくことは、結局三権分立における行政と司法との関係を見極める有効な手段となり得ることも確かであろう。

それゆえTake Care Clauseについて、連邦最高裁がどのように解釈しそれを事件に適用してきたかについては、当然学問的注目を集めてきた。ただし、かような関心をもって分析が行われてきた結果として、それが司法に対する学術的期待を十分満足させるものではなく、極めて辛辣な批判⁶を惹起している。

端的に言って連邦最高裁はこのTake Care Clauseの解釈には極めて消極的で、それゆえ司法権自体の本質的レゾナードルに大きな疑問を呈することにもつながり得る。それはまた、根本的に三権分立という形での裁判所の役割自体に関しての重大な問題提起にもつながるものであるといえよう。今日の統治における行政の暴走・独走という現象に、制度的安全装置となるべき司法が本来どう向き合い、具体的な対応をすべきか、確かに理屈が中心になるが、現実の状況を踏まえれば踏まえるほど、その理屈に一定の解決を求めることの妥当性もまた否定できない。

2. 連邦最高裁の解釈の実際

(1) 連邦最高裁に対する学際的批判とそのスタンス

Take Care Clauseが一つの法理として認められていることは明らかである。従ってそれが法理たる所以が明確でなければならない。判例主義の下では、通常それは判例の積み重ねによって確立されたものであると理解されてしかるべきであろう。また、何らかの慣習的要因を内包しつつ、法的妥当性を担保するまでになったと考えることは当然である。それゆえ、通常連邦最高裁は、綿密な逐条解釈の積み重ねを行ってきたはずだというのが常識的な思考の帰結であるはずである。しかし、実際にはそうではないことが学究者から指摘されている⁷。

本来裁判所は条文解釈を行う際、その条文が様々な具体的な事件に関連し、重要な判断基準とし、その事件の判決を導き出す正当な根拠を示すために検討を行うが、それにとどまらずその条文について別の解釈適用によって裁判所とは異なる判断・結論が導き出される可能性を十分意識しなければならない。すなわち、その条文の文言に関する文理解釈、コモンロー上の意義、制定後の社会情勢の変化に対応した実際の理論構成・解釈、憲法上の位置づけとしての起草時の意図、政策的コンテキスト等についてである。ところが連邦最高裁はそれらについて十分どころか、ほとんど検討を行ってこなかったという指摘⁸が以前からなされてきている。

これらの指摘は、まさに連邦最高裁が本来果たすべき役割を十分に果たしてきていないこと、す

なわち三権の一部門として当然なすべき役割を認識しその権限を行使してこなかったことをも意味する。それは権力分立自体の統治機能の根本問題にもかかわることとなる。それゆえ連邦最高裁には、その起草当時にかなる原意が存していたのかを前提に、条文の抽象的な憲法上の言語表現を実態に合わせた理論構成によって明確に解釈適用することが求められる⁹わけである。さらに、より広い視野から、体系的構造分析による憲法の司法判断において歴史上繰り返されてきた反復的な裁判所の判断がどのような役割を果たしてきたかについて検討する必要性も指摘¹⁰されている。また、歴史的経緯において憲法の解釈適用が政治的にいかなる意味を有してきたかについてまで検討することを求める指摘¹¹もある。

いずれにせよ、連邦最高裁がこのTake Care Clauseについて最終的な法の番人として本来なすべきであった司法判断について、いかなる歴史的・社会的背景において、どのような基準で、どのような方法で、どのような判断がなされるべきであったのかということを再検証することは意義があるという主張が学際的立場から強調されていることは明らかである¹²。

(2) 学際的分析の視点

連邦最高裁は、判断すべき争点に関連する条文の文言と構造について、最終的な司法判断者としての立場から、その条文の意図に忠実であることを旨としてそれを理解し、最終判断を下すという基本的なスタンスを維持しなければならないことは明らかであろう。この命題のもと、素直に連邦最高裁の判断を学際的に評価する一つの基準として考えられるのは、その条文が本来いかなる機能を果たすべく意図されたものであるかということである。

一般的に違憲審査権を前提にすると、事件の争点は最高法規たる憲法の根拠条文の解釈に帰着する。当然であるが、その解釈は下位の法の立法趣旨との関連で、より実態的側面まで綿密な検討が求められ、実証的結論にたどり着くことが期待される。特に判例法主義においては、形式的due processの先にとりあえず法的真理への接近という確信が存し、それゆえにそこに法創造が正当化される要因があると考えられる。

法本来の役割・機能について詳細な検討が必要なところではあるが、一般的に法がその目的を達する手段として共通して持つのは強制力であり、それをより具体的に実効あらしめるのが義務化であることは確かであろう。当然強制・義務化の前提としてその対象への説得的かつ正統的根拠が存しなければならない。限定された対象に対して限定的な目的の実現のみを予定するものであればまだことは容易であるが、普遍的目的の実現を意図する場合には困難が伴うことは自明である。

法実現の羅針盤として実定法の最上位に位置する憲法についても、その制定者の起草時の意図の実現を担保するために、権限の付与とそれに伴う義務を条文に明文化したことについては、連邦最高裁も条文の文言と構造の観点からその検討を精緻に行ってきた。ただし、問題は権限の付与とその義務化の相互連関によって導き出される効果がどのようなものであるのか、また両者のバランス、比重によって当然その効果が異なってくる。その観点から、学者は憲法起草者が権限の付与よりも

義務を重視した条文の作成を行ったことを強く主張しているという示唆がある¹³。

確かに、フェデラリストたちが各統治機関に対してその権力濫用を抑止すべくいかに腐心したかは、その論集に散見される¹⁴。権力分立における各権力部門の権限行使に関する自制について懐疑的で、それゆえそれについて制度と手段の完備が重大関心事であった。そしてその思索の一つの帰結として義務規定の有用性に至ったと考えてよいであろう。

いずれにせよ権限行使とそれに伴う義務の行使との関係についての議論が重要な争点として認識され得る。これに関しては、常識的な条文の文理解釈の規範にもとづけば、義務を課すということはその義務の遂行を強制することであり、そのために義務の遂行に際して遂行者自身にその監視・監督権限を付与することが必要である¹⁵という認識が肯定され得る。すなわち、そこに権限行使の付与と義務規定の恒常的連関と相反性についての裁判所と学究者との間の解釈のスタンスのありかたに関して検討の必要性の重要な示唆が存しているといえよう。

(3) 連邦裁判所の判例に見る解釈

連邦最高裁は、権限付与と義務規定の関係について検討することの重要性の認識を再三にわたり確認してきた¹⁶。それがよくあらわれているのが、Myers事件判決¹⁷におけるTaft長官の言及である。ここにおいてTaft長官は、大統領の罷免権について、法が誠実に執行されるよう配慮しなければならないというTake Care Clauseにおける大統領の義務は、行政の長が 대통령의義務を実現することを必然的に前提としており、それゆえ権限の行使と義務の履行は密接に連関していることを明確に述べている¹⁸。またそれに先立って、連邦最高裁は、大統領が連邦司法長官に巡回裁判所判事の身の安全を図るよう命じる権限の正当性を支持したNeagle事件判決¹⁹において、そもそも大統領が誠実な法の執行についてあらゆる場面でそれを監視することは不可能で、それゆえに大統領の義務を遂行するうえで大統領が部下に義務を実現するうえでの代理を部下に命じる権限を有していなければ、大統領の誠実な法の執行に対する配慮義務に関する規定自体の存在は形骸的なものとなる旨の言及がなされている²⁰。

また、近年の最高裁判決においては、Take Care Clauseの下での大統領への信託を担保する手段という切り口で、権限の行使と義務との関係について言及しているケース²¹もある。

(4) 連邦最高裁の解釈のスタンス

権限の付与と義務規定とが密接な関連を持つことについては、明確な認識を有していることは確かであるが、注意を要するのは、連邦最高裁が、権限行使と義務の性格やその範囲といった実質についての分析には極めて消極的であるという指摘²²がなされていることである。例えば、権限行使の前提として義務の履行が求められるのか、権限行使の結果が適正であれば義務を果たしたことになるのかという問題である。義務の履行により権限行使の正当性が導き出されるのか、権限行使の結果として義務の履行の要件が充足されるのか、いずれにせよ両者が相互補完の関係にあることは確かであるが、大統領の裁量に基づく臨機応変、柔軟、迅速、そして何よりその政治的パフォーマンス

ンス性を重視する立場にとっては後者に利がある。結果の正当性はまさに政治的手腕によって後付けの理由を示すことである程度操作が可能であり、それを大統領選において有利なポジション獲得の一つとすることができるというメリットがある²³。

現実的に大統領の権限行使に関しては時として極めて絶大な敬意が払われ、またそれを背景にその権限行使の正当性を大統領自身が自ら拡大解釈し、その結果大統領の政治的暴走につながりかねない²⁴というイメージは、決して的外れとは言えないといってよいであろう。そしてここまできると、確かにそれに対する安全装置についての検討が不可欠となってくる。

ところがうえにも触れたように連邦最高裁はことTake Care Clauseにおいては極めて表面的・形式的解釈にとどまり、その条項において“法”がなにを意味しているのかについて、踏み込んだ検討をまだこれからしなければならぬ状況にあることが指摘されている²⁵。

3. 連邦最高裁による解釈に対する批判と学際的視点

(1) Take Care Clauseにおける“法”の意味

Take Care Clauseにおける“法”とは一体何をさすのかについては、その“法”により何を実現するのは当然として、それ自体がいわゆる制定法であるという単純なとり方でよいか、より広く、上位の法たる憲法やそれと並ぶ条約や慣習の国際法をも含むのか、さらにcommon law、判例法をも含むのかによって、“法”の誠実な執行における義務の履行の範囲が大きく変わってくる。当然大統領がそれに傾注するパワーが大きくなればなるほど、大統領が本来果たすべき職務に影響を与えかねないことは容易に想像し得る。それゆえ、大統領がいかなるカテゴリーの“法”実現のために権限を行使すべきかという観点から、義務の履行により生じる法実現の結果によってどのような利益、特に国家・国民にとっての最善の利益につながり得るかを基礎にしつつ、その効果の本質を見極め、評価する必要がある。

“法”の範囲が限定的であれば大統領の職務上の負担は軽くなるが、絶大な大統領権限の行使自体を制御することは困難になる。そのジレンマにいかに取り組みかは、確かに各権力部門の均衡を問題としながら、単に合法か違法かを判断するだけにとどまらず三権における自らの立ち位置を慎重に認識し、そのうえで各部門の力関係に配慮した判断をすることは、裁判所にとって極めて困難なミッションであることは否定できない。

“法”の範囲が明示的に特定されることで生じる制度上の不都合を回避するためには、あえて範囲を特定せず事件の特性や実際に違法行為の有無を具体的に判断していくことで、判断基準自体が固定化しないようにすることを意図的に選んだのか否かは別にして、かような方法によることが三権のバランスを調整するうえでの要請として正当化され得るものなのか否かは、確かに理屈だけでは割り切れない。大統領の政治的権限行使を制度的に担保することも必要とされるだけに簡単に判断できない事情として認識される。

実際、大統領の権限として重視される、職務遂行権限たる completion power との関係で“法”の執行を考える必要があるとされる²⁶。当然といえば当然であるが、大統領が違憲であると判断した“法”の執行について同意しないことが、最終的にそれが違憲でなくとも大統領の誠実な判断として尊重され得ると考えてよいことについては、Scalia 裁判官が Freytag 事件判決²⁷の賛成意見で述べている²⁸。

Take Care Clause における義務の履行についてはそれゆえ completion power という大統領の権限行使に必然的に伴う権限が制定法の命令を超えて憲法上の命令にまで及ぶのか否かが問題とされ得る²⁹。さらに、その completion power の行使において憲法にその根拠を見出す場合、大統領が慣習的国際法や条約に違反することが認められるかという問題³⁰にも及ぶ。一体これらの問題提起がなにを意味するかといえば、大統領の権限行使と義務の履行に関する事件において、いわゆる訴えの利益が存するか、すなわち連邦裁判所が事件として取り上げることができるか否かは、結局のところ行政府内での“法”の執行の根拠となる大統領の排他的権限の存在が前提で、連邦裁判所が事件を扱う以上それを肯定的にとらえていることにつながるということになる。

いずれにせよ、連邦裁判所は“法”の範囲を特定することなく、とりあえず事件を取り上げる体裁を整える³¹ことを優先してきたと見てよいであろう。なお、何故そのような扱いが必要なのかについては、連邦裁判所、特に連邦最高裁判所の裁判官の大統領による指名との関係からの推測も可能であるが、当然検討の必要があることは確かである。

(2) 学際的批判・指摘

三権分立において連邦最高裁は、表面的な権力分立の厳格性のイメージとは裏腹に極めて微妙な立場にあることはよく知られている。それゆえ人権保障がダイレクトに問題となる場合と異なり、連邦裁判所が大統領の権限行使について法的判断をする場合には、忖度ともいえるような配慮が必要とされることも否定しがたい。しかし、これに対して、学際的立場からは問題の精査が当然とされる。判例法主義における裁判所のイニシアティブとその後追いに甘んじてきた学問研究の立場の逆転が特にこの問題においては顕著にみられ、様々な観点からの主張がみられる³²。

その代表格とされるのが、Akhil Reed Amar の原典固執主義に基づく文理解釈による主張³³である。これは Take Care Clause における“法”を唯一“制定法”を意味するという立場をとり、そこから大統領の権限行使の限界を導き出そうとするもので、その後の学説に影響を与えている。この立場によれば、制定法に限定することと同時に、最高法規制とのかかわりで、その制定法の執行の適否を判断すべきであるとする。すなわち、最高法規条項においては、憲法、憲法に基づいて成立した制定法、条約のそれぞれを明確に区別しており、それゆえ憲法の各条文・条項と Take Care Clause との対比を通してその条項の意図を精査・判断するというものである。より具体的には、Take Care Clause が制定法の執行自体を制限する根拠となる場合があったり、憲法の趣旨をより具体化するために作られた制定法であればその適用は明確に特定されることになり、抽象的表現と

しての“法”とは区別が可能となったりすることで、“法”が特定されることによって、リジットな解釈適用が可能になり得るわけである。

ただ、かような特定は、まさにTake Care Clauseを根拠に制定法を解釈することで、法構造上特異な制定法の適用解釈を生み出すことにもつながる可能性を潜在的に有している。すなわち、権限行使を正当化することに特化して解釈技術上法創造をすることで、結果的に誠実義務の要請を満足させるというようなケースも考えられる。しかしこれはあくまで制定法のレベルでの執行を前提とするものであり、憲法の執行にあたるものではないとされる³⁴。

Take Care Clauseがいう“法”の執行とは何か、すなわちその条項が意図する射程について、学際的解釈のアプローチの仕方は、原文に基づいて、構造的側面、機能的側面、歴史的側面等トータルな視点でなされ、広汎な議論が展開されている。例えば、Take Care Clauseとの比較において、宣誓条項³⁵が“忠実に職務を遂行し、全力を尽くして合衆国憲法を維持、保護、擁護すること”を大統領に誓約させるという形を定めていることについて、そこから大統領に課された義務が憲法そのものの執行ではなくあくまで憲法の維持、保護、擁護に重点があることを基礎に、その読み違いによる大統領の権限行使に伴う危険性が指摘³⁶される。これによれば、当然大統領は就任に際して宣誓を行った時点で憲法自体を執行することはできないと解釈され得る。

ところで、学際的議論において様々な切り口から連邦最高裁の判決に対して批判がなされるということについて、その眼目が一体どこに存するのか、すなわちどこに重点を置いて大統領の誠実義務をとらえ、何を実現すべきかという観点からは、当然それら批判的主張の間に論理的整合性を見出すこと自体に困難が伴うことも否定できない。また議論百出により誠実に真理を探究する姿勢こそが学問の本質である。そしてかような学際的議論の背景にこそ、連邦最高裁自身がそれらの論点に基づいてTake Care Clauseの文言の検討を行ってこなかったという事実が存しているとされる³⁷。

(3) “誠実”の解釈

一体“誠実”に法を執行するとは何を意味するのか。抽象的にとらえることは容易であるが、法的判断としてリジットにその意味をとらえることは容易ではない。連邦最高裁がTake Care Clauseの解釈に踏み込まずにきた要因の一つであることは否定できない。いわゆる辞書に説明されている意味というレベルでの共通理解を、ただし言葉自体の意味の変遷を前提に、それをいかに条文にあてはめるかについて、基本的に原意主義に基づくことが妥当であろう。それゆえ連邦憲法制定時において“誠実”がいかなる意味で理解され使われてきたかについて、当時の権威ある辞書によれば、以下のような説明がなされている。すなわち、“誠実”とは義務や忠誠に付随するという説明がなされている³⁸。

“誠実”の意味が抽象的・一般的意味としてとらえられるならば、“誠実”な法の執行について客観的な評価は困難である。それゆえうえてみた“義務”や“忠誠”に付随するものとして“誠実”を理解す

るならば、“義務”や“忠誠”の具体的内容とその履行の程度次第で、一定の客観的評価を担保できる可能性が存する。ただし、Take Care Clauseにおいて、“誠実”であるという“義務”となると、“義務”の修飾語として“誠実”を位置づけることができても、“義務”の具体的内容を論理的に明確化することは困難である。解釈におけるジレンマに陥るだけである。

そこで、このジレンマに対する解釈の方向性が提案されている。法の執行のありかたからアクセスする方法である。すなわち、法の執行者はその執行する法に忠実であることを伴って行為すること、端的に言えば法に忠実であれという基本的な解釈への回帰である。これが最も客観性を維持し、論理的であるということとはできない。しかしながら法が有する客観性に注目すれば、行為者の主観性のある程度排除できることになる。そこに糸口を見出そうとする³⁹わけである。

いわゆる理にかなった解釈とは何かという関心からうえのスタンスを考えると、以下のようになるとされる。すなわち、Take Care Clauseにおける法の執行に最終的にかかわる行為者として大統領を位置づけた場合、その条項が大統領に対して法律が“誠実”に遵守されるよう配慮せよと命じていると解釈することが基本となる⁴⁰。表面的に他の解釈と差異が存しているように見られないが、重要なのは誠実に遵守する義務の対象として法律を体系的に理解できるように位置づけるということである。

Take Care Clauseと大統領の宣誓条項とを比較した場合、後者は大統領がアメリカ大統領としての職を誠実に執行することを宣誓させるもので、職務に誠実であるという服務規程を確認したものである。そして、それゆえに、前者においては、その誠実な職務遂行において、さらに以下のことを大統領に命じている。すなわち、一般原則として法律は誠実に履行されなければならない、またそれは効果的に履行されなければならない。ゆえに、法律の履行について、不履行は許されないと解すことで、法律の本質を見極めその具体的目的を実現することがTake Care Clauseにおいて命じられているというのである⁴¹。

IV. 連邦最高裁の解釈の混乱

1. 問題の核心

Take Care Clause自体の制定意図を確定することは憲法解釈上重要ではあるが、それに特化した分析を行うことは、三権分立における司法の役割について検討するというより根本的な問題に至るプロセスを見失わせることにつながり、さらに判例法主義における司法作用にバイアスをかけてしまう恐れがある。本来の裁判所の判断がどうあるべきか、それを裁判所の解釈姿勢からあぶりだすことが重要であることは確かであろう。

政治的な意図が権力分立に及ぼす影響は確かに否定できないが、その影響力を結果的に担保する

ような裁判所の判決・判断については当然慎重な評価がなされなければならない。司法の政治不介入という不文律が常に妥当性を維持し得るわけではない。法理論を超越したレベルで理不尽な判断がまかり通るとすれば、そこには現代的法秩序の下での統治システムが機能する余地はない。

裁判官の判断は、正義の体现でなければならない。その大前提を維持しつつ、裁判官が自らの使命を全うするやむを得ない手段として、踏み込んだ判断をしないというやり方しか選択できずに今日に至ったという言い訳では次元が低すぎる。裁判所が自らの地位を自覚しつつも、統治機関としてその果たす役割を真摯に受け止め、それを遂行することが期待される。そしてそれゆえに任命後の身分保障が手厚くなされているはずである。

うえのように考えるとTake Care Clauseにおける“誠実”について連邦最高裁がその明確な意味を示してこなかったという事実、また“誠実”であることについてそれを判断するためのまさに土台・基準というものを明確に示してこなかったという事実こそが、連邦最高裁の役割の本質に関する認識の欠如であるということができよう。

2. 連邦最高裁の不明確な姿勢の実際

(1) 表裏一体の理論

大統領がそもそもいかなる権限を有し、それをどのように行使することが憲法上認められているのかという関心において、その大権行使ともいえる代表的具体例とされるのが大統領の罷免権の行使の問題である。トランプ大統領が乱発する罷免権の行使はすでによく知られるところであるが、大統領の裁量を是としそれに基づく命令に忠実ではない行政官を有無を言わず罷免することによって大統領の権限自体が担保される仕組みになってしまっている。これが問題関心の発端であるが、その権限の根拠とされるのがTake Care Clauseであった。大統領の責務を規定するこの条項を大統領の指揮系統を担保する憲法上の根拠と解することについて、大統領が“誠実”に法を執行する前提として、直接法を執行する行政官に対して大統領が統制力を持つ必要があるという考えがその根底に存している⁴²。そして、この考えの下で単に大統領の権限を正当化する根拠としてこの条項を理解するだけでなく、逆にこの条項に基づく権限行使の根拠となる正当な理由自体の制限を許容する“誠実”な執行が何なのかを論理的に追究することも不可欠である⁴³。連邦最高裁は後者をないがしろにして来たといわざるを得ない。本来うえに見るような表裏一体の解釈が求められるはずであるが、まさに踏み込んだ検討を行わなかった連邦最高裁の姿勢を形容しているといつてよいであろう。

(2) 論理的解釈

罷免権の行使の対象となる大統領の部下で法執行にかかわる行政スタッフが、正直に、細心の注意を払って、誠実に法の執行をすることについて大統領が保証することまで求められているとしたら、単にスタッフが合法的にその職務を遂行したということのみを大統領が保証する場合と

比べて、罷免権自体の行使の要件がより公正さを担保し不偏性を有したものでなければならなくなる。後者が“誠実”を形式的に解するのに対し前者はそれを個別具体的にその実質にまで至って評価しより正当性・妥当性を重視した解釈をしようとするものである。

ただ、“誠実”な法の執行が単に法律に付随する行為を意味するに過ぎないのであれば、大統領に留保された罷免権の行使においては、法の直接の執行者たるスタッフの法律違反にその行使の根拠がフォーカスされる。この観点は最も形式的判断によるだけに連邦最高裁の心理的負担が最小限にとどまるが、だからといって“誠実”な法の履行義務についてその論理的根拠を示す必要がないというわけではない⁴⁴。連邦最高裁がこれまでしようとしてこなかった根拠の究明と説明をいまさらながら回避するスタンスを追認することは、トランプ大統領の暴走を容認することにもつながりかねず、いくら裁判所が最も民主的プロセスから距離を置く存在であるとしても、民意を無視し続けることは難しいといわざるを得ない。

道理をわきまえた学究者をはじめとする理性的人々が法律の意義について異論をとこなしているのに対して、大統領や法の執行に直接かかわる行政スタッフがその法律の意義に対する異論に反対してその法律を執行したことに対しては当然罷免権行使はされないであろう。この場合には、大統領は“誠実”な法の執行についてそれを是とし、その執行を裏付けるために自らが有する罷免権を行使しないことで“誠実”な法の執行を担保する⁴⁵ことになる。しかし、このような場合での大統領の罷免権行使の法的評価については、それ自体にはほとんど意義が見出されないとされる⁴⁶。

さらに、法律の単純な意図や明確な立法意図に違反したことを理由に罷免権を行使しさえすれば、Take Care Clauseの趣旨に合致するといえるかということについても踏み込んで検討する必要があるとされる。というのも、違反したとされる法律の立法意図については、それが議会の意図⁴⁷の範疇にあり、外見上違反したとしてその意図について何ら踏み込んだ検討も判断も行わないというのであれば、法の執行者がその法の意図を十分にかつ“誠実”に理解した結果としてなした外見上の違反を理由に罷免されること自体、Take Care Clauseの趣旨に反する可能性があるという指摘もなされる⁴⁸。しかし、これについても連邦最高裁は踏み込んだ判断を行っていない⁴⁹。

いずれにせよ、連邦最高裁は本来論理的検証に基づいた法解釈に依拠して、公正中立的判断をしなければならない立場にあるが、公正中立を表面的に担保することには配慮するものの、その実質を担保する具体的な法の解釈適用に消極的すぎて、政治的意図の介入によりそのレゾナードルが失墜し、判例上の混乱にまで至っているという悪循環に陥っている。これを解決するために必要なのが学際的レベルでの論理的解釈の実践ということになる。

V. 結 び

何故連邦最高裁がTake Care Clauseの解釈に踏み込めないのかは、三権におけるその立場について自らその地位にプライドを持ってない歴史的背景が存することは否定できない。大陸法系のフランスにおいては売官制による裁判官の地位に対する不信が存したという事情と比較すると英米法系においては裁判官の地位はそれなりに評価されてきた。しかし、三権における司法の位置づけという観点からは、憲法制定当時から最も弱い立場であるという認識がすでにあったことは否定できない⁵⁰。そして、判事の指名のシステムとも関連して、連邦最高裁は特に大統領に配慮しなければならない宿命にあることはよく知られている。付度や玉虫色という表現は本来我が国における言語表現であるが、連邦最高裁のスタンスもまたそれに近い。

一体、司法の役割とは何かという根本的な問に対して、三権分立という統治システムにおいて法の支配に基づいた権力行使の妥当な分担という観点からは、形式的システムが担保されていても、実質として独立した裁判所の権限の適正な行使というディメンジョンでは積極的かつ具体的に司法の役割を挙げそれを肯定することは困難であるように思われる。単純に裁判所の公正中立が担保されているかという根本問題も、三権分立における各権力部門のセクショナリズムが障害となり、肯定的にそれを論じることは困難であろう。

リジットな印象とは裏腹に実際の権力分立システムは政治秩序を中心にそのバランスが維持されている傾向は否定できない。それが国家のリーダーの権限行使を執政権の行使としてとらえる契機となっているともいえよう。国民の要請に対する行政の肥大化の結果で、それに対する本来の国家統治の在り方に対する期待について機能的矛盾がより鮮明になった来ているという事実をパラダイムシフトと捉えることは、ある意味権力分立論自体の否定にもつながり、それに代わる新たな統治理論の正統性が検証されない限り、今日の政治状況を法的に裏付けそれに妥当性を見出すことは困難であるように思われる。

政治と憲法の間には相互に主動的作用をけん制する関係が存する。政治が常に動的、より厳密には変動的であるのに対し憲法は真理という静的確信を前提に安定を実現することを目的として限定的な変更のみを許容・包摂する。その意味で、政治に対する防波堤としてそのレゾナードルを發揮してきていることは確かである。

憲法上の文言は、簡潔かつ明快であることが求められるわけだが、それゆえその解釈が多義に及ぶことも否定できない。法解釈の宿命であり、そこからより真理に接近する法創造がなされ得ることも確かである。最も重要なことは、誰がいかなる立場で解釈するかである。我が国における解釈改憲問題にみるように、正式な手続を踏むことなく実質的に憲法を改正しようとする、一部ではあるが無視できない勢力が存するように、解釈の仕方は国のあり方さえ変えてしまう危険性すら有し

ている。

憲法解釈を積極的に政治が主導するか、解釈を無視し実務を優先するか、いずれにせよ憲法における理想の実現は建前とされ、限定された対象の目先の利益や打算によってその方向性の阻害要因が常に生成していることは確かである。それゆえ、民主的プロセスによる理性的軌道修正が求められるわけだが、その実効性を担保する役割を担うのが、本来議会でありそしてその議会の立法意図を公正中立に判断する裁判所であるはずである。その意味で、やはり裁判所は憲法の最後の砦として機能すべきことは明らかであるが、上に見たようにアメリカにおいてはその機能は特に統治システムにおいては十分機能しているとは言い難い状況にある。あくまで、うえてみた判例上の混乱はその断片でしかない。しかし、権力分立の機能不全の大きな要因となっていることは理解できると思われる。本稿は、その示唆にとどまり、先行研究の壮大なビジョンの下での原理の追究というレベルを後追いつくことすら憚れるものであるが、少なくとも今日の政治状況において司法が十分機能していないことに対する筆者の憂えが伝われば幸いである。なお、行政と司法とのかかわりについて、より体系的に更なる検討を進めていきたいと考えている。

註

- 1 拙稿「行政権限の行使に関する序章的考察—アメリカ大統領の執政権行使の問題を中心としたアプローチ—」専修大学緑鳳学会紀要紀要『専修総合科学研究』第25号58頁以下（2017）。なお、筆者の見解は、当初極めて漠然としたものであったが、特に阪本昌成教授の権力分立に関する論考「権力分立・再定義」近畿大学法科大学院論集 11巻33-121頁（2015-03-01）から確信的示唆を受けた。
- 2 例えば、駒村圭吾『権力分立の諸相—アメリカにおける独立機関問題と抑制と均衡の法理』11頁 南窓社（2002）参照。
- 3 滝澤正『比較法』91頁。
- 4 松井茂記著『アメリカ憲法入門（第7版）』172頁以下参照。
- 5 より厳密には、裁判の中立性と民主主義に関する議論として複数の対立点があげられている。例えば、大嶽秀介著『アメリカ司法と政治』成文堂（2016）においては、連邦最高裁において問題となる基本的対立点が5つに分類されており、憲法解釈における原意主義と生ける憲法の考え方の対立とも形容されている。225～226頁参照。また、裁判官の公選制による高度の党派政治化に対する問題としてとらえる立場もある。原口佳誠「アメリカにおける裁判官公選制とデュー・プロセス」比較法研究45号 3巻29頁以下参照。
- 6 Jack Goldsmith & John F. Manning, The Protean Take Care Clause, 164 Univ. of Penn. L.

- Rev. 1835 at 1853 (2016).
- 7 See *id.*
- 8 See Caleb Nelson, *Originalism and Interpretive Conventions*, *U.Chi.L.Rev.* 519 at 525-527 (2003).
- 9 See *id.* Also see H. Jefferson Powell, *The Original Understanding of Original Intent*, 98 *Harv. L. Rev.* 885 at 910 (1985).
- 10 See Curtis A. Bradley & Trevor W. Morrison, *Historical Gloss and the Separation of Powers*, 126 *Harv. L. Rev.* 411 at 42-32 (2012).
- 11 See *supra* note 6 at 1854.
- 12 See *id.*
- 13 See Steven G. Calabresi & Kevin H. Rhodes, *The Structural Constitution : Unitary Executive, Plural Judiciary*, 105 *Harv. L. Rev.* 1153 at 1198 (1992). およそ30年前の論考だが、すでにその時点で、Take Care Clauseが十分な監視義務を規定するもので権限の付与ではないことについて明言されている。Also see Mary M. Cheh, *When Congress Commands a Thing to Be Done : An Essay on Marbury v. Madison, Executive Inaction, and the Duty of the Courts to Enforce the Law*, 72 *Geo. Wash. L. Rev.* 253 at 275 (2003). ここでは、Take Care Clauseの言いまわしが単純明快にその条項が大統領に対して義務を課していることを示唆するもので、権限の淵源の本質ではないとしている。
- 14 例えばA.ハミルトン・J.ジェイ・J.マディソン著、斎藤眞・中村勝郎訳、『ザ・フェデラリスト』(岩波文庫) 236頁。
- 15 すでに1世紀以上前にこの認識については主張がなされていた。See Thomas M. Cooley, *A Treatise on the Constitutional Limitations which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union* at 77 (5th ed. 1883). ここでは、憲法が一般的権限を与えるか、あるいは義務を命じる場合、それはまた両者の関係において一方の行使にとって他方の効果が呼応していることを暗示しているという一般的ルールが存していることの指摘がなされている。
- 16 See *supra* note 6 at 1854.
- 17 *Myers v. United States*, 272 U.S. 52 (1926).
- 18 See *id.* at 117.
- 19 *In re Neagle*, 135 U.S. 1 (1890).
- 20 See *id.* at 64.
- 21 See e.g. *Free Enter. Fund v. Pub. Co. Accounting Oversight Bd*, 561 U.S. 477 at 483 (2010).
- 22 See *supra* note 6 at 1855.
- 23 これに関して、トランプ大統領が次期大統領選対策として自らの権限を濫用して、強力な対立

候補バイデン氏のスキャンダルを見つけ出そうとしたとされるウクライナ疑惑のような、姑息で、一切公的目的から逸脱した行為すら可能になっている。その適法性・倫理性等具体的判断は現在下院で弾劾手続きが進行している。なお、大統領の弾劾については、大統領の行為の正当性を否定するような、違反行為があったか否かが判断されるが、具体的には、反逆罪、収賄罪、その他重大な犯罪及び不品行と定められており、特に最後の不品行については誠実な執行とのかかわりにおいて注目すべきところであろう。例えば、CNN.co.jp, 米下院司法委員長、トランプ氏に「重罪の証拠ある」弾劾条件に相当、参照。 <https://www.cnn.co.jp/usa/35140205.html> (18 Aug. 2019 17:31 UTC).

24 国家のリーダーが握る権限の大きさは国家の違いこそあれ極めて大きい。いったんそれを手中にすると、形骸化した建前のみをプロパガンダとして、本音、自己の利益優先のスタンスが色濃く出始める。トランプ大統領のように、当選当初からそれが如実に現れるケースは珍しいが、韓国の文大統領の権限行使や言動についても一定の批判が存することはよく知られるところであろう。

25 See supra note 6 at 1855.

26 See id.

27 Freytag v. Comm'r, 501 U.S. 868 (1991).

28 See id at 906.

29 ただし、連邦最高裁はこの問題提起にあたって条文や歴史的背景の分析は行っていない。See Neagle, supra note 19 at 64.

30 See Louis Henkin, The President and International Law, Am. J. Int'l. 930 at 934 (1986).

31 See supra note 6 at 1856.

32 See e.g. Neal Devins & Saikrishna Prakash, The Indefensible Duty to Defend, 112 Colum. L. Rev. 507 at 532 (2012), Daniel J. Meltzer, Executive Defense of Congressional Acts, 61 Duke L. J. 1183 at 1209 (2012).

33 See Akhil Reed Amar, Intratextualism, 112 Harv. L. Rev. 747 (1999).

34 See supra note 6 at 1857.

35 U.S.Const. art. II, § 1, cl.8.

36 See e.g. Saikrishna Bangalore Prakash, The Executive's Duty to Disregard Unconstitutional Laws, 96 Geo. L. J. 1613 at 1632 (2008).

37 See Edward T. Swaine, Taking Care of Treaties, 108 Colum. L. Rev. 331 at 342-343 (2008).

38 See Samuel Johnson, A Dictionary of the English Language (London, J. F. & C. Rivington et al. 6th ed. 1785). 最近の英英辞典においてはここまでの言及はなかなか見出しがたいが、The Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles (2nd ed. 1936) では、Firm in fidel-

ity or allegiance to a person to whom one is bound by any tie ; constant, loyal, true.という説明とともに、Conscientious in the fulfillment of duty.という説明がなされている。

39 See supra note 6 at 1857.

40 See id.

41 See Zachary S. Price, Enforcement Discretion and Executive Duty, 67 Vand. L.Rev. 671 at 697-698 (2014).

42 See *Shurtleff v. United States*, 189 U.S. 311 at 317 (1903).

43 See John F. Manning, Separation of Power as Ordinary Interpretation, 124 Harv. L. Rev. 1939 at 2037 (2010).

44 See supra note 6 at 1858.

45 See e.g. *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 at 692 (1988).

46 See supra note 6 at 1858.

47 See *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* 467 U.S. 837 at 842-843 (1984).

48 See supra note 6 at 1858.

49 See id.

50 『ザ・フェデラリスト』前掲註14、241頁。ここで極めて興味深いのは、「……司法部が、他の政府部門ののいずれかと結合するならば、あらゆることを恐れなければならない。またそのような結合の実際的効果は、すべて、名目上、表面上の文理にも関わらず、実際には司法部が他部門に依存することから生じざるを得なくなる。司法部の本来の良さ差からして、司法部は他の部門によって圧倒され、脅かされ、左右される危険性を絶えず持っている。……」という記述であろう。最高裁判事の地位は、議会の承認を必要とするとはいえ、大統領の指名が最も重要なカギとなる。そこに当然力関係が存することは明らかであり、今日の連邦最高裁が共和党大統領の御用裁判所となっていることはよく知られるところであろう。