

大統領の緊急権

——トランプの南部国境壁建設のための緊急事態宣言を
素材として——

富井 幸雄

人の結合が真に省察と選択で良き政府を確立できるか、それとも政治構造を偶然や力に永久に頼ることになるのか、といった重要問題を決定するのは、この国の人民がどのように行動するのを範とするか (example and conduct) に尽きるようにおもわれる— A・ハミルトン¹⁾

一 はじめに

立憲主義では、すべての公権力はその組織と権限において憲法に基盤を有し、その具体的態様は議会の制定法に基づくのを原理とする。この法の支配の原理では、立法が権力的解決を必要とするシナリオを想定し、そのときに政府機関はどのような権限を行使できるか、すべきかを規定する。これが平常時での政府の運営のメカニズムである。しかし、国家は法の予期し難い事態に遭遇することがある。これに対処するために平常時とは異なる法メカニズムが想定される。憲法学では国家緊急権ととらえられる。²⁾これを憲法典にどう盛り込むか

1) THE FEDERALIST No. 1, at 33 (Alexander Hamilton) (Clinton Rossiter ed. 1961).

2) 「戦争・内乱・恐慌・大規模な自然災害など、平時の統治機構をもっては対処できない非常事態において、国家の存立を維持するために、国家権力が、立憲的な憲法秩序を一時停止して非常措置を執る権限」と定義される。芦部信喜・高橋和之補訂『憲法(第七版)』(岩波書店、2019年)388頁。かかる緊急権を「憲法制度上の国家緊急権」とし、憲法の授權の枠を超える独裁的権力行使を「憲法を踏み越える国家緊急権」として峻別したうえで、日本国憲法では不文の法理として前者の国家緊

は各国の判断であるけれども、立憲的にそれをどう統制し確保するかは憲法学の関心である。³⁾

もとより、法治主義の原理から実定法の根柢なく公権力を行使するのは認められない。緊急事態を個別的に、あるいは一般的に、憲法や緊急事態法といった実定法で盛り込んでおけば、立憲主義や法治主義からの非難はあたらなくなる。こうした緊急事態のために立法をあらかじめ整備しているのが世界の趨勢といえよう。緊急事態立法は議会が執行権に対処のための包括的権限を一任するパターンとなり、事態の迅速な回復を図るのを共通とする。立憲主義は権力を制限する形で権力機構を創設するけれども、この権力機構から包括的な権力を解き放たせるのが緊急権にほかならない。⁴⁾

アメリカでは執行権たる大統領（アメリカ憲法（以下「憲法」）2条1節）にかかる任が委ねられる。もっとも、憲法に国家緊急権の明文の規定はなく、個別の制定法で大統領に緊急事態対処の権限を授権する制度を構築してきてい

急権は認められると説かれる。佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）48-51頁。日本国憲法や実定法に授権の明文規定がない以上、両者を観念上はともかく現実には厳然と峻別できるかは不明であるけれども、現代国家は立憲主義への脅威や危機に対応できるように、憲法に国家緊急権の明文規定がなくとも、議会が法制度を構築しており、緊急事態対処と行政法的にとらえてよいケースは少なくないであろう。国家緊急権は非常事態措置権とか例外権とか混合して議論されるけれども、憲法の枠内で憲法に根柢を置く緊急権を前提とする。筆者は、カナダの議論に関連して緊急権を論じたことがある。富井幸雄『緊急事態法制 カナダの緊急権』（日本評論社、2006年）。アメリカとカナダはイギリスのマーシャルローの伝統を共有しており、緊急権を憲法にビルトインしているとされる。もっとも、カナダは1982年憲法制定以降、緊急権の発動を抑制するようになり、依然放縱なアメリカとは袂を分かたつようになったとも指摘される。Kim Lane Scheppele, *North American Emergencies: The Use of Emergency Powers in Canada and the United States*, 4 INT'L J. CONST. L. 213 (2006).

3) David Dyzenhaus, *States of Emergency*, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW 442, 460 (Michel Rosenfeld and Andras Sajó, eds., 2012).

4) Karin Loevy, *Who Decides on the Emergency? Comparing Institutional Response Capacities in the U.S. Executive and the U.K. Parliament Post-9/11*, 25 TRANS. L & CONTEM. PROBS 7, 11-12 (2015).

る。アメリカはこれまで戦時を契機に、主に安全保障の領域でこの緊急権を大統領がどのようにいかなる内容で行使できるかを議論してきた。

今般、現大統領のトランプは、メキシコ国境にフェンス建設を完遂させるべく、⁵⁾2019 年 2 月 15 日、国家緊急事態法 (National Emergency Act (NEA)) にのっとり、⁶⁾南部国境に緊急事態を宣言 (2・15 宣言) し、メキシコから来る不法移民対策として緊急事態に関する諸制定法を動員させる手段に打って出た。これに 16 の州が違憲宣言と停止のインジャンクションを求め、3 日後の 18 日にカリフォルニア連邦地裁に提訴している (訴訟 A)。⁷⁾議会のリアクションも熱く展開されるであろうし、議論は流動的であるけれども、本稿はこの 2・15 宣言を分析しながら、大統領の緊急権の法構造を考察しようとするものである。⁸⁾本稿はまず、この 2・15 宣言がどのようなものか、何を意図したのかを示す。次に、大統領が緊急権を行使できる法的根拠を、憲法と制定法に分

5) トランプは就任と同時に壁建設の大統領命令 (EO) を出している。Executive Order No. 13, 767, 82 Fed. Reg. 8793 (Jan. 25, 2017).

6) National Emergencies Act, Pub. L. 94-412, title I, § 101, § 201, § 202, § 301, § 401, § 502, 1976, 90 Stat. 1255. 50 U.S.C. § 1601, § 1621, § 1622, § 1631, § 1641, § 1605.

7) Complaint for Declaratory and Injunctive Relief, Cal, Colo., Conn., Del. Hawaii, Illi., Maine, Maryland, Mich., Minn., Nev., N.J., N. Mex., N.Y., Ore., & Va., v. Trump, U.S., <https://authoring.ct.gov/-/media/AB4BC84100E14912814D22FEB3589D8C.ashx> テキサス州南部の、壁のために自らの土地が収用される予定の者たちも、2・15 宣言の差し止めを求め、2 月 15 日に DC 地裁に提訴している (訴訟 B)。Nayda Alvarez et als. v. Trump, No. 19-cv-404 (D.D.C. Feb.15, 2019). その他にも、2・15 宣言直後に訴訟提起もしくはその準備が少なからずなされている。Amy B. Wang, *White House defends Trump's Emergency Declaration as Lawsuits and Political Battles Mount*, WASH. POST, Feb. 17, 2019. https://www.washingtonpost.com/politics/2019/02/17/uncharted-territory-political-legal-hits-continue-after-trumps-emergency-declaration/?utm_term=.cd6894b5dd66

8) いち早くこの問題を憲法学的に検討したものとして、MARK TUSHNET AND SAIKRISHNA PRAKASH, CAN THE PRESIDENT DECLARE A NATIONAL EMERGENCY TO BUILD THE WALL? NATIONAL CONSTITUTIONAL CENTER, JAN.10, 2019 <https://constitutioncenter.org/debate/podcasts/can-the-president-declare-a-national-emergency-to-build-the-wall>

けて検討する。そして、この2・15宣言には緊急権の法制度上、どのような問題があるかを一瞥する。

ここで興味深いのは、国家緊急事態宣言といっても、戦時下のような胸が詰まる厳戒態勢になるわけではなく、国家の運営は平時とは変わらないことである。緊急事態というとアメリカでは戒厳令（martial law）とか、⁹⁾人身保護令状発給停止とか、戦時下での国民生活の統制をイメージするけれども、今回の緊急事態にその要素はない。緊急事態は時間軸では短期で暫定的なのが前提とされるが、¹⁰⁾それに対する措置は多様であって、緊急権で語られる局面はコンテキストによって変わりうるのであり、注意を要する。

おおよそ国家は自らの立憲秩序を破壊する事実上の力から防御するための権能を持っている。かかる事実を緊急事態とくることができよう。その究極は立憲独裁（政府）であり、これは国家存立（リンカンの言葉を借りれば、腕は命を守るために切られるが、命は腕を守るために賢明に差し出されることはない）の目的に極限された、執行権への権限集中の1つの憲法現象であり、ローマ時代から観察され、立憲主義では厳格な制約の下、容認される。¹¹⁾しかし、

9) 真珠湾攻撃があった時、ハワイ全土で宣言されたのが最後の例である。富井幸雄「第2次世界大戦におけるハワイのマーシャル・ロー—憲法学的考察」大東文化大学紀要（社会科学）43号251-277頁、平成17年、参照。

10) イスラエルは建国（1948年）から今も緊急事態であって、暫定的ではない。GIDEON SAPIR, *THE ISRAELI CONSTITUTION: FROM EVOLUTION TO REVOLUTION* 153 (2018). See also, Bruce Ackerman, *The Emergency Constitution*, 113 YALE L.J. 1029, 1045 n.40 (2004).

11) クリントン・ロスター／庄子圭吾訳『立憲独裁：現代民主主義諸国における危機政府』（未知谷、2006年）（以下「ロスター」）。その根拠となる事実として、①立憲民主主義の統治制度は本質的に平時で機能する設計であって、重大な国家危機の急迫した状況では不十分である②ゆえに危機には、立憲主義政府はこの危機を克服し平時に回復させるべく必要な程度で一次的に改変され、そこでは政府が多くの権利をもち人民のそれは減少する③強力な立憲独裁はあからさまな独裁制になってしまうことがあったけれども、国家存立維持、現行憲法秩序維持、人民の権利防御以外のいかなる目的を持ちえない、の3点があるとする。ロスター、28-31頁。共通項は、立憲民主主義「国家が自らを防衛するため、例外的な権力を所有し行使する役割を

緊急事態のラベルを貼られるものがすべて立憲独裁になるのではなく、比例原則が冷徹に妥当すべきで、内乱や戦争も緊急事態として語られるけれども、ほとんどは独裁まで認める必要のないものといえよう。議会制民主主義と法治主義の経験を多く踏んだ国家にあっては、行政法的に対応できる、通常の公権力組織構造の体制が維持されるのである。¹²⁾ このいわばミクロの議論が肝要で、現代は災害やテロなど文民対応型の緊急事態が多く生起し、その予防から復旧に至るまでのサイクルが法の議論や整備を必要とするのである。アッカーマンは 9・11 直後、テロの再発から憲法秩序を守るための緊急権は不可欠とするも、テロは刑事法でも軍法でもない、かといって存立の危機に対応した (existential rationale) 手法でもない、禁欲的に暫定的な緊急事態と認識し、テロは国家存立の危機までに至らず、明白かつ現在の危険でもないとして、別のフレー

担うのは、常に政府執行部である」ことである。ロシター、38 頁。したがって、政府指導者が独裁的に行動しうる決定的な手法を持たない自由国家は、政治指導者の非常手段を欠いていたなら生き残れなかつただろう。ロシター、40 頁。独裁という手法が必然で不可欠なのは疑問だとするものとして、David Rudenstine, *Roman Roots for an Imperial Presidency: Revisiting Clinton Rossiter's 1948 Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*, 34 CARDOZO L. REV. 1063, 1077 (2013).

- 12) 独裁は民主主義の対極にある用語であるが、こうした緊急時での独裁は現代国家に必然であり、違憲独裁にならないよう検証し続けることが肝要である。Sanford Levinson and Jack M. Balkin, *Constitutional Dictatorship: Its Dangers and Its Design*, 94 MINN. L. REV. 1789 (2010). この論稿も含めて、アメリカの緊急権をカール・シュミットの枠組みで分析する議論が 9・11 以降目立つようになってきたように思われる。DAVID DYZANHAUS, *THE CONSTITUTION OF LAW: LEGALITY IN A TIME OF EMERGENCY* 40 (2006). 9・11 以降、安全保障の領域では、議会や司法は行政国家の伝統も手伝って執行権に敬譲する形となっており、行政法は緊急事態ではもちろん、平時においてもシュミットのたとえ指摘される。Adrian Vermeule, *Our Schmittian Administrative Law*, 122 HARV. L. REV. 1095 (2009). 他方、アメリカは国家の存立を脅かすような危機はなく、緊急事態にも立法で対応してきたのであって、シュミット的な緊急権の考えはワイマール憲法限定のものでアメリカにはなじまないともされる。Kim Lane Scheppele, *Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptation of 9/11*, 6 J. CONST. L. 1001 (2004).

ムワークを提唱している。¹³⁾

緊急事態がもたらす危機は多種多様でありうるから、比例原則から個別に対応する緊急事態への権限の行使を考える必要がある。2・15宣言には、不法移民の阻止に現段階で緊急事態を宣言しなければならないのか、が疑問となる。実に、緊急事態をどうとらえ、どのように認識するか、政府はどのようなプロセスで緊急権を行使するのかの法メカニズムが重要なのである。緊急事態宣言には、平時メカニズムでは効率性の点からも対応できないといった補完性が認められなければならない。2・15宣言はそれをみたとはいえるのか、事態の緊急性を過度に強調することで大統領の独裁を招くことはないのか。こうした点に配慮しながら大統領の緊急権を考察していく。

二 トランプの緊急事態宣言

2・15宣言とはどのようなものなのか、まず見ておこう。

トランプは、不法移民が入国してくるのを防ぐためにメキシコとの国境に壁を建設するのを公約にしている。就任から2年、遅々として進展しなかった背景には、そのための膨大なコストや血税を投入することへの批判がある。国家予算をめぐる議会と対立して予算が成立せず、2018年年末から政府閉鎖(shutdown)の事態を招いた。2018年の選挙で下院では野党民主党が多数となり、民主党のNancy Pelosi^{ペロシ}が下院議長で、トランプと議会はことごとく対立していた。2018年12月22日でも、政府閉鎖解消の同意はなされていなかった。¹⁴⁾

13) Ackerman, *supra* note 10. 法の目的は再確保(reassurance)なのであって、「悪い法構造は暫時の再確保の必要性を、自由の恒久的制約にむけてしまう(channel)ことになる。良い法構造は、基本的自由を恒久的に損なうことなく、暫時の緊急事態にむけることになる」。Id. at 1045. See also, Kim Lane Scheppele, *Small Emergencies*, 40 GA. L. REV. 835 (2006).

14) 2019年になって民主党幹部とWHで会談したとき、壁建設のために緊急権の発動をちらつかせた。Glenn Thrush and Thomas Gibbons-Neff, *Trump Raises Possibil-*

2019 年 1 月 25 日にトランプが教書演説で議会との間で妥協を示して、この政府閉鎖は 6 週間ほどで史上最長を記録して、終息に至る。トランプは 2019 年度議会歳出法 (Congressional Appropriation Act of 2019) に署名したのである。しかし、これは、壁建設にトランプが 57 億ドルを要求していたのに対し、約 14 億ドルしか認めていなかった。しかも、この 14 億ドルはトランプの求める壁建設のための費用ではなく、国境防御などの一般的費用であった。そこで 2 月 15 日に、以下のような大統領令 (Executive Order (EO)) で緊急事態宣言を出して、¹⁵⁾他のプログラムの予算を壁建設に回すようにさせるウルトラ C をやったのである。加えて、財務省罰金基金 (Forfeiture Fund) から 6 億 100 万ドル、対麻薬活動支援の国防省移転財源から上限 250 万ドル (10 U.S.C. § 284)、国家緊急事態宣言に基づく国防省軍建設計画から上限 360 万ドルを、再配分 (reallocation) する転用 (diversion) を行う。

布告 (Proclamation)

南部国境の現況は、国境の安全と人道への危機を呈しており、枢要な安全保障上の利益を脅かしており、国家緊急事態を構成する。南部国境は、犯罪者、ギャング、不法麻薬者の主たる入り口である。南部国境を経由する大規模不法移民の問題は長期にわたっており、現行の制定法の権限を執行機関が行使しても、状況は近年いくつかの点で悪化の一途をたどり、とくにここ数年は、アメリカに入国したり入国を求めたりする家族単位の数が急増し、しかも、退去手続きが進行中の時にその多くを拘禁しておく場所が提供できなくなっている。拘禁されなければ、そうした外国人はしばしばこの国に放たれ、彼らは審問に来ることはなかったり、退去命令に従わなかったり、さもなければ居場所不明のために、アメリカから退去させるのができなくなっている。2018 年 4 月 4 日の私のメモとこれをうけての国土安全保障長官の要請の指令で、国防省は南部国境の国土安全保障省に対する援

ity of Declaring National Emergency at Border; N.Y. TIMES, Jan. 4, 2014. <https://www.nytimes.com/2019/01/04/us/politics/trump-national-emergency-border-wall.html>
15) Proclamation 9844, 84 Fed. Reg. 4949 (Feb. 20, 2019).

助と物資の提供を行った。現在の緊急事態の重篤性のために、陸軍がこの危機に対応するためにさらなる支援を提供しなくてはならない。

したがってここに、私ことドナルド・トランプは、憲法および、国家緊急事態法 201 条と 301 条 (50 U.S.C. § 1601 以下) を含む連邦法によって私に付与された権限によって、アメリカ南部国境が国家緊急事態にあること、合衆国法典 10 章 12303 条が援用され、その文言によって、関係する軍事省の長官に適用されるようになり、陸海空軍省の長官の場合には国防長官の指示に服することを、宣言する。南部国境での緊急事態に対応する連邦政府を支援するための国防省のさらなる権限を提供するために、私はここに、この緊急事態が国家緊急事態法 301 条 (50 U.S.C. § 1631) に従って陸軍を使用するのを要することと、合衆国法典 10 章 2808 条に規定された建設権限が援用されて、その文言に従って、国防長官と、その国防長官の命令の下、軍事省の長官に適用されることを宣言する。ここに私は以下のことを命令する。

第 1 条 国防長官、または関係する各軍事省長官は、適用される法に従って適切に、南部国境で国土安全保障省長官の活動を支援するのに適切であると、関係の長官が裁量的に判断する限り、予備役を招集する命令を下す。

第 2 条 国防長官、内務長官、国土安全保障長官、および、国防長官の命に服する軍事省の長官は、適用される法に適合して、ここに援用された官庁の使用または使用の協力をなすための適切な行動をとるものとし、必要であれば、国境の土地の移転や管轄権の承認 (acceptance of jurisdiction) も含まれる。

第 3 条 この宣言は、合衆国、政府機関、官庁、団体、その官吏、職員、エージェント、その他の人に対する当事者に、エクィティもしくは執行しうる法律上、実体的にも手続的にも何ら権利や利益を創設するのを意図していない。

かくして (In witness thereof)、私はこの点について、アメリカ独立から 243 年目

の 2019 年の 2 月 15 日、取り掛かったのである。

DONALD J. TRUMP

この緊急事態宣言は、安全保障のために、議会が議決した予算を書き換え流用を可能にすることが目的で、制定法の枠組みと手続に従ってこれをなそうとする。かかる大統領権限を認める現行法は、議会の予算権（歳出はすべて議会の法律による予算に従ってなされなければならない（1 条 9 節 7 項））に反する可能性もあり、¹⁶⁾ なによりも議会の歳出権は、三権分立にあっては議会の切り札なのである。¹⁷⁾ 大統領のかかる権限は、この例外を認める緊急権である制定法（NEA など）に基づく。

2・15 宣言は予算の転用を根拠づけるのを主目的とする。大統領官邸（WH）の見解に沿ってこれを詳らかにしておこう。¹⁸⁾ ここでは 100 以上ある制定法上

16) Testimony of Stuart Gerson , H.R. Comm. on the Judiciary Subcom. on the Constitution, Civil Rights, and Civil Liberties, Hearing on The National Emergencies Act of 1976 February 28, 2019 <https://docs.house.gov/meetings/JU/JU10/20190228/108974/HHRG-116-JU10-Bio-GersonS-20190228.pdf> at 2-3. 「議会は常に歳出権を持ち、軍事紛争でもアメリカの役割の財源をカットすることもできたであろう。再度、そうする努力の余地があったけれども、しなかった。歳出は授權されたのである。それからは常に、これらの事項での議会の権限を無視して大統領が行動するなら、弾劾の可能性が残る」。Campbell v. Clinton, 203 F.3d 19, 23 (D.C. Cir. 2000). このケースについて、富井幸雄「コソボ紛争におけるクリントン大統領と議会：キャンベル事件を素材として」大東文化大学紀要社会科学編 42 号 125 頁、2004 年、参照。

17) 「下院は、政府の維持に必要な経費支出を拒否できるのみならず、下院のみが、それを提案できるのである。…下院は財布を押さえているのであって、…事実、この財政に対する権限こそ、いかなる憲法においても、人民の直接代表である議員があらゆる不満を救済し、正当かつ有益な政策を実行できるようにさせる、完全かつ有効な武器なのである」。J・マディソン＝J・ジェイ＝A・ハミルトン／齋藤眞・武則忠見訳『ザ・フェデラリスト』（福村出版、1991 年）、285 頁（第 58 篇、マディソンまたはハミルトン）。

18) Fact Sheets: The Fund Available to Address the National Emergency at our Border, Feb. 26, 2019, <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/funds-available-address-national-emergency-border/>

の権限から、予備役を動員できるとする合衆国法典 10 章 12303 条と、国防長官に軍施設の建設を授権する 10 章 2808 条 (2808 条) を援用している。南部国境に軍の使用を必要とする国家緊急事態があるとし、5000 人以上の部隊を派遣し、国防省は建設計画を練る。緊急事態とは別に議会は、国境を超える麻薬取引禁止の取り締まり支援のための軍の使用やフェンス建設のため、DHS (国土安全保障省) に国防省の予算の一部転用を認めている。31 U.S.C. § 9705 (g) (4) (B) に基づき財務省は財源を警察活動に転用できることから、DHS に 6 億 100 万ドルが国境警察に流用されている。NEA 制定 (1976 年) 後約 60 もの緊急事態宣言が出されており (後述)、トランプ政権でも 31 が依然実効されており、この宣言で 32 となる。オバマも南部国境の外国人犯罪組織の脅威に、また豚インフレに、緊急事態を宣言しており、2001 年から 2013 年まで国防省は今般の 2・15 宣言と同じような形で、18 の緊急事態での軍施設建設を行っている。

NEA で援用される主眼となる制定法は 2808 条 (1982 年制定) の軍建設統一法 (Military Construction Codification Act) である。大統領は軍隊の使用を要求する NEA の緊急事態宣言で、国防長官は法のいかなる規定にもかかわらず、そうした軍隊の使用をサポートするのに必要な立法の授権が別になければ、軍建設計画を実行できると規定する (a)。その予算は、債務負担に充てられていない軍建設に、歳出として充てられた財源から拠出される (b)。軍建設とは、「防衛アクセス道路の建設又は土地の取得とかを、暫定的か永久かの条件にかかわらず満たす軍基地 (military installation) に関してなされるすべての建設、開発、転用、または拡張を含む」(10 U.S.C. § 2801 (a))。軍建設の計画は利便性を発揮するための改善や生産をすべて含む ((b))。利便性とは建物、建造物、その他不動産の改善を意味する ((c) (2))。軍基地とは、国防省や軍事省の管轄下にある国内外の基地やキャンプ、センター、土地、駐屯地、活動を意味する ((c) (4))。

このように 2・15 宣言は制定法 (NEA) に基づいて行使される緊急権で、憲法に直接基づくものとはいえない。ただその背景にある憲法原理は何なのか、

制定法がなくてもこうした緊急権を大統領は行使できるのかははっきりしない。2・15 宣言を理解するために、アメリカにおける緊急権の理論的及び歴史的展開を検討しておかねばなるまい。

三 大統領の緊急権の法的根拠と歴史的展開

1 理論：執行権に包含される緊急権

(1) ロック的モーメント

執行権には、公共善のために事態の收拾を図る裁量的権能が認められる伝統がある。ロックは、法の執行者は、法の指示がない部分には、「立法部が適宜招集されるまでその権力を社会の善のために使用する権利を一般的な自然法によって与えられて」おり、「人民の善のために許容可能な程度において用いられ」る大権として、「法が沈黙している場合に、また、ときには法の文言そのものに反することになっても、支配者が公共の善のために自らの自由選択に基づいてさまざまなことを行う」とする。¹⁹⁾これはルソーも認めるところである。²⁰⁾

ロックの考えは、イギリス憲法の原理を君主の「大権 (prerogative)」として敷衍したものであるのに注意したい。²¹⁾これがアメリカにストレートに当て

19) ジョン・ロック/加藤節訳『完訳 統治二論』(岩波文庫、2010 年) 488 頁、490 頁、493 頁。

20) ルソー/桑原武夫・前川貞次郎訳『社会契約論』(岩波文庫、1979 年) 170-175 頁。法はすべてを予見できないことをまずわきまえるべきとしたうえで、政府権力の集中を主とする立憲秩序の改編は、国家の安全にかかわる最大の危険の場合のみ認められ、短い期間に限定されると説く。

21) 大権とは、「人民の安寧 (salus populi)」を最高の法ととらえ、このため「予測できない不確定な事態に振り回されて一定不変の法では確実に統御できないような場合」に君主の手中に置かれたもので、この最高の法に基づき、そして限界づけられる。ロック、前掲(19)書、484-85 頁。「法の規定によらず、時にはそれに反してでも、公共の善の為に思慮に基づいて行動するこの権力が大権と呼ばれるものに他ならない」。同上、489 頁。マキャベリが緊急権を適憲性 (constitutional regularity)

はまるかには慎重でなければなるまい。²²⁾アメリカは、君主制と決別して成文憲法で三権分立を叩き込むとともに、権力には明確な法の授権と制約を置いたのである。イギリス憲法を継承した部分もあり、不文憲法原理として認められる法はあるけれども、それがなにかの判断は吟味を要する。まずは憲法の条文で確認しておこう。

ちなみに、フランス憲法（第5共和政憲法16条）は明文で、国家の独立や保全が重大で切迫した脅威に直面し、憲法上の公権力組織の正常な機能が妨げられているとき、大統領は首相や両院議長や憲法院長に正式に諮問したうえで、状況に比例した措置を執るとしている。²³⁾国家の存立にかかわる場合の立憲独裁の制度である。

アメリカは、憲法にこうした大統領の緊急権を明示した規定はないけれども、緊急事態を想定する規定はある。議会の権限について、人身保護令状（*habeas corpus*）の発給は停止できないとする一方で、「反乱や侵略（*Rebellion and Invasion*）」に際して公共の安全のために必要な場合は、この限りではないとしている（1条9節2項）。これは緊急事態に言及した唯一の規定ともされる。²⁴⁾

の要素と強調したのに対し、ロックは通常の憲法上の権限の外にある大権（*prerogative*）と位置づけたので、その正当性は常に問題とされることになる。HAROLD H. BRUFF, *UNTRODDEN GROUND* 14 (2015). ロックのこの理解はギリシャではなくローマの立憲思想、特にキケロの解釈に淵源を持つとされる。BENJAMIN STRAUMANN, *CRISIS AND CONSTITUTIONALISM* 254 (2016). なお、ロック、前掲(19)書、487頁、訳注(9)、参照。

22) 大統領がイングランド国王やニューヨーク州知事とは異なることは明言されている。ザ・フェデラリスト、前掲(17)書、334-339頁(第69篇、ハミルトン)。

23) 現代憲法にあって執行権に最も広範に緊急権を付与したものとされる。Jenny S. Martinez, *Inherent Executive Power: A Comparative Perspective*, 115 *YALE L.J.* 2480, 2496 (2005-6). これについて、富井幸雄「フランス憲法院と緊急権—憲法保障論の観点から」新防衛論集13巻3号55頁、1988年、参照。なお外国憲法の条文の邦語訳は、高橋和之編『新版 世界憲法集（第2版）』（岩波文庫、2014年）に依拠している。

24) *See, e.g.*, Dyzenhaus, *supra* note 3 at 442; BRUFF, *supra* note 21 at 18. 制憲者は、執行権が暴走するのを警戒して緊急権を憲法に明言せず、議会との共有にさせたとする。*Id.*

なお、大統領には、非常の場合（非常を定義した規定はない）、両院またはどちらかの院を招集できる権限を認めている（2 条 3 節）。これは緊急事態に、大統領が議会からの授権を求めることで対応すると解する余地もあろう。もとより、これらが大統領に包括的な緊急権を認めたと断定する根拠にはなりえない。

憲法制定当時、大統領権に緊急権を意識するのは少なかったようである。²⁵⁾G・ワシントンは大統領の緊急権を想定せず、立法に基づいて緊急権を行使すると考えていたようだ。憲法制定から間もない 1792 年、カロライナからバージニア、西ペンシルバニアにかけて、ウイスキーへの課税に農民たちが反乱を起こした (Whiskey Rebellion)。鎮静には民兵 (militia) を動員しなければならぬけれども、閉会中は州をまたがる民兵の動員はできず、新たな立法が必要であった。議会はそのための立法をしたので、²⁶⁾ワシントンは 94 年 8 月 17 日、この立法に基づいて緊急事態を宣言して民兵を動員させ、農民たちには戦うつもりはなかったけれども、調停工作に失敗するとみるや、9 月 24 日に鎮圧を命じ、軍をリー (Richard Henry Lee) 将軍の下に置いた。²⁷⁾Creek/Cherokee との戦争 (1812 / 1839) や、93 年の伝染病事案でも同様に、そうした緊急事態に議会の立法を待つ手法をとった。

制憲者がロックなどを全く知らなかったわけではない。²⁸⁾強靱な執行権を立

25) SAIKRISHNA BANGALORE PRAKASH, *IMPERIAL FROM THE BEGINNING* 208-210 (2015). 「ワシントンは何もしないと決心した。…主要な解決は立法を経由することであった」。Id. at 213. See also, Harold C. Relyea, *National Emergency Powers*, CRS Report for Cong. 98-505 GOV, Aug. 30, 2007, at 2. このとき緊急権に関する理解が形成されたとする。「緊急時に大統領が裁量的に行使できる非常ないし特別の権限を議会は立法した。宣言を発するに際し、執行権の長は、この権限を行使することを議会に通知するとともに、自らの緊急事態の行為に影響をうけるいかなる当事者にも知らされる」。Id. at 5.

26) 現行は 10 U.S.C. § 254. 大統領は民兵もしくは軍隊を使用する必要があると考えるときはいつでも、布告 (proclamation) で、暴徒に直ちにやめるよう命じると規定する。

27) 松村超・富田虎男編『英米史辞典』(研究社、2000 年)813-14 頁。

28) 建国者はロックの影響を大きく受けている。ルイス・ハーツ/有賀貞訳『アメリ

憲主義の要とみたハミルトンは軍権の強化に習熟する。これを制約してはならないとし、なぜなら、「国家存亡の危機について、その範囲や権限をあらかじめ予測し定義することは不可能であり、かつまた危機を克服するに必要と思われる手段について、そのしかるべき範囲や種類をあらかじめ予測し定義しておくことは不可能だから」だと明言する。²⁹⁾ マディソンは、「安全保障の手段は攻撃の手段と危険によってのみ計られるのであって、自己保存の衝動に憲法の障壁で対抗しようとしても無駄で…いっそう悪い。なぜなら憲法そのものに必然的な権力篡奪（の機会）を植え付けることになるからであって、そのあらゆる前例は、不必要な多くの権力篡奪を繰り返す種」となるからだとする。³⁰⁾

立法を待つ間もないほどの危機的状況はありうるから、立法の根拠を欠いても必要な措置を緊急事態ではとりうるとの考えも出てくる。ジェファソンは、「高次義務 (higher obligation)」、つまり「成文法を厳守することは善良な市民の高次義務の一つであるのはまぎれもないが、それは最高次ではない。必要の法、自己保全、危機の時の祖国を救う法は、より高次の義務である」とし、「たとえ執行権が危機権 (crisis power) を欠いていたとしても、適宜違法な措置をとるべきであり、公民の許しを請うべきである」と理解していた。³¹⁾ ヤン

カ自由主義の伝統』(講談社学術文庫、1994年)。アメリカの緊急権の支配的憲法理解はロックのそれである。Jules Lobel, *Emergency Power and the Decline of Liberalism*, 98 YALE L.J. 1385, 1392 (1989)。ロックは、アメリカの政治思想そして特に制憲者の世代の中心にある。Levinson and Balkin, *supra* note 12 at 1801.

29) ザ・フェデラリスト、前掲(17)書、110頁(ハミルトン、第23篇)(強調略)。国民の安全への脅威は無限であり、その任に当たる機関に憲法上の拘束を設けておくのは賢明ではなく、その機関はいかなる事態にも対応できるものでなければならない。同上。

30) 同上書、199-200頁(第41篇、マディソン)。

31) PRAKASH, *supra* note 25 at 214。これにはロックの影響が見られる。DAVID N. MAYER, *THE CONSTITUTIONAL THOUGHT OF THOMAS JEFFERSON* 253 (1994)。制憲期の最高裁もこれを理解していた節がある。最高裁長官マーシャルは、憲法は来るべき時代に耐えるように制定され、さまざまな危機に対応できるように採択されているのであるから、緊急事態にもことごとく法で規定して予測を立てて対応できるように指向するのは賢明ではないと述べている。McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 415, 427 (1819)。

グスタウン事件 (後述) で ^{ジャクソン} Jackson 判事は、制憲者が憲法に緊急権を読み込んでいたとは思われず、反乱や侵略時の人身保護令状停止以外、危機に非常事態権を行使しようとする明文の規定はないのであって、なるほど多くの現代国家はこうしたことを意識しているけれども、あえて緊急権を憲法に読みこもうとするのは賢明ではないとしている。³²⁾

一方で、緊急権を認める明文の規定はなくても、執行権付与 (vesting) 条項 (2 条 1 節 1 項「執行権は大統領に属する」) や最高司令官条項 (2 条 2 節 1 項)、さらに法誠実執行配慮義務の規定 (2 条 3 節) から、包括的な緊急権を読み込む解釈も有力である。³³⁾ 最高司令官条項、非常時議会招集権、法誠実執行配慮 (Take Care) 条項に言及し、³⁴⁾ こうした条文からの構造的解釈で大統領の緊急権を導こうとするのである。いわばロック的な立場であり、不文法理又は黙示の理論ともオーバーラップする。Theodore Roosevelt ^{セオドア・ルーズベルト} 大統領は大統領職を stewardship (執事職) と見立て、大統領は憲法で禁止しているもの以外は、国家の保全に必要な行為をなしようとした。他方、このルーズベルト政権では

32) PRAKASH, *supra* note 25 at 215. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 650 (Jackson, J., concurring). ロシターの『立憲独裁』を引用して、ワイマール憲法やフランス憲法、さらにイギリス憲法の例に触れたうえで、これらは緊急権を行使する執行権を執行権以外がコントロールするときのみ認められるとしていて、「固有権限」として扱っておらず、「こうした権限はもちろん執行権の便宜であるとしても、こうした危険が現実の必要性によって認められるとするのは全く説得的ではない」とする。 *Id.* at 651-652. なおジャクソン判事は、憲法は非常時での人身保護令状停止は中断されるのを黙示しているけれども、誰がそれを決定するかは述べておらず、リンカンがそれは執行権の職務と断言し固執したとする。343 U.S., at 637 n.3.

33) このパラグラフは以下に基づく。Relyea, *supra* note 25 at 2-3. なお、富井幸雄「アメリカ合衆国大統領と憲法」法学会雑誌 50 巻 2 号 127-168 頁、平成 22 年、参照。

34) 憲法前文の共同防衛目的、これに加えて議会の権限である宣戦や軍編成権 (1 条 8 節)、州の共和政体を侵略から防御する連邦権 (4 条 4 節) も、根拠となりうる。ロシター、320-21 頁。大統領の緊急権は基本的に 2 条の執行権付与条項 (Vesting Clause) を根拠にしてきた。同上、327 頁。なお、法誠実執行配慮条項について、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 57-75 頁、平成 29 年、参照。

戦争長官であった William ^{タフト} Taft 大統領は逆で、大統領であっても、憲法あるいは制定法に特別の規定を要するのが原則で、黙示であっても適切性と必要性が明文の規定から合理的に演繹されるものでなければならぬとし、公益にあると自らが判断すれば行使しうるとする無制約の残余権限は認められないとしていた。³⁵⁾ 文理から、憲法は議会の権限を「ここ（憲法の条項一筆者）に認められた（herein granted）」権限（1条1節）としているのに対し、執行権にはその文言がなく、³⁶⁾ 付与条項（2条1節）と、最高司令官条項（2条2節）と、外交に関する黙示の執行権限の3つが、包括的で広範な大統領権限を支えているとの解釈もある。³⁷⁾

(2) 立憲独裁

大統領研究の権威 E・コーウインは、その著書『大統領の地位と権限』の冒

35) もっとも、タフトはのちに最高裁長官となったとき、判決 (Myers v. United States (1926)) では *stewardship* を受容している。Glenn E. Fuller, *The National Emergency Dilemma: Balancing the Executive's Crisis Powers with the Need for Accountability*, 52 S. CAL. L. REV. 1453, 1484, 1484 n.172 (1979).

36) ハミルトンの考え方で、執行権は大統領にあり、憲法に規定された例外と資格付けのみに服するとの解釈を帰結させる。STEVEN CALABRESI AND CHRISTOPHER S. YOO, *THE UNITARY EXECUTIVE* 55 (2008). カラブレッシの構造的解釈は興味深い。かかる文言がない憲法2条と3条はそれぞれ執行権と司法権をざっくりと付与した規定であるとしたうえで、3条は2節の規定で9つの権限を列挙しているのに対比させて、大統領＝執行権にはそれがないとして、同じ付与 (vesting) 条項でも異なるとする。Steven G. Calabresi, *The Vesting Clause as Power Grants*, 88 NW. U. L. REV. 1377 (1994). したがって、大統領に固有の権限はなく、憲法や立法なくしては権限は認められないけれども、2条1節以下に規定された大統領の権限から類推される残余的 (residual) 権限が認められ、外交や国防に言及があることから、緊急事態への対応や合衆国の人民や財産施設を防御するための包括権限 (general authority) が認められるとする。Id. at 1393-97, 1393 n.60.

37) Lobel, *supra* note 28 at 1404. Lobel は、もともとジェファソンなどのロック的な解釈は絶対主義的で、大統領に緊急事態での違憲な行為も認められる超憲法的な権能と解釈するのが18から19世紀の解釈であったが、20世紀の行政国家の経験で憲法に読み込めるとする柔軟な (flexible) 解釈になっていったとする。Id. at 1396-1406.

頭で、執行権は控除的な概念として統治権から立法権と司法権を引いた残余権と理解されることがあるのに触れて、以下のように緊急権を理解する。³⁸⁾

すると、こういうことがおきる。立法権と司法権は今日、その任務に関して一定の方法と共に政府機能を公平に定義して記すことになる一方で、執行権は機能についてはいまだに不定の (undefinite) ままで、とりわけそれが単一人によって行使されるとき、方法についてももとの柔軟性 (plasticity) を多く留保したままになる。それゆえに、それは緊急事態に即時に対応する政府権限となる。すなわち、法に従って対応するには安定性や再発性 (recurrency) を十分に獲得できていない状況である。

執行権の核心は緊急権の理解で浮き出てくる。その憲法的根拠や限界、中身は漠然としていることに留意しなければならない。ただあくまで憲法に根拠を置くのであって、超憲法的な独裁あるいは専制 (tyranny) とは区別される立憲独裁であり、この独裁はロシターが見事に描写しているように、西洋の立憲主義国家では理論的にも歴史的にも受容されている。それは、「一定の個人あるいは機関に拘束力のあるルールや命令、そして決定を作る権利を付与し、それらの権限に対して時宜に応じた (timely) 法的チェックによって妨げられないで、具体的な状況に適用させる権利を付与する立憲政府」である。³⁹⁾

ロックは自由主義的な緊急権を立憲的に正当化しており、アメリカはこの伝統にあるといえる。もっとも、大統領が必要性の要請から緊急権を行使するとき、それを超憲法的な権限ともみなしうるかもしれない。シュミット的理解であり、法の支配や自由主義の立場からは受け入れがたい。しかし現実には法の

38) EDWARD S. CORWIN, *THE PRESIDENT: OFFICE AND POWERS, 1787-1984*, at 3 (5th rev. ed. 1984). 「憲法 2 条は憲法の中で最も緩やかに描かれた章である」。 *Id.*

39) Levinson and Balkin, *supra* note 12 at 1805. かかる権能は憲法や制定法によって枠づけられ、そうした法は国家を救済するためであるかぎり、大統領にフリーハンドを認めるように読まれる。 *Id.* at 1828.

予期しえない事態での対処となれば、そして立憲主義が法の支配を根本原理としているなら、法がない、あるいは法を無視しての執行権の行動は超憲法的にとらえられ、それはもはや法の世界の話ではなく、事実や政治の問題となろう。シュミットは、例外状況（緊急事態を内包するが、それに限定されず、法的対応ができない極度の急迫事態をさすのであろう）で決定を下しうる者が主権者だとし、主権者は法に拘束されないのであるから、法の予期しない事態で法が規定していない権能は誰に帰属すべきか、すなわち決定権が何ら規定されていない事態で誰が決定すべきかの議論であって、法治主義ではそのような存在は帰結しえず、憲法といえどもせいぜいこのような場合に誰が行動するのかを書くことしかできないとする。⁴⁰⁾

ロシターの立憲独裁では、危機政府であってもアメリカはあくまで憲法の枠内、その意味で統治構造の変更をもたらさない緊急権であったとし、シュミット的アプローチは嫌忌されることになろう。純粋に法学的な議論で解決できるのか、それとも超憲法的な政治領域の議論にすべきなのか、筆者には必ずしも明確ではないけれども、このように認識するのがアメリカ憲法学の伝統のように思われる。大統領＝執行権に緊急権を読み込むのは、それが大統領に固有なのか (inherent)、大権なのか (prerogative)、黙示なのか (implied)、は錯綜している。⁴¹⁾ またそれが立法で与えられた限りなのか、立法が規制したもの

40) C・シュミット／田中浩・原田武雄訳『政治神学』(未来社、1974年)11-24頁。シュミットは憲法と憲法法律を峻別し、前者は不可侵であるが、後者は緊急事態では破られるのは合理的であるとし、そうでなければ、「個々の法律を政治上の存在形体の全体に優位せしめ、非常事態の意味および目的を顛倒させる」と批判する。カール・シュミット／阿部照哉・村上義弘訳『憲法論』(みすず書房、1997年)44頁。

41) LOUIS FISHER, *THE LAW OF THE EXECUTIVE BRANCH: PRESIDENTIAL POWER* 58 (2014). 固有というとき、正確には黙示を語っているとす。 *Id.* at 68. 同様に、執行権の緊急権の根拠、つまり立憲主義での正当化として、大権、必要性、緊急性、自己保存が語られる。Sanford Levinson, *Constitutional Norms in a State of Emergency*, 40 GA. L. REV. 699, 705-719 (2006). これは、憲法は‘硬性’であるけれども、状況に対応して平時の機能を中断 (suspend) できる‘柔軟な’適応は (どこまで) 認められるかの問題である。 *Id.* at 716.

外なのか、はたまた立法は無関係なのか。緊急事態あるいは、非常事態ともなれば、政治的現実が法の毅然とした紳士的性格をはるかに圧倒してしまうのであって、法は忘却の彼方に押しやられてしまうようにもみえる。ただ、アメリカにあって緊急権の議論の土俵は、憲法の枠内にあるのである。⁴²⁾

2 大統領の緊急権の実践と憲法解釈の収斂

アメリカの歴史は、憲法の展開で特に大統領のパーソナリティにも基づく解釈と実践で、大統領に緊急権が認められる憲法解釈を成熟させた。⁴³⁾ その金字塔はリンカンである。⁴⁴⁾ 南北戦争に際して、2 条 1 節に依拠して緊急権を議会の授権なくして、あるいは、人身保護令状停止にみられるように法を破ってまで、対処する権限を行使した。これは先例となり、緊急時リンカンのとった基本的な手続が踏襲され、「行動を起こす、そしてこの行動を既成事実 (fait ac-

42) David Dyzenhaus, *Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency inside or outside the Legal Order?* 27 CARDOZO L. REV. 2005 (2006). 法的な black hole (執行権の免責) も grey hole (執行権の裁量の放縦を追認) のルールも、議会の承認を受けているのであって (clear statement: 明白な授権文言ルールでの委任)、法を超える権力を知らないダイシー流の立憲主義原理の貫徹を評価する。立憲主義の緊急権を法の支配との符合で根拠づけるには、判事の役割が重要であることを主張する。DYZENHAUS, *supra* note 12. シュベルはいう。「アメリカの緊急権はその故郷 (home) を平常の統治のプロセスの中に、そして権力分立と法の支配と立憲的統制の中に、見出したのである」。Scheppele, *supra* note 13 at 862.

43) 憲法解釈には、大きくオリジナリズムと生きている憲法主義 (living constitutionalism) の 2 つの競合する立場があるけれども、憲法の意味は制憲時から変遷するものであって、それは主に政治部門によって形成され、司法はこれを追認する形で展開される。生きているとの見方は、司法と政治部門の相互作用で憲法解釈が形成されるのを重視する。Jack M. Balkin, *Framework Originalism and the Living Constitution*, 103 NW. U. L. REV. 549, 561-2, 566, 568-69, 592 (2006).

44) リンカンは Chase との会話でこう述べている。「これらの反乱は連合 (Union) を破壊する違憲なものである。私は、連合を救うために、必要ならば憲法に反するであろうし、Chase よ、私は、憲法が、この騒動をわれわれが終わらせないように荒れたときをもつつもりであるとは思えない」。Cited in BRUFF, *supra* note 21 at 120.

compli) として示したうえで認めるよう、議会に要請する」。⁴⁵⁾この強大な大統領の緊急権は、世界大戦や経済危機に直面して立憲独裁や危機政府を現出させていくことになる。⁴⁶⁾ことにFDR(フランクリン・ローズベルト)の経済恐慌から第2次大戦に至るまでの緊急権の発動はこれを確立させ、議会がこれに忍従する構図が形成された。⁴⁷⁾

最高裁はこれを追認する。ここに大統領の緊急権が憲法の不文の法理として承認されたことになる。もっとも、そのアプローチは一枚岩ではなく、A固有権を否定的に見る厳格なアプローチ、B逆に固有権を包括的にみるアプローチ、C必要性の限りで執行権への敬讓を示すアプローチ、の整理が便宜であろう。⁴⁸⁾Aは南北戦争時確立したもので、こと戦時において必要性の限りでgood

45) Fuller, *supra* note 35 at 1481. ロスター、334-360頁。ここで留意すべきは、緊急権が執行権専権の強大で包括的な行使である点では立憲独裁といえるけれども、これは憲法がうまく隠してきた「潜在的な緊急権力の強制的開示であり、国家存立の責務を負っている政府構造にはほとんど変更をもたらさなかったのであって、これはひとえにリンカンのパーソナリティへの信服に大きく負っている点であろう。ロスター、334頁、358頁。最高裁が述べたことではなく、リンカンの行動が大統領の緊急権の前例になっていて、輝かしいのである。ロスター、350頁。

46) この展開について、ロスター、361-434頁、参照。

47) Levinson and Balkin, *supra* note 12 at 1835. *See also, id.* at 1821-1829. 「アメリカの立憲独裁がリンカンの大統領制で最も特筆すべきものだとするなら、その拡大を認めた立憲メカニズムは、ニューディールと安全保障国家から生じたのは疑いなかろう。1940年代以降、議会は大統領と行政機関に広範な裁量的権限を委任しうとするのは、憲法の教科書(hornbook)である。…これらの権限なかつば、大統領は行政国家を構築できなかっただろう」。 *Id.* at 1835-36. ロスターは、第1次大戦に直面したウイルソンがリンカンの前例を確固たるものにしたとする。ロスター、374頁。戦争が社会主義的性質を持ち、大統領が指令して行政の行為を拡大させ、議会はこの事実を容認し、大統領に例外的な権力を委任する、こうした定式を生成させそれが将来に継承されていくことになる。ロスター、375頁。またFDRについては、そのパーソナリティと、①執行部のイニシアティブ②執行部の立法へのリーダーシップ③立法過程の省略④委任立法⑤行政部局の拡大、のテクニックで危機政府を構築し、それは極言すれば、「議会と大統領を分離している憲法上の障壁を前例のないほど破壊することによって成立したものである」とする。ロスター、384頁。

48) Fuller, *supra* note 35 at 1589-1498. 裁判所は危機において執行権をコントロール

faith (誠実) で容認するもので、コレマツ事件はこれを踏襲する。⁴⁹⁾B は補完的権限 (plenary powers) で、安全保障での大統領の専権を認める。C は個別具体的な判断をとり、ヤングスタウン事件 (後述) がこれに当たる。

Woodrow Willson ^{ウィルソン} から FDR にかけては、緊急権の手続には発展がみられた。⁵⁰⁾ 大統領がまず国家緊急事態を宣言し、これによって緊急事態措置権を大統領に委任する待機法 (standby statute) を発動させるのである。FDR にあつては、1934 年の緊急事態宣言で敵国通商法 (Trading with the Enemy Act of 1917) (TWEA) を適用して、銀行を閉鎖するとともに財務上の制裁を加え、議会が緊急銀行法 (Emergency Banking Act) を制定してこれを承認した。こうした緊急時の執行権限にはリンカン以降、制定法による授権が増加し、⁵¹⁾1970 年代までに現実の国民生活に執行権の規制権限を授権する立法が約 470、存在するようになる。⁵²⁾

ただ、包括的な緊急権が当然認められるとなると、そこに制限がなくなり、独裁が生まれることになる。これは必然、法治主義の視点から問題とされる。大統領に法律の根拠を要しない固有の権能があるか、それで包括的な緊急権が認められるかは、⁵³⁾憲法学の一大論点である。あるとしてもその範囲はどこまでなのかも含めて、最高裁の判断もなく決着を見ない困難な議論となっている。⁵⁴⁾

するには消極的で、違憲の疑いのある緊急措置をあえて違憲と宣言するよりも、放っておくのが賢明との心理が見える。 *Id.* at 1498.

49) *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944). 太平洋戦争時、日系アメリカ人を強制収容した FDR の EO を合憲と判断した。スパイ工作の可能性を排除するという軍事的必要性を主張する執行権に敬讓 (deference) して、人権保障を後退させた意味で、コモンロー型の司法の限界を見せているように思える。

50) *Relyea*, *supra* note 25 at 7.

51) *Id.* at 18.

52) *Lobel*, *supra* note 28 at 1408.

53) 比較憲法的分析では、執行権に緊急権が固有に包含されるとの解釈は認められないとする。 *Martinez*, *supra* note 23 at 2495, 2503.

54) ERWIN CHERMERINSKY, *CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES* 343 (3rd ed. 2006). ①憲法や立法で明示された権限のみ認められる = 固有権なし ②三権分立で他の部門を侵害しない限りでの固有権がある ③憲法や立法に反しない限り、憲法で言及されて

もつとも、ヨーロッパと異なりアメリカは立憲独裁を経験したとまではいいがたく、南北戦争でも第2次世界大戦でも平時の政府体制が維持され、通常の方法で危険を鎮静化させ正常な状態を回復させるのに十分であったともいわれる。⁵⁵⁾ 無論、立憲独裁が不可避であるわけではないけれども、アメリカはこれまでその経験をしなかったのである。これは憲法の性格にもおっており、政府はどのような事態にも対処し全面的に機能し続けるのを企図しているうえに、構造的には成文憲法で権力は制限されていることと、立法府に直接拘束されない大統領に執行権が付与されていることが常態を維持させ、さらに権利章典と連邦主義と三権分立によって容易に独裁をもたらし点に見出される。⁵⁶⁾

大統領の緊急権は大統領固有の権限として認められるのか。この考察にはヤングスタウン事件のジャクソン判事の3要件が重要である。ヤングスタウン事件は、朝鮮戦争時、鉄鋼会社で労働争議が起きたので鉄鋼生産を確保すべく、商務長官に対してこれを国有化するよう指示したトルーマン大統領のEOは、立法によるべき事務であると認識したうえで、最高司令官条項での緊急権の主張を退け、その権限は立法にも憲法にも根拠がないから違憲であると判断したものである。⁵⁷⁾ 判決は問題の深刻度に比べてシンプルといえるが、ジャクソン

いなくても認められる④行動が憲法に反していない限り固有権があり、議会もこれを制限できない=広範な固有権、の4つのアプローチがあるとしている。Id. at 339-343.

55) ロシター、312-13頁。ワイマール憲法48条のような状態はアメリカでは实际的にありえず、人民間にもこうした緊急権力には嫌悪感がある。ロシター、313頁。立憲独裁の研究は憲法や法のそれというよりは、大統領のパーソナリティの問題であり、個別の大統領研究というべきだとする。ロシター、314頁。このロシターの所見は1947年までのことであるが、現在も妥当しよう。Hughes 最高裁判事は、そもそもアメリカの憲法は重大な緊急事態の中で制定されたのであり、政府への授権は緊急事態に合わせて決定されたのだから、その枠組みが緊急事態によって変更されることはないという。ロシター、318頁。Home Building and Loan Association v. Blaisdell, 290 U.S. 398, 425 (1934). Fuller, *supra* note 35 at 1503.

56) ロシター、313頁、315-317頁。

57) 343 U. S., at 585-588 (Black, J., delivering). 「建国者は、善い時も悪い時もともに、議会のみ立法権を託した」。Id. at 589.

判事の補足意見での定式化が大統領の固有の権限を考える指針となっている。それは議会の立法との関係で以下の 3 つの解釈のカテゴリーがあるとするものである。⁵⁸⁾ 1. 大統領が議会の明示又は黙示の授権に基づいて行動するとき、その権限は最大となり、自らの権能として保持するものすべてに、議会が授権したものが加わる。2. 議会による権限の授権も否定もなく行動するとき、大統領は自身の独立した権限のみに依拠しうることになるが、議会と大統領が競合する、もしくはその配分が不確定な、トワイライトゾーンがある。3. 大統領が議会の明示または黙示の意思に反する手段をとるとき、その権限は最低限 (lowest web) となり、自身の憲法上の権限からその事項に関する議会の憲法上の権限を引いたものだけに依拠できる。

ただここで気を付けなくてはいけないのは、lowest web といっているだけで、その場合でも大統領の固有の権能の部分は前提とされ、それが議会との関係で最低限になるというにとどまっていることである。したがって、緊急権に立法の授権がなければ大統領の権限が全く認められないというのではなく、それがいたって抑制的になるというのである。もっとも、それが具体的にどこまでかは明らかではない。議会が大統領権限をコントロールする意味でも、緊急権について立法でケアしておく展開は自然ともいえよう。⁵⁹⁾ ただそうした緊急権の制定法は、決定権をすべて執行権に丸投げする様相を帯びていることに留意しなければならない。⁶⁰⁾ 緊急権を授権する立法を制定したとしても (現実には

58) *Id.* at 635-638. 本件はカテゴリー 3 であるとする。 *Id.* at 640. なお、富井幸雄「軍権と行政権」比較憲法学研究 21 号 25 頁、平成 21 年、参照。

59) アメリカのシュミットの行政法観では、安全保障の領域でこの 3 要件は裁判官 (対象としているのは連邦控訴裁判所) が自分の判断を正当化するために自在に用いており、判断のためのフレームワークとしてではないし、立法者は緊急権の授権法は曖昧であるのが正しいと考えている。Vermeule, *supra* note 12 at 1141-42.

60) Mark Aronson, *The Great Depression, This Depression, and Administrative Law*, 37 FED. L. REV. 165, 165 (2009). *See also*, Jonathan Turley, H. R. Comm. on the Judiciary Subcom. on The Constitution, Civil Rights and Civil Liberties Hearing: The National Emergencies Act of 1976, Feb. 28, 2019. <https://docs.house.gov/meetings/JU/JU10/20190228/108974/HHRG-116-JU10-Wstate-TurleyJ-20190228.pdf>

NEA としている)、その委任あるいは授權の仕方が包括的であって、大統領に緊急事態の認定から必要な対処措置にいたるまで、法の制約がどこまでかは一義的になりえず、大統領の権限の範囲は権力分立の憲法論も登場させて議論になるのである。

3 制定法に基づく大統領の緊急権

(1) 国家緊急事態法 (NEA)

議会は緊急権を大統領に認める法律をいくつか制定している。大統領は憲法に基づく固有の緊急権と、制定法によるものとを帯びることになる。前者の範囲や中身は明確ではなく、緊急事態の多くは国家存立にかかわるような重篤なものではないので、大統領の緊急権は主に制定法で正当化されることになる。

大統領が戦時などで緊急事態を宣言し、関連する緊急事態の立法条項を適用する緊急権行使がパターンとなる。NEA が制定される前は個別の制定法が大統領に緊急権を授權していた。ただ類型的な (戦時とか経済危機とか大規模災害など) 緊急事態法もなく、手続も慣例の上に構築されていた。第2次大戦後も1950年代の朝鮮戦争、そのあとにはベトナム戦争と、緊急事態の法が適用され続ける。70年代になってこれらを終結させる議会の努力が意識されるようになり、74年7月、国家緊急事態および緊急権委任特別委員会が大統領の宣言と議会の規制を立法化するよう勧告、これをうけて Church 上院議員が8月22日にその法案 (S.3957) を提出し、議会委員会の審議を経て76年9月14日、フォード大統領の署名でNEAが成立する。⁶¹⁾ 背景に、議会が大統領権限をコントロールしようとする姿勢が見て取れ、1973年制定の戦争権限法とセットでこうした趣向が理解される。⁶²⁾ 戦時を含む緊急時で大統領に忍従して

61) NEA の立法経緯について、Relyea, *supra* note 25 at 9-12.

62) 「NEA の主要目的は、大統領が緊急事態を宣言し緊急状態を永続させる無制限の権限を防ぐことである」。Gerson, *supra* note 16 at 4. Note, *Presidential Emergency Powers Related to International Economic Transactions: Congressional Recogni-*

きた議会の反省と復権の試みである。もっとも、NEA は、議会の監視や緊急事態宣言の取り消し権限を規定する一方で、緊急事態の要件については何ら規定しておらず、大統領が緊急事態を推進できるよう、緊急権を包括的に大統領に認めたのであり、議会がいわば大統領に白旗をあげた格好ともいえる。ともあれ、緊急事態の枠組みに関する立法を制定したことは、緊急事態の宣言に制定法の統制が必要であるとのアメリカ国民の自覚の表明である。⁶³⁾

NEA は 5 か条からなり、以下の 6 点を明確にする。第 1 に、NEA 制定時に実効している緊急事態宣言は、同法成立以前になされた行為に基づく訴訟などを除き、78 年 9 月 14 日に失効する (§ 1601)。第 2 に手続の明確化で、緊急権は、大統領が緊急事態の認定を行いその宣言のみで認められ、それは議会に通知されるとともに官報 (Federal Register) に公刊される (§ 1621)。第 3 に、緊急事態は、議会の両院合同決議 (joint resolution) か、⁶⁴⁾大統領自身の終了の宣言かの、2 つの手段によって終了される。議会は宣言から 6 か月以内に、また 6 か月経過後は 6 か月以内ごとに、各院で緊急事態を終結させるかを決定する合同決議の投票のために開会されなければならない。なお、緊急事態は 1 年で自動失効するが、大統領が失効 90 日前までに継続を議会に通知し官報に載せればその限りではない (§ 1622)。要するに、緊急事態は、①官報で大統領

tion of Customary Authority, 11 VAND. J. TRANS. L. 516, 516 (1978)。なお戦争権限法について、富井幸雄『海外派兵と議会』(成文堂、2013 年)第 4 章、参照。

63) Ackerman, *supra* note 10 at 1081. NEA に構造的欠陥や不満足なパフォーマンスはあるけれども、パイオニアとして評価する。Id.

64) 1976 年制定当初は両院同調決議 (concurrent resolution) (議会による拒否権であるが、法ではないので、大統領の拒否権の対象にならない)であったが、1983 年の最高裁判決 (INS v. Chadha, 462 U.S. 919 (1983)) でこれが違憲と判断されたので、1985 年にこのように改正された。Relyea, *supra* note 25 at 12. NEA が concurrent としていたのは、緊急事態の判断を、まずは大統領であっても議会に最終的に判断させ、両部門の協働にさせた経緯があり、だから緊急事態の定義はしていないとみられるところ、NEA が合同決議に改正されたので、最高裁判所がこの判断をしなくてはならなくなった。Richard H. Pildes, *The Supreme Court's Contribution over Emergency Powers*, LAWFARE, Feb. 19, 2019. <https://www.lawfareblog.com/supreme-courts-contribution-confrontation-over-emergency-powers>

領が更新の告知をしなければ1年で、もしくは②大統領の終了宣言、③議会の合同決議（大統領の拒否権に服するので、これを凌駕できる3分の2の多数が必要）、のいずれかで終了する。第4に、緊急事態が宣言されてもそのEOで緊急権の個別の法的根拠を明確にしなければ、緊急権限は行使されえず、そうした特定は宣言か、もしくは官報に公刊されるEOによって、なされる（§ 1631）。第5に、大統領の報告義務と責任である（§ 1641）。大統領は緊急事態の間、そのための規則や命令のファイルとインデックスを管理し、またそうした命令などは議会に、適切な場合は秘密を確保する手段を以て、迅速に移送されるものとする。第6に、緊急権限を授権する制定法の継続と廃止を規定する（§ 1651）。

大統領の緊急権は現行制度では、NEAに基づいてなされた宣言を根拠として個別の緊急事態立法で行使される形となる。NEAはそれまでの緊急事態法の適用を一掃したけれども、それ以降、各大統領が国家緊急事態宣言を出し続けており、2019年2月1日時点で実効されているものは以下のようである。⁶⁵⁾

65) Emily E. Roberts, *Declarations under the National Emergencies Act, Part I: Declarations Currently in Effect*, Feb. 1, 2019, CRS7-5700, LSB10252. 以下の表はこれに基づく。なおNEA以降宣言されたけれども現在は廃止もしくは失効している宣言のリスト(21件)について、Emily E. Roberts, *Declarations under the National Emergencies Act, Part II: Declarations No Longer in Effect*, Feb. 1, 2019, CRS7-5700, LSB10253. *See also*, *National Emergency Powers*, updated Feb. 27, 2019, CRS98-505, at 12-16.

大統領	緊急事態宣言の大統領令(EO)番号と日付	名称	適用の緊急法
カーター	12170 1979 年 11 月 14 日	イラン政府資産凍結	IEEPA [*]
クリントン	12938, 13094… 1994 年 11 月 14 日	大量破壊兵器拡散	IEEPA、武器輸出統制法
クリントン	12947, 13099, 13372 1995 年 1 月 23 日	中東和平交渉を阻害し脅かすテロリストとの取引禁止	IEEPA
クリントン	12957 など 1995 年 3 月 15 日	イラン石油資源開発に関する取引の部分禁止	IEEPA
クリントン	12978 1995 年 10 月 21 日	重要麻薬密輸者取引禁止及び資産凍結	IEEPA
クリントン	大統領布告 6867 号 1996 年 3 月 1 日	船舶の停泊航行規則に関する緊急事態権限の宣言	50 U.S.C. § 191
クリントン	13067 など 1997 年 11 月 3 日	スーダン政府資産凍結と取引禁止	IEEPA
ブッシュ 43 ***	31219 など 2001 年 6 月 26 日	西バルカン国際安定構築を脅かす者の資産凍結	IEEPA
ブッシュ 43	大統領布告 7463 2001 年 9 月 14 日	テロリスト攻撃による国家緊急事態宣言	NEA のみ
ブッシュ 43	13224 など 2001 年 9 月 23 日	テロを犯し、もしくは支援するもしくは脅威を与える人物の資産凍結と取引停止	通商制裁改革輸出促進法、IEEPA、国連参加法
ブッシュ 43	13288 2003 年 3 月 6 日	ジンバブエ民主改革を損なう人の資産凍結	IEEPA
ブッシュ 43	13303 2003 年 5 月 22 日	イラク開発基金及びイラクが利害を持つ一定の財産の保護	IEEPA、国連参加法
ブッシュ 43	13338 2004 年 5 月 11 日	一定の人物の資産凍結とシリアへの輸出禁止	IEEPA、シリア責任及びレバノン主権回復法
ブッシュ 43	13405 2006 年 6 月 6 日	ベラルーシ民主化を妨げる一定の人物の財産凍結	IEEPA

ブッシュ 43	13413 2006年10月27日	コンゴ民主共和国に貢献する一定の人物の財産凍結	IEEPA、国連参加法
ブッシュ 43	13411 2008年6月26日	北朝鮮及び北朝鮮人民に関する継続的制限	IEEPA
オバマ	13536 2010年4月12日	ソマリア内戦に貢献する一定の人物の財産凍結	IEEPA、国連参加法
オバマ	13566 2011年2月25日	リビア関連の一定の取引禁止と資産凍結	IEEPA
オバマ	13581 2011年7月24日	国際犯罪組織の資産凍結	IEEPA
オバマ	13611 2012年5月16日	イエメンの平和安定を脅かす人の資産凍結	IEEPA
オバマ	13660 2014年3月6日	ウクライナ状況に貢献する一定の人物の財産凍結	IEEPA
オバマ	13664 2014年4月3日	南スーダンに関する一定の人物の財産凍結	IEEPA
オバマ	13667 2014年5月12日	中央アフリカ共和国内繊維貢献する一定の人物の財産凍結	IEEPA、国連参加法
オバマ	13692 2015年3月8日	ベネズエラ状況に貢献する一定の人物の入国停止と財産凍結	IEEPA、ベネズエラ人権市民社会防衛法、移民法
オバマ	13694 2015年4月1日	重大な違法サイバー活動にかかわる一定の人物の財産凍結	IEEPA
オバマ	13712 2015年11月22日	ブルンジの状況に貢献する一定の人物の財産凍結	IEEPA
トランプ	13818 2017年12月20日	腐敗または重大な人権侵害にかかわった人物の財産凍結	IEEPA、移民法、マグニツキー (Magnitsky) 国際人権責任法
トランプ	13848 2018年9月12日	連邦選挙への外国の干渉に対する制裁	IEEPA
トランプ	13851 2018年11月27日	ニカラグアの状況に貢献する一定の人物の財産凍結	IEEPA

※国際緊急経済権限法 (International Emergency Economic Powers Act (50 U.S.C. § § 1701-1708) (以下 IEEPA は概ねこの条項)

※※ George W. Bush, 第 43 代大統領 (2001-2009)

(2) 大統領に緊急権限を付与する制定法による緊急事態

このうち、トランプが発布した最後の 2 つは 2019 年 11 月 27 日まで有効としている。一見して明らかなように、実効されている緊急権は、外交としての経済制裁がほとんどであり、IEEPA に基づいている。IEEPA は TWEA の一部規定を 1977 年に改正した法で、宣戦と国家緊急事態 (大統領の宣言) の時、大統領に国内外の財務を規制できる権限を授権し、議会と密に相談しながら将来の国際経済取引を統制する権限の行使を認めている。大統領は戦時あるいは国家緊急事態で通商を捜査し、規制し、差し止め、もしくは禁止する広範な権限を認められ、「国外の全体あるいは相当な部分で資を持つ」アメリカの安全保障や外交、経済についての「非常かつ例外的な脅威」に、大統領は緊急事態を宣言できることとなった (50 U.S.C. § 1701 (b)).⁶⁶⁾ただ、IEEPA の適用は緊急事態というよりも外交政策としての経済制裁で機能させるもので、NEA その他の緊急事態法とは異なる要素があることに留意したい。⁶⁷⁾これは、この領域では議会が大統領に忍従することを示している。⁶⁸⁾

これらの事例で注目される点は、緊急事態 (の宣言) が長期にわたっていることである。現在の緊急事態は EO で更新され、議会はこれを終了させる権限があるにもかかわらずしていないのであって、緊急事態に対する大統領専権＝

66) David M. Meezan, Note, *Forgotten Rights: Taking Claims and the International Emergency Economic Powers Act*, 21 VT. L. REV. 592 (1996).

67) Elizabeth Goitein, H. R. Comm. on the Judiciary Sub comm. on the Constitution, Hearing: The National Emergencies Act of 1976, Feb.28, 2019. <https://docs.house.gov/meetings/JU/JU10/20190228/108974/HHRG-116-JU10-Wstate-GoiteinE-20190228.pdf> at 7. IEEPA のルーティン化は国家緊急事態を安っぽくさせた (cheapen the currency) とする。Id.

68) *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654, 686 (1981).

議会忍従の構図を呈している。緊急事態は暫定の短期が前提で、⁶⁹⁾その事実や対応が解消されれば平時の枠に戻されるはずであるけれども、そもそも緊急事態の法概念が明確でないため、判断権者である大統領の判断が優越し、黙認されていく。緊急事態はむやみに長期化する危険性を内包していることを再認識しておかねばなるまい。

国家緊急事態に大統領に権限を認める現行の制定法は以下のように整理される。⁷⁰⁾それは軍事、土地使用、公共健康、通商、農業を含むあらゆる分野にわたっており、単なる授權には慎重であるべきと規定する程度の法もあれば、IEEPAのように外国資産凍結など強大な権限を付与するものもある。そうした法律は136あり、うち96は緊急事態宣言発令を要件としていない。12は機関の長の認証といった最低限の要件を課し、15は軍事力の使用を含むなど、要件として実体的な規制を置いている。13のみが議会の宣言を必要としている。58が半世紀前に制定されたもので、67%はこれまで適用されたことはない一方で、IEEPAなど頻繁に使われるものがあり、6は10回以上適用されている。緊急事態は短期の原則を示唆するけれども、NEA制定後宣言された58の緊急事態のうち31が今なお実行されており、平均の持続期間が9.6年で、21は10年以上で、そのうちの13が2001年から2008年の間になされている。

4 小括

緊急権は執行権の根拠と本質と限界の議論で憲法学と交差する。国家存立や立憲秩序維持のため法の明確なチャンネルがないとき、執行権が一方的に権限を行使できるか（さほど意識されていないように思えるけれども、厳密にいえば、固有なのか、憲法に黙示なのか、大統領の大権なのか、根拠をどのように

69) 重篤で予期せぬ、しばしば早急の行動が必要な危険な状況と定義される。5 OXFORD ENGLISH DICTIONARY 176 (2nd ed. 1989).

70) BRENNAN CENTER FOR JUSTICE AT N.Y.U. SCH. L., A GUIDE TO EMERGENCY POWERS AND THEIR USE (2019). そうした制定法すべてがリストアップされている。

理解するか)の議論である。歴史的には緊急権は経験済みであるけれども、憲法に明文の規定がないので、これを否定する余地もあり得よう。

アメリカは立憲主義の下、議会の授権(制定法)で大統領に緊急権を認める法メカニズムをとる。国家緊急権というと、国家の存立を脅かすことへの対処といった危機政府や立憲独裁が語られる。緊急事態はさまざまで、それらは法学議論の対象となる。その究極は、議会の制定法がないとき大統領が緊急権を行使できる固有の権限があるかになる。もっとも、制定法が用意されている限りではその枠内で行動することが要求され、アメリカはこうした実践を積んでいるといえる。

四 トランプの 2・15 宣言の分析

1 枠組み

外交や国防といった対外的作用(ここに大統領の専権が多く認められる)では、大統領の緊急権が憲法上、執行権のインプリケーションで根拠づけられる。国内に対しては立法の制約がなされているので、憲法ではなく制定法の問題として緊急権が語られることになる。2・15 宣言は、越権や予算権といった権力分立も議論されうるけれども、NEA に基づき制定法の枠組みで緊急権を行使するものであって、違法性、つまり制定法の解釈が第一義的問題であるととらえることができる。

議会下院は、権力分立の憲法論も持ちだしながら、NEA の主旨に反することを提起して直ちに NEA に従って宣言を無効とする合同決議を採択する動きに出ている。⁷¹⁾下院で可決後、上院も 59 対 41 でこれを支持、トランプが拒否

71) 26 日に 245 対 182 の、ほぼ民主党対共和党(共和党の 13 人が賛成に回った)で、2・15 宣言を取り消す議決を採択し(H.J.Res.46 - Relating to a national emergency declared by the President on February 15, 2019)、上院に(ほぼ 18 日以内に審議しなければならない)送られた。緊急事態といえるような事態は全く生じていないとい

権を行使するお膳立てが整ったが、そうなったときこれを議会が3分の2で凌駕する（憲法1条7節2項）とは断言できない。⁷²⁾宣言の違憲違法を求める訴訟も先に見たように提起されており、緊急事態がどう展開していくかは現段階では不明である。裁判では原告適格が問題となる。ただ議会や裁判で議論される主たる法的論点を触れておくのは無意味ではなからう。⁷³⁾なお、議会が2・15宣言を取り消す訴えを起こせるかは、議員の原告適格が真っ先に問題になるだろうが、NEAは議会に取消権を認めており、これができなかったからといって裁判闘争に訴えるのを裁判所が肯定的に評価するとはおもえない。⁷⁴⁾

基本となるのは、NEAのいう緊急事態にトランプが主張するような事態が妥当するかである。これが否定されればすべてが崩れることになる。そして本件壁建設に2808条が適用できるかである。以下この2点を検討する。⁷⁵⁾2・15

うことが議決の骨子である。Erica Werner, *House prepares to Vote on Overturning Trump's emergency Declaration*, WASH. POST, Feb. 25, 2019. https://www.washingtonpost.com/politics/house-prepares-to-vote-to-overturn-trumps-emergency-declaration/2019/02/25/343657f2-3918-11e9-b10b-f05a22e75865_story.html?utm_term=.2fdaaa12ab58 上院は与党共和党が多数であり、共和党上院議員がどう出るのが注目される。Kate Rabinowitz, *What Republican Senators Are Saying about Trump's national Emergency Declaration*, WASH. POST, Feb. 26, 2019. https://www.washingtonpost.com/2-15-declaration-to-11-republican-senators-are-saying-about-trumps-national-emergency-declaration/2019/02/26/343657f2-3918-11e9-b10b-f05a22e75865_story.html?utm_term=.2fdaaa12ab58 2・15宣言に11人が賛成、6人が反対、関心なしが16人、態度保留が20人と色分けしている。もともと、下院に必要な3分の2に達してはいないので、トランプの拒否権をくつがえすことはできなかった。

72) Philip Bump, *That Senate vote on Trump's emergency declaration was uglier for the president than it might look*, WASH. POST, Mar. 14, 2019. https://www.washingtonpost.com/politics/2019/03/14/that-senate-vote-trumps-emergency-declaration-was-uglier-president-than-it-might-look/?utm_term=.b4e535b1f1f7 アメリカ憲法は大統領制をとる厳格な三権分立構造であるけれども、執行権たる大統領は立法過程にコミットしていることに注意したい。

73) Jennifer K. Elsea, Edward C. Liu and Jay B. Sykes, *Can the Department of Defense Build the Border Wall?* CRS 7-5700 LSB10242, Jan. 10, 2019.

74) Turley, *supra* note 60 at 18. 自己防衛のための訴訟は浪費的であり、浅はかな戦略であって、勝ち目も少なく危険を冒す必要はないとする。Id.

75) この2点が裁判で争われるときは、安全保障や軍事に関する大統領の事実認定もしくはそれに準じることがらの決定は、全くもって政策判断に変えたり予言的な側

宣言はこれまで NEA でなされた宣言にあって、初めて議会が否定した予算を復活させるために用いられた EO なのである。⁷⁶⁾

2 緊急事態の認定

(1) 問題の所在

NEA を違憲とした判例はなく、議会は緊急事態において大統領に暫定的な包括的権限を個別の制定法の範囲で認める緊急権を認めた。⁷⁷⁾したがって、この趣旨を超えれば違法であり、適用違憲の可能性も生じる。立法は緊急事態に限定しているのであるから、緊急事態でないのに大統領が緊急権を発動すれば違憲となるのであって、緊急事態の認定が基本問題となる。ただ NEA は大統領が宣言した場合としか規定しておらず、フランス憲法 16 条のような緊急事態を定義した規定は、立法にもない。これには大統領にその判断を全面的に授権したとする解釈も成り立ちうる。トランプは 2019 年 1 月に、「私は、望むなら国家緊急事態をなす絶対的権利を持っている」とも述べている。⁷⁸⁾

もっとも、そうした規定ぶりは無制約を意味するのではなく、2・15 宣言でも要件にあたる事実を示しているのであって、そこにおのずから定義する要素

面を斟酌したりで後知恵する (second-guess) ことになるけれども、裁判所はこれをするものではないという大胆な伝統、敬讓 (deference) の壁が立ちほだかる。Robert Chesney, *Judicial Deference and the Inevitable Border Emergency Litigation*, LAWFARE, Feb.16, 2019. <https://www.lawfareblog.com/judicial-deference-and-inevitable-border-emergency-litigation>

76) Goitein, *supra* note 67 at 13. 制定法が採択されなかったあとで緊急事態を出した、1983 年の IEEPA に基づくレーガンの輸出規制はこれに近いけれども、2・15 宣言と異なり、議会は大統領の権限まで否定してはいない。Id.

77) 権力分立や法治主義、議会の予算権などから NEA の法令違憲を主張することも可能であろうが、ここでは触れない。

78) *A Trump-Made Emergency*, N.Y. TIMES, Feb. 14, 2019. <https://www.nytimes.com/2019/02/14/opinion/trump-national-emergency-border-wall.html> この発言は、世界のリーダーというよりも傲慢な幼稚園児のそれだと揶揄している。

はあり、それを超えれば違法、違憲の適用となりうる。これは緊急事態の認定において、その前提となる事実判断と、緊急権行使の目的の、2つのレベルにわけることができよう。前者は緊急事態の法概念の定義を明らかにしたうえで、トランプが主張する事実がその定義にあてはまるかのNEAの解釈の問題であり、本件の核心である。目的にかかわる部分は、緊急事態宣言→緊急権の行使で何をしようとするのかの正当性の判断である。これは議会との間で予算をめぐる紛争の解決であり、その現象自体はアメリカ政治では茶飯事に属することで、緊急とはいえないように思われる。⁷⁹⁾

(2) 緊急事態の概念

緊急事態といえば9・11のようなパニックはこれにあたると一般的には考えられよう。⁸⁰⁾これは緊急事態のいわば社会通念に依拠した判断といえる。先例から要件を引き出すことも考えられるが、そうした議論はみられないし、また先例にあっても、緊急事態を定義したうえで事実認定をするというような形

79) Gerson, *supra* note 16 at 4-5. 国防予算を壁建設に振り替えることは、国防や外交の利害を減じさせることになると批判する。Id. at 6.

80) このときNEAが適用され、ブッシュ43は以下のような緊急事態宣言(EO)を出した。PROC. No. 7463. DECLARATION OF NATIONAL EMERGENCY BY REASON OF CERTAIN TERRORIST ATTACKS PROC. No. 7463, Sept. 14, 2001, 66 F.R. 48199. 「ニューヨークの世界貿易センターと国防省へのテロリストによる攻撃と、アメリカへのさらなる攻撃の、継続する切迫した脅威のゆえに、国家緊急事態が存在する。したがってここに、わたくしことジョージ・W・ブッシュ合衆国大統領は、合衆国憲法および連邦法によって大統領たる私に付与された権限に基づいて、2001年9月11日以降、国家緊急事態が存在することを宣言し、また国家緊急事態法(…)に基づいて、合衆国法典14章331条、359条、367条と、10章123条、123a条、527条、2201条c項、12006条、12303条を発動させる。この宣言は直ちに官報(Federal Register)に公刊されるか、さもなくば緊急官報によって配布され、議会に移送されるものとする。この宣言は、合衆国、政府機関、その官吏、その他の人に対する当事者に、エクィティもしくは執行しうる法律上、実体的にも手続的にも何ら権利や利益を創設するのを意図していない。右証拠として、私はこの点について、アメリカ独立から226年目の2001年の9月14日、取り掛かったのである」。

式はとっておらず、事実を包括的にあげて緊急事態とする型になっている。NEA をはじめどの制定法にも国家緊急事態を定義した規定はないので、これが何たるかは大統領の主観的判断になっている。⁸¹⁾最高裁は、火事や洪水その他合理的に予測できない災害から生じる公的騒乱に匹敵する非常性と相対的に高い頻繁性の観点から、緊急事態を認識している。⁸²⁾①規模の重大性 (magnitude) : 状況から懸念される残像的損害が単に限界だけでなく非常に大きい②地理的範囲 : 対応は地域的であっても損害は国家的規模③例外性 : 状況が前例を欠く④急迫性 : 損害が目前にあって議会で議論するいとまがない⑤実効性 (likely effectiveness) : 大統領の行動が確実に問題を解決する、の指標を示す者もある。⁸³⁾

2・15 宣言でも、トランプは NEA の緊急事態がなんであるかの一般規範を立てることはせず、事実や状況を挙げて安全保障の脅威とすることで該当性を主張する。この宣言をサポートする法務顧問 (OLC) は、定義からあてはめといった法的な議論を示していないのである。⁸⁴⁾実際、反対派も明確な法的定義

81) Fuller, *supra* note 35 at 1468. NEA は、同法における国家緊急事態とは、「大統領によってなされた一般的な緊急事態の宣言」と定めるのみである。50 U.S.C. § 1601 (b).

82) 290 U.S., at 439-440 (Hughes, C.J., delivering).

83) Peter H. Schuck, *The Real Problem with Trump's National Emergency Plan*, N.Y. TIMES, Feb. 14, 2019. <https://www.nytimes.com/2019/02/14/opinion/trump-national-emergency.html>

84) 法務省法務顧問 (OLC) は EO の形式と適法性を審査し、大統領に助言するのが仕事で、そこには事実認定も含まれる。しかし、2・15 宣言では、事実の情報は伝わっていないなど、事実については WH が牛耳っていてきちんと見ていない可能性もある。Annika Lichtenbaum, 'Form and Legality': *The Office of Legal Counsel's Role in the National Emergency*, LAWFARE, Feb. 15, 2019. <https://www.lawfareblog.com/form-and-legality-office-legal-counsels-role-national-emergency-declaration> 大統領は WH の法律顧問とは任意に協議するけれども、今回は訴訟リスクをアドバイスされていたにもかかわらずトランプが聞かなかったともいわれている。Bob Bauer, *The National Emergency and the President's Lawyers*, LAWFARE, Feb. 16, 2019. <https://www.lawfareblog.com/national-emergency-and-presidents-lawyers> なお OLC はこのように緊急事態宣言では実質的に最高の権威をもち、中央集権化された決定

をせず、誰もが緊急事態と思うものといった、コモンセンスに訴える部分もある。⁸⁵⁾ただ上記のような包括的な緊急事態の定義となりうる認識はもっているように思われ、議論は勢い、厳密な定義はないものの、客観的な現実を示して、緊急といえるかとなる。

2・15 宣言に関するかぎり、その狙いは NEA を適用させることで 2808 条を発動させ、国防予算を壁建設に回すことにあるから、1つの基準として、南部国境の移民流入の問題が軍隊の出動を不可欠とするような状況か、がある。国境警備や移民は文民官庁の事務であるから、第1次的に軍にその任務を負わせてはならない (Posse Comitatus Act)。⁸⁶⁾そうした文民官庁支援、つまり文民機関では手に負えない事態かは、1つの指標となりえよう。状況の客観的判断になるけれども、緊急事態として軍が有効な役割を果たすか、壁建設が事態の究極的な解消になるかといった実効性も指標となろう。

これは証拠をあげてそれをどう評価するかの議論になる。訴訟 A では、原告は、政府機能を圧倒するほどの移民の流入はない、南部国境でテロリストが侵入している事実はない、壁建設が犯罪率の減少、危険な麻薬密輸への影響を示す事実はないことを、政府資料を中心に数字を交えて立証している。

(3) 2・15 宣言は緊急事態の正当な認定か

緊急事態の概念は共有されたとしても、2・15 宣言が対象とした事態がこれを満たすかは判断が2分され、党派をこえた政治的な 이슈ウになっている

プロセスでは効率的といえる。Loevy, *supra* note 4 at 24-44, 58-59.

85) ペロシ下院議長の2・15宣言直後での2月14日の記者会見。彼女は緊急事態というのであれば、銃規制こそそうではないかと揶揄する。<https://www.nbcnews.com/video/pelosi-responds-to-trump-s-national-emergency-over-border-wall-1442795075661>

86) 同法について、富井幸雄「アメリカにおける軍の警察活動の制約 (一) (二) — Posse Comitatus 法の意義」法学新報 111 巻 5・6 号 163-199 頁、11・12 号 53-93 頁、平成 16 年、参照。

る。⁸⁷⁾NEA では、議会の判断で緊急事態の認定を覆すことができる (大統領の拒否権が可能)。2・15 宣言に関する限り、緊急事態に当たるかの事実認定に類型的な基準があるわけではなく、判断は立場によって分かれる。訴訟ではまずこの対象が安全保障にかかわることに留意すべきである。トランプが言うように、移民や組織犯罪、麻薬に関することとしているから、事項的には安全保障目的である。その対応が平時の対応では間に合わず危機を拡大させる状況にあるという。これは執行権の判断である。NEA が緊急事態を定義する規定を置かず、大統領に判断を広範に委ねている立法の構造では、大統領の判断が尊重されるべきで、これを制限しようとするには NEA の改正が必要なのかもしれない。⁸⁸⁾

2・15 宣言は事実認定、すなわちトランプの示している事実が真実か、緊急事態といえるかを中心に、議会で論争されよう。⁸⁹⁾訴訟でも同様で、司法が大統領の緊急権の行使の事態認定にどこまで踏み込むのか、興味深い。トランプは、当初は緊急事態宣言など必要なく緊急事態を認識していなかったとも推測されるのに、⁹⁰⁾壁建設といった自身の公約を議会の意思を無視して実行させるためにあえて NEA を使ったのには、濫用の響きがある。テロや大規模災害といった緊急事態を受けてではなく、政策の実行について議会が no を突き付け、

87) <https://www.cbsnews.com/news/transcript-rep-adam-kinzinger-on-face-the-nation-february-24-2019/> <https://www.cbsnews.com/news/transcript-govs-michelle-lujan-grisham-jay-inslee-on-face-the-nation-february-24-2019/>

88) See, e.g., Fuller, *supra* note 35 at 1507-1510; Goitein, *supra* note 67 at 16-17.

89) 下院司法委員会は、2・15 宣言が出されたのと同時に事実認定の調査に乗りだしている。 https://judiciary.house.gov/sites/democrats.judiciary.house.gov/files/documents/National%20Emergency%20Letter%20Final_0.pdf

90) Jack Goldsmith, *What is and isn't a Big Deal in Trump's Executive Actions Related to the Border*; LAWFARE, Feb. 16, 2019. <https://www.lawfareblog.com/what-and-isnt-big-deal-trumps-executive-actions-related-border> ゴールドスミスは、緊急事態宣言は緊急事態の定義が明確でない議会の包括委任で、一般の委任立法と同じに理解できるとしたうえで、それは同法に基づくものであるけれども、やり方や動機が悪質で、大統領権限の誤った使用に向かうのが懸念されるとする。

しかもそれには予算をつけないという立法の形式でなしたのを緊急事態法の枠組みで覆すのである。それはNEAの意図するところとはとても思えず、大統領の憲法上の権限に訴えたとしても、ジャクソン判事のカテゴリー3の局面であるから、その正当性は薄弱であるといえる。

3 壁の費用を緊急事態法でねん出できるのか—歳出授權法の適用可能性

WHは費用ねん出を以下のように計画する。⁹¹⁾必要な約81億ドルは、①議会の予算13億7500万ドル②制定法の権限に基づく31億ドル③緊急事態で利用できる軍建設費36億ドル、からなる。この順番で支出していくが、③のみが今般で拋出可能となった部分である。②は制定法の授權に基づくもので、6億100万ドルは財務省の罰金基金から、2億4200万ドルは直ちに、3億5900万ドルは将来の予測される罰金から、捻出される。25億ドルは、2019年度麻薬阻止反麻薬予算から転用して利用できる。この建設は、連邦政府がすでに所有している土地を使ってなされる。さらに、3億6000万ドル以下で軍建設計画を進めるよう国防省は授權される。国防省はこれを優先し、軍家族の住居も予算はそのままである。政府は議会に新たな建設の予算を既存の計画遂行のために要求する。この計画は、①多様な区域に新たに18から30フィートの鉄鋼の歩行者に対する主要バリアを建設する②古くなったフェンスを18から30フィートとの高さの鉄鋼のバリアに替える③パトロールゾーンを設けるために主要バリアとの間に第2次バリアを新しく建設する、を含む。

2808条の要件を満たさなければならない。軍隊を使用するのが不可欠な緊急状態であることが認定されるなら、南部国境の壁が軍施設であり、さらにその計画が法の要件に合致しなければならない。またトランプは、対麻薬活動支援の権限として、国防長官が麻薬警察組織を支援する権限を援用する(10 U.S.C. § 284)。同条は、国防長官は、いかなる警察機関の「国際組織犯罪に対

91) Fact Sheets, *supra* note 18.

抗する活動や反麻薬活動に対する支援を提供することができ」、そこには「アメリカ国境にまたがる麻薬の回廊を阻止するための照明の設置や道路、フェンスの建設」が含まれると規定している。さらにトランプは財務省罰金基金から 6 億 100 万ドルの拠出を求めている。これは、同基金から財務長官はいかなる連邦の警察活動に関連する債務あるいは支出にも充てることができるとの法 (31 U.S.C. § 9705) に根拠を有する。

2808 条はその文言からそもそも適用できないと解釈がある。⁹²⁾ 第 1 に、対象となる事態は法が条件づける、「軍隊を使用することを必要とする」緊急事態ではない。第 2 に、「そうした軍の使用を支援するに必要な」プロジェクトでもないし、「軍建設計画」でもない。この点は制定法の解釈であって、司法審査の対象になりうると解されるから、裁判所の判断が合理的に期待できる。

なお、私人の土地に壁をつくる場合、公用収用 (eminent domain) となるけれども、正当な補償を支払わなければならない (憲法修正第 5 条)。訴訟 B は私有地が違憲違法な壁建設で収奪されるとの観点から土地所有者が訴えており、原告適格は認められるといえる。連邦政府は、すでに接收宣言法 (Declaration of Taking Act) や公用収用法 (General Condemnation Act) に基づく公用収用で多くの土地を確保しているけれども、安全保障や軍事のために連邦の公用収用権がすんなり認められるかは歴史的に議論があるところで、州との協力は不可欠となる。⁹³⁾

五 むすびにかえて

大統領の緊急権は、憲法 2 条の包括的な執行権というよりも、制定法を根拠

92) Gerson, *supra* note 16 at 5.

93) Gerald S. Dickinson, *Cooperative Federalism and Federal Takings after the Trump Administration's Border Wall Executive Order*, 70 RUTGERS L. REV. 647, 649, 668 (2018). なお連邦の公用収用の憲法的根拠や歴史について、*see*, William Baude, *Rethinking the Federal Eminent Domain Power*, 122 YALE L.J. 1738 (2013).

に行使される構造をみて取れる。これは、緊急事態の立法が整備されていることから、憲法レベルの執行権の定義までさかのぼらなくてもよいからで、WHの法律家もこうした手法をとるのが賢明と考えている節がある。⁹⁴⁾ もっとも、その根本法たる NEA は、緊急権をトリガーする緊急事態の認定に立法の案内を欠いていて、大統領にその認定の裁量を与えているから、今次のトランプの例は放縦な認定権を認める先例になりかねない。与党共和党の議員にも、民主党の大統領になった時に 2・15 宣言が先例として援用されるとの懸念がある。これを権力分立の枠でどう統制するか、憲法上の問題として考究されなくてはならない。「原子力時代において、立憲的緊急権力の行使は、常態とはなっても例外とはならないであろう。これは幸せな予想でないかもしれないが、その可能性は大いに高いのである」。⁹⁵⁾

2・15 宣言は大統領に認められる緊急権が、9・11 や大規模災害などもあり、常態になっているやるせなさを感じさせる。一般的に緊急事態だと納得できる事態で緊急事態が宣言される例は少なく、経済制裁や、2・15 宣言のように緊急事態とまでいえるのか疑わしい事態で、緊急権が適用されるケースが目立っている。2・15 宣言は、NEA をはじめ大統領の緊急権の法制度のブラッシュアップを、大統領をチェックする任をおう議会に投げかけたといえる。⁹⁶⁾

94) 大統領権限にあっては、安全保障の領域でこうした傾向がみられる。Peter M. Shane, *The Presidential Statutory Stretch and the Rule of Law*, 87 U. COLO. L. REV. 1231, 1234, 1272 (2016).

95) ロンター、448 頁。ロンターは立憲独裁が法の枠の中でなされなければならないことの念をおして、国家「権力を効果的で責任あるものとし、来るべき独裁制を立憲的なものに」しなければならぬと主張する。ロンター、472 頁。

96) 濫用を防止するのが肝要で、そのために、①緊急事態を限定して定義する条文にする②緊急事態は議会が承認しなければ 30 日間までとする③5 年以上存続させない④事態に無関係な権限まで授権しない⑤議会を迂回する手続を明白に排除する⑥議会が授権した緊急権限を大統領がいかに行使するかの透明性を高めるを、これだけではないとしながらも、提案するものがある。Goitein, *supra* note 67 at 16-17. Goitein は、2・15 宣言は NEA 改良の議会に対する目覚まし (wake up call) だとする。Id. at 15.

補遺 トランプは 2019 年 5 月 15 日、IEEPA を適用する国家緊急事態宣言を出している。Executive Order on Securing the Information and Communications Technology and Services Supply Chain. <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-securing-information-communications-technology-services-supply-chain/>

