



帝王的大統領制と共和主義の危機

田邊, 俊明

(Degree)

博士 (政治学)

(Date of Degree)

2016-03-25

(Date of Publication)

2017-03-01

(Resource Type)

doctoral thesis

(Report Number)

甲第6548号

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/D1006548>

※ 当コンテンツは神戸大学の学術成果です。無断複製・不正使用等を禁じます。著作権法で認められている範囲内で、適切にご利用ください。



2015年12月21日提出

帝王的大統領制と共和主義の危機

研究科 国際協力研究科

専攻 国際協力政策専攻

研究指導教員 土佐弘之教授

学籍番号 10515041

氏名 田邊俊明

目次

序章	1
第1章 国家機密と帝王的大統領の戦争	11
はじめに	11
第1節 大統領中心の国家機密システムの成立と情報公開法の逆説	13
第2節 大統領による情報操作・隠匿に関する3つの事例	19
第3節 諜報活動・秘密工作に対する議会の調査・監視活動とその限界	28
第4節 情報漏洩への対応とペンタゴン文書事件判決の負の遺産	34
おわりに	40
第2章 帝王的大統領制と遅ればせの反革命	43
はじめに	43
第1節 憲法起草者たちの意図と戦争権限決議をめぐる論争	45
第2節 レーガン政権期の「単一執行府論」と「執行府外務権限論」	54
第3節 「精力的な執行府」と大統領の最高司令官権限	65
おわりに	76
第3章 「テロとの戦争」と帝王的大統領制の復活	80
はじめに	80
第1節 大統領命令による軍事委員会の設立	82
第2節 議会の対応と武力行使容認決議の解釈	88
第3節 大統領はジュネーブ条約に拘束されるか？	91
第4節 バイビーとユーの「拷問メモ」について	98
おわりに	101
第4章 帝王的大統領制とカール・シュミットの影	103
はじめに	103
第1節 カール・シュミットの「委任独裁」とワイマール憲法第48条	105
第2節 アメリカ「第2共和国」とロシターの「立憲独裁」論	117
第3節 「テロとの戦い」とアッカーマンの「緊急権憲法論」	125
第4節 「解き放たれた執行府」と「法の支配」の終わり	133
おわりに	145
初出論文一覧	147
参考文献	147

序章

ロナルド・レーガン大統領の側近で、国家安全保障会議の軍政担当であったオリバー・ノース中佐が、イランとの武器取り引きから得た資金を不正に流用してニカラグアの反政府勢力コントラを支援したイラン・コントラ事件が公になったとき、プリンストン大学の国際法学者ハロルド・コーは、この事件はノース中佐などの一部の関係者の行き過ぎとして片付けるべき問題ではなく、アメリカの「国家安全保障憲法」の根幹に関わる問題だと論じた。

ベトナム戦争以降、議会はアメリカ憲法起草者たちの共和主義的な理念に立ち帰り、大統領が単独で行なう戦争に「鎖」をかけようと努力を積み重ねてきたにも関わらず、同様の問題が繰り返り起きている。コーはこのような認識から、ノース中佐をスケープゴートにして問題を終わらせるのではなく、「国家安全保障憲法」の欠陥そのものを問題にすべきだと主張したのである¹。では、彼の言う「国家安全保障憲法」は、具体的に何を指すのだろうか。

コーによれば、彼の言う「国家安全保障憲法」は、次の3つのレベルで構成されている。第1のレベルは、憲法起草者たちの共和主義的な理念が反映されたアメリカ合衆国憲法である。たしかに憲法に盛り込まれた外交や防衛に関する規定は数が少なく²、これだけで現代の連邦政府が行使している権限を全て説明できる訳ではないが、憲法全体の構造を見たとき、それが権力分立と抑制と均衡の原則に貫かれていることは明らかであって、この仕組みが外交や防衛の分野に及ばないと考えるべき理由はどこにもない。したがって、政府が外交や防衛を進めて行く際には、議会、大統領、裁判所がそれぞれの役割を果たすことが憲法によって要請されるのであり、大統領が他の機関を無視して一方的に外交や防衛の権限を行使することは許されない。

第2のレベルは、憲法の外交や防衛に関する条項を敷衍し、それをより詳細に定めた議会制定法である。具体的には、国防省、国家安全保障会議、CIAといった「安全保障国家」を構成する主な政府機関を設置し、これまでバラバラだった指揮命令系統を一元化した1947年の国家安全保障法に加え、ニクソン大統領による権限濫用が問題となった1970年代に議会が制定した戦争権限決議や国家緊急事態法など、一連の「枠組み立法」が含まれる。

この「枠組み立法」により、大統領は憲法上の執行権や最高司令官としての権限を行使するに際して、議会による明示的な承認を得る義務を課された。例えば1973年に制定された戦争権限決議は、大統領が最高司令官としての権限を行使して軍を利用できる場合を、議会による

¹ Harold H. Koh, *The National Security Constitution: Sharing Power After the Iran-Contra Affair*, The Yale University Press, 1990.

² アメリカの連邦議会は、憲法第1条第8節第11項で宣戦布告の権限、第12項で陸軍を設立・維持する権限、第13項で海軍を設立・維持する権限、第14項で軍隊の規則を定める権限、第15項で民兵を召集する権限、第16項で民兵の規律について定める権限を与えられている。大統領は第2条第2節第1項で、合衆国陸海軍や民兵の最高司令官としての権限、第2項で上院の助言と同意によって条約を締結する権限

宣戦布告がある場合、制定法による承認がある場合、アメリカの領土、財産、軍隊への攻撃によって生じる緊急事態の3つの場合に限定したうえで、大統領が議会の宣戦布告がないまま軍を派遣した場合は、48時間以内に議会に報告し、議会が宣戦布告や決議によって軍の派遣を認可しない場合は、大統領は報告から60日以内（ないし必要がある場合は90日以内）に軍の利用を終了する義務があると定められたのである³。

第3のレベルは、1952年、トルーマン大統領が最高司令官としての権限だけを根拠に、製鉄所を差し押さえたことを違憲として退けたヤングスタウン判決に代表される判例である。当時、アメリカは朝鮮戦争の最中であったことから、大量の軍需用の鉄鋼が必要であったにも関わらず、ヤングスタウン鋼板・鋼管株式会社で労働者がストライキを起こし、それが全国に波及して鉄の生産が大幅に停滞することが懸念された。そこでトルーマン大統領は、憲法上認められた全軍の総司令官としての権限をもとにして、製鉄所を差し押さえる決定を下したのだが、これを不服として製鉄所が提訴したのがヤングスタウン事件である。

ロバート・ジャクソン判事はこの判決に際し、大統領の権限の行使を(a) 大統領が議会の明示的または暗黙の授権に従って行動する場合、(b) 大統領が議会による授権も禁止もない状態で行動する場合、(c) 大統領が議会の明示的または黙示的な意思に反した措置を講じる場合の3つの場合に分けて考え、本件の場合には、労使間の紛争を調停する立法措置がすでに講じられており、(c)のケースに該当することから、大統領の権限は「最低」となり、製鉄所の差し押さえは違憲だと判示したのである⁴。

こうしたジャクソン判事の3分法の枠組みは、(b)のカテゴリーで、議会が授権をするかどうかについて何も意思を表明していない場合にまで、大統領に独立した権限を認めている点において、大きな課題を残していると言わなければならない。というのも、アメリカではレーガン政権以降、「単一執行府論」が唱えられるようになってきたが、この理論によれば、大統領の「独立の権限」をいくらかでも拡大解釈することが可能だからである。それにも関わらず、このジャクソン判事の枠組みは、議会が大統領の単独主義的な権限の行使に歯止めをかけ、それを法治国家の枠組みに収めるという観点からは非常に有用であったため、法学者の間で高い評価を与えられてきた。この判決の結果、大統領が単独で開始する戦争の合憲性は、遅くとも1973年の戦争権限決議の成立以降、(c)の最低ランクに分類されることが明らかになったのである。

このように、アメリカには確かに憲法、「枠組み立法」、判例の3つのレベルで構成される「国家安全保障憲法」が存在しているのだが、ハロルド・コー自身が認めているように、こうした

を与えられている。

³ 50 U.S.C. §§1541-1548 (2006).

⁴ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952). ジャクソン判事の3分法の枠組みを引用しておく。(a) 大統領が議会の明示的または暗黙の授権に従って行動するとき、彼の権限は最大となる。(b) 大統領が議会による授権も禁止もない状態で行動するとき、彼は自らの独立した権限に依拠するしかないが、大統領と議会の間で権限が共有されていたり、権限分配の基準が不明確である場合は、曖昧となる。(c) 大統領が議会の明示的または黙示的な意思に反した措置を講じるとき、彼の権限は最低となる。というのも、そのとき彼は自らの権限から議会がこの件に関して保有する権限を差し引いた権限を根拠とするしかないからである。

「国家安全保障憲法」を活用して、大統領の外交や防衛上の権限にまで「法の支配」を及ぼそうとするリベラル・リーガリストたちの試みは、第2次世界大戦以降、ほとんど常に失敗してきたのであり⁵、大統領は冷戦期間中、国民の圧倒的な支持を背景として、何度も議会を出し抜き、単独で戦争を行なってきたのである。

そして、その最も悲惨な結果が、アメリカの世論を文字通り二分したベトナム戦争であった。本論でも詳しく述べるように、この戦争はそもそもの発端となったトンキン湾事件が大統領とその側近による捏造というべき側面を持っていただけでなく、テト攻勢以降に盛りあがってきた反戦運動にも関わらず、大統領が独断でインドシナ半島全体に戦争を拡大するなど、大統領に対する立憲主義的な統制が全く機能していないことを強く印象づけたのである。

その後、ニクソン大統領のウォーターゲート事件を契機として制定された戦争権限決議など、議会による一時的な地位回復の試みもことごとく失敗し、先述したイラン・コントラ事件、ジョージ・W・ブッシュ大統領がはっきりとした根拠もないままに始めたイラク戦争、タリバン、アルカイダなど「敵性戦闘員」に対する拷問的な手法を用いた尋問、対外諜報活動法(FISA)に違反する形で令状もないまま自国民に対して行なった電子的サーベイランスなど、大統領による国家安全保障を名目とした権限の濫用は止むことがなかったのである。

では、なぜハロルド・コーの言う「国家安全保障憲法」は、大統領の権限濫用を食い止めることができないのだろうか。本論文はまず第1章で、その最も根本的な原因として、過剰な国家機密の問題について取り上げたい。多くの法学者が指摘しているように⁶、公開性の原則や情報の自由な流通は、あらゆる立憲主義の土台となるものであり、大統領（執行府⁷）が自分に都合の悪い情報を隠し通すことができるようになれば、国民や議会による監視の眼が行き届かなくなり、権力分立や「法の支配」といった仕組みだけでなく、大統領選挙や世論などによるチェック機能も全てその効力がなくなってしまうであろう。「アメリカ憲法の父」と呼ばれたマディソンも指摘するように、何も知ることを許されない国民を主権者とする共和主義は、「悲劇もしくは茶番への序曲」に他ならないのである。

それにも関わらず、第2次世界大戦以降、歴代の大統領は執行命令だけを根拠として、巨大な国家機密システムを構築し、自らを厚い「秘密のヴェール」で覆ってきたのであり、彼らはこのヴェールを利用したり、あからさまなウソをつくによって、何度も国民を戦争へと動員し

⁵ Harold H. Koh, "Why the President (Almost) Always Wins in Foreign Affairs: Lessons of the Iran-Contra Affair," *The Yale Law Journal* 1255 (1988).

⁶ Laura S. Fitzgerald, "Cadenced Power: The Kinetic Constitution," 46 *Duke Law Journal* 679 (1997). Heidi Kitrosser, "Macro-Transparency" As Structural Directive: A Look at NSA Surveillance Controversy," 91 *Minnesota Law Review* 1163 (2007).

⁷ 本論文では一貫して'executive'を「行政」ではなく、「執行」と訳した。その根拠は、第1に、アメリカ建国期において、大統領の権限を法を「執行する(execute)」ことに限定するべきだとする考え方があり、それが合衆国憲法第2条第3節の中の「大統領は法律が誠実に執行されるよう配慮する(he shall take care that the laws be faithfully executed)」とする下りに反映されているからである。第2に、憲法学者の松井茂記や大林啓吾も指摘するとおり、アメリカでは執行・行政2分論があり、政治的作用である'executive'を「執行」、専門的中立的作用である'administration'を「行政」として、両者を分けて考えているからである。松井茂記『アメリカ憲法入門（第6版）』、有斐閣、2008年、63～64頁、大林啓吾『アメリカ憲法と執行特権』、成文堂、2008年、1頁。

てきた。そこで本章では、まずアメリカの国家機密システムが成立した政治的背景と、それに対抗するために議会が制定した情報公開法の限界を簡単に見た後、過剰な国家機密がもたらす弊害を具体的に示すため、ベトナム戦争の発端となったトンキン湾事件、冒頭で述べたイラン・コントラ事件、さらには、ジョージ・W・ブッシュ政権が行なったイラク戦争の3つの事例を見て行くことにしたい。こうした事例研究から浮かび上がってくるのは、「秘密のヴェール」は、国民を欺くのみならず、大統領やその側近をイデオロギーの虜にすることによって、正常な判断能力を狂わせてしまうという逆説である。

では、議会や国民はこうした国家機密システムの弊害を是正するために、一体何をしてきたのだろうか。1970年代以降、議会は上院のフランク・チャーチ委員会による調査を嚆矢として、大統領が行なう諜報活動や秘密工作にもメスを入れ、それを法的に規制する試みを行ってきたが、こうした試みはレーガン政権に入る頃までには、「強い大統領」を求める国民自身の「民主主義」的な要求によって妨げられ、大きな成果を挙げるに至っていない。

本章ではこの点について見た後、執行府内部からの公益目的での情報漏洩（リーク）を、「秘密のヴェール」に覆われた大統領の権限濫用をチェックする最終手段として位置づける立場から、この分野で最もよく知られたペンタゴン文書事件判決⁸を批判的に検証したい。アメリカでは、執行府による権限濫用が行なわれた場合、情報漏洩（リーク）という形で問題が暴露されるケースが多いが、共和主義の観点からすると、少なくとも公益目的での情報漏洩やそれを受けたマスコミの報道は、国民の「知る権利」に資するものとして、積極的に保護されるべきであろう。それにも関わらず、ペンタゴン文書判決は、一方で憲法修正第1条に則って政府による事前検閲を禁止しながら、他方で漏洩された情報を報道したメディアに対して、スパイ法を適用して事後的に刑事訴追をする可能性を完全に否定しなかった。その結果、大統領はこうした刑事訴追の脅しでリークを「塞ぐ」ことができるようになり、公益目的でのリークやその報道が萎縮するなどの弊害が生じているのである。

ところで、こうした大統領中心の国家機密システムを支えているのは、「外交や防衛は大統領の専権事項であるから、議会や国民が口を出すべきではない」とする「帝王的大統領制」のイデオロギーである⁹。第2次世界大戦後、議会が中立政策に固執して国際的関与が遅れたために、ナチスの台頭を牽制できなかったとする見解が広まることによって議会の地位が著しく低下するとともに、核兵器などの軍事技術が進展した結果、外交政策にはより一層の迅速さと機密が

⁸ *New York Times Co. v. United States Government* 403U.S.713 (1971).

⁹ 「帝王的大統領制」という言葉を最初に用いたのは、歴史学者のアーサー・シュレジンガー2世である。Arthur Schlesinger Jr., *The Imperial Presidency*. Houghton Mifflin, 1993. シュレジンガーは主にニクソン大統領の権限濫用を批判するために本書を執筆したが、アメリカではブッシュ政権との「テロとの戦い」に伴って、再び「帝王的大統領制」に関する研究が政治学者、憲法学者、歴史学者、評論家の間で盛んに行なわれるようになった。例えば、Andrew Rudalevige, *The New Imperial Presidency: Renewing Presidential War Power After Watergate*, University of Michigan Press, 2006. Charles Savage, *Takeover: The Return of the Imperial Presidency and the Subversion of American Democracy*, Back Bay Books, 2007. Mark J. Rozell and Gleaves Whitney ed., *Testing the Limits: George W. Bush and the Imperial Presidency*, Roman & Littlefield Publishers, Inc., 2009. Michael Genovese, *Presidential Prerogative: Imperial Power in an Age of Terrorism*, Stanford University Press 2010.

要求されるという主張がなされるようになると、時間をかけて公開の場で議論を行なう議会を外交政策に関与させるという憲法起草者たちのアイデア自体が疑問視され始めたのである¹⁰。

大統領やその側近、司法省の高官、保守派の議員、連邦最高裁の一部の判事などによって唱えられてきたこの理論によると、アメリカの大統領は憲法第2条によって授けられた執行府の長ないしは陸海軍の最高司令官としての権限に基づき、国家機密システムを構築することはもちろんのこと、議会の事前承認を伴わない戦争とともに、諜報活動や秘密工作を行なうことが許される。つまり、コーの言う「国家安全保障憲法」が大統領による権限濫用を食い止めることができないもう1つの原因は、こうした「帝王的大統領制」の支持者たちが、権限濫用を権限濫用と見なしていないことに求められるのである。

そこで第2章では、この「帝王的大統領制」のイデオロギーを正面から否定した戦争権限決議を巡る長年に渡る論争を検証して行くことを通じて、彼らが一体いかなる根拠によって、大統領に外交や防衛の権限を独占させるべきだと主張しているのかを考えて行きたい。1970年代にこの論争が開始された当初、戦争権限決議に反対する「帝王的大統領制」の論者たちは、これまでアメリカの大統領が100回以上に渡り、議会の事前承認を得ることなく武力行使を行ってきたとされる歴史や、国際法上の対外的国家主権によって認められているとされる「平時の武力行使」などを自説の論拠としていたが、レーガン政権以降、大統領の執行権や最高司令官としての権限の解釈を、18世紀のイギリス国王の執行権をモデルとして解釈するべきだとする見解が、政権を支えた法律顧問たちを中心に主張されるようになってきた。

この新たな「帝王的大統領制」の論者たちは、自分たちの憲法解釈が正しいことを示すために、アメリカ憲法起草者たちの間で、ジョン・ロックの『市民政府二論』、モンテスキューの『法の精神』、ブラックストーンの『英法釈義』が共通のテキストとして読まれており、これらの政治・法理論の権威が、当時のイギリスの慣習を背景として、戦争、和平、外交の権限を国王の執行権の中に入れていたことを強調する。司法省法務局の法律顧問として、ブッシュ政権の「テロとの戦い」を法理論の面から支えた法学者のジョン・C・ユーも、同じくイギリス国王をモデルとしながら、大統領は最高司令官としての権限を根拠として、議会の宣戦布告や事前の承認がなくても、戦争を単独で開始できるのだと論じた。

だが、トマス・ペインがイギリス国王を「専制政治の遺物」として一蹴していたことから分かるように、独立戦争によって共和主義の洗礼を受けたアメリカ憲法起草者たちが、イギリス国王の執行権の概念をそのまま受け入れたとは考えにくい。これに対して、ジョン・ユーは歴史学者のゴードン・ウッドにならい、独立宣言からアメリカ憲法制定の間に、共和主義の行き過ぎに対する反動があり、マディソンらの憲法起草者たちは実はイギリスを模範と仰ぐ貴族

¹⁰ 憲法起草者たちのアイデアに疑問を提起した者として、例えばベトナム戦争終結前のフルブライト上院議員の見解を挙げることができる。上院外交委員会の重鎮であったフルブライト上院議員は、共産主義陣営との戦いにおいて、アメリカはもはや議会における外交政策の審議という「ぜいたく」を許されないと説いたが、これは大統領の権限の肥大化に議会が積極的に関与していたことを示唆するものである。William J. Fulbright, "American Foreign Policy in the 20th Century under an 18th Century Constitution," 47 *Cornell Law Quarterly* 1 (1961).

主義者だったと反論するが、果たしてこうした主張を支える根拠はあるのだろうか。本章では、歴史学者の J・G・A・ポーコックにならい、アメリカ憲法を共和主義の系譜に位置づける立場から、こうした反革命主義者たちの議論への反論を試みたい。

続く第3章では、「帝王的大統領制」のイデオロギーが、単にアメリカ国内における立憲的なチェックを骨抜きにするのみならず、ジュネーブ条約に代表される戦時国際法の蹂躪すら正当化することを示すために、ジョージ・W・ブッシュ大統領が「テロとの戦い」の一環として、タリバン、アルカイダなどの「敵性戦闘員」に対する拷問を公式に認めた経緯と、それを支えた「帝王的大統領制」の論者たちの法理論を検証して行きたい。

ブッシュ大統領は、「テロとの戦い」が始まって間もなく、大統領命令だけで軍事委員会を設立し、そこで「テロとの戦い」で捕えた「敵性戦闘員」を裁くことを決定したが、この軍事委員会は、自国の兵士を裁くための軍法会議と比較しても、はるかに被告人の手続きの保障が乏しく、「裁判」というよりは、むしろ「処刑」に近いものであった。また、ブッシュ大統領とその側近は、「敵性戦闘員」をキューバのグァンタナモ基地に収容し、テロリストの潜伏先などを自白させるために、軍の担当者が「水板責め」をはじめとする拷問に近い手法を用いて尋問を行なうことを容認したが、これらは明らかに、ジュネーブ条約をはじめとする数多くの国際法に違反する措置であった。

現代の国際法では、国際連盟や国際連合の設立、さらにはニュルンベルクや東京国際軍事裁判を通して、戦争それ自体の違法化が進展していると言われるが、こうした大きな流れに照らしたとき、戦争が行なわれることを前提として、戦争捕虜の取り扱いなどのルールを定めたジュネーブ条約は、戦争が外交政策の1つの手段として正式に認められていた無差別戦争観時代の遺物であると言えらるかもしれない。それにも関わらず、ブッシュ大統領はこの時代ですら認められていた戦時のルールに違反することで、国際社会における「法の支配」を、100年以上も前に逆戻りさせたのである。

では、ブッシュ大統領やその側近は、一体いかなる理由に基づいて、こうした戦時国際法に違反する措置が正当化できると考えたのだろうか。本章では、アメリカ市民自由人権連盟が行なった「拷問情報公開キャンペーン」の結果公表された司法省法務局の一連のメモランダムやその他の政府の内部文書を系統的に分析することを通じて、司法省法務局によるジュネーブ条約の解釈に潜む問題点を指摘するとともに、ブッシュ大統領とその側近たちが、結局のところ「帝王的大統領制」のイデオロギーを国際法にまで拡大適用して、ジュネーブ条約のような強行規定を含む条約すら自由に破る権利があると考えていたことを示したい。

では、こうした「帝王的大統領制」の権限濫用を食い止めるためには、一体何が求められるのだろうか。これまで、ジョン・ハート・イリィに代表されるリベラル・リーガリストたちが行なってきた問題への取り組みは、あくまで戦争権限決議のような「枠組み立法」の「抜け穴」を塞ごうとするものであった。だが、議会がこれまで大統領に対して戦争権限決議の遵守を求めるための行動を起こさず、決議が完全に「死文化」していることから分かります、リベ

ラル・リーガリストたちの試みが失敗してきた根本的原因は、戦争権限決議の「抜け穴」にあるわけではなく、法を1つの完結した体系と見なし、その外部にある政治的ダイナミズムを考慮に入れることができない法学専門家たちの「リーガリズム¹¹⁾」的思考の限界にある。

つまり、「帝王的大統領」を「法の支配」の下に置くためには、単に議会が「枠組み立法」を制定するだけでは足りないのであって、そうした「枠組み立法」が常に執行府の監視を怠らない国民の批判的な討議によって支えられていなければならない。哲学者、社会学者のユルゲン・ハーバーマスの言うとおり、現代国家で「法の支配」を徹底するためには、ハンス・ケルゼンのように「法」を1つの自己完結システムと見なすのではなく、国民の批判的な討議が生み出す「コミュニケーション権力」が「法」というコードに変換されたものと見なす必要がある¹²⁾。

そこで第4章では、ブッシュ政権の「テロとの戦い」以降、アメリカの憲法学者、政治学者の間で再び関心が高まりつつあるカール・シュミットの「委任独裁」論を手がかりとしながら、新たな視点からこの問題について取り組むことにしたい。もちろん、「ナチスの桂冠学者」とも称されたシュミットが活躍したワイマール時代のドイツと、現代のアメリカを単純に比較することは許されないが、シュミットの「委任独裁」論を巡る議論やワイマール期ドイツの歴史は、なぜ大統領に「法の支配」を及ぼすことが難しくなっているのかについて、重要な洞察を与えてくれるのである。

シュミットの言う「委任独裁」制は、古代ローマ共和国の「独裁官」の制度にその起源を持つものであり、戦争、テロ、内乱、経済恐慌などの国家存亡の危機に際し、議会などの憲法上の機関が、一時的に独裁的な権限を「独裁官」に委任し、憲法によって保障された基本権を一時的に棚上げにしてでも、現行の憲法秩序を守るべきだとする考え方である。

アメリカのリベラル・リーガリストたちがこの「委任独裁」制に注目したのは、「帝王的大統領制」が大統領の一方的な権限の行使を認める点において、「委任独裁」ですらなかったことから、むしろこの「委任独裁」制を徹底することによって、大統領を法治国家の枠内に押し戻すことができると考えたからである。事実、ジャクソン判事のヤングスタウン判決、大統領の権限行使に議会の授権を要求した1970年代の「枠組み立法」、さらにはブッシュ（子）大統領による「敵性戦闘員」の取り扱いを違法として退けたハムダン判決など¹³⁾、リベラル・リーガリストが賞賛する判例や立法措置は、全てこの「委任独裁」のカテゴリーに分類することができるのである。

だが、ブッシュ（子）大統領による「敵性戦闘員」の取り扱いを違法として退けたハムダン判決に典型的に示されているように、「委任独裁」の論法は、議会の承認さえあれば拷問すら許されてしまうという重大な道徳的問題を孕んでいる。事実、2006年のハムダン判決を受けて、

¹¹⁾ Judith N. Shklar, *Legalism: Law, Morals and Political Trials*, Harvard University Press 1986. [J・N・シュクラール『リーガリズム：法と道徳・政治』（田中成明訳）、岩波書店、2000年] シュクラールによるリーガリズムの定義は、法を社会的、政治的文脈から切り離して、孤立した1つの閉じたシステムと見る法律家特有の思考様式である。

¹²⁾ ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（下）』（河上倫逸、耳野健二訳）、未来社、2002年。

¹³⁾ *Hamdan v. Rumsfeld*, 542 U.S.507 (2004).

議会は即座に軍事委員会法を成立させ、大統領による「敵性戦闘員」の取り扱いを容認したのだが、このような場合、「委任独裁」の論法では「法の支配」に穿たれた穴を塞ぐことができないのである。

さらに言うと、「委任独裁」を提唱していたシュミット自身が、後にナチスによる一党独裁を容認したことに示されているように、「委任独裁」には構造的な弱点があり、常に自己崩壊する危険と隣り合わせである。すなわち、緊急事態が断続的に生じるにつれて、統治構造における「行政国家」化、「兵営国家」化が進み、執行府の権限が強くなりすぎると、今度は議会や裁判所がそれを「法の支配」の下に置くことがきわめて難しくなり、「委任独裁」が成り立つための前提となる法治国家的規制が弱くなってしまうのである。

また、「行政国家」化、「兵営国家」化の進展によって、大統領がますます大きな権限を掌握するようになると、国民の間で大統領を一種の「救済者」として見なす風潮が強まり、大統領の手を縛るような議会立法や裁判所の介入が、事態に迅速に対処することを妨げる障害と見なされるようになる。こうして、言わば政治的な「正当性」が「合法性」を圧倒することにより、「委任独裁」の法治国家的な規制が、その効力を発揮できなくなるのである。

それにも関わらず、アメリカでは第2次世界大戦後に「立憲独裁」論を唱えたクリントン・ロシターや、ブッシュ（子）政権の「テロとの戦い」に際して、「緊急権憲法論」を唱えたブルース・アッカーマンなど、シュミットの「委任独裁」と同じ論法に頼ろうとする論者は跡を絶たない。そこで本章では、こうした論者の議論を批判的に検証したうえで、改めて「帝王的大統領制」による権限濫用を抑制するには、一体どのような統治モデルが必要なのかという問いを提起したい。

この点について、「テロとの戦い」の後、カナダの法学者のディヴィッド・ダイゼンハウスは、A・V・ダイシーのコモン・ローの概念に依拠しながら、「委任独裁」を容認して「法の支配」に穴を開けることは、シュミットに対する譲歩であって、緊急事態でも平時と同じく裁判所を中心とした「法の支配」を徹底すべきだと論じた。彼の言葉によると、「委任独裁」は「法の支配」ではなく、「法による支配」であって、大統領による権限濫用を食い止めるどころか、むしろそれを促進する効果を持つ。したがって、これまでリベラル・リーガリズムが依拠してきた「委任独裁」の論法それ自体を見直さなければならないと言うのである。

これに対して、法学者のエリック・ポズナーとエイドリアン・バーミュールは、法的現実主義の立場から、私たちはすでに執行府中心の政府の下に暮らしているのであって、「法の支配」や権力分立によって大統領の権限濫用を食い止めようとすることは、現実的にもはや不可能であり、仮にこうしたリベラル・リーガリズムの試みを断念したとしても、大統領選挙や国民の世論などの「民主主義」の仕組みを活用すれば、十分に大統領の権限濫用を食い止めることができると論じた。

だが、一方で「行政国家」化、「兵営国家」化が進展し、他方で大衆民主主義を背景とした国民投票的な大統領制が出現しつつあるアメリカで、ダイシーの19世紀的な「法の支配」を復

活させようとするダイゼンハウスの提案は、実現可能性の観点から大きな課題を残すものと言わなければならない。とりわけ、「行政国家」「兵営国家」においては、執行府の命令が実質的に議会制定法と同等の効力を持つことから、執行府を「法の支配」の下に置くことはきわめて難しくなるであろう。

だが、そうだからと言って、ポズナーやパーミュールが提案するように、権力分立や「法の支配」それ自体を諦めてしまうと、国民投票的大統領制に向かう勢いはより一層強まることとなり、問題は改善するどころか、さらに悪化することが懸念される。そこで本章ではこの論争について、両者ともにシュミットの言う「合法性」と「正当性」の区別を前提にして議論しているものであり、この二分法を乗り越えない限りは、問題の根本的な解決を望めないことを指摘して、まともに代えたい。

本論文はアメリカにおける「帝王的大統領制」の権限濫用の実態を明らかにするとともに、それを「法の支配」の下に置くための取り組みについて検証するものであるが、標題に見られるように、その批判の基準は共和主義的な政治、法理論であり、これを戦争と平和の分野に応用することをもう1つのねらいとしている。欧米や日本では共和主義の政治、法理論に関する純粋に歴史的、理論的な見地からの研究はあるが、瞥見する限りでは、これを戦争や平和との関連で論じたものは見当たらない¹⁴。

最近では、歴史学者ゴードン・ウッドの研究に触発されて、キャス・サンステインやフランク・マイクلمانといった憲法学者が共和主義の再生を試みたが¹⁵、彼らがこれを戦争と平和の問題に適用することはなく、サンステインにいたっては、むしろブッシュ（子）政権による「敵性戦闘員」の取り扱いを「委任独裁」の論法によって容認するなど、リベラル・リーガリズムへの後退が見られる¹⁶。

もちろん、共和主義の政治、法理論と言っても、その内容はきわめて多義的であり、論者によってはこれを価値観の多様性を否定する「共通善の政治」と結びつけて考えたり、古代ギリシアのスパルタに見られたような、男性中心主義的で軍事主義的な共同体を支える思想として退ける者もいるかもしれない。だが、遅くとも近代以降、共和主義は王権神授説に支えられた国王の専制を批判するために唱えられてきたのであり、戦争を推進するどころか、むしろ国王を「法の支配」の下に置くことで、戦争を抑制するという側面を持っていた。事実、モンテス

¹⁴ 共和主義の政治・法理論について、差し当たり、川出良枝『貴族の徳、商業の精神：モンテスキューと専制批判の系譜』、東京大学出版会、1996年、Philip Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford University Press, 1997. 大森秀臣『共和主義の法理論：公私分離から審議的デモクラシーへ』、勁草書房、2006。

¹⁵ アメリカにおける共和主義的な憲法の構想について、Cass Sunstein, "Beyond the Republican Revival," 97 *The Yale Law Journal* 1539 (1988). Frank I. Michaelman, "Law's Republic," 97 *The Yale Law Journal* 1493 (1988). 大沢秀介『アメリカの政治と憲法』、芦書房、1992年、第1、2章。

¹⁶ Cass Sunstein, "Minimalism at War," *John M. Olin Law and Economics Working Paper No. 231*, The University of Chicago (2004).

キューは『法の精神』の中で、「君主制の原理は戦争と領土の拡大である。平和と慎みが共和主義の精神である」と述べたことで知られるが¹⁷、私たちはここに、「共和主義の平和」というテーマを見出すことができるのである。

18世紀のアメリカの人々は、こうした共和主義の精神を、アルジャーノン・シドニー、ジョン・トレンチャード、トーマス・ゴードンらイギリス「カントリー派」と呼ばれる人々を通じて「飲み込むように」吸収し、ウッドらの研究によると、それが独立革命の思想的基盤となっていた。議論はあるが、こうした共和主義の精神は、連邦憲法の起草者たちにも受け継がれたのであり、彼らは「絶対君主は、たとえ国家としては何ら得るところがない時にでも、軍事的栄光へのあこがれ、私怨に基づく復讐、野望、あるいは自己の一族郎党の勢力を拡大するために結ばれた私的な契約といったごく個人的な目的のために、戦争を引き起こすこともまれではない¹⁸」とする共和主義的な洞察から、従来は国王の権限であった宣戦布告の権限を議会に配置するなど、憲法で「戦争という犬に鎖をかける」試みを行なったのである。

では、なぜここで「民主主義」ではなく、古色蒼然たる響きを持つ「共和主義」に注目しなければならないのだろうか。アメリカ憲法起草者たちは、「民主主義」と「共和主義」という言葉を両方使っていたが、西洋の政治思想では伝統的に「民主政」と「衆愚政」を同一視する傾向があり、アメリカ憲法起草者たちも、「民主主義」の行き過ぎが、「多数派の暴政」に転じて、人類史上初となる共和主義の実験が失敗することを危惧していた。

だが、彼らは「民主主義」を否定する訳ではなく、むしろこれを権力分立、「法の支配」、代議制、基本的人権の保障といった立憲主義の枠組みの中に置くことで、人々の近視眼的な情念に支配されがちな政治を、理性的な討議に基づいた自治に高めることができると信じていた。西洋政治思想の伝統にならって、こうした立憲主義と内的に結びついた「民主主義」を「共和主義」と呼ぶことにすれば、「民主主義」よりも「共和主義」の方が、現代の批判原理としてふさわしいと考えられる。

とりわけアメリカでは、ニュー・ディール政策以降、「行政国家」化、「兵営国家」化が進展するにつれて大統領の権限がますます大きくなり、国民の間では彼を「救済者」として熱狂的に支持する傾向が強まっている。そして、こうした国民の熱狂的な支持が、「帝王的大統領」による権限濫用を食い止めるどころか、むしろそれを助長してきたことを考えたとき、単なる「民主主義」ではなく、「共和主義」を批判原理にしなければならないことが分かるのである。

¹⁷ モンテスキュー『法の精神（上）』（野田良之他訳）、岩波書店、1987年、181頁。

¹⁸ A・ハミルトン、J・ジェイ、J・マディソン『ザ・フェデラリスト』（斎藤眞、武則忠見訳）、福村出版、1991年、第4編、5頁。

第1章 国家機密と帝王的大統領の戦争

はじめに

歴史学者のジェフリー・スミスによれば、独立戦争当時のアメリカの人々は、ジョージ3世のイギリスや大陸ヨーロッパに見られた絶対王政の独裁的な支配に対抗して行くためには、政府の権限を制限する一方で、制限されることのない国民の討議を確保する必要があると確信していた¹。アメリカ独立革命は、「新聞の戦争」と言われるほど、おびただしい数のパンフレットや新聞の発行を伴ったのであり、ハンナ・アーレントの言葉を借りるなら、それはまるで言論の中に「国家主権を解消する」かのようなものであった²。議論はあるが³、こうした共和主義の精神は、革命後に行なわれた連邦憲法の制定においても引き継がれ、憲法はとりわけその修正第1条において、「言論および報道・出版の自由を制限する法律」の制定を禁じている⁴。「建国の父」たちはこの規定を置くことにより、執行府を常に国民や報道の監視の下に置くとともに、大統領にまで「法の支配」を及ぼすことを目論んだのである。

しかし、「建国の父」たちに見られた共和主義的な言論の自由への期待は、第2次世界大戦が終わり、冷戦が始まる頃までに確立された「帝王的大統領制」によって完全に裏切られることになる。序章でも述べたように、アーサー・シュレジンガー2世の言う「帝王的大統領制」の基本となる考え方は、大統領は憲法第2条に定められた執行府の長ないしは全軍の最高司令官として、議会の事前の承認がなくても外交交渉を行ったり、戦争を開始したりする「内面的」な権限を持っているとする政府見解である⁵。この見解に従う限り、国民やそれを代表する議会は、外交や防衛の問題に口を出す権限を持たない訳であるから、これらに関する詳細な事実を国民や議会に知らせるかどうかは、全て大統領の裁量に委ねられることになる。

トルーマン大統領以降の歴代の大統領は、まさしくこうした考え方にに基づき、議会制定法に根拠のない執行命令(Executive Order)だけで巨大な国家機密システムを作り上げるとともに、国民に対しては言うまでもなく、本来は対等の立場にあるはずの議会や裁判所にすら膨大な情

¹ Jeffrey A. Smith, *War and Press Freedom: The Problem of Prerogative Power*, Oxford University Press, 1999, pp.3-19.

² Hannah Arendt, *On Revolution*, Penguin Books, 1963, p.153. ハンナ・アーレント『革命について』(志水速雄訳)、合同出版、1968年)。

³ 例えば、次の文献におけるゴードン・ウッドとアン・ダイヤモンドの論争を参照のこと。Robert A. Goldwin and William A. Shambaugh ed., *How Democratic is the Constitution?*, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1980.

⁴ 修正第1条 連邦議会は、(中略) 言論もしくは出版の自由を制限する法律、または人民が平穩に集会し、もしくは苦痛の救済を政府に請願する権利を制限する法律を制定してはならない。

⁵ Arthur Schlesinger Jr., *The Imperial Presidency*, Houghton Mifflin, 1993.

報の提供を拒絶してきた⁶。その結果、「帝王的大統領制」は秘密のヴェールに覆われることとなり、ときおり内部から行なわれる情報漏洩を除いては、彼の暴走を食い止める手立てが失われてしまったのである。

こうした秘密主義的な「帝王的大統領制」が引き起こす最大の問題は、大統領やその側近が機密のヴェールをうまく利用さえすれば、議会での討議や国民の世論を簡単に操作できるということである。事実、「帝王的大統領制」が確立されて以降の対外戦争の歴史を見ると、大統領やその側近が諜報活動や秘密工作を隠蔽して国民や議会を欺いたり、自分に都合のよい情報だけを部分的に開示して誤った印象を与えたりすることにより、自らが推進する戦争に対して政治的な支持を取りつけ、国民全体を戦争に駆り立てて行くケースが頻繁に見られるのである⁷。

では、「建国の父」たちの共和主義的な理想が反映されたアメリカ憲法の下において、なぜこのような事態が生じるのであろうか。国民や国民の「知る権利」を実現してくれるはずの報道、国民の代表であるはずの議会、さらには「自由の守護神」であるはずの裁判所は一体何をしているのだろうか。仮に国民、議会、裁判所によるチェックがうまく機能してこなかったのだとすれば、その原因はどこに求められるのであろうか。

本論文ではこうした一連の問題を、次の4つの部分に分けて考えることにしたい。第1節では、まずトルーマン政権とアイゼンハワー政権時代に成立した大統領の執行命令を中心とする国家機密システムの本質を明らかにするとともに、なぜこの時期にこのような仕組みが生み出されたのかを考えたい。また、議会は国民の「知る権利」を政府の過剰な秘密主義から守ろうとする報道関係者の懸念に応じて、下院に委員会を設置し、政府の情報公開の促進に努めてきたが、その努力がなぜ外交や防衛の分野に及ばなかったのかについても考えたい。

第2節では、大統領やその側近が、国家機密のヴェールに隠れてウソをついたり、完全な沈黙を守るなどの形で、議会での討議や世論を操作し、自らが推し進める戦争へと国民を動員して行く危険について、トンキン湾事件、イラン・コントラ事件、ブッシュ（子）政権のイラクへの軍事侵攻を事例として取り上げ、具体的に示したい。そのうえで、同じような失敗が繰り返される背景に、政治指導者の間に見られる認識論的エリート主義があることを示したい。

第3節では、国家機密のヴェールに隠れて行なわれてきた諜報活動や秘密工作こそが、「帝王的大統領制」による権限濫用を促進してきたことを踏まえ、この分野に「法の支配」を及ぼそうとする試みがなぜこれまでうまく行かなかったのかについて、1970年代に、フランク・チャーチ委員会、オーティス・パイク委員会によって行なわれた同分野での調査や、その後の法的規制の試みを取り上げ、こうした試みが直面した最大の障壁が他ならぬアメリカ国民であった

⁶ 本論文では執行府が裁判所に対して国家機密の提供を拒否する根拠として援用される「国家機密特権 (State Secret Privilege)」については触れないが、これも「帝王的大統領制」を覆う秘密のヴェールの重要な部分を構成している。国家機密特権については、Robert M. Pallitto and William G. Weaver, "State Secrets and Executive Power," 120 *Political Science Quarterly* 85 (2005). Robert M. Pallitto and William G. Weaver, *Presidential Secrecy and the Law*, Johns Hopkins University Press, 2007, Chapter 3.

⁷ こうした現象については、すでに1970年代から指摘がある。例えば、Morton H. Halperin and Daniel N. Hoffman, *Top Secret: National Security and the Right to Know*, New Public Books, 1977.

ことを指摘したい。

第4節では、国家機密システムの弊害を是正するための鍵になると考えられる、執行府内部からの情報漏洩やそれを公表した報道機関の取り扱いについて見て行きたい。連邦最高裁判所は憲法修正第1条に則り、機密情報を暴露する新聞記事であっても、掲載の事前差し止めはできないとしているが、機密情報を公表した報道機関に対する事後的刑事訴追を明白に禁止していないため、言論の自由や国民の「知る権利」が十分に保障されているとは言えない状況にある。ここでは、有名な「ペンタゴン文書事件」を取り上げてこの点について見て行きたい。最後に、秘密主義的な「帝王的大統領制」がもたらす弊害にどのように取り組めばよいのかについて、憲法学者アレクサンダー・ビッケルの議論の中に手掛かりを探ることにしたい。

第1節 大統領中心の国家機密システムの成立と情報公開法の逆説

アメリカ合衆国憲法において、「秘密」という言葉が使われているのは、「(連邦議会の)各議院は、その議事録を作成し、各議院が秘密を要すると判断する部分を除いて、随時これを公表しなければならない」と規定する第1条第5節第3項だけであり、大統領が国民や議会に対して情報を隠匿することを認める条項はどこにも見当たらない⁸。それにも関わらず、第2次世界大戦が終わってから冷戦が始まる頃までに確立された現行の国家機密システムは、ほぼ大統領の執行命令だけを根拠にしているのであり、大統領の一存で自由に変更できるという特徴を持つ。政治学者のケネス・メイヤーの言うとおりに、「国家機密に関する議論に関してとりわけ驚くのは、機密情報を生み出し、それを保護する制度や手続きについて、大統領がほぼ完全にコントロールしていることである⁹」。

先述したように、こうした国家機密システムが構築された理論的な背景としては、大統領は憲法第2条に定められた執行府の長、ないしは全軍の最高司令官として、外交や防衛に関する「内在的」な権限を持っているのであり、国家機密の管理も大統領の権限だとする「帝王的大統領制」の見解がある。事実、現行の国家機密システムの原型となっているトルーマン大統領、アイゼンハワー大統領の執行命令において最も注目すべき点は、それらが議会制定法ではなく、大統領の憲法上の権限を根拠としていることである。すなわち、トルーマンの執行命令 10290号と、アイゼンハワーの執行命令 10501号において、機密システムの規則を定める大統領の権

⁸ また、憲法第2条第4節においては、「叛逆罪、収賄罪、または他の重罪および軽罪」について、「大統領、副大統領、およびすべての合衆国の文官を弾劾すること」が認められているが、国民や議会がこの権限を意味のある形で行使するためには、違法行為を含む執行府の行為の全てを知ることが前提となるであろう。このように考えて行くと、憲法において国民や議会に弾劾権が認められているという事実それ自体が、大統領が秘密を保持する権限を否定する根拠となりうる。この点に関し、Raoul Berger, *Executive Privilege: A Constitutional Myth*, Harvard University Press, 1974.

⁹ Kenneth R. Mayer, *With the Stroke of a Pen: Executive Orders and Presidential Power*, Princeton University Press, 2001, p.142.

限は、「憲法や法によって賦与される権限、ないしは、アメリカ合衆国の大統領としての権限」によるものとされているのだが、これらは明らかに、国家機密システムの構築が大統領の専権事項であって、国民や議会の仕事ではないということを示しているのである¹⁰。

このような考えに基づき、歴代の大統領は、(a)誰に情報を機密指定をする権限を与えるか、(b)「極秘(top secret)」、「秘密(secret)」、「取り扱い注意(confidential)」といった機密区分をどのように定義し、使い分けるか、(c)誰が機密指定された情報にアクセスする権限を持つか、(d)機密指定された情報の指定解除をいつ行なうか、(e)不必要な機密指定を防ぐためにどのような制度設計を行なうか、(f)機密情報を保護する必要と国民の「知る権利」をどのようにバランスさせるかなどについて、全て執行命令で規則を定めてきたのであり¹¹、議会はこうした大統領の命令がもたらす弊害について批判することもあったが、自らシステムの構築や運営に関わろうとはしてこなかったのである。

もちろん、議会も国家機密システムに関わる分野において、重要な法案を通過させてきたことは確かである。例えば、第1次世界大戦が開始されてから間もない1917年に制定されたスパイ法は、軍事施設に関する写真や図画の発行、通信諜報活動に用いられる暗号システムなどの防衛に関する情報を、「アメリカに危害を加える意図をもって」外国政府に提供することを禁じ、違反者に刑罰を科している。また、1945年に制定された国家安全保障法においては、CIA長官に対し、諜報活動の情報源やその手法を無許可の漏洩から保護する義務を課している。さらに、1954年に制定された原子力エネルギー法においては、(a)核兵器の設計、製造、利用、(b)特定核物質の製造、(c)エネルギーの産出過程における特定核物質の利用に関するデータが全て機密指定とされたのである。だが、これらはいずれも限定された分野における機密保護を求めるものであり、執行府が行なう機密指定の判断に口を出すどころか、むしろそれを尊重するものでさえあった。ここからも分かるとおり、議会による一連の立法措置は、国家機密システムの構築や運営において、執行府に取って代わろうとするものではなかったのである¹²。

この点を最も分かりやすく示しているのが、1994年に「国家機密システムや機密情報へのアクセス許可に関する立法、執行命令、規則、慣習ないし手続きに関する全ての事項について調査すること」を目的として議会に設立された委員会（通称、「モイニハン委員会」）の提案がたどった経緯であろう¹³。この委員会は、国家機密システムに関する議会の調査としてはおそらく最も高い権威を誇るものであったが、委員長のパトリック・モイニハン自身が新保守主義者として知られ、執行府内部からの情報漏洩や、それを記事にするマスコミの「無責任な」報道

¹⁰ 国家機密システムに関する大統領の執行命令について詳しく分析しているのは、“NOTE: Developments in Law- The National Security Interest and Civil Liberties,” 85 *Harvard Law Review* 1130 (1972). Security Classification of Information: Volume I—Introduction, History and Adverse Impacts, pp.49-55. <http://www.fas.org/sgp/library/quist/> (アクセス期日 2014年11月1日)。

¹¹ 現行の国家機密システムについて、Jennifer K. Elsea, “The Protection of Classified Information: The Legal Framework,” *Congressional Research Service* (2013).

¹² 同じ結論は、Pallitto and Weaver, *op.cit.*, Chapter 2.

¹³ Commission on Protecting and Reducing Government Secrecy, *Secrecy: Report of the Commission on Protecting and Reducing Government Secrecy*, Government Printing Office, 1997.

に対して批判的だという限界があった。そのため、委員会の提言は執行府の機密保全の必要を踏まえつつ、官僚による不必要な機密指定をなくして行くべきだとする、どちらかと言えば保守的な内容にとどまったのである。

それにも関わらず、モイニハン委員会の報告書は、過剰な機密指定の問題を解決するために、議会がイニシアチブを発揮して法を制定すべきだと提言するものであり、この点においては、国家機密システムを大統領の特権とする「帝王的大統領制」の見解に真っ向から対立するものであった。おそらくはこの点が障害となり、彼の委員会の提案やそれに類似した提案は、現在に至るまで実現していない。これは、国家機密における執行府の優位という問題が、いかに根深いものであるかを示していると言えるであろう。

では、なぜこうした「帝王的大統領制」の見解にしたがった国家機密システムが、戦後のアメリカで生み出されたのであろうか。その一般的な要因として考えられるのは、ニュー・ディール政策や2度の世界大戦によって「行政国家」化、「兵営国家」化が進展し、文民や軍の官僚組織それ自体が拡大して行ったことである。マックス・ウェーバーの言うとおりに、そもそも国家機密という概念それ自体、官僚組織の発明によるものであり、官僚は国民や議会に対して優位に立つために、自らが保有する専門知識や職務上得た情報を隠そうとする内在的傾向をもっている¹⁴。だとすれば、官僚組織の急速な拡大が見られたアメリカにおいて、その機能的合理主義の要請や権力的支配の衝動に従う形で国家機密システムが成立したとしても、何ら不思議とは言えないであろう。

だが、アメリカの場合は、こうした一般的な要因に加えて、第2次世界大戦後すぐに報じられたソ連による核スパイ疑惑や、ジョゼフ・マッカーシー上院議員が國務省高官の中に共産主義者のスパイがいるとする根拠のない告発を行なって、国民をパニックに陥れたという特殊な事情も考慮に入れなければならない¹⁵。先述したモイニハンは、ソ連による核スパイ疑惑は真実であったにも関わらず、政府がその真実を国家機密として国民から隠したため、余計に疑惑が強まったと指摘しているが¹⁶、いずれにしてもこの疑惑が国民の不安と恐怖を煽り、強固な国家機密システムを確立すべきだとする要求へと結びついて行ったことは否定できないであろう¹⁷。

このように、アメリカの国家機密システムは、国民の不安や恐怖といった感情を土台として確立されて行ったのであり、一部の報道関係者を除き、国民や議会の大半はそれを支持していたのである。「帝王的大統領制」の見解は、こうした国民の不安や恐怖の感情と一体化した大統

¹⁴ マックス・ウェーバー『官僚制』（阿閑吉男、脇圭平訳）、恒星厚生閣、1987年、60～61頁。マックス・ウェーバー『国家社会学（改訂版）』（石尾芳文訳）、法律文化社、1992年、92～95頁。

¹⁵ ソ連による核スパイ疑惑からマッカーシズムへの流れについては、石田正治『冷戦国家の形成：トルーマンと安全保障のパラドックス』、三一書房、1993年、40～110頁。アメリカの国家機密システムの成立に際して、核兵器が中心的な役割を果たしたと指摘しているのは、Gary Wills, *Bomb Power: The Modern Presidency and the National Security State*, Penguin Books, 2010.

¹⁶ Daniel Patric Moynihan, *Secrecy: The American Experience*, Princeton University Press, 1998.

¹⁷ Edward A. Shils, *The Torment of Secrecy: The Background and Consequences of American Security Policies*, The Free Press, 1961, pp.67-71.

領が、議会による憲法的なチェックを排しつつ¹⁸、執行命令だけで「行政国家」や「兵営国家」を運営するための格好の理論装置となったのであり、国家機密システムの成立もまさにその一環として位置づけられるのである。

ただし、国民や議会の大半が国家機密システムを積極的に支持していたからと言って、全てがそうであった訳ではない点に注意する必要がある。事実、アメリカ新聞編集者協会(American Society for Newspaper Editors)をはじめとする一部の報道関係者は、トルーマン政権やアイゼンハワー政権が確立した国家機密システムは、戦時中の情報統制を戦後にまで継続するものとして、ねばり強く批判を続けていたのである。そして、彼(女)らがこうした批判を行なうための理論的根拠としたのが、国民の「知る権利」という新しい概念であった。

国民の「知る権利」という概念の原型は、すでに「建国の父」たちの共和主義的な言論の自由の理念において見られるのだが、20世紀に入ると、この理念に徐々に翳りが見え始めるようになる。その契機となったのは、第1次世界大戦の最中、社会主義者や移民などによる反戦運動を、「劇場で火事だと叫んでパニックを引き起こすようなものだ」と断罪したオリバー・ウェンデルス・ホームズ判事の有名な判決である¹⁹。これを境として、「明白かつ現在の危険」を引き起こす行為は、言論の自由の保護を受けられず、言論の自由と国家の安全などの利益を「比較衡量」すべきだとする考え方が徐々に支配的となって行ったのである。

だが、第2次世界大戦後、教育家のアレクサンダー・マイクルジョンが指摘したように、「明白かつ現在の危険」原則の背後には、言論の自由を個人が保有する生命、身体、財産への権利と同じ種類の私的な権利として捉えるリバタリアン的な考え方が潜んでおり、それを公共的な自治や真理の探求、さらには政府の監視と結びつけて考える視点が欠落している²⁰。マイクルジョンはこうした安易な「比較衡量」を許す定式が残した負の遺産を批判するために、再び「建国の父」たちの共和主義的な言論の自由の理念に注目したのである²¹。

こうしたなか、アメリカ新聞編集者協会の委託によって研究をしていた法学者のハロルド・L・クロスが、「知る権利」を政府に対する請求権として具体的に定式化して、共和主義的な言論の自由の理念をさらに一步前に進めた。彼によれば、「政治は公共の関心事なのであり、人々には知る権利がある」。したがって、「政府当局の情けによって情報が手に入ったとしても十分とは言えない」。自治を行なう社会の国民は、その行ないを検証し、調査するための「法的な権

¹⁸ 議会から大統領への大幅な裁量権の委譲と、無党派的な傾向を強める国民が大統領に寄せる過大な期待が、アメリカの政治体制の「均一化」を進めていると指摘するのは、例えば、Theodore J. Lowi, *The Personal Presidential Power: Invested Promise Unfulfilled*, Cornell University Press, 1985. Theodore J. Lowi, "American Presidential Democracy: Toward the Homogenized Regime," 3 *Political Science Quarterly* 109 (1994).

¹⁹ *Schenck v. United States*, U.S.47 (1919).

²⁰ Alexander Meiklejohn, *Free Speech and Its Relationship to Self - Government*, The Lawbook Exchange Ltd., 2000.

²¹ なお、自由と国家の安全の「比較衡量」を許す考え方は、最近ではジョージ・W・ブッシュ政権が行なった「テロとの戦い」に際して、リベラルな法学者による批判の対象になっている。例えば、Stephen Holmes, "In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror," 97 *California Law Review* 301 (2009). Jeremy Waldron, *Torture and Terror and Trade-Offs: Philosophy for the White House*, Oxford University Press, 2010.

利を保有しなければならない」²²。「建国の父」たちの共和主義的な言論の自由の理念は、ここに「知る権利」という新しい形を与えられ、ようやく息を吹き返したのである。

こうした国民の「知る権利」をその信条とする新聞編集者協会は、戦争が終わって間もなく、政府当局者の記者に対する態度ががらりと変わり、情報の自由を広範囲にわたって攻撃するようになったと感じていた。こうした状況に対応すべく、協会は政府に対する批判を強めて行ったのだが、それは主に次の3つの点に関するものであった。

まず第1は、当然のことながら、トルーマン、アイゼンハワー政権が確立した国家機密システムそれ自体に対する批判である。とりわけ、第2次世界大戦が終わるまで、国家機密は軍官僚に限られていたのに対し、それが文民官僚まで拡大されている点、機密指定の判断において執行府に大幅な権限が委譲されている点、不必要な機密指定をレビューする仕組みがないことなどを問題とした²³。

第2は、政府が報道関係者を対象とした記者会見などの場で、国家機密のヴェールの影に隠れる形で、ニュース操作(news management)を行なっているのではないかとする批判である。ニュース操作とは、「政府当局者が組織的ないし個人的にニュースの提示の仕方に影響を与えようとする試み」のことであり、「国民が知る権利のある事実をもみ消したり、歪曲したり、わざと重点を置き方を変えること」によって行なわれる²⁴。政府はこうした操作を行なうことにより、自らの失敗や恥となる情報を国民や議会から隠しているのではないかと指摘したのである²⁵。

第3は、アイゼンハワー大統領が商務省内に設置した「戦略情報局(Office of Strategic Information)」に関する批判である。戦略情報局の活動は、国家機密には該当しないが、アメリカに敵対する国にとって有利となる技術的情報の流出防止をねらいとしていたが、これは国家機密システムを超えたところで行なわれる戦時の情報統制に類するものであり、言論の自由に与える影響は深刻だと指摘したのである²⁶。

さて、こうした報道関係者の懸念に応える形で、1953年に下院に設置されたジョン・E・モス議員を委員長とする情報小委員会(通称「モス委員会」)は、執行府主導による国家機密システムの構築や情報統制に対するチェック機能を果たすべく活動を開始した。モス委員会は、そのスタッフに記者経験者を迎え入れるなど、報道関係者と密接な協力関係を築きつつ、執行府による不必要で過剰な機密が発見された場合、それを個別に批判するという地道な活動を続けて行ったのだが、それと同時に、国民の「知る権利」をより実効的に保障するための包括的な立法を模索していたのである。

²² Harold L. Cross, *The People's Right to Know: Legal Access to Public Records and Proceedings*, Columbia University Press, 1953, xiii. クロスの後、「知る権利」を擁護した法学者の代表は、トーマス・エマーソンであろう。Thomas T. Emerson, "Legal Foundations of the Right to Know," *1 Washington University Law Quarterly* 1 (1976).

²³ Miles Beardsley Johnson, *The Government Secrecy Controversy: Eisenhower, Kennedy and Johnson*, Vintage Press, 1967, p.28.

²⁴ *Ibid.*, p.28.

²⁵ *Ibid.*, p.24.

当時、こうした活動の前に立ちはだかっていたのが、1947年に制定された行政手続法(Administrative Procedure Act)である。この法は、行政機関が行政処分や行政立法を行なうに際して、市民による不服申立てなどの手続き的規定を整備することを目的とするものであったが、第3条に政府の情報開示を定める規定があり、国民の「知る権利」の実現に資することが期待されていた。しかし、公開は「正当ないし直接に関係のある者」に限定され、「公益上秘密を要するもの」または「行政機関の内部管理に関するもの」を除外するとする但し書きが加えられ、行政機関はこれを根拠としてほとんど無制限に情報開示を拒絶できたことから、行政手続法は皮肉にも「国家機密の源」として批判されることになる。モス委員会はこうした欠陥を是正するため、10年以上にわたる努力を続け、ようやくジョンソン政権下の1966年、情報公開法(Freedom of Information Act)を成立させることに成功したのである²⁷。

こうして制定された情報公開法は、(a)国民全員に行政機関に対する情報開示請求を行なう権利を与えた点、(b)機密文書であることの立証責任を行政機関にあるとした点、(c)行政機関が情報の非開示決定を行なった場合、国民が政府を相手取って裁判で争うことまで認めた点において、画期的な内容を含むものであったが、同時に数多くの課題を残すものでもあった。とりわけ本論の文脈において重要になってくるのは、外交、防衛などに関わる情報については、大統領の執行命令にしたがって適切に機密指定されている限りにおいて、情報開示請求の対象から除外すると定める規定が置かれたことである²⁸。これにより、議会は執行府主導の国家機密システムに切り込むどころか、逆にそれを議会制定法によって正当化するという役割を果たすことになってしまったのである。

この点についてももう少し詳しく説明すると、情報公開法が制定されるまでは、大統領の執行命令には制定法上の根拠がなかったため、議会がその気になりさえすれば、いつでも立法措置によってそれに対抗することができた。それにも関わらず、議会は自らが通過させた情報公開法のなかにこの例外規定を置くことを通じて、執行命令を事実上認めることとなり、大統領の「内在的権限」に挑戦するどころか、逆にそれを法的に支持するという自殺行為に出てしまったのである。政治学者のフランシス・ロークの指摘するとおり、こうして「情報の自由に関する法律が、秘密の慣行を許可するために運用される」ようになったのは、情報公開の歴史における「最大の皮肉」であった²⁹。

では、なぜジョン・モス委員長は、大統領の執行命令に挑戦することなく、国家機密の大半を占める外交や防衛関連の情報を情報公開法の適用対象から外したのであろうか。ここで再び重要になってくるのが、核兵器などの軍事技術流出への恐怖と、反共産主義で一致団結してい

²⁶ *Ibid.*, p. pp.28-30.

²⁷ 情報公開法制定の経緯については、Herbert N. Foerstel, *Freedom of Information and the Right to Know: The Origins and Applications of the Freedom of Information Act*, Greenwood Press, 1999.

²⁸ 情報公開法の適用除外の対象となる項目は、(a) 国家安全保障情報、(b) 部内人事事項、(c) 法定秘密事項、(d) 営業上の秘密、(e) 行政機関相互、行政機関内部の覚書、(f) 個人のプライバシーに関する事項、(g) 犯罪捜査に関する事項、(h) 金融機関規制報告、(i) 油井関係である。

²⁹ Itzhak Galnoor ed., *Government Secrecy in Democracies*, HarperCollins, 1977. [イハック・ガルヌール編『国家秘密と知る権利』(日本政治総合研究所訳)、東洋経済新報社、1979年、150頁]

た国民や議会の大半が、国家機密システムを支持していたという事実である。モス委員会がこうした大きな流れに抗して情報公開を推進して行くためには、念入りに広報活動を行なって、国民や議会から政治的支持を調達しなければならなかったのだが、そうした制約のなかで、外交や防衛の分野に切り込んで「非米的」と批判される危険を冒すことはできない相談であった。また、この問題を取り扱うには機密指定された情報にアクセスせざるを得ないが、そうすると必然的に守秘義務を課せられることから、自らが行なっている情報公開の努力を公にして、国民や議会の注目を集めることができなくなるであろう。モス委員会はまさしくこのような懸念から、公に入手可能な情報だけを資料として活動を行なったのだが、その結果として、外交や防衛の分野に関わる国家機密システムは、ほぼ手付かずのまま残されてしまったのである³⁰。

このように、アメリカの国家機密システムは、国民による不安や恐怖の感情に支えられた大統領の執行命令と、それを正当化する「帝王的大統領制」の見解に加え、議会による自殺行為的な権限の放棄によって成立したのであるが、国民の制限されることのない討議によって、執行府を絶えざる監視の下に置き、その権限濫用を防止しようとする「建国の父たち」の理念に照らして最も大きな問題となるのは、とりわけ外交や防衛の分野において、国民や議会にどの程度情報が提供されるのかが完全に大統領の裁量に委ねられてしまうという点である。事実、大統領はどの程度まで情報公開法に従うかすら執行命令で定めることができるのであり、国民の「知る権利」は、まるで大統領の恩寵によらなければ実現されないかのようなものである³¹。

第2節 大統領による情報操作・隠匿に関する3つの事例

「はじめに」でも述べたように、こうして成立した国家機密システムがもたらす最大の弊害は、大統領やその側近が機密のヴェールをうまく利用すれば、国民の世論や議会での討議を操作し、自らが推進する戦争へと国民を動員して行くことがきわめて容易になるということである。とりわけ、外交や防衛の分野においては、大統領の一存で機密のヴェールを上げたり下げ

³⁰ この点について、Sam Archibald, “The Early Years of the Freedom of Information Act-1995 to 1974,” *PS: Political Science and Politics* 726 (1993), pp. 726-731.

³¹ 具体的な例を挙げると、クリントン大統領が出した執行命令 12985 号では、機密指定をする必要があるかどうか迷った場合には、機密指定をしないことを原則とする「情報開示の推定(presumption of disclosure)」が採用されたが、アメリカ史上最も秘密主義的とされるジョージ・W・ブッシュ政権になると、迷った場合は機密指定をすべきだとする原則に 180 度転換された。その結果、機密指定された記録の数は、1999 年度の 220,926 件から 2004 年度の 351,150 件まで増加したが、これはレーガン政権以降、最高の水準であった。その後、ブッシュ政権への批判を受け、オバマ政権は就任して間もなく署名したメモランダムで、「これまでにないレベルの公開性をもって政権を運営する」と宣言、再び「情報開示の推定」を復活させ、機密指定された記録の数は 2013 年度には 58,794 件という記録的な低水準に達した。こうしたオバマ政権の方針自体は歓迎できるものであるとしても、「情報開示の推定」は国民や議会が執行府をチェックして、それを「法の下」に置くという憲法原則に関わるものであり、大統領の一存でその原則が採用されたり採用されなかったりすること自体、立憲主義の観点から大きな問題を孕んでいると言わなければならないはずである。機密指定された記録の数の推移について参考になるのは、Information Security Oversight Office, Report to the President (2013)。

たりすることができるため、自らに都合のよい機密情報を公開する一方、都合の悪い情報は隠しておくことで、国民や議会に誤った印象を与えることができるのである³²。しかも、CIAや国家安全保障局(National Security Agency)をはじめとする諜報機関が行なう諜報活動や秘密工作に関しては、その性質上、ほとんど公開が許されず、最も厳重な国家機密システムによって保護されていることから、それら全てにアクセスできる大統領にとって、国民や議会を出し抜くことはきわめて容易なのである³³。

さらに言えば、仮に執行府内部からの情報漏洩などによって、隠してきた機密情報の一部が公に知られた場合でも、大統領はウソをつき通すことで、真実の全容が明らかになることを回避できるであろう。事実、こうした大統領のウソはほとんどルーティン化されており、ネーション紙の批評家であるエリック・アルターマンによれば、「今日のアメリカにおいて、説得力のあるウソをつく能力は、公職に就くための重要な資格要件³⁴」にすらなっているのである。

大統領がこうした形で情報操作を行なう場合、情報アクセスの点で圧倒的に不利な立場に置かれた国民や議会は、大統領が進んで提供する情報を信じるほかないのであり、ときおり内部から行なわれる情報漏洩を除き、彼を外部からチェックする手掛かりはほとんど与えられない。仮に情報漏洩によって、大統領に都合の悪い情報の断片が明らかになったとしても、それを全体の構図の中に位置づけることができない限り、大統領と対等の立場から彼の政策に疑問を提起することは難しいであろう。

最近、こうした大統領による情報操作に加えて大きな問題として浮かび上がってきているのは、大統領が完全な沈黙を守ることによって、公開すれば国民や議会から猛反対に会うであろう政策や、明らかに憲法や議会制定法に違反する政策を隠し通すというケースである。もちろん、情報操作の場合にも自らに都合の悪い情報については沈黙を守る訳であるから、両者は表裏一体の関係にあると言える。また、完全な沈黙を守る場合でも、情報漏洩などの形で一部が公開されてしまうと、大統領がウソをつく必要に迫られることも、情報操作の場合と同じである。だが、情報操作の場合は、たとえ歪んだ形でも国民や議会に情報が提供されるのに対し、完全な沈黙を守る場合は一切の情報が提供されない訳であるから、問題はより深刻にならざるを得ないのである。

政治学者のデニス・トンプソンは、この問題を言い表すために、「深い秘密」という概念を用いた。彼によれば、国民や議会はその内容を知らないが、大統領がそれを秘密にしていること自体は知っている秘密が「浅い秘密」であり、内容を知らないのはもちろんのこと、大統領がそれを秘密にしていることすら知らない秘密、つまり、「知らないことを知らない」秘密が「深

³² この点に関して、Mark A. Chinen, "Secrecy and Democratic Decisions," 27 *Quinnipian Law Review* 1 (2009).

³³ John J. Mearsheimer, *Why Leaders Lie: The Truth About Lying in International Politics*, Oxford University Press, 2013. [ジョン・J・ミアシャイマー『なぜリーダーはウソをつくのか：国際政治で使われる5つの「戦略的なウソ」』(奥山真司訳)、五月書房、2012年、102頁]

³⁴ Eric Alterman, *When Presidents Lie: A History of Official Deception and Its Consequences*, Penguin Books, 2004, p.1.

い秘密」である³⁵。大統領がこのように定義される「深い秘密」のヴェールによって自らの政策を覆い隠す場合、それに関する機密情報は大統領とその側近の間でしか共有されないため、国民や議会は情報漏洩による以外、一切それを知ることができないのである。

以下では、大統領によるこうした情報操作・隠匿が具体的にどのように行なわれるのかを例示するため、(1) ジョンソン政権が議会から「トンキン湾決議」を取りつけて、北ベトナムへの空爆を本格化する契機となったトンキン湾事件、(2) レーガン政権下において、大統領とその側近が議会制定法に違反する形でニカラグアの反政府勢力コントラを支援し続けたイラン・コントラ事件、(3) ジョージ・W・ブッシュ政権が、国民や議会に誤った印象を与えて行なったイラクへの軍事侵攻について見て行くことにしたい。

(1) トンキン湾事件について。ケネディ大統領暗殺を契機としてリンドン・ジョンソン政権が誕生したとき、アメリカ政府が支援してきた南ベトナムでは、ゴ・ジン・ジェム首相が暗殺されるなど、状況はすでに混迷の様相を呈していた。こうしたなか、誕生して間もないジョンソン政権には、ベトナムから撤退するという選択肢もあったのだが、当時のワシントンでは、共産主義のソ連や中国と一体化したホー・チ・ミン率いる北ベトナムが、南ベトナムに浸透して内乱を助長しているとする陰謀説に加え、南ベトナムが共産主義化すると、インドシナ半島全体が共産主義化するのではないかと懸念する「ドミノ理論」が支配的であったことから、撤退という選択肢を真剣に受け取ることができなかつたのである。

だが、当時のCIAの報告書によれば、こうした理論はほとんど根拠のないものであり、共産主義が南ベトナムで勢力を保っていたのは、南ベトナムの人々自身が共産主義の掲げる社会革命という目標やベトナムの独立を支持していたからであり、外部からの「浸透」はほとんど認められなかった。また、「ドミノ理論」についても、「おそらくカンボジアは例外であろうが、ラオスと南ベトナムが奪われたとしても、同地域のその他の諸国はいずれも、直ちに共産主義に屈服することはない³⁶」として、その信憑性に疑問を呈していたのである。それにも関わらず、政治指導者たちの多くはこうしたドグマに囚われており、ジョンソン政権もその呪縛から逃れることができなかったのである。

だが、ジョンソン政権は表向きにはベトナム戦争の「アメリカ化」には反対であったため、本格的に戦争を始めるためには、国民や議회를説得できる材料が必要であった。こうしたなかで発生したとされるのが、トンキン湾事件である。これは、1964年8月4日、トンキン湾の公海上において通常のパトロール任務を行っていたアメリカの駆逐艦マドックス号が、北ベトナム軍の魚雷艇に攻撃を受けたとされる事件である。ジョンソン政権はこの事件を議会と国民に報告し、議会から白紙委任に近い形で戦争権限を手に入れたのだが、その際、この事件が10年以上にわたり実施してきた秘密工作「34A作戦」と密接に関連した事件であること、さ

³⁵ Dennis Thompson, "Democratic Secrecy," 114 *Political Science Quarterly* 181 (1999). Amy Gutman and Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement*, Harvard University Press, 1996, pp.121-126.

³⁶ Neil Sheehan, etc., *Pentagon Papers: As Published by the New York Times*, Routledge & Kegan Paul, 1971. [ニール・シーハン「ドミノは妥当か」、ニューヨーク・タイムズ『ベトナム秘密報告(下)』(杉辺利英

らに、この事件が実際に発生したかどうかについて疑問があることを国民や議会に伏せたままにしておいたため、北ベトナムが一方的にアメリカ軍を攻撃してきたかのような、誤った印象が生み出されたのである。

アメリカ政府は事件発生の4日前、「34A作戦³⁷」の一環として、ウェストモーランド大將率いる南ベトナム軍にトンキン湾内の2つの島に対して奇襲攻撃を行なわせ、その2日後の8月2日、マドックス号が「デザート作戦」と呼ばれるパトロール任務でトンキン湾を航行中に、北ベトナムの魚雷艇から攻撃を受けた。マドックス号は「34A作戦」には直接関与していなかったのだが、北ベトナム側はこれを南ベトナム軍の艦船であると誤認して発砲したのである。ジョンソン大統領は、この事件が発生した段階では報復攻撃の決定を下さなかったのだが、駆逐艦C・ターナー・ジョイ号をマドックス号に合流させ、トンキン湾へと引き返すように命じるとともに、これとほぼ同じタイミングで再び「34A作戦」の奇襲攻撃を指示した。そして、その翌日の8月4日、トンキン湾内でパトロール任務を行っていたマドックス号とターナー・ジョイ号が、再び北ベトナム軍の魚雷艇から攻撃を受けたとされるのが、トンキン湾事件である。

このように、トンキン湾事件は「34A作戦」との関連でしか理解できないにも関わらず、マクナマラ国防長官は議会における証言で、北ベトナム軍による攻撃は作戦とは全く無関係であり、島に対する攻撃は知らなかったと証言した。だが、当時国務省次官のアシスタントをしていたダニエル・エルスバーグが後に明らかにしたとおり、「ワシントンではこの作戦のすべてにわたる詳細が周知徹底されており、軍と文民の最高レベルで認可されていた」のであり³⁸、マクナマラ長官もここで問題になっている奇襲攻撃について報告を受けていた形跡がある。これが本当だとすれば、政権側は意図的に議会にウソをついたことになるであろう。

また、ジョンソン政権は国民や議会に報告する際、この事件が実際に発生したかどうかについて、政府内で混乱が生じていることについても全く触れなかった。当時、太平洋軍司令部は国家安全保障局が北ベトナムに対して行なった無線通信の傍受記録を入手しており、それが「魚雷艇が駆逐艦と交戦中であり、魚雷艇2隻は撃沈された」と伝える内容であったため、これを決定的な証拠としたのだが、後の研究が示すところによれば、実はこの無線通信はマドックス号が8月2日、1回目に攻撃を受けたときの通信であって、8月4日の事件に関するものではなかった³⁹。ジョンソン政権はこの決定的な誤りに気がつかないまま、この事件が発生した「議論の余地のない完全な証拠がある」などと主張したのだが、傍受記録は国家機密に指定されていたため、国民や議会はそれを検証することすらできなかったのである。私たちはここに、国家機密のヴェールに覆われた「帝王的大統領制」が、自己に都合のよい機密の一部だけを開示することにより、議会での討議を操作して行く典型的な事例を見るのである。

訳)、サイマル出版会、1971年、290～292頁]以下、『秘密報告(下)』

³⁷ 「34A作戦」については、『秘密報告(下)』、272～278頁。

³⁸ Alterman, *op.cit.*, pp.205-206.

³⁹ *Ibid.*, pp.199-200.

(2) イラン・コントラ事件について。レーガン政権はその成立当初から、中米における共産主義勢力の拡大を阻止することを名目として、エルサルバドルの軍事政権を支持してきたが、同国の共産主義ゲリラに武器を流しているとして槍玉に上がったのが、ニカラグアのサンディニスタ政権であった。サンディニスタ政権は、ニカラグアを長期にわたって支配してきた軍事独裁のソモザ政権を 1979 年に打倒した民族解放戦線であったが、ソモザ政権の残党であるコントラとの内戦に苦しめられていた。そこでレーガン大統領は、ニカラグアからエルサルバドルへの武器の流れを断ち切るという名目で、コントラを支援する秘密工作を行なうことを決定し、議会から支持を取り付けた。実は、この時点で武器の流れはほぼ止まっていたのだが、執行府側がそれを国家機密としたため、議会はその内容を検証することすらできないまま、予算を与えてしまったのである⁴⁰。

だが、議会はその後の報道などを通じて、CIAが武器の流れを断ち切るだけでなく、サンディニスタ政権の転覆を目的として、コントラに大規模な支援を与えていることを知った。驚いた議会は、1983年12月、ポーランド修正法を通過させ、CIAと国防省に対し「ニカラグア政府を転覆させることを目的とする」公金の利用を一切禁じたのである⁴¹。それにも関わらず、CIA長官ウィリアム・ケーシーはコントラ支援を継続し、議会にほとんど何も知らせることなく、ニカラグアの港湾に機雷を設置させるなどの行動に出た。激怒した議会は、1984年10月、2度目のポーランド修正法を通過させ、前回よりもさらに強い文言で、CIAや国防省のみならず、その他一切の政府機関によるコントラ支援を禁止したのである⁴²。

だが、レーガン大統領は引き続きコントラを「全身全霊」で支持することを指示し、その結果、議会が目光らせているCIAの代わりに国家安全保障会議（NSC）が抜け穴として利用されることになった。その中心的役割を果たしたNSC軍政部門のオリバー・ノース中佐は、ポーランド修正法はNSCには適用されないとする恣意的な法解釈に基づき⁴³、コントラ支援のための資金を、サウジアラビアなどの第3国や退役軍人などの民間人から募るという奇策に出たのである。

こうしたなかで浮上してきたのが、イランとの武器取り引きであった。イラン政府は以前よりアメリカ大使館や諜報機関の職員を人質に取るなどしていたが、イランに武器を売却すれば人質の解放につながるであろうとある人物に説得され、1985年、人質の身代金として武器を売却する秘密工作が始まったのである。この秘密工作を担当したオリバー・ノース中佐は、イラ

⁴⁰ *Ibid.*, p. 264.

⁴¹ Bob Woodward, *Veil: The Secret Wars of the CIA: 1981-1987*, Simon & Shuster, 2005. [ボブ・ウッドワード『ヴェール：CIAの極秘戦略 1981 - 1987 (下)』(池央耿訳)、文藝春秋社、1988年、350～357頁] 以下、『ヴェール (下)』

⁴² 『ヴェール (下)』、102～112頁。

⁴³ 後にイラン・コントラ事件を調査した議会の報告書によれば、ポーランド修正法の適用範囲には、明らかに国家安全保障会議まで含まれており、それを否定するノース中佐の解釈は全く根拠のないものであった。U.S. House of Representatives Select Committee to Investigate Covert Arms Transactions with Iran and U.S. Senate Select Committee on Secret Military Assistance to Iran and Nicaraguan Opposition, *Report of the Congressional Committees Investigating the Iran-Contra Affair*, 1987, Chapter 26.

ンへの武器売却の際に価格を操作して余剰金を生み出し、それを資金繰りに苦しむコントラ支援に「流用」という計略を巡らせ、国家安全保障担当大統領補佐官ジョン・ポインデクスターの協力を得ながら、それを実行に移したのである⁴⁴。

後の議会の調査では、この不正な「流用」に大統領の許可があったかどうかが焦点となったが、多くの関係資料が破棄されるか、機密指定となっているため、現在でもはっきりとは分かっていない。いずれにしても、レーガン政権はこれを最高の国家機密として沈黙を守り通そうとしたのだが、1986年12月、レバノンの無名の地方新聞がアメリカ政府とイランの武器取引引きを暴露すると、政権は「イランとの取引引きは一切行なわない」「イランに輸送しているのは石油掘削装置である」などとウソをつき通すことで、それをもみ消そうとしたのである⁴⁵。

大統領の側近がこのような形で資金を集めることに成功すれば、ボーランド修正法違反となるのみならず、執行府が独自の財源を得て、完全に議会のコントロールから独立した諜報活動や秘密工作を行なうことが可能となることから、立憲主義に対する深刻な脅威になることは明らかであった⁴⁶。だが、レーガン政権は沈黙と議会に対するウソによって、明らかに議会の意思に反する政策を、誰にも知られることなく実行した。私たちはここに、トンプソンの言う「深い秘密」の典型例を見るのである。

レーガン政権による情報操作という観点からさらに触れておくべきは、コントラに好意的な世論を作り出すために、アメリカ国内で行なわれた組織的なプロパガンダ活動である。レーガン大統領やCIA長官ケーシーは、以前からこうした活動の必要性を認めていたが、CIAは国家安全保障法によって国内での活動を禁じられているため、国務省内に新たな部局を設置して、こうした活動に当たらせたのである⁴⁷。具体的には、サンディニスタ政権の残虐性を誇張し、コントラがニカラグアの「建国の父」であるという印象を人為的に作り上げるとともに、レーガン政権を批判する報道については、責任者に直接接して修正を求める、コントラ支援に反対する議員や記者を誹謗中傷するキャンペーンを展開するなどの試みが行なわれた。

残念ながらこうした努力は、イラン・コントラ事件が発覚することによって全て水の泡となったが、「帝王的大統領」が議会からの支持を得られない場合、単にウソによって議会によるチェックを骨抜きにするのみならず、世論を直接操作することによって国民を動員し、議会のチェック機能を封じ込めて行くことを示すものとして注目に値すると言えるであろう。

(3) ジョージ・W・ブッシュ政権によるイラクへの軍事侵攻について。9・11の同時多発テロ事件の発生を受け、ジョージ・W・ブッシュ政権は、テロの首謀者とされたオサマ・ビンラディン率いるアルカイダを隠匿しているとされたタリバン政権のアフガニスタンとの戦争を開始したが、それとほぼ同じタイミングで検討し始めたのが、サダム・フセイン政権下にあ

⁴⁴ 『ヴェール（下）』、348～349頁。

⁴⁵ Alterman, *op.cit.*, pp.277-288.

⁴⁶ Harold H.Koh, *The National Security Constitution: Sharing Power After the Iran-Contra Affair*, The Yale University Press, 1990, Chapter 4.

⁴⁷ レーガン政権下でのプロパガンダ活動に関して Alterman, *op.cit.*, pp.269-270. Robert Parry and Peter Kornbluh, "Iran-Contra's Untold Story," 68 *Foreign Policy* 3 (1988). Wayne S. Smith, "Lies about Nicaragua,"

るイラクへの軍事侵攻であった。だが、当時の諜報機関の報告では、サダム・フセインのイラクがオサマ・ビンラディンと協力として9・11に関与したという証拠は全くなく、すべては憶測にすぎなかった。では、なぜイラクが槍玉にあげられたのだろうか。

この点を理解するためにまず押さえておくべきは、すでに9・11が発生した時点で、アメリカの世界的な覇権を確立するために、潜在的な脅威となるサダム・フセイン政権を叩いておくべきだとする見解が政権内にあったということである。すなわち、新保守主義者として知られ、ブッシュ（子）政権において国防次官をつとめたポール・ウォルフowitzは、ブッシュ（父）が湾岸戦争を行なった際、イラク軍をクウェート領内から追い出すのみで、バグダッドにまで進攻してサダム・フセイン政権を打倒しなかったのは間違いだったとする持論を展開して、イラクの「体制転換」を求めていたのである⁴⁸。ブッシュ政権はその成立当初、アメリカの国益を重視する現実主義を掲げていたことから、他国への軍事介入を伴う「体制転換」には前向きではなかったが、9・11を契機として、「独裁者サダム・フセインはイラクから出て行くべきだ」とする論調に変わってきたのである。

だが、ブッシュ政権にとって、「体制転換」まで伴う軍事介入について政治的な支持を得るためには、サダム・フセイン政権がクルド人に対して毒ガスを使った過去があり、国民に対して重大な人権侵害を行なう「悪の枢軸」であると言うだけでは不十分であり、それを世界規模で行なわれる「テロとの戦争」の一環として位置づける必要があった。そこで彼は2002年8月、ホワイトハウス内にイラク・グループを立ち上げ、サダム・フセイン政権のイラクとアルカイダの間に密接な関係があること、サダム・フセインが核兵器や生物・化学兵器などの大量破壊兵器を保有、開発しており、それらをアメリカやその同盟国に対して使用するつもりであることを「教育」するための広報戦略に打って出たのである⁴⁹。

具体的には、ブッシュ政権は「イラク政府には長期間にわたるテロ組織との結びつきがあり、イラク国内にはアルカイダのテロリストがいる」、「アルカイダの幹部が最近バグダッドを訪れた形跡がある」、「イラクは爆弾や毒ガスの製造方法についてアルカイダのメンバーを訓練した」、「アルカイダの幹部とイラクの諜報機関が2001年4月にプラハで接触した」などと主張したのだが、これらの発言はいずれも確固とした証拠に基づくものではなく、発言した本人が後に修正したり、諜報機関の関係者が自ら疑問を提起するなど、きわめていい加減なものであった⁵⁰。

ブッシュ政権はさらに、「イラクは神経ガス、毒ガス、その他の化学兵器を備蓄している可能性がある」、「化学兵器を製造する施設を拡大、改善しつつある」、「核兵器用濃縮ウランを製造

67 *Foreign Policy* 87 (1987).

⁴⁸ この点に関し、Ivo H. Daalder and James M. Lindsay, *America Unbound: The Bush Revolution in Foreign Policy*, Wiley, 2003, p.40, 41, 43. Stefan Halper and Jonathan Clarke, *America Alone: The Neo-Conservatives and the Global Order*, Cambridge University Press, 2004, pp.149-150.

⁴⁹ ホワイトハウス内に設置されたイラク・グループとその活動について、Daalder and Lindsay *op.cit.*, pp.146-150.

⁵⁰ Alterman, *op.cit.*, pp.301-302. Louis Fisher, "Deciding on War Against Iraq: Institutional Failures," 118 *Political Science Quarterly* 389 (2003), pp. 399-400.

するための高剛性のアルミニウム管を入手しようとしている」、「（イギリスの諜報機関の報告によると）イラクがニジェールから大量のウランを購入しようとした形跡がある」、「生物・化学兵器を製造するための装置を備えたトレーラーを2台所有している」などと主張して、イラクに大量破壊兵器が存在し、サダム・フセインがそれをアメリカとその同盟国に対して使用するつもりであることを繰り返し強調した⁵¹。だが、戦争が一応の終結を見た後、アメリカ政府が自ら送りこんだ調査団のディヴィッド・ケイやチャールズ・デルファーが明らかにしたように、これらは全て誤りであり、イラクの大量破壊兵器は、国連査察団の活躍により、湾岸戦争後に全て破棄されていたのである⁵²。

では、なぜブッシュ政権は、イラクに大量破壊兵器があると繰り返し、それを国民や議会に信じ込ませようとしたのだろうか。先述したように、ブッシュ政権は国民や議会に説明を始める前の段階で、すでにイラクに軍事侵攻する決意を固めていた。したがって、イラクに大量破壊兵器が存在するという主張は、ポール・ウォルフowitz国防次官が後で述べたように、イラクに軍事侵攻するための「官僚的な言い訳」にすぎなかったのである。ブッシュ政権はこのような言い訳を作り上げるために、諜報機関の報告書に付されていた重要な留保を取り払ったり、諜報機関に大量破壊兵器が存在するという報告だけを上げてくるように無言の圧力をかけるといった形で⁵³、国民や議会に誤った印象を与えたと考えられるのである。

事実、ある政治学者の調査によれば、2003年の6月から9月までの間、アメリカ国民の48%がアルカイダとイラクの間に協力関係があると回答し、22%がイラクに大量破壊兵器が存在する証拠が見つかったと回答している⁵⁴。これは、ブッシュ政権の広報戦略がきわめて効果的であり、国民や議会を完全に「帝王的大統領制」の支配下に組み込んでしまったことを示唆しているのである。

さて、ここまで大統領による情報の操作・隠匿が具体的にどのように行なわれるかを例示するため、3つの事例を見てきた訳であるが、私たちはここに次のような共通のパターンを見出すことができるであろう。すなわち、まず大統領やその側近が、「ドミノ理論」のようなイデオロギーに突き動かされ、戦争を行なうことが必要だという主観的な確信に達する。その際、諜報機関などによる現場からの報告は、自らのイデオロギーに合致する限りは受け入れるが、そうではない場合はそれが事実であることを認めようとはしない。あるいは、諜報機関に圧力をかけて、自らのイデオロギーに都合のよい事実だけを見つけて報告させようとする。

さらに、大統領やその側近は、自らの確信について国民や議会と公開の場で議論し、それを異なった視点から検証しようとはせず、むしろ国家機密のヴェールを利用した情報の操作・隠匿によって、国民や議会を騙して政治的支持を調達するか、もしくは完全な沈黙を守り通して誰にも気づかれないようにする。ユルゲン・ハーバーマスの用語を使うなら、国民や議会に

⁵¹ Alterman, *op.cit.*, pp.296-300. Fisher, *op.cit.*, pp. 400-403.

⁵² Daalder and Lindsay, *op.cit.*, Chapter 10.

⁵³ Paul R. Pillar, "Intelligence, Policy, and the War in Iraq," 85 *Foreign Policy* 15 (2006), pp.15-27.

⁵⁴ Steven Kull, Clay Ramsay, Evan Lewis, "Misperceptions, the Media and the Iraq War," 118 *Political Science Quarterly* 569 (2004), pp.569-598.

対し、相手を操作することを目的とする「成果志向的言語使用」により、公共空間を「植民地化」すると言ってもよい⁵⁵。その結果、大統領やその側近は自らが囚われているイデオロギーを現実と照らし合わせて客観的に検証する機会を自ら手放すことになり、いわゆる「集団的思考」の罠に落ちて行くのである。

「集団的思考」については 1970 年代に盛んに議論が行なわれたが、こうした研究によって、似たような価値観を持つ者だけで構成される閉鎖的な集団内における意思決定は、異なる視点からのチェックを受けないため、イデオロギー的に極端に走るだけでなく、現実との接点を失って正常な判断力まで失ってしまうケースが多いことが示されている。機密のヴェールに覆われた「帝王的大統領」は、まさしくこのような形で現実感覚を失ってしまうがゆえに、どのような現実を突き付けられても、自ら反省して過ちを正すことができないのである⁵⁶。

では、大統領やその側近はなぜ平気でウソをつき、繰り返すこの罠に陥るのであろうか。おそらくその最大の理由は、「何が本当に国民の利益になるのかを判断できるのは、専門的な知見を備え、機密情報にアクセスできる自分たちだけであり、何も分かっていない国民や議会にそれを知らせる必要はない」とするプラトニックな確信⁵⁷が支配的だということにある⁵⁸。事実、幅広い尊敬を集めていた批評家のウォルター・リップマンも、外交政策について考える余裕すらない一般市民が生み出す世論は幻にすぎないのだから、執行府はもっと専門家の知見を生かして政策を立案すべきだと論じたことで知られるが⁵⁹、このような見解において、素人の烙印を押された国民や議会が果たす役割は皆無に等しいのである。

国民の間で行なわれる制限されることのない討議によって、執行府を常に監視の下に置き、その権限濫用を防止して行こうとする「建国の父」たちにとって、こうしたプラトニックな確信に支えられたエリートたちによる統治ほど、理想からかけ離れているものはないであろう。というのも、この統治システムにおいて、事実上の主権者は全てを知る少数のエリートたちであって、多数の一般国民ではないからであり、かつてマディソンが指摘したとおり、何も知ることを許されない国民を主権者とする共和制は、「悲劇もしくは茶番への序曲」に他ならないからである。

⁵⁵ ユルゲン・ハーバーマス『コミュニケーション的行動の理論（中）』（藤沢他訳）、未来社、1986年、22～34頁。

⁵⁶ 集団的思考については、Irving L. Janis, *Victims of Groupthink*, Houghton Maffin Company, 1972. 特にベトナム戦争の「ドミノ理論」において見られた集団的思考について、Hannah Arendt, *Crisis of the Republic*, Harcourt Brace & Company, 1972, Chapter 1. [ハンナ・アーレント『暴力について—共和国の危機』（山田正行訳）、みすず書房、2000年]

⁵⁷ プラトンは有名な洞窟の比喩で、哲学者だけがアイデア（真理）の光を見ることができ、一般の人々はその影を見ることしかできないとしたが、このような考えに基づき、哲人王としてのエリートの支配を説くのが、政治哲学者レオ・シュトラウスの影響を受けた新保守主義者たちである。新保守主義のアメリカ外交政策に対する影響について、Anne Norton, *Leo Strauss and the Politics of American Empire*, The Yale University Press, 2004. Stefan Halper and Jonathan Clarke, *op.cit.*

⁵⁸ ミアシャイマーもこの点を指摘している（ミアシャイマー、前掲書、105頁）。ただし、ミアシャイマー自身は政治指導者が国民にウソをつくことを完全に否定する訳ではなく、ウソの必要を認めたとうえで、その弊害を指摘しているにすぎない。

⁵⁹ Walter Lippman, *The Phantom Public*, Transaction Publishers, 2005. [ウォルター・リップマン『幻の公衆』（川崎吉紀訳）、柏書房、2007年]

第3節 諜報活動・秘密工作に対する議会の調査・監視活動とその限界

大統領の命令で行なわれる諜報活動や秘密工作は、最も厳重な国家機密システムに守られた領域であり、前節において示したように、大統領はこれを利用して情報の操作・隠匿を行なえば、国民や議会を容易に戦争に動員することができる。では、国民や議会はこうした問題に対処するために何をしてきたのだろうか。仮に国民や議会による立憲的チェックの試みが十分でなかったとすれば、その根本原因はどこに求められるのであろうか。私たちはこの問題を考えるに際しても、まず「帝王的大統領制」の考え方から出発しなければならない。先述したように、これは大統領が憲法によって定められた執行府の長ないしは全軍の最高司令官として、議会の事前の承認がなくても外交政策や戦争を行なう「内在的」権限を持つとするものであるが、この考え方からすれば、諜報活動や秘密工作もまさしくこうした権限に属する事項であるから、議会が口を出すべきではないという結論になるであろう⁶⁰。

こうした「帝王的大統領制」の特徴が最もよく現れているのは、大統領が執行命令一本で諜報活動や秘密工作を行なえるだけでなく、諜報活動や秘密工作を行なう部署や機関まで作り出すことができるという点である⁶¹。通常、政府が何らかの機関を新たに設置する場合には、議会が設置法という形でそれを了承しなければならないが、諜報機関の場合は、それがきわめて曖昧であるか、あるいは全く存在しないため、ほぼすべての諜報機関が大統領の執行命令だけを根拠として活動することになる。具体的な例を挙げると、CIAの設置法に該当するのは、1947年に制定された国家安全保障法であるが、これはCIAに敵対国の情報を収集するための諜報活動の権限を与えるものであって、準軍事的手段まで含む秘密工作まで認めるものではない⁶²。それにも関わらず、アイゼンハワー政権は執行命令だけでCIAに秘密工作を行なわせ、これを専門とする部署まで作ったのである。

さらに驚かされるのは、大統領は議会による設置法それ自体が全く存在しなくても、執行命令を一本出しさえすれば、諜報機関を丸ごと設立できるということである。おそらくこうして作り出された諜報機関のなかで最も有名な例は、全世界規模で電話、無線、電子メールなど、あらゆる電子的通信の傍受を行なっている国家安全保障局(NSA)であろう。この機関は1952年にトルーマン大統領が出した執行命令だけを根拠としており、設立当初は誰もその存在すら

⁶⁰ こうした「帝王的大統領制」の見解に基づき、諜報活動や秘密工作における大統領の特権を擁護しているのは、Gary J. Schmitt and Abram N. Shulsky, "The Theory and Practice of Powers: The Case of Covert Action," in L. Gordon Crovits and Jeremy A. Rabkin ed., *The Fettered President: Legal Constraints on the Executive Branch*, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1989, Chapter 5.

⁶¹ Mayer, *op. cit.*, pp.161-179. 冷戦以降の「安全保障国家」をより一般的に分析したものとして、David C. Unger, *The Emergency State: America's Pursuit of Absolute Security at All Costs*, Penguin Book 2013.

⁶² 当時の議会はCIAに秘密工作の権限まで与えるつもりは全くなかった。この点につき、Harvey C. Mansfield, Sr., ed., *Congress Against the President*, Academy of Political Science, 1975, pp.153-166.

知らなかったのだが、現在ではC I Aを凌ぐアメリカ最大の諜報機関と言われるまでに肥大化しているのである。

また、C I Aの設立からベトナム戦争に至るまでの間、「帝王的大統領制」の見解は議会側にも支持されていたことに注意する必要がある。事実、C I Aの監視を担当していた軍事委員会や予算委員会のメンバーは、監視を自たちの仕事とは考えず、諜報活動や秘密工作の詳細について知ろうともしなかったと言われている。おそらくこの点を端的に示しているのが、アイゼンハワー政権の下、C I Aがイランのモハメド・モサド政権を転覆させた秘密工作に対する議会の反応であろう。この工作は議会に事前に知らせることなく行なわれたのだが、ダレスC I A長官が議会に事後的に報告を行なった際、議会は憤るどころか、C I Aの成功を絶賛すらしたのである。もちろん、マイク・マンسفールド上院議員やウィリアム・フルブライト上院議員のように、上下両院の合同委員会を設置して、C I Aの監視を強めるべきだと提案する議員もいたが、反共主義で団結していた議会において、そのような提案が実現するはずもなかったのである⁶³。

だが、こうした「帝王的大統領制」を支えていた合意は、ベトナム戦争を契機として徐々に崩壊し始める。とりわけニクソン政権に入り、議会に全く知らせることなく行なわれたカンボジアへの秘密空爆や、大統領の側近が民主党の全国委員会の本部があるビルに元諜報員を不法侵入させたウォーターゲート事件が発覚するに伴い、秘密主義的な「帝王的大統領」に対する国民の不信は頂点に達したのである。

こうしたなか、C I Aがアメリカの通信大手のI T Tから資金援助を得て、チリのアレンデ政権を転覆させた秘密工作が暴露されたことを契機として、議会は本格的に諜報機関の監視に乗り出すことになる。すなわち、議会は1974年にヒューズ・ライアン修正法を成立させ、大統領がアメリカ合衆国の国家安全保障に必要であると見なさない限り、秘密工作に資金を使ってはならないこと、しかるべき時機に工作の内容について関連する議会の委員会に報告すべきことを定めたのである⁶⁴。

その後、ニューヨーク・タイムズ紙の記者セイモア・ハーシュが、国家安全保障法によって国内での活動を禁止されているはずのC I Aが、アメリカ国内で反戦活動家に対する捜査を行ない、そのファイルを保有していることを告発する記事を発表して、国民に大きな衝撃を与えると⁶⁵、フォード大統領は先手を打つ形で調査委員会を立ち上げ、議会が本格的な調査に乗り出すことを避けようとしたのだが、議会はこうした大統領の思惑とは裏腹に、上下両院ともに特別調査委員会を設置、諜報活動や秘密工作に関する戦後最大規模の調査を開始したのである。

とりわけフランク・チャーチ議員を委員長とする上院の調査委員会は、F B IやC I Aをはじめとする諜報機関が、共産主義勢力のアメリカ国内への浸透に対抗するという名目で始めた

⁶³ こうした「蜜月」期間における議会と諜報機関の関係について、Frank J. Smist Jr., *Congress Oversees the United States Intelligence Community 1947-1989*, The University of Tennessee Press, 1990, pp.4-9.

⁶⁴ ヒューズ・ライアン法について、*Ibid.*, pp.119-122.

⁶⁵ セイモア・ハーシュの記事とその反響について、Kathryn S. Olmsted, *Challenging the Secret Government*,

プログラムにおいて、反戦運動、黒人公民権運動、女性運動までをその標的として「破壊」「中立化」活動を行っていたこと、そのための手段として、第1種郵便の開封、盗聴、デマの流布などの違法な手段を利用していたことを明らかにするなど、国民の「知る権利」の実現に大きく貢献したのである⁶⁶。

だが、チャーチ委員会の目的は、「諜報機関に対する国民の信頼を回復すること」にあったことから、その調査は上院の保守派議員、大統領、CIAをはじめとする諜報機関の全ての当事者が合意できる最大公約数的なものにとどまった⁶⁷。その結果、チャーチ委員会は諜報機関が過去に冒してきた罪を暴くことには貢献したが、諜報機関に対する監視体制の強化という点では、それほど大きな成果を挙げることはできなかったのである⁶⁸。

これに対し、オーティス・パイク議員を委員長とする下院の調査委員会は、「諜報機関を掃除する」ことを目的に掲げ、より攻撃的な調査を行なったため、大統領や諜報機関だけでなく、下院の保守派議員からもさまざまな抵抗に会うことになる⁶⁹。例えば、パイク委員会はCIAの秘密工作を認可した責任者を明らかにするため、執行府に機密指定された文書の提出を迫るとともに、関係者の公聴会での証言を要求したのだが、フォード大統領やその側近であるキッシンジャー国務長官らは、大統領には憲法上、「執行特権」が認められており、執行府内で行なわれた議論を開示する義務はないという理由でそれを固辞した。

さらに、パイク委員会がCIAの秘密工作について作成した報告書の草案に関し、CIAがその中に国家機密が含まれていると主張して争いが生じると、フォード大統領はパイク委員会に対して、一切の機密情報を提供しないと断言して応酬するなど、執行府との関係は次第に険悪なものになって行ったのである。結局、この国家機密へのアクセスを巡る争いは、パイク委員会が機密情報を含む報告書を公開する場合、大統領の事前の許可を得ることを条件にするという形で決着したのだが、大統領は自分に不都合な情報を提供することを拒み続けたため、パイク委員会の調査は大きく制約されることになったのである⁷⁰。

だが、こうした制約を執行府側からの押しつけだと感じていたパイク議員が、最終報告書が完成した段階で、「報告書を公表するに際して、大統領の事前の許可は必要ない」と言い張ったため、再び執行府との関係が険悪化するとともに、下院の本会議までもが、パイク議員による最終報告書の公開を禁止するという異例の対応に出た。結局、この最終報告書は委員会からの情報漏洩という形で報道機関へと流れ、無名の出版社によって公表されたのだが、これを契機として、パイク委員会の信用は完全に失墜してしまったのである⁷¹。

The University of North Carolina, 1996, pp.29-36.

⁶⁶ United States Senate, *Final Report of the Select Committee to Study Governmental Operations with Respect to Intelligence Activities*, U.S. Government Printing Office, 1976. さらに、Morton H. Halperin, Jerry J. Berman, Robert L. Borosage and Christine M. Marwick, *The Lawless State: The Crimes of the U.S. Intelligence Agencies*, Penguin Books, 1976.

⁶⁷ チャーチ委員会の超党派的アプローチについて、Smist, *op.cit.*, Chapter 2.

⁶⁸ Olmstead, *op.cit.*, p.107. Smist, *op.cit.*, Chapter 4.

⁶⁹ Olmstead, *op.cit.*, pp.111-142.

⁷⁰ 国家機密へのアクセスを巡る争いについて、Smist, *op.cit.*, pp.175-187.

⁷¹ パイク委員会の最終報告書を巡る争いについて Olmstead, *ibid.*, pp. 155-167.

このように、パイク委員会は攻撃的な調査を行なったがゆえに四面楚歌となってしまった訳だが、私たちはここで議会による諜報機関の監視という考え方そのものに内在する根本的な矛盾に気がつかされる。すなわち、国民の代表者である議会が諜報機関の監視を行ない、そこに「法の支配」を及ぼして行くためには、議会は執行府に都合の悪い国家機密にまでアクセスして、必要な場合はそれを国民に公表できなければならない⁷²。そうしなければ、議会は国民からの政治的支持を得られないために、「帝王的大統領」の強大な権力に対抗することができず、逆に監視をすればするほど、ますます体制に組み込まれて行くことになる。だがその反面、議会がいつ国家機密を公表してもおかしくないという認識が広まれば、執行府側は「執行特権」を主張するなどして、議会への機密情報の提供を拒み、議会は有意義な調査を行なうことができなくなってしまうのである。

要するに、共和主義の前提となる公開性と「制約されることのない」討議をその本質とする議会と、秘密と沈黙をその本質とする諜報機関は、全く相容れない水と油のような関係であって、その2つを組み合わせようとするところに基本的な無理がある。議会による諜報機関の監視という矛盾に満ちた試みは、議会が情報漏洩によって諜報活動に害を与えるか、もしくは議会が守秘義務を守って諜報機関の協力者になるか、この2つの結末のどちらかに帰着せざるを得ないのである。

では、アメリカの国民や議会は両立不可能な公開性と秘密性の原則のどちらを選んできたのだろうか。実は、すでにチャーチ、パイク両委員会が調査を開始する前から、世論は徐々にベトナム反戦運動で高まったリベラルな風潮に対する反動を強めていた。国民はウォーターゲート事件から間断なく続く大統領のスキャンダルにうんざりしており、これ以上醜い現実を知って、これまで自分たちの頭の中に刷り込まれてきたCIAやFBIのイメージを壊すことを望まなかった。そのうえ、国民の「知る権利」を代弁するはずの報道機関も、「中立的」かつ「客観的」な報道を行なうという名目の下、政権による権限濫用を一方的に暴露することに及び腰になっていたのである⁷³。

こうした逆風のなか、チャーチ、パイク委員会は調査をやり遂げ、議会は両委員会の提言を受けて、上下両院に常設の諜報監視委員会を設置したのだが、政治学者のフランク・スミストが指摘するとおり、これらの委員会の活動は、時間の経過とともに「捜査的監視」から徐々に「制度的監視」へとシフトして行くことになる。彼によると、「捜査的監視」とは、「監視を立法府と執行府の敵対的な関係によって行なおうとするものであり、攻撃的な調査をその手法とする。議会は絶え間なく諜報機関の失敗や権限の濫用を探り、発見したことを国民や報道が見守る公開の場で劇的に暴露する⁷⁴」。これに対して「制度的監視」とは、「監視を立法府と執行府の協力的な関係によって行なおうとするものであり、(略)諜報機関の機能を強化し改善する

⁷² モートン・ハルペリン他も、「議会の委員会は国民に訴えることによって支持を得なければ、有効な監視を行なうことができない」としている。Halperin, Berman, Borosage and Marwick, *op.cit.*, p. 278.

⁷³ Olmstead, *op.cit.*, Chapter 1, 8.

⁷⁴ Smist, *op.cit.*, pp.22-24.

ことを目的とする⁷⁵」。

この2つのカテゴリーで言うと、チャーチ、パイク両委員会の活動は明らかに「捜査的監視」に分類できるものであり、こうした性質の監視は常設委員会設置後もしばらく続くことになる。例えば、チャーチ委員会のすぐ後を継いだダニエル・イノウエ委員会は、チャーチ委員会の提言に従い、CIA、FBI、国家安全保障局(NSA)ど、これまで議会による詳細な設置法の裏づけがなかった諜報機関に対し、包括的な規制をかける法案の制定に尽力したのである。結局この法案は、国家機密へのアクセスを巡って大統領側との折り合いがつかずに成立しなかったのだが、少なくともこうした活動が「捜査的」であることに疑いはない。

だが、1980年、イランでイスラム原理主義政権が誕生し、ソ連がアフガニスタンに軍事侵攻するなどの事件が発生すると、監視委員会の活動は徐々に規制の強化を目的とする「捜査的監視」から、諜報機関の制度化や能力の強化を目的とする「制度的監視」へと変わって行く⁷⁶。例えば、1980年、カーター大統領によるイラン大使館人質救出作戦の大失敗を契機として、監視委員会はヒューズ・ライアン法を破棄して諜報活動監視法を成立させたが、その結果、大統領は秘密工作を行なう際、議会の関連する委員会全てに報告しなくても、上下両院の監視委員会だけに報告すればよいこととなった。さらに、大統領が特別の必要を認める場合は、上下両院の監視委員会の幹部4人、下院の議長と少数派の院内総務、上院の多数派と少数派の院内総務の合計8名（いわゆる「8人のギャング」）だけに知らせればよいとする規定が設けられ、ヒューズ・ライアン法よりも各段に大統領の裁量の余地が広まったのである⁷⁷。

こうした「捜査的監視」から「制度的監視」に向かう流れからすると、レーガン政権下においてイラン・コントラ事件が発生したのも、自然の成り行きであったと言えるかもしれない。この事件については前節で説明したので繰り返さないが、議会による監視という観点から注目すべきは、大統領やその側近が「帝王的大統領制」の支持者であり、「捜査的監視」であるか「制度的監視」であるかに関わらず、議会の介入を一切排除すべきだと考えていたということである。実際、CIA長官のウィリアム・ケーシーは、議会にウソをつくことを自らの信条とし、ニカラグアの港湾への機雷敷設についても、議会に対してわずか1行で説明したことから、誰もそれに気づかなかったと言われている。

また、同様の問題は、ジョージ・W・ブッシュ政権の「テロとの戦い」でも生じた。前節ではイラクへの軍事侵攻の例について説明したが、ブッシュ政権はこれに加えて、テロ容疑者を「敵性戦闘員」として拷問に近い手法で尋問したり、国家安全保障局に命じてアメリカ国内で違法な電子的サーベイランスを行なわせるなど、明らかに国際法やアメリカ国内法に違反する秘密工作や諜報活動を行なっていた。それにも関わらず、ブッシュ大統領とその側近は「帝王的大統領制」を支持する者で固められていたことから、こうしたプログラムはほとんど議会に知らされることなく実行されたのである。後にごく少数の議員がこれについて通知されていた

⁷⁵ *Ibid.*, pp.21-22.

⁷⁶ *Ibid.*, p.84, 96.

たことが判明したが、彼らは厳重な守秘義務を課せられていたため、それを公に争点化して阻止することができなかつたのである⁷⁸。

こうした事例が示しているのは、「捜査的監視」であれ「制度的監視」であれ、大統領やその側近が監視に必要な情報を正直に議会に提供するつもりにならないければ、議会が執行府をコントロールすることは不可能だということである⁷⁹。先に触れたデニス・トンプソンの用語を使うなら、大統領とその側近が自らの行動を「深い秘密」のヴェールで覆ってしまえば、必要な情報が全く外に出てこなくなり、議会のチェック機能はブロックされてしまうのである⁸⁰。

では、こうした「深い秘密」が提起する問題に対し、国民や議会はどのように対応すればよいのだろうか。現在焦点となっているのは、1980年の諜報活動監視法を改正して、どこまで大統領の報告義務を強化できるかという点である。先述したように、諜報活動監視法は、ヒューズ・ライアン法の規制を弱める形で、大統領が報告すべき議会の委員会を2つに絞り込むとともに、大統領が必要と認める場合は、議会の幹部8人に知らせるだけでよいとしたのだが、これを逆転させて、委員会のメンバー全員への報告を義務づける案が議論されているのである⁸¹。だが、「帝王的大統領制」を支持する者たちは、大統領には外交、防衛の「内在的」権限があるという立場から、どのような規制であるかに関わらず、議会からの干渉それ自体を否定していることを考えると、諜報活動監視法を強化しても根本的な解決策にはなり得ないことが分かるであろう。

そこで注目したいのが、執行府内部からの情報漏洩である。情報漏洩とは、公職に就いている者ないしは過去に就いていた者が、執行命令に定められた手続きにしたがって機密指定された情報を無許可で部外者に伝えることを指すが、これが執行府による国家機密の濫用を是正する鍵になると考えられるのである。もちろん、一口に情報漏洩と言っても、その内容はさまざまであり、対立する政治勢力の間で行なわれる権力闘争の一環として行なわれる情報漏洩もある⁸²。だが、これとは別に、厚い国家機密のヴェールに覆われた大統領が、国民や議会の信頼

⁷⁷ 1980年の諜報活動監視法について、*Ibid.*, pp.119-127.

⁷⁸ ブッシュ政権下において、議会の諜報監視委員会は政治的対立が原因となって完全に機能を停止していたとする指摘について、Denis McDonough, Mara Rudman and Peter Rundlet, “No Mere Oversight: Congressional Oversight of Intelligence is Broken,” *Center for American Progress*, 2006.

⁷⁹ Gregory F. Treverton, “Intelligence: Welcome to the American Government,” in Thomas E. Mann ed., *A Question of Balance: The President, the Congress, and Foreign Policy*, The Brookings Institution, 1990, p.21.

⁸⁰ 『『深い秘密』は『ブラック・ホール』のようなものであり、議会の権限を全て飲みこんでしまう』と指摘しているのは、David E. Pozen, “Deep Secrecy,” 62 *Stanford Law Review* 257 (2010). ただし、ポゼンは公益目的での情報漏洩によって「深い秘密」に対処することには反対であり、議会への報告義務を強化する、執行府内の権力分立を行なうなどの制度改革によって対処するべきだとしている。

⁸¹ これに関して、Heidi Kitrosser, “Congressional Oversight of National Security Activities: Improving Information Funnel,” 29 *Cardozo Law Review* 1049 (2008). オバマ政権は拒否権をちらつかせて、議会の改革要求を受け入れなかった。Vicki Divoll, “The ‘Full Access Doctrine’: Congress’s Constitutional Entitlement to National Security Information from the Executive,” 34 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 493 (2011). Kathleen Clark, “A New Era of Openness? Disclosing Intelligence to Congress Under Obama,” 26 *Constitutional Commentary* 313 (2010).

⁸² 政権トップからの情報漏洩は、政敵を黙らせる、国民や議会の反応を探る、外国の元首にメッセージを送る、大統領への支持を動員する、ニュースを操作する、恥を隠すなどの目的で行なわれる。David Wise, *The Politics of Lying: Government Deception, Secrecy and Power*, Random House, 1973, p.282. 情報漏洩がもたらす政治的、法的問題に関するより最近の分析としては、Rahul Sagar, *Secrets and Leaks: The Dilemma of State Secrecy*, Princeton University Press, 2013.

を裏切る形で不正行為に及んだり、全く政治的正当性のない政策を秘密裡に推し進めたりしている場合に、それらを内部告発する目的で行なわれる情報漏洩もある。「建国の父」たちの理念に照らしたとき、こうした公益目的での内部告発は、ある種の政治的言論として重要な価値を有することから、告発者には言論の自由が、国民にはそれを「知る権利」が認められるべきであろう。

それにも関わらず、大統領は主に外国の諜報機関によるスパイ活動を処罰するために制定されたスパイ法（1917年）などを根拠として、情報漏洩者や報道機関に対する刑事訴追も辞さない構えを見せている。しかも、「自由の守護神」であるべきはずの裁判所がこうした大統領の方針に対してはっきりとした態度を示さないため、公益目的での内部告発や報道機関の言論を萎縮させる効果が生じ、国民の「知る権利」が保障されているとは到底言えない状況にある。以下では有名なペンタゴン文書事件を参照しながら、こうした一連の問題を見て行くことにしたい。

第4節 情報漏洩への対応とペンタゴン文書事件判決の負の遺産

ペンタゴン文書事件とは、ニクソン政権下の1971年、民間企業のランド・コーポレーションにおいて、対ソ連核戦略の分析などを仕事としていたダニエル・エルスバーグが、ベトナム戦争へと至る政府内部での意思決定過程を克明に記録した機密文書を、ニューヨーク・タイムズ紙とワシントン・ポスト紙に手渡し、それが新聞紙上で公開されたことに端を発する事件である⁸³。ジョンソン政権時代の国防長官ロバート・マクナマラの指示で作成されたこの文書は、7,000頁にのぼる大量の機密文書（国家安全保障会議の報告書、大統領命令、在外大使館とのやり取り、諜報機関や軍による報告書など）を収集したものであり、後に「ペンタゴン文書」として知られることになる。

エルスバーグ自身はもともとタカ派であり、ベトナム戦争を積極的に支持していたのだが、国務省の仕事でベトナムに滞在したことを契機として、次第に戦争に疑問を抱くようになる。その後、ランド・コーポレーションにも配布されたペンタゴン文書を読み進めるにつれて、この文書を公表して国民の討議に資するべきだとする確信を持つようになったのである。彼は自らのキャリアを犠牲にすることを承知のうえで内部告発したのであるから、その行為は完全に公益目的であったと言ってよい。

新聞に記事が掲載された始めた頃、ニクソン政権はそれが1945年から1967年までの期間をカバーする歴史的な記録にすぎないなどの理由で静観していたのだが、当時はキッシンジャー

⁸³ ペンタゴン文書事件の経緯については、例えば、Geoffrey Stone, *Perilous Times: Free Speech in Wartime: From the Sedition Act of 1798 to the War on Terrorism*, W.W. Norton and Company, 2004, pp.500-516.

国務長官を中心として、中国との歴史的和解に向けた秘密交渉やカンボジアへの秘密空爆など、機密を要する外交や軍事作戦が盛んに行なわれていた時期でもあった。こうした状況において、もしペンタゴン文書の漏洩を見逃せば、執行府の職員に悪い手本を示すこととなり、国家機密システムはその脆弱性を増すであろう。ニクソンはこうした懸念から、静観するとしていた方針を一転して、ニューヨーク・タイムズ紙に対する記事の掲載差し止めに裁判所に請求したのだが、同紙がそれを不服として訴訟を起こしたのが、ニューヨーク・タイムズ社対アメリカ合衆国事件である⁸⁴。

この事件で、連邦最高裁は賛成6人、反対3人で政府側の主張を退け、ニューヨーク・タイムズ紙は引き続きペンタゴン文書に関する新聞記事を掲載できるようになった。後で述べるように、判事の間では判決理由について一致が見られなかったため、判決は匿名の法定意見(*per curiam*)という形となったが、結果として憲法修正第1条に反映されている「建国の父たち」の理想を堅持し、政府による事前の検閲や記事の差し止めに違憲としたことは、「自由の守護神」としての裁判所の面目を保つものであったと言えるであろう。とりわけ、修正第1条を絶対主義的に解釈することで知られるヒューゴ・ブラック判事が、判決理由で次のように述べたとき、自らの使命を改めて自覚した報道関係者や、アメリカの司法システムを誇りに感じた法曹関係者は少なくなかったはずである。

建国の父たちは修正第1条において、自由な新聞がわれわれの民主主義において必要不可欠な役割を果たすために、なくてはならない保護を与えたのである。その際、新聞は統治する者ではなく統治される者に奉仕すべきとされた。新聞が未来永劫、自由に政府を弾劾できるように、政府が新聞を検閲する権利は破棄されたのである。新聞が保護されたのは、政府の秘密を暴き立て、これを国民に知らせるためである。自由で制限されることのない報道だけが、政府内部の欺瞞を公にすることができるのである⁸⁵。

しかし、他の判事の見解を精査して行くと、こうした「自由の守護神」としての裁判所というイメージはかなりの修正を余儀なくされるのであり、それはとりわけ、次の2点において顕著である。まず第1点は、外交や防衛に関して大統領に優越的な権限を認める立場から、政府が求めた記事の掲載差し止めに是認した判事がいるということである。例えば、判決に反対する意見を述べたジョン・ハーラン判事は、「大統領は対外関係における唯一の機関であり、諸外国に対する唯一の代表者である」とするジョン・マーシャル下院議員の議会での発言（1800年）や、建国から今日に至るまで、執行権限の範囲に関しては全く異論がなかったとするカーチス・ライト輸出会社判決（1936年）などを援用して、大統領の機密情報を保護する権限を正

⁸⁴ *New York Times Co. v. United States Government* 403U.S.713 (1971).

⁸⁵ *Ibid.*,p.717 (Black concurring).

当化したうえで、事前の記事差し止めを認める議論を展開している⁸⁶。

彼によれば、もとより司法は全面的に執行府のコントロールを放棄するべきではないが、「外務の分野における執行府の活動に及びうる司法権の範囲がきわめて制限されたものであることは明瞭である。この見解は、わが国の立憲制が拠って立つ3権分立の理念に基づくものである」としたうえで、「公表が国家安全保障に及ぼすであろうと思われる影響を司法部自身が決定するようなことをしてはならない⁸⁷」と主張する。こうした彼の見解は、裁判所には国家安全保障の複雑な政治問題について判断する能力がないのであるから、執行府の判断に「譲歩(defer)」すべきであるとする紋切り型の主張として、その後も長く援用され続けることになる。

さらに、判決に賛成する判事のなかにも、外交や防衛の分野において大統領に大きな権限を認める者がいたことに注意する必要がある。例えば、サーグッド・マーシャル判事は次のように述べて、国家機密に関して大統領が主張する憲法上の権限を認めることを明らかにした。

このケースにおいては、情報を「機密」扱いにする大統領の権限については何の問題もない。議会は、大統領が文書および情報を機密扱いにする権限を具体的に認め、その権限は執行命令第 10501 号で行使されている。また、大統領が執行府の長および国軍最高司令官としての権限により、情報を漏らす公務員を罰し、機密漏洩を防ぐ予防的措置を講じて、国家の安全を保護することにも、全く問題はない⁸⁸。

ただし、マーシャル判事はハーラン判事とは異なり、大統領はこの憲法上の権限だけを根拠として記事の事前差し止めができるとは考えない。というのも、議会はすでに 1917 年にスパイ法を成立させ、大統領が機密保護を行なうために必要十分な権限を賦与しているのであるから、大統領が権限を行使する際には、その法に則るべきだと考えるからである。マーシャル判事はここで、序章で述べたヤングスタウン判決の3分法の枠組みに沿って考え、本件は議会がすでに立法を行なっているケースであるから、大統領の権限は(c)の最低ランクとなり、議会制定法の解釈を優先すべきだと考えたのである。

では、議会はこのスパイ法を制定するに際し、報道の自由をどのように考えていたのだろうか。当時のウィルソン政権は、「大統領が敵に有益である、あるいは利益をもたらすおそれがあると判断する防衛関係の情報の発行ないし伝達、あるいはその試みを宣言によって禁止することができる」権限を議会に求めたが、議会はこれを受け入れなかった⁸⁹。議会が反対した理由は、主に(a)この規定は戦争についてニュースを発行する新聞を事前に検閲するシステムを確立しようとするものであり、(b)どの情報を発行してよいかについて判断する無制限の権限を大統領に与えるものであり、(c)どのような記事の発行を禁じるのか、はっきりとした基準が示され

⁸⁶ *Ibid.*, p.752 (Harlan dissenting).

⁸⁷ *Ibid.*, p.757.

⁸⁸ *Ibid.*, p.741 (Marshall concurring).

⁸⁹ *Ibid.*, p.746.

ていないからとするものである⁹⁰。マーシャル判事によれば、こうした立法の経緯にも関わらず、本件で裁判所が大統領の請求を認めれば、それは議会の立法権を侵害することになるであろう。よって、大統領による事前の記事差し止めは認められないとしたのである。

第2の、より重要な点は、政府が新聞社に対する記事の掲載差し止め許可を得るには、修正第1条の高いハードルをクリアしなければならないことから、きわめて困難であるとする一方、スパイ法に基づいて新聞社に対する事後的な刑事訴追を行なうことは十分に可能だとする見解が、判決に賛成する側の判事に見られたという点である。とりわけ問題となるのは、「国防に関連する文書、書類、暗号、信号、描画、写真、写真のネガ、設計図、地図、模型、器具、装置、覚書を無許可で所有、アクセス、管理する者、あるいは、所有者がアメリカの害になり、あるいは外国の利益になると信じる理由のある国防関係の情報などを、進んでこれを受け取る資格のない者に伝達し、引き渡し、送達する者、あるいはこれを故意に保持して、これを受け取る資格のある合衆国職員に引き渡さない者には、一万ドル以下の罰金、または10年以下の懲役、あるいは両刑を科す」と定めたスパイ法793条(e)である。

先に言及したマーシャル判事は、スパイ法のその他の条文においては、「伝達(communicate)」「引渡し(deliver)」「送達(transmit)」と報道機関による「発行(publish)」が区別されているにも関わらず、793条(e)には「発行」という言葉が含まれてないことから⁹¹、この条項の新聞社への適用はないとした別の判例を支持しているが、他方でこうした解釈に異議を唱えている同僚のバイロン・ホワイト判事を念頭に置いて、この解釈のみが「ただひとつの納得のいく解釈ではない」との但し書きを付している⁹²。

そのホワイト判事もマーシャル判事と同じく、大統領は議会制定法上の根拠がないので、新聞記事の事前差し止めはできないとする立場であるが、マーシャル判事とは異なり、スパイ法に基づき、国家機密を発行した新聞社に対して事後的な刑事訴追をする余地は十分にあるとしている。もちろん、ホワイト判事も議会がスパイ法の制定に際して、「大統領の宣言だけで国防関係の情報の伝達や発行を禁止する権限」を授与しなかったことを認める。だが、彼はこれに続けて、「この同じ議員たちも、もし新聞が議会によって発行さるべきでないと決定された情報を発行しようとするならば、新聞が刑事訴追の対象になるべきことにはわずかの疑念も抱いていなかったようである⁹³」と言う。ここから、もしペンタゴン文書の中に、スパイ法に定められた情報が含まれていれば、「有罪を支持するのに、私は何の困難も見出さないだろう⁹⁴」とした。彼によると、当時の議会は、新聞が無責任な報道をしないために、わざわざ記事の事前差し止めをする必要があるとは考えなかった。議会は「刑事訴追が新聞に及ぼす抑制に期待することに満足した⁹⁵」のである。

⁹⁰ この点については、後述するベノ・シュミットの論文を参照のこと。

⁹¹ スパイ法は、18 U.S.C. §793 から §798 までを含む。

⁹² *Ibid.*, p.745.

⁹³ *Ibid.*, p.734 (White concurring).

⁹⁴ *Ibid.*, p.737.

⁹⁵ *Ibid.*, p.740.

では、マーシャル判事とホワイト判事のスパイ法の解釈は、どちらが正しいのであろうか。この問題について詳細な研究を行なったベノ・シュミットによれば、議会はスパイ法を制定する際、処罰の対象となる情報の範囲が広くなりすぎ、修正第1条違反となることを避けるため、「アメリカを害する意図」を犯罪構成要件に加えて、その適用範囲を厳しく制限した。したがって、政府がこの法に基づいて新聞社を刑事訴追するためには、新聞社の側にこうした故意があることを立証しなければならないが、新聞社はふつう公共的な討議に資することを目的として記事を発行する訳であるから、こうした故意を立証することはほとんど不可能である。したがって、「たとえノルマンディー侵攻の日を記事にして、新聞社が事前に発行したとしても、それを罰することはできない⁹⁶」。

だが、同じくシュミットによれば、おそらくは議会の見落としにより、問題となっている 793 条(e)さらには(d)には、犯罪構成要件のなかに故意が含まれておらず、情報を「進んで(willingly)」提供するだけで処罰の対象となる可能性がある⁹⁷。彼の指摘が正しければ、この2つの条項が修正されない限り、新聞社は政府による事後的刑事訴追の危険に常に怯えていなければならないのである。

このように、ニューヨーク・タイムズ社対アメリカ合衆国判決における裁判所は、新聞に対する事前の記事差し止めを禁止して「自由の守護神」としての面目を保つ一方、大統領に大きな外交、防衛上の権限を認め、事後的な刑事訴追の可能性さえ示唆したのである。しかし、多くの論者が指摘するように、新聞に対する事後的な刑事訴追の脅しは、事前の差し止めと同じく、言論の自由に対する萎縮効果を生み出すものであり、国民の「知る権利」の観点からは正当化できないものである⁹⁸。それにも関わらず、裁判所はこれを明確に退ける判決を示さなかったため、事件後に大きな禍根を残すことになったのである⁹⁹。

国家機密システムによって守られた「帝王的大統領制」の観点から見ると、現在まで続くこうした裁判所のあいまいな態度は、きわめて好都合であると言える。というのも、刑事訴追の脅しによって報道機関の言論の自由を萎縮させることで、執行府内部からの情報漏洩の出口を塞ぐことができるからである。実際、公益目的で内部告発をしようとする者は、各省庁に

⁹⁶ Benno C. Schmidt, Jr., "The American Espionage Statutes and Publication of Defense Information," in Thomas M. Franck and Edward Weisband, *Secrecy and Foreign Policy*, Oxford University Press, 1974, p.190.

⁹⁷ *Ibid.*, pp.196-201.

⁹⁸ 憲法学者のアレクサンダー・ビッケルは、事前検閲は言論の自由を「凍りつかせる(freeze)」のに対して、事後的な刑事訴追はそれを「萎縮させる(chilling)」と表現した(Alexander M. Bickel, *The Morality of Consent*, The Yale University Press 1975, p. 61.以下、*Morality.*)。事後的な刑事訴追に対して事前検閲と同じくらい高いハードルを課すべきだとする見解として、Mary-Rose Papandrea, "Lapdogs, Watchdogs, and Scapegoats: The Press and National Security Information," 83 *Indiana Law Journal* 233 (2008), p. 34.

⁹⁹ 例えば、ジョージ・W・ブッシュ政権は、対外諜報活動法(Foreign Intelligence Surveillance Act)に違反する形で、国家安全保障局に命じてアメリカ国民を対象とする電子的サーベイランスを行なわせたが、チェイニー副大統領はこのプログラムを暴露した記者に対してスパイ法の適用を示唆した。ブッシュ政権のその他の関連した動きについて、William E. Lee, "Deep Background: Journalists, Sources and the Perils of Leaking," 57 *American University Law Review* 1453 (2008). また、オバマ政権は情報公開を進める一方、情報漏洩者に対して刑事訴追を行なう構えを強めている。例えば、ジュリアン・アサンジが運営するウィキリークスに何万点もの機密文書を漏洩したアメリカ陸軍兵卒ブラドレー・マニングに対する訴追について、Richard Moberly, "Whistleblowers and the Obama Presidency: The National Security Dilemma," 16 *Chicago-Kent College of Law and Workplace Fairness Employee Rights and Employment Policy Journal* 51

設置された監察総官(Inspector General)や議会の委員会といった公式のルートではなく、まずは報道機関への情報提供を考えるであろう¹⁰⁰。監察長官や議会の委員会も大統領の政治的圧力に屈して告発を握りつぶす可能性があるし、そうなった場合、告発した者に対して上司や同僚からの仕返しが予想されるからである。したがって、最後の頼みの綱である報道機関が、刑事訴追の脅しによって萎縮してしまえば、公益目的での情報漏洩はまさに「塞がれる」格好となるであろう。

ただし、ここで注意しなければならないのは、全ての情報漏洩が訴追の危険にさらされる訳ではないということである。「帝王的大統領制」において特徴的なことは、常に大統領やその側近といった政権のトップが、国民の世論や議会での討議を操作することを目的として、絶えず機密情報の漏洩を行なっており、それを「塞ぐ」必要があると見なすのは、漏れ出た機密情報が政権の推進しようとする政策に反対するものであったり、不正を暴き立てるものである場合に限られるということである。つまり、情報漏洩を「塞ぐ」という名目の裏には、しばしば「帝王的大統領制」による権力の拡大という動機が潜んでいる。公益目的での内部告発者や報道機関に対する訴追の脅しは、まさしくこうした権力拡大のための道具としての側面を持っているのである。

では、こうした「帝王的大統領制」の権力の拡大を阻止しつつ、国家機密の弊害を是正して行くには何が求められるのだろうか。先述したように、共和主義の観点からすると、公益目的での内部告発や、それを公表する報道機関に修正第1条の手厚い保護を与えて行くことが求められる¹⁰¹。具体的には、これらを高い政治的価値を有する言論と見なして、事前の検閲を禁止するのみならず、国益を害する故意が立証できない限り、スパイ法が適用されないことを明らかにする法改正を行なうことが必要とされる¹⁰²。こうすることにより、「帝王的大統領制」を覆う秘密のヴェールに穴を開け、憲法的チェックを及ぼすための突破口が開かれるであろう。だが、「帝王的大統領制」の権力がますます大きくなり、裁判所でさえはっきりとした態度を示さないのだとすれば、一体誰がこうした役割を担えばよいのだろうか。最後に、この点について考察を加え、「まとめ」に代えたい。

(2012).

¹⁰⁰ 各省に設置された監察長官(Inspector General)は、大統領による指名と議会の任命によって就任するが、大統領だけで解任することができる。

¹⁰¹ 執行府が過剰に情報を機密指定していることを考えると、公益目的での内部告発には政府の権限濫用をチェックする役割が認められるべきだとするのは、Heidi Kitrosser, "Classified Information Leaks and Free Speech," 2008 *University Illinois Law Review* 881 (2008).

¹⁰² 同じ立場は、Derigan A. Silver, "National Security and the Press: The Government's Ability to Prosecute Journalists for the Possession or Publication of National Security Information," 13 *Communication Law and Policy* 447 (2008). Laura Brandes, "NOTE: A Helping Hand: Addressing New Implications of the Espionage Act on Freedom of the Press," 29 *Cardozo Law Review* 371 (2007). Richard B. Kleibowicz, "The Role of News Leaks in Governance and the Law of Journalists' Confidentiality," 43 *San Diego Law Review* 425 (2006).

おわりに

ペンタゴン文書事件でニューヨーク・タイムズ社の主任法律顧問をつとめたアレクサンダー・ビッケルは、修正第1条が言及する言論の自由や、その延長線上にある国民の「知る権利」は、秘密を守ろうとする政府と、それを暴こうとする敵対的な報道機関の間で繰り広げられる「競争」を通じて保障して行くしかないと論じたことで知られる。かつてマディソンは、「野心と野心を対抗させる」ことによって政府の専制を防止して行くことに権力分立の核心があるとしたが、ビッケルはこれに「第4の権力」である報道機関を加え、これと政府を競争させて行くことにより、政府の自制を促して行くべきだと考えたのである¹⁰³。この考え方を本論の文脈に適用すると、秘密主義的な「帝王的大統領制」の弊害を是正するために、公益目的での内部告発や、それを公表する報道機関に修正第1条の手厚い保護を勝ち取って行く役割を担うのも、この「第4の権力」だとする結論が得られる。

ただし、「第4の権力」がこうした役割を果たすためには、「帝王的大統領制」に批判的な世論の後押しが必要不可欠である。というのも、報道関係者の「野心」だけで強大な「帝王的大統領制」の権力に対抗して行くことは現実的には難しいであろうし¹⁰⁴、報道関係者の立身出世への「野心」が、逆に「帝王的大統領制」を積極的に支持する方向に向かうことも考えられるからである。こうした問題を克服しつつ、報道機関が政府に「敵対的」な姿勢を貫くためには、国民の批判的言説が公共的な空間において生み出す力を頼みにする必要がある。ハーバーマスの言葉を用いるなら、ビッケルの言う「第4の権力」は、「コミュニケーション権力」に支えられて¹⁰⁵、はじめて「帝王的大統領制」に対するチェック機能を果たすことができるのである¹⁰⁶。

もちろん、こうしたビッケルの考え方を支持するからと言って、情報公開法を改正してより厳格な運用を行なったり¹⁰⁷、内部告発者を保護する制度を強化するなどの法整備を行ない、国民の「知る権利」を充実させて行く必要がなくなる訳ではない。というのも、ダニエル・エルスバーグも指摘するように、ほとんどの執行府の職員は行政処分を恐れて内部告発を躊躇することから、国家機密は「かなりうまく保護されて¹⁰⁸」おり、膨大な量の国家機密を、政府職員

¹⁰³ Bickel, *Morality*, pp.78-80.

¹⁰⁴ キャス・サンステインは、ビッケルの「競争」モデルでは、例えば政府の権力が強すぎて報道の自由を抑圧しても、それが「競争」の結果として正当化されてしまうことから、これでは「建国の父」たちの期待に応えることができないとして批判している。Cass R. Sunstein, “Government Control of Information,” 74 *California Law Review* 889 (1986).

¹⁰⁵ 「コミュニケーション権力」によって政府の権限濫用をチェックして行くべきだとする考え方について、ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（下）』（河上倫逸、耳野健二訳）、未來社、2002年、第8章。

¹⁰⁶ また、政府と報道の「競争」においては、報道が圧倒的に不利であることを考えると、この競争にもっと裁判所が介入して報道の自由を保護して行く必要がある。Geoffrey Stone, “Secrecy and Self-Governance,” 56 *New York Law School Law Review* 81 (2011). Adam M. Samaha, “Government Secrets, Constitutional Law, and Platforms for Judicial Intervention,” 53 *University of California Law Review* 909 (2006).

¹⁰⁷ “Note: Keeping Secrets: Congress, the Courts, and National Security Information,” 103 *Harvard Law Review* 906 (1990).

¹⁰⁸ 1973年に「執行特権、国家機密、情報公開」に関して開催された議会の公聴会におけるエルスバーグの証言に基づく。Hearings Before the Subcommittee on Intergovernmental Relations of the Committee on Government Operations and the Subcommittee on Practice and Procedure of the Committee on the Judiciary,

が辞職を覚悟して行なう内部告発だけでチェックすることはできないからである。したがって、情報公開法や公益通報者保護法は、共和主義の精神が反映された修正第1条を具体化する「枠組み法」として、さらに強化されるべきである¹⁰⁹。

だが、先述したように、現行の情報公開法は外交や防衛の分野を適用除外の対象としており、「帝王的大統領」は執行命令一本でそれにどの程度まで従うのかを決めることさえできる。さらに言えば、仮に情報公開法を改正して、より厳格な運用が可能になったとしても、そもそも国民による開示請求は政府の過去の行為を対象とする訳であるから、これだけで政府による権限濫用を未然に防ぐことはできないであろう。

また、内部告発者を不利益な取り扱いから保護する公益通報者保護法も徐々に整備されつつあるが、とりわけ諜報機関については、執行府側からの激しい抵抗により、「緊急の必要がある」場合にのみ公益通報を認める、各機関に設置された監察総官に事前に相談することを義務づける、通報先を議会の委員会に限定するなど、厳しい制約が課されている¹¹⁰。その結果、内部告発が握りつぶされることを恐れる職員が、この制度をほとんど利用することができないなどの弊害が生じているのである。このように、情報公開法や公益通報者保護法の制定や運用のプロセスそれ自体が、「帝王的大統領制」の論理に絡め取られているのだとすれば、問題を法的制度改革だけで解決しようとする「リーガリズム」の取り組みは、根本的な限界に直面せざるを得ないはずである。

また、本論の立場に対しては、執行府の内部から行なわれる情報漏洩の全てが公益目的での内部告発ではないという批判も考えられる。先述したように、「帝王的大統領制」においては、政権のトップが国民の世論や議会での討議を操作するために常に情報漏洩を行なっているのだが、これは「ディープ・バックグラウンド¹¹¹」と呼ばれる方式で行なわれ、記者は漏洩された情報の内容については公表できるが、情報の出所である政府高官の正体については緘口令を敷かれる。これに加えて、エルスバーグのような例外を除き、公益目的で行なわれる内部告発も匿名で行なわれることが多いことから、情報の受け手である国民や議会にとって、漏洩された情報が政治的な操作を目的とするのか、それとも公益目的での内部告発なのかを判断するのが、きわめて難しくなるのである¹¹²。

だが、仮にそうだとした場合、刑事訴追の脅しによって情報漏洩の出口を全て塞いでしまえば、

Executive Privilege, Secrecy in Government, Freedom of Information (1973).

¹⁰⁹ 情報公開法は修正第1条と国民の「知る権利」を実現する憲法と同じ重要性を持つ法だとする指摘については、Barry Sullivan, “FOIA and the First Amendment: Representative Democracy and the People’s Elusive ‘Right to Know’,” 72 *Maryland Law Review* 1 (2012).

¹¹⁰ 公益通報者保護制度は、文民、軍、諜報機関で公益通報者の保護のレベルを分けているが、諜報機関の保護レベルが最も低い。しかも、大統領の裁量でどのレベルを適用するかを決めることができる余地が残されている。公益通報者保護制度の成立の経緯と仕組みについては Louis Fisher, “National Security Whistleblowers,” *Congressional Research Service* (2005). その批判的分析としては、Mary-Rose Papandrea, *op.cit.*, p. 10-11.

¹¹¹ 「ディープ・バックグラウンド」については、Wise, *op.cit.*, pp.287-311.

¹¹² Sager, *op.cit.* 報道が政府の「リーク・ゲーム」に巻き込まれること警告しているのは、Robert Bejeski, “National Security Information Flow: From Source to Reporter’s Privilege,” 24 *St. Thomas Law Review* 399 (2012).

国民や議会は「帝王的大統領」が自ら進んで提供する情報を鵜呑みにする以外になくなり¹¹³、その結果、第2節で示したように、彼が推進する戦争へと簡単に動員されてしまうことになる。だとすれば、多少の困難があるとしても、言論の力の後押しを得た「第4の権力」が、政府との間で繰り広げる競争を通じて、公益目的での内部告発やそれを公表する報道に修正第1条の手厚い保護を勝ち取って行くというシナリオが最善だと言えるはずである。こうすることにより、一方では外交や防衛の分野に見られる「深い秘密」の弊害に対処しながら、他方では公開性の文化をもたらす政治的ダイナミズムを生み出すことさえ期待できるであろう¹¹⁴。

スチュワート判事はペンタゴン文書判決で、「国防と国際関係の分野においては、他の国民生活の分野に見られるような抑制と均衡の仕組みがない」とする認識から、「この分野における執行府の政策と権力に課される効果的な抑制は、啓蒙された国民の事情に通じた世論しかないのであり、これだけが民主的政府の価値を守る」と指摘したが、次章以降で見るように、正確には立憲主義的な抑制と均衡の仕組み自体はあるのだが、それがうまく機能してこなかったと言う方が実情に近い。

したがって、彼の言う「国民の事情に通じた世論」は、まさにこの抑制と均衡の仕組みを機能させるために必要とされるのだが、国民の制限されることのない討議による裏づけがなければ、世論は大統領による操作によって飼い慣らされ、その威力を失うであろう。まさにこのような事態を避けるためにこそ、公益目的での内部告発や、それを公表する報道の自由が必要とされる。再びスチュワート判事の言葉を借りるなら、「事情に通じた自由な報道がなければ、啓蒙された人々もまた存在しない¹¹⁵」のである。

¹¹³ Wise, *op.cit.*, p.152, 343.

¹¹⁴ 例えば、ブッシュ政権が秘密裡に行なっていた「敵性戦闘員」に対する拷問を情報漏洩で知ったアメリカ市民自由連盟(American Civil Liberties Union)は、関連する機密文書の公開を求める「拷問情報公開キャンペーン」を行なったが、その結果、10万頁以上に及ぶ機密文書を開示することに成功した。これについて、Seth F. Kreimer, “The Freedom of Information Act and the Ecology of Transparency,” 10 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 1011 (2008).

¹¹⁵ *New York Times Co.v.United States Government* 403U.S.713 (1971), p.728 (Stewart concurring).

第2章 帝王的大統領制と遅ればせの反革命

はじめに

アメリカ合衆国の大統領は憲法第2条で定められた執行府の長ないしは全軍の最高司令官として、議会の事前の承認がなくても戦争を開始できるとする見解に基づいた「帝王的大統領制」の権限拡大に対して、連邦議会は常に沈黙を守ってきた訳ではない。1973年、国民による反戦運動の高まりにも関わらず、ベトナム戦争をインドシナ半島全体に拡大したニクソン大統領を弾劾する気運が高まると、議会は大統領の一方的な戦争権限の行使に歯止めをかけるため、「戦争権限決議(War Powers Resolution)¹」を成立させ、「アメリカ合衆国憲法起草者たちの意図を実現すること」を誓ったのである²。

では、議会はこの法律により、「憲法起草者たちの意図を実現する」ことに成功したのだろうか。法案の成立から40年以上経過した今、多くの論者はこれが完全に「骨抜き」にされてしまったとする点でほぼ一致している³。ニクソン大統領以降の歴代の大統領は、これを大統領の執行権を侵害する憲法違反の法であるとしたうえで、法の「抜け穴」を利用するか、あるいは単に無視することにより、定められた手続きに従うことを拒否してきた⁴。その結果、議会はバラク・オバマ大統領のような元憲法学教授の大統領が、自らの意思で法に従うことを期待するしかないのが現状である。

もちろん、戦争権限決議に「抜け穴」があるということ自体は、この法の憲法上の位置づけに疑問を呈するものではなく、立法技術的な問題を提起するにすぎない。これは例えば、戦争権限決議を支持する法学者の代表であったジョン・ハート・イリイが、1988年の重要な論考で「抜け穴」を塞ぐ方策を鮮やかに示したことにも見て取れるだろう⁵。だが、「帝王的大統領制」を支持する論者は、議会制定法で大統領の戦争、和平、外交に関する権限を規制すること自体、憲法に反する行為と考えることから、いくらイリイの議論が法学的に洗練されたとしても、「帝王的大統領制」を論破するという観点からは的外れだと言わざるを得ない。つまり、問

¹ 50 U.S.C. §§1541-1548 (2006).

² ベトナム戦争当時の論点を網羅しているものとして、“NOTE: Congress, the President and the Power to Commit Forces to Combat,” 81 *Harvard Law Review* 1771 (1968).

³ 比較的最近の論文として、Jonathan T. Menitove, “Note: Once More Unto the Breach: American War Power and a Second Legislative Attempt to Ensure Congressional Input,” 43 *University of Michigan Journal of Law Reform* 773, 2010.

⁴ 代表的なテキストとしては、Louis Fisher, *Presidential War Power*, University Press of Kansas 2004. 大統領が戦争を利用して憲法を「ハイジャック」してきたとするのは、Peter Irons, *War Powers: How the Imperial Presidency Hijacked the Constitution*, Metropolitan Books, 2005.

⁵ John H. Ely, “Suppose Congress Wanted a War Powers Act that Worked,” 88 *Columbia Law Review* 1379

題にしなければならないのは、戦争権限決議の個々の条文ではなく、戦争権限決議が全体として象徴する憲法的チェックの仕組みそのものなのであり、これを「帝王的大統領制」の論者による批判から弁護しないことには、議論が前に進まないのである。

では、議会が戦争権限決議で実現しようとした「憲法起草者たちの意図」とは何だろうか。ジェームズ・マディソンをはじめとする憲法起草者たちは、「執行府こそがいちばん戦争に関心を持っており、その誘惑に屈しやすい」とする啓蒙主義的な洞察に基づき、同時代のイギリス国王の特権であった宣戦布告の権限を議会に配置するとともに（第1条第8節）、同じく国王の特権であった条約の締結権や公務員の任命権を大統領と上院の間に分割するなど（第2条第2節）、多くの権限を執行府から立法府に移動させた⁶。このように、憲法の起草者たちは古い外交を行なっていたイギリス君主制の伝統を断ち切り⁷、全く新しい共和主義の理念を土台としながら、「戦争という犬に鎖をかけること」をねらいとして、新憲法を設計したのである。

だとすれば、「帝王的大統領制」の論者たちは、一体なぜこうした憲法的チェックの仕組みやそれを具体化する戦争権限決議に反対するのだろうか。あるいは、彼らは憲法のテキストや憲法起草者たちの意図をどのように解釈しているのだろうか。もし彼らの解釈に問題があるとなれば、それはどこに見出せるのだろうか。以下ではこうした問題を念頭に置きながら、次の3つの節に分けて考察を進めていきたい。

まず第1節では、ベトナム戦争の終わりにかけて、上院外交委員会のイニシアチブで戦争権限決議が制定された経緯と、その根拠となった宣戦布告の権限に込められた「憲法起草者たちの意図」を概観したうえで、「帝王的大統領制」を支持する論者たちが、一体いかなる根拠で戦争権限決議に反対したのかを見ていきたい。ここでは、大統領が議会の事前承認を伴わずに行なったとされる武力行使をリスト・アップして戦争権限決議に反対する上院議員バリー・ゴールドウォーター、彼の法律顧問であったテリー・エマーソンらの議論と、アメリカの対外的国家主権の観点から戦争権限決議に反対するユージーン・ロストウの議論を取り上げたい。両者ともに大きな理論的な問題を抱えていることを指摘したい。

第2節では、レーガン政権期に保守派法学者たちが編み出した「単一執行府論」、さらには、憲法起草者の1人であるアレクサンダー・ハミルトンの議論を援用しながらこれを対外関係の分野に適用したサイクリシュナ・プラカッシュとマイケル・ラムゼイの「執行府外務権限論」を取り上げたい。この2つの理論は、ロック、モンテスキュー、ブラックストーンらの政治・法理論における「執行権」の概念を援用しながら、議会の宣戦布告を伴わない戦争を正当化する理論的余地を生み出した。だが、独立革命によって、共和主義の洗礼を受けたアメリカ憲法起草者たちが、イギリス国王の「執行権」をそのまま受け入れたとは考えられない。そこで、

(1988).

⁶ この点について、Jack N. Rakove, "Taking the Prerogative out of the Presidency: An Originalist Perspective," *37 Presidential Studies Quarterly* 85 (2007).

⁷ フランスのフィロゾフたちの影響により、アメリカ「建国の父」たちは諸外国と軍事同盟を結ぶことについてきわめて慎重であり、通商友好条約を結んで貿易を拡大し、平和的な関係を構築して行くべきだと考えていた。Felix Gilbert, *The Beginnings of American Foreign Policy*, Harper Torchbooks, 1961.

本節では「単一執行府論」と「執行府外務権限論」の根拠を検証し、その問題点を洗い出した
い。

第3節では、戦争権限決議に最後通牒をつきつけたジョン・ユースの議論を取り上げたい。ユースは歴史学者ゴードン・ウッドの説に従い、アメリカ独立革命と連邦憲法制定の間には政治的理論的な断絶があり、マディソンら憲法起草者たちは実はイギリス君主制をモデルとする貴族主義者だったとする立場である。ここから、大統領は憲法で認められた最高司令官として、戦争を単独で開始できると説き、戦争権限決議の息の根を止めようとしたのである。だが、彼の言うとおりでとすれば、憲法起草者の1人であるハミルトンが、『ザ・フェデラリスト』第69編で「(最高司令官に関する)大統領権限は、イギリス国王の権限と名目上は同一であるが、実質においてはすこぶる劣っている」と認めていることを説明できない。こうした矛盾は、ユースの議論に根本的な欠陥があることを示唆しているのである。

このように、アーサー・シュレジンガー2世が主にトルーマンからニクソン政権に対する批判を念頭に置いて用いた「帝王的大統領制」という用語は⁸、レーガン政権以降、「遅ればせの反革命」とでも称すべき様相を呈し、それがジョージ・W・ブッシュ政権の「テロとの戦い」を経て、保守派の論客の間で現在まで受け継がれている。だが、以下で順に説明するとおり、共和主義的な憲法を構築して、「戦争という犬に鎖をかける」ことをねらいとする憲法起草者たちの意図に照らしたとき、こうした議論を簡単に受け入れることはできないのである。

第1節 憲法起草者たちの意図と戦争権限決議をめぐる論争

1. 上院外交委員会と戦争権限決議の成立

ベトナム反戦運動の高まりとジョンソン政権の退陣を受け、ウィリアム・フルブライト議員を委員長とする上院外交委員会は、議会在 1964 年にベトナムへの軍事介入を容認したトンキン湾決議の撤回を検討していたが⁹、その矢先の 1970 年 1 月、ニクソン大統領は議会に全く相談することなく、これまで中立を保ってきたカンボジアへの軍事侵攻を決行した。これを受け、議会はトンキン湾決議の撤回に踏み切ったが、国務省の法律顧問や一部の学者が大統領は決議がなくても戦争を続行できると反論したこと¹⁰、ベトナム戦争関連の裁判で裁判所が「政治問題原則」を援用して憲法判断を回避し続けたこと¹¹、その際、議会在戦費を抛出し続けている

⁸ Arthur Schlesinger Jr., *The Imperial Presidency*. Houghton Mifflin, 1993.

⁹ フルブライト上院議員本人の戦争権限についての考え方は次の論文で知ることができる。William J. Fulbright, "Congress, the President and the War Power," 25 *Arkansas Law Review* 71 (1971).

¹⁰ William H. Rehnquist, "The Constitutional Issues- Administration Position," 45 *New York University Law Review* 628 (1970). John Norton Moore, "The Legality of the Decision to Intercede in Cambodia," 65 *American Journal of International Law* 38 (1971). こうした見解を批判しているのは、Francis D. Wormuth, "The Nixon Theory of the War Power: A Critique," 60 *California Law Review* 623 (1972).

¹¹ Gerhard Caper, "Constitutional Constraints on the Conduct of Foreign and Defense Policy: A Non-Judicial

ことが、大統領のベトナム戦争を事実上支持しているものと解釈されたことから¹²、大統領の戦争権限を包括的に規制する「戦争権限決議」の制定を真剣に検討しはじめたのである。

この法案については、第91回から第93回会議にかけて、議会上院外交委員会を中心として徹底した討議が行なわれたが¹³、ホワイトハウスと保守派議員の反対で法案の成立は難航し、1973年1月にパリ和平協定が結ばれてベトナム戦争が一応の終結を見た時点でも、法案はまだ成立していないという有様であった。だが、ニクソン大統領が北ベトナムにパリ和平協定を遵守させるという名目でカンボジアを空爆するとともに、ウォーターゲート事件によって大統領を弾劾する気運が高まると、議会はようやく重い腰を上げ、1973年5月、大統領の拒否権発動を乗り越える絶対多数で、戦争権限決議(War Powers Resolution)を成立させたのである¹⁴。

その際、上院外交委員会が憲法上の根拠としたのは、議会に与えられた宣戦布告の権限であった。議会が宣戦布告の権限を持つということは、大統領が軍隊を派遣するに際して、議会がその是非を判断し、大統領がその判断に従う必要があることを意味しているように読めたからである。だが、憲法起草者の1人であったハミルトンは、その当時すでに宣戦布告が時代遅れになっており、ほとんど利用されなくなっていたことを指摘していた¹⁵。では、一体なぜ憲法起草者たちは、この規定を設けたのだろうか。彼らは本当に議会に戦争の是非を判断する権限を与えるつもりだったのだろうか。それとも宣戦布告は単なる形式であって、実質的な決定とは何も関係ないと考えていたのだろうか。

この点について明らかにするためには、憲法のテキストや判例のみならず、1787年に各邦の代表者が集まって新憲法の草案を作成したフィラデルフィア会議での議論、そこで作成された草案をもとに各邦で開催された批准会議での議論、マディソン、ハミルトン、ジェイら憲法推進派の「フェデラリスト」たちが、ニューヨーク邦の市民に新憲法の利点を説いた『ザ・フェデラリスト』などで展開された議論を検証することが欠かせない。

そこで上院外交委員会は、ラオウル・バーガーやアレクサンダー・ビッケルなどの学者を招きながら¹⁶、この点に関する徹底的な検証を行なったのだが、そこで彼らが注目したのは、次の3点であった。まず第1に注目したのは、1787年に開催されたフィラデルフィア会議の冒頭で、ヴァージニア邦のランドルフ知事が提出したヴァージニア・プランについて、6月1日に行なわれた議論である。ランドルフはこの提案で、連邦議会の前身である連合会議に付与されていた執行権をすべて新しく設立される執行府に与えることを提案したが、サウス・カロライナ邦

Model,” 43 *The University of Chicago Law Review* 463 (1976).

¹² こうした見解は後に法学者のジョン・ハート・イリイによっても支持されることになった。John Hart Ely, *War and Responsibility: Constitutional Lessons of Vietnam and its Aftermath*, Princeton University Press, 1993.

¹³ 第91議会について、Abner J. Mikva and Joseph R. Lundy, “The 91st Congress and the Constitution,” 38 *The University of Chicago Law Review* 484 (1971).

¹⁴ ニクソン政権下における戦争権限決議の成立経緯について、James Sundquist, *The Decline and Resurgence of Congress*, Brookings Institution, 1982, pp. 239-259.

¹⁵ A・ハミルトン、J・ジェイ、J・マディソン『ザ・フェデラリスト』(斎藤眞、武則忠見訳)、福村出版、1991年、第25編。以下、『ザ・フェデラリスト』

¹⁶ Alexander M. Bickel, “Congress, The President and the Power to Wage War,” 48 *Chicago Kent Law Review* 131 (1971). Raoul Berger, “War-Making by the President,” 121 *University of Pennsylvania Law Review* 29 (1972).

のチャールズ・ピンクニーは、連合会議の執行権には、戦争や和平に関連する権限まで含まれているので、これらをすべて新たに設立される執行府に与えてしまうと「最悪の君主制」を招くことになるだろうと警告した。また、同じくサウル・カロライナ邦のラトレッジは、執行府の長は1人にすべきだが、彼に戦争や和平の権限を与えるべきではないと論じたのである。

さらに、「憲法の父」と言われたマディソンに次いで重要な人物であったペンシルバニア邦のジェームズ・ウィルソンは、アメリカ大統領の執行権を定義するに際して、「イギリスの君主制は適切な案内役にならない」こと、「イギリス国王の大権の中には、立法的な性質のものが含まれており、そこに戦争や和平の権限が含まれる」と論じ、これについてマディソンが賛意を表明したことが記録されている¹⁷。こうした発言を受け、作業部会は議会に「戦争を行なう (make war)」権限を配置し、その後はこれを叩き台として議論が行なわれることになったのである。

上院外交委員会の委員たちが第2に注目したのは、この草案を叩き台として8月17日に行なわれた議論である。ここでピアース・バトラーは、大統領だけに戦争権限を与えても、彼は国民が望まない戦争をしないから危険はないだろうと発言したのだが、こうしたバトラーの発言に対して、エルブレッジ・ゲリーは、「共和国において、執行府だけに戦争権限を与える提案を聞くとは思わなかった」と批判したのである。バトラーの発言が異例で孤立したものであったことは、彼と同趣旨の発言がその後一切聞かれなかったこと、バトラー自身が後に自らの見解を変えたことから伺える。

また、同日に行なわれた議論で、マディソンとゲリーは、大統領が「突然の攻撃」に対して単独で反撃する権限を有することを明らかにするため、議会は「戦争を行なう (make war)」という文言を、「戦争を宣言する (declare war)」という文言に修正する提案を行なったが、コネチカット邦のロジャー・シャーマンはこの修正動議に反対し、「執行府が戦争を開始できるようにするべきではない」、「宣言だと議会の権限が小さくなりすぎる」として反発、同じく反対の意見を表明したヴァージニア邦のジョージ・メイソンは、「執行府は信用できないので、戦争権限を与えるべきではない」、彼は戦争を「促進」するのではなく、「滞らせる」ことに賛成だと発言した。このように、マディソン＝ゲリーの修正動議については議論が分かれたが、ルフス・キングが、戦争を行なう (make war) という表現だと、議会が戦争を開始するだけでなく、戦争を遂行する (conduct war) 権限まで含むと誤解されやすいという指摘を行なった結果、修正は受け入れられ、最終的に「戦争を宣言する」という表現に落ち着いたのである¹⁸。

上院外交委員会の委員たちが第3に注目したのは、フィラデルフィアの憲法会議で作成された草案をもとに、各邦で開催された憲法批准会議である。とりわけ、ジェームズ・ウィルソンが、ペンシルバニア邦の批准会議で行なった次のような発言は、決定的であると見なされた。

このシステムは私たちを戦争に急き立てるものではありません。むしろ、そんなこと

¹⁷ Jonathan Elliot ed., *Debates on the Adoption of the Federal Constitution*, Vol. V, Burt Franklin, 1888, pp. 140-141. 以下、*Elliot V.*

をさせないためのものです。(戦争という)苦難に私たちを巻き込む権限を持つのは、たった1人の人間や、一握りの集団ではありません。というのも、宣戦布告という重要な権限は、議会全体に与えられているからです¹⁹。

ここまでの議論で、フィラデルフィア会議に集った憲法起草者たちが、宣戦布告を単なる儀式とは考えていなかったこと、議会に宣戦布告の権限を与えることによって、議会に戦争の是非を判断する権限を与えるつもりであったことは明らかであるように見受けられる。上院外交委員会は憲法起草者たちの意図をおよそ以上のように理解したうえで、議会に宣戦布告の権限を与えた憲法第1条第8節第11項、さらには、政府の権限を行使するために「必要かつ適切な一切の法律を制定する」権限を議会に与えた憲法第1条第8節第18項を根拠として、戦争権限決議を起草、成立させたのである。

当初、アメリカ憲法史上画期的と評されたこの決議は、「憲法起草者たちの意図を実現すること」を目的として掲げ(第2節(a))、大統領が最高司令官としての権限を行使して軍を利用できるのは、(議会による)宣戦布告がある場合、制定法による承認がある場合、アメリカの領土、財産、軍への攻撃によって生み出された緊急事態の場合に限られるとした(第2節(c))。しかも、こうした憲法的なチェックを確実なものとするため、大統領は軍を利用する際に議会と相談すること(第3節)、議会の宣戦布告がないまま軍を派遣した場合は、48時間以内に下院議長と上院の大統領代行に報告書を提出することが義務づけられたのである(第4節(a))。

さらに、報告書を受け取った議会は、宣戦布告を出すか、法を新たに制定してそれを承認するかどうかを決めなければならず、議会がいずれの行動も起こさない場合、大統領は60日以内(あるいは、大統領が軍の安全のために必要と見なす場合は90日以内)に軍の利用を終了する義務を負うとされた(第5節(b))。ただし、議会は第5節(b)の手続きに縛られる訳ではなく、必要ならいつでも両院合同決議(*concurrent resolution*)を出して、軍の撤退を命じることができる(第5節(c))、議会の立法権で「帝王的大統領」を縛りつけたのである。

2. 「宣戦布告を伴わない戦争」と「平時における武力行使」

さて、この戦争権限決議は、ニクソン大統領をはじめとして、国務省長官ウィリアム・ロジャーズ、タカ派の上院議員のバリー・ゴールドウォーター、彼の法律顧問であったテリー・エマーソンら「帝王的大統領制」を支持する論者らによる厳しい批判にさらされたが、彼らは一体何を根拠にこの法律を批判するのだろうか。その内容は多岐に渡るが、その大まかな輪郭は、ニクソン大統領本人が回想録の中で表明した次のような見解によって知ることができる。

¹⁸ *Elliot V*, pp.438-439.

¹⁹ *Jothan Elliot ed., Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Convention*

ベトナム戦争の後、議会は限定的かつ非通常型の戦争を遂行する能力を徹底的に削減する法案を通過させることによって、大統領に全面戦争か全面敗北かの二者択一を迫ろうとしたのである。戦争権限法は、大統領が危機の際に迅速かつ秘密裡に行動することを不可能にし、議会に、ただ何もしないで一大統領の行動に賛成、反対のいずれの決議案も出さないで一軍隊を撤兵させることを可能にするものである²⁰。

現代世界における事件のスピードと性質は、大統領が状況に応じて、持てる軍事力と知力の全てを使って迅速に行使する能力を持つことを、これまでよりさらに重要にしている。大統領は、議会の 535 名の議員がこうした迅速で困難な決定を彼のために下すのに、付き合っではいられないのだ²¹。

ここでニクソンは、大統領に「限定的かつ非通常型の戦争を遂行する能力」があることを前提にして、「迅速かつ秘密裡」に行動することの必要性を訴えているが、憲法上、議会の宣戦布告を伴わずに、そのような戦争を遂行することは許されるのだろうか。

タカ派のバリー・ゴールドウォーター上院議員は、「アメリカは建国以来少なくとも 197 回武力を行使してきたが、宣戦布告をしたのはたったの 5 回であり、議会が宣戦布告やその他の方法で事前に承認を与えず、執行府だけのイニシアチブで行なってきた武力行使が 111 回もある」という理由で、議会は宣戦布告の権限を根拠として大統領を縛りつけるべきではないと論じた²²。ゴールドウォーターの法律顧問であったテリー・エマーソンも同様に、「これまでの歴史を見ると、アメリカ人の生命、財産、海外における重要な利益への脅威が生じた場合、大統領が自衛のために、議会による宣戦布告やその他の政策的な制限を伴わずに、武力の行使や武力行使の威嚇を行なってきた事例に事欠かない²³」と指摘している。

また、こうした「帝王的大統領制」の論者たちは、議会の承認を伴わない武力行使を正当化するに際して、政府の慣行だけでなく、大統領の最高司令官としての権限に訴えることも忘れなかった。例えば、ゴールドウォーターは「統治に関するあらゆる業務の中で、戦争指揮こそは、一人の人物による権力行使をとくに最大限要求する性質のものである²⁴」と指摘したハミルトンの言葉を援用して、経営的合理性の観点から最高司令官をトップとする指揮命令系統の長所を説くとともに、憲法起草者たちが最高司令官としての権限を大統領に与えたのは、「政治的結果のことだけを気にかけている議会よりも、その時々政治に煩わされることのない大統

Vol. II, Burt Franklin, 1888 p. 528. 以下、*Elliot II*.

²⁰ Richard Nixon, *No More Vietnams*, Simon & Shuster, 2013. [リチャード・ニクソン『ノーモア・ヴェトナム』(宮崎緑・成人共訳)、講談社、1986年、319頁]

²¹ 前掲書、321頁。

²² Barry M. Goldwater, "The President's Ability to Protect America's Freedoms- The Warmaking Power," *Law and Social Order* 423 (1971), pp. 425-427.

²³ Terry J. Emerson, "The War Powers Resolution Tested: The President's Independent Defense Power," 51 *Notre Dame Law Review* 187 (1975), p.195.

²⁴ 『ザ・フェデラリスト』、第34編、361頁。

領の方が、戦争をより賢明に指揮できると考えたから²⁵」だとしたうえで、議会が大統領の最高司令官としての権限に干渉すべきではないと主張したのである。

さて、アメリカは議会の承認を得ないまま、これまで100回以上も武力行使をしてきたとするゴールドウォーター＝エマーソンの主張は、憲法学者、政治学者、歴史学者を巻き込んだ大論争を引き起こし、現在ではその大部分が、戦争に至らない単なる武力行使の威嚇、大統領、海軍省・戦争省長官の関知しないところで現場の指揮官が行なった武力行使、あるいは、海賊や盗賊との争いなどの小規模なものだったことが判明している²⁶。この点については今でも論争があるが、本論ではこうした論争には立ち入らず、ゴールドウォーター＝エマーソンの拠って立つ憲法観それ自体に大きな問題があることを示したい。

まず最初に確認しておきたいのは、議会が戦争権限決議を成立させた目的は、大統領が戦争を始める際、議会による承認は必要ないとする見解が公式に主張されはじめた朝鮮戦争以降の政府の慣行が、ベトナム戦争という災厄を招いたことから、それを反省して見直すためであり、単にこれまでの慣行を追認しようとするものではないということである²⁷。それにも関わらず、ゴールドウォーター＝エマーソンらは、「議会の承認を伴わない武力行使」のリストを提出して、それが政府の慣行だという理由で遵守すべきだとしているが、政府の慣行に正当性が認められるためには、最低でも(a)慣行が体系的であること、(b)議会がその慣行をそれと知って受け入れていること、(c)その慣行が明白な憲法の規定に反していないことが必要とされるであろう²⁸。

仮にゴールドウォーター＝エマーソンが主張するように、この慣行が体系的であって(a)の要件を満たすとしても、議会自体が戦争権限決議を出している訳であるから、(b)の要件は満たされないし、(c)の合憲性についても大きな問題が残されている。こうしたなか、単に慣行が繰り返されているというだけでは、それを憲法規範として認めるべきだという理由にはならない。憲法学者のアレクサンダー・ビッケルが指摘したように、「単に繰り返すだけで、違法が合法になることはない²⁹」のである。

また、この「議会の承認を伴わない武力行使」のリストについて論争があることは先に述べたとおりだが、仮にここでリスト・アップされた事例がすべて事実であり、その妥当性が認められるとしても、それは「執行府こそがいちばん戦争に関心を持つ」のだとする憲法起草者たちの洞察を確証するものとなり、戦争権限決議に反対するどころか、逆にこの法律によって立法府のチェック機能を強化すべきことを示すデータとして援用できるであろう³⁰。

²⁵ Barry M. Goldwater, "The President's Constitutional Primacy in Foreign Relations and National Defense," 13 *The Virginia Journal of International Law* 463 (1973), p.465.

²⁶ Francis D. Wormuth, and Edwin B. Firmage, *To Chain the Dog of War: The War Power of Congress in History and Law*, Southern Methodist University Press, 1986, Chapter 9.

²⁷ 戦争権限決議に関する上院の報告書を参考のこと。Report of the Senate, Foreign Relations Committee on the War Powers Act, 93rd Congress, 1st Session (1973) in Thomas M. Franck and Michael J. Glennon, Sean D. Murphy and Edward T. Swaine ed., *Foreign Relations and National Security Law: Cases, Materials, and Simulations*, West Publishing, 1987, pp. 558-573.

²⁸ Jeremy, D. A. Telman, "A Truism That Isn't True? The Tenth Amendment and Executive War Power," 51 *Catholic University Law Review* 135 (2001), p.160.

²⁹ Bickel, *op.cit.*, p.140.

³⁰ この点について指摘しているのは、William Michael Treanor, "War Power Outside the Courts," in Mark

このように、「議会の承認を伴わない武力行使」のリストが歴史的な事実であるかどうかという問題と、それが憲法規範として認められるかどうかという問題は全く別問題であり、仮にリストが事実だとしても、「議会の承認を伴わない武力行使」は憲法違反だという見解を取ることは十分可能である。それにも関わらず、ゴールドウォーター＝エマーソンらはこの事実と規範の区別を認めないのである。

私たちはこうした彼らの見解の中に、政府の慣行をそのまま受け入れて憲法規範にまで高めようとする中世的な憲法観の残滓を見出すことができる訳だが、アメリカ憲法の起草者たちが、戦争に明け暮れたイギリス君主制の古い慣行を拒絶して、宣戦布告その他の戦争や和平の権限を立法府に配置したことに見られるように、憲法の意義の1つは、従来の慣行を批判的に反省し、合理的な基礎の上に政府の統治機構を打ち立てることにある³¹。ゴールドウォーター＝エマーソンの議論は、こうした啓蒙主義的な憲法観からの逸脱が見られるという点において、問題だと言わなければならないのである。

このように、「帝王的大統領制」の論者たちの議論が、政府の慣行を単にそれが慣行であるという理由だけで遵守しようとする中世的な憲法観に立つものである限りにおいて批判を免れないのだとすれば、彼らの議論に残されるのは、効率的な組織運営の観点から正当化される大統領の最高司令官としての権限だけになるだろう。だが、この点について論じる前に取り上げたいのは、単なる慣行ではなく、アメリカの対外的な国家主権に基づいて、議会の承認を伴わない武力行使を正当化する議論である。この議論は、ゴールドウォーター＝エマーソンらの議論とは異なり、慣行に合理的な基礎があるとする点でより洗練されていると言える。そこで以下では、この立場を代表するユージン・ロストウが、なぜ戦争権限決議に反対するのかを見て行きたい³²。

ロストウの出発点は、アメリカ憲法ではなく、国際法上、各国に認められている対外的国家主権である。彼によると、アメリカは独立宣言によってイギリスから独立した時点で、他の国と同等の対外的国家主権を手に入れたのであり、アメリカはこれにより、自国の安全と福祉のために必要な戦争、和平、外交に関する権限をすべて与えられた。そして、こうした国家主権の中には、宣戦布告を出して戦争状態に入り、他国に武力を行使する権限は言うまでもなく、国連憲章で認められた「内在的」自衛権の一環として、平時に武力を行使する権限も含まれる。

ロストウはこの「平時における武力行使」というカテゴリーで、キューバ・ミサイル危機の回避に役立った武力行使の威嚇や秘密の外交交渉のみならず、ベトナムへの軍事介入まで正当化しようとする。すなわち、ベトナムへの軍事介入は東南アジア条約機構(SEATO)による集団

Tushnet ed., *The Constitution in Wartime*, Duke University Press 2005. p. 156.

³¹ アメリカの憲法起草者たちは、成文憲法によって政府そのものを構築したが、これは国王の大権を制約してきた慣習を憲法と理解するイギリスの伝統からは想像すらできないことであった。この点について、Horst Dippel, "The Changing Idea of Popular Sovereignty in Early American Constitutionalism: Breaking Away from European Patterns," 16 *Journal of the Early Republic* 21 (1996).

³² ロストウの見解について、Eugene V. Rostow, "Great Cases Make Bad Law: The War Powers Act," 50 *Texas Law Review* 833 (1972), Eugene V. Rostow, "'Once More Unto the Breach:' The War Powers Resolution Revisited," 21 *Valparaiso University Law Review* 1 (1986).

的自衛権の行使の一環として正当化できるが、集団的自衛権は「平時における武力行使」として認められていることから、議会による宣戦布告は必要ないと言うのである。

こうしたロストウの議論は、ベトナム戦争に関する当時の国務省の見解をほぼそのまま踏襲するものであったが³³、憲法学者ウィリアム・アルスタインその他の指摘するとおりの³⁴、少なくともアメリカ憲法の解釈としては、SEATO などの条約だけを根拠として戦争ができるとするのは無理がある。というのも、もしそのようなことが可能になれば、条約の締結権を持つ大統領と上院が賛成するだけでいつでも戦争ができることになり、議会全体に与えられている宣戦布告の権限が骨抜きになってしまうからである。

だが、ロストウにとって、こうしたアルスタインらの批判は的外れである。というのも、ベトナムへの軍事介入は、議会が宣戦布告をして行なう憲法上の「戦争」ではなく、対外的国家主権の1つとして国際法によって認められた「平時における武力行使」であることから、議会の宣戦布告の権限どころか、憲法それ自体の権限を超越しているからである。そもそも対外的国家主権は、アメリカが独立した主権国家であることから演繹的に導き出される権限であり、憲法によって認められている宣戦布告などの権限は、その一部をカバーするにすぎない。そのため、憲法の条項では認められていないが、対外的国家主権によって認められる権限のカテゴリーが存在するのであり、「平時における武力行使」もこうしたカテゴリーに含まれる。ロストウはこうした憲法外の権限でベトナムへの軍事介入を正当化することから、アルスタインの批判が有効にならないのである。

こうしたロストウの理論からすると、彼が戦争権限決議に反対するのも当然だと言えるかもしれない。というのも、戦争権限決議は大統領による軍の利用を、宣戦布告がある場合、制定法による承認がある場合、アメリカへの攻撃によって生み出された緊急事態の場合に限定し、「平時における武力行使」のような、憲法では認められていないが、対外的国家権の一部として認められている権限を認めないからである。事実、彼はこのような法を施行すれば、「危険で不安定な世界において、国家の安全に必要とされる権限」を政府から剥奪することになり、国際法によって認められた「内在的」自衛権の行使が阻まれてしまうと警告しているのである³⁵。

では、私たちはこうしたロストウの議論を、どのように評価すべきだろうか。たしかに国連憲章はその第 51 条において、「この憲章のいかなる規定も、国連加盟国に対して武力攻撃が発生した場合には、安全保障理事会が国際の平和および安全の維持に必要な措置をとるまでの間、個別的又は集団的自衛の固有の権利を害するものではない」としているが、それと同時に第 2 条第 4 項において、「すべての加盟国は、その国際関係において、武力による威嚇又は武力の行使を、いかなる国の領土保全又は政治的独立に対するものも、また、国際連合の目的と両立しない他のいかなるものも慎まなければならない」と規定されていることからすると、彼の国

³³ 当時の国務省の見解は、Office of the Legal Adviser, Department of the State, “The Legality of United States Participation in the Defense of Vietnam,” 75 *The Yale Law Journal* 1085 (1966).

³⁴ William Van Alstyne, “Congress, the President, and the Power to Declare War: A Requiem for Vietnam,” 121 *University of Pennsylvania Law Review* 1 (1972), p.13.

際法の解釈をそのまま受け入れることはできないだろう。

宣戦布告を伴った戦争のみならず、「平時における武力行使」や武力行使の威嚇を常套的な外交政策の道具として温存しようとするロストウの議論は、国際連盟が結成される以前の世界への逆戻りを指向しているように見受けられるのであり、現行の国際法における「戦争それ自体の違法化」という大きな趨勢に照らしたとき、批判を免れないはずである。また、ロストウは対外的国家主権が国際法によって認められるとする一方で、対外的国家主権の中には国際法に違反する権利も含まれるという矛盾した主張をしているが、これは彼が国際法上の議論を行なっているかのように見せかけながら、実は「法の支配」を伴わない現実主義的な国際政治の議論を行なっているのではないかという疑いを抱かせるのに十分なのである³⁶。

だが、私たちはここでロストウの議論を批判するために、国際法の解釈にまで立ち入る必要はない。というのも、ロストウは「平時における武力行使」など、憲法の条項では認められていないが、対外的国家主権によって認められる権限のカテゴリーがあることを示すために、アメリカがイギリスから独立すると同時に、他国と同等の対外的国家主権を手に入れたことを議論の前提にしなけりなかつたが、実はこの議論は 1936 年に出されたアメリカ合衆国対カーチスライト輸出会社判決において³⁷、ジョージ・スザランド判事が傍論述べた説をその土台としており、その説が「衝撃なほどに不正確」だとされているからである。

スザランド判事は、アメリカが邦の連合(Union)としてイギリスから独立した時点で、これまでイギリス国王の特権であった対外的国家主権が主権国家としてのアメリカ連合に移管されたとする立場から、連邦政府の戦争、和平、貿易などに関する権限が、憲法制定によって初めて授権されたとする見解を否定する。つまり、対内的主権とは異なり、対外的主権はアメリカの国家としての属性に付随するものであり、憲法が制定される前からアメリカに備わっているのだから、連邦政府が対外的主権を行使する際、憲法に列挙された権限に縛られるべきではないと言うのである。

だが、アメリカが独立した当時、主権の単位が連合ではなく邦であり、連合会議の権限も邦から委譲されたものに限定されるということについては、連合規約の文言などからも明らかである³⁸。たしかに連合会議は各邦を代表して外交政策を行なっていたが、それは各邦から派遣された「大使の集まり」のようなものであって、1つの主権の単位ではなかつたのである。しかも、連邦憲法の制定を推進した「フェデラリスト」たちの主張の1つは、連合規約に列挙された外交に関する権限が不十分であるため、アメリカがイギリスなどのヨーロッパ列強に対して

³⁵ Rostow, *op.cit.* p.43.

³⁶ 戦争権限決議をめぐる論争は、結局は国際政治に対するリベラルな見方と現実主義的な見方の対立を反映しているとする見解について、“NOTE: Realism, Liberalism and the War Powers Resolution,” 102 *Harvard Law Review* 637(1989).

³⁷ *United States v. Curtiss-Wright Export Corporation et al.*, 299 U.S. 204 (1936).スザランド判事の見解がより詳しく述べられているのは、George Sutherland, *Constitutional Power and World Affairs*, Columbia University Press, 1919.

³⁸ 連合会議規約第2条 各邦は、その主権、自由、独立及び本規約の明文によって連合会議に委任されざる一切の権能及び管轄権を保有する。

貿易などで不利な立場に置かれているとするものであったが、こうした「フェデラリスト」たちの主張自体、外交の権限が憲法によって授権されるものであり、ロストウやスザランドの言うような、憲法外の権限が認められないことを示唆しているのである³⁹。

以上、議会の承認を伴わない戦争をリスト・アップして、これまでの政府の慣行を根拠として戦争権限決議に反対するゴールドウォーター＝エマーソンの議論、さらに、憲法では認められていないが、対外的国家主権によって認められるとされる「平時における武力行使」の権限を支持する立場から戦争権限決議に反対するロストウの議論を見てきた訳であるが、このいずれについても、建国期の歴史、憲法のテキスト、憲法起草者たちの意図に照らして正当化できないことが示された。だが、レーガン政権に入り、「ベトナム症候群」への批判が最高潮に達すると、保守派の法律家を中心に、こうした「帝王的大統領制」の理論的行き詰まりを一気に打開しようとする動きが現れた。そこで次に、彼らが一体どのような論法で戦争権限決議を骨抜きにして行ったのかを見て行くことにしたい。

第2節 レーガン政権期の「単一執行府論」と「執行府外務権限論」

1. 「単一執行府論」と「執行府外務権限論」

「憲法起草者たちの意図を実現すること」をねらいとする戦争権限決議に対するさらなる挑戦は、思いもかけない方向からやってきた。法案の成立からおよそ 10 年後、レーガン政権を支えた保守派の法律家たちは、「帝王的大統領」を縛りつけようとする議会の「枠組み立法」に対抗するため、司法省長官エドウィン・ミーズ 3 世を中心としてさまざまな独創的な理論を構築したが、その中心的役割を果たしたカラブレシとプラカッシュの「単一執行府論(unitary executive theory)」が、対外関係の分野にまでスピンのオフして「執行府外務権限論(executive power over foreign affairs)」を生み出し、大統領の権限を拡大解釈するための突破口を開いたのである⁴⁰。では、「執行府外務権限論」とは何であり、戦争権限決議とどのように関わるのだ

³⁹ こうした批判については、Charles A. Lofgren, “United States v. Curtiss Wright Export Corporation: A Historical Reassessment,” 83 *The Yale Law Journal* 1 (1973). Michael D. Ramsey, “The Myth of Extraconstitutional Foreign Affairs Power,” 42 *William and Mary Law Review* 379 (2000).

⁴⁰ レーガン政権の保守派法律顧問たちの主張については、Terry Eastland, *Energy in the Executive: The Case for Strong Presidency*, The Free Press, 1992. レーガン政権期に起こったイラン・コントラ事件を調査した議会報告書の少数意見で、保守派の戦争権限決議に関する見解がまとまった形で示された。Report of the Congressional Committees Investigating the Iran-Contra Affair, U.S. House of Representatives Select Committee to Investigate Covert Arms Transactions with Iran and U.S. Senate Select Committee on Secret Military Assistance to Iran and Nicaraguan Opposition, 1987. その他、レーガン政権保守派の戦争権限決議に対する見解が伺えるのは、Gordon L. Crovitz and Jeremy Rabkin eds, *The Fettered Presidency: Legal Constraints on the Executive Branch*, American Enterprise Institute, 1989. Robert H. Bork, “Erosion of the President’s Power in Foreign Affairs,” 68 *Washington University Law Quarterly* 693 (1991). さらに、「単一執行府論」がジョージ・W・ブッシュ政権の「テロとの戦い」に与えた影響について、Stephen Showronek, “The Conservative Insurgency and Presidential Power: A Developmental Perspective on the Unitary Executive,” 122 *Harvard Law Review* 2071 (2009). John P. Mackenzie, *Absolute Power: How the Unitary Executive Theory is Undermining the Constitution*, The Century Foundation Press, 2008. 「単一執行府論」は、「テロとの戦い」で問題となった「敵

ろうか。この理論を理解するためには、憲法制定直後に成立した初代ジョージ・ワシントン政権下において、大統領がイギリスとフランスとの戦争に直面して出した「中立宣言」をめぐる憲法論争を参照しなければならない。

1793年、革命によって獲得した自由をヨーロッパ全土に拡大しようとするフランス政府を相手としてイギリスが戦争を開始すると、ワシントン大統領はアメリカがこの戦争に巻き込まれて経済的に疲弊することを避けるため、「中立宣言」を出した。アメリカは1778年にフランスと友好通商条約を結んでおり、これがまだ有効であったこと、国内には国務省長官ジェファーソンをはじめとしてフランスに同情する者が多かったことから、世論は激しく対立していた。それにも関わらず、大統領は議会を召集することもなく、閣僚の同意だけを取りつけて宣言を出したことから批判が噴出し、それが憲法論争へと発展して行ったのである。

争点となったのは、議会は宣戦布告の権限を持っているのだから、戦争の是非を判断するのも議会の仕事であって、大統領1人の判断で「中立宣言」を出すことは憲法違反ではないか、そんなことをすれば議会の宣戦布告の権限は有名無実化してしまうのではないかという問いであった。これについて、ワシントン大統領を弁護する立場から「中立宣言」の合憲性を訴えた財務長官のハミルトンは、「パシフィカス」という筆名を使って、新聞紙上で次のような議論を展開したのである⁴¹。

ハミルトンはまず、どの政府機関が「中立宣言」を出す権限を持っているのかという問いについて、「正しく考える人なら、それが立法府や司法府ではなく、執行府に属することがすぐに分かるだろう」と言う。というのも、立法府や司法府は「アメリカと外国の交渉を行なう機関ではないし、条約の締結や解釈の責任も課せられていない」からである。彼はこれに続けて、大統領がこうした権限を持っていることを示す結論を憲法から自然に導き出せると言う。その根拠となる条文は、「執行権はアメリカ合衆国大統領に付与される」と規定した第2条第1節であり、大統領はこれによって一般的な執行権を付与されたのであるから、これに基づいて「中立宣言」を出すことに何も問題はないとしたのである。

では、第2条第3節以下で列举されている大統領の権限については、一体どう考えればよいのだろうか。ここには、軍司令権、意見聴取権、恩赦権（第3節第1項）、条約締結権、公務員任命権（第2項）、臨時の任命権（第3項）をはじめとして、具体的な権限が列举されているが、これは憲法起草者たちが大統領の権限を網羅的に列举して、それを限定するつもりだったことを示しているのではないだろうか。ハミルトンによると、ここに具体的な権限が列举されているからといって、大統領の執行権が限定されると考えるのは誤りである。これらの規定は、例えば条約の締結権や公務員の任命権など、大統領に与えられた執行権のうち、議会と共有するものだけを例外としてリスト・アップしたものにすぎず、執行権の一般性を損なうもの

性戦闘員」の尋問方法について、裁判所が「帝王的大統領制」を擁護する判決を出す根拠にもなった。Cass R. Sunstein, *Radicals in Robes: Why Extreme Right-Wing Courts are Wrong for America*, Basic Books, 2005.

⁴¹ Alexander Hamilton, and James Madison, *Letters of Pacifigus and Helvidius*, Scholar's Facsimiles and Reprints, 1976. 以下、LPH.

と解釈すべきではない。そもそも執行権を完全に列挙することには大変な困難が伴うので、執行権を定義する際には、自然と一般的な用語を使わざるを得なくなる。よって、第2条に見られるように、総論的な規定が先に来て、各論的な規定がその後が続く場合、各論的な規定をもって、総論的な規定の代わりに用いることはできないと指摘したのである。

ハミルトンは自らの憲法解釈が正しいことを示すため、さらに第1条第1節と第2条第1節の文言の違いに注目する。すなわち、第1条第1節では、「この憲法によって与えられる立法権は、すべて（略）議会に付与される」となっているのに対し、第2条第1節は「執行権はアメリカ合衆国に付与される」となっているだけで、「この憲法によって与えられる」という限定がっていない。これはつまり、第2条第3節以下で列挙されている権限で執行権の全てが尽くされている訳ではないこと、条約締結権や公務員任命権が執行権の例外であって、それらは厳格に（制限的に）解釈すべきことを示していると言うのである⁴²。

後にレーガン政権の法律家たちは、こうしたハミルトンの理論をより精緻化して、これを「単一執行府論」と呼んだが⁴³、プラカッシュとラムゼイは、この「単一執行府論」を用いれば、憲法に列挙された権限だけでは説明がつかないが、政府が建国以来行使してきた数多くの「外務権限」をうまく説明できることに気がついた⁴⁴。例えば、憲法に列挙されている権限だけでは、誰が外交政策を立案する権限を持つのか、それが大統領なのか議会なのかが明らかではない。また、条約を締結する権限については明らかにされているが、条約を終結させる権限についてはどこにも言及がない。また、大統領は条約だけでなく、上院の賛成を必要としない執行合意(executive agreement)と呼ばれる政府間合意も利用してきたが、これについても憲法上の定めはどこにも見当たらない。さらに言えば、大統領には外交使節を接受する権限があることが憲法上明記されているが、ワシントン大統領が出した「中立宣言」など、アメリカの外交政策の方針を海外に宣告する権限が誰にあるのかも明らかではない⁴⁵。

これまで「帝王的大統領制」の論者たちは、第1節で述べたジョージ・スザランド判事の説などを援用して、これらを実行の大統領の「内在的」権限として説明してきたが、第1節で明らかに

⁴² Hamilton and Madison, *LPH*, pp. 8-10.

⁴³ 「単一執行府論」については、Steven G. Calabresi, and Saikrishna B. Prakash, "The President's Power to Execute the Laws," 104 *The Yale Law Journal* 541 (1994). 日本で彼らの議論を紹介しているのは、大林啓吾『アメリカ憲法と執行特権』成文堂 2008年、153～158頁。「単一執行府論」は、もともとウォーターゲート事件を契機として設けられた独立検察官制度や、1960年代から急速に増えた「独立行政機関」など、大統領の指揮監督権が及ばない機関から大統領の執行権を守るために唱えられたものである。本論では取り上げることはできなかったが、戦争権限決議には「共同決議」という簡略な手続きで行政機関による「命令」や「処分」を無効にできる「立法拒否権」という仕組みと似た仕組みが含まれており（第5節(c)）、レーガン政権の「単一執行府論」を支持する法律顧問から攻撃の対象になっていた。その後、レーガン政権はチャダ判決（*INS v. Chadha*）によって、この「立法拒否権」の仕組みを違憲とする判決を勝ち取ったため、これ以降、戦争権限決議の「骨抜き」はより一層進んで行くことになる。ただし、チャダ判決が本当に戦争権限決議を違憲としたかどうかについては、現在でも論争がある。この問題について分析した論文として、例えば、「COMMENT: Congressional Control of Presidential Warmaking Power Under the War Powers Act: The Status of a Legislative Veto After Chadha," 132 *University of Pennsylvania Law Review* 1217 (1984). "Notes: The Future of the War Powers Resolution," 36 *Stanford Law Review* 1407 (1984).

⁴⁴ Saikrishna B. Prakash, and Michael D. Ramsey, "The Executive Power over Foreign Affairs," 111 *The Yale Law Journal* 231 (2001). 以下、*EPFA*. さらに、Saikrishna B. Prakash, and Michael D. Ramsey, "Foreign Affairs and the Jeffersonian Executive: A Defense," 89 *Minnesota Law Review* 1591 (2005).

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 237-240.

したように、こうした憲法外の権限があるという考え方は、建国期の歴史に照らして問題が多い。そうすると、これらを憲法内の権限として説明しなければ、重要な外務権限が憲法から取り残されてしまうことになるが、憲法起草者たちがこれほど重要な権限を取り残したとは考えられない。プラカッシュとラムゼイはこのような推論から、「単一執行府論」を対外関係の分野にまで拡大した「執行府外務権限論」を提唱したのである。

「執行府外務権限論」の綱領は、次の5つの原則にまとめられる。すなわち、(a)大統領の「執行権」には、第2条第1節で与えられた包括的な「執行権」から、第3節以下で列挙された権限を差し引いた「残余」の権限があることを認める、(b)大統領の執行権は、例えば宣戦布告の権限など、他の機関に明示的に割り当てられている権限によって制約される、(c)議会が持つ外務権限は、大統領が持つ外務権限から派生したものにすぎない、よって、例えば議会は外国と関係を取り結んだり、外交政策の方針を宣告することはできない、(d)大統領の外務権限は、伝統的な執行権に含まれない権限、例えば、歳出権には及ばない⁴⁶。

ここで私たちは、綱領の(a)からプラカッシュとラムゼイが「単一執行府論」をその土台にしていることを確認できる訳だが、本論の文脈において重要になってくるのは、これによって生み出された大統領の「残余的」執行権である。綱領の(b)や(d)からすると、大統領の外務権限の中には宣戦布告の権限は含まれず、議会の歳出権にも及ばないので、憲法的なチェックは十分であるように見受けられる。だが、実は第1節で触れたゴールドウォーター＝エマーソンや、ロストウら「帝王的大統領制」の論者たちも、宣戦布告の権限や歳出権が議会にあるということ自体は認めており、彼らが戦争権限決議を問題としたのは、それが「宣戦布告を伴わない戦争」や「平時における武力行使」など、憲法上に列挙されていない権限の行使まで制約しているからであった。そこで彼らは政府の慣行や、対外的国家主権によってこれらを正当化しようとして大きな問題に直面したのだが、「執行府外務権限論」はこれをすべて(a)の大統領の「残余的」権限で正当化する理論的可能性を示唆するのである⁴⁷。

また、大統領は(a)で条約を終結する権限、(c)で外交政策を宣告する排他的な権限を与えられる訳であるが、大統領がこの権限を用いて外国との関係を敵対的なものとするれば、議会の宣戦布告へと追い込むことすら可能になるであろう。つまり、一見すると穏健で中立的であるかのように見えるが、実は「執行府外務権限論」は大統領による軍の利用をすべて議会の承認にかからせようとした戦争権限決議の「骨抜き」をより一層加速させるものなのである。

ところで、たしかにプラカッシュとラムゼイが指摘したように、「執行府外務権限論」を用いれば、外交政策を立案する権限、条約を終結する権限、執行合意の権限、外国に対して外交政策の方針を宣告する権限など、これまで議会と大統領の間で激しく争われてきた権限を、大統領の「残余的」権限でうまく説明できるかもしれないが、これらは憲法制定以降に発生した問

⁴⁶ *Ibid.*, pp.252-255.

⁴⁷ 実際に、ロバート・シグリアノは「執行府外務権限論」の立場から、戦争権限決議を「単なる助言」にすぎないとする議論を展開している。Robert Scigliano, "The War Powers Resolution and the War Powers," in Joseph M. Bessette and Jeffrey Tulis ed., *The Presidency in the Constitutional Order*, Louisiana State

題であり、憲法起草者たちといえども万能ではないのだから、未来に発生する問題をすべて予測することはできなかつたはずである。

だとすれば、憲法起草者たちがこれらすべてを余すことなく憲法に盛り込んでいたはずだとする発想から出てきた「執行府外務権限論」は、現代の時点から 18 世紀の憲法を合理的に解釈するご都合主義にすぎないように見えるが、プラカッシュとラムゼイはそのように考えない。というのも、憲法起草者の間ではジョン・ロックの『市民政府二論』、モンテスキューの『法の精神』、ブラックストーンの『英法積義』などの著作が共通のテキストとして読まれていたが、これらの論者はすべて「執行権」の中に幅広い戦争、和平、外交の権限を含めて考えていた。したがって、憲法起草者たちが大統領制を設計した際にも、こうしたヨーロッパの「執行権」の概念を土台にしていたはずであり、そのように考えれば、「ご都合主義」だという批判は当たらないとしたのである。

実は、アメリカ大統領の権限、とりわけ戦争、和平、外交の権限について、ロック、モンテスキュー、ブラックストーンを参照すべきだとする議論は、プラカッシュとラムゼイが最初に行なった訳ではなく、大統領制研究の権威であったエドワード・コーウィンらが同じような指摘を行なっている⁴⁸。また、もう少し最近では、政治学者のハーベイ・マンズフィールドが、マキャベリ『君主論』の系譜に、ロック、モンテスキュー、そしてアメリカ憲法起草者たちの「執行権」の概念を位置付ける試みを行ない⁴⁹、「精力的な執行府」を確立しようとするレーガン政権の法律家たちに影響を与えたことが知られている。

通常、ロックはフィルマーの王権神授説を否定し、人民が社会契約によって政府を構成することを認めた論者、モンテスキューは、フランス絶対王政を批判して権力分立を説いた論者、ブラックストーンは絶対王政ではなく、「議会主権」の立場から法を実証主義的に論じたコモン・ローの法律家だと理解されている。このような理解からすると、これらの論者が、戦争、和平、外交に関する権限を「執行権」と分類したと容易に信じることはできないかもしれない。というのも、当時のヨーロッパにおいて、「執行権」とはすなわち国王の特権を意味したのであり、その国王は自らの名誉や私的な利害のために戦争を繰り返していたからである。

だが、原典をひも解いて見ると、意外なことにプラカッシュとラムゼイの指摘はほぼ正しいことが確認できる。例えば、ロックは「戦争と和平、盟約と同盟、その他すべての交渉を行なう権限」を「連合権(federative power)」と呼び、その権限は国内で法を執行する権限を持つ人物（つまり国王）と同じ人物によって行使されるべきだとしている⁵⁰。また、モンテスキューは、執行権に「万民法に属する事項の執行権および公民法に属する事項の執行権」の 2 種類あ

University Press, 1981, Chapter II. 以下、PCO.

⁴⁸ Edward S. Corwin, *The President: Office and Powers*, New York University Press, 1948, pp.6-10. コーウィンは、リベラルと保守の両方の論者によって引用されていることから分かるとおり、その立場は曖昧である。彼は先述したスザランドの説を援用して、大統領の広範な外交政策上の権限を認める一方、第 2 次世界大戦以降、大統領の最高司令官の権限が大きくなってきたことを批判している。

⁴⁹ Harvey C. Mansfield, *Taming the Prince: The Ambivalence of Modern Executive Power*, The Free Press, 1989.

⁵⁰ ジョン・ロック『統治二論』（加藤節訳）、岩波書店、2007年、第2編、第12章、309頁。

ることを認め、「(前者の)権力によって、彼は講和または戦争をし、外交使節を派遣または接受し、安全を確立し、侵略を予防する」としている⁵¹。さらにブラックストーンは、国王の特権の中に「外国に大使を送り、自国で大使を接受する権限」、「外国の君主と条約や同盟を結ぶ権限」、「戦争と和平を行なう権限」、「国民に外国に対する復讐行為を許可する権限」が含まれるとしているのである⁵²。

だが、ロック、モンテスキュー、ブラックストーンは、いずれもイギリス君主制を背景として理論を構築した論者であり、仮に彼らが外務権限を「執行権」に分類していたとしても、そこからアメリカ憲法起草者たちがそれをそのまま受け入れたという結論を導き出すことはできない。では、プラカッシュとラムゼイは、なぜイギリス君主制における「執行権」の概念が憲法起草者たちに受け入れられたと考えるのだろうか。

彼らがまず第1の根拠として挙げるのは、アメリカ憲法制定前、各邦を代表して外交政策を行っていた連合会議の実務担当者の中で、外交が「執行的性質」であることについて共通の理解があったことである。第1節でも述べたように、連合会議は各邦から派遣された代表者による「大使の集まり」のようなものであり、独立戦争の指揮、独立宣言の発布、イギリスとの和平交渉などを行なったことで知られる。だが、これらはすべて議会ないし議会の委員会が中心となって行なったものであり、連合会議には執行府そのものが存在しなかった。1781年には連合会議の下に外務省が設立されたが、その長官ですら議会の「使い走り」にすぎなかったのである。だとすれば、プラカッシュとラムゼイは、なぜ連合会議でイギリス「執行権」の概念が受け継がれたと考えるのだろうか。

彼らが注目するのは、連合会議に執行府がないため、外交や戦争の指揮が遅滞したことに対して向けられた批判や不満である。具体的に言うと、権力分立の概念を純粋な形で求めたことで知られるマサチューセッツ邦の「エセックス郡審議結果(Essex Result)」は、「連合が執行府を切り落とし、本来は執行府に与えられるべき外務権限が議会に与えられている」と批判していた。また、外務省長官であり、後に憲法制定にも加わったジョン・ジェイは、ジェファースンに向けた私信の中で、外交は「執行的な性質」であり、議会は外交を監督する能力がないと不満を漏らしていた。プラカッシュとラムゼイはこうした批判や不満の中に、イギリス君主制の「執行権」が辛くも生き長らえてきた痕跡を見出すのである⁵³。

プラカッシュとラムゼイが第2の根拠として挙げるのは、フィラデルフィアの憲法会議や、『ザ・フェデラリスト』における「執行権」の取り扱いであるが、私たちはすでに第1節で、ヴァージニア・プランに盛り込まれた執行府新設提案について議論が行なわれた際、チャールズ・ピンクニーやジョン・ラトレッジらが、執行府に戦争や和平の権限を与えることに反対し、ジェームズ・ウィルソンが「イギリスの国王大権は(アメリカの)執行権を定義するに際して、

⁵¹ モンテスキュー『法の精神(上)』(野田良之他訳)、岩波書店、1987年、第2部、第11編、第6章、211頁。以下、『法の精神(上)』

⁵² William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England (1765-1769)*, University of Chicago ed.1979, Vol. I. P.249.

適切な案内役にならぬ」と述べたことを見た。これは、憲法起草者たちがイギリス君主制の「執行権」の概念を否定した明白な証拠ではないだろうか。

プラカッシュとラムゼイの答えは「否」である。彼らは、ウィルソンらの見解は外務権限が執行的な性質であることを前提にしており、そうでなければ大統領に宣戦布告などの「執行権」を与えることに反対することさえできなかったはずだと指摘する。プラカッシュとラムゼイはまた、大統領が単独で「突然の攻撃」に反撃することを認めるために、議会の権限を「戦争を行なう(make war)」から「戦争を宣言する(declare war)」に修正することを提案したマディソン＝ゲリー修正についても取り上げ、大統領に伝統的な「執行権」が認められていることを前提にしなければ、こうした修正が受け入れられることはなかったはずだと言うのである⁵⁴。

プラカッシュとラムゼイはさらに、憲法起草者の1人であるハミルトンが『ザ・フェデラリスト』の第72編において、「実際に対外交渉を行なったりすること」は、執行的な性質のものであり、そうした交渉を行なう者は「大統領の最高監督権に服さなければならない⁵⁵」としていること、また第84編において、「外交交渉の運営は、上院との合意によるの一般原則に従い、かつ上院の最終的同意を得ることを条件に、当然のことながら大統領に委任されることになる⁵⁶」と述べていることに注目する⁵⁷。というのも、条約交渉などを含む対外交渉はイギリス国王の「執行権」の一部であったことから、ハミルトンのこうした記述は、彼がイギリス国王の「執行権」の概念を受け入れていたことを示唆しているからである。

では、プラカッシュとラムゼイは、フィラデルフィア憲法会議でイギリス国王大権に含まれていた宣戦布告の権限が議会で割り当てられ、条約締結権が議会と大統領の間で分割されたことについてどのように考えるのだろうか。これは、憲法起草者たちがイギリス君主制の「執行権」のモデルを否定した明らかな証拠ではないだろうか。プラカッシュとラムゼイはこうした事実については率直に認め、これらの権限に関しては、憲法起草者たちが「ロックとモンテスキューの叢智を拒絶した」と嘆く⁵⁸。ただし、これは憲法起草者たちが伝統的な「執行権」の概念を完全に拒絶したことを意味しない。ハミルトンが「パシフィカス」で述べたように、彼らは伝統的な「執行権」一般を受け入れたうえで、その一部を例外的に議会で与えたにすぎないのだと指摘するのである⁵⁹。

以上、プラカッシュとラムゼイは、イギリス君主制の「執行権」の概念がアメリカで継受されていたことを示すために、連合会議、フィラデルフィアでの憲法会議、『ザ・フェデラリスト』におけるハミルトンの議論、ワシントン大統領の「中立宣言」を弁護したハミルトンの議論をその根拠として提出した訳であるが、私たちはこうした主張をどのように評価すればよいのだろうか。とりわけハミルトンの「パシフィカス」の議論は、「単一執行府論」や「執行府外務権

⁵³ Prakash and Ramsey, *EPFA*, pp. 272-278.

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 279-286.

⁵⁵ 『ザ・フェデラリスト』、第72編、351頁。

⁵⁶ 前掲書、第84編、422頁。

⁵⁷ Prakash and Ramsey, *EPFA*, pp. P.288.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 286.

限論」そのものであり、彼らの議論を強力に支えているように見受けられる。では、憲法起草者たちは、本当にロック、モンテスキュー、ブラックストーンを通じて、イギリス君主制の「執行権」の概念を受け入れたのだろうか。

2. イギリス君主制の「執行権」とアメリカ憲法起草者たち

この問いを考察するに際してまず確認しておきたいことは、憲法起草者たちは、自分たちが置かれた特異な状況に対応するため、人類史上全く見られない新しい「政治科学(political science)」の理論と実践に関わっているという自覚と自負を持っており、ロック、モンテスキュー、ブラックストーンの議論をそのまま受け入れるつもりは毛頭なかったということである⁶⁰。そもそも、イギリスは身分制を基礎とする混合政体であり、国王の「執行権」もその土台の上に成り立つものであったことを考えると、身分制のない共和主義のアメリカで、同じ「執行権」の概念を採用できたはずはなかったのである⁶¹。

事実、アメリカ独立革命の火付け役となったトマス・ペインの『コモン・センス』が、国王を「専制政治の遺物」と一蹴したうえで、「人民が任せることを恐れる権力を、また常に抑制しなければならない権力を、どうして国王が手に入れたかは大きな疑問だ。そんな権力は賢明な人民の贈り物であるはずがないし、また抑制しなければならないような権力が神から授けられるはずもない⁶²」として、国王の権威に正面から挑んだことからしても、憲法起草者たちが国王の「執行権」をそのまま受け入れたと考えることはきわめて難しいことが分かる。独立宣言の署名者で、第2代大統領を勤めたジョン・アダムズが指摘したように、アメリカ革命の本質は、「イギリス国王への忠誠心と愛情の喪失」にあったのである⁶³。また、たしかにロック、モンテスキュー、ブラックストーンは憲法制定のプロセスで何度も参照され、引用されているが、彼らはアメリカで新たに設立しようとしていた共和主義的な政府を正当化するため、部分的に引用されたにすぎなかったのであり、例えばロックの「連合権」がアメリカに受け入れられた証拠はどこにもないのである⁶⁴。

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 327-339.

⁶⁰ この点について、Jack N. Rakove, *Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, Alfred A. Knopf 1996, p.154.

⁶¹ もう少し一般的に言うと、混合政体論を基礎とするヨーロッパの権力分立と、身分制のない共和主義を基礎とするアメリカの権力分立は全くその性質が違うということである。W. B. Gwyn, *The Meaning of Separation of Powers: An Analysis of the Doctrine from its Origin to the Adoption of the United States Constitution*, Tulane Studies in Political Science Vol. IX, 1965. M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford University Press, 1967. Martin Diamond, "The Separation of Powers and the Mixed Regime," 8 *Publius* 33 (1978).

⁶² トマス・ペイン『コモン・センス』(小松春雄訳)、岩波書店、1991年、22頁。ペインはこれまで善とされていた君主制を悪に、悪とされてきた共和主義を善に変えるという根本的な価値観の転換を行なったとする説について、Jack P. Greene, "Paine, America and the 'Modernization of Political Consciousness,'" 93 *Political Science Quarterly* 73 (1978).

⁶³ Cecelia M. Kenyon, "Republicanism and Radicalism in the American Revolution: An Old-Fashioned Interpretation," 19 *The William and Mary Quarterly* 153 (1962), p.164.

⁶⁴ David Gray Adler and Larry N. George ed., *The Constitution and the Conduct of American Foreign Policy*, University of Kansas 1996, p.115.筆者の調査した範囲では、アメリカ大統領にイギリス国王と同じ「執行権」を与えるためにモンテスキューが引用されたという根拠も見当たらない。Paul Merrill Spurlin, *Montesquieu*

また、アメリカでは植民地時代の総督がイギリス国王の任命による「天下り」であったことから、執行府を「自由の天敵」、議会を「自由の友」とする見解が支配的であったため⁶⁵、各邦の憲法では立法府が優位となり、執行府の長にイギリス国王の特権を認めないと明記する邦もあった⁶⁶。さらに、連邦憲法の制定に際して各邦で開催された憲法批准会議、それに関連して交わされた議論や『ザ・フェデラリスト』においても、大統領がイギリス国王の大権を持たないことを示す発言が数多く見られた。

例えば、ハミルトンは『フェデラリスト』第 67 編で、大統領とイギリス国王は同類であるという主張を、「想像上の作り事」、「誤った根拠のない示唆」だと表現している。また、最も広範な討議が行われたヴァージニア邦において、「フェデラリスト」のエドモンド・ペンデルトンは、マディソンへの書簡で「大統領はたしかに偉大だが、それは連邦の威厳と力を示すだけで、潜在的な特権はないし、法によって定義され授権された以外の権限は持たない」、リチャード・ヘンリー・リーへの書簡の中で「大統領の権限は定義されており、潜在的な特権は残されていない」とはっきりと述べている⁶⁷。また、ジェームズ・ウィルソンは、ペンシルバニア邦の批准会議で「(大統領の) 性質には特権は 1 つも付加されておらず、彼は個人として法に服することは言うまでもなく、公職においても弾劾権によって法に服せしめられる」と述べたことで知られている⁶⁸。

さらに、もう少し一般的に言うと、「アンチ・フェデラリスト」たちは、イギリスに見られるような権利章典がアメリカ憲法にないことを批判してきたが、これに対して「フェデラリスト」たちは、イギリスの権利章典は国王大権を制約するものであるのに対し、アメリカではそもそも「人民は何ものも譲渡せず、すべてを確保している」のだから、とくに権利を留保する必要はないと論じた⁶⁹。こうした議論の背後には、イギリスでは国王が特権を保有していることを前提にして、その権限を削り取るのが権利だと考えられているのに対し、アメリカではそもそも大統領が特権を保有していないので、そこからわざわざ権利を削り取る必要がないとする考え方があった。私たちはこうした「フェデラリスト」たちの議論から、彼らがイギリス君主制の「執行権」の概念を受け入れるつもりが全くなかったことを知ることができるのである。

だが、その結果として、憲法起草者たちは困った状況に立たされることになった。というのも、イギリス君主制の「執行権」を拒絶した結果、彼らは共和主義的な政府において執行府はどのような権限を持つべきかという、これまでには考えたことすらなかった問いに直面し、執行府の長をどのように呼んでよいかすら分からなかったからである⁷⁰。彼らの間では、執行権

in America 1706-1801, Octagon Books, 1969.

⁶⁵ Corwin, *op.cit.*, pp.5-6.

⁶⁶ 例えば、ヴァージニア邦憲法では、「(知事は) いかなる口実の下にでも、英国の法律あるいは習慣の故をもって、何らかの権力または特権を行使することは許されない」と定められている。

⁶⁷ この点に関して、Curtis A. Bradley and Martin S. Flaherty, "Executive Power Essentialism and Foreign Affairs," 102 *Michigan Law Review* 545(2004), p. 611.

⁶⁸ *Elliot II*, p.480.

⁶⁹ 『ザ・フェデラリスト』、第 48 編、417 頁。

⁷⁰ 当初、執行府の長を「総督(governor)」と呼ぶ案も検討されたが、植民地時代の総督が国王の任命であったためこの名称は不採用となり、代わりに「議長」を意味する「大統領(president)」という名称が用い

に「法を執行する」権限、公務員を任命する権限が含まれることに異論はなかったが、それ以外については全く見当がつかなかった⁷¹。そのため、政府の多くの外務権限について、それが立法権と執行権のどちらに分類されるのかについて、逐条的に議論を行わなければならなかったのである。

さて、このような観点からブラカッシュとラムゼイの「執行府外務権限論」をより詳しく見て行くと、次のような問題点が浮かび上がってくるのが分かる。まず第1に問題となるのは、マディソンの『ザ・フェデラリスト』第45編における議論との整合性である。憲法制定に反対していた「アンチ・フェデラリスト」たちは以前から、新憲法を制定することによって邦が完全に全国政府に吸収されてしまい、全国政府の権限拡大に歯止めがかからなくなることを懸念していたが、マディソンはこれに応答する文脈で、「提案されている憲法によって、連邦政府に委託される権限は、数が少なく限定されている。州政府に残る権限は無数で制限がない⁷²」と述べ、「アンチ・フェデラリスト」の懸念に根拠がないことを示し、それが後に「この憲法によって合衆国に委任されず、かつ州に禁止されなかった権限は、各州それぞれに、または人民に留保される」と規定する修正第10条へと結びついて行くことになったのである。

私たちはここに、人々を最高の権威とする人民主権論と、州レベルに主権の一部を残す連邦主義を見る訳であるが、こうした理念からすると、憲法制定に反対した「アンチ・フェデラリスト」だけでなく、憲法制定を推進した「フェデラリスト」の側でも、「単一執行府論」が受け入れられていたとは到底考えられない⁷³。というのも、仮にそうだとすれば、それはアメリカの人々自身や邦議会がイギリスの国王と同じ「執行権」を自ら望んでアメリカの大統領に白紙委託したことを意味するが、独立革命によって概念的な「国王殺し」を選択したアメリカの人々が、そんなことをしたとは考えられないからである。

第2に、ブラカッシュとラムゼイは、戦争、和平、外交の権限が「執行的性質」であることについて、連合会議、フィラデルフィア憲法会議、『ザ・フェデラリスト』に一貫した証拠が見つかるとしているが、もし憲法起草者の間でこうした合意が形成されていたのであれば、なぜフィラデルフィアの憲法会議で、ジェームズ・ウィルソンが従来はイギリス国王の特権であった宣戦布告の権限を「立法的性質」のものとし、ハミルトンが『ザ・フェデラリスト』第75編で、条約締結権について、「執行的性質よりも立法的性質をより多く持っている⁷⁴」と表現したのか、全く説明がつかなくなってしまう。この点についてブラカッシュとラムゼイは、憲法起草者たちはイギリス君主制の「執行権」の概念をいったん受け入れたうえで、その一部を例外的に議会や上院に配置したのだと反論するが、彼らの説では、なぜこうした例外が設けられ

られることになった。この点について、Forrest McDonald, *The American Presidency: An Intellectual History*, University of Kansas, 1994, p.157.

⁷¹ アメリカ憲法起草者たちが、きわめて曖昧な「執行権」の概念しか持っていなかったという指摘は、Marin Flaherty, "The Most Dangerous Branch," 105 *The Yale Law Journal* 1725 (1996).

⁷² 『ザ・フェデラリスト』、第45編、227頁。

⁷³ 同じ点を指摘しているのは、Telman, *op.cit.*

⁷⁴ 『ザ・フェデラリスト』、第75編、364頁。

たのかをうまく説明できないのである⁷⁵。

こうした解釈上の不自然さを克服するためには、やはり憲法起草者たちが、共和主義的な政府にふさわしい新たな執行権の概念を模索していたと考えるしかない。すなわち、アメリカ独立革命によって、「執行権」に分類されることが明らかだったはずの宣戦布告の権限や条約締結権の位置づけに混乱が生じたため、全く新しい共和主義を言わば「作業仮説」として、改めてこれらの権限を吟味して分類し直す必要に迫られた。ウィルソンやハミルトンらが宣戦布告の権限や条約締結権の分類そのものを主題化したのも、こうした見直し作業の一環であったと考えることができるのである。

プラカッシュとラムゼイの議論に見られる第3の問題は、ハミルトンが「パシフィカス」という筆名で「中立宣言」の合憲性を訴えて行なった議論に対し、マディソンが国务長官ジェファーソンの依頼を受けて「ヘルビディウス」という筆名で行なった反論に正当な評価を与えていない点である。この時期、ジェファーソンやマディソンは、ワシントン大統領とハミルトン財務長官が執行府の権限を増大させていることに警戒感を強めており⁷⁶、「中立宣言」もそのような文脈で捉えていた。そこで彼らはハミルトンに反対する論陣を張ったのだが、以下で見るように、これが「執行府外務権限論」に対する最大の反証になっているのである。

先述したように、ハミルトンは外務権限を大統領の一般的な「執行権」で正当化したうえで、議会に与えられた宣戦布告や条約締結権はその「執行権」の例外にすぎず、制限的に解釈すべきであるから、議会には中立宣言を出す権限はないと論じた。これに対してマディソンは、議会に与えられた宣戦布告の権限や条約締結権は立法的な性質のものであり、その中には戦争の是非を判断する権限も含まれているのだから、大統領が議会に相談もなく一方的にフランスとの条約を解釈して、中立を宣言することは違憲だと反論したのである⁷⁷。マディソンはこれに続けて、宣戦布告や条約締結権がもともと執行的な性質のものであるとする解釈は憲法制定時には受け入れられていなかったうえに、ハミルトン自身もこれらが立法的な性質であることを認めていたと指摘する⁷⁸。では、ハミルトンは一体何を根拠として、それとは相反することを言いはじめたのだろうか。

マディソンはこの問いについて、ハミルトンがロックやモンテスキューの理論に惑わされているのではないかという疑いを投げかけた。というのも、先述したように、イギリスの君主制を背景にして理論を形成したこれらの理論家たちは、外務権限を「執行権」の中に入れて考えているからである。だが、同じくマディソンによれば、アメリカが独立する前に理論形成を行なったロックやモンテスキューは、アメリカで行なわれた共和主義の実験と、そこから得られ

⁷⁵ 事実、プラカッシュとラムゼイは、連合会議においてイギリス君主制の「執行権」の概念が継受された根拠として外務省長官のジェイの発言を取り上げているが、そのジェイですら新憲法で議会に外交上の権限が与えられたことに賛意を表明しているのである。この点について、Leonard Levy, *Original Intent and the Framers's Constitution*, Macmillan Publishing Company, 1988, p. 46.

⁷⁶ この点に関し、Lance Banning, "Republican Ideology and the Triumph of the Constitution, 1789 to 1793,"

31 *The William and Mary Quarterly* 167 (1974).

⁷⁷ Hamilton and Madison, *LPH*, pp. 57-58.

⁷⁸ *Ibid.*, pp. 63-64.

た貴重な経験を反映していない。また、彼らの議論はイギリス政府への忠誠心によって歪められており、それは「偶像崇拜」にすら近いものであった⁷⁹。マディソンはこのように論じて、ハミルトンの一見穏健に見える議論が、実はイギリス君主制をアメリカに復活させようとするものであって、「憲法の友」には受け入れられないことを示したのである⁸⁰。

以上、憲法起草者たちは共和主義的な政府にふさわしい新たな執行権の概念を模索していたとする立場から、ブラカッシュとラムゼイの「執行府外務権限論」とその土台になっている「単一執行府論」に潜む問題点を明らかにしてきた。マディソンの言うとおりに、こうした議論が「憲法の友」にとって受け入れ難いのであれば、「執行府外務権限論」の理論的正当性は失われ、大統領の「残余的」執行権によって「宣戦布告を伴わない戦争」や「平時における武力行使」を正当化し、戦争権限決議を「骨抜き」にしようとする試みも許されないことになる。

だが、私たちはここで議論を終えることはできない。というのも、大統領の「残余的」執行権に頼らなくても、大統領の最高司令官としての権限を根拠とすれば、戦争権限決議を「骨抜き」にするのみならず、それを完全に葬り去ることができることを主張する論者が現れたからである。その人物こそ、司法省法務局の法律顧問として、ジョージ・W・ブッシュ政権の「テロとの戦い」を支え、「帝王的大統領制」を復活させた法学者のジョン・ユーに他ならない。では、ユーは一体何を根拠としてこのような主張を行なうのだろうか。あるいは、彼は「戦争という犬に鎖をかけ」ようとする憲法起草者たちの意図をどのように解釈しているのだろうか。以下ではこれらの点について見て行くことにしたい。

第3節 「精力的な執行府」と大統領の最高司令官権限

1. 「戦争を開始する」権限と「戦争を宣言する」権限

1973年に上院外交委員会が戦争権限決議を成立させたとき、根拠としたのは憲法第1条第8節で議会に与えられた宣戦布告の権限であった。第1節でも見たように、宣戦布告の習慣はすでに18世紀の時点で時代遅れになっていたと考えられるが、フィラデルフィア憲法会議や各邦で開催された批准会議のやり取りを検証すると、憲法起草者たちがこの権限に新たな意味を与え、これを議会に配置することで、「国民を戦争へと急き立てない仕組み」を作ろうとしたことが明らかであるように見受けられたのである。

戦争権限決議に反対していた「帝王的大統領制」の論者たちも、議会に宣戦布告の権限があること自体は否定せず、「宣戦布告を伴わない戦争」や「平時の武力行使」といった、宣戦布告の射程外に位置すると見られるカテゴリーの存在を強調してきた。彼らにとって議会の宣戦布

⁷⁹ *Ibid.*, pp.56-57.

⁸⁰ *Ibid.*, p.62.

告の権限は、マディソンの言う「紙の上にかかれた障壁」のようなものであり、その壁を乗り越えられなかったからこそ、政府の慣行、対外的国家主権、さらには大統領の「残余的」執行権などのさまざまな理論を使って、その抜け道を探すことを強いられたのである。

だが、法学者のジョン・ユーは、こうした迂回戦略を取る必要があるとは考えない。というのも、戦争権限決議をめぐるこれまでの論争は、それに賛成する「議会主義者」のみならず、反対する「大統領主義者」までもが、誤った前提で議論を進めていたからであり、この前提に立ち帰ることによって、戦争権限決議を言わば正面から突破できると考えるからである⁸¹。彼によると、憲法起草者たちは、大統領が行なう戦争を事前にチェックするために議会に宣戦布告の権限を与えたのではなかった。というのも、宣戦布告は、主権国家が交戦状態にあることを法的に確認するための形式的な手続きにすぎなかったからである。

ユーによると、当時の国際法の権威であったグロティウス、プーフェンドルフ、ヴァッテル、ビュラマキなどは、宣戦布告の役割を、主権国家が行なう戦争行為を海賊行為や略奪などから区別し、それに国際法上の保護を与えることに見出していたが、すでに 17 世紀頃までには戦争を開始する前に宣戦布告を出すという習慣は形骸化していた⁸²。その証左となるのが、イギリスの経験であり、イギリスが 17 世紀から 18 世紀にかけて 8 回行なった戦争のうち、事前に宣戦布告を出したのは 1 回だけであった。ユーはこうした一連の事実から、アメリカの憲法起草者たちにとっても、宣戦布告の役割は、事前に戦争に許可を与えたり、戦争の開始を宣言することにはなかったとする結論を導き出したのである⁸³。

では、憲法起草者たちは本当に宣戦布告の権限を、法的な手続きにすぎないと考えていたのだろうか。実は、1970 年代に戦争権限決議が議論された際にも、憲法起草者たちが宣戦布告にどのような意味を込めていたかという問いは議論的になった。その中心となった歴史学者のチャールズ・ロフグレンは、18 世紀の時点でヨーロッパでは宣戦布告があまり利用されなくなっていた事実を認めるとともに、宣戦布告が単なる儀式だったのではないかという疑問にも十分に理由があると考えていた。だが、当時ロフグレンらは、宣戦布告を単なる儀式と解釈すると、憲法の中に戦争を始める権限がどこにも見当たらなくなってしまうので、こうした解釈は誤りだと考えた。当時の歴史状況から判断すると、アメリカがヨーロッパ大国との戦争に巻き込まれたいくはないのは明らかであったが、戦争を完全に否定できるとは考えていなかったこともまた確実だったからである。そこでロフグレンは、18 世紀の用法には反するが、憲法起草者たちは宣戦布告の権限を「戦争を開始する権限」として新たに定義し直し、それを議会に与えた

⁸¹ ジョン・ユーがジョン・ハート・イリイら戦争権限決議を支持する論者を批判しているのは、John C. Yoo, "War, Responsibility, and the Age of Terrorism," 57 *Stanford Law Review* 793 (2004).

⁸² 18 世紀当時のヨーロッパにおける宣戦布告の慣習を詳しく分析したものとして、Michael D. Ramsey, "Textualism and War Powers," 69 *University of Chicago Law Review* 1543 (2002).

⁸³ John C. Yoo, "The Continuation of Politics by Other Means: The Original Understanding of War Powers," 84 *California Law Review* 167 (1996). 以下、CPOM. John C. Yoo, "War and the Constitutional Text," 69 *Chicago Law Review* 1639 (2002). 以下、WCT. ユーの見解は、次の著書でまとまった形で知ることができる。John C. Yoo, *The Powers of War and Peace: The Constitution and Foreign Affairs After 9/11*, The University of Chicago Press, 2005. ユーに近い立場の論者は、Philip Bobbitt, "War Powers: An Essay on John Hart Ely's War and Responsibility," 92 *Michigan Law Review* 1364 (1994).

のではないかと推測したのである⁸⁴。

これに対し、ジョン・ユーはロフグレンらが不必要な想定をしていると批判する。ユーによると、18世紀のイギリスにおいて宣戦布告の役割が単に交戦状態を法的に確認することにすぎなかったという事実の裏返しは、国王が戦争を開始する権限を持っていたということに他ならない。アメリカ憲法起草者たちも、大統領を全軍の最高司令官に任命した際、イギリス君主制をモデルにして、彼に単独で戦争を開始する権限を与えた—このように解釈すれば、わざわざ18世紀の用法に反して、宣戦布告の権限を「戦争を開始する権限」と読み直す必要もないと言うのである⁸⁵。

ユーはさらに、この解釈が憲法のテキストからも導き出せると言う。というのも、憲法はその第1条第10節で、各州が連邦議会の同意を得ずに「戦争行為をすること(engage in war)」を禁じているが、もし憲法起草者たちが議会に戦争を開始する権限を与えるつもりなら、「戦争を宣言する(declare war)」という文言ではなく、これと同じ「戦争行為をすること(engage in war)」という文言を使ったはずである。これは彼らが、「戦争を宣言する」と、「戦争行為をすること」を区別して考え、議会に前者の権限だけを与えるつもりであったことを示唆している。ユーはこのように論じることで、宣戦布告の権限が戦争を開始する権限を意味しないことは明らかだとしたのである⁸⁶。

こうしたユーの議論が戦争権限決議を「骨抜き」にするどころか、それを完全に葬り去ろうとするものであることは一目瞭然である。というのも、仮にユーの指摘するとおりであれば、大統領は「宣戦布告を伴わない戦争」や「平時における武力行使」のみならず、全てのカテゴリーの戦争を単独で開始することができるようになる。しかも、その際、政府の慣行、対外的国家主権、さらには「残余的」執行権に訴えなくても、最高司令官としての権限だけを根拠とすれば、それで事足りるからである。

では、ユーは一体何を根拠として、アメリカ憲法の起草者たちが、イギリス君主制をモデルにして大統領に戦争を開始する権限を与えたと言い張るのだろうか。たしかにユーの指摘するとおり、18世紀には戦争、和平、外交の権限は「執行権」と理解されており、イギリス国王は議会の事前の承認がなくても戦争を開始する権限を持っていた。だが、イギリス国王が戦争を開始する権限を持っていたからといって、そこからアメリカの憲法起草者たちがそれを模範としてそのまま受け入れたという結論を導き出すことはできない。すでに第2節で述べたとおり、アメリカ独立革命はイギリス国王の「執行権」やその土台となっている混合政体論そのものを拒絶するものであったし、第1節で見たとおり、憲法起草者たちは、大統領の執行権を定義するに際して、「イギリス君主制は適切な案内役にならない」と明確に述べている。こうした一連の事実は、アメリカの憲法起草者たちが、イギリス国王の「執行権」の概念を明確に否定した

⁸⁴ Charles A. Lofgren, “War-Making Under the Constitution: The Original Understanding,” 81 *The Yale Law Journal* 672 (1972).

⁸⁵ Yoo, *CPOM*, pp. 252-253.

⁸⁶ *CPOM*, pp. 252-256. *WCT*, pp. 1649-1651.

証拠ではないだろうか。

ユーはこうした見解が誤りであることを示すために、プラカッシュとラムゼイの「執行府外務権限論」とよく似た議論を行なう。すなわち、戦争、和平、外交の権限が「執行権」に分類されることは、ロック、モンテスキュー、ブラックストーンらの議論で明示されており、アメリカの憲法起草者たちがこうした「執行権」の概念を受け入れていた証拠が、連合会議、フィラデルフィアでの憲法会議、その後に各邦で開催された批准会議に一貫して見出すことができると主張するのである。私たちはすでに第2節で、「執行府外務権限論」の問題点を指摘した訳であるから、もしユーの議論がプラカッシュとラムゼイの議論と同じなのであれば、彼の議論をここで改めて取り上げて検証する必要もないであろう。だが、ユーはイギリス君主制の「執行権」の概念がアメリカで継受されていることを示す別の根拠を提出し、そこから大統領は最高司令官としての権限だけで戦争を開始できるのだとする新たな主張を導き出したのである。

では、ユーが提出した別の根拠とは一体何だろうか。彼の議論の輪郭を理解するうえで欠かせないのは、1776年のアメリカ独立宣言と1787年の連邦憲法制定の間に政治理論的な断絶があったとする歴史学者ゴードン・ウッドの説である⁸⁷。従来、アメリカでは王族や貴族がいなかったことから、フランス革命後に見られたような反動はなかったとするのが通説であったが⁸⁸、ウッドはこれに異議を唱え、憲法制定を推進した「フェデラリスト」たちは実はイギリス君主制を模範と仰ぐ貴族主義者だったと示唆して、大きな反響を呼んだのである。ウッドはアメリカ独立革命によって、君主制を否定する共和主義が勝利を収めたこと自体は否定しない。だが、ペンシルバニア邦、ヴァージニア邦など、その直後に制定された「第1波」の邦憲法では、「自由の友」と見なされた立法府に権限が集中し、それが今度はジェファーソンが「ヴァージニア覚書⁸⁹」で言う「立法府の独裁」を招くのではないかという危惧を生み出すことになった。

こうした立法府を優位とする邦政府が、独立戦争後の社会的な混乱にうまく対処できないことを見た貴族主義者たちは、モンテスキューの言う「権力分立」論を援用しながら、議会から執行府を独立させて「精力的な執行府」を確立することを主張、ニューヨーク邦、マサチューセッツ邦、ニューハンプシャイア邦など、遅れて制定された「第2波」といわれる邦憲法で、執行評議会を廃止して執行府の長を「単一制」にする、知事に独立の選挙基盤を与える、知事の再選を可能にする、知事に制限付き拒否権を与えるなどの改革を行ない、執行府を立法府からある程度独立させることに成功した。ウッドはこうした「第2波」の邦憲法で勝利を収めた貴族主義者たちが、「シェイズの反乱」などに代表される国内秩序の混乱に危機感を抱き、強力な全国政府の確立を推進する「フェデラリスト」になったと示唆するのである⁹⁰。

⁸⁷ Gordon Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, University of North Carolina Press, 1998.

⁸⁸ P. R. Palmer, *The Age of Democratic Revolution: A Political History of Europe and America 1760-1800*, Princeton University Press, 1959.

⁸⁹ ジェファーソン「ヴァージニア覚書」、『世界の名著 33』（松本重治編集）、1970年、中央公論社、238～268頁。

⁹⁰ Wood, *op.cit.*, pp. 430-453. 同じような指摘は、戦間期の学者であるチャールズ・サッチも行なっている。

ユーはこうしたウッズの説に立脚しながら、次のように論じて行く。すなわち、ニューヨーク邦、マサチューセッツ邦、ニューハンプシャイア邦において、議会からある程度独立した地位を与えられた知事は、同時に最高司令官でもあるとされ、彼は議会の承認がなくても戦争を開始する権限を持っていた。しかも、当時これらの邦憲法は人類の叡智が集約された最高の憲法であると見なされており、連邦憲法の起草者たちもこれらの邦憲法を高く評価していた。ユーはここから、彼らが大統領を全軍の最高司令官とした際、大統領に戦争を開始する権限まで合わせて与えたことは明らかだと考えたのである⁹¹。

ユーはこのように論じることで、イギリス君主制の「執行権」の概念が、「第2波」の邦憲法から連邦憲法へと引き継がれていったことを示そうとするのだが、もし彼の言うとおりでとすれば、フィラデルフィア憲法会議で行なわれた議論については、どう考えればよいのだろうか。私たちはすでに第1節で、ピンクニー、ラトレッジ、グリー、ウィルソン、シャーマンらが、連合会議に与えられた戦争や和平の権限を執行府に与えると、「最悪の君主制」を招いてしまうこと、執行権を定義するに際して、イギリス君主制は「適切な案内役にならない」と発言したことを見たが、これは明らかに彼らがイギリス君主制の「執行権」を拒絶したことを示しているのではないだろうか。

ユーはこの点について、フィラデルフィア憲法会議でこうした発言が行なわれたことに疑いはないが、これらを憲法解釈の源泉とすること自体に問題があると指摘する。フィラデルフィア会議の参加者は憲法推進派の「フェデラリスト」がほとんどであり、混乱を避けるために密室で議論が行われたため、後に各邦で批准会議が開催された時点でも、その内容は公には知られていなかった。したがって、憲法を解釈する際に参考にすべきは、誰もその内容を知らなかったフィラデルフィア会議での議論ではなく、憲法推進反対派の「アンチ・フェデラリスト」も招いて公開の場で行なわれた批准会議だと言うのである⁹²。

では、仮にユーの言うとおりでとすれば、各邦の批准会議で彼の説を支持する発言を見出すことはできるのだろうか。私たちはすでに第1節で、マディソンに次ぐ重要人物であったウィルソンが、ペンシルバニア邦の批准会議で「このシステムは私たちを戦争に急き立てるものではありません。(略)というのも、宣戦布告という重要な権限は、議会全体に与えられているからです」と発言したことを見たが、これは戦争を開始するのは大統領であって、議会はそれをチェックすることはできないとするユーの説を真っ向から否定するものではないだろうか。

ユーはこのウィルソンの発言が孤立したものであることを示すために、質量ともに他の邦を圧倒していたヴァージニア邦批准会議での議論に注目する。ここで「アンチ・フェデラリスト」

レーガン政権の保守派法学者たちやジョン・ユーはサッチの説にかなり影響を受けているが、サッチ自身は憲法起草者たちがイギリス国王をモデルにして大統領制を設計したとは考えていない。Charles A. Thatch, *The Creation of the Presidency 1775-1789: A Study in Constitutional History*, Johns Hopkins University Press, 1922, p.173.

⁹¹ Yoo, *COPM*, pp. 228-234. ただし、ユー自身も認めているとおり、サウス・カロライナ邦憲法では、大統領（最高司令官）は、議会の承認なく戦争を行なってはならないと明記されていた。

⁹² *COPM*. P. 269. *WCT*, p.1655.

の代表格であったパトリック・ヘンリーは、イギリス共和主義の伝統に従い、大統領が最高司令官の権限を濫用して軍事独裁を招く危険性を指摘したが、マディソンら「フェデラリスト」がこれに反論したとき、議会には宣戦布告の権限があるのだから、これで大統領の権限濫用をチェックできるとは言わずに、イギリスと同じく議会には「財布」（つまり歳出権）が与えられており、これで大統領の「剣」（軍の指揮）をチェックできるのだから、軍事独裁の心配はないと応じた。このように、マディソンは議会によるチェックが確保されていることを示すために、宣戦布告の権限を持ち出さなかったのだが、ユーはこうした宣戦布告権限への言及の不在から、自説の正しさを立証しようとするのである⁹³。

2. 共和主義連続説とハミルトンの『ザ・フェデラリスト』第 69 編

では、私たちはこうしたユーの議論をどのように評価すればよいのだろうか。たしかにジェファーソン、マディソン、ハミルトンら「フェデラリスト」たちは、ペンシルバニア邦、ヴァージニア邦などの「第 1 波」の邦憲法において、「立法府の独裁」が生じることを危惧しており、ニューヨーク邦、マサチューセッツ邦、ニューハンプシャイア邦など、議会からある程度執行府を独立させた「第 2 波」の邦憲法を賞賛していた。

だが、彼らが「立法府の独裁」に対処するために新たに大統領制を設けたのは、党派的な利害に左右されがちな議会と大統領を「対抗」させることによって、議会での討議をより理性的なものとすると同時に、共和主義をより安全なものとするためであって⁹⁴、共和主義自体を否定したり、イギリス君主制を復活させようとするものではなかった。政治学者のマーティン・ダイヤモンドの表現を借りると、憲法起草者たちは、「共和主義の病」に「共和主義の治療法」で対処しようとしたのであって⁹⁵、マディソンの言うとおりに、権力分立は共和主義を安全なものとするための「用心」にすぎなかったのである。

また、アメリカ独立革命と連邦憲法制定の間に「テルミドールの反動」と似たような反革命があったとするウッドの説に対しては、同僚の歴史学者の間から異論の声が出ていることにも注意すべきであろう。例えば、その筆頭である J・G・A・ポーコックは、共和主義の連続説を唱えているが、ポーコックを支持するランス・バニングはその証拠として、第 2 節で紹介した「パシフィカス対ヘルビディウス論争」を挙げている⁹⁶。この論争は、憲法制定後、イギリス

⁹³ *COPM*, pp. 269-275. *WCT*, pp. 1658.

⁹⁴ こうした見解については、例えば、Ruth Weissbound Grant and Stephen Grant, “The Madisonian Presidency,” in Bessette and Tulis, *PCO*, Chapter II. 有賀貞『アメリカ革命』、東京大学出版会、1988年、207頁。Joseph M. Bessette, “Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government,” in Robert A. Goldwin and William A. Schambra ed., *How Democratic is the Constitution?*, American Enterprise for Public Policy Research, 1980, Chapter 6. より一般的に、憲法の権力分立の仕組みそのものを共和主義の観点から説明しようとしたのは、サンスティンであろう。Cass R. Sunstein, “Beyond the Republican Revival,” *The Yale Law Journal* (1988).

⁹⁵ Martin Diamond, “Democracy and the Federalist: A Reconsideration of the Framers’ Intent,” *53 American Political Science Review* 52 (1959).

⁹⁶ J.G.A. Pocock, *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton University Press, 1975, pp. 523-530. [J・G・A・ポーコック『マキャヴェリアン・モー

君主制をモデルにして執行権の拡大を図ろうとする財務長官ハミルトンと、共和主義の観点からそうした動きを警戒する国務長官ジェファソンとマディソンの思想的対立を抜きにしては考えることができないが、バニングによると、こうした論争の存在自体、共和主義の精神が憲法制定後にも引き継がれていることを示しているのである。

このように、共和主義の伝統が独立革命から連邦憲法制定まで引き継がれてきたとするならば、憲法起草者たちは大統領の戦争権限を厳しく制限したと考えなければならない。というのも、すでに歴史学者のバーナード・ベイリンが明らかにしたように、アメリカの人々は独立革命前から、アルジャーノン・シドニー、ジョン・トレンチャード、トーマス・ゴードンらイギリス「カントリー派」と呼ばれる人々の共和主義の思想を「カトーの手紙」などのパンフレットを通じて「飲み込むように」吸収したが、この「カントリー派」の人々は、国王が常備軍を利用して軍事独裁を招く危険を何度も指摘していたからである⁹⁷。「カントリー派」の人々は、ローマ時代にカエサル（シーザー）が元老院の権限を蔑ろにして軍事独裁を行なったこと、ピューリタン革命のとき、鉄騎隊によって王党派を破ったクロムウェルが、後に護国卿となって軍事独裁を敷いたことなどを例に挙げて、平時における常備軍の危険を指摘していたが⁹⁸、独立後のアメリカの人々にとって、こうした軍事独裁の危険は遠い昔の話ではなく、非常に身近な体験でもあった。というのも、アメリカ「独立宣言」でも述べられているように、彼らはイギリス国王ジョージ3世がアメリカに「議会の同意に基づくことなく常備軍を配置」し、その後、「軍部をして文官より独立し、また優位に立たしめるよう措置したこと」を直接体験しているからである⁹⁹。

そこで、憲法制定に際して行なわれた議論でも、こうした共和主義の伝統を汲む「アンチ・フェデラリスト」たちは、「人々から独立したところに置かれた軍は、公共的自由を踏みこむだろう」、「野心のある者は、軍を自らに仕えさせて王座につき、絶対的権力を手にするだろう」、「支配者は大規模な常備軍を維持するために権力を篡奪するのみならず、常備軍が自らの存続のために政府の仕組みそのものを変えてしまうだろう」などと主張して、大統領が軍事独裁者になる危険を繰り返し指摘したのである¹⁰⁰。

たしかにユーが指摘するとおり、憲法推進派であった「フェデラリスト」たちは、こうした「アンチ・フェデラリスト」の警告に対して、議会は「財布」を握っているのだから、大統領が軍事独裁を招く恐れはないと反論しただけであり、宣戦布告の権限を利用して大統領をチェ

メント：フィレンツェの政治思想と大西洋国の共和主義の伝統』（田中秀夫、奥田敬、森岡邦泰訳）、名古屋大学出版会、2008年）さらに、Banning, *op.cit.* ウッドとポーコックの歴史観の相違をまとめているのは、Daniel T. Rodgers, “Republicanism: the Carrier of a Concept,” 79 *The Journal of American History* 11 (1992).

⁹⁷ Bernard Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Harvard University Press, 1967, pp.61-63. さらに、Robert M. Shalhope, “Toward a Republican Synthesis: The Emergence of an Understanding of Republicanism in American History,” 29 *The William and Mary Quarterly* 49 (1972).

⁹⁸ カエサルとクロムウェルの軍事独裁がアメリカ建国期に与えていた思想的影響について、David Luban, “On the Commander-in-Chief Power,” 81 *South California Law Review* 477 (2008), pp. 508-514.

⁹⁹ 「独立宣言」、『世界の名著 33』、232～237頁。

¹⁰⁰ Luban, *Ibid.*, pp. 514-523.

ックできるとは論じなかった。だが、この時点ではまだ民兵に加えて常備軍を設立することの是非それ自体が争点になっており、大統領はまず議会の承認を得なければ、戦争を行なうための軍隊すら手に入れられなかったことを考えるならば、宣言布告の権限よりも、議会の「財布」が最初に話題になるのは避けられないことだったと言えるであろう。したがって、ここで「フェデラリスト」たちが宣戦布告の権限に言及しなかったからといって、彼らがそれにチェック機能を担わせるつもりはなかったとは言えないはずである。むしろ、「アンチ・フェデラリスト」も「フェデラリスト」も同じ共和主義の観点から、大統領の軍事独裁を阻止すべきだと考えていたと解すべきであろう。

さて、こうしたポーコック史観に立ってジョン・ユーの戦争権限に関する議論をより具体的に見て行くと、次のような問題点が浮かび上がってくるのが分かる。まず第1に、18世紀のイギリス国王の権限には戦争を開始する権限と戦争を宣言する権限の両方が含まれていたが、仮にユーの指摘するとおり、アメリカ憲法起草者たちがこのモデルをそのまま受け入れたのだとすれば、なぜ彼らがわざわざ宣戦布告の権限だけを国王の「執行権」から切り離して、それを議会に配置したのが全く説明できないという問題がある¹⁰¹。第2節でも述べたように、これは憲法起草者たちが、イギリス君主制の「執行権」の概念を換骨奪胎し、共和主義の観点から受け入れ可能な新たな執行権の概念を模索していた証拠と考えられるが、もう少し具体的に、彼らはなぜ宣戦布告の権限を「立法的性質」のものとして、議会に配置したのだろうか。

これについて最も合理的な説明は、「はじめに」でも示唆しておいたように、憲法起草者たちが、「戦争という犬に鎖をかける」つもりであったとするものであろう。彼らは、ヨーロッパ列強の戦争を目の前で見えてきた経験から、「あらゆる政府の歴史が証明しているように、執行府こそが最も戦争に関心を持っており、最もその誘惑に屈しやすいこと」、したがって、「戦争という犬に鎖をかける」必要があることを確信していた¹⁰²。

では、一体どうすれば、「戦争という犬に鎖をかける」ことができるのだろうか。ジェファースンは、連邦憲法の制定によって「犬を放つ権限を執行府から議会へ、戦費を使う側から払う側へと移動させたことで、1つの効果的なチェックを課す」ことができたと考えていた。また、マディソンは、「戦争という犬に鎖をかける」ためには、「事柄の性質上、戦争を行なう者が、戦争の是非を判断する」仕組みであってはならないと指摘している¹⁰³。というのも、そのようなことが可能になれば、大統領は単独で戦争が必要だと判断して、それを遂行することができるようになり、そうすることで執行権を際限なく拡大して行くだろうからである。

だが、仮に宣戦布告の権限が「立法的な性質」であることがたしかだとしても、それが具体的に何を意味するのかは依然として明らかではない。すなわち、憲法起草者たちが議会に宣戦布告の権限を与えたとき、彼らは議会に戦争を開始する権限まで与えるつもりだったのだろうか

¹⁰¹ この点について指摘しているのは、Michael D. Ramsey, “Textualism and War Powers,” 69 *University of Chicago Law Review* 1543 (2002), p. 1464.

¹⁰² Luban, *op. cit.*, p. 126.

¹⁰³ Hamilton and Madison, *LPH*, p. 61.

か。それともユーの言うとおりに、彼らはイギリス国王の「執行権」や「第2波」の邦憲法をモデルにして、大統領の最高司令官としての権限の中に戦争を開始する権限まで含めていたのであり、宣戦布告の権限は単に形式的な手続きにすぎないと考えていたのだろうか。

この問いについて、ユーの説に対する最も強力な反証になるのは、『ザ・フェデラリスト』第69編でハミルトンが展開した議論である。ハミルトンはここで、新憲法で提案されている大統領の権限が、イギリスの国王のそれに似ているのではないかとの懸念を表明した「アンチ・フェデラリスト」に答えて、次のように論じた。

大統領は合衆国陸海軍の最高司令官である。この点に関する大統領権限は、イギリス国王の権限と名目上は同一であるが、実質においてはすこぶる劣っている。大統領権限は、合衆国の最高陸軍司令官ならびに最高提督として陸海軍に対しする最高の指揮命令を下すにとどまっているのに、イギリス国王の権限は、宣戦し、陸海軍を徴募し統轄することにまで及んでいる。これらの権限はあげて、目下検討中の憲法によれば立法部に割り当てられることになっている。

(中略) 他方、ニューヨーク知事は、邦憲法によって民兵と海軍の指揮権だけを与えられている。しかし、いろいろな邦の憲法は、その知事を陸海軍の最高司令官であると規定している。この点で、ニューハンプシャーとマサチューセッツの憲法が、それぞれの知事に、合衆国大統領が要求できる以上の権限を与えられていないかという、それはかなり疑問である¹⁰⁴。

この重要な1節で、ハミルトンはユーの説に大きな疑問を投げかけている。まずハミルトンは後半部分で、大統領はたしかに陸海軍の最高司令官であるが、その権限はニューハンプシャーとマサチューセッツの邦憲法で知事に与えられた権限より小さいであろうことを示唆している。これが正しいとすれば、憲法起草者たちが、これら「第2波」の邦憲法を参考にして、大統領に戦争を開始する権限を与えたとするユーの説はかなり疑わしくなるであろう。次に、ハミルトンは前半部分で、大統領は陸海軍の最高司令官であるが、宣戦布告の権限や、陸海軍を徴募する権限がないため、イギリス国王の権限よりもはるかに劣っていることをはっきりと述べている。これは、憲法起草者たちが、イギリス国王の権限をモデルにしていたとするユーの説に対する強力な反証になっていると言えるであろう。

もちろん、ユーが指摘するように、ハミルトンはここで、宣戦布告の権限が戦争を開始する権限だと言っている訳ではないが、宣戦布告の権限が単に交戦状態を確認する法的な手続きにすぎないのだとすれば、ここでハミルトンがわざわざ宣戦布告の権限に言及した理由を説明することができない。というのも、宣戦布告の権限が単なる形式的な手続きであるならば、これ

を大統領から取り上げても、「大統領権限が、イギリス国王の権限と名目上は同一であるが、実質においてはすこぶる劣っている」とは言えないはずだからである¹⁰⁵。

また、ユーが自説の論拠として挙げるヴァージニア邦の憲法批准会議でも、アメリカ大統領の戦争権限は、イギリス国王のそれよりも小さいとする発言が見られた。例えば、アメリカの大統領は自らの戦争権限を濫用して軍事独裁を招く危険があると指摘した「アンチ・フェデラリスト」のパトリック・ヘンリーに対し、ランドルフ知事は「イギリスでは国王が戦争を宣言する。アメリカでは議会に相談しなくてはならない。イギリスでは、国王が資金を与える。アメリカでは、議会がそれを行なう。結局、イギリスよりも（アメリカの方が）人々の手に多くの権限が与えられ、執行府に対するチェックは厳しくなっている¹⁰⁶」と述べているが、こうした発言もまた、ユーの説に対する反証になっていると言えるだろう。

たしかにユーが指摘するように、ランドルフはここで、アメリカの方が執行府に対するチェックが厳しいことを示すために、議会の宣戦布告の権限に言及していないし、それが戦争を開始する権限だとも言っていない。だが、彼が「アメリカでは議会に相談しなくてはならない」と言うとき、少なくとも議会に戦争の是非を判断する権限があると考えていたことは明らかであるように見受けられる。ユーはこうしたランドルフの見解もまた「孤立している」と指摘するかもしれないが、彼と同じような見解は、サウス・カロライナ邦の憲法批准会議におけるピアース・バトラーの次のような発言にも示されている。「（フィラデルフィアの憲法会議では）戦争や和平の権限を大統領に与えようとした紳士もいましたが、そんなことをすると、彼の手にも君主の影響力を与え、彼が私たちの国を破滅させたいと望むときに、いつでも国家を戦争へと巻き込む機会を与えることになるので、反対されました¹⁰⁷」。

このように見てくると、憲法起草者たちが宣戦布告の権限に少なくとも「戦争の是非を判断する権限」を含めて考え、それを議会に配置したことは明らかであると思われる。だとすれば、「このシステムは私たちを戦争に急き立てるものではありません。（略）というのも、宣戦布告という重要な権限は、議会全体に与えられているからです」としたペンシルバニア邦批准会議でのウィルソンの発言も、決して孤立したものではないという結論を導き出せるであろう。

ジョン・ユーの議論について第2に指摘したい問題は、大統領に与えられた最高司令官としての権限の解釈に関するものである。ユーは、イギリス国王の権限や「第2波」邦憲法の規定を参照しながら、この最高司令官としての権限を、大統領が単独で（議会の承認を得ないまま）戦争を開始できる権限と解釈するのだが、18世紀当時、「最高司令官」は文字通り戦場における軍のトップを示す言葉であり、最高司令官が自らのイニシアチブで戦争を開始することを認める者は誰もいなかった。実際、17世紀のイギリスで初めてこの言葉が使われたときも、最高

¹⁰⁴ 『ザ・フェデラリスト』、第69編、336頁。

¹⁰⁵ 同じ点を指摘しているのは、Ramsey, *op.cit.*, p.1467.

¹⁰⁶ Bradley and Flaherty, *op.cit.*, p. 607.

¹⁰⁷ Luban, *op.cit.*, p.521.

司令官は軍のトップであって、彼は議会や大臣などの指示に従うべきであるとされていた¹⁰⁸。また、アメリカ独立戦争の際、連合会議はジョージ・ワシントンに最高司令官に任命し、その際、彼に議会の指示や命令に「正確に従うこと」を要求していたが¹⁰⁹、これが示唆しているのは、こうした最高司令官の概念がアメリカでも踏襲されていたということに他ならない。

連合会議は純粋に便宜的な理由によって、次第に最高司令官に戦争指揮の多くの部分を任せられるようになってきたが、これは立法府による戦争の統制を原則として排除するものではなく、議会がその気になれば具体的な戦術にすら介入することができた。しかも、こうした最高司令官の理解については、誰も異議を唱えなかったため、フィラデルフィアの憲法会議や、各邦の批准会議でもほとんど話題にならなかったためであり、イギリス君主制を賛美していたハミルトンでさえ、大統領が指揮できるのは、議会が承認した戦争だけだと考えていた。さらに言えば、憲法制定後に発生したフランスとの争いに関連した裁判の判決でも、議会が承認した戦争行為以外の行為を大統領が指示した場合、彼が最高司令官としての権限を援用しても、免責されないことが判示されているのである¹¹⁰。

私たちはさらに、憲法起草者たちが、なぜ文民である大統領を最高司令官に任命したのかという点についても深く考えなければならない。なぜなら、すでに 18 世紀において戦争は少しずつ組織的に行なわれるようになり、専門的な知識をもった軍人でなければ、戦争の指揮は困難になっていたからである。それにも関わらず、憲法起草者たちがあえて戦争の素人である大統領を軍のトップに据えた背後には、やはり軍事独裁への恐れから、軍の文民統制を確保するためであったと考えられる。先述したように、憲法起草者たちは宣戦布告の権限を「立法的な性質」のものと考えていたが、大統領は憲法第 2 条第 3 節によって、「法律が誠実に執行されるよう配慮する義務」を課せられている。しかも、ハミルトンが言うように、アメリカ大統領はイギリス国王とは異なり、弾劾裁判を受け、有罪判決を受ければ免職となる¹¹¹。したがって、彼を最高司令官に任命すれば、彼を通じて軍を文民統制の下に置き、「法の支配」を貫徹することができるであろう¹¹²。仮にこうした解釈が正しいとすれば、ユーが示唆するように、憲法起草者たちが最高司令官の権限を大幅に拡大解釈して、それに戦争を開始する権限まで含めたと考えるのは、やはり無理があると言わなければならないのである。

以上、私たちは、大統領は最高司令官としての権限に基づき、議会の事前の承認がなくても戦争を開始できる一方で、議会は宣戦布告の権限を使って大統領の戦争をチェックできないとするジョン・ユーの説に潜む問題点を指摘してきた。おそらくユーの議論の根本的な誤りは、連邦憲法制定の頃までに、政治の最高権威は人民自身にあるとする人民主権の考え方が広く受

¹⁰⁸ イギリスに始まる「最高司令官権限」の系譜について、Wormuth and Firmage, *op.cit.*, Chapter 7.

¹⁰⁹ 独立戦争におけるジョージ・ワシントン最高司令官と連合会議の関係について詳しいのは、David J. Barron and Martin S. Lederman, “The Commander in Chief at the Lowest Ebb—Framing the Problem, Doctrine, and Original Understanding,” 121 *Harvard Law Review* 689 (2008), pp. 772-780.

¹¹⁰ David Gray Adler, “The Constitution and the Presidential Warmaking,” in David Gray Adler and Larry N. George, ed., *The Constitution and the Making of American Foreign Policy*, University Press of Kansas, 1996, Chapter 7, pp. 209-212.

¹¹¹ 『ザ・フェデラリスト』、69 編、335 頁。

け入れらるようになっており、「フェデラリスト」たちは圧倒的な反対勢力であった「アンチ・フェデラリスト」の陣営を理性的な討議を通じて説得しない限り、憲法制定に漕ぎ着けることすらできなかったことが見過ごされていることにある¹¹³。ハミルトンはこのような文脈で、「大統領権限は、イギリス国王の権限と名目上は同一であるが、実質においてはすこぶる劣っている」と論じた訳であるが、「アンチ・フェデラリスト」たちが、こうしたハミルトンの議論を信じて新憲法に賛成票を投じたのだとすれば、彼の議論を単なるレトリックとして片付けることはできないはずである。

たしかに「フェデラリスト」たちは、平時において常備軍の設立を求めたことから分かるように純粋な平和主義者ではなかったが、大統領が自らの栄光を求めて軍事的な冒険に出ないようにするために、共和主義的な憲法によって「鎖をかける」必要があることを認めていた。それにも関わらず、ユーはアメリカ憲法に見られたこうした共和主義的な要素を否定することによって、イギリス君主制をモデルとする全く新しい「帝王的大統領制」を確立し、それを21世紀に甦らせることで、ジョージ・W・ブッシュ政権による強権的な「テロとの戦争」に憲法上の言い訳を与えたのである¹¹⁴。

おわりに

ジョージ・W・ブッシュ政権の「テロとの戦い」が始まってからおよそ5年後の2006年11月、保守派の法学者の集まりであるフェデラリスト協会で、「戦時における執行権」をテーマとしてパネル・ディスカッションが開かれた。すでにこの時点で、ブッシュ大統領が「テロとの戦い」で捕えた「敵性戦闘員」を「強化型」と呼ばれる拷問に近い手法を使って尋問するとともに、対外諜報活動法(Foreign Intelligence Surveillance Act)で禁止されていた自国民に対する電子的サーベイランスを命じたことなどが¹¹⁵、マスコミへの情報漏洩などによって明らかになっていた。では、このパネル・ディスカッションに集った法学者たちは、ブッシュ大統領のこうした権限濫用をどのように評価したのだろうか。

カトー研究所のロジャー・パイロンは、次のように述べて、大統領の行為が権限濫用どころか、「執行権」の正当な行使であると主張した。彼によると、そもそも外交は法的な事柄ではな

¹¹² これらの点について、Luban, *op.cit.*, pp. 526-527.

¹¹³ John P. Roche, "The Founding Fathers: A Reform Caucus in Action," *55 American Political Science Review* 799 (1961).

¹¹⁴ ユーが司法省法務局の法律顧問として最初に発表した論文は、Robert J. Delahunty, and John C. Yoo, "The President's Constitutional Authority to Conduct Military Operations against Terrorist Organizations and the Nations That Harbor or Support Them," *25 Harvard Journal of Law and Public Policy* 487 (2001). ユーら保守派法学者たちの暗躍について分析しているのは、Robert J. Spitzer, *Saving the Constitution from Lawyers*, Cambridge University Press, 2008.

¹¹⁵ 対外諜報活動法違反については、David Cole, "Reviving the Nixon Doctrine: NSA Spying, the Commander-in-Chief and Executive Power in the War on Terror," *13 Wash & Lee Journal of Civil Rights and Social Justice* 17 (2006).

く、政治的な事柄であるから、議会や裁判所がみだりに介入すべきではない。ジョン・ロックが『市民政府二論』で述べたように、自然状態に置かれた人間は、自分の生命を保存するための「執行権」を持っているが、人々は社会契約によってそれを政府に委託したのであるから、政府のどこかの機関がこの権限を持っているはずである。アメリカ憲法起草者たちは、この「執行権」の一環として大統領に戦争を行なう(**make war**)権限を与えたのであり、彼はこれによって戦争をしたり、それに必要な情報収集を行なうことができる。他方、議会に与えられた宣戦布告の権限は、国家が交戦状態にあることを宣告する司法的な役割を果たすものにすぎないのであるから、議会はこれを踏み台にして、大統領の戦争や情報収集活動を規制することはできない。よって、ブッシュ大統領の戦争捕虜の尋問や、自国民に対するサーベイランスは、仮に議会制定法に違反しても合憲だと示唆したのである¹¹⁶。

私たちは、同じパネル・ディスカッションに参加したジョン・ユーがこうしたパイロンの議論を「うまくやった」と評していることから、パイロンの議論にかなり満足していることを知ることができるのだが、これは何を意味しているのだろうか。実は、ユーはジョン・ロックの政治理論については表面的にしか触れておらず、自然状態に置かれた人々がもっていた「執行権」が、社会契約で政府に委託されたという議論はしていない。こうした議論は、リチャード・コックスやハーベイ・マンズフィールドなど、政治哲学者レオ・シュトラウスの影響を受けた「新保守主義者」たちのジョン・ロックの解釈において示されているものだが¹¹⁷、ユーがこうした議論に満足していたということは、彼の議論が「新保守主義」者の議論に容易に接続できることを示唆している。

だが、こうしたロック解釈が正しいかどうかは別にして、アメリカ独立革命によって共和主義の洗礼を受けたアメリカの人々が、ロックの「執行権」の概念を受け入れたという証拠はどこにもないのであり、これは「憲法の父」であるマディソンが、「パシフィカス対ヘルビディウス論争」において、ロックやモンテスキューらの議論は、イギリス政府への忠誠心によって歪められており、「偶像崇拜」にすら近いものであったと評していることから明らかであろう。

このような観点からすると、パネル・ディスカッションのもう1人の参加者であったシカゴ大のリチャード・エプステインが、本論でも触れたハミルトンの『ザ・フェデラリスト』第69編を引用しながら、アメリカではイギリス国王の「執行権」の概念が継受されていないことを指摘したのは、慧眼だったと言うべきだろう。エプステインによると、たしかに議会の宣戦布告の権限が何を意味するかということについては解釈の余地が残されているが、議会は少なくとも戦争を「認可する(**authorize**)」する権限を持っているはずである。というのも、このように考えると、大統領は単独で行動することができなくなり、権力に対するチェック機能が

¹¹⁶ Richard A. Epstein, Roger Pilon, Geoffrey R. Stone and John C. Yoo, "PANEL DISCUSSION: Executive Power in Wartime," 5 *The Georgetown Journal of Law and Public Policy* 309 (2007), pp. 316-321.

¹¹⁷ リチャード・コックスのジョン・ロックの解釈について、Richard H. Cox, *Locke on War and Peace*, Oxford University Press, 1960. これに対する批判は、John Dunn, *The Political Thought of John Locke: An Historical Account of the Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, 1968.

憲法の中に残されるからである¹¹⁸。

こうしたエプステインの批判に対して、ユーは執行府と立法府がもつ組織的な属性の違いに注意を向け、効率性の観点からすると、執行府が立法府を圧倒しているはずだと反論する。すなわち、ハミルトンは『フェデラリスト』第 70 編で「執行府の単一制が強力さを増すものであることは、異論のないところであろう。決定、活動、秘密、迅速という特性からみれば、一般に多数の人間が行なうよりは、一人の人間が行なう方が、はるかにうまく行くものである」と指摘しているが、議会が法を成立させて大統領の戦争に介入すると、「決定、活動、秘密、迅速」という執行府の特性が台無しになってしまうと指摘したのである¹¹⁹。

だが、すでに私たちは、憲法起草者たちが大統領を最高司令官に任命したのは、「法が誠実に執行されるよう配慮する義務」を負った大統領を軍のトップに据えることによって、文民統制を確保するためであることを見た。もし仮に大統領が議会制定法に反して戦争を遂行することを許すならば、それは大統領がこの憲法上の義務に違反すると同時に、軍の独走を許すことを意味するであろう。事実、18 世紀のイギリス国王ですら、名誉革命以降、議会制定法を自らの裁量で改廃したり、「執行停止」したりすることは許されなかったことを考えると¹²⁰、「決定、活動、秘密、迅速」という執行府の組織的屬性だけを根拠として、大統領に単独で戦争を遂行することを許すユーの考え方は、イギリス国王以上の権限をアメリカ大統領に認めるものと言わざるを得ないのである。

最後に、モンテスキューは『法の精神』の中で、「君主制の精神は、戦争と領土の拡大である。平和と慎みが共和主義の精神である¹²¹」としたが、アメリカ憲法起草者たちが、こうした共和主義の精神に基づいて憲法を設計し、宣戦布告の権限を議会に配置したのだとすれば、アメリカの人々や議会はこうした啓蒙主義の精神を実践に生かすために、戦争権限決議の「抜け穴」を塞ぎ、改めて執行府に「鎖をかけて行く」ことが求められるであろう。だが、これはジョン・ハート・イリィの示唆するように、裁判所が「政治問題原則」破棄するだけで実現できる問題ではない。アメリカの人々自身による「帝王的大統領制」に批判的な世論の後押しがなければ、そもそも議会の動かしで戦争権限決議の「抜け穴」を塞ぐことはできないであろうし、裁判所が「帝王的大統領制」に迎合する姿勢を改めるとも考えられないのである。

¹¹⁸ Epstein, Pilon, Stone and Yoo, *op. cit.*, pp.311-316.

¹¹⁹ *Ibid.*, pp. 324-328.

¹²⁰ 18 世紀当時、執行府の長に議会制定法を改廃したり、「執行停止」にする権限を与えることは、彼に「絶対的拒否権」を与えることと同じだと理解されており、「フェデラリスト」たちは、アメリカ大統領の権限が、イギリス国王の権限よりも「劣っていること」を示すため、大統領の拒否権が「制限付き」（つまり、議会の 3 分の 2 以上の賛成で乗り越えられること）であることを繰り返し強調していた。ジョージ・W・ブッシュ政権は、法案成立の際に行なわれる大統領署名を悪用して、マッケイン議員の「拷問禁止法」などの議会制定法に従うことを拒否してきたが、これは「絶対的拒否権」で大統領を「法の支配」の上に立たせるものであると言わなければならない。この点に関し、Christopher N. May, “Presidential Defiance of ‘Unconstitutional’ Laws: Reviving the Royal Prerogative,” 21 *Hastings Constitutional Law Quarterly* 865 (1994). 署名声明を使って「法の支配」を回避しようとする戦略もまた、レーガン政権の保守派法学者たちが編み出したものであった。これについて、Christopher S. Kelley, *Rethinking Presidential Power-The Unitary Executive Theory and the George W. Bush Presidency*, Paper Presented at the 63rd Annual Meeting of the Midwest Political Science Association (2005).

¹²¹ 『法の精神（上）』、181 頁。

その意味において、戦争と平和の問題は法的な事柄ではなく、政治的な事柄だとするパイロンの指摘は正しい。だが、政治と法は彼の言うように簡単に分けることができるものではない。ハーバーマスの指摘にしたがって、政治の役割は「コミュニケーション権力」を背景として「法の支配」を強力に推進し、そうすることで執行府による権限濫用を防止して行くことにあるとすれば¹²²、共和主義的な政治をより一層強化して行くことで、戦争権限決議の「抜け穴」を塞ぎ、それを厳格に執行して行くべきだと論じることもできるはずなのである。

¹²² ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性』（河上倫逸・耳野健二訳）、未来社、2002年。

第3章 「テロとの戦争」と帝王的大統領制の復活

はじめに

国際法の世界では、国際連盟や国際連合の設立、さらにはニュルンベルクや東京国際軍事裁判を通じて、戦争それ自体の違法化が進んでいると言われるが、国際「法」に常に付きまとう問題は、強大な軍事力をもった国家がそうした「法」に違反した場合、一体誰がどのようにしてそれを執行するのかという問題である。2002年に発効したローマ規程によって設立された国際刑事裁判所は、国家元首まで訴追の対象としていることから、執行という観点からは大きな前進と評価することができるだろうが、アメリカでは伝統的に自国だけを国際法の適用対象から外そうとする「例外主義」が根強く、自国の主権を制約する条約に対しては、常に疑いの目を向けてきた。

こうしたアメリカの「例外主義」は、国際連合憲章や国際人権規約の制定過程において、世界を牽引したことへの自負の裏返しとして見ることもできるであろう。つまり、アメリカは国際法秩序を創設する側なのであるから、自らが創設した秩序に縛られるのではなく、むしろ国際法の「外」に立ち、各国にそれを遵守させたり、人道主義の観点からそれを作り変えたりする道徳的な権利と義務があるのだとする発想から「例外主義」が正当化されていると考えられる。「テロとの戦い」に際して、旧来の国際法秩序はもはや時代遅れになってきたとする新保守主義者たちの主張も、基本的にはこのような文脈で理解すべきであろう¹。

もちろん、国際法学者のハロルド・コーも指摘しているように、アメリカが「例外主義」に基づいて数多くの国際人権条約を批准していないという事実そのものは、アメリカがこれらの条約をすでに批准している国よりもひどい人権侵害を行なう国であるということを意味しない。また、アメリカが人権を侵害するどころか、むしろ人権外交を展開することによって、他国の人権保障に大きく貢献してきたこともまた事実である²。

だが、ジョージ・W・ブッシュ政権が誕生してから、アメリカ政府はクリントン政権時代に行なわれたローマ規程の署名を「撤回」して国際刑事裁判所の設立から手を引くとともに、「テロとの戦い」で捕えたタリバン、アルカイダなどの「敵性戦闘員」を、ジュネーブ条約に違反する方法で取り扱うなど、「例外主義」の負の側面が顕著になってきた。本章で取り扱いたい

¹ William Kristol and Robert Kagan, "Toward a Neo-Reaganite Foreign Policy," 75 *Foreign Affairs* 18 (1996). Robert Kagan, *Of Paradise and Power: America and Europe in New World Order*, Vintage, 2004. [ロバート・ケーガン、『ネオコンの論理：アメリカ新保守主義の世界戦略』（山岡洋一訳）、光文社、2003年]

² Harold H. Koh, "On American Exceptionalism," 55 *Stanford Law Review* 1479 (2003).

は、後者のジュネーブ条約違反の問題である。

9・11のテロ事件から数か月後、ブッシュ大統領は大統領命令だけで軍事委員会を設立し、ここで「テロとの戦い」で捕えた「敵性戦闘員」を裁くことを決定したが、この軍事委員会は、自国の兵士を裁くための軍法会議と比較しても、はるかに被告人の手続き的保障が乏しく、「裁判」というよりは、むしろ「処刑」に近いものであった。また、ブッシュ大統領とその側近は、「敵性戦闘員」をキューバのグァンタナモ基地に収容し、テロリストの潜伏先などを自白させるために、「水板責め」などの拷問に近い手法を用いて尋問を行なったが、これは明らかに、ジュネーブ条約をはじめとする数多くの国際法に違反する措置であった³。序章でも述べたように、ジュネーブ条約は戦争が行なわれることを前提としたうえで、そのルールを定める無差別戦争観の時代の産物であるが、ブッシュ大統領はこの法にすら違反することで、国際社会における「法の支配」を100年以上も前に逆戻りさせたのである。

こうしたアメリカの「例外主義」を踏まえたとき、アメリカの大統領に国際法を遵守させるために残された手段としては、ハロルド・コーの言う「脱国家的な法プロセス」によって、国際法規範を「国内化」して行くことしかない⁴。分かりやすく言い替えると、国際刑事裁判所ですらアメリカの大統領に国際法を遵守させることができないのならば、アメリカの議会や国民が国際法規範を自発的に受け入れ、その遵守を大統領に対して求めて行く以外にないのである。

それにも関わらず、「帝王的大統領制」の論者たちは、大統領は議会制定法に縛られないとする理論を国際法にまで拡大適用し、国際刑事裁判所やジュネーブ条約は大統領の権限を不当に制約するものだと批判する。イギリスの国際法学者フィリップ・サンズも指摘しているように、彼らはこのように論じることで、単なる「例外主義」を超え、国際社会を完全なる無法状態へと作り変えようとしているかのようにすら見えるのである⁵。

では、ブッシュ政権を支えた「帝王的大統領制」の論者たちは、具体的にどのような論法で「敵性戦闘員」の拷問を正当化したのだろうか。本章ではこの問いについて、次の4つの部分に分けて考察を進めて行きたい。まず第1節では、2001年の11月13日にブッシュ大統領が大統領命令で設立した軍事委員会の概要とその歴史を簡単に振り返った後、彼がなぜ「敵性戦闘員」を憲法第3条で定められた通常の裁判所や、軍法会議、さらには国際軍事法廷といった場で裁こうとしなかったのかについて考えたい。

続く第2節では、大統領が設立した軍事委員会に対し、議会がどのような対応をしたのかについて、9・11の3日後に議会が成立させた武力行使容認決議（AUMF）を巡る論争を検証する

³ ジャーナリスト的な取り扱いとして、Seymour M. Hersh, *Chain of Command: The Road from 9・11 to Abu Ghraib*, Harper Perennial, 2005. [セイモア・ハーシュ『アメリカの秘密戦争：9・11からアブグレイブへの道』（伏見威蕃訳）、日本経済新聞社、2004年] Jane Mayer, *The Dark Side: The Inside Story of How the War on Terror Turned into a War on American Ideals*, Doubleday, 2008. Philippe Sands, *Torture Team: Rumsfeld's Memo and the Betrayal of American Values*, Palgrave Macmillan, 2008. James Risen, *State of War: The Secret History of the CIA and the Bush Administration*, Free Press, 2006. [ジェームズ・ライゼン『戦争大統領：CIAとブッシュ政権の秘密』（伏見威蕃訳）、毎日新聞社、2006年] 法学的な分析については、James P. Pfiffner, *Power Play: The Bush Presidency and the Constitution*, Brookings Institution Press, 2008.

⁴ Koh, *op.cit.*

⁵ Philippe Sands, *Lawless World: Making and Breaking Global Rules*, Penguin Books, 2005.

ことを通じて考えたい。序章で述べたジャクソン判事の3分法の枠組みからすると、議会がこの決議で大統領の軍事委員会を明示的に容認したと言えるなら、大統領の権限は最大となり、議会が何もしていない場合は曖昧と判断され、議会が積極的に否定している場合は、最低となるであろう。

その後の第 III、第4節では、アメリカ市民自由連盟の「拷問情報公開キャンペーン」によって公開された司法省法務局（OLC）のメモランダムやその他の政府内部文書を系統的に分析することを通じて、ブッシュ大統領やその側近がどのような論法でジュネーブ条約その他の違反を正当化して行ったのかについて、詳細な分析を試みることにしたい。

こうした分析から浮かび上がってくるのは、OLCによる解釈が、おそらく国際法の初学者がそれと分かる程度にまで歪曲されているということであるが、もしそうだとするならば、なぜこのような解釈が政府の公式見解になったのだろうか。また、政府がその内部で行なう法解釈において公正を期し、同じような過ちを繰り返さないためには、何が求められるのだろうか。最後に、この点について若干の考察を加え、まとめに代えたい。

第1節 大統領命令による軍事委員会の設立

9・11テロ事件発生からおよそ2か月後の2001年11月13日、ブッシュ大統領は「テロとの戦争」の一環として行なわれたアフガニスタン戦争で捕えたタリバン、アルカイダなどの「敵性戦闘員」を、憲法第3条に定められた通常の裁判所ではなく、大統領の軍事命令で設立され、国防長官の指揮で運用される軍事委員会(Military Commission)で裁くという決定を、議会の了承どころか、関係する閣僚の了解も得ないまま単独で下すという暴挙に出た。当初、「敵性戦闘員」の取り扱いについては、チェイニー副大統領を中心として、国務省、司法省、国防省、諜報機関、国家安全保障会議の関係者とともに協議を重ねており、憲法第3条で定められた通常の法廷、アメリカ軍の統一軍事法典に定めのある軍法会議(Courts Martial)、ニュルンベルクや極東軍事裁判のような国際法廷で裁く案も検討されていたのだが、ホワイトハウスが突然協議を打ち切り、その後何の連絡もないまま大統領が決定を下したことから、コリン・パウエル国務長官や、コンドリーザ・ライス大統領安全保障担当補佐官、さらにはジョン・アシュクロフト司法長官まで、それをテレビのニュースではじめて知るという異常な事態が生じた⁶。後でも見るように、こうした政権内の意思決定プロセスは、この後も何度も繰り返されることになるのである。

⁶ 軍事委員会に関する大統領決定を取り巻く経緯については、Charles Savage, *Takeover: The Return of the Imperial Presidency and the Subversion of American Democracy*, Back Bay Books, 2007, pp.134-139.

主に自国の兵士を裁くことを目的とした軍法会議とは異なり、軍事委員会は、(a)交戦相手国の兵士の戦争法違反の行為を裁いたり、(b)占領した地域における司法の機能を果たしたり、(c)戒厳令が宣告されて民間の法廷が閉鎖されたときの代替裁判所として慣習的に用いられてきたものである。リンカーン政権下で行なわれた南北戦争の際、南部諸州が結成した「アメリカ連合」を支援したとして、民間人のミリガンが軍の命令によって捕らえられ、軍事委員会で死刑を宣告されたミリガン事件や、第2次世界大戦中、アメリカ東海岸に上陸したナチス・ドイツの破壊活動家が連邦捜査局（FBI）によって逮捕され、同じく軍事委員会で死刑を宣告されたカーリン事件が有名である。

だが、このブッシュ大統領の決定は⁷、公開されるとすぐに様々な批判を浴びることになる⁸。というのも、彼が設立した軍事委員会においては、憲法第3条に定められた裁判所とは異なり、大陪審の保障、自己の不利となる供述の強制の禁止、適切手続き（修正第5条）、公開裁判、公訴事実に関する事実の告知、自己に不利な証人に対する反対尋問、自己の有利な証人の喚問、弁護人の援助（修正第6条）など、憲法において刑事被告人に認められた権利が保障されないからである。事実、国防長官が裁判官を選定する権限を持つ一方で、被告は弁護人を選ぶ権利を与えられなかったことから、公平な裁判を期待できないことは明らかであった⁹。また、証拠認定の基準も、「普通の人にとって証拠としての価値があると見なされる」ことが基準とされ、「合理的な疑いを超えなければならない」とする刑事裁判の基準を著しく緩和するものであった¹⁰。さらに、大統領個人の判断で「敵性戦闘員」の範囲が著しく拡大する恐れがあることから、罪刑法定主義の原則に反していることも指摘しておくべきであろう¹¹。「敵性戦闘員」の裁判なしでの「処刑」を一方の極に、通常法廷で認められた公正な手続きにしたがった裁判をもう一方の極に置くとするならば、大統領と国防長官の裁量でほぼ全ての手続きを定めることができる軍事委員会による裁判は¹²、きわめて「処刑」に近い色彩を持つものだったのである。

とりわけ後の裁判で問題となったのは、この命令によって拘禁された者から「人身保護請求

⁷ Military Order of November 13, 2001, Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism issued by George W. Bush. (Karen J. Greenberg and Joshua L. Dratel ed., *The Torture Papers: The Road to Abu Graib*, Cambridge University Press, 2005, pp.25-28.に収録)以下、*November 13 Order*.

⁸ ブッシュ政権の軍事委員会の問題点を指摘したものとして、Neal K. Katal and Laurence H. Tribe, “Waging War, Deciding Guilt: Trying the Military Tribunals,” 111*The Yale Law Journal* 1259 (2002); Laura A. Dickinson, “Using Legal Procedures to Fight Terrorism: Detentions, Military Commissions, International Tribunals, and the Rule of Law,” 75 *South Carolina Law Review* 1407 (2002), pp.1412-1435; Jordan Paust, *Beyond the Law: The Bush Administration’s Unlawful Responses in the War on Terror*, Cambridge University Press, 2007, Chapter 6; Pfinner, *op.cit.*, Chapter 5.

⁹ 関連する条項を挙げておく。November 13 Order, Section 3 (5). 訴追は国防長官が指名する1名かまたはそれ以上の法務官によって行なわれ、弁護は本命令に従う者の弁護人によって行なわれる。

¹⁰ *Ibid.*, Section 3 (3). 軍事委員会を統轄する法務官の見解において、(略)普通の人にとって証拠としての価値があると見なされたものは、証拠として認定される。

¹¹ *Ibid.*, Section 2 (a)(1). 「本命令に従う者」とは、アメリカの市民ではない者のうち、私（大統領）が書面によって決定した以下の者を言う。(1) (i)アルカイダとして知られる組織のメンバーであるか、過去にメンバーであった者、(ii)国際テロリズム行為やその準備に関与して、実行の幫助、教唆、共謀をした(略)と信じられる理由がある者。

¹² 法学者のカタルとトライブは、軍事委員会に執行権、立法権、司法権の全てが集中していることから、それを「絶対主義の極致」と呼んで批判している。Katal and Tribe, *op.cit.*, pp.1265-1266.

(Habeas Corpus)」の可能性が排除されたことである¹³。「人身保護請求」とは、市民革命時代のイギリスのコモン・ローに起源を持つ権利であり、マグナカルタ、『フェデラリスト』やアメリカ憲法の中にも言及がある。コモン・ローの権威であったダイシーによると、「人身保護請求」とは、「裁判所が、人身保護令状によって収監されている者を実際に裁判所の面前に連れてこさせ、その者が収監されているという理由を知り得ること、そして、裁判所の面前にその者が運ばれてきたとき、その場でその者を自由にしたり、例えば迅速に裁判に付されるべきことなど、その者が法律の要求する方法によって取り扱われるのを確かめることにある¹⁴」。この最後の点でも称すべき「人身保護請求」が拒絶された結果、「敵性戦闘員」は法的人格を剥奪された単なる「身体」として、「法のブラック・ホール¹⁵」の中に長期に渡って拘禁されることとなったのである。ナチス・ドイツによるユダヤ人に対するホロコーストも、まず彼（女）らから法的人格を剥奪することから始まった¹⁶。その意味において、ブッシュ政権の「敵性戦闘員」の取り扱い、ナチスの不気味な影を呼び起こすものであったのである¹⁷。

では、なぜブッシュ政権は連邦裁判所や国際法廷ではなく、国防長官の指揮下にある軍事委員会で「敵性戦闘員」を裁くことにしたのだろうか。言いかえると、なぜ法執行機関を中心としてテロ容疑者の捜査、逮捕、訴追、裁判を行なう「法執行モデル」ではなく、軍や諜報機関を中心として戦争、諜報活動、尋問を行なう「戦争モデル」を選んだのだろうか。これに関する大統領側の主張は、南北戦争や第2次世界大戦の例が示しているように、軍事委員会の利用はアメリカの歴史や戦争法などの慣習国際法において確立されたものであり、大統領は当然にそれを利用する権限を持つとするものである。だが、南北戦争にあたって、リンカーン大統領が大統領命令で軍事委員会を設立すると同時に人身保護請求を停止した件については、それが緊急時に必要とされる一時的な措置であり、後に議会の承認を得る必要があることを大統領自身が認識していた点がブッシュ政権と大きく異なる¹⁸。しかも、軍事命令によって捕らえられた民間人のミリガンが提訴したミリガン事件判決においては、民間の法廷が機能しているインディアナ州で民間人のミリガンを軍事委員会で裁くことは認められないとして、違憲判決が出されているのである¹⁹。

また、たしかに第2次世界大戦中、アメリカに侵入したナチス・ドイツの破壊活動家に対し、ルーズベルトは大統領命令で軍事委員会による裁判を行ない、迅速に死刑判決を出したという

¹³ November 13 Order, Section 7 (b) 「本命令に従う者」について、(1) 軍事委員会は彼らの犯罪に関する排他的な管轄を有する、(2) アメリカ国内や州の法廷、外国の法廷、国際法廷において救済を求めたり、訴訟を行ったりする特権は持たないものとする。

¹⁴ A・V・ダイシー『憲法序説』（伊藤正巳、田島裕共訳）、学陽書房、1983年、203～207頁。

¹⁵ 「法のブラック・ホール」とそれに関連する問題を論じているのは、David Dyzenhas, *The Constitution of Law : Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University Press, 2006.

¹⁶ Hannah Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt Brace & Company, 1976. [ハンナ・アーレント『全体主義の起源』（大久保和郎、大島かおり訳）、みすず書房、1981年]

¹⁷ 例えば、ジョルジョ・アガンベン『例外状態』（上村忠男、中村勝己訳）、未来社、2007年。

¹⁸ リンカーン大統領の行動が南北戦争のときに提起した憲法上の課題について、James G Randall, *Constitutional Problems under Lincoln*, D. Appleton, 1926.

¹⁹ *Ex parte Milligan*, U.S. 2, 139 (1866).

経緯があるが²⁰、このケースにおいてはカーリンらナチス・ドイツの破壊活動家がスパイ活動という戦争法に反する犯罪行為をアメリカ国内で実行したという事実がすでに明白であったのに対し、アメリカ軍や諜報機関に捕えられた「敵性戦闘員」の多くについては、テロ行為を実行したかどうか明らかではなかったという決定的なちがいが²¹ある。しかも、後に行なわれた裁判（ハムダン対ラムズフェルド事件²²）でも明らかにされたように、軍事委員会で裁くことができるのは、戦地において、戦時中に行なわれた戦争法に違反する犯罪行為に限られることから、「敵性戦闘員」が9・11のテロ事件発生前にテロを「共謀」した容疑を根拠としてを彼（女）ら裁くことができるとする政府側の主張には、かなり無理があったと言わなければならない。というのも、9・11より前の期間を戦争中であるとは言えないし、そもそも軍事委員会の法的根拠となっている慣習国際法において、「共謀」を犯罪行為と定める規定はどこにも見当たらないからである。

さらに、ルーズベルトが軍事委員会を用いた第2次世界大戦の時代と9・11の間には、ジュネーブ条約や国際人権規約などの人権条約が締結されるなど、戦争捕虜の取り扱いに関してさまざまな規制が設けられるようになってきたことを忘れてはならない²³。第2次世界大戦中、ナチス・ドイツや日本をはじめとする諸国による戦争捕虜の拷問や処刑が横行したために、より厳格な基準にしたがった取り扱いを求める法の制定が行なわれたのである²⁴。例えば、戦争捕虜の保護に関するジュネーブ条約においては²⁵、「捕虜は、いかなる場合にも、裁判所のいかんを問わず、一般に認められた独立および公平についての不可欠の保障を与えない裁判所、特に、その手続きが（略）防御の権利および手段を被告人に与えない裁判所では、裁判してはならない」（第84条）と定められている。戦闘行為を行なう者がこうした保護を受けるためには、「紛争当事国の軍隊の構成員およびその軍隊の一部をなす民兵隊または義勇隊の構成員」であるなど一定の条件を満たさなければならないが（第4条）、戦争捕虜としての地位について疑いがある場合は、「その地位が権限のある裁判所によって決定されるまでの間、この条約の保護を享有する」（第5条）としている。その一方で、ジュネーブ条約は敵対行為に直接参加しない者に対しても保護を与え、その者については「正規に構成された裁判所で文明国民が不可欠と認めるすべての裁判上の保障を与える裁判によらない判決の言渡しおよび刑の執行」を禁じている（第3条第1項）。また、アメリカは批准していないが、慣習国際法として法的効力を持つとされているジュネーブ条約第1追加議定書においては²⁶、「通常の司法手続きに関する一般的

²⁰ *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942).

²¹ シートン大学の報告によれば、2006年の時点でキューバのグァンタナモ基地に拘禁されていた516名のうち、アメリカへの敵対行為を行なった者は8%、タリバンやアルカイダのメンバーではあるが、敵対行為には関与しなかった者が30%、全く無関係なものが60%含まれていた。Savage, *op.cit.*, p.148.

²² ハムダン対ラムズフェルド事件におけるスティーブンス裁判官の法廷意見を参照のこと。Hamdan v. Rumsfeld 548 U.S. (2006). Opinion of the Court.

²³ Derek Jinks and David Sloss, "Is the President Bound by the Geneva Conventions?" 90 *Cornell Law Review* 97 (2004).

²⁴ Jennifer K. Elsea, "Lawfulness of Interrogation Techniques under the Geneva Conventions," *Congressional Research Service* (2004).

²⁵ 捕虜の待遇に関する1949年8月12日のジュネーブ条約（第3条約）。

²⁶ 1949年8月12日のジュネーブ諸条約の国際的な武力紛争の犠牲者の保護に関する追加議定書（議定書

に認められている諸原則を尊重する公平かつ正規に構成された裁判所が言渡す有罪の判決によることなく、武力紛争に関する犯罪について有罪とされる者に刑を言渡すことはできず、また、刑を執行することはできない」として、拘禁された者に広範な手続き的保障を与えている（第75条第4項）。さらに、市民のおよび政治的権利に関する国際規約においては²⁷、「逮捕または拘留によって自由を奪われた者は、裁判所がその拘留が合法的であるかどうかを遅滞なく決定することおよびその拘留が合法的でない場合にはその釈放を命ずることができるように、裁判所において手続きをとる権利を有する」（第9条第4項）として、「人身保護請求」に近い権利が保障されているのである。

こうして国際社会における「法の支配」が急速に進展した結果、戦争捕虜に十分な権利を保障しない軍事委員会の利用は難しくなり、アメリカ政府も戦争捕虜の取り扱いに際しては、ジュネーブ条約に従わざるを得なくなった。事実、ベトナム戦争の際には、北ベトナムのベトコンが民間人を装って敵対行為を繰り返したり、撃墜したアメリカ人のパイロットにジュネーブ条約は適用されないと主張して拷問を行ったりしたにも関わらず、アメリカ政府はジュネーブ条約に従い、捕えたベトコンに対して公正な手続き的保障を与えたとされている²⁸。ブッシュ政権が主張するとおり、彼の軍事委員会がルーズベルトの軍事委員会と同程度からそれ以上の手続き的保障を拘禁された者に与えるものであったとしても、それは第2次世界大戦以降に進んできた国際的な「法の支配」の基準を十分に満たすものではなかったのである。

ブッシュ政権はこうした批判に対して、「敵性戦闘員」を連邦裁判所で裁くと、裁判のプロセスで国家安全保障に関する機密情報が公開され、「テロとの戦争」の手の内を明かすことになるとともに、「敵性戦闘員」が裁判という公開の場を通じて外部にメッセージを発することで効果的なテロ対策を妨害する恐れがあるという実践的な理由を挙げて反論する。だが、これに対しては、アメリカ政府が「処刑」に近い形で「敵性戦闘員」を取り扱うこと自体が、アラブ世界の反米感情を刺激して、さらにテロリストを増やすかもしれないと指摘できる²⁹。また、そもそも9・11以前にもオクラホマ・シティや世界貿易センタービルの爆破事件などで「テロ容疑者」を通常の連邦裁判所で裁いてきた経緯からすると³⁰、それが主な理由とは考えられない。

むしろ、ブッシュ大統領が軍事委員会を利用するという決定を下した背景には、大統領の戦争権限を憲法的な抑制と均衡から解放し、「法の支配」から自由にすべきだとする「帝王的大統領制」のイデオロギーがあったと見るべきであろう。事実、このイデオロギーの支持者たちにとっては、「法執行モデル」よりは「戦争モデル」の方がはるかに都合がよかった。というのも、

I)。

²⁷ 市民のおよび政治的権利に関する国際規約。

²⁸ “Contemporary Practice of the United States Relating to International Law,” 62 *American Journal of International Law* 744 (1968), pp. 765-775. ただし、こうした記述はCIAの行なった秘密作戦によって処刑、拷問された人々を含んでいない。この点に関し、Howard Zinn, *A People’s History of the United States*, Harper Perennial Modern Classics, 2005. [ハワード・ジン『民衆のアメリカ史 1941-1971 (下)』(油井大三郎訳)、TBSブリタニカ、1993年、794~795頁]

²⁹ Dickinson, *op.cit.*, p. 1407.

³⁰ Harold Hongju Koh, “The Case Against Military Commission,” 96 *American Journal of International Law* 337 (2002).

「戦争モデル」を選ぶことにより、「敵性戦闘員」の取り扱いの全てを大統領の最高司令官としての権限で処理し、アメリカ国内法だけでなく、ジュネーブ条約などの国際法の規制も回避できると（誤って）考えられていたからである。

この点を最も分かりやすく示しているのが、2001年11月13日の大統領軍事命令の根拠となった司法省法務局（OLC）のメモランダム（2001年11月6日）である³¹。当時、OLC司法長官担当代行であったパトリック・フィルピンは、大統領の法律顧問アルバート・ゴンザレスにあてたこのメモランダムの中で、「敵性戦闘員」を軍事委員会で裁くことには、次の2つの法的根拠があると論じた。まず第1の根拠は、1950年に制定されたアメリカの統一軍事法典（The Uniform Code of Military Justice）の第21条、さらには同条の前身となった戦争法（Articles of War）の第15条において、軍法裁判所（Courts Marshal）の他に軍事委員会（Military Commission）の管轄が明記されていることである³²。OLCによれば、これは大統領がこれまで慣習的に軍事委員会を利用してきた歴史を議会が事後的に追認したことを示すものであり、大統領が軍事委員会を設置して「敵性戦闘員」を裁く法的な根拠になるものである。

だが、議会が成立させた統一軍事法典において軍事委員会の管轄が認められているとするOLCの見解は実は表向きの理由にすぎない。というのも、第2の根拠として、OLCは憲法第2条で定められた大統領の最高司令官としての戦争権限を持ち出し、その権限が「内在的」であるという考えから、軍事委員会の利用にはそもそも議会の承認は必要ないとしているからである³³。これは一体どういうことであろうか。まず憲法第2条第8項において、大統領は「合衆国の陸海軍、および現に合衆国の軍務に服するために召集された各州の民兵の最高司令官である」とする規定があるが、これにより大統領は戦場における部隊の移動など、戦争を遂行する権限を憲法によって授けられているとされる。そして、この権限が「内在的」という意味は、憲法上認められたこの戦争権限が統一軍事法典などの下位の制定法によって制限されるべきではないことを意味する。この土台のうえに、大統領が行なう戦争の一環として、軍事委員会の利用は当然に含まれるという論理構成を行なうことにより、大統領は議会の承認がなくても、最初から軍事委員会を利用する権限を有するという結論が導き出されるのである。

少し考えてみれば分かるように、これはつまり大統領は全軍の最高司令官として議会が制定する法の上に立つということであり、戦争捕虜の取り扱いを含めて、大統領の戦争権限の行使を一切制約できないことを意味する。私たちはここに、先述した「帝王的大統領制」のイデオロギーが作用しているのを見ることができよう。この考え方に従えば、「敵性戦闘員」の取り扱いも大統領が行なう戦争遂行の一環として位置付けられることから、そこに議会が介入して「法の支配」を及ぼすことは許されず、大統領は自らの決断だけを超法規的な正当性の淵源として行動することができるのである。こうしたイデオロギーの理論家の一人が、第2章で

³¹ Memorandum Opinion for the Counsel to the President, Legality of the Use of Military Commissions to Try Terrorists, November 6, 2001 signed by Patrick F. Philbin, Deputy Assistant Attorney General.
<http://www.torturingdemocracy.org> (アクセス期日 2013年12月31日).

³² U.S.C. §801-946(2000).

取り上げた法学者のジョン・ユーであった³⁴。ユーはすでに 2001 年の夏から O L C に司法長官担当代行として勤務しており、このメモランダム作成にも大きな役割を果たしているのである。

第2節 議会の対応と武力行使容認決議の解釈

では、こうしたイデオロギーに支えられた大統領の単独行動に対して、議会はどのように対応したのだろうか。憲法起草者の 1 人であったマディソンの言葉に従うならば、「数種の権力が同一の政府部門につきつぎに集中してゆくことを防ぐ最大の保障は、各部門を運営するものに、他部門よりの侵害に対して抵抗するのに必要な憲法上の手段と、個人的な動機を与えるということであろう。(略) 野望には、野望をもって対抗せしめなければならない³⁵」。大統領の行き過ぎ抑制するには、紙の上に書かれた障壁では十分ではなく、議会が厳重なチェックを行ない、彼を「法の支配」の下に置くことによって、はじめて「帝王的大統領」による独裁を防ぐことができるであろう。だが、以下で見るように、議会は大統領に対して大幅な戦争権限を委譲するという第 2 次世界大戦以降に繰り返し見られたパターンを繰り返し、実質的なチェックとしての機能を果たさなかったのである。

この点を見て行くうえで重要になってくるのが、9・11 のわずか 3 日後に議会が成立させた武力行使容認決議 (AUMF) である。この中で、議会は大統領に対し、「2001 年 9 月 11 日に発生したテロ攻撃を計画、認可、実行、幫助した国家、組織、人物、あるいはそうした組織や人物を隠匿した者に対して、必要で適切なあらゆる武力を行使する」権限を与えた³⁶。当初、ホワイトハウスは 9・11 に関わった者に武力を行使するだけでなく、アメリカに対して将来行なわれる可能性のあるテロ行為を抑止、予防することを目的とした武力の行使まで認めることを要請したが、議会の側がそれでは大統領の権限が広くなりすぎると反発、武力行使の対象を 9・11 に関係がある国家、組織、人物に限定することにした³⁷。本論の文脈で問題となるのは、議会がこの決議によって、大統領による軍事委員会の設立まで認めたかどうかという点である。

議会はこの決議によって軍事委員会の設立を認めていないとする立場のニール・カタルとローレンス・トライブは、たしかにアメリカ統一軍事法典の中で軍事委員会の管轄について言及があることを認める。だが、条文の趣旨からするとその利用は「戦時中」に限られるのであり、

³³ *Ibid.*, Chapter B.

³⁴ ジョン・ユーの見解については、第 2 章を参照のこと。

³⁵ A・ハミルトン、J・ジェイ、J・マディソン『ザ・フェデラリスト』(斎藤眞、武則忠見訳)、福村出版、1991 年、第 51 編、396 頁。

³⁶ Authorization for Use of Force in Response to the 9・11 Attacks (P.L.107-40).

³⁷ 武力行使容認決議をめぐるホワイトハウスと議会の交渉については、Richard F. Grimmett, “Authorization For Use of Military Force in Response to the 9・11 Attacks (P.L. 107-40): Legislative History,” *Congressional Research Service* (2007).

「戦時中」と言えるためには、議会は憲法上の手続きにしたがって宣戦布告をしなければならない。それにも関わらず、議会は武力行使容認決議を出しただけであって、全面的な宣戦布告をした訳ではない。したがって、軍事委員会の利用は認められないというのである³⁸。カタルとトライブはこれに加えて、議会が個人の人権を侵害する恐れのある権限を執行府に委譲するに際しては、その旨を明確に述べなければならないとする、判例上確立された原則に言及する。この原則に照らした場合、軍事委員会は「敵性戦闘員」の権利を著しく制約する訳であるから、議会が大統領に対してその利用を承認するためには、明確にその趣旨を述べなければならないはずなのに、武力行使容認決議においては一言も言及がない。ここから、議会が軍事委員会の利用を承認したと言えるはずはないとの結論を出すのである。こうしたカタルとトライブの議論は、AUMFが大統領の戦争権限を無制限に認めるものではなく、武力行使の対象を9・11の関係者に絞るなどして、その範囲を限定するという性質を持っている点に注目するものであると言えるであろう。

これに対し、議会は武力行使容認決議で軍事委員会の利用を承認しているとする立場のカーチス・ブラドリーとジャック・ゴールドスミスは、議会がAUMFで武力行使の対象を9・11の関係者に絞るだけで、その範囲内における個別具体的な対象については大統領の決定に委ねていることに加え、利用可能な軍事的資源、武力行使の方法、タイミングや期間を特定しなかったことに注目する。彼らによれば、こうした形での戦争権限の委譲は、これまで合計5回行なわれた宣戦布告やその他の大規模な戦争（ベトナム戦争、湾岸戦争など）を承認した決議と比べても遜色がないほど広範であるから、AUMFには宣戦布告と同様の法的効果が認められる³⁹。これに加えて、国際的な慣習において軍事委員会の利用が戦争遂行の一環として認められていることからすると、議会はこの決議で軍事委員会の利用まで含めた広範な戦争権限を大統領に委譲したと解釈できると主張するのである。また、たしかにカタルやトライブの指摘するとおり、議会が個人の人権を制約する権限を大統領に委譲するに際しては、その趣旨を明確に述べなければならない。だが、それは国内の立法措置にあてはまることであって、外交については大統領が独立の権限を持っていることから、同様の原則は通用しないと言うのである⁴⁰。

後の裁判でも明らかとなるように、こうしたブラドリーとゴールドスミスの見解は、議会が承認さえすれば軍事委員会に付随する様々な憲法上の問題（例えば、人身保護請求の骨抜きなど）を回避できるかのような悪しき「行政国家」の論理⁴¹に貫かれている点に加え、ジュネー

³⁸ Katal and Tribe, *op.cit.*

³⁹ Curtis A. Bradley and Jack L. Goldsmith, "Congressional Authorization and the War on Terrorism," 118 *Harvard Law Review* 2047 (2005), pp. 2075-2083.

⁴⁰ こうした見解は第2章でも検証したカーチス・ライト事件判決に依拠するものである。 *United States v. Curtiss-Wright Export Co.*, 299 U.S. 304, 319-22 (1936).

⁴¹ 憲法学者のキャス・サンステインは、こうした「行政国家」の論理を支持する論文を発表している。 Cass R. Sunstein, "Administrative Law Goes to War," 118 *Harvard Law Review* 2663 (2005). 憲法学者エドワード・コーウィンは、アメリカ憲法に人間の手では改変できない正義や権利の存在を認める自然法の伝統が息づいていることを示したが、このような立場からすると、安易な「行政国家」の論理は到底受け入れられないであろう。 Edward S. Corwin, "The 'Higher Law' Background of American Constitutional Law", XLII *Harvard Law Review* 149 (1928).

ブ条約などの関連条約の適用がないとしている点でも大きな問題があると言わなければならないが、少なくとも武力行使容認決議を出したときの議会の立法意思の認識としては、カタルやトライブと比べるとかなり現実に近いということができるといえるであろう。

その根拠は、軍事委員会の設立からおよそ5年後、最高裁判所がグァンタナモ基地に拘禁されている「敵性戦闘員」に対する法的管轄を主張したハムダン判決の後⁴²、議会が大統領の要請に応じて軍事委員会法⁴³を成立させたことにある。議会はこの法律で、「敵性戦闘員」の取り扱いから裁判所の管轄を排除するとともに、拘禁されている者がジュネーブ条約などの国際法を根拠として訴えを起こしたり、憲法上認められた人身保護請求を行なう権利を否定するなど、大統領側に大きな譲歩をした。事実、マッケイン議員などのごく少数の議員を別にすると、議会はタリバンやアルカイダなどの「敵性戦闘員」に人身保護請求の権利があると考えられることすらできなかったのである。

このように、たしかにカタルやトライブの言うとおりに、議会は武力行使容認決議で軍事委員会の利用を明示的には認めていないが、ではその利用を禁止する意思があったかと言えば、それはかなり疑わしいと言わなければならない。序章で述べたジャクソン判事の3分法の枠組みで言うと、議会はAUMFを制定した時点では軍事委員会を積極的に禁止する意図はなかったと考えられるため、大統領の権限は(b)の曖昧な領域に分類されるが、軍事委員会法の制定により、議会は明示的な授権を行なった訳であるから、大統領の権限は(a)の最大になったのである。

以上をまとめると、「野望と野望」を対抗させることで共和主義を維持しようとするマディソンの解決策は全く機能せず、議会はベトナム戦争から得られた苦い教訓にも関わらず、大統領のリーダーシップを尊重するという名目で、戦争に対する責任を放棄し続けたといえることができる⁴⁴。したがって、問題は武力行使容認決議で議会が軍事委員会を容認したかどうかということよりは、むしろ積極的に大統領の戦争権限をチェックしようとする政治的意思が議会がに欠けていたことに見出すべきであろう。

こうして、一方の「帝王的大統領制」の論者たちは、大統領が軍事委員会を利用するに際して議会によるお墨付きはあったに越したことはないが、法的には別になくとも構わないと考えられるとともに、他方の議会は、大統領の権限濫用をチェックするどころか、そのリーダーシップに進んで従うという皮肉な構造が出来上がった。こうした2段構えによる論理構成は、軍事委員会だけでなく、タリバンやアルカイダなどの「敵性戦闘員」を尋問する手法について作成されたOLCのメモにも見られる。以下では、この点についてより詳しく見て行きたい。

⁴² *Hamdan v. Rumsfeld* 548 U.S. 557 (2006).

⁴³ Military Commissions Act of 2006 軍事委員会法の問題点については、Carlos Manuel Vazquez, "The Military Commissions Act, the Geneva Conventions, and the Courts: A Critical Guide," 101*American Journal of International Law* 73 (2007).

⁴⁴ ベトナム戦争における議会の責任について、John Hart Ely, *War and Responsibility: Constitutional Lessons of Vietnam and its Aftermath*, Princeton University Press, 1993.

第3節 大統領はジュネーブ条約に拘束されるか？

2004年6月、アメリカ軍の管理下にあったイラクのアブグレイブ収容所で生じた捕虜の虐待の様子を示す写真が世界中のメディアで公開された。アブグレイブでは尋問の際に軍用犬を使って威嚇する、複数の男性の被拘禁者を全裸にしたうえで山積みにしてその上に飛び乗る、死亡した被拘禁者の写真を撮影する、女性の被拘禁者をレイプするなど、明らかにジュネーブ条約に違反する取り扱いが行なわれていたのである。こうした被拘禁者に対する虐待の発端となったのは、イラクから遠く離れたキューバのグァンタナモ基地で実施されていた「強化型(enhanced)」尋問の手法であり、アブグレイブでの虐待はグァンタナモ基地での尋問手法がアブグレイブに「飛び火」した結果として生じたとされている。では、なぜグァンタナモ基地でこうした拷問に近い形での尋問が行なわれるようになってきたのだろうか。

アフガニスタンで捕らえられたタリバン、アルカイダなどの「敵性戦闘員」がグァンタナモ基地へと連行されてきた当初、軍はジュネーブ条約に準拠した軍のマニュアル通りに尋問を行っていたのだが、2002年10月11日、テロリストの潜伏先などに関する重要な情報が得られないことに苛立ったダンラビー少将は、次の3つのカテゴリーに分類される「強化型」尋問手法の利用許可を求めるメモランダムを作成した⁴⁵。カテゴリーIの中に含まれるのは、怒鳴りつけること(ただし、直接耳の中ではなく、また身体的苦痛や難聴を伴わないもの)、カテゴリーIIには、軍用犬による威嚇、脱衣、頭に袋を被せること、無理な姿勢を強いること、30日間までの独房への監禁、24時間続けて行なわれる尋問、音や光といった感覚的刺激の剥奪、カテゴリーIIIには、自分や家族に死や激しい苦痛が待ち受けていると思わせるシナリオの利用、冷氣や冷水への暴露、濡れたタオルの上に水を垂らして窒息するのではないかという錯覚を起こさせる「水板責め」、穏やかで傷害を与えない程度の身体的接触などが含まれていた。

こうした一連の「強化型」尋問を要請するダンラビー少将のメモランダムは、南部方面軍司令部を通して国防省の法律顧問ウィリアム・ヘインズへと上げられた。ヘインズはこの要請を受けて、カテゴリーIとカテゴリーIIの全ての尋問手法と、カテゴリーIIIの尋問手法のうち1つ(穏やかで傷害を与えない身体的接触)を許可するべく、国防長官ドナルド・ラムズフェルドに進言するメモランダムを作成⁴⁶、ラムズフェルドはこの進言をそのまま受け入れ、2002年12月2日のメモランダムでこれらを許可する決定を下した⁴⁷。結局、カテゴリーIIIの尋問手法は1つしか認められなかったが、個別の事例に応じて要請を出せば別途検討するとの但し書きが加えられ、カテゴリーIIIの手法の全てが禁止されている訳ではないという含みを残すこ

⁴⁵ Memorandum for Commander, United States Southern Command; Subject: Counter Resistance Strategies, October 11, 2002 signed by Major General Michael E. Dunlavey. (Greenberg and Dratel ed., *Torture Papers*, p.225. に収録)

⁴⁶ Action Memo; From William J. Haynes II, General Counsel, Department of Defense; Subject: Counter Resistance Strategies, November 27, 2002. (Greenberg and Dratel ed., *Torture Papers*, p.237. に収録)

⁴⁷ Memorandum for Commander USSOUTHCOM; Subject: Counter-Resistance Techniques, January 15, 2003

とになった。また、軍とは別に中央情報局（CIA）がアフガニスタンその他に設置した極秘の秘密収容所において、「水板責め」を含むカテゴリーIIIの尋問手法が利用されていたとする報道からすると⁴⁸、いつ許可されてもおかしくない状況にあったとすることができるであろう。

念のために確認しておくとして、こうした捕虜の取り扱いにはジュネーブ条約をはじめとする数多くの国際法に抵触するものである。具体的に言うと、「戦争捕虜は、常に人道的に待遇しなければならない」（第13条）と定める戦争捕虜に関するジュネーブ条約において、「捕虜からいかなる種類の情報を得るためにも、これに肉体的または精神的拷問を加えてはならない。回答を拒む者に対しては、脅迫し、侮辱し、または種類のいかんを問わず不快もしくは不利益な待遇を与えてはならない」（第17条）と規定されていることが問題となる。戦闘行為を行なう者がこうした捕虜としての保護を受けるためには、「紛争当事国の軍隊の構成員およびその軍隊の一部をなす民兵隊または義勇隊の構成員」であるなど一定の条件を満たさなければならないが（第4条）、「敵対行為に直接参加しない者」も保護の対象となり、「(a)生命および身体に対する暴行、特に、あらゆる種類の殺人、傷害、虐待および拷問、(b)人質、(c)個人の尊厳に対する侵害、特に、侮辱的で体面を汚す待遇」その他が禁じられている（第3条）。こうしたジュネーブ条約の規定はアメリカ国内法においても反映され、1997年に制定された戦争犯罪法はジュネーブ条約違反の行為に刑罰を科すことにしている⁴⁹。その他に抵触する可能性のある条約としては「戦争状態、戦争の脅威、内政の不安定または他の公の緊急事態であるかどうかに関わらず、いかなる例外的な事態も拷問を正当化する根拠として援用することはできない」（第2条第2項）と定めた拷問および他の残虐な、非人道的または品位を傷つける取り扱いまたは刑罰に関する条約が挙げられる⁵⁰。この条約において、拷問は「身体的なものであるか精神的なものであるかを問わず人に重い苦痛を故意に与える行為であって、本人もしくは第3者から情報もしくは自白を得ること(略)」を目的として行なわれるものとして定義される。注目すべきは、この条約の締約国はこうした拷問に至らない行為であっても、「残虐な、非人道的または品位を傷つける取り扱い」についてはそれを防止する義務を負うとされている点である（第16条）。アメリカではこの条約についても国内で立法措置が講じられており、拷問禁止法は条約違反の行為に対して死刑を含む刑罰を科しているのである⁵¹。また、アメリカは批准していないが、慣習国際法としての効力を有するとされるジュネーブ条約第1追加議定書においては、「あらゆる種類の拷問（身体的なものであるか精神的なものであるかを問わない）」や「個人の尊厳に対する侵害、特に、侮辱的で体面を汚す待遇」が禁止されている（第75条第2項）。さらに、市民的および政治的権利に関する国際規約においては、「何人も、拷問または残虐な、非人道的もしくは品位を傷つける取り扱いもしくは刑罰を受けない」と規定されているのである（第7条）。

signed by Defense Secretary Donald Rumsfeld. (Greenberg and Dratel ed., *Torture Papers*, p.238. に収録)

⁴⁸ こうした報道として、Mayer, *op.cit.* ジェームズ・ライゼン、前掲書。

⁴⁹ U.S.C. §2441

⁵⁰ 拷問および他の残虐な、非人道的なまたは品位を傷つける取り扱いまたは刑罰に関する条約。

では、これだけ多くの条約や国内法によって禁止されているにも関わらず、ブッシュ政権は一体どこに「法の支配」の穴を見つけることができると考えたのだろうか。実は、ラムズフェルドが 2002 年 12 月に「強化型」尋問の手法を許可した背後には、ジュネーブ条約はタリバン、アルカイダなどの「敵性戦闘員」には適用されないとする司法省法務局（OLC）の法的見解と、それを受けた大統領の決定があった。この OLC の法的見解は、国務省の法律顧問ウィリアム・タフトによって「重大な誤り」と評されたように⁵²、常軌を逸したものであったが、私たちはこうした歪められた法的推論の背後に、「テロとの戦争」からジュネーブ条約の適用を排除することを目論むブッシュ大統領側近の明白な政治的意図を読み取ることができるのである。

司法省法務局の見解は、先述したジョン・ユーの作成によるメモランダム草案においてその全容を見ることができる⁵³。ユーはこの中で、ジュネーブ条約や拷問禁止条約などの関連条約や法がタリバン、アルカイダの「敵性戦闘員」に適用されない理由を次のように説明している。まず第 1 に、ジュネーブ条約はその第 2 条において、「2 以上の締約国の間に生ずる全ての宣言された戦争またはその他の武力紛争の場合について」適用されるとしているが⁵⁴、暴力的なテロ組織であるアルカイダは「非国家行為体」にすぎず、当然「締約国」ではないので、その保護を受けられない⁵⁵。さらに、タリバン政権下のアフガニスタンは、国内において実効支配を確立できていない「破綻国家」であり、同じく主権国家としての資格要件を満たしていないことから、条約の保護を受けることができない⁵⁶。

第 2 に、ジュネーブ条約はその第 3 条において、敵対行為に直接参加しない者についても保護を与えることを規定しており、これによって敵対行為に参加しなかったタリバンやアルカイダのメンバーや誤って拘禁された無関係の民間人が保護されることも考えられるのだが⁵⁷、ユーはこの保護を与えられるのが「締約国の一領域内における国際的性質を有しない武力紛争」（傍点筆者）の場合であることに着目し、国境を超えて全世界規模で行なわれる「テロとの戦争」はまさに国際的性質を有するがゆえに、同条項の適用はないと指摘する⁵⁸。つまり、ユーによれば、ジュネーブ条約は依然として主権国家パラダイムに支配された時代の産物であることから、国境を超えてグローバルに展開する「テロとの戦争」を規制することができない。主

⁵¹ U.S.C. §2340-2340A.

⁵² Unclassified Memorandum; To: John C. Yoo, Deputy Assistant Attorney General, Office of the Legal Counsel, United States Department of Justice; From: William H. Taft IV, Legal Advisor, United States Department of State; Subject: Your Draft Memorandum of January 9, January 11, 2002. <http://www.torturingdemocracy.org> (アクセス期日 2013 年 12 月 31 日)。以下、*Taft Memorandum*。

⁵³ Memorandum (Draft) for William J. Haynes II, General Counsel, Department of Defense; From: John Yoo, Deputy Assistant Attorney General and Robert J. Delahunty, Special Counsel; RE: Application of Treaties and Laws to al Qaeda and Taliban Detainees, January 9, 2002. <http://www.torturingdemocracy.org> (アクセス期日 2013 年 12 月 31 日)。以下、*Treaty Memo*。

⁵⁴ 戦争捕虜の保護に関するジュネーブ条約 第 2 条（略）この条約は、2 以上の締約国の間に生ずるすべての宣言された戦争またはその他の武力紛争の場合について、当該締約国の 1 が戦争状態を承認するとしないことを問わず、適用する。

⁵⁵ *Treaty Memo*, pp. 11-14.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 14-23.

⁵⁷ 戦争捕虜の保護に関するジュネーブ条約 第 3 条 締約国の 1 の領域内に生ずる国際的性質を有しない武力紛争の場合には、各紛争当事者は、少なくとも次の規定を適用しなければならない。（略）。

⁵⁸ *Treaty Memo*, pp. 6-11.

権国家間の紛争を想定した第2条において残されたギャップを埋めるために設けられた第3条も依然として一国内の内戦をカバーするにすぎず、グローバルな内戦とでも称すべき「テロとの戦争」はその想定外にあると指摘するのである。

第3に、ユーはジュネーブ条約をどう解釈するかという問題とは別に、そもそも議会がジュネーブ条約を国内で立法化して大統領の戦争権限を縛るとのこと自体、憲法の仕組みからすると問題ではないかと指摘する。そして、「議会がジュネーブ条約を広義に解釈して、それにアメリカ軍を従わせようとする努力はすべて、軍を指揮する大統領の権限を侵害する可能性がある⁵⁹」と言うのである。仮に彼の見解に従い、議会がジュネーブ条約を立法化して大統領の戦争権限を制約できないとすれば、大統領は法の上に立つことになるため、条約の保護はタリバンやアルカイダには及ばないことになる。私たちはここで再び「帝王的大統領制」の論理が作用しているのを見ることができるのである。

ユーはこれに加えて、仮に百歩譲ってジュネーブ条約の適用があるとしても、大統領は憲法に定められた執行府の長として、条約を「運用停止」にできると主張する⁶⁰。彼によれば、条約の締結には上院の3分の2以上の賛成が必要であるが、いったん成立した条約を「運用停止」にしたり、あるいは破棄したりすることは、外交政策のリーダーとしての大統領の権限に属する事柄である。しかも、先述したように、アフガニスタンは「破綻国家」であって、国内において条約の実行を徹底する能力に欠けているうえに、タリバンやアルカイダなどの「戦闘員」は、戦闘員であることを示す標章を身につけないなど、すでにジュネーブ条約違反の行為を行っている。憲法上、大統領はこうした理由を根拠として自由に条約の「運用停止」をすることが許されている訳であるから、タリバンやアルカイダは条約の保護を受けられないと指摘するのである。

また、ジュネーブ条約、ジュネーブ条約第1追加議定書、拷問禁止条約、国連の人権規約などはすでに慣習法化されているのであるから、大統領がどのような解釈をしようとも、それは強行規定として無条件に適用されるのではないかとする懸念に対して、ユーは慣習国際法がアメリカの大統領の権限を拘束することは全く認められていないと主張する。ユーはこの点を示すために、もし慣習国際法がアメリカ国内で自動的に法的効力を持つとするならば、憲法に定められた改正手続きを踏まずに憲法が改正されるおそれが生じるなどの問題点を指摘しているが⁶¹、少なくともジュネーブ条約、拷問禁止条約についてはすでに議会の承認を経て国内法化されている訳であるから、こうした議論は的外れであると言わなければならない。むしろ、ユーの本音としては、慣習国際法の効力を認めると、大統領の最高司令官としての権限や執行府の長としての権限の行使が制約されてしまうという懸念にあったと考えられる。先述したように、ユーは議会が条約を立法化して大統領の戦争権限を抑制することには違憲の疑いがあると

⁵⁹ *Ibid.*, p.11.

⁶⁰ *Ibid.*, pp.31-34.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 34-36.

する立場であるが、これと同じ論理で慣習国際法の効力も否定されているのである⁶²。

ユーはこうした独創的な論理構成により、大統領の戦争権限をジュネーブ条約に代表される「法の支配」から解き放とうとするのであるが、その中に含まれる誤りは、ユーのメモランダム草案が閣僚レベルで回覧されてからわずか2日後に、國務省の法律顧問であるウィリアム・タフトによって指摘されることとなった⁶³。タフトがまず問題としたのは、アフガニスタンが「破綻国家」であって、主権国家の資格要件を満たしていないため、ジュネーブ条約の保護を受けられないとする議論である⁶⁴。タフトによれば、アメリカ政府自身がアフガニスタン为国家として承認し続けている訳であるし、アフガニスタンは依然として国連加盟国であり、国際社会からも国家として認められている。したがって、アフガニスタンが「破綻国家」となり、主権国家であることを「やめた」と言うことはできない。その証拠に、国連安保理は1998年に「アフガニスタン国内における全ての紛争当事者に対し、ジュネーブ条約を遵守すること」を要請する決議を出しているが、これは明らかにアフガニスタンが依然として主権国家であり、ジュネーブ条約の締約国であることを前提としている。しかも、タリバン政権は国土のおよそ90%を実効支配しているので、アフガニスタンを「破綻国家」というのは全くの事実誤認であると言えるし、そもそも「破綻国家」という政治学上の概念によって、条約締約国の地位が変わるという考え方は、国際法上は全く認められていない。

タフトはこれに続けて、ユーによるジュネーブ条約第3条の解釈を疑問視する⁶⁵。ユーは第3条が「国際的性質を有さない武力紛争」のケースを規定していることから、国際的な性質を有する「テロとの戦争」はそれに該当しないと主張するのであるが、タフトによれば第3条の趣旨は第2条で規定されている締約国間の紛争ではカバーし切れなかった内戦にも条約の適用範囲を拡大するだけでなく、終局的にはあらゆる紛争をカバーすることまで目的とするものであるから、「テロとの戦争」がそこから除外されると言うことはできないのである⁶⁶。

さらに問題となるのは、アフガニスタンは「破綻国家」であり、タリバンやアルカイダはすでにジュネーブ条約その他の戦争法や国際人道法に違反する行為をしているのだから、大統領はそれを根拠として条約を「運用停止」にできるというユーの主張である。タフトによれば、仮にタリバンやアルカイダがジュネーブ条約その他の法に違反したとしても、国際法上、自動的に条約が「運用停止」になることはない⁶⁷。ウィーン条約法条約で定められているとおり⁶⁸、相手国による重大な条約違反は、条約の終了または運用停止の根拠として「援用」できるにすぎないのであり（第60条）、条約の終了または運用停止を行なうためには、自国の主張を他国

⁶² *Ibid.*, pp.38-39.

⁶³ *Taft Memorandum*.

⁶⁴ *Ibid.*, pp.5-10.

⁶⁵ *Ibid.*, pp.11-22.

⁶⁶ こうした見解は後にハムダン対ラムズフェルド事件において法廷意見を提出したスティーブンス裁判官にも支持されることになった。*Hamdan v. Rumsfeld* 548 U.S. 557 (2006). *Opinion of the Court*, pp.67-68.

⁶⁷ *Ibid.*, pp.25-30.

⁶⁸ 条約法に関するウィーン条約

に通告するなどの定められた手続きを踏まなければならないのである（第 65 条）⁶⁹。しかも、ウィーン条約法条約においては、「人道的性格を有する条約に定める身体の保護に関する規定」は条約の終了や運用停止の対象にならないと規定されており（第 60 条第 5 項）、戦争捕虜の保護に関するジュネーブ条約もまさにこうした条約の中に含まれる。その証拠に、ジュネーブ条約では「締約国が紛争中に条約を破棄することはできない」と規定されているのである（第 142 条）。

だが、おそらくジョン・ユーの議論における最大の問題は、一方でジュネーブ条約やその他の戦争法などの慣習国際法としての効力を否定しながら、他方でタリバンやアルカイダがそうした法に抵触する戦闘行為を行なった不法な戦闘員であるという理由で、彼らに対してジュネーブ条約の保護を与えることを拒絶したり、条約を「運用停止」できるなどとしている点である。というのも、ユーの指摘するとおり、そもそもジュネーブ条約がアフガニスタンに適用されないのであれば、タリバンやアルカイダがこうした法に抵触したと批判することも、それを「運用停止」にすることもできないはずだからである。

タフトさらに、慣習国際法はアメリカ大統領の権限を拘束することは全く認められていないとするユーの見解は誤りであって、慣習国際法は少なくとも国際法の下でアメリカ政府を拘束することが正式に認められていると反論するとともに⁷⁰、仮にユーの言うとおりに、慣習国際法が適用されないのであれば、アメリカの兵士がタリバンやアルカイダによる違法な戦争行為によって犠牲になった場合、ジュネーブ条約に基づいて彼（女）らの法的な責任を追及する道が阻まれてしまうと指摘する。しかも、OLC は軍事委員会の利用を認めた先のメモランダムで、軍事委員会の利用は戦争法などの慣習国際法によって認められていると主張しているのだから、ユーの議論にしたがえば、軍事委員会の利用もその法的根拠を失うことになってしまうであろう。タフトはこうした一連の問題を避けるためにも、アメリカは慣習国際法を遵守しなければならないと説くのである⁷¹。

以上のようなタフトからの徹底的な批判にも関わらず、ジョン・ユーのメモランダム草案はほとんど修正を受けないまま、OLC の正式見解としてホワイトハウスに送付され、アルバート・ゴンザレス大統領法律顧問による助言を経て、最終的に「アルカイダ、タリバンなどの被拘禁者に関する人道的な取り扱いについて」と題された大統領の執行命令へと結びついて行くことになった（2002 年 2 月 7 日）⁷²。では、なぜジョン・ユーのメモランダム草案は、その中に含まれる「重大な誤り」にも関わらず、これほど容易にブッシュ政権の政策として採用され

⁶⁹ しかも、大統領が条約の運用停止や終了を行なうためには、事前に議会の承認を得なければならないとする見解が有力に主張されている。例えば、Michael J. Glennon, *Constitutional Diplomacy*, Princeton University Press 1990, pp. 145-161.

⁷⁰ 同様の見解について、*Ibid.*, pp. 229-282.

⁷¹ *Taft Memorandum*, pp. 31-36.

⁷² Executive Order 12958; Memorandum for the Vice President, The Secretary of the State, The Secretary of Defense, The Attorney General, Chief of Staff to the President, Director of Central Intelligence, Assistant to the President for National Security Affairs, Chairman of the Joint Chiefs of Staff; Subject: Humane Treatment of al Qaeda and Taliban Detainees, February 7, 2002 signed by President George W. Bush. (Greenberg and Dratel ed., *Torture Papers*, pp.134-135. に収録)

たのであろうか。その背後にあった政権の思惑は、ゴンザレスが大統領に当てたメモランダム
の次の1節に最もあからさまに現れていると言える。

大統領がおっしゃるように、テロとの戦争は新しい種類の戦争です。それはジュネーブ条約の背景となっているような、戦争法にしたがった主権国家間の戦争ではありません。この新しい戦争においては、別の要素の優先順位が高くなります。例えば、アメリカ市民へのさらなる犯罪行為を食い止めるために、捕らえられたテロリストやその資金提供者から情報を取得したり、市民を理由もなく殺害した罪で裁くことが重要になってきます。私の考えでは、この新しいパラダイムによって、収監されている敵の尋問に厳しい制約を課したりする（略）ジュネーブ条約は時代遅れになっています⁷³。

こうしたゴンザレスの助言を受けて大統領が出した命令は、(a)アルカイダはジュネーブ条約の締約国ではないから、ジュネーブ条約の適用はないとする司法省の見解を受け入れること、(b) 大統領は憲法上、条約の運用を停止する権限を持つが、現時点では停止しないこと、(c) ジュネーブ条約第3条は「国際的性質を有さない」紛争に適用されることから、国際的な性質を有するテロとの戦争で捕らえられたアルカイダやタリバンには適用されないとする司法省の見解を受け入れること、(d)タリバンは違法な敵性戦闘員であるから戦争捕虜としての地位は認められない、アルカイダにはそもそもジュネーブ条約の適用はないので同様に戦争捕虜としての地位は認められないとする司法省の見解を受け入れることを決定するものであった。だが、ブッシュはこれに続けて、アメリカの国家としての価値観からすると、拘禁された者を人道的に取り扱う必要があると主張する。アメリカはタリバンやアルカイダなどの「敵性戦闘員」についてはジュネーブ条約の適用を排除するが、ジュネーブ条約の原則を支持することには変りはないのであるから、軍事的必要と両立する限りにおいて、ジュネーブ条約を遵守すべきだと言うのである。

ここでブッシュは、一方でジュネーブ条約の適用を排除すると言いながら、他方で軍事的必要と両立する限りにおいてそれを遵守すべきだと言うのだが、一見矛盾するかに見えるこうした言明の裏には、次のような「アメリカ例外主義」の考え方が潜んでいる。すなわち、アメリカは1つの主権国家として、ジュネーブ条約をはじめとする国際法によってその決定を制約されることはない。したがって、軍事的必要がある限りにおいてジュネーブ条約を無視できる。しかし、アメリカは同時に人道的価値を重んじる国家であるから、ジュネーブ条約を政策として支持することを自発的に選ぶべきだと考えられているのである。だが、締約国が自国の軍事的必要と価値観に合致する限りにおいて支持する法は単なる行動準則であって、もはや規範的

⁷³ Memorandum for the President; From: Alberto R. Gonzales; Subject: Decision Re: Application of the Geneva Convention on Prisoners of War to the Conflict with al Qaeda and the Taliban, January 25, 2002. (Greenberg

な意味を伴う法とは言えないであろう。かつて哲学者のジョン・ロールズは、私たちは基本的人権や自由といった「正の概念」を、自らが信念とする宗教、道徳などの「善の概念」に優先させるべきであり、そうしない限り、互いに異なる価値観を持つ者同士が平和裡に共存する「秩序ある社会」を保てないと指摘したが⁷⁴、ブッシュはこの「正」の「善」に対する優位という原則に違反することで、国際社会の法秩序を根幹から揺るがしたのである。

第4節 バイビーとユーの「拷問メモ」について

さて、タリバン、アルカイダなどの「敵性戦闘員」にはジュネーブ条約やその他関連する条約は適用されないとする大統領の決定は、これまでジュネーブ条約に沿って築き上げられてきた軍の行動規範を根底から覆すものであったがゆえに、アメリカ政府は一体尋問と拷問の間の線引きをどこで行なうのかという奇妙な問題に直面することになった。事実、大統領の決定とCIAからの要請を受けて、ゴンザレス大統領法律顧問は司法省のOLCに対し、拷問禁止条約とそれを国内法化した拷問禁止法⁷⁵に照らして、一体どこまでの範囲の尋問が認められるかについて法的見解を求めたのであるが、すでに条約の適用を排除する結論を下しているOLCは、一体何を基準にして線引きを行なうのであろうか。

照会を受けたOLCでは再びジョン・ユーがこの件を担当し、OLC局長ジェイ・バイビーの署名を経て、「U.S. §2340-2340A の下における尋問の行動基準について」と題されたメモランダム、後に「拷問メモ」と呼ばれる文書が作成された⁷⁶。OLCはこのメモランダムで、拷問禁止条約で規定されている「重大な身体的、精神的苦痛」と「その他の残虐、非人道的または品位を傷つける行為」を分けて考え、拷問禁止法によって前者は禁止されるが、後者は禁止されないとして、「強化型」尋問を合法化する余地を残したのである。先に見たように、このメモランダムは、ジュネーブ条約その他の関連条約の適用を排除するとした先の「重大な誤り」を含むメモランダムを基礎とする「砂上の楼閣」であり、すでにその土台から崩れていると言えるのだが、ブッシュ政権の思惑を最もあからさまに示すものとして、その内容を見て行くことにしたい。

OLCは「強化型」尋問を合法化する余地を見出すために、まず拷問禁止法において、「拷問」

and Dratel ed., *Torture Papers*, pp.118-121.に収録)

⁷⁴ John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971 p.31 [ジョン・ロールズ『正義論』(川本隆史、福間聡、神島裕子訳)、紀伊国家書店、2010年]; John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press 1996, Lecture V. John Rawls, *The Law of Peoples*, Harvard University Press, 1999. [ジョン・ロールズ『万民の法』(中山章一訳)、岩波書店、2006年]

⁷⁵ U.S. §2340-2340A.

⁷⁶ Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the President; Re: Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§2340-2340A, August 1, 2002 signed by Jay Bybee. (Greenberg and Dratel ed., *Torture Papers*, pp.172-217.に収録)

が「重大な身体的、精神的苦痛を故意に加えること」と定義されていることに注目する。OLCは一体何が「重大(severe)」であるかについては曖昧であるとしたうえで、辞書における定義や国内の医療保険に関する法律を参照しながら、「拷問」と言えるためには、「身体的苦痛」は内臓の機能不全、身体的な機能障害、あるいは死亡にまで達しなければならず、「精神的苦痛」については数か月から数年の間、持続するものでなければならないとする。さらに、拷問が成立する要件として「故意に加えること」とされている文言に注目し、仮に尋問を行なう者の側で自らの行為が拘禁された者に「重大な身体的、精神的苦痛」を与えることが予め分かっているとしても、故意がなければ免責されると主張した⁷⁷。こうしたOLCの解釈により、例えば拷問を加えることではなく、情報収集を目的とする限りにおいて、「水板責め」などの内臓の機能不全や身体的機能障害をもたらさない「強化型」尋問が合法化される余地が生まれたのである。

だが、拷問禁止条約は、その正式名称が示すとおり、「身体的、精神的に重い苦痛を故意に与える行為」（第1条）のみならず、「その他の残虐な、非人道的または品位を傷つける取り扱い」も禁じているのだとすれば（第16条）、OLCの定義する「拷問」に至らない「強化型」尋問も条約によって禁止されるのではないだろうか。—こうした懸念に対し、OLCは第1条で禁止されている「拷問」については、締約国に「拷問に当たるすべての行為を自国の刑法上の犯罪とすることを確保する」義務を課しているのに対し（第4条）、「その他の残虐な、非人道的または品位を傷つける取り扱い」については、締約国にその発生を「予防することを約束する」義務を課す（第16条）だけで、刑罰を科すことを要求していないこと、さらには、レーガン政権が拷問禁止条約を批准した際、「身体的、精神的に重い苦痛を故意に与える行為」と「その他の残虐な、非人道的または品位を傷つける取り扱い」を分けて考え、後者に関して国際社会において合意がないことについて懸念を表明していたことなどを挙げ、「拷問」の禁止を前者のみに限って認めるべきだと主張する⁷⁸。

先に述べたとおり、ジュネーブ条約、ジュネーブ条約第1追加議定書、市民的および政治的権利に関する国際規約においては、「身体的、精神的に重い苦痛を故意に与える行為」と「その他の残虐な、非人道的または品位を傷つける取り扱い」の両方が区別なく禁止されていることから考えると、拷問禁止条約において、前者だけが禁止されていると解釈するのは全く理に当たっていないと言うべきであろう。だが、おそらくそれ以上に重要な問題は、「強化型」尋問は拷問禁止条約に違反しないとするOLCの見解は、実は単に合法性の外観を与えるためのまやかかしではないかということである。というのも、OLCはすでに先のメモランダムでジュネーブ条約その他関連条約の適用を排除するという結論を下しているのであるから、「強化型」尋問が拷問禁止条約に抵触するか否かという議論には全く意味がないはずだからである。

この点を決定的に示しているのが、ジョン・ユーの持論が再び展開されているメモの第5章であり、OLCはここで、「敵性戦闘員」の尋問も大統領が最高司令官として行なう軍事作戦の

⁷⁷ *Ibid.*, pp.173-183.

⁷⁸ *Ibid.*, pp.184-196.

一環であるから、議会がそれを条約や国内法によって制約することは憲法上許されない越権行為だと断じている⁷⁹。このような「帝王的大統領制」の論理からすると、戦争捕虜の「強化型」尋問は、拷問禁止条約によって禁止されているかいないかに関わらず、大統領の戦争権限によって正当化されることになるため、拷問禁止条約の解釈は最初から必要なかったはずなのである。

OLCは以上のような論理構成により、大統領が最高司令官としての権限において、必要と認めるあらゆる手法を用いて拘禁された者の尋問を行なう法的環境を整えた訳であるが、その結果としてラムズフェルドのメモランダムに署名が行なわれ、「強化型」尋問が政府の公式の政策として、グァンタナモ基地やアブグレイブ収容所において実施されるようになったのである。もちろん、ラムズフェルドのメモを見る限りにおいて、カテゴリーIIIの尋問手法は1つしか認められていないことから、彼がアブグレイブ収容所で生じた虐待に直接的な法的責任を負うと言うことは難しいかもしれない。だが、軍用犬による威嚇、脱衣、頭に袋を被せること、無理な姿勢を強いること、30日間までの独房への監禁、24時間続けて行なわれる尋問、音や光といった感覚的刺激の剥奪などのカテゴリーIIでもすでにジュネーブ条約に抵触することは明らかである。また、ラムズフェルドは後にこのメモを部分的に撤回したのだが、OLCのメモの論理からすると、大統領は内臓の機能不全や身体的な機能障害を引き起こさない限り、基本的にはどのような尋問手法も利用できる訳であるから、ラムズフェルドがカテゴリーIIIの尋問手法を個別の要請に応じて許可することも十分に考えられた。だとすれば、実際に尋問にあたった軍や諜報関係者の責任は否定できないとしても、グァンタナモ基地やアブグレイブ収容所などの現場で混乱が生じても無理はなかったと言えるであろう。

こうしてブッシュ大統領はアメリカ史上初めて戦争捕虜の拷問を公式に許可した大統領となった訳であるが⁸⁰、ここで生じてくる素朴な疑問は、一体なぜこれほど重大な誤りを含むOLCのメモが、アメリカという長い憲法的政治文化の歴史を持った国において、政府の公式の政策になり得たかということである。この点について理解するための手掛かりとなるのは、後にジョン・ユーが回想録の中で明らかにしたように、チェイニー副大統領と彼の法律顧問であったデイビッド・アディントン、さらにはアディントンの息のかかった国防省法律顧問ウィリアム・ヘインズといった政権内のタカ派グループにおいて、ジュネーブ条約の適用を「テロとの戦争」から排除するべきだとする共通理解が存在しており、国際法の素人であったブッシュ大統領本人やゴンザレス大統領法律顧問は、彼らの見解を無条件に信用していたということである⁸¹。ユーを中心として作成されたOLCのメモランダムは、こうした共通理解を前提にして、それに法的口実を設けるものにすぎなかったがゆえに、法的には全く拙劣であることを免れなかった。それにも関わらず、タカ派グループのイオログに歓迎されたため、簡単に政府の公

⁷⁹ *Ibid.*, pp.204-207.

⁸⁰ Paust, *op.cit.*, pp.45-46.

⁸¹ John C. Yoo, *War by Other Means: An Insider's Account of the War on Terror*, Atlantic Monthly Press 2006, Chapter 2.

式の政策になり得たと考えられるのである。

だが、おそらくOLCのメモランダムの法的理論構成に潜む欠陥よりもさらに問題だと思われるのは、「敵性戦闘員」の尋問手法に関する政府内の意思決定が、すべて先に述べたタカ派グループ内の数人によって行なわれ、議会は言うまでもなく、国務省の法律顧問や軍の法務総監など、長年の知識と経験に基づいて反対する可能性のある専門家をすべて排除して行なわれていたため、グループから排除された者にとっては、内部で一体何が生じているのか全く分からなかったという点である⁸²。社会科学的分析が示しているように、異なる見解を排除して形成される同質的なグループの内部においては、集団的思考(groupthink)が働くため、正常な判断を妨げられて、極端なイデオロギーに支配されるケースが多い。「敵性戦闘員」の尋問手法に関する意思決定もこうした環境において行なわれたため、イデオロギーの影響を客観的にチェックすることができなかつたと考えられるのである⁸³。

おわりに

ブッシュ政権は自らのイデオロギーに賛同する法律家だけをOLCに配置し、そこで秘密裡に行なわれた憲法や条約の解釈に従って行動することにより、「執行府立憲主義(executive constitutionalism)」とでも称すべき体制を作り上げた訳であるが⁸⁴、これによって議会によるチェック機能は完全にブロックされ、「法の支配」は形骸化してしまった。事実、軍やCIAが行なう「強化型」尋問について議員はほとんど何も知らされず、報道によってアブグレイブにおける実態が暴露されたときには、こうした尋問はすでに体系的に行なわれるようになっていたのである。では、仮に大統領の側から事前に情報提供や相談を受けていたとすれば、議会はきちんと「強化型」尋問に異議を申し立てたであろうか。アブグレイブでの虐待が明らかになった後、ベトナム戦争に従軍して自ら戦争捕虜となった経験を持つジョン・マッケイン上院議員が、軍やCIAによる拷問を全面的に禁止することを目的として拷問禁止法を成立させたと

⁸² 関係者に対するインタビューからこの点を明らかにしているのは、Sands, *op. cit.*

⁸³ この点を指摘するのは、Cornelia T. Pillard, "Unitariness and Myopia: The Executive Branch, Legal Process and Torture," 81 *Indiana Law Journal* 1297 (2006). Stephen Holmes, *The Matador's Cape: America's Reckless Response to Terror*, Cambridge University Press, 2007, Chapter 13. より一般的に、緊急事態においてこそ、予め定められた意思決定手続きに従い、対立する意見も考慮すべきだと説くのは、Stephen Holmes, "In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror," 97 *California Law Review* 301 (2009).

⁸⁴ 「執行府立憲主義(executive constitutionalism)」という用語を使ったのは、憲法学者のブルース・アッカーマンである。彼によれば、「執行府立憲主義」とは、執行府が自らの憲法解釈を先に形成して、大統領がそれに基づいて既成事実を作り出し、裁判所の介入を排除して行く考え方を指す。Bruce Ackerman, *The Decline and Fall of the American Republic*, Harvard University Press, 2010, p. 84. ただし、大統領は自ら憲法を解釈する権限を有し、それを裁判所の判決に反してまで押し通すことができるという極端な見解は、すでに一部の法学者によって唱えられていた。代表的な論者として、Michael Stokes Paulsen, "The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law is," 83 *Georgia Law Review* 217 (1994).

き⁸⁵、議会はようやく立法府としての責任を果たし始めたかのように見えた。

しかし、先述したように、議会はその後に制定された軍事委員会法の中で、「敵性戦闘員」の取り扱いから裁判所の管轄を排除する、拘禁された者がジュネーブ条約その他の条約を根拠として人身保護令状を請求する権利を否定する、禁止の対象をOLCの定義した「拷問」のみとし、それ以外に尋問については大統領の判断に一任する、「強化型」尋問によって得られた自由に証拠能力を認めるなど、大統領側に大きな譲歩をする立法措置を講じている。だとすれば、仮に議会がもっと早い段階で大統領から事前に相談を受けていたと想定しても、果たして「強化型」尋問に反対していたかどうか、きわめて疑わしいと言わなければならないのである。

論者の中には、ここで述べた「強化型」尋問の事例から、もはや議会、執行府、裁判所の間での3権分立は機能しなくなっており、例えばOLCの大統領からの独立性を高めるなど、執行府内での権力分立を推し進めるべきだと提案する者もいる⁸⁶。マディソンは権力の集中を防ぐために「野望と野望を対抗させる」べきだと説いたが、対抗させるべき権力を議会、執行府、裁判所の3権に限る必然性はないことを考えるならば、執行府内での権力分立という考え方にはある程度の説得力が認められる。だが、ここで生じてくる素朴な問題は、一体誰がそうした権力分立を行なうかということである。序章で述べたように、第2次世界大戦以降、「帝王的大統領」の権限はますます肥大化し、議会や裁判所のみならず、行政機関に対しても大きな影響を及ぼすようになってきているのである⁸⁷。

こうした状況を踏まえると、大統領の権限を抑制する形で執行府内権力分立を行なうためには、ベトナム戦争後に見られたような批判的な世論の高まりと、それを背景とした議会の地位の向上が求められるはずだが⁸⁸、ここまで見てきたように、議会は言うまでもなく、国民の側にもそこまでの改革をやり遂げるだけの政治的意思は見当たらないのである。批評家のブルース・フェインの言うとおり、アメリカ国民は憲法第2条第4節にしたがって大統領を弾劾するよう議会に請求することができるし、違法行為を行なった大統領を選挙によって落選させることもできるはずである⁸⁹。それにも関わらず、国民はアブグレイブで拘禁された者の虐待が発覚した後、大統領に対する弾劾を求めなかったばかりか、2004年の大統領選挙ではブッシュに再選という栄誉さえ与えた。私たちはここに、アメリカの共和主義がその土台から崩れかけているのを見ることができるのである。

⁸⁵ この経緯については、Savage, *op.cit.*, Chapter 9.

⁸⁶ Neal Katal, "Internal Separation of Powers: Checking Today's Most Dangerous Branch from Within," 115 *The Yale Law Journal* 2314 (2006).

⁸⁷ この点は大統領の「執行命令(executive order)」の役割が増大していることから伺い知ることができる。Kenneth R. Mayer, *With the Stroke of a Pen: Executive Orders and Presidential Power*, Princeton University Press, 2001.

⁸⁸ ベトナム戦争後の議会の復権について、James Sundquist, *The Decline and Resurgence of Congress*, Brookings Institution, 1982.

⁸⁹ Bruce Fein, *Constitutional Peril: The Life and Death Struggle for Our Constitution and Democracy*, Palgrave Macmillan, 2009, pp.1-27.

第4章 帝王的大統領制とカール・シュミットの影

はじめに

第2次世界大戦後、アメリカ大統領制研究の第1人者であったエドワード・コーウィンの弟子クリントン・ロシターは、「ナチスの桂冠学者」とも称されたカール・シュミットの「委任独裁」論から着想を得た「立憲独裁」論を提唱し、原子力の時代において、「立憲独裁がアメリカ合衆国において将来性を持つものであることは、ほとんど議論の余地はない¹⁾」と論じた。シュミットは、国家存亡の危機に際しては、大統領に独裁的な権限を与え、憲法で保障された基本権を一時的に棚上げにしても、現行の憲法秩序を守るべきだと論じたが、ロシターはこの「委任独裁」制をアメリカでも採用すべきだと考えたのである。

もちろん、ロシターといえども、戦間期ドイツのワイマール体制が崩壊した背景には、憲法第48条によって大統領に与えられた緊急権の濫用があったこと、そして、カール・シュミットによる第48条の拡大解釈がこうした権限濫用の誘因になったことも十分に承知していた²⁾。それにも関わらず、彼はアメリカの国民は強い道徳的感覚によって大統領をチェックするであろうから権限濫用の心配はないと主張し、「委任独裁」それ自体の妥当性に疑問を呈することはなかったのである。

2度の世界大戦と世界経済恐慌に直面したアメリカ連邦議会は、まさにこの「委任独裁」の論理によって執行府に大幅な権限を委譲して危機を乗り切ろうとしたが、その結果生み出された巨大な「行政国家」や「兵営国家」を、議会の介入を排除しつつ、大統領の執行権や最高司令官としての権限だけを排他的な根拠として運営するために編み出されたのが、「帝王的大統領制」を支える理論であった。比喩的に言うなら、議会の授権という「はしご」によって絶対的な権力の高みに登りつめた大統領が、自らの権力を議会の手の届かない所に置くため、「はしご」を取り払うための理論が「帝王的大統領制」だったのである。

¹⁾ Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in Modern Democracies*, Transaction Publishers, 2002. [クリントン・ロシター『立憲独裁：民主主義諸国における危機政府』（庄二圭吾訳）、未知谷、2006年、462頁] 以下、『立憲独裁』

²⁾ カール・シュミットとワイマール体制の崩壊というテーマについては、差し当たり、George Schwab, *The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, Dunker and Humblot, 1970. [ジョージ・シュワブ『例外の挑戦』（宮本、初宿、服部、片山訳）、みすず書房、1980年]、中道寿一『ワイマールの崩壊とC・シュミット』、三嶺書房、1989年、田中浩『カール・シュミット：魔性の政治学』、未来社、1992年。William E. Sheuerman, *Between the Norm and the Exception: The Frankfurt School and the Rule of Law*, The MIT Press, 1994. 古賀敬太『ヴァイマール自由主義の悲劇』、風行社、1996年。David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herman Heller in Weimar*, Oxford University Press, 1997. David Dyzenhaus ed., *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, Duke University Press, 1998.

このように、「帝王的大統領制」は、大統領による一方的な権限の行使を認める点において、「委任独裁」ですらなかったことから、権力分立と「法の支配」を求めるアメリカのリベラル・リーガリストたちは、皮肉にもシュミットやロシターと同じ「委任独裁」の論理に訴えることで、「帝王的大統領」の権限濫用を抑制しようとしてきた。事実、1952年、裁判所がトルーマン大統領による製鉄所差し押さえを退けたヤングスタウン判決³、ニクソン大統領による権限濫用を契機として議会が成立させた戦争権限決議やその他一連の「枠組み立法」、ジョージ・W・ブッシュ大統領による「敵性戦闘員」の取り扱いを違法として退けたハムダン判決など⁴、リベラル・リーガリストたちが賞賛する判例や立法措置は、安全保障を名目とする大統領の単独行動に議会の授權を求めている点において、全て「委任独裁」の категория に分類できるのである。

このように、リベラル・リーガリストたちは、「委任独裁」の論法で再び「帝王的大統領」に「はしご」をかけ、議会制定法に基づく「法の支配」を及ぼそうとしたわけだが、もしそうだとすれば、彼らの試みはなぜこれまでほとんど常に失敗してきたのだろうか。原因は、「委任独裁」の理論そのものにあるのだろうか。それとも、法を1つの完結した体系と見なすリーガリズムの盲点になりがちな政治にあるのだろうか。あるいは、戦争、内乱、テロ、経済恐慌といった緊急事態が常態化するなか、「法の支配」そのものが難しくなっているのだろうか。本論文では、これらの点について考えるため、次の4つの節に分けて考察を進めていきたい。

まず第1節では、シュミットが提唱した「委任独裁」論の概要と、そこに潜む問題点を明らかにした後、彼がなぜ自ら提唱した「委任独裁」論の枠組みを最後まで守りきれなかったのかについて、1つの仮説を提示したい。簡単に言うと、「委任独裁」は議会からの委任という形を取る点において、あくまで法治国家の枠内に収まるものだが、シュミットは国民の拍手喝采によって迎えられる大統領の「民主主義」的な正当性が、法治国家的な合法性に優先すると考えていたため、最終的に「委任独裁」は大統領の独裁に対する歯止めになることができなかった。以下では、これと同じ分析をアメリカ大統領制の文脈にも適用できることを示して行きたい。

第2節では、シュミットと同時代のアメリカにおいて、すでに「行政国家」化、「兵営国家」化がかなりの程度進んでおり、ロシターの言う「第2共和国」が出現しつつあったこと、これ以降、国民が大統領をいわば個人的な「救済者」として受け入れる傾向が強まっていることを確認したうえで、こうした統治構造の転換を踏まえたとき、ロシターの言う「立憲独裁」を導入すれば、どのような副作用が生じるかについて、ロシター自身の議論に潜む矛盾を読み解くことを通じて考えたい。

第3節では、ジョージ・W・ブッシュ政権の「テロとの戦い」に直面した憲法学者のブルース・アッカーマンが、2004年に唱えた「緊急権憲法」構想について取り上げたい。アッカーマンはもともとリベラルな学者として知られていたが、人民主義憲法論に基づく特異な民主主義

³ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).

⁴ *Hamdan v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004).

論を唱えて、「アメリカのシュミット」として批判された経緯がある。そのアッカーマンが、テロ攻撃があるたびに議会がますます自由を抑圧する立法措置を講じることによって生じる「抑圧の悪循環」を防ぐためには、議会主導で新たに「緊急権憲法」の制度を設けるべきだと論じて、大きな論争を呼んだのである。本節では、アッカーマンの「緊急憲法論」がシュミットの「委任独裁」とほぼ同じであり、これと同じ問題点を抱えていることを示したい。

第4節では、以上の議論を踏まえ、緊急事態が頻発するのに対応して「行政国家」化、「兵営国家」化がますます進展するなか、「帝王的大統領」による権限濫用を防ぐには何が求められるのかという問いを改めて提起したい。ブッシュ政権の「テロとの戦い」への反省から、法学者のデイヴィッド・ダイゼンハウスは、コモン・ローの伝統に基づき、緊急時においても平時と同じく「法の支配」を貫徹すべきであり、「委任独裁」を認めて「法の支配」に穴を開けることはシュミットへの譲歩だと批判した。

これに対して、法学者のエリック・ボズナーとエイドリアン・バーミュールは、「行政国家」化、「兵営国家」化が進展するなか、「法の支配」に穴が開くことは不可避であるから、シュミットを見習って権力分立や「法の支配」といったリベラル・リーガリストの試みそれ自体を断念し、代わりに大統領選挙や国民の世論などの民主主義の仕組みを使って大統領の権限濫用をチェックすべきだと反論したのである。

本節では、ボズナーとバーミュールがリベラル・リーガリストがこれまでに失敗してきた原因をうまく説明していることを認めつつ、権力分立と「法の支配」を取り除いた「民主主義」で「帝王的大統領制」の権限濫用をチェックしようとする彼らの説は、現状を改善どころか、それをさらに悪化させるであろうことを指摘したい。最後に、「帝王的大統領制」の権限濫用を防止するためにはどのような発想の転換が求められるのかについて、「合法性」と「正当性」という観点から若干の考察を加えてまとめに代えたい。

第1節 カール・シュミットの「委任独裁」とワイマール憲法第48条

「はじめに」で示唆しておいたように、アメリカのリベラル・リーガリストたちが、「帝王的大統領」による権限の濫用を防ぐことに失敗し続けてきた原因を遡ると、シュミットの「委任独裁」論の中に組み込まれた構造的な弱点に行き当たる。そこで本節では、一体「委任独裁」の何が問題なのかを明らかにするために、(1)まず「委任独裁」とは具体的にどのような制度であり、そこにどのような問題が孕まれているのかについて、ワイマール憲法第48条を巡る憲法論争を参照しながら明らかにしたい。その後、(2)シュミットがなぜ自ら提唱した「委任独裁」論を最後まで守り切ることなく、ナチス党による一党独裁を認めたのかについて、(a)シュミットのワイマール憲法解釈における「政治的構成部分」の「法治国家的構成部分」に対

する優位、(b)「委任独裁」が作動するための前提条件になる「正常状態」と、その外部にある「例外状態」の関係について明らかにすることを通じて検証して行くことにしたい。

(1) について。カール・シュミットは一般にワイマール共和国を強権的な独裁政治に変えるためにその独裁論を構築して行ったと理解されているが⁵、ワイマール期のはじめに彼が「委任独裁」論を提唱した目的は、決して強権的な独裁政治を導入するためではなく、むしろ「独裁」には「主権独裁」と「委任独裁」の2種類があり、共和国にとって前者は受け入れられないが、後者は全く別物であって、共和国の安定的な発展のためにはなくてはならないものであることを示すことにあった。

シュミットによれば、「主権独裁」とは、「既成の秩序全体を、その行動によって除去すべき状態とみなす」独裁であり、フランス革命の際、国民会議が行なった「独裁」、社会主義革命の際に行なわれた「プロレタリア独裁」など、「現行憲法ではなく、招来されるべき憲法に基づく⁶」独裁がこれに該当する。これに対し、「委任独裁」は、戦争、内乱、暴動、経済恐慌などの際、現存する憲法秩序を維持、回復するため、議会などの憲法上の機関から全権を委任された「独裁官」が一時的に行なう独裁である⁷。シュミットはマキャベリなどを参照しながら⁸、この「委任独裁」の起源がローマ共和国の「独裁官」制度にあり、ローマはこの「独裁官」制度があったからこそ、長期に渡る繁栄を謳歌できたのだと指摘する。

シュミットがこうして「委任独裁」を「主権独裁」から区別し、その汚名を返上しようとしたのは、単に学術的な分析のためではなく、当時、政治的・社会的に混乱を極めていたドイツにおいて、ワイマール憲法秩序を維持するためにこの制度が欠かせないこと、ライヒ大統領に緊急権を与えた憲法第48条もこの由緒正しい「委任独裁」の系譜を背景として解釈すべきことを示すためであった。

だが、憲法秩序を守るという目的と、その目的を実現するための手段として、一時的に「独裁」を容認する「委任独裁」の論法は、「いかに非道徳的な手段であっても、その全てが目的によって正当化されるのか」という、マキャベリ『君主論』以来の問題に直面することになる。事実、エーベルト大統領が緊急権を頻繁に利用するなか、1924年にイェーナで開催されたドイツ国法学者大会で争点になったのも、まさにこの点であり、「憲法第48条によって大統領に与えられた緊急権は一体どこまで及ぶのか」という問いを巡って活発な論戦が行なわれたのである。

一見すると、この問いに対する答えは、第48条の条文から簡単に導き出せるように思われる。すなわち、第48条はその第2項第1文で、「ドイツ国内において、公共の安全及び秩序に著しい障害が生じ、またはそのおそれがあるとき」、ライヒ大統領は、「公共の安全及び秩序を回復

⁵ 田中浩、前掲書、第1章。

⁶ カール・シュミット『独裁：近代主権論の起源からプロレタリア独裁まで』（田中浩・原田武雄訳）、未來社、1991年、157頁。以下、『独裁』

⁷ 『独裁』、156、166頁。

⁸ マキャベリによると、「(ローマ共和国の)臨時独裁執行官の権力が法律上の手続きを踏んで授与され、個人の恣意に基づいて作り上げられるのではない限り、この制度は常に国家にとっては有益なものとなる」。マキャヴェリ「ディスコルシ」、『マキャヴェリ全集2』（永井三明訳）、筑摩書房、1999年、98頁。

させるために必要な措置をとることができ、必要な場合は、武装兵力を用いて介入することができる」として、実力行使を含む幅広い権限を与えている。

だが、そのすぐ後の第2文で、「この目的のために、ライヒ大統領は、一時的に第114条（人身の自由）、第115条（住居の不可侵）、第117条（信書、郵便、電信電話の秘密）、第118条（意見表明等の自由）、第123条（集会の権利）、第124条（結社の権利）、第153条（所有権の保証）に定められている基本権の全部または一部を停止することができる」として、その権限をこれら7つの基本権の停止に制限しているのである。

これを素直に読めば、大統領の緊急権が、この7つの基本権の停止に限定されることは明らかであるように見受けられる。事実、大会に参加した多くの法学者たちもこれと同じ見解であり、ここに列挙された憲法条項以外の条項の停止ないし侵害は、いかなるものであれ憲法違反であると考えていた。彼らは緊急命令の権限を具体的に列挙しない限り、大統領の権威が著しく高まり、憲法侵害の可能性が増大することを恐れていたのである⁹。こうしたなか、シュミットは「委任独裁」の共和主義的な系譜を明らかにした自らの学問的業績に基づき、大統領が緊急時において取る措置は第2条第2文に定められた7つの基本権の侵害に限られず、基本的には無制限だとする立場から異議を申し立てたのである。

では、シュミットは一体いかなる根拠に基づいて、一見すると明白な条文の趣旨に反する解釈を行なうのだろうか。少し迂遠なようにも感じられるが、これに関するシュミットの議論の出発点になるのは、マキャベリの『君主論』に代表される国家理性の教説である¹⁰。シュミットによると、近代国家の成立とともに唱えられた国家理性の教説とは、「法と不法との対立を超越する、そしてただ政治的権力の維持・拡大の必然性から得られる社会学的・政治学的な公理¹¹」である。「委任独裁」もこうした国家理性の教説の延長線上に位置づけられることから、「独裁官」は公共的安全という具体的な成果を達成するために、「法的顧慮」とは無関係に「事件の因果的経過に直接介入しなければならない¹²」。つまり、「達成されるべき目的のために、独裁官は全権を持つ」のであり、その本質的な意義は、「法的制約の棚上げ」と、「絶対的に必要となる第三者の権利への干渉¹³」にあると言うのである。

だが、仮にシュミットの言うように、「委任独裁」が国家理性の教説の延長線上に位置づけられるものであり、「独裁官」はいわば目的合理的に全てをなし得る権限を保有していたのだとしても、こうした国家理性の教説に基づいた制度が、市民革命後の憲法にも受け継がれてきたとする証拠はどこにあるのだろうか。隣国のフランスでは、ルソーが『社会契約論』で「委任独

⁹ この点に関し、Joseph W. Bendersky, Carl Schmitt, *Theorist of the Reich*, Princeton University Press 1983.

[ジョーゼフ・W・ベンダースキー『カール・シュミット論』（宮本盛太郎、古賀敬太、川合全弘訳）、御茶ノ水書房、1984年、90頁] 田中浩、前掲書、54～60頁、119～124頁。また、第48条の解釈一般について、Ellen Kennedy, “Emergency Government Within the Bounds of the Constitution: An Introduction to Carl Schmitt, The Dictatorship of the Reich President According to Article 48 R.V.,” 18 *Constellations* 284 (2011).

¹⁰ 「国家理性」の概要とドイツにおける受容について、フリードリヒ・マイネッケ「近代史における国家理性の理念」、『世界の名著 54 マイネッケ』（岸田達也訳）、中央公論社、1969年、48～442頁。

¹¹ 『独裁』、26頁。

¹² 同上、24頁。

¹³ 同上、52頁。

裁」の必要を認めたことで知られるが¹⁴、フランス革命後に発展した「戒厳状態」の制度においては、不完全ではあるが、緊急時における執行府の行動に「法の支配」の制約をかけようとする試みが見られた¹⁵。だとすれば、ワイマール憲法の起草者たちが、大統領の権威が著しく高まることを恐れ、緊急権を7つの基本権の効力停止に限定したという解釈も十分に成り立つのではないだろうか。

シュミットはこうした疑問に対し、次のように応じて行く。ワイマール憲法制定のために国民会議が開催された頃、国内は政治的、社会的にきわめて混乱していたことから、憲法秩序を守るために緊急権が必要であることについては、幅広い合意があった。さらに、憲法起草者たちは第48条第5項において、大統領の緊急権の詳細は、「ライヒ法律で定める」と規定したが、その際、ライヒ議会がこの規定によって緊急権の細目を定めるまでは、大統領は無制限の権限を持つとする了解があったに関わらず¹⁶、ライヒ議会はいつまでたってもこの法律を成立させようとしてこなかった。シュミットはこうした議会の不作為のなかに、議会から大統領への「隠蔽された委任」を見出そうとする。つまり、議会は大統領に法によって制約されない広範な権限を与えるため、意図的に第5項の法案を通過させなかったのだと言うのである¹⁷。

だが、もしシュミットの言う通り、議会は「隠蔽された委任」によって、大統領に無制限の権限を与えるつもりであったのなら、第2項第2文で大統領がその効力を停止することのできる基本権が列挙されていることについては、どう考えればよいのだろうか。シュミットの言うように、「大統領は第2項第1文で生殺与奪の権限すら自由にできる」のだとすれば、「第2文から導き出される諸制約は、空疎な形式と化し、事実上、無意味になってしまう¹⁸」のではないだろうか。

シュミットはこの問いについて、ある特定の憲法条項の一時的な棚上げを意味するにすぎない「破毀」と、憲法条項の効力それ自体の「停止」を概念的に区別したうえで、事実上の「措置」によって基本権を侵害したとしても、それは憲法条項を一時的に棚上げにする「破毀」にすぎず、これは効力の「停止」とは全く別の話である、後者の憲法条項の「停止」が許されるのは、憲法ないし議会制定法で明記されている場合に限られるのであり、第2項第2文はまさにこうした「停止」の対象となる基本権を列挙したものとして理解することができる。したがって、大統領はこの7つの基本権に限って、単に事実上の「措置」によってそれらを「破毀」するのみならず、効力の「停止」にまで踏み込むことができるのだと論じたのである¹⁹。

このように、シュミットは憲法条項の「破毀」と効力の「停止」という巧妙な区別を行なう

¹⁴ ルソー「社会契約論」、『ルソー全集第5巻』（作田啓一訳）、白水社、1989年、234～237頁。

¹⁵ フランスの「戒厳状態」について、『独裁』、192～223頁。ロシター『立憲独裁』、132～149頁。

¹⁶ カール・シュミット『大統領の独裁』（田中浩・原田武雄訳）、未来社、1974年、39頁。以下、『大統領』

¹⁷ 『大統領』56～60頁。

¹⁸ 同上、24頁。

¹⁹ 憲法条項の「停止」と「破毀」の区別について、カール・シュミット『憲法理論』（尾吹善人訳）、創文社、1972年、138頁～144頁。以下、『憲法』ちなみに、『大統領』においては、「停止」と「逸脱」という表現が用いられている。『大統領』、29～35頁。

ことで、いわば政治的、社会的な「事実」の世界と憲法的な「規範」の世界の間に楔を打ち込んだわけだが、大統領がどれだけ「事実」の世界で自らの権限を濫用しようとも、憲法「規範」上の評価の対象にならないのだとすれば、それは結局、大統領の独裁を認めることと同じではないだろうか。大統領は自分の行為が単なる事実上の「措置」だと主張することによって、あらゆる憲法条項を侵害することが許されるのだとするならば、彼の権限に対する歯止めはどこにも見当たらなくなってしまうのではないだろうか。

こうした当然とも言える懸念に対して、シュミットはさらに次のように応じて行く。すなわち、たしかに大統領は第 48 条第 2 項第 1 文によって、事実上、あらゆる「措置」を講じる権限を与えられているが、そこには「絶対的な限界」がある。具体的に言うと、第 48 条によって緊急権を行使できる機関は、憲法上に定められた大統領職であって、大統領個人ではないのだから、大統領といえども第 50 条によって課せられた制約に違反して、首相または大臣の副署なしに「措置」を講じることは許されないし、議会が第 48 条第 3 項にしたがって大統領の「措置」を失効させた場合は、それに逆らうことができない。さらに言えば、こうした憲法的なチェックが有効であるためには、政府（首相や大臣）や議会が憲法上の機関として機能し続けることが絶対的な必要条件になるのであって、大統領は任意にそれを廃止したり、その機能を妨害したりすることは許されない。シュミットはこうした第 48 条その他に内在する「最小限必要な組織」規定のなかに、大統領の緊急権の限界を見出すのである²⁰。

このように、シュミットは一方では憲法条項の「破毀」と「停止」という区別によって、大統領の事実上の「措置」が原則的に無制限であることを示し、他方ではこうした権限には「最小限必要な組織」上の制約があるとするので、これに法治国家的な外観を与えようとするのだが、シュミットが後にナチスによる一党独裁を容認したことが示唆しているのは、こうした彼の「委任独裁」論に課せられた法治国家的な制約それ自体に大きな欠陥があったということである。というのも、ナチスは 1933 年の「授権法」成立以降、立法院と執行府の分割を廃して政府に立法権を与える、ナチス党以外の政党の設立を禁止するなど、明らかに「委任独裁」の限界を超える政策を行っていたのであり、シュミットの「委任独裁」論では説明がつかないからである。

では、シュミットの「委任独裁」論に潜む欠陥とは具体的にどのようなものだろうか。あるいは、シュミットの「委任独裁」論と彼のナチスに対する支持を、単なる転向としてではなく、彼の首尾一貫した政治理論として理解する方法はあるのだろうか—この点を明らかにするためには、シュミットの実存主義的な憲法観と²¹、憲法における「法治国家的構成部分」と「政治的構成部分」の区別について見て行かなければならない。

²⁰ 『大統領』、60～69 頁。

²¹ 当時のドイツにおける実存主義と自由主義に対する敵意について参考になるのは、K・ゾントハイマー『ワイマール共和国の政治思想：ドイツ・ナショナリズムの反民主主義思想』（河島幸夫、脇平訳）、ミネルヴァ書房、1976 年。Richard Wolin, “Political Existentialism and the Total State,” 19 *Theory and Society* 389 (1990).

(2) (a) について。そもそもシュミットにとって憲法とは、憲法が制定されるより前に実存している政治的統一体としての国民が、自らに課す「国家的実存の特殊的・具体的な態様および形式²²」に他ならない。大雑把に言うと、シュミットにとって国民は憲法制定を通じてはじめて統一されるのではなく、もともと同質的な国民が自らのアイデンティティを確認するために制定するのが憲法なのである。

では、政治的統一体としての国民がアイデンティティを確認するために自らに与えた憲法とは、具体的にどのような内容を含むのだろうか。シュミットは、近代国家の憲法には2つの構成部分があると言う。第1は、「法治国家的構成部分」であり、ここには市民的自由権を保障するための基本権の保障、権力の分立、人民代表を通じての立法権への人民の関与が含まれる²³。第2は、王政、貴族政、民主政といった国家形式を決めるための「政治的構成部分」であり、近代国家において無視することのできない「民主政」においては、憲法制定権力の主体としての人民、大統領や立法府の構成員などの選挙、「人民投票」という総称で包括されているレファレンダム、プレビシット、および人民投票の様々な方法が定められる²⁴。

シュミットはこうして憲法を「法治国家的構成部分」と「政治的構成部分」の2つの部分に分け、これにしたがって『憲法論』の章立てを行なうのだが、彼がこうした区別を行なったのは、単に説明上の便宜のためではなく、ドイツ国法学において、「単に憲法の一部にすぎない」はずの「法治国家的構成部分」が憲法の全てであると誤解され、「国民による政治的実存の形式に関する積極的な決定を含む²⁵」はずの「政治的構成部分」が不当に軽視されていることを告発するためである。

シュミット自身の言葉によると、「憲法の法治国家的構成部分は、それだけとして見れば、国家形式を含むものではなく、単に国家の一連の制限とコントロール、市民的自由と国家権力の相対化のもろもろの保障の体系²⁶」にすぎない。それにも関わらず、憲法の法治国家的構成部分が、「政治的なるものを押しやり、国家的生活の一切の発現を一連の規範的な規律のなかに閉じ込め、一切の国家の活動をもろもろの権限、すなわち、精密に規定され、原理的に限定されたもろもろの権能に転化することを目指している²⁷」。シュミットはこうした現状に異議を唱え、「法治国家的構成部分」が「歴史的被制約性と政治的な相対性を無視した絶対的なドグマ²⁸」にまで高められることのないように、憲法における「政治的な構成部分」の存在を殊更に強調したのである。

だが、シュミットのこうした理論構成は、彼の「委任独裁」論にとって致命的である。なぜなら、彼が「委任独裁」を単なる独裁から区別する敷居として設けた「最小限の組織」による

²² 『憲法』、3頁。

²³ 同上、48～50頁。

²⁴ 『憲法』、294～311頁。

²⁵ 同上、51～52頁。

²⁶ 同上、248頁。

²⁷ 同上、52頁。

²⁸ 同上、6頁。

制約とは、まさに憲法の「法治国家的構成部分」に含まれている権力分立原理に基づくものであるが、こうした「法治国家的」制約が単なる「付け足し」にすぎず、国民の政治的実存に基づく「政治的構成部分」に道を譲るべきだとすれば、「法治国家的」制約の全てが国民の憲法制定権力が生み出す政治的ダイナミズムの中に解消されてしまう恐れが生じるからである。

シュミットの「委任独裁」論に見られるこうした問題は、実は先述した憲法条項の「破毀」と「停止」の区別においても現れている。シュミットは「個別的な場合の特殊な事情、予見されなかった異常な状況」において憲法条項の「停止」とは区別される「破毀」が必要になると考えていたが、彼はこうした状況において、「破毀と措置が、全体の政治的実存の利益のために行なわれるとすれば、そこに単なる規範性に対する実存的なるものの優位が露呈する²⁹⁾」と述べている。シュミットはこうした「実存的なるもの」の「規範性」に対する優位、言いかえると、憲法の「政治的構成部分」の「法治国家的構成部分」に対する優位を、「主権の補遺的行使」と呼んでこれを正当化するのだが、もしこのような権限が認められるのであれば、彼が「委任独裁」に課した「法治国家的」な制約は、一撃のもとに葬り去られてしまうはずである。

このように、シュミットの「委任独裁」論は彼の憲法論に常駐している国民の政治的実存と、それに基づいた憲法制定権力の「補遺的行使」によって内側から崩れて行く危険にさらされるわけであるが、彼はこれに加えて、憲法が存立している「正常状態」の外部にある「例外状態」に注目することで、「委任独裁」の土台を掘り崩すための理論構成も行なっている。そこで以下では、こうした憲法の外部から「委任独裁」に迫る危険について明らかにしていきたい。

(2) (b) について。ジョン・マコーミックのような一部のシュミット研究者やアメリカの憲法学者たちは、シュミットが「委任独裁」論を提唱した『独裁論』のわずか数年後に出版された『政治神学』を、彼が「委任独裁」から「主権独裁」へと転向したことを示すテキストとして位置づけている³⁰⁾。その根拠となるのは、『政治神学』の冒頭に添えられた「主権者とは例外状態に関して決断を下す者を言う」(傍点筆者)と定式化する有名な文であり³¹⁾、マコーミックらはここから、一体何がシュミットにこのような転向をもたらしたのかという問いを立てるのである。

一見すると、こうしたマコーミックの説にはかなりの説得力がある。というのも、第1にシュミットの「委任独裁」の理論枠組みでは、例外状態に対処する「独裁官」が「主権者」と厳密に区別されていること、第2に「主権者」が直接「独裁官」に緊急権を委任するのではなく、議会などの憲法上の機関が委任すべきだとされていること、第3に「独裁官」は例外状態の存否に関して決断を下すのではなく、むしろ例外状態において必要な措置を取ることが予定されていることからすると、「主権者とは例外状態に関して決断を下す者を言う」とする定式化は受け入れられないはずだからである。

²⁹⁾ 同上、138頁。

³⁰⁾ John P. McCormick, *Carl Schmitt's Critique of Liberalism: Against Politics as Technology*, Cambridge University Press, 1997, Chapter 3. Oren Gross, "The Normless and Exceptionless Exception: Carl Schmitt's Theory of Emergency Powers and the 'Norm-Exception Dichotomy,'" 21 *Cardozo Law Review* 1825 (2000).

だが、この説だとうまく説明できないのは、シュミットが「委任独裁」を提唱した『独裁論』の結論部分で、当時のドイツの状況を引き合いに出し、「委任独裁」で憲法秩序を守ることはもはや不可能だと示唆していることである³²。シュミットによれば、そもそも「委任独裁」の理論は、個人が国家と対峙するという社会契約論的な擬制のうえに立ち、「個人を服従へと強制するには、ほんのわずかの権力手段で足りる」ことを前提としてはじめて成り立つ理論である。それにも関わらず、現代のドイツにおいては、プロレタリア独裁の要求に見られるように、個人ではなく、国家内部における強力な社会的集団や階級が国家に対峙している。シュミットはこのように論じることで、こうした勢力から憲法秩序を守るためには、「委任独裁」では役不足だと示唆したのである。

こうしたシュミットの記述から浮かび上がってくるのは、次のような構図であろう。すなわち、個人が国家に対峙し、法秩序が正常に機能している「正常状態」においては、孤立した個人が部分的な混乱を引き起こしたとしても、「委任独裁」の制度で十分に対応できる。だが、当時のドイツのように、複数の政治勢力が互いに両立不可能な世界観を主張し、場合によっては実行使も辞さないような状況においては、法秩序そのものが全面的な機能停止を強いられる「例外状態」となる。そして、このような状態になった場合、「委任独裁」の制度は十分に機能することができない。というのも、「法治国家的」制約を伴う「委任独裁」の制度は、「正常状態」を前提にしているのにも関わらず、「例外状態」においては、法秩序そのものが成り立たないわけであるから、「委任独裁」の制度それ自体が破綻してしまうからである。

事実、シュミットは『政治神学』において、「例外状態とは、国家論の一般的概念として理解すべきものであり、なんらの緊急命令ないし戒厳状態の意味ではない³³」、「異常な権限、警察の緊急措置ないし緊急命令の全てが、そのままただちに例外状態ではない³⁴」としているが、彼の言う「戒厳状態」や「警察の緊急措置」が「委任独裁」の枠組みに収まるものであることを考えるなら、シュミットの言う「例外状態」は、「委任独裁」がその中で有効に作動する「正常状態」の外部にあるということが分かるのである。

だが、こうしたシュミットの理論的な動きにより、私たちもまた、シュミットが「委任独裁」に課していた「最小限の組織的」制限を全て見直さなければならなくなる。というのも、「委任独裁」に課せられる制約が法治国家的制約である限りにおいて、法規範的な真空状態とも言うべき「例外状態」においては全くチェック機能を発揮できず、「委任独裁」はここで単なる独裁へと崩壊してしまうはずだからである。では、シュミットはこの番外地としての「例外状態」において、一体誰が責任をもって対処すべきだと考えていたのだろうか。彼はここでようやくあからさまな「独裁」の必要を自白するのだろうか。あるいは、もしそれが単なる「独裁」でないとするならば、「例外状態」において、一体何が「独裁」の歯止めになると考えるのだろうか。

³¹ カール・シュミット『政治神学』（田中浩・原田武雄訳）、未来社、1971年、11頁。以下、『神学』

³² 『独裁』、226～229頁。

³³ 『神学』、11頁。

³⁴ 同上、19頁。

この点について考えるための手がかりになるのは、シュミットが『独裁論』からおよそ 10 年後、ナチスによる政権掌握がますます現実味を帯びてきたときに出版した『合法性と正当性』である³⁵。彼はここで、国家を一方の「立法国家」、他方の「統治国家」ないし「行政国家」に分ける新たな分類を発表した。これによると、「立法国家」とは、「共同意志の最高かつ決定的な表現が、規範設定（法）であることをその特性とする、特殊な政治的共同体」のことであり、19 世紀以降のヨーロッパにおける議会制立法国家がこれに該当する。この国家においては、立法機関である議会が「非人格的」かつ「一般的」な法を制定し、執行部はこの法に基づいて権力を行使するという形で権力の分立が行なわれる³⁶。

こうした「立法国家」と対比される「統治国家」において、国家の意志は国家元首の最高的人格的意志および権威的命令に見出される。これは、17 世紀から 18 世紀の絶対君主の統治において見られたものであり、君主やその廷臣の栄光と栄誉をその原理とする³⁷。これに対し、「行政国家」は、「实际的必要性、事態、やむをえぬ事情、時期の切迫その他、規範によってではなく、状況によって規定される正当化」に依拠する³⁸。このように、「統治国家」と「行政国家」はその原理において異なるが、両者ともに議会制立法国家の「えんえんと続く論議」に終止符を打ち、「ただちに実施可能な指示という決定主義それ自体」に積極的な価値を認める点において共通しているのである³⁹。

では、シュミットはこの 3 つの国家形態のうち、一体どれが「例外状態」に対処するのにふさわしいと考えていたのだろうか。この問いを考える際にまず確認しておくべきは、シュミットは「立法国家」の主要形態である議会主義が、大衆民主主義の台頭によってその精神的基盤を失い、形骸化していると考えていたということである。すなわち、議会制は公開の討論によって真理を探究することを信念として、議員の不逮捕特権、言論の自由、議事の公開などを制度化してきたが、実際には政党が「社会的ないし経済的権力集団として相互に対立し、双方の利害と権力機会を商量し、事実に基礎のうえに妥協したり結合したり」することにより、討論を省みなくなっている⁴⁰。また、大衆は「目前の利害と激情とに訴えることによって最大の効果を発揮するところの宣伝機関に動かされる」ことから、理性的な「討論」を行なうことができない⁴¹。シュミットはこのように、「立法国家」を支える議会主義がその精神的基盤を失い、単なる「機械」と化していると見ていたのである。

だが、シュミットにとって議会主義の問題はこれにとどまらない。彼は「例外状態」との関連で、議会主義にはさらに次のような欠陥があると考えていた。第 1 に、議会主義はあらゆる価値観から中立であることをその趣旨とするが、そのために極左勢力や極右勢力など、憲法秩

³⁵ カール・シュミット『合法性と正当性』（田中浩・原田武雄訳）、未来社、1983 年。以下、『合法性』

³⁶ 同上、6～7 頁。

³⁷ 同上、13～14 頁。

³⁸ 同上、8～9 頁。

³⁹ 同上、14 頁。

⁴⁰ カール・シュミット『現代議会主義の精神的地位』（稲葉素之訳）、みすず書房、1972 年、4～6 頁。以下、『議会主義』

⁴¹ 同上、11 頁。

序を否定する勢力にまで議席を与えて自らの墓穴を掘っている⁴²。第2に、議会主義は議会が「非人格的」かつ「一般的」な法を制定し、執行部がそれを根拠に権力を行使するという「合法性」の原理に基づいているが、こうした「一般的」な法はその性質上、法秩序の外にある「例外状態」を認めることができないし、それに対処することもできない⁴³。第3に、議会は「例外状態」において必要される迅速な決定を、えんえんと続く論議によって先延ばしにして、責任を回避するというブルジョワ的文化に毒されている⁴⁴—シュミットは以上のような理由によって、議会主義に基づく「立法国家」を、早々と選択肢から除外するのである。

では、他の2つの選択肢である「統治国家」と「行政国家」についてはどうだろうか。これについては、シュミットが「統治国家ならびに行政国家は、革命的か反動的かを問わず、急進的な変革のための、および、長期的な見通しをもつ包括的、計画的な構成のための道具に適している⁴⁵」と述べていることからすると、彼がこの2つの国家形態に大きな期待を寄せていたことは明らかであるように見受けられる。事実、シュミットは『政治神学』において、ドゥ・メーストル、ボナル、ドノソ・コルテスといったカトリック系の国家哲学者たちを引用しながら、「例外状態」における権威的な決断の重要性を説いたが⁴⁶、まさにこれを可能とするのが、「統治国家」である。また、シュミットは、『合法性と正当性』において、新たに「法規命令権」という概念を打ち出し、大統領が憲法48条第2項にしたがって緊急権を行使する場合、この「法規命令権」によって自らの講じる「措置」に法律としての性格を与え、議会の優位に立つことができると主張したが⁴⁷、こうして生み出される国家体制こそ、「行政国家」に他ならないのである。

先に私たちは、シュミットが「委任独裁」を法治国家の枠内に収めるために、憲法条項の「破壊」と効力の「停止」という巧妙な区別を設けたことを見たが、彼がここで新たに持ち出してきた「法規命令権」は、事実上の「措置」と法律行為の区別を完全に無くしてしまうことから、法治国家的規制はここに至って完全に姿を消すことになる。事実、シュミット自身も、「法規命令権」をもった大統領にとって、市民的法治国家の核心である個人の自由・財産は「そもそも存在しない」ばかりか、憲法に見られる「最小限の組織」規定から導き出される制約すらもはや有効ではないとして⁴⁸、この点を率直に認めているのである。

だが、以上のような考察から、シュミットが「委任独裁」に代えて、単なる独裁の支持者へと鞍替えしたと断定するのは、あまりにも性急にすぎるであろう。というのも、たしかにシュミットは法治国家的理想を支えてきた議会主義の精神が凋落していると思なしていたが、他方では「今日、国法においても国際法においても正当性は民主主義的なもの⁴⁹」、「今日の法学者

⁴² 『合法性』、38頁～55頁。

⁴³ 『神学』、11～24頁。

⁴⁴ 同上、69～87頁。

⁴⁵ 『合法性』、12頁。

⁴⁶ 『神学』、69～87頁。

⁴⁷ 『合法性』、102頁。

⁴⁸ 同上、108～112頁。

⁴⁹ 『議会主義』、42頁。

は、民主主義の原則を承認することから出発するべき⁵⁰」と述べるなど、現代国家にとって民主主義の要請は無視できないと考えていたからである。

では、私たちはこうしたシュミットの「民主主義者」としての側面を、「統治国家」や「行政国家」との関係においてどのように捉えればよいのだろうか。シュミットに対する好意的な解釈は、彼が「統治国家」や「行政国家」に対して、法治国家的な規制に代えて、「人民投票的、民主主義的正当性」による規制を課したとするものであろう。そもそも「例外状態」では法秩序が機能停止に陥るわけであるから、法治国家的な規制は期待できない。したがって、シュミットは「統治国家」や「行政国家」が単なる独裁へと崩壊するのを防ぐのは「人民投票的、民主主義的正当性」しかないと考えていた。事実、彼は「ライヒ大統領の緊急命令に直面して、ドイツ国家は、その現在の具体的な憲法事実において、人民投票的、民主主義的正当性の基礎の上に、かつその範囲で独裁の究極的な正当性を見出す⁵¹」としているが、このように解釈すれば、彼を単なる「独裁者」と呼ぶことはできないことになる。

だが、一方で公開の討議や言論の自由、「一般的」な法の支配、権力分立、市民的自由権の保障などと結びつけて考えられる議会主義を時代遅れのものとして切り捨て、他方で「民主主義」の原則を受け入れるべきだとするシュミットの考え方は、現代の私たちの感覚からすると理解するのが難しい。彼は「近代の大衆民主主義の行く手に、議会制はもはや理解しえない、時代遅れの制度として横たわっている」、「独立の代議士による討論に基づく制度は、人民の意志の前には何ら独立の存在理由もない⁵²」、「人民投票的な国民投票の正当性が支配的になるに伴い、議会もまたそれに依存するようになる⁵³」と言うのだが、議会制とは切り離された「民主主義」とは一体どのようなものだろうか。

シュミットは「民主主義」を、もともと同質的なものとして定義される国民が、その中で「治者と被治者の同一性」を確立するための仕組みと考えていた⁵⁴。実際、国民がすでに同質的だということは、国民を構成するメンバーの間で意見の食い違いや利害の対立がないことを意味するので、公開の討論や表現の自由のみならず、議会における多数決や秘密投票による国民の意見の集計といった装置も必要ないであろう。つまり、彼の「民主主義」は、同質的な国民を前提にするので、国民の大多数の見解に反する少数派の見解はそもそも最初から存在しないものと見なされるか、あるいは単に認識的に誤った見解だと見なされる。その結果、議会主義には不可欠な「討論」そのものが不要になってしまうのである。

では、仮にシュミットの言う通り、国民の意志は最初から同じであり、「いく百万人の人が投票をしても、あるいは1人の人間が投票を行わずにその意志を示しても何のちがひもない⁵⁵」のだとすれば、「民主主義」と「独裁」のちがひはどこにあるのだろうか。国民は公共的な集会

⁵⁰ 同上、43頁。

⁵¹ 『合法性』、130～131頁。

⁵² 同上、23頁。

⁵³ 『合法性』、130頁。

⁵⁴ 『議会主義』22頁、『憲法』、288～293頁。

⁵⁵ 『議会主義』、37～38頁。

で国家元首や大統領といった政治指導者に喝采をしたりやじを飛ばしたりして意思表示をする以外になく⁵⁶、そこで異論を述べることは許されないのだとすれば、それは大衆民主主義の上に成り立つ新たな「独裁」ではないだろうか。この点についてシュミットは、民主主義は単なる形式であるから、どのような価値観とも結びつくことができ、「独裁的およびシーザー主義的方法は、人民の喝采によって支持されるのみならず、民主主義的実質およびその直接的表現でありうる⁵⁷」と述べている。

シュミットはここで、自由主義的な議会主義を取り除いた「民主主義」が、シーザー主義的な「独裁」に結びつくことを率直に認めるのだが、私たちはこうした見解から、なぜ彼がワイマール初期には反対していたナチス党などの極右勢力による一党独裁を支持することができたのかを理解することができるであろう。シュミットにとって、「ボルシェビズムやファシズムは反自由主義的だが、反民主主義的ではない⁵⁸」。したがって、ナチス党の運動が国民の幅広い支持を受けて「民主主義」的となったとき、彼の憲法理論はそれに抵抗する理論的な資源を提供することができなかつたのである⁵⁹。

では、こうしたシュミットの曲がりくねった議論は、私たちをどこへ導くのだろうか。ここまでの議論を整理してみると、次のようになるだろう。まず、シュミットは法秩序が機能停止に陥っている「例外状態」において内乱や暴動に対処するには、法治国家的規制を伴う「委任独裁」では役不足だとする認識から、「立法国家」と対比される「統治国家」や「行政国家」に期待をかけた。だが、「統治国家」や「行政国家」においては、法治国家的規制がすでに取り払われているので、その権限濫用を防止する手立ては、「民主主義的」な正当性しかない。

それにも関わらず、シュミット自身が認めているように、「治者と被治者の同一性」として定義される「民主主義」は単なる政治的な形式であることから、ボルシェビズムやファシズムなどのシーザー主義的な「独裁」とも結びつき得る。ここから導き出せるのは、シュミットが「統治国家」や「行政国家」に何らの規制をかけるつもりもなく、ただ規範的な真空状態である「例外状態」において、国家を野放しにするつもりであったという結論である。そして私たちは、シュミットがナチス党の一党独裁を、新たな「指導原理」に基づく国家として受け入れたという事実の中に、こうした結論が正しいことを示す証拠を見出すのである。

次節で示すように、こうした結論は、アメリカ大統領制のあり方についても重要な洞察をもたらす。なぜなら、シュミットと同時代のアメリカにおいても、大衆民主主義を背景とした議会主義の凋落と「行政国家」化、さらには「兵営国家」化の進展という現象が見られ、それ以降、緊急事態に対処する大統領の権限を憲法的にチェックすることがきわめて難しくなっているからである。だが、もしそうだとするならば、アメリカで「委任独裁」を提唱する論者たち

⁵⁶ 『憲法』、104～106頁、300～310頁。シュミットは公論を国民の拍手喝采の延長線上で捉えていた。

⁵⁷ 『議会主義』、25頁。

⁵⁸ 同上、24頁。

⁵⁹ カール・シュミット「国家・運動・民族」、C・シュミット、K・シュルテス『ナチスとシュミット』（服部平治、宮本盛太郎、岡田泉、初宿正典訳）、木鐸社、1976年、9頁～81頁。

は、「委任独裁」そのものに潜む欠陥を十分に承知しているのだろうか。以下では、まずアメリカで「行政国家」化、「兵営国家」化の進展する様子を見れば、アメリカで最初に「委任独裁」を提唱したクリントン・ロシターが、シュミットと同じか、あるいはそれ以上の深刻な過ちを冒していることを見て行きたい。

第2節 アメリカ「第2共和国」とロシターの「立憲独裁」論

シュミットがドイツで憲法学者としての地歩を固めつつあった頃、世界経済恐慌に見舞われたアメリカでは、フランクリン・ルーズベルト大統領が1933年から1935年にかけて行なったニュー・ディール政策によって、南北戦争以来の統治構造の大転換が行なわれ、政治学者セオドア・ローウィーの言う「第2共和国」が出現しつつあった。これまでアメリカ連邦政府の権限は、個々の憲法の条項に列挙された権限に限定されており、議会を中心として各州に補助金の配分をすることをその主な役割としていた。これに対してルーズベルトは、経済恐慌に対処するためには、こうした「パトロネージ政府」としての連邦政府の権限を一気に拡大し、大統領が中心となって、州政府の頭越しに国民の雇用や福祉について直接責任を担う新たな仕組みを作り出すべきだと主張したのである⁶⁰。

ルーズベルトはこうした統治構造を作り上げるため、大統領が議会に自ら望む法案を提出し、そこでの法案の審議を自分の都合の良い方向に導くことにより、大統領が「立法リーダー」ないしは、「第2の立法府」になるという事実上の慣習をウッドロー・ウィルソンから引き継ぎ、さらにそれを強化した。彼はその手始めとして、就任演説で議会に迅速な立法を要請し、議会が行動を起こさない場合は、大統領の執行権を利用して単独行動に出ると脅したのである。

こうした脅しは効を奏し、議会は1933年の有名な100日間議会において、大統領に大幅な権限を委譲する法案を次々に成立させた。とりわけ6月16日に成立した全国産業復興法は、アメリカの商業および産業のほぼ全体に関する取り引き慣行および労働政策を規定する全権を大統領に付与するものであり、大統領は何百もの行政当局や機関を設置してこの法案の実施に当たらせ、「執行命令による統治」を行なったのである⁶¹。

このように、ルーズベルトのニュー・ディール政策を契機として、アメリカは議会中心の「立法国家」から強力な大統領のリーダーシップによって牽引される「行政国家」へと様変わりし、ロシターの言う「第2共和国」が出現したわけであるが、そうしたなかで権力分立や「法の支配」といった古典的な法治国家の仕組みが次第に「非科学的」「素人的」であり、時代遅れであ

⁶⁰ Theodore J. Lowi, *The Personal President: Power Invested Promise Unfulfilled*, Cornell University Press, 1985. 以下、PP.

ると見なされるようになってきた。シュミットの言う議会主義の凋落とそれに代わる「行政国家」の登場という現象は、決してワイマール期のドイツに限られたことではなかったのである。

この傾向を一層加速させたのが、第2次世界大戦に直面したルーズベルトが作り出した「兵営国家」であった。「兵営国家」は、文字通り対外的な戦争を遂行することを目的として確立される戦時体制だが、これは大統領をリーダーとする「行政国家」としての性質のみならず、「統治国家」としての性質も色濃くもっていた。その証拠に、ルーズベルトはイギリスとの「駆逐艦取り引き」などの戦争協力を大統領主導で進めて行ったし、その後のドイツ潜水艦の撃墜命令などは議会に相談することなく、大統領の権限だけで行なっていたのである。

エドワード・コーウィンの指摘するように、ルーズベルト大統領がこうした強硬な手段に訴えたのは、「中立政策」を掲げてヨーロッパでの大戦に巻き込まれることに強固に反対していた議会を押しつけて戦争を進めて行くためであった⁶²。もちろん、真珠湾攻撃を契機として、議会はルーズベルトの支持に転じて宣戦布告を行なったのだが、少なくともそれまでの大統領の政策はきわめて単独主義的であって、戦後に確立された「帝王的大統領制」の先駆けとでも言うべき性質のものだったのである。

また、「兵営国家」における「行政国家」としての特徴がはっきりと現れたのは、対外的な戦争遂行を支えるために国内で確立した戦時国家体制であった。すなわち、ルーズベルトは議会制定法上の根拠が全くないまま、1939年9月に「限定的」国家非常事態宣言、1941年5月に「全面的」非常事態宣言を出し、大統領に直属する危機管理局の下に、戦時生産本部、戦時動員局、戦時情報局をはじめとする無数の行政機関の設置し、アメリカの人的、経済的資源をトップダウンで管理する戦時国家体制を構築して行ったのである⁶³。

さらに、真珠湾攻撃後、7万人の日系アメリカ人と4万人の日系人居留民を、合衆国西部の居住地や職場から退去させて収容所に拘禁する、ハワイにおいて軍法を宣告する、FBIによって摘発されたナチスの破壊工作員を軍事委員会で審理するなど、「兵営国家」的な措置を次々と講じて行った。とりわけ、日系アメリカ人の強制収容は、敵国である日本出身の日系人は日系人であるというだけで母国への忠誠心を失わないはずだ、「ジャップはジャップだ」という人種的偏見をもった軍司令官の助言に基づく措置であったこと、議会制定法上に根拠のない大統領命令だけを根拠として収容が行なわれたにも関わらず⁶⁴、有名なコレマツ事件⁶⁵で最高裁判所がこれを支持したことなどから、現在でもアメリカ憲法史における汚点として残っている。ここに現れたのは、「委任独裁」ですらなく、あからさまな「独裁」だったのである。

このように、ルーズベルトのニュー・ディール政策以降、アメリカでは「行政国家」化、「兵営国家」化が急速に進展してきたわけであるが、議会がますます多くの権限を大統領に委譲し

⁶¹ ロンター、『立憲独裁』、389～398頁。

⁶² Edward S. Corwin, *Total War and the Constitution*, Alfred Knopf, 1947.

⁶³ ロンター、『立憲独裁』、399～424頁。

⁶⁴ 第2次世界大戦中における日系移民の強制収容について詳しく分析しているのは、Peter Irons, *Justice at War*, Oxford University Press, 1983.

⁶⁵ *Korematsu v. United States*, 323 US 214 (1944).

て自らの地位を低下させるとともに、大統領が単独で執行権や戦争権限を行使するようになると、国民の間では絶対的な権限をもった大統領に対する期待が高まり、憲法上の機関としての大統領ではなく、個人としての大統領がいわば「救済者」と見なされるようになってきた⁶⁶。

それ以前のアメリカでは、大統領は国民の代表たる立法府に対して謙譲的であり、議会や国民の前で演説をすることすら越権行為と考えられていたのだが、その大統領が議会に政治的圧力をかけて自らの望む法案を通過させるだけでなく、マスメディアを使った「説教壇」から国民にアメリカ的価値を説き⁶⁷、それに対して国民が喝采したりやじを飛ばしたりするという、国民投票的な大統領制が生まれてきたのである。

こうしたなか、シュミットの「委任独裁」論を「緊急権憲法」論や「立憲独裁」論という形でアメリカに紹介したのは、ハーバード大の政治学者であるカール・ヨアヒム・フリードリヒと、エドワード・コーウィンの弟子で、『ザ・フェデラリスト』の編集などで知られるクリントン・ロシターであった。フリードリヒは戦前に発表した論文の中で、ドイツでは伝統的に官僚と軍に支えられた執行府が議会と対抗し、「国民と党派を超えた」政府を形成してきたとする立場から、ワイマール憲法第 48 条によって大統領に与えられた緊急権を、政治的リーダーシップにとって必要なものとして支持していた⁶⁸。だが、その後のワイマール体制の崩壊という悲劇を踏まえ、「緊急権が憲法を守るためだけに利用されることを保証する制度的な安全装置はどこにもない」として、緊急権制度にきわめて抑制的な見解を持つようになっていたのである⁶⁹。

これに対し、同じく第 2 次世界大戦後に「立憲独裁」論を提唱したクリントン・ロシターは、「独裁的な形態がある程度において民主主義的な形態に取って代わり、執行部が悠長な議論や妥協にかまかけることなく、強力な措置を講ずる権限を与えられるならば、立憲民主主義国家を襲う重大な緊急事態は、政府によって一層容易に制圧されるであろう」として、これを積極的に擁護したうえで、原子力の時代において、「立憲独裁がアメリカ合衆国において将来性を持つものであることには、ほとんど議論の余地はない」として、これをアメリカにも導入すべきだとする論文を発表したのである⁷⁰。

だが、ロシターの言う「立憲独裁」は、シュミットの「委任独裁」と何がちがうのだろうか。もしそれがシュミットの「委任独裁」とほとんど同じだとすれば、「委任独裁」と同じ過ちが繰り返されないという保証はどこにあるのだろうか。フリードリヒの言うように、緊急権が濫用されないように保証する制度的安全装置などどこにもないのだとすれば、「立憲独裁」を導入することにはもっと慎重であるべきでないのだろうか。

⁶⁶ この点について指摘しているのは、Lowi, *op.cit.*の他に Gene Healy, *The Cult of the Presidency: America's Dangerous Devotion to Executive Power*, CATO Institute, 2008.

⁶⁷ 建国期から現在までの大統領の演説の種類や頻度を分析しているのは、Jeffery K. Tulis, *The Rhetorical Presidency*, Princeton University Press, 1988.

⁶⁸ Carl J. Friedrich, "The Development of the Executive Power in Germany," 27 *The American Political Science Review* 185 (1933).

⁶⁹ Carl J. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and America*, Little Brown & Company, 1941, pp.572-596.

⁷⁰ ロシターの「立憲独裁」論に対する最近の論評として、David Rudenstine, "Roman Roots for an Imperial Presidency: Revisiting Clinton Rossiter's 1948 Constitutional Dictatorship: Crisis Government in Modern

また、そもそも英米法圏に属するアメリカでは、リンカーン大統領以降、大統領は執行権や最高司令官としての権限で緊急事態に対処してきたが、こうしたなかで大陸法系の概念である「委任独裁」を導入することにはどのような意味があるのだろうか。それは、「帝王的大統領制」の権限濫用を防止することに役立つのだろうか。それとも、逆にそれを助長してしまうのだろうか。以下ではこうした問題について考えるため、ロシターの「立憲独裁」論をより詳しく見て行くことにしたい。

ロシターによると、「立憲独裁」の基本的な原則は、「危機の際に差し迫った危険を克服し、正常な状態を回復するために必要な程度で民主主義的立憲政府を一時的に改変すること」にある。その結果、「政府はより多くの権力を持ち、人民はより少ない権利を持つこと」になるが、そこには制約があり、立憲独裁政府は、「国家の独立の保持、現行憲法秩序の維持、人民の政治的社会的諸権利の防衛以外のいかなる目的も持つことはできない⁷¹⁾」とされる。

私たちは以上より、ロシターの「立憲独裁」論の趣旨が、シュミットの「委任独裁」論のそれとほぼ同じであるという結論を一応出すことができるのだが、アメリカ憲法には人身保護令状の停止を定めた規定を除き、ワイマール憲法第 48 条に見られるような緊急権制度を具体化した規定が見当たらない。では、ロシターは一体何を根拠として、アメリカの「立憲独裁」について論じるのだろうか。彼はアメリカには「立憲独裁」の仕組みがないのだから、憲法改正や議会制定法でそれを新たに作るべきだと言っているのだろうか。それとも、アメリカには何らかの形ですでに「立憲独裁」の制度が存在しているのだから、その制度の必要を改めて確認したうえで、欠陥を改善して行くべきだと考えているのだろうか。また、もしロシターがアメリカにはすでに「立憲独裁」の制度が存在していると考えているとするなら、それは一体どのような意味における「制度」なのだろうか。

ロシターはこの点について、まず「アメリカ合衆国政府がかつて立憲独裁であったと述べることは、かなり度を超えているだろう⁷²⁾」として、アメリカに「立憲独裁」に該当する制度がこれまで存在しなかったと認めることから議論を開始する。彼によると、アメリカでは地理的孤立、大陸の巨大さや豊かさ、安全弁としてのフロンティアの存在、20 世紀における経済的な回復などの好条件が重なり、人々の間では伝統的に「緊急時に通常政治体制から逸脱すること」に対する「健全な不信感」があった⁷³⁾。

また、アメリカ憲法は権利章典、連邦主義、権力分立をその柱とするが、これらが「立憲独裁」を容易に生み出さないための大きな障害として立ちはだかつており、アメリカの伝統的な憲法解釈も、明らかに「立憲独裁」に敵対的である。例えば、南北戦争後に出された有名なミリガン判決において、ディヴィス判事は、「憲法はその盾でいつでもあらゆる環境下において人々を保護している」のであり、「緊急事態において憲法条項が全て停止されるという教義ほど

Democracies,” 34 *Cardozo Law Review* 1063 (2012-2013).

⁷¹⁾ 『立憲独裁』、28～30 頁。

⁷²⁾ 同上、312 頁。

⁷³⁾ 同上、313 頁。

有害なものはない」と述べたことで知られるが⁷⁴、このような解釈に従う限り、「立憲独裁」を認める余地はどこにもないのである。

では、ロシターは本当にアメリカの憲政史において、「立憲独裁」に該当する制度がなかったと考えているのだろうか。先述したように、彼はアメリカにかつてそのような制度があったと述べるのは「かなり度を超えている」とするが、その後、南北戦争におけるリンカーンの「立憲独裁」、第1次世界大戦におけるウィルソンの「立憲独裁」、ニュー・ディール政策と第2次世界大戦におけるフランクリン・ルーズベルトの「立憲独裁」について述べていることからすると、彼が「立憲独裁」制に該当する制度が存在すると考えていたことは明らかである。

だが、先述したように、アメリカ憲法には「立憲独裁」を制度化した規定は見当たらないし、権力分立、連邦主義、基本権の保障といった憲法の基本原則は、むしろ「立憲独裁」に否定的である。では、ここで彼の言う「制度」とは何なのだろうか。この疑問について考える際、重要な手がかりとなるのが、次の1節である。

この国の危機政府は、制度の問題というよりも、むしろ大統領の人格の問題であった。

(略) アメリカにおける立憲独裁の研究は、軍法や委任立法のような制度の分析というよりは、むしろアブラハム・リンカーンやウッドロー・ウィルソン、フランクリン・ルーズベルトに関する歴史研究なのである⁷⁵。

私たちはこうしたロシターの見解の中に、彼の「立憲独裁」論の全体に通じる問題を見出すことができる。というのも、「立憲独裁」が大統領の人格や歴史研究の問題であるとするならば、そのときどきの緊急事態に際して、大統領が個人としてとった行動や発言が、「立憲独裁」の基準を構成することになり、それを憲法規範などの客観的な基準によって評価することが不可能となるからである。言いかえると、このような見解では、大統領の人格そのものが「法」と化してしまうことから、彼を「法」で縛ることができなくなるのである。

こうしたロシターの考え方に潜む問題点は、彼がアメリカ「立憲独裁」のモデルとして高く評価しているリンカーンの「立憲独裁」の記述にも大きな影を落としている。南北戦争に直面したリンカーンは、1861年4月のサムター要塞の陥落から7月4日の議会召集までの間に、大統領の最高司令官の権限だけにに基づき、海上封鎖の実施、志願兵の募集、陸軍および海軍の増員、公金の支出、人身保護令状の停止など、憲法に違反する行動を次々に繰り出したことで知られる。

リンカーンは自らの行動について、「これらの措置は、厳密に言って合法的であろうとなろうと、人民の要請や公共の必要性に基づき、議会が速やかに承認するであろうことを確信して、

⁷⁴ *Ex Parte Milligan*, 71US (4 Wall)2 (1866).

⁷⁵ 『立憲独裁』、314頁。

危険を承知で講じられたものである。連邦議会の憲法上の権限を侵すものではない」と釈明し⁷⁶、議会からこれらの行為について事後的な承認を得たことから、歴史的にも高い評価を与えられることが多い。

だが、「委任独裁」の観点からすると、大統領が緊急権を行使するに際しては、議会から事前に承認を受けるべきであり、リンカーンの目的が現行憲法秩序の維持にあったことは明白だとしても、彼が自らを「独裁官」に任命し、一連の超法規的な措置を講じたことは大きな問題として残る。また、緊急時に必要とされる措置を事前に法で定めておくことは不可能だとするオーレン・グロスのような法学者は、大統領が違憲を承知でまず先に行動を起こし、議会（ないし裁判所）がそうした行動を事後的に承認して違法性を阻却するというリンカーンのパターンを「事後的承認モデル」として法的に制度化するべきだと論じているが⁷⁷、こうした制度化を行なってしまうと、大統領は事後的な承認を事前に期待するようになることから、緊急権の濫用に対する憲法的チェックが効かなくなるという指摘がなされている。

このように、仮にリンカーンの「独裁」が結果としてアメリカの分裂を防ぐことに役だったとしても、彼の行動が法治国家の観点から大きな問題を孕んでいることに変わりはない。実際、ミリガン事件においてディヴィス判事が、「緊急事態において憲法条項が全て停止されるという教義ほど有害なものはない」と述べて、リンカーンによる人身保護令状の停止を違憲と判断したとき、彼はまさにリンカーンの「独裁」が憲法には受け入れられないことを示したのであった。それにも関わらず、ロシターの議論では、裁判所の判事ではなく、大統領の発言や行動それ自体が、「立憲独裁」の基準を構成することから、こうした批判的な視点は受け入れられないのである。

このように、ロシターの議論は、その「立憲独裁」という形容詞にも関わらず、実質的には憲法的制約が皆無に等しいことからすると、これを基本的には法治国家の枠組みに位置づけられる「委任独裁」論と等置することはできないであろう。シュミットの「立法国家」、「統治国家」、「行政国家」の分類で言うなら、ロシターの「立憲独裁」は「行政国家」ですらなく、絶対君主の人格に基づいた権威的命令を国家の最高意志と見なす「統治国家」に分類すべきだと考えられるのである。

ロシターの「立憲独裁」論におけるもう1つの大きな問題は、彼が18世紀イギリス国王の執行権をモデルにして大統領の執行権を定義する「単一執行府論」と同じ立場から、憲法第2条に定められた大統領の執行権の中に緊急権を読み込み、議会制定法による授権をその「補完」にすぎないと位置づけていることである。「単一執行府論」については第2章で触れたが、簡単に言えば、憲法の条項で具体的に規定されていない政府の権限を全て大統領の執行権で正当化しようとする立場である。

こうした「単一執行府論」の立場をとるロシターは、まず緊急事態における大統領の権限は、

⁷⁶ 同上、343頁。

⁷⁷ Oren Gross and Fionnuala Ni Aolain, *Law in Time of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*,

「(憲法に基づく) イニチアチヴおよび(法律に基づく) 委任という 2 つの基礎の上に構築されている」としたうえで、前者について、「君主大権に関するジョン・ロックの理論は、合衆国大統領制の中に注目すべき機関を見出し、執行部のイニチアチヴがこの国における立憲独裁の基礎的なテクニックになった⁷⁸⁾」とする。

ロシターはこうしたロックの君主大権に基づいた執行権の解釈や、それに基づいたセオドア・ルーズベルト大統領の「ステュアードシップ理論」を文字通り解釈すると、「アメリカ憲法構造をひどく破壊してしまう」ことを率直に認めているにも関わらず、彼にとってこの点は大きな問題にはならない。というのも、「理論はどうであれ、極端な国家的緊急事態の際には、真実は常にセオドア・ルーズベルトやジョン・ロックと共にあった⁷⁹⁾」からである。

だが、仮にロシターの言うように、大統領の執行権の中に緊急権を読み込むことができるなら、議会による緊急権の授権は最初から不要なはずである。では、なぜ彼は「立憲独裁」のもう 1 つのテクニックとして、議会による授権を挙げるのだろうか。彼によると、それは議会が「執行部のみが適切に緊急権を行使できることを認めてきた」からに他ならない。議会はこのような認識に基づいて、意図的な企画立案の所産ではなく、「現実に行っている緊急事態」の所産として委任立法を行なうのであり、大統領は憲法上の権限の「法律的な補完の貯蔵庫」としてこれを掌握していると言うのである⁸⁰⁾。

だが、こうしたロシターの理論構成は、「委任独裁」に見られる法治国家的規制を大きく損なうものと言わなければならない。というのも、そもそも「委任独裁」の趣旨は、憲法ないし議会制定法によって「独裁官」の権限をその目的や期限の観点から制約することにあるが、仮に大統領がロックの君主大権にしたがって解釈された執行権で緊急事態に対処することができるのであり、議会制定法は単なる「補完」にすぎないのだとすれば、大統領にとって議会からの授権は義務的ではなく選択的となり、権限濫用に対するチェックが作用する余地がなくなってしまうからである。

さらに指摘しておかねばならないのは、大統領の執行権の中に緊急権を読み込むロシターの理論では、大統領は自らのイニチアチヴで常に緊急権を発動することができるようになるため、緊急権が恒久化するおそれが生じるということである。「委任独裁」の基本的な前提は、期限を定めて緊急事態を認定し、その間に限って「独裁官」に広範な権限を与えることにあるが、ロシターの理論では、大統領は平時から緊急権を持っていることになり、この期間の限定が取り払われてしまうのである。シュミットも認めているように、恒久的な緊急権を保持する者は、もはや議会から一時的な権限を委任された「独裁官」ではなく、単なる「独裁者」にすぎない。それにも関わらず、ロシターの理論構成では、「独裁官」が「独裁者」へと転化して行くことを阻むものが何もないのである。

Cambridge University Press, 2006, pp.110-162.

⁷⁸⁾ 『立憲独裁』、326～327 頁。

⁷⁹⁾ 同上、328 頁。

⁸⁰⁾ 同上、329 頁。

では、ロシターはこうした「立憲独裁」の危険についてどのように考えているのだろうか。彼は「立憲独裁は危険な代物」であり、例えば、立憲独裁がクーデターや反革命勢力に利用されて「立憲的」性質を失い、恒久的かつ反憲法的になってしまうおそれがあることを率直に認めている⁸¹。だが、彼によると、このような危険があるからと言って「立憲独裁」を放棄することは賢明ではない。なぜなら、「世界が今日直面している核の時代において、立憲的な緊急権の行使は常態にはなっても例外とはならないであろう」し、危険があるからといってこの制度を放棄するなら、「民主主義国に危険が及ぶことを覚悟しなければならない⁸²」からである。

そこでロシターは、「立憲独裁の危険を最小化し、効用を最大化する」ために、「立憲独裁」が満たすべき 11 の基準を列挙し⁸³、これによって「立憲独裁」制を再構築すべきだとする。そして、その中には(2)立憲独裁導入の決定は、決して独裁者を任命する者の手に委ねられるべきではない、(4)緊急権力の行使および政府組織の再調整は、全て憲法および法律の要請を達成するための結果としてもたらされるべきである、(9)立憲独裁の終結についての決定は、その導入の決定と同様、独裁者を任命する者の手に委ねるべきではないなど、大統領が自らを「独裁官」に任命することが慣習となっているアメリカの「立憲独裁」と合致しない基準も含まれている。そこでロシターは、こうした基準にアメリカの「立憲独裁」を適合させるために、「国家的緊急事態の宣言、あるいは終結を、法律によって制定すべきである」と言うのである。

だが、こうしたロシターの提言は、次の 2 つの理由により、彼の「立憲独裁」論に潜む根本的な欠陥を是正するのには役立たないと考えられる。まず第 1 に、アメリカ憲政史におけるロシターの「立憲独裁」の記述は、歴代の大統領の人格に基づいた発言や行動が「立憲独裁」の制度を構築するという発想の上に立つものであるが、もしそうだとすれば、仮にロシターの提言に沿った改善が実施されたとしても、未来の大統領がそれに反する発言や行動をすれば、それが新たな基準となるため、一時的な改善は無に帰すことになるであろう。

第 2 に、仮にロシターの言うような改革が実行に移されたとしても、一体誰がそれを大統領に守らせる権限を持つのかという問題がある。先に見たように、ロシターはロックの君主大権をモデルとして大統領の執行権を解釈し、そこに緊急権を読み込もうとするのだが、議会制定法がこうした緊急権の行使にとって「補完的」にすぎないとすれば、議会制定法で大統領の緊急権を抑制することは、越権行為とすら見なされかねないのである。

では、ロシターはこうした批判にどのように応じて行くのだろうか。この点について彼は、

⁸¹ 同上、444～447 頁。

⁸² 同上、447～448 頁。

⁸³ ロシターの言う 11 の基準は、以下の通りである。(1) 国家および憲法秩序の維持のために必要もしくは絶対に不可欠でなければ、立憲独裁に関わる一般的な体制も特別な制度も導入するべきではない、(2) 立憲独裁導入の決定は、決して独裁者を任命する者の手に委ねられるべきではない、(3) いかなる政府も、その終結に関する明確な条項を設けることなく立憲独裁を導入するべきではない、(4) 緊急権力の行使および政府組織の再調整は、全て憲法および法律の要請を達成するための結果としてもたらされるべきである、(5) 特定の危機を制圧するために絶対的に必要である以外は、独裁的な制度が採用されたり、権利が侵害されたり、通常手続きが改変されたりするべきではない、(6) 立憲独裁遂行のために採用された措置は、性格的にも効力的にも決して恒久的であるべきではない、(7) 独裁制は、原稿憲法秩序の防衛に関心を持つあらゆる市民層を代表する者たちによって遂行されるべきである、(8) 立憲

「(大統領権力の) 制限はアメリカ人民の義務および忍耐に関する政治的感覚」によって行なわれる、「この巨大な権力装置が行使されるべき時は、アメリカ人自身による不断の用心深さが要求される⁸⁴」、「大統領職は個人の自由と公共道徳という壮大な永続的パターンの範囲内で運用される⁸⁵」などとして、結局は国民の政治的感覚、彼の言う「緊急権の行使に対する健全な不信感」が最終的な安全装置になることを強調する。つまり、仮に議会制定法による権限濫用の防止がうまく行かなくても、国民自身がチェック役を担えばそれで十分だと言うのである。

だが、本節の冒頭でも述べたように、アメリカでは「行政国家」化、「兵営国家」化の進展とともに、強大な権限を持った大統領が国民の前で「救済者」として現れているのであり、国民は大統領に対して拍手喝采したりやじを飛ばしたりすることしかできない。事実、ロシター自身、別の著書で「(強い大統領は) わが国の輝かしい象徴であったのみでなく、今なおその象徴なのである。われわれ文明化したアメリカ人も国家生活に神話と神秘の必要を感じるのである⁸⁶」として、大統領を神格化するとともに、「偉大な大統領になるためには、偉大な大統領のように考えなければならない。彼が『憲法を破壊する』といて各方面から絶えず非難されないようだったなら、後の世代から真に卓越した人物として判断されることを断念するほうがいいかもしれない⁸⁷」として、大統領が法を破ることをむしろ積極的に奨励しているのである。

さらに言うと、ロシターの言う通り、緊急事態は執行府の威信と権限を増大させる効果を持ち、「原子力の時代において、立憲独裁は例外というよりむしろ常態⁸⁸」になるのだとすれば、こうした傾向は一層強まることになり、大統領が緊急権を行使することに対する国民の「健全な不信感」はますます低下するであろう。そして最終的には、「立憲独裁」における「立憲的」な性質は、大衆民主主義社会を背景とした国民投票的な大統領制の出現によって完全に失われてしまうと考えられるのである。

「まえがき」でも述べたように、ロシターが「立憲独裁」を提唱した第2次世界大戦以降、アメリカのリベラル・リーガリストたちは、「帝王的大統領」の権限を「委任独裁」の論法で制約しようとして失敗し続けてきたが、その根本原因は、シュミットの「委任独裁」からロシターの「立憲独裁」へと引き継がれた構造的限界、つまり、国民投票的な大統領制の出現に伴う法治国家的な規制の弱体化に求めることができるのである。

第3節 「テロとの戦い」とアッカーマンの「緊急権憲法論」

独裁の下で実施された全ての措置に対する最終的責任は維持されなければならない。

⁸⁴ 『立憲独裁』、433頁。

⁸⁵ Clinton Rossiter, *The American Presidency*, Johns Hopkins University Press, 1989. [クリントン・ロシター『アメリカ大統領の地位』(下島連訳)、日本外政学会、1960年、40頁]

⁸⁶ 同上、110頁。

⁸⁷ 同上、155頁。

⁸⁸ 『立憲独裁』、448頁。

ロシターが「立憲独裁」論を提唱してからおよそ 50 年後、アメリカではジョージ・W・ブッシュ政権の「テロとの戦い」を契機として、再びカール・シュミットの理論に対する関心が高まりを見せた⁸⁹。その多くは、憲法学者サンフォード・レビンソンに代表されるように、ブッシュ政権による「敵性戦闘員」に対する取り扱いや、対外諜報活動法(FISA)に違反する形で行なわれた自国民に対する令状なしでのサーベイランスなどの措置を、シュミットの理論で説明できるとするものであったが⁹⁰、ジョン・ユーをはじめとする「帝王的大統領制」の法律顧問たちは、18 世紀イギリス国王の執行権でブッシュ大統領の措置を正当化していたのであり、シュミットの「委任独裁」は何の関係もなかった。また、第 1 節で見た通り、シュミット自身が多様な側面を持っていることから、何をもって彼の理論でブッシュ政権の措置を説明できるのと言えるか、決して明らかではなかったのである。

だが、時間が経過するにつれて、次の 3 つの範疇に分類される、はっきりとした輪郭をもつ議論が浮かび上がってきた。第 1 は、シュミットの言う「委任独裁」論が共和国の維持にとって必要不可欠とする立場から、これをアメリカに導入して、「帝王的大統領」の権限濫用を抑制しようとする憲法学者ブルース・アッカーマンに代表される議論⁹¹、第 2 は、シュミットの「委任独裁」論にしたがって「法の支配」に穴を開けてしまうと、ワイマール期のドイツと同じように、「法の支配」それ自体が崩壊してしまうおそれがあることから、「例外状態」においても、「正常状態」と同じく「法の支配」を貫徹すべきだとするディビッド・ダイゼンハウスに代表される議論、第 3 は、急速に変転する現代社会の諸問題に執行府が対応するのに際して、「法の支配」に穴が開くことは不可避であるから、一方では権力分立や「法の支配」といったリベラル・リーガリズムの試みそのものを断念して、シュミットの言う「立法国家」から「統治国家」ないし「行政国家」への移行という現実を受け入れ、他方では国民を主体とする「民主主義」的正当性でその権限濫用を防止して行けばよいとするポズナーとバーミュールの立場である。本節では、まず第 1 の立場を代表するアッカーマンの「緊急権憲法」論を取り上げ、次節で残りの議論を取り上げることにしたい。

アッカーマンが「緊急権憲法」論の構想を発表したのは 2004 年のことであったが、連邦議会はすでにこの頃までに、武力行使容認決議でアフガニスタンやイラクでの戦争を容認するだけでなく、いわゆる愛国者法を成立させて、国内でのテロ容疑者の捜査を行ないやすくする法整備を行っていた。愛国者法は、通常の犯罪捜査に課せられた憲法や刑法上の規制を完全に撤廃するものではなかったが、外国政府機関とのつながりのあるスパイなどを対象とした捜査

⁸⁹ 全体を見渡せるのは、William E. Sheuerman, “Survey Article: Emergency Powers and the Rule of Law after 9/11,” 14 *Journal of Political Philosophy* 61 (2006). William E. Sheuerman, “REVIEW ESSAY: Emergencies, Executive Power and the Uncertain Future of U.S. Presidential Democracy,” *Law & Social Inquiry* (2012).

⁹⁰ Sanford Levinson, “Response: The Deepening Crisis of American Constitutionalism,” 40 *Georgia Law Review* 889 (2005).

⁹¹ Bruce Ackerman, “The Emergency Constitution,” 113 *The Yale Law Journal* 1029 (2004). 以下、EC. アッカーマンの見解の全体像を知ることができるのは、Bruce Ackerman, *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, The Yale University Press, 2006.

を念頭に置いて制定された対外諜報活動法（FISA）の手続きを、通常の犯罪捜査にも利用しやすくするなど、国民の市民的自由を削減するという性質を色濃く持っていた。

こうしたなか、アッカーマンが新たに「緊急権憲法」論を提唱したねらいはどこにあったのだろうか。彼の議論の出発点は、「あらゆる民主的な政府は、パニックを防ぎ、次のテロ攻撃を防止するために行動しなければ、国民の支持を得られない」とする見解である。彼はここから、「どんな出来事が起きても、あらゆる権利を厳格に守るべきだ」という立場は支持できない⁹²とするため、愛国者法に見られた市民的自由の削減自体は深刻な問題とは見なされない。だが、このまま何もせずに放っておくと、議会は2度目、3度目のテロ攻撃が発生するたびにますます抑圧的な法案を通過させて行き、「抑圧の悪循環」が生じることが予想される。その結果、「これから先50年の間に、9・11と同じ規模のテロ攻撃が4、5回しか発生しなかったとしても、2050年までに市民的自由権は壊滅的な打撃を受けているだろう⁹³」と警告するのである。

このように、アッカーマンは2度目のテロ攻撃を防止するため、政府が強力な措置を講じることを容認する一方で、議会在次々と抑圧的な法を制定して行くことで生じる「抑圧の悪循環」を防止するための制度として、彼独自の「緊急権憲法」構想を提唱する。予め断っておくと、彼はこの構想を論じるに際して、シュミットの「委任独裁」論に対する直接の言及は避けている。また、彼は緊急権の濫用を防止するため「エスカレーター型特別多数決方式」と称される目新しい仕組みを提案するなど、法治国家的規制の強化を行なっている。その結果、シュミットの議論とのつながりは見えにくくなっているのだが、以下で説明する通り、彼の言う「緊急権憲法」構想は、シュミットと同じ「委任独裁」論の改訂版と理解すべきなのである。

では、アッカーマンの「緊急権憲法」とは具体的にどのような構想なのだろうか。この構想については、日本でもすでに紹介されているので⁹⁴、ここではシュミットの「委任独裁」論やロシターの「立憲独裁」論との異同を中心に見て行くことにしたい。まず、シュミットの「委任独裁」論の趣旨は、現行の憲法秩序を維持するため、議会などの憲法上の機関が一時的に必要な権限を「独裁官」に委任することにあつたが、アッカーマンの「緊急権憲法」構想の趣旨も基本的にはこれと同じである。すなわち、アッカーマンによると、「緊急権憲法」構想のねらいは、「国家主権の正当性に脅威を与えている⁹⁵」テロの脅威に対処するため、議会の「枠組み立法」、あるいは、可能であれば憲法改正によって新たに緊急権の制度を作り、期限を定めて大統領に必要な権限を与えることにある。大統領はこうした権限に基づき、例えばテロに関わっていると疑われる者を具体的な容疑がなくても一網打尽にして、彼らを予防的に拘禁したり尋問したりすることが許される。

もちろん、アッカーマンはこうした緊急権が大統領に濫用されたり、緊急事態が終わった後

⁹² Ackerman, *EC*, p.1030.

⁹³ *Ibid.*, p.1030.

⁹⁴ 川岸令和「緊急事態と憲法—アメリカ合衆国における議論を参考にして」、憲法理論研究会編『憲法の変動と改憲問題』、2007年、89-112頁。大河内美紀「emergency constitution 論の研究」、森英樹編『現代憲法における安全』、日本評論社、2009年、165～194頁。

⁹⁵ *Ibid.*, p.1031.

も恒久化される危険があることを率直に認めるのだが、彼はカール・ヨアヒム・フリードリヒのように、「緊急権が憲法秩序を維持するためだけに用いられることを保証する安全装置はない」とは考えない。アッカーマンはこうした安全装置の1つとして「エスカレーター型特別多数決方式」と呼ばれるものを提案し、この方式を採用すれば、濫用の危険を最小限に食い止めることができると自信を見せるのである。

この南アフリカ共和国憲法から着想を得た方式によると、議会は1週間から2週間を単位として大統領に緊急権を与え、必要な場合はそれを更新して行く。その際、1回目は単純多数決で緊急権を発動できるが、2回目は60%、3回目は70%という具合に、期間を延長するたびに多数決の要件をより厳しくして行く。こうすることにより、議会の多数派は少数派の反対まで考慮に入れざるをえなくなることから、緊急権が濫用されたり、恒久化するおそれは最小限に食い止めることができると言うのである⁹⁶。また、大統領がこうした授権の期間を超えて緊急権を保持しようとする場合は、裁判所が厳しい司法審査を行なって権限の濫用をチェックすればよい。裁判所は大統領が具体的にとった措置などについて内容的に規制することは控えるべきだが、手続き面からの規制は十分に行なえるはずだと言うのである⁹⁷。

ロシターの「立憲独裁」論と比べたとき、こうしたアッカーマンの「緊急権憲法」構想が持つ大きな利点は、緊急権体制を議会制定法ないし憲法で構成するとともに、議会に中心的な役割を与え、緊急事態が継続している間も大統領を引き続き監督する仕組みになっていることから、法治国家的な規制がより強固になると考えられる点である。先述したように、ロシターは歴代大統領個人の人格が「立憲独裁」の制度を構築すると考えていたことから、議会立法や憲法でそれを外部から規制するという発想には限界があった。さらに、ロシターの理論において緊急権は大統領に憲法上与えられた執行権の1つとして位置づけられることから、議会が制定法でその行使に介入すると、越権行為として評価されるおそれすらあったのである。

アッカーマンはこうした結果を避けるために、緊急権体制を議会制定法ないし憲法に位置づけるのみならず、「テロ」と「戦争」を区別したうえで、「緊急権憲法」の目的は前者の「テロ」対策だけを規制することにあるとした。その背後には、これまで歴代の大統領たちが「帝王的大統領制」の理論家たちに支えられて、憲法条項に定められた権限とは別の「残余的」執行権や最高司令官としての権限だけを根拠として戦争を単独で行なってきたにも関わらず、議会や裁判所がそうした権限の行使を統制することに失敗し続けてきたことに対する反省がある⁹⁸。アッカーマンはこれと同じ失敗を繰り返さないために、「テロ」を「戦争」から切り離し、前者だけを適用対象として新たな制度を構築するべきだと考えたのである⁹⁹。

では、アッカーマンはこの「緊急権憲法」構想において、大統領にどこまでの権限を認めるつもりなのだろうか。私たちは先に、シュミットが国家理性の教説に基づき、大統領に原則と

⁹⁶ *Ibid.*, pp.1047-1053.

⁹⁷ *Ibid.*, pp.1066-1068.

⁹⁸ この点について詳しく分析しているのは、Gordon Silverstein, *Imbalance of Powers: Constitutional Interpretation and the Making of American Foreign Policy*, Oxford University Press, 1997.

して無制限な緊急権を与え、憲法条項の「破毀」と「停止」という区別によってその合憲性を主張したことを見たが、アッカーマンはこれについてどのように考えるのだろうか。先述したように、アッカーマンが予防拘禁を認めていることからすると、彼が憲法で認められた人権の一部を侵害可能であると考えていることは明らかであるが、その一方で大統領が拷問を許可することを禁止する、マスコミの報道などの検閲を禁止するなど、緊急時にも侵害できない権利があることを強調している¹⁰⁰。

そのうえで、侵害が容認される権利と容認されない権利を区別し、大統領が拷問や検閲を行なわないよう確実に期すのも、裁判所ではなく議会の役割だとする。というのも、裁判所が緊急時における大統領の行為に異議を申し立てることはきわめて稀であり、仮にそのようなことがあるとしても、それは緊急事態が終わった後に限られるからである。また、先述した「エスカレーター型特別多数決方式」において、議会の多数派は少数派まで説得しなければ緊急権の授權を更新できないが、これにより、少数派の権利保障も万全になるはずだからである。

このように、アッカーマンはシュミットの「委任独裁」に「エスカレーター型特別多数決方式」という新たな安全装置を付け加えることによって、その信頼を回復するとともに、議会に監視役を任せて、「戦争」とは区別された「テロ」だけにその適用対象を絞り込むことによって、ロシターの「立憲独裁」論に見られた欠陥を是正しようとするのだが、果たして彼はこうした斬新なアイデアで、カール・シュミットの影から抜け出すことができたのだろうか。

アメリカの憲政史を振り返ってみたときに生じる素朴な疑問は、アッカーマンの緊急権によって可能となる、具体的な容疑を伴わない予防拘禁を本当に認めてしまっただろうかということである。アメリカでは1919年から1920年にかけて、共産主義思想をもつ外国人などを取り締まるために行なわれた「パーマー強制捜査」、真珠湾攻撃後、大統領命令で行なわれた日系人の収容など、外国人や移民を標的として予防拘禁が行なわれた事例に事欠かない。「テロとの戦い」に際しても、司法長官アシュクロフトの命令で、当局は5000人以上のアラブ系住民を拘束したが、これも全く根拠のないものであり、その内起訴されたのはわずか3人（そのうち2人は釈放）だったのである¹⁰¹。

法学者のディヴィッド・コールによると、アメリカ政府はしばしば治安を維持するという目的から離れて、アメリカの価値とは異質な思想をもつ外国人や移民を排除するために予防拘禁を利用してきた。つまり、アメリカにもシュミットの言う「同一性」としての民主主義という観点から、少数者を排除する傾向が見え隠れしてきた。コールは、こうした負の歴史を踏まえたとき、予防拘禁という手法の利用はできるだけ縮小して行くべきであるにも関わらず、アッカーマンは政府が効果的なテロ対策を行なって、国民を安心させるという目的のために、アラブ系住民などの予防拘禁をむしろ積極的に奨励することによって、彼らを道具のように扱って

⁹⁹ *Ibid.*, pp.1032-1037. Bruce Ackerman, "This Is Not a War," 113 *The Yale Law Journal* 1871 (2004).

¹⁰⁰ *Ibid.*, p.1059, pp.1071-1072.

¹⁰¹ こうした予防拘禁の歴史について、David Cole, *Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terrorism*, New Press, 2005.

いると批判するのである¹⁰²。

これに対してアッカーマンは、テロ対策は単なる道徳の問題ではなく「統治技術(statecraft)」の問題だとして、国家理性的な観点からコールのカント的な道徳原則に基づいた批判を退けるのだが、アッカーマンはこれに加えて、彼の構想を採用した場合、予防拘禁に歴史的に伴ってきた弊害が悪化するどころか、逆に改善するだろうと反論できるだけの根拠があった。というのも、過去に行なわれた「パーマー強制捜査」、日系人の収容、アラブ系住民の予防拘禁などは、いずれも大統領や司法長官が単独で行なったことであり、議会の承認を得たうえで行なわれたものではなかった。したがって、このような事例において、もし「緊急権憲法」体制が確立されていたならば、例えば日系人の収容は最長でも数か月以内に終了していたはずだと反論することができたのである。

事実、アッカーマンはジョージ・W・ブッシュ大統領が最高司令官としての権限に基づき、アメリカ国籍のホセ・パディラを「敵性戦闘員」として拘禁した事件について「思考実験」を行ない、「エスカレーター型特別多数決方式」が機能していれば、9・11から数年以上も経過した時点で、パディラが依然として起訴もされずに拘禁されていることはあり得ないと指摘しているが¹⁰³、こうした指摘は、彼の「緊急権憲法」で、「帝王的大統領」による予防拘禁を統制できる可能性を示しているのである。

もちろん、こうしたアッカーマンの反論を考慮しても、彼の構想は国民を安心させるという目的のためにアラブ系住民を道具として用いているのではないかというコールの批判は依然として有効である。事実、コールの指摘は「委任独裁」論の国家理性的な土台を揺るがす、決定的な問題を提起しているのだが、この問題を論じる前に取り上げたいのは、アッカーマンの「緊急権憲法」構想は、シュミットの「委任独裁」論が単なる「独裁」へと転化して行く原因となった「立法国家」の衰退、それに代わる「統治国家」「行政国家」の登場といった政治的要因を十分に考慮に入れているのだろうかという問いである。

先述したように、フランクリン・ルーズベルト大統領のニュー・ディール政策以降、アメリカでも「行政国家」化、「兵営国家」化が進展し、それに伴ってますます大きな権限を掌握した大統領が、国民の前に一種の「救済者」として現れつつある。こうしたなか、権力分立や「法の支配」といった議会主義の仕組みそのものが有効性を失いつつあるのだとするなら、たとえ「エスカレーター型特別多数決方式」などの目新しい仕組みを導入しても、議会を中心とする法治国家的規制は、国民投票的な大統領を縛ることができないのではないだろうか。言いかえると、「立法国家」が衰退するなか、合法性の原理は正当性の原理に打ち勝つことはできないのではないだろうか。

さらに言うと、アメリカでは冷戦の開始とともに共産主義が国内にも浸透しているのではないかとする懸念が支配的となり、「国家安全保障」を目的とする違法な捜査が国内でも行なわれ

¹⁰² David Cole, "The Priority of Morality: The Emergency Constitution's Blind Spot," 113 *The Yale Law Journal* 1753 (2004).

¹⁰³ Ackerman, *MC.*, pp.1081-1083.

ようになってきたことに加え¹⁰⁴、冷戦終結後、「テロとの戦争」が国の内外を問わず断続的に行なわれるようになると、国外と国内、戦時と平時、「例外状態」と「正常状態」の区別はますます曖昧になって行ったのである。こうしたなか、仮にアッカーマンの「エスカレーター型特別多数決方式」を採用し、期限を区切って大統領に緊急権を与える仕組みを作っても、議会が繰り返し緊急権を与えれば、大統領の緊急権は恒常化してしまうのではないだろうか。

さて、このような観点からアッカーマンの「緊急権憲法」構想を見たとき、大きな問題として浮かび上がってくるのは、頻発する緊急事態に際して「救済者」としての大統領の登場を求める国民の声によって議会の声がかき消されてしまい、場合によっては、議会が自ら設けた「枠組み立法」を撤廃し、「エスカレーター型特別多数決方式」などの仕組みが機能しなくなってしまうのではないかという懸念である¹⁰⁵。実際にこうした懸念は、1970年代、ニクソン大統領によるカンボジア軍事侵攻やウォーターゲート事件を契機として制定された一連の「枠組み立法」、例えば、戦争権限決議や国家緊急事態法が死文化してしまっていることから裏づけられる。私たちは第2章で、戦争権限決議が骨抜きにされてきた経緯を見たが、本論との関連でとりわけ重要になってくるのは、国家緊急事態法である¹⁰⁶。

フォード政権下の1976年、フランク・チャーチ上院議院を中心に制定されたこの法は、まさにアッカーマンの「緊急権憲法」構想と同じ発想に基づき、議会制定法で大統領の緊急権をコントロールしようとするものであったが、大統領が単独で緊急事態を宣告でき、しかも彼がそれを自ら更新できるとしている点で、「委任独裁」の観点からは大きな問題を孕むものであった¹⁰⁷。アッカーマンは、「エスカレーター型特別多数決方式」を導入すれば、こうした問題は解消すると指摘するのだが¹⁰⁸、より深刻な問題は、議会がこの法によって大統領が宣告した緊急事態をいつでも終了させる権限を与えられていたにも関わらず、それをこれまで一度も行使してこなかったという事実である。

その背景には、議会の「立法拒否権」を巡る技術的な問題もあったが、これだけでは議会がなぜ停止権限を利用しなかったのかをうまく説明できない。むしろ、原因は議会が国民投票的な正当性をもつ大統領に対抗して、法治国家的な規制を徹底するだけの政治的な意思を見出すことができなかったことにあると考えられるのであり、これが正しければ、「エスカレーター型特別多数決方式」などの小手先の工夫をしても、根本的な問題は解決しないはずである。

もちろん、こうした問題は、議会の「枠組み立法」ではなく、憲法改正を行なって緊急権を統制する仕組みを作っておくことにより、ある程度まで避けることができるかもしれない。というのも、南アフリカ共和国のように憲法で「エスカレーター型特別多数決方式」を定めておけば、第5条に定められた手続きによる以外、それを撤廃することはできないからである。だ

¹⁰⁴ 「国家安全保障」がもたらす緊急事態の恒常化を指摘しているのは、Jules Lobel, “Emergency Power and the Decline of Liberalism,” 98 *The Yale Law Journal* 1385 (1989).

¹⁰⁵ アッカーマン自身、自らの構想にこのリスクがあることを認めている。Ackerman, *EC*, p.1090.

¹⁰⁶ 50 U.S.C. §§1601-1651 (1988).

¹⁰⁷ 国家緊急事態法の制定史、仕組み、運用実績などについて、Harold C. Reyla, “National Emergency Powers,” *Congressional Research Service* (2007).

が、アッカーマン自身が別の著書で述べているように¹⁰⁹、大統領がこうした憲法条項に違反する行動に出ても、議会や裁判所、さらには国民がそれを受け入れてしまうことによって、実質的な憲法改正に近い効果が生じるのだとすれば、これも究極的な保証にはならないであろう。

憲法学者の阪口正二郎も指摘しているように、アッカーマンは憲法制定権力の保持者たる国民は、第5条の正式な手続きを踏まなくても、実質的な憲法改正を行なうことができると考えている点で、「アメリカのシュミット」としての側面をもっている¹¹⁰。こうした彼の憲法観に照らしたとき、たとえ「エスカレーター型特別多数決方式」を憲法で定めたとしても、法治国家的規制をどこまで徹底できるのか、疑問だといわざるを得ない。事実、アメリカ国民は、大統領が「敵性戦闘員」の拷問を容認したことをマスコミが暴露した後にブッシュを再選させている。アッカーマンの示唆するように、この大統領選挙をアメリカ国民が実質的な憲法改正を行ない、「帝王的大統領制」を受け入れる国民投票と解釈するなら、大統領に与えられた緊急権を憲法の条項で規制するという考えは、土台から掘り崩されてしまうはずである。

もちろん、アッカーマンに好意的な解釈をするなら、彼は議会が中心的な役割を担う「緊急権憲法」構想を提唱することで、同時に権力分立や「法の支配」を推進する議会主義の復権を求めているのだと解釈することもできるかもしれない。事実、彼はブッシュ政権の「テロとの戦い」の弊害が明らかとなってから後に出した別の著書で、「帝王的大統領制」の権限濫用を制約するための具体策として、ジョン・ユーが「拷問メモ」を出したことで知られる司法省法務局（OLC）を大統領から独立させる、軍のシビリアン・コントロールを徹底する、商業主義に支配されたメディアに補助金を与えることで政府の監視役としての機能を強化する、選挙の前に国民が仕事を離れて公共的な討議に参加する「討議の日」を設けるなどの提案を行なっているが¹¹¹、こうした提案からしても、彼が議会主義の観点から「帝王的大統領」の権限を抑制することに賛成していることに疑いはない。

だが、このように彼の立場を好意的に解釈したとしても、大きな問題として残らざるを得ないのは、「緊急権憲法」によって「法の支配」に穴を開けると、「法の支配」それ自体に対する信頼が低下し、議会主義を復権するどころか、逆にそれをさらに凋落させるのではないかという懸念である。本節の冒頭でも述べたように、アッカーマンは政府が効果的なテロ対策を打ち出さない限り、国民の政府に対する信用が低下し、「国家主権の正当性」が危機にさらされるといふ「統治技術的」な観点から「緊急権憲法」を弁護するのだが、政府当局者が罪もない「テロ容疑者」を一網打尽にして予防拘禁するのを国民が見ると、「国家主権の正当性」とともに「法の支配」への信用までもが失われるのではないだろうか。以下では、こうした一連の問題について考えて行くことにしたい。

¹⁰⁸ *Ibid.*, pp. 1077-1081.

¹⁰⁹ Bruce Ackerman, *We the People, Volume I: Foundations*, Cambridge University Press, 1991.

¹¹⁰ 阪口正二郎『立憲主義と民主主義』、日本評論社、2001年、第4章。

¹¹¹ Bruce Ackerman, *The Decline and Fall of the American Republic*, Harvard University Press, 2010. 以下、DF.

第4節 「解き放たれた執行府」と「法の支配」の終わり

「はじめに」でも述べたように、アメリカのリベラル・リーガリストたちは、「帝王的大統領制」の権限濫用に対抗するため、これまでシュミットの「委任独裁」の論法に頼ってきた。だが、ロシターの「立憲独裁」論やアッカーマンの「緊急権憲法」論を見て分かってきたのは、一方におけるニュー・ディール政策以降進んできた「行政国家」、「兵営国家」化、他方における大衆民主主義を背景に登場してきた国民投票的大統領制によって、「委任独裁」の前提になる法治国家的規制そのものが弱体化してきているということである。ロシターの「立憲独裁」は、その内部に「帝王的大統領制」の論理を組み込むことによって、「帝王的大統領制」に対抗するどころか、むしろその権限濫用を助長する理論になってしまったが、こうした欠陥を是正し、シュミットの「委任独裁」論の趣旨により忠実であったアッカーマンの「緊急権憲法」でさえ、法治国家的規制の弱体化という問題を免れることはできなかったのである。

こうした分析を踏まえ、ここで「帝王的大統領制」の権限濫用に対抗するには、どのような理論が求められるのかという問いを改めて提起したい。この点について、シュミット、ハンス・ケルゼン、ヘルマン・ヘラーなどワイマール期の国法学者に関する著書で知られるカナダの法学者デイヴィッド・ダイゼンハウスは、そのヒントをイギリスのコモン・ローの権威である A・V・ダイシーの「軍法(martial law)」に関する見解に見出そうとする¹¹²。というのも、「委任独裁」論の大前提は、緊急事態において「法の支配」は成り立たないとするものであったが、ダイシーはコモン・ローの立場からこの前提そのものに挑戦したことで知られるからである。もちろん、ダイシーは法秩序を乱す侵略、反乱、暴動などに対処する必要自体を否定するわけではない。だが、彼はこれと「法の支配」を断念するかどうかは別問題だというのである。

ダイシーはまず、イギリスにおいて、「軍法は、しばしば、侵略、反乱、暴動または一時的に法に対する暴力的反抗が行なわれた場合に、力に対して力によって反撃する国王およびその臣下のコモン・ロー上の権利の名称として使われて」おり、「この権利ないし権力は、秩序ある政治の存在そのものにとって不可欠なものであり、イギリスの法によってもっとも優れた方法で、もっとも確実に認められている¹¹³」とする。

しかし、これは「本来、軍隊の存在とは特別の関係のない権力」であって、緊急時にあっても「法の永続的優位は保たれる」。その結果、「この種の軍法に関して、使われた力が必要なものであったか、あるいは過度のものであったかの問題が、とくに死亡者が出た場合には、最終

¹¹² David Dyzenhaus, "Schmitt v. Dicey: Are State of Emergency Inside or Outside Legal Order?," 27 *Cardozo Law Review* 2005 (2006). David Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University Press, 2006. 以下、CL.

¹¹³ A・V・ダイシー『憲法序説』(伊藤正巳、田島裕共訳)、学陽書房、1983年、276頁。

的に裁判官と陪審によって決定されるであろう¹¹⁴」と言うのである¹¹⁵。

ダイシーはこのような観点から、彼と同時代のフランス「戒厳令」を、そのようなものは「イギリス法においては知られていない¹¹⁶」として批判する。というのも、1894年に制定されたフランスの法律によると、戒厳状態の宣言とともに警察などの文民の権限が全て軍当局に移管され、軍が主体となって家宅捜索、武器の放棄命令、捜索、処分、無秩序や扇動を支持する出版物や集会を禁止するなどの措置をとる。しかも、裁判までもが軍事裁判所で行なわれるため、市民が「内乱に当然に伴われる熱情によって興奮した数名の興奮した将校からなる軍事法廷の意のままに逮捕、監禁、執行に従わされる¹¹⁷」危険にさらされるからである。

こうしてダイシーは、緊急事態に対処する権利を、いわば個人の正当防衛の延長線上に位置づけることで、それを裁判所の管轄内に置こうとするのだが、こうしたコモン・ローに基づいた「軍法」の考え方は、国家の存続をその至上価値とするフランスの「戒厳令」や、シュミットの「委任独裁」論とは対照的である。憲法学者の小林直樹の指摘するように、フランスの「戒厳令」は、「下からの国民主権の理念と運動に対抗して、絶対主義的なアンシャン・レジームの君権を保留しようとする動きと密接に関連していた¹¹⁸」ことから、個人よりはむしろ国家の存立に重きが置かれていた。これに対し、コモン・ロー上の「軍法」は、「その出発点から国王の特権と市民の権利を守るためのコモン・ローの拮抗関係の中に置かれてきた¹¹⁹」ことから、国王に対する批判的な視点を保持し続けることができたのである。

では、ダイゼンハウスはこうしたダイシーのコモン・ローの見解に照らして、アメリカのリベラル・リーガリストたちの議論をどのように評価するのだろうか。この点について、彼がもっとも懸念するのは、「委任独裁」の論理を認めることによって、「法の支配」に穴が開いてしまうということである。あるイギリスの判事は、キューバのグァンタナモ基地において、外部との連絡を遮断され、人身保護請求も行なうこともできないまま、拷問に近い尋問を受けていた「敵性戦闘員」の置かれた状況を「法のブラックホール」とたとえたことで知られるが、「委任独裁」の論法ではこうした「法の支配」の穴を塞ぐことができないのである。

この点を示す興味深い事例が、リベラル・リーガリストによって賞賛されたハムダン判決であろう¹²⁰。ハムダン対ラムズフェルド事件において、スティーブンス裁判官の法廷意見はグァンタナモ基地に対する最高裁判所の管轄を認めたとうえで、2001年の大統領命令で設立された軍事委員会によるテロ容疑者の裁判は、被告の弁護人に不利となる証拠の閲覧を許さない、伝聞

¹¹⁴ 同上、279頁。

¹¹⁵ ただし、こうした彼の記述が、当時のイギリスにおける軍法の実際の運用をどれだけ正確に反映しているかについては疑問もある。例えば、ロスターは、イギリスでも通常裁判所が機能を停止した場合は、軍法会議の設置が容認されたが、その軍法会議は「執行部の気紛れに左右されるため、全く裁判所と言えるものではなく、公共の秩序を回復する義務を負った行政組織」にすぎなかったと指摘している。ロスター、『立憲独裁』、228頁。

¹¹⁶ 同上、275～276頁。

¹¹⁷ 同上、280頁。

¹¹⁸ 小林直樹『国家緊急権』、学陽書房、1979年、61頁。

¹¹⁹ 同上、69頁。

¹²⁰ *Hamdan v. Rumsfeld*, 542 U.S.507 (2004).

証拠や強制的な尋問において得られた自白について証拠能力を認めるなどの手続き上の不備があることから、アメリカ軍法である統一軍事司法法典にもジュネーブ条約にも違反していると判示し、軍事委員会による裁判の中止を命じた。

リベラル・リーガリストはこの判決を画期的として評価したのだが、実は彼の議論は議会が通過させた被拘留者取扱い法の条文の隙間を突くというかなり無理な論理に基づくものであるばかりか、議会の立法措置によっては、裁判所の管轄を排除することが可能であるという解釈の余地を残すものであった。事実、ハムダン判決を受けて、議会は軍事委員会法を通過させ、軍事委員会における被拘留者の裁判が合法であることをはっきりと示した。これにより、たとえグアンタナモ基地で拷問が引き続き行なわれたとしても、裁判所は管轄権を持たないために、何もできないという奇妙な状況が生まれることになったのである。

リベラル・リーガリストたちが依拠する「委任独裁」の論法がこうした「法の穴」を塞ぐことができない根本的な原因は、彼らが執行府の監視を全て議会に委ねていることにある。例えば、アッカーマンは緊急事態においても大統領は拷問を容認してはならないとする立場であるが、大統領を監視するのは議会の役割とされているため、「エスカレーター式絶対多数方式」を採用する議会が実際に拷問を容認する法案を成立させた場合、この法を一体誰がどのような原理に基づいて批判できるのか、決して明らかとは言えない。

また、ヤングスタウン判決に代表される「制度的アプローチ」の論者たちも、裁判所の役割は議会から大統領への授権があったかどうかという手続き面の審査に限られるとしているため、議会が拷問を容認した場合、彼らの理論ではそれを批判することはきわめて難しい¹²¹。しかも、ダイゼンハウスによると、「制度的アプローチ」はアッカーマンの「緊急権憲法」よりもさらに「法の支配」に悪い影響を与える。というのも、少なくともアッカーマンの「緊急権憲法」では議会が大統領に授ける権限が「独裁的」であり、憲法に反することが率直に認められているのに対し、「制度的アプローチ」においては、議会が憲法規範に違反する大統領の措置を容認することにより、国民に「法の支配」が保たれているという誤った印象を与えるからである。

ダイゼンハウスは、こうした「委任独裁」論の問題を的確に認識するためには、「法の支配 (rule of law)」と「法による支配 (rule by law)」を分けて考えるべきだと指摘する¹²²。彼によると、「法の支配」というときの「法」は、本来、法哲学者のロン・フラーの言うように、法に内在する道德原則を伴うものであるから¹²³、例えば、議会制定法で拷問を容認したとしても、それを「合法的」と評価することはできない。それにも関わらず、リベラル・リーガリストたちは「委任独裁」の論法に従い、議会制定法の実質的判断に踏み込むことなく、単に議会が授

¹²¹ 「制度的アプローチ」を代表する論者として、Samuel Issacharoff and Richard H. Pildes, “Between Civil Libertarianism and Executive Unilateralism: An Institutional Process Approach to Rights during Wartime,” in Mark Tushnet ed., *The Constitution in Wartime*, Duke University Press, 2005. 裁判所は自由と安全のバランスを自ら決めるべきではなく、議会に任せるべきだとするサンスティンの「司法ミニマリズム」も基本的には「制度的アプローチ」に分類することができるであろう。Cass R. Sunstein, *Radicals in Robes: Why Extreme Right-Wing Courts are Wrong for America*, Basic Books, 2005.

¹²² Dyzehaus, *CL*, pp.6-7, 18, 19.

¹²³ *Ibid.*, p. 10. Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, 1969.

権をするという手続きだけをもって「合法的」と評価している。

こうして実証主義的に切り詰められた「法」は、道徳原則に反して拷問なども認める余地がある点において、それ自体問題だと言わなければならないが、「法」が国家から国民の権利を守るためではなく、むしろ国家による支配を強化するために道具的に利用されるおそれがあるという点でも、大きな問題を提起する。ダイゼンハウスは、こうした国家による「法」の道具的利用は「法による支配」であって、「法の支配」ではないというのである。

では、「法による支配」と対比される「法の支配」を徹底し、グァンタナモ基地に見られるような「法の支配」の穴を塞ぐには誰が何をすればよいのだろうか。ダイゼンハウスはここで、裁判所に大きな期待を寄せる。彼によると、たとえ議会や執行府が「法の支配」のプロジェクトから撤退するつもりでも、裁判官は「法の支配」を維持する憲法上の義務がある。そして、裁判所がこうした義務を果たすためには、議会や執行府の「法による支配」に協力すべきではなく、人権などの憲法上の規範と不可分の「法の支配」という理想にしたがった判決を下すべきだと言うのである¹²⁴。

先述したように、「委任独裁」論は、「法の支配」に穴を開けることによって、国民の間で「法の支配」に対する信頼を低下させ、それが翻って「委任独裁」の前提になるはずの法秩序そのものを弱体化させるという内部崩壊の危険と常に隣り合わせである。ダイゼンハウスの言葉で言いかえると、「法による支配」は「法の支配」なしには成り立たないにも関わらず、国民の政治文化を腐敗させることによって、「法の支配」そのものを台無しにしてしまうおそれがある。

こうした「委任独裁」の危険を考えたとき、A・V・ダイシーのイギリス「軍法」に関する見解を参照することによって、「緊急事態において法はなし」とするシュミットの「委任独裁」論の前提に挑戦するとともに、裁判所は道徳原則に裏づけられた「法の支配」を他の政府機関と共同で推進して行くべきだとして、「法の支配」の穴を塞ぐための道筋を示したダイゼンハウスの議論が魅力的であることに疑いはないであろう。

だが、こうしたダイゼンハウスの議論で答えることができないのは、「行政国家」化、「兵営国家」化が進展するなかで、一体どのようにすれば彼の言う「法の支配」のプロジェクトを実現して行けるのかという問いである。たしかにダイシーが生きた19世紀では、権力分立や「法の支配」に対する素朴な信頼があったのかもしれないが、イギリスでも第1次世界大戦以降、「行政国家」化、「兵営国家」化が急速に進展し、執行府（内閣）を「法の支配」に従わせることはきわめて難しくなっている¹²⁵。こうしたなか、果たして裁判所主導で「法の支配」のプロ

¹²⁴ *Ibid.*, p.11

¹²⁵ これをもっとも顕著に示すのが、戦争が始まって間もない1914年8月にイギリス議会が成立させた帝国防衛法であろう。ロシターによると、この法によりイギリス全土に軍法が敷かれ、執行当局は個人の自由、財産、集会・言論の自由、報道、居住権の不可侵などのさまざまな権利を侵害することを許された。しかも、ダイシーの言う「軍法」とは異なり、帝国防衛法に違反した者は軍法会議によって処罰され、陪審裁判を受ける権利や人身保護請求は認められなかったのである。それにも関わらず、議会は帝国防衛法によって一切の権限を政府に包括的に委任することによって、執行府の監督責任を放棄し、「行政命令による徹底的な統治のための合法的基盤」を作ることに貢献した。これにより、行政命令は法としての性質を持つに至り、「難なく現行法を破棄することができた」のである。ロシター『立憲独裁』、231～258頁。

ジェクトを実現することはできるのだろうか。あるいは、そもそも執行府の命令が法の効力を持つ「行政国家」や「兵営国家」において、「法の支配」を実現することは可能なのだろうか。

こうした問いに真正面から取り組んだのが、アメリカの法学者であるエリック・ポズナーとエイドリアン・バーミュールである¹²⁶。彼らは従来のリベラル・リーガリストとは異なり、現代の私たちは執行府中心の政府の下で暮らしているのであり、権力分立や「法の支配」といった考え方は過去の遺物であって、歴史的な興味の対象でしかないとする¹²⁷。彼らによると、現代社会の諸問題に対応するためには、膨大な情報と高度な専門知識を備えた執行府が必要不可欠であり、執行府は規模の面でも議会や裁判所を圧倒している。こうしたなか、情報においても専門性においても劣る議会や裁判所が執行府をチェックすべきだと考えるリベラル・リーガリズムの構想を実現することは、すでに実質的に不可能になっていると言うのである¹²⁸。

では、ポズナーとバーミュールは、こうした「行政国家」「兵営国家」において、一体どうすれば「帝王的大統領」の権限濫用を防ぐことができると考えるのだろうか。彼らはここで驚くべきことに、アメリカ憲法の父とも言われるマディソンではなく、「ナチスの桂冠学者」カール・シュミットの思想を「生かす」べきだと言う。というのも、マディソンは「野心と野心を対抗させる」ことによって権力分立を行えば、独裁を防ぐことができると考えていたが、「行政国家」「兵営国家」アメリカにおいて、政治家は執行府をチェックするという「野心」を持ってなくなっているからである。これに対し、シュミットは一方では議会主義が失墜し、権力分立や「法の支配」といった自由主義的なメカニズムが機能不全に陥っていること、他方では「例外状態」に対処するために「立法国家」ではなく「行政国家」や「統治国家」が適していることを的確に認識していた。ポズナーとバーミュールはアメリカでもこうした現実が見られる限りにおいて、シュミットの議論に大きな異存はないと言うのである¹²⁹。

では、ポズナーとバーミュールは権力分立や「法の支配」に代えて、何が「帝王的大統領」の権限濫用を防止することができると考えているのだろうか。この点に関し、ポズナーとバーミュールは、シュミットが1つだけ大きな理論的な過ちを冒したと指摘する。それは、彼が「民主主義」では大統領の権限濫用をチェックできないと考えていたことである。ポズナーとバーミュールは、この点についてはシュミットと袂を分かち、権力分立や「法の支配」を完全に断念しても、大統領選挙や国民の世論などの「民主主義」のメカニズムによって「帝王的大統領」の権限濫用を防止することができるはずだから、大統領が独裁化することを心配する必要はないと主張する¹³⁰。

それにも関わらず、アメリカのリベラル・リーガリストたちは一種のホイッグ的な「独裁恐

¹²⁶ Adrian Vermuele, "Emergency Lawmaking after 9/11 and 7/7," 75 *The University of Chicago Law Review* 1155 (2008). Erick A. Poser and Adrian Vermuele, "Crisis Governance in the Administrative State: 9/11 and the Financial Meltdown of 2008," 26 *The University of Chicago Law Review* 1613 (2009). Erick A. Poser and Adrian Vermuele, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, Oxford University Press, 2010. 以下、EU.

¹²⁷ EU, p. 4.

¹²⁸ *Ibid.*, p.18.

¹²⁹ *Ibid.*, p.4.

¹³⁰ *Ibid.*, p.5.

怖症」に陥り、権力分立と「法の支配」によって執行府を過度に拘束しようとしているが、そんな時代錯誤な試みはそもそも実現の見込みがないし、仮に実現したとすれば執行府が現代社会の複雑な問題に的確かつ迅速に対応する妨げとなり、結果として社会全体にマイナスの効果をもたらすだろうと批判するのである¹³¹。

このように、ポズナーとバーミュールはいわば権力分立と「法の支配」を取り除いた「民主主義」で「帝王的大統領」の権限濫用を抑制して行くべきだとする、これまでのアメリカには全く見られなかった議論を展開し、権力分立と「法の支配」の時代の終わりを宣言するのだが、私たちはすでに第1節で、憲法における「法治国家的構成部分」と「政治的構成部分」を区別し、前者が後者の「付け足し」にすぎないとするシュミットの見方が、「委任独裁」論をその内部から掘り崩したこと、さらには、「立法国家」より「例外状態」にうまく対処できるとされた「行政国家」や「統治国家」に唯一残されたシュミットの「民主主義」的正当性による統制は、ファシズムやボルシェビズムすら容認するものであることから、国家権力濫用の歯止めにはならないことを見た。

もちろん、ポズナーとバーミュールはファシズムやボルシェビズムを容認するわけではないだろうが、権力分立と「法の支配」を取り除いた「民主主義」だけで「帝王的大統領」を規制するべきだとする彼らの議論は、シュミットと同じ過ちを繰り返すことにならないのだろうか。もし彼らが同じ過ちを繰り返すことは絶対はないと考えているのであれば、その根拠は何なのだろうか。以下では、こうした問いを念頭に置きながら、彼らの議論を次の3つの段階に分けて詳しく見て行くことにしたい。

ポズナーとバーミュールはまず第1段階で、ニュー・ディール政策以降進んできた「行政国家」化、「兵営国家」化という現実を踏まえたとき、ダイゼンハウスの言うような憲法規範に基づいた「法の支配」を実現することは実質的に不可能となっており、「法の支配」に穴が開くことは避けられないということを、アメリカの行政法の分析を通じて具体的に示そうとする¹³²。「行政国家」化、「兵営国家」化が進むなかで、「法の支配」を進めて行くための手段として最初に思い浮かぶのは行政法であるが、行政法の中であまりにも大きな裁量を執行府に認めてしまうと、「法の支配」に穴が開き、「委任独裁」と変わらなくなってしまう。だとすれば、ダイゼンハウスの理想を実現するためには、議会が一切の裁量の余地を残さない行政法を制定し、裁判所が常にそれを厳格に運用する必要があるが、ポズナーとバーミュールによれば、そんなことは実際には不可能であるし、望ましくもない。

では、なぜポズナーとバーミュールは、執行府に全く裁量の余地を認めない行政法を実現不可能であり、望ましくないと考えるのだろうか。ここで彼らは、いくら法で執行府の権限を詳

¹³¹ この点については、Eric A. Posner and Adrian Vermuele, *Terror in Balance: Security, Liberty, and the Courts*, Oxford University Press, 2007. Eric A. Posner and Adrian Vermuele, "The Credible Executive," *The University of Chicago Law Review* (2007). Eric A. Posner and Adrian Vermuele, "Accommodating Emergencies," in Mark Tushnet ed., *The Constitution in Wartime*, Duke University Press, 2005, pp.55-92.

¹³² Posner and Vermuele, *EU*, Chapter 3. Adrian Vermuele, "Our Schmittian Administrative Law," 122 *Harvard Law Review* 1095 (2009). 以下、*SAL*.

細に規定しても、その法を個々の具体的状況に適用する際には必ず裁量の余地が生じるとしたシュミットの洞察に依拠しつつ¹³³、行政法の中にはダイゼンハウスの指摘する「穴」が構造的に組み込まれていると指摘する。もちろん、こうした法の適用に際しての不確実性は、シュミットの言う「例外状態」において極大化し、この場合、法が予め規定できるのは、誰がそうした状況に対処する権限を持つかという問いに限定される¹³⁴。だが、ポズナーとバーミュールは「行政国家」化、「兵営国家」化が進展するなか、行政法は平時においてすら執行府に裁量の余地を認めざるを得なくなっており、法の不確実性は程度問題にすぎなくなっていると言うのである。

ポズナーとバーミュールはさらに、議会も行政法の中から完全に裁量の余地（穴）を取り除くことを望んでいないのであり、緊急事態に執行府が柔軟に対処できるように「安全弁」を残してきたと主張する。その証拠に、1946年に制定された行政手続き法(Administrative Procedure Act¹³⁵)は、§ 553(a)(1)で合衆国の軍事・外交機能をその適用除外の対象にする、§ 701(a)で制定法上に定めがある場合、および行政機関の行為が法により行政裁量に委ねられている場合は適用を除外するなど、大きな「穴」を残していると指摘する¹³⁶。

また、行政法の厳格な運用を期待される裁判所は、ニュー・ディール以降、議会が執行府の裁量の範囲を制限する基準を設けない形で権限を委譲することを禁止する「権限委任禁止原則(non-delegation principle)」を実質的に放棄しており、現在は執行府の法解釈が明らかに法令違反の場合、非合理的である場合を除き、その判断を尊重すべきだとするシェブロン判決¹³⁷の基準にしたがって審査が行なわれている。だが、何が合理的であり、何が非合理的であるかについては個々の事例毎にかなりの幅があり、裁判所はこの裁量の幅を利用する形で、緊急時には司法審査基準を緩やかに、平常時にはそれをより厳格にするという形で調整していると指摘する¹³⁸。

このように、ポズナーとバーミュールはまず議論の第1段階で、ダイゼンハウスの言う「法の支配」のプロジェクトを実現することが実質的に不可能になっていることを指摘した後、次の第2段階で、いよいよアメリカのリベラル・リーガリストたちが「帝王的大統領」による権限濫用を抑制するために利用してきた「委任独裁」論の批判に向かって行く。

「はじめに」でも述べたように、1952年、裁判所がトルーマン大統領による製鉄所差し押さえを退けたヤングスタウン判決¹³⁹、ニクソン大統領による権限濫用を契機として議会が成立させた戦争権限決議やその他一連の「枠組み立法」、ジョージ・W・ブッシュ大統領による「敵性

¹³³ シュミットの議論を、法の不確実性という観点から整合的に説明しているのは、William E. Sheuerman, *Carl Schmitt: The End of Law*, Rowman & Littlefield, 1993.

¹³⁴ シュミット、『神学』、13頁。

¹³⁵ 5 U.S.C. §§551-559, 701-706 (2006).

¹³⁶ Vermuele, *SAL*, pp.1107-1118.

¹³⁷ 467 U.S. 837 (1984).

¹³⁸ *Ibid.*, pp.1118-1131.

¹³⁹ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).

戦闘員」の取り扱いを違法として退けたハムダン判決など¹⁴⁰、リベラル・リーガリストたちが賞賛する判例や立法措置は、安全保障を名目とする大統領の単独行動に議会の授権を求めている点において、全て「委任独裁」の論法に基づくものであり、アッカーマンの「緊急権憲法」論も基本的にはその一変種として位置づけられるものであった。では、ポズナーとバーミュールはなぜこうしたリベラル・リーガリストたちの試みを批判するのだろうか。

ポズナーとバーミュールはここでもシュミットの洞察に依拠しながら、まず議会主義の凋落という現象がアメリカでも見られることを指摘する。すなわち、リベラル・リーガリストは、議会がチェック機能を果たすことができるという前提に立ったうえで、例えば戦争権限決議、国家緊急権法などの「枠組み立法」の制定を進めてきたが、現代の議会はシュミットのいう「利害のショーケース」と化しており、個々の議員は執行府の権限濫用をチェックしようとする動機づけを持つことができない。私的な利害を追及する個々の議員にとって議会全体のチェック機能は経済学で言う「公共財」のようなものであるから、集合行為の問題に阻まれ、機能不全に陥らざるを得ないと言うのである。

そのため、そもそも議会が平時から「枠組み立法」や「緊急権憲法」を制定して緊急事態に備えるといったようなことは現実的にきわめて困難であるし、仮にうまく制定できたとしても、戦争権限決議や国家緊急権法が死文化していることにも示されているように、その遵守を強大な執行府に対して要求するだけの政治的な力を見出すことができない¹⁴¹。むしろ、ブッシュ政権の「テロとの戦い」やオバマ政権のリーマン危機への対応に典型的に見られたように、議会はホワイトハウスの求めに応じて唯々諾々と権限を委譲するのが普通であり、仮に議会が何らかの条件をつけるとしても、それは周辺的、部分的なものに留まることが多いと指摘するのである。

このように、ポズナーとバーミュールはシュミットと同様に、「利害のショーケース」としての議会では、「帝王的大統領」の権限に対抗できないと言うのだが、実はこうした批判は特に目新しいものではなく、例えば、戦争権限決議を改正し、その厳格な運用を求めたジョン・ハート・イリイなどのリベラル・リーガリストの論者も、同様の批判を繰り返している¹⁴²。だが、イリイのようなリベラル・リーガリストは、議会が戦争権限決議のような「枠組み立法」をもっと厳格に実施すべきだとする立場からこうした議会批判を行ってきたのに対し、ポズナーとバーミュールはこうした「枠組み立法」それ自体が不要であって、議会が緊急時において果たすチェック機能や、さらに言えば権力分立を定めた憲法秩序それ自体の必要性を否定する立場から批判を行っている点において、全く次元が異なることに注意しなければならない。

こうしたポズナーとバーミュールの主張における「シュミットの」な性格は、緊急事態における裁判所の司法審査についての見方にも伺える。先述したように、ポズナーとバーミュール

¹⁴⁰ *Hamdan v. Rumsfeld*, 542 U.S.507 (2004).

¹⁴¹ Posner and Vermuele, *EU*, pp. 41-43.

¹⁴² John Hart Ely, *War and Responsibility: Constitutional Lessons of Vietnam and its Aftermath*, Princeton University Press, 1993.

は、裁判所は緊急事態の進行中には執行府に謙譲(*defer*)するのが常であり、厳格な審査を行なうのは危機が去った後にすぎないと指摘するのだが、彼らがこうした指摘を行なうのは、裁判所は緊急時においても厳格な審査を行なうべきだと考えるからではなく、むしろシュミットの言うように、緊急時には「合法性」と「正当性」が乖離し、後者が前者を圧倒することから、大統領の手を縛るような司法審査には、そもそも政治的「正当性」がなく、したがってそのような審査を行なうべきではないと考えるからである¹⁴³。

このように、ポズナーとバーミュールは、議論の第1段階でダイゼンハウスの「法の支配」のプロジェクトを退け、第2段階でリベラル・リーガリズムの「委任独裁」を退けるわけであるが、ここまでの議論は「行政国家」「兵営国家」におけるマディソンの権力分立と「法の支配」の有効性を否定するための議論であって、何か建設的な提案がなされているわけではない。では、彼らはこうした批判を踏まえて、一体誰がどのような原理によって、「帝王的大統領」の権限濫用をチェックするべきだと考えているのだろうか。

ポズナーとバーミュールの議論の第3段階は、たとえ権力分立や「法の支配」といった立憲主義的なメカニズムが作用しない「行政国家」や「兵営国家」であっても、大統領選挙や国民の世論などの「民主主義」の仕組みで「帝王的大統領」の権限濫用をチェックできることを示すことにある。では、ポズナーとバーミュールの言う権力分立や「法の支配」を抜きにした「民主主義」とは何であり、一体どのようにしてそれが「帝王的大統領」の権限濫用のチェックに役立つと考えるのだろうか。

この点に関し、ポズナーとバーミュールは次のように説明する。すなわち、アメリカの大統領は4年毎に改選されるわけであるから、第1期目の大統領は第2期目でも当選するために、有権者から信用を勝ち取る必要がある。第2期目の大統領は第3期目がないことから、こうした動機づけは働かないが、彼は歴史的な名声を博したいという欲求から、同じく有権者から信用を勝ち取ろうとするであろう。このように、ポズナーとバーミュールは大統領選挙が大統領の徳性を高めること、ここに「帝王的大統領」による権限濫用の歯止めを見出すのである¹⁴⁴。

具体的には、大統領は自らの政策目標を実現する際、それが単独主義的であるという批判を避けるために、自ら独立委員会を設置してその助言に従う、政府高官の超党派的な任用を行なう、政府の透明性を拡大する、外交政策を行なう際に多国間の同盟を模索する、公約を遵守するなどの方法によって、権限濫用を自制するとともに、自らが信用できる人物であるというメッセージを国民に発するであろう¹⁴⁵。もちろん、こうした「民主主義」のチェック機能が効果的であるためには、アメリカ国民自身が「番犬」となって大統領を監視しなくてはならないが、世界有数の富裕国アメリカでは、高い教養を持った市民層が存在しているのだから、彼（女）

¹⁴³ Posner and Vermuele, *EU*, pp. 52-54.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p.12. その他にも、次の論文で同様の考え方が表明されている。Adrian Vermuele, "The Glorious Commander in Chief," in Jeffrey K. Tulis and Stephen Macedo ed., *The Limits of Constitutional Democracy*, Princeton University Press, 2010, Chapter 8.

¹⁴⁵ Posner and Vermuele, *EU*, Chapter 4.

らがこうした役割をしっかりと果たすはずだと指摘するのである¹⁴⁶。

さて、私たちはここまで3つの段階に分けてポズナーとバーミュールの議論を見てきたわけだが、果たして彼らはリベラル・リーガリストたちの「委任独裁」論や、ダイゼンハウスの「法の支配」のプロジェクトに代わって「帝王的大統領」の権限濫用を規制する新たな理論を提示することに成功したのだろうか。シュミットの思想を「生かす」べきだとするポズナーとバーミュールの主張に対しては、すでにアメリカで数多くの批判が寄せられているが、本論ではポズナーとバーミュールがリベラル・リーガリストがこれまでに失敗してきた原因をうまく説明していることを認めたい。権力分立と「法の支配」を取り除いた「民主主義」で「帝王的大統領制」の権限濫用をチェックしようとする彼らの説は、現状を改善するどころか、それをさらに悪化させるであろうことを示したい。

ポズナーとバーミュールの議論にもっとも多く寄せられた批判は、「私たちは執行府中心の政府の下に暮らしている」のであり、権力分立と「法の支配」の時代は終わったとする彼らの現状認識はあまりにも極端だとするものであった¹⁴⁷。実際、仮に議会制定法によって「帝王的大統領」の権限をチェックすることがうまく行っていないことを認めるとしても、大統領は自らの政策目標を実現するためにも、歳出権を握っている議会と対立することをできるだけ避けようとするであろうし、国民の目の前で裁判所による司法審査を無視する行動に出るわけにも行かない。つまり、マディソンの言う「野心と野心の対立」としての権力分立は、完全ではないとしても依然として機能しており、それが大統領の独裁がこれ以上悪化することを妨げるのに役立つ。 「委任独裁」論に基づいた戦争権限決議や国家緊急権法などの「枠組み立法」なども、こうした政治的権力分立の一環にすぎないのだとすれば、これらがうまく行っていないからと言って、権力分立や「法の支配」自体を完全に放棄してしまうのは賢明ではないはずである。

だが、ポズナーとバーミュールは単に「枠組み立法」の無効性を指摘するにとどまらず、「利害のショーケース」と化した議会が執行府をチェックするという「野心」を失っているのだと指摘しているのだから、彼らが権力分立の政治的な側面を無視しているという批判は当たらないだろう。さらに言うと、批判者の言うように、政治的な権力分立が依然として機能しているのであれば、なぜリベラル・リーガリストたちが、これまで「帝王的大統領」による権限濫用を抑制することに失敗し続けてきたのかということうまく説明できない。

したがって、「私たちは執行府中心の政府の下に暮らしている」のであり、権力分立と「法の支配」の時代は終わったとするポズナーとバーミュールの現状認識にはかなりの説得力があると言わなければならない。すでに第2次世界大戦後にクリントン・ロシターが指摘していたよ

¹⁴⁶ *Ibid.*, p.177. ポズナーとバーミュールによると、「アメリカの経済的、政治的状況は、高度に教育があり、政治に関わるエリートと、大衆の世論という事実上のチェック機能を生み出した」のである。

¹⁴⁷ Aziz Z. Huq, "Review: Binding the Executive (by Law or by Politics)," 79 *The University of Chicago Law Review* 777 (2012). Saikrishna B. Prakash, and Michael D. Ramsey, "The Goldilocks Executive," 90 *Texas Law Review* 973 (2012). Benjamin Kleinerman, "Book Review: The Madisonian Constitution: Rightly Understood," 90 *Texas Law Review* 943 (2012).

うに、アメリカは世界経済恐慌や2度の世界大戦といった「立憲独裁」の経験により、「連邦政府構造における合衆国大統領の支配的地位の上昇、立法におけるリーダーシップおよび委任権力という密接に関連し合った20世紀の強力な大統領の武器の確立、それに伴う執行部と立法部との権力および機能における注意深く定められた分離の毀損、連邦主義原則の相対的弱体化、アメリカ自由経済分野に対する政府の監督および統制の拡大¹⁴⁸」といった、政府構造および権限における恒久的な変化が生じているのである。

だが、「行政国家」化、「兵営国家」化が進展するなか、権力分立や「法の支配」といった仕組みが機能不全に陥っているというポズナーとバーミュールの現状認識にいくら説得力があるとしても、それらを全て放棄して大統領選挙や国民の世論などの「民主主義」の仕組みだけで「帝王的大統領」の権限濫用をチェックするべきだとする議論は到底受け入れられない。というのも、すでに繰り返し指摘しているように、アメリカでは大衆民主主義を背景とした国民投票的大統領制が生まれつつあり、国民は個人としての大統領をますます「救済者」として見なす傾向が強まってきている。こうしたなか、権力分立と「法の支配」を放棄した「民主主義」は、ワイマール末期のドイツに見られたのと同じシーザー型独裁を招き、「帝王的大統領」の権限濫用を防止するどころか、逆にそれを助長することが懸念されるからである。

では、なぜこのようなおそれが生じるのだろうか。政治学者のセオドア・ローウィーは、そのメカニズムを次のように説明している。まず、「行政国家」化、「兵営国家」化に伴って議会がますます大きな権限を大統領に委任するようになると、国民は強大化した大統領は万能だという幻想を抱くようになり、大統領は一種の「救済者」として、あらゆる問題を解決することを期待されるようになる。

大統領はこうした国民の過大な期待に応えるため、議会の頭越しに直接国民に政治的支持を訴えて、国民と心理的に同一化する。その結果、一方の大統領は自らを国家（アメリカ）と同一視することによって違法な手段を使ってまで自らの目的を実現することが正当化できると考えるようになり、他方の国民は大統領の権限濫用をチェックするどころか、むしろ喝采を送ったりやじを浴びせたりして彼を熱狂的に支持するようになる¹⁴⁹。

また、こうした大統領と国民の心理的な同一化は、戦争、テロ、経済恐慌などの緊急事態においてもっとも強固になることから、大統領は国民からの政治的支持を調達するため、こうした危機を過剰に宣伝したり、自ら危機を演出したりする。つまり、ポズナーとバーミュールの指摘とするのとは全く逆に、大統領はまさに自らの政治的支持を調達したり、歴史的名声を博すために、緊急権を濫用してそれを長引かせたり、新たな危機を作り出したりする。そして、そのためにマスコミを利用した「説教壇」から国民の世論を操作することを自らの仕事と考えているのである¹⁵⁰。

¹⁴⁸ ロシター『立憲独裁』、398頁。

¹⁴⁹ 大衆民主主義において生じるこうした社会心理学的なメカニズムをより詳しく分析しているのは、Erich Fromm, *Escape from Freedom*, Henry Holt and Company, 1969.

¹⁵⁰ Lowi, *PP*, pp.150-153. その他、Healy, *op.cit.*

こうした国民投票的大統領制に潜むシーザー型独裁の危険を見たとき、私たちは権力分立と「法の支配」を放棄して、大統領選挙や国民世論などの「民主主義」の仕組みだけで「帝王的大統領制」をチェックすべきだとするポズナーとバーミュールの議論がいかに危ういものであるかを理解できるだろう。そもそも、シュミットが大統領選挙や国民の世論を憲法の「政治的構成部分」の1つと位置づけたのは、それが権力分立や「法の支配」といった議会主義の仕組みとは異なり、国民の拍手喝采とやじによって表明される「同一性」としての「民主主義」という彼の「民主主義」の見方と一致すると考えたからであった。そして、忘れてはならないのは、この「同一性」としての「民主主義」は、ボルシェビズムやファシズムすら排除しないということである。

もちろん、ポズナーとバーミュールといえども、こうした「同一性」としての「民主主義」を容認するわけではないだろうが、先述したように、アメリカでも「パーマー強制捜査」、第2次世界大戦中の日系人の強制収容、第2次世界大戦後に行なわれたマッカーシー上院議員による「赤狩り」、「テロとの戦い」に際して行なわれたアラブ系住民の予防拘禁など、「非アメリカ的」と見なされた外国人や移民を排斥したり弾圧したりしようとする伝統があり、決して「同一性」としての「民主主義」の危険とは無縁ではない¹⁵¹。こうした外国人や移民などの少数派が自らの権利の救済を図るためには、裁判所に訴える以外に方法はないわけだが、ポズナーとバーミュールは権力分立や「法の支配」それ自体を否定するわけであるから、こうした救済の道は閉ざされてしまうのである。

ポズナーとバーミュールの議論においてこうした問題が生じる最大の原因は、シュミットにならって法治国家的な「合法性」と国民投票的な「正当性」を分けて考えたうえで、緊急事態においてはもちろんのこと、平時ですら後者の「正当性」が前者の「合法性」を圧倒しつつあるという現実を認識するだけでなく、そこから一步先に進んで、それを現実として受け入れるべきだと見なしていることにある。その結果、「同一性」としての「民主主義」の「正当性」に関して、少数派の観点から問い直す契機が失われてしまったのである。

だが、例えば最高裁判所の判決に反して行動する大統領に果たして「正当性」があると言えるのかどうか疑わしいことから分かる通り、「合法性」と「正当性」は不可分一体の関係にあり、両者をそう簡単に切り離すことはできないはずである。そして、マディソンにならって、権力分立や「法の支配」といった立憲主義的な仕組みは、国民が一時的な熱狂に駆られて独裁的な大統領を支持したりせず、理性的な討議を行なうように自らに課した制約だと見なすならば¹⁵²、こうした討議的「民主主義」の仕組みによって、「合法性」と「正当性」を再度結び合

¹⁵¹ この点を指摘しているのは、古矢旬『アメリカニズム—「普遍国家」のナショナリズム』、東京大学出版会、2002年。

¹⁵² こうした自己制約として憲法を位置づける見方について、Stephen Holmes, *Passions and Constraint*, The University of Chicago Press, 1995, Chapter 5. ステファン・ホームズは自己制約としての憲法という考え方を、「テロとの戦い」に際しても生かすべきだと指摘している。Stephen Holmes, *The Matador's Cape: America's Reckless Response to Terror*, Cambridge University Press, 2007. Stephen Holmes, "In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror," 97 *California Law Review* 301 (2009).

わせ、これによって「帝王的大統領制」の権限濫用をチェックすべきだと論じることも可能となるはずである。以下では、この点についてももう少し敷衍して、まとめに代えたい。

おわりに

ブッシュ政権の「テロとの戦い」における苦い経験を踏まえて、アメリカの憲法学者や政治学者たちは、「帝王的大統領」による権限濫用を防止するため、いくつもの制度改革提案を行なった。例えば、ニール・カタルやローレンス・トライブは、議会によるチェック機能が形骸化しているという認識から、執行府内における権力分立を唱えたし¹⁵³、先述したアッカーマンは、司法省法務局（OLC）を大統領から独立させる、軍のシビリアン・コントロールを徹底する、商業主義に支配されたメディアに補助金を与えることで政府の監視役としての機能を強化する、選挙の前に国民が仕事を離れて公共的な討議に参加する「討議の日」を設けるなどの提案を行なった¹⁵⁴。

さらに、憲法学者のサンフォード・レビンソンとジャック・バーキンは、大統領に対して弾劾権がほとんど行使されないことから、アメリカの大統領制にはこれまで存在してこなかった不信任決議の仕組みを新たに設けること、大統領が国民の政治的支持率を常に気にして権限濫用に訴える必要をなくすため、2期以上の任期を認めるなどの提案を行なっているが¹⁵⁵、後者は同じ問題を認識していたセオドア・ローウィーがかなり以前に提案しているものと同じである¹⁵⁶。また、シュミット研究者のウィリアム・ショイアーマンは、軍部によるクーデターが頻発していたラテン・アメリカの諸国において大統領制がとられていたことから、大統領制自体が問題だと見なし、それを廃止して議院内閣制と独立した憲法裁判所を組み合わせた「新しい権力分立」を行なうべきだと指摘している¹⁵⁷。

だが、どのような制度改革を行なうかを具体的に論じる前に問わなければならないのは、それに基本的な枠組みを与える理念や原則である。これについて、私たちはすでに、シュミットの「委任独裁」論に基づいて「帝王的大統領制」の権限濫用に歯止めをかけようとするリベラル・リーガリストたちの試みが、一方における「行政国家」化、「兵営国家」化の進展、他方に

¹⁵³ Neal K. Katal and Laurence H. Tribe, "Waging War, Deciding Guilt: Trying the Military Tribunals," 111 *The Yale Law Journal* 1259 (2002). Ackerman, *DF*.

¹⁵⁴ Ackerman, *DF*. アッカーマンと同じくメディアの監視機能の強化や「討議の日」の創設を提案しているのは、Peter M. Shane, *Madison's Nightmare: How Executive Power Threatens American Democracy*, The University of Chicago Press, 2009.

¹⁵⁵ Sanford Levinson and Jack M. Balkin, "Constitutional Dictatorship: Its Dangers and Design," 94 *Minnesota Law Review* 1789 (2010).

¹⁵⁶ Lowi, *PP*.

¹⁵⁷ William E. Sheuerman, "Presidentialism and Emergency Government," in Victor V Ramraj, ed., *Emergencies and the Limits of Legality*, Cambridge University Press, 2008, Chapter 11. ここでショイアーマンの言う「新しい権力分立」は、ブルース・アッカーマンが「テロとの戦い」の前に発表した、次の論文において提示されたものを指す。Bruce Ackerman, "The New Separation of Powers," 113 *Harvard Law Review* 634 (2000).

おける大衆民主主義を背景とした国民投票的大統領制の登場によって引き起こされる法治国家的規制の弱体化によって失敗せざるを得ないことを見た。

そうすると、残された選択肢は、緊急時にも平時と同じく「法の支配」を貫徹すべきだとするデイヴィッド・ダイゼンハウスの「法の支配」のプロジェクトと、逆に権力分立や「法の支配」そのものを断念して、「民主主義」によって大統領の権限濫用をチェックすべきだとするポズナーとバーミュールの構想という2つの互いに両立不可能な選択肢しか残らないように見えるが、本論で最後に指摘したいのは、実は両者ともにシュミットが行なった「合法性」と「正当性」の二分法という同じ土俵の上で争っているにすぎず、これを乗り越えない限り、生産的な議論は望めないということである。

事実、ダイゼンハウスのように「合法性」の側に立ち、裁判所主導で「法の支配」プロジェクトを進めて行くべきだとすると、「行政国家」化、「兵営国家」化が進むなかで、果たしてどこにそのプロジェクトを実現する力を見出すことができるのかという問いに答えることができない。だが、他方でポズナーとバーミュールのように「正当性」の側に立つと、今度は権力分立と「法の支配」を全て放棄することとなり、「帝王的大統領制」の権限濫用を抑制するどころか、逆にシーザー型独裁に陥る危険に直面してしまうことになる。

したがって、こうしたアポリアを乗り越えるためには、法治国家的な「合法性」と政治的「正当性」は内的に連関しており、「合法性」は「正当性」によって、「正当性」は「合法性」によって支えられなければならないという原則を再確認したうえで、両者を再び結び合わせるための制度改革を行なう必要がある。具体的には、権力分立と「法の支配」を、理性的な討議によって国民が自治を行なってゆく仕組みと捉える共和主義的な憲法構想に基づき、「法の支配」から切り離された「民主主義」ではなく、「法の支配」と内的に連関した「民主主義」を構築して行くことが重要になってくるであろう¹⁵⁸。

こうすることにより、一方では理性的な討議をその核心とする「民主主義」が生み出す力の中にダイゼンハウスの言う「法の支配」のプロジェクトを推進する政治的な力を見出すことができ、他方では国民が権力分立と「法の支配」という立憲主義的な仕組みによって自らを縛り付けることにより、シーザー型の独裁に陥る危険を回避することができる。緊急事態が常態化しているように見えるなか、こうした共和主義的な憲法構想を緊急時と平時とに関わらず実現して行くこと、ここに「帝王的大統領制」の問題に取り組む鍵を見出すことができるのである。

¹⁵⁸ デイヴィッド・コールはポズナーとバーミュールを批判する文脈で、これを「法の支配」を掲げる民主主義と称している。David Cole, "Are We Stuck with the Imperial Presidency?", *The New York Review*. June 7, 2012. 同じく「合法性」と「正当性」が不可分であることを指摘するのは、Richard H. Pildes, "Book Reviews: Law and the President," 125 *Harvard Law Review* 1381 (2012), pp. 1408-1416.

初出論文一覧

第1章 「国家機密と帝王的大統領の戦争」、国際協力論集、第23巻、第1号、2015年7月、65～94頁

第3章 『テロとの戦争』と帝王的大統領制の復活：米国司法省法務局のメモランダムに見られる偏向」、国際協力論集、第22巻、第1号、2014年7月、121～148頁

参考文献

Ackerman, Bruce, *We the People, Volume I: Foundations*, Cambridge University Press, 1991.

Ackerman, Bruce, “The New Separation of Powers,” 113 *Harvard Law Review* 634 (2000).

Ackerman, Bruce, “The Emergency Constitution,” 113 *The Yale Law Journal* 1029 (2004).

Ackerman, Bruce, “This Is Not a War,” 113 *The Yale Law Journal* 1871 (2004).

Ackerman, Bruce, *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, The Yale University Press, 2006.

Ackerman, Bruce, *The Decline and Fall of the American Republic*, Harvard University Press, 2010.

Adler, David Gray and Larry N. George ed., *The Constitution and the Conduct of American Foreign Policy*, University of Kansas 1996.

Adler, David Gray and Larry N. George, ed., *The Constitution and the Making of American Foreign Policy*, University Press of Kansas, 1996.

Alstyn, William Van, “Congress, the President, and the Power to Declare War: A Requiem for Vietnam,” 121 *University of Pennsylvania Law Review* 1 (1972).

Alterman, Eric, *When Presidents Lie: A History of Official Deception and Its Consequences*, Penguin Books, 2004.

Archibald, Sam, “The Early Years of the Freedom of Information Act-1995 to 1974,” *PS: Political Science and Politics* 726 (1993).

Arendt, Hannah, *On Revolution*, Penguin Books, 1963. [ハンナ・アーレント『革命について』（志水速雄訳）、合同出版、1968年]

Arendt, Hannah, *Crisis of the Republic*, Harcourt Brace & Company, 1972. [ハンナ・アーレント『暴力について－共和国の危機』（山田正行訳）、みすず書房、2000年]

Arendt, Hannah, *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt Brace & Company, 1976. [ハンナ・アーレント『全体主義の起源』（大久保和郎、大島かおり訳）、みすず書房、1981年]

Bailyn, Bernard, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Harvard University Press,

1967.

Banning, Lance, “Republican Ideology and the Triumph of the Constitution, 1789 to 1793,” 31 *The William and Mary Quarterly* 167 (1974).

Barron, David J. and Martin S. Lederman, “The Commander in Chief at the Lowest Ebb—Framing the Problem, Doctrine, and Original Understanding,” 121 *Harvard Law Review* 689 (2008).

Bejeski, Robert, “National Security Information Flow: From Source to Reporter’s Privilege,” 24 *St. Thomas Law Review* 399 (2012).

Bendersky, Joseph W., *Carl Schmitt, Theorist of the Reich*, Princeton University Press 1983. [ジョーゼフ・W・バンダースキー 『カール・シュミット論』 (宮本盛太郎、古賀敬太、川合全弘訳)、御茶ノ水書房、1984年]

Berger, Raoul, “War-Making by the President,” 121 *University of Pennsylvania Law Review* 29 (1972)

Berger, Raoul, *Executive Privilege: A Constitutional Myth*, Harvard University Press, 1974.

Bessette, Joseph M. and Jeffrey Tulis ed., *The Presidency in the Constitutional Order*, Louisiana State University Press, 1981.

Bickel, Alexander M., “Congress, The President and the Power to Wage War,” 48 *Chicago Kent Law Review* 131 (1971).

Bickel, Alexander M., *The Morality of Consent*, The Yale University Press 1975.

Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England (1765-1769)*, The University of Chicago ed.1979.

Bobbitt, Philip, “War Powers: An Essay on John Hart Ely’s War and Responsibility,” 92 *Michigan Law Review* 1364 (1994).

Bork, Robert H., “Erosion of the President’s Power in Foreign Affairs,” 68 *Washington University Law Quarterly* 693 (1991).

Bradley, Curtis A. and Martin S. Flaherty, “Executive Power Essentialism and Foreign Affairs,” 102 *Michigan Law Review* 545 (2004).

Bradley, Curtis A. and Jack L. Goldsmith, “Congressional Authorization and the War on Terrorism,” 118 *Harvard Law Review* 2047 (2005).

Brandes, Laura, “NOTE: A Helping Hand: Addressing New Implications of the Espionage Act on Freedom of the Press,” 29 *Cardozo Law Review* 371 (2007).

Calabresi, Steven G. and Saikrishna B. Prakash, “The President’s Power to Execute the Laws,” 104 *The Yale Law Journal* 541 (1994).

Caper, Gerhard, “Constitutional Constraints on the Conduct of Foreign and Defense Policy: A Non-Judicial Model,” 43 *The University of Chicago Law Review* 463 (1976).

Chinen, Mark A., “Secrecy and Democratic Decisions,” 27 *Quinnipian Law Review* 1 (2009).

- Clark, Kathleen, "A New Era of Openness? Disclosing Intelligence to Congress Under Obama," 26 *Constitutional Commentary* 313 (2010).
- Cole, David, "The Priority of Morality: The Emergency Constitution's Blind Spot," 113 *The Yale Law Journal* 1753 (2004).
- Cole, David, *Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terrorism*, New Press, 2005.
- Cole, David, "Reviving the Nixon Doctrine: NSA Spying, the Commander-in-Chief and Executive Power in the War on Terror," 13 *Wash & Lee Journal of Civil Rights and Social Justice* 17 (2006).
- Cole, David, "Are We Stuck with the Imperial Presidency?," *The New York Review*. June 7, 2012.
- "COMMENT: Congressional Control of Presidential Warmaking Power Under the War Powers Act: The Status of a Legislative Veto After Chadha," 132 *University of Pennsylvania Law Review* 1217 (1984).
- Commission on Protecting and Reducing Government Secrecy, *Secrecy: Report of the Commission on Protecting and Reducing Government Secrecy*, Government Printing Office, 1997.
- "Contemporary Practice of the United States Relating to International Law," 62 *American Journal of International Law* 744 (1968).
- Corwin, Edward S., "The 'Higher Law' Background of American Constitutional Law", XLII *Harvard Law Review* 149 (1928).
- Corwin, Edward S., *Total War and the Constitution*, Alfred Knopf, 1947.
- Corwin, Edward S., *The President: Office and Powers*, New York University Press, 1948.
- Cox, Richard H. *Locke on War and Peace*, Oxford University Press, 1960.
- Cross, Harold L., *The People's Right to Know: Legal Access to Public Records and Proceedings*, Columbia University Press, 1953.
- Crovitz, Gordon L. and Jeremy Rabkin eds, *The Fettered Presidency: Legal Constraints on the Executive Branch*, American Enterprise Institute, 1989.
- Daalder, Ivo H. and James M. Lindsay, *America Unbound: The Bush Revolution in Foreign Policy*, Wiley, 2003.
- Delahunty, Robert J. and John C. Yoo, "The President's Constitutional Authority to Conduct Military Operations against Terrorist Organizations and the Nations That Harbor or Support Them," 25 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 487 (2001).
- Diamond, Martin , "Democracy and the Federalist: A Reconsideration of the Framers's Intent," 53 *American Political Science Review* 52 (1959).
- Dickinson, Laura A., "Using Legal Procedures to Fight Terrorism: Detentions, Military Commissions, International Tribunals, and the Rule of Law," 75 *South Carolina Law Review* 1407 (2002).
- Dippel, Horst, "The Changing Idea of Popular Sovereignty in Early American Constitutionalism:

- Breaking Away from European Patterns,” 16 *Journal of the Early Republic* 21 (1996).
- Divoll, Vicki, “The ‘Full Access Doctrine’: Congress’s Constitutional Entitlement to National Security Information from the Executive,” 34 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 493 (2011).
- Dunn, John, *The Political Thought of John Locke: An Historical Account of the Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, 1968.
- Dyzenhaus, David, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herman Heller in Weimar*, Oxford University Press, 1997.
- Dyzenhaus David ed., *Law as Politics: Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, Duke University Press, 1998.
- Dyzenhaus, David, “Schmitt v. Dicey: Are State of Emergency Inside or Outside Legal Order?,” 27 *Cardozo Law Review* 2005 (2006).
- Dyzenhaus, David, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University Press, 2006.
- Eastland, Terry, *Energy in the Executive: The Case for Strong Presidency*, The Free Press, 1992.
- Elliot, Johathan ed., *Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Convention Vol.II*, Burt Franklin, 1888
- Elliot, Jonathan ed., *Debates on the Adoption of the Federal Constitution*, Vol. V, Burt Franklin, 1888.
- Elsea, Jennifer K., “Lawfulness of Interrogation Techniques under the Geneva Conventions,” *Congressional Research Service* (2004).
- Elsea, Jennifer K. “The Protection of Classified Information: The Legal Framework,” *Congressional Research Service* (2013).
- Ely, John Hart, “Suppose Congress Wanted a War Powers Act that Worked,” 88 *Columbia Law Review* 1379 (1988).
- Ely, John Hart, *War and Responsibility: Constitutional Lessons of Vietnam and its Aftermath*, Princeton University Press, 1993.
- Emerson, Terry J., “The War Powers Resolution Tested: The President’s Independent Defense Power,” 51 *Notre Dame Law Review* 187 (1975).
- Emerson, Thomas T., “Legal Foundations of the Right to Know,” 1 *Washington University Law Quarterly* 1 (1976).
- Epstein, Richard A., Roger Pilon, Geoffrey R. Stone and John C. Yoo, “PANEL DISCUSSION: Executive Power in Wartime,” 5 *The Georgetown Journal of Law and Public Policy* 309 (2007).
- Fein, Bruce, *Constitutional Peril: The Life and Death Struggle for Our Constitution and Democracy*, Palgrave Macmillan, 2009.
- Fisher, Louis, “Deciding on War Against Iraq: Institutional Failures,” 118 *Political Science Quarterly* 389 (2003).

- Fisher, Louis, *Presidential War Power*. University Press of Kansas , 2004.
- Fisher, Louis, “National Security Whistleblowers,” *Congressional Research Service* (2005).
- Fitzgerald, Laura S. “Cadenced Power: The Kinetic Constitution,” 46 *Duke Law Journal* 679 (1997).
- Flaherty, Marin, “The Most Dangerous Branch,” 105 *The Yale Law Journal* 1725 (1996).
- Foerstel, Herbert N., *Freedom of Information and the Right to Know: The Origins and Applications of the Freedom of Information Act*, Greenwood Press, 1999.
- Franck, Thomas M. and Edward Weiseband, *Secrecy and Foreign Policy*, Oxford University Press, 1974.
- Friedrich, Carl J., “The Development of the Executive Power in Germany,” 27 *The American Political Science Review* 185 (1933).
- Friedrich, Carl J., *Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and America*, Little Brown & Company, 1941.
- Fromm, Erich, *Escape from Freedom*, Henry Holt and Company, 1969.
- Fulbright, William J., “American Foreign Policy in the 20th Century under an 18th Century Constitution,” 47 *Cornell Law Quarterly* 1 (1961).
- Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, Yale University Press, 1969.
- Galnoor, Itzhak ed., *Government Secrecy in Democracies*, Harpercollins, 1977. [イハック・ガルヌール編『国家秘密と知る権利』（日本政治総合研究所訳）、東洋経済新報社、1979年]
- Genovese, Michael, *Presidential Prerogative: Imperial Power in an Age of Terrorism*, Stanford University Press 2010.
- Gilbert, Felix, *The Beginnings of American Foreign Policy*, Harper Torchbooks, 1961.
- Glennon, Michael J., *Constitutional Diplomacy*, Princeton University Press 1990.
- Goldwater, Barry M., “The President’s Ability to Protect America’s Freedoms- The Warmaking Power,” *Law and Social Order* 423 (1971).
- Goldwater, Barry M., “The President’s Constitutional Primacy in Foreign Relations and National Defense,” 13 *The Virginia Journal of International Law* 463 (1973).
- Goldwin, Robert A and William A. Shambra ed., *How Democratic is the Constitution?*, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1980.
- Greenberg, Karen J. and Joshua L. Dratel ed., *The Torture Papers: The Road to Abu Graib*, Cambridge University Press, 2005.
- Greene, Jack P., “Paine, America and the ‘Modernization of Political Consciousness,’” 93 *Political Science Quarterly* 73 (1978).
- Grimmett, Richard F., “Authorization For Use of Military Force in Response to the 9・11 Attacks (P.L.

107-40): Legislative History,” *Congressional Research Service* (2007).

Gross, Oren, “The Normless and Exceptionless Exception: Carl Schmitt’s Theory of Emergency Powers and the ‘Norm-Exception Dichotomy,’” 21 *Cardozo Law Review* 1825 (2000).

Gross, Oren and Fionnuala Ni Aolain, *Law in Time of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2006.

Gutman, Amy and Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement*, Harvard University Press, 1996.

Gwyn, W. B., *The Meaning of Separation of Powers: An Analysis of the Doctrine from its Origin to the Adoption of the United States Constitution*, Tulane Studies in Political Science Vol. IX, 1965.

Halper, Stefan and Jonathan Clarke, *America Alone: The Neo-Conservatives and the Global Order*, Cambridge University Press, 2004.

Halperin, Morton H., Jerry J. Berman, Robert L. Borosage and Christine M. Marwick, *The Lawless State: The Crimes of the U.S. Intelligence Agencies*, Penguin Books, 1976.

Halperin, Morton H. and Daniel N. Hoffman, *Top Secret: National Security and the Right to Know*, New Public Books, 1977.

Hamilton, Alexander and James Madison, *Letters of Pacificus and Helvidius*, Scholar’s Facsimiles and Reprints 1976.

Healy, Gene, *The Cult of the Presidency: America’s Dangerous Devotion to Executive Power*, CATO Institute, 2008.

Hearings Before the Subcommittee on Intergovernmental Relations of the Committee on Government Operations and the Subcommittee on Practice and Procedure of the Committee on the Judiciary, *Executive Privilege, Secrecy in Government, Freedom of Information* (1973).

Hersh, Seymour M., *Chain of Command: The Road from 9·11 to Abu Ghraib*, Harper Perennial, 2005.
〔セイモア・ハーシュ『アメリカの秘密戦争：9・11 からアブグレイブへの道』（伏見威蕃訳）、日本経済新聞社、2004年〕

Holmes, Stephen, *Passions and Constraint*, The University of Chicago Press, 1995.

Holmes, Stephen, *The Matador’s Cape: America’s Reckless Response to Terror*, Cambridge University Press, 2007.

Holmes, Stephen “In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror,” 97 *California Law Review* 301 (2009).

Huq, Aziz Z., “Review: Binding the Executive (by Law or by Politics),” 79 *The University of Chicago Law Review* 777 (2012).

Information Security Oversight Office, *Report to the President* (2013).

Irons, Peter, *Justice at War*, Oxford University Press, 1983.

Irons, Peter, *War Powers: How the Imperial Presidency Hijacked the Constitution*, Metropolitan Books, 2005.

Issacharoff, Samuel and Richard H. Pildes, "Between Civil Libertarianism and Executive Unilateralism: An Institutional Process Approach to Rights during Wartime," in Mark Tushnet ed., *The Constitution in Wartime*, Duke University Press, 2005.

Janis, Irving L., *Victims of Groupthink*, Houghton Maffin Company ,1972.

Jinks, Derek and David Sloss, "Is the President Bound by the Geneva Conventions?" 90 *Cornell Law Review* 97 (2004).

Johnson, Miles Beardsley, *The Government Secrecy Controversy: Eisenhower, Kennedy and Johnson*, Vintage Press, 1967.

Kagan, Robert, *Of Paradise and Power: America and Europe in New World Order*, Vintage, 2004. [ロバート・ケーガン、『ネオコンの論理: アメリカ新保守主義の世界戦略』(山岡洋一訳)、光文社、2003年]

Katal, Neal K. and Laurence H. Tribe, "Waging War, Deciding Guilt: Trying the Military Tribunals," 111 *The Yale Law Journal* 1259 (2002).

Katal, Neal K., "Internal Separation of Powers: Checking Today's Most Dangerous Branch from Within," 115 *The Yale Law Journal* 2314 (2006).

Kelley, Christopher S, *Rethinking Presidential Power-The Unitary Executive Theory and the George W. Bush Presidency*, Paper Presented at the 63rd Annual Meeting of the Midwest Political Science Association (2005).

Kennedy, Ellen "Emergency Government Within the Bounds of the Constitution: An Introduction to Carl Schmitt, The Dictatorship of the Reich President According to Article 48 R.V.," 18 *Constellations* 284 (2011).

Kenyon, Cecelia M., "Republicanism and Radicalism in the American Revolution: An Old-Fashioned Interpretation," 19 *The William and Mary Quarterly* 153 (1962).

Kitrosser, Heidi, "Macro-Transparency" As Structural Directive: A Look at NSA Surveillance Controversy," 91 *Minnesota Law Review* 1163 (2007).

Kitrosser, Heidi, "Congressional Oversight of National Security Activities: Improving Information Funnels," 29 *Cardozo Law Review* 1049 (2008) .

Kitrosser, Heidi , "Classified Information Leaks and Free Speech," 2008 *University Illinois Law Review* 881 (2008).

Kleibowicz, Richard B., "The Role of News Leaks in Governance and the Law of Journalists' Confidentiality," 43 *San Diego Law Review* 425 (2006).

Kleinerman, Benjamin, "Book Review: The Madisonian Constitution: Rightly Understood," 90 *Texas Law Review* 943 (2012).

Koh, Harold H., "Why the President (Almost) Always Wins in Foreign Affairs: Lessons of the Iran-Contra Affair," *The Yale Law Journal* 1255 (1988).

Koh, Harold H., *The National Security Constitution: Sharing Power After the Iran-Contra Affair*, The Yale University Press, 1990.

- Koh, Harold H., "The Case Against Military Commission," 96 *American Journal of International Law* 337 (2002).
- Koh, Harold H., "On American Exceptionalism," 55 *Stanford Law Review* 1479 (2003).
- Kreimer, Seth F. "The Freedom of Information Act and the Ecology of Transparency," 10 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 1011 (2008).
- Kristol, William and Robert Kagan, "Toward a Neo-Reaganite Foreign Policy," 75 *Foreign Affairs* 18 (1996).
- Kull, Steven, Clay Ramsay, Evan Lewis, "Misperceptions, the Media and the Iraq War," 118 *Political Science Quarterly* 569 (2004).
- Lee, William E., "Deep Background: Journalists, Sources and the Perils of Leaking," 57 *American University Law Review* 1453 (2008).
- Levinson, Sanford "Response: The Deepening Crisis of American Constitutionalism," 40 *Georgia Law Review* 889 (2005).
- Levinson, Sanford and Jack M. Balkin, "Constitutional Dictatorship: Its Dangers and Design," 94 *Minnesota Law Review* 1789 (2010).
- Levy, Leonard, *Original Intent and the Framers's Constitution*, Macmillan Publishing Company, 1988.
- Lippman, Walter, *The Phantom Public*, Transaction Publishers, 2005. [ウォルター・リップマン『幻の公衆』(川崎吉紀訳)、柏書房、2007年]
- Lobel, Jules, "Emergency Power and the Decline of Liberalism," 98 *The Yale Law Journal* 1385 (1989).
- Lofgren, Charles A., "War-Making Under the Constitution: The Original Understanding," 81 *The Yale Law Journal* 672 (1972).
- Lofgren, Charles A., "United States v. Curtiss Wright Export Corporation: A Historical Reassessment," 83 *The Yale Law Journal* 1 (1973).
- Lowi, Theodore J., *The Personal Presidential Power: Invested Promise Unfulfilled*, Cornell University Press, 1985.
- Lowi, Theodore J., "American Presidential Democracy: Toward the Homogenized Regime," 3 *Political Science Quarterly* 109 (1994).
- Luban, David, "On the Commander-in-Chief Power," 81 *South California Law Review* 477 (2008).
- Mackenzie, John P., *Absolute Power: How the Unitary Executive Theory is Undermining the Constitution*, The Century Foundation Press, 2008.
- Mansfield, Harvey C., ed., *Congress Against the President*, Academy of Political Science, 1975.
- Mansfield, Harvey C., *Taming the Prince: The Ambivalence of Modern Executive Power*, The Free Press, 1989.
- May, Christopher N., Presidential Defiance of 'Unconstitutional' Laws: Reviving the Royal

Prerogative,” 21 *Hastings Constitutional Law Quarterly* 865 (1994).

Mayer, Jane, *The Dark Side: The Inside Story of How the War on Terror Turned into a War on American Ideals*, Doubleday, 2008.

Mayer, Kenneth R. , *With the Stroke of a Pen: Executive Orders and Presidential Power*, Princeton University Press, 2001.

McCormick, John P., *Carl Schmitt's Critique of Liberalism: Against Politics as Technology*, Cambridge University Press, 1997.

McDonald, Forrest , *The American Presidency: An Intellectual History*, University of Kansas, 1994.

McDonough, Denis, Mara Rudman and Peter Rundlet, “No Mere Oversight: Congressional Oversight of Intelligence is Broken,” *Center for American Progress*, 2006.

Mearsheimer, John J., *Why Leaders Lie: The Truth About Lying in International Politics*, Oxford University Press, 2013. [ジョン・J・ミアシャイマー『なぜリーダーはウソをつくのか：国際政治で使われる5つの「戦略的なウソ」』（奥山真司訳）、五月書房、2012年]

Meiklejohn, Alexander, *Free Speech and Its Relationship to Self - Government*, The Lawbook Exchange Ltd., 2000.

Memorandum (Draft) for William J. Haynes II, General Counsel, Department of Defense; From: John Yoo, Deputy Assistant Attorney General and Robert J. Delahunty, Special Counsel; RE: Application of Treaties and Laws to al Qaeda and Taliban Detainees, January 9, 2002. <http://www.torturingdemocracy.org> (アクセス期日 2013年12月31日).

Memorandum Opinion for the Counsel to the President, Legality of the Use of Military Commissions to Try Terrorists, November 6, 2001 signed by Patrick F. Philbin, Deputy Assistant Attorney General. <http://www.torturingdemocracy.org> (アクセス期日 2013年12月31日).

Menitove, Jonathan T., “Note: Once More Unto the Breach: American War Power and a Second Legislative Attempt to Ensure Congressional Input,” 43 *University of Michigan Journal of Law Reform* 773, 2010.

Michaelman, Frank I., “Law’s Republic,” 97 *The Yale Law Journal* 1493 (1988).

Mikva, Abner J. and Joseph R. Lundy, “The 91st Congress and the Constitution,” 38 *The University of Chicago Law Review* 484 (1971).

Moberly, Richard, “Whistleblowers and the Obama Presidency: The National Security Dilemma,” 16 *Chicago-Kent College of Law and Workplace Fairness Employee Rights and Employment Policy Journal* 51 (2012).

Moore, John Norton, “The Legality of the Decision to Intercede in Cambodia,” 65 *American Journal of International Law* 38 (1971).

Moynihan, Daniel Patric, *Secrecy: The American Experience*, Princeton University Press, 1998.

Nixon, Richard , *No More Vietnams*, Simon & Shuster, 2013. [リチャード・ニクソン『ノーモア・ヴェトナム』（宮崎緑・成人共訳）、講談社、1986年]

Norton, Anne, *Leo Strauss and the Politics of American Empire*, The Yale University Press, 2004.

“NOTE: Congress, the President and the Power to Commit Forces to Combat,” 81 *Harvard Law Review* 1771 (1968).

“NOTE: Developments in Law- The National Security Interest and Civil Liberties,” 85 *Harvard Law Review* 1130 (1972).

“NOTE: Keeping Secrets: Congress, the Courts, and National Security Information,” 103 *Harvard Law Review* 906 (1990).

“NOTE: Realism, Liberalism and the War Powers Resolution,” 102 *Harvard Law Review* 637(1989).

“NOTE: The Future of the War Powers Resolution,” 36 *Stanford Law Review* 1407 (1984).

Office of the Legal Adviser, Department of the State, “The Legality of United States Participation in the Defense of Vietnam,” 75 *The Yale Law Journal* 1085 (1966).

Olmsted , Kathryn S., *Challenging the Secret Government*, The University of North Carolina, 1996.

Pallitto, Robert M. and William G. Weaver, “State Secrets and Executive Power,” 120 *Political Science Quarterly* 85 (2005).

Pallitto, Robert M. and William G. Weaver, *Presidential Secrecy and the Law*, Johns Hopkins University Press, 2007.

Palmer, P. R., *The Age of Democratic Revolution: A Political History of Europe and America 1760-1800*, Princeton University Press, 1959.

Papandrea, Mary-Rose, “Lapdogs, Watchdogs, and Scapegoats: The Press and National Security Information,” 83 *Indiana Law Journal* 233 (2008).

Parry, Robert and Peter Kornblub, “Iran-Contra’s Untold Story,” 68 *Foreign Policy* 3 (1988).

Paulsen, Michael Stokes, “The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law is,” 83 *Georgia Law Review* 217 (1994).

Paust, Jordan, *Beyond the Law: The Bush Administration’s Unlawful Responses in the War on Terror*, Cambridge University Press, 2007.

Pettit, Philip, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford University Press, 1997.

Pfiffner, James P., *Power Play: The Bush Presidency and the Constitution*, Brookings Institution Press, 2008.

Pildes, Richard H., “Book Reviews: Law and the President,” 125 *Harvard Law Review* 1381 (2012).

Pillar, Paul R., “Intelligence, Policy, and the War in Iraq,” 85 *Foreign Policy* 15 (2006).

Pillard, Cornelia T., “Unitariness and Myopia: The Executive Branch, Legal Process and Torture,” 81 *Indiana Law Journal* 1297 (2006).

Pocock, J.G.A., *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton University Press, 1975. [J・G・A・ポーコック『マキャヴェリアン・モーメント: フィレンツェの政治思想と大西洋国の共和主義の伝統』(田中秀夫、奥田敬、森岡邦泰訳)、

名古屋大学出版会、2008年]

Posner, Eric A. and Adrian Vermuele, "Accommodating Emergencies," in Mark Tushnet ed., *The Constitution in Wartime*, Duke University Press, 2005.

Posner, Eric A. and Adrian Vermuele, *Terror in Balance: Security, Liberty, and the Courts*, Oxford University Press, 2007.

Posner, Eric A. and Adrian Vermuele, "The Credible Executive," *The University of Chicago Law Review* (2007).

Poser, Erick A. and Adrian Vermuele, "Crisis Governance in the Administrative State: 9/11 and the Financial Meltdown of 2008," 26 *The University of Chicago Law Review* 1613 (2009).

Poser, Erick A. and Adrian Vermuele, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, Oxford University Press, 2010.

Pozen, David E., "Deep Secrecy," 62 *Stanford Law Review* 257 (2010).

Prakash, Saikrishna B. and Michael D. Ramsey, "The Executive Power over Foreign Affairs," 111 *The Yale Law Journal* 231 (2001).

Prakash, Saikrishna B. and Michael D. Ramsey, "Foreign Affairs and the Jeffersonian Executive: A Defense," 89 *Minnesota Law Review* 1591 (2005).

Prakash, Saikrishna B. and Michael D. Ramsey, "The Goldilocks Executive," 90 *Texas Law Review* 973 (2012).

Rakove, Jack N., *Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, Alfred A. Knopf 1996.

Rakove, Jack N., "Taking the Prerogative out of the Presidency: An Originalist Perspective," 37 *Presidential Studies Quarterly* 85 (2007).

Ramsey, Michael D., "The Myth of Extraconstitutional Foreign Affairs Power," 42 *William and Mary Law Review* 379 (2000).

Ramsey, Michael D. "Textualism and War Powers," 69 *The University of Chicago Law Review* 1543 (2002).

Randall, James G., *Constitutional Problems under Lincoln*, D. Appleton, 1926.

Rawls, John, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971. [ジョン・ロールズ『正義論』(川本隆史、福間聡、神島裕子訳)、紀伊国家書店、2010年]

Rawls, John, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1996.

Rawls, John, *The Law of Peoples*, Harvard University Press, 1999. [ジョン・ロールズ『万民の法』(中山章一訳)、岩波書店、2006年]

Rehnquist, William H., "The Constitutional Issues- Administration Position," 45 *New York University Law Review* 628 (1970).

Report of the Senate, Foreign Relations Committee on the War Powers Act, 93rd Congress, 1st Session

(1973) in Thomas M. Franck and Michael J. Glennon, Sean D. Murphy and Edward T. Swaine ed., *Foreign Relations and National Security Law: Cases, Materials, and Simulations*, West Publishing, 1987.

Reyla, Harold C., “National Emergency Powers,” *Congressional Research Service* (2007).

Risen, James, *State of War: The Secret History of the CIA and the Bush Administration*, Free Press, 2006. [ジェームズ・ライゼン『戦争大統領：CIAとブッシュ政権の秘密』（伏見威蕃訳）、毎日新聞社、2006年]

Roche, John P., “The Founding Fathers: A Reform Caucus in Action,” *55 American Political Science Review* 799 (1961).

Rodgers, Daniel T., “Republicanism: the Carrier of a Concept,” *79 The Journal of American History* 11 (1992).

Rossiter, Clinton, *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in Modern Democracies*, Transaction Publishers, 2002. [クリントン・ロシター『立憲独裁：民主主義諸国における危機政府』（庄二圭吾訳）、未知谷、2006年]

Rossiter, Clinton, *The American Presidency*, Johns Hopkins University Press, 1989. [クリントン・ロシター『アメリカ大統領の地位』（下島連訳）、日本外政学会、1960年]

Rostow, Eugene V., “Great Cases Make Bad Law: The War Powers Act,” *50 Texas Law Review* 833 (1972).

Rostow, Eugene V., “‘Once More Unto the Breach:’ The War Powers Resolution Revisited,” *21 Valparaiso University Law Review* 1 (1986).

Rozell, Mark J. and Gleaves Whitney ed., *Testing the Limits: George W. Bush and the Imperial Presidency*, Roman & Littlefield Publishers, Inc., 2009.

Rudalevige, Andrew, *The New Imperial Presidency: Renewing Presidential War Power After Watergate*, University of Michigan Press, 2006.

Rudenstine, David, “Roman Roots for an Imperial Presidency: Revisiting Clinton Rossiter’s 1948 Constitutional Dictatorship: Crisis Government in Modern Democracies,” *34 Cardozo Law Review* 1063 (2012-2013).

Sagar, Rahul, *Secrets and Leaks: The Dilemma of State Secrecy*, Princeton University Press, 2013.

Samaha, Adam M., “Government Secrets, Constitutional Law, and Platforms for Judicial Intervention,” *53 University of California Law Review* 909 (2006).

Sands, Philippe, *Lawless World: Making and Breaking Global Rules*, Penguin Books, 2005.

Sands, Philippe, *Torture Team: Rumsfeld’s Memo and the Betrayal of American Values*, Palgrave Macmillan, 2008.

Savage, Charles, *Takeover: The Return of the Imperial Presidency and the Subversion of American Democracy*, Back Bay Books, 2007.

Schlesinger, Arthur Jr., *The Imperial Presidency*, Houghton Mifflin, 1993.

Scigliano, Robert, "The War Powers Resolution and the War Powers," in Joseph M. Bessette and Jeffrey Tulis ed., *The Presidency in the Constitutional Order*, Louisiana State University Press, 1981, Chapter II.

Shalhope, Robert M., "Toward a Republican Synthesis: The Emergence of an Understanding of Republicanism in American Historiography," 29 *The William and Mary Quarterly* 49 (1972).

Schmidt, Benno C. Jr., "The American Espionage Statutes and Publication of Defense Information," in Thomas M. Franck and Edward Weisband, *Secrecy and Foreign Policy*, Oxford University Press, 1974.

Schmitt, Gary J. and Abram N. Shulsky, "The Theory and Practice of Powers: The Case of Covert Action," in L. Gordon Crovits and Jeremy A. Rabkin ed., *The Fettered President: Legal Constraints on the Executive Branch*, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1989.

Schwab, George, *The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, Dunker and Humblot, 1970. [ジョージ・シュワブ『例外の挑戦』(宮本、初宿、服部、片山訳)、みすず書房、1980年]

Security Classification of Information: Volume I – Introduction, History and Adverse Impacts, <http://www.fas.org/sgp/library/quist/> (アクセス期日 2014年11月1日)

Shane, Peter M., *Madison's Nightmare: How Executive Power Threatens American Democracy*, The University of Chicago Press, 2009.

Sheehan, Neil etc., *Pentagon Papers: As Published by the New York Times*, Routledge & Kegan Paul, 1971. [ニューヨーク・タイムズ『ベトナム秘密報告』(杉辺利英訳)、サイマル出版会、1971年]

Sheuerman, William E., *Carl Schmitt: The End of Law*, Rowman & Littlefield, 1993.

Sheuerman, William E., *Between the Norm and the Exception: The Frankfurt School and the Rule of Law*, The MIT Press, 1994.

Sheuerman, William E., "Survey Article: Emergency Powers and the Rule of Law after 9/11," 14 *Journal of Political Philosophy* 61 (2006).

Sheuerman, William E., "Presidentialism and Emergency Government," in Victor V Ramraj, ed., *Emergencies and the Limits of Legality*, Cambridge University Press, 2008.

Sheuerman, William E., "REVIEW ESSAY: Emergencies, Executive Power and the Uncertain Future of U.S. Presidential Democracy," *Law & Social Inquiry* (2012).

Shils, Edward A., *The Torment of Secrecy: The Background and Consequences of American Security Policies*, The Free Press, 1961.

Shklar, Judith N., *Legalism: Law, Morals and Political Trials*, Harvard University Press 1986. [J・N・シュクラ『リーガリズム：法と道徳・政治』(田中成明訳)、岩波書店、2000年]

Showronek, Stephen, "The Conservative Insurgency and Presidential Power: A Developmental Perspective on the Unitary Executive," 122 *Harvard Law Review* 2071 (2009).

Silver, Derigan A., "National Security and the Press: The Government's Ability to Prosecute Journalists for the Possession or Publication of National Security Information," 13 *Communication*

Law and Policy 447 (2008).

Silverstein, Gordon, *Imbalance of Powers: Constitutional Interpretation and the Making of American Foreign Policy*, Oxford University Press, 1997.

Smist, Frank J., *Congress Oversees the United States Intelligence Community 1947-1989*, The University of Tennessee Press, 1990.

Smith, Jeffrey A., *War and Press Freedom: The Problem of Prerogative Power*, Oxford University Press, 1999.

Smith, Wayne S., "Lies about Nicaragua," 67 *Foreign Policy* (1987).

Spitzer, Robert J., *Saving the Constitution from Lawyers*, Cambridge University Press, 2008.

Spurlin, Paul Merrill, *Montesquieu in America 1706-1801*, Octagon Books, 1969.

Stone, Geoffrey, *Perilous Times: Free Speech in Wartime: From the Seditious Act of 1798 to the War on Terrorism*, W.W. Norton and Company, 2004.

Stone, Geoffrey, "Secrecy and Self-Governance," 56 *New York Law School Law Review* 81 (2011).

Sullivan, Barry , "FOIA and the First Amendment: Representative Democracy and the People's Elusive 'Right to Know'," 72 *Maryland Law Review* 1 (2012).

Sundquist, James, *The Decline and Resurgence of Congress*, Brookings Institution, 1982.

Sunstein, Cass R., "Government Control of Information," 74 *California Law Review* 889 (1986).

Sunstein, Cass, "Beyond the Republican Revival," 97 *The Yale Law Journal* 1539 (1988).

Sunstein, Cass , "Minimalism at War," *John M. Olin Law and Economics Working Paper* No. 231, The University of Chicago (2004).

Sunstein, Cass R. , "Administrative Law Goes to War," 118 *Harvard Law Review* 2663 (2005).

Sunstein, Cass R., *Radicals in Robes: Why Extreme Right-Wing Courts are Wrong for America*, Basic Books, 2005.

Sutherland, George, *Constitutional Power and World Affairs*, Columbia University Press, 1919.

Telman, Jeremy, D. A., "A Truism That Isn't True? The Tenth Amendment and Executive War Power," 51 *Catholic University Law Review* 135 (2001).

Thatch, Charles A., *The Creation of the Presidency 1775-1789: A Study in Constitutional History*, Johns Hopkins University Press, 1922.

Thompson, Dennis, "Democratic Secrecy," 114 *Political Science Quarterly* 181 (1999).

Treanor, William Michael, "Fame, the Founding and the Power to Declare War," 82 *Cornell Law Review* 695 (1997).

Treanor , William Michael, "War Power Outside the Courts," in Mark Tushnet ed., *The Constitution in Wartime*, Duke University Press 2005.

- Treverton, Gregory F., "Intelligence: Welcome to the American Government," in Thomas E. Mann ed., *A Question of Balance: The President, the Congress, and Foreign Policy*, The Brookings Institution, 1990.
- Tulis, Jeffery K. , *The Rhetorical Presidency*, Princeton University Press, 1988.
- Tulis, Jeffrey K. and Stephen Macedo ed., *The Limits of Constitutional Democracy*, Princeton University Press, 2010.
- Tushnet, Mark, ed., *The Constitution in Wartime*, Duke University Press, 2005.
- Unclassified Memorandum; To: John C. Yoo, Deputy Assistant Attorney General, Office of the Legal Counsel, United States Department of Justice; From: William H. Taft IV, Legal Advisor, United States Department of State; Subject: Your Draft Memorandum of January 9, January 11, 2002. <http://www.torturingdemocracy.org> (アクセス期日 2013 年 12 月 31 日).
- Unger, David C., *The Emergency State: America's Pursuit of Absolute Security at All Costs*, Penguin Book 2013.
- United States Senate, *Final Report of the Select Committee to Study Governmental Operations with Respect to Intelligence Activities*, U.S. Government Printing Office, 1976.
- U.S. House of Representatives Select Committee to Investigate Covert Arms Transactions with Iran and U.S. Senate Select Committee on Secret Military Assistance to Iran and Nicaraguan Opposition, *Report of the Congressional Committees Investigating the Iran-Contra Affair*, 1987.
- Vazquez, Carlos Manuel, "The Military Commissions Act, the Geneva Conventions, and the Courts: A Critical Guide," 101 *American Journal of International Law* 73 (2007).
- Vermuele, Adrian, "Emergency Lawmaking after 9/11 and 7/7," 75 *The University of Chicago Law Review* 1155 (2008).
- Vermuele, Adrian, "Our Schmittian Administrative Law," 122 *Harvard Law Review* 1095 (2009).
- Vermuele, Adrian , "The Glorious Commander in Chief," in Jeffrey K. Tulis and Stephen Macedo ed., *The Limits of Constitutional Democracy*, Princeton University Press, 2010, Chapter 8.
- Vile, M.J.C., *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford University Press, 1967.
- Waldron, Jeremy, *Torture and Terror and Trade-Offs: Philosophy for the White House*, Oxford University Press, 2010.
- Wills, Gary, *Bomb Power: The Modern Presidency and the National Security State*, Penguin Books, 2010.
- Wise, David, *The Politics of Lying: Government Deception, Secrecy and Power*, Random House, 1973.
- Wolin, Richard, "Political Existentialism and the Total State," 19 *Theory and Society* 389 (1990).
- Wood, Gordon, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, University of North Carolina Press, 1998.

Woodward, Bob, *Veil: The Secret Wars of the CIA: 1981-1987*, Simon & Shuster, 2005. [ボブ・ウッドワード『ヴェール：CIAの極秘戦略 1981-1987』（池央耿訳）、文藝春秋社、1988]

Wormuth, Francis D., “The Nixon Theory of the War Power: A Critique,” 60 *California Law Review* 623 (1972).

Wormuth, Francis D. and Edwin B. Firmage, *To Chain the Dog of War: The War Power of Congress in History and Law*, Southern Methodist University Press, 1986.

Yoo, John C., “The Continuation of Politics by Other Means: The Original Understanding of War Powers,” 84 *California Law Review* 167 (1996).

Yoo, John C., “War and the Constitutional Text,” 69 *The University of Chicago Law Review* 1639 (2002).

Yoo, John C., “War, Responsibility, and the Age of Terrorism,” 57 *Stanford Law Review* 793 (2004).

Yoo, John C., *The Powers of War and Peace: The Constitution and Foreign Affairs After 9/11*, The University of Chicago Press, 2005.

Yoo, John C., *War by Other Means: An Insider’s Account of the War on Terror*, Atlantic Monthly Press 2006.

Zinn, Howard, *A People’s History of the United States, Harper Perennial Modern Classics*, 2005. [ハワード・ジン『民衆のアメリカ史 1941-1971（下）』（油井大三郎訳）、TBS ブリタニカ、1993年]

ジョルジョ・アガンベン『例外状態』（上村忠男、中村勝己訳）、未来社、2007年

有賀貞『アメリカ革命』、東京大学出版会、1988年

石田正治『冷戦国家の形成：トルーマンと安全保障のパラドックス』、三一書房、1993年

マックス・ウェーバー『官僚制』（阿閑吉男、脇圭平訳）、恒星厚生閣、1987年

マックス・ウェーバー『国家社会学（改訂版）』（石尾芳文訳）、法律文化社、1992年

大河内美紀「emergency constitution 論の研究」、森英樹編『現代憲法における安全』、日本評論社、2009年、165～194頁

大沢秀介『アメリカの政治と憲法』、芦書房、1992年

大林啓吾『アメリカ憲法と執行特権』、成文堂、2008年

大森秀臣『共和主義の法理論：公私分離から審議的デモクラシーへ』、勁草書房、2006年

川出良枝『貴族の徳、商業の精神：モンテスキューと専制批判の系譜』、東京大学出版会、1996年

川岸令和「緊急事態と憲法—アメリカ合衆国における議論を参考にして」、憲法理論研究会編『憲法の変動と改憲問題』、2007年、89-112頁

- 古賀敬太『ヴァイマール自由主義の悲劇』、風行社、1996年
- 小林直樹『国家緊急権』、学陽書房、1979年
- 阪口正二郎『立憲主義と民主主義』、日本評論社、2001年
- カール・シュミット『政治神学』（田中浩・原田武雄訳）、未來社、1971年
- カール・シュミット『現代議会主義の精神的地位』（稲葉素之訳）、みすず書房、1972年
- カール・シュミット『憲法理論』（尾吹善人訳）、創文社、1972年
- カール・シュミット『大統領の独裁』（田中浩・原田武雄訳）、未來社、1974年
- カール・シュミット「国家・運動・民族」、C・シュミット、K・シュルテス『ナチスとシュミット』（服部平治、宮本盛太郎、岡田泉、初宿正典訳）、木鐸社、1976年
- カール・シュミット『合法性と正当性』（田中浩・原田武雄訳）、未來社、1983年
- カール・シュミット『独裁：近代主権論の起源からプロレタリア独裁まで』（田中浩・原田武雄訳）、未來社、1991年
- K・ゾントハイマー『ワイマール共和国の政治思想：ドイツ・ナショナリズムの反民主主義思想』（河島幸夫、脇平訳）、ミネルヴァ書房、1976年
- A・V・ダイシー『憲法序説』（伊藤正巳、田島裕共訳）、学陽書房、1983年
- 田中浩『カール・シュミット：魔性の政治学』、未來社、1992年
- 中道寿一『ワイマールの崩壊とC・シュミット』、三嶺書房、1989年
- ユルゲン・ハーバーマス『コミュニケーション的行為の理論（中）』（藤沢健一郎他訳）、未來社、1986年
- ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（下）』（河上倫逸、耳野健二訳）、未來社、2002年
- A・ハミルトン、J・ジェイ、J・マディソン『ザ・フェデラリスト』（斎藤眞、武則忠見訳）、福村出版、1991年
- 古矢旬『アメリカニズム—「普遍国家」のナショナリズム』、東京大学出版会、2002年
- トマス・ペイン『コモン・センス』（小松春雄訳）、岩波書店、1991年
- フリードリヒ・マイネッケ「近代史における国家理性の理念」、『世界の名著 54 マイネッケ』（岸田達也訳）、中央公論社、1969年
- マキャヴェリ「ディスコルシ」、『マキャヴェッリ全集 2』（永井三明訳）、筑摩書房、1999年
- 松井茂記『アメリカ憲法入門（第6版）』、有斐閣、2008年
- モンテスキュー『法の精神（上）』（野田良之他訳）、岩波書店、1987年
- ルソー「社会契約論」、『ルソー全集第5巻』（作田啓一訳）、白水社、1989年

ジョン・ロック『統治二論』（加藤節訳）、岩波書店、2007年