

「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¹

田邊 俊明*

はじめに

アメリカ合衆国憲法において、連邦議会は戦争を宣言する権限のみならず、陸軍や海軍を設立してその規則を定める権限、さらには民兵を召集してそれを統轄する規則を定める権限まで付与されているのに対し（第1条第8節）、大統領は陸海軍および召集された民兵の最高司令官としての権限を保有するだけであり（第2条第2節）、議会の事前の了承を取り付けないまま単独で戦争を開始することはできない仕組みになっている。こうした仕組みが作り出された背景には、大統領に戦争を遂行する権限だけでなく、戦争を開始する権限まで与えてしまうと、絶対王政時代の国王のように、自らの名声と栄光を求めて頻繁に戦争に訴えるのではないかという危惧があった²。アメリカ「建国の父」の1人であるジョン・ジェイが、新憲法の利点を説いた『フェデラリスト』第4編で指摘しているように、「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のである³」。

こうして「建国の父」たちは議会の承認がなければ戦争を開始できない仕組みを作り出した訳であるが、実際の運用に関して言うと、第2次世界大戦が終わって冷戦が始まる頃までには、「戦争は大統領の仕事であるから、議会が口を出すべきではない」とする考

* 神戸大学大学院国際協力研究科博士後期課程

え方が支配的となり、現在に至るまで議会のチェックはほとんど機能していないのが実情である⁴。歴史学者のアーサー・シュレジンガー2世が言うとおりに、「議会は1950年に戦争を始める権限を放棄した。トルーマンは朝鮮で戦い、リンドン・B・ジョンソンはベトナムで戦い、リチャード・M・ニクソンはカンボジアで戦った。いずれの場合も、戦争に部隊を派遣するのに議会の明白な承認が必要だとは考えもしなかった⁵」のである。シュレジンガーはこうした動向に警鐘を鳴らすために「帝王的大統領制」という用語を使ったのだが⁶、これにより、国家安全保障を名目として自らの権限を肥大化させた大統領が、憲法的な抑制と均衡のメカニズムとともに、それによって担保された「法の支配」まで掘り崩して行く様子が浮き彫りになったのである。

本論文のねらいは、9・11の同時多発テロ事件を受けてジョージ・W・ブッシュ大統領が始めた「テロとの戦争」が生み出した様々な問題も、基本的にはこうした「帝王的大統領制」の図式で理解できることを示すことにある。具体的に言うと、ブッシュ政権は「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、通常の裁判所で認められている手続きの保障がほとんど与えられない軍事委員会を設立して裁くとともに、彼（女）らを「強化型」と呼ばれる拷問に近い手法で尋問することを公式に許可したのだが、後で示すように、これらは明らか

に戦争捕虜の保護に関する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行為であった。では、ブッシュ政権は一体どのような理由でジュネーブ条約に違反する行為を正当化したのだろうか、あるいは、議会や国民はなぜ大統領による戦争権限の濫用をチェックできなかったのだろうか—こうした一連の問いを考えるに際して、「帝王的大統領制」という枠組みは重要なヒントを与えてくれるのである。

なお、ブッシュ大統領による戦争権限の濫用は、当初はジャーナリストによる調査報道の対象として浮かび上がってきたのだが⁷、その後、戦争権限のあり方を研究する憲法学者⁸、大統領制を研究する行政学者や政治学者⁹、さらには歴史学者¹⁰の間における活発な議論の対象となり、その勢いは「テロとの戦争」が終わった今でも続いているように見受けられる。ブッシュ政権が自らを支えるために用いた理論装置は、ジャクソン判事がコレマツ事件への反対意見の中で言及した「装填された武器」のようなものであって¹¹、アメリカのみならず他国でも利用される危険があることを考えるならば、こうした研究に意義が認められることに疑いはないであろう。本論文は「帝王的大統領制」の問題の記述においてはこれらの先行研究を踏まえながらも、問題への取り組みとして、批判的な公論の圧力を通じた「法の支配」の推進という政治理念を念頭に置きながら¹²、先行研究に新しい光を当てようとするものである。

I. 大統領命令による軍事委員会の設立

1. 「法執行モデル」と「戦争モデル」

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、國務省、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うまま大統領が決定を下したことから、コリン・パウエル國務長官や、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ふ異常な事態が生じた¹³。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。

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¹⁴、公開されるとすぐに様々な批判を浴びることになる¹⁵。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¹⁶。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¹⁷。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¹⁸。「敵性戦闘員」の裁判なしでの「処刑」を一方の極に、通常の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¹⁹、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者から「人身保護請求(Habeas Corpus)」の可能性が排除されたことである²⁰。「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²¹」。この最後の砦とでも称すべき「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²²」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²³。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。

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であろうか。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」を選んだのであろうか。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るから、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²⁴。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²⁵。

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経緯があるが²⁶、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、本当に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ひがある²⁷。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²⁸）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」した容疑を根拠とする大統領側の主張には、かなり無理があったと言わなければならない。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のである。

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の間においては、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²⁹。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³⁰。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³¹、「捕虜は、いかなる場合にも、裁判所のいかに問わず、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³²、「通常の司法手続きに関する一般的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³³、「逮捕または抑留によって自由を奪われた者は、裁判所がその抑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抑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のである³⁴。ブッシュ政権が主張しており、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³⁵。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³⁶、それが主な理由とは考えられないのである。

むしろ、ブッシュ政権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。「はじめに」でも述べたように、アメリカでは第2次世界大戦が終わってから冷戦が始まる頃までには、「戦争は大統領の仕事であるから、議会が口を出すべきではない」とする考え方が支配的となってきた。第2次世界大戦前、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つ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討議を行なう議会を外交政策に関与させるといふ「建国の父」たちのアイデア自体が疑問視され始めたのである³⁷。

事実、この時期を境として、大統領は憲法第2条第2節に規定されている最高司令官としての権限だけを根拠として戦争を始めることができるのであり、議会の事前の承認を得る必要はないとする考え方が政府の公式見解として主張されるようになってきた。さらに、同時期に条約に替えて「執行合意 (executive agreement)」の利用が急増したことに注目すべきであろう。憲法上に定めのある条約の締結には上院の3分の2以上の合意が必要であるのに対し、執行合意は場合によっては大統領が単独でも締結できることから、議会の関与を抑制しながら利用できる格好の道具となったのである³⁸。アメリカ合衆国憲法において、議会が宣戦布告をする権限や、上院の条約締結に関する権限は、大統領を「法の支配」の下に置くための最も重要な仕組みであることを考えるならば、大統領がこうした議会の権限を骨抜きにすることにより、アメリカの外交政策はますます「法律家的、道徳家的アプローチ」から遠ざかることになったと言える³⁹。ブッシュ政権が「テロとの戦争」において、「法執行モデル」ではなく「戦

争モデル」に従い、「敵性戦闘員」を通常の裁判所ではなく、軍事委員会で裁いたのも、このような文脈において理解するべきだと考えられるのである。

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⁴⁰。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⁴¹。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条において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⁴²。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るであろう。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、大統領には議会の事前の承認がなくても、戦争を開始する権限があると主張して、ジョン・ハート・イリイなどのリベラルな学者に論争を挑んでいたことで知られる法学者のジョン・ユーであった⁴³。ユーはすでに2001年の夏からOLC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。

2. 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であろうか。「建国の父」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ぬ⁴⁴」。大統領の行き過ぎを抑制するには、紙の上にか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、以下で見られるように、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月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⁴⁵。当初、大統領側は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のだが、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のだが⁴⁶、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、「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⁴⁷。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際には、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において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⁴⁸。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、議会が個人の権利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⁴⁹。

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⁵⁰、政治学者ジュディス・シュクラーの言う形式的なリーガリズム⁵¹に貫かれている点に加え、ジュネー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よう。

その根拠は、軍事委員会の設立からおおよそ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⁵²、議会が大統領の要請に応じて軍事委員会法⁵³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のである。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ることすらできなかった。たしかにカタルやトライブの言うとおりの通り、議会は武力行使容認決議で軍事委員会の利用を認めていないが、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」を対抗させることによって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うことが出来る。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、むしろ議会が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、法的には別になくても構わないと考えるとともに、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図が出来上がった。同様の構図は、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」を尋問する手法に関する大統領と議会の関係にも見られる。以下では、これについてより詳しく見て行くことにしたい。

II. 「敵性戦闘員」の「強化型」尋問について

1. 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、死亡した拘禁者の写真を撮影する、女性の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において実施されていた「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であろうか。

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⁵⁴。カテゴリーⅠの中には含まれるのは、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ひこませるシナリオの利用、冷氣や冷水への暴露、濡れ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⁵⁵、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⁵⁶。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のだが、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⁵⁷、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、こうした捕虜の取り扱いが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、または種類のいかなるもの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⁵⁸。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⁵⁹。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、本人もしくは第三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⁶⁰。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、市民の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）。

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考えたのであろうか。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）の法見解と、それを受けた大統領の決定があった。このOLCの法見解は、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⁶¹、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⁶²。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⁶³、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⁶⁴。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⁶⁵。

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⁶⁶、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⁶⁷。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、そもそも議会在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いうこと自体、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、「議会在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⁶⁸」と言うのである。仮に彼の見解に従い、議会在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⁶⁹。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なっている。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⁷⁰、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⁷¹。

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⁷²。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⁷³。タフトによれば、アメリカ政府自身がアフガニスタンを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⁷⁴。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いうこととはできないのである⁷⁵。

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⁷⁶。ウィーン条約法条約で定められているとおり⁷⁷、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)⁷⁸。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。

タフトはさらに、慣習国際法が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⁷⁹、仮にユーの言うとおりの慣習国際法が適用されないのであれば、ア

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であるから、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⁸⁰。

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、タリバンの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)⁸¹。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⁸²。

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、もはや規範的な意味を伴う法とは言えないであろう。哲学者のジョン・ロールズは個々の集団の価値観を「善」、基本的人権や自由などを「正」と分類して、「正」が「善」に優先すべきことを説いたが⁸³、この優先順位が守られない限り、国際法に実効性を持たせることはできないのである。

2. 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⁸⁴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⁸⁵。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、「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」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場合、故意がなければ免責されると主張した⁸⁶。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⁸⁷。

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適っていないと言うべきであ

らう。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・ユウ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⁸⁸。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、グア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

がカテゴリーⅢの尋問手法を1つしか認めなかったことを考えると、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「強化型」尋問を許可したメモを後に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でも利用できる訳であり、CIAは実際に「水板責め」を含むカテゴリーⅢの尋問手法を利用していた。こうした政府上層部の方針がアブグレイブ収容所などの現場でジュネーブ条約の解釈に関する混乱を引き起こしたのだとすれば、そこで生じた捕虜の虐待を一部の軍関係者の逸脱行為によるものと断定することには無理があり、軍を指揮・監督する立場にある大統領とその側近が何らかの法的責任を問われることは避けられないと考えられるのである。

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⁸⁹、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・アデントン、さらにはアデ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⁹⁰。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ークに歓迎されたため、簡単に政府の公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たことである。事実、国務省法律顧問のウィリアム・タフトだけでなく、海軍の法務総監であったアルバート・モラなど、「強化型」尋問に異議を唱える者

は政権内部にも存在した。それにも関わらず、政権内のタカ派グループが徹底した閉鎖性と秘密主義によってこれらの反対意見を黙殺したため、OLCの偏向した法的見解が検証されることもなく暴走したと考えられるのである⁹¹。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ったと考えられるのである⁹²。

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⁹³、これにより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き⁹⁴、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白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⁹⁵、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⁹⁶。マディソンは権力の集中を防ぐために「野望と野望を對抗させる」べきだと説いたが、對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。「はじめに」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ており、「単一執行府論⁹⁷」と呼ばれる理論をひねり出して各省庁に対する統制を強めるのみならず⁹⁸、議会や裁判所にも大きな影響力を行使するようになってきているのである。

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⁹⁹、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¹⁰⁰。それにも関わらず、国民はアブグレイブにおける拘禁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。

注

- 1 本論文の草案を土台として開催されたワークショップ（2013年12月13日）において、土佐弘之教授、西谷真規子准教授から有益なコメントを頂いた。ただし、論文の内容に関する責任は一切筆者に帰することを付言しておく。
- 2 この点を指摘するのは、William Michael Treanor, "Fame, the Founding and the Power to Declare War," 82 *Cornell Law Review* 695 (1997).
- 3 ハミルトン・ジェイ・マディソン「ザ・フェデラリスト」（斎藤実訳）第4編『世界の名著33』中央公論社1970年326頁 以下、「ザ・フェデラリスト」。
- 4 建国期から現代に至るまでの歴史を検証してこうした結論を導き出しているのは、Louis Fisher, *Congressional Abdication on War and Spending*, Texas A&M University Press 2000; Louis Fisher, *Presidential War Power*, University Press of Kansas 2004.
- 5 アーサー・シュレジンガー2世『アメリカ大統領と戦争』（藤田文子訳）岩波書店2005年64～65頁。
- 6 Arthur Schlesinger Jr., *The Imperial Presidency*, Houghton Mifflin 1993.
- 7 Seymour M. Hersh, *Chain of Command: The Road from 9/11 to Abu Ghraib*, Harper Perennial 2005; Charles Savage, *Takeover: The Return of the Imperial Presidency and the Subversion of American Democracy*, Back Bay Books 2007.
- 8 代表的なものとして、Peter Irons, *War Powers: How the Imperial Presidency Hijacked the Constitution*, Metropolitan Books 2005; Peter M. Shane, *Madison's Nightmare: How Executive Power Threatens American Democracy*, The University of Chicago Press 2009; Jeffrey K. Tulis and Stephen Macedo ed., *The Limits of Constitutional Democracy*, Princeton University Press 2010.
- 9 Andrew Rudalevige, *The New Imperial Presidency: Renewing Presidential War Power After Watergate*, University of Michigan Press 2006; James P. Pfiffler, *Power Play: The Bush Presidency and the Constitution*, Brookings Institution Press 2008.
- 10 Gary Wills, *Bomb Power: The Modern*

- Presidency and the National Security State*, Penguin Books 2010.
- 11 *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).
 - 12 批判的な公論を通じた「法の支配」の推進という考え方については、ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性：法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』（河上倫逸・耳野健二訳）未来社 2002 年。
 - 13 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、Savage, *op.cit.*, pp.134-139.
 - 14 Military Order of November 13, 2001, Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism issued by George W. Bush. Reprinted in Karen J. Greenberg and Joshua L. Dratel ed., *The Torture Papers: The Road to Abu Graib*, Cambridge University Press 2005, pp.25-28. 以下、November 13 Order.
 - 15 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.
 - 16 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。
 - 17 *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。
 - 18 *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、実行の補助、教唆、共謀をした (略) と信じられる理由がある者。
 - 19 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.
 - 20 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、訴訟を行なったりする特権は持たないものとする。
 - 21 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。
 - 22 「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.
 - 23 Hannah Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt Brace & Company 1976.
 - 24 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.
 - 25 *Ex parte Milligan*, U.S. 2, 139 (1866).
 - 26 *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942).
 - 27 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ェ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.
 - 28 ハムダン対ラムズフェルド事件におけるステイ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.
 - 29 Derek Jinks and David Sloss, "Is the President Bound by the Geneva Conventions?" 90 *Cornell Law Review* 97 (2004).
 - 30 Jennifer K. Elsea, "Lawfulness of Interrogation Techniques under the Geneva Conventions," *Congressional Research Service* (2004).
 - 31 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）。
 - 32 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 I）。

- 33 市民のおよび政治的権利に関する国際規約。
- 34 “Contemporary Practice of the United States Relating to International Law,” 62 *American Journal of International Law* 744 (1968) pp.765-775 ただし、CIA（中央情報局）が南ベトナムで行なった「フェニックス作戦」においては、共産党の地下組織のメンバーではないかという嫌疑をかけられた少なくとも2万人の民間人が、裁判も受けずひそかに処刑された。また、南ベトナムに設けられた監獄には、6万から7万5千人の人々が拘禁され、しばしば殴打されたり、拷問を受けたりしていたが、それをアメリカ人の顧問たちが視察したり、ときには参加したことが明らかになっている（ハワード・ジン著『民衆のアメリカ史1941 - 1979（下）』（油井大三郎訳）TBSブリタニカ1993年794～795頁）。こうした一連の事実は、政府の公式見解と現場レベルの実態がかけ離れていたことを示唆している。
- 35 Dickinson, *op. cit.*, p. 1407.
- 36 Harold Hongju Koh, “The Case Against Military Commission,” 96 *American Journal of International Law* 337 (2002).
- 37 「建国の父」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前のフルブライト上院議員の見解を挙げるができる。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討議という「ぜいたく」を許されない説いたが、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).
- 38 統計の取り方によって差はあるが、条約その他を含めた国際合意の中における執行合意の割合は、1901年から1909年までの期間を取ってみるとわずか31%であったのに対し、1946年から1953年までの期間には49%、2001年から2004年までの期間においては94%に達している。Bryan W. Marshall and Patrick J. Haney, “Aiding and Abetting: Congressional Complicity in the Rise of the Unitary Executive,” in Ryan J. Barilleaux and Christopher S. Kelley ed., *The Unitary Executive and the Modern Presidency*, Texas A&M University Press, 2010, p.201. その他にも、M. Lindsay, *Congress and the Politics of U.S. Foreign Policy*, The Johns Hopkins University Press 1994, pp.77-84.
- 39 アメリカ外交政策における「道徳家的・法律家的アプローチ」について、ジョージ・F・ケナン『アメリカ外交50年』（近藤晋一、飯田藤次、有賀貞訳）岩波書店1991年。
- 40 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. Found at <http://www.torturingdemocracy.org> (accessed on 31 December 2013).
- 41 U.S.C. § 801-946(2000).
- 42 *Ibid.*, Chapter B.
- 43 ジョン・ユーの見解については、差し当たり、John C. Yoo, “The Continuation of Politics by Other Means: The Original Understanding of War Powers,” 84 *California Law Review* 167 (1996); John C. Yoo, *The Powers of War and Peace: The Constitution and Foreign Affairs After 9/11*, The University of Chicago Press 2005.
- 44 「ザ・フェデラリスト」第51編396頁。
- 45 Authorization for Use of Force in Response to the 9/11 Attacks (P.L.107-40).
- 46 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).
- 47 Katal and Tribe, *op. cit.*
- 48 Curtis and Tribe and Jack L. Goldsmith, “Congressional Authorization and the War on Terrorism,” 118 *Harvard Law Review* 2047 (2005), pp. 2075-2083.
- 49 こうした見解はカーチス・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)
- 50 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・コルウイ

- 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).
- 51 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。
- 52 Hamdan v. Rumsfeld 548 U.S. 557 (2006).
- 53 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).
- 54 Memorandum for Commander, United States Southern Command; Subject: Counter Resistance Strategies, October 11, 2002 signed by Major General Michael E. Dunlavey. Reprinted in Greenberg and Dratel ed., *Torture Papers*, p.225.
- 55 Action Memo; From William J. Haynes II, General Counsel, Department of Defense; Subject: Counter Resistance Strategies, November 27, 2002. Reprinted in Greenberg and Dratel ed., *Torture Papers*, p.237
- 56 Memorandum for Commander USSOUTHCOM; Subject: Counter-Resistance Techniques, January 15, 2003 signed by Defense Secretary Donald Rumsfeld. Reprinted in Greenberg and Dratel ed., *Torture Papers*, p.238.
- 57 こうした報道として、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。Jane Mayer, *The Dark Side: The Inside Story of How the War on Terrorism Turned into a War on American Ideals*, Doubleday 2008.
- 58 U.S.C. § 2441
- 59 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。
- 60 U.S.C. § 2340-2340A.
- 61 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. Found at <http://www.torturingdemocracy.org> (accessed on December 31, 2013). 以下、Taft Memorandum.
- 62 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 Found at <http://www.torturingdemocracy.org> (accessed on December 31, 2013). 以下、Treaty Memo.
- 63 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とを問わず、適用する。
- 64 Treaty Memo, pp. 11-14.
- 65 *Ibid.*, pp. 14-23.
- 66 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）。
- 67 Treaty Memo, pp. 6-11.
- 68 *Ibid.*, p.11.
- 69 *Ibid.*, pp.31-34.
- 70 *Ibid.*, pp. 34-36.
- 71 *Ibid.*, pp.38-39.
- 72 Taft Memorandum.
- 73 *Ibid.*, pp.5-10.
- 74 *Ibid.*, pp.11-22.
- 75 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イ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.
- 76 *Ibid.*, pp.25-30.
- 77 条約法に関するウィーン条約

- 78 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.
- 79 同様の見解について、*Ibid.*, pp. 229-282.
- 80 Taft Memorandum, pp. 31-36.
- 81 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. Reprinted in Greenberg and Dratel ed., *Torture Papers*, pp.134-135.
- 82 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. Reprinted in Greenberg and Dratel ed., *Torture Papers*, pp.118-121.
- 83 John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press 1971 p.31; John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press 1996, Lecture V; John Rawls, *The Law of Peoples*, Harvard University Press 1999.
- 84 U.S. § 2340-2340A.
- 85 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. Reprinted in Greenberg and Dratel ed., *Torture Papers*, pp.172-217.
- 86 *Ibid.*, pp.173-183.
- 87 *Ibid.*, pp.184-196.
- 88 *Ibid.*, pp.204-207.
- 89 Paust, *op.cit.*, pp.45-46.
- 90 John C. Yoo, *War by Other Means: An Insider's Account of the War on Terror*, Atlantic Monthly Press 2006, Chapter 2.
- 91 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、Philippe Sands, *Torture Team: Rumsfeld's Memo and the Betrayal of American Values*, Palgrave Macmillan 2008.
- 92 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).
- 93 「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行ない、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する極端な見解は、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).
- 94 この経緯については、Savage, *op.cit.*, Chapter 9.
- 95 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。

- 96 Neal Katyal, "Internal Separation of Powers: Checking Today's Most Dangerous Branch from Within," 115 *The Yale Law Journal* 2314 (2006). 具体的なアイデアとして、執行府内における法的見解の対立を中立の立場から裁定する独立機関を設けることが提唱されている。仮にこのような機関があったとすれば、国務省法律顧問ウィリアム・タフトや海軍法務総監アルバート・モラは、公式の場でジョン・ユースの法的見解を問い直すことができたであろう。
- 97 「単一執行府論 (unitary executive theory)」を提唱する代表的論文として、Steven G. Calabresi and Kevin H. Rhodes, "The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary," 105 *Harvard Law Review* 1153 (1992).
- 98 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.
- 99 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.
- 100 Bruce Fein, *Constitutional Peril: The Life and Death Struggle for Our Constitution and Democracy*, Palgrave Macmillan 2009, pp.1-27.

投稿受付：2014 年 1 月 7 日

最終稿受理：2014 年 3 月 25 日

The ‘War on Terrorism’ and the Return of the ‘Imperial Presidency’

TANABE Toshiaki*

Abstract

In response to the terrorist attack on 9/11, George W. Bush Administration launched the ‘War on Terrorism’ in Afghanistan and detained Taliban and Al Qaeda members as alleged ‘enemy combatants.’ President decided that these ‘enemy combatants’ be tried in the Military Commission, where the defendants’ rights to fair trial were severely restricted. As terrorist suspects, ‘enemy combatants’ were also subjected to harsh interrogation techniques, some of which clearly constituted torture. Geneva Conventions and other treaties leave no doubt that these treatments should be strictly prohibited. Then, why did the Bush Administration act contrary to these rules? What was the legal reasoning lying behind these actions? Did Congress and American people take any action to prevent the abuse of presidential power? If not, what factors explain their obedient and docile attitude?

This article explores these questions within the framework of the ‘Imperial Presidency’, a term first coined by historian Arthur Schlesinger Jr. in the aftermath of Vietnam War. Briefly, president is characterized as ‘imperial’ when he believes that his powers over foreign affairs and war making are ‘inherent,’ so that Congress is barred from curbing any of these powers through legislation. Are there any grounds to believe that George W. Bush was also ‘imperial’? In order to show why this is the case, I examine the legal opinion of the Office of Legal Counsel (OLC), the premier office in the Department of Justice. Under the Bush Administration, OLC issued several important memorandums to make a legal case for the President’s ‘War on Terrorism.’ By looking into the logic of these memorandums, the article identifies serious flaws that can only be explained by the resurgent ideology of the ‘Imperial Presidency.’

* Ph.D. Candidate, Graduate School of International Cooperation Studies, Kobe University.