

帝王的大統領制と遅ればせの反革命

田邊 俊明*

はじめに

アメリカ合衆国の大統領は憲法第2条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、議会在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³⁾。このように、憲法の起草者たちは古い外交を行っていたイギリス君主制の伝統を断ち切り⁴⁾、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。

* 神戸大学 政治学博士

それにも関わらず、戦争権限決議は「帝王的大統領制」の論者たちの厳しい批判にさらされ、歴代の大統領は、これを大統領の執行権を侵害する憲法に反する法として、その手続きに従うのを拒否してきた。その結果、法案成立から40年以上経った今、それがほぼ「骨抜き」にされているということについて、大まかな合意がある。では、「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すれば、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つの章に分けて考察を進めて行きたい。

まず第I章では、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行きたい。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、彼の法律顧問テリー・エマーソンらの議論を取り上げたうえで、そこに大きな理論的な問題が孕まれていることを指摘したい。

第II章では、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、これらの論者がいずれもイギリス君主制を背景にして「執行権」の概念を構成したことを考えると、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、国王の大権を意味する「執行権」をそのまま受け入れたとは考えられない。そこで本章では、この「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III章では、戦争権限決議に最後通牒をつきつけたジョン・ユーの議論を取り上げたい。ユーは歴史学者ゴードン・ウッドの歴史観に従い、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。ユーここから、憲法起草者たちが大統領を最高司令官とした際、彼にイギリス国王と同じく「戦争を開始する権限」を与えたはずだと説く一方、宣戦布告は単なる司法的な手続きにすぎないとして、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⁵、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。

I. 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、議会が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、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執行した。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⁶、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⁷、その際、議会が戦費を拠出し続けていることが、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⁸、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、議会の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、ホワイトハウスと保守派議員の反対によって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⁹。

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。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¹⁰、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¹¹。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、議会在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¹²。

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¹³。

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、議会在宣戦布告の権限を与えることによって、議会在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、議会在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」権限を議会在与えた憲法第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ない、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と規定し（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」のリスト

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。

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—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—軍隊を撤兵させることを可能にするものである¹⁴。

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用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、付き合ってはられないのだ¹⁵。

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¹⁶。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¹⁷」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¹⁸」と指摘したハミルトンの言葉を援用して、最高司令官をトップとする指揮命令系統の機能的な優位を説くとともに、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領の方が、戦争をより賢明に指揮できると考えたから¹⁹」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²⁰。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悲惨な結果を招いたことから、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²¹。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²²。

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²³」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²⁴。

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²⁵。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、多人数で長時間に渡る討議を行なう議会に対して、ただ1人の大統領をトップとする執行府が持つ迅速性や機密性といった組織経営の合理性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、憲法によって大統領に与えられた「執行権」で「宣戦布告を伴わない戦争」を正当化しようとする議論である。

II. 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・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²⁶。では、「執行府外務権限論」とは何であり、それが戦争権限決議とどのように関わるのだろうか。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²⁷。

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節以下で列挙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、具体的な権限が列挙されているが、これは憲法起草者たちが大統領の権限を網羅的に列挙して、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挙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」という限定がついていない。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²⁸。

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²⁹、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³⁰。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³¹。

これまで「大統領主義者」たちは、カーチス・ライト判決の傍論という形で述べられたジョージ・スザランド判事の説などを援用して³²、これらが大統領の「内在的」権限として説明してきたが、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ことが指摘されている³³。だがその一方で、これらを憲法内に列挙された個別具体的な権限に即して説明しようとする、先に述べた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。ここからプラカッシュとラムゼイは、憲法起草者たちがこれほど重要な権限を取り残したはずがないと推論し、「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³⁴。

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I章で触れたゴールドウォーター＝エマーソンら「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」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³⁵。

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」権限によって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ったはずである。

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『英法釈義』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³⁶。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³⁷、「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」に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³⁸。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³⁹。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仇行為を許可する権限」が含まれるとしているのである⁴⁰。

2. イギリス君主制の「執行権」とアメリカ憲法起草者たち

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。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⁴¹。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⁴²。

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⁴³」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⁴⁴。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⁴⁵。

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⁴⁶、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⁴⁷。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『ザ・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な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けら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⁴⁸。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⁴⁹。

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」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⁵⁰。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る。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の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⁵¹。彼らの間では、執行権に「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⁵²。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、逐条的に議論が行なわれたのである。

さて、このような観点からプ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⁵³」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⁵⁴。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、プ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憲法起草者の間に合意があったとするが、これでは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⁵⁵」と表現したのか、全く説明がつかなくなってしまう。この点についてプ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、これではなぜこうした例外が設けられたのかをうまく説明できない⁵⁶。

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。

ブ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」の合憲性を訴えた行なった議論に対し、マディソンが国務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⁵⁷、「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、ハミルトンは外交交渉などの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⁵⁸。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⁵⁹。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を参照し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」の中に含め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⁶⁰。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⁶¹。

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、プ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」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。

Ⅲ. 「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節によって議会に与えられた宣戦布告の権限であった。第I章でも見たように、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、「国民を戦争へと急ぎ立てない仕組み」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」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、政府の慣行や大統領の「残余的」執行権などの理論を使って、

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⁶²。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。

実際、当時の国際法の権威であったグロテイウス、プーフENDORF、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⁶³。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、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つ

たとする結論を導き出したのである⁶⁴。

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い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く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のではないかと推測したのである⁶⁵。

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⁶⁶。

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だけである。これは彼らが、「戦争を宣言する」ことと、「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⁶⁷。

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」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、政府の慣行や「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。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⁶⁸。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⁶⁹、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⁷⁰」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⁷¹。

ユーはこうしたウッド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⁷²。

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⁷³、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⁷⁴、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Ⅱ章で紹介した「パシフィカス対ヘルビディウス論争」を挙げている⁷⁵。この論争は、憲法制定後、イギリス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ー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⁷⁶。

「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⁷⁷、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⁷⁸。

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、公共的自由を踏みとじるだろう」、「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⁷⁹。

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に、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⁸⁰。第Ⅱ章でも述べたように、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のである⁸¹。

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が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。それともユーの言うとおり、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、実質においてははるかに劣っている。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。

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こと、それはかな

り疑問である⁸²。

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。

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⁸³。また、アメリカ独立戦争の際、連合会議はジョージ・ワシントンを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⁸⁴、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である。

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⁸⁵。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⁸⁶。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⁸⁷。

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。たしかに「フェデラリスト」たちは、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⁸⁸。

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、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。

パネリストの1人であったカトー研究所のロジャー・バイロンは、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く、政治的な事柄であるから、議会や裁判所がみだら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⁸⁹。

こうしたパイロンのロック解釈は、リチャード・コックスなどレオ・シュトラウスの影響を受けた「新保守主義」の系統に属するものだが⁹⁰、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・デイ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、慧眼だったと言すべきだろう。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憲法の中に残されるからである⁹¹。

こうしたエプステインの批判に対して、ユーは「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」と述べたハミルトンの『ザ・フェデラリスト』第70編を引用しながら⁹²、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」という執行府の長所が台無しになってしまうと反論した⁹³。

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⁹⁴、「決定、活動、秘密、迅速」という執行府の機能的属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⁹⁵」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・イリイの唆するように、裁判所が「政治問題原則」を破棄するだけで実現できる問題ではない⁹⁶。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、そもそも議会を動かして戦争権限決議の「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⁹⁷。

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⁹⁸、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。

注

1 50 U.S.C. §§ 1541-1548 (2006). 日本でもア

メリカの戦争権限決議に対する関心は高く、日米安全保障条約や自衛隊の海外派遣などとの関連で国会で話題になることも多い。先行研究として、宮脇岑生『現代アメリカの外交と政軍関係：大統領と連邦議会の戦争権限の理論と現実』、流通経済大学出版会、2004年。

- 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 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).
- 4 フランスのフィロゾー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.
- 5 Arthur Schlesinger Jr., *The Imperial Presidency*. Houghton Mifflin 1993.
- 6 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).
- 7 Gerhard Caper, “Constitutional Constraints on the Conduct of Foreign and Defense Policy: A Non-Judicial Model,” 43 *The University of Chicago Law Review* 463 (1976). 裁判所がベトナム戦争の「合法性」に関する判断を回避した判例として、*Mora v. McNamara*, 389 U.S. 934 (1967).
- 8 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.
- 9 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.
- 10 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).
- 11 Jonathan Elliot ed., *Debates on the Adoption of the Federal Constitution*, Vol. V, Burt Franklin, 1888, pp. 140-141. 以下、*Elliot V.*
- 12 *Elliot V.*, pp.438-439.

- 13 Johathan Elliot ed., *Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution* Vol.II, Burt Franklin, 1888 p. 528. 以下、*Elliot II*.
- 14 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。
- 15 前掲書、321頁。
- 16 Barry M. Goldwater, "The President's Ability to Protect America's Freedoms- The Warmaking Power," *Law and Social Order* 423 (1971), pp. 425-427.
- 17 Terry J. Emerson, "The War Powers Resolution Tested: The President's Independent Defense Power," 51 *Notre Dame Law Review* 187 (1975), p.195.
- 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34編、361頁。以下、『ザ・フェデラリスト』
- 19 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.
- 20 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.
- 21 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.
- 22 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.
- 23 Bickel, *op.cit.*, p.140.
- 24 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 Tushnet ed., *The Constitution in Wartime*, Duke University Press 2005. p. 156.
- 25 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).
- 26 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).
- 27 Alexander Hamilton, and James Madison, *Letters of Pacificus and Helvidius*, Scholar's Facsimiles and Reprints 1976. 以下、*LPH*.
- 28 Hamilton and Madison, *LPH*, pp. 8-10.
- 29 「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).
- 30 Saikrishna B. Prakash, and Michael D. Ramsey, "The Executive Power over Foreign Affairs," 111 *The Yale Law Journal* 231 (2001). 以下、*EPEA*. さらに、Saikrishna B. Prakash, and Michael D. Ramsey, "Foreign Affairs and the Jeffersonian Executive: A Defense," 89 *Minnesota Law Review* 1591 (2005).
- 31 *Ibid.*, pp. 237-240.
- 32 *United States v. Curtiss-Wright Export Corporation* ed al., 299 U.S. 204 (1936).
- 33 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).
- 34 Prakash and Ramsey, *EPEA*, pp.252-255.
- 35 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 University Press 1981, Chapter IV. 以下、*PCO*.

- 36 Edward S. Corwin, *The President: Office and Powers*, New York University Press 1948, pp.6-10.
- 37 Harvey C. Mansfield, *Taming the Prince: The Ambivalence of Modern Executive Power*, The Free Press 1989.
- 38 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。
- 39 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。
- 40 William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England (1765-1769)*, University of Chicago ed. 1979, Vol I. P.249.
- 41 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.
- 42 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のである。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. 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).
- 43 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。
- 44 Cecelia M. Kenyon, "Republicanism and Radicalism in the American Revolution: An Old-Fashioned Interpretation," 19 *The William and Mary Quarterly* 153 (1962), p.164.
- 45 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 in America 1706-1801*, Octagon Books 1969.
- 46 Corwin, *op.cit.*, pp.5-6.
- 47 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。
- 48 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.
- 49 *Elliot II*, p.480.
- 50 『ザ・フェデラリスト』、第48編、417頁。
- 51 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.
- 52 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).
- 53 『ザ・フェデラリスト』、第45編、227頁。
- 54 同じ点を指摘しているのは、Telman, *op.cit.*
- 55 『ザ・フェデラリスト』、第75編、364頁。
- 56 事実、ブ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.
- 57 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).
- 58 Hamilton and Madison, *LPH*, pp. 57-58.
- 59 *Ibid.*, pp.63-64.
- 60 *Ibid.*, pp.56-57.
- 61 *Ibid.*, p.62.
- 62 ジョン・ユウがジョン・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).
- 63 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).
- 64 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).
- 65 Charles A. Lofgren, "War-Making Under the Constitution: The Original Understanding," 81 *The Yale Law Journal* 672 (1972).
- 66 Yoo, *CPOM*, pp. 252-253.

- 67 CPOM, pp. 252-256. WCT, pp. 1649-1651.
- 68 Gordon Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, University of North Carolina Press 1998.
- 69 P. R. Palmer, *The Age of Democratic Revolution: A Political History of Europe and America 1760-1800*, Princeton University Press 1959.
- 70 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), 中央公論社, 1970年, 238～268頁。
- 71 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。Charles A. Thatch, *The Creation of the Presidency 1775-1789: A Study in Constitutional History*, Johns Hopkins University Press 1922, p.173.
- 72 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。
- 73 こうした見解については、例えば、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. Ruth Weissbound Grant and Stephen Grant, "The Madisonian Presidency," in Bessette and Jtulis, *PCO*, Chapter II.
- 74 Martin Diamond, "Democracy and the Federalist: A Reconsideration of the Framers' Intent," 53 *American Political Science Review* 52 (1959).
- 75 J.G.A. Pocock, *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton University Press 1975, pp. 523-530. [ジョン・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圏の共和主義の伝統』(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.*
- 76 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).
- 77 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.
- 78 「独立宣言」、『世界の名著 33』232～237頁。
- 79 Luban, *Ibid.*, pp. 514-523.
- 80 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.
- 81 Luban, *op.cit.*, p. 126.
- 82 『ザ・フェデラリスト』, 第69編, 336頁。
- 83 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.
- 84 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議会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.
- 85 『ザ・フェデラリスト』, 69編, 335頁。
- 86 これらの点について、Luban, *op.cit.*, pp. 526-527.
- 87 事実、憲法制定後に発生したフランスとの紛争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。最も有名な判決として、*Little v. Barreme* 6 U.S. 169 (1804)。だが、裁判所の判例の動向は、南北戦争に際してリンカーン大統領が講じた措置を巡る裁判を境として徐々に変化して行く。例えば、1863年のプライズ事件 (*Prize Cases*, 67 U.S. 635) では、大統領は議会の事前の承認がない段階でも港湾封鎖などの戦争行為を合法的に行なえるとする見解が示された。ただし、同じく南北戦争に際してリンカーン大統領が下した人身保護令状の停止命令については、1866年のミリガン事件 (*Ex parte Milligan*, 71 U.S. 12) で明確な違憲判決が出されており、「戦時と平時を問わず、憲法は全ての人を守る盾である」ことが強調された。裁判所が一貫して「帝王的大統領制」に迎合的な判決を出すようになった契機は、むしろ対外的国家主権の観点から大統領の権限を憲法の制約から解き放つべきだと論じた1936年のカーチス・ライト判決に求めるべきだろう (*United States v. Curtiss-Wright Export Co.*, 299 U.S. 304)。以上につき、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.
- 88 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).
- 89 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.
- 90 Richard H. Cox, *Locke on War and Peace*, Oxford University Press 1960.
- 91 Epstein, Pilon, Stone and Yoo, *op.cit.*, pp.311-316.
- 92 『ザ・フェデラリスト』, 70編, 341頁。
- 93 *Ibid.*, pp. 324-328.
- 94 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).
- 95 『法の精神 (上)』, 181頁。
- 96 イリイは大統領が戦争権限決議に違反した場合、裁判所が手続き的な観点から審査を行なって、その戦争が違法であることを確認すべきだと論じた。John H. Ely, "Suppose Congress Wanted a War Powers Act that Worked," 88 *Columbia Law Review* 1379 (1988).
- 97 例えば、クリントン大統領が議会の事前承認を得ることなく、NATOに参加して行なったユーゴスラビアへの空爆に関して、連邦議会の数名の議員がこれを戦争権限決議違反として裁判所に提訴したが、裁判所は「訴えの利益」がないとして却下した (Campbell. v. Clinton, 203 F. 3rd D.C.Cir. 2000)。イリイの「リーガリズム」的な解決策の限界を示す典型的な判例だと言えるだろう。
- 98 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。

謝辞

『国際協力論集』の匿名のレフェリーより、本論文の草稿について詳細かつ的確なコメントを頂いた。ここに謝意を表したい。

Imperial Presidency and the Belated Counter-Revolution

TANABE Toshiaki *

Abstract

Alarmed by the President Nixon's unilateral use of war powers, the Congress passed the War Powers Resolution (WPR) in 1973, pledging to realize the 'intention of the framers of the United States Constitution.' Over the last forty years, however, WPR has been largely 'eviscerated' by presidents who simply refused to follow its prescribed procedures.

Several administration lawyers and conservative politicians have harshly criticized WPR, claiming that it is unwise, dangerous and unconstitutional. But why do they insist that WPR is unconstitutional? What is the constitutional theory lying behind their arguments? This Article explores these questions in three parts.

In Part I, the Article traces the initial objection raised against the WPR in 1970s. At this stage, 'presidentialists' who objected to WPR tried to legitimize the 'undeclared war' by appealing to the past government practice. Although this objection is still popular, the Article demonstrates that the theory lying behind these 'presidentialists' suffer from serious flaws.

In Part II, the Article takes up another challenge to WPR posed by the 'Unilateral Executive Theory' initially advanced by Reagan Administration lawyers. This theory has opened up the possibility to make the 'undeclared war' constitutional by enlisting the concept of 'executive power' found in the European theorists such as John Locke, Montesqueue and Blackstone. As the Article shows, however, the republicanism of American revolution sharply contradicts with these European concepts of 'executive power.'

* Ph.D. in Political Science, Kobe University.

In Part III, the Article addresses the latest challenge to WPR advanced by John C. Yoo. Based on the work of historian Gordon Wood, Yoo believes that framers of the constitution revered aristocracy and gave the President the same war powers as the British King. However, evidence such as Hamilton's Federalist No. 69 makes it plain that Yoo's contention is untenable.