

アメリカ議会の戦争権限（一）

富井幸雄

一 はじめに

アメリカ合衆国憲法（以下「憲法」）は、議会に、宣戦の権限を与え（二条八節一項⁽¹⁾）、捕獲特許状を發布し、陸上及び海上における捕獲に関する規則をはじめ（同項）、軍の編成や規則を制定する権限を認めている（二二二―四項）。一方で、大統領は軍の最高司令官（Commander in Chief（CINC））であると規定する（二条二節一項）。アメリカが対外的に軍事力を行使するとき、誰が決定をし、いかなるプロセスでなされ、議会と大統領がどのような権限配分になっているのか、憲法規定からは一義的に引き出されない⁽²⁾ので、混乱と議論を生じさせてきた。

筆者は先に、憲法における軍事の権限について、CINCとしての大統領の軍隊指揮権を分析し、議会とのかかわりをみた⁽³⁾。そこでは、議会と大統領の軍事に関する権限配分やそれぞれ侵されない部分はどこなのかが明確ではないため、CINCに大統領の武力行使の決定権が認められるかが争点となっている。CINCとしての大統領の軍権も

議会の制定法によって規制されることがあるのを観察したが、議会はいかなる地位と権限を有するのか、その内容と限界を明確にする必要を痛感した。

政府の軍事的権限をめぐって、大統領に固有の権限はあるのか、あるいは議会のそれはどこが議論されてきた。とりわけ誰が戦争を始めることができるのかの戦争権限をめぐっての争いは喧ましい。憲法は議会が宣戦をすると規定しているにもかかわらず、CINCの規定から大統領の専権を認め、議会の事前の同意なく対外的武力行使の決定権は大統領にあるとの憲法解釈が通用している。しかし、議会は予算権や立法権を有し大統領はこれに服するのであるから、CINCといえども制定法の制約を受ける。戦争権限の議論は、アメリカ憲法の伝統に達していると思われるが、大統領と議会のどちらにこれがあるのかに費消されている。戦争権限の論者は憲法の宣戦規定とCINCの規定に傾注して「浪費してきた」とまでいわれる⁽⁴⁾。

武力行使の決定とプロセスは政治である。そのアクターは大統領と議会である。戦争権限が明確にできなかったのは、憲法が制定された一八世紀後半ならともかく、それ以降そして現在においても、宣戦して戦争を開始させることはむしろ例外であり、現実には「事実上の戦争」あるいは不完全な戦争 (imperfect war) として、宣戦といった意思表示ではなく、事実から戦争とみなすようになり、憲法の戦争権限の規定がストレートに適用し難くなったことにある。すべての「戦争」が宣戦を経てなされるというのが法であるなら、憲法で戦争権限の問題はこれほど熱く議論されなかったかもしれない。憲法制定当時の宣戦の意義が今日も通用するわけではなく、宣戦を議会の権限とした憲法条項に何が込められたかを解釈しなければならぬ。憲法の「戦争」がいかなる意味か、どこまでのどのような戦闘行為が想定されているのか、である。現実には、こうした事実上の戦争あるいは奇襲 (sudden attack) 、さらには国連決議に基づき、いわばアメリカの主権の発動としての武力の行使でない「戦争」について、

軍事力行使の決定とプロセスは憲法上どう解されなければならないかが問題となる。

もつとも、憲法における戦争の議論は食傷ぎみで、憲法解釈において戦争権限条項の戦争の定義はさほど議論されない。「法律家は戦争の定義の探求を放棄した」という現実がある。彼らは「戦争とは何か」との困難な質問をなげかけることをやめ、そのかわりに「武力紛争 (armed conflict) とは何か」との、はるかに単純な問題にすり替えてしまった⁽⁵⁾。戦争権限の解釈もこの戦争を定義することで土俵が設定されなければ、議論にならないともいえるよう。

やっかないことに、「戦争」概念は一義的でない⁽⁶⁾。戦争権限の議論は、そのスタートで対象が固定し得ないことで憲法解釈を難しくしている。一八世紀の典型的な近代憲法であるアメリカ憲法の条文のアップデートは、権力分立に関してはなされていない。硬性憲法の宿命である解釈による現代化が、ことさらこの戦争権限の問題に要求されるのである。

法的に明確にするということでは立法によることが考えられる。現に一九七三年、議会はニクソン大統領の拒否権行使に浴した上で、再議決によって戦争権限法 (War Powers Resolution (WPR)) を可決させ、以後これがアメリカ軍事力行使の基本法となっている。しかし、憲法で権限の所在が明確でないからといって、立法で解決させることで決着がつくものでもなからう。当然のように WPR が違憲であると主張されることとなる。執行権 (大統領) は民主党だろうが共和党だろうが、この立場を基本としているようだ。

本稿はまず、大統領の軍権との対比で議会の戦争権限が憲法学的にどう議論されるのかを整理する。大きく議会優位 (Procongress (ProCon)) と大統領 (執行権) 優位 (Proexecutive (ProExe)) の二つのアプローチがあり、その対立点を検証する。これは学理的な議論である。憲法解釈は学説のみでなされるのではなく、運用や歴史も重

要な要素となる。そこで次に、憲法の戦争権限がアメリカの軍事の歴史の中でどう運用されてきたのかを素描する。大統領優位Ⅱ議会忍従の構図は否定できないが、大統領は議会を無視することができないのも事実である。ベトナム戦争のときに戦争権限が深刻に議論され、その後にはWPRが制定される。これは違憲と判断されることなく現在も効力を有しており、戦争権限の法的な枠組の基本となっている。WPRを検討する必要があり、多様な軍事力行使にあつてその決定の憲法的メカニズムがどうなっているのか、アクターである議会と大統領の関係を考察することになる。その際、現代の議会主義の傾向を踏まえながら、議会が執行権の軍事力行使の決定に効果的な統制を及ぼすとの視点から、アメリカの運用の現実と、そこにいかなる課題があるのかを検討する。

アメリカの武力行使は、朝鮮戦争に見られるように国連の集団安全保障 (collective security) の枠の中で米軍を対外的に使用することがあるし、北大西洋条約機構 (NATO) のような条約上の義務に基づいて軍事力を使用することもある。そうしたものが憲法の戦争権限の対象にストリートにあてはまるのかは問題となる。さらに、9・11後の対テロ戦争でも同様なことが問題となる。これらはアメリカの国益追求と単純にわり切れず、国連憲章や安保理決議、あるいは条約といった国際法上の義務に基づくものである。かかる分野は大統領の専権が認められやすい。その際、宣戦規定を盾に議会の事前の承認を得なければならないとの憲法解釈が通用するかが議論となる。本稿はこれを検討することで戦争権限の考察を深めていく。そして、これら一連の議会の戦争権限の検討を踏まえて、議会は軍に対して憲法上どのような地位にたつていかなる権限が認められるかを検討する。

本稿では、戦争権限 (War Power) は戦争あるいは武力の行使を決定する権限をさす。それは対外的な軍事力行使の決定権にほかならない。これは「宣戦と軍隊を維持する議会の権限 (憲法一条八節一一―四項) とCZCとして戦争を遂行させる大統領の権限 (憲法二条二節一項)」と定義される。⁽⁷⁾ 対外的武力行使の究極的な決定がど

こにあるかが未決着で両者の協働とするものであることを踏まえた定義である。本稿はこれを広義とし、そのエッセンスのみを抽出し、対外的武力行使の決定権と定義して、狭義にとらえる。それが憲法の戦争権限の問題の核であり、戦争権限が規定するところのものであるからである。議会の戦争権限を明らかにすることによって、大統領の軍権の範囲をより確定的にしよとの試みでもある。

戦争に関する権限は、州には属さない連邦政府の自己完結的な権限である（憲法一条八節、四条参照⁽⁸⁾）。この連邦の憲法に戦争権限を明記したことは、なによりもこのことを示すためである。憲法上、議会は軍事的権限を行使するために必要で適切な権限を有し、大統領はCINCとして国家の安全を保障する義務を有する。連邦政府は他国の武力攻撃からアメリカの国土と市民を保護し、国家資源を戦争に動員させる権限を有し、それは恐ろしく巨大で死活的包括的な権限である⁽⁹⁾。ダグラス最高裁判事は、「戦争を遂行する権限は戦争を成功裏に遂行させる権限である」⁽¹⁰⁾とのHughes^{ヒューズ}判事の言を引用して、第二次世界大戦での日系人強制收容事件を観察しながらこう述べている。「戦争権限は全面広がりである (pervasive)。…人民は平和時の自由の考え方を否定するようなやり方で嚴重に統制される。財産は通常の基準によつて厳格なやり方で統制され規制される。国家のあらゆる生命がかかっているといふので、巨大な制約が認容される。…物語は、「戦争権限」は広汎で全面広がりであり、議会在平和時には決して夢想だにもしなかつたことをなす権限を議会に与える競合する権限だといふことである」。

9・11で見られた「戦争権限」は、対テロ戦争では議会も大統領も意見の対立がなかつたから、誰が戦争を始めよかの問題はさほど議論されなかつた。そこでの「戦争権限」は大統領のそれとして、あるいは議会の立法の限界として、人権を侵害する権限行使が認められるか、大統領権限の拡大の問題である。戦争権限はむしろこうした局面で多く議論されるようになってきているようだ。第二次世界大戦中の日系人強制收容事件のように、戦時での執行権

限（戦争権限というよりこう呼ぶほうが適切と考える）の拡大が憲法の関心となるのは当然である。しかし、権力分立を基調とする立憲主義原理は、戦争の国家的決定について議会の関与を明記させたのである。アメリカが憲法で戦争権限を明記しておくのは、イギリス憲法から親離れてアメリカの立憲主義を確立させることであり、またかかる権限が連邦に属することをはっきりとさせておくことである。制憲当時はもちろん、現在でも限定され国際社会の監視にさらされるようになったとはいえず、武力行使に訴える権利が国際法で認められている以上、国家が武力行使を決定でき、そしてかかる戦争が国民に大きな影響を与えることから、その権限の所在や手続は当然憲法典の関心となるのである。⁽¹¹⁾

II 戦争権限の議論の枠組み

1 憲法の条文の構造と問題の所在

憲法は議会に宣戦 (declare war) (一条八節二二項) の権限を与え、大統領を軍の最高司令官 (CINC) (二条二二節) としている。条文上は、議会にせよ大統領にせよ、単独で戦争の全てのプロセス、つまり戦争を決定し終戦まで遂行することはできないこととなる。⁽¹²⁾ 戦争はこれら両政治部門の協働でなされる構造になっているのである。文言や制憲経緯から、戦争開始 (initiate war) の決定権は大統領ではなく議会に与え、一方で、戦争の遂行権 (conduct war) は議会ではなく大統領に与えたのであり、それぞれについて他者から統制されない実質的な自律領域があると解される。⁽¹³⁾ 議会のみが宣戦をするかしないかを決定でき、大統領だけがCINC条項により軍事命令の

権限を有する。これは他の国家や組織との戦争を開始させる権限は含まないから、大統領一人で戦争を開始できないということになる。「大統領を呼ぶな、議会を呼べ。議会が国家の戦争にとりかかる決定を統制する先占的な権限を割り当てられた機関なのだ」⁽¹⁴⁾。議会は国家を戦争に突入させる権限 (jus ad bellum) を有し、大統領は戦争遂行権 (jus in bello) を有するのである。⁽¹⁵⁾

こうしたいわば額面通りの解釈は、文言と制憲過程とそれらを素直に踏まえた制憲初期の慣行で形成されていた。当初、憲法草案では「戦争をおこす」(make war)であったのを、大統領が防衛的な軍事行動をとれるように戦争権限を執行権に留保させるべく、「宣戦する」(declare war)とされた。make warだと議会は戦争遂行もなることになるが、それは執行権の権限であり、これに容喙することになるからである。「議会が戦争を始める(start)か否かを決定する。大統領はそれをどのように遂行していくか(carry out)を決定する」⁽¹⁶⁾。

戦争権限に関する初めての議論は、一七九三年半ば、英仏戦争でG・ワシントン大統領が中立を宣言した時であった。ハミルトンは大統領の権限だと主張したのに対し、マディソンは立法院の権限とした。⁽¹⁷⁾当初は、戦争権限の憲法構造解釈にさほど異論はなかった。しかし、国際情勢はこうした宣戦をしてから開始するというような戦争を時代遅れにさせていった。一七九八年のQuasi-warはそのあらわれである。⁽¹⁸⁾これは、アメリカ憲法下でのヨーロッパとの初めて戦争であるが、議会によるのも含めて宣戦布告はなかった。⁽¹⁹⁾戦争権限が問題となるも、判例はきれいに整理している。⁽²⁰⁾議会が宣戦するという場合の戦争とは何かである。憲法は一八世紀の国際法を前提として、騎士道的な、いわば名乗ってから戦闘を始めるという戦争を意味した。しかし、こうした戦争はすでに見出し難いものになっていた。一条八節一一項の戦争がそうした古典的な意味であるなら、多くの国際社会における戦争はこれには含まれないことになる。戦争は憲法上の用語であるから、これを明確に定義しなければなるまい。戦争を古典

的な意味で解するなら、それ以外の武力行使の権限はどうなるのか。戦争権限の憲法問題の核は、憲法が戦争の開始は議会が決定するとも読める可能性があるから、その戦争はいかなるものなのかとなる。

憲法の戦争権限規定の揺さぶりは、議会ではなく大統領が中心になっていった歴史や運用にある。大統領先行¹¹ 議会忍従といった構図である。「大統領は、有効な反対にあうことなく繰り返し行使することで、議会が黙つていくところ」で (where Congress is silent)、効果的な挑戦をはるかにはねのけて、海外に部隊を派遣する自分の権限を確立させたが、その権限の憲法上の根拠と憲法上の限界はいまだに争いがある。こうした権限はまぎれもなく「主権国家」の政府のどこかにある。合衆国にあつては、憲法の規定の仕方は明白ではなく、そうした権限が大統領か議会かのどちらかに認める (あるいは否定する) という規定ではない。大統領権限はより大きな権限の中に見出されなければならない¹²⁾。

立法で明確にするアプローチが現実ではとられた。WPR (戦争権限法) の制定である。もともと、そこでは戦争を定義したというより、議会と大統領の協働を図る手続を明らかにしたといえる。憲法での戦争の意味が不明瞭であるため、WPRでは「戦争」を用いず、「敵対状態 (hostilities)」の語を使っている。やはり、この敵対状態とは具体的にどのような状態を指すのかは決着をみないこととなる。憲法の戦争をどのような用語で置き換えても、その中身をはっきりさせることはできないようだ。WPRでは近時の国際紛争への対処が不明となるため、議会への諮問を要する軍事行動を明確にする試みがなされている¹³⁾。

こうしたアプローチは戦争権限についてどのような憲法解釈を踏まえているのであろうか。一条八節の戦争は古典的な戦争に限定されず、国連憲章 (United Nations Charter) 下の概念でいう武力行使すべてに適用されるのか、それとも軍隊を派遣する場合のすべてを含むのが問題となる。宣戦は議会の権限である。しかし、その戦争とは

いかなるものなのか、憲法上明確ではないということである。現に、この戦争の中身をめぐって議会の戦争権限の限界、あるいは大統領の自由な決定の範囲が問題となるのである。

一条八節「一項の declare war の war の意味を限定的にとらえ、それ以外の武力行使については憲法に規定はないとする解釈と、戦争はすべての武力行使を含むと解して、議会の同意が奇襲対処を除いて必要である、あるいは大統領は海外派兵できないとの解釈に分かれる。後者は議会優位型 (ProCon) に結びつき、前者は執行権優位型 (ProExe) に結びつく。実際には第二次世界大戦のような戦争ではなく、国連や NATO などの集団的な安全保障のために米軍を使用することが憲法の「戦争」に該当するのかが問題となる。「大統領は「小さい戦争 (little wars)」——リビア爆撃やグレナダやパナマの侵攻、ハイチの無血の侵攻のような、小さな軍事介入や迅速な攻撃——を、あらかじめ議会の承認を得ることなく実行することが憲法で認められているか」である。⁽²³⁾

一六世紀から一八世紀前半まで、正式の完全な (solemnly perfect) 大きな (big) 戦争は正式の宣戦によって始められた一方で、正式でない不完全な小さな戦争、今日でいう武力紛争 (armed conflict) は、捕獲特許状を発することで始められるものとされたという。⁽²⁴⁾ とすれば、憲法一条八節「一項の戦争権限条項はこれを意識して捕獲特許状まで入れたのであり、その意味するところは、すべからず戦争なるものは議会の了解がなければなしえないということになる。

アメリカの武力行使に議会の事前の授權を憲法上必要とするかは、手続の問題でもある。では誰が戦争を始めるのか。軍隊を動かす軍権は大統領 (執行権) にある。宣戦権は議会にあるから、議会が戦争を始めることができる (イニシエート)。では大統領にイニシエートの権限はないのかといえ、軍権 (軍隊の指揮監督権) をもっているから武力行使ができるとの解釈はありうる。大統領が武力行使をイニシエートすることに議会は反対できるのか。

憲法上は、大統領が単独で武力行使できるとしても、議会がその遂行に必要な予算や立法をつけなければ現実にはできなくなる。議会固有の財政や立法の権限は大統領の軍権に拒否権的な機能を果たすことになり、究極的には議会が優越するといえよう。奇襲まで含まれるかは不明だが、長期に至らず過激な戦闘にならない武力行使にも事前に議会の授權が必要なのかは、問題となるのである。

ProExeは一切の武力行使は大統領の判断でなしうとする。しかし、ProExeも議会固有のこの拒否権の機能は認めているから、長期の戦争は大統領の判断のみではできないことを認める。注意したいのは、ProExeは議会の戦争権限を一切否定するのではなく、むしろ憲法上の歳出権 (power of the purse) を重視して、議会は執行権の戦争志向に歯止めをかける強力な権限をもっていることである。戦争権限は、こうした小さな戦争にまで議会の授權を必要とするのが憲法の趣旨なのかを問題とする。

現実には、武力行使には大統領が先行し、これを議会が事後的に吟味し、支援もしくは拒否または忍従を示すパターンになる。ProConかProExeかの憲法解釈は学問的には意義があるかもしれないが、実際にはどちらの顔も立つように運用されているように思われる。ただ、小さい戦争とはなにか、誰がそう判断するのは明確ではない。したがって、小さい戦争は大統領先行と割り切ってしまうことは危険ともいえる。そう考えれば、やはり小さい戦争でも議会の授權が必要とするかが法的に明確にされなければならぬ。WPRが制定されるも立法はこの点は不明のまま、さらなる立法がない以上、憲法がいかなる考えであるのかを明確にしていかなければならない。

2 ProCon v ProExe

(1) 概観

かくして決定的ではない憲法の規定ぶりから、誰が戦争を始めることができるのかをめぐって、憲法一条八節一項の戦争権限条項を広く読むか狭く読むかの対立が生じる。読む対象は「戦争」概念である。広く読むのは、宣戦の対象をすべての戦争（武力行使）として、軍隊の派遣は議会の事前の承認を要するとの解釈にたつ（ProCon）。首唱者は¹⁵イライであり、「すべての戦争は、大きいも小さいも、多くの言葉で宣言されようがされまいが、立法的に授權されなければならない」に定言される²⁶。狭く読む者は、戦争条項は宣戦の規定であり、すべての戦闘が宣戦を経なければならぬのではないから、広く安全保障の見地から軍隊を対外的に派遣することは大統領の権能としてCINC条項で認められているとする（ProExe）。

法学辞典では、戦争は「国家、州、あるいは支配者間でなされる軍事力による敵対紛争で、しばしば同じ国家あるいは州内での当事者による場合もある」と定義される²⁷。戦争には六種類あるとされる。civil war（市民戦争）とは同じ国の人々の間での内的紛争をさす。imperfect war（不完全戦争）とは時と人と場所が限定された戦争であり、mixed war（混合戦争）とは国家と私人との間の戦争であり、perfect war（完全戦争）とは他国に対して国家全体が巻き込まれる戦争である。private war（私戦）とは私人間の戦争であり、public war（公戦）とは二国間でそれぞれの正当な政府の権限の下になされる戦争である。solemn war（正式戦争）はある国が他国に対して正式に公的に宣戦をしてなされる戦争と定義される。ベトナム戦争ではそれが戦争権限条項の戦争に該当し宣戦を

必要とするかが問題となつて、司法判断にまで持ち込まれたこともある。⁽²⁸⁾

戦争権限条項が議会の権限を規定したものであり、権力分立の規定であることに注目すれば、宣戦は議会固有の権限と解される。ProConであつても、米国あるいは米国民に対する奇襲対処は大統領（執行権）が先占するとの解釈にはほぼ争いはない。すべての戦争あるいは国連憲章の用語での武力の行使には宣戦が必要なのかというと、そうではないし、国際法上宣戦がなければ戦争ができないというものではない。実際、アメリカ（に限らない）は宣戦なくして対外的に武力行使を行なつてきている。とすると、戦争は議会の宣戦がなくても可能となり、ではそれは誰がイニシエートできるのかということになる。憲法はそこまで明確には規定しておらず、想定もしてないようだ。CINCあるいは執行権の長（CEXE）として大統領にあるとみるのか（ProExe）、戦争権限はすべての戦争を対象としているとして議会の同意が必要である、あるいは憲法は議会のみ戦争をイニシエートできる権限を与えていると読むのか（ProCon）、の対立となる。誰がアメリカ軍を敵対状態に派兵することができるか。それが武力行使決定の権限すなわち戦争権限にほかならない。こうした両極のアプローチも含めてこの解釈には大きく五つの考え方があげられよう。⁽²⁹⁾

(2) ProCon

第一は、大統領は緊急事態のみ自分のイニシアティブだけで軍隊を派兵することができ、これには事前に議会の授權を必要としないけれども、それ以外すべての対外的武力行使には議会の事前の授權を必要とするものである（Ely, Fisher, Lobe）。⁽³⁰⁾ この立場のHenkinは、戦争権限が国内の立法権限の源泉であるとし、「戦争を宣言し遂行する（wage）権限は、戦争に移行する、あるいは防ぐように行動し、また戦争に備える権限を含む。したがって、

平時に精巧な国防計画を確立させること―単に巨大な支出だけでなく詳細な規制計画―も含み、たとえば、強制的な軍役務、原子力関連行為の統制、何百万もの連邦政府職員や政府契約者に影響を与える包括的な安全保障計画も含まれる」。さらに戦後処理も含む。「戦争と講和に関する議会議権限は全権的 (plenary) である」とする⁽³²⁾。

ロベール Lobel は、一九九四年のハイチ軍事介入で、クリントン政権が敵対状態はないから武力行使ではないとして、WPPR にのっとらず一方的に派兵したことについて、かかる Prece の憲法解釈がそうした状態は憲法一条八節で用いられた「戦争」のレベルに達していないから、大統領は一方的に、アメリカの軍や領土あるいは市民の保護のためには使用されない非防衛的な軍事力の行使が授權されていると考えるのを次の三点から批判する⁽³³⁾。

第一に、憲法はそもそもそうした短期小規模の敵対状態を議会の同意なしに大統領に認めたのか。ProCon の立場は一一項後段の「捕獲特許状の発行」権限を重視する⁽³⁴⁾。なるほど捕獲特許状は私人に対して船の武装を許可することを意味するし⁽³⁵⁾、今日では時代遅れの (obsolete) 感があるが、それは不完全な戦争 (imperfect war) とか制限された戦争を公認するのである。一定の戦争は捕獲特許状でなされたし、「捕獲特許状発給の特権は戦争をなすことにほぼ相当する。これが実際には唯一の不完全な敵対状態であるからだ」(ブラックストーン) とされた。ストーリー (Joseph Story) も、この条項で明示された権限は「全く不必要なものと考えられず、なぜならばそれは戦争に訴える必要を防ぐため、しばしば平和的な手段であったからだ」としている⁽³⁶⁾。

もともとこの捕獲特許状条項はなかった。制憲会議で make war を declare war に入れ替えたと同時に、^{エルブリッジ・}Gerry (Virginia 代表) が挿入を提唱したのであり、このタイミングからも宣戦とは別の武力行使の形態を想定して、これを議会の権限としたとされる。初期の運用もこれを前提としたし、この条項は「宣戦された戦争でない他国に対するすべての武力行使や復讐をカバリーするのを意図したもので、…少なくとも、他国に対してイニシエート

された戦争行為すべてを宣戦条項に含ませる広い解釈をささえるのである」。

第二に、そうであるならば歴史はこれを覆したか。大統領がこれまで議会の同意なく武力を行使してきたのは明らかだ。問題はこれをどう評価するかである。ProConは、それらは違憲であり篡奪 (usurpation) であるとして一蹴する。ProExeは、こうした歴史を重視しその根拠とする。「歴史は大統領が戦争をなすことの慣行を正当化する」⁽³⁷⁾。ProExeのMonaghanにあつては、長期の蓄積された大統領の戦争権限の慣行は政府の構造に深くしみついているので、憲法論として決定的なものとして扱うべきだとする。⁽³⁸⁾

第三に、では議会の同意を必要とするとの解釈は時代遅れとなつたのか。一条の戦争権限条項は重要な目的や価値を体現している。それは、外交は一人の人間ではなく独立した国家意思への昇華であり、民主主義的決定でなければならぬということである。歴史では大統領の冒険主義でこうしたことが歪められた。しかし、制憲者は執行権の冒険主義による専制的あるいは帝王的な戦争を防ごうとしたし、こうした視点は維持されなければならないとする。

かくしてProConは、奇襲を除いてすべての武力行使は議会の授權が必要との憲法解釈をとる。四ははやや広く解して、議会の事前の授權をとることができないときも例外となるとし、彼の提案する戦闘授權法案 (Proposed Combat Authorization Act) では、事前の議会承認を原則とした上で、「安全保障への明らかなき脅威が極めて急激に展開してそうした授權を議会が先行して考えるのを排除できる、もしくはイニシエート (戦争開始) に先んじてそうした脅威に秘密裏に対応させるアメリカ大統領制を維持するのが、その軍事的効率性に明らかに不可欠である場合」は除くとしている。⁽³⁹⁾

(c) ProExe

第二は、いかなる場合でも大統領は米軍を使用する一方的な権限を有しているとの立場 (Robert Turner, John Yoo)⁽⁴⁰⁾で、ベトナム戦争時のアメリカ国務省による政府公式見解でもある。「憲法は特定の武力攻撃状況がかくも喫緊で合衆国の安全保障に脅威をもたらしているので、大統領に自らが議会に諮問することなく公式に行動できるかを判断する権限を委ねている」。

大統領先行型の歴史や慣行を重視する。ボックは、大統領の外交専権は憲法の構造と歴史の変遷の合体した産物であり、議会は多くのメンバーからなる合議体で、軍隊使用の迅速かつ柔軟な行動には不適である。歴史の変化で国家の安全保障が喫緊となり、その必要性から執行権が議会の同意なく軍隊を海外に派遣できるのであり、「大統領にその権限が必要であることは、とりわけ現代にあつては、ほとんどなんびとも明らかである」とする⁽⁴¹⁾。

大統領は、立憲主義の実現と擁護の権化、そして国民統合の要と認識されている。こう考えるのは法的ではないが、無視できないであろう。多元的社会たるアメリカの韌帯は共有される信条であり、それが正義と認識され、公的判断の究極のよりどころとなる。これは目に見えないもので、トクビル以来多く指摘されてきた市民宗教といわれるものである。これをリードしてきたのが大統領である。この大統領には、ナシヨナリズムを鼓舞し、国家の安全を基軸に据え、まさに「市民的信仰をつかさどる大司祭として、国を肯定し祝福すべく人々に働きかけ、同時に国民文化を賛美して、国民という羊の群れをなだめる」「祭司型」と、ナシヨナリズムに批判的で、「国の行動を全能なる神の意志に適うようにしよう」と努め、「国の政治的な罪を悔い改めるべく国民に呼びかける」「予言者型」がある⁽⁴²⁾。いずれにせよ、大統領は憲法をはじめとする法的な権威とは別に、こうした精神的あるいは社会的権威を有し、それがまた歴史的に形成された文化でもあることに留意する必要がある。憲法で曖昧な部分あるいは不文律

はこうしたいわばモーレス (mores) で判断する手法は、この立場とは無縁でないように思われる。

(4) 折衷型あるいは ProCon の分派

第三は、議会は自らが望めば、ほとんどの場合軍隊を使用する大統領の権限を明文で制約することができるという考え方である (Walter Dellinger)⁽⁴³⁾。デリンジャーは、一九九四年ハイチへの平和維持、人道支援のための米軍の派兵について、事前の議会の同意が必要だとするアカデミズムを批判して、「用兵の期間、性格、範囲と、正統な政府の同意が与えられると、大統領はこの用兵は (憲法の戦争権限) 条項の意味での戦争を構成しないと判断することができるとする⁽⁴⁴⁾。戦争権限条項 (一条八節二一項) は、必要適切条項 (同一八項) や予算権限条項とともに、そうした軍事力行使に関わる立法を制定する広範な権限を議会に与えた。にもかかわらず、誰もハイチでの計画された作戦を議会は禁じたと論じる者はいなかった⁽⁴⁵⁾。議会と大統領の権限の憲法解釈は、WPR にあって、憲法の戦争権限条項にみられない何らかの「敵対状態」の発意で議会が承認する要件をあれこれするよりも、憲法が規定する要件、つまり戦争の意味を同定させることに向けられるべきだとして、実務では戦争権限条項が大統領の発意を否定するように機能したことはなかったとする⁽⁴⁶⁾。議会は望めば、大統領の戦争権限を制約できるのであり、逆に議회가これを授權すれば大統領の戦争権限は十全なものとなる。両者の権限の曖昧なところは議会の制定法が優先するとした Youngstown 判決の定式を踏むもので⁽⁴⁷⁾、ProCon でも ProExe でもなく、両者の中間に位置づけられよう。

第四は、最も歴史に根ざした考え方方で、これまでの長期の運用や実務が、実質的な軍事力である敵に対抗する集団としての軍事力の使用には議会の授權を必要とする要件と、アメリカの利害を守るために小規模な急襲作戦 (strike operation) に係らしめる大統領の一方的な権限の両方を認める⁽⁴⁸⁾。大統領は防衛的、人道的、平和維持目的

のための軍隊派遣をイニシエートできるが、憲政史では議会の規制に服することとなっているとする。

第五は、全面的な大統領の裁量的行為に憲法の枠組みはあまり働くものではないとし、外交上の目的から平時に軍隊を使用するのは歴史的に認められたもので、在外アメリカ人の生命が危険にさらされているときの救出作戦 (rescue operation) も、大統領に決定権を認める一方で、そうでない急襲作戦には別に議会の授權がない限り大統領の一方権限を認めない (Stromseth)⁽⁴⁹⁾。救難目的でない急襲作戦にかからせることは授權されないとする。

あえて折衷型と整理してみたが、どちらに重きを置いているかはいずれの議論でも明らかであって、その意味では折衷型と整理する必要はないかもしれない。ProConもProExeも、根本的な分岐点は制憲意思であり、文言もさることながら、その背景にある思想や条文に込められた意図をどう解するかで分かれる。その後の歴史や運用はProExeよりに展開するも、憲法運用史を規範的にどう評価するかは憲法解釈論の立場もからんでくることになる。折衷説はそれぞれの制憲意思の解釈を基盤としながら、その後の歴史、とりわけ国際関係や情勢、戦争の意義などを勘案して、軟化した合理的解釈を模索するものといえよう。

(5) 機能的視点

ProConとProExeの立場と、それぞれに親縁関係にたつ考え方と、さまざまに論じられるけれども、いずれも決定的な憲法解釈とはなっていないようだ。戦争権限は憲法学では相当に論じられている。チェムリンスキーは、「憲法は宣戦と戦争遂行の統制について争いの種 (invitation to a struggle) になっている」とし、裁判所がこの問題を政治的問題として判断していないことも拍車をかけているとする⁽⁵⁰⁾。

機能的観点からは武力行使の効率性や実効性が重視され、ProExeが志向されよう。軍の展開には即応性が要求

され、そうした局面はいわば緊急事態であるから、いちいち議会の同意を得た上でなければならぬとすると遅きに失してしまい、安全保障という重大な立憲主義的利益が阻害されることになる。⁽⁵¹⁾ 議会は討議をする機関で、合議により意思を決定するから、時間はそれなりに必要となる。しかも議員の数だけ考え方があり、軍事的決定のように単一的決定を下すにはむいていない。他方、武力行使の正当性や民主的統制の面を重視すれば、武力行使の決定を慎重に吟味することが求められ、決定に至る経緯や事実関係、情報などが審査され、国益にかなうかどうかといった点を議員が討議することで、そうした要素が担保されることが考えられる。

議会と大統領のどちらに戦争のイニシエーションを認めることが効率的か。この観点からそれぞれの功罪を分析するアプローチがある。⁽⁵²⁾ 「戦争と講和の決定をなすとき、いかなる戦争権限のシステムなら合衆国の実効性 (effectiveness) を高めることになるか」(3315) であり、Yooらは敵対国が民主主義国なら事前の立法の授權が重要な表示の機能を果たしうるが、非民主主義国やテロ組織ならかかる表示機能は薄くなるであろうし、この決定が本質的に政治的判断であることから裁判所が果たす役割はなく、議会の授權を求めるかの決定は大統領に属することになると論じる。

戦争着手システムの機能目的は何か。ProCon (Yooは議会第一 (Congress-first) とする) のElyは、重要なのは戦争決定から執行権を排除することではなく、「さまざまな視点を持つ多くの人々の同意を要求することで、戦闘への道を止めさせる (log) こと」であるとする。⁽⁵³⁾ しかし、討議をしたからといって戦争の選択が良かったのか悪かったのかを判断できる実証的なデータなど、その科学的根拠はない (2118)。次に、戦争をする憲法のプロセスを評価する三つの基準を提示する。第一が政治的アカウントビリティである。大統領が他の機関に比べてもこれを満たす機関であることは争いが無い。議会第一の考えは、エージェンシー・コスト (agency cost) がいかにか

かるかを認識しておらない。第二は正確さ (accuracy) で、これは大統領第一 (President-first) がまさる。議会は執行権に比べて情報にアクセスするのに疎く、執行権は議会が利用できる以上の外交に関する情報に広範にアクセスできる⁽⁵⁴⁾。多くの人間が参加すればそれだけ正確な判断になるとは神話であり、取引コスト (transaction cost) を無視するものだとする。これらが国内レベルでの観察であるのに対し、第三は国際レベルで、危機取引の従事と「民主主義的平和」への調査である。一般に、民主主義国なら十分な情報と公開性で戦争への危機をなすだけ避けようとするので、相手が民主主義国ならその武力行使への希望をより効果的に伝達されることになる⁽⁵⁵⁾。議会参加は費用のかかる戦争を避ける一助となるが、憲法のルールとしては賢明ではなく、執行権が単一性や迅速性などから有利であるとする。

こうした機能分析は ProCon からは弱いように思われる。議会は戦争⇨緊急事態が第一義に要請する迅速性 (expediency, expeditiousness) には明らかに不適な機関である。しかし、憲法は単一の人間が戦争を決定するのではなく、集団的決定 (collective judgment) にせざることで政治的コンセンサスなくして戦争に突入するのを防ぎ、たとえそれにコストがかかっても大統領に議会を説得させることを意図したとする⁽⁵⁶⁾。それがアカウンタビリティと透明性を民主的前提とする憲法原理を満足させるとし、立法院での討論とその果実である授權決議が宣戦規定の論理的帰結であるとする。

緊急事態では迅速に対処し立憲秩序を防御することが求められる。それは軍権の恣意的な行使であってはならず、国内法や国際法にかなうことは勿論、国益が保護されるものでなければならぬ。ProCon も ProExe も偏重的といえないことのないのである。

3 大統領と議会の協働

憲法は戦争権限を規定上必ずしも明確にしていなと観察するならば、議会と大統領のどちらか一方に偏することなく、分担と協働の原理を持たせているとも考えられる。条文では、議会は宣戦をはじめ軍の維持編制の権限を持ち、大統領は軍隊を最高のレベルで指揮監督する。軍の行動に関して機能的観点から大統領と議会はそれぞれ利点と欠点を有しており、それに即した役割が認識される。軍隊の使用の決定プロセスに議会が関与する意義は、民主主義の正当性により包括的な討議であり、大統領のそれは効率性である。⁽⁵⁷⁾ もつとも、これは額面どおりにはいかず、制度運営では両者の駆け引きが見られるのはいうまでもない。

憲法解釈は勢い、戦争権限条項の立法趣旨をめぐる対立となる。この条項も制憲意思 (original meaning) が土俵となる。ProCon は、奇襲対処のための限定された権限を除いては、大統領は議会の授権なく戦争のための部隊派遣はできないというのが制憲意思だとして、現代の解釈もこれを基とすべきとする。⁽⁵⁸⁾ ProExe は、宣戦は限定されたもので、国際法の目的のための戦争に限定されると読み、なかには制憲意思は現代の解釈に関係ないと説く者もある。⁽⁵⁹⁾

ProExe は、大統領が戦争をイニシエートしてきた実務の運用実績を重視し、制憲意思を無関係、あるいは重要でないとする者もある。⁽⁶⁰⁾ 大統領が議会の同意なく戦争を起こせることは歴史が実証しており、歴史そのものが大統領が戦争を始める実務を正当化しているとか (Emerson)⁽⁶¹⁾、二百年余りの長期間にわたる大統領による戦争遂行の実務がしみついているとか (Monaghan)⁽⁶²⁾、こののである。

アメリカが革命によって建国されたにしても、その憲法はイギリス憲法を土台にしている。戦争権限は、イングランド憲法では国王が一手に引き受ける大権であって、議会の権限は一六六〇年代に執行権に対する統制として財政権を獲得するも、戦争発意は君主大権のままで、憲法上は認められていなかった。⁽⁶²⁾ アメリカはこうした憲法的決定は行なわなかった。⁽⁶³⁾ 人民に最も近い議会に戦争決定の権限を与えたとする ProCon の考え方は説得力を持ち、⁽⁶⁴⁾ 宣戦規定に戦争の共和的で民主的なプロセスを要求したとの趣旨は読める。⁽⁶⁵⁾ しかし、CINC との関係で具体的にどこまで議会の権限を認めたのかは、文言解釈をはじめ、歴史、とりわけ制憲過程をどう読みとるかで争いになるところである。

憲法は、軍の召集や維持は議会の権限としており、憲法や法律では CINC としての大統領の権限について制約を設けているのであって、こうした規定をどのように駆使しても、大統領が自らの戦争権限を国内政策の道具として使用することにはならない。大統領の軍隊指揮権（部隊運用権）は、国家安全保障のため外敵に対して向けられるときは最高の許容度となるものの、国内的には労使紛争のような合法的な経済紛争ではそうした自由度は認められない。戦争権限、つまり合衆国の外交や安全保障のため武力を行使する権限は、伝統的にそして今後も、大統領権の強化―議会の忍従という展開がなくなるとは想像し難い。⁽⁶⁶⁾

ブラカッシュは、こうした二元的な理解は憲法の文言、構造、歴史から正しくなく、分離しているものと競合しているものが共存している、分離と競合（separation and overlap）で理解すべきとする。⁽⁶⁷⁾ 憲法は議会に戦争権限の基礎的決定を与えたのであり、憲法は議会がすべての戦争と軍事に完全な統制権を有するとしたとする。宣戦や軍事司法の創設のようないくつかの権限は、排他的に議会に存する。憲法が明確に排他的権限として認めていないものは大統領と議会の競合であり、つまりどちらかがそうした権限を行使できる。このオーバーラップする領域で

は、たとえば大統領令と制定法が競合するときは、制定法が優先するとする。議会は軍事行動を命じうる有力な機関であるけれども、排他的な軍事権限を持たず、すべての戦争や軍事について議会の指令に服する最高司令官を創設するのであるという。プラカッシュの権力分立論は、憲法は排他的な権限を定めたものと曖昧あるいは競合としたものがあるのを前提とする。

憲法は厳格な権力分立をとり、その偉大な創設が大統領制と違憲審査制とされる。マディソンは、権力分立が厳格でなければならぬことがモンテスキューの政治的真理であり、自由にとって重要であることを認めた上で、モンテスキューが真に何を意味したのかは、彼がモデルとしたイギリスの国制を見なければならぬとする。事実イギリスでは明確に権限が分離されてはいない。モンテスキューが真にいわんとしたことは、「ある部門の全権限が他の部門の全権限を所有するものと同じ手によって行使される場合には、自由なる憲法の基本原理は覆される、ということ以上に出ないのである」とする⁽⁶⁸⁾。権限の融合が直ちに厳格な権力分立に反することにはならない。ただ外交権とか戦争権限が融合されているといつても、その中で議会と大統領の権限配分はあろうし、その部分はこの機関が介入できない固有の権限であると認識できる。

現行のフランス第五共和制は「宣戦は議会が許可する」(三五条)としている。アメリカ憲法制定当時のフランス憲法は「宣戦と講和の権利は国民の中に存する」としていた。T・ペインはそのとおりだとして、この権利が費用を支払う義務を負わされた者以外のどこに存在するということのかとして、戦争は「公金の配分と支出にあずかるすべての者の共同財源」とする⁽⁶⁹⁾。そして戦争の憲法的決定について三つの考えるべき要素を提示している。第一に宣戦布告の権利であり、第二に戦争を継続していく費用、第三に宣戦布告後、戦争を遂行していく方式である⁽⁷⁰⁾。

戦争権限は両部門の協働とみる者にあつても、ProCon よりか ProExe よりかのニュアンスの違いがあるようだ。

ロストツ Rostow は、大統領の戦争権限は奇襲対処に限定されず、歴史的には限界点は明確でなく、議会との共有 (shared) であるとする⁽⁷¹⁾。というのも、議会は軍の維持存続に規則制定権や財政権を有しており、これを使って軍の行動を抑制する権能を有している。このことは、最初に議会の承認を得ずとも軍隊を動かさうな大統領の固有の権限を変えるものではないとする。Bickel は、議会の権限はこれ以上であるとし、議会は自らの判断で自らが発意した戦争や外交政策に従って部隊の使用や戦闘任務まで規定することができ、大統領は国民を誘導できるも、戦争権限を最終的に行使し戦争を決定することはできないとする⁽⁷²⁾。大統領先行の歴史的事実は認めるけれども、それは憲法を変えることにならず、この戦争権限の憲法枠組は変更されていないとする⁽⁷³⁾。

戦争権限の憲法解釈について、ProCon と ProExe の二つの根本的アプローチと対立があるのを一瞥した。権力分立規定である戦争権限には、宣戦は議会の権限であるけれども武力行使の決定は協働が企図されているとの解釈もあるようである。この二つのアプローチをさらに憲法学的に掘り下げて、それぞれのアプローチの特徴や共通点を浮き彫りにすることで、議会の戦争権限の憲法上の議論を考察してみたいと思う。

III 戦争権限の憲法問題—文言と歴史・運用

1 ProExe からみた論点整理：Yoo の議論

戦争権限は、議会の宣戦がなくとも大統領の判断で軍隊を派遣しうるとの解釈 (ProExe) と、緊急事態等一定の限定的な場合を除いて議会が宣戦等で授權しない限り、大統領は軍権を行使しえないとする解釈 (ProCon) に

大きく二分される。それぞれの根拠とされるのは、条文、その立法趣旨・制憲過程、そして運用の三局面である。この三局面での議論が実証的で説得的かが、憲法学の議論となるのである。民主主義的要素を強調すれば ProCon に傾くし、機能的運用を志向すれば ProExe になる。この点、自身は頑なに ProExe にたち、民主主義のロマチズムを排除すべく、科学的な議論を提唱しようとするのが Yoo である。⁽⁷⁴⁾そこで彼の議論に沿ってこれら三つの局面に基づくそれぞれの立場を観察してみたい。

彼は ProExe の立場から、ProCon の論者、Henkin, Fisher, Glennon, Ely, Koh の流れを、実務機能的な配慮に欠けていると批判するとともに、Bork や Monaghan とつづいた ProExe の論者も条文や構造的な議論を怠っているとして、⁽⁷⁵⁾自らは「敵対状態を発意し得る権限を大統領に認める、より柔軟な戦争権限アプローチの、条文及び構造に基づくより完全な理論を提供する」(1642)とする。

まず、Yoo は歴史的コンテキスト、すなわち制憲者の意思とその背景にある思想を重視し、ProCon (1)の論考では Ramsey^{ラムゼイ} は重要な点を見落としており、あるいは曲解しており、またこれを裏付ける、連邦主義者と州権主義者がせめぎ合う制憲過程 (Ratification) の資料も十分に斟酌していないと批判する。⁽⁷⁶⁾争点になるのは、戦争権限に関するイギリスの実務とこれを検証する科学者、ロック、モンテスキュー、ブラックストーンの考え方の解釈である。制憲時、イギリスをはじめヨーロッパの思想と立憲主義の展開は大きな影響力を持っていた。ProCon はアメリカ憲法がイギリス立憲主義からの離脱をはかり、その反省に基づいて異なる権力分立システムを採択したことを強調するが、これは正しくないとする。

Yoo は、制憲時イギリスで実務的にも理論的にも戦争権限がどう扱われていたかに着目する。文言主義解釈は、宣戦が制憲時の一八世紀にどのように解されていたかを重視する。⁽⁷⁷⁾ProCon は、ロックや当時のイギリスの実務か

ら、宣戦とは言葉によって (by word) 戦鬪を発するか、単純に攻撃を仕掛ける (by action) かの、どちらかによって戦争を始めることだと解された⁽⁸⁷⁾と断定している。これは誤りで、先の三哲の言を適切に読めば、a 執行権が敵対状態 (hostilities) を始める権限を有し、それは戦争をおこす (make) と記述し宣言 (declare) ではない、b 立法府はその支出に関する権限によって執行府の戦争作成に重要な統制権を有する、ことが共通して説かれており、彼らが憲法に、とりわけその権力分立に大きな影響を与えたことを考えれば、かかる原理は十分に斟酌しなければならないとする (1653-54)。

かくして、イギリスの憲法の理論と実践と運用のパターンは、アメリカの憲法の起草そして批准に影響を与えることになる。起草者は、敵対状態を発意し行動する権限を大統領に与える CINC と CEASE で、大統領の権限を理解していたであろう。宣戦規定は大統領権限の重要な制約とは考えられず、むしろ歴史的には立法府が執行府に対する最も効果的な統制としての財政に関する議会権限を重視したとする。これが憲法の起草そして批准過程にも反映していることを実証する。フェデラリストは、議会の宣戦権を大統領へのチェックとみることはなく、むしろ大統領が戦争をしかけることには財政に関する議会統制を確立させるといふ、伝統的な議会の手段に依拠したのであり、それはまさに国王と英国議会ですうであつたのと同じように、大統領と連邦議会の戦争着手の関係が作動しているとする (1658-59)⁽⁸⁷⁾。

次に憲法の条文である。Yoo は ProCon と同様に憲法文言主義に立ち、「憲法はその文言の意味をその起草者によって理解されたような意味に基づいて解釈しなければならない」(1660) 方法論を共有する。制憲当時、戦争開始は一つの方法しかなく、議会に宣戦権を与えることは議会が戦争を始めるかどうかを判断するのであり、当時の国際法及び国内法では宣戦は戦争を開始もしくは戦争の授權を意味した。しかし、憲法には二条に CINC の規定が

ある。議会の宣戦規定が絶対だとして、CINCOの意味を控除的に理解するのは誤りで、CINCOは独立した権限規定だとする。また、憲法は宣戦規定が敵対状態を発する排他的権限ではないとしている。つまり、憲法は武力行使（戦争開始）について宣戦規定以外にも規定を設けているということである。CINCOとCEXEBがそうであり、長い間、大統領に軍隊指揮権と敵対状態での武力行使決定権限を絶対的に与えたものと認識されてきたのであって、「憲法規定のどこにも、CINCOの権限は議会がまず宣戦をしないかぎり軍事的敵対状態に対応するために大統領によって使用されえないとしたものはない」（1662）。こうした慣行が大統領をはじめ公定解釈を形成してきた。これを軽視してはならず、司法も大統領の広範な軍事外交権を認めている。憲法解釈において二条を読むことが軽視されてきた嫌いがある一方で、議会は戦争の資源と敵対状態の法的地位の統制に重要な役割を果たしてきた。憲法典は、戦争開始の特別の手續は規定しておらず、この二つの部門に潜在的に競合するようになった戦争権限を配分したのである（1666）。

宣戦についてはこの条項以外言及がなく、もし宣戦規定（一条八節一一項）が議会のみ戦争を開始できるとしたものであるなら、その手續を詳細に規定するはずである。というのも、憲法一条一〇節三項は明確に議会の同意なく州は戦争行為をなしてはならないとしているのであり、ProConのように解するには同様な規定が必要などころ、それはないのである。史料によれば、制憲者は宣戦とは異なる敵対状態の開始を想定していたともいう（1668）。また宣言（declare）は「直ちに始める」の意味にはならず、戦争に着手する（levy）、従事する（engage）、しかける（make）、始める（commence）とは区別される。憲法ではdeclareは法的な意義で使用され、一定の状況や事象の法状態や法的地位を宣言するというように使われる。国際法上は、アメリカ独立宣言（Declaration of Independence）のように、敵対状態を授權するというより母国と前植民地間の法的関係を認識させる機能を果たすの

であり、独立宣言は戦闘を授權してはいない(1671)。国内の憲法上の目的としても、宣戦は国家が総合戦(total war)の状態にあるとし、連邦政府の権限を一部拡大させる契機となる(1672)。「議会の宣戦権は敵対状態を発意する唯一の権限に匹敵することなどありえない、なぜならば、CINCとCEXE条項が大統領のみに軍事作戦を遂行させる権限を与え、それゆえに戦争を始める議会の努力を凌駕する機能的拒否権(functional veto)を与えているからである」(1673)⁽⁸⁾。

さらに、憲法の構造的解釈からProExeであるとする。ProConが宣戦を議会の権能とする憲法の規定は大統領が軍権を行使する前に議会の同意を要するとの厳格な手続を設けたとするのは、憲法の構造、すなわち原理や他の条項を検討することなく解釈していると批判する。憲法は全体的に読まなければならない(read the Constitution as a whole)。

イギリス憲法の伝統から、戦争をしかける(make war)のは執行権であることをまず確認しなければならない。ProConのいうようにに議会の同意が必要なら、明文で議会(上院)の同意を必要としている条約や上級官吏の任命などと同じように、手続を憲法明文で要求し規定するはずである。議会の同意がなければ戦争をなしえないなら、条約などと同様に明文で手続を規定するはずであるが、それはないのである。

こうした憲法の構造から、「軍事的敵対状態を発する権限にあるならかの不確実さは、大統領にそうした権限を付与することによって解消されるべき」と解している(1676)。制憲者(特にハミルトン)の趣旨からも明らかに、すべての連邦執行権限が大統領にあることを憲法が確証させているのは、行動の目的とエネルギーの一体化を確保させるためである。権限配分が曖昧なとき、それが執行作用であるならなおさら大統領に権限を推定すべきである。それは、憲法一条が議会の権限として事項を列挙する規定の仕方であるの対し、二条が執行権は大統

領に属するという規定の仕方となっていることにもあらわれている。外交処理権と同じように、「軍事力使用の決定は本質的に執行権 (executive in nature) であり、伝統的にそう認識されてきたことは疑いない」(1678)。ProCon は、大統領の戦争開始の決定を統制する局面での議会の権能が無実になるとする。しかし、一条の議会の権限としての宣戦規定は、大統領を統制するものではない。議会は立法権と予算権という強力な武器を持っており、これらの権能で大統領の軍権を統制できるし、そうしてきたのであるから、根拠足りえないとする。構造的に眺めれば、憲法は大統領が戦争の発意をなす権限があるとのサインを出しているのであり、宣戦規定のみに狭く習熟する ProCon の解釈はこれを無視している。憲法は、厳格な法的手続に服させることのない、執行権に枚挙されていない外交・安全保障権限を認めているのであるというのである。

Yoo は戦争権限の一貫して柔軟な解釈を主張する。「憲法は戦争遂行 (waging war) の特別的法的手続を指令してはいない。そのかわり、憲法は、大統領と議会が協働あるいは競合して使用できる、戦争を含むさまざまな権限を執行府と立法府に与えているのである」(1681)。彼が言う柔軟 (flexibility) とは、「戦争を遂行するのに憲法上正しい一つの方法はないということである」⁽⁸¹⁾。

ProCon の Ramsey ^{ラムゼイ} は文言主義の立場に立ち、制憲時の一八世紀では、宣言は広義に使用しているから、制憲者は宣言 (declare) を広い意味で使っただろうし、戦争の公言 (proclamation) は伝達のためのレトリックの工夫であって、戦争の法的状態を惹起するのに必要ではなかったとする。ProCon は、文言や歴史から逆に議会が戦争権限を有する、すなわち大統領は軍隊に海外での武力行使を命じることができるが、それには事前に議会の同意が必要だと強調する。ではイギリスと異なり、なぜ憲法はそうした趣旨なのかというと、大統領に対する懐疑を根とする議会統制の必要にあるといえる。「大統領の冒険主義 (adventurism) と憲法上の限界を尊重しないこと」に

⁽⁸⁸⁾ある。ProCon は戦争の決定権を大統領という単一人に与える危険性にこだわり、単一人への不信がベースになっているともいえる。

Yoo は、宣戦は一つの戦争開始の形式であって（法的効果というよりも公言といった機能が多く認められる）、それ以外の戦争開始は否定されず、大統領が執行権としての外交軍事権限に基づいて先占するという。しかし、議会はこの戦争の発意 (Initiative) を制約し、さらには覆すことができるのは、憲法が財政権を議会に専属的に認めていることから明らかである。この解釈は安全保障の緊急性と議会制民主主義の両方を満足させる解釈といえないこともない。

あらためて彼の言で彼の考え方の要諦を示しておく。⁽⁸⁴⁾「制憲者は大統領の戦争発意を促進させるよう意図する一方で、議会に執行権の行為を最終的にチェックさせる制度を確立させた。議会はその財政権と弾劾権を行使してのみ、執行権の戦争決定に反対を表明できる。制憲者は、一方的な執行権の決定を予測して過度に不安を持たせないように、この制度を確立させたのである。大統領は人民の保護者であり、代表者であると見られた。逆に制憲者がダメージということに深く懸念を表明したのは、議会そして議会を支配しうる利益団体が戦争や外交といったデリケートな領域で心配の種になるかもしれないということであった」。

2 ProCon からみた論点整理：Stromseh の議論

ProCon は、憲法は議会にすべての戦争（武力行使）をイニシエートする権限を与えたのであり、奇襲対処を除いては大統領は単独で武力行使できないと解釈する。その一人である Stromseh^{ストロムセス} の議論をベースに、ProExe との

憲法解釈の違いをうきださせながら、今度は ProCon の主張をスケッチしてみよう。⁽⁸⁵⁾

ProCon と ProExe の対立点は、憲法の戦争権限条項を、文言と制憲趣旨と運用の歴史を基として、それぞれ議会中心だとか執行権先行だとかするのである。戦争とか宣言とかの意味は、用語法、とりわけ制憲当時のそれや法的な意義、それも当時の国際法での理解で争いとなる。加えて戦争権限の憲法上の運用である。まず運用が憲法規範を形成するかといった方法論で争点となり、さらに歴史的事実の解釈として、ProCon あるいは ProExe な運用があったといえるかが争点となる。

一条八節一一項の文理あるいは制憲意思の解釈には二つの考え方ががある。第一が攻撃的・防衛的戦争 (offensive /defensive war) 観で、大統領は、攻撃的戦争は議会の授權なければ起こすことはできないけれども、防衛的戦争は合衆国あるいはその軍への攻撃の反応としてなされるもので、自らの判断で対処できるとする。ProExe に親和的であるが、ProCon にあってもこれを認めた上で、一一項後段の捕獲特許状の発行権限が議会の関与を前提としているとの読み方となる。また、防衛的戦争への大統領権限は制憲時以上に広く解され、防衛と攻撃は制憲者にとっては馴染があったが、制憲者は議会が戦争を始める (commence) 権限と大統領の反撃する (repel) 権限をはっきりと区別していた。もっとも、制憲者がアメリカの防衛以外に大統領の名の下で反撃する権限を広げることが意図したかは証拠がないとする。

第二は正式戦争／共有権限 (formal war/shared power) 観で、宣戦の対象を狭く解して、正式の戦争の意味であるとし、戦争について憲法は単一の手続を規定しなかったとするものである。先にみた Noo がこの立場であるのはいうまでもない。制憲者は憲法が競合した権限の大きな領域にただ広いマーカーだけを確立したとみる。キーンワードは効率的な政府と民主主義的責任であり、この分野で大統領と議会に、柔軟で協働の弧をかけたというので

ある。たしかに大統領が単独で迅速に武力行使をしなくてはならない場面があり、抑制と均衡のため柔軟な解釈が必要であることは認める。にもかかわらず、こうした読み方は狭過ぎるとして、自身の解釈を展開する。「議会の「宣戦」権は、議会の「捕獲特許状の発行」の権限と一緒に規定していることで、古典的見解が主張するように、「完全」あるいは無制約の戦争に国家を置くだけでなく、国家が他国に対して「不完全」ないし制限された戦争を始めるべきかどうかを決定する権限だとすることで、最もよく理解される。多くの制憲者は「宣戦」条項をそれだけで議会に権限を与えていると解する傾向にあった。：仮に宣戦条項がより狭く読まれるとしても、捕獲特許状条項は復仇に対する権限を議会に与えたのであり、それはその時代、最も一般的な、制限された、宣戦されない戦争の形態であった」(859-860)。宣戦による戦争、これは明らかに憲法が予定した戦争の形で、それを議会の権限とするのは、古典的な見方で正しいが、それ以外の戦争も予定していた。それが捕獲特許状条項だということである。「私の最善の資料読解は、制憲者は、大統領がCINCかつCEXEとして、合衆国、その艦船、そしてその軍隊に対する現実あるいは急迫の攻撃に反撃することによって、危険で不明瞭な世界においてアメリカを守ることを期待したのであって、大統領自身でこの権限を超えて、平和から戦争へ効率的に国家の状態を変えることまでではない」(862)。

こうした点は文言や制憲意思から明白だとし、逆にこうした証拠から明確でないのは、平和時に軍を海外に派兵する憲法上の権限だとし、それは軍隊を規制する議会と外交権を有する大統領が競合している領域だとする。そしてこの検討には、憲法をどう運用してきたかの歴史が意義を持つ余地があるとする。もともと、歴史の検証には二つの側面がある。第一に事実としての正しさである。第二にそれをどう評価するか、規範として認めるか、である。第一の点はどうか。歴史がどのようなパターンをたどったかは、大統領先行であったと争いはなからう。

しかし、朝鮮戦争時のトルーマン大統領を除いては、議会の授權を取り付けているとする⁽⁸⁶⁾。「憲法の条文がそもそも曖昧あるいは沈黙しているところでは、平和時の外交政策目的で海外に軍隊を派遣する CINC としての大統領権限、あるいは「奇襲に反撃する」大統領権限の正確な範囲といったような問題にかかわってくるので、長期の一貫した歴史的慣行は、われわれが今日大統領の憲法上の権限をどのように理解するかについて解明の手掛かりとなりうる」(876)。

歴史的慣行が自己妥当性を持つわけではないけれども、憲法の戦争権限を解釈するには重要性を持つ(878)。二つの事実が重要である。一つは平和時での海外派兵の大統領の慣行であつて、敵対状態への軍隊派遣ではない。もう一つは、その生命が差し迫った状態にある在外邦人を救出するための限定的な軍隊使用の長期の大統領慣行である。「しかしながら、歴史的慣行は、戦争が大きかろうが小さかろうが、他国に対する戦争を始める法的権限を与えたことにはならない。(いずれの大統領も、議会の授權なく国家を戦争にもつていく権限を主張したことはなかった―筆者)。朝鮮戦争のときだけ、大統領は議会の承認を求めることなくアメリカ軍を戦争に送つた。要するに、本当の戦争を大統領が一方的に始める長期の慣行はないということだ」(883)。しかし、小さい戦争 (little wars) は別だとし、多くの南米諸国への平和的なアメリカ軍派遣の歴史は意義深い。これを警察行動と位置づける者もいるが、小さい戦争というべきで、執行権のみの判断でなされるパターンが組織的なもしくは長期の慣行であるとしても、憲法の文言や趣旨と緊張関係があり、議会の忍従が正当化されるわけでもない。「憲法の法的基準 (de jure standards) と、最近の慣行によつて示された事実上の運用規定との間に、実際には緊張」がある (885)。ProCon の Bickel は、^{ビッケル}議会は、外交や国防の政策にのつとつて軍の任務を規定すべきであり、適切な外交政策を審査して設定し、それに従つてアメリカ軍の使用を再命令すべきであり、最終的には制定法によつて戦争と平和に関

する総括的権限を断言するのであり、これを前提に大統領の権限を再定義すべきだとする。⁽⁸⁷⁾

冷戦崩壊後の戦争権限の運用は、憲法の戦争権限の問題を改めて考えさせる好機だとする。その際、制憲意思は重要で、古典的解釈（すべての戦争は議会の授權が必要）は基本的に正しいとする。しかし、冷戦後のいわば古典的戦争でない武力行使の形態や海外派兵は、制憲者の想定していないものであり、憲法の戦争に当たるとは、議会の授權が必要なのか、大統領の先行が認められないのかは問題となる。その際、アメリカがグローバル・パワーとして国連や国際社会から軍事関与を期待されているといった、歴史的に変遷した事実を認識しなければならぬ。

「EJ」は、古典的見解の「EJ」⁸⁸と異なり、大統領の奇襲対処権限を広く解する。アメリカに攻撃があった場合のほか、アメリカの安全保障に明らか危険が全く予測できない形で展開し、迅速な軍事的対応が喫緊となつているため、軍事力行使に事前の議会の授權を単純に待てないその他の状況を機能的に含みうるとして、大統領は議会の授權を求める行動を起こすが、同時に部隊派遣命令を出してよいとする。⁽⁸⁸⁾ 同様に Damrosch は、一方で大統領の核となる防衛権を奇襲対処より広く解し、他方でこれを超える場合は、できるだけ早い機会に議会の授權を求めるものとする（891）。これは古典的見解とは袂を分かち、折衷的ともいえる。「一七八九年来最も変わったことは、外敵に対応する緊急状態に行動する、そして戦争をインシエートするのでない大統領権限を認める、制憲者の基本的アプローチの叡智ではなく、大統領が意図した資質をわきまえる大統領の意思である」（892）。Fisher 同様、多国籍軍や集団安全保障による武力行使を授權する安保理決議は、米軍出動を授權したことにはならない。国連のコンテキストで制憲者の古典的見解はどう理解されるべきかが問題である。議会の授權なしに大統領が多国籍や国連の軍事活動に米軍を出せるかは、そうした活動の個々の性格や状況に規定される（894）。

大統領先行型あるいはその一方的な戦争権限行使となる背景には、戦後の国際社会におけるアメリカの指導性と

それを發揮しなければならぬ責任のプレッシャーがある⁽⁸⁹⁾。また、執行権は単一であり短期で政策を実現する要請があるから、制度的に議会はバラバラになる傾向に対して、執行権は軍事においてイニシアティブをとり、権限を主張しがちとなる⁽⁹⁰⁷⁾。これを踏まえてFisherは、議会議権の回復のための指針を考察し、歴史の研究と議会の権限、とりわけ予算権の実効性を目指す⁽⁹⁰⁸⁾。Stromsethはこれに反対はしなくても、宣戦講和については大統領が実質的権限を有するのは「事物の先行状態 (antecedent state of things)」(Alexander Hamilton) であるとし、「理想的には大統領と議会が一貫した不断の外交政策を形成するのに協働すべきである。したがって憲法上、大統領は既成事実 (fait accompli) を主張することで戦争を授權する議会の権限に先占するべきではない」と主張する⁽⁹⁰⁹⁻⁹¹⁰⁾。

これはElzyの「默契 (tacit deal)」を踏襲している⁽⁹¹⁾。大統領と議会の間には冷戦期の多くの期間、默契が存在していたのである。それは、大統領は決定できる限りで軍隊を敵対状態に送る責任を持ち、議会は、議員がかかわれると決める必要がないかぎり、無権限状態とするものであった。もともと、議会は事が悪くなれば事後的に大統領を叱る権利を留保したのである。

かくしてStromsethはFisherのような古典的戦争観ではなく、議会と大統領の協働型を志向する。議会の予算権限は重要であるとした上で、予算のカットを大統領が軍隊を投入する前に行なうのは大統領の迅速で効果的な外交の遂行を阻害するから適切ではなく、軍隊投入後、継続を阻止するようなニュアンスの予算カットは、国際的にも信用を得るものであり、適切だとしている⁽⁹¹⁰⁾。「単純に、(議会の予算権という) 道具はきわめて鈍いのであり、大統領は外交という急流の世界にあつて、「事物の先行状態」を形成する強大な実践的能力を必然的に有しているのである」⁽⁹¹⁰⁾。アメリカが現代世界にあつて指導的役割を果たし、そのための迅速な行動が求められて

いる事実を強く認識するものである。その枠はこうである。「大統領は最初に決定し、その後議会に諮るようになってきた。議会は戦闘作戦を聴取し (auditioning)、その後で気ますくなった戦闘作戦を否認するようにやってきた。…(アメリカ軍の軍事行動が長引けば) 今起こっている議会の支援は、作戦の成功に不可欠であり、たとえそれが大きな戦闘の危険や維持された敵対状態を含んでいなくても、である」(912)。無論、黙契の具体的な姿や確立のための処方箋は明確ではない。WPRRの改正など、立法措置も必要かもしれない。ただ肝要なのは、「冷戦後の世界でのアメリカの利益のために、有害なやり方で (in harm's way) アメリカ軍を置くのを担保する状況と、憲法上の戦争権限配分に裏付けられた基本目的と、今日アメリカが参加している多くが国連の授權にあずかる軍事行動であり、その全方面へのそうした目的とのかかわりについての執行府と立法府の相互間での真摯かつ徹底的な対話」なのである (913-914)⁽²⁶⁾。

- (1) U.S. CONST. Art. I, §8, cl.1. 以下、アメリカ憲法の条項のみを本文で示す。なお同憲法のほか、外国憲法の邦訳は、初宿 正典・辻村みよ子編『新解説世界憲法集』(三省堂、二〇〇六年)による。
- (2) 9・11以降のテロとの戦争でこの問題には確かに議論されるようになっていたが、新しい問題ではなく、アメリカ建国のときから未解決のものなのである。JOHN YOO, THE POWERS OF WAR AND PEACE: THE CONSTITUTION AND FOREIGN AFFAIRS AFTER 9/11 3 (2005)。以下、YOOを略。See also, LOUI FISLER DAMOSCH, *The Clinton Administration and War Powers*, 63 LAW & CONTEMP. PROBS. 125, 125(2000)。ベトナム戦争や湾岸戦争、さらには9・11など、さまざまな戦争の型が噴出するたびに、大統領は議会の同意なく武力行使できるかは憲法解釈の争点となっている。
- (3) 富井幸雄「アメリカ合衆国大統領と憲法—最高司令官と執行権の長」法学会雑誌五〇巻二二七頁、二〇一〇年。なお権力分立問題として戦争権限を検討し、司法審査の問題を論じたものとして、富井幸雄「アメリカ立憲主義と戦争権限」防衛法研究一七号六一頁、一九九三年、参照。
- (4) Sankrishna Bangalore Prakash, *The Separation and Overlap of War and Military Powers*, 87 TEX. L. REV. 299, 301

- (2008)。
- (5) BRENN HALETT, *The Last Art of Declaring War* 95 (1998). Hallett 自身は、武力紛争は何らかの形で武装化された紛争であり、軍の誰もがそれに介入できる紛争と観念している。法律家は何か (what) を誰か (who) に変えてしまったのであり、彼らが何をしているかを定義することよりも、誰がしているかを同定するほうが常に簡単であるからだという。Id. ハレット自身は戦争をトータルにとらえるべきだとし、武力紛争 (armed conflict) に取敵させる議論の仕方を批判する。
- (6) 古典的にはグロチウスのそれが挙げられる。国際法の戦争が基本となるべきであるが、憲法という戦争は異なる概念とすることも可能である。というのも、憲法の目的は国内レベルにあつて政府の専制を防止することにあるから、広くとらえることが望ましいともいえるからである。
- (7) BLACKS LAW DICTIONARY 1722 (9th ed. 2009).
- (8) 「国家政府の戦争権限 (war power) は戦争を成功裏に遂行して行く (wage war) 権限である。」 Hirabayashi v. United States, 320 U.S. 81, 93 (1943).
- (9) Michael Stokes Paulsen, *A Government of Adequate Powers*, 31 HARV. J. L. & PUB. POLY 991, 1001 (2008). Paulsen は議院が国民を保護し国家の戦争を勝利に導くための必要かつ適切な立法を制定する権限があるとする。Id.
- (10) WILLIAM D. DOUGLAS, *The COURT YEARS: 1939-1975* 279-280 (1980).
- (11) 『フェデラリスト』でジェイ (Jay) は、アメリカの安全を守るには外国に敵意のインセンティブを与えないようにし続けることが重要だとした上で、国家というものは、戦争によって何か得られると予感するときはいつでも戦争に訴えるものであり、絶対専制君主などにいたってはそうでなくとも、軍事的栄光へのあこがれ、私怨による復讐や単なる私的な利益や約束でも戦争を引き起こしかねないという。アメリカにとつても戦争への誘因は常在し、戦争を正当化する口実には事欠かないことは誰もが認めるところである。「したがつて、アメリカ人は戦争を招来することなく、戦争を抑制する状態に、自らを長くおいておくためには、連邦と一つの有効な全国的政府とが必要であると、賢明にも考えているわけである。そうした状態とは、可能な限りの最良の防衛体制のことであり、したがつてまた当然に、それはわが国の政府、軍備、資源に依存している」とする。A. ハミルトン・J. ジェイ・J. マディソン／斎藤眞・中野勝郎訳『ザ・フェデラリスト』(岩波文庫、一九九九年) 第四篇。
- (12) 戦争権限と講和権限は一体であるべきか。イギリス法では、戦争を始める権限を有する者が戦争を終わらせる権利、つまり講和の権限をも有するとされた。I WILLIAM BACKSTONE, *COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND* 250. しかし、後にもみるように、制憲会議では議院が宣戦の権限を有する一方で、それに講和の権限を当然含ませることは反対された。一般的に、war and

peace power」として一体にとらえられよう。大日本帝国憲法も両者を同一条項で規定し、天皇の大権としていた（二三条。条約締結権も入れていた）。アメリカ憲法には講和権限の明文の規定はないが、外交権や条約締結権の内容だとすれば執行権ということになる。講和権限が立憲主義原理として戦争権限と一体であるなら、明文の規定がない限り一つの機関に属せしめるということになり、大統領の戦争権限を支持する根拠となる。日本国憲法の場合、宣戦も講和も以前の憲法が明記していたにもかかわらず、これを憲法典の関心から外して規定しているのはどう解釈したらよいか。一切の戦争（あるいは武力行使）否定説からすれば、筋のとおり体系的解釈ということになる。戦争を認めていないのだから戦争をすることはできないし、したがってそれを終わらせるという論理は成立しない。憲法規定はそのようであるが、条約締結権や外交権の中に宣戦や講和権も入ると解すれば、内閣（執行権あるいは執政権）の権限と解される余地も出てこよう。

(13) Michael Stokes Paulsen, *The War Power*, University of St. Thomas School of Law Legal Research Paper No. 09-23, <http://papers.ssrn.com/abstract=1488964>, at 1-2. 憲法は司法権には実質的な戦争権限を与えていないが、戦争権限の配分については司法権の対象となる憲法問題とされるという。

(14) *Id.* at 4.

(15) 日本国憲法九条二項の交戦権の解釈を彷彿させる。これが戦争を開始させる権能、つまり *ius ad bellum* だとする（通説）のと、戦争状態において戦時国際法で認められた諸権利だとする説（政府）がある。日本国憲法は合衆国憲法とは対照的で、戦争権限や軍権についてはことごとく規定を欠いており、そこから軍事制度設計の指針を引き出すのは困難なところもある。

(16) Paulsen, *supra* note 13 at 10.

(17) Charles A. Lofgren, *War-Making under the Constitution: The Original Understanding*, 81 *Yale L.J.* 672, 672 (1972). Madison は Helvidius と述べている。

(18) アメリカ・フランス疑似戦争と訳される。ジョージ・C・コーン／鈴木主税・浅岡政子訳『世界戦争事典 改訂増補版』（河出書房新社、二〇〇七年）三二二頁。フランスとの宣戦布告なき戦争をさす。一七九七年から九八年にかけて、連邦主義政権のアメリカがイギリスと²⁰条約を締結したことにフランスが報復し、アメリカ艦船のフランス入港を拒否するなどした。アダムズ大統領は平和的解決のために三人の特使を派遣、フランス外相タレーランはこれを受け入れるもの、公式会談を遅らせ、さらにXYZという三人の代理人を通して特使に賄賂を要求した。三人の特使（ピンクニー、マーシャル、グリリー）はこれを拒否したが、これがアメリカ議会で露見し、一七七八年の米仏条約が破棄され、宣戦布告なき開戦が米仏間でなされた。松村超・富田虎男編『英米史辞典』（研究社、二〇〇〇年）八四一頁。一七九八年五月にアメリカ海軍省

- が設置されており、八五隻以上のフランス船を拿捕したが、一八〇〇年に協定が結ばれて戦いは終結し、一七七八年の条約を破棄することやフランスにアメリカ市民がもたらした損害賠償請求をアメリカが受理することなどが合意された。コーン、前掲(18)書、三三頁。
- (19) 時の大統領アダムズは、敵対状態に対抗するために陸海軍の動員の承認を議会に求めた。議会はこれを受けて、かかる州法の是非を十分に審議し、単に財政支出を拒否するだけで戦争を回避させることができたはずであるといわれる。Yoo, *infra* note 74 at 1680. このパターンが現代の戦争にも踏襲されているとする。Id.
- (20) 富井幸雄「アメリカ合衆国大統領と憲法―最高司令官と執行権の長」法学会雑誌五〇巻二号一二六頁、二〇一〇年。
- (21) LOUIS HENKEN, FOREIGN AFFAIRS AND THE U.S. CONSTITUTION 49 (2nd ed. 1996). 初版(一九七二年)では下線部は「憲法は大統領のイニシアティブを支持するいくらかの条項を備えている」となっていた(五三頁)。
- (22) 二〇〇九年の戦争権限諮問法 (War Powers Resolution Consultation Act) 案がある。James A. Baker and Warren Christopher, NATIONAL WAR POWERS: COMMISSION REPORT (2009). 広瀬淳子「アメリカ戦争権限法の改革提案」外国の立法「三三九号一八一頁、二〇〇九年、参照。
- (23) Jules Lobel, *Little Wars and the Constitution*, 50 *Miami L. Rev.* 61 (1995).
- (24) HALLETT, *supra* note 5 at 27.
- (25) ちこじち ProCon からは憲法の戦争権限規定は曖昧でもなければ不明確でもなりとされる。National Commitments, S. Rept. No. 129 (Comm. On Foreign Relations), 91st Cong., 1st Sess. (1969), cited in Peter M. Shane and Harold H. Bruoff, THE LAW OF PRESIDENTIAL POWER: CASES AND MATERIALS 623 (1988).
- (26) JOHN HART ELY, WAR AND RESPONSIBILITY: CONSTITUTIONAL LESSONS OF VIETNAM AND ITS AFTERMATH 3 (1993).
- (27) BLACKS LAW DICTIONARY 1614 (9th ed. 2009). 「一般に国家間における紛争処理のため、なほし自国の意思に相手国を従わせるために、その軍事組織(軍隊)間で相当の期間継続して相当の規模で行われる武力行使を中心とする闘争の状態」との定義もある。国際法学会編『国際関係法辞典 第2版』(三首堂、二〇〇五年)五四五頁(藤田久一筆)。
- (28) Mitchell v. Laird, 488 F.2d. 611 (D.C.Cir. 1973).
- (29) Peter M. Shane, *Learning McNamara's Lessons: How the War Powers Resolution Advances the Rule of Law*, 47 *CASE W. RES. L. REV.* 1281, 1281-84 (1997).
- (30) Ely, *supra* note 26; Louis Fisher, PRESIDENTIAL WAR POWER 11 (1995); Lobel, *supra* note 23.
- (31) Henkin, *supra* note 21 at 67.

- (32) *Id.* at 68. 人権を侵害することはできないとの制約は当然ある。 *Id.*
- (33) *Lobel, supra* note 23 at 67-75.
- (34) *Id.* は、この条項が合衆国を代表してなす武力闘争すべての行為が、たとえそれが戦争に匹敵するものでなくても、議会によって授權されなければならないと規定する制憲趣旨の根拠になるとする。 *Id., supra* note 26 at 66-67. 彼はこの条項の意義を広くとらえている。
- (35) *BLACK'S LAW DICTIONARY* 989 (9th ed. 2009).
- (36) 3 JOSEPH STORY, COMMENTARIES ON THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES §1176 (1833). *Loftgren* はこの捕獲特許状条項に Story が着目した点を重視すべきだとする。 *Loftgren, supra* note 17 at 680 n.28.
- (37) J. Terry Emerson, *The War Powers Legislation*, 74 W. Va. L. Rev. 53, 72 (1972). 同論文は一九七五年まで一九二回の宣戦なき対外的武力行使の年表を掲げている。
- (38) Henry Monaghan, *Presidential War Making*, 50 B.U. L. Rev. 19, 31 (1970). 「歴史と実践は、ここでは個人の自由について画定された憲法保障の範囲を永久に凍結させるために訴えられることはない。むしろ、この問題は立法府と執行府の政治的権力の配分を扱うものである。このような性格を持つことがらは：「政府の慣行」にゆだねられるのが最善である」とする。 *Id.* モナハンは、大統領のイニシエートだけのものがマイナーな戦争とのレベルをはられることを否定して、「こう述べる。「これまでになく頻繁に、大統領は自らの外交政策目的を達成するために必要だと考える相当の軍事力を用いている。小さな軍事力が必要な時（たとえば、ラテンアメリカへの侵入）は小さいのが使われた。より大きなコミットメントが必要なときは、軍事力もまたそれなりとなった。制憲者の意図がなんであろうとも、軍隊のマシーンには外交政策目的の達成の一道具にすぎないのであって、それが逆に大統領職の中心的責任となったのである」。 *Id.* at 27. モナハンは、政治的権力は社会が変化することによって拡大ないし対照をなすのであって、大統領支配は議会支配の世紀から変遷し、議会もこれを追認し、あるいは後押しした面も大きいとする。 *Id.* at 21.
- (39) *Id., supra* note 26 at 133.
- (40) Robert F. Turner, *War and the Forgotten Executive Power Clause of the Constitution : A Review Essay of John Hart Ely's War and Responsibility* 34 V. J. INT'L L. 903, 906 (1994) ; John C. Yoo, *The Continuation of Politics by Other Means : The Original Understanding of War Powers*, 84 Cal. L. Rev. 167 (1996).
- (41) Robert Bork, *Erosion of the President's Power in Foreign Affairs*, 68 Wash. U. L.Q. 693, 698 (1990).
- (42) 藤本龍児 『アメリカの公共宗教—多元社会における精神性』 (NTT出版、二〇〇九年) 二二二頁。

- (43) Walter Dellinger, *After the Cold War: Presidential Power and the Use of Military Force*, 50 U. MARYL. REV. 107 (1995).
- (44) *Id.* at 111.
- (45) *Id.* at 113.
- (46) *Id.* at 114-115.
- (47) 富井、前掲(20)論文、一四〇-一四三頁。
- (48) Peter J. Shapiro, *War Powers and the Sirens of Formalism*, 68 N.Y.U. L. REV. 1338 (1993).
- (49) Jane E. Stromseth, *Understanding Constitutional War Powers Today: Why Methodology Matters*, 106 YALE L.J. 845, 882 (1996).
- (50) ERWIN CHEMINSKY, CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICES 207-208 (1997). 戦争権限の問題は政治問題として裁判所ではねられるとする。 *Id.* at 276.
- (51) 大統領の戦争権限を緊急権の内容ととらえ、憲法の権力分立規定がどのようなものであるとも、戦争は緊急事態であるから、執行権(大統領)の必要な限りで一方的な立法権限の行使まで認められるとする理論構成も可能である。もっとも、戦争権限は憲法自ら条文で認めた権限であるから、緊急権の枠で議論するのは適切ではなからう。
- (52) Jide Nzalibe and John Yoo, *Rational War and Constitutional Design*, 115 YALE L.J. 2512 (2006). 本項内本文の括弧内の数字は本論文の引用頁である。
- (53) *Ex. supra* note 26 at 4.
- (54) ハミルトンの次の言も引用している。 Nzalibe and Yoo, *supra* note 52 at 2523. 「決定、活動、秘密、迅速という特性は一般に、多数の人間の行為よりは、一人の人間のほうが、はるかにふさわしいものである。人数が増えるにしたがってこれらの特性はしだいに失われてしまうことになる」。ハミルトン他、後掲(68)書、三四一頁(ハミルトン、七〇篇)。
- (55) THE CONSTITUTION PROJECT, DECIDING TO USE FORCE ABROAD: WAR POWERS IN A SYSTEM OF CHECKS AND BALANCES 10 (2005).
- (56) *Id.* at 13.
- (57) Shane, *supra* note 29 at 1284-85. 議会が「戦争着手(war making)に広汎な政治的支持」を確保するのに対し、執行権は迅速性と専門性と極秘情報へのアクセスと一貫性に利点をもたらす。 *Id.* なお議会の有する利点としては執行権と比べて相対的な緩慢性(slowness)が挙げられる。 *Id.* at 1285 n.23.
- (58) William Michael Treanor, *Fame, the Founding, and the Power to Declare War*, 82 CORNELL L. REV. 695, 696-97 (1997). 1) れに属するものとして、Raoul Berger, Alexander Bickel, John Hart Ely, Louis Fisher, Harold Koh, Leonard Levy, Charles Lof-

gren, Arthur Schlesinger, Jr., William Van Alstyne を挙げている。

- (59) *Id.* at 697-98. それに属する著者として Philip Bobbit, Robert Bork, Edward Corwin, Henry Monaghan, Eugene Rostow, Robert Turner, W. Michael Reisman, John Yoo を挙げている。ただ Treanor は両者の制憲意思の解釈の争いは stalemate (手詰まり) であるとして、ProCon がきちんと答えていない問題、つまりなぜ制憲者が議会だけに戦争を始める権限を持たせようとしたかの説明を進化させることで、新たな制憲意思の解釈を展開しようとする。

- (60) *Id.* at 709-711. See also, *id.* m.90-94.

- (61) 歴史の評決はごまかしの司法判断によって強化されて、大統領は合衆国外に軍隊を使用することに独立したイニシアティブをとる広範な権限を持っていることを筆者に納得させる。大統領が、合衆国市民や官吏を、それらの財産とともに保護しあるいは救出するために軍艦を派遣し、部隊を上陸させ、空輸を命じ、さもなければ戦闘を行なうことができるのは、国内法と国際法の両方で疑問の余地なく解決されている。同様に、大統領が、アメリカを攻撃し、あるいはそうした攻撃の差し迫った脅威を課す外敵に対して軍事力を用いることが出来るのも、明らかである。Emerson, *supra* note 37 at 83.

- (62) Louis Fisher, *Lost Constitutional Mornings: Recovering the War Power*, 81 *Ind. L.J.* 1199, 1201 (2006); William Blackstone の Commentaries を敷衍している。

- (63) フェデラリストの中で本気で王政の可能性を考えたのは A・ハミルトンのみであろう。ロディック・ナッシュ/足立康『人物アメリカ史(上)』(新潮選書、一九九〇年)一三四頁。

- (64) Yoo などを除き学説は、制憲者はイギリス憲法と決別して議会に他国との敵対状態の開始決定権を与えた点で、ほぼ一致しているとする。Fisher, *supra* note 62 at 1206-7.

- (65) 共和的というのはストーリーの次の言に基づく。「宣戦は最高の主権の特権であるだけではない。それは本質的に致死的で災いをもたらす影響を与えるから、究極の討議を必要とし、さらに国家のすべての議会の波状的な審査を要求するのである。戦争は最善に評価しても、最もわずらわしい課税と個人的苦痛を人民に与えずにはいられない。それはいつも傷害的で、時として巨大な商業的製造的農業の利益を覆す。それどころか、国家の繁栄をいつも巻き込んで、少なからず国家の存亡をかけることになる。それはしばしば、成功した命合が率いるところではいつでも従うことが予定されている軍事的栄光の精神を導入することによって、公的自由そのものに致命的となる。…であるがゆえに、平和ではなく宣戦をなすのは共和国にとって困難なのである。…立法権限のすべての部門の共同 (cooperation) が、原理として、立法の最高の行為であることに要求されなければならないのである。」³ JOSEPH STORY, COMMENTARIES ON THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES 60-61 (1833)。

- (66) Michael Cairo, "The 'Imperial Presidency' Triumphant: War Powers in the Clinton and Bush Administrations," in EXECUTING THE CONSTITUTION: PUTTING THE PRESIDENT BACK INTO THE CONSTITUTION 199 (Christopher S. Kelly ed. 2006).
- (67) Prakash, *supra* note 4 at 302-3.
- (68) A. ハミルトン、J・ジェイ、J・マディソン／斎藤眞・武則忠見訳『ザ・フェデラリスト』(福村出版、一九九一年) 二三五-三六頁(第四七篇)。モンテスキューの「立法権と行政権が同一人あるいは同一機関の掌中に帰するときには、自由は存しえない。というのは、同一の君主ないし元老院が、専制的な法律を制定し、それを専制的な仕方で行うかもしれないという危惧が生じるからである」(強調省略)の言や、当時の諸邦の憲法を参照している。同上書、一三七四〇頁。
- (69) トマス・ペイン／西川正身訳『人間の権利』(岩波文庫、一九九九年) 八四頁。
- (70) 同上書、八七頁。ペインは、フランス憲法は宣戦権を戦争の費用を負担しなければならぬ者の手に置いたが、それ以外は考えられないとする。第三の戦争を遂行する方式は行政部門にゆだねたとし、「すべての国がこの通りにやったらば、戦争など、もはやほとんど耳にしないうすむであろう」という。同上。
- (71) 「議会は戦争と平和について最後の言葉を持つているが、大統領の権限は奇襲対処権をはるかに超えるもので、それはマディソンが「宣戦する」から「戦争をしかける (make war)」に「一条八節の文言を変えようとしたこと」にあらわれている。…宣戦のない敵対状態について、憲法的慣行のパターンは正式の鋭い線を提供してくれてはいない。宣戦されない戦争を授權する議会の行為の例はあり、そこでは少なくとも通常は、議会は沈黙している。…軍隊が使用されたいくつかの場合で議会在正式に沈黙しているという事は、議会と大統領の間の根本的な対峙を広く示している。持続する政策を遂行するあるいは軍隊を使用する合衆国政府の権限は、議会と大統領が、意図してではないけれども協力する (cooperate) とともに、現実には行使されるかに重要である」Eugene Rostow, *Great Cases Make Bad Law: The War Powers Act*, 50 TEX. L. REV. 833, 865-66 (1972). 協働の典型例がモンロー大統領とJ.Q. Adams 国務長官がフロリダに関する問題の処理だった。Id. at 857-862.
- (72) Alexander Bickel, *Congress, the President and the Power to Wage War*, 48 CHAM-KENT L. REV. 131, 140-45 (1971). 議会は戦争と講和に関して自らの権限を再定義し、大統領の権限を再定義すべきと主張す。Id. at 146.
- (73) 「憲法の条文とその歴史は、はっきりりと大統領を制限する。しかしながら、憲法という法はわれわれの制度にあって条文のみで規定されるのではなく、長く培われてきた慣用によって影響を受けるものである。最も初期の慣行は制憲者によつ

て意図された戦争作成権限の分割に符合していた。しかしながら、最近の慣行は独立した大統領のイニシアティブの範囲を広げていく傾向にある。Id. at 133. 彼は憲法一条の議会の権限を定める必要適切条項を重視し、議会は、大統領が私的に単独で決定する機関であるの対して、コミュニケーションを仕組まれた機関であり、さまざまな意見を反映させうる制度特性に着目する。Id. at 144.

(74) John C. Yoo, *War and Constitutional Text*, 69 U. Chi. L. Rev. 1639 (2002). 本項の本文の括弧では引用した頁を記す。

(75) ボークは、「議会と大統領のそれぞれの役割はそれらの構造的な能力と限界に従って発展した。議会は、巨大なスタッフによって支えられた五三五人のメンバーからなり、明らかに軍隊の使用に迅速で決定的で柔軟な行動をすることができなく」とする。Id. at 1641-42 nn.6, 7.

(76) Virginia が批准過程の鍵となる。同州は地理的にも南部と北部にリンクしており、指導的なフェデラリストをして、同州の承認がなければ憲法は生き残ることがないとまで信じせしめた。Id. at 1657 n.46.

(77) Michael D. Ramsey, *Textualism and War Powers*, 69 U. Chi. L. Rev. 1543 (2002).

(78) ロックは戦争状態についてこう述べている。「戦争状態は、敵意と破滅との状態である。それ故、言葉と行為とによって、感情的にはなく冷静沈着に、他の生命を狙うということを宣言すると、これによって彼がこのような企図を宣言した相手に対して、彼は戦争状態に置かれるのである」。J・ロック／鶴飼信成訳『市民政府論』（岩波文庫、一九六八年）二二二頁（第三章）。

(79) マディソンは、宣戦条項が大統領権限のチェックだと述べたこともなければ、正式の特定の戦争作成手続を立法手続と同様に設けるべきと主張したこともない。むしろ、各部門がその固有の憲法上の権限の競合と協働によって戦争政策を発展させることを論じた。マディソンは財政と軍に対する議会権を強調したのであり、宣戦権に関してはないとする。Yoo, *supra* note 74 at 1659-60.

(80) 議会が仮に宣戦をしても、大統領は平和交渉などで敵対状態を打破し、議会の宣戦の令旨、すなわち敵を軍事攻撃せよとの命令を単に拒否することができるのである。Id. at 1673.

(81) YOO, at 8. 大統領は宣戦を事前に受けてから戦争を遂行する要はないが、議会は大統領の発意に対して、財政をはじめ十分な統制手段を憲法で認められている。条約と同様に、議会でも裁判所でもなく、大統領が戦争の開始や終了の源なのである。Id. at 8-9.

(82) Michael D. Ramsey, *Text and History in the War Powers Debate: A Reply to Professor Yoo*, 69 U. Chi. L. Rev. 1685, 1690 (2002). Ramsey の文言主義解釈は、「一八世紀の宣戦は（正式な公言の意味に加えて）戦争状態を発意する敵対状態行為を

- 意味しえなし、正式な戦争の公言は一八世紀には戦争の法的状態に必須ではなく、むしろ有益だが拘束力のない伝達のためレトリックの工夫であったことを示す。 *Id.* at 1720.
- (83) Fisher, *supra* note 62 at 1213. 「執行権の戦争権限への不信には憲法上の根拠がある。制憲者は、大統領が国益ではなく、自分のあるいは党派の動機のために軍事力を使用するのを恐れたのだ」。 *Id.* at 1250.
- (84) John C. Yoo, *The Constitution of Politics by other Means : The Original Understanding of War Powers*, 84 *Cal. L. Rev.* 167, 174 (1996).
- (85) Stromseth, *supra* note 49. これは同じ ProCon の論者 Louis Fisher の著書『大統領の戦争権限 Presidential War Power』の書評 (review) である。本項本文の括弧内の数字は引用頁である。
- (86) Fisher は、メキシコ戦争でのポーク大統領と南北戦争のリンカーンを除いて、一九世紀では基本的に戦争権限は議会にあったとする。Fisher, *supra* note 30 at 4. 第二次世界大戦後は、トルーマンは勿論、フーワード大統領のベトナムからの邦人及び外国人救出のときも授権はなく、議会権限の欠如で行動するのが正当化された。 *Id.* at 186.
- (87) Blakel, *supra* note 72 at 145-146.
- (88) Eyr, *supra* note 26 at 6. 一方で、議会は専門性がない、機能的でないなどの悔悛 (penance) に付きまといわれ、相対的に弱体化す。Stromseth, *supra* note 49 at 906.
- (89) Fisher, *supra* note 30 at 45, 185-88.
- (90) *Id.* at 199.
- (91) Eyr, *supra* note 26 at 87-88.
- (92) 対話 (dialogue) は「アメリカの外交政策について広く将来の方向を大統領と定期的に議論するために集まるさまざまな議会の諮問集団を立ち上げることから始められる」とする。Stromseth, *supra* note 49 at 854 n.345. ProExe の Emerson も同様な指摘をする。「議会は大統領が導かれうる認識可能な立場を形成する政治的動機と感覚を持つべきである。それは適切な委員会が重要な問題にほとんど全員一致の見解を展開させ、大統領が上院あるいは下院の立場を、何百の、あるいはきわめて多様な議員の個人的な見解の中から選ばなければならないよりはむしろ、集団体として明確に知ることができるように、展開させなければならない。こうすることで、二つの部門はわれわれの制憲者の真の意図に従って、一致してよりよへ動くべきである」。Emerson, *supra* note 37 at 88.

(未完)

付記 本稿は平成二二年度日本学術振興会科学研究費補助金(基盤研究C)による成果の一部である。