

戦争権限における大統領単独行動主義と 司法審査消極論 ——Curtiss-Wright 判決の持つ意義と限界——

望 月 穂 貴

はじめに

- I 問題意識——なぜ Curtiss-Wright 判決か
 - 1 Curtiss-Wright 判決を用いた大統領権限の擁護
 - 2 戦争権限の司法審査が Curtiss-Wright 判決から受ける影響
- II Curtiss-Wright 判決とその問題点
 - 1 判決の文脈
 - (1) チャコ戦争
 - (2) ローズヴェルト外交
 - (3) 事実関係と一審判決——委任禁止法理
 - 2 連邦最高裁判決——外政と内政の区別
 - (1) 最高裁での両当事者の主張
 - (2) サザランドの多数意見
 - 3 問題点
 - (1) 二分論と単独機関論——外交・安保権限の憲法外への押し出し
 - (2) 根拠の乏しさ
 - (3) 小 括
- III Curtiss-Wright 判決のしかるべき射程
 - 1 初期の受け止め方——行政協定の正当化から The Steel Seizure Case まで
 - (1) 大統領権限へのインプリケーション——行政協定の合憲性
 - (2) The Steel Seizure Case——傍論扱い
 - 2 時限的性格
 - (1) なぜサザランドの立論が採用されたのか

(2) 判事たちの結集軸

(3) 小 括

むすびにかえて

はじめに

安全保障をいかに立憲主義的に統制するか。2015年のいわゆる安保関連法が通過して以来、たとえば自衛隊の活動をいかに統制するのかという問題がますますアクチュアリティを増しているのは間違いないであろう。その一助とすべく、私は以前、アメリカ合衆国における戦争権限の司法審査に関して、ベトナム戦争以降の海外派兵を素材にして、その可能性と必要性を論じた⁽¹⁾。その際、用いた素材のために、実際に生じた事件については、ベトナム戦争中の徴兵者による訴えや、その後の憲法と戦争権限法に基づいて、大統領の海外派兵を違憲・違法とし差し止めるように訴える裁判例に限定された。しかし、戦争権限の司法審査というテーマについて、実際に生じた事件はもちろんそれに留まるものではない⁽²⁾。

そこで視野を広げて、連邦最高裁は大統領の戦争権限にどのような態度をとってきたのかということを考えてみようとする、一つの判例の存在に行き当たらざるを得ない。それは1936年の Curtiss-Wright 連邦最高裁判決⁽³⁾である。なぜこの判決が問題なのか。それはこの判決が大統領の外交・安保における単独行動主義を認めた一般的な先例であると評価されているからである⁽⁴⁾。

それでは、Curtiss-Wright 判決の何が問題なのか。私が以前論じたように、大統領が単独で武力行使を開始できると評価する者は、とりわけ執行権による安全保障問題への対処を第一とし、その効率性を重視している。大統領への権限集中を進める利点として、たとえばジョン・ユーは、「戦争と平和の決定にあたって、いかなる戦争権限システムが合衆国の実効性を増進す

るか」という観点から、安全保障の効率的遂行のためには、大統領に権限を集中する方が良いという結論を出している⁽⁵⁾。そうした観点からは、大統領権限の制限は、敵に付け入る余地を与えるだけだと見なされるだろう⁽⁶⁾。しかしながら、このような大統領単独行動を認めれば、大統領への権力集中はとどまることはなく、シュレジンガー（Arthur M. Schlesinger）の言葉を借りれば、「帝政的大統領」を産み出すことになるだろう⁽⁷⁾。シュレジンガーによれば、強力な大統領制には強力な説明責任がともなうべきであり、それが崩れたときに帝政的大統領が発生する。この事態は、監視の目が緩みがちな外交の分野において発生するのであり、帝政的大統領は、最後には大統領が「『敵』と呼んだ国内の政治的反対勢力に対して、外国の敵から国を救うために大統領のもとに集められた権力を利用」する⁽⁸⁾。抑制と均衡を働かせなければ、最後には対外的理由を国内での専制に用いようとする「帝政的大統領」に墮するだけである。それゆえ、大統領の外交・安保における単独行動主義を認めたとされる本判決は、要検討対象である。そのような単独行動主義が認められているとするならば、その理由付けをしっかりと検討し、判決の限界や射程を考慮しておかなければ、単独行動主義の正当化論への流用は留まる⁽⁹⁾ところを知らないであろう。

上記のような問題関心から、私は本稿で、Curtiss-Wright 判決がどれほど大統領の単独行動を認めているのか、どれほど連邦議会の権限を減殺するものなのかという評価を行いたいと考える。論述の順序としては、最初に、Curtiss-Wright 判決を取りあげる意義を述べる。Curtiss-Wright 判決がいかに大統領権限の擁護に用いられてきたかという問題を取りあげ、また、戦争権限の司法審査が Curtiss-Wright 判決からどれほど影響を受けるかということについて述べることにしたい（Ⅰ）。次に、Curtiss-Wright 判決そのものを改めて検討し、その問題点を探ることにしたい（Ⅱ）。そして、Curtiss-Wright 判決は未だに覆されてはいない判決であるから、その射程や限界を考察することにしたい（Ⅲ）。

I 問題意識——なぜ Curtiss-Wright 判決か

1 Curtiss-Wright 判決を用いた大統領権限の擁護

先程も述べたとおり、教科書的にいえば、Curtiss-Wright 判決は、外交において大統領の固有権⁽¹⁰⁾を認めた判決であるとされている。事案としては、ローズヴェルト政権による禁輸宣言に違反した Curtiss-Wright 社が、禁輸宣言の根拠法を、違憲の委任立法だと主張したことに対して、大統領の固有権を大幅に承認するような言葉を判決中で用いているからである（後述）。確かに、この判決を使って数多くの大統領権限の正当化がなされてきている。その様相をまずは見ていくことにしたい。

ベトナム戦争以来、執行権はその単独行動主義、とりわけ連邦議会の同意を得ない軍事作戦の実行を Curtiss-Wright 判決を用いて正当化した。グリフィンが取り上げているように、次のカツェンバック司法長官の意見が良い例であろう⁽¹¹⁾。グリフィンは、大統領の専制的な戦争権限の行使は1945年以後に憲法秩序（constitutional order）として現れたということを主張しているが、そのような憲法秩序の転換にあたって Curtiss-Wright 判決が一役買ったという。

ベトナムへの軍隊増派が続く中、ジョンソン大統領はカツェンバック司法長官に、増派にあたって議会同意の調達が必要かどうかを諮問した。連邦議会は既にトンキン湾決議を通していたけれども、ジョンソン大統領は、陸軍の増派（65年7月28日）にあたって、さらなる議会授權が必要かどうかを諮問したのである。カツェンバックは、まず憲法上大統領が最高司令官であり、Curtiss-Wright 判決ゆえ、外交における「単独機関」とであると述べる。この二つの立場ゆえに、大統領は軍隊を海外派兵する権限を有しているというわけである。したがって、議会が行動をしない状況にあっては、大統領に対する法的制約は、憲法上の議会の権限すなわち戦争を宣言する権限を侵害しないということに過ぎない。次に、カツェンバックの考えによれ

ば、戦争を宣言するというのは、相手国の征服・降伏まで求める全面戦争を行うという意味であり、このような全面戦争を行うのでない限り、大統領は単独で十全に権限を行使することができる。トルーマンが朝鮮戦争で行った例も、大統領の権限の大きさを示唆するとされる。

要するに、仮に連邦議会が法的に厳密な授権を行ったとすると、それは大統領権限を制限することになるが、連邦議会が行動しなければ、大統領は憲法上の連邦議会の権限、すなわち戦争を宣言する権限を侵さない限り外交においては何をしても構わないということになる。連邦議会の授権を取りつければ、大統領の権限行使にお墨付きを得て、疑義を一掃できるという利点がある。しかしながら、連邦議会の授権を得れば当然その授権に拘束されることになるので、そのような制約を受けるよりは、連邦議会の授権を取り付けない方に利があるというのである。⁽¹²⁾

ベトナム戦争の反省で戦争権限法が制定されても、このような状況は変化しなかった。たとえば1980年2月の司法省法律顧問局（Office of Legal Counsel）の法制意見では、大統領が議会授権を取り付けずに軍隊を投入する権限について戦争権限法がいかなる影響を与えるかという議論をしているが、結論的に、戦争権限法の影響は（議会報告などの義務を除いて）ないとされている。そしてここでも、まず最高司令官条項と Curtiss-Wright 判決から、大統領が軍隊を派兵する権限が導き出される。その上で、歴史上大統領がイニシアティブをとり、連邦議会は忍従するという構造が繰り返されてきたのは、それには迅速な対応という利点があるからだとし、憲法実践から上記の権限は正当化されるという。たとえば敵対状態（hostilities）を議会の同意なく開始するという点については、海軍を差し向けて日本を「開国」させたことや、1965年にジョンソン大統領がドミニカ共和国の革命に介入した例を挙げる。また、緊急的な救出作戦についても、北アフリカのバルバリア諸国の海賊に議会授権なしで艦隊を差し向けた例から、クメール・ルージュに拿捕された船員を救出した Mayaguez 号事件に至るまで、議会の

同意を得ていない。これらの例からも、連邦議会が財政権を行使して軍事作戦の継続を妨げるのならまだしも、軍隊を投入すること自体については大統領が単独で行うことができるというわけである。⁽¹⁵⁾

もちろん、いわゆる対テロ戦争でもこのような議論は繰り返された。大統領は最高司令官であり、また外交についての「単独機関」であるがゆえに、議会の授権をとりつけなくとも、対テロ戦争で様々な処置をとることができるという議論が行われたのである。⁽¹⁶⁾

Curtiss-Wright 判決を用いた大統領権限の正当化はもちろん海外派兵に留まらない。たとえば、連邦議会議員への機密情報の提供者に対して機密取り扱い許可を剥奪した事件で、連邦議会が公益通報者保護規定を設けて許可の剥奪を撤回させようとした事件では、OLC は、このような法律は大統領の「単独機関」としての権限を侵すものであり、違憲であるとの法制意見を提出している。⁽¹⁷⁾

もちろん、裁判においても執行権側は Curtiss-Wright 判決を引用して大統領の単独行動主義を正当化していった。⁽¹⁸⁾ ハロルド・コーはこのような状況を評して、「大統領たちは、Curtiss-Wright 判決を……実質的に司法権が憲法第 2 編を修正して、そこで規定される権限に加えて、外交関係においては執行権に底抜けの器でも与えたかのように扱おうとしてきた。検事たちにとっては、サザランドによる大統領権限についての饒舌な記述は、『Curtiss-Wright だ、だから俺が正しい』とでもいわんばかりの引用になるほどよく知られている」と述べている。⁽¹⁹⁾

The Steel Seizure Case 以降の連邦最高裁もまた、Curtiss-Wright 判決を引用して大統領権限の正当化を行うことが少なくない。たとえば、キューバへの渡航を制限する権限の正当化や、⁽²⁰⁾ 国家安全保障上の理由でパスポートを取り消す権限の正当化に用いられているし、あるいは政治的問題の法理の使用を導くために Curtiss-Wright 判決を引用したケースもある。⁽²²⁾ 行政協定の正当化にも、もちろん、かつてと同様に用いられた。⁽²³⁾ パスポートに関連し

ては、連邦議会による大統領権限の制約を違憲とするために用いた下級審判例も登場している。⁽²⁴⁾

このように、多種多様な、外政がかかわる大統領権限の擁護に用いられているのが現状であるが、とりわけ戦争権限に関していえば、グリフィンが指摘するように、カツェンバックらの意見は、戦争権限についてのみ大統領の専権を主張するものではない。まず Curtiss-Wright 判決をもちだし、外交における大統領の専権を擁護し、次に戦争権限は外交に包摂されるので、⁽²⁵⁾ 海外派兵も大統領の専権で可能という議論を立てている。確かに、サザランドの理由付けを突き詰めていけば、外交政策にかかわると大統領が主張するものは、すべて大統領の専権に属するということになり、連邦議会の同意は不要ということになる。執行権側はサザランドの理由付けを海外派兵の分野において最大限活用したのである。その最も極端な例はイラン・コントラ事件のノース中佐（Oliver North）だろう。ノース中佐は、議会公聴会で、議会の意思（ニカラグアのコントラへの援助を禁止したボランド修正）に反してでも秘密作戦を実施する根拠として、コントラへの武器供与の根拠として Curtiss-Wright 判決を挙げた。その箇所を引用してみよう。⁽²⁶⁾

ミッチェル議員：……大統領は議会の承認のない資金を使った秘密作戦を授権し実行することができるかとあなたは主張しているのですか？……

ノース中佐：その通りです。

ミッチェル：ではそういう場合、大統領は誰に対して説明責任を果たすことになりませんか？

ノース：彼を選挙したアメリカ人民に対してです。……私が言いたいのは、大統領こそアメリカ人民に対して説明できる最高位の公務員であり、最終的には、憲法の下で、様々な手段、たとえば再選——彼らは大統領を落とすことができます——によって人民に説明することができるのです。

ミッチェル：しかし当然ながら、定義上秘密作戦というのは秘密裡に行うものであ

り、そしてまた大統領がそのことを人民に秘匿するのなら、その秘密作戦について人民が大統領を落選させることができるような情報を得る方法がないではありませんか？

ノース：そのことは私が委員会に出席する前に執筆した書簡で書いた問題です。私がジェイ条約について取り上げたところですが、ワシントン大統領は議会と協働していなかったというだけではなく、彼は条約交渉で起きたことについて議会に報告するのを単に拒否しました。

この問題は1930年代に合衆国対カーチス・ライト事件で再び論じられました。連邦最高裁は再び、合衆国大統領が秘密作戦や秘密交渉を行って合衆国の外交政策目標を推進することは大統領の権限の範囲内であると判示したのです。

ミッチェル：中佐、ひとこと言わせて貰えば、カーチス・ライト判決はそんなことは言っていない。……

秘密作戦 (covert operation) の実施も Curtiss-Wright 判決によって認められたというノースの言い分については、流石に Curtiss-Wright 判決はそのような秘密作戦に言及してはいないと指摘が入っている。しかし、確かに、Curtiss-Wright 判決のサザランドの理由付けを突き詰めてしまえば、大統領が連邦議会の意思、すなわちポランド修正から自律し、秘密裏に作戦を実行するということが正当化できなくはないかもしれない。ノースの証言は、サザランドの理由付けを突き詰めればこのような議論にまで行き着くことを示しているとはいえる。このように用いることができるからこそ、ユーに言わせれば、Curtiss-Wright 判決は「外政分野における司法の敬讓と執行権の裁量に関する最大のポイント⁽²⁷⁾」となる。この判決の意義を念入りにチェックする必要がある所以である。

また、仮に Curtiss-Wright 判決のこのような評価が正しいとすれば、グリフィンの戦争権限に関する議論にも疑義が生じる。先程も述べたように、グリフィンは1945年以後の憲法秩序になってはじめて大統領が専制的に戦争

権限を行使するようになったという議論を立てており、そしてまた、戦争権限の領域においては連邦最高裁が指導的な判例を出していないので、戦争権限は法化されていないという議論を立てている⁽²⁸⁾。しかしながら、Curtiss-Wright 判決のこのような読解が正しいとすれば、大統領の専制的な戦争権限の行使は既に戦前において認められていたと言いうるし、Curtiss-Wright 判決をリーディングケースとして捉えることができる。グリフィン自身は Curtiss-Wright 判決をそのような先例として捉えるべきではない理由を詳細に述べていない以上、グリフィン同様に大統領の専制的な戦争権限の行使はアメリカの歴史の中では比較的新しい現象であると考えられる場合には、Curtiss-Wright 判決が重大な桎梏となる可能性がある。したがって、この判決の点検作業が欠かせないのである。

2 戦争権限の司法審査が Curtiss-Wright 判決から受ける影響

私は以前、司法権は海外派兵の分野で判断を回避しようとしてきた傾向があると指摘した⁽²⁹⁾。ヴェルヴェル（Lawrence R. Velvel）が、ベトナム戦争が議会の授權を欠き、違憲であるという宣言的判決を求めた訴訟においては、裁判所は次のように説示して訴えを退けている。いわく、憲法上、「戦争を宣言する」権限が連邦議会に属することは疑いないものの、連邦議会の宣言が要求される戦争状態があるというかどうかは、事実認定によって決することはできず、裁判所には「そうした先例、能力……もなく、そうした冒険に出るような熱意もない」などと判示したほどである⁽³⁰⁾。ユーのような論者は、外交・安保に関する事例での裁判所の判断回避を主張している。だからこそ、戦争権限に関して、裁判所が判断を放棄せずに抑制と均衡を保つ役割をまっとうさせる手段が必要なわけである。

では、Curtiss-Wright 判決は戦争権限問題の司法審査にどのような示唆があるか。Curtiss-Wright 判決自体は、実際、判断を回避していない。政治的問題の法理を使っているわけではなく、むしろ積極的に合憲判決を下し

た形になっているし、裁判所には判断する知識がないのだから判断を回避するという形にはなっていない。その意味で、比較的近年になってから、かような問題に対して政治的問題の法理が用いられるものだという認識が、裁判所や学者の間に広まるようになった（とりわけ Baker v. Carr 連邦最高裁判決⁽³¹⁾の影響で）というフィッシャーの認識は正しい⁽³²⁾。しかし、そうはいっても、仮に連邦最高裁が外政に関する大統領の固有権を幅広く承認しているのだとすれば、むしろ司法審査によって大統領の権限が確保される方向に進むかもしれない⁽³³⁾。そのような解釈が正しいのだとすれば、やはり Curtiss-Wright 判決の意義をしっかりと評価し、大統領の権限確保を押し止めるような解釈をする可能性を見出す必要がある。それでは、次のⅡから Curtiss-Wright 判決自体の分析に入っていこう。

Ⅱ Curtiss-Wright 判決とその問題点

1 判決の文脈

(1) チャコ戦争

既に述べたように、Curtiss-Wright 判決は教科書やケースブックでも一つの項目を割かれているほど有名な判決であり、大統領権限に関する指導的判例であると考えられている。しかしながら、Curtiss-Wright 判決がどのような文脈で生じたかについては、あまり触れられていない。第一に、Curtiss-Wright 判決がチャコ戦争というマイナーな戦争にかかわることだということ自体が意識されていない。チェメリンスキーの教科書では「南米における戦争の懸念から……」というのみであり⁽³⁴⁾、国際法学者グレナンに至ってはヒトラー対策の文脈を強調している⁽³⁵⁾。しかし、直接のきっかけはグラン・チャコ地方をめぐるボリビアとパラグアイの紛争と、それへのフランクリン・ローズヴェルト政権の対応にある⁽³⁶⁾。

グラン・チャコ地方は、アルゼンチンの北、ボリビアの南東、パラグアイの北に位置する草原地帯である。この地域に対してボリビアは、太平洋戦争

(1879-1883)に敗北し、内陸国化すると、海へのアクセスルートとしてチャコを流れるパラグアイ川に注目せざるを得なくなり、チャコ地方への関心が高まっていった。

一方、当時のパラグアイは、三国同盟戦争（1864-1870）に敗北して国土と人口の大半を喪い、辛うじて独立を保つことができる状態にあった。そこでパラグアイが注目したのがチャコ地方であった。チャコの先住民の言語はパラグアイと同じグアラニー語であり、したがってその点においてパラグアイとチャコは文化的に一致していた。そこで当地の開拓を行おうとしたのである。

これだけではボリビアとパラグアイの単なる利益の衝突に過ぎないが、これが一気に戦争へと発展するきっかけとなったのは、チャコ地方に石油があるという説が唱えられたからであった。1921年にスタンダードオイルがボリビアに進出し、1928年にはアンデスで石油が発見された。これによってチャコ地方にも石油があるという推測が広まった。また、ボリビアにとっては、石油とあわせ、ブラジルやアルゼンチンを経由せずに石油を輸送するルートとしてパラグアイ川を確保することが何よりも重要になったのである。そのためボリビアが新たな前線拠点を建設すると、パラグアイもこれに軍事的に応じ、1928年12月に最初の軍事衝突が発生した。国際連盟やまたその他の諸国の説得にもかかわらず、両国は軍事的解決を選び、戦争の準備を進め、1932年6月、ボリビア軍によるパラグアイ軍の前線拠点攻撃をもってチャコ戦争がはじまったのである。⁽³⁷⁾

戦争初期においては軍備の近代化が進んでおり、またスタンダードオイルによる石油供給を得たボリビアが優位を得たが、戦争指導の問題や、国内事情（チャコの獲得に固執するエリート層に対し、ボリビア軍兵士の主体はアンデスの高地出身者でありチャコの草原地方に対しては関心が薄かった）もあって形勢は逆転する。1935年にはパラグアイ軍がチャコ地方のほとんどを手中に収め、ボリビア領内に軍を進めたが、防衛側になったボリビアの猛烈

な抵抗を受けて攻勢は頓挫する。両国ともにここで戦争を継続する限界に達した。1935年6月に停戦が発効し、1938年のブエノスアイレス平和条約をもって戦争は終結した。条約ではチャコ地方のほぼすべてがパラグアイに帰属することが確認されたので、パラグアイが戦争目的を達成し、勝利を得たということになる。もっとも、一番の目的だった石油は、発見されることはなかった。⁽³⁸⁾

(2) ローゼンヴェルト外交

第二の文脈は、時のアメリカ合衆国大統領フランクリン・ローゼンヴェルト(以下、FDRと表記)がどのような外交政策を行おうとしていたかであり、チャコ戦争は彼の政策のなかでどのような位置にあったのか、ということである。FDRはセオドア・ローゼンヴェルトのいついどこであり、またウィルソン政権の海軍次官補となり、国際主義者としてその政治的キャリアをスタートさせた。セオドア・ローゼンヴェルトはモンロードクトリンを修正する「ローゼンヴェルト・コララリー」⁽³⁹⁾で知られており、これはラテンアメリカ諸国に対するアメリカ合衆国の覇権を正当化するものだった。

しかし、FDRは大統領選に出馬する頃にはトーンダウンするようになった。まず、FDRは1932年の大統領選に出馬するにあたって、外交政策については可能な限り明らかにしない方が得策だと判断していた。大恐慌後の不況下で、国際問題に積極的に関与すると表明すれば、孤立主義的な世論を刺激すると判断したわけである。⁽⁴⁰⁾もっとも、選挙中に国際主義的な考え方について攻撃されると、以前の立場を覆さざるを得なかった。FDRは、「戦争を阻止し、アメリカの根本理念にのっとって国際的問題を解決するという窮極的な目的」にはコミットし続けたものの、国際連盟はその目的に資するものではないと断じた。⁽⁴¹⁾そしてその目的を達する方法については、外交政策を争点化する懸念から、結局は明らかにしなかった。⁽⁴²⁾

FDRは当選後、外交政策として善隣政策(Good Neighbor)と軍国主義への対処を明らかにした。善隣政策は、ラテンアメリカ諸国に対して「よき

隣人」⁽⁴³⁾として付き合い、その地域の問題を解決するためにアメリカ合衆国は積極的に関与するというものである。第二に、軍国主義者、つまりはナチス・ドイツと帝国日本に対して厳しく対処する政策にあたっては、軍国主義とその犠牲者を明確に区別する必要があった。すなわち、軍国主義者にとって不利になるような政策をとるためには、軍国主義者にのみ武器を輸出しない⁽⁴⁴⁾というような裁量を議会から取り付ける必要があったのである。これを以下では選択的中立と呼ぶ。

しかし、連邦議会はこのような裁量を FDR に認めなかった。1933年にローズヴェルトが求めた法案は下院を通過したが、上院では伝統的な中立政策を放棄するの躊躇する意見が強く、結局選択的中立ではなく、すべての紛争当事者に対する武器禁輸へと修正されてしまった⁽⁴⁵⁾のである。そして大統領側が議会に対して選択的中立の裁量権を要求しても、議会は伝統的な絶対的中立を望むという構図は、その後も続いた（良い例が1935年中立法である）。結局、最終的に議会が態度を変えるのは、1940年にナチス・ドイツにフランスが敗北し休戦協定を結んだ⁽⁴⁶⁾後のことである。

しかし、チャコ戦争だけは両者が歩み寄る機会となった。同じアメリカ大陸での戦争は耳目を集め、とりわけアメリカの武器商人たちが自分たちの利益を人命で贖ったことは激しく非難された。たとえば国務長官のコーデル・ハルも、合衆国民がボリビアとパラグアイの戦争で利益を貪るのは恥ずべき⁽⁴⁷⁾ことであり、武器禁輸が認められなければ善隣政策が笑いものになると指摘した。

議会の側も歩み寄った。チャコに対する武器禁輸を行うべく、1934年5月23日には下院で、24日には上院で禁輸法案が可決され、大統領に対してチャコ戦争に関する禁輸宣言を発する権限を授権した（両院合同決議第347号⁽⁴⁸⁾〔以下、合同決議347と記す〕）。これを受けて FDR は5月28日に宣言を発し、禁輸を実施し、⁽⁴⁹⁾休戦後には解除された。⁽⁵⁰⁾

以上をまとめると、FDR の外交はラテンアメリカ諸国への「良き隣人」

としての介入、そして何よりも軍国主義者への対処を重視していた。そのためにFDRは外交上の裁量権を要求していた(選択的中立)が、議会はそれを容れていなかった。FDRが望んだ裁量が議会によって認められる機会となったのがCurtiss-Wright判決の舞台となったチェコ戦争であった。

(3) 事実関係と一審判決——委任禁止法理

Curtiss-Wright判決の当事者である航空機製造大手カーチス・ライト社は、1929年7月にライト航空社(名前の通りライト兄弟の会社に遡る)とカーチス航空機・発動機会社の合併によって誕生した。そして発足早々に大恐慌による倒産の危機に見舞われることになった。会社にとっては1932年からのチャコ戦争は起死回生の絶好の商業機会に映った。1933年にはカーチス・ライト社はボリビアへの航空機販売を独占し、またボリビアはそれによってパラグアイに対する戦術的な優位を得ることになった。1933年にはボリビア一国での収益が、会社の輸出による収益の $\frac{2}{3}$ を占めたほどであった。この独占はボリビア軍高官に対する5%のキックバックによって維持され、またこれに味をしめたカーチス・ライト側は秘密裡にパラグアイにも航空機を輸出することを試みている⁽⁵¹⁾。

このような状況だったので、合同決議347と大統領の禁輸宣言はカーチス・ライト社にとっては重大な問題だった。とりわけ1934年6月に連邦政府は、2月にボリビアが発注した5機の戦闘機と4機の爆撃機の輸出を差し止めた。実際に輸出がストップさせられてしまったので、経営への脅威は明白になった。この時は、戦闘機に関しては禁輸前に完成していたので輸出を認めたが、爆撃機については、5月28日の禁輸宣言の時点で完成していなかったため、輸出は許可されなかった。これに対してカーチス・ライト社は、爆撃機から爆弾懸吊架と銃座を撤去し、旅客用座席を取り付けて、民間航空機として販売し、現地で再び爆撃機に改装する計画を立てたのである。

この計画は司法省によって把握されていた。司法省は連邦検事のマーティン・コンボイを現職から外して調査のため中継地点のリマに送り込んだ。コ

ンボイは、当該航空機がボリビア向けの軍用機であるという証拠を集めることはできなかったものの、輸出が差し止められた爆撃機用の機銃が、輸出が許可されていた戦闘機とともに同梱されていることを突き止めた。帰国したコンボイは禁輸宣言に反してボリビアに航空機用機銃を販売しようとした共謀の罪で会社と幹部に対する起訴状を取り付け、裁判が始まった。⁽⁵²⁾

起訴に対してカーチス・ライト側は、合同決議347は違憲の委任立法であるので無効であり、したがって当然合同347を前提とする禁輸宣言も無効であるとし、したがって起訴の法的根拠がないとする訴答不十分の抗弁（demurrer）を行った。そして一審はこれを認めたのである。⁽⁵³⁾

一審が用いた憲法上の論点は、委任禁止法理（Nondelegation Doctrine）である。もともとFDR政権は、ニューディール政策の実現をめぐる連邦最高裁と委任禁止法理をめぐる衝突してきた。⁽⁵⁴⁾ その良い例がPanama判決とSchechter判決であろう。いずれも全国産業復興法（National Industrial Recovery Act: NIRA）⁽⁵⁵⁾の条項を違憲としたものであり、前者は州法の規制に違反して製造された石油の輸送を禁止することについて大統領に広範な裁量を与えていたことで、全国産業復興法 § 9(a) が違憲とされた。後者では、特定の業種について公正な取引の基準を承認する権限を大統領に委任した § 3 が違憲とされた。前者では反対意見にまわったカードozo判事も、後者では賛成し、全員一致の判決だった。この二つの最高裁判決により、合同決議347は合憲性の疑義に晒されることになったのである。

ここでは全国産業復興法 § 3 の建てつけをみてみよう。全国産業復興法は、「大統領が（1）組織または団体が加入に不平等な制限を課さず、〔当該分野の〕貿易、産業、またはそれらの部門を真に代表しているということ、（2）規定が独占の促進を意図あるいは中小企業を抹殺あるいは抑圧することを意図していないこと、かつ中小企業を差別せず、本章の目的を達成しうることを判断する場合、大統領は貿易、産業あるいはそれらの下位部門……の公正な貿易の規定を承認することができる」とする。⁽⁵⁶⁾ Schechter判決で

は、このような規定のいう「判断」なるものは、単なる大統領の意見・予想に過ぎず、広範な立法的な裁量が大統領の意のままになっていると断じられたのである。⁽⁵⁷⁾

一審では、本件は Schechter 判決とは区別されないとした。すなわち、「大統領が……禁輸が……平和の再確立に貢献すると判断する場合」というものは、判断とはいっても、「特定の交易が禁止されれば、その禁止は望ましい将来の結果に貢献するであろう」という「意見ないし予想」にすぎない。⁽⁵⁸⁾したがって、合同決議347は Schechter 判決と同じく、違憲の立法権の委任であるということになる。それゆえ、合同決議347による大統領の宣言も、無効である。

この一審判決は FDR 政権にとって大きな脅威だった。選択的中立の裁量を議会から取り付けることが不可能になり、軍国主義への対処という外交政策の遂行が困難になることもさることながら、Schechter 判決がこのように使われ続ければ、「公共の利益」のような大きな概念の名の下に、大統領が裁量権をもって政府と諸利益団体との相互交渉を主導し、あるべき公法を形成していく多元政治を進めていくことも不可能になる。⁽⁵⁹⁾ 訴答不十分の抗弁において刑事訴追の根拠法が違憲とされた場合、連邦最高裁に直接上訴することができるという連邦法が存在したため、FDR 政権は連邦最高裁に跳躍上告することを選んだ。

2 連邦最高裁判決——外政と内政の区別

(1) 最高裁での両当事者の主張

一審判決が「判断」と「意見・予想」の区別に依拠していたため、政権側は将来の出来事に関する判断を委ねた過去の例を引用しつつ、かような区別を否定し、合憲性の基準は、執行権の恣意的な裁量が制限されているかどうかにかかわらずと主張した。⁽⁶⁰⁾ もちろん最高裁の時点ではチャコ戦争は停戦しており、政権は Schechter 判決の影響力を弱めることを最終的な目標としてい

たわけである。カーチス・ライト側は「判断」と「意見・予想」の区別を支持し、政権側の弱点を突いた。政権側の主張では、實際上、外交分野において憲法上の権力分立が無視されることになると指摘したのである。いわく、「大統領への不当な権限委任の禁止において、一般的な立法と、外交関係に影響を与える立法は区別されないし、あるいは州際通商を規制する立法、外国との通商を規制する立法、課税立法、戦争状態を宣言する立法、といった区別も行われ得ない⁽⁶¹⁾」。また、Schechter 判決のもとでも合同決議347が合憲であるという主張については、仮に合同決議347における「判断」が、単なる意見・予想ではないとしても、大統領にはそういった場合に宣言する義務が課せられておらず、「法律が発効するか否かを決定する……選択肢がすなわち法律を作ったり作らなかつたりする立法権を（大統領に）明け渡すも同然だといえないのならば、何がそのような明け渡し行為にあたるのかを考⁽⁶²⁾えるのは難しい」。

（2）サザランドの多数意見

Curtiss-Wright 事件は1936年11月19、20日に口頭弁論が行われ、判決は12月21日に下された。7-1で原判決を破棄するものだった⁽⁶³⁾。多数意見を執筆したのはサザランド判事（George Sutherland）であり、ストーン判事（Harlan F. Stone）は病気のため参加せず、また反対したマクレイノルズ（James C. McReynolds）は、理由を記していない。

サザランドの多数意見は、ある意味では政府側、カーチス・ライト側双方の期待を裏切るものだった。「合同決議が国内問題にのみかかわるものである場合、それが立法権から執行権への違憲の委任立法を構成するものとして異議を申し立てる余地があるか」という問題には答えずに、「本件合同決議が国内問題であれば違憲無効になるとしても、外国における痛ましい状況を治癒することを可能にすることが窮極的目的であるという理由に基づいて〔合憲性が〕維持されうるか」という問題設定をしたからである⁽⁶⁴⁾。これによって政府側は、最高裁がニューディール政策に対して下した判断を変更する

つもりがないことを明らかにされ、カーチス・ライト側にとっては、最高裁は Schechter 判決を適用するべきだという議論が無駄になり、敗色濃厚になったのである。

サザランドは自らのかつての著作を引用しつつ、⁽⁶⁵⁾まず、内政においては、憲法は明文規定に含まれないものは州に留保するものの、州は一切外交権を有しておらず、そもそも植民地が統一的に行動してグレートブリテンから分離した結果、対外的主権 (external sovereignty) はイギリス政府から個別の植民地へと移ったのではなく、アメリカ合衆国としての集団的な植民地団 (the Colonies) へと移ったという認識を示す。そしてまた連合規約においても、連合は、対外的主権を単独で有しており、連邦においても対外的主権は単一のまま変更されずに残ったとする。それゆえ、「連邦政府の対外的権限はその起源においても本質的性格についても対内的権限とは異なる……」⁽⁶⁶⁾と述べる。これは彼が既に著作で述べていたことだから不思議ではない。しかし、ここから彼はかつての著作での主張から離れ、大統領権限を殊更に擁護する言葉を連発していく。その部分がこの判決でもっとも知られた説示である。引用してみよう。

この広大な外政領域においては、その重要、複雑、繊細、多様な問題のため、大統領だけが国民の代表者として話し、聞く権限を有する。大統領が上院の助言と同意のもとで条約を締結にするにせよ、大統領だけが交渉をするのであり、上院は介入できないし、議会は交渉に介入する力がない。マーシャルが1800年3月7日の下院での議論で述べたように、「外交関係においては大統領だけが国の単独機関であり、外国に対する単独の国の代表者である」。

……

次のことを頭に留めておくのは重要である。我々はここで単に立法権によって授けられた権限についてのみ扱っているというのではなく、極めて繊細な、固有で排他的な、国際関係の舞台における連邦政府の単独機関としての大統領の権限につい

て扱っているということである。すなわち、その行使の根拠として議会の立法を必要とせず、他の政府の権限のように、憲法の適用可能な条文に従って行使されるべき権限である。⁽⁶⁷⁾

判決中のサザランドの理解によれば、対外的権限は憲法に由来するものではないので、それゆえ憲法によって定義されず、また「憲法の適用可能な条文」によって制限される他は無制約であるというものである。そして憲法が大統領を「単独機関」に据えて、それに対する制限をほとんど設けていない。そして大統領が外交政策を決定する第一人者であるため、議会在政策を決める地位から滑り落ちないようにするための委任禁止法理を適用する意味は、サザランドの理解によれば、なくなってしまう。

そして仮に議会对外関係について立法する場合には、執行権が情報や秘密、交渉といった外交分野に必要な道具をコントロールしていることに配慮するものであるという議論を立てていく。いわく、「立法者はしかるべく次の事項を頭に留めておくものである。すなわち、大統領の行為の形式——あるいは、彼の行動がなんであれ——は大統領が受け取るところの機密情報や、大統領の行動が我々の外交関係に対して有する効果に依存しているということである」⁽⁶⁸⁾。その意味で、サザランドは委任禁止法理の問題から離れていないということになる。彼は貿易等の取締りについて大統領に裁量権を与えた委任立法の歴史を振り返り、本件委任立法を違憲とすれば、「統一的な、長く継続し、妨げられなかった立法の実践」⁽⁶⁹⁾を無に帰するという。

こうしてみると、外交領域においては、大統領の意見に基づいて行動する、あるいは行動しない裁量権を与えるのは合憲である、ということになり、合同決議347も合憲である。というのも、連邦議会在チャコ戦争の当事者に武器を輸出することを大統領の判断で禁止できるという立法を作っても、それは大統領の外交権限を単にアシストするものでこそあれ、妨げることはないからである。⁽⁷⁰⁾

3 問題点

判決に現れたサザランドの理由付けの何が問題か。それは、大統領が「単独機関」ということになって、外政問題について、連邦議会の意思から自律しかねないことである。既にみたように、この理由付けを最大限に生かして、大統領の権限擁護が行われているのである。また、第二に、サザランドの立論が根拠薄弱であることも問題である。以下では、この二つの問題点について検討していこう。

(1) 二分論と単独機関論——外交・安保権限の憲法外への押し出し

ロフグレン (Charles A. Lofgren) は、Curtiss-Wright 判決についての議論をまとめているが、そのうち、Curtiss-Wright 判決を用いて正当化されている事柄のリストを抜き出せば、次のようになる。⁽⁷¹⁾

1. 合衆国は主権国家の全権限を有する。外政における連邦の権限は州の干渉の対象とならない。……
2. 大統領は Curtiss-Wright 判決が……定義するところの外政における固有権を有する。したがって、大統領は「外交と外政の行使」について排他的責任を有する。大統領は対外関係について連邦政府の「単独機関」である。大統領は上院の同意なしで国際的合意を締結することができる。Curtiss-Wright 判決により、「連邦議会が外国政府との関係という分野において大統領の権限を制限することができるか深刻な疑問」が提起された。またこの解釈により、執行権が連邦議会や公衆に対して外政・安保についての情報を提供しないことが正当化される。同様に、連邦政府は、令状のない盗聴を通じて得た安全保障にかかわる情報を、直接権利を侵害される側である被告人に開示しないことも支持される。
3. 外交関係に関する立法は、内政に関する委任に適用される審査基準を満たす必要はない。

このうち、本稿の問題意識との関係でもっとも重要なのは2.の部分である。1.については、州も独自の外交・安保権限を有すると主張するのでない限り、大問題とは言えない。3.についていえば、司法審査の基準が緩められるという問題性を含むものである。もっとも、Curtiss-Wright 判決が前提としていた委任禁止法理自体が既に事実上用いられなくなっており、3.は意義を既に喪っているとも考えられる。しかし、2.の大統領の権限の本質に関する議論についてはそうではない。立憲主義的な戦争権限の統制を考えるにあたっては大きな問題を含む。以下では、2.についての問題点を指摘していく。重要なのは内政と外政の「二分論」であり、分離された外交を据え付けられる大統領という「単独機関」である。

既に述べたように、サザランドの議論は、内政の権限と外政の権限を分離するものである。その根拠は歴史にあり、対外的主権がイギリス政府から、アメリカ合衆国としての集団的な植民地団（the Colonies）へと移ったのであり、その後連合規約、現行憲法においても同様に合衆国が持ち続けたというのである。「連邦政府の対外的権限はその起源においても本質的性格についても対内的権限とは異なる……」と述べるのである。この二分論の性質を考える上で重要なサザランドのフレーズは次のものである。⁽⁷²⁾

連邦は憲法に先立って存在したのである。憲法は、他の事柄とならんで、「より完全な連邦」を形作るということを規定していた。この〔憲法制定の〕出来事に先んじて、以下のことが明らかである。すなわち、連合規約によって「永久」であるとされたところの連合は、単独で対外的主権を有しており、連邦においても、憲法が明示的文言においてその行使について規定する限りの箇所を除いて、変更されないままであったということである。……

〔中略〕

その結果はこうである。連邦政府への対外的主権についての権限を賦与することは、憲法による積極的授權に依存しないということである。戦争を宣言し遂行し、

講和をなし、条約を締結し、他の主権国家との外交関係を維持する権限は、憲法においてまったく言及されていなかったとしても、必要な国家の付随物として連邦政府に備え付けられたであろう。……

この二分論により、外交・安保の権限は憲法外のものへと追いやられた。憲法は外交・安保の権限を授権・分配することはない。憲法以前の権限として連邦政府に当然割り振られるからである。ここで一つ目の大きな問題が生じる。外交・安保の権限を憲法外に根拠付けるのであれば、外交・安保に関しては政府が何をしていても憲法違反になりようがないということである。⁽⁷³⁾

さらに悪いのは、そのような外交・安保の権限をサザランドが大統領にのみ割り振っていることである。大統領が外交・安保の権限を専属的に行使する「単独機関」となるのである。もう一度先に引用した箇所を見てみよう。⁽⁷⁴⁾

この広大な外政領域においては、その重要、複雑、繊細、多様な問題のため、大統領だけが国民の代表者として話し、聞く権限を有する。大統領が上院の助言と同意のもとで条約を締結にするにせよ、大統領だけが交渉をするのであり、上院は介入できないし、議会は交渉に介入する力がない。マーシャルが1800年3月7日の下院での議論で述べたように、「外交関係においては大統領だけが国の単独機関であり、外国に対する単独の国の代表者である」。

これでは大統領は、憲法上の制限——とりわけここで重要なのは権力分立、すなわち連邦議会による掣肘である——を受けずに外交・安保にかかわるものだとさえいって何でもすることができることになる。ここにおいて、憲法によって政治権力が制限される立憲主義の政体から、外交・安保の権限は離脱する。執行権は憲法によって分配されることのない権限を持つという観念ができてしまえば、外交・安保の権限の名の下に行われる執行権の行為は権力分立によって掣肘のしようがない。つまり、連邦議会の意思を無視

して大統領は外交・安保に関する政策を実行するということである。これでは、まさにシュレジンガーのいう「帝政的大統領」にならざるを得ない。それゆえ、たとえばレヴィタンは本判決は、アメリカの政治体制たる立憲民主制からの離脱を意味するものであると批判している⁽⁷⁵⁾のである。このような「二分論」「単独機関」が本判決の問題点である。

（２）根拠の乏しさ

上記で見た通り、Curtiss-Wright 判決の理解を突き詰めれば、外政問題は憲法外の権限とされており、その権限を「単独機関」として与えられる大統領は連邦議会の意思から自律し、反面、連邦議会によるコントロールは考えられないということになってしまう。しかしながら、サザランドの議論の根拠をたどると、それが意外にも根拠薄弱なものであることが分かる。そこで、第二に、連邦最高裁がそのような薄弱な根拠を使って大統領の権限を正当化するべきではないという意味をこめて、サザランドの議論の根拠の乏しさを二点に渡って指摘したい。

第一に、連邦政府の外政権限と内政権限は「起源においても本質においても異なる」というサザランドの二分論の前提は、歴史である。内政においては、連邦政府は憲法に列挙された権限の一つであり、憲法は「連邦の立法権を、連邦政府に置くのに適した形で州の権力から切り出し、列挙されない権限を含まず州に残すように設計している」。しかし、州は主権を有しておらず、対外的主権はイギリス政府からアメリカの植民地団（the Colonies）へと移行された。サザランドの言葉を借りれば、「支配者は移り変わり、政府が終わり、統治体制が変わっても、主権は変わらない。政治社会は至高の意思なしに維持され得ない。主権が未定のままということはあり得ない。したがって、イギリスの植民地団に対する対外的主権が終了した時、即座に合衆国へと移管された⁽⁷⁶⁾」ということである。そして対外的主権は憲法に淵源を有さず、イギリス政府から移管されたものなので、憲法外（extra-constitutional）⁽⁷⁷⁾のものである。既に述べたように、このような二分論によ

って、外交・安保権限の淵源をを憲法外に置いているということがサザランドの認識の大きな問題である。

サザランドは、このような認識をストーリー（Joseph Story）のコメント⁽⁷⁸⁾に見出そうとしている。ストーリーの、各州の主権に関する認識は次のようなものである。主権（sovereignty）とは、一般的に至高権であり、次に「特定の国家ないし国民の現実の組織において、特定の公的役務によって排他的に行使されるべき政治的権限」、すなわち政府の統治権であり、外国に対する独立権⁽⁸⁰⁾である。サザランドが“especially”の一文を持って引用しているところから考えると、とりわけ次の箇所⁽⁸¹⁾に依拠して、サザランドは、州は主権を有していなかったと解しているのだと思われる。

いまや、いずれの植民地も独立革命前においては、ほとんど、かつ一般的な意味において、独立した、あるいは主権的共同体ではなかった。植民地はいずれも、もともとイギリス政府（the British Crown）の下にあり、臣従していた。植民地の権力と権威はそれぞれの憲章に由来し、制限されていた。すべての、あるいはほとんどすべての憲章は、イギリス法と矛盾ないし対立する法律制定を禁じることによって、植民地の立法を制限した。イギリス政府は、憲章のほとんどによれば、植民地の立法に対して拒否権を有しており、また、植民地政府高官の排他的任命権を有しており、控訴により、植民地の裁判所の判断を覆す権限を有していた。植民地の権利宣言においては、植民地は自らがイギリスの臣民として、イギリス政府への忠誠義務があることを認めていた。そして自由なイギリス臣民としての権利、自由、特権を要求し、植民地の立法府によらない課税権を否定した。しかし、同時に彼らは、母国に対する帝国全体の商業的アドバンテージを確保し、めいめいの商業的利益を確保するためのイギリス議会（Parliament）の対外商業規制立法に服することを認めていた。外国に関する限り、植民地は、国際法の意味において、主権国家ではなく、イギリスの属国だった。植民地は条約を締結できず、戦争を制限できず、大使を派遣できず、商業を規制できなかった。具体的な法律においても、独立

国との交渉においても、いずれもである。……

サザランドは、独立宣言によって、植民地団は別々の植民地ではなく、アメリカ合衆国として、独立国家になり、イギリスから権限を受け取ったとい⁽⁸²⁾う。⁽⁸³⁾ここでサザランドは権限を送り出すのは、別の政府でしかあり得ないという前提をとっている。⁽⁸⁴⁾だから、イギリス支配から独立した時、イギリス政府から権限を受け取ったはずである、という認識になるのである。そして、憲法外から外交権限を受け取っているのだから、憲法が連邦政府に限定的な権限を授けたからといって、外交権限まで制約したとは限らない、ということになる。

しかし、果たしてストーリーが連邦政府は外国から外交権限を授けられたと考えていたかといえば、そうではない。ストーリーは人民の同意に基づい⁽⁸⁵⁾て主権国家が作られたということを強調しているからである。

この集団が、1776年には次のような……前提のもとで大胆に権利を行使したのである。すなわち、一つの国家が国家的目的のもとに既に存在しており、かつ議会は植民地すべての共通の権利と自由を守るために、植民地全体に対する主権を与えられたということである。彼らはしたがってイギリス臣民である者とその財産に対して一般的な敵対状態を宣言し、外国との大規模な通交を開始し、輸出入の対象物すべてを規制し、植民地における新政府の形成を許可し、最後にはイギリスに対する植民地の同盟を解散するという主権的特権を行使した。これらの行為の有効性は人民によって疑問視されたり否定されたりはしなかった。むしろ、人民はその基礎となり、人民という基礎があって合衆国の自由と独立という上物（superstructure）が建てられた。この主題についての才能ある人々の説が何であれ、次のことは歴史的に正しい。独立宣言前には植民地は、絶対的な意味において主権国家ではなく、州に主権国家を見出し、州を主権国家たらしめる出来事も起きていない。しかし独立の時には彼らは最高の統治者たる連邦政府の支配のもとにあり、その連邦政府の

権限は議会で付与されて行使され、そしてまたそれは人民の同意に基づくものだった。

このように見てみると、対外的主権がイギリス政府からもたらされたというサザランドの説明は危うい。確かにイギリス政府が行使していた対外的主権は、植民地が行使するようになった。しかしその淵源は、ストーリーの議論を考えれば、イギリス政府と考えるべきではなく、人民にあると考えるべきであろう。つまり、結局のところ外交・安保の権限もまた人民に由来し、憲法に由来するものであって、内政の権限と同様に、憲法によって分配されるものに過ぎないと考えるべきなのである。

第二に、サザランドの議論によれば、憲法外の権限を受け取ったのは、大統領である。サザランドが述べるように大統領が「単独機関」でなければ、大統領が勝つという結論にはならない。サザランドは「単独機関」という言葉を、マーシャルの発言から取りだした。⁽⁸⁶⁾マーシャルが使った「単独機関」という言葉から「この広大な外政領域においては、その重要、複雑、繊細、多様な問題のため、大統領だけが国民の代表者として話し、聞く権限を有する。大統領が上院の助言と同意のもとで条約を締結にするにせよ、大統領だけが交渉をするのであり、上院は介入できないし、議会は交渉に介入する力がない」というあの説示が登場する。しかし、これもマーシャルの議論を検討すると、執行権が議会の意思をはねつけることができるかのようなサザランドの説示は誤っているのではないか。

1794年ジェイ条約の執行をめぐる、アダムズ大統領は連邦議会でフランス派の非難を浴びていた。それに対してマーシャルは大統領が外交政策では連邦政府の「単独機関」と述べた。これをサザランドは用いているのである。しかしマーシャルは続けて「手段を用いる特定のやり方が記述されていないにもかかわらず、この人は目標を達成するべきではないというのか？確かに、連邦議会はその方法を定めることができる。そして連邦議会は条約

の執行すべてを委ねることもできる。しかし、そうなるまでは、執行権が自らの有する如何なる手段を用いても条約を執行するのが、その義務であると「考えられる」と述べている⁽⁸⁷⁾。裏から言えば、大統領の裁量権は連邦議会の意図するところに応じて変化するという意味であり、マーシャルの言葉から、連邦議会から自律した無制限の大統領の裁量権を導き出すのは難しいであろう⁽⁸⁸⁾。

（3）小 括

ここまでの議論をまとめよう。サザランドの理解によれば、内政の権限とは異なり、外交・安保の権限は、イギリス政府からもたらされたものであって、憲法に由来するものではない（二分論）。したがって外交・安保の権限は憲法外の存在であって、その行使が議会の憲法上の権限を侵害し違憲になるということは憲法の明文規定により議会に与えられている権限でなければ考えにくい。そのような憲法外の権限を行使するのは大統領という「単独機関」であり、したがって外交・安保の権限においては大統領は連邦議会の意思から自律しうる。

とはいえ、こうしたサザランドの歴史的根拠には問題が指摘されており、結局のところ外交・安保の権限もまた内政の権限と同様に人民に、憲法に由来するものではないか、大統領の裁量権は結局のところ議会の意思によって左右されるものであり、外交・安保の分野においても変わらないはずではないかという疑問が提起されるのである。ロフグレンは、サザランドが「依拠している歴史は『衝撃的なまでに不正確』である。きちんとした憲法の先例にとってきちんとした歴史理解が必要であるならば、カーチス・ライト判決は、既に終わった歴史へと格下げされるべきである」と述べている⁽⁸⁹⁾。パターンソンは1944年の論文で、サザランドの内政・外政二分論をとりあげ、サザランドの議論は、「（1）アメリカ史に反し、（2）我々の政治理論に反し、（3）違憲であり、（4）不必要であり非民主的であり危険である」と述べた⁽⁹⁰⁾。同時期にクォールズも、サザランドの議論では、外交において連邦政府

に憲法に由来しない権限を授権することになると指摘した⁽⁹¹⁾。既に紹介したレヴィタンも、サザランドの内政・外政二分論を批判し、本判決の意義は、外交において連邦政府が実際上無制限の権限を行使できることになるものと指摘した⁽⁹²⁾。彼によれば、もともと条約制定権を執行権の権限を認める方向へと広く解釈する風潮が広まっていたことを考えれば、サザランドの執筆した Curtiss-Wright 判決はそのような風潮がもっとも極端な形であらわれたということであり、「合衆国が憲法によって制限された民主制であるという理論からの逸脱」であり、「連邦政府は説明責任に晒されない権限を密かに蓄えているという観念」⁽⁹³⁾を導き出したことになる。そうして、サザランドの議論は立憲民主制の象徴までもぶち壊した⁽⁹⁴⁾。それも「衝撃的なまでに不正確」な歴史理解に基づいて。

しかし、サザランドが持ち出した歴史上の証拠は必ずしもサザランドの議論を支持するものではない。憲法外の主権というよりは、むしろ人民の意思に基づく——つまりは憲法に由来する——主権があり、そしてまた、連邦議会の意思によってコントロールされる大統領の姿が見えてくる⁽⁹⁵⁾。

III Curtiss-Wright 判決のしかるべき射程

それでは、Curtiss-Wright 判決の限界、しかるべき射程はどれほどのものであるべきだろうか。上記のように問題点を指摘したとしても、Curtiss-Wright 判決はいまだに覆されておらず、先例のまま残っているし、連邦最高裁でも引用され続けている。もっとも、当の Curtiss-Wright 判決自身が、内政・外政二分論を編み出して区別を行った Panama・Schechter 判決が、その後まったくといって良いほど依拠されなくなり、委任禁止法理による違憲判決が登場しなくなったように、判例法理が事実上変化することとはあり得るし、どのように変化していくのがふさわしいのかということを考察する必要はあるだろう。私はそのヒントを、Curtiss-Wright 判決が出たあと、The Steel Seizure Case まで、つまりベトナム戦争以後 Curtiss-

Wright 判決が大々的に利用されてリバイバルを迎えるまでの受け止め方、そして判事たちが Curtiss-Wright 判決に込めた意識に見出していきたい。というのは、ここでは意外にも Curtiss-Wright 判決に対して冷静な受け止め方がされており、それは Curtiss-Wright 判決の時局的性格によるのではないかと考えられるからである。

1 初期の受け止め方——行政協定の正当化からThe Steel Seizure Caseまで (1) 大統領権限へのインプリケーション——行政協定の合憲性

サザランドの理由付けが、FDR 政権にとってロバート・ジャクソン司法次官補（のち司法長官、連邦最高裁判事）がいうように「執行権へのクリスマスプレゼント」⁽⁹⁶⁾だったからといって、この判決によれば大統領は対外政策では何でもやって構わないと考えていたかといえば疑問なしとしない。たとえば、そのジャクソンが、判決がいうように大統領が連邦政府の「単独機関」⁽⁹⁷⁾だからといって、大統領権限は「無制限ではない」としているのが目を惹く。ジャクソンが判決を引き合いに出しているのは、イギリスとの駆逐艦・基地交換協定を正当化する場面だったが、意外にも判決を直接用いて協定を正当化しておらず、連邦議会の法律に反していないということを強調する。ジャクソンはこの先 The Steel Seizure Case でも重要な役割を演じることになる。

この時期には、連邦最高裁においても、Curtiss-Wright 判決は先例としては限定的な役割しか果たしていないと思われる。それは上記のジャクソンの例同様、行政協定をめぐる問題である。まず、United States v. Belmont⁽⁹⁹⁾判決では、再びサザランドが法廷意見を執筆し、FDR とソ連大使リトヴィノフとの合意を正当化した。次に、Belmont とほぼ同様の事例である United States v. Pink⁽¹⁰⁰⁾判決でも多数意見を書いたダグラス判事（William O. Douglas）が Curtiss-Wright 判決を引用している。それゆえ、上院の承認を得ないにもかかわらず、外国政府との約束を結ぶことができる行政協定を

正当化するにあたっては、Curtiss-Wright 判決は先例としての価値があると言えそうである。グリフィンも、Curtiss-Wright 判決がこのような外国との交渉に関して先例的な価値を持っていることを認めている⁽¹⁰¹⁾。しかし、それ以外では Curtiss-Wright 判決はめったに引用されなかった⁽¹⁰²⁾のである。

(2) The Steel Seizure Case——傍論扱い

トルーマンが朝鮮戦争への安定した鉄鋼供給のために、ストライキ突入を目前にした鉄鋼所を接収したことが問題になった The Steel Seizure Case⁽¹⁰³⁾のジャクソン同意意見——この事件でもっとも重要な意見とされる——では、Curtiss-Wright 判決でのサザランドの説示は傍論扱いされた。この意見では、ジャクソンが権力分立にかかわる事例を「大統領が明示的・黙示的な権限付与にもとづいて行動する場合」、「権限の付与あるいは付与の拒絶がいずれもなされていない場合」、「大統領が連邦議会の明示的または黙示的意思に反する措置をとる場合」に分けていることが知られている（本件では大統領が連邦議会の意思に反したとされ、鉄鋼所接収を違憲とした⁽¹⁰⁴⁾）。ジャクソンは、Curtiss-Wright 判決を連邦議会の授権のない事例ではなく、連邦議会の授権にのっとったケースであることを強調する。そしてまた Curtiss-Wright 判決の問題は、委任立法の合憲性である以上、サザランドの多数意見のほとんどは傍論であるとし、「立法者はしかるべく次の事項を頭に留めておくものである。すなわち、大統領の行為の形式——あるいは、彼の行動がなんであれ——は大統領が受け取るころの機密情報や、大統領の行動が我々の外交関係に対して有する効果に依存しているということである」という箇所をレイシオ・デシデンダイだと示す。つまり、外交分野においては委任禁止法理を緩めるべきだという箇所のみが判決理由ということになる。これによって、大統領が連邦議会から自律した外交政策を展開しうることを示唆するサザランドの理由付けは一気に無力化された。

The Steel Seizure Case のジャクソンにとっては、Curtiss-Wright 判決の重点は対外問題と対内問題を区別し、対内問題については議会の委任立

法の合憲性基準を緩めることができるということだけが重要なのであり、Curtiss-Wright 判決では「大統領は連邦議会の授権なしで外交領域において行動しようと暗に示唆されたが、議会の意思に反して行動できるということではない」と釘を刺している⁽¹⁰⁵⁾。

このようなジャクソンの立場は、ねじれているといえるかもしれない。The Steel Seizure Case においては、ジャクソンは鉄鋼所接収が議会の明示的意思に反するとして違憲と判断した。しかし、先程引用した駆逐艦・基地交換協定も、The Steel Seizure Case 同様、議会の明示的意思（1917年スパイ行為法）に反するのではないかといえる余地はあったが、ジャクソンは執行権の法律家として擁護に努めている。FDR 政権には忠実でもトルーマン政権には忠誠を尽くそうとしなかったということかもしれないが、先程述べたように、Curtiss-Wright 判決への慎重な見方自体は執行府内で政権に奉仕していた時のものであると言える⁽¹⁰⁶⁾。こと Curtiss-Wright 判決に対する見方に関しては、政権によって露骨に立場を変えたとは言にくい⁽¹⁰⁷⁾。

ともかく、The Steel Seizure Case には、Curtiss-Wright 判決のポテンシャルを事実上喪わせるという意義があることが明らかになった。それも、Curtiss-Wright 判決に関する部分に関しては、ローズヴェルト政権時代と態度を翻しているというわけでは必ずしもない⁽¹⁰⁸⁾。それではなぜジャクソンは Curtiss-Wright 判決をあっさりと dicta と切り捨てることができたのだろうか。私はそれは判決の時限的性格によるのではないかと考えている。判決は二つの意味で時限的なものだった。節を改めて述べていこう。

2 時限的性格

(1) なぜサザランドの立論が採用されたのか

そもそもなぜサザランドが内政・外政二分論を導入したのか。なぜ外政に関する大統領の権限を野放図に拡大するが如き理由付けを書き連ねたのだろうか。なぜそのような立論が採用されたのか。一つには、それは Panama、

Schechter 判決のことがあったので、「劇的な区別」(シュレジンガー)をなす必要があったということである。⁽¹⁰⁹⁾「劇的な区別」とは何か。既に一審の判断のところでみたように、Schechter 判決で全国産業復興法が違憲にされたのは、「大統領が(1)組織または団体が加入に不平等な制限を課さず、〔当該分野の〕貿易、産業、またはそれらの部門を真に代表しているということ、(2)規定が独占の促進を意図あるいは中小企業を抹殺あるいは抑圧することを意図していないこと、かつ中小企業を差別せず、本章の目的を達成しうることを判断する場合、大統領は貿易、産業あるいはそれらの下位部門……の公正な貿易の規定を承認することができる」というところの「判断」とは、単なる大統領の意見・予想でしかないというものだった。Curtiss-Wright 判決においては、これと区別するために、政府側は、チャコの当国に対する武器禁輸が平和の確立に資するかどうかは大統領の「意見」ではなく、戦争状況、武器購買の状況などの事実認定を行うものであると強弁しているが、そうした認定程度なら Schechter でも同様であり、苦しいと言わざるを得ないだろう。

かといって、Panama、Schechter 両判決を覆すことはできない。というのも、委任禁止法理自体に否定的な判事はカードーズ (Benjamin Cardozo) とブランドイス (Louis Brandeis) のみであり、保守派のデヴァンター (Willis Van Devanter)、バトラー (Pierce Butler)、ロバーツ (Owen Roberts) は委任禁止法理に、Panama、Schechter 両判決にとりわけ堅くコミットしていた。⁽¹¹⁰⁾そこで、サザランドの外政・内政二分論が重宝されることになったのは間違いない。つまり、Panama、Schechter 両判決という、現在では重要性を失った判決のためにわざわざ持ち出されたという意味で、サザランドの内政・外政二分論は時限的性格を有している。

ただ、これだけでは、大統領の権限を殊更に擁護する文言を書き連ねたという点が理解できない。それならば、委任禁止法理について内政と外政を区別し、外政については緩い基準を当てはめるというだけで良いからである。

委任禁止法理において外交・安保については緩い審査基準で構わないという議論を導くために、敢えて憲法外の外交・安保権限を呼び込む必要性は薄い。どうしてわざわざ憲法外の外交・安保権限を呼び込むような文言が登場したのだろうか。また、Curtiss-Wright 判決はサザランドの二分法がサザランドのかつての著作に由来しているという意味で、判決の「理論と表現はサザランドが最高裁入りする前にその脳裏に刻まれていて、判例になる機会を待っていた⁽¹¹¹⁾」とは言われてはいるものの、サザランド自身はかつては大統領権限の伸張には警戒的であった。彼は、「上院が条約形成に、手続きのいかなる段階においても参加する権限」を強調し、そしてまた国際的な危機のなかで、戦争権限について大統領権限が伸張し、「連邦議会がその伝統的・憲法上の地位、すなわち政府の協働する部門の一つであるという地位から脱落し、相談しチームワークをするのではなく、〔執行権に〕従属し服従するという不幸な結果⁽¹¹²⁾」を警告していたのである。

（２）判事たちの結集軸

パーセルが指摘しているように、本判決の評議の詳細を迎えるような証拠はあまり多く残されていない⁽¹¹³⁾。しかし、それでも、大統領の外政上の権限を擁護するという観点から考えれば、判決は長官だったヒューズ（Charles Evans Hughes）が主導した可能性が最も高いと思われる⁽¹¹⁴⁾。ヒューズは1921年から25年まで、ハーディング大統領の國務長官であり、夙に外交権を執行権に集中するべきだと主張していたこと⁽¹¹⁵⁾で知られている。たとえば1922年には次のように述べている。

連邦議会に〔外交権の集中を〕委ねるのは勧められない。そしてまた権限行使にあたっては大統領は国家と自らの良心にのみ説明責任を負う。連邦議会はもちろん財政をコントロールするが、執行権の憲法上の権限についていえば、……連邦議会が、〔執行権が権限を〕行使するために必要なもののために支出を行う必要性が常に認められる⁽¹¹⁶⁾。

ヒューズはアメリカ国際法協会の会長でもあったが、1929年に行われた、
 条約締結権への制限に関する討議で、次のような発言をしている。⁽¹¹⁷⁾

私は、連邦最高裁が、憲法上の手続きに従って作られた国家の外的関心に関係する条約が、合衆国の主権的権限の範囲を逸脱していると判示するとか、あるいは憲法の明文上の禁止規定が侵害されていない状況で、違憲無効だと判断するかもしれないと考えるのはまったく浅はかだと思ふ。……

つまり、大統領権限の伸張という意味では、本判決は「サザランドが最高裁入りする前にその脳裏に刻まれていて、判例になる機会を待っていた」(ロフグレン)というよりは、むしろ、ヒューズによって準備され、「判例になる機会を待っていた」ということなのではないだろうか。⁽¹¹⁸⁾

次に、サザランドの「変心」については、その経歴を考慮する必要がある。サザランドは共和党からユタ州の上院議員になり、ついでユタ州選出の下院議員、同州選出の上院議員を歴任している。サザランドが『憲法上の権限と国際問題』(CONSTITUTIONAL POWERS AND THE WORLD AFFAIRS)を出版した1919年は、選挙に負けてワシントンで党務を行っているところであった。当然、当時のサザランドの主張には、その間の大統領である国際主義者ウィルソンを批判するという文脈が、含まれていることになる。⁽¹¹⁹⁾ 逆に、最高裁入りしてからは、ウィルソンを批判し、上院で承認されて最高裁入りするという行動への制約から解放され、良くも悪くも従前よりもプラグマティックな対応を取りやすくなっていたといえる。⁽¹²⁰⁾

そして、何よりも判事たちの共通点になったのは、ナチス・ドイツへの対処について肯定的だったということである。前述したように、本判決の後ろには、ナチスのような軍国主義には毅然として対処するという FDR 外交が控えている。したがって、ナチス・ドイツに対抗する FDR 外交へのゴーサ

インという点で、本判決の事例は、判事たちの合意点になりやすかったであろう。サザランド自身、連邦の統一・生存ということに強い情熱を抱いており、Curtiss-Wright 判決でもそれが現れたということになる。⁽¹²²⁾

ブランダイスとカードーズに関しては、もともと委任禁止法理に対して消極的だったという事情があるが、⁽¹²³⁾ブランダイスについては、大統領への権力集中をなぜ認めたのか、なぜ司法消極主義の哲学に徹しなかったのかという問題が残る。もっとも、ブランダイス、カードーズ両名にはユダヤの背景があり、当然ナチス・ドイツへの懸念という要素があるため、⁽¹²⁴⁾理解不能な決断というほどではない。

最後に、反対意見を書かずに反対したマクレイノルズに関しては、多分にローズヴェルトに対する生理的な反感に留まったという感が強く、まともに反対意見を書くつもりがなかったことがうかがわれる。⁽¹²⁵⁾それゆえ 7-1 という大差でかつ反対意見がつかないという結果が生まれたのである。

そして、上記の判事たちの共通点を、反対の立場から逆照射しているのがストーンである。ストーンは病気で判決には参加できなかったが、判決に対しては反感をあらわにしており、その反発は、FDR 外交に対する反対から来ていた。⁽¹²⁶⁾ナチス・ドイツを刺激すべきではないと考えるストーンとサザランドらとでは、ナチス・ドイツに対する意見が違ったのである。そしてストーンの反対点から、本判決のポイントが軍国主義への対処という文脈にあったことが照射される。ナチス・ドイツに対処する FDR 外交へのゴーサインという意味で、本判決は時限的な性格を有する。

（3）小 括

ここまでの議論をまとめよう。Curtiss-Wright 判決における「二分論」と「単独機関」は、まず、強力に委任禁止法理を打ち出した Panama、Schechter 判決を回避しなければならないというところからもたらされた。もっとも、Panama、Schechter 判決の回避だけならば、内政と外政を区別するという意味での二分論のみで構わないが、サザランドの多数意見は、外

交・安保権限の根源を憲法外に求め、その権限を「単独機関」として受け取る大統領を連邦議会の意思から自律化させるというところにまで突き進んでいる。この点、判事個々の意見の傾向を探ると、外交の自律化を夙に主張していた長官のヒューズが判決の形成に一役買っている可能性があると思われる。加えて、ナチスに対する強力な対処をしなければならないという判事たちの共通意識が、外交・安保権限を自律させるような文言へと判決を向かわせたことが伺えるであろう。ナチス・ドイツを刺激するべきではないという観点から判決に、そしてFDR外交に批判的だったストーンが、この点を逆照射する。皮肉にも、そのストーンは病気のため判決に参加することはなく、結局反対意見は書かれないまま終わった。

さらに皮肉なことに、Curtiss-Wright 判決は、その賞味期限内に役に立ったとは言い難い。政権内では、たとえば、モーア國務次官補は「将来の中立立法に〔良い〕影響」があると予想したし、ワシントン・ポスト紙でも、「より強固な中立政策への扉を開くものと考えられる」と評された⁽¹²⁷⁾。しかし、連邦議会はその後大統領に裁量権を与えようとはしなかった。とりわけ、1935年中立法は大統領の裁量権を否定し、絶対的中立を要求したのである。連邦議会は大統領に裁量権を与えるべしという判決の示唆は、端的に無視された。判決が役に立たない間に Panama 判決と Schechter 判決の重要性が低落するなかで第一の意味での賞味期限が切れ、ナチス・ドイツや帝国日本が戦争に敗北すると第二の意味での賞味期限が切れ、本判決は、ジャクソンによって容赦なく傍論扱いされる対象になったと言えよう。それでも Curtiss-Wright 判決の「饒舌な記述」(コー)は、外交・安保に関する大統領権限の擁護にあたっては便利な文言であるから、今後も大統領専権擁護の源泉となるだろう。しかし、判決の根拠をたどれば、それが根拠薄弱ということが分かるし、また、判決の性格を考慮すれば、行政協定の正当化に関してならまだしも、大統領の外交・安保に関する一般的な判例として評価するべきではない。Curtiss-Wright 判決があるからと言わず、この判決

を傍論扱いたした The Steel Seizure Case のジャクソンにならって、外交・安保においても連邦議会の領分を確保し、司法権がそれをチェックするという体制を築いていくべきである。

むすびにかえて

本稿の議論をまとめると、次のようになる。大統領の外交・安保における単独行動主義を認めた一般的な先例であると評価されている1936年の Curtiss-Wright 連邦最高裁判決は、チャコ戦争に対する FDR 政権の対処が直接のきっかけであるが、ナチス・ドイツのような軍国主義的侵略者に正面切って対抗する外交政策の是非という文脈を多分に含むことになった。一審判決が委任禁止法理を使って連邦議会が大統領にチャコ戦争についての武器禁輸を実施する権限を授権する合同決議347を違憲とする一方で、連邦最高裁は合憲判断を下した。この合憲判断は、単に委任立法の司法審査の基準を緩めるというのではなかった。そこでは内政と外政を分離した上で、歴史的経緯を根拠にして後者の淵源を憲法外に設定し、さらに外交・安保の権限は大統領が「単独機関」として受け取るということにしたことにより、連邦議会や裁判所による掣肘を受けない外交・安保政策の実行を可能にするという論理が用いられていたのである。

しかし、そのような論理がなぜ用いられたのかと言えば、それはまず委任禁止法理が存在したため、委任禁止法理をかいくぐるためには「劇的な区別」（シュレジンガー）を行わざるを得なかったということ、そしてさらに、孤立主義的な立場に留まろうとする連邦議会の方向性よりも、むしろ軍国主義的侵略に対しては正面切って対抗する FDR 外交の方に判事らが好意的であり、その結果、上記のようなある種アクロバティックで帰結としても危険な論理が用いられるようになったということであった。そうだとすれば、そのような状況が存在しなくなれば、つまり、委任禁止法理が（事実上）なくなり、さらにナチス・ドイツと帝国日本が打倒されてしまえば、そ

のような危険な論理を振りかざす必要は存在しない。そういうこともあって、The Steel Seizure Case のジャクソンの同意意見では、Curtiss-Wright 判決でのサザランドの議論は殆どが傍論とされている。

これを重く受け止めれば、Curtiss-Wright 判決というものは、The Steel Seizure Case により殆ど覆されたということになるであろう。⁽¹²⁹⁾ もちろん、公式に Curtiss-Wright 判決が覆されたわけではなく、サザランドの議論は、依然として大統領単独行動主義の一つの源泉であり続けている。サザランドの議論は、外交・安保の立憲的な統制の流れの中にある大きな障害物には⁽¹³⁰⁾ 違いない。たとえば大統領の海外派兵の分野でいえば、ベトナム戦争以降、裁判所の判断回避の傾向が続いていることは、執行権の単独行動を事実上認めるという意味で、Curtiss-Wright の精神を蘇らせているものだ、という評価も可能ではある。⁽¹³¹⁾ しかし、Curtiss-Wright 判決が全面的に裁判所の司法審査の行動を方向付けているというわけではない。サザランドの議論を真面目に受け止めれば、連邦議会の意思がなんであれ、大統領は自律して外交・安保の政策を実行できるということになるが、必ずしも海外派兵にかかわる下級審の裁判例ではそのような強い主張がなされているわけではなく、むしろ連邦議会と大統領が必ずしも「対立」していないので判断を回避する⁽¹³²⁾ という傾向を示していた。⁽¹³³⁾

したがって、サザランドの危険な論理に臆することなく、ジャクソンにならって、外交・安保においても連邦議会の領分を確保し、司法権がそれをチェックするという体制を築いていくべきである。その際、私が以前に検討したように、司法の判断を仰ぐための枠組みをあらかじめ容易しておくなどの工夫をし、裁判官が判断を回避しないような体制を作ることが必要であろう。⁽¹³⁴⁾ Curtiss-Wright 判決は危険な論理を内包してはいるものの、その論理を回避し、判決の射程を行政協定の正当化程度に限定しておく手段もまた、アメリカにおいては既に用意されているのである。

- (1) 拙稿「安全保障政策への裁判所の参与（1）（2・完）——アメリカにおける海外派兵の司法的統制を中心に」早稲田大学大学院法研論集161号（2017年）253頁以下、162号（2017年）163頁以下。本稿では以下単に拙稿（1）（2・完）という形で紹介する。
- (2) たとえば Louis Fisher, *Judicial Review of War Power*, 35 PRES. STUD. Q. 466 (2005) では、疑似戦争（Quasi-War）時代から現在の対テロ戦争にかかわる裁判まで年代順に多くの訴訟を紹介している。
- (3) *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304 (1936).
- (4) ERWIN CHEMERINSKY, *CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES* 384 (5thed., 2015). なお、興味深いことに、この Curtiss-Wright 判決と、日本において、旧日米安保条約の合憲性の審査基準を「一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外」とであると設定した——したがってこれまた外交・安保権限の統制というテーマにかかわるものである——砂川判決（最大判1959年（昭和34年）12月16日刑集13巻13号3225頁）との間には類似点がある。Curtiss-Wright 判決も、砂川判決も、①一審が踏み込んだ違憲判断をし、②それに対して政権側が跳躍上告を行い、③最高裁でその効果を打ち消さんがための言葉がちりばめられた。
- (5) Jide Nzelibe & John C. Yoo, *Rational War and Constitutional Design*, 115 YALE L. J. 2512, 2515 (2006).
- (6) 事実、ロバート・ボークは、戦争権限法は共産主義者に立ち向かう執行権の努力を損なうものだと非難している。Robert Bork, *Erosion of the President's Power in Foreign Affairs*, 68 WASH. U. L. Q. 693, 698-699.
- (7) ARTHUR M. SCHLESINGER, JR., *THE IMPERIAL PRESIDENCY* (1973, reprinted in 2004).
- (8) 参照、アーサー・シュレジンガー Jr.（藤田文子・藤田博司訳）『アメリカ大統領と戦争』（岩波書店、2005年）55頁以下、引用部65頁。
- (9) これまた前掲注4で述べた砂川判決も同様である。砂川判決は集团的自衛権の行使を正当化し、2015年の安保関連法を正当化するために、当初の旧日米安保条約の合憲性という文脈を完全に無視して流用された。たとえば高村正彦・自民党副総裁が2014年の自民党安全保障法制整備推進本部の初会合で早くも砂川判決を持ち出している（https://www.jimin.jp/policy/policy_topics/national_security_act/124234.html）。こうしたいきさつもあって、判決の意義をしっかりと考察するこ

とは非常に重要な問題であると考える。

- (10) この言葉は、判決の“the very delicate, plenary and exclusive power of the President as the sole organ of the federal government in the field of international relations” (299 U.S. 304, 320) という箇所を指している。これを縮めて、外交・安保における大統領の「固有権」(plenary power)と呼んでいる。詳細は後述する。
- (11) STEPHEN GRIFFIN, LONG WARS AND THE CONSTITUTION 6 (2012).
- (12) U. S. Dept. State, Foreign Relations of the United States, 1964-1968: Vietnam: January-June 1965 751-752 (1996) (Memorandum from Attorney General Katzenbach).
- (13) 50 U.S.C. § 1541, Pub. L. 114-38. 詳細については、参照、山田康夫「アメリカ合衆国憲法における戦争権限」奥原唯弘教授還暦記念『憲法の諸問題』(成文堂、1989年) 200頁以下、山本千晴「アメリカの戦争権限——大統領と議会の分配構造の検討」水島朝穂編『世界の「有事法制」を診る』(法律文化社、2003年)、富井幸雄『海外派兵と議会——日本、アメリカ、カナダの比較憲法的考察』(成文堂、2013年) 342頁以下。
- (14) Office of Legal Counsel, *Presidential Power to Use the Armed Forces Abroad without Statutory Authorization*, 4A Op. O.L.C. 185 (1980).
- (15) Id. 185-188.
- (16) The President's Constitutional Authority to Conduct Military Operations against Terrorists and Nations Supporting Them, by John C. Yoo, Deputy Assistant Attorney General, Sept. 25, 2001.
- (17) Office of Legal Counsel, Access to Classified Information, by Christopher H. Schroeder, Acting Assistant Attorney General, Nov. 26, 1996. この事件についての詳細は、Michael J. Glennon, *Congressional Access to Classified Information*, 16 BERKELEY J. INT'L LAW 126 (1998).
- (18) E.g., *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654 (1981), Brief for the Federal Respondents, 1980 U.S. Briefs 2078.
- (19) HAROLD HONGJU KOH, THE NATIONAL SECURITY CONSTITUTION: SHARING POWER AFTER THE IRAN-CONTRA AFFAIR 94 (1990).
- (20) *Zemel v. Rusk*, 381 U.S. 1 (1965).
- (21) *Haig v. Agee*, 453 U.S. 280 (1981).
- (22) *Goldwater v. Carter*, 444 U.S. 996, 1003-1004 (1980). この事件では米華相互防

- 衛条約を大統領が上院の同意を得ずに終了させたことが問題となった。
- (23) *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654 (1981). イランとの合意により、大使館人質事件をうけたカーターの資産凍結令（大統領令12170号）を停止させる命令（12294号）を発したことが問題とされた。
- (24) *Zivotofsky v. Kerry*, 725 F.3d 197 (D.C. Cir. 2013). イエルサレム市生まれの米国市民のパスポートの出生地に「イスラエル」と記入することを求める議会の立法に対し、ブッシュ政権は、それが義務的なものであれば大統領権限を侵害するとしていた。実際、そのような出生地の記述を國務省は拒んだので、訴訟が提起された。下級審では *Curtiss-Wright* 判決が用いられたが、最高裁の多数意見では *Curtiss-Wright* 判決を用いた正当化は排除された。135 S. Ct. 2076 (2015). See Louis Fisher, *The Staying Power of Erroneous Dicta: From Curtiss-Wright to Zivotofsky*, 31 CONSTITUTIONAL COMMENTARY 149 (Summer 2016).
- (25) GRIFFIN, LONG WARS AND THE CONSTITUTION 64 (2012).
- (26) Testimony of Oliver North, 100-7 Iran-Contra Investigation: Joint Hearings Before the House Select Committee to Investigate Covert Arms Transactions with Iran and the Senate Select Committee on Secret Military Assistance to Iran and the Nicaraguan Opposition, 100th Cong., 1st Sess. [part II] 38 (1987). See MICHAEL J. GLENNON, CONSTITUTIONAL DIPLOMACY (1990); Louis Fisher, *supra note* 24. この議論はノースの裁判でも繰り返された。SEE GRIFFIN, LONG WARS AND THE CONSTITUTION 189-190.
- (27) John C. Yoo, *The Continuation of Politics by Other Means: The Original Understanding of War Powers*, 84 CAL. L. REV 167, 183 (1996).
- (28) GRIFFIN, LONG WARS AND THE CONSTITUTION 11-51.
- (29) 拙稿（1）258-267.
- (30) *Velvel v. Johnson*, 287 F. Supp. 846 (1968), *aff'd*, 415 F. 2d 236, 237 (10th Cir. Kan. 1969).
- (31) 369 U.S. 186 (1962).
- (32) Fisher, *supra note* 2, 468.
- (33) フィッシャーは司法審査の重要性を強調しているが、あまり連邦議会議員は裁判所の判断を仰ぐのに急であるべきではないとも述べている。LOUIS FISHER, PRESIDENTIAL WAR POWER 303-304 (3rd ed., 2013).
- (34) H. Jefferson Powell, *Story of Curtiss-Wright Export Corporation* in:

- CHRISTOPHER H. SCHROEDER & CURTIS A. BRADLEY (ed.), *PRESIDENTIAL POWER STORIES 195-196* (2009). 以下の判決の文脈の整理に関しては本文献のほか、Robert A. Divine, *The Case of the Smuggled Bombers in: JOHN A. GARRATY (ed.), QUARRELS THAT HAVE SHAPED THE CONSTITUTION 253* (1987); Charles A. Lofgren, *United States v. Curtiss-Wright Export Corporation: An Historical Reassessment*, 83 *YALE L. J.* 1 (1973); Edward A. Purcell, Jr., *Understanding Curtiss-Wright*, 31 *LAW & HIST. REV.* 653 (2013) も参照。
- (35) CHEMERINSKY, *CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES* 384.
- (36) GLENNON, *CONSTITUTIONAL DIPLOMACY* 18. 確かにそうした文脈はあるけれども、チャコ戦争には触れていない。
- (37) DAVID H. ZOOK, JR., *THE CONDUCT OF THE CHACO WAR 62-72* (1960).
- (38) *Id.* 192.
- (39) Theodore Roosevelt, State of the Union Address (Dec. 6, 1904).
- (40) ROBERT DALLEK, *FRANKLIN D. ROOSEVELT AND AMERICAN FOREIGN POLICY, 1932-1945*, 18 (1979).
- (41) W. A. Warn, *Gov. Roosevelt Opposed League Entry; Also Cancelling the War Debts*, *NEW YORK TIMES*, Feb. 3, 1932.
- (42) DALLEK, *FRANKLIN D. ROOSEVELT AND AMERICAN FOREIGN POLICY* 20.
- (43) Franklin D. Roosevelt, First Inaugural Address (Mar. 4th, 1933); Powell, *supra note* 34, 200.
- (44) DALLEK, *FRANKLIN D. ROOSEVELT AND AMERICAN FOREIGN POLICY* 47.
- (45) *Id.*
- (46) Powell, *supra note* 34, 206.
- (47) *Chaco Arms Ban Pressed in House; Hull Spurs Action*, *NEW YORK TIMES*, May 23, 1934.
- (48) 決議は短く、第一条で「大統領がチャコにおいて武力衝突を行っている当事国に合衆国から武器及び軍需物資を販売することを禁止することが、当事国間の平和の再確立に貢献すると判断する場合〔略〕大統領は以下の宣言を行うものとする。すなわち、大統領が規定する制限と例外をのぞいて、チャコにおける武力衝突を行っている諸国、あるいはいずれかの国の利益になるように行動しているいかなる個人、企業、組織にも、大統領または議会による〔解除〕が命じられるまでは、いかなる武器または軍需物資をも販売してはならない」とし、第二条では「第一条に

- 違反して武器または軍需物資を販売した者はすべて、10,000ドル以下の罰金または2年以下の懲役、またはその両方をもって処罰する」とするのみである。48 Stat. 811 (1934)。なお、〔略〕の部分には、アメリカ共和国連合諸国等の関係する各国政府への諮問が定められているが、ここでは重要ではないので省略する。
- (49) 「私は合衆国からチャコにおいて武力衝突を行っている当事国への武器及び軍需物資の販売を禁止することが、当時国間の平和の再確立に貢献すると判断してきた。〔略〕私はここにすべての合衆国市民とすべての個人に対し、上記の、ポリビアとパラグアイに適用される、合同決議の条項に対するあらゆる違反を差し控えるように勧告する。また、私はここに、上記決議の違反は厳しく訴追されることを警告する」。Proclamation 2087, 44 Stat. 1744 (1934)。
- (50) Proclamation No. 2147, 49 Stat. 3480 (1935)。
- (51) Powell, *supra note* 34, 206.
- (52) *Id.* 207.
- (53) *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 14 F. Supp. 230 (D.N.Y. 1936)。
 なお、カーチス・ライト側はそれ以外にも禁輸解除によって処罰の根拠がなくなった、またローズヴェルトは合同決議を遵守していないという主張をしているが、それらは退けられており、また重要ではないので省略する。
- (54) *Panama Ref. Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935); *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935)。
- (55) Pub. L. 73-67; 48 Stat. 195.
- (56) *Id.* Sec. 3.
- (57) 295 U.S. 495, 538 (1935)。
- (58) 14 F. Supp. 230, 239.
- (59) SEE GEORGE MCJIMSEY, *THE PRESIDENCY OF FRANKLIN DELANO ROOSEVELT* 293-296 (2000)。
- (60) Brief for the United States, 299 U.S. 304 (1936)。
- (61) Brief for Appellees, John S. Allard, Clarence W. Webster and Samuel J. Abelow 20, 299 U.S. 304.
- (62) Brief for Appellees, Curtiss-Wright Export Corporation and Curtiss Aeroplane & Motor Company, Inc. 17-19, 299 U.S. 304.
- (63) *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304 (1936)。
- (64) *Id.* 315-319.

- (65) GEORGE SUTHERLAND, CONSTITUTIONAL POWER AND WORLD AFFAIRS (1919).
- (66) 299 U.S. 304, 319.
- (67) 299. U.S. 304, 319-320, quoting 10 ANNALS OF CONG. col. 613 (March 6, 1800).
- (68) 299. U.S. 304, 321-322.
- (69) Id. 327-329.
- (70) Powell, *supra note* 34, 224. なお、連邦最高裁が事件を差し戻した段階では、既にカーチス・ライトの経営危機は去っていた。第二次大戦へと向かう中、航空機需要は伸び続けたため、カーチス・ライトの業績は上昇していた。その中で裁判を続行する方が会社の評判を落とすと懸念されたため、カーチス・ライト側は有罪答弁を行い、訴訟はそこで終結をみた。Id. 213.
- (71) Lofgren, *supra note* 34, 3-4.
- (72) 299 U.S. 304, 317-318 [emphasis added].
- (73) David M. Levitan, *The Goreign Relations Power: An Analysis of Mr. Justice Sutherland's Theory*, 55 YALE L. J. 467, 490 (1946).
- (74) 299. U.S. 304, 319-320, quoting 10 ANNALS OF CONG. col. 613 (March 6, 1800).
- (75) Levitan, *supra note* 73, 493.
- (76) 299 U.S. 304, 314-315; See SUTHERLAND, CONSTITUTIONAL POWER AND WORLD AFFAIRS 35-37.
- (77) Lofgren, *supra note* 34, 12-13.
- (78) JOSEPH STORY, COMMENTARIES ON THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES (1833).
- (79) 299 U.S. 304, 317 n.1.
- (80) STORY, COMMENTARIES ON THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES § 207.
- (81) Id. § 210.
- (82) SUTHERLAND, CONSTITUTIONAL POWER AND WORLD AFFAIRS 37.
- (83) 299 U.S. 304, 314-315.
- (84) Lofgren, *supra note* 34, 14.
- (85) STORY, COMMENTARIES ON THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES § 214 [emphasis added].
- (86) 299 U.S. 304, 319.
- (87) 10 ANNALS OF CONG. col. 613-614 (1851) (March 6, 1800).
- (88) Lofgren, *supra note* 34, 28.
- (89) Id. 32.

- (90) C. Perry Patterson, *In Re the United States v. The Curtiss-Wright Corporation*, 22 TEX. L. REV. 286, 297 (1944).
- (91) James Quarles, *The Federal Government: As to Foreign Affairs, Are Its Powers Inherent as Distinguished from Delegated?*, 32 GEO. L. J. 375, 376-77 (1944).
- (92) Levitan, *supra note* 73, 490.
- (93) *Id.* 493.
- (94) *Id.* 497.
- (95) Lofgren, *supra note* 34, 32.
- (96) ROBERT H. JACKSON, *THE STRUGGLE FOR JUDICIAL SUPREMACY: A STUDY OF A CRISIS IN AMERICAN POWER POLITICS* 201 (1941).
- (97) Jackson, *Opinion on Exchange of Over-Age Destroyers for Naval and Air Bases*, 34 AM. J. INT'L L. 728 (1940).
- (98) Powell, *supra note* 34, 226. 行政協定の合憲性以外では、拘留中の敵国外国人の問題で登場しているが（*Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763 (1950)）、現代でいえば敵性戦闘員（*See Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004)）の場面に分類されるべきケースなのでこれは省略する。
- (99) *United States v. Belmont*, 301 U.S. 324 (1937). ローズヴェルト＝リトヴィノフ合意は、①合衆国はソ連を承認すること、②合衆国とソ連はそれぞれ、革命前に預けられて接収されていた資産を取り戻すことを取り決めるものであり、預金の取り戻しにあったニューヨークの銀行家が訴訟を提起した。
- (100) *United States v. Pink*, 315 U.S. 203 (1942).
- (101) GRIFFIN, *LONG WARS AND THE CONSTITUTION* 63-64.
- (102) Powell, *supra note* 34, 226.
- (103) *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952). トルーマンが朝鮮戦争への安定した鉄鋼供給のために、ストライキに突入した鉄鋼所を接収したことが問題になった。結論としてトルーマンの行動は憲法違反とされた。
- (104) 参照、駒村圭吾「危機・憲法・政治の“Zone of Twilight”——鉄鋼所接収事件判決におけるジャクソン補足意見の解剖」奥平康弘・樋口陽一編『危機の憲法学』（弘文堂、2013年）143頁以下。
- (105) 343 U.S. 579, 635 n.2 (1952) (Jackson, J., concurring).
- (106) こうしたジャクソンの立場のブレを *The Steel Seizure Case* のヴィンソン反対

- 意見が攻撃している。343 U.S. 579, 694-696 (Vinson, C.J., dissenting).
- (107) Jackson, *supra* note 97.
- (108) サザランドのような立論を行わなくても、委任禁止法理がなくなれば Curtiss-Wright 判決のような事態は起こりえないので当然ではある。鉄鋼所接収という問題点に関していえば、政権時代とやっていることが違うのではないかというのは前掲注104で述べた通り。
- (109) SCHLESINGER, THE IMPERIAL PRESIDENCY 444.
- (110) Purcell, *supra* note 34, 662-663.
- (111) Levitan, *supra* note 73, 478.
- (112) SUTHERLAND, CONSTITUTIONAL POWER AND WORLD AFFAIRS 76.
- (113) Purcell, *supra* note 34, 654.
- (114) Id. 667-678.
- (115) See generally MERLO J. PUSEY, CHARLES EVANS HUGHES (1951).
- (116) Charles Evans Hughes, *Some Aspects of the Work of the Department of State*, 16 AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 355 (1922).
- (117) 23 AM. SOC'Y INT'L L. PROC. 183, 196 (1929).
- (118) 当時の条約締結権に関する議論（もちろん、ヒューズが主張していた議論である）が最高裁に持ち込まれてきたとするレヴィタンの意見が参考になる。Levitan, *supra* note 73, 490-492. またヒューズは大統領による武器禁輸についても肯定的な見解を示していた。SEE CHARLES EVANS HUGHES, OUR RELATIONS TO THE NATIONS OF THE WESTERN HEMISPHERE 51 (1928).
- (119) Purcell, *supra* note 34, 680.
- (120) JOEL FRANCIS PASCHAL, MR. JUSTICE SUTHERLAND: A MAN AGAINST THE STATE 111 (1951).
- (121) パーセルは、タフトとの交友関係にも着目している。Purcell, *supra* note 34, 683.
- (122) PASCHAL, MR. JUSTICE SUTHERLAND 221-224.
- (123) カードーズは Panama 判決で唯一反対意見を執筆した。
- (124) Purcell, *supra* note 34, 691-692, 701.
- (125) マクレイノルズのロークラークは、FDR に対して反対意見を表明することを期待していたが、マクレイノルズは口頭弁論後アヒル狩りに出かけてしまった。彼にまともに取り組むつもりがなかったことがうかがわれる。DAVID J. GARROW

- & DENNIS J. HUTCHISON (eds.), *THE FORGOTTEN MEMOIR OF JOHN KNOW: A YEAR IN THE LIFE OF A SUPREME COURT CLERK IN FDR'S WASHINGTON* 157 (2002).
- (126) ALPHEUS THOMAS MASON, *HARLAN FISKE STONE: PILLAR OF THE LAW* 545 (1956).
- (127) *High Court Backs Neutrality Power Held by President*, *NEW YORK TIMES*, Dec. 22, 1936; Robert C. Albright, *Highest Court Affirms Arms Embargo Act*, *WASHINGTON POST*, Dec. 22, 1936.
- (128) Powell, *supra note* 34, 225-226.
- (129) そういう意味で、コールは *Curtiss-Wright* 判決を *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896) 連邦最高裁判決に、*The Steel Seizure Case* を *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) 連邦最高裁判決にたとえている。既に覆された議論と見るべきだということである。David Cole, *Youngstown v. Curtiss-Wright*, 99 *YALE L.J.* 2063, 2081 (1990).
- (130) *Curtiss-Wright* 判決が下された1930年代には日本でもたとえば宮沢俊義が「外交に対する民主的統制——『外交の民主化』の法律的考察」『憲法と政治制度』（岩波書店、1968年〔初出1930年〕）を著している。
- (131) Cole, *supra note* 129, 2082.
- (132) *Id.* 2083.
- (133) ベトナム戦争以降の裁判所の動きについては拙稿（1）を参照。
- (134) これについては拙稿（2）を参照。