

アメリカの「テロとの戦争」とOLCの役割

著者	横大道 聡
雑誌名	鹿児島大学法学論集
巻	45
号	2
ページ	85-128
別言語のタイトル	War on Terrorism and Role of Office of Legal Counsel in the United States
URL	http://hdl.handle.net/10232/11365

アメリカの「テロとの戦争」と OLC の役割

“War on Terrorism” and Role of Office of Legal Counsel in the United States

横 大 道 聡

- I はじめに
 - 1. アメリカの「テロとの戦争」
 - 2. 政府の法律顧問としての OLC
 - 3. 本稿の目的
- II 「テロとの戦争」と OLC メモランダム
 - 1. 大統領の戦争権限
 - 2. 軍事委員会の設立
 - 3. グアタナモ・人身保護令状・司法管轄
 - 4. テロリストに対する国際法の適用
 - 5. 小括
- III 「拷問」と OLC メモランダム
 - 1. OLC による「より徹底した尋問」の正当化
- IV 執行府の憲法解釈機関としての OLC
 - 1. OLC の解釈の評価
 - 2. 法曹倫理
 - 3. OLC のあるべき解釈態度
- V むすびにかえて
 - 1. 権限の集中とその永続化の防止
 - 2. アメリカの政治文化？
 - 3. アメリカのテロ対策と OLC の今後
- 2. 「拷問メモ」のリークと OLC の対応
- 3. 「拷問メモ」とオバマ政権の対応
- 4. 小括

——問題を更に端的に述べれば、一つの法律を犯されないようにするために、その他の全法律を施行しなくてもよいのか、またそのために政府自体が崩壊してもよいのか、ということになる。このような場合において、ただ一つの法律を破れば政府を救えると思われた時に、もし政府が倒されるままにしたならば、それは職務遂行の宣誓を破ることにはならないであろうか¹。

Message to Congress in Special Session, July, 4, 1861. Abraham Lincoln

¹ 高木八尺・斉藤光訳『リンカーン演説集』117頁（岩波書店、1957年）。

I はじめに

1. アメリカの「テロとの戦争」

2009年1月20日、「テロとの戦争²」に彩られた G.W. ブッシュ (George Walker Bush) 大統領の8年の任期が終了し、第44代合衆国大統領にバラク・オバマ (Barack Obama) が就任した。オバマ大統領は、就任後すぐに、グアンタナモ海軍基地 (the Naval Base at Guantanamo Bay) の被収容者に人身保護令状 (habeas corpus) を請求する憲法上の特権が保障されること、同基地の収容施設を1年以内に閉鎖すること等を内容とする執行命令を発するなど³、前政権の行ってきたテロ政策の根本的見直しを図っている。そうしたなか、情報公開も進められ、G.W. ブッシュ政権期の「対テロ戦争」における意思決定過程が徐々に明らかになってきている。

アメリカの「テロとの戦争」をめぐるのは、日本においても多くの紹介や議論があるが、それらの多くが、——少なくとも憲法学者の手によるものは——「対テロ戦争」法制の紹介と、それらに関する連邦最高裁判決や裁判所の役割に注目するもの、そして9.11同時多発テロ後の状況を踏まえたうえで展開されている憲法理論の紹介と検討であるといえる⁴。テロの脅威が依然として現実味

² 「テロとの戦争」や「対テロ戦争」という用語法が果たした役割については、板橋功「対テロ戦争の終焉 (下)」治安フォーラム 16 卷 8 号 45 頁 (2010 年) 等を参照。

³ Executive Order, *Review and Disposition of Individuals Detained at the Guantanamo Bay Naval Base and Closure of Detention Facilities*, available at http://www.whitehouse.gov/the_press_office/ClosureOfGuantanamoDetentionFacilities/.

⁴ さしあたり、代表的な文献として、憲法学的観点からテロ法制を検討した業績として、大沢秀介「現代社会の自由と安全」公法研究 69 卷 1 頁 (2007 年)、同「アメリカ合衆国におけるテロ対策法制——憲法を中心として——」大沢秀介・小山剛編『市民生活の自由と安全』1 頁 (成文堂、2006 年)、岡本篤尚『〈9・11〉の衝撃とアメリカの「対テロ戦争」法制』(法律文化社、2009 年)、小谷順子「米国テロ対策と個人の自由」比較憲法学研究 21 卷 87 頁 (2009 年) を、「テロとの戦争」に関連する連邦最高裁判決を紹介・検討する文献として、藤井樹也「9・11 と日本国憲法」[2006-1] アメリカ法 (27 頁)、駒村圭吾「テロとの戦いと人身保護請求」[2006-1] アメリカ法 (40 頁)、大沢秀介「アメリカ連邦最高裁の役割の歴史的变化——自由と安全の調整者の観点から——」法学研究 82 卷 2 号 1 頁 (2009 年)、塚田哲之『「対テロ戦争」を戦う合衆国最高裁』森秀樹編『現代憲法における安全——比較憲法学的研究をふまえて』328 頁 (日本評論社、2009 年)、木村元「グアンタナモの被拘禁者をめぐる訴訟と『法の支配』」法学 73 卷 2 号 262 頁 (2009 年)、憲法理論についての研究として、川岸令和「緊急事態と憲法——アメリカ合衆国における議論を参考にして」憲法理論研究会

を失っていない現在、日本においてもアメリカの「対テロ戦争」法制から——良い意味でも悪い意味でも——学ぶことが多いと思われるし、連邦最高裁判所が一連の判決によって G.W. ブッシュ大統領のテロとの戦争における「単独行動主義 (unilateralism)」に歯止めをかけるという極めて大きな役割を果たしたこと、そして緊急事態が立憲主義に対して突きつけた理論的課題をアメリカがどのように受け止め、新たな理論を構築・展開させているのかを知ることの重要性など、それらに着目することには十分な理由がある。しかし、そうした検討とともに、どのようにしてそうした問題をはらむ「対テロ戦争」が遂行されたのかについての検討も合わせて行っていく必要があると思われる。そしてその検討に当たっては、「ほとんど知られていない部署だが、OLC はブッシュ＝チェイニー時代に何が起きたのかを理解するのに不可欠なところだ⁵⁾」という指摘を見逃すことができない。

2. 政府の法律顧問としての OLC

OLC とは、司法省 (Department of Justice) に設置された法律顧問局 (Office of Legal Counsel) の略称である⁶⁾。OLC には、局長を務める OLC 担当の司法長官補 (Assistant Attorney General) のもと (以下、OLC 局長)、数名の司法長官補代理 (Deputy Assistant Attorney General) と⁷⁾、20 数名の法律家が

編『憲法の変動と改憲問題』89 頁 (敬文堂、2007 年)、愛敬浩二「緊急事態における法の支配——〈9・11〉後の英米法理論を参考にして」浦田一郎他編『立憲平和主義と憲法理論』3 頁 (法律文化社、2010 年) を挙げるに留め、関連する個別論点についての論文は、必要に応じて該当箇所にて個別に引用することにする。

⁵⁾ バートン・ゲルマン (加藤祐子訳)『策謀家チェイニー——副大統領が創った「ブッシュのアメリカ」』180 頁 (朝日新聞出版、2010 年)。

⁶⁾ OLC について詳細は、横大道聡「執行府の憲法解釈機関としての OLC と内閣法制局——動態的憲法秩序の一断面」法学論集 (鹿児島大学) 45 巻 1 号 1 頁 (2010 年) を参照願いたい。また、OLC について言及する近年の邦語文献として、岡田順太「憲法の番人としての議会の可能性——アメリカ OLC 報告法案審議を題材として」白鴉法学 17 巻 1 号 104-106 頁 (2010 年)、長谷部恭男「比較の中の内閣法制局」ジュリスト 1403 号 6-7 頁 (2010 年) を参照。

⁷⁾ 司法省のホームページの組織図によると、現在は 5 名の司法長官補代理が置かれることとなっているようである。<http://www.justice.gov/jmd/mps/manual/orgcharts/olp.pdf>。

司法長官補代理のうち 1 名が首席 (principal) となり、OLC 局長のポストが空席の際に代理を務めることがある。OLC 局長の代理は、Acting Assistant Attorney Gen-

Attorney Advisorとして勤務している⁸。法律家以外にもサポートスタッフとして、キャリア公務員（career civil servants）が勤務している。

このように、比較的小さな部署である OLC は、「大統領の法律家」と称される司法長官（Attorney General）付きの法律家⁹として、大統領や各省長官の求めに応じて法的事項のアドバイスを与えるという司法長官に連邦法上課されている義務¹⁰につき、司法長官からの委任を受けて行っている¹¹。「司法長官の委任のもと、OLC を所掌する司法長官補は、大統領及びすべての執行府の機関に権威ある法的意見を提供する。OLC は司法長官の法的意見を起草するとともに、OLC 自身の書面による意見及び口頭でのアドバイスを、大統領法律顧問、執行府の機関、司法省内部の職員の要求に応じて提供する¹²」のである。そして OLC の（憲）法解釈は、大統領又は司法長官により覆されうるが、現実にはそうした事態が生じることはほとんどなく、行政機関内部では事実上、拘束力を持った解釈として機能しているとされる¹³。

3. 本稿の目的

このように、OLC の行う法的アドバイスが執行府の内部で事実上の拘束力を有するものとして扱われているとすれば、具体的に OLC が、G.W. ブッシュ大統領の「テロとの戦争」においていかなる役割を担ったのが問題となる¹⁴。そこで本稿では、この点を明らかにするとともに、それに起因して展開されている OLC をめぐる近年の議論を見ていくことにしたい。

eral と呼ばれる。

⁸ 現在は 24 名である。http://www.justice.gov/olc/opportunities.htm.

⁹ DOUGLAS W. KMIEC, *THE ATTORNEY GENERAL'S LAWYER: INSIDE THE MEESE JUSTICE DEPARTMENT* (1992).

¹⁰ See 28 U.S.C. 511-513.

¹¹ 28 U.S.C. 510.

¹² OLC のウェブサイト (http://www.justice.gov/olc/index.html)。それに加えて OLC は、「すべての憲法上の問題について執行機関に法的アドバイスを与える責任とともに、ペンディング中の法案の合憲性について審査する責任を負う」。同上。

¹³ Randolph D. Moss, *Executive Branch Legal Interpretation: A Perspective from the Office of Legal Counsel*, 52 ADMIN. L. REV. 1303, 1316 (2000).

¹⁴ この点について詳細に整理するものとして、HAROLD H. BRUFF, *BAD ADVICE: BUSH'S LAWYERS IN THE WAR ON TERROR*, 115-298 (2009).

まず、OLC が「テロとの戦争」において執行府の行動を法的に正当化してきたということを、代表的な OLC メモランダムをいくつか取り上げて概観することを通じて明らかにする (II)。次に、OLC メモランダムのうち、アメリカにおいて大問題となったいわゆる「拷問メモ」をめぐる議論とその経過を若干詳細に取り上げる (III)。そのうえで、それらの事態を受けて展開されている、執行府の憲法解釈機関としての OLC のあるべき解釈態度をめぐる議論を紹介し、その意義を明らかにする (IV)。そして最後に、執行府の行動を正当化するような OLC メモランダムが出された背景についての検討を加えるとともに、その問題点を明らかにすることを試みる (V)。

II 「テロとの戦争」と OLC メモランダム

G.W. ブッシュ大統領の「テロとの戦争」に関連して作成された OLC の文書は大量に存在するが、本章では、特に重要な役割を果たしたと思われるセミナールな文書のいくつかを取り上げて紹介するとともに、その意見に対する最高裁の立場を見ることで、OLC が「テロとの戦争」において果たした役割を明らかにする¹⁵。

1. 大統領の戦争権限

9.11テロから約2週間後の2001年9月25日、OLC は、アメリカに対する9.11テロ攻撃に対応する大統領の軍事行動権限の範囲について、大統領副法律顧問のティモシー・フラニガン (Timothy Flanigan) からの要請に応じて、OLC の司法長官補代理のジョン・ユー (John C. Yoo) の名義で、「テロリスト及びテロ支援国家に対して軍事行動を執る大統領の憲法上の権限について」と題す

¹⁵ 以下で引用する OLC メモランダムについては、とくに断りがない限り、司法省のウェブサイトから PDF にて入手したものであり、ページ番号もそれを用いている。ウェブサイトにてテキストで公開されているメモランダムについては、引用箇所を明らかにするために、当該 OLC メモランダムを収録した書籍のページ番号を用いることにする。なお、紙幅の都合上、内容の詳細についての紹介を避け、その概略のみを記すことにする。

るメモランダムを作成した¹⁶。その内容の概略は次のとおりである。

制憲者の意思、憲法のテキストと構造に照らし、憲法は大統領に対して、合衆国軍最高司令官及び外交責任者として、海外で軍事活動を行う「絶対的な (plenary)」権限を与えている。憲法上、「大統領は、合衆国の陸海軍及び現に召集を受けて合衆国の軍務に服している各州の民兵の最高司令官」(2条2節1項)であり、さらに大統領には「執行権」が与えられている(2条1節1項)。他方、連邦議会には「戦争を宣言 (declaring war)」する権限(1条8節11項)が与えられているが、これはあくまで「宣言」するにとどまるのであり、大統領が軍隊を用いる絶対的権限を制約するものではない¹⁷。この理解は、歴代の司法長官及び OLC による解釈、裁判所の解釈とも合致するだけでなく、歴史的实践からも正当化することが可能である。たとえば、アメリカは200回以上にわたって軍隊を国外に派遣しているが、近年のクリントン大統領によるユーゴ空爆への参加、1990年代のバルカン半島への派兵、湾岸戦争などに代表されるように、そのうち少なくとも125回は、連邦議会の承認なしに行われている¹⁸。

そして連邦議会も、1973年の「戦争権限法 (War Power Resolution) ¹⁹」、及び2001年9月14日に出された「両院合同決議 (joint Resolution) ²⁰」によって、大統領が単独で軍事行動を行う権限を認めている。戦争権限法では、「合衆国軍最高司令官として、戦争又は差し迫った戦闘行為が予期される状況に軍隊を投入する大統領の憲法上の権限は、(1) 宣戦布告、(2) 特定の法律による授權、又は (3) 合衆国、その領域、属領又は軍隊に対する攻撃によって引き起こさ

¹⁶ Memorandum from John C. Yoo, Deputy Assistant Attorney General, to Timothy E. Flanigan, Deputy Counsel to the President, *The President's Constitutional Authority To Conduct Military Operations Against Terrorists and Nations Supporting Them* (Sept. 25, 2001), reprinted in *THE TORTURE PAPERS: THE ROAD TO ABU GHRAIB 3-24* (Karen J. Greenberg & Joshua L. Dratel eds., 2005) [hereinafter *TORTURE PAPERS*].

¹⁷ *Id.* at 4-10.

¹⁸ *Id.* at 10-20.

¹⁹ 50 U.S.C. §§ 1541-1548.

²⁰ Joint Resolution: To Authorize the Use of United States Armed Forces Against Those Responsible for the Recent Attacks Launched Against the United States, Pub. L. 107-40, 115 Stat. 224 (2001).

れた国家緊急事態が生じた場合にのみ、行使することができる²¹」と定めているが、この傍点部分から明らかなように、同法によって連邦議会はテロ攻撃に対して大統領が軍隊を用いて対応する権限を承認している²²。また、9.11テロの3日後に出された両院合同決議では、「大統領は、2001年9月11日に生じたテロリストによる攻撃を計画し、承認し、コミットし、援助したと大統領が認定する国家、組織、個人あるいはそのような組織、個人を匿っていると大統領が認定した国家による、合衆国に対する将来のいかなるテロ行為をも防止するために、それら国家、組織、個人に対して、すべての必要かつ適切な武力を用いる権限が与えられる。」と述べられているが、ここからも、連邦議会はテロ攻撃に対して大統領が軍隊を用いて対応する権限を承認しているということ（この両規定は創設規定ではなく確認規定である点であるという点には注意が必要）を確認できる²³。

こうして本メモランダムは次のように結論付ける。少々長いが引用することにしよう。

憲法の条文、目的、歴史、これまでの政権及び裁判所による憲法解釈、執行府による積年の実践、そして議会による明示的な大統領の憲法上の権限の承認に照らし、我々は、アメリカに対する9.11テロに対応するために、大統領が必要かつ適切と判断する軍事行動をとる憲法上の絶対的権限（plenary Constitutional power）を有しているということに疑いの余地はないと考える。……憲法は、テロリストグループや組織を攻撃する権限を大統領に付与している。この権限は、アメリカ合衆国の安全保障と国民の生命を脅かすグループや組織であれば、国内外を問わず、9.11テロと明確に結びつけることができないグループや組織に対しても及ぶものである。戦争権限法及び両院共同決議は、9.11テロによって生み出されたような状況において、大統領が軍隊を用いる権限を承認している。しかしながらいづれも、いかなるテロの脅威についても、

²¹ 50 U.S.C. § 1541 (c) (emphasis added).

²² 戦争権限法についての詳細は、浜谷英博『米国戦争権限法の研究』（成文堂、1990年）参照。近年の改革状況については、廣瀬淳子「アメリカ戦争権限法の改革提案」外国の立法 239号 181頁（2009年）。

²³ *TORTURE PAPERS*, *supra* note 16, at 20-23.

それに対応するためにどの程度の戦力を用いるか、いかなる方法、タイミング、性質の対応をとるのかについての大統領の判断に制限を課すことはできない。我々の憲法のもと、そうした判断は、ただ大統領のみが下せるのである²⁴。

以上がメモランダムの概要である。この文書は、「その後2年にわたって、合衆国軍最高司令官及び執行権の長 (chief executive) として、憲法2条により大統領に与えられた憲法上の権限を広く解釈するという OLC の風潮を創り出した」と評されている²⁵ことから窺えるように、G.W. ブッシュ政権におけるテロ対策の特徴をよく示すものであるとともに、その方向性を決定づけたものといえることができる。

なお、ここでいう「憲法2条により大統領に与えられた憲法上の権限を広く解釈する」という理解は、いわゆる「単一執行権論 (unitary executive)」を背景としたものである。単一執行権論とは、大統領権限に関する理論²⁶の一つであり、執行権 (executive power) は憲法上大統領に排他的に与えられており、大統領は、執行府の長として、執行府に勤務するすべての者に対して監督と統制を及ぼすことができるとともに、それに対する他権からの介入を排除できるとする理論である²⁷。この理論は、G.W. ブッシュ政権において強力に主張され、単独行動主義の根拠ともされている²⁸。

²⁴ *Id.* at 23-24.

²⁵ Note, *Executive Power and the Office of Legal Counsel*, 28 *YALE L. & POL'Y REV.* 439, 443 (2010).

²⁶ 大統領権限についての合衆国の議論状況についての詳細は、川岸令和「執行権と大統領制——単一執行権論と単独主義をめぐって——」ジュリスト1356号66頁 (2008年)、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50巻2号127頁 (2010年) 等を参照。

²⁷ G.W. ブッシュ政権において、短期間 (約9か月) ではあるが OLC 局長を務めたジャック・ゴールドスミス (Jack Goldsmith) によると、「単一執行権」という用語は、1980年代のロナルド・レーガン (Ronald Regan) 政権期に、議会が大統領の統制の及ばない公職を設けようとした際に盛んに議論されたものであるが、2004年にジャーナリズムが合衆国軍最高司令官としての大統領権限を議会は制約することはできないという、当初とは異なった意味で用いて以来、この意味での用法が定着し用いられるようになったという。JACK GOLDSMITH, *THE TERROR PRESIDENCY: LAW AND JUDGMENT INSIDE THE BUSH ADMINISTRATION* 85-86 (2007).

²⁸ ゲルマン・前掲註 (5) 136-141頁は、その背景には、リチャード・ニクソン (Richard

しかし、たとえば、2004年の Hamdi v. Rumsfeld 連邦最高裁判決²⁹において、2001年9月14日の両院合同決議により、テロとの戦いの過程で敵戦闘員を拘束・収容する権限が大統領に与えられたと判断されたように、連邦最高裁としては、大統領の合衆国軍最高司令官としての地位から直接にそうした権限が導き出されるという解釈を採用していないように見える。議会からの授権が存しているのだから、授権がなくても行動できるかという仮定的問題に言及していないだけでも解する余地があるが、以下に見ていくように、その後の連邦最高裁判例の展開を見る限り、「テロとの戦争を遂行するために大統領には憲法上絶対的な権限が与えられている」という OLC の解釈を連邦最高裁は否定していることは明らかである。

2. 軍事委員会の設立

9.11テロから約2か月後の2001年11月9日、OLCは、大統領法律顧問のアルバート・ゴンザレス (Alberto R. Gonzales) からの意見の請求を受けて、執行府の長及び合衆国軍最高司令官として大統領は、9.11テロに関係して捕縛したテロリストを裁くための「軍事委員会 (Military Commission)」を設立する憲法上の権限を有しているとする内容のメモランダムを作成した³⁰。軍事委員会とは、歴史的に、(1) 戦時国際法に違反した個人を裁く特別裁判所、(2) 占領地域における通常裁判所、(3) 戒厳令が出された際の通常裁判所として用いられる機関であるが、G.W. ブッシュ大統領命令による軍事委員会は (1) のタイプのものである³¹。その内容の概略は次のとおりである。

Nixon) 大統領のウォーターゲート事件以降、議会によって「不当に」制約された大統領権限を復活させようとしたチェイニー副大統領らの考えが存していると指摘している。

また、この OLC メモの執筆者であるジョン・ユーも、著書においてこの立場を強力に主張している。JOHN YOO, THE POWERS OF WAR AND PEACE: THE CONSTITUTION AND FOREIGN AFFAIRS AFTER 9/11 (2005), JOHN YOO, WAR BY OTHER MEANS: AN INSIDER'S ACCOUNT OF THE WAR ON TERROR (2006).

²⁹ Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004).

³⁰ Memorandum from Patrick F. Philbin, Deputy Assistant Attorney General to Alberto R. Gonzales, *Legality of the Use of Military Commissions to Try Terrorists* (Nov. 6, 2001) [hereinafter *Military Commission Memorandum*].

³¹ *Id.* at 2.

まず、大統領が軍事委員会を設立する権限は連邦法によって認められている。すなわち、合衆国法典第10編821条において、「軍法会議 (court-martial) の司法管轄を与える本章の諸規定は、法律上及び戦時国際法上、軍事委員会、軍事裁判所、その他の軍事法廷で裁判を行うことが可能な犯罪者や犯罪に関して、軍事委員会、軍事裁判所、その他の軍事法廷の競合する司法管轄を奪うものではない」と規定されており、直接的にはないにせよ、軍事委員会設立を認めている規定であると解釈できる。この解釈は、1942年の連邦最高裁判決において、これとほぼ同様の文言であった陸海軍条例 (Article of War) 15条を根拠に、軍事委員会設立が認められている³²ことから支持することができる³³。

仮に連邦法は大統領の軍事委員会設立権限を与えていないと解釈された場合であっても、大統領は合衆国軍最高司令官として、軍事委員会を設立する憲法上の権限を有している。また、連邦法が軍事委員会について言及する以前から軍事委員会が用いられてきたという歴史的实践もあり最高裁もこのことを承認している。つまり、軍事委員会の設立を認める上述した連邦法の規定は、歴史的に用いられてきた軍事委員会の設立権限の創設規定でなく確認規定であって、大統領は、連邦議会の授権なくして軍事委員会を設立する憲法上の権限を有しているのである³⁴。

軍事委員会は、戦時国際法に違反した個人を裁くために用いられるが、9.11テロにつき、戦時国際法が適用される事態であるのか否かを決定する憲法上の権限を有しているのは大統領である。戦争状態にあるかどうかは、大統領が合衆国軍最高司令官として決定すべき問題であって、いわゆる「政治問題の法理 (political question doctrine)」が妥当する領域である。そして、テロ行為は、合法的戦闘員としての要件を満たさない戦時国際法違反の行為であるから、テロリストを軍事委員会にて裁くことが可能である³⁵。

以上が文書の概要である。この文書が作成された日から4日後の2001年11月13日、G.W. ブッシュ大統領は、「テロとの戦争中に捕えられたアメリカ合衆

³² Ex Parte Quirin, 317 U.S. 1 (1942).

³³ *Military Commission Memorandum*, *supra* note 30, at 2-6.

³⁴ *Id.* at 6-10.

³⁵ *Id.* at 20-38.

国市民以外の者の拘禁、処遇、審理」のために軍事委員会を設立するという大統領命令³⁶を発し、正式に軍事委員会の設立を宣言したのであるが、この経緯から、同文書が G.W. ブッシュ大統領命令を正当化する役割を果たしたことは明らかであろう。

もっとも、軍事委員会に対しては、大統領命令の発出の直後からその憲法上の問題点を批判する議論が噴出した³⁷。そして2006年に下された Hamdan v. Rumsfeld 連邦最高裁判決³⁸において、連邦法によって大統領には軍事委員会を設置する権限が与えられているが、G.W. ブッシュ大統領命令により設置された軍事委員会は、その授権の範囲を超えるものであるため、違法であると判断されるに至っている。ここでは明らかに大統領には軍事委員会を設立する憲法上の権限があるとする OLC の解釈が否定されている。

この判決を受けた連邦議会は、Hamdan 判決からおおよそ2か月半後の2006年10月17日、「軍事委員会法 (military Commission Act of 2006)」を制定し、大統領が軍事委員会を設立する法的な根拠を与えた。これにより、軍事委員会の根拠規範の問題は片付いたともいえるが、連邦議会の授権によって初めて軍事委員会を設立することができる点で、OLC の解釈は連邦最高裁によって明示的に否定されたということ、すなわち、合衆国軍最高司令官としての大統領の憲法上の地位から直接に軍事委員会を設立する根拠が導き出されるとする OLC の解釈が否定されたということについては、特筆に値しよう。

³⁶ Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism, 66 Fed. Reg. 57833 (Nov. 16, 2001).

³⁷ この点については、横大道聡「国家の安全と市民の自由——G.W. ブッシュ大統領の大統領命令による軍事委員会の憲法上の問題を中心に」法学政治学論究 66 巻 355 頁 (2005 年) 参照。

³⁸ Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006). 同判決の内容とその後の動きの詳細については、横大道聡「Hamdan v. Rumsfeld 連邦最高裁判決が有する憲法上の意義」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集第 47 巻 217 頁 (2007 年)、松本哲治『『テロとの戦争』と合衆国最高裁判所 2001-2007——Hamdan v. Rumsfeld, 126. S. Ct. 2749 (2006) を中心として』佐藤幸治先生古稀記念論文集『国民主権と法の支配 (上)』195 頁 (成文堂、2008 年)、中村良隆「判例紹介」[2007-1] アメリカ法 (138 頁) 等を参照。

3. グアタナモ・人身保護令状・司法管轄

2001年12月28日、OLCは、連邦の裁判所はグアタナモ海軍基地に収容されている外国人からの人身保護令状³⁹の請求を審理する管轄権を有しているのか否かという問題について論じるメモランダムを作成した⁴⁰。グアタナモ海軍基地は、「最終的主権」はキューバが、「完全な管轄権と支配権」はアメリカが有する、キューバ国内の租借地である⁴¹。仮にグアタナモ海軍基地の被収容者からの人身保護令状の請求を審理する司法管轄権を連邦裁判所が有しているとすると、その収容自体の合憲性や軍事委員会で被収容者を審理することの合憲性、また関連する条約の適用の可否、さらには国際テロ組織アルカイダ (al Qaeda) やアフガニスタンの旧タリバン (Taliban) 政権の構成員であるか否かについても、連邦の裁判所が審査することになる⁴²。このことを懸念した国防総省法律顧問のウィリアム・ヘインズ (William J. Hynes, II) が、OLCの意見を求めたのである。

OLCは、グアタナモ海軍基地にて拘留されている外国人には人身保護令状の保障が及ばないと論じた。すなわち OLCは、第二次世界大戦終結時、米軍占領下のドイツのランズベルグ刑務所に収容されたドイツ人からの人身保護令状請求について、連邦の裁判所はそれを審理する管轄権を有さないとした1950年の *Johnson v. Eisentrager* 連邦最高裁判決⁴³に依拠して、合衆国の「主

³⁹ 人身保護令状とは、「歴史的には、ある人の身柄が拘束されている場合に、当該被拘束者の身柄を裁判所に提出すると同時に当該拘束が合法である理由を示すよう拘束者に対して命ずる——そして当該拘束が違法と認定されれば被拘束者の解放が命ぜられる——裁判所の令状」である。浅香吉幹『現代アメリカの司法』111頁（東京大学出版会、1999年）。また、田中英夫『英米法総論（下）』571-576頁（東京大学出版会、1980年）参照。

⁴⁰ Memorandum form Patrick F. Philbin, Deputy Assistant Attorney General and John C. Yoo, Deputy Assistant Attorney General, to William J. Hynes, II, General Counsel to Department of Defense, *Possible Habeas Jurisdiction over Aliens Held in Guantanamo Bay, Cuba* (Dec. 28, 2001), reprinted in TORTURE PAPERS, *supra* note 16, at 29-37 [hereinafter *Habeas Jurisdiction Memorandum*].

⁴¹ Lease of Lands for Coaling and Naval Stations, Feb. 23, 1903, U.S.-Cuba, Art. III, T.S. No. 418. なお、1934年には、両国が1903年の取極を修正あるいは合衆国が基地を手放さない限り、キューバは実効的な主権を有さないとされている。

⁴² 田中・前掲註 (39) 571-573頁。

⁴³ *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763 (1950)

権 (sovereign)」が及ばないグアンタナモ海軍基地に収容されている外国人からの人身保護令状についての司法管轄権は否定されるとしたのである⁴⁴。

しかし他方で OLC は、Eisentrager 判決は別様に解釈されうる余地が残されている点に注意が必要であるとの警告を附している。というのは、同判決では、連邦の裁判所の「司法管轄領域 (territorial jurisdiction)」から外れているために人身保護令状請求について司法管轄権が及ばないと述べられている箇所もあり、この理解に照らした場合、グアンタナモ海軍基地は連邦裁判所の「司法管轄領域」に含まれるというように解釈できなくもないからである。OLC としては、同判決を前者のように理解すべきであると考え、国防に関わる問題に連邦裁判所が介入すべきではないと考えとしながらも、この点については留意すべきであると結論付けている⁴⁵。

以上が同メモランダム概要である。同メモランダムにおいては、グアンタナモ海軍基地の被収容者からの人身保護令状の請求について、連邦の裁判所には司法管轄権がないとする解釈を展開しているが、先例上は不明確な点も残ることから、それが認められる可能性がありうるという留保が附されている。そして OLC のこの懸念は現実のものとなった。2004年の Rasul v. Bush 連邦最高裁判決⁴⁶において、グアンタナモ海軍基地の被収容者からの人身保護令状請求に対して、合衆国コロンビア特別区連邦地方裁判所に司法管轄権があると判断されたからである。これにより、人身保護令状請求の道が開かれることになったのである。

しかし、連邦議会はこの道を閉ざそうとした。イラクのバグダッドに設置されたアブ・グレイブ収容所における合衆国軍による被収容者虐待事件を受けて制定された、合衆国政府によって拘禁された者に対する「残虐、非人道的若しくは品位を傷つける取扱い」を禁止することを主たる内容とする「被拘禁者取

⁴⁴ *Habeas Jurisdiction Memorandum, supra* note 40, at 29-33.

⁴⁵ *Id.* at 33-37.

⁴⁶ *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004). 同判決については、駒村・前掲註 (4) 40-45 頁、熊谷卓「判例紹介 対テロ戦争と人権——グアンタナモの被拘束者をめぐるアメリカ合衆国連邦最高裁の判断」新潟国際情報大学情報文化学部紀要 8 巻 119 頁 (2005 年) 等を参照。

扱法 (Detainee Treatment Act of 2005, DTA⁴⁷)」において、グアンタナモ海軍基地に収容されている外国人からの人身保護令状請求等の主張につき、合衆国のいかなる裁判所、裁判官も司法管轄権を有さないとする規定⁴⁸と、敵戦闘員であるという認定の是非を審査する戦闘員地位審査裁判所 (Combatant Status Review Tribunal, CSRT⁴⁹) の判断に対する審査権をコロンビア特別区連邦控訴裁判所に排他的に帰属させるとする規定⁵⁰を置いたのである。

しかしこの試みは、前述した2006年の Hamdan 判決により頓挫させられることになる。Hamdan 判決が、DTA の同規定は、制定時にすでに係属中であった訴訟に遡及適用されないと判断したからである⁵¹。しかし連邦議会もこれであきらめない。Hamdan 判決を受けて制定した、上述した2006年軍事委員会法のなかに、DTA の上記の規定は、現在係争中の事件に対しても適用されるとする改正規定を置くことで⁵²、再度、グアンタナモ海軍基地からの人身保護令状請求の道を閉ざそうと試みたのである。

しかし連邦最高裁は、この試みも頓挫させた。すなわち、2009年の Boumediene v. Bush 連邦最高裁判決⁵³において、グアンタナモ海軍基地に収容されている外国人にも憲法上の人身保護令状の特権が及び、それを制限する軍事委員会法の同規定⁵⁴は違憲であると判断したのである。こうして連邦最高裁は、

⁴⁷ Detainee Treatment Act of 2005, Pub. L. No. 109-148, 119 Stat 2680 (2005).

⁴⁸ DTA, §1005(e)(1).

⁴⁹ Memorandum from Paul Wolfowitz, Deputy Secretary of Defense, to Secretary of Navy, Order Establishing Combatant Status Review Tribunal (July 7, 2004), available at <http://www.defenselink.mil/news/Jul2004/d20040707review.pdf>.

⁵⁰ DTA, §1005(e)(2).

⁵¹ Hamdan, 548 U.S. at 572-584.

⁵² MCA, §7(b).

⁵³ Boumediene v. Bush, 553 U.S. 723 (2008). 同判決の詳細については、大沢秀介「アメリカ連邦最高裁の役割と人身保護令状」大沢秀介・小山剛編『自由と安全——各国の理論と実務』120頁以下(尚学社、2009年)、横大道聡「判例紹介」[2009-1]アメリカ法(163頁)、松本哲治「人身保護令状による救済と『テロとの戦争』」近畿大学法科大学院論集5号109頁(2009年)、中村良隆「判例紹介海外法律事情 アメリカ刑事法の調査研究(119)」比較法雑誌43巻1号234頁(2009年)等を参照。

⁵⁴ MCA §7(a)は、(1)で「いかなる裁判所及び裁判官も、合衆国により拘留され、合衆国により敵戦闘員として適切に拘留されていると認定されている、あるいはその認定を待っている外国人からまたは外国人のために提起された人身保護令状の請求を審理し、考慮する管轄を有さない」とするとともに、(2)で、被拘禁者取扱法 (Detainee

テロ容疑者からの人身保護令状を審査する連邦裁判所の役割を再確認し、これを否定しようとした OLC の解釈——そして連邦議会の試み——を否定したのである。

4. テロリストに対する国際法の適用

2002年1月22日、OLC は、国際条約及びその一部を国内法化した「戦争犯罪法 (War Crime Act) ⁵⁵」の保障は、アフガニスタンとの戦いによって合衆国軍が捕縛し拘束しているアルカイダやタリバンの構成員に対しても及ぶものか否かについてのメモランダムを出した⁵⁶。これは、国防総省法律顧問のウィリアム・ヘインズからの要求に応じて出されたものであり、OLC は、それらの法は、拘束したアルカイダやタリバンの構成員に対しては適用されず、仮に適用されるとしても、大統領は条約を停止する憲法上の絶対的権限 (plenary constitutional power) を有していると結論付けた。その内容の概略は次のとおりである。

戦争犯罪法は、戦争犯罪として、次の4つを規定している。すなわち、(1) ジェネーブ条約の「重大な違反行為 (grave breaches)」、(2) ハーグ陸戦法規の附

Treatment Act of 2005, DTA) § 1005(e)(2)-(3) で規定する場合を除き、「いかなる裁判所及び裁判官も、合衆国またはその公務員に対して、合衆国により拘留されている者またはされた者で、合衆国により敵戦闘員として適切に拘留されていると認定されている、あるいはその認定を待っている外国人の拘留、移送、取扱、審理または収容の状態のすべての側面に關係するその他の訴訟を審理し、考慮する管轄を有さない」と規定する。DTA § 1005(e)(2)-(3) で規定する場合は、戦闘員地位審査裁判所の手続に対する審査と、軍事委員会の決定に対する審査である。このうち、CSRT については、「当該外国人に関する戦闘員地位審査裁判所における地位決定が、国防長官が規定する戦闘員地位審査裁判所における基準と手続に合致したいたか否か」および「憲法および合衆国の法が適用される限りで、地位認定の際にその基準と手続を利用することが憲法および合衆国の法に合致するか否か」の審査のみ可能であると規定されている。

⁵⁵ 18 U.S.C. § 2441.

⁵⁶ Memorandum from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General, to Alberto R. Gonzales, Counsel to the President and William J. Haynes, II, General Counsel to Department of Defense, *Application of Treaties and Laws to Al Qaeda and Taliban Detainees* (Jan. 22, 2002) [hereinafter *Treaties Application Memorandum*].

属規定の23条⁵⁷、25条⁵⁸、27条⁵⁹、28条⁶⁰によって禁止されている行為、(3) ジュネーブ共通3条⁶¹に違反する行為、(4) 合衆国が締結した条約によって禁止さ

⁵⁷ 特別ノ條約ヲ以テ定メタル禁止ノ外、特ニ禁止スルモノ左ノ如シ。

(イ) 毒又ハ毒ヲ施シタル兵器ヲ使用スルコト

(ロ) 敵國又ハ敵軍ニ屬スル者ヲ背信ノ行爲ヲ以テ殺傷スルコト

(ハ) 兵器ヲ捨テ又ハ自衛ノ手段盡キテ降ヲ乞ヘル敵ヲ殺傷スルコト

(ニ) 助命セサルコトヲ宣言スルコト

(ホ) 不必要ノ苦痛ヲ与フヘキ兵器、投射物其ノ他ノ物質ヲ使用スルコト

(ヘ) 軍使旗、國旗其ノ他ノ軍用ノ標章、敵ノ制服又ハ、「ジェネヴァ」條約ノ特殊徽章ヲ擅ニ使用スルコト

(ト) 戦争ノ必要上凡巳ヲ得サル場合ヲ除クノ外敵ノ財産ヲ破壊シ又ハ押収スルコト

(チ) 對手當事國國民ノ權利及訴權ノ消滅、停止又ハ裁判上不受理ヲ宣言スルコト

交戦者ハ、又對手當事國ノ國民ヲ強制シテ其ノ本國ニ對スル作戰動作ニ加ラシムコトヲ得ス。戦争開始前其ノ役務ニ服シタルト雖亦同シ。

⁵⁸ 防守セサル都市、村落、住宅又ハ建物ハ、如何ナル手段ニ依ルモ、之ヲ攻撃又ハ砲撃スルコトヲ得ス。

⁵⁹ 攻囲及砲撃ヲ爲スニ當リテハ、宗教、技芸、學術及慈善ノ用ニ供セラルル建物、歴史上ノ記念建造物、病院並病者及傷者ノ收容所ハ、同時ニ軍事上ノ目的ニ使用セラレサル限、之ヲシテ成ルヘク損害ヲ免レシムル爲、必要ナル一切ノ手段ヲ執ルヘキモノトス。

被囲者ハ、看易キ特別ノ徽章ヲ以テ、右建物又ハ收容所ヲ表示スルノ義務ヲ負フ。右徽章ハ予メ之ヲ攻囲者ニ通告スヘシ。

⁶⁰ 都市其ノ他ノ地域ハ、突撃ヲ以テ攻取シタル場合ト雖、之ヲ略奪ニ委スルコトヲ得ス。

⁶¹ 締約國の一の領域内に生ずる國際的性質を有しない武力紛争の場合には、各紛争当事者は、少くとも次の規定を適用しなければならない。

(1) 敵対行為に直接に参加しない者（武器を放棄した軍隊の構成員及び病氣、負傷、抑留その他の事由により戦闘外に置かれた者を含む。）は、すべての場合において、人種、色、宗教若しくは信条、性別、門地若しくは貧富又はその他類似の基準による不利な差別をしないで人道的に待遇しなければならない。このため、次の行為は、前記の者については、いかなる場合にも、また、いかなる場所でも禁止する。

(a) 生命及び身体に対する暴行、特に、あらゆる種類の殺人、傷害、虐待及び拷問

(b) 人質

(c) 個人の尊厳に対する侵害、特に、侮辱的で体面を汚す待遇

(d) 正規に構成された裁判所で文明國民が不可欠と認めるすべての裁判上の保障を与えるものの裁判によらない判決の言渡及び刑の執行

(2) 傷者及び病者（第二条約…傷者、病者及び難船者。）は、收容して看護しなければならない。

② 赤十字國際委員会のような公平な人道的機関は、その役務を紛争当事者に提供することができる。

③ 紛争当事者は、また、特別の協定によって、この条約の他の規定の全部又は一部を実施することに努めなければならない。

れている他の戦争犯罪、の4つである⁶²。この戦争犯罪法の規定がテロリストの收容等に対しても適用されるか否かという問題であるが、特に問題となるのは(1)と(3)である⁶³。

まず、ジュネーヴ条約が対象としているのは「国家」であり、アルカイダは国家ではないため、同条約はアルカイダに対して適用されない。仮にアルカイダに対してジュネーヴ条約の適用があると解釈されたとしても、アルカイダのテロリストは、ジュネーヴ第3条約（いわゆる捕虜条約）が定める捕虜資格（4条）を満たさないため、同条約上の捕虜としての資格を有さない⁶⁴。次に、ジュネーヴ共通3条の適用についてであるが、同規定は「締約国の一の領域内に生ずる国際的性質を有しない武力紛争」、つまり内戦を対象とした規定であるから、国際的なテロ組織であるアルカイダとの戦いはその対象とはならない。したがって、アルカイダに対しては、同条約違反行為を戦争犯罪と定める国内法たる戦争犯罪法は適用されない⁶⁵。

他方、アフガニスタンのタリバン政権に対しては、ジュネーヴ条約が適用される余地がある。しかし、大統領には憲法上、排他的な裁量事項として、条約

④ 前記の規定の適用は、紛争当事者の法的地位に影響を及ぼすものではない。

⁶² 18 U.S.C. § 2441(c)(1)-(4).

⁶³ *Treaties Application Memorandum, supra note 56, at 3-9.*

⁶⁴ タリバン政権の民兵もまたジュネーヴ第3条約の第4条の適用を受けないという点について、OLCは別のメモランダムで強調している。See Memorandum from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General, to Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, *Status of Taliban Forces Under Article 4 of the Third Geneva Convention of 1979* (Feb. 2, 2002). アルカイダ及びタリバン構成員の捕虜資格に関し、新井京『『テロとの戦争』と武力紛争法』法律時報74巻6号21頁（2002年）は、「今日の捕虜の定義から考えて、米国の捕虜条約の解釈は誤りではない。……米国の政策に対する強い批判は、捕虜条約の不適用そのものについてよりも、具体的な取扱いのあり方に重点を置くべきであろう」と指摘している。他方、苅込照彰「国際人道法上の捕虜——アフガニスタンにおける軍事行動の事例を中心に——」レファレンス636号67-68頁（2004年）は、「……捕虜資格の有無を判断するに当たっては、抑留されたタリバン兵士とアルカイダの構成員について、個別の判断がなされるべきであると考えられる。これは、個別的な局面ではタリバンとアルカイダの間で緊密な連携がなされ、（捕虜資格が認められる——引用者）4条件を遵守して戦闘に参加した者がいた可能性も否定できないためである」とし、「アメリカ政府が抑留したアルカイダの構成員の集団を一括して捕虜の資格を否定している」ことを批判している。

⁶⁵ *Treaties Application Memorandum, supra note 56, at 9-10.*

の全部又は一部を停止する権限が与えられている。憲法1条が連邦議会に与えた権限は、「この憲法によって付与される立法権」であるのに対し（憲法1条1節）、大統領にはそうした留保のない「執行権」が与えられている（憲法2条1節1項）。それゆえ、連邦議会にも外交に関する権限が憲法上与えられているものの、それ以外については、大統領の排他的な権限であると解釈される。したがって、憲法に明示されているわけではないが、締結後の条約問題は大統領の絶対的権限の範囲内の問題である。大統領は、アフガニスタンとの関係でのジュネーヴ条約上の義務を停止することができるのであり、その是非は政治問題なのである。実際、アフガニスタンのタリバン政権は事実上の政府ともいえないので、そうした判断をすることには妥当性があるといえる。なお、条約を停止した場合であっても国際法上の効果は依然として残るが、それは国際政治上の問題であり国内法の問題ではない。ただし、政策問題として、ジュネーヴ条約の保護を与えることを否定するわけではない⁶⁶。

それでは大統領がジュネーヴ条約の適用をアフガニスタンとの関係で停止しない場合はどうか。OLCとしては、グアンタナモ海軍基地の収容状況がジュネーヴ条約上の義務に違反するものではないと考えているが、同基地の収容状況がジュネーヴ条約に違反するという批判も多いので、その点について考察する。まず、合衆国はジュネーヴ条約上の義務からある程度逸脱することが許される。国連憲章上、国家には自衛権が認められており（51条）、この国家の自衛権には、自軍の兵士を敵から守る権限も含まれるのであるから、それと調和的にジュネーヴ条約上の義務も修正されるからである。また、条約上の義務違反は、違反が生じた時点で直ちに違法となるのではなく、その義務の履行のための合理的期間を超過してもなお収容状況が求められる水準を満たしていない場合に初めて義務違反となる。さらに、大統領は憲法上、条約を解釈する権限を有しており、タリバンの構成員がジュネーヴ第3条約上の捕虜としての地位を有しているか否かを判断する権限を持つ。そのため、大統領がタリバンの構成員に対する捕虜としての地位を否定した場合には、彼（女）らに戦争犯罪法

⁶⁶ *Id.* at 10-28.

は適用されない⁶⁷。ジュネーヴ条約の一部はすでに慣習国際法となっているという見解もあるが、慣習国際法は憲法6条⁶⁸がいうところの「連邦法」でも「条約」でもないので、執行府を拘束するものではない⁶⁹。

以上がメモランダム概要である。G.W. ブッシュ大統領は、2002年2月7日に「タリバン及びアルカイダの被收容者の人道的取り扱いについて」と題された、いわゆる「人道的取扱指令 (Humane Treatment) ⁷⁰」を出しているが、そこにおいてこの OLC メモランダムの立場が反映されている。すなわち、人道的取扱指令において G.W. ブッシュ大統領は、「合衆国の軍最高司令官及び大統領としての権限に従い、2002年1月22日付の司法省の意見（上述した OLC メモランダムのこと——引用者）及び2002年2月1日付の司法長官の文書⁷¹に依拠」し、①アルカイダにはジュネーヴ条約は適用されない、②大統領はアフガニスタンとの間でジュネーヴ条約を停止する憲法上の権限を有しているが、この権限を行使しない、③ジュネーヴ共通3条はアルカイダ及びタリバンに適用されない、④タリバンの構成員として收容されている者は違法な戦闘員であり、ジュネーヴ条約上の捕虜としての資格を有さない、と決定した。そのうえで、政策的な観点から、合衆国軍は適切かつ軍事上の必要性和調和する限りで、ジュネーヴ条約上の原理と一致した仕方では被收容者を人道的に取り扱わなければならないとしたのである。

このように、かかる指令においては、大統領には条約の停止権及び解釈権を有しているという OLC の解釈が前提とされていることがわかる。しかし、上述したように2006年の Hamdan 判決では、軍事委員会の設立根拠である連邦

⁶⁷ Id. at 28-32.

⁶⁸ 条文は次の通り。「この憲法、これに準拠して制定される合衆国の法律、および合衆国の権限に基づいてすでに締結されまた将来締結されるすべての条約は、国の最高法規である。……」

⁶⁹ *Treaties Application Memorandum*, *supra* note 56, at 32-37.

⁷⁰ George Bush, Memorandum for the Vice President, the Secretary of State, the Secretary of Defense, the Attorney General, Chief of Staff to the President, Director of Central Intelligence, Assistant to the President for National Security Affairs, and Chairman of the Joint Chiefs of Staff, *Humane Treatment of al Qaeda and Taliban Detainees* (Feb. 7, 2002).

⁷¹ Letter from John Ashcroft, Attorney General, U.S. Department of Justice to George W. Bush, President (Feb. 1, 2002).

法の規定が戦時国際法に従うべき旨を定めていることを根拠に、軍事委員会においては国際法の適用があると判断しており⁷²、条約の適用があるか否かは大統領が排他的に判断できる事項ではなく、連邦法との関係で決定されるという解釈を採用している——Hamdan 判決後に制定された「軍事委員会法」では、明示的にジュネーヴ条約違反を理由に訴訟を提起できないこと⁷³、大統領がジュネーヴ条約の意味・適用を解釈する権限があると規定⁷⁴されることになったが——。ここにおいても、OLC の解釈を連邦最高裁が否定していると解することができるだろう。

5. 小括

以上、G.W. ブッシュ大統領の「テロとの戦争」を正当化するものと評価されている代表的な OLC のメモランダムを見てきた。「テロとの戦争」は、これまでの法規範を逸脱するような「積極的」なものであったため、それを法的に正当化するために OLC に意見が求められ、その要請に応えるかたちで OLC が合法・合憲であるとする意見を作成し、執行府は、その「お墨付き」をもとに積極的に「テロとの戦争」を遂行してきたということ、しかし、そうした OLC の憲法解釈に対して連邦最高裁が「ノー」を突き付けたということが確認できただろう。こうした連邦最高裁の態度につき議論はあるものの⁷⁵、本稿の関心から注目されるのは、連邦最高裁の憲法解釈が、OLC の憲法解釈と真っ向から対立しているという事実である。具体的には、OLC による、①合衆国軍最高司令官としての大統領の憲法上の地位から軍事委員会を設立する根拠を導き出すという解釈、②グアンタナモ海軍基地にて拘留されている外国人には人身保護令状の保障が及ばないとする解釈、③大統領は条約を停止する憲法上の絶対的権限を有しているといった解釈を否定し、それによって、連邦最高裁は、「テロとの戦争を遂行するために大統領には憲法上絶対的な権限が与えられている」という、OLC メモ全体を貫く大前提を否定してきたという

⁷² *Hamdan*, 548 U.S. at 625-628..

⁷³ MCA, § 5.

⁷⁴ MCA, § 6.

⁷⁵ 大沢「アメリカ連邦最高裁の役割の歴史的变化」・前掲註(4) 14-26頁を参照。

点は注目すべきである。

さて、以上に紹介した OLC メモランダムはいずれも重要なものであるが、G.W. ブッシュ政権期に OLC が作成したメモランダムのうち、最も激しい批判を受けたのが、テロリストを「拷問」することを認めた一連のメモランダムである。それらメモランダムについては、章を改め、その後の経緯を含めて、若干詳細に見てみることにしよう。

Ⅲ 「拷問」と OLC メモランダム

1. OLC による「より徹底した尋問」の正当化

「テロとの戦争」を遂行するにあたり、CIA は、従来型の尋問方法では不十分であると認識していた。特に、「テロとの戦争」の最中に捕縛したアルカイダの幹部とされるアブ・ズバイダ (Abu Zubaydah) から今後のさらなるテロ攻撃を防ぐために必要不可欠な情報を引き出すためには、「より徹底した尋問技術 (Enhanced Interrogation Techniques)」が必要であると考えていた。しかし、それにより、合衆国外での「拷問」を違法行為と定める、いわゆる「連邦拷問禁止法 (Federal Torture Statute)⁷⁶」に基づいて刑事責任を問われること——死刑もありうる——を恐れた CIA は、ホワイトハウス法律顧問アルベ

⁷⁶ 18 U.S.C. § § 2340-2340B. 同法は、「合衆国外において拷問を行った者又は行おうと試みた者は、本編のもとで罰金若しくは20年以上の懲役又はその両方を科される。本条項によって禁止される行為によって相手方を死に至らしめた場合、死刑又は有期刑若しくは終身刑に処する。」と定める (18 U.S.C. § 2340A (a))。そして、ここで禁止される「拷問」を次のように定義する。「法の外観のもとで行動する個人が、拘留又は物理的コントロール下において、個人が他の人に対し、とりわけ過酷な肉体的、精神的苦しみ又は苦痛 (合法的な処罰に伴う苦しみ又は苦痛を除く。) を与えることを意図して行う行動」(18 U.S.C. 2340 (1))。なお、「過酷な精神的苦しみ又は苦痛」については、①「過酷な肉体的、精神的苦しみ又は苦痛」を故意に科すこと、または科すという脅迫をすること、②向精神作用剤又は感覚若しくは人格を強く崩壊させることが予期されるその他の手続を実施若しくは使用すること、又は実施若しくは使用するという脅迫をすること、③死が差し迫っていると脅すこと、④別の者がすぐに殺されること、過酷な肉体的、精神的苦しみ又は苦痛を受けること、向精神作用剤又は感覚若しくは人格を強く崩壊させることが予期されるその他の手続を実施若しくは使用されること脅すこと、によって生じる、長期に渡る精神的危害」と定義されている (18 U.S.C. 2340 (2))

ルト・ゴンザレス経由で、OLCに意見を求めた。これを受けて OLC が2002年8月1日付で、当時の OLC 局長ジェイ・バイビー (Jay S. Bybee) の名義⁷⁷で50頁程度のメモランダムを作成した⁷⁸。一般には、名義人の名前をとって、「バイビーマモ」と呼ばれたり、その内容から「拷問メモ」などと称されたりしている文書である。

マーティン・レダーマン (Marty Lederman) によると、CIA が、「より徹底した尋問技術」が連邦拷問禁止法に違反するか否かを懸念したのは、それ以外の法的拘束については免れることが可能だと考えていたためである⁷⁹。①まず、憲法上の規定 (修正8条、修正15条) については、外国にいる外国人には適用されない。②上述した2002年2月7日に出された「人道的取扱指令」は、「合衆国軍」のみを対象とするように注意深く作成されており、CIA には適用されない。③国際条約上の義務についてであるが、上述した通り、ジュネーブ諸条約についてアメリカは、アルカイダに対しては適用されないという立場を明確に採用しているし、国際慣習法についても「国の最高法規」ではないので拘束力を持たないという立場をとっている。その他の条約で特に問題となりうるのは、「市民的及び政治的権利に関する国際規約」(以下、自由権規約) と、「拷問及び他の残虐な、非人道的な又は品位を傷つける取扱い又は刑罰に関する条約」(以下、拷問等禁止条約) である。まず自由権規約では、とりわけ「何人も、拷問又は残虐な、非人道的な若しくは品位を傷つける取扱い若しくは刑罰

⁷⁷ もっとも同メモの実際の執筆者は、当時の司法長官補代理で、現在カリフォルニア大学パークレー校で教鞭をとるジョン・ユーである。ユーは、OLC の司法長官補代理であり、当時の司法長官のジョン・アシュクロフト (John Ashcroft) の部下であったが、9.11以後、その国際法の知識を買われ、いわゆる「War Council」の一員——他のメンバーは、ホワイトハウス法律顧問アルベルト・ゴンザレス、副大統領法律顧問デビッド・アディントン (David Addington)、国防総省法律顧問ウィリアム・ヘインズ、ホワイトハウス副法律顧問ティモシー・フラニガン——として、多大な影響力を行使していたようである。

⁷⁸ Memorandum from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General, to Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, *Standards of Conduct for Interrogation Under 18 U.S.C. §§2340-2340A* (Aug. 1, 2002) [hereinafter *Torture Memorandum*].

⁷⁹ Marty Lederman, *Understanding the OLC Torture Memos (Part III)*, Balkinization, Jan. 7, 2005, http://balkin.blogspot.com/2005/01/understanding-olc-torture-memos-part_07.html

を受けない。特に、何人も、その自由な同意なしに医学的又は科学的実験を受けない。」と定める自由権規約7条の適用の有無が問題となるが、アメリカは一貫して、これとは異なる国際法上の先例が存していたとしても、同規約は合衆国外における事例においては適用されないとする立場を採用しているため適用されない⁸⁰。次に拷問等禁止条約であるが、同条約批准の際、上院は同条約上の「拷問」の定義に留保を附すとともに、同条約の自動執行力を否定していた。そして、同条約が禁止するところの「拷問」を、「連邦拷問禁止法」で別に定義したため、その限りで適用される可能性がありうるに過ぎない。なお、「自国の管轄下にある領域内」での拷問に至らない非人道的行為を防ぐように締約国に要請する拷問等禁止条約16条⁸¹については、CIAは「自国の管轄下にある領域」で活動していないため適用されない。④最後に連邦法上の制約であるが、まず、合衆国軍による被収容者に対する残虐な扱い等を禁止する「統一軍事裁判法⁸² (Uniform Code of Military Justice, UCMJ)」は、合衆国軍を対象にしているのでCIAには適用されない。また、連邦法違反又は条約違反の不法行為を理由に外国人からの民事訴訟を認める「外国人不法行為法⁸³ (Alien Tort Statute)」については、「拷問禁止法」が定義するところの「拷問」に至らない場合には、同法の対象にならないと解釈できる。そうすると、結局のと

⁸⁰ See e.g., Department of Defense, *Working Group Report on Detainee Interrogations in the Global War on Terrorism: Assessment of Legal, Historical, Policy, and Operational Considerations*, 6 (Apr. 4, 2003) [hereinafter *Working Group Report*]. なお、同規約7条の適用可能性についての詳細は、熊谷卓「対テロ戦争と国際人権法——グアンタナモの被拘束者に対する市民的および政治的権利に関する国際規約（自由権規約）の適用可能性——」*広島法学*29巻2号（2005年）を参照。

⁸¹ 締約国は、自国の管轄の下にある領域内において、第1条に定める拷問には至らない他の行為であって、残虐な、非人道的な又は品位を傷つける取扱い又は刑罰に当たり、かつ、公務員その他の公的資格で行動する者により又はその扇動により若しくはその同意若しくは黙認の下に行われるものを防止することを約束する。特に、第10条から第13条までに規定する義務については、これらの規定中「拷問」を「他の形態の残虐な、非人道的な又は品位を傷つける取扱い又は刑罰」と読み替えた上で適用する。
2 この条約は、残虐な、非人道的な若しくは品位を傷つける取扱い若しくは刑罰を禁止し又は犯罪人引渡し若しくは追放に関連する他の国際文書又は国内法令に影響を及ぼすものではない。

⁸² 10 U.S.C. Ch.47.

⁸³ 28 U.S.C. § 1350.

ころ、CIA の行おうとしている「尋問」の障害となりうる法規範は、拷問等禁止条約を国内法化した「連邦拷問禁止法」のみということになるのであり、それゆえ、CIA は OLC の意見を求めたのである。

さて、件の「拷問メモ」は、合衆国外での CIA による「尋問」行為が「拷問禁止法」のいうところの「拷問」に該当しないと判断したのであるが、その内容は次のとおりである。まず、同法がいう「拷問」そして拷問等禁止条約がいうところの「拷問」を極めて狭く定義する。すなわち、同法のいう「過酷な肉体的、精神的苦しみ又は苦痛」につき、「臓器不全、身体機能の損傷、又は死に至るような重大な身体損傷を伴うもの」、及びそれらが原因で数か月、数年続くような「長期間にわたる精神的危害」を患わせるような苦痛を与えた場合であり、かつ、そうした結果をもたらそうとする「明確な意図 (specific interest)」がなければ、同法がいうところの「拷問」に該当しないとす解釈を展開したのである⁸⁴。

「拷問メモ」の分析はそれだけにとどまらない。仮に CIA の行おうとする「尋問」が同法のいう「拷問」に該当する場合であっても、同法を適用することが憲法上大統領に与えられた合衆国軍最高司令官としての地位に由来する戦争権限に基づいてなされる行為を制限する場合には、違憲となるとする⁸⁵。さらに、仮に違憲と判断されなかったとしても、緊急避難 (necessity) 又は正当防衛 (self-defense) により、それらの行為を行った当事者は刑事責任に問われないと述べ⁸⁶、周到に CIA の行おうとする「尋問」の範囲を拡大したのである。

さらに OLC は、「拷問メモ」を出した日と同じ日 (2002年8月1日) に、「拷問」には該当しない「より徹底した尋問技術」の具体例を示したメモランダム (いわゆる「機密拷問メモ」) も作成している⁸⁷。「機密拷問メモ」では、顔を叩く、睡眠を妨害する、窮屈な箱に閉じ込めて虫を入れる、そして——最も悪名高い

⁸⁴ *Torture Memorandum, supra* note 78, at 1-22.

⁸⁵ *Id.* at 33-39.

⁸⁶ *Id.* at 39-46.

⁸⁷ Memorandum from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General, to John Rizzo, Acting General Counsel of the Central Intelligence Agency, *Interrogation of Al Qaeda Operative* (Aug. 1, 2002).

——「水責め (waterboard)⁸⁸」などの具体的な「尋問」方法につき、それらは「拷問禁止法」が定義する「拷問」には該当しないと論じられている。

また、2003年3月14日には、OLCの司法長官補代理のジョン・ユーの手により、国防総省に対し、「合衆国外で収容されている外国籍の違法な戦闘員の軍事的尋問について」というメモランダムが執筆されている (いわゆる「ユーメモ」)⁸⁹。その内容は「拷問メモ」とほぼ同じであるが、「拷問メモ」の存在が機密扱いであったため、新たに国防総省に対して同様の内容のメモランダムを作成したようである⁹⁰。国防総省は2003年1月16日から、「テロとの戦争」で捕縛し合衆国軍が拘束している被収容者に関する法的、政策的、作戦上の諸問題を検討するためのワーキンググループを作って検討をしていたのであるが、同年4月4日、明示こそしてはいないものの、「ユーメモ」の見解——つまり「拷問メモ」の立場——を取り入れたと思われる報告書を作成しており⁹¹、その影響を窺うことができる。

2. 「拷問メモ」のリークと OLC の対応

「拷問メモ」の存在は、OLCの内部においてすら、ごく一部を除いて知らされていなかったのであるが⁹²、2004年6月、ワシントン・ポスト紙が同メモの存在をスクープ報道し⁹³、その存在が広く一般に知れ渡ると同時に、激しい批判が噴出した⁹⁴。その時点では、すでに「拷問メモ」の名義人であり作成当時

⁸⁸ 水責めについては、徳留絹枝『「水責め拷問」が問いかける今日的課題——日本にとっての意義——』軍縮問題資料340巻20頁 (2009年) 等を参照。

⁸⁹ Memorandum from John C. Yoo, Deputy Assistant Attorney General, to William J. Haynes II, General Counsel of the Department of Defense, *Re: Military Interrogation of Alien Unlawful Combatants Held Outside the United States* (Mar. 14, 2003).

⁹⁰ OPR Report, *infra* note 118, at 75.

⁹¹ Working Group Report, *supra* note 80.

⁹² Marty Lederman, *Understanding the OLC Torture Memos (Part I)*, Balkinization, Jan. 7, 2005, <http://balkin.blogspot.com/2005/01/understanding-olc-torture-memos-part-i.html>

⁹³ Dana Priest & R. Jeffrey Smith, *Memo Offered Justification for Use of Torture: Justice Dept Gave Advice in 2002*, WASH. POST, June 8, 2004.

⁹⁴ 国際社会の対応としては、今井直「国際法における拷問禁止規範の現在——『対テロ戦争』の文脈を中心に」拷問等禁止条約の国内実施に関する研究会編『拷問等禁止条

の OLC 局長であったバイビーは辞任していたため（第9巡回区連邦控訴裁判所判事に就任。ちなみに実質的執筆者とされるユーもすでに辞任しており、カリフォルニア大学バークレー校ロースクールにて教鞭をとっていた）、その対応にあたったのは、後任のジャック・ゴールドスミス（Jack Goldsmith）であった⁹⁵。ゴールドスミスは、就任後間もない時期で、まだ「拷問メモ」がリークされる前の2003年12月、一連の「拷問メモ」の存在を知り、その時点で同メモが抱える法的问题点を認識し、これを撤回しなければならないと判断していた。しかし、OLC がメモランダムを撤回することの影響を考えて——OLC が出した意見を、同一政権期において撤回した例は存在していなかった——すぐに撤回せず、新たな解釈を示したメモランダムを準備しようとしている間にリークがなされたようである⁹⁶。

ゴールドスミスはその後、副大統領のリチャード・チェイニー（Richard Cheney）やアディントンらと対立して辞任したため⁹⁷、ゴールドスミスの後に OLC 局長代理を務めたダニエル・レヴィン（Daniel Levin）によって、2004年12月30日に「拷問メモ」を撤回するメモランダム（いわゆる「レヴィンメモ」）が公表された⁹⁸。

約をめぐる世界と日本の人権』33-42頁（明石書店、2007年）。そこでは、「現在の国際人権機関は、苦痛の強度を強調して拷問を極端な形態として特徴づけるアプローチはとっていない。アメリカの解釈は、すでに過去のものとなった基準にもとづいており、それは政策的意図による法解釈であるといつて過言でない」と指摘されている。同41頁。

⁹⁵ バイビーの後任として、ユーの名前も挙がっていたが、司法長官アシュクロフトは、自分を差し置いてホワイトハウスと行動していたユーに不信感を抱いており、この人事を強硬に拒否したため、国防総省法律顧問ヘインズのもとで特別顧問として勤務していたゴールドスミスに OLC 局長のポストの話が回ってきたようである。GOLDSMITH, *supra* note 27, at 22-25.

⁹⁶ このあたりの経緯については、ゴールドスミスの著書に詳しい。Id. ch.5. なお、ゴールドスミスは就任後、「ユーメモ」について、司法省の審査を受けることなく、国防総省がさらに進んだ尋問を行うことを「白紙委任」している恐れがあるとして、2003年12月に、国防総省法律顧問のヘインズに対して同メモに従わないように要請し、撤回するため動いていた。OPR Report, *infra* note 118, at 112-119.

⁹⁷ ゲルマン・前掲註（5）第11章、12章を参照。

⁹⁸ Memorandum from Daniel Levin, Acting Assistant Attorney General, to James B. Comey, Deputy Attorney General., *Legal Standards Applicable Under 18 U.S.C. §§2340-2340A*, at 2 (Dec. 30, 2004), reprinted in THE TORTUE MEMOS: RATIONALIZING

レヴィンメモは、①「明確な意図」がなければ拷問に該当しないとする解釈の否定、②「拷問メモ」では「過酷な苦しみ又は苦痛」の意味を、拷問とは関係ない医療給付に関する法律から不十分な仕方でも類推して導き出しているとして否定し、③「拷問メモ」のうち、大統領権限や訴追された場合について述べた箇所については、質問に対する意見として不必要であったとして撤回したのであるが、その脚注において、次のような留保を附している点が批判的になっている⁹⁹。すなわち、脚注の8において、「我々は2002年8月のメモランダム（——「拷問メモ」のこと。引用者）の多くに同意しないが、被收容者の取扱いに関して述べた以前の OLC の意見を審査したところ、そこで出されたいずれの結論も、このメモランダムにおいて示した基準と異なるものではないと思われる¹⁰⁰。」と述べているのである。つまり、レヴィンメモは、実質的にみれば、「拷問メモ」で言及されていた不必要な分析・言及の部分の撤回したに過ぎないのである。その後も OLC は、これまでに出した「拷問」関連メモランダムの「後始末」に追われることになるが、今述べた脚注のように、執行府が行った行為が違法又は違法であったという結論を決して出そうとはしなかった。

2005年5月10日には、「機密拷問メモ」を撤回するメモランダムが、当時の OLC 局長代理のスティーブン・ブラッドベリ (Steven G. Bradbury) によって作成された¹⁰¹ (いわゆる「2005年ブラッドベリメモ」)。かかるメモも、「極めて重要な收容者」の場合であるとか、「注意深い医学的観点からの監視」がある場合といった条件を付けながらも、同メモにおいて合法とされた「より徹底した尋問技術」のすべてが合法であると結論付けている。さらに同日、ブラッドベリは、CIA による厳格な監視があることを前提に、「より徹底した尋問技術」を単独にはなく複合的に用いても、「拷問」には至らないとする文書も作成

THE UNTHINKABLE 128-151 (David Cole ed. 2009).

⁹⁹ DAVID LUBAN, LEGAL ETHICS AND HUMAN DIGNITY 180-181 (2007).

¹⁰⁰ *Id.* at 130, n.8.

¹⁰¹ Memorandum from Steven G. Bradbury, Principal Deputy Assistant Attorney General, to John A. Rizzo, Senior Deputy Counsel to Central Intelligence Agency, *Re: Application of 18 U.S.C. §§2340-2340A to Certain Techniques That May Be Used in the Interrogation of High Value al Qaeda Detainee* (May, 10, 2005).

している¹⁰²（いわゆる「審問自術組み合わせメモ（The Combined Techniques Memo）」）。

また、上述したようにアメリカは、「自国の管轄下にある領域内」での拷問に至らない非人道的行為を防ぐように締約国に要請する拷問等禁止条約16条の規定については、CIAは「自国の管轄下にある領域」で活動していないため適用されないという立場をとっているのであるが、2005年5月30日に OLCは、仮にこの地理的限定が外された場合、「より徹底した審問技術」がこれに違反するかどうかという問い合わせに答えるメモランダム¹⁰³（いわゆる「16条メモ」）を作成している。そこにおいて OLCは、同条約に批准する際、アメリカはここで規定された内容は、修正5条、8条、14条の意味するものに限定されるとしていたことから、このうち関連するのは修正5条違反となりうるか否かであるが、それを判定するテストは連邦最高裁のいう「shock of conscience」に該当するか否かであるとしたうえで、CIAの尋問はこれに該当しないと¹⁰⁴。もっとも、この分析に裁判所が納得するとは言えない可能性があるという留保を附している¹⁰⁵。

2007年7月20日、OLCは、その後の立法状況（被拘禁者取扱法、軍事委員会法などの制定）を踏まえて、改めて「より徹底した審問技術」のうち、特に問題となっていた6つの審問技術の合法性について述べたメモランダム¹⁰⁶を作

¹⁰² Memorandum form Steven G. Bradbury, Principal Deputy Assistant Attorney General, to John A. Rizzo, Senior Deputy Counsel to Central Intelligence Agency, *Re: Application of 18 U.S.C. §§2340-2340A to Combined Use of Certain Techniques That May Be Used in the Interrogation of High Value al Qaeda Detainee* (May, 10, 2005).

¹⁰³ Memorandum form Steven G. Bradbury, Principal Deputy Assistant Attorney General, to John A. Rizzo, Senior Deputy Counsel to Central Intelligence Agency, *Re: Application of United States Obligations Under Article 16 of the Convention Against Torture to Certain Techniques That May Be Used in the Interrogation of High Value al Qaeda Detainee* (May, 30, 2005).

¹⁰⁴ *Id.* at 25-39.

¹⁰⁵ *Id.* at 40.

¹⁰⁶ Memorandum form Steven G. Bradbury, Principal Deputy Assistant Attorney General, to John A. Rizzo, Senior Deputy Counsel to Central Intelligence Agency, *Re: Application of War Crimes Act, the Detainee Treatment Act, and Common Article 3 of the Geneva Convention to Certain Techniques That May Be Used in the*

成したが（いわゆる「2007年ブラッドベリメモ」、結論はやはり、いずれも連邦法に違反しないというものであった。

このように、ワシントン・ポスト紙のスクープ以降、それ以前に出された「拷問」関係の多くのメモランダムが——実質的にその内容を覆したとはいえないものの——撤回されてきたことが確認できる。そして政権交替の直前の2009年1月15日には、それらを確認するものとして、9.11テロ勃発後の2001年から2003年の混乱した時期に出された OLC 意見の多くについて、現在の OLC の公式見解とは異なるものであることを明示したメモランダムが OLC によって作成されている¹⁰⁷。

3. 「拷問メモ」とオバマ政権の対応

2009年1月20日にオバマ大統領が誕生し、共和党政権から民主党政権に変更することになった。オバマ大統領は、OLC 局長として、G.W. ブッシュ大統領の「対テロ戦争」を厳しく批判してきたインディアナ・ロースクールのドーン・ジョンセン（Dawn E. Johnsen）を指名したこと¹⁰⁸から分かるように、それまでの「対テロ戦争」に批判的な立場をとっている¹⁰⁹。こうしてオバマ大統領就任を機に、G.W. ブッシュ政権期の「負の遺産」ともいえる OLC メモランダムが次々と撤回されていくことになる。

2009年4月15日には、G.W. ブッシュ政権期に出された OLC メモランダムのうち、収容者の「拷問」に関する上述した「機密拷問メモ」、「2005年ブラッドベリメモ」、「審問技術組合せメモ」、「16条メモ」を撤回する文書¹¹⁰が、

Interrogation of High Value al Qaeda Detainee (July, 20, 2007).

¹⁰⁷ Memorandum form Steven G. Bradbury, Principal Deputy Assistant Attorney General, *Re: Status of Certain OLC Opinion Issued in the Aftermath of the Terrorist Attacks of September 11, 2001* (Jan. 15, 2009).

¹⁰⁸ もっともこの人事は、共和党からの強い反対にあい、上院での承認を得られないまま指名撤回された。

¹⁰⁹ 横大道聡「オバマと法学者——アメリカ政治のダイナミズム」法学セミナー663号30頁（2010年）。

¹¹⁰ Memorandum form David J. Barron, Acting Assistant Attorney General, to Eric Holder, Attorney General, *Withdrawal of Office of Legal Counsel CIA Interrogation Opinions* (April, 15, 2009).

当時の OLC 局長代理のデビッド・バロン (David Barron) によって作成された。さらに2009年6月11日には、同じくバロンの手によって「2007年ブラッドベリメモ」を撤回する文書¹¹¹が作成されるに至り、以上に見た「拷問」関係の OLC 文書はすべて撤回されることになったのである。

4. 小括

以上、G.W. ブッシュ大統領の「テロとの戦争」を正当化するものと評価されている OLC のメモランダムのうち、CIA の「審問」と「拷問」との関係に関するものを見てきた。ワシントン・ポスト紙のスクープを発端に巻き起こった激しい批判を受けるかたちで OLC は多くのメモランダムを作成したが、そのいずれも、若干の内容修正は施しているものの、CIA の行う「より徹底した審問」は「拷問」ではないとする当初の立場を堅持し続けてきたことがわかる。しかし、オバマ大統領就任を契機に、これまでの「対テロ戦争」の見直しが始まり、「拷問」関係の OLC メモランダムはいずれも撤回されることになった。これにより、現在のアメリカの立場は根本的に転換したといえるだろう。

前章 (II) と本章 (III) では、G.W. ブッシュ政権の「テロとの戦争」を法的に正当化するかのようなメモランダムを OLC が作成してきたということを見てきたわけであるが、ここで検討を要するのは、そうした (憲) 法解釈をしてきた OLC の解釈態度を、規範論としてどのように評価できるかである。IV 章ではこの点について考察することにしよう。

IV 執行府の憲法解釈機関としての OLC

1. OLC の解釈の評価

II と III では、OLC の出したメモランダムが執行府の「テロとの戦争」を法的に正当化する役割を果たすものであったということを確認した。そうした役割を果たした OLC に対しては、さまざまな観点から批判が提起されている

¹¹¹ Memorandum from David J. Barron, Acting Assistant Attorney General, to Eric Holder, Attorney General, *Re: Withdrawal of Office of Legal Counsel CIA Interrogation Opinions* (April, 15, 2009).

が、そこでの議論の多くは、OLC が執行府の望む行動を正当化するために法の意味を都合のいいように解釈したとする批判であるように思われる。たとえば、デビッド・ルバン (David Luban) は一連のメモランダムについて、「それらの結論は、疑いが残るものから、狂気の沙汰としか言いようのないものである」と述べ、後者の例として、「拷問メモ」における「過酷な苦痛 (severe pain)」の定義と、正当防衛の議論を上げている。ルバンは、「拷問メモ」の問題点につき、かかる部分が反対意見を無視し、引用も不正確で対立する見解に言及していない「不真面目な (frivolous) 議論」である点に存しているとし、その根源を、政権の意向に沿って意見が書かれていたからであると分析している¹¹²。

同様に、OLC 勤務経験者19名が、将来「拷問メモ」のような事態が生じることを防ぐために必要と考える基準と手続を明示し、「大統領が法の支配を遵守することを促進させるために OLC が伝統的に果たしてきた重要な役割を回復し、確保する」ことを目的に、2004年に作成した「Principles to Guide of Legal Counsel¹¹³」(以下、OLC ガイドライン)における、第1の提言も、次のように述べている。

執行府の意図している行動の指針として OLC が法的アドバイスを行う場合、当該アドバイスが行政機関の望む政策の追及を制約することになるとしても、適用される法について、精確且つ誠実な評価をしなければならない。弁護士が、単に顧客の望む活動を支えるために説得的な法的議論を展開する弁護活動のようなアドボケートモデルは、執行府の活動の合法性を確保するという、大統領に課された憲法上の義務を促

¹¹² LUBAN, *supra* note 99, at 177-180. なおルバンは、「不真面目」な議論とそうでない議論とを明確に区別するラインは存在していないが、法解釈共同体の理解が重要になると指摘している。Id. at 192-197.

¹¹³ Walter E. Dellinger et al., *Principles to Guide the Office of Legal Counsel* (Dec. 21, 2004) [hereinafter *OLC Guidelines*]. なお、同ガイドラインの作成に当たっては、オバマ大統領により次期 OLC 局長に指名されていながらも、共和党の強い反対に会い指名が撤回されることになったジョンセンが中心的な役割を果たした。同ガイドラインに、ジョンセンによるイントロダクションが付されたものとして、*Guidelines for the President's Legal Advisors*, 81 IND. L. REV. 1345, 1349-1345 (2005).

進させるためには不適切である¹¹⁴。

すなわち同提言は、OLCの作成した一連のメモランダムは、大統領の望む行動を正当化するような法的理論を案出して提供することをその職務とすべきである「アドボケートモデル¹¹⁵」に基づいて作成されたとして批判しているのである。

2. 法曹倫理

それでは、なぜ執行府の望む行動を法的に正当化するアドバイスを提供すること（＝アドボケートモデル）が問題となるのだろうか。その理由の一つとして有力に主張されているのが、法曹倫理上の問題である¹¹⁶。ここでは、その代表的なものとして、2009年4月に、司法省専門職倫理局¹¹⁷（Office of Professional Responsibility, OPR）によって出された報告書¹¹⁸（以下、OPR 報告書）を見てみることにしよう。

¹¹⁴ *Id.* at 1349.

¹¹⁵ 代表的な論者が、Nelson Lund, *Rational Choice at the Office of Legal Counsel*, 15 CARDOZO L. REV. 437 (1993).

¹¹⁶ 「拷問メモ」とOLCの問題を法曹倫理の観点から論じるものとして、*see, e.g.,* Kathleen Clark, *Ethical Issues Raised by the OLC Torture Memorandum*, 1 J. NAT'L SEC. L. & POL'Y 455, 463-469 (2005); George C. Harris, *The Rule of Law and the War on Terror: The Professional Responsibilities of Executive Branch Lawyers in the Wake of 9/11*, 1 J. NAT'L SEC. L. & POL'Y 409 (2005); Marisa Lopez, Note, *Professional Responsibility: Tortured Independence in the Office of Legal Counsel*, 57 FLA. L. REV. 685, 707-712 (2005); LUBAN, *supra* note 99, ch. 5; Tung Yin, *Great Minds Think Alike: The "Torture Memo", Office of Legal Counsel, and Sharing the Boss's Mindset*, 45 WILLAMETTE L. REV. 473 (2009); Steven Giballa, Current Development, *Saving the Law from the Office of Legal Counsel*, 22 GEO. J. LEGAL ETHICS, 845 (2009); Michelle Querijero, Note, *Without Lawyer: An Ethical View of the Torture Memos*, 23 GEO. J. LEGAL ETHICS 241, 249-256 (2010).

¹¹⁷ ORAは、「司法省の法律家が、調査、訴訟又は法的アドバイスを行うという職務の執行に関係して不正行為（misconduct）を行ったという主張を調査する責任」等を負う司法省の部局である。<http://www.justice.gov/opr/>

¹¹⁸ Office of Professional Responsibility, *Investigation into the Office of Legal Counsel's Memoranda Concerning Issues Relating to the Central Intelligence Agency's Use of "Enhanced Interrogation Techniques" on Suspected Terrorists* (July 29, 2009) [hereinafter and after OPR Report].

この報告書は、OLC の出した一連のメモランダムが司法省職員に適用される専門職倫理に抵触するものであるか否かの調査を行い、「拷問メモ」「ユーメモ」「機密拷問メモ」について「professional misconduct」があったと認定し、バイビーとユーの2名について、その所属する弁護士会に懲戒するよう要求したものであるが¹¹⁹、その根拠となったのが、「法曹倫理」違反である。

各州は、州法、州規則、地方の連邦裁判所規則により、法律家にさまざまな義務を課しているが、政府に勤務する法律家の場合、連邦法上、勤務地である州の法律家が服する義務と同じ義務に服するとされる¹²⁰。もともと、同規定を執行するために規定された規則¹²¹では、係争中ではない（no case pending）場合には、当該法律家が法曹資格を取得した州の法曹倫理規定に従う旨が定められている。それゆえ、OLC による法的アドバイスに対して課される法曹倫理規定は、アドバイスを提供する OLC の法律家が法曹資格を取得した州の法曹倫理ということになる。もともと多くの州では、係争中の事案と関係するものではない場合には、その弁護士が活動している州の規則に従う旨を定めているようである（たとえばジョン・ユーが法曹資格を取得したペンシルヴァニア州）ため、本稿では、連邦政府の中心的勤務地であるワシントン D.C. の規則¹²²（以下、D.C. 規則）における法曹倫理規定を見ることにする¹²³。

¹¹⁹ これに対し、司法次官局（Office of Deputy Attorney General）が、OPR 報告書の勧告を受けないように司法長官に勧告する意見を作成している。Memorandum from David Margolis, Associate Deputy Attorney General, to Eric Holder, Attorney General, *Memorandum of Decision Regarding the Objection to the Findings of Professional Misconduct in the Office of Professional Responsibility's Report of Investigation into the Office of Legal Counsel's Memoranda Concerning Issues Relating to the Central Intelligence Agency's Use of "Enhanced Interrogation Techniques" on Suspected Terrorists* (Jan. 5, 2010).

¹²⁰ 28 U.S.C. § 530B.

¹²¹ 28 C.F.R. § 77.4(c)(1).

¹²² DISTRICT OF COLUMBIA RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT (revised effective February 1, 2007) [hereinafter *D.C. Rule*].

¹²³ コロンビア特別区の弁護士会は、会員約 8 万名のアメリカで 2 番目に大きい弁護士会であり（最大は会員 20 万人以上のカリフォルニア州）、「D.C. 弁護士会の規模とアメリカ法制度においてその会員が重要な役割を果たしていることから、D.C. 弁護士会の動きは他の法域にも影響力がある」とされる。エリック・L・ハーシュホーン（浅香吉幹訳）「アメリカ弁護士が現在直面する倫理問題」[2007-1] アメリカ法（2 頁）。

D.C. 規則で注目されるのは、「アドボケート (legal advocate)」として行動する場合と「法的助言者 (legal advisor)」として行動する場合とが区別され、異なった倫理規則が適用されるとしている点である。前者の典型として想定されているのは、刑事事件における被告人の弁護であり、その場合、不真面目な (frivolous) 法的議論でない限り、自身の観点から見て「最も良い」法の意味を探求する必要はなく、顧客の利益となる法的議論を展開することが求められるとする¹²⁴。他方、法的助言者として行動する場合、「クライアントを代表するに際しては、法律家は、専門家として独立した判断を行うとともに誠実な助言を提供しなければならない。助言を提供するに際しては、法のみではなく、クライアントの置かれた状況に関連しうる道徳、経済、社会又は政治的要因といった法以外の考慮要因にも言及すべきである (——傍点は引用者)」とされている¹²⁵。また、D.C. 規則の1.1では、法律家は顧客を「適切に代理 (competent representation)」しなければならないとし、「適切に代理」するためは、法的知識、スキル、徹底さが要求されるとともに、代表するにあたって合理的に必要なとされることの準備をしなければならないとされている。

この前提のもと、OPR 報告書は、OLC による法的分析の「拙さ」「不合理さ」「恣意性」を指摘し、客観的で誠実なアドバイスではなかったことを論証し、「professional misconduct」を認定するという方法を採用している。たとえば、「拷問メモ」について、①「明確な意図」がなければ拷問に該当しないとする解釈につき、「明確な意図」という用語についての裁判所の立場が混乱しているなか、都合のよい裁判例だけを取り出し、過度に単純化したアドバイスをしており、情報を得る目的であれば「拷問」してもよいと CIA が受け取る恐れがあるものであったとか、②「過酷な苦しみ」の意味について、それを全く関係のない福祉給付に関する法から、不十分・不正確な仕方準用しており、不

¹²⁴ D.C. Rule, 3.1.

¹²⁵ D.C. Rule, 2.1. なお、全米法曹協会 (American Bar Association, ABA) の出しているモデル弁護士行動規範 (model rules of professional conduct) の規則 2.1 は、D.C. 規則 2.1 と全く同じ規定である。ABA, MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT, 2.1. ハロルド・ブルフ (Harold H. Bruff) によると、各州の規則はこのモデル弁護士行動規範に従って作られているため、各州も同様の規定をおいているようである。BRUFF, *supra* note 14, at 72.

合理的な解釈であったとか、③大統領権限についての分析については、制憲者の意図等を何も引用しておらず、分析として不十分であるとともに、大統領の権限の広狭について、議会による授権の有無によって差異を認めた *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* 連邦最高裁判決¹²⁶におけるロバート・ジャクソン (Robert H. Jackson) 判事結論同意意見¹²⁷の引用すらしていない、といった具合に、その法的分析を俎上に上げて検討を行い、OLC は、客観的で誠実なアドバイスを与えるために行動していたのではなく、執行府の行動を正当化する法的議論を案出するために行動していたと事実認定し、そこに法律家として果たすべき義務違反があったと結論付けるのである (同じ論理で、「機密拷問メモ」、「ユーメモ」も批判している)。

3. OLC のあるべき解釈態度

このように、OLC が執行府の行動を法的に正当化するメモランダムを作成すること——アドボケートとして行動すること——に問題があるとすれば、OLC の憲法解釈はいかにあるべきなのだろうか。この点については別の論文で検討したことであるが¹²⁸、OLC は、執行府の一機関という側面と法律の専門家集団という二面性を有しており、このどちらを強調するかによってあるべき解釈態度が異なってくる。それが、前者の側面を強調する、上述した「アドボケートモデル」を主張する立場と、後者の側面を強調して、OLC は法の「ありうる (passable)」解釈を探るのではなく、「最も良い (best)」解釈を探る (理想的な意味での) 裁判官のように法を解釈すべきであり、法解釈の領域に政治的・政策的考慮を持ち込まず、客観的に法の意味を探求すべきであるとする「準司法モデル¹²⁹」の立場である。

G.W. ブッシュ政権の「対テロ戦争」を正当化するメモランダムを作成した OLC の法曹倫理違反を問う以上に見たような議論は、準司法モデルの立場に立った議論である。筆者も、アドボケートモデルには、①法曹倫理上の問題が

¹²⁶ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343, U.S. 579 (1952).

¹²⁷ *Id.* at 635-638 (1952) (Jackson J., concurring in the judgment).

¹²⁸ 以下の議論については、横大道・前掲註 (6) 30-59頁を参照願いたい。

¹²⁹ 代表的な論者が、Moss, *supra* note 13.

あることに加え、② OLC 意見が現実には有している執行府内での拘束力、③ 弁護士と依頼人関係とは異なり、OLC 意見には、訴追免除——OLC の意見に従って行動した当事者を同じ司法省が訴追するということは現実問題として考えられない——といった特別の力があることに照らし、問題があると考えている。もっとも、① 法曹倫理上の問題は、実定法上の義務違反であるから、それを変更すれば解消する話であるし、②、③の点は、OLC の意見が現実には有している力に着目した議論であるから、その力如何では、批判の根拠となる前提が基盤を失う可能性を有している。これに対し、OLC の憲法解釈態度について「アドボケートモデル」で把握すべきではない理由として最も重要だと思われるのが、それを憲法上の義務違反として構成する議論である。すなわち、④ OLC の法的意見は、憲法尊重擁護義務（2条1節8項の「宣誓条項」と2条3節の「誠実執行（take care）条項」）を負っている大統領の職務履行のためのアドバイスであり、OLC 自身も憲法尊重擁護義務も負っていること（6条3節）などに照らし、OLC が憲法の「最もよい」解釈を希求せずに依頼者にとって都合のよい解釈を提供することはこの義務違反を構成するのだ、という論理構成である。

オバマ政権では、OLC 自身も、2010年7月16日の「OLC の法的アドバイス及び書面による意見のベストプラクティス」と題された OLC メモランダムにおいて、「OLC の職務すべてに及ぶ基本原則」の一つとして、自らの役割を次のように規定している。

OLC の主要な役割は、司法長官の委任に基づいて、執行府の職員に対して拘束力のある法的アドバイスを提供し、もって大統領に課された憲法上の義務、すなわち、合衆国憲法を維持し、保護し、擁護すること、そして、「法律が忠実に執行されることに留意」という義務の履行を促進させることである。この役割を果たすために、OLC は、法が求めることについての最もよい理解に基づいてアドバイスを提供しなければならない。行政機関や政権が意図した行動や立場の擁護者（advocate）として支持することだけではないのである。したがって、法的アドバイスを提供するに際しては、OLC は適用される法について、たとえその解釈が政権又は行政機関が追求しようとする行動又は政策目的を制約するかもしれないとしても、正確かつ公正な解釈を提

供しなければならない。この慣行こそが OLC が自身に与えられた職責を全うするに際して決定的に重要なのであり、とりわけ OLC が裁判所によって解決されない問題について——OLC のアドバイスが拘束力を持つ最終的な法解釈となりうる場合——第一次的に意見を求められることが多いということが、この役割を重要なものとしての主要な論拠なのである¹³⁰。

このメモランダムは、G.W. ブッシュ政権期の2005年5月16日に出されたメモランダム¹³¹の改訂したものであるが、上述した箇所や、「結論に関わらず、OLC は関連するすべての法的ソース及び当該問題に対するあらゆる立場からの重要な議論を率直かつ公平に述べるように努めなければならない」と強調している箇所¹³²などが、OLC の職務すべてに及ぶ基本原則として新たに位置づけられ強調されている点、そして本メモランダムの執筆者が、上述した「Principles to Guide of Legal Counsel」の共同執筆者として——上述したジョンセンとともに——名を連ねている OLC 局長代理のデビッド・バロンであるということからも¹³³、現在の OLC の解釈態度が窺えよう¹³⁴。

¹³⁰ Memorandum from David J. Barron, acting Assistant Attorney General, to attorneys of the office, *Re: Best Practices for OLC Legal Advice and Written Opinions*, at 1 (July, 16, 2010) [hereinafter *Updated Best Practices*].

¹³¹ Memorandum from Steven G. Bradbury, Office of the Principal Deputy Assistant Attorney General, to attorneys of the office, *Re: Best Practices for OLC Opinions*, at 1 (May 16, 2005) [hereinafter *Best Practices*]

¹³² *Updated Best Practices*, *supra* note 130, at 2.

¹³³ なおバロンは、オバマ政権当初から OLC 局長代理を務めていたが、約 18 カ月間勤務した後、アカデミックの世界（ハーバード大学ロースクール）に戻るために 2010 年 8 月に OLC を退職した。本メモランダムはバロンの「置き土産」ともいえるべきものかもしれない。ちなみに現在は、バロンの後任としてジョナサン・ゴールドマン・セダーバウム（Jonathan Goldman Cedarbaum）が OLC 局長代理を務めている。

¹³⁴ なお、同メモランダムでは、「OLC の職務すべてに及ぶ基本原則」の一つとして、憲法上の問題が関係する場合には、OLC の分析は、主として憲法のテキスト及び当該テキストについての原意を示す歴史的記録、憲法の構造や目的、関連する条文についての裁判所および執行府による解釈の先例などに焦点を当てなければならないこと、そして、大統領や他の執行府職員の権限又は権力分立上の問題が関係する場合、過去の先例及び歴史的実践が重要であるとされている。そして同メモランダムが、「OLC は執行府の一組織であるため、その分析は執行府の制度的な伝統と政府の機関としての権能を踏まえたものでなければならない」と述べている点が重要であると思われる。同旨の指摘は、「Principles to Guide of Legal Counsel」の提言 4 にも見受けられる

V むすびにかえて

以上本稿では、9.11同時多発テロ以降の G.W. ブッシュ大統領による「テロとの戦争」において OLC が果たした役割を見てきた（Ⅱ、Ⅲ）。以上の内容を要約して言えば、OLC は G.W. ブッシュ政権が推し進めようとする過激な「対テロ戦争」を法的に正当化する役割を担ってきたということができよう。そして、そうした役割を果たすことになった OLC メモランダムの内容が明らかになっていくにつれて、「テロとの戦争」に対する批判が、OLC の責任を追究する方向にも向かっていった。そして、アメリカにおける昨今の OLC をめぐる議論の中心は、OLC の役割を執行府の「アドボケート」としてではなく、司法に準じたものとして把握すべきであるとする観点から展開されており、現在の OLC も、自らの役割についてそうした立場を採用しているということを確認した（Ⅳ）。

以下ではむすびにかえて、以上の議論を踏まえたうえで、「対テロ戦争」において OLC がアドボケートとして行動することが提起する問題について論じ、もってとりわけ国防問題における OLC のあり方を展望することにした。

1. 権限の集中とその永続化の防止

今から約60年前の1947年に上梓された保守派の政治学者クリントン・ロシター (Clinton Rossiter) の古典的名著『立憲独裁 (Constitutional Dictatorship)¹³⁵』は、民主主義的な立憲国家における統治制度は、平時を想定して設計されたものであって、重大な国家的危機状態に十分に対応できないため、危機の際には、差し迫った危険を克服し、正常な状態を回復するために必

が、本稿がこれを重要だと考えるのは、ここから OLC の憲法解釈のあり方について、「準」司法モデルであることの積極的意義を見出すことが可能であると思われるからである。すなわち、OLC は、憲法の意味内容を具体的文脈や状況から切り離して抽象的に探るのではなく、執行府の一組織であって、民主的に選出された特定の大統領に仕えるのだという制度的な位置づけを踏まえたうえで解釈を行うべきことを、「準」司法モデルが含意していると把握することで、その積極的意義を認めることが可能となる。この点については、横大道・前掲註(6) 参照。

¹³⁵ クリントン・ロシター (庄子圭吾訳) 『立憲独裁——現代民主主義諸国における危機政府——』(未知谷、2006年)。

要な限度において、一時的な権力の集中、すなわち「立憲独裁¹³⁶」が為される必要がある——そしてその例外的な権力を行使する役割を担うのは大統領や首相の任務である——と論じた¹³⁷。G.W. ブッシュ大統領が遂行した「対テロ戦争」の背景にもそうした側面があることは否定できないだろう。

しかしロシターは、「立憲独裁」の危険性を十分に認識しており、立憲独裁を導入する際の基準、それを継続するかどうかの判断基準、立憲独裁を終結するに際しての基準を定立することで、立憲独裁の必要性和その危険性との調和を図ろうとした。具体的には、まず、立憲独裁を導入する際の基準として、①国家及び憲法秩序の維持のために必要不可欠であること、②立憲独裁開始の決定者と独裁者の任命権者を必ず別にする事、③立憲独裁終結に関する明確な条項なくして立憲独裁を開始しないことの3つである。次にそれを継続するかの判断基準として、①立憲主義秩序の維持という目的の正統性を備えていること、②特定の危機に対応するために絶対的に必要でない限り、独裁制を採用してはならないこと、③立憲独裁遂行のための措置は、恒久的であってはならず、必ず常態の回復という目的によって条件づけられること、④立憲独裁下での危機政府は、市民の広範な勢力の連合によって形成されるべきことである。最後に、立憲独裁を終結するに際しての基準として、①立憲独裁制のもとでなされた措置のすべてについて責任が問われること、②立憲独裁の終結もまた、独裁者を任命する者がなしてはならないこと、③立憲独裁は、導入のきっかけである危機を超えて存続してはならないこと、④危機の終了とともに、立憲独裁制の前の政治秩序へ回帰しなければならないこと、を基準として定立したのである¹³⁸。

このロシターの議論は、9.11テロを受けて、リベラル派の重鎮ブルース・アッカーマン (Bruce Ackerman) が提唱した「緊急事態憲法 (Emergency Constitution)」論¹³⁹の問題意識と通底するものがある。アッカーマンの「緊急事態

¹³⁶ ロシターのいう立憲独裁とは、「……あらゆる立憲国家で、期間限定的に行使される緊急権力およびその手続き全般を表現する一般的な用語」とであるとされる。同上 28 頁。

¹³⁷ 同上 28-29、38 頁。

¹³⁸ 同上 447-462 頁。なお、同書の序文 7 頁の整理 [川岸令和執筆] も参照。

¹³⁹ See generally, BRUCE ACKERMAN, BEFORE THE NEXT ATTACK; PRESERVING CIVIL LIBERTIES IN AN AGE OF TERRORISM (2006). 法語文献では、ブルース・アッカーマン (飛田

憲法」論は、——ロシターが想定しなかった——テロという「戦争」とも「犯罪」とも異なる新たな危機的状況への対処方法について論じるものである。具体的には、テロ行為によって生じるパニック状態に乗じた執行権の永続的拡大状態を阻止しつつ、テロリストによる「次の攻撃」を効果的に防止するために、一時的に大統領に独裁的な権限行使を認めつつも、議会に対して定期的なエスカレーター式の特別多数決によって危機的状態が継続しているか否かを判断する権限を与えることで、その永続化を防ごうという構想である。細かな違いを捨象して言えば、ロシターとアッカーマンの議論に共通する問題意識は、緊急事態に際しての大統領への権限集中の必要性と、その永続化への危機感である。

この問題意識に照らした時、G.W. ブッシュ政権の「テロとの戦争」において OLC が執行府のアドボケートとして行ってきたことの問題がより明確になるように思われる。すなわち、OLC が「テロとの戦争」における一連の政策や措置を解釈によって合法化・合憲化したことで、大統領に集中・帰属された権限が永続化されてしまいかねない——テロとの戦いが終わりの予測できない戦いであることを踏まえればこの懸念は一層深刻となる——という問題である。この点について論じているのが、ガブリエラ・ブルム (Gabriella Blum) である¹⁴⁰。

2. アメリカの政治文化？

ブルムによると、アメリカにおいては「法の支配」が強く根付いており、「違法」は「悪」で、「合法」は「善」であるという政治文化 (uber-legalistic culture) が構築されている¹⁴¹。そして、「テロとの戦争」の文脈においては、新たなテロが起ってしまった場合、事後的に対策が不十分であったという批

綾子訳)「次のテロ攻撃の翌朝に」藪下史郎監修・川岸令和編『立憲主義の政治経済学』77頁(東洋経済新報社、2008年)参照。また、アッカーマンの議論を詳細に検討するものとして、大河内美紀による一連の業績(「Emergency Constitution」法政理論39巻4号(2007年)、「違憲審査制の保障する憲法」長谷部恭男編『岩波講座 憲法6 憲法と時間』175-185頁(岩波書店、2007年)、「Emergency Constitution 論の検討」森編・前掲註(4)165頁)を参照。

¹⁴⁰ Gabriella Blum, *The Role of The Client: The President's Role in Government Lawyering*, 32 B.C. INT'L & COMP. L. REV. 275 (2009)

¹⁴¹ *Id.* at 278.

判を受けることになる執行府は、「合法」を「正しい行為」「為すべき行為」に転化して理解するようになる。そのため、合法・違法についての法的アドバイスは、実質的に政府の政策を決定するという役割を担うようになっていったのだという¹⁴²。

しかし、エイブラム・リンカーン (Abraham Lincoln) 大統領が、南北戦争時に人身保護令状の特権を停止し、それを違憲とした連邦裁判所の判決¹⁴³を無視したという例——本論文の冒頭に引用したリンカーン大統領の特別教書 (1861年7月4日) の言葉は、この必要性を端的に説いたことで著名な箇所である——が示すように、とりわけ「テロとの戦争」の場合においては、大統領の責任において、法に従うか否か、従うことが正しいか否かという判断をすべき場合が存している。執行府としては、法を改正して必要な行為を行うための法的根拠が与えられることを望むだろうが、立法化することで例外状態を常態化してしまう危険性——たとえばテロリストに対する「拷問」——があるため、必ずしも常に望ましい選択肢であるとは言えない。そうした場合、どうしても必要であると大統領が判断するのであれば、大統領の責任において、法を犯すことが求められる。しかし、G.W. ブッシュ大統領は、あくまで「法」の枠内にあろうとした。「法」の枠内にあろうとするため、「対テロ戦争」を正当化するような法的アドバイスを OLC に求めたのである。そして、OLC は、執行府の行おうとする行動が違法である (=悪である) と判断したことで、さらなるテロが起こってしまい、それを理由に批難されたり責任追及されたりすることを恐れて、政府のすべての行動を法的に正当化しなければならないと感じ¹⁴⁴、執行府の要望に応える意見を作成した——つまり、アドボケートとして行動した——というのである¹⁴⁵。

ロシターによると、本論文の冒頭でその一部を引用したリンカーン大統領の特別教書は、「……彼のとった行動を率直に説明し、彼のとった疑義のある行

¹⁴² *Id.* at 279.

¹⁴³ *Ex parte Merryman*, 17 F. Cas. 144 (1861).

¹⁴⁴ GOLDSMITH, *supra* note 27, at 11; BRUFF, *supra* note 14, at 126-127.

¹⁴⁵ *Id.* at 280-285. ブラムは、OLC の「拷問メモ」の最大の問題点を、本来、法に従うか否かも含めて意思決定しなければならない政府を OLC が信頼していなかったという点に見出している。*Id.* at 285.

動を、憲法にもとづく（とは言っても、彼の表現、そして明らかに彼の思想により）「政府の戦争権限」（the “war power of the Government”）に言及することにより合理化し、連邦議会がそれらを法的に正当化するために必要と考える事後承認を要請するという、驚くべき内容の声明文書であった¹⁴⁶。つまり、リンカーン大統領は、法を犯したことを認めつつも、その必要性を強調することでその正当化を事後的に議会に求めたのである。これに対し、G.W. ブッシュ大統領と OLC のメモランダムのとった立場は、法を犯しているということを認めずに、「テロとの戦争」遂行の障害となる法律は憲法に違反するため違憲であって無効であるとする立場であって、その正当化を議会に求めている。この点でリンカーン大統領の取った行動とは根本的に異なっている¹⁴⁷。このように自らが法を犯したということを認めずに、解釈によって行動を正当化しようと試みることは、合法性を犠牲にしなければならない例外的状況を原則的状況に転換させ、その状態を永続化する危険を常に伴うものなのである¹⁴⁸。これこそが、「テロとの戦争」において OLC が果たしてきた役割が抱える根本的問題であるように思われる。

3. アメリカのテロ対策と OLC の今後

G.W. ブッシュ大統領からオバマ大統領へと替わったことで、前政権の「対テロ戦争」から脱却したか否かについては評価が分かれている¹⁴⁹。しかし少な

¹⁴⁶ ロンター・前掲註（135）342頁。

¹⁴⁷ Christopher Kutz, *Torture, Necessity and Existential Politics*, 95 CAL. L. REV. 235, 268 (2007).

¹⁴⁸ ロンターは、「今一度確認する必要があるとすれば、非常事態における必死の闘争は、国家の存立を守る責任を負っているこの政府の構造に対して、ほとんど変更をもたらさなかったということであり、立憲独裁がほぼ完璧に信頼されるようになったのは、アブラハム・リンカンという人物に負っているということである……しかしながら、ここに記憶しておくべき心配事がある。……リンカンに対する評価が途方もなく高いものであるため、不法な権力行使に熱中している暴君（tyrant）が、彼の専制的な行動に対しても歴史的是認を与えるものとして、この著名な事例を持ち出し訴え得るかもしれないからである」と述べているが（ロンター・前掲註（134）358-359頁）、この懸念が現実化したのが、G.W. ブッシュ大統領の「テロとの戦争」であったと言えるのかもしれない。

¹⁴⁹ 否定的評価として、岡本篤尚「オバマ政権と『対テロ戦争』の『変革』？——ブッシュ前政権からの「変革」と「継続」の狭間で」民主主義科学者協会法律部会編『法律時

くとも、OLC の果たすべき役割については、上述した OLC のベストプラクティスに関する OLC メモランダムにも示されているように、前政権期の問題点を認識し改善に向かおうとしていると評価できるだろう。

もっとも、それが可能だったのは、9.11テロという未曾有の事態から時がたち、そのインパクトが薄れていったことが主たる要因であるようにも思われる。ブラムは、G.W. ブッシュ政権の「対テロ戦争」政策を理解するためには、アドボケートのごとく行動してそれを法的に正当化した OLC だけに着目してこれを批判するのでは不十分であり、「合法か否か」ということが善悪の区別の同義語のごとく「神秘的な力」を有しており、政策決定におけるほとんど決定的な役割を果たしているというアメリカの政治文化を含めて理解しなければならないことを強調する。そしてブラムは、それがアメリカの政治文化に起因するものであるとすれば、その解決策は、現代のリンカーンの登場に期待することであり、それによって「法」の正しい位置を取り戻すことであると結論付けている¹⁵⁰。緊急事態においては超憲法的に (extra-constitutional)、合法性を停止することを認めるマーク・タシュネット (Mark V. Tushnet) の議論¹⁵¹も、——同じくリンカーンを導きの糸としている点でも——この系譜の議論として位置づけることができるだろう。

しかし、「現代のリンカーンの登場」以外にこの難問を切り抜けることはできないのであろうか。この点についての判断はつきかねるが、私見では、9.11テロのインパクトが薄れつつある現在だからこそ、G.W. ブッシュ政権期の「対テロ戦争」の問題点や反省点を踏まえて、相反する二つの要請——執行権への権限集中の必要性とその永続化の防止——を調和させるべく、新たな法的な仕組みを構築することが可能な状況であるのではないかと思われる。そして、そうした問題点を踏まえて構築される仕組みは、日本にとっても示唆に富むものとなるだろう。果たしてアメリカは今後どのようにしてテロと戦っていくのだ

報増刊 安保改定50年——軍事同盟のない世界へ』137頁 (日本評論社、2010年)、肯定的評価として、板橋・前掲註 (1) がある。

¹⁵⁰ *Id.* at 285-286.

¹⁵¹ Mark Tushnet, *Emergencies and Constitutionalism in THE CONSTITUTION AND WARTIME; BEYOND ALARMISM AND COMPLACENCY* 45-51 (Mark Tushnet ed. 2005).

ろうか。過去幾度となく危機の時代を乗り越えてきたアメリカの真価が問われている。

[2010年12月31日脱稿]

[附記]

本稿は、2010年10月23日（土）に慶應義塾大学にて行われた慶應義塾大学「市民生活の自由と安全」研究会での報告と、2010年12月11日（土）に九州産業大学にて行われた九州産業大学経済学会（日本臨床政治学会との共催）での報告を基に、そこで寄せられた質問・意見などを踏まえて加除修正を行い、論文の体裁に整えたものである。貴重な機会を与えてくださった先生方、そして当日ご意見、ご質問をしてくださった先生方に厚く御礼申し上げたい。

※本論文で言及した政治状況及び本論文で引用したホームページの最終閲覧日は、いずれも、2010年12月31日段階のものである。