

核兵器に挑戦する憲法論 —アメリカ立憲主義の再構成・再論

浦田 賢治

(早稲田大学名誉教授)

序説

本誌編集委員会から示されたテーマは「憲法と核問題」であった。こんにち「核問題」という言葉は、ひとり核兵器すなわち核エネルギーの軍事利用だけでなく、一般に核エネルギーの民事利用の問題をも指すようになってきている。とりわけ「フクシマ」の原発災害以後、そうになっている。こういうことを自覚して「核問題」を憲法とかがわらせて論じるとすれば、対象も広くかつ課題も重いことがただちにわかる。

そこで本稿の対象を核兵器にしぼり、また課題を憲法論議の在り方をさぐるということにした。というのはつぎの事情による。冷戦期に米ソの核軍拡競争がたかまり、反核運動が高揚した1980年前後に、米合衆国でひとつの憲法論議が展開された。核時代の立憲主義のありかたを省察した論議である。いまからおよそ30年以前のこの時期、わたしは「核兵器と憲法」という主題をとりあげ、論稿を発表したことがある¹。だがそれは自分でも満足なものとはいいがたかった。だからわたし自身にとって現在真摯に自己点検してみる意味がある。しかもこの主題は冷戦後20年余りを経た現在、再び取りあげてみる価値があると考ええる。この客観的な理由はなにか。それは核時代の認識とかかわってアメリカ立憲主義のありかたを検証し再び吟味すること、このことは人類の生き残りや人間の安全保障にかかわって死活的に重要である。だが逆説的な言い方も聞こえるが、このテーマは現在の日本の憲法学界においておよそ研究がなされていない。それだけに、原理的にもその応用ともかかわって、学問的に希少価値のあるテーマであると考えるのである。

こうした考えから現在の視点で、アーサー・S・ミラーの論文「核兵器と憲法」とこれをめぐる憲法論議を改めて解説することにした。これが本稿の課題であり手法でもある。また本稿の構成は、まず「核兵器と憲法」論をアメリカ立憲主義の再構成という視点から読みなおすこと、つぎに憲法前文と関連諸条項を解説

することである。しかし、ここまでで与えられた紙数がつきたので、この憲法論議が提示した諸問題のこまかな検討やたちいった考察は、別の論稿にゆずらざるをえなかった。

それでも本稿は、本誌の読者とりわけ憲法と反核運動の研究者や活動家に役立つものでありたいのである。

なお、文中に表記した記号の凡例を、ここで示しておきたい。例えば：つぎのとおり。

Miller 1968: Arther S. Miller, "Toward A Concept of Constitutional Duty", 1968 Sup. Ct. Rev. (1968) pp.199-246.

Miller 1979: Arther S. Miller, *Social Change and Fundamental Law: America's Evolving Constitution*, Greenwood Press, 1979.

Miller 1984a: Arther S. Miller, "Nuclear Weapons and Constitutional Law," Arther S. Miller & Martin Feinrider eds., *Nuclear Weapons and Law*, Greenwood Press, 1984, pp.235-251.

Miller 1984b: Arther S. Miller, In Brief Rejoinder, *Ibid.*, pp.377-384.

Miller 1984c: "Myth and Reality in American Constitutionalism," 63 *Tex.L.Rev.* 181-206, 1984.

Miller 1984d: "Taking Needs Seriously: Observations on the Necessity for Constitutional Change," 41 *Wash. & L. Rev.* pp.1243-1309, 1984.

Miller 1986a: "Pretense and Our Two Constitutions," *George Washington Law Review*, January & March 1986, pp.375-403.

Miller & Cox 1986b: Arther S. Miller & H. Bart Cox, "Congress, The Constitution, and First Use of Nuclear Weapons," *Review of Politics*, Spring 1986, 48, 2, pp.211-245; *Ibid.* Summer 1986, pp.424-455.

Miller 1987: Arther S. Miller, *The Secret Constitution and the need for Constitutional Change*, Greenwood Press, 1987.

Ball 1984: Milner S. Ball, "Nuclear War: The End of Law," Arther S. Miller & Martin Feinrider eds., Nuclear Weapons and Law, Greenwood Press, 1984, pp.287-296.

Brubaker 1984: Stanley C. Brubaker, "The Frail Constitution of Good Intentions," Ibid., pp.299-307.

Soifer 1984: Aviam Soifer, "Protecting Posterity," Ibid., pp.273-285.

I 「核兵器と憲法」 解説

1 序

アーサー・S・ミラー (Arther S. Miller, 1917-1988) は、ジョージ・ワシントン大学 (George Washington University) の名誉法学教授 (Professor Emeritus of Law) であって、戦後アメリカ憲法学の権威者の一人である²。彼は1982年から83年にかけて、ノヴァ大学 (Nova University) の法律研究所 (Center for the Study of Law) で客員教授をつとめた (Leo Goodwin Sr. Distinguished Visiting Professor of Law)。ここで「核兵器と憲法」と題する論文を、研究所紀要 (Nova Law Journal, Volume 7, Number 1, 1982) に発表した。彼は国際法教授のマーチン・フェインライダー (Martin Feinrider) と共同して編集作業をおこない、『核兵器と法』と題する論文集を1984年に刊行した。

ミラーは、この論文を執筆した動機のひとつを記述している。ニューヨークで「核政策法律家委員会」(Lawyers Committee on Nuclear Policy : LCNP) が設立されたのは、いまから33年まえの1981年のことである。国際規模で活躍するアメリカの弁護士、ピーター・ワイス (Peter Weiss) が会長になり、アイルランド出身でノーベル平和賞受賞者のショーン・マックブライド (Sean McBride, 1904-1988)、イギリスの国際法教授イアン・ブラウンリー (Ian Brownlie, 1932-2010)、アメリカの弁護士マーチン・ポッパー (Martin Popper, 1909-1989) など欧米の著名な人物が名を連ねている。そればかりか、日本からも坂本義一教授などの委員をつのって発足した。以来、国連本部の建物があるニューヨークに本拠をおいている。ミラーは、この委員会の諮問会議 (Consultative Council) のメンバーだった³。その声明によると、この会の目的は、「国際法に基づいて核兵器の適法性に関する議論を始める」ことだった。そこには国際法に

基づいてとあるが、憲法というものが適切に位置づけられていない。そこでミラーは、「核兵器と憲法」と題する彼の論文によって、この会の目的に憲法を含めることにした。それは、いいかえれば「核政策法律家委員会」の焦点の拡大を求めたのである (Miller 1984a : 236-237)。

2 アメリカ立憲主義の再構成

ミラーの論文「核兵器と憲法」とこれをめぐって憲法論議を展開した諸論稿が、Nova Law Journal (1982) に収録された⁴。翌1983年2月5日、ノヴァ大学の法律研究所でシンポジウムが開催された。これらの憲法論議に対してミラーは応答しており、その記録が残された (Miller 1984b : 377-384)。したがって、『核兵器と法』と題する論文集には、ミラーの単著論文が2編収録されている。「核兵器と憲法」と「短い回答」である (Miller 1984a&1984b)。

論文「核兵器と憲法」は、こうした実践的な狙いをもってかかれており、しかも内容の点でも結論においてもそうである。このように勇敢に実践的な問題提起をしたものではあるけれども、しかし何が憲法問題であるかを認識する態度と問題解決の方法選択の仕方に注目すると、彼が学究として誇りをもちしかも節度をたもっていることがわかる。それがアメリカ立憲主義の再構成という作業にしめされていると、わたしは考える。しかも、「核兵器と憲法」という問題の建て方自体が、英米の学説史上はじめての試みだと位置づけていることからして、先覚者の自覚と謙虚さも感じられる。

(1) 1981年前後という時代背景

1981年前後という時代背景を強く意識して、これと密接に関わらしめてこの論稿の意義を読むことにしよう。この論稿は立憲主義一般におよぶが、とりわけアメリカ立憲主義を再構成する必要性を強く自覚している。こうした動機が、ここにしめされている。

では憲法研究者としてミラーは時代状況と自らの使命をどのように認識していたのか。そこには深刻な歴史的自省の念と使命感をみてとることができる。彼は要旨、つぎのようにいう。1945年広島と長崎に初めて原子爆弾が投下されて以来、深く考察されないまま、核兵器にはなんら法に違反する問題は存在しないと考えられてきた。しかし「いま、核兵器、その生産、配備及び使用を憲法に基づき正当化し得るか否かの問題と法律家が対峙すべき時が到来している。この論文は、

この事実に対する憲法研究者としての反対意見を提案するための序章である」（Miller 1984a：235）。

この論文の冒頭部分で彼が強調したのは、憲法学説の発想におけるコペルニクス的転換、これが必要だということだと思われる。この論文は、バートランド・ラッセル（Bertrand Russell, 1872-1970）の師匠にあたるアルフレッド・ノース・ホワイト（Alfred North White, 1861-1947）をとりあげて、ホワイトがのべた次の二つの見解をしめしている。「批判的検討に最も値する原理は、最も長期にわたり異論の余地なしとされた原理である。」⁵ また、「全く新しい思想の大半は、最初に提案されたとき、愚かであると思われるような様相をある程度帯びているものである。」⁶（Miller 1984a：235）。ミラーは、こうした自覚に立ってアメリカ立憲主義の再構成をおこなうと宣言した。ここには、憲法の原理論のレベルで通説となっている学説をいまや根本的に転換する必要がある、というほどに深刻な事態が存在することがしめされている。彼は、遅まきながら、しかし先駆者になるという自覚のもとに、自らの仕事の意義を明確にする。「法と法律家が核戦争に関して白熱しつつある議論に寄与することは決して愚かなことではない」（Miller 1984a：235）という。

彼は法律家の現状を痛烈に批判して、さらにいう。いま、数多くの宗教家、医師、科学者及び実業家たちが、核戦争の真の意味を把握し、他の人々にその意味を明かそうと努力している。しかし「核政策法律家委員会」といったほんの少数の例外を除き、極く最近まで法律家たちは口を閉ざしたままであった。たとえこの問題について考えたことがあったにせよ、法律家たちは、核戦争は単なる殺戮のもう一つの手段（いっそう強力ではあるが、基本的に長弓、機関銃、戦車及び飛行機と大差のないもの）であると想定してきた。しかしこの想定は全く正確さを欠くものである（Miller 1984a：236）。ミラーは核戦争の特質を、このように述べた。

ミラーのみるところ、「これまで誰ひとりとして、次のような憲法問題を提起したことがない。すなわち核兵器の生産、配備及び現実に起こりうるその使用は憲法に違反しないのかということである。」（Miller 1984a：237）したがって、この論文は、「この問題に対する序説というべき探究である。これは本格的な論述をした論文というよりは、むしろ憲法に関して考える論拠を提案する概略的な論文であるにすぎない。」（Miller 1984a：237）

こうした思考様式の大転換の必要性と正統性にかかわってミラーは、つぎのメッセージを指摘している。1955年の時点で、ラッセル・アインシュタイン宣言に署名したアルバート・アインシュタイン（Albert Einstein, 1879-1955）のつぎの言葉である。「原子力が解き放されたことにより、我々の思考様式を除くすべてのものが変化している。その結果、我々は、前代未聞の破局の淵へと押し流されている。」⁷（Miller 1984a：237）

1981年前後という時代背景をデッサンするとどうなるだろうか。ミラーは、つぎのように描いている。

現在四万発以上の核兵器が存在しており、毎週のように追加生産されている。ロシアは、千五百のアメリカの都市をすべてこの世から抹殺するのに（あるいはそれ以上の）十分な核兵器を保有している。合衆国は更に大量の核兵器を貯蔵している。核能力は拡散しつつある。フランス、英国、インド、中国は確実に、またイスラエル、南アフリカ及びブラジルは恐らく、相当量の核兵器を保有している。「過剰核殺戮力」は、今日地球上に生存するすべての人間を蒸発させるに足る量に既にたっしている。それにもかかわらず、世界諸国の政府の指導者たちは、核の最高位を求めて狂気の「競争」を続けているのである（Miller 1984a：238）。

1981年前後の核兵器状況は、ひとことでいえばこのようなものだっただろう。そこで憲法学者ミラーは自分の論文についていう。彼はここで一方的な軍縮を決して主張していない。われわれは「今後も決して変わることがないであろう状況、即ちホップスの世界で暮らしている」と彼は、いう。だから彼はあえて指摘する。「アメリカの憲法制度の中で公権力及び事実上の支配権を行使している人たちは、全世界の核の脅威を廃絶するために、行動を起こす義務がある。」これが彼の議論の核心である（Miller 1984a：238）。

いま彼の「序言」のなかでとりわけ注目しておきたいのは、つぎの命題である。「少なくとも他の憲法に関する論拠と併せ考えたとき、アメリカ立憲主義は目的追求的な本質をもち、これに基づく論拠が核兵器の合憲性という前提を無効にするということである」（Miller 1984a：238）。

以下わたしは、この命題がアメリカ立憲主義の観念を根本的に再構成するものだと理解して、解説していきたい。

(2) 立憲主義の哲学的基礎

ミラーはやはり、立憲主義の哲学的基礎を、アメリカの歴史家にして政治学者のチャールズ・H・マクワルワイン (Charles McIlwain, 1871-1968) の主張にもとめている。「立憲主義には、絶対に必要な一つの資質がある。それは政府に対する法的な制約である」⁸。(Miller 1984a : 239)

この一つの命題だけをミラーはここで援用しているが、実はマクワルワインは、米政府筋の要請をうけて、ファシズムや Kommunismus に対して「アメリカ民主主義」が優位する旨を説こうとしたのだった。そのために著書『立憲主義』を発表した。第二次大戦がすでに勃発していた1940年である。ここでは古代と中世の立憲主義について記述があり、しかも、キリスト教の知的伝統に立憲主義の起源を定めるのではなく、ギリシャとローマの知的遺産によって立憲主義の哲学的な基礎づけがなされている。

ミラーが総括的命題として強調するのは、アメリカ立憲主義の内容をなす政府の政治責任である。アメリカ立憲主義は、手続 (単なる訴訟手続) を超えた存在である。マクワルワインが述べているように、立憲主義は、治められる者に対する政府の責任に目を向けた実質的かつ規範的な内容を持つ存在である。立憲的制限に違反した者の政治責任の追及こそ重要なのだと強調している。この点にその特質があると私は理解している。

そこで次にミラーは、ジェイムズ・マジソン (James Madison, 1751-1836) の言説に論じ及ぶ。マジソンは、『フェデラリスト・ペーパーズ』第51号 (The Federalist No.51) の中で述べている。「国民を治めるため、国民によって治められねばならない政府を形成するには、大きな困難がある。すなわち政府には被治者を律する能力がまず必要であるが、次いで政府は自らを律する義務を負うということである。」⁹ (Miller 1984a : 239) ジョージ・ワシントン を筆頭とする植民地アメリカのブルジョアたち、彼らによる政治革命の成果を法典化するために、マジソンは憲法と政府構想を立案した。彼は連邦主義者の立場にたって、当初13州の主権をまったく連邦に移譲することを主張した唯一の憲法起草者であった。また反・連邦主義者を説得するため、憲法批准のち権利章典を憲法典にくみこむ旨を約束したほどである。州権論者の行き過ぎた民主主義論を抑え込むために、有産階級という少数者の利益と権利を保障しようとした。ここにヨーロッパの政府形態とは異なったアメリカ型制限政府が構

想されたのである。

ところで、立憲主義の哲学的基礎にかかわる議論をはじめにあたって憲法学者ミラーが、フランスの公法学者レオン・デュギー (Leon Duguit, 1859-1928) の学説を援用していることは重要な意味をもっており、またある意味でわたしにとってとても興味深い。

すでに第一次大戦直後の1919年に、レオン・デュギーは、つぎのとおり述べていた。「公法のいかなる制度も、それが次の規則への既定の容認に基づく限り生氣に溢れたものとなりうる：第一規則、権力保持者が行うことのできない一定の行為が存在すること；第二規則、権力保持者が行うべき一定の行為が存在すること」¹⁰、これである。(Miller 1984a : 238-9)。この命題をミラーは、積極国家における「憲法上の義務の概念をめざして」と題する論文の冒頭で、すでに14年以前に提示していた。(Miller 1968 : 199)

レオン・デュギーは、伝統的な主権や権利という概念を個人主義的・形而上学的概念として退け、「社会連帯」(la solidarit sociale) という事実に基づく客観法 (le droit objectif) を中心とする独自の法体系を築いた¹¹。しかしここで、同時代のフランス公法学者アデマール・エスマン (Adhémar Esmein, 1848-1913) が国民権論、半代表論や権利論を主張して、デュギーの「主権抹殺」論や客観法論を批判して論争を繰り広げたことも指摘しておきたい¹²。エスマンではなく、デュギーの公法学を援用していることの含意、これが興味深い研究課題である。

つぎにミラーは、アメリカ最高裁判事のフェリックス・フランクフルター (Felix Frankfurter, 1882-1965) の言説を援用している。フランクフルターは、第二次大戦後まもない1949年に、「理に適い、正しいとみなされているものが、その水準を向上させることは、自由社会の本質そのものである。」¹³と述べた。そして上述のことが、ミラーによると、アメリカ立憲主義において実行されているとする。すなわち、通常少なくとも合衆国における立憲主義は、概念として規範的な意味を内包していたと強調している。(Miller 1984a : 239)

フランクリン・ルーズベルト大統領のニューディール時代 (1930年代) に、フランクフルターはリベラルでニューディール立法の支持者で司法消極主義者だとみなされた。しかしすでに1949年当時には最高裁の保守派のリーダーであった。だからリベラルで、しかも裁判官が法を創造することを認める司法積極主義者のアール・ウォーレン首席判事のの仕事は不誠実でナンセ

ンスだと非難していた¹⁴。

さらにミラーは、それだけでなく、オーストリア・ウィーン生まれの経済学者で哲学者のフリードリッヒ・ハイエク（Friedrich Hayek, 1899-1992）の哲学も援用している。ハイエクの言説をあえてとりあげて、「立憲主義の意味は、すべての権力は一般的に受け入れられた原則に従って行使されるという理解に基づくものであること、また権力を与えられる者は、彼らが行うことが何であれ、その行為を正当化するためではなく、彼らが正しいことを行う可能性が最も高いと考えられるが故に選出されることである。』¹⁵と述べている。（Miller 1984a : 239）

ハイエクは、『隷属への道』（The Road to Serfdom : 1944年）で社会主義と共産主義も、ファシズムとナチズムも、いずれも同根の集産主義だと批判した。このことで著名になった彼は、リバタリアニズムに立脚する学者の組織「モンペルラン・ソサイエティー」を組織した（1947年）。のちにノーベル経済学賞を受賞した20世紀を代表するリバタリアニズムの思想家である。立憲主義の哲学的基礎づけの幅を、ミラーがここまで広げていることは、ミラーの立ち位置がいかなる哲学によるのか立ち入った検討を必要とする。

ミラーがさらにあげるのは、アメリカ生まれのロシア系ユダヤ人で、米合衆国の社会学者ダニエル・ベル（Daniel Bell, 1919-2011）である。ベルによれば、立憲主義の意味は「アメリカ例外主義」との関係で位置づけられる。「もしも立憲主義——すなわち法の枠組みに対する共通の尊敬と法の適正手続に基づく結果を応諾すること——が失敗するか、あるいはそれが社会の重要な構成要素によって拒絶されるなら、そうすればアメリカ社会の仕組み全体もまた同じく崩壊するだろう。この意味で（立憲主義という）今日なお残存している最後の『アメリカ例外主義』は生き延びなければならぬのである」¹⁶。（Miller 1984a : 239）

ダニエル・ベルは、「イデオロギーの終焉」論や「脱工業社会」論、また「資本主義の文化的矛盾」論で著名である。彼は自らを称して、経済学では社会主義者であり、政治学ではリベラルであり、文化の領域では保守主義者だといっている¹⁷。彼は1975年に発表した論説「アメリカ例外主義の終焉」のなかで、この観念の今日的な危機の諸相を描いた。そこで「国民あるいは人民は、自然、宗教および歴史の3者で形成される」とのべて、「自然と宗教」の観念が死滅したいま、アメリカがきづいてきた歴史、とりわけ「立憲主義と礼讓（comity）の歴史」の認識が死活的に重要だと強

調した¹⁸。

さらにミラーは、立憲主義の担い手である法律家の地位と役割を論じており、ここでジョージ・ケナン（George F. Kennan, 1904-2005）とアール・ウォーレン（Earl Warren, 1891-1974）の言葉をとりあげている。まず法律家は、「法廷に立つ公僕」だという意味で公務員に準じた地位を有する。だから、ケナンの言葉を借りれば、法律家は普通の人々なら期待する「逃れる術」¹⁹を見つける行動を一切取らず、またもっぱら傍観者の態度を取り続けるべきではない。（Miller 1984a : 240）。連邦最高裁判事ウォーレンは、「法は倫理の海に浮かんでいる」²⁰とかつて述べたことがある。まさにその通りである。法は、絶望の淵から身を翻すために必要な気運を醸成するに足る強力な指導力を発揮できる。（Miller 1984a : 240）

さらにまた憲法学者ミラーは、核兵器に対する憲法の評価を明言している。「国際法及び憲法に照らして核兵器は違法だという主張を説得的に弁護することができる」という。「法は役に立つ道具であって、法は実在する環境の反映であるが故に、核危機が法にたいして挑戦と機会を与えている。合衆国では法の最終的な目的は、人間の尊厳を最大限に発揮できる条件の下で人間の生存（を確保すること）である。よく知られた法律用語を使うなら、核兵器は生存及び特に人間の尊厳の成就に対する明白かつ現在の危険である」（Miller 1984a : 240）。

「明白かつ現在の危険」が人類の生存及び特に人間の尊厳の成就を阻んでいるという断定は、わたしに言わせれば、この憲法学者にしていうことができる感性と理性、さらに叡智にもとづく決断であろう。

この点とかかわって1967年に、当時上院外務委員会委員長だったJ・W・フルブライト（J.W. Fulbright, 1905-1995）は、次のように述べている。大統領を含めて「いかなる人間又は集団であれ、その手に絶対的な権力が任されると、他のすべての人間は専制政治あるいは惨禍に脅かされることになる。」²¹。これは適切な言葉だとミラーは述べている。（Miller 1984a : 240）。つづけて言う。「戦争は、他の手段により続行される外交である²²というカール・フォン・クラウゼヴィッツ（Karl von Clausewitz, 1780-1831）のよく知られた陳述は現在ではもはや通用しない。原子力が解き放されたことにより、この言葉は説得力を失った」（Miller 1984a : 241）。

ここでわたしの短いコメントを記しておこう。

まずミラーの論文「核兵器と憲法」は、実践的な意

図もった労作であって、自分が参加した「核政策法律家委員会」の目的に憲法を含めることを求めたものである。しかもミラーの事実認識は核兵器の「過剰殺戮力」を的確にとらえたものである。核兵器は今日地球上の人間をすべて蒸発させるに足る量に既にたちしているのに、世界の指導者たちは、核の最高位を求めて狂気の「競争」を続けている。

この事態に対処するため立憲主義は核時代の立憲政治に対応できるように再構成する必要があると彼は力説する。確かに立憲主義には絶対に必要な一つの資質があって、それは政府に対する法的な制約である。しかし同時に彼は権力保持者には一定の作為義務があることを強調している。公法のいかなる制度にも権力保持者が行うべき一定の行為が存在すること（レオン・デュギー）、これである。

その帰結は「国際法と憲法とが融合する」ということである。核戦争は理に適い正しいものだとはみなしえないのであって、このことは合衆国、ソ連、またいかなる国家にも当てはまる。そこで国際法はこのような兵器の使用を禁止するため憲法と融合することになる。核兵器の使用が禁止されれば、その生産及び配備も違法となるのは当然である」。当然違法説をのべることで「国際法と憲法とが融合する」という、この命題も含蓄が深いとおもわれる。

(3) 小 結

ここで一応わたしの見解をのべておきたい。核時代のアメリカ立憲主義はその哲学根拠を確実に持っており、その含意は核戦争と核兵器使用が当然違法である旨を明言できる。これが憲法学者ミラーの提言である。だからして、わたしはこのことを、相当の敬意と慎重さの双方でもってうけとめなければならないと考える。そこで核時代におけるアメリカ立憲主義の再構成という主題にしぼって、ミラーの学説がどのように展開しているかを指摘しておきたい。

それはこの時期についてみれば神話的立憲主義を現実的立憲主義へと再構成する試みだと言ってもいいだろう（Miller 1984c : 181-206）。

3 核兵器への憲法による挑戦

(1) 序

憲法による挑戦は、核時代の正しい現状認識から引き出されるべきものである。この観点からして、まず米合衆国憲法前文の目標を新たに解釈することから始まり、ついで憲法本文の諸条項を目的適格的に解説す

ることによってなされる。つぎのとおりである。

(2) 憲法前文の目標

そもそも「核兵器と憲法」の関連を論じるこの議論の動機は、現代政治の目的を追求する立憲主義の特質を明らかにすることである。ミラーはすでにこう述べた。この観点から憲法の前文を解釈する。

合衆国憲法の前文は立憲政治の目的を述べている。

「われら合衆国の人民は、いっそう完全な連合体を形成し、正義を樹立し、国内の静穏を保障し、共同の防衛に備え、一般の福祉を増進し、われらとわれらの子孫の上に自由の恵沢を確保する目的をもって、ここにアメリカ合衆国のために、この憲法を制定し確立する」。

この基準に照らすとき、「核兵器及び不安定な恐怖の均衡が、このような目的の一つ一つを危険にさらしている。」そして、いう。「我々がその子孫である。実質的な内容を前文に付与することについて真剣に検討すべき時が訪れている。」（Miller 1984a : 241）

ジョセフ・ストーリー判事（Joseph Story, 1779-1845）が、その『憲法註釈』で述べている説をミラーは援用している。「前文の真の任務は、憲法により実際に付与される権力の本質、範囲及び適用を解釈したものであり、権力を実質的に創造するものではない。」²³そう理解したうえでミラーは、まず憲法前文のもろもろの意味は、現在の問題に対処するという明確な目標の下に、現状の正しい理解から引き出されるべきものだという立場をとっている（Miller 1984a : 241）。

ここで立憲政治の目的が、①正義を樹立し、②国内の静穏を保障し、③共同の防衛に備え、④一般の福祉を増進するという4点をふくむことをしめしたうえで、ミラーは核時代において、⑤「われらとわれらの子孫の上に自由の恵沢を確保する」という目的が死活的な重要性をもつことをとくに強調している。

ミラーは、「われらの子孫」の利益にかかわって述べている。マッカロック（McCulloch）対メリーランド（Maryland）事件における連邦最高裁首席判事マーシャルの有名な言葉を引用すれば、「本件は、国家の安寧が実質的にかかっている強大な権力の行使に関するものである... この規定は、将来のいく世代にも渡り継続し、従って国民の問題に関する様々な「危機」に適合するよう意図された憲法に制定されている。」²⁴したがって「憲法とは、次の世代のアメリカ人による自らの基本法の制定を可能にする、即ち憲法の起草者

たちの時代ではなく、『次の世代』の必要性を満たすための、憲法の起草者たちによる権力の暗黙の授権である」(Miller 1984a : 241-242)。

憲法は、われらとわれらの子孫の利益のために起草された。しかしながら、「核兵器が爆発した後には、その破片を拾い集める子孫も残されない。憲法制度が消滅してしまうだけでなく、恐らく文明自体も抹消されてしまうだろう」。したがって「子孫」の存続そのものを脅かすことが合憲であり妥当性があると主張する者は誰もいないであろう。「子孫は憲法に基づく自らの要求を持っている。このことは特に明らかである、というのは（核エネルギーの）科学技術革命が（現在の）急激な社会変化をもたらしたのだから、現在生存している大半の人々が自らの子孫（の代弁者）になるほかないからである」(Miller 1984a : 242)。

もちろん、「核兵器が本質的に憲法違反であると説得する」ことと関わって、ミラーはいくつかの言説をあげることができるという。かつてウィリアム・シーワード (William Seward) が述べたように、「憲法より高位の法が存在する」こと、または、フレッチャー (Fletcher) 対ペック (Peck) 事件²⁵で連邦最高裁判所首席判事マーシャルが書いたように、土地の不正な無償払下を廃止しようとしたジョージアの試みは、「天賦の正義という偉大な原則」を軽視している。従って、ジョージアは、「我々の自由な制度に共通する一般原則又は憲法の特定の規定のいずれかにより」制約されるのである。」またマーシャルの同僚であったウィリアム・ジョンソン (William Johnson) 判事は、更に一歩進めて、「理性及び道理に基づく一般原則、神にさえも法を課すことを命ずる原則」²⁶が廃止の試みを無効にすると主張した (Miller 1984a : 243)。

要するにここでミラーは、改めて自問している。「天賦の正義の原則（英国においてより広く通用している概念）は、核兵器の適法性を決定するために利用できるのだろうか。」答えていわく、「然り」であると。1907年の第4ハーグ条約の有名な「マルテンス条項」の言葉を借りれば、「新しい戦術又は兵器を特に禁止するいかなる条約規定が定められていなくとも、戦闘員及び非戦闘員は「文明化された諸国民により確立されている慣習、人道に関する諸法、及び公共良心の命令に由来する」²⁷法的原則により保護され続けるのである。(Miller 1984a : 243)。

ミラーは、さらに自問している。天賦の正義という複雑な問題にこれ以上立ち入らないとすれば、憲法のいかなる特定の規定が、核兵器問題と関連性を持つと

考えられるのか。関連性を持つと考える見解には、「憲法の意味決定者による創造性と新機軸の採用が必要とされる」。こう述べてミラーは、次のように提言する。アメリカ立憲主義の再構成を試みる「これらの見解は、確立された学説としてではなく、更なる探究を必要とする問題点として提案されている。しかし総合的に見れば、それらは核兵器の違法性というただ一つの方向を指し示している」(Miller 1984a : 243)。

わたしのコメントを示すなら、つぎのとおりである。これまで論述した諸命題は、憲法前文の目標をミラーが解説したもので、極めて斬新かつ根源的なものである。憲法前文は、憲法を解説する者が核兵器の違法性というただ一つの方向に向かうべきことを命令しているのである。

(3) 憲法諸条項の解説

さてつぎの4つの問題をミラーは論述しているが、それは関連する憲法の諸条項の解説をつうじてなされている。問いは4点に示されている。

(1 a) 議会は、その宣戦布告権を暗黙のうちに又は明白に授権できるか。

(2 a) 議会は、授権された権限の行使を怠ることが可能であるか。

(3 a) 国際法は、大統領が（憲法第2編に従って）忠実に執行しなければならない“法”的編成 (the corps of “law”) の一部なのだろうか。

(4 a) ひろくしられた政府の義務に関するこの示唆は、大統領にも議会にもまた連邦最高裁にも及ぶか。これである。

ミラーは、つぎのように4つの命題を、順次提示している。

(1 b) 議会の宣戦布告権: 議会の宣戦布告権は授権できない。

憲法第1編8節11項は議会の宣戦布告権を定めている。だがミラーは、フルブライト上院議員の言葉を援用して、議会の宣戦布告権が大統領に暗黙のうちに授権されたことは確かであるという。またリチャード・ニクソン (Richard Nixon) 大統領の拒否権を退けて法制化された1973年の宣戦布告権決議 (the War Powers Resolution) の中に、明示的な授権を読み取ることさえ可能である²⁸。(Miller 1984a : 243)。確かにジョージ・ワシントン (George Washington) から始まる歴代の大統領は、一方的に戦闘行為を行ってきたとミラーは認める。しかしミラーはつぎのように述べる。「多分南北戦争期間中のアブラハム・リンカー

ン (Abraham Lincoln) の場合を除き、すべてのこれらの戦闘行為は、最小有効手段の法則 (the Principle of the Economy of Means) に従ってなされたものであった。²⁹しかしミラーはこの原則は、核戦争の時代には、まったく通用しないと強調する。「核兵器の使用は限定不可能であると定義されている。ひとたび使用されると、紛争は遅かれ早かれ全面戦争へとエスカレートするだろう。」「たとえ立法権の委任に関する憲法の原則が存在するにしても、それが文明自体を脅かす権力にまで敷衍されないことは明らかである。」 (Miller 1984a : 244)。

これは核兵器使用で生じる軍事的政治的な社会現象についてのミラーの事実認識である。ここに彼の核兵器使用は憲法違反だという判断のもっとも重要な根拠がある³⁰。

つぎにミラーは、国連憲章第51条を援用する先制的自衛に論じ及ぶ。この先制的自衛の (観念) は1962年キューバ・ミサイル危機の期間中にアメリカの法律家たちによって援用された。「このエピソードは、人命を奪う権力の保持を大統領に認めた議会の極めて悪質な行為の明らかな証拠である。」とミラーは述べる。「国家理性の原則 (raison d'état) は、憲法上最も議論の対象とされていない範疇の一つである」という (Miller 1984a : 245)。従来この原則は、「国家の存続を確実にするために必要とされるいかなる行為も、たとえこのような行為が良識と道徳を兼ね備えた人間としての個人の立場から見ていかに矛盾するものであっても、国家の責任を負う個人により講じられねばならない」³¹ともいわれてきた。しかしながらミラーによれば、「権利章典 (the Bill of Rights) は、国家理性 (raison d'état) が政策決定者に与えたジレンマを解決しようとした意識的な企てであった。」というの、権利章典の起草者たちは、歴史と人間の暗部を知り尽くしていたので、「自由及び個人の安全の理由」 (reasons of freedom and of personal security) を明示し、これによって「国家理性」 (reason of state) を憲法上表明しないでおくことを選択したのである。 (Miller 1984a : 246)

これまでの記述の核心について指摘しておこう。それはこうだ。1787年の米合衆国憲法制定以降、さらに1945年に旧式な原子爆弾が投下されて以後も、世界の環境が急激に根底的に変化している。そのため憲法の正統性に関する古い慣習と古い思考様式は根本的な再検討を迫られている。「新しい原則が発見されねばならない。マジソンが述べたように、政府は自らを治め

るよう義務づけられねばならない。」³²この必要性からして、つぎの解釈がなされる。

(2b) 犯罪 (offenses) を処罰する議会の権限 :

ミラーの第2の命題は、つぎのとおりである。議会は犯罪を処罰する権限の行使を怠ってはならない。

ミラーはつぎのように記述する。すなわち憲法第I編8節10項に基づき、議会は「国際法」 (the Law of Nations) に対する違反を処罰する権限を付与されている。

1826年にチャンセラー・ケント (Chancellor Kent) は、その有名な『アメリカ法註釈』の中で、つぎのように述べている。

合衆国が大英帝国の一部であることに終止符を打ち、独立国家としての地位を獲得したとき、合衆国は、ヨーロッパの文明化された諸国が、良識、道徳及び慣習に基づきその公法として制定している諸規則の体系に従うことになった。この法の忠実な遵守は、国家としての資格にとり極めて重要なことである...³³

この記述にしたがってミラーは、つぎのように主張する。「もし国際法が核兵器を違法であると証明できれば、この原則に従う義務が、合衆国 (及びその他の諸国) に課せられる。」 (Miller 1984a : 246)

ミラーによれば、その論拠は次のようになる。「合衆国対アリョーナ (Arjona) 事件³⁴において、連邦最高裁は、国際法は、すべての政府に、平和関係にある別の国家、又はその住民に対して、自国の国境内においてなされた不法行為 (a wrong) を阻止する義務を課していると述べた。すくなくともアリョーナ判決がこの問題に対する体系的な探究への突破口を与えてくれることは確かである。」 (Miller 1984a : 247)

日本の原爆裁判が東京地裁に係属中の1961年秋、国際連合総会の決議1653が採択された。この決議で核兵器による威嚇又はその使用は、国連憲章に違反し「人類と文明に対する罪」であると表明した³⁵。1981年にいたってリチャード・フォーク (Richard Falk) 及びその共同研究者たちは、学術論文「核兵器と国際法」 (Nuclear Weapons and International Law) の中で、「核兵器によるいかなる威嚇又は使用の企ても、国際法の命令に違反し、また国家犯罪を構成することになる」と結論を下している³⁶。そうであれば、アメリカ政府 (そのすべての部門) が負う憲法上の義務は明らかになる。したがってミラーの見解は明確である。議会は政府による「国家犯罪」を阻止する行動をとらな

ければならない。(Miller 1984a : 247)

短いコメントを加えておきたい。国際連合が1961年以降繰り返し述べてきたのは核兵器による威嚇又はその使用は「人類及び文明に対する罪」だという規範命題である。実はこの前年「核時代の16年目」に、ランド研究所での成果を基にハーマン・カーンが『熱核戦争論』を刊行して、水爆による人類の絶滅的惨禍を描いていた³⁷。それから26年後の1986年夏以降、アメリカの国際法学者フランシス・A・ボイルは、英米法という未完成犯罪の観念を援用して、国際法と国内法における核抑止の犯罪性を論証することになる³⁸。さらに国際刑事裁判所（ICC）ローマ規程のなかで大量破壊兵器使用が「戦争犯罪」にあたる旨が規定された。こうして国際法上の犯罪論が生誕し成長している。

（3b）憲法と国際法

ミラーの第3の命題に進もう。すなわち、国際法は大統領が憲法第2編（8項）に従って忠実に執行しなければならない「法」的編成の一部（a part of the corps of “laws”）である。

ミラーによれば、連邦最高裁は「その判決は国土の法である」と巧みに主張してきた³⁹。もし連邦最高裁の判決の主眼が、正しい洞察に基づいたものだとすれば、「法」という言葉には、議会による立法以上のものが含まれるはずである。もし連邦最高裁の判決が正しいとすれば、「国際法」の規範に関しても同じことを主張するのに、さしたる観念上の飛躍を必要としないであろう。(Miller 1984a : 247)

つぎにミラーは、大統領に義務を課するという命題に論じおよんで、つぎのように記述する。この論点は、まったく新しい概念であるため、該当する判決例がほとんど存在しない。ミシシッピ（Mississippi）対ジョンソン（Johnson）事件⁴⁰以降、裁判所の令状は大統領に対して効力を持たないと考えられていた。しかし、ニクソン大統領が、悪名高いホワイト・ハウス・テープを引き渡すよう求められた1974年に、この情況は一変してした⁴¹。それ以降、大統領に対する訴訟は、日常茶飯事とは言えないにしろ、確かに珍しいことではなくなった。たとえそうであっても、例えばイラン人質事件（the Iranian Case）⁴²のように、原告は、大統領本人というよりは、むしろ部下の行政官僚を法廷に召喚する傾向がある。(Miller 1984a : 248)

憲法上の義務という概念は、アメリカ憲法では徐々に発展している概念である。ミラーはこう述べて、クーパー（Cooper）対アーロン（Aaron）事件以降、連

邦裁判所判事は、その判決は「国土の法」とであると主張してきたという。ウィリアム・ブレナン（William Brennan）判事のつぎの言葉のように「判事は単なる審判以上の機能を果たしている」のだと、ミラーは言う。「この制度の下では、裁判官は単なる審判者ではなく、自らの分野においては立法者（政府の同格のものからなる部門の一つ）でもある。実際、裁判官が、指定された領域において、法に関する政策の公式化を図る際に、時には相当の権力を行使することもある」⁴³。(Miller 1984a : 249)

ミラーは明確に述べている。「連邦最高裁判事は進んで難局と取り組み、政府部門の当局者たちが、市民の生命、自由及び財産に対する脅威を排除するための行動を起こす憲法上の義務を負っている。このことを、大統領及び議会に指し示すべきである」。そして「このような脅威は、核兵器から生じてくるものである」と彼は言っている。(Miller 1984a : 249)

ここでコメントしておこう。ミラーの第3命題の内容は、このように「憲法上の義務」という概念については明確である。大統領は憲法第2編（8項）に従って国際法を忠実に執行しなければならない。しかしながら、国際法がアメリカの「法」的編成の一部（a part of the corps of “laws”）であるという命題については、論述をひかえたきらいがある。この点では、共編者のひとりマーチン・フェインリダーの論稿「国土の法としての国際法：核兵器使用にたいする、もうひとつの憲法上の制約」に待つところがあったかもしれない⁴⁴。

（4b）連邦政府の積極的義務

ミラーはここから、第4の命題にすすんで、つぎのように述べる。大統領は法を忠実に執行しなければならない、議会は国際法を定義し論じなければならない、また連邦最高裁は国際法的規範を司法上認識可能なものにすべきである。(Miller 1984a : 249)

ここで重要なことは、法の適正手続（a due process）という問題が提示されることである。ミラーは、つぎのように述べて論点を提起する。「では、法の適正手続は、その手続的と実体法的の両側面に加えて、さらに連邦政府に積極的義務を課するという第三の次元を持つのであろうか。」その答えは、「然り」でしかあり得ないと、ミラーは答える。彼の弁証は「いくつもの連邦最高裁判決がこの方向を示している」というものである。例えば、ウエスト・コースト・ホテル会社（West Coast Hotel Co.）対パリッシュ（Parrish）

事件 (47)⁴⁵である。ここでチャールズ・E・ヒューズ (Charles Evans Hughes)連邦最高裁首席判事は、「(憲法により)... 保護される自由は、国民の健康、安全、道徳及び安寧を脅かす悪に対する法の保護を必要とする社会組織における自由である」と述べた。ミラーは、この陳述が核兵器の状況にぴったり当てはまるように思われると主張する。更にミラーは、グリーン(Green)対ケント郡教育委員会事件 (County School Board of Kent)⁴⁶をあげる。ここで裁判所は、地方の教育委員会は、公立学校から人種差別をなくす「積極的義務を負う」と判決を下した。ちなみにイェール大学の憲法教授トーマス・エマソン (Thomas Emerson) は、「修正第1条は積極的次元を持つと主張している。」⁴⁷ (Miller 1984a : 250)。ここで連想されるのは、彼がRoe v. Wade判決 (1973) にいたる憲法訴訟でプライバシー権を論証して墮胎の合法化に道を開いたことであって、彼は政府に積極的優遇措置を義務づけることを弁証したのである⁴⁸。

要するにアメリカ憲法は、政府がなしうること、またなし得ないことを包含して規定している。そればかりでなく、「レオン・デュギーが述べていたように⁴⁹、もし立憲主義の存続を望むのであれば、政府がなさねばならないことをも当然包含しているはずである。このような結論に対する先決例も存在する。」ミラーはこのように、論じている (Miller 1984a : 250)。

重要だともう点を指摘して、コメントにかえたい。ここまでのミラーの議論の要点は、つぎの点にある。憲法とは自らを律するもので、またその結果市民を保護する義務と責任を政府に課するものである。したがって政府の「これらの責任は、アメリカ国民 (前文の「われら人民...」) にも及ぶ。」この政府の責任論はつぎの特質をもっている。「その責任は、憲法そのものから、特定の制定法から、またいくつかの連邦最高裁の判決から、推測することが可能である。」そして彼はさらに言う。「認められるべき新しい義務は、政府当局者が、国民の安寧、「子孫」の安寧、あるいは実際には、他の諸国民の安寧を危機に陥れる行動を取らないという義務である。」こうして「核兵器がすべてのアメリカ人の生命、自由及び財産を極度に脅かす存在であるからには、それらは法の適正手続を剥奪するものと考えられるべきである。」 (Miller 1984a : 250)。この憲法違反論は、アメリカ憲法学説史上初めて登場したものでなかろうか。

4 小結

ミラーの議論の結語は、つぎのように示される。「一般的に、裁判官は憶病な政府役人である。裁判官は、よく知られている、また予想可能な線を越える要求を、『いまわしい事件』とみなしている。しかし裁判官が唯一の憲法の擁護者ではない。憲法学者及び政治科学者は、もはや終極の恐怖を目の前にして、孤高の姿勢を保つことはできない」。いまや、「人類の歴史が始まって以来、戦争により解決してきた問題を、世界が平和的に解決できる政治的手段を作り出す必要に迫られている。これは核兵器が憲法学者に与えた挑戦である。これ以上重要な仕事はあり得ない。」 (Miller 1984a : 250-251)。

わたしは、この結語でいう主張に共感するものである。以下、これに対する憲法研究者たちの反応をみることにしよう。

II 「核兵器と憲法」への応答論文と回答

1 序

ミラーが1982年に論文「核兵器と憲法」をNova Law Journalに発表したあと、これに応答した諸論文がある。これらは、1984年発行の共同編著『核兵器と法』に収録されたものだけで10編をこえている。だが本稿では、紙数の制約あり焦点をしぼるために、このうち3編だけをとりあげる。スタンレー・ブルーベイカー (Stanley C. Brubaker) の「善意の虚弱な憲法」、ミルナー・S・ボール (Milner S. Ball) 「核戦争：法の終焉」、およびアビாம்・ソイファ (Aviam Soifer) の「子孫の保護」である。ミラーが1982年の論文で提起した基本な主張といくつかの論点について、これらの論文で賛辞が表明され、また批判もなされており、あらたな問題提起もなされている。

2 ブルーベイカー「善意の虚弱な憲法」

スタンレー・ブルーベイカー (Stanley C. Brubaker) はVirginia大学でPhDの学位をえて、本稿執筆当時、Colgate Universityの政治学助教授であった。彼は、ミラー教授の議論にたいしてきわめて批判的である。

彼は、ミラーの議論が二つの柱に支えられており、しかもこれらの柱はただ一つの基本的な前提に基づき立てられたと理解する。すなわちその前提は、ひとたび核兵器が使われて核戦争になると、なにびとも核戦争を制約し得ないと「定義する」ことである。その結

論が、核兵器の生産、配備又は使用を違憲とするものである。ブルーベイカーは二つの柱についてのべる。「最初の柱は、善意により強化された憲法の条項から構築されており、第二の柱は、類似の構造ではあるが、国際法の新奇な解釈によっても強化されている。」（Brubaker 1984 : 299）ここにミラーの認識の枠組みと核心がはきりと示されているとする。

ブルーベイカーによれば、「善意の憲法」は三つの側面からなっており、前文、非授權の原則及び法の適正手続である。それぞれの側面がミラーの結論を別々に支えることができるとミラーは確信している。しかしこれらの側面が、どのように相互に関連するのかを明らかにしていない。（Brubaker 1984 : 300）

ブルーベイカーにとって、これらの中で最も奇抜な側面は、非授權の原則である。憲法第 I 編 8 節 11 項は戦争宣言の権限を議会に授權していることから、議会が「黙示的又は明示的に」戦争を宣言する権限を大統領に授權することは、違憲であるとミラーは提案している。しかしブルーベイカーは、このような議論でもって核兵器が違憲であるというミラーの結論を支持できるものではないという。この議論には、議会が核兵器を生産、配備及び使用する憲法上の権限を保有するという事実が必ず伴うからである。（Brubaker 1984 : 300）

彼はまた、いう。「善意を付加された前文及び法の適正手続も、不可能な責務を押し付けられている。」「核戦争の危険性は、その勃発する確率の低さにより割り引いて考えられねばならない。」⁵⁰さらに、ローマがカルタゴを灰燼に帰したのは通常兵器であったことも思い出す必要がある、といている。（Brubaker 1984 : 301-2）

要するに第一の柱によって支えられるのは、「国民の生活を危険にさらすことなく核戦争の危険性を減らす善意の努力をするという必要条件だけ」である。しかしこの柱の意味するものは単純だ。憲法によって通常兵器に関して我々の政府当局者に課される義務と同じ種類の義務を核兵器についても課しているとしか考えられない。だからから両者は「本質的に異なるものではない。」（Brubaker 1984 : 303）このように切捨て捨てている。

ミラーの議論の中で最も創造的な側面は第二の柱の構造にあると、ブルーベイカーはいう。この議論は、「国際法に対する犯罪を明らかにし、処罰する権限を授權されている議会には、その権限を実行する義務がある」という。大統領も、国際法を「忠実に執行する」

義務を命じられている。さらに、連邦最高裁に「あえて難局に直面させ、大統領と議会に、これらの部門の当局者はこの憲法上の義務を負わされていることを指摘し」ている。（Brubaker 1984 : 303）

しかしながらブルーベイカーは、つぎのように批判する。「核兵器は国際法に違反するとみなされるとする意見は⁵¹、大学の少数の評釈者の最近の著作においてのみ取り上げられているという事実は別にして」という留保をつけて、「国際法が、通常の立法行為及び大統領の行為に勝る地位を憲法上保有しているという議論は、憲法、先例又は起草者の意図から判断して、まったく根拠のないものだ。」と言う。また「議会在が国際法とくに条約に違反する権限を有する、との判決を裁判所は首尾一貫して下してきた。」⁵²という。これにたいしてミラーは、「起草者が国際法の命令に国家主権を従わせることを望んだという一片の証拠も提示していない。」（Brubaker 1984 : 304）

ブルーベイカーは、指摘する。実はミラーは憲法を「意図」の点から理解しており、またこれらの意図は、起草者のより控えめな意図ではなく、むしろ善意の「聖職者、医師、科学者及び実業家」の意図であると理解している。そこで裁判所は、自らを国際法の権威ある解釈者に仕立てることができる。裁判所は、戦略交渉のために任命する特別裁判官に絶大な影響力を付与することができるし、また国際法の執行の名の下に世界中に発行する差し止め命令を支えることができる。このような補強をしない限り、ブルーベイカーは、「ミラーの議論の上部構造は最小限の検査にも耐えられない」、という。（Brubaker 1982 : 305）

さてブルーベイカーは、核戦争を「制約し得ない」と「定義する」ミラーの主張には根拠がないと論難している。要約すると、もし我々がこの前提条件を完全に認めたとすると、皮肉なことにその上部構造は不必要な存在に貶められる。核戦争は必ず起きるし、発生した場合「制約し得ない」からである。しかしながらブルーベイカーは、抽象的な論理の演習としてなら、ミラーにその前提条件を許すべきであるという。したがって、現実に戻って「もし我々がミラーの前提条件を無理なく否定できるとすれば、その議論の組立は脆くも崩壊することになる。」このように論難している。（Brubaker 1984 : 305）

ただしブルーベイカーは、つぎの一点で、ミラーの意見と自分の意見とが部分的に一致しているという。法律家は、核時代の外交及び戦略の知識を十分承知しており、しかも憲法の原則並びにより大きな法の目的

と政治との関連性を承知している場合がある。これらは厳しい条件であるが、時には法律家はその条件を満足させることによって、貴重な貢献をなすこともある⁵³。この意味で法律家が、益々激しさを増している核兵器に関する討論に、なんらかの形で、有用な貢献ができることと主張すること、それはまったく馬鹿げているとは、言い切れない。(Brubaker 1984 : 307)

コメントすれば、一つは限定核戦争の肯定説であり、これは核抑止論の肯定説とも重なっていく。ふたつには憲法解釈上の批判である。善意により強化された憲法の諸条項と、国際法の新奇な解釈だという批判である。

3 ボール「核戦争：法の終焉」

ミルナー・S・ボールは、本稿執筆当時、ジョージア (Georgia) 大学ロースクールで憲法と国際法を担当する教授であった。

ボールは、ミラーが憲法研究者にたいして論議を誘発させる独創的な貢献をなしてきた点と、ミラーが学者として相応しい責任感を持って発言している点を指摘して、これらを高く評価した。そのうえで彼は、核戦争はミラーが拡大解釈した憲法、すなわち体系的な司法及び人民による政治という基本的特質を容認する学説、あるべき憲法に違反するという学説、これをほぼ全面的に支持していると、わたしは読んだ。(See Ball 1984 : 287-9)

ボールは質問を3つ (A,B,C) に定式化している。質問Aの概略はつぎのとおりである。

質問A. 憲法違反 (違憲) : 核兵器を合憲だと特徴づけることは適切か。

核兵器の合憲性に疑問を呈するこの質問は、「法律家が核戦争を防止可能でしかも防止すべきものだとして理解するよう法律家を元気づけてくれる」。こう述べてボールは、しかしながら、自説を提起する。すなわち「核兵器の違憲性について話す代わりに、核兵器は憲法を破壊するもの (deconstitutional) あるいは憲法に敵対するもの (anti-constitutional) だと記述する方が説得しやすい」という (Ball 1984 : 292)。

さてボールは、核戦争による基本的価値体系の破壊に関するミラーの記述をとりあげて、これが示唆的だとする。しかしミラーが、「我々はホップズ的世界の中で生きている」⁵⁴と述べている点について、ボールはつぎの二つの理由から、反対だと書いている。「第一に、ホップズ的世界は、我々が核戦争の後に持つであろう世界である。ホップズの説明は我々を厳粛な気

持ちにさせる。しかしこれは、核戦争後の世界の極めて正当な記述であっても、我々が現在ある世界についてのものではない。第二の理由は、こうである。「我々はプロパガンダとイデオロギーを通してホップズ的世界に生きていると信じ込まされている。もし我々が生き残るつもりであれば、現実に対するより満足な説明を、我々は是が非でも必要としている。」(Ball 1984 : 292)。

質問B. 政策決定者たち：民衆革命の機会としての核問題。

ここでボールは、この問題の意味を示唆している。ミラーは核兵器問題を災いにたとえ、これを福に転じる、すなわち憲法の概念を拡大かつ深化させ、また我々の法的倫理感を高揚させるための絶好の機会に転ずるのだ。「来たるべき別の機会、ある意味で積極的な民主革命とも言える機会が準備されていないだろうか。」(Ball 1984 : 292)。「少なくとも、核戦争のような緊急を要し、我々に直接に関係する問題については、投票、訴訟、デモ、又は議員宛の陳情書よりも有効な関与の方法を案出するよう、法律家は要請されてしかるべきである。」(Ball 1984 : 294)。

質問C. 手続：核戦争の糸口となり、また核戦争を結果的にもたらず手続は合憲と言えるか。

ミラーは、合衆国における立憲主義は、手続以上のもの、すなわち法は規範的内容を持つと述べている。確かにその通りであるが、しかし今後十分に探究すべき手続上の問題は存在しないのであろうかと、ボールは述べている。(Ball 1984 : 294-5)「立憲主義の真髄は、制限政府であるとミラー教授は述べている。憲法第I編には、無制限な権力の譲渡は含まれていない。われわれが宣戦布告権を議会に授権した際に、ハルマゲドンを宣告する権限を認めただけではない。」(Ball 1984 : 295) なお「まず手始めに、核兵器及び軍拡競争が環境に及ぼす影響を詳細に記述する影響評価要請のための手続上の方策を求めることなどは、法律家に相応しい行動と言えないであろうか。」(Ball 1984 : 295)とも提言している。(Ball 1984 : 296-7)

ボールは、3つの質問を提起してこれに論評をくわえたうえで、とくに環境論という分野の重要性を指摘している。ミラーがこれにどう応答するか、この点が注目される。

4 ソイファ「子孫の保護」

アビラム・ソイファは、本稿執筆当時、ボストン大学ロースクール (Boston University School of Law)

の法学教授だった。

彼は言う。「我々の生存と憲法への忠誠心の存続はつぎの点に依存している。すなわち憲法の評価と我々の子孫を保護することの間に存在する関係を進んで考察するか否かだ」と。(Soifer 1984:) また「ミラー教授は創造的立憲主義という分野での大家だ」と評価して、ソイファはいつている。ミラーの論文で「私の関心をよりそる議論は、合衆国憲法の前文に含まれる文言（われらとわれらの子孫の上に自由の恵沢を確保する）が、意義のある（多分、法的に強制可能な）概念だと示唆している点である。」(Soifer 1984: 275)

「前文」：憲法前文にどのような重要性が与えられるべきか。これは「これまでほとんど探究されなかった問題である」とソイファはいつている⁵⁵。しかし重要な歴史的な文脈のなかで憲法前文の意義が問われたことがある。例えば南北戦争前の奴隷制度反対の興奮のさなかである⁵⁶。(Soifer 1984: 276) 現在「核の危険が差し迫ってくる可能性が明らかであるだけに、ミラーによる提唱は意義深い。」しかしソイファはミラー論文を批判する論点を提起して、いつている。「それでも、ミラーは少々唐突に、前文の法的重要性を退けてしまった」。更に、「前文自体の内部に相互に対立する命令が存在する可能性に対して、適切な考慮を払わなかった」。(Soifer 1984: 276-7)

ソイファによれば「憲法の前文に内在する矛盾は、最初に考えられるほど馬鹿げたものでもなければ、異様なものでもない。」しかし「憲法自体が、相互に矛盾する命令、相反する権利及び義務を包含している可能性に関する見解は、未だに十分探究されていない。」⁵⁷だから「我々の憲法の歴史を紐解くにつれて、我々は、問題をはらむこのような解釈の容認を余儀なくされるし、更に、憲法の内容を解釈する人たちは、憲法の語句のみならずその構造をも考慮するよう強いられる。」(Soifer 1984: 277)

ソイファは憲法上の「保護」についてとりあげる。連邦最高裁の最近の判決には二・三の異論のあるものがあるとして、ミラーはその要約を示した。「これらの判決は、一括考察すると、プライバシーと自律性に対する憲法に基づく権利を、裁判所が曖昧に定義していることを伺わせる。」これらの権利は「現在では、法の適正手続の実体法による改訂あるいは復活された概念⁵⁸に由来する。」ソイファによれば、「このような憲法に基づく権利は、人類そのものを包含できる程度にまで、概念上、劇的に拡張できるのである。」(Soifer 1984: 278)

またミラーは言及していないが、修正第14条の「特権又は免除」条項 (privileges or immunities) が「多分前途有望である」と、ソイファは言う。その一つの理由は、「この条項の意味が、これまでほとんど探究されることがないためである。」(Soifer 1984: 279) また「この条項には、他の修正第14条に用いられているすべての人間の保護ではなく、この内容を明確に『市民』の保護に限定することが含まれているからである。」さらに「最近、様々なイデオロギーを持つ驚くほど多数の憲法学者たちが、「特権又は免除」の保護を求める時がついに訪れたことを示唆している。」⁵⁹ 個々の市民により享受されている憲法の「特権又は免除」を全市民が共有すべきである。この考え方は、「それ自体議論を誘発させるものであるが、将来の市民までもが、憲法の同一化の過程に含められるとすれば、なおさら論争を巻き起こすものとなる。」⁶⁰ 「特権又は免除」が、最低限の個人及び集団の安全保障ばかりでなく、個人の生存の手段を選択する自由となんらかの関係を有するという概念は、更に注目に値する。」(Soifer 1984: 280)

つづけてソイファは主張している。「憲法の前文と憲法の諸条項とが結合して、すべての市民にある種の最低限の安全を保障する義務を政府に課するという主張は、一層前途有望であると信じる。」そこで「つぎに、人民に対するまさにどのような種類の義務が、共和制政治の中核的構成要素として決定的に必要と考えられるのか」、「このことに関する考察に着手することが許される。」しかしながら「我々自身の世代計算の中に子孫をどのように含めるかという厄介な問題に直面しなければならないであろう。」とソイファは指摘している (Soifer 1984: 280)

こうしてソイファは「子孫」について、つぎのようについて。コッホ (Koch) はジェファソンとマヂソンの間に取り交わされた議論をまとめている。これを「概観すると、ジェファソンとマヂソン両名が容認可能と考えた理論の基本的な特徴は、アメリカの将来の世代の自由及び安寧に対する配慮において前向きであり、かつ寛大であったことだ。」⁶¹ (Soifer 1984: 283) そこで「この関心が正確に何を含意しているかを決定する問題が我々に残されている。権利論者も功利主義者も、この難問に未だ答えてはいない。」⁶²しかしながら、「将来を何とか認識し、規定するという問題は、決定的に重要であり、また核の恐怖が強く意識されることにより、はっきりと提示されている。」ちなみに「連邦最高裁首席判事ジョン・マーシャルが述べたように、憲

法は、「今後何世代にもわたって耐えられるよう意図されている」のである⁶³。」(Soifer 1984 : 238)

憲法の創設者たちと我々自身を含む後続の憲法学者たちとの有機的かつ直接的な関係を考察することは極めて重要である。次には、我々が必然的に我々の子孫の親であり保護者となるのであるから。この連続性及び憲法の構造において確立されている子孫の保護という目的により、憲法の評価と、この時代の差し迫っている核による全滅の脅威との関係を探究することが、決してこじつけでもなければ、また不毛のものでもないことが示唆されているのである。」(Soifer 1984 : 285)

ここで若干のコメントをしておきたい。まず、憲法への忠誠心の存続を我々と子孫の生存に関連づけた点が重要であろう。したがってつぎに、前文の法的重要性を改めて探究しようという課題を提起している。前文自体の内部に相互に対立する命題が存在する可能性に適切な考慮を払うことも、同様に重要である。さらに修正第14条の「特権又は免除」条項が「多分前途有望である」と、ソイファが言う点も今後の課題である。彼が「結論」の部分で述べていることは、とりわけ示唆的である。すなわち「子孫の要求をより広義に認識することが、憲法をどの方向へ正確に導くかは不明である。しかしそれらは、我々自身と我々の子孫のための理性と希望に対する静かな、小さな要求を後世に確かに伝えている。」(Soifer 1984 : 285)ここには、自然、地球生態系、歴史、持続可能性、社会構成体の変革と統治形態の構築、そして将来世代の権利、こういった現在のもろもろの問題状況と課題をわれわれに喚起している。

5 回答

「短い回答」と題する論説には、ブルーベイカーの「善意の虚弱な憲法」とソイファの「子孫の保護」、この2つの論稿に直接の言及はない。ただボールの論稿「核戦争：法の終焉」にだけ、ミラーはわずかに応答している。

ミラーが応答するボールの意見は、こうである。「議会が“戦争宣言の権限”を(大統領に)授権したとき、それはアルマゲドンを宣言する権限を含んではない」。ミラーは、この点に答えている。「確かに、大統領は核戦争で交戦する能力を持っているが、しかし立憲主義がなんらかの意義を有するとすれば、そのような能力は立憲的妥当性を具備することができない。」

(Miller 1984b : 378)。核戦争の交戦能力を持っているが、しかし立憲的妥当性がないのだ。これが立憲主義が発するメッセージである。

ところでこの記述に先立ってミラーは、核時代においてアメリカ立憲主義の本質に立ち返って深刻に考える必要があること指摘した。例えば、ダンス教授(Prof. Dunne)が憲法と立憲主義についての思考様式における「突然変異的な変化」の必要がある⁶⁴と述べたこと、またポール・フロイント(Paul Freund)が最高裁は法律家が哲学者になることを強制する⁶⁵と述べたことをあげている。(Miller 1984b : 378)これに続けてミラーは、アラバマ大学の名誉哲学教授ジェンキンスが述べたように、国家理性Raison d'etatは核兵器との関連性を断絶されて、これに適用できなくなると述べた⁶⁶(Miller 1984b : 378)。

さらにミラーが強調したのは修正第5条違反であって、核兵器は生命、自由および財産を「損害発生を予期して」剥奪するものである⁶⁷。(Miller 1984b : 381-2)これを敷衍すると、つぎのとおりだ。「アメリカ人は、核兵器の即時かつ潜在的な効果から免れる権利を有する」ということである⁶⁸。「核兵器の即時的効果それ自体が十分な害悪である。核爆弾の貯蔵と核廃棄物は、安全性に関していまなお解決できていない問題でありつづけている。」さらにミラー、いう。ユネスコの1991年平和教育賞を受けたアメリカのルス・L・シヴァード(Ruth Leger Sivard)が結論をだしている。それは「経済不況、抑圧、および貧困という代価を支払って、幻想的な意味での安全保障というもの買い取るために莫大な金が使われていて、これが次第に増大している。」⁶⁹ということだ。だからミラーは、別の書物で、あたらしい「統制のための憲法」の出現に注意をするように努力したと言う⁷⁰。(Miller 1984b : 382)これは視野と論点をひろげる適切な指摘である。

さてミラーは、(Carolina Env'tl. Study Group, 431 F. Supp.at 209.にあらわれた)マクミラン判事(Judge McMillan)の見解を敷衍して定式化している。核兵器にかかわる「以下の結論が議論の余地なしと思われる」という。

- 第一。故意にまたは事故でもって核戦争がおきる蓋然性は高い。
- 第二。核戦争の影響圏から逃れることはできない。
- 第三。民間防衛措置は、米合衆国のどんな都市の住民をも守ることができない。
- 第四。核兵器に組み込まれた危険は、責任政府が

その市民に負担させるいかなる類型にも属しない。

第五。アメリカ人の生命、自由、あるいは財産の損害を賠償できるような方策は全くない。

第六。核戦争は「人類最後の疫病」となるものだ。国民の公衆衛生が核戦争の犠牲者を救出できる手だてはまったくない。⁷¹

このような効果があるならば、修正第5条の侵害だという結論には反駁の余地がない。(Miller 1984b : 382)

核兵器にかかわるこの6つの命題と修正第5条の侵害論について議論の余地なしという主張に、わたしは異論があること自体を承知したうえで、この主張に共感するところが多い。しかし核兵器が使われて核戦争になると、なにびとも核戦争を制約し得ないとミラーが「定義する」ことにブルーベイカーから異論がでてくる。これに言及しないのは、やや討議の不備を感じさせる。

6 小結

わたしの所感は、つぎのとおりである。「短い回答で」と題したミラーの応答発言では、10編にのぼる論考に万遍なくふれることはできない。それにしても、ここでとりあげた3篇のうちボールの「議会が“戦争宣言権限”を（大統領に）授権する」という問題にだけミラーは応答している。ここから、立憲主義が発する立憲的妥当性というメッセージを論述したことは有意義だった。あえてとりあげると、末尾の部分でミラーは、「“ヒューマンイズムの傲慢さ”⁷²というもの」について記述している。それは「理性の実践を通じて人類はその将来を統制できるという信条である。」たしかに、「人類は絶滅を免れる知能、意志、およびスタミナを有するという仮定の上に立って、われわれは行動しなければならない。」という (Miller 1984b : 383)。この「仮定の上に立った行動」としては、人間の主体的な選択が決定的な意義をもつのである。

ここでの憲法論議がアメリカ立憲主義の再構成にむけて受け止められて、実践と理論のそれぞれの次元で発展することが期待されたはずである。だが、その後の状況はまだ定かでない。

結語

要約：本稿では、まずミラーが「核兵器と憲法」論

で、核時代のアメリカ立憲主義の哲学的根拠をしめして、その含意は核戦争と核兵器使用が当然違法だと主張したことを確認した。つぎに彼が憲法前文は憲法解説者に核兵器の違法性というただ一つの方向に向かうべきことを命令していること、また関連諸条項を解説してつぎのように論断したことを確認した。すなわち連邦議会は核戦争の宣戦布告権を大統領に授権できないこと、議会には犯罪 (offenses) を処罰する権限があること、大統領は憲法第2編 (8項) に従って国際法を忠実に執行しなければならないこと、さらに法の適正手続規定は連邦政府に積極的義務を課すものであること、これである。これをめぐる憲法論議の一端を検討した。

アメリカ立憲主義・再論：憲法学者としてミラーは、すでに1979年に論文集『社会変容と基本法：進化するアメリカ憲法』を刊行した。これは1958年から1977年までに発表した諸論文を集めたもので、書きおろしの「第1章序説」は「“生ける”アメリカ憲法が必要とするもの」と題しており、「第10章」で、「“生ける”憲法の問題点についてのノート」を配していた。そこで彼は、この概念の問題点を指摘したうえで、「憲法はニュートン学派ではなく、社会ダーウィン主義学派にとって必要な道具だ。」立憲ダーウィン主義学派は急激な社会変容の時代にとって不可避のものであって、これによって「憲法の基礎的価値が保持されなければならない」と主張した (Miller 1979 : 344)。そして本書所収諸論文で註記した諸文献がアメリカ立憲主義の研究にとって有用であると述べた (Miller 1979 : 383)。このあと1982年に、論文「核兵器と憲法」が書かれ、そこでアメリカ立憲主義の哲学的基礎がしめされ、そこにレオン・デュギーの「社会連帯」と客観法の思想が強調されていた⁷³。

しかしその後、1988年に逝去するまで3年あまりしか時間は残らなかった。この間、ミラーはきわめて旺盛な執筆活動をおこなった。例えば、つぎの諸文献をあげることができる。論文として「アメリカ立憲主義の神話と現実」(Miller 1984c)、「(人間の) ニーズ (Needs) を真剣に受け止めよ」(Miller 1984d)、「見せかけと二つの憲法」(Miller 1986a)、「議会、憲法、および核兵器の先制使用」(Miller & Cox 1986b)があり、これらの諸論文を活かして著書『秘密の憲法と憲法変革の必要性』(Miller 1987)が刊行された。

この最後の著書は2部編成であって、まず憲法二元論 (例えば形式憲法と秘密憲法) が俎上にあがり批判されており、次いで持続社会の実現のために憲法変革

が必要だと論じている。この書物の「文献紹介エッセイ」では、例えば、裁判所中心の憲法解釈に依拠するのではなく、政治学と倫理学の諸命題に立ち返ること、これが立憲主義の再構成にとって重要だと強調している。だから、プラトン、アリストテレス、トゥキディデス、マキャベリ、エドモンド・パーク、アダム・スミス、J.J.ルソー、ホッブズ、モンテスキューを例示しており、それにくわえて「フェデラリスト」をあげている。また英米憲法の二重性格を指摘して、立憲主義による憲法二元論（例えば形式憲法と秘密憲法）の嚆矢を、ウォルター・バジヨットの著作『イギリス憲法』（1867）だとしている（Miller 1987：169-173）。そのうえで核時代において立憲主義の再構成をなしとげようと呼びかけている。その要点は、憲法による政府権能の制限を強調する伝統的な古典的立憲主義から脱却すること、そして政府が人間のニーズ実現にむけた積極的義務を負うとする現代的立憲主義へと転換すること、これが必要でありかつ必然である、このことが緊急の重要な課題だとされている。

しかも社会ダーウィン主義学派ではなく、アインシュタインとそれ以降の哲学思想を基礎として立憲主義の再構成をもとめるという立場を表明したのである。

未完の「核兵器と憲法」論議：本稿でとりあげた憲法論議で触発された重要な論点が、これまでの記述によって尽くされたのではない。これらの論点には議論の次元を明確にすること、また文脈との関連で重要度を区別することなど、留意すべきものがある。そこで例えば核兵器の使用は必ず核戦争にエスカレートするかという論点に立ち入らなかった。また国家安全保障論の立場から、核兵器の使用は「自衛と緊急事態」の場合に容認されるという主張があり、この論点も残された。核兵器の犯罪化という論点とその世論形成における意義と展望という困難な問題もある。

こうした問題は、地球市民の連帯という立場にたって住民、市民、あるいは人民の利益と権利を擁護し実現すること、また人間の安全保障の要請とかわかってさらに論じるべきであり、さらにこうした人間的ニーズを立憲政治で実現する政治体制を形成するという地球の人類の課題とかわわっている。これらは今後に残された憲法上の課題であり、かつ憲法学の使命とかわわっている。

【注】

※本稿は翻訳作業で伊藤勸氏にお世話になった。記して謝意を表する。

- 1 浦田賢治「核兵器と憲法：アメリカ合衆国における立憲主義の再構成」和田英夫ほか著『現代における平和憲法の使命』（三省堂、1986）179-218頁。
- 2 Obituaries: Arthur Miller, 71, Law Professor, The New York Times, May 16, 1988.
- 3 参照、NCLPのウェブサイト：<http://lcn.org/> 現在ミラーは、この委員会の諮問会議のリストに載っていない。
- 4 Miller, Arthur S., "Nuclear Weapons and Constitutional Law", *Nova Law Journal*, Vol. 7, Issue 1 (Fall 1982), pp. 21-38. この論文はほぼそのまま、Arthur S. Miller & Martin Feinrider eds., *Nuclear Weapons and Law*, Greenwood Press, 1984に収録された。
- 5 Whitehead, as quoted in Miller, "A Note on the Criticism of Supreme Court Decisions," 10 *J.Pub.L.*139 (1961).
- 6 Whitehead, as quoted in A. Brecht, *Political Theory: The Foundation of Twenty-Century Political Thought*, 262 (1959) (paperback ed.1967).
- 7 Jonathan Schell, *The Fate of the Earth*, 188, Picador, 1982.
- 8 McIlwain, Charles H., *Constitutionalism, Ancient and Modern*, Cornell University Press, 1940 (rev.ed.1947).
- 9 The Federalist No.51, p.349 (J.Madison) (J.Cooke ed. 1961). *The Federalist* : a collection of essays, written in favour of the new Constitution, Mansfield Centre, Conn. : Martino Pub., 2001.
- 10 Duguit, Léon, *Les transformations du droit public*, Paris, A. Colin, 1925, 3. tirage, p.29. English: *Law in the modern state*, p.26 (translated by Frida and Harold Laski, B.W. Huebsch, 1919). 日本語訳に、レオン・デュギー著（木村常信訳）『公法変遷論』（大鏡閣、1930）がある。
- 11 Duguit, Léon, "The Law and the States", 31 *Harv. L. Rev.* 1 (1917-1918) pp.1-185. 日本語版には堀真琴訳『法と国家』（岩波文庫、1965）がある。なお、レオン・デュギー著、赤坂幸一・曾我部真裕訳『一般公法講義（1926）』（金沢法学・2004年以降2007年まで7回の連載がある。
- 12 参照、深瀬忠一「A・エスマンの憲法学」北大法学論集15巻2号（1964）95-120頁。この稿は末尾で、エスマンの限界を指摘し、デュギーに言及している。
- 13 *Wolf v. Colorado*, 338 U.S.25, 27 (1949).
- 14 Hirsch, N. H., *The Enigma of Felix Frankfurter*, Basic Books 1981, pp. 189-90.
- 15 Hayek, Friedrich A. von, *The Constitution of Liberty*, Loutledge & Kegan Paul, 1960, p.181.

- 16 Bell, "The End of American Exceptionalism," 41 *The Public Interest* p.193 (1975)
- 17 Gardner, Martin, *The Whys of a Philosophical Scrivener*, Oxford University Press, 1985, c1983; p.429 (1999 paperback ed.)
- 18 *Supra* note 16. *The Public Interest*, p.222.
- 19 Kennan, George, "On Nuclear War", *The New York Review*, Jan.21, 1982, p.8. For discussion, see Miller, A.S., *Democratic Dictatorship: The Emergent Constitution of Control*, Praeger; 2 edition (June 17, 1981); Miller, A. S., *Toward Increased Judicial Activism: The Political Role of the Supreme Court*, Greenwood Press, 1982.
- 20 Address by Earl Warren, Chief Justice of the United States Supreme Court at the Louis Marshall Award Dinner of the Jewish Theological Seminary of America in New York City (Nov.11, 1962).
- 21 Fried, John, "War-Exclusive and War-Inclusive Style in International Conduct", 11 *Tex.Int'l L.J.* 1,26 (1976) (quoting from S.REF. No.797, 90th Cong., 1st Sess. 1, 26(1967)).
- 22 Clausewitz, Carl von, *Vom Kriege*, Dümmlers Verlag, 1973, S.210; *On War* edited and translated by Michael Howard and Peter Paret, Princeton University Press, 1984.
- 23 Story, Joseph, *Commentaries on the Constitution of the United States*, bk.3, § 462, p.361, 5th ed. by Melville M. Bigelow, William S. Hein & Co., 1994. (1st ed. 1833).
- 24 17 U.S. (4 Wheat) 216, 421 (1819). See Corwin, E. Samuel, *The Constitution and what it means today*, p.2, (13th ed, Rev. by Harold W. Chase and Craig R. Ducat) Princeton University Press, 1973. ここでは、「憲法は...現状に照らして、また現在の問題を解決する目的の下に解釈されるべきである」と述べられている。なお参照、コーウィン 著 村上義弘 等共訳『アメリカ合衆国憲法：憲法とその現代的意味』(有信堂, 1960)。
- 25 10 U.S. (6 Cranch) 87 (1810).
- 26 25. Id.at 143 (Johnson, J., concurring).
- 27 Friedman, Leon (ed.), *The Law of War: A Documentary History* 309 (1972) ; Richard Falk, Elliot Meyrowitz and Jack Sanderson, "Nuclear Weapons and International Law" (1980) 20 *Indian J. Int'l L.* 541; Falk, Meyrowitz and Sanderson, *Nuclear Weapons and International Law*, p.15 (Occasional Paper No.10, World Order Studies Program, Center of International Studies, Princeton University (1981)).
- 28 See Friedman, *supra* note 27, p. 309.
- 29 See Miller, A.S., *Democratic Dictatorship: The Emergent Constitution of Control*, Praeger Publishing, 1981, pp.77-80.
- 30 McNamara, Bundy, Smith & Kennan, "Nuclear Weapons and the Atlantic Alliance," 60 *FOREIGN AFF.* 753 (Spring 1982).
- 31 Friedrich, Carl J. (Carl Joachim), *Constitutional Reason of State : the survival of the constitutional order*, Brown University Press (1957) pp.4-5.
- 32 *The Federalist*, No.51, p. 349 (J.Madison) (J.Cooke ed. 1961).
- 33 Kent, James, *Commentaries on American Law*, Da Capo Press (1971, 1st ed. 1826), vol.1, p.1.
- 34 120 U.S. 479 (1887).ミラー、いわく。アリョーナ原則は連邦最高裁により採用されたものであって、「軍事委員会は合衆国陸軍の慣行上実在していたので、戦時法規違反の犯罪を審理し処罰するため適切な審判所として」、議会は軍事委員会を設置できるとの判決が下された。In re Yamashita, 327 U.S. 1,7 (1946); Ex parte Quirin, 317 U.S. 1 (1942). Compare Reel, A. Frank (Adolf Frank), *The case of General Yamashita*, University of Chicago Press, 1949. (Miller1984a : 247)
- 35 G.A.Res. 1653, 16 U.N.GAOR Supp. (No.17) at 4, U.N.Doc. A/5100 (1961). この決議は、原爆裁判下田判決 (1963年12月7日) の約2年まえである。下田判決については、松井康浩『原爆裁判』(新日本出版社、1986) があり、ここに国際法学者 (高野雄一、田畑茂二郎、安井郁) の3つの鑑定書も含まれている。また参照、Falk, Richard, "The Shimoda Case: a legal appraisal of the atomic attacks upon Hiroshima and Nagasaki", *AJIL*, vol. 59, 1965, p. 759. なお、「原子爆弾、東京裁判、下田判決——反核法律運動への教訓」と題する英文論文がある。Yuki Tanaka and Richard Falk, "The Atomic Bombing, The Tokyo War Crimes Tribunal and the Shimoda Case: Lessons for Anti-Nuclear Legal Movements," *The Asia-Pacific Journal*, Vol. 44-3-09, November 2, 2009.
- 36 See Friedman, *supra* note 27, p. 60.
- 37 参照、浦田賢治編著『核抑止の理論：国際法からの挑戦』(憲法学会発行、日本評論社発売、2011) 19-27頁。なおハーマン・カーンが創設したハドソン研究所で、昨年9月、2013年ハーマン・カーン賞授賞のセレモニーがあった。外国人としては初の受賞者・安倍晋三総理のスピーチは「首相官邸」のウェブサイトで見聴できる。なお、「積極的平和主義“proactive pacifism”」の概念にたいする批判として、参照、Prime Minister Shinzo Abe has approved a plan to strengthen the nation's military .December 22, 2013 - The

- New York Times - Opinion - Article - Print Headline: "Japan's 'Proactive Pacifism'".
- 38 参照、浦田賢治編著上掲書218-230頁。浦田賢治編著『原発と核抑止の犯罪性：国際法・憲法・刑事法を読み解く』（憲法学会発行、日本評論社発売、2012）273-275頁。
- 39 Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1 (1958).
- 40 71 U.S. (4 Wall.) 475 (1866).
- 41 United States v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974).
- 42 Dames & Moore v. Regan, 453 U.S. 654 (1981)レーガンは当時の財務長官だった。See Miller, "Dames & Moore v. Regan: A Political Decision by a Political Court", 29 U.C.L.A. L. REV.1104 (1982)
- 43 Richmond Newspaper, Inc. v. Virginia, 448 U.S. 555, 595 & n.20 (1980) (Brennan, J., concurring).
- 44 Feinrider, Martin, "International Law: Another Constitutional Constraint on Use of Nuclear Weapons", Arther S. Miller & Martin Feinrider eds., Nuclear Weapons and Law, Greenwood Press,1984, pp.83-106.
- 45 300 U.S. 379 (1937).
- 46 391 U.S.430 (1968).
- 47 Emerson, Thomas I., "The Affirmative Side of the First Amendment", 15 GAL.REV.795 (1981).
- 48 The New York Times, Obituaries, 83, Scholar Who Molded Civil Liberties Law, June 22, 1991.
- 49 See *supra* note 10.
- 50 14. 当時の連邦最高裁首席判事ラーニッド・ハンド (Learned Hand) に対する弁明。United States v. Dennis, 183 f.2d 201, 212 (2d Cir.1950).
- 51 ブルーベイカーはつぎの註をつけている。ミラー教授は、Falk, Meyrowitz and Sanderson, *Nuclear Weapons and International Law* (Occasional Paper No.10, World Oder Studies Program, Center of International Studies, Princeton University (1981))に明らかに頼っている。この著書以外には、核兵器は違憲だというミラー教授の主張を支持するため使用可能な多くの文献を見つけ出すことは困難である。核兵器の使用は違法だと主張する1961年の国連総会決議1653 (16 U.N.GAOR Supp. (No.17) at 4, U.N.Doc. A/5100 (1961))がある。(55カ国が決議に賛成票、20カ国が反対票を投じ、26カ国が棄権した)。しかしマイケル・エイクハースト (Michael Akehurst) 教授がその著書：*A Modern Introduction to International Law*, George Allen and Unwin, (1982, 4th ed.) p.252 (1978 3rd ed.) で指摘しているように、「この種の国連総会決議は、精々単なる慣習法の存在を証明するに過ぎない。しかしこの決議の投票結果は、この慣習が全体的に受け入れられたものでないことを表している。」アメリカ合衆国は反対票を投じ、一方ソ連は賛成票を投じた。多分これはその当時ソ連が核兵器開発において劣勢の状態に置かれていたからであろう。
- 52 Brown v. United States, 12 U.S. (8 Cranch) 110,128 (1814).
- 53 See Talbott, Strobe, Endgame: *The Inside Story of Salt II*, pp.20-21,Harpercollins (1979).
- 54 Miller, *supra* note 4, p. 24. Miller, "Nuclear Weapons and Constitutional Law", 7 NOVA L.J.21 (1982).
- 55 ソイファ、いわく。最近の例外は、Black, "A Round Trip to Eire: Two Books on the Irish Constitution, Book Review", 91 YALE L.J. p. 391 (1981) に記載されている。修正第9条の適用に関するブラックの論拠は、この論文にその概略が述べられているテーマと明らかに関連性があり、またそれを補足するものである。
- 56 例えば、Wiecek, William M., *The Sources of Antislavery Constitutionalism in America, 1760-1848*, Cornell University Press, 1977及び56 TEX.L.REV.1319 (1978) で述べたのソイファの意見を参照。
- 57 まずもって参照、Henkin, Louis, "Infallibility under Law: Constitutional Balancing", 78 COLUM.L.REV.1022 (1978); また参照、Miller, Charles A., *The Supreme Court and the Uses of History*, Belknap Press of Harvard University Press, 1969.
- 58 例えば、Moore v. City of East Cleveland, 431 U.S. 494,pp. 502-04 (1977); Ely, John Hart, "The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade", 82 YALE L.J. pp.920-949 (1973)を参照。
- 59 例えば参照、Kurland, Philip B., "The Privileges or Immunities Clause: Its Hour Come Round. At Last?", 1972 WASH. U. L.Q. 405, 418-20; Ely, John Hart, *Democracy and Distrust : a Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, pp.22-30 (1980)。
- 60 このテーマ及びその歴史的背景に関する労作については、つぎの文献を参照。Soifer, "Protecting Civil Rights: A Critique of Raoul Berger's History", 54 N.Y.U.L.REV.651 (1979); Dimond, Paul R., "Strict Construction and Judicial Review of Racial Discrimination under the Equal Protection Clause: Meeting Raoul Berger on Interpretivist Grounds" , 80 MICH.L.REV. 462 (1982).
- 61 Koch, Adrienne, *Jefferson and Madison: The Great Collaboration*, Alfred A. Knopf, (1950) p.74. ソイファは、つぎのように述べている。「地球は、用益権の形で生者に属している」というジェファソンの主張は、1789年9月6日に書かれ、1790年1月9日まで投函されなかったジェイ

ムズ・マヂソン宛の手紙に記載されている。この手紙及びこの手紙がマヂソンとジェファソンの間に巻き起こした意見の交換については、Kochの上掲書pp.62-96（1950）で論じられている。ジェファソンは、未来の世代に対する生者の責任については真剣に考えており、浪費及び現在の世代により担われるべきであると彼が信じていたその他の自然法に基づく義務違反を防止するために、特定の法的規制を提案するに至ったほどである。

- 62 例えば、将来の世代による現世代の人々に対する要求の可能性に関する哲学的な議論については、つぎの文献を参照。Sikora, R and Barry, B ,eds. *Obligations to Future Generations*, Temple University Press (1978); Kavka, Gregory, "The Paradox of Future Individuals", *Philosophy and Public Affairs*, Vol.11, p.113 (1982); Ackerman, Bruce A., *Social Justice in the Liberal State*, Yale University Press, 1980.

ソイファは、いう。「法と経済の議論を背景とした世代の問題に関して、私の知る限り最高の論評は、Heller, "The Importance of Narrative Decision-Making: The Limitations of Legal Economics as a Basis for a Liberal Jurisprudence - As Illustrated by the Regulation of Vacation Home Development", 1976 WIS.L.REV. 385, 459-68に見られる。」

- 63 McCulloch v. Maryland, 17 U.S. (4 Wheat) 316, 415 (1819).
 64 Dunne, Gerald T., "A Grenville Clark Hypothetical", 7 Nova L.J.167,171 (1982).
 65 Freund, Paul A., *On Understanding the Supreme Court*, p.1, Little, Brown (1949)
 66 Jenkins, Iredel, "Admirable Ends-Ineffective means", 7Nova L.J. 127 (1982)
 67 Miller, Arther S., "Constitutional Challenge of Nuclear Weapons : A Note on the Obligation to Ward Off Extinction, IX BROOKLYN J. INT'L L. (1983) pp.325-331.
 68 Carolina Env'tl. Study Group, 431 F. Supp. 209.
 69 Sivard, Ruth, *World Military and Social Expenditures, 1981* (1982). ルス・シルヴァースは1974年に非営利の出版社 World Priorities Inc. を設立し、1996年の第16版にいたるまで年次報告書を刊行してきた。
 70 *Supra* note 29, Miller, *Democratic Dictatorship*.
 71 Miller 1984b : 382.
 72 See Ehrenfeld, David W., *The Arrogance of Humanism*, Oxford University Press, 1978.
 73 Nova Law Journal, Volume 7, Number 1,1982. この1982年9月2日には、ブルックリン・ロースクール (Brooklyn

Law School) で、核政策法律家委員会とアメリカ国際法協会がBrooklyn Journal of International Law誌と共催して、シンポジウムを開催した。その成果はつぎの雑誌に収録された。Symposium Nuclear Weapons: A Fundamental Legal Challenge. Brooklyn Journal of International Law, Vol.9, No.2, pp.199-335.