

博士論文

アメリカにおける外国人の退去強制に関する  
憲法理論の研究

平成 19 年 12 月

新井 信之

# アメリカにおける外国人の退去強制に関する 憲法理論の研究

## — 目次 —

### 序 論 問題の所在と本研究の視座

1. 問題の所在	1 頁
(1) 合衆国における外国人の排斥	1 頁
(2) 退去強制の苛酷さ	1 頁
2. 本研究のねらいとその内容	2 頁
(1) 本研究における用語の意味と考察の範囲	2 頁
(2) 本研究の構成	3 頁
3. 本研究の視座とその意義について	6 頁

### 第 1 部 アメリカにおける退去強制制度の概観

#### 第 1 章 退去強制法の歴史と現行制度の概要

第 1 節 退去強制法の史的展開	12 頁
1. 退去強制法制定の背景	12 頁
(1) アメリカ合衆国の成立と外国人	12 頁
(2) 退去強制権限の確立と 1888 年退去強制法の制定	12 頁
2. 退去強制法強化の時代	13 頁
(1) 移民の流入と社会不安の増大	13 頁
(2) 第 1 次世界大戦の勃発とナショナリズムの高揚	15 頁
3. 国家の非常事態とマッカーシズムの時代	15 頁
(1) 1940 年外国人登録法の成立	15 頁
(2) 反共立法の展開	16 頁
第 2 節 現行退去強制法の制定	18 頁
1. 1952 年移民・国籍法の成立とその問題点	18 頁
2. 現行法の展開	19 頁

(1) 1960年代および1970年代の修正	19頁
(2) 1980年代の修正	20頁
(3) 1990年代の修正	21頁
(4) 2001年同時多発テロ以降から現在へ	22頁
第3節 現行退去強制制度の概要	25頁
1. 退去強制事由	25頁
2. 退去強制手続	26頁
3. 退去強制からの救済手段	26頁
小 結	28頁

## 第2章 退去強制の概念と憲法上の位置づけ

はじめに	30頁
第1節 退去強制の概念	30頁
1. 退去強制の基本観念	30頁
2. 非刑事手続としての退去強制	31頁
(1) 退去強制の刑罰性	32頁
(2) 判例の立場	32頁
(3) 「非刑事手続」への疑問	33頁
3. 退去強制と入国拒否の区別	34頁
(1) 単一かつ同一の権限	34頁
(2) 退去強制への憲法的効力の保障	34頁
第2節 退去強制権限の法的根拠	37頁
1. 憲法に列挙される (enumerated) 規定から派生する権限としての退去強制	37頁
(1) 帰化に関する統一的な規定	37頁
(2) 通商規制に関する規定	38頁
(3) 戦争権限に関する規定	38頁
(4) 奴隷輸入に関する規定	39頁
2. 憲法に内在する (implied) 権限としての退去強制	39頁
(1) 憲法によって委任される主権的権限	39頁
(2) 憲法に含意される外交権限	39頁
3. 超憲法的 (extra-constitutional) 権限としての退去強制	40頁
4. 残余の (residual) 州権限としての退去強制	40頁
第3節 憲法構造における退去強制の位置づけ	42頁
1. 憲法の存立目的と必要性のルール	42頁

2. 外国人の排斥と憲法構造上の二つの原理	43 頁
小 結	44 頁

## 第 2 部 退去強制の特質と司法の自己抑制理論

### 第 3 章 連邦議会の絶対的権限 (plenary power) 理論

はじめに	47 頁
第 1 節 国家主権と絶対的権限理論の起源	48 頁
1. 入国規制に関する主権原理の勃興	48 頁
(1) 州際通商条項による規制	48 頁
(2) 憲法に内在する主権的権限	49 頁
(3) 国際法上の公理としての主権的権限	49 頁
(4) 入国拒否から退去強制の事案へ	50 頁
2. 連邦議会の絶対的権限と司法の自己抑制理論	51 頁
第 2 節 絶対的権限理論の特質	54 頁
1. 19 世紀後半における絶対的権限理論の発祥	54 頁
2. アングロサクソニズムの拡張と絶対的権限	54 頁
第 3 節 絶対的権限理論に対する学説の立場	56 頁
1. 超憲法的権限理論への疑問	56 頁
(1) 国際法と合衆国政府の存立基盤	56 頁
(2) 外交権限の根拠と出入国管理・規制	57 頁
2. 退去強制事件への絶対的権限理論の拡張とその批判	57 頁
(1) Fong Yue Ting 事件における各裁判官の意見	57 頁
(2) 学説による批判	58 頁
3. 学説における今日的立場	59 頁
(1) 憲法的無制約理論への批判	60 頁
(2) 政治部門への服従に対する批判	60 頁
(3) 絶対的権限理論の否定と拡張理論	61 頁
小 結	64 頁

### 第 4 章 判例における絶対的権限理論の射程

はじめに	66 頁
第 1 節 修正 1 条による制約可能性	67 頁
1. 外国人の政治・言論活動の自由	67 頁
(1) Bridges v. Wixon 事件	67 頁

(2) Harisiades v. Shaughnessy 事件	・ ・ ・ ・ ・ 67 頁
(3) PFLP 事件	・ ・ ・ ・ ・ 69 頁
2. 口頭審理の非公開	・ ・ ・ ・ ・ 70 頁
第 2 節 修正 4 条による制約可能性	・ ・ ・ ・ ・ 72 頁
1. Terry v. Ohio 判決の適用	・ ・ ・ ・ ・ 72 頁
2. 国境および国境付近における違反調査	・ ・ ・ ・ ・ 72 頁
(1) 国境およびこれと同等の機能を果す地点	・ ・ ・ ・ ・ 72 頁
(2) United States v. Martinez-Fuerte 事件	・ ・ ・ ・ ・ 73 頁
(3) United States v. Brignoni-Ponce 事件	・ ・ ・ ・ ・ 73 頁
3. 国境付近以外の地域における違反調査	・ ・ ・ ・ ・ 74 頁
(1) 私的領域における違反調査	・ ・ ・ ・ ・ 74 頁
(2) 路上および公共施設	・ ・ ・ ・ ・ 75 頁
(3) 職場および商業施設への立入り	・ ・ ・ ・ ・ 75 頁
(4) 私的住居への立入り	・ ・ ・ ・ ・ 76 頁
4. 二段階の基準への疑問	・ ・ ・ ・ ・ 77 頁
第 3 節 修正 5 条による制約可能性	・ ・ ・ ・ ・ 79 頁
1. 手続的デュー・プロセスの保障	・ ・ ・ ・ ・ 79 頁
(1) Kaoru Yamataya v. Fisher 事件	・ ・ ・ ・ ・ 79 頁
(2) Shaughnessy v. Mezei 事件	・ ・ ・ ・ ・ 81 頁
2. 実体的デュー・プロセスの保障	・ ・ ・ ・ ・ 83 頁
(1) Lem Moon Sing v. United States 事件	・ ・ ・ ・ ・ 83 頁
(2) Landon v. Plasencia 事件	・ ・ ・ ・ ・ 84 頁
(3) Reno v. Flores 事件	・ ・ ・ ・ ・ 85 頁
3. 平等保護の保障	・ ・ ・ ・ ・ 87 頁
(1) 退去強制における平等保護の一般的否認	・ ・ ・ ・ ・ 87 頁
(2) Francis v. INS 事件	・ ・ ・ ・ ・ 87 頁
4. 帰化・市民権（国籍）の得喪	・ ・ ・ ・ ・ 89 頁
(1) 市民権の意味	・ ・ ・ ・ ・ 89 頁
(2) United States v. Schwimmer 事件	・ ・ ・ ・ ・ 90 頁
(3) Afroyim v. Rusk 事件	・ ・ ・ ・ ・ 91 頁
(4) Nguyen v. INS 事件	・ ・ ・ ・ ・ 93 頁
第 4 節 修正 6 条による制約可能性	・ ・ ・ ・ ・ 97 頁
1. 審理過程におけるデュー・プロセスと修正 6 条	・ ・ ・ ・ ・ 97 頁
2. 立証責任とその基準	・ ・ ・ ・ ・ 98 頁
3. 弁護人選任権	・ ・ ・ ・ ・ 98 頁

(1) 国選弁護人制度の不適用	98 頁
(2) <i>Aguilera-Enriquez v. INS</i> 事件	99 頁
4. ミランダ警告と証拠排除ルール	99 頁
(1) <i>Miranda v. Arizona</i> 判決と権利の告知義務	100 頁
(2) <i>Navia-Duran v. INS</i> 事件	100 頁
第 5 節 修正 14 条による制約可能性	103 頁
1. 外国人の憲法上の地位	103 頁
(1) <i>Yick Wo v. Hopkins</i> 事件	103 頁
(2) 非合法外国人の権利主体性	104 頁
(3) <i>Plyler v. Doe</i> 事件	105 頁
2. 「特別な公共の利益」へのアクセス	106 頁
(1) <i>Truax v. Raich</i> 事件	106 頁
(2) <i>Takahashi v. Fish &amp; Game Comm'n</i> 事件	107 頁
(3) <i>Graham v. Richardson</i> 事件	108 頁
3. 連邦法における平等保護との比較	110 頁
(1) <i>Mathews v. Diaz</i> 事件	110 頁
(2) <i>Hampton v. Mow Sun Wong</i> 事件	112 頁
第 6 節 権力分立原理による制約可能性	115 頁
1. 連邦と州との権限の分配	115 頁
2. 連邦議会と連邦政府との権限の分配	117 頁
第 7 節 人身保護令状による制約可能性	119 頁
1. 人身保護令状による司法的救済	119 頁
(1) 人身保護令状とアメリカ司法府	119 頁
(2) <i>Nishimura Ekiu v. United States</i> 事件	119 頁
(3) 退去強制事件における人身保護令状の射程	120 頁
(4) 人身保護令状の適用状況	121 頁
2. 2000-2001 年度開廷期の 2 つの事案	122 頁
(1) “2001 年” の出入国管理・規制へのインパクト	122 頁
(2) <i>INS v. St.Cyr</i> 事件	122 頁
(3) <i>Zadvydas v. Davis</i> 事件	123 頁
小 結	125 頁
第 5 章 絶対的権限理論の動揺とその範囲	
はじめに	128 頁
第 1 節 <i>Zadvydas v. Davis</i> 判決の概要	128 頁

1. 事実の経緯	128 頁
2. 判決の要旨	129 頁
(1) 人身保護請求の妥当性	129 頁
(2) 司法審査の範囲	130 頁
(3) 重大な憲法問題の提起	130 頁
(4) 結論	131 頁
第 2 節 絶対的権限理論の動揺 (?)	132 頁
1. Shaughnessy v. Mezei 判決との比較	132 頁
2. 合衆国憲法による制約	133 頁
3. 絶対的権限理論の揺るぎない主張	134 頁
(1) スカリア裁判官による反対意見	134 頁
(2) ケネディ裁判官による反対意見	135 頁
第 3 節 退去強制における収容と「自由の核心」法理	137 頁
1. 司法判断適合性の拡張	137 頁
2. 「自由の核心」法理の伝統	138 頁
(1) Reno v. Flores 判決における「身体的拘束からの自由」	138 頁
(2) 「仮放免される権利」の憲法上の位置づけ	139 頁
(3) 国家の主権原理と外国人の収容	140 頁
第 4 節 「テロリストの例外」の法理	143 頁
1. 法廷意見による留保と 9.11 同時多発テロ事件	143 頁
2. 戦争権限としての出入国管理・規制	144 頁
小 結	145 頁

## 第 6 章 同時多発テロ事件と絶対的権限理論の再興

はじめに	147 頁
第 1 節 敵性外国人の退去強制	148 頁
1. 敵性外国人と大統領権限	148 頁
(1) 1798 年の敵性外国人法	148 頁
(2) Ludecke v. Watkins 事件	148 頁
2. 国家緊急・非常事態における歴史的対応	149 頁
(1) 政治部門への追従	149 頁
(2) 移民法の運用可能性	150 頁
第 2 節 同時多発テロ事件と外国人の排斥	152 頁
1. 国家の危機管理と移民法の執行	152 頁
(1) 1996 年移民法の運用	152 頁

(2) 2001年米国愛国者法の成立	153 頁
(3) 退去強制における収容の現状	154 頁
2. アラブ・イスラム系外国人への差別的処遇	154 頁
第3節 絶対的権限理論の再興	156 頁
1. 同時多発テロ事件のインパクト	156 頁
2. 9.11以降の判例理論の展開	157 頁
(1) Demore v. Kim 事件	157 頁
(2) Clark v. Martinez 事件	159 頁
(3) Jama v. Immigration & Customs Enforcement 事件	161 頁
第4節 国家の安全保障と外国人の処遇	166 頁
1. 合衆国市民への権利侵害	166 頁
(1) 9.11当初の処遇	166 頁
(2) アメリカ司法府の姿勢	166 頁
2. 合衆国市民と外国人との二重の基準	167 頁
小 結	169 頁

## 第3部 国家の自己保存原理と退去強制の限界

### 第7章 アメリカ移民法における自己保存原理の起源

はじめに	171 頁
第1節 Chae Chan Ping v. United States 判決の概要	172 頁
1. 事実の経緯	172 頁
(1) 1888年10月1日の法律制定の背景	173 頁
(2) 上告人の入国拒否	175 頁
(3) 事件の争点	175 頁
2. 判決の要旨	175 頁
3. 本判決の意義	176 頁
第2節 条約と国内法の効力関係	177 頁
1. 国家の最高法規としての条約と法律	177 頁
2. 国内法優先の法理	178 頁
3. 今日における連邦最高裁判所の姿勢	179 頁
第3節 国家の主権原理の属性としての出入国管理・規制	181 頁
1. 対外的な独立の保全	181 頁
2. 主権の内容と権限行使の拡張	182 頁
第4節 国家の自己保存原理の起源	183 頁

1. 入国拒否に関する“同化不可能な黄色人種の群れ”理論	183 頁
(1) 中国人移民による侵略	183 頁
(2) アングロサクソン民族ないし白色人種の「自己保存」	184 頁
2. 国家の自己保存原理の内容	185 頁
(1) 二つの政策的要因	185 頁
(2) 「政治社会」と「市民社会」の保護法益	185 頁
第 5 節 自己保存原理による絶対的権限理論の制約可能性	186 頁
1. 自己保存原理と絶対的権限との表裏性	186 頁
2. 憲法の存立目的としての自己保存原理の明確化	187 頁
小 結	188 頁

## 第 8 章 国家の自己保存原理と出入国管理政策の妥当性

はじめに	190 頁
第 1 節 人種差別政策を理由とした規制の限界	191 頁
1. 白色人種・血統の保護利益	191 頁
(1) 1892 年 5 月 5 日の法律の制定	191 頁
(2) 白人による証明の要件	192 頁
2. 移民割当制度(National Origins Quota System)	192 頁
(1) 1921 年 5 月 19 日の法律の制定	192 頁
(2) 1924 年 5 月 29 日の移民法の制定	193 頁
(3) 移民割当制度の廃止	193 頁
3. アングロサクソニズムの解消(?)	194 頁
第 2 節 政治体制の維持・防衛政策を理由とした規制の限界	195 頁
1. 「政治社会」の保護法益	195 頁
2. 国家防衛政策的要因による外国人の排斥	196 頁
(1) 20 世紀前半の動向	196 頁
(2) 共産主義者の排斥からテロリストの排斥への転換	196 頁
(3) 9.11 以降の立法政策	197 頁
3. 現行制度における国家防衛政策的な退去強制事由	198 頁
第 3 節 社会・経済・犯罪取締政策を理由とした規制の限界	200 頁
1. 「市民社会」の保護法益	200 頁
2. 社会防衛政策的要因による外国人の排斥	201 頁
(1) 法制度の展開	201 頁
(2) 2つのカテゴリー	202 頁
(3) 刑事犯罪者への厳格な処遇手続	202 頁

3. 現行制度における社会防衛政策的な退去強制事由	203 頁
(1) 刑事犯罪にかかわる事由	203 頁
(2) その他の社会防衛政策的事由	204 頁
第4節 行政秩序維持・管理政策を理由とした規制の限界	206 頁
1. 行政秩序の保護法益	206 頁
(1) 移民法における違反状態の解消	206 頁
(2) 不法入国と不法残留との区別	206 頁
2. 行政秩序維持の価値序列	207 頁
(1) 行政秩序違反の法益侵害と刑罰	207 頁
(2) 行政秩序の維持と非合法外国人との利益衡量	207 頁
3. 現行制度における行政秩序維持のための退去強制事由	208 頁
(1) 現行法における規定	208 頁
(2) 2006年移民法改正案における不法移民の排斥と刑事罰の付加	209 頁
小 結	212 頁

## 第9章 国家の自己保存原理と絶対的権限の制約モデル

はじめに	214 頁
第1節 外国人事件における憲法理論の枠組み	214 頁
1. 憲法構造における自己保存原理と自己統治原理	214 頁
(1) 外国人の政治・言論活動と退去強制	214 頁
(2) 国家の自己統治原理の適用領域	216 頁
(3) 自己保存原理と自己統治原理との峻別	218 頁
2. 専占理論と絶対的権限理論の峻別	219 頁
(1) 専占理論への誤解	219 頁
(2) 専占理論の性格	219 頁
(3) 専占理論の限界	220 頁
3. 「公／私」(public/private distinction)モデルの変容	221 頁
(1) 「公／私」モデルと出入国管理・規制理論との峻別	222 頁
(2) 「特別な公共の利益」から「疑わしい類別」の法理へ	222 頁
第2節 退去強制事件における絶対的権限の制約モデル	226 頁
1. 地域・領域類別型アプローチ (territorial standing approach)	227 頁
(1) 領域主権の適用範囲	227 頁
(2) 違反調査における活動領域の類別	227 頁
2. 権利保障型アプローチ (rights-oriented approach)	228 頁
(1) 手続的権利から実体的権利の保障へ	228 頁

(2) 実体的デュー・プロセス理論の可能性	229 頁
3. 制度保障型アプローチ (institutional-process approach)	230 頁
4. 制約理論の多様性と適用範囲	231 頁
第3節 合衆国憲法による主権原理の制約モデル	233 頁
1. 法規範としての主権概念	233 頁
2. 憲法の委任理論による抑制	234 頁
(1) 合衆国憲法による制約の担保	234 頁
(2) 今日の状況への示唆	235 頁
3. 主権理論 (絶対的権限) 適用領域の制限アプローチ	236 頁
(1) 一般的領域と絶対的権限理論の適用領域との峻別	236 頁
(2) 移民法における絶対的権限 (プレナリー) 領域の制限	237 頁
小 結	239 頁

## 結 論 退去強制の憲法的制約と日本法への示唆

1. 合衆国憲法による退去強制の制約	242 頁
(1) 退去強制の過酷さの再確認	242 頁
(2) 憲法構造と外国人の排斥	242 頁
(3) 自己保存原理と絶対的権限の相関関係	243 頁
(4) 絶対的権限理論の核心部分	244 頁
(5) 絶対的権限の法理に関する3つの領域	244 頁
(6) 絶対的権限理論の将来	245 頁
2. 日本法への示唆—出入国管理制度の問題点と解決の視点	246 頁
(1) 出入国管理の民主的統制	246 頁
(2) 国際慣習法と入国の自由	247 頁
(3) 法務大臣の裁量と在留の自由	248 頁
(4) 改革に向けての視点	251 頁
3. 今後の課題—退去強制からの自由と司法の役割	253 頁
(1) 外国人の市民的自由	253 頁
(2) 民主主義と外国人	253 頁
(3) 「法の支配」と憲法的正義の実現	254 頁

# アメリカにおける外国人の退去強制に関する 憲法理論の研究

## 序 論 問題の所在と本研究の視座

### 1. 問題の所在

#### (1) 合衆国における外国人の排斥

2001年9月11日、アメリカにおいて3000名に近い民間人が殺傷される同時多発テロ事件が発生し、合衆国政府は個別的自衛権を行使してタリバン政権が実効支配するアフガニスタンと戦争状態に陥った。さらに、2003年3月には国連・安全保障理事会の承認のないままイラク攻撃を敢行し、国際社会は大きな緊張感に包まれた。その後、アメリカ国内ではこのような国際情勢を反映してさまざまな治安秩序の強化がなされ、その一環として外国人の入国規制や在留管理についても厳しい措置がとられることになった。そこでは、一般外国人のビザ取得や入国審査のみならず、とくにアラブ・イスラム系外国人への人権侵害が大きな問題となっている。これらの多くは移民・国籍法を根拠になされるものであるが、引き続きテロの脅威にさらされているアメリカにおいては、このような外国人の処遇が重大な関心事となっているのである(1)。

そもそもアメリカ合衆国の歴史を振り返るとき、国家権力と外国人との関係は、時代ごとにさまざまな様相を呈してきた。国家の緊急・非常事態においてはとくに剥き出しの権力性が発揮されるのが常であり(2)、外国人は、アメリカの政治および経済体制の根幹を問題とする国内外の政治運動や労働運動に影響される社会的ヒステリーのスケープゴートにされてきたのであった(3)。そのなかでも出入国管理に関しては、その時々外交関係が強く影響し国家の対外的な主権原理とその権力性が如実に現れるゆえに、一般的な人権論だけでは解決のつかない様相を呈するのである。外国人とは、自らの国籍国へ一定の忠誠義務を負うところからも在留する当該国家との関係では異質なものにほかならず、政治的にも、社会的にも脅威的な存在であることが(4)、アメリカのみならず各主権国家のこれまでの共通した認識であった(5)。

#### (2) 退去強制の苛酷さ

各主権国家は、本来的に付随する固有の権限として、外国人の出入国を管理・規制

する権限を有すると一般的に理解されている(6)。アメリカ国内の統治作用においては、それは連邦議会に属する「絶対的かつ無制約」(absolute and unqualified)(7)な権限、すなわち「絶対的権限」(plenary power)であるという法理が早くから確立されている。これは、「国家主権の属性ないし国家主権に固有」(8)の入国拒否および退去強制の手続的・実体的要件は法律によって規定され、その運用は行政府の大きな裁量に委ねられるというものである(9)。

だが、外国人にとっての退去強制とは、外国人がその国に存在し、その社会で自己実現(self-realization)をする可能性(10)を根こそぎ奪い取ってしまう国家の強制権限であり、この種の国家権限の発動は、社会の治安維持を目的とする警察のそれよりも遥かに恐ろしいものとなりうる。なぜなら外国人に対する退去強制とは、「第一に外国人を逮捕し、自由を剥奪し、そして家族、家庭、仕事又は財産からの離別を強制する」ものであり、そしてその外国人を「海の彼方の遠い土地へ追放する」ものであるからなのだ(11)。これは、一時的に滞在する外国人にとっては単にその者がやってきた国への帰還を強制するに過ぎない行政上の一処分であるが、社会生活を営む本拠をその国の中に有し、合法的に永住・居住する外国人(permanent/resident aliens)(12)にしてみれば、これはまさに「遠島の終身刑にあたるような、刑罰の中でも最も苛酷な刑罰」(13)となりうるものでもある(14)。そのような意味において退去強制とは、外国人にとっての究極の人権問題といえるであろう。それゆえに、退去強制をなす国家権限の根拠と限界が改めて厳しく問われる必要があると考えられる。

## 2. 本研究のねらいとその内容

### (1) 本研究における用語の意味と考察の範囲

本研究は、世界的規模での人的交流の増大とともに、テロ活動防止をはじめとする多くの難問に直面し、それらに対処しなくてはならない国家の権限行使の適正化と外国人の権利保障を念頭に、わが国に多大な影響をあたえてきたアメリカ合衆国における外国人の退去強制に関する憲法理論について考察をおこなうものである。ここで使用される基本的な用語は、大まかに次のような意味で用いることとする。

まず第1に、本研究でいうところの「国家」とは、対外的に独立かつ、対内的には最高絶対の統治権限を有し、さまざまな固有の権限を享有する主権国家を意味する。また、「主権」の意味もこのようにとらえる。外国人の出入国管理・規制権限が国家の主権原理から派生し、「国家の概念と本来的に不可分なもの」(15)であるゆえに、国家の本質を踏まえた上での議論をこころがけていく。アメリカにおいては、この点について、今日に至るまで1世紀以上も引き続き真摯な議論がなされてきた判例理論の中に解答へのヒントが見出されるものとおもわれる。

第2に、本研究の主題である「退去強制」とは、すでに入国した外国人を国外へ退

去させるための違反調査～収容～違反審査～送還という一連の過程を指すものとしてそれぞれの過程における問題を具体的に論じていくこととするが(16)、ここでは、入国拒否、および入国した後の再入国拒否も含め、合法・非合法を問わず一旦領土内に入国し、滞在する国家・社会と何らかの紐帯(community tie)を有する外国人が在留することを拒否され、強制的に国外へ追放されるという広い意味での外国人の国外退去の過程全般を考察の範囲としていく(17)。この点、合衆国においては、1996年の「不法移民修正及び移民責任法」(18)によって、入国を求める外国人を拒否する「入国拒否」(exclusion)と、すでに合衆国に入国し在留を希望する外国人を国外へ退去させる「退去強制」(deportation)の決定手続とを「国外退去手続」(removal proceeding)として統一することになった。本研究においては、これまでアメリカ司法府が築いてきた憲法の最高法規性による国家権力の抑制(コントロール)方法を具体的に検証していくために、「入国拒否」「退去強制」「国外退去」という用語を適宜使い分けて考察をすすめていくこととする(19)。また、その他の用語については、文脈および脚注において説明をしていくこととしたい。

本研究では、基本的にこのような用語の意味と考察の範囲を前提としつつ、建国以来、とくに19世紀の末以降、国家の緊急時のみならず平時においても、それを連邦議会の「絶対的権限」として位置づけ外国人の出入国に関する事案を審理してきたアメリカ合衆国における判例理論を素材として退去強制権限の本質とその限界に関する法理を検証していく。そして、外国人に対する退去強制が究極の人権問題ともいえる苛酷さを孕むゆえに、わが国においても共通の問題として認識し、立法政策と法的救済理論への示唆を見出そうとするものである。とくに入国拒否とは区別され一旦本邦へ入国した外国人を国外へ追放する退去強制制度を用いて、テロ活動防止をはじめとする多大なリスクに対して強権的に立ち向かおうとする国家権限の適正化を導く可能性の根拠を探っていくものである。

## (2) 本研究の構成

本研究は、三部構成で成り立っている。その具体的な内容は、以下のとおりである。

まず、第1部「アメリカにおける退去強制制度の概観」では、本研究において外国人の退去強制に関する憲法的考察をおこなう前提として、移民・国籍法における退去強制制度の枠組みを確認する。ここでは、それぞれの時代の社会的背景を踏まえて法制度の史的展開と現行制度の特徴について紹介し、併せて退去強制の基本的な観念と憲法上の位置づけについても考察する。

第1部は、以下のような2つの章で構成される。

第1章「退去強制法の歴史と現行制度の概要」では、現行退去強制制度について定めた移民・国籍法のアメリカ合衆国の建国から現在までの展開について、国際社会と

の関係の変化およびそれにもなう国内の社会的状況を視野に入れながら分析したのちに、現行の退去強制制度について、その概要を紹介する。

第2章「退去強制の概念と憲法上の位置づけ」では、合衆国に存在する外国人をさまざまな理由で合法的に国外へ追放する国家の強制権限についての基本観念を整理し、その法的根拠に関する学説・判例を紹介する。ここでは、退去強制が憲法の存立目的と必要性のルールから導かれ、国家が外国人を排斥する原理が合衆国憲法における構造上の二つのパラダイム（枠組）から導かれることを明らかにする。

第2部「退去強制の特質と司法の自己抑制理論」では、退去強制の特質とアメリカ司法府がそれに対してどのような姿勢で臨んでいるかについて考察する。これまで裁判所が外国人の退去強制の事案においてどのような法理論を展開してきたのか、判例理論を整理しつつ、それに対する諸学説の批判を踏まえて考察を進めていく。とくに出入国管理・規制に関する連邦議会の絶対的権限に対する裁判所の自己抑制理論に焦点を当てて考察を進め、今日における法的状況について検証する。

第2部は、以下のような4つの章で構成される。

第3章「連邦議会の絶対的権限の法理」では、外国人の出入国管理・規制の領域における国家の主権原理と「絶対的かつ無制約」といわれる連邦議会の権限が判例理論において勃興した過程を分析していく。そして、このような絶対的権限理論が他のどのような領域において現われているか、またそれらに共通する原理がどのようなものであるかについて考察するとともに、かかる絶対的権限理論に対してこれまでなされてきた学説の批判および今日的な立場について紹介する。

第4章「判例における絶対的権限理論の射程」では、「連邦議会のより完全な立法権限」(the legislative power of Congress more complete) という文言のなかにその核心部分が表され、裁判所が繰り返しこの文言を用いて司法審査を避けてきたといわれる外国人の退去強制およびその周辺の事案について、合衆国憲法の各条項が絶対的権限を制約すべくどのように議論されてきたかについて検討する。このような絶対的権限の法理は、1世紀以上も経た今日の連邦最高裁の判決においても確固として引き継がれており、依然として移民受け入れの障壁 (barrier) としてアメリカ社会に定着しようとする外国人の前に大きく立ちはだかっている。だが、判例や学説は、退去強制手続の全過程について無条件でその効力を認めているのではなく、合衆国憲法がその制約のためにどのように作用するかについて、さまざまな議論を積み重ねてきたことを検証する。

第5章「絶対的権限理論の動揺とその範囲」では、同じ2001年の9.11同時多発テロ事件(以下、「9.11」という。)の発生前に下された2000-2001年開廷期の *Zadvydas v. Davis* 判決 (20) について、連邦最高裁判所がどのように判断を下し、そして、その射程をどのようにとらえているかについて検討する。本判決は、出入国管理に関する

連邦議会の絶対的権限に一定の制約を加え、「絶対的権限理論の終焉」(21)を意味するのではないかと大きな論議を巻き起こした事案で、最近の外国人の退去強制に関する重要なリーディングケースとなっている

第6章「9.11同時多発テロ事件と絶対的権限理論の『再興』」では、9.11による非常事態の発生に伴い、国家の権力性がいかに外国人の退去強制に重大な影響を及ぼすかについて、これまでの歴史的な経緯を踏まえて考察する。それは、平時においてはあまり表面化することのない退去強制に内在する国家（主権）の本質が、非常事態を契機として露骨に現われてくるものであり、本章においては、かかる視点からの検証をおこない、国家の緊急事態に対する司法の役割について考察する。

第3部「国家の自己保存原理と退去強制の限界」では、外国人の退去強制に関する連邦議会の絶対的権限行使の射程を明確化し、その限界を導こうとの狙いで、かかる権限行使の根拠とされる国家の自己保存原理の本質を検証する。本研究の第1部および第2部におけるこれまでの考察を基礎として、立法政策における妥当性とその限界および判例理論における審査モデルを整理し、独自の視点から絶対的権限に対する制約理論の体系化を試みるものである。

第3部は、以下のような3つの章で構成される。

第7章「アメリカ移民法における自己保存原理の起源」(22)は、連邦議会の絶対的権限と国家の自己保存原理の起源とされる *Chae Chan Ping v. United States* 判決(23)を分析する。ここでは、重要なリーディングケースとして外国人の出入国管理・規制に関して今日まで非常に大きな影響を与えてきた同判決が提起する諸論点をその後の判例を踏まえて多角的な視点から検討し、連邦議会の絶対的権限行使を制約する法理の手掛かりを探っていく。

第8章「国家の自己保存原理と出入国管理政策の妥当性」は、これまで明らかとなった国家の自己保存原理の内容をさらに体系化し、それらが現行の法制度においてどのように顕在化されているかを検証しつつ、「絶対的かつ無制約」といわれる連邦議会の出入国管理権限の射程を明らかにしていく。そのため、ここでは国家の自己保存原理によって保護されてきた公の利益を分析し、そこから導かれる国家・社会の保護法益論によって現行法における退去強制事由を類型化し、立法政策としての妥当性について論じていく。

第9章「国家の自己保存原理と絶対的権限の制約モデル」は、アメリカにおける外国人の憲法上の地位に関する理論的枠組みを検討し、絶対的権限理論に対する制約モデルを抽出する。そして、外国人にとって苛酷な処遇となる退去強制からの自由を獲得するために有効となりうる法理の構築を試みるものである。ここでは、国家の主権原理に対してあくまで最高法規である憲法に基づいてどのように制約することができるか、かかる法理の可能性を探求する。

結論「退去強制の憲法的制約と日本法への示唆」は、本研究における外国人の退去強制に関する憲法理論の考察を通じて示唆される主権の属性である絶対的 (plenary) な国家権限のメカニズムを明らかにする。そして、これらの議論が、アメリカ法を継受したとされるわが国における現行の出入国管理法制 (24) へどのように影響を与えることができるかについて論じるものである。それとともに、アメリカの政治社会から排除され、自らの自由利益を実現するために直接的に民主的政治過程に働きかけることのできない外国人にとって、刑罰よりも過酷な処罰となりうる退去強制に対する人権擁護の最後の砦としての司法の役割について、「法の支配」の観点から本研究の見解をまとめることとしたい。

### 3. 本研究の視座とその意義について

そもそも政治部門の絶対的権限たる国家の剥き出しの権力と外国人に対する排斥性は、国内の社会事情とともにその時々国際情勢に対処しようとする外交政策に大きく影響を受けてきたことが理解される。一方、合法であれ、非合法であれ、外国人が国境を越えて移動する要因については、以下のような3つのファクターに分類することができる。すなわちそれは、①当該外国人の所属する国家における生活ないし国内状況による「押出し要因」(push factors)、②外国人を受け入れる国側の利益たる「吸引力的要因」(pull factors)、③その者たちの流入を「阻止する要因」(barriers)である (25)。実際、②の外国人を受け入れるにあたって移民・国籍法は、(i) アメリカ合衆国への永住者になろうとする移民 (immigrant)、(ii) 制限された期限と目的の下で一時的に入国しようとする非移民 (non-immigrant)、および、(iii) 難民 (refugee) の3つのカテゴリーに分け、このうち移民については毎年 67 万 5 千人を上限として受け入れ (移民・国籍法 201 条 a 項)、さまざまな視点からの国家利益の実現を図っているのである。非移民については、9.11 以降減少したとはいえ、2003 年には 2784 万 9443 人を受け入れた (26)。また、難民については、移民・国籍法 207 条によって毎年大統領がその受入数を決定することになっているが、同年の上限は 7 万人となっている (27)。だが、これらの膨大かつ多様な外国人に対して、移民・国籍法は無条件でその受入れをおこなっているのではなく、同法は、③の視点からアメリカ社会に不利益をもたらすと思料される者を排除する規定において、適正な移民 (28) ないし出入国管理政策を実現しようとしているのである。

一方、わが国でも国際化時代といわれて久しい今日、ここ数年来、正規入国する外国人の数は年間 700 万人以上になった。また、法務省の統計によると、1992 年の末の時点で、外国人が本邦に 90 日以上在留する場合に登録を義務づけられる外国人登録者数が 1% を越え 2005 年にはそれが 201 万人を超えて 1.57% となった。わが国における外国人の入国・在留の数は過去の最高記録を漸次更新しており、急激な国際化

と直面しているのが現状といえる (29)。当然ながら、外国人が増えればそれにとまな  
い出入国管理に関するさまざまな問題が発生することは避けて通れないものとなる。  
外国人の退去強制の事案もそのひとつなのである。だが、退去強制の苛酷さは、個々  
の外国人のみならず彼らとさまざまな絆を深めていくわれわれ日本人にとっても今ま  
で以上に大きな問題となってくることは必至となる (30)。日本社会も地球規模での人  
口移動を真摯に受け止め、外国人との関係を公正かつ安定的なものにしていかなくて  
はならない状況であることが認識されなくてはならないのである。

本研究は、このような国際化を迫られるわが国の現状を顧みて、アメリカにおける  
議論が公正な出入国管理の実現のために幾ばくか成なりともわが国の議論に資する  
ものとの今日的意義を認識して考察を進めていく。ここでは、「外国人」問題の背後  
には「国家」なるものが厳然として存在し、かつ、政治的結合体としての国家とは「主  
権」によって統治される共同体であること (31)、という視点に立って研究課題に立ち  
向かおうとするものである。これまでわが国においては、アメリカにおける退去強制  
に関する駿才な研究がなされてきたものの (32)、対外的な国家の主権原理 (国家主権  
の法理) をとくに意識して (33) 外国人と法との関係について憲法理論を体系化する  
試みがなされてきたとはいいがたいところがあったようにおもわれる。それゆえに本  
研究においては、その内実が不明確であるにもかかわらず最高かつ万能な装いをもつ  
主権概念から導かれる剥き出しの国家権力が顕在化する過程とその範囲を明らかに  
しつつ、個人ないし人間人格の尊厳を至上の価値とする近代立憲主義憲法がそれとど  
のように対峙するか、アメリカにおける外国人の退去強制を素材としてその本質につ  
いて考えてみたいとおもう。

## 注

- (1) David Weissbrodt and Laura Danielson, IMMIGRATION LAW AND PROCEDURE IN A NUTSHELL 5<sup>th</sup> Ed. 537 (Thomson West, 2005).
- (2) 畑博行教授は、一連の論文で、国家緊急時における諸法律が、合衆国市民に対していかに重大な権利侵害をもたらしたかを論じておられる (たとえば、畑博行「固有の行政権に基づく米国大統領の緊急措置権」大石義雄教授還暦記念『世界各国の憲法制度』(1966年、有信堂)335頁、同「アメリカ合衆国司法部の軌跡—非常事態における司法部—」判例タイムズ 630号(1987年)32頁以下を参照)。本研究においては、その表裏として、アメリカ社会において、合衆国市民と同様に平穏な市民生活を営んでいる外国人に対して、国家権力がいかに苛酷な影響を及すかを念頭に置くものである。このことは、本研究の第6章でも検討するように、とくに近年の同時多発テロ事件以降のアラブ・イスラム系外国人に対する処遇をみれば明らかであろう。
- (3) T. Alexander Aleinikoff, David A. Martin and Hiroshi Motomura, IMMIGRATION AND CITIZENSHIP: PROCESS AND POLICY 4<sup>th</sup> Ed. 695 (West Group, 1998).

- (4) *See Developments in the Law — Immigration Policy and the Rights of Aliens*, 96 HARV.L. REV. 1289, 1301 (1983).
- (5) 第1次世界大戦後に確立した出入国管理制度は、当初各国では警察が所管しており、現在でもこのような法制度を採用している国もある。これは、いわゆる古典的出入国管理制度といわれる国防や治安を重視したものであり、警察行政の一環としておこなわれている。ちなみに、戦前のわが国においても、外国人の出入国管理は警察（旧内務省）が担当していた。山田鏡一・黒木忠正『わかりやすい入管法〔第六版〕』（有斐閣、2005年）7～8頁。
- (6) *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698, 710 (1893).
- (7) *Id.* at 707.
- (8) 萩野芳夫『国籍・出入国と憲法—アメリカと日本の比較—』（勁草書房、1982年）193頁。
- (9) Stephen H. Legomsky, *Immigration Law and the Principle of Plenary Congressional Power*, 1984 SUP. CT. REV. 255 (1985).
- (10) John Rawls, *A THEORY OF JUSTICE* § 67, 442 (Harvard University Press, 1971).
- (11) *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698, 740 (1893).
- (12) 本研究において、「永住・居住外国人」(permanent/resident alien)という語は、「合法的に永住資格を認められ」(移民・国籍法101条a項20号)、もしくは、合法的に長期に在留し、入国後、合衆国において居住制限がなく、法によって許されるいかなる活動にも従事することのできる外国人の総称として使用する。これは、わが国の出入国管理及び難民認定法（昭和26年10月4日政令第319号。以下、「入管法」という。）における別表第二に該当するかあるいはそれに準じる外国人、すなわち、わが国に「生活の本拠」を有し、かつ経済活動への参加を認められている外国人を念頭に置くものである。現在のわが国の学説においては「定住外国人」という用語が散見されるが、この「定住」という用語の使い方は、「インドシナ定住者」などのように、本来居住していた土地を離れて、一時的にある土地を経由して、現在の居住地に移り住んだ人たちについてはともかく、日本における在日韓国・朝鮮人の二世や三世のように、生まれ育った土地に居住し、今後とも別の土地に移り住む意思を持たないような人たちについては疑問が残る。また、入管法の別表第二においても、「定住者」というカテゴリーが独立して規定されていることに鑑みて、本研究ではこのような外国人について「永住・居住外国人」という用語を使用することとしたい。
- (13) *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698, 740 (1893). イギリスは、1857年に廃止されるまで、一般的犯罪人を、初めはアメリカに、後にはオーストラリアに移送していた。第2次世界大戦後もソ連が犯罪人を流刑地であるシベリアへ移送していたが、文明の進歩と共に、このような刑罰は漸次廃止の方向へむかっているとされて久しい[川原謙一『米国退去強制法の研究』（鹿島研究所出版会、1964年）30頁。]。
- (14) わが国でもこのことを川原謙一教授が早くから指摘されていた[川原・同上序4頁。]。また、萩野芳夫教授も退去強制の苛酷さゆえに、退去強制の研究が移民法研究のなかでも最も重要な分野に属することを指摘している[萩野・前出注(8)421頁。]。本研究は、これらの先達研究者の

業績に畏敬の念を払いつつ、今日的状況も踏まえて外国人の退去強制に関する憲法理論の研究に僅かなりとも寄与したいとの思いから考察を進めていくものである。

- (15) *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304, 318 (1936).
- (16) 出入国管理及び難民認定法 24 条、27～55 条。また、わが国の出入国管理法制では、外国人が本邦の領域に立ち入ることについて、領海または領空に入る「入国」(entry) と、領土内に足を踏み入れる「上陸」(landing) との二つの概念に分けて規定されているが(出入国管理及び難民認定法 3～5 条)、移民・国籍法においてはこのような区別がなされていないため、本研究において使用する「入国」という用語は、原則としてこれらの概念を含ましめる広義の意味にとらえて論じていくこととする。
- (17) 川原・前出注 (13) 21 頁。この点について、ヘス (Siegried Hesse) は、現に合衆国の国外に存在したまたはそのように扱われる者を入国させることを拒否する「入国拒否」(exclusion) と合衆国の国内に存在 (上陸) したまたはそのように扱われる者を強制的に国外へ退去させる「追放」(expulsion) とを区別し、退去強制 (deportation) とは、これらの入国拒否および追放が決定された後に、そのような者を合衆国から国外退去させることを意味するものとしているが [Siegried Hesse, *The Constitutional Status of the Lawfully Admitted Permanent Resident Alien: The Pre-1917 Cases*, 68 *YALE L. J.* 1578, 1580 (1959).]、本研究においては、入国から国外退去までの過程における外国人の排斥という広い意味で退去強制を捉えつつ、それぞれの過程で生じる問題を峻別して考察をおこなっていくこととする。
- (18) *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996*, Pub.L. No.104-208, Div.C., 110 Stat. 3009-546 (1996).
- (19) *See*, Stephen H. Legomsky, *IMMIGRATION AND REFUGEE LAW AND POLICY* 4<sup>th</sup> Ed. 26-27 (Foundation Press, 2002).
- (20) *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001).
- (21) Peter J. Spiro, *Explaining the End of Plenary Power*, 16 *GEO. IMMIGR. L.J.* 339 (2002).
- (22) 本研究において「移民法」とは、アメリカにおける外国人の出入国管理・規制に関する諸法令の一般的な通称として用いるものである。なお、この点については、後出注 (28) を参照。
- (23) *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581 (1889).
- (24) わが国の憲法 (日本国憲法) はアメリカ型の民主憲法を継受したものといわれ [小林直樹『[新版] 憲法講義上』(東京大学出版会、1980 年) 43 頁]、出入国管理法制もあきらかにアメリカ法の継受とされている [法務省出入国管理局出入国管理法令研究会編『出入国管理法講義』(日本加除出版、1995 年) 19 頁]。わが国においては、日本国憲法の制定にともないそれと矛盾する戦前の諸法律が廃止され法体系が整備された。さらに、具体的な裁判における判例や学説の展開など、法律家によっても民主憲法と法制度の発展を可能ならしめる努力がなされてきた。近代法の歴史という観点からみれば、わが国の立憲主義がその経緯はともかく民主主義に基づくアメリカ型の憲法秩序と法体系を継受し、日本社会がそれを受け容れたといえる。この法の継受という現象は、諸外

国においても征服や植民なども含めたさまざまな経緯で発生し、その後それぞれの国や社会のなかで移転した法が発展していったものである[沢木敬郎「法の継受」伊藤正己編『現代法 14 外国法と日本法』(岩波書店、1966年)124頁以下を参照。]。第2次世界大戦後の占領統治により英米法の諸制度がさまざまな法分野で個別に従来の大陸法を基礎とする法制の上に導入されたのであり[同上、122頁。]、わが国の出入国管理法制もこのような歴史的過程のひとつとみることができであろう。そのような意味において、外国人の出入国管理については、アメリカ法の示唆するところは他国に比べてはるかに大きいものと考えられる。

- (25) Michael S. Teitelbaum, *Right Versus Right: Immigration and Refugee Policy in the United States*, 59 FOREIGN AFFAIRS 21-59 (1980).
- (26) Weissbrodt and Danielson, *supra* note 1, at 148.
- (27) *Id.* at 320.
- (28) ただし、ここでいう「移民」(immigrant)とは、移民・国籍法上の永住者となりうる外国人のことであり、アメリカ合衆国が国籍法について生地主義を採用するため、生来的にアメリカ国籍を有する合衆国市民(国民)たる二世、三世を指すものではない。また、“immigration”という用語についても「移民」と訳す場合があるが、本研究においては、外国人の出入国を素材として憲法学の立場から考察することを目的とするため、原則として「出入国管理」ないし「出入国管理・規制」というわが国の実務における専門用語を使用して議論を進めていくこととする。
- (29) この点、わが国は外国人が永住を目的として入国することは認めていないが、2005年の正規手続による外国人の入国は745万103人となり過去最高を記録し、同年の外国人登録書数も201万1,555人で、はじめて200万人を突破し前年に引き続き過去最高記録を更新している。この数は、2004年末現在に比べ3万7,808人(1.9パーセント)の増加、約10年前(1995年末)に比べると64万9,184人(47.7パーセント)の増加となっている(2006年5月現在の法務省入国管理局統計より)。
- (30) たとえば、最近でも、不法残留し、資格外活動をおこなっているいわゆる不法滞在のイラン人家族(夫1963年イラン生まれ、妻1966年イラン生まれ、長女1988年イラン生れ、次女1996年日本生まれのイラン国籍者)が自ら出頭し、特別在留許可を求めたアミネ・カシル事件(東京地判平成15年9月19日)が記憶に新しい。2007年4月、一家は長女を残してイランへ帰国し、長女は留学のための特別在留許可を与えられた。
- (31) ジャン・ボダンとは、政治的な結合体としての「国家」共同体の特性を、「家」共同体およびもろもろの職業身分団体との区別において、「家は自然的共同体であり、職業身分団体は市民的共同体であるが、国家はさらにそれ以上のもの、つまり主権によって統治された共同体である」と述べている[成瀬治『近代市民社会の成立』(東京大学出版会、1984年)35-36頁。]。ボダンこそが主権を国家の概念メルクマールとして主張した最初の人物とされるが[ヘルマン・ヘラー(大野達司・住吉雅美・山崎充彦訳)『主権論』(風行社、1999年)3頁]、本研究においては一般的には相対化される主権概念が外国人に対していかにして顕在化されるかを退去強制の事案を素材として考察し

ていこうとするものである。

- (32) 本研究で引用した著書、論文以外にも、わが国においては次のような研究がなされてきた。たとえば、宮川成雄「退去強制手続の司法審査（一）（二・完）—1952年～1980年の日米比較研究—」同志社法学 35 卷 6 号（1984 年）70 頁、36 卷 1・2 号（1985 年）168 頁、朴康弘「定住外国人の滞在権の保障—アメリカ合衆国の入国拒否事例を中心として—（一）（二・完）」大阪市立大学法学雑誌 32 卷 2 号 139 頁、同 3 号 107 頁（1985～1986 年）、渡辺賢「手続的デュー・プロセス理論の一断面—合衆国移民法制を素材として—（一）～（八・完）」北大法学論集 40 卷 3 号 83 頁、40 卷 4 号 53 頁、41 卷 2 号 125 頁、42 卷 1 号 175 頁、42 卷 3 号 73 頁、42 卷 5 号 57 頁、43 卷 6 号 179 頁、46 卷 1 号 1 頁（1990～1995 年）、小谷順子「退去強制を命じられた外国人の長期拘束をめぐる憲法問題—アメリカ合衆国憲法の下での一考察—」宮崎大学教育文化学部紀要社会科学 13 号（2005 年）13 頁、同「アメリカにおける出入国管理のテロ対策法制」大沢秀介＝小山剛編『市民生活の自由と安全—各国のテロ対策法制』（成文堂、2006 年）25 頁、高佐智美「アメリカにおける人権のゆらぎ～移民法におけるデュー・プロセスの保障」獨協法学 72 号（2007 年）212 頁、坂東雄介「アメリカにおける外国人の人権に関する一考察—絶対的権限の法理の生成と展開—」ジュニア・リサーチ・ジャーナル No.13（2007 年）241 頁等を参照。
- (33) 本研究は、現在ジョージタウン大学ロー・センターで憲法、移民法、および難民法の講義を担当し、これらの専門分野について精力的に執筆をおこなっているアメリカ移民法研究の第 1 人者であるアレクサンドフ教授が「法規範としての主権概念」の再認識を強く主張しておられるが[See T.Alexander Aleinikoff, SEMBLANCES OF SOVEREIGNTY —THE CONSTITUTION, THE STATE, AND AMERICAN CITIZENSHIP— 57-66 (Harvard University Press, 2002).]、国家と外国人との関係を憲法構造から導かれる主権原理を視点としてとらえようとする同教授の問題意識に共鳴しつつ考察を進めてすすめていくものである。たとえば、この点について詳しくは、第 2 章第 3 節および第 9 章第 3 節を参照。

# 第1部 アメリカにおける退去強制制度の概観

## 第1章 退去強制法の歴史と現行制度の概要

### 第1節 退去強制法の史的展開

#### 1. 退去強制法制定の背景

##### (1) アメリカ合衆国の成立と外国人

北アメリカ大陸への定住の歴史は、1607年、イギリスの植民地である今日のヴァージニア州ジェームズ河口のジェームズタウン植民地の建設に始まった。その後もつぎつぎと植民地が建設されていったが、この時代はまだ、若干のカトリック系アイルランド人を除いて、のちに排斥の対象となる東欧系、南欧系、東洋系の人びとはほとんど姿を現してはおらず、イギリスの植民地は大西洋を渡ってくる人びとを無制限に受け入れていた(1)。

アメリカ合衆国は、その建国の後、ヨーロッパとの間に緊張関係が発生し、とくに国内のフランス人やアイルランド人に対処するため、1798年、議会の多数派たる連邦党が中心となり、帰化法(Naturalization Act)(2)、外国人法(Alien Act)(3)、敵性外国人法(Alien Enemies Act)(4)、治安維持法(Sedition Act)(5)、という4つの外国人・治安取締法を制定した。これらの法律は、国家転覆を狙う外国人に対処するためだけでなく、対立政党たる共和党の政治活動を制限することを目的に制定されたものであった(6)。それゆえ、共和党が支配するケンタッキー州とヴァージニア州では公然と無視されていたし、治安維持法は、2年後、共和党のジェファソンが大統領となったその日に時限立法としての効力を失い、また、1802年には同じく外国人法も効力を失った。同年、帰化法も連邦議会によって改正され、唯一、敵性外国人法だけがその効力を有し、今日に至っている。

このように、この当時の外国人に関するいくつかの法律は、移民・外国人問題というよりも、一般的な政治問題の所産にすぎず、アメリカ合衆国において外国人そのものが社会問題として議論の対象となるまでには、しばらく猶予期間があった(7)。

##### (2) 退去強制権限の確立と1888年退去強制法の制定

19世紀になると、アメリカ社会は国内の産業革命と内陸部開発のための労働力として、新しいタイプの移民を大量に必要としはじめ、ヨーロッパからやってくる外国人を受け入れ、彼らを利用しながら大きく発展を遂げていった。それにもかかわらずアメリカ社会は、さまざまな問題が発生するにつれ、その批判の矛先をとくにカトリック系のアイルランド人やドイツ人に向けて排斥運動をおこなっていった。

一方、当時の連邦政府は、アメリカ社会の経済成長に大きく寄与するこれらの移民たる外国人が劣悪な労働条件の下にあったにもかかわらず、彼らを救済する措置を何もとらなかった。また、独自の法律を制定し彼らの保護にあたった州もいくらかはみられたものの、ニューヨーク州、カリフォルニア州、ルイジアナ州およびマサチューセッツ州の諸法律は、移民に対する人頭税( head tax )、州官吏による移民の入国審査、自己扶養が不可能とおもわれる外国人に対して課される保証金( bond )等について独自の規定を設け、合衆国への入国を規制していた(8)。

1875年、連邦議会は益々増大する移民の入国を規制する法律を制定した。これは、1862年2月19日の法律(9)で規定された中国からの苦力労働者( coolie )の入国禁止を確認し、売春婦や出身国において政治犯罪以外の重罪を犯した者を入国拒否の対象とするものであった(10)。また、1882年8月3日には、犯罪者( convict )、精神異常者( lunatic )、精神遅滞者( idiot )、自ら生計がたてられず「公共の負担」( public charge )となる虞のある者を入国拒否の対象として追加した法律(11)が制定された。

アメリカ合衆国は、この時期を境に外国人の出入国管理政策について次第に厳しい対応をみせるに至り、とくに中国人労働者に対する規制を強めていった。連邦議会は、中国人労働者の移民を禁止する最初の法律として1882年5月6日に中国人入国拒否法( Chinese Exclusion Act ) (12)を制定し、同法は、その後、黄色人種に対する排斥運動が激しくなるにつれ、数回修正された(13)。また、契約労働についていえば、1885年2月26日の契約労働法( Contract Labor Law ) (14)は、外国人労働者に渡航費などの前金を渡したり、または立て替えて契約労働に従事させることを禁止し、不法に外国人を雇用し働かせる事業主に対して罰金刑を科した。また、1887年2月23日の法律(15)は、契約労働者そのものも入国拒否の対象としたのである。

1888年10月19日には、最初の恒久的な退去強制法(16)が制定された。それは、法律に違反して合衆国に在留するすべての外国人の退去を命ずると共に、1885年の契約労働法に違反して上陸して一年以内の外国人を収容し、本国へ送還する権限を財務長官に与えるものであった。その後、外国人の入国拒否も含めて、退去強制手続も一段と強化されていったのである。

## 2. 退去強制法強化の時代

### (1) 移民の流入と社会不安の増大

その後も、アメリカへは世界中から多くの移民が押し寄せ、それにともない国内の社会不安もますます増大することになった。これに対処するため、連邦議会は、以下のような法律を漸次制定していった。まず、第1に連邦議会は、1891年3月3日の法律(17)によって入国拒否事由を人種的な要因に限らず、精神病患者( insane )、貧困者、「公共の負担」となる虞のある者、危険な伝染病患者、重罪または破廉恥罪もし

くは不道徳な軽い罪を犯した者、一夫多妻主義者等を新たに含めることとした。この法律について注目されるのは、入国後1年以内ならば、入国前に存在していた原因によって「公共の負担」になった者を、法律に違反したとして、いつでも国外へ追放できるとした点(18)である。これは、入国後の行為を退去強制の理由とした最初の法律である。たとえ一旦入国が認められた者であっても、入国後に一定の期間内に退去強制事由に該当した場合には、国外退去が命じられるということであった。一旦外国人に対してなされた入国許可であっても、それは条件付でなされたのであり、入国後のその者の反社会的あるいは好ましからざる行為を理由として取り消すことが可能とされたのである。この場合、入国前の本人の資質と入国後の行為との因果関係を明らかにしなくてはならないが、この因果関係の立証責任は国側にあるとされていた(19)。だが、かかる立証責任は後述の1917年2月5日の法律(20)によって外国人に転化されてしまったのである。

1892年には、連邦議会は中国人移民についての規定を再び付け加えることになった。前出の1882年5月6日の法律は、時限立法として中国人労働者の移民を10年間停止することを規定したが、1892年5月5日の法律はそれをさらに10年間延長したのであった。そして、居住証明書を取得していないで合衆国に居住する外国人を不法入国の推定を行い退去強制の対象としたのであった(21)。

1903年の法律では、入国拒否の対象として、さらに、てんかん患者(epileptic)、職業的乞食(professional beggar)などが付け加えられ(22)、不法入国者または入国前に存在する理由により「公共の負担」となった者は、2年以内であれば退去強制されることになった(23)。それとともに同法律は、入国拒否の対象となる外国人の範疇に、無政府主義者または暴力によって政府を転覆することを唱導する者を含めることを規定した。これらの外国人は、入国後3年以内であれば退去強制されることとなり、その執行は財務長官が定める手続によると規定された(24)。

それに続く1907年2月20日の法律(25)でも、無政府主義者や政府を暴力によって転覆することを唱導する者は入国拒否の対象となることが確認された。この法律によって、外国人の出入国管理に関する執行権限は財務長官から商務・労働長官に移ったのである。また、売春婦または入国前に存在する理由によって「公共の負担」となった者を、入国後3年以内であれば、退去強制できるとしたのであった(26)。

そして、いよいよ1917年になると、1952年の移民・国籍法の諸条項の基礎となった移民法(27)が制定された。この法律は、入国後、いかなる時においても暴力によって政府を転覆することを唱導する行為をおこなった外国人を退去強制にすることを規定するとともに、入国後5年以内に、不道徳な行為を含む犯罪を理由として1年以上の禁固刑の言い渡しを受けた者、同じく入国後5年以内に、その原因が明らかに入国後に発生したことを証明することができずに「公共の負担」となった者等を退去強制

の対象とした。また、罪を犯した者で2回以上有罪とされた者や売春婦に対しては時間的要件はなくなった。さらに、国外退去が命じられた外国人は労働長官の令状によって収容されかつ送還されると規定し、退去強制事件において労働長官の決定は最終的であり、その決定は司法審査に服さないものとされていた。

## (2) 第1次世界対戦の勃発とナショナリズムの高揚

このころ、第1次世界大戦の勃発後のアメリカではナショナリズムが高まり、外国人一般の入国制限が一段と強まるとともにドイツ人とドイツ系市民は忠誠心を疑われ、自分たちの文化的アイデンティティを失わせるほどのさまざまな迫害を受けるにいたった(28)。また、それに続くロシア革命は、ヨーロッパからの移民を共産主義の危険思想の運搬者とみなす風潮を強め、ついに連邦議会は、1918年5月22日の法律(29)で、戦時または国家の非常時に、公共の安全に対し好ましくないと思料される者の合衆国への出入国を規制する大幅な権限を大統領に与え、さらに、同年10月16日には無政府主義者団体または暴力による政府の転覆を唱導する団体の構成員は退去強制されることとした無政府主義者取締法(30)を制定したのであった。このような中で、1920年5月10日の法律(31)によって、敵国籍を有する外国人、戦時においてスパイ活動、怠業に従事した者、または、対敵取引法によって有罪の判決を受け、労働長官によって合衆国にとって好ましくない居住者であると判断された外国人は退去強制されることとなった。

1921年5月19日には、人種を理由とした出入国管理政策の象徴ともいえる出生国をもとにその受け入れ数を決定する移民割当制度(National Origins Quota System)を規定した法律(32)が制定され、1924年には、恒久的な出身国別移民割当法(33)が連邦議会で可決された。アメリカ合衆国は、それまで質的に移民を制限していたところ、この時期から量的に移民を制限し始めたのであった。さらに1937年には、結婚の約束があると偽って査証を取得し、入国後その事実を発見された外国人は、取得した時点にまでさかのぼってその入国を取り消され、退去強制の対象とされることとしたジゴロ法(34)が制定された。そして、1939年にヨーロッパで第2次世界大戦が勃発すると国家の非常事態に対処するため、外国人の退去強制についてもより厳しい法律を制定することとなり、1940年には、外国人の政治活動の自由を厳しく規制する外国人登録法(35)が制定されるに至った。

## 3. 国家の非常事態とマッカーシズムの時代

### (1) 1940年外国人登録法の成立

この1940年の外国人登録法は、後に続くマッカーシズムの時代も含めて、もっとも有名な反共立法の一つとなった。これにより、すべての外国人は登録と指紋押捺が

義務づけられ、「過去」に破壊主義的団体の構成員またはそれと「密接な関係」があったことも退去強制事由とされるに至ったのである。また、司法長官に連邦議会の承認を得て退去強制を免除しかつ外国人の在留資格を合法的なものとする権限を与えた(36)。

1941年には公共安全法(Public Safety Act)(37)が制定され、外国人が米国の安全を脅かすような活動に従事する目的で入国しようとしていると領事館が認めるかまたはそう信ずる理由がある場合は、その外国人への査証発給を拒否しうる旨が定められた。同じく1941年には、1918年の旅券法(Passport Act)を改正することによって、合衆国の利益を害するとみなされる外国人を国外に追放できる権限が行政官に与えられたのである(38)。

## (2) 反共立法の展開

第2次世界大戦後、共産圏諸国との間で冷戦状態が発生し、共産主義の浸透の恐怖は、国内におけるマッカーシズムにみられるように、合衆国市民の間に激しい反共的気運を盛り上げていった。もちろん連邦政府は、政治原理の異なる国家に属する外国人の出入国管理について、戦前からたいへん神経を尖らせてきた。しかし、とくにこの時期、アメリカ史上類例のない規模で「赤狩り」を生み出したマッカーシズムが、多数の善良な合衆国市民とともに、アメリカ社会において平穏な生活を営んでいた外国人をも破滅へと追い立てていったことは、憲法上も重大な問題を提起するものであった(39)。

1950年には大統領の拒否権(veto)をくつがえして、国家安全保障法(マッカーラン法)(40)が連邦議会で可決された。この法律は、「政府を暴力によって転覆することを主張する集団」という一般的範疇に共産党が含まれるものと初めて規定した。これは、さらにさきの1918年の法律(41)を改正して、米国共産党の黨員またはそれと《密接な関係》があるという事実をもって退去強制の事由としたものである。そのため、1950年以来、その目的および理念が破壊主義的であるということを立証することなく、米国共産党もしくはその分派等の黨員またはそれと《密接な関係》のある外国人が退去強制の対象とされたのであった。

このような一連の反共立法としては、そのほかに公務員の忠誠要件を定めた1939年のハッチ法(42)、1947年の全国労働関係法(タフト・ハートレイ法)(43)、1952年の移民・国籍法(マッカーラン・ウォルター法)(44)、1954年の共産党規制法(45)などがある。これらの法律について共通しているのは、いずれも、①暴力もしくは不法手段による政府転覆の必要性を唱導するか、または、このような必要性を唱導する団体を組織することを禁止していること、および、②このような団体またはその団体の構成員に対してある種の不利益を規定していることである(46)。これらは、現行の

退去強制法にも引き続き規定されている (47)。修正 1 条との関係においても異常ともおもえるこのような状態は、1957 年 6 月 17 日、進歩的なウォーレンコートによって下された 3 つの判決 (48) によって終止符が打たれるまで続いたのであった。

- (1) 安武秀岳「移民の渡来と融合」『総合研究アメリカ①』(研究社、1977 年) 41~46 頁。ただし、植民地時代および建国の当時において、一般的には移民を奨励していたが、必ずしもすべての移民を無条件で受け入れていたわけではない。貧困者、犯罪者、あるいは好ましからざる宗教団体の関係者など特定の階層の移民の受入を拒絶し、それは州政府の担う役割であったことも知られている。See Stephen H. Legomsky, IMMIGRATION AND THE JUDICIARY: LAW AND POLITICS IN BRITAIN AND AMERICA 187-90 (Oxford University Press, 1987).
- (2) Naturalization Act, June 18, 1798, ch.54, 1 Stat. 566 (1798).
- (3) Alien Act, June 25, 1798, ch.58, 1 Stat. 570 (1798).
- (4) Alien Enemies Act, July 6, 1798, ch.66, 1 Stat. 577 (1798).
- (5) Sedition Act, July 14, 1798, ch.74, 1 Stat. 596 (1798).
- (6) チャールズ・ピアード、メアリ・ピアード、ウィリアム・ピアード (松本重治他訳)『新版アメリカ合衆国史』(岩波書店、1964 年) 172~174 頁。
- (7) 安武・前出注 (1) 47 頁。
- (8) 布井敬次郎『米国における出入国及び国籍法・上巻』(有斐閣、1985 年) 3~4 頁。 Also see Gerald L. Neuman, *The Lost Century of Immigration Law (1776-1875)*, 93 COLUM. L. REV. 1833 (1993).
- (9) Act of Feb. 19, 1862, ch.27, 12 Stat. 340 (1862).
- (10) Act of March 3, 1875, ch.141, § 5, 18 Stat. 477 (1875).
- (11) Act of Aug. 3, 1882, ch.376, § 2, 22 Stat. 214 (1882).
- (12) Chinese Exclusion Act, May 6, 1882, ch.126, 22 Stat. 58 (1882).
- (13) 中国人移民排斥の経緯について詳しくは、第 7 章第 1 節を参照。
- (14) Act of Feb. 26, 1885, ch.164, § § 1-3, 23 Stat. 332-33 (1885).
- (15) Act of Feb. 23, 1887, ch.220, § 8, 24 Stat. 414, 415 (1887).
- (16) Act of Oct. 19, 1888, ch.1210, 25 Stat. 565, 566-57 (1888).
- (17) Act of March 3, 1891, ch.551, § 1, 26 Stat. 1084 (1891).
- (18) *Id.* § 11, at 1086.
- (19) Siegfried Hesse, *The Constitutional Status of the Lawfully Admitted Permanent Resident Alien : The Pre-1917 Cases*, 68 YALE L. J. 1578, 1615 (1959).
- (20) Act of February 5, 1917, ch.29, § 19, 39 Stat. 874, 890 (1917).
- (21) Act of May 5, 1892, ch.60, § 6, 27 Stat. 25, 25-6 (1892).
- (22) Act of March 3, 1903, ch.1012, § 2, 32 Stat. 1213, 1214 (1903).

- (23) *Id.* § 20, at 1218.
- (24) *Id.* § § 2-38, at 1214-21.
- (25) Act of Feb. 20, 1907, ch.1134, § 38, 34 Stat. 898, 908-909 (1907).
- (26) 同法律第 3 条の合憲性を争ったのが *Keller v. United States* 事件 (213 U.S. 138 [1909]) であつた。本件について詳しくは、第 4 章第 6 節を参照。
- (27) Act of Feb. 5, 1917, ch.29, § 19, 39 Stat. 874 (1917).
- (28) 有賀貞『アメリカ史概論』(東京大学出版会、1987年)217-222頁。
- (29) Act of May 22, 1918, ch.81, § 1, 40 Stat. 559 (1918).
- (30) Anarchist Act of 1918, Oct.16, 1918, ch.186, § 1, 40 Stat. 1012 (1918).
- (31) Act of May 10, 1920, ch.174, § 1, 41 Stat. 593-594 (1920).
- (32) Act of May 19, 1921, ch.8, 42 Stat. 5 (1921).
- (33) Immigration Act of 1924, May 26, 1924, ch.190, 43 Stat.153 (1924).
- (34) Act of May 14, 1937, ch.182, 50 Stat. 164 (1937).
- (35) Alien Registration Act, June 28, 1940, ch.439, 54 Stat. 670 (1940).
- (36) *Id.* § § 20-31, at 671-674.
- (37) Public Safety Act, June 20, 1941, ch.209, 55 Stat. 252 (1941).
- (38) Act of June 21, 1941, ch.210, 55 Stat. 252(1941), *amending* Passport Act of May 22, 1918, ch.81, 40 Stat. 559(1918).
- (39) 畑博行「アメリカにおける共産主義取締立法の運用」*広大政経論叢*第 17 卷 3 号(1967 年) 2 頁。
- (40) Internal Security Act of 1950, Sep. 23, 1950, ch.1024, § 22, 64 Stat. 987, 1006 (1950).
- (41) Anarchist Act of 1918, Oct. 16, 1918, ch.186, 40 Stat. 1012 (1918).
- (42) Hatch Act of 1939, Aug. 2, 1939, ch.410, 53 Stat. 1147 (1939).
- (43) Labor Management Relation Act of 1947, June 23, 1947, ch.120, 61 Stat.136 (1947).
- (44) Immigration and Nationality Act, June 27, 1952, ch.477, 66 Stat. 163 (1952).
- (45) Communist Control Act of 1954, Aug.24, ch.886, 68 Stat.775 (1954).
- (46) 畑博行「アメリカ合衆国司法部の軌跡—反共立法の抑制とウォーレン・コート」*判例タイムズ* 676 号 (1988 年) 42 頁。
- (47) 8 U.S.C.A. § 1227(a)(4)(A)(2004).
- (48) *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957); *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234 (1957); *Watkins v. United States*, 354 U.S. 178 (1957).

## 第 2 節 現行退去強制法の制定

### 1. 1952 年移民・国籍法の成立とその問題点

この時期に制定された一連の反共立法の一つとも考えられる現行の退去強制法たる

移民・国籍法(1)は、トルーマン大統領の拒否権の行使にもかかわらず移民、帰化および国籍に関する総合的な連邦法として1952年6月27日に成立した。これは、トルーマン委員会の批判(2)にもあるように、①65年もの間移民法の一部を構成していた出訴制限法を廃棄することによって、無期限に退去強制を執行できることとなり(3)、②同一の官吏または同一の行政機関の官吏が、最初は訴追官として、そして次には、その事件の審判官として退去強制手続を実施し、③在留中は退去強制事由に該当しない者が、たとえば、窃盗罪によって罰金刑に処せられたような場合には、たとえ短期でも一旦合衆国から出国した後、再び入国するときには新規の入国と同一に扱われ、入国拒否事由に該当するため退去強制処分を受け、④合衆国に幼少時に入国し成長した者が犯罪を犯した場合も、それはアメリカ社会の所産であるにもかかわらず退去強制の対象となる等、多くの問題を孕むものであった。

## 2. 現行法の展開

### (1) 1960年代および1970年代の修正

1952年に移民・国籍法が制定されてから今日に至るまで、アメリカにおける退去強制制度は、以下のような修正を経ながら展開してきた。

1956年7月18日には、麻薬を所持する外国人は入国拒否および退去強制事由に該当するとの修正がなされた(4)。さらに1960年7月14日の法律(5)によって、この麻薬所持の条項にマリファナが追加されたのである。1961年9月26日には、退去強制命令に対する司法審査の法令上の根拠が確立した(6)。それ以前、退去強制命令は、連邦地方裁判所での人身保護令状の請求以外は連邦控訴裁判所に対する再審査のための請求によってのみ可能であり、また、入国拒否命令も人身保護令状を通じてのみ審査されうるとされていた(7)。

1965年になると、アメリカ国内の公民権運動やマイノリティの権利保護を求める運動に大きく影響されたとおもわれる立法が成立した。それは、ケネディおよびその後継者であるジョンソンの二人の大統領が出身国に基づく移民・国籍法上の差別の廃止を求め、それに連邦議会が応じたものである(8)。この法律の第1の特徴は、1968年6月30日から、出身国別移民入国割当制度を廃止したことであった(9)。これは、東洋人に関する特別移民枠の制限を廃止し、人種、性別、国籍、出身国、居住地による移民の差別を禁止するものであった(10)。第2の特徴は、退去強制適用除外事由を規定する第243条h項について、外国人が送還先において「身体的迫害」を受けるとの規定を、「人種、宗教、または、政治的見解のゆえに迫害」に変えたことであった(11)。これにより、後述する国際法上のノン・ルフールマン原則の適用を受ける範囲が一歩広がったものと考えられる。第3の特徴は、入国拒否事由のうち医学的事由に関して、「精神薄弱」(feeble-minded)が「精神的遅滞」(mentally retarded)に改められ(12)、

さらに、「てんかん」(epilepsy)が削除され、「性的逸脱者」(sexual deviation)が付け加えられたことであった(13)。

1978年10月30日の法律(14)は、1933年から1945年間にナチス・ドイツ政府の命令で、または、それに協力して人種、宗教、出身国もしくは政治的見解を理由に迫害を加えることに参加した者については、入国拒否または退去強制事由に該当すること、さらに移民法の任意出国や退去強制の執行停止、延期等の規定は適用されないことを規定したのであった。

## (2) 1980年代の修正

1980年には、外国人の退去強制との関係で非常に大きな進展のみられた難民法が制定された。この法律は、移民・国籍法243条h項における規定を、司法長官が、「人種、宗教、国籍、特定の社会的集団の構成員であることまたは政治的見解のためにその生命または自由が脅かされる虞」があると判断した国へ、いかなる外国人(第241条a項19号に規定される外国人を除く)も、「退去強制または送還してはならない」(15)と修正した。これは、難民条約においてノン・ルフールマン原則を規定した第33条の文言を採用しており、迫害を受ける虞のある外国人の退去強制を留保することを、司法長官の裁量ではなく、国家の義務としている点で評価できるものであった(16)。また、この法律は、ノン・ルフールマン原則を退去強制手続のみならず、入国拒否手続にも適用することとした点も、難民条約とアメリカ合衆国の国内法との整合性を実現するものとして評価されている(17)。しかしながら、この1980年難民法は、具体的な事案において難民を認定する際の迫害の立証基準についての問題が指摘されていた(18)。

1986年には、①不法就労外国人を故意に雇用した雇用主に対する懲罰、②不法残留外国人の合法化計画、③外国人農業労働者に対する一時的在留資格の付与等を規定した移民修正管理法(19)が制定された。この外国人農業労働者に関連して、同法は、新たに移民・国籍法の退去強制事由として、「本編の第210A条のもとで一時的な居住を合法的に認められた外国人たる地位を有する者で、……本編の第210A条d項5号(A)の要件をみたさない者」(旧第241条a項20号)という規定を追加した(20)。これは、季節農業労働者として1年間に90日間の労務を提供し、それを3年間怠ることなく実行した外国人は退去強制を免れるとした規定(第210A条d項5号(A))(21)に違反した場合、その者を退去強制するというものであった。

1987年には、時限立法として、非移民たる一般外国人に対して、政治的理由による入国拒否および退去強制を禁止する法律(22)が制定された。これは、信条、言論、または結社の自由について、憲法が合衆国市民に保障するものであれば、それを理由として入国拒否、退去強制、および査証の発給を拒否してはならないと規定するもので

あった。また、1988年には、INS v. Chadha 判決（462 U.S. 919[1983]）を受けて、「議会の拒否権」を規定している部分を削除する法律が制定された（23）。

### （3）1990年代の修正

そして、1990年には、前述の1987年の法律の有効期限を削除する法改正をおこなった（24）。このことは、「政治社会」の保護法益（25）を守るうえで好ましくないと思料される外国人を退去強制の対象としてきたアメリカの伝統的な出入国管理法制にとって、大きな変革であったといえる。また、これに先立つ1989年には、無政府主義者や共産主義者であることを退去強制事由とする移民・国籍法241条a項6号が、非移民たる外国人の「言論および結社の自由」（修正1条）を侵害するという画期的な判決が連邦地裁で下された（26）。しかしながら、この法律は、無政府主義者または共産主義者の信条・言論・結社を理由として入国拒否を規定する旧移民・国籍法212条a項28号の改正ではないゆえに（27）、移民・帰化局によってその後どのように運用されていくのかが懸念されていた（28）。また、アメリカの「政治社会」について、外国人の排除が相対化されていくとみるのか、あるいは、その対象が非移民たる一般外国人に限られているゆえに依然として伝統的な枠組みの範囲内で外国人と国家の関係を厳格にとらえていこうとするのか、連邦最高裁の下す判断が大いに注目される場所であった。

アメリカ連邦議会は、冷戦構造が崩壊した後の1990年代に入って国内外のテロ活動が激化したことと、国内における反移民感情に押されて3つの新しい法律を制定した。その第1の法律は、1996年4月24日に成立した「反テロリズム及び効果的死刑法」（Antiterrorism and Effective Death Penalty Act. 以下、「AEDPA」という。）（29）であり、第2は1996年8月22日に成立した「個人的責任及び就業機会調停法」（Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act. 以下、「福祉法」という。）（30）で、第3は、1996年9月30日に成立した「不法移民修正及び移民責任法」（Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act. 以下、「IIRIRA」という。）（31）であった。福祉法が非市民への連邦による福祉サービスの多くを廃止する一方で、AEDPA および IIRIRA は、福祉法への付加的な情報提供者として国境警備隊を付け加え、さらに合衆国から外国人を退去強制する上で要求されていた手続を軽減するなど、出入国管理・規制に関する諸法律の執行の強化に集中したのである（32）。

ここでとくに注目されるのは、IIRIRA が、外国人の退去強制に関して、これまで別々に規定されていた入国拒否手続と退去強制手続を廃止し、両方を統一した国外退去手続（removal proceeding）（33）に代えたことであった（34）。1952年に現行移民・国籍法が制定されたときに、この法律で退去強制を規定した条項は、第4章の入国お

よび入国拒否に関する規定とは区別されて、第 5 章に規定する 4 カ条から構成されていた。同法 241 条 (35) は、どのような外国人が国外退去の対象となるかという退去強制事由、第 242 条 (36) は退去強制手続、第 243 条 (37) は外国人が退去強制される送還先と費用、第 244 条 (38) は退去強制される外国人が一定の条件を満たす場合、合衆国に在留することを特別に許可したり外国人が強制的に国外に追放されるかわりに、自分の費用で合衆国から出国することをそれぞれ規定していた。ところが、IIRIRA により外国人の退去強制については第 4 章の「違反調査、収捕、審査、入国拒否および国外退去」の中で包括的に規定されることになり（移民・国籍法 231～244 条）、移民・国籍法 240 条の下での統一的な国外退去手続によって決定されることになった。国外退去の基本的な原因が移民・国籍法 212 条 a 項の入国拒否事由であろうが、第 237 条 a 項の退去強制事由から派生するものであろうが、後述のように、その原因に関係なく統一的な手続きによってなされることになったのである。これは、長年、移民の増加に頭を悩まし、一定の好ましくない要因からアメリカ社会を守ろうとする連邦議会が制定に踏み切った厳しい規制のひとつといわれている (39)。

#### (4) 2001 年同時多発テロ以降から現在へ

さらに 2001 年 9 月 11 日の同時多発テロ事件（以下、「9.11」という。）を契機として米国愛国者法 (40) が制定された。また、2002 年 11 月、同時多発テロ発生の約 1 年後、連邦議会は国内における治安の維持強化を目的として国土安全保障法 (41) を成立させた。同法は、移民・帰化局を廃止し、ほとんどの出入国管理機能を国土安全保障省 (DHS ; Department of Homeland Security) に移管させた。元来、移民・国籍法 103 条 a 項によって司法長官に委任されていた出入国管理権限のほとんどは、国土安全保障長官に委譲された。現在では、出入国管理および市民権取得の行政機能は、国土安全保障省内の部局である市民権・移民局 (CIS ; Citizenship and Immigration Services)、移民・税関執行局 (ICE ; Immigration and Customs Enforcement)、および税関・国境警備局 (CBP ; Customs and Border Protection) の 3 つの部局が取り扱うことになり、外国人の出入国管理・規制が国家の安全保障の一環として強化されることになった。

これらは、9.11 以降のアメリカ国内におけるテロ対策の一環として成立したものであるが、外国人の出入国管理に重大な変化をもたらしたのであった。ここでも、その要因としては、アメリカ合衆国を取り巻く国際情勢の変化が大きく影響を与えていることは容易に想像がつくものであろう。2005 年 5 月には、これもテロ対策の強化を目的として防衛、国際的テロ戦争、および津波救済のための緊急援助支出法の一部として REAL ID 法が制定された (42)。本法律は、人身保護に関する訴訟を連邦控訴裁判所に独占させることによって最終的な国外退去命令についての人身保護請求を排

除することになりその動向が注目されている (43)。

現行の退去強制法に至る歴史的展開の概観は以上のとおりである。そのときどきの国際社会との関係が影響を与える外的要因とともに、移民を労働力として受け入れて発展を遂げてきたアメリカ社会の内的要因が絡み合っ て出入国管理政策が実施されてきたことがうかがわれる。そして、国家が公正な出入国管理を実現するために外国人を排除する手段が入国拒否であり、本研究の主題である退去強制なのである。しかし、とくに領土内に存在する外国人を国外退去させる退去強制は、国家の権力性が如実に現れるものであるゆえに、常に適正なものでなくてはならないのはいうまでもないことである。厳しくその適正さを求められる外国人の退去強制が現行制度ではどのように規定されているかについて、次にその概要を紹介することにしたい。

- (1) Immigration and Nationality Act, June 27, 1952, ch. 477, 66 Stat. 163 (1952).
- (2) 1952年9月4日、トルーマン大統領の命令により組織された委員会が、大統領の拒否にもかかわらず成立した1952年の移民・国籍法を検討し、1953年1月1日、“Whom We Shall Welcome”と題した報告書を大統領に提出したもの。香山直之「外国人の出入国管理に関する各国の法制について」法務研究第42集2号(1954年)参照。
- (3) トルーマン委員会は、退去強制の対象となる行為をおこなってから退去強制手続の提起までの期間はせいぜい10年間であるとし、その期間内であれば、合衆国政府は移民・国籍法違反が行われたことを確認しかつ違反者に対する措置を講ずることができるとした。したがって、トルーマン委員会は、移民・国籍法違反がおこなわれてから10年以上を経過した場合、その外国人に対する退去強制手続は提起すべきではないと勧告したのである。これに対して、ミルトン・コンヴィッツ教授は、「10年でさえも、きわめて長期である。その間に、外国人は家庭やビジネスを築き上げることができ、その外国人に対する退去強制は罪のない人たちを傷つけることになる。トルーマン委員会が勧告した期限は最低限度のものである。われわれが理解しているように、このような退去強制を免除する期限の欠如は、外国人が合衆国に20年あるいは30年間も滞在した後に、彼らを退去強制へと導くことになる。それゆえ、現行移民・国籍法は明らかに非人道的法律である」と主張していた。M.R.Konvitz, CIVIL RIGHTS IN IMMIGRATION 130 (Cornell University Press, 1953).
- (4) Narcotic Control Act of 1956, July 18, 1956, ch.629, § 30(b), 70 Stat. 567, 575 (1956).
- (5) Act of July 14, 1960, Pub.L.No.86-648, § 8, 74 Stat.504, 505(1960).
- (6) Act of Sept. 26, 1961, Pub.L.No.87-301, § 106, 75 Stat.650, 651 (1961).
- (7) Gerald L. Neuman, *Jurisdiction and the Rule of Law After the 1996 Immigration Act*, 113 HARV. L. REV. 1963, 1965-69 (2000).
- (8) Act of Oct. 3, 1965, Pub.L.No.89-236, 79 Stat. 911 (1965).
- (9) *Id.* § 1(e), at 911.

- (10) *Id.* § 2(a), at 911.
- (11) *Id.* § 11(f), at 918.
- (12) *Id.* § 15(a), at 919.
- (13) *Id.* § 15(b), at 919.
- (14) Act of Oct. 30, 1978, Pub.L.No.95-549, 92 Stat. 2065 (1978).
- (15) Refugee Act of 1980, Mar. 17, 1980, Pub.L. No.96-212, § 203(e), 94 Stat. 102, 107 (1980).
- (16) Note, *The Right of Asylum under United States Law*, 80 COLUM. L. REV. 1125, 1131 (1988).
- (17) 宮川成雄「難民庇護とアメリカ法」同志社アメリカ研究第 24 号(1988 年) 69 頁。
- (18) *INS v. Stevic*, 467 U.S. 407 (1984).; *INS v. Cardoza-Fonseca*, 94 L.Ed. 2d 434 (1987). 詳しくは、宮川・前出注 (17) 73 頁以下を参照。
- (19) Immigration Reform and Control Act of 1986, Nov.6, 1986, Pub.L. No. 99-603, 100 Stat. 3359 (1986).この法律の解説としては、川原謙一「シンプソン・ロディノ・マゾリ移民修正管理法」ジュリスト 909 号 (1988 年) 42 頁以下を参照。
- (20) *Id.* § 303(b)(3), at 3431.
- (21) *Id.* § 303(a), at 3428.
- (22) Foreign Relations Authorization Act, Pub.L.No.100-204, § 901, 101 Stat. 1331, 1399-1400 (1987).  
この法律の解説としては、宮川成雄「アメリカ移民法と人権規範一言論結社の自由及び労働権を中心にして」同志社アメリカ研究第 27 号 (1991 年) 71 頁以下を参照。
- (23) Immigration Technical Corrections Act of 1988, Oct.24, Pub.L.No,100-525, § 2, 102 Stat. 2609, 2614 (1988). この点については、本研究第 4 章第 6 節を参照。
- (24) Department of State Authorization Act, Pub.L.No.101-246, § 128, 104 Stat.15 (1990).
- (25) 「政治社会」「市民社会」の保護法益の峻別モデルについては、本研究第 7 章はじめに (注 6) を参照。
- (26) *American-Arab Anti-Discrimination Committie v. Meese*, 714 F. Supp. 1060 (C.D. Cal. 1989).
- (27) ただし、現在では無政府主義者または共産主義者の入国拒否は規定されず、それは国家の安全・治安秩序を脅かす者にとって替わられている [8 U.S.C.A. § 1182(a).].
- (28) 宮川・前出注 (22) 74 頁。
- (29) Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996, Pub.L.No. 104-132, 110 Stat. 1214 (1996).
- (30) Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act of 1996, Pub.L.No. 104-193 (1996).
- (31) Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996, Pub.L. No.104-208, Div.C., 110 Stat. 3009-546 (1996).
- (32) 1996 年の移民法制定については、宮川成雄「アメリカの移民法制の展開と 1996 年法」同志社女子大学総合文化研究所紀要 15 巻 (1998 年) 37 頁以下を参照。

- (33) 1996年以前の移民・国籍法では、退去強制については“deportation”という用語が使用されていたが、同法の修正により“removal”という用語が使用されることになった。本稿においては、適宜、退去強制と国外退去という用語を使用するが、それらはわが国の出入国管理及び難民認定法24条、27～55条に規定される「退去強制」に該当するものである。なお、この点については、本研究序論（注17）を参照。
- (34) 8 U.S.C.A § 1229a(1996).
- (35) 8 U.S.C.A § 1251(1952).
- (36) 8 U.S.C.A § 1252(1952).
- (37) 8 U.S.C.A § 1253(1952).
- (38) 8 U.S.C.A § 1254(1952).
- (39) Elwin Griffith, *The Transition Between Suspension of Deportation and Cancellation of Removal for Nonpermanent Residents under the Immigration and Nationality Act*, 48 DRAKE L.REV. 79 (1999).
- (40) USA Patriot Act, Pub.L. 107-56, § 412, 115 Stat. 272 (2001).
- (41) Homeland Security Act, Pub.L. 107-296, 116 Stat. 2135 (2002).
- (42) REAL ID Act of 2005, Pub. L. No. 109-13, Div. B, 119 Stat. 231 (codified at 8 U.S.C. § 1252).
- (43) See Hiroshi Motomura, *Immigration Law and Federal Court Jurisdiction Through the Lens of Habeas Corpus*, 91 CORNELL L.REV. 459, 460 (2006).

### 第3節 現行退去強制制度の概要

#### 1. 退去強制事由

全体的な外国人の退去強制の過程については、以下のように、①退去強制事由、②退去強制手続、③退去強制からの救済手段の三つに分けて説明することができる。

まず第1に、退去強制がどのような人に対してなされるかという点、「合衆国の市民(citizen)または国民(national)でない」(移民・国籍法101条a項3号)外国人のみをその対象としている。現行の退去強制制度のもととなった1952年の移民・国籍法は、その第241条a項で外国人が退去強制の対象となる事由を18列挙していた。これらは、入国拒否事由と同様、連邦議会が過去1世紀にわたり好ましくないと考えた行為を歴史的に集大成したものであったといわれる(1)。

1996年のIIRIRAによって修正された現行法は、退去強制事由に該当する外国人のカテゴリーを大きく6つに類別している(移民・国籍法237条)。すなわちそれは、①入国、または、資格の変更もしくは資格違反の時点で入国不許可(inadmissible)(2)となる者(同条a項1号)、②犯罪にかかわった者(同2号)、③正式な書類への登録をおこなわず、もしくは偽造をおこなった者(同3号)、④国家の安全・治安秩序を

脅かす者およびそれに関係する者（同 4 号）、⑤公共の負担となる者（同 5 号）、⑥不法に投票した者（同 6 号）、である。ただし、犯罪にかかわった者であっても家庭内暴力の被害者である場合は国外退去が免除されることがあると規定されている（同 7 号）。

## 2. 退去強制手続

第 2 に、外国人が国外へ強制退去される場合、どのような手続によって実施されるかについて、現行の移民・国籍法では退去強制手続を次のように規定している。

まず退去強制が決定されるにあたって、不法入国者や刑事犯罪者などの退去強制事由（移民・国籍法 237 条 a 項）に該当すると思料される外国人は、司法長官の令状によって収捕（arrest）（3）および収容される（同 236 条）。そして、収捕された 48 時間以内に退去強制手続の開始の決定がなされなくてはならないとされる（4）。

ただし、令状なしで収捕された場合においては（同 287 条 a 項 2 号）、収捕後、当該外国人は、ただちにその者を収捕した移民官とは別の移民官に質問のために引き渡されることになる（5）。そして、審査した移民官は、その者を退去強制する一応有利な事案（prima facie case）であると判断した場合、移民審判官に事案を送致するか、当該外国人に迅速な国外退去を命じるか、または、その他の可能な処分をおこなうことになっている（6）。そして、退去強制が最終的に決定されるまでの間、当該外国人は引き続き収容されるか（同 236 条 a 項 1 号）、または、一定額の保証金ないし条件付の臨時入国許可（parole）によって仮放免される（同 2 号および 3 号）。しかし、これらの条件付の仮放免は、司法長官の裁量においていかなる時でも撤回され得ると規定されている（同 236 条 b 項）。この決定に不服の場合には、連邦規則により移民不服審査委員会（Board of Immigration Appeals）への申立てが可能となる（7）。

1996 年以前は、管轄権を有する裁判所は、収容、保証金による仮放免、または、退去強制の最終決定未決中の臨時入国許可に関する司法長官のこれらの決定について、当該手続が特定の事実および状況によって相当と認められる程度に迅速なものでないときには人身保護令状の手続により司法長官の決定を審査し、かつ変更する権限を有すると規定されていた（8）。だが、現在ではこれらの司法長官の裁量的判断について裁判所は司法審査の権限を有しないと規定されている（同 236 条 e 項）。

## 3. 退去強制からの救済手段

第 3 に、苛酷な退去強制から免れるための救済は、外国人にとって非常に重要なものであるが、合衆国において退去強制手続にある者は、移民・国籍法を根拠として適用可能な裁量的救済（discretionary relief）を申請することができるとされている。移民審判官によって裁量的救済が認められたならば、退去強制令状の執行は取消しま

たは停止されることになる。一般に、外国人は退去強制の審理過程において裁量的救済を申し立てなければならないとされている(9)。当該外国人は、特別な場合、退去強制の審理が終了した後に裁量的救済を求めて再審の訴えを起こすことができるが、移民審判官は、その原因が退去強制の審理の終了後に発生した場合にのみ訴えを認めることができる(10)。当該外国人が裁量的救済を要求するには、その者が自ら退去強制の審理過程においてそれを申し出なければならない、その場合、自らの申し出が拒否されるリスクを負わなければならないのである。

外国人が要求する救済を認めるか否かを決定するときに、移民審判官は二段階の手續をとらなければならない。第1には、移民審判官は当該外国人が特定の救済手段の適格性を有するか否かを判断することであり、第2は、当該外国人が自ら法律の要件を満たしていることを立証しているか否かを判断することである(11)。しかしながら、当該外国人がこれらの要件を満たしたとしても、移民審判官は必ずしも救済を与える必要はないとされる。移民審判官は救済が認められるか否かを最終的に決定する裁量的権限を有するのである。たとえ外国人が行政救済の適格性を立証したとしても、移民審判官は救済の申し出を拒否することができるのである(12)。IIRIRAは、退去強制のこれらの決定について司法審査を厳しく制限することとなり、裁量的救済の重要性がさらに高まっているのが現状である。

移民審判官が外国人の退去強制事由該当性を認定した場合、その者は移民・帰化局が実際に退去強制令状を執行する前に退去強制からの救済を求めることができる。その救済の方法には大きく2つのカテゴリーがあり、ひとつは他の行政機関および司法機関への上訴(appeal)であり、もう一方は前述の裁量的救済である。また、それらとは別に再審の申し立てが可能である。外国人はForm I-328を提出することによって移民審判官による決定の再審を求めることができ、他方、移民審判官も自らの申し立てで再審をおこなうことができるとされる(13)。移民審判官は、当該外国人が移民不服審査委員会に当該決定についての不服申し立てをおこなっていないければ、その申し立てを受け付けるが、提出された証拠が重要なものでありかつ審理のときに得られなかった場合に限り再審を認めることになっている(14)。

(1) T. Alexander Aleinikoff, David A. Martin and Hiroshi Motomura, IMMIGRATION AND CITIZENSHIP: PROCESS AND POLICY 4<sup>th</sup> Ed. 721 (West Group, 1998).

(2) それ以前は、“excludable”という用語が使用されていた。See 8 U.S.C.A. § 1182 (1991).

(3) この場合の「収捕」とは、退去強制手續(行政手續)における容疑者たる外国人を收容する前段階としておこなわれる短時間の身体拘束をいう。わが国の出入国管理及び難民認定法上の「收容」(39条~44条)は、ここでいうところの「収捕」を含むものである。移民・国籍法上、「収捕」の原語は、“arrest”であるが、本研究では、刑事手續上の身体拘束を意味する「逮捕」との違いを明ら

かにするため邦訳を「収捕」として区別する。

- (4) 2001年9月20日、移民・帰化局は退去強制手続の決定前の収容を規定する連邦規則を修正した[66 Fed. Reg. 48,334(Sep.20,2001)(amending 8 C.F.R. 287.3(d).)]. それ以前の連邦規則は、移民・帰化局に収容された外国人については24時間以内に退去強制手続を開始することを規定していた[8 C.F.R. 287.3(d)(2000).]が、新しい規定の下では、緊急時以外は、手続開始前の収容は48時間を限度として認められることになった[8 C.F.R. 287.3(d)(2002).]. しかしながら、このたびの同時多発テロ事件に際しては、実際はかなりの数の外国人が正式な手続なしで収容されていたという。  
*See David Cole, Enemy Aliens, 54 STAN. L. REV. 953,962(2002).*
- (5) 8 C.F.R. § 287.3.(2003).
- (6) すなわち、連邦規則に規定される実質的なミランダ・ルールの実施の後に、48時間以内に当該外国人に対して、さらに収容されるか、または保証金もしくは誓約書によって仮放免されるか、そして出廷通知書および収捕令状が発付されるか告知されなくてはならないとされている[8 C.F.R. § 287.3.].
- (7) 8 C.F.R. § 1003.1(b).
- (8) 8 U.S.C.A. § 1252(a)(3)(1995).
- (9) 8 C.F.R. § 240.11(2004).
- (10) 8 C.F.R. § 3.23(b)(v)(3).
- (11) 8 C.F.R. § 240.8(d).
- (12) *Patel v.INS, 638 F.2d 1199 (9<sup>th</sup> Cir.1980).*
- (13) 8 C.F.R. § 3.23(b)(ii).
- (14) 8 C.F.R. § 3.23(b)(v)(3).

## 小 結

本章では、アメリカ合衆国における退去強制法の展開と現行制度の概要をその制定時に遡り紹介してきた。外国人の退去強制については、第2次世界大戦とマッカーシズムの時代を経て、現行の法制度を規定する1952年の移民・国籍法として一応の集大成をみたといえる。その後、同法は、アメリカ国内における民主的な時代の流れも影響して退去強制については準司法的の制度が整備され今日に至っている。

一方、この退去強制法の歴史的背景を見ていくと、その時々々の外交政策に少なからず影響されていることが理解される。このことは、わが国の出入国管理法制についても共通するところであるが、対外的な要因が国内における立法および行政政策に影響を及ぼし、出入国管理法制の特徴を形成していることを示唆するものである。

そのような意味において、とくに9.11以降、アメリカ合衆国が外国人の退去強制についてどのような対応をみせるようになったか、さらに注意して考察を進めていくこ

ととしたい(1)。

- (1) 9.11 との関係で外国人の退去強制がどのように実施されたかについては、とくに本研究第 6 章第 2 節を参照。

## 第2章 退去強制の概念と憲法上の位置づけ

### はじめに

アメリカにおいてはその建国の当時から移民ないし外国人の出入国管理・規制について、多くの問題を孕むものであった。そして、どのような外国人を入国させ、彼らをどのような条件で在留させるかについて規制する権限について、建国の父たちは連邦議会にそのような権限を認めていたとも考えられるが(1)、合衆国憲法には明示的には規定されていないのである。そのため連邦最高裁判所は、19世紀後半の中国人移民の排斥を契機として、合衆国政府における政治部門による外国人に対する厳しい出入国管理・規制について、法原理機関としての対応を強く迫られることとなった。そして、今日に至るまで退去強制の事案をはじめとして、裁判所において多くの議論を喚起することとなっている。

本章においては、外国人の退去強制の法理を論じていくために、アメリカ移民法における退去強制の概念とそこでの論点を整理し、退去強制の根拠となる国家の出入国管理・規制権限がどのような法的根拠にもとづくかについて、判例理論を手がかりとして検討していくこととする。それとともに、合衆国憲法との関係で退去強制制度がどのような位置づけがなされているかについて考察し、本研究における分析の起点ないし視点を探りだしていきたいと考える。

(1) G. Neuman, *The Lost Century of Immigration Law (1776-1875)*, 93 COLUM. L. REV. 1833 (1993).

### 第1節 退去強制の概念

#### 1. 退去強制の基本観念

伝統的に退去強制 (deportation) とは、外国人を国外へ追放 (banishment) させることとして理解されてきた(1)。ホームズ裁判官は、1907年の法律(2)の合憲性が支持された *Bugajewitz v. Adams* 判決 (228 U.S. 585[1913]) において、外国人の退去強制について次のように述べている。

「連邦議会が、この国に在留する外国人で、その者の存在が有害であると思料する場合に国外退去を命じる権限を有することは、完全に確立されたものである。そして、特定の法律の下では犯罪を構成するかもしれない事実によって退去強制の決定を下すことは、有罪判決でも、また刑罰でもない。それは、単に合衆国政府が望まない外国人の存在を拒否することである。」(3)

判例では、一般に退去強制についてこのように理解されているが、その構成要素について大きく3つに分けて考えることができる。まず第1に、退去強制は、「合衆国の市民(citizen)または国民(national)でない」外国人(移民・国籍法101条a項3号)のみが対象となり、合衆国市民(国民)はその対象とはならないことである(4)。ここでは、①外交官およびそれに准じる地位を保持する外国人(5)、②敵性外国人(enemy aliens)、③国境通過証明書(Border Crossing Identification Card)を所持する外国人、④送還先によっては身体的迫害を受ける恐れを有する外国人を除いて、一時的であれ長期または永住的在留者であれ、合法、非合法を問わず、さまざまなカテゴリーに類型化される外国人すべてが一律に退去強制の対象となる。それとともに、合衆国市民であった者が外国において帰化してから合衆国に在留する場合も含まれるものとされる(6)。

第2に、退去強制は、合衆国の領域内に在留ないし存在する外国人に対するものである。狭義における退去強制は、すでに合衆国内に在留する外国人を国外へ追放するものであるが、広義における退去強制は、外国人が合衆国の国境や入国地点において入国の申請をおこない移民官によって入国を拒否された場合等、このような外国人の国外退去を含むものである。合衆国の入国地点に到着した外国人は、「入国拒否され、そして退去強制される」(7)ということなのである。

第3に、退去強制は、合衆国に在留する外国人の存在が国家・社会にとって有害であると思料される場合、当該外国人を国外へ追放することである。だが、退去強制は犯罪に対する刑罰ではなく、たとえ犯罪を理由としてその者を国外退去するとしても刑事上の訴追とは別個のものとして、完全に独立した手続でおこなわれるのである(8)。そして、どのような外国人の存在が合衆国にとって好ましくないかと判断する権限は連邦議会が有し、連邦議会の委任によって連邦政府がその権限を行使することになる。

このように、退去強制とは、当該国家の領域内に存在し、国家・社会にとって好ましくないと思料される外国人を強制的に国外へ追放する国家作用を意味するものである。だが、国家の権力性が如実に現われその規制対象となる外国人にとっては、滞在国においてその存在自体が否定されることになり、往々にして苛酷な処分となるものである。それゆえに、退去強制は重大な権利侵害を発生させる危険性が存するのである。

次には、外国人にとって人権保障の観点から重大な問題ともなりうる退去強制の法的論点について、判例でどのように論じられているかについて検証していくこととする。

## 2. 非刑事手続としての退去強制

### (1) 退去強制の刑罰性

退去強制は、形式的には非刑事手続として取り扱われるが、国家が外国人を強制的に国外へ追放するその実質は「刑罰」性を有し、あるときには最も苛酷な制裁ともなりうる国家権限の行使であると考えられる(9)。かかる退去強制の性質について、条約に基づき合法的に居住する外国人の退去強制を規定する1892年5月5日の法律の第6条(10)の合憲性が争われた *Fong Yue Ting v. United States* 事件(149 U.S. 698 [1893]) (11)におけるブリュワー裁判官の反対意見は、次のように述べている。

「退去強制は刑罰である。それは、まず最初に[外国人を]逮捕し、自由を剥奪し、ついで、家族、家庭、仕事または財産から離別させる。海の彼方の遠い土地に追放することは刑罰である。しかも、それは往々にして最も厳しくかつ残酷なものである。」(12)

1945年の *Bridges v. Wixon* 判決(326 U.S. 135 [1945])の法廷意見も退去強制の刑罰性について次のように述べている。

「退去強制は技術的には刑事手続ではないが、それは当該外国人にとって大きな苦難となり、この自由の国に居住し、生活し、かつ働く権利を剥奪するものである。かかる退去強制は刑罰であり、時として最も重い刑罰となることは疑いの余地がないところである。」(13)

さらに、1948年の *Fong Haw Tan v. Phelan* 判決(333 U.S. 6 [1948])においても、「退去強制は徹底した措置であり、時として追放または遠島刑と同様なものとなる。それは外国人の好ましくない行為に対するこの国における居住の剥奪である。そのような剥奪は正に刑罰である。」(14)と述べられ、裁判所は退去強制の刑罰性をたびたび指摘してきたのであった。

### (2) 判例の立場

しかしながら、連邦最高裁は *Fong Yue Ting* 事件において退去強制を非刑事手続として取り扱う根拠を次のように述べ、それは今日まで堅持されているのである(15)。

「退去強制の命令は犯罪に対する刑罰ではない。刑罰の方法として合衆国から市民を追放することに適用される意味での追放または流刑でもない。それは、憲法上の権限を行使する政府が、当該外国人の合衆国における継続的な居住条件が適合性を有しないと決定した場合、その者の本国への帰還を強制するところの一方

法に過ぎないのである。」(16)

このような退去強制処分と刑罰との区別は、Fong Yue Ting 判決 (1893) と Wong Wing v. United States 判決 (163 U.S. 228[1896]) との比較からも明らかとされる。Wong Wing 事件は、Fong Yue Ting 事件が同じ 1892 年 5 月 5 日の法律の第 6 条を争ったのに対して、同法第 4 条 (17) の合憲性を争った事案であった。第 4 条では、合衆国に居住する中国人労働者に登録を義務づけ、1 年経過しても登録しない者は合衆国での滞在または在留が合法的に認められていないと判断され、1 年以内の懲役が科された後にその者を国外へ追放すると規定していた。連邦最高裁は、この規定について、退去強制事由に該当すると思料される外国人に対して正式な司法手続を踏まずに刑事的制裁を加えるものとして違憲の判断を下したのであった。Fong Yue Ting 判決が第 6 条で規定される居住証明書の取得要件を満たしていない外国人の退去強制を支持したのに対して、Wong Wing 判決では、退去強制が命じられた外国人に刑罰を科す場合には合衆国憲法が保障する厳格な司法手続を要求したのであった。このことから、すでにこの時期において、連邦最高裁が退去強制処分を刑罰とは明確に区別して事案を処理していたことがうかがえる (18)。

その後の判例においても、退去強制事由に該当する外国人を国外に追放することは、「犯罪に対する告訴でもなければ犯罪に対する有罪の判決でもなく、これは、刑事上の訴追と退去強制の手続とは完全に別個にしてかつ相互に独立しておこなわれる」ものである、と述べられている (19)。したがって、外国人を退去強制する前にその者に対して適当な裁判所において刑事上の手続によって有罪判決が下されることを必要としないし、また、刑事上の手続において当該外国人に対する無罪判決があっても、それはその者の同一事由による退去強制手続において既判力が発生するものではないということになるのである (20)。さらに、その後の連邦最高裁は、修正 4 条の違法証拠排除法則が退去強制手続には適用されないことも判示し (21)、退去強制の命令は犯罪に対する刑罰ではないとの先例が今日まで効力を有しているのである。

### (3) 「非刑事手続」への疑問

このようにアメリカ合衆国においては、外国人の退去強制手続については、刑事犯罪者に完全かつ公正な司法手続を保障するために適用される憲法の諸条項が直接には適用されてこなかった (22)。また、事後法の禁止 (ex post facto law ban) についても適用がなく (23)、その理由は、裁判所が退去強制手続の本質を非刑事手続であると頑なに押し通してきたからであった。

しかしながら、退去強制の刑罰性を否定する判例への疑問は依然として根強いものがあり (24)、退去強制の苛酷な「刑罰性」については、今日まで多くの議論がなされ

ている (25)。また、さきにみたホームズ裁判官の法廷意見に対しても、このような単なる技術的な区別は、連邦議会の出入国に関する権限を刑事手続に課せられる憲法上の実体的および手続的な制限から回避させるためのものであったとの批判がなされている (26)。とくに、アメリカ社会との結合性ないし紐帯 (community tie) が段々と強まってくる永住・居住外国人については、慎重な対応が必要であるとする見解がこれまでも有力に主張されていたのであった (27)。

### 3. 退去強制と入国拒否との区別

#### (1) 単一かつ同一の権限

外国人の権利保障という視点から考えると、狭義における退去強制 (deportation) と入国拒否 (exclusion) とを区別することは重要な問題であった。連邦最高裁は、Fong Yue Ting 事件において、「アメリカ合衆国は主権国家でありかつ独立国家である。合衆国[政府]は合衆国憲法によって国際関係に関するすべての管理を委任されており、それと同時に、その管理を維持しかつ効果的ならしめるために必要な統治のためのあらゆる権限を付与されている」(28) のであり、そして、このような国家が有する「外国人の入国を拒否し追放する権限は、単一の基礎の上であり、単一の権原に由来し、同一の理由によって支持され、そして、それらは、実際に単一かつ同一の権限の一部を成すものである」(29) と述べている。つまり、連邦最高裁は、国家が外国人を退去強制する権限は入国拒否と同じ根拠に基づいており、それは、主権国家に固有の不可譲な権利であると考えていたのであった。このことは、同様に、1895年の Lem Moon Sing v. United States 判決 (158 U.S. 538 [1895]) においても確認されているところである (30)。

だが、Fong Yue Ting 事件における反対意見 (31) は、入国拒否と退去強制との違いを強く主張していた。それは、国家がその国に合法的に在留する外国人を恣意的に取り扱うことは、「いかなる委任された権限、黙示的権限、固有の主権的権限からも導くことはできない」(32) というもので、その後の事案に大きな影響を与えていたのが注目される。

#### (2) 退去強制への憲法的効力の保障

1900年代に入ると連邦最高裁判所は、1903年の日本人移民事件として有名な Kaoru Yamataya v. Fisher 判決 (189 U.S. 86 [1903]) において、入国拒否と退去強制が「単一かつ同一の権限」に立脚するものではあるが、合衆国憲法との関係では退去強制と入国拒否とを区別すべく、修正5条のデュー・プロセスの保障が問題となることを認めることとなった。これは、たとえ不法入国であっても、ひとたび合衆国の門をくぐった外国人は、法の適正な過程 (デュー・プロセス) から導かれる公正の基

準に合致する手続を経ることによってのみ国外へ退去させることができるというものであった (33)。入国拒否の事案とは区別して、退去強制について合衆国憲法修正 5 条に規定されるデュー・プロセス条項の保障が明示されたことは、それ以降の判例によって大きな意義を持つものであった (34)。

退去強制についての一般的な論点は以上のようなところであるが、裁判所においては、早い時期からこれらの点が争われ、外国人の権利・自由を保護するために多くの議論が積み重ねられ、実に多彩な法理論を生み出してきたのである。これらの議論を考察する前提として、退去強制を含む出入国管理・規制権限がどのような法的根拠に基づいていると考えられているかについて、次に検討していくこととする。

(1) BLACK'S LAW DICTIONARY 349 (West Pub. Co., 1979).

(2) Act of Feb.20, 1907, ch.1134, 34 Stat. 898. 本法律は、売春婦及び上陸前に存在する理由によって公共の負担となった者で、それらの者が入国後 3 年以内であれば退去強制するものと規定されていた。

(3) Bugajewitz v. Adams, 228 U.S. 585, 591 (1913).

(4) この場合の「市民」(citizen)とは、「合衆国において出生またはこれに帰化し、かつ合衆国の管轄権に服する者」(合衆国憲法修正 14 条)のことであり、①例外の場合を除き、合衆国内で生まれた者、②外国で、外国人として生まれたが、帰化した者、③合衆国の特定の占有地 (possessions) または、外国で生まれた者で、法律に基づき市民権 (国籍) を取得した者をいう [萩野芳夫『国籍・出入国と憲法—アメリカと日本の比較—』(勁草書房, 1982 年)26 頁。]。また、「国民」(national)とは、「国家に永続的な忠誠の義務を負っている者」(移民・国籍法 101 条 a 項 21 号)をいうが、現在は実質上アメリカン・サモアの住民を含むか否かだけが両者の違いであるとされる [安部圭介『「孤立した少数者」としての外国人—9.11 後のアメリカにおける『法の支配』の一断面』東京大学社会科学研究所 56 巻 5・6 号 (2005 年) 68 頁。]。さらに退去強制の対象とはならない「合衆国国民」(national of the United States)とは、「(A) 合衆国市民、または、(B) 合衆国市民ではないが、合衆国に永続的な忠誠の義務を負っている者」(同法 101 条 a 項 22 号)で、ここでいうところの「合衆国市民」および「国民」を含むものである。

(5) アメリカ駐在の各国大使、国を代表する外交官、領事官およびそれらの家族は退去強制の対象とはならない。また、国連のような国際機関の職員も退去強制の対象の例外とされる (8 U.S.C.A. § 1102 [2004])。

(6) Reynolds v. Haskins, 8 F.2d. 473 (8<sup>th</sup> Cir. 1925).

(7) T. Alexander Aleinikoff, David A. Martin and Hiroshi Motomura, IMMIGRATION AND CITIZENSHIP: PROCESS AND POLICY 5<sup>th</sup> Ed. 190 (West Group, 2003).

(8) Bugajewitz v. Adams, 228 U.S. 585, 591 (1913).

(9) *Developments in the Law — Immigration Policy and the Rights of Aliens*, 96 HARV. L. REV.

- 1289, 1386 (1983).
- (10) Act of May 5, 1892, Ch.60, § 6, 27 Stat. 25 (1892).
  - (11) *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893). 本件はアメリカにおける外国人の退去強制に関する非常に重要な事案であり、本研究においては、ここでの退去強制の本質にかかわる多様な議論を各所で取り上げ論じていくこととしたい。なお、本件の事実の概要については本研究第 8 章第 1 節を参照。
  - (12) *Id.* at 740.
  - (13) *Bridges v. Wixon*, 326 U.S. 135, 154 (1945).
  - (14) *Fong Haw Tan v. Phelan*, 333 U.S. 6, 10 (1948).
  - (15) *Developments in the Law*, *supra* note 9, at 1386.
  - (16) *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698, 730 (1893).
  - (17) Act of May 5, 1892, Ch.60, § 4, 27 Stat. 25 (1892).
  - (18) T. Alexander Aleinikoff, David A. Martin and Hiroshi Motomura, IMMIGRATION AND CITIZENSHIP: PROCESS AND POLICY 4<sup>th</sup> Ed. 694 (West Group, 1998).
  - (19) *Bugajewitz v. Adams*, 228 U.S. 585, 591 (1913).
  - (20) *Lewis v. Frick*, 233 U.S. 291(1914).
  - (21) *INS v. Lopez-Mendoza*, 468 U.S. 1032, 1038 (1984).
  - (22) *Developments in the Law*, *supra* note 9, at 1386.
  - (23) *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U.S. 580 (1952)
  - (24) たとえば、退去強制の苛酷な性質に鑑み、1952 年の移民・国籍法が制定された後も、「たとえ退去強制は刑罰ではないとしても、遡及処罰禁止の原則は刑事法と同様に民事法に対しても適用がある」との主張がなされていた。See Jack Wasserman, *The Universal Ideal of Justice and our Immigration Laws*, 34 NOTRE DAM LAW. 1, 6 (1958).
  - (25) See, e.g., Navasky, *Deportation as Punishment*, 27 U.KAN.CITY L.REV. 213 (1959); Peter Schuck, *The Transformation of Immigration*, 84 COLUM.L.REV. 1 (1984); Javier Bleichmar, *Deportation as Punishment: A Historical Analysis of the British Practice of Banishment and Its Impact on Modern Constitutional Law*, 14 GEO. IMMIGRE. L.J. 115 (1999); Robert Pauw, *A New Look at Deportation as Punishment: Why at Least Some of the Constitution's Criminal Procedure Protections Must Apply*, 52 AD. L. REV. 199 (2000).
  - (26) Austin T. Fragomen, *The "Uncivil" Nature of Deportation: Fourth and Fifth Amendment Rights and the Exclusionary Rule*, 45 BROOKLYN L. R.EV. 29, 34-35 (1978).
  - (27) *Developments in the Law*, *supra* note 9, at 1326.
  - (28) *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698, 710 (1893).
  - (29) *Id.* at 713.
  - (30) *Lem Moon Sing v. United States*, 158 U.S. 538, 549 (1895)。また、同判決は、合衆国憲法に規定

されている人身保護令状による司法的救済も、退去強制事件については一定の限界があることを判示している。 *Id.* at 545-47.

- (31) ブルワー裁判官、フィールド裁判官、およびフラー連邦最高裁長官の 3 名の反対意見については、本研究第 3 章第 3 節を参照。 *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698, 744-64 (1893).
- (32) *Id.* at 763.
- (33) *Kaoru Yamataya v. Fisher*, 189 U.S. 86, 100-01 (1903). 本件について詳しくは、本研究第 4 章第 3 節を参照。
- (34) Note, *Protecting Deportable Aliens from Physical Persecution :Sec. 243(h) of Immigration Act of 1952*, 62 YALE L.J. 845,848 (1953). だが、本件は、その一方で、手続的にも、実的にも絶対的権限理論の射程内にあり、デュー・プロセスの保障について一定の限界を示唆するものでもあった。この点については、本研究第 4 章第 3 節を参照。

## 第 2 節 退去強制権限の法的根拠

### 1. 憲法に列挙される (enumerated) 規定から派生する権限としての退去強制

#### (1) 帰化に関する統一的な規定

連邦最高裁判所は、州が介入すると連邦権限との抵触が生じる危険性のある外国人の帰化について、州の立法行為を排除し、連邦の法律を支持してきた。その根拠となっているのは合衆国憲法第 1 条 8 節 4 項であり、それは、「合衆国全土を通じて統一的な帰化の規則」を制定する権限が連邦議会に属することを明示している。合衆国憲法は、連邦議会にかかる権限を付与することによって、混乱を未然に防いでいるのである。各州が、それぞれの基準で市民権を付与する権限を有したとしたならば、州の市民が自動的に合衆国の市民となる合衆国憲法修正 14 条の規定からは、当然、その結果として国家の統一に支障が生じることになるのは容易に想像することができるであろう。

ところが、合衆国憲法には、外国人の入国拒否および退去強制を含む出入国管理・規制について、それが連邦議会の権限に属するとはどこにも明示されていないのである。そのため外国人の入国拒否および退去強制権限も、本条項を根拠とする見解が存する (1)。だが、出入国管理・規制は、合衆国への人の身体的な移動を扱うものであり、一方、帰化は、アメリカ合衆国の政治共同体の構成員を判断するものでもあるゆえに、統一的な帰化権限が直接的にそれと結びつくかどうか十分な説得力を持つものではないのである (2)。連邦最高裁は、早い時期から外国人の出入国管理・規制に関する権限がいかなる根拠に基づいて連邦議会に属するのか、その根拠を見出す大きな問題に直面していたのであった。

## (2) 通商規制に関する規定

このような中で、連邦最高裁判所は、初期の事案においては、それを合衆国憲法第1条8節3項に求めた。当該条項は、「外国との通商を規制し、州際間の通商を規制する」権限を明示的に連邦議会に与えるものである。

当時の連邦政府は、合衆国憲法第1条9節1項により1808年に奴隷輸入が禁止された後、移民として入国し、アメリカ社会の経済成長の下で劣悪な労働条件で働くことを強いられていた多くの外国人を救済する措置をとらなかった。これに対して、いくつかの州では独自の法律を制定し、彼らの保護にあたるとともに、合衆国への入国を規制していたのであった(3)。しかし、連邦最高裁は、1849年の旅客事件(The Passenger Cases)をはじめとする早い時期の事案において(4)、これらの州による外国人の出入国管理・規制は「合衆国憲法が専属的に連邦議会に委譲している権限」であることを理由として違憲の判断を下している。

約1世紀後の *Edwards v. California* 判決(314 U.S. 160 [1941])においても、連邦最高裁は、外国から貧困者を州へ輸送することを犯罪と規定したカリフォルニア州法について、通商条項を根拠として違憲と判断した。この法律は外国人の出入国管理を直接規制するものではないが、今日においては、本判決でジャクソン裁判官が述べるように(5)、通商を目的としないで合衆国へ入国しようとする多くの外国人を当該条項によって規制するのは、通商に関する法の趣旨を歪め、人権の意味を変質させるものと批判されている(6)。

## (3) 戦争権限に関する規定

このほかにも、外国人の出入国管理・規制の根拠としては、連邦議会に戦争を宣言する権限を与えている合衆国憲法第1条8節11項も主張される(7)。戦争権限は敵性外国人の入国拒否および追放を認めるものであり、たとえば1798年の敵性外国人法(8)は、大統領にその権限を与えて今日に至っている。

この規定の合憲性は *Ludecke v. Watkins* 判決(335 U.S. 160 [1948])でも認められているが、国家の安全保障に関係しているとはいえない外国人を含めた出入国管理規定全体にこの理由付けを拡大することは困難であると、早い時期の判例でも主張されていた。The Passenger Cases 判決(1849)におけるダニエル裁判官の反対意見は、合衆国憲法第1条8節11項の戦争権限条項は、合衆国が戦争をしている諸国家の国民すなわち「敵性外国人」(alien enemies)を規制する権限を連邦議会に認めているが、「友好国の外国人」(alien friends)の規制に拡大するには、あまりにかけ離れすぎていると述べている(9)。

しかしながら、国家と外国人との間に内在する緊張関係からも、9.11同時多発テロ事件後の今日における緊急・非常事態において発生する問題の根源がここにも存する

ことは看過できないところであり、退去強制の本質の一旦が垣間見られるところでもある(10)。

#### (4) 奴隷輸入に関する規定

また、前出の合衆国の建国以前からの奴隷制について言及する合衆国憲法第1条9節1項の「移住および輸入」条項によって、1808年以降に連邦議会が奴隷貿易を禁止することを根拠として、その潜在的な権限を主張することも可能である(11)。しかしながら、*The Passenger Cases* 判決における裁判官たちが、この条項がはたして出入国管理に適用されるものかどうか意見を異にしているように(12)、この条項の中心的な課題は奴隷貿易であることは歴史的にも明白であり(13)、同条項もその射程は限定されたものといえる。

## 2. 憲法に内在する(implied) 国家権限としての退去強制

### (1) 憲法によって委任される主権的権限

これらの合衆国憲法の明示規定を根拠とする見解に対して *Chae Chan Ping v. United States* 判決(130 U.S. 581 [1889])の法廷意見は、外国人に対する入国拒否権限は合衆国政府に属する主権に付随するものであり「合衆国憲法によって委任された主権的諸権限(sov<sup>er</sup>ei<sup>g</sup>n powers)の一部である」(14)と述べている。各主権国家は、その独立を維持するために、それぞれ国内における公の利益を保護する固有の権限を有しており、出入国管理・規制もそのうちのひとつであるという。そして、国家レベルの事柄を監視するのは合衆国政府の役割であり、地方レベルの事柄を統治するのは諸州の役割となるゆえに、外国人の出入国を管理・規制する固有の主権的権限は合衆国政府に属するというものである。

### (2) 憲法に含意される外交権限

それとともに、同判決は、出入国管理に関する権限を合衆国政府に与えるために、それが外交事項について憲法上含意される権限から導かれることを述べている。それは、「合衆国は外国およびその臣民または市民との関係において一つの国家であり、それは独立国家に付随する権限から派生する。……国家の目的にとって、諸外国との関係を考えるとき、われらはただ一つの人、ただ一つの国家、ただ一つの権力である。」(15)というものである。このことは、今日的な解釈でいえば、外交権限が外国人の出入国管理・規制の基礎であると論じたものと考えられている(16)。だが、かかる外交権限も合衆国憲法においては、出入国管理・規制と同様に憲法上の明示的規定をもたないのである。

これについて、ヘンキン教授(Louis Henkin)は、合衆国憲法は合衆国政府あるい

はいかなる国家機関へも外交事項に関する権限を直接委任してはならず、これらの権限は、「全体としての合衆国憲法」(the Constitution as a whole) から導かれるものであると主張する (17)。同教授は、出入国管理・規制権限、外国人の法的地位や諸権利に関する権限、および外交関係に影響を与える合衆国市民の国内外の活動を規制する権限は、個々の条項および連邦議会の「必要かつ適切条項」(18) や大統領の執行権限 (19)、あるいは州の権限が制限された残余の連邦権限 (20) をも含む全体としての合衆国憲法から導かれるというのである。

### 3. 超憲法的 (extra-constitutional) 権限としての退去強制

このような外交権限を根拠にした出入国管理・規制について、大統領の戦争当事国への武器輸出を禁止する権限が争われた事案である *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.* 判決 (299 U.S. 304[1936]) は、外交権限が合衆国憲法によって政治部門に委任されている権限ではなく、対外的な国家主権に付随する超憲法的権限であることを明示した。これは、合衆国憲法から切り離された国家自身の対外的独立という事実を根拠とするというものであった (21)。

判旨によると、国内管轄事項に関して合衆国政府が憲法によって委任された権限は、諸州がそれまでもっていた一般的な権限を切り離したものであるとされる。また、諸州はけっして対外的な権限を獲得することはなく、国家主権に付随する固有の権限は、合衆国が独立を宣言したときにイギリスからアメリカの諸州連合に移ったものであったという。これらの権限は、合衆国憲法が起草される以前にすでに中央政府に授けられていたものであり、いかなる憲法上の根拠を考慮することなく存在する。そして、外国人の出入国を管理・規制する権限も、もはや合衆国憲法にその拠り所を求めることなく、憲法を超えた国際法上の国家主権の概念に内在するものとの結論が導かれるというのである (22)。

このように出入国管理・規制権限が国際法を根拠とすることについては、次章で検討するように、すでに早い時期の事案である *Nishimura Ekiu v. United States* 判決 (142 U.S. 651 [1892]) においても触れられていたところであった (23)。この点については、外国人の退去強制が同じ国家主権を根拠とするものであっても、あくまで国内法としての合衆国憲法に根拠を求めるのか、それを超越する国際法に求めるのか、本研究においても重要な論点となっている。

### 4. 残余の (residual) 州権限としての退去強制

アメリカ合衆国は、19世紀の後半までそのほとんどの間、労働力と資本をもって合衆国を発展させるという意図のもとに開放政策を取り続け、移民たる外国人をほぼ無制限に受け入れていた。そのため、多くの州が自らのポリス・パワー (police power)

の行使として外国人の入国に関して規制をおこなっていた。それは、他州から市民が入ってくるのと同様に外国人を規制するものであり、公共の安全・衛生等を理由とするものであった。それらは、実質的な意味において、移民法と認識されるものであった(24)。だが、連邦議会が合衆国への移民の入国を規制し始め(25)、連邦最高裁も、諸判決によって合衆国への外国人の入国についての統一的規制の必要性(26)や、州による諸外国との紛争の危険性を認め(27)、今日では外国人の出入国管理・規制は統一かつ排他的な連邦の権限であることが確立している。

しかしながら、このような連邦の独占的な規制権限については、「州際間または外国との通商に関して連邦議会が規制する行為は、それが連邦の法律に抵触しない限りにおいて、州のポリス・パワーのもとで規制することもできる。」(28)として、今日においても出入国管理に関する残余の州の規制権限を主張する見解も存する。この点については、連邦と州との権限の分配ないし権力分立原則からも興味深いところである(29)。

以上が、外国人の退去強制を含む出入国管理・規制権限の根拠とされるものであるが、ここでは、次章以降における議論の背景として、それぞれに重要な意味を持つことを指摘しておきたい。

- (1) See e.g., Edward S. Corwin, THE CONSTITUTION AND WHAT IT MEANS TODAY, 11<sup>th</sup> Ed. 58 (Princeton University Press, 1954).
- (2) Stephen H. Legomsky, IMMIGRATION AND REFUGEE LAW AND POLICY 3<sup>rd</sup> Ed. 12 (Foundation Press, 2002).
- (3) 布井敬次郎『米国における出入国及び国籍法・上巻』(有斐閣、1985年)3-4頁。
- (4) The Passenger Cases, 48 U.S. 283 (1849); Henderson v. Mayor of N.Y., 92 U.S. 259 (1876); Commissioners of Immigration v. North German Lloyd, 92 U.S. 259 (1876); Chy Lung v. Freeman, 92 U.S. 275 (1876).
- (5) Edwards v. California, 314 U.S. 160, 182 (1941).
- (6) T. Alexander Aleinikoff, David A. Martin and Hiroshi Motomura, IMMIGRATION AND CITIZENSHIP: PROCESS AND POLICY 5<sup>th</sup> Ed.178 (West Group, 2003).
- (7) Legomsky, *supra* note 2, at 13.
- (8) Act of July 6, 1798, ch.66, 1 Stat.577 (1798).
- (9) The Passenger cases, 48 U.S. 283, 509-10 (1849).
- (10) 外国人の退去強制が国家の戦争権限とも結びつくことを考えた場合、9.11以降の今日的状況における法的問題が浮き彫りになってくる。本研究第6章第1節では、法制度の運用とアラブ・イスラム系外国人への差別的処遇の問題性を指摘している。
- (11) Legomsky, *supra* note 2, at 12.

- (12) *The Passenger Cases*, 48 U.S. 283 (1849). 本件においては、各裁判官が出入国管理・規制権限の根拠について、各裁判官がさまざまな意見を述べている。
- (13) *See Walter Berns, The Constitution and the Migration of Slaves*, 78 YALE L.J. 198 (1968).
- (14) *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581, 609 (1889).
- (15) *Id.* at 604-06.
- (16) *Aleinikoff, Martin and Motomura, supra note 6*, at 180.
- (17) Louis Henkin, *FOREIGN AFFAIRS AND CONSTITUTION 16-18* (Foundation Press Inc., 1972).
- (18) U.S. Const. art. I, § 8, cl. 18.
- (19) U.S. Const. art. II, § 1.
- (20) U.S. Const. art. I, § 10.
- (21) *Aleinikoff, Martin and Motomura, supra note 6*, at 183.
- (22) *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304, 315-18 (1936).
- (23) *Nishimura Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651, 659 (1892).
- (24) Gerald Neuman, *The Lost Century of Immigration Law (1776-1875)*, 93 COLUM. L. REV. 1833 (1993).
- (25) Act of March 3, 1875, ch.141, § 5, 18 Stat. 477 (1875).
- (26) *Henderson v. Mayor of N.Y.*, 92 U.S. 259, 273 (1876).
- (27) *Chy Lung v. Freeman*, 92 U.S. 275, 279-80 (1876).
- (28) Neuman, *supra note 24*, at 1887.
- (29) 本研究第4章第1節では、連邦と州との権限の分配原則によって外国人の出入国管理・規制を抑制する可能性を論じている。

### 第3節 憲法構造における退去強制の位置づけ

#### 1. 憲法の存立目的と必要性のルール

合衆国政府の出入国管理・規制権限の根拠について、判例・学説では前述のような議論がなされているが、合衆国憲法の存立目的にとって必要であるゆえに、その根拠は、合衆国憲法に内在することをさらに強調する有力な見解が主張されている。この法理は、「必要性のルール」と呼ばれる<sup>(1)</sup>。かかる学説は、個々の条項または超憲法的な権限というよりはむしろ先にみた「全体としての合衆国憲法」<sup>(2)</sup>の構造に含意されるものとしてその権限を導き出そうとするのである。合衆国憲法の最も重要な目的は、国家の統治制度と合衆国市民によって制定された諸規則を通じたその過程を確立することであるという。そして、このような前提の下で、この次にみる二つの構造上の議論が浮かび上がってくるのである<sup>(3)</sup>。

それとともに、合衆国憲法は個人の基本的自由を守ることを明記しているが、憲法

上の権利は、当然ながら国家の存立を越えて主張することはできないとの見解も存する(4)。すなわち、そのバランスが図られなくてはならないというのである。ゴールドバーグ裁判官が、*Kennedy v. Mendoza-Martinez* 判決(372 U.S. 144 [1963])で述べるように、「合衆国憲法は、自殺的な協約ではない」(5)ことをその理由とするものである。憲法は、全体としての国家存立のための基本的ルールとして存在しているというのだ。合衆国憲法の存立目的とは、その前文にもあるように、「われら合衆国の人民は、より完全な連邦を形成し、正義を樹立し、国内の平穩を保障し、共同の防衛に備え、一般の福祉を増進し、およびわれらとわれらの子孫に自由のもたらす恵沢を確保する目的をもって、この憲法をアメリカ合衆国のために確定する。」ということなのである。外国人の出入国管理・規制についても、まさにかかる基本的な理念の下で、その適正な実現が図られなくてはならないというものである。

## 2. 外国人の排斥と憲法構造上の二つの原理

先に述べた退去強制に関する憲法構造上の議論の第1は、外国人に対する出入国管理・規制権限が、国家の「自己保存」(self-preservation)にとって不可欠なものであると指摘する。主権国家たるために、当該政府はその領域の支配を確立しなくてはならない。このような支配なしで、もし国家が自らとその国境を効果的に統治することができなければ、他国の主権に従属することになる。出入国を規制する権限は、それゆえに、アメリカ合衆国を主権国家たらしめるために本来備わっている属性であると主張されるのである(6)。

第2に、外国人の出入国を規制する権限は、国家の「自己統治」ないし「自己定義」(self-definition)の過程にとっても本来備わっている属性とされる。国家の選挙人団は、統治の過程を通じて、全体としての「国民」によって支持された価値を決定し、その国家の自己統一性(アイデンティティ)を形成するのである。国民がその国家を構成し、国家の自己統一性を創造するかを決定するゆえに、移民法はそれ自身、自己統治の過程を構成するというのである。誰が入国できるかについての決定は、国家について多くのことを語るものであり、国家の自己統治過程が人種差別主義者、外部の者に対する差別、そしてその他の不正義として特徴づけられるにもかかわらず、それは主権国家の根本的な特質であると主張されている(7)。

このように学説は、全体としての憲法構造から導かれる国家の自己保存および自己統治の法理が、外国人の出入国管理・規制に関する広汎な連邦権限を要求するというのである。これらは国家の主権原理から導かれるもので、それぞれ対外的な「国家主権」原理および統治機構の領域における「国民主権」原理という言葉に置き換えることができるであろう(8)。このような視点からは、出入国管理・規制の領域のみならず、国家が外国人を排斥するのは一般的領域においても主権原理の作用として考える

ことができる。その一方で、外国人はアメリカ社会に定着しようとし、アメリカ社会も外国人を移民として受け入れるのである。そこでは国家の主権原理は姿をみせず、市民社会における一般的なルールが適用される。本研究においては、このような憲法構造から導かれる主権原理を視点として考察を進めていくこととする。

ただし、国家の自己保存原理については、対外的独立および対人高権・領土高権（統治権）の確立という主権の法理によって外国人の出入国管理・規制に直接結びつくとしても、自己統治原理は国民による政治的意思の決定過程の問題であり、アメリカの判例理論は異なる領域の事案として取り扱っている点に注意しなければならない。国家の自己統治原理については、外国人の公務就任権等の政治社会ないし政治共同体へのアクセスの問題として論じられているのである（9）。

- (1) T. Alexander Aleinikoff, David A. Martin and Hiroshi Motomura, IMMIGRATION AND CITIZENSHIP: PROCESS AND POLICY 5<sup>th</sup> Ed. 184-85 (West Group, 2003). *Also see* Laurence H. Tribe, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 2<sup>nd</sup> Ed. § 5-3, 300-05 (Foundation Press, 1988).
- (2) Louis Henkin, FOREIGN AFFAIRS AND CONSTITUTION 17 (Foundation Press, 1972). ヘンキン教授の主張する「全体としての合衆国憲法」についてはすでに本章第 2 節でもふれたところであるが、同教授はこの根拠を Chae Chan Ping 判決によって明示された「憲法が委任する主権的権限」から導くのである [*Id.* at 18].
- (3) Aleinikoff, Martin and Motomura, *supra* note 1, at 185-86.
- (4) David Cole, *Enemy Aliens*, 54 STAN. L. REV. 953, 956 (2002)..
- (5) *Kennedy v. Mendoza-Martinez*, 372 U.S. 144, 160 (1963).
- (6) Aleinikoff, Martin and Motomura, *supra* note 1, at 185-86.
- (7) *Id.* at 186.
- (8) たとえば、畑博行＝阪本昌成編『憲法フォーラム』（有信堂、1994年）76頁以下を参照。
- (9) この点については、本研究第 9 章第 1 節を参照。

## 小 結

アメリカにおいては、退去強制の概念と出入国管理・規制権限の法的根拠について、一般的にはこのように考えられている。本研究においても、国家の権力性が如実に顕在化する退去強制の事案を解決するために、まず最初にその根拠を明確にしておくことが必要と考える。とくに退去強制の実質的な刑罰性は、本研究における問題意識の核心部分でもあり、かかる国家権限の根拠と問題の所在を明らかにした上で具体的な議論を進めることが可能となるのである。

そのような意味において、アメリカの学説が出入国管理・規制の根拠を全体としての憲法構造から導かれる国家の自己保存原理と自己統治原理に求めるのは、大変示唆深いものがある。出入国管理・規制についてのみならず、国家が他国籍を有する外国人を排斥する原理が憲法構造から導かれ作用するというのは、近代国家の宿命ともいえるものかもしれぬ。すなわち外国人の排斥は、文化的にも社会的にも異質な存在（異端者）としての外国人に対する一時的な感情やヒステリーだけではなく、主権・領土・国民という近代国家の枠組み（パラダイム）とそれを規定する憲法からも導かれるのである。当該国家の存立を目的とする近代憲法は、人権保障、権力分立、法の支配、最高法規性といったような一般的諸原則とともに外国国家とかかわる対外的な管轄事項については独立・防衛（自己保存）および自国民による支配（自己統治）を基本原理ないし原則として作用するものであり、これらは上述の近代国家の枠組みと適用範囲を前提としている（1）。この点については、第2部第3章以降の判例理論の検討からも、漸次明らかにされていくであろう。

一方、わが国においては、第2次世界大戦後、合衆国憲法に影響された憲法が誕生し、奇しくもアメリカ移民・国籍法が制定された同じ1952年に現在の出入国管理法が確立したが（2）、これまで判例・学説ともに、国家の出入国管理・規制権限が憲法との関係でどのような根拠に基づいて派生するかについては、あまり具体的な議論がなされてこなかったようにおもわれる（3）。当然、わが国においても法治国家として、国家の権限行使の根拠とそれをどのようにコントロールしていくか重要な問題であり、そのために憲法の番人としての司法府の姿勢が大きく問われることになる。この点について、アメリカの裁判所がどのような議論を展開しているか、また学説はそれに対してどのような評価を下しているか、比較法の観点からも大きな関心事となるのである。次の第2部においては、このような視点からも詳しく考察を進めていくこととしたい。

- （1） このような視点から国際社会に目を転じてみると、近代の国家制度の共通性から外国国家の構成員（外国人）に対して生じる憲法上の諸問題は各主権国家において同じように顕在化していることが指摘されており、それゆえに国家と外国人との間に存在する憲法上の基本原理ないし原則を正確に把握することこそが問題を解決する重要な鍵となると考えられる。国家と外国人との関係を憲法の視点でさらに深く追究することによって、外国人に対する当該国家の適正な権限行使の在り方が明らかになっていくのである。外国人の人権保障の諸問題が各主権国家において同様な枠組で論じられていることについては、畑博行＝水上千之編『国際人権法概論〔第4版〕』（有信堂、2006年）137頁以下における日本、アメリカ、フランス、ドイツにおける議論を参照。
- （2） 第2次世界大戦後の占領下における出入国管理は、連合国最高司令官の指揮監督にゆだねられることになり、日本政府は、アメリカの移民法を参考にして、現行の出入国管理及び難民認定法の前身で

ある「出入国管理令」(昭和 26 年 10 月 4 日、政令 319 号)を制定した。1952[昭和 27]年になると、平和条約の発効にともなって、在留する外国人の管理のために必要とされる正確な資料・情報を提供することを目的とする「外国人登録法」(1952 年 4 月 28 日、法律第 125 号)と、上述の出入国管理令に法律としての効力をもたせるとともに、平和条約の規定によって日本の国籍を離脱する者で、引き続き本邦に在留する者の法的地位を定めた「ポツダム宣言の受諾に伴い発する命令に関する件に基く外務省関係諸命令の措置に関する法律」(昭和 27 年 4 月 28 日、法律第 126 号)が整備された。これらは、占領解除後のわが国における外国人の出入国管理体制の柱となっていたのである。この点について詳しくは、大沼保昭「出入国管理法制の成立過程—1952 年体制の前史—」寺沢一他編『国際法学の再構築(下)』(東京大学出版会、1978 年) 326 頁以下を参照。

(3) この点について詳しくは、本研究の結論を参照。

## 第2部 退去強制の特質と司法の自己抑制理論

### 第3章 連邦議会の絶対的権限 (plenary power) 理論

#### はじめに

第1部においては、アメリカ合衆国における退去強制法の史的展開と現行制度を紹介し、外国人の退去強制についての一般的概念と出入国管理・規制権限についての憲法上の根拠を検討した。ここでは、外国人の退去強制制度が合衆国政府の直面する国内外の諸事情に影響を受けて展開してきたとともに、合衆国憲法との関係でどのように位置づけられているかが明らかになった。それとともに、一般的に国家が外国人を排斥しようとする原理が全体としての憲法構造から導かれることが指摘されている(1)。

第2部では、第1部におけるこれらの考察を基礎として、アメリカ司法府が外国人の退去強制についていかなる法理を構築し、かつ具体的な事案に適用してきたかについて、学説の批判を踏まえながら検証していくこととする。アメリカの学説においては、とくに出入国管理・規制に関する連邦議会の「絶対的かつ無制約」(absolute and unqualified)(2)な権限すなわち「絶対的権限」(plenary power)と称される広汎な裁量的権限を容認し、司法判断を自ら抑制しようとする裁判所の姿勢に多くの批判がなされているが、かかる司法の自己抑制理論の本質とともに2001年9月11日に発生した同時多発テロ事件(以下、「9.11」という。)を経た今日に至るまでの約1世紀以上もの間のアメリカ判例理論の変遷について検証していく。外国人の退去強制およびその周辺の事案において、絶対的権限理論がどのように及ぼされ外国人を排斥してきたかを明らかにするとともに、判例における今後の方向性について考察を試みるものである。

まず最初に、本章では、外国人の出入国管理・規制に関する連邦議会の絶対的権限理論がどのような背景のもとに派生したか、その起源を明らかにするため、第2章でも検討した退去強制権限の法的根拠を導く早い時期の判例を中心として検証を進めていく。そして、このようなアメリカ司法府の姿勢に対する学説による批判を紹介し、現状における問題点を指摘していくこととしたい。

(1) T. Alexander Aleinikoff, David A. Martin and Hiroshi Motomura, IMMIGRATION AND CITIZENSHIP: PROCESS AND POLICY 5<sup>th</sup> Ed.185-86 (West Group, 2003).

(2) Fong Yue Ting v. United States, 149 U.S. 698, 707 (1893).

## 第1節 国家主権と絶対的権限理論の起源

### 1. 入国規制に関する主権原理の勃興

#### (1) 州際通商条項による規制

アメリカ合衆国の建国以降、いくつかの州では、移民に対する人頭税( head tax ) や保証金( bond )等について独自の規定を設け、合衆国への入国を規制していた(1)。外国人の入国拒否および退去強制を含む出入国管理・規制権限の根拠についてはさまざまな議論がなされてきたのであるが(2)、連邦最高裁判所は、当初、それが連邦議会の専属的な権限であるとして1849年の旅客事件(The Passenger Cases)において、次のように判示した。

「外国の港からやってくる船の乗客に税金を課すニューヨーク州法は、規定される方法をみる限りにおいて、それは外国との通商を規制するものである。だが、そのような規制は、[合衆国憲法によって]専属的に連邦議会に委譲されている権限である。それゆえに、本法律は無効となる。」(3)

また、1876年の Henderson v. Mayor of N.Y.判決(92 U.S. 259[1876])とそのコンパニオン・ケースたる Commissioners of Immigration v. North German Lloyd 判決(92 U.S. 259 [1876])においても、連邦最高裁は、「これらの[ニューヨーク州法およびルイジアナ州法]法律は無効とされる。なぜならば、それらが規定する事柄に関する立法権限は、『外国との通商を規律する権限』を連邦議会に付与する合衆国憲法の条項によって専属的に連邦議会に委任されているからである。」(4)として、連邦議会が州または連邦の法律によって存在している他のいかなる機関よりも、適当にかつ広汎な承認を得て当該権限を行使することができることを判示した。それによって、すべての港および船舶に適用される法律を連邦議会が独占的に制定することになり、長い論争の的であった問題を解決したのであった。そして、同年同日、同様な理由でカリフォルニア州法を無効とした Chy Lung v. Freeman 判決(92 U.S. 275 [1876]) (5) が、あいついで出されたのであった。

さらに、1884年の Edye v. Robertson (Head Money Cases) 判決(112 U.S. 580 [1884])においても、連邦最高裁は、外国人の出入国を規律した1882年8月3日の法律は、連邦議会が有する外国との通商を規律する権限の行使として有効であると判示した。それによると、「[外国人の出入国を規律する]権限は連邦議会に在って、それは合衆国憲法の明示的な文言によって付与されており、連邦議会はこれから派生する義務を認識するものである。それは、正に今ここで問題となっている法律を制定することに向けられるのである。これらの制定法が外国との通商を規律するものであることは、本件の議論において承認されている。そして、それらの法律が連邦議会に排

他的に属する種類の規制であることは、本法廷のすべての事案において支持されているものである。」(6)として、外国人の出入国を規律する州法は無効であると説いたのであった。

これらの判決はすべて、合衆国への移民に関する立法権限および外国人の出入国に関する管理・規制権限は連邦議会のみが有し、唯一連邦政府が単独に責任を負い、したがって、このような外国人の出入国を規制する州の法律は違憲であると判示した。判旨によると、すべてその根拠は、合衆国憲法第1条8節3項の「外国との通商を規制する」明示的権限に含まれるとされている。このような憲法上の根拠をもつ出入国管理・規制権限については、その帰結として当然に合衆国憲法による制約が課されることになり、外国人の権利保障という観点からは幾分かは有利なものであったといえる。また、これらの議論は、州が外国人を差別する事案において論じられる後述の専占 (pre-emption) 理論 (7) の起源でもあった。

## (2) 憲法に内在する主権的権限

しかしながら、連邦最高裁は、1868年のバーリングゲム協定(8)に基づいて大量に入国した中国人労働者を排斥する社会状況に直面し、1889年の *Chae Chan Ping v. United States* 判決 (130 U.S. 581 [1889]) において、外国人の出入国管理・規制の根拠は国家の主権原理を根拠とするものとして判例を変更することになった。それによると、外国人への入国拒否権限は、合衆国の主権に付随する固有の権限であり、「合衆国憲法によって委任された主権的諸権限 (sovereign powers) の一部」(9)として憲法に内在するものであることが示唆されている。

同判決は、自己の領土における管轄権は各独立国家に付随したものであり、それは独立の一部分であり、そして、当該国家が外国人の入国を拒否することが出来ないならば、他国家の権力に従属していることになる」と述べている。合衆国は外国国家との関係において一つの国家でありかつ独立国家に属する権能を付与されているのであるから、「それは全領土において絶対的な独立および安全を保持するために行使される」(10)というのである。さらに、同判決は、司法府との関係について、「いずれにしても、その決定は司法府に対して完結的である」(11)として、このような問題の解決は政治部門に委ねられるべきものであると述べるに至った。

## (3) 国際法上の公理としての主権的権限

連邦最高裁は、*Chae Chan Ping* 判決に続いて、合衆国への入国を拒否された日本人女性の人身保護請求が争われた事案である *Nishimura Ekiu v. United States* 判決 (142 U.S. 651 [1892]) (12) において、国家主権の属性ないし国家主権に付随する固有の出入国管理・規制権限について、さらに次のように述べている。

「すべての主権国家が、主権に固有にしてかつ自己保存( self-preservation )に不可欠なものとして、その領域内へ外国人が入国することを禁止し、または、国家が規定した条件に適合すると認められる場合、もしくは、その条件に適合している限りにおいてのみ、その者らの入国を許可する権限を有するというのは、国際法上も認められた公理 ( maxim ) である」(13)

同判決は、合衆国においては、外国人の入国を許可する権限は「合衆国政府に付与されており、合衆国憲法は、戦時と同様平時においても、国際関係についての完全な管理を委任している」(14) と述べている。合衆国への船舶の入港、物品の輸入、および人の移送を含む外国との通商を規制する権限、帰化に関する統一的な規則を制定する権限、戦争を宣言し、陸海軍を備えかつ維持する権限等、これらの権限は、「合衆国政府の政治部門に属しており、かつ、それは大統領および上院によって締結された条約によるか、または連邦議会が制定した法律によって行使される」(15) と判示した。このことは、連邦最高裁が外国人の出入国を規制する合衆国政府の権限の根拠を、国際法および国内法における国家主権の法理に見出していたことを意味するものといえよう。

それとともに、ここでは、外国人の入国および在留は条件付で認められ、その要件は当該国家が規定し、その条件にそぐわない者は国外退去も可能であるとされたのである。外国人の在留期限も条件付の入国許可に基づくというもので、これは、いわゆる条件付入国理論 ( conditional entry theory ) といわれる。国家が定める条件にもとづいてのみ入国を許すのであるから、その条件に違反する場合には、当然、その者を国外へ追放する権限が認められるというのである (16)。

#### (4) 入国拒否から退去強制の事案へ

入国拒否の事案であるこれら二つの判決の流れを受けて、合衆国に合法的に入国し居住している中国人労働者の退去強制の事案が争われた *Fong Yue Ting v. United States* 判決 (149 U.S. 698 [1893]) が下された。法廷意見は、外国人に対する出入国管理・規制としての入国拒否権限と退去強制権限との同一性について、次のように述べている。

「帰化をしようとせず、またはその国の市民になろうとするいかなる行動もとらない外国人を追放または退去強制する国家の権限は、その国への入国を拒否または禁止する権限と同一の基礎の上であり、絶対的かつ無制約 ( absolute and unqualified ) である。……アメリカ合衆国は、主権国家でありかつ独立国

家である。合衆国は合衆国憲法によって国際関係に関するすべての管理を委任されており、それと同時に、その管理を維持しかつ効果的ならしめるために必要な統治に関するあらゆる権限を付与されている。……外国人の入国を拒否し追放する権限は、単一の基礎の上であり、単一の権原に由来し、同一の理由によって支持され、そして、それらは、実際に単一かつ同一の権限の一部を成すものである。したがって、外国人もしくは特定の外国人の[階層の]入国を拒否する権限と同様に外国人を国外へ追放する連邦議会の権限は、すべて行政官を通じて行使されるものである。」(17)

このように *Fong Yue Ting* 判決 (1893) は、合衆国に居住する中国人労働者を国外へ退去させるために、退去強制を入国拒否と「単一かつ同一の権限」から派生するものとして、両者を強引に結びつけたのであった。まさにそのような連邦議会の権限は、絶対的 (plenary) なものであり、「国家の主権に固有にしてかつ自己保存に不可欠なもの」(18) として、その正当性を主張するのであった。本判決が外国人の入国拒否と退去強制とをかかえる法理によって連結させたことは、今日に至るまでさまざまな議論を生じさせる大きな原因となっているのである。

## 2. 連邦議会の絶対的権限と司法の自己抑制理論

連邦最高裁は、これら一連の判決において、国家主権から派生する出入国、帰化、および外交政策を規制する権限は合衆国憲法によって委任されたものであり、それが連邦の政治部門に属すると判示した。そして、かかる領域における司法の判断がとくに合衆国の外交政策に与える影響に配慮して、その判断を連邦の政治部門に委ねてきたのである。連邦最高裁は、*Chae Chan Ping* 判決において、このことを次のように述べている。

「いずれにしても、その決定は司法府に対して完結的である。入国を拒否された外国人の属する国家がこのような行為に満足しない場合には合衆国政府の首脳者に対して不満を表明することもできようし、また当該国家の利益または威信が要求すると判断した場合、他の手段に訴えることも出来るであろう。ここに唯一の救済が存在する。公の利益を勘案して入国を拒否することが必要と判断した場合、随時、領域内から当該外国人を追放する合衆国の権限は繰り返し主張されてきたし、これまでも行政府または立法府から否認されたことは一度もないのである。」(19)

このことは、*Fong Yue Ting* 判決においても、同じく次のように述べられている。

「外国人の入国を拒否または追放する権限は、国際関係に影響を及ぼす権限であり、それは合衆国政府の政治部門に付与されている。そして、この権限は条約または連邦法によって規律され、司法府が条約または法令によって干渉することを許されるか、または合衆国憲法という最高法規によって干渉することを要求される場合を除いては、制定した法令に従って行政府が当該権限を執行するのである。」(20)

また、1952年の *Harisiades v. Shaughnessy* 判決 (342 U.S.580 [1952]) も、同じく次のように述べている。

「外国人に対する政策は、外交関係の処理、戦争権限、および共和制の統治形態の維持に関する同時代の政策ときわめて緊密かつ複雑につながり合っている。そのような事項は、合衆国政府の政治部門に排他的に委任されており、司法府の取調べや干渉を排除するものである。」(21)

その後の判決においても、国家主権から派生するこれらの権限は、連邦議会と連邦政府に属する絶対的権限として、司法府は極度に自己抑制し政治部門の判断に服従する姿勢をとってきたのである(22)。ここでは *Chae Chan Ping* 判決(1889)が、国家の対外的な主権原理を初めて出入国管理・規制の根拠として外国人の排斥を正当化し、その後1世紀以上もの間、今日に至るまで合衆国憲法と移民法において多くの議論を喚起してきたゆえに、「絶対的権限理論」(plenary power doctrines)と呼ばれる法理の起源とされている(23)。そして、同判決は、それに続く *Nishimura Ekiu* 判決(1892)および *Fong Yue Ting* 判決(1893)とともに、アメリカ移民法における連邦議会の絶対的権限理論を確立した古典的リーディング・ケースといわれている。*Chae Chan Ping* 判決は外国人を入国拒否する主権に固有の連邦権限を認識し、*Nishimura Ekiu* 判決はかかる権限の国際法および国内法上の根拠を論じ、*Fong Yue Ting* 判決はこれらの両判決の入国拒否事件に適用される法理を退去強制事件へと拡張していったのであった(24)。

(1) 布井敬次郎『米国における出入国及び国籍法・上巻』(有斐閣、1985年)3~4頁。

(2) 退去強制権限の憲法上の根拠について本研究第2章第2節では、①憲法上の規定から派生する権限、②憲法に内在する権限、③超憲法的権限、④残余の州権限の4つのカテゴリーに分類して説明した。

(3) *The Passenger Cases*, 48 U.S. 283, 409 (1849).

- (4) *Commissioners of Immigration v. North German Lloyd*, 92 U.S. 259 (1875).
- (5) *Chy Lung v. Freeman*, 92 U.S. 275 (1875). 本件は、カリフォルニア州法の無効を説き、それは「外国との通商を規律する連邦議会の権限の侵犯である」とした事案である。
- (6) *Edey v. Robertson*, 112 U.S. 580, 591 (1884).
- (7) 出入国管理・規制に関する連邦の専占理論については、本研究第9章第1節を参照。
- (8) TS 48 *China. Peace, amity and commerce: supplementing treaty of June 18, 1858 (TS 46)*. June 28, 1868, 16 Stat. 739 [ *Burlingame Treaty* ] ( *パーリングゲム協定* )。中国人に対し、最恵国国家の人民によって享受されうる米国における旅行および住居に関する特権・免責および免除 ( *privileges, immunities, exemptions* ) を保障するものであった。
- (9) *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581, 609 (1889).
- (10) *Id.* at 603-04.
- (11) *Id.* at 607.
- (12) 本事案の概要については、本研究第4章第7節を参照。
- (13) *Nishimura Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651, 659 (1892).
- (14) *Id.* at 659.
- (15) *Id.*
- (16) この条件付入国理論については、Siegfried Hesse, *The Constitutional Status of the Lawfully Admitted Permanent Resident Alien : The Pre-1917 Cases*, 68 YALE L. J. 1578, 1590-91 (1959). を参照。
- (17) *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698, 707-14 (1893).
- (18) *Id.* at 705.
- (19) *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581, 606 (1889).
- (20) *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698, 713 (1893).
- (21) *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U.S. 580, 588 (1952).
- (22) *See, e.g., Reno v. Flores*, 507 U.S. 292, 305-06 (1993); *Fiallo v. Bell*, 430 U.S. 787, 792 (1977); *Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753, 766 (1972). ただし、アメリカ司法府は、あらゆる局面において常に政治部門に服従しているわけではなく、さまざまな議論を展開している。なお、この点については、本研究第4章第1節における諸判決の内容を参照。
- (23) *See Michele R. Pistone, A Time Sensitive Response to Professor Aleinikoff's Detaining Plenary Power*, 16 GEO. IMMIGR. L.J. 391,396 (2002); T. Alexander Aleinikoff, David A. Martin and Hiroshi Motomura, *IMMIGRATION AND CITIZENSHIP: PROCESS AND POLICY* 4<sup>th</sup> Ed.543 (West Group, 1998); Hiroshi Motomura, *Immigration Law After a Century of Plenary Power: Phantom Constitutional Norms and Statutory Interpretation*, 100 YALE L.J. 545, 550 (1990).
- (24) Stephen H. Legomsky, *IMMIGRATION AND REFUGEE LAW AND POLICY* 3<sup>rd</sup> Ed. 50 (Foundation Press, 2002).

## 第2節 絶対的権限理論の特質

### 1. 19世紀後半における絶対的権限理論の発祥

アメリカにおける学説の多くは、出入国管理・規制権限とともに外交権限に関する事案について連邦最高裁が絶対的権限理論によって政治部門に極度に服従することを自ら正当化してきたと主張する(1)。そもそも絶対的権限の法理は、外国人の出入国に関する事案だけでなく、先住民族、そして新しく獲得された準州に関する連邦の権限が問題となる19世紀後半の連邦裁判所の判決に多くみられる。連邦と州の権限に関する問題や、アメリカ先住民族、プエルトリコの準州の問題が提起される場合で、そこでは国家の主権について論じられているのである。

連邦裁判所は、それぞれの事案において、連邦議会がこれらの領域において絶対的権限を有すると判示し(2)、連邦議会の権限にいかなる憲法上の制限も加えようとしない姿勢を貫いてきた。合衆国憲法の解釈が時代を経てさまざまな変遷を遂げているにもかかわらず、これらの事案の大部分はその影響を受けず、当該法理が支配しつづけているといわれる。実際、そのような状況に対して、「連邦最高裁は、それらを合衆国憲法の一部として考えている」として学説は強く批判し(3)、とくに出入国管理・規制の領域において連邦議会にたいしてなされてきた連邦最高裁の「特別の服従」を放棄すべきであると強く迫るのである(4)。

### 2. アングロサクソニズムの拡張と絶対的権限

さらに、この絶対的権限の法理は、白人(White)で、アングロ・サクソン系(Anglo-Saxon)で、プロテスタント(Protestant)という、いわゆる「WASP」が優勢を占めつづけてきたアメリカ社会において、その人種的優越性をも主張する(5)アングロサクソニズムと結びつくとも主張されている。19世紀の終わりまでに、アングロサクソニズムは国外および国内政策の領域の双方において力を持ったのであるが、アメリカの拡張主義は、経済および軍事力のみならず、人種およびイデオロギーによって動かされていたといわれる。学説は、「アメリカの拡張は、アメリカの政治形態の拡散として単純に解釈されるのではなく、それは明らかにアングロサクソニズムの拡張であった。」(6)として、結局のところ、アングロサクソニズムの拡張と外国人を排斥する絶対的権限が結びついていると指摘する。このことは、移民、アメリカ先住民族、および準州についての連邦権限が争われている事案が本質的に同じような結果にたどり着くことをみれば明らかとなる。すなわち、連邦議会は「アメリカ国家とその純粋な構成員」を作り上げるために司法審査を広く免れる絶対的権限を有するのである(7)。

このことは、1882年5月6日の中国人入国拒否法(8)の制定を皮切りにその後の日本人移民も含め、とくに東洋系の外国人について、いわゆる「同化不可能な黄色人種の群れ理論」(theory of nonassimilable yellow hordes)(9)を用いて入国規制をおこなってきた出入国管理・規制の歴史とも重なるところである。連邦議会は、その後も出生地をもとに移民の受け入れ数を決定する移民入国割当制度(National Origins Quota System)を規定した1921年5月19日の法律(10)や1924年の恒久的な移民割当法(11)を制定し、あきらかに人種を理由とした出入国管理政策を実施してきたのであった。絶対的権限理論の根底には、とくに東洋人や非アングロサクソン系の人たちへの人種差別的な要素が存在していたことを如実に示すものであり、まさに、アメリカ国家におけるアングロサクソン民族あるいは白色人種の自己保存原理が作用したといえることができるであろう(12)。アングロサクソニズム拡張の核心部分として、いくつか考えられる国家の自己保存原理のなかのひとつの要因が立法政策として作用したと考えられる(13)。このような人種差別的な要素をも併せ持つ絶対的権限理論について、アメリカの学説は以下のような議論を展開している。

- (1) See Louis Henkin, *The Constitution and United States Sovereignty: A Century of Chinese Exclusion and Its Progeny*, 100 HARV.L.REV. 853(1987); Gerald Neuman, STRANGERS TO THE CONSTITUTION 13-15(1996); Kevin R. Johnson, *Los Olvidados: Images of the Immigrant, Political Power of Noncitizens and Immigration Law and Enforcement*, 1993 BYU L.REV. 1139(1993); Peter Schuck, *The Transformation of Immigration Law*, 84 COLUM.L.REV. 1(1984); Sarah h. Cleveland, *Powers Inherent in Sovereignty: Indians, Aliens, Territories, and the Nineteenth Century Origins of Plenary Power over Foreign Affairs*, 81 TEX. L.REV. 1(2002); Sarah h. Cleveland, *The Plenary Power Background of Curtiss-Wright*, 70 U.COLO.L.REV. 1127 (1999).
- (2) See generally Sarah h. Cleveland, *Powers Inherent in Sovereignty: Indians, Aliens, Territories, and the Nineteenth Century Origins of Plenary Power over Foreign Affairs*, 81 TEX. L.REV. 1 (2002).
- (3) T.Alexander Aleinikoff, SEMBLANCES OF SOVEREIGNTY —THE CONSTITUTION, THE STATE, AND AMERICAN CITIZENSHIP— 1-10 (Harvard University Press, 2002).
- (4) Stephen H. Legomsky, *Immigration Law and the Principle of Plenary Power*, 1984 SUP. CT. REV. 255 (1985).
- (5) 本間長世・井手義光・有賀貞編『現代アメリカ論』〔岩野一郎執筆〕(東京大学出版会、1971年) 47-46頁。
- (6) Nell Irvin Painter, STANDING AT ARMAGEDDON: THE UNITED STATES 1877-1919, 168 (W. Norton, 1987).

- (7) Aleinikoff, *supra* note 3, at 11-38.
- (8) Chinese Exclusion Act, May 6, 1882, ch.126, 22 Stat. 58 (1882).
- (9) See Siegfried Hesse, *The Constitutional Status of the Lawfully Admitted Permanent Resident Alien : The Pre-1917 Cases*, 68 YALE L.J. 1578, 1588 (1959).
- (10) Act of May 19, 1921, ch.8, 42 Stat. 5 (1921).
- (11) Immigration Act of 1924, 43 Stat. 153(1924);
- (12) 人種差別を理由とした国家の自己保存原理の起源については、本研究第7章第4節を参照。
- (13) この点について詳しくは、本研究第8章第1節を参照。

### 第3節 絶対的権限理論に対する学説の立場

#### 1. 超憲法的権限理論への疑問

##### (1) 国際法と合衆国政府の存立基盤

先述のように *Chae Chan Ping* 判決(1889)において、外国人への入国拒否権限は、すべての独立国家の主権に付随するもので、合衆国においては、それは憲法によって委任される主権的諸権限の一部であると判示された。そして、その3年後、*Nishimura Ekiu* 判決(1892)においては、それが「国際法上の公理」からも導かれるとされた。

だが、学説は、この時代における移民の入国規制は人種差別的な要因によってなされていたが、今日においてかかる規制に関して国際法をその根拠とするならば、それは到底認められないことであろうと指摘する。国家の主権原理が人種を根拠として差別的処遇をおこなう権限を含むとするならば、人種差別を禁止する現代の国際法からは、もはやそれを「国際法の公理」と呼ぶことはできないというのである(1)。それとともに、「外国人の入国の可否を決定する国家の主権的判断は、法的な評価を免れる」ということも認められず、受入国の安全、治安、一般的福利、または不可欠な機構にとって危険ではない場合、国家はその者の入国を認める義務を有する、とも主張されている(2)。

さらに、国際法を出入国管理・規制の根拠とすることに対して、学説は憲法との関係を考慮して次のような問題点を指摘する。第1に、合衆国政府は、自らの権限が合衆国憲法によって委任されたものであるにもかかわらず、どのようにして自らの存立の基盤である憲法を超えて「固有の権限」(inherent powers)を享有することができるのか。第2に、なぜ「国際法上の公理」が連邦議会の権限の内容を規定しなくてはならないのか。そうだとすれば、合衆国憲法は何のために存在するのか。第3に、出入国管理・規制権限が国家主権の属性(attribute)であることを認めたとしても、合衆国憲法修正10条が必ずしもすべての権限が合衆国政府に委任されるものではないことを明記する中で、州政府にそれを見出すことができないのはなぜなのか、という

ものである(3)。要するに、国の最高法規である憲法に基づいて設置された国家機関がそれを超越した法理によって支配されることは、まさにそれ自体が背理であるというのである。ここでは、あくまで合衆国政府の存立の基盤は合衆国憲法であり、「これまで裁判所が確立した憲法の最高法規性」によってすべてその当否が判断されなくてはならないと主張される(4)。

## (2) 外交権限の根拠と出入国管理・規制

さらに学説は、連邦最高裁が、外国人の出入国管理・規制権限が国際関係を処理する外交権限からも導かれる、と述べてきたことを批判する(5)。このような外交権限について連邦最高裁は、武器輸出の禁止に関する事案である *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.* 判決(299 U.S. 304[1936])において、合衆国憲法によって政治部門に委任されている権限と国家主権に付随する超憲法的権限とをはっきりと区別したのであった。これは、合衆国憲法から切り離された国家自身の対外的独立という主権原理を根拠とするというものであり、国家主権の属性といえどもあくまで合衆国憲法に内在する権限であるとする *Chae Chan Ping* 判決(1889)の主旨を明らかに超えるものであると指摘されている(6)。

さらに、国家の主権的諸権限が合衆国の独立によってアメリカの諸州連合に移譲されたと述べる *Curtiss-Wright Export Corp.* 判決の根拠には、歴史的な事実の正確さの点からも、多くの疑問が投げ掛けられてきた(7)。ヘンキン教授も、もし憲法制定者たちが主権的諸権限を再分配する意図がなかったとしたならば、明らかに主権的権限とみなされるいくつかの権限(たとえば、宣戦布告および条約締結の権限等)を明示的に列挙したであろうか、との疑問を提起している(8)。それとともに、そもそも戦争にかかわる外交権限を論じる同判決が、一般に平時の出入国に関する規制を超憲法的権限として連邦の政治部門に与えているのかどうか、いかなる権限が主権的なものであるのか、いったいそれをどのように決定するのか、そして、外国人の出入国管理・規制がそれに該当するかどうか判断することができるのか明らかではないとも指摘される(9)。合衆国憲法によって連邦政府に国際関係を処理する外交権限が与えられるとしても、それが退去強制権限と直接的に結びつくのか、いったいそれらが具体的にどのような結びつきを有するのか大きな疑問が投げかけられているのである。

## 2. 退去強制事件への絶対的権限理論の拡張とその批判

### (1) *Fong Yue Ting* 事件における各裁判官の意見

これも先にみたように連邦最高裁は、*Fong Yue Ting* 事件(1893)(10)において、*Chae Chan Ping* 判決(1889)および *Nishimura Ekiu* 判決(1892)で認められた入国拒否に関する法理が、同じ出入国管理・規制の一環ではあるが性質の異なる退去強

制の事案に適用されるかどうかについて判断することになった。グレイ裁判官が執筆した法廷意見は、退去強制が入国拒否と「単一かつ同一の権限」に由来するとして、入国拒否に適用される絶対的権限理論を適用し、さらにその法理を発展させ、すでに合法的に入国し居住する中国人労働者の退去強制を認めたのであった。その根拠として連邦最高裁は、「国際法上の公理」を持ち出し、退去強制権限が州ではなく連邦の政治部門に属するものであると判示したのである(11)。

だが、外国人に対する入国拒否と退去強制とを同一視する法廷意見に対して、ブリュワー裁判官、フィールド裁判官、フラー最高裁長官の三名が、入国拒否権限には適用されない合衆国憲法による制約が退去強制権限については課せられているとして、強い姿勢で反対意見を述べたのであった。フラー長官は *Chae Chan Ping* 判決が出された後に連邦最高裁に迎えられ直接本件とは関係はなかったが、ブリュワー裁判官は同判決における全員一致の法廷意見を執筆し、フィールド裁判官はこの法廷意見に同意していたのである。

ブリュワー裁判官にとって、入国拒否と退去強制との違いは明らかなものであった。同裁判官は、「合衆国憲法は、領域外においていかなる効力も有さないものであり、合衆国の領域に合法的に入ってきたのではない者は、そのいかなる規定からも保護を要求することはできない。……しかしながら、合衆国憲法は、その領域内に限っては、いかなる場所においても潜在的な効力を発揮するのである」(12)と主張した。自らが執筆した入国拒否事件の法廷意見の主旨が変更されることについて強く反発したのは当然のことであった。また、フラー長官は、本件における退去強制が合法的に取得した居住の権利を剥奪することになるゆえに、入国拒否の事案とは異なると考えていた。それとともに、3名の裁判官に共通しているのは、退去強制の実質的な刑罰性であり、外国人の権利保障の観点からこの点を強く主張したのであった。

## (2) 学説による批判

本判決の法廷意見に対して、レゴムスキー教授は、アメリカ合衆国と中国との間で締結された条約に反する法律の有効性が争われた *Chae Chan Ping* 事件では、かつて合衆国に居住していた中国人労働者の入国拒否(再入国)が外交政策と結びつくとしても、*Fong Yue Ting* 事件のように、すでに合衆国に居住している中国人労働者が居住証明書取得の要件を満たしていないという行政秩序違反を理由として退去強制される事案について、どうして同じように入国拒否の法理が適用されうるのかとの疑問を提起している。外交政策の道具として退去強制制度を使用するとしたらどういう結果を招くことになるか。そこでは友好的外国人と敵性外国人の判断しかつかなくなるのではないか。そうなると、合法か不法入国か、合法的在留であっても永住か一時的な滞在なのかの区別はどのようにつけるのか。同教授は、連邦の政治部門による退去強

制権限の行使について、合衆国憲法がどのように制約を加えるのか議論されなくてはならないと指摘するのである (13)。

さらに学説は、Fong Yue Ting 事件の反対意見に対しても疑問の目を向けている。

まず第 1 に、ブリュワー裁判官の反対意見は、Chae Chan Ping 事件と Fong Yue Ting 事件とを区別するのに十分な根拠となりうるのであろうかというものである。Chae Chan Ping 事件はサンフランシスコ港内の蒸気船に収容されて上陸を拒否されていた事案であり、当該外国人が「領域内」(within our territory) に存在していなかったとどうやって説明することができるのであろうかと批判する。第 2 に、同裁判官の理由とする非合法の入国についても説得力があるとは思われないと指摘する。上告人 (Chae Chan Ping) は、それまで合法的に合衆国に居住し、期間を空けて中国から再入国しようとしていたのであり、不法入国を企んでいたのではないのである (14)。

また、フラワー長官の反対意見でさえも、二つの事件を区別するのに十分な根拠とはならないというのである。本件の上告人は合法的に取得した居住の権利を再入国のために剥奪されたのであり、フラワー長官の見解も突き詰めれば、不法入国した外国人には合法的に入国して退去強制となる外国人が享受するのと同じ憲法的保護が保障されないことを支持する結果を導くことになってしまう、と批判するのである (15)。

このように反対意見は、外国人の所在する場所 (location) または刑罰性 (stake) を基にして入国拒否と退去強制との間の線引きをしようとする。だが、学説は、上述のように、ここでは、所在する場所の議論は説得力を持たないと指摘する。つまり、外国人の「入国」を論ずるにあたり、そもそも合衆国の主権が及ぼされる領域内に「存在」する外国人を未だ入国 (上陸) していないとして憲法的効力から排除しようとするのではなく、合衆国憲法による保護を認めるべきであるというのである。ここでも憲法上の効力範囲の拡張を主張するのである。また、その一方で、3 名の裁判官が共通に主張する刑罰性の議論については、Chae Chan Ping 判決 (1889) および Fong Yue Ting 判決 (1893) の双方について、その再考を強く求めており、その後の事案においても、常にかかる視点を根底に据えて退去強制の議論をすすめていくのである (16)。

それとともに学説は、連邦議会が中国人労働者をターゲットとして差別的な取扱いをおこなうことについて、反対意見がほとんど注意を払っていない点にも批判をおこなう。連邦最高裁は、Yick Wo v. Hopkins 判決 (118 U.S. 356 [1886]) においては、修正 14 条を根拠として中国人の公衆洗濯業の許可について人種を根拠にした差別的扱いを違憲と判示したにもかかわらず、出入国管理・規制に関するこれらの事案においては、なぜ人種差別を問題としないのか大きな疑問を投げかけている (17)。

### 3. 学説における今日的立場

### (1) 憲法的無制約理論への批判

アメリカの学説は、外国人の入国拒否および退去強制に関する連邦議会の権限に対して、合衆国憲法はいかなる制約も加えないとする古典的な絶対的権限理論を厳しく批判する。これについて代表的な学説を展開するヘンキン教授は、次のように述べている。

同教授によると、合衆国政府が憲法上規定されていない権限を主張し始めたのは、南北戦争によって南部諸州を打ち負かし、和平のための条約として制定されたいくつかの憲法の修正条項によって連邦の支配権を確立してからのことであったという。その後、Chae Chan Ping 判決において連邦最高裁は外国人に対する出入国管理・規制はすべての国家の権利であり国家の独立と主権に付随するものであると判示したが、そのことについては反対する理由はみあたらないと述べている。しかし、同判決が、出入国管理・規制権限であっても憲法による制約を免れるとは言っていないことを指摘しつつも、合衆国憲法は国内においてのみ効力が認められ合衆国の国境の外にいる者を保護することはない、と述べている点について疑問を呈している (18)。

Chae Chan Ping 判決の 4 年後、連邦最高裁は、連邦議会が合衆国に居住する外国人を国外へ退去させることを認めるべく、Fong Yue Ting 事件について入国拒否の法理を適用した。これに対しても、ヘンキン教授は、合衆国憲法が外国人の入国を規制する政府の権限に制限を加えず、あるいは合衆国に居住するべく合法的に入国を許可された外国人の権利を保障しないとの法理は、当時の人種差別主義 (racist) あるいは新しい移民に対する先住民保護主義 (nativist) による迫害が顕在化したものであると批判する。それらは冷戦時代にマッカーシズムとして再び甦ったのであるが、合衆国憲法の理論もあるいはその歴史も、政府権限のいかなる行為をも憲法的制約から免除することを許していないというのである (19)。

このようなことから、ヘンキン教授は、憲法上の制約から連邦の出入国管理・規制権限を包括的に免除させようとする Chae Chan Ping 判決が「時代遅れの遺物」であると主張するのである。同判決の時代以降、合衆国憲法は人権の保障をさまざまな領域において発展させてきたが、連邦最高裁は、外国人の入国拒否および退去強制のみを基本的な憲法保障の外側においてきたと強く批判する (20)。

### (2) 政治部門への服従に対する批判

アレイニコフ教授も、絶対的権限理論を採用する連邦最高裁の出入国に関する判決は、その時代遅れのような言葉によって今日の憲法学者をいらだたせていると述べている。同教授は、「連邦議会によって制定された手続は、それが入国を拒否された外国人に関するものであるとしたならば、どのようなものであれ適正なものである」(21) といったり、「連邦議会は、通常、もしそれが合衆国市民に適用されたならば、とうて

い受け入れられないような規則を出入国管理権限のもとで制定することができる」

(22) というような論述部分を取り上げる。連邦最高裁が外国人の出入国管理・規制の領域ほど連邦議会のより完全な立法権限が認められているものは存在しないことを強調し、「われわれの判例は、司法的コントロールを多くの部分で受け入れようとしない合衆国政府の政治部門によって行使される基本的な主権の属性としての外国人の入国を拒否しまたは追放する権限を長いこと認めてきた。」(23) というような文言を繰り返して述べている点を批判するのである (24)。

学説では、出入国管理・規制の領域の事案であっても、憲法上の制約を受けるべきものであるにもかかわらず、裁判所は統治構造における制度的な理由を根拠としてとくに執行機関の政策的な判断に従っているだけである、との指摘がなされてきた (25)。これについてシャック教授 (Peter Schuck) も、移民・国籍法ほど行政の恣意的な裁量が及ぼされる領域はなく (26)、連邦最高裁が政治部門の政治的判断にたいして極度に服従することを正当化してきたことを指摘している (27)。このような学説の主張に対しては、「連邦最高裁が行政府および立法府に対して常に道を譲っているとはっきりいうことはできない」(28) との見解も存するが、自らの責任として執行機関は、裁判所が権利の救済をおこなわないときでさえ、諸判決の判断基準よりも厳格に憲法上の諸権利を保護する特別な責務を有しており (29)、絶対的権限の事案を処理する場合には、安易な合理性の基準によるのではなく、厳格な憲法解釈の基準を適用すべきであるとも主張されている (30)。

これらの学説の多くは、外国人の出入国管理・規制の事案について、司法府が絶対的権限理論ではなく、合衆国憲法上の一般的な準則を適用して解決を図るべきことを主張するのである。しかし、その一方で、絶対的権限理論が、「単なるレトリックであるのか、すべて真実であるのか、あるいは両者の部分的なものであるのか、現実の影響力および現在の地位の両方についていまだに不明確である」(31) ことも指摘されている。

### (3) 絶対的権限理論の否定と拡張理論

最近の研究者のなかには、連邦最高裁が、多くの場面において、かかる絶対的権限理論を放棄しようとしているとの見解に立って議論を進めていくものもある (32)。そもそも「絶対的権限理論」と呼ばれるような法理が本当に存在するのか、あるいは絶対的権限の事案と呼ばれるものは、それらが判示された時代においてより一般的に適用される基準を反映させていただけではないのかとの疑問が提起され、論争を巻き起こしたのであった (33)。

チン教授 (Gabriel J. Chin) は、もっとも極端な絶対的権限の事案の多くは、出入国管理・規制に関して連邦議会へ「特別の服従」をおこなうというレトリックにもか

かわらず、実際は、一般的な憲法の準則の下で解決される出入国以外の事案と同じような差別的な結果に行き着くものであると主張する (34)。同教授は、これらの事案を説明するためには、特別な絶対的権限理論やその他の憲法のルールなど必要ないことであるという。なぜならば、連邦最高裁は、合衆国憲法が合衆国市民に対して同様の理由で差別を禁じていると認識していた時代においては、出入国に関係する特別な集団(外国人)に対する差別についてもめったに判断していないからであると主張する。概して、連邦最高裁は、合衆国市民に対する差別が同じ理由で許される時代においては、同じように差別的な移民法を支持していただけであるというのである (35)。このように同教授は、そもそも特別な絶対的権限理論など存在せず、裁判所が単に外国人の差別を見逃してきただけなのであるとの主張をおこなう (36)。

これとは対照的に、テイラー教授 (Margaret H. Taylor) は、絶対的権限理論が純粋な出入国管理・規制の領域を越えてそれに付随する領域に影響を与えていると主張する。連邦が規制する入国拒否や退去強制以外の事柄に関しても、外国人に不利益な結果をもたらすものであるというのである。それと同時に、同教授は、裁判所が入国拒否および退去強制される外国人の収容される施設の物理的条件について積極的に審査をおこなっていると指摘する (37)。さらに、絶対的権限理論の弊害として、かかる法理は、政治的環境に染み出してきて、移民に対する社会的反発を誘発しているという見解も存する (38)。

いずれにせよ、アメリカ司法府が、早い時期の諸判決でみられたような古典的な絶対的権限の概念を越えて、その後の判例理論を積み重ねてきたことは明らかであった。それとともに、学説もこのような判例を睨みながら絶対的権限理論の制約を目的として多彩な議論を展開してきたのである。学説が、今日の裁判所は「多くの回避的な比喩表現、例外、そして制限を作り出して事案を処理している」(39)と指摘するように、絶対的権限の法理は次章で検討するような諸判決においてさまざまな形で顕在化されている。

- (1) Gabriel J. Chin, *Segregation's Last Stronghold: Race Discrimination and the Constitutional Law of Immigration*, 46 UCLA L. REV. 1, 58-62 (1998).
- (2) James A.R. Nafziger, *The General Admission of Aliens Under International Law*, 77 AM. J. INT'L. L. 804, 808-15(1983).
- (3) T. Alexander Aleinikoff, David A. Martin and Hiroshi Motomura, IMMIGRATION AND CITIZENSHIP: PROCESS AND POLICY 5<sup>th</sup> Ed.183 (West Group, 2003).
- (4) Stephen H. Legomsky, IMMIGRATION AND REFUGEE LAW AND POLICY 4<sup>th</sup> Ed. 27 (Foundation Press, 2002).
- (5) Aleinikoff, Martin and Motomura, *supra* note 3, at 183.

- (6) Louis Henkin, *FOREIGN AFFAIRS AND CONSTITUTION* 22 (Foundation Press, 1972).
- (7) *See, e.g.*, Raoul Berger, *The Presidential Monopoly of Foreign Relations*, 71 MICH. L. REV. 1, 26-33 (1972); David M. Levitan, *The Foreign Relations Power: An Analysis of Mr. Justice Sutherland's Theory*, 55 YALE L. J. 467, 479-90 (1946).
- (8) Henkin, *supra* note 6, at 22-24.
- (9) Legomsky, *supra* note 4, at 25.
- (10) *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893). 本件に関する事実の概要について詳しくは、本研究第8章第1節を参照。
- (11) *Id.* at 705-07.
- (12) *Id.* at 738.
- (13) Legomsky, *supra* note 4, at 42-43.
- (14) Aleinikoff, Martin and Motomura, *supra* note 3, at 205.
- (15) *Id.*
- (16) *Id.*
- (17) *Id.*
- (18) Louis Henkin, *The Constitution and United States Sovereignty: A Century of Chinese Exclusion and Its Progeny*, 100 HARV.L.REV. 853, 858-59 (1987).
- (19) *Id.* at 859-62.
- (20) *Id.* at 862-63.
- (21) *United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy*, 338 U.S. 537, 54 (1950) .
- (22) *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67, 80 (1967).
- (23) *Fiallo v. Bell*, 430 U.S. 787, 792(1977).
- (24) T.Alexander Aleinikoff, *Citizens, Aliens, Membership and the Constitution*, 7 CONST. COMM. 9 (1990).
- (25) Cornelia T.L. Pillard and T. Alexander Aleinikoff, *Skeptical Scrutiny of Plenary Power: Judicial and Executive Branch Decision Making in Miller v. Albright*, 1998 SUP. CT. REV. 1, 32-40(1999).
- (26) Peter Schuck, *The Transformation of Immigration*, 84 COLUM.L.REV. 1,81 (1984).
- (27) *Id.* at 1.
- (28) Louis Henkin, *Foreign Affairs and the Constitution*, 66 FOREIGN AFF. 284, 285 (1987).
- (29) David A. Strauss, *Presidential Interpretation of the Constitution*, 15 CARDOZO L. REV. 113, 129 (1993).
- (30) Pillard and Aleinikoff, *supra* note 25, at 4.
- (31) Legomsky, *supra* note 4, at 115.
- (32) *See, e.g.*, M.Isabel Medina, *Demore v. Kim—A Dance of Power and Human Rights*, 18 GEO.

IMMIGR. L.J. 697,704 (2005); Peter J. Spiro, *Explaining the End of Plenary Power*, 16 GEO. IMMIGR. L.J. 339(2002).

- (33) See, e.g., Gabriel J. Chin, *Is There a Plenary Power Doctrine ? A Tentative Apology and Prediction for our Strange but Unexceptional Constitutional Immigration Law*, 14 GEO. IMMIGR. L.J. 257(2000); Kevin R. Johnson, *Race and Immigration Law and Enforcement: A Response to Is there a Plenary Power Doctrine ?*, 14 GEO. IMMIGR. L.J. 289(2000); Stephen H. Legomsky, *Immigration Exceptionalism: Commentary on Is There a Plenary Power Doctrine ?*, 14 GEO. IMMIGR. L.J. 307 (2000); Gerald L. Neuman, *Terrorism, Selective Deportation and the First Amendment After Reno v. AADC*, 14 GEO. IMMIGR. L.J. 313 (2000).
- (34) Chin, *supra* note 33, at 257.
- (35) *Id.* at 258.
- (36) しかしながら、このようなチン教授の主張に対しては異論が唱えられている。See Johnson, *supra* note 33 and Legomsky, *supra* note 33. すなわち、絶対的権限理論が外国人に対する不利益な結果をもたらすとしても、それは出入国管理・規制という特殊な領域における国家の主権を意識した特別な法理であり、あきらかに一般的な法理とは区別されなくてはならないのである。出入国の領域において、司法による審査を排除しようとする絶対的権限の法理を規制し、一般的な憲法原則の適用を拡張することによって外国人の退去強制からの自由ないし在留の自由を確保しようとするのが本研究の狙いではあるが、絶対的権限理論の存在自体を否定することはできないものとする。なお、絶対的権限理論の適用領域の検討については、本研究第9章第1節を参照。
- (37) Margaret H. Taylor, *Detained Aliens Challenging Conditions of Confinement and the Porous Border of the Plenary Power doctrine*, 22 HASTINGS CONST. L.Q. 1087 (1995).
- (38) Kevin R. Johnson, *The Antiterrorism Act, the Immigration Reform Act and Ideological Regulation in the Immigration Laws: Important Lessons for Citizens and Noncitizens*, 28 ST. MARY'S L.J. 833(1997).
- (39) Legomsky, *supra* note 4, at 115-16.

## 小 結

アメリカの憲法・移民法研究者の多くは、いかにしてリヴァイアサンたる国家の絶対的権限をコントロールすることができるか、そのために法理論構築の努力を継続しておこなってきた。また、次章の判例理論にみられるように、裁判所においてもすべての裁判官が絶対的権限を全面的に容認するのではなく、政治部門が公正な権限行使を実現すべく司法としての論議が活発になされてきたのであった。

アメリカ合衆国においては、本章でも検討したように、判例上も早い時期において、外国人の出入国管理・規制権限は対外的な国家主権の属性であるという法理が確立し

ている(1)。そして、これらの事案において下された判例は、1世紀以上たった今日までさまざまな形で引用されている。だが、実際、このような絶対的権限ともいわれる政治部門の権限行使に対して、裁判所による司法的救済が認められた事例は、それほど多いものではなかった。このような現状に対して、ヘンキン教授は、出入国および帰化を規制する連邦議会の権限は絶対的なものではあるが、このような絶対的権限でさえ憲法上の制約に服するべきであると強く主張するのである(2)。とくにここでは、裁判所が国際法を根拠に超憲法的な権限として位置づけるようとするのを問題とする。

わが国においても、入国の自由が外国人に認められないとされることについて判例は、憲法ではなく国際慣習法を直接その根拠として判断を下しているのである(3)。それゆえに、外国人の出入国については、通説たる「憲法第3章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶ」(4)とする権利性質説をもってしてもその権利性が認められておらず、厳しい対応がなされているのが現状といつてよい(5)。そのような意味において、本章で紹介した憲法的な視点からの退去強制についての議論は、一国の法制度を越えて有益なものと考えられる。本研究の第4章以降においては、これらの視点を踏まえてさらに検討を進めていくこととしたい。

(1) *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581 (1889); *Nishimura Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651 (1892); *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893).

(2) Louis Henkin, *The Constitution and United States Sovereignty: A Century of Chinese Exclusion and Its Progeny*, 100 HARV.L.REV. 853, 862-63 (1987).

(3) 最大判昭和32年6月19日刑集11巻6号1663頁。

(4) 最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁。

(5) この点について、本研究がアメリカ判例理論から多くを学ぶべきところがあると考えられる所以である。

詳しくは、本研究の結論を参照。

## 第4章 判例における絶対的権限理論の射程

### はじめに

前章で考察した外国人の出入国管理・規制に関する絶対的権限 (plenary power) の法理は、その後、「連邦議会のより完全な立法権限」(the legislative power of Congress more complete) という文言のなかにその核心部分が顕在化、連邦最高裁判所は、1909年の *Oceanic Steam Navigation Co. v. Stranahan* 判決 (214 U.S. 320 [1909]) (1) 以来、繰り返しこの文言を用いて (2)、移民法が実質的な合衆国憲法の制約を受け入れるかについての司法審査を避けてきたのであった (3)。このような絶対的権限の法理は、1世紀以上も経た今日の退去強制の事案においても確固として引き継がれており (4)、依然として移民受け入れの障壁 (barrier) としてアメリカ社会に定着しようとする外国人の前に大きく立ちはだかっているのである。それとともに、かかる法理が外国人の関わる事案全般について適用されてきたとの懸念も生じている (5)。

しかしながら、アメリカの判例理論は、必ずしも無条件ですべてかかる効力を認めているのではなく、憲法との関係でもさまざまな議論を積み重ねてきたことは看過されてはならないところである。とくに出入国管理・規制の事案において、外国人の主張が認められる件数は限られたものではあるが、ここでの議論は、国家主権から派生する絶対的 (plenary) な権限行使の制約を可能にする多くの示唆を含むものである。

本章では、絶対的権限理論の射程を明確化するために、出入国の事案のみならず外国人に関する事案全般において合衆国憲法の各条項が連邦議会の絶対的権限との関係でどのように議論されてきたかを検証し、その全体像を明らかにしていくこととした。絶対的権限理論が必ずしも外国人を排斥ないし差別する事案全般について適用されているのではないことを検証するとともに、具体的な適用場面とその射程について考察していく。

(1) 本件は、合衆国へ入国拒否される外国人を運搬した蒸気船に移民官が民事罰 (過料) を課すことが争われた手続的デュー・プロセスに関する事案であった。連邦最高裁の判断は、連邦議会が外国人の入国を規制する権限は合衆国憲法によって制限されない広汎なものであるという絶対的権限理論を前提とするものであった。Comment(Steven J.Burr), *Immigration and the First Amendment*, 73 CALIF. L. REV. 1889, 1899 (1985).

(2) See, e.g., *Reno v. Flores*, 507 U.S. 292, 305-06 (1993); *Fiallo v. Bell*, 430 U.S. 787, 792 (1977); *Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753, 766 (1972).

(3) Stephen H. Legomsky, *Immigration Law and the Principle of Plenary Congressional Power*, 1984 SUP. CT. REV. 255, 256-57 (1985).

- (4) See *Clark v. Martinez*, 543 U.S. 371 (2005); *Jama v. Immigration & Customs Enforcement*, 543 U.S. 335 (2005); *Demore v. Kim*, 538 U.S. 510 (2003).
- (5) Margaret H. Taylor, *Detained Aliens Challenging Conditions of Confinement and the Porous Border of the Plenary Power doctrine*, 22 HASTINGS CONST. L.Q. 1087 (1995).

## 第1節 修正1条による制約可能性

### 1. 外国人の政治活動の自由

#### (1) *Bridges v. Wixon* 事件

退去強制の事案において、合衆国憲法修正1条に規定される言論および出版の自由の問題が初めて提起されたのは、1940年の外国人登録法の適用が争われた *Bridges v. Wixon* 事件(326 U.S. 135 [1945])であった。本件は、1920年オーストラリアから合衆国に入国し、合法的に居住していた外国人で、1934年に太平洋沿岸における海運労働者の合同罷業委員会 (*Joint Strike Committee*) の議長となった上告人 (*Harry Bridges*) に対して退去強制命令が下された事案であった。

この事件の争点は、①上告人はかつて共産党と《密接な関係》にあったかどうか、②上告人は米国共産党の党员であったかどうかという点にあった。連邦最高裁は、上告人の退去強制は、制定法にいう《密接な関係》なる用語の誤った解釈に基づいているばかりでなく、共産党という問題に対し不公正な審理によってなされたものであるから、当該収容は違法であるとして、連邦地裁および連邦控訴裁判所の判決(1)を覆し、退去強制手続を無効としたのである。

法廷意見は、法令の解釈と手続の違法を理由に、本法律の憲法判断には立ち入らなかった。しかし、マーフィ裁判官の同意意見は、政治体制の維持・防衛をその主たる目的とする1940年の外国人登録法は、長年アメリカ合衆国に合法的に在留し、「生活の本拠」を有している永住・居住外国人の「憲法によって保障されている既得権」(修正1条、5条および14条)を侵害する虞を有するものであると述べた。同裁判官によれば、合衆国内に存在する永住・居住外国人は憲法上の権利を有するゆえに、連邦議会は絶対的 (*plenary*) な退去強制権限を行使する際においてもこのような既得権を無視することは出来ず、上告人の「言論および出版の自由」(修正1条)が本件に先立つ *Bridges v. California* 判決(314 U.S. 252 [1941])で確認されているゆえに、その判断基準は *Schenck v. United States* 判決(249 U.S. 47 [1919])で言明された「明白かつ現在の危険」によらなくてはならないというのであった(2)。

#### (2) *Harisiades v. Shaughnessy* 事件

連邦最高裁が *Bridges v. Wixon* 判決(1945)を下してから7年後、アメリカ国内

をマッカーシズムの嵐が荒れ狂う中、過去において米国共産党員であった合法的に居住するギリシャ国籍の上告人に対する退去強制手続について、その根拠となった1940年外国人登録法の合憲性を争った *Harisiades v. Shaughnessy* 事件 (342 U.S. 580[1952]) の判決が下された。

上告人は、「修正1条が、移民法に対する抑制手段として効力をもつ」ことを前提に、「武力および暴力によって政府の転覆を主張する団体に加入するにあたり、……単に修正1条が外国人に保障する言論、出版および集会の自由を行使したに過ぎない」と主張した。そして、①「連邦議会は、修正1条を根拠として、合法的な投票過程によって現存する秩序の変革を主張することと、武力および暴力によって変革を主張することとの間に区別を設ける必要がない」こと、②「前者の自由は後者の自由を包含するものでありかつ暴力の教唆が否認されるところには当然言論の自由は存在しない」こと、そして、③1940年外国人登録法の施行前に党員であることから脱退したから退去強制の対象とはならないことを理由として裁判所の判断を仰いだのであった(3)。

これに対して連邦最高裁は、*Dennis v. United States* 判決 (341 U.S. 494[1951]) を引用してつぎのように述べた。

「われわれの合衆国憲法は、現状を打破する手段として暴力的な攻撃は認めておらず、その代わりに合法的な手段として投票による攻撃を認めている。秩序ある変革のためにすべての者が防備するにあたり、合衆国憲法はその者らの手に言論、出版および集会によって選挙民に影響を与える権利を授けている。このことは、投票箱によって共産主義を主張しまたは促進する自由を意味するものであるが、何ら暴力の実行または扇動を含むものではないのである。確かに、曖昧な言論は政治的手段の主張であるかまたは暴力に対する整然としてはいるが用心深い扇動を導く巧妙な装いであるかどうか判断しがたいところがある。……しかしながら、困難なことではあるが、合衆国憲法はわれわれにこの二つのものの区別をなす義務を命じているとおもわれる。異なった公式は異なった状況に適用されるものであり、共産党に適用される判断の基準はあまりにも最近になって述べられたものであるから、今度は有益な議論をなすことはできないと考える。」(4)

連邦最高裁は、結論として修正1条は共産主義者である外国人の退去強制を妨げないとした。すなわち、移民法に規定される退去強制は、修正1条が外国人に保障する言論および結社の自由を侵害しないというものであった。さらに合衆国憲法第1条9節3号に保障された事後法の禁止 (*ex post facto law ban*) についても、退去強制が刑事手続ではないことを理由にその適用を否定した(5)。つまり連邦最高裁は、更生した外国人の退去強制の免除はまず移民法自体の改正にまたなければならぬと判断

したのであった。

このように、アメリカ司法府は、長い年月にわたり合法的に在留し、アメリカ社会で生活の本拠を有している永住・居住外国人について、修正1条に保障される政治・言論活動の自由も、事後法の禁止規定もまた、政治部門による外国人の退去強制に関する絶対的権限を制約する根拠とはならないとの判断を下した。司法府がいかなる制約も課そうとしないために、連邦議会は、外国人の入国を拒否し、外国人がこの国に入国し、在留する期間および条件をこれまで自由に規定してきたのであった(6)。このことは、外国人の国外退去を促進する1996年の不法移民修正及び移民責任法(IIRIRA)の制定に際してもいえるであろう。IIRIRAは、連邦議会が出入国管理・規制に関する絶対的権限を積極的に行使することを示しているのである(7)。

### (3) PFLP 事件

その後も、退去強制における修正1条の保障を求める重要な事案があいついでいる。たとえば、PFLP(パレスチナ解放人民戦線)事件といわれる一連の事案が注目される。本件は、1987年、PFLPに関係すると思料される8名の外国人が移民・帰化局によって退去強制手続がとられたことが発端となった。連邦政府は、当該外国人たちが、後に削除されることになった「世界共産主義を唱導する団体の構成員」であることを退去強制事由として手続を開始したのであった。

その後、当該退去強制事由は6名の者に対しては変更され、不法残留を理由として退去強制手続を継続したのである。しかしながら、連邦政府は、合法的な永住・居住外国人である残りの2名については、政治的信条ないしイデオロギーを理由とした退去強制事由を維持した。この2名の事案について、連邦地方裁判所は、問題となっている破壊活動の唱導に関する規定は合衆国憲法に違反すると判示し、当該退去強制手続を無効とした(8)。

本件の控訴審において、第9巡回区連邦控訴裁判所は、移民・帰化局が依拠した退去強制事由を連邦議会が削除したことを受けて、当事者適格および成熟性の欠如を理由として原審を破棄差し戻したのであった(9)。

そこで、移民・帰化局は、新しく1990年の移民法(10)によって付加えられた反テロ規定(移民・国籍法237条a項4号(B))を根拠として、改めて退去強制手続を開始した。1994年、連邦地裁は、政治的結合を理由とする違法な選別的執行(selective prosecution)であるとして6名の不法残留外国人に対する退去強制手続について執行停止命令を出したが、2名の永住・居住外国人については、裁判管轄権の欠如を理由として退去強制手続を認めた。そこで、連邦政府は再び控訴した。

これを受けて第9巡回区連邦控訴裁判所は、6名の外国人に対する執行停止命令を支持し、それとともに2名の永住・居住外国人への選別的な法執行の訴えについて裁

判管轄権を否認する連邦地裁の判断を破棄したのである。同裁判所は、「外国人は合衆国市民が享受するのと同じ修正 1 条の保護を受けることはできない」あるいは「退去強制は刑事手続ではないゆえに、修正 1 条の憲法上の保障は必要ない」とする連邦政府の主張を退け、出入国管理・規制に関する政治部門の広汎な権限が退去強制手続にある外国人の修正 1 条の権利を認めたのであった (11)。

本件の差戻し審において、連邦地裁は、2 名の永住・居住外国人に対する退去強制手続の取消しを命じたのであった。連邦政府は控訴し、さらに IIRIRA によって付け加えられた退去強制手続に対する司法審査を大幅に制限した移民・国籍法 242 条 g 項を根拠として、本件のような退去強制手続中の選別的執行に関する連邦裁判所の裁判管轄権は排除されると主張した。だが、第 9 巡回区連邦控訴裁判所は、連邦政府の主張を退け、本件における裁判管轄権を認め原審を支持する判決を下したのであった (12)。

しかしながら、1999 年、連邦最高裁は、*Reno v. American-Arab Anti-Discrimination Committee* 判決 (525 U.S. 471[1999]) において、移民・国籍法 242 条 g 項が退去強制手続を開始する移民・帰化局の決定について司法審査を排除していることを理由に司法長官が選別的に退去強制手続を執行することができるとして、当該判決を無効と判示し、最終的に連邦政府の主張を支持したのであった。(13)。本事件において連邦政府は、何度も裁判所によって自らの主張を否定されながらも、政治社会ないし政治体制の維持については強固な姿勢を崩さず、特別な法益の保護に固執していることが理解されるところである。

## 2. 口頭審理の非公開事件

アメリカ連邦議会は、同時多発テロ発生後の 6 週間後、米国愛国者法 (14) を制定し、現行の移民・国籍法に第 236A 条を付け加えた (15)。これにより連邦政府は主としてアラブ・イスラム系の数千名の外国人を標的にして大規模な調査を実施することになった。合衆国政府の政治部門は、テロに関する情報を有すると思料される外国人を尋問し収容するために現行の退去強制制度を利用したのである。この一連の調査活動のなかで司法長官の命令により「特別の利益」に関わると思料される外国人の国外退去の口頭審理を公衆およびマスコミに対して非公開とした争いが提起され、ここでも修正 1 条が問題となった。第 6 巡回区連邦控訴裁判所は、かかる措置によって合衆国市民の修正 1 条の権利が侵害されたと主張する *Detroit Free Press v. Ashcroft* 事件 (303 F.3d 681[6<sup>th</sup> Cir.2002]) において、移民・国籍法のいかなる規定も政府に対して特別な措置を要求しているものではなく、非公開は修正 1 条のアクセス権を侵害すると判示したのであった。

しかしながら、第 3 巡回区連邦控訴裁判所は、同様の *North Jersey Media Group,*

Inc v. Ashcroft 判決(308 F.2d. 198 [3<sup>rd</sup> Cir.2002])において、司法長官の判断を支持し、国外退去の口頭審理へアクセスするいかなる修正 1 条の権利も存在しないとして外国人の国外退去手続における口頭審理が非公開であることを容認した (16)。本件については、2003 年、連邦最高裁が裁量的上告を拒否し (17)、口頭審理の非公開が事実上容認されたのであった。連邦最高裁は、ここでも修正 1 条に関する事案について、政治社会の法益保護を優先させる判断をおこなっているのである。永住・居住外国人の修正 1 条の権利が重要なものであることは認めるものの、それが政治社会ないし政治共同体としての国家の存立にかかわる場合には政治部門の判断は絶対的 (plenary) であり退去強制もやむをえないというものである (18)。

- (1) Bridges v. Wixon, 144 F.2d 927 (9th Cir. 1944).
- (2) Bridges v. Wixon, 326 U.S. 135, 161-66 (1945).
- (3) Harisiades v. Shaughnessy, 342 U.S. 580, 588-91 (1952).
- (4) *Id.* at 593.
- (5) ジャクソン裁判官による法廷意見は、「事後法の禁止条項が禁じているのは、その法律制定前の合法的行為に対して刑事罰を科し、または加重する刑罰法規であるということは、くり返し判示されてきたところである」と認めつつも、退去強制は、「その結果は苛酷であるけれども刑事手続というよりも、むしろ非刑事手続として、一貫して分類されてきた」と述べている [*Id.* at 594.]。
- (6) Lapina v. Williams, 232 U.S. 78 (1914).
- (7) David Weissbrodt and Laura Danielson, IMMIGRATION LAW AND PROCEDURE IN A NUTSHELL 5<sup>th</sup> Ed.70-71 (Thomson West, 2005).
- (8) American-Arab Anti-Discrimination Committee v. Meese, 714 F. Supp. 1060 (C.D.Cal.1989).
- (9) American-Arab Anti-Discrimination Committee v. Nelson, 970 F.2d 501 (9<sup>th</sup> Cir.1991).
- (10) Immigration Act of 1990, Pub.L.No.101-649, 104 Stat. 4978 (1990).
- (11) Reno v. American-Arab Anti-Discrimination Committee, 70 F.3d 1045, 1063-66 (9<sup>th</sup> Cir.1995).
- (12) Reno v. American-Arab Anti-Discrimination Committee, 119 F.3d 1367 (9<sup>th</sup> Cir.1997).
- (13) 本判決の解説については、宮川成雄「最近の判例」[2001-1]アメリカ法 (242 頁) 以下を参照。
- (14) USA Patriot Act, Pub.L. 107-56, § 412, 115 Stat. 272, 350-52(2001).
- (15) 8 U.S.C.A. § 1226a(2004).この法律の内容については、本研究第 6 章第 2 節を参照。
- (16) *See, e.g.*, Detroit Free Press v. Ashcroft, 303 F.3d 681 (6<sup>th</sup> Cir. Aug. 26, 2002); N. Jersey Media Group, Inc. v. Ashcroft, 308 F.2d. 198 (3<sup>rd</sup> Cir. Oct. 8, 2002). これらの事案の解説については、相沢恒「テロとアメリカ法—外国人退去強制手続をめぐる 2 つの連邦控訴裁判決」ジュリスト 1240 号 (2003 年) 124 頁以下を参照。
- (17) North Jersey Media Group, Inc v. Ashcroft, 308 F.2d. 198 (3<sup>rd</sup> Cir.2002), *cert. denied*, 538 U.S.1056, 123 S.Ct. 2215, 155 L.Ed.2d 1106 (2003).

(18) なお本研究第9章第1節では、外国人の政治・言論活動が憲法においてどのような位置づけがなされるかについて論じている。

## 第2節 修正4条による制約可能性

### 1. Terry v. Ohio 判決の適用

合衆国憲法修正4条は、「その身体、住居、書類および所有物が不合理な捜索・押収に対して保障されるという人民の権利は侵害されてはならない」と規定し、刑事手続における身体の自由および財産に関する権利保障が明示されている。しかし、外国人の退去強制につながる違反調査活動にも同条の保障が及ぶか否かが論議を呼び始めたのは、1970年代に入ってからのことであった(1)。これは、警察官の挙動不審者への「停止捜検」に修正4条の適用があるとされた、1968年の Terry v. Ohio 判決(392 U.S. 1 [1968])が下されたことを嚆矢とする。

この Terry 判決は、逮捕または捜索・押収などの犯罪捜査活動が開始される前に、挙動不審者に対して行われる停止・質問、身体捜検および広義の所持品検査を含む一連の活動たる「停止捜検」、いわゆる「ストップ・アンド・フリスク」(stop and frisk)について修正4条の適用があるとされた事案であり、この判決で採用された「合理的嫌疑」(reasonable suspicion)の基準が外国人の違反調査の事案にも大きな影響を及ぼしていったのである。この Terry 判決の意義は、「相当な理由」(probable cause)が修正4条の唯一の基準ではなく、ストップ・アンド・フリスクについてはより緩やかな「合理的嫌疑」の基準で足りるとされた点である(2)。

移民官による違反調査に修正4条の保障が及ぶか否かに関して、連邦最高裁は、国境パトロール隊による停止・質問の事案である United States v. Brignoni-Ponce 事件(422 U.S. 873 [1975])において、Terry v. Ohio 判決(1968)の「ストップ・アンド・フリスクは、修正4条の合理性(reasonableness)の要件に拘束される抑留(seizure)である」(3)との判示部分を引用して、同条の合理性の要件が適用されるとの判断を示したのであった(4)。

以下では、外国人の退去強制のための違反調査の端緒となり、アメリカ合衆国の多民族性を理由としても多くの問題が発生する停止・質問の事案を中心に考察していくこととする。

### 2. 国境および国境付近における違反調査

#### (1) 国境およびこれと同等の機能を果す地点

移民官は、国境、または、国境付近に設置された官庁施設(station)、国境に接する二つ以上の道路が合流する地点、国際線航空機の到着地点など国境と同等の機能を

果す地点において、何時でも、人を停止させ、その者たちが入国の権利を有することを証明するよう求める権限を有している(5)。かかる権限は、移民官の違反調査権限を規定する移民・国籍法 287 条を根拠になされるのではなく、国家の自己防衛(national self-protection)を根拠とする主権概念から直接的に導き出されると考えられてきた(6)。

このような国境での停止・質問および搜索の起源は、1789年7月31日の法律(7)にまで遡り、判例でも、合衆国の国境や国境付近に到達した旅行者は、自分たちが合衆国に入国する資格を有し、その所有物が合法的にその国に持ち込まれることを証明しなくてはならないことが確認されている(8)。まさに、この点について、国境における国家の権限行使は絶対的(plenary)であるというのである。

### (2) United States v. Martinez-Fuerte 事件

国境付近のチェックポイント(通行検問所)における違反調査が争われた事案が United States v. Martinez-Fuerte 事件(428 U.S. 543[1976])であった。本件は、国境から100マイル以内のハイウェイ上に位置する常設のチェックポイントにおいて、適正な令状、「相当な理由」、あるいは、不法入国者を乗せていると思料される明確な嫌疑なしで、車を停止させ、手短な質問をする国境パトロール隊の権限行使が問題となった事案である。本判決は、チェックポイントにおける停止について修正4条にいうところの抑留にあたることは認めるが(9)、このような場合に、常に一定の「合理的嫌疑」の基準を要求するのは現実的ではなく(10)、「搭乗者が、明らかにメキシコ系であるという点を主たる理由」とする停止であっても、憲法違反ではないとの判断を下した(11)。

これは、連邦最高裁が、違法外国人を国境で効果的に規制することは困難であることを考慮し、かつ、チェックポイントでの停止・質問にその重要性を見いだしたためである(12)。すなわち、連邦最高裁は、一方で、ハイウェイでの膨大な交通量に加えて、違法外国人の摘発という公共の利益と、裁量の幅の限られているチェックポイントでの停止および簡単な質問による個人的利益の侵害とを比較衡量しつつ「合理的嫌疑」の基準が満たされているかを判断しようとしたのである。この衡量にあたって、連邦最高裁は、個人の修正4条の権利と公共の利益とを衡量するバランスング・アプローチに依拠して、搜索および抑留の限界を求めたのであった(13)(14)。

### (3) United States v. Brignoni-Ponce 事件

移動パトロールは、国境付近における違反調査の中で、違法外国人の取締りについて重要な役割を果たしているものであるが、その一方で、もっとも多くの憲法問題を引き起こしている分野でもある。

リーディング・ケースとなっているのは、連邦最高裁が 1975 年に下した *United States v. Brignoni-Ponce* 判決 (422 U.S. 873 [1975]) である。本件は、国境パトロール隊が、夕刻メキシコ国境付近のハイウェイで移動パトロールの一環として道路わきに車を止めて交通監視をおこなっていたところ、パトロール・カーのヘッドライトに照らされた車中の三人の搭乗者がメキシコ人のように思われたので、その車を追跡し停止させ、隊員が彼らの国籍について質問したところ、違法入国者であることが判明したという事案である (15)。連邦最高裁は、国境パトロール隊員が、令状なしで、かつメキシコ系という理由のみで車を停止させ、質問を行ったのは、「合理的嫌疑」の基準を満たすことはできず、修正 4 条に違反するとの判断を下した。

パウエル裁判官による法廷意見は、「車の中の人間が明らかにメキシコ系の人であったとしても、そのことのみでは彼らが外国人であるとか、その車がこの国に違法に滞在する外国人を隠しているというようなことを合理的に信じることはできず」、それゆえ、「外国人か否かを質問するためにすべてのメキシコ系アメリカ人を停止させることは正当でない」(16) と判示した。つまり、前述の国境およびそれと同じような機能を果たす地域を除いて、国境付近で移動パトロールを行う国境パトロール隊員は、当該車輛が違法外国人を運んでいるとの疑いを合理的に抱かせるような事実を認識した場合に限り、停止・質問することが許されるというのである。

このように、国境および国境付近における違反調査について判例理論は、地域・領域の特質を勘案して法理の適用をおこなっているものである。ここでは、国境そのものにおいては国家の権限行使が絶対的 (plenary) であったとしても、国境付近における個人の身体的自由にかかわる権限行使については、一般的な憲法の準則の適用をおこなおうとする。判例は、次の国境付近以外の地域についても同様にその峻別をおこなう。

### 3. 国境付近以外の地域における違反調査

#### (1) 私的領域における違反調査

アメリカ合衆国では、メキシコやカナダとの国境および国境付近以外の地域 (私的領域) においても、外国人の違反調査は重要な意味をもっている。それゆえ移民・国籍法は、合法的に在留していると、非合法的に在留しているを問わず、「外国人」であると合理的に思料される者に対する違反調査権限を移民官に与えている (17)。

しかしながら、このことは、移民官と違法外国人との間に限らず、合衆国市民および合法的に在留する外国人との間で多くの問題を引き起こす原因となっている (18)。こうした問題は、違法に在留していると思料すべき理由がない場合でも、移民官が、適正な令状や「相当な理由」なしに、国境付近以外の私的領域ないし私的な場所において外国人と思料される者を停止・質問することができるか否かについて、連邦最高

裁が直接的に判断を下してこなかったため生じてきたといわれている(19)。たしかに、1970年代以降、この問題についても、裁判所による司法判断が下されるようになったとはいえ、その判断も一貫性に欠けている。

以下では、この点に関する判例理論を、次のように3つの地域・領域に類別して検討していくこととしたい(20)。

## (2) 路上および公共施設

コロンビア特別巡回区連邦控訴裁判所の事案である *Cheung Tin Wong v. INS* 判決(468 F.2d 1123 [D.C.Cir. 1972])は、路上における停止・質問が問題となった事案である。本件において、裁判所は、路上で東洋人にみえるというだけの理由でその者を停止させ質問することは許されないが、東洋系の容貌に加えて英語を話す能力が劣っている場合には、その者が外国人であるとの「合理的嫌疑」の基準が満たされるとの判断を下した(21)。その際、法廷意見は、停止・質問も、「単なる質問」(mere question)と「強制的拘束」(forcible detention)とに区別されるとした上で、「単なる質問」については、その者が違法外国人であるという「合理的嫌疑」は要求されず、外国人であるという「合理的嫌疑」で足りるとしている(22)。

そして、このような判決の後、1975年には、イリノイ州に合法的に存在する「すべてのメキシコ系の人びとおよびスペイン系の姓名を有する人びと」を代表した原告がクラス・アクションを提起し、移民・帰化局の路上質問と「地域取締活動」(area control operations)についての宣言的判決およびインジャンクションによる救済を求めた。この「地域取締活動」とは、違法外国人が存在すると思料される場合、特定の建物、住居、または地域に関して実施される大がかりな立入調査をいう。この場合、常に一般市民や合法的な居住外国人(lawful resident aliens)が、質問や拘束の対象となる可能性が存在する。移民・帰化局の調査部門は、主にこの「地域取締活動」を大都市や都市近郊地域でおこなっていたのである(23)。

この「地域取締活動」が問題となった事案が、*Illinois Migrant Council v. Pilliod* 事件(398 F.Supp. 889[N.D. Ill.1975])であり、*Cheung Tin Wong v. INS* (1972)判決における「合理的嫌疑」の基準についての曖昧さが争われたのであった。原告は、シカゴ地区担当の移民官が、修正1条、4条および5条に違反して、原告やそのクラスの人びとに違法な搜索・押収、逮捕、質問、拘束および立入調査を含んだ人種的ハラスメントをおこない続けると主張し、それが認められたのであった。そして第7巡回区連邦控訴裁判所も連邦地裁の判断を踏襲し、この事件について、移民・帰化局は連邦最高裁には上告せず、原告の主張が認められたのであった(24)。

## (3) 職場および商業施設への立入り

移民・国籍法 287 条 a 項は、移民官に、適正な令状や同意の下に、違法外国人と思料される者に職務質問をする目的で商業施設( commercial establishment )に立ち入る権限を与えている。この場合の令状の発付は、刑事事件でいう「相当な理由」の基準を満たす必要はなく、また、容疑者たる外国人の特徴を明記する必要もないとされている (25)。

1984 年に連邦最高裁は、違法外国人に関する工場への立入調査の事案である INS v. Delgado 判決 (466 U.S. 210 [1984]) において、移民官は、適正な令状を有しているか、または、立ち入ることについて同意がある場合に限り、建物に立ち入り質問をすることができるとの判断を示した。本件においては、特定の個人を捜索するのではなく、被用者として違法外国人が働いていないかどうかを確認するために、令状に基づいた移民官の工場への立入調査においては、移民官が彼らに質問をしても、違法に存在すると思料される者の逮捕につながる拘束には当たらないとされた (26)。つまり、このような立入調査の間、被用者個人に質問するのは、その質問が短いもので、質問の方法が彼らに合理的な恐れを生ぜしめるようなものでなければ、それは、修正 4 条にいう抑留には当たらないというものであった。

しかしながら、この連邦最高裁判決に対しては、特別な身体的行動の自由と修正 4 条が保障する一般的な自由利益 (general liberty interest) とを混同しているとの批判もみられる。すなわち、職場での立入調査でその者の国籍について質問するために停止させることが、身体的行動の自由に対する制限とはならないとしても、修正 4 条が保障するところの身体的拘束を受けない一般的自由の侵害ではないかと疑問視されるからである (27)。さらに、ある論者は、移民・国籍法 287 条に規定されている移民官の権限は、停止・質問、捜索、さらには、逮捕ないし収捕の権限まで含むものであるため、その権限行使には、警察の捜査権限を規制する厳格な審査基準が適用されるべきであると主張する (28)。これは、移民官が個人に対して国籍について質問する場合には、その者が違法外国人であるという個々具体的な「合理的嫌疑」に基づいてなされるべきであるとの結論を導くものである (29) (30)。

#### (4) 私的住居への立入り

最後に、私的住居への立入りについてであるが、この場合には、「合理的嫌疑」よりも厳格な「相当な理由」に基づいて発せられた令状によるか、または、令状なしの場合には、「相当な理由」が要求されている (31)。その者が自宅に立ち入ることを同意した場合に、移民官は、その者の国籍についての質問をすることができる。このような場合、自発的に差し出されたパスポートは、修正 4 条に違反して押収されたことにはならない (32)。逮捕ないし収捕する「相当な理由」が存在する場合には、移民官はパスポートを入手するためにその者に同行して自宅に立入ることができ、いったん住

居内に立ち入れれば、そこにいる他の者たちに対しても、その身分や国籍について質問をすることができる（33）。

#### 4. 二段階の基準への疑問

本節の考察からも、連邦議会の絶対的権限とされる移民・国籍法の執行において、同法 287 条における移民官の権限行使については、修正 4 条による制約が相当な程度課されていることが明らかとなった。そして、国境および国境付近とそれ以外の地域・領域とを区別して法理の適用を峻別して事案を解決しようとしていることが理解される（34）。また、外国人の捜索および逮捕・収捕については修正 4 条の「相当な理由」の基準があてはまり（35）、停止・質問についてはより緩やかな「合理的嫌疑」の基準がとられていることが理解される（36）。しかし、人種を理由とした違反調査についてはマイノリティ・グループの差別的取扱いを生じる危険性が常に存在し（37）、また、この場合、人種的な容貌とその人物が違法外国人であるということとの合理的関連性を正当化することはできないとも考えられている（38）。

このような修正 4 条の合理性に関する「相当な理由」と「合理的嫌疑」の二段階の基準については、刑事事件のみならず移民・国籍法上の違反調査の場合においても疑問が投げかけられてきた（39）。United States v. Martinez-Fuerte 判決（428 U.S. 543 [1976]）におけるブレナン裁判官の反対意見にもみられるように、このような二段階の基準は、移民官が人種に基づいて質問する者を恣意的に選択することを可能にしてしまうというのである（40）。裁判所が厳格な「相当な理由」の基準と緩やかな「合理的嫌疑」の二段階の基準を採用したため、依然として人種的ハラスメントを生み出す危険性が存在することは看過されてはならないところである（41）。それゆえに、外国人の違反調査における修正 4 条による個人の保護利益は単なる身体的侵害の防止と考えられがちであるが、移民官による人種的差別を抑制することも重要な保護利益と考えなくてはならないのである（42）。また、この点はさらに同条の枠を越えて、修正 5 条のデュー・プロセスに含まれる平等保護による権利保障の問題として注目されているところでもある（43）。

- (1) Robert S. Catz, *Fourth Amendment Limitations on Nonborder Searches for Illegal Aliens: The Immigration and Naturalization Service Meets the Constitution*, 39 OHIO ST. L. J. 66, 93 (1978).
- (2) 藤田浩「捜査の端緒における恣意性・差別性とその救済」阪本昌成・村上武則編『人権の司法的救済』（有信堂、1990年）192-93頁。
- (3) Terry v. Ohio, 392 U.S. 1, 16 (1968).
- (4) United States v. Brignoni-Ponce, 422 U.S. 873, 878 (1975).

- (5) *Carrol v. United States*, 267 U.S. 132 (1925); *Almeida-Sanchez v. United States*, 413 U.S. 266 (1973).
- (6) Austin T. Fragomen, *Searching for Illegal Aliens: The Immigration Service Encounters the Fourth Amendment*, 13 SAN DIEGO L. REV. 82, 91 (1975).
- (7) Act of July 31, 1789, ch.5, § 24, 1 Stat. 29 (1789).
- (8) *Almeida-Sanchez v. United States*, 413 U.S. 266 (1973).
- (9) *United States v. Martinez-Fuerte*, 428 U.S. 543, 556 (1976).
- (10) *Id.* at 557.
- (11) *Id.* at 563.
- (12) *Id.* at 554-60.
- (13) *Id.* at 554.
- (14) 行政調査への修正4条の適用と利益衡量論については、P.Greenberg, *The Balance of Interests Theory and the Fourth Amendment: A Selective Analysis of Supreme Court Action Since Camara and See*, 61 CAL. L. REV. 1011 (1973); LaFave, *Administrative Searches and the Fourth Amendment: The Camara and See Cases*, 1967 SUP. CT. REV. 1.を参照。また、裁判所による利益衡量についての問題点の指摘は、藤田・前出注(2)194-95および208頁を参照。
- (15) *United States v. Brignoni-Ponce*, 422 U.S. 873, 875 (1975).
- (16) *Id.* at 886-87.
- (17) 8 U.S.C.A. § 1357(a)(1); 8 C.F.R. § 287.1(c).
- (18) *Catz*, *supra* note 1, at 67-68.
- (19) *Id.*
- (20) 判例のなかには、国境付近以外の移民官による取締活動について、①路上での接近、②住居への侵入、③職場の立入調査、④移民・帰化局の取締手引書の内容の4つに類別して判示するものもある。 *See Illinois Migrant Council v. Pilliod*, 398 F.Supp. 882, 887-91 (N.D. Ill. 1975) .
- (21) *Cheung Tin Wong v. INS*, 468 F.2d 1123, 1126-28(D.C.Cir. 1972).
- (22) *Id.* at 1126-27.
- (23) *See Catz*, *supra* note 1, at 68-69.
- (24) *Aff'd*, *Illinois Migrant Council v. Pilliod*, 540 F.2d 1062 (7th Cir.1976), *modified upon rehearing en banc*, 548 F.2d 715 (7th Cir.1977).
- (25) *Blackie's House of Beef, Inc. v. Castillo*, 659 F.2d 1211 (1981).
- (26) *INS v. Delgado*, 466 U.S. 210, 212 (1984).
- (27) *See David K.Chan, INS Factory Raids as Nondetentive Seizures*, 95 YALE L. J. 767, 700 (1986).
- (28) *Id.* at 777.
- (29) *Id.* at 769-77.
- (30) なお、*INS v. Delgado* 判決 (466 U.S. 210 [1984]) の解説については、宮川成雄「最近の判例」

[1986]アメリカ法（210頁）以下を参照。

- (31) *Illinois Migrant Council v. Pillid*, 531 F.Supp, 1011, 1015, 1021-22 (N.D. Ill. 1982).
- (32) *Cordon De Ruano v. INS*, 554 F.2d 944 (9th Cir. 1977).
- (33) *United States v. Rodriguez*, 532 F.2d 834 (2d Cir. 1976).
- (34) 退去強制の違反調査に関する修正4条の適用については、新井信之「アメリカ憲法と外国人の停止・質問権についての一考察」*広島法学* 16巻4号（1993年）163頁以下を参照。また、日米の違反調査の比較については、同「退去強制法の特質と司法の役割についての一考察—外国人の違反調査に関する日米比較の試み」（*長崎外国語短期大学論叢* 41号、1993年）45頁以下を参照。
- (35) *United States v. Ortiz*, 422 U.S. 891 (1975).
- (36) *INS v. Delgado*, 466 U.S. 210 (1984).
- (37) *Fragomen*, *supra* note 6, at 90.
- (38) Robert Alan Culp, *The Immigration and Naturalization Service and Racially Motivated Questioning: Does Equal Protection Pick up Where the Fourth Amendment Left Off?*, 86 COLUM. L. REV. 800 (1986). そもそも、外国人の違反調査をめぐる各種の事案に影響を及ぼしてきた *Terry v. Ohio* 判決 (392 U.S. 1 [1968]) が打ち出した「合理的嫌疑」の基準そのものが、審査基準としては漠然としており、運用の仕方によって、法執行官の恣意的、差別的な判断の余地を生み出すとの批判が当初よりなされていたのであった。藤田・前出注(2) 194~95頁。
- (39) *Developments in the Law — Immigration Policy and the Rights of Aliens*, 96 HARV. L. REV. 1289, 1373 (1983).
- (40) *United States v. Martinez-Fuerte*, 428 U.S. 543, 572-74 (1976).
- (41) *Developments in the Law*, *supra* note 39, at 1373-80.
- (42) Culp, *supra* note 38, at 805.
- (43) Chan, *supra* note 27, at 780-82; Note, *Reexamining the Constitutionality of INS Workplace Raids after the Immigration Reform and Control Act of 1986*, 100 HARV. L. REV. 1979, 1994-2000 (1987).

### 第3節 修正5条による制約可能性

#### 1. 手続的デュー・プロセスの保障

##### (1) Kaoru Yamataya v. Fisher 事件

*Kaoru Yamataya v. Fisher* 事件 (189 U.S. 86 [1903]) は、日本人女性である上告人 (Kaoru Yamataya) が、1901年7月1日、ワシントン州のシアトル港に到着したところ、同年同月15日、入国審査官は、彼女が貧困者であり、公の負担になる可能性があり、その点で法律(1)に違反して入国していると認定し、同人を日本へ退去強制すべきものとして収容した事案であった。1901年7月23日、財務長官は、退去強

制命令を下し、入国審査官は同人の退去強制を実施しようとしたが、上告人は人身保護令状の発給をワシントン地区連邦地方裁判所に求めた。しかし、同裁判所は人身保護令状の発給を拒否したため、連邦最高裁が裁量的上告を認めたのであった。

法廷意見は、*Nishimura Ekiu v. United States* 判決（142 U.S. 651 [1892]）、*Fong Yue Ting v. United States* 判決（149 U.S. 698 [1893]）、*Lem Moon Sing v. United States* 判決（158 U.S. 538 [1895]）等の先例を引きながら次のように判示した。

「合衆国に入国し、その管轄下に入り、国法の対象となり、合衆国人口の一員となった者を、合衆国滞在、在留の権利に関する質問のための聴聞の機会を与えることなしに退去強制させるような恣意的権限は、合衆国官吏に与えられていないし、……合法または非合法を問わず一旦入国し、合衆国憲法の効力の及ぶ領域内に存在する外国人を、……合衆国に在留する権利を含む問題について、聴聞をうける機会を与えずに、……財務長官や行政官がその者の身柄を拘束したり、退去強制することは正当でない。」(2)

本件において、連邦最高裁は、退去強制については入国拒否とは同一に扱わず、不法であれ一旦入国した者を退去強制するときには、個人の自由が侵害される可能性があることを認めた。したがって、合衆国憲法の効力の及ぶ領域内で在留する権利を含む問題について、聴聞をうける機会を与えずに、外国人の身柄を拘束したり、退去強制することは正当でないとしてデュー・プロセスの保障を認めたのであった。連邦最高裁が退去強制の事案に修正5条のデュー・プロセス条項の適用があると判断したことは、外国人の権利保障の観点からも大きな意義を持つものであった。

ところが、本判決の問題点は、法廷意見は手続的デュー・プロセスの保障は考慮するとしながらも、連邦議会がその当時の出入国管理政策の要因のひとつである人種や出身国を理由として外国人の入国を拒否する法律を制定したとしても、先例に基づき裁判所は法律の内容について審査することはできないと判示したことであった(3)。そして、本件の上告人は、不十分ながらも入国審査の告知と聴聞の手続を経たのであるから、本裁判所は審査の結果については干渉できないとして、人身保護令状の発給拒否を正当なものであると認めたのであった(4)。このことは、連邦最高裁が、一旦合衆国に入国した外国人の退去強制については、修正5条が保障する手続的デュー・プロセスの適用は認めるけれども、実体については政治部門の絶対的権限であることを再確認したものであった。

*Kaoru Yamataya v. Fisher* 判決はそれ以降の事案においてもたびたび引用され(5)、外国人が一旦入国したならば、合衆国における存在が合法、非合法、一時的、または永住的なものであろうとも合衆国憲法のデュー・プロセス条項がすべての人に適用さ

れるため、その者の合衆国における法的地位は変化するという判例を確立したことは、退去強制のみならずその他の関連領域における事案にとっても重要な意味をもつものであった。外国人の法的地位や状況によって裁判所の対応は多様性をみせるものの(6)、最終的な退去強制令状が発付された外国人についても合衆国憲法の保障が及ぶと解されているのである(7)。このことは、合衆国政府の国内的統治権限(主権)の及ぶ範囲においては、当然、合衆国憲法の効力が及ぼされることを再確認したものであり、当該法理の確立は、絶対的権限理論の制約にとって大きな示唆を与えてくれるものであった。

しかしながら、この点について、次にみる *Shaughnessy v. Mezei* 事件(345 U.S. 206 [1953])の法廷意見は、本件を引用して、「外国人は、一旦われわれの門をくぐったならば、非合法であっても、デュー・プロセスに含意される伝統的な公正の基準に合致した手続を経た後でなければ追放されない」(8)と述べているにもかかわらず、入国拒否事件における「入国」を二つの意味に区別して(9)、憲法上の効力を制限する手法を用いている。

## (2) *Shaughnessy v. Mezei* 事件

*Shaughnessy v. Mezei* 事件(1953)は、合衆国への入国が拒否された外国人が他国への送還先が見つからないまま長期間に渡って収容されていたことが問題となった事案である。

合衆国に居住する被上告人(Ignatz Mezei)は、海外へ渡航し、19ヶ月間ハンガリーに滞在した。合衆国への再入国に際して、司法長官は、「その者の入国が合衆国の利益を損なう虞がある外国人を締め出すことができる」と規定する旅券法1条(10)およびそれに関連する連邦規則(11)を根拠として、聴聞手続をおこなうことなく永久的な入国拒否命令を下したのであった。当該命令は、公の利益を害する機密情報が含まれるという理由による非開示情報および当該外国人の入国が安全を理由とした公の利益を害するという事実認定に基づいてなされたものであった。そして、被上告人は、他国が受け入れを拒否したため退去強制されず、エリス島で21ヶ月もの間収容されたため、連邦地裁へ人身保護令状の請求を申立てたのである。連邦地裁は、保証金による合衆国内への条件付きの仮放免を命じ(12)、連邦控訴裁もそれを認めたため(13)、連邦最高裁が申立てにより裁量的上告を認めたのが本件であった。

クラーク裁判官による法廷意見は、本件における司法長官による聴聞手続なしの継続的な入国拒否は違法な収容を構成せず、裁判所は、国外退去を準備する間、被上告人の一時的な合衆国への入国を認めることはできないと判示した。その理由として、①入国拒否事件において、裁判所は、外国人の入国が公の利益を害すると司法長官が法令に基づいて決定した場合、当該決定を再審査することはできないこと、②エリス

島での保護も、合衆国におけるそれまでの居住も、被上告人に対する行政手続を入国拒否手続以外のものにするにはできないこと、③合法的な居住外国人が、デュー・プロセスについての憲法上の権利をこのように奪われたとしても、本件における外国人は、憲法の視点からいえば、新規に入国した外国人または「それと同様の法的地位」にあるものであること、④それゆえに司法長官は、旅券法を根拠として規定された緊急事態規則によって聴聞手続なしで当該外国人の入国を拒否することができ、そしてかかる決定が依拠する証拠を開示する必要はないこと、⑤エリス島での継続的な入国拒否は、当該外国人のいかなる憲法または法令上の権利を侵害するものではないこと、⑥合衆国へ入国する外国人の権利は連邦議会の意思によるものであり、裁判所は立法府の権限に対して判決を代用することはできないことを挙げている (14)。

これに対して、フランクファーター裁判官が同調するジャクソン裁判官による反対意見は、合衆国政府に対して敵対的な外国人の入国や収容については連邦議会の絶対的 (plenary) な権限を認めて実体的デュー・プロセスの問題とはならないとしながらも (15)、本件は手続的デュー・プロセスに違反するとして次のように述べている。

「被上告人に入国する権利がないからといって、彼には全く権利がないといえるのであろうか。[外国人の]入国を拒否する権限は、偶然当局に適切とおもわれるいかなる手段によっても入国拒否を継続しまたは成し遂げることができるのであろうか。……私には、本件が、合衆国内または領海内において発生し、デュー・プロセスの基準に合致する手続によってのみ解決されるものであるとおもえる。司法的な聴聞手続なしでの外国人の入国拒否は、もちろん、それが当該外国人を単に陸路または海路で送還することによって成し遂げることができる場合、デュー・プロセスを拒否することにはならない。しかし、不定期の収容が引き続き入国拒否を強要する場合には、デュー・プロセスは、当該外国人がその理由を告知され、それらを克服する公正な機会を与えられることを要求していると私にはおもえる。もはや被上告人の収容を彼がやってきた国へ送還する手続におけるひとつの過程として正当化することはできないのは明らかである。もはや当該収容は、入国拒否に付随するものとはいえないものである。すなわち、それは、むしろ通常の入国拒否に代わるものとしてのみ正当化できるのである。……合衆国政府の職員に、われわれの裁判管轄権内にやってきた外国人からデュー・プロセスによらずしてその生命、自由または財産を奪うことはできない。すなわち、そのことは、当該外国人が自らの訴追についての公正な告知を伴う公正な聴聞手続を保障しなくてはならないことを意味するものである。」 (16)

このようにジャクソン裁判官は、法廷意見がいわゆる「擬制的入国理論」(entry doctrine fiction) を用いて(17)、本件の被上告人が合衆国にまだ存在せず、入国前の状態に保留されているものとして合衆国憲法の効力を認めないのに対して、エリス島における継続的な入国拒否を理由とした収容は、修正5条によるデュー・プロセスの保障がなされなくてはならないと主張するものであった。同裁判官は、一般的な入国拒否については連邦議会の絶対的権限であることは認めるものの、本件はそれに付随する収容とは区別され、実体的デュー・プロセスについてはともかくとしても公正な手続的デュー・プロセスが保障されなくてはならないことを主張するものであった。この点については、後出の退去強制手続の終了後における不定期の収容が問題となった *Zadvydas v. Davis* 判決(533 U.S. 678[2001])と比較して、重要な示唆を含むものであった。

## 2. 実体的デュー・プロセスの保障

### (1) *Lem Moon Sing v. United States* 事件

手続的デュー・プロセスとは異なり実体的デュー・プロセスの保障については、当初、人身保護令状の事案についてさえも連邦最高裁は否定的にとらえていた。それは、早い時期の一連のリーディング・ケースに連なる *Lem Moon Sing v. United States* 事件(158 U.S. 538 [1895])における法廷意見にもみられる。本件は、それまで合法的に合衆国に住居を有していた中国人の貿易商人が、一時帰国している間に制定された1894年の移民法(18)によって入国が拒否された事案であった。

本判決においても「国際法の公理(maxims)によると、すべての主権国家は、主権に内在(inherent)し、自己保存に不可欠であるゆえに、その領土内への外国人の入国を禁止し、あるいは、ある一定の条件を満たした場合にのみ、入国を認めることのできる権限を有する。」(19)として、この合衆国憲法に規定されている人身保護令状による司法的救済も、退去強制事件については一定の限界があるとして、次のように判示している。

「もし、連邦議会が適当なものと認めれば、それは、その外国人が入国する権利の基礎となる事実を調査しかつ確認する権限を、裁判所に付与することができる。それにもかかわらず、連邦議会は、それらの事実の最終的決定を、行政官に委任しているのである。そのような場合、つまり、制定法が行政官に自己の意見に基づいて事実を判定するよう裁量権を付与した場合、その行政官の下した判断は、デュー・プロセスである。そして、いかなる国家機関も、明白に法律によって授権されるのでなければ、その行政官が審理した証拠を、再審理し、あるいは、否認することはできないのである。」(20)

つまりこのことは、退去強制手続において裁判所は、外国人であっても合衆国憲法上の権利保障を実現するために人身保護令状の発給を確認したものの、Nishimura Ekiu 判決（1892）と同様に退去強制命令の実体が適正なものかどうかを判断するのではないとの絶対的（plenary）な考えを明らかにしたものであった。しかしながら、次にみる Landon v. Plasencia 事件（459 U.S. 21 [1982]）では、修正 5 条の実体的デュー・プロセスによる絶対的権限の制約について、以下のように述べられている。

## （2）Landon v. Plasencia 事件

Landon v. Plasencia 事件（459 U.S. 21 [1982]）は、1970 年以来、合法的な永住・居住外国人として合衆国に居住する被上告人であるエルサルバドル国籍の女性が、1975 年にメキシコに数日間滞在した後、合衆国市民である夫とともに 6 名の外国人を自分の車で不法入国させようとして、移民・帰化局に入国を拒否された事案であった。彼女は、合衆国へ外国人を密入国させようとしたこと、メキシコへの旅は合衆国からの意味のある重要な（meaningful）出国といえ、それゆえに、彼女の帰還は、任意かどうかにかかわらず、外国の港、地点もしくは場所、または外縁の属領から外国人が合衆国へ入ることについて規定する移民・国籍法 101 条 a 項 13 号がいうところの「入国」(21) にあたると認定され、入国拒否に付随して国外への退去命令が発せられたのであった。

被上告人は、移民不服審査委員会が訴えを退けたため連邦地方裁判所に人身保護請求をおこなった。同裁判所は、同人が法律上出国したとはいえず、それゆえに被上告人は入国拒否よりも有利な退去強制のための聴聞手続を受ける実体的権利があると判示し、第 9 巡回区連邦控訴裁判所もこれを支持したのであった (22)。これに対して、連邦最高裁は、まず、移民・帰化局が入国拒否手続によって被上告人の「入国」を判断していたことを認定し、入国拒否事由に該当するか否かを判断する法令上の権限を有するものと判断した。そして、連邦議会による立法の趣旨は、永住・居住外国人であろうとも、入国の許否は入国拒否手続によって決定されなくてはならず、被上告人は入国拒否手続の執行停止（suspension of the exclusion hearing）および退去強制手続の適用を移民・帰化局に要求する権利はないと判示したのであった (23)。

連邦最高裁は、本件においては入国拒否手続が被上告人に適用されるべき手続であったことを認めつつ、さらに被上告人が当該手続においてデュー・プロセスが保障されていたかどうかについて審査した。これは、新規入国と同じくらい合衆国における「定着性」（assimilation）が失われていたり (24)、出国して 20 ヶ月も経ってから再入国を求める (25) のとは異なり、数日間の滞在の後に再入国を求める場合にはデュー・プロセスが考慮されなくてはならないということを前提にしたものであった (26)。

オコナー裁判官による法廷意見はそれを次のように述べている。

「 彼女[被上告人]の利益は疑問の余地なく重いものである。彼女は、この自由の国に滞在し、生活し、働く権利を失うことになるのである。さらには、個人の利益の中では高次に位置づけられる権利である最も近い関係にある家族との結合の権利が失われることになる。[その一方で、]国境における効果的な出入国管理をおこなう合衆国政府の利益も重いものがある。さらには、出入国管理は、広く執行府および立法府の権限の中にある主権的大権(sov<sup>er</sup>ei<sup>g</sup>n prerogative)であり、これらを利益衡量する上でも十分配慮しなくてはならないものである。司法府の役割は、当該手続がデュー・プロセス条項の下で基本的な公正の基準(essential standard of fairness)に適っているかどうかを判断することに限定され、安易に連邦議会の政策的な判断を排除するような手続を課すものであってはならない。」

(27)

したがって、本件の場合、退去強制手続ではなく入国拒否手続が適用され、「裁判所は、特別な状況を勘案し、どのような手続が永住・居住外国人の再入国に関して最低限のデュー・プロセスの要求を満たすかを判断しなくてはならない」(28)とされたのである。法廷意見は、かような前提に立って、移民・帰化局による当該入国拒否手続が、立証責任、入国拒否手続の開始の告知、および弁護士依頼権について問題があったことを認めて本件を破棄・差し戻したのであった。

アメリカの裁判所が、入国拒否手続を憲法の主たる問題として取り上げ始めたのは1980年代になってからのことであったといわれる(29)。本判決の意義は、入国拒否事件(再入国)において、「連邦議会によって制定された手続は、入国を拒否された外国人に関するものであるとしたならば、それがどのようなものであれ適正なものである。」(30)とするそれまでの絶対的(plenary)な姿勢(31)とは異なり、連邦最高裁が実体的なデュー・プロセスを考慮したことであった。すなわちこのことは、永住・居住外国人については国内での憲法上の地位が変化し、彼らの再入国は新規の入国とは区別され、また海外での滞在期間をも斟酌されるというものであった(32)。

### (3) Reno v. Flores 事件

実体的デュー・プロセスの保障は、長年、地域およびその時々状況に応じて移民・帰化局が個別的对処してきた外国人少年の収容が問題となった Reno v. Flores 事件(507 U.S. 292 [1993])においても争われた。これは、1984年、移民・帰化局の西部地区事務所(INS Western Regional Office)が、退去強制手続が継続中の外国人

少年についての仮放免の身元引受人を「親または法的後見人」に制限し、または、特別な場合に限り、「養護およびその子どもの福利に責任を持つことに同意する責任ある個人」に仮放免することのできる旨の方針を採用したこと、および、後に規定された連邦規則集第8編242条24項(33)の合憲性について争われた事案であった。

連邦地裁は、移民・帰化局が、入国拒否手続における外国人少年と退去強制手続における外国人少年とを異なって扱う合理的根拠に欠ける、との平等保護の主張を根拠に部分的略式命令(partial summary judgment)を下し、本件の被上告人の訴えを認めた(34)。入国拒否については、連邦規則は、一定の条件の下で、両親および法的後見人以外に親類や“友人”を含む人たちにたいして、その外国人少年を仮放免することができる旨規定されていた(35)。

しかし、これを機に、移民・帰化局は、退去強制および入国拒否手続における外国人少年の収容と仮放免に関する統一的な規定を法典化することになり(36)、連邦地裁は、その規定が公布されるまで被上告人たちのデュー・プロセスの主張については判断を下すことを延期した。当該連邦規則は、1988年に公布され、連邦規則集第8編242条24項に規定されることとなったのである(37)。その内容は、外国人少年の仮放免を、尋常でなく、かつ、やむにやまれぬ状況を除いて、本人の両親、近い親戚、または、法的後見人のみに許すことを規定するものであった。当該連邦規則は、移民・帰化局西部地区の仮放免規定に取って代わるものであったが、被上告人たちは、引き続き新しい規定に対する訴えを維持することを決定した。第9巡回区連邦控訴裁判所は、いったんは差し戻し判決を下しながら、全員法廷による再審理により、連邦地裁判決の「すべての点」を容認したのであった(38)。

本件では、実体的デュー・プロセスを根拠とした退去強制手続における外国人少年の「身体的拘束からの自由」が問題となっており、未成年者である外国人少年の収容に関する連邦最高裁による初めての判決となった。

連邦最高裁の法廷意見は、収容されている外国人少年を、尋常でなく、かつ、やむにやまれぬ状況を除いて、その両親、近い親戚、または、法的後見人のみに仮放免を許す連邦規則は、実体的デュー・プロセスを侵害しないと判示した。ここでは、「身体的拘束からの自由」は問題とならず、このような新奇な主張は、「基本的と位置づけられる程度にわれわれの伝統および良心に根差している」ものと考えすることはできないということが根拠とされたのであった。さらに、ここで注目されるのは、司法長官の裁量権限について、「合衆国と外国人訪問者との関係を規定する責任は、合衆国政府の政治部門にあり、通常、議会は一般市民に対して適用されえないような規定を設け、連邦議会は、司法長官に収容を含むその執行に関する広範な裁量権を与えている」と判示している点である(39)。つまり、ここでの憲法問題はその対象者が外国人少年であるという事実によって除去されると述べるように、明らかに連邦議会の絶対的権限

の主張に追従していることが理解される。

一般的に実体的デュー・プロセスについては、移民法の領域のみならず、連邦最高裁は、その存在を認め続けているにもかかわらず、一部でこれらの諸権利を出来る限り狭く定義することによって、その射程範囲を厳しく制限してきたといわれる(40)。スカリア裁判官による多数意見も、このような判例の傾向に沿って、本件における外国人少年の収容は子どもの「身体的拘束からの自由」についての実体的デュー・プロセスの権利を侵害しないとして議論をすすめていったのである。しかし、スティーブンス裁判官による反対意見は、外国人少年の収容を伝統的な「自由の核心」の問題としてとらえ、それに対して強く反発し、その後の退去強制手続における収容について重要な意味を持つこととなった。ここでの「自由の核心」についての議論が、前出の *Mezei* 事件と同様、外国人の退去強制に関する「身体的拘束からの自由」についての重要なリーディングケースとなった *Zadvydas v. Davis* 判決 (533 U.S. 678[2001]) へとつながっていったのである(41)。

### 3. 平等保護の保障

#### (1) 退去強制における平等保護の一般的否認

早い時期の判例において外国人の退去強制は手続的デュー・プロセスの保障がなされることが明示されたにもかかわらず、その一方で、裁判所は、重罪を犯した外国人に対しては、修正5条による収容前の聴聞の機会を保障することなく、その者の収容を認めてきた。裁判所は、また、その他の多くの事案において修正5条による手続的デュー・プロセスおよび平等保護を拒否してきたのも事実であった。

2001年、第5巡回区連邦控訴裁判所は、「ニカラグア人の在留資格変更および中央アメリカ救済法」に対する違憲の訴えにおいて、「デュー・プロセス条項は、連邦議会に対して、すべての国からやってくる外国人に合衆国への入国または在留する平等な機会を保障するよう要求しているものではない。」と判示している(42)。また、連邦最高裁は、*Jean v. Nelson* 判決 (472 U.S. 846 [1985]) において、修正5条のデュー・プロセス条項に含まれる平等保護の法理が宣誓(parol)による仮放免が認められずに収容された非合法に滞在するハイチ人を保護するかどうかについての検討を拒否することによって、修正5条を根拠とする権利要求を否定した。外国人の権利要求は、憲法ではなく連邦法および連邦規則の下で公平に判断されるべきであるというのである。

だが、次にみる第2巡回区連邦控訴裁判所の *Francis v. INS* 判決 (532 F.2d 268 [2d Cir.1976]) では、修正5条の平等保護による絶対的権限の制約が先駆的に述べられていたのが注目される。

#### (2) *Francis v. INS* 事件

本件の原告 (Ernest Francis) は、1961 年に合法的に合衆国へ入国し、10 年間、永住外国人として居住していた。ところが、1971 年にマリファナの不法所持により有罪判決を受け、移民・帰化局は、かかる犯罪行為を理由として退去強制手続を開始したのであった。

原告は、自らが退去強制事由に該当することを認めたが、「一時的に自ら海外に渡航し、それが退去強制命令によるものではなく、かつ、7 年間継続して合法的に居住し再入国しようとする永住外国人は、その入国拒否事由に関係なく司法長官の裁量によって入国を認めることができる……。」と規定されていた旧移民・国籍法 212 条 c 項 (現行移民・国籍法 240A 条 a 項) を根拠として、その裁量的救済を申し立てたのであった。

当該規定は、本来、入国拒否の事案についてのものであったが、それまで長期に渡って退去強制の事案についても適用されてきた事実が認められていた。それゆえ原告は、自らの事案について当該条項が適用されないとしたならば、修正 5 条の平等保護に違反すると主張したのであった (43)。

しかしながら、本件については、移民・帰化局がこれを認めず、当該退去強制命令の有効性をめぐって争われたのであった。これについて、第 2 巡回区連邦控訴裁判所は、修正 5 条の平等保護を根拠として、次のような判断を下している。

「外国人の入国および在留を規制する連邦議会および執行府の権限は、事実上、無制約なものである。移民法の執行は、しばしば、外交政策および国内経済の双方を考慮しておこなわれるものである。それにもかかわらず、『これらの政策の実施においては、合衆国政府の執行府は手続的デュー・プロセスの保護を尊重しなくてはならない……』。法の平等保護についての憲法上の約束事は、合衆国市民と同様に外国人にも適用されることは、長い間認められてきたものである。最近でも、本裁判所は平等保護の保障が退去強制手続に適用されることを再確認した。……基本的な公正さ (fundamental fairness) は、不適切かつ偶発的な要素であったとしても、同じような状況にある永住・居住外国人は、同じような方法で処遇されるべきことを命じるものである。われわれは、異なる集団の外国人たちについて、入国拒否および退去強制の異なる基準を創設する連邦議会の権限に異議を唱えるものではないのである。しかしながら、一旦かような選択がなされたとしたならば、特定の集団の中にいる個人は、いかなる正当な政府利益ともまったく無関係な尺度によって異なる処遇を受けることはない。われわれは、移民・国籍法 212 条 c 項についての移民不服審査委員会の解釈は、本件の原告に適用される限りにおいて違憲であると判断する。」 (44)

本判決は、原告の訴えを認め、移民・国籍法 212 条 c 項の下にある司法長官の裁量権限が右のように行使されるべく移民不服審査委員会に対して再審査を命じたのであった。

本件の原告は、重罪を犯した外国人でもなければ、非合法外国人でもなく、合衆国に合法的に居住し、永住・居住外国人としての生活実態を有するものであった。原告は、ジャマイカ国籍の 55 才になる既婚男性で、9 才になる娘がいた。彼の妻および娘はともに合衆国市民であり、3 人の兄弟と 1 人の妹も合衆国市民であった。また、父親も、死亡の時、合衆国市民であったのである (45)。裁判所は、退去強制事件について、ここでも単なる手続のみならず実体について勘案しており、本判決は、絶対的 (plenary) な連邦議会の権限に実体的な亀裂を入れた先例として、その後の事案にも影響を及ぼすものであった (46)。

#### 4. 帰化・市民権 (国籍) の得喪

##### (1) 市民権の意味

合衆国憲法は、「市民」(citizen) という用語は繰り返し使用しているが、19 世紀の南北戦争までは合衆国市民の権利について規定することはなかった。これは、憲法制定者たちが奴隷の地位について確定するのを避けたかったことを反映したものであり、さらには、自然法思想に強く影響された人たちにとって、いわゆる「市民権」(citizenship) という用語は、すべての人たちに生来的に属する権利を規定する概念としてはあまりに狭いものであると考えられたためであると指摘されている (47)。このことは、合衆国憲法の権利章典が、「市民」のではなく、もっぱら「人」(person) の権利であることを規定していることから理解されるであろう。

合衆国における市民権なるものは、1960 年代のウォーレン・コートの時代以前には連邦最高裁の議論の中心でなかったといわれる (48)。元来、アメリカにおいて市民権とは、州の構成員性を含む地位、パスポートの権利、外交保護および男性の兵役義務と理解されていたのである。それは、選挙権または社会保障の受給権を保障するものではなかった。20 世紀の初頭において、市民権は、プエルトリコ人やアメリカ先住民 (インディアン) に対して拡張されたが、それが彼らの権利や連邦政府との関係について基本的な変化を保障することはなかった。その後のニューディール政策の時代においても、市民の諸権利を保障しようと意図するものではなかった。つまり、ここでいうところの「市民権」とは、合衆国市民が保持する単なる国家との紐帯としての国籍を意味するものであったのである (49)。

周知のように連邦最高裁は、アール・ウォーレン (Earl Warren) が最高裁長官の時代に平等の実現のために州の差別的な法律を無効とするような積極的な行動をおこなった (50)。ウォーレン長官の率いるいわゆるウォーレン・コート (1953~69 年)

の真髄は「完全かつ平等な市民権」の観念であったといわれている (51)。ウォーレン・コートは、市民権の平等化がアメリカ社会の目的であるとしてその実現を強力に推進していったが、市民権を持たない外国人はその範疇外であった。また、完全かつ平等な諸権利が市民に保障されるという市民権の考え方は、不可分の国家主権という強い観念と結びつくことによって、政治共同体としての国家構成員性をも意味することになった (52)。合衆国政府は、市民権（国籍）を基準として合衆国市民と外国人とを峻別して法的に異なる取り扱いをおこなうのであり、出入国管理・規制もそのひとつといえる。市民権（国籍）に基づいてさまざまな法律的效果を生ぜしめ、退去強制を含む外国人排斥の根拠となるゆえに、合衆国において、市民であるか、市民でないかを決定することは、重大なことなのである (53)。以下では、外国人の帰化および市民権（国籍）の得喪について、国家の絶対的（plenary）な権限がどのように顕在化するかを検討していくこととする。

## （2）United States v. Schwimmer 事件

United States v. Schwimmer 事件（279U.S. 644 [1929]）は、ハンガリーで出生した同国の国籍を保有する女性が宣誓拒否を理由として合衆国への帰化が認められなかった事案である。被上告人のハンガリー人女性は、1921年に入国してからイリノイ州に居住し、1926年に合衆国への帰化申請をおこなった。連邦地方裁判所は、合衆国への忠誠義務の宣誓を拒否し、合衆国憲法の諸原理を受け入れず、憲法上の良俗および幸福からかけ離れる傾向をもつ人物であるとして申請を却下したが、連邦控訴裁判所は連邦地裁の決定を覆し、同地裁へ被上告人の申請を認めるよう命じたため (54)、連邦最高裁へ訴えが持ち込まれたのである。彼女は、自らの宗教的信条によって平和主義を唱える立場から合衆国の防衛のために武器を取って戦う旨の宣誓を拒否し、49才になる女性が武器を取って戦うのを拒否することは合衆国への忠誠義務とは矛盾しないとの主張をおこなっていた (55)。これについて法廷意見は、次のように述べている。

「大統領になることを除いて、帰化市民は生来的市民と同じ立場にある。すべての者は同じように合衆国政府に忠誠義務を負い、合衆国政府はそれらの者たちを保護する義務を負う。これらは相互の義務であり、それぞれが他方を考慮するのである。しかし、外国人は連邦議会が定めた統一的な規則に従って帰化することによってのみこのような平等を獲得することができる。彼らは、市民になる自然的権利を有するものではなく、法律によって与えられるに過ぎないのである。なぜならば、帰化によって与えられる特権は甚大な価値をもつゆえに、それを許可するための資格を規定し手続を定める諸法律は、政府を支持しかつ支える明白な目的を伴うものなのである。そして、帰化を認めるに相応しくない人物やいかな

る理由があろうとも要求された基準を満たすことのできない人物の帰化を阻止するために、法は、すべての帰化申請者に十分な証拠によってその者が具体的に挙げられた資格を有することの立証責任を課しているのである。」(56)

連邦最高裁は、被上告人の宗教的信条や憲法解釈がいかなるものであれ、「必要な事態が発生したときには、いつでも武器を取ってあらゆる敵からわれわれの政府を守ることは市民の義務であるというのは、合衆国憲法の基本原理である。」(57)として、連邦議会の定める帰化申請に関する規則が絶対的(plenary)であることを認めたのであった。

現行制度においても、外国人が合衆国の市民となるためにはさまざまな要件による帰化申請をクリアして市民権(国籍)を取得しなければならないことになっている(移民・国籍法 310 条～348 条)(58)。それは、本判決でも示されているように連邦議会在が定めた「帰化に関する統一的な規則」(59)であり、出入国に関する権限と同様にいかなる者を国家に受け入れるか否かを決定する国家の主権原理を直接的な根拠とするものである(60)。また、連邦最高裁は、外国人の帰化市民権(国籍)は、生来的市民権とは異なり前国家的な自然権ではなく、それはあくまで法律によって認められる権利に過ぎず(61)、連邦議会が決定した条件によって認められる特権にすぎないと判示する(62)。それゆえに、外国人の帰化については連邦議会の絶対的(plenary)な権限に属するということになるのである。

### (3) Afroyim v. Rusk 事件

だが、外国人が帰化したことによって取得した国籍(帰化市民権)の剥奪については、厳しく制限される傾向にある。連邦最高裁は、合衆国に帰化して市民権を取得した後に、外国の選挙において投票したことを理由として市民権の付与が取り消された Afroyim v. Rusk 事件(387 U.S. 253 [1967])において、10 年ほど前に下された Perez v. Brownell 判決(356 U.S. 44 [1958])を変更して市民権の剥奪を違憲と判断した。

本件の上告人は、1893 年ポーランドで生まれ、1912 年合衆国へ移民し、1926 年に帰化して市民権を取得した帰化市民であった。彼は 1950 年にイスラエルに渡り、1951 年イスラエルの議会選挙で投票をおこなったところ、その後、国務省はパスポートの更新を拒否し、外国の政治選挙で投票した場合、合衆国市民は自らの市民権が失われることを規定する 1940 年の国籍法 401 条 e 項により上告人が合衆国市民権を失うと判断した。そこで上告人は、当該条項が修正 5 条および修正 14 条に違反する旨の宣言的判決(declaratory judgement)を求めて訴えをおこしたのであった。

連邦地裁および連邦高裁はともに Perez 判決を根拠として、外交事項を規制する内在的な権限を有する連邦議会は合衆国市民の市民権(国籍)を剥奪することができる

と判示した。しかしながら、連邦最高裁は、連邦議会が本人の任意による国籍離脱ではないとしたならば合衆国市民から市民権を剥奪する合衆国憲法上の権限は有さないとして下級裁判所の判断を覆し、かつ Perez 判決が変更されたことを次のように述べている。

「まず最初に、われわれは、修正 14 条はさておき、Perez 判決において連邦議会が本人の同意なしに合衆国市民から市民権（国籍）を剥奪する明示的または黙示的な一般的権限を有すると表明された考えを否定する。同判決が述べるかかる権限は、すべての国家が有する主権に含意された属性（implied attribute of sovereignty）として認めることはできない。われわれの国では、人民が主権者であり、政府は市民権を剥奪することによって人民との関係を絶つことはできないのである。われわれの憲法がわれわれを統治するのであって、われわれの憲法は、特別に認められた権限またはそれらを実現するために必要かつ正当な権限を執行する政府を制限しているのであって、このことを決して忘れてはならない。合衆国憲法はもちろん、それが外交事項を規制する含意された権限の行使であろうとあるいは特別に認められた権限の行使であろうと、連邦議会に人民の市民権を剥奪するような明示的な権限を与えてはいないのである。修正 14 条が採択される以前においてさえ合衆国憲法の下では、合衆国政府は帰化に関する統一的な規則を制定する明示的な権限に基づいていたとしてもどのような行為が市民権の喪失に関してなされるべきかあるいはなされるべきでないかを決定するいかなる権限も与えられてはいないという見解は、連邦議会において表明されていたし、連邦最高裁によっても認められていたのである。」(63)

さらに法廷意見は、「この国[アメリカ合衆国]における市民権とは、協同事項（a co-operative affair）の一部なのである。市民こそ国家であり、まさに国家が市民なのである。われわれの自由な政府の真髄というのは、一時的に政権をとっている市民のグループが他の市民から市民権を剥奪するのを、法の支配の下で認めることをまったく否定するものである。」と述べ、連邦議会の暴力的な市民権の剥奪に対して、修正 14 条は、信条、肌の色、人種に関係なく、この国のすべての市民を保護するものであり、任意で市民権を放棄するのでなければ、市民は自由国家における市民であり続ける憲法上の権利を有すると判示した（64）。本件は連邦議会には外国での選挙の投票を市民権の放棄と推論する権能はないと判断したもので、これは連邦最高裁における長年の討論の結果であったのである（65）。

その後の事案においても合衆国における居住要件や国籍離脱の証明責任など多少の動揺は示すものの（66）、連邦最高裁は、外国人への市民権の付与（帰化）については

入国許可と同じく連邦議会の絶対的権限だとしても、一旦合衆国の国籍を取得した市民ならば、「生来的市民権と帰化市民権とは、おなじく尊厳であり、内容においても同じものである」(67)として、市民権を剥奪することについては新規付与と区別して厳格に判断をおこなっている。

#### (4) Nguyen v. INS 事件

連邦最高裁は、移民・国籍法 309 条 a 項にある合衆国市民である父親の非嫡出子と合衆国市民である母親の婚外子との国籍付与に関する差異が争われた Nguyen v. INS 判決 (533 U.S.53[2001]) において、緩やかな合理性の基準というよりは、通常のジェンダーを根拠とした不平等な処遇に適用されるのと同じ中間審査基準を用いて、異なる取扱いを合憲と判断した。本件は、同様の事案である Miller v. Albright 判決 (523 U.S. 420 [1998]) で判断が明確にされなかった生来的な国籍取得の権利 (68) が争われた事案であった。

本件の上告人 (Tuan Anh Nguyen) は、1969 年、サイゴンにおいてベトナム人女性と合衆国市民で共同上告人 (Joseph Boulais) との間の婚外子として出生したベトナム国籍の男性である。上告人の両親の関係は破綻したが、彼は 6 才のときにベトナムを離れ合衆国の合法的永住外国人となり、かつては共同上告人に育てられていた。そして 22 才のとき、上告人は 2 件の児童への性的暴行の容疑でテキサス州裁判所によって懲役 8 年の有罪判決を言い渡された。服役の 3 年後、移民・帰化局は、「不道徳な犯罪」による有罪判決を受けたことを理由として上告人の退去強制手続を開始した。

1998 年、移民審判官は上告人に国外退去を命じ、彼は移民不服審査委員会に異議を申し立てた。事件の係争中に共同上告人が州裁判所から父性証明書を取得し、これを根拠として自らが合衆国市民であることを主張したのである。しかし、移民不服審査委員会は、上告人が移民・国籍法 309 条 a 項に規定される合衆国市民権 (国籍) 取得の要件を満たしていないことを理由として申立てを却下した。同条項は、①申立ての当人と父親との明白かつ確信的な証拠によって証明される血縁関係が存在すること、②当人の出生時に父親が合衆国市民であったこと、③父親は当人が 18 才に達するまで経済的支援をおこなうことを書面によって同意すること、④当人が 18 才になるまでの間、居住が合法的であること、⑤父親が当人の父性を書面で認めていること、⑥当人の父性が裁判所で認められていること等、合衆国市民を父親として合衆国の領土外で出生した婚外子の合衆国市民権 (国籍) 取得の一般的な要件を定めている (69)。その一方で、婚外子の母親が合衆国市民である場合については、出生のときに合衆国市民でありかつそれ以前に 1 年以上合衆国に継続的に居住したことがあればよいとされるだけで、このような要件は付されない。

上告人は、移民・国籍法 309 条 a 項が、同じ合衆国市民の両親のもとで出生しながらその性別によって婚外子の国籍取得を差別するものとして第 5 巡回区連邦控訴裁判所へ提訴した。だが、同控訴裁判所は、同条項は修正 5 条のデュー・プロセスの保障する平等保護に違反していないとして訴えを退け (70)、連邦最高裁もそれを認めたのであった。

本件におけるアプローチの方法は、政治部門に服従する絶対的権限の法理が適用されて上告人の訴えを退けたようにもみえるが、連邦最高裁は「出入国管理・規制および帰化権限を行使する上で連邦議会に与えられた幅広い敬意」を表す必要はないとして絶対的権限理論の先例に依拠することを拒否し (71)、私的領域における一般的な性差別の事案として処理したものである。そして、本件においては、上告人の主張を退け、いかなる平等保護違反も発生していないと判示したのであった。

このことは、連邦最高裁が、連邦法については州法と区別して連邦議会に敬意を表してきたことを変更することになったと勘案される箇所である。すなわち、連邦が関わる外国人の事案について連邦最高裁は、これまでまるでリップサービスのように出入国管理・規制に関する連邦議会の絶対的 (plenary) な権限を引き合いに出して「幅広い敬意」を示してきたのだが、ここにきてそれが打ち消されたのであった。それゆえに、本判決の重要性は同年度開廷期に判示された *INS v. St.Cyr* 判決 (533 U.S. 289 [2001]) および *Zadvydas v. Davis* 判決 (533 U.S. 678[2001]) に匹敵するものと考えられている (72)。

- (1) *Immigration Act*, March 3, 1891, 26 Stat. 1085 (1891).
- (2) *Kaoru Yamataya v. Fisher*, 189 U.S. 86, 100-01 (1903).
- (3) *Id.* at 96-98.
- (4) *Id.* at 101-03.
- (5) *See Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, 210 (1982); *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67, 77 (1976); *Kwong Hai Chew v. Colding*, 344 U.S. 590, 596, 598, and n. 5 (1953).
- (6) *See Landon v. Plasencia*, 459 U.S. 21, 32-34 (1982).
- (7) *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001).
- (8) *Shaughnessy v. Mezei*, 345 U.S. 206, 212 (1953).
- (9) 「入国」の二つの意味については、本研究の序論注 (16) を参照。
- (10) *Act of May 22, 1918*, c.81, § 1, 40 Stat. 559, *as amended by the Act of June 21, 1941*, c.210, 1, 55 Stat. 252, 22 U.S.C.A. 223.
- (11) 8 C.F. R. 175.57.
- (12) *Mezei v. Shaughnessy*, 101 F. Supp. 66 (1951).
- (13) *Mezei v. Shaughnessy*, 195 F.2d 964 (C.A.2d Cir.1952).

- (14) *Shaughnessy v. Mezei*, 345 U.S. 206, 210-16 (1953).
- (15) *Id.* at 222-24.
- (16) *Id.* at 226-28.
- (17) *See Note, Immigration and naturalization: Expansion of the "Entry Doctrin" Fiction*, 15 SOUTHWESTERN (CAL) L. REV. 576, 584-90 (1985).
- (18) Act of August 18, 1894, Ch. 301, 28 Stat. 390 (1894).
- (19) *Lem Moon Sing v. United States*, 158 U.S. 538, 543 (1895).
- (20) *Id.* at 545-47.
- (21) 8 U.A.C.A. § 1101(a)(13).
- (22) *Landon v. Plasencia*, 637 F.2d 1286 (1982).
- (23) *Landon v. Plasencia*, 459 U.S. 21, 28 (1982).
- (24) *Kwong Hai Chew v. Colding*, 344 U.S. 590 (1953).
- (25) *Shaughnessy v. Mezei*, 345 U.S. 206 (1953).
- (26) *Landon v. Plasencia*, 459 U.S. 21, 34 (1982).
- (27) *Id.* at 34-35.
- (28) *Id.* at 35.
- (29) Peter Schuck, *The Transformation of Immigration*, 84 COLUM.L.REV. 1, 62 (1984)
- (30) *United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy*, 338 U.S. 537, 54 (1950) .
- (31) *See, e.g., Rosenberg v. Fleuti*, 374 U.S. 449 (1963); *Kwong Hai Chew v. Colding*, 344 U.S. 590 (1953); *Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei*, 345 U.S. 206 (1953).
- (32) *Developments in the Law—Immigration Policy and the Rights of Aliens*, 96 HARV. L. REV. 1286, 1319-20, 1326-29 (1983).
- (33) 8 C.F.R. § 242.24.
- (34) *Flores v. Meese*, 681 F. Supp. 665 (C.D. Cal.1988).
- (35) 8 C.F.R. § 212.5(a)(2)(ii)(1987).
- (36) 52 Fed. Reg. 38245 (1987).
- (37) 8 C.F.R. § 242.24; 53 Fed. Reg. 17450, May 17, 1988.
- (38) *Flores v. Meese*, 942 F.2d 1352 (9th Cir.1991).
- (39) *Reno v. Flores*, 507 U.S. 292, 302-07 (1993).
- (40) *The Supreme Court, 1992 Term – Leading Cases*, 107 HARV. L. REV. 144, 175 (1993).
- (41) *Flores* 判決と *Zadvydas* 判決との比較については、本研究第 5 章第 3 節を参照。
- (42) *Rodriguez-Silva v. INS*, 242 F.3d 243 (5<sup>th</sup> Cir.2001).
- (43) *Francis v. INS*, 532 F.2d 268, 272 (2d Cir. 1976).
- (44) *Id.* at 272-73.
- (45) *Id.* at 269.

- (46) See Stephen H. Legomsky, IMMIGRATION AND REFUGEE LAW AND POLICY 4<sup>th</sup> Ed. 88-95 (Foundation Press, 2002).
- (47) Laurence H. Tribe, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 2<sup>nd</sup> Ed., § 5-4, 353-56 (Foundation Press, 1988).
- (48) アレイニコフ教授は、市民権の概念と内容が変化する一方で、出入国管理、準州、そして先住民族の事案についての連邦議会の絶対的権限は、初期の時代の遺物として存在するもので、その後の事案についても脈々と受継がれ、それが市民権についての今日的な解釈と結びついたと主張する。それらは、アメリカ合衆国の持つ二つの側面であり、絶対的権限理論は、同化、部分的な包摂、または必要とおもわれる排斥という政策によって「他者」を扱う無制約な権限を連邦議会に与えるものであり、市民権は合衆国における完全な構成員、すなわち国家がその利益のために働く「市民」の基準を提示するのだ、という。そのため、連邦最高裁判所が絶対的権限の事案を無効にすることをためらうのは、市民権にその焦点を合わせる結果であるというのである。T.Alexander Aleinikoff, SEMBLANCES OF SOVEREIGNTY —THE CONSTITUTION, THE STATE, AND AMERICAN CITIZENSHIP— 39-73 (Harvard University Press, 2002).
- (49) *Id.* at 39.
- (50) アール・ウォーレンが長官に就任してから連邦最高裁は、政治部門の果せなかった人種隔離制度の撤廃、議員定数不均衡の是正、被疑者・被告人の権利保護に至るまで次々と画期的な判決を下していった。これらについては、畑博行『アメリカの政治と連邦最高裁判所』（有信堂、1992年）147頁以下を参照。
- (51) Aleinikoff, *supra* note 48, at 6.
- (52) *Id.* at 39-73.
- (53) 萩野芳夫『国籍・出入国と憲法—アメリカと日本の比較—』（勁草書房、1982年）30頁。
- (54) *Schwimmer v. United States*, 27 F.2d. 742 (1921).
- (55) *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644, 646-48 (1929).
- (56) *Id.* at 649.
- (57) *Id.* at 650.
- (58) 8 U.S.C.A. § § 1421-1459.
- (59) U.S. Const. art. I, § 8, cl. 4.
- (60) *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U.S. 580, 599 (1952).
- (61) *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644, 649 (1929).
- (62) *United States v. Macintosh*, 283 U.S. 605, 615 (1931).
- (63) *Afroyim v. Rusk*, 387 U.S. 253, 257 (1967).
- (64) *Id.* at 262.
- (65) Charles Gordon, *Recent Developments in Judicial Review of Immigration Cases*, 15 SAN DIEGO L.REV. 9, 27 (1977).

- (66) *See e.g., Rogers v. Bellei*, 401 U.S. 815 (1971); *Vance v. Terrazas*, 444 U.S. 252 (1980). これらの事案については、高佐智美『アメリカにおける市民権—歴史に揺らぐ「国籍」概念』（勁草書房、2003年）247頁以下を参照。
- (67) *Schneider v. Rusk*, 377 U.S. 163, 165 (1964).
- (68) *See Cornelia T.L. Pillard and T. Alexander Aleinikoff, Skeptical Scrutiny of Plenary Power: Judicial and Executive Branch Decision Making in Miller v. Albright*, 1998 SUP. CT. REV. 1(1999).
- (69) 8 U.S.C.A 1409(a).
- (70) *Nguyen v. INS*, 208 F.3d 528 (5<sup>th</sup> Cir.2000).
- (71) *Nguyen v. INS*, 533 U.S.53, 72-73 (2001).
- (72) Margaret H. Taylor, *Behind the Scenes of St. Cyr and Zadvydas: Making Policy in the Midst of Litigation*, 16 GEO. IMMIGR. L.J. 271 (2002).

## 第4節 修正6条による制約可能性

### 1. 審理過程におけるデュー・プロセスと修正6条

合衆国憲法修正6条は、刑事事件における被告人の権利を保障している。だが、退去強制は刑罰ではないゆえに直接的な適用は困難とされる。判例では、退去強制命令は、行為をおこなった時には法律違反ではなかった過去の行為に遡ってそれを理由として退去強制命令が下された場合、事後法の禁止を理由として訴えを起こすことはできないものとされてきた(1)。また、同じような理由で、保釈の拒否(2)、二重の危険の禁止(3)、迅速な裁判(4)、残虐で異常な刑罰の禁止(5)の訴えを退けてきた。退去強制事由に該当する外国人には刑事事件の被疑者や被告人に与えられるのと同じような手続的権利が保障されないことは早くから確認されているところであった(6)。

しかしながら、特筆されることは、移民・国籍法がそれ自体で外国人のデュー・プロセスの諸権利を保障していることである。それは、①「その者に対する訴追の理由および手続がなされる時と場所の告知」が適切になされ(移民・国籍法239条(a)(1))(7)、②審査過程において弁護人選任権が保障され(第240条b項4号(A))、③自己に対する証拠を審問し、自己のために証拠を提出し、証人に対する反対尋問を行う権利を保障することを規定している(第240条b項4号(B))(8)。連邦議会が出入国管理・規制に関する絶対的権限を行使して実体的な理由により外国人の国外退去を命じることができるとしても、退去強制が執行される手続は合衆国憲法が保障するデュー・プロセスの権利と合致するものでなくてはならない(9)という法理が現行法でも引き継がれているのである。このことは、先にみた *Kaoru Yamataya v. Fisher* 判決(1903)を嚆矢とするものである。だが、退去強制手続がデュー・プロセスに合致し

なくてはならないとしても、いかなる手続が適正なものか常に議論がなされてきたのであった。

## 2. 立証責任

このような退去強制の審理過程におけるデュー・プロセスを論じるにあたり、刑事手続との大きな違いの第1は、立証責任(burden of proof)とその基準についてである。それは、退去強制の口頭審理において誰が立証責任を負うのか、そしてどのような基準によってそれが満たされなければならないかということが問題となるものである。

1996年の法改正以前は、入国拒否と退去強制手続との最も大きな違いは立証責任についてであった。入国拒否される外国人はその者が入国拒否事由に該当しないことを証明する責任を有しており、一方、政府は当該外国人が退去強制に該当することを退去強制手続の中で証明する責任を有していた。外国人に立証責任を負わせることについては、連邦控訴裁判所が *Iran v. INS* 事件 (656 F.2d 469[9th Cir.1981]) において、「外国人の退去強制を決定するすべての証拠についていうものではなく、入国の合法性に関する事項についてのみ負わされている」(10) と述べるように、これまでは立証責任について外国人の負担を軽くする傾向であった。だが、1996年の法改正以降、これについても厳しい対応がなされるようになり、外国人は、外国人であるということだけで、不法入国の推定がなされることになったのである(11)。

また、立証の基準について、連邦最高裁は、*Woodby v. INS* 判決(385 U.S. 276[1966])において、その証拠については、政府側が「合理的な疑いを越えて」証明する必要はなく、単に「明白で、明瞭かつ確信を抱くに足る証拠」に拠ればよいものとして、刑事手続に適用される基準よりも緩やかな証明で足りると判断していた。しかし、現行法では、退去強制からの自由を求める外国人が入国の許可を受けて合法的に存在していることを立証した後に、政府は「明白かつ確信を抱くに足る証拠によってその者の退去強制事由該当性を立証する責任を負うものとする」((移民・国籍法 240 条 c 項 3 号(A)) として、従前よりさらに緩やかな基準に変更されたのであった(12)。

## 3. 弁護人選任権

### (1) 国選弁護人制度の不適用

つぎに弁護人選任権についてであるが、これは移民・国籍法で「……[退去強制の]手続中、[その者の退去強制を]審査される外国人は、そのような手続に携わることを許可され、その者が選任する弁護人によって(政府に負担をかけることなく)代理される特権を有する。」(第 242 条 b 項 2 号)と規定されている。*Jacinto v. INS* 判決(208 F.3d 725 [2000])でも確認されているように、弁護人が選任できない外国人には、その地域における無料の法律相談についての情報が提供されることになって

いる (13)。この弁護人選任権の重要性は審理過程のみならず退去強制手続の全般を通じていえることである。

修正 6 条で規定される刑事裁判とは異なり国選弁護人の制度は退去強制事件には適用されないが、ここでは審理過程における弁護人選任権の告知が問題となる。なぜなら、移民審判官の恣意的な裁量権行使によって退去強制処分を受ける虞のある外国人にとっては、弁護人による救済は不可欠であり、その告知はデュー・プロセスの根幹を成すものと考えられるからである。そのため、現行法では、移民審判官が審理過程において外国人の弁護人選任権を保障するために 10 日間の猶予を与えなければならないと規定されているのである (移民・国籍法 239 条 b 項 1 号)。この弁護人選任権について、裁判所では次のような判断がなされている。

## (2) Aguilera-Enriquez v. INS 事件

Aguilera-Enriquez v. INS 事件 (516 F.2d 565 [6<sup>th</sup> Cir.1975]) は、原告であるメキシコ国籍の男性が、自らの退去強制の審理手続において合衆国憲法で保障される弁護人による援助 (国選弁護人) が受けられなかったことを理由として退去強制の取消しを求めた事案であった。

原告は、1967 年以降合衆国に合法的に居住する永住外国人で、1971 年メキシコに休暇で旅行し、帰国時に麻薬の不法所持の容疑で逮捕された。執行猶予 1 年、保護観察処分 5 年および 3000 ドルの罰金が科せられ有罪が確定した後、移民・帰化局により退去強制の手続が開始されたのであった。原告は、移民審判官に国選弁護人を請求したが、移民審判官は移民・国籍法 242 条 b 項 2 号を根拠として申立てを認めなかった。移民審判官は、原告の自発的退去の選択権をも認めず、退去強制を命令したのであった。

連邦控訴裁判所は、合法的に居住する外国人は、公正な聴聞の機会を与えられることなしに国外退去されることはないとしながらも、本件においては、移民審判官の面前での審理手続における弁護人の不存在は、退去強制手続における「基本的な公正さ」(fundamental fairness)を欠くものではないと判示した。その理由として、原告は、有罪判決を受けたときにすでに弁護人によって代理されており、原告の主張は、事実関係の説明および口頭で十分伝わっているため、移民審判官の面前での弁護人の不存在は行政上の判断を妨げるものではないというものであった。弁護人がいたとしても結果は変わらず、行政手続における「基本的な公正さ」を欠くものではなく、それゆえに、本件の退去強制命令が憲法の保障するデュー・プロセスを欠くものではないと結論づけたのであった (14)。

## 4. ミランダ警告と証拠排除ルール

### (1) Miranda v. Arizona 判決と権利の告知義務

有名な *Miranda v. Arizona* 判決 (384 U.S. [1966]) によって確立されたミランダ警告の法理の下では、被疑者の権利を告知しなければ、その者が拘束され尋問されている間に取られた調書は刑事裁判においては証拠として認められないことになっている (15)。だが、裁判所は、退去強制においては合衆国憲法がこのような警告を要求しているとは考えてはいない。ミランダ警告の欠如によって収集された証拠は、その後の刑事手続において排除されるのであって、それ自体で退去強制手続から自動的に排除されるものではないのである (16)。このことも、退去強制手続が刑事ではなく民事であるということを大きな理由とするものであるが、それとともに裁判所は、「ミランダ警告の主たる目的は、被疑者が政府機関の質問に答えるか否かに関して聡明な決定をおこなうことを許可することである。しかしながら、退去強制手続においては、外国人が立証責任を負っているという観点からすれば、……ミランダ警告は不適當であるばかりか、外国人本人に不利益をもたらすことにもなりうる」(17) と述べている。

権利の告知に関するデュー・プロセスの問題は、審理過程のみならず、とくに外国人が収捕された時点に発生する。往々にして法執行機関は弁護人選任権の告知義務を認めたがらないが (18)、外国人に権利を告知することを当該行政機関に要求する規則に違反する行為は、その防御を準備する時間もその者を助ける弁護人もなく、拙速な退去強制の審理手続に直接その者を導くような一定の状況の下では、「逮捕された外国人への権利告知の欠如は、退去強制手続におけるデュー・プロセスによって要求される『慎重な取り扱い』( *meticulous care* )違反を構成する」と裁判所は判示するにいたっている (19)。つまり、このことは、権利の告知をせずに逮捕された者へ尋問をおこなうことは必然的に自白の強要となりうるとするミランダ・ルールが退去強制手続にも適用されるべきであり、移民官が外国人に対して権利の告知をおこなうことはデュー・プロセスの要請と考えなくてはならないという結論を導くものといえよう。

現行の連邦規則では退去強制のための収捕時にはミランダ警告は要求されないが、市民権・移民局 (CIS) [移民・帰化局] が当該外国人の違反審査手続の開始を決定した後は、その者に、①収捕の理由、②自らの費用によって弁護人を選任する権利、および、③黙秘権を告知することを収捕した官吏に要求しているのである (20)。理論的には、出頭通知書が発布される前は、外国人は令状なしで収捕され、質問のために移民官に引き渡されることになる。しかしながら、国土安全保障省の内規によれば、「収捕されたすべての外国人は権利の告知がなされなくてはならない。」(21) ことになっている。

### (2) *Navia-Duran v. INS* 事件

また、裁判所は、このようなミランダ・ルールとともに、違法収集証拠の排除法則

の適用可能性も肯定している。次にみる *Navia-Duran v. INS* 事件 (568 F.2d 803 [1st Cir. 1977]) において証拠排除ルールを適用したのであった。

本件は、1974 年の 1 月 13 日の夕刻、原告である外国人女性 (チリ国籍) の二人のルームメイトが、ボストンのレストランにおいて移民官に拘束され、彼らの外国人としての法的地位について質問され、身分証明書を取りに自宅 (アパートメント) へ連れていかれた。彼らが自宅に着いたとき、そこにいたもうひとりのルームメイトも質問を受けた。移民官は、令状もしくは同意を得ることもなく原告の寝室を含むアパートメントを捜索し、いくつかの書類を押収したのであった。3 名の外国人のうち 2 名が移民・帰化局の事務所に連行され、退去強制が拒否される理由を証明するよう命じられ、一晩中身柄を拘束された。

その夜、10 時頃に原告女性が帰宅し、玄関に入ろうとしたところ、男が後ろから近づき、彼女に名前を言って話しかけるのではなく、自らが移民官であるとして、彼女が英語が話せるかどうか尋ねた。原告はスペイン語を話すと言った。移民官は、身分証明書の呈示を求め、彼女はアパートの部屋にあると言ったが、夜遅くの男の訪問によって極度に恐ろしく感じ、従う以外選択の余地はないと確信し、玄関のドアを開け、当該移民官ともうひとりの移民官に従って自宅に入った。原告は多くの書類を保持しており、それらはすべて押収された。移民官たちは、およそ一時間ほどスペイン語で彼女の合衆国における在留について質問をした。この間、彼らは原告に対して即刻原告の母国であるチリに帰国しなくてはならないことを述べている。

およそ 11 時 30 分頃、移民官たちは、原告を移民・帰化局の事務所に連行し、午前 2 時まで質問をおこなった。移民官は、彼女にカレンダーを見せ、2 週間以内に国外へ退去しなくてはならないと命じた。彼女がもっと時間が必要であると抗議すると、2 週間以内に自発的に退去しなくてはならないと何度も念を押し、それが原告にとって公正な取扱いであると述べている。原告は、その命令に従うまで家に帰ることを許されないのを恐れて、原告が 1974 年 3 ヶ月の観光ビザによって合衆国へ入国し、その後、在留期間の延長を一度もしていないことを認める調書に署名させられたのであった。

裁判所は、ミランダ警告とともに、法執行機関の行為が「基本的な公正さ」を欠いており、違反調査を取り巻く状況が自白調書を強制するものであり、それとともに外国人の利益を保障する連邦規則を法執行機関が踏みこむことによって、当該外国人がデュー・プロセスの侵害を受けたことを認めて自白調書の証拠排除を命じたのであった。

以上のように、外国人の退去強制については、立法機関としての連邦議会の絶対的 (plenary) な裁量権限 (立法権) は認めるけれども、法執行の場面においては、修正 4 条ないし修正 6 条に規定される合衆国憲法の趣旨により強く制約されることがう

かがえるのである。ここでは、「帰化および出入国に関する広汎な権限を行使する上で、連邦議会は、通常それが合衆国市民に適用されたら受け入れられないような規則を制定する。」(22) というような絶対的権限理論の適用の可否が論じられているのではなく、退去強制が刑罰ではないにせよ、行政処分であるゆえにどの程度に一般的な憲法の基準が適用されるかという議論がストレートになされていることが注目される。

- (1) *Mahler v. Eby*, 264 U.S. 32 (1952); *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U.S. 580 (1952). 刑事事件における遡及効の禁止が退去強制に適用されないことに対する批判については、Nancy Morawetz, *Retroactive Deportation laws and the Due Process Clause*, 73 N.Y.U. L. REV. 97 (1998)を参照。
- (2) *Carlson v. Landon*, 342 U.S. 524 (1952).
- (3) *United States v. Ramirez-Aguilar* (9<sup>th</sup> Cir.1972).
- (4) *Argiz v. INS*, 704 F.2d 384 (7<sup>th</sup> Cir.1983).
- (5) *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893).
- (6) *United States ex rel. Bilokumsky v. Tod*, 263 U.S. 149, 154 (1929).
- (7) この点について、連邦最高裁は、早い時期の *Kaoru Yamataya v. Fisher* 事件 (189 U.S. 86 [1903]) において、退去強制手続における外国人のデュー・プロセスの権利として考慮していた。
- (8) 現行の移民・国籍法 240 条 b 項 4 号(B)は、「外国人は、自らに対する証拠を調査し、自らの利益のために証拠を提出し、かつ政府が出頭させた証人を反対尋問する合理的な機会を有する」と規定している。すなわち外国人は、退去強制事由の該当性または裁量的救済のどちらかに関連する証拠を提出することができるのである。さらに外国人は、口頭での証言 (oral testimony) または文面による証言録取書 (written deposition) を提出できるとされる。重要な証人が証言できない場合、当該外国人は移民審判官に証言録取書の提出を命じるよう要請することができるのである (8 C.F.R. § 287.4(a)(2) (2003).)。ただし、「これらの権利は、政府が当該外国人の合衆国への入国または本法律の下での当該外国人の裁量的救済の申請に反対して提出する国家の安全に関する情報について当該外国人に審問する権利を保障するものではない。」[8 U.S.C.A. § 1229a(b)(4)(B) (2003).]。と規定されているように、ここにも国家の安全保障を根拠とした規制が強まってきていることがうかがえる。
- (9) *Galvan v. Press*, 347 U.S. 522, 531(1954).
- (10) *Iran v. INS*, 656 F.2d 469, 471-72 (9<sup>th</sup> Cir.1981).
- (11) すなわち、現行法では、新規に入国許可を求める外国人は、「その者が、明白かつ疑いの余地なく入国を認められかつ 212 条の下での入国拒否される虞のないこと」(移民・国籍法 240 条 c 項 2 号) を自ら立証する責任を負うが、一旦合衆国内に存在し退去強制からの自由を求める外国人については、まず第 1 に、自らが合法的に合衆国に入国したことの立証責任を果たした後に、市民権・移民局 (CIS) が当該外国人の退去強制事由該当性を立証することになる (移民・国籍法 240 条 c 項 3 号(A))。だが、移民・国籍法 291 条は、「……退去強制手続においては、合衆国への入国時、

場所および方法を明らかにする立証責任はその外国人にあるが……。この立証責任を満足 (sustain) させられないときは、その者は法律に違反して合衆国にいるものと推定される。」と規定し、かような外国人の在留の非合法性を推定している。

- (12) T. Alexander Aleinikoff, David A. Martin and Hiroshi Motomura, IMMIGRATION AND CITIZENSHIP: PROCESS AND POLICY 4<sup>th</sup> Ed. 843-445 (West Group, 1998).
- (13) 8 C.F.R. § 240.10(a)(2).
- (14) *Aguilera-Enriquez v. INS*, 516 F.2d 565 (6<sup>th</sup> Cir.1975) *cert. Denied*. 423 U.S. 1050 (1976).
- (15) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 455-58 (1966).
- (16) *See, e.g., Bustos-Torres v. INS*, 898 F.2d 1053, 1056-57 (5<sup>th</sup> Cir.1990).
- (17) *Chavez-Raya v. INS*, 519 F.2d 397, 402 (7<sup>th</sup> Cir.1975).
- (18) *Developments in the Law – Immigration Policy and the Rights of Aliens*, 96 HARV. L.REV. 1289, 1390 (1983)..
- (19) *Attoh v. INS*, 606 F.2d 1273 (D.C.Cir.1979).
- (20) 8 C.F.R. § 287.3 (2003).
- (21) Immigration and Naturalization Service, Standard Operating Procedures for Enforcement Officers: Arrest, Detention, Processing and Removal 95 (1997).
- (22) *Mathews v. Dias*, 426 U.S. 67,79-80(1976).

## 第5節 修正14条による制約可能性

### 1. 外国人の憲法上の地位

#### (1) *Yick Wo v. Hopkins* 事件

アメリカ合衆国における外国人の人権享有主体性について、連邦最高裁が初めて判断を示したのは *Yick Wo v. Hopkins* 判決 (118 U.S. 356 [1886]) であった。本件は、木造建築内で公衆洗濯業を許可なしで営むことを禁止するサンフランシスコ市条例を中国人業者にのみ適用した当局の行為を違憲とした事案で、次のように判示している。

「合衆国憲法修正14条の保障は、合衆国市民に限定されるものではない。それは、『いかなる州もデュー・プロセス（法の適正な過程）によらずして何人からも生命、自由もしくは財産を剥奪してはならない。また、その管轄内の何人についても法の平等保護を拒んではならない。』と述べる。これらの諸規定は、人種、肌の色、国籍に関係なく、合衆国の領域的管轄権下に存在するすべての人に普遍的に適用される。そして、法の平等保護は、平等な法の保護を担保するものである。』(1)

本判決は、私的領域における経済活動に対する州の規制について外国人にも合衆国憲法修正 14 条の平等保護条項が適用されたもので、その意味において画期的な判決として評価され、その後も、外国人の権利が争われる事案においてリーディング・ケースとして重要な役割を果たしてきた。しかしながら、本判決が、「人」(person)としてその憲法上の地位が認められる外国人であっても、それを合衆国(州)市民と全く別け隔てせず、すべての事柄について厳格な平等保護を実現しなくてはならないという結論を導くものではなかったことは、注意を要する点であった。

## (2) 非合法外国人の権利主体性

それでは、合衆国において、移民法に違反し、非合法に在留する外国人(非合法外国人)(2)の憲法上の地位は、いったいどのように考えられているのであろうか。修正 5 条および修正 14 条にある「人」の定義は、前述の *Yick Wo v. Hopkins* 判決(118 U.S. 356 [1886])でも述べられているように、外国人を含んだすべての「人」(person)にデュー・プロセスの保障を認めるものである。だが、ここでは、合衆国憲法で明示される「人」という用語のなかに、はたして非合法外国人が含まれるかどうか問題となる。

連邦最高裁は、非合法に合衆国に在留する外国人であっても刑事事件の被告人となった場合、合法的に在留する外国人や合衆国市民と同じように陪審による裁判が保障されることを、早い時期の事案において判示している。それは、退去強制事件である *Fong Yue Ting* 判決(1893)との比較で前章においても検討した *Wong Wing* 判決(163 U.S. 228[1896])であるが、法廷意見は、前述の *Yick Wo* 判決(1886)を引用して次のように述べている。

「合衆国憲法修正 14 条の保障は、合衆国市民に限定されるものではない。それは、『いかなる州もデュー・プロセス(法の適正な過程)によらずして何人からも生命、自由もしくは財産を剥奪してはならない。また、その管轄内の何人についても法の平等保護を拒んではならない。』と述べる。これらの諸規定は、人種、肌の色、国籍に関係なく、合衆国の領域的管轄権下に存在するすべての人に普遍的に適用される。そして、法の平等保護は、平等な法の保護を担保するものである。このことを修正 5 条および修正 6 条にあてはめて考えてみると、合衆国の領域内にいるすべての人は、これらの修正条項によって保護される権利を有しており、外国人であっても、大陪審の告発または起訴によらなければ死刑もしくは自由刑を科しうる犯罪の責を負わせられることはなく、デュー・プロセスによらずして生命、自由もしくは財産を奪われることはない」と結論づけられる。」(3)

これは、憲法上の権利や自由が問題となる刑事事件の場合、たとえ非合法外国人であっても、合衆国憲法の諸条項の適用性について、裁判所の管轄権の及ぶ領域においては、「人」として当然、刑事上のデュー・プロセスの保障がなされるものと理解される。合衆国憲法は、合衆国の領域内に物理的に存在するいかなる者に対しても、連邦政府や州が、憲法上の保護を拒否することを防ぐものである。修正 14 条にいうところの「管轄内に存在するいかなる人も」というのは、合衆国市民であれ外国人であれ、州の法に服従する者になら誰にでも適用され、州の領域の隅々にまでいきわたるのである。州または合衆国へ不法入国し、そのため国外退去されるとしても、その者が州の領域内に存在するということは紛れもない事実なのである (4)。その者の存在が合法的であろうと、非合法であろうと、一時的、あるいは永住ないし永続的なものであろうと、合衆国憲法のデュー・プロセス条項が外国人を含むすべての「人」について適用されることは、それによって権利救済が実現したかどうかは別としても、その他の多くの判例でも確認されているところなのである (5)。

このように、非合法外国人であれ、判例はすくなくとも「裁判を受ける権利」ないし「司法過程へのアクセス」を認めている (6)。しかしながら、いまだアメリカ司法府は、その他のいかなる憲法上の権利が、どの範囲で、そしてどの程度、非合法外国人に認められるかを明確には判示してはいない。それは、合法的に在留する外国人についてもいえることであるが、さらに多くの議論が待たれるところである。このような状況のなかで、次にみる非合法外国人児童への無償教育を保障した 1982 年の *Plyler v. Doe* 判決 (457 U.S. 202 [1982]) は、今日においても大きな意義をもつものと考えられている。

### (3) *Plyler v. Doe* 事件

*Plyler v. Doe* 事件 (1982) は、合衆国へ「合法的に入国」したのではない外国人児童の教育のために使われる州の基金を地方行政区の学校から引き上げ、このような非合法外国人児童の入学を拒否する権限を地方行政区の学校に与えるテキサス州法 (7) が争われた事案であった。本件は、黒人児童の平等教育が問題となった *Brown v. Board of education* 判決 (347 U.S. 483[1954]) と同様に教育の領域における重要な判例として評価されるものである (8)。

ブレナン裁判官による法廷意見は、非合法外国人は「疑わしい類別」(suspect classification) と考えることも、また公教育を「基本的権利」(fundamental right) と考えることもできず、それゆえ州に対してかかる規制が「やむにやまれぬ利益」(compelling interests) を実現するために必要であることを立証する厳格な審査基準は要求されないが、テキサス州法は、教育の重大さに鑑みても非合法外国人児童に生涯大きな困難を背負わすことになるゆえに、これらの外国人児童の法的地位は非合法

であるけれども、州が他の居住者に提供する福利をその者たちに拒否することについては、合理性のテストではなく中間審査（intermediate scrutiny）のテストが適用されると判断した（9）。そして、この中間審査の基準においては、テキサス州法が「州の正当な目的」（legitimate state goal）を促進するとの立証はなされず、同法の規定は修正 14 条に違反すると判示したのである。

すなわち、修正 14 条の平等保護条項は、違法入国外国人にも適用され、テキサス州法に規定される不平等な取扱いが、それが「州の正当な目的」を促進するものでないゆえに、合理的なものと考えられないというものであった。テキサス州が合衆国市民および合法的居住外国人である児童に提供されている無償の公教育を非合法外国人児童に対して拒否することは、修正 14 条の平等保護条項に違反するというのである。

本判決は、テキサス州法が修正 14 条に違反するとして、非合法外国人児童への無償教育の提供を州に義務づけたものであるが、絶対的（plenary）であるのは連邦議会の帰化権限であると述べるだけで（10）、外国人の出入国管理・規制に関する法理には直接触れてはいないのである。ここでは、後述する *Graham v. Richardson* 事件（403 U.S.365 [1971]）を契機として導入された外国人に関する修正 14 条の平等保護条項の法理によって事案を解決したのであった。外国人に関する事案全般については排斥の法理として絶対的権限理論が適用されるとの懸念も存するが（11）、以下にみるように、出入国管理・規制の領域以外では異なる法理が適用されていることを看過してはならないのである。

## 2. 「特別な公共の利益」へのアクセス

### （1）*Truax v. Raich* 事件

連邦最高裁は、天然の資源や共同の財産を保持する公益（public benefits）ないし公共資源（public resources）の分配については、当初、それを「公的」な問題としてとらえ、州が外国人を排除することを支持し続けてきた（12）。その一方で、公益ないし公共資源の分配と私的経済市場への干渉とを区別しながら外国人処遇の合法性を審査する手法を取り入れて事案を処理しようとするのだが、それは、*Truax v. Raich* 判決（239 U.S.33 [1915]）において明示的に述べられている。

本件は、合衆国に合法的に入国・居住し、レストランの料理人として雇われていた被上告人のオーストラリア人が、5人以上の労働者を雇用するすべての雇用主に対して、「少なくとも、その〔被雇用者の〕80パーセントは合衆国の選挙資格のある者またはそこで出生した合衆国市民でなくてはならない」と規定するアリゾナ州法（13）の合憲性を争った事案であった。法廷意見は、*Yick Wo v. Hopkins* 判決（118 U.S. 356 [1886]）を引用しながら次のように判示した。

「ここでの問題は、疑問視される当該法が修正 14 条に矛盾しないかどうかということである。……被上告人は合法的にアリゾナ州の住民になったのであるから、修正 14 条の下で平等保護を求める権利を有する。……この法律によって規定された差別( discrimination )は、公共の所有地または州民の共通財産もしくは資源の規制または分配に関係するようなものではない。その享受は、外国人および他州の市民の両方に対して排除をおこない、その州の市民にだけ限定してしまうものである。」(14)

連邦最高裁は、本件を私的領域における雇用関係としてとらえ、それゆえに、修正 14 条の平等保護が適用され、次にみる *Takahashi v. Fish & Game Comm'n* 判決(334 U.S. 410 [1948]) で定義されたいわゆる「特別な公共の利益」( special public interest )によって導かれる国籍要件を課すことはできないと判示したのであった。また、このような合法的に入国した外国人の生計を立てる機会を州が否定するとしたならば、それは合衆国政府が彼らに認めた入国および居住の権利を否定することと同じであるとも述べられている(15)。

一方、同判決から一ヶ月も経たないうちに下された *Heim v. MaCall* 判決(239 U.S. 175 [1915]) では、全員一致で、公共事業の雇用に関して外国人を排除するニューヨーク州法を支持した。ここでも、雇用関係における「公/私」( public/private distinction )モデル(16)を前提として判断を下しており、公共事業を広く「公的」なものとしてとらえたのである。そして、本件においては、かかる「特別な公共の利益」の法理を適用して、外国人を排除することを認めたのであった。

## (2) *Takahashi v. Fish & Game Comm'n* 事件

カリフォルニア州の商業漁業ライセンスの国籍要件について争われた *Takahashi v. Fish & Game Comm'n* 事件(334 U.S. 410 [1948]) では、いよいよこの「特別な公共の利益」が正面から問題となった。連邦最高裁は、カリフォルニア州が沿岸 3 マイル以内の漁業権について、合法的居住外国人が商業漁業ライセンスを獲得するのを妨げることはできないとして次のように述べている。

「われわれは、カリフォルニア州が依拠する『特別な公共の利益』によって、[上告人である]タカハシの漁業権を州が禁止するのを支持することはできないと考える。……カリフォルニア州沿岸 3 マイル以内の魚介類は、カリフォルニア州が『所有』しうるという程度がどのようなものであれ、そのような『所有権』は、カリフォルニア州が、他のすべての人々に当該沿岸海域で漁業を営み、生計

を立てることを許可する一方で、カリフォルニア州の合法的居住者であるいかなるもしくはすべての外国人をそれから排除するのを正当化することは困難であるとおもわれる。」(17)

本判決は、連邦法によって合法的に入国が認められている外国人は合衆国のいかなる州にも居住する特権を与えられており、州による差別は許されないとする *Truax v. Raich* 判決 (1915) のいわゆる専占 (pre-emption) の法理を前提として (18)、合衆国市民には沿岸海域で漁業を営み、生計を立てることを許可する一方で、カリフォルニア州に居住する外国人をそこから排除することは正当化できないと判示したのであった (19)。すなわち、連邦最高裁は、ここでの天然資源の分配を公的領域に属する問題ではなく、個人の経済的自由にかかわる私的領域に属するものと判断し、「特別な公共の利益」の法理の適用を狭くとらえたのである。そして、本件については、合法的居住外国人と合衆国市民とを区別する合理的な理由は存在せず、修正 14 条に違反すると判断したのであった。

### (3) *Graham v. Richardson* 事件

「特別な公共の利益」の分配を「公的」なものとして国籍要件を課し、それから合法的に居住する外国人さえも排除しようとするこのような伝統的な「公／私」モデルの適用は、州の福祉年金の受給要件について争われた *Graham v. Richardson* 事件 (403 U.S.365 [1971]) においても否定されることになった。本件は、1956年にメキシコから合法的に入国して以来、継続してアリゾナ州に居住する外国人である被上告人 (Carmen Richardson) が、重度の身障者となったため、州の支援プログラムによる福祉給付金の支給を申請したところ、1969年の時点で64歳となっていたにもかかわらず15年の居住要件を満たしていないことを理由として、当該給付を拒否された事案であった。

本判決は、*Takahasi v. Fish & Game Comm'n* 判決 (1948) が「あらゆる脈絡のなかで『特別な公共の利益』論の有効性が存続することに疑いを向けている」(20) と解釈して、州は、福祉給付金の分配について、合法的居住外国人と合衆国市民との間に区別を設けることはできないとの判断を下している。それは、判決文中のつぎのような箇所からも読み取ることができる。

「 伝統的な平等保護原理の下では、州はその類別が合理的な根拠をもつ限りにおいては区分する幅広い裁量を保持する。これは、『経済および社会保障の領域』においてそうなのである。しかし、連邦最高裁の諸判決は、国籍や人種を根拠とする場合と同様に、外人性 (alienage) を根拠とする類別は本来的に疑わしいもの

であり、厳格な司法審査に服することを確立してきた。ひとつの階層 (class) としての外国人は、『他から分離されかつ孤立した』少数者集団の代表的な例であり、彼らにとってこのような厳格な司法審査が適用されるのは当然のことである。それゆえに、*Takahasi v. Fish & Game Comm'n* 判決において、『類別としての外国人居住者に対して排他的に法律を適用する州の権限は、狭い範囲の中でさらに制限されるものである』と述べられたのであった。」(21)

本判決は、合法的に居住する外国人は修正 14 条の平等保護条項の下にあるという *Yick Wo v. Hopkins* 判決 (1886) に立ち戻り、そして、平等保護に関する新しい審査基準 (二重の審査基準) である「疑わしい類別」(suspect classification) の法理を適用しながら (22)、州がその市民と合法的に居住する外国人とを正当に区別することのできる領域はほとんど存在しない、との考えを黙示的に示唆したのであった (23)。合法的居住者である外国人に対する州の類別を正当化する法理としての伝統的な「公/私」モデルは、さらに狭められ機能しないものとなっていった。それまでの「特別な公共の利益」論から本件の *Graham v. Richardson* 判決を契機として厳格な基準である「疑わしい類別」の法理に移行した外国人に関する事案を審理する判例の流れが読み取れるのである (24)。ただしここで注意しなくてはならないのは、すべての外国人が「疑わしい類別」とされるのではなく、*Plyler v. Doe* 事件 (1982) のように非法外国人については永住・居住外国人とは区別され、また永住・居住外国人であっても、公務就任権等の政治社会ないし政治共同体へのアクセスについては、合衆国市民とは区別されて平等保護が判断されていることである。「疑わしい類別」の法理も、「外国人の類型」とともに、争われている権利・自由がどのような領域に属するか (権利の性質) を勘案することによって、個々の事案における適用の可否が判断されているのである (25)。

ここでは、外国人の出入国管理・規制に関する絶対的権限理論は姿をみせてはいないことが明記されなくてはならない。「特別な公共の利益」論や「疑わしい類別」の法理を挙げるまでもなく、かならずしも外国人を規制する事案全般について絶対的権限の法理が適用されてきたのではなく、それぞれの事案の性質によって法理の峻別がなされていることは上述のとおりである。このことはとくに修正 14 条の平等保護が問題となる州による外国人規制についていえることである (26)。だが、注目されるべきは、連邦最高裁が州においては修正 14 条を適用するために連邦の専制的な権限について触れてはいるものの (27)、次に検討するように *Graham v. Richardson* 事件と同様の福祉受給の事案であっても、連邦法における外国人の規制については、州におけるそれとは異なって取り扱われていることである。外国人に関する事案については、それぞれどのような根拠ないし理由によって適用される法理が峻別されているか、注

意深く検証する必要があるとおもわれる。

### 3. 連邦法における平等保護との比較

#### (1) Mathews v. Diaz 事件

Mathews v. Diaz 事件 (426 U.S. 67[1976]) は、65 歳以上のすべての合衆国市民に加入が認められている老齢医療保険プログラムによる保護が、外国人については、①永住者として入国が認められており、かつ、②5 年以上合衆国に居住していることが要件となっている連邦法 (28) が争われた事案であった。ここでは、「合衆国市民と外国人との間の差別が許されるかどうかというよりもむしろ、ある外国人には給付を認め、ある外国人には認めないとする、外国人の類別をおこなう法律上の差別的取扱いが許されるか」(29) という修正 5 条のデュー・プロセス条項における外国人同士の平等保護が問題となったのである。

スティーブンス裁判官による法廷意見は、「合衆国の裁判管轄権が及ぶ領域内には、文字通り数百万もの外国人が存在する。合衆国憲法修正 14 条とともに修正 5 条は、デュー・プロセスによらずして生命、自由または財産が侵害されることから、これらすべての者を守っている。この国における外国人の存在が非合法であっても、あるいはそれが任意でなく、または一時的なものであったとしても、すべての人はかかる憲法的保護を受ける権利を有する。」(30) としながらも、「帰化および出入国に関する広汎な権限を行使する上で、連邦議会は、通常それが合衆国市民に適用されたら受け入れられないような規則を制定することができる。」(31) として、本件における連邦の政治部門に対する絶対的 (plenary) な関係を次ぎのように述べている。

「長い間妥当なものとして認められてきた理由によって、合衆国と外国人訪問者との間の関係を規制する責任は、合衆国政府の政治部門に委ねられている。これらの事柄についての決定は、外交権限との関係を含むものであり、広く多彩な[外国人の]類別は、変化する政治的および経済的状况に応じて定義されなくてはならないので、このような決定は、司法府よりも立法府または行政府に任せた方が適切な場合が多い。本件は、憲法的な決着の特質である厳格さよりもむしろ政策的な選択における柔軟さの必要性を例証するものである。被上告人のディアス (Diaz) とクララ (Clara) は、1961 年から 1972 年の間に合衆国に到着した 44 万人のキューバ難民のうちの二人である。そして、キューバ人の臨時滞在許可者 (Cuban parolees) は、自然災害または国際的な政治状況に対する寛大な措置をおこなうために入国が許可された、いくつかある外国人の類型のうちの一つである。変化する世界情勢に対応する政治部門の柔軟性を抑制する憲法的ルールは、最大限の注意が払われる場合にのみ採用されなくてはならない。政治問題 (political

question) から司法審査を排除する理由からもまた、出入国および帰化の領域における連邦議会または大統領によってなされた決定については、狭い司法審査の基準が要求される。」(32)

連邦最高裁は、連邦議会によって定められた5年という居住要件が同プログラムの財政上の保全にとって必要以上に長いことや、ほんの少し受給要件を満たさない外国人が被る不必要な困難さを理解することはできるが(33)、連邦法による福祉受給についても対外的な関係が影響するゆえに政治部門の絶対的(plenary)な対応に敬意を表するというのである。さらに、本件は、外国人を二つの類型に分類する連邦法へ暗黙のうちに平等保護の審査をおこない、当該分類を合理的なものとして支持したのであった。この平等保護については、厳格審査が適用されてアリゾナ州法が違憲とされた前出の *Graham v. Richardson* 判決(403 U.S. 365[1971])との違いを、次のように述べている。

「*Graham* 判決は、被上告人の法的地位について最も強力な支持を与えている。かかる事案は、居住外国人または、合衆国に継続的に居住する要件を満たさない外国人の福祉給付金の受給を認めない州法を修正14条違反とするとともに、外国人の入国および在留に関する連邦の排他的権限を侵害すると判示した。もちろん、当該判決の后者の理由付けは、外国人の入国および在留の条件を規定することは、州または連邦の司法府のいずれかというよりはむしろ合衆国政府における政治部門の仕事であるという本法廷における判決を現実支持するものである。また、平等保護の分析についても、重大な異なった斟酌を含んでいる。なぜならば、同判決は、外国人と合衆国政府というよりも、外国人と州との関係を考慮するからである。」(34)

連邦最高裁は、連邦法による規制は、州法とは異なり外国との関係に及ぶゆえに絶対的(plenary)な要素が勘案されると判断したのであった。ただし、本判決は、連邦の福祉受給に関する事案であって、外国人の出入国管理・規制に関する法理が直接適用されているのではないことに留意しなくてはならない。レゴムスキー教授が、永住・居住外国人を含む非市民に対して不平等な取扱いをする連邦議会の行為は「外国人の出入国管理・規制および移民法とその他の規制との間にある仮の類似したものを規制する連邦議会の絶対的権限にある程度依拠して合憲とされた」(35)と述べるように、連邦最高裁は、あくまでそれは類似したものであって、絶対的権限の法理を全面的に適用しようとは考えていないのである。本件は、州が直面するのと同様な事案であっても、連邦の場合には政治部門についての絶対的(plenary)な要素がどこまで

勘案されるか、平等保護の視点からも興味深いところであった。たとえば、次にみる連邦政府における公務員雇用の事案についても、この点が争われたのである。

## (2) Hampton v. Mow Sun Wong 事件

Hampton v. Mow Sun Wong 事件 (426 U.S. 88 [1976]) は、連邦公務員の雇用について、連邦人事委員会 (Civil Service Commission) 規則 (36) によって合衆国市民ではないすべての外国人からその機会を奪うことが修正 5 条のデュー・プロセスに違反するかが争われた事案であった。

スティーブンス裁判官による法廷意見は、「法の下での平等保護の概念は、修正 14 条の平等保護条項によるのと同じく、修正 5 条のデュー・プロセスによって保障されるが、……常に同一の広がりをもつとは限らない」として、連邦には、「個々の州については認められないような選別的な連邦法を正当化する最優先の国家利益 (overriding national interest) が存する」ことを前提として検討をすすめていった。ここでは、「最優先の国家利益」が連邦公務員に国籍要件を課すことを正当化する場合があることを認める一方で、連邦議会の絶対的権限の法理が本件のような国家機関に適用されることを否定している (37)。連邦の管轄事項であっても、直接的に絶対的権限理論が適用される場合とそうでない場合が存することを前提として、本件の場合、長い間の慣行として連邦公務員の雇用から外国人の排斥を認めることができるとしても、連邦議会ないし大統領が国籍要件をすべての場合に義務づけることを命じていたと考えることはできず (38)、それとともに、「最優先の国家利益」の立証がなされていないと判断したのであった (39)。

連邦最高裁は、本件や前出の Mathews v. Dias 事件 (426 U.S. 67 (1976)) からも理解されるように、外国人の修正 5 条による平等保護については、合衆国市民の場合とは異なり (40)、連邦法が対外的な外交政策とも関係を有するゆえに絶対的権限理論の適用の余地を認める論旨を展開していくのである。一方、州法については、かかる外交事項への関与は連邦の排他的権限を理由として否定され (41)、一般的な憲法判断の準則である修正 14 条の平等保護の法理によって審査されるのである。このような観点からいって、連邦最高裁は、本件については連邦規則委員会が連邦議会や大統領のように外交事項、条約交渉、移民の受入数や入国の条件、あるいは帰化政策に責任を負うものではないゆえに (42)、絶対的 (plenary) な要素を認めず同規則を修正 5 条のデュー・プロセスに違反すると判示したのであった。すなわち、ここで反対解釈をおこなえば、連邦議会または大統領が明示的に国籍要件を規定すれば合憲とされる可能性を残すものであったといえるのである。本判決の後、当時のフォード大統領は、「特別の場合、または、臨時の任命により公務の能率を増進する必要があるとき」を除き、外国人の公務就任を禁止する行政命令 11935 号 (43) を発布し、連

邦最高裁の指摘に応える形で、競争によって得られる連邦公務員の職種から外国人を排除したのであった(44)。

このように、判例理論では、外国人の平等保護については絶対的権限理論を背景として連邦の領域と州の領域とでは異なる取扱いがなされてきたのであった。しかし、先にみたように、近年では、連邦の移民・国籍法にかかわる修正5条の事案においてさえも、出入国および帰化に関する連邦議会の絶対的権限理論が適用されるのではなく、一般的な憲法上の基準によって判断される傾向がうかがわれる。連邦法の領域においても、絶対的権限理論の適用場面が漸次狭められてきていることが理解されるどころとなっている。

(1) *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356, 369 (1886).

(2) ハル教授(Elizabeth Hull)は、「外国人が、当局の許可を受けず合衆国に存在することは、移民・帰化法の下では刑事犯罪とはならず、捕らえられた人たちは、ふつう刑事的制裁というよりはむしろ、退去強制の対象となる。それゆえ、多くの人びとは『違法・不法外国人』(illegal alien) という用語よりは、『非合法外国人』(undocumented alien) という用語の方が好ましいと考える。なぜなら、前者は、当局の許可を受けずに合衆国に存在することは、刑事犯罪であるという言葉の含蓄を避けることができるからである」[Elizabeth Hull, *WITHOUT JUSTICE FOR ALL: THE CONSTITUTIONAL RIGHTS OF ALIENS* 86 (Greenwood Press, 1985).]と述べている。本研究においても、同様の観点から、不法入国者のみならず不法就労外国人や不法残留外国人について、彼らの総称として「非合法外国人」という用語を使用する。これは、後述する1986年移民修正管理法の下で実行された「非合法外国人」の「合法化計画」ともつながるものである。その他、この「undocumented alien」の邦訳として、川原謙一博士は「書類不所持の外国人」という用語を使用している[川原謙一「シンプソン・ロディノ・マゾリ移民修正法」ジュリスト909号(1988年)42~43頁]。わが国においても、昨今では「非正規外国人」という呼称が使用されるような場合が散見されるが[たとえば、駒井洋監修/近藤敦編著『外国人の法的地位と人権擁護』(明石書店、2002年)18頁以下を参照。]、そもそも「非正規」とは、正規雇用に対するパートなどの「非正規雇用」のように法律上の合法的な資格ないし根拠を前提として使用される用語であり、非正規雇用される者については、それ自体違法性を伴わないものである。一方、外国人の不法入国(上陸)、不法残留、および就労を伴う資格外活動等について、「超過滞在により非正規(=不法)化した」[駒井洋「超過滞在外国人の定住化と在留特別許可」駒井・渡戸・山脇編『超過滞在外国人の定住化と在留特別許可—岐路に立つ日本の出入国管理政策』(明石書店、2000年)9頁。]などとして当該外国人が不法ないし違法の地位にあることを明確にしておかないとするならば、概念の混乱をきたし、法的な議論が成り立たないものと懸念される。わが国の出入国管理及び難民認定法では、退去強制事由にも該当するかかる行為については刑事罰が課せられることになっており(第70条)、あきらかに違法性が伴うものである。ただし、これらの行為は行政犯として位置

づけられるものであり、自然犯とは明確に区別されなくてはならないところでもある。それゆえ本研究においては、外国人の「在留ないし滞在の自由利益」を実現すべくかかる法的状況を前提として議論を進めていくためにも、刑事的な違法性とは区別しつつ、このような法的地位にある外国人については「非合法外国人」という用語を使用するものである。かかる外国人のカテゴリーの類型については、新井信之「外国人の類型化と権利の性質—『外国人の人権』論再構築の視点—」畑博行=水上千之編『国際人権法概論〔第4版〕』（有信堂、2006年）233頁以下を参照。

- (3) *Wong Wing v. United States*, 163 U.S. 228, 238 (1896).
- (4) Laurence H. Tribe, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 2<sup>nd</sup> Ed., § 5-16, 360 (Foundation Press, 1988).
- (5) *See e.g.*, *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, 210 (1982); *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67, 77 (1976); *Kwong Hai Chew v. Colding*, 344 U.S. 590, 596-598, and n. 5 (1953); *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356, 369 (1886).
- (6) *Developments in the Law — Immigration Policy and the Rights of Aliens*, 96 HARV.L.REV. 1289, 1446 (1983).
- (7) *Tex. Educ. Code Ann.* § 21.031 (Vernon Supp. 1981).
- (8) Peter Schuck, *The Transformation of Immigration*, 84 COLUM.L.REV. 1, 54 (1984).
- (9) *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, 217 (1982).
- (10) *Id.* at 225.
- (11) Margaret H. Taylor, *Detained Aliens Challenging Conditions of Confinement and the Porous Border of the Plenary Power doctrine*, 22 HASTINGS CONST. L.Q. 1087 (1995).
- (12) *See, e.g.*, *Terrace v. Thompson*, 263 U.S. 197 (1923) [土地所有権]; *Heim v. McCall*, 239 U.S. 175 (1915) [公共事業における雇用]; *Patson v. Pennsylvania*, 232 U.S. 138 (1914) [狩猟免許].
- (13) *Laws of Arizona*, 1915, Initiative Measure, p.12.
- (14) *Truax v. Raich*, 239 U.S. 33, 39-40 (1915).
- (15) *Id.* at 42.
- (16) ここでいうところの「公／私」モデルについて詳しくは、本研究第9章第1節を参照。
- (17) *Takahashi v. Fish & Game Comm'n*, 334 U.S. 410, 421 (1948).
- (18) *Id.* at 415-16, 419-20. 専占の法理について詳しくは、本研究第9章第1節を参照。
- (19) *Id.* at 421.
- (20) *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365, 374 (1971).
- (21) *Id.* at 371-72.
- (22) 外国人に関する「疑わしい類別」の法理の適用については、Tribe, *supra* note 4, at 1544-53 を参照。
- (23) *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365, 372 (1971).
- (24) *Comments (Freeman), Federal Civil Service Employment: Resident Aliens Need Not Apply*, 15

SAN DIEGO L.REV. 171, 181 (1977).

- (25) たとえば、外国人の類型化と権利の性質（領域モデル）を前提として外国人の権利保障の体系化を図ろうとするアプローチについては、新井・前出注（2）223頁以下を参照。
- (26) 州が外国人を排除する場合に適用される法理の峻別モデルについては、後述の本研究第9章第1節で詳しく論じることとする。
- (27) *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365, 377-80 (1971).
- (28) 42 U.S.C.A. 1395o(2)(B).
- (29) *Mathews v. Dias*, 426 U.S. 67, 80 (1976).
- (30) *Id.* at 77.
- (31) *Id.* at 79-80.
- (32) *Id.* at 81-82.
- (33) *Id.* at 83.
- (34) *Id.* at 84-85.
- (35) Stephen H. Legomsky, *IMMIGRATION AND REFUGEE LAW AND POLICY* 4<sup>th</sup> Ed. 1172, (Foundation Press, 2002).
- (36) 5 C.F.R. § 338.101.
- (37) *Hampton v. Mow Sun Wong*, 426 U.S. 88, 100-01 (1976).
- (38) *Id.* at 110-13.
- (39) *Id.* at 114-16.
- (40) 連邦最高裁は、合衆国市民については、修正5条に基づく平等保護は修正14条による平等保護とまったく同じであるとしている。See *Weinberger v. Wiesenfeld*, 420 U.S. 636, 638 n.2 (1975).
- (41) *Chy Lung v. Freeman*, 92 U.S. 275, 280 (1876); *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581, 606 (1889).
- (42) *Hampton v. Mow Sun Wong*, 426 U.S. 88, 114 (1976).
- (43) Executive Order No. 11935, 5 C.F.R. § 7.4 (1977).
- (44) 同判決後の経緯については、萩野芳夫「アメリカ連邦政府の公務員雇用を規制する権限— *Mow Sun Wong* 判決の検討」ジュリスト703号（1979年）84頁以下を参照。

## 第6節 権力分立原理による制約可能性

### 1. 連邦と州との権限の分配

外国人の出入国管理・規制については、連邦の専占的権限でありかつ絶対的権限であることが判例上確立されてはいるものの、依然として連邦権限に対する残余の（residual）州権限を主張する議論がなされており、連邦と州との権力分立原則の視点からも関心もたれている<sup>(1)</sup>。この点について注目される *Keller v. United States*

事件（213 U.S. 138 [1909]）は、連邦政府の権限として外国人売春婦に宿を提供することを禁じた 1907 年 2 月 20 日の法律第 3 条の有効性が争われ、合衆国に入国した外国人に関連する連邦と州とのポリス・パワー（police power）の抵触が問題となった事案であった。

本件の上告人（Joseph Keller）らは、合衆国に入国して 3 年に満たない外国人女性を住ませる売春宿を所有していた合衆国市民であった。証拠によると、上告人らは彼女の入国に関与してはおらず、彼女がいつ入国したのかも知らなかったという（2）。上告人の弁護人は、上告人らに刑事罰を科すことは、州に与えられた権限を侵すことになる」と主張した（3）。これに対して国側は、外国人の出入国を規制するために付与された連邦議会の権限を根拠として、この法律を正当化しようとしたのである（4）。

つまり、本件の争点は、州の権限に対する侵害を正当化するほど、この問題の規定が十分に連邦の権限に関連づけられているか、という点にあった。ブリュワー裁判官の法廷意見は、この点について次のように述べている。

「たしかに売春宿の所有は非道徳的な犯罪ではあるが、かかる事実は、そのために処罰する権限が連邦議会に委任されているのか、または州に留保されているのかについての疑問に対して、目を閉ざすものではない。このような犯罪に関する管轄権は、確立したポリス・パワーの定義に由来する。一般的にいえば、かかる権限は諸州に留保される。なぜならば、合衆国憲法は、それを連邦議会に[明示的に]与えていないからである。」（5）

さらに法廷意見は、この法律は合衆国政府の条約締結権限の下でも正当化されえないと判示している（6）。そして、出入国の管理・規制とこの法律が犯罪とする上告人の行為との間に合衆国憲法が規定する合衆国政府と州政府との間の適正な権限の分配にそくした合理的な関係は存在しないし、それゆえ出入国管理・規制の一端として、連邦政府がこのような権限を行使することは違憲であると結論づけたのである（7）。つまり、売春等公共の道徳に関する管理および規制は、合衆国の法体系においては連邦の権限には属さず、各州のポリス・パワーの範囲内に存するというものであった。

本件は、出入国管理・規制に関する連邦議会の専制的かつ絶対的（plenary）な権限の拡張を許すのではなく、合衆国憲法の規定する連邦と州との権限の分配の法理（8）を適用して、連邦の州への介入を規制していたところが注目される点であった。連邦政府が管轄する対外的なポリス・パワーが州の管轄する一般的なポリス・パワーと対立していたところ、合衆国憲法の規定する権限の分配法則によって事案が解決されたのである。

## 2. 連邦議会と連邦政府との権限の分配

INS v. Chadha 事件 (462 U.S. 919[1983]) は、ケニヤ出身でイギリスのパスポートを所持する被上告人 (Jagdish Rai Chadha) が、学生ビザで合法的に入国したものの、その後ビザの期限が切れて不法残留となり退去強制手続が開始され、移民審判官による退去強制の審理手続中に執行停止 (suspension of deportation) [現在の国外退去の取消し cancellation of removal] を申し立てそれが認められたのだが、下院の決議によって退去強制の執行停止が拒否された事案で、いわゆる「議会拒否権」 (legislative veto) の合憲性が争われたものであった。

1983年に本判決が下される以前は、外国人の退去強制について、司法長官が当該外国人の退去強制の執行停止を認めたとしても連邦議会の承認が必要であった。本件のような旧移民・国籍法 244 条 a 項 1 号に規定する外国人の退去強制の執行停止は、上院もしくは下院が一定の期間内に執行停止に対する決議を通過させない場合は連邦議会によって承認されたとみなされていた (旧移民・国籍法 244 条 c 項 2 号)。一方、旧移民・国籍法 244 条 a 項 2 号に規定する犯罪等をおかしたことを理由とする外国人の退去強制に対する執行停止については、上院および下院の双方が当該退去強制の執行停止を支持する同一決議を通過させた場合にのみ連邦議会の承認が得られるとされていたのであった (旧移民・国籍法 244 条 c 項 3 号) (9)。

連邦最高裁は、権力分立原理を根拠として執行停止に関する連邦議会の拒否権の行使は違憲である判示したのであるが、それは連邦議会の絶対的権限について次のように述べている。

「被上告人 (Chadha) は単に合衆国憲法第 1 条 8 節 4 項の帰化条項および同 18 項の必要かつ適正条項における連邦議会の権限を争っているに過ぎないのであるから、本件の場合、司法判断適合性を欠く政治問題であるとの主張がなされていると考える。必要かつ適正条項と連動した『帰化に関する統一的な規則を制定する』という合衆国憲法第 1 条に規定されている連邦議会の権限は、外国人に関する規定を司法審査不可能なものとするというのである。[しかしながら]合衆国憲法第 1 条 8 節 4 項に規定される外国人に関する連邦議会の絶対的権限は問題とはならず、本件で争われているのは、連邦議会がかかる権限を行使するについて憲法上認められた手段を選択しているか否かということである。われわれは、Buckley v. Valeo 判決 (424 U.S. 1 [1976]) で明らかにしたように、『連邦議会は、その権限行使が他の憲法的な制約を侵さない限りにおいて、それが実体的な立法権限を有するあらゆる事案において絶対的権限を有する。』と考えるものである。」

(10)

連邦最高裁は、下院の主張にもかかわらず、本件を政治問題とはみなすことはなかった。連邦議会の絶対的権限を排除し、移民・国籍法 244 条 c 項 2 号が、合衆国憲法第 1 条 7 節が規定する立法に必要な「両院による議決および大統領の承認または大統領の拒否権を覆す連邦議会の再決議」の要件を満たすことなく連邦議会の一院に「立法」権限を与えていることを理由として違憲の判断を下したのである (11)。立法権限は、合衆国憲法の規定によれば上下両院による議決によってのみ行使されうるものであるにもかかわらず、本件で問題となった規定は一院による立法を意味するものであり、それゆえに合衆国憲法に規定する権力分立原理に違反すると判断したのであった (12)。

絶対的権限の主張は、国家主権に内在する黙示的権限を根拠とするものと、通商条項や帰化条項のような憲法の明示的規定を根拠とするものとが存するが、本件において連邦最高裁はそれを帰化条項のみに根拠をおくものであった。結果として、連邦最高裁は、連邦議会の絶対的権限の存在は認めながらもかかる法理を適用せず、権力分立の法理によって本件を解決したのである。これについてレゴムスキー教授は、今後、連邦最高裁は *Chadha* 判決に触れることなく絶対的権限の法理を適用して外国人の憲法上の権利を侵害する事案を解決することはできないであろうと述べている (13)。

その後、1988 年には、本判決を受けて「議会拒否権」を規定している部分を削除する法律が制定され、これにより司法長官の判断のみにより、退去強制の執行を停止することになったのである。この法律によって、退去強制の執行停止を規定する移民・国籍法 244 条 c 項は、「本条 (第 244 条) a 項の要件を満たしていると司法長官が判断する外国人が申し立てた場合、司法長官はその裁量によって、このような外国人の退去強制の執行を停止することができる」とのみ規定し直されたのであった (14)。

(1) 出入国管理・規制権限についての残余の州権限については、本研究第 2 章第 2 節を参照。

(2) *Keller v. United States*, 213 U.S. 138, 147 (1909).

(3) *Id.* at 140-41.

(4) *Id.* at 141-43.

(5) *Id.* at 144.

(6) *Id.* at 147.

(7) *Id.* at 147-49.

(8) *See* Laurence H. Tribe, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 2<sup>nd</sup> Ed., § 5-1, 297 (Foundation Press, 1988).

(9) これは、単なる行政秩序違反と刑法犯との取り扱いの違いを具体化する立法政策上の特徴である。この点については、本研究第 8 章第 4 節において出入国管理政策の妥当性として検討する。

(10) *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919, 940-41 (1983).

(11) *Id.* at 940-59.

(12) Stephen H. Legomsky, *Immigration Law and the Principle of Plenary Power*, 1984 SUP. CT. REV. 255, 300 (1985).

(13) *Id.* at 301-02.

(14) Immigration Technical Corrections Act of 1988, Oct.24, Pub.L.No,100-525, §2, 102 Stat. 2609, 2614 (1988).

## 第7節 人身保護令状による制約可能性

### 1. 人身保護令状による司法的救済

#### (1) 人身保護令状とアメリカ司法府

アメリカ合衆国においては、外国人に対する退去強制の事案について、歴史上、重要な役割を担ってきた人身保護令状(writ of habeas corpus)が、今日においても非常に大きな役割を果たしている。というよりは、外国人の国外退去については、行政府が強制力をもってその身柄を処遇することになるため、その多くが当該令状の事案として裁判所の判断を求めることになるのである。その意味において、退去強制の事案は、それ自体が人身保護の問題であるともいえる(1)。

遠くはマグナ・カルタにまでその起源をもつ人身保護令状は、アメリカの植民地時代を経て合衆国憲法第1条9節2項に「反乱または侵略の際に公共の安全のために必要な場合を除いて、人身保護令状の特権は停止されてはならない」と規定され、外国人の退去強制の事例についても司法上の救済を実現するために、大きな役割を果たしてきたのである。1934年の宣言的判決法(Declaratory Judgement Act)(2)や1946年の行政手続法(Administrative Procedure Act)(3)が制定されるまでは、外国人が司法的救済を求める上での唯一の救済方法であった。

#### (2) Nishimura Ekiu v. United States 事件

外国人の国外退去に関して人身保護令状による司法的救済を受ける権利は、1892年の Nishimura Ekiu v. United States 判決(142 U.S. 651 [1892])において判例上はじめて明確に述べられた。本件は、上告人である日本人女性(Nishimura Ekiu)がサンフランシスコ港に到着したところ、1891年の移民法に規定される「公共の負担となりそうな者」(persons likely to become a public charge)(4)であることを理由に合衆国への入国を拒否された事案であった。彼女のパスポートには夫といっしょにサンフランシスコに来たと記載されてあったが、それは事実ではなく、そこで彼女は、2年前に夫と日本で結婚し、夫は1年前にサンフランシスコに来ていて、その住所はわからないと述べたものであった。

この事件で問題となった同法第8条は、「外国人が上陸する権利に関して入国審査官等によってなされたすべての決定は、移民局長官に審査請求されるのでなければ最終的である。なお、移民局長官の判断は財務長官によって再審査される。」(5)と規定していた。これに対し、上告人は、同法第8条が行政上の決定を終局的なものとする趣旨であるならば、裁判所が収容の合法性の決定およびその根拠となる事実の審理をおこなうとする憲法上保障される人身保護の権利を剥奪することになると主張したのであった。

法廷意見は、外国人の入国拒否に関する連邦法を執行する行政府の行為を支持して、上告人への人身保護令状の発給を拒否したのであったが、「連邦議会の制定法にもとづいて入国拒否の権限を有していると主張する官吏が外国人の入国を拒否した場合、当該外国人は自らの拘束が合法的かどうかを確定するために、人身保護令状を請求する権利を持つ」(6)と述べ、司法的救済方法としての人身保護令状の退去強制事件への適用を認めたのであった。これは、立法府から委任され、行政府が絶対的(plenary)ともいえる入国拒否権限を行使する場合においてさえ、外国人が司法的救済を得るために、憲法上の権利である人身保護令状の発給を裁判所に求めることができることを初めて確認するものであった。

### (3) 退去強制事件における人身保護令状の射程

しかしながら、連邦最高裁は、その後の *Lem Moon Sing v. United States* 判決(158 U.S. 538 [1895])において、「外国人の不法行為が同人の自由を拘束する結果となった場合、その決定に対して裁判所は人身保護令状をもって干渉する司法上の問題に直面することになる。しかし、もしこの見解が支持されるとしたならば、法律または条約に基づいて合衆国に入国する権利を主張する外国人のあらゆる事件は裁判所に持ち込まれ、したがって、合衆国の行政府による処理を妨げる」(7)ことになる可能性を懸念して、人身保護令状による司法的救済も一定の限界があることを述べている。

また、1902年の *Fok Young Yo v. United States* 事件(185 U.S. 296 [1902])においてもフラー連邦最高裁長官が述べるように、「連邦議会が入国許可の権利に関する最終的決定を司法上の干渉なしに行政官に付与したことは、合衆国においては、長年にわたる疑問の余地のない明確にされた基本方針である」(8)ことを認識してきたのであった。また、連邦議会もこれに乗じて、「行政的決定について疑問の余地がないかぎり、再審されないものとしても違憲ではない」(9)と考えてきたのである。

このように、退去強制事件における人身保護令状の発給は、外国人の在留を認めることと直接にはつながらなかったのであるが、1908年の *Chin Low v. United States* 判決(208 U.S. 8 [1908])において、ホームズ裁判官による法廷意見が次のように述べていることが注目される。

「法令は、外国人のみを入国拒否することを目的としている。……もし、上告人が自らの市民権を証明すれば、これ以上の拘束は違法となるであろう。また、もし本人がそれを証明できないならば、退去強制命令は効力を保持するであろう。……人身保護令状は不法な拘束に対する通常の救済なのである。」(10)

本件は、中国人とみなされている者が、合衆国へ入国しようとするとき、合衆国への入国資格がないとして、当局により入国拒否され拘束された事案であった。上告人(Chin Low)は、自分はサンフランシスコに住む両親(中国人)から生まれたもので、サンフランシスコに居住する合衆国市民であるとして、拘束の不当性を訴えて、人身保護令状の発給を求めたのである。これは、上告人に合衆国市民であることの証明の機会を与えるため、連邦最高裁は人身保護令状の発給を認めたものであった。

早い時期から退去強制事件において司法的救済が認められたのは限られたものであったにせよ、裁判所の介入を通して政治部門の権限行使に一定の制約を与えてきたことは、全体としての外国人の人権保障にとって大きな意義をもつものであった(11)。1961年以前においては、移民法において司法審査の一般的な規定は存在しなかったが(12)、裁判所は、退去強制には身体的な拘束が含まれるとして長い間その裁判管轄権を行使してきたのであった。退去強制手続における身体的拘束(収容)からの自由は、古くから合衆国憲法を根拠とする人身保護令状の対象となっていたのである(13)。

#### (4) 人身保護令状の適用状況

その後、1961年から1996年の間、移民・国籍法は、退去強制のために収容された外国人について特別に人身保護請求手続を通じて司法的救済を求める権利を認めていた(旧移民・国籍法106条a項10号)。裁判所は、*Daneshvar v. Chauvin* 事件(644 F.2d 1248 [8<sup>th</sup> Cir.1981])において、退去強制の最終命令についての司法審査は、退去強制事由の該当性が問題となる場合には連邦控訴裁判所の排他的権限に属し、人身保護請求は、退去強制事由該当性それ自身が争われていない裁量的救済の拒否に関しのみ可能となると判示していた。つまり、当該外国人が収容されたときにのみ、収容の合法性を審査するために、人身保護令状の請求が可能であったのである。

また、同じく *United States ex rel. Marcello v. INS* 事件(634 F.2d 964 [5<sup>th</sup> Cir.1981])においても、旧移民・国籍法106条a項10号を制定するに際して「連邦議会は『収容される』という用語は拘留施設における現実の身体的な収容を意味することを意図していた」(14)と述べるように、人身保護令状を請求する外国人は現実には身体が拘束されていなくてはならないことを意味するものであった。外国人にとっては、身体的拘束がなされる前に、退去強制命令が発付された時点で自らに対する国外

退去の有効性を争う方が有利であったが、当該外国人は、現実の身体的な収容がおこなわれるまで直接連邦控訴裁判所にかかる命令の有効性についての司法審査を求めることができなかつたのである(15)。その一方で、連邦最高裁の *Foti v. INS* 判決(375 U.S. 217[1963])は、司法審査は退去強制の対象となる外国人が遅々として進まぬ時間のかかる裁判を利用して国外退去を引き伸ばす可能性があることを述べている。

このような状況の中で、1996年に成立した反テロリズム及び効果的死刑法(AEDPA)(16)は、右の当該条項を削除し、それに連なる不法移民修正及び移民責任法(IIRIRA)(17)が、移民・国籍法242条b項9号を付加え、それにより、国外退去の命令に関する司法審査は移民・国籍法242条に規定される場合(難民の庇護申請等)を除いて認められないことになった(18)。これらの修正事項は人身保護令状適用の可能性についても大きな問題を投げかけることになったのである(19)。

## 2. 2000—2001年開廷期の2つの事案

### (1) “2001年”の出入国管理・規制へのインパクト

アメリカ司法府が絶対的権限理論を根拠として外国人の退去強制の事案について消極的な姿勢をとり続けるなかで、2001年はアメリカにおける出入国管理法制にとって画期的な年であり、連邦最高裁が下したいくつかの判決は大きな意義をもつものであった(20)。これらは2001年9月11日の同時多発テロが発生する以前の2000—2001年開廷期に下されたものであるが、学説は、連邦最高裁が「司法府が長い間政治部門の出入国管理・規制権限に対して与えてきた高次の敬意ないし服従の姿勢に背を向けようとしている」(21)と指摘する。それは、次にみる人身保護請求に関する2つの重要な判決によっても理解されるように、とくに伝統的な連邦議会の絶対的権限の法理を援用しなかつたことを理由とするものである。

その一方で、同時多発テロの発生にともなって、政治部門が、外国人の出入国管理・規制に関して厳しい修正をおこない治安強化のための法律の制定を促すとともに、それを実施する上での優先事項の再検討をおこなったのもまた、特筆されるところである。だが、これについて外国人の人権保障の観点からは、到底看過することができないのは言うまでもないことである(22)。

### (2) *INS v. St.Cyr* 事件

このような画期的な事案のひとつは、*INS v. St.Cyr* 判決(533 U.S. 289 [2001])であった。本件の被上告人(Enrico St. Cyr)は、1986年に合法的な永住・居住者として合衆国へ入国したハイチ国籍の外国人男性で、1996年3月8日に有罪判決を受けて退去強制手続の下にあった。本件では、前述のように1996年4月24日に成立し、翌1997年4月10日から施行されたAEDPAによって、それまで移民・国籍法212

条c項の規定によって司法長官の裁量的救済を求める権利が保障されていたのが遡及的効力によって認められなくなったこと、およびそれと同時に同法ならびに IIRIRA によって人身保護請求に対する司法審査権が制限されたことが争われた。

連邦最高裁は、「行政行為に対する司法審査を強固に支持する強い推定とともに、人身保護についての裁判管轄権を廃止するというならば連邦議会の明確な意思を必要とするという長い間に確立した規範を根拠として」、下級裁判所が退去強制命令の合法性を審査する一般的な人身保護の裁判管轄権を有すると判示した(23)。1996年の法律は国外退去に対する救済を制限する「裁判所の権限剥奪」(court-stripping)条項とよばれる規定を新たに導入したが、人身保護の申立てという「純粋な法律問題」について裁判所による司法審査を排除しないものであり、それを遡及的に適用しようとする行政行為に対する訴訟を排除しないと判断したのである(24)。そして、司法長官の裁量的救済を認めないとした1996年の法律による退去強制手続に関する新しい規定は、法律が制定される前に退去強制事由に該当する自らの犯罪に対して有罪を認める外国人に対してなされる国外退去手続には適用されない、と結論づけたのであった(25)。本件は、一般的な人身保護請求が、多くの重要な事案にとっての唯一の手段だとしても、移民・帰化局の行為について裁判所において争うことができる通常の手段として存在していくことを確認するものであった。それゆえに、移民・帰化局の組織が再編されたとしても、外国人の出入国管理・規制についての責任は、人身保護請求にもかかわるゆえに司法省に残ることは疑いの余地がないものであると指摘されていたのである(26)。

### (3) *Zadvydas v. Davis* 事件

もうひとつは、外国人の退去強制が最終的に決定された後の不定期の収容が問題となった *Zadvydas v. Davis* 判決(533 U.S. 678[2001])である。本件は、退去強制の期限が切れたにもかかわらずさらに収容が続いたため、人身保護令状(27)に基づいて人身保護請求をおこなった事案であった。

この *Zadvydas v. Davis* 判決の意義は、移民法を制定する連邦議会の絶対的権限であっても、合衆国憲法の制約から全くの自由ではないことを判示したことである。連邦最高裁は、政府の主張について疑義を示し、連邦議会の出入国管理・規制権限は「重要な憲法上の制約に服する」と述べた(28)。これについて、学説は、「連邦最高裁はおそらく連邦議会の絶対的権限と移民法の例外的措置を放棄することに一步近づくような姿勢を示したのではないか」(29)との見解を示し、本判決が外国人の出入国管理・規制に関する連邦議会の「絶対的権限の終焉」(30)を意味するものかどうか、大変注目を浴びることになった。もしそうであるならば、本判決は、出入国管理の領域において、「刑事手続に関する *Miranda v. Arizona* 判決(384 U.S. 436 [1966]) およ

び *Mapp v. Ohio* 判決 (367 U.S. 643 [1961])、そして平等保護に関する *Baker v. Carr* 判決 (369 U.S. 186 [1962])、デュー・プロセスの保障に関する *Goldberg v. Kelly* 判決 (397 U.S. 254 [1970]) に匹敵するくらい重要な意義をもつもの」(31) として、大きな論争を巻き起こしたのであった (32)。本判決はその後の退去強制の事案についても大きな影響を与えており、その重要性に鑑みて次章において詳しく検討していくこととしたい。

- (1) *See, e.g., Hiroshi Motomura, Immigration Law and Federal Court Jurisdiction Through the Lens of Habeas Corpus*, 91 CORNELL L.REV. 459, 461-63 (2006).
- (2) Declaratory Judgement Act, Pub. L. No. 343, 48 Stat. 955 (1934) (*codified as amended at 28 U.S.C. 2201*(2000)).
- (3) Administrative Procedure Act, Pub. L. No. 404, 60 Stat. 273 (1946)(*codified as amended at 5 U.S.C. §§ 551-59* (2000)). しかしながら、1952年の現行移民・国籍法によってその適用が排除されることになった。
- (4) Act of March 3, 1891, ch.551, § 1, 26 Stat. 1084 (1891).
- (5) Act of March 3, 1891, ch.551, § 8, 26 Stat. 1084 (1891).
- (6) *Nishimura Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651, 660 (1892).
- (7) *Lem Moon Sing v. United States*, 158 U.S. 538, 546-47 (1895).
- (8) *Fok Young Yo v. United States*, 185 U.S. 296, 305 (1902).
- (9) *Heikkila v. Barber*, 345 U.S. 229, 234 (1953).
- (10) *Chin Low v. United States*, 208 U.S. 8, 12-13 (1908).
- (11) 退去強制における人身保護手続として、人身保護令状の発給を求めるためには、その当事者である外国人は、連邦裁判所に訴えを提起しなくてはならない。それは、合衆国の退去強制権限とは、連邦に属する権限であり、退去強制命令およびその手続きは連邦の行政官によって執行されるゆえに、州の裁判所は、これらの連邦権限の遂行に関してはいかなる権限も有しないのである。すなわち、外国人の退去強制手続きにおいて、人身保護令状の発給は、通常まず連邦地方裁判所に請求されるが、連邦最高裁、その裁判官、各管轄区域内の連邦巡回裁判所の裁判官によっても発給が認められる[28 U.S.C. 2241.]。その場合、当事者たる外国人は、その請願書の書面に身柄が拘束されている管轄区域の連邦地方裁判所に請求しない理由を記載しなくてはならない、とされている[28 U.S.C. 2242.]。
- (12) *See Act of September 26, 1961, Pub. L. No. 87-301, § 5, 75 Stat. 650, 651-53 (formerly codified at 8 U.S.C. § 1105a(a)(1995))(repealed 1996).*
- (13) *Motomura, supra note 1, at 461.*
- (14) *United States ex rel. Marcello v. District Director of INS*, 634 F.2d 964, 967 (5<sup>th</sup> Cir.1981).
- (15) *Motomura, supra note 1, at 461-62.*

- (16) Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996, Pub.L.No. 104-132, 110 Stat. 1214(1996).
- (17) Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996, Pub.L.No.104-208, 110 Stat. 3009-546(1996).
- (18) 8 U.S.C.A. § 1252 (b)(9).
- (19) David Weissbrodt and Laura Danielson, IMMIGRATION LAW AND PROCEDURE IN A NUTSHELL 5<sup>th</sup> Ed. 312 (Thomson West, 2005).
- (20) *See, e.g.*, T.Alexander Aleinikoff, *Detaining Plenary Power: The Meaning and Impact of Zadvydas v. Davis*, 16 GEO. IMMIGR. L.J. 365 (2002); David A. Martin, *Behind the Scenes on a Different Set: What Congress Needs to Do in the Aftermath of St. Cyr and Nguen*, 16 GEO. IMMIGR. L.J. 313 (2002); Margaret H. Taylor, *Behind the Scenes of St. Cyr and Zadvydas: Making Policy in the Midst of Litigation*, 16 GEO. IMMIGR. L.J. 271, (2002); Peter J. Spiro, *Explaining the End of Plenary Power*, 16 GEO. IMMIGR. L.J. 339, 342(2002); Daniel Kanstroom, *St. Cyr or Insincere: The Strange Quality of Supreme Court Victory*, 16 GEO. IMMIGR. L.J. 413 (2003).
- (21) Taylor, *supra* note 20, at 271.
- (22) *Id.* at 271-72.
- (23) INS v. St.Cyr, 533 U.S. 289, 298 (2001).
- (24) Taylor, *supra* note 20, at 275.
- (25) INS v. St.Cyr, 533 U.S. 289, 326 (2001).
- (26) Taylor, *supra* note 20, at 307.
- (27) 28 U.S.C.A. § 2241.
- (28) Zadvydas v. Davis, 533 U.S. 678, 696 (2001).
- (29) Spiro, *supra* note 20, at 343.
- (30) *Id.* at 339.
- (31) Aleinikoff, *supra* note 20, at 366.
- (32) たとえば、本判決を契機として、2002 年に開催されたジョージタウン大学ロー・センター主催の学術シンポジウムを参照。ここでの研究成果は 16 GEO. IMMIGR. L.J. 271 (2002)以下に示されている。

## 小 結

本章で考察したように、アメリカ司法府は、外国人の出入国管理・規制に関する連邦議会の絶対的権限に対して多様な議論を展開している。たしかに、学説が批判するように、裁判所は、外国人の入国拒否についてはさておき、退去強制の事案において

は政治部門の判断に追従するような姿勢をみせてはいるものの、個々の判決では、一律に無条件でそれに追従している訳ではないことは明らかである。ここでは、あくまで合衆国憲法の範囲において、外国人の退去強制からの自由をいかに保障するか、その可能性をさまざまな視点からとらえようとしているのである。それは、手続的および実体的な権利・自由の主張だけでなく、合衆国憲法のもつ枠組みや基本原理を根拠としていかに国家権力を抑制しようかという姿勢がうかがえるものである。

さらに絶対的権限理論の適用範囲をみると、外国人の権利一般の事案について、連邦最高裁が「外国人差別事件について、連邦議会の移民規制権限の排他性及び絶対性にに基づき判断を下している」<sup>(1)</sup>との見解も存するが、ここでは必ずしも絶対的権限理論が適用されている訳ではないことに注意しなくてはならない。外国人に関する絶対的権限の法理は、同じ時期の先住民族や新しく獲得された準州に対する連邦権限に関する事案とともに<sup>(2)</sup>、入国拒否の事案を起源として退去強制の事案に拡張されていったのであり<sup>(3)</sup>、本章で考察してきたように、それはあくまで政治部門による出入国管理・規制の領域における権限行使の問題として論議されるものなのである<sup>(4)</sup>。このことは、後述の第9章で検討する外国人事件における憲法理論の枠組みからもさらに明らかとなるところで、そもそも連邦最高裁は、外国人の職業選択の事案<sup>(5)</sup>や退去強制法における刑事処罰の事案<sup>(6)</sup>等において、早い時期からはっきりと絶対的権限理論とは区別して、合衆国憲法の一般法理を適用してきたのであった。そして、その後の判例も、かかる姿勢によって外国人に関する一連の事案を取り扱ってきたのである。

また、本来的に絶対的権限の法理が適用される外国人の出入国管理・規制の事案についても、いかに当該法理の適用範囲を狭めていくか、それぞれの事案において激しく議論がなされてきたのであり、この点もアメリカ判例理論が示唆する重要な論点といえる。連邦最高裁は、外国人が関係するテロの事案について司法審査の限界を認めるものの、国家緊急事態に陥った状況においても、一般的には、大統領の権限行使の行き過ぎをいかにして抑制することができるかについて、努力する姿勢が見てとれるのである。

このような視点からは、外国人の出入国管理・規制の実質的な根拠を直接的に国際法にのみ求め、ほぼ白紙委任のような行政裁量を認めようとするわが国の判例理論とは、大きな隔たりを感じる。それゆえに、ここでは、アメリカの事例から多くの示唆を与えられる可能性が存するものであり、本研究においては、判例理論における審査モデルの類型化を念頭に置きながら、さらに検討を進めていくこととしたい。

(1) 渡辺賢「アメリカ合衆国における連邦議会の移民規制権限と司法審査」北大法学 34 巻 5 号（1984 年）902 頁。

- ( 2 ) *See Sarah h. Cleveland, Powers Inherent in Sovereignty: Indians, Aliens, Territories, and the Nineteenth Century Origins of Plenary Power over Foreign Affairs*, 81 TEX. L.REV. 1(2002).
- ( 3 ) *See Stephen H. Legomsky, Immigration Law and the Principle of Plenary Power*, 1984 SUP. CT. REV. 255, 256-57 (1985).
- ( 4 ) *Id.* at 256.
- ( 5 ) *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U. S. 356 (1886).
- ( 6 ) *Wong Wing v. United States*, 163 U.S. 228 (1896).

## 第5章 絶対的権限理論の動揺とその範囲

### はじめに

2000-2001年開廷期の *Zadvydas v. Davis* 判決 (533 U.S. 678 [2001]) は、退去強制手続の期限終了後の身体拘束 (収容) が問題となった事案で、ここでは移民・国籍法における実体的デュー・プロセスの議論が展開された。連邦最高裁判所は、合衆国における「自由の核心」ともいわれる伝統的な「身体拘束からの自由」の法理とともに、政治部門の絶対的権限といわれる外国人の出入国管理・規制と合衆国憲法との関係について、従来判例よりもさらに踏み込んで判断した。そして、それは「絶対的権限理論の終焉」(1) を意味するのではないかとの大きな論議を巻き起こし、近年の判例理論の指標 (ランドマーク) となっているものである。

本章では、同じ2001年の9.11同時多発テロ事件の発生前に下されながらも重要なリーディング・ケースとなっている本判決が、これらの点についてどのように判断を下し、そして、その射程をどのように考えていたかについて詳しく分析する。また、これまでの退去強制における外国人の収容についての事案と比較しながら、合衆国憲法との関係で絶対的権限の法理を再考するとともに、*Zadvydas* 判決の出入国管理法制全般へのインパクトについて考えていくこととする。

(1) Peter J. Spiro, *Explaining the End of Plenary Power*, 16 GEO. IMMIGR. L.J. 339 (2002).

### 第1節 *Zadvydas v. Davis* 判決の概要

#### 1. 事実の経緯

現行の移民・国籍法によると最終的な退去強制命令の決定の後、国外退去を命じられた外国人は、90日を期限として収容されることになっている(1)。1996年の不法移民修正及び移民責任法 (IIRIRA) によって、それまで6ヶ月であったものが90日に短縮され、「加重的重罪」(aggravated felony) を含む一定の犯罪をおかした外国人を国外退去手続に賦する間、身柄を収容することを命じ、そして、本件で問題となった退去強制期限後の規定を付け加えられたのであった(2)。ここでは、当該外国人は90日以内に国外退去されない場合、国外退去期間後の収容を定める規定によって引き続き収容されるか、もしくは仮放免され行政審判に付されることになると規定されている(移民・国籍法241条a項6号)。

上告人 (Kestutis Zadvydas) は、ドイツの難民収容所にいるリトアニア人の両親をもつ合衆国の居住外国人 (resident alien) で、自らの犯罪歴を理由に国外退去を命じられた。しかし、ドイツおよびリトアニアは、上告人が自国民でないことを理由に

引き取りを拒否し、そのため移民・帰化局は、彼の妻の母国へ送還しようとしたが、これも失敗した。国外退去の期限が切れたにもかかわらずさらに収容が続いたため、上告人が連邦の人身保護法(3)に基づいて人身保護請求をおこなったのが、本件であった。

連邦地裁は、政府は上告人を国外退去にせず、その身柄拘束が永久的なものになる虞があり合衆国憲法に違反するとして本請求を認めた(4)。これに対して第5巡回区連邦控訴裁判所は、上告人の収容は合衆国憲法に違反しないと結論づけた(5)。それは、最終的な退去強制が不可能であり、彼を国外退去させる誠実な努力が継続しており、そして彼の収容が行政審判に属するものであるからという理由からであった。

もうひとりの被上告人(Kim Ho Ma)は、重罪を犯したことにより国外退去命令を受けたカンボジア生まれの居住外国人であった。彼は、国外退去期限が切れた後も収容が継続され、同じく人身保護法による人身保護請求をおこなったものである。連邦地裁は、外国人が現実に国外退去される機会がない場合、合衆国憲法は国外退去期限後の収容を禁じており、そして、カンボジアは合衆国と引渡し条約を結んでいないため被上告人が送還される機会は存在しないと判示した(6)。第9巡回区連邦控訴裁判所は、一審を支持した。それは、当該収容が90日を越えているため合理的な期間とは認められず、引渡し条約の欠如も認め、収容は期限切れとなったと結論づけたのであった(7)。

連邦最高裁は、裁量的上告を認めて上記2件を併合審理し、判決を下した。ブレア一裁判官による法廷意見(スティーブンス、オコナー、スーター、ギンズバーグ裁判官の4名が同調)は、次のようなものであった。

## 2. 判決の要旨

### (1) 人身保護請求の妥当性

人身保護請求手続は、国外退去期限切れ後の法律および憲法上の訴えの手段として可能だが、現行の移民・国籍法においては、退去強制命令が最終的なものとなった後の継続的な収容について、司法審査を受ける基本的な手段として人身保護を請求することはできない。しかし、国外退去期限が切れた後の収容を定める法律は、合衆国憲法に照らして解釈すれば、外国人の収容は合衆国から当該外国人を国外退去するのに必要で合理的な期間に制限されることを含意するものである。不定期の収容を許容する法律は、重大な憲法問題を提起するものである。拘禁・投獄からの自由は、デュー・プロセス条項によって保護される自由の核心である。政府による収容は、それが十分な手続的保護を有する刑事手続において命じられるか、もしくは特別な正当化事由が存在し、それが個人の自由利益にまさるものでなければ、人身保護請求手続を規定する当該条項を侵害するものとなる(8)。

## (2) 司法審査の範囲

本件の手続は、民事手続でありかつ非懲罰的なものであると推測される。だが、連邦政府は、本法律の下での不定期な収容を正当化する十分な証拠を提供していない。逃走を予防するという第1の正当化理由は、国外退去の可能性がかなり低い場合には脆弱でありもしくは存在しない。共同体社会（community）を防衛するための予防拘禁という第2の正当化の理由は、これまで特別な危険人物に限られかつ厳格な手続的保障が担保されている場合にのみ許されてきた。予防拘禁が潜在的に不定期になるのは、精神障害などのような危険性を創設する他の特別な状況が伴わなければならないとされてきたのである。本件における収容は、潜在的に永久的なものになる可能性があり、かつ逃亡の虞という正当化事由もすでに消滅しているため唯一の特別な状況は当該外国人の国外退去の地位だけであり、それは危険性とは全く関係がないのである（9）。

さらに、ここでの手続は、外国人が共同体社会にとって危険ではないことを自ら立証する責任を課せられており、（連邦政府によると）それは司法審査に服さないものとされている。しかしながら、合衆国憲法は、基本的権利が含まれる事柄について、司法審査なしで行政主体にすべての処遇を決定する権限を認めるものではない（10）。

Shaughnessy v. Mezei 判決（345 U.S. 206 [1953]）は、外国人が再入国しようとしたさいに不定期に収容された事案であり、外国人という地位そのものが不定期の収容を正当化するという政府の主張を支持するものではなかった。一旦外国人が入国したら、法的状況は変化する。というのは、その存在が合法、非合法、一時的、あるいは永住的であろうと、合衆国に存在する外国人を含むすべての人にデュー・プロセス条項が適用されるからである（11）。

それとともに、いかなる事例も、連邦議会が移民法を制定する絶対的権限を有するからといって、司法府がその領域における決定をすべて行政府および立法府に委ねなければならないとは判示していない。なぜならば、そのような権限は合衆国憲法による制限に服するからである（12）。

## (3) 重大な憲法問題の提起

それゆえに、外国人の自由利益は、この国に自由に居住する法的権利が存しないということによって大きく減少されるものではない。なぜならば、ここでの選択は、収容（拘禁）と身体的自由を侵害しない仮放免の下での監視との間に存在し、彼らの自由利益は十分に強固なものであるゆえに、不定期の収容を伴う本件は重大な憲法問題を提起する。だが、ここでの憲法問題にかかわらず、もし連邦議会が司法長官に国外退去命令を受けた外国人を不定期に収容する権限を与える明らかな意図があったとし

たら、本法廷はそれに効力を与えるよう要求されるかもしれない (13)。

しかし、本法廷はこのような意図についていかなる明白な指示も見出さない。法令が使用する“may”という用語は、曖昧でありかならずしも無制約な裁量権限を示唆するものではない。連邦議会は、国外退去手続および国外退去期間中の犯罪を犯した外国人の収容（拘禁）を要求する同じような法律について、不定期な収容権限を授権してはいない。したがって、合衆国における立法の歴史のなかでは、いかなるものも、連邦議会が不定期あるいは無期限となる収容を容認する意図を有するとはっきり示す証拠は存在しないのである (14)。

#### （４）結論

結論として、かかる合理的な期間についての判断は、連邦裁判所の司法審査に属する。連邦の人身保護法は、連邦裁判所に国外退去期限後の収容が法律の授権の範疇であるかどうかを決定する権限を与えている。その疑問に答えるために、裁判所は、外国人の収容がその者の国外退去を担保するために合理的で必要な期間を超えているかどうかを検討しなくてはならない。それは主として、国外退去の時点における当該外国人の身柄を確保する法令の目的に適う合理性を検討しなくてはならない。もし、それが予知できるものであるならば、裁判所は引き続きの拘束を正当化する根拠として、当該外国人がさらなる犯罪をおかす危険性を有しているかを検討すべきである。収容の合法性を審査する責任を回避せず、裁判所は、執行機関の出入国管理に関連した専門的事項、移民・帰化局の必要性と関連性、および移民に関して統一した見解を述べる国家の必要性等の事項に関して適切な判断を下すことができる。連邦議会が外国人の国外退去はすべて 90 日間で実施されうると考えているとは思われないが、連邦議会が 6 ヶ月以上の収容の合憲性に疑問を有していると信じる理由は存在する (15)。

すなわち、連邦裁判所における統一的管理の目的にとっては、6 ヶ月が適当な期間と考えられる。6 ヶ月後、外国人が将来において国外退去されるようなことはないと思わせるにたる根拠を提示したならば、連邦政府はそれに反論するために十分な証拠を提出しなければならない。第 5 巡回区連邦控訴裁判所が上告人の収容の継続を支持するときに適用した基準は、法令が要求する以上に仮放免を申請する外国人が国外退去されるようなことがないことを自ら証明するよう要求しているようにおもわれる。Ma の仮放免を認めた第 9 巡回区連邦控訴裁判所の結論は、将来協定が結ばれる可能性に重きを置かず送還協定が存在しないことを唯一の根拠としているだけなのである。以上のような考察から、両判決は、いずれも破棄差戻されるものである (16)。

このように、本判決において連邦最高裁は、連邦議会の出入国管理・規制権限が「重要な憲法上の制約に服する」(17) と述べた。しかしながら、法廷意見は、憲法そのものを持ち出して違憲の判断を下したのではなく、法令上の根拠により判断し、「不定期

の収容を認める法令は重大な憲法問題を生じるであろうゆえに、国外退去手続終了後の収容の合理的期間が推定されなくてはならない」(18)と判示している点は注意を要するところであった。

- (1) 8 U.S.C.A. § 1231(a)(6)(2001).
- (2) Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996, Div. C, 303, 305, 110 Stat. 3009585, 3009598 to 3009599; 8 U.S.C. 1226(c), 1231(a) (1994 ed., Supp. V).
- (3) 28 U.S.C. A. § 2241.
- (4) *Zadvydas v. Caplinger*, 986 F. Supp. 1011, 1027-28 (E.D. La. 1997).
- (5) *Zadvydas v. Underdown*, 185 F.3d 279, 294, 297(5<sup>th</sup> Cir. 1999).
- (6) *Phan v. Reno*, 56 F.Supp. 1149, 1156 (W.D. Wash. 1999).
- (7) *Ma v. Reno*, 208 F.3d 815, 818-19 (9<sup>th</sup> Cir. 2000).
- (8) *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 688-91 (2001).
- (9) *Id.* at 691-93.
- (10) *Id.* at 693.
- (11) *Id.* at 688-91.
- (12) *Id.* at 696.
- (13) *Id.* at 697.
- (14) *Id.* at 698.
- (15) *Id.* at 699-702.
- (16) *Id.* at 702-03.
- (17) *Id.* at 696.
- (18) *Id.* at 697.

## 第2節 絶対的権限の動揺（？）

### 1. *Shaughnessy v. Mezei* 判決との比較

*Zadvydas* 判決は、連邦法 2241 条の人身保護手続が国外退去期限後の収容について法令および憲法上も適用可能であることを認めるものであったが、さらに以下のような争点について検討している。

まず第1に、連邦政府は、*Mezei* 判決(1953)を引用して(1)、憲法上の観点から、外国人という法的地位は、それ自体不定期の収容を正当化すると主張した。*Mezei* 事件は、一旦合衆国に合法的に入国し、外国へ出かけて帰国し、再入国を拒否された外国人が、エリス島に期限を定められず収容されていた事案であった。連邦政府は、同判決が、そこでの不定期の収容は、連邦政府が彼を引き取る送還先(国)をみつける

ことができなかつたことを理由とするものであり、それゆえにかかる収容は合衆国憲法に違反しないと判示したことを根拠としたのであつた(2)。

しかし、本判決における法廷意見は、Mezei 事件が不定期の収容を含むものとしても、それは重要な点において本件とは異なると判示した。法廷意見が強調したのは、合衆国から一旦出国したのものとして外国人が合衆国への再入国を求めたのであり、エリス島におけるその者の存在は、入国しているとは考えられていなかったという点であつた。したがつて、Mezei 事件の被上告人 (Ignatz Mezei) は、合衆国憲法との関係においては、本件とは異なり、未だ入国していない状態すなわち国境で停止されているように扱われていたと判断されたのであつた(3)。Zadvydas 判決は、Mezei 判決を覆すことなく、退去強制される虞のある外国人について領域的類別理論を適用することによって救済したのであつた(4)。国家の領域をこのように憲法の効力が及ぶ入国とそれ以前のボーダーラインとを区別してその判断をおこなう手法は他の退去強制の事案でもみられ、本研究では、かかる審査モデルを「地域・領域類別型アプローチ」と呼ぶこととする(5)。

## 2. 合衆国憲法による制約

第2に、同じく連邦政府は、連邦議会が移民法を制定する絶対的権限を有し、そして司法府はその領域における行政府および立法府の意思決定に従わなければならないと主張した。しかしながら、法廷意見は、その権限は重要な憲法的制限に服するものであると判断している。外国人を国外退去のための収容から仮放免されるときに条件付きでその者を観察に付すこと、あるいはこれらの条件に反したことが明らかな場合に身柄を拘束する連邦議会の権限を否定するものではないが、本件で提起される問題は、国家意思に反して在留する権利や国外退去されるべき外国人を見逃すことを要求する権利を認めようというものではなく、連邦政府が国外退去できないと認める外国人を合衆国内に不定期の期間その身柄を拘束することができるかどうかということであるとして本件の争点を明確にした。そして、さらに法廷意見は、次のように論旨を展開する。

「これらの事案は、われわれに合衆国への外国人の入国を規制する政治部門の権限について考察することを要求しているのでもない。したがつて、われわれは国家の外装に無防備な装いを残そうとするものではないのである。さらに、われわれはテロ行為やその他の特別な状況を考へているものではない。そのような場合には、予防的収容の形態および国家の安全に関する政治部門の判断に対する高次の服従について、特別な議論がなされるかもしれないのである。」(6)

要するに、連邦政府は外国人が享受する自由利益はこの国で生活する法的権利を欠くことによって大きく減じられるのは当然であると主張するが、ここでの問題は身柄の拘束・投獄か、または自由に生活を営むかということの選択ではなく、身柄の拘束か、または仮放免の下での観察かの問題であると判断したのである。そして、少なくとも適用される手続に関係なく外国人に対する収容が不定期かつ潜在的に無期限になる可能性を認めるかどうかについて、重大な憲法問題を提起するのに十分であると結論づけたのである。本判決について、連邦最高裁は、このような理由づけによって、連邦控訴裁判所の判決を差し戻したのであった。

### 3. 絶対的権限理論の揺るぎない主張

#### (1) スカリア裁判官による反対意見

このような法廷意見に対して、本件についても絶対的権限理論が適用されるべきであるとしてスカリア裁判官（トーマス裁判官同調）およびケネディ裁判官（レンキスト長官同調、スカリア裁判官およびトーマス裁判官一部同調）による反対意見が述べられている。以下は、スカリア裁判官の反対意見の要旨である。

ケネディ裁判官はパート II（後出）で一定の状況下においては裁判所が仮放免を命じる場合がありえると述べるが、私はそのようには考えてはいない。本件は、*Reno v. Flores* 事件 (507 U.S. 292 [1993]) と同様に実体的権利が主張されているものであり、その拡張を否認することは十分に説得力が存する。外国人の在留は、憲法および法律上の権利ではないのである。本件は「身体的拘束からの自由」あるいは「不定期の収容からの自由」として位置づけることができるけれども、その根底において明らかに合衆国に在留する法的権利のない個人がこの国に仮放免される権利を主張するものであり、実際このような憲法上の権利は存在しないのである (7)。

*Chae Chan Ping v. United States* 判決 (130 U.S. 581[1889]) において判示されたように、最終的な退去強制命令が発せられた犯罪外国人と同様に、国境に留まっている入国拒否された外国人は、合衆国に存在する権利は持たない。*Mezei* 事件においても、われわれは、合衆国政府がいずれかの国に送還することができない入国拒否された外国人に対する潜在的に無期限になる虞のある収容を支持した。われわれは、被上告人の継続的な入国拒否は、法令または憲法上の権利を奪うことになるとは考えていないと判示したのである。法廷意見は、*Mezei* 事件と本件の *Zadvydas* 事件とを区別しようとするが、同判決における 4 名の反対意見においてさえ、この国に仮放免される憲法上の実体的権利は主張されておらず、本件の上告人も同様の立場にある。法廷意見は、明らかに *Mezei* 判決を適用しようとはせず、または覆そうともせず、それと本件とを区別しようとするが、私は、このことはむしろ当該判決を法的霧中に覆い隠すことになると考える。合衆国への入国および在留が問題となっているのであるから、

最終的な退去強制命令が下された外国人は、合衆国の入口で入国拒否された外国人と同じ立場に立つものであり、その者は合衆国へ入国する権利は持たないのである(8)。

法廷意見は、「デュー・プロセス条項は、最終的な退去強制命令に服する外国人を保護する」と判示した *Wong Wing v. United States* 判決 (163 U.S. 228[1896]) を引用するが、それは「司法手続を経ずして刑罰を科してはならない」ことを判示するに過ぎないのである。かかる禁止事項は合衆国へ仮放免される権利とは関係なく、*Wong Wing* 判決は、最終的な退去強制命令に服するために身柄を拘束されている外国人の権利が国境で収捕され身柄を拘束されている外国人とは異なることを明示してはいないのである。それは、法廷意見が *Mezei* 事件において収容された外国人を懲役に服させることができると信じていない限りにおいてのことではあるが(9)。

法廷意見は、*Mezei* 判決について十分な説明も区別もできていないのである。連邦議会は、明らかに両者の外国人を憲法的にも同じ期間収容することができると考えていた。なぜならば、移民・国籍法においては同じ条項(10)で両者についての収容権限が規定されていたからである。それゆえに、私は、*Mezei* 判決が本件を支配し、連邦議회가司法長官に授権した裁量権限を阻む憲法上の理由は存在しないと考えるものである(11)。

以上がスカリア裁判官の反対意見の要旨であるが、このように本裁判官は、本件の *Zadvydas* 事件を退去強制に関する他の重要な事案と区別することなく、一貫して絶対的権限理論の適用を主張するものであった。

## (2) ケネディ裁判官による反対意見

ケネディ裁判官は、反対意見を第1部 (Part I) と第2部 (Part II) に分けて論じている。ケネディ裁判官も、スカリア裁判官同様、退去強制または入国拒否との関係で外国人を収容する連邦議会の権限は出入国に関する立法府の重要な権限の一部であるとするこれまでの絶対的権限理論に立脚して自らの見解を主張する。

まず第1部では、移民・国籍法にある本条項(12)の「国外退去の期間を超えた」収容が規定されたとき、連邦議会は、「出入国に関する自らの重要な権限を行使して、司法長官によって逃亡の虞または国家に対する危険性 (a flight risk or a danger to the Nation) が存すると判断された限りにおいて、同長官に入国拒否またはその他の国外退去されるべき外国人を収容する裁量権限を付与したと考えることは合理的なことであり、したがって、本件において、本条項をこのように解釈することは適切なものである」と述べている(13)。多数意見は外交関係における役割を不適當かつ無分別に引き受けてしまっており、先例のないかかる誤りは、外国人が保持している自由利益について部分的に取り違えることになると批判する(14)。ケネディ裁判官は、多数意見が主張する合理的な期間の制限は、条文の平易な解釈から逸脱するものであり、

さらに、入国拒否される外国人と退去強制される外国人との区別も当該条文の解釈から導くことはできないというのである (15)。

そしてケネディ裁判官は、第 2 部において、本件における上告人たちの自由利益について、次のように論じている。

本件における当該外国人たちの主張は実体的なものである。すなわち、彼らの収容は、もし自らが逃亡の虞や共同体社会への危険性がないことを立証できなければ生涯続くことになるかもしれない。その場合、このような特別な状況にある収容が実体的な憲法問題を提起することになるかもしれないが、そのことは外国人の法的地位を規定する法律を無視するような規範を構築する理由にはならないのである (16)。同裁判官は、スカリア裁判官と同じく実体的権利についてはこのように強く否定している。

しかしながら、われわれの裁判管轄権の中にある外国人は、「デュー・プロセス条項の保護を受ける権利を有する。デュー・プロセス条項の下での自由は、違法ないし恣意的な身体的拘束や収容に対する保護を含む」(17) ものであった。このことは、これまでの諸判例が示すとおりであるが、「その結果として、Zadvydas や Ma のような外国人も、徹底した実質的な手続的保護を受けることなく国外退去の地位にたどり着くことはない」(18) のであり、退去強制および入国拒否される外国人は、双方とも、「恣意的または衝動的」(arbitrary or capricious) な収容からの自由を享受する。収容が退去強制に起因するものであれば、かかる収容は刑罰であったり、監禁状態であったり、その状態が刑罰を科すことを意図したものであってはならない。だが、本件においては、逃亡の虞や共同体社会への危険性を回避するために当該外国人たちを収容したのであって、「恣意的または衝動的」な収容にはあたらないと考えられる(19)。

ケネディ裁判官は、手続的救済として、仮放免および仮放免の取消し手続を定め、それとともに当該外国人の収容の決定をおこなう上での裁量権限の行使をコントロールする連邦規則 (20) の規定と本件とを比較するのである。その上で、「Zadvydas も Ma も、司法長官が不適切な方法で本件の手続を執行したと主張してはおらず」(21)、裁判所としてはかかる司法審査については別の機会を留保するというものであった (22)。

以上のように、ケネディ裁判官は、スカリア裁判官と同様に本件における絶対的権限理論の適用を前提として論旨を展開しつつも、実体的権利は否定するものの手続的権利については議論する余地を担保している。他方、スカリア裁判官は、司法長官の犯罪外国人に対する不定期収容を認めるケネディ裁判官の第 1 部については同意したものの、かような司法審査の機会も認められないと主張し (23)、その違いを浮き上がらせるものであった。だが、連邦議会の出入国管理・規制権限が憲法上の制約に服すると述べる法廷意見は、これまでの絶対的権限理論が動揺したかのような印象を与え大きな議論を喚起したが (24)、Zadvydas 事件のこれらの反対意見からも推察される

ように、連邦最高裁においては、当該法理について今後とも確固たる主張がなされるものと考えられる。このことは、次節における本判決の検討からもさらに理解されるところである。

- (1) Mezei 事件の概要については、本研究第 4 章第 3 節を参照。
- (2) *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 693 (2001).
- (3) *Id.* at 694.
- (4) *The Supreme Court, 2000 Term—Leading Cases*, 115 HARV. L. REV. 306, 376 (2001).
- (5) 地域・領域類型アプローチによる絶対的権限の制約については、本研究第 9 章第 2 節を参照。
- (6) *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 696 (2001).
- (7) *Id.* at 702-03.
- (8) *Id.* at 703.
- (9) *Id.* at 704.
- (10) 8 U.S.C.A. § 1231(a)(6).
- (11) *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 704-05 (2001).
- (12) 8 U.S.C.A. § 1231(a)(6).
- (13) *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 711 (2001).
- (14) *Id.* at 718.
- (15) *The Supreme Court, supra* note 4, at 370.
- (16) *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 718 (2001).
- (17) *Id.* at 718.
- (18) *Id.* at 718-19.
- (19) *Id.* at 721.
- (20) 8 C.F.R. § 241.4.
- (21) *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 724 (2001).
- (22) *Id.* at 725.
- (23) *Id.* at 702.
- (24) この点については、本研究第 4 章第 7 節を参照。

### 第 3 節 退去強制における収容と「自由の核心」法理

#### 1. 司法判断適合性の拡張

これまでも、連邦議会が司法長官の判断だけで当該外国人の危険性を根拠として退去強制事由に該当する外国人を不定期に収容することができる権限を明示的に定める法律を制定したとしたら、連邦最高裁は違憲の判断を下すであろうとの見解が存して

いた(1)。連邦最高裁は、Zadvydas 判決をもってして、基本的な公正さの観念と合致する法令の解釈を正当化するために憲法規範を利用したのであった。そのような意味において、Zadvydas 判決は、画期的な判例として認識されるべきであるというのだ(2)。

Zadvydas 判決において、連邦最高裁は外交政策事項における行政府の第一義的な役割について言及している。それは、「連邦政府の外交政策上の判断が問題となるときには裁判所は、それを注意深く見守り、その判断が外交政策の専門性に依拠する場合には、連邦政府に適当な猶予を与える」(3)ことを要求しているだけのことであるという。つまり、「注意深く見守り、そして適当な猶予を与える」という基準は、他の絶対的権限に関する事案に見られるような司法判断適合性を否定するような立場とはほど遠いものとなっている(4)。実際、法廷意見は、行政府に反対するような判断が下されれば、収容された外国人の送還に関する他国との外交交渉を侵害するものとなり、「正当な司法機能を見誤るものである」(5)との主張をはねのけたのであった。

## 2. 「自由の核心」法理の伝統

### (1) Reno v. Flores 判決における「身体的拘束からの自由」

外国人の退去強制手続に関わる収容について、ここで注目されるのが、Mezei 事件とともに前章でも紹介した外国人少年の退去強制手続の継続中における仮放免が争われた Reno v. Flores 事件(507 U.S. 292 [1993])であった。ここでは、Zadvydas 事件において反対意見を述べたスカリア裁判官が法廷意見(レンキスト長官、ホワイ、オコナー、ケネディ、スーター、トーマス裁判官の6名が同調)を執筆しており、同事件においても、合衆国憲法が保障する「自由の核心」としての「身体的拘束からの自由」について、以下のような議論がなされた。

スカリア裁判官による法廷意見は、「身体的拘束からの自由」が、手錠、鎖、格子付きの独房や、自己の意思によって行動をすることを妨げられる意味において発生し、本件の場合、成人とは異なり、外国人少年は、常にある一定の監護の下に置かれるゆえに、その者を仮放免するのは憲法上保障されるこれらの「列挙されていない自由」ではない、としてデュー・プロセス条項の核心ともいえる自由利益を狭く解釈するような論述をおこなった(6)。それは、「施設収容からの自由」を、あたかもデュー・プロセス条項からすべて排除してしまおうと意図しているかのような誤解を与え、それゆえに、一見、長い間、デュー・プロセス条項のエッセンスとして支持されてきた身体的自由の領域における判例を変更したのではないか、との懸念を抱かせるものであった(7)。そのため、以下のように、本件における9名中4名の裁判官が、かかる法廷意見の見解に強く反対したのであった。

「身体的拘束からの自由」を狭く解釈しようとする法廷意見に対して、オコナー裁判官による同意意見（スーター裁判官同調）も、スティーブンス裁判官（ブラックマン裁判官同調）による反対意見も、被上告人である外国人少年は、「デュー・プロセス条項の核心ともいえる施設収容からの自由という憲法上保護された利益」を有する、として真っ向から反対意見を表明している。それについて スティーブンス裁判官は、「身体的拘束からの自由」は、恣意的な政府の行為からデュー・プロセス条項によって保護される自由利益の核心に位置するものであり、そして、裁判所は常に、重要かつ基本的な性質を有する自由についての個人の権利を狭めることのないように心掛けてきた、と述べている（8）。また、オコナー裁判官の同意意見も同じく、*Foucha v. Louisiana* 判決（504 U.S. 71 [1992]）（9）や *In re Gault* 判決（387 U.S. 1 [1967]）（10）等を引用して、収容の状態が「相当かつ人道的」なものであろうと、あるいは、収容される者が一定の年齢に達していなくても、そのことを理由として収容されている者の身体的自由についての実体的デュー・プロセスの保障を排除することはできない、との主張をおこなう（11）。

つまり、人の「身体的拘束からの自由」は、手錠、鎖、格子付きの独房からの自由を越えおり、善意による拘束であろうとも、施設における収容も含むとの立場に依拠するものであった。これは、連邦最高裁がこれまで長い歴史の中で築き上げてきた伝統的な「自由の核心」法理といえるものであり、*Zadvydas* 判決においても、スティーブンス裁判官とオコナー裁判官がブレア裁判官の法廷意見を支え、それが反映されたのであった。

## （2）「仮放免される権利」の憲法上の位置づけ

一般的に退去強制手続における「身体的拘束からの自由」については、第1に、収容自体の目的およびその手段が適正なもので、かつ、実際の収容が適正になされているか、第2には、一旦適正に収容されている外国人がその後の退去強制手続の継続中にどのような条件の下で仮放免されることができるか、というように収容を大きく2つの段階に分けて考えることができる。このような視点から検討すると、*Reno v. Flores* 事件（1993）では、明らかに後者について争われたのであった。法廷意見は、旧移民・国籍法 242 条 a 項 1 号に規定される不法入国したと思料される外国人少年の収容およびその手続が適正なものかどうかについて検討し、この点については憲法上問題ないとの判断を下している（12）。

*Flores* 事件では、移民・帰化局の収容権限自体の合憲性は争われておらず（13）、外国人少年が退去強制手続の違反審査の継続中に「いかなる人物」のもとに仮放免されるかという条件が争われているゆえに、第2の段階の問題としてとらえられているのである。他方、*Zadvydas* 事件では、これら二つの段階を越えて退去強制手続終了後

の継続的な収容からの自由が問題となったのである。さらに *Mezei* 事件と併せて考えれば、外国人の退去強制に関わる収容からの自由すなわち合衆国内への仮放免については、入国前後の収容～退去強制手続中の収容～退去強制手続終了後の収容という身体的拘束の状態からの自由の問題として類型化することができる。そして、それぞれの退去強制手続における収容からの自由に適用される法理については、「身体的拘束からの自由」について適用される厳格な審査基準なのか、合理性の審査基準によって判断されるものなのか、それとも政治部門の絶対的 (plenary) な権限を認めて司法的な介入を控えるべきなのかが争われることになるのである (14)。

この点について *Flores* 事件におけるスティーブンス裁判官の反対意見は、本件で問題となっているのは、親類や責任ある成人に仮放免されずに施設収容されている少年が、被上告人と同じように収容されながら仮放免された外国人少年が享受する「身体的拘束からの自由」を享受できないことであり、そのことが、被上告人のクラスをして訴訟を継続させた理由であり、この事件のすべてである、と主張している (15)。先例を検討すると、期限を決めずに収容を認める規則において、当該外国人少年の最善の利益を個別に考慮する規定が省略されているのは、明らかに彼らの自由を否定するものであり、外国人少年たちは、合衆国憲法が同じような状況にある合衆国市民が保障されるのと同じような自由を求めているのである、とスティーブンス裁判官は強く主張するのであった (16)。

これに対して、スカリア裁判官の法廷意見は、収容の期限は、違反審査の未決の間に限られているゆえに不定期の収容にはならず (17)、また、外国人と合衆国市民を異なって扱う論拠を、外国人の特殊性と司法長官の裁量権ないし政治部門の絶対的権限理論に依拠することによって簡単にクリアしようとするのである (18)。このような同裁判官の一貫した姿勢は、*Zadvydas* 判決においても鮮明にみられるものであった (19)。入国前後の収容からの自由に関する *Mezei* 事件も、退去強制手続中の収容からの自由に関する *Flores* 事件も、退去強制手続終了後の収容からの自由に関する *Zadvydas* 事件についても、スカリア裁判官にとっては、すべて絶対的権限理論が適用され、裁判所は政治部門の判断に追従しなくてはならないというものである。

### (3) 国家の主権原理と外国人の収容

このようなスカリア裁判官の絶対的権限理論の核心部分は、自らが執筆した *Flores* 事件の法廷意見に集約される。同裁判官は、まず、「合衆国と外国人訪問者との関係を規定する責任は、連邦政府の政治部門にあり、それは、連邦議会のより完全な立法権限であることに疑いはなく、出入国および帰化に関する広い権限を行使するうえで、連邦議会は、通常では、合衆国市民に対して適用されえないような規定を設け、司法長官に収容を含むその執行に関する広範な裁量権を与えているのである」として、合

衆国市民とは異なる地位を有する外国人ゆえに、外国人の収容が「身体的拘束からの自由」の範疇外にあるとの主張をおこなう (20)。

ここで注意を要するのは、「対外的な国家主権」という文言の使用は巧みに回避されているが、法廷意見が「残された憲法問題は、ほとんどすべての被告（収容されるクラス）が退去強制事由に該当すると思料される外国人である」という事実によって除去され、かつ、連邦議会のより完全な立法権限を認める」(21)、と述べている点である。これは、同意意見や反対意見が触れていない点であるが、外国人の収容は、退去強制手続の一部であり、かつ合衆国市民に対してはありえない権利・自由の制限であること、そして出入国管理・規制権限から派生することを前提としており、実質的に政治部門の絶対的権限に依拠するというものである (22)。つまり、外国人の出入国管理・規制は、国家主権に内在する権限であり、入国拒否および退去強制の手続的・実体的要件は、法律によって規定されるというものを、立法府およびそれを運用する行政府の大きな裁量に委ねられるということを徹底して主張するのであった。他方、Zadvydas 事件では、同じ退去強制手続における収容からの自由について、合衆国憲法における伝統的な「自由の核心」法理を適用して仮放免が認められたのであり、退去強制の過程においても異なる法理が適用されることが注目される。

すなわち、Flores 判決と Zadvydas 判決との相違は、退去強制手続の継続中における収容と、終了後の継続的な収容との違いであり、前者については外国人ゆえの絶対的権限の法理を適用し、後者については一般的な憲法上の法理を適用して事案を解決したことである。連邦最高裁は、国家の主権原理から派生する絶対的権限理論は、あくまで実質的な出入国管理に関わる範囲において適用され、その適用範囲を狭く解釈するアプローチを採用しているのである。

このように、昨今の連邦最高裁においては、絶対的権限理論の適用範囲について、スカリア裁判官とスティーブンス裁判官の両者の見解を基軸として激しく対立してきた感がある。そして、その他の裁判官が個々の事案の特質を勘案して、それぞれの法的信条によって組することになり、そのせめぎ合いによってこのような結果の相違を生み出してきたのである。

- (1) Hiroshi Motomura, *Immigration Law After a Century of Plenary Power: Phantom Constitutional Norms and Statutory Interpretation*, 100 YALE L.J. 545(1990).
- (2) T.Alexander Aleinikoff, *Detaining Plenary Power: The Meaning and Impact of Zadvydas v. Davis*, 16 GEO. IMMIGR. L.J. 365, 369(2002).
- (3) *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 700 (2001).
- (4) Peter J. Spiro, *Explaining The End of Plenary Power*, 16 GEO. IMMIGR. L.J. 339, 344-345(2002).
- (5) ケネディ裁判官の反対意見。Zadvydas v. Davis, 533 U.S. 678, 725 (2001)

- (6) *Reno v. Flores*, 507 U.S. 292, 302-03 (1993).
- (7) *The Supreme Court, 1992 Term—Leading Cases*, 107 HARV. L. REV. 144, 181 (1993).
- (8) *Reno v. Flores*, 507 U.S. 292, 340-41 (1993).
- (9) *Foucha v. Louisiana* 事件は、刑事事件において責任無能力を理由として無罪となった者が、ルイジアナ州法によって精神科施設へ民事収容された後の継続収容の合憲性について争った事案で、連邦最高裁は、もはや精神障害者ではなくなった者を州が継続して収容する根拠は失われており、当該法律の規定は、本人や他者への危険性についてもその立証責任を本人に課している点でデュー・プロセス条項に違反するとの判断を下した。ここでは、その前提として民事上の「施設収容からの自由」が憲法上保護される利益であり、それがデュー・プロセス条項の核心部分であることを確認している。*Zadvydas* 判決は、かかる法理と共通するものが存すると考えられるところである。なお、*Foucha v. Louisiana* 判決と *Reno v. Flores* 判決との比較については、新井信之「外国人少年の収容と実体的デュー・プロセス（二）—*Reno v. Flores* 事件[113 S.Ct. 1439 (1993)]を素材賭して—」長崎外国語短期大学論叢 46号（1996年）3頁以下を参照。*Foucha v. Louisiana* 事件の解説については、横藤田誠「責任無能力を理由に無罪となった者の収容をめぐる憲法問題～アメリカ連邦最高裁の *Foucha* 判決(1992年)を中心に～」宇部短期大学学術報告第31号（1994年）113頁以下および同『法廷のなかの精神疾患—アメリカの経験—』（日本評論社、2002年）207頁以下を参照。
- (10) *In re Gault* 事件の上告人（Gerald Gault）は、隣人の女性に卑猥な電話をかけたとの苦情によって収容された15才の少年で、アリゾナ州少年裁判所の裁判官による聴聞の後に成人になるまで州の職業訓練校に送致された事案であった。連邦最高裁は少年法によって処遇される犯罪少年についても成人の刑事事件と同様に修正一四条のデュー・プロセスが保障されると判示し、本件は少年事件の手続保障についての画期的な事案であったといわれる。法廷意見を執筆したフォータス裁判官は、子どもの権利の擁護者として特筆されるものである。
- (11) *Reno v. Flores*, 507 U.S. 292, 315-18 (1993).
- (12) *Id.* at 306-09.
- (13) *Id.* at 306.
- (14) 本研究では、かかる視点から以下のような判例を検討してきたのである。See, e.g., *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581 (1889); *Nishimura Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651 (1892); *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893); *Kaoru Yamataya v. Fisher*, 189 U.S. 86 (1903); *Shaughnessy v. Mezei*, 345 U.S. 206, 212 (1953); *Landon v. Plasencia*, 459 U.S. 21 (1982); *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001); *Demore v. Kim*, 538 U.S. 510 (2003); *Clark v. Martinez*, 543 U.S. 371 (2005); *Jama v. Immigration & Customs Enforcement*, 543 U.S. 335 (2005).
- (15) *Reno v. Flores*, 507 U.S. 292, 347-48 (1993).
- (16) *Id.*

- (17) *Id.* at 314.
- (18) *Id.* at 305-06.
- (19) *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 702-05 (2001).
- (20) *Reno v. Flores*, 507 U.S. 292, 305-06 (1993).
- (21) *Id.* at 305.
- (22) *Reno v. Flores* 事件の法廷意見が絶対的権限 (plenary power) を強く意識することについては、*See Comment, INS Detention of Alien Minors: The Flores Challenge*, 1 GEO. IMMIGR. L.J. 329,348 (1986) .

## 第4節 「テロリストの例外」の法理

### 1. 法廷意見による留保と 9.11 同時多発テロ事件

しかしながら *Zadvydas* 判決は、その文言をみれば、最終的な憲法上の解釈ではなく、形式的に関連のある法令が司法長官に不定期の収容をおこなう権限を与えていないと解釈しただけのことであったことに注意しなくてはならないであろう。連邦最高裁の判断は、重大な憲法問題が発生する可能性を述べているだけであり、当該法令は憲法上の問題を回避するような方法で解釈されなくてはならないとしているのである。それゆえに、本判決は、法令の解釈を憲法上の利益の規定に変換するための大きなステップとはならないかもしれないとの懸念も指摘されている (1)。

*Zadvydas* 事件で問題となった退去強制手続の終了後の収容を規定する条項は、連邦議会にしてみれば、退去強制される外国人に懲役を科そうとして違憲判決が下された *Wong Wing* 判決とは区別して、刑罰ではなく、退去強制される外国人の国外退去到付随した規制目的に近接したものとしてとらえていると考えることもできよう (2)。このことは、スカリア裁判官が、「*Wong Wing* 判決は、司法手続を経ずして懲役を科してはならないことを判示するに過ぎず、かかる禁止事項は合衆国へ仮放免される権利とは関係ない」 (3) と主張するところと共通するものがある。

連邦議会は司法長官が個々の事案の状況を勘案して仮放免の決定をおこなうことを期待しているのかもしれないが、このような決定のための検討要素のひとつが共同体社会に対する危険性の有無なのである。この点について、法廷意見を執筆したブレイカー裁判官は、連邦議会は司法長官によって危険と思料される外国人を適当と考えられる期間中引き続き拘束したいと考えてはいないと述べるが、かような根拠は存在せず、その意図は不明確であると指摘されている (4)。

そのような意味において、*Zadvydas* 判決が、「テロ行為やその他の特別な状況」下においては特別な議論がなされる余地を残していると述べているように (5)、連邦最高裁が、国家の緊急事態の場合には平時とは異なる法理が適用される可能性を示唆し

ている点は、2001年の9.11同時多発テロ事件以降の今日的状況から考えると大変注目されるところであった。

## 2. 戦争権限としての出入国管理・規制

一般的に裁判所は出入国管理・規制の合憲性を判断することに躊躇するのであるが、国家の安全保障の問題が発生すると、その傾向はより一層強くなる。この出入国管理と安全保障との関係性は、多くの「絶対的権限」の事案の中で特に認識されるものであるが(6)、それは、本判決における「テロリストの例外」の法理が明示するものである(7)。この点については、ケネディ裁判官の反対意見が、「多数意見は、[テロリストの例外については]おそらく危険性への評価に基づいている。しかし、これは、法律の自然な読み方を支持することを不適切だと判断する前提である。」(8)というように、連邦最高裁内部でも批判が存する。また学説も、「多数意見は、巧妙な作戦を実現するための余地を残している。適切な事件において逃げ道を確保する長所を選択したことは、実は、重大な原理的な危険を招く」(9)として、Zadvydas事件の法廷意見を「原理的な混乱」と評している(10)。

しかしながら、外国人の出入国管理・規制権限とは、そもそもが国家の戦争権限からも導かれるように(11)、国家の自己保存にとって極めて重大な危機的状況が発生したような場合においては、政治部門による絶対的(plenary)な対応が即座になされる要素を含み持つものである。このことは、個々の法的状況への例外的な対応というよりも、全体としての国家の法体系に潜在的に含まれる法理であると認識される。9.11以前は、下級裁判所では、入国管理手続において秘密証拠の無制約な使用を拒否する傾向が高まっており(12)、連邦議会は「重要な秘密証拠」の準則を廃棄する瀬戸際に立たされていた。だが、9.11は、疑いなく、これまで司法部が出入国管理・規制の領域において政治部門をより合憲的な責任者として認め、それに追従してきた姿勢に対して、さらに重要な問題を提起するものとなったのである(13)。なぜならば、9.11は、非移民ビザで合衆国に入国した主としてサウジアラビア国籍の外国人によって実行されたと考えられているからである。少なくともそのうちの2人は学生ビザの資格外活動をおこなっていたのだが、その取締りの対象とはなっていなかったため、同時多発テロ事件の発生によって、出入国管理と国家の安全保障との結びつきが一躍注目を浴びることになったのである(14)。

(1) Peter J. Spiro, *Explaining the End of Plenary Power*, 16 GEO. IMMIGR. L.J. 339, 345 (2002).

(2) T.Alexander Aleinikoff, *Detaining Plenary Power: The Meaning and Impact of Zadvydas v. Davis*, 16 GEO. IMMIGR. L.J. 365, 368 (2002).

(3) *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 704 (2001).

- (4) Aleinikoff, *supra* note 2, at 368.
- (5) *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 696 (2001).
- (6) *See, e.g.*, *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581 (1889); *Knauff v. Shaughnessy*, 338 U.S. 537 (1950); *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U.S.580 (1952); *Shaughnessy v. Mezei*, 345 U.S. 206 (1953);
- (7) T. Alexander Aleinikoff, David A. Martin and Hiroshi Motomura, *IMMIGRATION AND CITIZENSHIP: PROCESS AND POLICY* 5<sup>th</sup> Ed.1295 (Thomson West, 2003).
- (8) *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 715 (2001).
- (9) Aleinikoff, *supra* note 2, at 379.
- (10) *Id.* at 386.
- (11) この点については、本研究第2章第2節で検討した退去強制権限の法的根拠を参照。
- (12) *Najjar v. Reno*, 97 F. Supp.2d 1329 (S.D.Fla.2000); *Kiareldeen v. Reno*, 71 F. Supp. 2d 402 (D.N.J. 1999); *Haddam v. Reno*, 54 F.Supp.2d 588(E.D.Va.1999).
- (13) *Spiro*, *supra* note 1, at 357-61.
- (14) Aleinikoff, Martin and Motomura, *supara* note 7, at 1183.

## 小 結

*Zadvydas* 判決の意義は、連邦最高裁が、移民法を制定する連邦議会の絶対的権限であっても退去強制手続終了後の収容については重大な憲法上の制約に服することを明示したことであった(1)。外国人の出入国を含む連邦法に関する事案については、いまだ連邦最高裁に内在する政治部門の絶対的権限を尊重する姿勢が強固であるようにおもわれるが、*Zadvydas* 判決から示唆されたのは、国家主権の法理が適用される領域をいかに制限して憲法上の一般的な法理を適用していくかという司法審査のアプローチであった(2)。国家主権に付随する固有の権限の存在自体を否定することはできないけれども、その適用領域をいかに狭めて外国人の権利・自由を保障していくかというものであり、このことは、わが国における事案の解決にとっても大きな手掛かりとなりうるものである(3)。だが、法廷意見が、「テロ活動やその他の特別な状況」を含む事案においては絶対的権限に道を譲る可能性を明示的に留保したことは看過されてはならず、9.11以降の今後の展開が注目されるところでもあった。

そのような意味において、はたして「絶対的権限の終焉」といわれるような判例の変更があったかどうかは定かではない。それどころか、奇妙なことに、連邦最高裁が9.11の発生を予測していたかのようにテロリストの退去強制手続にともなう収容について憲法的な制約を留保していたことは、合衆国における統治の一旦を担う裁判所の役割を自覚するものとして驚愕するのを禁じえないところでもある。1996年の移民

法の改正についても、テロ活動の頻発を視野に入れた連邦議会の立法能力とともに、それに連動するような連邦最高裁の姿勢がここでも垣間見られるものである。それゆえに、連邦最高裁がどのような姿勢で国家の非常事態における外国人の退去強制に対処しようとするのか、引き続き注意を要するところであろう。この点については、次章においてさらに検討していくこととしたい。

(1) *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 696 (2001).

(2) ここでいうところの主権領域の制限アプローチについては、本研究 9 章第 3 節を参照。

(3) たとえば、わが国においても、大村入国者収容所（現大村入国者収容センター）などにおいて、退去強制命令を受けた外国人が、送還先の引き取り受諾などの関係で不定期に収容される場合があった[法務省出入国管理局編『出入国管理の回顧と展望—昭和 55 年度版』（1981 年）159-64 頁]。このような場合なども、憲法上の「身体的拘束からの自由」の範疇としてとらえるべきか、憲法的保障を越えた国家の超法規的裁量の範疇の問題としてとらえるのか、*Zadvydas* 判決から示唆を受けるところが大きいようにおもわれる。すくなくとも、昭和 25 年の判決で、たとえ不法入国者であっても、人権の享有主体であることが確認されており[最判昭和 25・12・28 民集 4・12・683]、わが国の領土高権の及ぶ範囲にいる「人」ならば誰にでも憲法の効力は及ぼされるという判例の立場からも、外国人の収容に関しても憲法上の「身体的拘束からの自由」の問題として理論構成されなくてはならないであろう。この場合、日本国憲法 31 条によるか 13 条を根拠とするかはともかくとしても、収容が不当に長期に及ぶ場合や不定期に身柄が拘束される場合など、人間人格の尊厳にかかわるゆえに、安易に超法規的措置など考えてはならず、あくまで憲法的権利保障の範疇でとらえなくてはならないのが日本国憲法の趣旨であると考えられよう[新井信之「外国人少年の収容と実体的デュー・プロセス（三・完）—*Reno v. Flores* 事件（113 S.Ct. 1439 [1993]）を素材として—」長崎外国語短期大学論叢 49 号（1997 年）57 頁]。

## 第 6 章 9.11 同時多発テロ事件と絶対的権限理論の「再興」

### はじめに

アメリカ合衆国の歴史をみれば、国家が非常事態（内乱、戦争、経済恐慌など）<sup>(1)</sup>に直面したとき、大統領の独裁に近い絶対的な権限の行使によって国家の危機が克服されてきたことが理解される。その顕著な例としては、リンカーン(Abraham Lincoln)と南北戦争、ウィルソン(Woodrow Wilson)と第1次世界大戦、フランクリン・D・ルーズベルト(Franklin D. Roosevelt)と第2次世界大戦、さらにはケネディ(John F. Kennedy)とキューバ危機(戦争には至らなかったが)などが挙げられるであろう。それらは、民主国家という政治体制にありながらも国家の平時と非常時とではまったくその様相を異にし、国家の安全および治安維持のために、どのような手段がとられたかをわれわれに提示するものであった<sup>(2)</sup>。対内的であろうと対外的であろうと非常事態が発生した際には、国家の安全保障という観点から、国家の政治権力の主導権は、その機能上、必然的に大統領に帰属し、合衆国は、将来もこのような経験を積み重ねることになると考えられている<sup>(3)</sup>。そのような意味において、2001年9月11日に発生した同時多発テロ事件(以下、「9.11」という。)は、アメリカ合衆国のみならず世界史的にも大きな位置づけが与えられることになるであろう。

この未曾有の緊急・非常事態に対処するため、アメリカ連邦議会は9.11の6週間後、米国民愛国者法<sup>(4)</sup>を制定し、2002年11月には国土安全保障法<sup>(5)</sup>を制定した。そして、それまでの移民・帰化局を廃止してほとんどの出入国管理機能を国土安全保障省に移管させ、徹底的な国内の治安管理体制を敷いたのである<sup>(6)</sup>。だが、出入国管理の名目でなされるこのような治安維持の強化は、その必要性を認める見解も存するが<sup>(7)</sup>、とくにアラブ・イスラム系外国人に対する重大な人権侵害を発生させる大きな問題をも抱えることになった<sup>(8)</sup>。

以下では、9.11による非常事態の発生に伴い、国家権力がどのように外国人の居住の自由ないし退去強制からの自由に影響を及ぼすかについて、アメリカ建国以来の歴史的な経緯を踏まえて考察していくこととする。それは、平時においてはあまり表面化しない退去強制に内在する国家主権の本質が非常事態を契機として露骨に現われてくることを如実に示すものであり、本章においては、かかる視点から検証をおこない、9.11後の現状と司法の役割について考えていくものである。

(1) ここでいう非常事態とは、アメリカ合衆国が戦争、内乱、経済的要因などにより国家的な危機に直面した場合、これを克服せんがために三権分立の民主制下における最高行政長官(Chief

Executive) である大統領に絶大な権限が掌握または委任される態様をさすものである。非常事態を表現する言葉は、“state of emergency”, “crisis”, “pressing-necessity”, “danger”, “serious situation”, “urgency”, “emergency condition” などが使用されている。岡田皓一『非常事態とアメリカ民主主義』(北樹出版、2004年) 182頁。

- (2) これらの事例の検討は、同上 12 頁以下を参照。
- (3) 同上 149 頁。
- (4) USA Patriot Act, Pub.L. 107-56, 115 Stat. 272, 350-52 (2001).
- (5) Homeland Security Act, Pub.L. 107-296, 116 Stat. 2135 (2002).
- (6) アメリカにおける現行の出入国管理体制の概要については、本研究第 1 章第 2 節を参照。
- (7) David A. Martin, *Preventive Detention: Immigration Law Lessons for the Enemy Combatant Debate*, 18 GEO. IMMIGR. L.J. 305, 307-308(2004).
- (8) David Weissbrodt and Laura Danielson, *IMMIGRATION LAW AND PROCEDURE IN A NUTSHELL* 5<sup>th</sup> Ed. 537 (Thomson West, 2005).

## 第 1 節 敵性外国人の退去強制

### 1. 敵性外国人と大統領権限

#### (1) 1798 年の敵性外国人法

アメリカ合衆国は、建国以来、周知のように幾多の戦争を経験してきた(1)。このような戦争状態が発生すると、その都度、必然的に敵国の国籍を保有する、いわゆる敵性外国人(enemy alien)が発生する(2)。このような外国人は、それぞれの時代において、平時とは異なる苛酷な処遇を受けることを余儀なくされてきた。それとともに当該政府が外国人に対して自国民への処遇の表裏として、厳しい取扱いをすることがここでは問題とされるのである。

アメリカ合衆国において、当該戦争相手国の国民ないし市民であるいわゆる敵性外国人を抑留または国外へ追放する法律が制定されたのは、1798 年の敵性外国人法(3)が最初であった。この法律は、合衆国と外国との間に戦争状態が勃発するか、または、合衆国の領土に対して外国が侵略を行う危険が発生した場合、大統領は、非常事態を宣言した後に、合衆国に在留する敵国の市民、住民、臣民で、14 才以上の男子を抑留または国外追放することができる」と規定している。

#### (2) Ludecke v. Watkins 事件

このような敵性外国人をコントロールする大統領の権限について、連邦最高裁判所は、それを古くから確認している。たとえば、1814 年の *Brown v. U.S.* 事件 (12 U.S. 110 [1814]) において次のように判示している。

「政府の権限に関しては、疑いをはさむ余地はない。戦争は、主権国家に自国内に存在する敵性外国人を収容し、かつその者の財産を没収する完全なる権限を与えることは、すでに確認されている。」(4)

さらに、このような古い時代の判例を引きながら *Ludecke v. Watkins* 事件 ( 335 U.S. 160 [1948] ) の法廷意見でも、次のように述べられている。

「敵性外国人についての法律 [1798 年敵性外国人法] は、大統領にその者たちに関する非常に大きな裁量権を与えるものであり、それは、立法府がその法律を制定することができるのと同じくらい無制限なものであるようにおもえる。すべての敵性外国人に国外退去を命じることのできる大統領権限の本質は、裁判所が、[司法長官による] 大統領の裁量権の行使に判断を下しうるという考えを否定するものである。」(5)

しかしながら、大統領が合衆国に在留ないし居住する外国人を、敵性外国人として取り扱う上で大きな問題となることは、ブラック裁判官の反対意見にもあるように (6)、そのような「戦時権限」( war power ) がいつ発生し、いつ終了するのかという点である。それについて法廷意見は、次のように述べている。

「戦争は、停戦命令によって終結しないものである。1798 年の法律によって大統領に行使されるべくして与えられた権限は、宣戦布告されたときに始まるが、現実には撃ち合いが終わったときに終了するものではないところのプロセスである。」(7)

このように連邦最高裁は、戦争は、宣戦布告された時に始まるが、撃ち合いが終わる時に終了するものではなく、その終結は、条約や立法、あるいは大統領の布告によってなされるものであり、それは政治的判断に委ねられるものであるというのである (8)。このことは、9.11 以降のテロとの戦争に対する大統領権限についても共通するものがある。

## 2. 国家緊急・非常事態における対応

### (1) 政治部門への追従

そもそも歴史的にも、アメリカ合衆国の統治構造は、平時には抑制と均衡( checks and balances )の機能が働くにもかかわらず、国家の「独立」と「安全保障」にとつ

て危険な状態が発生する場合、大統領を中心とした行政府の強力な指導体制をつくりあげるのを伝統としてきた(9)。第1次世界大戦においては、単に戦争遂行に反対の表明をただけで、数年間継続して拘禁されたり(10)、また、第2次世界大戦においては、合衆国市民を含む11万人以上もの日系人が強制収容所に隔離された(11)。そして、冷戦時代には、何千もの無実の人びとが職を失い、連邦議会の調査の対象となり、あるいは、単に共産党と関係があるというだけで拘禁されたりしたのであった(12)。コール教授(David Cole)も、これらは「恥ずかしい行き過ぎた行為」ではあるが、その当時は合理的で必要なものであると考えられていた、と指摘する(13)。また、裁判所も、このような国家の「存亡」すなわち「自己保存」にとって緊急かつ重大な事態の発生に際しては、政治部門の判断を尊重してきたのであった。

近時においても、1979年から1981年までのイラン大使館人質事件の間、ワシントン特別区連邦控訴裁判所は、合衆国に存在するすべてのイラン人学生に移民・帰化局事務所に所在を報告し、そしてこの国に合法的に在留することを証明するよう命じる司法長官の権限を支持した(14)。また、同じように、9.11の発生後においては、連邦議会は大統領に「合衆国に対して将来国際テロリストがおこなおうとする行動を阻止する上であらゆる必要かつ適正な武力を行使する」権限を与えたのである(15)。

これらの事案の多くは、実際、その権限行使の根拠が前述の古い時代に遡って導き出され、裁判所は、合憲判断を導くためにこれらを引用してきたのであった。また、このことは、敵性外国人に限らず、予防拘禁や工場などの強制接収などの事例によっても理解されうるところであろう(16)。

これに対して学説は、アメリカ司法府が外国人に関する連邦権限を実際に無制約なものとして考えるのは、その根拠が定義することができない曖昧なものに起因するからであると指摘する(17)。国家が自らの存亡のために、その権限を連邦議会と連邦政府の政治部門が行使することを絶対的(plenary)なものとして安易に正当化しようとしていると批判するのである。

## (2) 移民法の運用可能性

戦時下の合衆国において、敵性外国人をコントロールし、彼らを抑留し、国外退去させる法律は、通常は外国人の出入国管理・規制をおこなう移民法によるものではなかった。しかしながら、まったく移民法における退去強制制度の運用が排除されるというものではなく、合衆国においては、退去強制手続が開始される前に敵性外国人法に基づく抑留が終了したとしても、それは退去強制手続を免除するものとはならないのである(18)。移民法を含む便宜的な法律が運用されて、外国人の国外追放がなされてきたのであった(19)。

このような視点からは、9.11の発生後、連邦政府が現行の移民・国籍法を利用して

多くの外国人を調査の対象とし国外退去させた今日の状況に重ね合わせてみる事ができる。とくに戦時下における国家権限の行使は、国家がそのなかに包み込むさまざまな法益を守ろうとする自らの存立を賭した剥き出しの国家権力の顕在化といえるのかもしれない。ここでは、国家の戦争権限とも結びつく退去強制制度の本質が垣間見えるのである(20)。

しかしながら、戦時下においては、たとえ敵国籍の外国人であっても、国家に何らの不利益をもたらすことのない多くの外国人にもこれらの条項が適用されることになるため、極めて苛酷な結果が発生することになる。この点こそ、これまでの歴史的な教訓を踏まえた、9.11に対する合衆国政府の適正な対応が求められるところであった。

- (1) アメリカ合衆国の首都であるワシントン D.C.にある数々の戦争のモニュメントを見れば、この国の歴史が戦争の歴史でもあることが容易に理解されることであろう。そのような意味において、2001年9月11日の同時多発テロ事件は、合衆国の「新たな戦争」ともいえる緊急事態を引き起こしたといえる。だが、チョムスキー教授(Noam Chomsky)は、「テロの時代」は予想されなかったことではなく、9.11の後宣言された「テロに対する戦争」は決して新しいものではないと指摘する。すでに、「20年ほど前に推進された『テロに対する戦争』がどんなものであったかを知ることによって、今日のわれわれは有益な教訓を得られる。」と述べている。ノーム・チョムスキー(海輪由香子他訳)『テロの帝国 アメリカ海賊と帝王』(明石書店、2003年)14頁以下を参照。
- (2) See generally David Cole, *Enemy Aliens*, 54 STAN. L. REV. 953 (2002).
- (3) Act of July 6, 1798, ch. 66, 1 Stat. 577 (1798).
- (4) *Brown v. United States*, 12 U.S. (8 Cranch) 110, 122 (1814).
- (5) *Ludecke v. Watkins*, 335 U.S. 160, 164 (1948).
- (6) *Id.* at 173-84.
- (7) *Id.* at 164.
- (8) *Id.* at 164-170.
- (9) たとえば、リンカーン大統領は合衆国独立以来の最大の危機たる南北戦争に遭遇し対処しなければならなかったが、ロシター博士によると、アメリカ合衆国を政治史的側面からみると、1861年4月13日のサムターの要塞の陥落から同年7月4日までの11週間は、リンカーン大統領1人が実質上の合衆国政府になったという。戦争に対する手段、行為および憲法上の解釈に違憲的なものもあったため、南北戦争中から戦後を通じて、リンカーンを独裁者・独裁権の行使者・暴君、またその統治形態を専制政治・一時的独裁制・準独裁制などと称する非難があり、今日、それらはいまだに議論のあるところでもある。岡田皓一『非常事態とアメリカ民主主義』(北樹出版、2004年)43-45頁。
- (10) See *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616(1919); *Debs v. United States*, 249 U.S. 211(1919); *Frohwerk v. United States*, 249 U.S. 204 (1919); *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

- (11) See *Hirabayashi v. U.S.*, 320 U.S. 81 (1943); *Yasui v. U.S.*, 320 U.S. 115 (1943); *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 236(1944). Also see Frank F. Chuman, *THE BAMBOO PEOPLE: THE LAW AND JAPANESE-AMERICANS*, (Japanese American research Project, Japanese American Citizens League, 1981).
- (12) See, e.g., *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494(1951).
- (13) *Cole*, *supra* note 2, at 955.
- (14) *Narenji v. Civiletti*, 617 F.2d 745 (D.C.Cir.1979).
- (15) 50 U.S.C.A. § 1541.
- (16) 畑博行「固有の行政権に基づく米国大統領の緊急措置権」大石義雄教授還暦記念『世界各国の憲法制度』(1966年、有信堂)335頁以下、および同「アメリカ合衆国司法部の軌跡—非常事態における司法部—」判例タイムズ630号(1987年)32頁以下を参照。
- (17) David Weissbrodt and Laura Danielson, *IMMIGRATION LAW AND PROCEDURE IN A NUTSHELL* 5<sup>th</sup> Ed. 59-60 (Thomson West, 2005).
- (18) *Ludecke v. Watkins*, 335 U.S. 160, 164 (1948).
- (19) 外国人を国外へ追放する法制度の歴史的展開については、本研究の第1章および第8章を参照。
- (20) 退去強制権限の根拠については、本研究第2章第2節を参照。

## 第2節 同時多発テロ事件と外国人の排斥

### 1. 国家の危機管理と移民法の執行

#### (1) 1996年移民法の運用

2001年9月11日、アメリカ国内において未曾有の同時多発テロ事件が発生すると、連邦議会は、合衆国憲法第1条8項11号にもとづき戦争を宣言し、大統領に無制約ともいえる強大な権限を与えた。司法省は、9.11の直後、前代未聞ともいえる出入国管理権限を用いて事件に対処する措置を講じた。それは、多くの外国人を移民法違反で収容し、FBIがその者のテロリストとの関係を検査するために退去強制の適正な手続を引き伸ばし、国外退去のための審理を公開せず、国外退去手続にある個人の機密証拠を使用するものであった。さらには、外国人への査証の発給を厳しくしたりしたのである(1)。

これは、1996年の反テロリズム及び効果的死刑法(AEDPA)(2)によって設置された外国人テロリスト国外退去裁判所の機能を利用したものであった。同法は、移民・国籍法235条c項に規定される通常の国外退去手続とは別に、外国人テロリストを国外退去させるための特別裁判所およびその手続を定めたものである(3)。同時多発テロ事件の発生によって、一般には開示されることのない秘密情報をもとにした、外国人の国外退去手続が執行されることになったのである。これらの手続は、指定された

外国人テロリスト国外退去裁判所および当該外国人を代理する「特別弁護人」に対して開示された機密情報にもとづいて、合衆国に永住する外国人テロリストを国外に退去させることを目的とするものであった（移民・国籍法 502 条 e 項および 503 条）。それはまた、連邦政府が入国拒否およびその他の手続において、秘密の証拠を利用することを可能とするものであった（4）。さらに、この法律を具体的に実施するために 2001 年 9 月に公布された行政規則によって、移民官は、非常事態における「合理的な期間」の間、正規の手続なしで外国人を収容することが認められたのである（5）。この期間内に拘束された多くの人々は、以下にみるように、正規の手続なしで移民・帰化局および連邦捜査局（FBI）によって、9.11 との関係について取り調べを受けていたといわれている（6）。

## （2）2001 年米国愛国者法の成立

9.11 発生の 6 週間後、連邦議会は、米国愛国者法（7）を制定し、現行移民・国籍法に第 236A 条を付け加えた（8）。この規定は、テロ活動またはその他の重大な犯罪と関係があると思料される特定の外国人について、退去強制手続または刑事訴追をおこなう前に最高 7 日間収容することを司法長官に義務付けるとともに、退去強制手続が継続中の外国人の仮放免をより困難なものにした。そして、これに伴う連邦規則の下では、移民・帰化局の地方局長が、最初に保証金なしか、または 1 万ドル以上の保証金を条件に収容を命じた場合には、移民審判官が仮放免の決定を下したとしても、移民不服審査委員会が裁定するまで自動的に仮放免の執行は延期されることになったのである（9）。

この米国愛国者法第 412 条は、拘束の対象を「移民・国籍法上のテロリスト」に限定しているが、同条の制定を契機に移民関連法全般について厳しい運用がなされるようになり、テロリズムとは無関係の軽微な移民関連法違反者（ビザ切れなど）まで拘束される可能性が発生した。つまり、この規定は、テロリスト以外の外国人の取扱い全般にも大きな影響を及ぼす虞があったのである。こうした懸念は、制定から数ヶ月で現実のものとなっていった。

2001 年の秋、司法省は、9.11 事件に関係があると疑われるおよそ 1200 名ほどの外国人を検挙し収容した。結局、そのうちの何者もテロとの関連は認められなかったが、大多数は移民法違反のために拘束され、公開審理を経ないまま国外退去された。移民法違反ではないわずかな人たちは、参考人令状（material witness warrant）によって拘束されたのであった（10）。この時点で、第 412 条にもとづいて拘束されている者はひとりもいなかったという。米国愛国者法は、亡命および強制送還の執行停止に関する移民関連規定には何らの変更も加えていないことから、こうした拘束や強制送還は、既存の法律の運用により実行されたことになるのである（11）。

さらに 2002 年 2 月までに 2000 名以上が拘束され、そのうちの 1 名のみが刑事訴追を受けたのだが、その者は 9.11 以前に逮捕されていたのであった。そして、連邦政府の発表によれば 10 または 11 名の者が前者と同様にアルカイダの構成員であるかもしれないとのことであるが、その他の 1900 名以上もの外国人がなぜ拘禁されたのかという疑問が、依然として残っているのである (12)。

### (3) 退去強制における収容の現実

これまでアメリカ移民法においては、長い間、退去強制手続中の外国人および不法残留で申し立てられている外国人は、共同体社会 (community) に対する危険または逃亡の虞のある者を除いて収容されなかった。退去強制のための収容前置主義はとっておらず、かかる前置収容は例外であったのである。それが、2001 年の 10 月 29 日の連邦規則によって、仮放免の不服申立てをおこなうことによって、簡単に当該外国人の身柄を拘束することができるようになったのである (13)。

そもそも、移民・税関執行局 (ICE) は、いったん外国人を国外へ退去させることになったら、それ以上当該外国人の身柄を拘束 (収容) する法的権限は有さないのである。その時点で外国人を飛行機に押し込めることができるが、退去強制の執行を拒否することはできず、単にその者の身柄を拘束して国外へ送還するだけなのである。それ以上の身体的拘束が退去強制を実施するのに必要な場合、連邦最高裁もこれまで移民・帰化局 (現在の移民・税関執行局) が予防的な収容をおこなうことを認めてきたが、制裁としてその者を収容することはできず、また、危険であるとおもわれる人物をいつでも収容できる独立した権限を与えられているものでもないのである (14)。

しかしながら、米国愛国者法は、このような出入国管理における収容を統制するルールを根本的に覆してしまったのである。同法の制定以前は、退去強制手続にある外国人は、刑事手続における被告人に適用されるのと基本的に同じ基準で勾留されていた。すなわち、彼らは、共同体社会に対して危険であるかまたは逃亡の虞のある場合に保証金なしで勾留されたのであるが、連邦政府が、移民審判官の面前でこのような理由を示すことができなければ、保証金によって仮放免されることになっていたのである (旧移民・国籍法 242 条 a 項 1 号)。だが、米国愛国者法は、当該外国人が国家の安全保障に対する危険または逃亡の虞があることの聴聞および理由開示なしで司法長官に先例のない権限を与え、人身保護令状による救済さえも困難にしてしまったのであった (15)。

## 2. アラブ・イスラム系外国人への差別的処遇

9.11 同時多発テロ事件の発生によって、外国人の出入国規制が国家の安全保障の一環として強化されることになった。だが、ここでの問題は、国家の安全・治安維持の

強化が出入国管理の名目でなされていることであり、とくにアラブ・イスラム系外国人に対して人権侵害の多発ともいえるべき大きな問題を抱えることになったことである(16)。

9.11以降、連邦政府は、前述のように主としてアラブ・イスラム系外国人である数千名の外国人を標的にして大規模な調査を実施した。テロリズムに関する情報を有すると思料される外国人を選別的に尋問し、彼らを収容するために出入国管理制度を利用したのであった。そして、いくつかの事案では、連邦政府は、正式な告訴なしで数ヶ月間にわたりそれらの者たちを拘束したのであった。収容された多くの者たちは、最終的にテロリズムとは関係のない事由により国外退去されたが、上級移民審判庁(Executive Office for Immigration Review)は、国家の安全・治安維持にかかわる「特別な利益」に関する事案において国外退去の口頭審理を非公開としたのである(17)。移民・帰化局は、アラブ・イスラム系外国人を移民法の執行のために標的としたときには、テロリズムとの繋がりが疑われない場合でさえ、高次の警戒基準の下に置いたのであった(18)。

だが、これに対して学説は強く反発する。それは、人種差別についての司法審査は、「やむにやまれぬ政府の利益」を根拠とする制約が限定的になされているかどうかを判断する厳格審査が適用されるからである(19)。テロ攻撃から市民を守るのはいうまでもないことであるが、99.9%以上のアラブ・イスラム系外国人がテロリズムとは関係が無いことや、「必要性のルール」に基づいていたとしても、人種を根拠とした法の適用はこの基準を満たすことはできない、と主張されてい(20)。

- (1) T. Alexander Aleinikoff, David A. Martin and Hiroshi Motomura, IMMIGRATION AND CITIZENSHIP: PROCESS AND POLICY 5<sup>th</sup> Ed.1183 (West Ground, 2003).
- (2) Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996, Pub.L. 104-132, 110 Stat. 1214 (1996)]
- (3) 8 U.S.C.A. § § 1532(e) & 1533(2000).
- (4) Peter J. Spiro, *Explaining the End of Plenary Power*, 16 GEO. IMMIGR. L.J. 339, 357 (2002).
- (5) 8 C.F.R. § 287.
- (6) David Weissbrodt and Laura Danielson, IMMIGRATION LAW AND PROCEDURE IN A NUTSHELL 5<sup>th</sup> Ed. 539 (Thomson West, 2005).
- (7) USA Patriot Act, Pub.L. 107-56, § 412, 115 Stat. 349, 350-52(2001).本法律について詳しくは、平野恵子＝土屋恵司＝中川かおり「愛国者法(上・下)」外国の立法 214号(2002年)1-46頁、215号(2003年)1-86頁および大沢秀介「アメリカ合衆国におけるテロ対策法制」大沢秀介＝小山剛編『市民生活の自由と安全—各国のテロ対策法制』(成文堂、2006年)1頁以下を参照。
- (8) 8 U.S.C.A. § 1226a(2004).
- (9) 8 C.F.R. § 1003.19(i)(2) (2003).; 66 Fed. Reg. 54909(2001).

- (10) Weissbrodt and Danielson, *supra* note 6, at 539.
- (11) Regina Germain, *Rushing to Judgment: The Unintended Consequences of the USA Patriot Act for Bona Fide Refugees*, 16 GEO. IMMIGR. L.J. 523, 505 (2002).
- (12) David Cole, *Enemy Aliens*, 54 STAN. L. REV. 953, 960 (2002).
- (13) 66 Fed. Reg. 54, 909.
- (14) Cole, *supra* note 12, at 964.
- (15) 8 U.S.C.A. § 1226(e)(2003).
- (16) *See e.g.*, Kevin R. Johnson, *Racial Profiling After September 11: The Department of Justice's 2003 Guidelines*, 50 LOYOLA L. REV. 67 (2004); Marie A. Taylor, *Immigration Enforcement Post-September 11: Safeguarding the Civil Rights of Middle Eastern-American and Immigrant Communities*, 17 GEO. IMMIGR. L.J. 63 (2002); Sameer M. Ashar, *Immigration Enforcement and Subordination: The Consequences of Racial Profiling After September 11*, 34 CONN. L. REV. 1185 (2002); Leti Volpp, *The Citizen and the Terrorist*, 49 UCLA L. REV. 1575 (2002).
- (17) この「特別な利益」が争われた事案の概要については、本研究第4章第1節を参照。
- (18) Weissbrodt and Danielson, *supra* note 6, at 537.
- (19) *See* Laurence H. Tribe, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 2<sup>nd</sup> Ed. § 16-13,14,16,21, 1466-1520 (Foundation Press, 1988).
- (20) Cole, *supra* note 12, at 976.

### 第3節 絶対的権限理論の再興

#### 1. 同時多発テロ事件のインパクト

歴史的にも、合衆国においては、マジョリティ集団の安全保障の利益を実現するために、マイノリティ集団の諸自由が常に犠牲になってきたといわれる(1)。9.11事件の発生により連邦政府は、一般市民のと称される安全保障の促進のために、外国人の自由を犠牲にすることを繰り返し選択してきた。外国人は投票権を有さず、それゆえに民主的な政治過程においては直接的な発言権を有さないために、いつの時代においても彼らはとくに攻撃を受け易い立場にある。そして、戦争によって発生する愛国的な社会のヒステリーによって、外国人の自由利益は、そのバランスを失ってしまうと強く懸念されるのである(2)。

だが、このような批判に対しては、移民法の執行を道具として使用することは、どうしても必要であるとの主張も存する。マーティン教授(David A. Martin)は、移民法の執行によって、もしわれわれが国境を閉鎖し、すべての外国人を国外へ追放することができれば、重要な外国人テロリストの一部を排除することができるのだが、民主主義を標榜するアメリカ合衆国は、一時的であれ、恒久的であれ、全体としての

国家利益を維持することを考えれば、外国人の入国を拒否することはできないと述べている。それゆえに、このたびの緊急事態に対処するためには、現実的にならざるをえず、特定の外国人をターゲットにせざるをえなかったというのである(3)。

さらに、1996年の諸法律によって修正された厳しい規定に対しては(4)、裁判所の判例では絶対的権限を抑制する傾向があったにもかかわらず、9.11はそれを再興させることになったといわれている(5)。そもそも絶対的権限理論に具体的な制約を加えたかに見えた *Zadvydas* 判決(533 U.S. 678[2001])においても、「テロ行為やその他の特別な状況」においては、その法理が適用されないことを明示していた。すなわち、裁判所は、テロ行為が含まれる出入国管理の事案については単純に法的救済の道を閉ざすことができるとしていたのである(6)。少なくとも、現在のところでは、裁判所が外国人テロリストの国外退去手続をデュー・プロセス条項に違反するとして取り消すことは起こりそうもないことである、といわれている(7)。

アメリカ国内では、同時多発テロ事件を契機として安全・治安維持の強化がなされており、その一環として外国人の出入国管理も強化され、さまざまな影響を及ぼしているのである。そして、9.11以降、すべての出入国管理に関する議論は、疑問をはさむ余地のないほど、どこかに飛んで行ってしまったともいわれている(8)。同事件はそれほど大きなインパクトをアメリカ社会に与えているのである。しかしながら、本研究の関心事は、連邦最高裁が、直接的な国家の安全や治安維持に関連するものではない通常の退去強制事件において、これまでの判例理論を覆すような絶対的権限理論のさらなる強化を考えているか否かという点にある。広く公共の利益を実現しようとする政治部門に対して、個人の自由利益を保護することを責務とする法原理機関としての裁判所が、どのような姿勢を貫こうとしているかが問われているのである。この点については、9.11後に判断が示された次のような判例からも、その方向性が見出されるようにおもわれる。

## 2. 9.11後の判例理論の展開

### (1) *Demore v. Kim* 事件

*Demore v. Kim* 事件(538 U.S. 510 [2003])は、6才のときから合衆国に合法的に居住する永住外国人たる被上告人(Hyung Joon Kim)が、第1級窃盗およびその他の容疑で有罪となったことを理由として退去強制手続が開始され、身柄が命令的収容(mandatory detention)に付されたことが争われた事案であった。本件で問題となった移民・国籍法236条c項は、犯罪を理由として国外退去される場合においては、永住外国人であっても救済のための聴聞手続なしで、司法長官にその者の身柄を収容するよう命じていた。同条項は、共同体社会への危険性や逃亡の虞がないと認められたとしても、保証金による仮放免の可能性を奪い取り、刑事犯罪をおかした外国人の

退去強制からの救済を困難なものにしていたのである。

連邦地裁は、当該規定を文面上違憲と判示し、移民・帰化局に対して、被上告人が共同体社会への危険性または逃亡の虞を有するかどうか判断するために個別的な聴聞の機会を与えることを命じた(9)。第9巡回区連邦控訴裁判所も、合衆国に長年居住し社会との重大な紐帯(tie)を有する永住外国人である被上告人に本規定が適用される限りにおいて違憲であると判示して、連邦地裁の判断を支持したのであった(10)。これに対して、連邦最高裁が裁量的上告を認めたのが本件であった。

連邦最高裁は、各裁判官のさまざまな意見が付されたものの、結論部分については全員一致で、デュー・プロセス条項は合衆国市民を保護するのと同じような程度で外国人を保護するものではない、として控訴審判決を破棄した。連邦議会は、退去強制手続が継続する間、保証金による仮放免の可能性なしに外国人の収容を命じることができる、というものであった(11)。レンキスト長官による法廷意見は、*Zadvydas v. Davis* 判決(533 U.S. 678 [2001])が、合衆国憲法の本質に照らして移民・国籍法を解釈するならば、同法は退去強制手続終了後の外国人の収容が暗黙のうちに合理的な期間(6ヶ月)に制限されているとして不定期の収容を認めなかったにもかかわらず、本件のKim事件においては*Zadvydas*判決で示されたかかる判断を狭めるような解釈をおこなったのである。これについて学説のなかには、*Zadvydas*判決で導入されたかにみえた絶対的権限に対する制約の方向性が逆行してしまった、と批判するものもある(12)。

しかしながら、両判決の違いは、*Zadvydas*事件が「潜在的に無期限の収容」となる可能性を有していたのに対して、本件における被上告人の収容は「明白な終結点」(definite termination point)を有していた点であった。それゆえに連邦最高裁は、命令的収容についてのデュー・プロセスの訴えを退け、移民・帰化局は被上告人を収容し、退去強制手続のために限られた必要な期間収容することができると判示したのであった(13)。

1996年以前の移民・国籍法は、管轄権を有する裁判所が、収容、保証金による仮放免、または、退去強制の最終決定未決中の臨時入国許可に関する司法長官の決定について、当該手続が特定の事実および状況によって相当と認められる程度に迅速なものでないときには、人身保護請求により司法長官の決定を審査し、かつ変更する権限を有すると規定していたが(旧移民・国籍法242条a項3号)、現在では、これらの司法長官の裁量的判断について、裁判所は司法審査をおこなう権限を有しないと規定されている(移民・国籍法236条e項)。しかしながら、本件において連邦最高裁が、結果はともかくとしても、人身保護請求に対する裁判所の裁判管轄権自体は認めて事案を審理したことは、特筆されることであった。

すなわち、連邦最高裁は、退去強制手続の継続中における被上告人の身柄を拘束し

その収容を認める解釈をおこなったが、「不干涉」(hands-off)の姿勢に立ち戻ることはしなかったのである。連邦議会が、移民・国籍法 236 条 e 項を通じて、司法長官の裁量的判断は「司法審査の対象とはならない」とはっきりと明言しているにもかかわらず、連邦最高裁は、INS v. St.Cyr 判決 (533 U.S. 289 [2001]) を引用して、かかる文言は、連邦議会が人身保護請求についての司法審査を排除することを意図する「特別に明白な」(particularly clear) 言葉を示すものではない、との判断を示したのであった(14)。そのような意味において、本判決は先例である Zadvydas 判決および INS v. St.Cyr 判決を踏襲しようとしているということができるのである(15)。

## (2) Clark v. Martinez 事件

Clark v. Martinez 事件 (543 U.S. 371 [2005]) は、入国不許可 (inadmissible) となった外国人の退去強制手続終了後の収容の期間について争われ、同様の別の事件 (16) と併合審理された事案であった。本件では、同じく退去強制手続終了後の事案である Zadvydas 判決に依拠して、「外国人の入国時の法的地位にかかわらず不定期の収容を認めない」(17) と判示されたのであるが、法廷意見を執筆したのは Zadvydas 判決で反対意見を述べたスカリア裁判官であったため、移民・国籍法 241 条 a 項 6 号の解釈を巡って本件で反対意見を執筆したトーマス裁判官との間で、以下のような激しい議論の応酬がなされた。

本件の被上告人 (Sergio Suarez Martinez) は、1980 年 4 月 15 日から同年 10 月 31 日までの間にキューバから合衆国へ入国したキューバ国籍を有する大量難民 (Mariel boatlift) のひとりで、同年 6 月に入国し臨時滞在許可 (parole) を受けて在留していた。1996 年までは、これらの外国人たちは、1 年の経過後、在留資格を合法的な永住許可に変更申請することができた。被上告人は、1991 年に申請した時に、それまでに合衆国において刑事犯罪をおかして入国不許可事由に該当していたため、在留資格の変更を認められなかった。その後も犯罪を重ねたため、2000 年 12 月、司法長官は、被上告人の臨時滞在許可を取消し、身柄を収容した上で退去強制手続を開始した。そして、退去強制手続の終了後、被上告人は 90 日以上も継続して収容されていたため人身保護請求をおこない、それが連邦地裁 (18) および連邦控訴裁 (19) において認められた。これに対して、連邦最高裁が裁量的上告を認めたのであった。

スカリア裁判官による法廷意見 (スティーブンス、オコナー、ケネディ、スーター、ギンズバーグ、およびブレイヤー裁判官の 6 名が同調) は、移民・国籍法 241 条 a 項 6 号の解釈として、Zadvydas 判決によって示された退去強制手続終了後の合理的な収容期間を 6 ヶ月とするルールが、そこで述べられている 3 つのカテゴリーすべての外国人に対して適用されると結論づけた (20)。同条項は、「移民・国籍法 212 条に規定される入国不許可 (inadmissible) を理由として国外退去命令を受けた外国人、移民・

国籍法 241 条 a 項 1 号 c、同 2 号、もしくは同 4 号を理由として国外退去命令を受けた外国人、または、共同体社会にとって危険となるかもしくは国外退去命令に従わないような虞があると国土安全保障長官が判断した外国人については、国外退去の執行期間を超えて収容することができ、仮放免する場合には、同 3 号における監督の期間を条件とする。」(21) と規定するものであった。

法廷意見は、トーマス裁判官らが依拠する Zadvydas 事件の反対意見（スカリア裁判官自らが執筆）が移民・国籍法 241 条 a 項 6 号に規定される入国不許可の外国人を異なって処遇してはならないと繰り返し主張していたことを指摘しつつ (22)、連邦政府および本件の反対意見が主張する合法的に入国が認められている外国人と入国不許可の外国人との区別について、同一法令は統一して解釈されなくてはならないことを確認した (23)。すなわち、「Zadvydas 判決は憲法上の限界に近づくまで[退去強制手続の下にある外国人の]収容を認めている」との連邦政府の主張を否定するとともに (24)、「裁判官は、同一法令の条文について、異なる事案ごとに異なる解釈を与えることができるという危険な法理」を創設するのを断固阻止しようとしたのであった (25)。連邦政府が入国不許可の外国人を効果的に国外退去するために長期の収容が必要であることを主張していなかったことを理由として、法廷意見は Zadvydas 判決から導かれる合理的な収容期間のルールが入国不許可の外国人にも適用されると判示したのであった (26)。

ここでとくに注目されるのは、本件の先例とされた Zadvydas 判決で反対意見を執筆したスカリア裁判官が、なぜこのたびは法廷意見を執筆したのかという点である。本件でも、入国している外国人よりも違法性が高いと思料される入国不許可の外国人の退去強制手続終了後の収容期間が問題となっているゆえに、当然、同裁判官のこれまでの絶対的 (plenary) な視点からは反対意見に回るとみられていた。トーマス裁判官の指摘するように (27)、より違法性の高い入国不許可の外国人についてならば、これまでのスカリア裁判官の姿勢からはさらなる絶対的権限の主張がなされ、連邦議会の判断に追従してしかるべきなのである。しかし、同裁判官の真意は、次のような箇所から読み取ることができる。

「 Zadvydas 判決における法廷意見は、移民・国籍法 241 条 a 項 6 号が連邦政府に国外退去事由に該当する外国人を不定期に収容するのを許容しているかどうかについて判断した。法廷意見は、当該条文の曖昧さと、法令は憲法的判断を回避して解釈されなくてはならないとする準則に依拠して、不定期の収容を認めなかったのである。Zadvydas 事件における反対意見が、入国不許可の外国人について、同条項に異なる解釈を与えるべきではないと繰り返し主張したにもかかわらず、法廷意見はその疑問に答えることを拒んだのであった—それは本法廷が今日

答えた疑問であるが一。すなわち、Zadvydas 判決で示された疑問とは確かに異なるものではあるが、同条項の文言は入国を許可された外国人と入国を許可されなかった外国人との区別を設けていないゆえに、われわれは同条項が同じ結論を導くものと判断する。」(28)

スカリア裁判官は、Zadvydas 事件における自らの主張の正当性を本件の Martinez 事件において論証しようとしたのであった。Zadvydas 事件においては、本件と同じく問題となった移民・国籍法 241 条 a 項 6 号に司法の自己抑制的な絶対的権限の法理は適用されず、6 ヶ月の合理的期間が認められたのであるから、本件についても同じ基準が適用されなくてはならないというのである。スカリア裁判官は、Zadvydas 事件の法廷意見が入国前の不定期の収容が認められた *Shaughnessy v. Mezei* 判決 (345 U.S. 206 [1953]) の法理を採用しなかったのであるから、本件の Martinez 事件についても同様に Mezei 判決は適用されず、移民・国籍法 241 条 a 項 6 号に規定される同一条項については同一の基準によって 3 つのカテゴリーの外国人を同じように処遇しなくてはならない、と述べるのであった (29)。さらに、同裁判官は、憲法判断回避の準則にふれ、本件はあくまで法令上の解釈によって解決されるべきことを強調して法廷意見を執筆したこともまた、看過されてはならない点であった (30)。

結局のところ、スカリア裁判官は、これまでの自らの「超保守的」と目される法哲学に従って判断を下しているとおもわれる (31)。立法者の原意 (legislative intent) から導かれる条文解釈主義 (textualism) (32)、先例に則った法解釈の整合性 (33)、さらには憲法判断の回避の準則 (34) を強調しつつ憲法および法令について独特な解釈をおこなう同裁判官の姿勢は、絶対的権限理論の解釈についても頑なに貫かれており、連邦最高裁における特異な存在として外国人の退去強制の事案においても、今後とも大きな影響力を持つものと考えられる (35)。次にみる *Jama v. Immigration & Customs Enforcement* 事件 (543 U.S. 335 [2005]) においても、同裁判官が法廷意見を執筆しており、連邦最高裁の絶対的権限理論に対する今後の方向性を占うことができるものと考えられる。

### (3) *Jama v. Immigration & Customs Enforcement* 事件

*Jama v. Immigration & Customs Enforcement* 事件は、退去強制命令を受けた外国人の送還について当該政府による受入の事前同意がない場合、送還先の決定手続を定める移民・国籍法 241 条 b 項 2 号が当該外国人の送還を禁止するか否かの解釈が争われた事案であった。

本件の上告人 (Keyse G. Jama) は、1979 年にソマリアで出生し、12 才のときまで居住していたが、自国の戦争のためケニヤへ逃れ、その後 1996 年に家族とともに

難民として合衆国への入国を認められたソマリア国籍の外国人男性であった。2000年、上告人は有罪判決を言い渡されたため合衆国における難民資格を喪失し、自らの出生国であるソマリアへの国外退去命令を発せられたところ、ソマリアには機能する政府が存在せず、外国人の送還先の決定手続を規定する当該条項(36)が要求する受入の事前同意がなされていないため合衆国政府は自分を送還することが出来ないと主張して人身保護請求をおこなった。連邦地裁は、上告人の主張を認めたが(37)、連邦控訴裁は受入国の事前同意を不要と判断したため(38)、連邦最高裁が裁量的上告を認めたものである。

スカリア裁判官による法廷意見(レンキスト長官、オコナー、ケネディ、およびトーマス裁判官の4名が同調)は、移民・国籍法の規定する受入政府の同意要件(39)は出生国への送還を規定する条項(40)には適用されないと解し、受入政府の事前同意なしに退去させることが認められると判断した。同裁判官は、その理由を次のように述べている。

「移民・国籍法241条b項2号(E)において、同意要件は、司法長官がその他の6つの条項に規定される送還先の選別が『非現実的であり、不得策であり、または実行不可能である』と判断した後にはじめて援用することができるものとして、最後の条項(vii)にのみ規定されている。まず第1に、同2号(E)(i)から(vi)の条項が、送還先を選別する規定および手続として定められている。そして、これらの6つの条項には、送還先の国による事前同意の文言は含まれていないのである。すなわち、[移民・国籍法は]これらの条項のひとつにだけ『司法長官が外国人を国外退去しなくてはならない』ことを命じているのである。

同2号のその他の規定には同意がなされない場合の効力が付加されているが、同2号(E)のほとんどにおいて、このような効力は具体的に規定されていないのは明らかなことである。そして、それはより意図的なものといえる。同2号(C)は、第1の選別手続として同意がなされない場合の帰結を述べている。同2号(D)は、第2の選別手続として同様の同意がなされない場合の帰結を述べている。そして、同2号(E)の(vii)は、第4の選別手続として同様の帰結を述べるものである。しかしながら、第3の選別手続に関しては、司法長官は、第3の選別手続において、『規定される個々の国へ当該外国人を送還することが非現実的であり、不得策であり、または実行不可能である』場合のみに限って、第4の選別手続によって国外退去させることを命じられているのである。[送還先の国によって]同意がなされないことは、特定の国への国外退去が非現実的または不得策であるかどうかを決定する上で考慮されるひとつの要因であるが、法令は上告人が望むような消極的な効果を与えてはいないのである。」(41)

これに対してスーター裁判官の反対意見（スティーブンス、ギンズバーグ、およびブレイカー裁判官の3名が同調）は、送還先の選別については3つの手続しかなく、移民・国籍法241条b項2号（E）はひとつの手続を構成するものであり、したがって同2号（E）（vii）の同意要件は（E）すべてに適用されると主張するが（42）、法廷意見は、「同2号（E）（vii）は、第3の選別手続に規定される選択肢を使い果たした後のみ適用される」としてこれを否定した（43）。法令の解釈としては反対意見が述べるように、同意要件が同2号（E）のすべての条項にかかると考えるのが一般的であるようにおもえるが、法廷意見は、司法長官は自らの判断で第3の選別手続から第4の選別手続へ移ることが義務づけられており、たとえ送還先の事前同意がないとしても、機能する政府を有する国は当該外国人がその国境や入国する港に現れたとしたらおそらくその者を受け入れるだろうし、事前同意の欠如は、非現実的または不得策の同義語とはならない（44）として、法令の文言を狭くとらえて強引な解釈をおこなっているのである。法廷意見は、外国人の送還先の決定は政治部門の絶対的（plenary）な判断に委ねられるというものであり、さらには、同じ退去強制における収容からの自由が争われた *Zadvydas* 判決および *Clark v. Martinez* 判決の先例としての効力については、次のように述べている。

「いかなる送還先も見つからない場合、当該外国人は、*Zadvydas* 事件および *Clark v. Martinez* 事件の外国人と同じように国外退去されうるけれども国外退去することのできない不安定な状態に置かれることになり、そしてこれらの先例によって確立したルールにもとづいて、6ヵ月後にはアメリカ社会へ仮放免されなくてはならないことになる。」（45）

このように連邦最高裁は、9.11後のこれらの判決をみても、これまでの先例に依拠しながら事案を解決しようとする姿勢が貫かれているようにおもわれる。9.11に関連する敵性戦闘員（enemy combatant）の事案（46）については政治部門の絶対的（plenary）な対応に敬意を払いながらも、通常の退去強制の事案については、個々の事案における絶対的権限理論の適用の射程を巡って、これまでどおりの激しい論争をおこなっている。それは、スカリア裁判官の姿勢に象徴されるような、外国人の出入国管理・規制の領域における絶対的権限理論の適用を古典的な先例に則って厳格に貫こうとしようとする主張と、絶対的権限理論の存在を認めながらも、その適用範囲をいかに狭めていくかとする主張との対立に集約されるものである。

だが、ここで懸念されるのは、*Zadvydas* 判決で絶対的権限に対する一定の制約の方向性が示されたものの、「テロ行為やその他の特別な状況」たる国家の緊急事態の場

合には平時とは異なる法理が適用される可能性が担保されていることである (47)。この点こそが先例部分として確固たる地位を築いてその後の事案に影響を与えるものと懸念されるところでもある。国家緊急事態における政治部門の厳しい処遇に対するアメリカ司法府の対応とは、いったいどのような根拠に基づくものなのであろうか。国家の安全保障と外国人の処遇についての裁判所の基本姿勢が問われることになる。

- (1) David Cole, *Enemy Aliens*, 54 STAN. L. REV. 953, 957 (2002).
- (2) *Id.*
- (3) David A. Martin, *Preventive Detention: Immigration Law Lessons for the Enemy Combatant Debate*, 18 GEO. IMMIGR. L.J. 305, 307-308(2004).
- (4) 1996年の諸法律については、本研究第1章第2節および第6章第2節を参照。
- (5) Peter J. Spiro, *Explaining The End Of Plenary Power*, 16 GEO. IMMIGR. L.J. 339, 357-61 (2002).
- (6) Zadvydas 判決における「テロリストの例外」の法理については、本研究第5章第3節を参照。
- (7) Spiro, *supra* note 5, at 357-61(2002).
- (8) Michele R. Pistone, *A Time Sensitive Response to Professor Aleinikoff's Detaining Plenary Power*, 16 GEO. IMMIGR. L.J. 391,400 (2002).
- (9) *Kim v. Schiltgen*, No.C99-2257(N.D.Cal. Aug.11, 1999).
- (10) *Kim v. Ziglar*, 276 F.3d 523 (9<sup>th</sup> Cir. 2002).
- (11) *Demore v. Kim*, 538 U.S. 510, 531 (2003).
- (12) M.Isabel Medina, *Demore v. Kim – A Dance of Power and Human Rights*, 18 GEO. IMMIGR. L.J. 697, 699-702 (2005).
- (13) *Demore v. Kim*, 538 U.S. 510, 529 (2003).
- (14) *Id.* at 517.
- (15) Medina, *supra* note 12, at 717.
- (16) *Benitez v. Rozos*, 543 U.S. 371 (2005).
- (17) *Clark v. Martinez*, 543 U.S. 371, 377-79 (2005).
- (18) *Martinez v. Smith*, No. CV 02-972-PA(Oct.30, 2002), App. To Pet. For Cert. In No. 03-878, p.2a.
- (19) *Martinez v. Ashcroft*, No. 03-35053 (Aug. 18, 2003), App. To Pet. For Cert. In No. 03-878, at 1A.
- (20) *Clark v. Martinez*, 543 U.S. 371, 377 (2005).
- (21) 8 U.S.C.A. § 1231(a)(6). この文言によれば、本規定は、次のような3つのカテゴリーの外国人に適用されることになる。すなわち、①入国不許可 (inadmissible) を理由として国外退去命令を受けた外国人、②合法的に入国が認められて後に国外退去命令を受けた外国人、③国土安全保障長官が共同体社会にとっての危険性もしくは逃亡の虞が存すると認めた外国人である。Zadvydas 判決は、第2のカテゴリーの外国人について判示されたものであった。
- (22) *Clark v. Martinez*, 543 U.S. 371, 723 (2005).

- (23) *Id.* at 724.
- (24) *Id.* at 726.
- (25) *Id.* at 727.
- (26) Note, *Developments in the Judicial Branch, The Recent Decision: Clark v. Martinez*, 19 GEO. IMMIGR. L.J. 195, 196 (2004).。これに対して、オコナー裁判官の同意意見は、法廷意見の下では、「連邦政府は入国不許可の外国人が国外退去命令を受けてから 6 ヶ月以上彼らを収容することが可能である」[*Clark v. Martinez*, , 543 U.S. 371, 387 (2005).]と述べている。Zadvydas 判決で示された推定的な期間 (6 ヶ月) を超えて入国不許可の外国人を収容するために、連邦政府はより長い収容の期間が「合理的に必要」(reasonably necessary) であることを証明することができるというのである。それとともに同裁判官は、入国不許可の外国人の国外退去を首尾よく成し遂げるために、連邦政府はその他の適用可能な法令を手段として使用することもできると主張している。
- (27) トーマス裁判官による反対意見 (レンキスト長官同調) は、スカリア裁判官による法廷意見が Zadvydas 判決と矛盾するとして、激しく攻撃するものであった。トーマス裁判官は、Zadvydas 判決は入国不許可の外国人を異なって処遇することを意図していたはずだ、と強く主張する。それゆえに、入国不許可の外国人に Zadvydas 判決の基準を適用することによって、法廷意見は同判決を捻じ曲げてしまうことになる、と指摘するのである [*Id.* at 388.]。連邦議会によって使用される法令上の異なる文言は、連邦議会が国土安全保障長官に移民・国籍法 241 条 a 項 6 号に規定される収容期限に関して裁量権限を与える意図であるにもかかわらず、Zadvydas 判決によって連邦議会の権限が非常に制限されたので、連邦最高裁のみがわが国の国境を効果的に守るために、外国人の収容期限を修正することができる、と述べている [*Id.* at 403-04.]。
- (28) *Clark v. Martinez*, 543 U.S. 371, 723 (2005).
- (29) *Id.* at 722.
- (30) *Id.* at 723.
- (31) スカリア裁判官の法解釈の哲学については、Antonin Scalia, *A MATTER OF INTERPRETATION* (Princeton University Press, 1997)が興味深い。
- (32) *Id.* at 16-25.
- (33) *Id.* at 3-9.
- (34) *Id.* at 25-29.
- (35) スカリア裁判官の対極にいるのが *Reno v. Flores* 事件 (507 U.S. 292 [1993]) の反対意見に象徴されるスティーブンス裁判官であるのは明らかなことであるが、現在の連邦最高裁における最高齢 (1920 年生まれ) かつ最古参 (1975 年任官) である同裁判官に続くリベラルな裁判官が見当たらないことも今後の連邦最高裁がさらにどのような方向に進んでいくのか注目されるところである。
- (36) 8 U.S.C.A. § 1231(b)(2).

- (37) *Jama v. INS*, Civ. File No. 01-1172(JRT/AJB) (Mar. 31, 2002).
- (38) *Jama v. INS*, 329 F.3d 630 (8<sup>th</sup> Cir. 2003).
- (39) 8 U.S.C. § 1231(b)(2)(E)(vii)(2006).
- (40) 8 U.S.C. § 1231(b)(2)(E)(iv)(2006).
- (41) *Jama v. Immigration & Customs Enforcement*, 543 U.S. 335, 341-42 (2005).
- (42) *Id.* at 352-53.
- (43) *Id.* at 342.
- (44) *Id.* at 344-45.
- (45) *Id.* at 347-48.
- (46) *See Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. 426 (2004); *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004); *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004).
- (47) *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 696 (2001).

## 第4節 国家の安全保障と外国人の処遇

### 1. 合衆国市民への権利侵害

#### (1) 9.11 当初の処遇

日系アメリカ人の強制収容やそれに続くマッカーシー時代の法の執行をみても明らかのように、最初は主として外国人に対してなされた権利侵害が、その後には合衆国市民に対してもその標的を拡張してきたことがうかがえる。これらの事例に共通するのは、合衆国市民への権利侵害の拡張を可能としたのは、個人的行為を根拠とする容疑によって人びとを処遇するのではなく、人種や政治的信条による特定の集団に属するかどうかを根拠としてなされたことであった(1)。連邦最高裁は、多くの合衆国市民が権利を侵害された後に、個人的行為によるのではなく特定の集団への帰属を根拠として有罪判決を下すことは、法上の権利侵害にあたるとして、ようやくその是正を図るようになったのである(2)。

しかしながら、重大な問題は、その後もこのようなことが繰り返されており、それが9.11を経た今日に至っていることである。すなわち、連邦政府は、当初は選択的に外国人の権利を標的にしながら、類似の扱いを合衆国市民に対しても拡張してきたのであった(3)。当然のことながら、テロ行為に関係するのは外国人だけではなく、一般市民もその可能性を有するために、米国愛国者法は、移民・国籍法の領域だけではなく、盗聴やその他の監視について連邦政府の権限を強めているのが現状といえる(4)。

#### (2) アメリカ司法府の姿勢

だが、このような緊迫した状況下においてこそ、全体としての国家統治における司法の役割が大きく問われるといわなければならない。なぜならば、Ex parte Milligan 判決 (71 U.S.[4 Wall.] 2 [1866]) が述べるように、「合衆国憲法は、戦時および平時において、ともに平等に、諸規範と人民のための法であり、あらゆる時および状況下において、その保護を目的としてあらゆる階層の人びとを援護する」(5)のものであり、その趣旨によれば、連邦最高裁は、戦時においても、諸権利の抑圧者ではなく後見人 (guardian) として振舞う責任を有するからである (6)。

最近の事案においても、裁判所は、合衆国市民および外国人が敵性戦闘員として拘束されても、軍事法廷ではなく一般裁判所の管轄権の下で政治部門の権限に対する一定の司法的救済の道を確認した (7)。だが、この敵性戦闘員の事案に対する連邦最高裁の姿勢は、「個人の自由」対「国家の安全保障」の利益考量というような人権擁護の視点ではなく、連邦議会と連邦政府との間の制度的な相互作用を視点として問題を解決しようとするものであり、この点については注意を要するところである (8)。そして、連邦最高裁は、このような戦争に直接関わる事案においては、連邦議会の支持に傾く傾向があり、連邦政府 (大統領) の行為に対する議会の承認ないし権限の委任の範囲を確かめることが自らの責務と考えているようにおもわれる。ここでは、個人の権利保障はあまり目立ったものではなく、個人の自由利益と安全保障とのバランスよりも連邦議会と連邦政府との間の政治的な相互作用を斟酌する制度的な保障に重点を置く「制度保障型アプローチ」(institutional-process approach) に依拠するものであった (9)。かかる手法は、連邦最高裁が INS v. Chadha 事件 (462 U.S. 919[1983]) でとった手法と共通するところがあり (10)、かならずしも個人の権利保障と結びつくものではないことについて、再度確認を要するものである。

## 2. 合衆国市民と外国人との二重の基準

その一方で、アメリカ司法府は、合衆国市民とは異なる外国人について、どのような姿勢で対応してきたのであろうか。その根底にある核心部分について Harisiades v. Shaughnessy 判決 (342 U.S. 580 [1952]) は、次のように述べている。

「外国人はアメリカの住民としておよび外国市民としての二重の地位を有しているから、そのような者は二つの法源、すなわちアメリカ法および国際法の二つから利益を抽出することができる。外国人は合衆国政府に対して、市民が享有しないところの保護を要求することができる。国民としてその者の市民権 (国籍) の属する国家に対して、その者の利益のために外交上の干渉を要求することができる。同時にまた、外国人は合衆国市民が背負わねばならないある種の負担から免れることができる。外国人は合衆国に対する忠誠を誓わない代わりに、その者の

属する国家の緊急事態に馳せ参じるものであり、このことは、国際法、上合衆国政府も認識するのみならず尊重しなければならないものである。そのような外国人は、国際的取り決めにしたがって、その者の属する国家を相手とする戦争行為に参加することを強制されないのである。かかる一般的免除の外にも、外国人は条約上の特権をも享有する。合衆国の国内法の下において、外国人は幾多の点において合衆国市民と同様な立場に立つが、また他の点においては、法律上、合衆国市民と全く同等であると論ずることはできない。最も重要なことは、国内において外国人がその曖昧な地位（*ambiguous status*）を延長されるのは、その者の権利ではなく、許可および寛容の結果であるということである。優遇措置を停止する政府の権限は、かかる問題が最初に生起して以来、本裁判所によって主張されかつ支持されたものである。外国人がたとえその者が長く居住していても、退去強制の対象となるということは峻厳に満ちた措置である。しかしながら、それは、国際法によって各主権国家に固有な権限として確認されている防御の武器でありかつ報復である。それは、外国人に対する国家の伝統的権力でありかつ我々はその法律に従うより外はないのである。」(11)

本件は、マッカーシズムの嵐が吹き荒れる時代の最中、永住・居住外国人の政治活動の自由と退去強制が問題となった事案である。ここでは、連邦最高裁が、国家と外国人との関係性について、その「曖昧な地位」により処遇しようとしたものであるが、9.11 に対する合衆国政府全体の対応ないし姿勢にも共通するものがあるようにおもわれる。より大きな安全保障のために自由を犠牲にする必要があるとの議論が多くなされ、実際に、合衆国政府は、合衆国市民の基本的自由の保護には幾分かの配慮をする一方で、外国人の自由を選択的に犠牲にすることを選んだのであった(12)。国家緊急事態においては、合衆国市民についてはストレートに個人の自由の保障を議論せず制度保障的なアプローチを採用するにせよ、外国人については、あくまで絶対的権限理論の適用を拡張しようとする姿勢を崩そうとはしないのである。その意味において、連邦最高裁の姿勢も、外国人を合衆国市民とは差別的に扱う二重の基準を採用して政治部門に追従している、と批判されざるをえないのである。

- (1) *See, e.g., Hirabayashi v. U.S.*, 320 U.S. 81 (1943); *Yasui v. U.S.*, 320 U.S. 115 (1943); *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 236(1944); *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494(1951).
- (2) *See e.g., Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957); *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234 (1957); *Watkins v. United States*, 354 U.S. 178 (1957).
- (3) David Cole, *Enemy Aliens*, 54 STAN. L. REV. 953, 988-1003(2002).
- (4) USA Patriot Act of 2001, Pub.L.No.107-56, tit. II, 115 Stat. 272. 本法律は、当初は時限立法で

あったにもかかわらず連邦議会により数度修正、延長され、一般市民への監視手続を拡張している。この点について、たとえば、デイヴィッド・ライアン（田島泰彦監修・清水知子訳）『9.11 後の監視<監視社会>と<自由>』（明石書店、2004年）1頁以下を参照。

- (5) *Ex parte Milligan*, 71 U.S.(4 Wall.) 2, 120-21 (1866).
- (6) Lee Epstein, Daniel Ho, Gary King and Jeffrey Segal, *The Supreme Court During Crisis: How War Affects Only Non-War Cases*, 80 N.Y.U. L.REV. 1, 7 (2005).
- (7) *See Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004); *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. 426 (2004). 純粋な法的解釈によれば、大統領は合衆国市民であっても敵性戦闘員を軍事法廷にかけることはでき、それは第2次世界大戦中に連邦最高裁も認めていたところであったが（*In Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1 [1942]）、このたびは一般裁判所の管轄権内で事案を処理したのであった。
- (8) Epstein, Ho, King and Segal, *supra* note 6, at 99-100.
- (9) *Id.*
- (10) 本件について詳しくは、本研究第4章第6節を参照。
- (11) *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U.S. 580, 585-88 (1952).
- (12) *Cole*, *supra* note 3, at 955.

## 小 結

9.11 同時多発テロ事件の発生とその後のブッシュ大統領の対応に対する評価については、今後の歴史がどのように判断を下すか、予断を許さないところであろう。そもそも、「大統領は、合衆国の陸海軍、および現に合衆国の軍務に服するために召集された各州の民兵の最高司令官である。」と規定する合衆国憲法第2条2節1項を根拠とする大統領の戦争権限の行使は、二つの視点でとらえることができる。一つは全般的な軍事活動の指揮であり、もう一つは実際の戦場以外の領域における国家の戦争遂行に反対する市民に対する抑制である(1)。だが、合衆国におけるそれぞれの時代においては、国家権力が自国民のみならず外国人に対しても厳しい処遇をおこなってきた。そのなかでも外国人の出入国を規制する権限は、国家の外交権限ないし戦争権限と結びつくともいわれていることから(2)、その苛酷さを容易に推し測ることができる。平時においては、両者の因果関係が疑問視されていても、国家の非常時には、その剥き出しの権力性が如実に現われ、外国人への重大な人権侵害を引き起こすのである。

このたびも、国家と外国人との間に内在する緊張関係が非常事態の発生にともなって顕在化し、平時を念頭に整備されている退去強制法さえもが、政治部門に安易に利用されることになった。9.11によって、実際に国家の自己保存原理が戦争権限と結び

ついて強力に作用し、外国人の出入国管理・規制に疑問をはさむ余地のないほどに絶対的権限理論を再興させることになったのである(3)。その一方で、アメリカ司法府が、政治部門に対してどのような姿勢を貫こうとするか、引き続き注目されるところである。

近年、わが国においても、とくに9.11を契機として、アメリカの軍事行動や国際情勢に呼応するような諸法律の整備がなされているが(4)、外国人の公正な処遇についてはほとんど明記されていないのが現実である(5)。とくに有事における外国人の処遇について、人権保障のみならず国家の危機管理の視点からいっても、さまざまな問題を惹起するアメリカ合衆国の事例が示唆するところは大きいものがあり、これらを反面教師としても積極的に検討する必要があるとおもわれる(6)。

(1) 岡田皓一『非常事態とアメリカ民主主義』(北樹出版、2004年)57頁。

(2) 本研究第2章第2節を参照。

(3) Peter J. Spiro, *Explaining the End of Plenary Power*, 16 GEO. IMMIGR. L.J. 339, 357-61(2002).

(4) たとえば、①日本「周辺」での「有事」にさいしての米軍への協力を可能にする1999年の周辺事態法(平成11年5月28日、法律第60号)、②アフガニスタンでのアメリカの軍事行動の支援を目的とした2001年のテロ対策特別措置法(平成13年11月2日、法律第113号)、③イラクへの自衛隊派遣のために制定された2003年のイラク復興特別措置法(平成15年8月1日、法律第137号)、④2003年から2004年にかけて成立したいわゆる有事法制といわれる「武力攻撃事態等におけるわが国の平和と独立並びに国及び国民の安全の確保に関する法律」三法等が挙げられる。これらの有事法制の問題点については、山内敏弘編『有事法制を検証する—『9.11以後』を平和憲法の視座から問い直す』(法律文化社、2002年)1頁以下を参照。

(5) 国民保護法(平成16年6月18日、法律第112号)の解説については、磯崎陽輔『国民保護法の読み方』(時事通信社、2004年)1頁以下を参照。

(6) この点について、たとえば、藤井樹也「9.11と日本国憲法」[2006-1]アメリカ法(26頁)以下を参照。

## 第3部 国家の自己保存原理と退去強制の限界

### 第7章 アメリカ移民法における自己保存原理の起源

#### はじめに

これまで、本研究の第1部および第2部において、アメリカ合衆国における外国人の退去強制の歴史、現行の法制度、そして具体的な事案における判例理論について検討してきた。そこから見えてくるのは、連邦議会の「絶対的権限」(plenary power)たる国家の剥き出しの権力性と外国人に対する排斥性であり、これは、それぞれの時代の国内事情とともに国際情勢に大きく影響を受けていることが理解される(1)。アメリカにおいては、外国人への公正な出入国管理を実現するために、かかる絶対的権限の問題性とそれをいかに制約することができるかについて、学説・判例において多くの議論がなされてきたのであった(2)。初期の判例からは、連邦議会の制定する法律に基づき連邦政府が外国人を国外に追放しようとする国家作用は、その対外的主権から導かれる「自己保存原理」(the self-preservation theory)と密接に結びつくことが示唆されている(3)。

この自己保存原理とは、「戦時また平時において、絶対的にまたは一定の条件のもとにすべての外国人の入国を拒否しまたは追放する権利は、各主権国家および独立国にとってその安全、独立ならびに安寧に不可欠なものであり、それは当該国家の固有にしてかつ不可譲の権利である。」(4)というような、外国人の出入国管理・規制の根拠とされてきたものである。主権国家が他国に従属することなく存立するために、本来的に備わっている属性であるというものである(5)。

第3部では、本研究においてこれまで考察してきた外国人の退去強制の議論に関する展開部分として、政治部門のかかる権限行使の根拠とされる国家の自己保存原理の本質を検証し、独自の社会領域の三分法モデル(6)を用いて立法政策における妥当性とその限界および判例理論における制約モデルの類型化を試みるものである。その検討の出発点として、本章では、アメリカ移民法において国家の自己保存原理が初めて正面から論じられた1889年の *Chae Chan Ping v. United States* 判決(130 U.S. 581[1889])を再検証し、本判決が提起する諸論点について今日的な視点から考察をおこなっていく。そして、それらが示唆するところを整理しつつ、政治部門の絶対的権限行使に対する制約の可能性を探っていくこととしたい。

(1) Michael S. Teitelbaum, *Right Versus Right: Immigration and Refugee Policy in the United States*, 59 Foreign Affairs 21-59 (1980).

- (2) この点について、わが国ではほとんど議論がなされておらず、「全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合に限られる。」[最判昭和44年7月11日、民集23巻8号1470頁。]というように、行政裁量への白紙委任を認めるような裁判所の判断がなされているのである。
- (3) *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581 (1889); *Nishimura Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651 (1892); *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893).
- (4) *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698, 711 (1893).
- (5) T. Alexander Aleinikoff, David A. Martin and Hiroshi Motomura, *IMMIGRATION AND CITIZENSHIP: PROCESS AND POLICY* 5<sup>th</sup> Ed. 185-86 (West Group, 2003).
- (6) 対外的な独立を保持しようとする主権国家が、その領域に内在する「政治社会」「市民社会」の保護法益を外国の侵入から自己保存しようとする性質の前提として、本研究においては、次のような社会領域の三分法モデルを用いて考察をすすめていく。

まず第1には、政治共同体としての狭義の国家(government)を受け入れる公的領域が存在し、そこには、主権者ないし有権者団としての国民(国民主権)、立法府、行政府、司法府などの人的集合体としての国家機関が所在し、統治にかかわる公権力が生成される。すなわち、そこには、国籍をその紐帯として個々人が参加し、民主主義原理による国家意思の形成がなされるのである。

第2には、前述の公的領域から区別され基本的人権のルールが適用される私的領域のうちで、一般的に不特定の誰にでも開かれており、経済活動、宗教活動、言論活動など、いわゆる市民社会における自由な活動の場(ステージ)を提供する公共的な私的領域があげられる。そこで人は他者と結びつき市民的諸自由を実現するのである。

第3には、特定の個人が結びつき家族生活や友人関係を営み、公共的な私的領域よりもさらに強固に公権力の介入を拒否する、きわめて親密な私的領域が考えられる。そこでは、個人が人間人格の存在ないしその生成のための核心的な行為を営むのである。そして、これらの性質の異なるそれぞれの領域が、国家の統治権限の下で重層的な関係をもちつつ全体としての国家・社会領域を形成しているのである。本研究においては、第1の公的領域を「政治社会」、第2および第3の私的領域を「市民社会」として論じている。

これは、近代立憲主義において前提とされる「国家は自律性をもった市民社会に干渉しない」という「国家(公権力の領域)／市民社会(私的自治の領域)」の二分論をその出発点とするものである。これらの領域モデルの類型について詳しくは、新井信之「近代立憲主義における『公／私』モデルの変容－新しい『外国人の人権』論構築のための予備的考察－」阪本昌成編『立憲主義一過去と未来の間－』(有信堂、2000年)47頁以下を参照。

## 第1節 Chae Chan Ping v. United States 判決の概要

### 1. 事実の経緯

### (1) 1888年10月1日の法律制定の背景

1858年6月、アメリカ合衆国と中国は条約締結の結論に達し、翌年8月、両国は同条約を批准した。この条約は、二国家間の平和と友好を繰り返し述べ、中国で平和的に業務をおこなっているすべての合衆国市民の保護を再確認するとともに、宗教活動をおこなうキリスト教者の安全を要求するものであった。

1868年になると、1844年の条約および1858年の条約では触れていなかった両国の市民および臣民が相互に移住することについて、二つの国家の間で大きな変化が訪れた(1)。同年締結されたバーリングゲム協定(2)によって、それぞれの国家の市民および臣民は、永住外国人として自由に移住することができるようになった。1844年および1858年の条約は、単に平和友好の相互宣言および通商交渉のための開港と合衆国市民の保護を要求するものであったが、1868年のバーリングゲム協定は、二国家間の合衆国市民(citizens of the United States)および中国臣民(Chinese subjects)が自由に行き来し居住できることを、初めて正式に規定したのであった。

それ以前においても、1848年にカリフォルニア州で金鉱が発見されてから、中国からの入国者数が増加していたが、彼らは家族でくることはまれであった。多くは労働者として入国し、安い賃金で働き、そのためアメリカ人労働者との摩擦が生じるようになり、連邦議会もこのような状況を見逃すことができないようになっていた。また、そこでは、太平洋沿岸諸州の文明の保全(preservation)ということが関心事となっていたのである(3)。

とくに、カリフォルニア州において、1868年のバーリングゲム協定による中国人労働者の移住は白人労働者の賃金や生活水準を引き上げたにもかかわらず、彼らに対する経済的、政治的そして文化的批判が強く投げかけられるようになった。それは、中国人は、合衆国では依然として訪問者のままでおり、自分たち自身の国の習慣や慣行に固執しているというものであった。そして、彼らが地域社会にとけ込んで、自分たちの慣習や生活様式を変えることは不可能とおもわれ、太平洋の沿岸諸州では、毎年このように人口が増大することに脅威を感じて、まさにその地域が中国人によって侵略されてしまう危険性を感じるまでになっていたのである(4)。このような中国人に対する反感は、多くの政治問題の中心となり、法律の制定を求める声に集約されていたのである。

1880年11月17日、このような状況のなかで、合衆国と中国との間で補完的条約が締結され(5)、翌年5月に批准された(6)。その内容は、「合衆国に入国し、居住する中国人労働者が合衆国の利益を侵害し、または合衆国もしくは合衆国の領域内における地方の秩序を危険にさらす虞がある場合、中国政府は、合衆国政府が入国または居住を規制、制限、もしくは一時的に停止することに同意する。しかし、それらを完全に禁止することはできない旨に同意するものである。かかる制限または一時的停止

は、合理的なものでなくてはならず、かつそれは合衆国へ労働者として入国しようとする者についてのみ適用され、その他の階層は、かかる制限に含まれないものとする。」

(7) というものであった。すなわち、同条約第 2 条でも規定しているように、これは中国人労働者のみを対象とするもので、教師、生徒、商人、それらに伴う使用人やすでに合衆国に存在する中国人は、自らの自由意思により出入国が許可され、あらゆる権利、特権、免除、免責を享受できるものとされていた (8)。

1882 年 5 月 6 日、連邦議会は、右の補完的条約を具体化するために最初の中国人入国拒否法 (9) を制定した。これは、10 年間中国人労働者が合衆国に入国することを禁止するものであったが、この法律が制定された時点においてすでに合衆国に居住している中国人は、一時的な出国の後でも再入国することができたのであった。また、労働者でない一般の中国人は、中国政府発給の出国証明書の呈示がある場合に限って入国が認められたのである。このように 1882 年の中国人入国拒否法は、1868 年のバーリングム協定で認められた中国人労働者の入国を禁止し、彼らが合衆国を一時的に離れて再入国する場合、同一人性を証明する書類の発給を求め、その取得を義務付けるものであった。だが、それは一方で、彼らの再入国の権利を保障するものでもあったのである。

1884 年には、*Chew Heong v. United States* 事件 (112 U.S. 536 [1884]) において、この中国人入国拒否法の適用が初めて法廷で争われた。本件は、1882 年の法律制定時に合衆国を不在にしていた中国人労働者が、同法の要求する再入国許可書を取得することができなかったことを理由として再入国を拒否されようとした事案で、連邦最高裁判所は、上告人の再入国の訴えを認めたものである (10)。そして、1887 年、連邦最高裁は、*United States v. Jung Ah Lung* 事件 (124 U.S. 621 [1887]) において、1880 年に合法的に入国して居住していた中国人労働者が、1883 年に出国して、1885 年に再入国しようとした際に再入国許可書を盗まれたため呈示できなかったが、その者が後述の 1884 年の法律制定以前に出国していたからという理由で、再入国許可書だけを唯一の入国許可の証拠とする必要はないとして、当該中国人労働者の再入国を支持した。

しかし、1888 年 10 月 1 日、連邦議会はこれらの法律を全面的に改正し、従前の法律によって発給された証明書をすべて無効とすることによって、中国人労働者の再入国を禁止し、彼らの帰還する権利を奪ってしまったのである (11)。すなわち、この法律は、1882 年の法律のもとで交付され、1884 年の法律 (12) により修正された再入国許可書 [同一人性確認証明書] を取得しているにもかかわらず、この法律が成立する以前に合衆国を出国したすべての中国人労働者の入国をも禁止するものであった。この法律の有効性が争われたのが、本件の *Chae Chan Ping* 事件 (1889) であったのである。そして、次項のような論旨によって、連邦最高裁は、連邦議会がかつて合法的

居住者であった中国人労働者の合衆国への帰還を全面的に禁止するのを認めたのであった。

### (2) 上告人の入国拒否

本件の上告人 (Chae Chan Ping) は、1875年に前述のバーリングム協定に基づいてアメリカ合衆国へ入国し、1887年までカリフォルニア州のサンフランシスコに居住していた中国人移民労働者であった。1887年6月、上告人は再入国の権利を付与する適正な証明書(再入国許可書)を取得して中国に向かった。1888年10月8日、上告人はサンフランシスコ港に到着し、適正な手続により当該証明書を示したが、港の収税官(collector of the port)は、再入国許可書を有する中国人労働者が合衆国に帰還することを全面的に禁止した1888年10月1日の法律(13)を根拠として入国許可を与えなかったのである。そのため上告人は、船上で入国を拒否され国外退去のために収容されたが、連邦裁判所に人身保護令状(writ of habeas corpus)の発給を求め、その身柄が連邦裁判所の下におかれたものである。連邦控訴裁判所は、彼は入国の権利を持たないのであるから、不法に身体的自由を拘束されているものではないとした。そこで上告人が連邦最高裁に訴えたのが本件であった。

### (3) 事件の争点

本件は、上告人の再入国許可書と1888年10月1日の法律の有効性が争われたものであり、主たる憲法問題というのは、国家が外国人の入国をいかなるときも拒否することができるかどうか、その一方で、条約がこれらの外国人に対して既得権(a vested right)としての再入国の権利を与えることができるかどうか、ということであった。上告人の弁護人は、修正5条のデュー・プロセス条項の保障を主張したが、連邦最高裁は、連邦議会の法律によって入国拒否権限を規定し条約上の特権を廃棄することができるかが争点であるとして、この事案を取り扱ったのである。

さらに、本件におけるもうひとつの憲法上の重要な争点は、外国人に対する国家の入国拒否権限の根拠がはたして合衆国憲法から派生するものなのか、あるいは超憲法的な国家の主権原理から派生するものなのかということであった。そこでは、もし入国拒否権限が合衆国憲法に依拠するものであるとしたならば、いったいどのような根拠あるいは条項から導き出されるのか、それとともに連邦議会が人種を理由として外国人の入国拒否を決定する権限を有するかどうかという点も争われたのであった。

## 2. 判決の要旨

本判決の法廷意見を述べたフィールド裁判官は、全員一致の法廷意見において、この法律は、1868年の条約(およびその他の協約)の規定に違反しているが、そのため

に無効とされたり、その執行が制限されることはないと判示した。それは、条約が連邦議会の法律よりも大きな法的効力を有するものではないという理由によるものであった。法廷意見は、合衆国憲法を根拠として、条約と連邦法との関係については互いにどちらも優位するものではなく、同じ国家の最高法規として等しい地位にあり、それゆえ条約は、連邦議会の意思によって無効とされたり、修正されうると述べる。いかなる最高の権威も、他方に対して一方の側に与えられているものでもなく、それゆえ連邦政府は、国家主権に付随する固有の権限として、合衆国への外国人の入国を拒否することができるというのである。そして、かかる政治部門の判断は司法府に対して完結的なものである、と述べるに至った (14)。

このように法廷意見は、国家の入国拒否権限は条約によって制限されるものではなく、条約によって獲得することのできた外国人の特権も、同じ国家の最新の意思によって変更されうるというものであった。そして、1888年10月1日の法律を有効として上告人の訴えを退け、同人の退去強制を認めたのであった。

### 3. 本判決の意義

本判決において、条約と国内法との効力関係についての判断が下されたことは、それ自体、大きな意義を持つものであった。それとともに、外国人に対する入国拒否権限は、国家の主権原理から派生する絶対的 (plenary) なものであるが、それは合衆国憲法の委任によるものであることが述べられており、このことは、今日においても重要な意味をもつものである。さらに、人種を理由として外国人の入国拒否を決定する権限を連邦議会が有することを認めたことは、この時代の人種差別的な風潮を連邦最高裁が容認したものにほかならず、大いに注目されるところである。

以下では、それぞれの論点についてさらに検討していくこととする。

- (1) *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581, 591–592 (1889).
- (2) TS 48 China. Peace, amity and commerce: supplementing treaty of June 18, 1858 (TS 46). June 28, 1868, 16 Stat. 739 [Burlingame Treaty] (パーリングゲム協定)。
- (3) *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581, 594 (1889).
- (4) *Id.* at 595.
- (5) Supplementary Treaty of November 17, 1880, United States—China, 22 Stat. 826, TS 49. 中国との間に結ばれたこの協定は、1882年5月6日に制定され10年間中国人労働者の移民を禁止するいわゆる中国人入国拒否法 (Chinese Exclusion Act) の基礎となったのである。
- (6) 22 Stat. 826 (1881).
- (7) *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581, 596 (1889).

(8) *Id.* at 596-97.

(9) Chinese Exclusion Act [ Act of May 6, 1882, 22 Stat. 61.] (中国人入国拒否法)

本法律は、当初 10 年間中国人労働者の入国を禁止すると同時に合衆国に不法に在留している中国人の退去強制を規定した時限立法であったが、期限がきてもそのつど改正され、延長された。1904 年 4 月 27 日には、この法律の効力は無期限であるとされ、1943 年 12 月 27 日に中国人移民の帰化が許可されるまで廃止されなかった。この法律が定める入国拒否期間中、中国人労働者が合衆国にやってきたり、90 日間の猶予期間の後に渡米すること、もしくは在留することは非合法となった。しかし、この法律が制定された時点において、すでに合衆国に居住している者は一時的な出国の後でも、再入国許可書を取得すれば合衆国へ帰還することができ、労働者でない一般の中国人についても、中国政府発給の出国証明証の提示がある場合に限って入国が認められていたのである。また、この法律のその他の特徴としては、不法に在留している中国人労働者の退去強制を規定し、州や連邦の裁判所が中国人に市民権を認めることを禁止する条項を含んでいたことがあげられる。

(10) *Chew Heong v. United States*, 112 U.S. 536, 560 (1884).

(11) Act of Oct.1,1888, Ch.1064, 25 Stat. 504 (1888).

(12) Act of July 5, 1884, ch. 220, § 5, 23 Stat. 115, 116 (1884).

(13) Act of Oct.1, 1888, Ch.1064, 25 Stat. 504 (1888).

(14) *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581, 582-610 (1889).

## 第 2 節 条約と国内法の効力関係

### 1. 国家の最高法規としての条約と法律

そもそも合衆国憲法第 6 条 2 項では、「この憲法、この憲法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、または将来締結されるすべての条約は、国の最高法規である。」と規定し、連邦議会の制定する法律とともに条約が合衆国における最高法規であることを明示している。そして、条約については、同第 2 条 2 節 2 項で、「大統領は、上院の助言と同意によって、条約を締結する権限を有する。」と規定している。合衆国憲法ではこのように条約について規定しているのだが、ここで問題となるのは、国内における連邦の法律と条約との効力関係である。この点について、本件はリーディング・ケースとして今日まで重要な役割を果たしており、連邦最高裁判所は、それを次のように述べている。

「 [この法律は] 1868 年の条約（およびその他の協約）の明示的な規定に違反しているが、しかしそのために無効とされたり、その執行が制限されることはないと考えなくてはならない。条約は、連邦議会の法律よりも大きな法的義務を有す

るものではない。合衆国憲法によれば、それに従って制定された法律と合衆国の権威の下に締結された条約は、ともに国家の最高の法と宣言され、互いにどちらも優位するものではないのである。条約は、その本質において国家間の契約であることは事実であり、しばしば、その性質においては単なる約束事であることもあり、法律がその条項を実現することを要求しているのである。このような法律は、将来廃止したり、修正したりすることが可能となろう。その条約がそれ自身の力で作用し、連邦議会の権限内にある事項に関連する場合、それは連邦の法律と同等のものとみなされ、それゆえ条約は連邦議会の意思によって無効とされたり、修正されうる。いずれにせよ、どちらの場合も、国家主権の最新の意思表示が他を支配するのである。」(1)

このような国家主権の最新の意思については、それに続く *Fong Yue Ting v. United States* 判決 (149 U.S. 698 [1893]) においても、「わが法理において、連邦法が憲法的権限の行使として制定された場合、これより先に締結された条約の明白な規定に反しても、裁判所は当該連邦法を支持しなければならないことは一般に承認された定説である」(2) として支持されている。法律も条約もともに国家の最高法規であり、それらは連邦議会の意思によって自由に廃止または修正することができるというものである。

## 2. 国内法優先の法理

本件においては、アメリカと中国の間で締結された条約が問題となったが、国家間の条約は、議会の制定法に優越せず効力において同等であること、したがって、最も新しい主権意思が優越的効力をもつことと判示されたのであった。このことは、実質的に、アメリカ国内において、次のような法則を導くものとなる。

すなわち、条約は連邦議会の法律と同等の地位にある「国の最高法規」として認められてはいるものの、国家による最終的な意思表示がなされれば、一方はそれに従うということである。これは、外交関係がどのようなものであれ、すべてそのときどきの連邦議会の意思が優先され、いとも簡単に条約の国内法的効力が否定されうることを認めるものであり、他国からの主権的効力ないし法的拘束力を排除して、国内の主権的意思を尊重するということである。いいかえれば、条約であれ外国からの介入や影響をいつでも排除する国内法優先の法理がここに確立したのであった。結局のところ、連邦最高裁は、本件において、条約の効力を否定する連邦議会の法律については、外交交渉による解決を示唆する。それは、次の一文に表されている。

「 [本法律以前の] 諸法律に対するわれわれの政府による適正な判断またはその臣

民が不利に扱われる当該国家への適正な配慮によって入国禁止の措置を制限すること、すなわち同法が制定された後に本邦から出国した者だけに適用されるべきであったかどうかということは、司法府が判断すべき問題ではない。もし、中国側で[このような措置を]不服とするならば、それは、この件について唯一行為する資格のあるわが合衆国政府の政治部門に対してなされなくてはならないのである。」(3)

すなわち、連邦最高裁は、外国人の入国拒否の問題は外交事項であるとして、それは国内の裁判所の管轄権に属すものではなく外交交渉によって解決されるべきものであると判断したのであった。

### 3. 今日における連邦最高裁判所の姿勢

アメリカ合衆国という政治共同体が、この時期、自らが対峙する国際情勢と国内状況の変化によってかかる法理を生み出したことは、この国の将来を特徴づけるものであり、歴史の流れの中での必然的な要請であったのかもしれない(4)。このような国外からの主権的意思を排除しようとする連邦最高裁の姿勢は、2003-2004年開廷期の一連の判決にも確固として受継がれている。

昨今、裁判所の判決において外国法や国際法を引用するような動きが出てきたが(5)、それに対して連邦議会は強い懸念を示し、「合衆国の諸法律の意味に関する司法府の判断は、外国の諸機関の判決、法律、または宣言の全部または一部を基礎としてなされてはならない。」(6)として、反対の立場を表明した(7)。連邦議会のこのような姿勢に配慮してか、2003-2004年開廷期の諸判決をみると、連邦最高裁は、明らかに国際法や外国法を無視する態度をとって国内法の解釈によって事案を解決しようとしていることがうかがわれる(8)。これは、とくに対テロ戦争における敵性戦闘員の収容が問題となった事案(9)においてもみられた。連邦最高裁は、これらの事案において、国際法を適用して解決を図るのではなく、すべて国内法である連邦の人身保護法の問題として裁判管轄権を審査したのであった(10)。そして、2004-2005年開廷期においても、国際法や外国法を法源とすることに対する議論が続いていた(11)。

連邦最高裁が国際法や外国法を無視するような態度をとったのは、「単純に国際法を快く思っていない」(12)のではなく、Chae Chan Ping 事件をはじめとする一連の事案から示唆されるように、それは、19世紀末からの合衆国の主権国家としての意識の高揚と今日まで続くアメリカ合衆国の対外的な拡張主義の容認と連動するものと考えられる(13)。国際社会における強力な外交政策を推し進める政治部門に対して、アメリカ合衆国の統治機構の一翼を担う連邦最高裁の基本的態度がここにも垣間見られるのである。

- (1) *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581, 600 (1889).
- (2) *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698, 720 (1893).
- (3) *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581, 609 (1889).
- (4) 南北戦争の終結によって連邦主権が確立し、アメリカ合衆国がいよいよ「強大な現代国民国家として内外に活躍しうる準備となった」[岡田皓一『非常事態とアメリカ民主主義』(北樹出版、2004年)14頁]といわれるが、まさに司法府もその準備を整えたといえよう。
- (5) *See Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002); *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).
- (6) H.R. Res. 568, 108<sup>th</sup> Cong. (2004); Tom Freaney, Reaffirmation of American Independence Resolution Approved (May 13, 2004) in John K. Setear, *A Forest with No Trees: The Supreme Court and International Law in the 2003 Term*, 91 VIRGINIA L.REV. 579, 583 (2005).
- (7) Setear, *supra* note 6, at 579.
- (8) *See F.Hoffman-La Roche v. Empagran*, 542 U.S. 155 (2004); *Olympic Airways v. Husain*, 124 U.S. 1221 (2004); *Republic of Austria v. Altmann*, 541 U.S. 677 (2004); *Rumseld v. Padilla*, 542 U.S. 426 (2004); *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004); *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004).
- (9) *See Rumseld v. Padilla*, 542 U.S. 426 (2004); *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004); *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004). これらの事案については、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)以下、およびグレイグ・グリーン(佐藤義明訳)「行政的抑留に対する司法審査のあり方—対テロ戦争と第2次世界大戦—」[2006-2]アメリカ法(192頁)以下を参照。
- (10) *Padilla* 判決については、国内法であれ国際法であれ、実体法を考慮する必要性を全く認めず、*Hamdi* 判決においては、デュー・プロセスの解釈を要求したものの、明らかに関連のある戦時国際法であるジュネーブ協定を考慮しなかったのである。また、*Rasul* 判決では、連邦最高裁はふたたび実質的にジュネーブ協定の適合性を審査することを避け、グアンタナモ基地についての連邦最高裁の考える主権概念を根拠として判断を下したのであった。その主権概念とは、アメリカ合衆国とキューバ共和国との間の条約を審査することによってもたらされるものであった。セティア教授は、そこでの連邦最高裁判所の主権についての考えは、国際法自身が主権を扱うのと同じくらいに、形式的(formalistic)というよりも実用的(pragmatic)なものであったと指摘する。Setear, *supra* note 6, at 587-88.
- (11) ここでの議論については、Jeremy Waldron, *Foreign Law and the Modern Ius Gentium*, 119 HRAV. L. REV. 129 (2005); Ernest A. Young, *Foreign Law and Denominator Problem*, 119 HRAV. L. REV. 148 (2005); Harold Hongju Koh, *The 2004 Term: The Supreme Court Meets International Law*, 12 TULSA J. COMP. & INT'L. L. 1 (2004) を参照。
- (12) セティア教授は、なぜ連邦最高裁判所が国際法を避けるのかについて、それは国際法を恐れたので

はなく、普段あまり国際的な法的問題を取り扱わないために、不便に考えるからであり、不慣れた国際法よりも国内法に依拠したほうが将来の問題にも対応し易くなるし、イデオロギー的にも連邦最高裁は保守的であり、それに対して国際法はリベラルだからである、と主張する。連邦最高裁は、判決を下すのも、大統領の特権に異議を唱えたり、原意主義の困難な問題に関わるのを恐れるのではなく、単純に国際法を快く思っていないのであり、「連邦最高裁のリベラルな裁判官は国際法および外国法を快く思い、スカリア裁判官を含む中道の裁判官たちは、人口妊娠中絶や信教の自由について外国の法理を導入すうことを毛嫌いする傾向を示している。もっと一般的に言えば、国際条約および国際機関が合衆国の主権を侵害すると恐れる政治的な保守主義に陥る傾向を示すのである。逆に言えば、国際法に最も疑いを持つ者が、その効力を最も熱烈に信じているようにおもえる」と述べている。このように同教授は、連邦最高裁は、国際法が合衆国を無法の道へ導き、あるいは、外国人に有利な処遇をおこなうことがアメリカの国家主権を失わせることになる、というような恐れを持つべきではないとの見解を示している。Setear, *supra* note 6, at 669-74.

- (13) 連邦最高裁は、2006年のHamdan v. Rumsfeld判決[548 U.S. \_\_\_\_\_, 126 S.Ct. 2749 (2006)]において、戦時国際法であるジュネーブ協定およびハーグ協定の適用について触れ上告人の人身保護請求を認めたが、ここでも主たる争点は国内法の解釈であった。なお本判決については、「合衆国最高裁判所 2005-2006年開廷期重要判例概観」[2006-2]アメリカ法(232頁)における藤井樹也教授の解説を参照。

### 第3節 国家の主権原理の属性としての出入国管理・規制権限

#### 1. 対外的な独立の保全

連邦最高裁判所は、Chae Chan Ping 事件を契機として国際法ないし条約に対する国内法優先の法理を確立した。アメリカ司法府は、この時期、合衆国が直面する国内外における社会的状況の変化の中で、外国人の出入国に関する事案に対処するために、その根拠を合衆国の国家主権の絶対性(plenary)に求めたのであった。これは、統一された主権国家における政治部門の外交政策の積極的な転換に対応する法原理機関の必然的な変化といえることができるであろう。このことは、9.11以降の政治部門との緊張関係の中で、アメリカ司法府がどのようにその姿勢を貫こうとしているのか、今日の状況においても重大な関心事となっているのである。

そもそも外国人に対する入国拒否権限は、先に述べた早い時期の判例(1)で合衆国憲法第1条第8節第3項に明示的に規定される「外国との通商を規律する連邦議会の権限」であるとされていたが、本判決において連邦最高裁は、連邦議会の権限は国家主権の属性すなわち主権に付随する固有の権限であると判断したのである。その前提として、地方的利害関係においては、連邦の各州は存在する意義を有するものではあ

るものの、渉外関係を含む連邦の目的に対しては、国家の独立と不可分性を強調して、次のように述べている。

「……しかし、国家の目的にとって諸外国との関係を受け入れる場合、われわれはただ一つの人民、一つの国民、一つの権力となる。独立を守り、外国の攻撃や侵略に対して安全を保障することは、あらゆる国家の最高の義務であり、これらの目的を達成するためには、他のほとんどすべての事柄は従属せしむるものである。」(2)

法廷意見は、他国の国民たる外国人の脅威に対する国家の入国拒否権限の根拠は、国益の見地からその権限を行使することが必要だと政府が判断したときは、いつでもそれを行使することができ、何ものによっても制限されないとして、その根拠をはっきりと主権的権限 (sovereign power) に求めて、次のように述べている。

「合衆国憲法によって委任された主権的諸権限の一部として、合衆国政府に属する主権に付随する外国人に対する入国拒否権限、すなわち、合衆国政府の判断でこの国の利益が入国拒否を要求するときに何時でもそれを行使する権利は、何者にも代わって認められたり、拘束をうけるものではない。合衆国政府の権限は、合衆国への信頼に基づいて委任されており、他のいかなる者へも移譲することはできない。それらを放棄したり、引き渡したりすることはできないのである。」(3)

## 2. 主権の内容と権限行使の拡張

さらに法廷意見は、「戦争の宣言、条約の締結、暴動の鎮圧、侵略の撃退、外国との通商の規制、合衆国共和政体の保持、そして他国の臣民へ国籍を認めること、これらすべては主権的権限であり、それらは、合衆国憲法それ自体および多少なりともすべての文明国の行為を統制する公共政策と正義を斟酌することによってのみその行使は制約されるのである。」(4) として、主権の内容をこのように説明している。

合衆国政府 (the Government) は、アメリカ社会に同化しない異人種たる外国人の存在がその平和及び安全にとって有害であると立法府を通して思料した場合、それらの外国人の排斥は、たとえその者たちの属する国家との間に現実の敵対行為がなくても疎かにしておくべきものではないというのである。戦争の存在は、そのような排斥の必要性をより明白かつ緊急ならしめるが、戦争が存在しないときでも同様の必要性は発生する。そして、一つの事件においてかかる必要性を判定する国家の権限は、他の事件においても同じように判定しなければならないとして、主権的権限行使の範囲の拡張を次のように示唆する。

「独立を保持しかつ外国の侵略及び侵入から一国の安全を擁護することは各国民に与えられた最高の義務であり、この目的を達成するためには、他のすべての考慮はこれに従属したものに過ぎない。この侵略および侵入が如何なる形態でくるかは問わない。外国の国民がその国家的性格において行動する場合にその侵略および侵入があることがあり、また、人びとが群がりおし寄せて来ることによることもあるであろう。保護と安全のために行使されるところの権限を有している政府は、いかなる場合にかかる権限の行使が要求されるかを決定する権限も付与されている。そして、その決定は、必然的に政府の各部局および政府の公務員に対して決定的なものである。」(5)

結論として法廷意見は、連邦議会に中国人労働者の入国を禁止する権限があったと判示した。中国人労働者が、すでに、どんな許可書を入手していたとしても、国家の意思しだいで、いつでも取り消しうるというのである。そして外国人が属している国家に対して「現実の交戦状態」( actual hostilities ) が存在しなくても、合衆国政府の立法府は合衆国領内に入ろうとする外国人をいかなるときも入国拒否できると判示したのであった。

- (1) See *The Passenger Cases*, 48 U.S. 283 (1849); *Henderson v. Mayor of N.Y.*, 92 U.S. 259 (1876); *Commissioners of Immigration v. North German Lloyd*, 92 U.S. 259 (1876); *Chy Lung v. Freeman*, 92 U.S. 275 (1876).
- (2) *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581, 606 (1889).
- (3) *Id.* at 609.
- (4) *Id.* at 604.
- (5) *Id.* at 606.

## 第4節 国家の自己保存原理の起源

### 1. 入国拒否に関する“同化不可能な黄色人種の群れ”理論

#### (1) 中国人移民による侵略

本判決においては、戦争以外でもその存在が「平和及び安全に害がある」と思料されたときには、外国人を排斥することができる旨を述べているが、これは入国拒否だけでなく、すでに合衆国に居住している者についても、合衆国政府が必要な手続をとらなくてはならないことを認めている点が注目される。それは、まず最初に、次のような場合を指摘するものである。

「・・・・・彼ら〔中国人〕は、この国において訪問者のままでおり、彼らだけで離れて暮らし、自分たち自身の国の習慣や慣行に固執している。彼らが、われわれに同化し、自分たちの慣習や生活様式を変えることは不可能であるようにおもわれる。彼らの人口は年々増大しているので、西海岸諸州の人びとは、・・・・・もし中国人の移民を制限するために迅速な対応がなされないとしたならば、近い将来われわれの国のこの地方が、彼らに侵略(overrun)されてしまうであろうと考え、または、そう信じるのである。」(1)

中国人の排斥は、中国人が、いつまでも合衆国内の土地で自分たちだけの集団をつくって他の人びとから離れたところに居住し、自分たちの習慣や風習に固執して他の人びとにとっても見知らぬ人であり続けたことが原因でカリフォルニア州において人種的あつれきを生じさせたのであり、そのことを理由として、カリフォルニア州が連邦議会にこれ以上の中国人労働者の移民を禁止することを求めたのであるからそれは妥当なものであるというのである。そして、その真意は、中国人はギャンブラー、阿片喫煙者であり、一般的に劣った人種であるゆえに、彼らのアメリカ社会への同化は不可能であるということであった。このことは、まさに、東洋人ないし黄色人種に対する偏見であったのであるが、当時においては、連邦最高裁判所においてさえこのような議論がなされていたのである。

## (2) アングロサクソン民族ないし白色人種の「自己保存」

これについてヘス(Siegfried Hesse)は、アメリカ合衆国が「同化不可能な黄色人種の群れ理論」(theory of nonassimilable yellow hordes)と称される人種差別的政策に基づいて外国人の出入国管理・規制をおこなってきたと主張し、これを「自己保存理論の起源」(the genesis of the self-preservation theory)と呼んでいる(2)。すなわち、これは、国家の「人種的自己保存」原理ともいべきもので、アメリカにおいては、アングロサクソン民族もしくは白色人種の「自己保存」ということができるであろう(3)。

本判決は、当時の司法府が人種差別の問題をどのように考えていたのかを理解する手がかりとなるものである。これについては、連邦最高裁判所が、州の私的領域における外国人の職業選択の自由が争われた *Yick Wo v. Hopkins* 判決(118 U.S. 356 [1886])において、修正14条を根拠として「外国人にも法律による平等な保護が及ぶ」(4)と判示したことと比べると興味深いものがある。これは、諸外国との関係においては、南北戦争後の国内の諸州における事案とは区別して、連邦最高裁が人種差別を肯定的な要因として扱っていたことを推し測る根拠となるものである。

## 2. 国家の自己保存原理の内容

### (1) 二つの政策的要因

さらに、本判決は、合衆国が外国と対峙する現実において、国家・社会を防衛するためにどのような政策的要因が存するかについて判示している。法廷意見をみると人種差別政策的要因の他にも、以下のような要因についての記述がなされている。

まず第1は、政治体制の維持・防衛政策的要因である。それは、次のような判決部分から導かれる。

「合衆国〔政府〕が立法府の行為を通じてその領土への外国人の入国を拒否することができるのは、議論の余地のない命題である。自己の領土における管轄権は各独立国家に付随したものであり、それは独立の一部分である。外国人の入国を拒否することができないならば、その範囲において他国家の権力に従属しているものということができよう。合衆国は、外国国家との関係において一つの国家でありかつ独立国家に属する権力を付与されており、その権力は全領土において絶対的な独立及び安全を保持するために行使される。」(5)

第2は、社会・経済・犯罪取締政策的要因である。

「貧困者、犯罪者および治癒不可能な病気に侵されている人の入国拒否は、一そのために諸法律が制定されたのであるが一その存在が、その国にとって有害でありもしくは危険をもたらすと見なされる特定の階層の人たちに対して適用されるのと同じ権限を適用するだけのことである。彼らに対して適用される場合、彼らの入国を拒否する権限に関する問題は全くおこらない。その権限は恒常的に行使される。すなわち、かかる権限の存在は、自己保存の権利( the right of self-preservation )に含まれるものである。」(6)

### (2) 「政治社会」と「市民社会」の保護法益

本判決においては、海外との接触がますます増加する一方で、戦争や武力によるのではなく、自国を対外的な脅威からいかに防衛ないし保全するかが、合衆国政府の使命と考えられていたのである。そして、全体としての合衆国に内在する国家的(公的)および社会的(私的)領域の保護法益を提示して、外国人の入国拒否および退去強制の正当性を導いていたのであった。

このように、国家・社会領域を峻別してそれぞれの法益を論じる手法は、その後の連邦最高裁における外国人の公的な労働市場への参加が争われた事案などからも理解

されるところである(7)。これらの事案において、連邦最高裁は、国家の自己統治原理によって構成される政治共同体ないし「政治社会」の存する公的領域と、私的自治を原則として個人の権利・自由が実現される「市民社会」の存する私的領域との峻別を前提として事案を解決しようとしてきたのであった。外国人の入国拒否および退去強制の事案についても、ここでいう「政治社会」および「市民社会」を区別して、国家がそれぞれの領域の異なる性質の利益を対外的ないし主権的ポリス・パワー (sovereign police power) のもとで保護(自己保存)しようとする原理が作用していると理解されるものである。

- (1) *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581, 595 (1889).
- (2) Siegfried Hesse, *The Constitutional Status of the Lawfully Admitted Permanent Resident Alien: The Pre-1917 Cases*, 68 YALE L. J. 1578, 1588 (1959).
- (3) 新井信之「アメリカにおける退去強制制度の憲法的考察」*広島法学* 15巻2号(1991年)64-65頁。アレニコフ教授も絶対的権限が合衆国におけるアングロサクソニズムの拡張と結びつくことを指摘している。See T.Alexander Aleinikoff, *SEMBLANCES OF SOVEREIGNTY — THE CONSTITUTION, THE STATE, AND AMERICAN CITIZENSHIP—* 11-38 (Harvard University Press, 2002). この点については、本研究の第7章ですでに紹介したところでもある。
- (4) *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356, 369 (1886). 本判決について詳しくは、本研究第4章第5節を参照。
- (5) *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581, 603-04 (1889).
- (6) *Id.* at 608.
- (7) See, e.g., *Truax v. Raich*, 239 U.S. 33 (1915); *Takahasi v. Fish & Game Comm'n*, 334 U.S. 410 (1948); *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971); *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634 (1973); *Foley v. Connelie*, 435 U.S. 291 (1978); *Ambach v. Norwick*, 441 U.S. 68 (1979); *Cabell v. Chavez-Salido*, 454 U.S. 432 (1982); *Bernal v. Fainter*, 467 U.S. 216 (1984).

## 第5節 自己保存原理による絶対的権限理論の制約可能性

### 1. 自己保存原理と絶対的権限との表裏性

このように、*Chae Chan Ping* 判決からは、政治部門がかかる絶対的権限を行使して外国人を国外に追放しようとするのは、国家の自己保存原理と密接に結びつくことが示唆されている。連邦政府が一定の条件の下に外国人の入国を拒否したり、または、国外に追放して国家の安全、独立および国民の福利を実現することができるのは、主権を有するすべての独立国家にとって固有かつ不可譲の自己保存の権利とされ、それが絶対的権限の行使と結びつくことが認められるものである(1)。このことは、それ

に続く *Nishimura Ekiu v. United States* 判決 (142 U.S. 651[1892]) や *Fong Yue Ting v. United States* 判決 (149 U.S. 698 [1893]) において、さらに詳しく述べられており (2)、アメリカ社会にとって好ましくないと思料される外国人については、強制処分をもって公の法益保護を実現することを正当化するのである。

## 2. 憲法の存立目的としての自己保存原理の明確化

他方、外国人は、自らの権利・自由の実現を民主的な政治過程に託すことはできないゆえに、彼らの基本的人権は裁判所において強く擁護されなくてはならないのはいうまでもないことである (3)。それとともに、外国人の出入国管理・規制が主権原理から派生するものならば、それは「国家の概念と本来的に不可分なものであり」(4)、国家の本質を踏まえた上での議論が必要とされるのである。重要なことは、これらを踏まえていかにして公正な出入国管理を実現するかということである。この点についても、本章で検討した *Chae Chan Ping* 判決にそのヒントが隠されているようにおもわれる (5)。憲法が国家の存立と国民を保護するために存在することが明らかな命題とされている以上 (6)、出入国管理における国家権限の行使についても、憲法構造から導かれる自己保存原理 (7) が十分認識されなくてはならないことになる。同判決は、国家が対峙する対外的な要因について、政治部門がその存立を保全するためにいかに機能すべきか、合衆国憲法を視点としてその範囲と態様の妥当性を判断することを示している点についても評価することができる。同判決は、国家の自己保存原理と結びついた絶対的権限であれ、それは「合衆国憲法によって委任された主権的権限の一部」であり、合衆国憲法および公共政策の妥当性、それとともに正義の斟酌によって判断されるものと判示しているのである (8)。

その具体的な内容を今日的な視点に立って考察するとすれば、アングロサクソンないし白色人種の自己保存を目的とした人種差別政策的な要因はさておき、第1に、国家の政治体制そのものを維持・防衛しようとする政策的要因、すなわち「政治社会」の安定性とその法益の保護、第2には、社会・経済・犯罪取締政策的要因によるもので、市民生活の安寧秩序や福祉の増進など、私的（経済・社会的）領域における個人の権利・自由を国家が守ろうとするもので、すなわち「市民社会」の法益保護が析出される。さらには、これらに加えて、第3は、出入国管理行政を円滑に執行する法益保護で、それは行政秩序違反ともいべき諸規定に違反した外国人を排斥するものが考えられる (9)。アメリカ合衆国においては、立法政策および判例理論の分析を通じて、体系的ではないにしろ、これらの保護法益の価値序列を勘案して法的秩序の安定性を担保しようとする姿勢がうかがわれるのである。

(1) *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581, 603-609 (1889).

- (2) See *Nishimura Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651, 659 (1892) and *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698, 711 (1893).
- (3) David Cole, *Enemy Aliens*, 54 STAN. L. REV. 953, 957 (2002).
- (4) *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304, 318 (1936)
- (5) See Michele R. Pistone, *A Yime Sensitive Response To Professor Aleinikoff's Detaining Plenary Power*, 16 GEO. IMMIGR. L.J. 391, 396 (2002); T. Alexander Aleinikoff, David A. Martin and Hiroshi Motomura, IMMIGRATION AND CITIZENSHIP: PROCESS AND POLICY 4<sup>th</sup> Ed. 543 (West Group, 1998); Hiroshi Motomura, *Immigration Law After a Century of Plenary Power: Phantom Constitutional Norms and Statutory Interpretation*, 100 YALE L. J. 545, 550 (1990).
- (6) アメリカ合衆国憲法前文を参照。
- (7) T. Alexander Aleinikoff, David A. Martin and Hiroshi Motomura, IMMIGRATION AND CITIZENSHIP: PROCESS AND POLICY 5<sup>th</sup> Ed. 186 (West Group, 2003).
- (8) *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581, 604 (1889).
- (9) Stephen H. Legomsky, IMMIGRATION AND REFUGEE LAW AND POLICY 3<sup>rd</sup> Ed. 7 (Foundation Press, 2002).

## 小 結

本章においては、アメリカにおける外国人の出入国管理・規制に関して古典的ともいわれ、かつ、今日においても重要なリーディング・ケースとして影響力を与えている *Chae Chan Ping* 判決を分析した。国家の自己保存原理と絶対的権限の起源とされる本判決からは、1世紀以上の年月を経た今日においても、国家の本質とその法理について改めて考えさせられるものがある。本判決では、国家主権の属性として「絶対的かつ無制約」ともいわれる外国人に対する入国拒否および退去強制権限が認められるとしても、それは国家の自己保存原理から派生するものであることが示されているからである。外国人の出入国に対する政治部門の裁量行為を無条件で容認するのではなく、「憲法上の制約」を担保し、国家の保護しようとする法益とその手段の適正さを吟味することによって、絶対的権限理論の適用範囲を限定するアプローチが示唆される。アメリカの判例理論では、その後、とくにその手段たる絶対的権限の是非を巡って多くの議論がなされてきたのであるが、外国人を退去強制する目的たる国家の自己保存原理との相互関係について、その結びつきの適正さを厳格にとらえることによって剥き出しの国家権力を制御する可能性を導くことができるものとおもわれる。

以上のように、アメリカにおける議論は、とくに行政の広汎な自由裁量を認めるわが国の出入国管理法制を検討する上でも大いに参考となるとおもわれる。第8章および第9章では、本章で考察した諸論点を視点として、アメリカにおける退去強制につ

いての現行の法制度および判例における政治部門の絶対的権限行使の制約モデルについて、さらに分析を進めていくこととしたい。

## 第 8 章 国家の自己保存原理と出入国管理政策の妥当性

### はじめに

アメリカ移民・国籍法は、国外に追放される外国人の退去強制事由について、多くの異なった事由を列挙している。入国拒否事由と同じように退去強制事由は、経済、犯罪、健康、道徳、政治および安全保障等に関する国家利益を反映するものである。それに加えて、出入国管理制度自体の秩序維持をも理由として外国人を国外退去にするのである。合衆国にすでに在留する外国人が国外退去される場合、多くは超過滞在や査証期限が切れていたり、不法入国で在留するいわゆる非合法外国人が対象となるが、退去強制は合法的に短期滞在する外国人や永住・居住外国人もその対象となる。後者の場合は、出入国管理制度の維持そのものではなく、その多くが犯罪行為を理由とするものである(1)。

これらは、前章で検討した *Chae Chan Ping v. United States* 判決 (130 U.S. 581[1889]) において論じられていた外国人排斥の法理が、その後の立法政策によってさらに具体的に強化されていったものである。だが、国家の自己保存原理を根拠とする連邦議会の絶対的権限が退去強制法の中で顕在化する一方で、国外へ退去される外国人にとっては往々にして過酷な結果をもたらされることから、国家がかかる権限を行使するにあたっては、常にその根拠と適正な範囲が厳しく問われなくてはならないところであった。

本章においては、これまで明らかとなった国家の自己保存原理の内実が法制度を通じてどのように顕在化されてきたかを検証しつつ、今日における退去強制に関する立法政策の主たる要因とそのパラダイムについて考察する。そのために、国家の自己保存原理によって導かれる国家・社会の保護法益モデルを下敷きとして現行法における退去強制事由のカテゴリーを類型化し(2)、保護法益の価値序列を勘案して立法政策の妥当性とその限界について論じていく。ここでは、とくに 1996 年の法改正が「立法府が出入国に関する連邦の絶対的権限をフルに行使することを示している」(3)と指摘されていることに鑑みて、9.11 同時多発テロ事件を契機としてさらに強化された外国人の退去強制について、その背景にある国家・社会の法益保護の構造と国家の自己保存原理の具体的作用についても考えてみたいと思う。

(1) Stephen H. Legomsky, *IMMIGRATION AND REFUGEE LAW AND POLICY* 4<sup>th</sup> Ed. 12 (Foundation Press, 2005).

(2) 退去強制事由を分類するカテゴリーについては、T. Alexander Aleinikoff, David A. Martin and Hiroshi Motomura, *IMMIGRATION AND CITIZENSHIP: PROCESS AND POLICY* 5<sup>th</sup> Ed.550-89 (Thomson West, 2003) および Stephen H. Legomsky, *IMMIGRATION AND*

- (3) David Weissbrodt and Laura Danielson, IMMIGRATION LAW AND PROCEDURE IN A NUTSHELL 5<sup>th</sup> Ed. 70-71 (Thomson West, 2005).

## 第1節 人種差別政策を理由とした規制の限界

### 1. 白色人種・血統の保護利益

#### (1) 1892年5月5日の法律の制定

アメリカ合衆国において国家の自己保存原理によって外国人の退去強制を強化した法律の第1のカテゴリーとしては、最初の退去強制法が制定された時期以降にみられる中国人移民に対する白色人種の自己保存ともいえる人種差別政策的要因(1)によるものが挙げられる。本研究では、これまで *Chae Chang Ping* 判決(1889)までの展開についてはすでに紹介してきたが、ここでは、とくにそれ以降の法制度の展開を検証していくこととする。

中国人移民の入国が全面的に禁止された後、1892年5月5日に制定された法律は、その第6条で中国人が合法的に合衆国に在留していることを証明する方法として、居住証明書(a certificate of residence)を取得するよう義務付け(2)、そのため一定の期限が過ぎて証明書を取得することができない場合、そのような中国人労働者はすべて国外へ退去されることを規定していた。それまでの諸法律には不法残留中国人を追放する規定が用意されていたにもかかわらず、ほとんどその効果が上げられていなかった。そのため1892年の本法律は、退去強制に関する規定については従前の法律に変更を加えなかったものの、在留資格の判断を容易にするために、居住証明書を取得していない者に対しては不法入国の推定をおこなうこととしたのである。これは、中国人労働者が合法的に入国したことの立証責任を全面的に本人へ転嫁するものであった。合法的に入国したことの立証責任は、すべての中国人労働者に課せられ、本法律によって、「すくなくとも一人以上の信頼に足る白人の証人」による証言が、さらに要求されるようになったのである(3)。そして、この法律の当該条項の有効性を争った事案が、これまで外国人の退去強制に関する判例の基軸として本研究でもたびたび引用してきた *Fong Yue Ting v. United States* 事件(149 U.S. 698 [1893])であった。

本件において、上告人(*Fong Yue Ting*)は、①永続[永住]的に生活の本拠を有する居住外国人は、事実上の市民であること、②当該法律がこのような外国人に適用される場合、それは、国外への追放(banishment)を意味すること、③中国人労働者は、国外退去されない特別な条約上の特権を有すること、④このような法律は、手続的デュー・プロセスを侵害すること、⑤平時において、このような権限は連邦議会に委任されてはいないこと、⑥委任されていない主権的権限など存在しないこと等を主張し

た。一方、これに対して被上告人である国側は、①本件は、Chae Chan Ping 事件と区別して考えることはできないこと、②立証責任の転化は、適正なものであること、③国家は、いまだ入国と認められず国境にいるのと同じ立場にある外国人の居住を規制し、一時的に留保する無制限の権限を有し、これは、国際法上の原則によるものであること等を主張したのであった。

## (2) 白人による証明の要件

事件の争点は、連邦議会が白人の証人によってその地位を証明することのできない居住外国人 (resident alien) を、そのために不法に入国したとの最終的な推定をおこなうことによって国外へ退去させることができるかということであった。本件の反対意見が、合法的に入国を認められた居住外国人が退去強制される危険性が存すると主張する一方で、法廷意見は、不法入国を立証することの困難さと同じ中国人である証人の信用性の欠如を理由として、入国拒否事件における証拠法則としての当該規定の正当性を支持しようとしたのであった。その根拠を退去強制が入国拒否と「単一かつ同一の権限」から派生するとして、入国拒否の法理を強引に退去強制の事案に結びつけたのであった (4)。

連邦最高裁は、本件において、合法的入国の立証責任を中国人労働者に課し、かつ合衆国に在留するすべての中国人労働者に居住証明書の取得を義務づける 1892 年の法律を合憲としたのである。ここでは、当該登録制度を支持することによって連邦議会の規制権限に対する実質的制約を拒否し、それとともに白人の証人を要求することが合理的であると支持した法廷意見 (5) のなかに、人種差別的要素が端的にみいだされうるものであった。すなわち、法廷意見は、当該外国人を好ましくない性質を有する者として一まとめに括ってしまったのである。中国人労働者たちを「アメリカに居住する社会に同化することができない、あるいはしようとしぬ者たち」(6) というひとつの人種的集団 (グループ) として考えたのであった。

## 2. 移民割当制度 (National Origins Quota System)

### (1) 1921 年 5 月 19 日の法律の制定

Fong Yue Ting 事件から約 30 年後の 1921 年 5 月 19 日には、出生国をもとにその受入数を決定する移民割当制度 (National Origins Quota System) を規定した法律が制定された (7)。この割当制度は、1910 年のアメリカの人口調査をもとに、その当時の移民の当該国籍国に対してその数の 3% までを各国に移民枠として認めたものである。この制度のもとで年間約 35 万人の移民が入国を許可されたが、入国許可申請直前に継続的に 1 年以上西半球のいずれかの独立国に居住していた外国人に対しては割当制限を課さず、それは、事実上、東半球からの移民に対してのみの制限であった。

当時は、科学的根拠に基づく人種差別論が普及しており、人種的劣等を理由に民族の消滅や排除を主張する民族科学者や優生学者などの意見や理論がこの割当法に直接影響を与えていた。それとともに、本法律の制定は、移民政策の大きな変更を意味するものであった。それまでの移民法は、入国に不適格な外国人を規定した質的な制約を狙いとする政策の立場であったが、この新しい法律は、従来の質的制約に加えて年間移民の受入数に上限を定めるという数的規制をも取り入れたのである。この法律は、当初 1922 年 6 月 30 日に失効するはずのものであったが、1924 年 6 月 30 日まで延長されたのである。

### (2) 1924 年 5 月 29 日の移民法の制定

1924 年には、恒久的な出身国別移民割当法が連邦議会で可決された(8)。連邦議会は、外国人の入国を数量的に制限する法律を制定して出身国割当制度をうちたて、それにより出生地が入国査証の割当てに決定的な要因となったのである。なお、有効な入国査証なくして入国した者に対しても、退去強制を命ずることとなった。また、同法律は、領事制度(Consular Control)を確立した。それは移民に対して、外国駐在の米国領事館によって発給された有効な移民査証をもっていなければ、米国入国は認められないという規定をもつものであった。

移民割当制度は、1890 年の人口調査を基礎として当時の合衆国に居住していた移民の出生地国を基準に、それらの国別に分類した移民人口の 2% の移民割当枠を各国に許可した。年間の割当枠の総計は、約 164,000 人であった。1890 年を基準とした割当法は、西半球からの移民に対しては制限を加えようとするものではなかったが、東洋からの移民は言うに及ばず、東欧や南欧からの移民をも実質的に削減させることになり、北欧・西欧からの移民割当枠を増大させるものであった。

外国人の離散家族については、移民による家族離散の防止、ならびに離散家族の呼び寄せ(family reunion)促進を意図した条項も含んでいた。この目的で、非割当移民枠が合衆国市民の子と妻に与えられ、優先割当枠が合衆国市民の両親、夫、ならびに米国永住権者の子と妻に与えられた。だが、女性に対しては差別的な部分があり、それは 1952 年の移民・国籍法(9)の制定まで改正されなかった。また、アメリカ合衆国の市民権取得資格のない外国人の移民としての入国が禁止された。とくに東洋人の移民に対しては厳しい規制がなされ、連邦議会は日本人の移民を日米紳士協定にもかかわらず、特別に規制しようとしたのである。本法律は、1917 年の法律(10)と並び、1952 年の移民・国籍法が制定されるまで、合衆国における外国人の出入国管理法制の根幹をなすものであった。

### (3) 移民割当制度の廃止

このような人種または出身国に基づく移民・国籍法上の差別に対しては、ようやく1965年になって廃止を定めた法律が10月3日に成立した(11)。この法律によって1968年6月30日から出身国別の移民割当制度が廃止されたのであった。これは、東洋人に関する特別移民枠の制限を廃止し、人種、性別、国籍、出生地、居住地による移民の差別を禁止するものであった。そして、西半球以外の地域(東半球)からやってくる移民に対して一定の移民割当枠を設定し、その数を年間17万人とした。しかしながら、1976年10月20日の法律(12)は、東半球に別枠として割り当てられていた移民割当枠を全体のものに組み入れ、すでに規定されている移民割当の優先制度、ならびに国別の上限2万人などの制度を東半球からの移民にも適用したのであった。

### 3. アングロサクソニズムの解消(?)

この時期、裁判所においても、一般的な憲法の基準が外国人に関する事案にも拡張的に適用されるようになり、判例理論が発展していったことはこれまでの考察からも明らかとなっている(13)。ここにきて、ようやくアメリカ移民法における人種差別政策的要因が取り除かれ、その後も、公民権運動の影響もあり制度上の人種差別は解消されたかのようにみえたのであった。しかしながら、退去強制の違反調査における人種を理由とした差別的な扱いや(14)、9.11以降のアラブ・イスラム系外国人に対する処遇をみても明らかのように(15)、移民法全体における人種差別的な要因がすべて払拭されたわけではないことも注意を要するところである。

すなわち、現行法においては、制度上、人種差別的な規定は存在しなくなったものの、その運用次第では差別的な取り扱いが生じる余地が多分に残っているからである。それゆえに、今後とも外国人の違反調査や審査手続における実務上の取扱いから目が離せないところとなっている。

- (1) Siegfried Hesse, *The Constitutional Status of the Lawfully Admitted Permanent Resident Alien: The Pre-1917 Cases*, 68 YALE L. J. 1578, 1588 (1959).
- (2) Act of May 5, 1892, ch. 60, § 6, 27 Stat. 25, 25-26 (1892).
- (3) Hesse, *supra* note 1, at 1578.
- (4) *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698, 705-07 (1893).
- (5) *Id.* at 729-30.
- (6) *Id.* at 717.
- (7) Act of May 19, 1921, ch. 8, 42 Stat. 5 (1921).
- (8) Immigration Act of 1924, 43 Stat. 153 (1924).
- (9) Immigration and Nationality Act, June 27, 1952, ch. 477, 66 Stat. 163 (1952).
- (10) Act of Feb. 5, 1917, ch. 29, § 19, 39 Stat. 874 (1917).

- (11) Act of Oct.3, 1965, Pub.L.No.89-236, 79 Stat. 911 (1965).
- (12) Act of October 20, 1976, Pub.L.No.94-571, 90 Stat. 2703 (1976).
- (13) 外国人に関する事案への一般的な憲法準則の適用については、とくに本研究第 4 章における判例理論の展開を参照。
- (14) 違反調査における人種的ハラスメントの危険性については、本研究第 4 章第 2 節を参照。
- (15) 9.11 以降の人種差別的処遇については、本研究第 6 章第 2 節を参照。

## 第 2 節 政治体制の維持・防衛政策を理由とした規制の限界

### 1. 「政治社会」の保護法益

外国人の退去強制を強化した法律の第 2 のカテゴリーとしては、国家の政治体制そのものを維持・防衛しようとする政策的要因によるものが挙げられる。平時においても、国家は、その政治体制にとって危険な存在であると思料される外国人に対しては、とくに監視の目を強める。古くは、1798 年の一連の外国人関連法制定のように、ヨーロッパにおける革命の影響を恐れ、合衆国の平和と安全にとって好ましくないと判断される外国人を国外退去する権限 (1) が大統領に授権されたり、また、1901 年 9 月のマッキンレー大統領の暗殺を契機に制定された 1903 年の法律のように、無政府主義者の入国を禁じる例 (2) がそれである。

このような「政治社会」としての国家の自己防衛の論拠は、Chae Chan Ping 判決 (1889) を直接引用する Nishimura Ekiu 判決 (1892) における法廷意見が、「すべての主権国家が、主権に固有にしてかつ自己保存 ( self-preservation ) に不可欠なもの」(3) として、その領域内へ外国人が入国することを禁止する権限を有するとくり返し述べるように、国家の対外的な主権原理ないし自己保存原理が自国内においてとくにその政治体制の維持・独立を保全すべく作用することからも直接説明されうる。また、翌年の Fong Yue Ting 判決 (1893) においても、戦時または平時において、あらゆる外国人の入国を拒否しまたは追放する主権国家の権利は、主権を有するすべての「独立国家」にとって固有かつ不可譲の権利であることが確認されている (4)。それゆえに、アメリカ司法府は、独立した別個の「政治社会」を維持する外国国家に忠誠を誓うその構成員である外国人は (5)、対外的にも対内的にも、合衆国の「独立」と「安全保障」を脅かす存在となりうるという認識の下に、国家がそのような虞のある外国人を国外へ追放することは正当なものであると理解したのであった (6)。

確かに、現行の法制度においても、今日のアメリカ社会が置かれている国内外の状況だけを特別に勘案して退去強制の対象とするのではなく、国家の安全・治安秩序を脅かすような虞を有する外国人一般に対して適用される厳しい規定がなされている。また、これまでも連邦政府は、このような外国人に対して法の執行において極めて過

酷な対応をおこなってきた。だが、その一方で、これらの条項の適用については、アメリカ司法府は、合衆国憲法を根拠として多様な議論を積み重ねてきたこともまた事実であった(7)。とくに国家の非常事態が発生したときには、合衆国憲法による人権の保障とともに(8)、連邦議会が連邦政府に授権する範囲の問題として対処する制度保障型の司法審査モデルを採用しその抑制を担保していることはすでに述べたところである(9)。国家の緊急事態に対処する強力な国家権限の発動たる連邦議会の立法作用についても、まったくの絶対的(plenary)な裁量行使が認められているのではなく、アメリカ合衆国の統治構造においては、事前または事後的にせよ合衆国憲法による一定の制約が常に意識されているのである。

## 2. 国家防衛政策的要因による外国人の排斥

### (1) 20世紀前半の動向

連邦議会は、1903年3月3日、無政府主義者または暴力によって政府を転覆することを唱導する外国人を入国拒否の対象とする法律(10)を制定した。それに続く1907年2月20日の法律(11)でも、同様の趣旨が確認されている。

第1次世界大戦が勃発するとますます外国人への排斥が強まり(12)、ロシア革命によって共産主義思想への警戒がさらに強まったのである。このような国際社会の情勢に起因する国内の不安定な状況に対処するため、連邦議会は1918年5月22日の法律(13)、および同年10月16日の無政府主義者取締法(Anarchist Act)(14)を制定し、自らの「政治社会」の保全を図るために、その後も外国人の退去強制を強化する法律をつぎつぎと成立させていくことになった。

連邦議会は、1920年5月10日の法律(15)によって敵国を想定して外国人の排斥を強化していった。そして、1940年には、アメリカ合衆国の外国人法制史上、政治体制そのものを維持・防衛目的とする退去強制法制の一つの頂点たる外国人登録法(16)が制定されるに至ったのである(17)。この法律は、スミス法と呼ばれる。

### (2) 共産主義者の排斥からテロリストの排斥への転換

連邦議会は、第2次世界大戦後の米ソ冷戦構造が成立してからも自らの「政治社会」を防衛するために共産主義者の入国拒否や退去強制をさらに強化していった。だが、1989年の冷戦構造崩壊の前後には、政治的な理由による入国拒否および退去強制を禁止する法律を制定し(18)、共産主義の脅威に対する方針を転換している。このことは、それまでの立法政策の立場からすると異質とおもわれるような変化であるが、アメリカ合衆国は1940年代の反共立法やそれに続く冷戦の時代もそうであったように、自らの国家・政治体制の防衛にとって重大な変化が発生しようとする、それに対処すべく機敏にあるいは巧みに政策の転換をおこなってきたといえる(19)。アメリカ移民

法は、すばやく国際情勢の変化を読み取り、それに対処すべく功利的に修正されてきたのである。このことを具体化するかのようになり、1990年の移民法(20)は破壊活動の防止からテロリズムの防止へとそのターゲットを修正したのであった(21)。

その後も、連邦議会は、1996年の反テロリズム及び効果的死刑法(AEDPA)や不法移民修正及び移民責任法(IIRIRA)(22)等による移民・国籍法の厳しい修正をおこなった。かかる視点からすると、2001年の同時多発テロ事件の発生によって移民法を利用して外国人への強制的な処遇を実施したのは、決して突発的に生じたのではなく、それ以前に、すでに連邦議会が冷戦構造崩壊後における国内外のテロ活動の多発を察知して法制度の整備をおこなっていたものと考えられる。すなわち、退去強制の特質のひとつである国家・政治体制の防衛政策的要因がたまたま9.11を契機としてその剥き出しの権力性を引き出しただけのことなのであって、外国人への苛酷な人権侵害が偶発的に発生したものではないことは明記されなくてはならないところであろう。アメリカの連邦議会は、将来起こりうるあらゆる要素をも勘案して、プラグマティックな立法作用をおこなうのである。

### (3) 9.11以降の立法政策

2001年9月11日の同時多発テロ事件の6週間後に制定された主要な法律たる米国家愛国者法(23)は、外国人の退去強制との関係でも次のような特徴をもつものであった。まず、第1に、実質的ではないにしろ「テロ組織」と関係をもつとされる団体とかかわりのある外国人を国外へ退去させること、第2には、純粋な言論活動を理由として外国人の入国を拒否するというイデオロギーを理由とした入国拒否の復活、第3には、外国人の予防的な身体拘束が挙げられる(24)。とくに、予防的な身体拘束については、以下のように規定されている。

先にもふれたように、本法律の第412条は、出入国管理違反または犯罪に対する訴追なしで、司法長官にテロ行為が疑われる外国人を最高7日間勾留する権限を与えた。これにより移民・国籍法に新しく236A条を付加えることになり、司法長官が、同法に規定されるようなテロ行為に従事したまたはテロ行為に関係すると信じるに足る合理的な理由を有する外国人を認定することを認めたのである。司法長官は、この規定によって認定された外国人を勾留しなくてはならないとされたが、同法は、不定期の収容を認めるために制定されたと考えられる9月20日の仮の規則にかわるものであったともいわれている(25)。

また、2002年11月には、さらに国家の安全・治安維持を強化するために、連邦議会は、国土安全保障法(26)を成立させ、移民・国籍法103条a項によって司法長官に委任されていた出入国管理権限のほとんどは、その効率化と治安維持・防衛の強化のために国土安全保障長官に移されたのであった(27)。

このように、アメリカにおける全体としての法体系においては、平時または国家緊急時をとわず、常に国家の自己保存をおこなう要素が存在し、強固な国家主権の意識とともに多数決原理を基本とする民主国家ゆえにそれが顕著に立法政策に反映されることになるのである。

### 3. 現行制度における国家防衛政策的な退去強制事由

アメリカの政治体制の維持・防衛政策的に好ましくないと考えられる外国人については、1996年以前には無政府主義者や共産主義者、あるいは全体主義者など、暴力またはその他の憲法に違反する手段によって合衆国政府を転覆させることを唱導もしくは教育する団体の構成員またはそれと密接な関係のある者（旧移民・国籍法 241 条 a 項 6 号および 7 号）、入国後 5 年以内に合衆国軍隊において反抗または不服従を行うよう企て有罪の判決を受けた者、および入国後前述の有罪判決を 2 回以上うけた者（旧移民・国籍法 241 a 項 15 号および 16 号）、スパイ、怠業、敵国との取引行為禁止規定に違反するような行為をおこない、合衆国にとって好ましくない居住者であると司法長官に判断された者（旧移民・国籍法 241 条 a 項 17 号）等が規定されていた。

現行法においては、国土安全保障省（DHS）の市民権・移民局（CIS）が、合衆国に入国した後、国家の防衛または外交政策を脅かす行為に関わった外国人に対して退去強制手続を開始することになっている。その場合、移民・国籍法には時間的な制約が規定されていないため、当該外国人は禁止されている行為を犯した後、何時でも国外へ退去されることになるのである。

ここではスパイ活動を防止する法律等を犯したり、公共の安全および国家の安全保障を脅かす犯罪行為に従事したり、あるいは暴力または違法な手段によって合衆国政府を転覆させる目的でおこなう行為に関係する外国人の退去強制が規定されているが（移民・国籍法 237 条 a 項 4 号(A))、さらに入国が許可された後、テロ活動に関与した外国人は何時でも退去強制の対象となることが改めて規定されており（移民・国籍法 237 条 a 項 4 号(B))、対外的な情勢の変化を機敏に読み取っていることがうかがえる。また、國務長官は、その者の存在が、合衆国の外交政策に重大な不利益をもたらすと思料される外国人を退去強制するよう勧告する裁量的権限を有すると規定されているのも（移民・国籍法 237 条 a 項 4 号(C))、同様の趣旨と考えられる。

それとともに現行法は、不法に投票をおこなった外国人の退去強制を規定している（移民・国籍法 237 条 a 項 6 号）。このことは、合衆国という政治共同体の構成員ではない外国人によって侵害される「政治社会」の利益を守ろうという国家作用の顕在化のひとつと考えられ、国家の自己統治原理との関係からも注目される場所である（28）。

- (1) Alien Act, June 25, 1798, ch.58, § 1, 1 Stat. 570, 570-71 (1798).
- (2) Act of March 3, 1903, § 38, 32 Stat. 1213, 1221 (1903).
- (3) Nishimura Ekiu v. United States, 142 U.S. 651, 659 (1892).
- (4) Fong Yue Ting v. United States, 149 U.S. 698, 705 (1893).
- (5) 英米における国家への忠誠義務については、高佐智美『アメリカにおける市民権—歴史に揺らぐ「国籍」概念』(勁草書房、2003年) 15頁以下を参照。
- (6) Chae Chan Ping v. United States, 130 U.S. 581, 603-04 (1889).
- (7) *See, e.g.*, United States v. Curtiss-Wright Export Corp., 299 U.S. 304, 315-18 (1936); Bridges v. Wixon, 326 U.S. 135, 154 (1945); Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951); Harisiades v. Shaughnessy, 342 U.S. 580 (1952); Shaughnessy v. Mezei, 345 U.S. 206 (1953); American-Arab Anti-Discrimination Committee v. Messe, 714 Supp. 1060 (C.D.Cal.1989); American-Arab Anti-Discrimination Committee v. Nelson, 970 F.2d 501 (9<sup>th</sup> Cir.1991); Reno v. American-Arab Anti-Discrimination Committee, 70 F.3d 1045 (9<sup>th</sup> Cir.1995); American-Arab Anti-Discrimination Committee v. Reno, 70 F.3d 1045 (9<sup>th</sup> Cir.1997); Reno v. American-Arab Anti-Discrimination Committee, 119 F.3d 1367 (9<sup>th</sup> Cir.1997); Reno v. American-Arab Anti-Discrimination Committee, 525 U.S. 471 (1999); Zadvydas v. Davis, 533 U.S. 678 (2001); Detroit Free Press v. Ashcroft, 303 F.3d 681 (6<sup>th</sup> Cir.2002); North Jersey Media Group, Inc v. Ashcroft, 308 F.2d. 198 (3<sup>rd</sup> Cir.2002).
- (8) Ex parte Milligan, 71 U.S.(4 Wall.) 2, 120-21 (1866).
- (9) この点については、本研究第6章第4節を参照。
- (10) Act of March 3, 1903, ch.1012, § 2-38, 32 Stat. 1213, 1214-21 (1903).
- (11) Act of Feb. 20, 1907, ch.1134, § 38, 34 Stat. 898, 908-909 (1907).
- (12) 有賀貞『アメリカ史概論』(東京大学出版会、1987年) 217-22頁。
- (13) Act of May 22, 1918, ch.81, § 1, 40 Stat. 559 (1918).
- (14) Anarchist Act of 1918, Oct.16, 1918, ch.186, § 1, 40 Stat. 1012 (1918).
- (15) Act of May 10, 1920, ch.174, § 1, 41 Stat. 593-594 (1920).
- (16) Alien Registration Act of 1940, June 28, 1940, ch.439, 54 Stat. 674 (1940).
- (17) 外国人の政治活動の自由を厳しく規制する本法律制定の背景およびその後の運用については、本研究第4章第1節の Bridges v. Wixon 事件(326 U.S. 135 [1945])および Harisiades v. Shaughnessy 事件(342 U.S. 580 [1952])を参照。
- (18) Foreign Relations Authorization Act., Pub.L.No.100-204, § 901, 101 Stat. 1331, 1399-1400 (1987). ; Department of State Authorization Act, Pub.L.No.101-246, § 128, 104 Stat.15 (1990).
- (19) この点については、本研究第1章第1節の法制度の歴史的展開を参照。
- (20) Immigration Act of 1990, Pub.L.No.101-649, 104 Stat. 4978 (1990).
- (21) David Weissbrodt and Laura Danielson, IMMIGRATION LAW AND PROCEDURE IN A

NUTSHELL 5<sup>th</sup> Ed. 244 (Thomson West, 2005).

- (22) Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996, Pub.L.No. 104-132, 110 Stat. 1214 (1996); Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act of 1996, Pub.L.No. 104-193 (1996); Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996, Pub.L. No.104-208, Div.C., 110 Stat. 3009-546 (1996).
- (23) USA Patriot Act, Pub.L. 107-56, § 412, 115 Stat. 272, 350-52(2001).
- (24) David Cole, *Enemy Aliens*, 54 STAN. L. REV. 953, 966-74 (2002).
- (25) Peter J. Spiro, *Explaining the End of Plenary Power*, 16 GEO. IMMIGR. L.J. 339, 356-57 (2002).
- (26) Homeland Security Act, Pub.L. 107-296, 116 Stat. 2135 (2002).
- (27) 9.11 以降の出入国管理政策の展開については、本研究第 6 章第 2 節を参照。
- (28) 外国人の政治参加の権利については、連邦最高裁判所も公的領域ないし「政治社会」の法理ともいふべき統治構造に特有の憲法理論が存在することを意識しており、合衆国における「自己統治原理」の意識を強烈に感じるところでもある。See e.g., *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634 (1973); *Foley v. Connelie*, 435 U.S. 291 (1978); *Ambach v. Norwick*, 441 U.S. 68 (1979); *Cabell v. Chavez-Salido*, 454 U.S. 432 (1982); *Bernal v. Fainter*, 467 U.S. 216 (1984).

### 第 3 節 社会・経済・犯罪取締政策を理由とした規制の限界

#### 1. 「市民社会」の保護法益

つぎに、外国人の退去強制を強化していった法律の第 3 のカテゴリーとしては、社会・経済・犯罪取締政策的要因によるものが挙げられる。これは、国内の労働政策上の問題が発生したり、公的扶助や精神衛生上「公共の負担」になる虞のある場合、および、刑事犯罪人、麻薬取締違反者、売春婦など犯罪取締や道徳上問題となる虞のある場合、「市民社会」としてのアメリカの利益を守るために、そのような人たちを好ましくない外国人として国外退去を命じるものである。

このような外国人の国外退去の根拠も、「貧困者、犯罪者および治癒不可能な病気に冒されている人の入国拒否は、有害でありもしくは危険をもたらすと見なされる特定の階層の人たちに対して適用されるのと同じ権限を適用する」ものであり、かかる権限の根拠も「自己保存の権利(the right of self-preservation)に含まれる」とする *Chae Chan Ping* 判決における連邦最高裁の法廷意見に見出されるところである(1)。

これは、外国人の入国拒否および退去強制について、前述の「政治社会」とは区別される「市民社会」としての法益を自己保存しようとする原理が作用するものである。すなわち、国家の政治体制の維持・防衛という公的利益とは性質の異なる「市民社会」の構成員の私的利益を国家が保護するための権限行使であるといえる。連

邦議会は、自らの統治権限の範囲内において、アメリカ社会における市民生活上のさまざまな利益を保護するために、退去強制という手段を用いて好ましくないと思料される外国人を国外に追放しようとするのである。国家は、外国人との関係で、いわゆる対外的なポリス・パワーを行使して外国人を国外へ排除しようとするのであるが、ここでは、政治共同体ないし「政治社会」としての狭義の国家は公権力の領域であり、それは国家の主権原理によって構成され、一方、「市民社会」は、私的自治を原則として個人の権利・自由が実現される領域となるゆえに、政治社会の存立とは異なる私的利益の調整という視点で立法政策と司法判断のあり方を論ずることができるのである。

## 2. 社会防衛政策的要因による外国人の排斥

### (1) 法制度の展開

アメリカ連邦議会は、1875年に移民の入国を規制する最初の法律(2)を制定して以来、とくに契約労働者と中国人に対する規制を強化していった。これは、南北戦争を契機として連邦主権が確立し(3)、「国民国家」としての歩みを始めたアメリカ合衆国がその統一体(entity)としての影響をいよいよ国内の「市民社会」にも及ぼし始めたものと考えられる。

1891年には入国拒否事由を拡大する法律が制定され(4)、同法律は、初めて入国後の行為を退去強制の理由とした。それは、入国後1年以内ならば、入国前に存在していた原因によって「公共の負担」になった者を法律に違反したとして、何時でも国外へ追放できるものとした(5)。1903年の法律(6)では、不法入国者または入国前に存在する理由により「公共の負担」となった者は、2年以内であれば退去強制されることになった(7)。また、1907年には、売春婦または入国前に存在する理由によって「公共の負担」となった者を入国後3年以内であれば退去強制できるとした法律(8)が制定された。

1917年の法律(9)は、入国後5年以内に、不道德な行為を含む犯罪を理由として1年以上の禁固刑の言い渡しを受けた者およびその原因が明らかに入国後に発生したことを示すことができずに「公共の負担」となった者等を退去強制の対象とすることを規定し、2回以上刑事事件で有罪とされた者や売春婦に対しては退去強制の時間的要件を撤廃した。そして、1937年には、入国後に偽装結婚の事実を発見された外国人は、入国許可を取り消され退去強制の対象とする法律(10)が制定されたのである。

このようにアメリカ移民法は、社会防衛政策の見地からも入国拒否事由とともに退去強制事由を拡張し、漸次、外国人の排斥を強化してきた。そして、現行の退去強制制度を規定する1952年移民・国籍法においても、現在に至るまでさまざまな修正がなされてきた。まず、1956年には、麻薬を所持する外国人を入国拒否ならびに退去強

制にするとした法律が制定された(11)。そして、さらに1960年の法律(12)によって、かかる麻薬所持の条項にマリファナが追加されたのであった。

1962年5月31日の法律は、1952年の移民・国籍法では、退去強制からの救済について、①犯罪人、不道德者、麻薬中毒者、危険分子、ならびに登録法違反者であった外国人に対しては、合衆国において、10年間実際に存在(physical presence)しかつ善良な道徳的性格(good moral character)を持つこと、および、②それ以外の外国人については7年間実際に存在しかつ善良な性格を持つ者に限って認められるとして、それまで5つあった救済規定を2規定のみに減らした(13)。

以上のように、アメリカ合衆国は、19世紀の後半から「市民社会」を防衛するために、社会・経済・犯罪取締政策を実現すべくさまざまな規定がなされ、外国人を国外へ追放してきたのであった(14)。

## (2) 2つのカテゴリー

「市民社会」としてのアメリカにとって、社会・経済・犯罪取締政策的に好ましくないと考えられる外国人のカテゴリーは、①社会および経済政策的要因と、②犯罪取締および秩序維持政策的要因によって2つのグループに分類することができる。

1996年以前においても、前者は、入国後5年以内に、入国前にかかっていた精神的疾患によって公共の費用で施設に収容された者(旧移民・国籍法241条a項3号)、同じく入国後5年以内に、入国後に生じたのではない原因によって「公共の負担」となった者(旧移民・国籍法241条a項8号)等と規定されていた。

後者は、さらに入国後5年以内という期限をつける規定と入国後の期限を問わず退去強制される規定との2つのグループに分けて考えることができる。入国後5年以内という期限をつけるものとしては、不道德な行為を含む犯罪を理由として1年以上の禁固刑の言い渡しをうけた者(旧移民・国籍法241条a項4号)、他の外国人が合衆国に不法入国しようとするのを知った上で利得のためにこれを幫助した者(旧移民・国籍法241条a項13号)等である。

入国後の期限をつけないものとしては、不道德な行為を含む犯罪を2つ以上犯して共に有罪判決をうけた者(旧移民・国籍法241条a項4号)、麻薬常用者または麻薬取締法違反者(旧移民・国籍法241条a項11号)、売春婦または売春宿の管理者、および、売春またはその他の不道德な目的のために外国人の入国を企てた者(旧移民・国籍法241条a項12号および18号)、自動小銃を不法所持または携行したことで有罪判決をうけた者(旧移民・国籍法241条a項14号)等があげられる。

## (3) 刑事犯罪者への厳格な処遇手続

このように連邦議会は、社会における法益侵害の程度によって退去強制の処遇の厳

しさに差異をもたせてきた。アメリカ移民法においては、とくに犯罪取締・秩序維持の保護法益に価値を置いているといえることができる。外国人が犯罪行為をおかすと直接的にその者に重大な影響が及ぼされることになる。とくに「加重的重罪」(aggravated felony)を犯した外国人は、命令的収容(mandatory detention)に服し、国外退去され、かつ退去強制からのほとんどの救済手段が認められなくなる(移民・国籍法 236 条、238 条、240A 条、240B 条)。判例も、この点については、連邦議会の判断を支持している(15)。さらに、国外退去の対象となることに加えて、永久に合衆国への入国を禁止され、もし、その者が不法に再入国した場合、20 年以上の懲役が科せられるのである(移民・国籍法 212 条 a 項 9 号(i)(A)および同 276 条 b 項)。

アメリカ移民法は、市民社会において好ましくないと思料されるさまざまな要因を列挙するものであるが、犯罪の取締・秩序維持についてはとくに厳しい処遇がなされており、その他の社会防衛政策的要因とは区別してとらえるべきものと考えられる。

### 3. 現行制度における社会防衛政策的な退去強制事由

#### (1) 刑事犯罪にかかわる事由

現行の法制度において、刑事犯罪にかかわることを理由として外国人の退去強制を規定するのは、移民・国籍法 237 条 a 項 2 号に明示される条項である。

本条項の規定する一般的な犯罪の第 1 の分類は、背徳的行為(moral turpitude)である。外国人は、入国を認められてから 5 年以内に背徳的行為を含む罪を犯しかつそれが 1 年または 1 年を超える刑が宣告される犯罪であるか、または入国が認められた後の何時も背徳的行為を含む 2 つ以上の犯罪をおかした場合、退去強制の対象となる(移民・国籍法 237 条 a 項 2 号(A))。この背徳的行為を含む犯罪は、過去 100 年もの間、犯罪に関わる退去強制事由の主たるものであったが、その定義についてはいまだ困難を極めている(16)。

移民・国籍法 237 条 a 項 2 号 (A) (iii)は、入国後、加重的重罪を犯した外国人を何時でも国外退去にすることを規定している。この加重的重罪とは、殺人、レイプまたは児童への性的虐待、麻薬の売買、銃砲類の売買、資金洗浄(マネーロンダリング)、執行猶予が付いたとしても 1 年または 1 年を超す自由刑が規定される暴力犯罪、または、窃盗もしくは不法侵入、賭博、脱税、売春目的の輸送、賄賂、通貨偽造、文書偽造、盗難車の売買、裁判の妨害、偽証、証人の買収、および刑事犯罪のための出廷の拒否等、このような犯罪の未遂あるいは共謀を含むものである(移民・国籍法 101 条 a 項 43 号)。

しかしながら、一九八六年から一九九六年の間に、軽犯罪(petty offence)および軽罪(misdemeanor)を除いた犯罪行為についての退去強制事由の範囲が拡張されたことは、社会防衛政策の見地からは正当なものであったとしても、外国人およびその

家族に対して重大な不利益をもたらすことになったことは明記されなくてはならない。また、ここでは、その他の外国人との間での平等な取扱いについて議論される余地が残されているのである。

## (2) その他の社会防衛政策的事由

移民・国籍法 237 条 a 項は、その他の好ましくないと思料される退去強制事由を規定している。1996 年の不法移民修正及び移民責任法 (IIRIRA) は、家庭内暴力、ストーカー行為、児童虐待、児童放置 (child neglect)、児童遺棄、または、家庭内暴力に関する保護命令違反を犯した外国人を退去強制の対象として新たに規定した (移民・国籍法 237 条 a 項 2 号(E))。また、意図的あるいは知らずに他の者が出入国に関する利益のために不正な申請書または書類を準備もしくは提出するのを幫助する外国人をも退去強制の対象とすることができるものとされる (移民・国籍法 237 条 a 項 3 号(C)(i))。ただし、永住外国人が単に配偶者または子どもを援助または支援するためにした文書偽造が初犯行為の場合、司法長官はその者の退去強制を留保することができる (移民・国籍法 237 条 a 項 3 号(C)(ii))。現行法は、さらに入国後 5 年以内に「公共の負担」となった者で、入国後に生じたとは思えない確かな理由が存すると市民権・移民局 (CIS) が思料する外国人を退去強制することができる (移民・国籍法 237 条 a 項 5 号)。これらは、退去強制される外国人について、地域社会や家族との紐帯 (community tie) を考慮するものである。いわゆる「市民社会」の防衛については、刑事犯罪等に対する公共的な私的領域における法益保護の厳しさに比べて、親密な私的領域においては外国人の家族関係や在留期間等社会との結びつきを勘案して立法政策に反映させているのである (17)。

さらにここで注目されることは、広い意味では「市民社会」の保護法益の一部に含まれる行政秩序違反ともいえるべき移民・国籍法の秩序を維持することを目的とする規定が存することである (移民・国籍法 237 条 a 項 1 号)。アメリカ社会の良き一員として通常の市民生活を営んでいる外国人であっても、移民・国籍法上の正規の在留資格や活動資格を持たないため、かかる行為が非合法活動として退去強制事由に該当する場合である。かかる「非合法外国人」(18) は、一般市民とかわらず、家族生活を営み、労働や経済活動に参加し納税の義務等を果たして立派に社会的な責任を分任しているにもかかわらず苛酷な退去強制の対象となるのである。それゆえに、学説においても、経済、犯罪、健康、道徳、政治および安全保障に関する国家・社会の保護法益とは区別して、出入国管理制度自体の秩序維持を理由として外国人を国外退去することの妥当性を論じているのである (19)。以下では、本節における「市民社会」の保護法益とは区別して、かかる視点からその処遇について検討していくこととしたい。

- (1) *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581, 608 (1889).
- (2) *Act of March 3, 1875, ch.141, § 5*, 18 Stat. 477 (1875).
- (3) このような連邦主権論は、南北戦争を契機としてますます実定的なものとなっていった。それは、「連邦の権限と州の権限とのこの相関関係 (relative matter) は、原理的には全体 (generality) と地方 (locality) との関係以外の何ものでもない。したがって、全体に関することはすべて全体に、すなわち合衆国全体の政府 (General Government) に委託されなければならないし、また州に関することはただ州だけに委託されるべきものである。」とする、リンカーン大統領の特別議会への教書からも十分読み取ることができるものである。この点について詳しくは、岡田皓一『非常事態とアメリカ民主主義』(北樹出版、2004年) 16頁以下を参照。
- (4) *Act of March 3, 1891, ch.551, § 1*, 26 Stat. 1084 (1891).
- (5) *Id.* § 11, at 1086.
- (6) *Act of March 3, 1903, ch.1012, § 2*, 32 Stat. 1213, 1214 (1903).
- (7) *Id.* § 20, at 1218.
- (8) *Act of Feb. 20, 1907, ch.1134, §§ 3-20*, 34 Stat.898, 900-05 (1907).
- (9) *Act of Feb. 5, 1917, ch.29, § 19*, 39 Stat. 874, 889 (1917).
- (10) *Act of May 14, 1937, ch.182*, 50 Stat. 164 (1937).
- (11) *Act of July 18, 1956, ch.629*, 70 Stat. 567 (1956).
- (12) *Act of July 14, 1960, Pub.L.No.86-648*, 74 Stat. 504 (1960).
- (13) *Act of May 31, 1962, Pub.L.No.87-465* (1962).
- (14) 退去強制に関する立法政策の展開について詳しくは、本研究第1章第1節および第2節を参照。
- (15) *Demore v. Kim*, 538 U.S. 510 (2003). 本件について詳しくは、本研究第6章第3節を参照。
- (16) 背徳的行為の犯罪によって外国人を国外退去にする場合、どのような犯罪が「背徳的行為」を含むかを判断することが大変困難なものとなっている。裁判所は一般に、背徳的行為を含む犯罪に、暴力的犯罪および「一般に卑しく (baseness)、下劣で (vileness) または、墮落的 (depravity) である」と考えられる犯罪を含むものとの見解で一致している。連邦最高裁判所は、*Jordan* 判決において、「背徳的行為」という用語の使用は、「その言葉は、共通の理解と実践によって評価されるべきとき、禁止される行為に関して規定にある注意を十分伝達することができる」ゆえに、移民・国籍法が憲法違反となるほどの漠然性を有するものではないと判示した (*Jordan v. De George*, 341 U.S. 223 (1951))。しかしながら、この定義は「背徳的行為」と同様に漠然かつ広汎 (vague and open-ended) なものと考えられる。T. Alexander Aleinikoff, David A. Martin and Hiroshi Motomura, *IMMIGRATION AND CITIZENSHIP: PROCESS AND POLICY* 4<sup>th</sup> Ed. 725-33 (West Group, 1998).
- (17) ここでいうところの「公共的な私的領域」および「親密な私的領域」については、第七章はじめに注(6) 223頁以下を参照。
- (18) 本研究第4章第5節(注2)は、このような「非合法外国人」についての概念規定をおこなう。

## 第4節 行政秩序維持・管理政策を理由とした規制の限界

### 1. 行政秩序の保護法益

#### (1) 移民法における違反状態の解消

移民・国籍法 237 条に規定される退去強制事由のほとんどは、連邦議会が好ましくないと思料する外国人を対象としたものである。それらの者たちは、一般的に連邦議会が公共の衛生または安全、公共道徳、経済、あるいは国家の安全保障にとって脅威となると思料される人たちである。これは、合衆国に重層的に内在する「政治社会」および「市民社会」の法益を保護するためのものであるが、これらの規制は入国拒否事由とも共通するものであり、国家がかかる法益の保護を実現するためには精巧な出入国管理制度が必要となるのである (1)。

出入国管理制度の有効性ないしその効果は、これらの規則を実質化することによって実現するものであるゆえに、移民法が定める諸規則に対する違反行為は、それ自身が退去強制の事由となっているのである (2)。これは、自然犯とは区別される行政犯の取締りともいふべきものであり、移民・国籍法においても出入国管理行政の秩序維持を理由とする退去強制の根拠となっている。

#### (2) 不法入国と不法残留との区別

アメリカ合衆国における出入国管理行政を円滑に執行するための諸規定に違反した外国人のカテゴリーとしては、1996 年以前には次のように規定されていた。それは、入国拒否 (exclusion) 事由に該当する外国人 (旧移民・国籍法 241 条 a 項 1 号)、不法入国者 (旧移民・国籍法 241 条 a 項 2 号および 10 号)、資格外活動をおこなった者および不法残留者 (旧移民・国籍法 241 条 a 項 9 号)、移民たる外国人で住所変更の届を故意に怠った者 (旧移民・国籍法 241 条 a 項 5 号) 等である。入国拒否事由に該当する外国人を退去強制する国家の権限とは、入国を拒否する権限と同じ「単一かつ同一の権限の一部を成すものである」(3) ゆえに、入国拒否条項に違反して合衆国に入国した外国人は退去強制の対象となるのである。憲法上の基本的権利としての入国・在留の権利を持たない外国人にとっては、条件付の入国・在留を強いられることになるのである (4)。

現行移民・国籍法においては、合衆国へ不法に入国した外国人は入国不許可 (inadmissible) となる行為のために退去強制となる規定に含まれることになり (第 237 条 a 項 1 号(A))、一方、資格外活動または不法に残留する外国人については、引

き続き独立した退去強制事由の該当者として規定されている(第 237 条 a 項 1 号(C))。ここでは、入国不許可事由に該当する外国人と退去強制事由に該当する外国人との間の区別をおこなったのであるが、入国する港に到着した外国人や入国を許可されていない外国人は、入国不許可事由が適用され(移民・国籍法 212 条)、一旦入国が許可された外国人は退去強制事由が適用されることになる(移民・国籍法 237 条)。ただし、これらの外国人を国外へ追放する手続は、統一して国外退去手続として規定されている(移民・国籍法 240 条)。

## 2. 行政秩序維持の価値序列

### (1) 行政秩序違反の法益侵害と刑罰

これまで旧移民・帰化局は、外国人の退去強制について、①危険な犯罪者、②大規模な集団密航者、③薬物の売人、④テロリスト、⑤戦争犯罪者、⑥常習的な出入国管理の違反者をその執行の優先順位として考えていた(5)。ここでは、不法残留それだけでは、外国人の退去強制を当然に促進することにはならないのである(6)。このことから、退去強制による国家・社会の法益保護について、明らかに政策上の配慮が読み取れるところであろう。

アメリカの立法政策としては、国家および社会的利益の侵害については厳しい態度で臨むが、単なる行政秩序違反については比較的寛容な取扱いを規定している(7)。外国人の不法入国については民事罰が科せられ(移民・国籍法 275 条 b 項)(8)、また退去強制された外国人が再度不法に入国をすると刑事罰たる重罪(felony)(9)が科せられるが、不法残留それ自体には刑罰を科さずに行政手続である退去強制手続に委ねていることから、このことが理解されるであろう(10)。連邦議会は、テロ活動の防止や治安・秩序の維持を目的とする国家(政治社会)防衛政策や社会(市民社会)防衛政策を目的とする厳しい対応とは異なり、明らかに行政秩序維持政策としての立法については、国内の労働政策等さまざまな要因を勘案して、総合的なバランスを図ろうとしているものと考えられる。

### (2) 行政秩序維持と非合法外国人との利益衡量

ところで裁判所は、いわゆる非合法外国人について、合衆国の移民・国籍法に認められず存在しているゆえにアウトロー(outlaw)であり、一般の外国人が享有する在留の権利あるいは特権を享有するのを認めることを躊躇する。それは、非合法外国人の在留について、自然犯ではない単なる出入国管理上の秩序ルール違反(行政犯)でさえも、一度法を犯した者は一般外国人が享有する在留の自由あるいは特権を享有することはできないとされているからである。また、このような非合法外国人は、法律に違反して存在しているゆえに、それによって得られた利得は没収され、労働者とし

て保障されるさまざまな権利や特権も主張することはできないというのである。これはいわゆる「アウトロー理論」( the outlaw theory )と呼ばれる法理で、とくに非刑事事件について、かつては多くの法律家も支持していた (11)。

しかしながら、移民・国籍法の規定に違反しているとしても、国家または社会の保護法益を侵害することのない非合法外国人の処遇については、合衆国憲法も古くから関心を示していた。合衆国憲法修正 5 条および修正 14 条にある「人」の定義は、早い時期の *Yick Wo v. Hopkins* 判決 (118 U.S. 356 [1886]) でも述べられているように、外国人を含んだすべての「人」( person ) をさすと判示され、*Nishimura Ekiu v. United States* 判決 (142 U.S. 651 [1892]) において、外国人が行政上の規定によって入国拒否されたとしても、人身保護令状を申請する権利を持つことが確認されている。

そして連邦最高裁は、*Wong Wing v. United States* 事件 (163 U.S. 228[1896]) において、非合法に合衆国に在留する外国人が刑事事件の被告人となった場合、一般の合衆国市民と同じように陪審による裁判が保障されることを判示したり、退去強制のための違反調査に刑事手続上の修正 4 条の適用があることを認めた。さらに、*Kaoru Yamataya v. Fisher* 事件 (189 U.S. 86 [1903]) においては、たとえ不法であれ、入国し合衆国の管轄権内に入り、人口の一部になっている外国人には、退去強制手続におけるデュー・プロセスの保障が確認されている。また、非合法外国人児童への無償教育を保障した *Plyler v. Doe* 判決 (457 U.S. 202 [1982]) は、外国人の憲法上の地位を考える上でも大きな意義をもつものといえる。

このように合衆国憲法は、たとえ非合法外国人であっても人権享有主体性をはっきりと認めるものであり、退去強制の苛酷さに鑑みても、行政秩序の維持とのバランス(利益衡量)を考慮する余地は十分残されているといつてよい。それは、本研究でいうところの「政治社会」および「市民社会」の法益を維持するバランス・テストよりも、はるかに退去強制からの自由利益を獲得する可能性は高いものといえる。

### 3. 現行制度における行政秩序維持のための退去強制事由

#### (1) 現行法における規定

行政秩序維持を目的とした退去強制事由としては、第 1 に入国不許可となる行為のために国外退去される外国人、入国または資格変更のときに入国不許可となるために退去強制の対象となる者、および入国許可を受けたときの資格に違反する外国人があげられる(移民・国籍法 237 条 a 項 1 号(A))。このような入国時の条件に違反することを退去強制事由にするのは、早い時期の 1891 年の移民法 (12) にまで遡ることができる。

第 2 は、移民・国籍法または合衆国のその他の法律に違反して合衆国に存在する外

国人である（移民・国籍法 237 条 a 項 1 号(B)）。先に述べたように、不法入国した外国人は独立した退去強制事由には該当せず入国不許可として国外退去されるが、一方、超過滞在者は正式に入国が認められているので、本規定の退去強制事由に該当する。180 日以上超過滞在した外国人は、合衆国を出国し再び入国を希望する場合、原則として出国後、3 年から 10 年間は入国不許可（inadmissible）となる。

第 3 は、入国時の在留資格または条件を逸脱する外国人である（移民・国籍法 237 条 a 項 1 号(C)）。このような違反行為は不法残留や資格外活動を含むもので前項によっても退去強制されうるところとなる。

第 4 は、出入国管理の関係書類を偽造した外国人である（移民・国籍法 237 条 a 項 3 号(C)）。1990 年、連邦議会は移民・国籍法 274C 条を付加え、出入国管理の関係書類を故意に偽造し個人および団体に民事および刑事罰を科すことになったのである（13）。その他にも、移民・国籍法 216 条または同 216A 条の下で条件付きの永住資格が終了する外国人は、その資格が条件付きから無条件の資格に変更されるかしなければ国外退去となることが規定されている（移民・国籍法 237 条 a 項 1 号(D)）。

これらの入国時の条件、不法在留および資格外活動等を規制しようとするのは、合衆国の出入国管理を秩序あるものにするためであるが、ここで特筆されることは、連邦議会はとくに移民・国籍法 237 条 a 項 1 号の諸規定については、退去強制の潜在的な苛酷さを勘案して、その者の行為が人道目的によること、家族単位（family unit）を守ろうとすること、または公共の利益があると思料されるようなときには、司法長官はこれらの規定の執行を留保することができる、と規定されていることである（移民・国籍法 237 条 a 項 1 号(H)）。

## （2）2006 年移民法改正案における不法移民の排斥と刑事罰の付加

現行移民・国籍法においては、行政秩序維持の利益と非合法外国人にとっての苛酷な退去強制からの自由とを衡量し、一定の緩やかな救済を担保している。そして、とくにメキシコからの不法移民である非合法外国人の存在を減らそうとの目的で 1980 年代から合法化のためのアムネスティプログラムが実施されてきた（14）。しかしながら、非合法外国人の人口を削減する目標を達成できずに今日に至っており、その数は 1100 万人を越えるともいわれている（15）。このような状況に対するアメリカ社会のストレスは次第に高まり、それは非合法外国人児童を公立学校から排除し、非合法外国人への緊急医療を除く医療・福祉サービスや社会保障を認めない 1994 年のカリフォルニア州の住民提案 187 号（Proposition 187）が争われた事案に顕在化した（16）。さらにかかる社会的ストレスは、2005 年 12 月の下院で不法移民排斥法案（H.R.4437）が可決され、不法残留外国人へ刑事罰を科そうという動きになお集約されようとしているのである（17）。これらは、テロ防止のために退去強制制度を利用したイスラム系

外国人への人権侵害の問題とは別の次元ではあるが (18)、昨今の出入国管理行政についての大きな社会問題となっているのである。

たしかに非合法外国人の問題は古くからアメリカ社会における懸案事項ではあったが (19)、これに対して合衆国政府はさまざまな社会状況を勘案しつつ対処してきたといえる。住民提案 187 号が連邦地裁で最終的に無効と判断された後 (20)、カリフォルニア州では当該住民提案に反対の立場であった知事 (Gray Davis) が就任し、この問題についての幕引きがなされたといわれている (21)。移民法上の不法残留外国人に対する刑事罰の付加についても、行政秩序違反に対してあくまで行政処分としての退去強制を科すに止まるのか、わが国のように一律に刑罰を科すよう厳しく処遇するようになるのか、これまでのアメリカ連邦議会の立法政策がどのように転換するのか注目されるころであったが、上院では、下院による社会的ヒステリーの顕在化を抑えて刑事罰によらない独自の法案 (S.2661) を可決し不法移民問題の解決を図っている (22)。このように、合衆国政府は、立法政策上も、非合法外国人については一般の刑事犯罪や特別なテロ防止対策とは区別して社会の保護法益を勘案しているものといえる。

- (1) Stephen H. Legomsky, IMMIGRATION AND REFUGEE LAW AND POLICY 3<sup>rd</sup> Ed. 495 (Foundation Press, 2002).
- (2) *Id.*
- (3) *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698, 713 (1893).
- (4) この場合の条件とは当該国家が規定するもので、その条件に反する外国人はいつでも当該国家によって退去強制されうるというものである。このいわゆる条件付入国理論については、本研究第 3 章第 1 節を参照。
- (5) INS, OPERATIONS INSTRUCTIONS 242.1(a)(22)(D).
- (6) Carol Sanger, *Immigration Reform and Control of the Undocumented Family*, 2 GEO. IMMIGR. L. J. 295, 347 (1987).
- (7) 本研究の第 6 章でも検討したように、永住外国人といえども、テロ行為や犯罪行為に関わった場合には、通常の手続と区別して厳しい取扱いがなされている。この点、いわゆる自然犯も行政犯も退去強制事由に該当すれば一律に手続を執行するわが国の入管行政 (出入国管理及び難民認定法 27 条以下の退去強制手続を参照。) とは大きな相違が存するところである。
- (8) 合衆国市民が正規の手続を経ないで不正に合衆国から出入国した場合、それに対して民事罰が科せられたり、刑事犯罪となる場合がある。See 19 U.S.C.A. § 1459(a),(e), (f),(g), & 8 U.S.C.A. § 1185(b).
- (9) 連邦および数多くの州の制定法で死刑または長期 1 年を超える定めのあるものが “felony” とされている。田中英夫編集代表『英米法辞典』(東京大学出版会、1991 年) 343 頁。
- (10) この点、わが国の出入国管理及び難民認定法 70 条では不法入国および不法残留双方に刑事罰を科

しているが、アメリカとの比較において行政秩序の維持をどのようにとらえるべきか注目される  
ところでもある。

- (11) Elizabeth Hull, *WITHOUT JUSTICE FOR ALL: THE CONSTITUTIONAL RIGHTS OF ALIENS* 88-87 (Greenwood Press, 1985). しかし、この理論は結局、非合法外国人を虐待して利益を得る人たちを利することにつながるとして、裁判所の多くは否定的にとらえている。 *Id.* at 86-87.
- (12) Act of March 3, 1891, § 11, 26 Stat. 1086 (1891).
- (13) 8 U.S.C.A. § 1227(a)(3)(C)(1991).
- (14) Sanger, *supra* note 6, at 355.
- (15) CRS Report for Congress, Order Code RL33351, April 6, 2006.
- (16) 1994年11月8日、カリフォルニア州の選挙民は不法移民への教育や社会保障を廃止する住民提案187号を成立させた。本提案が可決されると即座に反対住民が差し止め命令を求めて提訴した。1995年、連邦地裁は、提案187号の中心的な規定のほとんどについて差し止めの訴えを認めた。 *Plyer v. Doe* 判決を引用し、非合法外国人児童が公の初等教育および中等教育を受けることを妨げること無効と判断したのであった。さらに、連邦の専占理論を根拠として州および地方職員に患者、利用者、または生徒の在留資格を調査し、非合法が疑われる外国人に国外退去を指示し、移民・帰化局にその者たちの名前を通報することを命じるすべての規定を無効とした [*League of United Latain American Citizens v. Wilson*, 908 F.Supp. 755 (C.D.Cal. 1995)]. この間、連邦議会は差し止め命令が効力を有する間の1996年に福祉法 (Welfare Act) を制定した。連邦地裁は最終的な判断を言い渡すこととなった法廷意見において、当該福祉法は連邦議会が外国人への政府による給付金の規制領域について自らが占有しようとする意図を反映させたものであるとの判断を示した。さらに、住民提案187号のほとんどすべての規定を無効とする最終的な判断を下したのであった [*League of United Latain American Citizens v. Wilson*, 997 F.Supp. 1244 (C.D.Cal. 1997)].
- (17) See <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d109:h.r.04437>: (2007年8月24日最終検索。)
- (18) 9.11以降のアラブ・イスラム系外国人への違反調査は、あきらかに合衆国へのテロ攻撃に対する「政治社会」の自己防衛手段として実施された差別的な権利侵害であったが、一方、非合法外国人への処遇は、これまでも引き続き行政秩序違反に対する「市民社会」の自己防衛であることに注意しなくてはならない。
- (19) Hull, *supra* note 11, at 86.
- (20) *League of United Latain American Citizens v. Wilson*, 997 F.Supp. 1244 (C.D.Cal. 1997).]
- (21) See Stephen H. Legomsky, *IMMIGRATION AND REFUGEE LAW AND POLICY* 4<sup>th</sup> Ed. 1251-52 (Foundation Press, 2005).
- (22) 2007年8月24日現在、下院で可決された法案(H.R.4437)が上院を通過した様子はなく、上院では独自の法案(S.2611)が提出され可決された模様である。S.2611の詳細については、<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d109:SN02611> を参照。また、H.R.4437とS.2611との

比較については、

[http://www.fairus.org/site/DocServer/amnesty\\_bill\\_condensed.pdf?docID=1061](http://www.fairus.org/site/DocServer/amnesty_bill_condensed.pdf?docID=1061) を参照。(2007年8月24日最終検索。)

## 小 結

シャック教授は、コミュニタリアン(Communitarian)の視点から移民法を考察し、「国家(government)は、それが自ら保護することを引き受けたのでも、望まない訪問者であっても、アメリカの岸にたどり着いたすべての個人に対して法的な義務が発生することを基本的な理念とするものである。」ことを指摘する。移民法についてのこのようなコミュニタリアンの価値感、アメリカの建国以来の価値観と結びつくものであるという。だが、その一方で、アメリカ法に浸透しているリベラルな装い(liberal assumptions)や古典的な移民法の構造に内在するナショナリズムによる制約、コミュニタリアンそれ自身の特性、コミュニタリアンの価値感と現代社会の現実との間の矛盾等、それらを相克して出入国管理法制が変化しなくてはならないと主張するのである(1)。同教授の言わんとするところは、一元的な「国家共同体」(national community)の観念と古典的な移民法のあり方の転換なのである。

本章のねらいは、国籍(市民権)を有さない外国人がかかるコミュニタリアンの価値を享受するために、「政治社会」の原理と「市民社会」の原理との相違を明確にし、そこでの排斥を制限ないし適正化する根拠を析出することにあつた。さらに、厳然たる「政治社会」および「市民社会」の保護法益とは切り離して、行政秩序維持の保護法益に対しては、いかにして退去強制からの自由を実現していくことができるのか、その法理を探究することでもあつた。そして、今日のアメリカ移民法においては、少なくとも形式上は、人種差別政策的要因は姿を消していることが確認できた。

ここでは、退去強制事由に掲げられている「政治社会」および「市民社会」の法益保護については強力な手段の行使もやむにやまれぬ相当な理由はあつても、単なる行政秩序の維持については、外国人の失う私的な利益と行政秩序維持の利益とが厳格に利益衡量されなくてはならないことが示されている。もちろん、「政治社会」ないし「市民社会」の重要な法益保護を目的としたとしても、連邦議会は法執行機関にその無制約な権限行使を認めているわけではなく、これらの保護法益の価値序列を考慮に入れて現実的に対処することが図られているのである。このことはニューマン教授も述べるように、合衆国においては、連邦議会が退去強制事由を特定しているが、出入国管理政策は、単純に規定を適用するものではない。退去強制事由のあるものは、公の利益の要求よりもはるかに広汎なものもあり、連邦議会は、すべての規定を杓子定規に執行することを想定しているのではない。執行府は退去強制を実施しない慣行的権限

を有しており、立法府は執行府に対してやむにやまれぬ理由によって退去強制事由に該当する外国人を形式的に国外退去させない権限を与えているのである。それらは、出入国管理の領域における憲法上の制約の法理に従うことになる、と同教授は指摘する(2)。

実際、アメリカ移民法では、一律に外国人を排斥することなく多様な救済手段が保障されており(移民・国籍法 240A 条・240B 条)、この点についてはわが国における法制度とは雲泥の差が認められるところであろう。わが国の出入国管理及び難民認定法においては、行政内部の手續によって退去強制事由に該当すると判断された外国人は、一律に退去強制命令が発せられることになる。その上で、法務大臣の自由裁量による恩恵的な特別在留許可を申請することになっており、準司法的な制度も実体的な救済手段も保障されていないのが現状なのである(3)。

だが、多少とも気になるのは、1996 年以降、ここ 10 年来のアメリカにおける出入国管理政策について、さらに司法の介入を排除して行政裁量の幅が大きくなる傾向が見られることである(4)。わが国の出入国管理政策については、伝統的にもその特質としてかなりの程度で行政の裁量行為に委ねることになっているのが現状であるが(5)、アメリカにおいても昨今の国内外の情勢の影響によって手續よりも裁量行為に比重を移すような傾向が否めないところである(6)。アメリカ移民法においては、現行の法制度自体がデュー・プロセスを保障する準司法的な手續を担保するものであるので、わが国との法制度を全く同列に論じることはできないとしても、この点については、今後ともさらに検討が必要であるようにおもわれる。

(1) Peter Schuck, *The Transformation of Immigration*, 84 COLUM.L.REV. 1, 4-5 (1984).

(2) Gerald Neuman, *Discretionary Deportation*, 20 GEO. IMMIGR. L.J. 611 (2006).

(3) 出入国管理及び難民認定法 24 条～50 条。

(4) *See Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996*, Pub.L.No. 104-132, 110 Stat. 1214 (1996); *Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act of 1996*, Pub.L.No. 104-193 (1996); *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996*, Pub.L. No.104-208, Div.C., 110 Stat. 3009-546 (1996).

(5) わが国の出入国管理行政における裁量行為の問題点については、本研究結論を参照。

(6) Neuman, *supra* note 2, at 611.

## 第9章 国家の自己保存原理と絶対的権限の制約モデル

### はじめに

本研究の第3部においては、Chae Chan Ping v. United States 判決(130 U.S. 581 [1889])を起点として、独自の解釈モデル(1)を用いて政治部門の絶対的権限に対する制約可能な法理の発見を心がけてきた。前章では、外国人を国外へ追放する退去強制事由の変遷を国家の自己保存原理を視点として分析し、その結果、外国人の出入国管理・規制については「絶対的かつ無制約」といわれながらも、立法作用においては保護法益の価値序列を勘案してその実現をはかっていることが理解された。

本章では、外国人にとって苛酷な結果を招くことになるにもかかわらず、実際にはその法的救済が認められるケースが極めて少ない退去強制の事案において、退去強制からの自由ないし在留の自由を獲得するために、どのような解釈モデルの構築が可能かについての検討をおこなう。

ここでは、まず第1に、これまで本研究で検討してきた判例理論を基礎として、外国人事件一般における憲法理論の基本構造ないしその枠組みについて考察する。退去強制の事案に適用される法理を明確化するために、憲法構造から導かれる外国人排斥の原理が国家・社会の領域のどのような場面において作用するかについて検証し、アメリカにおける外国人事件に適用される法理を体系化する。第2に、このような憲法理論の枠組みを前提として、退去強制の事案において大きく立ちふさがってきた絶対的権限理論について、判例・学説における制約理論を整理し、それらを検討する。第3に、絶対的権限が自己保存原理を根拠とするものであり、それが国家主権の属性であることから、さらに憲法の視点で対外的な主権原理の適用場面を明確化することによって退去強制の事案における制約理論の構築を試みるものである。

(1) ここで用いた社会領域の三分法モデルについては、本研究第7章はじめに(注6)および新井信之「近代立憲主義における『公/私』モデルの変容—新しい『外国人の人権』論構築のための予備的考察—」阪本昌成編『立憲主義—過去と未来の間—』(有信堂、2000年)47頁以下を参照。

### 第1節 外国人事件における憲法理論の枠組み

#### 1. 憲法構造における自己保存原理と自己統治原理

##### (1) 外国人の政治・言論活動と退去強制

アメリカにおける憲法学説は、本研究の第2章でも触れたように、国家が外国人を排斥するのは、憲法構造から導かれる自己保存(self-preservation)原理と自己統治ないし自己定義(self-definition)原理を根拠とするものであることを指摘している

(1)。自己保存原理が絶対的権限理論の根拠として主として外国人の出入国管理・規制領域において適用されることは、これまでの考察からも明らかとなったが、もう一方の自己統治原理が、自己保存原理とはどう区別されて、どのような場面に適用されるか、必ずしも検討が十分ではなかった。だが、この点については、第4章で検討した外国人の修正1条の事案において示唆されるものがある。

そもそも修正1条について、連邦最高裁は、一般的に同条項が個人相互にコミュニケーションを図り情報を享受する権利を保障するものであることを認めている(2)。そうだとすると、外国人の入国を拒否し、国外へ追放することは、合衆国市民からすれば外国人の有する情報や考えを入手する可能性が損なわれることになる。したがって、入国拒否および退去強制は、当該外国人のみならず合衆国市民の修正1条の自由利益を侵害する可能性をも孕むものであるといえる(3)。連邦最高裁判所は、入国拒否の事案においては、一時的に滞在する非居住外国人については修正1条の利益は保障されず、それは国家の自己保存の利益によって正当化されると判示してきたが(4)、退去強制の事案においては、その態度は不明確なものであった(5)。

この点についてマーフィ裁判官は、*Bridges v. Wixon* 判決(326 U.S. 135 [1945])の同意意見において、永住・居住外国人は修正1条の権利を保障されているので、そのことは彼らに対する退去強制を禁止する直接的根拠となることを述べるに至った。それは、「生活の本拠」を有する外国人の憲法上の既得権に含まれるというものであった(6)。だが、これについて学説は、若干の疑問を呈している。マーフィ裁判官の意見に反対する立場からは、初期の判例において連邦最高裁によって論じられた国家主権から導かれる自己保存原理を根拠としてかかる主張が批判されるのである(7)。すなわち、合衆国市民ではない外国人の政治・言論活動が「政治社会」としての合衆国の存立を脅かすと思料される場合、重要な修正1条の権利といえども外国人にはそれがどこまで認められるのかとの疑問が呈されるのである。その一方で、学説は、裁判所は、外国人の出入国管理・規制に関する権限が国家の自己統治ないし自己定義の過程に密接に繋がっていると認識しているゆえに、政治部門は外国人が政治社会の構成員となることを拒否するべく退去強制の規定を援用する権限を与えられていると考えているのではないかと、とも指摘する(8)。

これらの議論は、PFLP事件においてとくに明らかとなった。下級裁判所は、国家の自己統治原理によっては外国人を退去強制することはできず、彼らの政治・言論活動の自由を保障する修正1条の優越性を認めたのであった(9)。これに対して、連邦最高裁は、絶対的(plenary)な「政治社会」の自己保存に軸足を移して事案をとらえ、その重大性に鑑みて裁判所による司法審査は排除され、退去強制処分は永住・居住外国人といえども合衆国の構成員ではない者たちの政治・言論活動の自由に優越すると判断したのであった(10)。ここでは、同じ主権国家の憲法構造の根幹から導かれ

ながらも、外国人を排斥する自己保存原理および自己統治原理による国家作用の違いが明らかとなったのである。

たしかに、外国人の政治・言論活動が合衆国市民の一般的な社会生活を直接侵害することは無いとしても、政治社会としての国家の存立が脅かされると思料される場合、対外的な主権国家の独立とともに国内における自己統治という憲法構造からそれは問題とされ、異質な存在を排除する方向で国家権限が発動されることになる。一方、合衆国市民によって政治社会のあり方が論議されるとしたならば、その内容はどのようなものであれ、民主国家の存立にとって不可欠なことであり、自己統治ないし自己定義の過程として合衆国憲法は合衆国政府に対してかかる政治・言論活動の最大の尊重を要求することになる。そこでは、外国人によるものであれさまざまな政治的言論が合衆国市民による自己統治に大いに資するものであるゆえに(11)、政治共同体の構成員でないことをだけを理由として、彼らを国外へ排斥すべく退去強制にまで至らしめる正当性は見当たらないのである(12)。

他方、上述のような健全な民主的政治過程とは異なる公正な出入国管理・規制の実現のために自己保存原理が主として作用する場合には、外国人の修正1条の権利を制約したとしても国外へ退去するのもやむなしとされるのである(13)。いいかえれば、それは「政治問題」(political question)を理由として、合衆国市民に対しては許されない絶対的(plenary)な国家の権限行使が許容されることになるのである(14)。アメリカ合衆国という政治社会の構成員たる合衆国市民の行為についてはほとんど規制することができないにしても、外国人に対してはかかる規制が可能となるというのである。そして、結局のところ、退去強制は刑罰ではないという理由で投獄と退去強制を区別するか、あるいは合衆国に滞在することが外国人の特権であることを持ち出して、その制限を安易に正当化することになってしまうのである(15)。

しかしながら、ここで看過されてはならないことは、とくに社会との紐帯(community tie)を有する永住・居住外国人にとって、退去強制が刑罰以上の過酷さを強いるとともに、修正1条を含む憲法上の諸権利を蔑ろにすることからも、それらを衡量してなお余りある国外退去の正当性の主張に対しては常に懐疑的とならざるをえないことである。

## (2) 国家の自己統治原理の適用領域

それでは、外国人を排斥する自己統治原理がいったいどのような場面において具体的に作用するのであろうか。判例では、公的な労働市場への参加すなわち公務就任権については、当該原理に依拠して外国人の排除を容認する傾向を持つことが明らかとなっている。

たとえば、競争試験により選抜される公務員職を合衆国市民のみに限定した州法を

厳格審査によって違憲とした *Sugarman v. Dougall* 判決 (413 U.S.634[1973]) において、連邦最高裁は、公務員にもさまざまな職種があることを前提としたうえで、「われわれは、州がそれ自身の統治構造を作り上げ、そして、その統治に参加する人の範囲を『政治共同体の基本的概念』の中に在る人たちに限定する利益が存することを認める」(16) と述べている。これは、連邦最高裁が「政治社会」の法理ともいうべき統治構造に特有の憲法理論が存在することを言明したとおもわれる箇所である。

また、外国人が公立学校の教員になるのを禁じたニューヨーク州法の合憲性を支持した *Ambach v. Norwick* 判決 (441 U.S.68[1979]) においても同様に、連邦最高裁は、「州の作用のうちのいくらかは、自己統治過程の一部となっていない人びとをこれらの作用から排除することを許し、統治機構としての州政府の判断にゆだねられるという一般原則を放棄するものではない」(17) と判示している。

このような政治共同体の自己統治原理について、保護観察官などの治安担当官職を合衆国市民に限定したカリフォルニア州法を支持した *Cabell v. Chavez-Salido* 判決 (454 U.S. 432 [1982]) は、それを次のように端的に言い表している。

「基本的な統治過程から外国人を排除するのは、民主主義制度における欠陥ではなく、共同体社会の政治的[自己統治ないし]自己定義過程 (community's process of political self-definition) の必然的な帰結である。自己統治は、直接的であれ代表をつうじてであれ、統治される人びとの共同体社会およびそれと同様に統治する者たちの範囲を定義することから始めなくてはならない。すなわち、外国人は、この共同体社会の外側にいる人たちである。この領域に裁判所が介入するとすると、その共同体社会にとって最も不可欠な民主的自己統治の考え方と衝突することになる。それゆえに、国家の政治的作用と経済的作用とを区別するモデルが、古い『公／私』(public/private distinction)モデルを追いやったのである。」

(18)

同判決では、「主として経済的利益に影響を与える合法的居住外国人の規制は厳格な審査基準に服すとの立場を後退させるものではないが、このような規制が主として政治的作用に仕える場合には、厳格な審査は適用されないとの結論を導く」(19)として、前述の *Sugarman* 判決の趣旨をより明確にした。連邦最高裁は、外国人に関する事案については、国家権限の行使について「政治的作用／経済的作用」という区別を強調し、伝統的な「公／私」モデル (20) のアプローチからはっきりと脱却したのである。すなわち、これまで州が外国人を規制するのは一般的に「公的」な問題としてとらえられ、合衆国憲法による制約を排除する傾向を持つものであったが、その領域を狭めべく転換が図られたのであった。

連邦最高裁は、ここでいうところの「政治的作用」が及ぼされる領域をさらに明確に描いてきた。それは、外国人の選挙権（統治への参加の権利）と上述の公務就任権（公的な労働市場への参加の権利）とを区別して、「本裁判所〔連邦最高裁〕は、外国人が平等条項の下で、投票または上級公務員に就くべき憲法上の権利を有するとは、いまだかつて一度も判示したことはなく」(21)、この投票権については、「国籍こそが、このような権利制限を許す規準となる」(22)と述べている。

これについては、外国人が警察官になるのを禁じたニューヨーク州法を合憲とした *Foley v. Connelie* 判決（435 U.S. 291 [1978]）のステーブンス裁判官による反対意見でさえも、「州は、外国人が政策形成に参加することを拒否することはできる」(23)と述べている。その一方で、同裁判官は、外国人に選挙権は認められないが、「善意かつ適当な理由なくして、外国人が雇用機会に平等にアクセスするのを拒否してはならないとする *Sugarman* 判決は、明らかに公的な労働市場が、外国人にたいして全面的に閉ざされてはならないことをわれわれに教えてくれる」(24)のものであるとの見解を示している。このように判例理論は、外国人の経済活動ないし労働市場への参加の権利について(25)、新しい「公／私」の類別（public/private distinction）の法理、すなわち公的領域においては自己統治原理が作用する範囲を明確にする一方で、私的領域における外国人と合衆国市民との不平等な取扱いについては、修正 14 条による厳格な平等保護を実現しようとしてきたのであった。

### （3）自己保存原理と自己統治原理との峻別

他方、外国人の修正 1 条の権利にもかかわらず、退去強制が政治的理由によって許容される可能性を残すのは、それが「政治社会」の自己保存に強くかかわるときであり、このことは、それぞれの時代における国際情勢やそれに伴う外交政策も多分に影響を及ぼしてきたのであった。それゆえに、ヘンキン教授は、外国人の出入国管理・規制に関する権限が外交権限（Foreign Affairs Power）と密接に結びつくことを強調するのである(26)。

国家が外国人を排斥するのは、自己保存原理と自己統治原理の異なる法理がそれぞれの背景にあって作用するものであり(27)、出入国管理・規制の領域についていえば、前者の自己保存原理の文脈で理解されることになる。一方、自己統治原理は、政治社会の構成員を確定するものであるゆえに公的領域に作用するのである。だが、先にみた外国人の修正一条の事案からも理解されるように、自己統治原理が出入国管理・規制とも関係する場合があることは看過できないところである。

いずれにせよ、アメリカの判例理論は、国家の主権原理（自己統治原理）によって構成される政治共同体ないし「政治社会」の存する公的領域と、これに対して、私的自治を原則とする「市民社会」の存する私的領域に属する権利・自由との区別を前提

として、そこで適用される法理を峻別して事案を解決しようとしてきたことがうかがえる(28)。このことは、前章で考察した退去強制事由の類型化とも繋がりをもつもので、国家が「政治社会」および「市民社会」を区別して、異なる性質の法益を対外的な脅威から保護しようとする性質にもみてとれるのである。

## 2. 専占理論と絶対的権限理論との峻別

### (1) 専占理論への誤解

一般に州との関係で外国人を差別する事案においては、判例は、出入国および帰化に関する専占(preemption)理論を前提として議論をおこなってきた(29)。この専占理論とは、連邦の専占的な出入国管理・規制権限によって合法的に入国を認められ居住する外国人については、州が連邦への敬意を含めて差別的な処遇をしてはならず、それは修正14条による平等保護の対象となるというものである(30)。すなわち、ここでいうところの専占理論とは、外国人の処遇について州に対する連邦の排他性ないし優越性を示す法理なのである。だが、これはあくまで合衆国における一般的な外国人の法的地位についての議論の出発点であって、主たる議論の対象は州権限に対する外国人の平等保護であることに注意しなくてはならない。

学説では、「法律上の特権に関して市民と同等な地位を与えて在留外国人の入国を許可した連邦政府の決定こそが、州政府による外国人差別を禁じるのであって、外国人の平等取扱は連邦政府の専占の一形態にすぎない」(31)として、連邦の専占的権限が具体的な外国人の平等保護を規定するとしたり、あるいは、「合衆国政府が外国人の出入国管理・規制について絶対的権限を有すること、つまり外国人一般に関する分野においては連邦議会が権限を専占しているという点からみれば、統一的な説明が可能」(32)として、専占理論と絶対的権限理論とを同列に扱い一般的な事案に適用されていると論じるものもある。

しかしながら、以下のように、一連の判例の流れを注意してみれば、外国人の権利・自由が拒否される場合の根拠がすべて出入国管理・規制権限から導かれると考えるのは、判例理論の核心部分を見誤ることになるであろう。

### (2) 専占理論の性格

そもそも出入国管理・規制権限が連邦の専占事項であるという法理は、それまでの州による規制を無効とした1849年のThe Passenger Cases(旅客事件)判決(48 U.S. 283 [1849])以降の一連の諸判決(33)を嚆矢とするものであった。Chy Lung v. Freeman判決(92 U.S. 275, 280[1876])は、それを次のように述べている。

「合衆国憲法はかような道具ではない。外国の市民および臣民のわが国への入国

を斟酌する法律の制定は、連邦議会に帰属するのであって、諸州に属するものではない。連邦議会は、外国との通商を規制する権限を有する。すなわち、これらの規制の性質および執行の態様についての責任は、専ら合衆国政府に帰属する。もしそうでないとしたならば、ただ1つの州が、その意のままにわれわれを他国との悲惨な紛争に巻き込むことになる。」(34)

ここでは、外国人の出入国に関する規制は、他国との外交関係に発展する虞があるゆえに州は介入することはできず、それは連邦の専権事項であることを示したのである。だが、かかる連邦最高裁の法理は、合衆国政府の一翼を担う司法機関としての州権限に対する連邦の立場を明らかにしたものであって、その後の *Chae Chan Ping v. United States* 判決(1889)を契機とする一連の事案において確立した絶対的権限理論とは明確に区別されなくてはならないものであった(35)。すなわち、絶対的権限理論とは、それが国家主権に付随する固有の権限から派生することを理由とする合衆国政府内における司法府の政治部門に対する自己抑制の法理であり、他方、ここで論じられている専占理論とは、州に対する連邦の排他的ないし優越的な権限行使の法理のことである。それは、連邦が州権限を排除することに資する法理論なのである(36)。

連邦最高裁は、連邦の規制領域(出入国)ではない州の規制領域(私的財産)へ修正14条の平等保護条項をもってして介入するいわば間口への「導入」部分として一般的または間接的に専占理論を利用し、外国人の権利・自由を規制しようとする州権限の抑制を図っていったのである。同理論については、それを用いる長所はある利益が平等保護条項の下で特別な配慮を受けるべきだという価値判断を避けうることであり、との主張も存するが(37)、連邦の専占的権限と外国人の平等保護との関係がいかなるものかを明確に論じているわけではなく、判例は、早い時期から修正14条によって禁止される不合理な差別の問題として個々の事案を処理してきたのであった(38)。また、学説では、専占理論が連邦主義と結びつくと考えられると主張したり(39)、それは単にどのレベルの政府が居住外国人の活動を規制する最終的な権限を持つかを述べるだけで、合衆国政府が問題となっている事柄に明確な態度を示していない状況においては、居住外国人に対する州の差別的な取扱いを判断する具体的な基準を個々の事案において提起するものではないことを強調するものもある(40)。要するに、専占理論とは、連邦と州との構造的な関係を形式的に述べるだけであって、具体的な内容を欠いているということなのである。

### (3) 専占理論の限界

さらには、合衆国政府が入国を許可した外国人の特権的地位を州に対して認めさせようとする専占理論は、*Plyler v. Doe* 事件(1982)のような非合法外国人の問題につ

いては介入の余地がなくなるはずである。ところが同判決では、連邦法に違反して在留する非合法外国人ならば当然退去強制の対象となり、そのような者へ州が無償教育を施すとしたら連邦の意思に背くことになるはずにもかかわらず、逆に州の規制を排除しているのである(41)。そのためか、法廷意見も反対意見も専占理論については判断を回避しているのである(42)。

その一方で、連邦最高裁は、非合法外国人を雇用することを禁止したカリフォルニア州法(43)が争われた *De Canas v. Bica* 事件(424 U.S. 351 [1976])において、かかる規制が「連邦の意図」と合致するかどうかを判断基準として同法を合憲と判示した。本件は、非合法外国人と知って雇い入れることを禁止したカリフォルニア州法が専占権限に抵触しないと判断され、それは連邦の出入国管理・規制権限が州による外国人の規制を自動的に排除するものではないことを意味するものであった。法廷意見を執筆したブレナン裁判官は、非合法外国人と知ってその者を雇用することを許したとすれば合法的に居住する労働者に不利益をもたらすことになるのを理由として同法を支持しつつ、「出入国管理・規制権限は疑いの余地なく独占的に連邦に属する権限である。しかし、連邦最高裁は、潜在的であろうと実際的であろうと、いかなる方法であれ外国人を処遇する州の制定法がすべて出入国に関する規制であり、それゆえ本質的に合衆国憲法の効力によって連邦に専占される (*pre-empted*) と判示したことは、これまで一度もない。」(44)と述べるに至ったのである。すなわち、法廷意見は、移民・国籍法がカリフォルニア州法すべてを専占するものではないことを確認した上で、本件については独占的な連邦の統制を結論づけるものではないと判断したのであった。さらには、移民・国籍法は、連邦議会が出入国および帰化に関する領域全般を独占しようとする意図することを示すものではない(45)とさえ述べているのはとくに注目されるところである。

下級裁判所もまた、連邦の移民法の刑事規定を執行するような一定の領域における州および地方による規制を支持している(46)。1996年には、このような問題を解決するべく、連邦議会は、州および地方の機関が出入国管理・規制に関する法律の執行を支援することを認める法律を制定したのであった(47)。

このように、専占理論によって州における外国人規制をすべて理由づけようとするアプローチによっては、論理的な整合性を担保することは困難であると考えられる。さまざまな法的地位を有する外国人がとくに州との関係で平等保護が問題となる場合、裁判において直接影響を及ぼすのは、出入国管理・規制に関する専占理論や絶対的権限理論ではなく、次のような法理の峻別とその適用場面が考慮されているからなのである。

### 3. 「公／私」(*public/private distinction*) モデルの変容

### (1) 「公／私」モデルと出入国管理・規制理論との峻別

それでは外国人の平等保護についてはどうかというと、アメリカの判例理論は、早い時期の *Yick Wo v. Hopkins* 判決 (1886) において明らかにされたように、出入国管理・規制の事案に適用される法理とは区別して、合衆国市民に適用される修正 14 条によって事案の解決を図ろうとしてきた。これは、伝統的な「公／私」モデルが下敷きとなったもので、連邦最高裁は、一般論として合衆国政府に許可されて合法的に入国した外国人に対する差別的な取扱いは許されないとしながらも、州政府が「私的な雇用領域」に積極的に干渉したという状況を重視して違憲の判断を下したのであった。ここでは、外国人の出入国の自由とは関係なく、単に州政府の私的領域への介入ないし規制 (police power) の正当性を修正 14 条によって判断しただけなのである (48)。それどころか、その後の事案においても (49)、州が外国人と合衆国市民とを全く分け隔てせず中立的立場で扱わなくてはならないという結論を導くことはなく、連邦最高裁は、公的利益 (public benefits) および公的資源 (public resources) の分配においては、州が外国人を排除することを、公的領域の問題として支持し続けたのであった (50)。

他方、同じ時期に下された *Chae Chan Ping* 判決は、主権の法理 (自己保存原理) から導かれる絶対的権限理論を初めて導入して入国拒否の事案を処理したものであり、その後の退去強制をはじめとする出入国管理・規制の事案において、司法府が合衆国政府の政治部門の判断に服従するかかる法理の適用が拡張されていったのである。公的領域の問題と出入国管理・規制の問題は一見すると外国人の排斥ということで同じような国家作用と誤解されがちであるが、連邦最高裁が、事柄の性質上、当初から「公／私」モデルと出入国管理・規制に適用される絶対的権限ないし専占権限の法理の適用を峻別して処理していたのは明らかなことであった。

### (2) 「特別な公共の利益」から「疑わしい類別」の法理へ

連邦最高裁は、すでにこの時期から事案の特殊性と外国人の権利・自由の属する領域を峻別して、その解決を図る手法を確立していたとおもわれる。当初は、広汎な「特別な公共の利益」論によって、とくに州の領域から市民権 (国籍) を根拠として外国人を排除することを容認していたとしても、それは出入国管理・規制に適用される法理とは本質的に異なるものであった。その後、他の領域における一般的な憲法理論の進展を受けて、外国人の事案についても *Graham v. Richardson* 判決 (403 U.S. 365 [1971]) を嚆矢として「疑わしい類別」の法理が導入されるようになり、「市民社会」ないし私的領域における平等保護等については厳格に対応する司法審査の流れが出来上がっていったのである。

ただし、この場合、連邦の高齢者医療保険への外国人の加入要件が争われた *Mathews v. Diaz* 判決 (426 U.S. 67 [1976]) にみられるように、同じ社会保障の事

案であっても連邦の領域と州の領域とでは異なる取扱いがなされていることは、注意を要するところである(51)。また、厳格な平等保護が要求されるのは、合法的に居住する外国人であることも看過されてはならない点である。この場合の合法的居住外国人とは、居住の前提として生計を立てるために「市民社会」ないし私的領域における経済活動に参加することが認められている者であって、連邦最高裁は、一時的な旅行者や密入国者の社会・経済的利益の分配について、厳格な審査による平等保護が要求されるとは判断していないのである。非合法外国人児童の公教育を受ける権利を否定したテキサス州法を違憲と判示した *Plyler v. Doe* 判決(457 U.S. 202 [1982])においてさえ、「疑わしい類別」(suspect classification) から導かれる厳格審査を採用してはいないのである。(52)。

その一方で、先に述べたように州における外国人の公務就任権が問題となった *Sugarman v. Dougall* 判決(1973)以降、「政治社会」へのアクセスについては自己統治原理が作用し、公的領域においてはかかる法理によって外国人を排斥することが正当化されていったのであった(53)。一般的に州が外国人を規制する場合、裁判所は、まず連邦の出入国管理・規制領域に適用される専占理論によって州権限を審査する前提を論じ、そして修正14条の平等保護条項を解釈する法理によって当該規制の妥当性が判断されることになる。しかし、州においても「政治的作用」の領域においては、政治的自己統治原理(political self-definition)の法理が適用されて事案の解決を図ってきたのである(54)。

このような外国人に関する一連の事案における適用法理については、*Cabell v. Chavez-Salido* 判決(454 U.S. 432 [1982])の法廷意見を執筆したホワイト裁判官が、新旧の「公/私」モデルを下敷きとしてみごとに言い表していたのであった(55)。アメリカ司法府は、その後も、外国人事件一般について、その特質に鑑みて適宜このような異なる法理を適用して解決を図ってきた。そこでは、国家に内在する法的領域の峻別を下敷きとして適用される法理を選別すべく激しい議論がなされてきたのであった。そして、退去強制については、出入国管理・規制の領域に属するものとして、1889年の *Chae Chan Ping* 判決を起源とした自己保存原理に裏うちされた絶対的権限の法理が、時代の変遷を経て今日まで引き続き論争の中心となっているのである。

要するに、連邦最高裁は、外国人に関する事案において、公的領域(政治社会)については、自己統治原理が作用し、その判断基準となし、私的領域(市民社会)については、修正14条の解釈によって判断をおこなう。さらにそれぞれの領域における公的な利益を対外的な脅威(外国人)から自己防衛することが必要な場合、主権原理から派生する自己保存原理が作用して好ましくないと思料される外国人を国外へ退去させる絶対的(plenary)な国家権限を判断することになる。そして、アメリカ判例理論は、外国人の出入国管理・規制については連邦議会の絶対的権限であることを認

めながらも、その一方で、いかにそれを制約するか、長年に渡って多彩な議論を積み重ねてきたのであった (56)。

- (1) T. Alexander Aleinikoff, David A. Martin and Hiroshi Motomura, IMMIGRATION AND CITIZENSHIP: PROCESS AND POLICY 5<sup>th</sup> Ed. 185-86 (Thomson West, 2003).
- (2) *See, e.g.*, Lamont v. Postmaster General, 381 U.S. 301, 307 (1965).
- (3) *See* Keindeest v. Mandel, 408 U.S. 753, 762-65 (1972).
- (4) United States ex rel. Turner v. Williams, 194 U.S. 279, 294 (1904).
- (5) Comment(Steven J.Burr), *Immigration and the First Amendment*, 73 CALIF. L. REV. 1889, 1897-98 (1985).
- (6) Bridges v. Wixon, 326 U.S. 135, 161-66 (1945).
- (7) Aleinikoff, Martin and Motomura, *supra* note 1, at 544.
- (8) *Id.* at 186.
- (9) American-Arab Anti-Discrimination Committee v. Meese, 714 Supp. 1060 (C.D.Cal.1989); Reno v. American-Arab Anti-Discrimination Committee, 70 F.3d 1045 (9<sup>th</sup> Cir.1995).
- (10) Reno v. American-Arab Anti-Discrimination Committee, 525 U.S. 471 (1999).
- (11) Comment(Steven J.Burr), *supra* note 5, 1895.
- (12) Reno v. American-Arab Anti-Discrimination Committee, 70 F.3d 1045, 1063-66 (9<sup>th</sup> Cir.1995).
- (13) *See* Aleinikoff, Martin and Motomura, *supra* note 1, at 544.
- (14) Laurence H. Tribe, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 2<sup>nd</sup> Ed. § 5-16,358 (Foundation Press, 1988).
- (15) Aleinikoff, Martin and Motomura, *supra* note 1, at 544.
- (16) Sugarman v. Dougall, 413 U.S. 634, 642 (1973).
- (17) Ambach v. Norwick 441 U.S. 68,73-74 (1979).
- (18) Cabell v. Chavez-Salido, 454 U.S. 432,440-41 (1982).
- (19) *Id.* at 439.
- (20) アメリカにおいては、古くから、合衆国憲法の課する負担を直接私人に負わすことができるか否かという形で「公/私」の論争がおこなわれてきた。それは、伝統的な国家（公的領域）と社会（私的領域）との二分論から出発して、第 1 に、国家が本来的な社会の自律領域に介入して発生する公共的領域についての議論、すなわち、ある私人の行為が「州の行為」(state action) に該当するかどうかという視点からの議論、第 2 には、公共性の名の下に公権力の介入が正当化され、公共の領域が益々広がるなかで、本来私的領域として公権力の干渉が許されなかった個人的領域を自律的自己決定の領域としてとらえ、その限界についての議論が提起されている。*See, e.g.*, Kenneth M. Casebeer, *Toward a Critical Jurisprudence—A First Step by Way of the Public-Private Distinction in Constitutional Law*, 37 U.MIAMI L.REV. 379 (1983); Henry J. Friendly, *The*

- Public-Private Penumbra – Fourteen Years Later*, 130 U.PENN. L.REV. 1289 (1982); Paul Brest, *State Action and Liberal Theory: A case note on Flagg Brother v. Brooks*, 130 U.PENN. L.REV. 1296 (1982).
- (21) *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634, 648 (1973).
- (22) *Id.* at 649.
- (23) *Foley v. Connelie*, 435 U.S. 291, 311 (1978).
- (24) *Id.* at 311.
- (25) See generally Sandra Fredman and Gillian Morris, *Public or Private? State Employees and Judicial Review*, 107 L.Q.R. 298 (1991).
- (26) Louis Henkin, FOREIGN AFFAIRS AND CONSTITUTION 16-18, 74-75 (Foundation Press, 1972).
- (27) Aleinikoff, Martin and Motomura, *supra* note 1, at 185-86.
- (28) 外国人の「公／私」の領域に関する判例理論の概要については、新井信之「近代立憲主義における『公／私』モデルの変容—新しい『外国人の人権』論構築のための予備的考察—」阪本昌成編『立憲主義—過去と未来の間—』（有信堂、2000年）59頁以下を参照。
- (29) See, e.g., *Takahashi v. Fish & Game Comm'n*, 334 U.S. 410, 419-20 (1948);
- (30) *Truax v. Raich*, 239 U.S. 33, 42 (1915).
- (31) Notes, *The Equal Treatment of Aliens: Preemption or Equal Protection?*, 31 STAN. L.REV. 1069, 1090 (1979)
- (32) *Id.* at 1070.
- (33) See *Henderson v. Mayor of N.Y.*, 92 U.S. 259 (1876); *Commissioners of Immigration v. North German Lloyd*, 92 U.S. 259 (1876); *Chy Lung v. Freeman*, 92 U.S. 275 (1876); *Edey v. Robertson (Head Money Cases)*, 112 U.S. 580 (1884).
- (34) *Chy Lung v. Freeman*, 92 U.S. 275, 280 (1876)
- (35) 出入国管理・規制が合衆国政府に専属する権限とされるに至った経緯については、本研究第2章第2節および第3章第1節を参照。
- (36) See, e.g., *Truax v. Raich*, 239 U.S. 33, 42 (1915); *Takahashi v. Fish & Game Comm'n*, 334 U.S. 410, 419-20 (1948); *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365, 378 (1971).なお、連邦の専占理論と絶対的権限の勃興については、本研究第2章第1節以下を参照。
- (37) たとえば、*The Supreme Court, 1981 Term*, 96 HARV. L.REV. 1, 140 (1982). および官川成雄「違法外国人への無償教育の拒否と平等保護条項—*Plyler v. Doe*, 102 S.Ct. 2382 (1982)」判例タイムズ 508号（1983年）24頁以下を参照。
- (38) See e.g., *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886); *Patsone v. Pennsylvania*, 232 U.S. 138 (1914); *Truax v. Raich*, 239 U.S. 33 (1915); *Heim v. MaCal*, 239 U.S. 175 (1915); *Terrace v. Thompson*, 263 U.S. 197 (1923); *Ohio ex rel. Clarke v. Deckebach*, 274 U.S. 392 (1927);

- Oyama v. California, 332 U.S. 633 (1948); Takahashi v. Fish & Game Comm'n, 334 U.S. 410 (1948).
- (39) Michael Perry, *Modern Equal Protection: A Conceptualization and Appraisal*, 79 COLUM. L.REV. 1023, 1061-63 (1979).
- (40) Harold Koh, *Equality With a Human Face: Justice Blackmun and the Equal Protection of Aliens*, 8 HAMLINE L.REV. 51, 98-102 (1985).
- (41) Plyler v. Doe, 457 U.S. 202, 217 (1982).
- (42) 宮川・前出注 (37) 24 頁。
- (43) Section 2805(a) of the California Labor Code
- (44) De Canas v. Bica, 424 U.S. 351, 354-55 (1976).
- (45) *Id.* at 357-59.
- (46) Hodgers-Durgin v. De La Vina, 199 F.3d 1037 (9<sup>th</sup> Cir.1999).
- (47) Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996, Pub.L.No.104-208, Div.C., 110 Stat. 3009-564 (1996); 8 U.S.C.A. § 1103(c).
- (48) Ohio ex. Rel. Clarke v. Deckebach, 274 U.S. 392 (1927).
- (49) *See, e.g.*, Terrace v. Thompson, 263 U.S. 197 (1923); Heim v. McCall, 239 U.S. 175 (1915); Patsone v. Pennsylvania, 232 U.S. 138 (1914).
- (50) この点については、本研究第 4 章第 5 節を参照。
- (51) Mathews v. Diaz 判決 (426 U.S. 67 [1976]) については、本研究第 4 章第 5 節を参照。
- (52) Plyler v. Doe 判決(457 U.S. 202 [1982])については、本研究第 4 章第 5 節を参照。
- (53) *See* Stephen H. Legomsky, *Immigration Law and the Principle of Plenary Congressional Power*, 1984 SUP. CT. REV. 255, 256 (1985).
- (54) Stephen H. Legomsky, IMMIGRATION AND REFUGEE LAW AND POLICY 3<sup>rd</sup> Ed. 1172 (Foundation Press, 2002).
- (55) Cabell v. Chavez-Salido, 454 U.S. 432, 434-448 (1982). 連邦最高裁は、続く Bernal v. Fainter 判決 (467 U.S. 216[1984]) においても、このような判例の流れに沿って外国人を公証人から排除した州法を厳格な審査の下に違憲と判断している。この公証人制度は、統治機構における公的な役割 (統治機能) を担うわが国のそれとは異なり (明治 41 年法律 53 号)、合衆国においてはあくまで実質的には私的な経済活動に資する事務的機能を有するものと判断され、平等保護に関する「厳格な審査」基準が適用されたのであった。
- (56) 絶対的権限理論がどのように外国人の事案一般にかかわっているかについては、本研究第 4 章第 1 節における判例理論の射程を参照。

## 第 2 節 退去強制事件における絶対的権限の制約モデル

## 1. 地域・領域類別型アプローチ (territorial standing approach)

### (1) 領域主権の適用範囲

アメリカ移民法においては、合衆国への入国を達成した外国人とそうでない外国人との区別は、判例上も合衆国憲法の適用の可否について、はっきりと峻別する法理が確立されている。たとえば、*Kaplan v. Tod* 判決 (267 U. S. 228 [1925]) において連邦最高裁判所は、実際 9 年間合衆国に事実上「存在」しているにもかかわらず入国を拒否されている外国人について、「法理論上は未だ国境線上に存在していることになり、合衆国に入国している状態ではない」と判示している (1)。また、合衆国への入国が正式に認められず臨時に入国が許可されている外国人も同様に合衆国への「入国」を達成していることにはならないのである (2)。それとともに、合衆国内に存在する「人」(person) に適用可能な一定の憲法上の保護について、明らかにその領域外にいる外国人にはそれを適用することができないことも判例として確立された法理であり (3)、それは、修正 5 条の適用が争われた *United States v. Verdugo-Urquidez* 判決 (494 U. S. 259 [1990]) においても確認されているのである (4)。

このことは、本研究の第 5 章で検討した *Shaughnessy v. Mezei* 判決 (345 U.S. 206[1953]) と *Zadvydas v. Davis* 判決 (533 U.S. 678, 694 [2001]) との比較において端的に見出される。*Mezei* 判決では、「一旦、われわれの門をくぐった外国人は、法の適正な過程に内包される伝統的な公正の基準に合致した手続を経た後にのみ国外追放されうる」(5) と明示しながらも、ニューヨーク港内のエリス島に収容される上訴人は「合衆国に入国している」とは考えられず、その法的ないし憲法的地位が発生していないとしてその主張を退けたものであるが、*Zadvydas* 判決は、退去強制手続終了後の外国人に同様の「領域類別理論」(the doctrine of territorial standing) を適用し、上訴人がすでに合衆国に入国し憲法上の保護を受けるとして、その不定期の収容を取り消したのであった (6)。

合衆国においては、*Mezei* 判決以来 50 年以上も、絶対的権限理論に加えてかかる「領域類別理論」がその重要な役割を演じてきたといわれるが (7)、このような手法は、次にみる一旦合衆国に入国した者にはデュー・プロセスの保障があることを判示した 1903 年の *Kaoru Yamataya v. Fisher* 判決 (189 U.S. 86 [1903]) において、すでに採用されていた (8)。連邦最高裁は、外国人の退去強制が入国拒否権限と表裏であるとされながら、一旦入国した外国人については合衆国憲法による保護が及ぼされることを認めていたのであった。

### (2) 違反調査における活動領域の類別

退去強制に関わる地域ないし領域を類別して法理の適用を峻別する手法は、違反調査の事案においてもみられる。本研究の第 4 章でも検討したように、判例は、移民・

国籍法上、移民官の活動する領域を類別して判断を下している。ある論者によると、外国人の修正 4 条の権利についての適用される法理は、違反調査における捜索では、①国境およびこれと同等の機能を果す地点における捜索、②国境付近における捜索、③国境からはまったく離れた地域における捜索という三つのカテゴリーに類型化されるという(9)。また、別のある論者は、外国人の停止・質問については、国境付近におけるコントロール機能とそれ以外の地域におけるコントロール機能に分けて整理することが可能であるとも主張する(10)。

実際に裁判所は、外国人の違反調査活動については、必ずしも法執行における絶対的(plenary)な権限を許容するのではなく、場所的な特質(国境領域/市民生活の領域)を類別して(11)、個人の権利と公共の利益とを調整しようと努力を積み重ねてきた。刑事事件についての修正 4 条の法理が行政上の取締りを目的とした違反調査にも適用され、移民官による恣意的・差別的な権限行使を抑止する一翼を担っていることは、外国人の人権保障にとっても大きな役割を果たすものといえる(12)。

以上のように、アメリカ司法府は、とくに退去強制における外国人の「人身の自由」に関しては、入国とそれ以前における収容(13)、違反調査におけるそれぞれの活動領域(14)、そして退去強制手続が終了した後の収容とそれ以前の収容(15)を類別して事案を解決する手法を採用してきたといえる。外国人が一旦合衆国へ「入国」したとしたならば法的状況は一変し(16)、さらには、その後の退去強制権限の行使を審査するにあたっては、このような地域・領域類別型アプローチの法理に依拠するものであった(17)。

## 2. 権利保障型アプローチ (rights-oriented approach)

### (1) 手続的権利から実体的権利の保障へ

アメリカ判例理論は、絶対的権限理論が適用される外国人の退去強制の事案について、前述の地域・領域類別理論を基礎としながら、具体的な憲法上の権利がどのように保障されるかについて議論を積み重ねてきた。その嚆矢は *Kaoru Yamataya* 判決(1903)であった。本件は、外国人への退去強制については修正 5 条のデュー・プロセスの保障が問題となることを認め、退去強制と入国拒否が「単一かつ同一の権限」に立脚しながらも、合衆国憲法との関係では異なって処遇されることを認めた事案であった。これは、外国人が一旦合衆国に入国したならば、その存在が非合法的なものであろうとも合衆国憲法のデュー・プロセス条項がすべての人に適用されるため、その者の合衆国における法的地位は変化するという判例を確立したものであった。

だが、*Kaoru Yamataya* 判決における法廷意見は、手続的デュー・プロセスの保障の適用については考慮したものの、その法律の内容について審査することはできないとして(18)、連邦議会と法を執行する連邦政府の絶対的権限を認めている点が問題と

なったのである。修正5条の効力が及ぼされるのは連邦議会の定めた手続的デュー・プロセスの保障についてであり、法律の中身である実体的デュー・プロセスの保障には及ばないことを意味するものであった。ところが、連邦最高裁は、それ以前の事案において、外国人の実体的権利をはっきりと認めていたのである。それは、1892年5月5日の移民法第4条(19)の合憲性を争った *Wong Wing v. United States* 判決(163 U.S. 228 [1896]) であった。

本件は、退去強制事由に該当すると思料される外国人に対して、司法による裁判なしで1年以上の懲役を科すことを規定した同条項を違憲としたものであった。これは、退去強制事由に該当すると判断された外国人の手続的な権利保障ではなく、退去強制が命じられた外国人の実体的な権利保障を考慮したものである。すなわち、連邦最高裁は、連邦議会の絶対的権限であるとされる外国人の退去強制の規定といえども、それが行政手続の範囲を越えて刑事罰が科せられるような場合、「合衆国の領域内に存在するすべての人は、合衆国憲法の保護を享受する」(20)として、外国人の出入国に関する連邦議会の立法の内容についても、実体的デュー・プロセスの保障が及ぼされることを明示したのであった。連邦最高裁は、すでにこの時期から限られた範囲ではあるが、実体的デュー・プロセスの保障が及ぼされる可能性を担保していたといえる。

## (2) 実体的デュー・プロセス理論の可能性

たとえば *Galvan v. Press* 判決(347 U.S. 522 [1954])においても、少なくとも共産主義者を退去強制事由とする連邦議会の分類について、「それはデュー・プロセスを侵害するほどには根拠のないものではなく、それゆえに連邦議会の権限を越えるものではない」(21)として、実体的デュー・プロセスに踏み込んで判断している。また、連邦控訴裁判所は、*Francis v. INS* 事件(532 F.2d 268 [2d Cir.1976])において、厳しい規定を違憲と判示するかわりに少なくとも7年以上合衆国に居住していた外国人に救済を与えるため、旧移民・国籍法212条c項の規定する裁量的救済を広く解釈し実体的な判断をおこなっている(22)。

1996年には不法移民修正及び移民責任法(IIRIRA)(23)が制定され、連邦議会が裁量的救済条項を削除したにもかかわらず、実際、それ以降の事案においても外国人の権利を認めようとする姿勢が垣間見られるのである。連邦最高裁は、*INS v. St.Cyr* 判決(533 U.S. 289 [2001])において、旧移民・国籍法212条c項が効力を有していたときに「答弁についての合意」(plea agreement)ができていた外国人に対して、同法の遡及的効力にもかかわらず同条による裁量的救済が可能であるという実体的判断を下している。また、それに続く *Zadvydas v. Davis* 判決(533 U.S. 678[2001])においても、連邦最高裁は、修正5条で保障する実体的デュー・プロセスを認めたのであった(24)。

このように、アメリカ判例理論は、Kaoru Yamataya 判決において、手続的デュー・プロセスの保障は考慮するとした一方で、合衆国憲法修正 5 条の適用が実体的デュー・プロセスには及ばないとして、法律の中身についての実体的デュー・プロセスの保障には及んでいないと判示したにもかかわらず、その後の事案は必ずしも実体的デュー・プロセスの保障を否定するものではなかったのである。たしかに修正 5 条のデュー・プロセス条項によって保障される権利の態様は、外国人の置かれている立場や状況によって多様なものではあるが (25)、とくに外国人の収容からの自由については、早い時期から最終的な退去強制命令が出された後の外国人を保護することを支持してきたのであって (26)、それがその後の事案に引き継がれていった確固たる判例理論の流れが存するのである (27)。

### 3. 制度保障型アプローチ (institutional-process approach)

権力分立原理から導かれる制度保障型アプローチを採用して連邦権限の抑制を図った最初の事案は、Keller v. United States 事件 (213 U.S. 138 [1909]) であった。本件は、外国人売春婦を隠匿する罪を規定した法律の有効性を争った事案で、そもそもこのような行為に刑事罰を科すことは、州に与えられたポリス・パワーと考えられていた (28)。だが、これに対して国側は、外国人の出入国に関わる問題であるゆえに、それは連邦議会に属する権限であるとして、この法律の合憲性を主張したのであった (29)。この事件で争われたのは、かかる刑罰権が州の権限であるか、それとも連邦政府の権限に関連づけられているか、という点にあった。本判決は、出入国の管理・規制と当該法律が犯罪とする被告人の行為との間に、合衆国憲法が規定する連邦政府と州政府との間の権限の分配原則に則した合理的な関係は存在せず、出入国管理・規制の一端として刑罰を科すことは違憲であると判示したのである (30)。

もうひとつは、INS v. Chadha 事件 (462 U.S. 919 [1983]) である。それは、司法長官の退去強制の執行停止権限 (現在の国外退去の取消し) について連邦議会の承認が必要であることが争われた事案であった。司法長官の執行停止の決定に対し、連邦議会は拒否権を有する (旧第 244 条 c 項 2 号および 3 号) と規定されていたのだが、それは連邦最高裁によって違憲と判断されたのである。連邦最高裁は、本判決において執行停止に関する連邦議会の拒否権の行使は憲法上の権力分立を侵すものであると結論づけたのであった。

Chadha 判決は、本件に政治問題の法理は適用されないと判示され (31)、権力分立原理を根拠とした憲法訴訟とみることができる。絶対的権限理論は、それ自身、連邦最高裁が連邦議会に追従する法理であるが、連邦最高裁は司法の干渉を回避することなく、連邦議会の絶対的 (plenary) な権限を連邦政府に対する権力分立原理を根拠として制約したのであった。このような Chadha 判決の法理は、直接的に個人の権利

を保護することにはならないが、別の意味での絶対的権限の制約の根拠となりうるものである (32)。

このような合衆国憲法上の権力分立の法理を適用して、とくに行政府の権限行使を抑制しようとする手法は、近時の国家非常事態における大統領の権限行使を連邦議会の授権範囲との関係で抑制しようとする敵性戦闘員の人身保護請求の事案にもみられるものであった (33)。たとえば、9.11 後のアフガニスタンの戦場において、合衆国に敵対するタリバン政府と共に戦う「敵性戦闘員」と認定された合衆国市民を捕虜にし、合衆国内において身柄を拘束した *Hamdi v. Rumsfeld* 事件 (542 U.S. 507 [2004]) において、結局のところ人身保護の請求は認められなかったものの、連邦最高裁は、上訴人が主張する合衆国市民に対する勾留の違憲性も、連邦政府が主張する合衆国憲法 2 条の絶対的な行政権限の主張も取り入れず、ここでは戦時に適用されるいわゆる制度保障型アプローチを採用し事案を処理したのであった (34)。大統領の万能ともいえる戦争の遂行権限に対して厳格な権利保障型の審査アプローチ (a strict rights-oriented approach) で臨んだのではなく、権力分立原則を根拠とする制度保障型アプローチを採用して事案の解決を図るものであった (35)。

#### 4. 制約理論の多様性と適用範囲

このように外国人の退去強制の事案においては、司法が政治部門に服従するかのごとく司法審査を自己抑制する絶対的権限の法理をどの範囲で適用させるか、またはそれに替わってどのような法理を適用して解決が図られるか、アメリカの判例理論は多彩な様相を呈してきた。たしかに外国人の退去強制については、その救済が容易に認められるものではないにしろ、その可能性を示唆するものであり、アメリカにおける将来の事案やわが国の法理論への影響が期待されるところである。

さらにこれらの制約モデルとともに、国家の存立を目的とする憲法構造を視点として、国家の主権原理から派生するとされる絶対的権限について、次のような議論が展開されうる。それは、アメリカの学説が常に拠り所とする合衆国憲法の最高法規性を根拠として、いかにして政治部門の絶対的 (plenary) な権限行使を制約するかというものである。本研究においては、外国人の退去強制に関する判例理論における国家の主権原理がどのように顕在化されるかを検証してきたが、次節では、主権原理の適用をどのように制約することができるかについて考察を進めていくこととしたい。

(1) *Kaplan v. Tod*, 267 U. S. 228, 230 (1925).

(2) *Leng May Ma v. Barber*, 357 U. S. 185, 188-190 (1958).

(3) *Johnson v. Eisentrager*, 339 U. S. 763, 784 (1950).

(4) *United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U. S. 259, 269 (1990).

- (5) *Shaughnessy v. Mezei*, 345 U.S. 206, 212 (1953).
- (6) *The Supreme Court, 2000 Term—Leading Cases*, 115 HARV. L. REV. 306, 376 (2001).
- (7) Charles D. Weisselberg, *The Exclusion and Detention of Aliens: Lessons from the Lives of Ellen Knouff and Ignatz Mezei*, 143 U. PA. L. REV. 933, 937 (1995).
- (8) *Kaoru Yamataya v. Fisher*, 189 U.S. 86, 100-01 (1903).
- (9) Austin T. Fragomen, *Searching for Illegal Aliens: The Immigration Service Encounters the Fourth Amendment*, 13 SAN DIEGO L. REV. 82, 91 (1975).
- (10) *Developments in the Law — Immigration Policy and the Rights of Aliens*, 96 HARV. L. REV. 1289, 1375-80 (1983).
- (11) *International Ladies' Garment Workers' Union v. Sureck*, 681 F.2d 624 (9th Cir. 1982).
- (12) 退去強制の違反調査における活動領域の峻別について詳しくは、新井信之「アメリカ憲法と外国人の停止・質問権についての一考察」*広島法学* 16 卷 4 号 (1993 年) 163 頁以下を参照。
- (13) *Kaplan v. Tod*, 267 U. S. 228 (1925); *Leng May Ma v. Barber*, 357 U. S. 185(1958); *Johnson v. Eisentrager*, 339 U. S. 763(1950); *United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U. S. 259 (1990).
- (14) *United States v. Brignoni-Ponce*, 422 U. S. 873, 878 (1975); *Carrol v. United States*, 267 U. S. 132 (1925); *Almeida-Sanchez v. United States*, 413 U. S. 266 (1973); *United States v. Martinez-Fuerte*, 428 U. S. 543 (1976).
- (15) *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678(2001).
- (16) Charles D. Weisselberg, *The Exclusion and Detention of Aliens: lessons from the Lives of Ellen Knouff and Ignatz Mezei*, 143 U. PA. L. REV. 933, 937 (1995).
- (17) *See Linda Bosniak, A Basic Territorial Distinction*, 16 GEO. IMMIGR. L.J. 339, 407(2002) and Weisselberg, *supra* note 16, at 937.
- (18) *Kaoru Yamataya v. Fisher*, 189 U.S. 86, 100-01(1903).
- (19) Act of May 5, 1892, Ch.60, § 4, 27 Stat. 25 (1892).
- (20) *Wong Wing v. United States*, 163 U.S. 228, 238 (1896).
- (21) *Galvan v. Press*, 347 U.S. 522, 529 (1954).
- (22) *Francis v. INS*, 532 F.2d 268 (2d Cir.1976).
- (23) *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996*, Pub.L. No.104-208, Div.C., 110 Stat. 3009-546 (1996).
- (24) David Weissbrodt and Laura Danielson, *IMMIGRATION LAW AND PROCEDURE IN A NUTSHELL* 5<sup>th</sup> Ed. 74-75 (Thomson West, 2005).
- (25) *See, e.g., Landon v. Plasencia*, 459 U. S. 21, 32-34 (1982); *Johnson v. Eisentrager*, 339 U. S. 763, 770 (1950).
- (26) *See Wong Wing v. United States*, 163 U. S. 228, 238 (1896).
- (27) *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001); *Clark v. Martinez*, 543 U.S. 371 (2005).

- (28) *Keller v. United States*, 213 U.S. 138, 140-41 (1909).
- (29) *Id.* at 141-43.
- (30) *Id.* at 147.
- (31) *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919, 940-41 (1983).
- (32) Stephen H. Legomsky, *Immigration Law and the Principle of Plenary Power*, 1984 SUP. CT. REV. 255, 303 (1985).
- (33) *See e.g.*, *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004); *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. 426 (2004); *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004).
- (34) Lee Epstein, Daniel Ho, Gary King and Jeffrey Segal, *The Supreme Court During Crisis: How War Affects Only Non-War Cases*, 80 N.Y.U. L.REV. 1, 100-09 (2005).
- (35) *Id.*

### 第3節 合衆国憲法による主権原理の制約モデル

#### 1. 法規範としての主権概念

主権・領土・国民をその構成要素とする近代国家という統治制度を取り入れた一国の立憲主義には、さまざまな限界が存する。アメリカ合衆国においては、それらがインディアン先住民族や準州、移民の事案についていえることであり(1)、そこでは政治共同体としての国家の本質にいやおうなく対峙することになる。そのときに顕在化するのが、最高の法としての主権であることをアレニコフ教授は指摘する。国家の本質とはゆるがぬ権力性であり(2)、それは最高の法である主権原理から派生するのである。そして、近代法は「法の支配」原理の下で、かかる国家の権力性をいかに制約するかを追求してきたのであった。それゆえに権力性そのものの本質ないし国家なる存在の本質を論ずることなしには、追求する法理の構築も成り立たないのは明らかなことである。人権論のみに頼るのではなく、近代の国家制度とそれを支える法的諸原理を見据えて抑制理論を構築することが必要となる。主権概念は、単なる政治理念ではなく、国家の最高の法として見え隠れする。アレニコフ教授が言いたいのは、まさにそのことなのであり(3)、本研究においてもこのような視点から考察をおこなってきた。

それゆえに、本研究においては、国家の対外的な主権原理を文字通り「絶対的かつ無制約」(absolute and unqualified)なものとしてとらえるのではなく、その射程を策定することによって、外国人の退去強制からの自由を拡大することができるものとする。これは、トライブ教授も述べるように、絶対的権限理論でいうところの「絶対的かつ無制約」というのは、必ずしも憲法による制約から自由であるということではなく、連邦のかかる権限が行使される場合は、合衆国憲法によって制約される領域

においてのみ行使されるということがその表裏として認識されなくてはならないのである(4)。

## 2. 憲法の委任理論による制約

### (1) 合衆国憲法による制約の担保

この点についても、連邦最高裁が Chae Chan Ping 判決(1889)の法廷意見で、合衆国に帰属する主権の付随的権限である外国人に対する入国拒否権限は、「超憲法的な国家の主権原理から派生するものではなく、合衆国憲法によって委任された主権的権限の一部」として国家が行使するものであると判示しているのが大変注目される。連邦議会の権限は、合衆国憲法それ自身と、程度の差はあれ、すべての文明国を支配する公共政策と正義の斟酌によって制限されるというのである(5)。

そして、それに続く Fong Yue Ting v. United States 事件(149 U.S. 698 [1893])においても、退去強制権限も入国拒否と同様に対外的な国家主権を根拠とした権限行使のひとつであるという結論を導きながらも、国際法上の主権の権利がいかなるものであろうとも、居住外国人にたいする連邦議会の権限は憲法によって委任されたものであり、それゆえ、黙示的に憲法によって制限されるものであること(6)を次のように明示している。

「戦時または平時において、絶対的にまたはある条件のもとにすべての外国人または特定の階層の外国人の入国を拒否しまたは追放する[主権国家の]権限は、すべての主権国家および独立国の安全、独立および安寧にとって不可欠なものであり、それは当該国家の固有にしてかつ不可譲の権限であるが、本法廷が直面する問題は、連邦議会が1892年の法律の第6条および第7条に規定される権限を行使する方法が合衆国憲法に矛盾していないかどうか[を判断する]ということである。」(7)

このことは、外国人を国外へ追放する連邦議会の実質的な権限を支持しているようにもみえるが、その脈絡を考えれば、これらの文言は行政官に対して退去強制事件における事実認定を委託する手続の適否を考慮するものであることが理解されるところである。法廷意見は、連邦議会の絶対的権限を認めつつも、それはあくまで憲法によって委任された権限の適正な範囲内においてその行使が許されると判示するものであった(8)。

さらにこの点については、同判決におけるブルワー裁判官の反対意見も次のように強く主張する。

「合衆国憲法には、治外法権的効果は存在しない。合衆国に合法的に入国しない者は憲法の保護を要求することは出来ない。外国人に関する事項に関して完全な管理を有する合衆国政府は、わが国境に中国人の障壁を建設しかつ絶対に入国を禁止する権限を有する。しかしながら、合衆国憲法はわが領土の範囲内のいたるところでその効力を有する。合衆国政府がその範囲内で行使する権限は、成文をもって付与されているもののみ限定する。外国人居住者を国外へ追放する権限は明白に成文をもって規定されていない。それは黙示的権限のうちにあるといっても、合衆国憲法によって課せられた制限に従ってのみ行使されるものである。」

(9)

このように連邦最高裁も、連邦政府は外国人の出入国管理・規制における自らの正当性を主張しようとするが、「連邦議会は、かかる権限を行使するについては、憲法上許容される手段を選択しなくてはならず」(10)、このことは、「多かれ少なかれ、すべての文明化された国家の行為を制約する」(11)のものであるとして、常に合衆国憲法によるコントロールを意識してきたのであった。アメリカにおける判例理論は、外国人の出入国管理・規制が国家主権から派生する権限であるとしても、それは「重要な憲法上の制約」に服するものであるとして、9.11以降の最近の事案においても確固として受継がれているのである(12)。

## (2) 今日の状況への示唆

連邦最高裁は、このように外国人に対する入国拒否および退去強制権限が合衆国憲法に内在する国家主権の一部であると明確に判示してきた(13)。しかし、重要なことは、アメリカ司法府が、これらの権限は国家の主権原理から導かれるものの、あくまで国家統治の基本である合衆国憲法の委任に基づくものであることを早い時期から認識していた点である。アメリカ判例理論は、さまざまな時代的背景と国際状況の変化によって少なからず動揺を示しているものの、多くの論者が主張するように、出入国に関する国家権限の根拠はあくまで合衆国憲法によって委任されたものであり、少なくとも平時においては、間違いなくその範囲内で行使されなくてはならず、それゆえに、その制約の可能性がここに存すると考えられているのである(14)。

アメリカの学説は押しなべてこの点を強調するものであって、本研究においてもかかる視点から考察をおこなってきた。憲法構造から導かれる自己保存原理の内容を明確化することによって、その表裏である絶対的権限理論の適用範囲ないし領域(sphere)をさらに狭めていくことが可能となるとの見方によって検討を進めてきたのである。そして、そのための具体的アプローチとして、自己保存原理の依拠する主

権の法理が適用される領域を明確に浮き上がらせ、その射程を限定することによって絶対的権限理論の適用範囲を狭める手法が導かれる。この解釈モデルの狙いは、外国人の退去強制からの自由ないし在留の自由を実現するために、その反対解釈として一般的な憲法準則の適用を広げていくことにある。このことは、次にみるようにこれまでの判例理論が黙示的にも示唆するところであり、ここではそれをさらに注意して分析していくこととする。

### 3. 主権理論（絶対的権限）適用領域の制限アプローチ

#### (1) 一般的領域と絶対的権限理論の適用領域との峻別

本研究の第4章で取り上げたいいくつかの事案からも理解されるように、連邦最高裁は、早い時期から主権原理に付随する連邦の権限行使の事案とその他の事案とを明確に区別して判断してきた。それは、州が差別的に制約する外国人の職業選択の自由や公的利益ないし公共資源の分配の事案(15)については、当初、州が外国人を排除することを支持したものの、漸次、その平等保護が認められることになった。まさにこれらの判決は、一般的な州の管轄する領域へ絶対的権限理論を導入するのではなく、通常の憲法理論によって事案を解決しようとするものであった。すなわち絶対的権限理論は、私的領域における外国人の権利について適用される法理ではなく、国家の対外的な主権原理が及ぼされる出入国管理・規制の領域に適用される法理として示されていたのである。このことは、レゴムスキー教授が指摘するように(16)、一般的な平等保護の事案とははっきりと区別して論じなくてはならないところであった。

近年においては、それまで無条件に絶対的権限理論の適用領域と考えられていた移民・国籍法の事案についても、一般的な憲法の準則が適用される場面が見られるようになった。移民・国籍法309条a項にある合衆国市民である父親と外国人の母親と間の非嫡出子と合衆国市民である母親と外国人の父親との非嫡出子との国籍取得の差別が問題となった *Miller v. Albright* 事件(523 U.S. 420 [1998]) や *Nguyen v. INS* 事件(533 U.S. 53[2001]) がそれである。ここでは、出入国管理・規制の領域に適用される絶対的権限理論によるのではなく、ジェンダーを根拠とした一般的な平等保護の基準を適用したのである。

このようにアメリカ司法府は、市民社会ないし私的領域における外国人の平等保護等については厳格に対処する傾向があるが、政治社会へのアクセスについては否定的であり、ここでは自己統治原理によって判断しようとするのである(17)。そして、出入国管理・規制の領域については、連邦議会の絶対的権限の法理を適用して事案の解決に臨んでいることがうかがえるものである。ここでもライブ教授が主張するように、「出入国および帰化に関する事項以外の外縁領域では、外国人の活動を規制し、給付利益の分配に関して外国人と合衆国市民および外国人同士の間線引きする連邦議

会の権限は、国家主権および外交政策を考慮することとは明確な結びつきを失うものである。このような限られた事項以外の外縁領域では、裁判所は、実体的にも手続的にも、方にわたってより自由に連邦議会の権限を制限するべき」なのである (18)。

## (2) 移民法における絶対的権限 (プレナリー) 領域の制限

アメリカの判例理論においては、出入国管理・規制の領域に適用される法理と一般領域に適用される法理を峻別して事案の解決に臨むとともに、さらに検討を進めていくと、同じ退去強制に関する事案であっても、近年、それまで絶対的 (plenary) な権限行使の領域とされていたものを一般的な憲法の準則に服する領域としてとらえて事案を解決しようとする傾向が存することに気づかされる。

たとえば、退去強制手続における収容が問題となった *Reno v. Flores* 事件 (507 U.S. 292 [1993]) と *Zadvydas v. Davis* 事件 (533 U.S. 678, 694 [2001]) との比較からもこのことがうかがわれる。前者は、退去強制手続が継続され絶対的権限理論が適用されるプレナリーな領域においてその収容を認めたものであり、後者は退去強制手続の終了をもって絶対的権限理論から一般的な憲法理論へとプレナリー領域を制限し、そこへ合衆国憲法の伝統的な「自由の核心」法理を適用して当該外国人の不定期な収容を否定したのであった (19)。このことは、1892年の移民法を争った早い時期の *Fong Yue Ting* 判決と *Wong Wing* 判決とを比較しても理解される場所である。前者は不法残留すると思料された外国人の退去強制が認められた事案であり、後者は退去強制事由に該当する外国人に刑罰を科す条項を違憲と判示された事案であった。ここでも裁判所は、同じ退去強制の事案であっても、対的権限理論を適用するプレナリーな領域と一般的な憲法準則を適用する領域とを峻別してそれぞれの問題を処理していたのであった (20)。

すなわち、ここでいうところの「プレナリー領域」とは、外国人の出入国管理・規制にかかわる対外的な主権原理 (自己保存原理) に対して、衆国憲法の効力がどのように及ぼされるかが争われる領域モデルである。その第1の核心部分は、狭義には入国拒否の事案であり、*United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy* 判決 (338 U.S. 537 [1950]) でも述べられているように、「連邦議会によって制定された手続は、それが入国を拒否された外国人に関するものであるとしたならば、どのようなものであれ適正なものである」(21) とされるものである。すなわち、どのような外国人を入国させて共同体社会への参加を認めるかについては、合衆国政府の政治部門の専権事項であるとアメリカ司法府は認識しているのである。このことは連邦議会が、治共同体の構成員を選別する外国人の帰化要件について絶対的 (plenary) な権限を有するのと共通するものがある。

第2は、連邦議会は、退去強制手続のように、「通常、もしそれが合衆国市民に適

用されたならば、とうてい受け入れられないような規則を出入国管理・規制権限のもとで制定することができる」(22)として、入国拒否に適用される法理が退去強制についても認められるとしても、それは憲法の存立目的と委任のルールからも自己保存原理が作用する範囲内において受け入れられるものである。これは、帰化や入国拒否とは区別して、退去強制については、絶対的権限理論の適用場面を憲法に基づいて合理的に解釈する余地を残すものである。

他方、同じ退去強制の事案であっても、国家の対外的な主権原理から導かれるプレナリー領域とは区別されて、一般的な憲法の準則が適用される可能性が導かれる領域が想定される。これらが前出の *Zadvydas* 事件や *Wong Wing* 事件で連邦最高裁が採用したアプローチであった。退去強制手続の一環でありながら、対外的な主権原理がさほど及ぼされない領域（部分）においては、一般的な憲法の準則が適用されたと考えることができる。そのような意味において、スティーブンス裁判官が *Reno v. Flores* 事件の反対意見で、「収容されている外国人少年たちは、合衆国憲法が同じような状況にある合衆国市民が保障されるのと同じような自由を求めている」(23)と論じるのは、移民法の領域においても、一般的な合衆国憲法の準則が限りなく適用される可能性を主張するものとして、大いに注目されるところである。

以上のように、本研究では、プレナリー領域にあってもそれを限定的に解釈し、絶対的権限理論の適用を制限する解釈モデルが構築可能と考えるものである。

- (1) この点については、ハワイ先住民族の主権と対比してみると興味深いものがある。See, e.g., Randall W. Roth, ed, *THE PRICE OF PARADISE; Lucky We Live Hawaii ?*, Mutual Publishing, 1992 ; R・ロス編／畑博行＝紺谷浩司監訳『ハワイ・楽園の代償』(有信堂、1995年)。
- (2) 「森英樹教授のコメント」公法研究 64号(2002年)167-68頁。
- (3) T.Alexander Aleinikoff, *SEMBLANCES OF SOVEREIGNTY —THE CONSTITUTION, THE STATE, AND AMERICAN CITIZENSHIP—*151-81 (Harvard University Press, 2002).
- (4) See e.g., Laurence H. Tribe, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 2<sup>nd</sup> Ed., § 5-4, 232 (Foundation Press, 1988).
- (5) *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581, 604 (1889).
- (6) 萩野芳夫著『国籍・出入国と憲法—アメリカと日本の比較—』(勁草書房,1982年)324頁。
- (7) *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698, 711 (1893).
- (8) Siegfried Hesse, *The Constitutional Status of the Lawfully Admitted Permanent Resident Alien: The Pre-1917 Cases*, 68 Yale L.J. 1578 (1959).
- (9) *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698, 732 (1893).
- (10) *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919, 941-42 (1983).
- (11) *The Chinese Exclusion Case*, 130 U.S. 581, 604 (1889).

- (12) See *Clark v. Martinez*, 543 U.S. 371 (2005); *Jama v. Immigration & Customs Enforcement*, 543 U.S. 335 (2005); *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004); *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. 426 (2004); *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Nguyen v. INS*, 533 U.S.53 (2001); *INS v. St.Cyr*, 533 U.S. 289 (2001); *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001).
- (13) Louis Henkin, *FOREIGN AFFAIRS AND CONSTITUTION 22* (Foundation Press Inc., 1972).
- (14) See, e.g., M.Isabel Medina, *Demore v. Kim—A Dance Of Power And Human Rights*, 18 GEO. IMMIGR. L.J. 697,704 (2005); Adam B. Cox, *Citizenship, Standing, and Immigration Law*, 92 CAL. L.REV. 373 (2004); Peter J. Spiro, *Explaining the end of plenary power*, 16 GEO. IMMIGR. L.J. 339(2002); Gabriel J. Chin, *Is There a Plenary Power Doctrine ? A Tentative Apology and Prediction for our Strange but Unexceptional Constitutional Immigration Law*, 14 GEO. IMMIGR. L.J. 257(2000); Sarah h. Cleveland, *The Plenary Power Background of Curtiss-Wright*, 70 U.COLO.L.REV. 1127(1999); Louis Henkin, *The Constitution and United States Sovereignty: A Century of Chinese Exclusion and Its Progeny*, 100 HARV.L.REV. 853(1987); Gerald Neuman , *STRANGERS TO THE CONSTITUTION: IMMIGRANTS, BORDERS, AND FUNDAMENTAL LAW 13-15*, (Princeton University Press, 1996); Kevin R. Johnson, *Los Olvidados: Images of the Immigrant, Political Power of Noncitizens and Immigration Law and Enfrcement*, 1993 BYU L.REV. 1139(1993); Peter Schuck, *The Transformation of Immigration Law*, 84 COLUM.L.REV. 1(1984).
- (15) See, e.g., *Terrace v. Thompson*, 263 U. S. 197 (1923); *Heim v. McCall*, 239 U. S. 175 (1915); *Patsone v. Pennsylvania*, 232 U. S. 138 (1914); *Truax v. Raich*, 239 U. S. 33 (1915); *Takahashi v. Fish & Game Comm'n*, 334 U. S. 410 (1948); *Graham v. Richardson*, 403 U. S. 365 (1971).
- (16) See Stephen H. Legomsky, *Immigration Law and the Principle of Plenary Congressional Power*, 1984 SUP. CT. REV. 255, 256 (1985).
- (17) *Id.*
- (18) Tribe, *supra* note 4, at 360.
- (19) 両判決の比較については、本研究第 5 章第 3 節を参照。
- (20) 退去強制と刑事処分とを区別する両判決の相違については、本研究第 2 章第 1 節を参照。
- (21) *United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy*, 338 U.S. 537, 54 (1950).
- (22) *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67, 80 (1967).
- (23) *Reno v. Flores*, 507 U.S. 292, 347-48 (1993).

## 小 結

アメリカにおける外国人の憲法上の権利を論じる上では、3つの特徴がある(1)。

それは、第1に、外国人は、連邦最高裁判所が歴史的にも絶対的権限として実質的に敬意をもって扱ってきた連邦議会の出入国管理・規制権限に服することである。しかしながら、この絶対的権限の法理は、平等条項が市民生活において明らかに外国人を保護しているように、出入国の領域において適用されるものである。第2は、外国人には、国内外の領土高権の問題がある。それは、連邦最高裁は、これまでも国境の外にいる場合と区別して、自国の領土高権の及ぶ範囲に存在する外国人に対してその裁判管轄権を行使してきたが、*Zadvydas v. Davis* 判決で述べるように、「合衆国内に存在する人に適用可能な一定の憲法上の権利保障は、われわれの地理的な国境外にいる外国人には適用されない。しかし、外国人が一旦この国に入国したら、法的状況は変化し、デュー・プロセス条項は、合衆国内に存在するすべての人に適用される。」<sup>(2)</sup> ものなのである。この点について、法的議論は、とくに入国拒否と退去強制との区別に顕在化される。第3は、敵性外国人であり、連邦最高裁は、合衆国市民や、とくにその他のすべての外国人とはカテゴリー的にも異なって戦争対象国の国籍を有する外国人の権利を扱ってきたのである。連邦最高裁は、コモンローにおいては、この敵国に忠誠義務を負う敵性外国人は、戦争時においてはいかなる権利も有さず、そして、合衆国はその者を敵国の一部と看做すと述べている<sup>(3)</sup>。

第3部においては、このような特徴の起源ともいえる *Chae Chan Ping* 判決の再検討を通じて、さらに詳しい法解釈の探求をおこなってきた。本章においては、これまでの学説・判例とともに本研究独自の解釈モデルを下敷きとして、外国人事件一般についての憲法理論の枠組みと退去強制の事案にみられる絶対的権限理論の制約モデルの類型化を試みた。ここでは、合衆国憲法との関係で実体的権利を主張するだけでなく、外国人の出入国管理・規制が国家の対外的な主権原理と直接かかわる特殊性に鑑みて、さまざまなアプローチの可能性が導かれた。かかる主権原理の適用領域をいかに狭めていくことができるのかが、そのポイントといえるのである。たとえば、家族の構成員がいっしょに生活する権利は明らかに慣習国際法の規準である一方で、外国人の家族構成員の入国拒否を選択する国家は、国家主権の衝突との相殺の正当性を立証してはじめてそうすることができるのである。入国拒否や退去強制が国家主権の属性ならば、それを根拠として重大な人権を制約するのであるから、国家主権との相殺を立証しなくてはならないことになる。単なる政府の裁量行為とはいえないのである<sup>(4)</sup>。

わが国においても、今後とも来日外国人が益々増加し、その在留の数も増加する状況下において、出入国管理の事案もさまざまなケースが発生すると考えられる。第1部から第3部のアメリカにおける事案の検証を通じて、外国人の退去強制に関する立法政策および判例理論における多彩な法理が展開されていることが理解された。このような外国における英知をどこまで参考にして公正な出入国管理を実現できるか、比

較法の研究者に問われている重要な課題であるようにおもわれる。

- (1) David Cole, *Enemy Aliens*, 54 STAN. L. REV. 953, 981-84 (2002).
- (2) *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 693 (2001).
- (3) *Ludecke v. Watkins*, 335 U.S. 160, 773-774 n.6(1948).
- (4) Carol Sanger, *Immigration Reform and Control of the Undocumented Family*, 2 GEO. IMMIGR. L. J. 295, 354 (1987).

# 結 論 退去強制の憲法的制約と日本法への示唆

## 1. 合衆国憲法による退去強制の制約

### (1) 退去強制の過酷さの再確認

アメリカにおいては、移民・国籍法が定める退去強制の研究は、移民法研究のなかでも最も重要な分野に属するといわれる。そして、退去強制命令にたいする司法審査の理論が、長い歴史と数多くの経験のなかで発展してきたのである。それは、退去強制が合衆国に在留する外国人にとって刑罰性を有するからであり、ときには刑罰以上の自由の侵害可能性が存する過酷な処分であるゆえに注目されてきたことを本書の結論として再確認しておきたいと思う。国民が道徳的にも非難される犯罪をおかしたとしても、死刑や終身刑はともかくとして、有期の自由刑が終了すれば、社会への復帰と更生が可能となる。しかし、退去強制は、刑事処分とは異なる行政処分でありながら、一旦国外へ追放されてしまえば、当該外国人は家族関係も財産もすべて失い、再び彼の地を踏むことが許されない可能性をも孕むものである。それゆえに、当該国家への在留を強く望む外国人ならば、多くは退去強制よりも刑事処分を望むであろうことは、容易に想像することができるであろう。

その一方で、国家の存立と国民の生命・自由・財産を守ることをその責務とする政府は、外国人のもたらす多くの利益とともにその不利益に対して、対外的な主権原理から導かれる絶対的 (plenary) な権限を行使して対処することになる。かかる国家権限の行使は、自国民に対しては決して許されないものであっても外国人には認められ、司法府は政治部門の判断に服従するかのごとく自己抑制の姿勢で臨むのである。だが、国家の権力性が露骨に現れる処遇なるがゆえに人権侵害が発生する危険性も高まり、それを前提とした慎重な権限行使が強く求められるのである。退去強制の過酷さを生じさせる原因ともいえる絶対的権限をいかに制約するかは公正な出入国管理を実現する大きな鍵となるゆえに、司法府は常に積極的かつ厳正な態度で事案の解決に臨まなくてはならないと考えられる (1)。そのために本研究では、外国人の退去強制にかかわる絶対的権限理論を以下のようにまとめることとしたい。

### (2) 憲法構造と外国人の排斥

まず最初に、法的な意味における外国人の排斥は、主権国家の憲法構造から導かれる自己保存原理と自己統治原理が作用することを分析の起点として考察を進めなくてはならないと考えるものである。本研究がその対象とする退去強制の根拠は、実はここに存するものであった (2)。判例では、外国人に対する出入国管理・規制は主権を有するすべての独立国家にとって固有かつ不可譲の自己保存 (self-preservation) の権利とされ、政治部門の絶対的権限の行使と結びつくことが明らかにされている (3)。

連邦政府は、「連邦議会が移民法を制定する絶対的権限を有し、司法府はかかる領域における執行府および立法府の決定に従わなければならない」(4)として、外国人の出入国管理・規制を漸次強化しようとしてきた。また、1996年に制定されたAEDPAおよびIIRIRAは、連邦議会の絶対的権限をとくに強化するものであった。これに対して連邦最高裁判所は、激しい論争を伴ってかかる権限の抑制を試みるものの、予見的にも「テロリストの例外」の法理を留保していたのである(5)。その後、現実には9.11同時多発テロが発生し、戦争権限とも結びつく退去強制制度を利用する連邦政府による過酷な外国人の排斥が実施され今日に至っている。これらはすべて本研究でいうところの国家の自己保存原理が作用するものなのである。

他方、自己統治原理は、政治共同体ないし「政治社会」としての核心部分からその構成員ではない者(外国人)を排除するとき作用する。これについても、国家の政治的作用と経済的作用とを区別して、自国民による民主的な政治意思の決定過程の問題として外国人の排斥を認めることが判例上明らかとなっている(6)。

### (3) 自己保存原理と絶対的権限の相関関係

アメリカ移民法における国家の自己保存原理と絶対的権限理論の起源は、1889年のChae Chan Ping v. United States 判決(130 U.S. 581[1889])に遡るものであった。主権原理から導かれる国家権限の属性とは、国家の自己保存原理(目的)と絶対的権限(手段)が結びついて作用するものであり、その目的の範囲においてのみかかる権限行使が正当化され得ることが、ここではその表裏として読み取ることができるのである。裁判所においても、国家の安全保障に関わる危機が発生すると、平時よりも個人の権利・自由の制限を許容するようになるが、この危機管理の法理(crisis-thesis)は、戦争に直接関係のない事案にのみ適用される傾向があるとも指摘されている(7)。それゆえに、国家の自己保存原理の内実とその適用範囲をさらに明確化することによって、絶対的権限理論に基づく国家権限の行使を制約することができると考えられるのである。

一方、手段としての絶対的権限は、その言葉の印象とは裏腹に、必ずしも外国人の権利を剥奪するというものではなく、裁判所が憲法上の規範を組み立てるときに、どの領域に介入しないかという判断基準を提起するものなのである(8)。すなわち、絶対的権限理論とは、外国人の出入国に関して政治部門の万能な権限を無条件で認めるものではなく、司法の政治部門に対する「制度上の服従ないし敬意」に関する法理として定義され(9)、それがどのような場面に適用されるかを示唆するものなのである。絶対的権限理論は、外国人に関する事案全般に適用され差別を生み出すとの誤解を一部に生じさせる向きもあるが、自己保存原理を根拠とする外国人の出入国管理・規制の領域において、その適用がいかに狭くなされるかを判断するための法理であると認

識されるべきなのである。

#### (4) 絶対的権限理論の核心部分

連邦最高裁は、*Keindienst v. Mandal* 事件 (408 U.S. 753 [1972]) において、外国人の入国拒否が合衆国政府の政治部門に属する政治問題 (political question) であることを述べており、その後の判例もそれを踏襲してきた (10)。そもそも絶対的権限理論を導いた *Chae Chan Ping* 判決は、それ自体が入国拒否に関する事案であった。それゆえに絶対的権限理論の核心部分は入国拒否の事案に現れるものであり、そこでは政治問題の法理が作用するものといえる (11)。外国人の合衆国への入国の条件は、どのような者を政治社会および市民社会の構成員として認めるかという帰化制度がそうであるように、とくに連邦議会がその内容について絶対的 (plenary) な権限を有し、裁判所による実体的な審査は及ばないのである。

一方、退去強制に該当する外国人も、入国を拒否される外国人と同じように自由利益が厳しく制限される。彼らは、合法的に在留する外国人が主張する権利・自由を同じように主張することはできず、政治部門の絶対的権限に服するのである。だが、合衆国憲法との関係では、いまだ入国していない状況の外国人とまったく同列に考えることはできないのである。なぜならば、外国人といえども、一旦合衆国政府の統治権限 (主権) が及ぼされる領域に入ったならば、そこでは当然合衆国憲法の効力が及ぼされることになるからである (12)。このように絶対的権限理論とは、出入国管理・規制の領域に適用される独特な法理論といえる。

学説は、これらの外国人の権利・自由に関して三重構造が存することを指摘している。すなわち、それは第1に、合衆国市民や合法的に存在する外国人にとっての完全な憲法上の保護であり、第2は、退去強制される外国人にとってのそれより幾分か下位の憲法上の権利 (junior constitutional rights) であり、そして第3は、入国拒否に該当する外国人にとっての最低限の保護であるというものである (13)。

#### (5) 絶対的権限の法理に関する3つの領域

このような視点から退去強制の事案に対する絶対的権限理論の適用をさらに検討していくと、次のように3つ領域に区分して考えることができる。それは、①外国人が合衆国へ入国するに際して国際法上も国家の絶対的 (plenary) な権限行使が許容される領域、②合衆国に入国した後に絶対的 (plenary) な出入国管理・規制権限の対象となりながらも憲法的効力が及ぼされる領域、③国家の対外的な主権の法理が直接適用されることがなく憲法の一般的な準則が適用される領域である。このうち①および②のプレナリー領域は、国家の対外的な主権原理から導かれる自己保存原理が作用するゆえに、その国家・社会の保護法益の性質に照らして規制の妥当性が判断されな

くてはならないことになる。一方、③の領域については、出入国管理・規制以外の一般的な憲法理論が適用されて判断されることになる。

アメリカにおける判例理論をこのようにとらえるとするならば、チン教授が問題提起する絶対的権限の否定論(14)を持ち出すまでもなく、外国人の出入国管理・規制については、憲法上の効力が及ぼされる領域を主権の法理の適用という観点から区分することによって、問題解決の糸口が導かれるものと考えられる。ここではさらに出入国管理・規制の領域における事案のみならず、外国人の権利保障全般についても、主権の法理が適用される領域であるか否かを峻別することによって、それが裁判において外国人排除の正当化を判断するひとつの基準となりうることが示唆される。

言い換えれば、主権国家の憲法構造から導かれる自己保存原理と自己統治原理の適用領域を明確にし、漸次その射程を狭めていくことによって、その一方で、個人の権利・自由の実現の可能性が広がっていくのである。外国人にとって入国ないし在留の自由が「基本的権利」でないにしても、その自由利益を享受する可能性が担保されることになるのである。それゆえに、このような主権原理の適用範囲を制限する「主権制限の法理」は、他の領域における事案についても適用可能なものとなるのである。実際、アメリカにおける外国人の公務就任権については、このような主権の法理(自己統治原理)の適用の問題として考えることができるのである(15)。

#### (6) 絶対的権限理論の将来

アメリカにおける外国人の出入国管理・規制の事案においては、絶対的権限理論をいかにして制約するかが大きな課題とされてきた。アメリカの研究者たちはかつて、絶対的権限理論は正式にそして突然覆される様なものではなく、その制約と例外がしだいに積み重なっていく過程を通じて、漸次、その効力が減じられていくと予言していた。レゴムスキー教授も、絶対的権限理論は老兵のように決して死なず、いつのまにか姿を消していくだけなのであると主張する。その結果として、「絶対的権限理論の効力が軽くなる」というのである(16)。

2001年の9.11同時多発テロ事件の発生前は、下級裁判所では入国管理手続において秘密証拠の無制約な使用を拒否する傾向が続いており(17)、連邦議会は重要な秘密証拠の基準を廃棄する瀬戸際に立たされていたことも事実であった。だが、9.11は、出入国管理・規制の領域における政治部門の絶対的(plenary)な権限行使の「再興」ともいえる外国人に対する苛酷な処遇を引き起こしたのであった。これに対しても学説は、たとえこのような状況下においても、絶対的権限から距離をおくZadvydas判決等によって定まった方向性を覆すことのない多様なシナリオが存在すると強く主張する。結局のところ、絶対的権限を抑制する傾向は、多かれ少なかれ衰えないで続いていくであろうと予言するのである(18)。

アメリカの移民法研究者は、これからも絶対的権限理論の克服に全力を傾けていくこととおもわれる。合衆国憲法を頂点とする法体系の下で今後ともどのような議論が展開され外国人の出入国に関する事案が解決されていくのか、国際的な人的交流が活発になるにつれて当然のことながら在留外国人の法的問題がますます増加することが予想されるわが国にとっても、大いに注目されるところである。戦後のアメリカ法の日本法への影響と比較法の観点からも、とくに卓越した反対意見や少数意見、学説の発想（アイディア）から大いに触発されるものがある。

## 2. 日本法への示唆－出入国管理制度の問題点と解決の視点

### (1) 出入国管理の民主的統制

わが国における外国人の出入国管理・規制は、他の行政事務にくらべてもとくに異質ともおもえるような権限を法務大臣の裁量として認めていることが特筆される。たとえば、出入国管理及び難民認定法（以下、「入管法」という。）(19)では、外国人が退去強制事由に該当すると判断されると一律に退去強制命令が下され、異議の申出が却下された後に初めて法務大臣に救済を求めることになっている（入管法24～50条）。だが、かかる救済のための申請は、特別在留許可制度によるものであり、裁判所は当該外国人の法的権利ではなくあくまで「恩恵的な」ものであると判示している(20)。これは、在留の特別許可を与えるかどうかという法的救済の内実が法律ではなく、法務大臣の自由裁量に属するというもので(21)、合衆国では連邦議会の裁量権限とされているものが、わが国では行政庁の絶対的（plenary）な権限とされているのである。これについて、「日米の法律というものについての考え方のちがいもあるとおもえるが、民主的統制における議会の地位についての認識の差もあると考えられる。議会に多くの信頼をおく制度の方が、理念的にすぐれている」(22)、との見解は傾聴に値する。現実的な政策の問題としても、行政の裁量行為を自由裁量から法規裁量に改めるべく法制度を整備し、明示的な法律を根拠として司法府による積極的な判断がなされることが期待される。このことは、佐藤幸治教授が、「日本国憲法下の『行政権』は、基本的には、国会の制定する法律によって具体的内実を付与されるべきなのである」(23)と述べるように、後述する「法の支配」の実現にも通ずるものと考えられる。

それとともに、このような特別在留許可の決定を含むわが国の退去強制手続については、同一の行政機関内でその決定も不服申立ても同じように処理されているという法制度上の重大な問題が存する。この点、アメリカでは、当初、1952年の移民・国籍法の制定当時には、同一の官吏または同一の行政機関の官吏が、最初は訴追官として、そして次には、その事件の審判官として退去強制手続を実施して批判されていたものが、その後はデュー・プロセスの視点からさまざまな修正がなされてきた。まず第1に、従前の移民・国籍法および連邦規則では特別審査官（special inquiry officer）と

呼ばれていた移民審判官 (immigration judge) は、調査官、検察官、および裁判官の機能を合わせて持っていた。だが、1982年には移民不服審査委員会 (Board of Immigration Appeals) および移民審判官が移民審判 (immigration review) のための独立の行政機関として再編され、当時の移民・帰化局から分離されて改めて司法省に属することになった。それは1983年1月1日から施行され、現行制度では実質的に移民審判官の独立性が高くなっている (24)。このように現行のアメリカ移民法においては準司法的な制度が整備されており、この点がわが国の出入国管理制度とは大きく異なるところといえる。

これについては、宮川成雄教授が「日本の制度が米国の旧制度をそのまま遺物として残している」(25)と指摘するように、「出入国の公正な管理」(入管法1条)の実現を謳うわが国の出入国管理政策においても、真剣に検討すべきであるといえる。行政の裁量行為として法務大臣に広範な権限を与えるのではなく、国会による民主的統制としての法律による明示的な救済の基準を提示するとともに、法制度上も準司法的な独立した行政機関による公正な審理を担保することが求められる。たとえば、独立した委員会制度を設け、学識経験者、法曹関係者など局外の公正な第三者の参加のもとに審査をするとか (26)、「裁判員制度」(27)を導入して司法機関による不服審査を制度化するなど (28)、今後のわが国の司法制度改革にともなう法曹人口の増加を見込んだ上で立法政策的にも十分検討の余地があるようにおもわれる。

## (2) 国際慣習法と入国の自由

わが国における外国人の出入国管理・規制については、このような法制度上の問題とともに、判例・学説においても国家権限行使の根拠とその議論のあり方が問題とされてきた。わが国の最高裁判所は、前述のような立法政策の不備を後押しするかのようになり、「憲法22条は外国人の日本国に入国することについてなんら規定しないものというべきであって、このことは、国際慣習法上、外国人の入国の許否は当該国家の自由裁量により決定し得るものであって、特別の条約が存しない限り、国家は外国人の入国を許可する義務を負わないものである」(29)として、国際法を直接的な根拠にして外国人の入国の自由を否定し、国家の自由裁量を認めてきた。学説も、入国の自由が外国人に保障されないことは今日の国際慣習法上当然である、と一般的に解されている (30)。国家が自己の安全と福祉に危害を及ぼす虞のある外国人につき入国を拒否するのは、当該国家の主権的権利であり、入国の許否は当該国家の裁量によるというのが国際慣習法であるというのである (31)。

アメリカ合衆国においても、19世紀の末、連邦最高裁判所は外国人が合衆国に入国することを拒否し、または国外退去させる政治部門の絶対的かつ実質的な権限について、その法理を国際法から導いた (32)。このことは、明らかに司法による憲法上の制

約を排除しようとするものであった(33)。だが、本研究で検証してきたように、その後の判例は、それが国内の統治権(主権)に内在する政治部門の絶対的権限であるとしながらも、国際社会からの直接的な法的拘束力とは一線を画して、憲法構造から導かれる外国人排斥の原理をいかにして制約するかについて、常に最高法規としての合衆国憲法を視点として議論してきたのであった。

この点について、トライブ教授も「合衆国政府の権限に関する国内的な制限は外交事項については重要なものではないとする伝統的な見解は、結局のところ現実的なものではなく、合衆国憲法の考え方とはならない。」と述べるように、合衆国においては、連邦政府の権限を判断するのは常に合衆国憲法というレンズを通じてなのである。同教授は、外交事項に関して合衆国憲法が国際法の見解に道を譲らなければならないとする見解は、それゆえに間違いを導くことになり、学説のみならず、連邦最高裁自身もこの結論に行き着くと指摘している(34)。

一方、わが国においても、出入国管理・規制権限の根拠を国際法に求めて多くが語られてこなかったことに対して、萩野芳夫教授は、「慣習国際法というのは、最も遅れた法規範であること」を留意すべきであり、「平和的国際社会の推進者であるためには、さしあたり自由な憲法解釈により、現行憲法のなかに出入国管理権の根拠と限界を明らかにする理論的根拠を見いだす努力をしなければならない」と指摘する(35)。にもかかわらず、その後の事案でも、日本国憲法を頂点とした国内の法体系を超えた国際法の効力をストレートに援用し、その内実も議論されず、行政の広汎な権限行使の根拠としてきたのであった(36)。

そもそも日本国憲法によって存立する行政府(執行機関)が、外国人の出入国管理・規制について、憲法98条2項を媒介として国際法の射程に委ねるとしても(37)、その至上の価値とする「個人の尊厳」を憲法上の根拠ではなく、法体系の異なる国際法を根拠として侵害したとしたならば、逆はありえても、それは国家の最高法規と自らの存立を放棄する背理というほかはない。近代立憲主義の下では、当然最高法規である憲法上の議論が十分に尽くされていなくてはならないのである。

### (3) 法務大臣の裁量と在留の自由

さらに外国人の在留の自由については、最高裁判所は、外国人の人権に関する通説たる権利性質説(38)を認めた有名なマクリーン事件で、「法務大臣の裁量権の性質にかんがみ、その判断が全くの事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合に限り、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があったものとして違法となる」ことを前提として、「外国人の在留の許否は国の裁量にゆだねられ、わが国に在留する権利ないし引き続き在留することを要求することができる権利を保障されているものではなく、ただ、出入国管理令上法務大臣がその裁量により更新を認め

るに足りる相当の理由があると判断する場合に限り在留期間の更新を受けることができる地位を与えられているにすぎないものであり、したがって、外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、右のような外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎない」(39)との判断を示している。これは、法律によって入国を許可されたのであるから、憲法的効力を勘案することなく、法律が授権する裁量権限によってどのようにも外国人の法的地位を変更することができるとの考えに立つわが国の出入国管理政策の基本姿勢といえるもので、とくに次のような問題点が指摘される。

まず第1に、国際法と国内の行政権限との間にある基本的なルールについての議論がなされないまま、出入国管理・規制に関する権限をまるで執行府に白紙委任のように授権しようとするところである(40)。それはまるで「機能は分かっているが構造の分からないブラック・ボックス装置」であるかのように、その内実がほとんど議論されず、法務大臣の自由裁量として行政の判断を安易に認めてしまう傾向にある。そのため、わが国の入管関係者の「外国人は煮て食おうと焼いて食おうと自由である」(41)といった発言に象徴されるように、外国人にとっての厳しい状況は今日に至るまで変わらず引き続けているのである。

アメリカ移民法においても、外交事項にも関わる出入国管理・規制についての行政裁量は、他の領域におけるよりも外国人にとっては大きな意味を持つものであり、このことは9.11以前にも明らかであったが、とくにそれ以降は顕著となっている。非合法に在留する外国人はともかく、合法的に在留する外国人にとっても行政による裁量行為は重大な意味を持つものである(42)。白紙委任ともいえる権力行政の根拠を明確にせず、広範な裁量の根拠を十分に議論してこなかった国家において、その被害者は誰なのか、その救済が不十分であったことは明らかなことであった(43)。本来、出入国管理・規制についても、先に述べたように国家統治の授権の根拠である日本国憲法の下でその適正さが論じられなくてはならないところ、国際法を根拠とする行政裁量の名の下にそれが誤魔化されてきたといえる。そのことが、はからずもこのような大きな誤解を招く発言を生み出す原因となっていたのである。かかる国家権限の行使を法務大臣の裁量とするとしても、その根拠と内実を明確にすることが日本国憲法65条に規定される行政権すなわち国内における対外的(主権的)な警察権限(sov<sup>er</sup>ei<sup>g</sup>n police power)の行使をより説得力のあるものとすることができるはずである。しかしながら、これらの点は、これまでのわが国の判例理論においてはほとんど議論されてこなかったところであった。

第2の問題点は、本判決が、「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、右のような外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎない」と判示したことであった。これについて学説は、「これは出入国の管理システム(在留制度)を人権の射程からはずしたうえで、人権の射程からはずされた出入国管理システムによって外国人の人権

の保障は枠づけられるとするもので、ここでは憲法の人権保障の存否が出入国管理システムを規定する法律の定め依存することになるから、外国人の「人権」の観念は根底から揺さぶられることになる」と指摘する(44)。つまり、憲法上の人権が法律上の権利を前提とすることは、憲法—法律—命令という憲法体系構成の論理からすると逆立ちしていることになるというのである(45)。

だが、これに対しては、「在留資格の制度自体が外国人の人権を根本的に制約するものであり、学説・判例はこれまでほぼ異論なく外国人には本邦に入国・在留する憲法上の権利は認められないと解してきた」(46)と主張するものもある。外国人の入国・在留を認めるか否かが国家の完全な自由裁量に任されている結果、入国・在留の条件を付すという意味で在留外国人の人権を自由に制限できることになるのであれば、外国人の入国・在留は憲法上の権利ではないという原則を前提としつつ、なお、本邦に在留している外国人の人権を論ずることが、そもそも問の立て方として正当か、という疑問が生じる(47)、というのである。要するに、判例・学説の一致からしても、現行の外国人法制は結局のところ外国人の人権を否定するという立場で構成されているのであり、本邦に在留する外国人にどこまで人権が保障されるのか、という問題の立て方自体甚だミスリーディングではないかというのである(48)。

しかしながら、そもそもわが国の最高裁判所が外国人の「基本的人権」の保障は在留制度(法律)の枠内で与えられていると述べること自体がミスリーディングであったのである。現行の出入国管理法は、戦後、アメリカ移民法に倣って在留資格制度を採用したものであるにもかかわらず(49)、わが国においては異質ないし異端ともいえる法解釈をおこなってきた。日本国憲法が、「個人の尊厳」ないし「人間人格の尊厳」をその至上の価値とする「法の支配」の思想の下で(50)、行政事件の裁判も「司法」として観念されるアメリカ型の「司法権」を採用していると認識されたとしたならば(51)、そこでの解釈は憲法体系の逸脱というほかはない。アメリカの判例理論では在留資格によって外国人の人権享有主体性を議論することはなく、「合衆国の領域内にいるすべての人は合衆国憲法によって保護される権利を有する」(52)ことをその前提ないし出発点としていることは、本研究でも繰り返し確認してきたところである。わが国の最高裁自身、「いやしくも人たることにより当然享有する人権は不法入国者といえどもこれを有する」(53)として、早い時期の退去強制の事案において不法入国した外国人に日本国憲法で規定される基本的人権の保障を認めていることから、そもそもがマクリーン判決は「許されない判例変更」であったといえる。

具体的に同判決は、外国人の選挙権や公務就任権などの公的領域への参加が制約されるのは国民主権原理(自己統治原理)を根拠とすることについて、在留資格制度と基本的人権のパラダイムからはどのように説明することができるのであろうか。また、戦前から引き続く「日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国

管理に関する特例法」(以下、「入管特例法」という。)(54)に規定される特別永住者のような存在についても、一般的な在留資格からは説明することができるのであろうか。日本社会における「外国人の人権」を論じる上での特徴的な問題は、合法的に在留する外国人の多くを占める朝鮮半島および台湾出身者等、第二次大戦前の植民地主義の結果として今日に至るまで在留を余儀なくされたこれらの人たちに関するものであることを決して看過してはならないのである(55)。

#### (4) 改革に向けての視点

アメリカの判例理論では、入国と在留の区別を前提として、憲法的効力がどのように及ぼされるかの議論が詳細に展開されてきたが、一方、わが国では政策としての当否の問題を別とすれば、「外国人の入国・在留をまったく認めないという態度をとっても憲法上何ら問題を生じない」(56)というように、判例は基本的にそれを区別することなく同じ射程で論じてきたのであった(57)。退去強制は出入国管理システムにとって本質的な事柄であるから、出入国管理システム優位説をとるとすれば、国際法上の制約を別にすれば、退去強制事由はすべて立法政策に委ねられ、基本的人権の保障は及ばないことになるのである(58)。だが、ここで想起されるべきことは、わが国は民主憲法とともにアメリカ型の出入国管理制度を採用しているのであり(59)、そのような意味においても、憲法的効力についてこれまでもっとアメリカの議論が参考にされてしかるべきであったといえる。

確かに、わが国の判例理論は、国際慣習法上、外国人の入国の許否は国家の自由裁量に委ねられており、日本国憲法は外国人の入国についてなにも規定はしていないから、外国人の入国の自由は認められないという構成をとっていると解される(60)。だが、これには、国際慣習法上、外国人の入国の許否は国家の自由裁量であるとしても、国際的に確立した人権保障の理念による制約には服さなければならない(61)、という留保が付されていると考えなくてはならないものである。さらには、外国人には入国の自由が認められないとしても、一旦わが国の主権が及ぼされる領域に存在しており、かつ自然人としての基本的な権利が保障される一国の統治システムを前提とするならば、当然そこでは外国人といえども当該国家の最高法規である憲法との正当な効力関係が発生するものと考えられる。しかるに、入国の自由とは区別される退去強制からの自由について憲法上の議論がほとんどなされてこなかったのは、いったい何に起因するものであろうか。

本研究では、そもそも外国人の出入国管理・規制に関しては、わが国の最高裁判所が採用しているとされる出入国管理システムが優位するのかあるいは基本的人権が優位するのかという思考の枠組みでは(62)、問題の適正な解決ははかれないと考える。なぜならば、外国人の出入国が憲法上の一般的な自由利益として論じられる余地はあ

っても、当該国家における国民と同様に前国家的な「基本的人権」として認められることはなく、さりとて、国際慣習法の観点からいってもその規制が当該国家の全くの自由裁量として無制約に認められるものでもないからである。さらにいえば、わが国においては、行政がアメリカ流に言えば絶対的（plenary）ともいえる自由な裁量権限を行使するについて、それが対外的（主権的）な警察権限（プレナリー・パワー）の行使としての正当性の吟味もなされてこなかったことが問題を混迷化させているのである。それらはすべて在留制度の枠内で外国人の憲法上の権利保障をとらえるような憲法体系構成の論理を逸脱する法理に起因するものであり、安易に行政の自由な裁量行為を認めてきたことが法理論の進展を阻害してきた原因であったと考えられる。このことは、たとえ政治部門の絶対的権限であっても、常に合衆国憲法を視点として論じられてきたアメリカ判例理論と比較すれば明らかなことであった。憲法とは、私的（実体的）権利としての基本的人権の保障ルールのみならず、国家の適正な権限行使のための制約ルールをも併せ持つものなのである（63）。

重要なことは、いかにして外国人の入国・在留の自由を確保するかということなのである。ここでは、外国人の入国・在留の自由が憲法で保障される基本的人権かどうかはさておき、出入国管理・規制に関する当該国家の権限行使を全体としての憲法の諸原則によって制限しつつかかる自由利益を実現するというアプローチが現実的な手段として考えられるのである。たとえば、*Plyler v. Doe* 判決（457 U.S. 202 [1982]）にもみられるように、それが外国人の基本的権利ではないにしろ、その失われる自由利益の重大性に鑑みて、いかにして公権力の行使を制約し、実質的な自由利益を保障するかというようなアメリカ連邦最高裁の手法からも示唆されるであろう。

わが国の学説においても、憲法体系の構成を逸脱するような判例を前提としたならば、「本邦に在留する外国人の人権を認めるという以上、右に述べたように、外国人には入国・在留の権利は認められないという原則自体を根本的に変更するほかないのではないだろうか。」（64）というような疑問が生じるのも甚だ当然のことのようにおもわれる。だが本研究で示したかったことは、アメリカにおける判例・学説が、外国人の出入国の自由が基本的権利かどうかを問題とすることなく、常に合衆国憲法を根拠として政治部門の絶対的（plenary）な権限の恣意的な行使を抑制しようとしてきたことであり、そこでの多様な議論がわが国における裁量行為をコントロールする法理へ示唆を与える可能性を有するということであった。わが国の事案において、「その判断が全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合」か否かを判断する事実誤認、目的違反・動機違反、平等原則違反、比例原則等々の伝統的な法理（65）による裁量権の踰越・濫用のコントロールを拡充させる多様なアイデアを提供する余地は十分に存するものとおもわれる。外国人の出入国の自由が基本的権利でないとしても、憲法がかかる国家権限の行使をどのように実質的に制約

することができるか、今後とも個々の事案の特殊性とともに判例理論の進展が求められているのである。

### 3. 今後の課題—退去強制からの自由と司法の役割

#### (1) 外国人の市民的自由

9.11の同時多発テロの勃発によって、アメリカ合衆国は、個人の自由と国家の安全保障とのバランスを再考する必要性に迫られることになった。3000名近くもの人びとを殺傷し、人びとの精神に計り知れないダメージを与えたテロ攻撃は、復讐と恐怖の念をアメリカ中に広げることになった(66)。学生ビザで入国したごく一部の狂信的なアラブ・イスラム系外国人が9.11の実行犯であったとされたことから、テロに繋がりを持つ当事者ではないにもかかわらず、人種および宗教的な帰属によってアメリカに居住する大勢のアラブ・イスラム系外国人たちの市民的自由が侵害されることになった(67)。

アメリカは、個人的自由も国家の安全保障もどちらも重要であるが、それを享受するために、一方を制限しなくてはならないことをこれまでしばしば認識してきたといわれる(68)。それは、レンキスト前最高裁長官が述べるように、「われわれが論じる市民的自由とは、単純な自由ではない。civilという用語は、ラテン語のcivisを語源としており、それは、「市民」ないし「公民」を意味する。「市民」は、ある組織的な政府に忠誠の義務を有する人であり、いかなる政府の制限からも自由であるというような理想的な「自然状態」に存在する人ではない(69)ということなのかもしれぬ。

#### (2) 民主主義と外国人

しかしながら、ここで重要なことは、出入国管理・規制権限の根拠が国家の戦争権限からも導かれるとしても、これは決して緊急時のみに作用する国家権限ではなく、平時における一般的な国家作用であることを忘れてはならないことである。外国人の出入国管理自体にそのような要素が含まれているとしても、常に国家の適正な権限行使の実現を意識し、論議していかななくてはならないのである。その上で、どのように剥き出しの国家権限を抑制し、個人の権利・自由の保障領域を広げていく法理を構築することができるかが、われわれ法学研究者に求められているところなのである。

ジョン・ハート・イリィは、次のように述べている。

「伝統的に偏見の被害者である外国人は、高次の司法的保護が正当化される分離されかつ切り離されたマイノリティである。なぜならば、彼らは統治制度において公正な代表を送ることが困難であるからである。」(70)

合衆国憲法は、「市民の」と称される安全保障のために外国人の自由利益を犠牲にするに際して、合衆国政府に対して実体的な制約を課している。それは、合衆国市民のみならず、すべての「人」に適用されるものであり、これは、特別な社会契約による特権ではなく、人間としての自由かつ平等の尊厳から導かれるものと理解されている。すなわち、それらは、基本的人権のことであり、合衆国市民のみが享受する特権ではないのである。しかし、合衆国憲法は、合衆国市民に限られた権利として若干規定しているが、そのうちのひとつが投票権である。外国人は、政治社会への参加の権利を享有しないため、彼らの権利・自由の実現を民主的な政治過程に託すことはできないのである。それゆえに、彼らの基本的人権は裁判所において強く保障されるべきであるとの指摘がなされているのである (71)。

民主社会における正義についての真の判断基準は、それが、政治的な発言力を持つ人たちをどのように扱うかではなく、民主的な政治過程において発言力を持たない不利な立場にある人たちをどのように扱うかということなのである (72)。それゆえに、外国人の権利保障については、一般国民以上に裁判所が担う役割はより重大かつ重要なものといえる。

### (3) 「法の支配」と憲法的正義の実現

アメリカにおいては、連邦議会の絶対的権限が認められる外国人の出入国管理・規制の事案であっても、あくまで、国内の最高法規である合衆国憲法の範疇でその限界を見極めようとしているところは、「法の支配」(rule of law)の観点からも重大な示唆を与えるものであった。このことは、国家の緊急・非常事態においてはとくに重要なものであると指摘される (73)。この「法の支配」の原理とは、英米法全体の中核を占める伝統的原理であり (74)、アメリカにおける今日の研究者の多くはその内容について次のような5つの要素に合意しているといわれる。それは、①人びとの行為を導く法的規則、基準、または原理であること、②実効性(効果)、③安定性、④裁判官を含む政府当局者に対する最高法規性、および⑤公平的正義を実現する手段の担保(すなわち公正な手続を行使する裁判所)であるというものである (75)。わが国においても、伊藤正己教授が、①最高法規の観念、②人権尊重とその強度の保障、③適法手続の実現、④司法国家構造をあげている (76)。

このことは外国人の退去強制の事案についても例外ではなく、「法の支配」とはいかにして政治部門の恣意的な権限行使をコントロールするかということが命題となる。だが、国家には主権の属性として自己防衛ないし自己保全のための権能が備えられており、国家の存立を目的とする憲法はそのことを無視することはできず (77)、法の番人としての司法府は「法の支配」原理との相剋関係として難しい対応が迫られるのである。退去強制に関してもたしかに絶対的(plenary)な要素が存在し、それを否定

するものではないのである。これに対し、本研究では、出入国における絶対的権限理論の適用領域を狭め一般的な憲法理論の適用領域を拡張することが「法の支配」の現実的な対応であると考えたのである。「法の支配」は主権観念との関係で困難な様相を呈するものであるが(78)、本研究は対外的な主権原理に対する「法の支配」の実践的な位相をかようにとらえようとしてきたのであった。

それとともに、かかる「法の支配」原理は、憲法による社会正義の実現を念頭に置くことを指摘しておきたい。マウロ・カペレティは、いわゆる「憲法的正義」(constitutional justice)の主張をおこなうが、こでいう「正義」とは、司法審査において、法的正義の形式と自然的正義の実質とを結合させ、「法の支配」を実現しようとするものである(79)。このことは、実体的デュー・プロセスのみならず、手続的デュー・プロセスが「公正について欠くことのできない基準」(essential standards of fairness)(80)として、司法領域における「正義」を実現すべく役割を与えられていることから(81)非常に示唆深いものと考えられる。絶対的権限理論に象徴される司法府の政治部門への服従とも言える消極的な姿勢ではなく、退去強制の事案への裁判所の積極的な姿勢こそが憲法的正義ないし「法の支配」からの強い要請なのであり、アメリカ判例理論はまさにこのことを示しているのである。

わが国においては、これまで外国人の憲法上の権利を認めず自由裁量を幅広く認める特異な権力行政については、手続的および実体的な議論が十分になされてきたとは言いがたい状況であった。出入国管理行政の特異性を憲法の視点からもその内実を明らかにした上で、法令レベルでの救済手段とともに憲法レベルでの具体的な救済理論を構築する必要があったのである。実体的な権利の主張だけでなく、国内の最高法規である憲法を視点として、多彩な訴訟モデルないしアプローチを斟酌することによって、国家権限行使の適正化を図らなくてはならないのである。国家の主権(統治権限)が及ぼされる領域に存在する自然人ならば国籍を有さなくとも法律上の在留資格以前に憲法上の効力関係が生じることは、近代憲法の命題といえることである。この点については、判例も早くから認識していたところであるが(82)、わが国の領域内において日本国籍は有さずともさまざまな法的地位を有する自然人としての生活実態をも勘案した類型化(カテゴリー)とともに、権利の所属する社会領域(権利の性質)を前提として、そこでの権利・自由の享有主体となり得るかを判断するパラダイムによって、より実態に即した公正な基準を構築することができるものと考えられる(83)。とくに実体的権利としては、外国人を構成員とする家族単位の人権享有主体性や日本社会との紐帯(community tie)を勘案することによって、退去強制権限を制約する可能性が導かれるとおもわれる(84)。

いずれにせよ、国際社会と正面から向かい合う現状において質の高い国家運営を実現しようとするためには、司法が重要な役割を果たすことが求められるのである。民

主国家・社会の成熟のためには、「日本国憲法によって立つ個人の尊重と国民主権が真の意味において実現されるために、自由と公正を核とする法秩序が、国家、社会に浸透し、国民生活に息づくようにする」(85) ことが不可欠なのである。その意味においても、本邦に在留する外国人をいかにして公正に処遇するかということは、国際社会において「名誉ある地位」を築くことを誓う国家としての信頼性と成熟度が計られることになるであろう。

### 注

- (1) たとえば、Reno v. Flores 事件におけるスティーブンス裁判官の反対意見を参照。Reno v. Flores, 507 U.S. 292, 347-48 (1993).
- (2) この点については、本研究第 2 章第 3 節を参照。
- (3) Chae Chan Ping v. United States, 130 U.S. 581, 603-609 (1889).
- (4) Harisiades v. Shaughnessy, 342 U.S. 580, 588-89 (1952).
- (5) Zadvydas v. Davis, 533 U.S. 678, 696 (2001).
- (6) Cabell v. Chavez-Salido, 454 U.S. 432, 440-41 (1982).
- (7) Lee Epstein, Daniel Ho, Gary King and Jeffrey Segal, *The Supreme Court During Crisis: How War Affects Only Non-War Cases*, 80 N.Y.U. L.REV. 1 (2005).
- (8) Peter J. Spiro, *Explaining the End of Plenary Power*, 16 GEO. IMMIGR. L.J. 339, 348-49 (2002).
- (9) Cornelia T.L. Pillard and T. Alexander Aleinikoff, *Skeptical Scrutiny of Plenary Power: Judicial and Executive Branch Decision Making in Miller v. Albright*, 1998 SUP. CT. REV. 1, 32-40(1999).
- (10) See Landon v. Plasencia, 459 U.S. 21 (1982); Plyler v. Doe, 457 U.S. 202 (1982). James A.R. Nafziger, *The General Admission of Aliens Under International Law*, 77 AM. J. INT'L L. 804, 827(1983).
- (11) Laurence H. Tribe, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 2<sup>nd</sup> Ed., § 5-16, 358 (Foundation Press, 1988).
- (12) Zadvydas v. Davis, 533 U.S. 678, 693 (2001).
- (13) *The Supreme Court, The 2000 Term – Leading Cases*, 115 HARV. L. REV. 306, 373-76 (2001).
- (14) Gabriel J. Chin, *Is There a Plenary Power Doctrine? A Tentative Apology and Prediction for our Strange but Unexceptional Constitutional Immigration Law*, 14 GEO. IMMIGR. L.J. 257 (2000).
- (15) この点は、わが国においても出入国管理のみならず、外国人の地方参政権や公務就任権の議論について参考となるところであろう。国家の主権原理の射程を基準として外国人の権利保障を判断するアプローチについては、たとえば、新井信之「『国民』と『外国人』—わが国における外国人の地方参政権保障に関するひとつの覚え書—」長崎外国語短期大学論叢 56 号 (2001 年) 1 頁以下を

参照。

- (16) Stephen H. Legomsky, IMMIGRATION AND REFUGEE LAW AND POLICY 3<sup>rd</sup> Ed. 116 (Foundation Press, 2002).
- (17) *See* Najjar v. Reno, 97 F. Supp.2d 1329 (S.D.Fla.2000); Kiaraldeen v. Reno, 71 F. Supp. 2d 402 (D.N.J. 1999); Haddam v. Reno, 54 F.Supp.2d 588 (E.D.Va.1999).
- (18) Spiro, *supra* note 8, at 361.
- (19) 昭和 26 年 10 月 4 日政令第 319 号。
- (20) 東京高判昭和 54 年 1 月 30 日訟務月報 25 卷 5 号 1382 頁。
- (21) 最判昭和 34 年 11 月 10 日民集 13 卷 12 号 1493 頁。
- (22) 萩野芳夫『国籍・出入国と憲法—アメリカと日本の比較—』(勁草書房,1982 年) 416 頁。
- (23) 佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』(有斐閣、2003 年) 217 頁。
- (24) 移民審判官は司法長官が任命し、退去強制の審理を含む指定された手続を指揮することになっている(移民・国籍法 101 条 b 項 4 号)。移民・国籍法は、移民審判官に「外国人の入国不許可または退去強制事由該当性を判断する手続を指揮し、宣誓をおこなわせ、証拠を受け取り、取り調べ、尋問し、外国人と証人との反対尋問をとりおこない、そして、当該外国人が合衆国から国外退去されるべきかどうかを決定する」権限を与えているのである(移民・国籍法 240 条)。
- (25) 宮川成雄「退去強制手続の司法審査(一) —1952 年～1980 年の日米比較研究—」同志社法学 35 卷 6 号(1984 年) 79 頁。
- (26) 宮崎繁樹「出入国管理法案の問題点」法律時報 71 年 5 月号 80 頁(1971 年)。
- (27) 裁判員制度とは、国民が裁判員として刑事裁判に参加し、被告人が有罪かどうか、有罪の場合どのような刑にするかを裁判官と一緒に決める制度で、平成 21 年から導入されることになっている[裁判員の参加する刑事裁判に関する法律(平成 16 年 5 月 28 日法律 63 号)]。国民の司法参加という意味においても、かかる制度は行政事件にこそ導入されるべきであり、今後の展開が注目されるところである。
- (28) 宮崎・前出注(26) 80 頁。
- (29) 最大判昭和 32 年 6 月 19 日刑集 11 卷 6 号 1663 頁。
- (30) 芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』(有斐閣、1994 年) 139 頁。
- (31) 日比野勤「外国人の人権(1)」法学教室 210 号(1998 年) 41-42 頁。
- (32) Nishimura Ekiu v. United States, 142 U.S. 651, 659 (1892).
- (33) Gerald Neuman, *Discretionary Deportation*, 20 GEO. IMMIGR. L.J. 611, 618 (2006).
- (34) Tribe, *supra* note 11, 360.
- (35) 萩野・前出注(22) 417 頁。
- (36) 最決昭和 46 年 1 月 25 日判時 617 号 25 頁。
- (37) 尾吹善人「外国人の基本的人権」ジュリスト 483 号(1971 年) 23 頁。
- (38) 権利の性質によって外国人に適用されるものと、そうでないものとを区別し、できるかぎり人権の

保障を外国人にも及ぼすべきであるというもので、日本国憲法の人権思想および国際主義にも適合する説として、わが国では通説とされる。芦部・前出注(30)126頁。

- (39) 最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁。
- (40) かかる問題点の指摘については、和田英夫「強制送還と入管行政—国際政治的自由裁量の盲点—」ジュリスト401号(1968年)40頁以下、関野昭一「出入国管理法制の運用上の問題点」ジュリスト483号(1971年)16頁以下、小高剛「出入国管理における法務大臣の裁量権の問題点」ジュリスト483号(1971年)28頁以下、原田尚彦「退去強制に対する仮救済の問題点」ジュリスト483号(1971年)34頁以下を参照。
- (41) 藤島宇内＝松山正＝和田英夫(座談会)「出入国管理法批判」法律時報41巻4号(1971年)47頁。
- (42) Neuman, *supra* note 33, at 611.
- (43) そのような意味において、とくに国際法を専攻される大沼保昭教授が、わが国の入管体制や国籍制度について強い問題意識を持ち、公私ともに精力的に取り組んでこられたことに対して深い畏敬の念を禁じえない。大沼教授は、わが国の在日韓国・朝鮮人や難民をはじめとする外国人の人権保障について、人道主義的な立場とともに法的な立場から国家の姿勢を厳しく批判するものである。これらの主張は『外国人の人権』論再構成の試み』『法学協会百周年記念論文集』第2巻(有斐閣、1983年)所収という論文にも現れており、ここではそれまでの国民対外国人という二元主義的枠組に依拠した議論を否定し、その斬新な切り口でわが国の憲法学における「外国人の人権」論の体系化にも影響を与えている。たとえば、芦部・前出注(30)121頁以下を参照。
- (44) 日比野勤「外国人の人権(2)」法学教室217号(1998年)43頁。
- (45) 長谷川正安「憲法判例と社会通念—マクリーン事件を素材としつつ」法律時報52巻5号(1980年)21頁。
- (46) 安念潤司『外国人の人権』再考 芦部信喜先生古稀祝賀・現代立憲主義の展開上(有斐閣、1993年)176頁。
- (47) 同上177頁。
- (48) 同上167頁。
- (49) 法務省入国管理局編『出入国管理の回顧と展望』(昭和55年度版)224頁。
- (50) 日本国憲法における「法の支配」の解釈については、佐藤・前出注(23)8頁以下を参照。
- (51) わが国の「司法権」の観念については、佐藤幸治『憲法〔第三版〕』(青林書院、1995年)293頁以下を参照。
- (52) *See, e.g., Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356, 369 (1886); *Wong Wing v. United States*, 163 U.S. 228, 238 (1896); *Kaoru Yamataya v. Fisher*, 189 U.S. 86, 100-01 (1903); *Kwong Hai Chew v. Colding*, 344 U.S. 590, 596, 598, and n. 5 (1953); *Shaughnessy v. Mezei*, 345 U.S. 206, 212 (1953); *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67, 77 (1976); *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, 210 (1982); *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 693 (2001).
- (53) 最判昭和25年12月28日民集4巻12号683頁。

- (54) 平成3年5月10日法律第71号。
- (55) これらの人たちは、現在、入管特例法によって「法定特別永住者」(第三条)として特別な地位にあるが、そもそも戦前は日本国民でありながら、日本の敗戦後は国籍選択権も行使することなく、外国人としての地位を強いられてきたのである。とくに、その子孫たちは、生まれついたときから日本国民となら変わらぬ市民生活を営んでいるにもかかわらず、わが国の国籍法が原則として血統主義をとってきたことにより、一世と同様に「外国人」として日本社会で生きていかななくてはならない人たちである。これらの人たちについては、生活実態は日本国民となら変わらないにもかかわらず、外国人としての法的処遇や事実上の差別的取り扱いがなされ、さまざまな弊害が生じている。この点こそが、わが国における外国人の人権論の大きな課題であり、われわれが認識を深めていかなくてはならないところである。とくに在日韓国・朝鮮人の人権を意識して論じられているものとして、大沼保昭『在日韓国・朝鮮人の国籍と人権』(東信堂、2004年)1頁以下および同『[新版]単一民族社会の神話を超えて—在日韓国・朝鮮人と出入国管理体制—』(東信堂、1993年)1頁以下を参照。
- (56) 安念・前出注(46)177頁。
- (57) これらの判例理論の解説については、日比野勤「外国人の人権(1)～(3)」法学教室210号、217号、218号(1998年)を参照。
- (58) 日比野・前出注(44)43頁。
- (59) 世界的にみて、近代の入管法制は、アメリカ型と欧州型があり、日本は前者を採用しているといわれる[岡田照彦「入管制度の比較法的検討」ジュリスト438号47頁(1971年)。
- (60) 日比野・前出注(31)42頁。
- (61) 日比野・前出注(31)43頁。
- (62) 出入国システム優位説と基本的人権優位説の関係については、日比野・前出注(44)44頁以下を参照。
- (63) 外国人の憲法上の権利を考察する上で、それが憲法上の実体的権利ではないとしても、国家権限行使の正当性、範囲そしてその手段の適正化を求めることによって、その憲法的権利保障の範囲が広がっていくと考えられる。たとえば、憲法上、外国人には実体的権利としての入国の自由は認められないにしても、入国拒否から派生する退去強制について国家権限の行使を制約すること—たとえば、入国拒否手続きの適正化や平等な取り扱いを求めること—によって、合衆国に入国および在留するという法的利益ないし自由が確保されるのである。このような国家権限の制約アプローチは、条約によっても実現可能であるようにおもえる。本研究も、外国人の憲法上の権利保障を論じるにあたり、これらの私的権利保障アプローチと国家権限制約アプローチの二つの視点を意識したものである。この二つのアプローチが、憲法保障(訴訟)モデル理論で主張される伝統的な「私権保障型」(private rights model)の違憲審査制を展開させていく上で、ひとつの方向性を示してくれるようにおもえる。また、後者の国家権限制約アプローチは、「私権保障型」の違憲審査のみならず憲法秩序の保障を定めている近代憲法においては、憲法秩序を保障するいわゆ

る「憲法保障型」(special function model)の違憲審査制を議論する上でも一つの視点となりうるものと考えられる[たとえば、芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』(1981年)6頁参照。]。本研究において、アメリカ判例理論から示唆されたのは、①権利保障型アプローチ(rights-oriented approach)とともに、②制度保障型アプローチ(institutional process approach)、③地域・領域類別型アプローチ(territorial standing approach)であった。これらの説明については、本研究第9章第2節を参照。

- (64) 安念・前出注(46)180頁。
- (65) これらの法理の解説については、橋本博之「裁量処分の取消し」南博方＝高橋滋編『条解行政事件訴訟法〔第3版〕』(弘文堂、2006年)508頁以下を参照。
- (66) David Cole, *Enemy Aliens*, 54 STAN. L. REV. 953, 955(2002).
- (67) Kevin R. Johnson, *Racial Profiling After September 11: The Department of Justice's 2003 Guidelines*, 50 LOYOLA L. REV. 67-68 (2004).
- (68) Cole, *supra* note 66, at 956.
- (69) William H. Renquist, ALL LAWS BUT ONE: CIVIL LIBERTIES IN WARTIME 222 (William Morrow & Co., 1998).
- (70) John Hart Ely, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 161-162 (Harvard University Press, 1980).
- (71) Cole, *supra* note 66, at 957.
- (72) *Id.* at 959.
- (73) See Diane B. Wood, *The Rule of Law in Times of Stress*, 70 U. CHI. L. REV. 455 (2003). 邦語論文としては、安部圭介『『孤立した少数者』としての外国人—9.11後のアメリカにおける『法の支配』の一断面』東京大学社会科学研究所 56巻5・6号(2005年)49頁以下を参照。
- (74) 伊藤正己『法の支配』(有斐閣、1954年)2頁。
- (75) Richard H. Fallon, Jr., *The Rule of Law as a Concept in Constitutional Discourse*, 97 COLUM. L. REV. 1, 8-9 (1997).
- (76) 伊藤・前出注(74)132頁以下を参照。
- (77) このことは合衆国憲法前文の存立目的、および連邦議会による宣戦布告(第1条8節11項)、大統領の軍最高司令官としての権限(第2条2節1項)をみればあきらかである。だが、わが国においては憲法9条により当然アメリカ合衆国とはその趣向を異にするものである。
- (78) 佐藤・前出注(23)18-25頁。
- (79) マウロ・カペレッティ(谷口安平・佐藤幸治訳)『現代憲法裁判論』(有斐閣、1974年)56~57頁。
- (80) *Developments in the Law — Immigration Policy and the Rights of Aliens*, 96 HARV. L. REV. 1289, 1386 (1983).
- (81) Stimson Bullitt, *Deportation as a Denial of Substantive Due Process*, 28 WASH. L. REV. 205, 218 (1952).

- (82) 最大判昭和 32 年 6 月 19 日、刑集 11 卷 6 号 1663 頁。
- (83) このような外国人の権利保障の方法論については、新井信之「外国人の類型化と権利の性質—『外国人の人権』論再構築の視点—」畑博行＝水上千之編『国際人権法概論〔第 4 版〕』（有信堂、2006 年）223 頁以下、および同「近代立憲主義における『公／私』モデルの変容—新しい『外国人の人権』論構築のための予備的考察—」阪本昌成編『立憲主義—過去と未来の間—』（有信堂、2000 年）47 頁以下を参照。
- (84) これについては、たとえば、新井信之「国際家族の人権保障強化の可能性について—アメリカ判例理論を素材として—」長崎外大論叢 7 号（2004 年）1 頁以下を参照。
- (85) 佐藤・前出注（23）300 頁。