



Title	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
Author(s)	渡辺, 賢; WTANABE, Masaru
Citation	北大法学論集, 34(5), 89-173
Issue Date	1984-03-30
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16446">https://hdl.handle.net/2115/16446</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	34(5)_p89-173.pdf



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

渡 辺 賢

目 次

- 序
- 第一章 一九五二年以前の判例と立法
  - 第一節 開放政策時代
  - 第二節 入国拒否
  - 第三節 追放
  - 第四節 帰化
  - 第五節 本章のまとめ
- 第二章 絶対的権限論 (the plenary power of thesis) の形成
  - 第一節 判例の紹介
  - 第二節 本章のまとめ

## 第三章 絶対的権限論と在留外国人の法的地位

## 第一節 Graham 判決以前の連邦最高裁の判例—州政府による外国人差別立法

## 第二節 Graham v. Richardson, 403 U. S. 365 (1971) 及びそれ以後の一連の判決

—うたがわしい差別理論の特異性—

## 第三節 連邦政府による外国人差別と司法審査

## 第四節 本章のまとめ

おわりに

## 序

外国人の人権保障という問題については、従来から憲法及び国際法の重要課題としてさまざまな議論がなされてきたことは周知の通りであり、現代の国際化社会における主要なテーマのひとつと目されるものである。本稿はこのテーマをめぐるアメリカ合衆国の法理論の研究のための、いわばごく序説的な検討であるが、この問題をアメリカ法を通してアプローチすることの意義は主に次のような二つの点に求められよう。

① 周知の如くアメリカ合衆国は多民族国家であり、かつ連邦国家であるため、移民問題ないしは外国人問題をめぐる判例が多数にのぼること。

② 他方合衆国では移民問題に関する基本的な法制度が、日本のそ

れよりも格段と詳細に定められており、わが国の出入国ないしは留管理に関する法制度—不鮮明な基本的部分が多数あると思われるが—の<sup>(1)</sup>解明<sup>(2)</sup>にとって有益であると思われること。

以上の如き問題関心からするならば本稿の守備範囲は極めて限定されたものである。すなわち本稿の主たる目的はアメリカ合衆国連邦最高裁判所の判例上これまで多くの議論がなされている、外国人差別問題に関する司法審査のあり方を検討しようとするものであるが、それと合わせて、この問題の前提となる、連邦議会の移民規制権限自体に関する判例理論の展開と成熟過程を追い、その移民規制権限の根拠となつている権限をも検討しようとするものである<sup>(3)</sup>。

すなわち、従来アメリカ合衆国においては、連邦議会が移民問題

について完全にして審査されない権限をもつ、とされ、その結果この領域における司法審査機能はいちじるしく制限されている。いわゆる連邦議会の絶対的権限論(the plenary power thesis)<sup>(4)</sup>と呼ばれるものであるが、この理論がいかにして確立されたのか、そのような権限の根拠はどこに求められてきたか、及びその適用範囲はどの程度のものか、を検討することが本稿の目的である。

現在、連邦最高裁判所では、外国人差別立法に関して、さまざまな司法審査の手法を用いているわけであるが、以上のような分析により、外国人差別問題に関する連邦最高裁判所の判例理論の枠組、及びその特殊アメリカ的な側面が明らかにされるであらう。

なお、本稿では、移民規制権限の実体的側面のみを追っており、きわめて重要であり、かつ複雑な、手続的制約を扱うことは行っていない。これは、ひとつには本稿の当初の主目的が外国人差別問題に関する判例理論を検討することであったこと、もうひとつにはアメリカ移民法の構造が複雑であり、それを中心に議論がなされていると思われる手続的制約の分析のためには本稿とは異なる分析視点より別稿にて十分検討しなくてはならないこと、によるものである。決して手続的制約の重要性を軽視してではない。<sup>(5)</sup>

以下では、第一章で連邦議会が有する移民規制権限の拡大過程と、移民規制権限の絶対的性格を認めてゆく判例理論の展開を追

い、第二章では絶対的権限論を確立した判例を紹介する。そして第三章では外国人差別立法に関する判例理論と連邦政府(議会)の移民規制権限論との関係を検討する。

- (1) この点の研究は従来行政実務家が主として行ってきたといわれており(大沼保昭『「外国人の人権」論再構成の試み』(法学会百周年記念論文集第二巻)(有斐閣 一九八三) 三六三頁)、憲法よりアプローチされることは少なかった(例外的にまとまった研究として、萩野芳夫『基本的人権の研究』(法律文化社 一九八〇)がある)。その理由は、いくつかあるが、そのうちのひとつとしては、出入国ないし在留関係の管理に関する法律・命令について不鮮明な部分が多いこと、つまり研究対象自体の認識の困難さ、にあるのではないかと推測される。この意味からすれば外国人の人権の研究で最も重要なことは、各地の出入国管理局の実務を調査することであるかもしれない。
- (2) ただ、合衆国移民国籍法はきわめて複雑であり理解困難ではな<sup>49</sup>e. See, DAVIS, ADMINISTRATIVE LAW TEXT, 3rd ed. 442-43 (1972).
- (3) この点については萩野芳夫教授が『国籍・出入国と憲法』(勁草書房 一九八二)においてきわめて詳細な研究を發表されている。

(4) この言葉はごく一般的に用いられている。See, e.g., TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW, 283 (1983); Note, De-

*portation and Exclusion: A Continuing Dialogue between Congress and the Courts*, 71 YALE L. J. 760, 784 (1962); Gardner, *Due Process and Deportation: A Critical Examination of the Plenary Power and the Fundamental Fairness Doctrine*, 8 HASTINGS CONST. L. Q. 397 (1981); Note, *The Constitutional Rights of Excluded Aliens: Proposed Limitations on the Indefinite Detention of the Cuban Refugees*, 70 GEO. L. J. 1303, 1307 (1982); *The Supreme Court, 1981 Term*, 96 HARV. L. REV. 62, 135 (1982); *Developments in the Law—Immigration Policy and the Rights of Aliens*, 96 HARV. L. REV. 1286, 1312 (1983).

(5) この点についてはごく概略的な記述を以下のような本文及び注において行っておいた。参照 第一章第二節第二款、同章第三節第二款(c)、同章第五節、及び第二章第二節、同章注(44)など。この点のくわしい検討は今後の課題である。

## 第一章 一九五二年以前の判例と立法

本章においては、前述したように、連邦議会の移民規制権限の「絶対的」性格を認めてゆく判例理論の展開を中心に検討し、合わせて立法史を簡単に紹介する。ここで立法史を簡単にであれ紹介する理由は、連邦政府の移民規制権限の具体的内容の概略及びその歴史的生成過程がいく分かでも明確にできると思われるからである。

### 第一節 開放政策時代

建国以来約一〇〇年間、合衆国は完全な解放政策をとり続け、一八七五年までは、外国人の入国許可ないし追放に関する立法は存在しなかった<sup>(1)</sup>といわれる。そして、一八七五年三月三日の法律で連邦議会ははじめて移民規制の包括的規定を定めた<sup>(2)</sup>とされている。たしかに連邦議会は一八七五年法まで、本格的に移民規制権限を発しなかったが、しかし合衆国自体が完全に外国人に対して解放政策をとっていたとはいえないようである。

つまり、この間、移民に関する権限は、実務上、大港を有する州——例えばマサチューセッツ州、ニューヨーク州、ペンシルバニア州、メリーランド州——により行使されており、またこれらの州は、移民を規制する社会的・財政的コストを軽減すべく、州法を制定したのである。例えばニューヨーク州では、移民に対する監察を行い、船長に対して乗客の職業・年令・健康状態の報告を義務づけ、人頭税を課していたのである<sup>(3)</sup>。このようなニューヨーク州法の規定中、船長の報告義務及びその違反に対する罰金の徴収が争われたのが、一八三七年の *City of New York v. Millin* <sup>(4)</sup> である。この事件で船長側は、当該州法がニューヨーク港と外国諸港との間の通商

を規制するものであり違憲である (Art. I, § 8, cl. 3) と主張していたが、連邦最高裁は、当該州法を commerce (通商) の規制ではなく police の規制であり、つまり police power の行使<sup>(8)</sup> として、その権限行使として合法か否かを目的・手段の点からみて合憲と判断を下した。この判決と移民規制権限との関係について評価を下すことは難しい。なぜなら、後の判決からして、この判決のもつ意義は、結局州は船長に対して報告義務を負わせることが可能である、という点にしかなくなつたように見えるからである。しかし、本件で争われた州法の規定は移民規制のための州法の一部であることからすると、本件連邦最高裁判決が州政府の移民規制権限自体を認めたものと見ることも不可能ではない。

この City of New York v. Minn 判決以降、連邦最高裁は、Passenger Cases を経て、Henderson v. Mayor of New York, City Lung v. Freeman と一八七五年の二判決により、移民規制権限の所屬について決定的ともいえる判断を下すことになつた。この間、まず Passenger Cases では、船長に対して人頭税を課する州法が争われ、五対四で違憲判断が下されたが、違憲判断をしたうち、このような課税が外国との通商に当たり、連邦議会が他国との関係を考慮して決定すべきものであり、その権限が連邦議会に排他的に帰属する旨を判示したのは四名であり、連邦最高裁判

所の判断としては、移民規制権限の所屬について確固たる結論を下したものとはいえないと思われる。

この点についての判断が確立したものが前述の一八七五年の二判決であるが、なかんずく Henderson v. Mayor of New York が注目される。この事件で争われた州法は前述した City of New York v. Minn で有効とされたものとはほぼ同一であつたが、Passenger Cases で違憲・無効とされた部分を改正してゐた。その内容は、上陸に先立って船長は原則として、保証金として三〇〇ドルを支払わなくてはならない、としながらも、これに代えて乗客上陸後二四時間以内に上陸乗客一人につき一ドル五〇セント支払つてもよい、というものであつた。このようなニューヨーク州法に対して連邦最高裁 (Miller 判事の法廷意見) は、① City of New York v. Minn 事件は、船長の報告義務が police power の範囲内である) とを判示したにとどまる。② Passenger Cases の結果、乗船客に対して人頭税を課すことは州による Commerce (通商) の規制であり違憲といふことになつたが、本件の場合実質的には人頭税に該当するものを課してゐる。③ Passenger Cases によればこれは Commerce の規制である。④ この Commerce 規制権限を、連邦議会に排他的に属するものとすれば、州は行使することができない、と判示して、当該ニューヨーク州法を違憲無効としたのである。この

よな判断の實質的理由は、おそらく、このような事項が國際的にも重要でありそれ故すべての合衆國の港で適用できる統一的ルールにより規制されることが最良である、という点にあつたようである。そしてこの判決をひとつの契機として一八八二年八月三日の法律<sup>(26)</sup>で、連邦政府による一律課税及びそれを基金とする移民保護政策に関する規定が置かれることになる。<sup>(29)</sup>

このような移民規制権限の所屬に関する事件はその後も連邦最高裁で同一の判断を受けることになつたのであるが、以上の如き素描からもうかがえるように、連邦最高裁は、連邦議会の移民規制権限の形成のため、一定の積極的な役割を果たしたのである。

次節以下では、このようにして連邦最高裁により承認された移民規制権限を、連邦議會はいかにして行使したか、それに対して判例はいかなる態度を採つたか、を検討する。

## 第二節 入国拒否

### 第一款 立法

前節でも述べた通り、連邦議會がはじめて移民規制のための包括の規定を定めたのは一八七五年三月三日の法律<sup>(32)</sup>である、とされている<sup>(33)</sup>。しかしこの法律では、入国後の追放の定めは存在せず、入国拒

否すべき対象として売春婦と犯罪者を定めている他、入国拒否後の退去強制の定めを置くにすぎなかつた<sup>(35)</sup>。その後しばらくの間入国後の追放の定めはなかつたが、一八九一年三月三日の法律<sup>(37)</sup>で、入国後の退去強制 (ejection)<sup>(38)</sup> の規定が置かれた。

入国拒否事由に関していえば、一八七五年法以降、例えば公の負担 (public charge) になりそうな者、契約労働者 (contract laborers)<sup>(41)</sup> などがこれに加えられ、さらに一九〇三年三月三日の法律<sup>(42)</sup> でアナーキストが加えられた後、一九一七年二月五日の移民法<sup>(44)</sup> で入国拒否事由が詳細に定められた。その後も何度かアナーキストに関する規定を中心に詳細化され、現行法たる移民國籍法の第二一二条<sup>(46)</sup> に至るが、入国拒否事由の基本的性格は一九〇三年法以降変化がないと思われる<sup>(47)</sup>。

以上のような一般的な入国拒否に関する立法に対して、一八八二年以降いわゆる中国人排斥諸法 (the Chinese Exclusion Acts) が制定され続けた<sup>(48)</sup>。この一連の立法は、中国人労働者の、合衆國への渡来や居住を規制・制限・停止するものであり、労働者として合衆國へ渡来してくる者以外の中国人にはこれら諸法による制約は課せられなかつた<sup>(50)</sup>。そして、この一連の立法の最初のもの、つまり一八八二年五月六日の法律の第一条は、中国人労働者が入国して在留することを一〇年間停止する旨を規定していた。その後、一八八八

年九月一三日の法律の第三条で、入国しうる者を特定化し、中国人公務員 (officials)、教師、学生、商人及び一時的な旅行者に限定するなどの改正をし、さらに一八九二年五月五日の法律で前記停止期間をさらに一〇年間延ばすなどし、その後も停止期間は次々と延ばされていったが、ついに一九〇四年四月二七日の法律で無期限とされた。結局入国拒否について中国人排斥政策が消滅するのは、一九四三年一月二七日の法律によることとなった。

## 第二款 判例

第一節で述べたように、移民規制権限が連邦議会に排他的に属する、ということは一八七五年の二判決により確立したが、この権限行使が何らかの具体的形態をとった場合、それが司法部との関係ではいかなる性格が与えられるのか、は一応別の判断が必要となる。

そして連邦議会の入国拒否権限を正面から扱った最初の判例は中国人排斥法をめぐるものであった。いわゆる The Chinese Exclusion Case<sup>(60)</sup> である。一八八二年五月六日の中国人排斥法は、中国人労働者の入国拒否及び帰化禁止を定めたものであったが、制定当時合衆国内に居た人には適用がなく、そのような中国人の再入国を促進するために、再入国許可証ともいべきものを発行していたが、一八八八年一月一日の法律でこの再入国許可証を持つ者に對

しても再入国を拒むこととなった。原告は中国人労働者で、一八七五年から一八八七年六月までサンフランシスコに居住していた。一八八七年六月に再入国許可証を得て中国へ渡り、翌年九月にカリフォルニア州へ帰ってきた。しかし一八八八年法で再入国許可証が無効とされ、彼の上陸権は失われたものとされ、入国を拒否された。そのため人身保護令状を求めて争ったのが本件である。

争点は当該立法が条約に反するか否かであった。判旨は条約違反を認めながらも当該立法が無効になるものではなく、連邦政府が他国との条約を無視するのが正当か否かは裁判所の決定すべき問題ではない、とした。また原告の再入国の権利の主張に判旨は、再入国と新規入国との間に差異を設けることなく対応し、「合衆国政府が立法部を通して、自国の領土から外国人を入国拒否できる、ということ、議論の余地のないところである。この自国の領土の管轄権は、すべての独立国家の付随物である。それは独立の一部である。もしある国家が外国人の入国を拒否できなければ、その国家は、その限度で外国の権限のコントロールに服していることになる。」と述べた。

これに続けて判決は、第一条第八節の規定、特に戦争・条約対外通商及び帰化権限をあげている。Essenceによれば、このことから、本判決は、連邦議会の入国拒否権限が、連邦憲法により付託された

権限以外の何の理由にも依拠するものではないことを示している、<sup>(86)</sup>という。さらに判決は、「連邦憲法により付託された、主権上の権限の一部である（中略）外国人の入国拒否権限」といつており、<sup>(89)</sup>入国拒否権限の根拠たる権限が何であろうと、それは憲法により付託されたものであり、主権という事実から憲法外的に生ずるものではない、と判決は考えたものと思われる。<sup>(70)</sup>

この判例の態度は *Nishimura Ekiu v. United States*<sup>(71)</sup> にも受け継がれている。すなわち、「すべての主権国家は、主権に固有で、自己保存に不可欠なものとして、自国の領土への外国人の入国を禁止する権限、ないし自国が適切と考えた場合及び条件でのみ入国を許可する権限を有する。（中略）合衆国ではこの権限は連邦政府に与えられており、憲法は連邦政府に外交関係全体のコントロールを委ねている。（中略）外国との通商を規制する権限及び帰化の統一の規則を制定する権限、及び戦争を宣言する権限を、連邦議会に与えている。」<sup>(72)</sup>

このような判例の態度を要約していえば、外国人の入国拒否権限が連邦議会に排他的に与えられており、この分野で司法部の介入が認められない理由は、司法部に対して、法律、条約、究極的には憲法により、介入権限が与えられていないからだ、ということになる。<sup>(73)</sup>

ただし、注意を要するのは、入国拒否権限の行使と手続的デュープロセスの要請との関係に対するこの時期の判例の態度である。本文中で検討した二判例は、以上の如き考え方により、結局、入国手続において手続的デュープロセスの要請さえ働かない、としたのであるが、<sup>(75)</sup>その後のいくつかの判例では入国拒否という局面でも手続的デュープロセスを保障するものがある、という指摘もなされている。<sup>(76)</sup>

### 第三節 追放

#### 第一款 立法

本款では性質の異なる二つの「追放」制度、つまり *dejection*（退去強制と訳す）と *bannishment*（追放と訳す）<sup>(77)</sup> が法律制度として成立してゆく過程を簡単に追う。

本章の第二節第一款で触れたように、<sup>(78)</sup>最初の「追放」立法は一八九一年三月三日の法律である。<sup>(79)</sup> その第一条は、「法律に違反して合衆国に入国した外国人は本法の規定により入国後一年以内に帰国させられるものとする」としている。これは入国条件違反者の入国者の「追放」を定めたものであり、<sup>(80)</sup>*Hesse* の分類からいえば *dejection*（退去強制）の規定に属するものといえる。同様の規定は一九

○三年三月三日の法律<sup>(87)</sup>や一九〇七年二月二〇日の法律<sup>(88)</sup>にも受け継がれるが、一九〇七年法の第三条では、入国後の行為のみを、あやまってないし不法に入国したことの終結的証拠 (conclusive evidence) とする<sup>(89)</sup>、という変化がみられる。

ところが、一九〇七年法を改正した一九二〇年三月二六日の法律<sup>(84)</sup>は、一九〇七年法まで付けられていた退去強制の適用期間制限を、売春に関する行為を行った者について削除した<sup>(85)</sup>。つまり、売春行為を理由とする「追放」の性格は事実上、退去強制から追放へ変化した、といえよう。もっとも規定の方法としては依然として入国拒否事由を定めるのみであり、また売春行為に関しても、それを行った者が不法に入国したことを推定されその推定期間が削除されたにすぎない、ということも重要であり、少なくとも法の文面上からは未だ banishment (追放)<sup>(86)</sup> 規定とはいい難いことも事実である。

以上とは性質の異なる規定が法律上はじめて現われたのが、一九一七年二月五日の法律<sup>(89)</sup>である。この法律の第一条は入国拒否事由を定め、第十九条前段でこれらに反して入国した者の五年以内の退去強制を定め、同条後段では「収監され追放される」(taken into custody and deported) 事由を個別的に定めている。そして、「入国後いかなる時であれ」<sup>(90)</sup> これら事由を行った者は追放される、と定められており、適用期間制限の定めをおかなかつた。つまり、こ

では、入国した外国人の入国前の特性と入国後の行為との因果関係が法の文面上も要求されておらず、第十九条前段に定められている退去強制との間に基本的な差異があると考えられる<sup>(92)</sup>。

これは Hesse の分類からいえば追放 (banishment) であって、この制度は以後、追放事由を拡張しつつ受け継がれてゆく。すなわち、一九一七年法においては追放事由は、アナーキスト、背德的犯罪につき一年以上の有罪判決 (入国後五年以内) ないしそのような有罪判決を二度以上うけたこと (適用期間制限なし)、売春行為に係るもの、であったが、一九四〇年六月二八日の法律<sup>(93)</sup> ではさらに、他の外国人の不法入国の補助 (入国後五年以内)、軍の忠誠や道徳・紀律をそこなう行為をし、一度有罪判決をうけた者 (入国後五年以内) ないしこのことにつき二度以上有罪判決をうけた者<sup>(94)</sup> が加えられ、最終的には一九五二年の移民国籍法の第二四一条<sup>(96)</sup> により、現行の制度が確立した。

現行制度はきわめて詳細に追放事由を定めているが、大別すれば、<sup>(97)</sup> (1) 公の負担 (public charge) となること、<sup>(98)(99)</sup> (2) 背德的行為<sup>(100)</sup>、<sup>(101)</sup> (3) 政治上ないし国家安全上の事項にてらして望ましくない政治活動に参加すること、に分けられよう。ただ、法律上詳細に分けられたカテゴリーに属するからといって、当該外国人を必ず追放しなくてはならないわけではなく、法務長官は、移民国籍法の第二四四条第(a)項<sup>(103)</sup>

にもとづき、自由裁量により、追放を停止できる。もっとも自由裁量とはいえ、裁量権行使の上での考慮すべき要件を定めており、また裁量権の行使にあやまりがあれば違法である、とする下級審判決もある。<sup>(10)</sup>

## 第二款 判例

本款では、一九五二年以前の「追放」に関する判例をフォローする。判例はきわめて多数であるため、主な判例と思われるものを、退去強制の事例より三件、追放の事例より二件紹介する。

### (a) 退去強制に関する事案

1) *Fong Yue Ting v. United States, Low Wah Suey v. Backus* 及び *Bugajewitz v. Adams* の三件を取りあげる。その理由は、*Fong Yue Ting* 事件及び *Bugajewitz* 事件の両判決は、後述する一九五二年から五四四年の三件の追放に関する判決がこの二判決に依拠しつつ絶対的権限論を確立した、といわれているからであり、また、*Low Wah Suey* 事件の判決は、退去強制を行う権限と入国拒否権限とのつながりをよく示していると思われるからである。<sup>(11)</sup>

(i) *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U. S. 698 (1893).  
本判決は、その他二件 (*Wong Quan v. U. S.*, *Lee Joe v. U.*

*S*) を含む三件に対して下されたものである。以下事案の概要は *Fong Yue Ting v. U. S.* に関するのみ述べる。

*Fong Yue Ting* (原告・上訴人) は、中国人で、おそくとも一八七九年に合衆国に永住の意図で入国し、ニューヨークに一年以上居住していた。一八九二年五月五日の法律の通過後、その第六条により要求されている、当該地域の徴税官 (collector of internal revenue) からの在留許可証 (a certificate of residence) を受けていなかった。そこで、連邦保安官 (marshal) は、合法に入国したか否かを裁判所で立証させるために彼を逮捕した。ところがこの立証のためには同法同条により、少なくとも二人以上の信用できる白人の証人が必要とされていたが、これを満たせず、不法に入国したものとして追放命令をうけたため、同法第六条をデュープロセス違反として争ったのが本件である。<sup>(12)</sup>

判旨は、*Eklu v. United States* や *The Chinese Exclusion Case* を引用しつつ、合衆国が主権国家として入国許可・拒否・退去強制権限をもつことを、一般論として述べているが、その中で、次のようにいっている。「合衆国は、主権を有する独立の国家であり、国際関係の完全なコントロール及びこのコントロールを維持しそれを実効化させるために必要なすべての権限を、憲法により与えられている。」つまり、法廷意見は、連邦議会のこれらの権

限の絶対的な (oleinary) 性格を認めつつ、なおこれら権限が、憲法上委任された権限の行使の適切な範囲内になくはならないことを認めている、ともいえよう。<sup>(17)</sup> ただし、外国人が合衆国内にとどまることを許されるか否か、またいかなる条件で許されるか、という問題は、政府の政治部門 (political branches of government) により決定されるべきものであり、司法部が、この問題について憲法により連邦議会に委ねられている権限を行使して制定された手段の正しさなどについて、意見を表明するのは適切でない、と述べているところからすれば、本判決は退去強制権限等の行使のための実体的要件に対する司法審査の余地をほとんど否定している、といえる。

(ii) *Low Wah Sney v. Backus*, 225 U. S. 460 (1912).

本件は、一九〇七年二月二〇日の法律の第三条及びその改正法たる一九一〇年三月二六日の法律の第三条、第二〇条、第二一条の、売春婦の退去強制に関するものである。原告は、合衆国市民 (*Low Wah Sney*) 及びその中国人たる妻 (*Li A Sim*) である。原告 (上訴人) の妻は、一九一〇年四月一五日、サンフランシスコに上陸し、合衆国に入国したが、その後売春宿の寄寓者と認められたため、一九〇七年法及び一九一〇年法にもつき、退去強制令状を発せられた。なお、原告の妻は合衆国市民の妻ではあったが、一八八

二年五月六日の法律の第一二条により、帰化を認められていない。原告は、当該法が、監査官 (*inspector*) ないし移民官 (*the commissioner of immigration*) の面前での最初の検証 (*examination*) のときに弁護士をつけることを認めておらず、憲法上の手続的適正に欠けている、として争ったが、三人構成となった原審たる連邦地方裁判所 (*the United States District Court for the Northern District of Columbia*) で敗訴し、本件上訴を行った。

これについて判旨は、その後の手続段階で、聴聞が終了する前に、弁護士への援助をうけられるのであるから、手続的適正に反しない、とした。<sup>(18)</sup> そして、当該法の退去強制の性格については、「連邦議会の目的が、入国を禁止さるべき女性を合衆国に入国させ、在留させることを防ぐことであつたことは明白である。当該法の目的は、外国人の売春婦の入国を拒否し、また、もし彼女らが、入国後規定されている期間内に法律を犯していると認められた場合、彼女らがやってきた国へ送還することである」として、退去強制権限が入国拒否権限に含まれていることを明示した。

(iii) *Bugajewitz v. Adams*, 228 U. S. 585 (1913).

事実は(ii)の事件とほぼ同じである。<sup>(19)</sup> 原告・上訴人側の主張は、当該法による退去強制が比例原則に反する、ということ、及び当該法が事後法の禁止にあたる、<sup>(20)</sup> ということだったようである。三人構成

料 たる連邦地方裁判所 (原審: the United States District Court for the District of Columbia) で敗訴し、本件上訴に至つてゐる。

法廷意見はホームズ判事によるものである。まず、一九一〇年法が一九〇七年法の、入国後三年以内という退去強制の適用期間制限を、売春行為関係につき削除したことは、一九〇七年法の実体を變えたものではなく、このような制度の合憲性は問題とされる余地がない、といつた。<sup>(129)</sup> また、事後法の禁止に触れるか否か、<sup>(129)</sup> 又は彼女に關しては、法の溯及的效果は問題でない、<sup>(129)</sup> として、上訴人側の主張をしりぞけた。結局の所ホームズ判事は、一九一〇年法が退去強制の適用期間制限を売春行為について削除したことにより、退去強制の性格が変わつたものとは考えなかつた、といえる。<sup>(130)</sup>

(b) 追放に關する判例

こゝでは *Bridges v. Wixon* <sup>(131)</sup> 及び *Jordan v. De George* <sup>(132)</sup> の二件を紹介する。前者の事件は、上訴人の入国が幼児の時であり、殊に連邦議会の追放権限の実体的側面を争ひやすかつたであらうに、他の多くの事例と同じく法の解釈のみを争つてゐる、という点で、本章の対象としてゐる時期における争ひ方の典型的なものと思われ、かつ数少ない、追放をうける外国人側の勝訴事件であり、また後者の事件については、判旨が一応ばくせん性のゆえに無効のルール

の適用を認めてゐる、とつう特色がある。

(i) *Bridges v. Wixon*, 326 U. S. 135 (1945).

上訴人 (*Harry Bridges*) は一九二〇年にオーストリアから合衆国に入国した。彼は、以前共產主義的組織と目されてゐた組織のリーダーであつたため、一九四〇年七月二十八日の法律の第二三条により追放命令をうけた。これに対し上訴人は人身保護令状を求めて出訴したが、連邦地方裁判所 (the United States District Court for the Northern District of California) 及び原審 (the United States Circuit Court of Appeals for the Ninth Circuit) で敗訴し、本件上訴に至つてゐる。上訴人側は、本条項にいう、共產党と關係を結ぶ (*affiliated*) とは、組織との關係ではメンバーたることと同じではありながら、技術上の理由からメンバーを構成できない、<sup>(133)</sup> という状況をいう、と主張した。

これに対して法廷意見 (*ダグラス判事*) は、<sup>(134)</sup> 当該法律において、力ないし暴力による政府転覆を提唱する組織と「關係を結ぶこと」 (*affiliation*) とは、思想の一部で政府の転覆を提唱するグループと一致しながら究極目的がはるかに離れてゐる思想を有する人々まで含むものではない、<sup>(135)</sup> として、*Bridges* がリーダーであつた組織はこれに当たらない、とした。<sup>(136)</sup>

(ii) *Jordan v. De George*, 341 U. S. 223 (1951).

被上訴人 (De George) はイタリア人であり、一九二一年以降合衆国に在留していた。彼は一九三七年と三九年の二度にわたり、蒸留酒の脱税を仲間と共謀した、ということについて有罪判決をうけた。そのため一九一七年の移民法の第一九条(a)―背德的犯罪について有罪判決を二度以上うけた者に対する追放規定―にもとづき、追放命令をうけた。これに対して De George は、当該犯罪が背德的犯罪ではなく、また当該法律はばくせん性のゆえに無効だ、と主張して争い、出訴した。地裁 (the United States District Court for the Northern District of Illinois) では敗訴したものの、<sup>(37)</sup> 原審 (the United States Court of Appeals for the Seventh Circuit) は De George の主張を容れ、勝訴した。そのため移民帰化地方長官たる Jordan 側が上訴した。

判旨は、追放が刑罰でないにもかかわらず、一応「ばくせん性のゆえに無効」のルールの適用を検討し、<sup>(38)</sup> 一定のことはの意味に含まれるか否かを決することが困難であっても、そのことは当該法規をばくせん性のゆえに無効とするものではない、とした。つまり、通常の理解及び実務からして、当該法律のことがばくせん性の行為について明確な警告を十分伝えるか否か、がテストされる、<sup>(39)</sup> というのである。そしてこのテストの結果、当該法律はばくせん性のゆえに無効とならず、結局、蒸留酒の脱税を共謀したことは、一九一七年

法の第一九条にいう、「背德的犯罪」にあたる、<sup>(40)</sup> と連邦最高裁判所は判断した。

(c) 判例のまとめ

一九五二年以前の追放判例にあらわれた特色のひとつは、判例<sup>(41)</sup>が、一方で連邦議会の追放権限の全能性を前提にしていることとされつつ、他方で、いかなる根拠に基づいてこの連邦議会の権限が生じているのか、を明確にしなかったことである。この原因のひとつは、おそらく、追放の実体的側面が争われず、<sup>(42)</sup> その手続的側面ないし法解釈が争われた、という点に求められよう。

しかし、以上の如き追放権限の実体的側面に対する連邦最高裁判例の態度とは別の、重要な特色が、きわめて早い時期から確立していた。<sup>(43)</sup> つまり手続的デュープロセスの要請が追放権限には働く、<sup>(44)</sup> ということである。そして一九五〇年の Wong Yang Sung v. McGrath<sup>(45)</sup> によって、<sup>(46)</sup> 聴聞に関する手続的適正の要請は一段と拡張されることになった。

第四節 帰化

連邦最高裁は、伝統的に、外国人の出入国、在留及び帰化を規制する連邦議会権限を、主権の本来的属性と考え、さらに連邦議会に

対して広範な裁量権限を与えてきた、といわれる。<sup>(146)</sup>第二節・第三節で検討した入国拒否ないし「追放」といった領域での権限と、本節で扱う帰化に関する権限とは、若干の違いがあるにせよ、<sup>(147)</sup>連邦最高裁による基本的な性格づけには共通性が見出されるため、<sup>(148)</sup>ここで、その立法及び判例について触れておく。

まず帰化立法史については、これを特色づける大きな二つの流れがある、といわれている。つまり人種的差別主義<sup>(149)</sup>と政治的急進者の排除の二つである。前者の流れは一九五二年二月二十四日のマッカラ<sup>(151)</sup>ン法で終止符を打たれたが、後者は現行法においても依然として続いている。

まず人種的差別主義について述べれば、帰化資格は、合衆国成立後ではじめての帰化立法である一九九〇年三月二十六日の法律など、当初から「自由な白人」(a free white person)のみ与えられていた。<sup>(152)</sup>つまり、この一九九〇年法では、アフリカ生まれの外国人及びアフリカ人の子孫(すなわち黒人)、及び中国人・日本人等の黄色人種には帰化資格が与えられていなかった。このうちまず黒人に帰化資格を与えたのは、合衆国憲法第一四修正の成立に伴い一八七〇年に制定された法律である。<sup>(153)</sup>これに対し、黄色人種の帰化資格の排除は、前述の一九五二年二月二十四日の法律まで続いていた。例えば一九四〇年一月一日の法律の第三〇三条では、帰化の権利

は、白人・アフリカ生まれの人ないしアフリカ人の子孫及び西半球土着の人種の子孫に限定されていた。<sup>(154)</sup>

他方政治的急進者の帰化からの排除政策であるが、制定法上、一九〇三年三月三日の法律ではじめて明らかにされたようである。すなわちその第三九条では、政府(organized government)すべてに反対する者、官吏の殺害等の必要性などを提唱する者などのいわゆるアナキストの帰化を拒否している。この規定は一九四〇年の国籍法の第三〇五条により大げんに詳細化された。例えば、暴力による政府転覆を唱導するピラをプリント・配布すること(c)や、当該行為をする組織のメンバーであること(d)などを、帰化資格喪失事由としている。現行の移民国籍法はさらにこれを詳細化し、第三一三条では、アナキスト、共産主義者その他全体主義者等について帰化する資格を認めていない。<sup>(155)</sup>

その他、合衆国の帰化諸法は、当初から一貫して、「合衆国内及び合衆国管轄下で」一定期間居住すること、善良な性格及び憲法を支持する宣誓を行うことを要求している。<sup>(156)</sup>

以上のような帰化の要件については連邦最高裁の判例は連邦議会の完全な裁量権に服することを当然のこととして議論を進めているように思われる。<sup>(157)</sup>例えばごく初期の判決から、連邦議会が帰化の統一規則を定めるに於いて至高の(paramount)権限を有する旨が

判示されてきている<sup>(162)</sup>。そのために帰化事件の判決のほとんどは法律解釈に関するものとなり、その合憲性についてはあまり問題とされる<sup>(163)</sup>ことがない、といわれている。例えば United States v. Wong Kim Ark<sup>(164)</sup> は、帰化による市民権獲得は連邦議会の法律の要件に合致している場合のみである、としている<sup>(165)</sup>。その他 United States v. Schwimmer<sup>(166)</sup> は、はっきり帰化が自然権ではなく「連邦議会により定められた全国統一の規則に従つてのみ与えられること<sup>(167)</sup>を明言している<sup>(168)</sup>。

そして、移民規制法体制全体についていえることであるが、このように判例の承認を得つつ、連邦議会は前述したような人種の差別主義及び政治的急進者の排除という大きな二つの流れに乗り、立法を進めていったのである。

### 第五節 本章のまとめ

(I) 一般的にいつて、判例が連邦議会立法を承認しつつ、連邦議会権限の性格及び範囲についての考え方が形成されていく、という流れが見てとれる。そのような判例の承認を得つつ連邦議会は移民規制領域といわれるものを拡大し、さらにはその領域における、司法部との関係での大巾な排他性を獲得していった、といえよう。そ

して、その中で行われた移民規制政策の二本の柱は、人種的差別主義及び政治的急進者排除主義であった。

(II) ただし判例上はなお、個別の領域における連邦議会の規制権限を、何らかの憲法上の根拠に置こうとしている。

すなわち、帰化の規制権限に関しては、連邦憲法第一条第八節第四項、入国拒否権限に関しては、同じく連邦憲法第一条第八節各項（戦争・条約・対外通商）の規定、とりわけ対外通商（第三項）の規定、退去強制の権限に関しては、入国拒否権限に入るものであると解しているところからして、やはり対外通商の規定、に根拠を求めている。

(III) これに対して追放に関しては、いかなる根拠から連邦議会権限が生じるか、を示していない。

しかし、帰化・入国拒否・退去強制の権限に用いられた、連邦憲法への根拠づけを、そのままの型で追放にも用いることを、後の判例はしななかったばかりでなく、連邦憲法中に根拠を見出すことさえしなかった。この点を次章では検討する。

(IV) さらにもう一つ、この時期で未解決のまま残った問題としては、司法部との関係での排他性の程度があった。つまり、入国拒否権限の行使の場合の実体的側面での排他性（＝逆にいえば、外国人には入国という局面で実体的権利がない、ということ）、及び「追

放「権限の行使の場合の手続的デュープロセスの保障」ということは確立したものと見えるが、なお、入国拒否権限行使と手続的デュープロセス、追放権限行使と実体的制約」ということについては、未だ肯定的判断がなされる余地があったと考えられる。

- (1) 参照 萩野芳夫『国籍・出入国と憲法』（勁草書房 一九八二）一九七頁。
- (2) つまり、一七九八年六月二五日の法律 (1 Stat. 570) は、大統領の判断により合衆国の平和と安全に危険である外国人の「追放」(第一条及び第二条)を認め、最初の立法 (Aliens Act) であったが、この法律は実際には適用されることなく(田中英夫『アメリカ法の歴史 上』(東大出版会 一九六八)二一三頁注47)、二年後に廃止された。
- (3) E. J. HARPER, IMMIGRATION LAWS OF THE UNITED STATES, 3rd ed. 4 (1975).
- (4) 18 Stat. 477.
- (5) Hesse, *The Constitutional Status of the Lawfully Admitted Permanent Resident Alien: Pre-1917 Cases*, 68 YALE L. J. 1578, 1613 (1959)
- (6) HARVARD ENCYCLOPEDIA OF AMERICAN ETHNIC GROUPS & Immigration の項の四八八頁 (Harvard U. P. 1980)。また、このように州政府が、建国以来、移民規制権限を行使したのは、植民地時代の継承であったとよみてゐる。(supra

at 486-87).

- (7) 36 U. S. (11 Pet.) 102 (1837).
- (8) *Id.* at 132.
- (9) 法院意見が認定した目的は、ニューヨーク州が、他州ないし他国から来る人(主として貧困者を念頭に置いている)の殺到により負担を負うことのないようにすることであった。そして、船長に乗客の名前等を報告させる」という手段によって、乗客が貧困者として負担にならないよう必要な処置を市当局がとれるようにするもの」と当該州法の規定を、判決は考えたのであった。(Id. at 133)
- (10) *Id.* なお、本件にはストーリー (Story) 判事の反対意見が付されている。彼は、このような領域における連邦政府の排他的権限を主張し、当該州法を通商 (Commerce) の規制だとした (Id. at 157)。
- (11) See, KAUPER—BEYTAGH, CONSTITUTIONAL LAW: CASES AND MATERIALS, 5th ed. 486 (1980).
- (12) Smith v. Turner, Norris v. City of Boston, 48 U. S. (7 How.) 283 (1849).
- (13) 92 U. S. 259 (1875).
- (14) 92 U. S. 275 (1875).
- (15) Smith v. Turner では、寄航した船の船長から人頭税を徴収するニューヨーク州法が争われ、Norris v. City of Boston では同様のマサチューセッツ州法が争われた。
- (16) McLean, Carton, McKinley, Grier の四判事による。

- (17) 他の一判事 (Wayne) は、外国との通商の規制という点ではなく、本件課税の性格 (外国港からの船であれ他州からの船であれ、また乗客が外国人であれ市民であれ課税される) からして、州政府の行い得ない Commerce 規制に当たる」というのみであり、Commerce 規制なら連邦議会に専属する」という四名の判断には賛成しなかつた (48 U. S. (7 How.) 283, 410-437 (1849))。なお反対意見は Taney 裁判長に代表されるものであり、当該州法は州市民の利益に危険と思われる者が州に入らぬようにするものであり、従つて police power の行使であつて、しかもその行使は適切な裁量の範囲内である、本件には、州が、望ましくない外国人を排除し、入国条件を課す、等の権限を有するか否か、の問題は含まれていない、という内容であつた (*Id.* at 464-94, Taney 裁判長の反対意見)。
- (18) しかし、このように本判決の理由づけおよび結論が分かれた大きな理由は、当時の Commerce clause についての議論が分かれていたことにある。See, e. g. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW, 233 n. 6 (1978).
- (19) 92 U. S. 259 (1875), 名案 Chy Lung v. Freeman, 92 U. S. 275 (1875) の問題とされた同種の州法はカリフォルニア州法である。
- (20) 36 U. S. (11 Pet.) 102 (1837).
- (21) 47 U. S. (7 How.) 238 (1849).
- (22) 92 U. S. 259, 266 (1875).
- (23) *Id.* at 267-269.
- (24) *Id.* at 271.
- (25) ここに「排他性」とは、もちろん州との関係でいうのであつて、司法部との関係ではない。
- (26) *supra* n. (22), at 272.
- (27) *Id.* at 272-73.
- (28) 22 Stat. 214.
- (29) この集められた金額は合衆国国庫に支払われ、「移民基金」(immigration fund) と呼ばれるものとなつて、移民の貧困者を援助・救済するために使用された。People of the State of New York v. Compagnie Générale Transatlantique, 107 U. S. 59, 63 (1883).
- (30) この法案の趣旨説明が下院で行われた時、Henderson 判決及び Chy Lung 判決からすると、連邦議会は、移民に対して一律に課税する権限及びそれにより徴収された金により移民のための保護政策を行う権限を有するのであり、そうしないと移民は各地で不利益をこうむりかねない」という説明がなされてつた。13 CONG. REC. 5106 (1882).
- (31) See, The Head Money Case (Edge v. Robertson), 112 U. S. 580 (1884). 外国からの外国人乗船客一人につき五〇セントの支払義務を課す連邦法 (一八八二年法) が争われた事案で、当該法が移民規制立法であつて、その権限行使が、外国との通商を規制する、排他的な連邦議会権限の有効な行使だ、とされた事例。People of the State of New York v. Com-

- pagnie Générale Transatlantique, 107 U. S. 59 (1883).  
 Henderson 判決で違憲・無効とされた州法の改正法たるニューヨーク州法が争われ、違憲とされる。
- (32) 18 Stat. 477.
- (33) See, *supra* n. (5).
- (34) See, *supra* n. (32), § 3, § 5.
- (35) *Id.* at § 5.
- (36) ある種の外国人の入国拒否のみを定める、という方法は、一八八二年八月三日の法律 (22 Stat. 214, § 4) 及び一八八七年二月三日の法律 (24 Stat. 415, § 8) と、入国拒否事由を拡大しつゝ続けられた。See, Hesse, *supra* n. (5), at 1613 n. 3.
- (37) 26 Stat. 1084.
- (38) Hesse は、expulsion (追放) を二つに分けてゐる。ひとつは、不法にないしあやまちで (erroneously) 入国を認められた外国人を、入国後相当の期間内に「追放」すること、これを ejection という。これに対し、行為の性質及びその行われた時間上人国からはほど遠く、当初から入国拒否しうるのであつたはずだという推定が働き得ないような行為に關与した者の「追放」を banishment とつてゐる。See, Hesse, *supra* n. (5), at 1580-81.
- (39) なお、一九二〇年までは、入国拒否事由は質的なものであり量的なものではなかつた (Hesse, *The Constitutional Status of the Lawfully Admitted Permanent Resident Alien: The Inherent Limits of the Power to Expel*, 69 YALE L. J. 262, 264-65 (1959))。しかし、一九二一年五月一九日の法律 (42 Stat. 5) でクォータ制度が緊急手段として導入され、一九二四年の移民法 (43 Stat. 153) で合衆国移民法の永久的な部分とされ、一九六五年一〇月三日の法律 (79 Stat. 920, 現行移民国籍法の第二〇三条(a)、8 U. S. C. § 1153 (a)) による改正まで続いた。この改正により西半球以外からの移民について優先移民制度が定められた。なお、西半球からの移民については、員数制限が加えられるのみである (移民国籍法第二〇一条(a))。
- (40) 一八八二年八月三日の法律 (22 Stat. 214)。
- (41) 一八八七年二月三日の法律 (24 Stat. 415)。この契約労働者とは、一八八五年二月二六日の法律 (23 Stat. 332) の第一条によれば、合衆国入国前に合衆国内の会社と雇用契約を結び入国してくる外国人である。会社側が当該外国人の旅費を前払してゐることが多かつたようである。
- (42) その他、一八九一年三月三日の法律 (26 Stat. 1084) の第一条では貧困者、思わしい (loathsome) ないし危険な伝染病を持つてゐる人、他人の援助をうけてゐる人などが入国拒否の対象として加えられてゐる。
- (43) 32 Stat. 1213, § 2.
- (44) 39 Stat. 874, § 3. なお、現行の合衆国移民法全体の特色としていえることは、規定方法がきわめて詳細だ、ということである。これは不完全ながらも法により行政庁の裁量を統制するルールを作らうとしてゐることを示すものと考えられる (Guy

S. GOODWIN-GILL, INTERNATIONAL LAW AND THE MOVEMENT OF PERSONS BETWEEN STATES, 243 (1972)).

しかしながら Goodwin-Gill によれば、この印象はあてにならないものだ、とこう (*Id.*)。その理由は、外国人が裁量的救済を申請する場合、行政庁の権限があまり限定されていない、ということにある。例えば現行法上の入国拒否についていえば、移民国籍法の第二一二条(c) (移民としての入国) 及び(d) (非移民としての入国) において、入国拒否事由を無視して入国許可を与える権限を、法務長官は与えられている。

(45) 例えば一九一八年一月一日の法律 (40 Stat. 1012) の第一条、一九四〇年の外国人登録法 (54 Stat. 670) の第二三条など。

(46) 8 U. S. C. § 1182(a).  
 (47) 以上の立法の経過については *See, Note, The Constitutional Rights of Excluded Aliens: Proposed Limitations on the Indefinite Detention of the Cuban Refugees*, 70 GEO. L. J. 1303, 1306-07 & n. 25 (1982).

(48) この間の事態は以下のようなものである。つまり、合衆国への中国人労働者の移民が継続的に増加し、その結果困った事態 (the embarrassments) が生じてきた (一八八〇年一月一七日の清との間の条約 (22 Stat. 826) の Proclamation) に対応して、合衆国政府は、一八六八年七月二八日の清との条約 (16 Stat. 739, その五条では、合衆国と清の両国の市民及び臣民が、一時的な楽しみ (curiosity) 商用、ないし永

住目的のために、相互に行き来できることを定め、また第六条では、両国市民及び臣民が、相互の国内において、旅行や居住に關して、両国における最恵国待遇の市民と同じ特権・免除を享受することを定めたもの) を改正し、前記一八八〇年の条約の第一条で、合衆国政府の意見で、合衆国への中国人労働者の渡来ないし居住が合衆国の利益に反すると認められた場合、完全に中国人労働者の渡来や居住を禁止しないまでも、それを規制・制限・一時的停止することができ、そのための国内立法を制定できる、とした。これに対応して、一八八二年五月六日の法律 (22 Stat. 58, 以下一連の中国人排除立法一八八四年七月四日の法律 (23 Stat. 115)、一八八八年九月一三日の法律 (25 Stat. 476)、同年一月一日の法律 (25 Stat. 504)、一八九二年五月五日の法律 (27 Stat. 25) など一は、中国人排斥諸法 (the Chinese Exclusion Acts) と呼ばれる) を制定した。この法律では中国人帰化の禁止が定められており (第二二条) その後一九四三年一月一七日の法律 (57 Stat. 600) まで中国人排除政策は続いた。しかもこの一九四三年法で帰化資格を認められたのは、中国人及び中国人の子孫のみであった。その後制定された種々の修正法により、他のアジア諸国の人 (例えばフィリピン人やインド人) も帰化可能となり、結局最後まで「帰化不能」であった外国人の重要なグループは、日本人及び朝鮮人であった。(チューマン (小川洋訳) 『パンブー・ビートル 下』(一九七六) 四七三頁)。

(49) 参照 一八八〇年一月一七日の清との条約 (22 Stat. 826)

の第一条、及び一八八二年五月六日の法律 (22 Stat. 58) の前文。

(50) 参照 一八八〇年の条約の第一条。また一八八二年の法律の第六条によれば、労働者でないことについては、中国(清)政府より身分証明書を発行してもらい、これを合衆国入国港の関税官 (the collector of customs) に提出しなくてはならないものとされていた。

(51) 22 Stat. 58.

(52) 25 Stat. 476.

(53) 27 Stat. 25.

(54) その他、後の判例との関連からして、この間の重要な改正としては、一八八八年一月一日の法律 (25 Stat. 504) の第二条によるものがあげられる。すなわち、これにより、一八八二年五月六日の法律により認められていた再入国許可証が、無効とされ、効力を失ったものとされた。

(55) See, HARPER, *supra* n. (3) at 9.

(56) 33 Stat. 428 §. 5.

(57) 57 Stat. 600.

(58) GOODWIN-GILL, *supra* n. (4) at 91. は、国家が移民を人種という見地からはずれて統制しておらず、移民に対する厳格な規制が国民の同一性ないし自己保存の名によって正当化される、という。そこで、問題は差別が何らかの合理的理由にもとづくか否かである、とする。そして、現行の合衆国移民国籍法の行っている移民規制には一応合理性があることを認めている

(at 93)。つまり、合衆国移民国籍法は、第一にすでに国内に居住する者の親族に優先的地位を与えており、第二に英語を話せて、文化的にはもつとも定住する蓋然性の高い者に有利な地位を与えており、第三に合衆国にとつてもつとも大きな価値がある者をきわめて優遇している。そして、第一の基準による分類は、将来の移民の多くが現住者の人口を反映するであろうことを保証するものであり、第二の基準による分類はもつとも容易に同化できる者の受け容れを保証するものであり、第三の基準による分類は先進国からの移民を間接的に促進するものであり、*id.* 同。

(59) Henderson v. Mayor of New York, 92 U. S. 259,

Chy Lung v. Freeman, 92 U. S. 275 (1875).

(60) Chae Chan Ping v. United States, 130 U. S. 581 (1889).

(61) 22 Stat. 58.

(62) See, *supra* n. (4).

(63) 22 Stat. 504.

(64) 一八六八年七月二八日の清との条約 (16 Stat. 739) の第五

条・第六条、及びこれを改正した一八八〇年一月一七日の清との条約 (22 Stat. 826) の第一条・第二条。一八六八年の条約の第五条及び第六条、一八八〇年の条約の第一条については上掲注(7)参照。また、一八八〇年の条約の第二条は、「(前略)現在合衆国に在留する中国人労働者は自己の自由な意思及び任意により行き来を許され、また最恵国待遇国の市民及び臣民に与えられるすべての権利・特権・免責・免除を与えられる

ものとす」と定めていた。

(59) The Head Money Cases, 112 U. S. 580, 599 (1884) を引用。

(99) 130 U. S. at 603-04.

(67) *Id.* at 604.

(68) Hesse, *supra* n. 5 at 1589.

(69) 130 U. S. at 609.

(70) Hesse, *supra* n. (5) at 1589.

(71) 142 U.S. 651 (1892). 事案の概要は以下のようなものである。Nishimura は一八九一年日本からサンフランシスコへ渡来し、自分は二年前に結婚し、夫はその後一年間合衆国でくらし、自分が夫の住所がわからず、ホテルへ夫から電話がかかってくるようになったこと、また二二ドル持っている旨の陳述を、カリフォルニア州移民官 (the commissioner of immigration) の面前で行ったが、移民官は彼女に上陸許可を与えなかった。その理由は、彼女が生活基盤なき者であり、かつ親類ないし友人が合衆国におらず、独力では生活できず公の負担 (public charge) になるおそれがあり、一八九一年三月三日の法律 (26 Stat. 1084) の第一条に該当する、と移民官が判断したためであった。これに対して Nishimura は、一八九一年法がデュープロセスに反している、と主張して争ったのが本件である。なおその他の争点としては、一八九一年法の第八条により移民官に与えられている事実認定権限が唯一かつ排他的なものか否か、もあつた。本判決は、後者の点を肯定し、前

者の点についても、デュープロセスに反せず合憲である」とした。

(72) 142 U. S. at 659.

(73) Fok Yung Yo v. United States, 165 U. S. 296 (1902).

この事件の原告は、メキシコに行く途中通過のためにサンフランシスコに寄港したにすぎず、入国を申請したわけでもないにもかかわらず、善意の (bona fide) 通過のみが意図されてゐるものの確信できる証拠を関税官 (the collector of customs) に提出する義務を定めた、財務長官の行政命令にもとゞき退去強制命令をうけた。そして、本件の争点も、Nishimura 事件と同じく、関税官の決定が最終的なものか否か、であつた。

(74) 以上の他入国拒否に関する判例としては Lee Moon Sing v. United States, 158 U. S. 538 (1895) (外国人の入国をまったく認めないこと、外国人が入国する期間や条件を決定すること、入国拒否や許可政策の執行を、司法審査なしに、排他的に行政官に委ねること、などを決定する権限を連邦議会には有する。このことはこれまでの連邦最高裁判所の判例により確立していることである。)\* Japanese Immigrant Case, 189 U. S. 86 (1903) (連邦議会が、合衆国への入国条件を定めること、そのための法律や規則の執行を排他的に行政官の手に委ね、司法審査を排除できること、は、本法院の諸判決により確立している。―ただし、退去強制手続では手続的デュープロセスの要請 (具体的には聴聞の権利の保障) が働くことは認め

た。Turner v. Williams, 194 U. S. 279 (1904) (外国人アナーキストの入国拒否事例であり、連邦議会の入国拒否権限については先例引用の形ですます。)

これらでは、連邦議会の入国拒否権限が既に判例上確立したものと考えられており、当該権限の根拠を探ることはしていません。

(75) 後に紹介する *Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei*, 345 U. S. 206 (1953) はこの二判決に依拠して、やはり手続的デュープロセスの要請なし」と判示した (at 212)。

(9) *See, Developments in the Law—Immigration Policy and the Rights of Aliens*, 96 HARV. L. REV. 1286, 1317 n. 23, & 1323 n. 54 (1983). もともと、そこで「入国拒否という局面においても手続的デュープロセスを保障する判例としてあげられている判例が、はたして適切なものか否かには、疑問が残る。まず *Gegiew v. Uhl*, 239 U. S. 3 (1915) の争点は移民官 (the commissioner of immigration) の決定の終結性 (conclusiveness) の意義でもって、fair hearing ではなく。そして *Chin Yow v. United States*, 208 U. S. 8 (1908), *Tang Tun v. Edsell*, 223 U. S. 673 (1912), *Kwock Jan Fat v. White*, 253 U. S. 454 (1920) の三件は、いずれの原告も中国系アメリカ人の公算が、事実関係からすると、大であり、外国人であるとの移民官側の認定自体がおかしいものである、などからすると、通常の入国拒否事件に当てはめることができるか否かは、大いに危ぶまれる。

(77) *Hesse, supra n. (5) at 1580-81.*

(78) 戦時権限にもとづく「追放」に関しては、一七九八年六月二五日の法律 (*The Enemy Alien Act, 1 Stat. 570*) にも定めがある。しかし、この法にもとづく権限は戦時ないし戦争の明らかでない急迫時に限られ、ひとたび戦争状態の終結が公式発表されるや用いることができないものであって、敵性外国人たることを理由とする「追放」と平時の「追放」との間には相当の差異があると考えられる。 *Hesse, supra n. (5) at 1583-84.*

(62) 24 Stat. 1084.

(88) *See, supra n. (7).*

(81) 32 Stat. 1213. ただし多少の変化がある。つまり、第二一条では不法に入国した者の入国後三年以内の退去強制が定められており、第二〇条では、当該外国人の入国前の特性により彼らが入国する資格なしとされる場合、そのような外国人の入国後二年以内の退去強制が定められている。

(82) 34 Stat. 898. 入国後三年以内とされている (第三三条)。

(83) つまり一八九一年法の第一一条は、「入国前の特性と入国後の行為との間の因果関係を要求しており、しかも因果関係の立証責任を連邦政府側に課していた。なお、合法的に入国を証明する責任を入国した外国人の側におき、二人以上の白人の信用できる証人を得られなければ不法入国の終結的推定が生じる」という規定が、中国人排斥諸法のうちのひとつである一八九二年五月五日の法律 (27 Stat. 25) の第六条にある。この規定の合憲性をめぐって争われたのが *Fong Yue Ting v. United*

- States, 149 U. S. 698 (1893) 以下。
- (84) 36 Stat. 263.
- (85) *See, supra* n. (81).
- (86) 36 Stat. 263, § 2.
- (87) *Id.* at § 1.
- (88) *See, supra* n. (77).
- (89) 39 Stat. 874. なお、ウィルソン大統領は、この法律はアメリカの理念及び伝統的な開放政策に反するとして、拒否権を発動したが、連邦議会はそれを打ち破った。
- (90) もっとも、たとえ「入国後五年間」などという適用期間制限がついていたからといって直ちに退去強制の規定であることにはならぬ。
- (91) つまり、「不法に入国したものとされる」という類の規定の文面ではなくなったとしようことである。
- (92) Hesse, *supra* n. (89) at 262-64.
- (93) 54 Stat. 670, § 20 (b).
- (94) 具体的には、*Id.* at § 1 に掲げられている各事項に触れたこととしよう。
- (95) *Id.* at § 36 (c) では、「入国後五年以内に虚偽の外国人登録をしたもので、そのことについて有罪判決を受けた者の「追放」を定めているが、これは入国条件違反者の退去強制の規定に属するものと思われる。
- (96) 8 U. S. C. § 1251.
- (97) GOODWIN-GILL, *supra* n. (4), 255 を参考にした。
- (98) 8 U. S. C. § 1251 (a) (3), (8).
- (99) これは一九一七年法以来定めがあるが、現行法下で追放に入るものかは確信がもてない。その理由は、入国後生じたことを立証できない事由により公の負担となった者の追放を定めているからである。
- (100) 8 U. S. C. § 1251. (a) (4), (1), (2), (3), (4), (3).
- (101) 8 U. S. C. § 1251. (a) (6), (7), (8) 及び (9). 軍の紀律をみだしたとして有罪判決を受けたこと、(17).
- (102) なお、*Id.* at (a) (1) は、それまで五年であった退去強制の適用期間制限の規定を削除した。もっとも、アナキストに関しては、一九一八年一月六日の法律 (40 Stat. 1012) の第二条で既にこのような規定が削除されていた。
- (103) 8 U. S. C. § 1254 (a).
- (104) すなわち、同条同項では、(2) で背德的犯罪者、アナキスト、麻薬常習者等重大な事由による退去強制の停止のために考慮すべきファクターを定め、またその(1) で、(2) 以外の重大でない事由による退去強制の停止のために考慮すべき要件を定めよう。
- (105) *Asimakopoulous v. Immigration and Naturalization Service*, 445 F. 2d 1362 (1971). 本件は、法務長官の裁量による退去強制の執行停止の規定 (移民国籍法の第二四四条第(a) 項) (7) 8 U. S. C. § 1254 (a) (1)) をめぐって争われた。移民不服審査委員会 (the Board of Immigration Appeals) はこの規定に基づく救済の申請を却下処分にしたが、本判決は、①

当該処分のために用いられた基準が当該規定によつては定められていないこと、②当該基準を用いることは連邦議会の退去強制政策の要請するところではないこと、を理由として当該却下処分は重大な違法性 (reversible error) 当該処分をくつがえすことができるほどの違法性) あり、とした。

- (106) 149 U. S. 698 (1893).  
 (107) 225 U. S. 460 (1912).  
 (108) 228 U. S. 585 (1913).  
 (109) Carlson v. Landon, 342 U. S. 524 (1952), Haristades v. Shaughnessy, 342 U. S. 580 (1952), Galvan v. Press, 347 U. S. 522 (1954).  
 (110) See, Hesse, *supra* n. (5) at 1580.  
 (111) この他退去強制の判例としては次のようなものがある。Li Sing v. United States, 180 U. S. 486 (1901) (中国人が不法に入国してゐるといふ理由で逮捕された場合「合法に入国してゐることを当該中国人が立証しなければならぬ」と立法するに当たつて、連邦最高裁判所により認められてきた「連邦議会権限内にある。最後に Fong Yue Ting 判決を引用してゐる。’) Zakonaité v. Wolf, 226 U. S. 272 (1912) (移民規制手続は第五修正及び第六修正のいふような刑事訴訟ではない。公平な聴聞の後に行政官が行つた事実認定は最終的とされても合憲である。’) Lewis v. Frick, 233 U. S. 291 (1914) (争われたのは一九一〇年三月二十六日の法律 (36 Stat. 263) の退去強制規定の解釈) Ng Fung Ho v. White, 259 U. S. 276 (1922)

(連邦議会は、ある外国人が合衆国に在留することが有害である」と判断した場合にはいつでも、適正な行政手続を通じて、当該外国人の追放を命じる権限を有する。以上、判例は、外国人の退去強制を命じる連邦議会権限が既に先例により確立したものと考へた」といふよう。

- (112) 27 Stat. 25.  
 (113) 原審 (the Circuit Court of the United States for the District of Colorado) の上訴人らの請求を棄却してゐた。  
 (114) 142 U. S. 651 (1892).  
 (115) 130 U. S. 581 (1889).  
 (116) 149 U. S. at 711.  
 (117) Hesse, *supra* n. (5), at 1595.  
 (118) 149 U. S. at 731.  
 (119) 34 Stat. 898. 入国後三年以内に売春宿の寄寓者 (innate) と認められた外国人女性の退去強制を定めてゐる。  
 (120) 36 Stat. 263. 内容は一九〇七年法と同じ。  
 (121) いわゆる The Chinese Exclusion Act, 22 Stat. 58.  
 (122) 225 U. S. at 469-70.  
 (123) *Id.* at 475-76.  
 (124) ただし原告はおそくとも一九〇五年一月四日には入国してゐた。  
 (125) つまり、ブナーキストという重大な事由については適用期間制限をはずしてゐないのに、売春行為關係でこれを削除したのはおかしい」といふことである。

- (126) 連邦憲法第一条第九節第三項。
- (127) つまり、原告はおそくとも一九〇五年には入国していたのであり、一九〇七年法によれば、入国後三年間という適用期間制限により退去強制を免れることができた。ところが一九一〇年法は、本節第一款で述べた如く、売春行為関係についてこの適用期間制限を削除した。そのためこのような主張となつたのである。
- (128) 228 U. S. at 590-91.
- (129) *Id.* at 591.
- (130) Hesse, *supra* n. (5), at 1624.
- (131) 326 U. S. 135 (1945).
- (132) 341 U. S. 223 (1951).
- (133) これ以外の追放に関する判例としては多くのアナキスト関係の判例があるが、注目されるのは、一〇年間在留した外国人の追放事例たる *United States ex rel. Mensevich v. Tod*, 264 U. S. 134 (1924) 及び九年間在留してつた外国人の追放を認めた *United States ex rel. Blukumsky v. Tod*, 263 U. S. 149 (1923) である。いずれの事案でも連邦議会の追放権限自体は問題とされず、手続的デュープロセスのみが問題とされた<sup>1)</sup> という特色がある (Hesse, *supra* n. (5) at 267)。その他 *Costanzo v. Thillinghast*, 287 U. S. 341 (1932) では、争われたのは純粹に法律解釈の問題のみであった。
- (134) 54 Stat. 670.
- (135) 326 U. S. at 147-48.
- (136) ここで争われた法律は、本来はこの *Bridges* の追放を目的として作られた草案の代替物であった。Bridges 本人はこのようにして巧妙に連邦議会の投げたアミの目をくぐり抜けたのだが、他の長期在留者はこの法律により追放をうけた。Hesse *supra* n. (9) at 270-71.
- (137) 39 Stat. 889.
- (138) 341 U. S. at 231.
- (139) *Id.*
- (140) *Id.* at 232.
- (141) See, Hesse, *supra* n. (9) at 269.
- (142) *Id.* at 265.
- (143) See, e. g. *Wong Wing v. United States*, 163 U. S. 228, 233-34 (1896) (十分な司法審査を受けることなく外国人が苦役 (hard labor) を課されることは第五・第六修正に反する)。<sup>2)</sup> *The Japanese Immigrant Case*, 189 U. S. 86, 100-01 (1903) (聴聞なくして追放されることなし) など。
- (144) 339 U. S. 33 (1950)。ここで問題とされたのは一九一七年の移民法 (聴聞の規定なし) と行政手続法の第五条(c) (60 Stat. 237, 240。参照 杉村敏正『行政手続法』(筑摩現代法学全集一九七三) 七七～七八頁) 及び第一条 (60 Stat. at 244, 杉村 同上八〇～八一頁) との関係であり、Jackson 判事による法廷意見は、移民法上の追放手続における聴聞 (憲法上の要請) に手続法第五条の適用がある旨判示した。法廷意見はまず、当該追放手続において聴聞を行った移民監察官が調査機能

と訴追機能の両者を営んでいると認定し、移民監察官の聴聞を手続法第五条(c)に反するものとした(339 U. S. at 45-46)。その上で、手続法第五条が追放手続にも適用あるものか否か、<sup>(145)</sup> について判断したのであるが、この点については、①手続法第五条は「法律により要求されている」聴聞についての適用を意図しているが一九一七年移民法には法律上聴聞の規定がなく、聴聞が行われるのは、憲法の手続的デュープロセスの要請に基づくものであった、このような場合、手続法第五条の適用あるか、②手続法第七条(a)の、「ただしこの法律の規定は、特に他の法律によって設けられ又は指名された委員会又は官吏が、特定の種類の手続を行うことを、全面的にも部分的にも妨げるものではない」との規定により、追放手続における聴聞は手続法第五条の要件を免れるか、という二つの問題があった。しかし法廷意見は、①については、「法律により要求される」という限定は法律以下の効力を有するもの、つまり規則等によって行われる聴聞には当該条項が適用されない、ということであり、法律以上の効力を有するものにより要求される聴聞にはやはり当該条項は適用される、とし(at 50)。②については、一九一七年移民法が移民監察官による追放手続での聴聞を定めているわけではない、との理由から、手続法第五条の適用に妨げなし(at 51-52)とした。

(145) Wong Yang Sung 判決は結局、追放について排他的な規定である一九五二年の移民国籍法の第二四二条(b) (8 U. S. C. § 1252 (b)) により廃棄されることになった。 GOODWIN-GILL,

*supra* n. (4) at 240 n. 1. もともと現行移民国籍法は手続的デュープロセスの基本的要請を満たしてゐる、といわれており、合理的な告知・聴聞(第二四二条(b)(7), 8 U. S. C. § 1252 (b)(7))、<sup>(146)</sup> 聴聞手続での弁護士をつける権利(第二四二条(c), 8 U. S. C. § 1252 (c)(2))、<sup>(147)</sup> 証拠の提出、証人の喚問(第二四二条(d)(3), 8 U. S. C. § 1252 (d)(3))<sup>(148)</sup> が定められてゐる。しかし、追放手続が民事手続とされてゐることから、例えば、追放事由は「合理的なうたがひ」を越える立証を必要とせず、「明白で、二義的でない、信憑性のある証拠」(clear, unequivocal and convincing evidence) による立証が必要とされるなど、刑事手続とは種々の差がある。 *Developments in the Law—Immigration Policy and the Rights of Aliens*, 96 HARV. L. REV. 1286, 1385-86 (1983).

(146) TRIBE, *supra* n. (18) at 281, citing Nishimura Ekiu v. United States, 142 U. S. 651, 659 (1892).

(147) 入国拒否も帰化も、最初は邦 (States) に権限があったわけだが、入国拒否や「追放」といった権限の所屬を確定したものは、根本的には Henderson v. Mayor of New York, 92 U. S. 259 (1875), Chy Lung v. Freeman, 92 U. S. 275 (1875) に求められるのに対し(本稿第一章第一節参照)、帰化の場合にはこの点連邦憲法により解決されたことと、この差異はある。

(148) この中で、市民権取消 (revocation of naturalization) のまま帰化の取消) 及び放棄 (loss of nationality) のまま国籍の喪

失)にいろいろ述べたが、必要がある。その理由は、特で *Trippe, supra n. (18)* at 283-84 が、この市民権放棄の領域での司法審査をとらえて、外国人の人権について司法部が積極的役割を果たす余地を示唆するもの、と考えてゐるからである。この点を多少敷衍して、いへば次のようにならう。つまり、本稿の結論部を先取りして、えば、移民規制権限の根拠は主権に固有な「外務権限」(Foreign Affairs Power)と、もういへば、ものに、判例上求められているといへ、このことを理由として、判例は、移民規制権限の行使に対する司法審査を抑制しているものといえる。そしてこの根拠は外交関係上の立法すべての根拠ともなっている。See, HENKIN, FOREIGN AFFAIRS AND THE CONSTITUTION, 74-75 (1972). ところが、市民権放棄と、この局面では、以上のようないわば「権力論的アプローチ」(萩野芳夫「国際化のなかの日本の国境と法」『ジュリスト』七八一号 三三頁)ではなく、「人権論からのアプローチ」を行って判例理論が展開されてきた。つまり、市民権放棄という問題については、古くから一貫して、①市民権放棄が国際社会で果たしている役割を重視して、市民権放棄事由を決定する立法部の裁量を優先させる、という立場と、②市民権放棄を国内法の問題と考え、連邦憲法による市民権の保護を重視する、という立場が相争ってきた(①の立場が法廷意見をもつた判例—*Perez v. Brownell*, 356 U. S. 44 (1958)、②の立場が法廷意見をもつた判例—*Wong Kin Ark v. United States*, 169 U. S. 649 (1898), *Perkins v. Elg*, 307 U. S. 325 (1939).

*Trop v. Dulles*, 356 U. S. 86 (1958), *Nishikawa v. Dulles*, 356 U. S. 129 (1958), *Kennedy v. Mendoza-Martinez*, 372 U. S. 144 (1963), *Schneider v. Rusk*, 377 U. S. 163 (1964), *Afroyim v. Rusk*, 387 U. S. 253 (1967), *Rogers v. Bellei*, 401 U. S. 815 (1971), *Vance v. Terrazas*, 444 U. S. 252 (1980). しかこれらすべての判決で①の立場は常に対立してゐる)。しかし、市民権放棄立法も外交関係上の行為を規制する立法であり(この点は②の立場を採る意見も認めている)、そのような立法をする連邦議会権限の根拠は、移民規制権限と同じく、主権に由来する「外務権限」である。HENKIN, *supra* at 74-75. それゆへ、移民規制権限という外務権限に基づく権限の行使については、本稿でこれから検討するように、①の立場に立つてバランスングしてきたことと、この市民権放棄についての司法審査のあり方とは矛盾するのではないか、もつといへば、移民規制権限の行使についても②の立場からのアプローチが可能ではないか、という疑問が生じてくる。

さらに、以上のように、移民規制権限と市民権放棄立法との関係は、権限の根拠が同質であるばかりではない。権限行使の相手方も、たしかに外国人と市民という差異があるが、連邦憲法の多くの規定は「市民」(citizen)と、いうことばを使わず、「人」(person)と、いうことばを使つてゐる。このことは、制憲者が市民(citizen)のことを考えなかったからではなく、権利が人(people なし person)に帰属するものと考えたから

だ」といわれており (Bickel, *Citizenship in the American Constitution*, 15 ARIZ. L. Rev. 369, 370 (1973))。それゆえ、外国人と市民という差異から、市民権放棄に関する判例の多くが②の立場をとっていることを説明することもできない、ともいえる。

しかし、以上のように補強しようする Tribe の考え方にはやはり根強い疑問が残る。それは、市民権というものの有する根本的な性格からすれば、市民権放棄についてきわめて手厚い保護が加えられても当然ではないか、という疑問ないし反論である。これは、事ごらの性格上は帰化と同一線上にあり、従つて、帰化と同様に、連邦議会の広範な裁量権に服するものと考えられることも可能な市民権取消 (revocation of naturalization) にあつても、判例はやはり積極的に市民権保護に動くべきである (See, e. g. *Schneiderman v. United States*, 320 U. S. 118 (1943), *Baumgartner v. United States*, 322 U. S. 665 (1944), *Chaunt v. United States*, 364 U. S. 350 (1960))。ところがここからも裏ひけられよう。

(149) 参照 江川英文 山田録一『国籍法』(有斐閣法律学全集 一九七三) 三四頁。

(150) See, Note, *Constitutional Limitations on the Naturalization Power*, 80 YALE L. J. 769, 786 (1971).

(151) § 202 (a) of the Immigration and Nationality Act of 1952, 8 U. S. C. § 1152 (a).

(152) 1 Stat. 103.

(153) 一八七〇年七月一四日の法律 (16 Stat. 254)。この法律は、帰化手続において虚偽行為を行った者を重罪 (felony) に処す、ということを中心たる内容としたものであるが、その第七条で、帰化資格が、アフリカ生まれの外国人及びアフリカ人の子孫にも拡張されることを宣してゐる。

(154) 一九四〇年の国籍法 (54 Stat. 1137)。

(155) 黄色人種に帰化資格を与えない、という合衆国の政策は、大部分は中国人労働者の排斥政策と結びついたものだった。The

Chinese Exclusion Acts について See, *supra* n. 48.

(156) 32 Stat. 1213, § 39.

(157) 一九〇六年六月二九日の法律 (34 Stat. 598) の第七条、一九二五年十一月七日の法律 (44 Stat. 121) の第三六四条などに受け継がれてゐた。

(158) 一九四〇年一月一四日の法律 (54 Stat. 1137)。

(159) 8 U. S. C. § 1424.

(160) たとえば一九九〇年三月二六日の法律 (1 Stat. 103, ch. 3) は、「合衆国領土内及び合衆国管轄内」の二年間の居住、同

一州内での一年間の居住を定めており、また一九九五年一月二九日の法律 (1 Stat. 414, ch. 20, § 1) も前者五年、後者一

年とつづける。

(161) なお他国の帰化政策については江川 山田前掲 (注〔149〕) 二九頁以下参照。

(162) *Chirac v. Chirac*, 15 U. S. (2 Wheat) 259, 269 (1817).

(163) Note, *supra* n. (150) at 770 n.4. この点については註題を

なるため、規定内容が一般的かつばくぜんとしたものである場合、判例の態度は一貫していない。たとえば兵役については、*United States v. Schwimmer*, 279 U. S. 644 (1929) 及び *Girouard v. United States*, 328 U. S. 61 (1946) があげられる。前者は、ハンガリー生まれの五〇歳を越えた女性が帰化申請にあたり平和主義者として（＝女性としてではなく）兵役につかないと陳述したため、一九〇六年六月一六日の法律（34 Stat. 597）のうち、「帰化申請者は、市民権を認められるに先立ち、公開の法廷で、合衆国の憲法及びすべての法をすべての敵から守ることを宣誓するものとする」という部分に反する、として申請が却下された事例である。法廷意見は、必要なときにはいつでもすべての敵から政府を守るために軍隊に就く市民の義務は憲法の基本原理である、として当該申請却下を正当とした。これに対して *Girouard* 事件は、帰化申請をした外国人が、「必要な場合あなたは国防のために軍隊につき意思があるか」という申請書中の質問に対して、宗教上の理由（*Seventh Day Adventist*）から「否」と答えたため帰化申請を却下された事例である。判旨は、「市民権申請者はすべての敵から合衆国憲法その他の法を防衛する宣誓をすべし」という法律上の要件（一九四〇年一〇月一四日の法律 54 Stat. 1157）は合衆国防衛のため軍隊に入ることを望まない者を市民権要件から排除するものではない、そのようなことが要求されていると解釈すれば「わが国伝統から急激かつ根本的に離れることになる」（at 64）から、明文でそのように定められていないかぎり、そのよ

うに推定すべきではない」とした。（その他、帰化申請手続において兵役を拒否した者に対して当該申請を却下したことを有効としたものとして、*United States v. Macintosh*, 283 U. S. 605 (1931) がある。この判決では、「帰化が特権である」と、それゆえ連邦議会が決定した条件に合致した場合のみ認められるものであること」が明確に述べられている（at 615）。）

(164) 169 U. S. 649 (1898).

(165) *Id.* at 702.

(166) 279 U. S. 644 (1929).

(167) *Id.* at 649.

(168) なお、帰化に関する判例のところで触れた *United States v. Wong Kim Ark*, 169 U. S. 649 (1898) は、事案としては市民権放棄の事案である。つまり、ここでは、合衆国に生まれながら、幼少の頃中国に渡り投票などしていた者（*Wong Kim Ark*）が市民権を失ったものとされるか否か、が争点となっている。連邦最高裁は、①第一四修正は「生まれ」のみで十分かつ完全に市民権を与えるものであること、②第一四修正は、このような「生まれ」のもつ効果を制限する権限を、連邦議会に与えていないこと、を理由として、*Wong Kim Ark* の市民権を認めた。

## 第二章 絶対的権限論 (the plenary power thesis) の形成

このことは、追放 (banishment) に関する三件の決定的な判決、すなわち *Carlson v. Landon*, *Harisiades v. Shaughnessy*, *Galvan v. Press*, 及び入国拒否事例である *Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei* を紹介検討する。第一章で述べた如く、前者の三判決以前には、連邦最高裁判所は、追放 (banishment) に関する連邦議会権限の実体的側面、すなわちその性格、根拠、制約といったものにつき、明示的に判断を下したことはなかった。そして、この三判決と最後の一つの判決により、憲法外的な権限 (主権) に由来する、完全にして無制約な、審査をうけない連邦議会権限 (絶対的権限: the plenary power thesis) が形成されたものと見える。以下では、まずこれら四つの判決を紹介する。

### 第一節 判例の紹介

#### (i) *Carlson v. Landon*, 342 U. S. 524 (1952).

##### 〔事案の概要〕

本件の上訴人は、*Carlson* を含めて四名であり、被上訴人は移民

帰化地方長官 (the District Director of Immigration and Naturalization・法務省に属する) である。上訴人は、一九五〇年の治安維持法 (Internal Security Act) の制定後、共産主義者とされ、同法の第二二条 (入国時ないし入国後アナーキストや共産主義者であることを追放事由とする) 及び第二三条 (法務長官の令状により収監された外国人の追放についての最終決定を未決にしたまま、法務長官は当該外国人を、そのまま収監し続けるか、釈放するかを決める裁量権を有する) にもとづき、追放についての最終決定を未決のまま、収監された。*Carlson* らは、自分達をとりまく状況と拘禁との間には合理的関連性がなく、当該法務長官の裁量権の行使は恣意的であり、第五修正及び第八修正違反を主張し、人身保護令状の発給を求めて、連邦地方裁判所 (the United States District Court for the Southern District of California, Central Division) に出訴した。これに対して地方長官側は、*Carlson* らが共産黨員であり、一九三〇年以来他人の教化に参加しており、これは合衆国の利益に反する行為であって、*Carlson* らの保釈が合衆国の福祉と安全を危殆にさらすと信じるにつき合理的理由あり、と主張した。地方裁判所は、保釈を禁じるに際して行使された裁量権を支持するのに十分な証拠がある、という理由で、当該訴えを棄却した。*Carlson* らは控訴したが、原審 (the United States Court

of Appeals for the Ninth Circuit) も地方裁判所の判断を維持したため、本件上訴に至っている。なお、同時に判決を下されている Butterfield v. Zydok については、連邦議会の移民規制権限に関する判示部分が重なるために省略する。

〔判旨〕

このように本件は追放の執行命令を未決のまま、当該外国人を拘留し続けることの有効性を争点とするものであったが、本判旨は、より根本的な追放権限の性格についての考え方を展開している。<sup>(8)</sup> すなわち判旨は、本件での争点について述べた後に続けて次のようにいう。

「合衆国に在留している、望ましくない外国人を追放することの基礎は、うたがわれてもいないし、再検討を必要とするものでもない。合法に入国を許可されたとき、彼らは一時的滞在者、ないし永住者として、わが国にある機会と満足とを、我々と分かちあう。そのような訪問者ないし外国人として、彼らの人格及び行為 (Persons and effects) は、我が国の法の平等な保護をうける権利を有する。しかし、外国人が市民権を獲得しない場合、彼らは、連邦議会の絶対的な追放権限に服し続ける。この権限は、いかなる非市民 (noncitizens) がわが国に残留することを許されるか、を決定する主権上の権利 (sovereign right) にもとづくものである。」<sup>(9)</sup>

そして、共産主義者の追放について、共産主義の理論及び実践行為は、政治的統制力を得るために暴力を使うことを教えてくれるものであり、そのような立場をとる外国人を追放しても非合理性や恣意性に触れるものではなく、「そのような行為をする権限を特定して与える憲法条項が欠けていても、だからといって、連邦議会の、主権の行使として外国人を処理する能力がなくなるものではない」とした。つまり、前述した連邦議会の入国拒否ないし追放に関する権限は主権に由来する。さらに、この権限は政府の政治部門に必要欠くべからざるものであり、行政官により自由に行使されるものであって、その行政官の行為に対する司法審査の機会は、連邦議会により与えられた場合にかぎられ、さらにこの場合、裁判所により一定の決定がくつがえされるのは、その決定が行政官に与えられた権限の明白な濫用の場合のみだ、<sup>(10)</sup> とし、司法審査についてきわめて抑制的な態度をとっている。

次に、本件の場合、連邦議会は行政官にいかなる権限を与え、司法審査にどの程度の機会を与えているか、につき判断している。ここで、治安維持法の第二三条に基づく法務長官の裁量権限の行使が判断されるのであるが、同条によれば、単に共産党員であった事実のみあれば、拘留してもかまわないのであるから、本件での保釈の拒否は恣意的でもなく、権限の濫用にもあたらない、<sup>(11)</sup> としている。<sup>(12)</sup>

このようにいっても、追放権限は本来連邦議会の権限であるから、この立法部の権限の行政部への委任の有効性は未だ解決されたことにはならない。判旨はこの点について、「行政庁の判断は適切な基準により制約されているゆえ、本件委任は許容できるもの<sup>(16)</sup>だ」としている。

最後に第八修正違反の主張つまり、本件拘留は過度の拘留禁止に触れる、というもの一に対しては、追放が刑事手続でない、という理由で、第八修正の要請が働かない、とした<sup>(17)</sup>。

以上のように、本件は追放権限の絶対性及び主権による由来を明白に認めたが、実体的制約を争ったものではなく、この点については未だ判示されていなかった<sup>(18)</sup>。これに関する争いが次の事件である。

(ii) Harisades v. Shaughnessy, 342 U. S. 580 (1952).

〔事案の概要〕

本件は他に Mascitti v. McGrath (法務長官) 及び Coleman v. McGrath を含むが、事案の概要は Harisades v. Shaughnessy に関してのみ紹介する。なお被上訴人 Shaughnessy は、ニューヨーク港移民帰化地方長官 (the District Director of Immigration and Naturalization of the Port of New York) である。

Harisades はギリシャ人であるが、一九一六年、一三歳の時に

父親と共に合衆国に入国し在留していた。彼には妻及び子供があり、その者達はすべて合衆国市民である。彼は、一九二五年に共産党 (當時は労働者党: Workers Party) に入党し、要職についたが、一九三九年に除名された。しかしその後も党员との協働関係を続けていた。彼は共産党の原則及び哲学に通じており、それを信じていること、暴力の使用については個人的に信じておらず、党も防衛のためにしか暴力を使用しない旨の陳述をしていた。共産党员であることを理由とする追放令状は、一九三〇年に発せられていたが、彼がさまざまな偽名を使い所在地がつかめなかったため、一九四六年まで執行されなかった。聴聞の後、彼は、入国後暴力による政府の転覆を唱導する組織の一員であった、という理由で、一九四〇年の外国人登録<sup>(19)</sup>法の第二三条により、追放を命ぜられた。そのため、人身保護令状を求めた。しかし、第一審 (the United States District Court for the Southern District of New York) 及び原審 (the United States Court of Appeals for the Second Circuit) でともに敗訴し、本件上訴に至っている。

〔判旨〕

本件での争点は三つに分けることができる。

- ① 上訴人は、長期在留のための入国許可を得たことにより、合衆国市民と同等の、残留する権利を、既得権として獲得し、市民と

同程度の憲法上の保護をうけることができるか否か。

② 当該法は第一修正を侵すものか否か。

③ 当該法の上訴人への適用は、事後法の禁止（連邦憲法第一章第九条第三項）に当たらないか。

以下ではこの三つに分けて判旨を紹介する。

① 長期在留と、既得権としての残留権

この問題は、連邦議会の追放権限とその実体的制約、つまり実体的デュープロセスの問題であって、前述した通り、この点については連邦最高裁は何ら判示しなかった。

判旨はまず、上訴人が合衆国市民権を得ようとするればできたのにそれをせず、自己の国籍を保持し続けたことをとらえて次のようにいう。

「人が、アメリカ在留者であるが外国人でもある、という二重の地位を続ける限り、彼は二つの法源—アメリカ法及び国際法—から利益を得るであろう。彼は、市民には用いることのできない、合衆国政府に対する保護（「外交的保護のこと・著者注」）を要求できる。外国人である彼は、彼に有利な外交上の干渉を、外国の市民であるという地位に基づき要求することができるのであり、これはしばしば相当の価値のある保護である。」<sup>(20)</sup>

また、ある状況下では、外国人は兵役を免れることができる、と

いうことも、長期在留外国人が追放を免れることのできない理由とされている<sup>(21)</sup>。そして、一般的に市民と外国人との地位の同等性について、次のようにいう。

「合衆国の法の下では、外国人は、ある面では市民と同じ立場に立っているが、他の面では、市民と法的に同等と考えられてはこなかった。外国人がこのような不明瞭な地位にとどまり続けることは、彼の権利ではなく、政府が許容するか否かの問題である、ということが最も重要である。連邦政府がその保護を終結させる権限は、本法院により当初から認められたものである。」<sup>(22)</sup>

このように外国人に残留権がないことを示した後、連邦政府の追放権限の性格及びそれに対する司法審査について判示している。まず追放権限については、主権に固有なものだ、とし、司法審査の範囲については、次のようにいう。

「外国人についての政策は、外交関係上の行為、戦争権限及び共和政体の維持といったことに関して同時に発生する政策と、複雑にからみ合っている。このような事項は政府の政治部門（the political branches of government）に排他的に委ねられており、司法審査を大きく免れる。」<sup>(23)</sup>

この考え方の基本にある思想が、この第一の争点に関する結語の部分に現われてくる。

「多くの外国人の世界的な地位改善がいかに望ましいものである」と、本法廷は、このことは国際外交の問題であると考へる。それは司法部の判決により先鞭がつけられるべき問題ではない。もし司法部が先鞭をつければ、外国の合衆国市民が何ら特権・免責を得られず、ただ合衆国政府から、防衛及び報復の力を奪うのみである。この分野での改革は、外交関係及び条約作成権限を行使しながら、連邦政府の（政治）部門にまかせなくてはならない。」

かくして判決は、連邦議会の追放権限に対する、第五修正の due process 条項にもとづく実体的制約を認めなかった。

② 当該法は第一修正を侵すものか。

この点につき判旨は、第一修正が暴力による政府の転覆まで保護するものではないこと、また暴力の行使を誘発される言論も保護されないこと、から、結論として、外国人が入国後共産党員であり、共産党が暴力による政府の転覆を提唱していた場合には、党員であったことを理由とする追放を免れない、とした。<sup>(26)</sup>

③ 当該法の上訴人への適用と事後法の禁止

これが問題となるのは、上訴人が一九三九年に党から除名されていたにもかかわらず、追放は一九四〇年の外国人登録法の第二三条を根拠法令としており、しかも、過去共産党員であったことを理由とする立法がそれまでなかったことによる。

判旨は、まず、連邦議会が、共産党員となれば追放をうけること

を外国人に警告し続けて<sup>(28)</sup>、当該法の制定前に合法であった行為を罰したり、刑罰を加重するものではないから、そもそも事後法ではない、とし、仮に事後法に当たるとしても、外国人の追放は刑事手続ではないから、連邦憲法第一章第九条第三項という事後法の禁止に触れない、<sup>(30)</sup> という論理構成をとり、結局、かつて共産党員であった者が、脱退ないし除名後も追放に服するか否かは、連邦議会の裁量事項である、とした。<sup>(31)</sup>

(iii) Galvan v. Press, 347 U. S. 522 (1954).

本件は、(ii)の事件のように連邦議会の追放権限の実体的制約が争点とされたものではない。しかし、移民規制に関する連邦議会の絶対性を述べる上でよく引用されるフランクファーター判事の法廷意見が、これまで紹介してきた追放権限論、ひいては移民規制権限論を総括し、絶対的権限論を明確に展開していると思われるため、ここで紹介する。

〔事案の概要〕

上訴人 (Galvan) は、メキシコ生まれの外国人であり、一九一八年に合衆国に入国した。以後、短期間メキシコを訪れた以外は、合衆国に居住していた。一九四八年に移民帰化局 (Immigration and Naturalization Service) により審問をうけた際、彼は一九四四年から四六年までの間共産党員であった旨陳述した。そのた

め、(おそらくは一九四〇年の外国人登録法<sup>(32)</sup>にもとづき)一九四九年三月、追放令状が送達され、同じ日に追放のための予備的聴聞が行われ、さらに一九五〇年十一月、二度目の聴聞をうけた。その後、検査官 (examining officer) は、新たな追放事由—一九五〇年の治安維持法 (Internal Security Act)<sup>(33)</sup> により追放事由とされ、入国後共産党員だったことがある、ということ—を追加した。

二度目の聴聞のときに提出された証拠は二つあった。ひとつは、一九四八年、移民帰化局により審問をうけた際の彼自身の証言である。そこで彼は共産党に加わった時と場所について証言しており、また、帰化を申請しなかった理由が、かつて共産党員であったことが露顯することを恐れたためであったこと、などを陳述していた。もっとも一九五〇年の聴聞ではこの陳述をくつがえし、一九四八年の聴聞での質問は労働組合活動に関するものだと思っていた、と主張した。もうひとつは彼が役員 (officer) に選出された旨の証言である。もっとも彼自身はこの証言を否定した。

この二つの証拠に基づき、聴聞官 (the Hearing Officer) は、Galvan が一九四四年から四六年までの間共産党員であったことを理由に追放を命じた。これに対して彼は人身保護令状を求めて出訴したが、第一審 (the United States District Court for the Southern District of California) 及び原審 (the United States

Court of Appeals for the Ninth Circuit) では彼の主張が容れられず、本件上訴に至っている。

#### 【判旨】

この争点は、①一九五〇年の治安維持法 (Internal Security Act) の解釈のし方、及び②事後法の禁止に触れるか、である。

#### ① 一九五〇年の治安維持法の解釈

Galvan の追放命令は、入国後共産党員であったこと (第二二条の第一項に)、及び第二二条の四 (a) に基づいて発せられたものだった。これについての Galvan 側の反論は、(1) 党員だったことの証拠がない、(2) 当該法にいう「党員」とは「関係を結ぶこと」 (affiliation) より強いつながりを意味し、組織との明確かつきわめて強度の (serious) 関係をいう、(3) 単に共産党員であったことのみを理由とする追放は、追放権限の合理的な目的との合理的関連性を欠き、政府転覆を提唱しない者まで追放するものであって、恣意的な権限濫用である、(4) それゆえ、当該法は、党が暴力を提唱していることを知っていた党員にのみ適用されるべきだ、などというものだった。要約すれば、党が政府の暴力転覆を提唱していることを知らなかった外国人を、当該法にもとづき追放することはできない、そのような者を追放すれば第五修正のデュープロセスを侵す、という主張であった。<sup>(34)</sup>

これに対して判旨は(1)一九五〇年以前の司法部及び行政部の決定が、暴力による政府転覆という目的を知らずに入党した外国人も追放の対象としていたこと、<sup>(35)</sup>(2)党のプログラムや目的を知って入党したと考えれば十分であること、<sup>(36)</sup>(3)結局、暴力についての共産党の思想を支持する、あるいは知っていることが示されている、ということとは、一九五〇年の治安維持法の第二二条の一第二項(c)及び同条の四(a)による追放の必要条件ではないこと、<sup>(37)</sup>とした。

本件で問題とされている、外国人の入国許可及び残留権に対する連邦議会の権限は、国家の主権のもつ諸側面、特に外交関係と国家安全に触れるものであり、きわめて広汎なものだ、と判旨は考え<sup>(38)</sup>た。<sup>(39)</sup>この点に関してフランクファーター判事は、次のようにいう。

「連邦議会権限のすべて―戦時権限さえ―に対する制約としての実体的デュープロセス概念の拡大にかんがみて、もし我々が白紙に書いていとすれば (were we writing on a clean slate: この点に関する先例がなければ、ということ) デュープロセス条項は、外国人の入国及び追放を規制するにつき連邦議会が有していることがこれまで認められている、政治的裁量を制約する、という考え方には、賛成できる多くの点がある。そして、追放から生ずるきびしい結果は犯罪に対する刑罰ときわめて近いゆえに、事後法禁止条項は、刑罰法規にのみ適用できるものであつても、追放にも適用されるべし、と云うのが公平かもしれない。

しかし白紙状態ではないのだ (the state is not clean: 多くの先例が蓄積されている)。審査に服する連邦議会権限の程度に關しては、単に『歴史のページ』があるだけではなく、全巻そろっている。外国人の入国及びわが国に残留する権利に關する政策は、特に政府の政治行為 (the political conduct of government) に關係している。これら政策を実行するに際しては、連邦行政部はデュープロセスの手続的保護に注意しなくてはならぬ (The Japanese Immigrant Case, 189 U. S. 86, 101 (1903), Wong Yung Sung v. McGrath, 339 U. S. 33, 49 (1950))。しかし、これら政策の作成が連邦議会に排他的にゆだねられている、ということ、及び事後法禁止条項が追放に適用なし、<sup>(40)</sup>ということは、判例により確立している。」

このようにフランクファーター判事は、連邦議会の追放権限に対する、実体的デュープロセスに基づく制約にかなり気を配りながらも、結局、この問題は既に多くの先例により決定されていると考<sup>(41)</sup>え、その権限の無制約性を承認したものと<sup>(42)</sup>いえる。

② 事後法の禁止に<sup>(43)</sup>触れるか。  
引用した部分で触れているように、判旨は、事後法の禁止が追放規定に適用されず、このことは既に先例により確立している、と考<sup>(43)</sup>えた。

(iv) *Straughnessy v. United States ex rel. Mezei*, 345 U.

S. 206(1953).

本件をここで紹介する理由は、法廷意見が主権に由来する絶対的権限論を展開していること、入国拒否という局面での手続的制約が決定的に否定されたこと<sup>(44)</sup>、及び強力な反対意見が付されていること<sup>(45)</sup>にある。

Mezei はハンガリーないしルーマニア生まれの外国人である。ニューヨーク州バッファロー市で一九二三年から四三年までの間在留しており、一九四八年、ルーマニアで死んだ母親の墓参のため、出国した。一九五〇年にニューヨークへ戻ったが、法務長官は一九四一年六月二日の法律の第一条及び同条に基づく行政命令<sup>(47)</sup>により、聴聞手続をとることなく入国拒否命令を発した。その理由は、信頼できる情報により、入国拒否事由の開示が公の利益に反すると認められたからであった。もっとも Mezei の受入国が見つからなかったため、入国拒否命令を執行し退去強制させることができず、拘留状態は二年間続けられた。

Mezei は人身保護令状を求めて出訴した。第一審 (the United States District Court for the Southern District of New York) は、五千ドルの保釈金を支払えば一時的入国許可が認められる旨の判決を下した。合衆国側 (Shaughnessy は移民帰化地方長官) は控訴したが、原審 (the United States Court of Appeals for

the Second Circuit) は保釈条件の再考を求めて差戻したため、第一審の連邦地方裁判所は、保釈金三千ドル及びニューヨーク・バッファローで在留することまで認めた。これを不服として合衆国側が上訴したのが本件である。

上訴人側は、①いったん入国した後の追放手続で聴聞が行われなくてはならないことは先例で確立しているが、入国前の外国人には何ら手続的保障が及ばないこと、②連邦議会の権限に従って行政部が行使した裁量権には司法審査が及ばないこと、③情報の開示を認めることになれば、司法部が国際関係上のリスクを判断したことになること、④結局、合衆国は、連邦議会ないし行政部を通して、外国人の入国拒否及び入国許可条件を自由に決定できること、を理由として、Mezei に対する聴聞の拒否を正当化しようとした。

これに対する被上訴人側の主張は、①二年間に及ぶ拘留が不合理であること、②受入国がないから退去強制を受けられないこと、であった。

判旨は上訴人側の主張を全面的に容れ、原審を破棄した。判旨は、まず一般論として、外国人を追放しもしくは入国拒否する権限が主権の基本的属性であり、この権限は政府の政治部門 (the political branches of government) により行使されるものであり、司法審査を大きく免れる<sup>(48)</sup>とした。この前提に立って本件聴聞

拒否に関する判断に入る。判旨は、入国後の追放における手続と、入国前—新規入国・再入国にかかわらずの手続とを分け、前者については、不法入国者の追放であっても、デュープロセスに内包されている公平 (fairness) から生じる・伝統的な基準に合致した手続によらねばならないが、入国前の外国人に関しては、「連邦議会が決めた手続は何であれ、それがデュープロセスである」から法務長官の法律上の権限が最終的かつ終結的である場合、法務長官は自己の決定を基礎づける証拠を開示する必要がなく、裁判所はこの法務長官の決定を再審理できない、とした。

本件には、ブラック判事 (ダグラス判事同調) の反対意見、及びジャクソン判事 (フランクファーター判事同調) の反対意見がある。いずれの反対意見も、本件のように拘留が無期限にも及びかねない場合には、当該外国人は入国拒否事由について告知され、それをくつがえすチャンスが与えられねばならない、という骨子であった。

この強力な反対意見にもかかわらず、法廷意見は、移民規制に関する連邦議会の絶対的性情を前提に、法務長官の裁量権限の行使を認めた。

## 第二節 本章のまとめ

(I) 以上の四判決の特色は、入国拒否及び追放に関する連邦議会権限を、連邦憲法の中にある何らかの条項に求めようとせず、憲法外的な主権概念により正当化し、それに由来する、としたことである。このような論理構成をすることにより、司法審査の範囲はいちじるしく制限され、帰化に関する連邦議会権限と合わせて、移民領域における連邦議会の絶対的権限論が形成されたものといえる。

もちろん、このような論理構成に対しては、移民規制権限が主権の本来的属性であるということと司法部及び憲法の作用が及びえないということとの間には、何の関係も存在しない、という批判がなされることになる。

注意すべきことは、移民領域とは、外国人の帰化・入国拒否・追放に関する領域のことであり、特に在留外国人の連邦議会による規制については、第三章で検討するように、明示的なものとして、連邦議会権限の絶対性という考え方は示されていない。

(II) このように移民領域に関する連邦議会の絶対的権限を認めたととして本章で扱った四判決は、このことがすでに先例により確立されたものとして多くの判例を引用するのであるが、第一章で検討したように、それらの事例は、制度の性情が異なると思われる入国拒否ないし退去強制 (ejection) に関するものしかなく、一九五二年以前に争われた追放 (banishment) の事例は、法律解釈を中心

とした、手続的適正に関するものであって、適切な先例となり得るかどうかの疑問が提示されている。<sup>(54)</sup>

(III) しかし、絶対的権限論により司法審査が事実上放棄されたのは、移民領域での連邦議会の権限行使に対する実体的制約に関してであって、手続的制約を免れない。<sup>(55)</sup>

(IV) ただ、なぜ手続的制約のみが残るか、についての論理を連邦最高裁は明らかにしていない。

しかし、おそらくこれは絶対的権限論の保護法益に由来するものと思われる。絶対的権限論により保護されるものと判例が考えている利益は、連邦議会の外交政策決定権限である。司法審査が移民政策の実体面まで及べば、当然外交政策についての連邦議会権限が侵される。これを侵さないものと認められた制約が手続的保障であったと思われる。この限りでは、入国拒否も追放も手続的制約が課せられてよいはずである。

ところが、連邦最高裁は、入国拒否された外国人は合衆国に入国したものではないから憲法の適用される領域外にある、として、手続的保障も認めなかった。しかしこれに対しては、フィクションであるとの批判がある。<sup>(56)</sup>

(V) Henkin 教授は、このような外交関係上の行為を規制する立法の根拠として、主権に固有の「外務権限」(Foreign Affairs

Power) という考え方を主張する。<sup>(57)</sup> しかしながら、教授によれば、この権限に憲法による制約が及ばないと考えるのはあやまりだ、と<sup>(58)</sup>いう。当該権限行使が「法律」という形であらわれてくるからには、非合理的・恣意的なものであってはならず、選択された手段は、達成されんとしている目的と、真の・かつ実質的な関係を有していなくてはならない、という実体的デュープロセスの要請が働かなくてはならない、とする。<sup>(59)</sup>

(VI) 以上のような性格を有する絶対的権限論と政治問題の理論との関係はどうであろうか。より問題を具体的に述べれば、入国拒否という局面ないし追放の実体的側面が争われた場合、連邦最高裁の判例は、裁量構成を採用しているのか、政治問題と考えているのか、ということになる。この点について、小林節氏の最近の研究<sup>(60)</sup>によれば、古くからの政治問題についてのアメリカでの研究でも、見解は一致していないようである。小林氏御自身は、判例は政治問題と判断していない、と分析しておられ、その理由として、外国人の権利<sup>(61)</sup>について判断しているものもあることを述べられる。<sup>(62)</sup>私見も同じだが、その理由は、外国人の権利について判断していること、他、当該権限の所属について判断していること、判例で政治問題理論を用いることを明示したものはないこと、などもあるが、究極的には、入国拒否や追放を争う手段が主に habeas corpus の請求である。<sup>(63)</sup>

ということが挙げられる。このような次第で、連邦最高裁は、移民規制権限の行使に対して、裁量権限内である、という判断を重ねてきたのであり、判決の内容からすれば、その裁量を「完全な」自由裁量と評されても—少なくとも入国拒否権限の行使の場合及び追放権限の実体的側面については—止むを得ないとしても、理論上は違法判断の余地が存するものと思われる。

(1) Hesse, *The Constitutional Status of the Lawfully Admitted Permanent Resident Alien: The Inherent Limits of the Power to Expel*, 69 YALE L. J. 262, at 271 (1959).

(2) 342 U. S. 524 (1952).

(3) 342 U. S. 580 (1952).

(4) 347 U. S. 522 (1954).

(5) 345 U. S. 206 (1953).

(6) 参照 本稿序 注(4)。

(7) 一九五〇年九月二八日の法律 64 Stat. 987.

(8) Hesse, *supra* n. (1) at 273.

(9) 342 U. S. 524, 534 (1952).

(10) *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.* (299 U. S. 304 (1936)) など。判例が引用された。事案は移民規制に関するものではないが、移民規制に関する事案で引用されることの多い重要な判例であるため、比較的细节

に紹介しておく。事案は、大統領が、戦争当事国への武器輸出の禁止が和平の確立に寄与すると認定した場合に、武器輸出を禁止、その違反者に刑罰を科する旨の両院共同決議（一九三四年五月二四日の決議、48 Stat. 811）に関するものである。

*Curtiss-Wright Export Corp.* はこの決議に反して武器を輸出し、起訴されたが、これに対し、当該決議が違憲の権限委任であると争った。原審では合衆国側が敗訴したため、武器輸出禁止政策に中立政策が脅かされ、上訴した。連邦最高裁は原審の判断をくつがえした。判旨はまず、連邦政府の対外的権限と対内的権限は起源も性格もがっている、という前提から出発する (at 315-16)。そして、対内的権限は連邦憲法上特に明示されたもの以外にはないが (at 316)、対外的権限は、連邦憲法により明示されていないが、国家という概念から本来分けることができないうものとして存在しうる、という (at 318)。そして、そのようなものとして、外国人の退去強制権限 (*Fong Yue Ting v. United States*, 149 U. S. 698, (1893)) を掲げよう。

このような事項にかかわる権限行使においては、大統領は、立法部により委任された権限のみならず、連邦政府の唯一の機関として絶対的・排他的権限を持っている (at 319-20) という点を、種々の歴史上の証拠をめぐり例証しようとする (at 319-21)。そして最後に *Mackenzie v. Hare* (239 U. S. 299, 311 (1915)) の以下の部分を引用する (at 322)。

「一個の政府として、合衆国は主権のすべてを有す

る。わが国は国家たることの性格を有してゐるので、国家のもつ権限、特に他国との関係及び交流に関する権限をもつ。我々（＝連邦最高裁）は、そのような権限を制約することにきわめて躊躇すべきだ。」

以上のような論理で判旨は、当該共同決議及びそれにより科せられた会社への刑罰を支持した。

なお、この法廷意見が「理論上は「主権」ということばのちがひなつた意味を無視しており、歴史叙述の点ではまったく誤つてゐる」との批判がある。(Lofgren, *United States v. Curtis-Wright Export Corporation—An Historical Reassessment*, 83 YALE L. J. 1 (1973), 前者の *United States v. Curtis-Wright Export Corporation*, 342 U. S. at 13 以下、後者の *United States v. Curtis-Wright Export Corporation*, 342 U. S. at 536-37.)

- (11) 342 U. S. at 536-37.
- (12) *Id.* at 537.
- (13) *Id.* at 540.
- (14) *Id.* at 541.
- (15) すなわち、ある外国人の行為が何らかの特定の破壊行為ないしは破壊活動に実際に刺激を与えたことが立証されなくても、法務長官は保釈を拒否してかまわなう、ということである。  
*Id.* at 542.
- (16) *Id.* at 544.
- (17) *Id.* at 544-46.
- (18) *Hesse, supra* n. (1) at 276.
- (19) 54 Stat. 670.

- (20) 342 U. S. at 585.
- (21) *Id.* at 586.
- (22) *Id.* at 586-87.
- (23) *Id.* at 587-88.
- (24) *Id.* at 588-89.
- (25) *Id.* at 591.
- (26) *Id.* at 592, citing *Dennis v. United States*, 341 U. S. 494 (1951).
- (27) 54 Stat. 670.
- (28) 342 U. S. at 593.
- (29) *Id.* at 594.
- (30) *Id.* at 594-95.
- (31) *Id.* at 595.
- (32) 54 Stat. 670. いかなる法律上の根拠によりこのときの追放命令が発せられたのかは判決の文面からは明らかでない。
- (33) 64 Stat. 987 の第二二条の「第二項(c)及び同条の四(a)」。
- (34) このような主張を行つて外国人が追放を免れたのが *Bridges v. Wixon* (326 U. S. 135 (1945)) であつた。
- (35) 347 U. S. at 528.
- (36) *Id.*
- (37) *Id.*
- (38) *Id.* at 530.
- (39) 本判決も一般論として、「外国人といへども第五修正にいう「人」(person) にあたり、生命・自由・財産に対する保護を

享受する」といふことである。Id.

(40) *Id.* at 530-32.

(41) *Hesse, supra n. (1)* at 288.

(42) 一九五〇年の治安維持法 (Internal Security Act) によりはじめて、共産党員が暴力による政府転覆を提唱するものであることについて連邦政府側が立証する必要がなくなり、そのため事後法の禁止が争点とされた。

(43) なお参照 347 U. S. at 531 n. 4.

(44) 一九五三年には、入国手続においても聴聞が必要とされ、それは憲法及び法律により要求されることである、とした判決も出された。Kwong Hai Chew v. Colding, 344 U. S. 590 (1953). 事案の概要は以下のようなものであった。Kwong Hai Chew は一九四五年に合衆国に入国した、永住目的の在留外国人 (permanent resident alien) である。彼は一九五〇年、商船の乗員として雇われ、極東諸国に寄港して合衆国に帰国したが、未だ船上にあつた翌年三月、最終的には法務長官により、理由等をいささか知らされることなく、入国を拒否された。そこで法務長官が依拠した行政規則によれば、法務長官の命令により、移民不服申立委員会による聴聞なくして、入国拒否できる特別な場合が定められており、その特別な場合とは、当該入国拒否決定の根拠となつた情報が機密に関わる (confidential) もので、しかもその開示が公的利益に反する場合であつた。

以上の如き入国拒否決定に対し、Burton 判事の法廷意見は、

入国拒否の場合であらうと追放の場合であらうと、当該命令に反対する機会なくして、また彼に対する告知なくして、彼を拘留することはできない、これは法の解釈でもあるし、手続的デュープロセスの要請するところでもある、としたのであつた (at 598)。なお、本判決の反対意見は一名のみである。

(45) この時期の入国拒否の判決としてもう一つ注目し値するものは、United States ex rel. Knauft v. Shaughnessy, 338 U. S. 537 (1950) である。

上訴人は、いわゆる戦争花嫁であり、合衆国市民と結婚後合衆国への入国許可を求めたが、聴聞も受けることなく、最終的には法務長官により、入国を拒否された。その理由は、聴聞により彼女の入国拒否事由を開示することが合衆国の利益に反する、というものであつた。そこで彼女は人身保護令状を求めて出訴したが、第一審 (the United States District Court for the Southern District of New York) 控訴審 (the United States Court of Appeals for the Second Circuit) ともに敗訴、上訴した。

事件の解決としては、判旨は、外国人の入国許可・拒否権限が適法に委任された行政官の決定が最終的かつ終結的 (conclusive) なものであつて (at 543)、裁判所は、法により明示の権限が与えられていないかぎりこの決定を審査できなから (at 546-47)、としたのであるが、この結論を出す前提として、判旨は、United States v. Curtis-Wright Export Corp., 299 U. S. 304 (1936) を引用して、行政部に固有の入国拒否権

限がある (at 543). と考えていることが特徴的である。この判決以外では、行政庁の入国拒否権限を固有の行政権限とした判例はない、といわれているからである。Hesse, *The Constitutional Status of the Lawfully Admitted Permanent Resident Alien: Pre-1917 Cases*, 68 *YALE L. J.* 1578, 1602 (1959).

(46) 55 Stat. 252.

(47) この法律の第一条第(a)項は、一九四一年五月二十七日に大統領により宣せられた戦争状態の継続中、大統領が合衆国の利益に反すると認定した外国人の入国を拒否するものである。これは本件の発生時まで続けられており (66 Stat. 54, 96, 137, 330) この法律上の権限により大統領命令 No. 2523 (6 Fed. Reg. 5821) が発せられており、それによれば、ある外国人の入国が合衆国の利益に反すると國務長官が認定した場合、國務長官は、法務長官の同意を得て、その入国拒否に関する手続を定められるものとする、としていた (8 C. F. R. § 175)。そして、國務長官は、これに基づき、聴聞による、入国拒否理由の開示が公の利益に反するとの信用できる情報に基づき決定した場合の聴聞の拒否を定めた (8 C. F. R. § 175, 57)。 (*in* Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei, 345 U. S. at 210, n. 7, 211, n. 8 44c)

(48) 345 U. S. at 210.

(49) 判旨は再入国を求める外国人と新規入国を求める外国人とを区別しなかつた。 *Id.* at 213.

(50) *Id.* at 212.

(51) *Id.*

(52) ブラック判事の反対意見にうつづは、 *id.* at 218. シヤタンの判事の反対意見にうつづは、 *id.* at 219-20, 227 参照。両者のうちが、前者の考え方には入国拒否権限への実体的制約の成立の余地が読みとれるのに対して、後者がはつきりその余地を認めていない点にあるかと思ふ。

(53) *Developments in the Law-Immigration Policy and the Rights of Aliens*, 96 *HARV. L. REV.* 1286, 1315 (1983).

(54) See, Hesse, *supra* n. (1) at 271-72, 273-74, 281, 289.

(55) 現行の追放制度が手続的デュープロセスの基本的要請を満たしていること等については、参照、本稿 第一章 注 (14)。

(56) See, Note, *The Constitutional Rights of Excluded Aliens: Proposed Limitations on the Indefinite Detention of Cuban Refugees*, 70 *GEO. L. J.* 1303, 1322-27.

(57) HENKIN, FOREIGN AFFAIRS AND THE CONSTITUTION, 74-75 (1972).

(58) *Id.* at 252-53.

(59) *Id.* at 256. ただし Henkin 教授が、違憲とされるのが国法の経済規制より少なう (つまり事実上はほとんどなく) であらうことは認めている。

(60) 小林節「アメリカ合衆国における「政治問題」の法理に関する学説の検討」(『法学研究(慶大)』第五三巻一二号) 三二二頁。

(61) 反対 諸根貞夫 「外交事項に関する司法的判断と「政治問題の法理」の意義」『早大大学院法研論集』第二十一号 三一九頁）三三九頁。

(62) 小林節 「アメリカ合衆国における「政治問題」に関する判例の動向と実態」『法学研究（慶大）』第五三卷三零八—一頁）一〇三頁。

(63) See, Note, *Deportation and Exclusion: A Continuing Dialogue between Congress and the Courts*, 71 YALE L. J. 760, 786 n. 126 (1962).

(64) 小林 前掲注 (62) 一〇三頁。

### 第三章 絶対的権限論と在留外国人の法的地位

本章の目的は、絶対的権限論の法理が当初形成された適用領域を超えて適用された例として、在留外国人の法的地位に関する連邦政府の規制という問題をとりに上げることである。この問題は、一九七六年になるまで直接的には連邦最高裁に登場せず、それ以前の事例はすべて州による規制に関するものであった<sup>(1)</sup>。そして、これらの州の規制に関する事案においては、「外国人を基準とする差別はうたがわしき差別 (suspect classification) である」という<sup>(2)</sup>、Graham v. Richardson<sup>(3)</sup> 事件に代表される理論が形成されてきたとされる<sup>(4)</sup>。そこで本章では、はじめに Graham 判決以前の重要判決をとり上

げ、次に Graham 判決及びそれに続く一連の事案を紹介し、州による在留外国人差別立法に対する連邦最高裁の理論を検討する。その後、連邦政府による在留外国人差別行為に対する一九七六年の連邦最高裁の判旨と下級審の判例理論を踏まえて、在留外国人の法的地位の問題と絶対的権限論の法理との関係を考察する。

#### 第一節 Graham 判決以前の連邦最高裁の判例

##### 一 州政府による外国人差別立法

第二次世界大戦以前、外国人に対する州ないし市の差別行為が連邦最高裁で無効とされたのは、わずかに二件であった。しかし、大戦が終了し、平等保護を「憲法上の論拠」としては、通常最後にたよるべき手段」と考えられていた時代が終るとともに、最高裁は、外国人差別に対し疑いの目を向けるようになったといわれる<sup>(5)</sup>。ここでは、まず第二次大戦前の各二件の合憲判決を紹介し、次に第二次大戦後の二件の違憲判決の理論構成を検討する。

##### 第一款 第二次大戦前の違憲判決

ここでは第二次大戦前に下された、ただ二つの違憲判決すなわち Yick Wo v. Hopkins<sup>(6)</sup> 及び Truax v. Raich<sup>(7)</sup> を紹介する。前者

は、外国人も第一四修正にいう「人」(Person)であり、それ故州政府による不合理な差別をまぬがれるものと明言した点、後者は、連邦の専占 (preemption) の理論に基づく平等保護という、以後の州政府による差別に対する司法審査基準の基本ともいえるものを提示した点に重要性がある。

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

上訴人は、中国生まれの中国人であり、一八六一年にサンフランシスコ市へ来た在留外国人 (resident alien) である。彼は、過去二〇年間にわたりクリーニング業を営んでおり、市条例に従って、一八八四年には消防局 (the board of fire warden) 及び厚生局 (the health office) から免許を得ていた。この免許は、翌一八八五年に期限切れとなり、当局に免許更新を申請するも却下された。しかし、その後も上訴人は営業を続けたため、無免許営業を理由に市条例により罰せられた。この事実の経緯から、原審 (the Supreme Court of California) は、市当局の申請却下を有効な規制権の行使と判断した。しかし、事件の背景には、中国人クリーニング業者排斥の思惑があり、この点も事実認定されていた。このような事実から、本件判旨は、一般論として前述した第一四修正の保護が、人種、ハダの色、国籍などと無関係に、連邦政府の管轄権内のすべての人に適用されるとした。<sup>(10)</sup> そして、具体的に、本件の上訴人

が法の平等保護を侵されているか否か、について、上訴人が免許をうけるためのすべての条件を満たしており、免許の申請を却下される理由がなく、さらに免許申請却下が中国人に対してのみ行われており、同じ状況下にある市民には却下がなされておらず、その理由は、上訴人が属する人種・国籍に対する歴史的な憎悪しかない、として、このような差別行為を、第一四修正に反して違憲、とした。<sup>(11)</sup>

このように、本件は州(ないし市)の立法行為が問題となつたものでなく、行政庁の裁量行為が平等保護に反するか否か、が争われたものゆえ、本章のテーマとは直接関係はないが、一般論として外国人が第一四修正の平等保護の対象であることを示した先例としてしばしば引用されるものであるため、紹介した。

(ii) *Truax v. Raich*, 239 U. S. 33 (1915).

本件は州法の平等保護が争われ、かつ違憲とされた、第二次世界大戦以前の唯一の判決である。

被上訴人 (Raich) はアリゾナ州に居住していたオーストリア人であった。彼は上訴人 (Truax) により、ピズビー市でコックとして雇われていた。ところが一九一四年一月四日、アリゾナ州議会は、五人以上の労働者を雇う者に対して、八〇%以上市民を雇わなければ、罰金ないし拘禁を課する旨の法律を制定した。そのため上訴人は刑罰を課せられることを恐れて被上訴人を解雇した。これ

に対して被上訴人は、当該法律が彼に平等保護を拒み、第一四修正に反する、と主張して出訴した。<sup>(12)</sup>その他、州法務長官及びカウンティ公訴官 (county attorney) は、上訴人が州法の要件に従っていないければ訴追を行うであらうから、そのような訴追を避けるために被上訴人を解雇しようとしたのだ、として、訴えの相手方とされた。原審 (三人構成の連邦地方裁判所) は訴えを認容したため、<sup>(13)</sup>Truax が本件上訴に至った。

判旨はまず、*Yick Wo v. Hopkins* と同じく、<sup>(14)</sup>外国人も第一四修正により法の平等保護を受ける権利を有する、とし、本件差別の合憲性をさぐる。そして、当該州法の目的は、単にある者が外国人だということのみを理由として彼を差別するものであり、他方当該州法により外国人が拒否される利益は、社会のごく普通の職業で生活のために働く権利という、個人の自由の基本であり、このような差別は州の規制権の行使としては正当化できないものだ、<sup>(15)</sup>という。さらに、移民規制権限は連邦政府に排他的に帰属するものであり、もし本件のような差別政策が認められるとすれば、連邦議会諸法により合衆国に入国を合法に許可された者が、その入国許可により与えられた特権を完全には享受できなくなり、移民規制に関する連邦政府の排他的権限を侵すことになる、<sup>(17)</sup>として、当該州法を違憲・無効とした。ただし本判旨では、公有地・公の財産といった、その享

受が市民に限定されるものの分配や規制については、市民権要件を課することが許される余地のあることを認めた。<sup>(18)</sup>

以上のように本判旨は、州法の違憲の理由として、第一四修正の平等保護違反及び連邦政府の移民規制権限の専占 (preemption) を侵す、という二点を並列的に掲げたのであるが、両者の関係は、判決文からは明白ではない。

#### 第二款 第二次大戦前の合憲判決

ここでは、*Heim v. McCall* 及び *Ohio ex rel. Clarke v. DeCebach* を紹介する。<sup>(19)</sup>第二次世界大戦前の多数の合憲判決の中からこの二つを採り上げた理由は、前者が Truax 判決の影響の下で特別の公的利益 (special public interest) 理論を用いたといえるのに対し、後者は Truax 判決との断絶を示しているからである。<sup>(20)</sup>

(i) *Heim v. McCall*, 239 U. S. 175 (1915).

一九〇九年、ニューヨーク州は労働法 (the labor law) と呼ばれるものを制定した。その第一四条は、公共事業の雇用から外国人を排除し、これに反した公共事業の事業主との契約を無効とする<sup>(21)</sup>ことを規定していた。ところで、ニューヨーク市の高速輸送鉄道理事委員会 (the Board of Rapid Transit Railroad Commissioners) は、州の高速輸送法 (the rapid transit act) と呼ばれるものに

に基づき、一八九六年以後、多くの鉄道ルートを作成してきた。ところが、一九一二年、前記委員会は、それまでの鉄道ルート以外に、ニューヨーク市全体の交通の調節のために新たなルートが必要だ、として、そのルートの計画をまとめ、コストを算出した。もともと当初は市にはこの事業を行うだけの財源もなく、またこの事業を請け負う会社が見つからなかったが、ようやく二社を相手方として市及び前記委員会は、鉄道ルート建設のための公共事業契約を結んだ。ところが、当時は市民の労働力が不足していたようで、契約を結んだ二社は多くの外国人—その多くはイタリア人—を雇い入れていた。そのため、前記委員会は、一九〇九年の州法により、当該契約を無効としようとした。

原告 (Heim) はニューヨーク州の納税者であるが、彼は、もし前記委員会が当該契約を無効とすれば、それまで投下したばく大な資本が無駄となり、鉄道建設に支障をきたすし、また当時の状況下では外国人労働力を使わざるを得ず、結局当該契約を無効とすることは Heim の納税者としての権利を侵すものである、そもそも当該州法は第一四修正に反するし、またイタリアとの最恵国待遇条約にも反する旨主張し、前記委員会を相手方に、当該契約を無効とすることに對する差止命令及び本訴を提起した。第一審 (ニューヨークカウンティ裁判所) では Heim が敗訴、控訴審 (ニューヨーク

中間上訴裁判所) では Heim が勝訴、州最高裁 (原審・the Court of Appeals of the State of New York) では Heim が敗訴し、本件上訴に至っている。

判旨は、上訴人の納税者としての権利の侵害<sup>(22)</sup>、最恵国待遇についての相互主義条約違反及び第一四修正違反について判示しているが、ここでは、納税者としての権利の侵害に関する判示部分は紹介しない。

まず、第一四修正違反に関しては、*Atkin v. Kansas*<sup>(23)</sup> の判決を引用して、州が、公共事業が行われる条件を決定する権限は、州民を保護する権限として、州に帰属するものだ<sup>(24)</sup>、として、第一四修正に反しない、とした。この点はすでに先例により決着がつけられたものと、判旨は考えたのである。

次に条約違反については、*Patson v. Pennsylvania*<sup>(25)</sup> を引用して、当該条約が保障している諸権利の、外国人と市民との平等とは、人格及び財産 (Persons and property) の保護についての平等のみであって、公共事業の雇用といった公的な、合衆国市民のみ保有されている権利の平等までは含まない<sup>(26)</sup>、とした。

本判決では、*Truax v. Raich*<sup>(27)</sup> の引用はまったくくないが、州政府が特別の公的利益を促進するために行動した場合、州政府が外国人を差別することを禁止しようとはしなかった *Truax* 判決の影響を

うけたものといえる。<sup>(28)</sup>

(ii) Ohio ex rel. Clarke v. Deckerbach, 274 U. S. 392 (1927).

上訴人 (Clarke) は、イギリス人でありシンシナティ市に居住していた。彼は市の会計検査官に対して、ピリヤードの営業免許を申請したが、シンシナティ市条例により、免許の許可要件として市民権要件があったため、申請を却下された。そのため彼は、当該市条例がイギリスとの条約—イギリス市民と合衆国市民とが同じ権利・特権を、相互の国内で享受する、という内容—に反すること、及び第一四修正違反を主張して、職務執行令状を求めて出訴したが、原審 (the Supreme Court of the State of Ohio)<sup>(29)</sup> 敗訴し、本件上訴に至っている。

上訴人の主張のうち、条約違反の点については *Hugh* 判決と同じ内容ゆえここでは触れず、第一四修正に関する判示のみを紹介する。この点について判旨は、多くの州政府ないし市当局による外国人差別についての判例を引用しつつ、外国人たること及び忠誠というものが、ある場合には許容される差別の基礎とされ、立法部の合法的な目的と関連性を有する、と述べる。<sup>(31)</sup> そして、被上訴人市側は、ピリヤードのもつ有害性 (おそらくは公衆に対する *public*) を認め、<sup>(32)</sup> シンシナティ市では外国人が市民ほどこの職を営む資格を有していない、<sup>(33)</sup> と判断したのであって、裁判所でこれらの立法部の判断

が経験に十分基礎づけられているか否かを判断する必要はない、<sup>(34)</sup> という。つまり、当事者もしくは一般的に認められている事実からして、立法部の判断に合理的基礎が欠けているとはいえない、<sup>(35)</sup> としたのである。そして、州ないし市の、このような外国人差別立法を行うことの裁量の余地を広く認めて次のようにいう。

「いくらかの裁量の余地が、地方の状況についての、立法部の評価に認められなくてはならない。(中略) 市は、比較的経験に即した方法により選り出された、ある集団の中の不愉快なメンバーではなく、当該集団全体を、あやしげな職業から排除することにより (中略) 害悪を規制する方法の選択をする権利を有する。」<sup>(36)</sup>

これは、おそらくは第二次世界大戦以前の判例の典型ともいうべきものであり、ここでは連邦政府の移民規制に関する排他的権限への考慮がほとんど見られない。つまり、ここでは、第一四修正により禁止されている不合理な差別に、外国人たることのみを基準として差別することが、当たるか否か、のみが問題とされており、外国人差別につき平等保護違反という場合、連邦政府の移民規制権限の専占 (*preemption*) の果たしていた (ないしは後においても果たすことになる) 役割がいかに強力なものであったかを示す、ひとつの証拠ともなり得るものと思われる。

判決の流れとしては、前述の理由から、本判決以後第二次大戦後

まで、判決の理論上、断絶があったものと思われる。連邦政府の移民規制権限の専占にもとづく平等保護理論は、*Oyama v. California* (37)でのブラック・ダグラス兩判事による同意意見、及び *Takahashi v. Fish & Game Commission* (38)の法廷意見まで、現われなかった。

### 第三款 第二次大戦後 *Graham* 判決以前の二件の違憲判決

この二件は *Oyama v. California* (39) 及び *Takahashi v. Fish & Game Commission* (40) を紹介・検討する。(41) この兩判決の重要性は、少なくとも *Heim v. McCall* (42) や *Terrace v. Thompson* (43) までの最高裁判決の採っていた理論—すなわち、州政府による外国人差別立法の審査のための枠組みとして、平等保護及び連邦政府の移民規制権限の専占を用いる、—という方法を再び採用し、しかも連邦政府の専占に基づく平等保護理論、ともいふべきものを作り出した点に求められるものと思われる。

#### (i) *Oyama v. California*, 332 U. S. 633 (1948).

本件上訴人は、アメリカ市民たる子供 (Fred) と、その父親かつ後見人 (Kajiro) (44) である。本件で問題とされたのはカリフォルニア州のいわゆる外国人土地法 (the Alien Land Law) である。この法律は、帰化資格なき外国人が農地を所有・占有しあるいは移転させることを禁じ、またこれに反して獲得した財産が没収されること

を定めていた。さらに、帰化不能の外国人が、帰化資格ある外国人もしくは市民に農地を移転し対価を得た場合には、没収を免れるために農地を移転したものと推定され、当該農地は没収されることを定めていた。

本件で問題となった売買は二回行われた。第一回目は Fred が六歳の時のものであり、農地六エーカーが四千ドルで売買された。その後六ヶ月経過した後、父親は Fred が農地六エーカーを所有しており、その財産管理のために後見人になることを裁判所に申請し認められた。一九三七年、Fred が九歳の時、Fred を契約の当事者として農地二エーカーの売買が成立した。もともとその後 Kajiro は、法律により要求されている年次後見レポート (annual guardianship reports) を提出しなかった。これら二回の売買につき、州は、一九四四年に、土地法違反の農地売買であるとして、これらの土地の没収を求めて裁判所 (the Superior Court, San Diego County) に訴えを提起した。唯一の証拠といえるものは、一人の証人による証言であったが、これをもとに裁判所は、父親が利得を得たものと認定し、Kajiro の行為を土地法違反であると認めた。この認定の根拠は次の四点であった。①帰化不能の外国人が対価を得た場合、当該売買は没収を免れる意図を持っていたものであるとする法律上の推定、②この意図は、幼少の子供との契約とい

うことから推定されること、③年次後見レポートの不提出から、売買当初の善意(bona fides)の欠除が推定されること、④Kajiroの証言拒否から、もし彼の証言があれば、Fredの主張はくつがえされるであろう、という推定。

カリフォルニア州最高裁もこの四つの推定を持ち出し、カリフォルニア州の判断を合憲とした。

本件における上訴人側の主張は、(1)当該州法はFredから法の平等保護及びアメリカ市民として有する特権をうばうものである、(2)当該州法はKajiroから法の平等保護をうばうものである、(3)当該州法は、適切な期限を過ぎた後に土地の没収を認めるものであり、デュープロセスに反する、という三点であった。

以上の主張に対して連邦最高裁の法廷意見は、第一の主張についてのみ判断して、カリフォルニア州法を違憲とし、第二・第三点については、判断する必要なしとした。<sup>(46)</sup>では、上訴人の第一の主張について、法廷意見の判断はいかなるものであったか。すなわち、①当該州法のもとで、帰化不能の外国人も、その市民たる子供に農地を、贈与という形であれば譲渡できる、<sup>(47)</sup>②しかしし本件の場合、父親が金を出してFredの名義で登記された権利移転は贈与とみなされない、<sup>(48)</sup>という法律上の推定が働く、③したがって、この法律上の推定をくつがえすために、子供たる被贈与者の大部分には課せられて

いないさまざまな障害を通らなくてはならない、<sup>(49)</sup>ということを判旨は指摘する。これらの結果、Fredが差別をうけたことはまちがいない、<sup>(50)</sup>しかも、その唯一の理由は彼の父親が日本人であったという事実だけであった、<sup>(51)</sup>と判断し、当該州法が第一四修正に反することを認めた。つまり、法廷意見は、外国人と市民との間の差別ではなく、市民相互間の、祖先(ancestry)に基づく差別について違憲と判断したのであった。

これに対して、ブラック判事(ダグラス判事同調)の同意意見は、本件を州法による外国人差別事件と考え、それが第一四修正に反し、しかも移民諸法を支配する連邦法規と矛盾する、と述べている。つまり同意意見は、当該法が日本人を、日本人という理由のみで差別する目的を有するのは、きわめて明白かつ周知の事実であり、<sup>(52)</sup>さらに、移民規制に関して排他的権限をもつ連邦議会は、日本人に少なくとも入国することを認めており、<sup>(53)</sup>カリフォルニア州が、連邦議会が認めている人々の移民を妨げるような障害を設けることは許されない、<sup>(54)</sup>としたのである。<sup>(55)</sup>

この同意意見において、一時消滅していた、第一四修正の平等保護及び連邦議会の専占(preemption)を理由とする、州法による外国人差別に対する違憲判断が下された。ただし、ここでも、平等保護と連邦政府の専占とがいかなる関係にあるのか、は明白ではな

く、並列的に述べられたのみであった。

マーフィ判事(ラトレッジ判事同調)の同意意見も、本件を外国人に対する差別にとらえ、当該州法は、日本人たる外国人が農地を所有・利用することを、日本人という理由のみで禁じるものであり、カリフォルニア州の合法的利益に危険な特性をこれら日本人居住者がそなえているという理由はどこにもなく、そのような考え方により本件のような人種差別は正当化されないとした。<sup>(87)</sup>

以上、本件では法廷意見が、上訴人主張の第二点以下に触れていないため、州法による外国人差別に関する判例として紹介するには不十分と思われるが、問題とされたカリフォルニア州の外国人土地法(the Alien Land Law)が、黄禍論による日本人に対する差別立法として有名なものであり、また同意意見中に重要なものが含まれていることから、ここで紹介した。

(ii) Takahashi v. Fish & Game Commission, 334 U. S. 410 (1948).

本件もやはりカリフォルニア州による日本人差別立法の合憲性が問題とされた事案である。

上訴人(Takahashi)は日本人で、一九〇七年に合衆国に入国した。連邦移民諸法により、彼は入国を許可され在留しているものの、帰化不能であった。一九一五年から四十二年まで Takahashi

は、州法の規定により、カリフォルニア州沿岸で、州により毎年発行される漁業免許を得て漁業で生計をたてていたが、一九四二年に軍事命令により強制収容された。問題とされたのはカリフォルニア州による一九四三年の立法である。すなわちこれ以前には帰化不能であるか外国人であるかにかかわらず、州はすべての人々に漁業免許を発行していた。ところがこの年に、州はカリフォルニア州漁業狩猟法典(the California Fish & Game Code)を改定し、日本人たる外国人への免許の発行を禁じた。その後、「日本人たる外国人」という規定では違憲とされる恐れがある、ということから、一九四五年に改正し、「帰化不能の外国人」(Person ineligible to citizenship)とした。

Takahashi は一九四五年に強制収容所から戻り、州漁業狩猟委員会(the California Fish & Game Commission)に免許を申請したが拒否されたため職務執行命令状を求めて訴えを提起した。第一審(the Superior Court of Los Angeles County, California)は当該州法を第一四修正違反とし、請求を認容した。これに対して州最高裁は、カリフォルニア州が沿岸漁業について適法な利益を有しており、それゆえ帰化不能の外国人を免許資格から排除しても正当である」とした。そのため Takahashi は上訴し、連邦最高裁がこれを受理したのが本件である。

本判旨はまず *Truax v. Raich*<sup>(58)</sup> 判決の構造について、連邦議会の専占 (preemption) にもとづく平等保護理論をとったものとして、比較的詳細に紹介している。つまり本判旨によれば、*Truax* 事件での判決は、連邦法により合衆国に入国を許可された外国人は合衆国のいかなる州にも入り居住する特権を連邦法により与えられたのであって、例外的に、州法が「特別の公的利益」を守る場合にのみ、州法による外国人差別は有効、としていた。<sup>(61)</sup>

次に、連邦政府が人種にもとづいて移民規制を行っているところから、州政府も、在留外国人が市民と同じ方法で生計をたてることを拒むために、連邦政府のと同じ分類基準を採用できるか否か、について判断している。この点に関して判旨は、(1)連邦議会が移民規制に関して排他的権限を有していること、<sup>(62)</sup>(2)そのような権限をもつ連邦議会が、合法に入国を許可された在留外国人と市民との間に、同等の権利を保障する政策を採用していると考えられること<sup>(63)</sup>と、(3)その結果第一四修正は、外国人たること (alienage) を基準とする、州政府による差別立法からすべての人々を保護することになること、<sup>(64)</sup>という論理構成をとり、州政府が州法を在留外国人にのみ適用する権限はせまく限定される、と述べた。<sup>(65)</sup>

最後の論点は、当該州法が、この州政府の許容される権限内にあるか否か、いいかえれば、*Truax* 判決にいう「特別の公的利益」

(the special public interest) を保護するためのものであるか否か、についてである。カリフォルニア州は、州に居住する市民が沿岸漁業資源の集団的所有者である、としてこの「特別の公的利益」の存在を主張したのであるが、本判旨は、だからといって本件州法で採られているような差別手段が正当化されることにはならない、<sup>(66)</sup>としてこの主張を認めなかった。

要するに、本判旨は、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 (preemption) の一形態にすぎないことが、ここでは明確に現われている。<sup>(67)</sup>

#### 第四款 本節のまとめ

① 第二次大戦以前に、州法の外国人差別に関して出された唯一の違憲判決である *Truax* 判決では、当該州法の違憲の理由として、平等保護 (第一四修正) 違反及び連邦議会による移民規制権限の専占 (preemption) (第六条第二項) が示されていた。ただし、州法による外国人差別の許される場合として、特別の公的利益 (the special public interest) を保護する場合を認めていた。

② ところがその後の判例において、この特別の公的利益理論が

大きな役割を果たすようになり (Heim v. McCall, Crane v. New York, Terrace v. Thompson など)、最終的には単なる州の規制権 (police power) と第一四修正との関係として処理されることになった (Ohio ex rel. Clarke v. Deckebach)。これらの判例を一貫したものと考えられることも不可能ではないであろうが、実質的には判例理論が変容したものと考えられる。

③ 第二次大戦後再び、外国人差別の州法は第一四修正上の平等保護違反及び連邦政府の移民規制権限の専占を理由に違憲であるという考え方が示され (Oyama v. California でのブラック・ダグラス両判事の同意意見)、<sup>(72)</sup> ちやむちやに連邦政府の専占 (Preemption) にもとづく平等保護理論が明確に示された (Takahashi v. Fish & Game Commission)。<sup>(73)</sup>

この Takahashi 判決は、州政府による外国人差別についての判例理論の基本的構造を明らかにしたものである<sup>(74)</sup>、という意味では、後述する Graham v. Richardson <sup>(75)</sup> よりも重要であると思われる。

### 第二節 Graham v. Richardson (403 U. S. 365 (1971))

及びそれ以後の一連の判決

——うたがわしい差別理論の特異性——

一九四八年の Takahashi 判決以後しばらくの間、連邦最高裁では州政府による外国人差別についての事実が採り上げられなかった。しかし、一九七一年、Graham v. Richardson において、連邦最高裁は、外国人たることを基準とする差別はうたがわしい差別 (suspect classification: 違憲であるうたがわれる差別分類) にあたり、厳格審査に服する、という考え方を示した。そして、以後いくつかの違憲判断が続いたが、<sup>(76)</sup> その中で、外国人差別を行う州法も合理的基礎を有するなら合憲とされる場合があることも示唆されてきた。そしてこのことを理由として州法による外国人差別について合憲判断が下されることとなった。

本節では、まず Graham v. Richardson の判旨を紹介し、次に合理的基礎のテストが例外的に適用される場合があることを示唆した Sugarman v. Dougall <sup>(77)</sup> を紹介し、最後に三件の合憲判決—Foley v. Connelie, Ambach v. Norwick, Cabell v. Chavez-Salido <sup>(78)</sup> —を紹介する。

### 第一款 Graham v. Richardson, 403 U. S. 365 (1971).

この判決は、外国人たること (alienage) にもとづく差別がうたがわしい差別にあたり、そのような差別に対しては厳格審査が用いられることを示したものである。この判決は二つの事件について

下された (Salier v. Leger がもう一件であり、これはペンシルバニア州法が争われた)。事案の概要については、連邦法たる一九三五年の社会保障法 (Social Security Act) <sup>(82)</sup> にもとづく、アリゾナ州法による公的扶助 (welfare assistance) プログラムに関する Graham v. Richardson についての紹介する。このプログラムは、一部連邦政府からの補助金により出資され、連邦政府により作成されたガイドラインに従って、州により執行されるものであった。そしてアリゾナ州法は、恒久的労働不能となった (permanently and totally disabled) 者への扶助を定めていたが、そのための条件のひとつとして、市民たること、ないし外国人の場合、在留以後一五年という居住要件を課していた。

被上訴人 Carmen Richardson は一九五六年にメキシコから移住してきた在留外国人であり、一九六九年の時点で六四歳であった。彼女は恒久的労働不能となり、そのため公的扶助給付を申請した。けれども、居住要件に満たなかったことのみを理由として、申請を却下された。そのため、当該州法の居住要件が平等保護条項に反すること及び外国人の規制は連邦政府により専占されていることとを主張し、アリゾナ州社会保障省長官 (Commissioner of Department of Public Welfare, State of Arizona) を相手方として、当該州法の居住要件の差止命令及び法律上当然に支払われ

るべき額の支払を求めて出訴した。三人構成の連邦地方裁判所たる原審 (the United States District Court for the District of Arizona) は Richardson の主張を認めたため、アリゾナ州側が本件上訴に至ったものである。

上訴人側は、当該差別が第一四修正の平等保護条項に反しないとする理由として、福祉給付のような限定された財源の配分にあたっては、外国人より市民を優遇することについて、州には「特別の公的利益」がある、ということ、及び一五年という居住要件を付することは連邦法により認められていること、を挙げた。

判旨はまず一般論として次のようにいう。経済・社会福祉領域では、伝統的な平等保護理論によれば、州政府の採った差別手段が合理的基礎を有するかぎり合憲とされる<sup>(83)</sup>。しかし、外国人は、高度の司法的配慮が要求される「孤立・分離した少数者」(a discrete and insular minority) の典型<sup>(84)</sup>であり、外国人たることにもとづく差別は、人種にもとづく差別と同様に、本来違憲とうたがわれる (suspect) ものである<sup>(85)</sup>。その結果、在留外国人にのみ自州の法を適用する州の権限は狭く限定されることになる<sup>(86)</sup>。

以上のような前提の下に、州側の「特別の公的利益」理論にもとづく正当化について判断を下し、当該差別立法を正当化できるものではない、とした。その理由は、(1) 特別の公的利益理論は、権利一

特権二分論に基づくものであるが、この理論を連邦最高裁は既に採用していないこと、(2)外国人も平等保護条項にいう「人」(person)に該当するゆえ、財源確保のための関心は、市民及び長期在留外国人に公的扶助を限定する上では、真にやむを得ない(compelling)利益とはいえないこと、である。そして、ひとたび外国人たることに基づく差別がうたがわしい差別(suspect classification)とされた場合には、基本的利益(fundamental interest)が侵されていようといまいと(=侵害された利益が基本的なものか否か、とは無関係に)、厳格審査を生ぜしめることを明言した。<sup>(87)</sup>さらに、外国人も、納税し、徴兵に服し、州内で労働し州経済の成長に貢献している、という理由も述べている。<sup>(88)</sup>

以上のように、判旨は、当該州法を第一四修正の平等保護条項違反としながら、さらに、連邦議会の移民規制権限の専占(preemption)の点からも違憲である、とした。つまり、連邦議会は、入国後生じた事由により公の負担(public charge)となった在留外国人が追放をうけず、かつ彼らが合衆国内にとどまる限り、彼らはいかなる州からも平等な利益をうける権利を有する、という政策を宣明しており、当該州法の居住要件はこれと衝突する、<sup>(89)</sup>といっているのである。<sup>(90)</sup>

また上訴人(州)側の第二の主張に対しては、<sup>(92)</sup>根拠法たる連邦法

(the Social Security Act of 1935)も、アリゾナ州に対して、第一四修正の平等保護条項に違反する権限まで与えたものではない、<sup>(93)</sup>としてこれを斥けた。

このGraham判決とTakahashi判決とのちがいは、(1)外国人差別立法を制定する州の権限が限定される理由につき、後者が、連邦政府の移民規制権限の専占に求めたのに対し、Graham判決は、外国人が「孤立・分離した少数者」であることに求め、そこから外国人たることに基づく差別を「うたがわしい差別」としたこと、(2)そのため、Takahashi判決で示された、平等保護理論と連邦政府の専占の理論との結びつきが、Graham判決では見出し出されず、単に並列的に、二つの理論が当該州法の違憲の理由として示されていること、(3)従って、Graham判決においては、少なくとも判決の文面からは、なぜ、連邦政府の専占が当該州法の違憲の理由として述べられたか明白ではないこと、が指摘されるものと思われる。

第二款 Sugarman v. Dougall, 413 U. S. 634 (1973).

上訴人はニューヨーク市人事部部长(Administrator of New York City Human Resources Administration)、被上訴人はガイアナに一九二七年に生まれ、一九六四年以来ニューヨーク市に在留する外国人である。<sup>(94)</sup>彼は競争試験により選任される公務員の職

料にあった。上訴人は、当初 Dougall を市で雇用できるものと考え  
ていたのである。しかしその後、Dougall は市から、雇用資格がな  
いこと及びニューヨーク州公務員法の第五三条(1)により解雇される  
こと、を知らされた。州公務員法 (the New York Civil Service  
Law) の第五三条(1)では、次のように規定していた。

「本法に定めがある場合を除き、合衆国市民でないいかなる者  
も、競争試験により選任される資格を有しないものとする。」

そこで Dougall は、①当該州法が第一四修正に反し無効である  
ことの確認判決、②Dougall、及び競争試験により選任された公務  
員の地位にあり Dougall と同様の地位にある者を選任し雇用する  
ことを、外国人たることを理由に拒否することに対する差止命令、  
③得ることのできなかつた給料の支払、を求めて出訴した。三人構  
成の連邦地裁となった原審 (the United States District Court  
for the Southern District of New York) は、平等保護条項及  
び連邦議会の移民規制権限の専占にもつき、当該州法を違憲とし  
た。これに対して州側は上訴し、本件判決が下されている。

市側の主張は、①当該州法は、キャリアーの公務員を雇う上での  
特別の要請を反映した、包括的な差別を定めたものゆえ、第一四修  
正の平等保護条項に反しない、②州の政策の作成・執行にあたる、

高い地位にある公務員についてのみ、市民権要件を設ける、という  
当該州法の規定により得られる、州の合法的利益は大きい、③一般  
的に外国人は本国人より離職する率が高く、そのため州は代わりの  
者を新たに雇用・訓練するという負担を負う可能性が高まり、非効  
率的だ(②③は特別の公的利益の主張)、というものであった。

上訴人側の主張の第一点について、判旨は、外国人が「孤立・分  
離した少数者」(the discrete and insular minority)であり、  
外国人差別が厳格審査に服するとした Graham 判決及び、在留外  
国人にのみ自州の法を適用する州の権限が狭く限定されるとした  
Takahashi 判決<sup>(95)</sup>を引用して、当該州法を実施する州の利益の重大  
性、及び当該差別が用いられる範囲の限定について審査する<sup>(97)</sup>。ここ  
で判旨は、州が自州の統治形態を定めること、及び政治社会 (po-  
litical community) という基本的概念の中に含まれている人々に  
統治への参加を限定すること、<sup>(96)</sup> について利益を有しており、自州の  
政治社会 (political community) を決定することにつき広い権限  
があることを認めたが、この重大な目的を達成する際に州が用いる  
手段は、当該目的に適合するよう正確に定められなくてはならぬ<sup>(98)</sup>  
と述べた。そして、当該州法は、すべての外国人を、競争試験  
により選任されるすべての公務員から排除するものであり、手段と  
しては正確性に欠け<sup>(99)</sup>、第一四修正の平等保護違反となる、とした。

次に上訴人側の第二の主張については、特別の公的利益理論を拒絶して次のようにいう。

「彼は税金を支払わねばならない。そして彼はわが国の兵役に服さねばならぬ。(中略)この理論(＝特別の公的利益理論)は、特権という考え方及び公的資源の利用を制約することの望ましきという考え方に基づくものであるが、本件では適用できない。(中略)(この特別の公的利益)理論は、Takahashi 判決及び Graham 判決により弱体化したのであり、本件において事件を左右するものとは考えられない。」<sup>(10)</sup>

最後に、上訴人側第三の主張についても、競争試験により選任されるすべての公務員からすべての外国人を排除することを、効率ということにより正当化することはできない、とした。つまり、外国人が市民以上に仕事を投げ出して職を去っていく蓋然性が高いことを立証することはできないし、たとえその蓋然性が実際高いとしても、このような主張が当該外国人差別に合理的根拠を与えることはできず、「出費の制限を正当化することは、差別された集団が外国人である場合に不適切で不合理である」という。<sup>(10)</sup>

以上のことから結論として当該州法は違憲とされ、連邦議会の専占に関する問題に触れる必要なし、とした。<sup>(10)</sup>

本判決がしかし重要なのは、以上の判決理由に続く附随的意見の

存在による。そこでは、州は、民主主義原理により運用される政治機関(Democratic political institutions)から外国人を排除する権限を有しており、それゆえ、市民権の有無を、投票ないし高度の公職に就くことについての差別基準として使うことが許される旨示されている。<sup>(10)</sup>

本判決の特色は、① Graham 判決の論理構成を継承しながら、うたがわしい差別という用語を使わなかったこと、②連邦政府の移民規制権限の専占という問題に触れなかったこと、③州政府による外国人差別であっても厳格審査を用いなくてよい場合があることを示唆したこと、にある。①の特色は③の特色と表裏をなすものと思われ、<sup>(10)</sup>また②の点は Graham 判決の考え方からすればむしろ当然とも考えられる。問題は③の特色である。先に注(81)でも触れておいたが、ある基準による差別につき、その差別対象の特性を理由として―その差別基準がうたがわしいとされると否とにかかわらず―厳格審査が生ずるとすると、常にそのような差別について、厳格審査が用いられるはずであるが、なぜある場合には合理的基礎のテストで足りるか、という批判があてはまるひとつの場合なのである。<sup>(10)</sup>この点についての説明が平等保護理論に依つては困難と思われる。<sup>(10)</sup>

ともあれ、この附随的意見に依拠して、外国人差別州法に対する

三件の合憲判決が下された。この三つの事案は、警察官・保護観察官 (probation officer) 及び教師から外国人を排除する州法が争われたのであるが、以下でこの三判決を紹介・検討する。その理由は、①このような公職から外国人を排除することが合憲とされることにより、州法との関係で、外国人差別がうたがわしい差別といえるかどうかあやしくなったこと、つまり平等保護理論としての判例理論の一貫性がますますあやしくなったこと、②他方、結果の妥当性はともかく、連邦政府の移民規制権限の専占という見地からは、なお判例は一貫しているといえること、にある。

### 第三款 外国人差別州法についての三件の合憲判決

(i) *Foley v. Conelle*, 435 U. S. 291 (1978).

上訴人 (Foley) は、合衆国<sup>(9)</sup>、在留外国人としてニューヨーク州に居住していた。彼は競争試験により選任される州警察官として就職しようとし、そのために受験を申請したが、州側は、この申請を却下した。<sup>(10)</sup>

ニューヨーク州では、警察官からの外国人排除政策は一九二七年以来続いてきたものだった。この州側の申請却下について、上訴人は根拠法令たる当該州法が第一四修正の平等保護条項違反であることの確認判決を求め出訴したが、三人構成となった原審たる連邦地

方裁判所 (the United States District Court for the Southern District of New York) は当該州法を合憲とした。この判決に対して *Foley* は上訴した。

本件において判旨は、外国人差別のすべての立法について厳格審査が用いられるものではない、という前提をとる。なぜなら、すべての外国人排除立法に厳格審査を用いることは、市民権のもつての歴史的価値を見失わせ、外国人と市民との間の差異を没却することになるからだ、という<sup>(11)</sup>。そして、市民となることによって個人は民主主義にもづく政策決定に参加する権利を獲得できることを指摘する<sup>(12)</sup>。以上のことから、「広汎な公的政策の作成・執行及び審査に直接参加する」「重要ではあるが選挙により選任されるものではなく (non-elective)」、行政上・立法上・司法上の地位<sup>(13)</sup>に就くことについて市民権要件を課し、そこから外国人を排除する場合には、州は、排除目的と当該排除との間に合理的関連性があることを立証すれば、当該排除を正当化できるとした。

本件で争われている警察官という職はこのようにして正当化できる地位にあたる、と判示し、その理由として、①警察官が裁量的な決定ないし政策執行を行い、しかもそのことが市民生活に直接、重大な影響を与えること、<sup>(14)</sup> ②警察官という特別の職のもつこのような性格からして、市民権要件を課することには合理的理由があるこ

(16) を掲げた。

(ii) *Ambach v. Norwich*, 441 U. S. 68 (1979).

本件では公立学校の教師から外国人を排除するニューヨーク州法が争われ合憲とされた。この州法 (*New York Education Law*) は市民でない者を州公立学校の教師となる資格のない者としていたが、同法は州教育委員会委員長 (*the Commissioner of Education*) にこの規定の適用除外を設ける権限を与えており、教育委員長は、この権限に基づき、市民権申請の意志を表明した者については、初等教育及び中等教育の公立学校の教師となることを認めていた。

本件の被上訴人 *Norwick* (もう一人、フィンランド人の被上訴人もいたが、これについては詳述しない) は、イギリス人であり、一九六五年以来合衆国に在留し、合衆国市民と結婚していた。彼女は一九七三年に保育学校 (*nursery school*) の教師の免状を申請したが、市民権取得資格があるにもかかわらず市民権を申請することを一貫して拒否していたため、当該申請を却下された。そこで *Norwick* は当該州法の市民権要件の執行停止を求めて出訴した。三人構成となった原審たる連邦地方裁判所 (*the United States District Court for the Southern District of New York*) は *Graham* 判決の厳格審査基準を用いて、当該州法の規定は第一四

修正の平等保護条項に反する」とした。その理由は、当該州法の規定がすべての外国人をすべての教職から排除するものであり、過度に広汎である、ということであった。この判決を不服として州側は本件上訴に至っている。

本判旨もやはり *Sugarmann* 判決を引用しつつ、「投票者の資格」、「州の、選挙により選任される、もしくは選挙により選任されるわけではないが重要な、立法上・行政上・司法上の地位」で「代議制による統治 (*representative government*) の中心にある、広汎な公的政策の作成・執行及び審査に直接参加するもの」<sup>(17)</sup> から、外国人を排除する州法に対しては、合理的基礎のテストが適用される、と述べた。まず、公立学校の教師がこのような統治上重要な地位にあるか否か、については、①教師が、統治に対する学生の態度や、社会における市民の役割についての学生の理解を發展させる上で、中心的な役割を果たしていること、<sup>(18)</sup> ②統治、歴史、市民としての義務などと直接関連する教科の教師だけでなく、すべての教師が、市民としての美德 (*civic virtue*) を教える義務をもっていると考えられること、<sup>(20)</sup> から、統治上重要な地位にあるとした。<sup>(21)</sup> そして合理的関連性の有無については、行政規則が市民権を得る意志のない者のみを排除するものであることから、合理的関連性あり、とした。<sup>(22)</sup>

(iii) *Cabell v. Chavez-Salido*, 454 U. S. 432, 50 L. W. 4095

(1982).

このように、Sugarman 判決により示唆され、Foley 判決、Ambach 判決が採用した<sup>(123)</sup>、うたがわしい差別に対する例外的領域を、さらに拡張した、といわれるものが本判決である。

被上訴人は永住目的の在留外国人であり、カリフォルニア州に在住していた。彼は、ロスアンゼルス・カウンティ・保護観察省 (the Los Angeles County Probation Department) の保護観察副官 (deputy probation officer) たる職に就こうと申請したが、カリフォルニア州法典 (the California Government Code) の第一〇三条(a)で、「法により治安官 (peace officer) であると宣されている公務員」は合衆国市民でなくてはならないと規定されており、カリフォルニア州刑法 (California Penal Code) 第八三〇条の五は、保護観察副官が治安官たることを定めており、そのため当該申請は却下された。

そこで、当該市民権要件が第一四修正に反するとして、確認、差止などの救済を求めて出訴した。原審 (the United States District Court for the Central District of California) は結局違憲判決を下したため、州側が本件上訴をなした。

法廷意見 (White 判事による) は五名であるが、Foley 事件と同じく個人に対して強制力を行使する主権上の権限を保護観察官は

有しており、権限行使の相手方は限られていても、その相手方に対しては保護観察官の権限は広範であるし、その権限を行使する場合の裁量権もまた広範である<sup>(124)</sup>、という理由から、保護観察官は、Sugarman 判決の定めた例外的領域に該当する、とした。

#### 第四款 本節のまとめ

① Takahashi 判決では、州政府の外国人差別を行う権限が限定される理由を連邦政府の移民規制権限の専占に求めたが、Granham 判決はこの理由を、外国人のもっている性質に求め、そこから、外国人たること (alienage) にもとづく差別は「うたがわしい差別」(suspect classification) である、とした。

② 以後の州による外国人差別立法では、この考え方にもとづき、いくつかの違憲判決が下されたが、同時に、ある場合には厳格審査が用いられないことがある、ということが示唆され (Sugarman 判決の附随的意見)、これに基づいて合憲判決が出されている。

③ しかしこのことは、外国人たることによる差別が、通常の意味における「うたがわしい差別」ではないことを示唆する。ある場合に、あることによる差別につき、差別対象の特性から厳格審査が用いられる、とされながら、他の場合には合理的基礎のテストで足

り、とすることについて、平等保護理論から説明することは困難である。<sup>(126)</sup>

④ 以上のような判例の混乱は、おそらくは次のような二つの対立する認識の葛藤から生じたものであろう。この二つの認識とは、一方では外国人もアメリカ社会の積極的参加者である、という認識<sup>(127)</sup>と、しかし、他方、Graham 判決の厳格審査を直ちに適用すれば、市民と外国人とを区別するほとんどすべての州法を無効としなくてはならなくなる、という認識<sup>(127)</sup>に困惑である。

### 第三節 連邦政府による外国人差別と司法審査基準

外国人たることに基づく差別には厳格審査が適用される、ということには二つの例外がある。ひとつは Sugarman 判決の附随的意見により示された場合についての州政府による外国人差別であり、ひとつは連邦政府による外国人差別である。そこで本節では連邦政府による外国人差別に関する二件の判例を、下級審判決と合わせ<sup>(128)</sup>て検討する。二件の判例とは Hampton v. Mow Sun Wong<sup>(128)</sup> 及び Mathews v. Diaz<sup>(129)</sup> である。

## 第二款 Mathews v. Diaz, 426 U. S. 67 (1976).

本件の被上訴人は三名であり、合衆国に在留している期間はいずれも五年以下であるが、在留資格は異なっている。つまり、一名 (Espinoza) は一九七一年に永住目的で入国を許可された外国人であるが、他の二名 (Diaz 及び Cara) はキューバ難民であり、法務長官の裁量により合衆国に在留していた。<sup>(130)</sup> 年齢は三名とも六五歳を越えていた。彼らは老齢医療保険プログラムへの加入を申請したが、加入要件として、在留外国人として五年以上合衆国に在留していることが定められていた。Espinoza は居住期間要件を満たせず、他の二名は在留資格要件と居住期間要件の両者を満たせなかったため、申請を却下された。なお、このプログラムの財源は、連邦政府からの基金及び受給者の負担から成り、財源に占める比率は半々であった。

一九七二年八月、まず Diaz が訴えを提起し、九月に、Cara 及び Espinoza がこの訴訟に参加した。訴えの内容は、当該連邦法が違憲たることの確認及び当該連邦法の規定の執行の差止命令であった。<sup>(131)</sup> これに対して連邦政府は当該規定の正当化の事由として、(I) 財源の保全、(II) ある種の外国人（特に一時滞在の外国人など）を当該プログラムから排除しても有効であること、を主張した。

(i) 原審の判断—Diaz v. Weinberger, F. Supp. 1 (1973).

原審は本件を判断する上で、真にやむを得なく (compelling) 利

益テストではなく、合理的基礎のテストを用いた。真にやむを得ない利益テストを用いる場合とは、争われている差別が人種や血統 (lineage) といった変えることのできない性質に基づく場合であり、外国人たること (alienage) は、政府により作り出された地位であることからして、真にやむを得ない利益テストを用いる場合ではない、と原審は考えたからである。そして本判決の用いるテスト<sup>(135)</sup>によれば、法律上の差別が許されるのは、当該差別が①合理的基礎を有し、かつ②不快な (invidious) 差別でない場合であること、を指摘して、連邦政府の上述 (I) (II) の主張各々がこの要件を満たすか否か、を判断する<sup>(136)</sup>。

④ 連邦政府 (I) の主張について。

① 目的との合理的関連性について。

当該規定の目的については、原審は、連邦政府の主張を認め、当該プログラムの財政の健全さを継続的に保全しようとするのである、と考え、これが合法の目的であることを認めた<sup>(137)</sup>。

ただし、この目的と当該差別規定との間の合理的関連性を原審は否定した。単に連邦政府の出費が増加する、という理由だけでは、退職後の年齢に該当する外国人を当該プログラムへの参加から排除することを十分正当化できるものではない、と原審は判断したのである<sup>(138)</sup>。

② 不快な (invidious) 差別に当たるか否か。

この点については、原審は、④当該プログラムの受給に当てられる財源は税金からも成っており、外国人も税金を納めているのである、外国人が居住期間要件により受給をうばわれる当該差別は不快であり、⑥さらに当該居住期間要件が単に当該プログラムからの受給を延期するためのものであるが、そのような要件が満たされるまで医療のための出費を延ばすことはできないことからしても、当該差別は不快である<sup>(140)</sup>。

以上のようにして連邦政府 (I) の主張は合理的基礎のテストをクリアできない、と原審は判示した。

⑤ 連邦政府 (II) の主張について。

① 目的との合理的関連性について。

この主張を裏づける目的としては、単に医療保健をうけるためにのみ入国する外国人や、不法に居住する外国人を排除することであると認定し、目的としては正当であると見た<sup>(141)</sup>。

ただし、五年間という居住期間要件は、連邦政府側のこの主張によつては、合理的関連性を立証されていない、と原審は判断した。なぜなら、居住期間要件自体は、利益を与えなくてもよい者 (例えば外国に生活の本拠を持ちながら合衆国内に比較的長期間居住している者) にも利益を与えることになり、過多包含の (over-inclu-

(142) 要件であるからである。

② 不快な差別にあたるか否か。

①のように過多包含の要件であってもそれだけで合理的基礎に欠けることにはならない<sup>(143)</sup>ことから、判旨は当該差別が不快な差別に該当するか否かを検討する。そして、当該居住期間要件が帰化有資格となるための期間と同一であることから、当該要件はほぼすべての外国人を、外国人たること自体を理由として当該プログラムから排除するという結果となり、それゆえ不快な差別となる、と認定した<sup>(144)</sup>。

このようにして連邦政府(II)の主張も合理的基礎のテストをクリアできない、とした。

さて、以上は五年間という居住期間要件に対する判断であるが、この居住期間要件は永住目的の入国許可の要件と切り離せないから、当該規定全体が執行不可能になる、と原審判決は判断し、結果的には原告の主張を全面的に認めた<sup>(145)</sup>。

この判決に対して連邦政府側は、①連邦政府による外国人差別に対する司法審査基準は、州政府による外国人差別に対するそれとちがいが、きわめてゆるいものであること、②当該プログラムにおける差別は、差別のために引かれた線が合理的に支持できるものであれば、許容できるのであって、司法部は自己の判断を差しはさむことができない、③本件で争われている規定は全体として合理的であ

る、と主張して上訴した。

(ii) 連邦最高裁判所の判断 *Mathews v. Diaz*, 426 U. S. 67 (1976).

連邦最高裁判所は、外国人が第五修正の保護範囲に入ることを認めながら、だからといってすべての外国人が市民の有するすべての特権を享受する権利をもつことにはならない<sup>(146)</sup>、という前提から議論をはじめめる。他方の前提として、連邦議会が帰化及び移民規制について広汎な権限をもつことを指摘する<sup>(147)</sup>。

以上の前提から連邦最高裁判所はきわめて制限的な司法審査論を展開する。本判旨によれば、合衆国と外国人との関係を規制する責任は政府の政治部門 (political branches of government) に委ねられている。なぜならこれらの事項についての決定は他国との関係にかかわるものであり、また多くの差別が経済・政治情況にてらして行われるものであって、このような決定は司法部より立法部・行政部の方がより適切に行いうるものだからである。そして、本件差別はまさに政治的選択のもつ柔軟性を必要とするものだ、とい<sup>(148)</sup>う。以上の理由から、政治問題 (political questions) <sup>(149)</sup> について司法審査を排除する諸事由に鑑みて、裁判所は移民・帰化領域における連邦議会決定に対する司法審査を行うにつき、消極的基準を用い<sup>(150)</sup>るべきだ、とした。

かくして、きわめてゆるい審査基準を用いて、本判旨は当該規定が合理的か否かを判断している。そして、本件で争われた二つの条件—永住目的による入国許可の取得要件と、五年間という居住期間要件—が非合理的であることを認めたとの<sup>(152)</sup>、連邦議会の定めた要件に合致した者が、それ以外の者よりも合衆国とのつながりが強いものと推定するのは完全に不合理であるとはいえない、と判断した。<sup>(153)</sup>

なお、以上のようにもつともゆるやかな審査基準によりプログラムの全体が有効とされる、としたことにより、厳格審査を移民たる原告にも非移民たる原告にも拒否する、という論理を用いて、本判旨は、移民たる原告と非移民たる原告との間に差異があるのではないか、という問題を巧妙に処理した。<sup>(154)</sup>

この連邦最高裁判決の特色は、

- ① 本件で争われた連邦法規が *Graham* 事件で争われ厳格審査により違憲とされた州法とは、ほぼ同タイプであったこと、
  - ② ところが本判旨は、合理的基礎テスト<sup>(155)</sup>しかもそのもつともゆるやかなもの—を用いて合憲判決を下したこと、
  - ③ このような司法審査基準を用いた理由として、連邦政府の移民規制権限の性格を示したこと、<sup>(156)</sup>
- にあらう。

## 第二款 Hampton v. Mow Sun Wong, 426 U. S. 88

(1976).

本件は連邦公務員の雇用について外国人を排除する連邦政府の政策の当否が争われた事案である。Diaz 判決は、上述のように、福祉受給資格要件としての居住期間要件及び在留資格要件を合憲としたが、本件は、外国人排除政策を違憲とした。この二件の決定的な差異は、Diaz 事件で争われたのが連邦立法であったのに対し、本件で争われたのは委員会規則であった、という点であらう。

本件の被上訴人は四名で、いずれも合法に入国を許可された在留外国人たる中国人であり、サンフランシスコに居住していた。彼らは連邦公務員への就職を希望したが、人事委員会 (The Civil Service Commission) 規則により、拒否された。この人事委員会規則は次のように定めていた。

「(a) 合衆国市民であるか、合衆国に永久の忠誠を誓う者のみが競争試験の受験を認められる。

(b) 合衆国市民であるか、合衆国に永久の忠誠を誓う者のみが、任用資格を与えられる。」<sup>(159)</sup>

一九七〇年、*Mow Sun Wong* らは、当該排除政策が恣意的なものであり第五修正のデュープロセス条項に反する、等主張し、当該委員会規則の規定の差止命令を求めて、連邦地方裁判所 (The

United States District Court for the Northern District of California) に出訴したが、地裁は当該規則を合憲とした。外国人に関する連邦政府の権限は「きわめて広汎、ほとんど絶対的であり、合理的基礎があれば合憲である」という考え方に基づき、①いかなるレベルの政策の作成・執行であれ、それらは市民の手にのみ委ねられるべきであること、②市民の経済的地位の保全に役立つこと、という理由により、当該差別は合理的基礎を有する、とした。

Mow Sun Wong らは、連邦政府は真にやむを得ない (compelling) 政府の利益を立証しなくてはならない、と主張して控訴し、控訴審 (the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit) は地裁の判決をくつがえした。

控訴審判決は、外国人に対する連邦議会の絶対的権限といえども憲法上の制約に服する、<sup>(160)</sup> ということから出発する。また、本件控訴以後連邦最高裁で出された Sugarman 判決及び In re Griffiths <sup>(161)</sup> に触れ、そこで示された理論構成がそのまま本件でも用いられる、ということにはならない (第一四修正による州政府の権限に対する制約は連邦政府に直接適用できるものではないから) としながらも、これらの判決が本件の解決にも示唆を与えるものである、と述べた。そして、本件控訴人らの希望した連邦公務員の職が国家政策の作成・執行に参加するものではなかったことを指摘した。<sup>(162)</sup>

それでは、連邦政府による外国人差別について、第五修正のデュープロセス条項によれば、いかなる審査基準が用いられるべきか。この点、控訴審判決は、第五修正のデュープロセスが平等保護原則を含むこと、<sup>(163)</sup> 及びこの二つの条項が、人種に基づく差別その他不快な (unvidious) <sup>(164)</sup> 差別を禁じるかぎりでは、同一の意味内容をもつこと、から、本件のようにすべての外国人を連邦公務員たる地位すべてから一律に排除する場合、連邦政府自ら真にやむを得ない利益を立証しなくてはならない、とした。そして、連邦政府が主張した利益はいずれもこれに該当しない、ということから、結局控訴人の主張を認めた。

この控訴審判決に対し連邦政府側は、①公務員就労は市民にのみ与えられた特権である、②連邦議会は移民規制権限として広汎かつ絶対的な権限をもつ、③連邦公務員から外国人を排除する政策は長く続いてきたものであり、連邦議会はこの行政実務を黙認している、と主張して上訴した。

連邦最高裁判所判決 (以下本判決という) は、これら連邦政府側の主張のうち、移民規制権限の絶対性については、第五修正による制約が及び、それゆえ手続的・実体的制約が課せられる、とした。<sup>(165)</sup> もっとも本判決は、州政府による外国人差別に対して課せられる第一四修正上の制約と、連邦政府によるそれに対して課せられる第五

修正上の制約とが異なることを認めており、連邦政府が、州政府の主張し得ない強度の (overriding) 政府利益を主張すれば、第五修正のデュープロセス条項の要請にかなう合法的理由があることにな<sup>(17)</sup>ると考えた。

しかしここで本判決は二つの場合分けをしている。ひとつは、(I) 当該規則を制定した官吏が一定の国家利益を促進する直接の責任を負っている場合である。この場合には、主張された利益が当該規則に実際に帰属すると推定することが合理的である。もうひとつは、(II) 当該規則の制定が連邦議会ないし大統領により明示的に命ぜられた場合である。この場合には、当該規則が促進するものと考えるのが合理的である利益が、実際に当該規則を採用させたものと推定し<sup>(17)</sup>うる。

本件の場合、すべての外国人を連邦公務員から排除することについて連邦政府側が主張している利益は、①大統領の有する他国との交渉能力を高めること、②在留外国人の帰化の促進、③ケース・バイ・ケースの審査という行政上煩雑な手続を避けること、であった。ところが当該規則は人事委員会が作成したものであった。もし連邦議会 (あるいは大統領) が当該規則を制定したのであれば、以上の利益により当該規則は正当化されることになる。しかし、人事委員会が、通常考慮すべき責任のある利益と離れた利益を促進して

いるものと推定することはできない<sup>(17)</sup>、ということから、まず、当該規則が連邦議会 (ないし大統領) により決定された政策といえるか否か、を本判決は検討する。この点につき、本判決は、連邦公務員からの外国人排除政策が一八八三年以来続いており、連邦議会 (ないし大統領) もこの政策を黙認していたと考えるのが公平であると<sup>(16)</sup>しつつも、連邦議会 (ないし大統領) により人事委員会に与えられた公務員資格要件決定権限はきわめて一般的なものであって、いかなる要件の確定を連邦議会 (ないし大統領) が命じているかは不明である、とした<sup>(17)</sup>。つまり、上述の (II) の場合ではない、と本判決は判断したのである。

結局上述 (I) の場合に該当することになる。本判決は、人事委員会の唯一の関心事は効率的な連邦業務の創出ということであるから、上述①と②の利益の創出は人事委員会の法律上の職権からかけ離れたものとして認められない<sup>(18)</sup>、前述③の利益については、連邦公務員の採用にあたり外国人をまったく排除することを避ける利益を少し<sup>(19)</sup>でも公平に考慮するならば、③の利益も認めることはできない、とした<sup>(18)(19)</sup>。

### 第三款 本節のまとめ

① Diaz 事件は Graham 判決、Hampton 事件は Sugarman

判決、といずれも同じタイプの、州による外国人差別に関する判決であったため、連邦政府の外国人差別に対しても厳格審査が用いられるのではないか、との予想もなされていた。<sup>(182)</sup>しかしながら、Hampton 事件の控訴審判決を除いては、この種の事件で厳格審査テストを用いた判決は、わずかに一件のみであった。<sup>(183)</sup>

② 本節で紹介した二件の連邦最高裁判決は、結論及び論調こそちがっても、基本的なワク組みには差異はないように思われる。Hampton 判決は、政策決定過程をとらえて違憲判決を下したものであって、連邦議会がそこで問題とされたような内容の立法をすることについて、実体的制約を課することは考えておらず、<sup>(184)</sup>さらには、連邦議会が連邦公務員からの排除政策を決定したならば、合憲とされるであろうことを示唆しているからである。<sup>(185)</sup>

③ 以上のように連邦最高裁判所は、連邦政府による外国人差別と州政府による外国人差別とについて、同一の審査基準を用いなかっただけでなく、このことを、第一四修正による審査と第五修正による審査との間の差異として説明することは恐らく困難であろう。<sup>(186)</sup>

#### 第四節 本章のまとめ

(I) これまで明らかにしたように、連邦最高裁判所は一九七一年以

来三つの基準を用いて外国人差別事件を処理してきた。つまり、① 州政府による外国人差別は原則として「うたがわしい差別」(suspect classification)とされ、厳格審査が用いられる (Graham 判決)。

② しかし、「投票者の資格」、「選挙により選任される、もしくは選挙により選任されるわけではないが重要な、立法上・行政上・司法上の地位で、(中略) 広汎な公的政策の作成・執行及び審査に直接参加する」地位から、州政府が外国人を排除する場合には合理的基礎テストを用いる (Sugarman 判決)。

③ 連邦政府による外国人差別には合理的基礎テストが用いられ、特に連邦最高裁判所は、その実体面について、「もっともゆるやかな合理的基礎のテスト」を用いた。

これまでたびたび述べたように、この三つの基準を平等保護理論により説明することは困難であろう。<sup>(189)</sup>そして、このような混乱した状況は、前述したとおり、外国人もアメリカ社会の積極的参加者である、という認識と、Graham 判決の厳格審査をつらぬけば、市民と外国人とを区別する、ぼう大な数の連邦法及び州法を無効としなくてはならない、という認識との葛藤から生じたものではないか、と推測される。

(II) しかし、以上の三つの基準を用いることを統一的に把握するこ

とも不可能ではない。それは、各々三基準の差異が生ずる原因を、連邦政府の移民規制権限の専占 (preemption) に求める方法である。<sup>(191)</sup> このような観点からすれば、外国人差別に関する判例の平等保護理論の根本的枠組は結局連邦政府の移民規制権限にあることが明白となる。

このような考察方法によると、三基準は次のように把握できる。

① 州政府による外国人差別について原則として厳格審査が用いられるのは、移民規制に関して排他的な権限を持つ連邦政府が、市民と同程度の法的権利を与えて外国人に入学し在留することを許可したからである。<sup>(192)</sup>

② しかし入学許可は市民権付与と異なるのであるから、市民権上の諸権利 (II 政治的権利) を州政府が外国人に与えなくても、連邦政府の権限を侵すことにはならない。<sup>(193)</sup>

③ 外国人の入学を許可する連邦政府の決定が、州政府に外国人を平等に取り扱うべきことを要求するとすれば、その要求を連邦政府自らが免れることは、連邦政府の権限内にある。<sup>(194)</sup>

(III) この連邦政府の移民規制権限の専占にもとづく平等保護理論という考え方は *Grahan* 判決以前の諸判決をも説明しうる。<sup>(195)</sup>

(IV) さらにこの考え方によれば、外国人差別における平等保護の対象が在留外国人 (II 永住目的で入学を許可された外国人) に限定さ

れていることも説明できる。

すなわち、これまで本章で紹介した判例の原告は、*Diaz* 事件のぞいてすべて在留外国人であった。そして判例及び学説はいずれも、在留外国人と市民との同質性ということから外国人差別の問題の処理方法を説明してきた。学説はいずれもこの前提を明らかにしてきたが、なぜその前提が用いられるのかを明確に説明したものは見あたらなかった。<sup>(196)</sup>

他方、連邦最高裁判所は、不法入国の外国人及び非移民たる外国人と州政府の差別事件を近年処理している。<sup>(197)</sup> もし *Grahan* 判決の論理により州政府の外国人差別に対して厳格審査が用いられるとすれば、不法入国の外国人や非移民たる外国人に対する州政府による差別もやはり厳格審査が用いられるはずである。<sup>(198)</sup> しかしこれらの判決は平等保護の問題に触れず、連邦政府の権限論にもとづき判断していた。<sup>(199)</sup>

そして、不法入国の外国人ないし非移民たる外国人の差別について州政府の広汎な規制権が認められる理由は、連邦政府がそれら外国人に平等の取り扱いを保障して入学許可したわけではなかった、ということに求められよう。<sup>(200)</sup> このことは、逆にいえば、連邦政府の政策として、ある種の領域で、不法入国ないし非移民たる外国人のうちの全体ないし一部について、市民と同等の保護を与えるも

のであると考えられるとすれば、そのような領域での州政府による不法入国ないし非移民たる外国人に対する差別について、厳格審査がなされてもおかしくはない、ということになる。それゆえ、近年 Plyler v. Doe<sup>(201)</sup> という事件の判決が新たに示した判断も、審査基準については新判断ではあっても、基本的な判断枠組に変動をきたしたのではないといえよう。

この Plyler v. Doe で争われたのは、入国許可証明書のない (undocumented) 外国人の子供に対して、テキサス州が無償の初等公教育から排除する政策を採っていたことであった。法廷意見 (Brennan 判事による・結局この立場に立ったのは二判事のみであった)<sup>(202)</sup> は、本件のような子供は suspect class (それらに対する差別は違憲とうたがわれる、というような集団) でもないし、教育は基本的利益でもない、ということから厳格審査は要求されない、としつつも、しかし極端に消極的な合理的基礎のテストも用いられない<sup>(204)</sup>、として、中間的審査を用いて、違憲判断を下した。このように、法廷意見が中間的審査論を用いた理由には、三つあると思われる<sup>(205)</sup>。①本件のような子供は、不利益をうけているグループのメンバーであり、両親が生活場所として選択することに對してコントロールできないこと<sup>(206)</sup>、②適切な教育を子供に与えることが国家の民主主義機構を維持するに必要であり、また子供の潜在能力を十分引き出

す手段を子供達に与えるためにも必要であること、<sup>(207)</sup> ③しかも本件におけるような子供に対して、連邦議会の移民政策は、追放を課してはいるが、追放されるか否かは数量的救済があるため、なんともいえないところであり、さらに州政府が本件におけるような子供に初等教育を拒むことを正当化する連邦政府の政策も見あたらないこと<sup>(208)</sup>、である。

以上の如き Plyler 判決もしかし、外国人差別事件についての平等保護上の混乱状態を解決できなかった、と評されており、その問題点として、①中間的審査を用いる際のファクターの二つ—教育の剝奪及び子供の性格—のうちいずれか一方でもあれば中間的審査が用いられるのか不明であり、②たとえ州側がこの中間的審査をクリアしても、連邦最高裁は、にもかかわらず厳格審査の方が適切ではないか、<sup>(209)</sup> といひ出す余地を暗示している、<sup>(210)</sup> ということが指摘されている。このような不明瞭な点があるため、この判決の守備範囲もはつきりせず、外国人差別事件の審査基準をめぐる議論は今後いっそう混乱を深めるのではないかと思われるが、私見によれば、この混乱は平等保護のための審査基準をめぐる混乱というよりむしろ、外国人管理関係についての連邦議会と州政府との間の権限分配のための基準をめぐる混乱なのである。それゆえ、以上本稿で紹介・検討してきたような、州政府による外国人差別をめぐる理論を直接わ

が国に持ち込むことは不可能なのである。

(V) なお当然のことながら、このように連邦最高裁判所が外国人差別についての判決のワク組みを *Supremacy Clause* <sup>(12)</sup> に求めるとすれば、究極的な移民規制権限をもつ連邦政府による在留外国人の規制に対する制約がきわめて弱くなる、という批判が出てくる。<sup>(23)</sup>

この批判を多少敷衍すれば次のようになる。つまり「外国人に対する政策は、外交関係上の行為、戦時権限及び共和制的な統治形態の維持、といったことに関する政策と、きわめて重大な点で複雑に重なり合う、と認定するのが適切である。このような事項は政府の政治部門 (*political branches of government*) に排他的に委ねられており、司法審査を大きく免れる」<sup>(24)</sup>ものとしても、「外交関係に触れるすべての事件が司法判断の及ばないところにあると考えるのは誤りである」<sup>(25)</sup>。絶対的権限論は、第一章及び第二章で検討したように、帰化・入国拒否・追放といった事項に関して発生したものであり、それ以外のコンテキストでは、「外国人の活動を規制し、利益給付配分において外国人と市民及び外国人同志の間に線引きをする連邦議会権限は、国家主権及び外交政策上考慮すべき事項との明確な結びつきを失う。かくして裁判所は、(入国拒否・追放・帰化というコンテキストの外では) <sup>(26)</sup>実体面、手続面にわたって、より自由に連邦議会の権限を制約できる」はずである。

(VI) ただし、連邦最高裁判所の考えによれば、在留外国人にかなる地位を与えるかは外交関係と密接に関連することであるから、司法審査は手続的な面に限定される可能性は大きいであろう。この点をとらえれば、帰化・入国拒否・追放に関する連邦議会権限も在留外国人規制に関するそれと同じである、といえよう。<sup>(27)</sup> つまり、いづれに関する権限も *Henkin* 教授のいう「外務権限」(*Foreign Affairs Power*) を根拠とするものである。<sup>(28)</sup>

(VII) 以上のように結局連邦最高裁は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基づき判断を下しているものといえよう。

(VIII) ただし在留外国人規制権限の「絶対性」の意味については留意すべき点が二つある。ひとつは、追放権限の行使との関係からしてやはり手続的制約が課せられることにならう、ということである。<sup>(29)</sup>

さらに留意すべきもう一点は、本節(V)で示したように少なくとも在留外国人規制に関する連邦議会権限についてはなお実体的制約が課せられる余地があり、さらに *Mathews v. Diaz* <sup>(20)</sup> においては現実、前述の如く、もっともゆるやかな合理性の基準を用いて審査している、ということである。もちろん、この *Diaz* 判決の用いた審査基準の受け取り方には二つありうるのであって、当該基準が「もっともゆるやかなもの」であり事実上は実体的制約が期待でき

ない、とも考えられるし、実際に「合理性の基準」を用いているのであるからそのように結論づけるのは早計である、とも考えられよう。しかし、少なくとも判例の用語からのみすれば、在留外国人の規制については実体的制約が課せられる余地はある。

(1) このことは、連邦立法による外国人差別が少なからざることを意味するものではない。Rosberg 教授によれば、Hampton v. Mow Sun Wong (426 U. S. 88 (1976)) の連邦政府側のブリーンのマムンディタスで、連邦政府は市民と外国人との間に区別を設ける法律を二四三〇列挙した (Rosberg, *The Protection of Aliens from Discriminatory Treatment by the National Government*, 1977 Sup. Ct. Rev. 275, 276 n. 6)。政治的諸権利 (選挙、公務就労等) に関する制約を別としても、雇用関係 (水利権開発のための免許、銀行設立、沿岸輸送)、放送局の開局、原子力取扱等、以上 WHITEMAN, 8 DIGEST OF INTERNATIONAL LAW, 443-53 (1967) 443、社会福祉関係 (例えば Mathews v. Diaz 事件で問題とされたようなもの)、など種々のものがあふまれている。もし「うたがわしい差別」 (suspect classification) 理論が、連邦政府によるこのような外国人差別立法に対して適用されれば、過去二〇〇年間にわたり無効とされた法律以上の数の法律が無効とされることになる、といわれている (Rosberg, *id.* at 276)。

他方、州政府も多数の独自の外国人差別を行っており、驚くほど多くの職に就くことについて市民権要件、ないしは帰化の

意思の宣言を行う条件が課せられている。弁護士、会計士、歯科医、教師、内科医については、三〇州以上で、市民権要件ないし帰化意思の宣言という条件が付けられており、そのうちいくつかについては裁判所により違憲とされたり、廃止された。CARLINER, THE RIGHTS OF ALIENS, Appendix D, 205-55 (1977)。(2) 403 U. S. 365 (1971)。

(3) See, e. g. Note, *A Dual Standard for the State Discrimination against Aliens*, 92 HARV. L. REV. 1516-1518 (1979), Rosberg, *The Protection of Aliens from Discriminatory Treatment by the National Government*, 1977 Sup. Ct. Rev. 275, 298-30, Das, *Discrimination in Employment against Aliens*, 35 U. PITT. L. REV. 499, 501-02 (1974)。

(4) See, Note, *supra* n. (3) at 1516 n. 5.

(5) この部分については合憲判決—Heim v. McCall, 239 U. S. 175 (1915) 及び Ohio ex rel. Clarke v. Deckebach, 274 U. S. 392 (1927) —以外にも多くの合憲判決がある。例えば Patsone v. Pennsylvania, 232 U. S. 138 (1914) (帰化した野獣のハンントを禁止、ハンントの目的で銃を買ったり所持したりすることを禁じる州法が、第一四修正の平等保護条項に反しない、とされた事例。その理由—本件での問題は、州の立法部が防ごうとした害悪の源が外国人である、—という州立法部の考

え方を、裁判所が承認するか否か、であり、このような事項の解決は立法部の行うべきことであるから、裁判所がそれをまぢがっている、ということについては、慎重であるべきだ。')  
*Crane v. New York*, 239 U. S. 195 (1915) (公共事業を行うにつき、当該事業主が外国人を雇用することを禁じ、違反した事業主に罰金ないし拘禁を課する州法が、第一四修正に反しない、とされた事例。その理由—州の財源の支出を、自州の市民に限定することにつき、州は特別の公的利益 (the special public interest) をまぢつらる。') *Terrace v. Thompson*, 263 U. S. 197 (1923) (帰化の意志を宣誓していない外国人の土地所有を禁止し、そのような外国人と売買を行った者を罰するワシントン州の土地法 (the Anti-alien Land Law) が、第一四修正に反しな、とされた事例。その理由—外国人の帰化という問題について連邦議会により確立されたルール自体が、外国人から土地所有という特権を取り上げることについての州法上の差別に合理的理由を与える。その他外国人土地法については一九二三年に、これを有効とする一連の判決が出されし。') *Porterfield v. Webb*, 263 U. S. 225, *Webb v. O'Brien*, 263 U. S. 313, *Frick v. Webb*, 263 U. S. 326 なら。

- (9) 118 U. S. 356 (1886).  
 (7) 239 U. S. 33 (1915).  
 (8) 118 U. S. at 369.  
 (6) See, Note, *The Equal Treatment of Aliens—Preemption*

*or Equal Protection?* 31 STAN. L. REV. 1069, 1070 (1979).

- (10) 118 U. S. at 369.  
 (11) *Id.* at 374.  
 (12) まず本訴を提起し、その後処分を申請した。いずれについても、三人構成となった連邦地方裁判所 (the United States District Court for the District of Arizona) は請求を認容した。  
 (13) 本件訴えは州に対するものとはされなかつた。その理由は、当該州法が違憲であり、行政官たる上诉人(被告)は、*Raich* の雇用への干渉を通して、あやまって彼に不利益を課そうとすることとなる、という理論に基づいて本件訴えが構成されて、たからである (239 U. S. at 37)。  
 (14) 118 U. S. 356 (1886).  
 (15) 239 U. S. at 39.  
 (16) *Id.* at 40-41.  
 (17) *Id.* at 42.  
 (18) *Id.* at 39-40.  
 (19) 239 U. S. 175 (1915).  
 (20) 274 U. S. 392 (1927).  
 (21) 前掲註 (5)。  
 (22) 239 U. S. at 189-91.  
 (23) 191 U. S. 207 (1903). これは、公共事業における八時間労働を定め、それに反して労働者を働かせた事業主に罰則を設けている、カンサス州法が争われた事案である。上诉人はこの州

法に反して労働者に一〇時間労働させたため、罰則を適用された。そのため当該州法は第一四修正に反して、デュープロセスなく自由・財産をうばうものであり、また平等保護条項にも反する、と主張して争った。

下級審、州最高裁、本判決ともカンサス州法を合憲とした。

本判決は、○公共事業は州が自己の権限行使の一部としてはじめたものであること、○それゆえ公共事業の事業主は、州により認められた権限のみを行使しうるから当該州法は第一四修正に何ら反しなからとした。

- (24) 239 U. S. at 191 (1915).
- (25) 232 U. S. 138 (1914).
- (26) 239 U. S. at 193-94.
- (27) 239 U. S. 33 (1915).
- (28) *Das, supra n. (3)* at 500.
- (29) 州最高裁の下級審は不明である。
- (30) 274 U. S. at 395-96.
- (31) *Id.* at 396.
- (32) *Id.* at 397.
- (33) *Id.*
- (34) *Id.*
- (35) *Id.*
- (36) *Id.*
- (37) 332 U. S. 633, 647 (1948).
- (38) 334 U. S. 410 (1948).

(39) 332 U. S. 633 (1948).

(40) 334 U. S. 410 (1948).

(41) これら二つの判決がアメリカ合衆国への日系移民の法的地位に重大な影響を及ぼしたことについては、参照 チューマン 第一章注(48) 三〇五頁以下。

第一章注(48) 三〇五頁以下。

(42) 239 U. S. 175 (1915).

(43) 263 U. S. 197 (1923), 前掲注(5)。

(44) *See, Note, supra n. (9)* at 1089-90.

(45) 日本人は当時まだ一九四〇年一月一四日の法律(54 Stat. 1137) により帰化不能であった。

(46) 332 U. S. at 647.

(47) *Id.* at 640.

(48) *Id.* at 642.

(49) *Id.* at 642-44.

(50) *Id.* at 644.

(51) *Id.*

(52) *Id.* at 648.

(53) *Id.* at 649.

(54) *Id.*

(55) さらに同意意見は国連憲章に触れて以下のようにいう。

「(前略) わが国は、国際連合に加入して、『人種、性、言語または宗教による差別なく、すべての者のために、人権及び基本的自由を尊重すること』を宣誓している。もし人種を理由として外国人による土地の所有・占有を禁止する州法が執行される

- ことを許せば、わが国はいかにしてこの国際的な誓約に忠実たるを得るか」*id.* at 649-50°.
- (56) *Id.* at 662.
- (57) *Id.* at 669.
- (58) なお本判決では二つの反対意見（リード判事によるもの、トート判事同調一と、シャットン判事によるもの）が付されてくる。この二つの反対意見は、法廷意見が外国人たる父親に対する土地所有を認めていないことの合憲性に触れていないことから、もしこの点を合憲と考えれば、没収を免れるための手段を講ずることを防ぐ上での州の規制権の行使として有効だとする。
- (59) 239 U. S. 33 (1915).
- (60) 334 U. S. at 415-16.
- (61) *Id.* at 417.
- (62) *Id.* at 419.
- (63) *Id.*, citing the federal statute enacted in May 31, 1870, 16 Stat. 140.
- (64) *Id.* at 419-20.
- (65) *Id.* at 420.
- (66) *Id.* at 420-21.
- (67) See, Note, *supra* n. (9) at 1090.
- (68) 239 U. S. 175 (1915).
- (69) 239 U. S. 195 (1915).
- (70) 263 U. S. 197 (1923).
- (71) 274 U. S. 392 (1927).
- (72) 332 U. S. 633, 647 (1948).
- (73) 334 U. S. 410 (1948).
- (74) See, Note, *supra* n. (9) at 1089-91.
- (75) 403 U. S. 365 (1971).
- (76) Sugarman v. Dougall, 413 U. S. 634 (1973) の他、*In re Griffiths*, 413 U.S. 717 (1973) (弁護士資格に関する外国人差別の州法。違憲の理由—第一四修正違反のみ) Examining Board of Engineers v. Flores de Otero, 426 U. S. 572 (1976) (土木技師の免許に関する外国人差別のニュート・リコの法。違憲の理由—連邦政府の移民規制権限に触れてはいるが、第一四修正の平等保護違反、もしくは、第五修正のデュープロセス条項違反—ニュート・リコという地域的特性による。いずれの条項に反するかは法廷意見は決定せず—か否かのみを検討した) Nyquist v. Mauclet, 432 U. S. 1 (1977) (高等教育のための学費援助に関する外国人差別州法。違憲の理由—第一四修正の平等保護条項違反、及び連邦議会の移民規制権限の専断 (preemption) を侵す)
- (77) 413 U. S. 634 (1973).
- (78) 435 U. S. 291 (1978).
- (79) 441 U. S. 68 (1979).
- (80) 454 U. S. 432, 50, L. W. 4095 (1982).
- (81) この「うたがわしい差別」(suspect classification) の説明、及び判例が外国人たることに基づく差別をうたがわしい差

別に当たるとしたことから生ずる若干の疑問点について、簡単に述べしておく。

第一四修正の平等保護条項に反するか否かを決定するテストとしては、合理的基礎のテスト及び厳格審査のためのテストの二つがある。(なお、さらにうたがわしい差別に準ずるものとされる性別による差別や嫡出による差別について、当該差別と許容できる目的との間における実質的関連性 (substantial relationship) を必要とする、という「中間的審査」(intermediate review) テストを連邦最高裁は展開している、という主張が Gunther 教授によりなされている。この点については、参照 戸松秀典「平等保護と司法審査」(『国家学会雑誌』第九一巻七・八号) 九頁以下(一九七八)、合理性の基準及び厳格審査については、参照 戸松秀典「平等保護と司法審査」(『国家学会雑誌』第九〇巻七・八号) 二三頁以下(一九七七)。周知のとおり、これら二つの審査方法のうち前者は通常の差別立法に関して用いられるものであるのに対して、後者は、①差別分類自体に違憲のうたがいがあがる (suspect) ものをを用いている場合 (人種を基準とする差別がその典型)、ないし②個別の規定により保障された人権 (第一〜八修正により保障される権利)、もしくは明文の規定はないが基本的利益 (fundamental interest) に関して差別的取扱をうけたとされる場合に用いられる (See, e. g. Note, *supra* n. (3) at 1518-19)。

うたがわしい差別とされるものは、人種、血統 (national

ancestry ないし lineage) 及び外国人たること (alienage) などいくつか差別である (See, e. g. *Developments in the Law—Equal Protection*, 82 HARV. L. REV. 1065, 1124 (1969)) が、なぜこれらうたがわしい差別とされるのかははっきりしないようである (例えば参照 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』(有斐閣 一九八二) 九〇頁 阪本昌成『優先処遇と平等原則』(『Law School』二八号) 三〇頁(一九八二))。しかし少なくとも外国人たることに基づく差別については、四つのごとがいわれている、とされる (Note, *supra* n. (3) at 1525-26)。すなわち、①外国人は五年間居住の後になるまで市民権有資格とならないのが普通なので、外国人たることは、少なくとも一定期間は、個人がコントロールできない特性であること、②市民と外国人とを分ける手段は、外国人がある面で劣っているという一般及び公の官吏の信念をもち、汚名を着せるという効果があること、③外国人は歴史上重大な法的差別に服してきたこと、④外国人が、通常は少数者を守るために依拠される政治過程から排除されていること、である。

しかし、①に対しては、この点からいえば非移民の方が移民より大きな保護をうけるに値することになるが、そうは考えられていないこと、②については、外国人も市民となることができる、という批判があり (Rosberg, *supra* n. (3) at 303-04)、さらに、①〜③を合わせても合理的基礎のテストではなくうたがわしい差別たることによる厳格審査が用いられることを説明するには不十分であることが指摘されている (Note, *supra*

n. (3) at 1526-27)。あるに④の理由については、政治過程から外国人を排除する州法が争われた場合 (See, e. g. *Sugarman v. Dougall*, 413 U. S. 634 (1973))、現実をテストすべき審査方法を採用する理由として、またその現実に依拠することは、循環論法であり非論理的である、と批判されている (TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW*, 1053 (1978), Note, *supra* n. (3) at 1528)。以上のように、外国人たることに基づく差別をうたがわしい差別とすることについては、その根拠の点では「きりしない」という批判が成立することになる。

他方、連邦最高裁の判例は、後に本稿で検討するように、外国人たることも大きく差別でありながら、ある場合には合理的基礎のテストを用いることを認めている。このことについて、ひとたびある基準による差別がうたがわしいとされた場合には、常に厳格審査が生ずるはずである、という批判がある (Note, *supra* at 1520)。

後者の批判は、特に外国人たることに基づく差別に特有なものであり、この点を平等保護理論により満足に説明することは困難であらう。

- (28) 49 Stat. 620, as amended, 42 U. S. C. ch. 7.  
 (38) 403 U. S. at 371.  
 (48) *Id.* at 372, citing *United States v. Caroleene Products Co.*, 304 U. S. 144, 152-53 n. 4 (1938).  
 (58) *Id.*

- (98) *Id.* citing *Takahashi v. Fish & Game Commission*, 334 U. S. 410, 420 (1948).

- (78) *Id.* at 374-75.  
 (88) *Id.* at 375-76.  
 (88) *Id.* at 376.  
 (96) *Id.* at 378.  
 (16) *Id.* at 380.  
 (26) § 1402 (b) of the Social Security Act of 1935, added by the Act of Aug. 28, 1950, § 351, 64 Stat. 556, as amended, 42 U. S. C. § 1352. この規定は次のように定められている。

「保健・教育・福祉省長官 (the Secretary of Health, Education and Welfare) は、本条の第(a)項に定められた条件を満たす計画であれば、その計画を承認しなくてはならない。但し長官は、計画において、恒久的に労働不能となった者への援助資格の条件として、以下に述べるものを課する計画を承認してはならない。

- (2) 合衆国市民を排除するすべての市民権要件」  
 (36) 403 U. S. at 382.  
 (64) その他被上訴人は三人おり、一人は事務所のタイピスト（後には人事専門家）として、一人は事務所のタイピストとして、また一人はカウンセラー助手及び人事専門家として、市に雇用されていた。  
 (56) 403 U. S. 365, 372 (1971).

- (96) 334 U. S. 410, 420 (1948).
- (97) 413 U. S. at 642.
- (98) *Id.* at 642-43.
- (99) *Id.* at 643.
- (100) *Id.* at 645.
- (101) *Id.* at 645-46.
- (102) *Id.* at 646, citing *Graham v. Richardson*, 403 U. S. 365, 376 (1971).
- (103) *Id.*
- (104) *Id.* at 648-49.
- (105) *See, Das, supra* n. (3) at 504 n. 3. うたがわしい差別ということばを使わなかったことは、何らかの場合には外国人に対する差別が許されることを認識していたことを意味する、という評価を *Sugarman* 判決に対して下している。
- (106) もうひとつの場合は、連邦政府による外国人差別に関する場合である。
- (107) *See, Note, supra* n. (3) at 1520.
- (108) *See, Order, Are Aliens Still Suspect after Norwick?* 11 COLUM. HUM RTS. L. REV. 227, 244 (1979-80).
- (109) 根拠法令の規定の内容は次のとおりである。  
「合衆国市民以外の者はいかなる者もニューヨーク州警察官に指名されないものとする。」
- (110) 435 U. S. at 295.
- (111) *Id.*
- (112) *Id.* at 296, citing *Sugarman v. Dougall*, 413 U. S. 634, 647 (1973).
- (113) このような場合以外に、例示的に、投票権、選挙により選任される公職に就くこと、及び陪審員になること、から外国人を排除する場合にも、合理的基礎のテストが用いられる、とした。*id.*
- (114) *Id.*
- (115) *Id.*
- (116) *Id.* at 300.
- (117) 441 U. S. at 74, citing *Sugarman v. Dougall*, 413 U. S. 634, 647 (1973).
- (118) *Id.*
- (119) *Id.* at 78.
- (120) *Id.* at 79-80.
- (121) *Id.* at 80.
- (122) *Id.*
- (123) *Developments in the Law—Immigration Policy and the Rights of Aliens*, 96 HARV. L. REV. 1286, 1405-06 (1983).
- (124) 50 L. W. at 4098-99.
- (125) *See, supra* n. (81).
- (126) *See, Developments in the Law, supra* n. (123) at 1407.
- (127) *See, Note, The Equal Treatment of Aliens: preemption or Equal Protection?* 31 STAN. L. REV. 1069, 1075 (1979).

- (128) 426 U. S. 88 (1976).  
 (129) 426 U. S. 67 (1976).  
 (130) これは移民国籍法第二二二条第(d)項⑤(8 U. S. C. §1182 (d) (5)) によるものであり、在留資格は非移民である。しかし、他の非移民と異なり、合衆国に無期限に残留するであろうことが予想されるものである。すなわち、一九七六年一〇月二〇日の法律(90 Stat. 270)の第八条は、これらの者について、合衆国居住二年後、永住目的の在留外国人に地位を変更することを認めてゐる。Rosberg, *supra* n. (3) at 293 n. 66.  
 (131) 42 U. S. C. §1395 o (2). このプログラムはパートAとパートBに分かれており、パートAのプログラムは入院でかかった費用をカバーするものであるのに対し、パートBのプログラムは、一定の医療給付(certain physicians, services)、在宅医療給付(home health care)、外来患者の治療、その他医療・健康上の給付にかかったコストの一部など、医師の技術料を中心とする治療費をカバーする(なお、NHK取材班『日本の条件9 医療』(一九八二)一三六頁以下参照)。  
 本件で争われたのはパートBへの加入であり、加入資格として、法は、  
 「(1)パートAによる医療保険受給者たる資格のある者  
 (2)六五歳に達し、合衆国に居住しており、(A)合衆国市民であるか、(B)五年間継続して合衆国に居住する・永住目的で合法に入国を許可された外国人」  
 たることを掲げている。

- (132) 訴えの相手方は保健・教育・福祉省長官(Secretary of the Department of Health, Education and Welfare)。  
 (133) 三人構成となつた連邦地方裁判所(the United States District Court for the Southern District of Florida)。  
 (134) 361 F. Supp. at 8-9.  
 (135) 中間的審査に極めて近いものであろう。  
 (136) 361 F. Supp. at 9.  
 (137) *Id.* at 10.  
 (138) *Id.* at 11.  
 (139) *Id.*  
 (140) *Id.* at 11-12.  
 (141) *Id.* at 12.  
 (142) *Id.* 過多包含であることは過少包含(under-inclusive)であるよりも許容できなう。なぜなら、過少包含であれば、論理的には負担を負うべき人に負担を課していなう(あるいは同じような地位におかれている人に利益を与えていない)こともあるが、過多包含であればこの論理は逆になるからである(*Developments in the Law, supra* n. (81) at 1084-87. なお参照 戸松 前掲注(81)『国家学会雑誌』第九〇巻七・八号 三一頁)。  
 (143) *Developments in the Law, supra* n. (81) at 1084-85.  
 (144) 361 F. Supp. at 12-13.  
 (145) *Id.* at 13-16.  
 (146) 426 U. S. at 77-78.

(147) *Id.* at 79-80.

(148) *Id.* at 81.

(149) *Id.*

(150) *See, Baker v. Carr*, 369 U. S. 186, 217 (1962).

(151) 426 U. S. at 81-82.

(152) *Id.* at 83. 五年間という居住期間要件は財源保全のためのものとしては不必要に長いこと、及び外国人がプログラム加入資格なしとされることにより不必要な苦難をこうむること、を認めたと。

(153) *Id.*

(154) *See, Rosberg, supra n. (3)* at 293. なお、この論文は *Diaz* 判決で用いられたきわめてゆるい司法審査基準に対して詳細な批判を述べている (at 282-93)。その批判のうち重要と思われるものは以下の三点である。

① 究極的な問題にまでさかのぼり、あたかもそれに対する答えが明々白々で真剣な議論に値しないものであるかのようにして、この問題に解答していること (at 282)。

② 連邦政府は、いかなる州も持っていない責任を有しているのだから、いかなる州も主張できない利益を有しているかもしれない、そこから本件連邦法規を正当化できたかもしれない。しかし本判旨はこのような利益を示すことなく、驚くほどゆるやかな合理的基礎テストを用いて本件法規を支持してしまった (at 284)。

③ 本判旨により当該プログラムに与えられた唯一の合理的根拠

は、「連邦議会が選択したテストにより有資格とされた人は、そうでない人よりもはるかに合衆国と大きなつながりを持っていると推定しても合理的だ」というものであった。しかし、外国人と合衆国とのつながり (affinity) の程度がなぜ、保険制度への加入の権利と関連するか、については説明していない (at 285)。

(155) これらは注 (154) で紹介した Rosberg の批判に対応する。

(156) この点、原審判決と対比すれば明白である。

(157) この連邦政府の政策は一八八三年以来続いてきたものであるが、規則 (rule) で市民権要件が明示されたのは一八九六年以後のことである。 *See*, 426 U. S. at 105-111.

(158) 希望した職種は、郵便関係、案内係 (janitor)、ファイル事務官 (file clerk)、教育プログラム評価官 (the evaluator of educational programs) (所属の省はそれぞれ異なる) であつた。

(159) 5 C. F. R. § 338. 101 (1971). この人事委員会規則は大統領の行政命令により人事委員会に与えられた規則制定権限に基づいて作成された。この大統領命令は次のように定めていた。

「(人事) 委員会は、市民権・年齢・教育程度・訓練及び経験・適性 (suitability) 及び肉体的精神的適合性 (physical and mental fitness) に関する基準、居住地 (residence) に関する基準その他申請者が受験を認められるために満たさなくてはならない基準を定める権限を有する。」 (Exec. Order No. 10577, § 2. 1 (a), 10 Fed. Reg. 7521 (No-

vemer 22, 1954)).

この行政命令を發布する権限を大統領に与えているのが、公務員法第三三〇一条であった。その規定は次のとおりである。

「大統領は、(1)公務の効率を最大に促進させるように、行政機関の公務員の職に個人を選任するための規則を制定し、(2)就職を求める者の年令・健康・性格・知識及び能力に関する適性を定めることができる(後略)。(8 U. S. C. § 3301) (以下 Jail v. Hampton, 460 F. 2d. 923, 926-27 (1972), 46)

(91) *Mow Sun Wong v. Hampton*, 500 F. 2d. 1031, 1036 (1974).

(92) *Sugarman v. Dougall*, 413 U. S. 634 (1973).

(93) 413 U. S. 717 (1973).

(94) 500 F. 2d. at 1036-37.

(95) *Id.* at 1037.

(96) *Id.* at 1038, citing *Shapiro v. Thompson*, 394 U. S. 618, 641-42 (1969). (ロネチヤカマ州が生活扶助 (welfare assistance) 受給要件として居住期間要件(一年以上上州に居住)を定めたことが、平等保護条項に反する、とされた事例)

(97) *Id.* citing *Bolling v. Sharpe*, 347 U. S. 497, 499 (1954) (連邦法規による公立学校の黒人差別が第五修正に反する、とされた事例) and *Shapiro v. Thompson*, *supra*.

(98) *Id.*

(99) *Id.* at 1039-40. ①在留外国人よりも市民の経済的安定を促

進することについては、これは既にこれまでの諸判決で否定された「特別の公的利益」(special public interest)の主張であり、在留外国人も納税義務を負い兵役に徴集されるのであり、また合衆国の経済成長を促進するものゆえ、このような主張は認められない、とし、②在留外国人には統治機構に加わる権利がない、という主張については、すべての外国人が、外国人であるという理由のみですべての、連邦公務員から排除されるのは、あまりにも単純化しすぎている、とした。

(100) 426 U. S. at 100-103.

(101) *It is compelling in such cases and so its content is not to be changed.*

(102) 426 U. S. at 103.

(103) *Id.*

(104) *Id.*

(105) *Id.* at 104.

(106) *Id.* at 105.

(107) *Id.* at 105-112.

(108) *Id.* at 112-113.

(109) *Id.* at 114-115.

(110) *Id.* at 115-116.

(111) 以上の法廷意見に対する反対意見の要旨は、権限委任に関する伝統的な基準によれば、人事委員会は当該規則を制定する権限を十分正当に委任されたものといえる、ということであったように思われる。 *Id.* at 123-126.

(181) 本判決をうけて、フョード大統領は新たに、外国人を連邦公務員のある種の職から排除することを明示した行政命令を発した(その内容については、萩野芳夫『国籍・出入国と憲法』(勁草書房 一九八二)二五五頁参照)。現在、この命令に関する訴訟が係争中のものであり、下級審判決がすでに一九七八年に出されている。この事件は *Vergara v. Hampton*, 47 L. W. 2161 (7th Cir. Aug. 24, 1978) である。原告側は、①当該命令は大統領の法律上委任された権限を越えるものであること、②当該命令は第五修正のデュープロセス違反であること、の二点である。まず第一点については、裁判所は、連邦議会が大統領に市民権要件を、公務員雇用にあたり、付する権限を与えたもの、と判断したのであるが、その理由として、公務員法三三〇一条(5 U. S. C. §3301 (1), *See, supra* n. (159)) を掲げた。つまり、この条項は、大統領に対して「公務の効率を最もよく促進するよう、行政部における公務員の採用についての規則を制定する」権限を与えたものであり、外国人の連邦公務員からの排除も、このような考慮に基づくもの、と判決は考えたのである。次に原告②の主張に対しては、判決は、*Mow Sun Wong* 判決で連邦最高裁が「強度の(overriding) 政府利益があれば、連邦公務員について市民権要件を付することも正当化される」ことを認識していたこと、および同じく *Mow Sun Wong* 判決で連邦最高裁は、人事委員会規則を支持するために論じられた事項が「移民及び帰化についての権限のもの

連邦的・政治的性格からすれば支持できるものである」と考えていたこと、さらには連邦最高裁は、もし該市民権要件が連邦議会ないし大統領によって付されたものであれば、そのような市民権要件により合理的に促進される何らかの利益であるからこそ該市民権要件が採用された、と考えるであろう、と述べていたこと、などから、本件行政命令による市民権要件を、第五修正に反せず、と結論づけた。この新しい行政命令についての連邦最高裁の判断が待たれるところであるが、学説はこの行政命令に対して批判的のようである(参照 萩野 前掲書二五五頁以下)。

(182) *See, Das, supra* n. (3) at 530-31, 541-42.

(183) *Jail v. Hampton*, 460 F. 2d. 923. (1972).

(184) *See, Rosberg, supra* n. (1) at 281.

(185) *See, Note, supra* n. (9) at 1087 (1979), citing *Hampton*

*v. Mow Sun Wong*, 426 U. S. at 105.

(186) ただし *Diaz* 判決に対しては、前掲注(184)で紹介したような批判がなされている。

(187) *See, Note, supra* n. (3) at 1516 n. 3.

(188) *Hampton* 判決のいうように、第五修正の due process 条項に含まれる equal protection の内容と第一四修正の equal protection 条項の内容とが完全に同一線上にあるとはいえない(ただし、426 U. S. 88, 100 (1976)) が、例えば *Bolling v. Sharpe* (347 U. S. 497, 499 n. 11 (1954)) は次のようにいう。

「平等保護という考え方及びデュエロープロセスという考え方はいずれも公平さについてのアメリカの理念に由来するものであって、相互に排他的なものではない。(中略)差別がデュエロープロセスに反しているものとして正当化できない」ということもあり得る。」

\*た Weinberger v. Wiesenfeld (420 U. S. 636, 638 n. 2 (1975)): 主たる家計を支える者たる夫ないし父親の死亡の場合寡婦及び子供に所得補償を給付するが、主たる家計を支える者たる妻ないし母親の死亡の場合子供のみ所得補償が給付される、という連邦社会保障法の規定が、第五修正のデュエロープロセス条項に反し違憲とされた)は次のようである。

「第五修正は平等保護条項を含むものではなくが、デュエロープロセスを侵すものとして正当化できない差別を禁止してあげ(Schneider v. Rusk, 377 U. S. 163, 168 (1964), Boling v. Sharpe, 347 U. S. 497, 499 (1964))。第五修正に基いて平等保護の主張についての本法院のアプローチは、常に第一四修正による平等保護の主張についてとまったく同じであった。」

(18) 参照 前掲注 (81)。

(19) 参照 本稿 第三章第二節第四款④。

(16) See GUNTHER, CASES AND MATERIALS ON CONSTITUTIONAL LAW, 897 (1980), HENKIN, FOREIGN AFFAIRS AND THE CONSTITUTION, 269-70 (1972). 以下の点を詳細に検討したが、Note, *supra* n. (9) を参照。

(192) See, Note, *supra* n. (9) at 1070.

(193) *Id.*

(194) *Id.* at 1086.

(195) *Id.* at 1071-73. ただし 参照 本稿 第三章第一節第四款②。

(196) 前掲注 (3) の諸論文参照。

(197) DeCanas v. Bica, 424 U. S. 351 (1976) (不法入国の外国人の雇用を禁止するカリフォルニア州法を合憲とする) Elkins v. Moreno, 435 U. S. 647 (1978) (州に本籍地を持つ者 (state domiciliaries) に対して授業料減免をしながら、非移民たる外国人は州に本籍地を持つ者にあたらないとして授業料減免をしなかったメリーランド大学の方針を、連邦最高裁判所は審査せず) Toll v. Moreno, 102 S. Ct. 2977, 45 L. W. 4881 (1982) (Elkins 事件と同じメリーランド州立大学の方針が争われた事案。Supremacy Clause (Art. VI, cl. 2) の連邦政府の専占) による議論のみを展開し違憲とする)。

(198) なぜなら①「分離・孤立して置く」(discrete and insular) 少数者である点でも、②政治的に無力である点でも、③納税され徴兵されるといふ点でも、在留外国人と不法入国した外国人・非移民たる外国人との間に差異はないからである。See, Note, *supra* n. (9) at 1080 & n. 82.

(199) DeCanas v. Bica, 424 U. S. 351 (1976) では、当該州政府による規制が連邦政府の不法入国外国人に対する規制権限に触れるものではないとされた (at 357) Elkins v. Moreno, 435 U. S. 647 (1978) では、連邦政府の非移民としての

- 入国許可は被上訴人主張のような権利を与えるものではない、  
という見地から、このような問題には連邦裁判所は介入すべき  
ではなく州法上の問題である」とした (at 658)。衆議院 Toll v.  
Moreno, 102 S. Ct. 2977, 45 L. W. 4881 (1982) によれば、「要  
するに連邦政府は、G-4ビザを持つ外国人（本件原告である・  
筆者注）に入国を許可してはならず、彼らに在在する  
(establish domicile) ことを許し、機関からの給与に対して  
大きな免税処置を講じている。以上の如き状況下では、州が彼  
らに対して差別的な授業料減免を課してもよろし、連邦議会が  
考へておけるものは「ええなう」(45 L. W. at 4883) とし  
て、必ずしも真向から連邦政府（議会）の移民規制権限を  
採り上げ、そのみを理由として、連憲判断を下してはならぬ。
- (200) See, Note, *supra* n. (9) at 1070.  
(201) 102 S. Ct. 2382, 50 L. W. 4650 (1982).  
(202) 同意意見三名 (Marshall, Blackman, Powell) の反対意見  
四名 (Burger 裁判長、White, Rehnquist, O'Connor) によ  
つた。
- (203) 50 L. W. at 4655-56.  
(204) *Id.* at 4656.  
(205) See, *Developments in the Law—Immigration Policy and  
the Rights of Aliens*, 96 HARV. L. REV. 1286, 1450 (1983),  
The Supreme Court, 1981 Term, 96 HARV. L. REV. 62,  
131 (1982).  
(206) 50 L. W. at 4655.
- (207) *Id.* at 4656.  
(208) *Id.*  
(209) The Supreme Court, 1981 Term, 96 HARV. L. REV.  
62, 131 (1982).  
(210) *Id.* at 134-35.  
(211) *Id.* at 135.  
(212) 連邦憲法第六条第二節。  
(213) See, Rosberg, *supra* n. (1) at 316. 連邦議会の移民規制  
権限に対しては現在まで判例上手続的側面の制約しか考へられ  
ていないのだが、この点の概略的説明をしたことについては、  
本稿 序 注 (4) 参照。なお See, TRIBE, AMERICAN  
CONSTITUTIONAL LAW, 281-82 (1978).  
(214) Harisiades v. Shaughnessy, 342 U. S. 580, 588-89 (1952).  
(215) Baker v. Carr, 369 U. S. 186, 211 (1962). *オハイオ州は*  
*「政治問題」の法理との関係と述べられているのだが、移民*  
*規制権限の行使に対するこれまでの連邦最高裁の消極的態*  
*度は、当該事項が外交関係に触れる、という点でその理由が求*  
*まれるのであり、その意味からすれば、やはりこの批判は該州*  
*オハイオ州と認められる。*
- (216) TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW, 283 (1978).  
(217) 参照 本稿 第二章第三節。  
(218) See, HENKIN, FOREIGN AFFAIRS AND THE CONSTI-  
TUTION, 74-75 (1972).  
(219) 本稿ではこの手続的制約については、前述 (序 注 (4)) の

とおり、簡単にしか触れることができなかった。  
 (220) 426 U. S. 67, 81-82 (1976).

おわりに—反省と今後の課題を含めて—

これまで(特に第三章第四節において)述べてきたように、判例理論の上からは、入国拒否→追放→在留関係の順に外国人の人権の保護に厚いということはいえるのであって、このことは外務権限と司法審査のあり方という見地から一応一貫性を有するものとして説明できないわけではない。

さらには、これまでしばしば述べてきたことではあるが、移民規制に関する連邦議会の絶対的権限(Plenary power)といっても、真に絶対的(対司法部との関係で)な性格を有するものは入国拒否権限のみであり、しかもこの権限行使さえも政治問題と考えられていない<sup>(1)</sup>ことに注意を要する。

他方追放権限の行使についてはごく初期から判例によって手続的制約が課せられており、さらには現行の移民国籍法自体も手続的デュープロセスの基本的要請を満たしている、といわれている<sup>(3)</sup>。

以上、入国拒否ないし追放という局面における連邦議会の権限行

使については判例の態度は固まっているものと見ることができるのであるが、在留外国人の法的地位に関しては判例の混迷は続くであろう。殊に州法上の外国人差別については司法審査の方法は出つくしたかの観さえある。しかし、本稿で検討した如く、その司法審査の根本的枠組は依然として同一のものに連邦議会の移民規制権限の専占に求めることができる。このことは、現在の判例の混迷が、平等保護理論上の混迷というよりむしろ連邦政府(議会)と州政府(議会)との間の権限の分配基準についての混迷である、ということとを意味するのであり、その意味では、これまで判例上多数処理されてきた州法上の外国人差別問題は、連邦制という特殊アメリカ的な視点より解決がなされてきているといえる。

他方、このような判例の枠組によれば、出入国管理関係に関する判例理論からして、連邦政府(議会)による外国人差別については、判例はきわめて消極的な審査しか行わないであろう、という予測ができる。しかしもし連邦政府レベルでも、ささいな事項についてまで外国人差別を行っている<sup>(4)</sup>とすれば、Dias 判決でとられたような、全てを台憲とするが如きテストを實質上変更する可能性も州政府(議会)による外国人差別をすべて違憲とするが如きテストを實質上変更してきていると同じように—なきにしもあらずと思われる。このように考えるならば、連邦政府(議会)による在留外国

人規制に対していかなる審査を用いるべきか、は未だに合衆国においても解決されていない問題と考えることができよう。

最後に、本稿を書き終えての反省と今後の課題であるが、本稿はアメリカ合衆国の連邦最高裁の判例の枠組みを追っただけであり、外国人をめぐるわが国の問題状況に触れることができなかった。また、判例の枠組みがいかなるものであるか、という事実的な側面にしき目を向けていないため、「外国人の人権」についてどのように考えられるべきか、という人権論にまで及ぶこともできなかった。さらには、この事実的な側面についても、手続的制約という重大な問題についての十分な検討を加えることができなかった。以上のような反省をふまえて、比較法的考察及びわが国の問題状況の考察を行うことが今後の課題である。

- (1) 参照 本稿 第二章第二節。
- (2) 参照 本稿 第一章第三節。
- (3) 参照 本稿 第一章注(145)。
- (4) この点に関する詳しい資料は残念ながら入手することができなかつた。ただし参照 本稿 第三章注(1)。

## Judicial Review and Immigration Control in the United States

Masaru WATANABE\*

### Introduction

#### I. Cases and Legislation prior to 1952

- (1) The Open Door Era
- (2) Exclusion
- (3) Deportation
- (4) Naturalization
- (5) Summary

#### II. Development of the Plenary Power Thesis

- (1) Cases
- (2) Summary

#### III. Relationship between the Plenary Power Thesis and Discrimination against Aliens

- (1) U. S. Supreme Court Holdings prior to *Graham v. Richardson*. - State  
Discrimination against Aliens
- (2) *Graham* Case and Its Progeny - Idiosyncrasy of Suspect Classification  
Doctrine
- (3) Judicial Review of Federal Discrimination against Aliens
- (4) Summary

### Conclusion

\* \* \* \*

The subject of this Note is to examine the basic framework of the U. S. Supreme Court's holdings about the discrimination against aliens. And at the same time, the Note traces the holdings concerning the Congressional power regulating immigration.

The Supreme Court has facially been applying so-called three-tiered-standards to the discrimination against aliens, but in my view the real basis of its judgment may be the preemption of Congressional power regulating immigration. That is to say, in resolving the problem of discrimination against aliens, the U. S. Supreme Court has always dealt with the allocation of immigration control power between the Congress and a state legislature.

---

\* LL. D. Candidate, University of Hokkaido

After all, the U. S. Supreme Court has deferred to the Congress in designating the substantive sphere of the Congressional power to regulate immigration, which is the core issue of the rights of aliens.