



Title	アメリカにおける外国人の人権に関する一考察：絶対的権限の法理の生成と展開
Author(s)	坂東, 雄介
Citation	北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル, 13, 239-280
Issue Date	2007-02-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/34949
Type	departmental bulletin paper
File Information	No.13_2006_p239-280.pdf



アメリカにおける外国人の人権に関する一考察

—絶対的権限の法理の生成と展開—

ばん どう ゆう すけ
坂 東 雄 介

目 次

1：はじめに	241
1-1：本稿の目的	241
1-2：米国における外国人の人権をめぐる判例の展開（移民法以外）	241
2：絶対的権限の法理の生成と展開	244
2-1：絶対的権限の法理の生成	244
(1)Chinese Exclusion Cases (Chae Chan Ping v. United States)	244
(2)Fong Yue Tin v. United States	245
(3)Wong Wing v. United States	246
(4)The Japanese Immigrant Case	246
(5)Kaplan v. Tod	247
(6)Chy Lung v. Freeman	247
2-2：19世紀の判例理論の総括	248
2-3：絶対的権限の法理の展開	249
(7)Harisiades v. Shaughnessy	249
(8)Kleindienst v. Mandel	250
(9)Fiallo v. Bell	252
(10)Knauff v. Shaughnessy	253
(11)Shaughnessy v. Mezei	253
(12)Landon v. Plasencia	254
2-4：20世紀の判例理論の総括—国民国家から市民国家へ？—	256
2-5：絶対的権限への評価	258
2-6：絶対的権限の法理の根拠を主権として捉えることについて	261
3：判例の変化？—Zadvydas v. Davisを素材として—	263
3-1：(13)Zadvydas v. Davis	263
3-2：検討	267

3-2-1：憲法上の制約について	267
3-2-2：外と内の区別について	268
3-2-3：9.11テロ以降について	272
3-3：小括	272
3-4：2000年前後の絶対的権限の法理	273
(14)INS v. St. Cyr	273
(15)Tuan Anh Nguyen and Joseph Boulais v. INS	274
4：アメリカ法から得られる若干の示唆と今後の検討課題—結びに代えて—	275

1：はじめに

1-1：本稿の目的

周知のように、外国人の人権に関する我が国の判例は、マクリーン判決¹以降、人権の性質によっては外国人であっても保障されるという見解に立脚している。しかし、マクリーン判決は、外国人には人権が場合によっては保障されるとは言うものの、外国人を入国させるのは国家の自由裁量であるから、外国人が憲法上保障されている人権を適法に行使したことを理由とする在留期間の不更新が可能であると述べる²。なぜならば、外国人には入国・在留を求める憲法上の権利がない以上、本邦に在留する外国人の人権を基本的には顧慮しない制度とならざるを得ないからである³。

マクリーン判決の論理を貫徹する限り、入国を求める外国人の生命や身体的利益が阻害されることになったとしても、当該外国人には入国の自由がないとの一点張りで入国を拒否することが可能である。これは、決して仮想的な問題ではなく、入管法61条の2以下に規定されている難民、とりわけ政治難民の状況を想起すれば容易に理解できるように、現に起きている問題である。

この状況を引き起こす背景には、主権国家という枠組みがある。これは、佐藤幸治の言葉を借りれば、外国人の入国・在留を決定する各国家の主権的作用と外国人の人権をめぐる「難問」⁴と呼ばれている。「国家がまずは自国の安全と繁栄を追求する現実を前提とする限り、この『難問』に対する明確な答えはありそうも」なく、「外国人の入国・在留を認めるか否かは各国家の主権的作用であることを前提におきながらも、個々人の差異や特性に配慮した適正な運用を図るしかない」⁵とされている⁶。

しかし、この理論は、むき出しの主権を前提にしている点に疑問が残る。なぜならば、むき出しの、万能な主権を想定する限り、外国人を規制する権限が憲法外の権限だと認識されてしまうため、憲法の統制が及ばない帰結を招くからである。これは、立憲主義の原則に反する。

本稿は、出入国管理がたとえ国家の主権的作用であったとしても、外国人にも人権が保障されていると判例が述べる以上、出入国管理は何らかの憲法的統制に服するのではないか、という観点に立脚し、マクリーン判決を巡る「難問」の解決策、すなわち、出入国管理の憲法的統制の可能性を探る研究の一環として、米国移民法における「絶対的権限の法理 (plenary power doctrine)」が成立した過程と最近の展開を紹介・検討することを目的とする。

日本の出入国管理法は米国をモデルとして形成されたこと⁷、日本の判例理論と米国の判例理論においては共通性が高いことを考慮すれば、米国の判例理論を検討・分析することは、出入国管理に対する憲法的統制を探る上で大いに参考になるだろう。

さしあたり、本稿の結論を先に述べると、次のようになる。米国において、外国人の入国や国籍取得を規制する権限は、主権に基づく絶対的な権限として描かれていた。外国人には人権が保障されているとは言うものの、出入国を規制する権限は絶対的なものと位置づけられていたため、憲法による制約が事実上及ばなかった。しかし、近年、*Zadvydas v. Davis*を皮切りに、出入国や国籍取得に対して憲法的統制を認める判決が下されている。同時に、米国移民法において伝統的な、外国人の存在を法的なフィクションとして捉える考え方も後退しつつある。この流れは、9.11同時多発テロ以降にも受け継がれていると言えるかもしれない。

1-2：米国における外国人の人権をめぐる判例の展開（移民法以外）

まずは、移民法以外の分野における外国人の人権に関する米国判例の展開を簡単に紹介する。移民法以外における米国判例理論、特に審査基準論を扱った邦語文献⁸は数多くあるため、ここでは、本稿に必要な限りで簡単に触れる⁹。

米国における外国人の人権の議論は、*Yick Wo v. Hopkins*¹⁰に始まる。これは次のような事件である。サンフランシスコ市が洗濯業を営む者につい

て、条例によって距離規制をかけた。当時、サンフランシスコ市内において選択業を営む者の多くは中国人であった。中国人であるYick Woらは、市条例に違反したという理由に基づき罰金を科されたが、その罰金を払わなかったため収容された。そこで、Yick Woらが人身保護請求令状の発行を求めた。連邦最高裁判所は、次のように述べた。「修正14条が認める保障は、合衆国市民に限定されていない。修正14条は次のように定める。；州は、何人からも、デュープロセスによらずに、その生命、自由または財産を奪ってはならない。また州は、その権限内にある者から法の平等な保護を奪ってはならない。この条項は、人種・肌の色・国籍の相違に関わりなく、すべての人に対して普遍的に適用される。；そして、法の平等な保護は、平等な法律による保護を宣言している」¹¹。Yick Woは修正14条の文言で言う「何人 (persons)」に該当するため、修正14条による保護の対象となる。そして、サンフランシスコ市条例の適用は、修正14条に違反すると述べた。なぜならば、サンフランシスコ市条例の規制は、「請求人らが属する人種及び国籍に対する敵意以外に他ならない」¹²からである。

Yick Wo v. Hopkinsと前後して、連邦最高裁判所は、天然資源の保存について、「特別な公共の利益論 (special public interest)」を展開していた。この理論は、合衆国市民のために留保されている天然資源の使用につき州が正当な利益を有する場合は、外国人に対してその使用を禁止することができるという理論である。この理論に基づき、狩猟¹³や貝類の採集¹⁴などを禁止する州法が合憲と判断された。しかし、特別な公共の利益論は、Takahashi v. Fish & Game Commission¹⁵以降、衰退の道をたどる。この事件において、連邦最高裁判所は、州の所有という概念は、合衆国に合法的に居住している外国人をカリフォルニア州が排斥することを正当化するためには不適切であると述べ、当該州法を違憲と判断した。

その後、連邦最高裁判所は、外国人であることに基づいて差を設けることは人種・出身国に基づ

いて差を設けることと等しいため、外国人は「分離し、孤立した少数者」に該当し、したがって、外国人であることに基づく分類は、本来的に疑わしく、厳格審査基準が適用されるべきであると述べたGraham v. Richardson¹⁶を代表に、次々と外国人の人権保障に手厚い判決を下していくようになる。この事件では、当該外国人が税金を払い、州内で何年間も生活しているにも関わらず、合衆国市民と一定の資格を有する外国人にのみ福祉の給付を認める州法は厳格審査基準に照らして違憲であると連邦最高裁判所は判断した。

例えば、不法滞在在外国人の子を公立教育から排除するテキサス州法が争われたPlyer v. Doe¹⁷では、連邦最高裁判所は、子どもにとっては自らの力では動かしがたい不法入国という法的地位に基づいて差別的な負担を課しているという認識に立脚して、当該州法は修正14条に違反するという判断を下している。また、コネティカット州の司法試験の受験資格に合衆国市民権を有するという要件を定めた州法の規定は合憲かどうか争われたIn Re Griffiths¹⁸においても、連邦最高裁判所は、外国人という地位は「分離し、孤立した少数者」に該当すると判示し、州弁護士資格試験から居住外国人を排除することは修正14条が定める平等保護に違反すると判断した。ただ、自己統治に関わる分野については、必ずしも厳格審査基準が妥当するわけではない。競争試験によって選ばれる州公務員の任命資格に合衆国市民であることを要件として課すニューヨーク州法の合憲性が争われたSugarman v. Dougall¹⁹において、連邦最高裁判所は違憲判断を下したものの、州警察職員²⁰、保安官²¹、公立学校教師²²に合衆国市民要件を課す州法に対して、それぞれ合憲判断を下している。

ただし、上記の事案は、州による外国人差別が問題となった事案であることに注意が必要である。例えば、合衆国に居住している65歳以上の者に対して連邦医療保険プログラムに対する登録資格を認めていたが、合衆国に居住していたとしてもその居住期間が5年以下の外国人は登録資格から除外されていたことが平等条項に違反するかどうか

が争われたMathews v. Diaz²³において、連邦最高裁判所は、外国人同士においてどのような線引きをするのかは連邦議会が決定するという認識に立脚し、一定の居住要件に基づいて外国人に対する社会福祉の受給資格を決定する連邦議会の判断には合理性があると述べた。他にも、競争によって選ばれる連邦公務員から定住外国人を排斥する連邦公務員委員会の規制が憲法に反すると述べたHampton v. Mow Sun Wong²⁴があるものの、この判決では、当該規制の目的が外交政策及び雇用の効率性を促進するかどうか不明確であるから憲法に違反すると述べたに過ぎず、また、連邦議会が連邦公務員委員会に対して授権する範囲を当該規則は越えているとも述べる。すなわち、連邦議会の判断によっては外国人を連邦公務員から排除することが可能であるという含みを持っている。

以上に挙げた判例の傾向を分析してみると、次のような結論が得られる。「連邦最高裁判所は、事案の相違に基づいて異なる審査基準論を採用している。経済的利益に関して、州や地方政府が合衆国市民権に基づいて規制しようとした場合、その分類は、『疑わしいもの』と推定され、高度な司法審査、時によっては、やむにやまれぬ利益テストの対象となる。州が政治的権利の配分について規制しようとした場合（重要な政府職に就任する場合も含む）、連邦最高裁判所裁判官の多数派が、当該法律は正当な政治目的を実現するために合理的に限定された手段を採用していると考えた場合は、合憲となる。連邦政府が外国人であることに基づいて差を設けようとする場合、連邦最高裁判所は、合理性の基準のみを用い、経済的利益や政治的権利の配分に関する連邦議会の判断を尊重している」²⁵。

では、なぜ連邦と州・自治体によって審査基準が異なるのか。これは、連邦議会が有する「絶対的権限 (plenary power)」という観点から、統一的な説明が可能である。アメリカの判例理論において外国人の人権を考える際に、「絶対的権限の法理」の存在を欠くことはできない。絶対的権限の法理については、アメリカでは一般に、次のよ

うに説明されている。「連邦議会及び行政府は、広範で、かつしばしば排他的な移民規制権限を有している。したがって、裁判所は、外国人の入国あるいは退去強制に関わる決定に対する憲法上の争いを、減多に、あるいはあり得るとしても限られた形式でしか考慮することができない」²⁶。つまり、移民規制権限は連邦政府が有する権限であり、州政府は有さないものであるから、州政府が外国人を規制することは、連邦政府による規制と比べて厳格な審査基準に服すると説明できる。例えば、合衆国市民及び合衆国市民権取得申請をしている者、あるいは申請する予定の者に対してのみ高等教育への援助を認めるニューヨーク州法を違憲と判断したNquist v. Mauclet²⁷において、連邦最高裁判所は、Graham v. Richardson²⁸を引用しながら、「州が、外国人であることに基づいて差を設けようとする規制をした場合、その規制は生来的に疑わしく、詳細な司法審査の対象になる」²⁹という認識に立つことを明らかにしている。ほかに、Mathews v. Diaz³⁰において、原告の請求が認められなかったことにつき、次のような指摘がされる。「なぜならば、連邦議会は、移民及び帰化に関する広範な権限を有しているという側面の一つとして、外国人同士の中で線引きをする権限を有している一州は有さない」と連邦最高裁判所は特に強調しているからである」³¹。さらに、Graham v. Richardson³²においてさえも、連邦最高裁判所は次のように言う。「連邦政府は、どのような外国人ならば合衆国への入国を認めるのか、在留の期間、帰化前の行為について決定できる広範な権限を有する。…ただ単に外国人であるという理由に基づいて外国人の福祉的給付の受給資格を制約する州法は、憲法上連邦政府に授権された領域における最も重要な (overriding) 連邦の政策と対立する」³³。外国人が分離し孤立した少数者に該当すると述べた判決であっても、それは州による規制について当てはまる問題であると述べることにより、背景では連邦政府が有する広範な移民規制権限を認めている。

本稿が扱うのは、ここで述べられている連邦政

府の移民規制権限である。以下では、この絶対的権限の法理に着目し、絶対的権限の法理がどのような経緯で成立し、どのような展開を遂げてきたのかについて、具体的な判例を挙げながら検討する。

2：絶対的権限の法理の生成と展開

2-1：絶対的権限の法理の生成

ここでは、後に絶対的権限と呼ばれる理論を作り出した古典的判例を紹介する。ただし、判例の詳細は先行研究³⁴に譲り、概要だけを述べることにする。

絶対的権限の法理とは、次のような特徴を持つ。外国人を規制することは、国家主権に基づく連邦政府の権限であって、文字通り「万能な (plenary)」権限として位置付けられる(主権性)。しかし、外国人の法的地位に対応して、移民法に対する憲法的統制の強弱に差があると考えられる。例えば、退去強制と入国拒否では、その憲法的統制の強弱が異なると考えられてきた³⁵ (外と内の区別)。また、この権限は、連邦政府の権限であるので、州政府が移民を規制することは州政府にとって権限外の行為として考えられている (連邦制)。以下、この三点について説明する。

第一の特徴である移民規制権限の主権性を示したのは、(1) Chinese Exclusion Cases (Chae Chan Ping v. United States)³⁶である。この事件は、再入国許可証を有し、合衆国へ再入国しようとしたChae Chan Pingが、彼が国外にいるときに成立した法律により再入国許可証が無効になったとして入国拒否処分、収容処分が下されたことの適法性について争われた事件である。この点につき、連邦最高裁判所は次のような判決を下す。

①Chae Chan Pingは、合衆国の市民ではない。：外国人である。合衆国政府が立法府の活動を通じて外国人を自らの領域から排除できることは、我々が議論する余地がない前提である。自らの領域に関する管轄権は、あらゆる独立国家に付随する

ものである。この権限は、国家の独立の一部である。もし国家が外国人を排除できなかったならば、国家は、他国の権限に服することになる³⁷。

②我々の憲法及び統治構造では、地域的な問題のうちほとんどは地方権力によって処理されるが、外国及び他国の臣民・国民との関係では、合衆国は、独立国家が有する権限、すなわち、合衆国の絶対的な独立及び合衆国領土の治安を維持するための権限を付与されている一つの国家である。戦争を宣言する権限、条約を締結する権限、暴動を鎮圧する権限、侵略に対して抵抗する権限、外国との通商を規制する権限、共和政体を維持する権限、他国の臣民に市民権を付与する権限などは、すべて主権的権限である。そして、その権限の行使は、憲法・政策判断・すべての文明化された国家の行為を規制する正義によってのみ制約される³⁸。

③自らの独立を維持し、外国の侵略及び侵害から防衛することは、すべての国家が持つ最も高度な義務である。これらの目的を達成するためには、ほとんどすべての考慮要素は下位に置かれる³⁹。

④外国人を排除する権限は、合衆国政府が有する主権にとって生来的なものであり、憲法によって授けられた主権的権限の一部として、国家的利益を必要とすると合衆国政府が認めたときは常に外国人を排除できる権限の行使は、葬り去られることはないし、何者にも制約されない。合衆国政府の権限は合衆国から信託されたものであり、他の部門に帰属させるのは不適切である。この権限は廃止することも放棄することもできない。ましてやこの権限の行使は、公的利益がある場合は、私的利益によって阻害されることもありえない⁴⁰。

連邦最高裁判所は、以上のように述べ、最終的に、「当該制定法の妥当性の問題は、合衆国裁判所における司法的決定の審査に持ち込むことができない」⁴¹と結論を下した。連邦政府は移民を規制する万能な権限を有するという絶対的権限の法理は、この判示によって成立したと言われる。その後、連邦最高裁判所は、Nishimura v. United

States⁴²において、(1)Chinese Exclusion Casesと同様の判断を下す。この事件は、サンフランシスコに到着したNishimuraが入国拒否の対象となる外国人であることを理由にして収容されたことに対して人身保護請求を求めた事案である。連邦最高裁判所は、Nishimuraの収容は違法ではないという結論を下す。連邦最高裁判所は、その判断過程において、「すべての主権国家が、主権に生来的なものとして、そして、自己保存(self-preservation)にとって不可欠なものとして、自らの領域における外国人の入国を禁止する権限、あるいは、自らが適切だと判断する条件に基づいて外国人の入国を認める権限を有することは、受容された国際法の法原則である」⁴³と判示する。続いて、外国人の入国を決定する権限は連邦の政治部門に属するので、「憲法及び法律上認められた連邦政府の立法部門及び行政部門の決定に反して、帰化をしていない外国人・合衆国内におけるドミサイルあるいは居所を有していない外国人・合衆国への適法な入国許可を取得していない外国人の入国を認める命令を下すことは、司法の領域には入らない」⁴⁴と述べ、(1)Chinese Exclusion Casesの趣旨を再確認した。

絶対的権限の特徴の第二として、外と内の区別がある。伝統的に、アメリカ移民法では、「外国人に対して合衆国への入国を認めないことを示す「入国拒否(exclusion)」と、すでに合衆国内に存在している外国人を退去させることを意味する「退去強制(deportation)」は性質が異なるものだと理解されてきた⁴⁵。既に見た(1)Chinese Exclusion Casesも、Nishimura v. United Statesも、入国拒否が争われた事例である。このような場合と異なり、退去強制命令を受けた外国人は、すでに合衆国に定住している者が多く、一般に、社会との結びつきの程度も高いため、入国拒否の事例と比べて、当該外国人にとっては生活の基盤を奪う重い処分であるかもしれない。このような状況を引き起こす可能性を持つ退去強制にも絶対的権限の法理が適用されるのか、が争われたのが次に取り上げる(2)Fong Yue Tin v. United States⁴⁶で

ある。この事件は、1879年から合衆国に適法に入国し、居住していた外国人であるFong Yue Tingが、1892年に成立した法律によって課された居住証明申請を行わなかったことを理由に令状なしで市警察に逮捕され、収容されたことの適法性について争われた事件である。この点につき、連邦最高裁判所は次のように判断する。

①合衆国に帰化していない外国人、合衆国市民権を取得するための足場を得ていない外国人に対して、入国拒否処分や退去強制処分を行うことが出来る国家の権限には幾つかの根拠があり、そして、この権限は、外国人の入国を否定できる権限と同様、絶対的かつ無制約である⁴⁷。

②平時、戦時を問わず、すべての外国人を排斥できる権限、特定の外国人を排斥できる権限、特定の条件をつけて外国人の入国を認める権限は、すべての主権を有する独立国家が有する、生来的かつ不可譲の権限であって、自国の安全、自国の独立、自国の福祉を維持するために本質的なものである。裁判所が扱う問題は、連邦議会がこの権限を行使した結果成立した法律が、憲法と調和するかどうか、である⁴⁸。

③合衆国に永住する意思を持って居住している外国人は、国家の法律の効力により、一つのドミサイルを取得する⁴⁹。

④したがって、中国人労働者は、在留期間の長短を問わず合衆国内に居住している全ての外国人と同様に、合衆国政府が許容した範囲内で、合衆国内に居住する資格を有し、財産的権利や行政手続及び刑事手続に関して、憲法による保障を受け、法律による保護の対象となる。しかし、彼らは、外国人のままであり、合衆国市民となる足場を獲得していないため、帰化した後に適用される法律を適用することはできない。；したがって、連邦議会が外国人を退去強制させることが公益実現のためには必要かつ適切だと判断した場合には常に、外国人を排除できる連邦議会の権限、外国人に対して合衆国からの退去を命令できる権限に服する⁵⁰。

⑤1892年法第6条に定める合衆国裁判所裁判官が

行う手続は、固有の意味における犯罪行為に関する正式事実審理及び刑の宣告ではない。問題となった外国人が合衆国内に居住することにつき、適当かつ合法的な手段により、連邦議会が定めた条件が存在するかどうかを確かめる作業に過ぎない。退去強制命令は刑罰ではない。刑罰の一環として自国民を自国から追放させる流刑 (banishment) でもない。合衆国政府が適切な機関を通じて憲法の枠内で活動した結果定める条件に違反した外国人を、自国へ帰らせる手段に過ぎない。したがって、当該外国人は、デュープロセスによらずにその生命、自由または財産を奪われたのではない。憲法は、陪審による裁判を保障し、不合理な捜査、押収を禁止し、残虐で異常な刑罰を禁止しているが、これらの条項は適用されない⁵¹。

以上のように述べて、連邦最高裁判所は、当該規定を合憲と判断し、Fong Yue Tinの主張を認めなかった。判示事項①で示されたように、入国拒否処分を下す権限を無制約なものだと描いた(1) Chinese Exclusion Caseの法理は、退去強制権限にも及ぶと連邦最高裁判所は考えた。この二つの判決から理解できるように、外国人を退去強制させる権限や、入国拒否処分を下す権限は、主権的な権限であることが強く意識されている。

しかし、(2) Fong Yue Tin v. United Statesには、反対意見が付されていた。その一つを執筆したBrewer裁判官は、居住外国人は合衆国へ入国しているので合衆国憲法の適用領域内にいること、したがってFong Yue Tinは憲法による保護を受けること、退去強制は過酷な処分であることを理由にして違憲判断を下している。結局、法廷意見を形成することには至らなかったが、ともあれ、Brewer裁判官らの反対意見により、退去強制と入国拒否ではその憲法的統制が異なるという考え方が示された。その後、連邦最高裁判所は、次に見る(3) Wong Wing v. United Statesと(4) The Japanese Immigrant Caseにおいて、退去強制処分に対する憲法的統制を認める判決を下す。

(3) Wong Wing v. United States⁵²は、次のよう

な事案である。1892年法は、違法に合衆国内に滞在していると判断されたすべての中国人労働者は一年を超えない期間、強制労働に服し、その後に退去強制されると規定していた。これにより、強制労働命令を受けたWong Wingが、この規定は陪審による正式事実審理を認めずに強制労働を命じているため違憲であると主張して、人身保護請求を求めた事件である。

この点につき、連邦最高裁判所は、次のように応答する。「重労働という破廉恥罪の刑 (infamous crime) を外国人に対して課すことによって、外国人を排除する政策を促進することを連邦議会が適切だと判断した場合、その立法を合憲とするためには、被疑者の有罪を確定するための裁判所による正式事実審理が保障されていなければならない。人種や性質を理由として合衆国市民となることが望まれない外国人の入国を簡潔な方法によって拒否する連邦議会の権限や、もし当該外国人が既に我々の土地に独自の方法で入り込んできて、違法に滞在している場合に退去強制させる連邦議会の権限については、裁判所による制約は存在しない。しかし、合衆国内で違法な居住をしたことを理由として、破廉恥罪の刑や、自由及び財産を奪う刑罰を課すことは、犯罪の基礎となる事実が、まずは裁判所による正式事実審理によって確定されていなければ、合憲性が認められない⁵³」。最終的に、連邦最高裁判所は、「意に反する苦役 (involuntary servitude for crime)」に当たると認め、修正5条及び修正6条に違反すると述べた。

(4) The Japanese Immigrant Case (Yamataya v. Fisher)⁵⁴は、いったん適法に入国したYamatayaが、貧困者であり救貧法の適法を受ける可能性が高く、入国拒否要件である「公的負担がかかる可能性が高い者」に該当すると判断された結果、入国後まもなく下された退去強制命令の適否について争われた。連邦最高裁判所は、既に取り上げた先例などを引用しながら、本件で争点となった法律が移民に対して必ずしも聴聞の機会を否定していないこと、当該法律がデュープロセスを含む憲法の基本原理を無視していないことを指摘し、合

憲判断を下す。その際、連邦最高裁判所は、次のような判示を下した。「(法執行に当る機関は、)合衆国へ入国し、合衆国の権限に服し、違法とはいえ人口の一部となった外国人を、恣意的に当該外国人の在留する権利に関わる問題について聴聞の機会を全く与えずに拘束し、退去強制する権限を有しない。デュープロセスに関わる原理が認められる場合には恣意的な権限は存在しない。これは、本件で問題となっている連邦議会制定法の合理的な解釈であり、他の解釈は存在しない。…(この解釈は)合衆国憲法と調和する」⁵⁵。すなわち、退去強制の場合は憲法による統制が認められると連邦最高裁判所は考えている。この理解は、後にWong Yang Sung v. McGrath⁵⁶において、再確認されている⁵⁷。

(3)Wong Wing v. United Statesでは明示的に重労働の禁止を、そして、(4)The Japanese Immigrant Caseでは傍論ながら退去強制手続に対するデュープロセスの保障を連邦最高裁判所は認めた。しかし、入国拒否の事例においては、(1)Chinese Exclusion Casesにおいて示されたように、絶対的権限の法理を承認したままであった。ところで、(4)The Japanese Immigrant Caseで述べられていたように、密入国した者以外で、その存在が違法であっても合衆国内に入国している外国人は聴聞の権利を保障されるが、入国拒否の場合にはこれが適用されないという考え方は、入国という法的なフィクションを前提にしている⁵⁸。なぜならば、このような外国人は法的に見れば入国していないものの、物理的には合衆国内に存在しており、憲法の適用範囲に在るはずだからである。この法的なフィクション、すなわち、合衆国内にいる外国人は権利を保障されるが、合衆国の外にいる外国人は保障されないというフィクションを明らかにしたのが、次に見る(5)Kaplan v. Tod⁵⁹である。

合衆国へ入国しようとしたKaplanはいったん入国拒否命令が下されたが、当時は第一次世界大戦の混乱の最中であって、退去強制が成功しなかったため、エリス島の収容施設に収容されることと

なった。Kaplanは、退去強制が安全に行われるまで父親(父親は適法に合衆国内で生活している)と生活することを要請し、KaplanはHebrew Society施設で父親と生活するようになった。1920年に父親が合衆国市民権を取得した。当時の国籍法では、両親のうち一方が合衆国市民権を取得すると、その子供も合衆国へ入国後5年間居住し続けていたならば合衆国市民権を取得できると定めていた。そこで、人身保護請求及び国籍取得請求を提起したのが本件である。この点につき、法廷意見は次のように述べる。「Kaplanがエリス島にいる間は、合衆国の境界線上で足止めされていたとみなされるべきであり、入国する権利が認められない限り、境界線上に居続けていたと考えるべきである。…彼女を収容した施設が、Hebrew Society施設へ収容することにより拡大したに過ぎない。彼女が合衆国領域内に滞在している性質は変化していない。彼女は法理論的には合衆国の境界線上にあり、合衆国内で足場を獲得していない」⁶⁰。つまり、エリス島に収容された後にHebrew Society施設で生活していたKaplanは、既に物理的に合衆国内の中にいるにも関わらず、法理論的には入国していない状態、すなわち、合衆国の外に居る状態だとみなされる。それゆえ、居住要件を満たさず、Kaplanの上訴は棄却された。この判決において、Kaplanが事実上合衆国内で生活していたことは一切考慮されていない。

主権性、外と内の区別と並んで、絶対的権限の特徴として、第三に、連邦政府の権限であることが挙げられる。今まで見てきた判例は、連邦による移民規制が問題となった事案であったが、州による移民規制については、連邦による規制とは対極的な判断が下されている。それを示したのが、(6)Chy Lung v. Freeman⁶¹である。この事件は、カリフォルニア州が独自に設定した移民規制の合憲性が問題となった。この点につき、連邦最高裁判所は次のように述べる。「合衆国市民の入国や他国の臣民が我々の領域へ入国することに関する法律を制定することは、連邦議会に帰属する。州には帰属しない。連邦議会は、外国との通商を規

制する権限を有する。：外国との通商規制について責任を負う。規制を執行する態様については、合衆国政府に排他的に帰属する。もしそうでなければ、単一の州が、州自らの判断で、我々を他国との重大な論争に巻き込むことになるだろう」⁶²。つまり、州は外国人の入国を規制する権限を有さず、外国人の入国を規制する権限は連邦議会に排他的に帰属するため、カリフォルニア州が独自の条件をつけて外国人の入国を認める法律を制定することは州の権限の範囲を逸脱し、違憲であると判断した。

2-2：19世紀の判例理論の総括⁶³

以上に述べた判決が絶対的権限の原型となる。連邦最高裁判所は、主権から連邦の絶対的権限を導き出し、それは憲法による統制を受けず、また、司法審査の対象とはならないという原則を承認している。その際、判例は、外交事項に関する行動という観点から連邦議会の権限の問題を扱っている。例えば、(1)Chinese Exclusion Casesでは、外国からの侵略に対して合衆国が自己を守る権限を有しているのと同様に、合衆国は、「我々に押し寄せる外国人の大群」⁶⁴から自己を守ることが出来ると考えられている。外国人を排斥する権限の根拠は、(1)Chinese Exclusion Cases及びそれに続く判決でも繰り返し述べられてきたように、「あらゆる独立国家に付随するもの」⁶⁵であって、外国人を退去強制させることが出来る権限は、「国家の独立の一部」⁶⁶である。そして、「もし国家が外国人を排除できなかったならば、国家は、他国の権限に服することになる」⁶⁷。外国人を退去強制させる権限は、退去強制権限について争われた(2)Fong Yue Tin v. United Stateでも、連邦最高裁判所は、「苛烈な(dire)言葉」⁶⁸で、「平時、戦時を問わず、すべての外国人を排斥できる権限、特定の外国人を排斥できる権限、特定の条件をつけて外国人の入国を認める権限は、すべての主権を有する独立国家が有する、生来的かつ不可譲の権限であって、自国の安全、自国の独立、自国の福祉を維持するために本質的なものである」⁶⁹と認め

る。(2)Fong Yue Tin v. United Stateでは、連邦議会は外国人を退去強制させる権限を有しているという結論を導き出す前に、連邦最高裁判所は、Vattel, Ortolan, Phillimore, Barを引用していることからわかるように、外国人を排斥できる権限の背景には、19世紀的な国際法の理解があると言える。

国際法の観点から移民規制を検討することは理解可能である。外国人は、結局は合衆国以外の国家の国民であり、決して合衆国市民ではない。外国人に対する処遇は、必然的に合衆国と外国との関係の問題となり、国際法的な関心を招くことになる。(6)Chy Lung v. Freemanで述べた連邦と州の関係に関する議論からもわかるように、外国人の入国を規制する権限が連邦だけではなく州にも帰属していたならば、「単一の州が、州自らの判断で、我々を他国との重大な論争に巻き込むことになるだろう」⁷⁰と連邦最高裁判所は認める。

(6)Chy Lung v. Freemanは、外国人の出入国を扱った事案ではあるが、前述したように、出入国以外の分野における連邦レベルでの規制と州レベルでの規制に対する司法審査の違いを示す根拠となっている。

移民規制権限の憲法上の位置づけについては、以下のような重要な示唆を得ることができる。第一に、19世紀の国際法の見解によれば、(2)Fong Yue Tin v. United Stateにおいて引用されたOrtolanの見解に代表されるように、「全ての国家の政府は、自国の領域内にいる外国人を、国境へ連行することによって追い払う権限を有する。この権限は、『国家の構成員ではない外国人を自国に招待することは、純粋な許可、単なる許容性の問題であって、義務を生じさせない』という前提に基づく」⁷¹。連邦最高裁判所が外国人には入国の自由がないと何度も繰り返し述べていることからわかるように、入国許可は、あくまで権利ではなく特権であって⁷²、「主権の一部に伴う恩恵的行為」⁷³に過ぎない。

第二に、国際関係の観点から移民規制権限を検討することは、極めて限定的な—あるいは一切存

在しない—裁判所の役割を暗示する。移民を規制する権限はどの機関に委ねられるべきか、という問題がある。例えば、外国との通商を規制する権限の一部と位置づけることにより、裁判所が移民法に対して多少なりとも厳格な審査を行う理由付けができるかもしれない。そう考えると、次に発生する問題は、司法の役割と連邦議会の権限の問題である。

ただし、だからといって、連邦最高裁判所は、外国人の人権を全く顧慮しなかったというわけでもない。もちろん、*Yick Wo v. Hopkins*では、修正14条の権利が外国人に対しても保障されていることを認めていたし、また、上述したように、(2) *Fong Yue Tin v. United State*の反対意見や(3) *Wong Wing v. United States*では、連邦議会の絶対的権限の法理に対する憲法上の制約を認めていた。特に、(3) *Wong Wing v. United States*は、*Yick Wo Hopkins*判決とは異なり、「連邦法を違憲と判断した。—それは、移民規制権限に最も親和的な法律である。この観点からすれば、この判決は、*Yick Wo v. Hopkins*よりも、外国人は合衆国へ入国し居住する権利とは関係なく憲法的共同体の構成員であるという立場を明確に示しているかもしれない⁷⁴という指摘が可能であろう。以上のことを踏まえた上で、19世紀末期における外国人の憲法上の地位を十分に示すためには、以下の二点を確認する必要があると言える。第一に、入国及び退去強制に関しては、連邦議会は憲法による制約が事実上存在しない「絶対的権限」を有している点である。第二に、居住外国人は市民であったならば有する保障（例えば刑事手続）について、憲法上の保障を有する⁷⁵。しかしながら、連邦による外国人規制が問題となった場合の司法審査については、外国人を規制する権限は連邦議会の専権事項であるという論理により、立法裁量を広範に認めている。また、出入国管理の分野では、たとえ外国人が仮釈放などによって物理的には合衆国内の中に存在していたとしても、入国のフィクション性を前提とした厳格な〈外と内の区別〉を認め、法理論的には合衆国の外で入国しようと

している外国人と同じ扱いを受ける。

2-3：絶対的権限の法理の展開

上述した絶対的権限の法理は、20世紀においても原則的に維持され、事実上憲法による統制が及ばないほどの立法裁量を連邦最高裁判所は認めてきた。以下では、20世紀において、連邦最高裁判所がどのような判断を下してきたのかを概観する。

(7) *Harisiades v. Shaughnessy*⁷⁶

[事実の概要]

ギリシャ国籍を有するHarisiadesは、かつては共産党に加入していたが、その後は除名された外国人である。だが、除名後も共産党の黨員とは交流があった。ところが、1940年外国人規制法により、過去に共産党の黨員であったという理由で退去強制処分が下され、収容された。そこで、Harisiadesは、当該法律は修正1条、修正5条及び合衆国憲法第1編9条に定める事後法の禁止に違反すると主張して、人身保護請求を行った。本件の主要な争点は、合衆国は、1940年に制定された外国人規正法以前に共産党の黨員であったことを理由として、合法的に居住する外国人を退去強制できるかどうか、である。

[判決要旨：Jackson裁判官法廷意見]

まず、連邦最高裁判所は、Harisiadesが長期間合衆国に居住しているため合衆国市民権を取得しようと思えば申請が認められる可能性があったにも関わらず市民権取得申請をしなかったことから、彼は「外国への忠誠を放棄せず、憲法への公式な忠誠を行わずに、合衆国に居住していることから得る利益を享受している⁷⁷と述べる。そして、過去の先例を確認しながら次のように言う。「我々の法体系の下では、外国人は、幾つかの点で、合衆国市民と同じ立場に立つ。しかし、他の場合は、合衆国市民と法的に見て同等の立場にあると認めることができない。(合衆国以外の国家に対して忠誠を誓っているという)曖昧な立場を長引かせることは、外国人の権利ではなく、合衆国の許容及び寛容の問題である⁷⁸。そして、外国人は長期間居住したとしても退去強制される可能性があ

り、その処分は苛酷さを伴うが、退去強制権限は、すべての主権国家が生来的に有する権限として国際法上認められている防衛及び復仇のための武器であること、及び外国人が他国への忠誠を続ける道を選択している限り、その居住が不安定なままであることを指摘する。また、司法審査からの免除については、次のように言う。「外国人に対する政策は、外交関係上の活動・戦争権限・共和政体の維持に関する現代的な政策と重大かつ複雑に絡み合っている。そのような事項は、政治部門に専属する事項であり、司法審査から広範に免除される」⁷⁹。「我々は、当該法律を合憲と判断したからといって、裁判官の個人的な意見として、連邦議会の政策に同意する必要は無い。裁判官個人が立法府の過ちだと考えた政策であっても、我々は寛容でなければならない」⁸⁰。「現在の世界を見渡せば、我々の憲法を合衆国政府が有する退去強制権限を否定あるいは制限していると解釈することは、軽率かつ無責任である。多数の外国人の地位の向上がどれほど望ましいものであっても、それは、国際外交固有のテーマである。それは、司法部門がイニシアティブを執るべきではない…。この分野における改善は、我々の国際関係及び条約締結権限をコントロールする合衆国政府に委ねられるべきである」⁸¹。

そして、Dennis v. United States⁸²に基づいて、修正1条は投票行動による共産主義を唱導ないし促進する自由を保障していることを意味するが、暴力活動を実践する自由や教唆する自由を含まないと判断する⁸³。本件の争点である事後法の禁止については、以下のように述べる。「遡及して適用される当該法律を違憲無効とするならば、最高裁判所が当初から認めてきた事後法の禁止に関する解釈を覆すことになるだろう。事後法の禁止によって禁止される法律は、法律が制定される以前は合法な行為を理由にして刑事罰を課したり、加重したりする刑法であると認めている。退去強制手続は、どれほど過酷な結果を招くとしても、刑事手続ではなく、首尾一貫して、行政手続と位置づけられている」⁸⁴。「合衆国憲法第1編第9節第3

項において連邦議会による事後法の制定を禁止していることは、刑事法にのみ適用される。…退去強制手続には適用されない」⁸⁵。

つまり、「追放は実際の意味において刑罰である」⁸⁶が、退去強制手続は刑事罰ではないため、事後法の禁止が及ぶとは認められない。したがって、1940年法は事後法の禁止に当たらず、合憲であると結論を下した。

以上の判示から理解できるように、連邦最高裁判所は19世紀的思考の産物である絶対的権限の法理を完全に認めている。退去強制処分は「過酷さに満ちた処分」であっても、「すべての主権国家における生来的な権限」であるから正当化されることになる。そして、主権に由来する退去強制権限を裁判所が制限的に解釈することは、「軽率かつ無責任」な行為として認識している。もちろん、当時のアメリカは冷戦の最中であって、マッカーシズムが吹き荒れていた時代背景を考慮すると、上述の判示事項に対して「冷戦の産物」⁸⁷という評価が下されるのも止むを得なかったのかもしれない。しかし、後述する(9) Fiallo v. Bellにおいて、本判決を肯定的に引用していることから理解できるように、「冷戦が終了した現在であっても、その影響力は失われていない」⁸⁸と評価されている。

(8) Kleindienst v. Mandel⁸⁹

[事実の概要]

ベルギーのジャーナリストMandelが、合衆国内で開催される共産主義研究会に招待され、一時的滞在ビザの申請をした。しかし、司法長官は、1952年移民及び帰化に関する法律（以下INA法）212条(a)(28)(D)及び(G)(v)が定める世界共産主義の経済的原理・国際原理・統治原理を唱導する者、あるいは、世界共産主義の諸原理に関する出版をした者に当たるという理由で入国許可を認めなかった。Mandel及び学会出席予定者たちは、司法長官に対して入国不許可処分の撤回を要請したが、司法長官は、入国不許可処分を撤回することを認めなかった。そこで、Mandel及び学会出席予定者たちが、一時的滞在ビザを発行すべきであ

ると主張して訴えた。

[判決要旨：Blackmun裁判官法廷意見]

連邦最高裁判所は、まず、「Mandelは、入国及び居住を行っていない外国人であって、非移民ないし他の資格で合衆国に入国する権利を憲法上有しない」⁹⁰と確認する。そのため、本件における争点は、「司法長官は、Mandelの講演を聞き、Mandelと語り、議論することを望んでいる合衆国民である聴衆の利益を理由として、Mandelに対する入国許可処分を下さなければならないのか」に限定される。

Blackmun裁判官は、「現在、様々な文脈で、修正1条は情報及び思想を受け取る自由も保障していると連邦最高裁判所は認めている」⁹¹と述べ、修正1条には単に表現するだけでなく、表現物を受け取る自由があると認める。この点だけを捉えて見ると、Mandelの入国は認められそうである。実際、下級審判決⁹²では修正1条を根拠として合衆国市民が外国人を招待して意見を聞く権利を保障していると認め⁹³、Mandelの入国を認める結論を下している。ところが、連邦最高裁判所は、逆の結論を下す。

①しかしながら、修正1条の権利が意味しているものは、我々の検討の方向性を決定するものではない。古典的な国民国家の国際法原理に従って、連邦最高裁判所は、Chinese Exclusion Casesにおいて、「外国人を排斥できる権限は、主権に固有のものであって、通常の国際関係を維持するために、そして、外国からの侵略及び危険から合衆国を守るために必要不可欠である。この権限は、連邦政府の政治部門によって排他的に行使される」と認めている。当時から、連邦最高裁判所の多数派は、一般に、この原理を再確認し続けている。連邦最高裁判所は、外国人の入国を規制し、連邦議会が禁止した性質を有する外国人を排除する連邦議会の絶対的権限を承認している⁹⁴。

②つまり、外国人を排斥する政策及びルールを定立できる連邦議会の絶対的権限は、長い間、強固に確立されてきた。212条(a)(28)において、退去

強制の対象となる外国人を列挙する際、連邦議会は、この権限の行使を行政府に委ねている。行政府が文言上の正当性や真正な理由に基づいてこの権限を消極的に行使した場合、裁判所は、裁量の行使の背景を検討しようとしないうし、入国申請者と個人的に交流しようとする者の修正1条の権利と退去強制事由を考慮して、入国拒否処分を審査しようとしないうし⁹⁵。

連邦最高裁判所は、修正1条には合衆国市民が表現物を受け取る自由が含まれると一応は認めておきながらも、19世紀の判例理論に基づいて、絶対的権限の法理の観点から外国人の入国に対する制約を認め、Mandelの主張を棄却した。

(7) Harisiades v. Shaughnessyや(8) Kleindienst v. Mandelで見たように、出入国に関して、連邦最高裁判所は、デュープロセス、事後法の禁止、修正1条に基づく憲法的統制を認めなかった。特に、(8) Kleindienst v. Mandelでは、合衆国市民が有する修正1条の権利の観点からの憲法的統制を検討せずに、絶対的権限の法理の観点から外国人の入国を認めなかったことが指摘できる。

次に検討するのは、外国人の処遇に対する司法審査のあり方である。19世紀の判例理論に基づけば、連邦議会が主権に基づく絶対的な権限を有しているため、裁判所は連邦議会の権限に介入することが出来ないと考えられていた。それは、20世紀の判例理論においても基本的な性格を維持したままである。例えば、[1-2]で触れたMathews v. Diaz⁹⁶では、合衆国に居住している65歳以上の者に対して連邦医療保険プログラムに対する登録資格を認めていたが、合衆国に居住していたとしてもその居住期間が5年以下の外国人は登録資格から除外されていたことが平等条項に違反するかどうかについて検討する際、連邦最高裁判所は、次のように言う。

連邦最高裁判所が長年妥当だと認められてきた理由によれば、合衆国と外国人訪問者との関係を規律する責任は、連邦政府の政治部門に属する。

この事項に関する決定は、外国政府との関係と関わるため、そして、日々変わりゆく政治的、経済的情勢の観点から外国人の分類を類型化しなければならないため、この決定は、司法府よりも立法府・執行府に委ねることが適切である。まさにこのような事案は、厳格な憲法規範よりも、柔軟な政治的選択を必要とする。…日々変わりゆく世界情勢に対応して合衆国政府が柔軟に対応することを抑制する憲法規範は、極めて重大な理由 (the greatest cause) が無い限り認めることができない。移民及び国籍取得に関する連邦議会・大統領の決定について限定的な司法審査を導く理由は、政治問題 (political question) に関する司法審査を排除する理由と同一である⁹⁷。

そして、外国人同士の中で線引きをすることは、連邦議会が行う政治的選択であって、「このような政治的選択については、我々は、連邦議会の権限の行使を特に問題視しようとは思わない」⁹⁸と述べる。外国人に対する処遇は連邦議会が扱う事項であって、司法審査の役割が限定される考え方は、19世紀の絶対的権限の法理を基本線として維持している。ところが、次に見る(9) Fiallo v. Bellにおいて、わずかながらも司法審査の可能性を認める判断を下す。

(9) Fiallo v. Bell⁹⁹

[事実の概要]

INA法では、合衆国市民・永住外国人の「子供」・「両親」は、「特別な移民法上の地位」が認められる。ところが、同法101条(b)(1)では、「子供」を、21歳以下の未婚者であって、嫡出子・継子・養子のいずれかに該当する者、あるいは、非嫡出子であっても実母との関係で合衆国との関係を持つ者に限定されていた。つまり、非嫡出子と実父の関係については、「特別な移民法上の地位」から排除されていた。

Ramon Martin Fialloは、ドミニカ共和国に住む合衆国市民である。彼の実父Ramon Fiallo-Soneはドミニカ共和国国民である。Fiallo-Soneは、合衆

国市民である息子Martin Fialloの「両親」であるという理由で、移民ビザを取得する手続きを開始した。ところが、合衆国は、Martin Fialloは非嫡出子であるから、特別な移民法上の地位を取得する資格がないとFiallo-Soneに対して通知した。そこで争われたのが本件である。

[判決要旨：Powell裁判官法廷意見]

はじめに、連邦最高裁判所は、(1) Chinese Exclusion Casesなど過去の先例を引用しながら、「我々の判例では、外国人に対して入国拒否処分や退去強制処分を下す権限は、司法によるコントロールから広範に免除される合衆国の政治部門によって行使される基本的な主権的権限として長い間認識されてきた」¹⁰⁰と述べる。そして、前年に下されたMathews v. Diazを引用しながら、「外国人を処遇する権限は政治的性格を有し、それゆえ限定的な司法審査にのみ服する」と述べる。すなわち、絶対的権限は、近年においては、連邦議会の政策が司法審査から「広範に免除される」のではなく、「限定的な司法の役割」を導く論拠となっていることを指摘する。すなわち、Mathews v. Diazは、連邦議会の外国人に対する政策について司法権は一切及ばないと述べたのではなく、連邦議会の外国人に対する政策については限定的な司法審査しか及ばないということを明らかにした判決だと解釈された。ただし、移民の中でどのような線引きを行うかは「合衆国の政治部門に排他的に委ねられる政策上の問題であって、連邦議会の政治的判断の代わりに、司法部門が政治的判断を下すことができない」¹⁰¹。本件での争点は政治的性格を有するので、立法府の判断の根拠を検討し、審査することは司法の役割ではないという観点から、非嫡出子差別を認めるINA法101(b)(1)は違憲ではないと結論を下した。

本判決は、絶対的権限の法理の基本原則は変わっていないものの、司法審査の可能性について—本件及びMathews v. Diazでも合憲判断が下されているように限定的な司法の役割しかありえないが—「ドアをわずかに開けた」¹⁰²点で、19世紀的な絶対的権限の法理の修正と見ることができる。し

かし、やはり「単に外観に過ぎない」¹⁰³と評価されている。

今まで、デュープロセス、表現の自由、司法審査に着目して、絶対的権限の法理の現代的展開を概観してきた。微妙な変化を示しながらも、基本的には19世紀の古典的な判例理論と変わらずに連邦最高裁判所は判決を下してきたと言えるだろう。その傾向は、(5) *Kaplan v. Tod*で示されたように、入国を法的なフィクションで捉えるという考え方についても基本的には変わらない。ただ、後述するように、永住外国人の入国拒否が争われた事件において、連邦最高裁判所は、その外国人と社会との結びつきを重視する判決を下した。以下では、入国を法的なフィクションとして捉える理論が20世紀においてどのような展開を遂げたのかについて概観する。

(10) *Knauff v. Shaughnessy*¹⁰⁴

[事実の概要]

*Knauff*はドイツ国籍を有する外国人であって、元軍人の米国人男性と結婚していた。当時、合衆国には戦争花嫁法 (the War Brides Act) という法律があり、この法律は、軍人の妻であって外国籍を有する者の入国に関して、一般の外国人の入国よりも条件を緩和することを規定した法律である。*Knauff*はこの法律に基づき、合衆国へ入国しようとしたが、司法長官は、1941年に大統領が行った国家的緊急事態の宣言に基づいて制定された規則を根拠として、聴聞を行わずに入国拒否処分を下した。その規則では、外国人の入国が合衆国の利益を侵害するのであれば、当該外国人は入国を拒否されると定めていた。この入国拒否処分の妥当性について争われたのが本件である。

[判決要旨：Minton裁判官法廷意見]

まず、連邦最高裁判所は、外国人の入国許可は主権国家たる合衆国が付与する特権であること¹⁰⁵、連邦議会は国家的緊急時に合衆国の利益を守るために移民規制権限を行政政府に授権できること¹⁰⁶を確認する。そして、次のように言う。「連邦議会が定めた手続きがどのようなものであっても、入

国を拒否された外国人が問題となる限り、それは、適切な (due) プロセスである」¹⁰⁷。外国人の入国が特権であること、戦争花嫁法が適用されないこと、そもそも安全性の理由から軍人と外国人との婚姻を規制できることを理由として、当該規則は憲法に反しないと結論を下した。

本件において着目すべき点は、「連邦議会が定めた手続きがどのようなものであっても、入国を拒否された外国人が問題となる限り、それは、適切な (due) プロセスである」と判示した点である。前述したように、連邦最高裁判所は、(3) *Wong Wing v. United States*や(4) *The Japanese Immigrant Case*を通じて、入国拒否には憲法的統制が及ばないが、退去強制には及ぶという原則を打ち立てていた。入国拒否の場合にはどのような手続きが規定されていようとも適切なプロセスであると述べた本件の判示は、入国拒否の場合には憲法的統制が一切及ばないという19世紀の思考を反映していると言えるだろう。そして、その考えは、次に見る(11) *Shaughnessy v. Mezei*においても影響を及ぼしている。

(11) *Shaughnessy v. Mezei*¹⁰⁸

[事実の概要]

*Mezei*は合衆国内に居住する外国人であったが、ある時、合衆国外へ旅行に行き、ハンガリーに19ヶ月滞在していた。その後、彼は合衆国へ再入国しようとしたが、司法長官は、聴聞を行わずに、永久的に*Mezei*の入国を拒否する処分を下した。入国拒否処分は、非開示の情報に基づいて行われ、*Mezei*は公的利益にとって有害であるから、*Mezei*の入国は安全上の理由から公的利益を侵害すると述べただけであった。彼の国籍が不明であることを理由として他国が*Mezei*の受け入れを拒否していたため、エリス島での入国拒否は21ヶ月間継続した。そこで、人身の自由を制約する違法な収容であると主張して、人身保護請求を行った。本件の争点は、司法長官による聴聞を行わない継続的な入国拒否が違法な収容かどうか、それゆえ、裁判所は*Mezei*の入国を一時的に認めるべきかどうか

か、である。

〔判決要旨：Clark裁判官法廷意見〕

連邦最高裁判所は、「我々の門を一旦くぐった外国人は、たとえ不法滞在者であっても、デュープロセスの射程の範囲内にある伝統的な公正の基準と適合する手続を経なければ退去強制されることは無い」¹⁰⁹と現在合衆国内にいる外国人を退去強制させる場合にはデュープロセスによる憲法的統制があることを確認する。ところが、現在合衆国内で居住している外国人と、これから合衆国に入国しようとしている外国人の違いについて、次のように述べる。

①初めての入国で入り口に立つ外国人は、異なる立場に置かれる。：連邦議会が定めた手続きがどのようなものであっても、入国を拒否された外国人が問題となる限り、それは、適切な (due) プロセスである。…そして、入国規制権限を有する行政政府の活動は、最終的かつ決定的であるため、司法長官は、入国拒否決定に関する証拠を開示する義務を負わない。：合衆国の政治部門の決定は、法律によって明示的に授權されていない場合、司法の領域ではない。…このような場合、裁判所は、司法長官の決定を再審理することができない¹¹⁰。

また、外国人の「入国」の性質について、連邦最高裁判所は、以下のように述べる。

② (Mezei) がエリス島に避難しているとしても、また、以前合衆国に居住していたという事実があるにしても、(Mezeiに対する手続が) 入国拒否処分であることには変わりはない。明らかに、Mezeiの移動の自由は合衆国政府の権限によって制約されている。Mezeiは、人身保護請求を提出することにより、入国拒否の妥当性を争うかもしれない。しかし、それは、Mezeiが上陸して一時的な避難を享有できるのか、…あるいは、継続的に船から離れ続けることができるのか、という問題である。…つまり、エリス島に避難しているこ

とは、合衆国への入国に当たらない¹¹¹。

すなわち、エリス島は合衆国の領土であるにも関わらず、外国人にはデュープロセスの適用が認められないことになる。したがって、エリス島に収容されている外国人は、「我々の門を一旦くぐった外国人」ではないことになる。それゆえ、合衆国の領土であるエリス島内に長期間収容されたとしても、それは法的に見れば入国ではないので、継続的な入国拒否処分に対する憲法的統制が及ばないことになる。このような厳格な入国のフィクション性は、「Knauff-Mezei doctrine」と呼ばれ、批判の対象となっている。

ところが、連邦最高裁判所は、次に見る (12) Landon v. Plasenciaにおいて、(10) Knauff判決や (11) Mezei判決で示された入国のフィクション性のある程度相対化する判決を下す。

(12) Landon v. Plasencia¹¹²

〔事実の概要〕

Plasenciaは、1970年以降、合衆国内で居住を開始した永住外国人である。彼女は、合衆国市民の夫と結婚しており、合衆国市民の子供もいた。Plasenciaは、再入国許可証を持ち、夫と共にメキシコに短期間の旅行に行った。ところが、彼女は、合衆国へ不法入国しようとしている外国人に対して援助を行った結果、ロサンゼルスにて6人の不法滞在外国人とともにINSに捕まり、不法入国を援助したかどで、永住資格及び合衆国への入国資格を取り消され、収容された。彼女は、入国拒否処分 (exclusion) は不相当であって、退去強制処分 (deportation) による手続が用いられるべきだと主張し、人身保護請求を行った。

〔判決要旨：O'Connor裁判官法廷意見〕

連邦最高裁判所は、まず、外国人が合衆国への入国を否定される場合には、退去強制手続と入国拒否による二つの場合があると確認する。退去強制手続は、「既に合衆国に物理的に存在している外国人に対して用いられる手続」¹¹³であるが、入国拒否手続は、「合衆国の外で入国しようとしてい

る外国人に対して用いられる手続¹¹⁴である。退去強制手続の方が、入国拒否手続よりも手続上の保護を多く受けられるため、Plasenciaは、合衆国内に実際に居住していることを根拠として、入国拒否手続ではなく、退去強制手続によって審理すべきだと主張していた。この点について、連邦最高裁判所は、以下のように応答する。

①制定法の文言及び歴史を検討してみれば、当該法律は、たとえ外国人が永住者であろうとも入国資格は入国手続において決定されるという連邦議会の意思を明白に反映している。制定法の文言や制定法の歴史を見ても、Plasenciaが永住外国人の地位を取得していることにより、入国手続を中止して、退去強制手続によって審理することをINSに対して命じているということを示唆していない。条文を見れば、INSは、入国拒否手続において、Plasenciaが合衆国に「入国」する資格があるのかどうか、Plasenciaが入国拒否の対象となるのか、を決定することになっている¹¹⁵。

したがって、「制定法の意図は明白である：『入国』及び入国拒否の理由を決定することは、入国拒否手続において行われることを連邦議会は意図している」¹¹⁶。つまり、外国人の再入国は、永住外国人かどうかに関わらず、入国拒否の領域であるという連邦議会の思考を連邦最高裁判所は支持した。ところが、連邦最高裁判所は、入国拒否手続であっても、Plasenciaの場合は、デュープロセス条項が適用される余地を残していると述べる。

②最高裁判所は、長い間、次のような前提に立っていた。合衆国に初めて入国しようとしている外国人は特権を要求しているものであり、憲法上の権利を有しない。なぜならば、入国や退去強制を決定する権限は、主権的な大権であるからである。…しかしながら、外国人がわが国への入国資格を取得し、永続的居住の契機となる結びつきを發展し始めると、その憲法上の地位は徐々に変化する。我々の判例では、しばしば、「継続的に居住して

いる外国人は、退去強制の脅威にさらされる場合には、公正な聴聞を受ける権利を有すると認めてきた。…もっとも、行政府が行う手続が適当ではないと我々が判断することはほとんど無かったが、我々は、継続的に居住する外国人は、退去強制時にデュープロセスの権利を有するというルールを展開している¹¹⁷。

そして、外国人の再入国が問題となった場合、その外国人が、「継続的に居住し、現在合衆国内にいる外国人と同一視」¹¹⁸できる場合には、デュープロセスの権利が保障されると連邦最高裁判所は述べる。また、(11) Mezei判決との違いについて、次のように言う。

③もちろん、永住外国人の不在が長い場合は、彼は、同一視しうる地位によって取得する権利を喪失する。…Shaughnessy v. Mezeiにおいて、法廷意見は、「約20ヶ月間合衆国から離れていた外国人であるMezeiが再入国する際に、彼は入国する権利に対してデュープロセス上の保障を享有する」という主張を退けた。我々は、再入国しようとしている外国人は一切デュープロセスの権利を有しないと述べていない。…Shaughnessy v. Mezeiは、本件では当てはまらない。なぜならば、Plasenciaは、わずか数日の出国であるからである¹¹⁹。

そして、法律では入国と再入国を区別していないが、裁判所は、特定の状況、すなわち、永住外国人の再入国については、どのような手続ならばデュープロセス上の要請を満たすのか、について検討する必要があると述べ、どのような手続ならばデュープロセスの要請を満たすのか、を判断するために、多数意見は利益考慮テストを採用した。そして、Plasenciaが有する利益については十分に主張しているが、合衆国政府はどのような利益を有するののかにつき、十分に主張していないと認め、審理不十分のため、差し戻した。

ここで注目すべき点は、判示事項③において展

開された、(11) *Shaughnessy v. Mezei*との区別である。判示事項③は、永住外国人が短期間に合衆国外に旅行し、再入国しようとした場合、法理論的には「初めて入国しようとしている」状態にあるものの、全く初めて入国しようとしている外国人とは異なり、デュープロセスの保障が及ぶと述べる。この判示事項は、*Plasencia*が合衆国との結びつきを有していることを強調している点で、(5) *Kaplan v. Tod*、及びそれを踏襲した(10) *Knauff*判決、(11) *Mezei*判決が前提とする厳格な入国の法的なフィクションを相対化したことを意味する。しかし、だからといって、判示事項①では、制定法上の区別を前提としているし、判示事項②では、入国が特権であることは認めているままである。

2-4：20世紀の判例理論の総括—国民国家から市民国家へ?—

「絶対的権限の法理」は、20世紀においても、原則的に認められ、拡大されてきた。移民法は、第二次世界大戦以降、憲法が事実上変遷したこととは無関係なまま維持され続けている。上述したように、デュープロセスの発展の影響を受けていない。(12) *Landon v. Plasencia*で示されたように、外国人が初めて合衆国へ入国することは、「特権」として依然として描かれている。「権利/特権」の区別が消滅したこととは、移民法の分野では影響を及ぼしていない。そして、*Mathews v. Diaz*¹²⁰では、連邦議会は、合衆国政府の利益に沿う外国人を自由に選別できることを認めた。どのような外国人を合衆国に入国させるのか、どのような外国人ならば居住する資格を取得できるのかに関する判断は、依然として司法審査が遠く及ばないものと描かれている。連邦最高裁判所は、19世紀の判例理論とは異なり、一応は司法審査を行う。しかし、緩やかな審査基準を適用しているため、単なる外観に過ぎない¹²¹。

これまで、20世紀において絶対的権限の法理がどのような展開を遂げてきたのかについて概観してきた。その際、修正14条に基づき、数々のリベ

ラルな判決を下したWarren Courtと、その反動によって保守的傾向を強めたBurger Courtの傾向を区別していない。その理由は、*Aleinikoff*によれば、Warren Courtも、Burger Courtも、絶対的権限の法理を原則として承認しているからである。彼は、Warren Court (1953-1969) とBurger Court (1969-1986) について、以下のように言う¹²¹。

*Aleinikoff*によれば、Warren Courtのキー概念は、「完全かつ平等な市民権 (full and equal citizenship)」の実現にあると言う。公立学校における白人と黒人の人種別学を修正14条が定める法の平等な保護に反すると宣言した*Brown v. Board of Education of Topeka*¹²³や、私人間の差別行為の中に州の行為 (state action) が介在していることに着目して次々と積極的に違憲判断を下したWarren Courtは、アメリカ合衆国市民の中での社会的な差別を除去し、実質的な平等を確保しようとする物語として描かれる¹²⁴。

別な言い方をすれば、次のようになる。修正14条は、合衆国内で生まれた者は合衆国市民であることを定めているため、黒人であっても合衆国市民権を取得する。したがって、市民でありながら様々な社会的差別を受けていた黒人の実質的な平等を実現しようとしたWarren Courtは、二級市民扱いされていた合衆国市民を、真の合衆国市民へと引き上げる物語である。

しかし、平等な合衆国市民を実現するということは、裏を返せば、合衆国市民ではない者と合衆国市民を差別化することである。Warren Courtにおいても、絶対的権限の法理は承認されている。例えば、精神的な人格障害を有する外国人は退去強制の対象となると定めたINA法212(a)(4)を根拠として、同性愛者の入国拒否の可否が争われた*Boutilier v. INS*¹²⁵では、連邦最高裁判所は(1) *Chinese Exclusion Cases*を引用しながら以下のように述べる。「公正な警告を受ける憲法上の要請は、外国人が合衆国への在留条件を定めるINA法212(a)(4)には当てはまらない。連邦議会は外国人の入国に関するルールを定める権限、連邦議会が禁止した性質を有する外国人を退去強制させる

権限を有する」¹²⁶。そして、同性愛者は精神的な人格障害に当たると連邦議会は明示的に考えていたと認め、Boutilierの請求を全員一致で認めなかった。

また、(7) Harisiades判決とほぼ同じ事案で、過去に共産党員であったことを理由とする退去強制が争われたGalvan v. Press¹²⁷では、Warrenも加わった法廷意見において、(7) Harisiades判決を引用しながら以下のように言う。「外国人の入国及び滞在する権利に関する連邦議会の権限は、極めて広範であって、国家主権、さらに特定化すれば、我々の外交及び国家の安全に関連する」¹²⁸。「外国人の入国及び外国人が合衆国内で滞在する権利に関する政策は、特に、合衆国の政治部門に関係する。この政策の実施の際、政治部門はデュープロセスが定める保護に敬意を払わなければならない」¹²⁹。「しかし、この政策を定めることが連邦議会に排他的に委ねられていることは、我々の政体の立法部門及び司法部の中に強固に埋め込まれている。事後法の禁止を定める条項を適用すべきだとどれほど主張しようとも、事後法禁止条項が退去強制に適用されないのは、最高裁判所の揺るぎないルールである」¹³⁰。連邦最高裁判所は以上のように述べて、Galvanの主張を認めなかった。

以上の二つの判決からわかるように、Warren Courtでは、絶対的権限の法理を完全に承認していた。また、外国人を規制する州法が違憲とされた事例は見当たらない¹³¹。デュープロセスの保障は「合衆国市民 (citizen)」ではなく、「人 (person)」と規定されているにも関わらず、Warren Courtにおいては、外国人はデュープロセスの保障の範囲外にあると位置付けられたままである。

外国人の地位向上は、Warren Courtではなく、むしろBurger Courtによって実現された。例えば、Burger Courtの初期には、合衆国市民と15年間に合衆国に住んでいる定住外国人だけが社会福祉受給資格を有すると定めたアリゾナ州法が平等保護に反するかどうか争われたGraham v. Richardson¹³²において、連邦最高裁判所は以下のように述べた。「伝統的な平等保護原理の下では、

州は、分類が合理的な理由を有する限り、分類を定立する広範な裁量を有する。…これは経済的領域及び社会福祉敵領域においても妥当する。…しかし、当裁判所の判決によれば、外国人であることに基づく分類は、国籍や人種に基づく分類と同じく、生来的に疑わしく、詳細な司法審査の対象となる。集団としての外国人は、高度な司法審査を要請する『分離し、孤立した少数者 (discrete and insular minority)』の一例である」¹³³。その結果、連邦最高裁判所は、アリゾナ州法は修正14条が定める平等保護に反すると判断した。

また、Burger Court後期の判決であるPlyler v. Doe¹³⁴では、不法滞在外国人の子供は公立学校に通うことができないと定めたテキサス州法が平等保護に反するかどうか問題となった。連邦最高裁判所は、以下のように言う。「外国人の移民法上の地位がどのようなものであっても、外国人は間違いなく修正14条が定める用語の通常の意味で言う『人 (persons)』である。外国人は、その存在が違法であっても、修正5条及び修正14条のデュープロセスが保護する『人 (persons)』であることは長い間認められている」¹³⁵。そして、Graham v. Richardsonと同じく、外国人であることに基づく差別は疑わしいため、厳格審査基準を適用した、テキサス州法は違憲と判断された。

しかし、Burger Courtの外国人の権利を実現しようとした二つの判決は、連邦による差別が問題となった事案ではない。州は外国人を規制する権限を有しないため、外国人が問題となった事案については連邦レベルよりも審査基準が厳しくなったに過ぎない。したがって、Burger Courtは、Warren Courtと同じく絶対的権限の法理を破壊させようとする意図を打ち出しているわけではない。連邦による差別については、(8) Kleindienst v. Mandel, Mathews v. Diaz¹³⁶、(9) Fiallo v. Bellで見たとおり、絶対的権限の法理を原則として承認しているという点で、首尾一貫している¹³⁷。

Aleinikoffによれば、以上のような連邦最高裁判所判例の流れは、アメリカが国民国家 (Nation-State) から市民国家 (Citizen-State) へと変遷し

た過程を示している。すなわち、アメリカ合衆国が成立した当時は勿論のこと、南北戦争が終結し、修正14条が成立してもなお、アメリカ合衆国市民とは、事実上、アングロサクソン系白人男性に限られていた。女性には選挙権が認められず、黒人は二級市民扱いされていた。また、出身国に基づく取り扱いの相違は人種的差別が背景にあると批判されながらも、戦時には敵国出身の合衆国市民をも敵国出身であるという理由にのみ基づいて裁判抜きで収容することが行われていた。彼らは合衆国市民権を有していたにも関わらず、二級市民扱いされていたのである。しかし、反共ヒステリーに対する自由主義の勝利を達成すると、合衆国は人々の法的平等を確保しようとする動きになるようになる。Warren Court以降の連邦最高裁判所の動き、例えば、積極的差別是正措置などは、二級市民である彼らに対して、「完全かつ平等な市民権」を付与しているということになる。だが、ここで主眼となっていた者は、形式的には合衆国市民であるが、実質的には合衆国市民（＝アングロサクソン系白人男性）ではない者であって、外国人は完全に視点から抜け落ちていた。すなわち、この意味において、Warren Court以降は、アメリカが、アングロサクソン人の国家という国民国家（nation-state）から、市民国家（citizen-state）へと変容した過程¹³⁸、別な表現で言えば、「白人化」¹³⁹した過程を示しているということになる。

結局、20世紀における外国人に対する連邦最高裁判所の憲法解釈は19世紀的な思考を受け継ぎ、冷淡なままであった。しかし、だからといって、外国人に対して冷淡な処遇を合衆国が行っているわけではない。例えば、州による規制が問題となった場合は違憲となることもあるし、連邦法により様々な自由が認められている。これらの事実は外国人に対して敬意を払って処遇していることを意味する¹⁴⁰。ただし、外国人に対する根本的な処遇を変えるものではないだろう。

2-5：絶対的権限への評価

ここでは、絶対的権限の法理に対してアメリカ

国内ではどのような評価が下されているのかを紹介する。

絶対的権限の法理に対する痛烈な批判を展開し、絶対的権限を廃棄せよと主張するAlexander Aleinikoffは、以下のように述べる。(1) Chinese Exclusion Casesや(2) Fong Yue Tin v. United Stateを「分析・推論して得られた結論は、現代の憲法上の原則と明らかに矛盾するため、移民規制権限を入念に再構成することが適切である。最初の段階として、移民を規制する権限の根拠及び範囲を検討する際に『国民国家を前提にしている国際法の古めかしい原則』に訴えることを終了させるべきである。外国人の入国及び居住を規制する権限は、通商権限から導かれる。あるいは合衆国憲法の構造及び分析から黙示的に推定される。ある論者は、通商権限が『絶対的』と名づけられているのと同様に、移民規制権限を『絶対的』と呼ぶ。しかし、『連邦議会が付与された移民規制権限すべてを有している』と主張することは、『移民規制権限の行使が憲法の枠内で定められている制約から自由である』と主張することと同一ではない。主権や生来的権限であると語ることを排除することにより、裁判官は、『移民規制権限は憲法の上にあるものでもなければ、憲法に先立つものではない』と認識できるようになる。たとえ強力な憲法上授權された大権であっても、この見解が通常である。さらに、移民規制は他の連邦権限の行使と同様に司法審査に服すべきである¹⁴¹。また、入国という法的フィクションについては、「共同体との結びつき（Community Ties）」という観点から、次のように言う。法的な意味での入国をしているかどうかという基準は、うまく機能しない。例えば、境界線上で移民ビザを提示する外国人は、既に合衆国との「結びつき（ties）」（家族や労働）を有していると言える。外国人を合衆国領土から退去させる政府の行為は、対象となる個人の自由を侵害していると述べるのが実際的であろう¹⁴²。Aleinikoffは、以上のように述べ、共同体との結びつきに対応した憲法的統制のあり方を提唱する。そして、彼は、「移民法を現代憲

法の枠内に収めるべきである」¹⁴³と主張する。

しかし、Aleinikoffは、絶対的権限の法理を廃棄すべきだと主張するが、「我々は、国民国家の正当性が民主権ではなく、国際的な人権原理との一致に基づくポストナショナルな世界に突入している」¹⁴⁴という見解に賛同しているわけではない。実際、「私は国民国家を支持する。国民国家は、効率的に社会正義及び社会の平和を追求するために用いる唯一の組織化された政治権力だと私は考える」¹⁴⁵と言う。確かに、彼は、国家に対する超国家的な、政治的・経済的・社会的圧力が常習的になり、EUの統合、WTOやICCの存在は世界レベルで主権国家像に関する劇的な転換を示しつつあることを認めるが、「国民国家の国際的な支配体制は消滅しそうにない。今日では国家主権は確固としたものではないかもしれないが、依然として最も強力な理論である」¹⁴⁶と言う。つまり、彼は、19世紀的な主権国家像に基づく絶対的権限の法理が、主権的な権限、憲法外の権限として認識されていることを問題視し、外国人を規制する権限を単なる憲法上の権限だと位置づけることにより、絶対的権限を、合衆国が有する通常の権限、すなわち、他の憲法上の原則（例えば人権など）によって制約されることを予定している権限にまで落とすことを狙いとしている。したがって、彼によれば、近年の絶対的権限の法理の問題は、単に司法審査との関係、すなわち、裁判所が有する判断能力の文脈でのみ問題となるに過ぎない¹⁴⁷。彼の主張をこのように理解すれば、ポストナショナルな世界に同意しない彼の主張は整合的である。

Aleinikoff以外に絶対的権限の法理を批判する代表的な論者としては、Stephen H. LegmoskyとLouis Henkinを挙げることができる。

Legmoskyは、「連邦議会の権限の絶対性を認めるが、『絶対的』という言葉が無意味かするかのよう」¹⁴⁸に扱おう」¹⁴⁸方法を提唱し、INS v. Chadha¹⁴⁹を読み替えようとする。この判決は、以下のような事案であった。Chadhaは、非移民留学ビザで合法的に合衆国に入国した外国人であったが、滞在期間経過後も合衆国に滞在していたため、退去強制命令

を下された。彼は、退去強制命令の中止を申請し、公正な聴聞を経て、移民審査官は退去強制命令の中止を決定した。当時、1952年INA法244条(a)(1)では、司法長官に対して、特定の場合に自らの裁量で退去強制を中止することを定めていた。ところが、INA244条(c)(2)では、連邦議会のどちらかの一院が、司法長官の退去強制中止決定を無効と決議すれば、中止決定は無効となると定めていたこと（legislative veto：議会拒否権）に基づき、連邦議会下院は、退去強制中止命令を無効とする決議を下したため、移民審査官は、退去強制手続を再開した。そこで、Chadhaが、244条(c)(2)は違憲だと争ったのが本件である。連邦最高裁判所は以下のように判示した。連邦議会は、実質的な立法を行う全ての分野に関する絶対的な権限を有しているが、その権限行使は、他の憲法上の原則を妨げてはならない。連邦議会は、憲法上許容された絶対的権限を行使の選択をしなければならない¹⁵⁰。そして、議会拒否権は、立法的性質を有する。権力分立の観点から、立法的性質を有する議会拒否権は、両院の決議によってのみ行使されなければならない¹⁵¹。したがって、一院の決議によって立法を行うことを認めるINA法244条(c)(2)のは権力分立に反し、違憲であると連邦最高裁判所は述べた。

Legmoskyは、「連邦最高裁判所は、どのようにして実体判断に至ったのだろうか」¹⁵²とこの判決に対して疑問を投げかける。「もし議会拒否権を明示的に授権する意図を持つ移民法が違憲と判断されないならば、下院の活動は有効である。移民を規制する連邦議会の『絶対的な』権限の観点から見ると、この法律の憲法適合性はどのように審査されたのであろうか？下院は次のように言う。本件は裁判の対象とはならない政治問題である。なぜならば、制定法の条文は、統一的な帰化に関する規則を定めることができる連邦議会の権限の行使の結果だからである。連邦最高裁判所はこの見解に対して次のように応答する。『帰化条項の下では、外国人に関する連邦議会の絶対的権限は明白である。しかし、ここで争われているのは、

連邦議会がその権限を実施する憲法上許容された手段を選択したかどうか、である』。その時、連邦最高裁判所は、*Baker v. Carr*において示された多様な政治問題の法理を検討し、本件には当てはまらないと結論を下している。さらに、憲法上の問題が裁判の対象になると判示する。同様の理由付けは絶対的権限の法理が争われた事例においても示されているが、法廷意見は、本判決と法廷意見には引用されていない先例との関係を再検討しようとしなかった¹⁵³。つまり、*INS v. Chadha*¹⁵⁴では、連邦議会の移民規制権限を「絶対的」と認めたと関わらず、請求の実体的な観点から審査し、しかも違憲判断を下しているとLegmoskyは指摘する¹⁵⁵。したがって、彼によれば、この判決は『絶対的』という言葉が無意味化するかのようによび¹⁵⁶手段を採用していることになる。

Aleinikoffと同じく絶対的権限の法理を批判するLouis Henkinは、以下のように述べる。彼は、(1) Chinese Exclusion Casesによって、外国人に対する処遇一般が連邦議会の絶対的かつ無制約の権限に服することになり、その結果、外国人の憲法上の要請を認めることができなくなったと認識し、「移民を規制し外国人及び帰化を統制する連邦議会の権限は絶対的である。しかし、絶対的権限といえども憲法の制約に服する。『憲法が人種や宗教を根拠とした入国拒否や平和に居住している正規滞在者の退去強制を認めている』とは今日の最高裁判所は判断しないだろう。憲法は、理由のない無期限の収容を認めていないと私は考える。例えば、合衆国政府が入国を望まず、どの国も受け入れてくれないため退去強制できないこと、入国をさせないために誤った待遇をしようとしていることである。Chinese Exclusion Case—その名前も非常に恥ずべきものである—は、消え去らなければならない¹⁵⁷と」言う。また、外国人を規制する権限の根拠を主権に求めることについて、L.Henkinは以下のように述べる。L.Henkinによれば、「連邦議会が移民を規制する権限を有していること—その権限は憲法の条文から導き出されていない—は、我々が憲法の歴史において取り込んできた出

来事と比べてもそれ程ラディカルな判断だとは思えない。しかしながら、この法理に付随するもの—移民規制は連邦議会制定法一般に適用される憲法上の制約に服さないという顕著な思考—は、鋭い批判にさらされる。Chinese Exclusion Caseであっても、『移民規制権限は憲法上の制約に服さない』とは最高裁判所は述べていない¹⁵⁸。確かに、(1) Chinese Exclusion Casesを詳細に検討してみれば、判示事項②において次のように述べられている。「戦争を宣言する権限、条約を締結する権限、暴動を鎮圧する権限、侵略に対して抵抗する権限、外国との通商を規制する権限、共和政体を維持する権限、他国の臣民に市民権を付与する権限などは、すべて主権的権限である。そして、その権限の行使は、憲法・政策判断・すべての文明化された国家の行為を規制する正義によってのみ制約される」¹⁵⁹（傍線は引用者）。すなわち、Henkinによれば、(1) Chinese Exclusion Casesは、連邦議会は外国人の入国を拒否できる権限を有し、連邦議会の決定は、「裁判においては終局的」¹⁶⁰なものと述べた判決である。

ところで、Hiroshi Motomuraは、次のように述べる。「移民法は、絶対的権限の支配の下、過去100年間以上も発展してきたが、制定法の解釈と憲法の典型的な関係について、異常な形式を示している。この異常性により、移民法における二つの『憲法規範』の間にある長期間の矛盾が導かれる。移民の事件における憲法問題を裁判所が直接判断するときに用いる憲法規範は、移民法の解釈を指導する正しい憲法規範ではない。後者の場合、多くの裁判所は、私が『みせかけの憲法規範 (phantom constitutional norm)』と呼ぶ規範に依拠している。しかし、みせかけの憲法規範の結論は、制定法の解釈を通じて絶対的権限の法理を徐々に切り崩している」¹⁶¹。Hiroshi Motomuraの見解によれば、(12) *Landon v. Plasencia*は、みせかけの憲法規範にとって重要な判決である。なぜならば、(12) *Landon v. Plasencia*は、「みせかけの規範が移行期のフレーズであることを示しているからである」¹⁶²。(12) *Landon v. Plasencia*は、外

国人がわが国への入国資格を取得し、永続的居住の契機となる結びつきを発展し始めると、その憲法上の地位は徐々に変化すると認め、永住外国人の再入国については、手続的デュープロセスの観点から、全く初めて合衆国へ入国しようとする外国人と同じ扱いをするのは不適切であると述べた判決であった。この判示事項について、Hiroshi Motomuraは、「裁判所が憲法上の問題を直接的に表明し、以前は制定法の解釈に対する指導としてのみ用いられていたみせかけの憲法規範を、『真の (real)』憲法規範へ作り変え」¹⁶³していると指摘する。そして、彼は次のように述べる。「私の見解では、みせかけの規範の再評価は、極めて両価的である。一方では、絶対的権限の法理の欠点に対する理解可能な、そして、品の良い応答である。それゆえ、私は、『みせかけの』という言葉を経蔑して使おうとはしていない。より一般化すれば、移行期にみせかけの規範を用いることは、健全な憲法の変化の形式である。他方、原理的に『不適切な』憲法規範—明らかに憲法解釈を含む事案においてもコントロールしない憲法規範—に、裁判所は長い間依拠して解釈しているため、制定法の解釈は、法律を混乱させ、捻じ曲げる。…移民法に関するみせかけの規範が長い間支配していたことによって生じるジレンマから抜け出る唯一の手段は、移行期のフレーズを終了させることである。つまり絶対的権限の法理の憲法規範としての再検討である」¹⁶⁴。そして、Hiroshi Motomuraは、みせかけの憲法規範に依拠しながら展開を遂げてきた移民法であっても、我々の法文化から孤立させるべきではなく、(12) Landon v. Plasenciaのように真の憲法規範に基づく移民法へと作り変える道を提唱する¹⁶⁵。

2-6：絶対的権限の法理の根拠を主権として捉えることについて

これまで、19世紀における絶対的権限の生成と20世紀における展開、そして、20世紀における外国人の地位を取り巻く政治的・社会的状況、絶対的権限の法理に対する見解を取り上げた。ここで

は、絶対的権限の根拠を主権に求めることがどのような意味を持つのかについて述べる¹⁶⁶。

ただし、絶対的権限の根拠は主権にのみ限定されるというわけではない。合衆国憲法第1編第8節第3項の通商条項¹⁶⁷、同4項帰化権限、同11項の戦争権限¹⁶⁸、憲法の構造から導き出される外交事項を扱う権限から移民規制権限を導き出そうとする見解もある。しかし、(1) Chinese Exclusion Cases以降、多くの判例は、移民規制権限の根拠を主権に求めてきた。しばしば移民規制権限の根拠として挙げられる通商条項は、実定法上の根拠であったが、外国人を規制する権限の根拠を主権に求める場合、それが憲法外の権限だと認識されてしまう。(1) Chinese Exclusion Casesでは、Field裁判官は、次のように言う。「合衆国政府が立法府の活動を通じて外国人を自らの領域から排除できることは、我々が議論する余地がない前提である。自らの領域に関する管轄権は、あらゆる独立国家に付随するものである。この権限は、国家の独立の一部である。もし国家が外国人を排除できなかったならば、国家は、他国の権限に服することになる」。「外国人を排除する権限は、合衆国政府が有する主権にとって生来的なものであり、憲法によって授権された主権的権限の一部として、国家的利益を必要とすると合衆国政府が認めるときは常に外国人を排除できる権限の行使は、葬り去られることはないし、何者にも制約されない」。そして、(1) Chinese Exclusion Casesの3年後に下されたNishimura Ekiu v. United States¹⁶⁹において、Gray裁判官は、「すべての主権国家は、主権にとって生来的なものとして、そして、自己保存に本質的なものとして、自国の領域内に外国人を入国させることを禁止する権限、及び自らが適切だと判断する条件をつけて外国人を入国させる権限を有していることは、最も受容された国際法の原則である」と言う。このような判例理論に対しては、次のような疑問が投げかけられている。「この強力な、そして、よく引用される言い回しは、難解な問題を隠している。仮に合衆国政府が授権された権限を有する政府の一つならば、なぜ

合衆国政府は、『主権』という憲法の外にある根拠に基づいて『生来的な権限』を有するのか。なぜ『国際法の原則』が連邦議会の権限を定めることになるのか。主権的な属性として移民規制権限が含まれるという見解を仮に受け入れるとしても、『憲法が合衆国に委任または州に対して禁止していない権限は、それぞれの州または人民に留保される』と定める修正10条と矛盾するのではないか¹⁷⁰。

連邦最高裁判所は、United States v. Curtiss-Wright Export Corp¹⁷¹の中で、上述の疑問に対して、次のように応答する。「合衆国政府は憲法に特に列挙されている権限以外の権限を行使できず、黙示の権限は列挙されている権限を実行するために必要かつ適切な権限を有しているという広く受容された考えは、類型的な観点から見ると、国内事項の点でのみ正しい¹⁷²。「一つの連合として活動する植民地が大英帝国から独立した結果として、超主権的な権限は、王国からそれぞれの植民地に移ったのではなく、アメリカ合衆国としての集合的な共同体へ移転した¹⁷³。「連合体は憲法よりも前に存在している。合衆国憲法は、『より完全な連合体 (a more perfect Union)』を形成するために定められ、制定された¹⁷⁴。「このことから、超主権的な権限を伴う連邦政府の構造は、合衆国憲法による積極的な授権とは無関係である。戦争を宣言し、遂行する権限、平和を終了させる権限、条約を締結する権限、他の主権国家と外交関係を維持する権限は、たとえ合衆国憲法に明記されていなくても、国家性に伴う必要な権限として、合衆国政府に授権されている¹⁷⁵。そして、(2)Fong Yue Tin v. United Stateを引用して、「望まれない外国人を排除する権限は」「憲法は明示的に認めていないが、にも関わらず、国家性の観念から生来的に不可分の権限として存在する¹⁷⁶と述べる。

つまり、合衆国政府が主権的な権限を有するのは、大英帝国からの独立に求められるのであり、また、修正10条の問題は、国内事項についてのみに当てはまるということになる。この判決では、Sutherland裁判官は、外交事項を規制する権限を、

奇妙なことに、憲法からではなく合衆国の独立という事実から導き出している。United States v. Curtiss-Wright Export Corpの理由付けに基づけば、「もはや移民規制権限を探求するために、合衆国憲法を検討する必要性が消滅する¹⁷⁷。この理論は、移民法分野では重大な問題を提起する。仮に移民を規制する権限が憲法外の権限であるとするならば、合衆国憲法が定めた連邦政府に対する規制が及ばなくなるだろう。上述したAleinikoffやHenkin¹⁷⁸が批判しているのは、まさにこの点である。

外国人を規制する権限を主権に求める見解の前提には、「自己保存 (self-preservation)」と「自己定義 (self-determination)」という二つの前提がある。主権国家を維持するためには、人民は自らの領域を支配しなければならない。そのような支配を欠けば、国家は、自己、そして、自己の境界を実効的に支配することができない。その結果、国家は他国の主権に服することになる。したがって、移民を規制する権限は、「自己保存」のために、主権国家にとって生来的なものだと位置付けられる。

また、移民規制権限は、国家の「自己定義」の過程にとって本質的なものである。統治の過程を通じて、国民は、国家が支持する価値を決定する。したがって、国民は、国家のアイデンティティを確定する役割を負う。誰が国家を構成し、誰が国家のアイデンティティ創設に参加するのか、を決定することにより、移民法は、自己を定義する役割を有する。誰が国家の中に入ることができるのかについて決定することは、国家の問題である。国家の自己定義の過程が、人種差別主義的、他者に対する差別、不正義だと批判されたとしても、それは主権国家にとって本質的な性格であると描かれる。「自己保存」及び「自己定義」の理論は、外国人を規制する連邦政府の広範な権限を導き出す。

外国人を規制する権限を主権に求める判決は、(1)Chinese Exclusion Cases以降、19世紀末から20世紀初頭の判決だけではなく、20世紀後半にお

いても、多数存在する。例えば、(8)Kleindienst v. Mandel判示事項①では、「古典的な国民国家の国際法原理によれば、最高裁判所は、…『外国人を排斥できる権限は、主権に固有のものであって、通常の国際関係を維持するために、そして、外国からの侵略及び危険から合衆国を守るために必要不可欠である。この権限は、連邦政府の政治部門によって排他的に行使される』と認めている」と述べている。これ以外にも、(10)Knauff v. Shaughnessyや(11)Shaughnessy v. Mezeiにおいて、まずは判決の冒頭で連邦議会が持つ移民規制権限は主権に固有のものであるという従来の先例を確認しているのは、既に見た通りである。

3：判例の変化？—Zadvydas v. Davisを素材として—

[2：絶対的権限の法理の生成と展開]では、連邦最高裁判所が絶対的権限の法理を作り出した判決、そして、それが展開していった過程を検討してきた。連邦議会が持つ移民規制権限は、ほとんど憲法による統制が及ばない万能な権限として描かれてきた。ところが、最近、絶対的権限の法理を正面から相対化させる判決が幾つか出されている。以下では、絶対的権限の法理に対する人権論からの制約を正面から認めた判決である(13)Zadvydas v. Davisを中心として、最近の絶対的権限の法理をめぐる判例理論を紹介する。

3-1：(13)Zadvydas v. Davis¹⁷⁹

[事実の概要]

Zadvydasは、リトアニア人の両親の下、1948年にドイツで生まれた。彼は8歳のとき、両親及び親族と共に合衆国へ移民として来た。それ以降、彼は合衆国に居住し続けている。彼は、ドラッグ、暴力行為、窃盗などを行ったことを理由として、実刑判決が下された。実刑判決が下されてから2年後にZadvydasは仮釈放されたが、1994年に退去強制命令が下された。しかし、ドイツは、Zadvydasはドイツ国民ではないという理由に基づき、そし

て、リトアニアは、Zadvydasは、リトアニア国民でもなく、また、永住資格を有しないという理由に基づき、両国とも彼を受け入れることを拒否した。また、彼の妻の母国であるドミニカ共和国も受け入れを拒否した。結局、Zadvydasを他国へ退去強制させることができなかった。彼が退去強制期間終了後も収容されていたため、人身保護請求を請求した。法によって定められた退去強制期間を延長して外国人を収容することができるのかどうか、この点について争われたのが本件である。また、Zadvydasと同様の立場にあるKim Ho Maも同様の訴訟を提起している。本件は、両者について判断している。

[判決要旨：Breyer裁判官法廷意見]

まず、Breyer裁判官は、外国人の入国が違法だと認められ、最終的な退去強制命令が下された場合、合衆国政府は、現行法制度上90日以内に原則として退去強制を行わなければならないこと、しかし、一定の場合には収容の延長が認められることを確認する。「[1] 入国を認められないため退去強制を命じられた外国人 [2] 入国資格、入国条件、刑法に違反したことを理由として、あるいは、安全、外交政策を理由として退去強制を命じられた外国人 [3] 司法長官が共同体にとって危険だと判断したため退去強制を命じられた外国人、あるいは、退去強制命令に従う可能性が低いと司法長官が判断した外国人」¹⁸⁰については、退去強制期間を超えて収容することが可能であって、釈放する場合には特定の条件が付せられるという現行規定を確認し、次のように言う。

①これらの場合、我々は、退去強制期間経過後の収容を認める法律が、司法長官に対して、退去強制期間を超える無期限の収容を認めているのか、あるいは、外国人の退去強制を実現するために合理的に必要な期間にのみ限定されているのか、を決定しなければならない。我々は、ここでは、合衆国への入国許可を取得したが退去強制命令を下された外国人を問題としている。合衆国への初入国の許可を取得していない外国人とは、事案の性

質が非常に異なる。…前者の類型に属する外国人を無期限に収容することは深刻な憲法問題を提起させるという我々の結論に基づき、我々は、当該法律は、黙示の「合理的な期間」の制約を含んでいると解釈し、連邦裁判所の審査に服させる¹⁸¹。

②退去強制期間経過後の収容を認める法律は、退去強制命令を下された外国人に対して適用される。すなわち、入国資格を取得していない外国人、犯罪行為に従事した外国人、移民ではない者に課せられる条件に違反した外国人、そして、国家の安全、外交関係を理由として退去強制命令を下された外国人である。司法長官が共同体にとって危険だと判断した外国人、退去強制命令を遵守しそわないと判断した外国人も同様である。…上述の類型に属する外国人は、退去強制期間を超えて収容されることがある。仮釈放された場合、特定の期間、監督に服する。

…しかしながら、連邦議会制定法が、憲法について「深刻な疑い」を提起している場合、最高裁判所は、まずはその制定法の構造が、問題を回避する可能性があるかどうかを確かめるというのは、「重要な原則」である。…我々は、憲法的な根拠が薄弱なことを回避するために、移民法の中に重大な制約を読み取っている。…我々の見解では、憲法上の要請という観点から読めば、外国人を退去強制期間経過後も収容することは、外国人を合衆国から退去強制させるために合理的に必要な期間に制約される。法は、無期限の収容を認めていない¹⁸²。

つまり、Breyer裁判官は、無期限の主張を絶対的権限の法理に基づいて正当化する合衆国政府の主張に対して、憲法上の観点から制約がありうると判断した。本件に係る具体的な憲法上の問題に対しては、次のように言う。「外国人に対する無期限の収容を認める法律は、深刻な憲法問題を提起する。修正5条のデュープロセス条項は、『デュープロセスによらずに…全ての人の…自由を奪う』ことを合衆国政府に対して禁止している。拘束からの自由—合衆国政府による拘禁、収容、他

の身体的制約—は、この条項が定める自由の核心部分である」¹⁸³。「外国人が用いることができる唯一の手続的保護は、行政手続である。外国人は、自らが危険ではないことを証明する責任を負う。しかも、後続する司法審査はない。…しかしながら、判例によれば、行政府の決定が基本的人権に影響を及ぼすような場合に、そのような決定を下す権限が、憲法上、審査の対象とならない権限であってはならない。…このような場合に、おそらく永続的になる無期限の収容を認め、上述の保護を認めずに人間の自由を奪うことを認める当該法律が提起する深刻な憲法問題は明白である」¹⁸⁴。すなわち、Breyer裁判官は、合衆国政府が外国人を無期限に収容することによって提起される憲法問題は、デュープロセスの核心部分に位置づけられる「拘束からの自由」であって、本件は「深刻な憲法問題」が明白であると述べている。

ところで、(11)Shaughnessy v. Mezeiもまた、無期限の収容に関する事案であった。この判決において、一旦合法的に入国した外国人であっても、合衆国を離れ、海外旅行の後再入国しようとした場合、入国拒否が可能であって、入国拒否者を受け入れてくれる国家がないことを理由として無期限に収容させることができると判断を下していた。合衆国政府は、この判決に基づいてZadvydasの主張を正当化しようとしたが、Breyer裁判官は次のように応答する。

③Shaughnessy v. Mezeiは、本件と同様に、無期限の収容と関連する事案であったが、それは、本件とは決定的に異なる。判例が強調しているように、合衆国から長期間はなれた外国人が、もう一度合衆国へ入国することを要求している。Mezeiがエリス島にいることは、合衆国への入国とはみなされない。したがって、彼は、憲法の観点から見れば、境界線で足止めされているかのように扱われる。この点は、本件とは異なる。

合衆国へ合法的に入国した外国人と、移民法を経ずに入国した外国人には相違がある（参照(5)

Kaplan v. Tod)。…合衆国の中にいる人が有する特定の憲法上の保護を、合衆国の地理的境界の外にいる外国人は有しない。…しかし、外国人が一旦わが国へ入国すると、その法的地位は変化する。なぜならば、デュープロセス条項は、合衆国内にいる全ての「人」—外国人の地位が合法か、違法か、一時的か、永続的かは問わない—に対して適用されるからである（ここでBreyer裁判官は、Yick Wo v. Hopkinsなどを引用する）。実際、最高裁判所は、デュープロセス条項は最終的な退去強制命令が下された外国人を保護していると述べている（参照(3) Wong Wing v. United States)。もっとも、その保護の性質は、外国人の地位及び状況に極めて依存する（参照(12) Landon v. Plasencia）。

（(3) Wong Wing v. United Statesでは、）最高裁判所は、一年間の重労働を最終的な退去強制命令が下された外国人に対して課すことを定めて法律を違憲と判断した。この事件は、退去強制命令を下された外国人に対する実体的な保護が中核にある。退去強制の実現可能性が決定される外国人に対する手続的保護ではない。最高裁判所は、懲罰的な手段を退去強制命令が下された外国人に対して課してはならないと判断した。なぜならば、「合衆国内にいる全ての人」は、憲法による保護を享有するからである¹⁸⁵。

すなわち、Breyer裁判官は、本件においては(11) Shaughnessy v. Mezeiは支配しないと考えた。Breyer裁判官の言葉を借りれば、Mezeiは合衆国の外にいるが、Zadvydasは中にいるということになる。また、連邦議会は移民法を制定する絶対的権限を有しているため司法部門は執行部門及び立法部門の決定に譲歩するという絶対的権限の法理を背景にした合衆国政府の主張に対しては、以下のように応答する。

④しかし、この権限は、重要な憲法上の制約に服する（ここでBreyer裁判官はINS v. Chadhaと(1) Chinese Exclusion Caseを引用している）。これらの事件では、我々は制約に焦点を当てる。我々は、

外国人を退去強制させる連邦議会の権限や外国人を収容から釈放する時に特定の条件の下で監督する権限、それらの条件に違反した場合に外国人を収容する権限を否定することはできない。…ここでの問題は、「国家の意思」に反して居続ける権利を認めることや、退去強制の対象となる外国人に寛容であるべきか、ではなく、合衆国政府が退去強制できないと判断した外国人は合衆国内で無期限の収容を宣告されるのか、である¹⁸⁶。

続いてBreyer裁判官は、予防的収容や外交政策上の考慮を要請する特別な状況（例えばテロリストなど）は本件では判断する必要がないという。以上より、「少なくとも、外国人の自由の利益は、用いられる手続きに関係なく憲法は無期限の収容を認めているのかどうか、また、潜在的に無期限になりうる収容を認めているのかどうかという深刻な憲法問題を生じさせるほどに明白である」¹⁸⁷と判断した。そして、「憲法上の問題があるにも関わらず、仮に連邦議会在が制定法の意図を明確にしていたならば、我々は、その意図を有効だと判断しなければならない。…しかしながら、本件では、退去強制命令を下された外国人を無期限に収容する権限を司法長官に付与することを認める意図は見当たらない」¹⁸⁸と述べ、合憲限定解釈の手法を用いる。続いて、連邦最高裁判所は、危険な外国人から共同体を保護することは、二次的な目的であって、本条項は、「基本的には、外国人の退去強制を実施する目的を有する」¹⁸⁹と判断した。合衆国政府の「制定法の歴史上、無期限の収容が認められてきている」という主張に対しては、「我々は、制定法の歴史を見ても、無期限の、そして、おそらく永続的な収容を認める連邦議会の意図を明確に証明するものは見当たらない。したがって、深刻な憲法上の利益に対する脅威を回避するために法律を解釈すべきであって、もはや退去強制が合理的に予見し得なくなると、継続的な収容は法律によっても認められないと我々は結論を下す」¹⁹⁰と述べる。具体的には、収容が6ヶ月以上継続した場合に、深刻な憲法問題が生じると判断した。最

最終的に、退去強制が合理的に予見しうる期間内に行われるかどうかを決定する際に、Zadvydasらを将来他国が受け入れてくれる可能性について検討する必要があるため、下級審に差し戻すと判断した。つまり、Breyer裁判官は、収容が6ヶ月以上継続した場合に、深刻な憲法問題が発生し、6ヶ月以上の収容を認めるためには、その収容が、合理的に予見しうる退去強制のために必要なものでなければならないと判断した。

[Scalia裁判官反対意見 (Kennedy裁判官同調)]¹⁹¹

法廷意見の判断によれば合理的に予見しうる将来に他国が受け入れてくれそうにない外国人—犯罪を行い、最終的な退去強制命令を下された外国人—は、合衆国への監督付き釈放を憲法上の権利だと主張している。この主張は、「身体の拘束」からの自由や「無期限の収容」からの自由として、見映えが良い主張である。しかし、これは、結局、合衆国へ釈放される権利を主張している。外国人は、明らかに、このような法的権利を有しない。これは、憲法上の権利でもない。

犯罪を行い、退去強制命令を下された外国人と同様、合衆国の境界線上で入国不許可処分を下された外国人は、合衆国内に入国する自由を有しない(参照(1)Chinese Exclusion Case)。Shaughnessy v. Mezeiでは、我々裁判官は、入国不許可処分を受け、合衆国がどこにも帰還させることができなかつた外国人を、潜在的に無期限に収容することを認めている。我々は、「被告人に対して継続的に入国拒否処分を下すことは、彼の制定法の権利も憲法上の権利も奪うものではない」と述べている。最高裁判所の4人は、「Mezeiは、重要な手続的保護を受けるに値する」と考えていたが、どの裁判官も、Mezeiは合衆国へ釈放する実体的な憲法上の権利を有するとは考えていない。そして、Jackson裁判官の反対意見 (Frankfurter裁判官同調) では、多数意見とは矛盾せずにこの立場を積極的に主張している。：「デュープロセスは、あらゆる外国人に対して、合衆国へ入国する自由を認めていない。国家の意思に反して入国する権利

を授けるものでもない。我々の統治体制に敵対的な外国人に対する入国や寛容は、合衆国憲法は要請していない」。合衆国へ釈放する法的な権利が問題となる限りは、最終的な退去強制命令を下された外国人は、合衆国への入り口で入国不許可処分を下された外国人と同じ立場に立つ。彼は入国する権利を有しない。

本判決の多数意見は、Shaughnessy v. Mezeiのルールを適用しようとしなないし、覆そうともしない。そして、区別しようとする。—むしろ、私は、Shaughnessy v. Mezeiを法的な霧の中に隠そうと呼びたい。まず、多数意見は、「合衆国へ適法な入国をした外国人」と「移民法を経過せずに入国した外国人」を区別しようとする。まさにこの区別は決定的な意味を持つ。：入国を拒否するためにどのような手続が必要なのかという問題は、既に入国している外国人を追放するためにどのような手続が必要なのかという問題とは異なる。多数意見は、Wong Wing v. United Statesを引用する。なぜならば、「デュープロセスは、最終的な退去強制命令を下された外国人を保護している」という前提と明らかに関連しているからである。少なくとも、Wong Wing v. United Statesは、最終的な退去強制命令を下された外国人と関わる事案であった。しかし、そこで判示されたことは、「そのような外国人は、裁判所による審理を行わずに重労働に服させてはならない」と言うことに過ぎない。私は、この判示を曲解させてはならないと考える。重労働の禁止は、合衆国へ釈放する権利を含まない。Wong Wing v. United Statesは、「最終的な退去強制命令を下されて収容されている外国人の権利は、合衆国の境界線上で逮捕され、収容されている外国人の権利とは異なる」ということを示していない。— Mezeiは、重労働に服していない。

Shaughnessy v. Mezeiについて、多数意見は、十分な説明をしていないし、区別できていない。我々は、正当な最終的退去強制命令が下された外国人—合衆国内で彼が存在する権利を完全に喪失させられた外国人—が、合衆国の境界線上でこれ

から入国しようとする外国人よりも、合衆国内に釈放してもらうデュープロセス上の権利を有する理由が提示されていないと考える。連邦議会は、「両者とも—〈境界線上で入国拒否された外国人〉と〈犯罪を行い、最終的な退去強制命令を受けた外国人〉—憲法上同じ立場で収容される」と明示的に考えている。なぜならば、連邦議会は、両者とも同じ条文の中で位置付けられているからである。私は、*Shaughnessy v. Mezei*が本件をコントロールすると考えるので、多数意見と同様、*Shaughnessy v. Mezei*を再検討する理由はない。司法長官に授権された連邦議会の裁量を阻むものは憲法上見当たらない。

[Kennedy裁判官反対意見]

多数意見では制定法の違憲状態を回避するために特定の期間の制限を読み込もうとしているが、Kennedy裁判官は次のように言う。裁判所は連邦議会の意思を尊重しなければならないという原則を述べているが、多数意見は制定法の文言、構造、目的的分析とはかけ離れている¹⁹²。外国人を本国へ送還できるかどうかに関係なく、外国人を釈放させた場合に生じる共同体に対する危険は存在し続ける¹⁹³ので、無期限の収容に対して限定する結論を導く多数意見は、共同体の保護という連邦政府の目的を無にするとKennedy裁判官は批判する¹⁹⁴。

もちろん、Kennedy裁判官の考えの背景には、「連邦議会は退去強制期間を越えて収容する規定を定めたとき、連邦議会は移民について考慮する権限を行使しているのであり、司法長官に対して、入国不許可、あるいはその他の退去強制の対象となる外国人を、逃亡の危険あるいは国家に対する危険が認められる限り収容する裁量を与えていると考えるのが合理的である」¹⁹⁵という判断からわかるように、絶対的権限の法理を前提にしている。

また、Kennedy裁判官は、外国人には合法的な入国を求める権利がないことから、次のように言う。「外国人が退去強制命令を受けた場合、移民法の原則では、彼または彼女は合衆国にいる権利

を持た」¹⁹⁶ず、「外国人の入国許可は、我々の法律に従って条件付けられるのであり、退去強制は、この取り決めに対する違反の結果である」¹⁹⁷。「退去強制の対象となる外国人及び入国不許可処分を下された外国人は、恣意的な収容からの自由を有する」¹⁹⁸が、それは、「自由になる実質的な権利」¹⁹⁹ではなく、適切な手続きによって審査を受ける権利であると言う。本件においては、INSによる収容決定の際に公正性が保たれているので、*Zadvydas*の収容は正当化されることになると結論を下した。

3-2：検討

外国人を無期限に収容させることはデュープロセスの核心部分を侵害する「深刻な憲法問題」を提起するので、その収容には限界があると判断した本判決は、連邦議会が持つ絶対的権限の法理を相対化させた点、及び、上述の外と内の区別を相対化させた点について、従来との先例とは異なる判示をしている。以下では、この二点について検討を加える。

3-2-1：憲法上の制約について

本判決において、Breyer裁判官は、絶対的権限の法理に基づいて司法の介入を否定する合衆国政府の主張に対して、「しかし、この権限は、重要な憲法上の制約に服する」²⁰⁰（判示事項④）と簡潔に述べる。判示事項①②で見たように、無期限に収容されることによって生ずる「深刻な憲法問題」は明白であって、Breyer裁判官は、それに基づいて合憲限定解釈を施す。これは、連邦議会が持つ絶対的権限は主権に固有なものであるから憲法による制約には事実上服さないという従来との先例とは異なり、明示的に憲法上の制約の可能性を認める。*Aleinikoff*によれば、「この言葉は、新米読者にとっては極めて普通に映るかもしれない」²⁰¹。しかし、「この簡素な、驚くほどさりげないフレーズ」²⁰²は、例えばミランダ判決のように、移民法における「劇的な転換を示すかもしれない」²⁰³。

Breyer裁判官は、この判示をする際、*INS v. Chadha*²⁰⁴と(1)*Chinese Exclusion Cases*を引用す

る。〔2-5：絶対的権限への評価〕で述べた Legmoskyは、INS v. Chadhaにおいて「帰化条項の下では、外国人に関する連邦議会の絶対的権限は明白である。しかし、ここで争われているのは、連邦議会がその権限を実施する憲法上許容された手段を選択したかどうか、である」²⁰⁵と述べられていることに着目し、「『絶対的』という言葉は無意味化するかのようによび」²⁰⁶方法を提唱する。

また、Breyer裁判官が(1)Chinese Exclusion Casesを引用しているのは、Henkinの主張を背景にしていると思われる。Henkinは、既に述べたように、(1)Chinese Exclusion Casesの傍論部分において、絶対的「権限の行使は、憲法・政策判断・すべての文明化された国家の行為を規制する正義によってのみ制約される」²⁰⁷（傍線は引用者）と述べていることに着目し、「Chinese Exclusion Caseであっても、『移民規制権限は憲法上の制約に服さない』とは最高裁判所は述べていない」²⁰⁸と指摘する。

Breyer裁判官は、以上の二つの主張を背景に、「この権限は重要な憲法上の制約に服する」²⁰⁹という結論に至ったのではないかと推測できる。絶対的権限の法理に対して明示的な憲法上の制約を認めたこの判示は、事実上無制約な権限を承認してきた従来の判示に対して画期的な意味を持つ。しかし、本判決の射程や妥当性をめぐっては、さらに複雑な問題が残る。以下では、外と内の区別について、検討する。

3-2-2：外と内の区別について

Breyer裁判官は、判示事項③で見たように、外国人をエリス島で無期限に収容することを認めた(11)Shaughnessy v. Mezeiと(13)Zadvydas v. Davisを区別している。(11)Shaughnessy v. Mezeiでは、長く合衆国から離れた外国人が再入国しようとした場合には、初めての入国に該当し、そのような外国人の入国を決定する際、「連邦議会が定めた手続きがどのようなものであっても、入国を拒否された外国人が問題となる限り、それは、適切な(due)プロセスである」²¹⁰と判示した。

(10)Knauff v. Shaughnessyや(11)Shaughnessy v. Mezeiなど、冷戦期の判例によって形成されたKnauff-Mezei doctrineは、「繰り返し批判されている」²¹¹。しかし、Breyer裁判官は、(11)Shaughnessy v. Mezeiと(13)Zadvydas v. Davisを区別することにより、(11)Shaughnessy v. Mezeiを再検討することを拒んだとAleinikoffは指摘する²¹²。(11)Shaughnessy v. Mezeiにおいて、Mezeiは入国という法的なフィクションを前提に、たとえエリス島という合衆国領土内にいたとしても、合衆国の境界線上で足止めされていたとみなされている。しかしながら、今回の問題となったZadvydasは、以前に入国許可を受け、退去強制手続が開始した時点では合衆国内にいた。Breyer裁判官は以下のように述べている。

合衆国へ合法的に入国した外国人と、移民法を経ずに入国した外国人には相違がある。…合衆国の中にいる人が有する特定の憲法上の保護を、合衆国の地理的境界の外にいる外国人は有しない。…しかし、外国人が一旦わが国へ入国すると、その法的地位は変化する。なぜならば、デュープロセス条項は、合衆国内にいる全ての「人」—外国人の地位が合法か、違法か、一時的か、永続的かは問わない—に対して適用されるからである。…実際、最高裁判所は、「デュープロセス条項は最終的な退去強制命令が下された外国人を保護している」と述べている。もっとも、その保護の性質は、外国人の地位及び状況に極めて依存する²¹³。

Breyer裁判官は、この判示の中で、(5)Kaplan v. TodとLeng May Ma v. Barber²¹⁴を引用する。そして、前者については、「合衆国に9年間いたとしても入国を拒否された外国人は依然として境界線上にいたのであって、合衆国への足場を獲得していない」²¹⁵と、後者については「入国許可が係争中に合衆国へ仮釈放された外国人は、『入国』を果たしていない」²¹⁶と説明を付け加えている。以上のような判断について、Aleinikoffは以下のように指摘する。第一に、(11)Shaughnessy v. Mezeiを

再検討しようとしなかったことは、裏を返すと、絶対的権限の法理の基本的な部分を維持している²¹⁷。連邦議会が定めた手続がどのようなものであっても入国を否定された外国人が問題となる限りは、デュープロセスの要請を満たすというKnauff-Mezei doctrineは、「現代の憲法とは整合しない時代遅れの判決である」²¹⁸。

第二に、「合衆国の境界上で退去強制手続の対象となった外国人は、現に合衆国内にいる。すなわち、身体は合衆国内に入国しているのであり、合衆国の土地の上に立っている。確かに、境界で足止めされた外国人は形式的には合衆国へ入国していないし、入国審査を受けずに入国した不法滞在者でもない。—Breyer裁判官が考えたカテゴリーに属する外国人は、デュープロセス条項による保護を有する」²¹⁹。

第三に、「合衆国の境界線上にいる外国人は合衆国に入国する権利を有していないため、合衆国内へ釈放することは、連邦議会が個別に否定した入国を認めたことになる。もちろん、これは、(13)Zadvydas v. Davisにおける政府側の主張である。すなわち、最終的な退去強制命令を下された外国人は、合衆国の境界で入国を否定された外国人と同じ立場に立つと理解している。これは、『多数意見は、Mezei判決との区別を説明できていない』と主張するScalia裁判官の反対意見である。そして、この理解をBreyer裁判官は否定している」²²⁰。

そして、Breyer裁判官が本件を(11)Shaughnessy v. Mezeiと区別した点については問題が残るとAleinikoffは指摘する。なぜならば、(11)Shaughnessy v. Mezei自体、既にその妥当性が疑わしいからである。連邦最高裁判所は、(12)Landon v. Plasenciaにおいて、当該外国人と合衆国との結びつきを重視し、入国を否定された外国人はどのような手続きであってもデュープロセスの要請に適合するというKnauff-Mezei doctrineを相対化させている。連邦最高裁判所は入国を法的なフィクションとして捉える見解から既に離れているため、(11)Shaughnessy v. Mezeiを判例変更

せずに、本判決と区別したのは、暗黙裡に入国という法的なフィクションを復活させたとして、問題が残る²²¹。「外と内の区別を憲法規範として再確認したことは、特に不幸な結論を生み出す。論理的な構造、あるいは制定法上の構造と整合的に説明することが困難であるだけでなく、毎年合衆国の境界線上で国家権力に直面する1000万にのぼる人々を、憲法上何もない土地へ追いやってしまう。合衆国の領域内に存在しているにも関わらず、拙速な手続の対象となり、秘密の証拠に基づいて退去強制され、弁護士を雇う権利も否定され、無期限に収容されてしまう。その際、憲法は、否定も肯定もしていない。これらの手続に対する統制を強化せよと主張することは、テロリズムが現実的なものとなった現在、困難である」²²²。

また、Aleinikoffは、仮釈放を例に挙げて入国という法的なフィクションを批判する。「合衆国内へ仮釈放された者は、『入国』したとはみなされていない。仮釈放とは、入国する権利について争っている場合に、単に物理的に合衆国内に存在することを許されたに過ぎない。さらに、仮釈放者は、たとえ仮釈放者の地位で合衆国内に何年も住んでいたとしても、—Mezei同様、入国許可の申請に関してデュープロセスを主張できない—最初の入国として扱われる」²²³。「奇妙な点は明らかである。しかし、仮釈放制度は、人道的な妥協を理由として擁護されている。外国人は境界での収容から釈放される。しかし、仮釈放された外国人は、Kaplan v. TodにおいてHolmes裁判官が述べたように、『法理論的には境界線上にいたのであり、合衆国への足場を獲得していない』。仮釈放者の地位は、収容されている範囲が地理的に拡大したに過ぎないため、根本的には変化していない。そして、もし裁判所が仮釈放者に対して、既に入国をしている外国人が有する権利を認めようとした場合、合衆国政府は、仮釈放制度自体をやめてしまう可能性もありうる」²²⁴。

仮釈放制度が用いられた例としては、キューバからのマリエル難民を挙げることができる。1980年には12万以上のキューバ国民がマリエルボート

に乗って南フロリダに辿り着く事件が起き、マリエル難民たちは合衆国内で仮釈放された。マリエル難民の多くは適切な手続を経て永住資格を取得したが、中には仮釈放中に犯罪を行う者もいた。この場合、仮釈放は取り消され、キューバへ送還させるために収容されることになった。しかし、送還の多くは成功しなかった。そのため、長期にわたる収容が行われたケースもあった。下級審判決では、(11) *Shaughnessy v. Mezei* を引用し、マリエル難民の収容に対する訴えを認めなかった²²⁵。すなわち、マリエル難民は長期間、物理的に合衆国内に存在しているにも関わらず、仮釈放の地位であるマリエル難民たちは、合衆国へ「入国」していないことになる。したがって、彼らは、最初の入国者と同じ立場に立ち、連邦議会が認めた権利以外のデュープロセス上の権利を有しない²²⁶。

連邦最高裁判所は、(11) *Shaughnessy v. Mezei* と(13) *Zadvydas v. Davis* を区別し、(11) *Shaughnessy v. Mezei* の判示を暗黙裡に認めているため、仮釈放の地位にあるマリエル難民は、依然として、出入国管理に対する憲法的統制を主張できないということになるだろう²²⁷。

この点については、入国許可を得ている外国人と入国許可を得ていない外国人という区別が可能かもしれない。しかし、(13) *Zadvydas v. Davis* では、Breyer 裁判官の意見は、「憲法は合衆国内にいる外国人を含むすべての人に適用される。外国人の立場が合法的か、非合法的か、一時的か永住かは問わない」と明示的に書いてある。「どのような論理で〈審査を経ずに合衆国に入国し続けようとする外国人〉と〈入国を認められた外国人〉を区別するにせよ、なぜ何年間も合衆国内で自由に生活している外国人が、憲法上のデュープロセスが保護していると連邦最高裁判所が認めている人々のカテゴリーに属さないのかを説明することが困難である。仮釈放者の地位を『初めての入国/Mezei』と同じように考える唯一の根拠は、連邦議会が—かつては—『入国』を門番の役割だと考え、『仮釈放制度は入国しているわけではない』と決定したことである」²²⁸。(13) *Zadvydas v.*

Davis の論理では、仮釈放者は保護の対象とならないことになり、法律上の政策により憲法上の結論が左右されることを認めている可能性がある²²⁹。Aleinikoff は以上のように指摘する。

この点に関する分析として、David A. Martin と Linda Bosniak の見解を紹介しよう。David A. Martin は、共同体の構成員性に応じて人権の保障の程度が変わるという彼の立場から、エリス島に収容されている外国人や仮釈放者と *Zadvydas* との違いは説明できるかもしれないと指摘する。彼は、合衆国市民、永住外国人、入国許可を受けた外国人、入国審査を受けずに入国した外国人、仮釈放者、合衆国の境界線上で入国を求める外国人という段階に応じて、共同体の構成員性が下がり、それに伴って、人権の保障の程度が下がるという考え方を提示する²³⁰。ただし、合衆国の境界線上で入国を求める外国人であっても、最低限の保障は受けると言う²³¹。彼によれば、本判決は、入国を法的に捉える Scalia 裁判官が採用した法実証主義的アプローチ²³²でもなく、また、完全に社会とのつながりで捉えるのではない、外国人を分類するアプローチから説明できる²³³。「*Zadvydas* と *Ma* は、合法的に認められた永住外国人である。彼らは旅行者でも、密入国者でもない。在留期間が明示的に限定されている教育ビザや業務ビザを取得して我々の社会で何年も生活している外国人でさえない」²³⁴。彼によれば、エリス島へ収容された外国人と仮釈放者は、永住外国人よりも共同体への構成員性が低いことになる。したがって、合衆国へ合法的に入国した外国人と移民法を経ずに入国した外国人の相違を認め、合衆国の中にいる人が有する特定の憲法上の保護を合衆国の地理的境界の外にいる外国人は有しないと述べた判示、それに伴って(5) *Kaplan v. Tod* と *Leng May Ma v. Barber*²³⁵ を引用した Breyer 裁判官の理論は、Martin の理論に基づけば説明可能である。また、*Mezei* も、合衆国の境界線上で入国を求める外国人と位置づけると考えれば、*Zadvydas* と *Mezei* の相違も説明可能である。

また、Linda Bosniak は、「入国しているかどうか

か (the entry/non-entry distinction)」「入国許可を有しているかどうか (the admission/non-admission distinction)」「物理的に存在しているかどうか (the presence/non-presence distinction)」という観点から、本判決に対する分析を試みる²³⁶。彼は、本判決が無期限の収容に対して明示的に憲法上の制約を認めた点については評価できるかもしれないが、Breyer裁判官が、「合衆国の境界線の中にいる者は基本的なデュープロセスによる保護を享受するが、外にいる者は享受しないという違い」²³⁷を認めた点を批判する。彼女によれば、Breyer裁判官は、入国、入国許可、物理的な存在という三つの基準を融合させていることに混乱の原因がある。しかし、単一の基準を使うのも問題があると言う²³⁸。

Bosiniakは、本判決において、「合衆国へ合法的に入国した外国人と、移民法を経ずに入国した外国人には相違がある。」²³⁹「Mezeiがエリス島にいることは、合衆国への入国とはみなされない」²⁴⁰と判断していることから、Breyer裁判官の根底には、入国しているかどうか (the entry/non-entry distinction) という区別が中心にあると述べる²⁴¹。しかし、入国許可を有しているかどうか (the admission/non-admission distinction) という区別も行っているという。それは、以下の記述から読み取れる。「我々は、ここでは、合衆国への入国許可を取得したが退去強制命令を下された外国人を問題としている。合衆国への初入国の許可を取得していない外国人とは、事案の性質が非常に異なる。…前者の類型に属する外国人を無期限に収容することは深刻な憲法問題を提起させるという我々の結論に基づき、我々は、当該法律は、黙示の『合理的な期間』の制約を含んでいると解釈し、連邦裁判所の審査に服させる」²⁴²。入国しているかどうかという問題と入国許可を有しているかどうかという問題は、ほとんどの外国人にとっては同じ問題であるかもしれないが、移民法による審査を受けずに入国した不法滞在外国人の存在を想定すれば、違いが明らかになる。このような外国人は、「入国許可」を有していないが、「入国」し

ていると扱われる²⁴³。もしBreyer裁判官の見解を正面から受け止めれば、移民法による審査を受けずに入国した不法滞在外国人は本件とは事案が異なるので、深刻な憲法問題を提起しないことになるだろう。例えば、移民法の審査を受けずに入国した不法滞在外国人は保護に値する範囲に入らないので、デュープロセスの要請を認めずに無期限に収容することも可能であるという主張も可能である²⁴⁴。ただし、このような外国人であっても「入国」していると扱われるため、「入国しているかどうか (the entry/non-entry distinction)」という区別を行っていることは、まだ救われる可能性を残している²⁴⁵。

また、Breyer裁判官が「合衆国の中にいる人が有する特定の憲法上の保護を、合衆国の地理的境界の外にいる外国人は有しない」²⁴⁶ (判示事項③)と判示していることから、地理的な境界による区別も用いているとBosiniakは指摘する。この判断を下す時に、Breyer裁判官は、*Yick Wo v. Hopkins*²⁴⁷、*Plyer v. Doe*²⁴⁸、(3) *Wong Wing v. United States*、(12) *Landon v. Plasencia* など引用する。これらの事例は、合衆国の領域内に物理的に存在する外国人は憲法上の保護を受けるという判断を下した事例である。ただし、純粋な地理的境界に基づいていると述べるのは不正確である²⁴⁹。ここで引用された事例は、合衆国へ「入国 (enter)」した外国人であって、仮釈放者の事例ではない。仮釈放者は、たとえ合衆国内に存在していたとしても、「入国」していないとみなされる²⁵⁰。もっとも、これらの事例は、物理的存在に基づいて外国人の性質を検討し、基本的な憲法的保護を享有するのかどうかを決定している。「仮に仮釈放されたマリエル難民が刑事事件で逮捕されたとしても、彼は物理的存在の効力により刑事的デュープロセスの保護を完全に享有する。入国を果たしていないというのは、矛盾している」²⁵¹。Bosiniakは以上のように指摘し、原則的には「物理的に存在しているかどうか (the presence/non-presence distinction)」という基準によって憲法上の保護を決定すべきであると述べる²⁵²。しかし、合衆国の領域内に物理

的に存在しているのかどうかという基準だけでは、この区別がもたらす「残酷さ」²⁶³は解決しないため、(12)Landon v. Plasenciaのように、共同体との結びつきを取り込む手法も考えるべきだと述べる²⁵⁴。

3-2-3 : 9.11テロ以降について

「予言的な言い方」²⁵⁵ではあるが、Breyer裁判官は、(13)Zadvydas v. Davisにおいて、テロリズム及び他の特別な状況を考慮する必要性は無いと述べている²⁵⁶。この点につき、Aleinikoffは、「危険性だけではINSが退去強制できない外国人を収容する根拠とはならないと述べる連邦最高裁判所の見解が、必ずしも絶対的ではないことを示唆している」²⁵⁷と指摘する。この判示に対してKennedy裁判官は、「多数意見の判示は、他国に対して自国民の送還を拒否する要因を与えているため、『重要な外交関係』を統制していることになる」²⁵⁸と応答する。では、テロリズムの例外を認める法的根拠は何か。この点につき、Breyer裁判官は、何も明示していない。Kennedy裁判官は、多数意見が作り出した「テロリズムの例外」が原理的に困難であると指摘する。多数意見は、Kennedy裁判官によれば、以下のように映る。「多数意見は、(テロリズムの例外について) おそらく危険性への評価に基づいている。しかし、これは、法律の自然な読み方を支持することを不適切だと判断する前提である」²⁵⁹。この点につき、Aleinikoffは以下のように言う。「確かに、多数意見の立場ならば、予防的収容を認めるための一般的利益考慮テストを採用することは一たとえテロリズムの例外を認めるものであったとしても—多数意見が保護しようとする基本原理に対して深刻な弱点をもたらしうる」²⁶⁰。「つまり、多数意見は、巧妙な作戦を実現するための余地を残している。適切な事件において逃げ道を確保する長所を選択したことは、実は、重大な原理的な危険性を招く」²⁶¹。

3-3 : 小括

(13)Zadvydas v. Davisにおいて、Breyer裁判官は絶対的権限の法理に対する憲法上の制約を明

示的に認めた。一旦合衆国へ入国し、最終的な退去強制命令を受けた外国人を退去強制できなかった場合、収容が永続的になるため、それは、終身刑の宣告に等しい。これは、人身の自由に対する重大な制約を意味することになる。したがって、収容は、退去強制を行うために合理的に必要な期間に限定されるべきである。もし収容が合理的に必要な期間を超えた場合、合衆国政府は、当該外国人を釈放すべきだということになる。ただし、テロリストなど、特に危険な個人の場合については、この法理は当てはまらない。以上がBreyer裁判官の見解の要旨であった。しかしながら、この見解に対して、Scalia裁判官は次のように言う。最終的な退去強制命令を下された外国人は、初めて入国しようとする外国人と同じ立場に立つという指摘がなされる。人身の自由を考慮して外国人を釈放すべきだとする多数意見の立場は、結局は、外国人の入国を認めることになる。外国人には入国の自由がなく、入国資格があるかどうかは連邦議会の判断に委ねられるため、多数意見の立場は採りえない。

ここで留意すべきは、絶対的権限の法理に対して苛烈な批判を展開するAleinikoffでさえも、Breyer裁判官の見解を「原理的な混乱」²⁶²と評価していることである。Aleinikoffは、「デュープロセス条項は、合衆国内にいる全ての『人』—外国人の地位が合法か、違法か、一時的か、永続的かは問わない—に対して適用される」²⁶³ (判示事項③)と述べた判断に従えば、Zadvydas、Mezei、マリエル難民を区別できないと指摘する²⁶⁴。その意味で、Aleinikoffは、MezeiとZadvydasを区別できていないと指摘²⁶⁵するScalia裁判官と結論を同じくする。しかし、Aleinikoffは、次のように言う。「Zadvydas v. Davisは、重要なWarren Courtの見解と同じように理解されるべきである。正義感覚に反する先例の前提に対抗する妥当な目的を追求することは、評価に苦しむ結論の道程の中で妥協し、混乱を招く。裁判というよりも、立法的なルール/救済という性格を備えている。：多数意見は、『我々は、合理的な期間の収容を認める實際上

の必要性がある』と述べ、収容期間を6ヶ月に限定する（Miranda判決を参照せよ）。そして、『政治部門も行政部門もZadvydas v. Davisを実現するためのインセンティブも、希望も持ち合わせていない』という困難な法的問題を有している。したがって、Zadvydas v. Davisは法的空白における付着物として残り続けるだろう。…Zadvydas v. Davisは、人権・移民の権利・立憲主義の重要な記念碑として位置づけられるだろう²⁶⁶。「他の憲法の分野では、憲法の発展に影響を及ぼしているにも関わらず、移民法の分野では、憲法規範を発展させることができない。それゆえ、我々は、扱いにくい、意外な妥協を日々行っている。—そして、この妥協は、以前の領域との矛盾を招く²⁶⁷。つまり、Aleinikoffは、(13)Zadvydas v. Davisを理論的には矛盾していると認めながら、その結論は正義感覚に合致していると認め、積極的に評価する。

3-4：2000年前後の絶対的権限の法理

以上が(13)Zadvydas v. Davisの分析である。Breyer裁判官は、絶対的権限の法理に対する明示的制約を認めたが、2001年に下された他の判決を見てみると、絶対的権限の法理を制約しようとする解釈は、(13)Zadvydas v. Davisに限定されるものではないことが指摘できる²⁶⁸。以下では、2001年に下された古典的な絶対的権限の法理から乖離した判決として、(14)INS v. St. Cyrと(15) Tuan Anh Nguyen and Joseph Boulais v. INSを紹介する。

(14)INS v. St. Cyr²⁶⁹は、次のような事案である。INA法212条(c)では、居住外国人に対して退去強制処分が下された場合、司法長官は、自らの広範な裁量で退去強制処分を撤回することが認められていた。ところが、1996年に制定されたIIRIRA法では、司法長官が裁量で退去強制処分を撤回することは認められたが、撤回の対象に重罪を犯した外国人が含まれなくなった。永住資格を取得していた外国人であるSt. Cyrは、退去強制の対象となる重罪を犯した。INA法ではSt. Cyrは退

去強制処分の撤回の対象となるが、彼の退去強制は、IIRIRA法が施行された後に行われたため、司法長官は彼の退去強制を撤回しなかった。そこでSt. Cyrは、自らがINA法上の裁量的救済の対象となると主張し、人身保護請求を提出した。

連邦最高裁判所の見解は、Stevens裁判官法廷意見（Kennedy裁判官、Souter裁判官、Ginsburg裁判官、Breyer裁判官同調）、O'Connor裁判官反対意見、Scalia裁判官反対意見（Rehnquist最高裁判所長官、Thomas裁判官同調、O'Connor裁判官一部同調）に分かれる。

Stevens裁判官にとって、本件の争点は、二つに分かれる。第一に、IIRIRA法によって人身保護請求の管轄が制約されたのかどうか、第二に、IIRIRA法以前の行為及び裁量的救済の可能性に関するIIRIRA法の影響はどの程度及ぶのか、である。そして、第一の争点について、法廷意見は、以下のように述べる。「第一に、一般的に、ある法律の特定の解釈が連邦議会の権限の客観的な制約を問題とする場合、我々は、連邦議会がその結論を意図していた明確な証拠を期待する。…第二に、もしある制定法解釈が深刻な憲法問題を提起するならば、そして、他の解釈が公正にあり得る場合、我々はそのような憲法問題を回避するように制定法を解釈する義務を負う²⁷⁰。そして、IIRIRA法による人身保護請求の管轄制限は、合衆国憲法第1編第9節2項に定める停止条項（suspension clause）上の問題を提起すると述べる。なぜならば、「退去強制手続における司法の介入は、間違いなく憲法上の要請だからである²⁷¹。続いて、多数意見は、以下のように言う。「もし我々が、『1996年法は連邦裁判所から人身保護請求発行権限を奪い、人身保護請求発行権限に代わる適切な代替手段を定めていない』と主張するINS側の見解を受け入れるならば、深刻な停止条項上の問題が提起される。…このような深刻かつ困難な憲法上の問題を解決する必要性—そして、この必要性を回避する可能性—を考えると、憲法上の趣旨に関する明白な言及を必要とする²⁷²。

退去強制処分の撤回は確かに恩恵に過ぎないか

もしれないが、「退去強制の対象となる外国人は法が定める裁量の行使の誤りに対して異議を唱える権利を有する」²⁷³と言う。最終的に、Stevens裁判官は、IIRIRA法には人身保護請求を制約する明確な証拠が存在しないと述べ、人身保護請求管轄権を認めた。第二の争点については、連邦議会はIIRIRA法制定以前の行為を対象とすることを考慮していることを示す明白な証拠は見当たらないため、憲法上の要請に従って解釈し、St. Cyrは、INA法が定める裁量的救済の対象となると述べた。

Stevens裁判官多数意見に対し、Scalia裁判官は、「多数意見は、IIRIRA法の新たなバージョン—制定者が認識していないだけでなく、制定者が意図する効果と反対の効果を制定法に与えている—を創造している。犯罪行為に従事した外国人に対して、他者よりも、そして、1996年法が成立する以前に犯罪行為に従事した外国人よりも、遅延した司法審査を行う機会を多く与えている。…

(IIRIRA法で定められた) 司法審査の排除は、間違いなく明白であるため、そして、明らかに合憲であるため、多数意見および下級審は、St. Cyrの主張を受け取る権限を有しない」²⁷⁴と批判する。

(15) Tuan Anh Nguyen and Joseph Boulais v. INS²⁷⁵ ²⁷⁶は、ベトナム国民の母親と合衆国市民の父親の間に非嫡出子として生まれ、永住外国人として父親と合衆国内で生活していたTuan Anh Nguyenが、父親の認知により市民権を取得しようとしたものの、Nguyenが合衆国外で生まれた非嫡出子であることを理由として合衆国市民権の取得が認められなかったことにつき、Nguyenと父親が、合衆国外で合衆国市民である母親から生まれた子供に対して市民権を認め、合衆国外で生まれた非嫡出子に対しては異なる取り扱いをするのは平等保護に違反すると主張して訴えた事件である。

この判決は、Kennedy裁判官法廷意見 (Rehnquist最高裁判所長官、Stevens裁判官、Scalia裁判官、Thomas裁判官同調)、Scalia裁判官結論同意意見 (Thomas裁判官同調)、O'Connor裁判官反対意見 (Souter裁判官、Ginsburg裁判官、Breyer裁判官

同調)に分かれる。Kennedy裁判官法廷意見は、父親が合衆国市民であることを理由として子供の国籍取得を制限することが修正5条のデュープロセスが定める平等保護と両立するかどうかという論点に対して、外国人を分類することが重要な政府の目的を促進し、用いられる手段が目的達成のために実質的に関連するかどうか、という中間審査基準の観点から審査をし、結論として合憲判断を下している。Scalia裁判官は、事実関係がよく似たMiller v. Albright²⁷⁷において自らが下した見解を引用して、「最高裁判所は本請求のような救済—すなわち、連邦議会の立法とは別個の市民権の授与—を行う権限を有しない」²⁷⁸と述べ、本件の法廷意見も誤った前提に立つと指摘する。O'Connor裁判官は、法廷意見と同じく平等保護の観点から審査し、高度な司法審査の対象となるという。結論的には違憲の判断を下している。

(14) INS v. St. Cyrの議論の立て方は、(13) Zadvydas v. Davisと極めて類似する。従来の判例理論では絶対的権限の法理が支配する領域であって、裁判所による介入は極めて限定される領域であるにも関わらず、Stevens裁判官は、憲法上の要請を正面から認め、それによって憲法を解釈しようとする。(14) INS v. St. Cyrと同じことが(15) Tuan Anh Nguyen and Joseph Boulais v. INSにも言えるだろう。(15) Tuan Anh Nguyen and Joseph Boulais v. INSでは、Scalia裁判官を除いて、法廷意見も反対意見も、同じ議論の枠組みを共有している。平等保護の観点から審査した場合、通常の人権論と同じく、統一的な帰化の規則を定める権限を連邦議会が有していたとしても、立法裁量の広狭はともかく、平等保護の観点からの制約はあるはずである。実際、反対意見は、平等保護の制約を正面から認めている。また、両判決とも、裁判官の構成の点においても(13) Zadvydas v. Davisと類似する。

この二つの判決から導き出されることは、最近の米国判例理論では、絶対的権限の法理が支配する (と考えられ、Scalia裁判官もそのように考え

る)領域について、通常の人権論の議論の立て方と同じ論理構成で議論しているということである。二つの判決は、Scalia裁判官結論同意意見を除いて、極めて普通の憲法の議論である。このように見てみると、2001年に下された以上の三つの判決は、絶対的権限の法理を制約した判決と認めることができるだろう。

以上のように、最近の判例では、かつてのように絶対的な権限とはいえなくなっている。この傾向は、9.11以降においても当てはまると言えるかもしれない²⁷⁹。以上の流れを見てみれば、次のようなAleinikoffの指摘は的を射ているだろう。

(13)Zadvydas v. Davisは「絶対的権限の法理が無い移民法の領域という明らかになりつつある感触を提供している。Zadvydas v. Davisは、現在、最高裁判所の多数は、少なくとも移民規制に対して憲法を適用するとしても、我々の国家の防壁が砕け散ることは無いと考えていることを意味している筈である」²⁸⁰。

4：アメリカ法から得られる若干の示唆と今後の検討課題—結びに代えて—

アメリカ法を検討することにより本稿が得た結論は、要約すると次の二点に集約される。第一に、アメリカ判例理論では、かつては絶対的と描かれた移民規制権限であったとしても、(13)Zadvydas v. Davisなど近年の判例を分析してみると、主権的作用である出入国管理を限定的ではあるが憲法による統制に服させていること、第二に、外国人の入国を法的なフィクションで捉える考え方（外と内の区別）も、厳格な区別から後退しつつあることである。

しかし、どこまで妥当性があるのかはいまだ明らかではない。まず、これらの判決は、入国を法的なフィクションとして捉える先例との関係で混乱がある。また、絶対的権限の法理を相対化させる新たな理論の妥当性には裁判官内部で対立があり、どこまで射程が及ぶのかは定かではない。さらに、連邦最高裁判所の裁判官交代により、今後

はどのような判断が下されるのかも確定的ではない。これらの問題は、(13)Zadvydas v. Davisの妥当性、出入国管理の憲法的統制を検討する上で重要な問題であるが、今後下される判決に委ねざるをえないだろう。

振り返ってみて、日本の法理論はどうか。第一に、日本は、アメリカ法で言うところの入国拒否の理論ですべての事例を判断しているのではない。例えば、我が国に適法に滞在していたマクリーンは、いったん境界線の中に入った外国人と境界線上にいる外国人を区別する古典的アメリカ法理論においては、前者に位置付けられる。しかし、入国の自由がない以上、表現の自由の行使さえも在留許可の更新の際に不利益に考慮しても良いというマクリーン判決の判断枠組みそのものは、米判例法が採用するものではない。入国拒否と退去強制の区別を否定し、在留を入国許可の継続・延長と捉える日本の判例理論は、米国よりも残酷な結論を導き出す。しかし、逆の動きとしては、平成11年11月12日東京地裁判決²⁸¹がある。この判決では、当該外国人が日本国民と真正な結婚の意思を有していることを理由として、憲法24条の観点から、在留特別許可を与えなかった法務大臣の裁量を違法とした。その際、裁判所は、当該外国人の我が国における生活実態に着目して判断を下している。この判決は、結論の妥当性自体は支持しうるものであるが、生活実態に着目するという判断手法が果たして適切なのか、どのような生活実態を考慮すべきかを明らかにすることが今後の課題である。

第二に、外国人を規制する権限が主権に基づく理論であるという考え方は、日本の判例も前提として採用する基本的な考え方である。しかし、外国人規制権限の根拠を主権に求めることは、自然権という人権の根拠論とは異質な、所属国と構成員国民の閉じた関係に人権保障を後退させてしまう。この点に関して、興味を引く二つの判決が最近下された。平成17年9月11日に下された在外邦人選挙権判決²⁸²は、在外国民は生活実態がなくてもただ国民であるならば当然選挙権を有するとい

う前提に立っている。しかし、日本に何年も住んでいる外国人は、生活実態があっても国籍がないというだけで参政権を取得できない。生活実態があったとしても国籍がなければ参政権を有さないという見解は、「外国人が公権力行使等地方公務員に就任することは、本来我が国の法体系の想定するところではない」²⁸³という判示（平成17年1月26日最高裁大法廷判決）において既に現れている。

同じ平成17年に下された二つの判決—在外邦人の選挙権の判決と外国人の公務就任権の判決—を並べて検討してみると、この二つの判決は、〈外国人の参政権〉との差別化を図る代わりに、〈国民の参政権〉を強く保障し、それゆえ、国籍保有者の権利という点を重視している結果をもたらすことに気付く。国内における生活事実を一切考慮することなく、ただ単に「国籍」を保有する者たちだけが民主主義への参加資格を有する点を重視する判例は、国民主権の貫徹と捉えることが可能ではあるが、裏を返せば、生活実態を無視して国籍という法的な地位だけに基づいて判断しているということもできる²⁸⁴。

これは、第一点とも関連して、次のように問題を設定することができる。生活実態という具体的な人間像を想定する憲法学なのか、それとも、国籍、あるいは外国人という法的な地位に基づく抽象的な人間を想定する憲法学なのか。マククリーン判決や平成17年の二つの大法廷判決が示したように、我が国の判例理論においては後者に軸足が置かれている。しかし、本稿でも示したように、このような考え方から導かれる帰結には問題がある。このような問題をどのように評価すべきか、本稿はまだその用意がない。それゆえ、ここでは問題点の指摘に留め、今後の検討課題としたい。

3 安念潤司「『外国人の人権』再考」樋口ほか編『現代立憲主義の展開 上（芦部信喜古希記念論集）』（有斐閣・1993年）165頁以下。同様の指摘として、日比野勤「外国人の人権（3）」『法学教室』218号（1998年）81頁。日比野論文では、国家の主権的作用である出入国管理システムが外国人に保障されている基本的人権よりも優位している構造にあると指摘する。

4 佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』（有斐閣・2002年）174頁。

5 同上。

6 この点に関しては、憲法学の立場から検討を加えた論考として、長谷部恭男「『外国人の人権』に関する覚書—普遍性と特殊性の間—」小早川光郎=宇賀克也（編）『行政法の発展と変革：塩野宏先生古希記念 上巻』（有斐閣・2001年）389-402頁、小泉良幸「入国の自由」『法学』67巻5号（2003年）152-175頁、根森健「『外国人の人権』論はいま—揺らぐ「国民」概念と人権論のゆくえ—」『法学教室』183号（1995年）42-50頁など。我が国の判例理論の分析・検討としては、中谷実「外国人の人権—在留期間更新、再入国、出国、私生活の自由—をめぐる司法消極主義と積極主義（1）（2・完）」『南山法学』24巻2号（2000年）1-61頁、同24巻3号（2000年）1-66頁と萩野芳夫『判例研究 外国人の人権—国籍・出入国・在留・戦後補償』（明石書店・1996年）が詳しい。国際法学の立場から検討を加えた論考として、多賀谷一照「退去強制システムの国際比較」『国際人権』第15号（2004年）12-16頁、久保敦彦「退去強制に係わる国際法の機能と限界」『国際人権』15号（2004年）26-30頁など。

7 坂中英徳=齋藤利男『全訂 出入国管理及び難民認定法 逐条解説』（日本加除出版・2000年）iv頁。

8 例えば、芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』（有斐閣・1994年）146-151頁、門田孝「外国人の公務就任権をめぐる憲法問題（1）（2・完）」『六甲台論集』第34巻第4号（1987）155-176頁、同第34巻第2号（1987）30-49頁、高佐智美『アメリカにおける市民

1 最大判昭和53年10月4日判時903号3頁。

2 この点を批判するものとして、内野正幸・判批『法学協会雑誌』第97巻第9号（1980年）1349-1359頁、江橋崇・判批『ジュリスト臨時増刊』693号（1979年）18-20頁。

権—歴史に揺らぐ「国籍」概念—(勁草書房・2003年)、根本猛「アメリカ法からみた外国人の人権(1)(2)(3・完)」『法政研究』第7巻1号(2002年)195-224頁、同第6巻3・4号(2002年)463-493頁、同第5巻3・4号(2001年)445-464頁、ジョージ・R・ハラダ「アメリカの市民権と平等の概念」大隈義和(編)『公法学の開拓線:手島孝先生還暦祝賀論集』(法律文化社・1993年)3-28頁、渡辺賢「アメリカ合衆国における連邦議会の移民規制権限と司法審査」『北大法学論集』第34巻第5号833-917頁。

⁹ なお、以下の論述は、Ronald D.Rotunda & John E. Nowak, “*Treatise on Constitutional Law Substance and Procedure Volume 3*”, third edition, (WEST GROUP, 1999), at 460-491の整理を参考としている。

¹⁰ 118 U.S. 356(1886).

¹¹ *Id.* at 369.

¹² *Id.* at 374.

¹³ *Patsone v. Pennsylvania*, 232 U.S. 138(1914).

¹⁴ *McCready v. Virginia*, 94 U.S.391(1876).

¹⁵ 334 U.S. 410(1948).

¹⁶ 403 U.S. 365(1971).

¹⁷ 457 U.S. 202(1982).

¹⁸ 413 U.S. 717(1973).

¹⁹ 413 U.S. 634(1973).

²⁰ *Foley v. Connelie*,435 U.S. 291(1978).

²¹ *Cabell v. Chavez-Salido*, 454 U.S. 432(1982).

²² *Ambach v. Norwick*, 441 U.S. 68(1979).

²³ 426 U.S. 67(1976).

²⁴ 426 U.S. 88(1976).

²⁵ *Supra* note 9, at 487.

²⁶ Hiroshi Motomura, “*Immigration Law After a Century Plenary Power : Phantom Constitutional Norms and Statutory Interpretation.*”, 100 *Yale L.J* 545(1990), at 547.

²⁷ 432 U.S. 1(1977).

²⁸ *Supra* note 16.

²⁹ *Supra* note 27, at 7.

³⁰ *Supra* note 23.

³¹ *Id.* footnote 8.

³² *Supra* note 16.

³³ *Id.* at 377-378.

³⁴ アメリカ移民法に関する邦語文献として、新井信之「アメリカにおける退去強制制度の憲法的考察」『広島法学』第15巻第2号(1991年)49-84頁、朴康弘「定住外国人の滞在権の保障—アメリカ合衆国の入国拒否事例を中心として—(1)(2・完)」『大阪市立大学法学雑誌』第32巻第2号(1985年)315-344頁、同第32巻第3号(1986年)525-542頁、萩野芳夫『国籍・出入国と憲法—アメリカと日本の比較—』(勁草書房・1982年)、渡辺賢「手続的デュー・プロセス理論の一断面—合衆国移民法政を素材として—(1)～(8・完)」『北大法学論集』第40巻第3号555-598頁、同第40巻第4号887-946頁、同第41巻第2号635-668頁、同第42巻第1号175-228頁、同第42巻第3号761-808頁、同第42巻第5号1329-1358頁、同第43巻第6号1453-1513頁、同第46巻第1号1-72頁が詳しい。また、高佐・前掲(8)書201-258頁も詳しい。

³⁵ Stephen H. Legmosky, “*IMMIGRATION LAW AND THE PRINCIPLE OF PLENARY CONGRESSIONAL POWER*”, 1984 *Sup. Ct. Rev.*255(1984), at 259-260.

³⁶ 130 U.S.581(1889).

³⁷ *Id.* at 603-604.

³⁸ *Id.* at 604.

³⁹ *Id.* at 606.

⁴⁰ *Id.* at 609.

⁴¹ *Id.* at 611.

⁴² 142 U.S. 651(1892).

⁴³ *Id.* at 659.

⁴⁴ *Id.* at 660.

⁴⁵ Thomas Alexander Aleinikoff, David A. Martin, Hiroshi Motomura, “*IMMIGRATION AND CITIZENSHIP PROCESS AND POLICY*”, fifth edition (THOMSON WEST, 2003), at 189-190. ただし、「deportation」には、「合衆国内にいるのか、境界線上にいるのかに関わりなく、すべての外国人を他国へ送還させること」という意味もある。

⁴⁶ 149 U.S.698(1893).

- 47 *Id.* at 707.
48 *Id.* at 711.
49 *Id.* at 724.
50 *Id.*
51 *Id.* at 730.
52 163 U.S. 228 (1896).
53 *Id.* at 236-237.
54 189 U.S. 86 (1903).
55 *Id.* at 101.
56 339 U.S. 33 (1950).
57 *Id.* at 49-50.
58 T.Alexander Aleinikoff, "SPECIAL ISSUE : THE UNITED STATES CONSTITUTION IN ITS THIRD CENTURY : FOREIGN AFFAIRS : RIGHT²HERE AND THERE : FEDERAL REGULATION OF ALIENS AND THE CONSTITUTION", 83 A.J.I.L. 862 (1989), at 867.
59 267 U.S. 228 (1925).
60 *Id.*
61 92 U.S. 275 (1875).
62 *Id.* at 280.
63 以下の記述は、Aleinikoff, *supra* note 58, at 863-865を参考に行っている。
64 *Supra* note 36, at 606.
65 *Id.* at 603-604.
66 *Id.*
67 *Id.*
68 Aleinikoff, *supra* note 58, at 863.
69 *Supra* note 46, at 711.
70 *Supra* note 61, at 280.
71 *Supra* note 46, at 708.
72 Legmosky, *supra* note 35, at 269-270.
73 Aleinikoff, *supra* note 58, at 864.
74 Aleinikoff, Martin, Motomura, *supra* note 45, at 208.
75 Aleinikoff, *supra* note 58, at 864-865.
76 342 U.S. 580 (1952).
77 *Id.* at 585.
78 *Id.* at 586-587.
79 *Id.* at 588-589.
80 *Id.* at 590.
81 *Id.* at 591.
82 341 U.S. 494 (1951).
83 *Supra* note 76, at 592.
84 *Id.* at 594.
85 *Id.* at 595.
86 *Supra* note 76, at 600. Douglas裁判官反対意見 [Black裁判官同調]。
87 Aleinikoff, *supra* note 58, at 869.
88 *Id.* at 868-869.
89 408 U.S. 753 (1972).
90 *Id.* at 762.
91 *Supra* note 89, at 762-764.
92 Mandel v. Mitchell, 325 F.Supp.620 (1971).
93 *Id.* at 631-632.
94 *Supra* note 89, at 765-766.
95 *Id.* at 769-770.
96 *Supra* note 23.
97 *Id.* at 81-82.
98 *Id.* at 84.
99 430 U.S. 787 (1977).
100 *Id.* at 792.
101 *Id.* at 798.
102 Legmosky, *supra* note 35, at 257.
103 Aleinikoff, *supra* note 58, at 869.
104 338 U.S. 537 (1950).
105 *Id.* at 542.
106 *Id.* at 543.
107 *Id.* at 544.
108 345 U.S. 206 (1953).
109 *Id.* at 212.
110 *Id.*
111 *Id.* at 213.
112 459 U.S. 21 (1982).
113 *Id.* at 25.
114 *Id.*
115 *Id.* at 28.
116 *Id.* at 32.
117 *Id.* at 32-33.
118 *Id.* at 33.

- 119 *Id.* at 33-34.
- 120 *Supra* note 23.
- 121 以上の記述は、Aleinikoff, *supra* note 58, at 865に基づいている。
- 122 以下の記述は、Alexander Aleinikoff, " *Semblance of Sovereignty : The Constitution, the State, and American Citizenship*" (HARVARD UNIVERSITY PRESS, 2002), at 39-73を参考にしている。
- 123 347 U.S. 483 (1954).
- 124 Aleinikoff, *supra* note 122, at 44-45.
- 125 387 U.S. 118 (1967).
- 126 *Id.* at 123.
- 127 347 U.S. 522 (1954).
- 128 *Id.* at 530.
- 129 *Id.* at 531.
- 130 *Id.*
- 131 Aleinikoff, *supra* note 58, at 48.
- 132 *Supra* note 16.
- 133 *Id.* at 371-372.
- 134 *Supra* note 17.
- 135 *Id.* at 210.
- 136 *Supra* note 23.
- 137 Aleinikoff, *supra* note 122, at 62.
- 138 *Id.* at 56-57.
- 139 *Id.* at 57.
- 140 Aleinikoff, *supra* note 58, at 866.
- 141 *Id.*
- 142 *Id.* at 867.
- 143 *Id.* at 871.
- 144 Aleinikoff, *supra* note 122, at 179.
- 145 Alexander Aleinikoff, " *The Canon (s) of Constitutional Law : Sovereignty Studies in Constitutional Law*" 17 Const. Commentary 197 (2000), at 197.
- 146 *Id.* at 194.
- 147 Aleinikoff, *supra* note 122, at 17, at 184-185
- 148 Legmosky, *supra* note 35, at 299.
- 149 462 U.S. 919 (1983).
- 150 *Id.* at 941.
- 151 *Id.* at 955.
- 152 Legmosky, *supra* note 35, at 300.
- 153 *Id.* at 300-301.
- 154 *Supra* note 171.
- 155 Legmosky, *supra* note 35, at 304-305.
- 156 *Id.* at 299.
- 157 Louis Henkin, " *THE CONSTITUTION AND UNITED STATES SOVEREIGNTY : A CENTURY OF CHINESE EXCLUSION AND ITS PROGENY*" ,100 Harv. L. Rev. 853 (1987), at 863.
- 158 *Id.* at 858.
- 159 *Supra* note 36, at 604.
- 160 Henkin, *supra* note 157, at 858.
- 161 Motomura, *supra* note 26, at 549.
- 162 *Id.* at 580.
- 163 *Id.* at 578.
- 164 *Id.* at 549.
- 165 *Id.* at 613.
- 166 以下の記述は、Aleinikoff, Martin, Motomura, *supra* note 45, at 177-186を参考にしている。
- 167 (6) *Chy Lung v. Freeman*, *supra* note 61, at 280. *Edye v. Robertson*, 112 U.S. 580 (1884), at 600. ただし、反対の見解として、*Edwards v. California*, 314 U.S. 160 (1941)におけるJackson裁判官の結論同意意見 (at 182)。
- 168 *Ludecke v. Watkins*, 335 U.S. 160 (1949), at 171-173.
- 169 *Supra* note 42.
- 170 Aleinikoff, Martin, Motomura, *supra* note 45, at 184.
- 171 299 U.S. 304 (1936).
- 172 *Id.* at 315-316.
- 173 *Id.* at 316.
- 174 *Id.* at 317.
- 175 *Id.* at 318.
- 176 *Id.*
- 177 Aleinikoff, Martin, Motomura, *supra* note 45, at 184.
- 178 Henkin, *supra* note 157, at 858.
- 179 533 U.S. 678 (2001).
- 180 *Id.* at 682.
- 181 *Id.*

182 *Id.* at 688-689.

183 *Id.* at 690.

184 *Id.* at 692.

185 *Id.* at 693-694.

186 *Id.* at 695.

187 *Id.* at 696.

188 *Id.* at 696-697.

189 *Id.* at 697.

190 *Id.* at 698.

191 *Id.* at 702-705.

192 *Id.* at 707.

193 *Id.* at 708.

194 *Id.* at 710.

195 *Id.* at 711.

196 *Id.* at 720.

197 *Id.*

198 *Id.* at 721.

199 *Id.*

200 *Id.* at 695.

201 T. Alexander Aleinikoff, "Detaining Plenary Power: The Meaning and Impact of *Zadvydas v. Davis*" ,16 *Geo.Immigr.L.J.*365 (2002), at 366.

202 *Id.*

203 *Id.*

204 *Supra* note 149.

205 *Id.* at 940-941.

206 Legmosky, *supra* note 35, at 299.

207 *Supra* note 36, at 604.

208 Henkin, *supra* note 157, at 858.

209 533 U.S. 678 (2001), at 695.

210 *Supra* note 108, at 212.

211 Aleinikoff, *supra* note 201, at 373.

212 *Id.*

213 *Supra* note 179, at 693.

214 357 U.S. 185 (1958).

215 *Supra* note 179, at 693.

216 *Id.*

217 Aleinikoff, *supra* note 201, at 374.

218 *Id.*

219 *Id.*

220 *Id.*

221 *Id.*

222 *Id.* at 375.

223 *Id.* at 375-376.

224 *Id.* at 376.

225 例えば、Barrera-Echavaria v. Richardson, 44 F.3d 1441 (9th Cir. 1995) など。連邦最高裁判所は上告受理を認めなかった。516 U.S. 976 (1995).

226 Aleinikoff, *supra* note 201, at 377.

227 *Id.*

228 *Id.* at 378.

229 *Id.*

230 David A. Martin, "Graduated Application of Constitutional Protection For Aliens : The Real Meaning of *Zadvydas v. Davis*" ,2001 *Sup.Ct.Rev.*47 (2001), at 92-102.

231 *Id.* at 100.

232 *Id.* at 104.

233 *Id.* at 107.

234 *Id.* at 101.

235 *Supra* note 214.

236 Linda Bosniak, "A Basic Territorial Distinction" ,16 *Geo.Immigr.L.J.*407 (2002).

237 *Id.* at 407.

238 *Id.* at 407-408.

239 *Supra* note 179, at 693.

240 *Id.*

241 Bosniak, *supra* note 236, at 408.

242 *Supra* note 179, at 682.

243 Bosniak, *supra* note 236, at 409.

244 *Id.* at 410.

245 *Id.*

246 *Supra* note 179, at 693.

247 *Supra* note 10.

248 *Supra* note 17.

249 Bosniak, *supra* note 236, at 411.

250 *Id.*

251 *Id.*

252 *Id.* at 412.

253 *Id.*