



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	国籍の役割と国民の範囲：アメリカ合衆国における「市民権」の検討を通じて（1）
Author(s)	坂東，雄介
Citation	北大法学論集，62(2)，174[1]-108[67]
Issue Date	2011-07-27
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/46892
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR62-2_003.pdf



国籍の役割と国民の範囲—アメリカ合衆国 における「市民権」の検討を通じて（1）

坂 東 雄 介

目 次

序

第1章 本稿の視座

1. 第一の疑問点—国籍の役割
2. 第二の疑問点—国民の範囲設定
3. 検討の素材としてのアメリカ合衆国
4. 論文の構成
5. 用語の整理・意味確認

第1部：移民規制と絶対的権限の法理

第2章 「絶対的権限の法理」の生成とその背景—19世紀末の移民法の検討

1. アメリカ合衆国における外国人の権利保障
2. 移民規制の展開—「自己」の範囲と排外主義
3. 絶対的権限の法理の生成—19世紀末の移民法に関する判例の動向
4. 小括 (以上、本号)

第3章 「合衆国市民」の範囲—帰化事例を中心に

第4章 絶対的権限の法理の理論的背景

第5章 絶対的権限の法理の修正—20世紀後半の判例の展開と Zadvydas v. Davis 判決が有する理論的意味

第2部：合衆国市民と異質な他者—インディアン、植民地住民、黒人

第6章 インディアン、島嶼住民への絶対的権限の法理の拡張—異

質な他者との接触と合衆国市民の自己理解

第7章 拡張した「絶対的権限の法理」に基づく異質な他者への対応と、20世紀前半の合衆国社会の自己理解

第8章 「異質な他者」であり続けるインディアン部族と島嶼住民—20世紀後半の展開

第3部：合衆国市民権の価値と役割—Warren Court 再検討

第9章 二級化した合衆国市民の存在—南北戦争以後の憲法修正と政府の取組み

第10章 Warren Court の論理—合衆国市民権を基礎とした権利保障の対価としての排除

第4部 日本における国籍理論と残された課題

第11章 国籍の役割と国民の範囲

第12章 残された課題

序

第1章 本稿の視座

平成20年6月4日に、最高裁判所は、国籍法を違憲とする大法廷判決（以下「最大判平成20年6月4日」）を下した。

まず、法廷意見は、「日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な地位でもある¹」と判示した。

その上で、法廷意見は、出生後に認知しただけでは日本国籍の取得を認めず、準正があった場合に限り日本国籍の取得を認める規定は、日本国民である父から出生後に認知されたにとどまる非嫡出子に対して、日本国籍の取得において著しく不利益な差別的取扱を生じさせることになるため、立法目的との間に合理的関連性を欠き、違憲であると結論を下した。

¹ 民集62巻6号1372頁。

以下に述べるように、従来の憲法学の発想に立脚すると、最大判平成20年6月4日の判示内容には、若干の違和感を抱く。

本稿は、アメリカ合衆国における合衆国市民権に関する法理論を明らかにする（本稿の目的①）とともに、そこから得られた知見に着想を得つつ、最大判平成20年6月4日から広がる二つの疑問を解明するもの（本稿の目的②）である。

1. 第一の疑問点—国籍の役割

(1)最大判平成20年6月4日において、法廷意見は、「日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な地位でもある²」と判示した。

この判示は、従来の憲法学の視点から見ると、違和感が生じる判示である。違和感の正体は、この判示が国籍を権利保障の基礎として位置づけているように読むことができる点にある³。

従来の憲法学は、人権が人間性に由来する前国家的性格を有するものであることを理由に、外国人への権利保障規定の適用を当然視する。したがって、このような発想では、憲法上「国民」という用語を用いていたとしても、それには重要な意味はないと解される⁴。この見解は、参政権、社会権については外国人と国民との間に差異を設けることがありうるとしても、特に自由権の領域においては、外国人も当然に権利保障規定の適用対象であると解釈する⁵。

² 民集62巻6号1372頁。

³ 例えば、青柳幸一は、最高裁は「国籍が個々人の権利保障と密接に結びついている点」を明らかにした、と指摘している（青柳幸一＝柳井健一＝長谷部恭男＝大沢秀介＝川岸令和＝穴戸常寿「〔座談会〕外国人の選挙権・公務就任権」ジュリスト1375号78頁（2009年）〔青柳発言〕）。また、棟居快行は、「同判決は、こうした諸々の『基本権行使権』の確認を、国籍そのものの確認判決（という装いの給付判決）によって、一挙に行った」と述べる（棟居快行「『基本権訴訟』としての確認訴訟」公法研究71号134頁（2009年））。

⁴ 芦部信喜『憲法Ⅱ 人権総論』（有斐閣・1994年）64-65頁、122-123頁。

⁵ 同・151頁。

この立場の論者は、日本の判例も、同様の見解に立脚していると解する。なぜならば、「いやしくも人たることにより当然享有する人権は不法入国者と雖もこれを有するものと認むべき⁶」と判示した最判昭和25年12月28日を踏まえて、最大判昭和53年10月4日⁷（いわゆるマクリーン判決）において性質説が確立した、と理解されているからである。このような見解が憲法学の通説であろう。

したがって、外国人に対する権利保障規定の適用を当然視する従来の日本国憲法解釈の立場から考えると、国籍を権利保障の基礎として位置づけた最大判平成20年6月4日は、異質な発想のように映る。例えば、最大判平成20年6月4日には、「本来、基本的人権は、人が人であるという理由だけで、誰でも持っているはずなので、国籍によって変わるのはいおかしい⁸」という批判が寄せられている。

(2)国籍を権利保障の基礎として位置づけた最大判平成20年6月4日の発想は、国籍の役割論について、重大な問題を提起している。以下では、問題の構造を三点に解剖する。

第一に、国籍を権利保障の基礎として位置づける見解は、従来、憲法学が主張してきた「国籍概念の相対化⁹」傾向—この見解は外国人の権利に関する憲法解釈を展開する際に、国家構成員資格たる国籍に付着する権利をできるだけ縮減し、人間性、社会構成員性に基づく権利保障の範囲を拡大しようとする立場と結びつく¹⁰—とは明らかに異なる立場に立

⁶ 最判昭和25年12月28日民集4巻12号686頁。

⁷ 民集32巻7号1223頁。

⁸ 長谷部恭男＝阪口正二郎＝杉田敦＝最上敏樹「〔座談会〕グローバル化する世界の法と政治—ローカル・ノレッジとコスモポリタニズム」ジュリスト1378号4頁（2009年）[阪口正二郎発言]。

⁹ 門田孝「憲法における「国籍」の意義」憲法問題9号118頁（1998年）。

¹⁰ 例えば、松本和彦は、「外国人もまた日本社会と多くの場面で接点を有しており、またしばしば日本社会の構成員にもなっているという現実を前にするとき、国民・外国人の区別が消滅してしまうことはおそくないとしても、この区別の相対化傾向はもうとめられないだろう」と述べている（松本和彦「基本的人権の保障と憲法の役割」西原博史（編）『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』（岩波書店・2007年）33頁）。

脚している。

しかし、国籍を権利保障の基礎と位置づけた最大判平成20年6月4日は、国民説¹¹ ¹²への転換を意味するとまで解することは適切ではない。なぜならば、マクリーン判決以来、性質説が一貫した判例の思考であった以上、判例変更するのであれば、相応の説明が必要だからである。

このような観点から、まずは、国籍を権利保障の基礎と捉える最大判平成20年6月4日とマクリーン判決の関係をどのように解するべきなのか、という疑問が生じる。

第二に、しばしば見落とされがちだが、国籍を権利保障の基礎と位置づけることによって、国籍は、二級化した国民—本来国籍に付着するはずの権利が十分に保障されていない国民—が存在していた場合、当該国民の二級化状態を解消する論理として機能する。

例えば、在外国民の選挙権について争われた最大判平成17年9月14日の原告側が素朴に感じた《同じ国民であるのに海外に居住しているだけで、なぜ選挙権が保障されないのか》という発想であろう¹³。これは、

¹¹ 例えば、佐々木惣一は、「憲法第三章『国民の権利及び義務』という題の下に定める条項は、その条項の定める法律事実が国民について発生する場合である、ことを前提とするものである。それは、憲法が特に国民の権利及び義務と題することにより、当然考えられる」と主張し、国民説を提唱した。佐々木惣一『改訂日本国憲法論』（有斐閣・1952年）468頁。なお、引用に際し、旧仮名遣いは現代仮名遣いに直した。同様の見解を支持するものとして、小嶋和司『憲法概説』（信山社・2004年）156頁、小嶋和司＝大石眞『憲法概観〔第7版〕』（有斐閣・2011年）4、74-77頁、高橋正俊「外国人の基本的な人権保障の対象性」新正幸ほか編『公法の思想と制度 菅野喜八郎先生古希記念論文集』（信山社・1999年）87-104頁。ただし、国民説であっても、「国際社会において通念になっている程度の保障は当然」であり、外国人に対する人権保障を完全に否定する立場に与しているわけではない（小嶋・前掲156頁）。

¹² 佐々木の見解の背景には、憲法が定める基本権規定は本来国家と国民との間にある権利・義務の個別的关系を規律するためにあるという実質的理解がある。佐々木惣一『改訂日本国憲法論』（有斐閣・1952年）389頁。高橋正俊「外国人の基本的な人権保障の対象性」新正幸ほか編『公法の思想と制度 菅野喜八郎先生古希記念論文集』（信山社・1999年）96頁。

¹³ 原告側の見解については、海外有権者ネットワーク LA(編)『海外から一票

選挙権の前提として国籍を観念しているからこそ、成立する主張である¹⁴。法廷意見も、国民の基本的権利である選挙権を行使できない状態に置かれた在外国民は、国民としての権利が十分に保障されていない地位、すなわち二級化した国民の地位にあるという認識を示した上で、選挙権が国民固有の権利であるため、海外に居住する国民であっても特別な理由が無い限り保障されなければならない、という論理を展開している¹⁵。

ここに、国籍を権利保障の基礎として位置づけることの功罪を見出すことができる。すなわち、国籍を権利保障の基礎と位置づける見解は、本来国民が有しているはずの権利が十分に保障されていない国民（二級化した国民）の権利保障を実現する原動力となる一方で、国民以外を権利保障の対象から排除することになる。自身が生活実態に基づく選挙権保障を主張していたため、日本国内に生活実態がない在外国民の選挙権保障を言い出しにくいと告白する内野正幸の見解¹⁶も、本稿がここに示した「功罪」を踏まえたものだろう¹⁷。

このように、国籍の相対化傾向を提唱する従来の憲法学の発想、国籍を権利保障の基礎として位置付ける発想には、功罪、理論的背景を抱えるものであって、最大判平成20年6月4日が提示した国籍理解について、簡単に排斥して良いわけではない。従来の憲法学は明らかに国籍を相対化する方向性を選択していたが、このような視点が欠けていたと思われる。どちらの方向性を選択するにせよ、国籍理論の問題状況を踏まえる必要がある。

を！—在外投票運動の軌跡』（明石書店・2004年）。

¹⁴ 最大判平成17年9月14日の思考が国籍と選挙権を結び付けていると捉えている見解として、内野正幸「在外国民の選挙権」法律時報78巻2号79頁（2006年）。

¹⁵ 民集59巻7号2096頁。

¹⁶ 前掲・内野。

¹⁷ 同様の指摘として、青柳幸一＝柳井健一＝長谷部恭男＝大沢秀介＝川岸令和＝宍戸常寿「〔座談会〕外国人の選挙権・公務就任権」ジュリスト1375号79頁（2009年）[柳井発言]、坂東雄介「アメリカにおける外国人の人権に関する一考察—絶対的権限の法理の生成と展開—」北海道大学大学院法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル13号276頁（2007年）。

第三に、原理的な問題として、日本国憲法における外国人の位置付けに関する問題である。

日本国憲法は、その前文において、「日本国民は…われらとわれらの子孫のために…この憲法を確定する」、「そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるものであって、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する」と宣言している。これは、「人がいずれかの国家に帰属し、その構成員が国家を担うとともに、国家はその構成員を正当に扱う責任を負う¹⁸」という国民国家体制を採ることを意味している。そして、「国民国家は、まずは自国民の安全と反映を追求するという意味で利己主義的なところがある¹⁹」。

外国人の権利享有主体に関する論点について、性質説に圧倒的な支持が集まる日本国憲法学解釈の中で、少数説ながら脈々と受け継がれてきた国民説は、このような国民国家の「自国籍中心主義²⁰」を徹底させた見解である。外国人に対する権利保障を結果的に肯定するにせよ、準用説²¹、(一部の)性質説²²は、日本国憲法は日本国民の権利保障を実現す

¹⁸ 佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』（有斐閣・2002年）170頁〔初出：公法研究61号13頁（1999年）〕。

¹⁹ 同。

²⁰ 安藤仁介「国際社会と日本—日本国憲法と国際協調主義」佐藤幸治＝初宿正典＝大石眞(編)『憲法50年の展望Ⅰ』（有斐閣・1998年）334頁。

²¹ 準用説とは、国民説を出発点としながらも、外国人に対して、憲法第三章の規定を適用ではなく、準用すべきだと主張する。準用は、ある事項について定められている規定を、それとは異なるが本質的に類似する他の事項について、必要な変更を加えた上で働かせようとする場合に用いられる。憲法は国民の権利を定めたものという国民説を前提に、外国人と国民はそもそも異なるが、外国人の権利保障の観点から、外国人について生じる法律事実そのものの具体的検討を行ったうえで、権利規定を準用する。

準用説も国民説を出発点としている点においては、本文中で触れたように、国民説の一種として位置づけられる。準用説については、萩野芳夫『国籍・出入国管理と憲法—アメリカと日本の比較』（勁草書房・1982年）431-436頁、萩野芳夫「外国人の法的地位」公法研究第43号31頁、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）182頁など参照。

ることを目的として制定されたという発想を出発点としている。

筆者が通説に対して感じる違和感は、上記の認識を原点としている。日本国憲法は日本国民のために制定されたものであるという誰も否定出来ない大原則に立脚して考えると、人間性を根拠に、外国人も当然に日本国憲法の権利規定の適用対象となるという考え方を日本国憲法解釈として採用することは無理ではないか。外国人も日本国憲法の権利規定の適用対象として最初から織り込み済みであると考えたよりも、日本国憲法が日本国民の権利保障を実現するために制定されたものであることを正面から認めた上で、次いで外国人に対する権利保障を認めるという論理の方が日本国憲法解釈として適切ではないか^{23 24}。

²² 性質説の中には、日本国憲法は日本国民の権利を保障するために制定されたものである以上、日本国民の権利を保障することが第一次とする見解がある。例えば、阿部照哉は、「憲法第三章は『国民』の権利および義務を定めるものであるが、このことは外国人には何らの基本権も保障されないことを意味するのではない。しかし、基本権のまず第一の主体は国民である」（阿部照哉『憲法』（青林書院・1982年）76頁）と述べている。

日本国憲法上の権利規定は日本国民を適用対象とする発想を出発点としているという意味では、「権利性質説といっても論者により内容の異なりをみせ、実質的には準用説と同じ立場もあろう」（戸松秀典「人権の享有主体」芦部信喜（編）『ユーブンク憲法』（有斐閣・1989年）15頁。なお、第2版では、準用説についてほとんど扱っておらず、記述も削除されているため初版を引用した）という指摘の通りである。

²³ 外国人を日本国憲法の権利規定の適用対象として認めない国民説も理論的には成立しうるとは考えられるが、外国人に対する権利保障を一切認めない点が適当ではない。

²⁴ 関連する指摘として、長谷部恭男の見解を参照。長谷部は、「憲法は、人である以上、当然に保障すべき権利をすべての人に保障しようとしているわけではなく、もともと同国人という特定の人々の権利のみを保障しようとするものであり、その上で、そうした権利の保障をどこまでそれ以外の人々に拡張して適用することが可能かという問題が学説や判例によって議論されてきたのではなかろうか」と指摘する。長谷部恭男『憲法の理性』（東京大学出版会・2006年）118-119頁〔初出：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：塩野宏先生古稀記念 上』（有斐閣・2001年）387頁〕。なお、この点については柳井健一「外国

最大判平成20年6月4日は国籍を権利保障の基礎と位置づける方向性を提示したものと理解した上で、マクリーン判決を含む判例理解を再構成する必要がある。

2. 第二の疑問点—国民の範囲設定

最大判平成20年6月4日は、国籍を権利保障の基礎として位置づけていた。その上で、法廷意見は、出生後に認知しただけでは日本国籍の取得を認めず、準正があった場合に限り日本国籍の取得を認める規定は、日本国民である父から出生後に認知されたにとどまる非嫡出子に対して、日本国籍の取得において著しく不利益な差別的取扱を生じさせることになるため、立法目的との間に合理的関連性を欠き、違憲であると結論を下した。

憲法学の発展により、現代では、非嫡出子差別は日本国憲法14条が定める社会的身分に該当すると解され、許容されない²⁵。この発想からすると、国籍法を違憲と判断した最大判平成20年6月4日は、当たり前のことを述べているだけに過ぎないかもしれない。しかし、最大判平成20年6月4日は、非嫡出子差別だけに還元されない意味を有している。

最大判平成20年6月4日の法廷意見が認めているように、国籍は「我が国の構成員としての資格」である。人々は、国籍という構成員資格を基準として、一定の境界に区切られ、特定の国家に帰属する。

国籍法は一間接的には出入国管理法も一国家構成員＝国民の範囲を設定する法律であって、時代状況に応じて、『国民として望ましくない人々』と『国民として望ましい人々』を区分している。このような区分

人の人権論—権利性質説の再検討」愛敬浩二（編）『人権の主体』（法律文化社・2010年）158頁も参照。

²⁵ 例えば、非嫡出子に対する法定相続分を嫡出子の二分の一とする民法900条4号但書の規定を違憲と主張する見解、又は合憲と判断した見解に反対する見解として、芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論（1）[増補版]』（有斐閣・2000年）51頁、青柳幸一「判批」別冊ジュリスト186号〔憲法判例百選Ⅰ〔第5版〕〕64-65頁、渋谷秀樹『憲法』（有斐閣・2007年）199頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第2版〕』（有斐閣・2010年）150頁、松井茂記『日本国憲法〔第3版〕』（有斐閣・2007年）390頁など。

をすること、すなわち「入国許可と排除」することは、「共同体自治の核」であって、「自己決定の最も深い意味を示している²⁶」。国籍や出入国管理を規制することによって、「自己」の範囲を決定することは、主権行使の本質的要素であって、まさに「政治的な」領域である²⁷。

このような思考を貫徹するならば、国籍法を違憲と判断する可能性は到底出てこない。この見解に近い思考を展開したのが、最大判平成20年6月4日における横尾・津野・古田反対意見であろう。横尾ら反対意見は、「国籍の付与」を「国家共同体の最も基本的な作用であり基本的な主権作用の一つ²⁸」と捉え、「国籍付与の在り方は、出入国管理や在留管理等に関しても、様々な面で大きな影響を及ぼすものであり、そのような点も含めた政策上の検討が必要な問題²⁹」と位置づけている。

また、百地章と山田亮介は、反対意見に賛成した上で、「判例は外国人の入国の自由も憲法上保障されていないとしているのだから、ましてや未だ日本国籍を有しない外国人への国籍付与は、本来主権の問題であって国籍取得の権利など認められないと考えるのがスジではないか³⁰」と法廷意見に対する批判をしている。

しかし、最大判平成20年6月4日の法廷意見は、国籍付与の在り方を「完全に立法府に委ねられるべき、政治過程の問題³¹」と解せず、国籍法に対する規範的な統制を承認した。

百地・山田による批判が示すように、従来の憲法学では、マククリーン判決を「出入国管理システムと基本的人権は異なる次元にあり、入国・在留・出国など出入国に関わる事柄は基本的人権の射程に含まれない、

²⁶ マイケル・ウォルツァー(著)/山口晃(訳)『正義の領分—多元性と平等の擁護』(而立書房・1999年)109頁。

²⁷ 杉田敦『境界線の政治学』(岩波書店・2005年)15-16頁、176-177頁。

²⁸ 民集62巻6号1399頁。

²⁹ 民集62巻6号1404頁。

³⁰ 百地章＝山田亮介「判批」日本法学75巻1号223頁(2009年)。

³¹ 青山治城「民主主義と立憲主義—日本国憲法のディレンマ—」ホセ・ヨンパルト＝三島淑臣＝竹下賢＝長谷川晃(編)『法の理論27 特集：日本国憲法をめぐる基本問題』(成文堂・2008年)12頁。

在留外国人の基本的人権は出入国管理システムの枠内で保障される³²⁾という出入国管理システム優位説を採用したもの、と捉えている³³⁾。

しかし、最大判平成20年6月4日は、出入国管理や国籍の取得基準を設定することによって国民の範囲を設定する権限の性質について、従来の理解とは異なる可能性を示している。なぜ本来「政治的な」領域である国民の範囲の基準設定に対し、規範的統制が可能なのか。マククリーン判決と同様の発想で考えるならば、基本的人権は、本来国籍法を統制する規範として承認されないのではないのか。この点についても、従来の判例の読み直しを含めた検討が必要である。

3. 検討の素材としてのアメリカ合衆国

本稿は、アメリカ合衆国における法理論を検討することを目的とともに（本稿の目的①）、合衆国の法理論によって得られた知見に着想を受けつつ、最大判平成20年6月4日から生じる上記の疑問を解明することを目的とする（本稿の目的②）。本稿は、合衆国における法理論について、主要な関心である移民問題のほかに、黒人、先住民族、島嶼住民に着目する。

(1)合衆国は、出発点としては、決して移民に対して排斥的な態度をとっていたわけではなかった。1776年の独立宣言の一節には、「イギリス国王ジョージ3世は、植民地の自治体の人口増加を抑えようとした。この目的のために外国人の帰化を規律する立法を妨害し、外国人のアメリカへの移住を奨励するその他の法律の成立も拒否し、そのうえ土地を新たに取得するための条件を厳しくした³⁴⁾」とある。建国期に、合衆国市民は、「同じ祖先より生まれ、同じ言葉を語り、同じ宗教を信じ、同じ政治原理を奉じ、その風俗習慣においてきわめて似ている一つの国民³⁵⁾」と理

³²⁾ 日比野勤「外国人の人権（2）」法学教室217号44頁（1998年）。

³³⁾ 同様の指摘として、安念潤司「『外国人の人権』再考」樋口陽一＝高橋和之（編）『現代立憲主義の展開 上』（有斐閣・1993年）164頁。

³⁴⁾ 大下尚一＝有賀貞＝志邨晃佑＝平野孝（編）『資料が語るアメリカ』（有斐閣・1989年）36頁〔五十嵐武士訳〕。なお、引用に際し、一部訳語を改変した。

³⁵⁾ アレグザンダー・ハミルトン＝ジョン・ジェイ＝ジェイムズ・マディソン（著）／斎藤眞＝武則忠見（訳）『ザ フェデラリスト』（福村出版社・1991年）8頁。

解されていた。

しかし、移民に寛容な態度は、例えば、通常の合衆国市民とは異質な存在として把握される東欧、南欧からの移民や、アジアからの移民に直面すると、変貌する。移民に対する排斥的な態度は、人種を理由とする場合もあれば、特定のイデオロギーを理由とする場合もある。であるからといって、合衆国は、移民の流入が止まったわけではない。

合衆国は、移民を受け入れてきた国家であり、同時に、移民を拒否してきた国家である。そこでは、移民や帰化の基準設定、合衆国市民権付与の意味付けをめぐる問題について、多くの判例や学説が積み重なっている。

(2)同時に、合衆国は、移民という外部からの異質な存在の流入が継続していた国だけではなく、内部にも、通常の合衆国市民とは異なると把握される存在を抱えている国である。内部における異質な存在とは、黒人と先住民族である。

かつて、合衆国最高裁判所は、Dred Scott 判決³⁶において、黒人は、劣った人種であり、合衆国憲法上の合衆国市民ではないため、合衆国市民としての権利を持たないと判示した。出生地主義を定めた第14修正の制定によって、黒人であっても合衆国市民として認められるようになったが、黒人に対する差別が消滅したわけではなかった。「黒人はアメリカ社会秩序における下層身分を構成していた」が、「ただ限られた限度においてのみ同化が許され、しかもアメリカを去ることは不可能であった³⁷」。

アメリカ・インディアンは、合衆国の建国当初は、外国に匹敵する存在と捉えられ、合衆国から一定の独立を保っていた。独立した共同体の構成員であるアメリカ・インディアンは、合衆国の構成員ではなかった。しかし、その後は連邦政府によって、「合衆国の一部³⁸」として併吞される。また、先住民族には、アメリカ・インディアンのほかに、アラスカ先住民族や、ハワイ先住民族も存在している。更に、合衆国は、植民地

³⁶ Scott v. Sandford, 60 U.S. (19 How.) 393, 404 (1857).

³⁷ ジョン・ハイナム(著)/ 斎藤眞 = 阿部齊 = 古矢旬(訳)『自由の女神のもとへ 移民とエスニシティ』(平凡社・1994年) 26頁。

³⁸ 同。

を有し、植民地出身者を本土に多数抱えている国でもある。

このように、合衆国は、「侵略や征服によって、奴隷化によって、そして移民によって、多様な人びとを獲得してきた³⁹⁾」歴史を持つ。

(3)このような背景を有するアメリカ合衆国は、建国以来、合衆国市民を白人と同一視し、移民、インディアン、植民地住民など、異質な他者に対して、排斥、又は同化を強いる思考に強く依拠していた。しかし、現代では、このような主張は、散見されるものの、以前ほどではない。

誰をアメリカ合衆国市民として承認できるのか。合衆国市民の範囲を設定するルールは、どのような背景によって成立し、どのような展開を遂げたのか。異質な他者（黒人やアメリカ・インディアン、島嶼住民）に合衆国市民権を付与することはどのような意味を持つのか。このような疑問が歴史の流れの中で提出され続けてきたアメリカ合衆国の法理論を検討することは、日本における国民の範囲の基準設定の問題や国籍が持つ意味を検討する際にも有益だと思われる。

本稿が上記の問題関心に応じてアメリカ合衆国の法理論について検討する点は、次の二点である。第一に、異質な他者を排除する過程において成立した「絶対的権限の法理」がどのような背景の下に成立し、どのような展開を遂げたのか。第二に、合衆国において、合衆国市民権とそれに付着する権利の関係は、どのように捉えられてきたのか。

4. 論文の構成

本稿が扱う対象は、合衆国市民の範囲と合衆国市民権の役割である。前者については、第1部、第2部、後者については、第3部で扱う。

合衆国では、構成員ルールを設定する権限は、連邦議会が有する絶対的権限と位置づけられ、移民法を中心に展開を遂げてきた。第1部では移民法の変遷と関連させながら、絶対的権限の法理の生成と展開について検討する。第2、3章では、絶対的権限がどのような背景のもとに成立したのかを明らかにする。第2章では出入国管理規制、第3章では合衆国市民の範囲を直接的に設定するルールである帰化法に着目し、人種

³⁹⁾ 同・27頁。

や宗教などを理由とする移民規制が絶対的権限の法理の下、正当化されてきた歴史を明らかにする。第4章では、絶対的権限の法理の理論的背景を検討する。第5章では、20世紀後半に絶対的権限の法理が変容を遂げた過程とそのような変容が可能となった理論的基礎を明らかにする。その上で、2000年以降に下された判決を取り上げ、現在では、絶対的権限が必ずしも無制約な権限とは位置付けられていないことを明らかにする。

第2部では、第1部の検討を踏まえた上で、移民以外に、合衆国において構成員の範囲について問題を提起する存在である先住民族、島嶼住民、黒人の判決や立法の展開、社会的動向を取り上げ、同時代的な分析、検討を行う。

つまり、第2部では、第1部で検討した移民を一つの軸として、同時代に先住民族や島嶼住民とは、どのような共通点、相違点が存在していたのかを明らかにする。第一部が縦軸ならば、第2部は、横軸の積み重ねである。このような検討により、合衆国市民の主流派ではない、異質な他者に対して、合衆国社会及び判例がどのような反応を示してきたのかについて、より一層明らかになるだろう。

第3部では、第1部、第2部の検討によって得られた知見を前提に、Warren Courtを独立して取り上げる。まず、第14修正に関する合衆国内の議論を紹介した後に、Warren Court期の最も有名な判決の一つであるBrown v. Board of Education of Topeka判決を検討する。そして、Warren Courtが、合衆国市民権を土台として権利保障を実現しようとしたことを明らかにし、このようなWarren Courtの発想に対する批判を紹介、検討する。

第4部では、第1部から第3部まで、合衆国の構成員理論を検討することによって得られた知見に着想を受けつつ、日本の国籍理論の検討を行う。

まずここでは、最大判平成20年6月4日が、国籍保有者こそが日本国憲法上の権利保障の主眼であり、国籍を権利保障の前提と捉えていることを示し、日本においても、二級化した国民の地位を解消する論理として国籍が機能することを明らかにする。最大判平成20年6月4日とマクリン判決との整合性についても解釈を提示する。

さらに、本稿のもう一つの軸である、国民の範囲の設定について、最大判平成20年6月4日を素材としながら、日本において、判例上、国家構成員の範囲を決定する権限が必ずしも無制約な権限として捉えられていないことを明らかにする。

5. 用語の整理・意味確認

本論に入る前に、いくつかの重要な用語、訳語について、意味内容、邦訳の際の基本原則を確認しておく。

・ citizenship は、アメリカ合衆国の法制度において、主要な構成員資格を指す。本稿は、citizen を「合衆国市民」、citizenship を「合衆国市民権」と訳す。この意味においては、「合衆国市民」「合衆国市民権」は、日本の法制度が規定する「国民」「国籍」とほぼ同義である。「市民権 (citizenship)」には、様々な意味内容が込められているが⁴⁰、本稿では、特に断らない限り、上記のような実定法上の意味で用いる。実際に、日本の実定法上の「国民」「国籍」を英訳した場合、national、nationality となる⁴¹。また、アメリカ合衆国においても、citizen、citizenship は、national、nationality とほぼ同義の意味で用いられている⁴²。

・ 混乱を招きやすい概念として、national(s) という実定法上の類型がある。これは、植民地や海外属領に居住している住民も含む、citizen よりも広い範囲の構成員資格を指す。合衆国の法制度上⁴³、nationals であり、かつ citizens である者、nationals であるが、citizens ではない者に区別できる。本稿は、田中英夫（編集代表）『英米法辞典』（東京大学出版会・1991年）575頁を参考にしつつ、このような意味における nationals、nationality を、「国民 (nationals)」「国籍 (nationality)」と

⁴⁰ 市民権に込められた意味内容を解明するものとして、デレック・ヒーター（著）／田中俊郎＝関根政美（訳）『市民権とは何か』（岩波書店・2002年）。

⁴¹ 例えば、日本国憲法10条は、「The conditions necessary for being a Japanese national shall be determined by law.」と英訳されている。筆者の手元にあるいくつかの英和、和英辞典を参照しても、同様に national を国民と訳している。

⁴² 詳細については、Bryan A.Garner, editor in chief, *Black's Law Dictionary* (9th. ed., 2009) の citizenship と nationality の項目を参照。

⁴³ Immigration and Nationality Act, § 301-309 [8 U.S.C.A. § 1401-1409].

訳す。余計な混乱を回避するため、邦訳の後ろに原語を括弧書きで付すことにした。

・本稿は、しばしば合衆国憲法を引用している。訳文については、特に断らない限り、田中英夫（編集代表）『BASIC 英米法辞典』（東京大学出版会・1993年）に依拠した。合衆国の法律用語を邦訳する際、原則として田中英夫（編集代表）『英米法辞典』（東京大学出版会・1991年）、田中英夫（編集代表）『BASIC 英米法辞典』（東京大学出版会・1993年）を参考にしたが、意味内容を改変しないように注意を払いつつ、訳語を改めた箇所もある。

第1部 移民規制と絶対的権限の法理

第1部では、移民法（ここでは、出入国管理という狭義の移民だけではなく、移民が帰化するときの基準設定も含む）の成立に関与した判決及び立法の検討を通じて、19世紀に成立した「絶対的権限の法理（plenary power doctrine）」の生成過程を解明した上で、20世紀後半に絶対的権限の法理が変容を遂げた展開を明らかにする。

法学者による今までのアメリカ移民法研究¹においても、連邦議会が

¹ アメリカ合衆国の移民法について、本稿の問題関心に関連する先行研究は少なくない。出入国管理制度や、合衆国市民権の取得及び喪失に関する基準設定は、合衆国市民の範囲をコントロールする仕組みである。この点に関する先行研究としてまず挙げられるべきは、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）であろう。萩野は、出入国管理に関する判例の分析のほかに、合衆国市民権取得についても扱っている点についても、先行研究としての価値は高い。

また、渡辺賢による一連の研究も、アメリカ合衆国における出入国管理について、非常に詳細かつ網羅的な分析、検討を行っている（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34巻5号833頁（1984年）、同「手続的デュー・プロセス理論の一断面—合衆国移民法制を素材として—（1）～（8・完）」北大法学論集40巻3号83頁（1990年）／同40巻4号53頁（1990年）／同41巻2号125頁（1990年）／同42巻1号175頁（1991年）／同42巻3号73頁（1992年）／同42巻5号57頁（1992年）／同43巻6号179頁（1993年）／同46巻1号1頁（1995年））。

高佐智美『アメリカにおける市民権—歴史に揺らぐ「国籍」概念—』（勁草書房・2003年）、同「アメリカにおける人権の揺らぎ—移民法におけるデュープロセスの保障—」獨協法学72号212頁（2007年）、根本猛「アメリカ法からみた外国人の人権（一）（二）（三・完）」法政研究5巻3・4号445頁（2001年）／同6巻3・4号463頁（2002年）／同7巻1号195頁（2002年）も、絶対的権限の法理の成立及び展開を明らかにしている。

門田孝「外国人の公務就任権をめぐる憲法問題—アメリカの判例理論を素材に—（1）（2・完）」六甲台論集34巻2号30頁（1987年）／同34巻4号155頁（1988年）も、公務就任権の問題が中心であるが、アメリカにおける外国人の権利に関する判例一般について概観している。最近公表された、新井信之『外国人の退去強制と合衆国憲法—国家主権の法理論—』（有信堂・2008年）は、国家主

有する絶対的権限を検討対象とする論稿が発表されてきたが、絶対的権限の法理が成立した背景及び合衆国市民権の範囲設定については、それほど意識されていなかったと思われる。本稿では、特に社会的背景に着目し、移民が合衆国に入国する基準や合衆国市民権の取得基準を設定する絶対的権限の法理が、人種やイデオロギーを帯びた状況下で成立し、露骨に憎悪を表明する差別主義的な移民規制を正当化したことを明らかにする。

権という観点に着目し、古典的な事例から最近の判例までを対象として、理論的検討を行っている点において、この問題について、近年の最重要文献と評価すべきである。

ほかには、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32巻2号315頁（1985年）／同32巻3号525頁（1986年）などがある。

本研究のうち、特に第１部は、上記の先行研究から絶対的権限の法理の生成過程及びその変容について視座の提供を受けつつ、絶対的権限の法理が成立した背景事情及び合衆国市民権の設定について、さらに深く掘り下げるものである。

第2章 「絶対的権限の法理」の生成とその背景—19世紀末の移民法の検討

1. アメリカ合衆国における外国人の権利保障

本章では、19世紀後半に下された判例を検討することによって、絶対的権限の法理の成立過程を明らかにする。前提として、アメリカ合衆国における外国人の権利保障の在り方を検討する必要があるため、まずは、出入国管理以外の分野における外国人の権利保障に関する合衆国判例の展開を簡単に紹介する¹。

1. 1. Yick Wo v. Hopkins—「合衆国市民」と「何びと (person)」の区分

合衆国における外国人の権利に関する議論は、Yick Wo v. Hopkins²に始まる。これは次のような事案である。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設けた。当時、サンフランシスコ市内において洗濯業を営む者の多くは中華帝国臣民であった。中華帝国臣民である 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 らが人身保護令状を請求した事案である。合衆国最高裁判所は、次のように判示した。

「第14修正が認める保障は、合衆国市民に限定されていない。第14修正第1節は、州は、『何びとからも、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』と定める。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

¹ なお、以下の論述は、Ronald D. Rotunda & John E. Nowak, *Treatise on Constitutional Law Substance and Procedure Volume 3* at 460-491 (3rd ed., 1999) の整理を参考としている。

² 118 U.S.356 (1886).

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³」。

Yick Wo は外国人であっても、第14修正の文言が規定する「何びと (persons)」に該当するため、第14修正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、第14修正に違反する。なぜならば、サンフランシスコ市条例の規制の目的は、「請求人らが属する人種及び国籍に対する敵意以外に考えられない⁴」からである。

Yick Wo 判決は、合衆国では、外国人であっても、合衆国憲法上の権利を享有することを認めた判決として理解されている。しかし、すべての権利が保障されているわけではない。外国人にも第14修正上の保障が及ぶ根拠として、Yick Wo 判決は、合衆国憲法上の「何びと (persons)」という文言に着目している。Yick Wo 判決の思考が、合衆国憲法上の文言を重視する結果として、「合衆国市民 (citizen)」に対する保障を規定している条文は、外国人には及ばないことになる。

したがって、例えば、第5修正、第14修正第1節が定めるデュープロセスは、「何びと (person)」に対する保障を定めているため、外国人にも保障が及ぶが、第14修正の特権・免除条項、第4編第2節1項の礼讓条項は、合衆国市民に限定される⁵。

このように、合衆国では、合衆国憲法上の文言に注目することによって、「合衆国市民ではない人々は、合衆国憲法、及び修正条項が保障する全ての市民的自由—ただし、特権・免除条項を除く—による保護を享

³ *Id.* at 369.

⁴ *Id.* at 374.

⁵ 例えば、*Blake v. McClung*, 172 U.S.239 (1898) では、「各州の市民は、他州においてもその州の市民の有する特権および免除のすべてを享有する権利を有する」と定める礼讓条項の目的を、各州の州市民を、他州の州市民と同じ立場に置くことと捉えた上で、「合衆国憲法の中には、この規定よりも強く、合衆国市民を一つの人民として構成する方向へ促す規定はない」(*Id.* at 251)と述べている。このような判示からも、礼讓条項の対象が、合衆国市民であって、外国人を対象外としていることが明らかである。

受する⁶」。

しかし、外国人にも合衆国憲法が保障する権利が認められるとしても、外国人であることを理由として、合衆国市民と異なる待遇を与えること自体は否定されていない。以下では、合衆国市民と外国人に対して差異を設ける措置について、判例がどのような態度を示したのかを概観する。

1. 2. 「特別な公共の利益」法理の展開と衰退

(1) Yick Wo 判決と同時期に、合衆国最高裁判所は、州が外国人に対して合衆国市民とは異なる待遇を与えることを正当化する理論として、「特別な公共の利益 (special public interest)」法理を展開していた。「特別な公共の利益」法理は、「州が外国人に対する単なる敵意以外の重要な利益を有さない場合を除いて、外国人を区別することを許容する。もし公共の利益が、その区分には見当たらないと証明されたならば、その区分は、平等保護条項に違反することになる⁷。この法理による外国人に対する制約の正当化は、主に、天然資源の使用、雇用、土地の所有が対象であった。

天然資源の使用が争われた事例としては、McCready v. Virginia⁸がある。これは、他州の市民が牡蠣を養殖することを禁止する州法の合憲性が争われた事案である。判決は、州は「潮汐及びそこに存在する魚類を保有している⁹」と捉えた上で、「牡蠣の養殖に適当な海底を有しているヴァージニア州は、その地域の排他的使用を、州市民の目的を実現するために許可する役割を担っている¹⁰」という理由に基づいて、合憲と判断した。

この事案は、厳密に言えば、外国人ではなく、他州の市民の有する権利について争われた事案であるが、この判示が、州が天然資源の利用を

⁶ Ronald D. Rotunda & John E. Nowak, *Treatise on Constitutional Law Substance and Procedure* vol.2, at 528 (3rd. ed. 1999).

⁷ Rotunda & Nowak, *supra*, vol.3 at 473.

⁸ 94 U.S.391 (1877).

⁹ *Id.* at 394.

¹⁰ *Id.* at 396-397.

自由に配分することができるという前提に立脚していた点に注目すべきである。

外国人が天然資源を利用することに対する規制については、*Patstone v. Pennsylvania*¹¹を挙げることができる。これは、外国人が狩猟することを禁止することを目的として、自分自身、自己の財産を防衛する場合を除いて、銃を所有することを禁止した州法の合憲性について争われた事例である。裁判所は、野生動物を「州市民が享受するならば、州市民のために保護しうる¹²」と判示した。

雇用については、*Heim v. McCall*¹³がある。判決によれば、ニューヨークの地下鉄建設に際し、締結する雇用契約の中に、合衆国市民権要件を設定することも、その事業が公共的性質を有することによって、正当化される。同日に下された *Crane v. New York*¹⁴も、同様の判断を下している¹⁵。

土地の所有については、*Terrace v. Thompson*¹⁶がある。この事件では、帰化宣言をしていない外国人が、土地を賃借、所有することを禁止したワシントン州法の合憲性が争われた。合衆国最高裁判所は、問題が、「州内の農業用地を所有、又は規制するという特権¹⁷」事項であると捉えた上で、「州内の農業用地を所有、占有、優先する者の資質と忠誠は、最

¹¹ 232 U.S.138 (1914).

¹² *Id.* at 145-146.

¹³ 239 U.S.175 (1915).

¹⁴ 239 U.S.195 (1915).

¹⁵ ただし、事業が公共的性質を持たない場合に、合衆国市民を優先して採用する場合は異なる。この判断を示したのは、*Truax v. Raich*, 239 U.S.33 (1915) である。この判決では、少なくとも８割以上の被用者を、選挙権を有する者又は合衆国市民とすると定めたアリゾナ州法の合憲性が争点となった。法廷意見は、合法的に入国した移民が生計を維持するためには雇用が必要であるから、合衆国市民の雇用を優先する結果として外国人の雇用機会を奪うアリゾナ州法は、平等保護条項に違反し、また、当該規制は、事実上の入国規制に等しく、連邦政府が排他的に有する移民規制権限と対立すると結論を下した。

¹⁶ 263 U.S.197 (1923).

¹⁷ *Id.* at 221.

重要事項であり、州自身の安全と権限に影響を及ぼす¹⁸」ため、州の権限が優先されると判示し、外国人に対する土地利用規制を合憲と判断した。同様の規定を定めたカリフォルニア州法も、合憲と判断されている¹⁹。

なお、上記の事例は、すべて、当時の制定法上、そもそも帰化する資格を有さない日本国民に対する土地の賃借、所有、譲渡が争われている。当時の帰化資格をめぐる議論については、第3章において言及する。

(2)上記の判例の中で展開された「特別な公共の利益」法理は、1948年の二つの判決をきっかけとして、衰退を始める。

Oyama v. California²⁰では、外国人に対する土地利用規制を免れることを目的として、日本国民である父親が、自らが購入した土地を、合衆国市民である未成年の子の名義で所有していたことにつき、売買契約の有効性が争われた。

裁判所は、カリフォルニア州法はデュープロセスに反すると判断したが、これは、上訴人が、合衆国市民である子であったことが大きい。父親が子の名義によって土地を購入したとしても、このような土地を国庫帰属にすることは、補償をせずに合衆国市民である子の財産を剥奪していると判断を下した。Oyama 判決は、「外国人であることに基づく土地規制の妥当性に対して疑問を投げかける²¹」ことになった。

次に見る Takahashi v. Fish & Game Commission²²は、次のような事案である。Takahashi は第二次世界大戦前から、25年以上漁業を営んでいた者であったが、日系移民を排除する連邦政府の政策に従い、カリフォルニア州は、合衆国市民権取得資格を有さない外国人に対して商業用漁業免許を交付することを禁止する州法を制定した。この州法によって、Takahashi は漁業免許を取得できず、その結果、生計を維持できなくなっ

¹⁸ *Id.*

¹⁹ Porterfield v. Webb, 263 U.S.225 (1923), Frick v. Webb, 263 U.S.326 (1923), Webb v. O'Brien, 263 U.S.313 (1923), Cockrill v. California, 268 U.S.258 (1925).

²⁰ 332 U.S.633 (1948).

²¹ Rotunda & Nowak, *supra*, vol.3 at 474.

²² 334 U.S.410 (1948).

た。そこで、Takahashi が、漁業免許の発行を命ずる職務執行令状を求めて訴訟を提起した。

カリフォルニア州最高裁は、Patstone 判決とほぼ同様の理由に基づいて、カリフォルニア州法を合憲と判断したが、法廷意見は、サーシオレイライを認め、カリフォルニア州市民が集団として州内の魚類を所有しているという『所有』概念は、カリフォルニア州が、州内に合法的に居住している外国人を、州の海岸沖で漁業によって生計を営むことから—他者が可能であるにもかかわらず—排除することを十分に正当化できない²³』と判示し、カリフォルニア州最高裁の判決を破棄した。

Takahashi 判決により、「州市民の所有」という概念に基づく「特別な公共の利益」法理は、後退した²⁴。

1. 3. Graham v. Richardson 以降の展開—外国人と合衆国市民の区別の相対化

(1)外国人の地位は、1970年代に劇的な向上を示す。その嚆矢は、1971年に下された Graham v. Richardson²⁵であった。

Graham 判決は、当時、アリゾナ州法は、合衆国市民と、合衆国内に15年以上居住している者に対してのみ福祉受給資格を認めると定めていた結果として、居住要件を満たさず、福祉受給を受けることができなかった外国人が、当該アリゾナ州法が、第14修正が定める平等保護条項に違反し、移動の権利を侵害しているとして、福祉受給を求めて訴訟を提起した事案である。なお、本件は、同様の事案として、ペンシルヴァニア州の事案も、併合して判決を下している。

法廷意見は、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（discrete and insular minority）」に該当する、したがって、州法によって設定された外国人であることに基づく区別は、本来的に疑

²³ *Id.* at 421.

²⁴ Rotunda & Nowak, *supra*, vol.3 at 473-474.

²⁵ 403 U.S.365 (1971).

わしく、厳格審査基準が適用されるべきだという判断枠組みを提示し²⁶、当該州法が設定した合衆国市民と外国人の区別を平等保護条項に違反する判示した。

法廷意見は、「合衆国市民と同様に、外国人は税金を払い、軍隊に呼ばれる。…短期間の居住者とは異なり、外国人は、何年も州内に居住し、州内で働き、州の経済的成長に貢献するだろう²⁷」と本件の下級審判決が示した認識に立脚し、「外国人が、州内の居住者と等しく貢献している税収という観点から見ても、『特別な公共の利益』は存在し得ない²⁸」と判示している。このような判示は、法廷意見が、州という視点から見れば、外国人と合衆国市民の相違はほとんど存在していないと認識していることを示している。

しかし、Graham 判決に対しては、「驚くべきことに、外国人は、合衆国市民と同じくアメリカ的生活に参加している。さらに、外国人は、しばしば、政治システムの中に、自らの利益を代表しやすい支持者を見つけることがある²⁹」という指摘がある。

United States v. Carolene Products Co.³⁰の脚注4において示され、発展されてきた「分離し、孤立した少数者」という論理は、本来、政治過程に対して自らの意見を反映させることができない、無力な人たちに対する救済を目的としている³¹。

したがって、Graham 判決は、外国人を「分離し、孤立した少数者」と位置づけたが、その理由付けは、必ずしも自明ではない。

(2)このような指摘にも関わらず、判例は、次々と外国人の地位向上を実現する。

例えば、不法滞在外国人の子を公立教育から排除するテキサス州法が

²⁶ *Id.* at 371-372.

²⁷ *Id.* at 376.

²⁸ *Id.*

²⁹ T.Alexander Aleinikoff, *Citizens, Aliens, Membership and the Constitution*, 7 Constitutional Commentary 9, 24 footnote 58 (1990).

³⁰ 304 U.S.144 (1938).

³¹ J.M.Balkin, *Law and Social Theory: The Footnote*, 83 Northwestern University Law Review 275, 298-299 (1989).

争われた *Plyer v. Doe*³²では、Brennan 裁判官は、Graham 判決を引用しながら、州法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を示し、当該州法は第14修正に違反するという判断を下した。

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 Griffiths*³³においても、Powell 裁判官は、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第14修正が定める平等保護に違反すると判断した。

このように、Graham 判決以降、判例は、不法滞在外国人にまで保護の範囲を拡大した。「このような事例では、判例は、すべての外国人のために、国家の構成員資格に伴う利益が重要な意味を持たない、人間性によって保護される領域を作り出している³⁴」。

(3)ただし、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. Dougall*³⁵において、合衆国最高裁判所は違憲判断を下したものの、州警察職員³⁶、保安官³⁷、公立学校教師³⁸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³⁹。

³² 457 U.S.202 (1982).

³³ 413 U.S.717 (1973).

³⁴ Linda Bosniak, *The Citizen and the Alien: Dilemmas of Contemporary Membership* 64 (2006).

³⁵ 413 U.S.634 (1973).

³⁶ *Foley v. Connelie*, 435 U.S.291 (1978).

³⁷ *Cabell v. Chavez-Salido*, 454 U.S.432 (1982).

³⁸ *Ambach v. Norwick*, 441 U.S.68 (1979).

³⁹ 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争われた *Mathews v. Diaz*, 426 U.S.67 (1976) において、合衆国最高裁判所は、外国人同士においてどのような線引き

1. 4. Saenz v. Roe—Graham 判決からの後退?

上記で見たように、判例は、州内の自己統治に関する領域を除いて、合衆国市民と外国人の区別を相対化する傾向を示していた。しかし、1999年に下された、Saenz v. Roe⁴⁰は、合衆国市民と外国人を厳然と区別する可能性を提示している。

Saenz 判決では、扶養が必要な児童に対する援助を、1年以上上州に居住している家族に限定し、新規居住者が援助を受けられないように改正したカリフォルニア州法の合憲性が争われた。関連する先例としては、生活保護の受給要件として、一年以上の居住要件を設定した州法が、各州間を移動する権利を侵害し、第14修正の平等保護条項に違反すると判示した Shapiro v. Thompson⁴¹がある。

Saenz 判決の法廷意見は、争点がほぼ同一であるにもかかわらず、第14修正上の平等保護条項ではなく、第14修正上の特権・免除条項に依拠して当該州法を違憲と判断した。Tribeによれば、再建期の Slaughter-House Cases⁴²などを除いて、1999年まで、特権・免除条項を多数意見の基礎とした判決は、Colgate v. Harvey⁴³が散見される程度であり、当時既にほぼ死文化していた⁴⁴。

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。

また、競争によって選抜さ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 Wong, 426 U.S.88 (1976) 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が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權する範囲を当該規則は越えていると判示している。すなわち、この判決は、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有している。

⁴⁰ 526 U.S.489 (1999).

⁴¹ 394 U.S.618 (1969).

⁴² 16 Wallace (83 U.S.) 36 (1873).

⁴³ 296 U.S.404 (1935).

⁴⁴ Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* vol.1, at 1312 (3rd.ed.,2000).

注目すべきは、Saenz 判決と Shapiro 判決が依拠する条文の相違である。Saenz 判決が依拠した特権・免除条項は、「州は、合衆国の市民の特権または免除を制約する法律を制定または実施してはならない」と定めている。他方、Shapiro 判決が依拠した平等保護条項は、「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」と規定している。特権・免除条項が「合衆国市民」を対象としているのに対し、平等保護条項は、「その権限内にある『者（any person）』」を対象としている。したがって、特権・免除条項は、外国人を含まないが、平等保護条項には外国人も含まれると解されている⁴⁵。

1971年に下された Graham 判決は、外国人は「分離し、孤立した少数者」に該当すると判示し、平等保護条項に依拠しながら、アリゾナ州法を違憲と判断していた。仮に外国人が Saenz 判決と同様の問題提起をした場合、平等保護条項に根拠を置く Shapiro 判決の発想では、カリフォルニア州法は違憲と判断される可能性が高い。

したがって、平等保護条項に依拠せず、特権・免除条項を復活させた Saenz 判決は、「人々のうち、特定の集団—すなわち、合衆国市民のみを保護している⁴⁶」。Saenz 判決は、合衆国市民と外国人の線引きをし、州の完全な構成員に外国人が含まれない可能性を提示している。

1. 5. 判例理論の傾向と絶対的権限の法理

(1)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。

「合衆国最高裁判所は、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』

⁴⁵ 特権・免除条項は合衆国市民のみを対象としていると一般的には解されているが、外国人も含むと解すべきと主張し、通説に対する批判を展開する論者として、例えば、John Hart Ely, *Democracy and Distrust* 25 (1980) を挙げることができる。

⁴⁶ Tribe, *supra* at 1325.

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）、合衆国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、合衆国最高裁判所は、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⁴⁷⁾。

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。アメリカ合衆国の判例理論において外国人に対する待遇、権利保障を検討する際に、「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、アメリカ合衆国では一般に、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⁴⁸⁾」。

つまり、移民規制権限は連邦が有する権限であり、州は持たない権限であるから、州政府が外国人を規制することは、連邦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⁴⁹⁾。

⁴⁷⁾ Rotunda & Nowak, *supra*, vol.3 at 487.

⁴⁸⁾ Hiroshi Motomura, *Immigration Law After a Century Plenary Power : Phantom Constitutional Norms and Statutory Interpretation*, 100 Yale Law Journal 545, 547 (1990).

⁴⁹⁾ なお、特別永住者が公権行使等地方公務員に就任できるかどうかが争われた最大判平成17年1月26日（判例時報1885号3頁）において反対意見を執筆した泉裁判官は、このような思考を参照したと推察される。

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. Mauclet*⁵⁰において、法廷意見は、*Graham* 判決を引用しながら、「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⁵¹」という認識に立つことを明らかにした。ほかにも、*Mathews v. Diaz*⁵²では、「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」と判例は特に強調しているからである⁵³と述べている。

(2)以上に述べたように、合衆国においては、外国人にも権利享有主体性が認められているものの、外国人に対する処遇を行う連邦政府の権限が広範に容認されている。以下では、連邦が有する絶対的権限の法理に着目しながら、その特徴と生成と展開を検討する。

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「万能的(plenary)」権限として位置付けられる。それゆえ、司法は、連邦政府の判断に対してほとんど介入できない。また、絶対的権限は、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。

さらに、絶対的権限の法理に関連して、合衆国移民法では、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ている。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⁵⁴。

後に述べるように、判例は、絶対的権限の法理に依拠しながら、手続

⁵⁰ 432 U.S. 1 (1977).

⁵¹ *Id.* at 7.

⁵² *Mathews*, 426 U.S.67 (1976).

⁵³ *Id.* footnote 8.

⁵⁴ Stephen H. Legomsky, *Immigration Law and the Principle of Plenary Congressional Power*, 1984 Supreme Court Review 255, 259-260 (1984).

面だけではなく、人種や思想、表現の自由などを理由とする出入国規制も合憲と判断している。

以下では、合衆国の移民法判例を中心に、絶対的権限の法理が成立した背景と展開を検討する。

2. 移民規制の展開—「自己」の範囲と排外主義

多くの移民を受け入れてきた合衆国は、移民の受け入れに対して多様な反応を繰り返してきた歴史を持つ。連邦議会は、その時々に応じて、移民法を改正しているため、移民法の変遷を追うだけでも膨大な量になる。本章では、焦点を、在留資格の問題に絞り、移民法の変遷を明らかにする。本章が扱う問題は、主に、人種、思想を理由とする出入国規制である。これに焦点を当てる理由は、次の通りである。

Michael Walzer によれば、「入国許可政策」において「問題となっているのは、世界の中で行為し、主権を行使する、その共同体の形なのである。入国許可と排除は共同的自治の核である。それらは、自己決定の最も深い意味を示している。それなしでは特性をもった共同体はありえない。すなわち、それなしでは、相互の特別なかわりごとと共同生活についての或る特殊な意識とをもった、歴史的にも安定しかつ現在進行中の人々からなる結合体はありえないだろう⁵⁵」。

このような Walzer の言説は、移民規制、とりわけ入国許可資格を検討することによって、合衆国市民の範囲、すなわち、どのような人々が合衆国市民として受け入れられ、拒否されてきたのか、どのような人々が合衆国市民を構成するのかを明らかにすることができることを示している。

後に述べるように、絶対的権限の法理は、合衆国市民にとって、「自己」の範囲を決定する役割を有する。そのため、絶対的権限の法理は、合衆国市民にとって異質だと捉えられがちな存在（例えば、東欧出身者やアジア出身者）に対して、露骨な人種的敵意、差別感情を吐き出す。人種要因以外にも、合衆国では、合衆国が依拠する基本原理に敵対的な原理

⁵⁵ マイケル・ウォルツァー(著)/山口晃(訳)『正義の領分—多元性と平等の擁護—』(而立書房・1999年)107頁。

を奉ずる移民（例えば、カトリック教や共産主義など）に対する規制が繰り返し主張されてきた。このように、合衆国市民にとって異質な人種や思想の移民は、合衆国市民の範囲に問題を提起する存在であり、このような移民に関する判例を通して、絶対的権限の法理は展開を遂げてきた。

以下では、制定法の変遷とその理由を明らかにする。その際、合衆国市民にとって「自己」とは誰かという問題を先鋭に反映する人種と思想に着目する。

2. 1. 出入国管理と人種

2. 1. 1. 合衆国建国期

合衆国は、建国当初、決して移民に対して排斥的な態度をとっていたわけではなかった。1776年の独立宣言の一節には、「イギリス国王ジョージ3世は、植民地の自治体の人口増加を抑えようとした。この目的のために外国人の帰化を規律する立法を妨害し、外国人のアメリカへの移住を奨励するその他の法律の成立も拒否し、そのうえ土地を新たに取得するための条件を厳しくした⁵⁶」とある。

合衆国では、しばしば、「合衆国における最初の入国規制⁵⁷」を目的とした法律⁵⁸が制定される1875年まで、合衆国は移民を制限していなかった、とされている⁵⁹。

しかし、この認識は、「よく広まった神話⁶⁰」として用いられるが、必ずしも正確ではない。1875年以前にも、合衆国内では、出入国規制を行っていた。

⁵⁶ 大下尚一＝有賀貞＝志邨晃佑＝平野孝（編）『資料が語るアメリカ』（有斐閣・1989年）36頁〔五十嵐武士訳〕。なお、引用に際し、一部訳語を改変した。

⁵⁷ House Report No.1365, in United States Code Congressional and Administrative News 82nd Congress-Second Session 1952 vol.2, at 1660.

⁵⁸ Act of March 3, 1875, ch.141, 18 Stat.477.

⁵⁹ このような見解として、例えば、Kleindienst v. Mandel, 408 U.S.753, 761 (1972) を挙げることができる。

⁶⁰ Gerald L.Neuman, *The Lost Century of American Immigration Law (1776-1875)*, 93 Columbia Law Review 1833 (1993).

まずは、主に大西洋岸沿いの州による入国規制である⁶¹。合衆国憲法成立当初、州は、一つの主権を有する団体であり、現在とは比べられないほど強力な自治権を有していた。しかし、後に検討するように、移民規制権限が州ではなく、連邦の権限であると解する判例の思考が確立する過程で、州による移民規制は後退する。

連邦政府も、移民規制を実施していなかったわけではない。1798年には、XYZ 事件⁶²を契機として対フランス関係が悪化したことを背景に、連邦議会は、外国人、特にフランスから来た急進派及び反英的アイルランド人のアメリカ合衆国内における政治活動の規制及び反政府的活動を制限することを目的として、外国人に対する規制を強化する一連の法律を制定した⁶³。その一環として、二年間の時限立法として、大統領に対し、特定の外国人に対する退去強制命令を出す権限を授権する法律⁶⁴が制定

⁶¹ *Id.* at 1841-1884.

⁶² XYZ 事件とは、次のような事件である。合衆国がイギリスと締結したジェイ条約によって、「事実上、合衆国が1778年の米仏条約を廃棄したことを怒り、（当時パリにあった連立政権の）執政政府はフランス船にたいして、イギリス製品を運んでいるアメリカ船を拿捕するようにとの命令を出した。それへの対応としてアダムズは、フランス側との合意の道を求めて三人の特別使節を派遣しようとした」。「アメリカ側の施設は何か月ものあいだ、フランスの外務大臣タレーランとの交渉開始を待ち続けて無駄に日を送っていた。しかしタレーランの代理は交渉開始に先立ち25万ドルの賄賂を要求してきたのである。アメリカ側は『びた一文といえどもわたすことはできない』としてこれを退け、すぐにアダムズ大統領に報告した」。そして、報告を受けたアダムズ大統領は「フランス側代理人を X、Y、Z とし、実名公表だけは控えた。アメリカ側が執政政府からまったく侮辱されたことがわかると、合衆国内にフランスにたいする反発感情が波のように広がった。あるジャーナリストによれば、『アメリカ使節は国防に数百万ドル出しても賄賂には一セントも出すわけにはいかない』と返答したことが報じられたが、これが国民的スローガンとなった」（メアリー・ベス・ノートンほか（著）／本田勝造（監修）『アメリカの歴史 第2巻 合衆国の発展』（三省堂・1996年）32-33頁）。

⁶³ M.L. ベネディクト（著）／常本照樹（訳）『アメリカ憲法史』（北海道大学図書刊行会・1994年）47-50頁、紀平英作（編）『アメリカ史』（山川出版社・1999年）93-95頁〔明石紀雄執筆〕。

⁶⁴ Act of June 25, 1798, ch.58, 1 Stat.570.

された⁶⁵。

その後も、帰化の前提条件として、合衆国へ入国した後に、合衆国へ登録し、証明書を取得することを必要とすると定めた法律⁶⁶が制定されたが、ほとんど実効性がなく⁶⁷、1828年の改正によって廃止された⁶⁸。

2. 1. 2. 中国系移民の排斥—19世紀後半の移民規制

(1)1850年代には、アイルランド系移民の大量流入を受けて、「アイルランド人やカトリックに対する偏狭な敵意⁶⁹」を基礎とするノウ・ナッシング運動（Know-Nothing movement）が展開された。

その一つとして、1856年の大統領選挙において、「アメリカ人がアメリカを統制すること。この目的を達成するために、すべての州、連邦、地方自治体の政府職には、アメリカ生まれの市民がそれ以外の者に優先して選ばれるべきである⁷⁰」という綱領を挙げて支持者を集めたアメリカ党の台頭を挙げることができる。

この運動は、「現代のアメリカ合衆国社会ではメインストリームの集団と見なされているアイルランド系移民が、怠惰な性質やカトリック教の墮落と陰謀を『神聖な』プロテスタント社会に持ち込む存在として敵視されていた⁷¹」ことを示している。

しかし、ノウ・ナッシング運動は、1850年代以降、衰退をたどる。Highamによれば、19世紀のアメリカが地方主義的であったことが、ノ

⁶⁵ ほかに、帰化要件の厳格化を定めた法律（Act of June 18, 1798, ch.54, § 1, 1 Stat.566,567）と、敵性外国人に対する処遇を定める法律（Act of July 6, 1798, ch.66, 1 Stat.577）が制定された。

⁶⁶ Act of April 14, 1802, ch.28, § 2, 2 Stat.153, 154.

⁶⁷ Neuman, *supra* at 1882.

⁶⁸ Act of May 24, 1828, ch.116, § 1, 4 Stat.310.

⁶⁹ M. ウォルツァー（著）／小茂田宏（訳）「アメリカ人であるとはどういうことか—歴史的自己省察の試み—」（ミネルヴァ書房・2006年）50頁。

⁷⁰ A Political Text-book for 1860, p.23 ff., in Henry Steele Commager ed., *Documents of American History* vol.1 at 337 (7th ed., 1963).

⁷¹ 歴史学研究会（編）『世界史史料7 南北アメリカ 先住民の世界から19世紀まで』（岩波書店・2008年）320頁 [中條献執筆]。

ウ・ナッシング運動が展開しなかった理由であった(詳細は注を参照)⁷²。
 (2)合衆国における移民問題は、外見上は白人であって、当時の合衆国市民の多数派と外見上はほとんど区別できないヨーロッパ出身の移民ではなく、アジア出身の移民に焦点が移る。

ノウ・ナッシング運動とほぼ同時期には、ゴールド・ラッシュが生じ、西海岸を中心に労働力の需要が高まったことを理由に、安価な労働力の一環として大量の中国人が合衆国に来訪するようになった。1880年代には、資本家に従順な賃金奴隷として扱われていた中国人労働者に対する白人労働者の敵対意識や、キリスト教徒ではない中国人に対する偏見に

⁷² Higham は、19世紀のアメリカが地方主義的であったことを、ノウ・ナッシング運動が展開しなかった理由に挙げる。ジョン・ハイアム(著)/大山綱夫(訳)「アメリカの統一—19・20世紀の同化過程—」鈴木重吉＝小川晃一(編)『ハイフン付きアメリカニズム』(木鐸社・1981年) 63頁参照。

Higham によれば、大英帝国から独立し、国家として成立したアメリカは、全国的な政府組織が貧弱であって、地方主義的であった。そのため、『ヨーロッパ的な語義における』国家の不在「現象が生じた(78頁)。「権力や社会的結合を表す外面的な装い」があまりに貧弱であったため、アメリカは目に見える手段を用いて国家的忠誠心を教え込むことができなかった(79頁)。

地方主義は、二つの帰結を招いた。第一に、「核」「国家」の欠如である。「明確な表現をとった『国家』や『核』が欠如していたため、国民中の支配勢力が、国民的独自性を一方的に定義したり、自らの優位を一方的に維持するには、不利であった」(80頁)。

第二に、人口の拡散の促進である。地方主義によって、各エスニック集団は、「とりわけ経済競争が深刻になりそうな所で、たがいに一定の距離を保つことができた」。このような相互敬遠の原則によって、「集団間衝突と同化の双方を抑え込んだ」(81頁)。

このような状況であったゆえに、ノウ・ナッシング運動は、全国的な問題とはならず収束を迎えた。この点について、Higham は、次のように説く。「1850年代のノウ・ナッシング運動は、アメリカ社会内の破壊分子として、ほとんど集中的に外国生れのカトリック教徒をやり玉にあげた。しかし、奴隷の蜂起陰謀を恐れていた南部人はカトリック問題については全く反応を示さなかったし、中国人問題に気を取られていたカリフォルニア人は南部人の恐怖症や北東部人の不安感に全く気を止めなかった。こうした無関心はお互い様であった」(88-89頁)。

基づき、中国人排斥運動が生じた⁷³。

当初、合衆国は、中国からの移民を制限していたわけではなかったが⁷⁴、中国人に対する反感を背景として、1875年には、「合衆国における最初の入国規制⁷⁵」—ただし、「実質的に」という限定が付せられる—を目的とした法律⁷⁶が制定される。この法律は、中国、日本、他の東洋諸国からの契約移民に対して、卑俗な、不道德な目的の業務に従事するかどうかについて領事が調査することなどを規定した。ただし、これは中国人の入国規制を直接の目的としたものではなかった。

1876年には、「連邦上下院は中国人移民調査委員会の設置を共同決議し、サンフランシスコとサクラメントにおいて18日間にわたる調査を実施する。そこでは、中国人労働者がカリフォルニア経済の発展に貢献してきたことを評価しつつも、その悪しき道徳的、社会的影響を問題視する。劣悪な住環境、非道徳性、売春宿、奴隷根性が社会規範に反し、若者の品格を墮落させていることを示し、太平洋岸の共和政体やキリスト教文明には好ましからざる要素であることを理由に、立法府に対して大量流入を制限する法的措置の必要があることを多数意見として採用した⁷⁷」。このような認識を示す中で、連邦議会内部では、合衆国と中国

⁷³ 当時のアメリカにおける中国人に対する偏見を明らかにした論考として、貴堂嘉之「未完の革命と「アメリカ人」の境界—南北戦争の戦後50年論—」川島正樹（編）『アメリカニズムと「人種」』（名古屋大学出版会・2005年）113頁を参照。また、この問題については、第3章の帰化と人種要件の項目も参照。

⁷⁴ 1868年に合衆国が中国と締結したバーリンゲーム条約では、「アメリカ合衆国と中華帝国は、誠実に、人が故郷と忠誠を変更する権利を、生来的かつ奪うことができないものとして承認する。また、両国民が、好奇心、貿易、永住を目的として、両国を、自由に移動する相互の利益も承認する」と規定していた。Treaty with China of July, 1868, Article V, 16 Stat.739, 740.

⁷⁵ House Report No.1365, *in* United States Code Congressional and Administrative News 82nd Congress-Second Session 1952 vol.2, at 1660.

⁷⁶ Act of March 3, 1875, ch.141, 18 Stat.477.

⁷⁷ 貴堂嘉之「〈アメリカ人〉の境界と「帰化不能外国人」 再建期の国民化と中国人問題」油井大三郎＝遠藤泰生（編）『浸透するアメリカ、拒まれるアメリカ』（東京大学出版会・2003年）65-66頁。

が締結した条約を再考する動きへの支持が強くなった⁷⁸。

1880年には、合衆国と中国が締結していた条約が改定され、合衆国による中国人の移民規制が認められるようになる⁷⁹。1882年には、中国人労働者が合衆国に移民することを10年間停止することなどを規定した法律⁸⁰が定められる。

1888年には、「中国人官吏、教師、学生、商人、歓楽と好奇心を目的とする旅行者」以外の中国人の入国が禁止される⁸¹。この法律が制定されてから1ヶ月も経たずに、合衆国内に居住し、合衆国を出国した中国人労働者が、合衆国に戻り、居住することが禁止され、今まで合衆国政府が発行した入国許可証明書が無効となる旨を定めた法律⁸²が制定される。

1892年には、合衆国内に居住している中国人に対して、居住証明書を取得する義務を定めた法律⁸³が定められる。居住証明書を取得していない場合は、不法滞在となる。この場合、裁判所において、居住証明書を取得できなかった適切な理由（事故、病気など）を証明することが必要となる。同法によれば、その証明には、「最低一人以上の信頼しうる白人の証言⁸⁴」を必要とした。

1894年には、「中国人労働者がもたらす悪質かつ深刻な無秩序」を是正するために、中国から合衆国への移民を制限することを明示的に宣言した条約⁸⁵が成立する。ただし、この条約であっても、「官吏、教師、学生、商人、歓楽と好奇心を目的とする旅行者である中華帝国臣民が現

⁷⁸ Earl M.Maltz, *The Fourteenth Amendment and the Law of the Constitution* 80 (2003).

⁷⁹ Treaty of November 17, 1880, Article I, 22 Stat.826.

⁸⁰ Act of May 6, 1882, ch.126, 22 Stat.58.

⁸¹ Act of September 13, 1888, ch.1015, 25 Stat.476. ただし、中国政府による許可を取得する必要があった（§2）。

⁸² Act of October 1, 1888, ch.1064, 25 Stat.504.

⁸³ Act of May 5, 1892, ch.60, 27 Stat.25.

⁸⁴ *Id.* § 6, 27 Stat.25, 26.

⁸⁵ Treaty of December 8, 1894, 28 Stat.1210.

に享受している利益⁸⁶」には影響を及ぼさないと規定していた。

1902年には、10年間の期限立法であった1888年9月13日法を基本枠組みとして維持することが定められた⁸⁷。この時点では、「条約の義務に矛盾しない限り」として、合衆国の入国規制に対する条約上の制約が付けられていたが、わずか2年後の改正によって、条約上の制約は廃止された⁸⁸。

このように、19世紀後半に、連邦議会は、中国出身移民に対する排外的な規制を次々と設定した。中国人移民の排斥を目的とする一連の法律については、後に検討するように、判例は、絶対的権限の法理に基づいて、繰り返し、合憲判断を下している。

2. 1. 3. 出身国別割り当て制度—新移民の登場

(1)19世紀後半の一連の中国人移民の排斥を目的とする法律の制定により、中国人の流入が減少する一方、南欧、東欧からの移民は、激増するようになった。いわゆる「新移民」である。「イタリア系やスラヴ系などアルプスの向こう側からやってくる貧農たちは、北西ヨーロッパからの移民たちと比べ、はるかに農奴に近い生活をしていた⁸⁹」。1890年代には、「西ヨーロッパの基準に従えば」「社会的に後進的であり、その外貌は異様であ⁹⁰」る南欧、東欧系移民（主にイタリア系移民）は、合衆国へ入国後も、攻撃対象となった⁹¹。

しかし、合衆国社会では、南欧系、東欧系移民に対する差別が展開さ

⁸⁶ *Id.* Art. III, 28 Stat.1210, 1211.

⁸⁷ Act of April 29, 1902, ch.641, 32 Stat.176.

⁸⁸ Act of April 27, 1904, ch.1630, § 5, 33 Stat.394, 428.

⁸⁹ ジョン・ハイアム(著)/斎藤眞＝阿部齊＝古矢旬(訳)『自由の女神のもとへ移民とエスニシティ』（平凡社・1994年）61頁〔以下、ハイアム（1994年）と略記〕。

⁹⁰ 同。

⁹¹ 既に19世紀末には、南欧、東欧系移民の入国を制限すべきだという主張が登場している。「読み書きテストによる移民制限の提案（1896年）」大下尚一＝有賀貞＝志邨晃佑＝平野孝(編)『史料が語るアメリカ』（有斐閣・1989年）137頁〔志邨晃佑訳〕。

れたものの、未だ移民制限が実現されるほどではなかった。南欧、東欧系移民を目的とした移民規制の実現には、次に見る二つの要因が必要であった。

第一に、北ヨーロッパ出身のノルディック人種が優位しているという意識が広まることである。この代表格として、Madison Grant の指摘を挙げることができる。

Grant は、1918年に出版した著書の中で、ヨーロッパ人を、頭蓋骨の周囲を基準として、①北欧を中心とするノルディック人種、バルティック人種、②地中海人種、イベリア人種、③小アジアを経由して、ヒマラヤ、パミール高原にまで及ぶアルプス人種に類型化した⁹²。その上で、Grant は、次のように、ノルディック人種の特徴を述べる。

「ノルディック人種は、世界の中で、戦士、船員、冒険者、開拓者の人種であるが、中でも、統治者、支配者、貴族階級の人種である。この特徴は、生来的に小農であり、民主的な性質を持つアルプス人種とは対照的である。ノルディック人種は、横柄、個人主義的、独立独歩である。そして、政治システム、宗教システムの両方に個人の自由を求める。その結果として、ノルディック人種は、通常、プロテスタントである。非常に弱体化した対応物を除いて、依然として残存している騎士道精神は、特にノルディック人種の特徴である。そして、封建制、ヨーロッパ人内部の階級格差、人種的プライドは、ほとんどの場合、北部にまで遡ることができる⁹³」。

Grant は、著書の中で、ノルディック人種の優位を繰り返し説く。例えば、「純粋なノルディック人種は、…混血種、例えば、アイルランド人、古代ガリア人、アテナイ人よりも、非常に堅実であるという特徴を有している⁹⁴」という言葉や、「芸術の分野では、地中海人種は、他のヨーロッパ人種を上回っているが、文学、科学的発見では、ノルディック人種は、

⁹² Madison Grant, *The Passing of the Great Race* 19-21 (reprinted edition, 1970).

⁹³ *Id.* at 228.

⁹⁴ *Id.* at 228-229.

地中海人種を圧倒している⁹⁵」という言説である。ほかにも、宗教画において、天使や、キリストの髪の色が、ノルディック人種の特徴であるブロンドであることを挙げている⁹⁶。

このように、黒人、アジア系に対するヨーロッパ系の優位だけではなく、ヨーロッパ系の中でも、当時の合衆国の主要な構成員であるノルディック人種の優位を説く見解が当時有力になった⁹⁷。

第二に、南欧、東欧系移民規制が実現するためには、Grant が示したノルディック人種の優位意識だけではなく、「100パーセント・アメリカニズム」と呼ばれる意識が形成されることが必要であった。

ヨーロッパで第一次世界大戦が勃発してもアメリカは中立を守っていたが、1917年4月に Wilson 大統領が発したドイツを相手とする宣戦布告をきっかけとして、合衆国内では、強い愛国心—John Higham のフレーズを借りるならば、「100パーセント・アメリカニズムという新しい精神⁹⁸」—が登場する。

戦争を遂行する中で、「アメリカ人は、自分たちに同化していない何百万もの人びとが存在していることに突然気がつき⁹⁹」、例えばドイツ系アメリカ人のアメリカに対する「潜在的な不忠誠に恐れおののいた¹⁰⁰」。「いかなる種類であれ国を分裂させるような忠誠心は抑圧すべきであるという主張¹⁰¹」が登場し、100パーセント・アメリカニズムは、「かつてないほどに窮屈な国民的団結を強要した。そこでは、忠誠と社会的

⁹⁵ *Id.* at 229.

⁹⁶ *Id.* at 230.

⁹⁷ 同時期に、白人の優位を説いた論者として、Lothrop Stoddard も挙げることができる。Stoddard は、1921年に執筆した著書 Lothrop Stoddard, *The Rising Tide of Color* (1921) において、有色人種の勢力が増大していることに対する警戒心を表明している。なお、この著書の序文は、Madison Grant が執筆している。このような点からも、Stoddard と Grant が、同時代において、白人の人種の優位を説く論者であったことが指摘できる。

⁹⁸ ハイアム（1994年）・76頁。

⁹⁹ 同。

¹⁰⁰ 同。

¹⁰¹ 同。

コンフォーミティとは事実上同義語となった¹⁰²」。このような移民制限運動に対応して、在米の各移民団体は、アメリカに同化すること（アメリカの習慣に従うこと）により、アメリカにおける安住を確保しようとしていた¹⁰³。

「戦争によってうみだされた100パーセント・アメリカニズムの衝動は、それ以前に萌芽を見せていた人種差別的態度をいちじるしく強めた。日本人排斥要求がはじめて東部世論の広い支持を得、あらゆる地方で世論と知識人の多くが、ノルディック・アメリカを南東ヨーロッパの雑種人

¹⁰² 同。合衆国における忠誠を要請する活動の一例として、ボーイスカウト活動を挙げることができる。当時、アメリカは、ボーイスカウト団員に、戦争遂行に関する政府のメッセージを掲載したパンフレットを周囲に伝達し、支援者を確保する広報活動に従事することを要請していた。ボーイスカウト団員に配布されるパンフレットには、大統領の演説やドイツ軍の活動などを掲載していた。このように、ボーイスカウト団員が愛国的な奉仕を通じて、合衆国を支援する活動に従事していた。能登路雅子「ボーイスカウトと愛国主義」有賀夏紀＝能登路雅子(編)『史料で読むアメリカ文化史4 アメリカの世紀 1920年代－1950年代』(東京大学出版会・2005年) 284-296頁。

¹⁰³ この点については、廣部泉「アメリカニゼーションと「米化運動」1910年代後半カリフォルニアにおける日本人移民の矯風運動」油井大三郎＝遠藤泰生(編)『浸透するアメリカ、拒まれるアメリカ』(東京大学出版会・2003年) 72頁を参照。

在米各移民団体による同化運動の一例として、在米日本人会の指導者たちによる米化運動の存在を指摘することができる。例えば、衛生不良の解決、日曜日に休むこと、飲食店などにおいて日本語の看板を撤退することなどが主張されていた(同・76-77頁)。中でも最も日本人会が力を入れていた運動が、賭博防止運動であった。賭博防止運動は、賭博を行うことによってイメージが悪化することを防ぐと同時に、多くが中国人経営であった賭博場と距離を置くことによって、合衆国内においてしばしば同一視されがちな中国人との差別化を図ることを目的としていた(同・80頁)。しかし、在米日本人指導者たちによる熱心な運動にもかかわらず、「アメリカ社会の差別に最前線ですらされていた」一般の「移民たちは、如何に米化運動を進めようとも、期待した成果は得られないと悟っていた」(同・84頁)。

なお、日系移民や二世の同化運動とその反応については、糸井輝子『外国人をめぐる社会史—近代アメリカと日本人移民—』(雄山閣・1995年) 195-200頁。

の大群から守れという Madison Grant の訴えに共感を示した¹⁰⁴」。

このような背景の中で登場した移民制限運動の一つの結実点が、1917年に導入された移民に対する識字テストであった¹⁰⁵。識字テストは、南欧、東欧系移民の入国を制限することを目的として導入された（なお、識字テストの背景については、第7章も参照）¹⁰⁶。

1921年には、出身国別割り当て制度¹⁰⁷が導入される。これは、各国ごとに合衆国への移民の上限を設定する制度である。2条(a)では、1910年の人口統計にしたがって、合衆国に居住している外国人の3%を毎年移民割り当ての上限と設定する。1910年の人口調査で、A国出身者が α 人居住していた場合、一年間のA国から移民の上限は、原則として α 人 $\times$ 3%となる。

1924年の改正¹⁰⁸により、移民割り当ての割合を2%、基準の年を1890年に変更した。この改正は、「移民割当総数の約85パーセントを北西ヨーロッパに割り振ることとした。この計画はかくして新移民の割合を非常に低く抑えるという実際的目的を達成した¹⁰⁹」。合衆国市民の主流派にとって望ましくないエスニシティの移民を制限することが目的であった出身国別割当制度は、以前の移民制限（識字テスト）と比べて、「直接に達成しようという利点¹¹⁰」を有していた。

(2)出身国別割り当て制度の実現によって、Horace M.Kallen が提唱した「ハイフンつきのアメリカ人¹¹¹」というアメリカ合衆国市民の自己理解が優勢を占めるようになる。

¹⁰⁴ ハイアム（1994年）・76頁。なお、引用に際し、訳語を一部変更した。

¹⁰⁵ Act of February 5, 1917, ch.29, § 3, 39 Stat.874, 877.

¹⁰⁶ 中野耕太郎「新移民とホワイトネス—20世紀初頭の「人種」と「カラー」—」川島正樹（編）『アメリカニズムと「人種」』（名古屋大学出版会・2005年）149頁。

¹⁰⁷ Act of May 19, 1921, ch.8, § 2 (a), 42 Stat.5, 5 (1921).

¹⁰⁸ Immigration Act of 1924, ch.190, § 11 (a), 43 Stat.153, 159 (1924).

¹⁰⁹ ハイアム（1994年）・78頁。

¹¹⁰ 同。

¹¹¹ Horace Kallen, *A Meaning of Americanism*, in *Culture and Democracy* 44, 62 (reprinted ed.1970).

Kallen は、1915年に公表した論文¹¹²において、白人の同質性に支えられていた1776年の建国時から、数多くの移民を受け入れることを経て、通婚、同化が進行し、新たな「アメリカ人」という人種が成立したという「人種のるつぽ論(the melting-pot)」を批判し、「文化多元主義(Cultural Pluralism)」¹¹³を展開する。Kallen は、アメリカ人を、一つの人種と捉えるのではなく、ドイツ系、イタリア系、ユダヤ系などの出自ごとに形成された集団に分断されていると理解するべきだと説く¹¹⁴。

もっとも、黒人が Kallen の多元主義的テーゼから排除されていたことは、「不可避の事態¹¹⁵」であった。「ハイフンつきのアメリカ人」という見解はヨーロッパ系白人移民、および彼らの子孫の間で受け入れられていたに過ぎない。そして、同じくヨーロッパ系であっても、ノルディック人種の優位意識の下、制定法上も、南欧、東欧からの移民を規制していた。

2. 1. 4. 移民国籍法の制定と1965年改正

(1) Harry S. Truman 大統領は、1952年移民国籍法（通称「マッカラン＝ウォルター法」）¹¹⁶の制定に際し、拒否権を発動し、出身国別割り当て制度批判を展開した。

まず、Truman 大統領は、1952年移民国籍法案が、合衆国建国当初から帰化法に規定されていた人種要件を撤廃したことについて、賛成する¹¹⁷。その上で、次のように述べる。

¹¹² Horace M. Kallen, *Democracy Versus the Melting-Pot*, in *Culture and Democracy* 67 (reprinted ed.1970).

¹¹³ Horace Kallen, *Culture and the Ku Klux Klan*, in *Culture and Democracy* 9, 43 (reprinted ed.1970).

¹¹⁴ Klallen, *Democracy Versus the Melting-Pot*, *supra*, at 95.

¹¹⁵ ハイアム (1994年)・208頁。

¹¹⁶ Immigration and Nationality Act, ch.477, 66 Stat 163 (1952).

¹¹⁷ 82nd Congress, 2nd Session, House Doc.No.520, in Henry Steele Commager ed., *Documents of American History* vol.2 at 594 (7th.ed., 1963). なお、帰化要件と人種の関係については、第3章を参照。

出身国別割り当て制度という「差別的政策の背後には、露骨に言えば、イギリス、アイルランド系の名前を持つアメリカ人は、イタリア、ギリシャ、ポーランド系の名前を持つアメリカ人よりも、優れた人々であり、優れた合衆国市民であるという思考がある。西欧出身者は、ルーマニア人、ユーゴスラビア人、ウクライナ人、ハンガリー人、バルト人、オーストリア人よりも、優秀な合衆国市民となると考えられている。これは、すべての人々は平等に創造されたという独立宣言にある重要な政治原理に反する¹¹⁸⁾」。

Truman 大統領による批判にも関わらず、上院では57対26、下院では278対133によって、1952年移民国籍法は、成立する。この法律は、議院内の有力者である Patrick A. McCarran 上院議員が関与していたことに加え、「すべての人にとってそれぞれに賛成できるものをいくらかずつ含んでいた¹¹⁹⁾」ことも、成立理由の一つであった。

出身国別割り当て制度を維持することによって、「同化可能な者と密接な関係を持つ出身国別集団の入国¹²⁰⁾」を数的に規制することが継続する。当時、日本が、合衆国、中国との共通の敵であったことによって、同胞意識が形成されたことに基づいて、中国出身者の排斥を定める諸法律を廃止する動きが高まったことによって¹²¹⁾、一連の中国人排斥法が1943年に廃止され¹²²⁾、中国人の入国が認められたとしても、割り当ては、わずか100人に過ぎなかった。

結局、アメリカ人となりうる白人同士においてのみ多元性が認められるという考え方は、1952年移民国籍法でも、変わらなかった。

(2)出身国別割り当て制度の廃止は、マッカーシズムが終了し、リベラル・コンセンサス—Warren Court もその一つの陣営を担っている—が形成

¹¹⁸⁾ *Id.* at 595-596.

¹¹⁹⁾ ハイアム（1994年）・85頁。

¹²⁰⁾ Note, *Immigration and Nationality*, 66 Harvard Law Review 642, 649 (1953).

¹²¹⁾ Charles Gordon, *Our Wall of Exclusion Against China*, 3 Lawyers Guild Review 7 (1943).

¹²²⁾ Act of December, 1943, ch.344, 57 Stat.600.

された1965年まで待たなければならなかった。

Lyndon B. Johnson 大統領は、「偉大なる社会」計画の一環として、1960年代に、黒人と白人の平等の実現、人種差別の解消を目的として、次々とリベラルな立法を展開していく¹²³。その一環として、人種差別的な性格を持つ出身国別割り当て制度の廃止¹²⁴が対象となる。

Johnson 大統領が改革に着手した「1965年にはすでに問題は、不公平な制度に目を向けることから、どのような制度をもってそれに代えるかという点に移った¹²⁵」と言われるほど、人種差別的な出身国別割り当て制度を改正することについて、コンセンサスが成立していた。

「すべての陣営は、法改正により30万弱という当時の移民総数を大幅に上回る移民の入国を認めてしまう結果となることは避けなければならないという点で一致していた。政府案は、出身国別割り当て制度を5年のうちに徐々に単一の査証入国制へと切り替えていくことを提案した。しかし議会は出身国別割り当て制を即刻廃止する立法を行った。しかも、議会は、アジア人に対するすべての差別を廃絶した。つまり、議会在目的としたところは、世界のあらゆる国々の平等な取り扱いであった¹²⁶」。

このように、「冷戦期の移民法分野に関する連邦議会の政策は、出身国別割り当て制度に固執せず、非常に寛容、好意的であ¹²⁷」った。Johnson 大統領は、当時の人種差別解消の波に乗り、連邦議会と協同して、出身国別割り当て制度の廃止を実現した^{128 129}。

¹²³ 概要については、M.L. ベネディクト(著)/常本照樹(訳)『アメリカ憲法史』(北海道大学図書刊行会・1994年)164-166頁を参照。

¹²⁴ Act of October 3, 1965, Pub.L.No.89-236, 79 Stat.911.1965年移民法改正は、出身国別割り当て制度の廃止だけを目的とした改正ではなく、合衆国市民、永住者の家族に対する優先的移民と、特別な技術を持つ外国人の優先的移民の実施も、主要な目的であった。

¹²⁵ ハイアム (1994年)・87頁。

¹²⁶ 同。

¹²⁷ Senate Report No.748, in United States Code Congressional and Administrative News 89th Congress-First Session 1965 vol.2, at 3331.

¹²⁸ 1965年改正に対する Johnson 大統領の見解を示す一例として、法案に署名をする際に述べた演説を紹介する。出身国別割り当て制度の下では、「新しい

その後も、移民法は何度か改正を経ているが、これは、主に、メキシコ出身者を中心とする不法移民対策である¹³⁰。本章の関心は、移民法の改正動向の検討を通じて、合衆国市民として認められる自己の範囲を明らかにすることであるため、合衆国に入国する外国人の人種を統制する役割を果たした出身国別割り当て制度が廃止される1965年法改正の内容を記述することで終える。

2. 1. 5. 人種の問題への補足—「少数派の中の少数派」としての女性 上記では、人種に基づく移民規制の歴史を概観したが、人種の問題の

移民がアメリカに来る可能性は、彼らが生まれた国籍に依存していました。わずく三ヶ国の出身者が全ての移民の70パーセントを占めることが許されていました。…彼らが南あるいは東ヨーロッパに生まれたということ、または、他の発展途上中の大陸のうちのどこかに生まれたということで、必要とされた技術と才能を持った人びとの入国が否定されてきたのです」。「最初の入植者たちが未開の大陸に押し寄せたとき、彼らがどこから来たかについて尋ねる者は誰もいませんでした」（「1965年移民法署名におけるジョンソン大統領演説」古矢旬（編）『史料で読むアメリカ文化史5 アメリカ的価値観の変容 1960年代—20世紀末』（東京大学出版会・2006年）111-112頁〔石川敬史訳〕）。

¹²⁹ 1965年改正は、1921年以来採用されていた人種構成を維持するための移民規制が消滅した、という限度において人種差別解消的であったと把握されるべきである。1965年改正によって、出身国別割り当て制度が廃止されたが、1965年改正は、単純に、積極的な移民受け入れ政策を採用したわけではない。1965年改正は、西半球からの移民と東半球からの移民を区別し、後者からの移民を17万人に制限した。移民規制自体は、1965年改正自身も、その後の改正も、その時々を生じている問題に応じて、継続している。1965年改正の詳細については、安武岳岳「1965年移民法」アメリカ学会（編）『原典アメリカ史 第7巻』（岩波書店・1982年）252頁、石川敬史「原国籍割当制度の廃止—1965年移民法」古矢旬（編）『史料で読むアメリカ文化史5 アメリカ的価値観の変容 1960年代—20世紀末』（東京大学出版会・2006年）103頁、古矢旬『アメリカニズム「普遍国家」のナショナリズム』（東京大学出版会・2002年）104-110頁〔以下、古矢（2002年）と略記〕を参照。

¹³⁰ 古矢（2002年）120-127頁、村田勝幸「移民問題の浮上」アメリカ学会（編）『衰退論の登場 原典アメリカ史8』（岩波書店・2006年）174頁、大下尚一＝有賀貞＝志郎晃佑＝平野孝（編）『史料が語るアメリカ』（有斐閣・1989年）263-264頁。

延長線上として、「少数派の中の少数派¹³¹」と呼ばれる、異人種の女性に対する移民規制についても補足的に指摘する。

(1)前述した1875年法¹³²は、中国、日本、他の東洋諸国からの契約移民に対して、卑俗な、不道德な目的の業務に従事するかどうかについて領事が調査することなどを規定していた。これは、当時、合衆国に入国した中国人女性が売春を行う者が多かったこと¹³³を理由として、「不道德な目的で中国人女性を連れてくることを禁止する¹³⁴」ために制定された。すなわち、実質的な入国規制の始まりと言われる1875年法は、異人種の女性をターゲットとしていた。

Nancy F. Cottによれば、当時の合衆国では、「売春婦」と「苦力(coolie)」—契約労働者として合衆国に移民してきた中国人男性—は、アメリカ的な価値を破壊するものと捉えられていたが、「中国人売春婦は、キリスト教的単婚モデルから外れており、中国人移民の中では、苦力よりもアメリカ的価値にとって脅威だった。なぜならば、彼女たちは、アメリカの土地で異質な合衆国市民を生み出す恐怖を抱えていたからである¹³⁵」。このような考えの下、中国人女性を対象とした規制は、1882年法¹³⁶以降も継続する。

(2)入国資格を決定する際にも、女性との婚姻に関して、アメリカ的な価値が反映した規制が行われていた。

¹³¹ ロナルド・タカキ(著)/富田虎男(監訳)『多文化社会アメリカの歴史—別の鏡に映して』(明石書店・1995年)362頁。

¹³² Act of March 3, 1875, ch.141, 18 Stat.477.

¹³³ もちろん、売春行為が自発的に行われたかどうかという問題は残る。むしろ、当時の女性は騙されて合衆国に連れられ、売春に従事させられてきたことを告発する文献として、前掲・タカキ。また、アジア系移民の生活実態については、ロナルド・タカキ(著)/阿部紀子=石松久幸(訳)『もうひとつのアメリカン・ドリーム アジア系アメリカ人の挑戦』(岩波書店・1996年)参照。

¹³⁴ Hutchnson, *supra* at 65.

¹³⁵ Nancy F. Cott, *Public Vows — A History of Marriage and the Nation* 137-138 (2000). なお、この考え方は、United States v. Wong Kim Ark, 169 U.S.649 (1898) によって否定されている。詳細については第3章。

¹³⁶ Act of May 6, 1882, ch.126, 22 Stat.58.

例えば、1907年には、「重婚主義者、あるいは重婚を実施する信条を有すると認める者¹³⁷⁾」に対する入国規制が導入された。これに対しては、重婚習慣を持つ国からの移民を規制するものである、とオスマン帝国が反発した¹³⁸⁾（なお、重婚習慣を持つモルモン教の影響を弱めようとした政策については、第2部を参照。そこでもキリスト教的価値観が反映した政策が展開されている）。

ほかにも、日本人を中心とした「写真花嫁」に対する規制を挙げることができる。当時の日本では、仲人が男性（合衆国に滞在している）の写真を、女性及び女性の家族に送り、もし女性側が気に入れば、女性の写真を仲人に送り、婚姻するという習慣があった。男性は、合衆国に滞在したまま、日本法の下、正式な婚姻を締結することになる。

これは、当時の日本では珍しくなかったが、アメリカ側にとっては受け入れ難い習慣だった。例えば、合衆国内では、写真花嫁に対して、以下のようなイメージを持たれていた。「日本人夫婦は、白人よりも早く子供を産む。写真花嫁の入国は、新たな人種問題の始まりを意味する。もし放置しておけば、そのうち、黒人問題と同様に、重大かつほとんど解決出来ない問題となるだろう¹³⁹⁾」、「一方的な合意による婚姻—当事者が太平洋を分けて離れており、単に写真を交換しただけ—は決して婚姻とは言わない¹⁴⁰⁾」という意見である。

このような見解を背景に、写真花嫁による入国が多かったハワイでは、花嫁が到着した港にて、アメリカ式の儀式でもう一度婚姻させた、と言われている¹⁴¹⁾。

なお、写真花嫁による入国は、日本政府がアメリカ合衆国との紳士協定によって禁止したことによって解決した¹⁴²⁾。

(3)上記に挙げた例から理解できるように、女性は、異人種であることに

¹³⁷⁾ Act of February 20, 1907, ch.1134, § 2, 34 Stat.898, 899.

¹³⁸⁾ Cott, *supra* at 139.

¹³⁹⁾ *Id.* at 152-153.

¹⁴⁰⁾ *Id.* at 153.

¹⁴¹⁾ *Id.* at 151-152.

¹⁴²⁾ *Id.* at 154.

加え、女性であることを理由とした規制に服さなければならなかった。

なお、女性特有の問題として、合衆国市民と婚姻し、合衆国市民権を取得することによって、退去強制を免れようとする人たちの存在も指摘されている。この問題については、帰化規制の領域において扱う。

2. 2. 思想を理由とした出入国規制

以上、合衆国における特に人種を中心に、自己理解の変遷と出入国管理法制の関係を検討した。以下では、思想を理由とする出入国管理法制の変遷を検討する。

2. 2. 1. 合衆国初期—フランス革命の影響に対する防壁

上述したように、1798年には、対フランスを念頭において、大統領に対し、特定の外国人に対する退去強制命令を出す権限を授権する法律¹⁴³が制定された。この法律は、思想を理由とした出入国規制という性質を持つ。

1790年代に、フランスでは、第三身分による国民会議の発足を出発点として、平等主義を一つの理念とするフランス革命が進行していた。ヨーロッパ各国は、急進的なフランス革命に対し、警戒心を抱いていたが、それは、海を隔てた合衆国でも変わらなかった。

当時、合衆国では、Hamilton を中心とするフェデラリスツ派と Jefferson を中心とするリパブリカン派の二つの勢力が対立していた。両者は、反君主制という点では一致するが、国内の統治システムの構築のあり方、外交政策についての考え方について、対立していた¹⁴⁴。

「フェデラリスツ派は、無政府状態を恐れ、権威のことを考え、統治するために組織した権限の責任を強調していた¹⁴⁵」。「本質的に、反民主

¹⁴³ Act of June 25, 1798, ch.58, 1 Stat.570.

¹⁴⁴ Hamilton と Jefferson の共和制観の相違については、中野勝郎「共和制の時間と空間—アメリカ建国の政治思想」小川浩三(編)『複数の近代』(北海道大学図書刊行会・2000年) 119-120頁、129頁、138-139頁。

¹⁴⁵ James Morton Smith, *Freedom's Fetters: The Alien and Sedition Laws and American Civil Liberties* 10 (1956).

主義的¹⁴⁶」なフェデラリスツ派にとって、政府は、財産と才能を有するエリートによって統治されるべきであった。

他方、リバプリカン派は、「専制を恐れ、自由を強調し、権威と安全よりも、幸福を追求しようとした。彼らは、支配階級であるエリートによる指導ではなく、公衆の意見に政府が反応することを求めた¹⁴⁷」。

外交政策においても、前者は、親イギリス的であって、イギリスとの通商によって歳入を確保しようとしたのに対し、後者は、親フランス的であって、通商による歳入確保に疑問を抱いていた¹⁴⁸。

1797年にフェデラリスツ派の John Adams が合衆国 2 代目大統領に就任する。フェデラリスツ派の Adams 大統領にとって、フランスに対する共感は、「合衆国を混乱に沈め、恐怖政治を招き、政府を破壊し、宗教を根絶やし、私的財産を奪うという望みを示唆していた¹⁴⁹」。

上述したように、Adams 大統領は、1798年に、外国人に対する規制を設ける一連の立法の一環として、大統領に対して、外国人の退去強制権限を認める法律を制定した。

この法律は、思想による出入国規制を直接規定しているわけではないが、上記のような政治的背景の中で成立したことを考慮に入れると、この法律は、急進派、すなわち、エリート主義的なフェデラリスツ派の思想と合致しない人々を排除するという、思想による出入国規制という性格を有することが明らかである。

上述した Walzer の言説が示すように、移民規制や帰化規制を設けることは、自分たち（と想定する人々）の範囲を設定することである。自分たち／他者の区別が最も先鋭化するときは、戦時において誰が味方で誰が敵なのかを判断するときであるならば、1798年法のように、特定の人々を敵性外国人と判断して排除することは、移民規制の本質として導かれる¹⁵⁰。

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ *Id.* at 11.

¹⁴⁸ *Id.*

¹⁴⁹ *Id.* at 12.

¹⁵⁰ Gregory Fehlings, *Storm on the Constitution: The First Deportation Law*, 10

なお、大統領に対して退去強制命令を出す権限を授権する法律¹⁵¹は、2年間の時限立法であったが、同時期に制定された敵性外国人に対する処遇を定める法律¹⁵²は、何度か改正はされたものの、現在でも維持されている¹⁵³。

2. 2. 2. 無政府主義、共産主義者の排除—20世紀前半の展開

(1)19世紀も、合衆国では、思想を理由とした出入国規制を実施する動きが高まる。

第一に、19世紀中盤に高揚したノウ・ナッシング運動も、カトリックに対する敵意という点においては思想を理由とした移民規制という性格を有している。しかし、上述したように、ノウ・ナッシング運動は衰退し、結局、法律には反映されていない。

第二に、上述した中国人に対する出入国規制も、中国人がキリスト教徒ではないことも、入国規制を設ける正当化理由の一つに挙げている。

(2)しかし、合衆国において、思想を理由とした出入国規制として、注目すべきは、無政府主義、共産主義を支持する外国人 (subversive aliens) に対する出入国規制である。

19世紀後半の合衆国では、無政府主義に対する脅威が高まったことから¹⁵⁴、無政府主義者に対する入国規制を実施する動きが登場する。無政府主義者に対する入国規制案は、1894年改正のときに登場したが、この時点では、「無政府主義者 (anarchist)」という概念が、明確に定義されていないという理由によって、入国拒否事由として挿入されなかった¹⁵⁵。

Tulsa Journal of Comparative & International Law 63 (2002).

¹⁵¹ Act of June 25, 1798, ch.58, 1 Stat.570.

¹⁵² Act of July 6, 1798, ch.66, 1 Stat.577.

¹⁵³ 50 U.S.C.21-24.

¹⁵⁴ 19世紀末から無政府主義活動に従事した Emma Goldman について紹介した文献として、伊藤淑子「無政府主義フェミニスト—エマ・ゴールドマン『私の人生を生きる』」有賀夏紀＝能登路雅子(編)『史料で読むアメリカ文化史4 アメリカの世紀 1920年代-1950年代』(東京大学出版会・2005年) 39頁。

¹⁵⁵ Edward Prince Hutchinson, *Legislative History of American Immigration*

しかし、1901年に William McKinley 大統領が¹⁵⁶、ポーランド系移民である無政府主義者に暗殺される事件が生じたことを契機として、状況が一変する。McKinley 大統領の後継者である Theodore Roosevelt 大統領は、1901年12月3日の演説の中で、大統領の暗殺に触れ、「我々は、無政府主義原理の信奉者、無政府主義的結社の構成員を絶対的に排除する¹⁵⁶」必要性を強調した。議会は、大統領声明に強く影響を受け、法案を通過させる。

1903年改正によって、従来の入国拒否事由¹⁵⁷に加え、「無政府主義者、合衆国政府、すべての政府、すべての法体系を、実力または暴力によって転覆させることを信奉している者、または唱導する者、公職者の暗殺を信奉する者、または唱導する者¹⁵⁸」が入国拒否対象となった。その後も、「財産制度の破壊」も含むような改正や、「唱導」だけではなく、「教示」も含むような改正¹⁵⁹が行われ、徐々に要件が拡大、明確化していく。

この時期は、上述したように、合衆国が第一次世界大戦に参加する過程で、「100パーセント・アメリカニズム」が誕生し、合衆国にとって異質な存在に対する排除意識が高揚していた時代であった。上述したように、100パーセント・アメリカニズムは、敵性の合衆国市民、とりわけドイツ系アメリカ人を排除する社会意識を形成したが、それ以外にも、戦時に生じた興奮は、諜報活動について定めた法律¹⁶⁰の制定も促した。この法律によって、軍の行動を妨害する目的の報道を行うこと、合衆国に対する不忠誠を扇動すること、徴兵を妨害することが有罪となった¹⁶¹。更に、同法は、同法に反する内容の郵便を配布することを禁止し

Policy, 1798-1965 at 112-113 (1981).

¹⁵⁶ 35 Congressional Record 82, *quoted in* Edward Prince Hutchinson, *Legislative History of American Immigration Policy, 1798-1965* at 127 (1981).

¹⁵⁷ Act of March 3, 1891, ch.551, § 1, 26 Stat.1084.

¹⁵⁸ Act of March 3, 1903, ch.1012, § 2, 32 Stat.1213, 1214.

¹⁵⁹ Act of February 5, 1917, ch.29, § 3, 39 Stat.874, 875-876.; Act of October 16, 1918, ch.186, § 1, 40 Stat.1012.

¹⁶⁰ Act of June 15, 1917, ch.30, 40 Stat.217. なお、1917年にはロシア革命が成功し、社会主義国家が誕生したことも、当時の事情として付け加えておく。

¹⁶¹ *Id.* TITLE I, § 3, 40 Stat.217, 219. なお、翌年の1918年の改正によって、

た¹⁶²。合衆国政府は、前者の規定により、戦争に非協力的な世界産業労働者組合（IWW）の幹部を逮捕することに成功し、後者の規定により、アイルランド系合衆国市民、ドイツ系合衆国市民への郵便の配達を制限した¹⁶³。

1930年代には、台頭してきた共産主義、ファシズムに対する脅威¹⁶⁴から、共産主義者、ファシストに対する出入国規制を設ける法案が繰り返し提出されていたが、成立しなかった¹⁶⁵。共産主義、ファシストに対する出入国規制を設ける動きは、1939年に第二次世界大戦が勃発したことを契機として、1940年代以降、厳格化する^{166 167}。思想を理由とする出入

更に強化された。Act of May 16, 1918, ch.75, 40 Stat.553.

¹⁶² *Id.* TITLE XII, § 1-3, 40 Stat.217, 230-231.

¹⁶³ 高木八尺 = 中屋健式「1917年及び1918年の防諜法 Espionage Acts of June 15, 1917 and of May 16, 1918」アメリカ学会(編)『原典アメリカ史第5巻』(岩波書店・1972年) 354-355頁。

¹⁶⁴ 例えば、共産主義者による政府高官に対する爆弾の継続的郵送、邸宅爆破事件、メーデーの暴動など。同・355-356頁。

¹⁶⁵ Hutchinson, *supra* at 225-226, 237-239, 248.

¹⁶⁶ *Id.* at 251.

¹⁶⁷ 改正の詳細は以下のとおりである。

まず、1940年改正によって、違法に合衆国に入国することを援助した外国人も退去強制の対象となる(Act of June 28, 1940, ch.439, § 20, 54 Stat.670, 671-672)。さらに、1940年改正は、外国人に対して指紋を登録することも定めた(*Id.* § 31, 54 Stat.670, 673-674)。

1941年には、「合衆国の公共の安全に対して危険を与える活動に従事する目的で合衆国に入国しようとする者」に対するビザの発行の禁止を定める法律(Act of June 20, 1941, ch.209, 55 Stat.252)と、大統領に対し、国家緊急時又は戦争時に、公衆の安全に反する者の入国または出国を禁止する権限を定める法律(Act of June 20, 1941, ch.210, § 1, 55 Stat.252, 252-253)が制定される。

1948年には、外国人が自らの共産主義思想を秘匿していた場合に対処することを念頭において、「合衆国の公共の安全に危険を及ぼす活動に従事することを目的として合衆国に入国すると判断する理由がある者」も入国拒否事由の対象となる(Act of May 25, 1948, ch.338, 62 Stat.268, Senate Report No.1199, *in* United States Code Congressional Service 80th Congress-Second Session 1948 vol.2, at 1596-1597.)。

国規制は、1952年改正以降も、要件が明確化、拡大しつつ、継続する¹⁶⁸。

(3)このような法改正は、合衆国内において高揚した反共主義を反映している。

例えば、当時、下院に設置された非米委員会が、ハリウッドで映画産業に従事する脚本家、プロデューサー、監督、俳優など非友好的な19人を喚問し、共産黨員であるかどうかという質問を拒絶した10人に禁固刑を言い渡す事件が生じた¹⁶⁹。Truman 大統領も、1947年から1953年まで、政府内に存在している共産主義者を排除することを目的として、約475万人の連邦公務員を忠誠審査の対象としている¹⁷⁰。

同じく、1948年には、当時、ヨーロッパにおいて生じた大量の難民（例えば、ナチスによる迫害を受けた者など）を受け入れることを目的として、1948年難民法が成立する（Displaced Persons Act of 1948, ch.647, 62 Stat.1009 (1948).）。この法律によって、「合衆国、又は合衆国政府の形態と敵対的」な活動に従事している者が入国拒否事由となった（*Id.* § 13, 62 Stat.1009, 1014 (1948).）。

共産主義者に対する明示的な出入国規制は、1950年に実施される。1950年国内安全法（Internal Security Act of 1950, ch.1024, 64 Stat.987 (1950).）は、共産主義によるアメリカ的生活の破壊を防ぐことを明示的に目的として掲げた法律である。

当時の House Report は、改正前の法律の欠点を、次のように説明している。1940年法は、実力による政府の転覆を唱導した者を排除することを目的としているが、現在の共産黨員たちは、規制を回避するために、公然とした唱導を行わず、秘密裏に活動している。その結果として、共産主義的活動の取り締まりが効果的ではなくなった（House Report No.2980, in United States Code Congressional Service 81st Congress-Second Session 1950 vol.2, at 3887.）。

このような理由から、連邦議会は、1950年改正によって、共産党、全体主義を標榜する政党、組織の構成員、関係者を明示的に、入国拒否対象、退去強制対象とした（Internal Security Act of 1950, ch.1024, § § 22, 25, 64 Stat.987, 1006-1010, 1013-1015 (1950).）。

¹⁶⁸ Immigration and Nationality Act, ch.477, § 212 (a) (28), 67 Stat.163, 184 (1952).

¹⁶⁹ 山越邦夫「冷戦とヴェトナム戦争期の対抗文化」笹田直人＝堀真理子＝外岡尚美（編著）『概説アメリカ文化史』（ミネルヴァ書房・2002年）169頁。

¹⁷⁰ 岩野一郎「連邦職員忠誠審査行政命令」アメリカ学会（編）『原典アメリカ史第6巻』（岩波書店・1981年）138頁。

周知のように、1950年代前半の合衆国では、Joseph R. McCarthy 上院議員が共産主義者リストの存在を告発したことをきっかけとして、いわゆるマッカーシズムが高揚していた時期であった¹⁷¹。

合衆国における出入国規制の背景には上記のような事情が存在している¹⁷²。もっとも、既に1960年代には、上記のような取締りが功を奏し、合衆国内の共産主義はほとんど勢力を失っていたが、合衆国内では、共産主義に対する警戒意識が消滅したわけではなかった¹⁷³。ソ連が崩壊し、共産主義が事実上勢力を失った現在であっても、共産主義者、全体主義者、ナチス関係者に対する入国規制は、依然として継続している¹⁷⁴。

3. 絶対的権限の法理の生成—19世紀末の移民法に関する判例の動向

前述したように、連邦議会は、人種や思想を理由として、差別的な移民規制を実施している。これは、連邦議会が、「自分たち」の範囲をめぐる、時代状況に応じた決断を行っていることを示している。その中には、およそ現代では受け入れがたい規制も含まれる。このような差別的な立法を法理論的に正当化した原理が、「絶対的権限の法理 (plenary power doctrine)」である。

以下では、合衆国最高裁判所が、絶対的権限の法理を通して、差別的な移民規制を追認した過程を明らかにする。

¹⁷¹ 古矢旬「マッカーシズムと政党政治」アメリカ学会(編)『原典アメリカ史』(岩波書店・1981年) 176頁、有賀夏紀「反共の嵐—マッカーシー旋風とローゼンバーグ裁判」有賀夏紀＝能登路雅子(編)『史料で読むアメリカ文化史4 アメリカの世紀 1920年代-1950年代』(東京大学出版会・2005年) 335頁。

¹⁷² ほかに、1940年頃には、革新主義教育協会の理論指導者であった Harold Rugg の歴史教育用教科書を、第二次世界大戦参戦に備えて強化の必要があった国民的結束を破壊し、生徒に不信のプロパガンダを教え込んでいると、激しく批判する運動が高揚していた。これは、アメリカ最大の退役軍人組織であるアメリカ在郷軍人会が中心となって活動していた。詳細については、望戸愛果「国民史教育と「100パーセント・アメリカニズム」—戦間期アメリカにおける在郷軍人会と「公共の記憶」佐藤成基(編著)『ナショナリズムとトランスナショナリズム 変容する公共圏』(法政大学出版局・2009年) 101頁。

¹⁷³ 詳細については、古矢 (2002年)・232-242頁、247-252頁を参照。

¹⁷⁴ 8 U.S.C. § § 1182 (a) (3) (D), (E).

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「絶対的、万能な（plenary）」権限として位置付けられる（主権性）。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）。

さらに、合衆国の移民法では、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（外と内の区別）¹⁷⁵。

以下では、この三点について、絶対的権限の法理が成立した19世紀の判例の展開を中心に検討する。

3. 1. 主権性

(1)第一の特徴である移民規制権限の主権性を示したのは、*Chinese Exclusion Case (Chae Chan Ping v. United States)*¹⁷⁶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¹⁷⁷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。本件は、当該法律の合憲性及び、入国拒否、収容の適法性について争われた事件である¹⁷⁸。法廷意見は次のように判示した。

¹⁷⁵ Legomsky, *supra* at 259-260.

¹⁷⁶ 130 U.S.581 (1889).

¹⁷⁷ Act of October 1, 1888, ch.1064, 25 Stat.504.

¹⁷⁸ なお、この事件の背景を概観した文献として、Gabriel J.Chin, *Chae Chang Ping and Fon Yue Ting: The Origins of Plenary Power*, in David A.Martin&Peter H.Schuck, ed., *Immigration Stories* 7 (2005) がある。Chin によれば、本件は、中国人の排斥を目的とする連邦議会の一連の法改正に反対する側の優秀な法律家による「ドリームチーム」(*Id.* at 9) によって、指揮されていた。当時の中国人に対する排外的態度の背景について検討した邦語文献としては、貴堂嘉之「未完の革命と「アメリカ人」の境界—南北戦争の戦後50年論—」川島正樹(編)『アメリカニズムと「人種」』(名古屋大学出版会・2005年) 113頁。

「Chae 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¹⁷⁹」。

「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¹⁸⁰」。

「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¹⁸¹」。

「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、憲法によって授權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

¹⁷⁹ *Chinese Exclusion Case*, 130 U.S.at 603-604.

¹⁸⁰ *Id.* at 604.

¹⁸¹ *Id.* at 606.

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¹⁸²」。

法廷意見は、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¹⁸³」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、この判示が根拠となる。

(2) Chinese Exclusion Case から３年後、合衆国最高裁判所は、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 Nishimura v. United States¹⁸⁴において、Nishimura の収容は違法ではないという結論を下した。法廷意見は、Chinese Exclusion Case の趣旨を再確認しながら、次のように判示した。

「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。…合衆国では、この権限は、合衆国憲法が戦時だけではなく平時も国際関係に関する十分なコントロールを委ねた連邦政府に帰属する。この権限は、政治部門が行使…する¹⁸⁵」。

「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

¹⁸² *Id.* at 609.

¹⁸³ *Id.* at 611.

¹⁸⁴ 142 U.S.651 (1892).

¹⁸⁵ *Id.* at 659.

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¹⁸⁶」。

(3)上記の二つの判決は、絶対的権限に関する指導的先例と位置づけられている¹⁸⁷。つまり、「外国人を追放する権限は、合衆国政府の政治部門に帰属し、条約、連邦議会制定法によって規制され、その規制に従って行政府が執行する。ただし、司法部門は、条約、制定法、合衆国憲法が要求している限りでのみ介入できる権限を有する¹⁸⁸」。このように、判例は、出入国管理を含めた外国人に対する処遇を国家主権に属するものと位置づけることによって、政治部門の判断を過剰に尊重する論理を導き出している¹⁸⁹。

3. 2. 連邦の権限

絶対的権限の特徴として、第二に、連邦の権限であることが挙げられる。上述したように、合衆国建国初期は、各州が独自の移民規制を実施し、また、州による移民規制権限を承認した判決¹⁹⁰も存在していたが、南北戦争を経て、「州が奴隷の入国を規制する権限の問題が解決されたことを理由として、連邦裁判所は、徐々に、移民問題を排他的な連邦権限として承認し、外国との通商権限の中に位置づけようとした¹⁹¹」。

¹⁸⁶ *Id.* at 660.

¹⁸⁷ Gabriel J.Chin, *Segregation's Last Stronghold: Race Discrimination and the Constitutional Law of Immigration*, 46 UCLA Law Review 1, 13 (1998).

¹⁸⁸ Fok Yung Yo.United States, 185 U.S.296, 302 (1902).

¹⁸⁹ 同趣旨の見解として、Lem Moon Sing v. United States, 158 U.S.538, 543, 546-548 (1895).

¹⁹⁰ 例えば、港に到着した乗客の性状などを船長が報告しなければならないと定めたニューヨーク州法の合憲性について争われた *New York v.Miln*, 36 U.S.102 (1837) では、このような規制は、州が有するポリスパワーに属するものであって、州がこのような規制権限を有することは、説明の必要がないほどに明白である、と述べている (*Id.* at 132)。なお、このように述べる際に、Vattel を引用している。Vattel の見解の影響については、第4章及び5章を参照。

¹⁹¹ Sara H.Cleveland, *Powers Inherent in Sovereignty:Indians, Aliens, Territories, and the Nineteenth Century Origins of Plenary Power over Foreign*

その結果として、州による移民規制を実施できる範囲は、狭く解釈されるようになった。それを示す事例として、*Chy Lung v. Freeman*¹⁹²を挙げることができる。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（特定の外国人の場合、入国が認められるためには保釈金を支払うことなど）の合憲性が問題となった。この点につき、法廷意見は、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関する責任、規制を執行する態様に関する責任は、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¹⁹³」。

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ているため、違憲であると判断した。

同様の判断を下した判決として、*Hines v. Davidowitz*¹⁹⁴を挙げることができる。本件は、ペンシルヴァニア州が独自に設定した外国人登録制度について争われた。法廷意見は、*Chy Lung* 判決と同様に、州が外国人を規制できる事項が限られると判示した。その際、連邦議会が行使する権限（本件では統一的な帰化に関する規則を定める権限）の性質を正当化する際の根拠の一つとして、『ザ・フェデラリスト』の第42編を用いる¹⁹⁵。第42編において、Madison は、次のように述べている。

Affairs, 81 *Texas Law Review* 1, 106 (2002).

¹⁹² 92 U.S.275 (1876).

¹⁹³ *Id.* at 280.

¹⁹⁴ 312 U.S.52, 67-68 (1941).

¹⁹⁵ *Id.* at 73, footnote 35.

「好ましくない外国人に関する一定の規定が、各邦の法律により、市民権のみでなく居住特権とも矛盾する禁止条件をもって制定された場合、もし、このような人びとが、居住または他の理由により他邦の法律によって市民権を取得し、そのうえで、彼らの権利を奪った邦内に居住する権利と市民権とを主張すれば、どのような結果となるだろうか。法律の結果はどうであろうとも、とうてい予防することはできないような非常に危険な性質の結果が生ずるだろう。したがって、新憲法は、これらに対し、また、この点についての連合規約の欠陥から生ずる他のあらゆる事項に対し、合衆国を通じて統一的な帰化規則を制定する権限を中央政府に与えることによって、大きな妥当性を持つ規定を設けたのである¹⁹⁶」。

これは、合衆国憲法起草者たちも、外国人に関する処遇は、州ではなく、連邦が扱う事項であることを認識していたことを示している。前述したように、合衆国建国初期には、連邦ではなく、州が移民規制を行っていたが、上記の判例が確立する中で、州による移民規制は衰退する¹⁹⁷。

3. 3. 外と内の区別

(1)合衆国における移民法の特徴として、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

¹⁹⁶ アレグザンダー・ハミルトン＝ジョン・ジェイ＝ジェイムズ・マディソン(著) / 齋藤眞＝武則忠見(訳)『ザ・フェデラリスト』(福村出版・1991年)210頁。なお、引用に際し、訳を変更した箇所がある。

¹⁹⁷ ただし、州による移民規制を例外的に許容する判決として、事業主に対し、不法滞在外国人を故意に雇用することを禁止するカリフォルニア州法を合憲と判断した *De Canas v. Bica*, 424 U.S.351 (1976) がある。この判決について、Gordon は、「私の見解では、不法滞在外国人の規制は、排他的連邦事項である」と批判している。Charles Gordon, *Recent Developments in Judicial Review of Immigration Cases*, 15 San Diego Law Review 9, 26 (1977)

なるものだと理解されてきた¹⁹⁸。

既に見た Chinese Exclusion Case も、Nishimura 判決も、入国拒否が争われた事例である。入国拒否の事例とは異なり、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場合が多い。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について争われたのが、Fong Yue Tin v. United States¹⁹⁹である。

これは、1879年に合衆国に適法に入国し、居住していた Fong Yue Ting が、1892年法²⁰⁰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、6条に基づき、令状なしで市警察に逮捕、収容されたことの適法性について争われた事例である。

法廷意見は、「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²⁰¹」と述べ、入国拒否処分を下す権限を無制約なものだと描いた Chinese Exclusion Case の法理は退去強制権限にも及ぶと判断した。

さらに、法廷意見は、次のように述べる。

「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、合衆国市民となる足場を獲得しておらず、帰化法の

¹⁹⁸ Thomas Alexander Aleinikoff, David A. Martin, Hiroshi Motomura, *Immigration and Citizenship Process and Policy* 189-190 (5th.ed., 2003). 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。

¹⁹⁹ 149 U.S.698 (1893).

²⁰⁰ Act of May 5, 1892, ch.60, 27 Stat.25.

²⁰¹ *Fong Yue Ting*, 149 U.S. at 707.

下では足場を獲得できないため、外国人のままである。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²⁰²」。

「1892年法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²⁰³」。

法廷意見は、当該外国人を、「足場」を獲得していないと位置づけた上で、退去強制は刑罰ではないため、デュープロセスの対象ではないと判断し、Fong Yue Tin の主張を認めなかった。

(2)しかし、Fong Yue Tin 判決には、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、正式事実審理を行わずに流刑という刑罰を科す当該制定法はデュープロセスを侵害していると判断した²⁰⁴（ただし、Brewer 反対意見

²⁰² *Id.* at 725.

²⁰³ *Id.* at 730.

²⁰⁴ *Id.* at 733-744.

であっても人種に対する偏見自体は否定していない。この点については、第4章を参照）。この見解は少数意見に留まるが、Brewer 裁判官反対意見により、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、合衆国最高裁判所は、以下の二つの判決を通じて、退去強制に対する統制を認める判決を下した。

第一の事例である *Wong Wing v. United States*²⁰⁵ は、次のような事案である。1892年法4条²⁰⁶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、法廷意見は次のように判示した。

「重労働という破廉恥罪の刑（infamous crime）を外国人に対して科す、または、外国人が所有する財産を没収することによって、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科すことは、有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²⁰⁷」。

²⁰⁵ 163 U.S.228 (1896).

²⁰⁶ Act of May 5, 1892, ch.60, § 4, 27 Stat.25.

²⁰⁷ *Wong Wing*, 163, U.S.at 237.

法廷意見は、当該制定法によって科せられた強制労働を、「意に反する苦役 (involuntary servitude for crime)」に当たると認め、第5修正及び第6修正に違反すると述べた。この判決は、外国人に対して刑罰を科すことに対しては、合衆国憲法上の保障が及ぶという立場を示している。

第二の事例である Japanese Immigrant Case (*Yamataya v. Fisher*)²⁰⁸ 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²⁰⁹」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。法廷意見は、既に取り上げた先例を引用しながら、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、合憲判断を下した。その際、法廷意見は、次のように判示した。

法執行を担当する機関は、「違法ではあるが、合衆国へ入国し、合衆国の権限に服し、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²¹⁰」。

法廷意見によれば、違法な在留であっても、既に入国し、「人口の一部となった」外国人を退去強制させようとする場合には、憲法による統制が認められる。この理解は、後に *Wong Yang Sung v. McGrath*²¹¹ に

²⁰⁸ 189 U.S.86 (1903).

²⁰⁹ Act of March 3, 1891, ch.551, § 1, 26 Stat.1084 (1891).

²¹⁰ *Japanese Immigrant Case*, 189 U.S.at 101.

²¹¹ 339 U.S.33 (1950).

において、再確認されている²¹²。

(3)判例は、Wong Wing 判決では明示的に重労働の禁止を、そして、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承認した。しかし、入国拒否の事例においては、Chinese Exclusion Case 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。

Japanese Immigrant Case において示されたように、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²¹³。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（入国許可を取得していない）ものの、物理的には合衆国内に存在しており、憲法の適用範囲にいるはずだからである。これは、移民規制の事案において、法的に合衆国内にいと想定される外国人は、合衆国内に滞在していることに伴って生じる事実が考慮されるが、合衆国の外にいと位置づけられる外国人は、考慮されないという発想である。物理的には合衆国内にいるが、法的な「入国」を実現していない外国人に対してどのような処分を行おうとも、デュープロセス上の権利を侵害することにはならないという判断は、後に言及する Knauff-Mezel 法理によって確立した。

4. 小括

本章では、合衆国において展開された移民規制を概観した上で、絶対的権限の法理が確立した時期の判決を検討した。本章において強調しておきたい点は、合衆国最高裁判所が絶対的権限の法理を確立することによって、結果的に、露骨な排外主義に基づく移民規制を承認した点である。また、裁判官の中にも、異質な移民に対する差別感情を判決文中に

²¹² *Id.* at 49-50.

²¹³ T.Alexander Aleinikoff, *Special Issue : The United States Constitution in its Third Century:Foreign Affairs:Right— Here and There:Federal Regulation of Aliens and the Constitution*, 83 *The American Society of International Law American Journal of International Law* 862, 867 (1989).

吐露する者も存在していた。

このように、19世紀後半から20世紀にかけては、政治部門と司法部門は一間接的には共同しつつ—アメリカ合衆国市民の主流派にとって望ましくない外国人に対する差別的な移民規制を承認していた。判例の思考及び理論については、第4章にて詳しく検討する。zx