

9.11 同時多発テロ事件と絶対的権限理論の「再興」

－アメリカ移民法を素材として－

9.11 Terrorist Attacks and Restoration of the Plenary Power Doctrine in the U.S. Immigration Laws

新 井 信 之

はじめに

I. 敵性外国人の退去強制

1. 敵性外国人と大統領権限
 - (1) 1798 年の敵性外国人法
 - (2) Ludecke v. Watkins 事件
2. 国家緊急・非常事態における歴史的対応
 - (1) 政治部門への追従
 - (2) 移民法の適用可能性

II. 同時多発テロ事件と外国人の排斥

1. 国家の危機管理と移民法の執行
 - (1) 1996 年移民法の運用
 - (2) 2001 年米国愛国者法の成立
 - (3) 退去強制における収容の現状
2. アラブ・イスラム系外国人への差別的処遇

III. 絶対的権限理論の再興

1. 同時多発テロ事件のインパクト
2. 9.11 以降の判例理論の展開
 - (1) Demore v. Kim 事件
 - (2) Clark v. Martinez 事件
 - (3) Jama v. Immigration & Customs Enforcement 事件

IV. 国家の安全保障と外国人の処遇

1. 合衆国市民への権利侵害
 - (1) 9.11 と歴史の反復
 - (2) アメリカ司法府の姿勢
2. 合衆国市民と外国人との二重の基準

おわりに

Abstract

The September 11, 2001, terrorist attacks resulted in significant changes in the U.S. immigration law and policy. Six weeks later, Congress passed the USA Patriot Act to improve national security. Also in November 2002, Congress passed the Homeland Security Act, which abolished the Immigration and Naturalization Service and transferred most immigration functions to the Department of Homeland Security (DHS). Following the attacks, the U.S. Government carried out extensive investigations that targeted thousands of non-citizens, primarily from Arab and Muslim backgrounds.

*This article is aiming to find how 9.11 terrorist attacks influenced the alien's right not to be removed from the United States without due process of law. First, Part I will demonstrate the relationship between the deportation system in immigration law and the alien enemies, introducing the Alien Enemy Act of 1798 and *Ludecke v. Watkins* (1948) with historical views. Part II will introduce the 1996 immigration laws and the USA Patriot Act of 2001, criticizing the discriminative treatments of Arab and Muslim aliens by the Government. Part III will analyze *Demore v. Kim* (2003), *Clark v. Martinez* (2005), and *Jama v. Immigration & Customs Enforcement* (2005) to examine whether the plenary power doctrine over immigration matters restored after 9.11 terrorist attacks in the U.S. immigration laws. Part IV will point out the Supreme Court's basic attitude regarding immigration and national security. Finally, this article concludes that the terrorist attacks restored the plenary power doctrine on immigration matters, but Supreme Court will continue to base their judgements strictly on past immigration case precedents, except in the case of alien terrorists. Also it suggests the role of justices in times of stress and the possibility of Japan to learn from the American case.*

はじめに

アメリカ合衆国の歴史をみれば、国家が非常事態（内乱、戦争、経済恐慌など）⁽¹⁾に直面したとき、大統領の独裁に近い絶対的な権限の行使によって国家の危機が克服されてきたことが理解される。その顕著な例としては、リンカーン（Abraham Lincoln）と南北戦争、ウィルソン（Woodrow Wilson）と第1次世界大戦、フランクリン・D・ルーズベルト（Franklin D. Roosevelt）と第2次世界大戦、さらにはケネディ（John F. Kennedy）とキューバ危機（戦争には至らなかったが）などが挙げられるであろう。それらは、民主国家という政治体制にありながらも国家の平時と非常時とではまったくその様相を異にし、国家の安全および治安維持のために、どのような手段がとられたかをわれわれに提示するものであった⁽²⁾。対内的であろうと対外的であろうと非常事態が発生した際には、国家の安全保障という観点から、国家の政治権力の主導権は、その機能上、必然的に大統領に帰属し、合衆国は、将来もこのような経験を積み重ねることになると考えられている⁽³⁾。そのような意味において、アメリカ国内で約3000名もの民間人が殺傷された2001年9月11日の同時多発テロ事件（以下、「9.11」という。）は、新たな危機管理の問題として大きな位置づけがなされるものである。

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

本稿では、9.11による非常事態の発生に伴い、外国人の出入国管理・規制は国家の主権原理から導かれる連邦議会の「絶対的かつ無制約」（absolute and unqualified）⁽⁹⁾な権限、すなわち絶対的権限

(plenary power) であるという法理がどのように再興し、外国人の居住の自由ないし退去強制からの自由に影響を及ぼしたかについて、アメリカ建国以来の歴史的な経緯を踏まえて考察していく。それは、平時においてはあまり表面化しない退去強制に内在する国家主権の本質が非常事態を契機として露骨に現われてくることを示すものであり、国家の安全保障と外国人の処遇に対する連邦最高裁判所の将来に向けた姿勢について推し測ってみたいとおもう。

I. 敵性外国人の退去強制

1. 敵性外国人と大統領権限

(1) 1798 年の敵性外国人法

アメリカ合衆国は、建国以来、周知のように幾多の戦争を経験してきた⁽¹⁰⁾。このような戦争状態が発生すると、その都度、必然的に敵国の国籍を保有する、いわゆる敵性外国人 (enemy alien) が発生する⁽¹¹⁾。このような外国人は、それぞれの時代において、平時とは異なる苛酷な処遇を受けることを余儀なくされてきた。ここでは、政府が外国人に対して自国民への処遇の表裏として厳しい取扱いをすることが問題とされるのである。

合衆国において、当該戦争相手国の国民ないし市民である敵性外国人を抑留または国外へ追放する法律が制定されたのは、1798 年の敵性外国人法⁽¹²⁾ が最初であった。この法律は、合衆国と外国との間に戦争状態が勃発するか、または、合衆国の領土に対して外国が侵略をおこなう危険が発生した場合、大統領は、非常事態を宣言した後に、合衆国に在留する敵国の市民、住民、臣民で、14 才以上の男子を抑留または国外追放することができるかと規定している。

(2) Ludecke v. Watkins 事件

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

「政府の権限に関しては、疑いをはさむ余地はない。戦争は、主権国家に自国内に存在する敵性外国人を収容し、かつその者の財産を没収する完全なる権限を与えることは、すでに確認されている。」⁽¹³⁾

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

「敵性外国人についての法律 [1798 年敵性外国人法] は、大統領にその者たちに関する非常に大きな裁量権を与えるものであり、それは、立法府がその法律を制定することができるのと同じくらい無制限なものであるようにおもえる。すべての敵性外国人に国外退去を命じることのできる大統領権限の本質は、裁判所が、[司法長官による] 大統領の裁量権の行使に判断を下しうるという考えを否定するものである。」⁽¹⁴⁾

しかしながら、大統領が合衆国に在留ないし居住する外国人を敵性外国人として取り扱う上で大きな問題となることは、ブラック裁判官 (Hugo L. Black) の反対意見にもあるように⁽¹⁵⁾、そのような「戦時権限」(war power) がいつ発生し、いつ終了するのかということである。これについて法廷意見は、次のように述べている。

「戦争は、停戦命令によって終結しないものである。1798 年の法律によって大統領に行使されるべくして与えられた権限は、宣戦布告されたときに始まるが、現実には撃ち合いが終わったときに終了するものではないところのプロセスである。」⁽¹⁶⁾

このように連邦最高裁は、戦争は、宣戦布告された時に始まるが、撃ち合いが終わる時に終了するものではなく、その終結は、条約や立法、あるいは大統領の布告によってなされるものであり、それは政治的判断に委ねられるものであるというのである⁽¹⁷⁾。

2. 国家緊急・非常事態における対応

(1) 政治部門への追従

そもそも歴史的にも、アメリカ合衆国の統治構造は、平時には抑制と均衡 (checks and balances) の機能が働くにもかかわらず、国家の「独立」と「安全保障」にとって危険な状態が発生した場合、大統領を中心とした行政府の強力な指導体制をつくりあげるのを伝統としてきた⁽¹⁸⁾。第1次大戦においては、単に戦争遂行に反対の表明をただけで数年間継続して拘禁され⁽¹⁹⁾、また、第2次大戦においては、合衆国市民を含む 11 万人以上もの日系人が強制収容所に隔離された⁽²⁰⁾。そして、冷戦時代には、何千もの無実の人びとが職を失い、連邦議会の調査の対象となり、あるいは、単に共産党と関係があるというだけで拘禁されたりしたのであった⁽²¹⁾。コール教授 (David Cole) も、これらは「恥ずべき行き過ぎた行為」ではあるが、その当時は合理的で必要なものであると考えられていた、と指摘する⁽²²⁾。また、裁判所も、このような国家の「存亡」すなわち「自己保存」にとって緊急かつ重大な事態の発生に際しては、政治部門の判断を尊重してきたのであった。

近時においても、1979 年から 1981 年までのイラン人質事件の間、ワシントン特別区連邦控訴裁判所は、合衆国に存在するすべてのイラン人学生に移民・帰化局事務所に所在を報告し、そしてこの国に合法的に在留することを証明するよう命じる司法長官の権限を支持した⁽²³⁾。また、同じように、9.11 の発生後においては、連邦議会は大統領に「合衆国に対して将来国際テロリストがおこなおうとする行動を阻止する上であらゆる必要かつ適正な武力を行使する」権限を与えたのである⁽²⁴⁾。

これらの事案の多くは、実際、その権限行使の根拠が前述のより古い時代に遡って導き出され、裁判所は、合憲判断を導くためにこれらを引用してきたのであった。また、このことは、敵性外国人に限らず、予防拘禁や工場などの強制収容などの事例によっても理解されうるものであろう⁽²⁵⁾。

これに対して学説は、アメリカ司法府が外国人に関する連邦権限を実際に無制約なものとして考えるのは、その根拠が定義することができない曖昧なものに起因するからであると指摘する⁽²⁶⁾。国家が自らの存亡のために、その権限を連邦議会と連邦政府の政治部門が行使することを絶対的 (plenary) なものとして安易に正当化しようとしていると批判するのである。

（２）移民法の適用可能性

戦時下の合衆国において、敵性外国人をコントロールし、彼らを抑留し、国外退去させる法律は、通常は外国人の出入国管理・規制をおこなう移民法によるものではなかった。しかしながら、これはまったく移民法における退去強制制度の運用が排除されるというものではなく、合衆国においては、退去強制手続が開始される前に敵性外国人法に基づく抑留が終了したとしても、それは退去強制手続を免除するものとはならないのである⁽²⁷⁾。移民法を含む便宜的な法律が運用されて外国人の国外追放がなされてきたのであった⁽²⁸⁾。

このような視点からは、9.11の発生後、連邦政府が現行の移民・国籍法を利用して多くの外国人を調査の対象とし国外退去させた今日の状況に重ね合わせてみるることができる。とくに戦時下における国家権限の行使は、国家がそのなかに包み込むさまざまな法益を守ろうとする自らの存立の命題ゆえの行為といえるのかもしれない。ここでは、国家の戦争権限とも結びつくと思われる退去強制制度の本質が垣間見えるところとなる⁽²⁹⁾。

しかしながら、戦時下においては、たとえ敵国籍の外国人であっても国家に何らの不利益をもたらすことのない多くの外国人にもこれらの条項が適用されることになるため、極めて苛酷な結果が発生することになる。この点こそが、これまでの歴史的な教訓を踏まえた9.11に対する合衆国政府の適正な対応が求められるところであったといえる。しかし、それにもかかわらず、以下にみるように合衆国に居住する外国人に対する新たな人権問題を生じさせることになったのである。

Ⅱ．同時多発テロ事件と外国人の排斥

１．国家の危機管理と移民法の執行

（１）1996年移民法の運用

2001年9月11日、アメリカ国内において未曾有の同時多発テロ事件が発生すると、連邦議会は、合衆国憲法1条8項11号にもとづき戦争を宣言し、大統領に無制約ともいえる強大な権限を与えた。司法省は、9.11の直後、前代未聞ともいえる出入国管理権限を用いて事件に対処する措置を講じた。それは、多くの外国人を移民法違反で収容し、FBIがその者のテロリストとの関係を検査するために退去強制の適正な手続を引き伸ばし、国外退去のための審理を公開せず、国外退去手続にある個人の機密証拠を使用するものであった。さらには、外国人への査証の発給を厳しくしたりしたのである⁽³⁰⁾。これは、1996年の反テロリズム及び効果的死刑法（AEDPA）⁽³¹⁾によって設置された外国人テロリスト国外退去裁判所の機能を利用したものであった。同法は、移民・国籍法235条c項に規定される通常の国外退去手続とは別に、外国人テロリストを国外退去させるための特別裁判所およびその手続を定めたものである⁽³²⁾。同時多発テロ事件の発生によって、一般には開示されることのない秘密情報をもとにした外国人の国外退去手続が執行されることになったのである。これらの手続は、指定された外国人テロリスト国外退去裁判所および当該外国人を代理する「特別弁護人」に対して開示された機密情報にもとづいて合衆国に永住する外国人テロリストを国外に退去させることを目的とするものであった（移民・国籍法502条e項および503条）。それはまた、連邦政府が入国拒否およびその他の手続において、秘密の証拠を利用することを可能とするものであった⁽³³⁾。さらに、この法律を具体的に実施するために2001年9月に公布された行政規則によって、移民官は、非常事態における「合理的な期間」の間、正規の手続なしで外国人を収容することが認められたのである⁽³⁴⁾。この

期間内に拘束された多くの人々は、以下にみるように、正規の手続なしで移民・帰化局および連邦捜査局（FBI）によって 9.11 との関係について取り調べを受けていたといわれている⁽³⁵⁾。

（２）2001 年米国愛国者法の成立

9.11 発生の 6 週間後、連邦議会は、米国愛国者法⁽³⁶⁾を制定し、現行移民・国籍法に第 236A 条を付け加えた⁽³⁷⁾。この規定は、テロ活動またはその他の重大な犯罪と関係があると思料される特定の外国人について、退去強制手続または刑事訴追をおこなう前に最高 7 日間収容することを司法長官に義務付けるとともに、退去強制手続が継続中の外国人の仮放免をより困難なものにした。そして、これに伴う連邦規則の下では、移民・帰化局の地方局長が、最初に保証金なしに、または 1 万ドル以上の保証金を条件に収容を命じた場合には、移民審判官が仮放免の決定を下したとしても、移民不服審査委員会が裁定するまで自動的に仮放免の執行は延期されることになったのである⁽³⁸⁾。

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

2001 年の秋、司法省は、9.11 事件に関係があると疑われるおよそ 1200 名ほどの外国人を検挙し収容した。結局、そのうちの何者もテロとの関連は認められなかったが、大多数は移民法違反のために拘束され、公開審理を経ないまま国外退去された。移民法違反ではないわずかな人たちは、参考人令状（material witness warrant）によって拘束されたのであった⁽³⁹⁾。この時点で、第 412 条にもとづいて拘束されている者は一人もいなかったという。米国愛国者法は、亡命および強制送還の執行停止に関する移民関連規定には何らの変更も加えていないことから、こうした拘束や強制送還は、既存の法律の運用により実行されたことになるのである⁽⁴⁰⁾。

さらに 2002 年 2 月までに 2000 名以上が拘束され、そのうちの 1 名のみが刑事訴追を受けたのだが、その者は 9.11 以前に逮捕されていたのであった。そして、連邦政府の発表によれば 10 または 11 名の者が前者と同様にアルカイダの構成員であるかもしれないとのことであるが、ここでは、その他の 1900 名以上もの外国人がなぜ拘禁されたのかという疑問が残っている⁽⁴¹⁾。

（３）退去強制における収容の現実

これまでアメリカ移民法においては、長い間、退去強制手続中の外国人および不法残留で申し立てられている外国人は、共同体社会（community）に対する危険または逃亡の虞のある者を除いて収容されなかった。退去強制のための収容前置主義はとっておらず、かかる前置収容は例外であったのである。それが、2001 年の 10 月 29 日の連邦規則によって、仮放免の不服申立てをおこなうことによって、簡単に当該外国人の身柄を拘束することができるようになったのである⁽⁴²⁾。

そもそも、移民・帰化局（現在の移民・税関執行局；ICE）は、いったん外国人を国外へ退去させることになったら、それ以上当該外国人の身柄を拘束（収容）する法的権限は有さないのである。その時点で外国人を飛行機に押し込めることができるが、退去強制の執行を拒否することはできず、単にその者の身柄を拘束して国外へ送還するだけなのである。それ以上の身体的拘束が退去強制を実施

するのに必要な場合、連邦最高裁もこれまで移民・帰化局が予防的な収容をおこなうことを認めてきたが、制裁としてその者を収容することはできず、また、危険であるとおもわれる人物をいつでも収容できる独立した権限を与えられているものでもないのである⁽⁴³⁾。

しかしながら、米国愛国者法は、このような出入国管理における収容を統制するルールを根本的に覆してしまったのである。同法の制定以前は、退去強制手続にある外国人は、刑事手続における被告人に適用されるのと基本的に同じ基準で勾留されていた。すなわち、彼らは、共同体社会に対して危険であるかまたは逃亡の虞のある場合に保証金なしで勾留されたのであるが、連邦政府が、移民審判官の面前でこのような理由を示すことができなければ、保証金によって仮放免されることになっていたのである（旧移民・国籍法 242 条 a 項 1 号）。だが、米国愛国者法は、当該外国人が国家の安全保障に対する危険または逃亡の虞があることの聴聞および理由開示なしで司法長官に先例のない権限を与え、人身保護令状による救済さえも困難にってしまったのであった⁽⁴⁴⁾。

2. アラブ・イスラム系外国人への差別的処遇

このように、このたびの 9.11 同時多発テロ事件の発生によって、外国人の出入国規制が国家の安全保障の一環として強化されることになった。だが、ここでの問題は、国家の安全・治安維持の強化が出入国管理の名目でなされていることであり、とくにアラブ・イスラム系外国人に対して人権侵害の多発ともいうべき大きな問題を抱えることになったことである⁽⁴⁵⁾。

9.11 以降、連邦政府は、前述のように主としてアラブ・イスラム系外国人である数千名の外国人を標的にして大規模な調査を実施した。テロに関する情報を有すると思料される外国人を選別的に尋問し、彼らを収容するために出入国管理制度を利用したのであった。そして、いくつかの事案では、連邦政府は、正式な告訴なしで数ヶ月間にわたりそれらの者たちを拘束したのであった。収容された多くの者たちは、最終的にテロリズムとは関係のない事由により国外退去されたが、上級移民審判庁（Executive Office for Immigration Review）は、国家の安全・治安維持にかかわる「特別な利益」に関する事案において国外退去の口頭審理を非公開としたのである⁽⁴⁶⁾。移民・帰化局は、アラブ・イスラム系外国人を移民法の執行のために標的としたときには、テロ行為との繋がりが疑われない場合でさえ「高次の統治の規準」（heightened government scrutiny）の下に置いたのであった⁽⁴⁷⁾。

だが、これに対して学説は強く反発する。それは、人種差別についての司法審査は、「やむにやまれぬ政府の利益」を根拠とする制約が狭くされているかどうかを判断する厳格な基準が適用されるからである⁽⁴⁸⁾。テロ攻撃から市民を守るのはいうまでもないことであるが、99.9% 以上のアラブ・イスラム系外国人がテロリズムとは関係が無いことや、「必要性のルール」に基づいても人種を根拠とした法の適用はこの基準を満たすことはできない、と主張される⁽⁴⁹⁾。

III. 絶対的権限理論の再興

1. 同時多発テロ事件のインパクト

歴史的にも、合衆国においては、マジョリティ集団の安全保障の利益を実現するために、マイノリティ集団の諸自由が常に犠牲になってきたといわれる⁽⁵⁰⁾。9.11 の勃発により、連邦政府は一般市民のと称される安全保障の促進のために外国人の自由を犠牲にすることを繰り返し選択してきた。外国人は投票権を有さず、それゆえに民主的な政治過程においては直接的な発言権を有さないために、い

つの時代においても彼らはとくに攻撃を受け易い立場にある。そして、戦争によって発生する愛国主義的な社会のヒステリーによって、外国人の自由利益は、そのバランスを失ってしまうと強く懸念されるのである⁽⁵¹⁾。

だが、このような批判に対しては、移民法の執行を道具として使用することはどうしても必要であるとの主張も存する。マーティン教授 (David A. Martin) は、移民法の執行によって、もしわれわれが国境を閉鎖し、すべての外国人を国外へ追放することができれば、重要な外国人テロリストの一部を排除することができるのだが、民主主義を標榜するアメリカ合衆国は、一時的であれ、恒久的であれ、全体としての国家利益を維持することを考えれば外国人の入国を拒否することはできないと述べている。それゆえに、このたびの緊急事態に対処するためには、現実的にならざるをえず、特定の外国人をターゲットにせざるをえなかったというのである⁽⁵²⁾。

さらに、1996 年の法律によって修正された厳しい規定に対しては、裁判所の判例では絶対的権限を抑制する傾向があったにもかかわらず、9.11 はそれを再興させることになったといわれている⁽⁵³⁾。そもそも絶対的権限理論に具体的な制約を加えたかに見えた *Zadvydas v. Davis* 判決 (533 U.S. 678[2001]) においても、「テロ行為やその他の特別な状況」においては、その法理が適用されないことを明示していた⁽⁵⁴⁾。すなわち、裁判所は、テロ行為が含まれる出入国管理の事案については簡単に法的救済の道を閉ざすことができるとしていたのである。少なくとも、現在のところでは、裁判所が外国人テロリストの国外退去手続をデュー・プロセス条項に違反するとして取り消すことは起こりそうもないことであるといわれている⁽⁵⁵⁾。

アメリカ国内では、同時多発テロ事件を契機として安全・治安維持の強化がなされており、その一環として外国人の出入国管理も強化され、さまざまな影響を及ぼしているのである。そして、9.11 以降、すべての出入国管理に関する議論は、疑問をはさむ余地のないほど、どこかに飛んで行ってしまったともいわれている⁽⁵⁶⁾。同事件はそれほど大きなインパクトをアメリカ社会に与えているのである。しかしながら、本稿では、連邦最高裁が直接的な国家の安全や治安維持に関連するものではない通常の退去強制事件において、これまでの判例理論を覆すような絶対的権限理論のさらなる強化を考えているか否かという点についても検証していく。広く公共の利益を実現しようとする政治部門に対して個人の自由利益を保護することを責務とする裁判所が、混乱する国内外の社会情勢の中で法原理機関としてどのような姿勢を貫こうとしているかが問われていると考えるからである。この点については、9.11 後に判断が示された次のような判例からその方向性が見出されるようにおもわれる。

2. 9.11 以降の判例理論の展開

(1) *Demore v. Kim* 事件

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

ていたのである。

連邦地裁は、当該規定を文面上違憲と判示し、移民・帰化局に対して被上告人が共同体社会への危険性または逃亡の虞を有するかどうか判断するために個別的な聴聞の機会を与えることを命じた⁽⁵⁷⁾。第9巡回区連邦控訴裁判所も合衆国に長年居住し社会との重大な紐帯 (tie) を有する永住外国人である被上告人に本規定が適用される限りにおいて違憲であると判示して、連邦地裁の判断を支持したのであった⁽⁵⁸⁾。これに対して、連邦最高裁による裁量的上告が認められたのが本件であった。

連邦最高裁は、各裁判官のさまざまな意見が付されたものの結論部分については全員一致でデュー・プロセス条項は合衆国市民を保護するのと同じような程度で外国人を保護するものではない、として控訴審判決を破棄した。連邦議会は、退去強制手続が継続する間、保証金による仮放免の可能性なしに外国人の収容を命じることができる、というものであった⁽⁵⁹⁾。レンキスト長官による法廷意見は、Zadvydas 判決が合衆国憲法の要求する精神に照らして移民・国籍法を解釈するならば同法は退去強制手続終了後の外国人の収容が暗黙のうちに合理的な期間（6ヶ月）に制限されているとして不定期の収容を認めなかったにもかかわらず、本件の Kim 事件においては Zadvydas 判決で示された当該判断を狭めるような解釈をおこなったのである。これについて学説は、Zadvydas 判決で導入されたかにみえた絶対的権限に対する制約の方向性が逆行してしまったと批判するものもある⁽⁶⁰⁾。

しかしながら、両判決の違いは、Zadvydas 事件は「潜在的に終身の収容」となる事実を基礎として判断されたのであり、一方、本件における被上告人の収容は「明白な終結点」(definite termination point) を有していた点であった。それゆえに連邦最高裁は、命令的収容についてのデュー・プロセスの訴えを退け、移民・帰化局は被上告人を収容し、退去強制手続のために限られた必要な期間収容することができると判示したのであった⁽⁶¹⁾。

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

すなわち、連邦最高裁は、退去強制手続の継続中における被上告人の身柄を拘束しその収容を認める解釈をおこなったが、「不干涉」(hands-off) の姿勢に立ち戻ることはしなかったのである。連邦議会が、移民・国籍法 236 条 e 項を通じて、司法長官の裁量的判断は「司法審査の対象とはならない」とはっきりと明言しているにもかかわらず、連邦最高裁は、INS v. St.Cyr 判決（533 U.S. 289 [2001]）を引用して、かかる文言は連邦議会が人身保護請求についての司法審査を排除することを意図する「特別に明白な」(particularly clear) 言葉を示すものではない、との判断を示したのであった⁽⁶²⁾。そのような意味において、本判決は先例である Zadvydas 判決および INS v. St.Cyr 判決を踏襲しようとしているといえるのである⁽⁶³⁾。

(2) Clark v. Martinez 事件

Clark v. Martinez 事件 (543 U.S. 371 [2005]) は、入国不許可 (inadmissible) となった外国人の退去強制手続終了後の収容の期間について争われ、同様の別の事件⁽⁶⁴⁾と併合審理された事案であった。本件では、同じく退去強制手続終了後の事案である Zadvydas 判決に依拠して「外国人の入国時の法的地位にかかわらず不定期の収容を認めない」⁽⁶⁵⁾と判示されたのであるが、法廷意見を執筆したのは Zadvydas 判決で反対意見を述べたスカリア裁判官 (Antonin Scalia) であったため、その解釈を巡って、本件で反対意見を執筆したトーマス裁判官 (Clarence Thomas) との間で以下のような激しい議論の応酬がなされた。

本件の被告人 (Sergio Suarez Martinez) は、1980 年 4 月 15 日から同年 10 月 31 日までの間にキューバから合衆国へ入国したキューバ国籍を有する大量難民 (Mariel boatlift) のひとりで、同年 6 月に入国し臨時滞在許可 (parole) を受けて在留していた。1996 年までは、これらの外国人たちは、1 年の経過後、在留資格を合法的な永住許可に変更申請することができた。被告人は、1991 年に申請した時に、それまでに合衆国において刑事犯罪をおかして入国不許可事由に該当していたため、在留資格の変更が認められなかった。その後も犯罪を重ねたため 2000 年 12 月、司法長官は被告人の臨時滞在許可を取消し、身柄を収容した上で退去強制手続を開始した。そして、退去強制手続の終了後、被告人は 90 日以上も継続して収容されていたため人身保護請求をおこない、それが連邦地裁⁽⁶⁶⁾および連邦控訴裁⁽⁶⁷⁾において認められ、これについて連邦最高裁が裁量的上告を認めたのであった。

スカリア裁判官による法廷意見 (スティーブンス、オコナー、ケネディ、スーター、ギンズバーグ、およびブレヤー裁判官の 6 名が同調) は、移民・国籍法 241 条 a 項 6 号の解釈として Zadvydas 判決によって示された退去強制手続終了後の合理的な収容期間を 6 ヶ月とするルールが、そこで述べられている 3 つのカテゴリーすべての外国人に対して適用されると結論づけた⁽⁶⁸⁾。同条項は、「移民・国籍法 212 条に規定される入国不許可 (inadmissible) を理由として国外退去命令を受けた外国人、移民・国籍法 241 条 a 項 1 号 c、同 2 号、もしくは同 4 号を理由として国外退去命令を受けた外国人、または、共同体社会にとって危険となるかもしくは国外退去命令に従わないような虞があると国土安全保障長官が決定した外国人については、国外退去の執行期間を超えて収容することができ、仮放免する場合には、同 3 号における監督の期間を条件とする。」⁽⁶⁹⁾と規定するものであった。

法廷意見は、トーマス裁判官らが依拠する Zadvydas 事件の反対意見 (スカリア裁判官自らが執筆) が移民・国籍法 241 条 a 項 6 号について入国不許可の外国人を異なって処遇してはならないと繰り返し主張していたことを指摘しつつ⁽⁷⁰⁾、連邦政府および本件の反対意見が主張する合法的に入国が認められている外国人と入国不許可の外国人との区別について、同一法令は統一して解釈されなくてはならないことを確認した⁽⁷¹⁾。すなわち、「Zadvydas 判決は憲法上の限界に近づくまで [退去強制手続の下にある外国人の] 収容を認めている」との連邦政府の主張を拒否するとともに⁽⁷²⁾、「裁判官が同一法令の条文について異なる事案ごとに異なる解釈を与えることができるという危険な法理」を創設するのを断固阻止しようとしたのであった⁽⁷³⁾。連邦政府が入国不許可の外国人を効果的に国外退去するため長期の収容が必要であることを主張していなかったことを理由として、法廷意見は Zadvydas 判決から導かれる合理的な収容期間 (6 ヶ月) のルールが入国不許可の外国人にも適用されると判示したのであった⁽⁷⁴⁾。

ここでとくに注目されるのは、本件の先例とされた Zadvydas 判決で反対意見を執筆したスカリア

裁判官がなぜこのたびは法廷意見を執筆したのかという点である。本件でも、合法的に入国している外国人よりも違法性が高いと思料される入国不許可となった外国人の退去強制手続終了後の収容期間が問題となっているゆえに、当然、同裁判官のこれまでの絶対的 (plenary) な視点からは反対意見に回るとみられていた。トーマス裁判官の指摘するように⁽⁷⁵⁾、より違法性の高い入国不許可の外国人についてならば、これまでのスカリア裁判官の姿勢からはさらなる絶対的権限の主張がなされ、連邦議会の判断に追従してしかるべきなのである。しかし、同裁判官の真意は次のような箇所から読み取ることができる。

「Zadvydas 判決における法廷意見は、移民・国籍法 241 条 a 項 6 号が連邦政府に国外退去事由に該当する外国人を不定期に収容するのを許容しているかどうかについて判断した。法廷意見は、当該条文の曖昧さと法令は憲法的判断を回避して解釈されなくてはならないとする準則に依拠して、不定期の収容を認めなかったのである。Zadvydas 事件における反対意見が入国不許可の外国人について同条項に異なる解釈を与えるべきではないと繰り返し主張したにもかかわらず、法廷意見はその疑問に答えることを拒んだのであった。それは本法廷が今日答えた疑問であるが。すなわち、Zadvydas 判決で示された疑問とは確かに異なるものではあるが、同条項の文言は入国を許可された外国人と入国を許可されなかった外国人との区別を設けていないゆえに、われわれは同条項が同じ結論を導くものと判断する。」⁽⁷⁶⁾

このようにスカリア裁判官は、Zadvydas 事件における自らの主張の正当性を本判決において貫こうとしたのであった。すなわち、本件と同じく Zadvydas 事件において問題となった移民・国籍法 241 条 a 項 6 号に司法の自己抑制的な絶対的権限の法理は適用されず 6 ヶ月の推定期間が認められたのであるから、本件についても同じ基準が適用されなくてはならないというのである。Zadvydas 事件の法廷意見は、Shaughnessy v. Mezei 判決 (345 U.S. 206 [1953]) で入国前の不定期の収容が認められているにもかかわらず同判決の法理を適用しなかったのであるから、本件についても同様に Mezei 判決は適用されず、同一条項については同一の基準によって 3 つのカテゴリーの外国人を同じように処遇しなくてはならないと判示したのであった⁽⁷⁷⁾。さらに、同裁判官が憲法判断回避の準則を用いて本件が憲法の解釈ではなくあくまで法令上の解釈であることを強調して法廷意見を執筆したこともまた看過されてはならない点であった⁽⁷⁸⁾。

結局のところ、スカリア裁判官は、これまでの自らの「超保守的」と目される法哲学に従って判断を下しているとおもわれる⁽⁷⁹⁾。立法者の原意 (legislative intent) から導かれる条文解釈主義 (textualism)⁽⁸⁰⁾、先例に則った法解釈の整合性⁽⁸¹⁾、さらには憲法判断の回避の準則⁽⁸²⁾を強調しつつ憲法および法令について独特な解釈おこなう同裁判官の姿勢は、絶対的権限理論の解釈についても頑なに貫かれており、連邦最高裁における特異な存在として外国人の退去強制の事案においても今後とも大きな影響力を持つものと考えられる⁽⁸³⁾。次にみる *Jama v. Immigration & Customs Enforcement* 事件 (543 U.S. 335 [2005]) においても、同裁判官が法廷意見を執筆しており、連邦最高裁の絶対的権限理論に対する今後の方向性を占うことができるものと考えられる。

(3) Jama v. Immigration & Customs Enforcement 事件

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

本件の上告人 (Keyse G. Jama) は、1979 年ソマリアで出生し、12 才のときまでそこに居住していたが自国の戦争のためケニアへ逃れ、その後 1996 年に家族とともに難民として合衆国への入国を認められたソマリア国籍の外国人男性であった。2000 年、上告人は有罪判決を言い渡されたため合衆国における難民資格を喪失し、自らの出生国であるソマリアへの国外退去命令を発せられたところ、ソマリアには機能する政府が存在せず外国人の送還先の決定手続を規定する当該条項⁽⁸⁴⁾が要求する受入の事前同意がなされていないため、合衆国政府は自分を送還することが出来ないと主張して人身保護請求をおこなった。連邦地裁は上告人の主張を認めたが⁽⁸⁵⁾、連邦控訴裁は本件については受入国の事前同意を不要と判断したため⁽⁸⁶⁾、連邦最高裁が裁量的上告を認めたものである。

スカリア裁判官による法廷意見 (レンキスト長官、オコナー、ケネディ、およびトーマス裁判官の 4 名が同調) は、移民・国籍法の規定する受入政府の同意要件⁽⁸⁷⁾は出生国への送還を規定する条項⁽⁸⁸⁾には適用されないと解し、受入政府の事前同意なしに退去させることが認められると判断した。同裁判官は、その理由を次のように述べている。

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

同 2 号のその他の規定には同意がなされない場合の効力が付加されているが、同 2 号 (E) のほとんどにおいてこのような効力は具体的に規定されていないのは明らかなことである。そして、それはより意図的なものといえる。同 2 号 (C) は、第 1 の選別手続として同意がなされない場合の帰結を述べている。同 2 号 (D) は、第 2 の選別手続として同様の同意がなされない場合の帰結を述べている。そして、同 2 号 (E) の (vii) は、第 4 の選別手続として同様の帰結を述べるものである。しかしながら、第 3 の選別手続に関しては、司法長官は、第 3 の選別手続において『規定される個々の国へ当該外国人を送還することが非現実的であり、不得策であり、または実行不可能である』場合のみに限って第 4 の選別手続によって国外退去させることを命じられているのである。[送還先の国によって]同意がなされないことは、特定の国への国外退去が非現実的または不得策であるかどうかを決定する上で考慮されるひとつの要因であるが、法令は上告人が望むような消極的な効果を与えてはいないのである。」⁽⁸⁹⁾

これに対してスーター裁判官 (David H. Souter) の反対意見 (スティーブンス、ギンズバーグ、およびブレイヤー裁判官の 3 名が同調) は、送還先の選別については 3 つの手続しかなく、移民・国籍法

241 条 b 項 2 号 (E) はひとつの手続を構成するものであり、したがって同 2 号 (E) (vii) の同意要件は (E) すべてに適用されると主張するが⁽⁹⁰⁾、法廷意見は、「同 2 号 (E) (vii) は、第 3 の選別手続に規定される選択肢を使い果たした後にのみ適用される」としてこれを否定したのであった⁽⁹¹⁾。法令の解釈としては反対意見が述べるように、同意要件が同 2 号 (E) のすべての条項にかかるものと考えるのが一般的であるようにおもえるが、法廷意見は、司法長官は自らの判断で第 3 の選別手続から第 4 の選別手続へ移ることが義務づけられており、たとえ送還先の事前同意がないとしても、機能する政府を有する国は当該外国人がその国境や入国する港に現われたとしたらおそらくその者を受け入れるだろうし、事前同意の欠如は、非現実的または不得策のほとんど同義語とはならない⁽⁹²⁾として法令の文言を狭くとらえて強引な解釈をおこなっているのである。法廷意見は、外国人の送還先の決定は政治部門の絶対的 (plenary) な判断に委ねられるというものであり、さらには、同じ退去強制における収容からの自由が争われた *Zadvydas* 判決および *Clark v. Martinez* 判決の先例としての適用については次のように述べている。

「いかなる送還先も見つからない場合、当該外国人は、*Zadvydas* 事件および *Clark v. Martinez* 事件の外国人と同じように国外退去されうるけれども国外退去することのできない不安定な状態に置かれることになり、そしてこれらの先例によって確立したルールにもとづいて 6 ヶ月後にアメリカ社会へ仮放免されなくてはならないことになる。」⁽⁹³⁾

このように連邦最高裁は、9.11 後のこれらの判決をみても、これまでの先例に厳格に依拠しながら事案を解決しようとする姿勢が貫かれているようにおもわれる。9.11 に関連する敵性戦闘員 (enemy combatant) の事案⁽⁹⁴⁾については政治部門の絶対的 (plenary) な対応に敬意を払いながらも、通常の退去強制の事案については個々の事案における絶対的権限理論の適用の射程を巡ってこれまでどおりの激しい論争をおこなっているのである。それは、スカルリア裁判官の姿勢に象徴されるような外国人の出入国管理・規制の領域における絶対的権限理論の適用を古典的な先例に則って強く貫こうとしようとする主張と、絶対的権限理論の存在を認めながらもその適用範囲をいかに狭めていくかとする主張との対立に集約されるものである。9.11 によって全体としてのアメリカ移民法がゆらぐことになったのではなく、通常の事案においてはこれまでどおりの厳格な法解釈の姿勢で事案の解決に臨むものと考えられる。

ただし、ここで再び懸念されるのは、*Zadvydas* 判決で絶対的権限に対する一定の制約の方向性が示されたものの、「テロ行為やその他の特別な状況」たる国家の緊急事態の場合には平時とは異なる法理が適用される可能性が担保されていることである⁽⁹⁵⁾。この点こそが先例部分として確固たる地位を築いてその後の事案に影響を与えるものと懸念されるのである。実際、連邦議会と連邦政府は、このような法理に乗じて 9.11 後の特別な状況に対して絶対的 (plenary) な対応をおこなったのであり、将来に向けてもかような姿勢を強固に貫くものとおもわれる。これに対して司法府がいったいどのような姿勢で国家緊急事態における政治部門の権限行使を判断しようとするのか、またそれはいかなる根拠に基づくものなのか、このことは本稿にとっても重大な関心事となる。これは、国家の安全保障と外国人の処遇についての裁判所の基本姿勢が問われるものであり、以下のような考察から今後の方向性が推察されるところである。

IV. 国家の安全保障と外国人の処遇

1. 合衆国市民への権利侵害

(1) 9.11 と歴史の反復

日系アメリカ人の強制収容やそれに続くマッカーシー時代の法の執行をみても明らかなように、最初は主として外国人に対してなされていたものが、その後には合衆国市民に対してもその標的を拡張してきたことがうかがえる。これらの事例に共通するのは、合衆国市民への権利侵害の拡張を可能としたのは、個人的行為を根拠とする容疑によって人びとを処遇するのではなく、人種や政治的信条による特定の集団に属するかどうかを根拠としてなされたことであった⁽⁹⁶⁾。まさに特定の集団を社会的ヒステリーと相俟って差別することであった。連邦最高裁は、多くの合衆国市民が権利を侵害された後に、ようやく個人的行為によるのではなく特定の集団への帰属を根拠として有罪判決を下すことは憲法上の権利侵害にあたるとしてその是正を図るようになったのである⁽⁹⁷⁾。

しかしながら、問題は、その後もこのようなことが繰り返されており、それが 9.11 後の今日のアラブ・イスラム系外国人への苛酷な差別的処遇を経て、一般市民の生活を脅かす状況に至っていることである。すなわち、連邦政府は、当初は選択的に外国人の権利を標的にしながら類似の扱いを合衆国市民に対しても拡張してきたのである⁽⁹⁸⁾。当然のことながら、テロ行為に関係するのは外国人だけではなく一般市民もその可能性を有するのではあるが、米国愛国者法は、移民・国籍法の領域だけではなく、盗聴やその他の監視について連邦政府の権限を強めているのが現状といえる⁽⁹⁹⁾。

(2) アメリカ司法府の姿勢

このような緊迫した状況下においてこそ、全体としての国家統治における司法の役割が大きく問われるといわなければならない。なぜならば、Ex parte Milligan 判決 (71 U.S.[4 Wall.] 2 [1866]) が述べるように、「合衆国憲法は、戦時および平時において、ともに平等に、諸規範と人民のための法であり、あらゆる時および状況下において、その保護を目的としてあらゆる階層の人びとを援護する」⁽¹⁰⁰⁾のものであり、その趣旨によれば、連邦最高裁は、戦時においても、諸権利の抑圧者ではなく後見人 (guardian) として振舞う責任を有するからである⁽¹⁰¹⁾。

最近の事案においても、裁判所は、合衆国市民および外国人が敵性戦闘員として拘束されても、軍事法廷ではなく一般裁判所の管轄権の下で政治部門の権限に対する一定の司法的救済の道を確保している⁽¹⁰²⁾。だが、この敵性戦闘員の事案に対する連邦最高裁の姿勢は、「個人の自由」対「国家の安全保障」の利益考量というような人権擁護の視点ではなく、連邦議会と連邦政府との間の制度的な相互作用を視点として問題を解決しようとしている点は注意を要するところである⁽¹⁰³⁾。連邦最高裁は、戦争に直接関わる事案においては連邦議会の支持に傾く傾向があり、連邦政府（大統領）の行為に対する議会の承認ないし権限の委任の範囲を確かめることが自らの責任と考えているのである。ここでは、個人の権利保障はあまり目立ったものではなくすなわち、個人の自由利益と安全保障のバランスよりもむしろ連邦議会と連邦政府との間の政治過程と制度的な相互作用を決定する制度保障に重点を置く「制度保障型アプローチ」(institutional-process approach) に依拠するものであった⁽¹⁰⁴⁾。かかる手法は、連邦最高裁が INS v. Chadha 事件 (462 U.S. 919[1983]) でとった手法と共通するところがあり、かならずしも個人の権利保障と結びつくものではないことについては、再度確認を要するものである。

2. 合衆国市民と外国人との二重の基準

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

「外国人はアメリカの住民としておよび外国市民としての二重の地位を有しているから、そのような者は二つの法源、すなわちアメリカ法および国際法の二つから利益を抽出することができる。外国人は合衆国政府に対して、市民が享有しないところの保護を要求することができる。外国人としてその者の市民権の属する国家に対して、その者の利益のために外交上の干渉を要求することができる。同時にまた、外国人は合衆国市民が背負わねばならないある種の負担から免れることができる。外国人は合衆国に対する忠誠を誓わない代わりに、その者の属する国家の緊急事態に馳せ参じるものであり、このことは国際法上合衆国政府も認識するのみならず尊重しなければならないものである。そのような外国人は国際的取り決めにしたがって、その者の属する国家を相手とする戦争行為に参加することを強制されないのである。かかる一般的免除の外に外国人は条約上の特権をも享有する。合衆国の国内法の下において、外国人は幾多の点において合衆国市民と同様な基礎の上に立つが、また他の点においては、合衆国市民と法律上同等であると論ずることはできない。最も重要なことは、国内において外国人がその曖昧な地位 (ambiguous status) を延長されることはその者の権利ではなくして、それは許可および寛容の結果であるということである。優遇措置を停止する政府の権限は、本問題が最初に生起して以来本裁判所によって主張されかつ支持されたものである。外国人がたとえその者が長く居住していても、退去強制の対象となるということは峻厳に満ちた措置である。しかしながら、それは国際法によって各主権国家に固有な権限として確認されている防御の武器でありかつ報復である。それは、外国人に対する国家の伝統的権力でありかつ我々はその法律に従うより外はないのである。」⁽¹⁰⁵⁾

本件は、マッカーシズムの嵐が吹き荒れる時代の最中、永住・居住外国人の政治活動の自由と退去強制が問題となった事案であった⁽¹⁰⁶⁾。ここでは、連邦最高裁が、国家と外国人との関係性について、その「曖昧な地位」により処遇しようとしたものであるが、このことは、9.11 に対する合衆国政府全体の対応ないし姿勢にも共通するものがあるようにおもわれる。これまでもより大きな安全保障のために自由を犠牲にする必要があるとの議論が数多くなされてきたなかで、実際に合衆国政府は、合衆国市民の基本的自由の保護にはいくぶんかの配慮をする一方で、外国人の自由を選択的に犠牲にすることを選んだのであった⁽¹⁰⁷⁾。すなわち国家緊急事態においては、合衆国市民についてはストレートに個人の自由の保障を議論せず制度保障的なアプローチを採用して権力の抑制を担保するにせよ、外国人についてはあくまで絶対的権限理論の適用を拡張しようとする姿勢を崩していないのである。その意味においては、連邦最高裁も、外国人を合衆国市民とは差別的に扱う二重の基準を採用して政治部門に追従していると批判されざるをえないのである。

おわりに

9.11 同時多発テロ事件の発生とその後のブッシュ大統領に対する評価については、歴史がどのよ

うに判断を下すか、予断を許さないところであろう。そもそも、「大統領は、合衆国の陸海軍、および現に合衆国の軍務に服するために召集された各州の民兵の最高司令官である。」と規定する合衆国憲法第2条2節1項を根拠とする大統領の戦争権限の行使は、二つの視点でとらえることができる。一つは全般的な軍事活動の指揮であり、もう一つは実際の戦場以外の領域における国家の戦争遂行に反対する市民に対する抑制である⁽¹⁰⁸⁾。だが、合衆国におけるそれぞれの時代においては、国家権力が自国民のみならず外国人に対しても厳しい処遇をおこなってきた。そのなかでも外国人の出入国を規制する権限は、国家の外交権限および戦争権限とも結びつくといわれることから⁽¹⁰⁹⁾、その苛酷さを容易に推し測ることができる。平時においては、両者の因果関係が疑問視されていても、国家の非常時には、その剥き出しの権力性が如実に現われ、外国人への重大な人権侵害を引き起こすのである。

このたびも、国家と外国人と間に内在する緊張関係が非常事態の発生にともなって顕在化し、平時を念頭に整備されている退去強制法さえもが、政治部門に安易に利用されることになった。9.11によって、実際に国家の自己保存原理 (self-preservation thesis)⁽¹¹⁰⁾ が戦争権限とも結びついて強力に作用し、外国人の出入国管理・規制に疑問をはさむ余地のないほどに絶対的権限理論を再興させることになったのである⁽¹¹¹⁾。その一方で、アメリカ司法府がどのような姿勢を貫こうとするか、引き続き注意を要するところといえる。少なくとも9.11以降の連邦最高裁の判例を見る限りにおいては、外国人の出入国に関する通常の事案については、これまでの先例に依拠して絶対的権限理論の適用範囲をめぐって激しい議論が展開されており、今のところ「テロリストの例外」の法理⁽¹¹²⁾ が安易に適用されるような事態に陥ることになってはいないのである。

近年、わが国においても、とくに9.11を契機としてアメリカの軍事行動や国際情勢に呼応するような諸法律の整備がなされているが⁽¹¹³⁾、外国人の公正な処遇についてはほとんど明記されていないのが現実である⁽¹¹⁴⁾。とくに有事における外国人の処遇について、その人権保障を念頭においてさまざまな問題を惹起するアメリカの事例から示唆されるところは大きいものがあり、アメリカ合衆国の事例が反面教師としても積極的に検討される必要があるとおもわれる⁽¹¹⁵⁾。

注

- (1) ここでいう非常事態とは、アメリカ合衆国が戦争、内乱、経済的要因などにより国家的な危機に直面した場合、これを克服せんがために三権分立の民主制化における最高行政長官 (Chief Executive) である大統領に絶大な権限が掌握または委任される態様をさすものである。非常事態を表現する言葉は、“state of emergency”, “crisis”, “pressing-necessity”, “danger”, “serious situation”, “urgency”, “emergency condition” などが使用されている。岡田皓一『非常事態とアメリカ民主主義』(北樹出版、2004年) 182頁。
- (2) これらの事例の検討は、同上12頁以下を参照。
- (3) 同上149頁。
- (4) USA Patriot Act, Pub.L. 107-56, §412, 115 Stat. 272, 350-52(2001).
- (5) Homeland Security Act, Pub.L. 107-296, 116 Stat. 2135 (2002).
- (6) 現在では、出入国管理および市民権取得の行政機能は、国土安全保障省内の部局である市民権・移民局 (CIS; Citizenship and Immigration Service)、移民・税関執行局 (ICE; Immigration and Customs Enforcement)、および税関・国境警備局 (CBP; Customs and Border Protection) の三つの部局が取り扱うことになり、外国人の出入国管理・規制が国家の安全保障の一環として強化されることになった。
- (7) David A. Martin, *Preventive Detention: Immigration Law Lessons for the Enemy Combatant Debate*, 18 GEO. IMMIGR. L.J. 305, 307-308(2004).

- (8) David Weissbrodt and Laura Danielson, *IMMIGRATION LAW AND PROCEDURE IN A NUTSHELL* 5th Ed. 537, (Thomson West, 2005).
- (9) Fong Yue Ting v. United States, 149 U. S. 698, 707(1893).
- (10) アメリカ合衆国の首都であるワシントン D.C. にある数々の戦争のモニュメントを見れば、この国の歴史が戦争の歴史でもあることが容易に理解されることであろう。そのような意味において、2001 年 9 月 11 日の同時多発テロ事件は、合衆国の「新たな戦争」ともいえる緊急事態を引き起こしたといえる。だが、チョムスキー教授 (Noam Chomsky) は、「テロの時代」は予想されなかったことではなく、9.11 後に宣言された「テロに対する戦争」は決して新しいものではないと指摘する。すでに、「20 年ほど前に推進された『テロに対する戦争』がどんなものであったかを知ることによって、今日のわれわれは有益な教訓を得られる。」と述べている。ノーム・チョムスキー (海輪由香子他訳) 『テロの帝国 アメリカ 海賊と帝王』(明石書店、2003 年) 14 頁以下を参照。
- (11) See generally David Cole, *Enemy Aliens*, 54 STAN. L. REV. 953(2002).
- (12) Act of July 6, 1798, ch. 66, 1 Stat. 577 (1798).
- (13) Brown v. United States, 12 U.S. (8 Cranch) 110, 122 (1814).
- (14) Ludecke v. Watkins, 335 U.S. 160, 164 (1948).
- (15) *Id.* at 173-84.
- (16) *Id.* at 164.
- (17) *Id.* at 164-170.
- (18) たとえば、リンカーン大統領は合衆国独立以来の最大の危機たる南北戦争に遭遇し対処しなければならなかったが、ロシター博士によると、アメリカ合衆国を政治史的側面からみると、1861 年 4 月 13 日のサムターの要塞の陥落から同年 7 月 4 日までの 11 週間は、リンカーン大統領 1 人が実質上の合衆国政府になったという。戦争に対する手段、行為および憲法上の解釈に違憲的なものもあったため、南北戦争中から戦後を通じて、リンカーンを独裁者・独裁権の行使者・暴君、またその統治形態を専制政治・一時的独裁制・準独裁制などと証する非難があり、今日、それらはいまだに議論のあるところでもある〔岡田・前出注(1) 43-45 頁。〕。
- (19) See Abrams v. United States, 250 U.S. 616(1919); Debs v. United States, 249 U.S. 211(1919); Frohwerk v. United States, 249 U.S. 204 (1919); Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919).
- (20) See Hirabayashi v. U.S., 320 U.S. 81 (1943); Yasui v. U.S., 320 U.S. 115 (1943); Korematsu v. United States, 323 U.S. 214, 236(1944). Also see Frank F. Chuman, *THE BAMBOO PEOPLE: THE LAW AND JAPANESE-AMERICANS*, (Japanese American research Project, Japanese American Citizens League, 1981).
- (21) See, e.g., Dennis v. United States, 341 U.S. 494(1951).
- (22) Cole, *supra* note 11, at 955.
- (23) Narenji v. Civiletti, 617 F.2d 745 (D.C.Cir.1979).
- (24) 50 U.S.C.A. §1541.
- (25) 畑博行「固有の行政権」に基づく米国大統領の緊急措置権」大石義雄教授還暦記念『世界各国の憲法制度』(1966 年) 335 頁以下、および同「アメリカ合衆国司法部の軌跡—非常事態における司法部—」判例タイムズ 630 号 (1987 年) 32 頁以下を参照。
- (26) Weissbrodt and Danielson, *supra* note 8, at 59-60.
- (27) Ludecke v. Watkins, 335 U.S. 160, 164 (1948).
- (28) 外国人を国外へ追放する法制度の歴史的展開については、新井信之「アメリカにおける退去強制制度の憲法的考察」広島法学 15 巻 2 号 (1991 年) 49 頁以下を参照。
- (29) 退去強制権限の根拠については、新井信之「アメリカにおける退去強制の概念と司法の判断」長崎外大論叢 9 号 (2005 年) 1 頁以下を参照。
- (30) T.Aleinikoff, D.Martin and H.Motomura, *IMMIGRATION AND CITIZENSHIP: PROCESS AND POLICY* 5th Ed.1183, (West Ground, 2003).
- (31) Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996, Pub.L. 104-132, 110 Stat. 1214 (1996).
- (32) 8 U.S.C.A. §§1532(e) & 1533(2000).
- (33) Peter J. Spiro, *Explaining the End of Plenary Power*, 16 GEO. IMMIGR. L.J. 339, 357(2002).
- (34) 8 C.F.R. §287.
- (35) Weissbrodt and Danielson, *supra* note 8, at 539.

- (36) USA Patriot Act, Pub.L. 107-56, §412, 115 Stat. 349, 350-52(2001). 本法律について詳しくは、平野恵子＝土屋恵司＝中川かおり「愛国者法（上・下）」外国の立法 214 号（2002 年）1-46 頁、215 号（2003 年）1-86 頁および大沢秀介「アメリカ合衆国におけるテロ対策法制」大沢秀介＝小山剛編『市民生活の自由と安全 各国のテロ対策法制』（成文堂、2006 年）1 頁以下を参照。
- (37) 8 U.S.C.A. §1226a(2004).
- (38) 8 C.F.R. §1003.19(i)(2) (2003).; 66 Fed. Reg. 54909(2001).
- (39) Weissbrodt and Danielson, *supra* note 8, at 539.
- (40) Regina Germain, *Rushing to Judgment: The Unintended Consequences of the USA Patriot Act for Bona Fide Refugees*, 16 GEO. IMMIGR. L.J. 523, 505(2002).
- (41) Cole, *supra* note 11, at 960.
- (42) 66 Fed. Reg. 54, 909 (Oct.31,2001).
- (43) Cole, *supra* note 11, at 964.
- (44) 8 U.S.C.A. §1226(e)(2003).
- (45) See e.g., Kevin R. Johnson, *Racial Profiling After September 11: The Department of Justice's 2003 Guidelines*, 50 LOYOLA L. REV. 67 (2004); Marie A. Taylor, *Immigration Enforcement Post-September 11: Safeguarding the Civil Rights of Middle Eastern-American and Immigrant Communities*, 17 GEO. IMMIGR. L.J. 63 (2002).; Sameer M. Ashar, *Immigration Enforcement and Subordination: The Consequences of Racial Profiling After September 11*, 34 CONN. L. REV. 1185 (2002); Leti Volpp, *The Citizen and the Terrorist*, 49 UCLA L. REV. 1575 (2002).
- (46) See, e.g., Detroit Free Press v. Ashcroft, 303 F.3d 681 (6th Cir. Aug. 26, 2002); N. Jersey Media Group, Inc. v. Ashcroft, 308 F.2d. 198 (3rd Cir. Oct. 8, 2002). これらの事案の解説については、相沢恒「テロとアメリカ法 外国人退去強制手続をめぐる 2 つの連邦控訴裁判決」ジュリスト 1240 号（2003 年）124 頁以下を参照。
- (47) Weissbrodt and Danielson, *supra* note 8, at 537.
- (48) See Laurence H. Tribe, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 2nd Ed. §16-13,14,16,21, 1466-1520, (Foundation Press, 1988).
- (49) Cole, *supra* note 11, at 976.
- (50) *Id.* at 957.
- (51) *Id.*
- (52) Martin, *supra* note 7, at 307-308
- (53) Spiro, *supra* note 33, at 357-61.
- (54) Zadvydas v. Davis 事件 (533 U. S. 678, 696 [2001]) は、退去強制の期限が切れたにもかかわらずさらに収容が続いたため、人身保護令状 [28 U. S. C. A. §2241.] に基づいて人身保護請求をおこなった事案であった。本判決の意義は、外国人に対する出入国管理・規制が連邦議会の絶対的権限であったとしても、合衆国憲法の制約から全くの自由ではないことを判示したことである。連邦最高裁は、政府の主張について疑義を示し、連邦議会の出入国管理・規制権限は「重要な憲法上の制約に服する」と述べている。[*Id.* at 696.]
- (55) *Id.*
- (56) Michele R. Pistone, *A Time Sensitive Response to Professor Aleinikoff's Detaining Plenary Power*, 16 GEO. IMMIGR. L.J. 391,400 (2002).
- (57) Kim v. Schiltgen, No.C99-2257(N.D.Cal. Aug.11, 1999).
- (58) Kim v. Ziglar, 276 F.3d 523 (9th Cir. 2002).
- (59) Demore v. Kim, 538 U.S. 510, 531 (2003).
- (60) M.Isabel Medina, *Demore v. Kim—A Dance of Power and Human Rights*, 18 GEO. IMMIGR. L.J. 697, 699-702 (2005).
- (61) Demore v. Kim, 538 U.S. 510, 529 (2003).
- (62) *Id.* at 517.
- (63) Medina, *supra* note 60, at 717.
- (64) Benitez v. Rozos, 543 U.S. 371 (2005).
- (65) Clark v. Martinez, 543 U.S. 371, 377-79 (2005).
- (66) Martinez v. Smith, No. CV 02-972-PA(Oct.30, 2002), App. To Pet. For Cert. In No. 03-878, p.2a.
- (67) Martinez v. Ashcroft, No. 03-35053 (Aug. 18, 2003), App. To Pet. For Cert. In No. 03-878, at 1A.

- (68) Clark v. Martinez, 543 U.S. 371, 377 (2005).
- (69) 8 U.S.C.A. §1231(a)(6). この文言によれば、本規定は、次のような3つのカテゴリーの外国人に適用されることになる。すなわち、①入国不許可 (inadmissible) を理由として国外退去命令を受けた外国人、②合法的に入国が認められた後に国外退去命令を受けた外国人、③国土安全保障長官が共同体社会にとっての危険性もしくは逃亡の虞が存すると認めた外国人である。Zadvydas 判決は、第2のカテゴリーの外国人について判示されたものであった。
- (70) Clark v. Martinez, 543 U.S. 371, 378-79 (2005).
- (71) *Id.* at 380.
- (72) *Id.* at 384.
- (73) *Id.* at 386.
- (74) Note, *Developments in the Judicial Branch, the Recent Decision: Clark v. Martinez*, 19 GEO. IMMIGR. L.J. 195, 196 (2004)。これに対して、オコナー裁判官の同意意見は、法廷意見の下では、「連邦政府は入国不許可の外国人が国外退去命令を受けてから6ヶ月以上彼らを収容することが可能である」[Clark v. Martinez, 543 U.S. 371, 387 (2005).] と述べている。Zadvydas 判決で示された推定的な期間(6ヶ月)を超えて入国不許可の外国人を収容するために、連邦政府はより長い収容の期間が「合理的に必要」(reasonably necessary)であることを証明することができるというのである。それとともに同裁判官は、入国不許可の外国人の国外退去を首尾よく成し遂げるために、連邦政府はその他の適用可能な法令を手段として使用することもできると主張している [*Id.* at 387-88.]。
- (75) トーマス裁判官による反対意見(レンキスト長官同調)は、スカリア裁判官による法廷意見がZadvydas判決と一致しないと激しく攻撃するものであった。同裁判官は、Zadvydas判決は、入国不許可の外国人を異なつて処遇することを意図していたはずだと強く主張する。それゆえに、入国不許可の外国人にZadvydas判決の基準を適用することによって、法廷意見は同判決を捻じ曲げてしまうことになる、と指摘している [*Id.* at 388.]。連邦議会によって使用される法令上の異なる文言は、連邦議会が国土安全保障長官に移民・国籍法241条a項6号に規定される収容期限に関して裁量を与える意図であるにもかかわらず、Zadvydas判決によって連邦議会の権限が非常に制限されたので、連邦最高裁のみがわが国の国境を効果的に守るためにそれを修正することができる、と結論づけている [*Id.* at 403-04.]。
- (76) Clark v. Martinez, 543 U.S. 371, 378-79 (2005).
- (77) *Id.* at 377.
- (78) *Id.* at 379.
- (79) スカリア裁判官の法解釈の哲学については、Antonin Scalia, A MATTER OF INTERPRETATION, (Princeton University Press, 1997) が興味深い。
- (80) *Id.* at 16-25.
- (81) *Id.* at 3-9.
- (82) *Id.* at 25-29.
- (83) スカリア裁判官の対極にいるのがReno v. Flores事件(507 U.S. 292 [1993])の反対意見に象徴されるステーブンス裁判官であるが、現在の連邦最高裁における最高齢(1920年生まれ)かつ最古参(1975年任官)である同裁判官に続くリベラルな裁判官が見当たらないことも、今後の連邦最高裁がさらにどのような方向に進んでいくのか注目されるところである。
- (84) 8 U.S.C.A. §1231(b)(2).
- (85) Jama v. INS, Civ. File No. 01-1172(JRT/AJB) (Mar. 31, 2002).
- (86) Jama v. INS, 329 F.3d 630 (8th Cir. 2003).
- (87) 8 U.S.C. §1231(b)(2)(E)(vii)(2006).
- (88) 8 U.S.C. §1231(b)(2)(E)(iv)(2006).
- (89) Jama v. Immigration & Customs Enforcement, 543 U.S. 335, 341-42 (2005).
- (90) *Id.* at 352-53.
- (91) *Id.* at 342.
- (92) *Id.* at 344-45.
- (93) *Id.* at 347-48.
- (94) See Rumsfeld v. Padilla, 542 U.S. 426 (2004); Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004); Rasul v. Bush, 542 U.S. 466 (2004).

- (95) *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 696 (2001).
- (96) *See, e.g., Hirabayashi v. U.S.*, 320 U.S. 81 (1943); *Yasui v. U.S.*, 320 U.S. 115 (1943); *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 236(1944); *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494(1951).
- (97) *See e.g., Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957); *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234 (1957); *Watkins v. United States*, 354 U.S. 178 (1957).
- (98) *Cole*, *supra* note 11, at 988-1003.
- (99) USA Patriot Act of 2001, Pub.L.No.107-56, tit. II, 115 Stat. 272. 本法律は、当初は時限立法であったにもかかわらず連邦議会により数度修正、延長され、一般市民への監視手続を拡張している。この点について、たとえば、デイヴィッド・ライアン（田島泰彦監修・清水知子訳）『9.11 以後の監視＜監視社会＞とく自由＞』（明石書店、2004 年）1 頁以下を参照。
- (100) *Ex parte Milligan*, 71 U.S.(4 Wall.) 2, 120-21 (1866).
- (101) L.Epstein, D.Ho, G.King and J.Segal, *The Supreme Court During Crisis: How War Affects Only Non-War Cases*, 80 N.Y.U. L.REV. 1, 7 (2005).
- (102) *See Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004); *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. 426 (2004). 純粋な法的解釈によれば、大統領は合衆国市民であっても敵性戦闘員を軍事法廷にかけるとはでき、第2次世界大戦中に連邦最高裁もそれを認めていたところであるが（*In Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1 [1942]）、このたびは一般裁判所の管轄権内で事案を処理したのであった。
- (103) Epstein, Ho, King and Segal, *supra* note 101, at 99-100.
- (104) *Id.*
- (105) *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U.S. 580, 585-88 (1952).
- (106) *Harisiades v. Shaughnessy* 事件（342 U. S. 580 [1952]）は、連邦最高裁が *Bridges v. Wixon* 判決（326 U. S. 135 [1945]）を下してから7年後、アメリカ国内をマッカーシズムの嵐が荒れ狂う中、過去において米国共産党員であった合法的に居住するギリシャ国籍の上告人に対する退去強制手続について、その根拠となった1940年外国人登録法の合憲性を争った事案であった。
- (107) *Cole*, *supra* note 11, at 955.
- (108) 岡田・前出注（1）57 頁。
- (109) 新井・前出注（29）8 頁。
- (110) 国家の自己保存原理については、新井信之「国家の自己保存原理と外国人の排斥－アメリカ移民法を素材として」（長崎外国語短期大学論叢 55 号、2000 年6 月）1－14 頁および同「アメリカ移民法における自己保存原理の起源について－*Chae Chan Ping v. United States* 判決の再検討」（長崎外大論叢第 10 号、2006 年）1－18 頁を参照。
- (111) *Spiro*, *supra* note 33, at 357-61.
- (112) *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 696 (2001).
- (113) たとえば、①日本「周辺」での「有事」にさいしての米軍への協力を可能にする1999年の周辺事態法（平成11年5月28日、法律第60号）、②アフガニスタンでのアメリカの軍事行動の支援を目的とした2001年のテロ対策特別措置法（平成13年11月2日、法律第113号）、③イラクへの自衛隊派遣のために制定された2003年のイラク復興特別措置法（平成15年8月1日、法律第137号）、④2003年から2004年にかけて成立したいわゆる有事法制といわれる「武力攻撃事態等におけるわが国の平和と独立並びに国及び国民の安全の確保に関する法律」三法等が挙げられる。これらの有事法制の問題点については、山内敏弘編『有事法制を検証する－『9.11 以後』を平和憲法の視座から問い直す』（法律文化社、2002 年）1 頁以下を参照。
- (114) 国民保護法（平成16年6月18日、法律第112号）の解説については、磯崎陽輔『国民保護法の読み方』（時事通信社、2004 年）1 頁以下を参照。
- (115) この点について、たとえば、藤井樹也「9.11 と日本国憲法」[2006-1]アメリカ法（26 頁）以下を参照。なお、有事を含めて外国人を国外へ排斥する問題性全般については、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－』（有信堂高文社、2008 年3 月刊行予定）1 頁以下を参照。