

アメリカにおける退去強制の概念と司法の判断

新井 信之

はじめに

1. 退去強制の概念

- (1) 退去強制の基本観念
- (2) 行政手続としての退去強制
- (3) 退去強制と入国拒否の区別

2. 退去強制権限の法的根拠

- (1) 憲法上の規定から派生する権限としての退去強制
- (2) 超憲法的な国家主権に固有の権限としての退去強制
- (3) 憲法による委任と超憲法的権限の狭間

3. 外国人の退去強制と司法の判断

- (1) 国家主権の属性としての退去強制権限
- (2) 連邦議会の絶対的権限

おわりに—日本法への示唆

Abstract

In the wake of September 11, 2001, American people plainly need to rethink the balance between liberty and security. The attacks, which killed more than 3,000 people and did immeasurable damage to the human spirit, led American government to its campaign of mass preventive detention based on the deportation system of Immigration and Nationality Law (INA). Just six weeks after the September 11, 2001, Congress passed a sweeping anti-terrorism bill adding 8 U.S.C.A. § 1226a to INA. None of the non-citizens, mostly Muslim and Arab non-citizens, in detention, were held pursuant to the new detention authority, but many of them were deported by the procedures provided in INA.

However, this deportation system is not only to detain non-citizens, but also to expel non-citizens from the interior of the United States. Depending on one's personal circumstances and on the destination country, deportation can entail great economic hardship, restricted personal freedom, and fundamental and unwelcome lifestyle changes. Especially for permanent resident non-citizens it will be a very harsh sanction, although the word "deportation" no longer appears in INS (now removal).

This article is to analyze the nature of deportation power of the U. S. Government and the attitude of the Court. First, it will examine the basic concept of deportation. Second, it will examine the legal foundation of the deportation power. Third, it will examine the Court's attitude to deportation cases, which is derived from *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581 (1889). Finally, this article proposes that Japanese immigration law should learn the way to restrict the government's sovereign power from the U.S. cases in order to develop its jurisprudence on the point of view of "the rule of law."

はじめに

2001年9月11日、アメリカにおいて3000名以上もの民間人が殺傷される同時多発テロ事件が発生し、アメリカ政府は個別的自衛権を行使して、タリバン政権が実行支配するアフガニスタンと戦争状態に陥った。さらに、2003年3月には、国連・安全保障理事会の承認のないままイラク攻撃を敢行し、国際社会は未曾有の緊急・非常事態が続いた。その後、当事国であるアメリカ国内ではさまざまな治安秩序の強化がなされ、その一環として、外国人の出入国管理も厳しいものとなっている。

アメリカ連邦議会は、同時多発テロ発生の6週間後、米国愛国者法⁽¹⁾を制定し、現行の移民・国籍法⁽²⁾に第236A条を付け加え⁽³⁾、主としてアラブ・イスラム系外国人である数千名の非市民を標的にして大規模な調査を実施した。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これらの人々を拘束したのであった。収容された多くの人々は、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、これらを「特別な利益」に関わる事案として、そのための口頭審理を非公開としたのである⁽⁴⁾。すなわち、政府は、テロに関する情報を有すると思料される非市民を尋問し、収容するために退去強制制度を利用したのであった。

しかしながら、本稿で考察する退去強制とは、外国人が単に身柄を拘束 (収容) されることではなく、その国に存在し日常生活を営み、その社会で自己実現 (self-realization) をおこなう可能性⁽⁵⁾を根こそぎ奪い取ってしまう国家の強制権限であり、外国人にとってみれば、この種

の国家権限の発動は、社会の治安維持を目的とする警察のそれよりも遥かに恐ろしいものとなりうる。なぜなら、外国人に対する退去強制とは、「第一に外国人を逮捕し、自由を剥奪し、そして家族、家庭、仕事または財産からの離別を強制する」ものであり、そしてその外国人を「海の彼方の遠い土地へ追放する」ものであるからなのである⁽⁶⁾。これは、一時的な滞在者については、単にその者がやってきた国への帰還を強制するに過ぎない行政上の一処分であるが、とくに生活を営む本拠をその国の中に有し、合法的に永住ないし長期に居住する外国人（永住・居住外国人）⁽⁷⁾にしてみれば、これはまさに「遠島の終身刑にあたるような、刑罰の中でも最も苛酷な刑罰」⁽⁸⁾となりうるものなのである⁽⁹⁾。

本稿の目的は、その国に存在する外国人をさまざまな理由で、合法的に国外へ追放させることのできる国家の強制権限である退去強制について、第2次大戦後、わが国の法制度に多大な影響をあたえているアメリカ合衆国における学説・判例理論を素材として、その基本観念を整理しつつ、退去強制の本質について考察をおこなおうとするものである。とくに入国拒否とは区別され一旦本邦へ入国した外国人を国外へ追放する退去強制制度を用いて、テロ活動防止をはじめとする多大なリスクに対処しなくてはならない現代国家の権限行使の適正化と外国人の権利保障を念頭に考察をすすめていくこととする⁽¹⁰⁾。

1. 退去強制の概念

(1) 退去強制の基本観念

そもそも、伝統的に退去強制 (deportation) とは、外国人を国外へ追放 (banishment) させることとして理解されてきた⁽¹¹⁾。このような退去強制の歴史は、アメリカにおいては、その建国の時代にまで遡ることができる。1798年の

外国人法⁽¹²⁾および治安維持法⁽¹³⁾は、大統領に、①合衆国と戦争状態にある国家の国民である居住外国人（敵性外国人）、および、②大統領が「合衆国の治安と安全にとって危険な存在である」と判断する外国人を国外へ追放する権限を与えたのである。その後、これらの二つの法律は効力を失ったが、同年制定された敵性外国人法は、引き続き今日までその効力を有している⁽¹⁴⁾。

現行の移民・国籍法237条は、退去強制事由に該当する外国人が司法長官の令状によって国外へ退去強制されることを規定する⁽¹⁵⁾。ここでいう外国人の退去強制とは、1907年の法律⁽¹⁶⁾の合憲性が支持されたBugajewitz v. Adams判決 (228 U.S. 585[1913])において、かの有名なホームズ裁判官が次のように述べている。

「連邦議会が、この国に在留する外国人で、その者の存在が有害であると思料する場合に国外退去を命じる権限を有することは、完全に確立されたものである。そして、特定の法律の下では犯罪を構成するかもしれない事実によって退去強制の決定を下すことは、有罪判決でも、また刑罰でもない。それは、単に合衆国政府が望まない外国人の存在を拒否することである。」⁽¹⁷⁾

そもそも合衆国の主権に固有の属性⁽¹⁸⁾とされる退去強制は、合法・非合法を問わず合衆国に入国し在留する外国人がその対象となり、アメリカ国民は対象とはならない。移民・国籍法第101条 a 項 3 号⁽¹⁹⁾は、「合衆国の市民(citizen)または国民(national)でない」外国人のみをその対象とするものである。それらの外国人は、①外交官または准外交官の地位を保持する外国人⁽²⁰⁾、②敵性外国人(enemy aliens)、③国境通過証明書(Border Crossing Identification Card)を所持する外国人、④送還先によっては身体的迫害を受ける恐れを有する外国人を除い

て、一時的であれ長期または永住的在留者であれ、合法、非合法を問わず、さまざまなカテゴリーに類型化される外国人すべてが一律に退去強制の対象となるのである。

退去強制は、初期の判例においては入国拒否手続に付随するものであり、それゆえに好ましくない外国人の入国を拒否することと「単一かつ同一の権限の一部を成すものである」とされていた⁽²¹⁾。そして、前述の1907年の法律で売春の業務に従事する外国人の退去強制を規定して以来、退去強制は合法的に入国したが合衆国に在留する間に好ましくないと思料される行為をおこなったということに対する一種の刑罰として科そうとする観念へ移行してきたといわれる⁽²²⁾。だが、それは、その後の判例理論が示すように、明らかに入国拒否とは区別され、在留する外国人の存在がアメリカ合衆国にとって好ましくないと思料される場合に、一定の手続きを経て当該外国人を国外に追放することであり、刑事上の訴追手続とは別個に独立しておこなわれるものであると認識されている⁽²³⁾。

本稿で論じる退去強制とは、入国拒否、および入国した後の再入国拒否も含め、合法・非合法を問わず一旦領土内に入国し、滞在する国家・社会と何らかの紐帯 (community tie) を有する外国人が在留することを拒否され、強制的に国外へ追放される違反調査～収容～違反審査～送還等を含む最広義における一連の過程を射程とするものである⁽²⁴⁾。以下では、退去強制の概念の論点について考察する。

(2) 行政手続としての退去強制

①退去強制の刑罰性

退去強制は、非刑事手続として取り扱われるが、国家が外国人を強制的に国外へ追放するその実質は「刑罰」性を有し、あるときには最も苛酷な制裁ともなりうる国家権限のひとつと考えられる⁽²⁵⁾。かかる退去強制の性質について、

1892年5月5日の法律の第6条⁽²⁶⁾の有効性を争ったFong Yue Ting v. United States事件 (149 U.S. 698 [1893])⁽²⁷⁾におけるブルー裁判官の反対意見は、それを次のように述べている。

「退去強制は刑罰である。それは、まず最初に逮捕し、自由を剥奪し、ついで、家族、家庭、仕事または財産から離別させる。海の彼方の遠い土地に追放することは刑罰である。しかも、それは往々にして最も厳しくかつ残酷なものである。」⁽²⁸⁾

また、ブルー最高裁長官の反対意見も同様に、退去強制の性質を次のように述べる。

「いかなる婉曲な美辞麗句も退去強制の本質を刑罰—裁判なしの刑罰—ではないと偽ることはできない。合法的に入国を許可された外国人の自由は合衆国憲法によって保護されるのである。立法が憲法上の価値判断に合致しかつ自由の剥奪が立法自身によってでなく司法上の手続きによって果たされた場合にのみ、立法によって外国人の自由を剥奪することができるものである。」⁽²⁹⁾

さらに、1948年の Fong Haw Tan v. Phelan 判決 (333 U.S. 6 [1948]) においても、「退去強制は徹底した措置であり、かつ時には追放または遠島刑と同様なものである。それは外国人の好ましくない行為に対するこの国における居住の剥奪である。そのような剥奪は正に刑罰である。」⁽³⁰⁾と述べられ、その後も退去強制の刑罰性がたびたび指摘されている。

②判例の立場

しかしながら、Fong Yue Ting v. United States事件(1893)における法廷意見は、これらの反対意見にもかかわらず、形式的には退去強制を非刑事手続として取り扱う根拠を次のように主張し、それは今日まで堅持されている⁽³¹⁾。

「退去強制の命令は犯罪に対する刑罰ではない。刑罰の方法として合衆国から市民を追放することに適用される意味での追放または流刑でもない。それは、憲法上の権限を行使する政府が、当該外国人の合衆国における継続的な居住条件が適合性を有しないと決定した場合、その者の本国への帰還を強制するところの一方法に過ぎないのである。」⁽³²⁾

このような退去強制処分と刑罰との区別は、Fong Yue Ting v. United States判決(1893)と同事件で問題となった同じ1892年5月5日の法律⁽³³⁾の第4条の合憲性を争ったWong Wing v. United States判決(163 U.S. 228 [1896])⁽³⁴⁾とを比べれば、さらに明らかである。後者は、前者が居住証明書の取得要件を満たしていない中国人の退去強制を支持したのに対して、退去強制事由に該当すると思料される外国人に司法による裁判なしで懲役を課すことを規定した同条項⁽³⁵⁾を違憲としたものである。このことから、すでにこの時期において、連邦最高裁判所が退去強制処分と刑罰とを区別して事案を処理しようとしていたことが伺えるのである⁽³⁶⁾。

その後の判例においても、在留する外国人の存在が合衆国にとって好ましくないと判断する権限は連邦議会が有し、連邦議会の委任によって大統領がその権限を行使することが確認されている⁽³⁷⁾。具体的には、移民・国籍法を根拠に、最近まで司法長官の下で移民・帰化局がその役割を担ってきた⁽³⁸⁾。それらの外国人を国外に追放することは、「犯罪に対する告訴でもなければ犯罪に対する有罪の判決でもなく、これは、刑事上の訴追と退去強制の手続とは完全に別個にしてかつ相互に独立しておこなわれる」ものであるとされる⁽³⁹⁾。したがって、「外国人を退去強制する前にその者に対して適当な裁判所に

おいて刑事上の手続によって有罪判決が下されることを必要としないし、また、刑事上の手続において当該外国人に対する無罪判決があっても、それはその者の同一事由による退去強制手続において既判力が発生するものではない」のである⁽⁴⁰⁾。さらに、その後の連邦最高裁は、修正4条の違法証拠排除法則が退去強制手続には適用されないことも判示し⁽⁴¹⁾、「退去強制の命令は犯罪に対する刑罰ではない」⁽⁴²⁾との先例が今日も引き続き効力を有しているのである。

③憲法的権利保障の要求

このように合衆国においては、外国人の退去強制手続についての憲法上の権利保障は、刑事犯罪者に完全かつ公正な司法手続を保障するために適用される憲法の諸条項を通じては発生しなかった。また、事後処罰法の禁止についても適用がなく、その理由は、裁判所が退去強制手続の本質を「民事手続」であると頑なに押し通してきたからであった⁽⁴³⁾。しかしながら、退去強制の刑罰性への疑問は依然として根強いものがあり、その後の判決⁽⁴⁴⁾においても、退去強制の苛酷な「刑罰性」については多くの議論がなされている。また、先述のホームズ裁判官の法廷意見に対しても、このような単なる技術的な区別は、連邦議会の出入国管理権限を刑事手続に課せられる憲法上の実体および手続的な制限から防御するためのものであった、との批判が引き続きなされている⁽⁴⁵⁾。とくに、アメリカ社会との結合性ないし紐帯(tie)が段々と強まってくる永住・居住外国人については、慎重な対応が必要であるとする見解がこれまでも有力であった⁽⁴⁶⁾。

(3) 退去強制と入国拒否の区別

①単一かつ同一の権限

外国人の権利保障という視点から考えると、退去強制(deportation)を入国拒否(exclusion)

から区別することは重要な問題であった。この点について初期の判例は、前述の *Fong Yue Ting v. United States* 事件(1893)⁽⁴⁷⁾において、「戦時又は平時において、絶対的に又はある条件のもとに外国人の入国を拒否し又は追放する権利は、各主権国家及び独立国にとってその安全、独立及び安寧に緊急必要なものであり、それは当該国家の固有にしてかつ不可譲の権利である。アメリカ合衆国は主権国家でありかつ独立国家である。合衆国は合衆国憲法によって国際関係に関するすべての管理を委任されており、同時に又、その管理を維持しかつ効果的ならしめるために必要な中央政府のあらゆる権限を付与されている」⁽⁴⁸⁾のであり、そして、このような国家が、「外国人の入国を拒否し追放する権限は、単一の基礎の上にある、単一の権原に由来し、同一の理由によって支持され、そして、それらは、実際に単一かつ同一の権限の一部を成すものである」⁽⁴⁹⁾と述べている。つまり、この判決において連邦最高裁は、国家が外国人を退去強制する権限は入国拒否と同じ根拠に基づいており、それは、連邦議会の絶対的なものであると考えていたのであった。

だが、本件においてフラー最高裁長官は、入国拒否と国外退去との違いを主張し、国家が、その国に合法的に在留する外国人を恣意的に取り扱うことは、「いかなる委任された権限、黙示的権限、固有の主権的権限からも導くことはできない」⁽⁵⁰⁾とする見解を述べ、その後の事案に影響を与えているのが注目される。

②退去強制とデュー・プロセスの保障

1900年代に入ると、上記判決の10年後、1903年の *Kaoru Yamataya v. Fisher* 判決 (189 U. S. 86 [1903])⁽⁵¹⁾において連邦最高裁判所は、退去強制と入国拒否を区別すべく、外国人への退去強制は個人の自由を侵害するものであり、修正5条のデュー・プロセスの保障が問題とな

ることを認め、退去強制と入国拒否が「単一かつ同一の権限」に立脚するという見解を変更することとなった。

その判旨によると、連邦最高裁は、*Nishumura Ekiu v. United States*(1982)⁽⁵²⁾、*Fong Yue Ting v. United States* (1893)⁽⁵³⁾、*Lem Moon Sing v. United States* (1895)⁽⁵⁴⁾等の先例を引きながら、「合衆国に入国し、その管轄下に入り、国法の対象となり、合衆国人口の一員となった者を、合衆国滞在、在留の権利に関する質問のための聴聞の機会を与えることなしに退去強制させるような恣意的権限は、合衆国官吏に与えられていない」し、たとえ不法であれ一旦入国し、合衆国憲法の効力の及ぶ領域内で人口の一員になっている者に、「合衆国に在留する権利を含む問題について、聴聞をうける機会を与えずに、……財務長官や、行政官が外国人の身柄を拘束したり、退去強制することは正当でない」と述べ、退去強制事件におけるデュー・プロセスの保障を認めたのである⁽⁵⁵⁾。

これは、たとえ不法入国であっても、ひとたび合衆国の門をくぐった外国人は、法の適正な過程から導かれる公正の基準に合致する手続を経ることによってのみ退去強制されうることである⁽⁵⁶⁾。入国拒否の事案とは区別して、退去強制について合衆国憲法修正5条に規定されるデュー・プロセス条項の保障が明示されたことは、大きな意義を持つものであった。ただし、この場合のデュー・プロセスとは、議会の定めた手続的デュー・プロセスの保障についてであり、法律の中身の実体的デュー・プロセスの保障には及んでいないことは注意を要するところである⁽⁵⁷⁾。

以下では、外国人に対する国家の退去強制権限がどのような法的根拠に基づいているかについて、学説・判例を検討していくこととする。

2. 退去強制権限の法的根拠

(1) 連邦権限としての退去強制

① 帰化に関する統一的な規定（第1条8節4項）

今日に至るまで連邦最高裁判所は、州が介入すると連邦権限との抵触が生じる危険性のある帰化について、州の立法行為を排除し、連邦の法律を支持してきた。その根拠となっているのは合衆国憲法第1条8節4項であり、それは、「合衆国全土を通じて統一的な帰化の規則」を制定する権限が連邦議会に属することを明示している。合衆国憲法は、連邦議会にかかる権限を付与することによって、混乱を未然に防いでいるのである。各州が、それぞれの基準で市民権を付与する権限を有したとしたならば、州の市民が合衆国の市民となる制度からは⁽⁵⁸⁾、当然、その結果として国家の統一に支障が生じることは容易に想像できるところであろう。

合衆国憲法には、外国人の入国拒否および退去強制を含む出入国管理について、それが連邦議会の権限に属するとどこにも規定されていないので、外国人の入国拒否および退去強制権限も、本条項を根拠とする見解が存する⁽⁵⁹⁾。しかし、統一的な帰化権限が直接的に出入国管理と結びつくかどうか十分な説得力を持つものではなく、連邦最高裁判所は、早い時期の事案において、外国人の出入国管理に関する権限がいかなる根拠に基づいて連邦議会に属するのか、その根拠を見出す大きな問題に直面していたのであった。

② 通商規制に関する規定（第1条8節3項）

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

当時の連邦政府は、1808年に奴隷輸入が禁止

された後⁽⁶⁰⁾、移民として入国し、アメリカ社会の経済成長の下で劣悪な労働条件で働くことを強いられていた多くの外国人を救済する措置をとらなかった。これに対して、いくつかの州では独自の法律を制定し、かれらの保護にあたっていた。それとともに、ニューヨーク州、カリフォルニア州、ルイジアナ州およびマサチューセッツ州の諸法律は、移民に対する人頭税 (head tax)、州官吏による移民の入国審査、自己扶養が不可能と思われる外国人に対して課される保証金 (bond) などについて規定を設け、合衆国への入国を規制していたのであった⁽⁶¹⁾。しかし、連邦最高裁判所は、これらの州による外国人の出入国管理規制について、まず1849年の旅客事件(The Passenger Cases)において、次のように判示した。

「(外国人の出入国を規律した) ニューヨーク州法は、合衆国憲法及び法律に違反するから無効である。何故ならば、この法律は(外国との) 通商を規律するものであり、それは合衆国憲法が専属的に連邦議会に委譲している権限だからである。」⁽⁶²⁾

また、1875年の Henderson v. Mayor of N.Y.判決 (92 U.S. 259[1875]) とそのコンビオン・ケースたる Commissioners of Immigration v. North German Lloyd 判決 (92 U.S. 259 [1875]) においても、「これらの(ニューヨーク州法およびルイジアナ州法) 法律は、無効とされる。なぜならば、それらが規定する事柄に関する立法権限は、『外国との通商を規律する権限』を連邦議会に付与する合衆国憲法の条項によって専属的に連邦議会に委任されているからである。」⁽⁶³⁾として、連邦議会は、州または連邦の法律によって存在している他のいかなる機関よりも、適当にかつ広汎な承認を得てその権限を行使することができることを判示した。これによって、すべての港及び船舶に

適用される法律を規定することによって長い論争の的であったものを解決したのであった。そして、同年同日、同様な理由でカリフォルニア州法を無効とした *Chy Lung v. Freeman* 判決 (92 U.S. 275 [1875])⁽⁶⁴⁾ が、あいついで出されたのであった。

さらに、1884年の *Edye v. Robertson* (Head Money Cases) 判決 (112 U.S. 580 [1884]) においても、連邦最高裁は、外国人の出入国を規律した1882年8月3日の法律は、連邦議会が有する外国との通商を規律する権限の行使として有効であると判示した。それによると、「(外国人の出入国管理を規律する) 権限は連邦議会に在って、それは合衆国憲法の明示的な用語によって付与されており、連邦議会はこれから派生する義務を認識するものである。それは、正に今ここで問題となっている法律を制定することに向けられるのである。これらの制定法が外国との通商を規律するものであることは、本件の議論において承認されている。そして、それらの法律が連邦議会に排他的に属する種類の規制であることは、本法廷のすべての事案において支持されているものである。」⁽⁶⁵⁾として、外国人の出入国を規律する州法は無効であると説いたのであった。

これらの判決はすべて、合衆国への移民に関する立法権限および外国人の出入国管理権限の一部である退去強制権限は連邦議会のみが有し、唯一連邦政府が単独に責任を負い、したがって、かかる外国人に関する州の法律は違憲であると判示された。判旨によると、すべてその根拠は、合衆国憲法第1条8節3項の「外国との通商を規制する」明示的権限に含まれるとされていた。このような憲法上の根拠をもつ退去強制権限については、その帰結として当然に合衆国憲法による制約が課されることになり、外国人の権利保障という視点からは有利なものと考えられるものである。

③戦争権限に関する規定 (第1条8節11項)

このほかにも、退去強制権限の根拠としては、連邦議会に戦争を宣言する権限を与えている合衆国憲法第1条8節11項も考えられる⁽⁶⁶⁾。戦争権限は敵性外国人の入国拒否および追放を認めるものであり、たとえば1798年の敵性外国人法 (*Alien Enemies Act*)⁽⁶⁷⁾ は、大統領にその権限を与えて今日に至っている。この規定の合憲性は連邦最高裁判所の *Ludecke v. Watkins* 判決 (335 U.S. 160 (1948)) でも認められているが、国家の安全保障に関係しているとはいえない外国人を含めた出入国管理規定全体にこの理由付けを拡大することは困難といえよう⁽⁶⁸⁾。

④奴隷輸入に関する規定 (第1条9節1項)

また、それとともに合衆国憲法第1条9節1項の「移住および輸入」条項によって、1808年以降に連邦議会が奴隷貿易を禁止することを根拠に、その潜在的な権限を主張することも可能である⁽⁶⁹⁾。しかしながら、前述の *The Passenger Cases* 判決 (1849)⁽⁷⁰⁾ の裁判官たちが、この条項がはたして出入国管理に適用されるものかどうか意見を異にしているように、この条項の中心的な課題は奴隷貿易であることは歴史的にも明白であり⁽⁷¹⁾、同条項も、その射程は限定されたものといえよう。

(2) 超憲法的な国家主権に固有の権限としての退去強制

①外交権限を根拠とする説

さらに学説は、出入国管理に関する権限を連邦政府に与えるために行政の外交事項に憲法上含意される権限を引き合いに出してきた。1889年の中国人入国拒否事件において、フィールド裁判官は、外交権限が連邦政府の出入国管理権限の基礎であると主張した。だが、かかる外交権限は、合衆国憲法においては、出入国管理権限と同様に憲法上の明示的規定をもたないので

ある。それゆえに、ヘンキン教授によると、これらの二つの権限は、「全体としての合衆国憲法」(the Constitution as a whole)から導かれるものと主張される⁽⁷²⁾。そして、かかる権限は、外国人の出入国を規制しようとする州の法律を無効とする根拠としても引用されてきたのであった⁽⁷³⁾。

②超憲法的な主権的権限

このような外交権限について連邦最高裁判所は、United States v. Curtiss-Wright Export Corp.判決(299 U.S. 304[1936])において、合衆国憲法によって政治部門に委任されている権限とはっきりと区別した。後者は合衆国憲法から切り離された国家の対外的独立という主権原理を根拠とする超憲法的権限であるというのである。

判旨によると、連邦政府の国内管轄事項に関する委任された権限は、諸州によってそれまで支配された一般的な立法権限から切り離されたものであるとされる。諸州は、けっして対外的な権限を獲得することはなく、国家主権に固有の権限は、合衆国が独立を宣言したときに、イギリスからアメリカの諸州連合に移ったのであった。これらの権限は、合衆国憲法が起草される以前にこのように中央政府に授けられたものであり、いかなる憲法上の根拠を考慮することなく存在するというものである。そして、出入国管理権限も、もはや合衆国憲法にその拠り所を求めることなく、国家主権の概念に内在すると結論が導かれるというのである⁽⁷⁴⁾。

本判決について学説は、出入国管理に関する連邦権限の無制限とも思われる適用は、このような漠然としかつ定義できないことを根拠とする結果なのであるという。そして、連邦最高裁判所は、この権限のすべての行使を支持し、そして一貫してそれを「絶対的かつ無制限」なものであると称してきたと批判するのである⁽⁷⁵⁾。

③超憲法的権限への疑問

United States v. Curtiss-Wright Export Corp.判決(1936)の根拠には、歴史的な事実の正確さの点からも多くの疑問が投げ掛けられている⁽⁷⁶⁾。また、前出のヘンキン教授も、もし憲法制定者たちが主権的権限を再分配する意図がなかったとしたならば、明らかに主権的権限とみなされるいくつかの権限(たとえば、宣戦布告および条約締結の権限等)を明示的に列挙したであろうかとの疑問を呈している⁽⁷⁷⁾。それゆえに、同判決が出入国を規制する超憲法的な連邦権限を与えているのかどうか、特定の権限が主権的なものであるのかといったどのようにそれを決定するのか、そして、出入国管理がそれに該当するのかどうかという疑問が今日まで引き続き投げ掛けられているのである⁽⁷⁸⁾。

(3) 憲法による委任と超憲法的権限の狭間

①憲法の存立目的と必要性のルール

これに対して国家の絶対的権限を制約しようとする学説は、出入国管理権限の根拠を、合衆国憲法に委任された権限と国家主権に固有の超憲法的権限との狭間にあるものと主張する。出入国管理に関する連邦権限は、合衆国憲法がうまく機能するのに必要であるゆえに、それが合衆国憲法に内在するというものである。この法理は、「必要性のルール」と呼ばれる⁽⁷⁹⁾。

かかる学説は、個々の条項というよりはむしろ全体としての合衆国憲法の構造からその権限を導き出そうとする。合衆国憲法の最も重要な目的は、国家の統治制度とアメリカ国民によって制定された諸規則を通じたその過程を確立することであるというのである。そして、このような前提の下で、次にみる二つの構造上の議論が浮かび上がってくるのである⁽⁸⁰⁾。

それとともに、学説は、合衆国憲法は個人の基本的自由を守ることを明記しているが、憲法上の権利は絶対的なものではないとも主張す

る⁽⁸¹⁾。すなわち、そのバランスが図られなくてはならないというのである。ゴールドバーグ裁判官が *Kennedy v. Mendoza-Martinez* 判決 (372 U.S. 144 [1963]) で述べるように、「合衆国憲法は、自殺的な協約ではない」⁽⁸²⁾ことをその理由とする。憲法は、全体としての国家存立のための基本的ルールであるというのである。

② 国家の自己保存原理と自己統治原理

前述の構造上の議論の第1は、外国人に対する出入国の規制権限が、国家の「自己保存」(self-preservation) にとって不可欠なものであるというものである。主権国家たるために、政府はその領域の支配を確立しなくてはならない。このような支配なしで、もし国家が自らとその国境を効果的に統治することができなければ、他国の主権に従属することになる。出入国を規制する権限は、それゆえに、合衆国憲法がアメリカ合衆国を主権国家たらしめるために本来備わっている属性とされるのである⁽⁸³⁾。

第2に、外国人の出入国を規制する権限は、国家の「自己統治」(self-definition) の過程にとって本来備わっている属性とされる。国家の選挙人団(市民・公民)は、統治の過程を通じて、全体としての「国民」によって支持された価値を決定し、その国家の自己統一性(アイデンティティ)を形成するのである。国民がその国家を構成し、国家の自己統一性を決定するゆえに、移民法はそれ自身、自己統治の過程を構成するというのである。誰が入国できるかについての決定は、国家について多くのことを語るものであり、国家の自己統治過程が人種差別主義者、外部の者に対する差別、そしてその他の不正義として特徴づけられるにもかかわらず、それは主権国家の根本的な特質であると主張される⁽⁸⁴⁾。

このように学説は、自己保存および自己統治の法理が、外国人の出入国規制に関する広汎な

連邦権限を要求するというのである。しかしながら、国家の自己保存原理については、対外的独立および対人高権・領土高権(統治権)の確立という主権の法理が出入国管理に直接結びつくとしても、自己統治原理は政治的意思の決定過程の問題であり、アメリカの判例理論は、それらを異なる領域の事案として取り扱っている点に注意しなければならないであろう⁽⁸⁵⁾。

3. 外国人の退去強制と司法の判断

(1) 国家主権の属性としての退去強制権限

以上のように、退去強制の法的根拠についてはさまざまな議論がなされているが、ここで確認しておくべきことは、アメリカ司法府の基本姿勢である。外国人に対する出入国管理ないし規制権限が、主権原理から導かれる固有の国家権限の一部であるということが明らかになったのは、先述の *Chae Chan Ping v. United States* 判決 (130 U.S. 581[1889]) 以降の一連の判決であった⁽⁸⁶⁾。とくに注目すべきは、合衆国に帰属する主権の付随的権限である外国人に対する入国拒否権限は、「超憲法的な国家の主権原理から派生するものではなく、合衆国憲法によって委任された主権的権限の一部」として国家が行使するものであると *Chae Chan Ping v. United States* 判決 (1889) の法廷意見で述べられている点である。そして、続く *Fong Yue Ting v. United States* 判決 (1893) において、外国人の入国拒否と、その者を追放する権限はまさに単一かつ同一の権限の一部をなすものである⁽⁸⁷⁾として、退去強制も対外的な国家主権の権限行使のひとつであるという結論を導いていることである⁽⁸⁸⁾。

連邦最高裁判所は、これらの先例によって、外国人に対する入国拒否および退去強制権限が合衆国憲法に内在する国家主権の一部であると明確に判示したのである⁽⁸⁹⁾。その後の事案も、常にこれらの先例に依拠して問題の解決が図ら

れてきたが、重要なことは、アメリカ司法府が、それは国家の主権原理から導かれるものの、あくまで国家統治の基本である合衆国憲法の委任に基づくものであることを認識してきた点である。このことは、9.11以降の国家緊急・非常事態ともいえる最近の事案においても、憲法を根拠として政治部門に制限を加える姿勢が貫かれていることから十分にそれが伺えるところであろう⁽⁹⁰⁾。アメリカの判例理論は、さまざまな時代的背景と国際状況の変化によって少なからず動揺を示しているものの、多くの論者が主張するように、かかる国家権限の根拠はあくまで合衆国憲法によって委任されたものであり、その範囲で行使されなくてはならず⁽⁹¹⁾、それゆえに、その制約の可能性がここに存すると考えられているのである。

(2) 連邦議会の絶対的権限

しかしながら、このような国家主権から派生する出入国、帰化、および外交政策を規制する権限は合衆国憲法によって委任されたものであるとしながらも、その一方で、アメリカ司法府は、それが「絶対的かつ無制限」⁽⁹²⁾なものであり、連邦議会に属するとしてきた。この領域における判決が合衆国の外交政策に与える影響に配慮して、連邦最高裁判所をしてその判断を連邦の政治部門に委ねてきたのである。ジャクソン裁判官は、*Harisiades v. Shaughnessy* 判決 (342 U.S.580 [1952])⁽⁹³⁾のなかで、それを次のように述べている。

「外国人に対する政策は、外交関係の処理、戦争権限、および共和制の統治形態の維持に関する同時代の政策ときわめて緊密かつ複雑につながり合っている。そのような事項は、政府の政治部門に排他的に委任されており、司法府の取調べや干渉を排除するものである。」⁽⁹⁴⁾

その後の判決も、このような意見を繰り返して述べ、国家主権から派生するかかる権限は、連邦議会と連邦政府に属する「絶対的権限」(plenary power) であるとして、司法府は極度に自己抑制し政治部門の判断に服従する姿勢をとってきたのである⁽⁹⁵⁾。裁判所のこのような消極的な姿勢を見込むかのように連邦議会は、外国人の国外退去を強化する1996年の不法移民修正及び移民責任法 (IIRIRA)⁽⁹⁶⁾の制定に際して、かかる絶対的権限をさらに顕在化させたといわれている⁽⁹⁷⁾。IIRIRAは、政治部門が出入国管理に関する絶対的権限をフルに行使することを規定し、そして、それらが2001年9月11日に発生した同時多発テロ事件の処理に利用されたのであった。その一方で、連邦最高裁判所の2000年度開廷期に下された移民・国籍法に関する3つの画期的な判決⁽⁹⁸⁾に照らして、絶対的権限はその限界を有するとの見解も存する。しかし、それぞれの事案において、連邦最高裁は連邦議会のもつ絶対的権限を潜在的に意識しており⁽⁹⁹⁾、今後の判例の動向が注目されているところである。

おわりに—日本法への示唆

アメリカ合衆国においては、判例上も早い時期において退去強制は対外的な国家主権の属性であるということが確立した。これらの事案において下された諸判決は、1世紀以上たった今日まで退去強制事件のリーディング・ケースとして、さまざまな形で引用されている。だが、多くの場合、国家がその内に含みもつ法益を保全しようとする自己保存原理から導かれる政治部門の権限行使に対して、裁判所による司法的救済が認められた事例は、それほど多いものではなかった。このような現状に対して、ヘンキン教授は、出入国管理および帰化を規制する連邦議会の権限は絶対的なものではあるが、このような絶対的権限でさえ憲法上の制約に服する

と強く批判している⁽¹⁰⁰⁾。

この点について、アメリカ司法府は、かかる国家権限行使の根拠を対外的な主権原理に求めているのだが、わが国の判例では、これについて十分な議論がなされておらず、安易な論拠に寄っているのが現状といえる⁽¹⁰¹⁾。アメリカの判例理論からは、この主権原理から導かれる国家権限の属性とは、国家の自己保存原理（目的）と連邦議会の絶対的権限（手段）であるという法理が導びかれる。ここでは、とくに手段たる絶対的権限の是非を巡って議論が展開していったのであるが、その目的たる国家の自己保存原理との関係についての分析がされなくてはならず、このことはわが国の出入国管理法制にも少なからず示唆を与えてくれるものと思われる⁽¹⁰²⁾。

人権の守護者としてその役割を担う司法府が、このような剥き出しの国家権力に対して、法のルールに基づき、それをどのようにコントロールしようとするのか、それこそがわれわれの重大な関心事なのである。超憲法的とも主張される国家権限に対して、どこまで「法の支配」が及ぼされるか、まさにその具体的な論拠が求められている。そのためにも、国家の属性から派生する退去強制の本質ととともに、「法の支配」の視点からもさらなる分析が必要となるであろう。

注

- (1) USA Patriot Act, Pub.L. 107-56, § 412, 115 Stat. 272, 350-52(2001).
- (2) Immigration and Nationality Act, June 27, 1952, ch. 477, 66 Stat. 163 (1952).
- (3) 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量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 (8 U.S.C.A. § 1226a(2004))。また、これに伴う新しい連邦規則の下では、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 (8 C.F.R. § 1003.19(i)(2) (2003)); 66 Fed. Reg. 54909(2001).

- (4) 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つの連邦控訴裁判判決」ジュリスト1240号 (2003年) 124頁以下を参照。
- (5) J. Rawls, *A THEORY OF JUSTICE*, § 67, at 442 (1971).
- (6) *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893).
- (7) 本稿において、「永住・居住外国人」(permanent/resident alien)という語は、「合法的に永住資格を認められ」(移民・国籍法第101条a項20号)、もしくは、合法的に長期に在留し、入国後、合衆国において居住制限がなく、法によって許されるいかなる活動にも従事することのできる外国人の総称として使用する。これは、わが国の出入国管理及び難民認定法の別表第二に該当またはそれに準じる外国人、すなわち、わが国に「生活の本拠」を有し、経済活動等への参加を認められている外国人を意味するものである。
- (8) *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893). イギリスは、1857年に廃止されるまで、一般的犯罪人を、初めはアメリカに、後にはオーストラリアに移送していた。文明の進歩と共に、このような刑罰は漸次廃止の方向へむかっている。
- (9) わが国でもこのことを川原博士が早くから指摘されていた。川原謙一『米国退去強制法の研究』(鹿島研究所出版会、1964年) 28-31頁。
- (10) 世界的にみて、近代の入管法制は、アメリカ型と欧州型があり、日本は前者を採用しているといわれる[岡田照彦「入管制度の比較法的検討」ジュリスト438号47頁(1971年)]。また、出入国管理法制もあきらかにアメリカ法の継受とされており[法務省出入国管理局出入国管理法令研究会編『出入国管理法講義』(日本加除出版、1995年) 19頁]、わが国における外国人の出入国管理については、アメリカ法の示唆するところは他国に比べてはるかに大きいものと考えられる。
- (11) BLACK'S LAW DICTIONARY 349 (West Pub. Co., 1979).
- (12) Act of June 25, 1798, Ch. 58, 1 Stat. 570.
- (13) Act of July 6, 1798, Ch.66, 1 Stat. 577.
- (14) 50 U.S.C.A. § 21-23 (2004).
- (15) 8 U.S.C.A. § 1227 (2004).
- (16) Act of Feb.20, 1907, ch.1134, 34 Stat. 898. 本法律は、売春婦及び上陸前に存在する理由によって公共の負担となった者で、それらの者が入国後3年以内であれば退去強制することとした。
- (17) *Bugajewitz v. Adams*, 228 U.S. 585, 591 (1913).
- (18) *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581 (1889); *Nishimura Ekiu v. United States*, 142

- U.S. 651 (1892); *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893).
- (19) 8 U.S.C.A. § 1101(a)(3) (2004).
- (20) アメリカ駐在の各国大使、国を代表する外交官、領事官およびそれらの家族は退去強制の対象とはならない。また、国連のような国際機関の職員も退去強制の対象の例外とされる (8 U.S.C.A. § 1102 [2004].)。
- (21) *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698, 713 (1893).
- (22) Veto Statement of President Truman, June 25, 1952, *reprinted in* President's Commission on Immigration and Naturalization, *Whom We Shall Welcome* 281-82(1953). *See generally* Maslow, *Recasting Our Deportation Law: Proposals for Reform*, 56 COLUM. L.REV. 309 (1956).
- (23) *Bugajewitz v. Adams*, 228 U.S. 585 (1913).
- (24) 退去強制の苛酷さに鑑み、このような特異な国家の強制的権限からいかに外国人の権利保障を実現するかということは、国際人権法の観点からも各国共通の重要課題と考えられる。
- (25) *Developments in the Law — Immigration Policy and the Rights of Aliens*, 96 HARV. L. REV. 1289, 1386 (1983).
- (26) Act of May 5, 1892, Ch.60, § 6, 27 Stat. 25.
- (27) *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893).
本件は、中国人移民の入国が全面的に禁止された後に、その中国人が合衆国に合法的に在留していることを証明する手段として、居住証明書の取得を義務付けた1892年5月5日の法律の第6条の有効性を争ったものである。一定の期限後、証明書を取得することができない場合、すべての中国人労働者は国外追放されることとなった。合法的入国の立証責任は、あらゆる居住中国人労働者に課せられた。この法律によって、“すくなくとも一人以上の信頼に足る白人の証人”による証言が、さらに要求されるようになった。
- (28) *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698, 740 (1893).
- (29) *Id.* at 761.
- (30) *Fong Haw Tan v. Phelan*, 333 U.S. 6 (1948).
- (31) *Developments in the Law*, *supra* note 25, at 1386.
- (32) *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893).
- (33) Act of May 5, 1892, Ch.60, § 4, 27 Stat. 25.
- (34) *Wong Wing v. United States*, 163 U.S. 228 (1896).
本件は、「合法・非合法を問わず、合衆国の地域的管轄権下に居住するすべての外国人は、デュー・プロセスという憲法的保護を享有する合法的『人』である。」として不法外国人の人権享有主体性を確認した事案である。この法律の第4条では、合衆国に居住する中国人労働者に登録を義務づけ、1年経過しても登録しない者は、合衆国での滞在または在留が合法的に保障されていないとして、1年以内の懲役が科された後に国外へ追放されると規定していた。しかし、本判決において連邦最高裁は、同条項が憲法的手続きを踏まずに刑事的制裁を加えるものとして違憲の判断を下したのである。このことは、退去強制処分とは区別して、外国人に刑罰を課す場合にはより厳格な憲法上の権利保障を要求するというものであった。
- (35) Act of May 5, 1892, Ch.60, § 4, 27 Stat. 25.
- (36) T.Aleinikoff, D.Martin and H.Motomura, *IMMIGRATION AND CITIZENSHIP: Process and Policy*, 4th.ed, 694 (West Group, 1998).
- (37) *Bugajewitz v. Adams*, 228 U.S. 585 (1913).
- (38) 2002年11月、同時多発テロ発生の約1年後、連邦議会は国土安全保障法 (116 Stat. 2135) を成立させ、移民・帰化局を廃止し、ほとんどの出入国管理機能を国土安全保障省に移管させたのである。そして、移民・国籍法103条a項によって元来司法長官に委任されていた出入国管理権限のほとんどは、国土安全保障長官に移管されたのであった。現在、出入国管理および市民権取得の行政機能は、市民権・移民局 (the U.S. Citizenship and Immigration Services)、移民・税関執行局 (the U.S. Immigration and Customs Enforcement)、税関・国境警備局 (the U.S. Customs and Border Protection) の国土安全保障省の3つの部局が取り扱うことになっている
- (39) *Bugajewitz v. Adams*, 228 U.S. 585, 591 (1913).
- (40) *Lewis v. Frick*, 233 U.S. 291(1914).
- (41) *INS v. Lopez-Mendoza*, 468 U.S. 1032, 1038 (1984).
- (42) *Bugajewitz v. Adams*, 228 U.S. 585(1913).
- (43) しかし、このような退去強制の苛酷な性質に鑑み、1952年の移民・国籍法が制定された後も、「たとえ退去強制は刑罰ではないとしても、遡及処罰禁止の原則は刑事法と同様に民事法に対しても適用がある」との主張がなされていた。*See J.Wasserman, The Universal Ideal of Justice and our Immigration Laws*, 34 NOTRE DAM LAW. 1, 6 (1958).
- (44) *Chin You v. United States*, 208 U.S. 812 (1908) ; *Ng Fung Ho v. White*, 259 U.S. 276 (1922). ; *Bridges v. Wixon*, 326 U.S. 135 (1945).
- (45) *See, e.g.,* Fragomen, *The "Uncivil" Nature of Deportation: Fourth and Fifth Amendment Rights and the Exclusionary Rule*, 45 BROOKLYN L. REV. 29, 34-35 (1978);; Robert Pauw, *A New Look at Deportation as Punishment: Why at Least Some of the Constitution's Criminal Procedure Protections Must Apply*, 52 AD. L. REV. 199 (2000); T.Aleinikoff, D.Martin and H. Motomura, *supra* note 36, at 694.
- (46) *Developments in the Law*, *supra* note 25, at 1326.
- (47) *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893).
- (48) *Id.* at 710.

- (49) *Id.* at 713.
- (50) *Id.* at 763.
- (51) *Kaoru Yamataya v. Fisher*(The Japanese Immigrant Case), 189 U.S.86 (1903) .
 本件は、日本人であるヤマタヤ・カオルが、1901年7月1日、ワシントン州のシアトル港に到着したところ、同年同月15日、合衆国入国審査官は、彼女が貧困者であり、公の負担になる可能性があり、その点で法律(Immigration Act, March 3,1891 26 Stat. 1085)に違反して上陸していると認定し、同人を日本へ退去強制すべきものとして収容した事案である。1901年7月23日、財務長官は、退去強制令書を発付し、入国審査官は同人の退去強制を実施しようとしたが、上訴人は人身保護令状の発給をワシントン地区連邦地方裁判所に求めた。しかし、当該裁判所は人身保護令状の発給を拒否したため、連邦最高裁判所がサーシオレイライ（移管命令）を出したのである。
- (52) *Nishimura Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651 (1892).
- (53) *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893).
- (54) *Lem Moon Sing v. United States*, 158 U.S. 538 (1895).
- (55) *Kaoru Yamataya v. Fisher*, 189 U.S. 86 (1903).
 本判決は、連邦議会が人種を理由として入国拒否の法律を制定しても、裁判所は議会の定めた法に介入できないとし、入国拒否については、議会とその法を執行する連邦政府の権限の絶対性を認めた。しかし、退去強制については入国拒否と同一に扱わず、合衆国に一旦入国した者を退去強制するときには、個人の自由が侵害される可能性があり、したがって、たとえ不法であれ、入国し合衆国の管轄権内に入り、人口の一部になっているものに、合衆国に在留する権利を含む問題について、審理をうける機会を与えずに退去強制することは正当でないと判示した。本件は、入国拒否については立法権の絶対性を認めており、その点では、*Fong Yue Ting* 事件と同じであるが、退去強制における人権侵害の可能性に着目し、退去強制の事案では審理の機会が与えられなければならないとし、憲法上のデュー・プロセスの保障条項が立法府と行政府を拘束することを一般論として認めたものである。
- (56) Note, *Protecting Deportable Aliens from Physical Persecution : Sec. 243(h) of Immigration Act of 1952*, 62 YALE L.J. 845,848 (1953).
- (57) *Kaoru Yamataya v. Fisher*, 189 U.S. 86, 100-01 (1903).
 連邦最高裁は、手続的デュー・プロセスの保障は考慮するとした一方で、連邦議会が人種を理由として外国人の入国を拒否する法律を制定したとしても、司法府はその法律の内容について審査することはできないとし、入国拒否について、連邦議会と法を執行する行政府の権限の絶対性を認めている。そして、本事案の外国人は、適当なものでなくとも、調査の告知を受けたものであり、本裁判所はその調査に対して干渉できないとし、原審の人身保護令状の発給拒否を確認したのである。
- (58) U.S. Const. Amend. XIV, § 1
- (59) *See, e.g.,* Edward S. Corwin, THE CONSTITUTION AND WHAT IT MEANS TODAY, *Eleventh Edition*, 58.
- (60) U.S. Const. art. I, § 9, cl. 1.
- (61) 布井敬次郎『米国における出入国及び国籍法・上巻』（有斐閣、1985年）3-4頁。
- (62) *The Passenger Cases*, 48 U.S. 283 (1849).
- (63) *Commissioners of Immigration v. North German Lloyd*, 92 U.S. 259 (1875).
- (64) *Chy Lung v. Freeman*, 92 U.S. 275 (1875).
 本件は、カリフォルニア州法の無効を説き、それは「外国との通商を規律する連邦議会の権限の侵犯である」とした事案である。
- (65) *Edye v. Robertson*, 112 U.S. 580, 591 (1884).
- (66) Stephen H. Legomsky, IMMIGRATION AND REFUGEE LAW AND POLICY 13 (Foundation Press, 2002).
- (67) Act of July 6, 1798, ch.66, 1 Stat. 577 (1798).
- (68) *The Passenger Cases*判決（1849）におけるダニエル裁判官の反対意見を参照。48 U.S. 283, 509-10 (1849).
- (69) Stephen H. Legomsky, *supra* note 66, at 12.
- (70) *The Passenger Cases*, 48 U.S. 283 (1849).
- (71) *See* Walter Berns, *The Constitution and the Migration of Slaves*, 78 YALE L.J. 198 (1968).
- (72) Louis Henkin, FOREIGN AFFAIRS AND CONSTITUTION 16-18, (the Foundation Press, Inc, 1972).
- (73) *Chy Lung v. Freeman*, 92 U.S. (2 Otto) 275 (1875).
- (74) *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304, 315-18 (1936).
- (75) David Weissbrodt and Laura Danielson, IMMIGRATION LAW AND PROCEDURE IN A NUTSHELL 5th Edition 57-58, THOMSON WEST(2005).
- (76) *See, e.g.,* Raoul Berger, *The Presidential Monopoly of Foreign Relations*, 71 MICH. L. REV. 1, 26-33 (1972); David M. Levitan, *The Foreign Relations Power: An Anaysis of Mr. Justice Sutherland's Theory*, 55 YALE L.J. 467, 479-90 (1946).
- (77) Louis Henkin, *supra* note 72, at 22-24.
- (78) Stephen H. Legomsky, *supra* note 66, at 25.
- (79) T.Aleinikoff,D.Martin and H.Motomura, *supra* note 36, at 184-85.
- (80) *Id.* at 185-86.
- (81) David Cole, *Enemy Aliens*, 54 STAN. L. REV. 953, 956 (2002)..
- (82) *Kennedy v. Mendoza-Martinez*, 372 U.S. 144, 160 (1963).
- (83) T.Aleinikoff,D.Martin and H.Motomura, *supra* note 36, at 185-86.
- (84) *Id.* at 186.

- (85) この点については、新井信之「近代立憲主義における『公／私』モデルの変容」阪本編『立憲主義—過去と未来の間—』（有信堂、2000年）47頁以下を参照。
- (86) Chae Chan Ping v. United States, 130 U.S. 581 (1889); Nishimura Ekiu v. United States, 142 U.S. 651(1892); Fong Yue Ting v. United States, 149 U.S. 698(1893).
- (87) Fong Yue Ting v. United States, 149 U.S. 698, 713 (1893).
- (88) 萩野芳夫著『国籍・出入国と憲法-アメリカと日本の比較-』（勁草書房、1982年）324頁。
- (89) Louis Henkin, *supra* note 72, at 22.
- (90) *See* Hamdi v. Rumsfeld, 124 S.Ct. 2633 (2004); Rasul v. Bush, 124 S.Ct. 2686 (2004); Rumsfeld v. Padilla, 124 S.Ct. 2711 (2004.)
- (91) *See, e.g.*, M.Isabel Medina, *Demore v. Kim—A Dance Of Power And Human Rights*, 18 GEO. IMMIGR. L. J. 697,704 (2005); Adam B. Cox, *Citizenship, Standing, and Immigration Law*, 92 CAL. L. REV. 373 (2004); Peter J. Spiro, *Explaining the end of plenary power*, 16 GEO. IMMIGR. L. J. 339(2002); Gabriel j. Chin, *is there a plenary power doctrine ? A Tentative Apology and Prediction for our Strange but Unexceptional Constitutional Immigration Law*, 14 GEO. IMMIGR. L. J. 257 (2000); Sarah h. Cleveland, *The Plenary Power Background of Curtiss-Wright*, 70 U. COLO. L. REV. 1127 (1999); Louis Henkin, *The Constitution and United States Sovereignty: A Century of Chinese Exclusion and Its Progeny*, 100 HARV. L. REV. 853(1987); Gerald Neuman, STRANGERS TO THE CONSTITUTION 13-15(1996); Kevin R. Johnson, *Los Olvidados: Images of the Immigrant, Political Power of Noncitizens and Immigration Law and Enforcement*, 1993 BYU L. REV. 1139 (1993); Peter Schuck, *The Transformation of Immigration Law*, 84 COLUM. L. REV. 1 (1984).
- (92) Fong Yue Ting v. United States, 149 U.S. 698, 707 (1893).
- (93) Harisiades v. Shaughnessy, 342 U.S.580 (1952). 本件は、米国共産党党员であった合法的な居住外国人である原告が、1940年外国人登録法の施行前に党员であることを脱退したゆえに退去強制の対象とはならないとして、1940年外国人登録法の合憲性を争った事案である。法廷意見は、1940年外国人登録法は合衆国憲法のもとにおける連邦議会の権限内に属するものとし、原告の修正1条の主張を退けたのである。
- (94) Harisiades v. Shaughnessy, 342 U.S. 580, 588 (1952).
- (95) この絶対的権限理論については、Stephen H. Legomsky, *Immigration Law and the Principle of Plenary Congressional Power*, 1984 SUP. CT. REV. 255 (1985).以下を参照
- (96) Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996, Pub. L. No.104-208, 110 Stat. 3009 (1996).
- (97) David Weissbrodt and Laura Danielson, *supra* note 75, at 70-71.
- (98) Nguyen v. INS,533 U.S.53 (2001); INS v. St. Cyr, 533 U.S. 289 (2001); Zadvydas v. Davis, 533 U.S. 678 (2001).
- (99) David Weissbrodt and Laura Danielson, *supra* note 75, at 70-71.
- (100) Louis Henkin, *supra* note 91, at 862-63.
- (101) わが国の判例は、これまで外国人の入国の許否については、国際慣習法上認められた権限であることを根拠として（最大判昭和32年6月19日）、行政の裁量を幅広く認めてきた。これは、憲法を頂点とした国内法の体系を超えた国際法をストレートに援用し、それを自由裁量ともいうべき行政権限行使の根拠とするものであり、その間にある憲法規範や主権原理との関係については、ほとんど議論がなされていないのである。
- (102) さしあたって、この点については、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頁以下および同「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）1頁以下を参照。

arai@tc.nagasaki-gaigo.ac.jp