

「孤立した少数者」としての外国人

—9・11後のアメリカにおける「法の支配」の一断面—

安部圭介

概要

同時多発テロ後のアメリカにおいてはさまざまな面で市民的自由が切り詰められ、「法の支配」が根本から掘り崩される事態が生じている。諸々の手続や処分が秘密裡に進められる傾向が強まり、外国人に対する差別的な取扱いも横行しつつある。「法の下での平等」というアメリカ的価値の基盤にも罅が入りはじめている。

このような中、2004年の合衆国最高裁判決 *Rasul v. Bush* は、アフガニスタンなどで身柄を拘束された後、キューバ国内の米軍基地に移送され、弁護士の援助も裁判所へのアクセスも認められないまま施設に収容されていた「敵性戦闘員」らに人身保護請求を提起する権利を認めた。権力に対する法的歯止めの必要性を否定するようなブッシュ政権の対応に警告を発したものであった。

他方、他の分野や下級審の動きに目を転じれば、外国人の取扱いをめぐる裁判所や裁判官の間に意見の対立があることもまた見て取れる。アメリカにおける「法の支配」は、今後、同時多発テロの衝撃から緩やかに立ち直り、裁判官らの紡ぎ出すさまざまな判決に彩られながら、長い時間をかけて織り成され続けてゆくものと思われる。

キーワード

法の支配、敵性戦闘員、人身保護請求、法の下での平等、厳格審査

1. はじめに

2004年6月28日は、9・11後のアメリカにおいて「法の支配」という理念がその力を失ってはいないことが確認される歴史的な日となった。遠く離れたイラクで米英占領当局から暫定政府への主権委譲が実施されたこの日、合衆国最高裁判所は、合衆国軍によって身柄を拘束されている人々の権利に関わる3つの重要な判決を下した¹⁾。バグダッドのアブ・グレイブ収容所での収容者虐待事件が国際社会に驚きをもって受け止められ、被拘束者から情報を引き出すために拷問を加えることを許可する権限が大統領にあるとした司法省の報告書が世論の批判にさらされる中²⁾、それまでテロリズムとの戦いを強力に押し進めてきた大統領の権限に憲法上の歯止めがかけられた瞬間であった。

判決の1つにおいて焦点となったのは、大統領によって「敵性戦闘員 (enemy combat-

1) *Rumsfeld v. Padilla*, 124 S. Ct. 2711 (2004); *Rasul v. Bush*, 124 S. Ct. 2686 (2004); *Hamdi v. Rumsfeld*, 124 S. Ct. 2633 (2004).

2) 大統領はすべての条約を停止ないし破棄する権限を持ち、国際慣習法に従う義務もないとするアシュクロフト司法長官の助言に基づき、ブッシュ大統領自身も、捕虜の人道的取扱いを定めたジュネーブ条約を一時停止する権限を自らが持っていると考えていた。See, e.g., R. Jeffrey Smith, *U.S. Liability Key Concern in '02 Debate on Detainees*, WASH. POST, June 23, 2004, at A13.

ant)]³⁾とみなされ、キューバのグアタナモ基地に移送された外国人の身柄の拘束の当否が連邦裁判所の審査に服するか否かという問題である。なるほど、9・11後のアメリカの政治状況をいったん離れて考えてみれば、戦時であっても大統領が憲法や国際法の要求するところに従ってその権限を行使しなければならないことは自明のようにも思われる。違法な拘束を受けている疑いのある者がその拘束の合法性について裁判所に判断を求めうることも、ある意味では当然でさえある。しかし、2001年9月11日以来のアメリカの変化の軌跡をふり返るとき、そうした法の基本原則は、決して一貫して守られてきたわけではなかった。

他方、ここ2、3年の下級審の動きに目を向ければ、現にアメリカ社会で暮らす歴大な数の外国人にとって、軍によって身柄を拘束されている人々の権利を明らかにした合衆国最高裁判決以上に大きな意味を持つとも考えられる重要な判決が下されてきていることに気づかされる。雇用や資格取得などの場面での外国人に対する差別的な取扱いについて憲法判断を行った諸判決がその例として挙げられよう⁴⁾。アメリカにおける「法の支配」の現状を評価するに当たっては、合衆国最高裁の動向のみならず、こうした下級審の動きについても併せて検討を加える必要があるものと思われる。

以下、本稿では、「法の支配」の淵源とそのアメリカ的展開について概観した後、同時多発テロ後のアメリカにおける外国人の取扱いに関わる2つの判決を取り上げ、「分断され、孤立した少数者 (discrete and insular minorities)]⁵⁾の救済という観点からその意義について考察する。

2. 「古きよき法」の支配、「より高次の法」の支配

近年、主に司法制度改革との関係でわが国でも耳にする機会が多くなった「法の支配

3) *Rasul v. Bush*, 215 F. Supp. 2d 55, 67 n.12 (D.D.C. 2002). 最高裁自身は *Rasul* 判決中ではこの表現を使用せず、“enemy” ないし “enemy alien” という言葉を用いて議論を進めている。See *Rasul v. Bush*, 124 S. Ct. 2686 *passim* (2004). 「敵性戦闘員」という用語は国際法上確たる根拠のあるものではなく、ブッシュ大統領によって1942年の合衆国最高裁判決の一節から「[不正に] 転用 (expropriate)」されたものであると言われている。See Raquel Aldana-Pindell, *The 9/11 “National Security” Cases: Three Principles Guiding Judges’ Decision-Making*, 81 OR. L. REV. 985, 986 n.7 (2002) (citing *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942)).

4) *E.g.*, *Wallace v. Calogero*, 286 F. Supp. 2d 748 (E.D. La. 2003); *Gebin v. Mineta*, 231 F. Supp. 2d 971 (C.D. Cal. 2002). この他、州下級審の判決であるが、食料スタンプの支給基準が差別的であると主張した原告らの訴えが認められ、暫定的差止命令が発せられた事例として、see *Teytelman v. Wing*, 773 N.Y.S.2d 801 (N.Y. Sup. Ct. 2003).

5) *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 153 n.4 (1938).

「孤立した少数者」としての外国人

(rule of law)⁶⁾という理念の淵源は、よく知られている通り、中世のイギリス法にある⁷⁾。そこでは、法を神の意思に基づく「永久不変の慣習法」⁸⁾と観念するゲルマン法思想の下、「国王も政府も、国家の法には従わなければならない」⁹⁾との原則が共有され、「未熟な抑制ではあっても、これを専断的な権力のうえに加えることを、憲法の支配的原理としようとする動き」¹⁰⁾がしばしば見られた¹¹⁾。人々の生活の中で時を経て結晶した慣習こそが法であると考えられていた中世において、法を変更することは「ほとんど最大の法の侵犯」¹²⁾であり、イギリスの法制度を改変しようとする国王は、「古きよき法」に立ち返ることを要求する抗議の声に常にさらされてきたのである¹³⁾。そして、その「古きよき法」は、マグナ・カルタに典型的に表れているように¹⁴⁾、国王の権力ないし権限に一定の制約を課すことを主要な柱とするものであった¹⁵⁾。

このような「法の支配」がイギリスにおいていち早く強調されるようになったことの歴史的背景として、パウンド (Roscoe Pound) は、①他国よりも早く強大な中央政府が成立したこと、②裁判所の権限もまたヨーロッパ諸国に先駆けて確立したことの2点を指摘している¹⁶⁾。「個人や地域共同体の利益 [の促進] のために国王 [の権力] に抑制を加える必要性が感じられていた」¹⁷⁾イギリスにおいて、実際に権力に歯止めをかける役割を果たしうる位置にあったのは、他国と比較して強力だった裁判所にほかならなかった¹⁸⁾。中世以来のイギリス法の伝統として育まれてきた「法の支配」という理念は、絶対王政の時代にもクック (Sir Edward Coke) らによって擁護され、名誉革命を経て、1689年の

6) 田中英夫『英米法のことば』180頁(1986)。また、司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書：21世紀の日本を支える司法制度」ジュリスト1208号185頁、187頁(2001)参照。

7) 「イギリスの法制度のほとんどすべてのものが、その起源を中世に求められるのであるが、『法の支配』もまた、その例外ではない」。伊藤正己『法の支配』17頁(1954)。

8) 同書19頁。

9) 同書17頁。

10) 同書同頁。

11) See, e.g., J.C. Holt, *The Ancient Constitution in Medieval England*, in *THE ROOTS OF LIBERTY: MAGNA CARTA, ANCIENT CONSTITUTION, AND THE ANGLO-AMERICAN TRADITION OF RULE OF LAW* 22, 49-53 (Ellis Sandoz ed., 1993).

12) JOHN DICKINSON, *ADMINISTRATIVE JUSTICE AND THE SUPREMACY OF LAW IN THE UNITED STATES* 86 (1927).

13) See *id.* 具体的には、エドワード懺悔王(在位1042-66)が「古きよき法の源泉 (source of good and ancient law)」とされ、ヘンリ1世(在位1100-35)が「正義の体現者 (Lion of Justice)」と位置づけられて、統治のあり方を検討、批判、是正する際の基準とされた。See Holt, *supra* note 11, at 51-53.

14) マグナ・カルタ自体も、それに先立つアングロ・サクソン期の法の下で保障されていた諸々の権利や自由を確認し、文書化したものであったと言われる。See Corinne Comstock Weston, *Epilogue: Diverse Viewpoints on Ancient Constitutionalism*, in *THE ROOTS OF LIBERTY*, *supra* note 11, at 238, 251.

15) 伊藤正己, 前掲書(註7)17頁参照。

16) See ROSCOE POUND, 2 *JURISPRUDENCE* 433 (1959).

17) *Id.*

18) See *id.*

Bill of Rights (権利章典) において「最高の憲法原則」¹⁹⁾として確立するわけであるが、そこに至るまでの過程に一時的な断絶を見るにせよ連続を見るにせよ²⁰⁾、「法の支配」の母国としてのイギリスの重要性は明らかであろう。現在でも、「法の支配」の具体的な内容を論じる際には、①政府の専断や広範な自由裁量権の排除、②公務員もまた一般市民を規律する法に服従する義務を免れないという意味での「法の前の平等」、③憲法上の諸原則が数々の判決の集積の結果として存在すること——裏返して言えば、救済方法のあるところにこそ権利があり、「権利のあるところに救済方法がある」²¹⁾こと——の3点を「法の支配」の意味として挙げた19世紀末のイギリスの法学者ダイシイ (Albert Venn Dicey) の学説がまず参照されることが多い²²⁾。

しかし、その後の展開を見るならば、「法の支配」の貫徹がとりわけ熱心に追求され、それを担保するための諸々の制度が構築されたのはアメリカにおいてであったと言わなければならない。「法の支配」を実効化するためのさまざまな仕組みのうち、特に重要な意味を持つものとしては、①成文憲法の制定²³⁾、②司法審査制の採用が挙げられるが²⁴⁾、これらはいずれもアメリカにはじまるものである。そして、これらの試みが他国に先駆けてアメリカでなされたことの背景には、一定水準の人権保障と民主的な政治過程の実

19) 伊藤正己, 前掲書 (註7) 30頁。

20) 田中英夫教授は、マグナ・カルタは、ステュアート朝における国王と国会の抗争を経てはじめて重要な役割を与えられたとされる。田中英夫「私有財産権の保障規定としての Due Process Clause の成立」田中英夫『英米法研究2: デュー・プロセス』3頁, 22頁 (1987) 参照。田中教授によれば、「後世に大きな影響を与えた」のはクックによるマグナ・カルタの註釈であるが、それは「クックの偉大さとその果たした大きな役割の故に、しばしば引用され、マグナ・カルタの本来の姿を記したものと誤解され」ていた。アメリカ植民地の住民の本国に対する「自由のための闘い」においてよりどころとされたのも、この「クックの註釈を通じてのマグナ・カルタ」であった。同論文 25頁, 27頁参照。

21) 伊藤正己, 前掲書 (註7) 11頁。イギリスにおいて「個人の権利を護るために裁判所で行われた長い闘争の成果」として憲法が把握されており、その結果、権利とそれを強行する手段とが表裏一体の関係に立つものと考えられていることにつき、同書 10-11頁参照。

22) See, e.g., Berta Esperanza Hernandez-Truyol, *The Rule of Law and Human Rights*, 16 FLA. J. INT'L L. 167, 168-69 (2004); Jeffrey Jowell, *The Rule of Law Today, in THE CHANGING CONSTITUTION* 5, 6-10 (Jeffrey Jowell & Dawn Oliver eds., 5th ed. 2004); Todd J. Zywicki, *The Rule of Law, Freedom, and Prosperity*, 10 S. CT. ECON. REV. 1, 3-4 (2002). また、植村勝慶「現代イギリスにおける『法の支配』論」憲法理論研究会 (編)『法の支配の現代的課題』3頁, 5-7頁 (2002), 砂田卓士・新井正男 (編)『英米法原理 (補訂版)』13-14頁 (1992) 参照。

23) 先に述べた通り、ダイシイは個人の権利が憲法を根拠として生まれるものではないことを強調するが、このような理解に立ったとしても、必ずしも成文憲法が重要でないということにはならないであろう。近代憲法が成文憲法主義と結びつくことに「十分の理由がある」ことにつき、伊藤正己『憲法 (第3版)』16頁 (1995) 参照。

24) 司法審査制は「憲法保障の方法として最も有効なものと考えられている」。同書 617頁。もちろん、それがどこまで「有効」なのかについては疑問もありうる。「司法府=人権保障の砦」論の「問題性」につき、大沼保昭『人権・国家・文明: 普遍主義的人権観から文際的人権観へ』200-03頁 (1998) 参照。

現を「より高次の法 (higher law)」²⁵⁾——宇宙に満ちわたる神の法²⁶⁾——の命じるところととらえ、立法によっても否定しえないものと見るプロテスタンティズムの思想があった²⁷⁾。とりわけ、必要最小限の政府をもってよしとする開拓者精神と1人1人の聖書解釈を何よりも重視するピューリタニズムとをその基本的特徴としていた初期のアメリカにおいては、クックらの活躍した17世紀のイギリスにもまして、あらゆる政府の行為に強い警戒の目が向けられ、個人の領域への政府の干渉を防止することに意が用いられた²⁸⁾。こうした社会状況の中から生まれたアメリカ法が「法の支配」を強調し、個人の権利を守るべく政府の権力に厳しい歯止めを課したのは²⁹⁾、自然なことであった。大統領の行為であれ軍の行為であれ、恣意的な権力の行使は禁じられた³⁰⁾。政府は法に従って運営されなければならないという考え方は、アメリカ型立憲主義のまさに中核を成す観念であった³¹⁾。

3. 9・11後のアメリカの人権状況

ところが、同時多発テロ後のアメリカにおいては、さまざまな分野で市民的自由の縮

25) CLINTON ROSSITER, *THE FIRST AMERICAN REVOLUTION: THE AMERICAN COLONIES ON THE EVE OF INDEPENDENCE* 70 (1956).

26) 実定法は必ず「この自然法に究極の承認を得ていなければ」ならないとされた。鶴飼信成『現代アメリカ法学』22-23頁(1954)参照。阿部齊教授も、ピューリタンたちが「あらゆる人間的、世俗的な法にも神の承認がなければ」ならないとの見方に立ち、「こうした承認を欠くときには、すべての多数決や立法行為は零に等しく無効である」と考えていたことを指摘される。「立憲主義について：その政治学的考察」下山瑛二・高柳信一・和田英夫(編)『アメリカ憲法の現代的展開 2：統治構造』3頁, 16頁(1978)参照。

27) 聖書を日々の生活の「手引き (guide)」とし、個人の行為から教会運営、政治体制に至るまですべての問題の答えは聖書に示されているととらえるピューリタンの間では、治者の恣意的な支配に対抗する手段として「より高次の法」の存在を主張する考え方が強かったこと、成文憲法の重要性を強調するアメリカの伝統がこの「より高次の法」も聖書と同じように——すなわち、文書として——誰もが参照できる形で示されるべきではないかというピューリタンの考えから生まれてきた面があることにつき、安部圭介「州憲法の現代的意義 (2)：ウォーレン・コート後のアメリカにおける人権保障の新しいあり方」法学協会雑誌120巻6号90-91頁(2003)参照。See also DANIEL J. BOORSTIN, *THE AMERICANS: THE COLONIAL EXPERIENCE* 18-19 (1958).

28) See Roscoe Pound, *Justice According to Law*, in *ESSAYS ON JURISPRUDENCE* 217, 256-57 (Columbia Law Review Ass'n ed., 1963).

29) See WILLIAM M. WIECEK, *LIBERTY UNDER LAW: THE SUPREME COURT IN AMERICAN LIFE* 5 (1988)。アデア (John Adair) も、合衆国憲法に組み込まれた「抑制と均衡」の枠組みは、「アダムの子供たち」は過ちを犯しやすい存在であるので過度の信頼を寄せてはならないと考えるピューリタンの意識の反映であるとする。See JOHN ADAIR, *FOUNDING FATHERS: THE PURITANS IN ENGLAND AND AMERICA* 279 (1982)。

30) See WIECEK, *supra* note 29, at 7.

31) See STEPHEN M. GRIFFIN, *AMERICAN CONSTITUTIONALISM: FROM THEORY TO POLITICS* 13 (1996)。

減が見られ、①行政の透明性の確保、②権力部門相互の「抑制と均衡」、③法の下での平等の尊重、といった法の基本原則があからさまに軽視される事態が生じた³²⁾。刑事手続の面で政府の権限を大幅に拡大、強化するとともに、外国人の抑留、拘禁に関して司法審査をまったく形式的なものとする USA パトリオット法の制定は³³⁾、その端的な表れと言えよう。USA パトリオット法に関しては、①個人情報へのほぼ無制限のアクセスを FBI (連邦捜査局) に認めている点、②収集した情報を FBI が州警察や CIA (中央情報局) に横流しすることを認めている点、③「情報目的 (intelligence purposes)」³⁴⁾ の捜査については「相当な理由 (probable cause)」³⁵⁾——合衆国憲法第 4 修正によって要求されているはずの——なく開始できるものとしている点など、驚くべき内容が少なくないが、ブッシュ政権は、その後、こうした最低限の立法の裏づけすら伴わない形で、中東や南アジア諸国からアメリカに入国した青年男性らに対する「底引き網尋問 (dragnet questioning)」³⁶⁾ などの極端な政策を次々に実施に移してきた。「法の支配」をまさに根底から掘り崩すかのような近年のアメリカの状況の中³⁷⁾、人権団体関係者らによってとりわけ深刻に受け止められてきたものとして、外国人の恣意的な抑留、拘禁に伴う人権侵害の問題があった³⁸⁾。

専門家らは、「人種による選別 (racial profiling)」³⁹⁾ に基づいて抑留、拘禁が進められた点に当初から特に注目し、軽微な移民法違反を理由として⁴⁰⁾——もしくは、表向き、同時多発テロに関する「重要な証人 (material witness)」⁴¹⁾ として——アジア・アフリカ諸国

32) See AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION, *INSATIABLE APPETITE: THE GOVERNMENT'S DEMAND FOR NEW AND UNNECESSARY POWERS AFTER SEPTEMBER 11*, at 1 (2002).

33) Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272 (2001). 2001 年 10 月 26 日に成立した連邦法である。正式名称「テロリズムの遮断および防止のための適切な手段の提供によるアメリカの結束および強化に関する法律 (The Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act)」の頭文字を取って、通常、USA PATRIOT Act と呼ばれている。

34) § 505, 115 Stat. at 365.

35) U.S. CONST. amend. IV. 令状発給の基礎となる、容疑者が一定の罪を犯したと信じるに足るだけの事情や情報を意味する。

36) AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION, *supra* note 32, at 6.

37) USA パトリオット法が伝統的な「法の支配」の観念と相容れないのみならず、「およそその対極にあると言ってもよいような内容のものである」ことにつき、安部圭介「9・11 後のアメリカの人権状況とそのアジアへの示唆」成蹊法学 57 号 457 頁, 461 頁 (2003) 参照。

38) 同論文 464-67 頁参照。

39) *E.g.*, Ralph Temple, *The Sorrow and the Pity of Racial Profiling*, in *IT'S A FREE COUNTRY: PERSONAL FREEDOM IN AMERICA AFTER SEPTEMBER 11*, at 69 (Danny Goldberg et al. eds., 2002); Mervat F. Hatem, *Racial Profiling in the Pursuit of Arabs and Muslims in the U.S.*, in *IT'S A FREE COUNTRY*, *supra*, at 339.

40) See, *e.g.*, Donna Lieberman, *The Danger of Remaining Silent*, in *IT'S A FREE COUNTRY*, *supra* note 39, at 143, 145.

41) AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION, *supra* note 32, at 5.

「孤立した少数者」としての外国人

出身の外国人の抑留、拘禁を続けるブッシュ政権の対応を批判してきたが⁴²⁾、合衆国政府が「特別の利益 (special interest)」⁴³⁾を有する事件については移民審判を非公開で行うよう指示した首席移民審判官通達の下⁴⁴⁾、身柄を拘束された外国人の保釈の許否を決する審判、国外退去強制審判などの審判へのアクセスをことごとく阻まれ⁴⁵⁾、外国人の抑留、拘禁に関わる問題の全貌を把握することの困難な状況に置かれてきた。このような中、2002年1月、アフガニスタンにおいて拘束された「敵性戦闘員」らのグアンタナモ湾海軍基地への移送がはじまり⁴⁶⁾、同基地での取扱いの現実がメディアで報道されるに至って⁴⁷⁾、アメリカにおける「法の支配」のあり方は、その根本から問われることになったのであった。

4. 人身保護手続と外国人： Rasul v. Bush

(1) はじめに

冒頭で触れた2004年6月28日の3つの判決は、いずれも合衆国軍によって身柄を拘束されている者からの人身保護請求に合衆国最高裁が答えたものである。そのうちの2件は合衆国市民からの請求であったが、残る1件で問題になっていたのは、まさにグアンタナモ湾基地内の施設に収容されている外国人らの提起した請求であった。「ありとあらゆる人権規範に反する」⁴⁸⁾とも評されてきた同基地の状況に照らせば、合衆国軍による

42) See, e.g., Kit Gage, *Legalized Cointelpro*, in *IT'S A FREE COUNTRY*, *supra* note 39, at 248, 251-52. 「人種による選別」の影響は合衆国市民にも及んだ。旅券の「変造」を理由にパレスティナ系アメリカ人の父子が空港で身柄を拘束された事例について、see Dan B. Gerson, *Tale of Mustafas*, in *IT'S A FREE COUNTRY*, *supra* note 39, at 303, 303-05. 旅券のラミネット加工の施された部分の上に薄いフィルムを貼っていたというのがその理由であり、父（当時67歳）は11日、子（24歳）は67日もの間、身柄の拘束を受けた。父子はいずれも合衆国市民であった。See *id.*

43) *Detroit Free Press v. Ashcroft*, 195 F. Supp. 2d 937, 941 (E.D. Mich. 2002).

44) 合衆国政府が「特別の利益」を有する事件か否かは、首席移民審判官室が自ら判断する。安部圭介、前掲論文（註37）467頁参照。

45) その合憲性について、下級審の判断は分かれた。第3巡回区は移民に関わる分野での行政権への謙譲を理由に通達を合憲としたが、第6巡回区は報道の自由を理由に通達を違憲とした。See *New Jersey Media Group, Inc. v. Ashcroft*, 308 F.3d 198 (3d Cir. 2002); *Detroit Free Press v. Ashcroft*, 303 F.3d 681 (6th Cir. 2002).

46) See Katharine Q. Seelye, *First 'Unlawful Combatants' Seized in Afghanistan Arrive at U.S. Base in Cuba*, *NEW YORK TIMES*, Jan. 12, 2002, at A7.

47) See, e.g., *Detainees' Rights*, *BOSTON GLOBE*, Jan. 23, 2002, at A14; *Britain Questions Treatment of Prisoners by U.S.*, *WASH. POST*, Jan. 21, 2002, at A7.

48) Michael Ratner, *Is This a Dark Age for Fundamental Legal Protection?*, in *IT'S A FREE COUNTRY*, *supra* note 39, at 215, 225.

アフガニスタン攻撃の際に身柄を拘束され、その後、同基地に移送された外国人らの拘束、収容の当否が司法審査に服するか否かが問題になった *Rasul v. Bush* (ラズル対ブッシュ事件)⁴⁹⁾において、「人民の自由を保護するための武器」⁵⁰⁾として英米における「法の支配」をつかさどってきた人身保護手続が用いられたことは、いわば必然のなりゆきであったように思われる。その事案は、次のようなものであった。

(2) 事実の概要

人身保護請求を提起した14名の外国人のうち、クウェイト人12名は、アフガニスタンやパキスタンで人道援助を行っていたのであるが、その親族の証言するところによれば、報奨金目当ての村民らに捕えられ、合衆国軍に身柄を引き渡されていた。また、2名のオーストラリア人のうち1名は、アフガニスタン国内で北部同盟による拘束を受けた後、もう1名は、パキスタン国内でパキスタン政府による拘束を受け、いったんエジプト政府に引き渡された後、いずれも合衆国軍に身柄を引き渡されていた⁵¹⁾。

2002年初頭以来、請求者らは、やはり国外で拘束された640名前後の外国人とともにグアantanamo湾基地に収容されているが、同基地はキューバ南東部に位置し、その敷地は、1903年の協定に従ってアメリカがキューバから租借しているものである。この協定の中でアメリカは、グアantanamo湾地域にキューバの「主権 (sovereignty)」⁵²⁾が引き続き及ぶことを承認しており、他方、キューバは、アメリカの占領が続く限り、グアantanamo湾地域がアメリカの「完全な権限と支配 (complete jurisdiction and control)」⁵³⁾に服することを承認している。1934年には条約が結ばれ、この租借は、アメリカがグアantanamo湾基地から自発的に撤退しない限り、効力を有し続けるものとされている⁵⁴⁾。

このような中、請求者らは、身柄の釈放に加え、罪となるべき事実についての告知、弁護士や家族との面会、裁判所へのアクセスなどを求めて、コロンビア特別区合衆国地裁に出訴した。その主張によれば、請求者らは、①アメリカに敵対する戦闘員であったことはなく、②テロ行為を行ったこともないにもかかわらず、③告発も起訴もなされず、弁護士による援助を受けることも許されず、裁判所へのアクセスも認められないまま、長期にわ

49) 124 S. Ct. 2686 (2004).

50) 田中英夫, 前掲書 (註6) 31頁.

51) See *Rasul v. Bush*, 124 S. Ct. 2686, 2691 n.4 (2004).

52) *Lease of Lands for Coaling and Naval Stations*, Feb. 23, 1903, U.S.-Cuba, art. III, T.S. No. 418, cited in *Rasul*, 124 S. Ct. at 2691 n.2.

53) *Id.*

54) See *Treaty Defining Relations with Cuba*, May 29, 1934, U.S.-Cuba, art. III, 48 Stat. 1683, T.S. No. 866, cited in *Rasul*, 124 S. Ct. at 2691 n.3.

たって身柄を拘束されているということであった⁵⁵⁾。

合衆国地裁は、これらの請求は結局、いずれも人身保護令状を求めるものであると位置づけた上で、1950年の最高裁判例に従って請求をしりぞけた⁵⁶⁾。アメリカの主権の及ばない地域で身柄を拘束されている外国人がアメリカの裁判所に人身保護請求を提起することは判例上認められていないので、本件ではそもそも管轄権が存在しないとの判断であり、控訴裁もこの立場を維持したため⁵⁷⁾、請求者らが裁量上訴の申立てを行っていた。

(3) 法廷意見

法廷意見（スティーヴンズ裁判官執筆，オコナ，スータ，ギンズバーグ，ブライアの各裁判官同調）は、判例上、連邦裁判所には行政権による身柄の拘束の当否を審査する広範な権限が認められてきたことをまず指摘する⁵⁸⁾。その上で、本件において問われているのは、アメリカの主権は及んでいないものの、アメリカが「包括的かつ排他的な権限 (plenary and exclusive jurisdiction)」⁵⁹⁾を行使している地域において行政権が外国人の身柄を拘束している場合に、人身保護手続を定めた連邦法の規定の下⁶⁰⁾、拘束の当否について司法審査を受ける権利が認められるか否かであるとし⁶¹⁾、認められるとの結論を導いている。その理由づけは、次のようなものであった。

請求者らの身柄の拘束者たる合衆国政府は、1950年の *Johnson v. Eisentrager*（ジョンソン対アイゼントレイジャ事件）⁶²⁾を引き、そこで示された立場に従えば本件でも連邦裁判所の管轄権は認められないとするが、本件の事案は、*Eisentrager* 事件とは大きく異なる。第1に、*Eisentrager* 事件で人身保護令状を求めていたのがドイツ国民であったのに対し、本件の場合、請求者らは交戦当事国の国民ではなく、アメリカを攻撃したことも攻撃を計画したこともなかったと主張している。第2に、*Eisentrager* 事件においては請求者らが Military Commission（軍事審問委員会）による審理を受け、有罪判決を受けていたのに対し、本件の場合、請求者らは司法機関へのアクセスを一切認められていない。第3に、

55) *See Rasul*, 124 S. Ct. at 2691.

56) *Rasul v. Bush*, 215 F. Supp. 2d 55 (D.D.C. 2002) (citing *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763 (1950)).

57) *Al Odah v. United States*, 321 F.3d 1134 (D.C. Cir. 2003).

58) *See Rasul v. Bush*, 124 S. Ct. 2686, 2692-93 (2004).

59) *Id.* at 2693.

60) 28 U.S.C. § 2241 (2004). 同条は、「最高裁判所、最高裁判所裁判官、地方裁判所および控訴裁判所裁判官は、それぞれの管轄する区域において (within their respective jurisdictions) 人身保護令状を発することができる」と規定する。

61) *See Rasul v. Bush*, 124 S. Ct. 2686, 2693 (2004).

62) 339 U.S. 763 (1950).

Eisentrager 事件において請求者らが収容されていたのがドイツ国内の刑務所であったのに対し、本件の請求者らが収容されている施設はアメリカが排他的権限と支配を及ぼしている地域にあり、しかも、請求者らはすでに2年以上にわたってそこに収容されている⁶³⁾。

こうした事実の面での重要な違いに加え、Eisentrager 判決は、法的構成の点でも本件とはまったく異なっている。同判決は人身保護令状の発給を求める憲法上の根拠について判断を示しているが、制定法上の根拠についてはほとんど検討していないからである。これはおそらく、制定法については、直前の1948年に下された Ahrens v. Clark (アーレンズ対クラーク事件)⁶⁴⁾で決定的な判断が下されていたという事情によるものと考えられる。

Ahrens 事件では、退去強制に向けてエリス島に収容されていたドイツ人らが人身保護請求をコロンビア特別区合衆国地裁に起こしていたが⁶⁵⁾、最高裁は、連邦裁判所裁判官が「それぞれの管轄する区域において (within their respective jurisdictions)」⁶⁶⁾人身保護令状を発することができる旨を定めた連邦法の下、人身保護請求は請求者の所在地を管轄する地裁に提起しなければならないとの立場を示して、請求をしりぞけていた⁶⁷⁾。

そこで、Eisentrager 事件を審理した地裁は Ahrens 判決に依拠して請求を却下し⁶⁸⁾、逆に控訴裁は、以上のように解釈されるところの連邦法は、「人身保護令状の特権は、反乱または侵略に際し公共の安全上必要とされる場合でなければ、停止されてはならない」⁶⁹⁾と定める合衆国憲法第1編9節2項との間に「違憲の隙間 (unconstitutional gap)」⁷⁰⁾を生ぜしめるがゆえに、この事件では、法の「基本原理 (fundamental principles)」⁷¹⁾に基づいて連邦裁判所の管轄権を肯定しなければならないと判示していたのである⁷²⁾。最高裁が覆したのは、この控訴裁の判断であった。

しかし、Ahrens 判決は、1973年の Braden v. 30th Judicial Circuit Court of Kentucky

63) See *Rasul*, 124 S. Ct. at 2693.

64) 335 U.S. 188 (1948).

65) エリス島は、ニュー・ヨーク州とニュー・ジャージー州の間を流れるハドソン川の河口に位置する島である。1892年から1954年まで、連邦移民帰化局の施設が置かれていた。See, e.g., *New Jersey v. New York*, 523 U.S. 767, 771-78 (1998).

66) 28 U.S.C. § 452 (1948) (current version at 28 U.S.C. § 2241 (2004)), cited in *Ahrens*, 335 U.S. at 189-90.

67) See *Ahrens*, 335 U.S. at 192.

68) See *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763, 767 (1950).

69) U.S. CONST. art. I, § 9, cl. 2.

70) *Rasul v. Bush*, 124 S. Ct. 2686, 2694 (2004). この表現は、Eisentrager 事件控訴審判決の原文にはない。本件法廷意見を執筆したスティーヴンズ裁判官の整理である。

71) *Eisentrager v. Forrestal*, 174 F.2d 961, 968 (D.C. Cir. 1949).

72) See *id.* at 967-68.

「孤立した少数者」としての外国人

(ブレイドゥン対第30巡回区ケンタッキ州巡回裁判所事件)⁷³⁾によって判例変更されている。同判決では、人身保護請求を扱う地裁が被拘束者の所在地を管轄していなければならないとの連邦法上の要求は必ずしも「絶対不変の要件 (invariable prerequisite)」⁷⁴⁾ではないとされたので、Eisentrager 判決が人身保護請求をしりぞけた際の暗黙の前提——すなわち、制定法上、人身保護請求は必ず被拘束者の所在地を管轄する地裁に提起しなければならない、この点について例外は認められないとの理解——はすでに崩れており、本件請求を審理することは、Eisentrager 判決によっては何ら阻まれない⁷⁵⁾。

連邦制定法に関しては、域外適用を認める合衆国議会の意思が明確に示されていない限りは域外適用を認めないのが原則であるとの指摘もあるが⁷⁶⁾、この原則がどのようなものであるにせよ、本件のようにアメリカが「完全な権限と支配」を及ぼしている地域については、域外適用を認めない旨の推定は問題になりえない。合衆国政府自身、グアタナモ湾基地に収容されているのが合衆国市民であれば地裁は人身保護請求を審理しうるとしており、外国人の場合に限って制定法の地理的射程を狭めることを合衆国議会が意図していたとは考えにくい。同基地で身柄を拘束されている外国人が合衆国市民同様、人身保護請求を提起しうるのは当然である⁷⁷⁾。

本件で連邦裁判所の管轄権を認めることは、人身保護令状の歴史的なあり方にも適合する。イギリスの判例を参照すれば、外国人からの人身保護請求、独自の裁判所を持つ Cinque Ports (五港)⁷⁸⁾ や Counties Palatine (パラティニット州)⁷⁹⁾ で身柄を拘束されている者からの人身保護請求、Channel Islands (海峡諸島)⁸⁰⁾ のように王国の一部ではない地域で身柄を拘束されている者からの人身保護請求なども、古来、コモン・ロー裁判所で審

73) 410 U.S. 484 (1973).

74) *Id.* at 495.

75) *See Rasul*, 124 S. Ct. at 2695.

76) *See id.* at 2696.

77) *See id.*

78) ドウヴァ、ヘイスティングズなど、古くから特権を認められてきたイングランド南東部の港湾都市を指す。Court of Shepway (五港裁判所) と呼ばれる裁判所を有していた。See Gordon W. Paulsen, *An Historical Overview of the Development of Uniformity in International Maritime Law*, 57 TUL. L. REV. 1065, 1075 (1983).

79) チェスタ、ランカスタ、リッチモンドの3伯爵領。グラム主教領などを指す。See Christopher Tomlins, *The Legal Cartography of Colonization, the Legal Polyphony of Settlement: English Intrusions on the American Mainland in the Seventeenth Century*, 26 LAW & SOC. INQUIRY 315, 341 n.42 (2001).

80) ジャージ島など、英仏海峡に点在する島々を指す。See generally Inge V. Porter, *Two Case Studies in Self-Determination: The Rock and the Bailiwick*. 4 SAN DIEGO INT'L L.J. 339, 373-80 (2003). ジャージ島については、道垣内弘人「英国ジャージー島におけるノルマンディ慣習法の適用」北村一郎(編)『現代ヨーロッパ法の展望』505頁(1998)参照。

理されてきたことが明らかである⁸¹⁾。

最後に、本件では2つの事件が併合審理されているが、うち1件の請求者らは、人身保護手続を定めた連邦法の条項以外にも制定法上の根拠を挙げ⁸²⁾、拘束の当否について司法判断を求めている。控訴審はそれらの主張をも *Eisentrager* 判決に依拠してしりぞけたが、以上から明らかな通り、*Eisentrager* 判決のこのような受け止め方は正しくない。国外で身柄を拘束されているのが外国人だからといって、その合法性をアメリカの裁判所で争うことが絶対に認められないとした最高裁判例はなく、アメリカの裁判所が伝統的に外国人にも扉を開いてきたことを考えれば、本件でも連邦裁判所の管轄権を肯定すべきである⁸³⁾。

(4) ケネディ裁判官の結果同意意見

ケネディ裁判官は、*Eisentrager* 判決は具体的な拘束のなされように即して総合的に判断を下したものであるとの把握の下、同判決の枠組みに従って事案を分析し、①グアンタナモ湾地域が事実上、アメリカの territory (統治地域) であり、かつ、敵対行為の現場から遠く離れていること、②請求者らの場合、処遇を決定する法的手続をまったく提供されないまま、期限の定めなく拘束されていることの2点を理由に、法廷意見の結論に賛成する⁸⁴⁾。「別の道筋 (different course)」⁸⁵⁾をたどって同じ結果に至ると述べているが、*Eisentrager* 事件との事実関係の違いは法廷意見も強調しているところであり⁸⁶⁾、軍に関係する分野での政治的部門への謙譲を *Eisentrager* 判決に読み込んでいる点を別とすれば⁸⁷⁾、独自の理由づけが示されているわけではない。実質的には、一部同意意見に近い内容であると言えよう。

(5) スカリア裁判官の反対意見

スカリア裁判官の反対意見 (レーンクイスト、トマス両裁判官同調) は、①問題の連邦法中の「それぞれの管轄する区域において」⁸⁸⁾という部分を文理解釈すれば、グアンタナモ

81) *See Rasul v. Bush*, 124 S. Ct. 2686, 2696-97 (2004).

82) 28 U.S.C. §§ 1331, 1350 (2004).

83) *See Rasul*, 124 S. Ct. at 2698-99.

84) *See id.* at 2699-2701 (Kennedy, J., concurring in the judgment).

85) *Id.* at 2699.

86) *See id.* at 2693.

87) *See id.* at 2700.

88) 28 U.S.C. § 2241 (2004).

「孤立した少数者」としての外国人

湾基地で拘束を受けている者からの人身保護請求について連邦裁判所の管轄権は及ばず、これを変更するのであれば合衆国議会の立法によるべきである⁸⁹⁾、② Eisentrager 判決は、ごく簡潔にはあるが制定法上の根拠についても論じており、この点を詳述しなかったのは、制定法の解釈として人身保護請求が認められないことが明白だったからにほかならない⁹⁰⁾、③従って、法廷意見のような結論を採るためには、(a) Eisentrager 判決が Braden 判決によって変更されたと見るか、(b) 本判決自身が Eisentrager 判決を覆すかしかないが、Braden 判決はアラバマ州で身柄を拘束されていた者がケンタッキー州を管轄する合衆国地裁に出訴した事件なので、その趣旨を国外にまで広げて読むことはできず、(a) の解釈は到底無理であるとする⁹¹⁾。結局、この考え方によれば、法廷意見は無原則な判例変更をしているということになる。

スカリア裁判官の指摘によれば、法廷意見の引くイギリスの判例⁹²⁾——イギリスの港に停泊中の船、五港、パラティニット州、海峡諸島、北ロウデュージア植民地などで身柄を拘束されている者からの請求を扱ったもの——は、いずれもそこにイギリスの「主権」が及んでいること自体は明らかな状況下で下されたものであり、しかも、それらの事件で審理されたのは、「イギリス臣民 (British subjects)」⁹³⁾から提起された人身保護請求であった。「主権」ではなく「権限と支配」が判断の基準であるとすれば、アメリカ占領下のドイツの刑務所に収容されている者はもちろん⁹⁴⁾、アフガニスタンやイラク国内のアメリカ占領地域で身柄を拘束されている者からの人身保護請求も審理しなければならないことになるはずである⁹⁵⁾、とスカリア裁判官は法廷意見を厳しく批判し、グアンタナモ湾地域にはそもそもアメリカの主権が及んでおらず、仮に及んでいるとしても連邦裁判所が審理できるのは合衆国市民によって提起された請求のみであるので、本件請求者らの主張は「見当違い (inapposite)」⁹⁶⁾であると結論づけている。

(6) 検討

本件法廷意見を貫く「法の支配」への裁判官らのコミットメントは、同じ日に下された

89) See *Rasul*, 124 S. Ct. at 2701-02 (Scalia, J., dissenting).

90) See *id.* at 2703.

91) See *id.* at 2703-06.

92) See *id.* at 2696-97 nn.11-14.

93) *Id.* at 2709.

94) See *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763, 766 (1950).

95) See *Rasul*, 124 S. Ct. at 2708.

96) *Id.* at 2709.

Hamdi v. Rumsfeld (ハムディ対ラムズフェルド事件)⁹⁷⁾, Rumsfeld v. Padilla (ラムズフェルド対パディラ事件)⁹⁸⁾の2判決にもよく表れている。「合衆国市民の権利に関わる場面では, state of war (交戦状態) [の主張]は大統領の [好き勝手に使える] 白地小切手ではない」⁹⁹⁾, 「われわれは, 800年前にマグナ・カルタによって [文書の形で] 表明された伝統の継承者であり, マグナ・カルタは, 貴族らの主張に従い, law of the land (国法)によって行政権を制約したのである」¹⁰⁰⁾, 「行政権の意のままになされる無期限の拘禁からの自由は, 英米型の権力分立の枠組みが保障する自由のまさに核心にある」¹⁰¹⁾, 「アメリカがその国旗によって象徴される理想に忠実であろうとするならば, 暴虐な勢力の攻撃と戦う際にも, 暴君の [用いるような] 武器をふり回してはならない」¹⁰²⁾といった力強い表現の数々は, 自由と正義に関する最高裁裁判官らの基本的な認識を示し, 同時多発テロから3年近くを経てなお異例づくめの対応を続けるブッシュ政権のあり方に警鐘を打ち鳴らした点で, 大きな意味があるものと考えられる。

しかし, 「敵性戦闘員」に指定された合衆国市民については告知や聴聞なく無期限に拘束できるとする合衆国政府の主張がしりぞけられた Hamdi 事件では, 裁判官の立場は細かく分かれ, 法廷意見は形成されず, 最終的に最高裁の命じるところとなったのは, トマス裁判官の反対意見以外では最も行政権に謙讓的な基準を採るオコナ裁判官の示した処理であった¹⁰³⁾。同様に「敵性戦闘員」に指定されたもう1名の合衆国市民からの人身保護請求を扱った Padilla 事件では, 当初, ニュー・ヨーク州南部地区合衆国地裁の発した令状に則って刑事手続が開始されていたものの¹⁰⁴⁾, その後, 請求者の身柄がサウス・キャロライナ州内の軍刑務所に移されていたため, 当該人身保護請求についてニュー・

97) 124 S. Ct. 2633 (2004).

98) 124 S. Ct. 2711 (2004).

99) *Hamdi*, 124 S. Ct. at 2650 (plurality opinion).

100) *Id.* at 2659 (Souter, J., concurring in part, dissenting in part, and concurring in the judgment).

101) *Id.* at 2661 (Scalia, J., dissenting).

102) *Padilla*, 124 S. Ct. at 2735 (Stevens, J., dissenting).

103) *See Hamdi*, 124 S. Ct. at 2647-49. この事件で政府の主張を全面的に認め, 「敵性戦闘員」とされた合衆国市民の身柄の拘束——期限の定めもなく, 軍の係官による尋問以外には何ひとつ反論の機会も与えられないというもの——が合衆国憲法に反しないとしたのは, トマス裁判官のみであった。 *See id.* at 2683 (Thomas, J., dissenting). トマス裁判官が合衆国最高裁において「最も影響力に乏しい裁判官 (the least influential justice)」であり, 最右派として孤立していることにつき, *see* JAMES F. SIMON, THE CENTER HOLDS: THE POWER STRUGGLE INSIDE THE REHNQUIST COURT 233 (1996). ブッシュ現大統領 (第43代) の父であるブッシュ大統領 (第41代) によって最高裁裁判官に指名されたが, 法律家としての能力に疑問を呈され, 上院での承認の際, 多くの反対票が出たことはよく知られている。賛成 52 対反対 48 であった。 *See* DAVID G. SAVAGE, TURNING RIGHT: THE MAKING OF THE REHNQUIST SUPREME COURT 449 (1992).

104) 同地裁は, 同時多発テロに関連してこの市民の逮捕令状を発していた。 *See Rumsfeld v. Padilla*, 124 S. Ct. 2711, 2715, 2730 (2004).

ヨーク州南部地区合衆国地裁は管轄権を有しないとされ、結局、請求はしりぞけられていた¹⁰⁵⁾。要するに、違法な拘束を受けている疑いのある者からの請求に合衆国最高裁の法廷意見が答えたのは Rasul 事件のみだったのであり、この意味で、Rasul 判決は、9・11 後のアメリカ法の変化に関心を寄せる多くの人々にとって、2003 年開廷期の最重要判決——見方によっては、近年の最重要判決——であったと言ってよい。

とはいえ、その論理展開は滑らかなものとは言いがたい。法廷意見は、一見したところ、酷似した事案のように見受けられる Eisentrager 事件との違いの指摘にかなりの紙数を費やし、Eisentrager 判決においては、制定法上、人身保護請求は被拘束者の所在地を管轄する地裁にしか提起できないとの理解に立って、憲法上も人身保護請求を提起する権利は認められないとの判断が下されたが、制定法の解釈については後続の Braden 判決で判例変更がなされたので、現在では、「どの合衆国地裁の領域的管轄権も及ばない場所で身柄を拘束されている者であっても、right to federal habeas review (拘束の合法性について連邦裁判所の審査を受ける権利)の基礎を [合衆国] 憲法に求める必要はない」¹⁰⁶⁾と述べ、Eisentrager 判決とは逆の結論、すなわち、地裁の管轄権を肯定する結論を導く。裏返して言えば、Eisentrager 判決のうち、請求者らの憲法上の権利を否定した部分については、依然として判例としての拘束力を有し続けていると位置づけているようにも読めるのであり、実際、国外で身柄を拘束されている外国人に対しては拘束の合法性をアメリカの裁判所で争う憲法上の権利を認めないとの判断は、必ずしも理解できないものではない。しかし、人身保護手続の前制定法的性格を強調し、管轄権についての定めも判例上緩やかに解されてきたことを説く法廷意見のアプローチは、結果的に本判決を Eisentrager 判決とはまったく違った印象のものにしている。ここでは、少なくとも次の2つの点を指摘しておくことができると思われる。

第1に、法廷意見は、本件を Eisentrager 事件と distinguish (区別)¹⁰⁷⁾するだけでは不十分だと考えたということである。先に述べた通り、Eisentrager 事件との事案の違いについては法廷意見自身も強調しており¹⁰⁸⁾、これだけでも本件の結論を正当化する基礎たりうることは明らかである。「先例の基礎となった事実関係と裁判所が現に直面している

105) See *id.* at 2727. この事件でも、Rasul 事件同様、人身保護請求に関する連邦法中の「それぞれの管轄する区域において」の解釈が争われた。領域的管轄権に関する原則には「[複数の] 例外がある (subject to exceptions)」ことを強調しつつ、本件ではいずれの例外も認められないとする補足意見をケネディ裁判官が付し、オコナ裁判官がこれに加わっている。法廷意見を構成したのは、この2名を含む5名の裁判官であった。See *id.* at 2727-29 (Kennedy, J., concurring).

106) Rasul v. Bush, 124 S. Ct. 2686, 2695 (2004).

107) 英米法を特徴づける先例拘束性の原理の下で判例法の発展を支えてきた「区別の技術」につき、田中英夫『英米法総論(下)』490-93頁(1980)参照。

108) See Rasul, 124 S. Ct. at 2693.

事件の事実関係とは同一ではないとする『区別』(distinguishing)の技術¹⁰⁹⁾を駆使して連邦裁判所の管轄権を肯定するケネディ裁判官の結果同意意見は、この意味で十分に説得的なものと言える。にもかかわらず、法廷意見はこの一点をもって事足りりとはせず、Braden 判決が Eisentrager 判決の前提をいかに掘り崩したかについて詳細な分析を加えている¹¹⁰⁾。その結果、Eisentrager 判決の射程は厳しく限定され、その先例としての価値は大幅に減殺されていると考えられる。

第2に、法廷意見の叙述の中には、むしろ、Eisentrager 事件控訴審判決と響き合う考え方が見られるということである。本判決は、Eisentrager 事件控訴審判決とは異なり、明示的には憲法論に踏み込んでいない。しかし、人身保護手続が制定法に先立つ存在であることを高らかに宣言し¹¹¹⁾、それが「英米法の伝統の中でも最も重要な部分 (integral part of our common-law heritage)」¹¹²⁾であることを説いている箇所やイギリスの古い判例を引用し、人身保護請求についての裁判所の管轄権を広く認めている箇所からは¹¹³⁾、憲法的価値の実現を担う司法権の役割に自覚的な裁判官らの姿勢が読み取れる¹¹⁴⁾。人身保護令状が「個人の自由に関する憲法上の保障を実現する上で不可欠の手段」¹¹⁵⁾であり、身体的自由を奪われた者にとって、人身保護手続こそが拘束の合法性を争う「確立された、伝統的な手続 (established, time-honored process)」¹¹⁶⁾であることを指摘した Eisentrager 事件控訴審判決と共通する色彩が感じられるのは、法廷意見のこうした部分にはかならない。

このように見てくると、本判決が Eisentrager 判決を正面からは覆さないまま正反対の結論を導いたのは、同じ結果を憲法に基礎づけることについて、単に5名の裁判官の支持が得られなかったためなのではないかという推測が成り立つ。本判決によれば、人身保護請求の文脈において外国人に保障される制定法上の権利は憲法上の権利よりも広いということになるが、それは、人身保護請求を提起する権利が合衆国議会の意思次第でいつでも自由に縮減できるということではない。数百年にわたる英米法の歴史の中で育まれてきた人身保護手続を明文化し、憲法上の保障に高めたのが合衆国憲法第1編9節2項であ

109) 田中英夫、前掲書(註107)479頁。

110) *See Rasul*, 124 S. Ct. at 2693-95.

111) *See id.* at 2692 (quoting *Williams v. Kaiser*, 323 U.S. 471, 484 n.2 (1945)).

112) *Id.* (quoting *Preiser v. Rodriguez*, 411 U.S. 475, 485 (1973)).

113) *See id.* at 2696-98.

114) 憲法的価値の実現の上で積極的な司法審査が重要であることにつき、*see* RICHARD H. FALLON, JR., IMPLEMENTING THE CONSTITUTION 10 (2001)。時代ごとにその姿を変え、社会の変化に柔軟に対応するコモン・ローの特質が「法の支配」と矛盾しないことにつき、*see id.* at 20.

115) *Eisentrager v. Forrestal*, 174 F.2d 961, 964 (D.C. Cir. 1949).

116) *Id.*

「孤立した少数者」としての外国人

るとの法廷意見の理解に照らせば¹¹⁷⁾、人身保護請求を扱う連邦裁判所の管轄権を制約する立法が制定された場合、それが一定の限界を超えれば憲法上の問題を生じることが明らかであり、本件法廷意見は、人身保護請求を提起する権利を「固有のコモン・ロー上の権利 (inherent common law right)」¹¹⁸⁾と位置づけた *Eisentrager* 事件控訴審判決と基本的な認識を同じくするものととらえられる。

であるとすれば、制定法の解釈を通じて連邦裁判所の管轄権が肯定された点は、いわゆる憲法判断回避の準則によるもの¹¹⁹⁾、より実質的には、レーンクイスト・コートにおいて決定票を握る中間派の裁判官らの「最も [射程の] 狭い理由づけ (narrowest possible grounds) によって判断を下そうとする」¹²⁰⁾傾向の表れと受け止められよう。本判決は、憲法に訴える必要がない場面では可能な限り憲法判断を避けることをもって原則とする現在の合衆国最高裁の特徴と関係づけて理解されるべきである。

最高裁が *Eisentrager* 判決を下した際に念頭にあったと見られる制定法についての理解が *Braden* 判決によって変更された、とする本件法廷意見の理由づけは、確かに歯切れのよいものとは言えない。しかし、そこには、形式的には国外と呼ぶほかない地域における外国人の拘束をも連邦裁判所の審査に服せしめ、究極的には人権保障の観点から司法権が吟味を加えることによって、行政の透明性を確保し、何としても恣意的な権力の行使を排除しなければならないという最高裁の明確な価値判断が表現されていた。もちろん、論理展開のみに着目すれば、スカリア裁判官の反対意見が詳述する通り、法廷意見には疑問も少なくない。たとえば、「主権」ではなく「権限と支配」を基準として人身保護請求の提起の可否を判断するのであれば、アフガニスタンやイラク国内のアメリカ占領地域で身柄を拘束されている者からの人身保護請求も連邦裁判所で審理しなければならないはずだとの批判は¹²¹⁾、十分な理由のあるものと言ってよいように思われる。しかしながら、こうした法的構成の美しさを重視する立場は、レーンクイスト・コートにおいては一貫して少数派であった。「法の生命は論理ではなく、経験であった」¹²²⁾というハウムズ裁判官の言葉に代表されるコモン・ローの伝統を受け継ぎ、常に具体的妥当性を優先して事件の処理を図ろうとする現在の合衆国最高裁の多数派の姿勢は、本件では「法の支配」を強める方向に作用したのであった。

117) See *Rasul v. Bush*, 124 S. Ct. 2686, 2692 (2004).

118) *Eisentrager v. Forrestal*, 174 F.2d 961, 965 (D.C. Cir. 1949).

119) See *Ashwander v. TVA*, 297 U.S. 288, 346-48 (1936) (Brandeis, J., concurring). また、高橋和之『憲法判断の方法』53-94頁(1995)参照。

120) CASS R. SUNSTEIN, *ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT*, at xiii (1999).

121) See *Rasul*, 124 S. Ct. at 2708.

122) OLIVER WENDELL HOLMES, JR., *THE COMMON LAW* 1 (1881).

5. 航空運輸安全法と外国人： Gebin v. Mineta

(1) はじめに

このように、Rasul 判決には「法の支配」との関係で大きな意味が認められるのであるが、現在のアメリカにおいて、外国人に対する差別的な取扱いの問題は、ブッシュ政権による「敵性戦闘員」や特定国出身者の抑留、拘禁の場面のみにとどまるものではない。

アメリカ史をひもとけば、市民の間に不安や恐怖感が広がった場合に外国人をはじめとする社会のアウトサイダーが生活のさまざまな場面で排除、抑圧されるという現象は、いくたびか例のあるものであった。①第1次世界大戦中に特にドイツへの反感を背景に Espionage Act (防諜法)¹²³⁾ や Sedition Act (煽動防止法)¹²⁴⁾ が制定され、それらの法の下でスパイ活動とは何ら関わりのない移民——その多くはドイツ、イタリア、ロシアといった国々の出身者であった——や政治活動家らが訴追を受け、有罪判決を下されたこと¹²⁵⁾、②大恐慌期のメキシコ系移民の大量強制送還¹²⁶⁾、③第2次世界大戦中の日系アメリカ人の強制収容¹²⁷⁾、④ Smith Act (スミス法)¹²⁸⁾ の下での1940年代から50年代にかけての共産主義者の弾圧などは¹²⁹⁾、そうした排除、抑圧の典型例であり、これらは要するに、社会的混乱に伴う「法の支配」の動揺の例であったと言える。

差別的な刑事訴追や強制送還、強制収容は敵対的な意識の極端な表れであるが、それと前後して、似通った意識が社会生活の中でのより身近な場面に顔を出した例もまた少なくない。漁業許可証を日本人にのみ交付しないものとした第2次世界大戦中の州法¹³⁰⁾、共産党に所属したことがない旨を明言しない司法試験合格者には弁護士資格を与えないもの

123) 40 Stat. 217 (1917).

124) 40 Stat. 553 (1918).

125) See, e.g., Ira Glasser, *More Safe, Less Free: A Short History of Wartime Civil Liberties, in IT'S A FREE COUNTRY*, *supra* note 39, at 11, 14-16.

126) See, e.g., Theodore W. Maya, Comment, *To Serve and Protect or to Betray and Neglect?: The LAPD and Undocumented Immigrants*, 49 UCLA L. REV. 1611, 1617-18 (2002).

127) See, e.g., JILL NORGREN & SERENA NANDA, *AMERICAN CULTURAL PLURALISM AND LAW* 75-89 (2d ed. 1996).

128) 54 Stat. 670 (1940).

129) See, e.g., MORTON J. HORWITZ, *THE WARREN COURT AND THE PURSUIT OF JUSTICE* 53-65 (1998).

130) その制定の経緯については、マーフィ裁判官が1948年の最高裁判決の補足意見の中で詳しく論じている。See *Takahashi v. Fish & Game Com.*, 334 U.S. 410, 422-27 (1948) (Murphy, J., concurring).

「孤立した少数者」としての外国人

とした州司法試験委員会の措置などが想起されよう¹³¹⁾。ヒステリアに近い世論の動向に司法権もまた流され¹³²⁾、「法の支配」の実現が危うくなった時期もあった。これまでのところ、アメリカは結果的には自浄作用を発揮してこうした「法の支配」の危機を克服してきたが¹³³⁾、同時多発テロ後のアメリカ法の変化がどのように收拾されるのかについては、なお予断を許さないと断言しなければならない。

このような中、合衆国地裁の近年の判決の中には、9・11後のアメリカにおける「法の支配」の現状を示し、今後の展開を占う手がかりになるものが含まれているように思われる。その1つの例として、Gebin v. Mineta (ゲビン対ミネタ事件)¹³⁴⁾を見たい。

(2) 事実の概要

2001年11月19日、いわゆる9・11後の政治的混乱の中、Aviation and Transportation Security Act (航空および運輸の安全に関する法律)¹³⁵⁾と呼ばれる連邦法が成立した。同法は、国内の空港における保安検査を合衆国政府の一元的コントロールの下に置く方向を打ち出し、従来、ほとんどの空港で民間職員によってなされていた保安検査を合衆国政府の一部局であるTransportation Security Administration (運輸安全局)¹³⁶⁾の職員によって行われるべきものとしたため、すでに各地の空港でsecurity screener (保安検査員)¹³⁷⁾として働いていた者も、改めて運輸安全局のポストに応募し、合衆国政府に雇用されるのであれば勤務を続けることができなくなった。

ところが、同法は、他面において連邦空港保安検査員となりうる者を「合衆国市民 (cit-

131) See *Konigsberg v. State Bar of California*, 366 U.S. 36 (1961); *Konigsberg v. State Bar of California*, 353 U.S. 252 (1957).

132) See, e.g., *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109 (1959); *Uphaus v. Wyman*, 360 U.S. 72 (1959); *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951); *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944); *Yasui v. United States*, 320 U.S. 115 (1943); *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81 (1943); *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927); *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).

133) See, e.g., *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969); *United States v. Robel*, 389 U.S. 258 (1967); *Albertson v. Subversive Activities Control Bd.*, 382 U.S. 70 (1965); *Aptheker v. Secretary of State*, 378 U.S. 500 (1964); *Takahashi v. Fish & Game Com.*, 334 U.S. 410 (1948).

134) 231 F. Supp. 2d 971 (C.D. Cal. 2002).

135) Pub. L. No. 107-71, 115 Stat. 597 et seq. (2001) (codified throughout 49 U.S.C. 40101 et seq.). 以下、“ATSA”と略記する。

136) 当時は運輸省、現在は国土安全保障省の一部局である。

137) 空港保安検査員の職務とその勤務現場に9・11が与えた影響について、see generally Ramona Ripston, *Casualties of War: Anti-Terror Hysteria*, in *IT'S A FREE COUNTRY*, supra note 39, at 133.

izen of the United States)』¹³⁸⁾に限定したため、運輸安全局のポストへの合衆国市民でない者の応募は認められず、その結果、全米で8000名に上る空港保安検査員がその職を奪われる状況が発生した¹³⁹⁾。

本件の原告9名のうち、8名はアメリカの「永住権を持つ外国人 (permanent residents)』¹⁴⁰⁾であり、1名は American Samoa (アメリカン・サモウア) 出身の「合衆国国民 (U.S. national)』¹⁴¹⁾——「市民 (citizen)』¹⁴²⁾ではない——である。いずれも ATSA の施行によって空港保安検査員としての勤務を続けられなくなった人々であり、その主張は、要するに、ATSA が連邦空港保安検査員の職への合衆国市民でない者の応募を認めていないことは原告らの「法の平等な保護を受ける権利 (rights to equal protection of law)』¹⁴³⁾を侵害し¹⁴⁴⁾、合衆国憲法第5修正の due process (適正過程) 条項に違反するというもの

138) 49 U.S.C. § 44935(e)(2)(A)(ii) (2004). この規定は、「合衆国市民」自体の定義については、Immigration and Nationality Act (移民および国籍法) の定めるところによるものとしている。関係する規定として、see 8 U.S.C. § 1101 (2004).

139) American Civil Liberties Union (アメリカ自由人権協会) の調べによる。See Press Release, American Civil Liberties Union, Federal Court in CA Blocks Government from Denying Airport Screener Jobs to Qualified Noncitizens (Nov. 15, 2002) (on file with author). 航空および運輸の安全に関する法律の施行前、原告らの勤務するサン・フランシスコ空港およびロス・アンジェルス空港では、空港保安検査員に占める合衆国市民でない者の割合はそれぞれ81%、40%であった。See Steven Greenhouse, *Groups Seek to Lift Ban on Foreign Screeners*, N.Y. TIMES, Dec. 12, 2001, at B10.

140) Gebin v. Mineta, 231 F. Supp. 2d 971, 973 (C.D. Cal. 2002).

141) *Id.* 移民および国籍法において、「国民 (national)』とは「ある国家に永続的な忠誠の義務を負っている者 (a person owing permanent allegiance to a state)』のことを言う。See 8 U.S.C. § 1101(a)(21) (2004). 「合衆国国民 (national of the United States)』とは「(A) 合衆国市民、または (B) 合衆国市民ではないが、合衆国に永続的な忠誠の義務を負っている者」のことを言う。See 8 U.S.C. § 1101(a)(22) (2004). 従って、「合衆国国民」と言う場合は「合衆国市民」よりも意味が広いが、現在では、実質上、アメリカン・サモウアの住民を含むか否かだけが両者の違いである。かつては、グアムの住民なども「合衆国国民」であるが「合衆国市民」ではないとされていたが、グアムについては、1950年の連邦法によって「グアムにおいて出生し、1899年4月11日 [アメリカによるグアムの領有がはじまった日] の時点でグアムに住んでいた者」およびその子孫全員に市民権が与えられた。See generally Hannah M.T. Gutierrez, Comment, *Guam's Future Political Status: An Argument for Free Association with U.S. Citizenship*, 4 ASIAN-PACIFIC L. & POL'Y J. 5 (2003). 外国人が「合衆国国民」と扱われるためには、少なくとも (1) 合衆国の領域内における出生、または (2) 合衆国の市民権を申請したこと、のいずれかを示さなければならないとするのが判例の立場であり、合衆国に忠誠の義務を負うという personal belief (個人的信条; subjective belief) とも言われる) だけでは十分でない。志願して合衆国軍で服務すれば、通常、それは合衆国に忠誠を誓ったことを示す有力な事情として扱われるが、他方、重罪 (felony) を犯したなどの事実があれば、それは合衆国に忠誠を誓っていないことを示す事情として勘案される。

142) U.S. CONST. amend. XIV, § 1.

143) Gebin v. Mineta, 231 F. Supp. 2d 971, 973 (C.D. Cal. 2002).

144) 合衆国政府が空港保安検査員を採用する際の資格要件については、同法制定から30日以内に運輸次官が定めるものとされた。しかし、「少なくとも (at a minimum)』課さなければならない資格要件として条文に列挙された事情の1つが「合衆国市民であること」であった。See 49 U.S.C. § 44935(e)(2)(A) (2004).

である¹⁴⁵⁾。被告は運輸長官および運輸次官である。

空港保安検査員を合衆国市民に限る ATSA の規定が違憲無効である旨の宣言と当該規定の執行差止めを求めた原告らの訴えに対し、両被告は、救済が与えられるべきことを示す請求が訴状に記載されていないとする立場から、連邦民事訴訟規則 12 条 b 節 6 項に従い¹⁴⁶⁾、却下を申し立てた。そこで、第 5 修正の内容たる平等保護の要請との関係上、連邦空港保安検査員を合衆国市民に限ることが許されるか否かにつき、カリフォルニア州中部地区合衆国地裁の判断が示された。その内容は、次のようなものであった。

(3) 判 旨¹⁴⁷⁾

州の福祉手当の配分に際し、外国人と比較して合衆国市民を優遇することは許されないと判示した 1971 年の *Graham v. Richardson* (グレイアム対リチャードスン事件)¹⁴⁸⁾ 以来、外国人を排除する governmental action ([連邦] 政府の行為)¹⁴⁹⁾ の合憲性が厳格審査基準によって判断されることは、合衆国最高裁の判例上、確立している。*Graham* 事件は第 14 修正の平等保護条項の下で提起された事件であったが、連邦政府に適用される第 5 修正の due process 条項の下でも憲法判断の枠組みは原則として同一である¹⁵⁰⁾。

ただし、外国人を排除する governmental action であっても厳格審査が妥当しない場合として、①「政治的機能 [を担う職] (governmental function)」¹⁵¹⁾ についての例外、②移民および帰化に関係する分野——これらの分野では、政治的部門への謙譲が強く働くとさ

145) 「法の平等な保護」が連邦政府との関係では第 5 修正の due process 条項によって保障されることにつき、see *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497, 499-500 (1954).

146) Dismissal for failure to state a claim (訴答不十分を理由とする却下) を求める申立てである。

147) タカスギ (Robert M. Takasugi) 裁判官による。

148) 403 U.S. 365 (1971). この判決において最高裁は、外国人が *Carolene Products* 判決に言う「分断され、孤立した少数者」に当たることをはじめて認めた。バーガ・コートの最初の数年間に下された判決にはウォーレン・コートの強い影響が見られることにつき、see HORWITZ, *supra* note 129, at 4 (citing *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972); *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971)). 大沢秀介教授も、バーガ・コートが「その誕生後しばらくの間は、1971 年のスワン対シャーロット・メックレンバーグ事件 (*Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*) あるいはケイズ対デンバー第 1 学校区事件 (*Keyes v. School District No. 1, Denver*) などに代表されるように、ウォーレン・コートの改革志向的な姿勢を引き継ぎ、さらにその姿勢を押し進めるかのような態度を示した」ことを指摘される。大沢秀介『現代アメリカ社会と司法：公共訴訟をめぐる』21 頁 (1987)。

149) 連邦政府の行為については、“state action” に対応するものとして “governmental action” という概念が用いられる。See, e.g., *Columbia Broad. Sys. v. Democratic Nat'l Comm.*, 412 U.S. 94, 114-21 (1973) (plurality opinion); *Public Util. Comm'n v. Pollak*, 343 U.S. 451, 461-63 (1952); *Corrigan v. Buckley*, 271 U.S. 323, 330 (1926).

150) See *Gebin v. Mineta*, 231 F. Supp. 2d 971, 973 (C.D. Cal. 2002).

151) *Id.*

れる——についての例外¹⁵²⁾，という2つの重要な例外がある。争われている政府の行為がこのいずれかのカテゴリに該当する場合には，合理性の審査によって合憲性が判断される。そこで，本件が政治的機能についての例外に当たるか否かについて，まず検討する。

政治的機能に関する例外の下，従来，最高裁判例によって合憲とされてきたのは，警察官，公立学校教員などの職から外国人を排除することである。しかし，それらの判決の理由づけを細かく見てみれば，①警察官を合衆国市民に限る州法の合憲性を扱った *Foley v. Connelie* (フォウリイ対コヌリイ事件)¹⁵³⁾ は，警察官が「ほとんど無数の多種多様な判断をする権限 (authority to exercise an almost infinite variety of discretionary powers)」¹⁵⁴⁾ を有する点を重視して合憲の結論を導いており，警察官を他の公務員や一般的な職業に従事する私人と同列に論じることはできないとはっきり述べていた¹⁵⁵⁾，②公立学校教員についての同様の制限の合憲性を判断した *Ambach v. Norwick* (アンバック対ノウィック事件)¹⁵⁶⁾ も，政治過程に参加する市民を育て，アメリカ社会の基礎にある価値を次世代に伝えるという公立学校教員の職務はまさに「代表民主政の核心 (heart of representative government)」¹⁵⁷⁾ に関わるもので，教員は「政府が有権者に対して負っている最も基本的な義務」¹⁵⁸⁾ を果たしているのであるとしていた¹⁵⁹⁾。

ところが，空港保安検査員は自らの判断で行使できる権限を有してもいなければ，職務を通じて「政府が有権者に対して負っている最も基本的な義務」を果たしているというわけでもない。従って，本件では，政治的機能についての例外は妥当しない¹⁶⁰⁾。

次に，移民および帰化に関する分野での政治的部門への謙譲についてであるが，ここで問題になっている連邦法のように「合衆国国民」をも排除対象に含む形で「合衆国市民でない者」を一律に排除するような規制は，移民および帰化に関する分野を規律する合衆国議会の権限の行使として正当なものとは言えない。もともと，これらの分野において大統領や合衆国議会の広範な規制権限が認められてきたのは，①移民や帰化に関する政策決定は外交と密接な関係にあり，他国との関係にさまざまな影響を及ぼす可能性があるため，政治や経済の情勢変化の速さに鑑みれば，こうした決定は政治的部門に委ねるほうが望ましいこと，②外国人に帰化のインセンティブを与えることについて合衆国政府が利益

152) *See id.*

153) 435 U.S. 291 (1978).

154) *Id.* at 297.

155) *See id.* at 298.

156) 441 U.S. 68 (1979).

157) *Id.* at 76.

158) *Id.* (citing *Foley v. Connelie*, 435 U.S. 291, 297 (1978)).

159) *See Gebin v. Mineta*, 231 F. Supp. 2d 971, 973-75 (C.D. Cal. 2002).

160) *See id.* at 975.

「孤立した少数者」としての外国人

を有していること、という2つの理由によるのであるが、「合衆国国民」に関してはこれらの正当化は成り立ちえないからである。よって、移民および帰化に関する分野についての例外も妥当しない¹⁶¹⁾。

以上により、2つの例外がいずれも当てはまらないことが明らかになったので、厳格審査基準を適用する。「空の安全の向上 (improving aviation security)」¹⁶²⁾についての政府の利益はやむにやまれぬものと考えられるが、訴訟のこの段階において、連邦空港保安検査員の職から合衆国市民でない者を一斉排除することが目的達成のための「最も非制限的な手段 (least restrictive means)」¹⁶³⁾であると言うことはできない。被告らの申立てを却下する。

(4) 検 討

このように判示した本判決の3日後に当たる2002年11月15日、地裁は暫定的差止命令を発し、本案に関する正式事実審理の終了まで、問題の連邦法の規定の執行を差し止めた¹⁶⁴⁾。暫定的差止命令発給の可否に関する標準的な基準に従って¹⁶⁵⁾、①原告らが勝訴の蓋然性を示したこと、② (a) 差止命令が発せられない場合、原告らは雇用を打ち切られ、回復不能な損害を被るが、(b) 差止命令が発せられた場合には現在の状態が当面継続し、新法の執行が遅れるに過ぎないので、相対的に見れば被告らの損害は大きいとは言えないこと、の2点を指摘した簡潔なものであった¹⁶⁶⁾。

他方、11月25日、合衆国議会は問題の規定を改正し、連邦空港保安検査員の資格要件を列挙した条項中の「合衆国市民」の直後に「または合衆国国民 (or a national of the United States)」¹⁶⁷⁾という文言を追加した。空港保安検査員の職から外国人が排除されていることに変わりはないが、すでに見た通り、地裁判決はATSAが「合衆国国民」をも排除する形で空港保安検査員の資格要件を定めている点の不合理性を強調していたため¹⁶⁸⁾、この法改正は地裁判決の説得力を結果的に弱める効果を生んだものと思われる。

161) *See id.* at 975-76.

162) *Id.* at 976.

163) *Id.* わが国では「より制限的でない他の選びうる手段」のテストとして知られている手法が用いられている。なお、このテストがしばしば「LRAの基準」と呼ばれていることへの疑問につき、戸松秀典『憲法訴訟』311頁(2000)参照。

164) *Gebin v. Mineta*, 239 F. Supp. 2d 967 (C.D. Cal. 2002).

165) *See Miller v. California Pac. Med. Ctr.*, 19 F.3d 449, 456 (9th Cir. 1994) (en banc).

166) *See Gebin v. Mineta*, 239 F. Supp. 2d 967, 969 (C.D. Cal. 2002).

167) *See* 49 U.S.C. § 44935(e)(2)(A)(ii) (2004).

168) *See Gebin v. Mineta*, 231 F. Supp. 2d 971, 975-76 (C.D. Cal. 2002).

2003年5月20日、第9巡回区合衆国控訴裁判所の判決が下された¹⁶⁹⁾。原告らの申立てを法改正に照らして改めて審理すべく、前年11月15日の暫定的差止命令を取り消し、事件を地裁に差し戻すという内容であった¹⁷⁰⁾。

訴訟を手がけたACLU（アメリカ自由人権協会）¹⁷¹⁾南カリフォルニア支部のロウズンバウム（Mark Rosenbaum）¹⁷²⁾は、「法的問題の核心は変わっていない」¹⁷³⁾と指摘し、「[合衆国]市民でない者がイラクで命を賭けて戦うことを認めていながら、空港保安検査員になることは認めないという大統領や連邦議会の態度は、非アメリカ的（un-American）である」¹⁷⁴⁾と現状を批判している。控訴裁の判断が予想外の内容であったとまでは言えないが、それが空港保安検査員からの外国人の排除を実質的に肯定する方向を示しているのだとすれば、そこにはいくつかの大きな問題が含まれているように思われる。

第1に、外国人排除の無意味性である。改めて言うまでもなく、全米各地の空港およびそこから発着する航空機内では厩大な数の人々が働いており、その中には外国人も多数含まれている。こうした中、ATSAは、空港保安検査員についてのみ「合衆国市民」であることを要求し、操縦士、客室乗務員、航空整備士、貨物積込係、清掃作業員といった他の職種の人々については何ら制限を設けていない。空港保安検査員としての雇用を打ち切られた者の中から別の職に応募して引き続き空港内で働き続ける者が出てくることは容易に予想できるところであり、このような要件が「空の安全の向上」に多少なりとも意味があるとは考えにくい¹⁷⁵⁾。空港保安検査員のみがなぜ合衆国市民でなければならないのかについての合理的な説明はきわめて困難であり、あえて事情を推し量るとすれば、保安検査員は1人1人の乗客と直接接するため、比較的人々の目につきやすく、おそらくはその象徴的な意味合いゆえにこのような規制が設けられたのではないかと推測せざるをえないのである。

このことの矛盾は、外国人が合衆国軍で支障なく服務できるものとされていることを考え合わせるとき、いよいよ明らかである。原告の1人ゲビン（Jeimy Gebin）は、5歳の時に家族とともにアメリカに入国し、国内の高校を卒業した後、合衆国軍で3年間服務し、

169) Gebin v. Mineta, 328 F.3d 1211 (9th Cir. 2003).

170) See *id.* at 1212.

171) その活動状況については、安部圭介、前掲論文（註37）459-60頁参照。

172) ロウズンバウムは、ACLU南カリフォルニア支部のLegal Director（法務部長）の職にある。この訴訟の原告側弁護団の中心メンバーはACLUの南カリフォルニア支部、北カリフォルニア支部、サン・ディエゴ支部のスタッフから成り、これに空港職員の労働組合からも弁護士が加わったほか、憲法学者として著名なチェムリンスキ（Erwin Chemerinsky）らも参加していた。

173) *Injunction Vacated as Ninth Circuit Panel Sends Airport Screeners Case Back to Takasugi*, METROPOLITAN NEWS-ENTERPRISE, May 21, 2003, at 1.

174) *Id.*

175) See Ripston, *supra* note 137, at 141.

名誉除隊後にロス・アンジェルス空港で保安検査員として働いていた¹⁷⁶⁾。先に引いたロウズンバウムの「[合衆国] 市民でない者がイラクで命を賭けて戦うことを認めていながら」¹⁷⁷⁾という言葉は、ゲビンの軍での経験を示唆していたものと思われる。外国人が出入りすることに「安全面での問題があるのだとすれば、なぜ[軍については、合衆国市民であることを求める]要件がないのでしょうか」¹⁷⁸⁾というこの原告の疑問は、空港保安検査員から外国人を排除することの不合理性を的確に言い表している。

第2に、空の安全にかえて深刻な悪影響が生じかねないことである。空港保安検査員の業務は1人でモニタを覗き、危険な物品を短時間で発見しなければならない困難なもので¹⁷⁹⁾、熟達するまでにかかなりの期間が必要とされるにもかかわらず、ATSAの制定により、ロス・アンジェルス空港では保安検査員の40%、サン・フランシスコ空港では81%を占めていた外国人らがみな解雇され¹⁸⁰⁾、再雇用されないという状況が発生した。本件の原告の1人は、空港保安検査員として14年にもわたる勤務経験を有していた¹⁸¹⁾。このように経験の長い職員をも含め、外国人を一律に排除するATSAは、「空の安全の向上」という本来の意図とは反対の効果を引き起こしている可能性が高い¹⁸²⁾。

9・11後のアメリカにおいて、テロ攻撃の「危険は現実のものであるが、政府の[採っている]政策や提案[されているさまざまな政策]によってそうした危険が軽減されることは[何ら]証拠によって示されていない」¹⁸³⁾と言われる。捜査機関の権限を大幅に拡大し、個人情報の獲得を容易にしたUSAパトリオット法が実際には到底分析しえないほどの情報が捜査機関に集まる結果を生み、情報の洪水の中でテロリストがかえって発

176) See Press Release, American Civil Liberties Union, “Let Me Serve My Country” (Jan. 17, 2002) (on file with author). その配偶者および子は、いずれも合衆国市民であった。See *id.*

177) *Injunction Vacated as Ninth Circuit Panel Sends Airport Screeners Case Back to Takasugi*, *supra* note 173, at 1.

178) Ripston, *supra* note 137, at 141.

179) チェックにかけられる時間は、手荷物1個につき約3秒である。See *id.* at 138.

180) See Greenhouse, *Groups Seek to Lift Ban on Foreign Screeners*, *supra* note 139, at B10. 他の空港でも外国人職員の比率は高かった。See Nadine Strossen, Testimony Before Congressman John Conyers’ Forum on National Security and the Constitution (Jan. 24, 2002) (transcript on file with author).

181) See Press Release, American Civil Liberties Union, ACLU Hails Victory as CA Court Allows Non-Citizen Baggage Screeners to Remain Eligible for Jobs (Nov. 13, 2002) (on file with author).

182) なお、場面は異なるが、偏見に基づく特定の集団の排除が結局は当該組織に大きな損失をもたらす可能性について、see, e.g., Thomasson v. Perry, 80 F.3d 915, 954 (4th Cir. 1996) (en banc) (Hall, J., dissenting). この事件では、“Don’t Ask/Don’t Tell”政策の下で自らの性的指向を明らかにした海軍大尉が除隊処分を受けていた。評釈として、佐藤義明「軍は性的指向を問わず、軍人も自らそれを表明すべきではないとする、いわゆる“Don’t Ask/Don’t Tell”政策を定める国防授權法および国防総省規則は、合衆国憲法第5修正および第1修正に抵触しない」[1999-2] アメリカ法 320頁。

183) Glasser, *supra* note 125, at 23.

見しにくくなる状況をもたらした一方で¹⁸⁴⁾、ATSAをはじめ、外国人であることを「疑わしさの表徴 (proxy for suspicion)」¹⁸⁵⁾と扱うブッシュ政権の政策は真の危険から人々の注意をそらし、アメリカ社会が安全であるかのような幻影を作り出そうとしてきたように見受けられる。先に検討したATSAの不合理性を踏まえれば、「アメリカの歴史がくり返し明らかにしてきた通り、[根拠のないイメージに基づいて]安全だと感じることと実際に安全であることとは違う」¹⁸⁶⁾というグラスサ (Ira Glasser) の指摘はもっともであり、アメリカ史を通じてこうした経験がくり返されてきた事実は、「自己統治の過程への参加を完全に阻まれている」¹⁸⁷⁾がゆえに社会的不満の捌け口とされがちな外国人の「無力さ (powerlessness)」¹⁸⁸⁾を余すところなく物語っている。

6. おわりに：「法の支配」の動揺と回復？

ルイジアナ州最高裁規則 17 条 3 節 B 項は、同州の弁護士資格申請者は「合衆国市民またはその居住外国人」でなければならないと規定する。2002 年 6 月 13 日、ルイジアナ州最高裁は、per curiam (匿名) の判決によってこの条項中の「居住外国人 (resident alien)」¹⁸⁹⁾という文言の解釈を突然変更し、「居住外国人」とは「永住権を持つ外国人 (permanent resident alien)」¹⁹⁰⁾に限られると判示した。合衆国内に居住している外国人であれば、ヴィザの種類に関わりなく¹⁹¹⁾、誰でも司法試験を受験することができるとしていたそれまでの立場を大きく変更するものであった¹⁹²⁾。

184) See *id.* at 22.

185) Liam Braber, Comment, *Korematsu's Ghost: A Post-September 11th Analysis of Race and National Security*, 47 VILL. L. REV. 451, 457 n.41 (2002) (quoting Anthony C. Thompson, *Stopping the Usual Suspects: Race and the Fourth Amendment*, 74 N.Y.U. L. REV. 956, 1005 (1999)).

186) Glasser, *supra* note 125, at 23.

187) *Toll v. Moreno*, 458 U.S. 1, 23 (1982) (Blackmun, J., concurring).

188) *Id.*

189) LA. SUP. CT. R. 17(3)(B).

190) See *In re Bourke*, 819 So. 2d 1020, 1022 (La. 2002).

191) ヴィザには大きく分けて「移民ヴィザ (immigrant visa)」と「非移民ヴィザ (non-immigrant visa)」の 2 種類があり、永住権が認められるのは前者のヴィザである。いわゆる green card (永住許可証) がこれに当たる。後者の代表的なものとしては、B-1 (商用) ヴィザ、B-2 (観光) ヴィザ、F-1 (学生) ヴィザなどがある。

192) See, e.g., *In re Respondek*, 442 So. 2d 435 (La. 1983), *overruled by In re Bourke*, 819 So. 2d 1020 (La. 2002).

イギリス人2名の訴えを受け¹⁹³⁾、この規制の合憲性を検討したルイジアナ州東部地区合衆国地裁は¹⁹⁴⁾、2003年9月17日、Wallace v. Calogero (ウォラス対カロジェロ事件)¹⁹⁵⁾において、原告勝訴の summary judgment (正式事実審理を経ないでなされる判決)を下した。合衆国市民でない者には弁護士資格を与えないものとするコネティカット州の規制を違憲と判断した1973年の合衆国最高裁判決 *In re Griffiths* (グリフィスに関する事件)¹⁹⁶⁾に依拠しつつ、厳格審査を適用し、永住権を持たない外国人を排除することについて「州のやむにやまれぬ利益 (compelling state interest)」¹⁹⁷⁾が示されていないとするものであった。

被告ら——州最高裁の裁判官7名および州司法試験委員会の正副委員長——は、ripeness (成熟性)¹⁹⁸⁾、standing (当事者適格)¹⁹⁹⁾、abstention (裁判権行使の回避)²⁰⁰⁾、合衆国憲法第11修正に基づく免責²⁰¹⁾、judicial immunity (裁判官免責)²⁰²⁾、legislative immunity (立法者免責)²⁰³⁾の6つの根拠を挙げて訴えの却下を求めていたが、地裁はこれらの主張をすべてしりぞけた。Summary judgment の当否についての判断に進んだ地裁は、次のように言う。

被告らは、外国人を排除する規制を憲法上疑わしいものと扱った合衆国最高裁の諸判決がいずれも永住権を持つ外国人の排除に関する事例であったことを指摘し、「永住権を持たない居住外国人 (nonpermanent resident aliens)」²⁰⁴⁾を不利に扱う規制の合憲性の判断に当たっては厳格審査基準ではなく、合理性の基準が用いられるべき旨を主張するが、本件で決定的な意味を持つ *Griffiths* 判決は、連邦法の条文中で使われている「永住権を持つ

193) 原告のうち1名は、ロンドン大学を卒業し、ソリシタの資格を取得した後、ルイジアナ州内で paralegal (弁護士補助職員)として働いていた。もう1名は、F-1 ヴィザを得てルイジアナ州内のテュレイン大学に入学し、2003年にJ.D. (法務博士)の課程を修了していた。

194) ファロン (Eldon E. Fallon) 裁判官による。

195) 286 F. Supp. 2d 748 (E.D. La. 2003).

196) 413 U.S. 717 (1973).

197) *Wallace*, 286 F. Supp. 2d at 763.

198) *See id.* at 753-54.

199) *See id.* at 754-55.

200) *See id.* at 755.

201) *See id.* at 755-56.

202) *See id.* at 756.

203) *See id.* at 756-57.

204) *Id.* at 761.

外国人 (immigrant)²⁰⁵⁾ではなく「居住外国人 (resident alien)」²⁰⁶⁾という表現を用いて議論を進めており、しかも、「居住外国人」を排除する州の分類を「違憲の疑いの強い分類 (suspect classification)」²⁰⁷⁾と位置づけて厳格審査を行う際、その理由を「居住外国人は、[合衆国] 市民同様、税を負担し、経済を支え、軍で勤務し、その他、無数の方法でアメリカ社会に貢献している。[この点に鑑みれば] 州が居住外国人から雇用の機会を奪う場合には、[そのことについて州のやむにやまれぬ利益を示し、それが必要最小限の手段であることを示すという形で] 重い [証明] 責任を負うことが適切である」²⁰⁸⁾と説明している。このような説明は、永住権を持たない居住外国人についてもよく当てはまるものである²⁰⁹⁾。

州は、永住権を持たない外国人は担当事件の解決前に帰国する可能性があるため、その「一時的、過渡的性質 (temporary and transient nature)」²¹⁰⁾によって依頼者や州裁判所の利益を害するおそれがあると主張するが、このような不利益を防ぐことが排除の「やむにやまれぬ理由」であるとは到底認められない。というのも、ルイジアナ州の場合、①合衆国市民や永住権を持つ外国人でありさえすれば、州内に住む意図がまったくなくとも弁護士資格を申請しうるとされているし、②もともと、弁護士が引退したり、死亡したりするのは常に起こりうることであって、何も「一時的、過渡的性質」は永住権を持たない外国人に限ったことではないからである。のみならず、③技術の進歩により、現在では遠隔地から法的サービスを提供することも十分に可能である。また、④永住権を持たない外国人の場合、在留期限が決まっているという事実も、計画的に引継ぎができる点ではかえって好都合であり、依頼者の利益を必ずしも害するものではない²¹¹⁾。

以上のように述べ、地裁は、合衆国憲法第 14 修正の平等保護条項違反に関する原告らの主張を認め、永住権を持たない外国人が司法試験を受験し、弁護士資格を取得することを妨げている限りにおいて、ルイジアナ州最高裁規則 17 条 3 節 B 項は unenforceable (法的拘束力を欠くもの) であるとした²¹²⁾。

205) 8 U.S.C. § 1101(a)(15) (2004). 移民および国籍法中の表現である。同法によれば、外国人は、「移民 (immigrant)」と「非移民外国人 (nonimmigrant alien)」の 2 類型に分けられる。ここで言う「移民」は、要するに「永住権を持つ外国人」のことを意味する。条文中では「移民」とのみ記されているが、「移民外国人 (immigrant alien)」という用語が同じ意味で使われることもある。See, e.g., *Wallace v. Calogero*, 286 F. Supp. 2d 748, 750 (E.D. La. 2003); *Kellybee Enters., Inc. v. Actors Equity Ass'n.*, 398 N.Y.S.2d 235, 237 (N.Y. Civ. Ct. 1977).

206) *In re Griffiths*, 413 U.S. 717, 718 (1973).

207) *Id.* at 721.

208) *Id.* at 722.

209) See *Wallace v. Calogero*, 286 F. Supp. 2d 748, 762-63 (E.D. La. 2003).

210) *Id.* at 763.

211) See *id.*

212) See *id.* at 764.

ここには、投票権を認められていないがゆえに「通常の民主政の過程を通じて自らを守ることができない」²¹³⁾ 立場にある外国人の「政治的無力さ (political powerlessness)」²¹⁴⁾ についての裁判所の深い理解が見られる。「分断され、孤立した少数者」の人権に関わる規制の合憲性が問題になる場面では司法消極主義は決して妥当しないとする *United States v. Carolene Products Co.* (合衆国対キャロリン・プロダクツ社事件)²¹⁵⁾ の考え方の下、平等保護条項は、もともと、外国人に対しては「異例とも言える手厚い保護を提供している」²¹⁶⁾ と言われてきた。外国人に対する差別的な取扱いは原則として違憲の推定を受け、厳格審査に服するものと考えられてきたのである。このような理解は、先に見たカリフォルニア州中部地区合衆国地裁の Gebin 判決にも顔を出しており、さらに言えば、これと共通する発想は、具体的な文脈は異なるものの、合衆国最高裁の *Rasul* 判決にも間接的ながら大きな影響を与えていたように思われる。

しかし、Wallace 判決とほぼ同時期 (同年7月2日) に下されたもう1件の判決 *Leclerc v. Webb* (ルクラク対ウェブ事件)²¹⁷⁾ は、まったく同様の事案において原告らの summary judgment の申立てをしりぞけ、合理性の基準を用いて、ルイジアナ州最高裁規則を合憲と判断していた²¹⁸⁾。Leclerc 事件の原告らの中には American Bar Association (アメリカ法律家協会) の認定校で法学教育を受けた者が含まれていなかったため、両事件は同じ地裁内で別々に審理されたということであった²¹⁹⁾。しかし、この点が憲法上の重要性を持つとは考えにくい。両判決の結論の差は、結局、審理を担当した裁判官の見解の相違によってしか説明がつかないように見受けられる。

相対立する内容の2判決には、9・11後のアメリカにおける「法の支配」の危うさが如

213) *Id.* at 760 (citing Gerald M. Rosberg, *The Protection of Aliens from Discriminatory Treatment by the National Government*, 1977 SUP. CT. REV. 275, 308-09).

214) *Wallace v. Calogero*, 286 F. Supp. 2d 748, 760 n.34 (E.D. La. 2003).

215) 304 U.S. 144 (1938).

216) JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* 194 n.51 (1980).

217) 270 F. Supp. 2d 779 (E.D. La. 2003). ザイニイ (Jay C. Zainey) 裁判官による。「居住外国人 (resident alien)」と「永住権を持つ外国人 (immigrant alien)」という意味の異なる2つの用語を「互換的 (interchangeably)」に用いるなど、粗雑な印象を免れない判決であるように思われる。See *id.* at 784 n.1.

218) See *id.* at 798-801. 「法の支配」の危機に際し、州による弁護士資格の付与のなされ方がしばしば憲法訴訟を生んできたアメリカの状況は興味深い。See, e.g., *Konigsberg v. State Bar of California*, 366 U.S. 36 (1961); *Konigsberg v. State Bar of California*, 353 U.S. 252 (1957). その背景には、アメリカ社会における弁護士の存在の大きさがあろう。アメリカが「世界の中で人口1人当たりの法律家の数が最も多い国」であり、「法律家の果たす役割」も「他国に比べ、極めて大きい」社会であることにつき、寺尾美子「法」五十嵐武士・油井大三郎 (編)『アメリカ研究入門 (第3版)』184頁, 184頁 (2003) 参照。

219) *Wallace* 事件の原告らは併合審理を申し立てていたが、ザイニイ裁判官は、Leclerc 事件の原告らの中にはアメリカ法律家協会認定のロー・スクールを卒業した者が1人も含まれていないとして、申立てを却下していた。See *Wallace v. Calogero*, 286 F. Supp. 2d 748, 752 (E.D. La. 2003).

実に表れている。翻って考えてみれば、グアタナモ基地内の施設に収容されている外国人からの人身保護請求を扱った *Rasul* 事件においても、連邦裁判所の管轄権を肯定した法廷意見には3名の裁判官らの有力な反対意見が付されており、また、*Hamdi* 事件では法廷意見は形成されず、*Padilla* 事件では人身保護請求そのものがしりぞけられていた。空港保安検査員を「合衆国市民」に限定する連邦法の合憲性が問題になった *Gebin* 事件では、法改正を受けて、控訴裁が地裁の発した暫定的差止命令を取り消していた²²⁰⁾。裁判所や裁判官の間のこうした立場の違いは²²¹⁾、同時多発テロの直後から、非公開で行われる移民審判の合憲性の問題などをめぐって常にもまして鮮明になっていたものであった²²²⁾。*Wallace, Leclerc* の両判決は、9・11後のアメリカにおけるこのような司法権の「揺れ」を象徴するものと受け止めることができる。

2003年開廷期の幕切れの後、専門家らは、この1年間の合衆国最高裁判決についておおむね肯定的な論評を発表した。ACLU本部のシャピロ (Steven R. Shapiro) は、「現政権は『法の支配』を対テロ戦争の障害物であるかのように扱ってきたが、これに対して最高裁は、目的は手段を正当化しない、『法の支配』が無視されるとき最高裁は傍観してはいない、という力強いメッセージを送った」²²³⁾と述べ、*Rasul*, *Hamdi*, *Padilla* の3判決を「まさしく歴史的な判決 (truly historic decisions)」²²⁴⁾と呼んだ。判決はアブ・グレイブ収容所での事件には触れなかったが、シャピロは、「事件が最高裁 [の判断] に影響を与え、歯止めをかけられていない権力は [必然的に] 濫用に至るとの見方を強めなかったとは [到底] 考えられない」²²⁵⁾と評した。*Wall Street Journal* に寄稿したトライブ (Laurence Tribe) も3判決について積極的な評価を示したが、トライブは、国際社会におけるアメリカの印象——虐待事件の発覚によって傷つけられたところの——が今後、

220) その後の展開は明らかでないが、控訴裁判決について報じたあるメディアは、「政府が [空港] 保安検査員の新規採用をしておらず、勤務中の職員についても一時解雇をはじめていることを考えれば、仮に差止命令が再び発せられたとしても、その直接的な効果はごく小さいであろう」とコメントしている。*Injunction Vacated as Ninth Circuit Panel Sends Airport Screeners Case Back to Takasugi, supra note 173, at 1.*

221) もちろん、そのどこまでが9・11後の特異な政治状況の影響によるもので、どこからが日常的な意見対立なのかを見極めることは必ずしも容易ではない。たとえば、*Griffiths* 判決にも2名の裁判官の反対意見 (バーガ首席裁判官執筆、レーンクイスト裁判官同調) が付されていた。本文でも検討した政治的機能についての例外は、後続の判決でバーガ首席裁判官が編み出したものであった。See *Foley v. Connelie*, 435 U.S. 291 (1978).

222) *Compare New Jersey Media Group, Inc. v. Ashcroft*, 308 F.3d 198 (3d Cir. 2002), with *Detroit Free Press v. Ashcroft*, 303 F.3d 681 (6th Cir. 2002). 両判決の分析につき、安部圭介, 前掲論文 (註37) 467-69頁参照。

223) Press Release, American Civil Liberties Union, Supreme Court Ends Term with Reaffirmation of Rule of Law During Times of National Crisis (June 29, 2004) (on file with author).

224) *Id.*

225) *Id.*

判決そのものよりもむしろ「アメリカ国民とその選出した代表者ら [すなわち、政治的部門を守る人々] がこれらの厳粛な判決にいかに対応するかによって形作られるであろう」²²⁶⁾と付け加えることを忘れなかった。「法の支配」の観点から見たとき、判決が下された後の政治的部門の対応が最終的に重要な意味を持つことは改めて指摘するまでもないが²²⁷⁾、このこと——そして、その政治的部門に決定的な影響を与える世論がまた重要な意味を持つこと——は、時代の流れの中で常に「分断され、孤立した少数者」であり続けるほかはない外国人に関係する分野において、とりわけ真実であると言える。

アメリカで開かれるラテン・アメリカ学会にキューバから参加予定だった65名の学者や文学者らが直前になって入国を拒否されたとの最近の報道は²²⁸⁾、閉塞状況の続くアメリカの現状を示し、そうした社会の中で外国人の受けている取扱いについての懸念を抱かせる。それはまた、2世紀以上前、フランスとの関係が悪化し、反仏感情を背景に Alien and Sedition Acts (外国人法および煽動防止法)²²⁹⁾と呼ばれる一連の人権抑圧法が制定された時期に、アダムズ大統領が「社会秩序に反する (incompatible with the social order)」²³⁰⁾という理由でフランス人科学者らの入国に反対した事実をも思い起こさせる。こうした政治的部門や世論の動きに時として押し流され、たびたび過ちを犯しながらも²³¹⁾、アメリカの裁判所は「法の支配」という理念にくり返し立ち返り続けてきた。そのこれまでの経験において、アメリカの裁判所は「多数者の感情 [に基づく侵害] に特にさらされやすい (unusually vulnerable to majority sentiment)」²³²⁾ 権利や自由の守り手としての役割を期待され²³³⁾、かつ、実際にも一定程度、Carolene Products 判決の指針に従ってそうした判断を下してきたのである。外国人に対する差別的な取扱いに厳格審査を適用した合衆国最高裁の諸判決は²³⁴⁾、その典型であったと言える。他方、巨視的に見れば、そこでは、立法権や行政権に比べて長期的な——従って、相対的に見れば比較的冷静

226) Laurence Tribe, *Supreme Constraint*, WALL ST. J., July 1, 2004, at A14.

227) 悲観的な展望を示す著作として, e.g., GERALD N. ROSENBERG, *THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE?* (1991).

228) 朝日新聞 2004年10月4日夕刊「米、キューバ人65人拒否」参照。

229) Alien Acts, 1 Stat. 556 (1798), 1 Stat. 570 (1798), 1 Stat. 577 (1798); Sedition Act, 1 Stat. 596 (1798). この時期のアメリカでは、「フランスの密偵がフィラデルフィアに火を放つという情報まで国務省に伝えられ、とりわけアイルランドからの移民はフランスに通謀しやすいとみなされて警戒された」。有賀貞・大下尚一・志邨晃佑・平野孝(編)『アメリカ史1:17世紀~1877年』233頁(1994)。

230) Glasser, *supra* note 125, at 13.

231) See *supra* note 132 and accompanying text.

232) John Hart Ely, *Another Such Victory: Constitutional Theory and Practice in a World Where Courts Are No Different from Legislatures*, 77 VA. L. REV. 833, 834 n.4 (1991).

233) See, e.g., Michael J. Perry, *What is "the Constitution"?* (and Other Fundamental Questions), in CONSTITUTIONALISM: PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS 99, 127-29 (Larry Alexander ed., 1998).

234) E.g., Bernal v. Fainter, 467 U.S. 216 (1984); *In re Griffiths*, 413 U.S. 717 (1973); Sugarman v. Dougall, 413 U.S. 634 (1973); Graham v. Richardson, 403 U.S. 365 (1971).

な——多数者意思に反応する性質を持つ司法権の傾向²³⁵⁾、さらには、1つ1つの判例の中で徐々に法を形成し、発展させてゆく英米法の特徴——その過程は漸進的で、時間を置いて結晶する法には多数の裁判官の見方が反映されるため、結果として法が社会のコンセンサスを映し出すことが多いと言われる²³⁶⁾——などがおそらくは「法の支配」の力を強める方向で作用しており、その結果、政治的部門の短期的、一時的な過熱から外国人をはじめとする「分断され、孤立した少数者」の権利が守られてきたという側面もあった²³⁷⁾。

いくつかの力強い判決の存在にもかかわらず、アメリカにおいて、同時多発テロのもたらした「法の支配」の危機が去ったとはまだ言えそうもない。とはいえ、こうした動揺がアメリカの裁判所にとっては初めての経験でないこともまた間違いない。アメリカにおける「法の支配」は、今後、同時多発テロの衝撃から緩やかに立ち直り、せめぎ合う裁判官らの紡ぎ出すさまざまな判決に彩られながら、中世のイギリス以来、1000年にわたって常にそうであったように、これからも長い時間をかけて織り成され続けてゆくものと思われる²³⁸⁾。

235) See GIRARDEAU A. SPANN, RACE AGAINST THE COURT: THE SUPREME COURT AND MINORITIES IN CONTEMPORARY AMERICA 100-02 (1993).

236) See John Devlin, *Constructing an Alternative to "State Action" as a Limit on State Constitutional Rights Guarantees: A Survey, Critique and Proposal*, 21 RUTGERS L.J. 819, 879 (1990).

237) *E.g.*, *Rasul v. Bush*, 124 S. Ct. 2686 (2004); *Ex parte Endo*, 323 U.S. 283 (1944).

238) 憲法的小ミットメントは歴史の一時点においてなされうるものではなく、時の経過を経てはじめてコミットメントたりうること、このようなコミットメントの存在を前提としてはじめて個人が真に自由でありうることにつき、see Jed Rubenfeld, *Legitimacy and Interpretation*, in CONSTITUTIONALISM, *supra* note 233, at 194, 213-19.