

論文

対テロ戦争における手続的デュー・プロセスの承認とその展開の基盤

— Hamdi v. Rumsfeld 判決が示したもの —

今井 健太郎*

1. 問題の所在
2. Hamdi v. Rumsfeld 判決
3. Hamdi 判決における手続的デュー・プロセス判断への反応
4. オコナー裁判官の真意と判決の展開
5. 結びにかえて

1. 問題の所在

9.11はすべてを変えた。2001年9月11日にアメリカ同時多発テロが発生して以来、危機管理社会への対応が強く叫ばれてきた。特に緊急時においては、国家の安全を優先して個人の自由や権利を犠牲にすることが許容されうるとして、司法府は執行府の判断に敬讓することが望ましいと主張されている [Posner & Vermule 2007: 6]。実際に行政権限が拡大するなかで、ブッシュ前大統領のもとアメリカは数々の「対テロ戦争」政策を行ってきた（テロ容疑者の無期限抑留、軍事委員会での審理、拷問まがいの強制的尋問、大規模盗聴etc.）。

こうしたアメリカでの事態を踏まえて、これまで筆者は、司法へのアクセスとしての手

続的デュー・プロセス保障の観点——日本的に言えば、裁判を受ける権利となろう——から検証を行ってきた⁽¹⁾。人身保護請求管轄権の剥奪が違憲とされたBoumediene判決 [Boumediene v. Bush, 553 U.S. 723 (2008)] については、従来とらえられてきた連邦議会と司法府との間での権力分立問題としてではなく、裁判所の審査により権利の保障が確保される人権保障の問題として、裁判所へのアクセスを確保する手続的デュー・プロセスの保障を読み込む判例解釈の可能性を提示した [今井 2012: 215]。

次に、対テロ戦争の一大政策の一つでテロ容疑者の審理を行う軍事委員会の創設にあたって、ブッシュ大統領が先例として依拠した第2次世界大戦中のナチス工作員に対するルーズヴェルト大統領の軍事委員会と、その合憲性が争われたQuirin判決 [Ex Parte Quirin, 317 U.S. 1 (1942)] を扱った。この事件で連邦最高裁は本案に関する審理を行うことで、裁判所へのアクセスを閉じることはしなかった。その事実からすれば、戦時下という特殊状況においても手続的デュー・プロセスのミニマムな保障を行ったと一定程度評価することは可能ではないかと

*早稲田大学大学院社会科学研究所 博士後期課程5年

論じた。また、Quirin判決当時の1942年は第2次世界大戦の最中であり、連邦議会による公式の戦争宣言が行われていた。そのような状況が現代の2001年以降の状況とは異なる点も看過できないという点を指摘した〔今井 2013: 123〕。

本稿では再び現代に目を移し、対テロ戦争政策に関する一種の起源としてのQuirin判決と、現時点での帰結点としてのBoumediene判決を結ぶ理論的架け橋を探求しようと思う。9.11同時多発テロ以降、ブッシュ大統領が行った上記のドラスティックな「対テロ戦争」政策と、それが引き起こした状況を目撃してしまっている現在、行き過ぎた権力行使を制約する何らかの規範論的観念を考える必要がある。手続的デュー・プロセスがその際の考察の軸となる。

本稿では2004年に連邦最高裁がブッシュ政権の一連の対テロ戦争政策についてはじめての判断を行ったHamdi判決を扱う〔Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004)〕。この判決で相対多数意見を執筆したオコナー裁判官は、大統領の敵性戦闘員抑留権限を承認しながらも、その権限行使に一定程度の歯止めをかけた。特に敵性戦闘員とされた者には中立的な裁定者の前で反論する公正な機会が与えられなくてはならないと判示した点は、後のBoumediene判決に基本的な判断枠組を提供した。そこでの連邦最高裁の姿勢から、対テロ戦争政策を遂行するにあたって最低限の手続的デュー・プロセスが保障されなくてはならないという強い姿勢が見てとれるように思われる。すなわち、緊急時であっても何らかのコミットすべきルール（準則）というものが存在するのであれば、そのコミットメントをHamdi判決の手続的デュー・プロセス保障の記述から見いだすことが可能で

はないだろうか。そうしたルールへのコミットメントが、Boumediene判決での裁判所へのアクセスという規範的準則に展開する基盤となりえたという仮説を、Hamdi判決でのオコナー裁判官の法廷意見から読み取ろうというのが、本稿で行おうとする課題である。

2. Hamdi v. Rumsfeld判決

2004年にアメリカ連邦最高裁が下した一連の判決⁽²⁾は、アメリカ憲法の基本的教義とされる「自由の原理 (the principle of freedom)」を問題にしており〔Fiss: 2006: 235〕、「英米法の中の『法の支配』の力強さ」や「アメリカ法の力強さを感じる事ができた」と評価された〔浅香ほか 2004: 129 (安部圭介の発言)〕。では、どのような判断が最高裁で下されたのか。本稿ではHamdi判決〔542 U.S. 507 (2004)〕に焦点を絞って検証を行うが、その前に事件の中身を確認しておく。

まず流れとして、2001年9月11日のテロ発生をうけて、ブッシュ政権のもとアメリカ連邦議会は上下両院での合同決議を行った (Authorizatin for Use of Military Force: 以下AUMF)⁽³⁾。このAUMF決議により、「2001年9月11日に生じたテロ攻撃を計画し、授權し、関係した、または援助したと大統領が判断する国家、組織または諸個人、あるいはそのような組織や諸個人をかくまった」と判断される者や組織に対して、合衆国への将来の国際テロ行為を防ぐために「必要かつ適切なすべての武力 (all necessary and appropriate force)」を行使する権限が大統領に授權された。

Hamdi判決ではこのAUMFとそれに基づく大

統領の敵性戦闘員抑留権限について、はじめての判断が行われた。事実と判旨はこうである。

本件上告人ハムディは、ルイジアナ州で生まれた後、家族とともにサウジアラビアに移住した。2001年、アフガニスタンに渡っていた彼は、タリバン政権と戦っていたアフガンの北部同盟に捕えられた。アメリカ軍に引き渡されたハムディはキューバのグアタナモ基地に収容されたが、合衆国市民であることが判明したために合衆国内に身柄を移され、その後サウスカロライナ州の軍事施設に抑留されていた [Hamdi, 542 U.S. 507, 510]。

合衆国法の規定⁽⁴⁾のもと、上告人の父親が「直近の友人 (next friend)」として人身保護令状の請求を行い、ハムディの拘束は修正第5条および修正第14条に違反していると、主張した [Hamdi, at 511]。地方裁判所はハムディ側の請求を認容するが、控訴審では、政府の安全と情報の利益に対する適切な敬讓を地裁は行っていないとして、判決を差戻した [Hamdi. at 512 (296 F.3d 278, 283 (2002))]

差戻審で、政府は請求の却下を申し立て、ここでマイケル・モップという国防総省職員による声明書 (Mobbs Declaration) を提出した。声明書では、ハムディがアフガニスタンに渡航してタリバンの軍事訓練に参加しているなどタリバンとの関係があり、敵性戦闘員として認定されると記していた [Hamdi, 512-513]。地裁はこの点での政府の主張を認めず、モップの声明書はハムディの抑留決定の根拠としては不十分であり、インカメラ・レビューのための証拠の提出等を政府に命じた [243 F. Supp.2d 527 (2002)]。しかし、政府側上訴による差戻後控訴審は差戻審地裁判決を覆して声明書の証拠能

力を認めたとうえで [316 F.3d 450, 462 (2003)]、憲法第3条は第1条及び第2条に規定された戦争権限等に関連しており、ハムディの地位や拘束について連邦裁判所が詮索するのを、権力分立原理によって禁じているとした [Id. at 472-473]。また、AUMFは合衆国法典第18編4001(a)条の規定に違反していないとして、ハムディの抑留は合法であるとの判決を下した [Id. at 467-469]。これに対してハムディ側が上告を行ったことにより、事件は連邦最高裁判所に持ち込まれた。

判決では裁判官の見解がいくつにも分かれており、相対多数が形成されたにとどまっている。法廷意見を執筆したオコナー裁判官は、本件を第4巡回区控訴裁判所に差戻した。

まず相対多数意見は、ハムディを抑留することが授權されているかどうかについての判断を行う。合衆国法典第18編4001(a)条⁽⁵⁾は、「いかなる市民も、議会の法律に従った場合を除き、合衆国によって投獄または抑留されない」と規定している。オコナーによれば、「AUMFは我々が説明する狭いカテゴリー内の個人の抑留に対する明白な議会による授權」であり、AUMFは「議会法に従って」という4001(a)条の規定を満たしていると判断する [Hamdi. 542 U.S. 597, 517 (plurality opinion)]。ここでの抑留の目的は捕獲された個人が戦場に戻り、再び武器を手にして合衆国に対抗するのを防ぐためであるとして [Hamdi. at 518]、本件抑留は必要かつ適切な武力の行使であるとする政府側の主張を認めた。 [Hamdi. at 520]。

つづいてオコナーはデュー・プロセス保障についての判断に移る。政府は、権力分立への尊重と継続中の紛争に関連する軍事政策決定につ

いて裁判所の能力の限界からすれば、個別のプロセスを排除して、合法的な授権が広範な抑留に存在するかの判断に裁判所の調査を限定すべきであると説いた [Hamdi, at 527]。これに対しオコナーは、本件では「一定の目的を効果的に追求するのに必要であると政府が主張する自律と、憲法上の権利を奪われる前に正当であるようにと市民が主張する手続との間に存在している緊張」が強調されていることに注目する。そこで、憲法修正第5条の手続的保障を確保するのに、連邦最高裁は政府行為により影響を受ける私的利益と、より多くの手続を与えることで政府が直面する負担とを比較衡量する Mathews 判決 [Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319 (1976)] の衡量テストを使用してきたことを確認し、本件でもこの比較衡量テストをとると述べる [Hamdi, at 528-529]。アミカス・ブリーフの指摘を引用し [Shayana Kadidal et al 2002: 139]、「十分な手続きを欠いたなかでは市民の自由を誤って奪うリスクが極めて現実的」であり、無制約の抑留制度は、脅威を示していない他者を抑圧または侵害する手段となる潜在性を伴うことは、歴史や常識が我々に語っていることを認める。同時に、戦争法や戦闘の現実をみればこうした抑留を必要かつ適切と考えるるし、アメリカのデュー・プロセス審査はこれらの現実を無視する必要はないとも指摘する [Hamdi, at 530-531]。こうした点からも、本件では Mathews 衡量テストが有益とされる。こうしたなかで相対多数意見は、敵性戦闘員に分類されたことを争う抑留者は、自身の分類に関する「実体的根拠の告知」と「中立的な裁定者の中で政府の事実の主張に反論する公正な機会」を与えられなければならないと判示した

[Hamdi, at 533]。それでも、敵性戦闘員に対する手続的保障は通常の完全な手続の保障ではないとされる。すなわち、伝聞証拠は認容可能であり、政府の証拠には有利な推定がなされる。さらに挙証責任は請求者側に課せられることとなる [Hamdi, at 533-534]。以上に基づき連邦最高裁は、本件では人身保護令状は停止されおらず、上記の手続を審査する軍事法廷は設置されていない以上、敵性戦闘員から人身保護令状の請求を受けた裁判所が、「最低限のデュー・プロセスの要請」が達成されることを保障しなくてはならないとの判決を下した [Hamdi, at 538]。

それに対し、スーター裁判官が結果同意と一部反対の意見を書いた。これにはギンズバーグ裁判官が参加している。AUMFは議会制定法による明白な授権を要件とする合衆国法典第18編4001(a)条を満たすものとは考えられない⁽⁶⁾。よって本件抑留を正当化しない [Hamdi, at 543-546 (Souter, J., concurring in part, dissenting in part and concurring in the judgement)]。AUMFは武力の行使のみを記述するに過ぎないし、そもそもこの決議には抑留に関するワードは存在しない [Hamdi, at 547]。しかし、スーター達は、政府の立場を否定する本法廷の8人のメンバーの結論に実践的效果を与える必要があるため、差戻しを命じた相対多数に加わることとした [Hamdi, at 553]。スーターとギンズバーグは、本件を下級審に差戻すというこの一点のみにかけて、判決結果に同意したのである。いわば、薄氷を踏むような同意とも受け取れる。

反対意見は2本ある。一つはスカリア裁判官とスティーブンス裁判官による反対意見である。スカリア達によれば、AUMFは人身保護

令状の停止ではない。そうである以上、市民には刑事裁判を求めるか、釈放を求める権利が保障されている。こう述べて2人は、ハムディは刑事裁判を直ちに求めるか、人身保護令状によって釈放されなければならないと反論した [Hamdi. at 554 (Scalia, J., dissenting)]。ある意味、ハムディ側の意見を最も擁護した意見ということが可能であろう⁽⁷⁾。これに対して、完全に政府を擁護する観点から反対意見を述べたのがトーマス裁判官である⁽⁸⁾。トーマス裁判官は、たとえ執行府が抑留者は危険を引き起こすと誤信したとしても、公的安全を保護するという利益をもって誠実に行動する限り、執行府は個人を抑留する絶対的な権限を有するとして、相対多数意見の立場を批判した [Hamdi. at 589-592 (Thomas, J., dissenting)]。

こうして事件は下級審に差戻されることになった。連邦最高裁は、AUMF決議に基づく大統領の敵性戦闘員拘束権を承認したが、デュー・プロセス保障については政府の主張を認めなかった。程度の差こそあれ、本判決ではトーマスを除く8人の裁判官が何らかの手続的デュー・プロセス保障をハムディに認めたのである。

3. Hamdi 判決における手続的デュー・プロセス判断への反応

3-1. 批判

相対多数意見でのオコナー裁判官の手続的デュー・プロセス判断について、修正第5条のデュー・プロセス条項を適用したものと考えるのは当然であろう [浅香ほか 2004: 203 (松井茂紀の発言)]。より正確に記せば、同条項

の問題に対する審査基準とされる Mathews 判決 [424 U.S. 319 (1976)] の判例法理に従ったものといえる。Mathews 判決は障害福祉給付金の打ち切り決定に関する事案である。その事件で連邦最高裁は、事後的に不服申し立てが可能であること、またそれに基づく聴聞が与えられていることで修正第5条のデュー・プロセス条項の要請は満たされており、必ずしも聴聞が事前に行われるべき必要性はないと判決した。そこで示されたのが以下の判断枠組である。すなわち、手続がどのような内容であるべきかについては、①「政府の行為によって影響を受けるであろう私的利益」の重要性、②「使われた手続を通じてそのような利益が誤って奪われるリスク」、③「追加的または代替的な手続的要請がもたらすであろう財政上および行政上の負担…を含む政府の利益」の3基準を総合的に比較衡量して判断しなければならないとするものである [Mathews, 424 U.S. 319, 335]。この基準を用いてオコナーは抑留者側の私的利益と政府側の国家利益の調整を図ったとみられるが、そのような Mathews 判決の適用については批判が強い。

J・アンダーソンは Mathews 判決のテストについて、行政法での財産利益についての適正な手続的聴聞に関するもので、市民の自由を剥奪するものに関して創られたものではないとし、このテストは、Hamdi 判決のように、最も重要な憲法上の抑制と均衡の2つの本質（戦争権限対デュー・プロセス）に関わる自由への権利ケースには単純に不相当であると批判する [Anderson 2005: 703・710-711]。C・トビアスも、敵性戦闘員認定にかかわる聴聞はむしろ刑事手続と同等ではないかという点から、Mathews テ

ストは公的扶助に関する事例のテストであり、Hamdi判決に適用するのは不適切ではないかと疑問を呈す [Tobias 2007: 1726-1727]⁽⁹⁾。

また、Mathews判決のテストは移ろいやすくその場限りの性質をもつものであり、裁判官の裁量が大きくなると批判されている [Martinez 2008: 1048]。それに3番目の基準を適用することにより、裁判所が誤った判断に陥るリスクが高いという見解も存在する [樋口 2012: 312]。実際、連邦最高裁も刑事手続にはこのテストの適用をしなかった点が報告されている [Martinez 2008: 1048; Medina v. California, 505 U.S. 437, 443 (1992)]。S・ワリンもこのような裁判所による恣意的な裁量審査に陥る可能性を危惧しているようであり、個人のデュー・プロセスの権利は、それを否定する際の政府の利益の重さに依拠して異なり得るということになってしまうと判決を批判し、本件は市民的自由の勝利とは程遠いと述べる [Whalin 2006: 726]。

O・フィスによれば、Mathewsテストはコスト・ベネフィットの考察にかかわるものとされる。すなわち、この定式は福祉受給者への精巧な手続的保護を求めるよう近年では適用されていないが、聴聞が給付終了前に求められる場合、その聴聞は連邦裁判官の前で開かれる必要はないと常に想定される。しかし続けて、Hamdi判決とMathews判決は大きく異なると指摘する。州が個人を適正に識別するのではなくむしろ、憲法が保障した実体的な自由への権利を囚人が与えられるかを判断する手続の公正性が問題となっていることがその理由とされる。そして、ここでのオコナーの誤りは、憲法上保障された自由と、憲法上保護されていない私的・社会的自由の2つの自由類型を無視して

いる点であるとフィスは指摘する [Fiss 2006: 244]。Mathews判決の定式は公正な手続を定めるに過ぎない。それに対し、憲法自体によって保障された自由については連邦裁判所での聴聞を与えられる。そうであるならば、ハムディは修正第5条のデュー・プロセス条項と第1条9節2項の特権停止条項にその跡をたどる自由が奪われた件について、連邦裁判所で自らが主張する内容の聴聞を与えられるべきであるとフィスは主張する。彼は、少なくともデュー・プロセス条項において何らかの権利を認めたことについては評価すべきであるとしながらも、不幸なことに、判旨は実体的な自由を保障したのではなく、手続的公正性を要請したものにすぎないと述べている [Fiss 2006: 245]。

3-2. 判決の受容・承認?

このように、Hamdi判決のデュー・プロセス判断について批判する見解がある一方で、判決についてある程度受容し、何らかの積極的規範を見いだそうとする見解も存在する。

村山はMathews判決を含む一連の手続的デュー・プロセス事例としてHamdi判決を解釈・検討している [村山 2013: 649]。そこでは、オコナー裁判官のMathews比較衡量テストの適用を、「人身の自由」の原理と「国家の安全」の原理との漠然とした比較衡量であると整理する。ここで村山は、カテゴリカル・アナリシスとプロポーショナリティ・アナリシスという2種類の分析手法によるアプローチを見いだすことから検証を行っている⁽¹⁰⁾。

Hamdi判決において前者、カテゴリカル・アナリシスを採用したとされるのは、スカリア裁判官の反対意見と前に述べたO・フィスの立場

である。村山によれば、スカリア裁判官は「①議会による人身保護令状の停止がある場合は手続が緩和できるが、②人身保護令状の停止が無い場合は手続が緩和できないというカテゴリカルな準則」を採用することで、「議会が人身保護令状を停止していないので、手続は緩和できない」と提示したとされる〔村山 2013: 674〕。また、フィスについても、「①憲法上の自由については連邦裁判所でのヒアリング、②社会的自由についてはマシューズの計算式」というカテゴリカルな準則を提示したのであり、「本件は、①憲法上の自由のカテゴリーにあてはまるので、軍事裁判所は利用できない」としたのだと村山は整理する〔同 2013: 675〕。

その一方、Hamdi判決、すなわちオコナー裁判官の相対多数意見をプロポーショナリティ・アナリシスの立場から整理する手法を彼は提示する。その際、まずMathews判決とHamdi判決の衡量のあり方が異なる点を確認する。私的利益との調整を受ける政府の負担に関して、Mathews判決における「財政上および行政上の負荷」という文言を「単なる政府の『負荷』」とすることで、「オコナーは、文言の微妙な変更を通じて先例の意味をずらし、マシューズ判決の費用便益分析を、抽象的な原理の衡量へと後退させた」〔同 673-674〕。そうして「ハムディ判決がマシューズの計算式を通じて行ったのは、相対立する原理の衡量」であり、「プロポーショナリティ・アナリシスの採用によって、原理の衡量を構造化する」ものであると、オコナー相対多数意見を讀む〔同 675〕。そして、この「対案の弱さであり、同時に、強さでもあるのは、『国家の安全』という原理によって、『人身の自由』の原理が柔軟な譲歩を迫ら

れる可能性を否定はできない」としながらも、「アメリカのとりうる、一つの選択肢となりうるかもしれない」と述べる〔同 675・679〕。このように、村山はHamdi判決について——判決の内容結果そのものへ肯定か否定かは不明ではあるが——審査手法の存在それ自体は、ある意味積極的に解釈する可能性を示唆しているようである。

次に注目すべきなのは、問題となる手続そのものが事件の実体であると説明して、「実体としての手続 (process as substance)」という議論をするJ・マルティネスである⁽¹¹⁾。この種の手続問題とは、法廷の外で実体的価値や実体的効果を明示的に考察することに関係するものとされる〔Martinez 2008: 1041〕。そしてHamdi判決を、実体的行為Xは合法的な抑留という結果になるのに手続Yを必要とするのか決定する権限を、大統領、連邦議会、あるいは裁判所が有するのかの問題として整理する。結果として、連邦議会がある種の抑留行為により通常の刑事審理手続からの離脱を授権するよう権限付けられたと判断しながら、それでも相対多数意見は、デュー・プロセス条項の指示に従って使われるべき手続を判断する権限をもつのは裁判所自らであると結論づけたと、Hamdi判決を解釈する〔*id.* at 1046〕。

こうした手続そのものが実体的問題となるというマルティネスの考えからすれば、敵性戦闘員の分類に関する「実体的根拠の告知」と「中立的な裁定者の前で政府の事実の主張に反論する公正な機会」といった、Hamdi判決での手続的デュー・プロセスの要請はそれ自体が重要なことと考えるべきではなかろうか。そうであるならば、「手続的な保障に配慮するというアメ

リカの裁判所の姿勢がよく表れて」いるという見解は十分説得力を有するといえるかもしれない〔浅香ほか 2004: 204 (野坂泰司の発言)〕。

4. オコナー裁判官の真意と判決の展開

前章では、Hamdi判決に対する諸々の反応をみる中で、Hamdi判決において手続に関する検討がなされたということ自体が評価できるとする見解と、プロポーショナリティ・アナリシスへのアプローチからHamdi判決における審査手法の存在を承認できる見解を確認した。

しかし、それだけでHamdi判決は「中立的な裁定者」や「公正の機会」といった手続的デュー・プロセスにかかわる意義のある判決を下したと評価するのは尚早であろう。そもそも、Hamdi判決にはいくつもの未解決点が存在する。抑留者の手続的デュー・プロセスの権利の正確な範囲は未決定であるし〔Elgert 2005: 246〕、また、判決時点で軍事法廷は中立の裁定者に見合うのかも不明なままである〔Anderson 2005: 690〕。このことから、連邦最高裁は司法審査を示したが、執行府の抑留決定に対しては敬讓しており、「連邦最高裁の空っぽの司法審査の主張はみせかけ (Potemkin village) を創り上げるもの」であるという批判さえなされている〔Green 2005: 595〕。

実際、村山も『『国家の安全』の原理によっても改変することのできない『人身の自由』の保護準則が存在すると考える論者は、Hamdi判決で行われた原理の衡量と、それを構造化するプロポーショナリティ・アナリシスを、危険なものとして退けるであろう』として〔村山 2013: 678〕、『『人身の自由』の原理が柔軟な讓

歩を迫られる可能性」に留意を示している〔同 675〕。いうまでもなく、本稿は典型的な「退ける者」の視点に立っている。そうであるならば、なぜオコナー裁判官は、あえて掘り崩されるリスクを冒して、村山のいうプロポーショナルな立場に立ったのであろうか。もう一度彼女の法廷意見を読んでみよう。

オコナーは抑留が認められる個人の対象を説明するにあたって、以下のように論じている。アルカイダを支援する組織「タリバンの一部」としてアフガニスタンで合衆国に対抗して戦う個人」は、「AUMF可決にあたって議会が対象としようとした個人」であることに疑いはない。そのような個人が「捕獲された特定の紛争の期間中に、その限定的なカテゴリーに属する個人を抑留することは、戦争に付随する基本的なものかつ受容可能なものであり、議会が大統領に行使するよう授権した“必要かつ適切な武力 (the necessary and appropriate force)”の行使である」とする〔Hamdi, 542 U.S. 507, 518〕。これを前提として、「タリバン兵との活発な戦闘行為がアフガニスタンで明らかに継続中である」という現状のもとでは、「その敵対活動の期間中」抑留できると結論づける〔*Id.* at 520〕。オコナーは抑留の範囲についてそれなりに制限を課そうとしているように、筆者には見うけられる。つまり、本件で抑留の対象となる者は、あくまでもAUMFに定められた「合衆国に対する軍事紛争に従事していたタリバン戦闘員」であり、アフガニスタンで当該軍事紛争が継続している期間中は、その戦場で捕えられた兵士が再びアフガンの戦場に戻るのを防止するために、とりあえず敵性戦闘員⁽¹²⁾として抑留しておくという整理なのであろう——戦闘期間中抑

留できるということは当該戦闘が終息すれば釈放すべきということになる——。

その抑留者に与えられるべき手続というのが、自身の分類に関する「実体的根拠の告知」と「中立的な裁定者の前で政府の事実の主張に反論する公正な機会」とされる [Hamdi, at 533]。しかし、そこで与えられる手続は完全なものではない。伝聞証拠の認容や政府優位の推論、挙証責任の転換など、通常の刑事審理における手続から大きく逸脱しているのは明白だ。修正第5条のデュー・プロセス論からすれば、伝聞法則 (hearsay rule) などは核心的な手続概念のはずである⁽¹³⁾。それがこのように緩和できるとするのであれば、オコナーは何を意図していたのかが当然問われてくるであろう。

彼女が手続的保障について Mathews 判決を規範的根拠にしている点は前に述べた。Mathews 判決それ自体はたしかに手続的デュー・プロセスにかかわる判例であり、修正第5条の問題ではある。本件では「一定の目的を効果的に追求するために必要であると政府が主張する自律」と、「憲法上の権利を奪われる前に正当であるようにと市民が主張する手続」との緊張が存在しているとされる [Hamdi, at 528]。そこで Mathews 判決と修正第5条に触れるのだが、その記述の仕方は示唆的だ。「そのような深刻な競合する利益を調整して、市民が、合衆国憲法修正第5条、“法のデュー・プロセス無く生命、自由、または財産を奪われない”ことを確保するのに必要な手続を判断するのに我々が利用する通常メカニズムは、Mathews v. Eldridge 判決で明示したテストである」 [Hamdi, at 528-529]⁽¹⁴⁾。これはおそらく意図的であろう。ニュアンスとして「修正第5条」を括弧に入れたような書

き方である。なぜオコナーはこんなまわりくどい言い方をしたのであろうか。

それは対テロ戦争における国家安全保障への配慮のため、本件を純粋な修正第5条論としての刑事審理手続の枠内で処理できない——あるいは、処理したくない——という意思が働いたのかもしれない。本件で問題となっている事実は、紛争中の抑留である。軍事衝突が現在進行形で存在している中、その戦場で捕えられた者を、とりあえず紛争期間中は捕えておくということにすぎない。Quirin 判決 [317 U.S.1 (1942)] でそうであったように [今井 2013: 115]、囚人を処罰してしまうところまで議論は及んでいないのである。そこで、財産利益に関する行政法上の手続的聴聞の議論に落とし込むことにより [Anderson 2005: 703・710]、国家の安全という公的利益と自由の剥奪に抗するための手続の要請という私的利益との対立を調整するという理論枠組を提示した。これにより、本来の修正第5条のデュー・プロセス論を一定程度希釈しながらも準用するという、いわば妥協を行ったのであろう。そうした手続保障論には当然異論が噴出するのは前にみてきたとおりである。しかし、「法理論よりも現実の重要性」を常に重視するオコナーにとって [トゥービン 2013: 200]、アフガニスタンでの戦闘は看過できない事実であった。ここで対立する政府の利益とは、合衆国に対する戦闘に敵兵が戻らないようにすることであり、戦争法や戦闘の存在はその抑留を必要かつ適切としている。よって、デュー・プロセス分析はその現実に目をつぶる必要はないとオコナーは言い切っている [Hamdi, at 531]。

しかし、「戦時下であるからといって、大統

領に白紙手形 (blank check) が与えられるわけではない」[*Hamdi*, at 536]。オコナーはハムディの私的利益の重要性を軽視していない。なぜなら、そこでの問題は最も基本的な自由の利益である政府による身体的抑留からの自由だからである [Hamdi, at 529]。手続的デュー・プロセスのルールは剥奪からの保護ではなく、誤った、または不当な剥奪からの保護であるとされる [Carey v. Phipus, 435 U.S. 247, 259 (1978)]。そして本件では「十分なプロセスを欠くなかで市民の自由の誤った剥奪のリスクがまさに現実的である」と述べている [Hamdi, at 530]。そうした誤って自由を剥奪するリスクが高く存在している点も、オコナーにとっては見過ごすことのできない現実であった。だからこそ、「困難で不確かな時期にこそ、我が国のデュー・プロセスへのコミットメントは最も厳格に審査されるべき」であり、「その時代においてこそ、我々は国外で戦うにあたってその原理へのコミットメントを自国でも保持しなくてはならない」のである [Hamdi, at 532]。そのためには、抑留者に自身の分類に関する「実体的根拠の告知」と「中立的な裁定者の前で政府の事実の主張に反論する公正な機会」が提供されなくてはならないということになるのである [Hamdi, at 533]。

こうして見えてくるオコナーの真意とは、妥協とコミットメントである。すなわち、一方にあるのはアフガンでの戦闘という国家の安全への配慮のもと、再び戦闘員として戦場に戻り合衆国の軍事遂行の妨げとなりうる人物を紛争期間中はとりあえず閉じ込めておくべきだという現実への妥協である。片や、それが本当に閉じ込めておくべき人物か否かはある程度信頼のお

けるプロセスを踏むことで、抑留すべきではない者を誤って抑留するリスクを考慮すべきという配慮のもとで保障されるべきデュー・プロセスへのコミットメントも問題に組み込まれるのである。忘れてはならないのは、ここで妥協されるのはあくまでも抑留である。伝聞が認められ政府の主張に有利な推定がなされるのは、判決を見る限りAUMFで述べられている限定的な個人の敵性戦闘員の地位認定のみと解するのが合理的であろう。さらに、そうした抑留にあたって、「中立の裁定者」の前で反論する機会がなくてはならないとされる。Quirin判決のような処罰に関しては、判決時点では別次元の問題だったのである。しかし、本件では人身保護令状は停止されておらず、上記の手続を審査する軍事法廷は設置されていない以上、敵性戦闘員から人身保護令状の請求を受けた裁判所が、「最低限のデュー・プロセスの要請」が達成されることを保障しなくてはならないとした部分のみをみれば、通常の裁判所とは別の軍事裁判所の設置は想定されているのかもしれない [Hamdi, at 538]。そうであれば、当然懲役刑をはじめ処罰が問題となってくる。そこでいう「最低限のデュー・プロセスの要請」は本件限りとするべきであろうか。

Hamdi判決後の政策展開を見てみよう。ブッシュ政権は判決を機に戦闘員地位審査法廷 (CSRT)⁽¹⁵⁾ を設置する。CSRTは軍の内部機関であり、敵性戦闘員か否かの判断および敵性戦闘員として認定された者の抑留の可否に関する判断のみを行う⁽¹⁶⁾。CSRTを構成する裁定者および代理人は皆合衆国軍所属の役人であり、上位下達の軍の指揮系統構造からすれば中立性を欠いており、Hamdi判決における「中立的

な裁定者 (neutral decisionmaker) に見合わない可能性がある [Diller 2010: 642]⁽¹⁷⁾。しかし、Hamdi判決の流れからすればこの設置は許容されるであろう。Boumediene判決 [553 U.S. 723 (2008)] で軍事委員会法 (MCA) 第7条⁽¹⁸⁾のみが違憲とされ、CSRTは無傷のままであったことから、それはHamdi判決の範囲内であるのが読み取れる。

CSRTからMCAによる軍事委員会の正式な設置⁽¹⁹⁾までの流れは、Hamdi判決の負の遺産といえる。そもそも「中立的な裁定者」について、「実質的にはそれは裁判官・裁判所のことを指していることになる」と言われていたが [浅香ほか 2004: 202 (松井茂記の発言), 軍事委員会創設の示唆も含め [Hamdi. at 538], 何が中立的な裁定者に見合うのかは不明であった [Anderson 2005: 690]。

しかし、Hamdi判決は——プラスの面において——その後の判例展開にまったく無影響だったとは考えられない。長期的に見れば、判決はより好ましい効果を有するとわかるかもしれないとドゥオーキン⁽²⁰⁾は述べていた。なぜならそれは、最高裁自ら描いたものよりも強力な結論への法的根拠を与えるからであるという [Dworkin 2004]。そうであるならば、Boumediene判決を踏まえることで「中立的な裁定者」についてより明確に推論できる。

筆者はかつて、Boumediene判決での「人身の自由」と「令状へのアクセス」への言及から [Boumediene, 553 U.S. 723, 797], 裁判所へのアクセスとして手続的デュー・プロセス保障の契機を読み込むことができると指摘した [今井 2012: 224]。そこへの議論の展開からすれば、やはり最終的には、人身保護令状による審査を

行う裁判所 [浅香ほか 2004: 202], あるいは軍事委員会からの上訴審での連邦司法府が「中立的な裁定者」の内実として挙げられるであろう。アメリカの憲法装置のもとでは、「憲法上保障された権利を奪われるかの判断をする責任は連邦司法府がもつ」のである [Fiss 2006: 244]。

再度オコナーの言葉を引用しよう。「困難で不確かな時期にこそ、我が国のデュー・プロセスへのコミットメントは最も厳格に審査されるべき」であり [Hamdi. at 532], 「戦時下であるからといって、大統領に白紙手形 (blank check) が与えられるわけではない」 [Hamdi. at 536]。ここには、「国の安全にかんする偽善的な主張への彼女のいらだちが透けていた」とされる [トゥービン 2013: 295]。まさしく「オコナーは司法の独立性という理念を説く伝道師となって、ハムディ判決を盾に、現在の——いかなれば彼女の——最高裁は確認もせずに判を押したりはしない、と政権にくぎを刺した」のだ [同: 295]。これを「正義へのコミットメントをその正当性の基礎にすえる立憲主義国家が負わなければならない自己拘束」とするのは傾聴に値する評価であろう [駒村 2006: 53]。

5. 結びにかえて

S・ホームズは、救急救命室での緊急対応マニュアルを例に、緊急時においてもあえて既存のルール (準則: rule) にコミットする意義——時にそれが遠回りのものであったとしても——を考察している。彼は言う。たしかに「あるルールは危険や災害への賢明な対応を阻害するであろう。しかし、ある状況で特定のルールの明ら

かに機能障害的な性質が、危機の最中に義務的にルールに従うことへの包括的な拒否を正当化するものではない」[Holmes 2009: 303]。ルールは、無力化する抑制力として常に排他的に機能するのではなく、「ガイドラインを安定化し、我々の目的に焦点を合わせ、…長期的目標や二次災害を我々に気付かせるものとして仕える」[*Id.* at 304]⁽²⁰⁾。そして透明な司法手続きは、「有罪無罪の決定が恣意的ではなく責任を持ってなされていると国内外の傍観者に納得させるのにも役立つ。それらは難しい反テロ政策の正当さの立証を可能にし、当局が国家の安全への脅威を誇張しているという主張の論破を可能にする。公衆が反テロリズムの取組みに協同するのをいとわないことは、法執行当局の本質的公正さへの公的信頼に依拠する」[*Id.* at 333]。そのような信頼は脅威への対処には特に重要であるとされる[*Id.* at 333-334]。

オコナーの法廷意見から見えてくるのは、容易には譲り渡すことのできない憲法価値へのコミットメント⁽²¹⁾である。Hamdi判決における手続的デュー・プロセスの承認は、量的には不十分なものであったが、質的にはその後の連邦最高裁がBoumediene判決での裁判所へのアクセス論として手続的デュー・プロセスにコミットしていく基盤となったといえるのではない。Hamdi判決でオコナーが示そうとしたのは、アフガニスタンでの紛争という現実においても手続的デュー・プロセスに配慮しなくてはならないという強い姿勢であることを確認できた。

たしかに、オコナーが国家の安全に配慮することで、従来の手続保障を一定程度後退させたことも事実である。そうした意味で、Hamdi判決は妥協とコミットメントが複雑に絡み合っ

ている。もちろん、彼女が行ったとされるプロポーショナルな手法は、それ自体一つの方法でしかない。審査手法の「動的な把握」が有益であることを考えれば[村山 2013: 678]、オコナーのアプローチについて——カテゴリカルかプロポーショナルかの選択も含めて——最善か次善かを拙速に判断することは慎むべきであろう。

しかし、彼女が承認した手続的デュー・プロセスは、「裁判所へのアクセス」として、行き過ぎた権力行使により引き起こされる人権侵害を救済するための規範論となりうる思考枠組を提供した。その規範に着目すれば、必ずしもオール・プロポーショナルにアプローチする必然性はないといえる。Boumediene判決から導き出された「人身の自由には裁判所へのアクセスが確保されなければならない」とする理論は、カテゴリカルなアプローチの一形態となるであろう。その基盤はHamdi判決にある。

そして対テロ戦争を論じるにあたって、手続的デュー・プロセスは、決して「アメリカ憲法学にとっては周縁的な分野」ではない[村山 2013: 678]。

コミットすべきルールは、そこにある。

[投稿受理日2014.8.22 / 掲載決定日2015.1.29]

注

- (1) これは、個人の自由よりも国家の安全が優先されがちな緊急時においても、個人の権利や自由を基本的価値とする立憲主義を担保する装置としての司法権＝司法審査の積極的意義と存在妥当性を問うことは、危機管理社会における権利保障と立憲主義の貫徹を考慮するにあたって重要ではないかという問題意識にもとづく。
- (2) 2004年に出された判決としては他に、Rumsfeld判決[Rumsfeld v. Padilla, 542 U.S. 426 (2004)]と、Rasul判決[Rasul v. Bush, 542 U.S. 466 (2004)]がある。本稿では先に述べたように、Hamdi判決が明

- 示した手続的デュー・プロセスに注目して論じるため、これらの判決についてはここでは言及しない。なお、Hamdi判決を含むこれら3判決の評釈として、[駒村 2006: 41]を参照。
- (3) Joint Resolution: To Authorize the Use of United States Armed Against Those Responsible for the Recent Attack Launched Against the United States, 107 P.L. 40.
- (4) 28 U.S.C. § 2241.
- (5) 18 U.S.C. § 4001 (a).
- (6) ここで問題となっている法律 [18 U.S.C. § 4001 (a).] は、通称抑留禁止法 (Non-Detention Act) と呼ばれている。これは第2次世界大戦中の日系人強制収容に関する大統領命令を土台として造られた1950年緊急時抑留法 (Emergency Detention Act of 1950) [formerly 50 U.S.C. § 811] の改正法である。Hamdi判決はKorematsu判決 [Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944)] との関連でこの抑留禁止法の背景を見落としていると批判する者もいる [Whalin 2006: 738]。この点について、スター裁判官も同様なことを述べている [Hamdi, at 543 (Souter, J., concurring)]。
- (7) こうした判断に至った背景としては、ロジャーズ・スミスによれば、「スティーブズはそうではないが、スカリアにとって決定的だったのは、ハムディが『合衆国市民である』という事実だった」からであることが指摘されている [スミス 2008: 57]。Hamdi判決では、合衆国市民であっても敵性戦闘員として抑留が認められるとして、Quirin判決 [317 U.S. 1 (1942)] に依拠している。Quirin判決については、[今井 2013: 115, 120]を参照。
- (8) こうしたトーマスの立場をサンスティンは「国家安全保障マキシマリズム (National Security Maximalism)」とのべる。安全保障分野では大統領に第一次的責任があるとする考えである。このような見解は最高裁内の多数派を形成してはいないし、そもそも、大統領や議会に安全保障の分野で第一次的責任があるかは憲法だけ読んででも明らかではないとされる [Sunstein 2004: 58-59]。
- (9) トビアスによればHamdi判決は、合衆国によるデュー・プロセスの無い不本意な抑留からの自由という市民の本質的権利を再確認し、自由の縮減を対立する政府利益との調整を行ったとされる。マッシュズ・テストを適用して、抑留者は合衆国が示唆したルールのもとで自由を間違っ
- るリスクが受容不可能なほどに高いと判断する一方、その限定的な可能性のある価値やそれらが政府に課す負担からすれば、地裁で考慮された一定の追加的または代替的手続的保護は正統化されないと彼は述べている。[Tobias 2007: 1699-1701]
- (10) この2つのタームについて、村山は以下のように説明している。まず、準則 (rule) と原理 (principle) に関するドゥオーキンの議論を提示する [村山 2013: 652]。そしてプロポーショナルティ・アナリシスについて、ドゥオーキンとアレクシーの原理の議論を引きながら、手段の合理性、手段の必要性、狭義の比例性を検討することで諸原理の最適化を図ろうとするものであるとして、プロポーショナルティ・アナリシスを「原理の衡量に構造的枠組みを与え、判断過程を整序し、結論にいたる道筋を透明化しようとする試みである」と定義する [同 653]。一方、カテゴリカル・アナリシスについては、「原理の衡量を憲法裁判の前面から可能な限り排除することで、伝統的準則にしたがった安定的な権利の保障を実現しようとするものである」と説明する [同 654]。
- (11) マルティネスは、対テロ戦争に関する連邦最高裁の判決が個人の権利をはじめとする実体的権利主張を直接扱ってはならず、ほとんどがプロセス (手続) に関する判断であるという現状から、対テロ戦争の文脈で手続と実体の関係を検討する [Martinez 2008: 1015]。
- (12) 敵性戦闘員の定義それ自体が定かではないという批判は存在する [Elgert 2005: 249; Anderson 2005: 689]。
- (13) 伝聞 (hearsay) の排除が正当である理由は「口頭による発言は、証人が他から聞いた内容を繰り返すことによって不正確な伝達がなされる危険があるからである。しかし本当の理由は、もともとその発言をした人物は証人席にいないので、他方の当事者には反対尋問の機会が与えられないということである」とされる [デル＝カーメン 1994: 433]。
- (14) 原文はこうである。「The ordinary mechanism that we use for balancing such serious competing interests, and for determining the procedures that are necessary to ensure that a citizen is not “deprived of life, liberty, or property, without due process of law”, U.S.Const., Amdt.5, is the test that we articulated in *Mathews v. Eldridge*…」 [Hamdi, at 529]。
- (15) Memorandum for the Secretary of the Navy, Order

Establishing Combatant Status Review Tribunal, July 7, 2004 (CSRT Order).

- (16) See Memorandum, “implementation of Combatant Status Review Tribunal Procedures for Enemy Combatants detained at Guantanamo Bay Naval Base, Cuba”, July 29, 2004. 法廷は合衆国軍の役人選出の3人で構成される。Enc. (1), C (1).
- (17) CSRTで敵性戦闘員認定がされたとしても、戦争捕虜との区別の困難性は曖昧で重なり合う部分がある。よって、CSRTによって戦闘員と認定された者も戦争捕虜として扱われるべきとする批判がある [Blocher 2006: 667]。
- (18) Military Commissions of Act of 2006, Pub. L.No.109-366, 120 Stat. 2600. 本法第7条は、「合衆国によって拘禁されている外国人で、敵性戦闘員として適切に拘禁されていると合衆国が判断した者あるいはそのような決定をまっている者によってまたはその者のために申請されている人身保護請求に対して、いかなる裁判所、司法、裁判官も聴聞または審理を行う管轄権を有しない」と規定する。本規定は28 U.S.C. § 2241に挿入されている。
- (19) 2006年には、ブッシュ大統領の軍事命令 [66 FR 57833] に基づく軍事委員会が議会による授權を受けていないとして違法とされた。Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006). なお、Boumediene判決後にMCAは改正され、軍事委員会は今でも使用されている。<http://www.mc.mil/home.aspx> (last visited at 08/18/2014).
- (20) すなわち、「時代を経て、おそらくさまざまなルールというものは、個人や自らのプライドの囚人、処理情報にとっての限定的能力、妥協しない人、遅い反映、または不完全な状況認識が対処できない複雑な脅威の状況に対し柔軟に適応させる人類——共同して行動する——の能力を増加させる方向で展開してきたのだ」とされる [Holmes 2009: 308]。
- (21) 手続的デュー・プロセスと大統領権限との議論に関連して、クロッカーは、大統領には国家を保護する義務があるとされるが、そこには憲法への責務が存在すると述べる。大統領には憲法のもとで統治権限が与えられる一方、忠誠条項などを根拠に、憲法に定められた諸価値——本件でいえばデュー・プロセス——に反して行動できないよう制約されているとされる。これはアメリカ立憲主義の

重要な教義であり、憲法上の責任という徳へのコミットであると述べている [Crocker 2011: 1563]。

参考文献

- 浅香吉幹ほか [2004] 「座談会：合衆国最高裁判所 2003-2004年開廷期重要判例概観」アメリカ法 (2004-II) 187頁。
- 今井健太郎 [2012] 「人身保護請求管轄権剥奪問題における手続的デュー・プロセスの保障——Boumediene v. Bush判決を中心に——」社学研論集第20号215頁。
- [2013] 「アメリカ軍事委員会審理における手続的デュー・プロセスのミニマム保障——Ex Parte Quirin判決における裁判所へのアクセス——」ソシオサイエンス第20号115頁。
- 駒村圭吾 [2006] 「テロとの戦いと人身保護請求」アメリカ法 (2006-I) 41頁。
- デル＝カーメン、ロランド V. (佐伯千帆監修ほか) [1994] 『アメリカ刑事手続法概説——捜査・裁判における憲法支配の貫徹——』(第一法規出版)。
- ジェフリー・トゥービン (増子久美・鈴木淑美＝訳) [2013年] 『ザ・ナイン——アメリカ連邦最高裁の素顔——』(河出書房新社)。
- 樋口範雄 [2012] 『アメリカ憲法』(弘文堂)。
- 村山健太郎 [2013] 「手続的デュー・プロセスにおける原理と準則——プロポーショナルリティ・アナリシスとカテゴリーカル・アナリシス」長谷部恭男ほか編『高橋和之先生古希祝賀記念論文集 現代立憲主義の諸相 下』(有斐閣), 649頁。
- ロジャーズ・スミス (青山豊訳) [2008] 「立憲主義と民主的責任：テロとの戦いに潜むさまざまな難題」藪下史郎 (監修)・川岸令和 (編集) 『立憲主義の政治経済学』(東洋経済新報社)。
- Anderson, James B. [2005], *Hamdi v. Rumsfeld: Judicial Balancing at the Intersection of the Executive's Power to Detain and the Citizen-Detainee's Right to Due Process*, 95 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 689.
- Blocher, Joseph [2006], Comment, *Combatant Status Review Tribunal: Flawed Answers to the Wrong Question*, 116 YALE L.J. 667.
- Crocker, Thomas P. [2011], *Presidential Power and Constitutional Responsibility*, 52 B. C. L. REV. 1551.
- Diller, Paul [2010], *Habeas and (Non-) Delegation*, 77 U. CHI. L. REV. 585.

- Dworkin, Ronald [2004], "What the Court Really Said", *The New York Review of Books*, Aug. 12 2004 Issue.
(<http://www.nybooks.com/articles/archives/2004/aug/12/what-the-court-really-said/> last visited 08/17/2014)
- Elgart, Allison [2005], *Hamdi v. Rumsfeld: Due Process Requires That Detainees Receive Notice and Opportunity to Contest Basis for Detention*, 40 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 239.
- Fiss, Owen [2006], *The War Against Terrorism and the Rule of Law*, 26 OXFORD J. LEGAL STUD. 235.
- Green, Nicholas G. [2005], *A "Blank Check": Judicial Review and the War Powers in Hamdi v. Rumsfeld*, 56 S.C. L. REV. 581.
- Holmes, Stephen [2009], *In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror*, 97 CAL. L. REV. 301.
- Martinez, Jenny S. [2008], *Process and Substance in the "War on Terror"*, 108 COLUM. L. REV. 1013.
- Shayana Kadidal, Barbara Olshansky, Michael Ratner, William Goodman, et al [2002], *Amicus Brief Submitted in Hamdi v. Rumsfeld*, 59 GUILD PRAC. 139.
- Sunstein, Cass R. [2004], *Minimalism at War*, 2004 SUP. CT. REV. 47.
- Posner, Eric A. & Vermule, Adrian [2007], *TERROR IN BALANCE: SECURITY, LIBERTY, AND THE COURTS* (OXFORD).
- Tobias, Carl [2007], *The Process Due Indefinitely Detained Citizens*, 85 N.C.L. REV. 1687.
- Whalin, Sarah A. [2006], *National Security Versus Due Process: Korematsu raises Its Ugly Head Sixty Years Later in Hamdi and Padilla*, 22 GEO. ST. U. L. REV. 711.