

## 論文

## アメリカ合衆国憲法における外国人の権利と司法審査

秋葉 丈志\*

## 序

近代国民国家の憲法は、他者から区別された「国民」による国家を生成するための装置として出現し、国民の権利を定めることを主眼としてきた。一方で、他者の権利については黙することが多く、もっぱら国際法にその規定を委ねる傾向があった。しかし、情報、交通手段の発達や市場の国際的融合により、人の移動が活発化し、いずれの国家もその内部に恒常的に他者、すなわち「外国人」を抱える事態となっている。そうした中で、国民の権利保護を主眼とした憲法と、身分上は外国人であるものの国民生活に相当融合している住民の生活実態との軋轢が一層目立つようになっている。

こうした軋轢は、それが国民と憲法の間に生じた場合には、請願、陳情、選挙等の政治力の行使により国民自身が憲法を改めていくという手段が通常用意されている。ところが、一般的に外国人はこの政治過程から排除されており、外国人住民と憲法との軋轢は、政治過程において軽視される結果となる。このため外国人が自らの権利の救済を求める場合、それを政治過程に期待することはできず、その願いは代わっ

て司法過程に向けられることにもなる。

ところが、肝心の司法過程も国民国家の憲法に存立基盤を有しており、たとえば「普遍的人権」の概念を用いて権利救済の手を外国人にも差し伸べる場合、そうした権利の拡張を試みる側に説明の負担が科せられているように思われる。そして、その負担を回避するために、裁判所が外国人の権利救済の要求を「政治問題」と位置づけて、司法審査を退ける事例も見られる。

本稿では、アメリカ合衆国において外国人の権利が憲法上、また司法審査の過程でどのように扱われているかを検討する。また、そこに生じる矛盾を明らかにして将来の議論へとつなげたい。検討に当たって、主に三つの課題がある。第一に、外国人の権利救済を求める司法審査を、司法部門自らが回避したり、あるいは司法の介入を政治部門が抑制するなど、権力分立の課題。第二に、実際の司法審査において、合衆国憲法の人権保障条項、特に第14修正を外国人に適用する際の課題。第三に、連邦制というアメリカ独自の政治組織により生じる外国人の人権保障への課題。以上の観点に基づき、合衆国憲法の保障する権利を外国人の権利として構

\*早稲田大学大学院社会科学研究所 博士後期課程4年

成する際の問題点を追究したい。

## 一. アメリカ合衆国憲法第14修正と 外国人への適用

### 1. 第14修正制定の経緯と連邦制における市民 権

アメリカ合衆国憲法は、それまで主権を有していた州が、その権限の一部を新たに設立する連邦政府に委譲する目的で制定され、連邦政府の権限を限定列挙する内容を中心に構成されている。このため、当初に追加された人権保障条項も、連邦政府の権力を抑制する意図で制定されており、州政府の権限を抑制するものではないとされた。

従って、合衆国憲法制定後も、州は（連邦に自主的に委譲した権限を除いては）一切の統治権限を有しており、州への入境、定住、州における市民権付与に渡る権限を行使し続けていた。南部諸州は、連邦政府の権限強化が奴隷制の存続を危うくすることを危惧し、こうした州の権限維持にこだわり続けた。そしてそれらの権限を用いて、多くの州では北部諸州の「自由黒人」と南部諸州の「奴隷黒人」の行き来を厳しく抑制し、さらには州内における黒人の市民権を自由黒人、奴隷黒人を問わず否定していた。

ここにいう市民権の否定とは、白人自由市民と同等のステータスを「自由黒人」に認めないこと、さらには市民権に付随すべき諸権利を剥奪することである。このように、アメリカで市民権を論ずる場合には、ある者が市民「である」というシンボリックな宣言と、市民であると認知されることに伴う具体的な権利の双方を論ずることが欠かせない。

これら合衆国憲法における市民権の構造を大きく転換させたのが、南北戦争後の憲法修正（第13修正、第14修正、第15修正）である。中でも第14修正は、合衆国に生まれたすべての者を（白人、黒人問わず）合衆国市民であると規定し、連邦議会に、各州における合衆国市民の権利を保障する立法を行う権限を付与した<sup>(1)</sup>。第14修正は政府が市民の生命、自由や財産への権利を制限する場合の適正手続の保障や「法の下での平等」を規定し、今日、第1修正と並んで市民の権利救済に多用されている条項である。

### 2. 外国人への修正条項の適用と二分法の原形 (1) 修正条項の適用

このように、南北戦争後の憲法修正は、奴隷制の再発を防ぐために国内に生まれたすべての者を市民と規定し、連邦議会に市民権保障の権限を付与した。問題は、当該条項の権利保障を外国人に適用することができるか、また人種間関係のみならず様々な集団関係に適用することができるかである。この点で、今日もなお、原意主義者の間には、憲法修正の経緯から「法の下での平等」を人種間の平等以外の文脈で適用することに躊躇する意見、また国民と外国人の平等へと解釈を拡大することに否定的な意見もある<sup>(2)</sup>。

しかし、連邦最高裁判所は、早い段階で、当該修正条項の権利保障を外国人にも適用する姿勢を示している。すなわち、サンフランシスコ市が中国人移民排斥の一環として生計の手段を奪った施策を「法の下での平等」に反するとして無効にしたのである。具体的には、当時中国からの移民が多く生業としていたクリーニング業について、市が免許制を施行し、中国人経営の

店舗に関してのみ圧倒的な率で不許可にしたことを差別的で違憲と判断したのである<sup>(3)</sup>。

これは、「法の下での平等」の解釈としては、白人と黒人の平等の保障よりも、進歩的とも言えるものである。というのも、同裁判所は、白人と黒人の関係においては、施設の条件が形式的に平等であれば人種別の施設を設けることは合憲であるとして、実態は人種差別の道具である人種隔離を容認し続けた<sup>(4)</sup>。その一方で、上記外国人への差別事件では、法が形式的に平等であってもその適用の過程に人種差別が見られれば違憲であるとした。また、司法審査の際に免許の付与状況を示す統計を検討して、その結果から差別の意図を推定するという積極的な姿勢を示したのである。

第14修正を外国人にも適用するにあたって、裁判所は同条文中「すべての人」と「市民」の二つの用語があることに着目した。そして、二つの用語の使用にはそれぞれ意図があるはず、との前提で「すべての人」は「市民」に限られない、としたのである。しかし本当にそのような意図があったのかについては当時から強い異論があり、裁判所がより拡張的な解釈を採ったことは、「法の運用」へ審査が及んだことと並んで特筆すべきである。

## (2) 修正条項の不適用

だが、修正条項の規定が無条件に外国人に適用されたかといえ、そうではない。連邦最高裁判所は、出入国管理の側面では、当初、修正条項の適用による司法審査に慎重な姿勢を示している。

中でも有名な事例に中国人や日本人の排斥がある。19世紀末から20世紀初頭は、カリフォル

ニア州をはじめ、アメリカ西部に多数のアジア系移民が流入し、排斥運動が高揚していった時期にあたる。この頃、入国資格や入国審査において、中国人や日本人を不利に扱う政策が立て続けに実施された<sup>(5)</sup>。

こうした状況下、裁判所には、政府の出入国管理政策を問う裁判がいくつも起こされた。たとえば、中国人排斥事件は、再入国許可を得た上で中国に一時帰国した中国人移民が、中国滞在中にその許可を取り消され、アメリカに戻ることができなくなってしまった事例である。これについて、連邦最高裁判所は、出入国管理政策は「政治問題」と断じた上で適正手続条項による審査そのものを回避した<sup>(6)</sup>。

また、日本人排斥事件は、入国審査の際に質疑の目的について十分な告知をせずに尋問を行い、その応答をもとに日本人を入国拒否にした事案である。先に述べた、法の適用における平等をも重視するならば、この件についても、日本人をより厳しく審査し排除する方向で運用されていて差別的である、という判断も可能だったはずである。ところが、連邦最高裁判所は、適正手続条項の形式的な適用は認めたものの、入国審査に関してはどのようなものであれ手続が定められてさえいれば合憲、と極めて緩やかな判断を示した<sup>(7)</sup>。

## 二、「政治問題」論による 司法審査の回避とその限界

### 1. 「政治問題」論と二分法

このように第14修正が外国人の権利救済を目的として用いられる場面では、裁判所は一方では進歩的な解釈で権利救済を行い、他方では極めて緩やかな審査基準で政治部門の判断を是認

するという、対極的な判断を下している。一般的には、入国後の処遇に関しては、修正条項を適用して積極的に外国人の権利を保障するものの、出入国の管理に関連する問題については政治部門の判断を尊重する、という二分法が用いられてきたと言うことができる。

「政治問題」論の背景には、メンバーシップのコントロールが資源分配の不可欠の手段であるとの考えがあるだろう。一定の基準と手続を設けてメンバーシップを限定することは、いかなる集団においても資源維持の不可欠な手段である。特に、国家が市民に対して多くの便宜を供与する福祉国家においては、境界のコントロールはより切実な問題となる。出入国管理に対する裁判所の「政治問題」論は、メンバーシップのコントロールを究極の資源分配の問題として政治部門に委ねたものということができる。すなわちここにおける「政治」とは資源の分配のことである。

それでも、出入国管理における司法審査の回避と、国内政策における外国人への積極的権利保障という二分法は説明しきれない。

第一に、メンバーシップのコントロールは、入国できるかどうかという国境で行われるだけでなく、入国後の処遇、滞在資格の区分によっても行われるものである。国家が移民について永住権者、一時滞在者など様々な資格を設けるのは、入国後の処遇にも条件を付けることによって、資源の分配を行う目的があるからであろう。入国した瞬間からすべての者が一切の資源を活用できるとした場合、国家はより入国者数を限る必要に迫られる。そこで入国資格を定めて、より多くの者を資源を枯渇させることなく入国させるという方策が採られるのであ

る。

この観点からは、入国後の処遇もメンバーシップ（資源）のコントロールの重要な一環であり、司法が積極介入するのはその効果としては出入国管理に介入するのと同様のものである。つまり国内における処遇は出入国管理政策の一環と言えるのである。

逆に、出入国管理政策も、国内にいる外国人の処遇に直接影響を与えることがある。たとえば、先に述べた中国人排斥の事案では、再入国許可を得て一時出国した中国人移民が、出国中にその許可を取り消された。裁判所はこれを出入国管理の問題と位置づけたが、こうした措置は外国人の国内での生活にも大きな影響を与えるものである。たとえば、貿易を生計手段とする外国人にとっては、出入国の際の権利が不安定では国際的往来に高いリスクが伴い、事実上その生計手段は成り立たなくなる可能性がある。

この観点からは、出入国政策に司法が積極介入しないことは、国内における外国人の社会的経済的権利を弱め、「法の下での平等」を十分に保障しないのと同様の効果があると言えるのである。

このように、出入国管理における司法判断の回避と国内政策における司法の積極介入を切り離すことには双方向から無理があり、今日では複雑な歩み寄りが見られる展開となっている。以下、その展開を辿りたい。

## 2. 出入国管理と司法審査

先に見たように、連邦裁判所は原則としては出入国管理について政治部門の判断に委ねる姿勢を示している。しかし、その後の歴史は出入

国管理の面でも司法審査及びそれに準ずる手段、内容が次第に充実してきている。以下、その実状を(1) 司法、行政組織の改革による審査の充実、(2) 人身保護令状という代替手段による司法審査の開拓、(3) 第14修正の拡張的適用(司法解釈)による手続的権利の拡大、(4) 外国人本人以外の権利の主張に基づく司法審査の提起、の順に検討していく。

### (1) 司法審査に準じる行政手続の発展

仮に出入国管理が「政治問題」だとしても、政治部門が自ら定めた手続に従わない場合、そこには司法審査の介入の余地がある。その場合は、司法が政治部門の実体的判断を侵害するわけではなく、むしろ手続の腐敗を防ぐことで政治部門の判断の正当性を確保する役割が期待されている。

いわゆる日本人排斥事件において、連邦最高裁判所は「いかなる手続であろうと政治部門の定めた手続は適切である」と、政治部門に対し緩やかな判断を示した。しかしこれは、政治部門が自ら定めた手続に従わない場合に司法が介入することを排除するものではない。むしろ、適正手続条項を出入国管理手続に適用したことで、手続的審査の拡大に道を開くものであったと解釈することもできる。

第二次大戦後、アメリカにおいては、行政部門の様々な決定についても告知、聴聞等の当事者の権利を重視した行政手続に関する一般法が制定され、行政による権利の侵害について司法審査に準じた当事者の権利救済のプロセスが多用されるようになった。

出入国管理は、この一般法から除外されたものの、行政手続の透明性、公正性が一般的な規

範として浸透するに伴い、同様の改革圧力にさらされた。そして現在は、出入国管理手続においても、高度に発展した準司法的組織が設置されている。その改革の過程を見ると、まず1950年代以降、移民審査官の判断に対する不服申し立て手続が次第に裁判の形式を採るようになり、申し立てをした外国人と行政側の代理人が第三者たる「移民裁判官 (immigration judge)」の判断を求める形が整った。しかし、当初、この裁判官は、入国審査を行う審査官と人事上区別されておらず、中立性に疑問があった。そこで1983年には審査官と裁判官を組織面、人事面で切り離す改革がなされ、移民裁判官はより客観的な審理を行うことができるようになった<sup>(8)</sup>。

さらには、不服申立ての過程での控訴手続が整備され、各地の移民裁判所から中央の移民控訴裁判所 (Board of Immigration Appeals) に控訴が行えるようになった。そのうえに、憲法上の疑義がある場合には、移民控訴裁判所から連邦高等裁判所 (Federal Court of Appeals) に上告もできる。従って、移民は、出入国管理において不服申立てによる準司法審査、連邦裁判所による司法審査の双方の過程に権利救済を求めることができるのである。

一時は、こうした手続と控訴手段を活用して「時間稼ぎ」を行い、その間に結婚、出産や、永住権の獲得などにより滞在資格を得ようとする動きも広がった。この抜け穴は、1996年の改革である程度封じられたが、今日でもあらゆる控訴手段が果たされ最終的な判断が下るまでに数年かかるということは珍しくない。

こうしたことから、手続の存在自体が、「政治部門」の権力行使を相当抑制しているという

こともできる。そこにおいては、誤った判断を防ぐという手続的権利保障の考え方が、行政の効率性の論理に優先することになる。権利の優越は、外国人の出入国というもともと「政治的」な問題についても重視されているのである。

## (2) 人身保護令状の活用と司法審査の確保

出入国管理における審査は、手続面にとどまっていない。それは、人身保護令状という英米法において伝統的に活用されてきた手段を巧妙に用いて、出入国審査の判断基準となる実体法の公正さにまで及んでいる。

実は、連邦最高裁判所が移民法の規定や運用に対する司法審査を「政治問題」論として回避していた最中から、人身保護令状請求に基づく審査に関しては別扱いとして、結果として行政当局の出入国に関する決定を覆す慣行が出現していた。

英米憲法において、人身の自由は、権利章典の核をなす権利である。すなわち、名目的にどんなに他の権利（財産権等）を保障しようとも、人身を不当に拘束することができるようでは、それらの権利は最終的に確保できない。そこで、人身保護令状（writ of habeas corpus）とは、他に法令による審査の根拠が見出せない場合でも、とにかく拘束されている者を裁判所に出頭させて、拘束の合法性、妥当性について裁判官が精査するものである。

これは、移民法の初期から今日に至るまで、出入国管理の場面における外国人の人身保護の強力な武器となってきた。すなわち、裁判所は、人身保護令状請求が出された場合は、通常移民法の運用に関して審理する場合に比べ、よ

り精密に拘束の根拠について審査し、場合によっては拘束を無効とし、さらには拘束の根拠となっている法令を違憲と宣言することもあるのである。

そこで、出入国管理の場面で拘束された外国人は、先述した不服申立てによる審査及びその審査から控訴しての連邦高裁による司法審査に加えて、独自に連邦地裁に人身保護令状を請求し、複数のルートで出入国管理決定の正当性を問うことが一般化してきたのである。

こうした状況に業を煮やした連邦議会は、1996年に移民法を改正し、移民法の運用に関する司法審査は、行政審査を尽くした上での連邦高等裁判所による司法審査に限る、との明文規定を追加した。

ところが、連邦最高裁判所は、この条文を独自に解釈し、人身保護令状による司法審査は通常の司法審査とは意味が異なるとして、司法審査を制限しようとする連邦議会の意向にも関わらず、人身保護請求による審査は引き続き可能と判断したのである<sup>9)</sup>。これにより、現在もなお、出入国管理決定については、移民裁判官による行政裁判を求めることに並行して、連邦地方裁判所に人身保護令状請求を行うという二本立ての挑戦が広く行われている。

このように、形式としては出入国管理決定は「政治問題」との姿勢が継続しているものの、実態としては複数のルートによりかなり精密な審査が行われているといえる。そして、その内容も、通常の司法審査においては手続面が重視され実体的判断については政治部門に委ねる傾向がある一方、人身保護令状請求による審査において拘束の妥当性や法令の合憲性にまで踏み込んだ審査も行われているのである。

### (3) メンバーシップの度合いによる権利保障の強化

次に、出入国管理の場面において、第14修正の解釈を拡張し、「政治問題」論から一步踏み出した司法審査を試みる事例も見られる。

すなわち、外国人のうちでもアメリカへの帰属の度合いが高い者を国民に準じる形で扱い、第14修正の権利をより強く保障していくというものである。この論理に基づくと、未だ入国を許されていない外国人は権利保障の度合いが最も弱く、これに対し永住権者、また家族や生活の基盤がアメリカにある者についてはより強い保障が与えられ、短期間の合法的滞在者はその中間ということになる。実務上もこうした区別はなされ、たとえば永住権者については強制退去手続中でも身柄の拘束を避け、行政審査や司法審査を経た最終的な決定が下るまでは通常通り生活できるよう運用がなされてきた。

しかし、連邦議会は近年一貫して強制退去事由の拡大、その手続の円滑化、退去手続中の権利の制限を強める傾向にあり、永住権者もその例外ではない。連邦最高裁判所も、期待されたほどには永住権者の権利を保障するに至っていない。具体的には、1996年の移民法の改正では、永住権者でも強制退去手続中の身柄が必ず拘束されるべき事由が拡大された。連邦最高裁判所は、一旦はこの規定に基づくある永住権者の拘束を無効にする判決を下したが、その後、当該判決の適用範囲を狭め、永住権者の身柄拘束を原則として容認している。

そもそも裁判所がメンバーシップの度合いを論じたことは、移住、帰化というプロセスに裏づけられている。帰化の目前にある者について、未だ外国籍であるという理由だけで出入国

に関する権利を否定することは、帰化という概念の存在と矛盾する。帰化は、移民が移住先に長く住み、生活基盤を確立していくに従って、国民に同化していくという考え方から成り立っているからである。永住権者を出入国の場面に限って「ただの外国人」として扱うのは、帰化というプロセスの存在を否定するに等しい。司法はこの原理に立ち戻って、移民の出入国に関してもより精密な権利保障をしていく必要があると思われる。

### (4) 出入国管理と国民の権利保障

最後に、出入国管理過程における移民の権利保障が十分でない場合、それが国民の権利の侵害にもなりうることを指摘しておきたい。

最近、アメリカ合衆国において、ある学会に参加しようとしたキューバ人学者へのビザの発給が一括して拒否されるという事態が発生した。国務省によると、その理由は学者らがカストロ政権を支えているからということである。その背景には、カストロ政権に敵対することでフロリダ州に多数在住する亡命キューバ人の票を得ようという大統領選がらみの思惑があるとされる。これに対し、学会側は、参加を予定していた学者たちにはアメリカで大学教授をしていた者もあり、必ずしもカストロ政権に都合のよい人物ばかりではなく、また、学者同士の有益な意見交換が損なわれたと抗議している。

こうした事態は、今回が初めてではない。冷戦期には、共産主義者のアメリカ入国が厳しく規制され、それが第1修正の言論の自由、思想信条の自由（その一環としての情報を得る自由）を侵害するとして訴訟になった事例がいくつもある。これについて、連邦最高裁判所は、

第1修正に抵触しようと認めつつも出入国管理における連邦議会の権限を優越させる多数意見と、思想信条に基づく差別は正当な権限行使ではないという意見に別れている<sup>40</sup>。

学会が存在するのは、直接の意見交換に書面による交換には代え難い利点があるからであろう。思想、信条等を理由とした入国拒否や国外退去は、受け入れ側の国民の思想、信条の自由を抑制する結果ともなることを考慮する必要があるだろう。

他の事例として、同性愛者が移民法の解釈により入国を拒否された事例もある。この場合、直接の当事者は入国を拒否された外国人であるが、その措置は広く国内における同性愛者に対する差別と結びついている。アメリカ国内では、同性愛者に対する差別について裁判所が第14修正の法の下での平等を積極適用する傾向にある。しかし出入国管理の場で同様の差別が無条件に許されれば、国内における差別撤廃に水を差す結果になりかねない。このように、出入国管理政策と、国内における権利保障（外国人のみならず国民の権利保障）の整合性はしばしば課題となる。

### 三. 国内における「法の下での平等」と移民政策

前節では、二分法的一方、すなわち出入国管理における「政治問題」論による司法審査の回避が、実際には様々な形で侵食されていることを示した。本節では、もう一方、すなわち国内における「法の下での平等」の保障と積極的司法審査が、出入国管理の領域と抵触し、その方向からも二分法の境界が流動的であることを示したい。

#### 1. 「法の下での平等」規定の政治性

先に述べたように、第14修正の「法の下での平等」は、その制定趣旨としては、南北戦争後のアメリカにあって、再び黒人の隷属化が起こることを防ぐため、白人黒人を問わず合衆国の市民として規定したうえで市民の権利の平等を保障し、それを達成するための立法権限を連邦議会に付与するというものであった。

しかし、第14修正は人種間関係を明確に表現することは避け、すべての人の間の法の下での平等を保障するという表現をとった。このため、その後の歴史では人種間差別のみならず、その他の特徴に基づく差別に対抗するためにも第14修正が採用されてきた。たとえば裁判所は、性別に基づく差別をこの条項による一定の平等保障の対象とし、世論もこれを受け入れるようになった<sup>41</sup>。一方、今日アメリカ社会を二分しているのは、同性愛者に対する差別にこの条項を適用すべきかという問題である。

一般論として、本人の意思、選択に帰せない生来の特徴による差別についてはより厳しく第14修正が適用され、本人の意思、選択の関わる特徴による差別については緩やかな適用がなされている。従って、人種や性別はそれを選べない以上、それに基づいて個人を不利益に扱うのは不当とされ、学歴や経済条件は本人の努力と選択にもよるものとして、それに基づく結果的な不平等の存在は合理的なものとする<sup>42</sup>。

しかし、外国人という身分による差別については、司法の判断は揺れている。一方では「法の下での平等」をかなり厳格に適用し、外国人に対し差別的な法を覆しているが、他方では厳格審査に例外を設け、差別を合理的なものとして認めてもいる。また、合法的に滞在する外国人



に対してより強く権利保障をしたかと思えば、滞在資格に関わらず（たとえ不法滞在者であっても）権利を認める事例も見られる<sup>43</sup>。

以下、錯綜する外国人と法の下での平等に関する判例を概観し、司法判断の揺れを合理的に整理しようとするいくつかの学説を紹介したい。そのうえで、国籍や滞在資格に囚われない、広義の「市民権」概念に基づく整理を試論として提示したい。

## 2. 「法の下での平等」における移民の地位と司法審査

(1) 「自由権」の積極保障と移民法による侵食  
まず、政府による恣意的な権力行使の抑制を意図する伝統的な権利（いわゆる「自由権」）については一見明確に外国人に対しても法の下での平等が保障されている。すなわち、外国人であることを理由に言論の自由を制限したり、より緩やかな刑事手続を適用して人身の自由を侵すことは認められていない。

しかし、この保障も、移民法という独自の法体系によって相当に侵食されている。というのも、裁判所は移民法に基づく拘束、抑留などの手続を刑事手続ではなく「民事手続」として扱い、結果的に外国人の自由権の保障を弱くしているのである。

この問題は、2001年のテロ事件後の捜査過程で前面に出た。連邦政府は、この事件後、通常刑事手続によらず、移民法の緩やかな手続に基づいて、数千人といわれるアラブ系外国人を拘束したのである。その真の意図は刑事事件の捜査であるにも関わらず、移民法の様々な規定への微細な違反を理由に拘束することで、刑事手続の煩雑さを回避したものである。従って、

外国人に関しては、内実は刑事手続であるものの司法解釈により民事手続とされてきた移民法の運用により、「法の下での平等」の枠外での自由権の弱体化が可能となっている。

同様の問題は、言論の自由にも及ぶ。すなわち、1990年代半ばから、移民法による摘発の対象となるテロ関連の活動の定義が拡大される傾向にある。これは、かつて共産主義への移民法による取り締まりが拡大したことと同じ効果を伴うと見られる。第一に、より広い範囲の外国人が入国そのものを阻止されること、第二に、たとえ入国済みの移民であっても、言論の自由の平等保障に頼ることはできず、移民法による独自の規制を念頭に言動に注意していかなければならないということである。

これらは、出入国管理における緩やかな司法審査と国内における「法の下での平等」の保障という二分法が一貫性のない結果を生み出している典型的な事例である。

(2) 「社会権」の平等保障と移民政策への影響  
次に政府のサービスを受給する権利（いわゆる「社会権」）に関しては判例が割れている。判例は、州政府によるサービス提供については、外国人という身分による差別について懐疑的である。ところが連邦政府が同様の差別を行うことについては寛容である。このことは最終的に外国人の権利保障を実効性の弱いものになっている。

その最たる事例はカリフォルニアにおいて絶えることのない反移民運動に見られる。最近では、1994年に州民のイニシアチヴにより外国人の福祉受給権を大幅に制限する州法が可決された<sup>44</sup>。これに対し、裁判所は法の下での平等に反

するとして大半を無効にする判決を下した。ところが、同様の内容の法律が1996年、連邦議会により連邦法として制定されると、裁判所は最小限の介入にとどめたのである。

州レベルでの差別的政策については、裁判所は「不法外国人」に対してさえも「法の下での平等」条項に基づく救済を認めている。すなわち、テキサス州において一部の郡が滞在資格を持たない子どもへの無償の公立学校教育を拒否したことについて、連邦最高裁判所は、法の下での平等に反し無効と断じたのである<sup>69</sup>。従って、州は、少なくとも初等中等教育に関しては、外国人あるいは不法滞在者という身分による差別をしてはならないのである。

しかし、反移民勢力の強調するところでは、福祉や教育面での充実した待遇こそが、移民増加の引き金なのである。不法移民が集中しているのは、カリフォルニアやテキサスなど、メキシコとの境界州である。仮に州が「法の下での平等」に基づき、こうした移民にもサービスを提供していかなければならないとすると、そのサービスを求めて移民が増加し、州予算の逼迫につながるというのである<sup>69</sup>。

このように、「法の下での平等」を外国人の社会権保障に用いる場合、それが移民の流入と同一「政治問題」に介入することと同じ効果を伴うというジレンマがある。その一方で、現在のように州による差別を否認しつつ、連邦による差別を容認していることは、移民の視点に立てば十分な権利保障といえず、本来個人の権利を保障すべき憲法規定の意義が問われる結果となっている。外国人への社会権の平等保障は、現在国民、外国人双方にとって不満足なものになっている。

### (3) 「参政権」と二分法の論理の拮抗

国内における第14修正の移民への適用の限界は、特に政治参加の機会の分野で明らかである。アメリカでは、かつて州によっては外国人にも選挙権を認めていた。今日も自治体によっては、教育委員会委員選挙など限られた範囲で、外国人に投票を認めている。しかし、外国人の選挙権が立法裁量で政策的に与えられる場合を越えて、外国人自身の権利として認められるかについては、裁判所は消極的である。すなわち、公職選挙の選挙権や公務員就任権の分野では、裁判所は「法の下での平等」の保障を外国人については厳格には適用できないとしている<sup>69</sup>。

これは、出入国管理の場面において国家の資源の配分をコントロールするという「政治問題」の論理が、国内における外国人の権利の問題にまで及び、通常適用される法の下での平等保障の論理を抑圧したものである。社会権の平等保障が、資源配分のガイドラインに留まり具体的な決定権をなお既存の権力に委ねるのに対し、参政権の平等保障は権力そのものを変更する権利を伴い、より根本的で重大な影響を及ぼすからと考えることもできる。

その一方、外国人の参政権の平等を求める動きも絶えない。カリフォルニア州サンフランシスコ市では、教育委員会委員の選挙権を外国人にも認めるよう求める運動が盛り上がりを見せている。同市では外国籍移民の子（子ども自身はアメリカ国籍の場合も多い）が多数学校に通っている。その親たちに教育委員会委員の選挙権を認めないことは、その子どもたちの利害がその分委員会の政策決定に反映されないということにもなる。

参政権を認めないことで、外国人の声は政治過程に反映されにくくなり、労働政策、住宅政策、社会福祉など社会経済領域でも外国人が真っ先に不利に扱われる可能性が高まる。このことは、社会経済領域で司法が外国人にも「法の下での平等」を保障していることを打ち消す効果がある。そして、差別的立法に対する裁判所の介入、それに対する政治部門の挑戦、裁判所による改めでの介入、という非効率的な循環を生み出している<sup>98</sup>。

このように、参政権の分野では、司法審査の回避と「法の下での平等」の論理が特に拮抗し、矛盾が生じている。

#### 四. 新たな権利保障の枠組みの可能性

以上述べてきたように、外国人の権利を巡る司法審査で、出入国の場面における「政治問題」論による司法審査の回避と、国内の待遇における第14修正の適用による積極的な審査とを二分する方法は、論理的にまた実態として不十分な説明に終わっている。そこで、これ以外の方法で司法審査の度合いを整理することができるかが課題となる。ここでは、アメリカにおける主な議論と筆者の関心を述べ、将来の論考へとつなげたい。

##### 1. アメリカ憲法学における議論

たとえば司法審査を手続面において特に重視する議論がある。これによれば、出入国管理において政府が所定の手続を守っているかを審査することは、移民政策の実体に介入することにはならない。また、国内において裁判所が法の下での平等を移民について特に保障するのは、政治過程において移民の立場が代弁されにくい現

状を補完するため、すなわち民主的手続の充実を図るものであって、それに対抗するものではないということになる。ただ、これについては、手続の審査を突き詰めていくと、結局は実体的に政府の選択肢を狭めることになり、両者の区別は思ったほどには明らかでなくなるとの指摘がある<sup>99</sup>。

また、出入国の領域における正義と、国内における待遇という領域における正義をそれぞれ独立の正義の領域として捉えるべきとの主張がある。これによれば、出入国の際の問題は出入国の場で解決されるべきであって、国内における待遇の違いによって、いわば間接的な統制をするのは道義的に間違っているということになる<sup>100</sup>。

次に、出入国政策に関する連邦政府の権限に基づいて連邦と州を区別し、連邦政府の判断については政治部門に委ね、州政府の判断については、それが連邦政府の権限を侵害するという見地から、厳しく審査するという考え方がある。これは、審査の焦点を連邦政府と州政府の政府間関係に当てたもので、外国人自身の平等保障への権利は二次的なものということになる<sup>101</sup>。すなわち、少なくとも1875年以降、移民政策は連邦議会の専権事項 (plenary power) とされ、州政府がその領域に介入することは違憲という判断が連邦裁判所によって示されるようになった。これによって、各州が独自に外国人の入境を制限していた法律が無効とされたのである。

この議論に基づけば、州が外国人を不平等に扱うことは、外国との友好関係や連邦政府の移民政策に影響を与え、連邦大統領の外交権や連邦議会の専権を侵害する可能性が問題となる。

従って、「法の下での平等」は州レベルで結果的に保障されるものの、審査の主眼は連邦政府の権限の確立ということになる。そしてこれは、出入国管理の分野において裁判所が審査を回避し、連邦政府の判断に委ねることとも整合性が取れる。

しかし、二分法を政府間関係から正当化し、外国人の権利は結果的に保障されるに過ぎないとする議論は、政府に対する個人の権利を保障するという憲法の基本的価値の観点から不十分である。そこで、個人の権利保障を軸に、外国人の権利と司法審査のあり方を考えた場合、「市民権」という概念の再考が課題となる。

## 2. 市民権概念の精密化、複層化に基づく保障の可能性

国籍を持たない子どもが公立学校から締め出されたことが、「法の下での平等」を侵害するとして争われた事件で、連邦最高裁判所は、この子どもたちはその生活実態に鑑みて事実上市民であり、学校教育を与えないことは彼らを恒久的に二級市民に陥れるもので、第14修正の本旨に違反すると判断している (*Plyler v. Doe* 事件)。

国籍と市民権とは概念的に峻別することができる。国際法上の管轄権が国籍であり、たとえばかつての黒人奴隷はその意味でアメリカ国籍でありながら、国内法上は明確に市民権を否定されていた。また、かつて、女性の結婚後は夫が夫婦の権利を代弁するものとされ、独立した市民権を否定されてきた<sup>23</sup>。

この峻別を外国人の権利という見地から見た場合、国籍や在留資格とは別に（上記訴訟は国籍も在留資格もない、不法滞在者の子どもたち

によって起こされた）、実態的に市民として扱うべきかを見極め、それに応じて権利保障をしていくという方策が考えられる。

また、アメリカの場合、連邦制という独自の政治制度に基づき、連邦市民権と州の市民権を区別することも可能である。これによれば、連邦におけるステータスに関わらず、州は独自に市民権の保障をしていくことができる。今日も、アメリカは連邦の市民権とは別に州の市民権取得手続があり、州への一定期間の継続的な居住、以前の居住地からの明確な離別など、「帰化」に似た要件を満たさなければ「非州民居住者」という扱いを受ける<sup>24</sup>。

これを活用して、連邦レベルでの身分（国籍や在留資格）に関わらず、州民という身分を独自に認めていく可能性が考えられる。たとえば1996年に連邦議会が不法外国人の子どもの公立大学入学を制限する連邦法を可決したのに対し、一部の州は、州の高校を卒業した学生を一律に州民として扱い、州立大学入学を認めるという対抗法を可決したのである。従って、連邦法上は不法外国人として入学制限の対象とされたはずの子どもたちが、州法上は州民として入学を認められたのである。

## 結びに代えて

このように、アメリカでは、外国人の権利に関する司法審査が、二分法を原形としつつ流動的な中で、国籍と市民権、さらには連邦市民権と州市民権という様々なメンバーシップ概念が憲法上存在し、外国人の権利保障の根拠として主張されているのである。

筆者の今後の課題は、こうした概念峻別の合理性や影響についてさらに検討し、伝統的な二

分法や他の論理に基づく整理を念頭に、外国人の権利と司法審査、政治部門それぞれの役割について考察を深めていくことである。

[投稿受理日2004.11.25/掲載決定日2004.12.2]

## 注

本稿は、アメリカ合衆国カリフォルニア大学パークレー校、法社会政策プログラム (Jurisprudence and Social Policy Program) 留学中に執筆したものである。留学にあたり、国際文化教育交流財団 (日本経済団体連合会所管) より財政援助を受けたことを記したい。

- (1) ただし、この規定の制定後間もなく、連邦最高裁判所は、連邦議会が保障しうる「合衆国市民としての権利」を狭く解釈する判断を下している。Slaughterhouse Cases, 83 U.S. 36 (1872).
- (2) こうした指摘に応じて男女間の平等を明確に保障しようとする憲法修正が1972年に発議されたものの、規定数の州の同意が得られず、失敗に終わっている。今日、男女間の平等は法律、政策および司法解釈により保障されているに留まる。
- (3) Yick Wo v. Hopkins, 118 U.S. 356 (1886).
- (4) Plessy v. Ferguson は、'separate but equal' (別々だが同格) というドクトリンを容認し、交通機関における人種の隔離を容認した。一方、Brown v. Board of Education は、少なくとも教育施設に関して、「人種による施設の分離は本質的に不平等」と断定し、上記のドクトリンを排除した。教育施設の平等保障は、今日、人種間の問題に新規の移民の処遇の問題が絡み、一層困難となっており、訴訟が絶えない。
- (5) 1882年には中国人を名指して入国資格を否定する連邦法 (Chinese Exclusion Act) が成立し、次に日本人を標的とした排斥運動が高まり、1907年には日米紳士協定 (Gentlemen's Agreement) で日本人のアメリカ入国が制限される。そして、1924年の移民法の大改正では、日本を含むアジア地域からの移民受け入れが停止された。この措置は、中国人については1942年まで、日本人については第二次世界大戦後まで継続した。
- (6) Chinese Exclusion Case, 130 U.S. 581 (1889).
- (7) Nishimura Ekiu v. United States, 142 U.S. 651 (1892).
- (8) ただし、審査官も裁判官も究極的には司法長官の下にあり、両組織は完全には分離していない。また、移民裁判官は人事、給与の面でも司法部門の裁判官のような強い独立性の保障はなされていない。この点が行政内部における準司法的手続の限界でもある。以上については Aleinikoff, Martin, Motomura, eds. (1998), pp. 254-257 が詳しい。
- (9) INS v. St. Cyr, 121 S. Ct. 2271 (2001).
- (10) Kleindienst v. Mandel, 408 U.S. 753 (1972).
- (11) 性別による差別については、「法の下での平等」に基づく司法審査が厳密に行われる厳格審査と緩やかに行われる合理性審査の中間の度合いの審査の対象となっている。
- (12) これに対して、批判的人種間関係論の立場からは、学歴や経済条件にしても本人の意思、選択のみならず、本人のコントロールを越えた広範な社会的関係によって規定され、それらに基づく不利益を本人の責任に帰するのは恣意的という批判がなされる。この議論は、近年、「法の下での平等」と積極的差別是正措置を巡る議論で、個人の努力による成果を重視する立場からこの措置に反対する者と、個人を規定する社会経済条件への考慮からこの措置の正当性を擁護する者との論争の焦点となっている。しかし、個人の重視はアメリカの政治思想の要でもあり、ある段階で社会から切り離された個人の責任というラインを引かない限り、その思想の憲法的表現は不可能となってしまう。
- (13) 各領域における外国人の権利に関する判例の混乱については、Scaperlanda (1996) が詳しい。
- (14) California Proposition 187, November 8, 1994.
- (15) Plyler v. Doe, 457 U.S. 202 (1982).
- (16) 移民が州予算を逼迫するという議論に対しては異論も強く、納税額や経済活動への貢献が福祉の受給額を上回るというデータや、低賃金の移民をアメリカ側の企業や消費者こそ求めている、という議論が出される。
- (17) Cabell v. Chavez-Salido, 454 U.S. 432 (1982).
- (18) 先述したカリフォルニアの住民投票が典型的である。州を二分する論争で膨大なエネルギーと選挙費用が費やされ、移民は害悪視されて論争から

疎外され、その後の裁判で法曹や市民団体がさらに多くのエネルギーを費やしたのである。誰もが犠牲感を味わうだけのこうした悪循環は、政治過程に十分に移民の声を反映させない限り、なくなると考えられる。

(20) Motomura (1992).

(21) Bosniak (1994), Walzer (1983).

(22) 政府間関係に焦点を当てた審査を、連邦法の優越を規定した合衆国憲法の条文にちなんで Supremacy Clause analysis と呼び、「法の下の平等」を求める外国人自身の権利に焦点を当てた Equality Clause analysis と対比する議論がある。Bosniak (1994), Maltz (1996).

(23) Sterett (1999).

(24) 州は独自の身分証を発行し、州のサービスにも州民と非州民との間で区別が認められる場合がある。たとえば州立大学の学費は、州民学費と非州民学費との間に3—4倍の格差がある。

#### 参考文献

(単行本)

Aleinikoff, Thomas, David Martin, Hiroshi Motomura, eds., *Immigration and Citizenship: Process and Policy* (1998).

Barry, Brian and Robert Goodin, *Free Movement: Ethical Issues in the Transnational Migration of People and of Money* (1992).

Brettell, Caroline and James Hollifield, *Migration Theory: Talking Across Disciplines* (2000).

Dummett, Michael, *On Immigration and Refugees* (2001).

Joppke, Christian, *Immigration and the Nation-State: The United States, Germany, and Great Britain* (1999).

Schuck, Peter, *Citizens, Strangers, and In-betweens: Essays on Immigration and Citizenship* (1998).

Schuck, Peter and Rogers Smith, *Citizenship without Consent: Illegal Aliens in the American Polity* (1985).

Soysal, Yasemin, *Limits of Citizenship: Migrants and Postnational Membership in Europe* (1994).

Walzer, Michael, *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality* (1983).

(学術誌記事)

Bloemraad, Irene, "Citizenship and Immigration: A Current Review", *Journal of International Migration and Integration*, Vol. 1, No. 1, 9-37.

Bosniak, Linda, "Constitutional Citizenship Through the Prism of Alienage", *63 Ohio State Law Journal* 1285 (2002).

Bosniak, Linda, "Membership, Equality, and the Difference that Alienage Makes", *69 New York University Law Review* 1047 (1994).

Freeman, Gary, "Modes of Immigration Politics in Liberal Democratic States", *International Migration Review*, Vol. 29, No. 4 (Winter, 1995), 881-902.

Gotanda, Neil, "Race, Citizenship, and the Search for Political Community Among 'We the People': A Review Essay on Citizenship Without Consent", *76 Oregon Law Review* 233 (1997).

Maltz, Earl, "Citizenship and the Constitution: A History and Critique of the Supreme Court's Alienage Jurisprudence", *28 Arizona State Law Journal* 1135 (1996).

Motomura, Hiroshi, "The Curious Evolution of Immigration Law: Procedural Surrogates for Substantive Constitutional Rights", *92 Columbia Law Review* 1625 (1992).

Scaperlanda, Michael, "Partial Membership: Aliens and the Constitutional Community", *81 Iowa Law Review* 707 (1996).

Schwartz, David, "Book Review: The Amoralism of Consent", *74 California Law Review* 2143 (1986).

Spiro, Peter, "Constitutional Law: The Impossibility of Citizenship", *101 Michigan Law Review* 1492 (2003).

Sterett, Susan, "Review Essay: On Citizenship", *33 Law & Society Review* 777 (1999).

Zolberg, Aristide, "Matters of State: Theorizing Immigration Policy", in Hirschman, Kasinitz and DeWind eds., *The Handbook of International Migration: The American Experience*, 71-93.