

## コメント トランプ政権の移民規制措置と法の支配： EU 法の視座からのコメント

中 村 民 雄

### 1 アメリカ立憲体制の（一見した）強靭さ

宮川論文が触れたトランプ大統領の移民政策分野に関する措置（特定のイスラム系諸国民の90日間入国禁止、難民の120日間受入れ停止を内容とする大統領令）は、（2017年6月の米国連邦最高裁の決定までは）<sup>(1)</sup> 司法部により実施が暫定的に停止され、また大統領選挙戦中のトランプ氏の政策公約（米墨国境の壁の建設など）も、立法部が壁建築予算を認めず、実施が阻まれた。

これは、一面では、米国憲法の定める権力分立による権力行使の抑制と均衡が堅調に作動していることを示している。法に反する、または反すると思しき権力行使は司法部により仮処分を含めて阻止される。財政を伴う政策は立法部の同意がなければ実現されない。三権が分立して抑制と均衡を相互に働かせる。こうした憲法上の制度を適時に的確に作動させる人々とそれに応える人々が、米国には存在している。トランプ大統領の行動が破天荒であればあるほど、権力濫用に対する米国の立憲的統制の強靭さも示されたといえよう。

### 2 国家主権にもとづく移民規制措置の政策道具性

他方、移民規制法についていえば（便宜上、難民も含む広く越境的移動の民という意味での「移動民」の規制法をここでは念頭におく）、これはいちじるしく政策の道具たる性質を帯びた法である。この性質は万国共通である。少なくとも近代以降の国際関係では、人の国境を超えての移動（越境人流）について国家の主権的規制権限を認め、その行使を統制する法は多くはない。ゆえに

---

(1) Trump v. Int'l Refugee Assistance Project; Trump v. Hawaii (Nos. 16-1436 (16A1190) and 16-1540 (16A1191)) 582 U. S. \_\_ (2017) (decided on June 26, 2017).

万国において、未だに時の政権は移民政策の広い裁量をもち、国内憲法上のしるべき手続に従い、移民受入れに好意的な政策を排除的な政策に急転換することもできる。この法の現状からすれば、トランプ政権が発足直後に発出した90日間入国禁止令等も、一面では移民法制に内在する法の政策道具的性質を顕にしたものといえる。ただし、このことは90日間入国禁止令に法的な難点がないということではない。

### 3 移民規制権限に対する法的統制の緩さ

それゆえ興味深い点は、政策道具的な移民規制法の行使のあり方や法の実体内容を統制する法規範があるのかどうかである。

出発点は、米国も他国と同様である。国内法の面では、政府の越境人流規制権限の行使に対する憲法上または移民規制関係法上の、実体的または手続的な制約がありうるが<sup>(2)</sup>、国内法上は「外国人」扱いされる移動民は、国内法上の人権保障の保護網が十分には及ばないため、主権と人権の対立がもっとも鮮明にでる局面に置かれている。国際法の面では、第二次大戦後に諸国間で締結された人権保障関連の諸条約が主として法的な制約となりうるが（国連人権規約（政治権規約・社会権規約）、国連難民条約や議定書、人種差別、女子差別の撤廃条約、子供の権利条約など）、これもまた各国の法秩序において国際法上の自国のコミットメントをいかに国内法次元で実現するかという問題として生じる。

この共通の出発点に加え、米国の場合、自国のこれまでの経験からいかなる法規範を教訓として積み上げているか、そしてそれが大統領の規制権限発動にどれほど実効的に対抗してそれを規制できる法規範なのかが問題となる<sup>(3)</sup>。

では、トランプ政権の暫時入国禁止令についてはどうか。国内法については、すでに90日間入国禁止令をめぐる、2017年1月27日禁止令も同年3月6日禁止令も連邦地裁により暫定的差止め命令が出され、1月27日禁止令は第9巡回区<sup>(4)</sup>の控訴裁判所が執行差止め命令を維持した。この結果政府は1月禁止

(2) 米国の近時の状況につき、大沢秀介「移民と憲法問題」大沢秀介・大林啓吾編『アメリカの憲法問題と司法審査』（成文堂、2016年）1-35頁、宮川成雄「アメリカ合衆国憲法における移民権限と州法による外国人の規制」同志社法学64巻7号（2013年）251-272頁など。

(3) 本号宮川論文を参照せよ。

(4) *Washington v. Trump*, 847 F. 3d 1151 (2017).

令を廃止し3月6日禁止令に置き換えた。しかしその3月禁止令も第4巡回区<sup>(5)</sup>および第9巡回区<sup>(6)</sup>の控訴裁判所が執行差止め命令を維持した。そこで政府はこの2つの控訴裁判決について連邦最高裁判所に上訴した。同年6月26日、連邦最高裁は仮処分として、暫定差止め命令の一部解除を命じた<sup>(7)</sup>。連邦最高裁での本案審理は10月からの開廷期に回された。その弁論日程によっては、弁論までに大統領令にいう90日や120日が徒過し、訴えの利益が消滅する可能性もある。仮に審理がなされた場合でも、憲法次元の問題として解くのか(第4巡回区5月判決)、移民法の法律次元の問題として当該大統領令の適否を解くのか(第9巡回区6月判決)の選択がありうる。国際法については、連邦最高裁が、政府の移民規制の権限行使を統制する際に、およそ国際法を活用するか、するにしても解釈の参考に止めるか直接適用を試みるかと問いが枝分かれする。

今回のトランプ政権は、1月27日・3月6日の入国禁止令では、テロとの関連が具体的に示されているわけでもないいくつかのイスラム国からの来訪者を(ただし3月令は米国永住権をもつ者を除くものとした)ほぼ一律に入国拒否する。1月令は、指定イスラム国からの来訪者ですでに米国永住権取得者まで90日間入国禁止対象としていたので、これは当該永住権者らの米国法上の権利を、規制の目的と手段の間に合理的な関連性すらない行為により奪う行為であるから、適正な法の過程にもとづかずに権利・自由を奪う違憲の政府の行為だとの議論ができる(それゆえに3月令ではこの部分は削除された)。また永住権のない外国人についても、当該大統領令の真の動機はテロ対策よりもイスラム教敵視・排除であり、あるいは仮に目的がテロ対策だったとしても手段がその目的を達成するために十分関連付けられていないため、もたらす効果はむしろ人種による不利益推定(プロファイリング)となるので、国籍や人種にもとづく異なる取り扱いを禁じる移民法にも反するといえようし、イスラム教を劣後させ他の宗教を優先する面で連邦憲法の国教樹立禁止条項にも反しうるし、人種差別撤廃条約(米国も批准)にも反する行為であるといった弁論は可能であろう。連邦最高裁が仮に本案審理をした場合、こうした論点に対してある程度は回答を示すだろう。ただし移民法という法律次元の問題として扱った場合は、将来の大統領の権限行使に対する制約としては限定されたものなるだろう

(5) *Int'l Refugee Assistance Project v. Trump*, 857 F. 3d. 554 (May 25, 2017).

(6) *Hawaii v. Trump* \_\_ F. 3d. \_\_ (June 12, 2017, WL 2529640).

(7) *Supra* note 1.

う。

#### 4 アメリカ立憲体制に内在するリスク

さて政策道具的な法の統制が最終的には米国の連邦最高裁による憲法や法令の解釈に依存するとなれば、現実には現役の最高裁判事たちの合意形成の実態に左右されることになる。米国立憲体制の強靱さは、こうしたリーガル・リアリスト的な面からも評価しておく必要がある。

その点では、たしかに米国立憲体制の脆弱性も見え隠れする。というのは、米国の連邦最高裁は、主要な憲法問題の解釈について、5対4の僅差で判断することが近時は多いからである。casting vote を投じる一人の判事の判断で、合憲や違憲の判断が決される。しかも現在の連邦最高裁判事の数人が高齢であるから、今後トランプ大統領が何人かの後継判事を上院の承認を得て送りこむチャンスをもちうるということでもある。すると憲法の解釈適用が政権の人事によって（5対4から6対3など、より確実な方向へ）変更される可能性もありうる<sup>(8)</sup>。

かくして連邦最高裁判事を終身の政治的任命の職位としている米国憲法の制度に内在する立憲主義のリスクもそれなりに見える。ただしこれは建国以来抱えきたリスクである。かつてニューディールのころのローズヴェルト大統領は、ニューディール立法を次々と違憲としていた当時の連邦最高裁に業を煮やし、1936年の大統領選挙に圧勝し再選された直後、1937年早々に大統領の政策に理解のある最高裁判事の追加的「詰め込み法案 (court packing plan)」を議会に上程した。その直後に当時の9人の最高裁判事の1人が合憲説に変節し、それまで少数派（4対5）だった合憲説が多数派（5対4）になったためニューディール立法も次々と合憲とされるようになり、最高裁も党派的な判事を詰め込まれずにすんだのであった<sup>(9)</sup>。このエピソードも、一人の判事の党派的でありうる casting vote 次第で合憲・違憲が急旋回する内在的リスクをあらわしている。

#### 5 EU との対比

では、他国では移動民に関する各国の主権的規制権限の行使に対しては、法

(8) 本号紙谷論文も参照せよ。

(9) See e.g., Robert G. McCloskey, *The American Supreme Court* (University of Chicago Press, 1960) pp. 136-179.

的制約があまり課されないまま推移しているのであろうか。この点では、とくに EU 諸国が注目される。EU 諸国は、各国法だけでなく EU 法という共通の地域的統治機構の法も使って、移動民（難民を含む）に対する各国の主権的規制権限の行使を制約しているからである。なお、EU 自体には移民・難民の出入国を管理する行政権限はなく、各国の関連機関が行う<sup>(10)</sup>。移民・難民の規制に関して EU にあるのは、EU 基本条約が認める範囲で EU 各国に共通の法を作る立法権と、その共通立法の解釈と効力を判断する司法権といてよい。

その立法権も、EU 基本条約が許す範囲は域外から域内への移動民規制については、各国がもつ立法権よりも狭い。ただし、狭い範囲ではあれ、いったん EU の共通立法がされるや、各国は当該共通立法を実施し、必要に応じて各国法を改廃する義務を負う。ゆえに、EU の共通立法の所掌事項については、特段の規定がない限り、各国が一方向的に事後的に変更することは許されない。そういう制約が生じる<sup>(11)</sup>。

かくして EU 諸国では、移動民と移動場面の種類を組み合わせることで類型化し、それに応じて各国の主権的規制権に対して EU 法による制約が程度を異にして課されることになる。

最も高度の制約を受ける場面は、EU 各国民＝EU 市民が域内を移動することを規制する権限行使の場面である（フランス人がドイツに移動居住する等）。各国はこの面でも形のうえでは他の EU 構成国国民について各国法をもって規律してはいるが、実際には EU 法によって移動の原則自由化を義務づけられている<sup>(12)</sup>。ゆえに実質的には各国法上の規制権限の行使は大幅かつ強力に EU 法によって制約されている。域内の労働者や EU 市民の自由移動居住に関する

(10) EU 対外国境管理に関わる Frontex という EU の専門行政機関はあるが、各国の関係機関の連絡調整機関である。Frontex 自体には直接の国境管理権限はない。

(11) EU の立法には、各国内に直接適用される「規則」と、各国の国内法整備を義務づける「指令」の二種が主としてある。いずれにせよ EU の立法として成立するならば、改正も EU での立法手続に拠らねばならない。そして EU 各国は EU 法を誠実に履行する義務を負い（EU 条約 4 条 3 項）、また EU 法は EU 基本条約・規則・指令いずれも文言が明確で無条件であるなら直接に各国において EU 法上の権利を個人に生じさせる効果（直接効果）があり、直接効果がある EU 法と抵触する各国法があるときは、当該 EU 法の方が優先的に各国の裁判所において適用されるべき（EU 法の優位性）というのが EU 司法裁判所の確立した判例である。

EUの基本条約の規定は直接に優先的に適用されうるし、2004年EU指令<sup>(13)</sup>が各国法の実体内容および適正手続を指定している<sup>(14)</sup>。

逆に各国の規制権への制約が薄い場面は、EU諸国の国民ではない人々（域外民、たとえばシリア人）が域外（シリア）から域内（ギリシャ）へ移動することを規制する場面である。この場合、長期の移動民、短期の移動民、難民とでさらに制約度が異なる。

長期の移動民についてはEU法の制約が最も少ない<sup>(15)</sup>。各国の規制権が大幅に残る。EUが立法したのは、若干の一定類型の高度技能労働者の長期移動民を優遇する措置だけである。各国が一様に国内労働市場への不利益な影響を懸念する単純労働者の長期移動民についてはEU共通の規制立法は未だない。

短期（3カ月以内の滞在）の移動民については、ややEU法の制約がある。EU法により対外国境管理のやり方を共通化し（シェンゲン国境管理規則）<sup>(16)</sup>、またEUでの短期滞在といえども滞在ビザを要求する域外国と要求しない域外国の区別を共通化したからである<sup>(17)</sup>。

難民は別カテゴリーである。難民の場合は2014年以降のシリア等からの大量の難民のEU流入にともないEU立法が改正・追加され、次第に各国の規制権行使に対して、実体的または手続的な法的制約が課されるようになった<sup>(18)</sup>。とくに2011年EU難民等地位指令<sup>(19)</sup>は、国連難民条約上の「難民」には該当しなくても、本国に送還されれば死刑や非人道的取扱や無差別暴力に晒される重大な危険がある人々を「補充的保護（subsidiary protection）」民として地位

(12) 詳細は、中村民雄『EUとは何か（第2版）』（信山社、2016）55-70頁。

(13) Directive 2004/38, [2004] OJ L 229/35.

(14) もっともこの面でも、EU諸国に主権的な規制権が一部は残されている。それは公序・公安・公衆衛生を理由とした他のEU構成国国民への規制権限である（2004年指令27条1項）。とはいえこの残された規制権にもなおEU法上の制約が課されている。とくに公序と公安を理由とする規制権行使の場合、EU各国の「社会の基本的利益の一つに影響する、真正な、現実の、十分重大な脅威」を具体的な行動により示す個人についてのみ、その危険度に比例した規制措置をとることが許される、という具合に各国の規制権限の行使における裁量が法的に厳しく制約されているのである（同条2項）。

(15) 詳細は、中村民雄「人の移動に関わるEU法の普遍化可能性」岡部みどり編『人の国際移動とEU』（法律文化社、2016）166-182頁。

(16) Regulation 562/2006 (Schengen Borders Code) [2006] OJ L 105/1.

(17) Regulation 810/2009 (Visa Code) [2009] OJ L 243/1.

(18) 中村・前掲（注15）。

を EU 法上認め、EU 諸国において一定の共通の権利を保障する（同指令 2 条 f 号、15 条以下）。このような EU 立法の積極的な庇護の姿勢は注目に値する。

もしも EU のいずれかの国がトランプ大統領の入国禁止令に見られる、テロ対策目的で特定のイスラム諸国からの来訪者を一律に規制する措置を取ったならば、それは EU 法上違法とされる可能性が高い。域外から域内への移動民で短期滞在者については、シェンゲン圏の EU 対外国境での入境審査において、管理官は「性別、人種もしくは民族的出自、宗教もしくは信条、障害、年齢または性的指向」によって差別してはならない（シェンゲン国境管理規則 6 条 2 項）。これはもはや EU 各国が変更できない部分である。ゆえに、トランプ大統領令風の入国禁止令がシェンゲン圏内の EU 構成国 X で出された場合、EU の機関である欧州委員会は、対外国境をなす EU 構成国 Y や Z のために X 国の措置が真にテロ対策目的と関連し比例的な措置であるかどうかを吟味し、必要とあらば EU 司法裁判所に X 国の EU 法違反確認訴訟を提起することになる。さもなくば Y 国や Z 国が直接または間接の人種差別にもとづき EU 法上違法な理由で短期滞在者の入境を拒否させられることになるからである。かくして、テロ対策目的の手段ならば、入国禁止の対象となっている特定域外国から過去に EU 域内でテロを行った人物があった実績があるかどうかを、また当該実績があるにしても当該特定域外国民を一律に入境禁止にすることが目的達成に必要な比例的な範囲といえるかどうか審査されることになる。トランプ大統領の 3 月の入国禁止令はテロ出現の危険と特定国の関連を説明も立証もしておらず、この EU 版の司法審査には耐えられないであろう<sup>(20)</sup>。

---

(19) Directive 2011/95 [2011] OJ L 337/9.

(20) ただし長期の移動民の受入れの局面は別である。たとえば域外留学生指令 2004/114 号 (Directive 2004/114 [2004] OJ L 375/12) にもとづく域外国からの長期留学生の受入れをドイツが「公序」を理由に制限したことについて、EU 司法裁判所はドイツに広い裁量を認め適法とした (Case C-544/15, Fahimian v. Germany EU:C:2017:255 (4 April 2017))。