

# 国籍の役割と国民の範囲—アメリカ合衆国 における「市民権」の検討を通じて（3）

坂 東 雄 介

## 目 次

序

第1章 本稿の視座

第1部：移民規制と絶対的権限の法理

第2章 「絶対的権限の法理」の生成とその背景—19世紀末の移民法の検討

第3章 「合衆国市民」の範囲—帰化事例を中心に

第4章 絶対的権限の法理の理論的背景 (以下、本号)

1. 絶対的権限の法理の根拠
2. United States v. Curtiss-Wright Export Corp—絶対的権限の法理の根拠を主権に求める見解
3. 自己保存と自己定義—主権が持つ二つの役割
4. 判例理論への国際法の影響
5. 小活

第5章 絶対的権限の法理の修正—20世紀後半の判例の展開とZadvydas v. Davis 判決が有する理論的意味

1. 絶対的権限の法理の維持と変化の胎動—Warren から Burger へ
2. 絶対的権限の法理の修正—1970年代以降の判例の展開を中心に
3. 判例理論の原理的転換？—Zadvydas v. Davis を素材として
4. Zadvydas 判決が意味するもの—司法審査の問題と合衆国憲法

による統制の問題の分離

5. 絶対的権限の法理に対する批判・判例の読み直しの提唱
6. 小括 (以上、本号)

- 第2部：合衆国市民と異質な他者—インディアン、植民地住民、黒人
- 第6章 インディアン、島嶼住民への絶対的権限の法理の拡張—異質な他者との接触と合衆国市民の自己理解
  - 第7章 拡張した「絶対的権限の法理」に基づく異質な他者への対応と、20世紀前半の合衆国社会の自己理解
  - 第8章 「異質な他者」であり続けるインディアン部族と島嶼住民—20世紀後半の展開

- 第3部：合衆国市民権の価値と役割—Warren Court 再検討
- 第9章 二級化した合衆国市民の存在—南北戦争以後の憲法修正と政府の取組み
  - 第10章 Warren Court の論理—合衆国市民権を基礎とした権利保障の対価としての排除

- 第4部 日本における国籍理論と残された課題
- 第11章 国籍の役割と国民の範囲
  - 第12章 残された課題

## 第4章 絶対的権限の法理の理論的背景

本章では、第2章、第3章において紹介した判例を踏まえた上で、19世紀に成立した絶対的権限の法理の整理及び検討を行う。

### 1. 絶対的権限の法理の根拠

まず、絶対的権限の法理として、どのような根拠が用いられているのかを整理する<sup>1</sup>。第2章、第3章では、判例の紹介を通じて、主権を根拠

---

<sup>1</sup> なお、以下の記述は、Aleinikoff *et al.*, *Immigration and Citizenship: Process and Policy 192-210* (6th ed.2008) 及び David Weissbrodt & Laura Danielson, *Immigration Law and Procedure* 53-70 (5th ed.2005) を参考にしている。

とする絶対的権限が生成した過程を明らかにしたが、絶対的権限の根拠は、必ずしも主権にのみ限定されるわけではない。主権以外にしばしば挙げられる根拠として、合衆国憲法第1編第8節第3項の通商条項、同4項帰化権限、同11項の戦争権限、憲法の構造から導き出される外交事項を扱う権限がある。また、一つの判決の中に複数の根拠が示される場合もある。

### 1.1. 主権以外の根拠

第一に、外国人を規制する権限の根拠として挙げられるのは、通商条項である。合衆国憲法第1編第8節第3項は、合衆国との通商ならびに各州間の通商を規制する権限を連邦議会に授権している。例えば、州が外国人の入国を規制することについて争われた *Chy Lung* 判決において、法廷意見は、「連邦議会は、外国との通商を規制する権限を有する。外国との通商規制に関する責任、規制を執行する態様に関する責任は、合衆国政府に排他的に帰属する<sup>2</sup>」と判示した。また、合衆国に到着した全ての外国人に対して50セントの課税をすることを定めた連邦法<sup>3</sup>の合憲性を認めた *Edye v. Robertson (Head Money Case)*<sup>4</sup>においても、法廷意見は、「外国との通商の一部として、連邦議会は移民を規制する法律を制定する権限を有する<sup>5</sup>」と判示した。

しかし、移民規制権限を通商条項に位置づけることについては、「商品を有さず、売買する資金を持たない人間の移住は、『通商』の定義には容易には入らない。人間の移動する権利を規制する権限を通商条項に位置付ける見解は、商法の性質を歪め、あるいは、人間の権利の本質を奪う結果をもたらす可能性が高い<sup>6</sup>」という批判もある。

第二に、帰化権限も、国籍取得の場面に限らず、外国人を規制する権

<sup>2</sup> *Chy Lung v. Freeman*, 92 U.S.275, 280 (1876).

<sup>3</sup> Act of August 3, 1882, ch.376, § 1, 22 Stat.214 (1882).

<sup>4</sup> 112 U.S.580 (1884).

<sup>5</sup> *Id.* at 600.

<sup>6</sup> *Edwards v. California*, 314 U.S. 160, 182 (1941). Jackson 裁判官の同意意見である。

限の根拠として用いられる場合がある。合衆国憲法第1編第8節第4項は、連邦議会は統一的な帰化に関する規則を定める権限を有すると規定している。帰化に関する規則を定める権限は、最終的に帰化資格を有する移民の入国を規制する権限を含むと理解されているからである。例えば、Nishimura 判決では、帰化権限を移民規制権限の根拠の一つとして挙げている<sup>7</sup>。

帰化に関する統一的な規則を定める権限は、市民権をそれぞれの州法によって授けることから生じる混乱を回避するために、明示的に連邦議会に授権されたという経緯を持つ（この点に関しては、第2章にて検討した *Hines v. Davidowitz*<sup>8</sup>を参照。この事例では、統一的な帰化に関する規則を定める権限の性質を正当化する際の根拠の一つとして、『ザ・フェデラリスト』の第42編を用いている<sup>9</sup>）。「合衆国が成立した当初は、連邦議会は帰化権限を移民規制方法の一つだと認識していた。ほとんどの州では、外国人は土地の所有又は相続、投票や公職に就くこと—市民権に基づいて排除される能力—から排除されていた。したがって、連邦議会が、帰化要件（例えば居住期間）を変更することによって、移民をコントロールすることができた<sup>10</sup>」。

第三に、戦争権限を挙げることができる。合衆国憲法第1編第8節第11項は、戦争を宣言する権限を連邦議会に授権している。戦争権限は、敵性外国人の入国を禁止する権限や、合衆国に居住している敵性外国人を退去強制させる権限を含むと解釈されている。

例えば、敵性外国人に対して退去強制処分を行うことができると定めた敵性外国人法<sup>11</sup>に基づいて退去強制命令が下されたドイツ人の人身保護請求の可否について争われた *Ludecke v. Watkins*<sup>12</sup>において、法廷意見は、「戦争権限という大きな権限を行使する責任は一連邦議会が憲法

<sup>7</sup> *Nishimura v. United States*, 142 U.S.651, 659 (1892).

<sup>8</sup> 312 U.S.52, 67-68 (1941).

<sup>9</sup> *Id.* at 73, footnote 35.

<sup>10</sup> *Aleinikoff et al.* (2008), *supra* at 201.

<sup>11</sup> Act of July 6, 1798, ch.66, 1 Stat.577.

<sup>12</sup> 335 U.S. 160 (1948).

上定める限りにおいて一合衆国大統領に委ねられる<sup>13</sup>」と述べ、戦争権限の視点から広い裁量を導き出している。また、*Harisiades v. Shaughnessy*<sup>14</sup>では、「外国人に対する政策は、外交、戦争権限、共和政体の維持に関する最新の政策と、中核的に、かつ複雑に絡み合っている<sup>15</sup>」と判示し、戦争権限に言及した<sup>16</sup>。

しかし、戦争権限は、全ての場合に当てはまる権限ではない。「国家の安全とは明らかに関係がない無数の移民規制にまでこの法理を拡張することは困難である<sup>17</sup>」。戦争権限を用いた場合、敵性外国人を排斥することは正当化できるが、友好国の外国人を排斥することは、正当化できない<sup>18</sup>

第四に、合衆国憲法全体の構造から導き出される権限として、外交事項権限を根拠としてあげる場合がある。確かに、合衆国憲法には外交事項を規制する権限を連邦議会に付与するという明示的な規定は存在していない。しかし、合衆国憲法は、連邦議会に対して、外国との通商を規制する権限、条約締結権限、帰化に関する統一的な規則を定める権限、戦争権限を授権していることから、黙示的に、外国人を規制する連邦政府の権限を導く見解である<sup>19</sup>。

## 1. 2. 絶対的権限の法理の根拠としての主権

<sup>13</sup> *Id.* at 173.

<sup>14</sup> 342 U.S.580 (1952).

<sup>15</sup> *Id.* at 589.

<sup>16</sup> *Johnson v. Eisentrager* では、法廷意見は、「敵性外国人に対する行政権限は、…合衆国の歴史の中で、戦争時の防衛にとって本質的なもの」と述べている (339 U.S.763, 774(1950).)。

<sup>17</sup> *Weissbrodt & Danielson, supra* at 56.

<sup>18</sup> Gregory Fehlings, *Storm on the Constitution: The First Deportation Law*, 10 *Tulsa Journal of Comparative & International Law* 63, 77 (2002).

<sup>19</sup> 例えば、*Chinese Exclusion Case* では、「合衆国は、外国、他国民との関係において、…独立国家が保持する権限を認められた一つの国家である」と判示した上で、本文中に指摘した権限を挙げている (*Chinese Exclusion Case*, 130 U.S.581, 604 (1889).)。

(1)第五に、国家における生来的な権限としての主権である。既に述べた移民規制権限の根拠は、明文上の根拠であったが、主権から移民規制権限を直接導く場合、合衆国憲法を超越した権限だと認識されてしまう。外国人を規制する権限を主権に求めた事例は、Chinese Exclusion Case<sup>20</sup>である。この判決において、Field 裁判官による法廷意見は、次のように述べる。

「合衆国政府が立法府の活動を通じて外国人を自らの領域から排除できることは、我々が議論する余地がない前提である。自らの領域に関する管轄権は、あらゆる独立国家に付随するものである。この権限は、国家の独立の一部である。もし国家が外国人を排除できなかったならば、国家は、他国の権限に服することになる。…（自国の領土における国家の管轄—引用者注）に対する制限を外的な根拠によって設けることは、その制約の分だけ主権を縮小させる。…自国の領域内における国家の完全かつ絶対的な権限の例外は、国家自身の同意が得られる場合である<sup>21</sup>」。

「外国人を排除する権限は、合衆国政府が有する主権にとって生来的なものであり、憲法によって授けられた主権的権限の一部として、国家的利益を必要とすると合衆国政府が認めたときは常に外国人を排除できる権限の行使は、葬り去られることはないし、何者にも制約されない<sup>22</sup>」。

判示の上記の引用部分から理解できるように、法廷意見は、主権から移民規制権限を導いている。Chinese Exclusion Case 以前の先例、例えば、上記に見た Head Money Case—Chinese Exclusion Case のわずか5年前—では、独立国家としての主権に基づく移民規制権限を主張していた訟務長官の否定し、移民規制の根拠を「外国との通商」条項に根拠

<sup>20</sup> *Chinese Exclusion Case*, 130 U.S.581 (1889).

<sup>21</sup> *Id.* at 603-604.

<sup>22</sup> *Id.* at 604.

を求めていた<sup>23</sup>のに対し、Chinese Exclusion Case では、移民規制権限を主権に求めている。「つまり、法廷意見は、移民規制権限に関する判例のアプローチを急激に変化させた。Field 裁判官は、移民規制権限を通商条項の中に位置づけようともせず、移民規制権限を、主権に付随する排他的な連邦権限、すべての国家が有する絶対的な主権的権限だと描いた。この権限は外交事項一般を担当する連邦政府の権限に編入され、司法審査には服さない<sup>24</sup>」。

(2) Chinese Exclusion Case の3年後、1891年法<sup>25</sup>に基づいて入国を拒否された者が人身保護令状を求めた Nishimura 判決において、法廷意見は、「すべての主権国家は、主権の生来的属性として、そして、自己保存に本質的なものとして、自国の領域内に外国人を入国させることを禁止する権限、及び自らが適切だと判断する条件を付与して外国人を入国させる権限を有していることは、最も受容された国際法の原則である<sup>26</sup>」と判断した。この判決は、Chinese Exclusion Case において示された「生来的権限」を確認している<sup>27</sup>。

この立場をさらに展開したのが、Fong Yue Ting v. United States<sup>28</sup>である。法廷意見は、「全ての外国人、又は特定の外国人を、無条件に、又は特定の条件の下、有事・平時に関わらず排斥する権限は、全ての主権を有する独立国家が生来的に有し、不可譲の権限であって、国家の安全、独立、福祉にとって本質的なもの<sup>29</sup>」と述べる。

ところが、「Chinese Exclusion Case や Nishimura 判決が多少とも合衆国憲法に言及していたのに対し、連邦議会が外国人を排斥する権限を有しているという Gray 裁判官の主張は、国際法上の原則と、イギリス

---

<sup>23</sup> Sara H. Cleveland, *Powers Inherent in Sovereignty: Indians, Aliens, Territories, and the Nineteenth Century Origins of Plenary Power over Foreign Affairs*, 81 Texas Law Review 1, 110-111 (2002).

<sup>24</sup> *Id.* at 133.

<sup>25</sup> Act of March 3, 1891, ch.551, 26 Stat.1084.

<sup>26</sup> *Nishimura*, 142 U.S. at 658.

<sup>27</sup> Cleveland, *supra* at 137.

<sup>28</sup> 149 U.S.698 (1893).

<sup>29</sup> *Id.* at 711.

の実践に依拠するのみであって、移民規制権限を合衆国憲法の特定の条項に位置づけようとし、合衆国憲法全体の中にさえ位置づけようとし<sup>30</sup>」。法廷意見は、「合衆国憲法は、この点に関して、必ずしも根拠が不確かなわけではない<sup>31</sup>」と述べるだけである。

## 2. United States v. Curtiss-Wright Export Corp—絶対的権限の法理の根拠を主権に求める見解

Chinese Exclusion Case 以降、多くの判例は、移民規制権限の根拠を主権に求めてきた。しばしば移民規制権限の根拠として挙げられる通商条項は、実定法上の根拠であったが、外国人を規制する権限の根拠を主権に求める場合、それが実定憲法以外に根拠を置く権限だと認識されてしまう。

これは、「憲法が合衆国に委任し又は州に対して禁止していない権限は、それぞれの州又は人民に留保される」と規定し、連邦議会は合衆国憲法に列挙された権限しか行使できないことを宣言している第10修正と矛盾するのではないか。

この点について、Adam B.Cox は、次のように述べる。

「憲法外の根拠を用いて無制約な移民規制権限を正当化することも、憲法内に根拠を求めて無制約な移民規制権限を正当化することも、アメリカ合衆国憲法の伝統と対立する。前者の場合、連邦政府が合衆国憲法から授けられた権限以外の権限を有しないと理解されているため、問題である。連邦権限が合衆国憲法以外の根拠から導かれる、あるいは主権に内在するものとして位置づけられるという見解は、この伝統と衝突する。関連して、後者、すなわち憲法内に根拠を求めて無制約な移民規制権限を導く場合も、連邦政府が有する全ての列挙された権限は、様々な憲法上の制約に服すると理解されているため、問題である。例えば、州際通商を規制する連邦議会の権限を『絶対的』と承認することは、その権限が一切の憲法上の

<sup>30</sup> Cleveland, *supra* at 143.

<sup>31</sup> *Fong Yue Ting*, 149 U.S. at 711.



統制に服さないという結論を導くわけではない。憲法の構造上の問題（例えば、権力分立、連邦制）と、個人的権利（例えば、平等保護、デュープロセス）は、連邦議会が有する州際通商規制権限を制約する。なぜ授権された移民規制に関する絶対的権限が異なるのかを説明することは困難である<sup>32</sup>」。

Cox が整理した、絶対的権限の法理の根拠を主権に求める論理展開と合衆国憲法第10修正の問題に関して、United States v. Curtiss-Wright Export Corp<sup>33</sup>における Sutherland 裁判官の法廷意見は、興味深い素材を提供している。以下では、Curtiss-Wright 判決を検討する。

### 2.1. 大英帝国からの独立という事実からの推定

Curtiss-Wright 判決は、ボリビアに対して武器を輸出したことを理由として起訴された被告人が、大統領が後に武器輸出禁止宣言を取り消したことを理由として、訴答不十分の抗弁（demur）を申し立てた事案である。判決の過程において、第10修正と外交権限の性質について、法廷意見は、次のように述べる。

「連邦政府は、合衆国憲法に特別に列挙された権限、及び列挙された権限を実行するために必要かつ適切な限りで推定される黙示の権限以外の権限を行使してはならないという広く受容された考えは、国内事項に限っては、無条件で正しい。その領域では、合衆国憲法の主要な目的は、連邦議会に授権することが望ましい部分を、州が有する広汎な立法権限から切り出すことである。列挙された権限に含まれない領域は州に残されている。…この理論は、州が有する権限のみに当てはめることが適当である。州は外交権限を有していなかったため、外交権限を広汎な州権限から切り出すことは出来ず、この権限は、他の根拠から連邦に委ねられている。植民地期に、

<sup>32</sup> Adam B.Cox, *Citizenship, Standing, and Immigration Law*, 92 California Law Review 373, 385-386 (2004).

<sup>33</sup> 299 U.S.304 (1936).

この権限は大英帝国が排他的に有していた<sup>34</sup>」。

「一つの連合として活動する植民地が大英帝国から独立した結果として、対外的主権行為を行う権限は、王国からそれぞれの植民地に移ったのではなく、アメリカ合衆国として、集団として活動する植民地へ移転した<sup>35</sup>」。

「連合体は憲法よりも前に存在している。合衆国憲法は、『より完全な連合体 (a more perfect Union)』を形成するために制定された<sup>36</sup>」。

「このことから、対外的主権行為を行う権限に関連する連邦政府の構造は、合衆国憲法による積極的な授権とは無関係である。戦争を宣言し、遂行する権限、平和を終了させる権限、条約を締結する権限、他の主権国家と外交関係を維持する権限は、たとえ合衆国憲法に明記されていなくても、国家性に伴う必要な権限として、連邦政府に授権されている<sup>37</sup>」。

そして、法廷意見は、Fong Yue Tin 判決を引用しながら、「望まれない外国人を排除する権限は…憲法は明示的に認めていないが、にも関わらず、国家性の観念から生来的に不可分の権限として存在する<sup>38</sup>」と判示した。

この判示が示すように、合衆国政府が「対外的主権行為を行う権限」を有するのは、大英帝国からの独立に求められる。Sutherland 裁判官は、外交事項を規制する権限を、「奇妙な<sup>39</sup>」ことに、憲法からではなく合衆

---

<sup>34</sup> *Id.* at 315-316.

<sup>35</sup> *Id.* at 316.

<sup>36</sup> *Id.* at 317.

<sup>37</sup> *Id.* at 318.

<sup>38</sup> *Id.*

<sup>39</sup> Aleinikoff *et al.* (2008), *supra* at 206.

国の独立という事実から導き出している。周知のように、合衆国が大英帝国から独立したのは1783年のパリ平和条約であって、判決の論理を採用するならば、合衆国憲法以前に外交事項規制権限が存在していたことになる。判決によれば、主体は、各植民地が共同して活動する機関である「大陸会議 (the Continental Congress)<sup>40</sup>」である。

Curtiss-Wright 判決が示した根拠に基づくならば、「もはや移民規制権限を探求するために、合衆国憲法を検討する必要性が消滅する<sup>41</sup>」。この理論は、移民法の分野では重大な問題を提起する。仮に移民を規制する権限が憲法外の権限であるとするならば、合衆国憲法が定めた連邦政府に対する規制が及ばなくなるだろう。

なお、絶対的権限の法理に対する批判及び判例の読み直しについては、5章にて検討する。

## 2. 2. 国内事項と外的事項の区分

上記の判示の中で、もう一つ注目すべき点は、Curtiss-Wright 判決が、合衆国政府は列挙された権限しか行使できないと定める第10修正は、国内事項についてのみ当てはまると判示し、国内事項と外的事項を区分している点である<sup>42</sup>。

法廷意見の発想では、第10修正の権力の制限が及ぶ範囲は、国内事項であって、外的事項を規制する権限は、合衆国憲法の外に位置づけられる。法廷意見は、外的事項を規制する権限、すなわち、合衆国憲法外から導かれる権限として、Curtiss-Wright 判決では、移民規制権限を挙げている<sup>43</sup>。

では、Sutherland 裁判官は、外的事項として、移民以外にどのよう

<sup>40</sup> *Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S.at 316.

<sup>41</sup> *Aleinikoff et al.* (2008), at 207.

<sup>42</sup> *Cleveland*, *supra* at 274.

<sup>43</sup> この立場は、Sutherland 裁判官が連邦下院議員時代に、「モンゴル系移民を無制約なままに放置しておくことは、西洋における新たな人種問題を招き、深刻化させるだろう」と主張し、失効する中国人排斥法の延長を主張していた点からも裏打ちされる (*Joel Francis Paschal, Mr. Justice Sutherland—A Man Against the State* 41 (1951).)。

な事例を想定していたのか。この問題については、Sutherland 裁判官が上院議員時代<sup>44</sup>に執筆した論文<sup>45</sup>が手がかりを提供している。

この論文のタイトル「連邦政府の対内的権限と対外的権限（The Internal and External Powers of the National Government）」から明らかなように、すでに Sutherland は1910年の時点から、連邦政府の国内事項規制権限と外的事項規制権限の区分を考えていた。この論文の中で、Sutherland は、Jones v. United States<sup>46</sup>における、以下の判示に着目する。

「全ての文明国によって承認されているように、諸国民の法によって、新たな領土の支配権は、割譲・征服と同様、発見及び占有によって取得する。ある国家の国民が、他国政府、他国民による占有が開始していない領土について、…実際上の、継続的かつ有効な所有を開始した場合、当該国民が所属する国家が管轄権を行使<sup>47</sup>」する。

法廷意見は、このように判示し、合衆国市民がグアノ諸島—グアノとは鳥糞などが堆積して形成されたものである—を発見した場合、合衆国に帰属すると定めた1856年法<sup>48</sup>を合憲と判断している。この判決では、特に合衆国憲法には言及していない。したがって、Sutherland によれば、「合衆国政府は国家性（National status）に由来する特定の主権的権限を有しているという根拠によって正当化しなければ、連邦議会制定法は、明白な不正行使となる。言い換えれば、この法律は、憲法の外にあるもの（extra-constitutional）と位置づけられる<sup>49</sup>」。

すなわち、Sutherland の思考様式では、合衆国が領土拡張によって海外領土を取得することも、外的事項、合衆国憲法の外にある領域とし

<sup>44</sup> Sutherland は、下院議員を務めた後に上院議員を務めているため、本文中の記述と前注の記述は一見異なる内容を記しているが、誤植ではない。

<sup>45</sup> George Sutherland, *The Internal and External Powers of the National Government*, 191 *The North America Review* 373 (1910).

<sup>46</sup> 137 U.S.202 (1890).

<sup>47</sup> *Id.* at 212.

<sup>48</sup> Act of August 18, 1856, ch.164, 11 Stat.119.

<sup>49</sup> Sutherland, *supra* at 384.

て位置づけられる。

さらに、Sutherland は、紙幅の関係から包括的な検討はできないと断りつつ<sup>50</sup>、United States v. Kagama<sup>51</sup>を挙げ、「連邦統治領政府を組織し、地域住民を対象とした法律を制定する連邦議会の権限は、合衆国の領土及び財産に関する規制を定める憲法上の条項というよりは、むしろ、連邦統治領を抱える国家による所有と排他的主権—連邦政府に属し、どこにも明示されていない—に由来する<sup>52</sup>」という判示を引用している<sup>53</sup>。Kagama 判決がインディアンに対する刑事管轄権の合憲性について争われた事例である点を考慮に入れると、Sutherland の思考では、インディアンも、外的事項として位置づけられることになるだろう。

つまり、Sutherland 裁判官の思考では、合衆国政府は、国内事項に関しては、合衆国憲法が授権した権限を行使するが<sup>54</sup>、外的事項を扱う場合、合衆国政府は、合衆国憲法以前に存在する生来的権限を行使する。外的事項としては、移民だけではなく、合衆国の海外拡張によって包摂された島嶼住民、インディアンを規制することも含まれる。この問題は、第2部にて扱う。

### 3. 自己保存と自己定義—主権が持つ二つの役割

(1)絶対的権限の法理は、上記の判例の展開の中で示したように、主権に根拠を持つ、あるいは主権的と位置づけられる権限である。もちろん、このような判例の思考に対しては批判もあるが、絶対的権限の法理成立当初から、主権的な性質を有すると指摘されていた点については、注目されるべきである。

例えば、Nishimura 判決は、「すべての主権国家は、主権にとって生来的なものとして、そして、自己保存に本質的なものとして、自国の領

<sup>50</sup> *Id.* at 385.

<sup>51</sup> 118 U.S.375 (1886).

<sup>52</sup> *Id.* at 380.

<sup>53</sup> Sutherland, *supra* at 385.

<sup>54</sup> Carter v. Carter Coal Corporation, 298 U.S.238, 295(1936). Curtiss-Wright 判決の約半年前に下された判決の中で、Sutherland 裁判官が執筆した法廷意見は、本文中に引用した Curtiss-Wright 判決と同様の論理を展開している。

域内に外国人を入国させることを禁止する権限、及び自らが適切だと判断する条件をつけて外国人を入国させる権限を有していることは、最も受容された国際法の原則である<sup>55</sup>」と判示した。

この判断が典型的に示しているように、絶対的権限の法理の背後には、「自己保存 (self-preservation)」と「自己定義 (self-determination)」という二つの前提があると理解されている<sup>56</sup>。

主権国家を維持するためには、人民は自らの領域を支配しなければならない。そのような支配を欠けば、国家は、自己、そして、自己の境界を実効的に支配することができない。その結果、国家は他国の主権に服することになる。したがって、移民を規制する権限は、「自己保存」のために、主権国家にとって生来的なものだと位置付けられる。

また、移民規制権限は、国家の「自己定義」の過程にとって本質的なものである。統治の過程を通じて、国民は、国家が支持する価値を決定する。したがって、国民は、国家のアイデンティティを確定する役割を負う。誰が国家を構成し、誰が国家のアイデンティティ創設に参加するのか、を決定することにより、移民法は、自己を定義する役割を有する。誰が国家の中に入ることができるのかについて決定することは、国家の問題である。国家の自己定義の過程が、人種差別主義的、他者に対する差別、不正義だと批判されたとしても、それは主権国家にとって本質的な性格であると描かれることになる。

例えば、Chinese Exclusion Case によれば、「独立を維持し、外国からの侵略に対して安全を保障すること<sup>57</sup>」は、国家にとって当然のことであり、また、「外国からの侵略」の中に、「我々に押しよせる外国人の大群<sup>58</sup>」が含まれる。さらに、連邦議会が「我々と同化することがない、異人種の外国人の存在が、合衆国の平和と安全にとって危険だと判断した場合<sup>59</sup>」には、移民を禁止することも可能である。

<sup>55</sup> *Nishimura*, 142 U.S.651, 659 (1891).

<sup>56</sup> *Weissbrodt & Danielson*, *supra* at 58-59.

<sup>57</sup> *Chinese Exclusion Case*, 130 U.S.at 606.

<sup>58</sup> *Id.*

<sup>59</sup> *Id.*

外国人を排斥する権限の根拠は、Chinese Exclusion Case 及びそれに続く判決でも繰り返し述べられてきたように、「あらゆる独立国家に付随するもの<sup>60</sup>」であって、外国人を退去強制させることが出来る権限は、「国家の独立の一部<sup>61</sup>」である。そして、「もし国家が外国人を排除できなかったならば、国家は、他国の権限に服することになる<sup>62</sup>」。

このように、自己保存、自己定義という絶対的権限の法理の前提には、構成員ルールを決定することにより、「アメリカ人民」を構成する権限も含まれる<sup>63</sup>。

(2)合衆国の構成員ルールを決定することには、しばしば、人種的な問題も関連する。

例えば、Hesse は、Chinese Exclusion Case において移民規制に対して適用された自己保存理論を、「同化不能な黄色人種の群れ理論<sup>64</sup>」と指摘する。Hesse によれば、1888年に制定された中国人の入国を禁止する法律<sup>65</sup>は「個人的な欠損よりも、人種的な欠損に依拠している。したがって、定住中国人に対する太平洋沿岸側の人々が抱く支配的な偏見に立脚して、合衆国最高裁判所が、この法律の性質である黄禍理論 (yellow-peril theory) を承認したことは、不自然ではない<sup>66</sup>」。

第3章にて検討した帰化に関する判例のように、合衆国最高裁判所は、黄禍理論を背景に、絶対的権限の法理の下、異人種に対する生々しい嫌悪感を吐露する判断を下している。

アジアからの移民によってアメリカ的価値 (人種、宗教、民主制など)

<sup>60</sup> *Id.* at 603.

<sup>61</sup> *Id.*

<sup>62</sup> *Id.* at 604.

<sup>63</sup> T.Alexander Aleinikoff, *Semblance of Sovereignty* 14 (2002). また、関連する指摘として、マイケル・ウォルツァー(著)/山口晃(訳)『正義の領分—多元性と平等の擁護—』(而立書房・1999年) 63-64頁。

<sup>64</sup> Siegfried Hesse, *The Constitutional Status of The Lawfully Admitted Permanent Resident Alien: The Pre-1917 Cases*, 68 *Yale Law Journal* 1578, 1588 (1959).

<sup>65</sup> Act of October 1, 1888, ch.1064, 25 Stat.504.

<sup>66</sup> Hesse, *supra* at 1589.

が侵害されるという黄禍論<sup>67</sup>は、裁判官に広く共有された認識であったと思われる。例えば、Fong Yue Ting 判決における Brewer 裁判官の反対意見は、正式事実審理を行わずに流刑という刑罰を科す当該制定法はデュープロセスを侵害していると結論を下したが、「不快な中国人<sup>68</sup>」「望まれない階級<sup>69</sup>」というフレーズを用いている。したがって、裁判官の中では、「人種や国籍を理由として外国人を排斥できる権限を連邦議会が有することについて、誰も疑問を唱えていなかった<sup>70</sup>」と評価されている。

このような裁判官の態度は、人種以外でも変わらない。例えば、Harisiades v. Shaughnessy<sup>71</sup>の Frankfurter 裁判官の同意意見は、次のように述べる。

「移民法がどれほど残虐で異常であろうとも、どれほど外国人嫌悪、反ユダヤ人感情、反カトリック意識を反映していようとも、その責任は連邦議会に帰属する。裁判所は、連邦議会が定めた要求を、移民法に関わる行政官に突きつけるだけである。…どのような外国人に入国、滞在が認められるのかを判断する政策は、たとえ連邦議会の判断がアメリカ的伝統を侵害し、平和を乱すものと想定しうるものであっても、連邦議会が排他的に決定するものである<sup>72</sup>」。

<sup>67</sup> アメリカにおける黄禍理論の展開については、ハインツ・ゴルヴィツァー（著）/瀬野文教（訳）『黄禍論とは何か』（草思社・1999年）71-102頁。また、黄禍論一般については、前掲・ゴルヴィツァーのほか、橋川文三『黄禍物語』（岩波書店・2000年）、飯倉章『イエロー・ペリルの神話 帝国日本と「黄禍」の逆説』（彩流社・2004年）参照。

<sup>68</sup> *Fong Yue Ting*, 149 U.S. at 743.

<sup>69</sup> *Id.*

<sup>70</sup> Natsu Taylor Saito, *Asserting Plenary Power Over the "Other": Indians, Immigrants, Colonial Subjects, and Why U.S. Jurisprudence Needs To Incorporate International Law*, 20 *Yale Law & Policy Review* 427, 436 (2002).

<sup>71</sup> 342 U.S. 580 (1952).

<sup>72</sup> *Id.* at 597.



出入国管理政策は、「我ら合衆国の人民」の範囲を確定するための第一歩であり、中国人などの異人種を合衆国市民との関係では同化不能であると判断し、水際の時点において排除することも、絶対的権限の法理から正当化される。言い換えれば、判例は、合衆国市民にとって望ましい人々／望ましくない人々の区分という連邦議会による境界線の設定を、絶対的権限の法理の下、承認している。そして、連邦議会による区分の設定そのものに、裁判所自身もコミットしていることが明らかであろう。

#### 4. 判例理論への国際法の影響

判例理論には国際法の影響も見られる。例えば、Fong Yue Tin 判決では、「…外国人を退去強制する国家の権限は、…国家への入国を禁止し、規制する権限と同様に、絶対的かつ無制約である<sup>73</sup>」と述べ、さらに、「国際法に関する主要な論者の見解<sup>74</sup>」として、Vattel、Ortolan、Phillimore、Bar の見解を本文中で引用している<sup>75</sup>。同様の論理展開は、他の判決でも見られる<sup>76</sup>。

法廷意見が絶対的権限の根拠として、国際法学者の見解を引用していることからわかるように、外国人を排斥できる権限の背景には、19世紀的な国際法の理解があると解されている<sup>77</sup>。

国際法の観点から移民規制を検討することは理解可能である<sup>78</sup>。外国人は、結局は合衆国以外の国家の国民であり、決して合衆国市民ではない。外国人に対する処遇は、必然的に合衆国と外国との関係の問題とな

<sup>73</sup> *Fong Yue Ting*, 149 U.S. at 707.

<sup>74</sup> *Id.*

<sup>75</sup> *Id.* at 707-709.

<sup>76</sup> 例えば、*Nishimura v. United States*, 142 U.S. 651, 659 (1892) では、Vattel と Phillimore を引用している。

<sup>77</sup> 以下の記述は、Alexander Aleinikoff, *The United States Constitution in its Third Century: Foreign Affairs: Rights—Here and There: Federal Regulation of Aliens and the Constitution*, 83 *American Journal of International Law* 862, 863-865 (1989) を参考にしている。

<sup>78</sup> Aleinikoff (1989), *supra* at 863.

る。例えば、*Chy Lung* 判決では、外国人の入国を規制する権限が連邦だけでなく州にも帰属していたならば、「単一の州が、州自らの判断で、我々を他国との重大な論争に巻き込むことになるだろう<sup>79)</sup>」と判示している。

州ではなく連邦が他国民との関係を規律する結果として、国際法上の問題が生じる。例えば、*Harisiades v. Shaughnessy*<sup>80)</sup>では、法廷意見は、*Oppenheim* の著作を引用しながら、「外国人は長期間の居住をしていたとしても、排斥される危険にさらされているということは、残酷さを招く実践である。しかし、それは、全ての主権国家が生来的に有する権限として、国際法上承認された、防御と復仇のための武器である<sup>81)</sup>」と判示している。

移民規制権限を国際法上の観点から正当化する論理について、以下の二点を指摘しておく。

第一に、判例は、19世紀的な国際法の理解に依拠している。*Fong Yue Tin* 判決が引用している *Ortolan* の見解によれば、「あらゆる国家の政府は、自国の領域内にいる外国人を、国境へ連行することによって追い払う権限を有する。この権限は、国家の構成員ではない外国人を自国に招待することは、純粋な許可、単なる許容性の問題であって、義務を生じさせないという事実に基づく<sup>82)</sup>」。この立場からは、入国許可は、権利ではなく、あくまで特権であって<sup>83)</sup>、「主権の一部に伴う恩惠的行為<sup>84)</sup>」と捉えられるに過ぎない。

第二に、国際関係の観点から移民規制権限を検討することは、極めて限定的な—あるいは一切存在しない—裁判所の役割を暗示する<sup>85)</sup>。

なぜならば、合衆国では、「問題となっている政府活動が他国との関

<sup>79)</sup> *Chy Lung*, 92 U.S.at 280.

<sup>80)</sup> 342 U.S.580 (1951).

<sup>81)</sup> *Id.* at 587-588.

<sup>82)</sup> *Fong Yue Ting*, 149 U.S.at 708.

<sup>83)</sup> Stephen H. Legomsky, *Immigration Law and the Principle of Plenary Congressional Power*, 1984 *The Supreme Court Review* 256, 269-270 (1985).

<sup>84)</sup> Aleinikoff (1989), *supra* at 864.

<sup>85)</sup> *Id.*

係における国家的利益と関わる」こと、「外交事項では、合衆国は『単一の意見』を話さなければならない」こと、「その意見は、専門家一大抵は行政府一の意見であること」を理由に、裁判所は外交関係には介入できないと捉えられているからである<sup>86</sup>。

上記が示すように、19世紀後半の判例は、国際法上の観点からも、絶対的権限の法理を正当化している。

## 5. 小活

本章では、19世紀後半に成立した絶対的権限の法理の正当化根拠を整理した上で、正当化根拠を主権に求める見解（特に Sutherland 裁判官の思考様式）に着目し、主権というのは合衆国憲法を超えた正当化根拠であること、外的事項を規制する権限として主権が用いられていることを示した。さらに、主権には、自己保存と自己定義の二つの役割があることを提示した。

このような判例に対する批判や読み直しを提唱する見解、判例の変化については、次章にて扱う。

---

<sup>86</sup> Louis Henkin, *Constitutionalism, Democracy, and Foreign Affairs* 70-71 (1990).

## 第5章 絶対的権限の法理の修正—20世紀後半の判例の展開 と *Zadvydas v. Davis* 判決が有する理論的意味

本章では、移民法の領域において19世紀後半に成立した絶対的権限の法理が、20世紀後半に徐々に変容を遂げ、必ずしもかつてのような「絶対的」とまでは言えなくなったことを示す。その上で、本章の後半では、2001年に下された *Zadvydas v. Davis* を検討する。これは、連邦議会の移民規制権限に対して合衆国憲法上の統制を明示的に承認した画期的な判決である。*Zadvydas* 判決の影響及び、*Zadvydas* 判決を生み出す結果となった法理論を明らかにする。

### 1. 絶対的権限の法理の維持と変化の胎動—Warren から Burger へ

20世紀中盤までの判例は、絶対的権限の法理を維持してきたと考えて良い。例えば、*Harisiades v. Shaughnessy*<sup>1</sup>では、1940年に制定された、制定以前に共産党の党员であったことを理由として合法的に居住する外国人を退去強制できると定めた外国人登録法<sup>2</sup>は、どれほど過酷な帰結を招くとしても、事後法の禁止に当たらない、と判示している。ほかに、共産主義者であることを理由に入国を拒否された Mandel が<sup>3</sup>、入国拒否処分が第1修正に違反すると主張して訴えた *Kleindienst v. Mandel*<sup>3</sup>では、Mandel の講演を聴く合衆国市民が有する第1修正上の利益は、入国拒否の適法性の判断に影響を与えないと判示している。以下では、20世紀中盤以降（Warren Court 期と Burger Court 期）の判例の展開を紹介する。

#### 1. 1. Warren Court 期の判例の展開—絶対的権限の法理の維持

(1)第2章において検討したように、1940年代、1950年代は、共産主義に対する脅威から、国内の治安を侵害する可能性がある外国人を排斥運動が生じていた。その一つの到達点<sup>3</sup>が、1952年に制定された移民国籍法（通

<sup>1</sup> 342 U.S.580 (1952).

<sup>2</sup> Act of June 28, 1940, ch.439, 54 Stat.670.

<sup>3</sup> 408 U.S.753 (1972).

称「マッカラン＝ウォルター法」<sup>4</sup>であった。Warren が長官に就任する直前の *Knauff v. Shaughnessy*<sup>5</sup> や *Shaughnessy v. Mezei*<sup>6</sup> においても、「刺激的な<sup>7</sup>」フレーズで、入国を求める外国人の権利を否定し、入国規制に関する絶対的権限の法理を承認していた。

このような判例については、同時代であっても、批判は存在していた。例えば、Hart は、*Mezei* 判決の論理に依拠すると、不法に入国したメキシコ人に対して退去強制命令が下されたときに完全なデュープロセス上の防御を有するのに対し、数十年間合衆国に適法に滞在し、合衆国市民と結婚し、子供も有している外国人が合衆国に再入国しようとした場合には何もデュープロセス上の保障が認められないという「残酷な結論<sup>8</sup>」を招くと指摘し、*Knauff-Mezei* 法理（内容は後述）の再検討は開かれていると主張する<sup>9</sup>。

また、Warren Court 期に、政治部門は、1960年代に展開された Johnson 大統領による「偉大なる社会」計画の一環として、1921年に導入され、合衆国の移民人口中の人種構成を維持する機能を果たしてきた出身国別割り当て制度を廃止した<sup>10</sup>。このように、「冷戦期の移民法分野に関する連邦議会の政策が、出身国別割り当て制度にのみ固執するのではなく、非常に寛容、好意的であった<sup>11</sup>」。

<sup>4</sup> Immigration and Nationality Act, ch.477, 66 Stat.163 (1952).

<sup>5</sup> 338 U.S.537 (1950).

<sup>6</sup> 345 U.S.206 (1953).

<sup>7</sup> Alexander Aleinikoff, *The United States Constitution in its Third Century: Foreign Affairs: Rights—Here and There: Federal Regulation of Aliens and the Constitution*, 83 American Journal of International Law 862, 865 (1989).

<sup>8</sup> Henry M.Hart, Jr., *The Power of Congress to Limit the Jurisdiction of Federal Courts: An Exercise in Dialectic*, 66 Harvard Law Review 1362, 1395 (1953).

<sup>9</sup> *Id.* at 1395-1396.

<sup>10</sup> Act of October 3, 1965, Pub.L.No.89-236, 79 Stat.911.1965年移民法改正は、出身国別割り当て制度の廃止だけを目的とした改正ではなく、合衆国市民、永住者の家族に対する優先的移民と、特別な技術を持つ外国人の優先的移民の実施も、主要な目的であった。

<sup>11</sup> Senate Report No.748, in United States Code Congressional and Administrative News 89th Congress-First Session 1965 vol.2, at 3331.

(2)しかし、Hartのような批判や、政治部門の動向に対して、Warren Courtはまったく応答していない。むしろ、Warren Courtは、以下の二判決で示されるように、外国人の権利保障については、消極的であった。

第一に、Galvan v.Press<sup>12</sup>では、1950年に国内治安法<sup>13</sup>が制定される以前に、2年間共産党員であったことを理由として退去強制命令が下されたことに対し、退去強制の根拠となる法律が制定される以前の行為を理由として退去強制をすることは、合衆国憲法が規定する遡及適用の禁止に該当するかどうか争われた。法廷意見は、移民政策の判断は、連邦議会に排他的に委ねられていると認識した上で、退去強制に対して、遡及適用の禁止条項は当てはまらないと判示した<sup>14</sup>。

法廷意見によれば、「我々裁判官は、自分たちを、我々の諸先輩、特に、合衆国憲法が保障する市民的自由を擁護することに最も熱心な人々よりも、人間の権利に注意を払っているとは思わない。我々は、現在の憲法体制の下では、外国人を処遇する連邦議会の権限を…承認しなければならない<sup>15</sup>」。

このような法廷意見に対し、Douglas裁判官の反対意見は、現在は共産党員ではないことを理由に、退去強制を不相当と判断した。反対意見によれば、退去強制に対してデュープロセスの適用を認めないことは、「我々の憲法の基準に反している」。「平時に居住している外国人、我々による歓待を濫用していない外国人、法を遵守している我々の共同体の構成員である外国人は、デュープロセスの権利を持つ。このような外国人も、第5修正上の『なんびと (persons)』である。このような権利は、平時には、このような外国人自らの存在が国家の安全や福祉に対立的な場合にのみ、合衆国政府によって侵害される<sup>16</sup>」。

---

<sup>12</sup> 347 U.S.522 (1954).

<sup>13</sup> Internal Security Act of 1950, Pub.L.No.831, ch.1024, 64 Stat.987 (1950).

<sup>14</sup> Galvan, 347 U.S.at 531.

<sup>15</sup> Id. at 531-532.

<sup>16</sup> Id. at 534.

第二に、*Boutilier v.I.N.S.*<sup>17</sup>は、合衆国内に居住しているカナダ国民が、同性愛者であり、入国拒否事由である「精神病的人格<sup>18</sup>」に該当するという理由に基づいて下された退去強制命令の適否が争われた事例である。法廷意見は、*Chinese Exclusion Case*に依拠して連邦議会の絶対的権限を明示的に承認し、「精神病的人格」は、医療上の意味ではなく、連邦議会の意図することによって判断されると判示した<sup>19</sup>。法廷意見によれば、「法212条 (a) (4)の立法資料は、連邦議会のそのような意図を明示的に示している<sup>20</sup>」。

しかし、*Douglas* 裁判官の反対意見によれば、退去強制は刑事手続ではないものの、合衆国内に居住している外国人にとって与える影響が大きい。「精神病的人格」という用語は、「広範かつ曖昧」であり、恣意的に用いられることを防ぐために、用語の意味を明確化する必要がある<sup>21</sup>。反対意見は、連邦議会の判断ではなく、精神科医の知見に依拠しながら、条文の意味を解釈している。

*Galvan* 判決では、*Black* 裁判官、*Douglas* 裁判官がそれぞれ反対意見を執筆し、*Boutilier* 判決では、*Douglas* 裁判官による反対意見 (*Fortas* 裁判官同調) が提出されていたのに対し、*Warren* 長官は、両判決とも法廷意見に同調している。法廷意見を反対意見と対比してみると、*Warren Court* が、連邦議会の判断を優先していたことが明らかである。(3)人種のみを理由として公立学校における別学を定めた州法を違憲と判断した *Brown v.Board of Education of Topeka*<sup>22</sup>を代表例として、人種差別の解消に熱心に取り組んだといわれている *Warren Court* であっても、人種差別的色彩を強く帯びる出身国別割り当て制度を違憲と判断したわけではない。結局、*Warren Court* であっても、外国人に対する処

<sup>17</sup> 387 U.S.118 (1967).

<sup>18</sup> Immigration and Nationality Act, ch.477, § 212 (a) (4), 66 Stat.163, 182 (1952).

<sup>19</sup> *Boutilier*, 387 U.S.at 124.

<sup>20</sup> *Id.* なお、立法者が、同性愛者の入国拒否を意図していたことを示すものとして、House Report No.1365, *in* United States Congressional and Administrative News 82nd Congress-Second Session 1952 vol.2, at 1701.

<sup>21</sup> *Boutilier*, 387 U.S.at 132.

<sup>22</sup> *Brown*, 347 U.S.483 (1954).

遇については、連邦議会の絶対的権限の法理を支持していた。

Warren Courtが始まる直前には、外国人の権利享有主体性が承認され、また、移民法以外の分野では、外国人であることを理由とした差別を定める州法を違憲と判断する事例（一例として、Takahashi v. Fish & Game Commission<sup>23</sup>）も存在していた。しかし、Warren Courtは、外国人の権利享有主体を認める過去の判例は維持していたが、他の領域において平等保護に果敢に取り組んでいたにもかかわらず、外国人差別を認める州法を違憲と判断したことはない<sup>24</sup>。

## 1. 2. 外国人の地位向上—Burger Courtによるプロジェクト

### 1. 2. 1. 「分離し、孤立した少数者」としての外国人

外国人の地位向上は、Warren Courtではなく、むしろ Burger Courtによって実現された。

例えば、Burger Courtの初期には、合衆国市民と15年間以上合衆国に住んでいる定住外国人だけが社会福祉受給資格を有すると定めたアリゾナ州法が平等保護に反するかどうか争われたGraham v. Richardson<sup>25</sup>において、法廷意見は以下のように判示した。

「伝統的な平等保護原理の下では、州は、区別が合理的な理由を有する限り、区別を設ける広範な裁量を有する。これは経済的領域及び社会福祉敵領域においても妥当する。しかし、判例によれば、外国人であることに基づく区別は、国籍や人種に基づく区別と同じく、生来的に疑わしく、詳細な司法審査の対象となる。集団としての外国人は、高度な司法審査を要請する『分離し、孤立した少数者 (discrete and insular minority)』の一例である<sup>26</sup>」。

<sup>23</sup> 334 U.S. 410 (1948). 外国人であることを理由に漁業資格を制限する州法を違憲と判断。

<sup>24</sup> Thomas Alexander Aleinikoff, *Semblance of Sovereignty* 48 (2002).

<sup>25</sup> 403 U.S.365 (1971).

<sup>26</sup> *Id.* at 371-372.



法廷意見は、外国人を「分離し、孤立した少数者」と捉え、厳格審査を要求し、その結果として、アリゾナ州法を、第14修正が定める平等保護に反すると判断した。この判決において、法廷意見は、外国人を「分離し、孤立した少数者」と位置づけたが、これは、「州法が、外国人は司法による保護を必要とする無防備な集団であるから違憲と判断されたのではない。外国人は一少なくとも州のレベルでは一他の州内居住者から区別できないから違憲と判断されたのである<sup>27</sup>」。

この立場を示した Graham 判決の判示は、「デニズンシップ(denizenship)」理論を示している。デニズンシップ論とは、「合法的に定住している政治体構成員は、彼らを支配している統治機構から配慮を受ける権利を有し、そして、その政治過程へと参加する権利も有しているという見解である。連邦議会は、あるカテゴリと様々な制約を一通常 of 憲法原則に従って一制定するという、入場を規制する権限を有する。しかし、いったん移民の入国が認められ、合衆国内に永住し始めると、外国人であることによる区別だけでは、恣意による差別となり始める<sup>28</sup>」。

Burger Court 後期の判決である Plyler v. Doe<sup>29</sup>では、不法滞在外国人の子供は公立学校に通うことができないと定めたテキサス州法が平等保護に反するかどうかの問題となった。法廷意見は、以下のように判示した。

「外国人の移民法上の地位がどのようなものであっても、外国人は間違いなく第14修正が定める用語の通常の意味で言う『人 (persons)』である。外国人は、その存在が違法であっても、第5修正及び第14修正のデュープロセスが保護する『人 (persons)』であることは長い間認められている<sup>30</sup>」。

そして、Graham 判決と同じく、外国人であることに基づく差別は疑

<sup>27</sup> Aleinikoff (2002), *supra* at 175.

<sup>28</sup> *Id.* at 174.

<sup>29</sup> 457 U.S.202 (1982).

<sup>30</sup> *Id.* at 210.

わしいという理由に基づいて厳格審査基準を適用し<sup>31</sup>、テキサス州法を違憲と判断した。このように、Burger Courtは、不法滞在外国人の子どもであっても、合衆国内に居住し続けるならば、「州の社会的、経済的生活に参加する構成員<sup>32</sup>」になることを承認した。

ほかにも、*In Re Griffiths*<sup>33</sup>では、外国人という地位は「分離し、孤立した少数者」に該当すると判示し、州弁護士資格試験から居住外国人を排除することは第14修正が定める平等保護に違反すると判示した。

### 1. 2. 2. 絶対的権限の法理の維持

もっとも、外国人に対する規制を行う連邦議会の絶対的権限が放棄されたわけではない。例えば、*Mathews v. Diaz*<sup>34</sup>において、原告の請求が認められなかったことについて、法廷意見は、「なぜならば、連邦議会は、移民及び帰化に関する広範な権限を有しているという側面の一つとして、外国人同士の中で線引きをする権限を有している一州は有さない」と合衆国最高裁判所は特に強調しているからである<sup>35</sup>と指摘している。

さらに、*Graham v. Richardson*<sup>36</sup>においてさえも、法廷意見は次のように判示している。

「連邦政府は、どのような外国人ならば合衆国への入国を認めるのか、在留の期間、帰化前の行為について決定できる広範な権限を有する。…ただ単に外国人であるという理由に基づいて外国人の福祉的給付の受給資格を制約する州法は、憲法上連邦政府に授権された領域における最も重要な（overriding）連邦の政策と対立する<sup>37</sup>」。

---

<sup>31</sup> *Id.* at 216-217.

<sup>32</sup> Aleinikoff (2002), *supra* at 61.

<sup>33</sup> 413 U.S. 717 (1973).

<sup>34</sup> 426 U.S.67 (1976).

<sup>35</sup> *Id.* footnote 8.

<sup>36</sup> 403 U.S.365 (1971).

<sup>37</sup> *Id.* at 377-378.

外国人が分離し孤立した少数者に該当すると述べた判決であっても、それは州による規制について当てはまる問題であると判示することにより、背景では連邦が有する広範な移民規制権限を認めていた。

外国人を規制する権限は、連邦の権限であり、州が持つ権限ではない。州が外国人に対して規制をする場合は、規制可能な範囲が狭く解釈されることになる。したがって、連邦レベルにおける絶対的権限を承認することと、州の規制に対して厳格な審査基準で臨むことは矛盾するわけではない。Nquist v. Mauclet<sup>38</sup>において、法廷意見は、「州が、外国人であることに基づいて差を設けようとする規制をした場合、その規制は生来的に疑わしく、詳細な司法審査の対象になる<sup>39</sup>」と判示し、州の規制に対しては厳格審査を採用することを明らかにした。

## 2. 絶対的権限の法理の修正—1970年代以降の判例の展開を中心に

上記で示したように、Burger Court 期であっても、絶対的権限の法理は基本的には維持されている。しかし、1970年代以降は、Burger Court 期に生じた外国人の権利保障範囲の拡大と連動して、絶対的権限の法理に対する修正が徐々に加えられている。以下では、絶対的権限の法理に対して修正を加えた判決群を検討する。

### 2.1. 裁判所による介入

#### 2.1.1. 原則の維持—Mathews v. Diaz

まず、外国人の処遇に対する司法審査のあり方の変化について検討する。19世紀の判例理論に基づけば、前述のように、連邦議会が主権に基づく絶対的な権限を有しているため、裁判所は連邦議会の権限に介入することが出来ない。これは、20世紀の判例理論においても基本的な性格を維持している。

例えば、Mathews v. Diaz<sup>40</sup>では、合衆国に居住している65歳以上の者に対して連邦医療保険プログラムに対する登録資格を認めていたが、

<sup>38</sup> 432 U.S.1 (1977).

<sup>39</sup> *Id.* at 7.

<sup>40</sup> 426 U.S.67 (1976).

合衆国に居住していたとしてもその居住期間が5年以下の外国人は登録資格から除外されていたことが平等条項に違反するかどうかについて争われた。法廷意見は、次のように判示した。

「判例が長年妥当だと認めていた理由によれば、合衆国と外国人訪問者との関係を規律する責任は、連邦政府の政治部門に属する。この事項に関する決定は、外国政府との関係と関わるため、そして、日々変わりゆく政治的、経済的情勢の観点から外国人を様々に類型化しなければならないため、このような判断は、司法よりも立法部門・行政部門に委ねることが適切である。まさに本件は、憲法解釈に特徴的な厳格性よりも、柔軟な政治的選択を必要とする事例である。…日々変わりゆく世界情勢に対応する政治部門の柔軟な活動を抑制する憲法規範は、極めて重大な理由が無い限り認められない。移民及び国籍に関する連邦議会、大統領の判断について限定的な司法審査を導く理由は、政治問題（political question）に関する司法審査を排除する理由と同一である<sup>41</sup>」。

そして、外国人同士の中で線引きをすることは、連邦議会が行う政治的選択であって、「このような政治的選択については、我々は、連邦議会の権限の行使を特に問題視しようとは思わない<sup>42</sup>」と述べる。外国人に対する処遇は連邦議会が扱う事項であって、司法審査の役割が限定される考え方は、19世紀後半に成立した絶対的権限の法理を基本線として維持している。

## 2. 1. 2. 変化の可能性？—Fiallo v. Bell

ところが、非嫡出子に対する優先的移民資格の取得を認めていない規定の合憲性が争われた Fiallo v. Bell<sup>43</sup>において、法廷意見は、従来の判

<sup>41</sup> *Id.* at 81-82. なお、法廷意見は、政治問題の法理を示した判決として、*Baker v. Carr*, 369 U.S.186, 217 (1962) を引用している。

<sup>42</sup> *Id.* at 84.

<sup>43</sup> 430 U.S.787 (1977).

例とはやや傾向が異なる判断を示している。法廷意見は、Chinese Exclusion Case など過去の判例を引用しながら、「判例は、外国人に対して入国拒否処分や退去強制処分を下す権限を、司法によるコントロールから広範に免除される合衆国の政治部門によって行使される基本的な主権的権限として長い間認識してきた<sup>44</sup>」と述べ、続いて、Diaz 判決を参照しながら、「外国人を処遇する権限は政治的性格を有し、それゆえ限定的な司法審査にのみ服する<sup>45</sup>」と判示した。

法廷意見は、絶対的権限が、近年においては、連邦議会の政策が司法審査から「広範に免除され」、「限定的な司法の役割」を導く論拠となっていることを指摘する。Diaz 判決は、連邦議会の外国人に対する政策について司法権は一切及ばないと述べたのではなく、連邦議会の外国人に対する政策については限定的な司法審査しか及ばないということを明らかにした判決だと解釈された。

ただし、移民の中でどのような線引きを行うかは「合衆国の政治部門に排他的に委ねられる政策上の問題であって、連邦議会の政治的判断の代わりに、司法部門が政治的判断を下すことができない<sup>46</sup>」。本件での争点は政治的性格を有するので、立法府の判断の根拠を検討し、審査することは司法の役割ではないという観点から、非嫡出子差別は違憲ではないと結論が下された。

Fiallo 判決は、絶対的権限の法理の基本原則は変わっていないものの、司法審査の可能性について—Fiallo 判決、Diaz 判決でも合憲判断が下されているように限定的な司法の役割しかありえないが—「ドアをわずかに開けた<sup>47</sup>」点で、19世紀的な絶対的権限の法理の修正と位置づけることができる。

このような判断には、政治問題の法理 (political question) が衰退し

---

<sup>44</sup> *Id.* at 792.

<sup>45</sup> *Id.* なお、法廷意見は、このように判断する際、Hampton v. Mowson, 426 U.S.88, 101 footnote 21 (1976) も引用している。

<sup>46</sup> *Id.* at 798.

<sup>47</sup> Stephen H. Legomsky, *Immigration Law and the Principle of Plenary Congressional Power*, 1984 *The Supreme Court Review* 256, 257 (1985).

た影響がある<sup>48</sup>。政治問題の法理の衰退を示した指導的先例と位置づけられている<sup>49</sup>Baker v.Carr<sup>50</sup>では、外交事項が司法による介入を拒否され、政府による単一の見解が特に強く求められる領域と認めつつも、「外交事項に関わる全ての事件及び争訟が、司法管轄権から外れると推定することは誤りである<sup>51</sup>」と判示している。

## 2.2. 外と内の区別

### 2.2.1. Knauff-Mezei 法理の成立

次に、入国を法的なフィクションで捉えるという考え方について検討する。Knauff v. Shaughnessy<sup>52</sup>において、相対多数意見は、外国人の入国許可は主権国家たる合衆国が付与する特権であること<sup>53</sup>を理由に、「連邦議会が定めた手続きがどのようなものであっても、入国を拒否された外国人が問題となる限り、それは、適切な（due）プロセスである<sup>54</sup>」と判示した。前述したように、判例は、退去強制にはデュープロセスの保障が及ぶという原則を形成していた。本件において、入国手続の場合にはどのような手続きが規定されていようとも適切なプロセスであると述べた法廷意見は、入国拒否の場合にはデュープロセスによる統制が一切及ばないという19世紀的思考を反映している。

司法長官による聴聞を行わない継続的な入国拒否が違法な収容かどうか争われた Shaughnessy v. Mezei<sup>55</sup>において、法廷意見は、まず、「我々の門を一旦くぐった外国人は、たとえ不法滞在者であっても、デュープ

<sup>48</sup> Adam B.Cox, *Citizenship, Standing, and Immigration Law*, 92 California Law Review 373, 421 (2004).

<sup>49</sup> Rachel E.Barkow, *More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, 102 Columbia Law Review 237, 263 (2002).

<sup>50</sup> 369 U.S.186 (1962).

<sup>51</sup> *Id.* at 211.

<sup>52</sup> 338 U.S. 537 (1950).

<sup>53</sup> *Id.* at 542.

<sup>54</sup> *Id.* at 544.

<sup>55</sup> 345 U.S.206 (1953).

ロセスの射程の範囲内にある伝統的な公正の基準と適合する手続を経ていなければ退去強制されることはない<sup>56</sup>」と判示し、現在合衆国内にいる外国人を退去強制させる場合にはデュープロセスによる憲法的統制があることを確認する。しかし、「初めての入国で入り口に立つ外国人は、異なる立場に置かれる<sup>57</sup>」と判示し、Knauff判決を引用しながら、「連邦議会が定めた手続きがどのようなものであっても、入国を拒否された外国人が問題となる限り、それは、適切な（due）プロセスである<sup>58</sup>」と述べた。

また、外国人の「入国」の性質については、Mezeiが一時的に収容施設があるエリス島に避難していたとしても、合衆国への入国に当たらないと判示した<sup>59</sup>。この判断に従うならば、エリス島は合衆国の領土であるにも関わらず、外国人にはデュープロセスの適用が認められないことになる。したがって、エリス島に収容されている外国人は、「我々の門を一旦くぐった外国人」ではないことになる。合衆国の領土であるエリス島内に長期間収容されたとしても、Mezeiが置かれている状態は法的には「入国」しているとは位置づけられないため、入国拒否処分に対するデュープロセスによる統制が及ばないことになる。このような厳格な入国のフィクション性は、「Knauff-Mezei法理<sup>60</sup>」と呼ばれている<sup>61</sup>。

<sup>56</sup> *Id.* at 212.

<sup>57</sup> *Id.*

<sup>58</sup> *Id.*

<sup>59</sup> *Id.* at 213.

<sup>60</sup> Aleinikoff *et al.* *Immigration and Citizenship : Process and Policy* 590 (6th ed.2008).

<sup>61</sup> なお、Knauff-Mezei法理が形成された同時期には、Kwong Hai Chew v.Colding, 344 U.S.590 (1953) が下されている。

この事件では、永住資格を有していた外国人が、合衆国船籍の商船の乗組員として乗船し、合衆国を離れた後に、約5ヶ月の航海を経て合衆国に再入国しようとしたが、公衆の利益に対する侵害となると判断され、入国許可を取得できず、収容されたことが争われた。法廷意見は、デュープロセスの保障という憲法上の権利に関して、合衆国船籍の商船に乗船し、合衆国を離れた当該外国人は、合衆国内に継続的に居住し、物理的に存在している外国人と同一視できることを理由として、本件において、公正な告知、聴聞を受ける権利を否定す

## 2. 2. 2. Landon v. Plasencia—区別の相対化？

しかし、Landon v. Plasencia<sup>62</sup>において、法廷意見は、Knauff-Mezei 法理の相対化傾向を示した。これは、合衆国市民の夫と子どもを持ち、永住外国人として1970年から合衆国内に居住している者が、一時的に合衆国を離れ、再入国が認められなかった者の人身保護請求について争われた事案である。

この事件では、退去強制処分を受けた Plasencia 側は、長期間合衆国に居住しており、合衆国との結びつきが強いことから、入国拒否ではなく、より保障が手厚い退去強制手続が用いられるべきであると主張していた。このような主張に対し、法廷意見は、外国人の再入国におけるデュープロセスの保障が争点となった Landon v. Plasencia<sup>63</sup>では、合衆国船籍の商船の乗組員として乗船し、合衆国を離れた後に、約5ヶ月の航海を経て合衆国に再入国した永住資格を持つ外国人に対して第5修正上のデュープロセスの保障を認めた Kwong Hai Chew v. Colding<sup>64</sup>に依拠しながら、「外国人がわが国への入国資格を取得し、永続的居住の契機となる結びつきを発展し始めると、その憲法上の地位は徐々に変化する<sup>65</sup>」という前提に立ち、再入国を求める外国人が、「継続的に居住し、現在合衆国内にいる外国人と同一視<sup>66</sup>」できる場合には、デュープロセスの権利が保障されると判示した。

法廷意見によれば、Plasencia は、わずか数日の出国であったことが Mezei との相違点である<sup>67</sup>。法廷意見によれば、Mezei とは異なり、

---

ることはできないと判示した (*Id.* at 600-601)。

Kwong Hai Chew 判決も、外国人の再入国が争われた事例であり、Knauff-Mezei 法理とは異なる判断が下されているが、この事例では、合衆国船籍の商船の乗組員として乗船していた点が多い。

<sup>62</sup> 459 U.S. 21 (1982).

<sup>63</sup> 459 U.S. 21 (1982).

<sup>64</sup> 344 U.S. 590, 600 (1953). なお、Kwong Hai Chew 判決も、Warren Court が始まる直前の判決である。

<sup>65</sup> 459 U.S. 21, 32-33 (1982).

<sup>66</sup> *Id.* at 33.

<sup>67</sup> *Id.* at 34.



Plasenciaのような永住外国人が短期間に合衆国外に旅行し、再入国しようとした場合、法的には「初めて入国しようとしている」状態にあるものの、全く初めて入国しようとしている外国人とは異なり、デューブプロセスの保障が及ぶ。この判示は、「自由の地で生活する権利<sup>68</sup>」と「直接親族の再統合の権利<sup>69</sup>」を指摘し、Plasenciaが合衆国との結びつきを有していることを強調している点で、Knauff-Mezzei法理が示した厳格な入国の法的なフィクションを相対化されたことを意味する。

ただし、本判決は、相対化と位置づけることができるが、原理的な転換ではない。なぜならば、法廷意見においても、入国を特権として位置づけているまま<sup>70</sup>だからである<sup>71</sup>。

### 3. 判例理論の原理的転換？—Zadvydas v. Davis を素材として

上記に示したように、特に1970年代以降には、絶対的権限の法理に修正が加えられつつある。しかし、上記に示した判例は、移民規制には合衆国憲法による統制が及ばないという絶対的権限の法理の基本原則を修正するものではなかった。ところが、この点について、2001年に下されたZadvydas v. Davis<sup>72</sup>では、従来とは異なる画期的な判断が下された。ここでは、判決の重要性に鑑み、節を改めて論述する。

#### 3.1. Zadvydas 判決の内容

Zadvydas判決では、退去強制命令が下されたが、事情により退去強制が実現できなかったため、法律によって定められた退去強制期間を延長して外国人を収容することが可能かどうか争われた。

Breyer裁判官による法廷意見は、連邦政府が有する移民規制権限は、「重要な憲法上の制約に服する<sup>73</sup>」という前提の下に、退去強制期間経過

<sup>68</sup> *Id.* at 34.

<sup>69</sup> *Id.*

<sup>70</sup> *Id.* at 32.

<sup>71</sup> Aleinikoff (1989), *supra* at 867.

<sup>72</sup> 533 U.S.678 (2001).

<sup>73</sup> *Id.* at 695.

後も收容されている *Zadvydas* が置かれた状況は、デュープロセスの核心部分に位置づけられる「拘束からの自由」に関する「深刻な憲法問題<sup>74</sup>」を提起することを認めた。その上で、法廷意見は、法律は無期限の收容を認めておらず、收容は、合理的に必要な期間に限定されると判示した。

この判断は、連邦議会が持つ絶対的権限は主権に固有なものであるから憲法による制約には事実上服さないという従来先例とは異なり、明示的に憲法上の制約の可能性を認めている。この判示について、*Aleinikoff* は、次のように述べる。「この言葉は、新米読者にとっては極めて普通に映るかもしれない<sup>75</sup>」。しかし、「この簡素な、驚くほどさりげないフレーズ<sup>76</sup>」は、例えば *Miranda* 判決のように、移民法における「劇的な転換を示すかもしれない<sup>77</sup>」。

ただし、この判決が、テロリズムを例外と位置づけ、判決自らの射程を限定していることについては、「重大な原理的危険性を招く<sup>78</sup>」と評価されている。なぜならば、この判示が示したテロリズムという「抜け道」に従えば、特別な状況が発生している場合については、*Zadvydas* 判決が適用されないため、連邦議会がテロリズム対策の一環として移民法を改正し、多くの移民からデュープロセスによる保護を奪うことが可能だからである<sup>79</sup>。

---

<sup>74</sup> *Id.* a 699.

<sup>75</sup> T. Alexander Aleinikoff, *Detaining Plenary Power: The Meaning and Impact of Zadvydas v. Davis*, 16 *Georgetown Immigration Law Journal* 365, 366 (2002).

<sup>76</sup> *Id.*

<sup>77</sup> *Id.*

<sup>78</sup> *Id.* なお、この点については、小谷順子「アメリカにおける出入国管理のテロ対策法制」大沢秀介＝小山剛(編)『市民生活の自由と安全—各国のテロ対策法制—』(成文堂・2006年) 25-49頁、小谷順子「退去強制を命じられた外国人の長期拘束をめぐる憲法問題—アメリカ合衆国憲法の下での一考察—」『宮崎大学教育文化学部紀要 社会科学』第13号13-29頁(2005年)が詳しい。

<sup>79</sup> Christie Del Rey, *Fourteenth Amendment—The Due Process Clause—Immigration and Nationality Act—It is Unlawful for the Government to Detain an Alien Indefinitely Beyond the Statutory Mandated Removal Period—Zadvydas v. Davis*, 121 *S.Ct.* 2491 (2001), 12 *Seton Hall Constitutional Law*

以上のような問題点はあるものの、Zadvydas 判決は、原理的な混乱を抱えているが、その結論は正義感覚に合致していると高く評価されている<sup>80</sup>。

また、人身保護請求の管轄権を制限することが合衆国憲法第1編第9節2項上の問題を提起すると認めた *I.N.S. v. St. Cyr*<sup>81</sup>、合衆国外で生まれた非嫡出子の合衆国市民権取得を制約すること<sup>82</sup>につき、司法審査が及ばない領域と逃げずに、通常の男女の差異に関する事案と同様に中間審査基準を用いて立法目的と手段の関連性を検証し、中身に立ち入った判断を下した *Nguyen v. I.N.S.*<sup>83 84</sup>とあわせて、2001年は、移民法の発展にとって画期的な年であると言われている<sup>85</sup>。以上の判決群は、Peter Spiro の言葉を借りれば、「少なくとも、絶対的権限の法理の終焉のための原理的段階に至ったことを示している<sup>86</sup>」。

### 3. 2. 判決の射程とその後の判例の展開

(1) Zadvydas 判決以後も、合衆国最高裁判所は、外国人にとって有利な

---

Journal 519, 533 (2002).

<sup>80</sup> Aleinikoff (2002), *supra* at 386.

<sup>81</sup> 533 U.S. 289 (2001).

<sup>82</sup> 合衆国市民を親とする非嫡出子のうち、海外で生まれた場合、母親が合衆国市民であった場合には、合衆国市民権を取得できるが、父親が合衆国市民である場合には、要件（子どもが18歳に到達する前に父性を宣言すること）が加重されていた。

<sup>83</sup> 533 U.S. 53 (2001).

<sup>84</sup> 最も、「水割り」された審査であって、通常の男女差別に関する違憲審査に服するならば、違憲という結論が導かれるはずである、という批判は存在している。Minh Day, *Gender-based Distinctions in Conferring Citizenship to Children Born Outside of the U.S. to Unwed Parents Where the Father is the Citizen Parent Do Not Violate the Equal Protection Clause: Nguyen v. INS*, 121 S.Ct.2053, 15 Georgetown Immigration Law Journal 762, 765 (2001).

<sup>85</sup> Margret H. Taylor, *Behind the Scenes of St. Cyr and Zadvydas: Making Policy in the Midst of Litigation*, 16 Georgetown Immigration Law Journal 271 (2002).

<sup>86</sup> Peter J. Spiro, *Explaining the End of Plenary Power*, 16 Georgetown Immigration Law Journal 339, 345 (2002).

立場の判決を下している。一例として、合衆国軍隊によってグアンタナモ基地に収容されていた敵性外国人が提起した人身保護請求について連邦裁判所は管轄権を有すると判示した *Rasul v. Bush*<sup>87</sup>を挙げることができるだろう。

しかし、*Zadvydas* 判決の射程をどのように捉えるのかについては、裁判所内部でも議論が錯綜している。

例えば、加重的重罪（不法目的侵入と窃盗）を犯した外国人に対する退去強制命令が争われた *Demore v. Kim*<sup>88</sup>では、Kim は、INS が社会に対する危険や逃亡の恐れがあると決定していないため、収容はデューブプロセスに違反すると主張した。下級審では、*Zadvydas* 判決に依拠しながら、INS は永住外国人の自由を上回るほど十分な、保釈がない収容を正当化する根拠を提示していないと判示した<sup>89</sup>。これに対し、法廷意見（一部相対多数意見）は、第一に、*Zadvydas* 判決では最終的退去強制命令が下された後の収容について争われたのに対し、本件では、退去強制手続が継続中の外国人について争われていること、第二に、*Zadvydas* 判決では無期限、もしくは永続化する可能性がある収容であったのに対し、本件では、*Zadvydas* 判決よりもはるかに短い期間の収容であることを指摘し、本件において *Zadvydas* 判決は及ばないと判示し<sup>90</sup>、Kim の主張を否定している。

Taylor によれば、法廷意見を含む5人の裁判官が、「絶対的権限の決まり文句<sup>91</sup>」に依拠しているのに対し、4人の裁判官が、「合衆国政府による個人に対する身体的監禁に関する伝統的法理<sup>92</sup>」を出発点とするアプローチを採用し、二つのアプローチの対立を看取できる<sup>93</sup>。

他方、入国許可を受けていない外国人（inadmissible alien）に対して

<sup>87</sup> 542 U.S. 466 (2004).

<sup>88</sup> 538 U.S.510 (2003).

<sup>89</sup> *Kim v. Ziglar*, 276 F.3d 523, 535 (2002).

<sup>90</sup> *Kim*, 538 U.S.at 527-529.

<sup>91</sup> Margaret H.Taylor, *Demore v. Kim: Judicial Deference to Congressional Folly*, in David A.Martin&Peter H.Schuck ed., *Immigration Stories* 343, 365 (2005).

<sup>92</sup> *Kim*, 538 U.S.at 547. Souter 裁判官の反対意見である。

<sup>93</sup> Taylor (2005), *supra* at 365.

最終的退去強制命令が下されたが、送還先の国家が受け入れを拒否したため、Zadvydas 判決と同様に、長期間の収容が行われていることがデュープロセスに反するかどうか争われた Clark v. Martinez<sup>94</sup>では、Zadvydas 判決の法理が及ぶと述べ、合理的期間を超えて収容していると判示した<sup>95</sup>。

(2) Zadvydas 判決は、合衆国への入国を認められたがその後退去強制命令を下された外国人と、合衆国への最初の入国許可を取得していない外国人は異なると判示し、前者のカテゴリに対してのみ、憲法上の観点から、収容期間に対する制約を設定した。この判示に対しては、仮釈放として合衆国に滞在を許可されているマリエル難民<sup>96</sup>が長期間収容された場合について争われたときには、後者のカテゴリに属するため、Zadvydas 判決の法理が及ばない可能性があるという懸念が提出されていた<sup>97</sup>。

まさに、マリエル難民の長期間の収容が争われた Martinez 判決では、Zadvydas 判決が及ぶと判示しているため、Zadvydas 判決で示された懸念は解消したと言えるだろう。

もちろん、これらの判決に対しては、根強い反論もある。例えば、Rasul 判決について、Scalia 裁判官は、法律の改正は連邦議会に委ねるべきであり、人身保護請求の管轄権を拡大した法廷意見は「最悪の類の司法冒険主義<sup>98</sup>」と批判する。

特に、Martinez 判決は、上述のように高い評価を下されている Zadvydas 判決の理解をめぐって、重要な問題を提起している。例えば、

---

<sup>94</sup> 125 S.Ct.716 (2005).

<sup>95</sup> *Id.* at 727.

<sup>96</sup> マリエル難民 (Marielito) とは、1980年ごろにキューバからフロリダへ集団で亡命してきた者を指す。合計で約12万5000人となった。

<sup>97</sup> Aleinikoff (2002), *supra* at 377. Aleinikoff は、Zadvydas 判決において、合衆国憲法は、その存在が合法か違法か、一時的か、永続的に関わらず、外国人を含むすべての合衆国内にいる人々に適用されると判示していることを根拠に、合衆国内で何年間も自由に生活している仮釈放状態の外国人が、デュープロセスの保障が及ばないと判断されるべきではないと述べる (*Id.* at 377-378)。

<sup>98</sup> 542 U.S.466, 506 (2004).

Thomas 裁判官は、Martinez 判決の反対意見において、次のような批判を展開した。

Thomas 裁判官によれば、Zadvydas 判決では、合衆国への最初の入国許可を取得していない外国人は異なる立場におかれると判示し、さらに、外国人の類型化を強調し、収容期間は退去強制の状況、対象となる外国人に依存するという前提に立脚していた。しかし、仮釈放状態であり、入国許可を取得していない外国人に対しても Zadvydas 判決の法理を適用した Martinez 判決の法廷意見は、Zadvydas 判決を誤って理解している<sup>99</sup>。

しかし、このような批判に対しては、Martinez 判決では、連邦議会が Martinez と Zadvydas が同一カテゴリに属するように法律を制定していたために Zadvydas 判決が先例として機能したのであって、連邦議会が両者を別なカテゴリに属するという意図を明らかにして法律を改正した場合には、Zadvydas 判決を Martinez 判決にも適用することはないという反論が提示されている<sup>100</sup>。立法者の判断を基礎にしているため、入国を許可されていないが、政治的な理由などによって退去強制も不可能な外国人が、合衆国へと釈放されることにより、合衆国人民に不安を与えるかもしれないが、連邦議会は、必要ならば合衆国人民が抱える不安を是正し、合衆国人民を保護するための道具を有していることになる<sup>101</sup>。よって、Zadvydas 判決を再解釈した Martinez 判決は、結論だけを見れば、外国人にとって、勝利かもしれないが、それは、連邦議会の判断によって崩れてしまう可能性を抱える「非常に壊れやすい勝利<sup>102</sup>」

---

<sup>99</sup> *Id.* at 729-731. なお、Thomas 裁判官は、仮に法廷意見の Zadvydas 判決理解が適切だとしても、Zadvydas 判決自体が不適切な判示であり、覆されるべきであるとも述べている。

<sup>100</sup> Michelle Mitsuye Shimasaki, *Clark v. Martinez: Striking a Balance Between United States Security and Due Process Rights of Illegal Immigrants*, 26 *Journal of the National Association of Administrative Law Judiciary* 515, 551 (2006).

<sup>101</sup> *Id.* at 547, 551-552.

<sup>102</sup> *Id.* at 552.

であり、「その勝利がいつまで続くか明らかではない<sup>103</sup>」と評価されている。

ただし、入国許可を取得していない外国人であっても、合衆国憲法による保護を享受するという判例が存在している以上<sup>104</sup>、Martinez 判決の結論それ自体は、それほど驚くべきものではないかもしれない<sup>105</sup>。

(3) Spiro は、2001年に下された Nguyen 判決、Zadvydas 判決が示した絶対的権限の法理からの後退現象には、様々な道筋が考えられるが、後退していくこと自体は衰えないだろうと述べた<sup>106</sup>。しかし、上述のように、Rasul 判決、Martinez 判決には、各法廷意見に対する批判、特に、Martinez 判決を通じた Zadvydas 判決に対する批判、再解釈が提起されており、議論が錯綜している。Zadvydas 判決、Rasul 判決、Martinez 判決が示した判例の展開は、確かに絶対的権限の法理の後退と理解できるかもしれないが、その射程および実際上の意味については、今後も検討の必要を残している。

このように、判決の射程については議論が錯綜しているものの、判例が絶対的権限であっても、合衆国憲法上の統制に服する点を示したことは明らかである。

#### 4. Zadvydas 判決が意味するもの—司法審査の問題と合衆国憲法による統制の問題の分離

Zadvydas 判決について、移民法研究者の間では、多様な議論が展開されているが、ここでは、T.Alexander Aleinikoff による評価に着目し

<sup>103</sup> *Id.* at 554. 同様の見解として、Jose Javier Rodriguez, *Clark v. Martinez: Limited Statutory Construction Required by Constitutional Avoidance Offers Fragile Protection for Inadmissible Immigrants from Indefinite Detention*, 40 Harvard Civil Rights-Civil Liberty Law Review 505, 518-519 (2005) がある。Rodriguez は、Martinez 判決を、「絶対的権限の法理と合致する制定法解釈」を通して、「制定法上の保護を、入国許可を取得していない外国人に拡大」したに過ぎないと指摘している (*Id.* at 506)。

<sup>104</sup> 例えば、*Wong Wing*, 163 U.S.228 (1896)、*Plyer*, 457 U.S.202 (1982) など。

<sup>105</sup> Shimazaki, *supra* at 553-554.

<sup>106</sup> Spiro, *supra* at 361.

たい。Aleinikoff は、司法審査の問題と合衆国憲法による統制の問題を分離した上で、政治問題の法理への批判を展開する。

Aleinikoff によれば、従来の学会では、絶対的権限の法理の領域において、裁判所が二枚舌を用いることを止めるべきだと主張するために、「実体的規範」解釈を提唱していた。すなわち、「合衆国憲法は、例えば人種に基づく移民排斥法を非難するものではないという発想は、近代立憲主義にとって異質なものであって、実体的規範を主張することは、上記のような発想を切り崩す<sup>107</sup>」という見解である。

その上で、Aleinikoff は、絶対的権限の法理を、司法審査の問題と捉え、Diaz 判決に着目する。Aleinikoff によれば、Diaz 判決（Diaz 判決の引用部分は既述）は、「移民法、国籍法のための各々の実体的規範を示したのではなく、裁判所の役割に関する注意と警戒の必要性を示したものである。特に明らかになったことは、最後のセンテンスで、『政治問題』の法理に言及したことである。—これは、適用可能な（通常よりも低いレベルの）実体的憲法規範の存在ではなく、裁判の対象の問題であることを示している。判例が述べているように、『政治問題の法理を用いるに際し、裁判所は、憲法条項が、司法の上で、執行可能とならない可能性を認めている。もちろん、この決定は、特定の連邦議会の行動が合衆国憲法違反とならないと結論を下すこととは異なる』<sup>108</sup>」。

このように、Aleinikoff は、移民法の事例を、政治部門への「制度的敬讓<sup>109</sup>」と位置づける。「判例は、司法権には連邦議会の政治的判断の代わりとなることができないという前提を何度も繰り返している。これは、制度的敬讓のフレーズであって、移民事例における平等保護の意味に関する実体的判断を行ったものではない<sup>110</sup>」。

絶対的権限の法理を制度的敬讓として解釈することによって、次の示唆が得られる。

---

<sup>107</sup> Aleinikoff (2002), at 156.

<sup>108</sup> *Id.* at 157. Citing, *United States Department of Commerce v. Montana*, 503 U.S.442, 458 (1992).

<sup>109</sup> *Id.* at 158.

<sup>110</sup> *Id.* at 159.



「第一に、憲法規範を政治部門に対して適用する際に、裁判所がどれほど敬讓的であったとしても、この規範は、立法府及び行政府を完全に拘束する。裁判官には、規範に反した政府活動を評価する義務がある。そして、裁判所が規範を執行できない理由がある場合には、そのような評価を控える<sup>111</sup>」。

つまり、絶対的権限の法理を示した先例は、連邦議会の判断に裁判所が介入してはならないと述べているだけであって、連邦議会は合衆国憲法の統制に服しないと述べたわけではない。

第二の示唆として、「絶対的権限の法理を廃棄することは、合衆国憲法の劇的な読み直しを要求するものではない。むしろ、裁判所の役割の再検討が要求される<sup>112</sup>」。

「デュープロセスや平等保護に基づく批判が展開された場合、裁判所による検討や制御を一切認めないことを正当化する根拠はない。これが現代憲法学の中核である。移民法や国籍法上の区分を違憲と判断する判決が、他にありうる適切な同等部門の存在を亡きものにすることを意味するわけではなく、一つの問題に関して様々な部門が複数の見解を提示することによって生じる困惑を過度に招くわけでもない。少なくとも、通商権限の行使（Aleinikoff は移民規制権限の根拠を通商規制権限に求めている—引用者注）が連邦議会の権限の限度を超えると判示するに過ぎない。

移民規制は、しばしば外交関係と複雑に結びつき、政治部門の判断に広く委ねられるべき領域である。しかし、Baker 判決自身が述べているように、『外交事項に関わる全ての事件及び争訟が、司法管轄権から外れると推定することは誤りである』<sup>113</sup>」。

外交政策は、「合衆国にとって重要な、社会的、経済的、政治的帰結をもたらす。しかし、他の主要な連邦管轄事項では、裁判所が、重要な憲法規範に照らして、連邦による規制を評価することをためらっていない。

---

<sup>111</sup> *Id.*

<sup>112</sup> *Id.*

<sup>113</sup> *Id.* at 160.

制度的敬讓に基づく主張は、説得的ではない。通常 of 憲法規範を移民規制に当てはめることは、政治問題に司法が過剰に介入することを意味するわけでもなく、合衆国が、弱く、保護されない、無防備なままで放置されることになるわけでもない。約1世紀近くの間、最高裁判所は、デュープロセスの規範を、外国人の退去強制の事案に適用してきた<sup>114</sup>。

移民規制権限であっても合衆国憲法による統制に服すると述べた *Zadvydas* 判決は、「絶対的権限なき移民法の展望を提示している。*Zadvydas* 判決は、現在のところ、合衆国最高裁判所の多数派が、もし合衆国憲法が移民法の領域に一少なくとも一部でも一適用されたとしても、国家の防壁は砕けないと考えていることを意味している<sup>115</sup>」。

## 5. 絶対的権限の法理に対する批判・判例の読み直しの提唱

上記では、絶対的権限の法理に対する制約を認めた *Zadvydas* 判決に対する *Aleinikoff* の評価を紹介した。ところで、なぜ絶対的権限の法理であっても制約を認めることが可能になったのか。この点に関連して、*Zadvydas* 判決では、「この権限は重要な憲法上の制約に服する<sup>116</sup>」と判示した直後に、その根拠として、*I.N.S. v. Chadha*<sup>117</sup>と、*Chinese Exclusion Case*<sup>118</sup>を引用している<sup>119</sup>。これは、*Zadvydas* 判決が、先例を批判的に読み直す学説の動向を反映した判示である。アメリカ移民法研究者の中には、先例の読み直しや法理論的な基礎付けを捉え直すことによって、絶対的権限の法理を相対化させようとする潮流があり、裁判所にも一部反映されている。先取りの結論を示すと、*Zadvydas* 判決では、*Louis Henkin* と *Stephen H. Legomsky* が提唱する見解・読み直しを参照していると思われる。以下では、*Henkin* と *Legomsky* の見解を紹介した上で、もうひとつの有力な批判である国際法の観点からの読み

---

<sup>114</sup> *Id.* at 161-162.

<sup>115</sup> *Id.* at 164.

<sup>116</sup> *Zadvydas*, 533 U.S.at 695.

<sup>117</sup> 462 U.S.919 (1983).

<sup>118</sup> 130 U.S.581 (1889).

<sup>119</sup> *Zadvydas*, 533 U.S.at 695.

直しを提唱する見解も紹介する。

### 5. 1. I.N.S.v.Chadha の読み直し

Stephen H. Legomsky は、I.N.S.v.Chadha<sup>120</sup>を読み直すことによって、「『絶対的』という言葉が無意味化するかのよう<sup>121</sup>」方法を提唱する。

Chadha 判決は、議会拒否権について争われた事案である。当時の移民国籍法では、滞在期限が超過した外国人の退去強制を停止できる権限を司法長官に認めていた。例外的な退去強制の停止を決定するためには、連邦議会の一院の承認を必要としていた。本件は、法務長官が Chadha の退去強制の停止を決定したが、下院が議会拒否権を行使し、停止決定を承認しなかった事案である。Chadha は、議会拒否権を違憲と主張し、法務長官の判断による停止の決定が最終的に確定する、と主張していた。

最終的に、判決では、Chadha の主張を容認し、議会拒否権条項を違憲と判断している。それは、「制定法が一院に付与した権限が『立法的』な性質を帯びていること、権力分立を維持するための憲法体制の下では立法権は両院の投票に基づいてのみ行使され、その後、大統領による署名、連邦議会による大統領拒否権の取り消しが行われること<sup>122</sup>」という理由による。

「では、なぜ法廷意見は、本案審査に到達できたのか？もし、議会に拒否権限を認める移民法が違憲ではないならば、議会の活動は、有効である。移民規制に関する連邦議会の『絶対的な』権限の観点から見れば、当該制定法の合憲性を審査することがどのようにして可能になったのだろうか？当該制定法は統一的な帰化に関する規則を制定する連邦議会の権限の行使の結果であるから、当該事件は、裁判所の対象とはならない政治問題である、と下院は主張していた<sup>123</sup>」。

これに対し、Chadha 判決の法廷意見は、「帰化条項の下では、外国

<sup>120</sup> 462 U.S.919 (1983).

<sup>121</sup> Stephen H. Legomsky, *Immigration Law and the Principle of Plenary Congressional Power*, 1984 *The Supreme Court Review* 256, 299 (1985).

<sup>122</sup> *Id.* at 300.

<sup>123</sup> *Id.*

人に関する連邦議会の絶対的権限は明白である。しかし、ここで争われているのは、連邦議会がその権限を実施する憲法上許容された手段を選択したかどうか、である<sup>124</sup>」と応答する。

Legomsky によれば、本件は議会拒否権の事案であって、移民規制に関する絶対的権限の法理に関する事例ではない、という批判は当てはまらない。なぜならば、下院の上訴趣意書では、12頁も費やして主要な絶対的権限の法理に関する判決を引用しながら、絶対的権限の法理の発動を求めているからである。法廷意見は、下院の主張を無視し、上告趣意書の中で引用された絶対的権限の法理に関する判決には言及していない<sup>125</sup>。

このように、Chadha 判決は、移民規制権限を「絶対的 (plenary)」と位置づけつつも、連邦議会による権限行使が合衆国憲法に合致するかどうかを検討し、最終的に、違憲という結論を導いている。これは、「絶対的 (plenary)」という言葉を用いていたとしても、必ずしも「絶対的」ではないことを意味している<sup>126</sup>。

## 5. 2. Chinese Exclusion Case の読み直し

Louis Henkin は、合衆国初期の判決であっても、移民規制権限を無制約なものとして位置づけているわけではない、と指摘する。

Henkin によれば、「連邦議会が移民を規制する権限を有していること—その権限は憲法の条文から導き出されていない—は、我々が憲法の歴史において取り込んできた出来事と比べてもそれ程ラディカルな判断だとは思えない。しかしながら、この法理に付随するもの—移民規制は連邦議会制定法一般に適用される憲法上の制約に服さないという顕著な思考—は、鋭い批判にさらされる。Chinese Exclusion Case であっても、『移民規制権限は憲法上の制約に服さない』とは最高裁判所は述べていない<sup>127</sup>」。

<sup>124</sup> *Chadha*, 462 U.S. at 940-941.

<sup>125</sup> Legomsky, *supra* at 301-302.

<sup>126</sup> Legomsky, *supra* at 302-303.

<sup>127</sup> Louis Henkin, *The Constitution and United States Sovereignty: A Century of*

確かに、Chinese Exclusion Case を詳細に検討してみれば、「戦争を宣言する権限、条約を締結する権限、暴動を鎮圧する権限、侵略に対して抵抗する権限、外国との通商を規制する権限、共和政体を維持する権限、他国の臣民に市民権を付与する権限などは、すべて主権的権限である。そして、その権限の行使は、憲法・政策判断・すべての文明化された国家の行為を規制する正義によってのみ制約される<sup>128</sup>」と判示している。

すなわち、Henkinによれば、Chinese Exclusion Case は、連邦議会は外国人の入国を拒否できる権限を有し、連邦議会の決定は、「裁判においては終局的<sup>129</sup>」なものと述べた判決である。

しかし、Chinese Exclusion Case からわずか4年後の Fong Yue Ting v. United States<sup>130</sup>では、移民規制権限は「絶対的かつ無制限 (absolute and unqualified)<sup>131</sup>」と描かれてしまっている<sup>132</sup>。

結局、国際法学者の見解（次に扱う）と同様に、初期の判決は、移民規制権限であっても一切の制約が存在しないわけではない、と理解していた。しかし、上記に示したように、初期の判決を再解釈する過程の中で、移民規制権限に対する制約が消滅してしまった。

### 5.3. 国際法に基づく正当化の再検討

第4章で述べたように、判例は、国際法上の根拠を引用した上で、移民規制権限を絶対的なものとして位置づける場合がある。しかし、James A.R.Nafziger や Sara H.Cleveland は、判例が引用する国際法学者の見解を検討し、当時の国際法学者は移民規制権限に対して何らかの制約を設けていたため、絶対的権限の法理を正当化するために学説を援用することは説得力が欠けると主張する。

---

*Chinese Exclusion and its Progeny*, 100 Harvard Law Review 853, 858 (1987).

<sup>128</sup> *Chinese Exclusion Case*, 130 U.S. at 604. 傍線は引用者が付した。

<sup>129</sup> Henkin, *supra* at 858.

<sup>130</sup> 149 U.S. 698 (1893).

<sup>131</sup> *Id.* at 707.

<sup>132</sup> Henkin, *supra* at 859.

Vattel の見解を例に挙げながら説明しよう。確かに、Vattel は、自著『国際法（The Law of Nations）』の中で、次のように述べる。

「国民は、自己を保存しなければならないのであるから、自己の保存に必要なあらゆるものに対して権利をもっている」。「今述べたことの明白な結果として、国民は、注意深くかつ可能な限り、自己の破滅または同じことであるが国家の破滅を引き起こす可能性のある、あらゆるものを避けなければならない」。「国民あるいは国家は、切迫した危険を避けるために、または自己の滅亡を引き起こす可能性のある事物を遠ざけるために役立つ、あらゆるものに対して権利をもっている。そして、自己保存に必要な事物に対する権利を確立した同一の諸理由がそこに当てはまる<sup>133</sup>」。

この既述を読む限りでは、Vattel は、絶対的権限の法理の性格として位置付けられている自己保存、自己決定原理を指摘しているように理解できる。しかし、Nafziger によれば、Vattel を引用して、無制約な移民規制権限を正当化することは適当ではない。それは、以下の記述から読み取れる。

「人は、追放または流罪を受けたとはいえ、人間という性格を全く失うわけではない、したがって、地上の何処かに住む権利は失っていないのである。この権利は自然から、というより自然の創造主からえているのであり、自然の創造主は地上を人間に住むためにお与えになったのである。土地所有を導入しても、生活に必要なものを使用するためにすべての人が生まれながらにして持つこの権利は害することができないのである<sup>134</sup>」。

<sup>133</sup> ヴァッテル研究会(訳)/山手治之(監訳)『ヴァッテル『国際法』すなわち諸国民と諸主権者の行動および事務に適用される自然法の諸原則 (2)』立命館法学73号92頁 (1967年)。

<sup>134</sup> ヴァッテル研究会(訳)/山手治之(監訳)『ヴァッテル『国際法』すなわち諸国民と諸主権者の行動および事務に適用される自然法の諸原則 (5)』立命館法

「しかし、この権利が一般的に必要でかつ完全なものであるとしても、各特定の国については不完全なものに過ぎないということをよく観ておかねばならない。なぜならば、他方ではすべての国民は、外国人が同国に入れば同国が必ず明白な危険に陥るとか、または、同国に際だった害を及ぼすとかの場合には、外国人に入国を拒絶する権利をもっているからである。国民が自己自身に尽くすべき責務すなわち自己の安全の配慮からこの権利が出てくる。そして国民の自然の自由によって、この外国人を受け入れる場合であるのかないのかを判断する権限は国民にある…。だから外国人は、完全な権利があつて、思うままに、自分が選択したちに身を落ち着けるといふことはできなくて、その地の最高者の許可を要請しなければならない。そして、もし許可が拒否されれば、それに従わなければならない<sup>135</sup>」。

「しかしながら、たとえ土地所有を導入しても必要なものは絶対に奪われることはないという既得権がすべての被造物である人間には留保されているので、いかなる国民も、すまいを追われた人に対して、正しい理由もなく、たとえ永住にしろ、居住を拒絶することはできない。…たとえば彼らが何か伝染性の病気に罹っているなら彼らを絶対に拒絶するということさえしなければならない。たとえば彼らが市民の風俗を腐敗させたり、宗教を混乱させたり、または公共の安全に反する何か別の無秩序の原因となるだろうという懸念に正当な理由があれば、彼らをどこか他所に送り出すことを許される。一言にしていえば、国民はこの点については、賢明の規則 (les règles de la prudence) に従う権利があるし、従う義務さえある。しかしこの賢明は、軽い理由やあまり根拠のないつまらない懸念のために、猜疑心が強くてはならず、また不運な人に避難所を拒否するようなことがあつてはならない<sup>136</sup>」。

学80号111頁 (1968年)。

<sup>135</sup> 同・111-112頁。下線部は引用者による。

<sup>136</sup> 同・112頁。

上記の引用箇所の下線部分は、主権国家が移民規制権限を行使できる機会を限定したものである。また、他の引用箇所では、移民規制を実施するための十分な正当化理由を求めている<sup>137</sup>。Vattel は、「人間性」から「地上の何処かに住む権利」を想定し、制約が及ぶことは認めつつも、規制が「賢明の規則」に服するべきである、と述べる。このように、Vattel 自身は、一定の場合には、「外国人の入国を規制する国家の権限を制限<sup>138</sup>」する立場に立脚していた。

移民規制権限は無制約ではないという見解は、程度の差こそあれ、絶対的権限の法理を形成した判例が引用している国際法学者（例えば、Pufendorf、Phillimore など）の見解でも変わらない<sup>139</sup>。すなわち、「19世紀後半以前では、原則として、外国人の絶対的な入国拒否を支持する見解はほとんどいなかった<sup>140</sup>」。

このような指摘を踏まえると、国際法学者の見解を引用して無制約な移民規制権限を導出する理屈は、説得力に欠ける。

## 6. 小括

本章では、20世紀後半に、絶対的権限の法理の修正を行った判決を指摘した上で、移民規制権限に対して合衆国憲法上の統制を明示的に承認した *Zadvydas* 判決をやや詳しく紹介した。その上で、アメリカにおいて、絶対的権限の法理の修正を提唱する有力な見解を紹介し、その見解の一部が、判例の中にも取り込まれていることを示した。結論として、かつては絶対的とまで言われた移民規制権限であっても、現在では修正が迫られ、必ずしも無制約ではなく、何らかの統制に服すること、そしてそれが判例理論からも正当化されていることを示した。

---

<sup>137</sup> Sara H.Cleveland, *Powers Inherent in Sovereignty: Indians, Aliens, Territories, and the Nineteenth Century Origins of Plenary Power over Foreign Affairs*, 81 *Texas Law Review* 1, 84 (2002).

<sup>138</sup> James A.R.Nafziger, *The General Admission of Aliens under International Law*, 77 *American Journal of International Law* 804, 827 (1983).

<sup>139</sup> Cleveland, *supra* at 83-87.

<sup>140</sup> Nafziger, *supra* at 809.