

## 〔論 説〕

## 移民・難民の身体拘束事例における回避法理

藤 井 樹 也

## はじめに

トランプ政権下のアメリカでは、外国人移民・難民政策が重大な争点の一つとなっており、各分野でさまざまな対立を生じさせている。裁判を通じて、移民・難民の処遇にかかわる事例が、連邦最高裁まで争われる事例も少なくない。とくに、移民・難民の長期間にわたる身体的拘束の可否が、連邦憲法または連邦法による手続保障との関係で問題とされる事例がしばしば認められる。

連邦最高裁における、2000年代以降の移民・難民の身体拘束事例においては、時として、回避法理の適用による連邦法の限定的解釈を通じて、身体拘束された移民・難民に手続保障を及ぼすことが可能であるかどうかの問題とされてきた。そのようななかで、2018年の *Jennings v. Rodriguez* 連邦最高裁判決<sup>1</sup>は、原審の連邦控訴裁による回避法理の適用が誤りであったと認定し、憲法判断すべき裁判所の義務（回避の禁止）に言及した点で、注目に値する。

なぜなら、日本では、「憲法判断回避の準則」は、付随的違憲審査制から派生する、「憲法判断は事件の解決にとって必要な場合以外は行わない」という「必要性の原則」に基づく準則であるとされ<sup>2</sup>、この準則は、憲法

---

1 *Jennings v. Rodriguez*, 138 S.Ct. 830 (2018).

2 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第7版）』392～393頁（2019）。

判断の回避が可能である場合には回避しなければならない回避の要請法理として語られることが少なくないだけでなく、判例理論においては、違憲性の問題と違法性の問題が競合する事例では憲法に言及せずに解決することを当然とする「違憲性の言及禁止ルール」というべき強度の法則が妥当しているように感じられるからである<sup>3</sup>。また、日本での一般的理解には、回避法理を連邦法解釈における裁判所の裁量ととらえるアメリカ法の立場とも、相当程度の相違があるように思われる。

このような問題を整理するため、以下では、まず、移民・難民の身体拘束に関わる 2000 年代以降の連邦最高裁判決の流れを、回避法理との関わりに注目して再整理する (1~4)。そして、日本法への示唆を念頭に、若干の考察を試みる (5)。

## 1 Zadvydas v. Davis 連邦最高裁判決

2001 年 (6 月) の *Zadvydas v. Davis* 連邦最高裁判決<sup>4</sup>は、回避法理を適用しつつ、連邦法の憲法適合的解釈を通じて、身体拘束された外国人に対する手続保障を肯定した事例であると理解されている。その概要は以下のとおりである。

連邦法 (Immigration and Nationality Act; INA)<sup>5</sup> の原則規定<sup>6</sup>によると、退去命令を受けた外国人は原則として 90 日以内に退去させなければならないとされていたが、例外規定<sup>7</sup>は、上記退去手続期間を超える身体拘束の継続を許容していた (“An alien … may be detained beyond the removal period …”と規定)。この例外は、①連邦法規定<sup>8</sup>に基づき入国不許可とされ退去命令を受けた外国人、②入国条件等違反、刑事法違反、または、公安・外交上の理由により退去させることができると定める規定<sup>9</sup>

---

3 藤井樹也「違憲性と違法性」公法研究 71 号 112 頁、119 頁 (2009)、藤井樹也「回避法理と憲法の最高法規性」成蹊法学 83 号 210 (125) 頁、192 (143) 頁 (2015)。

4 *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001). 新井信之『外国人の退去強制と合衆国憲法』165~171 頁 (2008) を参照。

5 8 U.S.C. § 1101 et seq.

6 8 U.S.C. § 1231(a)(1).

7 8 U.S.C. § 1231(a)(6). 同規定によると、当該外国人は、仮に釈放された場合でも、連邦法規定の定めるところにより監督下におかれることとされる。

8 8 U.S.C. § 1182.

に基づき退去命令を受けた外国人、および、③退去命令を受けた外国人で、共同体にとって危険である、もしくは、退去命令を遵守する可能性が低いと司法長官によって認定された者の3類型に適用されることとされていた。本件当事者は、いったん入国許可を受けた後、上記例外類型②に該当するとされた外国人である。第1事件の上訴人 Zadvydas は、薬物取引等の犯罪歴を根拠として退去命令を受けたが、退去先として考えられた3カ国（両親の母国、本人の出生国、妻の母国）が、いずれも Zadvydas が国籍保有者でないこと等を理由に受入れを拒否したため、そのまま身体拘束が継続され、90日間の退去手続期間の経過後に habeas corpus 請求を行った。また、第2事件の被上訴人 Ma は、ギャング関連の銃撃、殺人等の加重重罪により有罪判決を受け服役したことを根拠として退去命令を受け、90日間の退去手続期間を超えて身体拘束が継続されたため habeas corpus 請求を行った<sup>10</sup>。第1事件の連邦控訴裁（5th Cir.）は、国外退去の可能性はまだ残されており、そのための相当な努力が続けられている等と述べ、Zadvydas の身体拘束は連邦憲法違反にあたらないとして、請求を棄却した<sup>11</sup>。他方で、第2事件の連邦控訴裁（9th Cir.）は、90日間の退去手続期間を超える身体拘束は合理的期間の範囲内に限られると述べ、本件では退去の合理的可能性がないままの身体拘束の継続は連邦憲法により禁止されるとして釈放を命じた原審連邦地裁判断を支持した<sup>12</sup>。

連邦最高裁は、5対4で、90日間の退去手続期間経過後の身体拘束を許容する § 1231(a)(6) は、連邦憲法の要求に照らして理解するならば、黙示的に、外国人の身体拘束期間を、アメリカから退去させるために合理的に必要なとされる期間に限定しており、無期限の身体拘束を許容しないものと解釈すべきであるとして、90日間の退去手続期間を超える身体拘束期間を限定する判断を下した。

Breyer 法廷意見（Stevens、O'Connor、Souter、Ginsburg 各裁判官が同調）のうち、本稿にとって関心がある部分は以下のとおりである<sup>13</sup>。ま

9 8 U.S.C. § § 1227(a)(1)(C), 1227(a)(2), 1227(a)(4).

10 533 U.S. at 684-686.

11 *Zadvydas v. Underdown*, 185 F.3d 279 (5th Cir. 1999).

12 *Kim Ho Ma v. Reno*, 208 F.3d 815 (9th Cir. 2000). このほか、政府側の主張を認め無期限の身体拘束を許容した他の連邦控訴裁判決として、以下の事例が引用されている。Duy Dac Ho v. Greene, 204 F.3d 1045 (10th Cir. 2000).

ず、「連邦議会制定法の合憲性に関する重大な疑いが生じる場合には、当裁判所は、まず、この問題を回避できる制定法解釈が十分に可能 (fairly possible) であるかどうかを確かめる」、このことは、制定法解釈の基本原則であるという、先例の一節が引用される<sup>14</sup>。また、移民関係法の違憲無効を回避するために限定的解釈を行った先例が示される<sup>15</sup>。そして、本件でも同様の理由で、本件例外規定に黙示的な期間制限を読み込み、90日間の退去手続期間経過後の身体拘束を、外国人の退去のため合理的に必要なとされる期間に限定すべきだというのである。すなわち、Breyer 法廷意見によると、外国人に対して無期限の身体拘束を許容する制定法は、重大な憲法問題を生じさせる。つまり、身体拘束をうけない自由は、デュー・プロセス条項により保護される自由の核心にあり、適正な刑事手続保障を経た身体拘束か、限定された非刑事領域において個人の自由利益に優越する特別な正当化根拠（加害の危険を伴う精神疾患など）が認められる身体拘束でなければ、デュー・プロセス条項違反となる。本件では、行政目的による非刑事制裁的な無期限の身体拘束に対して、政府があげる正当化根拠は十分強力であるとはいえない。つまり、①逃亡の防止（出頭の確保）という政府利益は、退去の可能性が薄い場合には、弱いか存在しない。また、②コミュニティの保護という政府利益は、特に危険な個人について、かつ、強度の手続保障のもとでのみ正当化され、本件のように予防的拘束が無期限となる可能性がある場合には、さらに他の特別事情（精神疾患など）が必要とされるが、退去可能性がある外国人であるだけで被拘束者に危険性があるとはいえない。政府側があげる連邦最高裁の先例<sup>16</sup>

---

13 Breyer 法廷意見は、本文に要約した判示に先だち、90日間の退去強制期間を超える身体拘束に対する連邦法および連邦憲法上の不服申立てを、habeas corpus 請求手続において行うことが可能であると判断した。533 U.S. at 686-688.

14 Quoting *Crowell v. Benson*, 285 U.S. 22, 62 (1932).

15 Citing *United States v. Witkovich*, 353 U.S. 194, 195, 202 (1957). この事例は、「適格的かつ適切だと判断する」事項について、外国人に対する司法長官の質問権限を付与する連邦法規定を、国外退去の期限を徒過した外国人の出国可能性の存続につき、司法長官に情報を提供するため合理的だと解される質問権限のみに限定解釈した例として参照されている。

16 *Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei*, 345 U.S. 206 (1953). この事例では、合法的に入国した外国人が、海外渡航後の再入国を拒否され、エリス島

は、外国人であるというだけで無期限の身体拘束を正当化できるとした事例ではなく、アメリカに入国した外国人には、デュー・プロセス条項による保護が及ぼされる<sup>17</sup>。

Breyer 法廷意見によると、以上のような憲法上の疑義にかかわらず、連邦議会の意図が制定法の文言上明確であれば、その意図が有効となる。しかし、本件例外規定の「してよい (may)」という文言は不明確であり、必ずしも無期限の身体拘束を認めていない。また、立法史も、無期限ないし恒久的な身体拘束を授權する連邦議会の意図を明確には示していないという。以上から、重大な憲法上の疑義を回避するための制定法解釈によると、退去が合理的に予見できなくなった時点で、身体拘束の継続はもはや制定法によって認められないというのである<sup>18</sup>。

以上をもとに、Breyer 法廷意見は、habeas corpus 請求事例である本件では、身体拘束期間が退去を確実に実行するために合理的に必要な期間を超えたかどうかの問題となるという。そして、外国人の出頭を確保するという本件制定法の目的によって、拘束期間の合理性を判断すべきだという。したがって、退去を合理的に予見できない場合には、身体拘束の継続は不合理でありもはや許されない。そして、90日の退去手続期間の経過後における、6ヶ月を超える身体拘束の合憲性を連邦議会が疑ったと考えることに合理性があるという。そこで、6ヶ月の期間経過後は、合理的に予見可能な将来に退去が実行される実質的可能性がないと考える相当な理由を外国人が示したなら、政府がこれを覆すに足る証拠を示す責任を負うというのである<sup>19</sup>。

これに対して、Kennedy 反対意見は、明確な期間制限なしに該当する外国人の身体を拘束する、司法長官の制定法上の権限を承認し、回避法理

---

で無期限拘束された措置が合憲とされたが、Breyer 法廷意見は、入国前の外国人が国境で留め置かれた事例である点で本件と異なると説明した。

17 533 U.S. at 688-696.

18 533 U.S. at 696-699.

19 533 U.S. at 699-701. Breyer 法廷意見は、以上をもとに、Zadvydas の請求を棄却した連邦控訴裁 (5th Cir.) の判断は、Zadvydas に過大な証明責任を負わせているとし、また、Ma の解放を命じた連邦控訴裁 (9th Cir.) の判断は、本国との送還取極めの不存在だけを根拠としており、将来の交渉成立の可能性を軽視しているとして、いずれの原判決も破棄し事案を各連邦控訴裁に差し戻した (533 U.S. at 702)。

との関係については、以下のように述べた。まず、Breyer 法廷意見が本件で憲法判断回避の義務を認めた点について、これにより、連邦議会の意図を無視すること、裁判所が制定法を創造すること、執行部門の外交権限を司法部門が篡奪すること、危険な外国人を釈放する可能性があること、権力分立を歪曲すること、司法の自己抑制にみせかけて他の部門に干渉していることを指摘し、制定法に憲法上の疑義があるとしても、その制定法の解釈を誤ってはならないと主張する。つまり、本件例外規定は司法長官に外国人を身体拘束に関する裁量を付与した規定であるのに、Breyer 法廷意見は条文に明示されていない黙示の制限を読み込んだが、これは、当該連邦法の文言・構造に根拠がなく、同法の目的にも反する解釈だといっているのである。Kennedy 反対意見は、Breyer 法廷意見が回避法理を誤解したと述べる。なぜなら、回避法理とは、「十分に可能 (fairly possible)」な制定法解釈が複数ある場合に、裁判所による選択を許容するルールであって、憲法問題を回避する口実である制定法解釈を押しつけるルールではないからだといっているのである。Kennedy 反対意見によれば、Breyer 法廷意見による制定法解釈は、もっともな (plausible) 解釈であるとはいえず、連邦議会の意図に明確に反する解釈であるという。つまり、条文の不明確性に関する論証がなされておらず、当該制定法の文言・構造・目的に反する許されない解釈であるといっているのである<sup>20</sup>。

以上から、回避法理に関わる部分については、以下のように整理することができよう。第一に、Breyer 法廷意見と Kennedy 反対意見は、回避法理が、「十分に可能」な制定法解釈が複数ある場合に裁判所による選択を認める法理であるとみる点で、法解釈方法に関する一般論の部分については共通している。ただ、Kennedy 反対意見は、この法理が裁判所による解釈の選択を許容する法理であると表現し、Breyer 法廷意見が回避を義務としたとみて、これを批判している。他方で、Breyer 法廷意見は回避法理を根拠として、憲法適合的な制定法解釈 (合憲限定解釈) を正当化している。つまり、憲法判断そのものを回避する、狭義の憲法判断回避の準則とは概念上区別可能な、広義の回避法理に依拠したといえる。第二に、両意見の大きな相違点は、本件制定法規定の限定的解釈が「十分に可能」だといえるかどうかという、具体的解釈論の部分にある。つまり、Brey-

---

20 533 U.S. at 705-707.



er 法廷意見は、憲法適合的な限定的解釈が可能だと評価したが、Kennedy 反対意見は、その解釈は同法の文言・構造・目的に反し誤りだと評価し、回避法理の適用を誤りだと判断したのである。確かに、Breyer 法廷意見は、本件例外規定の明文で規定されていない期間制限を解釈論によって導き出しただけでなく、6ヵ月という具体的な合理的期間の推定を、行政機関の判断指針として同規定から導きだしており、かなり条文から乖離した自由な解釈を肯定することによって、憲法適合的な限定的解釈を回避法理によって正当化した感がある。かりに、Breyer 法廷意見による本件制定法解釈が、回避法理を根拠とすることによって肯定されるのであれば、そこでの回避法理は、無理な法解釈をしてでも憲法判断を回避しなければならないルールに近似することになろう。その点で、Kennedy 反対意見の指摘にはもっともな部分があるように感じられる。第三に、回避法理の機能に着目する場合、両意見は対極的であるようにみえるが、厳密には、その相違はケース・バイ・ケースに判断すべきである。Breyer 法廷意見は、本件制定法の憲法適合的な限定的解釈を通じて、本件当事者のデュー・プロセス保障を拡張した。したがって、そこで回避法理は自由保障的に機能したと理解することができる。他方で、Kennedy 反対意見は、回避法理を適用せず、本件制定法規定の限定的解釈を否定して、結論的にも身体拘束の継続を認めるべき（つまり、Zadvydas に対する連邦控訴裁（5th Cir.）の判断を支持し、Ma に対する連邦控訴裁（9th Cir.）の判断を破棄すべき）であると主張した<sup>21</sup>ので、そこでの回避法理は自由制約的に機能したようにみえる。しかし、回避法理を適用せず、本件制定法規定の限定的解釈を否定した結果、同規定をデュー・プロセス条項違反とする立場や、同規定を法令合憲としつつ、入国条件違反等の軽微な法抵触行為を根拠とする身体拘束を受けている外国人に適用される限りで違憲とする立場もあり得よう。したがって、本件における回避法理の不適用が一般的に自由制約的に機能するというのは、過度の一般化とならざるをえない。

## 2 Demore v. Kim 連邦最高裁判決

2003 年の Demore v. Kim 連邦最高裁判決<sup>22</sup>は、Zadvydas 判決で問題と

---

21 533 U.S. at 725.

22 Demore v. Kim, 538 U.S. 510 (2003). 新井・前掲注 (4) 204~206 頁。

なった事案の類似事例において、先例と事案を区別し、身体拘束を受けた外国人に対する手続保障を否定した。この事例で問題になったのは、司法長官が、一定の犯罪により有罪とされたことを理由に退去強制を受ける可能性が生じた外国人の身体を拘束することと定めていた連邦法規定<sup>23</sup>であり、該当する犯罪の一つとして、加重重罪 (aggravated felony) があげられていた<sup>24</sup>。本件では、合法的永住権を有する外国人 Kim が、第1級不法目的侵入および前科付軽窃盗の罪により州裁判所で重罪とされ、移民帰化局 (INS) によって国外追放相当と判断されたため、退去強制審理のため身体拘束を受けたのに対して、社会に対する危険または逃亡のリスクが INS によって認定されていないので、身体拘束はデュー・プロセス侵害にあたりと主張して、habeas corpus 請求を行った。連邦控訴裁 (9th Cir.) は、保釈の機会が与えられない身体拘束を強制する § 1226(c) が合法的永住権を有する本件当事者に適用される限りでの、実体的デュー・プロセス侵害を認定した。

連邦最高裁は、5対4で、Zadvydas 事件と本件とを区別し、本件身体拘束が修正5条のデュー・プロセス条項違反にあたらないと判断した。

Rehnquist 法廷意見 (Kennedy 裁判官が同調、O'Connor、Scalia、Thomas 裁判官が管轄権肯定判断以外に同調し結論に同意、他の4裁判官は管轄権肯定判断のみに同調し結論に反対) の要点は、以下のとおりである<sup>25</sup>。すなわち、退去強制手続に必要な短期間の身体拘束は、最高裁先例に照らして、修正5条のデュー・プロセス条項に違反しない。そして、90日間の退去手続期間を超える身体拘束を合理的に必要な期間に限定した Zadvydas 判決の事案と本件とは、以下の2点で区別できるといふ。第一に、Zadvydas 判決の当事者は、退去命令を受けた後、退去が実行不能と化した外国人であったが、本件当事者は、退去強制手続が係属中の外国人であり、逃亡を阻止するために身体拘束が必要であるという。第二に、

---

23 8 U.S.C. § 1226(c).

24 8 U.S.C. §§ 1226(c)(1)(B), 1227(a)(2)(A)(iii).

25 Rehnquist 法廷意見は、本文に要約した判示に先だち、INA の該当セクションに関する司法長官の裁量的判断に司法判断が及ばないとの規定 (8 U.S.C. § 1226(e)) に関わらず、habeas corpus 請求に関わる裁判管轄権を否定する明文規定がない以上、本件 habeas corpus 請求に連邦裁判所の管轄権が及ぶと判断した。538 U.S. at 516-517.



Zadvydas 判決の当事者の身体拘束期間は不確定であり恒久化する可能性があったが、本件当事者の身体拘束期間には明確な終期があり、しかもほとんどの場合に Zadvydas 判決が有効と推定した 90 日間を下回る期間であったというのである<sup>26</sup>。

これに対して、O'Connor 一部同意・一部反対意見と Breyer 一部同意・一部反対意見は、いずれも Rehnquist 法廷意見のうち、連邦裁判所の管轄権を肯定する部分のみに同調しつつ、本案判断の部分に同調しなかった。一方で、O'Connor 一部同意・一部反対意見は、回避法理に依拠することなく、本件身体拘束が実体的および手続的デュー・プロセスを侵害すると主張した<sup>27</sup>。他方で、Breyer 一部同意・一部反対意見は、回避法理を根拠にあげて、本件連邦法規定を連邦憲法に照らして解釈すれば、Kim の保釈が許容されると主張した。その制定法解釈が、連邦憲法の要求に適合すると考え、事案を原審の連邦控訴裁に差し戻して、この争点の主張の有無を確認するよう求めたのである<sup>28</sup>。

以上から、回避法理に関わる部分については、以下のように整理することができよう。第一に、Rehnquist 法廷意見と O'Connor 一部同意・一部反対意見は、回避法理に依拠することなく、本件連邦法規定の合憲性判断を行い、Rehnquist 法廷意見は合憲、O'Connor 一部同意・一部反対意見は違憲の結論を導きだした。それに対して、Breyer 一部同意・一部反対意見は、回避法理を根拠に、本件連邦法規定の憲法適合的な限定解釈を正当化した。第二に、本件連邦法規定の具体的解釈論については、Rehnquist 法廷意見と O'Connor 一部同意・一部反対意見は、手続保障を組み込んだ限定解釈を行わなかったのに対して、Breyer 一部同意・一部反対意見は、連邦憲法の要求に照らして手続保障を組み込んだ限定解釈が可能であると主張した。第三に、回避法理の機能に着目する場合、Rehnquist 法廷意見は、回避法理に依拠することなく憲法判断に踏みこみ、本件連邦法規定の合憲判断を下していることから、そこでは、回避法理の不適用が自由制約的に機能している。反対に、O'Connor 一部同意・一部反対意見は、回避法理に依拠することなく憲法判断に踏みこみ、本件連邦法規定を違憲とするよう主張していることから、そこでは、回避法理の不

---

26 538 U.S. at 517-531.

27 538 U.S. at 543-558.

28 538 U.S. at 577-579.

適用が自由保障的に機能したといえる。それに対して、Breyer 一部同意・一部反対意見は、回避法理に依拠しつつ、本件制定法の憲法適合的な限定的解釈を通じて、本件当事者のデュー・プロセス保障を拡張するよう主張していることから、そこでは、回避法理の適用が自由保障的に機能しているということができよう。

### 3 Clark v. Martinez 連邦最高裁判決

2004 年の Clark v. Martinez 連邦最高裁判決<sup>29</sup>は、近年の連邦最高裁により、回避法理に関する先例としてしばしば引証される事例である。前述のとおり、Zadvydas 判決でも問題になった連邦法の原則規定は、入国不許可とされ退去命令を受けた外国人に対する 90 日以内の退去を規定し、例外規定は、前記退去手続期間を超える身体拘束の継続を許容していたが、例外が妥当する外国人は、①入国不許可とされた者、②所定の犯罪等により有罪判決を受けた者、③司法長官によって共同体にとって危険である等と認定された者の 3 類型に区分されていた。被上訴人 Martinez と上訴人 Benitez は、キューバ難民として司法長官による臨時入国許可を受けたが、いずれもその後の犯罪歴により、入国不許可者とされ、連邦法に基づく合法的永住権の取得も認められなかった。両者は退去命令を受けた後、90 日間の退去手続期間を超えて身体拘束を継続されたため、habeas corpus 請求を行った。一方で、Martinez 事件の連邦地裁判決は、退去が合理的に予見されないとして Martinez の釈放を命じ、連邦控訴裁 (9th Cir.) も原判決を支持した。他方で、Benitez 事件の連邦地裁判決は、退去が予見可能な将来になされる可能性を否定しつつ、Benitez の請求を否定し、連邦控訴裁 (11th Cir.) も原判決を支持した<sup>30</sup>。

連邦最高裁は、7 対 2 で、90 日間の退去手続期間経過後における外国人の身体拘束は、退去のため合理的に必要とされる期間内に限るとした Zadvydas 判決の制定法解釈は、入国不許可者にも適用されると述べ、両

---

29 Clark v. Martinez, 543 U.S. 371 (2004). 新井・前掲注 (4) 206~209 頁、大野友也「最近の判例 入国許可を受け、後に国外退去命令が確定した外国人の無期限収容は認められないとした先例判決 (Zadvydas v. Davis) が、入国許可を得ないまま仮上陸し、退去命令が確定した外国人にも及ぶとされた事例」アメリカ法 2006-1 号 109 頁 (2007)。

30 Benitez v. Wallis, 337 F.3d 1289 (11th Cir. 2003).

当事者の habeas corpus 請求が認容されるべきであったと判断した。

Scalia 法廷意見 (Stevens、O'Connor、Kennedy、Souter、Ginsburg、Breyer 各裁判官が同調) のうち、本稿にとって関心がある部分は以下のとおりである。まず、Zadvydas 判決は、前記類型②の外国人に関する事例において、身体拘束を合理的に必要とされる期間に限るとする限定解釈を行い、退去が合理的に予見されなくなった場合には身体拘束の権限が失われること、退去手続のために合理的に必要とされる身体拘束期間は6ヵ月だと推定されることを明らかにしたと位置づける。これに対して、本件は、前記類型①の外国人に関する事例においても、この解釈を適用できるかが問題となる事例であるという。そして、Scalia 法廷意見は、同じ文言をことさらに異なる意味に解するのは裁判所による法創造を招くので適切ではないとして、前記類型①の外国人にも身体拘束期間に限界を画する解釈を肯定すべきだという。ここで Scalia 法廷意見は、回避法理との関係を以下のように説明する。Zadvydas 判決においては、制定法の条文が不明確であったこと、および、憲法上の疑いを回避する制定法解釈を要求する法理に依拠して、限定解釈が正当化された。しかし、回避法理は、憲法問題に関する判断を行う別的手段ではないという。つまり、回避法理は、裁判所による憲法問題の判断の回避を許容する法理であり、制定法の条文の可能な複数の解釈が競合する場合にその中から選択するためのツールである。言い換えると、回避法理は、複数の制定法解釈が認められる場合にのみ有効とされるもので、その中からある解釈を選択する手段である。したがって、Zadvydas 判決は、憲法上の限界を超えないように制定法解釈がなされた例ではなく、制定法の目的に照らしてなされた条文解釈の一つが裁判所によって選択された例だということである<sup>31</sup>。

これに対して、Thomas 一部反対意見は、Scalia 法廷意見による Zadvydas 判決理解が誤りであると主張した。すなわち、Zadvydas 判決は、いったん入国した後に退去可能性が生じた外国人に対する無期限の身体拘束が、デュー・プロセス上の重大な問題を生じさせることを認めた事例であって、入国不許可とされた外国人の身体拘束から生じる憲法問題はこれとは区別されるので、後者についての判断を留保したのだという。そして、本件で問題となった入国不許可者についても、適用される連邦法規定

---

31 543 U.S. at 377-387.

が無期限の身体拘束を許容していることが明確でないか、当該連邦法規定を本件外国人に適用すると憲法上の疑いが生じるような制定法解釈が可能な選択肢のなかにあるかを問うべきであったという。そして、伝統的な回避法理は、可能な複数の制定法解釈のうち、当該事例の当事者に適用すると違憲となる解釈でなく、合憲となる解釈を選択するルールであって、Scalia 法廷意見の解釈方法とこれとは異なるという<sup>32</sup>。

以上から、回避法理に関わる部分については、以下のように整理することができよう。第一に、Scalia 法廷意見は、Zadvydas 判決の射程を本件外国人に拡張したが、これを回避法理の要請であるとは説明せず、制定法解釈の論理によって要求される解釈であると説明した。これに対して、Thomas 一部反対意見は、本件でも回避法理の適用可能性を論じるのが筋であると反論し、Scalia 法廷意見の本件制定法解釈の方法は、回避法理に反すると考えた。第二に、本件制定法の具体的解釈論について、Scalia 法廷意見は、本件制定法規定にも Zadvydas 判決で承認された手続保障を組み込む解釈を正当化したのに対して、Thomas 一部反対意見は、本来は Zadvydas 判決自体が誤りであって変更されるべきだという立場に立ちつつ、Zadvydas 判決で承認された手続保障を本件外国人に及ぼす必然性はないと主張した。もっとも、Zadvydas 判決～Kim 判決～Martinez 判決によって形成された判例理論は、微妙な区別によって一見相反するかのような複数の帰結をつなぎ合わせるがごとく、きわめて複雑な形で発達することとなり、予測可能性が損なわれる結果をもたらしたといえる。実際に、どの程度の手続保障が、連邦憲法（デュー・プロセス条項）あるいは連邦法によって要求されるのかという点について、各連邦控訴裁による以後の判断に不一致が生じた。ある論者の分類<sup>33</sup>によると、①身体拘束がどの程度の期間を超過すると不合理なものとされ憲法違反になるのかを、各事例の事案に応じて、ケース・バイ・ケースに判断するもの（第1、第3、第6、第11 巡回区連邦控訴裁<sup>34</sup>）と、②明確な基準（bright-line）にした

---

32 543 U.S. at 389-392, 395-396.

33 Allison M. Cunneen, *Demanding Due Process: Time to Amend 8 U.S.C. §1226(c) and Limit Indefinite Detention of Criminal Immigrants*, 83 BROOKLYN L. REV. 1497, 1500, 1511-1512 (2018).

34 See e.g., *Sopo v. United States Attorney General*, 825 F. 3d 1199 (11th Cir. 2016).

がって、身体拘束の期間が6ヵ月を超過すると不合理だと判断するもの(第2、第9巡回区連邦控訴裁)とが分かれたという。第三に、回避法理の機能に着目する場合、Scalia 法廷意見は、本件制定法解釈が回避法理の要求であると説明することなく、別の論理により本件外国人に手続保障を及ぼした。したがって、回避法理の不適用が、結果として自由保障的に機能したといえることができる。これに対して、Thomas 一部反対意見は、本件外国人に手続保障を及ぼす必要がないと判断していることから、そこの回避法理の不適用は、逆に自由制約的に機能しているといえよう。

#### 4 Jennings v. Rodriguez 連邦最高裁判決

2018年のJennings v. Rodriguez 連邦最高裁判決は、長期間の身体拘束を受けた外国人によるクラス・アクションに対する判断である。被上訴人 Rodriguez は、アメリカ永住権を有するメキシコ国籍者であったが、薬物犯罪および自動車窃盗の罪で有罪判決を受けた後、退去強制手続中の外国人の逮捕・拘禁手続を定める連邦法規定 (§ 1226)<sup>35</sup>に基づいて身体拘束を受けた。その後 Rodriguez は、移民審判官による退去命令を受け、不服申立てが棄却された後、連邦地裁に habeas corpus 請求を申し立てた。さらにその後、他の類似事例の当事者とともに、〈6ヵ月以上の身体拘束を受け、国家安全保障には関わりがなく、ヒアリングの機会を与えられていない者〉のクラスを代表し、政府側が明確かつ説得的な証拠を示して身体拘束の正当性を立証する責任を負う機会である、個別的な保釈審理の機会を与えられずに行われる長期間の身体拘束は、連邦法によって授權されおらず、当該連邦法規定は修正5条のデュー・プロセス条項に違反すると主張して、クラス・アクションにおいて宣言的救済・インジャンクションを請求した。ここで問題とされた連邦法規定は、①入国申請者のうち、詐欺や書類不備などにより入国不許可とされた者、および、入国の権利が明確でない入国審査官が判断したその他の者について、身体拘束を授權する規定<sup>36</sup>、②入国後、退去強制手続が係属中の外国人の身体拘束を授權しつつ、後記類型③に該当する場合を除いて司法長官に保釈の裁量を認める

35 8 U.S.C. § 1226.

36 8 U.S.C. § 1225(b). この条項によると、要件に該当した外国人は原則として即時の退去を命令されるが、難民としての保護または迫害の恐れの上申があった場合、当該外国人はその手続の係属中身体を拘束されるとされていた。

規定<sup>37</sup>、および、③前記類型②に該当する者のうち、証人保護のための例外を除き、犯罪行為・テロ行為を行った者などの列挙類型に該当する外国人の釈放を禁止する規定<sup>38</sup>であった。連邦地裁が請求を認容し恒久的差止命令を下したのに対し、連邦控訴裁 (9th Cir.) は、回避法理に依拠しつつ、前記類型①③の身体拘束については、6ヵ月間の黙示的な期間制限が課されること、前記類型②の身体拘束については、6ヵ月毎に保釈審理が要請され、政府側が明確かつ説得的な証拠を示して立証した場合にのみ、6ヵ月を超える身体拘束が可能となると判断した<sup>39</sup>。

連邦最高裁は、5対3で (Kagan 裁判官が不参加)、本件連邦法規定は、その条文を最も自然に読むと、身体を拘束された外国人に定期的に保釈審理を求める権利を付与していないと述べ、回避法理に依拠して定期的な保釈審理を求める権利を承認した連邦控訴裁の原判決は、不当な制定法解釈を行い回避法理の適用を誤ったと判断した。

Alito 一部法廷意見 (Roberts 長官、Kennedy、Thomas、Gorsuch 各裁判官が同調、判示の一部に Sotomayor 裁判官が同調)・一部相対多数意見 (Roberts 長官、Kennedy 裁判官が同調) のうち、本稿にとって関心がある部分は以下のとおりである<sup>40</sup>。すなわち、回避法理は、通常の条文解析の結果、制定法に複数の「もっともな (plausible)」解釈が可能な場合にのみ妥当するとして、前述の Martinez 判決を引用する。そして、連邦控訴裁の原判決による本件連邦法規定の解釈は不当であったので、原審による回避法理の適用は誤りであったという。第一に、入国申請中の外国人 (前記類型①) の身体拘束を定める連邦法規定は、もっとも自然に読めば、手続完了までの身体拘束を求めるものであり、その文言上、期間制限も保釈審理も定めていない。裁判所には、回避法理を根拠に制定法を書き換える権限は認められず、可能な複数の解釈のなかからの選択が許容されるにすぎない。本件連邦法規定は、Zadvydas 判決で不明確であるとされた連邦法の例外規定とは本質的に異なり、特定期間 (手続完了まで) の身

---

37 8 U.S.C. § 1226(a). この条項には、§ 1226(c) に該当する場合を除いて、司法長官による保釈または条件付仮釈放を許容する定めが含まれていた。

38 8 U.S.C. § 1226(c).

39 Rodriguez v. Robbins, 804 F.3d 1060 (9th Cir. 2015).

40 Alito 一部法廷意見は、本文に要約した判示に先だち、本件請求に連邦最高裁の管轄権が及ぶと判断した。138 S.Ct. at 839-841.



身体拘束を定める規定である。また、本件連邦法規定は、Zadvydas 判決で問題になった例外規定の「してよい (may)」という文言でなく、要請を意味する「するものとする (shall)」という文言を使用しており、不明確であるとはいえないという。さらに、司法長官による保釈の裁量を明示的に授權している点でも Zadvydas 判決で問題になった例外規定と区別されるというのである。第二に、入国後の外国人（前記類型②③）の身体拘束を定める連邦法規定は、その文言上期間制限を定めておらず、釈放してよい場合を明示の場合に限定している。黙示的な6ヵ月制限を読み込んだ連邦控訴裁の原判決は、可能な制定法解釈であるとはいえない。回避法理は、「条文の錬金術」を許していないというのである。そして、前述の Kim 判決は、手続完了時を終期として明示している本件連邦法規定と、Zadvydas 判決で問題となった連邦法の例外規定とを区別していたという。そして、前記類型②の外国人に6ヵ月毎の定期的な保釈審理の機会を保障した連邦控訴裁の原判決は、当該連邦法規定の文言が全くほのめかしもしていない解釈であって、不当であったというのである<sup>41</sup>。

以上をもとに、Alito 一部法廷意見は、憲法上の主張に対する判断をすべきであるとして、事案を原審の連邦控訴裁に差し戻した。ただし、救済手段の適切性に関して、クラス・アクションにおいて、憲法上の請求に対するクラス全体を対象とするインジャンクションが可能か、あるいは、宣言的救済のみが可能であることをまず確認すべきであると注記した<sup>42</sup>。

これに対して、Breyer 反対意見は、本件連邦法規定の条文、目的、歴史、伝統、文脈、および、先例に照らすと、身体拘束が6ヵ月を超えると保釈審理が憲法上の要求となるので、本件制定法がこれを黙示的に認めていると解釈することが可能であると判断した。そして、回避法理との関係に関しては、その意見の冒頭で言及し、Alito 一部法廷意見の解釈によると本件連邦法規定が違憲となってしまうので、違憲判断を回避する制定法解釈を行う連邦最高裁の長きにわたる慣行に従うと述べたのである<sup>43</sup>。

以上から、回避法理に関わる部分については、以下のように整理することができよう。第一に、Alito 一部法廷意見と Breyer 反対意見とは、回

---

41 138 S.Ct. at 842-848. Alito 一部法廷意見は、これに続く部分で、Breyer 反対意見への詳細な反論を展開している。138 S.Ct. at 848-851.

42 138 S.Ct. at 851-852.

43 138 S.Ct. at 859.

回避法理が、もっともな制定法解釈が複数ある場合に裁判所による選択を認める法理であるとみる一般論を共有していると考えられる。Alito 一部法廷意見はこの点について明示的に述べているが、Breyer 反対意見はこの点を明示していない。しかし、Zadvydas 判決以来の経緯に鑑みれば、Breyer 反対意見が憲法判断を回避するためであれば無理な制定法解釈であっても正当化されることを正面から認めているとは考えられないであろう。他方で、Alito 一部法廷意見は、原審の連邦控訴裁に事案を差し戻すにあたり、憲法判断を行う義務に言及しているようにみえる。つまり、憲法判断を回避できるような、もっともな制定法解釈が不可能である場合には、憲法判断回避が禁止されることを示したものと見えよう。第二に、本件制定法規定に手続保障を組み込んだ連邦控訴裁の原判決による解釈が「もっとも」だといえるかという、具体的解釈論の部分で、両意見は大きく異なっている。したがって、回避法理の適用の可否は、一般論よりも具体的解釈論に左右されている。Breyer 反対意見による本件連邦法規定の解釈は、明文で規定されていない6ヵ月毎の定期的な保釈審理を求める権利を正当化するなど、Zadvydas 判決での Breyer 法廷意見と同様、かなり条文から乖離した自由な解釈であるように見え、ここでの回避法理も、無理な法解釈をしてでも憲法判断を回避しなければならないルールといわれても仕方ないものであるように思われる。Rodriguez 判決にいたって、この立場が多数の支持を失っている点が大きな変化である。ある評釈によると、従来の連邦最高裁は、権力分立法理との関係が問題となる場合、とりわけ、出入国管理に関する政治部門の権限と個人の自由を保障する連邦最高裁の権限との調整を要する移民事例において、回避法理を広汎に適用してきたが、Rodriguez 判決がこの傾向を変更したという<sup>44</sup>。第三に、回避法理の機能に着目すると、Breyer 反対意見での回避法理は自由保障的に機能したといえるのに対し、Alito 一部法廷意見での回避法理の適用禁止は、必ずしも自由制約的に機能したとはいえない。つまり、自由が保障されるかどうかは、憲法判断の結果、本件連邦法規定がデュー・プロセス条項違反とされるか、あるいは適用違憲とされる場合があるかに左右されることになろう。

---

44 *The Supreme Court 2017 Term — Leading Cases*, 132 HARV. L. REV. 277, 423 (2018).

## 5 若干の考察

以上、移民・難民の身体拘束に関わる 2000 年代以降のアメリカ連邦最高裁判決の流れを、回避法理との関わりに注目して再整理した。以上の概観をもとに、以下では、日本法への示唆を念頭に、若干の考察を試みる。

第一に、移民・難民の身体拘束に関わる諸事例の背景には、アメリカにおける不法移民に関わる困難な問題がある。退去強制手続のために身体拘束されている外国人は、膨大な数にのぼり（2016 年の時点で 35 万人超といわれる<sup>45)</sup>、多大なコストを発生させるのみならず<sup>46)</sup>、移民・関税執行局（Immigration and Customs Enforcement; ICE）の管轄する拘禁施設において犯罪者ではない外国人に対しても犯罪者同然の環境下で身体拘束がなされ、人権問題となっている<sup>47)</sup>。トランプ政権下でも、外国人移民問題が次々に大きな争点となり、近年に至っている<sup>48)</sup>。2018 年 2 月の Rodriguez 判決後も、4 月に Jefferson Sessions 司法長官（当時）がメキシコ国境における不法入国者に対する「許容ゼロ」政策（“zero tolerance” policy）を表明し<sup>49)</sup>、移民の家族を引き離すなどの結果を生み批判を招いた。6 月には、連邦最高裁が Trump v. Hawaii 判決<sup>50)</sup>を下し、2017 年 9 月の大統領布告（Proclamation 9645）による入国制限令（いわゆる“travel ban”）を発する大統領権限の有効性を認めつつ、その規制目的が正当であって合理性審査によれば国教樹立条項違反にはならないとして、連邦控訴裁による暫定的差止命令<sup>51)</sup>を破棄した。11 月には、司法省・国土安全保障省合同の

45 *Id.* at 417.

46 Elizabeth Knowles, *Detained Without Due Process: When Does It End?*, 96 U. DET. MERCY L. REV. 77, 86-89 (2018).

47 *Id.* at 84-85.

48 Allison Crennen-Dunlap, *Abolishing the Iceberg*, 96 DENV. L. REV. ONLINE 148 (2019).

49 The United States Department of Justice, Justice News, *Attorney General Announces Zero-Tolerance Policy for Criminal Illegal Entry*, on <https://www.justice.gov/opa/pr/attorney-general-announces-zero-tolerance-policy-criminal-illegal-entry/> (2019 年 9 月 19 日確認).

50 Trump v. Hawaii, 138 S.Ct. 2420 (2018).

51 Hawaii v. Trump, 878 F.3d 662 (9th Cir. 2017). 第 9 巡回区連邦控訴裁は、原告が主張した国教樹立禁止条項違反の問題に関する判断を回避しつつ、本件布告は大統領に制定法上付与された権限の範囲を逸脱するなどとして原告本

暫定的規則<sup>52</sup>およびそれに基づく大統領布告により、通関地以外のメキシコ国境を越えて不正に入国した者の亡命を禁止する措置（いわゆる“asylum ban”）が発せられた。そして12月には、国土安全保障省が、メキシコからの移民による亡命申請手続の継続中、人道上・安全保障上の観点からその者の身柄を送還しメキシコ国内に留め置くという、「移民保護協定（Migrant Protection Protocols）」と称する措置（いわゆる“Remain in Mexico” policy）<sup>53</sup>を採用した。さらにその後、トランプ大統領がメキシコ国境に壁を建設する予算を要求したことをうけ、連邦議会での対立に起因する政府施設の部分的な閉鎖（shut down）を招き、2019年2月には国家緊急事態を宣言する大統領布告（Proclamation 9844）<sup>54</sup>が発せられ、3月には国家緊急事態宣言を失効させる連邦議会両院合同決議案（H. J. Res. 46）に対して大統領による拒否権が発動されるに至り<sup>55</sup>、このニュースは日本でも大きく報道された。7月には、連邦最高裁が軍事予算を使用した国境の壁建設に対する差止請求を斥けるなど<sup>56</sup>、その後も事態は流動的であり続けている。

第二に、このようななかで、移民・難民の身体拘束に関わる諸事例にお

---

案勝訴の蓋然性を肯定し、連邦地裁による暫定的差止命令を支持する判断を下した。福嶋敏明「トランプ大統領による入国禁止令と司法（4）」法学セミナー765号1頁、5～6頁（2018）。

52 83 Fed. Reg. 55,934 (Nov. 9, 2018). これに対して、同規則の発効を停止する暫定的差止命令を支持する連邦控訴裁の判断が下されている。East Bay Sanctuary Covenant v. Trump, 909 F.3d 1219 (9th Cir. 2018).

53 Department of Homeland Security, *Migrant Protection Protocols*, on <https://www.dhs.gov/news/2019/01/24/migrant-protection-protocols/> (2019年4月1日確認).

54 Presidential Proclamation on Declaring a National Emergency Concerning the Southern Border of the United States, on <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-proclamation-declaring-national-emergency-concerning-southern-border-united-states/> (2019年4月1日確認).

55 Veto Message to the House of Representatives for H.J. Res. 46, on <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/veto-message-house-representatives-h-j-res-46/> (2019年9月19日確認). その後、同決議案に対する両院2/3以上の多数による再可決は得られなかった。他方で、16州が原告となって大統領による国家緊急事態宣言の効力を争う訴訟が提起された。

56 Trump v. Sierra Club, 2019 U.S. LEXIS 4491.

いて回避法理の適用のあり方がくり返し問題となったのはなぜか。その大きな理由として、連邦法上の手続保障の不備があげられる。移民・難民の身体拘束は、拘束の要否を立証するヒアリングの機会が与えられないまま、しばしば長期に及んでおり、デュー・プロセス上の問題が指摘されてきた。また、犯罪者ではないにもかかわらず、入国資格の証明ができない難民<sup>57</sup>や、退去命令を受けた後、受け入れ国が確定しないまま長期間の身体拘束を受け続けている移民など、身体拘束を受ける外国人も多様であり、個々の身体拘束の必要性に程度差があることも指摘されてきた。さらに、身体拘束の態様にも問題があり、ICE の管理下にある拘禁施設のネットワークにおいて、虐待ともいえるような、侵害度の強い犯罪者同然の処遇がなされている実態が問題視されてきた<sup>58</sup>。このような状況下で、制定法上の手続保障の不備により、自由を大きく制限された移民・難民が、*habeas corpus* 請求や *Bivens* 訴訟などを通じて連邦法・連邦憲法解釈上の問題を顕在化させることになった。このように、連邦法上の手続保障が欠けている状況下では、手続保障を補完するような制定法の憲法適合的解釈が、自由保障的に機能しうる。この連邦法解釈は、外国人の処遇に関する政府行為の自由度を制限する点では制定法の限定解釈であると観念しうるが、手続保障を追加・補充する点、および、実際に明文化する際には立法技術上条項の追補が必要になると考えられる点では、制定法の拡張解釈であるとも観念でき、合憲限定解釈という用語よりも、憲法適合的解釈という包括的な用語が親和するように思われる。本稿で概観したとおり、アメリカ連邦最高裁の内部でリベラル派とされる裁判官たちがこの領域での回避法理の適用に積極的であった理由の一つは、このような憲法適合的解釈の自由保障的機能であったといえよう。したがって、そこで適用された回避法理は、制定法の憲法適合的解釈によって憲法上の疑義を回避する、広義の憲法判断回避ルールであった。もっとも、手続保障に欠ける制定法の憲法判断に踏みこみ、デュー・プロセス条項違反を認定するという手法

57 Knowles, *supra* note 46, at 89-91, 97-99. (DV 被害者や政治難民が、迅速なヒアリングの欠如や通訳の不備等、移民審査制度そのものの欠陥によって、長期間の身体拘束を余儀なくされたと指摘する。)

58 *Id.* at 84-86. See also *Zigler v. Abassi*, 137 S. Ct. 1843 (2017). 藤井樹也「最近の判例 テロ容疑で拘束された外国人による *Bivens* 請求および § 1985(3) 請求の可能性」アメリカ法 2018-1 号 81 頁 (2018)。

も、自由保障的に機能するはずである。しかし、リベラル派の裁判官たちがその手法に消極的であった背景には、憲法判断に踏み込んだうえで違憲判断を実現するための多数派形成が困難であるという、最高裁内部での現実的力学があったと考えられる<sup>59</sup>。これが、リベラル派の裁判官たちがこの領域での回避法理の適用に積極的であったもう一つの理由だといえる。

第三に、以上から、回避法理の機能について、再考の必要があるように思われる。日本では、自衛隊関連法規の憲法9条適合性判断を回避したとされる恵庭事件地裁判決<sup>60</sup>が、回避法理に関わる代表的事例であると位置づけられてきたため、回避法理が政治的保守派にとって都合の良いツールであるという先入観のもとで論じられてきた感が強い。また、この法理が付随的違憲審査制との関係で理論的・演繹的に位置づけられる傾向があったため、回避できる場合には回避しなければならないという裁判所の回避義務を含意するルールとしてしばしば説明されてきたように思われる。ところが、アメリカの移民・難民の身体拘束事例においては、リベラル派が回避法理の適用に積極的であったのに対して、保守派は回避法理の適用に消極的であっただけでなく、憲法適合性の判断義務に言及すらしていた。ここでは、日本で従来暗黙の前提とされてきた回避法理の理解とは、相当異なる事態が生じているように思われる。また、日本では、*Ashwander v. Tennessee Valley Authority* 連邦最高裁判決の Brandeis 同意意見<sup>61</sup>が定式化した7準則を起点として、そこから導出する形式で回避法理の理論的・演繹的な説明がなされるのが一般的であるが、最近のアメリカ連邦最高裁は、比較的近年の先例を引証しつつ、各事例に即して回避法理の適用の有無を判断しており、抽象理論から演繹的に抽出された一般法則として回避法理を位置づける発想は稀薄であるようにみえる。実際に、連邦最高裁の各裁判官が、個別の事例において、回避法理の適用を主張する際に提示する正当化根拠が、果たしてどの程度首尾一貫して統一的に適用されているのかは、必ずしもはっきりしていない。この点でも、日本で前提とされている回避法理との一定の距離を感じざるをえない。また、アメリカ連邦最高裁の裁判官たちは、特定の時点における最高裁内部の人員構成に由

---

59 *The Supreme Court 2017 Term — Leading Cases, supra* note 44, at 425-426.

60 札幌地判昭和42年3月29日下刑集9巻3号359頁。

61 *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288, 346-348 (1936) (Brandeis, J., concurring).



来する現実的力学を前提に、憲法判断の結果の見通しに基づき、回避法理の適用・不適用を戦略的に選好しているようにもみえる。また、アメリカ連邦最高裁は、裁量上訴の受理・不受理の決定を通じて、その事件での憲法判断を回避する裁量を行使しているといえ、この最広義での憲法判断回避を含めて考えると、憲法判断の回避に関わる連邦最高裁の裁量はいっそう広いといえる。すなわち、アメリカ連邦最高裁における回避法理は、抽象理論から演繹された一般法則というよりも、裁判官の裁量行使に際して使用可能な現実的なツールとしての色彩が強いように感じられるのである。さらに、前記恵庭判決をリーディング・ケースとして憲法判断回避の準則を論じ、この準則を政治的保守派にとって好都合に機能するツールであることを暗黙の前提としてきたようにみえる日本の議論にも、再考が必要であるように思われる。そもそも、憲法判断回避の準則が、「肩透かし」といった用語により時として否定的に形容されてきたのは、自衛隊関連法規に対する違憲判断を期待するという政治的立場を前提としたからであり、特定時点における判決結果の具体的見通しに依拠する評価であった。反対に、自衛隊関連法規に対する合憲判断が予想される状況下では、回避法理は政治的リベラル派にとって都合良く機能するであろう。また、回避法理が適用されず、自衛隊関連法規に対する違憲判断が下され、日本国憲法9条2項の改正に関する議論が高まることは、護憲と称される政治的立場にとって不都合な事態であるといえ、その点でも回避法理は必ずしも政治的保守派によって必然的に好都合であるわけではない。現実には、裁判所が自衛隊関連法規に対する違憲判断を下し、その執行に際して政治部門との対立が生じ膠着状態が生じるならば、9条2項の改正発議によって事態の打開が試みられるシナリオも想定されるのであって、このような場合には、護憲と称される政治的立場にとって、回避法理の適用が好都合に機能するのである。私見によれば、9条2項は政策的に不当・不合理な規定であるが、法的には正しいけれども政策的には不当・不合理な判断を下すことを良しとしない裁判所によって、違憲判断が避けられてきた結果、憲法改正権者に同項改正の必要性に関する判断基準を提供することも、同項を政治的争点化することもなく、かえって同項の延命に寄与する効果を生み、護憲と称される政治的立場にとって好都合な結果をもたらしてきたように感じられるのは興味深いことである。

第四に、このような回避法理は、理論的にどのように位置づけることが

できるだろうか。ここで、回避法理と憲法適合的解釈との関係を整理する必要がある。この点で注目される研究が、2018年の大林啓吾論文<sup>62</sup>である。大林論文は、憲法判断回避ルールと憲法適合的解釈の関係を、以下のようにまとめている。①堀越事件判決の千葉勝美裁判官による補足意見<sup>63</sup>は、ブランダイス・ルールがアメリカ「連邦最高裁における判例法理となっている」と述べたが、ブランダイス・ルール「そのものが判例法理となっているわけではない」のであり、より包括的な視点でアメリカにおける憲法適合的解釈を考察する必要がある<sup>64</sup>。②司法審査の淵源となった上位法と下位法の抵触性審査に、下位法が上位法に適合しなければならない上位法適合性をも要請する面があり、裁判所の違憲審査権と憲法適合的解釈権の二つの権限が、上位法適合性のルールを軸に生み出された<sup>65</sup>。③その後、フェデラリスツとリパブリカンズの政治的対立の中で、政治部門を刺激しないため、憲法判断回避ルールを通じて司法審査を抑制する姿勢が取られた<sup>66</sup>。④憲法適合的解釈には、合憲推定型憲法適合的解釈（立法府が憲法適合的に法律を制定したと想定し、憲法に違反しない解釈があれば立法判断を尊重しそれを採用すべきとするもの）と、合憲限定型憲法適合的解釈（法律に違憲の疑いが生じる解釈と合憲となる解釈が可能な場合、立法府の意思に反することになっても、違憲の疑いが生じないように法律を解釈し、憲法に合致する方の解釈を選ばなければならないとするもの）とがあり、ロックナー期に後者が原則化した<sup>67</sup>。⑤その後、司法消極主義や立法府への敬讓の観点から憲法判断回避ルールが活用されるようになったが、ウォーレン・コート期には、司法積極主義や司法による憲法価値実現の観点から、裁判所による積極的な憲法適合的解釈が主流となった<sup>68</sup>。⑥バーガー・コート期、レンキスト・コート期には、司法による法創造となる問題を意識して、憲法適合的解釈に際して立法府の意図を重視する姿

---

62 大林啓吾「アメリカにおける憲法適合的解釈の実態—憲法解釈方法から憲法動態へ」土井真一編著『憲法適合的解釈の比較研究』41頁（2018）。

63 最二判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁、1354頁。

64 大林・前掲注（62）42頁。

65 大林・前掲注（62）48～50頁。

66 大林・前掲注（62）51～53頁。

67 大林・前掲注（62）53～60頁。

68 大林・前掲注（62）60～66頁、68～72頁。

勢がみられるようになった<sup>69</sup>。⑦ロバーツ・コート期には、司法の謙抑的姿勢から憲法判断が回避されるほか、政治部門に憲法上の疑義をほのめかしつつもまずは法令解釈による処理にとどめ、対応がなければ違憲判断を下すという動的・漸進的手法が活用されるようになってきている<sup>70</sup>。⑧以上をまとめると、アメリカにおける憲法適合的解釈・合憲限定解釈は、ブランドイス・ルールのみをもって語りうるものではなく、「上位法適合性のルールを軸にしながらも司法態度如何によって具体的手法に変化がみられた」<sup>71</sup>。以上が、大林論文の要点である。それでは、本稿で概観した移民・難民の身体拘束事例における回避法理は、どのように位置づけられるのだろうか。移民・難民の身体拘束事例においては、回避法理を適用しつつ憲法適合的解釈を主張するリベラル派の裁判官たちは、憲法上の疑いを回避する必要性に言及していた点で、合憲限定型憲法適合的解釈を行ったようにみえる。ただ、同じリベラル派の裁判官たちは、立法府の意図の尊重にも同時に言及しており、合憲推定型・合憲限定型の区別が、この領域でも貫徹できるのかどうかは必ずしも明確ではない。したがって、この点で、回避法理と憲法適合的解釈の相互関係を、具体的な事例との関係を視野に収めつつ、さらに場合分けして整理する余地があるように感じられる。すなわち、①憲法判断そのものの回避か、違憲判断ないし合憲性への疑義の回避か、という指標に基づく区分と、②立法府の意図の尊重か、立法府の意図に反してもよいか、という指標に基づく区分が、必ずしも合致しない場合があるという認識に基づく再整理を要するように思われるのである。他方で、アメリカにおける憲法適合的解釈・合憲限定解釈が、ブランドイス・ルールのみをもって語りうるものではなく、その時々裁判官の姿勢により具体的手法に変化がみられるという点に関しては、移民・難民の身体拘束事例においても、まさしく妥当しているように思われる。すなわち、移民・難民の身体拘束事例において、リベラル派の裁判官たちが回避法理の適用を主張した背景には、憲法判断に踏み込み、しかも、デュー・プロセス条項違反の結論を支持する裁判官によって多数意見を形成することが困難であったという、特定の時点における現実的見通しがあったのであって、回避法理のあり方について、裁判官が戦略的に具体的手法を選別

69 大林・前掲注 (62) 73~76 頁。

70 大林・前掲注 (62) 80~84 頁。

71 大林・前掲注 (62) 85 頁。

していると考えられるのである。

## おわりに

以上、本稿では、移民・難民の身体拘束に関わる 2000 年代以降のアメリカ連邦最高裁判決の流れを、回避法理との関わりに注目して再整理し、その概観をもとに、日本法への示唆を念頭に、若干の考察を試みた。もっとも、ここでの考察は、比較的近年の移民・難民の身体拘束事例という、きわめて限られた素材をもとにするものであって、依然としてはなはだ不完全なものにすぎない。

近年の諸判例においても、回避法理や憲法適合的解釈にかかわる議論が散見される。例えば、2019 年の *Iancu v. Brunetti* 連邦最高裁判決<sup>72</sup>では、Kagan 法廷意見が、Lanham Act（連邦商標法）における「不道徳またはスキャンダラス（immoral or scandalous）」な商標登録の禁止は、観点差別ゆえに修正 1 条違反であると判断し、当該連邦法規定は曖昧ではないとして、政府による憲法適合的な限定解釈の主張をしりぞけた。これに対して、Sotomayor 一部同意・一部反対意見は、当該商標登録禁止条項のうち、「不道徳」な商標登録の禁止部分については、観点差別にあたり修正 1 条違反とした Kagan 法廷意見に同意したが、「スキャンダラス」な商標登録の禁止部分については、「猥褻、下品、または冒犯的（obscene, vulgar, or profane）」な表現手法による商標登録のみを禁止するという合理的な限定解釈が可能であり、それによって、当該禁止部分は内容差別ではあるが観点中立的となるから合憲であると主張した。このような、連邦制定法の憲法適合的限定解釈を採用するにあたり、Sotomayor 一部同意・一部反対意見は、「制定法解釈の基本原則は、制定法を破壊することではなく救出することである」<sup>73</sup>と述べた先例を引用し、合理的といえる制定法解釈のうち、限定的解釈を採用すれば当該制定法を憲法違反とせず済む場合には、限定解釈をすべきだと主張している。また、Breyer 一部同意・一部反対意見も「スキャンダラス」な商標登録の禁止部分を極度に卑猥な表現の禁止を意味するものと限定解釈すれば合憲といえるという Sotomayor 一部同意・一部反対意見に同調しつつ、法律を合憲にする限定

---

72 *Iancu v. Brunetti*, 139 S.Ct. 2294 (2019).

73 Citing *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1, 30 (1937), *Hooper v. California*, 155 U.S. 648, 657 (1895).

解釈が容易に可能ならその法律は合憲であるという先例<sup>74</sup>、および、合憲性への疑いを回避できる十分に可能な解釈を採用する義務が裁判所にはあるという先例<sup>75</sup>を根拠にあげている。この事例では、リベラル派とされる裁判官たちが、回避法理や憲法適合的解釈をめぐる異なる立場に分裂している点が興味深い。また、下級審においても、例えば、2018年の *Maloney v. Singas* 連邦地裁判決<sup>76</sup>は、1974年 New York 州法によるヌンチャク保持の禁止が修正2条違反であるという宣言判決の請求がなされた事例で、裁判所には本件州法規定を書き換える権限はないので、当該州法規定がヌンチャク保持を全面的に禁止していると解するほかはないと述べ、立法府の意図の尊重に言及しつつ、回避法理を適用できないとして、憲法適合的な限定解釈を否定し、*District of Columbia v. Heller* 連邦最高裁判決<sup>77</sup>のもと、当該州法規定を修正2条違反と判断した。この事例は下級審判決ながら、耳目を集める事例において、回避法理の適用を否定し憲法適合的解釈を行わなかった点が興味深い。

以上は、たまたま目にとまった一例にすぎない。今後、さらに広い視点からの考察により、本稿を補完してゆく必要があるだろう。

---

74 Citing *Virginia v. American Booksellers Assn., Inc.*, 484 U.S. 383, 397 (1988).

75 Citing *United States v. 12200-ft. Reels of Super 8MM. Film*, 413 U.S. 123, 130 n.7 (1973) (citing *United States v. Thirty-seven Photographs*, 402 U.S. 363, 369 (1971)).

76 *Maloney v. Singas*, 351 F. Supp. 3d 222 (E.D.N.Y. 2018).

77 *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).