

# トランプ政権のテロ対策を理由とする 入国禁止措置と合衆国最高裁

——トランプ政権初期の入国禁止措置と合衆国司法部・その後——

松 本 哲 治

## はじめに

トランプ政権による外国人の一部に対する入国禁止措置については、別稿<sup>1)</sup>で、2017年の最初の大統領令の発出とその差止め、直後の第2の大統領令の発出と合衆国最高裁判所によるその部分的な差止め、その後の大統領宣言の発出と2018年にかけての控訴審裁判所の判決までを扱った。その後、この大統領宣言について、2018年に合衆国最高裁の判決 *Trump v. Hawaii*, 138 S. Ct. 2392 (2018)<sup>2)</sup> が出たが、別稿では、執筆・刊行時期との関係で、これを取り扱うことができなかった。本稿は、同判決について、簡単な報告と検討を行うものである<sup>3)</sup>。

- 
- 1) 松本哲治「トランプ政権初期の入国禁止措置と合衆国司法部」毛利透＝須賀博志＝中山茂樹＝片桐直人編『比較憲法学の現状と展望 初宿正典先生古稀祝賀』（成文堂、2018年）479頁。本文に述べた、以上の事実関係については、本稿に必要な範囲で、すぐ後に、「一」において簡潔に要約する。前稿とともに、本稿は、比較憲法的あるいは理論的検討よりも、やや資料的な趣旨に傾斜しているが、これは、入国禁止をめぐる一連の問題について、狭い意味での専門家を越えた関心があろうことを踏まえたものである。
  - 2) 同判決について、大林啓吾「本件判批」判時2379号118頁（2018年）参照。
  - 3) 本稿は、同判決について、2018年12月8日に広島大学で開催された関西アメリカ公法学会および2019年8月2日に同志社大学で阿川尚之教授を囲んで開かれた第1回アメリカ判例勉強会で筆者が行った報告とその資料に、最小限の加筆を行い、注を付したものに留まる。両研究会の席上、ご教示をいただいた先生方に感謝申し上げるとともに、1996年度の大学院での佐藤幸

## 一 最高裁判決 *Trump v. Hawaii*, 138 S. Ct. 2392 (2018) が 下される前まで<sup>4)</sup>

### 1. 2つの大統領令の発出と裁判所の対応

合衆国大統領就任直後の2017年1月27日、トランプ大統領は、大統領令13769号（以下「大統領令I」という）を発した<sup>5)</sup>。これにより、国家安全保障省長官に外国政府から提供される情報の適切さの審査が指示（§3(a)）され、その審査が行われる90日間、7カ国—Iran、Iraq、Libya、Somalia、Sudan、Syria、Yemen—からの入国が禁止された（§3(c)）。2月3日、ワシントン州西地区の連邦地裁は緊急差止命令（temporary restraining order）で入国制限を差止め<sup>6)</sup>、同月9日、第9巡回区控訴裁判所は、地裁の

---

治教授のスクーリングに学外から参加されていたとき以来、長きにわたりご指導をいただき、その後、同志社大学法科大学院に筆者を同僚として呼んで下さった竹中勲先生の御霊前に、このような拙いものを捧げさせていただくことについて、ご寛恕を乞う。広島での報告は、先生にもお聴きいただく予定であったが、それも叶わなかった。

また、本稿執筆中の世界は、新型コロナウイルス感染症の感染の拡大の最中にあり、本論集が刊行される際までに世界がどうなっているか、予測しがたい。前任校在任中の2009年度から始まった、竹中教授が研究代表者を務められた科研費基盤研究(B)「21世紀公衆衛生法システムに関する公法学的実証的研究」に、本号に寄稿されている何人かの先生とともに参加させていただき、徹底して自己決定権の立場に立つ先生のご議論から、多くを学ばせていただいた。公衆衛生法システムが、いくつかの国ではすでに破綻を経験し、またわが国においても破綻の危機に瀕しているとされることもある今日、先生のお言葉を聴くことができないのは、残念と申し上げるほかない。

- 4) 本章でとりあげる事実関係について、詳細は、注1) 掲記の拙稿参照。
- 5) Executive Order No. 13769, Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry Into the United States. 82 Fed. Reg. 8977 (2017).
- 6) *Washington v. Trump*, 2017 U.S. Dist. LEXIS 16012, 2017 WL 462040 (WD Wash., Feb. 3, 2017). この事件の担当の James L. Robart 裁判官は、2019年6月23日、日米法学会第56回総会のために同志社大学を訪れ、「Fealty to the Constitution and an Independent Judiciary」と題して基調報告をされた。なお、当日筆者は、開催校業務に当たっていたため、本稿が、同報告を含む総会の内容を十分反映できていないことをお詫び申し上げる〔なお、脱稿後、校正の最終段階で、[2019-2] アメリカ法に接した。〕。

この差止の効力停止を拒否した<sup>7)</sup>。

3月6日、大統領は、大統領令 I を撤回し、大統領令13780号（以下「大統領令 II」という。）を発出した<sup>8)</sup>。これは、再び同様の審査を指示するとともに、事案ごとの審査による例外を認めつつ、6カ国——Iran、Libya、Somalia、Sudan、Syria、Yemen——の国民の入国を一時的に（90日間）制限するものであった（§ §2 (c), 3 (a)）。これに対し、Maryland と Hawaii の連邦地裁が全国的暫定的差し止め（nationwide preliminary injunctions）を認め<sup>9)</sup>、高裁も支持した<sup>10)</sup>。

合衆国最高裁は、裁量上訴を受理し、6月26日、合衆国国内の団体または個人と「誠実な関係を有するとの信頼できる主張」（“credible claim of a bona fide relationship”）を欠く者との関係では差止命令の効力停止を認め<sup>11)</sup>。大統領令 II が失効したので、10月以降、順次、下級審の決定はムートになったとして破棄された<sup>12)</sup>。

## 2. 大統領宣言の発出と下級審の対応

2017年9月24日、今度は、大統領宣言（proclamation。以下単に「宣言」という）が発出された<sup>13)</sup>。これによって、合衆国との情報共有等が不適切として、省庁間での審査を経て、8カ国がリストアップされ、Chad、Iran、Libya、北朝鮮、Syria、Venezuela、Yemen、Somalia の国民の入国を大統領

---

7) Washington v. Trump, 847 F. 3d 1151 (2017) (per curiam).

8) Executive Order No. 13780. 82 Fed. Reg. 13209 (2017).

9) International Refugee Assistance Project v. Trump, 241 F. Supp. 3d 539 (D Md., Mar. 16, 2017). Hawaii v. Trump, 245 F. Supp. 3d 1227 (D Haw., Mar. 29, 2017).

10) International Refugee Assistance Project (IRAP) v. Trump, 857 F. 3d 554 (CA4 2017); Hawaii v. Trump, 859 F. 3d 741 (CA9 2017) (per curiam).

11) Trump v. Int'l Refugee Assistance Project, 137 S. Ct. 2080 (2017) (per curiam).

12) Trump v. IRAP, 138 S. Ct. 353 (2017); Trump v. Hawaii, 138 S. Ct. 377 (2017).

13) Proclamation No. 9645, Enhancing Vetting Capabilities and Processes for Detecting Attempted Entry Into the United States by Terrorists or Other Public-Safety Threats. 82 Fed. Reg. 45161.

が制限することとなった<sup>14)</sup>。なお、合法的な永住権者や亡命を認められた外国国民は例外 (§ 3 (b)) とされ、個別審査による入国許可もあり得る (§ 3 (c) (i) など) とされた<sup>15)</sup>。

これに対し、宣言の、北朝鮮と Venezuela 以外への適用を、連邦法に違反し、また、イスラムへの敵意に基づくものであって違憲と主張して、Hawaii 州で訴訟が提起された。原告は、まず Hawaii 州で、これは、州立大学を運営し、教員学生を指定国から迎えている。第2の原告は、個人3名 (Dr. Ismail Elshikh, John Doe #1, John Doe #2)。彼(女)らは、合衆国市民または永住権者で、移民あるいは非移民査証を申請している親族が、Iran、Syria、Yemen にいる。第3の原告は、ハワイムスリム協会。モスクを運営する NPO である。

第1審の連邦地裁は、10月17日、全国差し止めを認めた<sup>16)</sup>。地裁は、外国国民の入国が国益を害するとの大統領の十分な認定がない点と移民査証申請者に対する国籍による差別の点で、それぞれ INA § 1182 (f) と § 1152 (a) (1) (A) 違反を認定した。

連邦政府側の、差し止めの効力停止を求める緊急の申立てを受けて、11月13日、第9巡回区控訴裁判所は申立てを部分的に(前述の大統領令Ⅱについての最高裁判決と同様の範囲で)認めた<sup>17)</sup>が、合衆国最高裁は、12月4日、全面的に差し止めの効力を停止する(大統領宣言の執行を全面的に認める)決定をした<sup>18)</sup>。

控訴審では、12月22日、第9巡回区控訴裁判所が、連邦法律違反を認め、控訴を棄却したが、国教樹立禁止条項については判断しなかった<sup>19)</sup>。合衆国

14) 制限内容は国によって異なる。Iraq は ISIS との共闘関係を考慮して対象から外された。

15) 後に(2018年4月10日)、Chad は指定を外れることとなった(Presidential Proclamation No. 9723, 83 Fed. Reg. 15937 (2018))。

16) *Hawai'i v. Trump*, 265 F. Supp. 3d 1140 (D. Haw., Oct. 17, 2017).

17) *Hawai'i v. Trump*, 2017 U.S. App. LEXIS 22725, 2017 WL 5343014 (2017). 前出注11) 参照。

18) *Trump v. Hawaii*, 138 S. Ct. 542 (2017).

19) *Hawaii v. Trump*, 878 F.3d 662 (2017).

最高裁判所は、2018年1月19日裁量上訴令状を発給した<sup>20)</sup>。なお、その後、2018年2月15日に Maryland の事例で第4巡回区控訴裁判所が、国教樹立禁止条項違反の判断を示した<sup>21)</sup>。

## 二 最高裁判決 *Trump v. Hawaii*, 138 S. Ct. 2392 (2018)<sup>22)</sup>

### 1. Roberts 長官の法廷意見 (Kennedy, Thomas, Alito, Gorsuch の各裁判官同調)

#### I 結論と論点

6月26日、判決は、5-4で暫定差止命令を破棄し、事件を控訴裁判所に差戻した。

法廷意見は、まず、出入国管理国籍法 (Immigration and Nationality Act) が大統領に、外国人について、その入国が、「合衆国の利益にとって有害」であると認める場合、入国を制限する権限を与えており<sup>23)</sup>、この授権に基づき、大統領が、入国についての決定についての情報共有が不十分であるなど安全保障上の危険がある国の国民の入国を制限する必要があると決定したのが「宣言」であるとする。本件では、原告・被上訴人が、この制限の、外国にいる外国人への適用を争っている、というのが法廷意見の理解である。この、大統領の法律上の権限の有無と、その措置の国教樹立条項適合性が論点であり、それについて判断する、とされる (2403頁)。

---

20) *Trump v. Hawaii*, 2018 U.S. LEXIS 759, 2018 WL 324357.

21) *Int'l Refugee Assistance Project v. Trump*, 883 F.3d 233 (2018). なお、本稿は、このあとも、Hawaii 州での事案である、*Trump v. Hawaii*, 138 S. Ct. 2392 (2018) を中心に論じるが、Maryland の事例についても、同判決の2日後の6月28日、*Int'l Refugee Assistance Project v. Trump*, 138 S. Ct. 2710 (2018) において、裁量上訴を受理し、*Trump v. Hawaii* に従って、判断する旨、破棄差し戻しの決定がなされている。

22) 本章では、以下、判決を要約的に紹介する。紙幅の節約のため、判決文の引用については、本文中に括弧書きで、*Trump v. Hawaii*, 138 S. Ct. 2392 (2018) の頁数を示す。

23) 8 U. S. C. § 1182 (f).

## II 司法判断適合性および領事特権 (doctrine of consular nonreviewability) について

政府側の主張は、外国人は、入国する権利 (“claim of right”) をもたず、外国人の排除は基本的な主権的行為 (“a fundamental act of sovereignty”) として政治部門に委ねられ、法の明文がない限り審査不能で、司法審査は、在留する外国人の排除の場合にのみ可能<sup>24)</sup> だというものである。

法廷意見は、これについて難問であるとしつつ、本案を判断している例はあるとし<sup>25)</sup>、また、政府も合衆国最高裁が管轄を欠いているとまでは主張していないと指摘した上で、この点について決定はせず、司法審査は可能と仮定して話を進めるとする (2407頁)。

## III 連邦法律違反について

法廷意見は、まず、「大統領は、あらゆる外国人または一部の外国人の合衆国への入国が、合衆国の利益にとって有害であろうと認定した場合は、宣言により、大統領が必要であるとする間、それらの外国人の移民または非移民としての入国について、これを停止し、または大統領が適切であるとする制限を課すことができる」と規定する § 1182 (f) について、徹底的な敬讓がふさわしいとする。そして、十分な詳細の説明が必要という原告の前提については、そもそも疑わしいが、そう考えたとしても説明は与えられているという。その上で、Chad についてはその後指定が解除<sup>26)</sup> されていることにも言及し、宣言は、法律の文理に反していないとし (2408-10頁)、法律全体の枠組みと当該条項の立法史に照らしても、この結論は支持されるとする (2410-13頁)。

次に、「何人も、移民査証の発給について、人種、性別、国籍、出生地あるいは居住地の故に差別されてはならない」と規定する § 1152 (a) (1) (A)

---

24) 8 U. S. C. § 1252.

25) *Sale v. Haitian Centers Council, Inc.*, 509 U. S. 155 (1993) がその例として上げられている。

26) Proclamation No. 9723, 83 Fed. Reg. 15937.

についても、法廷意見は、原告は査証の発給に限られないと主張するが、移民に限定（非移民に適用されない）のは明らかで、査証の発給と入国禁止の対象に該当していないということとは法律上別問題（入国が禁止されていない者の中で国籍差別をしたら違法）であるとし、結局、連邦法律違反はないと判断している（2413-15頁）。

#### IV 国教樹立禁止条項違反について

##### A スタンディング

これについて、法廷意見は、親族とともにあることに存する利益は十分具体的で特定の、事実上の損害の基礎になると判断している（2415-16頁）。

##### B 大統領及び関係者の言明

この点、原告は、宣言の第一義的な目的はイスラム教への憎悪で、他はすべて口実だと原告は主張している。これをうけて、法廷意見が摘示して検討の対象とするのは、次のような、大統領とその助言者の、たしかに、宣言の公式の目的について疑念を抱かせる言明である（2416-18頁）。

- ・選挙期間中、「イスラム教徒の合衆国への入国を全面的かつ完全に禁止することを、国の代表者が事態を把握するまでの間」求める「イスラム教徒の移民を防止する声明」をネット上に掲載（2017年5月までウェブサイトに掲載）したこと。
- ・同じく、選挙期間中「イスラム教徒は我々を憎んでいる。合衆国にとってはその入国が問題だ」と述べたこと。
- ・当選直後、欧州の情勢がイスラム教徒入国禁止に影響するか問われて、「あなたは私の計画を知っている。結局、私が正しいと証明された」と発言したこと。
- ・就任の後、最初の大統領令発出後、選挙陣営幹部が次のような説明を行ったこと：大統領が最初に「それを表明したときは、『ムスリム・バン』と彼は言った。彼は私に電話してきた。大統領は、『委員会を作れ。合法的

にする正しい方法を示せ』と言った」。議員と弁護士を集め、「宗教では無く、危険に着目し・・・命令は、人々が我が国にテロリストを送り込んでいる実質的証拠がある場所に基づいている」と述べた。

- ・ 2番目の大統領令発出後、大統領が、最初の命令が「薄められた」ことを残念だとし、「トラベル・バン」の「よりタフなバージョン」を求めたこと
- ・ 宣言の発出の直前の、「移動禁止は、はるかに大規模でタフで特定のでないけれども、ばかばかしいことに、そうすることは政治的には正確でない」との大統領の発言。
- ・ 2017年11月29日 反イスラムビデオを大統領がツイート。大統領副報道官は、大統領がイスラム教を合衆国の脅威と考えていることを否定し、「大統領は、これらの安全保障問題について、選挙中も就任後も長年にわたって語ってきた。これらの問題に対応するために、今年の最初の頃の大統領令と今回の宣言が発出されている」。

これらについて、検討する際に、法廷意見は次のように観点を設定する。本判決については、この部分が決定的に重要であるように筆者には思われるので、やや長くなるが、訳文を引用をする。

まず、法廷意見は、歴代の大統領、すなわち、ワシントン、アイゼンハワー、ブッシュ（43代）の信教の自由と寛容に関する演説を引用する。その上で、次のように述べる。「それでもなお、連邦政府とその法を執行する大統領が——この国の最初期から——これらの胸を打つ言葉に常に同じように恥じない行動をしてきた訳ではない」。「ここでの我々の問題は、これらの声明を非難するべきか否かではない。そうではなくて、大統領の、文面上は中立的な、そして執行府が責任を負うべき中核的な問題を処理している指示を審査する際に、これらの声明のもつ意義が問題である。その際、我々は、特定の大統領の声明を考慮するだけでなく、大統領職そのものの権威を考慮に入れなければならない」。本事案は、通常の国教樹立禁止条項の事案とは異

なる。国外にいる外国人の入国を国家安全保障の観点から制限する命令が問題になっている。しかも宣言は、文言上中立である。「そこで、原告は、当裁判所に、政策について述べられた正当化の真摯さをよく調べるように、非本質的な言明—その多くは大統領としての宣誓の前に述べられたものである—に言及することで求めているのである。これらの諸事情が、審査の基準を左右するであろう」、と (2417-18頁)。

### C 審査基準の特定

この点についての法廷意見の議論も、仮定的である。

ひとまず、法廷意見は、外国人の入国の許否は主権の問題であるが、大学が学会・講演の講師を呼ぶような場合には、聴衆の修正第1条の情報受領権が関わりとしつつ、その場合であっても、*Kleindienst v. Mandel*<sup>27)</sup> が先例であるとする。つまり、執行府が、文面上正当で真摯な行為の理由を示しているかのみが審査でき、これが、権力分立からも司法府の能力の観点からも妥当とする (2418-19頁) のである。

しかし、法廷意見は、さらに、合理性審査を行いうると仮定する。それは、政府が、これ (*Kleindienst v. Mandel*) を超えて審査することが適切と示唆するからである。そうすると、「政府が述べる目的に政策がもっともらしく関連しているか」が問題となる (2420頁) ことになる。

なお、合理性審査を批判する反対意見に対して、法廷意見は、移民政策や外交政策について、合理的観察者基準での *de novo* の審査をすることの方が問題で、反対意見は、いかなる先例も援用できていないと反論している (2420頁注5)。

### D 本件での審査

法廷意見は、宣言は、合理性審査を通過するとする。

---

27) 408 U. S. 753 (1972).

まず、法廷意見は次のように論じる。国家安全保障は正当な目的である。宣言の文言には宗教は登場しない。そして、7カ国中5カ国はイスラム教徒が多数派の国であるが、そのことのみから宗教的敵意を推論することは支持できない。むしろ、宣言がカバーしているムスリムは世界の8%に過ぎないし、その適用は議会とこれまでの政権によって国家安全保障上の危険があると指定されてきた国々に限られている。省庁間でのやりとりを経た審査の結果、Iraqのような、イスラム教徒が大勢を占める地域の最大国の一つを適用から排除していることが、どうしてイスラム教徒に対する憎悪の証拠になるのか。このように法廷意見は論じる。さらに、法廷意見は、2017年1月以来、IraqとSudanとChadは外れたこと、非移民査証、永住権者、亡命を認められた者といった例外があること、領事は宣言の適用を放棄できることを指摘し、国家安全保障を理由とする正当化は、合理性審査を通過するとする(2420-23頁)。法廷意見は、政策としての穏当さについては判断しないと断りつつ、原告の憲法上の主張については、本案勝訴の可能性が示されていない、とするのである(2423頁)。

ここで、法廷意見は、興味深い言及に踏み込む(2423頁)。それは日系アメリカ人の強制収容に関する *Korematsu v. United States*<sup>28)</sup> についてである。これは、Sotomayor 裁判官の反対意見が、*Korematsu* 判決の過ちを繰り返していると批判(後述5. IV)することへの反論である。法廷意見は次のように述べて、合衆国最高裁として初めて、同判決を明示的に否定した。「反対意見は、どれほど修辭的な利点があると思って *Korematsu* 判決を援用しているにせよ、*Korematsu* 判決は本件と無関係である。人種のみを、そして人種を明示的に理由とする、合衆国市民の収容所への強制的な移転は、客観的に違法であり、大統領の権限を逸脱している。しかしながら、そのような道徳的に許容しがたい命令を、入国の特権をある種の外国国民について否定する文面上中立な政策と関連づけることは、全く不適切である。・・・入国の

---

28) 323 U. S. 214 (1944).

一時中止は、執行府の権限に十分含まれる行為であるし、他の大統領も同様の行為をしたかもしれないものであり—唯一の問題は、そうでなければ問題なく有効であるはずの宣言を発出するに際してこの特定の大統領がとった言動をどう評価するかである。「しかしながら、反対意見が *Korematsu* 判決に言及したのは、当裁判所にとってよい機会であるので、すでに明らかであることをこの際述べておく：*Korematsu* 判決は、判決が下された日において重大な誤りであったし、歴史の法廷において覆されており、そして、一明確に述べよう—『合衆国憲法の下において法として占める場所は一切ない』 323 U. S., at 248, 65 S. Ct. 193, 89 L. Ed. 194 (Jackson, J., dissenting)」（同頁）。

## V 結 論

予備的差止命令は裁量濫用を理由に取り消す。事件を、下級審に差し戻す。全国的差止命令の適否については判断する必要がない（2423頁）。これが法廷意見の結論である。

### 2. Kennedy 裁判官の同意意見

Kennedy 裁判官は、法廷意見に全面的に参加した上で、同意意見を書いている。そこでは、まず、次のことが確認される。政府構成員の発言や行為が司法審査の対象とならないことはたくさんあること。しかしそのことは、憲法や憲法が保障する権利を軽視してよいということではないこと。そのような場合にこそ、宣誓したとおり、ぜひとも憲法とその意味と約束とに忠実でなければならないこと。以上のことを確認した上で、Kennedy 判事の同意意見は、次のように結ばれている。「第一修正は国教の樹立を禁止し、信教の自由を保障する。これらの条項から、そして、言論の自由の保障から、信条と表現の自由が導かれる。公務員が、そのすべての行動において、たとえ外交の領域にあっても、これらの憲法上の保障と命令に忠実であることが、喫緊に必要である。不安げな世界は知らなければならない。我々の政府は、憲法が保存し保護しようとする自由に、常に責任を持ち続けるし、それによ

って、自由は外へと拡がり、衰えない」(2423-224頁)。

### 3. Thomas 裁判官の同意意見

Thomas 裁判官は、法廷意見に参加するが、原告の主張には他にも問題があるとする。彼が指摘するのは、Section 1182 (f) は司法審査可能な限界を設定していないものであること、そもそも大統領には外国人に国外退去を強いる固有の権限がありそのような審査はおよそ不能であること、国教樹立禁止条項は、「合理的の観察者」が宗教的あるいは反宗教的とみる法律から自由である個人の権利を保障していないこと、外国に居る外国人についての宗教的な差別について原告が他の第1修正の権利を援用することはできないこと、反イスラムの差別だという主張に説得はないことである(2424頁)。

そして、彼は、普遍的 (universal) 差し止め<sup>29)</sup> が裁判所の権限を逸脱していることについて、最も強調して長々と論じている(2424-29頁)。

### 4. Breyer 裁判官の反対意見 (Kagan 裁判官同調)

Breyer 裁判官は、宗教的な憎悪が宣言の発出にどの程度の役割を果たしているかが問題であり、宣言の、免除の仕組みが文字通り適用されているのであればよいが、実際には適用されておらず、免除されるべき場合であってもイスラム教徒は排除されているのではないかとする。彼の反対意見では、領事が免除を認めるための指針が、国務長官と国土安全保障省長官の共同で作成されなければならないが、作成されておらず、ウェブサイト上のFAQが宣言の文言を繰り返しているだけであることや、最初の1ヶ月で6,555の申請のうち免除が認められたのは2件で、4ヶ月でも430件であること、2016年には15,000人のSyria難民が受け入れられていたが、2018年1月以降は13人であること、Iran、Libya、Yemen、Somaliaからの留学生への非移民査証の発給も激減していることなどが指摘される。また、反対意見は、次の

---

29) 全国的な (nationwide) 差し止めのことを Thomas 裁判官はこのように呼ぶ (2424頁注1)。

ような挿話も指摘する。Yemenの脳性小児麻痺の治療のための渡米の査証発給が拒否され、「あなたのケースでは免除は認められません」とのチェックボックスにチェックの入った通知が届いた。しかし、この事案がアマカスで注目されると、「領事館員は宣言の下での免除の可能性を審査中です」にチェックが入って届いた。あるいは、下級審に係属中の別事件において、ある領事館員の、免除する裁量を与えられていないとの宣誓供述書が提出されている(2429-33頁)といったものである。

Breyer裁判官の反対意見は、以上のような事実を正式に認定しているわけではない。しかし、これらについて調べるため、暫定的差し止めは維持したまま、事件を差し戻すべきであり、そして、もしただちに判決する必要があるのであれば、宣言は無効とするべきであるとする(2433頁)。

## 5. Sotomayor 裁判官の反対意見 (Ginsburg 裁判官同調)

Sotomayor 裁判官の反対意見は、宣言について、合理的な観察者はそれが宗教的憎悪に動機づけられたものと結論するであろうし、それだけで、本案勝訴の可能性を示すには十分であるとするものである(2433頁)。

### I 政教分離原則について

Sotomayor 裁判官の反対意見は、憲法上の問題が制定法上の問題よりもはるかに簡明な本件では、憲法判断回避の準則は妥当しないとする。その上で、宣言は、国教樹立禁止条項に違反しており、差し止められるべきであるとするのである(2433-34頁)。合理的な観察者を基準とし、特定の宗教を害する意図があると認定されたら違憲とするべきだ(2434-35頁)とされている。

反対意見は、法廷意見の大統領発言等の検証は不十分であるとして、候補者の段階、就任後、2つの大統領令と宣言の発出の前後について、第二の大統領令の訴訟係属中にも、イスラム教徒を入国させない欲求を仄めかす発言を行っていることなど、詳細に摘示を行う(2435-38頁)。

その上で、反対意見は、ここでの決定的問題は、合理的観察者が、公開さ

れている情報と、宣言の文言と歴史的な文脈とその発出に至った一連の特定のできごとを考慮に入れて、宣言の主要な目的が、イスラム教とその信奉者をこの国から閉め出すとこで冷遇しようとするににあったかどうか、である、とする。答えは、疑問の余地なく、イエスである(2438頁)とされる。

反対意見が重視するのは、次の事情である。大統領はイスラム教に関する先行する自分の声明を一切撤回していない。訟務長官は、1月25日のインタビューで、大統領が、ムスリム・バンを課す意図がないことをクリスタル・グラス並みに、明確にした、と主張する。たしかに、「大統領令はムスリム・バンか?」と問われて、「いいえ、それはムスリム・バンではない」と答えている。しかし、これをもって、以前の、そして1月25日以降も継続されたイスラムについての発言を否定したことにはならない。加えて、5月までウェブサイトにはさきの声明を載せていたのに、1月の時点でムスリム・バンを課す意図がないことをクリスタル・グラス並みに明確にした、などという評価は、全力を尽くして馬鹿にならない限りできないものである(2438-39頁。とくに2439頁注4)。このように反対意見は述べる。

また、反対意見は、*Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Comm'n*<sup>30)</sup>において、委員の発言にみられた宗教への敵意の公的な表明〔同性愛者へのケーキの提供拒否という宗教的な信念について、奴隷制やホロコーストを擁護することに対比したもの〕—これらのコメントは委員会によっても州によっても撤回されていない—が、信教の自由条項の要請に反することにしたことに言及し、本件でも同様の認定がなされるべきであるとする(2439頁)。

## II 政府が主張する審査基準について

反対意見は厳格な審査を主張している。反対意見が指摘するのは、政府ですら、口頭弁論で次のことを認めていることである。すなわち、最高裁は、

---

30) 138 S.Ct. 1719, 1732 (2018).

「あらゆる種類の侮辱的なコメント」が、特定の宗教についてなされ、引き続いて採用された政策は、当該宗教を圧迫することを目的に設計されているが、しかし、「入念に文言が調整されている」(“dot [s] all the i's and . . . cross [es] all the t's”) という状況に直面した場合、Mandel を先例として一連の事実についての司法審査を終えることはできないであろうということである。

反対意見は、法廷意見が命令の文言上の中立性を超えて審査をすることは正当であるが、法廷意見はその際、説明も先例もなく、合理性審査に限定していることを批判する。正しくはより厳格な審査を適用するべきであり、そうであれば、当然に違憲である、というのである (2440-41頁)。

この点について、法廷意見は、それを、外交領域に適用するのは不当で、先例がないと論じる、反対意見は、たまたま適切な事例がなかっただけで、法廷意見こそ、憎悪が問題になるケースにより厳格な審査が適用されないという先例を引用していないと反論する。反対意見は次のようにいう。いずれにせよ、ピンポイントの先例がないのであれば、我々の先例から明らかであることは、国家安全保障や外交関係の文脈で、「合衆国憲法が執行府についてどのような役割を想定していようとも、個人の自由が問題になるとときには、三権の全てについてそれぞれの役割を、憲法は、最も確信をもって、想定している」ということである<sup>31)</sup> (2441頁注6)。

その上で、反対意見は、かりに合理性審査をおこなっても違憲であると指摘する。すなわち、宣言は合理的基礎を欠いており、イスラム教徒に対する敵意を表明し、我が国から排除するために発出されたものである。また、たしかに宣言は宗教に言及しないが、圧倒的に、イスラム教徒が多数派の国を対象としている。北朝鮮についてはすでに十分な規制がかかっており、また、

31) 「」内は、Guantanamo における軍事審問委員会に関する Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004) の plurality からの引用である。同判決については、拙稿「『テロとの戦争』と合衆国最高裁判所2001-2007—Hamdan v. Rumsfeld, 126 S. Ct. 2749 (2006) を中心として—」初宿正典 = 松井茂記 = 市川正人 = 米沢広一 = 土井真一編『国民主権と法の支配 佐藤幸治先生古稀記念論文集 [上巻]』(成文堂、2008年) 195頁参照。

Venezuela についてはごく一部の政府高官とその家族のみが対象で、宣言が宗教的なものであるとの批判を免れるための言い逃れにすぎない等々、これらのことを反対意見は指摘する (2441-45頁)。

### Ⅲ 暫定的差止命令の他の要件

反対意見は、回復不能な損害の可能性 (likelihood of irreparable harm)、衡平法上の均衡での優位 (the balance of the equities tips in their favor)、公益適合性 (an injunction is in the public interest) も満たされているとし、全国的差し止めも適法とする (2445-46頁)。

### Ⅳ 結論

結論を述べるに当たって、Sotomayor 裁判官の反対意見は、本件と、*Korematsu v. United States* との相似点について立ち入った言及を行う (上述の法廷意見はこれに反応していたのである)。曰く、*Korematsu* 判決では、当裁判所は、大統領令による、嫌悪すべきで不当極まりない人種的区別を認めた。本件でも、政府は、包括的な排除政策を、不明確な国家安全保障上の脅威を持ち出すことで正当化しようとしている。本件でも、排除命令は、危険なステレオタイプ、とりわけ、合衆国に同化できず、害をなそうとしていると想定される集団についてのステレオタイプに基づいている。本件でも、政府は、主張される安全保障上の懸念に関する情報機関の見解を明らかにしようとしな。そして本件でも、許容しがたい敵意と憎悪が、政府の政策を動機づけているとの強力な証拠がある (2446-47頁)。

反対意見は、*Korematsu* 判決の Jackson 反対意見を引用する: 判決は、「命令の発出そのものよりも、ずっと捉え難い打撃を与えるであろう。というのは、大統領令は永続することはないであろうが、当裁判所の寛大であろうとする姿勢は続くであろうからである」。(2448頁)

法廷意見は、すでにみたように、以上のような反対意見に対応する中で、*Korematsu* 判決を否定するに至った。これについて、Sotomayor 裁判官の反

対意見は、本日、当裁判所は、最終的に Korematsu 判決を覆すという重要な一歩を記した、とした上で、こう述べている。「不人気な集団に対する憎悪に基づいた差別的な政策を後押しするよう求める政府の誤った誘いが、すべて皮相な国家安全保障上の主張としてなされているのに、これを無批判的に受容することで、当裁判所は、Korematsu 判決の基層にある同じ危険な論理を配置転換し、ひとつの『重大に誤った』判決を、別の同じもので置き換えたに過ぎない」(2448頁)。

### 三 コメント

#### 1. どう受け止めるか

本判決は、法廷意見も Sotomayor 裁判官の反対意見も、詳細に大統領および周辺の発言等を摘示しているが、あらためてこれらによるまでもなく、我々は、その逐一を、内外、精粗、英語を母語とするか否かの違いはあるにせよ、同時進行で見聞してきた。

たしかに、事前の予測という意味では、合衆国最高裁が、2017年12月4日に、宣言の効力の停止を全く認めなかった時点で、合憲との結論が予想されるところはあったところではある<sup>32)</sup>が、当然ながら、法廷意見の結論に衝撃を受け、反対意見に共感し<sup>33)</sup>、ここまで動機が悪質であることが明らか

---

32) 拙稿前掲注(1)493頁。

33) 西崎文子「(書評)『私が愛する世界』 ソニア・ソトマイヨール〈著〉」(朝日新聞11月24日朝刊)(ソニア・ソトマイヨール〈著〉長井篤司訳『私が愛する世界』(亜紀書房、2018年)〔原著 SONIA SOTOMAYOR, MY BELOVED WORLD (2013)〕の書評)は、「今年6月、主に中東諸国からの入国を制限する大統領令が米国最高裁で合憲とされたとき、強く反対したのがソトマイヨール判事だった。これは明白なイスラム敵視政策であり、憲法で禁じられた特定の宗教や民族への差別にあたる。その痛烈な批判の原点を示すのが、この回顧録である。……米国の夢の本質は成功ではない。その本質は深い共感と信頼だ。かつて、成功より努力の過程が大切だと励ましたのは母だった。その言葉が響く社会、著者の『愛する世界』への信頼こそが、あの力強い少数意見を書かせたのだらう」という。

でも違憲にならないのか、との受け止めようがありうる。

そのような反応は十分理解できるし、正当なものであるとも思われるが、ただ、同時に、政治部門の悪意を認定して、違憲判断をするということは、司法裁判所にとって、そう易々とあり得べきこととも思われ<sup>34)</sup>ない。ましてやそれが、合衆国最高裁判所が、大統領の悪意を認定するということになる、なおさらである。Roberts 長官の法廷意見が、「我々は、特定の大統領の声明を考慮するだけではなく、大統領職そのものの權威を考慮に入れなければならない」ことを強調する（二のⅣのB参照）のはこの点に関わるであろう。

そこで、本判決にのみ着目するのではなく、最初の大統領令、第2の大統領令、2017年の最高裁判決、大統領宣言、本判決という一連の流れで見ると、事態は今少し違った様相で受け止めることができるようにも思われる。本来、大統領の外交に関する権限行使が未入国の外国人に対して行使されているという、意味のある司法審査が通常期待できないような事案について、本判決でも仮定的ながら一定の審査は及んでいるし、連邦司法部としては、2つ目の大統領令についてまでは、その効力を退ける、あるいは仮の救済の段階とはいえ部分的に退ける判断をしているのである。宣言については、その内容について、大統領側が、それなりの見栄えを取り繕わないといけないところに裁判所が持ち込んだのだと、みることができないわけではないのである<sup>35)</sup>。このように、現在進行中の裁判所、就中合衆国最高裁と大統領との

---

34) 筆者は、国旗・国歌訴訟については、事実認定についての技術的な論点はともかくとして、公立高等学校教職員に対する国歌斉唱義務不存在確認事件・最一小判平成23年7月7日民集65巻4号1855頁における宮川裁判官の反対意見が、「通達は、式典の円滑な進行を図るという価値中立的な意図で発せられたものではなく、前記歴史観ないし世界観及び教育上の信念を有する教職員を念頭に置き、その歴史観等に対する強い否定的評価を背景に、不利益処分をもってその歴史観等に反する行為を強制することにあるとみることができる」としていることが、事案の本質を突いていると理解している。しかし、そこでも同判事の立場は多数となっていない。

35) *Leading Case, Establishment Clause, Trump v. Hawaii*, 138 S. Ct. 2392 (2018) 132, *Harv. L. Rev.*327は、本判決について、違憲の動機から生じた法を審査する通常の方法から逸脱しており、通常であれば、違憲の動機があれば厳格審査でそうでなければ合理性審査であるところ、しか

緊張関係については、Roberts 長官の姿勢が注目される。この点は、すぐ後(4.)で本判決後のエピソードを垣間見ることとする。

## 2. Kennedy 裁判官の引退

本件は6月26日付の判決で、Kennedy 判事は、27日付けで辞任を表明している。26日には National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra<sup>36)</sup>でも同意意見を述べてはいるが、27日の Florida v. Georgia<sup>37)</sup>と Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees, Council 31<sup>38)</sup>では5人参加の法廷意見に参加し、個別意見はなく、本判決の個別意見が、Kennedy が述べた実質的にはほぼ最後の個別意見となっている。おそらく、もしも本判決の結論が違憲となるとすれば、1つの可能性としては、Kennedy が反対意見の側に付くことによってであったと思われるが、Kennedy の意見は、結論が合憲ということとはともかくとして、かなり抽象的に警告を付すものに留まっているという印象である。

## 3. Korematsu 判決の取扱い

本判決については、当然ながら正面からの判示事項ではないものの、法廷意見が、反対意見からの批判に応じる中で、Korematsu 判決を否定するという展開になったことが注目される。もちろん、法廷意見の主眼は、反対意見からの、Korematsu 判決の間違いを別の間違いに取り替えただけで、多くの問題点を Koremastu 判決と共有しているという批判に対し、そうではないということを指摘する点にあるのであるが、それでも、そもそも Koremastu 判決は、間違っていたと明言したのである。政治的にも、また、法律家の間

---

し、判決はそれを国内問題に限定しているとし、今後同様の方法がとられる範囲は不明とするが (at 336)、第1第2の大統領令は司法審査をパスできなかったのではないかと示唆(宣言と同様の免除を欠くため)している (id.)。

36) 138 S. Ct. 2361 (2018).

37) 138 S. Ct. 2502 (2018).

38) 138 S. Ct. 2448 (2018).

での共通理解としても、Korematsu 判決に対する評価としては、法廷意見の述べるところは今日正当・正統なのであろう<sup>39)</sup>が、事件の処理そのものとは関係のないところで述べられている点は興味深い<sup>40)</sup>。

---

39) 筆者は、Dworkin が、Hamdan 判決に先立って、Quirin 判決との区別可能性に言及しつつも、Quirin 判決は Korematsu 判決と同程度に問題のある判決であるとし、政府が Quirin 判決を先例として援用すること自体を問題視していたこと (R. Dworkin, *The Threat to Patriotism*, N.Y. Book Rev. Vol 49, No. 3 (2002)) を想起した。拙稿前掲注 (31) 195頁参照。

40) 問題を、自身の過去の憲法的瑕疵と、事件の解決に直接関係の無いところで (最高) 裁判所がどのように向かい合うか、と捉えた場合、近時のわが国における事例として、ハンセン病の療養所での裁判にどう向かい合うかという問題が想起される。最高裁判所は、「その指定する他の場所で下級裁判所に法廷を開かせることができる」(裁判所法69条2項)が、ハンセン病を理由として開廷場所が療養所内に指定されたことについて、最高裁判所の「ハンセン病を理由とする開廷場所指定の調査に関する有識者委員会」は、「憲法37条、82条1項の要請する公開原則を満たしていたかどうか、違憲の疑いは、なおぬぐいきれない」としたが、最高裁判所事務総局の報告書は、違憲性を認めず、最高裁判所裁判官会議の談話 (2016 [平成28] 年4月25日) も、指定の定型的な運用が、手続的に不相当で、裁判所法に違反するものであったことについて謝罪するにとどまった。

これはいかにも不徹底にみえるが、しかし、ハンセン病療養所内に設置された特別法廷で下された執行済みの死刑判決に対して検察官が再審請求をしないことは違法だとして元ハンセン病患者らが慰謝料を求めた国家賠償請求訴訟である菊池事件訴訟 (熊本地判令和2年2月26日裁判所ウェブサイト。その後、原告が控訴せず確定) のような事案に接すると、裁判所としての憲法判断は、具体的事件の中で示されるべきであるようにも思われる (ロッキード事件・最大判平成7年2月22日刑集49巻2号1頁における囑託尋問調書の取り扱いと最高裁判所の「最高裁判所は検事総長の〔将来にわたり公訴を提起しない旨の〕確約が将来にわたり我が国の検察官によって遵守される旨の宣明」(同判決) を想起せざるを得ない)。熊本地裁は、82条については違反とまでは断じなかったが、13条、14条に違反すると判断しているのである。

ただ、今回の菊池事件訴訟第1審判決の請求棄却の理由は、原告らは元死刑囚の親族ではないということにあり、そもそも、ハンセン病法廷が違憲であったかどうかは、今回の請求についての判断には不必要であるといえるところがあることに留意が必要である。しかしさらに、報道によれば、再審請求を検察官が行わないことに対する元死刑囚の親族ではない元患者らによる国賠請求、という迂遠な訴訟が提起されている理由は、元死刑囚の遺族が、そもそも再審も求めておらず (ただし、元死刑囚による再審請求の棄却決定について、その母と長女が即時抗告したことはある。)、今回の訴訟にも関与していないからとこのことのようなのである。当初の法廷が違憲であったとして、再審が認められるのかという問題も含めて、背景は複雑である。同判決については、巻美矢紀・法教477号 (2020年) 139頁及び、守谷賢輔・新・判例解説 Watch ◆憲法 No.173 ([https://www.lawlibrary.jp/pdf/218817009-00-051311885\\_tkc.pdf](https://www.lawlibrary.jp/pdf/218817009-00-051311885_tkc.pdf)) 参照。

#### 4. Roberts 長官と大統領

本件は、その後、下級審で差戻しの処理がされた<sup>41)</sup>が、その後も国境をめぐる事件がいくつか生じている。これを巡って Roberts 長官が、法廷外で発言するという珍しい事態も生じているため、若干紹介をしておく。

事件というのは、California 州北地区連邦地方裁判所の2018年11月19日付の判決である *East Bay Sanctuary Covenant v. Trump*<sup>42)</sup> である。

事案は次のようなものである。「合衆国に現に存在し、または、合衆国に到着した外国人（指定された通関港であるか否かを問わず、また、公海あるいは合衆国領海上で阻止されて合衆国に連行された外国人を含む）は、外国人としての地位がいかなるものであるかにかかわらず、本節及び適用可能な場合は本編1225 (b) 節の定めるところに従い、保護 (asylum) を申請することができる。」<sup>43)</sup> との連邦法律の規定について、2018年11月9日の司法省と国土安全保障省の共同暫定最終規則 (joint interim final rule)<sup>44)</sup> は、「2018年11月9日以降に提出された申請」について「保護を求める資格に追加的な制限」を加える<sup>45)</sup> として、「外国人が、212 (f) or 215 (a) (1) 款に基づいて2018年11月9日以降に発せられた、メキシコとの南部国境からの外国人の入国を中止あるいは制限する大統領宣言または大統領令に服し、かつ、当該外国人が合衆国に宣言または命令の発効日以降に、宣言または命令が定める条件に反して入国し」た場合は一律に保護申請資格なし<sup>46)</sup> と定めた。さらに、

---

41) *Hawaii v. Trump*, 898 F.3d 1266, 2018 U.S. App. LEXIS 22237 (9th Cir., Aug. 10, 2018) によって、Hawaii の事件は連邦地裁へ差戻しとなり、Maryland の事件も前述の後 *Int'l Refugee Assistance Project v. Trump*, 905 F.3d 287 (2018) で連邦地裁に差戻しとなった。

42) 349 F. Supp. 3d 838 (2018).

43) 8 U.S.C. § 1158 (a) (1).

44) “Aliens Subject to a Bar on Entry Under Certain Presidential Proclamations; Procedures for Protection Claims” 83 Fed. Reg. 55,934 (Nov. 9, 2018) (to be codified at 8 C.F.R. pts. 208, 1003, 1208).

45) *Id.* at 55,952.

46) *Id.* (to be codified at 8 C.F.R. §§ 208.13 (c) (3), 1208.13 (c) (3)).

同日付大統領宣言<sup>47)</sup>は、8 U.S.C. § § 1182 (f), 1185 (a) に基づくとして、「合衆国とメキシコとの国境からのいかなる外国人の入国も」90日間中止する (§ 1)。宣言は、その発出後に入国する外国人にのみ適用される (§ 2(a))。「合衆国に通関港において適正に検査を受けて入国する外国人は」適用外 (§ 2 (b)) と定めた。

地裁判決はこれについて、規則と命令の適用を禁ずる緊急差止命令 (temporary restraining order) を発し、この命令は、即時に発効し12月19日または裁判所が他の命令を出すまで有効とした<sup>48)</sup>。

---

47) “Presidential Proclamation Addressing Mass Migration Through the Southern Border of the United States” (available at <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-proclamation-addressing-mass-migration-southern-border-united-states/>)

48) この事件のその後について、簡単にフォローしておく。

まず、E. Bay Sanctuary Covenant v. Trump, 354 F. Supp. 3d 1085 (N.D. Cal., Nov. 30, 2018) で連邦地裁が緊急差止命令の効力停止を拒否し、E. Bay Sanctuary Covenant v. Trump, 909 F.3d 1219, (9th Cir. Cal., Dec. 7, 2018) で2対1で連邦控裁も緊急差止命令の効力停止を拒否した。さらに、E. Bay Sanctuary Covenant v. Trump, 932 F.3d 742 (9th Cir. Cal., Dec. 7, 2018) は、政府側が、上訴中の効力停止を緊急に求めたのも退けた。

政府側は合衆国最高裁にも効力停止を求めたが、これも Trump v. E. Bay Sanctuary Covenant, 139 S. Ct. 782 (2018) で退けられている (12月21日)。このとき Thomas, Alito, Gorsuch, Kavanaugh の4判事は効力を停止すべきとしたが Roberts 長官が加わらなかった。

最高裁に緊急差止命令の効力停止が申し立てられている間に、E. Bay Sanctuary Covenant v. Trump, 354 F. Supp. 3d 1094 (N.D. Cal., Dec. 19, 2018) で地裁が暫定的差止め命令を発し、紆余曲折を経て (大統領宣言の効力も延長されている。Presidential Proclamation No. 9, 880, Addressing Mass Migration Through the Southern Border of the United States, 84 Fed. Reg. 21, 229, 21, 229 (May 8, 2019)), Bay Sanctuary Covenant v. Trump, 2020 U.S. App. LEXIS 6620 (9th Cir., Feb. 28, 2020) で連邦控裁がこれを支持している。

この事件と関連する事件として、司法長官を当事者とする East Bay Sanctuary Covenant v. Barr, 385 F. Supp. 3d 922 (N.D. Cal., July 24, 2019) でも暫定的差止命令が発出されている。こちらについては、その後、地裁が差止を決定した (East Bay Sanctuary Covenant v. Barr, 391 F. Supp. 3d 974 (N.D. Cal., Sept. 9, 2019) が、合衆国最高裁は、控裁審理係属中の差止の効力停止を決定している (Barr v. E. Bay Sanctuary Covenant, 140 S. Ct. 3 (U.S., Sept. 11, 2019))。最高裁では、Sotomayor 裁判官が、差止めの効力停止に反対した (Ginsburg 裁判官同調)。

また、この他、国境に関する事案として、「壁」の構築を巡って、予算の移用 (流用?) を差し止めた California 北地区連邦地裁の判決 (Sierra Club v. Trump, 2019 U.S. Dist. LEXIS 108933, 2019 WL 2715422) について、合衆国最高裁は、Trump v. Sierra Club, 140 S. Ct. 1 (July 26, 2019) で、原告は、cause of action を十分に示していないとして、差止めの効力を停止し

2018年11月20日、この地裁判決を受けて、トランプ大統領は、「Obamaの裁判官だ（“This was an Obama judge, and I’ll tell you what, it’s not going to happen like this anymore.”）」と発言した<sup>49)</sup>。

これに対して、Roberts長官は、AP通信に「Obamaの裁判官とかTrumpの裁判官というようなものはいない。Bushの裁判官もClintonの裁判官でもある」。「我々が有するのは、献身的な裁判官の並外れた集団であり、彼らは法廷に現れる人々の平等な権利の為に公平に最善を尽くしている。そのような独立した司法に我々はすべて感謝すべきものである」と語った<sup>50)</sup>。同日以降、大統領はTwitterで連続してRoberts長官に反論し、Obamaの裁判官というのはいるんだ、と述べ、一部の裁判官、とくに第9巡回区控訴裁判所を批判している。

Roberts長官の、政権への姿勢は、National Federation of Independent Business v. Sebelius<sup>51)</sup>で、いわゆるObamaケアを、ただ一人租税だとして支持したり、その後も、国勢調査における国籍の扱いを巡って、DOC v. New York<sup>52)</sup>で、政権の主張を退ける決定的な5票目を投じて法廷意見を書くなど、Chief Justiceshipを強く意識したと思われる行動が注目される場所である。後者では、法廷意見は、「我々の審査は敬讓的であるが、しかし我々は、普通の市民には無縁であるような無邪気さを要求されているわけではない」、「行政法における理由付けられた説明の要請は、結局のところ、行政庁

---

ている。Ginsburg, Sotomayor, Kagan 判事は、停止の申立を退けるべきだとし、Breyer 判事は、停止に部分的に反対している。

49) [https://www.washingtonpost.com/local/immigration/judges-ruling-means-trump-administration-must-allow-illegal-border-crossers-to-seek-asylum/2018/11/20/1aebd608-ecc1-11e8-96d4-0d23f2aaad09\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/local/immigration/judges-ruling-means-trump-administration-must-allow-illegal-border-crossers-to-seek-asylum/2018/11/20/1aebd608-ecc1-11e8-96d4-0d23f2aaad09_story.html) など。なお、上記連邦地裁の判決を書いた John S. Tigar 判事はたしかに Obama 大統領の指名した裁判官ではあるが、上院はその任命に満場一致で同意している。

50) <https://apnews.com/c4b34f9639e141069c08cf1e3deb6b84>。原文は、“We do not have Obama judges or Trump judges, Bush judges or Clinton judges,” “What we have is an extraordinary group of dedicated judges doing their level best to do equal right to those appearing before them. That independent judiciary is something we should all be thankful for.”

51) 567 U.S. 519 (2012).

52) 139 S. Ct. 2551 (2019).

が重要な決定について真正の理由を示し、その理由付けが裁判所と利害関係のある公衆によって審査されることを確保しようとするものである」、「仕組みられた理由を受け入れたのでは、このような企ては敗北する」。「司法審査が空虚な儀式に過ぎないのではないのであれば、本件において取られた行為について与えられた説明よりはましななんらかの説明が必要である」などと述べて、「このような例外的な状況においては、事案を行政庁に差し戻すとの地裁の判断は是認することができる<sup>53)</sup>」としている。本稿が中心的に取り上げた、入国禁止措置に関する大統領宣言については、立ち入った審査は行われなかった訳であるが、Roberts 長官の今後の匙加減から目を離すことができない<sup>54)</sup>。

## おわりに

国境をめぐる規律は、2020年になって、問題状況が一変した。背景で事態の展開は続いているのであるが、目下の人々の関心は、感染症を理由とする国境を超える人の移動の制限であろう<sup>55)</sup>。2020年の大統領選挙の行方も、おそらく、この問題によって大きく左右されることになる。引き続き、関心をもって見守りたい。

---

53) Id. at 2575-2576.

54) 詳細に分析する余裕はないが、2020年6月15日、合衆国最高裁は、*Bostock v. Clayton City*, 140 S. Ct. 1731で、1964年公民権法の禁ずる性差別に、同性愛者およびトランスジェンダーに対する差別も含まれるとした。Roberts 長官が加わった Gorsuch 裁判官執筆の法廷意見の参加者は6名となっている。同月18日、*Dept of Homeland Sec. v. Regents of the Univ. of Cal.*, 140 S. Ct. 1891では、Roberts 長官は、オバマ政権が導入した、幼少期に合衆国に到着した移民を保護する DACA プログラムを撤回した国土安全省長官代理の決定を、理由が付されておらず、代替措置を検討していない等の理由で、恣意的であるとして無効とした法廷意見（該当部分には、Ginsburg, Breyer, Kagan, Sotomayor の各判事が参加）を執筆している。さらに、同月29日、*June Med. Servs. L.L.C. v. Russo*, 140 S. Ct. 2103では、Roberts 長官が、結果同意意見で、4年前の *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 136 S. Ct. 2292の先例拘束性を理由に、同事件では自身は反対意見を支持していたにもかかわらず、中絶規制を合憲としたために、Breyer 裁判官執筆の意見（Ginsburg, Sotomayor, Kagan の各裁判官参加）が相対多数意見となった。

55) 本稿の題名に、前稿と異なり「テロ対策を理由とする」の語を加えた所以である。