

# 国外退去手続への公的アクセスと安全保障

——アメリカ憲法修正第一条の適用可能性——

富 井 幸 雄

- 一 はじめに
- 二 修正第一条と刑事裁判—公的アクセスの保障
- 三 退去聴聞での公的アクセス—修正第一条による保障の可能性
- 四 移民法の退去手続と安全保障
- 五 むずびにかえて—日本への若干の示唆

安全保障という語は、広範で曖昧な一般的な言い方 (generality) であるので、その射程が修正第一条で具現化された根本法を凌駕するのに援用されるべきではない。情報を与えられた代表政体を犠牲にして軍事外交の秘密を守つたところで、われわれの共和国にはなんら真の安全保障はもたらされない—ブラック判事<sup>(1)</sup>

## 一 はじめに

移民法は外国人を自国にどのように受け入れるかにかかわり、安全保障の要素を持つ<sup>(2)</sup>。移民は国内の治安や社会不安に影響をもたらすこともあり、テロリストがボーダーレスに暗躍するようになるなか、移民の選別は、アメリカでは喫緊の課題である。

アメリカは一九五二年制定の移民国籍法 (Immigration and Nationality Act (INA)) で、移民規制を展開させている<sup>(3)</sup>。その基本は、犯罪者など法が定める社会的に好ましくない人を、アメリカにはいさせないことであり、一旦入国し、滞在した移民にあっては<sup>(4)</sup>、悪さをすれば国外退去 (deportation) が執行権 (Executive) によって命じられる。その手続はデュープロセスが意識され<sup>(5)</sup>、準司法手続で移民判事 (Immigration Judges (IJ)) の判決を要する。オバマ政権は退去の法執行を留保しており、議論をよんでいる<sup>(6)</sup>。

連邦政府は外国人のアメリカ在留に、滞在を認めるにふさわしい人物かの入国時での審査と、入国は認めたものの在留中にさらにアメリカにいさせて良い人物かの審査の二つの局面で、国外追放の権力を行使する。前者は入国拒否 (exclusion) で、後者は退去 (deportation) である<sup>(7)</sup>。INAは両方の手続を規定しているが、ほぼ同じで、一括して送還手続 (removal proceeding) といわれるようになって<sup>(8)</sup>いる。入国拒否は政治部門の判断であるから、司法審査は及ばず、外国人の憲法上の権利など議論できないとされているのに対し<sup>(9)</sup>、退去ではすでにアメリカ国内にいる以上、非市民であっても手続が保障されるとしたうえで、かかる手続が公開されることで様々な情報が公にされれば、安全保障

上支障が生じることが懸念される。九・一一（二〇〇一年の同時多発テロ）直後、連邦法務省はクレッピー通達（Creppy Directive (CD)）を出し、「特別利益」と判断したときは退去裁判（手続）の聴聞（hearing）を非公開とした。これはアメリカ合衆国憲法（以下憲法）修正第一条に反するかで訴訟となった<sup>(10)</sup>。

本稿は、移民法が安全保障法であることを意識しながら、人権保障との整合性をどうはかるかの課題に直面したとき、アメリカにおいて移民退去手続での聴聞を一般国民にも非公開とする執行権の政策に、憲法上問題はないかを、刑事司法の憲法原理とのアナロジーから検討する<sup>(11)</sup>。移民法のこの退去手続、とりわけ聴聞は、刑事裁判に似ているからである。行政手続のうち、安全保障にかかわる移民法での退去手続の裁判にあつては、公的なアクセスが禁じられることが少なくない。本稿は、そうしたことが憲法上どのように評価されるかを検討する。

ここで公的アクセス（public access）という場合、公開を制度的要素として一般に二つの側面が考えられる。一つは裁判など手続への実際の出席（physical presence）あるいは傍聴であり、もう一つはそうした裁判を含む手続に関する情報の開示や収集である。後者の前提に前者があるわけで、厳格に分離するのは無意味かもしれない。わが国において、民事事件であるが、法廷でメモを取る権利が問題となったレパタ事件では、裁判の情報収集としての筆記の自由に重点が置かれた<sup>(12)</sup>。本稿はこの要素を睨むものの、退去手続への当事者以外の一般人民やメディアの傍聴を公的アクセスとして意識する。

移民の退去手続は退去聴聞（hearings）を主とする。そこでの公的アクセスは、当事者以外の第三者がどこまでアクセスできるかの問題である。本稿は第一に、刑事手続ではそれが修正第一条で保障されていることが判例で確立していることと、その合憲性の審査基準を確認する。第二に、それでは安全保障法の側面をもつ移民法上の退去手続も

同様に考えられるかをみる。ここでは九・一一直後、安全保障上の利益から行政の運用で退去手続の非公開が執行権によって指示される（CD）。このCDを連邦控訴裁判所は違憲と合憲の別々の判断をしている。修正第一条の保障がこの聴聞に及ぶのか、そうでないとしたらいかなる事由で正当化されるのかを考察する。第三に、安全保障の観点から執行権の判断を尊重するような形で退去聴聞の非公開が認められる現行法制度を確認する。さいごに、対テロなどの安全保障を意識したとき、わが国の出入国管理にアメリカの議論からどのような示唆があるかを考える。

本稿は安全保障に立憲主義原理がどうかかわるかの研究の一環である。公権力行使に関する手続の公開原則が行政手続にまで及ぶかどうかの一般的考察は、本稿の限界を超える。安全保障を理由とする手続の非開示が移民の退去の領域で認められるのは憲法上どう評価されるかを検討するものである。

## 二 修正第一条と刑事裁判—公的アクセスの保障

### 1 判例による確立—リッチモンド新聞社事件

マスメディアや公民が刑事裁判にアクセスできる権利は、憲法が保障しているか。憲法修正第六条は刑事陪審の公開を被告人の権利として認めている。<sup>(13)</sup> 同条は、被告人以外の一般の公民が刑事予審にアクセスする権利を含むか。一九七九年のガネット会社社事件では、刑事予審は個人的なものであるから同条に読み込めないとした。<sup>(14)</sup> 修正第一条の権利としてどうかは争われず、メディア等の刑事裁判へのアクセス権は不問に付された。<sup>(15)</sup>

翌年、刑事裁判へのアクセスが修正第一条で保障されるとする憲法判例が確立する（リッチモンド新聞社事件）。<sup>(16)</sup> 被

告人 Stevenston<sup>(17)</sup> の殺人罪の四度目の公判で、被告がかつて証人に圧力をかけた経緯から、証人以外の公衆を法廷からシャットアウトするよう求め、ヴァージニア州の裁判所は州法に基づいてそうするよう命令を出した。これに当事者間には異論がなかった。ただ、リッチモンド新聞社の報道関係者が閉鎖命令 (closure order) 取り消しを求め抗告 (motion) した。州最高裁判所がこれを認めなかったのも、アメリカ合衆国最高裁判所 (以下最高裁) に上告した。

最高裁 (バーガー首席判事法廷意見) は、「当裁判所は初めて、刑事予審そのものが被告の誰からも反論のない要請に基づいて、公民に対し閉ざされたなかで、判断するよう求められている。非公開 (closed) が被告人の公平な裁判を受ける優越的な権利を保護するのに必要か、はたまたそれを凌駕するなんらかの考量が非公開を必要とするかについて、いかなる実証もないなかである」と、本件を位置づける。<sup>(18)</sup> そして、刑事事件は古来、公民に開かれており、したがってその情報を一般に得ることは修正第一条で保障されるとした。

最高裁は、同条の解釈に「経験と論理 (experience and logic)」テストを打ち出した。これはこの後、州および連邦の裁判所、さらには行政機関にも、法廷 (審理の場合) での公的アクセス権を判断する際に使用されることとなる。<sup>(19)</sup> バーガーはノルマン征服に遡ってコモンローのこの部分の原理を紐解き、「歴史的証拠は一義的に、われわれの基本法 (organic law) が採択された時にはすでに、ここアメリカとイングランドでは刑事予審は公開されていることが前提であった」とし、真実に基づく偏見のない判決形成に公開は不可欠と認識されていた。<sup>(20)</sup> それは刑事予審に限定されず、伝統的に公に開かれた場所すべてに拡大される。<sup>(21)</sup>

その憲法的発露はまず、修正第一条の言論出版の自由の保護に見出される。それは自己表現のみならず情報受領権を含み、刑事裁判の文脈では政府は公民を刑事予審から排斥することはできず、刑事予審について語る権利は、これ

に臨むことなしにはありえないから、そうした刑事予審の傍聴が保護されるということだ。<sup>(22)</sup> 伝統的に公にされた場所へのアクセス権は、同条の集会の自由からも保障される。法廷は通りや歩道と同じように、一般人、とくにメディアが出席し (present)、そのプレゼンスはそこで行われていることの統合と質を高めると歴史的に考えられてきた公の場 (public place) だとする。<sup>(23)</sup> 「刑事予審に出席する (attend) 権利は、修正第一条で黙示的に保障される。こうした予審に出席する権利なくば、人々が何世紀にもわたって言論と出版の自由の重要な側面として行使してきた自由は骨抜きにされる (eviscerate) ことであろう」。<sup>(24)</sup>

しかるに、本件の州裁判所の閉鎖命令は、修正第一条の利益を凌駕することを立証しておらず、閉鎖命令より制限的でない代替措置も考慮していないのは、上記の権利に反するのであって、修正第一条は刑事予審にアクセスする権利を認めているから、法廷は優越する利益がなければ閉鎖されえないとした。<sup>(25)</sup>

唯一の反対意見はレーンキストである。<sup>(26)</sup> 彼は、修正第一条にこうした独立した権利までは読み込めず、また州の刑事裁判をどう運営するかは州の問題であり、修正第一四条をかくも拡大解釈するのは健全ではないとする。そもそも、本件の問題はアクセス権があるかどうかではなく、最高裁が州の主権にかかわる州最高裁の判断を審査できるかなのだとした。

## 2 二分肢テスト (two prong test)

本件 (以下「リッチモンド新聞社」) は最高裁が初めて、修正第一条がメディアや公民すべてに刑事裁判にアクセスする権利を保障した規定であることを明らかにした。もっとも、かかる権利は憲法に明文の規定はなく、修正第一条で

保障されるためには、リッチモンド新聞社で打ち立てられた経験と論理の二分肢テストを充たさなければならない。経験テストは、当該裁判が歴史的に、そして今でも公開が前提となっているものなのかの判断であり、アクセスの伝統が特定の場所とプロセスに存在しているかを審査するもので、論理テストは、公的アクセスがその特定の場所とプロセスで機能するのに相当の積極的な役割を果たしているかを審査するもので、両方が肯定されれば、当該プロセスでの公的アクセス権は憲法で保障される<sup>(27)</sup>。

最高裁は歴史と機能の二つの要素から、公的アクセスが修正第一条で保護される射程を考えた。この二要素のうち、アングロアメリカでの裁判公開の歴史をより重視したことが注目される<sup>(28)</sup>。もつとも、歴史がどれほど深ければよいのか、伝統としてどれだけ確立していればよいのか、基準として適用するときの数字のような客観的な標準が示されてはいないので、一般的に適用するには混乱は避けられまい。

リッチモンド新聞社は、メディアや公民が刑事裁判に出席する価値と公表 (publicity) の重要性を強調したことも留意したい<sup>(29)</sup>。ここで公的アクセス権 (right of public access) の意味を明確にしておく必要がある。本件はこれが刑事予審に関して修正第一条で保障されたとした。具体的には、当事者以外の国民やメディアなど、いわば第三者がその公判に出席する (attend) 権利と捉えている。これは第三者への公開を意味するのか。判例では修正第六条の公開が当事者間に限定していることから、修正第一条がそれを認めているのを意味することになる。もつとも、公的アクセスは当然公開を含むが、そこでの情報収集権が修正第一条で保障されるかまでは明言していない。

国民の知る権利が修正第一条で保障されるとした最高裁判例はないし、リッチモンド新聞社もそのことは判断していない<sup>(30)</sup>。リッチモンド新聞社の根本問題は、アメリカ市民が情報を提供されていること (informed citizenry) の重要

性にある<sup>(31)</sup>。政府機能をチェックするのは民主主義の根幹であり、リッチモンド新聞社はこれを認識している。刑事裁判には、メディアを中心とする一般国民の知る権利が修正第一条によって保障されると示唆したともいえる。

知る権利には、もとより一義的定義があるわけではない。修正第一条は知る権利を保障したとの古典的な考えがある<sup>(33)</sup>。コモローヤ制定法の教義とは別に憲法上は、「望んでいる (willing) 源から情報を受領し、望んでいるもしくは中立的な源から情報を収集し、おそらくは望んでいない政府の源から情報を獲得する権利」と観念されるであろう<sup>(34)</sup>。修正第一条や言論の自由全体と合体して、読み、聞き、見る、その他コミュニケーションを受領する権利と、他者に事実あるいは考えを伝達する基盤としての情報獲得権の二分子があり、コミュニケーションを受領する権利と表裏一体である<sup>(35)</sup>。

こうした修正第一条の側面は、リッチモンド新聞社以前から、最高裁が意識していなかったわけではない。新聞に広告税を課す州法を違憲と判断したケースでは、情報に基づいた世論 (informed public opinion) は誤った統治をあまねく制限する最大の潜在性をもっており、公的情報を流布させるものへの課税は公共善や公共利益の機微に触れるとした<sup>(36)</sup>。判例は、意図的な話し手から情報を受け取る個人の憲法上の人権に政府が介入できないとしたけれども、政府に情報開示を強制できる権利まで修正第一条に読み込むものではなかった<sup>(37)</sup>。

リッチモンド新聞社の伏線となるのは、修正第一条も第一四条も政府の統制する情報にアクセスする権利を認めたものではないと判示したフーシンス事件であろう<sup>(38)</sup>。放送会社に自殺の起きた事務所での写真撮影やインタビューを許可しなかったことで、制限的な刑務所取材規則となった事件で、プレスに一般人民より広く政府統制情報へのアクセス権が認められるわけではないとした<sup>(39)</sup>。ステイブンス判事はこれに反対し、十分かつ自由な情報の流通の維持は修正第一条の核となる目的として長く認識されてきたことであり、J・マディソンをはじめとして学問的にも議



論されたように、自己統治に不可欠な情報を与えられた市民には情報受領権が必須なのだと述べている。<sup>(40)</sup> なお本稿の関心は、情報収集というよりその前提となる物理的出席としてのアクセス権にある。

問題は、その権利に限界はないか、刑事裁判への公的アクセス権は憲法上どこまで認められるかである。本稿は、安全保障での政府利益や公益との衡量からかかる権利に制限を加えることがどこまで正当化されるかを問題とする。リッチモンド新聞社は安全保障にかかわるものではないので、この点は判断されていない。手続の公開、特にメディアを含む公民の刑事裁判への法廷への出席の権利に限定したリッチモンド新聞社は、二分肢テストで判断するとしたのである。第一が経験テストであり、歴史から公開が前提とされているかをみる。歴史を重視して修正第一条を解釈するのは一般的で、これを踏襲したともいえる。第二が論理テストであり、プロセスの公開、つまり公的アクセスの保障がそのプロセスの機能に相当な役割 (significant role) を果たしているかである。審査基準や利益較量についてリッチモンド新聞社は明確には語っていない。

### 3 民主主義と公的アクセス権

一般公民にはない特別のアクセス権がプレスに認められるか。リッチモンド新聞社では、最高裁は、刑事裁判に公的アクセスを否定できる場合まで判示する必要はないとし、公民やプレスの修正第一条の権利が絶対だと判断したのではないとする。<sup>(41)</sup> 政府は街路に時、場所、方法の規制はできるけれども、法廷には街路とは別に静粛と秩序がより求められるという。法廷は収容人員に限りがあるから、合理的な制限が伝統的に加えられているし、また特定のメディアにアクセスを限定するのもしかきであるとする。リッチモンド新聞社は、公的アクセスに関して人民に優越するメ

ディアの権利を特別に意識した向きはないようだ。<sup>(43)</sup>

リッチモンド新聞社は踏襲され、公的アクセス権を肯定する方向で用いられる。<sup>(44)</sup> 刑事裁判の記録に関する事件で、政府のプロセスに公的にアクセスするのは以下の要件で保障されていた。<sup>(45)</sup> 第一に、アクセスできる伝統があるとき、すなわち、場所とプロセスが歴史的にプレスと公民に一般に開かれているとき、第二に、公的アクセスが、特定のプロセスが機能するのに相当な積極的役割を果たしているとき、第三に、非開示がより高度の価値を維持するのに不可欠で、その利益に資するのに狭く仕立てられているのを立証していないとき、である。こうした要件は一義的ではなく、知る権利が修正第一条でプレスに保障されるとまでの判示には至っていない。<sup>(46)</sup>

最高裁は一九八二年に、刑事裁判への公的アクセス権が問題となったケースに再び直面する。<sup>(47)</sup> レイプの被害者が証言を行う公判にプレスや公民が出席することを禁じているマサチューセッツ州法が、修正第一条に違反するかが訴えられた。被害者が証言する裁判の一部で、それが性犯罪で年少（underage）のとき非公開とするマサチューセッツ州法について、リッチモンド新聞社のテストを適用して公開は原則であると認めたいうえで、公開されることによる性犯罪被害者の年少者のトラウマを避けるという、限定的な止むにやまれない政府利益があるとして、合憲とした。他方で、二分肢テストを適用して刑事手続の非公開を修正第一条違反とした判例もある。<sup>(48)</sup>

リッチモンド新聞社は、公民は刑事裁判にアクセスできる権利を修正第一条で保障されることを明らかにしたけれども、この権利が法廷外にも及ぶかは不明のままである。<sup>(49)</sup> 最高裁はこの刑事手続での情報アクセス権が、民事や行政を含む別のタイプの手続に拡大適用されると判断したことはなかった。<sup>(50)</sup> 「公民は裁判的プロセス内で、公式の司法業務の実質的な事項に関する司法権限のパフォーマンスや行使の評価に関連するすべての情報にアクセスする権利を、

そのようにはアクセスできないとするに十分な止むにやまれない理由がなければ、「有する」とするのがリッチモンド新聞社の法理で、手続を監視する道具的な権利から、司法の正式の処断 (transaction) を公的に審査するのに関連する情報を獲得する制度的権利へ昇華させる意義がある。<sup>(51)</sup>

司法手続以外の裁判的手続への公的アクセスが修正第一条で保障されるか。リッチモンド新聞社が司法に限定しているとするれば、司法と政治部門を明確に分け、後者には及ばないとの論になろう。他方、修正第一条は知る権利としてすべからず政府の情報にアクセスする権利だとすれば、司法はそのうちのの一つ、いわば政府権力の一部門であって、その認識でリッチモンド新聞社の法理が成り立っているとも解しうる。ブレナン判事は広く統治プロセス (government process) にアクセスするとの認識に立つようた。<sup>(52)</sup>

これは修正第一条をどう理解するかにかかわる。同条の構造的理論は、情報発信者の権利を保護するというよりも、むしろ民主主義に不可欠な情報の自由な流れを人民の権利として保護するのだとのマイケルジョン (Michael John) の考えに由来し、それが制憲者の意思でもあるとされる。<sup>(53)</sup> 政治プロセスが汚されていないままであるなら、そのとき至高なる人民は自身の自由を保護するために斟酌されうることを前提としている。<sup>(54)</sup>

リッチモンド新聞社でのブレナンの賛成意見は、修正第一条は、表現とコミュニケーションの自由だけでなく、「われわれの自己統治の共和政体を保全し促進させるのに果たすべき構造的な役割 (structural role) を有する」とし、単にコミュニケーションだけでなく、情報へのアクセスを含む「有意なコミュニケーションの条件」を包含するとしている。<sup>(55)</sup> 判例法上、二つの構造的理論があるとされる。<sup>(56)</sup> 一つは言論の流布あるいは消費を政府が制限するのを禁じる「消極構造主義」であり、自己統治の長い伝統である。もう一つは政府部門に何らかの積極的な (affirmative) 活動を

要求する「積極構造主義」で、議論を活性化するために政府に何らかのステップを要求する。これには、政府が自身の手続あるいは情報にアクセスを提供することの要求と、放送に公平要件を課すといった、公的問題をバランスよく議論するのを確保するために政府が積極的なステップを取ることを要求がある。

安全保障の利益から非公開も認められる執行権の手続としての国外退去の行政裁判に、公的アクセス権が保障されるか。修正第一条を構造主義的に理解すれば、刑事裁判以外でもそれに類する手続には公的アクセス権が同条で保障されると読めるだろう。

### 三 退去聴聞での公的アクセス―修正第一条による保障の可能性

リッチモンド新聞社は行政手続である退去裁判にも適用されて、そこでの公的アクセス権が修正第一条によって保障されるか。リッチモンド新聞社は、刑事裁判について判断したもので、それ以外の手続に適用されるかは判示していない。オコナー判事は、民事も刑事と共有する手続的要素があるとする一方で、リッチモンド新聞社もその他の判例も、刑事手続以外への適用可能性を示唆するものではないことに注意を喚起している<sup>(57)</sup>。まずは民法上の退去聴聞が安全保障の利益をはじめとして、公的アクセスを制限する法制度になっているかを見ておこう。

#### 1 九・一一以前の退去手続

民法法上公開が原則とされる退去裁判において、センシティブな情報が暴露される恐れがあるとして証言

(testimony) を非公開にするには、政府（執行権）は IJ から保護命令を取らなければならなかった。<sup>(58)</sup> 九・一一以前、退去裁判への公的アクセスは前提であった。<sup>(59)</sup>

国土安全保障省（DHS）ができる前は、移民はその退去も含めて連邦法務省（DOJ）が管轄した。INA に基づいて、法務長官がこれを指揮監督し、どの外国人をアメリカに滞在させるかは、法務長官に決定権が与えられていた。法務長官は外国人の移民帰化に関係するすべての法の執行と管理に権限を有した（INA 一〇三条）。<sup>(60)</sup> INA は、一九九六年の違法移住改革移民責任法（Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996（IRIRA））と反テロ死刑効率化法（Antiterrorism and Effective Death Penalty Act（AEDPA））で別々であった入国拒否と退去の手續が一緒にされ、送還手續に改正される。それが適用される実体的要件として、当該外国人にあって、①アメリカ入国の要件を満たしていない（inadmissibility）②法違反③ビザの期間切れ④安全保障へ脅威をもたらす行為、があるときとされる。

DOJ 移民審査執行部（Executive Office for Immigration Review（EOIR））は DOJ の下で退去手續を管理する。EOIR は一九八三年に法務長官によって創設される。それまでは INS（移民帰化局）内で IJ が担当したので、その独立性が問題となったため、移民裁判所とその控訴審である移民不服審査会（Board of Immigration Appeals（BIA））を、新たに創設する EOIR という、DOJ からやや独立した準司法的機関に統合させることで解消させた。EOIR は DHS に移管されず、今でも DOJ の機関である。

退去手續は特別のルールにのっとる。その着手は、DOJ の代理人が移民裁判所で外国人を強制召喚させる出頭通知（Notice to Appearance）に、なぜ退去手續を当該人物についてなすか、事実や適用条文などの説明を記載して提出

する (8 U.S.C. § 1229 (a) (1), (c) (1) (A)) により。この通知を受けて、当該外国人 (以下被告人) は I J の前で政府の主張を認めるか否かを申し立て、I N A 違反があったと認めるなら、I J は政府の申し立てを認容し、退去命令を下す。被告人がこれを認めず、もしくは退去からの救済を要請したときは、I J は被告人を巻き込んで正式に聴聞を実施しなければならぬ (8 U.S.C. § 1229a (c) (1))。双方とも弁護士を依頼し、I J の前で証拠と証言の口頭弁論を展開する。政府側 (I N S) は、「被告人が退去されることを合理的、実質的、かつ実証的な」証拠で立証しなければならぬ (§ 1229a (b) (4) (A))。そのうえで I J が判決を下す。これに対して、双方は審理のやり直しを求めたり、判決を不服として B I A に訴えたりできるし、さらに連邦控訴裁判所に上訴できる (§ 1252 (b) (3))。

退去手続はすべて公開 (public attendance) であるが、I J の判断による例外が認められている (8 C.F.R. § 3.27)。傍聴人が過多であるとき、もしくは「証人、当事者、あるいは公益」を保護するため、または、配偶者や子に対する虐待では、I J は法廷を閉鎖しなければならない。公開を原則としていたことは、法務長官 (当時の I N S を所管) の次の規則からわかる。<sup>(61)</sup> 「退去聴聞は人民に公開されるものとする。ただし、特別調査官が、その裁量で証人、被告人もしくは公益を保護するために、一般大衆あるいは特定の個人は特別に事件での聴聞から排除されると命じたときは、このかぎりではない。施設の都合から合理的な制限はいかなるときでも聴聞出席者の数が制約されるけれども、その際は一般大衆よりメディアを優先するものとする」。

退去手続は、I J が法務長官の定めた規則に従って実施する。一九六四年以来、退去その他行政手続のアクセスに関する法務長官の規則は、証人、当事者、その他公益を保護するために、聴聞の非公開を認めている。<sup>(62)</sup> 退去手続は行政裁判であるけれども、法廷と同じような対審構造である。ただ安全保障が問題になるところでは、政府は秘密情報

を使用し、一方的にインカメラで (*ex parte and in camera*) 手続を進めることができる。九・一までの一九九〇年代では、移民法のホットな 이슈は、政府側が退去対象者たる移民にも開示しない極秘情報を使用できるかであった。<sup>(63)</sup>

入国時、非開示の情報を証拠として聴聞を行わずに入国拒否することは合憲と判断されている。<sup>(64)</sup> 外国人であることからデュープロセスの権利は厚くないとするのである。在留移民の退去手続で極秘情報を証拠として使用することが認められたのは、*Jay v. Boyd* 事件である。<sup>(65)</sup> 四〇年以上も在留する英国人男性に共産党員歴があるとして (旧 INA で退去事由) 退去が命じられたケースで、彼は、五年間のかかる経歴は認めるも、一〇年以上在留し続けている移民には免除の救済を裁量的に与えようと IN A の規定の援用を訴えた。法務長官側は、非開示の極秘情報を証拠にこれを否定し、そしてこれを開示すれば公共の安全保障に重大な侵害をもたらしかねないと主張し、最高裁はこれを認めた。裁量にかかる情報をフルに開示させる請求権を被告に認めた実定法の規定はなく、憲法問題は特に提起されていないとして、五対四で支持したのである。<sup>(66)</sup> この判断は踏襲される。<sup>(67)</sup>

極秘情報の証拠使用は行政の規則では認めていたが、一九九六年の IIRIRA で改正された IN A 二四〇条で初めて明文化された。政府は当該移民が証拠を検証できる合理的な機会を持たなければならないとする一方で、当該移民は入国あるいは裁量的救済を否定できる安全保障上の情報を検証する権利はないとした。法律上、在留移民の国外退去手続には適用されないことに留意したい。また、現実に極秘情報が使用されることはまれであった。なお、秘密にするかの第一次判断権者は移民行政の担当者ではなく、FBI をはじめとする安全保障機関にあった。

九・一以前、退去手続の裁判は公開とした IN A の原則には触れず、証拠としての情報に秘密性をもたせるも

のであった。すなわち、秘密の情報を証拠として退去聴聞を進行させたのである。

2 九・一一とクレディビ通達(CD)

二〇〇一年の九・一一(同時多発テロ)に際して、大統領(執行権)はテロとの戦いを掲げ、議会が大統領に広範な権限を授権した(AUMF)のを受けて、国際テロリズムは水際で阻止する政策をとる。<sup>(68)</sup> 法務長官は、非市民について、安全保障に関連する理由で入国拒否あるいは退去されうると信じるに足る合理的な理由があると認定できると、INAが改正された。認定されれば拘留(Detain)が義務づけられる。九・一一を契機に制定されたいわゆる愛国者法(USA PATRIOT Act)は、法務長官がテロの要件を満たすと認定した者を海外退去させるまでに拘禁するよう指令し、拘禁から七日以内に刑事訴訟追もしくは移民退去裁判を開始するようにした。<sup>(69)</sup> 現実には、州や自治体レベルも含む刑法犯、移民法違反者、さらに連邦裁判所が公判での事実認定に論理的関連を持つと認めた事項について証言できる証人(material witness)と判断された者、が拘禁された。

退去裁判のための拘禁は、ICE(移民関税執行局)やその前身であるINSが少なくとも一九五〇年あたりから実施するも、<sup>(70)</sup> 一九八六年以前のINAには明文の定めはなく、その委任に基づく規則で広く実行されていた。犯罪外国人に限定する「共同体保全計画(Secure Community program)」が出され、さらに二〇一四年一月二〇日、オバマ大統領はこれを廃止し、それに代わる「優先執行計画(Priority Enforcement Program)」を立ち上げ、拘禁される者はかなり絞られるようになっていた。こうした拘禁にはデュープロセスの観点から憲法問題が提起されるけれども、共同体の福利や安全を保護する政府利益が認められている。<sup>(71)</sup>



九・一一直後、政府は、非市民、とくにアラブあるいはムスリムのバックグラウンドを持つ若い男の退去裁判に、安全保障のための手続を付加する。DOJはテロ活動に関連する、あるいは情報を持っている人物をリストアップして「特別利益」と指定する。九・一一から一〇日後、法務長官 Ashcroft は首席 IJ のクレッピーに対して、すべての退去手続で、メディア、公民、家族をシャットアウトしたままで、「特別利益 (Special Interest)」事件として、テロの疑いのある拘禁者を審理しよう命じた (CD)<sup>(72)</sup>。さらに、移民裁判所のその手続の記録も「退去者の弁護士または代理人を除いて」、ファイルが指定秘情報を含んでいないと仮定した上で、すべての人に秘密にしておかなければならないとした。特別利益事件が聴聞のスケジュールに上がっていることも、この完全な情報禁止に服するものとした。CDは、法務長官による特別利益事件であるかどうかを個別に分析させることなく、選択したすべての事件に適用される。特別利益事件は、アルカイダや関連テロリストと交流の深い、あるいは九・一一のハイジャック犯と親密の外国人を含む (FBI の認識)<sup>(73)</sup>。法的になんら基準やリストを掲げることなく、法務長官が特別の利益があると判断すれば、退去聴聞は非公開とされ、公的アクセスが禁じられる。CDでは「特別利益」の基準が示されない一方で、大概、中東人であることで秘密裏に逮捕されて裁判にかけられた。政府はそれらの名前を明らかにするのを拒否し、家族や知人も彼らに会うことができなかつただけでなく、弁護士もつけることができず、十分な防御弁論の機会なく、情報も裁判に反映されることがなく、一般大衆も知ることなく、退去裁判が展開していった<sup>(74)</sup>。安全保障に対する障害は認めるとしても、その蓋然性あるいは可能性の判断基準は、probable cause (相当な理由) なのか preponderance of the evidence (証拠の優越) なのか、その厳格性も不明である。これは、当局の恣意的な運用を生む危険をはらむのである。

CDは、これまでの連邦規則(CFR)でのIJの保護あるいは封印の情報指定の権限を受けて、法執行や安全保障の情報が一般開示から保護されることを目的とする。これをわかりやすく、裁判そのものを公衆の目からシャットアウトするルールである。特別利益事件を非公開にする政府の目的は、合衆国とその利益に安全保障上の脅威を引き続きもたらしうる人に、潜在的にセンシティブな情報を開示してしまうのを避けることだ。例えば、彼らの間で通用している電話番号が開示されれば、アメリカ政府がこのリンクを知っていることがわかってしまう。テロリストのアジトについても同様で、アメリカに害のない無垢の情報でも現実には潜在的に損害を与えうる。一見無害の情報でも、テロ集団にかかれればより大きな凶となりうる(モザイク理論)<sup>(76)</sup>。こうした懸念は判例でも確認されているとする<sup>(76)</sup>。

特別利益とはされず退去裁判が公開されても、入国拒否を含む退去聴聞で秘密の証拠が使われる。これは五〇年以<sup>(77)</sup>上行われており、制定法上も明確にされている。CDは証拠のみならず、退去手続の裁判自体を非公開にするもので、安全保障への配慮が目立つ。

DOJは、CDを発展させて、二〇〇二年五月、移民に関する行政事件を連邦裁判所で審理するときに、IJが法執行あるいは安全保障の情報に関する記録を封印し、保護命令(protective order)を出せる権限を認める規則を制定した<sup>(78)</sup>。安全保障情報が一般に開示されるのを防ぐのがその目的で、開示されればテロリストに捜査のパターンを区別するのを可能にさせ、証人を同定できるようになるから、その家族や証人自身への脅威となる。こうした行政手続での保護命令は、これが初めてでもなければ例外的でもなく、むしろ多くの行政機関で運用されているという。IJに保護命令権限を認めて安全保障にかかわる情報かどうかを判断させるシステムにし、とりあえず、何が安全保障に重篤にかかわる情報か、すなわち、開示することによって安全保障に深刻かつ重大な不利益が生じるかの判断を、実体

法上はその基準が明確にできないことを意識して、司法的なプロセスにゆだねることで中立的にさせる仕組みにしたといえよう。

法務長官のかかる広範な保護命令権限は、憲法一条八節四項（全国統一の帰化に関する法は連邦議会の管轄とした規定）による移民に関する議会全権論（plenary authority）に基づき、<sup>(79)</sup>議会の制定法で多く委任されていることと、大統領の外交に関する絶対権論で、法務長官が諜報や法執行に積極的な役割を有しているとの法理に依拠する。これがCDの「特別利益」の根拠にもなっているとす。<sup>(80)</sup>修正第一条に抵触する恐れは意識しており、保護命令はあくまで安全保障や法執行の利害は公民を防御するとの実質的に重要な政府利益に限定されていると、釘を刺している。

かくして、連邦執行機関規則集八巻第三部（8 C.F.R. Part 3）の一部を改正する運びとなる。IJの面前の裁判は、保護命令に服する情報があるときは非公開にされるものとし（§ 327 (d)）、当該資料はそうした情報であると記載する表紙で封印し、特別に許可された権限ある者以外の目に触れることがあつてはならない（§ 331 (c)）。IJは当局が提出したこの封印された特別の情報が、それが開示されればアメリカの法執行あるいは安全保障に損害をもたらすかを見極めたとき、かかる情報の開示を禁じる保護命令を発する（§ 346）。

九・一一直後、特別利益で移民、とくにイスラム教徒の中東人を拘禁する当局のやり方には暗いイメージがある。<sup>(81)</sup>二〇〇二年一月、シリア人 Malek Zeidan はアイスクリームのトラック運転手として働いているところを INS によって四〇日間拘禁された。DOJ が特別利益に指定したからである。ニューヨークの民間技師でパキスタン人 Mohammed Irshaid も、テロリストだとしてニュージャージーの Passaic 市<sup>パセイク</sup>で収監されたが、誤りだとして三週間後に解放された。こうした社会状況で CD が適用され、退去聴聞が非公開にされることへの憲法問題が意識されるよう

になつていく。連邦司法権は第六控訴裁判所と第三控訴裁判所で二〇〇二年、ほぼ同時にこれを判断することとなる。

### 3 クレジット通達 (C D) の合憲性に関する二つの相反する判例

#### A デトロイト自由新聞対アシユクロフト事件<sup>(82)</sup>

I N S は、レバノン人の Raïh Haddad を旅行ビザの期限切れで拘禁した。政府は、彼が世界救援財団 (Global Relief Foundation) というテロ組織に資金提供したと信じている。この拘禁を争ったところ、I J からこの事件は C D の定める「特別利益」事件に入り、その法廷から彼の家族を含む一般市民とプレスを排した非公開の聴聞になると教示された。そこで、デトロイト自由新聞や下院議員 John Conyers が法務長官に対して、手続が公開されるようにするためにその聴聞の差し止めなどを求めて提訴した。第一審はリッチモンド新聞社の二分肢テストを踏襲して請求を認め、その控訴審 (第六控訴裁判所) も非開示の政策を違憲と判断した。それは公的な議論がいかに民主主義にとって必要であるかを意識したものである。いわく、

今日、執行府 (Executive Branch) は、自らの行動を公的審査 (public scrutiny) から外すことで、公民からこの防御を除去しようとしている。非市民に対しては、「特別利益」事件と一方的によぶようならば、あるクラスを秘密裏に退去させる権力を求める。執行府は、人民の生活を公衆の目の届かないところで、しかも閉ざされたドアの影で根絶させようとする。民主主義は閉ざされたドアの背後で死ぬ (Democracies die behind closed doors)。修正第一条は自由なプレスを通じて、政府が公平に適法に厳密に退去手続を進めているのを知る人民の権利を保護する。政府がドアを閉ざし始めるとき、人民に正當に属する

情報を選択的にコントロールする。選択的情報は誤情報 (misinformation) である。<sup>(83)</sup>

まず、本件が非実体的 (non substantive) 移民法に関する 것으로、憲法問題になるとする。<sup>(84)</sup> 実体的 (substantive) 移民法とは、誰が入国を許されるか、あるいは誰が強制退去されるかの判断に対応するもので、これは政治部門の完結的な権限に属する。しかし、本件はそうではない非実体的移民法にかかわり、最高裁は憲法上の権利が問題となっているこの領域で政府に委譲することなく、司法審査をくり返し認めてきているとする。

そしてリッチモンド新聞社のテスト (二分肢テスト) を適用する。<sup>(85)</sup> 修正第一条は、メディアや人民に退去聴聞へのアクセス権を保障しているか。リッチモンド新聞社の二分肢テストは、これを行政手続にも適用する下級審判例もあり、退去裁判は司法裁判に類似しているから、本件でも適用される。まず第一の経験テストを検討し、退去手続の聴聞の公開は伝統であるとして、このテストをパスするとする。一八八二年の最初の移民法は、入国拒否聴聞を非公開としていたけれども、一九五二年法では人民からは「別に離れて (separate and apart)」なすとされて、制定法の明文で非公開を要求するものではなくなり、むしろ一九六五年以降、INSの規則は公開を前提としている。政府は行政手続へのアクセス権はコモンローではないと主張する。これは、修正第一条が現代の行政国家を予想していなかったことや、政府機能の本質が変転していることを無視するものである。退去聴聞は「歩き、話し、ギヤーギヤーいう」、司法手続によく似ているという。

第二の論理テストはどうか。公的アクセスが本件手続の機能に積極的役割を十分に果たしているかを検討し、以下の五点から肯定する。第一に、公的アクセスは、退去手続が公平かつ適切に実行されているのを確保することで、政

府行為をチェックする機能を果たしている。第二に、公開は政府がその仕事を適切にこなしているのを確保させる。第三に、九・一一の惨劇とその後の大量捜査で、公開の除去プロセスの通理性の効果は誇張ではない。第四に、公開性は保全 (integrity) と公平の認識を向上させる。第五に、公的アクセスは、「個々の市民が自己統治のわれわれの共和政システムに効果的に参画し貢献することができる」のを確信させる助けとなっている。

かくして、退去聴聞は修正第一条でその公開が保障される。では、リッチモンド新聞社が留保した優越する利益を政府は立証しているか。<sup>(86)</sup> 審査基準として厳格な審査 (strict scrutiny) を用いる。すなわち、センシティブな情報の開示を禁じるには、その否定が止むにやまれぬ政府利益から必要であること、そしてその利益に仕えるために狭く仕立てられていること、でサポートされていなければならない。さらに、その利益は、非開示命令が適切に出されたかどうかを裁判所が判断できるように、十分に特定のな実体をもって主張されていなければならない。こうした観点からみれば、政府の主張していることはこれらの条件を満たしていない。テロ防止は、なるほど止むにやまれぬ政府利益である。退去手続が公開されれば、政府がマークしているテロリストが明るみになるし、一見関係ない情報でも他と照らし合わせることで有益な情報となつて、安全保障に支障をもたらすことがあるかもしれない。しかし、政府はこれらの観点で具体的な立証を行っていない。CDは白紙的包括的であつて、目的適合的に狭くしつらえられておらず、広汎に規制していることになっている (over inclusive)。安全保障にかかわるなどの懸念から情報を限定することは、それがいったいどこまでなのかが曖昧で、なんでも非開示にしてしまう要素を含んでいる。かくして、政府は本件審査基準での立証責任を果たしておらず、優越的な利益は認められない。

第六控訴裁判所では開かれた手続が不可欠であることを次のように強調する。

公民の利益は開かれた手続 (open proceedings) で最も良く満たされる。真の民主主義は信義に基づいて運営されるもので、信義とは官吏が協動的で誠実であること、情報を与えられた市民が論理的な結論に到達することである。これは、アメリカが近時の混乱時にあつて捨て去るべきでない死活的な相互関係である。九・一一は紛れもなくわれわれ国民に消し得ない跡を残したが、われわれ人民は、われわれは民主主義で保障された権利と自由を維持するのに深くコミットした国家であるということとを世界に実証するために、破壊の航跡のなかで一つにされる。今日、われわれの政府は人民にアカウンタブルであれと判断されたことと、修正第一条の権利は妥協を許さないことを確証させることによって、これらの民主主義価値へのわれわれのコミットを反映させる。開かれた手続は、活力ある審査的なプレスで、われわれの民主主義の耐久性を保障するように仕える。<sup>(87)</sup>

#### B. 北ジャージー・メディアグループ対アシュクロフト<sup>(88)</sup>

デトロイト自由新聞事件から六週間後に、同様の事件が第三控訴裁判所で判示された。九・一一のテロリスト事件に関連し、C Dの特別の利益に該当するとしてニューアーク移民裁判所の退去聴聞が非開示にされたことに、ニュージャージー法律誌とヘラルドニュースの記者がその差し止めを求めて連邦地裁に提訴、これが認められた。これに対して法務長官が控訴したのが本件である。

原審はリッチモンド新聞社の二分肢テストを用いて、そしてデトロイト自由新聞の第六控訴裁判所の判決を踏まえ、C Dを修正第一条違反と判断した。<sup>(89)</sup>そこで本件の争点は、このテストが本件に適用されるか、そうだとするならばそれを適用してC Dは修正第一条に反するか、となる。第三控訴裁判所は、リッチモンド新聞社のテストは行政手続にも適用されることは認めた。しかし、二分肢テストのあてはめでは両方とも充たしていないとして、退去裁判への公的アクセスに修正第一条の権利は認められないとした。<sup>(90)</sup>すなわち、「ほとんどの退去裁判で公開性は現代では前提になっているのは認めるけれども、こうした前提はリッチモンド新聞社の第一の分枝に必要な統一性も伝統も持つも

のではないと判断する。さらに、われわれは共同体の利益と潜在的な損害の両方を適切に知覚する（第二の分肢である―筆者）論理の審査で、公的アクセスは退去聴聞で「相当に積極的な役割（significant positive role）」に仕えていないと結論づける<sup>(91)</sup>。

リッチモンド新聞社の第一のテスト、経験は、これをパスしないと<sup>(92)</sup>する。なるほど民刑事裁判では、コモンロー上公開は疑いなきルールである。しかし、政治部門の手続の歴史はまったく異なる。政府が主張するように、制憲者はかかる権利は拒否していたし、議会実務も政府の手続や情報に公的にアクセスする一般的な権利はないとしている。センシティブな手続を非開示にする伝統は、行政機関での多くの聴聞に広がっている。退去手続（裁判）はどうか。強固な歴史的証拠として、議会が最初に退去手続を法典化した一八九〇年代以降、「基本的な制定法は常に明文で入国拒否聴聞を非公開にできてきているが、退去聴聞は決して非公開にしなかった」。その後、執行権は規則で別に離れた聴聞とするなどとし、これを議会が立法化するなかで、入国拒否手続と異なつて退去手続は非公開にすると、法で指示されたことはなかった。しかし、退去聴聞が一般公民に度々閉ざされていたのも事実で、一九〇〇年代初めから政府はそれを病院や刑務所、私人宅など、公民には一般的にアクセスできない場所で行っている。無論、ノルマン征服時代からこの手の裁判が公開であつたとの伝統などない。

第二のテスト、論理も、充たしていないとする<sup>(93)</sup>。退去聴聞への公的アクセスを機能させることに相当な積極的役割はみられないとするのである。積極的な役割を果たすかは、公開がどれだけ公共善（public good）を損ねるかを斟酌して検討しなければならない。政府は公開の退去聴聞が安全保障に脅威をもたらす実質的証拠を提示しており、公開が公共善を促進するとは思えない。政府の安全保障情報はFBI高官の声明であり、潜在的に急迫な危険があること



を以下のようにしっかりと立証している。第一に、公開の聴聞は捜査の源と方法を暴露すること請け合いである。第二に、どうやって入国したかの情報はかかる暴露にはならないけれども、入国方法についてテロ団体に有益な示唆となりうる。第三に、特定分子について政府が持っている情報は、どの分子を使っているかは使わないかをテロ集団に教えることになる。第四に、どのメンバーが拘束されているかなどの情報は、テロ集団がわかれば攻撃の実行を早めることになり、テロ対策に支障が生じる。第五に、テロリンクの情報は公開聴聞になればテロ集団に虚偽のまたは欺瞞的な情報を作らせ、手続を攪乱させることになる。第六に、INSが拘禁した者のプライバシーが損なわれる。

かくして、リッチモンド法理の二分肢は充足しておらず、本件聴聞の非公開は修正第一条の権利を侵害していないから、CDの非開示制度に厳格な審査を行うべきかは、判断する必要はないとした。<sup>(94)</sup>これにはSica<sup>シッカ</sup>判事の反対意見がある。<sup>(95)</sup>安全保障の政府利益が止むにやまれない政府利益であり、そのために非開示とすべき特別利益のケースがあることは認める。しかし、CDは白紙的で、その非開示ルールは安全保障上の保護の必要性を超えており、特別利益たるものはケースバイケースで判断されるべきとする。このアプローチがIJをして根本的価値とのバランスを独立して評価させることになり、それは合理的な代替手段であるから、CDの非開示ルールは、憲法的根拠が薄い(constitutionally infirm)と述べらる。

#### 4 退去聴聞の非公開は合憲か

この二つの控訴審判決は、刑事裁判ではなく移民の退去手続である行政裁判に二分肢テストが適用されるとした点は、共通している。しかし、同じ退去手続で同じ状況で同じテストを適用しながら、結論を異にした。<sup>(96)</sup>第六控訴裁判

所は、経験と機能の両テストともパスして修正第一条の適用を認め、第三控訴裁判所は両方とも充たさないとしたものである。第三控訴裁判所は、リッチモンド新聞社のこのテストは基本的に踏襲し、退去手続の公開の価値も是認しながらも、論理テストは、経験テストをクリアしたものにさらに適用するのは、公開が歴史的に確立しているものは機能も認められていることが前提となるからそれほど意味はないとして、役割が肯定されるかの判断は、公開が公益善 (public good) を損ねていないかの斟酌でなければならぬとしている。<sup>(97)</sup>

最高裁の判断はないけれども、刑事手続以外にも二分肢テストで判断される判例が形成されたといえる。では、刑事手続での二分肢テストが、それ自体は行政手続である移民裁判所の退去裁判にもなぜ適用できるのか。一つは手続の類似性であり、退去手続も刑事司法手続に酷似しており、口頭弁論などの手続のみならず、その帰結も刑事罰に相当する重い人権制約になることである。<sup>(98)</sup> 問題は、退去手続の裁判で公開が修正第一条によってどこまで保障されるかである。最高裁は退去手続については外国人にもデュープロセスが及ぶとしており、修正第一条を含むその他の憲法上の権利も同様とする意見もあった。<sup>(99)</sup>

もう一つは、修正第一条の含有する知る権利の立憲的意義である。リッチモンド新聞社が構造的理論に立つとすれば、修正第一条は個人の権利というよりも政府監視の公的権利であるところ、退去手続は連邦政府の広範な移民権限に関するものであり、公的アクセスはこれをチェックする公の権利と解されるから、憲法上保障されると主張される。<sup>(100)</sup> これは退去聴聞が刑事手続に類似していることを前提としている。

両判決とも、修正第一条のアクセス権は執行権部門には適用されないと主張を明確に退けている。であるがゆえに、リッチモンド新聞社の二分肢テストを適用することとなる。ただ、テストの適用には温度差がある。政府の安全

保障上の利益の立証を第六控訴裁判所は厳格に審査したけれども、第三控訴裁判所は合理性の審査であった。安全保障上の利益の主張が憲法上の権利の制限にかかわっているとき、いかなる審査基準が適用されるかは不明である。第六控訴裁判所が厳格にみたのは、二分肢テストで修正第一条の権利が制約されていることが前提となっているからだ。これに対して、第三控訴裁判所はこのテストで修正第一条は問題にならないとして緩くみた違いがあるのかもしれない。ただ、第三控訴裁判所は二分肢テストのなかで公開によって損なわれる公共利益を審査すべきと主張している。

両事件とも、九・一一の衝撃と安全保障の意義や国家利益はわきまえている。デトロイト自由新聞は修正第一条の権利が侵害されていると判断したので、合憲となるためにそれを凌駕する国益と目的に比例した最小限の制限を立証しているかの厳格な審査基準を適用し、政府はこれを立証していないとして、違憲と判断した。安全保障上考えられるマイナス面を十分に斟酌してはいないのではないかと受け取られよう。北ジャージー事件はこれと対照的で、抽象的でもまずは安全保障上の利益を斟酌するとの態度が以下のように前面に出ている。

本件は二〇〇一年九月一日、アメリカ人の生活が激変した日のあとで提起された。九月一日に始まる時代と、その日以降われわれの国民生活の臆 (*fears*) に浸透した対テロ戦争は、立法および国家的政策、日常生活の慣行、そしてわれわれの集団の魂に、多くの方法で反映された。国家第一の政策は自己保全でなければならない以上、ある程度まで退去聴聞を公開すれば、安全保障を損なうかもしれないし、安全保障は論理のテストに黙示されていることは、根本的であるようにみえる。<sup>(10)</sup>

先に見た北ジャージーでのシリカ反対意見は、少なからず共感をよんでいるようだ。<sup>(11)</sup>二分肢テストが維持されるとしても、行政手続への公的アクセスが憲法上どこまで要求されるのかは、不確定である。修正第一条は刑事手続に特

化したものではなく、むしろ構造的に読まれるべきである。すなわち、公民が広く政府の情報を知ることと公権力を監視するという民主主義に資するのを保障したと読むコンテキストに着目すれば、公的アクセス権は刑事手続に限られない。二分肢テストが維持されることに、最高裁の以下のような考えが基底にあるのだろう。「公開性は、裁判に現実に出席できない人々が、公平性の基準が順守されているとの信頼を持つことができるという事実には価値がある。誰もが自由に出席できるとの確かな知識が、確立された手続が踏襲され、逸脱が知られるようになるとの確信を与えるのだ」<sup>(104)</sup>。

公権力の裁判活動 (adjudicative activities) は政治活動 (political activities) と異なり、公的アクセスや公開性が要求されるとの目安が指摘される<sup>(105)</sup>。修正第一条の知る権利に公権力の監視やチェックの機能があるとすれば、政治活動は選挙などにかかる機能が果たされるからといえる。かかる要求は行政国家にあつては行政の裁判手続と立法手続 (legislative) にも反映され、行政手続法 (APA) が関知する。この立場からは、CDには違憲性が推定されること<sup>(106)</sup>なる。移民法は憲法上連邦権限だとする全権論 (plenary powers doctrine) を前提として、連邦議会が実質的な移民権限をセットし、司法審査は制限される。しかし、手続には違憲審査権が認められ、なるほど議会は出入国の実体的基準をルール化できるけれども、執行権のこれらのルールの執行がチェックされないわけではなく、したがって移民政策を秘密に履行するその能力が検証できないとの論理はない<sup>(107)</sup>。CDは行政裁判にかかわるから公開が前提となるわけで、非公開ならば違憲の疑いがとりあえず生じよう。退去手続は政治統制ではなく合理と公平手続 (reason and fair procedure) の基準で正当化されるメカニズムであり、政府利益を達成する代替的な制限的でない手段がなければ制限されないと、それはみられないし、安全保障の利益がそれにあたるかは、概念が一義的ではないため説得力を欠

くので、制限を正当化できないことになる。

修正第一条の公的アクセス権が退去手続に認められるかは、判断が分かれた。修正第一条の保護が及ぶとしても、それは絶対ではないことは第六控訴裁判所も認識している。リッチモンド新聞社が述べたアクセス権の制限が認められる事由を敷衍すれば、以下のようになる<sup>(108)</sup>。アクセスを認めて公開となれば、センシティブな情報を開示してしまいうリスクを考量しなければならぬ<sup>(109)</sup>。裁判が公開されれば別の卓越した価値を侵害する実質的な蓋然性 (substantially) <sup>(110)</sup>があるかどうかが斟酌されなければならない。そうであるならば、公的アクセスを制限することなしにその侵害を避ける代替手段があるかを考える。そうした蓋然性がないなら、アクセスの制限は必要最小限に狭められているか、表明しようとした侵害を効果的に避けているかを考量する。これは個別具体的な判断となる。

退去聴聞は刑事司法手続にきわめて類似し、その手続はほぼ裁判である。I Jは執行権のメンバーであるけれども、独立中立の判事であり、その判決は退去命令となり、人権に大きな影響を与える。一方、安全保障の利益は重要で、秘密を要するところもある。ただCDは、その基準が不明で執行権の完全な裁量にしており、少なくとも特別利益の法的基準や法務長官の命令をチェックするシステムがなければならぬ。安全保障の利益は非開示の理由になるが、それは具体的でなければならず、公的アクセス権が修正第一条で保障された憲法上の権利であるとすれば、包括的なくくりで公開しないと決定させるのは疑問だともいえる<sup>(110)</sup>。

現在法制度の退去手続の枠組みは九・一一後でも大きく変わるものではないけれども、安全保障重視にシフトしており、運用も執行権委譲のパターンになっているようだ。これを確認しておこう。

#### 四 移民法の退去手続と安全保障<sup>(11)</sup>

デトロイト自由新聞で第六控訴裁判所はCDを違憲とし、退去聴聞に公的アクセス権を認めなければ、本件のHaddadの聴聞は依然非開示のままであった<sup>(12)</sup>。Haddadは、新たな退去聴聞は公開が前提であるとの事前差し止めを求めた。二〇〇二年一〇月一日に退去聴聞が実施されるも非公開にされたので、メディアもミシガン東地区連邦地方裁判所に救済を求めた。同裁判所は、閉鎖は控訴審判決に違反し将来的にこれに従うべきとした一方で、政府が提出した証拠がセンシティブであったから、一〇月一日に閉廷したのは適切であったとした。

CDの違憲性は相異なる控訴裁判所の判断でも、最高裁で審理されることはなかった。北ジャージー事件の第三控訴裁判所判決の上告(certiorari)は最高裁で棄却されている<sup>(13)</sup>。CDは二つの司法判断があるにもかかわらず、そのまま維持されたのである。実はCDは二〇〇四年四月に新ルールにとって代わられ、もはや司法で争う利益はなくなつた。二〇〇一年一月段階で、INSはCDを適用するのを控える方針を打ち出している。

九・一一で大きく変わったのは、移民法の管理と執行が新設のDHSの所管となったことである<sup>(14)</sup>。移民と安全保障が密接にリンクする。退去聴聞の公開については、判例が分かれるも、現実には安全保障が重視され、保護命令による非公開の手続が認められている。

## 1 退去の実体要件と手続

アメリカは移民国家で、どの外国人を受け入れ、そして受け入れないか (exclusion) は、国家の主権的決定であり政治判断である<sup>(15)</sup>。消極要件は、アメリカの社会や国益に危害を及ぼさない者であり、すでに一八世紀後半には敵性外国人法 (Alien Enemies Act) と友好外国人法 (Alien Friends Act) <sup>(16)</sup> で、大統領に国家の福利 (welfare) に危険と考えたいかなる外国人も国外追放させる権限を認めている。

最高裁は一九五二年、ベルギーのマルクス主義作家のビザの拒否を追認した<sup>(17)</sup>。初の連邦移民法となる同年制定の INA は、「アメリカの公益を害するような、あるいはアメリカの福祉や保全あるいは安全保障を危うくさせるような」活動に従事する者を入国拒否できるとした。一九九〇年には、冷戦後の外交政策の利益からより安全保障に重きを置いた、退去あるいは入国拒否の要件を定めた規定を追加している。一九九六年には AEDPA を制定し、国務長官に外国テロリスト団体を指定する権限を与え、この団体の資産を財務長官が凍結できるようにした。AEDPA 制定からわずか五ヶ月後、これを改正した IIRIRA は INA を改正して、テロリスト活動の定義規定を設け、これにかかわる外国人も退去の対象に取り込んだ。なおこの AEDPA は、INA に五章 (title V) を追加させて、外国人テロリスト送還裁判所 (Alien Terrorist Removal Court (ATRC)) を創設させることとなる (後述)。

退去は、INA の定める在留条件に反したために合衆国から正規に海外送還される外国人の手続である。適法な移民の入国を処理する政府機関は市民移民局 (U.S. Citizenship and Immigration Service (USCIS)) であるけれども、ひとたび IJ の面前に外国人が立たされると、その裁判手続を監視するのは、EOIR といった別の機関となる。EOIR

はDOJに置かれ、移民の裁判の手続を進め、行政聴聞も行う。

これにはAPAは適用されない(5 U.S.C. § 556)とするのが判例である。しかし、退去聴聞はAPAの聴聞手続と機能的には同じである。<sup>(118)</sup> 移民関税執行部(ICE)がまず、当該外国人が証拠を示して被告が退去されるべき非市民であることを拳証する。これに対して被告は、先の入国許可に基づく合法的な在留であることを立証する。以後、両者間の応酬となる。<sup>(119)</sup>

退去すべきかを決定する退去の聴聞は、移民裁判所に出頭通告(Notice to Appear)(書式I-862)と呼ばれる書類をDHSが提出することで始められる。これは移民裁判所への召喚状であり、この手続の性質、これが提起される法的根拠、法違反とされる外国人の行為、違反したと主張される制定法と当該外国人の責任、自費で弁護士を付けることができること、指定された聴聞に出頭しないときの措置、法務長官に現住所と電話番号を知らせる義務、が記載される。

IJが被告は退去されるべきと判断しても、次のような別の手続に服する場合が少なくない。第一が保証金再決定聴聞(Bond Redetermination Hearings)で、義務づけられた聴聞に出頭しないときに没収される保証金を支払うもので、まずDHSがその額を提示し、これをIJの面前での聴聞を経て確定される。これは、DHSまたは被告は移民控訴部(Board of Immigration Appeals(BIA))に控訴できる。第二が撤回限定聴聞(Withholding-Only Hearing)で、IJは退去を命じられた外国人がINAあるいは拷問禁止条約で退去撤回の資格があるかを決定するための聴聞を開く。第三が無効聴聞(Rescission Hearings)で、IJは適法永住外国人の居住資格決定に原始的瑕疵があるとしてそれを取り消すかどうかを決定する聴聞を行う。



I Jの判決は、両当事者立ち会いの下での口頭で、もしくは後で送付される書面でなされる。判決には双方ともE O I Rの機関であるB I Aに控訴できる。ただそれは移民裁判所のように全米各地にあるわけではなく、ヴァージニア州フォールズチャーチにのみ所在する。この行政レベルの判断が尽きれば、司法権である連邦控訴裁判所に審理を申し立てることができる。

## 2 外国人テロリスト送還裁判所 (Alien Terrorist Removal Court (ATRC))

アメリカ在留の外国人テロリストを排除することへの関心は、九・一一以前から設置されている外国人テロリストの退去を特別に審理する裁判所の存在に見られる。外国人テロリスト送還裁判所 (Alien Terrorist Removal Court (ATRC)) がそれである。

A T R Cは移民退去手続をテロリストに特化して裁判的に処理する機関で、安全保障と移民法が合体した一つの典型である。一九九六年制定のA E D P Aで設置されるも、同法にA T R Cの語はなく、ただA T R Cの規則がA T R Cとしそう呼ばれていることから、A T R Cとなっている<sup>(10)</sup>。A T R Cは中立ではなく、テロリストの疑いがあると法務長官が考えるいかなる外国人も強制的に退去させるための、法務長官のフォーラムであり、その手続は秘密で、その進行はインカメラで一方的である。安全保障が審理に秘密を要するならば、A T R Cの手続は秘密の証拠を使うのを認めることで退去と秘密の二つの目的を満たすのを政府に許す<sup>(12)</sup>。

A T R Cは、最高裁長官が公に任命する、五つの連邦控訴裁判所管轄区域から五人の地方裁判所判事で構成される(長官の裁量で外国諜報監視裁判所 (Foreign Intelligence Surveillance Court) 判事と同一人を任命することもできる)、彼(女)

らがすべて退去手続を処理する<sup>(125)</sup>。A T R Cでの裁判は法務長官が秘密に一方的に提訴することで開始され(いつでも裁判を取り下げることができる)、担当する判事(一人)は他の情報も斟酌してこれを取りあげるか却下させるかを判断する<sup>(126)</sup>。

担当判事が提訴を認めると退去聴聞が開始される。この「退去聴聞は人民に公開されなければならない」<sup>(125)</sup>。合衆国法典八巻一二章のサブチャプターV「外国人テロリストの退去手続」で規定される<sup>(126)</sup>。対象となる外国人に十分な罪責の告知と弁護士同伴権や証拠の提出、証人の喚問、国家全土に及ぶ証人の申請など<sup>(b)(1)(d)</sup>、司法手続に準じた手続となっている。証拠の開示(discovery)では、政府に外国諜報監視法(F I S A)に基づく電子的監視や同意を欠く物理的搜索での証拠を使うことが認められ、外国人にそれらが違法に取得されたものと主張する権利は認められない<sup>(e)(1)(A)(B)</sup>。「連邦政府が保護命令を求めたり、軍や国家の秘密特権の援用を含む極秘情報の開示から保護するために政府に一般的に認められている特権を主張したりするのを、なんら妨げるものはない」<sup>(e)(2)</sup>。当該外国人は違反の性質と聴聞の時と場所に関する合理的な告知を受け、弁護士依頼権が保障され、記録や証拠、証人喚問権が認められる<sup>(127)</sup>。外国人もD O Jもアメリカ全土にわたって証人や証拠書類のsubpoenas(召喚提示命令)を求めることができるけれども、極秘情報には外国人はアクセスできない<sup>(128)</sup>。

このように、政府には極秘情報を使用することが認められる。政府は、危険をもたらさない特別の証拠の極秘のサマリを退去裁判に提出する<sup>(3)(B)</sup>。I Jは一方的にインカメラで、一般に公開するとアメリカの安全保障に、もしくは個人の安全に危険をもたらすと法務長官が判断した証拠を審査するものとする<sup>(3)(A)</sup>。そのサマリを二五日以内に証拠として認めるかを決定し、外国人が防御の準備を十分にできると判断すれば認められ、その際には、政府は外国

人に極秘サマリのコピーを配らなければならない(3)(C)。認められないときは、一五日以内に政府は補正をしなければならず、さらにこの提出から一五日以内に再度認めることがなければ、退去の聴聞手続は終了する(D)(i)(ii)。ただし、I Jが、(I)当該外国人が在留し続けることで、特定の個人に対し、もしくは重篤な身体傷害、または安全保障に回復し難い重篤な損害をもたらす可能性がある、(II)サマリの提供が同じような損害をもたらす、と判断したときは、その限りではない(D)(ii)(iii)。

このサマリなくしてこの退去裁判を進めるとき、DOJはサマリの提供はできないとの声明を外国人に送るようにし、判事に提出された、先の極秘の情報を使用することができる(E)(ii)。当該外国人が適法な永住外国人であるときは、当該極秘情報をインカメラでみた判事は当該外国人に当該極秘情報にアクセスできる特別の弁護士を選任する一方で、その弁護士は当該外国人その他の弁護士にこれを開示してはならず、違反には一〇年以上二〇年以下の禁錮や罰金が科せられる(E)(i)、(F)(i)(ii)。

CDのような、公開に関する制約はないものの、証拠のうち秘密が認められるものには当事者たる外国人もアクセスできないなど、やはり閉鎖的である。ただ、このATRCはこれまで一度も開かれたことがない。九・一一以前でもテロリストあるいは関係者、疑いのある者は通常の退去裁判で処理され、ATRCは無視されたことになる。<sup>(129)</sup>したがって、こうした手続の枠組みが合憲かどうかを検討した判例はない。在住の外国人に適正手続が保障される(判例)とすれば、秘密の証拠に基づく退去命令には違憲性が推定されよう。<sup>(131)</sup>

連邦の証拠法(Federal Rules of Evidence)は適用されず、当該外国人がテロリストであり退去されるべしとする立証の責任は政府側にある。<sup>(132)</sup> 証拠の受領に引き続いて、双方は、当該外国人を退去させるのに十分な証拠であるかを議

論しあう公平な機会 (fair opportunity) が与えられる<sup>(135)</sup>。判事は証拠を総合考量して、政府が挙証責任を果たしたと判断すれば、退去の決定を事実の声明と法的結論を記載した書面での命令を出す<sup>(134)</sup>。A T R C の担当判事の法務長官の訴えを認容した判決にも拒否した判決にも、双方は二〇日以内にワシントン・コロンビア地区連邦控訴裁判所に控訴できる<sup>(135)</sup>。

### 3 移民裁判所 (Immigration Court) と移民判事<sup>(136)</sup>

退去裁判はこれまで通常の移民裁判所でなされている。退去聴聞は、I J が主催する移民裁判所でなされているのだ。全米で五〇以上あり、二〇〇人以上の I J がいる。これらを統括するのが E O I R であり、D O J の機関として法務長官の指揮下に置かれる。首席移民判事部 (Office of the Chief Immigration Judge (OCIJ)) は、全米に広がる移民裁判所の管理運営と I J の服務を統督する (exercises administrative supervision)。O C I J は E O I R を構成する一部局であり、B I A や首席管理聴聞官局 (Office of the Chief Administrative Hearing Officer (OCAHO)) とともに、E O I R 長官の監督の下で動く。B I A は移民に関する行政裁判の最高位の裁判所であり、全米の移民裁判所および D H S の判断の上訴審である。また、移民法が全国的に統一して適用されているかに責任を有する。時宜に応じて、I N A をはじめとする法令に依拠して中立的立場から問題を解決する任を担い、I J に明確で統一的なガイダンスを与える。O C A H O は E O I R にあつて独立した機関で、職員の懲戒や偽造文書に関する聴聞の責を負う。その行政法判事は O C M J とは無関係で、O C A H O の決定を B I A は審査しない。

I J は裁判では独立して、法にのっとりて迅速に係争を解決する。憲法三条の司法権の判事ではなく、行政法判事

である。<sup>(137)</sup> IJの面前での証拠聴聞 (evidentiary hearing) が裁判の主なプロセスである。一般に退去可能性 (removability) を決定し、退去からの救済の申請を裁断する。最高次の倫理基準に従って、公平に高貴に (honorably) 行動するように仕向けられており、移民裁判所の裁判の統合と不偏不党で公的信頼を確保する。IJの不当行為はDOJとEOIRで聴聞を経て慎重に審査される。

IJが主宰する移民裁判所は司法廷ではない。移民は複雑な外交問題や微妙な政治的機能を含むゆえに、執行権の判断の要素がある。DOJが移民裁判の政策や運営に責めを負っており、IJは一九八三年にDOJに創設されたEOIRのメンバーである。IJは司法裁判官や他の行政法判事と異なって、もっぱら法務長官によってのみ任じられ、法務長官の統括下で行動する。<sup>(138)</sup> 執行権のみがIJの任命に責任があるのであって、司法裁判官のように広範なチェックのシステムには服さず、また一般の行政法判事のように競争試験が課せられることもない。

なおIJの判決にはBIAへの控訴が認められている。その判決は公刊されないけれども、文書でなされる。二〇〇二年に法務長官アシククロフトによって、BIAは一人のメンバー編成とされた。ただその負担は重く、例えば二〇〇六年には四万一四七九件の控訴を処理した。他方、質の低下も指摘され、政府寄りの判断が増え、IJの不適切な判断をクリーンアップする機関ではもはやないとの批判もある。<sup>(139)</sup> IJの判決は国外退去を強制することにもなるので、庇護を求めていた者には死刑判決に相当する。司法手続の道が開かれているとはいえない覆されるのはまれであるから、IJそしてBIAのメンバーの質の向上と慎重な審理が望まれる。<sup>(140)</sup>

IJは司法裁判官と同じ程度独立しているとまではいえないかもしれない。しかし、退去聴聞は司法手続に準じた法で公平かつ慎重な審理で進められているのを前提にしている。現行は基本的には九・一一以前と変わっていない。退

去聴聞の現在の手続のみ確認しておこう。

DHSが、裁判の性質、裁判の法的根拠、法違反とされる行為、適用条文、政府負担の弁護人を同伴しての出頭権、予定聴聞日に出頭しなかった時の措置、法務長官に直ちに居場所を文書で知らせる義務を書いた出頭通知 (Notice for Appearance) を移民裁判所に提出することで聴聞手続は開始される。以後、当該外国人は被告人 (respondent) となり、対DHSで裁判が進行する。

IJは、①本人、②ビデオ会議、③電話会議、のどれかで聴聞を行う。そのスケジュールは時宜に応じて迅速に決定されなければならない。被告の不出頭あるいは正当な理由なき遅延は、「欠席の下で (in absentia)」聴聞がなされたとされる。このとき、退去命令は本人不在で下される。被告は、この命令を無効にするために再開廷のモーションを出せるけれども、控訴はできない。

聴聞は一般に公開される。ただ以下の留保がある。①庇護あるいは退去の撤回、あるいは拷問その他残虐で非人道的なもしくは非常に非常な処遇、または刑罰に対する条約に基づく訴えの申請に絡む証拠聴聞 (evidential hearings) は、被告が明確に非公開を要求しなければ、公開される。IJは、かかるケースで被告に非公開にするかを尋ねるものときされる。②外国人児童の虐待に関する聴聞は非公開である。ただし、虐待された配偶者が公開に同意していれば、その限りではない。③裁判は、情報が、保護命令に服し封印されて提出されたと考えられるなら、非公開となる。さらにIJは裁量で、一般に公開とされる聴聞でも、公益、もしくは証人を保護するため、聴聞を非公開にしたり、出席者を制限したりできる。また、当事者は口頭もしくは書面で、聴聞を非公開にするようモーションを出せる。メディアは公開の聴聞に出席できる。ただし、法廷での電子機器の使用は一般的に禁止され、出席に当たっては移民裁判所の

連絡調整室と事前にコンタクトをとるものとされる。聴聞は判事によって電氣的に記録される。

被告が公判前にI-Jに最初にお目見えするのは、訴答、スケジュールづくり、その他類するものための裁判進行予定調整聴聞 (master calendar hearing) である。ここでは、被告に無償の弁護士依頼権や無料もしくは低コストの法サービスや証拠提示権があることを助言したり、争点を絞ったりする。ただし、法的な主張や論争はしない。退去や救済申請のチャレンジなど争いのある事項についての証拠聴聞は、実体聴聞あるいは個別予定聴聞 (individual calendar hearings) として行われる。当事者間と判事の間で争点を絞ったり情報を共有したりするための事前聴聞会同 (pre-hearing conference) も、設けられている。いずれも書面を提示して口頭弁論を軸に行われる。

このようにI-Jの退去裁判での聴聞は司法裁判をモデルにしている。ただ、安全保障のための保護命令が出されると、法廷は非公開にされる。

## 五 むすびにかえて―日本への若干の示唆

アメリカは、司法のみならず執行権の裁判手続にメディアや人民がアクセスする権利を修正第一条の保護の射程に置いた<sup>(註)</sup>。無論これは絶対ではなく、凌駕する政府利益が合理的に認められれば制限は正当化される。ただ、制憲者が肝に銘じた、次のような系統の「言論の自由」は脈々と流れているのは観察できる<sup>(註)</sup>。「施政者 (magistrates) の行為が開かれて検証されて公に審査されることは、正直な施政者すべての利益であり、大志 (ambition) でなければならぬ」。

刑事裁判へのアクセス権のアナロジーとして、行政手続たる移民の退去裁判に国民の知る権利<sup>145</sup>表現の自由が及ぶかの問題は、それに安全保障の利益が絡むとき、両者をどう調整するかを考えなければならぬ。国民（主にメディア）の権利を重視すれば、これを認めたくえて、安全保障上の利益との考量を個別具体的に吟味していくことになる。問題はいかなる基準でこれを行うのか、そして誰が決定するのか、である。執行権（DOJやDHS）のイニシアティブに基づいてIJが審査し、最終的には司法権が判断することで行わなければならない。

日本の出入国管理では、退去は行政行為として構成され、アメリカのように裁判は行わないから、当事者以外への公開は意識されず、秘密の証拠など証拠法に関する詳細な法はない。出入国行政には行政手続法の適用が除外され（三条一〇号）、そうでなくても行政手続は当事者以外の一般人への公開は消極的で（二〇条、二〇条六項<sup>146</sup>）、そもそもアメリカのような、退去聴聞への公的アクセスとかそこの安全保障利益への配慮とかいった土壤にはないともいえる。

日本の出入国管理法制はアメリカ型を取り、在留資格を法定し（出入国管理及び難民認定法二四条に列挙）、その違反者に対して退去手続をとる仕組みになっている<sup>147</sup>。それは、①入国警備官によるかかる在留資格欠如の違反調査（二七条。該当外国人は「容疑者」となる。取り調べや捜索、押収、収容などの捜査権限が認められている。二八―四四条）②入国審査官が退去強制事由に該当するかの審査（四五条。不法滞在者でなきことは容疑者が立証（四六条））③入国審査官の退去事由認定に対して三日以内に特別審査官に口頭審理を請求し、これを受けての特別審査官による口頭審理（四八条）④特別審査官の判定に対し三日以内に法務大臣に異議を申し出、これに理由があるかを法務大臣が裁決（四九条）、の四段階をとる。この裁決は羈束行為であるけれども、異議に理由がないと認める場合でも永住許可を受けているなど法定の斟酌事由に該当するときは、法務大臣の裁量で在留を特別に許可することができる（五〇条<sup>148</sup>）。口頭審理はあるも



の、アメリカのような裁判構造ではない。

不法滞在のほか強制退去事由として、憲法秩序を破壊するなど日本国の利益または公安を害する行為者（二四号オ・ワ・カ・ヨ）や、さらに平成一八年五月の改正で付加された公衆等脅迫目的の犯罪のおそれがある相当の理由がある」と法務大臣が認定する者（同条三号の二。なおこの場合、法務大臣は外務大臣、警察庁長官、公安調査庁長官、海上保安庁長官の意見を聞くものとされる。二四号の二）や、テロリスト等「国際約束により本邦への入国を防止すべきものとされている者」（二四号三号の三）があり、安全保障の利益を斟酌している<sup>(16)</sup>。しかし、かかる要件に該当すると判断した証拠の開示について、プロテクトするルールも、また公開を原則とするなどのルールもない<sup>(17)</sup>。日本では外国人の退去手続が非開示非公開でなされることに適法性や適憲性の目はそがれていないといえよう。

わが国の外国人の退去手続はアメリカと異なり、行政処分型である。その意味では公的アクセスが少なくとも憲法上の権利に昇華されては議論されないようだ。しかし、対テロが喫緊の課題となり、それは犯罪とちがって予防に重点があるとすると、外国人の入国や滞在の許可に諜報も駆使した迅速な対応が急務である<sup>(18)</sup>。秘密の情報に基づいた証拠を使用する場合、その許容性やアクセスの可能性をどうするか、安全保障とのバランスの取れた手続を考えていく時が来ているのではなからうか。

(1) New York Times v. U.S., 403 U.S. 713, 719 (1972) (Black, J., concurring).

(2) 富井幸雄「アメリカ大統領と安全保障法としての移民法―テキサス事件を素材として」法学会雑誌五七巻一号四五頁、二〇一六年。西山隆幸「アメリカの移民政策における安全保障対策と不法移民対策の収斂」甲南法学五四巻一・二号一頁、二〇一三年。もっとも、移民法は安全保障やテロリズムの周りで展開しているわけではない。九・一一後は顕著であるけれども、

- 多くは安全保障の問題に直接かかわるものではない。STEPHEN H. LEGOMSKY AND CRISTINA M. RODRIGUEZ, IMMIGRATION AND REFUGEE LAW AND POLICY 816 (5<sup>th</sup> ed. 2009).
- (3) June 27, 1952, ch. 477, 66 Stat. 163 (8 U.S.C. § 1101 et seq.).
- (4) INAは、アメリカ国籍を持たない人を外国人 (alien) と定義している。8 U.S.C. § 1101 (a)(3). 移民は駐在大使や滞在研究者など、INAが定める非移民外国人のカテゴリーに属さないすべての外国人をいう。8 U.S.C. § 1101 (a)(15). アメリカの現行法は以下に基づく。http://www.cornell.edu/uscode
- (5) 以下を参照。大野友也「アメリカ移民法における外国人の強制送還手続に伴う身柄収容とデュープロセス」早稲田大学大学院法研論集一二二号二五頁、二〇〇七年。高佐智美「アメリカ移民法におけるデュープロセスと司法審査」国際人権一八号一五頁、二〇〇七年。同「アメリカにおける人権のゆらぎ」移民法におけるデュープロセスの保障」獨協法学七二号二二頁、二〇〇七年。渡辺賢「手続的デュープロセス理論の一断面(五)―合衆国移民法制を素材として」北大法学論集四二巻三号七六一頁、一九八五年。本稿は適正手続に関するものではなく、退去手続当事者以外の第三者たる一般国民、特にメディアの手続へのアクセスの権利が憲法で保護されるかの問題にかかわる。
- (6) 富井、前掲(5)論文。Texas v. United States, 787 F.3d 733 (5<sup>th</sup> Cir. 2015), cert. denied, 579 U.S. \_\_\_\_ (2016).
- (7) 拒否可能な外国人 (excludable alien) であり、アメリカに物理的に入国し滞在する権利がINA二三五―二三七条に従って決定される外国人である。退去される外国人 (deportable alien) は、同法二四一―二四三条でより保護的な条項に基づいて滞する権利が決定される外国人である。David Martin, *Due Process and Membership in the National Community: Political Asylum and Beyond*, 44 U. PITT. L. REV. 165, 165 n.1 (1983). 同論文は、入国拒否の憲法上のデュープロセスの権利を分析する。
- (8) 入国拒否と退去は移民判事が裁判で判断したけれども、一九九六年の違法移住改革移民責任法 (Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act) によって送還裁判 (removal proceedings) に一元化された。もともと、移民法の類型と(1)(2)の二は残存している。LEGOMSKY AND RODRIGUEZ, *supra* note 2 at 648.
- (9) Knauft v. Shaughnessy, 338 U.S. 537 (1950). 同文は「アメリカに入国してきた人の退去のルールがどのようなものであろうとも、当該外国人の入国拒否の政府の政治部門の決定を審査するのは…いかなる司法裁判所の領域にもない」。*Id.* at 543.

- (10) 同条は、連邦議会が、国教樹立、宗教活動禁止、言論・出版・平穩集会の自由はく奪、請願権否定、の立法をなしてはならぬと規定する。U.S. Const. Amend. 1.
- (11) 筆者は盗聴などの電子的監視についてこの観点から安全保障領域へのアナロジーを検討した。富井幸雄「安全保障上の電子的監視—権力分立と合衆国憲法修正第四条の交錯」法学新報一二三巻三・四号七五頁、二〇一五年。なお、退去手続での視点から分析したものとして、Shirley C. Rivadeneira, *The Closure of Removal Proceedings of September 11<sup>th</sup> Detainees: An Analysis of Detroit Free Press, North Jersey Media Group and the Creppy Directive*, 55 ADMIN. L. REV. 843 (2003).
- (12) 最判大平成元年三月八日、民集四三巻二号八九頁。憲法八二条は裁判公開制度にかかわり、法廷でメモを取る権利は同条ではなく、二一条の表現の自由の問題だとした。日本国憲法は刑事裁判を公開とし（八二条、三七条）、それを被告人の請求権にまで高めている（三七条一項）が、一般国民が裁判に出席できるあるいは傍聴する権利まで憲法は保障したとは、すくなくとも判例ではされてゐない。
- (13) U.S. Const. amend. VI「すべての刑事上の訴追において、被告人は、犯罪が行われた州の当該地区（地区は予め法律により確定しなければならない）の公平な陪審による迅速かつ公開の審理を受ける権利を有する」。邦訳は、高橋和之編『世界憲法集』（岩波書店、二〇一二年）による（以下同）。
- (14) *Gannett Co. v. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979). 本件の問題は、「人民各人が予審前公判手続 (pretrial judicial proceeding) にアクセスするのを主張する憲法上独立した権利を、予審判事も、被告人も、検察官も、すべてが公平な裁判を確保するためにこの手続を非開示で行うことに同意しているとしても、有するか」だとし、修正第六条は予審前審理に出頭する被告人個人の権利であつて、公民のそれではないとした。 *Id.* at 370, 381, 391 (Stewart, J. delivering). この修正第六条の権利がどこまで及ぶかは不明で、首席判事のバーガーのみが予審前手続に限定されると、補足意見で述べている。 *Id.* at 394-396 (Burger, Chief J., concurring). 反対意見は、修正第六条でアクセスする公権は保障されてゐるとした。 *Id.* at 447 (Blackmun, J., dissenting, joined by Brennan, White, Marshall). 私的な手続 (private proceedings) にまづは及ばない。同条は公開裁判という公益を保護したのであるから、私的な手続では被告人は独立した憲法上の権利を要するところ、そうしたものはないとした。 *Id.* at 418-27. ともあれ、ガネット事件で最高裁は初めて、メディアや公民が刑事手続に出席する憲法上の権利があるかの問題に直面した。

- (15) 当時のこの問題に関する判例法は以下の四点にまとめられる。第一に、情報を伝播し受領する権利(十分な憲法的保護が及ぶ)とニュースを収集する権利(十分に保障されない)を区別している。第二に、アクセス権は立法府に最もよく委ねられた政治的決定を含む。第三に、潜在的に広がるようなアクセス権には慎重な考慮がありうる。第四に、法廷の手続では修正第一条の価値は特に優越する。Jonathan L. Hafetz, *The First Amendment and the Right of Access to Deportation Proceedings*, 40 CAL. W. L. REV. 265, 278 (2004).
- (16) *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980). 人民はそのほかの刑事公判(criminal hearings)にアクセスする修正第一条の権利を有すると判示した。
- (17) 「私たちの以前の法廷で、被害者の家族と一緒にいた一人の婦人がまたいた。彼女は法廷に着席していた。私(被告人―筆者)は、誰が何を証言するかに関して私たちが休廷するとき、いかなる情報も前後に揺さぶられるのを望まないの、本法廷からすべての人が排斥されるのを要求するものである」。*Id.* at 2818.
- (18) *Id.* at 2821. 賛成意見のステイブンスは、本件は分水嶺(watershed)だと主張する。*Id.* at 2830 (Stevens, J. concurring).
- (19) *Rivadeneira, supra* note 11 at 848.
- (20) 448 U.S. at 2823. 加えて、共同体に対して正義がなされたとの心理的效果も挙げる。「犯罪行為に社会が責任を充分果たしているとの自覚がなければ、反抗と悪行の人間本性の反作用が不満として鬱積し(frustrated)、復讐の何らかの形としての自助(selfhelp)で自身を露にすることになる」。*Id.* at 2824. ウィグモア(J. Wigmore)の証拠法を引いて、「司法手続の告知(publicity)が、証言の質云々よりはるかに広い含意をもった要件なのである」。*Id.* ブラックストーンやベンサムなど、多くの古典を紐解いてこれを説いているのが目を引く。歴史や古典は明らかに刑事裁判公開制とする。「開かれた社会の人民は自分らの制度が全く誤りのないこと(integrity)を求めるものではなく、自分らが監視するのを禁じられていることを認めることが困難なのである。刑事裁判が公開で行われるとき、すくなくともそこには、制度一般とそれが個々の事件で機能していることの両方を理解する機会があるのである」。*Id.* at 2825.
- (21) *Id.* at 2828. 刑事裁判については矛盾のない歴史により、「われわれは、公開の前提(presumption of openness)がわれわれの司法制度の刑事予審のまさに本質の淵源を持つ」と結論せざるを得ない」とする。*Id.* at 2825.
- (22) *Id.* at 2827. 修正第一条と第一四条が明示的に保障した自由は、「政府機能に関する事柄でコミュニケーションの自由を確

保するという共通の核となる自由を共有している」。 *Id.* at 2826.

(23) *Id.* at 2828. なるほど公の場合へのアクセス権は明文の憲法規定を欠くけれども、このように言論出版、集会の自由といった明白に定義された権利の享有に不可欠な根本権と考えられる。 *Id.* at 2829. かくして判決の結論はこうである。「公判で主張された凌駕する利益がないので、刑事事件の予審は公民に公開されていなければならぬ」。 *Id.* at 2829-30.

(24) *Id.* 人民の予審へのアクセス権が刑事のそれ以外に及ぶかは本件の争点ではないけれども、「歴史的には、刑事も民事も予審は前提として公開であることに留意する」としている。 *Id.* n.17.

(25) *Id.* at 2829-2830. その凌駕する利益が具体的にいかなるものかは例示していない。ブレナンンの賛成意見は、「いかような優越的利益がこの公開の原則を凌駕しうるほど十分にやむに止まれぬかには、いまここでかかわる必要はない。というのも問題となっている制定法は判事と当事者の無制限の裁量で審理の閉鎖を授權しているからである」。 *Id.* at 2839 (Brennan, J. concurring). バーガーの法廷意見には、ホワイト、ステイブンス、ブレナン、マーシャル(ブレナンに同調)、スチュワートが補足意見を述べている。

(26) *Id.* at 2843-2844.

(27) Howard W. Chu, *Is Richmond Newspapers in Peril After 9/11?*, 64 OHIO L.J. 1655, 1661 (2003).

(28) Vincent Blasi, *The Pathological Perspective and the First Amendment*, 85 COLUM. L. REV. 449, 489 (1985).

(29) Lilly Chang, *Applying the Richmond Test: Closed Deportation Hearings and the First Amendment*, 1 U.C. IRVINE L. FORUM J. 47, 49 (2003).

(30) 修正第一条は、一般に利用できない情報に特別にアクセスする憲法上の権利をメディアに付与するものではない。 *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665, 684-685 (1972).

(31) STEPHEN DYCKUS, ARTHUR L. BERKEY, WILLIAM C. BANKS AND PETR RAVENHANSSEN, NATIONAL SECURITY LAW 962 (3<sup>rd</sup> ed. 2002). 刑事裁判への公的アクセスとしての法廷への出席は、「政府の機能に関する事項でコミュニケーションの自由」を保障するところにある。 100 S.Ct. at 2826. 政府を評価したり批判したりするには、情報や思想を「受領する権利」が必須となる。 *Martin v. City of Struthers*, 319 U.S. 141, 143 (1943).

(32) 政府権力の濫用に対してである。 Blasi, *supra* note 28 at 490. スチュワート判事も、「情報が与えられ、かつ自由なブレ

スなくば、啓蒙された人民など存在し得ない」。N.Y. Times v. U.S., 403 U.S. at 728 (Stewart, J. concurring). 制憲者が修正第一条に託したものは、政府を批判する権利は自由で民主的な政府が機能するエッセンスだと信じている。MICHAEL STOKES PAULSEN AND LUKE PAULSEN, THE CONSTITUTION: AN INTRODUCTION 102 (2015).

(33) 「憲法上の知る権利は政府から情報を獲得する公の権利を内包する。…至高なものとして公民は、そのしもべたる政府に教えるために、利用できるすべての情報を持つていなければならぬ。一般命題として、民主主義が機能しようとするものなら、情報の阻止などあつてはならない。…知る権利のそうした目的が修正第一条の唯一の目的かどうかはともかく、それが同条項の主たる要素であり、そう認識されねばならないのは確かである」。Thomas I. Emerson, *Legal Foundation of the Right to Know*, 1976 WASH. L.Q. 1, 14. この論文は、修正第一条が根本的に情報受領者の知る権利を内包しているとのマイクルジムの理論に全面的には賛成しないと説くものであるが、この点は彼の理論を認めている。

(34) David Mitchell Ivester, *The Constitutional Right to Know*, 4 HASTINGS CONST. L.Q. 109, 109 (1977). 司法官もこの認識に基づかざる。 *Id.* at 137-38.

(35) Emerson, *supra* note 33 at 2. 「知る権利は、立法その他政府の積極的な行為によって支持される権利の根柢となり、修正第一条に具体化された表現の自由の制度に不可欠な (integral) 部分であると考えなければならぬ」。 *Id.*

(36) Crosjean v. American Press Co., 297 U.S. 233, 243, 250 (1936). *See also*, Martin v. Struthers, 319 U.S. 141 (1943). 印刷物の戸別訪問配布を禁止した市条例が修正第一条に反するとした。

(37) Mary-Rose Papandrea, *Under Attack: The Public's Right to Know and the War on Terror*, 25 B.C. THIRD WORLD L.J. 35, 39-40 (2005).

(38) Houchins v. KQED, 438 U.S. 1, 15 (1978).

(39) *Id.* at 3, 9 (Burger, Chief J. delivering, joined by White and Rehnquist, JJ.). バーガー首席判事は、この権利は立法政策あるいは政治過程に委ねられた問題だとした。 *Id.* at 12. また、修正第一条は政府統制下にある情報源すべてにアクセスする権利を保障したと当法廷が判示したことはなすとす。 *Id.* at 9. スチュワート補足意見は過去の論文で書いた以下のような持論を展開している。 *Id.* at 16 (Stewart, J. concurring). Papandrea, *supra* note 37 at 42 n. 29. 「特定の政府情報にアクセスする、あるいは官僚機構から公開を義務づける憲法上の権利はない。自分の政府について知る公民の利益は自由なプレス (Free

Press)の保障で保護されるけれども、その保護は直接的である。憲法は情報自由法でもなければ公式秘密法でもないのだ。最高裁判例は、記者が刑務所に入つて指定した囚人にインタビューする特別の権利を修正第一条は認めただけではないとした。Pell v. Procunier, 417 U.S. 817 (1974); Saxbe v. Washington Post Co., 417 U.S. 843 (1974)。こうしたインタビューは刑務所内にスターを作り、その規律と秩序を乱すとした。憲法には、公民が一般に共有しない情報にプレスが特別にアクセスするのを政府が受け入れるように義務づけるものはないとした。Id. at 834.

(40) 438 U.S. at 30-32 (Stevens, J., dissenting joined by Brennan and Powell, JJ.)。これが後のリッチモンド判決の基礎となること。Papandrea, *supra* note 37 at 42.

(41) 法律家は、制憲者の中心的理解と古典や由緒ある (time-honored) 先例の教えを参照して現代の問題を分析する。「こうした権威ある原典は操作され、現実には現代の理解や嗜好に訴えることなくば完全に引き出し得ないとの理解でも、過去のランドマークを参照せずに法文化を導くことはなからう。レトリックと理解の両方を出典として、これらのランドマークは価値のあるものだと万人の心に止められることとなる」。Basi, *supra* note 28 at 469.

(42) 100 S.Ct. at 2830 n.18.

(43) 最高裁が、修正第一条はメディアに特別の情報収集の権利を保障したと判断したことはない。しかし、過去の判例の流れも踏まえて、リッチモンド新聞社はメディアの修正第一条の権利を人民寄りから拡大したと分析する者がある。Timothy B. Dyk, *Newsgathering, Press Access, and the First Amendment*, 44 STAN. L. REV. 927, 935 (1992)。「プレスがニュース収集において憲法上特別のアクセス権を享受するのは、適切であるとともに望ましい」と論じる。Id. at 929. メディアのプレゼンスは人民のそれより重要であること、一般参加が場を壊す潜在性がより少ないこと、重要な論点を想起させること (shifting function) を指摘する。プレスの法廷アクセスが問題となる事例は、①プレスのみ排除する差別②伝統的に認められていたのを今になって禁じるケース③選択的に排除されるケース、の三種がある。Id. at 941. ①と②には下級審で違憲判断があるとする。Id. at 944. 本稿ではメディアの権利に特別に習熟しないので、この議論はこれ以上行わない。

(44) 修正第一条は自己統治の共和政体 to 個々の市民が参加し貢献するのを確保する。Globe Newspapers v. Superior Court, 457 U.S. 596, 604 (1982).

(45) Press-Enterprise Co. v. Superior Court, 478 U.S. 1, 8, 9 (1986).

国外退去手続への公的アクセスと安全保障 (富井)

- (46) プレスの修正第一条でのアクセス権は限定されているなど消極的に解する下級裁判例として、*WPJX, Inc. v. League of Women Voters*, 595 F. Supp. 1484 (S.D.N.Y. 1984); *Capital Cities Media v. Chester*, 797 F.2d 1174 (3d Cir. 1986). 最高裁は刑事手続以外にアクセス権を明白に認めたとはいえず、一般的に知る権利が修正第一条で保障されたと明言したこともない。Hafetz, *supra* note 15 at 285.
- (47) *Globe Newspaper Co. v. Superior Court*, 457 U.S. 596 (1982).
- (48) *Press-Enterprise v. Superior Court*, 464 U.S. 501 (1984). 手続が伝統的に公開となっており、公開が重要な機能を果たしてゐる。一〇代の少女の強姦殺人事件での陪審員選任の尋問手続 (*voir dire*) の非公開が違憲と判断された。
- (49) *Craig H. Lubben, First Amendment-Constitutional Right of Access to Criminal Trials*, 71 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 547, 557 (1980).
- (50) *Lauren Gilbert, When Democracy Dies Behind Closed Doors: The First Amendment and "Special Interest" Hearings*, 35 *RUTGERS L. REV.* 741, 751 (2003). *See also*, Eugene Cerruti, "Dancing in the Courthouse": *The First Amendment Right of Access Opens a New Round*, *U. RICH. L. REV.* 237, 269 (1995). ほとんどのあらゆる法手続や文書へのアクセスは修正第一条で保障されると判断しているけれども、裁判所を超えてまで拡大されてはいない。
- (51) *Id.* at 295-296. この論文は、司法権のみの行動にアクセスする修正第一条としての権利に習熟する。ただ、より開かれた政府のための主張を満足させるもの足りうるとする。*Id.* at 325.
- (52) 「裁判は紛争を裁断し権利を保護する単に実証的な方法以上のものである。全司法プロセスにおいて、そして広くはわれわれの政体において、枢要な役割を果たす。われわれのシステムでは、判事は単なるアンパイアではなく、彼ら自身の領域では立法者—政府の調整的部門である。個々の事件は当事者間の紛争となり、あるいは個々の公訴にかかわるけれども、裁判所の判断は概して、社会のメンバーに実際のな公式の帰結をもたらす。加えて、判事は憲法上の権利を解釈し保護する重要な仕事への責任を帯有している。しかるに、裁判が司法による事実認定のメカニズムである限り、法的決定形成の最初のフォーラムであるのももちろん、生粋の (genuine) 政府手続なのである。」109 S.Ct. at 2837-38 (Brennan, J., concurring). *See also*, *id.* at 583-84 (Stevens, J., concurring). 修正第一条の情報アクセス権は、司法を含む政府運営についての情報にアクセスする権利の侵害からプレスと人民を保護するとする。



- (53) Alexander Meiklejohn, *What Does the First Amendment Mean*, 20 U. CH. L. REV. 461 (1952-53). 「修正第一条で保障されたわれわれの政治的自由は、以下の事実から構成される。「われわれは国家統治業務に取りかかるとき、その統治はいかなる根拠に基づいても、従属的な政府部門の行為によつてその自由が奪われてはならない」。 *Id.* at 465.
- (54) Ashutosh Bhagwat, *Patrimony and the First Amendment: A Structural Approach*, 56 U. CH. L. REV. 1369, 1384-85 (1989). 司法審査の政治過程理論でもあり、J・H・イレイの「代表強化 (representation-reinforcing) 司法権論」でもあって、リッチモンド新聞社以前は、政府部門へのアクセスは政府が決定する政治問題であると片付けられてきた。Hafetz, *supra* note 15 at 301-2. リッチモンド新聞社とこれを踏襲する判例は、この構造理論と、歴史的伝統と機能価値の「補完的考量」のミックスだとする。Press-Enterprise Co. v. Superior Court, 478 U.S. 1, 8 (1986) (Press-Enterprise II). 被告人の公平な裁判を受けるようにするために四一日間の聴聞記録を非開示とした裁判所の判断は、リッチモンド新聞社の二分肢テストからかかる予審は公開が前提であるとしたうえで、公的アクセスが被告人の公平な裁判を受ける権利を害するのか、非開示に対する合理的な代替手段が当該権利をしっかりと保護するのかといったことの立証がないとして、退けた。
- (55) 100 S. Ct., at 2833 (Brennan, J., concurring).
- (56) Heidi Kitrosser, *Secrecy in the Immigration Courts and Beyond: Considering the Right to Know in the Administrative State*, 39 HARV. C.R.-C.L. REV. 95, 102, 102 n.28 (2004).
- (57) 457 U.S., at 611 (O'Connor, J., concurring).
- (58) 8 C.F.R. § 1003.46 (2004).
- (59) Gabriel S. Oberfield, *Press Right in Peru: The Department of Justice Infringes upon Press Liberties by Conducting "Special Interest" Removal Proceedings*, 13 FORDAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 1209, 1214 (2003). 連邦規則 (C.F.R.) は人国拒否の手続で公開していなかったが、退去聴聞はすべて人民の出席を認めていた (例外有り)。 *Id.* at 1219. 本項の記述は以下に依拠する。 *Id.* at 1215-1219.
- (60) 現行法も I.N.A の管理と執行の権限を法務長官に与えているが、大統領、国務省、外交官に与えられているものを除くと同じ。
- (61) 8 C.F.R. § 246.16 (a) (1965). *See also*, 8 C.F.R. § 3.27 (1997).

- (62) Papandrea, *supra* note 37 at 59 n.134.
- (63) Bo Cooper and Margaret D. Stock, *Immigration Law and National Security*, in NATIONAL SECURITY LAW AND POLICY 1263, 1281 (John Norton Moore, Guy B. Roberts and Robert E. Turner, eds. 2015). なお、本文の記述は以下に示唆を得ている。 *Id.* at 1281-88.
- (64) United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy, 338 U.S. 537 (1950); Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei, 345 U.S. 206 (1953). この両判例を検討した邦語文献として、渡辺賢「手続的デュー・プロセス理論の一断面 (三)」北大法学四一巻六三五頁、一九九〇年。
- (65) 351 U.S. 345 (1956).
- (66) *Id.* at 356-358. ウォーレン首席判事は、「司法および行政のプロセス両方でアメリカのフェアプレーの精神が犠牲にされるべき反対意見を述べた」。 *Id.* at 361. *See also, id.* at 362 (Black, J., dissenting).
- (67) United States ex rel. Barbour v. District Director of INS, 491 F.2d 573 (5<sup>th</sup> Cir. 1974); Ali v. Reno, 829 F. Supp. 1415 (S.D.N.Y. 1993), *aff'd*, 22 F.3d 442 (2d Cir. 1994).
- (68) 富井、前掲(2)論文。なお九・一一直後のテロ対策の展開について、富井幸雄「アメリカにおける軍の警察活動の制約 (一) — Pose Comitatus 法の意義」法学新報一一巻一一・一二号五三頁、六八—七一頁、二〇〇五年、参照。世界貿易センタービル・ツウインタワーや国防省がテロ攻撃を受けた直後、FBIはほとんどがイスラム教徒である推定一二〇〇人を拘禁し、その正当化として移民手続を援用した。逮捕のいかなる情報も秘密で、移民判事の前にメディアからも人民からも目に留まらない完全な秘密であった。Dangerous Doctrine: The Attorney General's Unfounded Claim of Unlimited Authority to Arrest and Deport Aliens in Secret. A Joint Report by Comm. On Immigration & Nationality Law and Comm. On Communications & Media Law, Assoc. of the Bar of the City of New York, <http://www.nybar.org/pdf/report/secret%20detention%20proceedings.pdf> at 4. Hereinafter 'Dangerous'.
- (69) Jan C. Ting, *Unobjectionable But Insufficient: Federal Initiatives in Response to the September 11 Terrorist Attacks*, 34 CONN. L. REV. 1145, 1150 (2002). 九・一一直後の移民法の改正についての本文での記述は、この論稿によるものが大きい。同論文は、九・一一後の移民法の改正を安全保障の側面から積極的に評価している。

- (70) Kate M. Manuel, *Immigration Detainers: Legal Issues*, CRS Rep. R42690, May 7, 2015. 二〇〇九年会計年度では二七万九八八件の移民拘禁令状 (immigration detainer) が二〇一〇年度当初から二一か月間に二〇万二七七八件が、出されている。それが最終的にすべて退去された者となったかは不明。 *Id.* at 9. 移民拘禁令状とは DHS の「連邦関税移民局 (Immigration and Customs Enforcement) が、当局の拘禁している人物に関係を持つ他の法執行機関に助言する文書」である。 *Id.* at 1. 8 C.F.R. § 287.7(a). 一般的書式は I-247 である。当該外国人が退去されるべき理由があることを明示して退去裁判を発意するものである。
- (71) *Id.* at 18-27. *See also*, Carlson v. Landon, 342 U.S. 524, 538 (1952).
- (72) Memorandum from Chief Immigration Judge Michael Creppy, to All Immigration Judges and Court Administrators, Spl. 21, 2001. [http://archive.achorg/court/creppy\\_Memo/pdf](http://archive.achorg/court/creppy_Memo/pdf)
- (73) North Jersey Media Group v. Ashcroft, 308 F.3d 198, 202 (3d Cir. 2002) (en banc).
- (74) Dangerous, at 6-9. I-1 には秘密指定権を法務長官が濫用していると明らかに判断できても、特別利益に指定されれば、公開聴聞には I-1 は無力なのだ。 ROBERT M. PALITTO AND WILLIAM G. WEAVER, *PRESIDENTIAL SECRECY AND THE LAW* 133 (2007). ブッシュ (四三代大統領) の移民領域での政策は秘密と放縱の両方の裁量を最も大胆に使っているとみる。 *Id.* それは執行権に愛国者法で認められた新しい権限が退去裁判でどう使われるのかをひた隠しにしたいとも取れると、皮肉る。 *Id.* at 134.
- (75) 「コンピュータ技術のこの時代に、外国諜報収集の仕事は、スパイ事件物 (cloak and dagger affair) よりはるかにモザイク構成に親和的 (akin) であると理解するのに、造作ない。一見無味乾燥な何千もの情報のピースは、いかに見えないものすべてが機能しているかという刺激的な明白さを明らかにするために分析することができ、適合するようにさせることができる」。 67 Fed. Reg. at 19509 (2002).
- (76) *Klarenden v. Ashcroft*, 273 F.3d 542, 555-56 (3d Cir. 2001). これが援用する次の最高裁の言説である。「国家そのものの安全を保障する必要よりも止むにやまれない利益など、ほとんどありえない。われわれが知るように、自由は多くの国家で抑圧されていることを十分わきまえなければならぬ。社会が他者の侵略から自身を防御する意思と能力を持たなければ、いかなる憲法上の保障も意味をなさない」。 *Wayte v. United States*, 470 U.S. 598, 611-12 (1985).

- (77) INA 制定時（一九五二年）からある。入国許可や裁量的救済の申請で秘密の安全保障上の情報を使用することを政府に認めらる。INA § 240 (8 U.S.C. § 1229a) (b) (4) (B).
- (78) Department of Justice, Executive Office for Immigration Review, Protective Order in Immigration Administrative Proceedings [67 FR 26799] [FR 23-03], 8 C.F.R. part 3, May 28, 2002. その前文は「九・一一後、DOJ の最高次の優先事項は、憲法上の自由を保持しながら、テロリズムを防止し、抑止し、破壊し、除去することである」とし、安全保障に大きくシフトして、DOJ が移民の領域に大きくコミットする姿勢を明確にした。なお、CD とこの保護命令規則の間に、DOJ は州や自治体で拘禁されている外国人の情報の開示についてもコントロールする規則を出している。67 Fed. Reg. 19508 (Apr. 22, 2002), amending 8 C.F.R. §§ 236, 241.
- (79) 移民に関する連邦政府の全権論について、新井信之「外国人の退去強制手続と合衆国憲法」（東信堂、二〇〇八年）第三章から第六章、またこの全権論と移民に関する大統領の権限については、富井、前掲(2) 論文、五九—六八頁、参照。
- (80) 政府の発想は、外国人を排斥する権限は主権の作用であって、CD のような規則はその素直な発意の移民規制であるとする。Dangerous, at 14. なるほど外国人の規制は主権の作用であって、政府に広範な裁量が認められるけれども、憲法上の拘束を免れるものではなく、外国人は適正手続に基づき防御の権利を尊重されなければならないとするのが判例だとする。Id. at 15, n.50.
- (81) Dangerous, at 7-8. See also, David A. Harris, *Racial Profiling Revisited: "Just Common Sense" in the Fight against Terror?* in CIVIL LIBERTIES vs. NATIONAL SECURITY IN A POST-9/11 WORLD 163, 169-70 (M. Katherine B. Darner, Robert M. Baird, and Stuart E. Rosenbaum, eds. 2004).
- (82) Detroit Free Press v. Ashcroft, 303 F.3d 681 (6<sup>th</sup> Cir. 2002).
- (83) Id. at 683. 第六控訴裁判所は、本件差し止め (injunction) で法問題について改めて (de novo) 審査するものとし、侵害発生の蓋然性が高いか、回復し難い侵害を受けるか、差し止めが他者の権利を侵害するか、そして公益に資するかといったその要件を審査する。(77) では憲法問題の審査についてののみ触れる。
- (84) Id. at 685-693. 政府が移民に関して全権 (plenary power) を有することから、CD のような非実体的移民法にも事実認定を含む全面的な裁量を有するとの主張を退けている。Id. at 686-7. 「たとえ政府部門に一定の人々を退去させ入国拒否さ

- せる無制限の裁量があるとしても、政府に自らがなした選択を説明させるのを義務づけるのは、民主主義の最も根本的な原理である、「情報が与えられた公民 (informed public) を確保させる」。 *Id.* at 693.
- (85) *Id.* at 694-705. 移民手続に適用することは特に重要で、「なぜならば、「政府はほぼ無制限の権限を持っており、プレスと公民はおそらくは唯一の、濫用的な政府行為のチェックとして機能する」からである。 *Id.* at 704.
- (86) *Id.* at 705-711.
- (87) *Id.* at 711.
- (88) North Jersey Media Group v. Ashcroft, 308 F.3d 198 (3d Cir. 2002) (en banc).
- (89) North Jersey Media Group v. Ashcroft, 205 F. Supp. 2d 288 (D.N.J. 2002). 「退去手続は、個人の自由の利益に影響をもたらす政府プロセスを本質的に含んでいる。…したがって、これらの手続の究極の個人の利害 (personal stake) は、民刑事手続と同じか、もしくはより大であって、…民刑事司法のコンテキストで公開によって仕える同じ根本目的が、退去手続のコンテキストでも同じように仕えることとなる」。 *Id.* at 300.
- (90) 308 F.3d, at 204-205. リッチモンド新聞社の二分肢テストは、民事手続にもそれが刑事手続と同様な側面があるから適用されることを示唆しているとし、行政手続にも修正第一条の問題足りうるとして、デトロイト自由新聞社を踏襲して、二分肢テストの適用を認める。 *Id.* at 206-209.
- (91) *Id.* at 209.
- (92) *Id.* at 209-217. 「行政手続にアクセスする一般公民の根本的権利はない。したがって、いかなるそうしたアクセスも、基本的には執行権の恵み (grace) によるとして認容されなければならない」。 *Id.* at 215.
- (93) *Id.* at 216-220. リッチモンド新聞社の論理テストは、退去手続は司法裁判によく似ていると認められるから、これが適切に立証されれば公的アクセス権を認める余地が生じ、手続の公開はリッチモンド新聞社事件が指摘したように六つの機能が *あふれる*。 *Id.* at 216-217.
- (94) *Id.* at 221. 「退去裁判の公開の歴史はごく限られていて、公開性の前提は極めて弱い」。 *Id.* at 220. ただ本判決の射程は、法務長官が安全保障の利害をきちんと示した上で決定した極めて狭い類の退去事案に限定されるとする。 *Id.*
- (95) *Id.* at 221-229. 政府は、ケースバイケースの非開示は、センシティブ情報、潜在的秘匿源、捜査の方法やパターンをリリー

- スすることになるとする。もっとも、退去にむけた特定の拘禁者に関連する情報すべてが、公の目から離されたままであるわけではない。当初非開示であったとしても、インカメラやマスキングで遂行されうるとする。 *Id.* at 227.
- (96) この二つの控訴裁判決の邦語の紹介として、会沢恒「テロとアメリカ法」ジュリスト一二四〇号一二四頁、二〇〇三年。
- (97) 308 F.3d. at 217. 「この観点から、公開が何らかの良いことに資するかどうかの判断にのみ論理テストがあるならば、公民が修正第一条のアクセス権を持たない政府手続を認識するのが困難になることに留意する。例えば、いかなる政府のことがらにも、C I A の内部議論にさえも公的アクセスが認められるのは、市民にあつて情報に基づいた議論を促進させることになるのか。最高裁がこの結果を意図したことはありえない」。 *Id.*
- (98) *Haleitz, supra note 15* at 303-305. 権力分立の問題は発生せず、行政であっても司法的権能 (capacity) で行動したのであり、それは官僚的管理 (bureaucratic management) でなく、裁断なのだとする。
- (99) 「ひとたび外国人が適法に入国して居住する以上、国境内にいるすべての人に憲法が保障する権利が与えられるようになる。そうした権利は、修正第一条や第五条によつて保護された権利であり、修正第一四条のデュープロセス条項によつて保護されたものを含む。これらの条項は市民と在留外国人にいかなる区別も見ない。これらは不可譲の特権としてすべての人に、そして不可譲の権利と、連邦あるいは州の公権力によつて、それらの権利が侵犯されるのに対する防壁まで拡大される」。 *Bridges v. Wixon*, 326 U.S. 135, 161 (1945) (Murphy, J., concurring).
- (100) *Haleitz, supra note 15* at 306-310. *また*に C D のような白紙的な非開示のルールは、非市民の特別の利益と、刑事裁判でのテロ関連犯罪の被告人との二分論を混乱させ、この国のさまざまな移民共同体 (immigration communities) に相当な影響をもたらすとす。 *Id.* at 311.
- (101) 「刑事裁判と同じように、退去聴聞は（行政機関によるとはいえ）事実認定と法形成 (fact-finding and law-making) を含む、公的関心事項である」。 *Id.* at 318. *See also, id.* at 319. そのへのアクセスは公平はもちろん、教育的効果や執行権力の濫用のチェックの機能もある。 *Id.* at 318.
- (102) 308 F.3d. at 202.
- (103) *Gilbert, supra note 50* at 792.
- (104) *Press Enterprise II*, 478 U.S. at 13.

- (105) Kitrosser, *supra* note 36 at 130–42. キトロッサーの基本的視点は立憲主義的で、「これまで以上に、政府の活動を健全であるも合理的な疑いをもった検証を隠さうとする政府の努力を評するのが不可欠なことはない」。 *Id.* at 168.
- (106) *Id.* at 157–164.
- (107) *Id.* at 160. 次の言質に依拠する。「外国人が入国しそこに居続ける権利に関する政策は、ことさら政府の政治的行為にかかわる（けれども）、これらの政策の執行では、連邦の執行権は手続的デュープロセスの防御を尊重しなければならない」。 Kleindiest v. Mandel, 408 U.S. 753, 766–67 (1953) (Frankfurter, J.).
- (108) Dangerous, at 16.
- (109) Globe Newspaper Co. v. Superior Court, 457 U.S. 596, 606–607 (1982).
- (110) 「修正第一条の原理では、政府は、なぜ特定の聴聞が非公開にされるべきかをケースバイケースで示すことが義務づけられ、そして一方的に聴聞を非公開にする権能は否定されるべきである」。 Dangerous, at 26.
- (111) 本章は以下に基づく。 Cooper and Stock, *supra* note 63 at 1272–1287.
- (112) Oberfeld, *supra* note 59 at 1244–1246. 事実の経過は同じに基づく。
- (113) New Jersey Media Group Inc. v. Ashcroft, *cert. denied*, 123 S. Ct. 2215 (2003).
- (114) INA § 103 (a)(1). INAはDHS長官に、「外国人の違法な入国に対して国境を統制し防御する」義務と権限の両方を与えた。 § 103 (a)(5).
- (115) Chee Chan Ping v. United States, 130 U.S. 581 (1989). 富井、前掲(2)論文、四五頁、七五頁注(2)。
- (116) Sess. II Chap. 66, 1 Stat. 570, 5<sup>th</sup> Cong., July 6, 1798; Sess. II Chap. 58, 1 Stat. 577, 5<sup>th</sup> Cong., June 25, 1798.
- (117) Kleindiest v. Mandel, 408 U.S. 753 (1953). 一八七五年までは外国人の移動に対する規制はなかったが、制定法で規制がかかるようになり、共産党員は暴力で政府を転覆させる者と認識され、一九五二年のINAに明文化されたという。 *Id.* at 761.
- (118) LEBOMSKY AND RODRIGUEZ, *supra* note 2 at 654. EOIR内の移民裁判所で行われるのが一般であるが、近時、ビデオ・コンメンタンスが増えている。 *Id.*
- (119) INA § 240 (8) U.S.C. § 1229a) (c) (2) (B), (c) (3) (A).
- (120) Jonathan H. Yu, *Combating Terrorism with the Alien Terrorist Removal Court*, 5 NAT'L SEC. L. BRIEF 1, 1 (2014). ATTR

Cはレーガン政権下での構想がきっかけで、創設まで一〇年を要した。その間、一九八七年にパレスチナ解放人民戦線のテロ活動の退去で、DOJが極秘情報を使おうとしたところ、それができない状況があったし、一九九三年の世界貿易センタービル爆破では、国内テロに関心が向けられるようになって、ATRCの前身となる立法が議会上程されている。外国人テロリスト送還法 (Terrorist Alien Removal Act) が外国人テロリスト送還手続 (Alien Terrorist Removal Procedure) に改名され、一九九五年反テロ一連法 (Omnibus Counterterrorism Act) の下で議会上で諮られる。Id. at 2-4. ATRCの根拠規定は8 U.S.C. § 1532であるけれども、そこにATRCの語はなご。

(121) John Dorsett Niles, *Assessing the Constitutionality of the Alien Terrorist Court*, 57 DUKE L.J. 1833, 1834 (2008).

(122) *Id.* at 1836. 当然、秘密の証拠は定住外国人 (憲法が保障される) の手続的デュープロセスの修正第五条違反が問題となる。  
*Id.*

(123) 8 U.S.C. § 1532 (a). 各判事の任期は別々で、一年のものから四年のものまである。8 U.S.C. § 1532 (b). 長官は一人をATRC裁判長に任じ、その裁判長はATRCの規則を制定し、事件を判事に配分する権限を有する。8 U.S.C. § 1532 (c).

(124) 8 U.S.C. § 1533 (a).

(125) 8 U.S.C. § 1534 (a) (2).

(126) 8 U.S.C. § 1534 (a) - (1). 本文では項の記号で示す。

(127) 8 U.S.C. § 1534 (b), 8 U.S.C. § 1534 (c) (1) - (4). 担当判事は、この退去聴聞で提出された証拠のみに基づいて退去の判断をなすなければならない。8 U.S.C. § 1534 (c) (5).

(128) 8 U.S.C. § 1534 (d) (1), (5). 極秘情報 (classified information) は、判事が法務長官による開示が安全保障に危険をもたらすと判断したいかなる証拠も一方的にインカメラで審査し、サマリー以外に開示されるべきかを公に判断する。8 U.S.C. § 1534 (c) (3).

(129) 二〇〇年の「冬眠 (hibernation)」は斥きつゝいる。Yu, *supra* note 120 at 21-22. ユーは、ATRCはデュープロセスと安全保障のバランスを企画したものと肯定的に評価し、若干の改革をした上で活用すべきと主張する。

(130) Dangerous, at 27. もっとも、INNSは判事にも当該外国人にも、その弁護士にも見せるのを拒否する秘密証拠を使用する。ときに、後日それが開示されたとき誤りが発覚することがあり、諜報機関が笑いの種 (laughing stock) にされた。Id.



- (131) Niles, *supra* note 121 at 1851–1854. *But see*, Yu, *supra* note 120 at 21–22.
- (132) 8 U.S.C. § 1534 (g) (h). なお、適法な永住外国人については特別な弁護士による極秘情報へのアクセスの特別の手続がある。8 U.S.C. § 1534 (e) (F).
- (133) 8 U.S.C. § 1534 (F). 政府は議論を開示し、外国人はこれに反論することができ、それをさらに政府は反証できる。判事は議論の一部を一方的にインカメラにすることができ、
- (134) 8 U.S.C. § 1534 (i) (j). これが出されると、当該外国人は身柄を拘束される。原則、退去手続が開始されれば当該外国人は拘留されるが、釈放の救済を求めることもできる。8 U.S.C. § 1536.
- (135) 8 U.S.C. § 1535.
- (136) 本項の記述は以下に基づく。Office of the Chief Immigration Judge, Immigration Court Practice Manual, Feb. 4, 2016, available at [www.justice.gov/eoir](http://www.justice.gov/eoir). Michele Benedetto, *Crisis on the Immigration Bench*, 73 BROOKLYN L. REV. 467, 471–482 (2008).
- (137) 法服をまごったり、証言席を設けたりと、その司法的作用のみならず物理的な様相も憲法三条の司法裁判所と酷似している。LEGOMSKY AND RODRIGUEZ, *supra* note 2 at 654.
- (138) 8 U.S.C. § 1101 (b) (4). 一般に移民法実務の経験者から任じられるが、九・一一後法務長官アシェククロフトとその後任 Alberto Gonzales は、任命をより政治的にさせ不透明にして、半数が移民実務の経験を持たない、身内的な人事を行った。しかし批判が高まり、二〇〇七年四月、法務省は公募と詳細な評価と面接を必須とする新任用プログラムを打ち立てた。もともと、最終判断は法務長官に留保される。Benedetto, *supra* note 136 at 474–475. ベネデットは質の悪い JIJ の出現を憂い、その倫理向上を裁判官倫理に準じたルールとチェックの制度の導入で図るべきと主張する。
- (139) *Id.* at 478–479.
- (140) *Id.* at 476–477. 近時、移民法の行政事件が複雑かつ多様化しており、質量とも増えてきている一方で、移民判事やその控訴機関のより深いトレーニングを含む、質量の充実が指摘されている。Richard Posner, *Judicial Review of Immigration Judges*, Apr. 21, 2008, <http://www.c-span.org/video/?202325-1/judicial-review-immigration-judges>
- (141) 「権利章典（憲法修正第一—一〇条までの規定—筆者）は、もともとこの憲法を、政府のどの部門も出版、言論、宗教、あ

るいは集会の人民の自由を奪うことはできないという基に置かれる新たな憲章に変換させた」。N.Y. Times Co. v. United States, 403 U.S. 713, 716 (1971) (Black, J., concurring). そして、「修正第一条の制定者は、英国と植民地の政府の濫用と、新国家防衛、両方の必要性を十分に意識して、この新社会に自由と強韌さを、言論、出版、信教そして集会の自由は奪われなくてはならないと規定すること、与えようとした」。*Id.* at 719.

(142) LEONARD W. LEVY, *THE EMERGENCE OF FREE PRESS* 110 (1985).

(143) 行政手続に公開が憲法上要請されるかは、行政手続には憲法の適正手続がどこまで及ぶかが議論され、また裁判の公開はもっぱら民事の裁判に限定的に適用されると解されており（司法手続でも家事審判など非訟事件は憲法八二条の「裁判」に当たらない。最大判昭和三五年七月六日、民集一四卷九号一六五七頁）、憲法八二条や三七条の公開原則が行政手続に適用されるかは熱く議論されていない。

(144) 山田遼一・黒木忠正『よくわかる入管法（第三版）』（有斐閣、二〇二二年）八頁、一三八頁。そうした事由は、入管法違反の違法な状態で在留している不法滞在者と、適法に在留するも犯罪など好ましくない活動をしている者の二つに大別できる。同上、一三八—一四二頁。

(145) 裁量基準として法務省入国管理局「在留特別許可に係るガイドライン」（平成一八年一〇月、二二年七月改訂）が公表されている。

(146) 法務省『平成二七年版 出入国管理白書』四二頁。平成二六年に退去強制手続を執った入管法違反者は一万六七六人で、事由別では不法残留八二七四人（七七・五％）、不法入国八四四人（七・九％）、資格外活動四二二人（四・〇％）の順で、入管法二四三条三号の二、三号の三、四号事案はほとんどない。

(147) 退去については、出入国管理及び難民認定法施行規則（昭和五十六年十月二十八日法務省令第五十四号）三〇—四〇条が補足するけれども、手続の公開や証拠の開示などの規定はない。

(148) 法務省、前掲（146）白書、八〇頁、九三—九五頁。

本稿は平成二八年度科学研究費基盤研究Cによる成果の一部である。

（首都大学東京法科大学院教授・法学部兼任講師）