

アメリカ刑事法の調査研究 (173)

米 国 刑 事 法 研 究 会
(代 表 堤 和 通)*

Hernandez v. Mesa, 589 U.S. ___, 140 S.Ct. 735 (2020)

柳 川 重 規**

国境警備隊員による国境を跨いだ銃撃事件において、*Bivens* (*Bivens v. Six unknown Fed. Narcotics*, 403 U.S. 388 (1971)) に基づいて第4修正違反に対する憲法上の損害賠償請求を認めることはできない、と判示された事例。

《事実の概要》

被申請人である国境警備隊員のメサは、メキシコ人の15歳の少年ヘルナンデスが友人らと、メキシコのシウダートファレスとテキサス州のエル・パソとの間の国境を越え合衆国側に侵入したのを認め、これらの一人の身柄を確保するとともに、メキシコ側に戻ったヘルナンデスに対し銃を発射し、死亡させた。事件の状況についての説明は、被申請人メサとヘルナンデスの両親である申請人らとの間で食い違っていた。申請人らによれば、ヘルナンデスらは、国境付近の合衆国側にあるフェンスに触って戻ってくるといふゲームをしていただけであり、メサによれば、ヘルナンデスらは

* 所員・中央大学総合政策学部教授

** 所員・中央大学法学部教授

違法な国境侵犯を企図していて、メサに対して投石もしたとのことであった。

この事件は、合衆国とメキシコとの間の国際問題となり、司法省は調査を行った結果、メサが取った行為は、合衆国税関・国境警備局の採る実務方針や訓練内容に反するものではなく、メサに対して刑事告発やその他の措置は取らないと結論付けた。メキシコ政府はこれに納得せず、メサの犯罪人としての引き渡しを求めた。

ヘルナンデスの両親も司法省の対応に納得せず、メサの行為がヘルナンデスの第4修正、第5修正上の権利を侵害したとして、*Bivens* (*Bivens v. Six Unknown Fed. Narcotics*, 403 U.S. 388 (1971)) に依拠して、損害賠償を求める訴えを合衆国 District Court に提起した。メサは訴え却下の申立てを行い、合衆国 District Court はこの申立てを認容した。第5巡回区 Court of Appeals は大法廷で、合衆国 District Court の判断を確認したが、その理由は、ヘルナンデスがメキシコ人であり、しかも、銃撃された際にメキシコ領土にいたことから第4修正の保護が及ばず、また、第5修正上の権利侵害の点に関しては、メサに制限的免責が与えられる、というものであった。合衆国最高裁判所は、第5巡回区 Court of Appeals の判断を破棄し、*Abbasi* (*Ziglar v. Abbasi*, 582 U.S. ___ (2017)) に照らして *Bivens* に基づく憲法上の損害賠償請求が本件で認められるか審理するよう求めて差し戻した (*Hernandez v. Mesa*, 582 U.S. ___, 137 S.Ct. 2003 (2017))。これは、国境を跨ぐ銃撃事件に第4修正が適用されるかという判断の難しい微妙な争点よりも、こちらの争点を先に解決する方が賢明だとの考えによるものであった。また、Court of Appeals がメサに制限的免責を認めた根拠を合衆国最高裁判所は否定したが、他の根拠により制限的免責を認めることができるか、また、そもそも第5修正違反を理由に損害賠償請求を求めることができるかという点については、合衆国最高裁判所は判断を示さなかった。

差し戻し後、第5巡回区 Court of Appeals は、再び大法廷において *Abbasi* に照らして本件を審理し、国境を跨ぐ銃撃事件は *Abbasi* にいう「新

規の背景事情 (new context)」に当たるものであり、外交問題や国家安全保障、域外適用の問題と関係する点や、外国の領土で生じた損害に対して賠償の救済を与えることを合衆国議会が繰り返し拒絶していることからすると、*Bivens* を本件に拡張して適用するのは妥当ではないと判断した。合衆国最高裁判所により、サーシオレイライが認容された。

《判旨・法廷意見》

原判断確認

1 アリトー裁判官執筆の法廷意見

1 本件では、国境を跨ぐ銃撃事件に *Bivens* (*Bivens v. Six Unknown Fed. Narcotics*, 403 U.S. 388 (1971)) を拡張して適用し、憲法上の損害賠償請求の対象とすることができるか否かが争点となっている。合衆国憲法が採用している三権分立の原理から、「背景事情」が新規のものである場合には *Bivens* の適用に慎重であるべきとの立場を当裁判所はこれまで多くの事案で採っているが、国境を跨ぐ銃撃事件は、この新規の「背景事情」に当たる。さらに、国境を跨ぐ銃撃事件が外交問題や国家安全保障と関係すること、外国で生じた不法行為に対して損害賠償を認めることに合衆国議会が明らかに抑制的な態度を取ってきていることから、国境を跨ぐ銃撃事件に *Bivens* を拡張して適用することは認められない。以下、理由を詳述する。

2 *Bivens* で当裁判所は、違法な逮捕や捜索を受けた者が、当該行為に責めを負う連邦の官憲に対して損害賠償を請求することが、連邦の法律にそれを認める規定がなくとも第4修正を根拠に認められると判示した。この *Bivens* の判断は、その後、*Davis* (*Davis v. Passman*, 442 U.S. 228 (1979)) で第5修正上の権利侵害の主張に、*Carson* (*Carson v. Green*, 446 U.S. 14 (1980)) で第8修正上の権利侵害の主張に対して拡張して適用された。このように、連邦の法律に規定がなくとも、合衆国憲法を直接の根拠として損害賠償を請求することを認めるのは、法律の目的を実現するために救済策 (remedy) が必要である場合には、たとえ法律に明示されていなくて

も、これを提供することが裁判所の適切な機能に含まれるとの古い時代の考え方を、憲法上の権利侵害の主張にまで広げて適用したことによる。すなわち、裁判所は、合衆国憲法上の実体的規定（権利を定めた規定）の根底にある狙いを実現するのに必要であると考えた場合には、明文規定になくとも損害賠償請求権を導き出すことができるとの考え方に基づくものである。

しかし、その後、このような実務は立法権と司法権の分立に反し、議会の有する立法権を侵害する危険があることが認識されるようになった。法の目的の追求にコストが伴わないことはなく、立法者は立法の際に諸利益を衡量し、ときに妥協を行う。法律を制定して権利を創設したり一定の行為を禁止したりする場合も、そうした規定の目的を追求するに当たって、規定違反に対して損害賠償を認めることまでは求めないと判断する場合もある。したがって、救済策を定めていない規定について、損害賠償という救済策を黙示的に要求していると裁判所が認めることにより、立法者が注意深く取った利益のバランスが損なわれる可能性がある。連邦法上一般的なコモン・ローが存在するという考え方は、*Erie (Erie R. Co. v. Tompkins)*, 304 U.S. 64 (1938) で否定されており、コモン・ローとして連邦裁判所が一般的に救済策を創設できるとの考え方は、現在、採ることができない。連邦裁判所が救済策を創設できるのは、それを求める連邦議会の意図が法律から明確に読み取れる場合に限られるようになった。

憲法上の不法行為を理由に連邦の官憲及び政府職員に損害賠償等の責めを負わせるべきか否か、負わせるとした場合にはどの程度まで負わせるのかを判断するのに最も適した立場にあるのは、連邦議会である。当裁判所は憲法訴訟において新たな請求権（causes of action）を認めることには抑制的な態度を取るようになってきており、*Abbasi* では、*Bivens* を拡張して適用することは「疎まれる裁判所の活動」である、とも述べられている。

Bivens を拡張して適用することの当否を判断するに当たっては、当裁判所は、2段階の検討を行っている。すなわち、第1段階として、当該損害

賠償請求が「新規の背景事情 (new context)」の下で提起されているか、または、「新規の被告の類型」に関わるものかを検討し、この点が認められた場合には、さらに第2段階として、*Bivens*を拡張して適用することを躊躇させる特別の要因があるかを検討し、この点が認められれば、*Bivens*の拡張適用は否定される。そして、この*Bivens*の拡張適用の当否の判断で中心をなす原理は、三権分立の原理である。当裁判所は他の統治部門の権限を侵害する危険を検討し、連邦議会が損害賠償という救済策の効果と必要性を疑問視していると考え適切な理由はないか否か、立法がない状況で司法府が損害賠償請求訴訟を是認することによるコストとベネフィットを検討することが適切か否かを検討することになる。

3(1)「新規の背景事情」の有無という点については、*Bivens*と*Davis*でそれぞれ認められた第4修正上の権利侵害と第5修正上の権利侵害を本件の損害賠償請求は根拠にしているものの、同一の憲法上の権利の侵害を根拠にしても背景事情に新規性が認められる場合があることは、先例で確認されている。問題は、たとえば、意味のある相違が背景事情にあるかということであり、*Bivens*と*Davis*が合衆国内で権利侵害が生じたときとされた事例であるのに対して、本件は国境を跨いだ銃撃事件であり、司法府の介入が他の部門の機能に壊滅的な影響を与える危険がある点で、本件と*Bivens*及び*Davis*との間には決定的な違いがある。したがって、本件では背景事情に新規性が認められるので、次に、*Bivens*の拡張適用を躊躇させる特別の要因があるか否かを検討する。

(2) まず、外交問題について責めを負っているのは司法府ではなく、統治の政治部門であり、外交問題は裁判所の審理の対象にほばならない。したがって、この分野に*Bivens*を拡張して適用することには、特に慎重でなければならない。国境を跨いだ銃撃事件は、文字通り国際的事件であって、本件においても合衆国とメキシコ両国の利害対立は、外交を通じて解決されるべきである。外交政策に関しては行政府が主導的役割を果たすのであり、これに司法府が干渉すべきではない。

(3) 次に、テロリストや薬物の密輸入・売買人、密入国の斡旋人、人身

売買人その他合衆国の安全保障を掘り崩す可能性のある危険な人物や、薬物などの危険な物品が違法に国境を越えて合衆国に侵入するのを防ぐ責務を、合衆国税関・国境警備局の係官は負っている。したがって、この係官の行為と国家の安全保障との間には明確で強固な関係が認められる。申請人らは、メキシコ領土内の通りを歩いているだけの人間を銃撃することは国家安全保障とは無関係だというのが、本件で問われているのはそのようなことではなく、国境警備の係官による銃の使用の違法性が問題となった事件について政治部門が用意している処理の枠組みを、司法府が変更すべきか否かということである。この点、先例では、軍による懲戒の事例で、*Bivens*を拡張適用することは法律と規則により定められた軍の懲戒制度に干渉することになるとして、これが拒否されている（*Chappell v. Wallace*, 462 U.S. 296 (1983); *United State v. Stanley*, 483 U.S. 669 (1987) 参照）。本件でも、同様の考慮を行うべきである。したがって、国境の安全保障を掘り崩す危険があるということが、この分野で *Bivens* の拡張適用を躊躇すべき理由となる。

(4) 判例により請求権を創設する際の限界を判断するに当たっては、これまで類似の制定法が指針として用いられてきた。外交問題が関係する場合には、このことはさらに重要となる。そして、この点、州の公務員による憲法違反の活動に対する損害賠償について定める合衆国法典タイトル42の1983条は、これに *Bivens* が連邦の公務員の活動に対してより限定的な形で対応していると考えられているものであるが、合衆国国民及び合衆国の裁判権が及ぶ者にその適用が明示的に限定されている。また、連邦不法行為請求法（the Federal Tort Claims Act）も、損害が国外で生じた場合には合衆国に対する損害賠償請求を認めていない。さらには、1991年の拷問被害者保護法（The Torture Victim Protection Act of 1991）は、拷問等が合衆国外で行われた場合にも損害賠償のために用いられ得るものであるが、外国人が連邦の公務員に対して損害賠償請求をすることは認めていない。このように合衆国議会が損害賠償請求を認める法律を制定する場合には、連邦の公務員によって国外で損害が生じた場合については、損害賠償

請求を認めていないのである。他方で、外国請求法 (foreign Claims Act) などのように外国人が合衆国外で被った被害に対する弁償を認める場合には、被害を与えた当該公務員ではなく、国防長官等が弁償をすることとしている。

このように、連邦の公務員が国外で損害を生ぜしめた場合につき、合衆国議会が損害賠償請求訴訟を認めていないということは、本件に *Bivens* の拡張適用を躊躇すべきさらなる理由となる。

(5) これまで述べてきた *Bivens* の拡張適用を躊躇させる要因は、すべて権力分立原理の尊重ということにまとめられる。外交政策や国家安全保障上の判断は、デリケートで複雑なものであり、司法府にはそれを行う適性や装備が備わっておらず、また、その責務もない。外交問題に関して権限を有する連邦議会は、類似の状況に関して裁判での損害賠償を認めないとの選択をしてきている。そして、連邦議会在損害賠償を認めないとの選択をしてきているからといって、当裁判所がその肩代わりをして、憲法上の損害賠償を認めなければならないということはない。*Bivens* の拡張適用の当否を判断するに当たって問われるべきは、損害賠償という救済策を提供するか否かの判断をすべきは誰か、連邦議会か裁判所かということである。本件では、それが連邦議会であることは疑いのないことである。

以上の理由から、第5巡回区 Court of Appeals の判断を確認する。

2 トマス裁判官の補足意見 (ゴーサッチ裁判官参加)

法廷意見は、先例を正しく適用して本件への *Bivens* の拡張適用を否定しているので、法廷意見に加わる。

補足意見を述べるのは、*Bivens* については判例変更すべき時期に来ていると考えるからである。*Bivens* は、損害賠償請求権が法律の規定に明記されていなくとも、これを創設するコモン・ロー上の権限が裁判所にあるとの考え方を、憲法の規定に関して応用したものである。しかし、当裁判所は、その後、この前提となっている考え方を捨て、*Bivens* が根拠として挙げた先例も明示的に否定するようになった。このように、*Bivens*

の根底をなす分析方法が擁護できないものとなっていること、さらには、当裁判所がおよそ40年間にわたって *Bivens* の拡張適用を一貫して拒否し続けていることから、*Bivens* の判断の基礎は掘り崩され、先例としての価値も限定的なものとなっている。*Bivens* 法理それ自体を捨て去る時が来ていると考える。

3 ギンズバーグ裁判官の反対意見（ブライヤー、ソトマイヨール、ケイガン各裁判官参加）

1 連邦官憲の第4修正違反の活動に関しては、差し止めにより損害の発生を防ぐことができず、また、合衆国政府は訴訟から免責され、被告人が無辜の者である場合には排除法則の適用もない。そのため、*Biven* のハーラン裁判官の結論賛成意見で強調されているように、*Bivens* での原告の立場にあるような者にとっては、第4修正違反の活動を行った官憲自身に対し損害賠償請求をすることが唯一の救済策となるのである。そして、*Bivens* が対象とした第4修正違反の搜索・押収が問題となる領域においては、依然として *Bivens* は我が国の法であり続けており、*Abbasi* も、搜索・押収の領域での *Bivens* の先例としての価値、まして、必要性に疑問を投げかけているわけではない。

2 本件で仮にヘルナンデスに弾丸が命中したのが、彼が合衆国領土内にいるときであれば、銃撃は過剰な有形力の行使に当たり、第4修正上の不合理な身体の押収となることを、被申請人メサも認めている。*Bivens* 法理の目的が違憲の活動の抑止にあるとすると、問題とすべきは違憲の活動が行われた場所であり、被害が生じた場所ではない。本件では、メサは合衆国領土内で銃を発射しており、第4修正違反の活動は合衆国領土内で行われている。したがって、本件の状況は *Bivens* と異ならず、本件の背景事情は新規のものではない。

3(1) 本件の背景事情が新規のものであると仮定しても、申請人等はメキシコの法律によっても、合衆国の州法及び連邦法によっても救済を受けられず、*Bivens* 法理による損害賠償しか救済策がないという点で *Bivens*

と同様であること、さらには以下で述べるように、*Bivens* 法理の適用を躊躇すべき特別の要因も存在しないので、本件に *Bivens* 法理を適用すべきである。

(2) 法廷意見は、本件で *Bivens* 法理を適用すれば外交上の問題が生じるというが、これは密輸事件など国境付近で発生する事件についても同様のことであり、これらの事件ではいかなる外交上の問題が付随しようとも、裁判所はこれらの事件を取り上げて審理している。また、メキシコ政府は、本件で本案まで踏み込んだ審理がなされなければ、メキシコと合衆国の関係に負の影響が及ぼされる可能性があるかと警告しており、その意味では、*Bivens* 法理の適用をしなくても外交問題は生じるといえる。また、*Bivens* 法理に基づく損害賠償請求訴訟を認めることは、我が国が批准している「市民的及び政治的権利に関する国際規約」にも適い、我が国の国際公約の履行という点からも、*Bivens* 法理を本件に適用することが妥当である。

次に、法廷意見がいう国家安全保障の問題については、官憲による不当な殺害行為に対して損害賠償請求訴訟を認めたからといって国境の安全保障を掘り崩すことにはならず、これがなぜ国家統治の政治部門の専権を侵すことになるのか、理解できない。

法廷意見が挙げる法律も、*Bivens* 法理の本件への適用を否定する根拠にはならない。1983条について法廷意見は、この規定が合衆国の裁判権が及ぶ者にしか適用されないというが、この規定は、元々、南北戦争後の再統合期に、奴隷であった者の連邦法上の権利が、州や地方の自治体において侵害されることを防ぐ目的で制定されたものであることからすると、国境を跨いで生じた事件に対してこの規定を適用することを、連邦議会が意図的に排除しようと考えていたとすることはできないように思われる。また、連邦不法行為請求法も、連邦議会は、外国の法律に基づいて合衆国が損害賠償責任を負わされることを嫌って、外国で提起された損害賠償請求を対象外としているのであり、合衆国内で提起されている本件の請求を拒否する根拠とはならない。拷問被害者保護法も外国の法律の行使に伴う不

法行為を専ら対象とするものであり、連邦及び州の公務員の行為は元々適用範囲外とされているのである。

4 アミカイ・キューリー（裁判所の友）によれば、国境警備隊員による身体的虐待や言葉による虐待、性的虐待が行われた事例は、近年、多数生じているが、合衆国政府が国境警備隊員をメキシコに犯罪人として引き渡すことはなく、合衆国内で刑事訴追することもほとんどない。国境警備隊員による虐待行為を抑止できるのは、*Bivens* 法理に基づく損害賠償請求訴訟だけである。

第5巡回区 Court of Appeals の判断を破棄し、本件の損害賠償請求訴訟を連邦裁判所で行うことを認めるべきであると考ええる。

《解説》

1 本件の争点

本件の争点は、国境を跨いだ銃撃事件に *Bivens* 法理を拡張して適用することができるかである。ここでいう *Bivens* 法理とは、合衆国憲法上の基本権の侵害に対して損害賠償請求権を認める法律がない場合であっても、その基本権規定を直接の根拠にして、被害者が損害賠償を求める訴えを提起することを認めるものである¹⁾。*Bivens* (*Bivens v. Six Unknown Fed.*

1) See, *Bivens v. Six Unknown Fed. Narcotics*, 403 U.S. 388 (1971). 合衆国では、州公務員による合衆国憲法違反の行為に対しては、南北戦争後に州に対して合衆国憲法上の権利保障を一定程度及ぼすことを定めた第14修正の制定を受けて、合衆国法典タイトル42の1983条が制定され、これにより損害賠償請求が認められていた。しかし、連邦公務員による合衆国憲法違反の行為に対しては、損害賠償を認める法律が制定されていなかった。そのような法状況の下で、*Bivens* では第4修正を直接の根拠に損害賠償請求権を認めた。合衆国における公務員の不法行為に対する損害賠償については、宇賀克也『国家責任法の分析』（有斐閣、1988年）、植村栄治『米国公務員の不法行為責任』（有斐閣、1991年）、田村泰俊『公務員不法行為責任の研究』（信山社、1995年）、近藤卓也「米国連邦公務員個人の損害賠償責任—判例法理の変遷と現状—」同志社法学65巻4号201頁等参照。

Narcotics, 403 U.S. 388 (1971)) では、第4修正違反の捜索を受けたが公訴提起されなかった者について、第4修正を直接の根拠に連邦公務員に対する損害賠償請求権を認めた。

ところで、本件の処理は理論的には、①国境を跨いだ銃撃事件に第4修正の適用があるか、第4修正の適用があった場合は、②本件で国境警備隊員がメキシコ人の少年を殺害した行為が、過度の有形力の行使に当たり第4修正上の「不合理な身体を押収」となるか²⁾、第4修正上の「不合理な身体を押収」となるとした場合には、③外国の領土にいる外国人に対して連邦の公務員により第4修正違反の行為が行われたことを理由に損害賠償請求権を認める連邦の法律は存在しないが、*Bivens* 法理により損害賠償請求権を認めることはできるか、という順番で行われることになるはずである。しかし、合衆国最高裁判所は、①が判断の難しい微妙な争点であり、判断の影響が多方面にわたることを懸念して、2017年の *Hernandez* (*Hernandez v. Mesa*, 582 U.S. ___ (2017))³⁾ で、③の争点を先に審理することを選択し、①の争点について判断した Court of Appeals の判断を破棄し、差し戻した。今回の判断は、この差し戻し後の判断である。

2 *Bivens* 以降の判例の展開

合衆国最高裁判所によれば、*Bivens* 以降この法理の（拡張）適用が認められたのは、連邦議会での性差別に対する第5修正のデュー・プロセス違反の主張について損害賠償請求権を認めた *Davis* (*Davis v. Passman*, 442 U.S. 228 (1979)) と、刑務所で適切な医療装置が取られなかったことに対

-
- 2) 過度の有形力の行使に当たることが認定されれば、第4修正上の「不合理な身体を押収」となることは、*Garner* (*Tennessee v. Garner*, 471 U.S. 1(1985)) と *Graham* (*Graham v. Connor*, 490 U.S. 386 (1989)) により認められている。*Garner* については、椎橋隆幸編『米国刑事判例の動向VI』（中央大学出版部、2018年）124頁（山田峻悠担当）、川村和治・ジュリスト885号76頁、鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究 第三巻』（成文堂、1989年）7頁（酒井安行担当）参照。*Graham* については、椎橋・同書135頁（田村泰俊担当）参照。
- 3) *Hernandez v. Mesa*, 582 U.S. ___, 137 S.Ct. 2003 (2017) については、小杉丈夫・法律のひろば72巻11号66頁、大野友也・法学セミナー 779号68頁参照。

する第8修正上の権利（残虐で異常な刑罰の禁止）侵害の主張について損害賠償請求権を認めた *Carson* (*Carson v. Green*, 446 U.S. 14 (1980)) の2件だけであり、その後、すべての事例で（拡張）適用が否定された⁴⁾。

（拡張）適用を否定した判例の一つである *Abbasi* (*Ziglar v. Abbasi*, 582 U.S. ___, 137 S.Ct. 1843 (2017))⁵⁾では、先例の判断をまとめ、*Bivens* 法理の（拡張）適用の判断基準として、①事実関係が「新規の背景事情（new

-
- 4) *Bivens* 法理の（拡張）適用を認めた3件目の判例として、*Farmer v. Brennan*, 511 U.S. 825 (1994) を挙げる論者もいる。See, Gilbert Paul Carrasco, *Bivens in the endo Zone: The Court Punts to Congress to Make the Right (of Action) Play*, 11 U. Miami Race & Soc. Just L. Rev. 56, 64 (2021). *Farmer v. Brennan* は、性同一性障害の元受刑者が、収監中に強姦性交や暴行を他の受刑者から受け続けていたにもかかわらず、刑務所職員がこれを防止する適切な措置を取らなかったことが、第8修正の禁ずる残虐で異常な刑罰に当たるとして、*Bivens* に基づいて損害賠償請求を求めた事案である。この事例で合衆国最高裁判所は、適切な防止措置を取らなかったことが残虐で異常な刑罰に当たるとするのに必要な要件である、不当な収容状況の発生が刑務所職員の「ことさらに無関心な（deliberate indifference）態度による」の解釈について判断を示した。この要件の解釈を示したということは、その前提として、この事件での *Bivens* 法理の（拡張）適用を認めているともいえる。ただ、この事案は、元々が刑務所の収容状況が残虐で異常な刑罰に当たることが争点とされていたものであり、背景事情としては *Carson* と同様であるということから、*Abbasi* のいう「背景事情の新規性」は認められないということで、合衆国最高裁判所は、*Farmer v. Brennan* を *Bivens* 法理の（拡張）適用を認めた事例に含めていないのかもしれない。すなわち、合衆国最高裁判所は、背景事情が異なる事案に *Bivens* 法理を拡張した例として *Davis* と *Carson* を挙げているのではないと思われる。
- 5) 9.11後に、不法滞在の外国人をテロとの関係を判断することなく拘禁し続けた事例。原告である外国人は、拘束が懲罰目的から劣悪な状況となっていた点、人種・宗教・国籍を理由として劣悪な状況での拘束が行われた点で第5修正に違反する、懲罰目的による着衣を脱がせての捜索が行われた点で第4修正及び第5修正に違反するなど主張して、*Bivens* 法理に基づき連邦公務員に対して損害賠償を求める訴えを提起したが、*Bivens* 法理の（拡張）適用は否定された。

context)」に当たるか、または、「新規の被告の類型」に関わるものか、これが肯定された場合には、②「*Bivens* 法理の（拡張）適用を躊躇させる特別の要因があるか、を判断するとの基準が示された。

3 本件の法廷意見は、この *Abbasi* の基準を適用して、*Bivens* 法理の（拡張）適用を否定した。三権分立原理の観点からの検討を加え、本件で *Bivens* 法理を（拡張）適用することが、立法府の権限の侵害になることを強調している。さらに、前提として、*Bivens* 法理を、法律の目的を実現するために裁判所に救済策を創設する権限が広く認められるとされていたかつての実務を前提にしたものと捉え、そして、このような裁判所に広く救済策を創設する権限を認める考え方は、現在では、採られていないとしている。

これに対して反対意見は、*Abbasi* の基準を適用し、背景事情の新規性を認めず、また、仮に新規性が認められるとしても、外交問題が付随することは *Bivens* 法理の（拡張）適用を躊躇させる特別の要因とはならないとして、*Bivens* 法理の（拡張）適用を肯定すべきであるとしている。そして、その根拠として、国境警備隊員による第4修正違反の活動を抑止するには、損害賠償請求権を被害者及びその遺族に認めることが必要であることを強調している。

4 検 討

一般的にあって、実体的な権利の保障の実効性を図るには、救済策 (remedy) が必要であり、救済策を欠けば権利は画餅に帰する。憲法上の実体的な権利についても、憲法は効果的な救済策の提供を（黙示的にであれ）求めているといえる。その要請に第1に応えるべきは、政策判断能力の点で優れた立法府であることに異論はない。もっとも、その要請は司法府にも向けられているともいえ、そこで、司法府が介入できる場合はどのような場合が問題となる。

憲法が効果的な救済策を要求していることが明らかなのに、立法府さらには行政府が長期間これを開発（創設）しない状況、すなわち、職務怠慢の状況が長期間続けば、司法府が介入することも許されるように思われ

る⁶⁾。また、公務員に対する損害賠償は、違憲の捜査の被害者が無辜の者である場合には、排除法則が保護策として働かず、これが唯一の救済策となる。犯罪の訴追を目的とせず違法活動にダメージを与えることのみを目的としたいわゆる「手入れ」という捜査手法が採られた場合も同様である。しかも、州や地方自治体の公務員が違憲の捜査活動を行えば、1983条により損害賠償を請求できるのに、連邦公務員が行えば請求できないというのは、平等保障の観点からいっても不合理である。このようなことから *Bivens* で連邦公務員に対する損害賠償請求権が認められたことは妥当であったと思われる。

他方で、本件の法廷意見は、立法府が、熟慮の上で損害賠償請求権を認めないとの判断をする場合があるという。このような場合に、司法府はどのような対応を取るべきだろうか。反対意見は、国境警備隊員の不法行為に対して、刑事訴追、懲戒手続が効果的に働いていない現状があり、損害賠償請求が唯一効果的な抑止策であるとしている。とはいえ、世論の批判等を受けて、立法府や行政府が対応を変化させる可能性がないともいえない。外交問題、国家安全保障問題が関係する事案では、政治的な判断に責任を取れない司法府は、あくまで立法府、行政府の判断を尊重し、口を出すべきではないというのが、本件の法廷意見の立場であろう。

5 本件の意義

本件は、*Abbasi* でまとめられた基準を、国境を跨いだ銃撃事件に適用した事例であり、理論的な新しさはない。ただ、*Abbasi* がソトマイヨール、ケイガン、ゴーサッチの3名の裁判官が審理と判決に加わっていない6名の裁判官による判断であったため、その判断を本件で9名の裁判官からなる裁判体の過半数で確認したことにより、*Abbasi* の基準がより強固

6) たとえば、第4修正の排除法則 (*Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961)) と第5修正のミランダ法則 (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)) は、違憲の捜査方法を効果的に抑止する方策を立法府が創設せず、違憲の捜査が繰り返されていた状況の下で司法府が介入した場合であるといえることができる。

な基礎を持ったということではできない⁷⁾。

「背景事情の新規性」基準については、法廷意見は、先例で同じ憲法条項（第4修正）の違反、さらには、同じ「不合理な身体の押収」という問題が扱われていても、背景事情をより具体的に捉えて新規性を肯定している。また、*Bivens* 法理の（拡張）適用を躊躇すべき「特別の要因」の判断に当たっては、外交問題、国家安全保障問題に関しては、立法府、行政府の判断を尊重すべきことを確認している。

本件での「背景事情の新規性」及び「特別の要因」の捉え方からすると、*Bivens* 法理の（拡張）適用は、今後もほとんど認められないように思われる。とはいえ、「背景事情の新規性」基準を採用することは、逆にいえば、*Bivens*, *Davis*, *Carson* については、これらが判断されたのと同様の背景事情の下では判例として維持するとの考えを示しているともいえ、この基準を採り続ける限り、判例としての地位を認めることになる。本件の法廷意見がいうように *Bivens* 法理が他の統治部門に対して甚大な脅威を本当に及ぼすものであるならば、判例変更により *Bivens* 法理を否定すべくともいえそうであるが⁸⁾、判例変更を主張するトマス裁判官の補足意見には、ゴーサッチ裁判官しか加わっていないので、判例変更の可能性は今のところ低いように思われる。

我が国では、国境を跨ぐ銃撃事件が発生する可能性がほとんどないので、本件の処理が我が国で実務上参考になることはあまりないかもしれない。ただし、我が国においても、迅速裁判違反の場合の免訴（手続打ち切り）⁹⁾も、憲法上の救済策の問題と捉えることができるので、三権分立原理の下での、とりわけ立法府との関係での司法府の権限行使の在り方について検討する上で、本件は貴重な素材を提供してくれるように思われる。

7) Carrasco, *supra* note 4, at 74.

8) The Supreme Court 2019 Term Leading Case, 134 Harv. L. Rev. 550, 557–558 (2020).

9) 最大判昭47・12・20刑集26巻10号631頁。