

琉球大学学術リポジトリ

Trump v. New York, 592 U.S._, 141 S. Ct. 530
(2020) :

トランプ大統領が下院の議席配分と選挙区割りでは不法移民の人口を除外するよう命じたことを巡り、この命令を認めないよう求めた訴訟において当事者適格が否定された事例

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学人文社会学部・琉球大学大学院法務研究科 公開日: 2021-10-18 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 小林, 祐紀, Kobayashi, Yuki メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/20.500.12000/49913

《資料》

Trump v. New York, 592 U.S. __, 141 S. Ct. 530 (2020)

トランプ大統領が下院の議席配分と選挙区割りで不法移民の人口を除外するよう命じたことを巡り、この命令を認めないよう求めた訴訟において当事者適格が否定された事例

小 林 祐 紀

訳者はしがき

本稿は、合衆国最高裁判所において、2020年11月30日に口頭弁論が開かれ、2020年12月18日に判決が下された Trump v. New York, 592 U.S. __, 141 S. Ct. 530 (2020) 判決の全訳である。本件は、合法的な在留資格を持たない外国人を、10年ごとに行われる国勢調査に続く、連邦議会の議席配分を決定する際の議席配分の基礎から除外することを指示する大統領覚書（president's memorandum）に対する、憲法および制定法上の申立てに基づく宣言的救済および差止命令を求め、州、地方政府、組織および個人が原告となって、大統領、商務省および国勢調査局を相手取って訴訟を提起した事件である。合衆国最高裁判所は、パーキュリアム（Per Curiam）で、合衆国憲法3条の当事者適格の要件および成熟性の要件を満たしていないことを理由に、原告らの訴えを退ける判決を下した。なお、本判決には、ブライヤー裁判官が執筆し、ソトマイヨール裁判官とケーガン裁判官が同調する反対意見がある。本判決は、当事者適格要件という重要論点をめぐる最新の判例であるため、判決全文の翻訳を行うこととした。

Trump v. New York, 592 U.S. __, 141 S. Ct. 530 (2020)

【意見】パーキュリアム

国は10年ごとに、議会が「法律で定める」「方法により」、その人口「計算」

を実施する（合衆国憲法1条2節3項）。この国勢調査は、下院議会議員の議席数の州間での配分、連邦資金の州への割当て、州内の行政区分再編成のための情報提供、ならびに政府組織、企業および学術研究者が実施する多数のイニシアティブ目的のデータの提供において重要な役割を果たす。*Department of Commerce v. New York*, 588 U.S. __, __, 139 S.Ct. 2551, 2561-2562, 204 L.Ed.2d 978 (2019).

連邦議会は、商務長官および大統領の両者に、国勢調査および配分過程において果たすべき役割を与えている。商務長官は、「自身が決定する方法および内容に従い……10年ごとに人口の（国勢）調査を行う」必要があり（13 U.S.C. § 141(a)）、そのうえで「配分に必要となる」国勢調査に基づく「州別の総人口の一覧表」を大統領に提出しなければならない（§ 141(b)）。これを受け大統領は、国勢調査で「確認された、課税対象ではないインディアンを除いた各州の総人口を示す声明」を議会に提出しなければならない（46 Stat.26, 2 U.S.C. § 2a(a)）。この声明において、大統領は「均等比例方式（method of equal proportions）」と呼ばれる計算方法を用いて、人口数から各州の議席数を算出しなければならない。*Ibid.*; see *Department of Commerce v. Montana*, 503 U.S. 442, 451-452, 112 S.Ct. 1415, 118 L.Ed.2d 87 (1992).

昨年7月、大統領は商務長官に対し、2020年国勢調査後の配分に関する覚書を発出した。この覚書は、「配分の基礎から、合法的な在留資格を持たない外国人」を除外する指針を述べている（85 Fed.Reg. 44680 (2020)）。「可能な最大限の範囲で、行政府に与えられた裁量に基づいて」実施を促すために、大統領は商務長官に対し、§ 141(b) 報告書作成の際に、「実現可能な範囲で、大統領がこの指針を実行するために、その裁量を行使することを可能にする情報を提供する」よう命じた。*Ibid.* 大統領は商務長官に対し、国勢調査局が公表した各州の住民の数え方の基準に従った人口の一覧表に加え、そのような情報を盛り込むよう命じた。*Ibid.*; see 83 Fed.Reg. 5525 (2018).

本件は、複数の州、地方政府、組織および個人がこの覚書について起こした複数の訴訟の1つに起因する。3名の裁判官で構成された連邦地裁は、当該覚書は外国人とその家族が国勢調査に回答することを抑止し、その結果として連邦資金の割当てに用いられる国勢調査データの質を低下させ、一部の原告が抑

止効果に対抗するために資金の転用を強いられたことから、原告（本件の被上訴人）が連邦裁判所での訴訟手続における当事者適格の要件を満たしていたと判示した。__ F. Supp.3d __, __, 2020 WL 5422959, *13-*15 (SDNY, Sept. 10, 2020) (パーキュリアム)。連邦地裁によると、この覚書は、2組の数値（国勢調査に基づく有効な一覧表と、国勢調査外での行政上の記録に基づく外国人を除外した無効な一覧表）を提供することを商務長官に命じており、§ 141(b)に違反している。Id., at __, 2020 WL 5422959, *27。連邦地裁はさらに、法的地位に基づく外国人の除外は、大統領は配分のために「各州の総人口」を報告するという§ 2a(a)の要件に反しているとした。Id., at __, 2020 WL 5422959, *32。連邦地裁は、覚書が違法であると宣言し、さらに商務長官に対し、覚書の実施に必要な情報を、大統領への§ 141(b)報告書から削除するよう命じた。Id., at __, 2020 WL 5422959, *35。政府は上訴し、この法廷は管轄権の検討の延期を決定した。592 U.S. __, __ S.Ct. __, __ L.Ed.2d 2020 WL 6811251 (2020)。

合衆国憲法3条の基本原則は、「申し立てが行われた時点だけでなく、訴訟のすべての段階を通して、実際の争訟が存在しなければならない」ということである。LLC v. Nike, Inc., 568 U.S. 85, 90-91, 133 S.Ct.721, 184 L.Ed.2d 553 (2013)。原告が認めている通り、覚書による抑止効果は国勢調査への回答期間が終了した際に消失している。原告は今、議会議席および連邦資金の違法な分配の影響のおそれを根拠とした、「法的に認識可能な損害」の代替的法理論への変更を求めている。Id. at 100, 133 S.Ct.721。しかしながら、本件が上訴された現時点において、本法廷は、本件は「司法手続により解決されるべき」紛争ではないとの結論に達した。Susan B. Anthony List v. Driehaus, 573 U.S.149, 157, 134 S.Ct.2334, 189 L.Ed.2d 246 (2014)。

司法判断適合性の2つの原則——いずれも合衆国憲法3条の「事件または争訟の要件」に由来する——が、この決定の根拠となっている。See DaimlerChrysler Corp. v. Cuno, 547 U.S. 332, 352, 126 S.Ct. 1854, 164 L.Ed.2d 589 (2006)。第1に原告は、「推測的または仮定的な損害よりも、具体的で、特定化されており、差し迫った損害」を含む、当事者適格性を立証しなければならない。Carney v. Adams, ante, at 6, __ U.S. __, __, 141 S.Ct.493, __ L.Ed.2d __, 2020 WL 7250101 (2020)。第2に、事件は「成熟——予測通りに発生しない可能性のあ

る、またはまったく発生しない可能性のある、偶発的な将来の出来事に依存していない」していなければならない。*Texas v. United States*, 523 U.S.296, 300, 118 S.Ct. 1257, 140 L.Ed.2d 406 (1998).

現時点において、本件は、司法審査を妨げる偶発性および推論に満ちている。大統領は確かに、合法的な在留資格を持たない外国人を配分の基礎から除外することを明確に求めている。しかし大統領は、商務長官は「実現可能な範囲で」情報を収集するべきであり、外国人を「実現可能な範囲で」除外するべきであると示すことにより、自身の指示を適格化している。85 Fed.Reg. 44680. この指針の一般的声明を、執行府がどのような方法で後に実施するかについての予測は、現時点では「推論に過ぎない」。*Los Angeles v. Lyons*, 461 U.S. 95, 108, 103 S.Ct. 1660, 75 L.Ed.2d 675 (1983).

第1に、この指針は、本件の原告に被害を及ぼす可能性が実質的に高い方法はもちろんのこと、いかなる方法によっても実現可能でない可能性がある。分配に先立つ訴訟は、大統領が連邦議会に声明を提出するまで、商務長官は国勢調査を変更することができる（また、大統領は変更を指示することができる）ため、常に「動く標的となる」*Franklin v. Massachusetts*, 505 U.S. 788, 797-798, 112 S.Ct. 2767, 120 L.Ed.2d 636 (1992). 政府が認めているとおり (Tr. of Oral Arg.39), そのような変更は推測的予測ではなく、各州の人口の「実際の国勢調査」に関する憲法上の要件に従わなければならない。See *Utah v. Evans*, 536 U.S. 452, 475-476, 122 S.Ct. 2191, 153 L.Ed.2d 453 (2002); see also 13 U.S.C. § 195. この点で、いずれの（また、何名の）外国人が、商務長官が許容されない予測を回避することを可能にする行政記録を有しているか、また国勢調査局が所有する記録と国勢調査データとを迅速に一致させられるかどうかを示す記録はない。See Reply Brief 4-5. 商務長官が適切な行政記録を集め、一致させることができたとしても、大統領がいずれの（また、何名の）外国人を国勢調査から除外するのかについても、不確実性が高い。大統領が、分配に関する自身の一般的指針を実施するために、「国勢調査を改革」することを商務長官に指示するかどうか、またどの程度の範囲で指示するかは分かっていない。*Franklin*, 505 U.S. at 798, 112 S.Ct. 2767.

原告は、商務長官が§ 141(b)に基づく報告書を提出した時点で、紛争はより

明確になると同意する一方で（Tr. of Oral Arg. 64, 75），記録は議席および連邦資金の減少の「実質的な危険」を既に構成していると主張している。Clapper v. Amnesty Int'l USA, 568 U.S. 398, 414, n.5, 133 S.Ct. 1138, 185 L.Ed.2d 264 (2013). しかしながらこの結論は、相当な程度の推測を含んでいる。他の分配に先立つ訴訟と異なり、商務長官は予想通りに総数を変える確実な方法で、国勢調査業務を変更していない。Department of Commerce v. New York, 588 U.S., at ___, 139 S.Ct., at 2565-2566; Department of Commerce v. United States House of Representatives, 525 U.S. 316, 331-332, 119 S.Ct. 765, 142 L.Ed.2d 797 (1999). ここでの計数は完了している。現時点での紛争は、まだ予備段階にある分配過程に関わる。政府の今後の行為は、法的小および実質的制約を反映したものとなり、将来的な損害を予測するが、これはあくまでも予測である。

政府が、合法的な在留資格を持たない約1億50万人の外国人を除外することにより、覚書を実施することが実現不可能であることは、現時点で誰もが同意している。Tr. of Oral Arg. 20, 63-64. にもかかわらず、予測される分配の変更についての唯一の証拠とは、大統領がすべての不法滞在者を除外するという、非現実的な仮定をしていることである。App. 344, Decl. of Christopher Warshaw ¶ 11. 覚書の部分的な実施の結果に言及する記録は存在せず、ICE（移民税関捜査局）により拘留されている外国人を除外することは、州間の分配に影響を与えるとする反対意見の推測を支持するものではない。Post, at 539-540, 541（ブライヤー裁判官の反対意見）; see Reply Brief 6.

資金への影響も、確実性がより高いわけではない。政府によると、連邦資金は国勢調査から得たデータに関連付けられており、覚書で言及されている分配数に必ずしも関連しているわけではない。この観点からすると、商務長官の§ 141(b) 報告書または大統領の§ 2a(a) 声明の変更は、反対意見が予測したような資金または他の資源の下位における入手に、容赦なく直接的な影響を与えるものではない。Post, at 539-540. 商務長官および大統領が、この問題にどう対応するかも、現時点での適切な司法審査を妨げている根本的な不確実性である。

連邦地裁が決定した救済手段は、原告の損害の偶発性を強調している。その差し止め命令は、商務長官が§ 141(b) 報告書において、合法的な在留資格を持たない外国人の数を大統領に報告することを禁ずる。合衆国憲法2条2

節1項の意見条項に基づく大統領の権限に影響を与えることに加え、差止命令は、原告の損害の原因は分配の基礎から不特定の個人を除外するために商務長官または大統領が将来的に行う行為であり、「抽象的な」指針自体ではないことを明らかにしている。*Summers v. Earth Island Institute*, 555 U.S. 488, 494, 129 S.Ct. 1142, 173 L.Ed.2d 1 (2009). 執行府の判断形成過程を認めることは、当事者間の紛争の範囲を「より扱いやすい割合」にするだけでなく (*Lujan v. National Wildlife Federation*, 497 U.S. 871, 891, 110 S.Ct. 3177, 111 L.Ed.2d 695 (1990)), 「我々が裁判官として行動し、選挙された代表者に適切に任されている政策立案に関わらないことを保証する」 (*Hollingsworth v. Perry*, 570 U.S. 693, 700, 133 S.Ct. 2652, 186 L.Ed.2d 768 (2013)). そして、原告はその間、訴えの対象となっている指針自体から具体的な被害を被っておらず、「何かをすることも、何かをしないことも」要求されていない。*Ohio Forestry Assn., Inc. v. Sierra Club*, 523 U.S. 726, 733, 118 S.Ct. 1665, 140 L.Ed.2d 921 (1998).

結局のところ、当事者適格性および成熟性の検討はいずれも、本紛争の司法的解決は時期尚早であるとの結論に至る。当事者適格性は示されておらず、本件は成熟していないとする本法廷の決定と一致して、憲法上および制定法上の訴えの本案に関する意見は述べない。これらは現時点では、司法判断に適さないことのみを判示する。連邦地裁の判決を無効とし、管轄権がないことを理由に却下する指示と共に、本件を差し戻す。

そのように命じられる。

【反対意見】 ブライヤー裁判官執筆（ソトマイヨール裁判官、ケーガン裁判官同調）

合衆国憲法では、各州に与えられている下院議員数が総人口の配分に基づいており、各州がその比例割合を受け取ることが定められている。政府は、10年ごとに行っている国勢調査の配分ベースから、合法的地位のない外国人を除外する政策を発表した。政府は、この政策が実施された場合において、原告に損害が生じることについては否定していない。また、（実施が可能である範囲で）この政策の実施が差し迫っていることも否定していない。本法廷の先例を率直に適用すれば、原告は、当事者適格を有することになる。この問題は、解

決のための成熟性を有している。また、原告が本案においても勝訴するべきである、と私は考える。適用される制定法の平易な意味、何十年にわたる実務の経緯、および、連邦政府の三権すべてによる統一的解釈によって、合法的地位のない外国人について、その地位を理由として10年ごとの国勢調査から除外することができないことが示されている。それらの外国人を配分ベースから排除するという政府の取り組みは、違法であって、本法廷がそのように述べるべきである、と私は考える。

多数意見はこれに反対している。そして、商務長官が大統領覚書を実施する方法の詳細が現時点で不明確であると主張されている。そのような不明確性によって、原告の請求の本案について本法廷が決定を待つことができると保証されるものではないと私は考える。大統領が自らの集計表を下院に提出した後配分について争われることが多かったのは確かである。See Brief for United States 16（「係る配分後において事件を決定するという本法廷の通常のアプローチ」が望ましいとみなしているもの）(citing *Utah v. Evans*, 536 U.S. 452, 458–459, 122 S.Ct. 2191, 153 L.Ed.2d 453 (2002), *Wisconsin v. City of New York*, 517 U.S. 1, 10–11, 116 S.Ct. 1091, 134 L.Ed.2d 167 (1996), *Franklin v. Massachusetts*, 505 U.S. 788, 790–791, 112 S.Ct. 2767, 120 L.Ed.2d 636 (1992))。政府は、本件においてそうしたアプローチを取ることを本法廷に求めている。See Tr. of Oral Arg. 7-8。しかしながら本法廷は、見込まれる配分による損害が生じる相当程度の危険性に基づく10年ごとの国勢調査に関する争訟を扱って、解決もしている。See *Department of Commerce v. United States House of Representatives*, 525 U.S. 316, 332, 119 S.Ct. 765, 142 L.Ed.2d 797 (1999)（配分に影響する可能性がある政府の行為について「考慮することを、国勢調査が実施されるまで本法廷が待つ必要はない」と判示したもの）。そしてそれこそ本法廷が本件において行うべきである、と私は考える。大統領が下院にその集計表を提出した後まで原告の請求を決定することを待つことは、配分における不必要で費用のかさむ遅延を望んでいるように思われる。ante, at 535。しかしながら、「[原告の] 求める救済措置によって主張対象損害が補償される可能性が相当に高い」（*United States House of Representatives*, 525 U.S. at 332, 119 S.Ct. 765）ことから、本法廷が現時点で原告による争いを扱うことができ、下級審の判決を支持することができる

断すべきところである。

I

政府が、「本件の原告のいずれについても、それに対して損害を与える可能性が相当に高い方法で」、自らが行為することになるかどうかについて判断するには時期尚早であることから、「当事者適格が示されていない」との理由付けを多数意見は行っている。Ante, at 535, 537. すでに述べたとおり、私はこれとは逆だと考える。原告は、司法判断が可能な争訟を主張しているのであって、係る争訟は、解決のための成熟性を有している。

A

まず、損害の恐れについて検討する。原告は、2つの形態の将来の損害を主張している。すなわち、配分数としての下院議員による代表の喪失、ならびに国勢調査総数に結び付いた連邦資金供与の減少である。損害が合衆国憲法3条を満たすためには、それが「具体的で特定のであり、かつ現実のものまたは切迫したものでなければならず、推測的なものでなく、仮説的なものであってはならない」。Susan B. Anthony List v. Driehaus, 573 U.S. 149, 157, 134 S.Ct. 2334, 189 L.Ed.2d 246 (2014)(quoting Lujan v. Defenders of Wildlife, 504 U.S. 555, 560, 112 S.Ct. 2130, 119 L.Ed.2d 351 (1992)). 原告は、自身が「〔政策〕による効果または執行の結果として直接の損害を被る現実的な危険を証明した」ときには、「予防的救済措置を取得するために、損害の恐れの実現を待つ必要がない。損害が差し迫ったものであることが確かである場合には、それで十分である」と、本法廷は長きにわたって判示してきた。Babbitt v. Farm Workers, 442 U.S. 289, 298, 99 S.Ct. 2301, 60 L.Ed.2d 895 (1979)(quoting Pennsylvania v. West Virginia, 262 U.S. 553, 593, 43 S.Ct. 658, 67 L.Ed. 1117 (1923)).

本件においては、損害の恐れについての検討は非常に単純明快である。当該指針を一見したところ、損害は明らかである。大統領覚書の表題は、以下のようになっている。「2020年国政調査後の配分ベースからの非合法外国人の除外」85 Fed. Reg. 44679 (2020) (大統領覚書)。この覚書では、「合衆国政府の方針は、執行府に委任された裁量に基づき実行可能であり、それに合致する最大範囲まで……移民として合法的地位にない外国人を配分ベースから除外する〔ものとする〕」と明示されている。Id. at 44680. 本件には「不確実性と憶測」が

「あふれている」（*ante*, at 535）にもかかわらず、政府は、合法的地位のない外国人を配分から除外するという自ら述べている目的から手を引いていない。Brief for United States 14（訴訟を提起することができるところまで、所管長官が覚書を実施することができるかと促しているもの）；see also *Virginia v. American Booksellers Assn., Inc.*, 484 U.S. 383, 393, 108 S.Ct. 636, 98 L.Ed.2d 782 (1988)（「法律が執行されるとの現実のかつ十分な根拠のある恐れを原告が主張しており」かつ、政府が「新たに制定した〔政策〕を執行しないと指摘を行っていない」場合において、当事者適格を認めたもの）。また覚書では、この指針のための理由付けについても発表しているが、それは無許可の移民「の拠点となっている」州による「政治的影響」および「連邦下院議員による代表」を減らすためである。85 Fed. Reg. 44680. そして、以下のとおり指摘している。現時点ではカリフォルニア州が知られているが、「1つの州」（see Brief for Appellees State of New York et al. 7）が「2,200万人を超える非合法外国人の拠点となつて」おり、配分からそれら外国人を除外することで、「そうしなければ配分される連邦下院議会の議席の配分数が2または3〔減少する〕可能性がある」。85 Fed. Reg. 44680. 配分を変更するこうした試みによって、他の結果ももたらされることになる。「これらの州が州内選挙区を区分けするにあたり、こうした結果を用いており」、「連邦政府〔もまた〕、連邦プログラムを通じた資金についての州への分配において国勢調査データを考慮している」ということを、本法廷では、従前から指摘している。*Wisconsin v. City of New York*, 517 U.S. 1, 5-6, 116 S.Ct. 1091, 134 L.Ed.2d 167 (1996). そのため覚書の実施によって、原告が回避を求めている「代表制および資金供与についての損害」が、まさにもたらされることになる。Brief for Appellees State of New York et al. 10

B

大統領覚書の明確性を踏まえて、原告が損害の恐れを主張していることについて、政府が争っていないことは驚くことではない。むしろ、大統領が実際の人口算定の前に合衆国憲法3条における成熟性の要件を満たすには、代表制および資金供与の両方についての損害の主張では「憶測にすぎる」と政府は主張している。Brief for United States 19. これは、次の理由によるものである。すなわち、（商務長官が大統領に報告するための期限がわずか2週間であるが）覚

書を実行する所管局の計画が不確実なままであって、「データに関する様々な未知の不確実性に依存するものであり」、「12月の後半または1月」までは、「所管局がその結果を予測することができず、見積もりを行うことすらできない」からである。*Id.* at 4. こうした不確実性を踏まえて、「覚書が実施された時点で被上告人が『〔下院の〕議席を失う』ことが『ほとんど確実』とは決して言えないものである」と政府は主張している。*Id.* at 5. また政府は、次のようにも述べている。原告が連邦の資金供与を不相応に奪われるということが「憶測にすぎない」のは、なぜなら、配分目的で大統領が連邦議会に提出する集計表もまた、州の人口割合に基づき資金を配分する、連邦法に関する人口総数として用いられることになることが、いまだ確実でないからである。*Id.* at 19-20. 基本的に、「成熟性原則では、覚書が実施されるまで覚書に対する司法判断が繰り延べされることを支持している」と政府は主張している *Id.* at 21.

当事者適格の論点として見るか、成熟性の論点として捉えるかにかかわらず、政府の主張は十分なものでない。「原告が特定する損害が」、当事者適格を立証するために「発生することが文字通り確実であることを証明する」必要性が原告にはない、とする判示を本法廷では行ってきた。*Clapper v. Amnesty Int'l USA*, 568 U.S. 398, 414, n. 5, 133 S.Ct. 1138, 185 L.Ed.2d 264 (2013). むしろ、「損害の恐れが『差し迫っているのが確実である』場合、または、損害が発生する『相当程度の危険性』がある場合には、将来の損害の主張が満たされることがある」。*Driehaus*, 573 U.S. at 158, 134 S.Ct. 2334 (quoting *Clapper*, 568 U.S. at 414, n. 5, 133 S.Ct. 1138). 本件の事実関係に着目すると、覚書は、本法廷の先例が必要としている「相当程度の危険性」をもたらすものである。

政府の現行の計画では、その指針に基づき、相当数の人々を除外することができることが示唆されている。まず、数週間後であっても、政府は自らが行うことができる最大範囲まで指針を実施する意図を依然として放棄していない。See Tr. of Oral Arg. 9-10 (「すべての非合法的外国人の排除に関して何が実行可能であるのか我々にはわからない」と述べながらも、「ある部分については、他の部分よりも、〔大統領〕の裁量の行使に関して、はるかに強力な主張となるであろう」と認識している)。確かに所管局は、12月31日という制定法上の期限を過ぎてから、それを行わなければならない場合であっても、できる

限り多くの人々を除外することに注力している。Id. at 6-7. そして結果として、相当程度の損害が生じるところまで、それを行うことができるという「相当程度の危険性」が存在する。本件だけでなく、以下の関連訴訟においても、政府は次のように述べている。12月初旬時点で、国政調査実施日時点でICEの収容センターに収容されていた合法的地位のない外国人を除外することがすでに実行可能であったこと、そして、そうした外国人の「カテゴリーが多くの州に数万人規模で広がっている可能性が高いものである」。Reply Brief for United States 6; see also Brief for Appellees New York Immigration Coalition et al. 15（そのようにすることで、およそ「5万人のICE収容者」を除外することになるとの従前の政府の推測を引用）。こうした収容者だけでなく、政府が「個別に特定する」とともに集計表から除外することを求めている合法的地位のない外国人が少なくとも他に数百万名も特定していると被上告人は指摘している。Id. at 15-16. 本法廷が聞いているところでは、所管局が合法的地位のない多数の外国人について「報告する」（とともに、集計表から除外する）という取り組みのために非常に懸命に従事しており、そうした外国人には、「国外退去の最終命令が下された約20万人の者」、「70万人のDACA（若年移民に対する国外強制退去の延期措置）受益者」および「国外退去手続に関与している」約「320万人の被収容者」が含まれているとのことである。Tr. of Oral Arg. 28-29. また、当局が少なくとも4～5百万人の外国人を除外するために必要な行政記録を既に保有しているとのことである。Id. at 29. こうした数値が、配分に影響するに十分なだけの大きさであることは確かなことである。

同様に重要なこととして、原告は、次のような主張をしている。配分そのものを別としても、合法的地位のない外国人を配分計算から除外することによって、州別の10年ごとの人口総計に基づく連邦資金供与に対しても悪影響を生じさせる。Brief for Appellees New York Immigration Coalition et al. 18-19; see also *Department of Commerce v. New York*, 588 U.S. ___, __ - __, 139 S.Ct. 2551, 2565-2566, 204 L.Ed.2d 978 (2019)（非米国市民の世帯の過小算定が少しでもあれば、こうした州が「州の人口に基づき分配される連邦資金を失う」ことになる可能性があることを指摘しているもの）。実際にも、多くの連邦制定法では、資金供与について、10年ごとの国勢調査によって「証明された」結果に基づき

(16 U.S.C. § 669c(c)(3)), 「記載された」結果に基づき (49 U.S.C. § 47114(d)(1) (B)), または, 「報告された」結果に基づき (52 U.S.C. § 20901(d)(4)) 配分することを義務付けている。こうした表現は, (本件で問題となっている報告書であるところの) 商務長官により大統領に報告された配分集計表を指していると必ず理解されていたと思われる。なぜならそれは, 10年おきの国政調査の一環として「証明される」こと, または「報告される」ことが法律で義務付けられていた唯一の集計表であるからである。See 16 U.S.C. § 669c(c)(3); 52 U.S.C. § 20901(d)(4). See generally Brief for Professor Andrew Reamer, Ph.D. as *Amicus Curiae* 2-3. 集計表から違法に除外された個人が, 資金供与関連法を適用する目的のために戻し入れることができない理由を被上告人が特定していないと政府は反論している。Reply Brief for United States 7. しかしながら, 所管長官がそのようなことを行うことができること, または, そのようなことを行うであろうことを示すものは存在しない。もちろん, 除外が違法であると裁判所が判示している場合はこの限りでない。そして, その他の形で計算から違法に除外された者を戻し入れることができるという可能性は, 第1審における違法性の請求を追求する原告の当事者適格を削り落とすものではない。

さらに制定法では次のように規定している。「大統領は, 10年ごとの国勢人口調査による確認に基づく, 各州の総人口を示す計算書を連邦議会に提出するものとする」。2 U.S.C. § 2a(a). 様々な制定法において, その資金供与について「直近の10年ごとの国勢調査による認定に基づく全州の総人口」における各州の割合を紐づけている。See, e.g., 7 U.S.C. § 361c (c)(2)(全州の郊外〔および農業地域〕の総人口における各州の割合により資金供与を配分するとしているもの); § 2663 (b)(4) (同趣旨); 49 U.S.C. § 5305 (d)(1)(A)(i) (「都市地域の人口」における各州の割合に関するもの); § 5311 (c)(3)(B)(iii) (「全郊外地域の人口」における各州の割合に関するもの); see also U.S. Census Bureau, L. Blumberman & P. Vidal, *Uses of Population and Income Statistics in Federal Funds Distribution—With a Focus on Census Bureau Data* 18 (2009) (2009年時点で, 少なくとも24件の連邦プログラムが, 10年ごとの国政調査による州の人口数値に直接関連付けられた。州に対する年間資金供与において少なくとも100億ドルを自動的に分配したと見積もったもの)。10年ごとの統計調査と, 資金供与の配分との間の関連

性を踏まえれば、各州についての算定における数千人分の変動が連邦資金についての当該州への割合に影響する可能性がある。

政府の計画における不確実性がいつまでも残ることによって、本件訴訟が成熟性を有しないとする多数意見、ならびに配分プロセスが「初期段階」にあるとする多数意見には同意しない。Ante, at 536. 理由の1つとしては、政府は大統領覚書を実行するために用いられる予定の行政記録を収集するために1年間以上を費やしている。See Exec. Order No. 13880, 84 Fed. Reg. 33823 (2019) (連邦行政機関が行政記録を共有することを求めており、それによって、商務省が「米国内の不法外国人の人数についてのより信頼できる算定、ならびに、各州に不法に滞在している外国人の総数についての見積もりを出す」ことができるようにするもの)。別の理由としては、関連訴訟において政府は、本法廷に対して次のように述べている。制定法上の期限を過ぎて配分の手続がさらに遅延することによって、州における「選挙区の区割り見直しの期限の条件を満たす可能性」を損なうことになる。それは、「遅延が意味するであろうことは、州の憲法または制定法において定められた期限が達成不可能であろうということ」であるからである。See Reply Brief in Support of Application for Stay Pending Appeal in *Ross v. National Urban League*, O.T. 2020, No. 20A62, p.11. そのような懸念に基づくことにより、本法廷は、こうした期限に間に合うように、政府がその取り組みを促進することができるように、政府による上告中の手続停止を認めたのである。See *Ross v. National Urban League*, 592 U.S. __, 141 S.Ct. 18, __ L.Ed.2d __ (2020). おそらく、大統領がその集計表を提出した後までこの論点の解決を待つことによって、選挙区の区割り見直しをさらに遅らせることに伴う、さらなる困難が生じることになろう。州はすぐに配分見直しの結果について考慮し始めるであろう。See, e.g., Del. Code Ann., Tit. 29, § 805 (2020) (「大統領が連邦議会に対して2020年になされた10年ごとの連邦国政調査の正式報告を行った後で、州議会は2021年6月30日までに、2022年の総選挙のための州の配分見直しと選挙区の区割り見直しを行うものとする。」。) もちろん、連邦議会に提出された集計表からそれを大統領が除外するのに間に合うように、当局が、自らが有する数百万もの記録と、自らが生み出す国勢調査データとの間における相当数の一致を見出すことができないという事態も起こりう

る。しかしながら、所管長官が大統領覚書の遵守を大幅に制限した場合であっても（たとえば、ICE 収容センターにいと見積られる5万人の外国人のみを「報告する」ことを選択するとともに、国勢調査の「集計表」からそれを除外することによってなどである）、そうした除外だけで、配分および資金供与の目的のための国勢調査に影響する「相当程度の危険性」がもたらされる。それはまさに、原告が訴えている種類の損害である。総合すると、こうした検討によって、今こそが本件を解決するために適した時期であることが示される。Cf. *Abbott Laboratories v. Gardner*, 387 U.S. 136, 149, 87 S.Ct. 1507, 18 L.Ed.2d 681 (1967)（ハーラン裁判官執筆の法廷意見）（司法審査の時期が、「裁判所による決定のために当該論点が適しているかどうか、ならびに裁判所の検討を留保することにより生じる当事者の困難」に依存すると説明している）。

繰り返しになるが、大統領の事前に表明されたの目的は、不相応な人数の合法的地位のない外国人の拠点となっている州に配分される連邦下院議員数を減らすことである。政府は、行政記録を用いてこうした数百万人の人々を特定することができることを確認している。しかしながら、国勢調査局が合法的地位のない外国人を除外するとともに、一部の州が権利を有する連邦下院議会議員数を削減するという自らの任務を満たすことができなかつた場合には、それは記録にない理由によるものとなるだろう。本件におけるように、違法と主張されている目的を達成するために取り組んでいることを政府が自ら認めている場合には、それが完全に成功しない可能性があるという憶測を政府が有しているという理由だけで、本法廷は事件を解決することを拒絶するべきではない。

こうした理由により、私は次のように考える。大統領が連邦議会に提出する総人口の集計表から、合法的地位のない外国人を違法に差し引くことによって、原告に対して、議席配分と予算分配の両方に悪影響が生じるという「相当程度の危険性」を原告が主張している。こうした損害が、合理的に近い将来において生じるという可能性が相当程度に高い。本件は具体的な争訟をまさに示しており、本法廷は今こそこれを解決するべきである。

II

本案について、私はこの論点に関して判断を下した3つの下級裁判所と同意見であり、政府の政策を違法と判示するところである。*New York v. Trump*, __

F.Supp.3d. ___, ___, 2020 WL 5422959 (S.D.N.Y., Sept. 10, 2020)(パーキュリアム); *San Jose v. Trump*, ___ F. Supp.3d ___, __-__, 2020 WL 6253433 (ND Cal., Oct. 22, 2020)(slip op., at 72–85); *Useche v. Trump*, No. 8:20–cv–02225, 2020 WL 6545886 (D Md., Nov. 6, 2020)(slip op., at 21–30). 改めて述べるが、覚書は、「2020年の国勢調査後の下院議席の配分見直し」に用いられる「配分ベースからの非合法外国人の除外」を行うことを求めており、商務長官に対し、大統領がこの政策を実行することを可能にするための情報を提出するよう命じている。85 Fed. Reg. 44680. 原告は、この政策は「配分に必要な……州別の総人口の集計表」について報告を行う（13 U.S.C. § 141(b)）とともに、「課税対象でないインディアンを除いた、各州の全人口」を含めるものとする命令と矛盾していると主張し、合衆国憲法上および制定法上の根拠に基づき争っている。合衆国憲法14条2節；2 U.S.C. § 2a(a). 本法廷の慣習に従い、憲法上の論争には触れず、制定法上の問題のみについて本件を解決するところである。

制定法上の問題は重要であるが、難解ではない。制定法解釈の方法はいずれも、「通常の居住」が、10年ごとの国勢調査における人口算定の主な基準となると示している。居住の概念は、個人の移民上の地位のみに依存しておらず、これまでそのように依存したことがない。したがって、この覚書は、国内に居住するすべての個人を数えるとする連邦議会の明確な命令に違反するものであり、撤回されるべきである。

A

第1に、規定がある。現代の配分の仕組みの起源は、1929年に遡る。See 46 Stat.21 (1929 Act). 該当する文言は、配分ベースには「10年ごとの国勢調査で確認された」「各州の個人の総数」を含めるものとする規定している。§ 22. *id.*, at 26 (codified at 2 U.S.C. § 2a(a)); see 13 U.S.C. § 141(b) (所管長官に対し、配分に必要となる「州ごとの総人口の集計表」を提出するよう義務付けている)。「個人」の通常の意味はもちろん、合法的地位のない外国人を含む。本法廷はこの点を述べており、政府はこれに対し異議を唱えていない。Plyler v. Doe, 457 U.S. 202, 211, 102 S.Ct. 2382, 72 L.Ed.2d 786 (1982). 同様に、「各州の」という表現の平易な意味は、1929年においても、現在においても、移民上の地位に依存していない。むしろ、本法廷が *Franklin* 事件で説明したとお

り、この表現は、「通常の居住」についてのアイデアの一部を含んでおり、州の「住民」である個人を指すと常に理解されてきている。505 U.S. at 804–805, 112 S.Ct.2767; see also *Wesberry v. Sanders*, 376 U.S. 1, 13, 84 S.Ct.526, 11 L.Ed.2d 481(1964)。「居住者」と「住民」のいずれも、個人が違法な滞在ではなく、合法的な滞在を有しているのかどうかを考慮するものではない。See “Inhabitant,” *Webster’s New International Dictionary* 1109 (1927) (「ある場所に恒久的に住むまたは居住する者」), “Resident,” *id.* at 1814 (「ある場所に居住する者；ある場所に（長短を問わず）特定期間住む者」)。

さらに（合衆国憲法のような）制定法は、「課税対象でないインディアン」（2 U.S.C. § 2a(a)）という単一の個人のカテゴリのみを、彼らが明らかに合衆国内に「居住」しているにもかかわらず、明示的に配分から除外している。明らかに連邦議会は、本来であれば伝統的な居住要件を満たす特定の住民について、そうしたいときに除外する方法を知っていたのである。それにもかかわらず、連邦議会は1929年法において、合法的地位のない外国人を選定していなかった。

第2に、歴史的慣習から、制定法の意味について疑いの余地はほぼない。建国時から現在に至るまで、10年ごとの国勢調査における人口算定は常に、移民上の地位ではなく、居住性に関係している。10年ごとの国勢調査の手続きを規定した最初の法律では、個人は「合衆国内に、通常居住している」場合に数えられるとしている。Franklin, 505 U.S. at 804, 112 S.Ct.2767 (citing Act of Mar. 1, 1790, ch.2, § 5, 1 Stat.103). 1820年に実施された10年ごとの国勢調査は、各州内で集計される個人の総数の一覧表に「帰化していない外国人」を含んでいた。See Act of March 14, 1820, 3 Stat. 550. 1860年に実施された10年ごとの国勢調査では、北部に住む逃亡奴隷について、当時それらの個人が違法な滞在を有していたにもかかわらず、含んでいた。See *San Jose*, __ F. Supp3d., at __, 2020 WL 6253433, *7 (citing Record in No. 5:20-cv-5167, ECF No. 64–22, pp. 5–7 (Decl. of Shannon D. Lankenau)). 1920年に実施された10年ごとの国勢調査での人口計算では、合衆国への合法的入国を拒否されたにもかかわらず、第一次世界大戦中に母国に送還されるまで、国内で仮釈放されていた未成年者を含んでいた。See Record in No. 20–cv–5770, Doc.149–2, Exh.61, ¶ 3 (Decl. of Jennifer

Mendelsohn) (discussing the inclusion of the minor petitioner in *Kaplan v. Tod*, 267 U.S. 228, 45 S.Ct.257, 69 L.Ed. 585 (1925), in the census count) . また、連邦議会が1929年法を制定した時点で、合衆国では10年ごとの国勢調査が12回以上行われていた。政府が以下で認めているとおり、いずれの国勢調査においても、移民上の地位のみを根拠として居住者を除外したことはなかったのである。Juris Statement 91a. 「10年ごとの国勢調査」において確認されるものとしての「各州の個人」という表現については、この表現を同時代的に理解するのであれば、こうした長年にわたる統一的な慣習を反映することになる。See *McQuiggin v. Perkins*, 569 U.S. 383, 398, n.3, 133 S.Ct.1924, 185 L.Ed.2d 1019 (2013)(「連邦議会は既存の法を背景として法制定を行う」)。総合的に見て、歴史は制定法の範囲を明示しており、そこには合法的地位があるか否かにかかわらず、国内に居住する人々を含んでいるのである。

第3に、制定時の議論の記録から、連邦議会は制定法における文言にこの意味が含まれることを認識していたことが確認できる。1929年の時点で、連邦移民法が施行されてから、少なくとも40年以上経過していた。*Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753, 761, 92 S.Ct.2576, 33 L.Ed.2d 683 (1972). 下院議席配分に関する一部の州法では、連邦の10年ごとの国勢調査における「個人の総数」のみに基づく配分に本来は外国人が含まれることを認識したうえで、明示的に外国人を除外していた。See 71 Cong.Rec.1977 (1929)(配分ベースの定義として、「外国人を除外した住民」の数を含めたものとする趣旨のニュー・ヨーク州法を検討している)。1929年法の制定過程における議論では、議員達は配分ベースから外国人を除外する案を繰り返し検討した(そして却下した)。See e.g., *id.*, at 2065–2068, 2360, 2451–2455. これらの議論は、そのような修正を行わなかったならば、「アメリカ国民の同意なしに」滞在している「外国人」が当該法律に含まれることになるという共通理解を表わすものである。*Id.*, at 1919. See also *id.*, at 1976 (Sen. Barkley)(「合法的地位のない」「非合法移民」について検討している)。こうした理解は、表現の一般的な意味だけでなく、合衆国憲法上に規定されているものとしてのこれらの表現の意味についての議員たちの見解にも基づくものである。

特に、ペンシルバニア州選出の David A. Reed 上院議員は、合法的地位のな

い外国人を除外する政策への支持を表明しているが、そうした除外が合衆国憲法により認められているとは思わないとして、除外法案に賛成票を投じていない。*Id.*, at 1958. See also *id.*, at 1821–1822 (reprinting C. Turney, Power Of Congress To Exclude Aliens From Enumeration For Purposes Of Apportionment Of Representatives (April 30, 1929)); 71 Cong. Rec. 2065–2066 (「合衆国憲法から外国人を除外するとの合衆国憲法を修正する案を採択すれば」、配分から外国人を即時除外することになるという修正案を検討している)。同年、配分ベースから外国人を除外する趣旨の2つの合衆国憲法修正案が連邦議会に提出された。いずれも廃案となっている。See *San Jose*, __ F. Supp.3d., at __, 2020 WL 6253433, *5 (citing Hearing on H.J. Res. 102 and H.J. Res. 351 before the House Committee on the Judiciary, 70th Cong., 2d Sess., 1 (1929))。また連邦議会は、自らが選択した文言が、我々がまさに本件において直面している問題に与える影響を十分に理解していた。

第4に、1929年法制定後の数十年間の歴史についても同様である。それ以前の国勢調査の場合と同様に、その後の国勢調査においても、移民上の地位のみに基づいて人々を除外していない。むしろ、国勢調査では、引き続き、通常の居住が適切な基準とみなされた。執行府は幾度となく、合衆国に居住する合法的地位のない外国人を除外することは、法律により認められていないという見解を再確認している。See, e.g., 135 Cong.Rec.22521 (1989)(printing Letter from C. Crawford, Assistant Attorney Gen., to Sen. Bingaman (Sept. 22, 1989)); Hearing before the Subcommittee on Energy, Nuclear Proliferation, and Government Processes of the Senate Committee on Governmental Affairs, Enumeration Of Undocumented Aliens In The Decennial Census, 99th Cong., 1st Sess., 19 (1985)(「合衆国憲法の伝統的な理解と、連邦議会から提供された法的指示は、1790年の初回から続く各回の国勢調査において、我々はその地位の有無にかかわらず、わが国の居住者を数えようとしてきたことを意味している。」)(Statement of Census Bureau Director J. Keane); *Federation for Am. Immigration Reform v. Klutznick*, 486 F.Supp. 564, 576 (DDC 1980) (「国勢調査局は常に、国勢調査日に州に居住しているすべての個人を数えるよう試みてきており、配分を目的とした人口ベースは常に、国内に合法的にいる外国人だけでなく非合法にいる外国人を含む、すべての人々を含んできた。」、連邦議会議員も常に同じ結論に至っている。See, e.g., 135 Cong.Rec.14551

(Statement of Sen. Bumpers); Hearing on S. 2366 before the Subcommittee on Energy, Nuclear Proliferation, and Federal Services of the Senate Committee on Governmental Affairs, 96th Cong., 2d Sess., 12 (1980)(Statement of Sen. Javits); 86 Cong.Rec.4372 (1940)(Statement of Rep. Celler). 一部の議員が憲法上の問題は未解決であるときみなしていたが、議員の全員が非合法移民を除外するためには、適用される法律の改正が必要であることを認めていたのである。See, e.g., 135 Cong. Rec.14540 (Statement of Sen. Shelby)(国勢調査局がその「確立された政策」から逸脱して、外国人を除外することができるようにする趣旨の修正案を提案している); Hearing on S. 2366, at 1 (「国内に非合法に滞在している人々を考慮して、数値を下方修正することを義務付ける」ことになる法案を検討している)。明白に一致した見解は、制定法では合衆国内に通常居住している人々を含めることを義務付けているということであった。See Franklin, 505 U.S. at 804, 112 S.Ct. 2767. 独自の法解釈を行っている各々の国家機関が、条文と歴史に従い、同じ結論に至ったのである。

2020年の国勢調査は、実際に大統領の覚書が発布されるまでは、こうした前例に従って実施されていた。国勢調査局規則によると、2020年国勢調査の「人口算定手続」は、「複数州の全居住者を数える連邦憲法上および制定法上の義務に従うものである」。83 Fed. Reg. 5525, 5526 (2018). この規則を採択するにあたり、国税調査局は「非合法滞在者」を含むことに関する懸念を示している意見についても検討したが、外国人が「国勢調査時点において、大半の時間について合衆国内の居所に住み、宿泊している場合には」それら外国人の全員を数えるというその政策を維持した。Id., at 5530. この規則はさらに、「国勢調査日時点でICEのサービス・プロセッシング・センターやICEと契約している収容施設などの連邦収容施設にいる人々」は、「当該施設において数える」と説明している。Id., at 5535. この規則は、人口算定が移民上の地位に依存することを示唆していない。約100年にわたって一貫として正反対の立場が取られてきた中で、覚書に反映されている解釈が斬新であるということは、政府による制定法の解釈が誤っていることを示すもう1つの指標である。See *Montana v. Wyoming*, 563 U.S. 368, 387, 131 S.Ct.1765, 179 L.Ed.2d 799 (2011).

要点をまとめると、1929年法の文言は移民上の地位ではなく、通常の居住

に関係している。立法の前だけでなく立法の後も含む数十年に渡る歴史は、こうした明快な解釈と一致するものである。政府の三権の機関はいずれも、本件で提起されたものとまったく同じ質問に直面したときに、同じ結論に至っている。

B

これらの証拠が提出されたうえでも、政府は、制定法の文言の意味をより制限していると主張するところの、建国時の散在する史料に主に依拠している。政府の主張は次の2つの仮説に依拠している。第1に、起草者は「自由人の総数」という憲法上の文言を、「住民」の同義語として読むことを意図していた。この法律専門用語が法に反して国内にいる者を除外するものであると政府は考えている。第2に、連邦議会が憲法上の文言を1929年法に含めた際に、連邦議会はこれらの文言がより狭い意味を持つことを理解していた。

こうした鎖のいずれの環にも欠陥がある。第1に、この主張は、建国時または修正14条の制定時に一般的に受け入れられていた合衆国憲法の意味の点において説得力がない。*Franklin* 事件において、本法廷は、「住民」という用語は「通常の居住性」の概念に相当すると解釈しており、この概念は前述の分析にあるように、移民上の地位に依存するものではない。505 U.S. at 804–805, 112 S.Ct. 2767. 政府が提示した歴史的証拠は、この結果を否定するものではない。

政府の資料の多くは、「通常の居住」基準が移民に適用されたことを示しているにすぎない。See Dept. of Commerce and Labor, Bureau of the Census, Thirteenth Census of the United States: Instructions to Enumerators, April 15, 1910, 21 (1910)（「わが国を出国した外国人」については、「そのような外国人に、わが国に帰国する意思があるかは確定的でない」ため、数えるべきでない」と述べている）；*Bas v. Steele*, 2 F.Cas.988, 993 (CC Pa.1818)（「ある場所に貨物を引き取りに行き、そこから離れていく行為は、その者に住所を付与するものでなく、また、その者を住民とするものではない」として、貨物を携行して港に滞在した外国人貿易商は、合衆国に「住所」を有していないと結論付けている）。他の資料は、移民法そのものが他の目的においても、同様の基準を考慮したことを示している。*Department of Homeland Security v. Thuraissigiam*, 591 U.S. __, __, 140 S.Ct.1959, 1981-1982, 207 L.Ed.2d 427 (2020)（帰化していない者またはその他の点で正

式に入国を許可されていない者が、法の適正な手続を受ける権利を得るうえでの、「合衆国内に住所または居住地を取得すること」の重要性を検討している (quoting *Nishimura Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651, 660, 12 S.Ct. 336, 35 L.Ed. 1146 (1892)); see also *Kaplan*, 267 U.S. at 230, 45 S.Ct. 257 (未成年者が、帰化法の目的において、合衆国内に合法的に「住んでいた」か否かを検討している)。移民が国内に「住所」を有していたかどうか、または合衆国に「帰国する意思」があるか否かを検討した、こうしたいくつかの事例においても、移民上の地位が居住性の概念の代替となることを示してはいない。逆に、これらの原則が合法的に滞在している者だけでなく非合法に滞在している者に対しても同じ条件で適用できることを、これらの事例は示しているのである。

「住民」についての狭義の解釈に関する政府の主張は、一国の「住民」と「市民」とを区別する、建国期における Vattel の国際法条約に主に依拠している。Brief for United States 36 (citing 1 Vattel, *The Law of Nations* § 213 (1760)). 政府による Vattel の文献の解釈が最も適切であり、Vattel の著作についてのこの解釈が、この分野に関する起草者の解釈を示していると仮定したとしても、Vattel の条約は、政府がこれに課す重みに耐えられるものではない。Vattel の著作では、合衆国における州間の配分の仕組みではなく、国際法を検討しているものであって、争点は、国際法とも、Vattel についての建国期の思想家らの理解とも本質的に関連性がない。配分条項は、州代表制と課税に関する、広汎なアメリカ独特の議論から生じている。最終的な文言は、この2つを結び付けており、課税の負担と代表制の利益のつり合いが取れるようになっている。See Brief for Historians of the Census as *Amici Curiae* 6-11. そして、他の課題において Vattel が大きな影響力を有していたとしても、連邦政府が合衆国への移民を制限し始めたのは、南北戦争が終わってからである。See Brief for State of California et al. as *Amicus Curiae* 17. 政府は（憲法の条文に含まれていない単語について）異なる法体系から個別の文献を引用しているものの、憲法の意味を理解するためのより適切な手引きとなるのは、国内における配分の具体的な歴史的証拠と、当該規定の明確な文言に適合した何十年にもおよぶ一貫した慣習である。

第2に、そして本件においてより重要なことであるが、起草者の意図は本法院が着目すべきものではない。むしろ、問題は1929年に発効した制定法の

意味である。政府の資料が、1787年または1868年における憲法上の国勢調査規定の意味についての曖昧な点の一部を明らかにするとしても（疑わしい仮定であるが）、1929年法制定の時点で、この点は歴史的記録により解消されていた。連邦議会が憲法の文言を反映した制定法を定めるにあたって、その時点までに一貫して適用してきた手続きから根本的に外れることを意図していたと考える根拠はまったくない。

歴史的証拠を別にすれば、政府は、合法的地位のない外国人を除外することが政策上において理にかなっていると主張していることのほかに、ほとんど何も述べていない。覚書が理由として述べているとおり、「配分ベースから非法外国人を除外することは、わが国政府の制度を支える間接民主制の原則とより調和する」。85 Fed. Reg. 44680. この指針の価値が何であれ、それは制定法が規定するところの、間接民主制へのアプローチではない。連邦議会はむしろ、有権者、市民、または、合法的居住者の総数ではなく、「各州の個人の総数」に基づいて下院議席を配分するという民主制についての見解を選択した。

制定法がその制定法上の責任を果たすにあたり、一定程度の裁量を大統領と所管長官に与えていると政府が述べていることは確かに正しい。「通常の居住」の概念は、「常に広い含意を持つ」曖昧な概念である。Franklin, 505 U.S. at 805, 112 S.Ct. 2767. この裁量権の行使は、多くの主観的な判断を伴う可能性がある。個人がそこにとどまる意思を持っているとみなすことができるようにするためには、どの程度の期間、その州内に住む必要があるのか。受刑者は、受刑地である州において数えるべきなのか、それとも、受刑前に居住していた州であって出所後に戻るつもりでいる州において数えるべきなのか。これらの論点を解決するにあたって、執行府は常に「通常の居住」の意味に基づき判断してきた。移民上の地位に基づき線引きをする指針であるならば、このようなことはしないのである。合法的地位のない外国人の大半は、長年のあいだ合衆国内のみに住んでいる。See Krogstad, Passel, and Cohn, Pew Research Center, Five Facts About Illegal Immigration in the U.S. (2019). 政府はこの点について異論を唱えていない。ICE 収容所における収容者の居住性について、それ以外の連邦刑務所の受刑者と同様に扱っているという、政府自らの居住性に関する規則は、移民上の地位と居住性との間に理論的關係がないことを認めているのである。端的に言え

ば、制定法上の命令を解釈、適用するという裁量は、そこから逸脱することを認める、白地小切手のような自由裁量権ではない。政府が本件で行おうと試みていることが、こうしたことではないかと私は思う。

したがって、10年ごとの国勢調査において個人を数えるうえでの基準は、その移民上の地位ではなく、その通常の居住性である。覚書は、数万人から数百万人という個人を、その移民上の地位のみを根拠として国勢調査の計算から除外することを求めているものであって、しかも、それを原告に損害を与えながら配分総数を変更するという所定の目的のために行うのであるから、前述したことだけで本件を解決するには十分である。政府は合法的地位のない外国人を何らかの別の根拠に基づいて除外できる限りにおいて、こうした政策を維持できると考えているように見受けられる。そのようなその場しのぎのアプローチが、理論上は合理的であったとしても、それは覚書が発表している政策ではなく、また、合法的地位のない外国人をひとまとめに除外することを支持するものでもない。合法的地位のない外国人と、通常の国勢調査手続において数えられない個人とに一部重複がある範囲であっても、それによって、外国人をその移民上の地位のみを根拠として除外することを正当化できない。公布された時点での政策を審査することが本法廷の任務であって、そうした政策は制定法上認められていない区別を行うものである。

III

大統領覚書が、確立された法を逸脱することによる影響を検討する価値がある。現代の国勢調査は、政治家が自らの利益のために国勢調査手続を利用しようとしていた、激しい政治的対立の時期に始まった。See *Evans*, 536 U.S. at 497, 122 S.Ct. 2191 (THOMAS, J., concurring in part and dissenting in part); *Montana*, 503 U.S. at 451–452, and n.25, 112 S.Ct. 1415. 1929年法を制定するにあたって、連邦議会は裁量を制限し、政治的駆け引きの機会を取り除くものとなる、明確で広汎な文言を用いてこの問題に取り組んだのである。すべてを考慮したうえで、このアプローチが良く機能してきたことを歴史は示している。条文から逸脱することは、選挙において有利性を得るために裁量を用いることを認めてしまうことになる。これでは1929年に連邦議会が解決しようとした対立を招くことになる。

原告らの請求は司法判断に適合しており、審査を受けるに十分な成熟性を有しており、本案に関係していると考えため、下級裁判所の判決内容を維持する。敬意を持って、反対する。

(2021年6月30日脱稿)

※本稿はその一部につき、JSPS 科研費19K13501の助成を受けたものである。