

アメリカ法からみた外国人の人権（一）

根本 猛

- 一 はじめに
- 二 外国人の人権・小史——第二次世界大戦前後まで（以上、本号）
- 三 特別な領域における外国人の人権
  - 1 社会保障受給権
  - 2 公務就任権
  - 3 「全能理論」——出入国・帰化
- 四 まとめ

一 はじめに

(一) 「人権は、人種、性、身分などの区別に関係なく、人間であるという、ただそれだけで当然にすべて享有できる権利である」<sup>(1)</sup>。人権の普遍性は、憲法学の初歩に属する自明の事柄である。しかし、立憲主義の先進国の憲法においてもそれは建前だけのことであり、実際には、国籍がある成人男性だけがその主体であったといつても過言ではない<sup>(2)</sup>。

アメリカ合衆国もそうした国々のひとつである。州立士官学校が女性の入学を拒絶していたことが争点となった一九九六年のVMI判決<sup>(3)</sup>によれば、「我々の憲法の歴史の主要な部分は、かつて無視され排除されてきた人々への憲法上の権利と保護の拡張の歴史であった」。「かつて無視され排除されてきた人々への憲法上の権利と保護の拡張の歴史」は、簡単に振り返れば、対象は順に、黒人、女性、非嫡出子、外国人ということになろう<sup>(4)</sup>。

わが国もまた例外ではない。労働保護法の核である労働基準法は、労働者の国籍、信条、社会的身分を理由とする差別を禁止している(第三条)が、性別については第四条で賃金差別を禁止するだけである。その男女同一賃金の原則さえ、他の労働条件に関する差別が事実上野放しとされた結果——男女に別々の仕事をさせれば賃金格差は性別に基づくものではなく職務によることになる——、実効の薄いものだった。その見返りに、女性は、直接的母性保護を超えた、男性にはない労働保護を手にした。このことは女性差別とみることもできようが、立法者の意図としては女性の居場所は職場ではなく家庭と考へたことの当然の帰結なのだろう<sup>(5)</sup>。憲法は男女の平等を第一四条で謳っているが、現実はこのものであった。非嫡出子差別についても、昨今の関心の高まりは法律家以外の人々にも及んでいるように感じられるが、一世代前には、裁判所だけでなく、憲法学の主流もこの問題に無関心だった<sup>(6)</sup>。

(二) そして、外国人である<sup>(7)</sup>。わが国において、このテーマは、人権の享有主体としての外国人、すなわち、日本国憲法が

保障する人権が外国人にも適用されるかという文脈で論じられてきた。もはや博物館入りの感があるが、かつては、個別の人権規定の主語が「国民」であるものは、外国人には適用されないという説もあった。

さすがに、現在では、憲法が保障する人権は原則として外国人にも妥当するという考え方が通説・判例となっているが、これらにおいても、なお、参政権（公務就任権を含む）や社会権は別とする考え方が有力である。

外国人の人権に関するリーディング・ケースはいうまでもなく一九七八年のマククリーン判決である。最高裁判所は、「基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶ」が、外国人の在留に関する法務大臣の裁量権は広いから、「在留期間中の……行為を在留期間の更新の際に消極的な事情としてしんしゃくされないまでの保障」ではない、と判示した<sup>(8)</sup>。

「権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるもの」とは何か。その第一候補は社会権である。社会権に關しては、その中核規定である憲法第二五条の裁判規範性が日本国民についてすら頼りないものであった<sup>(9)</sup>。障害福祉年金の国籍条項の合憲性が争点となった一九八九年の塩見訴訟<sup>(10)</sup>において、最高裁判所は、憲法第二五条に關して、具体的な立法措置の選択決定は立法府の広い裁量に委ねられており、著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合を除き、裁判所が審査判断するに適しないという前提に立って、無拠出制年金に關して立法府は広範な裁量権が認められるから、限られた財源の下では自国民を在留外国人に優先させることも許されるとした。そして、憲法第一四条に關しては、在留外国人の除外が立法府の裁量の範囲に属するから、この区別については合理性を否定できず、憲法第一四条違反とはいえないと判断した。この判断は、社会権の享有主体性を外国人に全面否定するものではないが、裁判所でどれだけ役立つのか不明の憲法第二五条について、日本国民の、そのもう一歩後でも構わないという趣旨と受け止められる。

参政権に關しては、最高裁判所は、一九九五年、定住外国人の地方参政権が争点となった事件において、憲法第一五条第一項が保障する公務員の選定罷免権は「権利の性質上日本国民のみをその対象とし」ているとして外国人の人権享有主体性

を否定し、この理は、「住民」に地方参政権を保障する第九三条第二項についてもあてはまるとした。すなわち、「住民」とは「国民」のうちでその地方公共団体に住所を有する者をいうとする。一方、この判決は、地方自治の性格からみて、外国人のうち永住者等については、法律で地方選挙権を付与することは違憲ではないと述べている。<sup>(11)</sup>

公務就任権も、かつては日本国民に限られるとされていたが、もはや、そうした頑なな原則が通用する時代は去り、一般の公務員については外国人にも開放されるようになってきた。しかし、それ以外の管理職などについては、なお日本国民に限定されるといのが有権解釈である。一九九七年の東京高裁判決は、これに一石を投じたものである。<sup>(12)</sup>

この事件は、東京都の管理職昇任試験で、外国籍職員の受験が一律に拒否されたことが問題となったものである。判決は、管理職は公権力の行使などを通じて地方公共団体の統治作用にかかわる蓋然性が高い職種であるから、外国人の職員が日本人と同様に管理職に任用される権利を保障されているとは言えないとする一方で、地方公務員やその管理職の職務は広範で多岐にわたり地方公共団体の公の意思形成への参画など、そのかわり方は様々で、憲法がすべての管理職に外国人を任用することを一切禁じているとまでは言えないと述べた。そして、職務の内容や権限、統治作用とのかかわり方や程度により、外国人の任用が許される管理職と許されない管理職を区別する必要があるとあり、前者については、職業選択の自由と法の下の平等の保障が及ぶとして、管理職登用試験の一律受験拒否は違憲と結論づけた。

(三) 移民の国といわれるアメリカ合衆国においても、外国人は様々な偏見の標的となってきた。外国人からの救済の訴えに、最高裁判所は、ときには救いの手を差し伸べ、ときにはそれを退けた。「外国人にかかわる制定法上の分類に関する当裁判所の判決は、長年、確固とした道筋(an unwavering line)を形成してこなかった」<sup>(13)</sup>。最高裁判所において、やや一貫性の感じられる判例理論が發展してきたのはこの三〇年のことである。それでも、平等保護の他のテーマに比べると未解決の問題が多く、発展途上という感が否めない。

日本法に対して、アメリカ法は、外国人も市民 (citizen) と同様、人権の享有主体であることを前提に、両者の区別がある場合には平等保護の審査基準として適切なレベルは如何、という観点で論じられてきた。これには、平等保護の権利主体が「何人」(any person) とされていることも大きく影響している。平等保護の審査基準は、周知のごとく、人種・出身国などに関する厳格審査基準、性別・非嫡出子などに関する中間審査基準、それら以外に関する合理性の審査基準の三段階ということになるが、一九七一年のグラハム判決<sup>(14)</sup>は外国人差別に関しては厳格審査基準が妥当とした。グラハム判決の射程については議論があるが、原則的には、外国人差別が許される余地はきわめて狭いことになる。

しかし、ことはさほど単純ではない。外国人差別は厳格審査というこの原則には、少なくともふたつの例外がある。そして、例外についてはいずれも合理性の審査基準が妥当するとされている<sup>(15)</sup>。

まず、統治過程についての例外である。投票権はもちろんのこと、一般の公務員、公立学校教員、警察官、治安職員、弁護士、公証人などについて、どこまでが市民としての資格 (membership) でどこから人間としての権利 (personhood) かという論点である。前者の市民としての資格に該当するものには、厳格審査基準は適用されないことになる。そして、近年の裁判官の対立は主にその広狭をめぐって生じてきた。

もうひとつは、連邦政府についての例外と呼ばれるものである。すなわち、出入国・帰化に関して全能の連邦政府は外国人の処遇に関して州政府よりも広範な権限をもつ。しばしば引用される最高裁判所判決の一節によれば、これらに関しては「考えられ得るあらゆる問題よりも、連邦議会の立法権が完全なものである<sup>(16)</sup>」。それゆえ、連邦政府は、出入国・帰化という前提の大問題について全能なのだから、在留中のいわばもっと小さな問題についても多大の権限をもつということになる。外国人の社会保障受給権に関するディアス判決<sup>(17)</sup>がこの代表例とされているが、学説は賛否様々である。

(四) 問題を論じる出発点を異にする日米の判例や学説だが、現実の効果は劇的に違うわけではない。わが国において、伝

統的に外国人の人権享有主体性が否定されてきた、参政権(公務就任権を含む)や社会権は、アメリカ合衆国においても、統治過程の例外や「特別公益」の原則によって、過去や現在において、激しい論争の的となっている。また、当該ケースには人権保障が外国人にも及ぶとしながら、法務大臣の広汎な裁量権に依拠して、結論としては外国人の主張を認めなかったマクリーン判決も、アメリカ法の連邦政府についての例外と類似点がある。

本稿では、外国人の人権や差別という問題に関して、日米の判例・学説を比較検討することによって、望ましい道筋を提示してみたい。

また、これまでの素描から分かるとおり、平等という大きなテーマのなかで、外国人差別は非常に論争的な分野である。それに取り組むことによつて、憲法における平等という観念をどうとらえていくかを考えるうえでの一助ともしたい。<sup>(18)</sup>

(1) 菅部信喜『憲法』七三頁(一九九九年)。

(2) 「実際にフランス革命期の諸法制をみると、そこでは「すべての人」や「すべての市民」の権利という「普遍性」や「全体性」の特徴が虚偽のものであることが、しだいに明らかになった」。具体的には、女性、子ども、外国人、ユダヤ人、有色人種などが権利の主体から排除され差別されていたという。辻村みよ子『女性と人権』四三―四四頁(一九九七年)。なお、杉原泰雄『憲法の歴史』一一九―一三〇頁(一九九六年)。

(3) *United States v. Virginia*, — U.S. — (1996).

(4) この説示は、いみじくも最高裁判所自身の歴史についてもあてはまる。発足以来一世紀以上、七十人近くの裁判官はすべて、アングロサクソン系の白人男性であった。初めてのユダヤ人として、ブランドイスが最高裁判所入りしたのが一九一六年であり、それに半世紀遅れて、黒人(マーシャル、一九六七年)、女性(オコナー、一九八一年)が続く。最高裁判所裁判官となったこれらの法律家たち——VMI判決で法廷意見を述べたギンスバーク(一九九四年任命の女性裁判官)を含めて——がその何年か前には最高裁判所

を舞台に活発な訴訟活動を展開し歴史的な判決を勝ち取っていたというのは、いかにもアメリカ合衆国らしいエピソードである。

- (5) 菅野和夫『雇用社会の法』一七九—一八〇頁（一九九七年）
- (6) 宮澤俊義『全訂日本国憲法』二六四頁（一九七八年）。
- (7) わが国のこの問題に関する文献として、萩野芳夫『日本国憲法と外国人』（一九八〇年）、同『判例研究外国人の人権』（一九九六年）。外国人の人権問題の現状と課題を網羅的にまとめたものとして、手塚和彰『外国人と法』（第二版）（一九九九年）、田中宏・江橋崇編『来日外国人人権白書』（一九九七年）、実際の事例の分析を通して外国人の人権保護の重要性を説く、日本弁護士連合会編『定住化時代の外国人の人権』（一九九七年）が有益である。
- (8) 最大判昭五三・一〇・四民集三二卷七号一二三三頁。この判決は、外国人の人権享有主体性を認めたと一般には理解されるが、人権行使を理由に国外退去を求められるなら反対の理解が正しいかもしれない。江橋崇「外国人の政治活動の自由」昭和五三年度重要判例解説二〇頁（一九七九年）
- (9) 最大判昭五七・七・七民集三六卷七号一二三五頁、いわゆる堀木訴訟。
- (10) 最判平元・三・二判時一三六三号六八頁。現在では社会保障上の国籍要件は撤廃されている。逆に、専門家からも、払い損になると指摘されている公的年金に関して、「日本国内に住所を有する二十歳以上六十歳未満の者」（国民年金法第七条第一項、被用者年金の中心である厚生年金も、また国籍を問わない）を原則として被保険者として、外国人も強制加入になっている。
- (11) 最判平七・二・二八民集四九卷二号六三九頁。
- (12) 東京高判平九・一一・二六判タ九六〇号七九頁。
- (13) *Ambach v. Norwich*, 441 U.S. 68, 72 (1979).
- (14) *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971).
- (15) E.g., L. Levy et al, *ENCYCLOPEDIA OF AMERICAN CONSTITUTION* 41, 42 (1986).
- (16) *Fiallo v. Bell*, 430 U.S. 787, 792 (1977).

アメリカ法からみた外国人の人権（一）

(17) *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976).

(18) おそらく、外国人の人権は、平等というバンドラの箱から飛び出した権利の主張のおしまいに近い問題であり、最後に残る難問は未成年者の人権であると思う。人権とは、周知のとおり、各人の幸福の如何は各人に委ねるといふ自己決定し得る個人を前提にしている。いつか取り組んでみたい課題ではあるが、現在はその用意がない。

## 二 外国人と憲法・小史——第二次世界大戦前後まで

(一) *Yick Wo* 判決(一八八六年)——第一四修正は国籍を問わず何人にも適用

外国人差別にかかわる初期のリーディング・ケースが *Yick Wo* 判決<sup>19</sup>である。本件では、木造クリーニング店の規制にかかわるサンフランシスコ市条例が、文面上中立であるにもかかわらず、実際の運用においては中国人を差別していたことが争われた。マスューズ裁判官が全員一致の法廷意見を述べている。その大要は次のとおりである。

木造クリーニング店の営業許可について、サンフランシスコ市条例は、それぞれのケースの状況を検討したうえで行使される裁量権ではなく、剥き出しの恣意的な権限を与えている。それは場所だけではなく人についてもである。これは法的な意味での裁量権ではなく、監督官の好き勝手に行使できるものである。州最高裁判所はこの点に関する見方を誤つたために、クリーニング店規制を支持した当裁判所の先例により市条例を合憲としたが、それらの先例では、同じ営業をする者はすべて同等に扱われており、不快な差別はなかった。第一四修正は差別を禁止しているが、同様の状況にある者に同様の効果を与えるならば、公益を実現する立法は禁止されない。

本件で問題となっている条例は、全く違う性質のものである。クリーニング店について、レンガ造りや石造りの建物には



規制はない。木造の建物についてだけ、監督官の好き勝手に、許可が与えられる者と与えられない者との二つのクラスに分けられる。

「憲法第一四修正は、市民の保護に限られるものではない。……これらの規定は普遍的なものであり、人種、体色、または国籍の違いにかかわらず、領土内にいるすべての者に適用される。そして、法の平等な保護とは、平等な法 (equal laws) の保護を要求する権利である」

「我々の政治制度の性質と理論、すなわち政治制度が拠っている原理を検討し、その発展の歴史を振り返るとき、我々は、純粹に私的で恣意的な権限の作用の余地を許すことを意味しないと結論せざるを得ない。もちろん、主権それ自体は法に從属するものではなく、法の創造主であり源である。しかし、我々の制度において、主権の行使は政府機関に委任されているが、主権それ自体は人民——政治はすべて人民のために存在し行われる——の下にある。そして、法は政府の権限を定義したものでありその限界を定めたものである。……生命、自由及び幸福追求に対する基本的な権利は、憲法の原理——公正かつ平等な法の支配の下で、文明の祝福を人間に確保した国民の発展の勝利を示す記念碑——によって守られてきた。その結果、マサチューセッツ権利章典の有名な言葉にあるように、コモンウェルスの政治は『法の政治であり人の政治ではない』。というの、ある人が、自分の生命、生活の手段、生活を楽しむのに必要な物質的権利を、別人の好き勝手に委ねなければならぬという考え方そのものが奴隷制の本質であつて、自由が広くゆきわたるいかなる国においても許されないように思われるからである」

「本件については、条例の現実の運用及び証明された事実により、執行が排他的に特定のクラスの者に向けられていたことが認められ、条例が制定されたときの意図がどうであれ、その執行に携わる当局者——州自身を代表する——による、法の平等な保護の州による実際上の否定に相当する不平等で抑圧的な意向をもって適用されたという結論が正当かつ必然である。そして、この法の平等な保護は、連邦憲法第一四修正の広汎かつ恵み深い規定により他のすべての者と同様に上訴人に

も保障されている。法自体が文面上公正であり一見公平であっても、邪悪な目と不平等な手を持つ当局者が適用及び執行し、實際上、同様の状況にある者の間で彼らの権利に関して、不当で違法な差別にあたるならば、平等な正義の否定はなお憲法の禁止に該当する」。こうした解釈は先例によっても支持される。

「本件は、記録に示された事実を証明されたように、このクラスに該当する。いずれの上訴人も、法やその執行に携わる当局者によって隣接する財産を火災から保護するために必要であったり、公衆の健康への害悪に対する予防措置とみなされるすべての要件に従ったように思われる。上訴人がなぜ、慣れた方法で無害で有益な仕事——彼らの生活はこれに拠りかかっている——をすることが許されなかったのか、監督官の意志以外にはいかなる理由も挙げられていない。監督官の許可が与えられなかった上訴人とそれ以外の二百人の申請者がすべて中国国民である一方、中国国民ではない他の八人は同様の条件の下で、同じ仕事をする事が許されている。この差別の事実は認められている。これについての理由は明らかにされており、上訴人が属する人種と国籍に対する敵意以外には理由は存在しないという結論は否定できない。このことは法的見地からは正当化できない。したがって、この差別は違法であり行政機関がそれを実施することは法の平等な保護の否定であり憲法第一四修正に違反する」

本判決は、第一四修正は国籍を問わず何人にも適用されることを明らかにしたうえで、当該条例について、文面上は中立だが、実際の運用においては中国人を恣意的に差別したとして違憲の結論を導いたものである。現在ならば驚くにあたらないかもしれないが、百年以上も昔のこの時期にかくも格調高い判決——特に、建国の理念に立ち返って説明するくだり——が下されたことに私は感動さえ覚える。

(二) *Trux* 判決(一九一五年)——生活のために働く権利は個人の自由と機会の根幹であり、人種・国籍ゆえに否定されない

州憲法のイニシアティブ規定に基づき制定されたアリゾナ州法は、従業員五人を超える事業所は八〇%以上は市民を雇うことを義務づけ、違反には一〇〇ドル以上の罰金と三〇日以上投獄を規定していた。オーストリア人の Ratcliff は、Trux の経営するレストランでコックとして雇用されていたが、当該レストランの従業員九人中七人が外国人だったので解雇されたため、第一四修正の平等保護を否定するとして、提訴した。アリゾナ州の連邦地裁がこの主張を認めたので、州側が連邦最高裁判所に直接上訴した。最高裁判所は八対一で上訴を退け原判決を維持した。<sup>20</sup> ヒューズ裁判官が法廷意見を述べている。

アリゾナ州の合法的居住者として、原告は第一四修正に基づき法の平等な保護を受ける資格がある。「その管轄内の何人」という表現は、たびたび判示されたように、外国人を含んでいる。Yick Wo 判決において当裁判所が述べたように、「この規定は、普遍的に適用され、人種、体色、国籍の違いにかかわらず、その領域内のすべての人に妥当し、法の平等な保護は、平等な法の保護の保障である」。「本件の」差別は、公有地または州の人民の共有財産や資源——その享有が、外国人や他州の市民と区別された州民に限定される——の規制や配分に関係するものではない。(そうした問題にかかわり合憲判断が示された McCready 判決や Patsone 判決を引用して) 本件はこうした判決にあてはまるものでもなく、不動産の権利移転に關するものでもない。そして、公務に従事したり公金を受領する者に限定されていないことも付け加えなければならない。本件の差別は、通常の私企業の活動に制約を加えるものである。

従業員五人以下の小さな事業所を除けばほとんどあらゆる事業所に適用されること、また、「アリゾナ州において、合衆国市民でない者に対して合衆国市民の雇用を保護するための法律」というタイトルに示されるように、本法の主要な目的は外国人雇用の規制であることが指摘される。

その管轄内にいる者の健康、安全、モラル及び福祉を増進する立法において合理的な分類をする州の権限の行使としてこの法律を正当化することが試みられている。しかし、この認められた権限は、当然に広範囲の立法上の裁量権を伴うが、州が、合法的な居住者に、国籍や人種を理由として、通常の方法で生計を立てることを否定することを可能にするところまで

は及ばない。コミュニティのありきたりの職業で生活のために働く権利が個人の自由と機会の本質であり、第一四修正の目的がその保護にあったことは論をまたない。このことが人種や国籍のみに基づいて拒絶されるならば、あらゆる者に対する法の平等保護の拒絶の禁止は「空虚な決まり文句 (a barren form of words)」となろう。主張されているような、「外国人雇用は、制限されないと、公共の福祉に対する危険である」という前提にこの法律が由来しているということは答えにならない。この法律が関連している広範な雇用において外国人差別それ自身が目的とされており、外国人であることのみに基づいて、通常の労働の分野において生計を維持する権利を外国人に否定する権限が問題となっていることは必然である。

合理的な分類は州の正当な利益と衝突しない活動を包含するということもまた述べておく必要がある。そして、州の正当な利益は、排他的な連邦権限との対立をもたらすほどに広汎なものとは想定されないことも議論の余地がない。外国人を国または退去させる移民規制権限は連邦政府にのみ帰属する。州に入ることが合法だとしても生計を維持する機会を外国人に拒絶する権限の主張は、彼らに入国と滞在を拒絶する権限の主張に匹敵する。というのは、通常、働けない場所では生活できないからである。そして、こうした政策が許されるなら、実際には、連邦法の権限に基づいて合法的に入国を許可された者が、完全な範囲で実質の意味において入国許可により与えられた権利を享有するかわりに、彼らにもてなしを提供すべき物に関して、州では差別されることになろう。

労働の権利の完全な剥奪ではないという主張(五人以下の事業所、外国人二〇%以下は可)に対しては、本件の制約を許容するなら、同じ理由によってさらに厳しい制約も可能となると退けている。すなわち、「現在課されている二〇%の制限が支持されるなら、州が適切と考える、より少ないパーセントにする権限を持つことは疑いない」

マクレイノルズ裁判官は、本法が違憲であることは疑いないものの、本件には連邦裁判所の管轄権は及ばないとして反対意見を述べている。

本判決で重視されたのは、「州に入ることが合法だとしても生計を維持する機会を外国人に拒絶する権限の主張は、彼ら

に入国と滞在を拒絶する権限の主張に匹敵する。というのは、通常、働けない場所では生活できないからである」という外国人に対する不利益の重大性<sup>(21)</sup>である。

しかし、一方で、前年の *Patson* 判決は、天然資源は州民のためにという「特別公益」(special public interest)の原則は外国人締め出しのためにも用いることができる<sup>(21)</sup>と判示した。この判決では、帰化していない外国生まれの居住者の狩猟を禁止(正当防衛の場合を除く)し、この目的のためショットガンやライフルの所持を禁止(違反は二五ドルの罰金と銃の没収)する州法が争点となった。最高裁判所は八対一で合憲判断を示した。ホームズ裁判官が次のように法廷意見を述べている。

「……州は防止しようとしている害悪に関して分類できるし、差別されているクラスが、害悪が主に懸念される人々を画定しているとみなされたりそのようにみならずことが合理的であるならば、その選び方は適正であるという一般的な考察から始めることにする。理論的な調和は重要ではなく、問題は、経験に依拠した実際のなものである。調和を求めることは、経験によつてそのクラスを特徴づけるものとして示された特有の違いを無視することになる。事実の問題として、危険が名指しされたクラスに特有のものであると認定されるなら、他の者が同じことをしても処罰されないということはその法を違憲とするのに不十分である。州は、『弊害の可能性がある領域全体をカバーすることなしに現実に存在する害悪と見なされるものに対して州法を向けることができる』。したがって、問題は、ペンシルバニア州議会が、不当にも州法の根拠として、帰化していない外国人居住者が、防止しようとしている害悪の特有の源であると前提したと当裁判所がいえるか、である。そのような問題が地域的な経験に関するもののひとつであることは明白であり、州議会がその事実に関して誤っていると宣言することに当裁判所は非常に慎重でなければならぬ。いくつかの州での人々の話を信頼すればそれは正しいことになる。しかし、当裁判所に、それが明かに誤りであるといえるようなその地域の状況に関する知見がなければ十分である」

さらに、本件の規制がイタリアとの条約に違反するという主張に関連して、当該条約で平等が要求されているのは身体や

財産の保護や安全に関してだけであつて、「本件の議論全体の主題は狩猟であり、州は望むならばそれを州民にのみ確保できることを忘れてはならない」として、いわゆる「特別公益」の原則が外国人の排除にも妥当することを確認している。

(三) Deckbach 判決(一九二七年)——Trax 判決放棄?

一九二〇年代は、外国人への偏見がピークに達したことで知られている。西部諸州が日系移民を制限する法律を制定したのに加えて、連邦議会も外国人の国外追放や移民の制限(アジアからは事実上禁止)に関する法律を制定した。残念ながら、最高裁判所もこうした動きと無縁ではあり得なかつた。<sup>(22)</sup>

Deckbach 判決<sup>(23)</sup>は、シンシナティ市条例が玉突き場の営業を許可制とし外国人には許可しないことの是非が問われた。ストーン裁判官が述べた法廷意見(全員一致)は、この規制を支持した。

市側は、次のように主張している。シンシナティ市の玉突き場は怠け者のたまり場になつており、犯罪者や他の好ましからざる人物が常に出入りして、青少年の非行の原因となつてゐる。数多くの犯罪の場となつてゐるので警察の厳しい監視が必要である。そうした前提のうえで、外国人は、市民に比べて、合衆国の法や慣習に明るくないから、外国人が玉突き場を営業することは、社会と公共の福祉に対する脅威となる。したがつて、本条例は、公共の利益のために制定された、合理的な警察規制である。

法廷意見は、違憲の主張は説得的ではないとする。たしかに、外国人に対する明らかに不合理な差別は禁止されるが、そのことは、外国人であることが、正当な目的との関連において、許容される分類の根拠となる場合があることを否定しない。

「……本件の規制は、シンシナティ市の外国人が市民ほどこうした営業に適さないことを前提としてゐる。この前提が経験において十分に根拠のあるものと我々が確信する必要はない。我々は、市議会が、危険な傾向をもつ営業からそのクラス全体を不適格とする見解——訴答で認められた——を重視したことが不合理であるということとはできない。

本件に関しては、認められた事実や一般に前提とされる事実を照らして、本条例が合理的根拠の可能性を持たないとはいえないこと、また、我々が、条例が明らかに誤りであるといえるような地域的な条件に関する知見を持っていないことで十分である。

地域的な条件に関する立法府の評価や懸念される害悪を規制する方法についての立法府の選択には幅が与えられなければならない。市が、不合理とは証明されないそうした選択、すなわち、もつと経験的な方法で選ばれた好ましからざるメンバーではなく、あるクラス全体を疑わしい営業から排除することは許される」

本判決は、要するに、第一四修正は外国人に対する明らかに不合理な差別のみ禁止しているのであって、市や州が外国人への推定——悪事を働く外国人もいる——によつてすべての外国人への権利を否定することを支持したものと受け止められよう。しかし、幸運なことにこの基準の命は短かった。

(四) タカハシ判決(一九四八年)——連邦政府の移民規制権限は州の権限に直結せず——合法的な外国人への差別は連邦権限と衝突

風向きが変わつたのは、一九四四年のコレマツ判決<sup>(24)</sup>あたりからである。平等保護全般に関するリーディング・ケースとみなされるコレマツ判決は、第二次世界大戦中の日系市民の強制移住に関して差別を支持したが、人種に基づく区分は厳格司法審査に服するという画期的な判断を示した。

そして、一九四八年のオオヤマ判決<sup>(25)</sup>では、合衆国市民である息子の後見人に外国籍の父がなつたのに対して、州が、外国人による所有を禁止する州法に対する脱法行為と提訴したことにかかわる。最高裁判所は、六対三の多数決で、州の主張は市民である息子の平等保護を奪うものと判断した(外国籍の父の主張には触れず)。この判決自体は外国人に関する判断はなかつたが、良い影響を与えたものと思われる。<sup>(26)</sup>

同年のタカハシ判決<sup>(27)</sup>は、外国人への漁業権の拒否が争点となった。七対二の多数決でこれを違憲とするブラック裁判官の法廷意見の大意は次のとおりである。

タカハシ・トラオは、日本に生まれ、一九〇七年に合衆国に来て、カリフォルニア州の住民となった。連邦法は、入国と居住は認めしたが、『体色及び人種 (color and race)』の区分に基づき、日系人及び非白人グループについて、合衆国市民権の取得資格を認めなかった。本件で提起されているのは、カリフォルニア州が、連邦憲法や連邦憲法に従って制定された連邦法と矛盾することなく、この連邦法が創った人種による市民権取得資格の有無を、カリフォルニア州の海岸の外で漁師として生計を立てることをタカハシに禁止する根拠として用いることができるかという問題である。

法廷意見は、本件に適用されるべき原則の検討を「*Trax*判決の判示——カリフォルニア州最高裁判所の多数派は重要と考えなかつたが少数派は州法を違憲とするとみなした——の要約から始める。*Trax*判決における違憲判断の理由——連邦法に基づき合法的に入国した *Rach* は、『連邦のあらゆる州』に入り居住すること、すなわち、第一四修正に基づく、居住する州の法の平等な保護を享受する連邦法上の権利を持つ。そして、あらゆる州に入り居住するこの権利は、『コミュニティのありきたりの職業によって、生活のために働く権利』を伴っている。この権利の否定は、第一四修正を『空虚な決まり文句』にするだろう。

アリゾナ州の外国人雇用の制限は「合理的」ゆえ許容されるという主張に対して、当裁判所は次のように述べた。

「合理的な分類は州の正当な利益と衝突しない活動を包含するということもまた述べておく必要がある。そして、州の正当な利益は、排他的な連邦権限との対立をもたらすほどに広汎なものとは想定されなことも議論の余地がない。外国人を入国または退去させる移民規制権限は連邦政府にのみ帰属する。州に入るものが合法だとしても生計を維持する機会を外国人に拒絶する権限の主張は、彼らに入国と滞在を拒絶する権限の主張に匹敵する。というのは、通常、働けない場所では生活できないからである。そして、こうした政策が許されるなら、実際には、連邦法の権限に基づいて合法的に入国



を許可された者が、完全な範囲で実質的意味において入国許可により与えられた権利を享有するかわりに、彼らにもてなしを提供すべき物に関して、州では差別されることにならう」

「Truax 判決がこれで終わりであれば本件も違憲だが、と法廷意見は続ける。「Truax 判決は、さらに、市民と非市民とを區別する州法が幾度も支持されてきたが、合憲判断の理由は、そうした州法が、州や市民の特別の利益を保護するのに必要だったから——「Truax 判決では特別公益が証明されなかったからであるとする。

「そこで、カリフォルニア州が主張し州最高裁判所は判示したところによれば、本件で攻撃されているカリフォルニア州の漁業規定は、「Truax 判決で區別された『特別公益』理由づけに該当し、……合憲である」

これに対して、法廷意見は、移民や帰化に関する連邦と州の権限配分に触れる。すなわち、連邦政府の広汎な移民規制権限に対して、州にはそうした権限はなく、「合衆国内の合法的外国人の入州や居住に差別的な重荷を課す州法は、憲法に由来する移民規制に関するこの連邦権限と衝突する。それゆえ違憲と判断されてきた」

そして、「特別公益」の原則については次のように述べて、これを拒否した。

「我々には、カリフォルニア州が依拠する『特別公益』が、本件のタカハシの漁業権に対する州の禁止を支持する根拠となると認められない。(法廷意見は、「特別公益」が認められた先例とそれが否定された先例とを比較検討する)

カリフォルニア州の三マイル以内にいる魚について、いかなる範囲で、州による『所有が可能』であるにせよ、『所有権』は、カリフォルニア州が、州の海岸の外での漁業によつて生計を立てることを他のすべての者に許容しながらすべての外国人——合法的な州の居住者である——を排除することを正当化するのに不適切であると考え。こうした先例が引き続き有効であると仮定しても、いずれにせよ、本件を支配するものとは考えない。先例は、もつぱら、州内の土地の権利移転や所有を規制する州の権限に依つていた。この権限は、不動産に固有の理由により長年行使され支持されてきたものである。それは、本件に及ぶほど広いものではない」

マーフィー裁判官の同意意見(ラトリッジ裁判官同調)は、本件の差別について、日系人に対する敵意の所産であり、平等保護に反することは明らかとする。そして、本法の審議経過に照らすなら、本件は漁業資源保護の問題ではなく日系人問題であると断ずる。「本法を審議した州議会委員会報告には」資源保護の必要性や漁民の数を制限する必要性については「言も言及がない」

リード裁判官の反対意見(ジャクソン裁判官同調)によれば、「漁業権は、伝統的に、天然資源として扱われてきたから、連邦の規制がなければ、カリフォルニア州は主権をもつ州として、その海岸沿いの水域の魚の捕獲と出荷を規制する権限をもつ。私の考えでは、それは、外国人による利用から保護される州の天然資源のひとつである」

リード反対意見は、漁業権について、法廷意見とは反対に、土地所有権や狩猟の権利と酷似しており(法廷意見は相違を強調して区別)、また、玉突き場の経営からの外国人排除を容認した *Decebach* 判決を引用している。

本判決は、*Decebach* 判決を覆し以前の判例へ回帰したものと評価できよう。その趣旨は、連邦政府が移民規制できることは州の権限に直結しない、むしろ、合法的な外国人への差別は連邦権限と衝突するというものである。そして、違憲判決の根拠は連邦議会の外国人規制権限と平等原則であった。また、「特別公益」の原則については、それを限定的に理解し本件にはあてはまらないとしたが、「こうした先例が引き続き有効であると仮定しても」という部分は、それ自体への懐疑とみられなくもない。

#### (五) 小括

この半世紀余りの判例を振り返ると、次のようにまとめられよう。

第一は、最高裁判所が外国人差別問題に向き合うようになったのは意外にもかなり早いということである。Yick Wo 判決は一九世紀のものであり、第一四修正が批准された一八六八年から二十年も経っていない。二〇世紀前半にもいくつかの

違憲判決が下されている。もちろん、判例の歩み全体は前述のごとく、「確固とした道筋を形成してこなかった」。しかし、平等保護の現在の主要なテーマに最高裁判所が取り組み始めたのが、いずれも二〇世紀後半のことであるのと対照的である。人種に関して白黒の分離教育は本質的に不平等と断じたブラウン判決<sup>(28)</sup>は一九五四年であり、非嫡出子差別に関する初の違憲判断（レヴィ判決<sup>(29)</sup>）は一九六八年である。性差別に関する初めての違憲判決であるリード判決<sup>(30)</sup>に至っては一九七一年である。もうひとつは、特に基準らしいものは見当たらないということである。問題となっていては権利の性質や、制約が外国人に及ぼす不利益、公益との関連性などがケースバイケースに判断の分かれ目になっているという印象を受ける。違憲とされた三件はいずれも、外国人が生活の糧として営んでいた仕事に関して、その基盤を危うくする制約が加えられたものだった。それゆえ、違憲の結論は、外国人差別をどう評価するか以上に、規制によって外国人が被る不利益の重大さ——生計が立てられない——によっているようにみえる。

逆に、外国人の平等の主張の前に立ちはだかったのが、「特別公益」の原則だった。Palsone 判決は、令名高いホームズ裁判官の筆によって、天然資源は州民のためにというこの原則が、外国人に対しても用いられ得ることを宣言した。しかし、タカハシ判決は、「特別公益」の原則の適用を限定しただけでなく、原則そのものに疑問を投げかけたように思われる。

- (29) *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886).
- (28) *Truax v. Raich*, 239 U.S. 33 (1915).
- (27) *Palsone v. Pennsylvania*, 232 U.S. 138 (1914).
- (26) *Clarke v. Deckerbach*, 274 U.S. 392 (1927).
- (25) *J. Biskupic & E. Witt, The Supreme Court & Individual Rights* 278 (1997).
- (24) *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

- (25) Oyama v. California, 332 U.S. 633 (1948).
- (26) J.Biskupic & E.Witt, *supra* at 279.
- (27) Takahashi v. Fish and Game Commission, 334 U.S. 410 (1948).
- (28) Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).
- (29) Levy v. Louisiana, 391 U.S. 61 (1968). 拙稿「非嫡出子差別と憲法」一橋論叢第一一八巻第一号一三〇頁(一九九七年)。
- (30) Reed v. Reed, 404 U.S. 71 (1971). 拙稿「性差別とライフスタイルの自由」法経論集第七五・七六号二二四頁(一九九六年)。