

論説

アメリカ法からみた外国人の人権（二）

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、五卷三・四号）
- 三 Graham 判決とその後
- 四 特別な領域における外国人の人権
  - 1 公務就任権（以上、本号）
  - 2 社会保障受給権
  - 3 「全能理論」——出入国・帰化
- 五 まとめ

### 三 Graham 判決とその後

(一) Graham 判決(一九七一年)——外国人差別は厳格審査に

第二次世界大戦前後のいくつかの判決の後、「外国人差別の問題は一九七〇年代まで再び最高裁判所に来ることはなかった」<sup>(31)</sup>。重大な転機は、ウォーレン・コートではなく、バーガー・コート初期の一九七一年にやってくる。ウォーレン・コートが確立した二段階審査という現代的な枠組みのなかで、外国人差別を扱った最初の事件——Graham 判決<sup>(32)</sup>で、最高裁判所は、外国人差別を「特別公益」の原則で正当化できないことを明言し、これを厳格審査基準に服させるという原則を打ち立てた。

この判決では、外国人の社会保障給付(障害者福祉手当)を制限するアリゾナ州法(外国人についてのみ一五年の居住要件を課す)が争点となった。そして、州の財源による独自の公的扶助に関して外国人を除外し市民に限定するペンシルベニア州法の合憲性が争われた *Sailer v. Leegor* が併合審理された。

最高裁判所は、全員一致で、原判決を破棄し違憲判断を示した。ブラックマン裁判官が法廷意見を述べている。ただし、ハラーン裁判官は、法廷意見のうちの連邦と州の関係に関する部分にのみ賛成し平等保護に関する部分には加わっていない。

法廷意見は、第一四修正が保護の対象とするの「人」は市民だけでなく合法的に入国した外国人居住者を含むことは確立しているし本件でも争われていないという前提に立って、この領域における核心となる判断を次のとおり示す。

「伝統的な平等保護の原則の下で、その分類が合理的根拠をもつかぎり分類の広汎な裁量権をもっている。このことは『経済及び社会福祉の領域において』妥当する。しかし、最高裁判所の判決は、民族や人種に基づく分類と同様、外国人であることに基づく分類は本来的に疑わしいものであり厳格司法審査に服することを確立してきた。外国人というクラスは、そうした高次の司法の配慮が適切な『分離し孤立した』少数者(discrete and insular minority)の典型で

ある。したがって、タカハシ判決において、『法をクラスとしての外国人住民に排他的に適用する州の権限は狭い範囲に限定される』とされた」

州側が、「特別公益」の理論によって外国人への制約を正当化しようとするのに対しては、次のようにこれを退けた。

「その法が州や州民の特別な利益の保護に必要であるという理由で、当裁判所がしばしば、市民と非市民を区別して扱う州法を支持してきたことはたしかである。『*Press*』判決において、最高裁判所は、外国人の雇用を制限するアリゾナ州法を違憲としたが、『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』ことを強調した。……この理論に依拠して、最高裁判所は、それを覆す条約がない限り、州の天然資源の開発に従事する非市民の権利を制限したり、不動産の外国人への権利移転を制限したり、土地を入手し所有する権利を外国人には否定する法律を支持してきた。

しかし、タカハシ判決は、あらゆる文脈での特別公益の理論の継続的有效性に疑問を投げかけた。この判決において、最高裁判所は、その沿岸の海域でのカリフォルニア州が漁業権と称するものは、その水域で漁業によって生計を立てることを他のすべての者に認める一方で、外国人には禁止することを正当化する特別公益とはいえないと判断した。そして、次のように述べた。

『このように、第一四修正とその權威の下で採択された法は、合法的にこの国にいるすべての人が、非差別的な法的下で、あらゆる市民と平等な法的権利のうえに、『すべての州で』居住すべきであるという一般原則 (general policy) を具体化している』

タカハシ判決以後、他の文脈における特別公益の理論の現在における有効性がどのようなものであれ、限られた福祉給付を州民に確保したいという州の希望は、ペンシルベニア州が非市民に公的扶助の受給資格を認めないこととアリゾナ州が給付を市民と長期の外国人居住者に限定することを正当化するには不適切であると我々は結論する」

その理由を法廷意見は二つあげる。第一に、「特別公益」の理論は、特権は権利と異なり市民権の有無に左右されても構わないという考え方に依拠してきたが、現在では、政府の給付が権利か特権かに憲法上の権利が左右されるという考え方は採られていない。第二に、公的扶助に限らず財政支出を削減するという州の利益は正当だが、そのことは、他の点では不快な差別を正当化しない。このことは、従来市民間の差別についていわれてきたが、外国人も市民と同様「人」であるから同じことがあてはまる。

結論として、「……支出を削減するという正当化理由は差別の対象が外国人というクラスであるときは特に不適切で不合理である。市民と同様、外国人も納税し兵役に召集されるのである。……外国人は、長年、ある州で生活し、その州で働き、その州の経済的發展に貢献している。外国人が、州の居住者と同等に貢献してきた税金に関して、『特別公益』はあり得ない」

Graham 判決の要点はふたつと思われる。まず、外国人は分離し孤立した少数者の典型であるとして、厳格司法審査を適用したことである。「最高裁判所の判決は、民族や人種に基づく分類と同様、外国人であることに基づく分類は本来的に疑わしいものであり厳格司法審査に服することを確立してきた。外国人というクラスは、そうした高次の司法の配慮が適切な『分離し孤立した』少数者の典型である」という判示は勇ましいが、そのことを確立した先例は引用されず、『分離し孤立した』少数者について、わずかに有名なカロリース・プロダクツ判決の脚注四が引用されているだけである。<sup>(34)</sup>

従来、分離し孤立した少数者になぜ司法の特別な配慮が必要かについては、長い差別の歴史、政治的無能力、不可変性などの理由が挙げられてきた。人種や出身国はたしかにそれにあたる。しかし、このうち外国人にも妥当するのは長い差別の歴史くらいで、<sup>(35)</sup> *Ride* が指摘するように、外国人は人種や出身国のように不可変な属性ではないし、政治的な無能力も統治過程への参加を拒まれていることによるのであって、それを理由に分離し孤立した少数者というのは、循環論法である。

第二に、タカハシ判決でその正当性に疑問符のついた「特別公益」の原則をより明確な形で認めなかったことである。完全な死亡こそ宣言しなかったものの、市民との対比における外国人差別を是認するための根拠としてはもはや生き残れないと思われる。その理由として、外国人も、長年、その州で働き、経済的發展に貢献し、さらに、州の居住者と同等に納税していることを挙げている。ある論者は、*Graham* 判決までの経過を「特別」公益理論の終焉」とまとめている<sup>(36)</sup>。

これと関連して、*Graham* 判決が社会保障受給権に関するものだったことも注目値する。周知のとおり、合衆国憲法には、わが国の生存権に相当するような規定はなく、社会保障制度の如何は挙げて議会で委ねられてきた。塩見訴訟の最高裁判所判決にみられるように、裁判所は外国人の社会保障については司法審査にきわめて否定的であり、学説においても外国人に対する社会権保障にかつては消極的な考え方があったことと著しい対照をなすものといえよう<sup>(37)</sup>。

#### (11) *Flores de Otero* 判決（一九七六年）及び *Nyquist* 判決（一九七七年）

一九七六年の *Flores de Otero* 判決<sup>(38)</sup>では、準州であるプエルトリコの議会が制定した法が土木技師の開業を外国人に禁止していることは是非が争われ、最高裁判所は、七対一で違憲判決を下した。

ブラックマン裁判官の法廷意見は、まず、本件の外国人の土木技師開業のほぼ全面禁止には、*Graham* 判決以下で示された厳格司法審査を適用すると前提を示す。なお、外国人差別に関する先例の要点は、クラスとしての外国人が高次の司法の配慮が適切な『分離し孤立した少数者』の典型であることと、移民・帰化の領域では連邦政府が第一義的な責任を負うことのふたつであるまとめている。

これまで、外国人に対する差別は、公的資源や公的給付が市民と同じ条件で享受できないこと、公的雇用からの排除、そして事業や職業の規制など、様々な形をとってきたが、本件のプエルトリコ法は最後の類型にあたり、この差別は最も正当化されにくいとして、*Yick Wo* 判決などを挙げる。そして、その理由を *Truax* 判決から引用している。

「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)』となる。」

上訴人が提示する三つの正当化理由とそれに対する法廷意見の判断が示されている。

第一のプエルトリコへのスペイン語系外国人の無秩序な流入の防止については、差別したいという欲望にはかならず、それ自体不適切とし、また移民規制は連邦政府の権限とする。第二の一般の低い生活水準の向上については、正当性はあるが、目的達成のための手段が不必要かつ不適切で、五十年前に「Ruax 判決で否定されたのと同じであるとする。第三の土木技師の依頼主に財政的責任を保証することについては、合衆国の市民権は、土木技師がプエルトリコや合衆国に住し続けることの保証にはならないし、また、技術、能力、財政的責任と何の関連性もないとして、いずれも退け、違憲の結論に達している。

レンキースト裁判官の反対意見は、本件に、第一四修正を適用すべきか第五修正を適用すべきかについては議論があるが、いずれにせよ、違憲の結論には反対——第一四修正なら、Sugarman 判決の反対意見で述べた理由で、第五修正ならその適用は緩やかなので——であるとする。

この判決は、基本的に Graham 判決をなぞったもので特に目新しいものはない。ただ、第一四修正の平等保護条項か第五修正の適正手続条項かは明示しなかったが、準州の議会が制定した法にも州法と同様の基準が妥当するとしたことは先例として価値があるものといえる。

翌年の Nyquist 判決<sup>(39)</sup>は、ニューヨーク州の高等教育について財政援助プログラム（奨学金、授業料補助、奨学ローン）に関するものである。いくつかの資格制限のうち、問題となったのは第<sup>(39)</sup>六一条(二)で、外国人は、帰化申請をするか、資格が出来次第申請する意思を書面で提出することが必要とされていた。最高裁判所は、五対四の僅差で、この要件を違

憲と判断した。

ブラックマン裁判官が法廷意見を述べている。

最初の、そして最大の争点は、厳格審査が適当かどうかであった。

「最高裁判所は、州による、外国人であることに基づく分類は『本来的に疑わしいものであり厳格司法審査に服する』と判断してきた。……

上訴人は、第六六一条(三)は、外国人であることに基づく分類をしていないので、厳格司法審査に服しないと主張している。市民権を申請した外国人、または、申請資格がなければ、資格が出来次第申請する意思を書面で提出した外国人は、援助プログラムに参加することができる。それゆえ、本法の区別は、『外国人の雑多なクラスのなかのものであって、市民か外国人かを区別していない』と主張される。上訴人によれば、後者のタイプの制定法上の分類だけが、厳格審査を正当化する。

Graham 判決は上訴人の立場を掘り崩すものである。この事件で、最高裁判所は、福祉給付に関して、外国人には居住期間要件を課し、市民には課さないアリゾナ州法を検討した。本件で争われているニューヨーク州法と同様、アリゾナ州法は、外国人のクラス内でのみ差別していた。すなわち、居住期間要件を満たした外国人は福祉給付の受給資格があったのである。にもかかわらず、最高裁判所は、その法律を厳格審査に服させ違憲と判断した。重要な点は、第六六一条(三)が外国人に向けられ、外国人だけが影響を受けるということである。その法律が絶対的な障害ではないということとは、そのクラスに対する差別ではないということを意味しない」

上訴人が主張する正当化理由はふたつである。①外国人に対する帰化のインセンティブの提供と②援助が現在や将来の投票権者に限定されているのは選挙民の教育レベルの向上という援助プログラムの目的に合わせたもの。いずれの正当化理由も『政治的共同体』の維持というニューヨーク州の利益に関連して主張されている。

要するに、Sugarman 判決の例外にあたるという主張である。これに対して、法廷意見は、大要次のように、これを退けた。

最高裁判所の頭にあつたのは、投票権者の資格や広範な公益の形成、執行、または審査に直接参加する公選の職または選挙によらない重要な職の資格を定める州の歴史的な憲法上の権限であつて、*Griffiths* 判決に示されるようにこの例外は狭い。この判決で、最高裁判所は、弁護士的重要な役割を認識しながら、市民のみに限定することを違憲と判断した。上訴人のふたつの正当化理由が、Sugarman 判決の例外のはるか彼方にあることは明らかである。

最後に、こう締めくくっている。

「外国人居住者は、この援助プログラムを支持する税金を完全に分担して支払っている。したがって、外国人居住者に、彼らも同等に貢献しているプログラムに参加する平等な権利を認めても真の不公正はない」

他方、反対意見は、いずれも、法廷意見の大前提である厳格審査に反対し、州の正当化理由は合理性の審査に合格すると結論する。

まず、バーガー首席裁判官の反対意見は、本件で争点となっているのは、先例と違い、生計を立てるのに必要な手段でないことを強調する。大要は次のとおりである。

法廷意見が依拠する先例はひとつの例外を除いて、外国人がある種の職業に従事することを禁止しその結果生計を立てる能力を阻害するものだった。そして、唯一の例外も外国人が生活を維持するのに不可欠な社会福祉給付の拒否にかかわるものだった。本件で、州は、外国人からそうした手段を奪おうとしているわけではない。また、州は外国人の教育を妨害しているわけではなく、被上訴人は、市民と同様に大学に入学できる。ただ、それに加えて、長い目で見て州にも有益であるとして、市民には高等教育への経済的なインセンティブを用意したのである。

私見によれば、基本的利益が問題となっていない場合、州には合理的方法でその裁量権を行使する自由が与えられな



ればならない。合衆国憲法は、州が外国人に奨学金を与えることを妨げるものではない。しかし、州に強制するものでもない。

次に、パウエル裁判官の反対意見（首席裁判官、スチュアート裁判官同調）は、外国人差別を厳格審査にかける先例は、外国人全体についての事例や市民権取得の意思の有無にかかわらずの事例だったので、本件差別は疑わしい分類にあたりないとする。

本件のスキームが疑わしい分類でないことはレーンクイスト反対意見で示されたとおりである。本件の線引きは外国人と市民との区別ではなく、外国籍を保持しようとする外国人とそれ以外の者との区別である。先例は外国人全体や市民権取得の意思にかかわらず差別した事件に関するもので、本件に厳格司法審査を適用することを正当化しない。帰化を促すことに州は実質的な利益を有するのであり、本件の線引きは合理的なものである。

最後に、レーンクイスト裁判官の反対意見（首席裁判官同調）は、分離し孤立した少数者の保護という厳格審査の根拠は、自らの意思では変更できない属性に由来するが、本件にはこれはあてはまらないので、Graham 判決以降の先例を受け入れたとしても、本件の結論は誤っているとする。

Graham 判決に始まる先例を受け入れ外国人差別は本来的に疑わしいことに同意しても、本件の判断は誤っている。

厳格審査という Graham 判決の結論は外国人が「分離し孤立した少数者」という理由からであった。人種などの少数者集団は、自己のコントロールの彼方において自分の力では変えられない地位に特徴づけられ、外国人もある時期はこれにあたる。Graham 判決も含めて、厳格審査をした先例では、制定法の線引きがそうした欠陥をもっていた。

しかし、本件では、外国人居住者は「分離し孤立した少数者」ではない。なぜなら、彼は、いつでも、自分自身の力で、不利な立場から直ちに抜け出す手段をもっている。合理的根拠のテストを適用するなら、問題のスキームが合理的で支持されることは明らかである。

本判決については、Graham 判決の判示がやや微妙なケースにも展開されたとみることができるとは、<sup>(40)</sup>「判示は外国人にとってのはっきりとした重要な前進だったが、票決は五対四だった」<sup>(41)</sup>。平等保護の他の領域(人種・性別など)ならば、必然の論理として同じ審査基準が適用されだろう事例に、わずか一票差とは驚きである。平等保護にとっては、差別が全面的か部分的かは二次の問題であり、いったんひとつの審査基準が確立すれば、同じ基準をかなり微妙なケースにも適用するのがこれまでの判例である。実際に、白人差別や男性差別でも、黒人差別や女性差別と同一基準が適用されてきた。

少なくとも裁判官が厳格審査から離脱したのはこのテーマの難解さを象徴しているといえよう。あるいは、Graham 判決は行き過ぎとみる裁判官がその修正を試みたのだろうか。「Graham 判決の最高裁判所の全員一致の意見は、外国人に対する裁判所の保護の最高水位だった。その後、すべての外国人差別への厳格審査適用に関する票差はじりじりと縮小していった」<sup>(42)</sup>

### (三) 小括

要点を繰り返せば、二段階とか三段階とかいわれる平等保護の審査基準のなかの高位に外国人差別はランクされたことである。人種や出身国と比べたとき、その説得力がかなり弱いことは否めないものの、外国人差別は厳格審査というGraham 判決は、その後の判決でも維持されてきた。Nyquist 判決は、微妙な事件だったが、反対意見もGraham 判決そのものを否定していない。Nyquist 判決は、また、一票差であったが、Graham 判決の原則が、争点となっている利益の性質や外国人に対する部分的な差別であっても同じように妥当することを確認した。こんなことは、同じように厳格審査が妥当するとされている人種や出身国であれば、問題となるはずはなかった。Graham 判決の脆弱さの表れといえるかもしれない。

ともかく、Graham 判決は外国人差別は厳格審査という原則は打ち立てた。しかし、問題は一件落着とはならなかった。次章では、そのあたりを中心に検討したい。

- (31) J. BISKUPIC & E. WITT, THE SUPREME COURT & INDIVIDUAL RIGHTS 279(1997).
- (32) Maltz, The Burger Court and Alienage Classifications, 31 OKLA.L.REV. 671, 673(1978).
- (33) Graham v. Richardson, 403 U.S. 365 (1971).
- (34) United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144(1938).
- (35) Tribeによれば、これまでの判例は、偏見の歴史、出生の偶然にのみ決定される不可変な特徴、そして正当な立法目的に関連すると証明されることがほとんどない基準を「疑わしい」(suspect)としてきたが、後二者は外国人にはあてはまらない。通常市民になる資格があるから、外国人は不可変な特徴ではない。外国人に投票権がないことが、彼らの政治的権力の欠如を示すものとみられるかもしれないが、少なくとも、争点が外国人の投票権であるときに、厳格審査の妥当性を確立するために、争点となっているまさにその行為に依拠することは、循環論法に思われるという。L. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 1545 (1988). また、Bungertも「疑わしい」分類というためには、(1)分離し孤立した少数者に対する偏見、(2)グループに関する不合理なステレオタイプが用いられてきたこと、(3)政治的に無能力なセグメントというステイグマ、(4)不可変な個人的性質が挙げられるが、ひとつでは不十分として、厳格審査基準に懐疑的な見方を示す。Bungert, Equal Protection for Foreign and Alien Corporations: Towards Intermediate Scrutiny for a Quasi-suspect Classification, 59 MO. L. REV. 569, 581(1994).
- (36) Developments in the Law—Immigration Policy and the Rights of Aliens, 96 HARV.L.REV. 1286, 1401-02(1983).
- (37) 芦部信喜『憲法』(新版)九二頁(一九九九年)など参照。
- (38) Examining Board v. Flores de Otero, 426 U.S. 572(1976).

アメリカ法からみた外国人の人権 (二)

(39) Nyquist v. Mauclet, 432 U.S. 1(1977).

(40) Maltz, supra note 32, at 677-78.

(41) L. TRIBE, supra note 35, at 1548.

(42) Ibid.

#### 四 特別な領域における外国人の人權

##### 1 公務就任權

(一) Sugarman 判決 (一九七三年) —— 嚴格審査の原則と統治過程の例外  
前章でみたとおり、Graham 判決は、外国人差別に対する嚴格審査という原則を示した。しかし、外国人差別が、同じ嚴格審査が妥当するとされる人種差別や出身国に基づく差別と同視しにくい面があることは否定できない。一九七三年の Sugarman 判決<sup>(43)</sup>は、外国人差別を裁判所がどう評価するかについての原則と例外を初めて宣言した判決として重要である。

この判決は次のような事案にかかわる。ニューヨーク州では、州の公務員法第五三条によって、すべての競争職公務員に市民権要件が課されている。外国人の原告は非営利団体の職員だったが、当該団体への公的資金援助が停止されたことに伴いニューヨーク市の人事局に吸収され、同法により解雇された。他方、同法では、免除職(高級官僚など、試験に抛らない)、非競争職、労務職(非熟練労働)には市民権要件はなかった(州知事・州議会議員などには市民権要件)。

最高裁判所は八対一で違憲の判断を下した。ブラックマン裁判官が法廷意見を述べている。

法廷意見は、本件には嚴格司法審査が適用されるという前提に立って、州の利益の実質性と差別の範囲の広狭に目を向

ける。そして、自らの統治形態を定めそこへの参加を『政治的共同体の基本概念』内の者に限定するという州の利益やその政治的共同体を定義する州の広汎な権限は認めるが、用いられた手段が正確さを欠くとする。なぜなら、競争職については市民権要件が無差別で、州の重要な政策形成・執行に直接参加する者のみならず、清掃作業員・タイピスト・事務職員にも課されている反面、選挙による職や高級な任命職には市民権要件がないと指摘し、こうした広汎さと不正確さは、厳格司法審査に耐えられないと結論づける。

また、「特別公益」の理論については、永住外国人も納税や兵役の義務を負うことをあげて本件には妥当しないとするが、さらに、「特別公益」の理論自体についても、この理論に拠った先例はタカハシ判決とGrubbs判決によって弱められており本件を支配するものとみなされないと疑問を呈している。現在の最高裁判所は、権利―特権峻別論を否定しているとする。

さらに、州は、公務員について長期の雇用を確保するために、退去命令や本国の徴兵によって一時的雇用になる可能性のある外国人の雇用を禁ずると主張したが、以前他州に住んでいた市民と比べての証明がないとして退けられた。

結論として、法廷意見は平等保護に違反すると判断した。法廷意見は、しかし、州の正当な目的にわずかな関連性しかもたない、外国人雇用の全面的な禁止は平等保護に違反するということにとどまると判示を限定した。そして、投票権や政府の運営に不可欠の地位については市民に限定できるという、後に繰り返し引用される傍論を示す。

「我々は、また、州が、適切に定義されたクラスの地位について、職の資格として、市民権を要求できないと判示しているわけではない。……『各州は、その官吏の資格と選出方法を決定する権限をもっている』。そうした権限は、『政治的共同体の基本概念を維持する』義務によって、州に本来的なものである。そして、州のこの権限と責任は、投票者の資格のみならず、州の公選による行政官、公選によらない重要な行政、立法、司法の職にも及ぶ。すなわち、代議制政府の核心に及ぶ、広汎な政策遂行機能の形成、執行または審査に直接参加する官吏である」

もちろんこの場合でも平等保護の審査から完全に自由ではないが、その審査はさほど厳格なものではないとしている。レインクイスト裁判官の反対意見は、憲法自身が市民と外国人を区別していることを看過しているとして、法廷意見の前提を真正面から批判する。そして、『分離し孤立した少数者』といえは憲法上の根拠になるわけではない、道を歩けば数多くの少数者に出会わうが、そのうちからあるものを選ぶ憲法上の根拠はあるのか、単に裁判官のフィーリングではないかと揶揄している。

本判決のポイントは、すべての公務員が政策形成の地位にあるわけではないという前提に立って、政策形成に無関係な職員も外国人を排除しているので、厳格司法審査を適用すれば手段の適合性を欠くとしたことである。

また、それ以上に重要なのは、後の判決で必ずといってよいほど引用される、憲法が保障する権利は外国人にも妥当する(原則)のに対して、統治の中枢への参加は市民に限定される(例外)というフォーミュラを示したことであろう。

これに対しては、疑わしい分類を単なる合理性の審査基準に服させるのは、現代の平等保護の法理論においてはユニークな考え方である<sup>(44)</sup>とか、外国人差別が疑わしいなら、それは投票権や統治過程に関しても同じではないかとする批判がある。

ともかくこれを前提に、両者の境界線上にある公務就任権をめぐって、一九七〇年代以降の判例——最高裁判所内での対立——は展開されることになる<sup>(46)</sup>。しかし、具体的事例への応用問題はフォーミュラほど簡単ではなかった。

# (一) Griffiths 判決(一九七三年)

Sugarman 判決と同日に判決があった Griffiths 判決<sup>(47)</sup>では、コネチカット州の司法試験を外国人は受験できないことが争点となった(本件ではオランダ人)。最高裁判所は、七対二の違憲判決を下した。

パウエル裁判官の法廷意見は、Vick Wo 判決に始まり、多少の動揺はあったものの、厳格審査基準を採用した

Graham 判決に至る判例の流れを振り返る

そして、コネチカット州では、弁護士は『裁判所の官吏』であるという法諺に具体化されているから、「弁護士の特別な役割は外国人の排除を正当化する」という主張に対して、法廷意見は、次のように述べ、違憲の結論に到達した。

「しかし、彼らは弁護士であるということによって政府の官吏ではない。また、弁護士資格をもっていることによって、政府の政策の形成者となるほど、統治過程の中核に近接するわけでもない」

バーガー首席裁判官の反対意見（レーンクイスト裁判官同調）は、一般市民とは違う弁護士の幅広い役割や権限、またアメリカ社会において弁護士が果たしてきた多大な貢献に言及し、州が市民のほうがこうした伝統やコンセプトにふさわしいと判断したことは合理的根拠があるとする。さらに、法律家はすべて文字どおり政府の代理人であり依頼人の利益より政府の利益を優先すべしという、アメリカとは全く違う司法制度をもつ国の国民がアメリカのシステムに正しく適応できるか疑問として、「要求された宣誓を唱え司法試験を通ったというだけで、いかなる国のいかなる国民をも州は受け入れなければならないというように第一四修正を拡大解釈してはならない」と結論する。

(iii) Foley 判決（一九七八年）——教育や社会保障は外国人にも及ぶが統治の権利は市民に  
一九七八年の Foley 判決<sup>(48)</sup>では、ニューヨーク州がすべての警察官に合衆国市民であることを求めていることが争点となった。最高裁判所は、六対三で、この要件を支持した。

バーガー首席裁判官の法廷意見は、Graham 判決における厳格審査基準やそれに続くいくつかの違憲判決を振り返った後、核心となる判断を次のように示す。

「しかしながら、外国人を排除するすべての制定法に『厳格審査』という高いハードルをクリアするよう求めることは不適切であろう。そうすることによって、市民と外国人との区別をすべて消し去り市民であることの歴史的価値を軽視

することになるからである。……「市民となった時点で」その人は国家の一員となり民主的な決定のプロセスに参加する資格が与えられるのである。したがって、我々は、『政治的共同体の基本概念を維持する』主権の義務の一部として、民主的な統治組織への参加から外国人を排除する州の歴史的な権限を承認してきた。

この理論の実際上の帰結は『確固として州の憲法上の特権にあたる事項を処理するときは我々の審査はさほど厳格なものではない』ということである。州は、その分類を、保護が求められる利益と制限的な分類との間のなんらかの合理的な関連性の証明によって、正当化すれば足りる。このことは、我々の歓待という伝統の恩恵を受けてきた外国人の価値ある貢献を傷つけようとするものではない。それは、民主的な社会が市民によって統治されているという事実の承認にはかならない。すなわち、州が、外国人に、投票権や、公選の職への立候補を拒否できることは明らかである。その理由は、これらが我々の政治制度の核心にあるからである。同様の配慮から、陪審義務から外国人を除外するという議会の決定も支持される。同様に、我々は、市民であることがそうした『広汎な政策の形成、執行または審査に直接参加する官吏』が就任する『公選によらない重要な行政、立法、司法の職』を遂行することに関連性のある資格であることを承認してきた。この理由は、我々の社会が、良い仕事をその構成員に確保しようとしているからではない。むしろ、この国が、最も重要な政策責任の多くをこうした官吏に託し、彼らの行使する裁量が市民の生活に、有権者の投票や立法者の選択よりも直接的な影響を与えることがしばしばであるということによる。要するに、それは、同輩の市民による統治という人民の選択と権利の典型である。この結論を実現するために、我々は、問題となっている地位を、政治的共同体の構成員に実質的に影響する裁量的な意志形成や政策の執行にかかわるものか否か決定するために、個別に審査しなければならない。

現在までの我々の判示の本質は、生計を立てたり許可が必要な職業に従事する能力とともに、教育や社会福祉の権利は外国人にも拡張されるが、統治の権利は市民に留保されるということである」



特に、複雑な現代の社会においては、警察は、政府の基本的な機能のひとつであり、政府の最も根本的な義務を実現している。一般の警察官は政策形成にかかわらないが、非常に多くの事柄について裁量権の行使を認められている。警察官が行う人権制約の可能性を含んだ様々な職務を列挙して、「警察権限の行使が非常に高いレベルの判断と裁量——その濫用は個人に重大な影響を及ぼす——を必要としていることは明らかである」

最後に、結論となる部分を次のように述べる。

「要約すれば、市民が市民ではない警察官の広汎な裁量権に服すると結論することは、市民を裁く権限をもった司法官や陪審員が外国人でも構わないというのと同じくらい異常なことである。それゆえ、大部分の州で、警察官の雇用が明示的に市民に限定されていることは驚くにはあたらない。市民こそアメリカの伝統に通じ共鳴すると州が想定することは合理的である。警察官が『広汎な政策の……執行に直接参加する公選によらない重要な……官吏』のカテゴリーに入ることは非常に明白である。法の執行に関して、警察の機能は、市民であることが個別の地位の特別の要求に合理的関連性をもつものである。したがって、州がこの重要な公的責任の遂行を合衆国市民に限定することは憲法と矛盾しない」

スチュアート裁判官の同意意見は、本件の判断は先例のいくつかの広汎な理由づけと調和させることは困難という反対意見の論証は説得的であるが、法廷意見に同調したのは先例のいくつかの妥当性に疑問をもつからであるとする。

ブラックマン裁判官の結果的同意意見は、州が、州政府の機能の基礎となる権限と義務を執行する警察官は政治的共同体の価値を共有する市民に限定されるべきであると結論したことは合理的であるので、法廷意見の結論に賛成とする。

他方、マッシュル裁判官の反対意見（ブレナン、ステイヴンズ各裁判官同調）は、州警察官は外国人差別が厳格司法審査に服するという原則に対する狭い例外にあたるという法廷意見に異を唱える。

警察官が公益の実現に参加することは確かだが、それは消防士が火事を消したり清掃作業員が道路をきれいにすることによって公益を実現しているのと同じことである。Sugarmen 判決の例外は、文脈を離れて読むと、原則を飲み込むこ

となる。Sugarman 判決が外国人の全面的な排除を違憲と判断した公務員はすべて公益の実現に携わっているのだから。

「すなわち、Sugarman 判決にいう『広汎な政策の執行』という文言は、政府のプログラムの単なる実施を意味すると読まれてはならないのであり、立法府からの実質的な権限の委任に従って実際に政府の政策を策定する責任を含むものと解釈されなければならない。……」

広汎な政策の形成及び執行と具体的な場面の事実へのその適用との間には大きな違いがある。『警察権限の行使が非常に高いレベルの判断と裁量を必要とする』という法廷意見は正しいが、求められる判断は本質的には事実に関するものである。警察官の行動を支配する政策判断は連邦や州の憲法、制定法、そして規則に含まれている。個別の状況に対応する警察官は、基本的な政策の選択——その作成に彼は何の役割もない——を……事実に適用しているに過ぎないのである」

さらに、ステイヴンス裁判官の反対意見(ブレナン裁判官同調)は、法執行の地位にある者の信頼性とロイヤリティーに関しては、弁護士と警察官で差はないから、「法廷意見が Griffiths 判決の判示を否定しない限り、最高裁判所は、外国人はクラスとして、ロイヤリティーに欠け信頼に値しないという断定的な推定をすべて退けなければならない」とする。「法執行の専門家と警察の本質的機能への敬意によって、軍隊への敬意と同様、我々は、我々の代議制民主主義のなかで、警察も軍隊も、広汎な政策形成の責任を与えられていないという事実を見失ってはならない。そうではなくて、いずれも、市民たちが直接・間接に形成した基本的な政策を実施しているのである」

「……つまるところ、我々の社会はその市民によって統治されている。しかし、それは、その管轄権に服するすべての者の、そしてすべての者のための政府であり、憲法は、彼らの平等な処遇を命じている(傍線、付加)。……この国において、警察官は政策形成者ではないから、警察からの外国人の全面的な排除は否定されなければならない」

本判決の意義は、*Sugarman* 判決の傍論が根拠となり、州のすべての警察官について市民に限定しても合憲とされたことである。<sup>(49)</sup> すなわち、州の憲法上の特権に該当するときは外国人排除に合理的根拠があればよい、市民が外国人警察官の裁量的な権限行使に服するのは市民を裁く裁判官や陪審員が外国人であるのと同じであるというのである。

公選の職でもなく政策決定を行うわけでもないのに厳格審査が適用されなかったのは、統治過程の例外に関する従来の理解を広げたと、一般にはみられている。<sup>(50)</sup> *Tribe* も、この判決を外国人差別に関する潮流の転機とみる。<sup>(51)</sup> 外国人が投票権や高位の公職から排除されていることが、警察官から外国人を排除するという政治的決定を厳格審査にかけることの根拠となるという見方もある。<sup>(52)</sup>

#### (四) *Ambach* 判決（一九七九年）——公立学校教員は州政府の運営に密接にかかわる職務

翌年の *Ambach* 判決<sup>(53)</sup> は次のような争点にかかわる。すなわち、資格があるにもかかわらず帰化を拒否する外国人（本件では英国籍とフィンランド国籍）が初等・中等学校の教員となることを州が拒否することは合憲かが争われ、連邦地裁は、すべての教職からすべての外国人を排除することは過度に広汎であり違憲と判断した。最高裁判所は、五対四で原判決を破棄し合憲の判断を示した。

パウエル裁判官の法廷意見は例によって先例を回顧する。先例の流れを決して真つすぐなものではなかったが、州による外国人差別に厳しくなっていた。その頂点に立つのが外国人であることに基づく差別は本来的に疑わしいものであり、厳格司法審査に服するとした *Graham* 判決である。しかし、「*Sugarman* 判決で、適切に定義された一群の地位については、州が、その職の資格として市民であることを要求し得ることを承認した」。すなわち、影響力ある政府の地位から外国人を排除することは厳格司法審査を必要としない。

「外国人であることに基づく分類に適用される一般的な基準に対する例外である統治機能についてのルールは、憲法に

内在する重要な原則に根拠をおいている。市民と外国人との区別は、私的な活動には通常無関係だが、州の定義と統治には欠くべからざるものである。憲法自体、この区別に一回も言及しており、このことは、市民の地位が、我々の統治機構のなかで重要であることを意味している。……」

法廷意見は次に公立学校で教えることが統治機能にあたるかを判断するには、公教育の役割とそれを遂行するにあつての教員の責任と裁量の程度に目を向けるとする。それによれば、「公教育は、警察機能と同様、選挙民に対する政府の最も根本的な義務を遂行している」。そして、ブラウン判決を引用しながら公教育の重要性を説き、それは、他の権威や社会学者によっても承認されているとする。

「公教育制度のなかで、教員は、生徒の政府への態度の形成と我々の社会における市民の役割の理解とにおいて決定的な役割を果たしている。……さらに、政治、歴史、及び市民の義務に最も直接的に関連するコースを教える教員のみならず、すべての公立学校の教員が、公教育制度の広汎な機能の実現を援助すべきことは明らかである。……こうした検討に照らして、我々は、公立学校の教員が、*Sugarman* 判決及び *Foley* 判決で承認された『統治機能』の原則にびつたり収まることは明らかであると考える」

最後は、本件の手段が、目的との合理的関連性を有するかである。これについて、法廷意見は、合衆国の市民権取得を拒否した外国人だけを排除するように規定されていることを指摘して、合憲の結論に到達している。

ブラックマン裁判官の反対意見(ブレナン、マーシャル、スティーヴンズ各裁判官同調)の大意は次のとおりである。

本件の外国人差別は、ニューヨーク州法が様々の職業について課す市民権要件のひとつであり、「これらのニューヨーク州法は、大部分において、偏狭な態度と外国人の恐怖が時代の流行であった第一次世界大戦時の、それに過激に反応した狂気の時代に起源をもっている」。法廷意見のいうとおり、この問題に関する先例の流れは決して真つすぐなものではない。私にとっては、本件は、『広汎な政策の形成、執行または審査に直接参加する官吏』が就任する『公選によらない

重要な行政、立法、司法の職』には市民権要件は適切であるとした *Tong* 判決ではなく、外国人差別には厳格司法審査が妥当するとした一連の判決こそふさわしい。

ブラックマン反対意見は、いくつかの点で、法廷意見の難点を指摘するが、その中核は、弁護士の市民権要件を違憲とした *Griffiths* 判決との整合性である。「法律家は、わが国の歴史のいたるところで、政治のリーダーであった」とする *Griffiths* 判決の一節を引いて、教員に求められる資質は弁護士にも妥当すると主張している。

本判決は、統治機能の例外を次第に広げていった一連の判決のなかに位置づけられよう。<sup>(54)</sup> *Tribe* は、警察官の権限が強制的で身体的なのに対して、教員の権限は日常的で平凡、とはならなかったと述べている。<sup>(54)</sup>

#### (五) *Cabell* 判決（一九八二年）——統治機能の例外の拡張

*Ambach* 判決の争点が保護観察官などの治安職員について争われたのが、*Cabell* 判決である。<sup>(55)</sup> 最高裁判所は、五対四で、これについても合憲判決を下した。

ホワイト裁判官の法廷意見は、例によって先例を回顧し、今世紀前半までの「特別公益」の理論から経済的利益と統治機能の区別へ移行したとする。

「主として経済的利益に影響する合法的な外国人居住者への制約は高次の司法審査に服するという立場から後退はしない一方で、我々は、制約が主として統治機能に仕えるときは、厳格審査は不適當であると結論してきた」

「基本的な統治過程から外国人を除外することは民主制の欠如ではなく、政治的自己決定という共同体の過程の必然の結果である。自己統治は、直接制にせよ代表制にせよ、共同体の被治者の範囲——それは統治者にもあてはまるが——を定義することから始まる。外国人は、そもそも、この共同体の外にいる者である。この領域への司法の侵入は、民主的な自己統治の最も欠くべからざるこうした側面を妨害することになる」

もつとも、個々の事件にこの区別を適用するには困難が付きまとう。Sugarman 判決は、これを二段階で評価するよう促している。第一は分類の特定性であり、実質的に過大包含である分類や過小包含である分類は、正当な統治の目的に役立つという政府の主張を損なうことになる。第二は、きちんとした文言の分類であっても、実際の事件において、

『州の公選の、または公選によらない重要な行政、立法、司法の職にある者』にのみ適用されているかである。

被上訴人が主張し連邦地裁が同意したのは、すべての治安職員が市民であることを要求するのは過大包含であつて違憲であるということである。この点に関する連邦地裁の議論は次の一文に依っている。『外国人を、市民権を申請した者であっても、共同墓地の寺男、家具・寝具検査官、及び通行料金徴収官のような公務から除外することになる正当化理由もないように思われる』

「連邦地裁は、制定法が少しでも過大包含であれば違憲であることを当然とした。これは適切な基準ではない。むしろ、審査は、政府の重要な機能が、『市民という基本的な法的絆』をもつ者の手にあるよう確保しようと試みているにすぎないという州の主張が偽りであることを示すほどに、制約が行き過ぎており、広汎でためであるか、である。この基準の下で、分類は正確である必要はない。実質的な適合性があればよいのである」

州法が『治安職員』として挙げる職に共通するのは、法執行の機能である。

「これらのカテゴリーには、法執行という伝統的な警察機能と希薄な関係しかもたないものもあるが、そういう疑問は数においては比較的わずかである。すべてのカリフォルニアの『治安職員』に共通する法執行という性格は、すべてが逮捕権限をもっており、それぞれの逮捕権限の行使と武器の使用について一連の訓練を受けるという事実裏打ちされている。Foley 判決は、共同体のメンバーに対する、主権に基づく、強制的な警察権限の行使を、州は、市民に限定することができることを明らかにした。本件で争点となっているカリフォルニア州法は、まさにその試みである。州法は、その目的に照らして十分にきちんと制定されており、Sugarman 判決において、そうした主権の行使に関して我々が

適切な基準であるとした、低いレベルの審査に合格する」

「連邦地裁は、また、本件で争われている保護観察官代理の職について市民権要件は適用違憲であると判示した。この結論に至るにあたって、連邦地裁は、保護観察官の性格と機能と、Foley判決の州警察官及びAmbach判決の教員のそれらとの比較にあまりに狭く焦点を当てた。Foley判決とAmbach判決は、市民権要件の許容される外縁を描かなかった」。州警察官や教員の共同体全体にわたる責任や広い裁量権を強調したが、共同体の一部しかかわらない裁判官や裁判官の説示の下で活動する陪審員に市民権要件が不必要だとは示唆していない。特定の職が政治的共同体の例外にあたるか否かは、行使される裁量権の広さではなく、民主的な自己統治の概念に実体を与える要素としての機能の重要性による。「政治的共同体の重要な主権機能の定義は、必然的に、政府の代表部門の主要な責任であり、司法審査は限られたものである」

「カリフォルニア州の保護観察官の機能に目を向ければ、Foley判決の州警察官と同様、個人に対する強制力の行使という主権的権限を十分に分かち合っており、市民に限定してもかまわないと、我々は結論する。保護観察官の監督権行使の対象となる人々の範囲は限られているが、権限行使の対象となる者に関しては保護観察官の権限は広範なものである」

結論として次のように述べる。

「保護観察中の者から見れば、保護観察官は、州の主権を体現しており、共同体という広い観点からは、保護観察官は、社会秩序の規範に違反したと認定された者に対する、政治的共同体のコントロールと責任を象徴している。いずれの観点からも、市民権要件は、その管轄内にいる者に対して、政治的共同体のこの権限を行使し象徴する者についての適切な制約と思われる」

他方、ブラックマン裁判官の反対意見（ブレナン、マーシャル、スティーヴンズ各裁判官同調）は、まず、立法史に言

及する。本件の市民権要件が導入されたのは一九六一年だが、それまで一世紀以上にわたって、カリフォルニア州は、「治安職員」について市民に限定することはしなかった。導入の際に、理由の説明もなく、九年後には、州の司法長官自身、この市民権要件が憲法上許されないと述べている。

「Sugarman 判決の基準によれば、政治的共同体のなかにびったりと収まる政治的地位から外国人を排除する州法であっても、他の公的な仕事から、思慮を欠くかでたらめな方法で、外国人を除外しているときには、平等保護条項違反となる。本件の州法は、まさに、そうした思慮を欠くでたらめな州権限の行使にあたる。連邦地裁は、外国人が排除されてきた七十以上の『治安職員』の職のうちいくつかは『いかにその概念を緩やかに考えても政治的共同体のメンバーとみなされることはできない』と認定したが、これは法廷意見も否定していない。同時に、カリフォルニア州は、長年、外国人が公立学校で教え、公務員として雇用され、州、市、そして郡の多くの仕事をすることを許容してきた。これらはすべて、政治的共同体のなかに入りうるものである。

このように、Sugarman 判決で違憲とされた州法と全く同様に、カリフォルニア州法の外国人排除は、致命的なほど過大包含でありかつ過小包含である」

さらに、法廷意見の『実質的適合性』という新しい審査基準は最高裁判所が長い間外国人差別に適用してきた厳格な審査基準と矛盾するものであり、無視できない数の職種について市民権の要件は合理的関連性すらないのに七十以上の公職から外国人を排除する州法を大目に見ていると非難している。

反対意見は、次に、Sugarman 判決の例外は非常に狭いものであることを強調しながら、法廷意見のように、Foley、Ambach 両判決を拘束力あるものとして受け入れたとしても、両判決から導かれるべきは「実質的な証明なしには、州は Sugarman 判決の狭い例外を援用できない」という結論であり、「そうした厳格なテストなくしては、Sugarman 判決の例外は同判決の原則を飲み込むことになる」と警鐘を鳴らしている。



具体的には、第一に、保護觀察官が監督権を行使し得る対象は範圍が限定されており、その対象者についてさえ、強制力は法で注意深く制限されている。第二に、法廷意見は、保護觀察官が直接の監督を受けることなく行使される裁量権を持つことを理由にするが、ほとんどの公務員はそうした裁量権を多少とも持っており、それは、警察官、裁判官、そして陪審員のもつ裁量権と同視できない。逆にカリフォルニア州では、居住外国人が州裁判官になることは禁止されていないなど、刑事裁判制度の根幹にある役割に外国人を許容している。カリフォルニア州の刑事被告人は外国人の裁判官の下で審理を受けることがあるのに、居住外国人の保護觀察官代理の限定的な裁量権に委ねてはならないというのは、憲法上不条理である。最後に、法廷意見は、保護觀察の条件を決める司法権及びその条件への服従を強制する行政権の『延長』として保護觀察官が実際にも象徴的にも立ち振る舞うとするが、カリフォルニア州の司法及び行政の規模に照らして、司法権や行政権の延長上にあるすべての職について州が Sugarmann 判決の例外を援用できるなら、Sugarmann 判決の判示は無意味になる。

法廷意見は、たしかに、例外が原則を飲み込んでしまいかねない問題点をはらんでいるようにみえる。反対意見が、警察官や教員のケースよりいっそう激しく反発したのもうなずける。

最大の問題点は、厳格審査の例外とするために、法廷意見が治安職員に与えられた裁量権の有無や広さだけではなく、政治的共同体におけるその職の象徴的価値を援用したことである。もうひとつは『実質的適合性』の基準である。周知のとおり、厳格審査は、立法目的と手段との完全に近い適合性を求めるものであるが、法廷意見によれば、厳格審査が必要か否か——個々の職が統治機能の例外にあたるか否かを判断するには「分類は正確である必要はない。実質的な適合性があればよい」。(56)この二点が合わされば、事実上すべての公務員は統治過程の例外にあたるとされてもおかしくないことになる。

Tribe も、すべての治安職員が Sugarmann 判決の例外にあたるというなら、家具や寝具の検査官やオフィスのメッセ

ンジャーまで、「代議制の核心に位置する機能を営む公選によらない重要な職」であると宣言する間、最高裁判所は真面目くさった顔(仏頂面?)でもするしかあるまい、と強烈に皮肉っている。<sup>(57)</sup> Bosniak は、「市民権は政治的共同体のメンバーシップを決定するのに適切である」という説示に注目して、「統治機能」の例外は Cabell 判決で完全な理論的姿を現したとする。<sup>(58)</sup>

# (六) Bernal 判決(一九八四年)——原則を再確認

一九八四年の Bernal 判決<sup>(59)</sup>は、公証人からの外国人排除にかかわる。最高裁判所は、八対一で違憲と判断した。

マージナル裁判官の法廷意見は、先例を回顧し、外国人差別について、原則としての厳格審査とそれに対する「統治機能」の例外を確認する。すなわち、統治機能の例外の背後にある理由は、州は自らの統治形態を確立し得ることと統治権を政治的共同体の完全なメンバーである者に限定し得ることであり、この場合、審査基準が緩和される。そして、狭い統治機能の例外に該当するかは Cabell 判決の二段階のテストに拠るとする。

州憲法で公務員とされていることを強調して、政府の核心にある機能を遂行する職のカテゴリーにあたるという主張に対して、法廷意見は、重要なファクターは、法律なのか憲法なのかというその地位の根拠規定(source)ではなく、実際の機能(actual function)であると反論する。「我々の審査の焦点は、ある地位が、その職にある者が、市民全体に重要な影響を与える政策の形成または執行に必然的に広汎な裁量権を行使するようなものか、であった——この種の権限を、自己統治の共同体は、その共同体の完全なメンバーにのみ委ねることは適切である」。Cabell 判決でも示したように、目を向けるべきは、民主的な自己統治に実体を与えるファクターとしての重要性である。

そして、「我々は、公証人の仕事を正確かつ誠実に執行すべき必要性が高いことを認識している。しかし、公証人の仕事は、重要ではあるが、代議政府の核心にある責任をほとんど伴わない」。その職務は本質的に書記的で事務的なもので

あつて、警察官の強制力や公立学校教員の広汎な裁量権とは対照的である。統治機能の例外が本件に不適切なことは、弁護士<sup>60</sup>の市民権要件を違憲とした *Griffiths* 判決によつても支持されるとする。

法廷意見は、厳格司法審査を適用し違憲と断じている。州が唱えた立法目的は、公証人が州法や制度に熟知すること、その活動について、後年証言が必要なときに応じ得ることだったが、いずれも、裏付けとなる事実がないなどの理由で退けられた。

レンクイスト裁判官の反対意見は、*Sugarman* 判決の反対意見で述べた理由により反対するとしている。

違憲の結論は当然すぎるほどだが、原則を再確認した意義は大きい。*Bosniak* は、最高裁判所の八人の裁判官が、統治機能の例外は狭いもので、民主的な自己統治のプロセスに密接に関連する地位から外国人を排除する法律にのみ適用されると述べているのは、例外が原則を飲み込まないように警鐘を鳴らしたものと評価する。<sup>60</sup>

また、マッシュアル裁判官（その他のリベラル派裁判官）が激しく批判した *Cabel* 判決を先例として引用していることも注目される。違憲の結論を重視して保守・中間派と妥協した結果だろうか。

### （七）小括

*Sugarman* 判決は、*Graham* 判決が確立した外国人差別には厳格審査基準が妥当するという原則とそれに対するいわゆる統治機能の例外を示した。この例外をめぐって、その後のいくつかの判決で、最高裁判所の論議は発展していく。概して、その流れは例外をやや広く許容する方向だったとまとめて大過なからう。

まず、外国人差別は厳格審査とする原則に対するいわゆる統治機能の例外をどう評価するかである。

従来の平等保護の判例理論のなかで特に一貫性を欠くという批判があることは前述した。また、憲法理論のなかで前例のないものであり、外国人への敵意から法律が制定されたことが疑われる *Cabel* 判決などに照らせば、厳格審査にかけ

たうえで、統治機能を市民に限定することは「州のやむにやまれぬ利益」(compelling state interest)とする分析のほ  
うが優れている、という見解<sup>(62)</sup>もうなずける点がある。

反面、別の論者は、「Rideの循環論法の叙述を引きながら、「何らかの二重の基準は、憲法が市民権を根拠にしている  
区別に照らせば、平等保護の理論一般と、基本的に合致するように思われる」と主張する<sup>(63)</sup>。

私見によれば、外国人差別に関するものも例外を、非常に高いハードルである嚴格審査基準に合格するものと説明  
するのは困難であり、市民と外国人との区別に関してコペルニクスの発想の転換をするなら格別、判例理論の現状を前提  
とする限り、統治機能の例外はやむを得ない選択と思われる<sup>(64)</sup>。

なお、Sugarman判決の原則と例外の具体的なケースでの展開、特に、公立学校教員や治安職員を個別に検討するこ  
となく、丸ごと例外にあたるとしたことには、批判的な見解が大半であることはすでにみてきたとおりである。統治機能  
の例外は、元来、政策決定への参加に軸足があったのが、広汎な裁量権の有無、そして、政治的共同体におけるその職の  
象徴的価値まで考慮すべき事項とされたこと、また、個々の職が統治機能の例外にあたるか否かを判断するには「分類は  
正確である必要はない。実質的な適合性があればよい」とされたことは、たしかに、例外が原則を飲み込みかねない危険  
をはらんでいる。

最後に、わが国でも近年議論が盛んな外国人の参政権についてはどうか。大方の理解によれば、<sup>(65)</sup>アメリカ合衆国  
は外国人参政権に冷たい国ということになる。たしかに、参政権、合衆国では投票権という表現が一般的だが、ここから  
外国人が除外されることは問題ないという理解自体への疑問は学説でもほとんどないようである。何度も引かれる  
Sugarman判決の傍論は、「『各州は、その官吏の資格と選出方法を決定する権限をもっている』。そうした権限は、『政  
治的共同体の基本概念を維持する』義務によって、州に本来的なものである。そして、州のこの権限と責任は、投票者の  
資格のみならず、州の公選による行政官、公選によらない重要な行政、立法、司法の職にも及ぶ」としている。

これに關して、ラスキンが、歴史を振り返って投票權の拡大は民主主義の強化に役立ってきたという前提から、外国人参政權の付与は憲法上許容される——市民權の有無は投票權付与の基準として許容される (permissible) とする Sugarman 判決は、暗黙のうちにそれがコンパルソリーでないことを示しているという——として、地方政治のレベルでは外国人参政權が要請されると説くのは注目される。なお、憲法が外国人参政權を要求しているかという争点には、投票權の拡大は、憲法解釈によってではなく明文の憲法改正や立法によってきた、換言すれば司法ではなく政治的共同体の自己決定のプロセスによるのが合衆国の歴史であるとして、これに消極的な立場に立つ。

- (43) Sugarman v. Dougall, 411 U.S. 634(1973).
- (44) Maltz, *supra* note 32, at 679—80.
- (45) Bungert, *supra* note 35, at 592.
- (46) 門田孝「外国人の公務就任權をめぐる憲法問題(一)」六甲台論集三四卷二号三〇頁、四三——四四頁(一九八七年)。
- (47) *In re Griffiths*, 413 U.S. 717(1973). Maltzによれば、歴史上、弁護士ほど広い規制を受けてきた職業はなく、この判決は、特別公益の理論を棄つたものゆゑに Maltz, *Citizenship and the Constitution: A History and Critique of the Supreme Court's Alienage Jurisprudence*, 28 *Ariz. St. L. J.* 1135, 1174(1998).
- (48) *Foley v. Connelie*, 435 U.S. 291(1978).
- (49) *J. Biskupic & E. Witt*, *supra* note 31, at 280.
- (50) Bungert, *supra* note 35, at 591-92.
- (51) Sugarman 判決の例外に交通警察官まで含めるのは例外が原則を飲み込むようなものと批判している。L. Trube, *supra* note 35, at 1548-49. 一方 Maltz は Sugarman 判決の例外を拡げたようにみえるが、なお、先例の範囲内とする Maltz, *supra*

note 47, at 1178.

- (32) A Dual Standard for State Discrimination against Aliens, 92 HARV.L.REV. 1516, 1533(1979).
- (33) Ambach v. Norwick, 441 U.S. 68(1979). [1981] アメリカ法三三頁に萩野芳夫の解説がある。
- (34) L. TRIBE, supra note 35, at 1549. Maltz の 教員は政策決定と無関係であり、この判決は先例から逸脱したものである。  
Maltz, supra note 47, at 1178-79.
- (35) Cabell v. Chavez-Salido, 454 U.S. 432 (1982) .
- (36) 『政治的共同体』の例外を大幅に広げたものと批判する。 Developments—Aliens, supra note 36, at 1406.
- (37) L. TRIBE, supra note 35, at 1550.
- (38) Bosniak, Membership, Equality, and the Difference that Alienage Makes, 69 N.Y.U. L. REV. 1047, 1111(1994).
- (39) Bernal v. Fainter, 467 U.S. 216(1984).
- (40) Bosniak, supra note 58, at 1114. Maltz の 'Graham 判決の基本的な教義を再確認したと述べる。 Maltz, supra note 47, at 1180.
- (41) Bungert, supra note 35, at 592; Maltz, supra note 32, at 680.
- (42) Developments—Aliens, supra note 36, at 1409-10.
- (43) A Dual Standard, supra note 51, at 1531. ただし、この論者の合理性の基準が妥協なのは、投票権や憲法自体が市民権要件を課している連邦の職と重複しているものに限られるとする範囲は限定している。 Id. at 1537.
- (44) もっとも、その最も厳格審査を行う前提に無理がある。 Bungert や Nowak が説くように、外国人差別には中間審査基準が適用されるべきである。 Bungert, supra note 35, 595-97; Nowak, Realigning the Standards of Review Under the Equal Protection Guarantee-Prohibited, Neutral, and Permissive Classifications, 61 GEO.L.J. 1071, 1099(1974).

(65) 近藤敦『「外国人」の参政権——デニズンシップの比較研究』(一九九六年) など参照。

(39) Raskin, Legal Aliens, Local Citizens: The Historical, Constitutional and Theoretical Meanings of Alien Suffrage, 141 U.Pa.L.Rev. 1391, 1417-21 & 1431-41(1993).