

アメリカ法からみた外国人の人権（三・完）

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、六卷三・四号）
  - 2 連邦政府と外国人差別——全能理論
  - 3 不法滞在者の人権——Plyler 判決をめぐって
- 五 結びに代えて（以上、本号）

#### 四 特別な領域における外国人の人權

##### 2 連邦政府と外国人差別——全能理論

(一) Diaz 判決(一九七六年)——帰化及び移民に関する広範な権限の行使にあたって、連邦議会は市民に適用されたならば受け入れがたいルールを設けるのが通例

Graham 判決の例外のもうひとつは、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>67)</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大の権限をもつということになる。ここでは、その代表例とされている、外国人の社会保障受給権に関する一九七六年の Diaz 判決を取り上げる。

メディケア(高齢者医療保障制度)は、六五歳以上の市民及び永住外国人をその対象としていたが、外国人のうち居住年数五年未満の者は除外していた。連邦地裁の違憲判決を破棄して、最高裁判所は全員一致で合憲判決を下した。

ステイヴンズ裁判官の法廷意見は、まず、外国人も市民と同様、適正手続条項の保護の対象であるが、そのことは、すべての外国人が、市民権がもたらすすべての利益を享有する資格がある、またはすべての外国人がひとつの均質な法的立場におかれなければならないという結論を導かない、とする。

「帰化及び移民に関するその広汎な権限の行使にあたって、連邦議会は、市民に適用されたなら受け入れられないルールを作るのが通例である。外国人の入国拒否と国外退去の権限の留保は、自国民の行動を規制する連邦政府の権限にはそれに匹敵するものが許容されていない。連邦法が外国人を市民とは異なる取り扱いをしていること自体は、そうした異なる取り扱いが『不快な』ものであることを意味しない。

特に、連邦議会が市民にある福祉給付をしたことによって、すべての外国人に同様の給付をすることを要求されるものではない」。外国人のなかには、一夜の訪問者もいれば敵対国の招かれざるスパイ、外交官、不法入国者もいる。連邦議会は、外国人とわが国との絆が強まるにつれ、平等な配分を求める外国人の主張が強まると判断することができる。「本件が提起する真の問題は市民と外国人との差別が許容されるかではなく、外国人の階層間の制定法上の差別——利益をある外国人には与え他の外国人には与えない——が許容されるかである」

「長年正当と承認されてきた理由により、合衆国とその外国人訪問者との関係を規制する責任は連邦政府の政治部門に委ねられてきた。こうした事項の決定は、外国との我々の関係にかかわるものであり、政治・経済環境の変化に照らして、あらゆる種類の分類をされなければならぬゆえに、性格上、司法部よりも立法部か行政部にふさわしいことが多い。……世界情勢の変化に対応する政治部門の柔軟性を抑制する憲法上のルールを採用するときには最大限の注意が必要である。政治的問題 (political question) の司法審査を排除する理由は、移民及び帰化の領域における連邦議会や大統領がした決定に対する審査基準を狭く限定することにも妥当する」

「本件において、被上訴人は、二つの要件——外国人が永住権を認められていることと少なくとも五年居住していること——を攻撃の対象にしている。しかし、二つの要件が取り除かれても、連邦議会は少なくとも、外国人の入国が合法的であったことを要件とすることは間違いない。その場合でも、短期滞在に過ぎない者にも、給付に関する憲法上の資格が認められない限り、居住に関する何らかの要件が必要になることは確実だろう。要するに、連邦議会が外国人の受給資格をその居住の性格と期間に拠らしめることが合理的であることは疑いない。いずれの要件も全く不合理ではないから、本件は、基本的に、連邦議会が同種のいくらか違った要件を選択したほうがより合理的であったという主張にかかわるものに過ぎない」

たしかに、五年の居住要件は長すぎるかもしれないし、わずかに満たない者には不必要な困難をもたらすかもしれない。

しかし、何らかの線引きは不可欠であり、どんな線引きでもいくらか恣意的な結果を伴うのである。一番重要なことは、連邦議会が選択した基準で受給資格があるとされた者は、同じく受給資格がないとされた者よりも、合衆国と密接な関係を持つと推定するのが合理的であるということである。両者の差は本質的なものではなく程度の差である。本件において、被上訴人は、実際のところ、我々の判断を、連邦議会の判断に代位させるよう求めているにすぎない。我々は、これを拒否する。

最後の争点はグラハム判決との一貫性である。

しかし、グラハム判決が依拠した、外国人の入国・居住に関する連邦政府の排他的な権限は、外国人の入国・居住条件の規制が、州や連邦裁判所ではなく、連邦政府の政治部門の仕事であるという本日の判決を支持するものである。そして、外国人と連邦政府とのではなく外国人と州との関係に関するものであるゆえに、平等保護の分析も違ったものとなっている。

「州の福祉政策に関する限り、他国の市民を他州の市民と区別して扱う根拠は、あったとしてもわずかである。いずれのグループも、福祉プログラムを運営する州の利益に関する限り、市民ではない。したがって、州が、その州の非市民を合衆国市民と外国人というもうひとつのカテゴリに分けることは一見して正当性がない——連邦政府が同様の分類をすることはありきたりであり、通常、その仕事の正当な一部であるが。さらに、憲法は、すべての州に、その境界を越える交通を規制する権限を禁止する一方で、連邦議会は、明示的に、合衆国の国境を越える交通に対する規制の行使権を与えられている」

判決のポイントは、外国人と市民は同様に適正手続条項に保護されるが、帰化及び移民に関する広範な権限の行使にあたって、連邦議会は市民に適用されたならば受け入れがたいルールを設けるのが通例であるということである。すなわち、憲法は連邦議会に移民や国籍に関する絶対的権限を付与しているので、連邦政府の外国人処遇については合理的根拠を求

めるのみで、この審査基準に照らせば、給付資格を外国人の居住の性格や年数（永住権か五年以上滞在）に基づかせることは合理的という。

判決の評価は大きく分かれる。比較的好意的な評価をまず取り上げてみよう。

Neuman<sup>(69)</sup>は、外国人は州レベルでは特別の保護が必要という観点から、連邦一州の二分法は妥当とする。Diaz判決は個別に論及していないが、連邦法に敬意を払う動機となる種々の要素が州法にはあてはまらないとして同判決を肯定的に引用している。<sup>(70)</sup>

Motomura<sup>(71)</sup>「外国人であることは、アウトサイダーから完全なメンバーになる途中の段階」という立場から、（移民法ではない）外国人法について連邦であっても州とレベルは違うが平等保護モデルを妥当するが、完全なメンバーシップへの途上にある外国人には市民とある種の区別は合理的とする。そして、Fialo判決の全能理論の延長ではないとして、平等保護の審査をしたDiaz判決を評価する。移民事件で多くの憲法上の主張を横柄に処理したのと対照的に、外国人の権利を正面から真剣に検討した、ともいう。

Maltz<sup>(72)</sup>「外国人は、州との関係と同様、連邦政府との関係でも『分離され孤立している』としつつ、結論としては、Diaz判決は、外国人に対する連邦議会権限に敬意を払った一連の判決として位置付けられるとする。」<sup>(73)</sup>

一方、批判的な見方も多い。

Rosberg<sup>(74)</sup>は、「州法の根拠とされたとき、外国人であることが疑わしい分類ならば、連邦政府によって用いられたときもやはり疑わしいのではないか」という観点から、「『連邦政府による』このタイプの法律も最高裁判所は注意深く審査しなければならない。なぜなら、以前違憲とされた州法とまさに同じの外国人に対する許されざる侵害というリスクを伴っているからである」として、「最高裁判所は、伝統的に、移民にほんのわずかでも関連があるときはいつでもこの役割『立法目的と関連性を審査し連邦議会に立法権を制約する憲法規範を意識させる』を果たすことを拒否してきた」

と手厳し。

Abrial<sup>(73)</sup>、Diaz 判決は連邦議会の帰化規制権限は福祉受給資格決定権限をも含むとするが再考すべきと主張する。なぜなら、連邦の移民規制権限を支持する根拠——帰化条項、外交政策と結び付いた移民の認知、国境の保護権限——は福祉受給権とは無関係だからであるとする。

さらに、別の論者は、移民問題で司法の自制を促す要素がこのケースには存在しないし、州による差別を厳格審査とした根拠は連邦政府による差別についても同様に妥当すると批判する<sup>(74)</sup>。

私は、基本的に批判的な見解に与する。というのは、法廷意見のように「移民及び帰化の領域における連邦議会や大統領がした決定に対する審査基準を狭く限定すること」を容認しても、そのことは本件の外国人差別を正当化することに論理的に結び付かないからである。

Diaz 判決の同日、最高裁判所は、五対四の多数決で、公務員委員会の規則によってすべての連邦の競争職公務員から外国人を排除することを違憲と判断したが、その理由は、連邦議会が大統領によって命ぜられたならば推定しうる規則が達成しようとしている利益が、効率的な公務員制度の増進にのみ関与する公務員委員会規則には認められないという限定的なものだった<sup>(75)</sup>。

さて、ここで、連邦政府の外国人規制権限の反対側の側面——州政府による外国人に対する不利益な取り扱いが最高法規条項に違反するかが争点となった、Morano 判決<sup>(76)</sup>を簡単にみておきたい。

メリーランド州立大学は、州内に居住する市民や移民に、授業料などの優先取り扱いを規定していた。ところが、G—4 ビザと呼ばれる、国際機関の職員やその家族に発給されるビザで在留する者は州内に居住していてもこの優先取り扱いが受けられないことが争われた。最高裁判所は、この取り扱いが最高法規条項に違反するとして、六対三の違憲判断を示した。ブレナン裁判官による法廷意見は次のとおりである。

「我々の判例法は、長い間、国内における外国人の規制に関する連邦政府の傑出した役割を承認してきた。……

それゆえ、我々の判例法が、また、外国人であることに基づく分類に関する州の権限に実質的な制約への言及に骨を折ってきたことは驚くにはあたらない」

「タカハシ判決とグラハム判決は、合わせて読めば、『この国に合法的に入国した外国人を差別する、連邦議会が是認していない州の規制は、連邦議会が予期していない付加的な負担を課すならば、許されない』という広汎な原則を示している。」

外国人の入国に関する包括的な規範である移民・国籍法（INA）は、外国人を基本的に移民と非移民の二つに分けている。連邦議会は、非移民については、多くを、合衆国に居住することを禁止しているが、G-4の外国人については、居住を認めたくえで入国を許可している。「G-4の外国人に居住を定めることを禁じないという連邦議会の明示的な決定に照らして、G-4という外国人の移民としての地位のみを理由に、G-4の外国人に『州内』（in-state）の地位を否定する州の決定が、合衆国にそうした外国人を入国させるにあたって『連邦議会が予期していない』副次的な負担にあたることは確かである」

国際機関で働くG-4の外国人は、国際条約や連邦法によって、国際機関からの給料への課税を免除されている。この課税免除によって、連邦政府が（課税されないなら手取り額だけ支給すればよいことになるから）国際機関の負担を軽減し、国際機関に合衆国への進出を促していることは疑いない。G-4の外国人に、他の居住者よりも高い授業料を課すことは、こうした連邦政府の政策を妨害することになる。

「要約すれば、連邦政府は、G-4の外国人を入国させただけではなく、彼らに居住を定めることを許可し、国際機関の給料について重要な課税免除を与えた。こうした状況において、我々は、連邦議会が、大学の運営にあたって州は、連邦法の移民に関する分類のみを理由に、差別的な授業料を課してもよいと予期しなかったと結論する」

ブラックマン裁判官の同意意見は、居住外国人は「疑わしいクラス」(suspect class)であるという最高裁判所の判示は、なお有効な法であるとして、いわゆる統治過程の例外を認めた *Foley* 判決などは外国人であることが人種や出身国と同じ意味で「疑わしいクラス」ではないことを意味しているとするレンキスト反対意見に反論している。

オコナー裁判官の一部反対意見は、連邦法によって州の課税も免除されている外国人については法廷意見の結論に同意するが、G-4の外国人は多様でありそのうち州の課税免除を受けない者については附加的な授業料を徴収できるとする。レンキスト裁判官の反対意見(バーガー首席裁判官同調)は、①移民・帰化に関する連邦権限は全能かつ排他的であるが、外国人に負担を課すすべての州法がこの連邦権限と衝突するものではない、②平等保護に関しても、本件は州立大学の財政への貢献に基づく分類であって外国人であることに基づく分類とはいえないから厳格審査の適用は不適切で合理性の審査には合格するという二点から、法廷意見の結論に反対している。

法廷意見は、なぜ平等保護の争点を回避したか説明していない。移民ではない外国人にも厳格審査を拡張すべきか確信が持てなかったからではないか、という推測がされている<sup>(77)</sup>。

*Abrial* は、外国人の人権は専占理論ではなく平等保護の問題として処理すべきで、全能理論と結び付いた専占理論は連邦法による制約を支持する役割をもつと批判的である。すなわち、「*Moreno* 判決のような」負担は、むしろ平等保護の問題<sup>(78)</sup>であり、「連邦政府の専占理論は外国人を保護するのに不可欠ではない」

別の論者も、最高裁判所が外国人の社会への貢献とその人権をますます認めていることから、平等保護の分析がより適切であるとする<sup>(79)</sup>。

(二) 全能理論(the plenary power doctrine)をめぐる

大方の理解によれば——<sup>(80)</sup>——*Bosniak* の言葉を借りると、外国人の地位に関する法は、移民法の「内」と「外」



という分類によって構成されてきた。すなわち、「移民法の内では、外国人の地位は、おおむね、いわゆる全能理論の命ずるところに従属する。全能理論によれば、外国人の入国、国外退去及び帰化に関する政府の権限は、ほとんど司法による統制を受けない」のに対して、「移民法の外では外国人の地位は全く異なり」、「その地位は、研究者が『Yick Wo. 伝統』と名付けたものに支配される」(強調、Bosniak)。要するに、外国人の人権保障の如何は、全能理論と人間としての権利との相関のなかで定まってきた。前者については、憲法や司法審査には服さず、Kellyの言葉を借りるなら、「移民法は憲法学の望まれない子 (the unwanted child)」<sup>(81)</sup> ということになる。

本稿が対象としているのはすでに国内にいる外国人の人権であり、全能理論が厳格に出入国や帰化の領域に限定されるなら、本稿のテーマにはあまり関係しないことになる。しかし、そのように割り切れないのは、前者がかなりの程度に後者にも影響しているという現状による。「『Yick Wo. 伝統』はストーリーのすべてを語っているわけではない。……両者の対立は、『内』と『外』との間のものとして存在しているだけでなく、『外』と性格づけられる領域自体のなかに<sup>(82)</sup> いても存在している」。具体的には、Dian 判決の例にみられる連邦政府による外国人差別や、表現の自由などの憲法上の自由を理由とする国外退去であり、判例は、政府に寛大である。わが国のマクリーン事件もこうした一例である。

この現状に対する批判は、大きく分けて二つの方向からなされる。ひとつは、Legomsky や Alenikoff に代表される、全能理論そのものに対する批判である。

Alenikoff によれば、合衆国憲法制定後の第一世紀において、すでに、外国人の出入国に関して連邦議会は全能であるのに対して、居住外国人には市民と同様の保護が妥当するという二分法は成立し、この区分は第二世紀においても維持・強化されてきた。しかし、連邦議会がすべての移民権限をもつということはその行使が憲法から自由という意味ではないし、連邦政府の外国人規制がすべて移民権限の行使として支持されるものではないとして、第三世紀こそ移民法を現代の憲法理論の下に置かなければならない、と主張する<sup>(83)</sup>。

さらに、移民法は憲法の外にあるという命題を支える現代の説明が「メンバーシップとしての市民権」であるとして、これに対しても、政府の他の決定と区別する理由はないから憲法と司法審査の下にと主張し、Walzerの所説を引用してこれに反対している。<sup>(84)</sup>

また、最高裁判所が先例拘束性の観点からstateはきれいでないとして、全能理論の判例変更に難色を示すのに対して、Legonskyはstateをきれいにすべしと主張する。<sup>(85)</sup>

移民法を「憲法学の望まれない子」と呼んだKellyも、移民法の内・外(inside/outside of immigration law)という伝統的二分法の枠組みを全面的に見直し、外国人の権利と政府の利益を十分に比較検討すべしという。すなわち、紳(ties)やメンバーシップは枠組み自体を左右するものではなく比較検討の一材料であるとして、従来のように初めから議論に制約を加える方法を批判する。

さらに、Henkinも、最も豊かな国が人権の国際的基準を逃れようとしてはならないとして、今こそ移民法を憲法の下に、と述べている。<sup>(87)</sup> Motomuraも全能理論の廃棄を唱える論者の一人である。<sup>(88)</sup>

もうひとつは、WalzerやBosniakに代表される、外国人の出入国に関する政府の権限は是認したうえで、いったん入国させた外国人を二級市民として扱うことは許されないという主張がある。

Walzerは、『正義の領分』<sup>(89)</sup>において、メンバーシップについては政府の権限だが、受け入れた以上は市民となる道を開き完全に平等に処遇すべきで、二級市民を作ることには許されないとする。その要旨は次のとおりである。

「メンバーシップの配分は正義の拘束に広く服しているわけではない。なされる決定の相当程度にわたって、国家は外国人を受け入れる(あるいは受け入れない)自由がある。……入国許可と排除は共同的自治の核である。……

しかし、メンバーシップの領域における自己決定は絶対的なものではない。……新しい移民、受け入れられた亡命者、居住者と労働者、彼らはみな市民権の機会を提供されなければならない。……いかなる共同体も半在留外人、半市民の

ままでありながら、入国許可政策は自己決定の行為であるとか、その政治は民主的であると主張することはできない<sup>(90)</sup>」  
Bosniak<sup>(91)</sup>は、Walzerの主張を基礎に、法理論として自説を展開する。外国人であることが社会における権利や利益の  
配分ほどの程度影響するか、というのが彼女の問題の出発点である。

すなわち、従来の二分法（市民としての資格（メンバーシップ）——全能理論（plenary power）↑人間としての権  
利（イコール・パースンフッド）——人権保障）をめぐって、これまではメンバーシップの問題がイコール・パースンフ  
ドの領域に侵入する傾向がみられるとして、両者の関係について、separation（分離）とconvergence（融合）という二  
つのモデルを提示する。前者の代表例がGraham判決であり、後者の代表例が前節のDiaz判決である。

また、Bosniakは、Walzerに関して、従来、学説は前半に目を向け後半を無視する傾向にあり、さらに、両者が別の  
原理に支配されていることも見落とされがちであるとす。

「かくして、Walzerにとって、外国人の出入国に関する決定は、『正義の拘束』にわずかにしか従属しない基本的に  
政治的決定であるが、国家共同体内の移民の地位に関する決定は『完全に正義の拘束を受ける』」

「移民がいったん政治的共同体のなかで居住し働いているなら、政治的共同体のメンバーとして扱われなければならない  
<sup>(92)</sup>」

もっとも、Walzerも分離モデルをあらゆる領域で貫いているわけではなく、よそ者から完全なメンバーへの移行過程  
では外国人の政治的権利が制約され得るとして融合モデルを是認し、また、退去強制権限や不法滞在外国人に関しては一  
きりとした見解を示していない<sup>(93)</sup>、とBosniakはみている。

Walzerは、古代アテネのメトイコス（Metis, ポリスの仕事の非常に多くを行っていたが、市民になれる望みのない  
在留外国人）を例に引き、民主主義はこうしたカーストに似た地位を許さない。古代アテネのメトイコスの現代版が外国  
人労働者であって、危険で汚い仕事を引き受けるが政治的権利や福祉は拒否されている。こうしたシステムは、経済的に

は合理的であつても政治的には許されないと述べる。

「どのような民主的國家も、市民と外国人の間の地位の固定化を認めることはできない。人々は國家の權威に服しているか、服していないかである。もし、服しているなら、その權威が行うことにたいして、發言權が、究極的には平等な發言權が与えられていなければならない。その場合、民主的市民は一つの選択肢をもつ。もし彼らが新しい働き手を導入したのであれば、自分たち自身のメンバーシップを拡大する覚悟ができていなくてはならない。もし新しい働き手を受け入れたくないのであれば、社会的に必要な仕事をするには国内の労働市場の限度内で方法を見つけなければならぬ」<sup>(94)</sup>

分離か融合かというふたつのモデルは、不法滞在者の処遇にも関連するという。すなわち、不法入國の事實は外国人の処遇を左右するかという論点である。Positakによれば、Plyler判決で最高裁判所もノーといったとされるが、この判決は、次節で詳しく検討したい。

さて、全能理論である。國家主權を前提とする現在の國際社会のなかではこれを完全に否定して他の争点と同様の司法審査を行うのは難しいという印象を受ける。その根拠は、外国人の入國を認めまたは禁止する権限は主權に内在するものであり自己保存に不可欠という見解<sup>(96)</sup>に代表される。

外国人の入國・帰化は、連邦議會の権限であつて司法審査は及ばずという全能理論については、最近、最高裁判所の態度に重要な変化が見られる。一九九八年のMiller判決<sup>(97)</sup>と二〇〇一年のNguyen判決<sup>(98)</sup>で市民權取得要件の性差別を、全能理論にはよらず平等保護の審査にかけた。同様の争点にかかわるElijo判決と著しい対比といえよう。ただし、いずれの判決においても、中間審査といながら多数派が行つた實際の審査は通常の性差別事件に比べてかなり緩やかで、やや期待はずれの感は否めない。

全能理論自体の是非はこの程度にとどめ、詳細な検討は別稿に譲りたい。

全能理論を肯定したからといって、そのことは国内にいる外国人の処遇を規定するものではない。Aleinikoffがいうように、連邦政府の外国人規制がすべて移民権限の行使として支持されるものではない。少なくとも、安全保障や外交関係に無関係な場合は、憲法と司法審査に下にあり、原則として、他の憲法上の問題と同じように処理されるべきではない。

しかし、現在は全能理論の影響が国内にいる外国人の処遇にまで及んでいることに問題の本質がある。Walzer-Bosniak理論が現実的妥当性という点で優れているのに加えて魅力的に映るのはこの点においてである。

- 69 Fiallo v. Bell, 430 U.S. 787, 792(1977).
- 70 Mathews v. Diaz, 426 U.S. 67(1976).
- 71 Neuman, Aliens as Outlaws: Government Services, Proposition 187, and the Structure of Equal Protection Doctrine, 42 UCLA L.Rev. 1425, 1437(1995).
- 72 Motomura, Immigration and Alienage, Federalism and Proposition 187, 35 Va.J.L. 201(1994). Also see, Motomura, *infra* note 88 at 585.
- 73 Maltz, The Burger Court and Alienage Classifications, 31 OKLAHOMA L.Rev. 671, 685 & 688(1978)
- 74 Rosberg, The Protection of Aliens from Discriminatory Treatment by the National Government, 1977 S.Ct. 275, 294 & 337-38.
- 75 Abriol, Rethinking Preemption for Purposes of Aliens and Public Benefits, 42 UCLA L.Rev. 1597, 1626-27(1995).
- 76 Developments in the Law—Immigration Policy and the Rights of Aliens, 96 HARV.L.Rev. 1286, 1420-21 & 1423(1983).
- 77 Hampton v. Mow Sun Wong, 426 U.S. 88(1976). この事件の経緯は、萩野芳夫『国籍・出入国と憲法』二四一—二五九頁（一

九八二年(勳章書房)に註した。ノーマン大統領は、直ちに、これを根拠とする行政命令を発令した。

- 97 Toll v. Moreno, 458 U.S. 1(1982)
- 98 Bosniak, *infra* note 91 at 1107 n.257.
- 99 Abriel, Rethinking Preemption for Purposes of Aliens and Public Benefits, 42 UCLA L.Rev. 1597, 1625-28(1995).
- 100 Developments—Aliens, *supra* note 74 at 1418.
- 101 Bosniak, *infra* note 91 at 1059-60.
- 102 Kelly, *infra* note 86 at 725.
- 103 Bosniak, *infra* note 91 at 1065.
- 104 Aleinikoff, Federal Regulation of Aliens and the Constitution, 83 AM.J.INT'L.L. 862, 869-70(1989).
- 105 Aleinikoff, Citizens, Aliens, Membership and the Constitution, 7 CONST.COMMENTARY 9(1990).
- 106 Legomsky, Ten More Years of Plenary Power: Immigration, Congress, and the Courts, 22 HASTINGS CONSTITUTIONAL L.Q. 925(1995). だが、全能理論に対する例外の拡大は最後に最高裁判所に *slate* をまわらなければならぬと言われ、下級審には中した最高裁判所ではシナリオをさらに進ませ、残念ながらもまだ板は汚れたままであるとして、原則はいじらず例外の拡張で徐々にその方向へ進むというのが現在のシナリオを想像する。
- 99 Kelly, Preserving the Fundamental Right to Family Unity: Championing Notions of Social Contract and Community Ties in the Battle of Plenary Power versus Aliens' Rights, 41 VILLANOVA L.REV. 725(1996)
- 100 Henkin, Immigration and the Constitution: A Clean Slate, 35 VA.J.I.L. 333(1994)
- 101 Motomura, Immigration Law After a Century of Plenary Power: Phantom Constitutional Norms and Statutory Interpretation, 100 YALE L.J. 545(1990)
- 102 M. WALTZER, SPHERES OF JUSTICE(1983) (山口晃訳、一九九九年、而立書房).

90 前掲邦訳一〇六一—一〇七頁。

91 *Bosniak, Membership, Equality, and the Difference that Alienage Makes*, 69 N.Y.U.L.Rev. 1047(1994).

92 *Id.* at 1075 & 1073.

93 *Id.* at 1082 & 1083-85.

94 前掲邦訳一〇五頁。

95 *Bosniak*, *supra* note 91 at 1115.

96 *Abriel*, *supra* note 78 at 1609.

97 *Miller v. Albright*, 523 U.S. 420(1998). 全能理論から平等保護原則と両立する国籍法への端緒になりうることを評される。Ludwin,

*Can Courts Confer Citizenship? Plenary Power and Equal Protection*, 74 N.Y.U.L.Rev. 1376(1999). 詳しうな「抽稿」市民

権取得要件に関する「性差別」法政研究第四巻第四号一七五頁(二〇〇〇年)を参照。

98 *Nguyen v. INS*, 121 S.Ct. 2053(2001).

3 不法滞在者の人権——*Plyler* 判決(一九八二年)をめぐる

一九八二年の *Plyler* 判決は、「最も興味深く、にもかかわらず最も不確定な外国人事件」<sup>(99)</sup>とされる。

テキサス州議会は、合衆国に不法滞在する子どもたちの教育に関して、州の資金を引き揚げ、各学校区が公立学校への就学を拒否する権限を認める法律を制定した。これに対して、何件かの違憲訴訟が提起され、連邦の下級裁判所は、平等保護条項に違反するとして、一致して違憲判断を示した。最高裁判所は、五対四の多数決で下級審の違憲判決を支持した。ブレナン裁判官が法廷意見を述べた。

まず、不法滞在者と第一四修正の関係について次のようにいう。

「第一四修正は、『州は、法の適正な手続によらなければ、何人からも、生命、自由、または財産を奪うことができない。また、その管轄内にいる何人に対しても、法の平等な保護を否定してはならない』(強調、オリジナル)と規定している。上訴人は、初めに、不法滞在の外国人は、その移民としての地位によって、テキサス州の『管轄内にいる人』にあたらなから、テキサス州法の平等な保護を受ける権利がないと主張している。我々は、この主張を退ける。その移民法上の地位がどうであれ、外国人が言葉の通常の意味において『人』であることはたしかである。外国人は、この国での存在が違法な者であっても、第五修正及び第一四修正により法の適正手続が保障される『人』であると長い間承認されてきた。……」

もちろん、不法滞在者という地位は、何らかの正当な立法目的と無関係ではない。また、不法滞在者という地位は、意識的で違法な行動の産物であるから、絶対的に不可変な性質でもない。しかし、21.031条は、子どもたちに向けられており、子どもたちがほとんどコントロールを及ぼし得ない法的性質に基づいて、その差別的な重荷を負わせている。それゆえ、彼らが合衆国にいることについて彼らを処罰することの合理的な正当化理由を想像することは困難である。しかし、そのことがまさに21.031条の効果のように思われる」

次は、教育の憲法上の評価である。

「公教育は、憲法によって個人に保障された『権利』ではない。しかし、他の社会保障立法と区別できない、政府によって与えられる『利益』にすぎないわけでもない。我々の基礎的な制度を維持することにおける教育の重要性和、教育を奪われた子どもの人生への長く続く悪影響によって、両者は区別される。『アメリカ人は、いつも、教育と知識の取得を、最も重要な事柄と認めてきた』。……要約すれば、教育は、我々の社会の骨組みを維持するのに基本的な役割を果たしている。我々は、特定のグループが我々の社会秩序が依って立つ価値と技術を吸収する手段を否定されたときに、



我々の国が負うことになる重要な社会的コストを無視できない」

続けて、法廷意見は、「今日、おそらく、教育は、州及び地方政府の最も重要な機能である」としたブラウン判決などを引用しながら、孤立したグループの子どもたちへの教育の否定は、平等保護条項の目的のひとつである、個人の発達を妨害する不合理な政府による障壁の廃止に対する挑戦 (affront) であるとす。そして、適用すべき審査基準を次のように示す。

「こうした十分に確立された原則によって、我々は、21.031条に与えられるべき敬意の適切なレベルを決定できる。不法滞在の外国人は疑わしい分類と扱われることはできない。なぜなら、連邦法に違反してこの国に滞在していることは『憲法上関連性のないこと』ではないからである。また、教育は基本的権利ではない。……しかし、本件は、21.031条が疑わしい階層を差別しているかとか教育が基本的権利であるかとかの抽象的な問題以上のものにかかわっている。

21.031条は、自らの無力な地位に責任のない子どもという孤立した階層に生涯の困難を負わせている。文盲のステイグマは、人生の残りの期間ずっと、彼らに汚点を残す。これらの子どもたちに基礎的な教育を否定することによって、我々は、彼らに、市民社会という構造のなかで生きていく能力を否定し、我々の国の進歩にわずかでも貢献する現実的な可能性を閉ざすことになる。21.031条の合理性を判断するにあたり、我々は、国と同条の犠牲となる罪なき子どもに対するコストを考慮に入れることが適当である。こうした対抗的コストに照らすなら、21.031条の差別は、テキサス州の何らかの実質的な目的を促進しない限り、合理的とみなされることはほとんどあり得ない」

法廷意見は、州が達成しようとしている利益とそれに対する評価に移る。

「上訴人は、争点となっている分類が、『州の限られた資金を合法的な居住者の教育に確保する』という利益を促進すると主張している。もちろん、資金を確保するという関心だけでは、その資金を配分するのに用いられている分類をほとんど正当化しない。その分類を正当化するのに、差別の意図を単に表明するだけでは不十分である。……」

第一に、テキサス州は不法移民の殺到から自らを保護しようとすることができると、上訴人は示唆しているように思われる。州は、突然の人口変動による経済的悪影響の可能性を緩和する利益をもっているが、21031条は、差し迫った人口上や経済的問題を処理する効果的な方法をほとんど提供しない。記録には、不法入国者がテキサス州の経済に目に見えるほどの負担となっていると示唆する証拠はない。反対に、入手可能な証拠によれば、不法外国人は、労働で地域経済に、税金で州の財政に貢献する一方で、公的サービスを利用することは少ない。テキサス州への不法入国の主要なインセンティブは、雇用が得やすいことである。無償の教育を受けるために、この国やテキサス州にやってくる不法移民は、いるとしてもごくわずかである。したがって、テキサス州の経済への不法外国人のネットの影響がネガティブであるという疑わしい前提に立ったとしても、少なくとも不法外国人の雇用を禁止するという他の手段と比較するとき、不法入国の子どもたちに授業料を課すことは、不法移民の流れを食い止めるには滑稽なほど効果のない試みにあたる。

第二に、上訴人は、高い質の公教育を提供するテキサス州の能力に対する特別の負担ゆえに、不法滞在者の子どもたちが除外されるべく選び出されたのは適切である示唆している。しかし、記録によれば、不法滞在者の子どもたちの排除が、テキサス州の教育の全般的な質を向上させ得るという主張は支持されない。……教育上のコストとニードに照らせば、不法滞在者の子どもたちは、合法的な外国人居住者の子どもたちと『基本的に区別できない』

最後に、上訴人は、不法滞在者の子どもたちが選び出されたのは適切であると示唆している。その理由は、彼らの合衆国での不法滞在が、他の子どもたちに比べて、テキサス州内にとどまり、州内での生産的な社会的・政治的用途にその教育を役立てる可能性を低くするというのである。こうした利益が正当なものと仮定しても、計ることが最も困難な利益である。テキサス州にとっては、子どもたちが、市民であるうとなかろうと、テキサス州によって提供された教育を、州の領域内で、役立てるといふ保証はない。いずれにせよ、記録によれば、この分類によって教育を拒否された不法滞在者の子どもたちの多くがいつまでもこの国にとどまり、合衆国の合法的な居住者や市民となる者もいることは明

らかである。我々の領土内で文盲というもうひとつの階層の発生と永続化——失業、福祉、及び犯罪という問題とコストが加わることは間違いない——を促進することでテキサス州が何を達成しようと望んでいるのかを正確に理解することは困難である。すなわち、こうした子どもたちに教育を拒否することによって得られる節約がどの程度であるにせよ、こうした子どもたち、州、及び国にかかわるコストに照らすなら全く取るに足らないものであることは明らかである」

マーシャル裁判官の同意意見は、法廷意見に賛成だが、教育に関する個人の利益が、厳格司法審査の引き金となる基本的権利 (fundamental rights) であるという考えは変わらぬ、とする。

ブラックマン裁判官の同意意見は、本件を正しく解決するには、問題となっている利益の性質が重要 (crucial) であるとして、次のように述べている。

「私の見解では、テキサス州が教育をある者には提供し他の者には否定するとき、平等保護条項の……目的に根本的に矛盾するタイプのクラスによる区分を直ちにそして必然的に作り出すことになる。教育を否定された子どもたちは、競争に関して、永続的で克服しがたい不利益に置かれる。というのは、教育を受けていない子どもたちは、目的を達する機会さえ否定されているのだから。……テキサス州が提供する他の利益——住宅や公的扶助のような——が重要であることはもちろんである。差し迫った必要にある個人にとって、それらは、教育を受ける権利よりもっと必要であろう。しかし、教育を完全に否定する分類は、ある意味でユニークである。なぜなら、永続的なクラスによる区分を作り出すことにテキサス州を巻き込むことによって、平等保護の価値の核心を攻撃するからである。すなわち、ある意味で、教育の否定は、投票権の否定に類似している。教育の否定は、個人を第二級の社会的地位に貶め、投票権の否定は、彼を永続的な政治的不利益に置く」

ブラックマン同意意見は、また、州法によって、将来合衆国に居住が認められることになるかもしれない相当数の子どもたちが教育を否定される可能性を指摘している。

パウエル裁判官の同意意見によれば、アナロジイは完全ではないが、我々の本日の判示は、非嫡出子の地位に関する当裁判所の判決によって支持される。「両親の悪事ゆえに『子に非難を浴びせること』は非論理的かつ不条理であり、『法的な負担は、個人の責任または非行になんらかの関連性を持つべきであるという我々の制度の根本概念に反する』」

「本件において、テキサス州は、効果のうえで、不法外国人の学齢期の子どもたちに、テキサス州がすべての住民に提供している無償の公教育を受ける機会を否定している。彼らが排除されているのは、ただ、両親や保護者が我々の移民法に違反したことに起因する地位と、彼らが我々の国に不法に滞在している事実による。被上訴人の子どもたちは、この点において、罪がない。彼らは、『彼らの両親の行動も彼ら自身の地位も左右することができない』

……こうしたユニークな状況において、当裁判所が、テキサス州の利益が実質的なものであり、手段がこうした利益と『公正かつ実質的な関係』をもつよう要求するは適切である。

私の見解では、これらの子どもたちに対するテキサス州の教育の否定は、いかなる州の実質的な利益とも実質的な関係をもちたい。……」

他方、バーガー首席裁判官の反対意見(ホワイト、レンクイスト、オコナー各裁判官同調)は、次のように述べる。「国の社会政策を決定することが我々の仕事であるなら、私は、文明社会が子どもたち——不法外国人も含めて——から初等教育を奪うことが馬鹿げたことであることに、ためらわずに同意するだろう。多くが我々の言葉を少ししかあるいは全く使いこなせない文盲の人々からなる社会階層の創出を黙認することが愚かで不正であることに、私は完全に同意する。しかし、憲法は我々を『プラトンのいう後見人』(Platonic Guardians)に指名していないし、当裁判所に、望ましい社会政策、『賢明さ』(wisdom)、または『常識』(common sense)に関する我々の基準に合わないという理由で、法律をたたきつぶす権限を与えていない。本日当裁判所がしたように、政策形成の役割を引き受けるとき、我々は、我々の権力分立という仕組みの下で政治部門に割り当てられた機能を侵すことになる」

「私は、第一四修正の平等保護条項が、この国への不法入国の後でも、物理的に州の『管轄内』にいる外国人に適用されるという結論に反論しない。しかし、法廷意見も認めるように、このことは『審査の始まりに過ぎない』。平等保護条項は、異なるカテゴリーの人々に同一の取り扱いをすることを命じていない。

簡単にいえば、こうした事件で決定的な争点は、その限りある資源を配分するために、州内に合法的に滞在する者と不法に滞在する者とを区別する正当な利益を、州は持っているか否かである。テキサス州がとった区分は、州自身の正当な利益に基づいているだけでなく、連邦政府がその移民法や政策のなかで打ち立てた分類にも沿うものであり、違憲ではない」

法廷意見のポイントは次のようになる。

不法滞在者も平等保護の対象であるが、厳格司法審査を発動する疑わしい分類とは認めない。不法滞在であるということは適切な立法目的と無関係ではないし、意図的で違法な行為の産物である以上、絶対的に不可変な特徴でもないからである。しかし、子どもたちの特別な地位——両親の行動や自らの地位を左右できない——と教育の重要性——子どもたち自身及び国全体への——を強調して違憲判決に至ったものである。そこで適用されたのは、文盲の階層を生み出すというコストに見合う州の実質的な利益が促進されるという証明が必要であるという、中間審査基準に相当するものである。この判決は、見方によって評価が大きく分かれる。まず、好意的な評価に耳を傾けよう。

「外国人であることは、アウトサイダーから完全なメンバーになる途中の段階」とする Motomura は、このことが Plyler 判決の理由づけの鍵の要素とみる。すなわち、教育は一般には「基本的権利」とされていないにもかかわらず、問題の差別は永久的な下層階級（低賃金労働のソースというカースト）を作ることになり上昇志向の社会では教育は福祉よりも重要であり、法廷意見の公教育への依拠を説明できるとする。

Neuman もカーストの永続化や不法入国者のアウトロー化は、人間性に対する最小限の尊敬さえ否定するもので、平等

保護条項の中核の目的に反するとして、法廷意見を支持し反対意見を批判する。また、成人の不法滞在者にも生存に不可欠な最小限のサービス——警察、消防、救急医療など——は提供すべきであると主張する。

政策決定の眞の争点は、オールオアナッシングではなく、どういう種類の移民がどういう福祉を受けるべきかという問題であるとする Legomsky<sup>(104)</sup>も、不法滞在者は制限がありうるが、彼らと社会の双方のために、健康・安全・教育といった基本的なニーズは認められるべき(合法移民は基本的に市民と同一)であると法廷意見を支持する。

また、不法滞在者は移民政策に反するといひながら安価な外国人労働力が欲しいという観点から実際には黙認している現状を直視するなら、裁判所は彼らに対する保護を拡張すべきであるとする論者もいる。<sup>(105)</sup>

これに対して、批判的な見方も多い。

Hutchinson<sup>(106)</sup>の批判の要点は、なぜ、これほど厳しい審査基準か説明できないという。なぜなら、不法滞在は違法行為の結果であるし教育は基本的権利ではない。結局、非嫡出子との類似+教育は重要、というのが実際の理由だろうが、人種差別など以外では立法府の判断を尊重してきた先例からすれば、本件は最高裁判所の価値判断にはかならないと断ずる。また、本件は特殊な事件であつて、詳しく分析しても意義は少ないともしする。

Malisz<sup>(107)</sup>、「現代アプローチを發展させてきた裁判官たちも不法滞在外国人にはほとんどシンパシーを示さなかつた」のに、排除されたクラスの特別な性格と教育という否定された権利の重要性のコンビネーションによって、合理的根拠の基準を捨てたと批判する。

Hutchinson<sup>(108)</sup>や Bosniak<sup>(109)</sup>がいうように、本件は特殊な事実関係に固有な判示であり、賛同するにせよ反対するにせよ過大評価は禁物であろう。宮川成雄も、「本件の違法入国外国人は、本人の意思で違法入国したのではないという特殊性があり、将来の事件で本人の意思による違法入国外国人が問題となつた場合、本件法廷意見の論理が、反対意見の論理をおさえるかが注目される」、「本判決は確固とした先例を打ち立てた判決というより、今後争ひの余地のある問題の論点を

提示した判決」とみるが、冷静な評価というべきである。

ただ、不法滞在者だから保護や権利は与えられないと一刀両断に切り捨てるのではなく、不法滞在者も第一四修正が保護する「人」であり、不法滞在者や社会全体への影響を総合して是非を判断しようとする姿勢は、成人の不法滞在者の事を検討する際にも有用と思われる。法廷意見の核心は教育を否定された子ども<sup>(11)</sup>の利益に加えて社会全体への影響を重視した、「我々の領土内で文盲というもうひとつの階層の発生と永続化——失業、福祉、及び犯罪という問題とコストが加わることは間違いない——を促進することでテキサス州が何を達成しようとするのかを正確に理解することは困難である。すなわち、こうした子どもたちに教育を拒否することによって得られる節約がどの程度であるにせよ、こうした子どもたち、州、及び国にかかわるコストに照らすなら全く取るに足らないものであることは明らかである」という部分だろうが、これが、政策判断に手を染めているとして反対意見や批判的な学説の弾劾的になったのは皮肉というほかない。

不法滞在者の権利主体性を判断するにあたって、社会全体への得失を重視するという姿勢は、不法就労外国人と全国労働関係法の関係が争点となった一九八四年の *Stare-Tab* 判決<sup>(12)</sup>でもみられる。全国労働関係法は不法滞在者への不当労働行為にも適用される<sup>(13)</sup>とした全国労働委員会の解釈は合理的であるとした最高裁判所は、そのように解釈することが全国労働関係法や移民・帰化法の目的に適合することを強調した。

結局、本稿全体との関連では、*Plyler* 判決は、不法滞在者だからといって切って捨てるのではなく、人ならば人として処遇すること——その存在が違法であるという点で種々の制約は免れないが——の出発点となる萌芽になりうる<sup>(14)</sup>と評することができる。

- 66 Plyler v. Doe, 457 U.S. 202(1982).
- 67 L. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 1551(1988).
- 68 Bosniak, supra note 91 at 1120.
- 69 Motomura, Immigration and Alienage, Federalism and Proposition 187, 35 Va.J.I.L. 201(1994). "transitional alienage"
- 70 どうも概念どまりで投票権の否定も説明可能とやる。
- 71 Neuman, supra note 69 at 1447-49.
- 72 Legomsky, Immigration, Federalism, and the Welfare State, 42 UCLA L.REV. 1453(1995). 法廷意見と同様、移民は公教育を福祉ではなく仕事を求める合衆国に来る「人々」。
- 73 Developments—Aliens, supra note 74 at 1457.
- 74 Hutchinson, More Substantive Equal Protection? A Note on Plyler v. Doe, 1982 SUP. CT. REV. 167.
- 75 Maltz, Alienage, 28 ARIZ. ST. L. J. 1135, 1188(1998)
- 76 Bosniak, supra note 91 at 1121 & 1125. 本件の争点は「不法滞在者自身ではなくその子であり、親は別の評価がありうる」成人についてのケースではあまり参考にならないとする。
- 77 宮川成雄「違法外国人への無償教育の拒否と平等保護条項」判例タイムズ第五〇八号二二頁(一九八三年)。「Tribeも」どう発展するかはこれから「とみる」。L. TRIBE, supra note 100 at 1553.
- 78 Sure-Tan v. NLRB, 467 U.S. 883(1984). 労働組合活動への報復として労働者が不法滞在であることをINSに通報し国外退去処分を招いた使用者の行為が不当労働行為にあたるとした全国労働関係委員会の認定は適切かが争点となり、全国労働関係法は不法滞在者への不当労働行為にも適用されるとした委員会の解釈は合理的であるとして支持した(七対二の多数決)。オコナー裁判官の法廷意見は次のようにいう。



全国労働関係法の「労働者」の定義は「すべての労働者」を含むとし個別に適用除外となる労働者のリストに不法滞在者は入っていない。そして、不法滞在者を同法の適用対象とすることは、団体交渉のプロセスを促進し保護するという法目的にかなう。というのは、不法滞在労働者を労働組合活動への参加や使用者の威嚇に対する保護から除外すると、別のクラスの労働者を生み出すことになり、全労働者の団結を侵害し効果的な団体交渉を阻害するからである。

また、全国労働関係法を不法滞在者に適用することは、移民を制限しアメリカ人労働者に職を確保するという移民・帰化法の目的にかなう。というのは、不法滞在者を雇っても賃金や労働条件で利点がなければ、不法滞在者を雇うという使用者のインセンティブは少なくなるからである。

全体としては、不法滞在者の権利・利益の視点よりも、全国労働関係法や移民・帰化法の目的から結論を導いたものとみられる。わが国の実務は一般に、不法滞在者の権利主体性に冷淡（国民健康保険の行政実例など）のように思われるが、不法入国した外国人被爆者に原爆医療法の適用を認めた一九七八年の最高裁判決（民集三三巻二四三三五頁）が注目される。この判決の要点は次のとおりである。

原爆医療法は社会保障法としての性格をもつが、「外国人に対しても同法を適用することとしているのは、被爆による健康上の障害の特異性と重大性のゆえに、その救済について内外人を区別すべきではないとしたものにはかならず、同法が国家補償の趣旨を併せもつものと解することと矛盾するものではない。

このような原爆医療法の複合的性格からすれば、一般の社会保障法についてこれを外国人に適用する場合には、そのよって立つ社会連帯と相互扶助の理念から、わが国内に適法な居住関係を有する外国人のみを対象とすることが一応の原則であるとしても、原爆医療法について当然に同様の原則が前提とされているものと解すべき根拠はない。かえって、同法が被爆者の置かれている特別の健康状態に着目してこれを救済するという人道的目的の立法であり、その三条一項にはわが国に居住地を有しない被爆者をも適用対象として予定した規定があることなどから考えると、被爆者であってわが国内に現住する者である限りは、その現住する理由等のいかなを問うことなく、広く同法の適用を認めて救済をはかることが、同法のもつ国家補償の趣旨にも適合するものとい

うべきである。

……不法入国した被爆者も現に救済を必要とする特別の健康状態に置かれている点では他の一般被爆者と変わるところがないのであって、不法入国者であるがゆえにこれをかえりみないことは、原爆医療法の人道的目的を没却するものといわなければならぬ。……不法入国した被爆者に同法の適用を認めた場合でも、その者に対し入国管理令に基づく退去強制手続をとることはなんら妨げられるものではないから、右の適用を認めることが、外国人被爆者の不法入国を助長することになるとか、入国管理制度の適正な執行を阻害することになるとかを危惧することは、当たらないといふべきである……。更に、一般的には、わが国に不法入国した外国人が国民の税負担に依存する国の給付を権利として請求しうるとすることは、極めて異例であるといふべきであるが、原爆医療法は、被爆者という限られた範囲の者のみを対象とした特別の立法であり、厳正な入国管理のもとでは少数である不法入国者を対象者に含ませたからといって、そのことによる国の財政上の負担はやむをえないとしなければならぬ」

結論として、「不法入国者の取締りとその者に対する原爆医療法の適用の有無とは別個の問題として考えるべきものであって、同法を外国人被爆者に適用するにあたり、不法入国者を特に除外しなければならぬとする特段の實質的・合理的理由はな」い。

私見によれば、不法入国者への適用を認めたことの意義は小さくないが、この判決は、原爆医療法の国家補償的性格、被爆による健康障害の特異性・重大性と救済の必要性、原爆医療法が被爆者という限られた範囲の者を対象とした特別の立法であること、さらには、被爆当時日本国籍を有したが平和条約の発効によって日本国籍喪失という事情も勘案すれば国家的道義のうえからも肯される点など様々な特殊事情の積み重ねの結果であって、一般化は困難と思われる。

なお、この判決については判例時報第九〇三号一三三頁に吉岡幹夫の解説がある。

## 五 結びに代えて

初めに、外国人差別に関する判例の流れを簡潔に整理しておきたい。それは、第二次世界大戦前後までの個々の事件に  
応じた判断、そして、一九七〇年代以降の厳格審査とそれに対する二つの例外ということになる。

敷衍すれば、最高裁判所が外国人差別に向かい合ったのは案外早い、第二次世界大戦前後までは、特に基準らしいものはなく、問題となっている権利の性質や、制約が外国人に及ぼす不利益、公益との関連性がケースバイケースに判断されていた(第二章)。一九七一年の *Graban* 判決は、外国人差別を厳格審査にかけることを宣言した(第三章)が、これには二つの例外があった。そのひとつが統治過程の例外で、教育や社会保障の権利は外国人にも及ぶが統治の権利は市民に留保されるとする(第四章第一節)。最高裁判所では、個別の職や地位についてこの例外に該当するか否かをめぐって激しい論争が繰り返されたが、学説は一般に最高裁判所がこの例外を簡単に認めすぎると批判的である。もうひとつは、連邦政府の例外で、連邦法による外国人差別については、厳格審査ではなく合理性の審査が妥当するという(第四章第二節)。その源は、移民・帰化に関する政府の権限は全能であるとする、全能理論に溯ることができる。これについても、学説は、おおむね、批判的であるといつてよい。

こうしてみると、人種差別や性差別の場合に比較して、外国人差別に関する法理論の現状は、その是非をさておき、かなり複雑であることは否定できない。この点で、平等保護の法理論のなかで外国人差別はユニークな問題を提起し他の文脈で発展してきた伝統的な平等保護の分析は修正を余儀なくされるという *Malis* の主張は的外れではない。青柳幸一も「疑わしい分類」であっても人種とは根本的に違うとする<sup>(13)</sup>。別の論者は、最高裁判所は、外国人を部分的にしか疑わしい(only partially suspect)とみておらず実際には中間的な保護(intermediate protection)を与えてきた、とする<sup>(14)</sup>。

思うに、人種・性別・非嫡出子など判例が高次の審査基準が妥当するとする分類——「疑わしい」かそれに近い——は  
正当な立法目的と無関係なことがほとんどであることが、そうした審査基準を正当化する重要な理由のひとつであった<sup>(15)</sup>。

そうした分類とは異なり、外国人は市民と全く対等とは言い切れない、言い方を換えれば、外国人と市民とが基本的に異なる領域があることは否定できない(主権や出入国管理にかかわる領域)。Rosbergが「外国人であることはありきたりな(run-of-the-mill)疑わしい分類ではなく、他の疑わしい分類にはない分析上の問題点を提起している」とするもの(16)この趣旨をいうものと理解できよう。

繰り返しになるが、外国人も平等な処遇を求められる「人」である一方、国家主権を前提とする現在の法秩序の下では、外国人の出入国や帰化にかかわる国家の権限が政治部門に委ねられていることは否定できない。両者の間でどう折り合いをつけるか。ここにおいて、私は、Walzer—Posnick理論の現実的説得力を感じるのである。

「かくして、Walzerにとって、外国人の出入国に関する決定は、『正義の拘束』にわずかにしか従属しない基本的に政治的決定であるが、国家共同体内の移民の地位に関する決定は『完全に正義の拘束を受ける』」(17)

これに対しては、BurgertやNowakのように外国人差別には中間審査基準が適用されるべきという考え方もあり得る。(18)しかし、外国人差別が原則的に疑わしい領域とそうではない領域は厳然と分かれるから審査基準の著しい落差はその帰結であって、まとめて中間審査にというのはかえって現実から乖離し混乱の原因になるのではなからうか。

このような観点から判例をみると、外国人差別を根拠づける理由が、人間としての権利(イコール・パスンフッド)の領域では無関係だから、外国人差別には厳格審査基準が適用され、反対に、市民としての資格(メンバーシップ)の領域には厳格審査基準が妥当しないとするとその枠組みは、結論においては——理由づけは不十分であったり不適切だが——、おおむね支持できる。しかし、こうした立場によるなら、Dias判決はメンバーシップの問題ではなく、厳格審査基準を適用すべきであったと私は考える。

Dias判決も重要である。人間としての権利の領域では、不法滞在者であっても人として処遇することが求められる。前述のように判決をそこまで広く読めるかは疑問だが、少なくともその萌芽はみられるといえよう(第四章第三節)。

外国人差別をこのように理解する——正当な立法目的と無関係なことがほとんどの領域と関連することもしばしばの領域に二分される——ことにより、人種や性別の場合にもまして、外国人差別という個別テーマの研究が平等保護全般についても理論的貢献の足掛かりとなりうるものと考えられる。<sup>(19)</sup>

⑧ Maltz, *supra* note 71 at 691.

⑨ 青柳幸一「個人の尊重と人間の尊厳」一三三頁（一九九六年、尚学社）。また、「その性質からして外国人にも保障される権利」たつては、厳格審査基準が妥当すると結論づけらる。

⑩ Developments——Aliens, *supra* note 74 at 1432.

⑪ L. Tribe, *supra* note 100 at 1545.

⑫ Rosberg, *supra*, note 72 at 337. やつて Rosberg は移民問題と非移民問題との間の線引きを提唱するのでもある。

⑬ Bosniak, *supra* note 91 at 1075.

⑭ Bungert, Equal Protection for Foreign and Alien Corporations: Towards Intermediate Scrutiny for a Quasi-suspect Classification, 59 Mo. L. Rev. 569(1994); Nowak, Realigning the Standards of Review Under the Equal Protection Guarantee-Prohibited, Neutral, and Permissive Classifications, 61 Geo.L.J. 1071, 1099(1974).

⑮ この点では、平等保護の理論全般への影響はほとんどないが、Maltz の理解には賛同せざる。Maltz, *supra* note at 691. ついで思ひ出されるのは、平等は内容のない空虚な概念であると主張して大論争を巻き起こした Westen の "The Empty Idea of Equality" である。その要点は、同様の者を同様に扱えという平等の概念はノー・トロッシーであって、必ずどこかは同じであるが違っている人々を同様に扱うか異なって扱うかは、結局別のルールによらざるを得ず、平等という概念は混乱を招くゆえに捨て去られるべきであるとする。しかし、Westen の所説は妥当ではない。たしかに、平等保護条項に差別禁止の例示はないが、投票権の

平等を保障した第一五修正や第一九修正は、人種差別や性差別に対する基本的な態度を示すものといえるし、最高裁判所は、長い歴史のなかで、人種、出身国、性別など(わが国については、憲法第一四条に列挙された事由)については疑いの目でみることを明示してきた。人種・性別などに基づく差別に関しては、人々は平等——差別が許されるのは特別な理由があるときだけ、が議論や審査の出発点となる。平等の有用性を擁護し *Westen* に反論した *Chemernsky* がいうように、「平等は、人々が同様に扱われるべきであるという推定を創出し差別を望む者に対して举证責任を課すという理由で裁判所の審査のうえで必要なのである」。これを本稿のテーマにあてはめるなら次のようになろう。すなわち、人としての処遇が問われている、外国人が市民と同様の境遇にあるときは厳格審査が適切であり、市民としての資格が問われている、外国人が市民と異なる境遇にあるときは基本的に政治部門の判断を尊重すべきである。See, *Westen*, *The Idea of Equality*, 95 *HARV. L. REV.* 537(1982); *Chemernsky*, *In Defense of Equality: A Reply to Professor Westen*, 81 *MICH. L. REV.* 575, 576 & 587-88(1983).

平等保護全般については今後の私の課題とした。