

# 裁判所による不平等の救済方法に関する一考察

—— Sessions v. Morales-Santana 判決を中心に ——

松 原 俊 介

## 序章 問題の所在

### 1 はじめに

ある法律によって設けられた別異取扱いが平等条項違反とされる場合、その不平等の解消方法としてはいかなる手段があり得るだろうか。一般に、平等条項は不合理な別異取扱いの禁止を要請するとされ、これに違反した場合の解消方法は、別異取扱いをなくすこと、つまり同一取扱いをすることである。そのため、不平等の解消方法としては、不利に扱われているグループの取扱いを有利に扱われているグループまで引き上げる「レベリングアップ (leveling up)」と、有利に扱われているグループを不利に扱われているグループまで引き下げる「レベリングダウン (leveling down)」の両方が可能である<sup>1</sup>。さらに、同一取扱いをする中間的な解消方

---

1 山本龍彦「国家的『名誉棄損』と憲法13条——私生活上の自由／個人の尊厳——」『法曹実務にとっての近代立憲主義』（判例時報社、2017年）229頁も、「『別異取扱い』の合理性に着目する……〔相対的平等説〕の場合、違憲判断は『別異取扱い』自体に対してなされるから、原告側への制度的な取扱いないし処遇を、他の社会的集団（多数派集団）と同等の扱いまでレベルアップさせることまでを必然的に要求できない。多数派集団の側の取扱いをレベルダウンさせれば、『別異取扱い』自体は解消されるからである」とする。

また、木村草太「平等権——誰の何に関する何のための平等か」長谷部

法もあり得る<sup>2</sup>。例えば、ある給付をAには支給するがBには支給しないという別異取扱いが平等条項違反とされる場合の解消方法としては、①ABの双方に支給、②ABの双方に不支給のほかに、③これまでAに支給していた額の50%をABの双方に支給、④ABの双方に新たな条件を設けてそれを満たす者に支給など、ABを同一取扱いする複数の解消方法があり得る<sup>3</sup>。したがって、立法府は、ある法律が平等条項違反とされた場合、様々

---

恭男編『人権論の射程』（法律文化社、2010年）3頁以下は、平等権の保護範囲として、「法益無限保護権説」と「区別されない権利説」を挙げ、判例も「区別されない権利説」に立っているとする。この「区別されない権利説」によれば、平等権に基づき要求できるのは、その区別の解消であり、その解消方法には、本文で言うところの「レベリングアップ」も「レベリングダウン」も含むものとされる。これに対して、「法益無限保護権説」は、平等権の保護範囲を、法的保護に値する利益つまり法益一般と解するものであり、これによれば、平等権固有の保護範囲は否定され、平等権侵害とは、比較の対象となっている実体的権利の侵害に外ならないとされる。このような考え方によれば、例えば、国籍法違憲判決における問題の本質は国籍取得権の制限になり、届出による国籍取得制度全体を廃止すること、つまり本文で言うところの「レベリングダウン」は許されないことになる。しかし、このような「法益無限保護権説」はあまりにも硬直的な帰結となり一般には支持されていないとされる（以上のような整理は、蟻川恒正「人権論の名のもとに」法律時報69巻6号（1997年）37頁を嚆矢とする）。長谷部恭男『憲法の境界』（羽鳥書店、2009年）66、69頁も参照。

- 2 「別異取扱いの程度」が問題となる場合には、同一取扱いでない解消方法も考えられる。
- 3 不平等の解消方法に複数の選択肢があることについては、労働者災害補償保険法における外貌の醜状障害の等級において男女に差を設けることを憲法14条1項に反するとした京都地判平成22年5月27日判時2093号72頁が参考になる。同判決は、「本件差別的取扱いは憲法14条1項に違反しているとしても、男女に差が設けられていること自体が直ちに違憲であるともいえないし、男女を同一の等級とするにせよ、異なった等級とするにせよ、外ぼうの醜状という障害の性質上、現在の障害等級表で定められている他の障害との比較から、第7級〔女性に対する等級〕と第12級〔男性に対する等級〕のいずれかが基準となるとも、その中間に基準を設定すべきであ

な事情を考慮しながら最終的に複数の解消方法から選択することができる<sup>4</sup>。

では、裁判所は、平等条項違反の場合にいかなる救済判断を行うことができるのであろうか。立法府と同様に複数の解消方法から選択できるのであろうか。もし選択できるとした場合、その選択はいかなる基準で判断することになるのであろうか。

## 2 最高裁における不平等の救済方法

このような問題は、日本の裁判実務ではどのように考えられてきたのであろうか。まずは、国籍法違憲判決<sup>5</sup>の多数意見における不平等の救済方

---

るとも、本件の証拠から直ちに判断することは困難である」(□は松原)としたうえで、事案の解決としては、被告の「レベリングダウン」による不平等の解消の主張——「従前、女性について手厚くされていた補償は、女性の社会進出等によって、もはや合理性を失ったのであるから、男性と同等とすべき(引き下げるべき)である」との主張——が単純に導けない以上「違憲である障害等級表に基づいて原告に適用された障害等級(第12級)は、違法であると判断せざるを得ず」、本件処分も違法であるとした。

- 4 立法府(行政府)が、同一取扱いをする複数の解消方法から「自由に」選択できるかも検討を要する問題である。例えば、Palmer v. Thompsonでは、市営プールを含む公園の人種分離が違憲であるという宣言的判決(declaratory judgement)を受けた後に、市がプールを閉鎖する——レベリングダウンの——解消措置をとったことが平等保護違反であるとして争われた(403 U.S. 217 (1971))。また、Cazares v. Barberでは、カザレスが未婚で妊娠し、その生まれてくる子の父親と一緒に暮らしていないことを理由に全米優等生協会(National Honor Society)のメンバーに値しないと学校の選定委員会が判断したことが性に基づく差別として平等保護違反が認められたが、学校は就任式を中止して、カザレスとすでに就任が決まっていた生徒たちの両方のメンバー就任を否定する解消措置をとったことが問題とされた(959 F.2d 753 (9th Cir. 1992))。ここでの問題は、中林暁生『『表現の自由』論の可能性(1)』法学67巻2号(2003年)121頁注69の問題関心を共有している。今後、別稿で検討したい。

- 5 最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁。

法から検討してみたい。

国籍法違憲判決の多数意見は、「憲法14条1項は、法の下での平等を定めており、この規定は、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨であると解すべきことは、当裁判所の判例とするところである」として、憲法14条1項が不合理な別異取扱いの禁止を内容とすることを確認したうえで、「国籍法3条1項の規定が、日本国民である父の非嫡出子について、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した者に限り日本国籍の取得を認めていることによって、同じく日本国民である父から認知された子でありながら父母が法律上の婚姻をしていない非嫡出子は、その余の同項所定の要件を満たしても日本国籍を取得することができないという」「本件区別」は、遅くとも上告人が国籍取得届を提出した当時には、「合理的な理由のない差別となっていたといわざるを得ず、国籍法3条1項の規定が本件区別を生じさせていることは、憲法14条1項に違反する」と判示した。さらに、多数意見は、次のように判示した。

「国籍法3条1項が日本国籍の取得について過剰な要件を課したことにより本件区別が生じたからといって、本件区別による違憲の状態を解消するために同項の規定自体を全部無効として、準正のあった子……の届出による日本国籍の取得をもすべて否定することは、血統主義を補完するために出生後の国籍取得の制度を設けた同法の趣旨を没却するものであり、立法者の合理的意思として想定し難いものであって、採り得ない解釈であるといわざるを得ない。」

国籍法3条1項を全部無効とする——「レベリングダウン」の——不平等の解消方法があり得るという前提に立ったうえで、そのような解釈方法は「立法者の合理的意思」に反するために「採り得ない解釈」であるとするのである。そして、「父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したこと

という部分を除いた」国籍法3条1項の要件が満たされる場合に国籍取得の効果を認める——「レベリングアップ」の——解釈が「合憲的で合理的な解釈」であり、「本件区別による不合理な差別的取扱いを受けている者に対して直接的な救済のみちを開くという観点からも、相当性を有する」とした。このように、多数意見は、不平等の救済は「レベリングアップ」によっても「レベリングダウン」によっても達成され得るとする前提に立った上で、「レベリングアップ」の救済方法を選択したのである<sup>6</sup>。

次に、地方公務員災害補償法（以下、「地公災法」とする）による遺族

- 
- 6 泉徳治裁判官の補足意見は、「国籍法3条1項から『父母の婚姻』の部分を除くことに代わる選択肢として」、「同条全体を廃止すること」、「国籍法2条の適用対象となっている日本国民である母の非嫡出子及び胎児認知された非嫡出子についても、『父母の婚姻』という要件を新たに課するという選択肢」、「日本社会との密接な結合関係を証するための新たな要件を課するという選択肢」を挙げてそれぞれが「立法意思」に合致するか検討しており、これらの選択肢が——「立法意思」次第では——不平等の解消方法たり得ることを前提としていられる。

また、今井功裁判官の補足意見は、一般論として、「本件のようにその法律の規定が国民に権利利益を与える」「場合には、その規定全体を無効とすると、権利利益を与える根拠がなくなって、問題となっている権利利益を与えられないことになる。このように解釈すべき場合もある」とする。その上で、「現行国籍法の下における準正子と非準正子との間の平等原則に違反する差別状態を裁判所が解釈によって解消するには、準正子に与えられた効果を否定するか、非準正子に準正子と同様の効果を与えるしかない」と判示し、裁判所による不平等の解消方法は「レベリングダウン」か「レベリングアップ」であるとする。

これに対して、藤田宙靖裁判官の意見は、国籍法3条1項が「準正要件を定めているのは、準正子でありかつ同項の定めるその他の要件を満たす者についてはこれを特に国籍取得の上で優遇する趣旨」であるとした上で、「多数意見は、同項が『過剰な』要件を設けていると考えることから、本件における違憲状態を理由に同項全体が違憲となる理論的可能性があるのかのようというが、同項が設けられた趣旨についての上記の私の考え方からすれば、同項自体が違憲となる理論的可能性はおよそあり得ない」と判示する。

補償年金の受給資格要件のうち、死亡した職員の夫について、死亡した職員の妻には課されていない年齢要件が規定されていること<sup>7</sup>が憲法14条1項に違反するか争われた事件について検討してみることにしよう。

この事件の第一審判決<sup>8</sup>は、遺族補償年金の第一順位の受給権者である配偶者のうち、夫についてのみ年齢要件を定める規定（地公災法32条1項ただし書及び同法附則7条の2第2項の規定）は憲法14条1項に反し違憲無効であるとした。これに対して、最高裁<sup>9</sup>は当該規定を合憲と判断したが、当該判決の判例時報における匿名解説は、第一審判決について、「遺族補償年金の受給資格要件を定める地公災法の規定のうち、妻以外の遺族に年齢要件又は障害要件〔地公災法32条1項ただし書4号〕を課している

---

7 地方公務員災害補償法32条1項は、次のように規定する。

「遺族補償年金を受けることができる遺族は、職員の配偶者（婚姻の届出をしていないが、職員の死亡の当時事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者を含む。以下同じ。）、子、父母、孫、祖父母及び兄弟姉妹であつて、職員の死亡の当時その収入によって生計を維持していたものとする。ただし、妻（婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者を含む。次条において同じ。）以外の者にあつては、職員の死亡の当時次に掲げる要件に該当した場合に限るものとする。

- 一 夫（婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者を含む。以下同じ。）、父母又は祖父母については、六十歳以上であること。
- 二 子又は孫については、十八歳に達する日以後の最初の三月三十一日までの間にあること。
- 三 兄弟姉妹については、十八歳に達する日以後の最初の三月三十一日までの間にあること又は六十歳以上であること。
- 四 前三号の要件に該当しない夫、子、父母、孫、祖父母又は兄弟姉妹については、総務省令で定める障害の状態にあること。」

さらに、同法附則7条の2第2項は、「当分の間」、夫等について、「五十五歳以上六十歳未満」である者も遺族補償年金を受けることができる遺族とする旨定めている。

8 大阪地判平成25年11月25日判時2216号122頁。

9 最三判平成29年3月21日判時2341号65頁。

部分を無効とするものである」（〔〕は松原）と評価したうえで、

「仮に遺族補償年金の受給資格要件を定める地公災法の規定全体が無効となるのではなく、その一部が無効となるのかは検討を要する上、仮にその一部が無効となるとしても、違憲とされる格差を是正する方法としては、本件各規定を無効とすることのほかに、妻に年齢要件又は障害要件を課していない部分を無効とすることも考えられる。1審判決の違憲とする理由が、女性の社会進出が進んだ結果、男女間の格差が縮小したことなどを理由とするものであることに照らせば、遺族補償年金の受給資格要件を定める地公災法の規定のうち本件各規定を無効とすることとなるかについては異なる考え方もあると思われる。」〔傍点松原〕

と不平等の救済方法について重要な指摘をする<sup>10</sup>。ここでは、遺族補償年金の受給資格要件の一部が無効になるとしても、その不平等の救済方法としては、妻以外の遺族に年齢要件又は障害要件を課している部分を無効とすることで、夫の受給要件を妻の受給要件と同様まで引き上げるという「レベリングアップ」の方法だけではなく、妻に年齢要件又は障害要件を課していない部分を無効とすることで、妻の受給要件を夫の受給要件と同様まで引き下げるという「レベリングダウン」の方法もありうることが示されているのである。

### 3 「レベリングアップ」と「レベリングダウン」

このように、日本の裁判実務においても、不平等の救済の場面においては、「レベリングアップ」だけではなく「レベリングダウン」の方法もあることが当然の前提となっているように思われる。国籍法違憲判決では、

---

10 判時2341号67-68頁。

「立法者の合理的意思」を理由として「レベリングダウン」を否定していたが、では「立法者の合理的意思」が要請している場合には、判決によって「レベリングダウン」の救済方法を採用することもできるのであろうか。また、遺族補償年金の最高裁判決に関する上記匿名解説は、「レベリングダウン」の判決を示唆したが、それは、違憲判決の方法（地公災法の規定のどの部分が無効とするのか）とも密接に関わっていた。これは、日本でも「レベリングダウン」の判決の可能性を検討する必要性を示しているといえるであろう。

このような問題意識から、本稿は、アメリカの連邦最高裁判決である *Sessions v. Morales-Santana*<sup>11</sup> に注目したいと考えている。*Morales-Santana* 判決は、それまで平等条項違反の救済において給付を無効にする「レベリングダウン」の救済方法をとったことはなかったとされる連邦最高裁が、初めて「レベリングダウン」の救済方法を採用した判決である<sup>12</sup>。本稿は、この判決をやや詳しく紹介しながら、「レベリングダウン」の判決の可能性について考察するものである。

---

11 582 U.S. \_\_ (2017); 137 S. Ct. 1678 (2017). 本判決の翻訳にあたっては、小竹聡「〈翻訳〉 *Sessions v. Morales-Santana*, 582 U.S. \_\_ (2017) 判決」政治行政研究第9巻（2018年）111頁以下に多く拠っている。また、松澤幸太郎「男性合衆国市民を父とする海外で出生した子の市民権取得に関する米国最高裁判例」筑波法政第73号（2018年）39頁、大江一平「国外で出生した婚外子の市民権取得に関する移民国籍法の性的区分が修正5条の平等保護に違反するとされた事例」総合法政策研究会誌第1号（2018年）35頁、山口真由「米判批」アメリカ法 [2018-1] 101頁、根本猛「4度目の正直、完結した男女平等」静岡法務雑誌第11号（2019年）5頁なども参照。

12 Sandy De Sousa, *An Analysis of Sessions v. Morales-Santana's Implications on the Plenary Power Doctrine and the Supreme Court's Approach to Equal Protection Challenges*, 49 SETON HALL L. REV. 1123, 1141 (2019).



## 第1. Sessions v. Morales-Santana

### 1 事案概要

合衆国では、生まれによる市民権の取得には2つの方法がある<sup>13</sup>。1つは、合衆国憲法第14修正第1節が定める出生地主義の原則であり、合衆国内で出生した子は自動的に合衆国市民権を得る。もう1つは、合衆国外で出生した者の制定法による市民権の取得である。本件では、後者の方法の1つである、一方の親が合衆国市民で、他方が他国の市民である場合の外国で出生した子の国籍取得の枠組みを定める移民国籍法（the Immigration and Nationality Act）の規定が問題となった。まず、結婚している夫婦の場合、8 U.S.C. § 1401 (a) (7) は、子の出生前に合衆国市民である一方の親が14歳に達した後の5年間を含め合計10年間合衆国内に現実（physical presence）していれば、子は出生によって国籍を取得することができる<sup>14</sup>。この現実所在要件は、§ 1409 (a) によって、両親が未婚であり、父が合衆国市民、母が他国の市民の場合に適用される<sup>15</sup>。これに対し

13 Sabina Mariella, *Leveling up over Plenary Power: Remediating an Impermissible Gender Classification in the Immigration and Nationality Act*, 96 B.U. L. REV. 219, 224 (2016).

14 本件当時における規定である（1958 ed.）。§ 1407 (a) (7) は、次の者の出生による合衆国市民権の取得を規定していた。

「合衆国およびその国外の領地の地理的範囲外において、一方の親が外国人であり、他方が合衆国の市民である両親から出生した者で、合衆国市民である親が、その者の出生前に、総計して少なくとも10年間、そのうちの少なくとも5年間は、年齢が14歳に達した後に、合衆国またはその国外の領地において、現実（physical presence）に所在していた者である場合。但し、〔略〕」（小竹・前掲注11・113頁の翻訳による）

現行の8 U.S.C. § 1401 (g) は14歳に達した後の2年間を含めた5年間以上の現実の所在に短縮されている。

15 § 1409 (a) (1958 ed.) は、子が21歳に達するまでに「嫡出化によって」父であることが証明された場合には、§ 1401 (a) (7) は「この法律の効力

て、両親が未婚であり、母が合衆国市民の場合には § 1409 (c) に例外が定められており、彼女が子の出生前に1年以上連続して合衆国に現実に所在していれば子は国籍を取得できる<sup>16</sup>。

モラレス・サントナの父は、合衆国市民であったが、19歳の誕生日に達する20日前にドミニカ共和国に移住し、1962年に未婚のままドミニカ人女性との間にモラレス・サントナを儲けた。2000年、モラレス・サントナはいくつかの有罪判決に基づいて合衆国から国外退去手続（removal proceedings）に付されたが、その際に、彼は、出生時において彼の父が § 1401 (a) (7) の14歳に達した後の5年間の現実所在要件を満たしていないため、外国人であるとされた。そのため彼は、合衆国市民の父に由来

発生日以後に婚姻外で生まれた子に対して、出生日の時点で、適用されるものとする」と定める。

現行の § 1409 (a) は、次のように規定している。

「本編のセクション1401のパラグラフ…… (g) の規定は……以下の場合に、婚姻外で生まれた者に対して、出生日の時点で、適用されるものとする。

- (1) その者と父との血縁関係が明白かつ確信を抱かせるに足る証拠によって証明されるとき
- (2) 父がその者の出生の時点で、合衆国の国籍を有していたとき
- (3) 父がその者が18歳に達するまでの間、その者に対する財政支援を提供することを書面で（死去するまで）同意していたとき、および
- (4) その者が18歳未満であって、
  - (A) その者の居所または住所の法律の下で嫡出子とされるとき、
  - (B) 父が宣誓の上、書面でその者の父であることを認めるとき、
  - (C) その者の父であることが管轄権を有する裁判所の司法判断によって証明されるとき」（小竹・前掲注11・121頁の翻訳による）

16 1409 (c) (1958 ed.) は、次のように規定している。

「本セクション (a) の規定にかかわらず、この法律の効力発生日の後に、合衆国外でかつ婚姻外で生まれた者は、母がその者の出生時に合衆国の国籍を有していた場合並びに母が以前に合衆国およびその国外の領地の1つに1年間継続して現実に所在していた場合には、出生時に母親の国籍上の地位を取得したものみなす。」

現行の1409 (c) も同様である。

する国籍を有することを認めないことは、合衆国憲法の平等保護に反すると主張した。

## 2 実体判断

本稿で注目するのは、未婚の父と未婚の母との間の現実所在要件の別異取扱いを平等保護違反とした実体判断部分ではなく、その平等保護違反に対する救済方法を判断する部分である。ただし、救済方法の判断について検討するためには、実体判断の分析が前提になると考えられるため、ここでは必要と考えられる範囲において紹介したい。

アメリカの移民国籍法における性に基づく区別については、Morales-Santana判決まで平等保護違反とされた判決は存在しなかった。ここでは詳細な紹介は避けるが<sup>17</sup>、1977年のFiallo v. Bell<sup>18</sup>判決では、合衆国市民である母の外国人の子と合衆国市民である子の外国人の未婚の母のみに特別の移民優先権を与える移民国籍法の規定が平等保護に反するか否かが問題となったが合憲とされ、また、1998年のMiller v. Albright<sup>19</sup>と2001年のNguyen v. INS<sup>20</sup>では、移民国籍法 § 1409 (a) (4)が、合衆国の未婚の父の

17 See, Sousa, *supra* note 12, at 1130-1138; Kristin A. Collins, *Equality, Sovereignty, and the Family in Morales-Santana*, 131 HARV. L. REV. 170, 187-196 (2017). 日本の文献で先例の紹介をするものとして、根本猛「アメリカ法における国籍取得要件の性差別——残された男女平等——」法政研究17巻1号（2012年）1頁、松澤・前掲注11などを参照。

18 430 U. S. 787 (1977).

19 523 U. S. 420 (1998). 同判決については、根本猛「市民権取得要件に関する性差別」法政研究4巻4号（2000年）175頁、毛利透「国外で生まれた婚外子の国籍についての母系優先主義の合憲性」ジュリスト1176号（2000年）97頁などを参照。

20 533 U.S. 53 (2001). 同判決については、君塚正臣「国外で生まれた婚外子についての米国民である親の性別による差別の合憲性」ジュリスト1237号（2003年）237頁、根本猛「アメリカ法における男女平等法理の現在——

みに対して、子が18歳になるまでに親子関係の証明を一定の方法で取得しなければならない旨定めていることの平等保護違反の有無が問題となったが、いずれも違憲の主張は退けられた。2011年のFlores-Villar v. United States<sup>21</sup>では、Morales-Santana判決と同様に、未婚の父に長期の現実所在要件を課することが平等保護違反か否かが問題となったが、多数意見を形成することはできなかった。

前述のように、当時の移民国籍法においては、合衆国市民が他国の市民との間に外国で出生した子の国籍取得について、①結婚している場合には合衆国市民の父母ともに14歳に達した後の5年間を含めた10年間の現実所在要件が課され、②未婚の父にも14歳に達した後の5年間を含めた10年間の現実所在要件が課されていたが、③未婚の母には継続した1年間のみの現実所在要件が課されていた。Morales-Santana判決では、②と③の未婚の父と母の別異取扱いが平等保護違反とされた。

連邦最高裁の法廷意見は、性に基づいて区別をする立法を擁護するためには、「非常に説得的な正当化」が必要であり<sup>22</sup>、「少なくとも、〔違憲が主張されている〕分類が重要な政府の目的に仕えるものであり、その差別的な手段がこれらの目的達成のために実質的関連性を有していること」を示さなければならないとする<sup>23</sup>。また、その分類は、今日の政府の重要な目的に仕えるものでなければならない。なぜなら、新しい洞察や社会的理解が、かつては気づかれることなく問題とされなかった正当化できない不平

---

グエン判決を中心に——」法政研究7巻4号（2003年）1頁などを参照。

21 564 U.S. 210 (2011) (per curiam) aff'd by an equally divided Court, 536 F.3d 990 (9th Cir. 2008).

22 Sessions v. Morales-Santana, 137 S. Ct. 1678, 1690 (2017) (citing United State v. Virginia 518 U.S. 515 531 (1996); Kirchberg v. Feenstra, 450 U. S. 455, 461 (1981)).

23 *Id.* (citing Virginia, 518 U. S. at 533).

等を明らかにしうるからである<sup>24</sup>。

ここで連邦最高裁は、United States v. Virginiaで示された、性に基づく区別に対する「厳格審査に相当に近い<sup>25</sup>」基準をストレートに本件に適用している。ここでは、移民と帰化に関する司法権は極度に制限されているなどとされる、いわゆる「絶対的権限の法理（plenary power doctrine）」との関係が問題となる<sup>26</sup>。前述したFiallo判決では、合衆国市民である母の外国人の子と合衆国市民である子の外国人の未婚の母に対して特別の移民優先権を与える移民国籍法の規定の平等保護違反の有無が問題となった際に、連邦最高裁は、外国人の入国を認めるか拒否するかについての「例外的に広範な権限」に依拠して、最小限の審査（合理性の審査）を適用して合憲と判断した。しかし、本件では、外国人に対する入国の優先権とは何らかかわりなく、生まれによる国籍取得の主張が問題となっているので、厳しい審査基準の適用は否定されなかったとしたのである<sup>27</sup>。

連邦最高裁は、§ 1409が1940年国籍法の一部として制定されたとき、「結婚においては、夫が支配的であり妻は従属的であること、未婚の母は婚外子の自然のかつ唯一の後見人であること」という2つの、現在では擁護できない推定が国籍に関する法律に行き渡り、司法や行政の決定の基礎

24 *Id.* (citing *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584, 2603 (2015)).

25 樋口範雄『アメリカ憲法』（弘文堂、2011年）475頁。See also, *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, 571, 573 (1996) (Scalia, J., dissenting).

26 「絶対的権限の法理」については、新井信之『外国人の退去強制と合衆国憲法』（有信堂高文社、2008年）、坂東雄介「アメリカにおける外国人の人権に関する一考察—絶対的権限の法理の生成と展開—」北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル第13号（2007年）239頁、同「国籍の役割と国民の範囲—アメリカ合衆国における『市民権』の検討を通じて—（1）（2）（3）（4）（5）（6）（7・完）」北大法学論集 62巻2号1頁、62巻4号197頁（2011年）、63巻2号101頁（2012年）、63巻6号191頁（2013年）、64巻5号125頁、65巻2号59頁（2014年）、65巻6号139頁（2015年）などを参照。

27 *Morales-Santana*, 137 S. Ct. at 1693-1694.

を与えていたとする<sup>28</sup>。国籍法の歴史を具体的にみると<sup>29</sup>、1790年から1934年までは、結婚した夫婦の外国生まれの子は父を通じてのみ合衆国市民権を得ることができたが、この場合、父は子の出生前に合衆国に一度でも居住したことがあることが求められた<sup>30</sup>。1934年には、既婚の母が自己の合衆国市民権を自分の子に伝えることが認められた。これに対して、未婚の両親については、当初から父がコントロールするという伝統はなく、20世紀初頭には、国務省は、制定法の権限がないにも関わらず、未婚の母が子の出生前に合衆国に一度でも所在したことがあれば、その子に市民権を伝えることを認めていた。そして、1940年国籍法において、議会は、親の14歳に達した後の5年間を含めた10年間の現実所在要件を制定したが、未婚の母に対しては子の出生前に一度でも現実<sup>31</sup>に所在したことがあればよいという1940年以前のルールを維持した。未婚の母に対しては、1952年に、現在の規定である継続した1年間の現実所在を求める規定を制定している（さらに、1986年に議会は、既婚の父母と未婚の父に対する上記の10年間の現実所在要件を14歳に達した後の2年間を含めた5年間の現実所在要件に改め、これによって現行の枠組みができている）。

連邦最高裁は、§ 1409の背景には、前述した「未婚の母は婚外子の自然のかつ唯一の後見人である」という推定があり、未婚の父は未婚の母よりも婚外子に対する責任を負う能力と資格が低いという時代遅れの見解に基づく法律は、いかなる重要な目的も促進しないと判断した<sup>31</sup>。また、政府は、外国で生まれた子が合衆国と強い結びつきを有することを確保するという目的と外国で生まれた合衆国市民の子が無国籍となることを防止するという目的を主張したが、いずれの目的も上記で示した厳しい基準を満

---

28 *Id.* at 1690-1691.

29 *Id.* at 1690-1692.

30 *See* Act of March 26, 1790, ch. 3, § 1 Stat. 103 (1790).

31 *Morales-Santana*, 137 S. Ct. at 1692-1693.

たさない（また、仮に目的審査の基準を満たすとしても手段審査の基準を満たさない）と判示する<sup>32</sup>。

### 3 救済判断

2で見てきたように、本判決は、§ 1409 (a) および (c) の性に基づく別異取扱いを平等保護違反とする。そのうえで、法廷意見は、先例に依拠しながら平等保護違反の場合の救済方法について、まず次のように述べる<sup>33</sup>。

「ある制定法が、§ 1409がそうするように、ある集団に利益を与え（本件の場合、未婚の母とその子）、別の集団をその利益から除外する（本件では、未婚の父とその子）ときには、『2つの救済手段の選択肢』が存在すると当裁判所の判決は説示する<sup>34</sup>。裁判所は、その法律の無効を宣言して、議会が利益を与えることを意図していた集団にその利益が及ばないと命令することも、あるいは、除外によって利益を侵害された者を含むよう制定法の適用範囲を拡張することのどちらもなしうる<sup>35</sup>。『行使される権利が平等取扱いに対する権利』であるときに、適切な救済は、平等取扱いの命令であり、その結果は、利益を除外された集団に拡張するだけでなく、利益を優遇された集団から取り上げることによって達成できる<sup>36</sup>。どのように平等が達成されるかは、憲法が沈黙している

---

32 *Id.* at 1694-1698.

33 *Morales-Santana*, 137 S. Ct. at 1698.

34 ここで引用される判例は、後述する *Califano v. Westcott*, 443 U.S. 76, 89 (1979) である。

35 ここで引用される判例は、後述する *Califano v. Westcott*, 443 U.S. 76, 89 (1979) である。

36 ここで引用される判例は、後述する *Heckler v. Mathews*, 465 U.S. 728,

問題である<sup>37</sup>。」

ここでは、平等保護違反の場合の救済方法は平等取扱いを命令することであり、不利に扱われている集団の取扱いを有利に扱われている集団まで引き上げる「レベリングアップ」も、有利に扱われている集団を不利に扱われている集団まで引き下げる「レベリングダウン」もできることを示したうえで、この両者の選択について、憲法は沈黙していると述べる。

では、レベリングアップとレベリングダウンの選択については、何を基準に判断するのであろうか。法廷意見によれば、立法者の意図 (legislature's intent) によって救済の選択が左右されるが<sup>38</sup>、通常は、無効よりも拡張が適切な方向である<sup>39</sup>。その事例としては、連邦最高裁が、連邦の財政援助給付金に関する一連の事件で分離された集団に給付金を否定する差別的な例外規定を無効にすることで、以前に否定された給付金が拡張されたことが挙げられている<sup>40</sup>。しかしながら、本件では、差別的な例

740 (1984) である。

37 ここでは、Levin v. Commerce Energy, Inc., 560 U. S. 413, 426-427 (2010) が引用されている。州が差別を排除するやり方は「州の問題である」であるから、連邦最高裁は、州の制定法に憲法上の瑕疵があると判断したときには、拡張か無効かの選択を州裁判所に認めるために差し戻している (Levin, at 427)。

38 *Morales-Santana*, 137 S. Ct. at 1699. See *Levin* at 427 (裁判所は、違法な差別の認定をすると、制度上の能力の範囲内で、議会が憲法上の瑕疵を知らされていたとしたら意図したであろうことを実現することを試みる。) See also *Ayotte v. Planned Parenthood of Northern New Eng.*, 546 U. S. 320, 330 (2006)。

39 *Morales-Santana*, 137 S. Ct. at 1699 (quoting *Westcott*, 443 U.S. at 89)。

40 *Id.* at 1699. 例として、*Califano v. Goldfarb*, 430 U. S. 199, 202-204, 213-217 (plurality opinion) (生存者の給付金に関する事例); *Jimenez v. Weinberger*, 417 U. S. 628, 630-631, and n. 2, 637-638 (1974) (障害給費金に関する事例); *Department of Agriculture v. Moreno*, 413 U. S. 528, 529-530, 538 (1973) (食料切符に関する事案); *Frontiero v. Richardson*, 411 U. S. 677,



外規定が、分離された集団に対して有利な取扱い（合衆国市民の未婚の母への短期の現実所在要件）をしているので、給付金に関する事例と同じアプローチに従って例外規定を無効とすると、より長期の現実所在要件という一般的な規定を、有利に扱われていた集団に適用すべく拡大することになる<sup>41</sup>。

また、連邦最高裁は、立法者の意図、すなわち、「立法者は、例外規定を無効とし一般的な規定を等しくすべての者に適用したであろうか、またはその代わりに、平等保護違反を救済するために例外規定を拡張したであろうか」を判断するに際しては、*Welsh v. United States*におけるハーラン裁判官の同意意見<sup>42</sup>に着目してきたとしたうえで、具体的には、①残りの政策、すなわち、例外規定ではなく主たる規定に対するコミットメントの強さを測り、②廃止ではなく拡張によって生じる制定法体系の潜在的破壊の程度を検討すべきであるとした<sup>43</sup>。そして、より長期の所在要件は、ひたむきな結びつきの護符（*talisman*）として合衆国での所在の重要性を議会が認識していることを示しているし、また、もし § 1409 (c) の1年の所在要件を合衆国市民である未婚の父に拡大すれば、合衆国市民である親が結婚している場合の要件の方が重くなってしまうため、制定法体系の潜在的破壊の程度は大きい<sup>44</sup>。

これらのことから、本件におけるすべての指標は給付金の拡張の事件とは反対の方向を示しており、議会は、§ 1409 (c) の例外規定を廃止し、一般的な規定を維持したように思われると結論する<sup>45</sup>。さらに、次のよう

---

678-679, and n. 2, 691, and n. 25 (1973)（軍の配偶者給付金に関する事例）を挙げる。

41 *Morales-Santana*, 137 S. Ct. at 1699.

42 398 U. S. 333, 361-367 (Harlan, J., concurring).

43 *Morales-Santana*, 137 S. Ct. at 1699-1700.

44 *Id.* at 1700.

45 *Id.*

に述べて、レベリングダウンの結論を示した。

「今後、連邦議会は争点を検討し、いかなる者に対しても性に基づいて利益も不利益も与えない、一律の規定を決めてよい。当座の間、…… § 1401 (a) (7) の現行の5年間の要件は、将来において、合衆国市民である未婚の母のもとに生まれた子に適用されるべきである」<sup>46</sup>。

## 第2. 平等条項違反の救済方法

### 1 判例による救済方法の枠組み

裁判所による不平等の救済方法は、レベリングアップとレベリングダウンのいずれも可能であり、どちらを選択するのは立法者の意図 (legislature's intent) によって決まる<sup>47</sup>という枠組みは、*Welsh v. United States*におけるハーラン裁判官の同意意見が最初に明確にした<sup>48</sup>。この事件では、兵役就任を拒否して地裁で有罪とされたウェルシュが、普通兵役法 (Universal Military Training and Service Act) § 6 (j) が「宗教上の教育 (training) および信条」に基づく良心的な兵役拒否者にのみ兵役を免除するのは合衆国憲法第1修正の国教条項に反するのではないか、あるいは、自らの信条が宗教上のものであることを否定するウェルシュにも当該規定が適用されるのではないかと主張した。

多数意見が「宗教上の」という規定を広く解釈してウェルシュの兵役免除を肯定したのに対して、ハーラン裁判官は、「宗教上の」という要件を多数意見のように広く解釈することはできず、宗教を、有神論の意味のも

---

46 *Id.* at 1701.

47 *Morales-Santana*, 137 S. Ct. at 1699.

48 398 U.S. 333, 344-367 (1970) (Harlan, J., concurring).

のと、正式に組織化された礼拝または認識可能なまとまりのあるグループによって共有された信条として定義したものに限定したうえで、普通兵役法の当該規定が有神論または無神論の宗教の信条と世俗的な信条との間で区別することは中立性に反し、国教条項に違反するとした。

そのうえで、ハーランは、平等保護条項の下で過少包摂が問題となった事案と同様の分析を行った。すなわち、本件で採りうる措置としてはレベリングアップとレベリングダウンの両方があることを前提としたうえで、本件の適切な措置は、ウェルシュへの徴兵通知と起訴時には選抜徴兵は宗教的な信条の者のみを免除していたという事実によって決定されるとき、ウェルシュの有罪判決を破棄することが「憲法の命令である」とする。そうでなければ、ウェルシュを救済できないからである。すなわち、非宗教的な信条を持つ者にも兵役を免除するレベリングアップのみが適切であると判断したのである<sup>49</sup>。

さらにハーランは、たとえこの救済の問題が、本件のような刑事訴訟ではなく、宣言的判決やエクイティ上の訴訟で提起されたとしてもレベリングアップの救済が適切であるとするが、ハーランは、議会が意図的に除外した集団を追加する裁判所の権限について、以下のように述べる。

「本件で多数意見が行っているように、重要な議会の政策が違憲の法律を作り直すことによって永続化されることになる場合、分析的で適切なアプローチはこの判断に対する責任を受け入れることである。その正当化は、通常の用法としての立法者の意図にたよることによってはできないが、異なる種類の立法者の意図、つまり、議会が明らかに意図して

---

49 レベリングダウンをして週及的に宗教的な信条を有する者も処罰することとは、私権剥奪法（bill of attainder）に反するために許されないからであると思われる（See, Deborah L. Brake, *When Equality Leaves Everyone Worse Off: The Problem of Leveling down in Equality Law*, 46 WM. & MARY L. REV. 513, 555 (2004)）。

いたことを合憲なものにするために、議会の政策を完全に廃止することとそれを拡張することのどちらが議会の望みにより一致するのかを決定する、裁判所に付与されたと推定される権限によって正当化できる。」<sup>50</sup>（下線は松原）

そして、ハーランは、レベリングアップとレベリングダウンの選択をする際に、可分条項（severability clause）があるかどうか、問題となっている政策に対する立法府のコミットメントの強さ、廃止ではなく拡張することによって生じる制定法体系の潜在的破壊の程度を検討したのである<sup>51</sup>。

上記のハーラン裁判官の定式は単独の同意意見によって示されたが、1979年のCalifano v. Westcott<sup>52</sup>において、全員一致で、ハーランの定式が採用された<sup>53</sup>。

この事件では、社会保障法（the Social Security Act）§ 407が、父親の失業のために扶養を受けられない被扶養者たる子を持つ家族には給付を与える旨定める一方で、母親の失業のために扶養を受けられない被扶養者た

50 *Welsh*, 398 U.S. at 355-356 (Harlan, J., concurring).

51 *Id.* at 364-365.

52 443 U.S. 76 (1979).

53 *Morales-Santana*, 137 S. Ct. at 1698 n. 22. ギンズバーグは、1968-1978の最高裁が暗黙の裡に拡張が無効より適切な救済と判示していたとして、次の3つのカテゴリーに分類していた（Ruth Bader Ginsburg, *Some Thoughts on Judicial Authority to Repair Unconstitutional Legislation*, 28 CLEV. ST. L. REV. 301, 310-312 (1979).）。

- (1) 立法により除外された集団の構成員が私人から権利の回復を求めた場合
- (2) 政府の給付プログラムに関するケースであり、拡張による救済は支出の増加をもたらさないが、ある一定額を制定法で規定されているより大きな集団の受益者で分割することを要する場合
- (3) 拡張による救済が、議会が承認した額を超える支出を必要とする場合

る子を持つ家族には給付を認めていなかったことが問題となった。本判決は、全員一致で、§ 407の性に基づく区別は、いかなる重要で有効な立法目的にも実質的に関連しておらず、むしろそれは、父親は家庭の生計を支える第一次責任を負い、母親は家庭と家族生活の中心であるという性に基づく固定観念の負担の一部であるとして、合衆国憲法第5修正に違反するとした。

そのうえで、5人の法廷意見と4人の一部反対意見のどちらも Welsh 事件でハーラン裁判官が採用した枠組み——レベリングアップとレベリングダウンの2つの救済手段の選択肢があるという Morales-Santana 判決でも採用された枠組み——を採用した。

多数意見は、給付の拡張（レベリングアップ）を「最も単純で最もエクイティに従ったものである」として容認したが、その理由は、①本プログラムを停止すること（レベリングダウン）は、議会が保護しようとした困窮した子どもに困難を与えることになること、②社会保障法の「強力な可分条項」<sup>54</sup>は、違憲の宣言によって無実の受給者の負担を最小限にするという議会の意図を明らかにしていること、③当事者の誰も無効の主張をしていないこと、④過去の最高裁判決が「決まって連邦福祉プログラムの拡張を命じる地方裁判所の判決を維持した」ことは、連邦裁判所が拡張の救済を与える憲法上の能力があるのを示していることであった<sup>55</sup>。

これに対して、4人の一部反対意見は、レベリングダウンである無効の救済方法を採用して違憲の規定による給付を差し止めるべきであると主張した。その理由は、①本給付プログラムの立法経過は、議会がその採用し

---

54 42 U. S. C. § 1303. 「本章のいずれかの規定またはいずれかの人もしくは情況に対する適用が無効と判断されたとしても、この章の残りの部分および他の人または情況に対するそれらの規定の適用には影響を及ぼさない。」と規定する。

55 以上はギンズバーグの整理による。Ginsburg, *supra* note 53, at 315. Westcott, 443 U.S. at 89-93.

た分類が性にに基づく差別を構成していると知っていた場合にしたのである。ことを予測するための確かな根拠を提供していないこと、②現在の受給者に困難をかけさせないために拡張の救済をすることは、限られた資金をいかに配分するかという別の困難を発生させること、③議会は、適切と考える形式でプログラムを復活させ、遡及的な給付を迅速に提供することにより、給付を終了させる困難を軽減することができることであった<sup>56</sup>。

この事件で興味深い点は、マサチューセッツ州厚生省の長官が、「主たる稼ぎ手（principle wage-earner）」要件の追加を提案していたことである。すなわち、「父親の失業」の要件を母親の失業にも拡張するレベリングアップと「父親の失業」を無効にするレベリングダウンという両極端の救済ではなく、家族の主要な稼ぎ手の失業のために親から扶養を受けられない子を持つ家族に給付を与えるという中間的な救済の主張がなされていたのである。しかし、この主張は法廷意見・一部反対意見の双方で排斥された。法廷意見と一部反対意見は、この提案が議会の実際の意図を捉えているであろうことを認めていたが<sup>57</sup>、しかしこのような提案は、現在受給している多くの家族への給付を終了させる効果を有するだけではなく、裁判所が軽率に引き受けるべきではない「法の再構成（restructuring）」も伴ってしまうのである。これは、「定義（definitional）と政策の問題」であり、立法府や行政府が取り組むのに適しているのである<sup>58</sup>。ここでは、たとえ中間的な解決方法が当該制定法を制定した立法者の意思に最も近いものであるとしても、裁判所による救済策としてはレベリングアップかレ

---

56 以上はギンズバーグの整理による。Ginsburg, *supra* note 53, at 315-316. Westcott, 443 U.S. at 94-96 (Powell, J., concurring in part and dissenting in part).

57 Westcott, 443 U.S. at 91-92, 95 n.1.

58 *Id.* at 92-93. 例えば、「主たる稼ぎ手」とは家族の収入の51%あればいいのか、55%か、75%かという問題や、どれくらいの期間主たる稼ぎ手であることを要求するかなどの問題である（Ginsburg, *supra* note 53, at 315.）。

ベリリングダウンであると考えられたのであろう。

## 2 立法者の意図

裁判所が依拠すべき立法者の意図とは、問題となっている法を制定した立法者の意図なのであろうか、それとも、現在の立法者の意図なのであろうか。あるいはまた、そもそも特定の時期の立法者の意図が想定されているのであろうか<sup>59</sup>。

この点、*Morales-Santana* 判決は、「『憲法上の瑕疵を知らされていたとしたら』、連邦議会がおそらく選択したであろう救済の方向を採用しなければならない<sup>60</sup>」（傍点は松原）として、現在ではなく当該制定法を制定した議会の意図を基準にしている<sup>61</sup>。

なぜ現在ではなく過去における議会の意図を基準とするのかについて判決は何も述べないが、ここではフィッシュ（Eric S. Fish）による理由付

59 Jerfi Uzman, *Upstairs Downstairs: Morales-Santana and the Right to a Remedy in Comparative Law*, 9 CONLAWNOW 139, 142 (2017). See, Transcript of Oral Argument at 45-48, *Sessions v. Morales-Santana*, 137 S. Ct. 1678 (2017) (No. 15-1911).

60 *Morales-Santana*, 137 S. Ct. at 1701 (quoting *Levin v. Commerce Energy, Inc.*, 560 U. S. 413, 427 (2010) ).

61 “See also”として参照されている *Ayotte v. Planned Parenthood of Northern New Eng.*, 546 U. S. 320, 330 (2006) は、未成年者の妊娠中絶へのアクセスを規制する法律が問題となった事例であるが、当該判決は、「相互に関連する3つの原則が救済へのアプローチを特徴づける」として、①議会が作り上げたものを必要以上に無効にしないように努めること、②州法を憲法上の要請に適合するように書き直すことを自制すること、③救済手段に関するどんな決定も試金石となるのは立法者の意図であることを挙げる (*Id.* at 329-330)。ここでの射程は慎重に検討しなければならないと思われるが、「立法者の意図」の基準は救済方法全般に妥当する可能性がある。この点については、今後の研究課題としたい。

けが参考になる。フィッシュは、①当該制定法を制定した議会は当該制定法に関してより明晰な選好を有しているであろうことと、②現在の議会の意図を代用することは、「異時点間の民主主義（intertemporal democracy）の原理」——異なる多数派連合がそれぞれ異なる時期に政権を握り、ある多数派が選挙で負けることはその多数派が制定したすべての法を否定することではないということ——を害することになることを挙げて、当該制定法を制定した議会の意図を基準とすべきであるとする<sup>62</sup>。

①の問題とは、要するに、現在の立法者は問題となっている制定法に対する明晰なまたは識別可能な見解を有しているとは考えられないのに対して、当該制定法を制定した議会は、それを可決する際に当該制定法について具体的な考えを有していたはずであるということである。仮に立法経過を示すものが何もなくとも、制定法の用語と制定法が解決しようとした問題を見れば、当該制定法を制定した議会が念頭に置いていた目的を推論することができるであろう。②の問題は、議会の多数派がAからBに交代した場合を考えればわかりやすいであろう。この場合、Aが多数派の時に制定された立法がすべて覆るわけではないので、BがAの制定した法に反対する場合は当該制定法の改正や廃止をする必要がある。したがって、もし裁判所が救済の選択においてBが多数派を占める現在の議会の意図を採用すれば、Bに不当な棚ぼたを与えることになってしまう。

フィッシュは当該制定法を制定した議会の意図を基準とすることには重要な例外もあるとしている。それは、当該制定法がかなり以前に制定されており、現在では時代錯誤のものになってしまった場合である<sup>63</sup>。これは、Morales-Santana事件の口頭弁論でギンズバーグ裁判官が、「40年または52年の裁判所や議会がしたであろうことを考えるのはこの文脈では奇妙

---

62 Eric S. Fish, *Choosing Constitutional Remedies*, 63 UCLA L. REV. 322, 373-378 (2016).

63 *Id.* at 376-378.



である。なぜなら、当時の裁判所や議会は性に基づく線引きを当然と考えていたからである<sup>64</sup>。」と述べていたことからすると興味深い指摘であるということができよう。すなわち、Morales-Santana判決において、当該制定法の制定時の立法者意図を基準としてよかったのかが問題となりうるからである。ウズマンも、過去に連邦議会が望んでいたことが違憲性の核心である社会についての特定の歴史的理解に根ざしていることがあることを指摘している<sup>65</sup>。憲法上の瑕疵を知らされていたとしたら、すなわちある性に基づく区別が違憲であると知らされていたとしたら、連邦議会が選択したであろうことは何かを問うというのは、当時の立法上の要素のうち現在では差別的であると考えられる要素をほかの要素から分離しなければならないことを意味するが、それは歴史の書き換えにもなりうるのである<sup>66</sup>。

そもそも、当該制定法に憲法上の瑕疵があることを知らされていた場合に制定時の立法者が意図したであろうことを確実に証明する手段は通常存在しないので、裁判所は、制定法の可決を動機付けた政策を特定し、議会が競合する関心に与える相対的な優先度を後知恵的に判断（second-guess）しなければならないのである<sup>67</sup>。それが、裁判所が、「議会が明らかに意図していたことを合憲なものにするために、議会の政策を完全に廃止することとそれを拡張することのどちらが議会の望みにより一致するかを決定する」（Welsh判決におけるハーラン同意意見）ということなのである<sup>68</sup>。

ところで、「立法者の意図」を基準に不平等の救済方法を選択すること

---

64 Transcript of Oral Argument at 44-45, Sessions v. Morales-Santana, 137 S. Ct. 1678 (2017) (No. 15-1911).

65 Uzman, *supra* note 59, at 143.

66 *Id.*

67 Evan H. Caminker, *A Norm-Based Remedial Model for Underinclusive Statutes*, 95 YALE L.J. 1185, 1188-1189 (1986).

68 *Id.*

になる裁判所の役割は、どのように考えるべきであろうか。この点についての興味深い指摘が、Morales-Santana判決で法廷意見を執筆したギンズバーグ裁判官により1979年に示されていた<sup>69</sup>。

ギンズバーグは、裁判所の救済の問題に対する役割を「短期間の議会の代理」と位置付ける<sup>70</sup>。すなわち、①裁判所がある制定法は違憲であると宣言すれば、残りの仕事は本質的には立法府がやるべき仕事であるという考え方を前提に、②議会をすぐその場で召集するのは不可能であるため、裁判所が「当座の（interim）解決」をしなければならず、③その役割を果たすにあたっては、当事者の主張に拘束されず、主として立法者の構想（legislative design）に焦点を当てなければならないとするのである<sup>71</sup>。

このような発想は、Morales-Santana判決においても、「今後、連邦議会は争点を検討し、いかなる者に対しても性に基づいて利益も不利益も与えない、一律の規定を決めてよい」と述べたうえで、「当座の間、…… § 1401 (a) (7) の現行の5年間の要件は、将来において、合衆国市民である未婚の母のもとに生まれた子に適用されるべきである」と判決した点にも表れているといえる。不平等の救済については議会に主たる責任があり、裁判所は当事者の利益などではなく議会の意図を探りながら「議会の短期間の代理」として「当座の解決」を行うという説明ができるのであるが、それはまた、不平等の救済方法について憲法が「沈黙」しているにもかかわらず、裁判所が「立法者の意図」を基準として判断することの理由にもなっているといえる。

しかしながら、「実体的権利の存否を確定することが『司法権』の中樞をなすとみられるとしても、それを前提に然るべき救済手段を与え争訟の適正な解決をはかる作用も当然に『司法権』の内実をなすものとみなければ

---

69 Ginsburg, *supra* note 53.

70 *Id.* at 317.

71 *Id.*

ばならない」という有力な見解<sup>72</sup>からすると、ギンズバーグのような説明が適切であるかが問われることになるであろう。そこで、もう一つの説明の仕方が提起されることになる。すなわち、裁判所には救済を形成する責任があるが、それを行使するにあたっては当該制定法を制定した議会の推定上の政策決定を参照して決定する——すなわち救済選択に当たっては立法院へ敬譲する——という説明の仕方である<sup>73</sup>。

### 3 なぜレベリングダウンなのか？

以上の検討を踏まえたうえで、Morales-Santana判決においてレベリングダウンが採用されたことについて考えてみることにしよう。

まず、連邦最高裁とは反対に、レベリングアップの救済策を採用した控訴審判決を検討することにした。

控訴審は、「裁判所の任務は、制定法のことばづかいや構造を変えるのに『最も修正のない (cleanest)』方法を考案することではなく、結合した制定法規定が違憲とされた場合に連邦議会が意図した結果を決定することである<sup>74</sup>」と述べたうえで、立法経過を重視する。控訴審判決は、まず、歴史的には、継続した1年間の現実所在を求める規定を設ける1952年法を可決した連邦議会の議員たちが、1年の要件の拡張を10年の要件の拡張よりも根本的な変更と考えていたという証明はなされておらず、むしろ1940年に連邦議会によって課された父親と既婚の母親に対する10年間の要件は、長い間確立されてきた歴史的慣行からの大きな逸脱を表しているようであるという<sup>75</sup>。この理由として控訴審判決が挙げるのは、①1934年

---

72 佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣、1988年）277-278頁。

73 Caminker, *supra* note 67, at 1190 n.18.

74 Morales-Santana v. Lynch, 804 F.3d 520, 536 (2d Cir. 2015).

75 *Id.*

から1940年法が制定されるまで、女性は子どもの出生前の任意の期間アメリカに居住していれば、外国で生まれた子どもに市民権を与える制定法上の権利を有していたこと、②1790年から1940年までの間、男性にも同じく最小限の居住要件が適用されていたこと、③1952年法が未婚の市民である母親に対する1年間の継続的な現実所在要件を追加したことは、1940年までの間すべての男性と女性に適用されていた最小限の居住要件というベースラインにおける比較的小さな変更であることの3つである<sup>76</sup>。また、控訴審は、1952の連邦議会が10年の居住要件を維持したのは、第二次世界大戦後の大国としてのアメリカ合衆国の出現に関係しているのか、それとも国籍が異なる両親から生まれた子どもの増加に関係しているのか等については確信を持てないとする<sup>77</sup>。そのうえで、控訴審判決は、「制定法の文言も1952年法の立法経過も特に〔議会の意図を明らかにするうえで〕有益または明晰ではなく、結局のところ、事態を決定するのは、あいまいな議会の意図に直面した際には利益を縮小するよりも拡張するよう我々に求める拘束力ある先例である」としてレベリングアップを採用した<sup>78</sup>。

これに対し、最高裁判決は、将来的なレベリングダウンを採用したのであるが、これを、「§ 1409 (c) の例外規定を廃止し、一般的な規定を維持した」、すなわち、未婚の母に適用される例外規定を削除して、未婚の父に適用される一般的な規定を維持するという「テキストアプローチ (text approach)」の採用と捉えることができる<sup>79</sup>。ここには、控訴審が否定する「制定法のことはづかいや構造を変えるのに『最も修正のない (cleanest)』

---

76 *Id.*

77 *Id.* at 537. トーマス (Tracy A. Thomas) は、ここに、許されない人種的な動機による可能性がほのめかされているという。See, Tracy A. Thomas, *Leveling down Gender Equality*, 42 HARV. WOMEN'S L.J. 177, 189 (2019).

78 *Morales-Santana*, 804 F.3d at 537.

79 Thomas, *supra* note 77, at 188 (2019).

方法」という発想が垣間見られる。ただし、最高裁は、前述のように、控訴審では使われていなかったWelsh判決のハーラン同意意見の基準も用いて、①例外規定ではなくより長期の所在要件である主たる規定への連邦議会のコミットメントの強さと、②もし1年の所在要件を未婚の父に拡大すれば、両親が結婚している場合の要件の方が重くなってしまうという制定法体系の潜在的破壊の程度の大きさという、実質的な考慮も行っていた<sup>80</sup>。

ところで、法廷意見を執筆したギンズバーグは、1979年の論文において、どのような場合にレベリングダウンの救済方法を採用すべきかに関する複数の考慮事項を示していた。そこでは、Morales-Santana判決でも検討された上記①②の考慮事項のほかに、より判決に影響を与える考慮事項として、③当初の制定法で議会が含まれることにした集団の規模と比較して拡張した場合に包含されることになる集団の規模の大小を挙げる<sup>81</sup>。また、④拡張による政府や私人への経済的費用や、⑤救済が「利益の要求」を求めるのか、単に「負担の除去」を求めるのかということも考慮すべきであるとしていた<sup>82</sup>。1979年のギンズバーグの議論において、レベリングダウンが最も支持されるのは、救済が多数の集団の人々に影響を与え、私人である当事者に相当な金銭的費用を課す場合である<sup>83</sup>。

トーマス（Tracy A. Thomas）は、1979年にギンズバーグが示した上記考慮事項を踏まえてMorales-Santana判決での救済方法を検討していれば、レベリングダウンではなくレベリングアップが支持されただろうと述べている<sup>84</sup>。まず、上記考慮事項の①②に関しては、未婚の母親の市民権

---

80 *Morales-Santana*, 137 S. Ct. at 1700.

81 Ginsburg, *supra* note 53, at 318.

82 *Id.* at 319, 323-324.

83 Thomas, *supra* note 77, at 192. See, Ginsburg, *supra* note 53, at 318-19, 323-24.

84 Thomas, *supra* note 77, at 192-193.

伝達の権利を制限するというレベリングダウンの救済策は、未婚の母親を保護するという当初の法律に代表される立法的解決を崩壊させることになるという<sup>85</sup>。また、③に関しては、拡張による救済を求めている集団の規模は比較的小さいとする<sup>86</sup>。なぜならば、2000年の子の市民権に関する法律（the Child Citizenship Act）の制定により、一方の親が合衆国市民である外国生まれの子どもは、その子が18歳より前にその親の法的小よび物理的な監護の下で合衆国に居住している場合、自動的に市民権を取得することになったので<sup>87</sup>、この法律によって国籍を取得する子は、本件で問題となっている § 1409の影響を受けないことになる。この法律は遡及しないので、外国生まれの子が2001年2月27日より前に18歳を上回っていた場合やそもそも外国に居住し続けている子には適用されないが<sup>88</sup>、このような外国生まれの子を持つ未婚の父親は実際には比較的小さいと言えます<sup>89</sup>。さらに、④に関しては、拡張による直接の経済的費用はなく、管理の負担を負うのは政府であること、また、⑤に関しても、求められた救済は、5年ルールという負担の軽減であったことを指摘している<sup>90</sup>。

以上のように、本件においても、立法者の意図の認定は容易ではない<sup>91</sup>。そこで、別のアプローチとして、口頭弁論においてケーガン裁判官

---

85 *Id.* at 193.

86 *Id.* at 185, 192-193.

87 Child Citizenship Act of 2000, Pub. L. No. 106-395, § 101, 114 Stat. 1631 (2000).

88 U.S. DEPT OF JUSTICE, IMMIGRATION AND NATURALIZATION SERV., FACT SHEET: CHILD CITIZENSHIP ACT OF 2000 (2000), 1-2 (Dec. 1, 2000).

89 *See*, Mariella, *supra* note 13, 244-245.

90 Thomas, *supra* note 71, at 192.

91 控訴審は、本件の救済に関する争点を「本件における最も厄介な問題」と述べていた（*Morales-Santana v. Lynch*, 804 F.3d 520, 535 (2d Cir. 2015)）。

が指摘したように、平等保護違反は宣言するが司法的なインジャンクションは控えて、議会に自らが適切と考える方法で平等保護違反を是正する時間を与えるために、判決を一定の期間停止（stay）するといった手法も考えられるところである<sup>92</sup>。このような手法は、Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipe Line Co.<sup>93</sup>によって採用されている。同判決は、連邦の破産法が創設した破産裁判所に広範な管轄権を授与したことが合衆国憲法第3編に反して違憲であるとしたが、「破産裁判所を再構成するか、または司法的判断を受ける他の有効な方法を採用する機会を与える」ためにおよそ3か月間判決を停止するとしたのである<sup>94</sup>。

これに対し、Morales-Santana判決は、「当座の」レベリングダウンの判決を行ったのである。実は、Northern Pipeline事件では、判決の停止の期間が満了する前に訟務長官が停止を延ばすよう申立てを行い、さらにおよそ3か月間の停止が認められたものの<sup>95</sup>、その期間をもってしても議会は解決策を講じれなかったのであるが<sup>96</sup>、そのことが示すように、判決の停止は、議会に対して時間内の是正を強制することができず、判決の実効性の確保が困難である<sup>97</sup>。さらに、より根本的な問題としては、前述のギンズバーグ論文が、もし裁判所がレベリングダウンの判決をすることができないとすれば、「裁判所はその領域から退いて司法による監督なしに政治部門に線引きをさせることになる」が、司法にとって最も重要なことは、救済に関しても司法審査を放棄せずに維持することであり、これに対し、

---

92 Transcript of Oral Argument at 40, Sessions v. Morales-Santana, 137 S. Ct. 1678 (2017) (No. 15-1911). Thomas, *supra* note 77, at 189; Mariella, *supra* note 13, at 253-256; Fish, *supra* note 62, at 360-362.

93 458 U.S. 50 (1982).

94 *Id.* at 87-88.

95 N. Pipeline Constr. Co. v. Marathon Pipe Line Co., 459 U.S. 813 (1982).

96 2度目の延長の申立ては否定されている (N. Pipeline Constr. Co. v. Marathon Pipe Line Co., 459 U.S. 1094 (1982).).

97 See, Fish, *supra* note 62, at 362.

レベリングアップかレベリングダウンかの救済の選択は副次的な問題であるとしていたのである<sup>98</sup>。Morales-Santana判決が「当座の」判決を行ったのもこうした観点からとらえることができるだろう。

### 第3. 不平等の救済方法の選択を制限する原理の可能性

#### 1 レベリングアップの制限原理？

前述のように、一般的には、平等保護違反の場合の救済方法は平等取扱いを命令することであり、レベリングダウンとレベリングアップの両方が可能であると考えられている。しかし、Morales-Santana判決において、トーマス裁判官の一部結論同意意見（アリート裁判官が同調）は、「『本件訴訟で求められている種類の救済、すなわち、連邦議会によって規定されたもの以外の根拠に基づく市民権の授与を行う権限』さえも我々が有していることには懐疑的である」<sup>99</sup>と述べている。トーマス裁判官の見解によれば、少なくとも市民権授与の文脈では、裁判所が不平等の救済方法としてレベリングアップをすることは、そもそもその選択肢として否定されることになる。

ここでトーマス裁判官が引用しているのは、Miller v. Albrightにおけるスカリア裁判官の結論同意意見<sup>100</sup>である。この事件では、移民国籍法 § 1409 (a) (4)が、合衆国市民の未婚の父は子が18歳になるまでに親子関係の証明を一定の方法で取得しなければならない旨定めているのに対し、

---

98 Ginsburg, *supra* note 53, at 317-318.

99 *Morales-Santana*, 137 S. Ct. at 1701 (Thomas, J., concurring) (quoting Tuan Anh Nguyen v. INS, 533 U. S. 53, 73 (2001) (Scalia, J., joined by THOMAS, J., concurring), *Miller v. Albright*, 523 U. S. 420, 452 (1998) (Scalia, J., joined by THOMAS, J., concurring in judgment)).

100 523 U. S. 420, 452 (1998) (Scalia, J., concurring in judgment).



合衆国市民の未婚の母には同要件を課していないという、未婚の父と母の別異取扱いが問題となった<sup>101</sup>。

スカリア裁判官は、「連邦最高裁は、本件訴訟で求められている種類の救済、すなわち、議会によって規定されたもの以外の根拠に基づく市民権の授与を行う権限を有していない」としたうえで、「たとえ合衆国市民を父とする非嫡出子と合衆国市民を母とする非嫡出子との間の別異取扱いは違憲であるということに同意するようなことがあったとしても、私たちは、この分野における限られた司法権と整合する形で、上訴人が合衆国市民であると宣言することによって、あるいは、国務省に彼女の市民証明の申請を認めるよう命じることによって憲法上の瑕疵を救済することはできない」<sup>102</sup>とした。その理由としてスカリア裁判官は、移民と帰化に関する司法権は極度に制限されており、「我々の判例では、『外国人の入国を拒否または追放する権限は、司法的コントロールを広範に免除された合衆国政府の政治部門によって行使される基本的な主権の特性として長い間認識されてきた』」<sup>103</sup>ことを挙げている。

101 上訴人は、§ 1409 (a) (2)以外の(1)(3)(4)の3つの要件を争ったが、法廷意見は、(4)のみの合憲性を取り上げた (*Miller*, 523 U. S. at 431-432.)。ブライヤー反対意見は、§ 1409 (a) (3)も違憲である旨述べている (*Id.* at 487-488 (Breyer, J., dissenting).)。

102 *Miller*, 523 U. S. at 454-455 (Scalia, J., concurring in judgement).

103 *Id.* at 455 (Scalia, J., concurring in judgement) (quoting *Fiallo v. Bell*, 430 U. S. 787, 792 (1977) (quoting *Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei*, 345 U. S. 206, 210 (1953))).これは、いわゆる「絶対的権限の法理 (plenary power doctrine)」に依拠したものである。新井・前掲注26・211頁は、9.11後についても「通常の退去強制の事案については、個々の事案における絶対的権限理論の適用の射程を巡って、……スカリア裁判官の姿勢に象徴されるような、外国人の出入国管理・規制の領域における絶対的権限理論の適用を古典的な先例に則って厳格に貫こうとする主張と、絶対的権限理論の存在を認めながらもその適用範囲をいかに狭めていくかとする主張」で激しい論争を行っているとする。

Morales-Santana判決の法廷意見は、上記のスカリア裁判官の見解には依拠していないが、このことは、「市民権に関わる事件ではそもそも連邦裁判所に救済権限がない」とは考えていないことの表れであろう<sup>104</sup>。

## 2 レベリングダウンの制限原理？

Morales-Santana判決では、レベリングダウンが選択されたが、このレベリングダウンを制限する原理としてどのようなものが考えられるであろうか。

第1に、そもそもレベリングダウンは原告に利益をもたらさないことから、スタンディングを満たすのか否かが問題となる。仮にスタンディングが否定されれば、救済自体が問題とならないので、その結果としてレベリングダウンは回避されることになる。

この点で興味深い事件が、*Heckler v. Mathews*<sup>105</sup>である。この事件では、社会保障法の配偶者給付についての性に基づく区別が問題となったのであるが、この区別が仮に違憲であるとされても「可分条項」によりレベリングダウンの救済方法が採られることになるため、原告（被上訴人）のスタンディングが争われたのである<sup>106</sup>。

---

104 See, Collins, *supra* note 17, at 215.

105 465 U.S. 728 (1984).

106 この事件では、配偶者給付に対する年金相殺条項が性に基づく例外規定を設けていることが問題となったが、年金相殺要件の例外規定が無効とされたとしても、年金相殺要件自体は影響を受けず、かつ例外規定の適用がそれまで含まれなかった者を含むように拡大されることはない旨規定していた。これについて最高裁も、可分条項は支払うべき給付を増加することによって不平等を回復させることを妨げただろうと述べる部分がある（*Mathews*, 465 U.S. at 738.）。しかし、地裁はこの可分性条項は真の議会の意図の表現ではなく、スタンディングを消滅させることで訴訟を妨害する巧みな意図であるとして違憲であると判示していたのに対して、最高裁は、

最高裁は、本件で原告が主張する権利は、性別のみを理由とした差別のない分類によって給付を受ける権利であり、特定の給付額に対する実体的権利ではないとして、原告のスタンディングは、増額された社会保障給付を受け取ることによって依拠するものではないとする。そして、憲法によって保障される平等取扱いの権利は、給付金を受ける実体的権利と同一の広がりを持たないとたうえで、次のように述べている。

「……差別それ自体が、『古風なステレオタイプの概念』を永続させることによって、または、不利に扱われている集団の構成員を『生来的に劣っているもの』として、それゆえ、政治的コミュニティの中で価値の低い参加者として、烙印を押すことによって、不利に扱われている集団の構成員という理由だけで平等取扱いを否定される者たちに対し、深刻な非経済的な権利侵害を引き起こしうるのである<sup>107</sup>。」

そして、最高裁は、レベリングダウンによってもこの非経済的な権利侵害を取り除くことができるので、仮に平等保護違反の救済方法としてレベリングダウンが適切な場合であってもスタンディングは認められると判断したのである<sup>108</sup>。Morales-Santana判決においては、トーマス裁判官は、レベリングダウンの判決によれば原告（被上訴人）は救済を得ることができないのであるから平等保護違反の有無の判断は「不必要である」としていたのに対して、法廷意見は「差別それ自体」を取り除く必要性を強調して

---

可分性条項はスタンディングを否定しないため、裁判所の救済能力を奪う議会の試み自体が憲法に反するという主張は判断する必要があるとしており（*Id.* at 739 n.5.）、このような可分条項が許されるのか自体にも議論がありうる。また、Mathews事件は合憲判決であったため、実際に救済の判断がなされたわけではない。

107 *Mathews*, 465 U.S. at 739-740.

108 *Id.* at 740.

いた<sup>109</sup>。したがって、レベリングダウンの判決が適当だからといってスタンディングが直ちに認められないことになるわけではないのである。

第2に、刑事事件において、許容できない根拠に基づく分類をする法律の下で有罪とされた被告人に対しては、不平等の救済方法はレベリングアップのみとなり、レベリングダウンを行うことは制限されることになる。なぜなら、このような場合、議会がその後にその瑕疵をどのように是正するかに関わりなく、自己の有罪判決の破棄を求めることができることされているからである<sup>110</sup>。それまで無罪であった者に対してレベリングダウンによって遡及的に処罰することは、私権剥奪法（bill of attainder）に反するために許されないが<sup>111</sup>、刑事事件の場合には、将来効によるレベリングダウンも性質上許されないと考えることができる。

例えば、Grayned v. City of Rockford<sup>112</sup>は、学校の前で市民的権利に関するデモに参加したことが「反ピケティング」条例に反するとして有罪とされたが、当該条例は、授業時間帯における学校付近でのピケやデモを禁止する一方で、その但書きにおいて「労働争議に関わる学校での平和的なピケティング」を禁止から除外していた。この区別が合衆国憲法第14修正の平等保護条項違反とされたが、最高裁は、「当裁判所は、〔被告人〕が逮捕され、有罪と決定されたときに施行されていた条例の文面上の合憲性を判断しなければならない<sup>113</sup>」と述べたうえで、この有罪決定を破棄したのである。このような結論を導くにあたって、議会がレベリングダウ

---

109 *Morales-Santana*, 137 S. Ct. at 1698 n.21. トーマス裁判官の一部結論同意意見がMathews判決に反するとの指摘について、Michael Dorf, *Equal Protection and Leveling Down as Schadenfreude*, DORF ON LAW BLOG (June 14, 2017), <http://www.dorfonlaw.org/2017/06/equal-protection-and-leveling-down-as.html> (last visited Mar. 4, 2020) .

110 *Morales-Santana*, 137 S. Ct. at 1699 n.24.

111 *Brake*, *supra* note 49, at 555.

112 408 U. S. 104 (1972).

113 *Id.* at 107 n.2.

ン、すなわち労働争議に関する例外規定を削除することによって憲法上の瑕疵を是正したかもしれないという点は無関係であるとされている<sup>114</sup>。また、前述した Welsh 判決のハーラン同意意見も同様に理解できる。ここでは、ウェルシュへの徴兵通知と起訴の時点では、選抜徴兵は憲法に反して宗教的な信条の者のみを免除していたことから、ウェルシュの有罪判決を破棄することが「憲法による要請」であるとする。すなわち、非宗教的な信条の者にも兵役を免除するレベリングアップのみが適切であると判断したのである。

このことに関連して、第3に、遡及的なレベリングダウンについては、遡及禁止の規範に反して許されない場合があることを挙げることができる<sup>115</sup>。Morales-Santana 判決では、出生による市民権の取得が問題となったが、レベリングダウンを徹底すれば、少なくともモラレス・サンタナの出生以降で1年間の短期の現実所在条件は満たすが長期の現実所在要件を満たさない未婚の母の子の国籍を剥奪する必要が生じる。しかしながら、一度与えられた市民権は絶対的な権利であり、最高裁も議会も市民権を剥奪することは認められていない<sup>116</sup>。また、遡及的なレベリングダウンは、私人にコストを負担させる場合にはデュープロセス条項に反して許されない場合があり得る<sup>117</sup>。

この遡及禁止の規範は、不遡及的な、将来効によるレベリングダウンとは抵触しない。Morales-Santana 判決で採られたのも、将来効によるレベリングダウンである<sup>118</sup>。しかしながら、この将来効による平等保護の救済

---

114 *Morales-Santana*, 137 S. Ct. at 1699 n.24. 実際に、議会は、被告人の有罪決定後に当該但書を削除する改正を行っていた。

115 木村・前掲注1・7頁参照。

116 *Mariella*, *supra* note 13, at 235-236. *See*, *Afroyim v. Rusk*, 387 U.S. 253, 268 (1967); *Berenyi v. Dist. Dir., INS*, 385 U.S. 630, 637 (1967).

117 *Ginsburg*, *supra* note 53, at 321-324.

118 コリンズによれば、「§ 1401 (a) (7) の現行の5年間の要件は、将来に

では、過去の別異取扱いを解消できるわけではないし、また、現在利益を享受している者の利益を将来的に奪うことになるため、果たして「救済」といえるのが問題とならざるを得ない<sup>119</sup>。

最後に、Morales-Santana判決は「通常は、無効よりも拡張が適切な方向である」と述べているので、ここから、レベリングダウンは原則として許されないとすることは可能であろうか。連邦最高裁はこの判示を繰り返してきたが、これまで、その具体的な内容や正当化理由が十分に語られてきたわけではない<sup>120</sup>。

Morales-Santana判決が当該箇所では、Westcott判決では、「過少包摂である連邦の給付立法に対する平等保護違反の主張に関するこれまでの事件では、連邦最高裁は無効よりも拡張が適切な方向であると示唆してきた」と述べて2つの判決を引用している<sup>121</sup>。しかし、この2つの判決は、平等保護違反と判示した後は、救済方法について詳しく論じることなくレベリングアップの救済手段を採用している。それは、レベリングアップを優先する原則から導かれたというよりはむしろ、立法者の意図に適合するためにレベリングアップを黙示的に採用したと評価することができる<sup>122</sup>。また、Mathews判決でもMorales-Santana判決と同様に、「通常は、無効よりも拡張が適切な方向である」と述べたが、それに続けて、「裁判所は、もちろん、立法者の意図を回避するために救済の権限を用いるべきではない」く、「本件では、連邦議会は、可分条項を通して、年金相殺の例外規

---

において、合衆国市民である未婚の母のもとに生まれた子に適用されるべきである」との判示は、どのように解釈されるべきかあいまいであり、複数の解釈がありうるとする（Collins *supra* note 17, at 210-213.）。

119 See, Collins, *supra* note 17, at 213.

120 See, Brake, *supra* note 49, at 544-553.

121 Westcott, 443 U.S. at 89 (citing Jiminez v. Weinberger, 417 U.S. 628, 637-38 (1974) and Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677, 691 n.25 (1973)).

122 See, Brake, *supra* note 49, at 550-551.

定が無効であると判断された場合には拡張よりも無効を選択することを明確に表明した」と判示している<sup>123</sup>。立法者の意図がある場合には、レベリングダウンが採用されるのであれば、レベリングアップが原則であるとするにどれだけの意味があるのだろうか。

この点で参考になるのが、*Morales-Santana*判決の控訴審判決である。控訴審は、前述のように「裁判所の任務は、制定法のことばづかいや構造を変えるのに『最も修正のない (cleanest)』方法を考案することではなく、結合した制定法規定が違憲とされた場合に連邦議会が意図した結果を決定することである」とし、立法経過にも触れたうえで次のように述べている。

「制定法の文言も1952年法の立法経過も特に〔議会の意図を明らかにするうえで〕有益または明晰ではなく、結局のところ、事態を決定するのは、あいまいな議会の意図に直面した際には利益を縮小するよりも拡張するよう我々に求める拘束力ある先例である。実際に、私たちは、連邦最高裁が分離 (severance) を通して平等保護違反を是正するときに利益を拡張するのではなく縮小した事例を1つも知らない。」<sup>124</sup>

控訴審判決は、議会の意図をその立法経過を踏まえながらより厳しく認定して、あいまいな場合には拡張を選択しているのであるが、ここでは、裁判所の救済は、原則は拡張であり、立法者の明白な縮小の意図が認定できる例外的な場合には縮小するという、文字通りの原則・例外関係を確認することができよう。

では、このような「通常は、無効よりも拡張が適切な方向である」とする原理は、いかなる根拠から導かれるのであろうか。まずは、「レベリングダウン」の判決は、不平等な状況において不利な立場にある者があるジ

---

123 *Mathews*, 465 U.S. at 739 n.5. 前掲注 (106) も参照。

124 *Morales-Santana*, 804 F.3d at 537.

レンマに直面させてしまうことを挙げることができる。それは、不平等を訴えれば他者の状況を悪化させる危険にさらされ、不平等を訴えなければ違法な差別を受け続けることになる、というジレンマである。<sup>125</sup>

ここでは、市営プールを含む公園の人種分離が違憲であるという宣言的判決を受けた後に、ジャクソン市がプールを閉鎖する——レベリングダウンの——解消措置をとったことは平等条項に違反しないとされた *Palmer v. Thompson* においてダグラス反対意見が引用した同控訴審のウィズダム反対意見の一節を紹介したい。

「市のプールの閉鎖は数千の黒人から水泳の喜びを奪う以上のことをした。それはジャクソンの黒人に教訓を与えた。ジャクソンでは異議申立ての代償は大きい。そこで黒人は、もし彼らが思いきって人種に基づく分離に異議を申し立てるならば、分離された公共施設さえ失う危険を冒すことを今や知っている。黒人は、分離された公園、分離された公共図書館または他の分離された施設に異議を申し立てる前に熟考するだろう。彼らは、黒人がこれらの施設における人種差別を廃止しようと試みること、まず、全く施設なしに生活する危険を冒したいかどうか決定しなければならず、同時に、その公共施設を失った白人の共同体からさなる憎悪を生じさせる危険を冒したいかどうか決定しなければならぬ。<sup>126</sup>」（傍点は松原）

ここでは、すでに享受している人々の利益を取消すことによって形式的平等を達成することは、すべての人の状況をさらに悪化させることにな

125 Brake, *supra* note 49, at 516.

126 *Palmer et al. v. Thompson, Mayor of the City of Jackson, et al*, 403 U.S. 217, 235 (1971) (Douglas, J., dissenting) (quoting *Palmer v. Thompson*, 419 F.2d 1222, 1236 (5th Cir. 1969) (Wisdom, J., dissenting)). Mariella *supra* note 83, at 239.



り、そのことによって訴訟提起者が直面する問題が具体的かつ鮮明に示されている<sup>127</sup>。

さらに、別の根拠として「救済を受ける権利」を考えることもできる<sup>128</sup>。本稿では詳しく取り上げなかったが、Morales-Santana事件で原告は、ステレオタイプの永続による「非経済的な権利侵害」や、出生による市民権の取得を否定されたことも争っていた。レベリングダウンによれば後者の利益は回復できず、また、前者についてもレベリングダウンによって除去できるのか議論があり得る<sup>129</sup>。例えば、上記のPalmer判決のホワイト反対意見は、閉鎖されたプールは、黒人の劣等性に関する公式の見解を思い起こさせるものとしてあり続けると述べて、上記の非経済的侵害を除去できないことを示唆する<sup>130</sup>。

## おわりに

連邦最高裁は、ある制定法がある集団に利益を与え、別の集団をその利益から除外するときの救済方法としてはレベリングアップもレベリングダ

---

127 See, Mariella, *supra* note 13, at 239.

128 See, Thomas, *supra* note 77, at 201-208; Mariella *supra* note 13, at 240-241.

129 See, Brake, *supra* note 49, at 593-594; Deborah L. Brake, *Remedial Grief: Leveling Down in Sessions v. Morales-Santana, Part 2* HUMAN RIGHTS AT HOME BLOG (June 15, 2017) [[https://lawprofessors.typepad.com/human\\_rights/2017/06/remedial-grief-leveling-down-in-sessions-v-morales-santana-part-2.html](https://lawprofessors.typepad.com/human_rights/2017/06/remedial-grief-leveling-down-in-sessions-v-morales-santana-part-2.html)] (last visited Mar. 4, 2020). ブレイクは、レベリングダウンが許容される場合の1つとして、不平等による権利侵害は形式的平等の侵害であり、別異取扱いをやめることによって十分に除去することができる場合を挙げる (Brake *supra* note 49, at 592-594.)。

130 *Palmer*, 403 U.S. at 268.

ウンもでき、憲法はその選択について沈黙しているとする。そのうえで、救済選択について議会に丸投げすることなく、立法者の意図を基準に「当座の」救済として自ら判断を下す。この立法者の意図とは、憲法上の瑕疵を知らされていたことを仮定した当該制定法の制定時の立法者の意図であり、そのような意図を後知恵的に判断する（second-guess）のである。これが、Morales-Santana判決が示した連邦最高裁による不平等の救済判断の枠組みである。

Morales-Santana判決は、レベリングアップが原則であると述べたうえで、実際には、立法者の意図を基準にレベリングダウンの救済方法を採用した<sup>131</sup>。トーマス裁判官が、レベリングダウンの救済判断であればそもそも平等保護違反かどうかを判断する必要がないと述べたのに対して、法廷意見は、差別それ自体を取り除く必要性を強調してレベリングダウンの救済方法を採用したのであるが、この点に、Morales-Santana判決の意義を見出すことができよう。ギンズバーグ裁判官は、差別それ自体がステレオタイプを維持すると述べるとともに、女性を優遇する規定が歴史的に女性に不利益をもたらしてきたことを認識していたのである<sup>132</sup>。また、平等保護違反のみを宣言して議会に不平等の解消を委ねるという方法も考えられ

---

131 ある論者は、Morales-Santana判決はギンズバーグ裁判官がこれまで書いた判決の中で最悪のものの候補であるとする（Ian Samuel, *Morales-Santana and the "Mean Remedy"*, "PRAWFSBLAWG" (June 12, 2017), [<http://prawfsblawg.blogs.com/prawfsblawg/2017/06/12/index.html>] (last visited Mar. 4, 2020)）。

132 See, Thomas, *supra* note 77, at 190. 山口・前掲注11・106頁も参照。また、レベリングダウンは、多数派を形成して差別自体を解消するための妥協であったとするグリーンハウスの見解を説明するものとして、根本・前掲注11・16-17頁。なお、アメリカ型の付随的違憲審査制は古典的な「私権保障型」から「憲法保障型」にその性格を変貌させてきたとされるが（芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣、1981年）6頁）、本判決は、「憲法保障型」との合一化傾向が表れたものと捉えることができると思われる。

たところ、Morales-Santana判決は、判決の実効性を確保する困難や司法が救済の分野についても司法審査を保持するために、裁判所が自ら「当座の」救済方法を説示したのであるが、ここにも Morales-Santana判決の意義を認めることができる。そこでは、救済の場面における司法の役割が何かが問われているのである。

しかしながら、裁判所がレベリングダウンの判決をすることになると、不平等な状況において不利な立場にある者が、不平等を訴えれば他者の状況を悪化させる危険にさらされ、不平等を訴えなければ違法な差別を受け続けることになる、というジレンマを発生させることになるが、このようなジレンマは、不平等な状況に対して異議を述べないという社会的不正義を生み出しかねず、平等保護という憲法上の価値にとって深刻な問題となり得る<sup>133</sup>。そうであるとすれば、レベリングアップとレベリングダウンとの関係（原則—例外関係）をより明確にし、また、本稿で検討したようなレベリングダウンの制限原理をさらに精緻化していくことが今後の課題ということになるであろう。

さらにいうと、そもそもレベリングアップかレベリングダウンについて平等条項は本当に「沈黙」しているのか、という問題を提起することもあるが<sup>134</sup>、これは、平等保護の内容にもかかわる問題であり、今後の検討課題としたい。

---

133 See, Thomas, *supra* note 77, at 200-201.

134 See, Caminker, *supra* note 67, at 1198; Brake, *supra* note 49, at 524, 561-567; Thomas, *supra* note 77, at 197-201.