

連邦インディアン子ども福祉法は連邦議会の立法権限を逸脱しておらず、違憲ではないが、原告には合衆国憲法第5修正の平等保護を主張する当事者適格がないので、その点に関しては審理しないとされた事例

—米国連邦最高裁 2023年6月15日判決—

Haaland v. Brackeen, 599 U.S. 255 (2023)

岡原記念英米法研究会

学習院大学名誉教授 紙谷雅子 Masako Kamiya

I はじめに

通常、子どもの里子・養子手続において、州の裁判所は子どもの最善の利益を重視する州法を適用する。インディアン部族が管轄する居留地などに居住する場合には部族の統治組織がそれぞれの部族のルールを適用する。だが、子どもが連邦インディアン子ども福祉法 (ICWA)¹の規定する「インディアンの子ども」に該当するならば部族の管轄にない場所に居住するなど、通常であれば管轄権が及ばない場合にも、連邦の統治機構とインディアン部族との「特別な関係」に鑑みて、州の機関も裁判所もインディアンのアイデンティティと文化への考慮を優先させた連邦議会の判断を優先させる。

ICWAの制定趣旨によれば、過去100年以上、異常に高い割合のインディアンの子どもたちが、(州と、連邦インディアン局の積極的な関与の下で)強制的に家族と部族から引き離され、インディアン文化とは無関係な環境の中で養育されてきた。当時の議会証言によれば、このような子どもの連れ去りがインディアンの拡張家

族による養育(実の親以外であっても、より適切に養育する親族に子どもを委ねる)という慣習を無視し、子どもたちの精神状態に悪影響を及ぼしただけでなく、インディアンの世代間の絆の維持と部族の文化継承を困難にし、インディアン全体の衰退をもたらしたという。このような「連れ去り」の慣行は、1) インディアンの家族が子どもの養育に適切な状況にあるかどうかをインディアンの文化基準から判断しないで、核家族的価値観を優先したこと、2) インディアンの子どもに関する手続では、子どもとその養育者に対するデュー・プロセスを制度的に無視してきたこと、3) 実施機関に「連れ去り」を奨励する経済的な誘因が与えられただけでなく、インディアンの子どもたちを積極的に受け入れる宗教団体が存在したことなどが指摘された。すなわち、ICWAの立法目的は、州や連邦政府がそれまで率先して行なってきた不当な「連れ去り」を止め、先住民の文化と部族のアイデンティティを保護することであった。

ICWA制定後は、インディアンではない家庭において養育されていたインディアンの子どもが、裁判所の命令で、それまでほぼ接触したこ

¹ Indian Child Welfare Act of 1978 (ICWA), 95 Pub. L. No. 608, 92 Stat. 3069, 25 U.S.C. ch. 21, § 1901 et seq.

とがない実の親に委ねられたことから、ICWA § 1915を違憲と宣言したが、直ちに覆されたという州の下級裁判所の例²は過去にあったが、合衆国最高裁判所は一貫してICWAの合憲性を前提に判断してきた³。本件の特徴は、連邦の地方裁判所が正面からICWAを違憲と判断したこと、連邦控訴裁判所の全員合議法廷において、多数派となった裁判官たちが州権篡奪 anti-commandeering に関しては違憲と判断したこと、それでも合衆国最高裁判所は7対2でICWAは連邦議会の適切な権限行使であり、合憲と判断したことにある。もっとも、キャヴァナー裁判官が指摘するように、第5修正との関係は不問とされており、インディアンの子どもの限った「異なる取り扱い」の合憲性については判断していない。ICWAに関しては、今後、もう一波乱ありそうである。

II 事実の概要

原告は3つの州Texas, Louisiana, Indianaと3件の養子手続に関わる7人の個人Chad EverettとJennifer Kay Brackeen (Brackeen夫妻)、NickとHeather Libretti (Libretti夫妻)、Altagracia Socorro Hernandez (Ms. Hernandez)、JasonとDanielle Clifford (Clifford夫妻)。被告は合衆国、内務省と内務省長官(Ryan Zinke)など4の連邦機関とその機関の長であり、訴訟開始直後に4の部族が被告として訴訟に参加した。原告たちは、ICWA §§ 1901-1923と §§ 1951-1952が合衆国憲法第1篇と第10修正に、§ § 1915(a)-(b)とICWA遵守を前提とする社会保障法の児童福祉給付が人

種・民族差別を州に強制する仕組みで第5修正平等保護原則に、個人原告は同じく §§ 1915(a)-(b)が実体的デュー・プロセスに、州原告は § 1915(c)とその手続規則(最終規則)CFR⁴ § 23.130(b)が第1篇第1節第1項(以下「1-1-1」と略して表記する。)(立法権限委任禁止規定)に抵触すると、違憲無効宣言を求め、連邦地方裁判所テキサス北部地区裁判所に提訴した。

第1審は、重要な事実に関する争いはないと、直ちに法律問題についての判断に移り、全ての争点に関して原告適格を認め、1) インディアンという血筋・祖先を基準とする §§ 1915(a)-(b)の分類は人種に基づく分類であると厳格審査を用いて判断した上で合衆国憲法第5修正違反である、2) 連邦の定めた里子・養子の斡旋優先基準の変更権限をインディアン部族の統治機構に委ねる § 1915(c)は合衆国憲法第1篇の委任禁止の原則に抵触する、3) 里子・養子の斡旋優先基準 § 1915の実施を州の機関と州の裁判所に委ねるのは、州法上の訴訟原因に関し、連邦法を適用するよう州の裁判所と機関に命じることであり、§ § 1901-1923と § § 1951-1952は第10修正の禁止する州権篡奪に該当する、4) 違憲である連邦法を執行する最終規則は授与された権限を逸脱することになるので連邦行政手続法(APA)違反となる、5) 連邦議会には1-8-3のインディアン通商条項に基づいて § § 1901-1923と § § 1951-1952を制定する権限はないと、原告の主要な主張を認めた。が、部族の構成員であるという恣意的事実に基づき、親密な家族関係を破壊する § § 1910(a)-(b)は子どもの育成・養育・監護に関わる基本的な権利に介入し、第5修正デュー・プロセス条項に抵

2 のちに覆されたが、州中間上訴裁判所は § 1915を違憲と判断した。In re Santos Y., 90 Cal. App. 4th (2001).

3 E.g. Mississippi Band of Choctaw Indians v. Holyfield, 490 U.S. 30 (1989)においては、インディアン居留地に物理的にいたことのないインディアンの子どものドミサイル(本拠地)は両親ともに登録されたインディアン部族の居留地にあると判断し、Adoptive Couple v. Baby Girl, 570 U.S. 637 (2013)において、異議を申し立てた父親には親権が発生していないと § 1912(d)を限定的に解釈し、インディアンの子ども(Baby Girl)に対する監護権請求は、拡大家族からも、部族からも、他のインディアン家族からもなされておらず、養親の候補はAdoptive Coupleしかいなかったと、§ 1915(a)の適用されない場合であると判断した。いずれの判決もICWAの合憲性に疑問の余地はないという前提に立っている。

4 Indian Child Welfare Act Proceedings, a.k.a. the Final Rule, 25 C.F.R. part 23.

触するという主張に関しては、家族と里親や関係が確定していない養親との異同については事実審理を経ずに判断できないと、その主張を退けた⁵。

最初に上訴を受理した連邦控訴裁判所第5巡回区裁判所の3人合議法廷は、損害と反復の可能性、因果関係、裁判所の判決による救済の余地から事件争訟性を認めたが、1) インディアンという分類は政治共同体であると平等保護原則に関し、合理性の基準を適用し、2) インディアン部族に内在的主権がある、立法権の委任ではないと判断し、3) 対象規定は州だけでなく、私人にも適用されるので、州権の篡奪には該当せず、4) ICWAが違憲でないので、最終規則は違憲な法律の執行に該当しないと、いずれも合憲と述べた⁶が、里子斡旋に関する § 1912(d)、(e)や記録保管義務 § 1915(e)に着目した反対意見は、その部分に関し州権の篡奪があると指摘した⁷。

全員合議法廷での再審理で第5巡回区裁判所⁸は、州に積極的な努力を求める § 1912(d)、専門家証人を求める § 1912(e)、記録保管義務を課す § 1915(e)に関して州権篡奪があると判断した。また、8対8の同数意見となった § 1915(a)(3)、§ 1915(b)(iii)、§ 1912(a)、§ § 1915(a)-(d)、§ 1951(a)については第1審の判断は維持されたが、その判断自体には巡回区における先例としての価値はないと指摘した。ICWAに関する立法権限、家族法に関する連邦法の先占、インディアン部族の優先順位変更権、最終規則制定権限など、被告・被控訴人の主張の大部分は認められたことになる。

III 判決趣旨

バーレット裁判官の法廷意見に、ロバーツ首

席裁判官、ソトマイヨール裁判官、ケイガン裁判官、ゴーサッチ裁判官、キャヴァナー裁判官とジャックソン裁判官が同調した（以下の1から4までが法廷意見である）。ゴーサッチ裁判官とキャヴァナー裁判官はそれぞれ同意意見を執筆し、ゴーサッチ裁判官の同意意見には部分的にソトマイヨール裁判官とジャックソン裁判官が同調した。トーマス裁判官とアリトー裁判官はそれぞれ反対意見を執筆した。

1 合衆国最高裁判所は一連の判決において、インディアン部族に関する連邦議会の権限は「全権かつ排他的 (plenary and exclusive)」と描写しているが、「全権」といえども合衆国憲法に根拠が必要であり、インディアン通商条項(1-8-3)、条約締結権(2-2-2)、憲法の構造に内在し(建国当時であれば軍事及び外交政策に関する)、憲法制定前から全国的な統治機構に存在した権限、そして、合衆国とインディアン部族との間の責任と信頼から生じる道義的義務がその根拠である。インディアンに関する立法権限は確立しており、広範囲に及ぶが、その個別具体的な根拠や輪郭は明示されていない。

一般論として連邦議会には家族関係に関する管轄権限はないので、婚姻と子どもの監護に関する事柄は主として州の責任となっている。だが、連邦議会が第1篇の権限に従って立法した場合には、抵触する州法に先占する。インディアン通商条項は、統治機構としてのインディアン部族に関する立法権であり、先例から判断しても、連邦の立法のパターンから判断しても、インディアン通商条項は通商だけでなく、「インディアンに関する事柄 (Indian affairs)」も対象である。

2 州権篡奪 (anti-commandeering) の主張は3つである： 1) 強制的な (親の同意がない)

5 Brackeen v. Zinke, 338 F. Supp. 3d 514 (N.D. Tex. 2018).

6 Brackeen v. Bernhardt, 937 F. 3d 406 (5th Cir. 2019), reversed the judgment below. Dennis, J. majority opinion.

7 Id. at 442-445, Owen, J. minority opinion.

8 Brackeen v. Haaland, 994 F. 3d 249 (5th Cir. 2021) en banc, affirmed the panel judgment in part and reversed in part.

里子斡旋・養子斡旋を前提とする親権停止手続に適用される要件 § 1912 に関し、1-1) 申請者にインディアンの家族を維持する「積極的努力」を求め、1-2) 関係者（親、監護人、部族）に通知し、1-3) 子どもの深刻な被害については専門家証人による重い立証責任を課している。2) ICWA の規定する斡旋優先順位 § 1915 について、連邦議会には州の機関に連邦法の規定する優先順位を強制し、州の裁判所に連邦の基準を適用させる権限はない。3) 連邦議会は州の裁判所に対して、インディアンの子どもに関する監護手続記録を維持し、連邦政府に移送するよう、強制できない。

ところが、§ 1912 は、もっぱら州の機関を対象とするという立証はなく、私的な組織にも同等の基準が適用され、州の「主権の核心にあたる機能」の実行を命じているという立証もない。§ 1915 も州の主権行使だけを対象とするとはいえ、§ 1915 の優先順位適用を主張する部族や他の異議を申し立てた関係者には優先順位の高い家族の存在を示す責任があることから、これは州の機関に対する命令ではない。州の裁判所は審理する事件の訴訟原因が連邦法であるか、州法であるかにかかわらず、訴訟において州憲法や州法が連邦法に抵触する場合、合衆国憲法最高法規規定に従って有効な連邦法を適用しなければならないので、州の裁判所が連邦法を適用すること自体は州権篡奪には該当しない。§ 1951 のように、関連する連邦の機関に通知し、記録を保存することは ICWA に特有の規定ではなく、連邦法の最高法規性の担保する州裁判所の裁定行為に付随する機能である。いずれも第 10 修正とは矛盾しない。

3 原告＝上訴人が主張する 1) 里子・養子の斡旋優先順位規定に関する平等保護原則違反と、2) 部族による斡旋優先順位変更の権利と委任禁止原則違反に関する論点の前提になる第 3 篇の原告適格要件が満たされていない（すなわち、原告の事実上の被害から発生する損害は、

原告が違法と主張する被告の行為に遡ることが難しく、裁判所が提供する救済によって償われないので、個人にも、州にも、当事者適格がなく、上記の争点は判断しない。)

インディアンではない個人の原告は、里子・養子の斡旋優先順位規定において全てのインディアンの家族候補者に劣後するので、人種差別を受けており、第 3 篇の当事者適格要件を満たすというが、その損害は、原告が請求し、裁判所が提供し得る救済、すなわち、連邦機関に対する法律執行の差止命令と連邦法に関する違憲宣言では原告は直ちに救済されない。本件では、ICWA を適用する州の裁判所は訴訟の当事者ではなく、第 3 者は本件訴訟の判決に拘束されないからである。

原告としての州は、1) 自らの権利として平等保護の権利がない、2) 市民の代わりに *parens patriae* の立場から市民の権利を主張して連邦を訴えることはできないので斡旋に関する優先順位を自分に関する争点であると主張する権限はない。

4 結論として、連邦議会には ICWA を制定する憲法上の権限があるという原審判断を維持し、州権篡奪に関しては違憲という原審判断を覆し、平等保護と委任禁止の主張に関しては、原審判断を破棄し、差し戻した上で、裁判管轄権がないので訴えを退けるよう指示した。

5 ゴーサッチ裁判官は ICWA の制定背景を歴史的に記述し、その部分について、ソトマイヨール裁判官とジャックソン裁判官は同調し、ICWA が合憲であることを確認した。すなわち、インディアンに対する連邦の教育政策が第 2 言語を学ぶ通学制から 1870 年代には一般社会への同化を強制する寄宿制度に変化し、公的機関による子どもの「連れ去り」の行き過ぎが家族と部族の世代継承の崩壊をもたらしたと、不十分な寄宿制度が子どもたちに害悪をもたらしているという 1920 年代の報告書を受けて 1960 年代以降に連邦の政策転換でできた空白を州と

民間組織が非インディアン家族による養育を推進することで埋め、子どもたちの「連れ去り」による家族の崩壊は1970年代以降も続き、90%を超える血縁のないインディアンの子どもたちがインディアンではない夫婦の養子になったが、子どもたちの「連れ去り」と家族の離別、崩壊はインディアンの文化と社会に対する無知、デュー・プロセス無視がもたらしたものであって正当性が乏しいと、1977年には評価され、1978年のICWAが制定された。

ゴーサッチ裁判官は、連邦議会にはICWAを制定する合衆国憲法上の権限について、連邦政府とインディアン部族との交渉経緯、とくにインディアン部族の主権に関する理解の変遷、17世紀の自治的主権的政治共同体に対する（条約締結権限に基づく）主権の承認、1783年の連合規約に見られたインディアンに関する事柄に対する連邦以外の権限の排除、1787年合衆国憲法の権限継承とインディアン通商条項の規定、インディアン部族は条約締結の対象ではなくなったという1871年宣言、1885年の部族領地に対する連邦裁判管轄権の拡張と20世紀に入ってから「全権（plenary）」という（州権を排除する趣旨とも読み取れる）表現⁹が正当化した連邦によるインディアンに関する事柄への外縁のコントロールと内部自己決定の正当化についても記述した。ゴーサッチ裁判官によれば、連邦議会はインディアンの親に家族を望むままに養育する権利、インディアンの子どもたちがその文化の中で成長する権利、インディアンの共同体が歴史の黄昏に消えゆくのに抵抗する権利を保障する合法的な権限を行使した。これらは合衆国憲法の元々の設計に合致していると、原意主義の立場からも、ICWAを合憲と判断した（この部分については、ソトマイヨール裁判官も、ジャックソン裁判官も、同調していない。）。

6 キャヴァナー裁判官は、法廷意見が個別の里子・養子手続に適用される際に発生し得るICWAに関する平等保護の問題を審理、判断していないことを強調し、問題は決着していないと指摘した。

7 トーマス裁判官は、連邦の統治機構の権限は制限列举であることから、州に留保されている家族法のような事柄についての立法の憲法上の根拠を疑うべきであるという前提から、インディアンの子どもを他の市民と同じように取り扱わないことに疑問を提起し、ゴーサッチ裁判官と同じように建国期から憲法制定期にかけてのインディアン部族との交渉の歴史と憲法に基づく理解について記述するが、その後の「全権」に関する議論は憲法の原意を反映しないと切り捨てている。そして、結論として、連邦議会に関して憲法が列举する権限はICWA制定の根拠とはならないと、ゴーサッチ裁判官と正反対の結論に達している。

8 アリトー裁判官は、子どもに関する権限は州の中核的機能であり、連邦法が州の中核的機能に介入し、インディアン部族の利益と判断を子どもの最善の利益に関する判断に強制的に優先させるという連邦議会の判断を肯定し、インディアン部族とその文化や慣習を維持する手段として子どもたちの最善の利益を踏みにじることになる法廷意見に疑問を呈している。

IV コメント

1 冒頭に「子どもが連邦インディアン子ども福祉法（ICWA）¹⁰の規定する『インディアンの子ども』に該当するならば部族の管轄にない場所に居住するなど、通常であれば管轄権が及ばない場合にも、連邦の統治機構とインディアン部族との『特別な関係』に鑑みて、州の機関も裁判所もインディアンのアイデンティティ

⁹ See, e.g. *Winton v. Amos*, 255 U.S. 373, 381 (1921); *Lone Wolf v. Hitchcock*, 187 U.S. 553, 565 (1903).

¹⁰ Indian Child Welfare Act, *supra* note 1.

と文化への考慮を優先させた連邦議会の判断を優先させる」と記述したが、実は州の裁判所において、ICWAを、その文言通りに適用しないことを正当化する「既存のインディアン家族の例外」法理（Existing Indian Family Exception Rule）が1982年に州最高裁判所において展開されており、インディアンの子どもやその親たちが、そもそもインディアン部族との政治的、社会的、文化的関係を十分に維持していないならば、ICWAは適用されるべきではなく、ICWAはすでに存在するインディアン家族から、あるいは、インディアンの家庭と文化からの「連れ去り」にだけ、適用されると判断し、ある程度の支持を得た¹¹。もっとも、どのような家族が、あるいは、子どもの環境が例外に該当するかという判断が州によって異なるという問題もあり、「最小限の接触」分析を利用していると、説明されてきた。

これに対して、子どもの親がインディアン部族に登録される、血縁関係がはっきりしている場合にも例外に該当すると判断される事例があるので、インディアンたちを現代社会に適合させ、インディアンのアイデンティティを喪失させる新しい企てに他ならないと、インディアン法研究者とインディアン部族は非難し、法理を形成した州の裁判所は、1) ICWAの文言は明らかに例外を想定していないこと、2) 連邦議会が宣言するICWAの制定目的と整合しないだけでなく、裁判所が独自の基準を挿入するこ

とは法律の意図に照らして退けられるべきこと、3) 例外の法理は重要なインディアン部族の利益を損なうこと、4) 子どもの監護に関する決定の中にはインディアンの文化や社会の基準を考慮すべき状況があると連邦議会がICWAにおいて判断したこと、そして、インディアンらしさの判断について州の裁判所は適任とはいえ、ICWAの制定は、この件に関し、州の権限を制約すると説明し、2009年、この州の判例を変更した。もっとも、他の州において、この法理はICWAが違憲と判断されないために必要という指摘もあった¹²ことは言及に値するように思われる。

2013年、アリトー裁判官が執筆したBaby Girl判決¹³の法廷意見は、条文とは異なり、実親に監護実績が全くない点に着目して、親権停止に異議を申し立てる根拠はなく、また、Adoptive Couple以外に養親となることを求める、ICWA上、優先されるべき立場にあるという申立はないと判断して、ICWAの適用を否定している。どこにも「既存のインディアン家族の例外」法理を適用したとは述べていないが、子どもが実父と一度も一緒に暮らしたことがなく、実父が監護権を行使したことがない場合における親権停止手続はインディアン家族からの子ども連れ去りに該当しないという判断であり、最初に提唱した州の裁判所では否定されたにもかかわらず、2013年の合衆国最高裁判所の判決は条文の文言を極めて厳格に解釈して紛

11 Kansas州最高裁判所のIn re Adoption of Baby Boy L., 231 Kan, 199 (1982)が最初の例であり、その後、Kansas州最高裁判所はIn re A.J.S., 288 Kan. 429 (2009)で判例を変更したという。See Cheyanna L. Jaffke, Judicial Indifference: Why Does the “Existing Indian Family” Exception to the Indian Child Welfare Act Continue to Endure?, 38 W. St. U. L. Rev. 127, 128 (2011). この論文が一番丁寧に「既存のインディアン家族の例外」法理について説明していると思われる。

12 In re Alexandria Y., 45 Cal. App. 4th 1483 (1996).

13 Adoptive Couple v. Baby Girl, 570 U.S. 637 (2013).

この判決では、実父のICWAに基づく親権の主張が否定され、また、父方の祖父母や他のインディアン家族が監護権を求めたことはないと判断されたのであって、Adoptive CoupleがBaby Girlを養子にできることが確定したわけではなかった。そこで、Adoptive Couple側は、州の裁判所においてBaby Girlを養子にする手続を再開し、州の裁判所は、他に養子手続を申し立てた関係者はいないと判断して、7月17日、家庭裁判所に差し戻すことなく、直ちに養子手続を実行するよう、命じた。Adoptive Couple v. Baby Girl, 404 S.C. 483 (2013). 2013年7月31日、Adoptive Coupleは正式にBaby Girlを養子とすることができた。もっとも、ICWAを適用した州最高裁判所の判決（Adoptive Couple v. Baby Girl, 398 S.C. 625 (2012)）以降、Baby Girlが実父の配偶者とともに滞在していた別の州の裁判所はBaby Girlの監護権を実父から直ちに変更せず、2013年9月23日、この裁判所の緊急執行停止命令（Dustin Brown and The Cherokee Nation v. Delapp, 2013 OK 75 (2013)）の結果、ようやく、Baby GirlはAdoptive Coupleのもとで暮らすことになった。

争を解決した。

「既存のインディアン家族の例外」法理は、ICWAに対して、インディアンの子どもとその養育される家族と家庭環境と、その子どもとインディアン部族との潜在的関係の比重をどう考えるのか、インディアンの子ども自身の最善の利益をどのように理解するのか、最終的には、インディアン部族という集団とインディアンの子どもという個のアイデンティティ、あるいは、利益は衝突し得ない、だから部族としての介入が正当化できると言い切れるのかといった問題を提起する。

2 そこで、ICWAはインディアンというアイデンティティをどのように位置付けているのかを条文から見ると、それは「血縁」を通じて取得されると想定している。ICWAは「インディアンの子ども」を、未婚で18歳未満の(a)インディアン部族の構成員、あるいは、(b)インディアン部族の構成員としての資格があり、インディアン部族の構成員の実子 (biological child) と規定し (§ 1903(4))、その「親」については「インディアンの子ども」の実親 (biological parent(s))、あるいは、法的に「インディアンの子ども」を養子にした「インディアン」が該当すると規定しているが、未婚の父の場合、父性を承認 (acknowledge)、あるいは、立証 (establish) していないならば排除される (§ 1903(9)) ことから、ICWAは子どもが現実にインディアンの「血縁」であるという事実を

重視していると推測できる¹⁴。「血縁」だけが決め手であれば、「一滴の血」でその人の人種が決まるとされてきた分類方法と違いはない。が、2013年、合衆国最高裁判所は、ICWAの趣旨はインディアン家族を崩壊させる、根拠のないインディアンの子どもの「連れ去り」防止にあるので、親がインディアンの子どもに対して継続的に監護していたという状態 (continued custody of the child by the parent) (§ 1912(f)) が前提であるので、未婚であり、扶養の意思がないと判断されても不思議ではないが、実の父であることを立証したインディアンには、親として監護の実績がないと、未婚の父に子どもの監護を認めた州裁判所の判断を覆している¹⁵。この判決によれば、遠い祖先がインディアンであるというだけで、特定の子どもに非常な不利益を強いることは、インディアン部族の文化的なアイデンティティと遺産の維持を助けるためとはいえ、子どもの最善の利益に反するという¹⁶。

インディアンというカテゴリーは、それまでも、「血縁」だけに基づく分類方法ではない、故に、「人種」という疑わしい分類には該当しない、部族は自治を促進するための政治的な分類であり、部族自体が「政治的共同体」¹⁷として連邦の統治機構と特別な関係を形成してきたと説明する¹⁸。本当にそうであるならば、キャヴァナー裁判官の懸念する第5修正上の問題は発生しない。

14 実親がインディアンではなく、インディアン部族の構成員でもないことが判明している子どもを、インディアンが養親となり、家族を構成するようになったならば、インディアン部族として、その子どもを養親と同じように部族の構成員としての資格を認めるのかは、個別のインディアン部族の判断に委ねられているようであり、本当のところは分からないが、多くの部族は「血縁」の存在を重要視しているという。

15 *Adoptive Couple v. Baby Girl*, 570 U.S. 637 (2013). この場合、未婚の父を通じてBaby Girlは3/256だけCherokeeと認定されている (at 646, citing *Adoptive Couple v. Baby Girl*, 398 S. C. 625, 644 n. 19 (2012)).

16 See, *supra* note 15, 570 U.S. 655.

この判決でアリトー裁判官が法廷意見を構成できたのは、憲法判断に立ち入らなかったからかもしれない。See, Thomas J. concurring at 656-666. この法廷意見に同調したロバーツ首席裁判官が、本件 (*Haaland v. Brackeen*, 599 U.S. 255 (2023)) でも法廷意見に同調したことの説明は、難しい。

17 *Morton v. Mancari*, 417 U.S. 535 (1974)は、伝統的にはインディアン部族を政治共同体と理解してきたという (at 553, n. 24)。ただ、合衆国最高裁判所は、ハワイの先住民の投票権に関する *Rice v. Cayetano*, 528 U.S. 495 (2000)では祖先を人種の代用とした事例であるので、「その祖先や民族的特徴だけを理由に、特定できる集団」を対象とすることは人種によるカテゴリーと同じと指摘したことがある。

18 See, e.g. *Haaland v. Brackeen*, *supra* note 16, 599 U.S. at 333, Gorsuch j. concurring opinion.

3 歴史的にインディアン部族は合衆国から独立し、その内部組織に関して排他的権限を行使する主権主体であったことは、合衆国憲法においてインディアンと大統領が条約を締結する際の当事者(2-2)と想定していること¹⁹や、合衆国の人口を算定する際に「課税されないインディアン」を憲法自体が明示的に除外している条項(1-2-3)と第14修正の存在だけでなく、連邦政府には直轄地に対する権限(4-3-2)、宣戦布告権限(1-8-11)と支出権限(1-8-1)では不十分であるかのように、通商条項(1-8-3)の対象として他の主権国家と同等の通商相手としてインディアン部族をも列挙したこと²⁰、つまり、合衆国憲法は部族と州と連邦の権限の注意深く考慮された均衡状態を反映していたという認識²¹は、歴史的にみても、連邦統治機構のインディアン政策に関する重要な出発点である。

18世紀から19世紀初頭における連邦政府のインディアン政策は「インディアン懐柔」を重視していた²²。この方針が「インディアン部族は国内の従属的存在」に転換し始めたのが1830年代²³であり、連邦インディアン法は、インディアン部族に「限定された主権に固有の権限」があること、150以上の条約を締結した連邦政府にはインディアン部族との信頼関係に基づき、部族の福祉を促進する義務を実現するために使われるべき非常に広範にわたる排他的権限があること(連邦の統治機構の権限は、合衆

国憲法に「列挙」されている事項に「限定」されているにもかかわらず、「全権(plenary)」と表現されるようになった²⁴)、インディアン部族に対する連邦政府の権限、連邦法の最高法規条項第6篇とインディアン政策統一の必要性は、この分野における州と地方自治体の権限は限定される²⁵ことを前提にしている。

連邦政府の「全権」アプローチの擡頭とフロンティアの消滅と歩調を合わせるように、インディアンに対する、好意的に解釈すれば『同化』政策、より率直に描写すると『消滅』政策が推進されるようになった。その役割を担ったのが教育であり、最初は、宣教師と居留地側の基地に配属された軍人の配偶者の努力を通じて、インディアンの子どもたちはアメリカ社会で必要な英語、算数や科学知識などを取得したが、1870年頃になると、連邦政府は子どもたちをインディアン社会から隔絶した寄宿舎環境で教育することで、(部族が教育費用を負担しているにもかかわらず)インディアンらしさ、インディアンとしてのアイデンティティを同時に剥ぎ取ることを目指すようになり、強制的な子どもたちの「連れ去り」を伴う政策への抵抗は処罰の対象となった。この政策は1928年の報告書²⁶で厳しく批判されたにもかかわらず、1960年代、1970年代にインディアンの子どもたちの「連れ去り」は頂点に²⁷、すなわち、連邦政府が運営する寄宿学校は77校と1970年代に

19 See, *Holden v. Joy*, 84 U.S. (17 Wall.) 211 (1872).

20 *Haaland v. Brackeen*, supra note 16, 599 U.S. at 319-322, Gorsuch J., concurring.

21 Id. at 326, Gorsuch J., concurring.

22 ゴーサッチ裁判官は連邦議会で委託された権限を、インディアンではない人々が(部族の活動に対して)無秩序、あるいは、放縱に干渉する場合だけでなく、個別のインディアンに対しての介入であっても、それを抑止することが目的であったことを指摘する(id. at 311, 324-325)。成立したばかりの合衆国に対して敵対的なヨーロッパの国々に対抗するため、できるだけ多くのインディアン部族を味方にし、インディアンとの通商を維持するため、インディアン通商条項を通じて、インディアンに危害を与える人々に対する抑止策となる連邦法を制定したのであって、インディアン個人や部族の活動に対する規制という意図ではなかったという説明は、北アメリカ植民地における7年戦争、いわゆるフランスとインディアン連合との戦争(French and Indian War, 1754-1763)の記憶がある建国期の人々にとっての選択として合理的に思われる。

23 E.g. *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831).

24 E.g. *United States v. Kagama*, 118 U.S. 375 (1886).

25 E.g. *New Mexico v. Mescalero Apache Tribe*, 462 U.S. 324 (1983).

26 *The Problem of Indian Administration*, a.k.a. *The Meriam Report* (1928), issued by the Institute for Government Research, written by Lewis Meriam and funded by Rockefeller Foundation.

27 *Haaland v. Brackeen*, 599 U.S. at 303, Gorsuch concurring.

ピークに達し²⁸、1975年のインディアン教育改革法²⁹に至るまで、インディアン部族がその子どもたちの教育を決定する権限はなかった。1978年のICWAは正当性のない親権停止とインディアン共同体という生活環境からの「連れ去り」に対抗する予防措置として、子どもの親や監護権者と部族への通知を導入し、親権停止手続介入と停止決定後の無効申立、そして、子どもの実親にはさらに、親権放棄合意後、2年間の撤回を可能にした。インディアンの子どもを連れ去るのが、子どもを養子にしたいインディアンではないカップルであっても、里子や養子を斡旋する私的団体や州の児童福祉組織などであっても、そして、「連れ去り」関係を最終的に確定する州の裁判所であっても、この連邦議会の判断に拘束される。

合衆国憲法制定時だけでなく、その後の動向を参照するならば、合衆国憲法における連邦法の最高法規規定と連邦政府の「内政不干涉政策」を背景に、インディアン部族の自治対象とされる事項に対する州の介入は否定されてきたという法廷意見の結論は妥当ということになる。

4 ところで、最近の合衆国最高裁判所の当事者適格に関する判断には一貫性が乏しい。法律上の問題について判断するのに吝かではない

場合には当事者適格を容易に認め³⁰、判断を回避したい場合には、本件のように認めていない。

もっとも、本件に関しては、当事者適格を認める方に無理があると思われるので、不自然な判断というわけではない。すなわち、どの個別の原告に関しても、差止命令の名宛人は連邦の機関であり、親権停止手続を執り行う州の裁判官を被申立人としているわけではないので、ICWAの違憲を宣言する判決が親権停止手続とそれを前提とする養子手続を妨げる要素を直接排除することにはならない。しかも、合衆国最高裁判所への上訴の段階で主張されているのは、類似の事案においてICWAが適用され得る蓋然性である³¹。しかし、これまでの訴訟経過を見ると、合憲という立場を支持する部族であっても、個別の事案において「筋を通して？」その立場を固守するよりは交渉に応じているようなので、インディアンの子どもの親族や同じ部族ではなく、別な州に居住する異なる部族の構成員であっても、理想的なインディアン家族がそれまでは全く「縁もゆかりもないインディアンの子ども」を積極的に養育するという意思表示をして、子どもの監護権を奪い合い、第5修正との関係で§1915の合憲性が争われるという状況は、現実にはなかなか起こり得ないよ

28 連邦の資金で運営されているインディアンのための寄宿学校は4校、現在も存続しているが、インディアンの子どもたちが積極的に進学したい教育施設に生まれ変わっているという。

Sequoia Carrillo, Allison Herrera, Federal Indian boarding schools still exist, but what's inside may be surprising, NPR, June 6, 2023. <<https://www.npr.org/2023/06/06/1155723922/federal-indian-boarding-schools-still-exist>>

29 Indian Educational Reform Act or Indian Self-Determination and Education Assistance Act of 1975, Pub. L. 93-638, 88 Stat. 2203, 25 U.S.C. ch. 14, subch. II § 5301 et seq.

30 Kennedy v. Bremerton School District, 597 U.S. 507 (2022). 高校フットボールのコーチであったケネディさんは、試合の後のグラウンドで「祈り」、注意を受け、(1)個人的に「祈った」ことで解雇され、復職を求めると主張して提訴し、解雇不当を訴える活動を始めた。(2)学校区が公然とグラウンドの中央で「祈った」ことを注意したところコーチの仕事途中から放棄したので、1年契約を更新しなかった。学校区は解雇ではないと指摘している。ケネディさんはワシントン州からフロリダ州に移住し、学校区の復職提案にも応じなかった。(3)最高裁判所は、ケネディさんは解雇され、復職を求めているという前提で、当事者適格を認めたが、勝訴判決後に学校区が再度コーチ職の提案をしたところ、1試合だけコーチをして辞職し、ワシントン州を離れた。多くの論者は、最高裁判所がLemon v. Kurtzman, 403 U.S. 602 (1971)の法理を実質的に覆す手段として、実際の事実とは異なるにもかかわらず、原告の主張通りの事実関係を前提に、裁量上訴を認めたと考えている。

303 Creative LLC v. Elenis, 600 U.S. 570 (2023)において、ウェブ・デザイナーである原告は、まだ仕事を依頼されていないが、結婚式に関するサービスに参入する際、信念に反する同性間の婚姻を前提とするサービスは提供しないと告知することは州の差別禁止法に抵触すると、州法施行に先立って差止を求めたと主張し、最高裁判所は、原告の提供するサービスは芸術作品であり、その制作を強要することはできないと、判断した。原告は、実際には提訴に先行して原告の宗教的信念への言及なしに結婚式に関するサービスを提供しており、同性間の婚姻についてのサービス依頼があったという情報は虚偽であるという指摘にもかかわらず、最高裁判所が事実とは異なる状況を根拠に判断をしたのは勧告的意見に相当し、裁量上訴を不適切に受理したと処理すべきと、かなり批判されている。

31 Haaland v. Brackeen, 599 U.S. at 292-294, nn. 9 and 10.

うに思われる。

5 ところで、原告4州は、ICWAは州の児童福祉行政にとり不当な負担であり、違憲であると主張するが、その州域には連邦が承認するインディアン部族数の1%、インディアン・先住民の人口の4%未満しかいない。ICWAに関し、被告を支持する26州とコロンビア特別区には連邦政府が承認する部族数の94%、人口の69%があり、ICWAは児童福祉に関し、守るべき基準であり、州裁判所において問題は生じていないとの書面を裁判所に提出している³²。被害が発生し、救済が与えられるべき状況があるとき、数は問題ではないかもしれない。正義は数ではない。だが、州の機関の行動を規律し、州の裁判所の判断よりも、場合によってはインディアン部族の統治機構の決定を優先させることになるICWAを明らかに利害関係がある多くの州が支持することは、見逃してはならない観点のように思われる。インディアン部族に関わる紛争はインディアン部族の判断に委ねる、だから、ICWAには問題があるかもしれないが、連邦議会がインディアン部族の判断に委ねると決めたことは尊重した方がいいという判断が、インディアンではない人々の間にあるのかもしれない。

インディアン部族が「血縁を象徴する一滴の血の存在」を理由に構成員として登録可能だと判断したならば、生まれてから、部族の言語、

文化、慣習とは全く無縁の境遇にあったとしても、その部族の「インディアンの子ども」に該当することになるのか、それとも、ICWAはインディアンの家族を崩壊させる「連れ去り」だけを対象としていたと理解した上で「既存のインディアン家族の例外」法理にはそれなりの妥当性があると評価するのか、部族間の言語、文化、慣習などの相違を無視した「インディアン」という枠組み自体が当事者のアイデンティティのあり方を無視した、無神経なコロニアリズムの表徴であると同時に、子どもたちを人間としてではなく、「部族の資産 (tribal resources)」とみなし、部族内での家父長的支配の温存を図る、非人道的な発想なのか。そして、インディアン部族に構成員として登録可能だと判断された子どもにとって、インディアン以外の「血縁」や家族、養育環境がもたらすかもしれない多様な言語や文化、慣習を軽視することは、インディアンであることを軽視することと同じように、アイデンティティの破壊であり、重大な問題なのではないだろうか。

ちなみに、本件の構造的な理解を求めるハーヴァード・ロー・レビュー137号の巻頭論文Foreword: The Constitution of American Colonialism³³は、領土内の植民地を部分的な主権との言い訳のもとで看過してきた憲法学に一石を投じている。

32 Brackeen v. Haaland, 994 F. 3d 249, 270-271 (5th Cir. 2021).

33 Maggie Blackhawk, Foreword: The Constitution of American Colonialism, 137 HARV. L. REV. 1 (2023).