

Gender Equal Protection Jurisprudence in
Nationality Law : Case note on Sessions v.
Morales-Santana, 582 U.S. _ ; 137 S.Ct.1678
(2017)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2019-09-05 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 根本, 猛 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00026771

■ 論 説 ■

4 度目の正直、完結した男女平等

— 合衆国国籍法の性差別をめぐる —

根 本 猛

はじめに

今からは信じられないことだが、アメリカ法は半世紀前まで、男女の異なる役割を受け入れ、多くの性差別を容認してきた。「1970年代に至るまで、法における性区分を覆すために憲法に頼ることはドンキホーテ式の試みだった」⁽¹⁾

たとえば、陪審員は全員男性でも構わないとした1961年のホイット判決が注目に値する。女性は志願しないかぎり自動的に陪審義務が免除される州法の合憲性が争点だったが、最高裁判所は「女性はなお、家庭と家族生活の中心であるとみなされている」と述べて、これを支持した⁽²⁾。1961年といえば、平等を旗印に社会変革をリードしたウォーレンコートの絶頂期だが、性差別に対する違憲判断はなお10年を待たなければならなかった。

合衆国最高裁判所が性差別に取り組むようになって半世紀近く経過した。そのうち前半の四半世紀は、リード判決（1971年）を皮切りに、中間審査基準を採用したクレイグ判決（1976年）、1990年代のJEB判決（1994年）やVMI判決（1996年）における中間審査基準の強化へ発展していく⁽³⁾。そのメインストリームには、最高裁判所の性ステレオタイプに対する強い拒絶があった。

VMI判決後の約20年間には、ひとつのテーマを除いては、目ぼしい判決はみられない。唯一取り組んできたのは、国籍法の性差別だった。これについては後述するが、最高裁判所ははっきりした態度を示さなかった。

しかし初めての違憲判断であるリード判決（*Reed v. Reed*, 404 U.S. 71(1971)）からはほぼ半世紀後の2017年、最高裁判所は、反・性ステレオタイプという従前の判例の流れを完結させる画期的な判断を示した。本稿では、モラレスサンタナ判決を紹介し、その特徴を検討し、性差別判例における意味を検討してみたい。

(1) Ginsburg, *Sex Equality and the Constitution*, 52 *Tul. L. Rev.* 451(1978).

(2) Hoyt v. Florida, 368 U.S. 57(1961).

(3) 拙稿「市民権取得要件に関する性差別」法政研究 4 巻 4 号175頁、184頁 (2000年)。

一 モラレスサンタナ判決

事件の主演ルイス・レイモン・モラレスサンタナは、ドミニカ共和国で1962年に生まれた。彼の父は合衆国民で、生後、彼の母（ドミニカ共和国国民）と結婚して、彼が13歳のとき一家は合衆国（プエルトリコ）に引っ越した。以来40年以上合衆国に居住している。

モラレスサンタナの出生当時の国籍法は、未婚の母は、いつでも1年間の合衆国居住歴があれば、子も合衆国民になれると規定していた。他方、未婚の父が海外で生まれた子に国籍を渡すには、10年間の居住歴のうち5年間は父が14歳以降であることを求めている。

モラレスサンタナの父は、19歳の誕生日の少し前に合衆国を離れ、モラレスサンタナが誕生するまで帰国しなかったため、5年の居住要件を満たせずモラレスサンタナは国籍を否定された。モラレスサンタナが合衆国民の母の下に生まれていたら、彼は国籍を認められたのである。

1995年、モラレスサンタナは窃盗と殺人未遂で有罪判決を受け、これによって2000年には国外追放処分を受けた。これに対して、モラレスサンタナ（以下、被上訴人という）は自身が合衆国民であると主張して、国外追放処分の取り消しを求めた。

第2巡回区連邦控訴裁判所は、被上訴人の主張を全面的に認めて、当該規定を違憲と判断して彼に国籍を認め、国外追放処分を取り消した。

最高裁判所は、当該規定が違憲であるという点では原判決を維持したが（6-2の多数決）、未婚の母についての規定を結婚した夫婦や未婚の父についての規定に置き換えることはできないとして、被上訴人に国籍を認め国外追放処分を取り消した部分については原判決を破棄した（全員一致）⁽⁴⁾。ゴーサッチ裁判官は不関与。

1. ギンズバーグ裁判官の法廷意見（首席裁判官、ケネディー、ブライヤー、ソトマイヨール、ケーガン各裁判官同調）

判旨 本法の性差別は平等保護に反する。

しかし、未婚の母についての例外規定を原則にして、結婚した夫婦や未婚の父についての規定に置き換えることはできない。したがって、我々は連邦議会に、海外で生まれたすべての子に統一的に適用される居住要件を選択するように委ねる。当面、政府は、問題の法律が性差別にならないやり方で運用されるよう確保しなければならない。

I 事案の概要 (既述)

II 第三者の権利主張

1409条は、息子と娘を同等に扱っているので、モラレスサンタナは自分の性別によって差別を被っているわけではない。彼は、父親に対する性差別を主張している。

通常、訴訟当事者は、自分自身の権利だけを主張すべきで、第三者の権利に基づいて、法的救済を主張できない。しかし本件のように、第三者の権利を主張する訴訟当事者が権利の持ち主と密接な関係を有し、かつ第三者が自身の利益を守れないような障害があるときは、我々は例外を認めてきた。ホセ・モラレスが息子である被上訴人に国籍を渡す能力は、密接な関係の要件を満たす。また「障害」の要件も満たされる。ホセは本件が発生する前の1976年に亡くなっているから。

III 違憲審査基準

本件の規定は、男女に関する過度に広汎な一般化がわが国の法典がありふれていたところに遡る。1970年以降の判例が確認しているように、性別に基づき資格ある両親に利益を与えたり否定する法には、平等保護の保障の下で高次の審査が求められる。

父母に別個のルールを規定する1409条は、我々が過去に違憲と判断した区別と同じジャンルであり、過去の事件と同様、高次の審査が必要である。こうした法律を合憲とするには「非常に説得的な正当化理由」が必要である。

A 性区分の目的

性に基づく区別を合憲とするには、少なくとも、問題の区別が政府の重要な目的に役立ち、しかも区別という手段がその目的に実質的に関連するものであることを立証しなければならない。さらに、その目的は**現在のもの**でなければならない。というのは、新たな考察や社会的理解が、かつては気づかれずに見過ごされてきた許されない不平等を明らかにすることを、平等保護の解釈にあたって認識してきたからである。本件で、政府は「非常に説得的な正当化理由」を提示しなかった。

1

歴史をひもとくと1409条の背後にあるものが見える。国籍法が制定されたのは1940年だが、このころ、2つのかつてありふれたものだが現在では支持されない前提がわが国の国籍法に浸透し裁判・行政実務の土台となっていた。結婚においては夫が主人で妻は部下であり、未婚の母は子の自然でただ一人の保護者であるという前提である。

(前者については、20世紀初めまで、男性の合衆国市民は外国人妻に自動的に国籍を渡せるのに反対は不可だったり、海外で生まれた子が国籍を取得できるのは父だけを通じてだったことなどが紹介されている)

未婚の父母については、父が支配するという伝統は決して採用されなかった。代わりに母が、子の自然で唯一の保護者とみなされた。1940年法で、連邦議会は、結婚している父母についての父支配の前提は捨てたが、未婚の父母についての母がただ一人の保護者観念を法典化した。この観念に照らすと、1409条の性別による居住要件の違いは理解できる。

2

半世紀近くの間、当裁判所は、「男女の異なる才能、能力または選好についての過度の一般化」の依拠する法を疑いの目でみてきた。特に「法律の目的が、性別の役割と能力についての固定的な概念に依拠する、どちらかの性別のメンバーの排除や『保護』であるなら、その目的自体が正当ではない」

こうした理解に立って、当裁判所は、「未婚の母に比べて未婚の父は子の責任を引き受けるのにつねに相応しくない」という廃れた見解に基づく法律はいかなる重要な利益にも役立たないと判示してきた。本法も同様である。こうした過度に広汎な一般化は、たとえ多くの人々がそうであったとしても、束縛的な効果を持つ。女性の家庭内の役割に関するステレオタイプに基づいて利益を与えたり否定する法は、女性が家庭の主要な世話焼きであることを強いる差別の循環を生み出す。同時に、そうした法律は、子の養育責任を引き受ける男性に害を与える。当裁判所が、1971年以降展開してきた平等保護の判例に照らすと、親としての責任を引き受けた未婚の父母についての本法の男女別の居住要件は、驚くほど時代遅れである。

B 政府の反論 先例との関連

にもかかわらず、当裁判所がモラレスサンタナの平等保護の主張を退けるべきだとして、政府は3つの先例を引用しているが、いずれも本件の結論を左右しない。

フィアロ判決で、当裁判所は外国人の出入国に関する連邦議会の「例外的に広汎な権限」に依拠し、最小限の審査によって、合憲判断をした。しかし、本件は外国人の入国に関するものではなく、モラレスサンタナは合衆国市民であると主張しているのである。この種の主張の審査にあたっては、フィアロ判決の場合とは違って、当裁判所は、厳格な審査基準の適用を否定してこなかった。

ミラー判決とグエン判決で平等保護に違反するか争われたのは、外国で生まれた子に国籍を渡したい未婚の父に認知を求める規定だった。本件のモラレスサンタナは認知要件についての争いを蒸し返していないし、政府もモラレスサンタナの父がこの要

件を満たしていることは争っていない。

両判決における認知要件とは違い、本件の居住要件はもっぱら子の出生前に両親が合衆国に住んでいる期間にかかわる。子に国籍に関連する価値を植えつけるため国内に居住する期間が、女性はさほど長く必要ないなら、それは男性も同じことである。そして、グエン判決の認知要件とは異なり、1409条の年齢を限定した居住要件は、とても「最小限」とは呼べないものである。

C 政府の反論 重要な目的に役立つ

1409条は男女がどのようなものであるかについての伝統的な考え方に由来するにもかかわらず、政府は、本法は2つの重要な目的に役立つと主張している。しかし、いずれの主張も高次の審査に合格しない。

1

まず、1409条の性別の区分は、海外で生まれた子どもが出生時に国籍を取得することを正当化するほど合衆国との十分に強い関係を持つことを保証するためだという主張である。以前の事件ではしなかった新しい主張である。

政府の主張によれば、未婚の母は出生時、子の唯一の法的に認められた親であり、未婚の父は、第2の親として、そのシーンに後から入ってくる。外国人の母の「競合する国の影響」ゆえに、未婚の父にはより長期の合衆国との関係が正当化されると政府は主張している。

このデザインは、未婚のカップルの外国人の父は親の責任を果たさないという前提の上にある。こういう前提は、未婚の父は子に無関心であるという長く維持されてきた考え方と一致するものだが、もはや平等保護の審査に合格しない。

仮に連邦議会がその目的のために男女別の居住要件を要求したという主張を受け入れたとしても、性別による区分は目的にほとんど役立たない。このスキームでは、未婚の母は、子の出生以前に1年の居住があれば、この出生後すぐに外国人の父と結婚し、その後一切合衆国に戻らなくても、子に国籍を渡せる。それに対して未婚の父は、居住要件にわずか数日でも足りないと子に国籍を渡せない。たとえ、出生時に子を認知して合衆国内で子を育てたとしても。

2

連邦議会が本法で男女の区分を設けたのは、海外で合衆国市民の子が無国籍で生まれるリスクを軽減するためだと政府は主張している。政府によれば、このリスクは、未婚の母の子のほうが、未婚の父の子に比べて実質的に大きいという。しかし、無国籍の懸念が居住要件の差異の動機だったと信ずる理由はほとんどないし、未婚の母の

子の無国籍のリスクがより大きいという証明もない。

控訴裁判所が指摘したように、本法が制定された議会のヒアリングや報告には、ひとつの例外はあるが、海外で生まれる子の無国籍に関する言及はない。本法の男女の区分の理由は、子の苦境ではなく、未婚の子の自然な保護者という母の役割だった。「訴訟に対応するために後から」性差別の目的を仮定したり発明したりすることはできない。

また、無国籍のリスクという政府の主張は、根拠に欠ける。……

海外の法制を検討すると、未婚の母は国内で生まれた子に国籍を渡せない国が30ヶ国、同じく国外で生まれた子に国籍を渡せない国は45ヶ国ある。このように当時も現在も、子の無国籍のリスクは、合衆国市民の未婚の母についてより、未婚の父についてのほうが大きい。

2014年、国連難民高等弁務官は、無国籍をなくす10年間のプロジェクトに着手した。国籍法における父母いずれかに対する差別が無国籍の主因であるとの認識から、弁務官は、こうした性差別の除去をプロジェクトの鍵に据えた。これに鑑みれば、我々は、子に国籍を渡すことに関する未婚の父母の差異を違憲とする理由ならまだしも、その差異を支持する理由として、無国籍のリスクを認めることはできない。

要約すれば、政府は、本法の男女別の居住要件を正当化する「非常に説得的な」理由を示せなかった。こうした区分は、男女の市民の平等な尊厳と地位 (stature) の尊重を政府に求めている憲法に違反すると判断する。

(トーマス裁判官は、救済を認めない以上、法廷意見の平等保護に関する判断を不必要とみている。しかし、当裁判所が繰り返し強調してきたように、差別それ自体が、憲法が保障する平等な処遇と矛盾する時代遅れのステレオタイプの考え方を永続させることになる)

IV 救済方法

未婚の父についての長い居住要件が平等保護に違反することは明らかだが、当裁判所は、未婚の母についての1年という居住要件をモラレスサンタナの父にも拡張することによって、モラレスサンタナに救済を与えることはできない。

先例が示すように、差別があるとき、救済の選択肢は、法律全体を無効とするか排除された人たちにも適用を広げるか、2つある。平等取り扱いの権利が問題となっているときには、優遇されている人々に給付をやめることによって、排除されている人々に給付を広げることによって、適切な救済は実現できる。どちらを選ぶか、憲法は沈黙している。

その選択は、法律に示された立法者の意思による。

法律全体を無効にするのではなく拡張が普通であることを、我々は繰り返してき

た。連邦政府の給付にかかわる一連の判決で、当裁判所は、少数のグループには給付を認めない例外規定を違憲と判断して、そのグループへの給付の拡張を認めてきた。しかし、本件では、差別的な例外規定が少数のグループを優遇している。差別的な例外は違憲という先例のアプローチに従うと、長い居住要件という原則を、優遇されてきたグループにも適用することになる。

長めの居住要件のポリシーは、連邦議会がこの国での居住を重視していることの表れである。そして、拡張を認めると法律全体がばらばらになる可能性が大きい。というのは、未婚の父に1年の居住要件を拡張すると、結婚している父母に、未婚の父母より長い居住要件を求めることになり、あまりに不合理である。

連邦政府の給付にかかわる事件では給付の拡張が一般的だが、本件ではすべての要素が逆方向を示している。選択を求められれば、連邦議会は例外規定を廃止して、原則を維持するのではないかと考えられる。

V 結語

性差別は、控訴裁判所が判断したように、平等保護に違反する。しかし、我々は、連邦議会だったら採用した救済方法を採らなければならない。たしかに優遇を拡張するのが典型的な事件ではよくあるルールだったが、本件はそうした事件ではない。そのようにすると、連邦議会が未婚の母について認めた1年という居住要件の特別扱いを原則にすることになる。したがって、海外で生まれた子の大多数に適用される長い居住要件は維持されなければならない。連邦議会は、今後この問題を検討し、性別による利益や不利益がない統一的な規定を制定することが望まれる。当面、政府が示唆するように、未婚の母の子についても5年の居住要件が適用されるべきである。

2. トーマス裁判官の意見（アリート裁判官同調）

本日、当裁判所は、被上訴人の父が本法により被ったと主張する平等保護の損害を救済する権限がないと判断している。私はこの判断に賛成である。法廷意見が結論するように、先例によれば、未婚の父に1年の居住要件を拡張することは、平等保護違反に対する適切な救済手段とはいえない。それどころか、この種の訴訟で求められる国籍の付与という救済手段を、連邦議会が規定する根拠以外で、当裁判所が採りうるのかさえ疑問である。

救済手段に関する判断によって本件は解決する。いずれにせよ被上訴人は救済を得られない以上、本法が平等保護に反するか否かなどの判断は不必要である。したがって、控訴裁判所の判決を破棄するという結論にのみ賛成する。

(4) *Sessions v. Morales-Santana*, 582 U.S. __; 137 S.Ct.1678 (2017).

二 判決の評価

1. 法廷意見の要旨

かなり長い法廷意見なので、最初にその要点を確認しておこう。

モラレスサンタナに、父に対する性差別を理由とする違憲の主張を認め(Ⅱ)、以下、本法の性区分が合憲か検討する(Ⅲ)。

まず違憲審査基準は、これまでの判例で確立した高次の審査、すなわち、性に基づく区別を合憲とするには、少なくとも、問題の区別が政府の重要な目的に役立ち、しかも区別という手段がその目的に実質的に関連するものであることを立証しなければならない。さらに、その目的は現在のものでなければならない(A)。

そのうえで、本法の背後にあるのは、未婚の母は子の自然でただ一人の保護者であるという前提だが、「未婚の母に比べて未婚の父は子の責任を引き受けるのにつねに相応しくない」という廃れた見解に基づく法律はいかなる重要な利益にも役立たないとして、本法の男女別の居住要件は驚くほど時代遅れであると重大な疑念を呈している(A1・2)。

次に、モラレスサンタナの平等保護の主張を退けるべきだとして政府が引用する3つの先例は、いずれも本件の結論を左右しないと退ける(B)。

そして、政府が主張する2つの重要な目的はいずれも高次の審査に合格しないとす(C)。

第1の海外で生まれた子どもが出生時に国籍を取得することを正当化するほど合衆国との十分に強い関係を持つことを保証するためという主張は、この目的自体が未婚の父は子に無関心であるという長く維持されてきた性ステレオタイプに基づくものだと退ける(C1)。

第2の海外で合衆国市民の子が無国籍で生まれるリスクを軽減するためという主張も、連邦議会で検討された形跡がほとんどないことから真の目的とはいえないと退けたうえで、未婚の母についてより、むしろ未婚の父についてのほうが子の無国籍のリスクは大きいとだめ押ししている(C2)。

要約すれば、政府は、本法の男女別の居住要件を正当化する「非常に説得的な」理由を示せなかった。こうした区分は、男女の市民の平等な尊厳と地位(stature)の尊重を政府に求めている憲法に違反すると判断する。

最後は救済方法である(Ⅳ・Ⅴ)。最高裁判所は、連邦議会だったら採用した救済方法を採らなければならない。たしかに優遇を拡張するのが典型的な事件ではよくあるルールだったが、本件はそうした事件ではない。優遇を拡張すると、連邦議会が未婚の母について認めた1年という居住要件の特別扱いを原則にすることになる。したがって、海外で生まれた子の大多数に適用される長い居住要件は維持されなければな

らない。連邦議会は、今後この問題を検討し、性別による利益や不利益がない統一的な規定を制定することが望まれる。当面、政府が示唆するように、未婚の母の子についても5年の居住要件が適用されるべきである。

2. 本判決の評価

法廷意見の意義は次の3つと思われる⁽⁵⁾。

(一) 一貫した反・性ステレオタイプの姿勢

表面的な不利益が誰に及ぶかよりも、法制度のなかに性ステレオタイプが存置されることの害悪を重視するこれまでの判例の流れ⁽⁶⁾が本判決においても貫かれた意義は大きい。

法廷意見の性ステレオタイプに対する姿勢は、以下の2点において顕著である。

問題の国籍法の規定の背後にある性ステレオタイプのうち、特に未婚の母は子の自然でただ一人の保護者であるという前提を問題視して、たとえ多くの人々がそうであったとしても、女性の家庭内の役割に関するステレオタイプに基づく法は、女性が家庭の主要な世話焼きであることを強いる差別の循環を生み出すと同時に、子の養育責任を引き受ける男性に害を与えると断じている。

歴史をひもとくと1409条の背後にあるものが見える。国籍法が制定されたのは1940年だが、このころ、2つのかつてありふれたものだが現在では支持されない前提がわが国の国籍法に浸透し裁判・行政実務の土台となっていた。結婚においては夫が主人で妻は部下であり、未婚の母は子の自然でただ一人の保護者であるという前提である。

未婚の父母については、父が支配するという伝統は決して採用されなかった。代わりに母が、子の自然で唯一の保護者とみなされた。1940年法で、連邦議会は、結婚している父母についての父支配の前提は捨てたが、未婚の父母についての母がただ一人の保護者観念を法典化した。この観念に照らすと、1409条の性別による居住要件の違いは理解できる。

半世紀近くの間、当裁判所は、「男女の異なる才能、能力または選好についての過度の一般化」の依拠する法を疑いの目でみてきた。特に「法律の目的が、性別の役割と能力についての固定的な概念に依拠する、どちらかの性別のメンバーの排除や『保護』であるなら、その目的自体が正当ではない」

こうした理解に立って、当裁判所は「未婚の母に比べて未婚の父は子の責任を引き受けるのにつねに相応しくない」という廃れた見解に基づく法律はいかなる重要な利益にも役立つないと判示してきた。本法も同様である。こうした過度に広汎な一般化は、たとえ多くの人々がそうであったとしても、束縛的な効果を持つ。女性

の家庭内の役割に関するステレオタイプに基づいて利益を与えたり否定する法は、女性が家庭の主要な世話焼きであることを強いる差別の循環を生み出す。同時に、そうした法律は子の養育責任を引き受ける男性に害を与える。当裁判所が1971年以降展開してきた平等保護の判例に照らすと、親としての責任を引き受けた未婚の父母についての本法の男女別の居住要件は、驚くほど時代遅れである。

もうひとつは、未婚の父は子に無関心か?という点で、長く維持されてきた考え方であっても、性ステレオタイプに基づく男女の区別は許されないことを明確にしている。

政府の主張によれば、未婚の母は出生時、子の唯一の法的に認められた親であり、未婚の父は、第2の親として、そのシーンに後から入ってくる。外国人の母の「競合する国の影響」ゆえに、未婚の父にはより長期の合衆国との関係が正当化されると政府は主張している。

このデザインは、未婚のカップルの外国人の父は親の責任を果たさないという前提の上にある。こういう前提は、未婚の父は子に無関心であるという長く維持されてきた考え方と一致するものだが、もはや平等保護の審査に合格しない。

この判決で初めて最高裁判所は国籍の決定に関する連邦議会の性区分を違憲と判断した、またミラー判決とグエン判決の反対意見が多数意見になったと、その意義を強調する Collins は、以下のように論評している⁽⁷⁾。

最高裁判所は、平等保護法理の反ステレオタイプの論理が未婚の父母にも及ぶことを確認した。…… さらに最高裁判所は、政府の第1の理屈だった全能理論は適用されないとして、国籍に関する法に対する高次の司法審査の役割を明確に確立した。

(二) ほぼ唯一例外だった国籍法でも、他領域と同様の判断

国籍法の性差別に、これまで最高裁判所は及び腰だった。そのことは、最高裁判所が性差別事件に熱心に取り組むようになってからも変わらなかった。Condon は、全能理論 (plenary power doctrine) の影響で、平等保護違反の救済に慎重になったり審査を弱めたりすると批判している⁽⁸⁾。

まず、移民にあたって種々の優遇措置が受けられる合衆国市民や永住権者の両親や子について、非嫡出子と父の関係だけを除外していたことが争点となったフィアロ判決 (1977年) である。フィアロ判決は、性差別には中間審査基準が適用されることを宣言したクレイグ判決の翌年だが、6対3の多数決で、国籍法については全能理論によって、最小限の合理性があればよいという判断が示された⁽⁹⁾。

ミラー判決 (1998年) とグエン判決 (2001年) の争点は同一である。合衆国市民が子に国籍を渡せるかに関連して、未婚の母は合衆国に1年居住すればよいのに対し

て、未婚の父は、さらに諸々の要件が付加されていた。判決で争われたのは、子が18歳になるまでに、準正や認知などを求める1409条 (a) (4) の規定である。

ミラー判決は6対3の多数決で、違憲の主張を退けたが、多数派裁判官は3分され法廷意見は示されなかった⁽¹⁰⁾。結論を導いたスティーブズ意見は、中間審査基準を適用して合憲とするが、中間審査基準に合格しないゆえに違憲とする3裁判官の反対意見のほか、スティーブズ意見には同意できないとするオコナー裁判官の結果的同意意見（本件では原告に性差別を理由とする違憲主張適格は認められないゆえに合憲判断には同調）があった。すなわち適切な当事者から違憲の主張が提起されれば、違憲判断に行きつく可能性が予想された（他にそもそも裁判所には国籍付与権限なしとするスカリア裁判官の結果的同意意見（トーマス裁判官同調））。

グエン判決では、ミラー判決でオコナー結果的同意意見に同調したケネディー裁判官が、保守派4裁判官の賛成を得て、中間審査基準を適用したうえで合憲判断に至った（5対4の多数派）⁽¹¹⁾。①生物学的な親子関係が存在することの保証と、②子と市民である親、そして子と合衆国との関係につながる真の絆を発展させることは重要な目的であり、これらの立法目的を実現するために、未婚の父母を区別することは、実質的関連性を有するというのである。

これに対して、4裁判官を代表するオコナー反対意見は、当該規定に実質的関連性ありとする主張は、生物学的な差異ではなく、母親は父親に比べて子の世話をする関係を築く可能性が高いというステレオタイプそのものだと批判している。

フローレスビラー判決の争点は本件と全く同じである。控訴裁判所の合憲判決に、最高裁判所が裁量上訴を認めたので、違憲判断の期待が高まったが、2011年、最高裁判所は4対4の同点票決で原判決の結論だけが維持された（当然、理由づけは示されなかった）⁽¹²⁾。

いずれの判断も全能理論の直接・間接の影響があるのではないかと論評されている⁽¹³⁾。フィアロ判決は言うまでもない。全能理論に従うことを明言している。

ミラー判決の結論を導いたスティーブズ意見とグエン判決のケネディー法廷意見は中間審査基準を適用するとして、表向き全能理論と決別したようにみえる⁽¹⁴⁾。

だが2つの点で、全能理論は生き残っていたと評するべきだろう⁽¹⁵⁾。

第1に、適用された中間審査基準は「高次の審査の水割り版」だった。すなわち、グエン判決の法廷意見はたしかに高次の審査基準を適用した、しかしその適用が表面的であった。「強制的な母性と邪魔された父性」という刺激的なタイトルのコメントによれば「ある状況（未婚の父子関係）では正当な関係の承認を拒否し、他の状況（未婚の母子関係）ではそうした関係の存在を根拠もなく推定することによって、1409条は、真の親子関係の達成の確保という政府の目的を実質的に促進することができない」⁽¹⁶⁾

第2に、グエン判決の法廷意見は最後の部分で、そもそも問題の規定の合憲性にかかわらず、最高裁判所には国籍付与権限がないという政府側の主張に関連して、「本法は性差別に適用される審査基準を満たすので、この争点を検討する必要がない。先例にみられる、連邦議会の移民・帰化権限の行使に対する広い敬意（全能理論のこと、根本）の意味合いについても同様である。こうした議論は、規定が平等保護の審査基準に合格しないと判断されたならば、検討されなければならない」と述べている。すなわち、全能理論をどう考えるかは、将来その判断が必要なきまで保留という説明である。

Collins も、グエン判決の法廷意見を、親子関係についてもう死んだと思われていた男女の違いを理由として持ち出し、平等保護の判例法理に逆行するもので、フィアロ判決以上に、法律家が性差別を擁護する根拠になったと批判する⁽¹⁷⁾。

また Kay & West は、グエン判決は VMI 判決を判例変更したのか？、国籍法事件では、高次の審査基準に例外を設けたのか？と厳しい見方をしている⁽¹⁸⁾。

その点、本判決の法廷意見は、全能理論を否定するまではしなかったが、他の領域の性差別事件と同様の高次の審査を行って違憲の結論に到達した。「グエン判決の認知要件とは異なり、1409条の年齢を限定した居住要件は、とても「最小限」とは呼べない」と述べて、グエン判決を批判するのではなく区別したのは、グエン判決で法廷意見を執筆したケネディー裁判官への配慮だったのかもしれない。

名実ともに高次の審査をすることによって、少なくとも性差別の合憲性が問われているときには、全能理論の出る幕はないことを明確にした意義は大きい。Abrams は、（全能理論一辺倒ではなく）個人の権利と国境管理の政府の利益をバランスさせるのが1970年代以降の判例の流れだとしたうえで、この展開は2017年に結実した。通常の性差別事件に用いられる中間審査基準を適用して「驚くほど時代遅れの法」と違憲判断した、と評する⁽¹⁹⁾。

（三）救済方法では妥協か？ レベルダウンは平等保護事件では異例

国籍法の問題の規定を違憲とするのに、被上訴人に国籍を認めた原判決を破棄したことが議論を呼んでいる。この点を重視して、判決は「一步前進、二歩後退」というコメントまでであるのは驚きである⁽²⁰⁾。

Collins が言うように他の分野でも救済方法には慎重ということはあったし、司法審査には熱心だが論争を生む介入はその権限を弱めることを認識して救済方法は慎重というあたりが手堅い見方のようにも思える⁽²¹⁾。

最高裁判所ウォッチャーとして名高いグリーンハウスのコメントが参考になると思われる⁽²²⁾。

法廷意見の「連邦政府の給付にかかわる事件では給付の拡張が一般的だが、本件で

はすべての要素が逆方向を示している。選択を求められれば、連邦議会は例外規定を廃止して、原則を維持するのではないかと考えられる」という説明は、説得的ではないとする。しかし、ギンズバーグの第1の観客は自分（グリーンハウス）ではなく、同僚裁判官だとして、次のような推測を開陳している。

モラレスサンタナ事件は前年の11月9日の口頭弁論から判決まで7ヶ月以上かかった最も古い事件で、その間に大変な闘いや交渉があったことは明白。救済方法でのレベルダウンは、ギンズバーグが多数派を獲得するために払わざるを得なかった代償では？

(トーマス、アリート両裁判官は違憲判断に加わらなかったのに) 首席裁判官がギンズバーグ法廷意見に全面的に賛成したのは注目に値する。ロバーツにとって、違憲判断は自然なことではなかった(前回2011年のフローレスビラー判決では、ロバーツは合憲判断だったと推測される)。何がロバーツを動かしたか？ たぶん救済方法の判断が彼に安心感を与えたのではというのである。

法廷意見の結論が「一部原判決維持、一部原判決破棄」となっていることも話題になっているようだ。Baudeによれば、本件では「モラレスサンタナは合衆国民か」が唯一の争点だった(もちろん国籍法の規定が違憲か？と違憲だとして彼に国籍は認められるか？という2つの法的問題はある)。たしかに最高裁判所は原判決の違憲判断は維持したが、その結論(its judgement)には全く同意していないように見える。だとすれば、原判決を破棄するだけにすべきだったのでは？という⁽²³⁾。

Baudeはその理由をいくつか推測しているが、国籍法に対する違憲判断を、本件での実際の請求や救済とは切り離して維持されるべき別個の部分と最高裁判所は考えたという見方を最有力とみている—Baude自身は、連邦裁判所がすべきことではないとネガティブに評価するが。

グリーンハウスが言うように、法廷意見を執筆したギンズバーグにとっては、国籍法の性差別に明確な違憲判断をすることは被上訴人を救済することよりはるかに重要だったのだろう。その点では、法廷意見には一貫性が欠けるなど問題があるという批判は甘受するという姿勢ではないか。グリーンハウスは結論として、以下のように述べている。

ギンズバーグにとっては、政府のすべての部門が平等という目標を共有することが最も重要である。とすれば救済方法の判断は妥協だったとしても、議会に解決を委ねるという妥協は喜んでしたものだった。本件が示すように平等の代償は高い。しかしギンズバーグにとっては、なお残る男女のあるべき一般化に基づく法を叩き潰すためには、払うに値する代償だったことを疑わない。

- (5) 本判決のコンパクトな解説として、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」総合政策研究会誌1号35頁(2018年)が有用である。大江は「判決の意義は、移民法制について政治部門の幅広い裁量を認める絶対的権限の法理を緩和して高次の審査基準を適用し、「子どもの養育を行うのは母親である」という性的ステロタイプを退けて平等保護を徹底した点にある」としている。
また、山口真由の手堅い解説が参考になる。山口によれば、全能理論の下で違憲とされなかった分野での初めての違憲判決の意義は大きいという(2018〔アメリカ法〕101頁)。
- (6) 拙稿「性差別とライフスタイルの自由」法経論集75・76号224頁(1996年)に詳しい。
- (7) Collins, Equality, Sovereignty, and the Family in Morales-Santana, 131 Harv. L. Rev 170, 197-98 (2017).
- (8) Condon, Equal Protection Exceptionalism, 69 Rutgers U. L. Rev. 563, 569-70 (2017). Condonによれば、移民の権利をめぐる平等保護は例外だらけ、すなわち例をみない複雑さと相互矛盾があって、その結果、平等が損なわれることになっているとして、例外扱いを再考すべきときと主張する。
- (9) Fiallo v. Bell, 430 U.S. 787(1977).
- (10) Miller v. Albright, 523 U.S. 420(1998).
- (11) Nguyen v. INS, 533 U.S. 53(2001).
- (12) Flores-Villar v. U.S., 564 U.S. 210(2011). 拙稿「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406頁、390頁(2012年)。
- (13) Nowak & Rotundaによれば「最高裁判所は国籍法の事件では、実際には、連邦議会の判断を別個に審査する中間審査基準ではなく、非常に敬讓的な審査基準を適用したようにみえる」Nowak & Rotunda, Constitutional Law(7th ed) 904(2004). なお Condon, supra note 8も同旨。
- (14) Spiro, Explaining the End of Plenary Power, 16 Geo. Immigr.L.J. 339, 274-75 (2002)は、全能理論という簡単な理由づけがあったのに、性差別という面倒な理由づけに拠った、そして、通常の性差別の審査基準をなんら変更せずに適用したとして、全能理論からの撤退の可能性を示すと読む。Abramsも、結論は問題だが全能理論を適用せずに中間審査したと肯定的にとらえる。
- (15) 拙稿「アメリカ法における男女平等法理の現在—グエン判決を中心に—」法政研究7巻4号64頁、22頁(2003年)。
- (16) Chlopak, Comment Mandatory Motherhood and Frustrated Fatherhood: The Supreme Court's Preservation of Gender Discrimination in American Citizenship Law, 51 AM.U.L.REV.967, 970-71 (2002).
- (17) Collins, supra note 7, at 194-95.
- (18) Kay & West, Sex-Based Discrimination 121(2006).
- (19) Abrams, Family Reunification and the Security State, 32 Const. Commentary 247, 276(2017). 全能理論は死んでいない、軟化しただけというAbramsだが、結論として、保守的のみられるロバートコートでも、家族の権利は拡張され全能理論の影響は徐々に減少するのではと予想している。at 280.
- (20) Comment: One Step Forward and Two Steps Back: The Victory and Setback Issued by the Supreme Court of the United States in Morales-Santana, 33 Wis. J.L. Gender &

- Soc'y 178(2018). 法廷意見は、性ステレオタイプから未婚の父の居住要件は1年では不十分としているわけではないので、このコメントは法廷意見を曲解しているきらいがある。
- (21) Collins, *supra* note 7, at 176. Collins はまた、モラレスサンタナにとっては、実際に救済はないこともありうる空虚な勝利になるかもしれない、と論評している。Id at 171.
- (22) Greenhouse, Justice Ginsburg and the Price of Equality, <https://www.nytimes.com/2017/06/22/opinion/ruth-bader-ginsburg-supreme-court.html>
- (23) Baude, The judgment in 'Morales-Santana', https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2017/06/13/the-judgment-in-morales-santana-and-a-supreme-court-symposium/?utm_term=.31f52d2ed960

結びに代えて

グエン判決のオコナー反対意見の最後は次のような一節だった。

「何人も、法廷意見の分析を性区分に関する平等保護判例法の注意深い適用と誤解してはならない。それどころか本日の判決は、憲法違反か否かを判断するために我々が注意深く高次の審査を適用してきた一連の判例からの違背である。これらの判例の深さと生命力は、本日の誤りが逸脱であることを保証すると確信する」

反・性ステレオタイプを貫いた本判決はこれを実現したことになる。実に16年という長い年月を要し、その間にオコナーは最高裁判所を去った。

20年近くの間、国籍法の性差別をめぐって揺れ動いた最高裁判所だったが、この判決で明確な決着をみた意義は大きい。その生涯を、前半は訴訟代理人として、後半は裁判官として、性差別撤廃に捧げてきたギンズバーグの筆によるものだったことはまことに感慨深い。

最後に、関連する他の分野について、今後を展望して結びとしたい。

トランプ大統領が指名した2人目の裁判官、カバノーに上院は僅差だが同意して、最高裁判所の勢力図は、はっきり保守派優位になった。ただ、同性婚や人工妊娠中絶を支持する判例が次々に覆されるだろうという論調は大いに疑問である。アメリカ法はそんないい加減なものじゃないというのがアメリカ法研究者の共通理解だろう。

まず、同性婚や中絶を最高裁判所が違憲とするだろうという見方は完全な誤解だ⁽²⁴⁾。最高裁判所で争われてきたのは、両者をどうするかを決めるのは最高裁判所か州議会かということだった。だから、万一現在の判例が保守派の裁判官によって全面的に覆されたら、問題の解決は州議会に委ねられることになる。

カバノー裁判官の前任者・ケネディーが長く最高裁判所のキーパーソンだったので、こういう議論が出ているのだが、ではケネディーに代わるキーは誰か？ ロバーツ首席裁判官だと思う。

ロバーツがわが国でも有名になったのは、オバマケアが合衆国憲法に反するかが争われた事件で、強制徴収される健康保険料を税金だとみなせば合憲というウルトラCの理屈で、オバマ政権に助け舟を出した(2012年)⁽²⁵⁾。保守派ではあるが、最高裁判所の権威を守ることに腐心する首席裁判官と感じた。同性婚にせよ中絶にせよ確立された判例を覆すには相当の理屈や説明が必要である。私は、ロバーツがそれをするとは思えない。

特に中絶は憲法上の権利とするロー判決は46年前のものである。中絶が自由だったほぼ半世紀を最高裁判所が一片の判決でひっくり返すことはできないと思う一現に1991年のケイシー判決は先例拘束性の原理を抛りどころにロー判決の中核的判断を維持した⁽²⁶⁾。ちょうど、白人と黒人を別々の学校に通わせることが人種差別にあたるとしたブラウン判決(1954年)⁽²⁷⁾を変更することが不可能なように。

もちろん、カバノーの最高裁判所入りで、何も変わらないという意味ではない。現在の判例は、州の規制が女性の中絶の選択への「不当な負担」なら違憲、そこまですなければ合憲とする。州内の中絶クリニックが激減したことによって、中絶希望の女性が遠くまでドライブしなければならないことを「不当な負担」とみるか? 2016年の最高裁判所は yes と答えたが⁽²⁸⁾、現在の最高裁判所がどう判断するか、これは分からない。

(24) 町山智浩「トランプ政権の最高裁判事指名と同性婚・人工中絶禁止を語る」

<https://miyearnzlabo.com/archives/41954>

(25) National Federation of Independent Business v. Sebelius, 567 U.S.519 (2012). 樋口範雄の解説が『アメリカ法判例百選』34頁(2012年)。

(26) Planned Parenthood v. Casey, 505 US 833(1992). 高井裕之の解説が『アメリカ法判例百選』98頁(2012年)、また樋口範雄「妊娠中絶と合衆国憲法」『アメリカ憲法判例』269頁(1998年)が詳しい。なお、拙稿「人工妊娠中絶とアメリカ合衆国最高裁判所」法政研究2巻2号41頁(1997年)参照。

また、Roe v. Wade, 410 US 113(1973). 小竹聡の解説が『アメリカ法判例百選』96頁(2012年)。

(27) Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483(1954). 安部圭介の解説が『アメリカ法判例百選』80頁(2012年)。

(28) Whole Woman's Health v. Hellerstedt, 136 S.Ct. 2292(2016). 拙稿「人工妊娠中絶論争の現在—いわゆる TRAP 法をめぐる—」法政研究21巻3・4号202頁(2017年)。