

市民権取得要件に関する性差別

— Miller v. Albright, 118 S.Ct. 1428 (1998) —

根本 猛

一 はじめに

従来、移民や市民権に関しては、「考えられる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」と<sup>(1)</sup>とされてきた。一方、性差別に関連しては、男女平等に向けて、一九七〇年代初めから今日に至るまでの判例の展開はめざましいものがあるが、その流れのなかでも最高裁判所が消極的な態度をとったもののひとつが外国人の出入国や市民権に関する立法である。一九九八年、その状況に一石を投ずる判決が下された。最高裁判所の消極姿勢転換の萌芽になり得ると期待されているのが、このミラー判決で

市民権取得要件に関する性差別

ある。

本件で争点となったのは、合衆国市民の非嫡出子の市民権取得に関する差別である。すなわち、移民・国籍法 (INA) 第一四〇九条 (a) によれば、非嫡出子の市民権取得に関して、市民を父親とするときは一八歳になる前の認知が必要とされていた (市民を母親とするときには同様の要件はない)。周知のごとく、アメリカ合衆国は——わが国と違って——市民権について、原則として属地主義をとる (合衆国に出生し……その管轄権に服するすべての者は合衆国市民……である) 合衆国憲法第一四修正第一節) ので、この区別が実際上の差異を生ずるのは、合衆国市民が

国外で非嫡出子をもったときである。

連邦地裁は、裁判所には市民権付与権限がないとして、門前払いにした。これに対して、連邦控訴裁判所は、本案の審理に入ったが、後述のフィアロ判決に依拠して、連邦議会の判断に敬意を払い平等保護には違反しないと、やはり原告の請求を退けた。

最高裁判所は、六対三で、合憲判決を下したが、その理由づけは四分五裂した。裁判所の結論を導いたのは、上訴人（原告）に性差別を攻撃するスタンディングを認めただうえで、中間審査であっても合格するというステイブンズ裁判官の意見だったが、これには、レーンクイスト首席裁判官だけが同調している。オコナー裁判官（ケネディー裁判官同調）は、上訴人に性差別を攻撃するスタンディングを認めず、本件の差別は合理性の審査なら合格するという理由で、合憲の結論には同調するが、高次の審査なら不合格であると釘を刺している。スカリア裁判官（トーマス裁判官同調）は、裁判所には市民権を付与する権限がないという理由で合憲の結論にのみ同調している。一方、反対派は、スター、ギンズバーグ、ブライヤーの三裁判官で、途中までは、ステイブンズ意見と同じだが、本件の性差別は高次の審査に合格しないとして、違憲の結論に到達している。

各裁判官の争点ごとの判断を一覧表に示すと次のようになる。

	ステイ ヴンズ	オコナー	スカリア	ギンズ バーグ・ ブライヤー
裁判所に市民権付与権限あるか	○有	○有	×無	○有
父親に対する性差別を攻撃するスタンディングを上訴人(原告)に認めるか	○認	×認めず	—	○認
性差別は高次の審査に合格するか	○合格	×不合格	—	×不合格
結論	○合憲	○合憲	○合憲	×違憲

(1) *Fiallo v. Bell*, 430 U.S. 787, 792 (1977). この一節は多くの論稿を繰り返し引用されていゝ。E.g., Legomsky, "Ten More Years of Plenary Power: Immigration, Congress, and the Courts," 22 *Hastings Const. L.Q.* 925, 926 (1995). ただ、レゴムスキーは、移民問題に関する連邦議会への裁判所の特別の敬意の弱体化——明示的な判例変更によるのではなく徐々に時間をかけて——を予測する。移民問題に関する、いわゆる全能理論の妥当性については、稿を改めて論ずることとした。

## 二 判 旨

(1) スティーヴンズ裁判官の意見 (レーンクイスト首席裁判官 同調)

スティーヴンズ意見の要旨は、中間審査の適用が必要かとはともかく中間審査でも合格する、すなわち、本件の父母の取扱の差異は、独身の男女の生物学上の違いに基づくものであって、男女についての伝統的な思考方法によるものではないというものである。前提として、本件で検討するのはひとつの問題、すなわち、非

市民権取得要件に関する性差別

嫡出子の父母の区別が平等保護に違反するだけであり、フィアロ判決が本件の結論を決めるものかは判断しないとす。また、原告に性差別を攻撃するスタンディングを認め、原告への影響だけでなく父親に対する差別と主張されているもの自体を検討する。初めに、スティーヴンズ意見は、女性は人工妊娠中絶せずに出産しなければ子に市民権を与えられないのに対して、男性は一八歳までに認知さえすればよいのだから、負担はむしろ女性のほうが重くとして、男性に対する性差別という主張に懐疑的な態度を示す。

「市民となるかもしれない子とその市民である両親との生物学的な関係についての信頼できる証明を確保することが重要な政府の目的であることは疑いない。また、この点に関して、父親と母親とが異なった状況にあることも否定できない。生母との血縁関係はほとんど明白であり病院の記録と出生証明により典型的に確立される。その一方で、未婚の父との関係は、現在の公的記録においても明らかでなかったり記録されていないこともしばしばである。したがって、父親に適時に書面による認知を求めたり子に裁判所による父性の確定を求めたりすることは、母子の血縁関係を証明するのにすでに利用可能な書類に概ね匹敵するものである」

「にもかかわらず、上訴人は、信頼できるDNA鑑定の出現は父性の証明の問題を完全に解決し、同項(1)も明白で説得的な証拠による父性の証明を要求しているのだから、書面による認知や裁判所による確定といった形式的な行為を要求することは不合理であるという示唆を繰り返している。我々は、残念ながら同意できない。同項(1)は、市民である父親やその子にDNA鑑定を求めてはいない。さらに、一八歳になる前の宣誓に基づく認知の署名が、比較的高額で、通常父子双方への身体的損傷を伴い、外国ではしばしば利用できないDNA鑑定よりも重荷になるのか理解できない。近年の科学的発展にもかかわらず、父性を証明するために、虚偽を防ぐための明白で説得的な証拠という基準とともに、何らかの形式的な法的行為を求めることが今なお望ましいという連邦議会の結論は公正である。そして、期間の制限は、その形式的行為が信頼できる証拠に基づいており虚偽を防ぐことを確保するものである。もちろん、連邦議会はその判断を変更し形式的行為の要求ではなくDNA鑑定による証明を許容することは自由であるが、そうした変更は、現在、憲法が要求しているものではない」

さらに、第一四〇九条は、父性の確定以外の二つの重要な目的に役立つ。それは、子が未成年のうちに市民である両親と子との

健全な関係の発達を促す利益と外国で生まれた子と合衆国との絆を育てる利益である。「合衆国外で婚外子が生まれたとき、合衆国市民である母親は間違いなくその子の存在を知っており、監護も引き受けるのが通常である。そうした子は、このようにして、早い時期に、その市民である母親との絆を進展させる機会を持ち、母親が帰国すれば、合衆国内で成長することさえある。それに対して、妊娠から出産まで通常九ヶ月の間隔があるので、未婚の父は、子の存在を知らなかったり、子も父の存在を知らないこともある。第一四〇九条(a)(4)は、市民である父親か子に対して、少なくともどちらかが、その血縁関係を知っている——そのことによって個人的な関係を進展させる機会が確保される——ことは疑う余地がないことを示す比較的簡単に形式的なステップをとるように求めている」

同項(4)の要件はこうした利益に仕えるよううまく制定されている。証拠だけでなく何らかの形式的な行為を求めることは全く適切である。そうした形式的な行為は、何年も後に為されるかもしれない虚偽の主張の危険を減ずるものである。未成年のうちに行わなければならないという要件に関しては、連邦議会が、子の生育期に市民である両親及び合衆国との絆を育てるといふ強力な利

益をもっていることは明白である。

最後に、性ステレオタイプではないかという点に関しては、「制定法上の分類が寄り掛かっている前提をいずれも両性のメンバーについての伝統的な思考方法の偶然的な副産物と特徴づけることは公正ではない。独身の男女の生物学的な差異は、外国で生まれた子に市民権を与える彼らの能力を支配するルールを違つたものにする適切な根拠となる」

(2) オコナー裁判官の結果的同意意見（ケネディー裁判官同調）  
オコナー結果的同意意見の要旨は、長年、最高裁判所は第三者のスタンディングに不利な推定を適用してきたという理解のうえに、原告の父親こそ違憲の主張に最もふさわしい当事者であり、原告は不合理な差別の主張しかできないというものである。

「私は、その規定が高次の審査に耐えるというステイヴンズ裁判官の評価を共有するものではないが、彼が高次の審査に基づき支持されるとしてあげる理由により、合理性の審査には合格するものと考え、私の意見では、ステレオタイプに基づく性差別が高次の審査に合格することはあり得ないが、合理性の審査ならば、制定法は、経験的な証拠には支持されていない一般化された

分類に基づき擁護される」

(3) スカリア裁判官の結果的同意意見（トーマス裁判官同調）  
スカリア結果的同意意見は、裁判所には市民権付与権限がないとする。

「私は本件の結論には賛成するが、それはステイヴンズ裁判官が依拠したものよりも根本的な理由によってである。私の見解では、第一四〇九条（a）が『高次の審査』や当裁判所のメンバーが適用を選択するかもしれない他のどんな基準に合格するか否かは問題ではない。請求は、当裁判所に求められている救済を与え、権限がないという理由で却下されなければならない。

憲法は『市民権の源泉として二つのものを意図している。それは出生と帰化の二つだけである』。第一四修正に基づき、『合衆国に出生し、その管轄権に服するすべての者は直ちに合衆国市民となり帰化の必要はない』。合衆国の領土外で生まれた上诉人は、憲法に関する限りは外国人であり、『市民となるには、条約による——外国の領土の併合の場合——か連邦議会の権限によって帰化するしかない』。本件では、上訴の対象となっているのは『連邦議会の権限』、すなわち、憲法第一条第八節第四項に基づく『統

一的な帰化の規則を確立する」権限である。もし、上訴人に市民権を付与する連邦議会の立法がないなら、彼女は外国人のままである」

スカリア結果的同意意見は、上訴人は、連邦議会制定の INA では市民権がないことを認めたいのでその違憲性を主張していると、この結論を補強する理由を述べている。

(4) ギンズバーク裁判官の反対意見（スーター、ブライヤー各裁判官同調）

ギンズバーク反対意見の要旨は、政府が主張する立法目的に連邦議会は言及しなかったし、かりに政府のいう立法目的が動機だったとしても性ステレオタイプであり許されないというものである。順を追ってみよう。

「ブライヤー裁判官が説得的に示したように、子に市民権を与える親の能力の決定に関して、第一四〇九条が性別に基づく分類をしていることは違憲である。同条は、一般に、婚姻外で生まれた子に母親は責任を持つが未婚の父は通常そうではないという、家族についての一般化に基づいている。争点となっている法は、監護や扶養を関連する基準とすることもできたのである。しかし、

母親はこういうものであり父親はそうではないと扱うことで、政府の政策をステレオタイプや歴史的パターンに合わせ、それらを強調しているのである。

性別に基づく分類の特徴、すなわち、本法の根底にあるステレオタイプは、多くの人々、それどころか大部分の人々に当てはまるかもしれない。しかし、先例において、最高裁判所は、より正確で公平な機能し得る線が引れるとき、性別によって不必要に又は過度に広汎に分類する政府の行為を否定してきた。ロアリン・ミラーのスタンディングについては意見が分かれたが、最高裁判所の堅固な多数派は、このきわめて重要な理解を支持している。

オコナー裁判官の意見が明らかにしているように、性別に基づく区別は、高次の審査の引き金となるのであり、ステレオタイプに基づくいかなる性分類も高次の審査に合格することはあり得ない」

合衆国の国籍法を振り返ると、長い間、子への市民権の継承は父からしか認められず、このことは、女性は外国人との結婚によって合衆国の市民権を失うなど国籍法における多くの女性差別のひとつに過ぎなかった。一九三四年の法改正で母への差別を廃止し男女平等が実現した（婚外子も含むという解釈）が、わずか六年で、再び制度が改められ、婚外子について、父から子への市民権

の繼承に制約を加えられ、基本的にはそのまま現在に至っている。

この歴史に照らすと、性区分に関して、子との關係が母は緊密なものに対して父は疎遠なことが多いという政府の説明には懷疑にならざるを得ない。このことはステイヴンズ裁判官の説明に妥当する。「歴史の大部分において、連邦議会は、母子の關係について、高い関心や配慮を示してこなかった。……合衆国との永続的關係の確保のために連邦議会在主として依拠したのは居住要件であり、その子の合衆国市民である両親の性別ではなかった」

「仮に政府の現在の理由づけを額面どおり受け入れたとしても、女性（または男性）はこうであるという一般化（ステレオタイプ）に基づいていることは間違いない。こうした一般化が、ステイヴンズ裁判官の意見には満ちあふれており、その意見は、一貫して、典型的に、または通常、または多分、よく起こることに、関連づけ依拠している。

しかし、我々は、政府が機会への入り口をコントロールするとき、資格ある個人を、男女の役割と能力に関する固定的な觀念に基づき、排除してはならないことを繰り返して警告してきた。男女の異なる取り扱いを支持するのは非常に説得的な正当化理由だけ (only an exceedingly persuasive justification) である」

市民権取得要件に関する性差別

「婚姻外で海外で生まれた子の合衆国市民である母は、そうした子の合衆国市民である父よりも実際に子を育てることが多いという政府の見解にだれでも抗弁できる。ブライヤー裁判官が明確にしたように、この見解は、子の養育の責任を引き受けたり避けたりする合衆国市民の男女の区別を正当化しない。合衆国との緊密な絆を確保するという主張されている目的が性別に言及することなく達成されるとき、性別による区別に依拠することはできない。本件が控訴裁判所にあるとき、同様の主張にウォルド裁判官が論評したように、

連邦議会は、初期の生育期に市民である両親と少なくとも最小限の接触をもった子にのみ市民権が与えられるよう確保することによって家族の親密な絆を促進することは自由である。しかし、この推測上の利益が、子が一八歳になるまでに、親であることを公式に認め財政的援助の提供に同意することを、父にのみ求める根拠となることは絶対はない」

(5) ブライヤー裁判官の反対意見（スター、ギンズバーグ各裁判官同調）

ブライヤー反対意見は、原告に性差別を攻撃するスタンディン

グを認めるかなどの前提問題についてはステイヴンズ裁判官の見解に賛成であるとして、それを認めず審査基準は合理性の審査であるとするオコナー結果的同意意見に反対する。一方、本件の性差別と高次の審査については、ステレオタイプに基づく性分類が高次の審査に合格することはあり得ないというオコナー結果的同意意見に同調している。

まず、審査基準について、本件はアメリカ人の市民権とその親から子への継承、言い換えれば、出生による市民権取得に関するものであり、フィアロ判決などとは区別され、外国人の移民や帰化に関して最高裁判所が適用してきた緩やかな審査は妥当しないとする。

「緩和されていない平等保護基準を適用すれば、争点となっている二つの規定は違憲と判断せざるを得ない」

先例を引用して、性差別には強い違憲性の推定が働くこと、性差別は非常に説得的な正当化理由という重い立証責任が果たされたときのみ許されること、政府の重要な目的を増進し差別的手段がその目的達成に実質的に関連していなければならぬこと、正当化理由は真のものであり仮定的なものであったり後知恵であってはならないこと、男女の異なる能力や選択に関する過度に広汎

な一般化に基づいてはならないこと、そして、女性差別ではなく男性差別であることは重要でないことを確認している。

「本件の制定法の区別は、これらの基準に違反している。その合憲性を、母親というものは父親に比べて子の世話をしたり子との思いやりのある関係を発展させることが有意なほどに多いという一般化に基づいている」。両親が実際に子の養育を引き受けるにせよ引き受けずにせよ、いずれの場合も父親にのみ負担を課すことは何の目的にも役立たない。未婚の母は子を放ったらかしにして帰国してもその子は市民権が取得できるのに対して、未婚の父は子と帰国して養育しても、市民権取得には二つの要件を満たすことが必要である。「この例は、ひとたび、父親ではなく母親が養育者として行動するという一般化を放棄するなら、本件の制定法の性別に基づく区分がいかに恣意的かを示唆している」

より具体的には、父子の生物学的関係についての信頼し得る証明の確保と親子や子と合衆国との関係や絆の助長という二つの利益について、制定法の要件と個々の目的との関連性が全く欠けているとする。

第一の利益については、特に、一八歳以前という期限に関して虚偽の主張の防止という点について、確実に父性を証明できる安



価なDNA鑑定が発達に照らして、不必要であると断ずる。

第二の利益についても、ステイヴンズ裁判官によれば、父親が子の出生を知ること確保することによってかなえられるというが、出生を知ることと関係や絆を築くこととの関連性は希薄であると退ける。

そして、連邦議会が本当にステイヴンズ裁判官のいう目的の達成に関心をもっていただけとしても、父母の区別ではなく、単に子の出生を知っていたかや養育者か否かの区別によることもできた。「そうするのではなく、性別に基づく区分に依拠している制定法が合理的なのは、たとえば性別と養育の引き受けを同視する、性別に基づく一般化の正当性を受け入れたときだけである。この種の一般化を、当裁判所は過去に憲法上許容されないと認定してきた」

同様に、一八歳以前に子への財政的援助の提供に同意することを父親のみ要求する規定も違憲であるとする。「私は、この規定が目的のひとつとして父子の絆を確保することを助けるという政府の主張に同意する。しかし、なぜ、同じ必要性が母親に関しては存在しないのか分からない。つまり、アメリカ人の両親が養育を引き受けない場合、そうした保証の必要性は両性について同

市民権取得要件に関する性差別

じであるし、アメリカ人の両親が養育を引き受ける場合、性別にかかわらず、そうした保証の必要性はないように思われる。養育者は男性であることも女性であることもあるし、それは『パンの稼ぎ手』にも同様だから、この性別区分が正当化されるのは、女性が多くが子の養育を引き受け、男性は多くが『パンの稼ぎ手』であるという理由に基づく場合だけである。しかし再び、この種の一般化を、我々は、他の事件において、性別に基づく区分を正当化するものとして否定してきた」

「こうした理由により、私は、この制定法が引いた性別に基づく区分について『非常に説得的な』(exceedingly persuasive) 正当化理由を見いだすことができない」

最後に、仮に争点となっている規定が違憲だとしても裁判所には市民権付与権限がないとするスカリア結果的同意意見に対しては、父親にのみ課された二つの付加的な要件を削除すれば足りる——(裁判所が与えるのではなく)原則規定に従って原告に市民権が与えられる——と反論している。

## 三 解 説

## (1) 性差別に関する判例の展開とその射程

この四半世紀あまりの性差別に関する判例の展開は、原則としての発展といくつかの例外領域の存在と整理することができる。(2) すなわち、一九七一年のリード判決<sup>(3)</sup>における初めての違憲判断を皮切りに、一九七三年のフロンティエロ判決<sup>(4)</sup>における厳格審査基準採用を主張する相対多数意見——結局多数派が採用するところとはならなかったが——、一九七六年のクレイグ判決<sup>(5)</sup>における中間審査基準の採用、そして、一九九〇年代に入つてのJEB判決<sup>(6)</sup>、VMI判決<sup>(7)</sup>における中間審査基準の「強化」<sup>(8)</sup>と、性別は、平等保護に関して、人種と比肩し得る重要な争点となった。一方、原則としての発展のなかでみられた反・性ステレオタイプの姿勢が貫徹されなかった領域も存在する。個別にみることにしよう。

まず、軍事問題であり、その代表が、男性のみの徴兵登録制が争点となつた一九八一年のゴールドバーグ判決<sup>(9)</sup>である。当時の女性の戦闘任務参加に関する法的禁止があつたとしても非戦闘任務には女性の徴兵が可能であつたにもかかわらず、実際の徴兵がわずかなので女性も徴兵登録に含めることから発生する行政上の負

担に引き合わない、女性の非戦闘員が必要だとしても志願兵によつて満たされる、さらに、緊急時には、戦闘任務にも転用できる人員を非戦闘任務に充てておくほうが軍事上の柔軟性 (military flexibility) に役立つなどとして、連邦議会は、男女双方の原案を修正して男性のみの徴兵登録制とした。この判断について、最高裁判所は憲法上許容されるとして合憲の結論を下した。軍隊内の人事管理に関する性差別の合憲性を支持した一九七五年のパラード判決<sup>(10)</sup>もこの文脈に位置づけられよう。もうひとつは、妊娠差別をどう評価するかである。一九七〇年代の妊娠差別が性別にあたり違憲であるという主張に対して、最高裁判所は、違憲か合憲か以前の問題として、妊娠差別自体を性差別とはみなかつた。そして、男女別学である<sup>(12)</sup>。一九七七年のボルクハイマー判決<sup>(13)</sup>は四対四の同点で判断を示せなかつたし、一九八二年のホーガン判決<sup>(14)</sup>も理由づけには平等主義への志向が顕著であるものの冒頭の脚注で男女別学一般については判断を差し控えると争点を限定している<sup>(15)</sup>。なお、例外領域ではないが、アフアーマティブ・アクションについては容認する傾向が強い<sup>(16)</sup>。

しかし、こうした領域でも、その後、最高裁判所の姿勢の変化がやや見られる。男女別学については、VMI判決が、別学自体

が本質的に不平等という立場はとらなかったが、「分離すれども平等に」(separate but equal)のうちの「平等に」について非常に高いハードルを課すことによって、男女別学を「機能的には死亡」(functionally dead)<sup>(17)</sup>に追いやった。VMI判決は、また、軍事問題に関する最高裁判所の消極姿勢の転換点となり得る——具体的にはゴールドバーグ判決などの見直しが必要となるという主張もみられる<sup>(18)</sup>。そして、妊娠差別を憲法上性差別とはみない最高裁判所の消極姿勢は基本的にそのままだったが、一九七八年、公民権法第七編を改正するための妊娠差別禁止法 (Pregnancy Discrimination Act) を制定することによって、連邦議会が立法的に解決した。

最後に、本件にも関係する、外国人の出入国や移民の問題であった。

## (2) フィアロ判決<sup>(19)</sup>

移民・国籍法の別な規定によれば、合衆国市民または合法的永住権者の「両親」及び「子」は、移民に関して、種々の優遇措置を受けられた。ところが、「両親」及び「子」の定義にあたって、嫡出子、継子、養子などと両親との関係、さらに、非嫡出子と母

市民権取得要件に関する性差別

との関係を含んでいたが、非嫡出子と父との関係は除外していた。つまり、市民（及び合法的永住権者、以下同じ）である母の非嫡出子及び市民である非嫡出子の母は優遇措置を受けられるのに対して、市民である父の非嫡出子及び市民である非嫡出子の父はこれを受けられないのである。この規定の合憲性が問われたのが本件である。

連邦政府勝訴の連邦地裁判決に対する飛躍上訴を受けた最高裁判所は、六対三の多数決で原判決を維持しこの規定の合憲性を支持した。

パウエル裁判官の法廷意見の要旨は、性差別の争点に立ち入ることなく、移民問題に関する政治部門の広汎な裁量権に依拠し、最高裁判所は、自らの政治的判断を連邦議会のそれに代位させる司法権限をもたないとする。

「最初に、移民問題に対する司法審査の範囲は限定されたものであることを強調しておくことが重要である。当裁判所は、『考えられる得るあらゆる問題よりも、外国人の入国に関する場合、連邦議会の立法権が完全なものである』ことを繰り返し強調してきた」

マッシュナル裁判官の反対意見（ブレナン裁判官同調）は、次に

引用する、冒頭の一節に要約できる。

「本日まで、私は、連邦議会が、利益を、ある市民に与え他に与えない場合、その決定が、第五修正の適正手続及び平等保護の原則に適合するよう確保することが我々の義務であると考へてきた。しかし、本日、法廷意見は、市民間の差別が、どんなに不快で不合理なものであれ、移民法の文脈で起きている場合は、黙認されなければならないと判示したように思われる。単に、移民・国籍法が関係しているという理由で、連邦議会は、最高に嫌われた基準に従って、基本的権利を市民に否定するラ イセンスを持つことに同意できないので反対する」

ホワイト裁判官も法廷意見に反対し、マーシャル反対意見に實質的に賛成である旨表明している。

性差別ととらえるにせよ非嫡出子に対する差別ととらえるにせよ、この事件は、他の領域においてなら、違憲の結論が不可避だっただろう。<sup>(20)</sup> そうならなかった理由は、外国人の入国にかかわる事案であったことに尽きる。こうした理由づけは、外国人の移民が、国の安全保障に対する脅威を提示した時代にあつては、有効なものであつたかもしれないが、本件や現在については、遠い話のように思われる。上訴人もこの理由をあげて、先例と区別しようとして

したが、法廷意見は、これをきっぱりと拒絶した。

「我々は、司法審査の範囲が、争点となつている政策の選択の性質の関数であること示すなものも先例のなかに見いだせない」しかし、その理由は具体的に説明されていないのであつて、結局、この差別によって達せられる利益は「行政上の便宜」(administrative convenience)——過去において、性差別を正当化するものではないと拒絶された——だけではないのかという指摘<sup>(21)</sup>がなされている。

### (3) 本判決の評価

なにより注目されるのは、最高裁判所の多数派が違憲の主張をファイアロ判決のように門前払いにするのではなく中間審査基準に乗せたことである。最高裁判所はファイアロ判決には触れずに、移民・市民権問題に関する連邦議会権限の例外として説明しようとするが、はたしてうまくいっているかどうか。<sup>(22)</sup> ともかく、これまでの経緯に照らせば大きな変化である。これが、「ミラー対オルブライト判決は、移民・市民権の領域への伝統的な憲法規範の重要な拡張、裏返せば、連邦議会の全能の権限への制約を予兆する」<sup>(23)</sup>ものなのか、問題が性差別にかかわるものだったからなのかは、

今後の判例の展開を待ちたい。

次に重要なのは、五人の裁判官が性差別の違憲審査基準に不合格としたことであろう。つまり、適切な訴訟当事者により提起された性差別事件とすれば五対四の違憲判決だったことになる。本件の性差別がVMI判決などで示された違憲審査基準に合格しないという結論は論理的には必然と思われるが、論争的なテーマにかかわると原則的な姿勢がぐらつくことも皆無ではなかっただけに——現に、ステイブンズ裁判官とレーンクイスト首席裁判官は合格とする——特筆に値する。また、オコナー結果的同意意見が、その結論には不必要な傍論をわざわざ付したことの意味——ステイブンズ意見のような表面的な理由づけと分析で性差別が許容されてはならないこと——は小さくない。

反面、問題点としては、裁判所の結論を導いたステイヴンズ裁判官の、本件の性差別は中間審査基準に合格するという見解である。そこで述べられている理由は従来の中間審査基準からしても疑問が多いが、VMI判決などで格段に強化された新しいバージョンで審査するなら、合憲の結論はまさに眉唾ものである。ステイヴンズ意見は、「一貫して、典型的に、または通常、または多分、よく起こることに、関連づけ依拠している。しかし、我々

#### 市民権取得要件に関する性差別

「最高裁判所」は、政府が機会への入り口をコントロールするとき、資格ある個人を、男女の役割と能力に関する固定的な観念に基づき、排除してはならないことを繰り返し警告してきた。男女の異なる取り扱いを支持するのは非常に説得的な正当化理由だけである」(ギンズバーグ反対意見)。

特に、VMI判決については、「上訴人らは、我々が……軍事訓練を行う資格の代替物として性別を用いることができるという前提に寄り掛かっている制定法上の分類を非難してきたと指摘している」とするだけで、真の立法目的や立法目的と手段との高い関連性の要件などには言及しない。逆に、「それらの事件が関係していた男女平等の原則は、本件では二つの理由により間接的にしかかわらない」として、原告の市民権が認められないのは、原告の親の性別だけでなくいくつかの平行的な要素によっており(原告の母が仮に市民だったとしても彼女は帰国したことがないのだから原告は市民権を取得できない)、子の市民権の存否は両親の性別だけによっているわけではない(親子の法的関係を創出する出来事による——母なら出産、父なら出産後の行動)と説明する。しかし、こうした理由づけは、現在においては厳しい批判の対象となっている一九八一年の二判決<sup>24</sup>が拠った「同様の状況」

の分析——男女が同様の状況にないときは性差別も合理性の基準に合格すれば許容される——を想起させる<sup>(25)</sup>。

- (2) 詳しくは、君塚正臣「性差別司法審査基準論」（一九九六年）、拙稿「性差別とライフスタイルの自由」法経論集第七五・七六号二二四頁（一九九六年）。
- (3) *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971).
- (4) *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973).
- (5) *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976).
- (6) *J.E.B. v. Alabama*, 511 U.S. 127 (1994).
- (7) *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996).
- (8) スカッグズによれば、クレイグ判決が確立した従来の中間審査基準は、ホーガン判決、JEB判決、VMI判決を経て強力なものになったという。具体的には、ホーガン判決は、クレイグ判決を引用せずに、従来の中間審査基準ではなく「非常に説得的な正当化理由」の確立に失敗という結論であり、JEB判決は、性別と人種の類似性を指摘し、VMI判決は、分析の最初で「非常に説得的な正当化理由」に言及し従来の中間審査基準は分析の背後にまわり、多くの争点を「非常に説得的な正当化理由」の存在によ
- つ糾弾している。Skaggs, *Justifying Gender-Based Affirmative Action under United States v. Virginia's "Exceedingly Persuasive Justification" Standard*, 86 Cal.L. Rev. 1169 (1998).
- (9) *Rostker v. Goldberg*, 453 U.S. 56 (1981).
- (10) *Schlesinger v. Ballard*, 419 U.S.190 (1975).
- (11) *Geduldig v. Aiello*, 417 U.S. 484 (1976). 詳くは、拙稿「妊娠の取り扱いをめぐる法と判例」日本労働協会雑誌第三五三号一頁（一九八九年）。
- (12) 大沢秀介「性差別とアファーマティブ・アクション」法学教室第一九八号五三頁（一九九七年）、拙稿「男女別学の合憲性——VMI判決を中心に——」法政研究第三卷第二号二頁（一九九八年）。
- (13) *Vorchheimer v. School District of Philadelphia*, 403 U.S. 703 (1977).
- (14) *Mississippi University of Women v. Hogan*, 458 U.S. 718 (1982).
- (15) *Id.*, at 719 n.1.
- (16) *Califano v. Webster*, 430 U.S. 313 (1977); *Johnson v.*

Transportation Agency, 480 U.S. 616 (1987).

(17) *United States v. Virginia* (Scalia, J., dissenting).

(18) Note, Equal Benefits, Equal Burdens: "Skeptical Scrutiny" for Gender Classifications after *United States v. Virginia*, 30 *Loy.L.A.L.Rev.* 1333, 1335 (1997).

(19) *Fiallo v. Bell*, 430 U.S. 787 (1977).

(20) 米連邦上級法院判決 Stanley v. Illinois, 405 U.S. 645 (1972);  
*Caban v. Mohammed*, 441 U.S. 380 (1979); 米連邦上級法院判決  
Trimble v. Gordon, 430 U.S. 762 (1977).

(21) 16 *J.Fam.L.* 57, 74 (1977-78).

(22) The Supreme Court, 1997 Term—Leading Cases, 112  
*Harv.L.Rev.* 122, 202 (1998).

(23) *Id.* at 212.

(24) *Michael M. v. Supreme Court of Sonoma County*, 450 U.S.  
464 (1981); *Rostker v. Goldberg*, 453 U.S. 56 (1981).

(25) 拙稿「合衆国における性差別をめぐる違憲審査基準の展開」一橋  
研究第六巻第四号一頁——一二三頁（一九八二年）。