

アメリカ法における男女平等法理の現在 —— ゲエン判決を中心に ——

根 本 猛

一 はじめに

「想像上の『本来的相違』は、もはや、人種や出身国による分類の根拠として受け入れられない。しかし、男女の身体的相違は今も存在する。『2つの性は代替可能なものではなく、もっぱらひとつの性で構成されているコミュニティは2つの性で構成されているコミュニティとは異なる。

男女の『本来的相違』は、賞賛の理由ではあっても、いずれかの性のメンバーの汚名や個人の機会に対する人為的な制約の理由とはなりえないことを我々は認識するに至った。性に基づく分類は、『女性が被った特別な経済的不利益を』補償するために、『平等な雇用の機会を促進する』ために、そして、わが国の人民の才能と能力を完全に発展させるために用いることができる。しかし、かつてそうであったように、女性の法的、社会的、及び経済的劣位を生み出し永続化させるために用いることはできない」(VMI判決、1996年)

合衆国最高裁判所史上初めての、性差別を理由とする違憲判決^①からちょうど四半世紀、VMI判決^②は、平等指向を鮮明にし、許容される性差別に高いハードルを課すことによって、この問題に明確な決着をつけたかにみえた。

こうしたなか、最高裁判所は、世紀の変わり目を挟んで2つの注目すべき——あるいは問題視すべき判決を下した。事件の争点は同一である。移民・国籍法（INA）第1409条（a）の性差別である⁽⁶⁾。合衆国市民が未婚のまま海外で子をもうけたときに、その子が親の合衆国籍を継承できるかについて、未婚の父親について規定している付加的な要件——未婚の母親については課されない——が、違憲であるとして争われた。

1998年のミラー判決⁽⁴⁾で、最高裁判所は、この差別が、性差別に関する高次の違憲審査基準に合格しないことを示唆したようであった。すなわち、左に性差別は違憲であるとするリベラル派の3裁判官、そして、当該性差別が高次の違憲審査基準に合格するとは思えないが適切な当事者からの違憲の主張を待ちたいとするオコナー裁判官（ケネディー裁判官同調）、右に裁判所には市民権付与権限がないとするスカリア裁判官（トーマス裁判官同調）という構図のなかで、中間審査基準を適用したうえでこれに合格するというスティーブンス裁判官（首席裁判官同調）の意見が原判決（合憲判断）維持という最高裁判所の判断を導いたが、適切な当事者から違憲の主張が提起されれば、5対4の違憲判断に行き着く可能性が高いと思われた⁽⁶⁾（下級審の判断は分かれていたが）。

しかし、21世紀初めの年に、グエン判決⁽⁶⁾で、最高裁判所は、その憶測を覆し、この性差別の合憲性を支持した。8人の裁判官はミラー判決における見解を基本的に維持したが、ケネディー裁判官の変心が最高裁判所の結論を左右した⁽⁷⁾。

(1) Reed v. Reed, 404 U.S. 71(1971).

(2) United States v. Virginia, 518 U.S. 515(1996). 拙稿「男女別学の合憲性——VMI判決を中心に——」法政研究第3巻2号21頁（1998年）。

(3) 8 U.S.C. 1409. 次のように規定する。

1409条（a）——父親が市民の場合は次の要件

（1）明白かつ説得的証拠に基づく父子関係

- (2) 出生時における父親の国籍保持
- (3) 18歳になるまでの扶養同意書
- (4) 18歳になるまでに、次のいずれか
準正、父子関係を認める宣誓書（認知）、判決による父子関係の確認
- 1409条（c）——（a）の規定にかかわらず、母親が市民の場合は次の要件
出生時における母親の国籍保持及び母親の1年間の継続居住歴
- (4) *Miller v. Albright*, 523 U.S. 420(1998). 抽稿「市民権取得要件に関する性差別」法政研究第4巻4号175頁（2000年）。
- (5) 「最高裁判所の5人のメンバーは1409条が高次の審査に合格しないという見解であるように思われた」 *Fernandez*, Note: Children Born out of Wedlock: Undermining Fathers' Rights and Perpetuating Gendered Parenthood in Citizenship Law, 54 *FLA.L.REV.* 949, 966(2002).
- また、Caseも、オコナー意見はstandingで勝たせたが違憲だから政府は見直せというシグナルで、ミラー判決を議会や政府は実質的に違憲判決と読むべきだとする。Case, Symposium: Discrimination and Inequality Emerging Issues
"The Very The Law Condemns" Constitutional Sex Discrimination Law as a Quest for Perfect Proxies, 85 *CORNELL L.REV.* 1447, 1479-80(2000).
- (6) *Nguyen v. INS*, 533 U.S. 53(2001).
- (7) 現在の最高裁判所の勢力図は、5人の保守派（堅い保守＝首席裁判官、スカリア、トーマスの3裁判官、中道保守＝オコナー、ケネディーの2裁判官）対4人の中道リベラル派だが、性差別事件ではオコナー裁判官がリベラル派に、スティーブンズ裁判官が保守派に与ることが多い。Dorf, *FindLaw Forum: Supreme Court justices defied expectations*, <http://www.cnn.com/2001/LAW/07/columns/fl.dorf.supremecourt.07.10/>

二 グエン判決

1 訴訟の経緯

上訴人チュアン・アン・グエンは、共同上訴人ジョセフ・ブーレーとベトナム市民との間に、1969年9月11日、ベトナムのサイゴンに生まれた。ブーレーとグエンの母とは結婚しなかった。ブーレーはずっとアメリカ市民であり、軍務のためにベトナムに滞在していた。グエンの両親が関係を終了した後、グエンは、しばらく、ブーレーの新しいベトナム人ガールフレンドの家族と暮らしていた。6年後の1975年、グエンは合衆国に来て永住権を取得しテキサス州でブーレーに育てられた。

1992年、グエンが22歳のとき、児童に対する性犯罪のかどで有罪判決を受け8年間服役することになった。3年後、移民・帰化局（INS）は、彼に対して国外退去手続を開始し、最終的に国外退去処分になった。

グエンは、この処分に対して、入国管理不服審判所（Board of Immigration of Appeals）に不服を申し立て、係争中の1998年、ブーレーは、DNA鑑定に基づき父子関係を認める命令を州裁判所から得た。このとき、グエンは28歳だった。しかし、入国管理不服審判所は、法定の要件に従っていないという理由で、彼が合衆国市民であるという主張を退けた。

2人は、問題の規定が国外で婚姻外で生まれた子の市民権取得について、合衆国市民である一方の親が父か母かによって異なるルールを定めることによって平等保護に違反するとして、第5巡回区連邦控訴裁判所に提訴したが、退けられた。

最高裁判所は、5対4の1票差で、違憲の主張を退け原判決を支持した。

2 法廷意見（ケネディー裁判官）

（一）「性に基づく分類が平等保護の審査に耐えるためには、少なくとも、攻撃されている分類が政府の重要な目的につかえ、かつ用いられている差別的な手段がその目的達成に実質的に関連していることが立証されなければならない。

以下の理由により、我々は、1409条がこの基準を満たすと結論する」

(二) 第1の目的は、生物学的な親子関係が存在することの保証である。母親との関係は、出産自体から立証し得るし、出生証明書や病院の記録、そして出産に立ち会った者によっても証明される。

しかし、父親は出生に立ち会う必要はなく、また、立ち会ったとしても、そのことは父親であることの議論の余地のない証明でもない。「父親と母親とは、生物学的な親子関係の証明に関して同様の状況にない (not similarly situated)。父親と母親とに関して法的認定をするために異なった一組のルールを課すことは、憲法の観点から、驚くべきものでも厄介なものでもない。……

上訴人は1409条 (a) (1) の要件は、現代のDNA鑑定精巧さに鑑みれば父子関係を確定するという目的を達成するのに十分であると主張している。しかし、1409条 (a) (1) は実際にはDNA鑑定を命じていない。さらに、憲法は、その方法が科学的に最も進んだ方法であるとしても、連邦議会が父子関係を確定する多くの可能な方法のなかからひとつの特定の方法を選択することを要求していない。DNA鑑定については、世界のあちこちの地域で、その費用、信頼性、そして利便性が、連邦議会にとって、特別の関心事となっていた。1409条 (a) (4) の要件は、いくつかの選択肢のひとつを満たすことが、子の市民権取得の前提として要求される父子の血縁関係を確定するのに十分であるという立法府の合理的な結論を表現している。母子関係の証明が出産それ自体に内在することに鑑み、連邦議会が母親については同一の積極的ステップを要求しなかったことは異常なことではない」

「最後に、親子の血縁関係を保証する目的に関して、連邦議会に両親の性別に言及せず語ることを要求することは、無意味な中立性にこだわることになる。スティーブズ裁判官がミラー判決で指摘したように、連邦議会は、父母の双方に、子の出生後30日以内に親子関係を証明するように要求し得るし、それを18年以内に要求してもよい。母親は出産に必ず立ち会うが父親はその必要

がないことに鑑み、文面上中立なルール [30日以内の証明] でも、母親には要求されない積極的なステップを父親にはさらに踏むことを要求することになることがある。争点は、性別に中立な用語ではなく性別に特定した用語 (gender specific terms) が用いられていることではない。ちょうど、性別に中立な用語が違法な差別を覆い隠すことができるように、性別に特定した用語が許される区別を特徴づけることもある。平等保護に反するかは区別が合法的かである。本件では、性別に限定した用語の使用は、両親の生物学的な差異を考慮したものである。出産という出来事への母親のユニークな関係に鑑みれば、異なる取り扱い、制定法の思慮深いスキームに内在するものである」

(三) 政府の重要な利益の第 2 は、子と市民である親とが、日々の真の絆——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——という関係を発展させるという論証できる機会をもっていることを保証するという決意である。市民である母親の場合、そうした機会は出産という出来事に内在するが、未婚の父親の場合、生物学上の不可避性として、そうではない。妊娠と出産の間には 9 ヶ月の間隔があるゆえ、彼は、子どもが身ごもられていることを知らないかもしれないし、母親でさえも父親が誰か不確かかもしれない。この事実は、海外で婚姻外で生まれた子の場合、特に重要である。外国で軍役に就いている若い人々——大部分は男性——にはこの文脈の懸念が常にある。今日、旅行の容易さとアメリカ人の海外旅行意欲は、数多くの海外旅行につながっており、我々が上訴人の主張を受け入れて、男親からの市民権継承を必然として、父親の合衆国居住歴以外の条件を課さないとき、真の懸念となる。

「平等保護原則は、連邦議会にこの現実を無視するよう要求していない。反対に、こうした事実は、市民である父親と外国で生まれた子との間の絆のための何らかの機会——母子の間では出産時に明らかである機会の合理的代替物として——を確保することにおける政府の利益の決定的重要性を示している。実際、特に、海外に短期滞在するアメリカ人の数の多さに照らして、父親が妊娠

さえ知らない可能性は現実のものとなる。さらに、父親が妊娠の事実を知っていても、彼が出産に立ち会うことにはつながらない。このように、母親の場合と異なり、父親とその子は会わない可能性すらある。自分自身の子と知っている父親が子に対する接触を開始しなければ、父子が関係を始める機会はない。1409条は、母子関係に関しては出産という出来事に内在する機会が、市民権が子に継承される前に父子の間にも存在するよう確保するための珍しくはない手段を取っている」

この利益の重要性はととても大きいのでDNA鑑定によっては満たされない。親子関係の科学的証明それ自体は、未成年期の父子の接触を保証するものではないからである。

連邦議会は、関係を発展させる機会の証明がない場合、この国に子を市民として受け入れさせることを拒否しても、その権限の範囲内にある。「市民権が、上訴人がいうような無意識の手段によって与えられるべきであるとしても——海外での市民権の取得が子自身の絆と忠誠の現実性にほとんど関係がない——、その決定をするのは連邦議会であって当裁判所ではない。連邦議会は、その道ではなく、1409条によって、父子関係の場合には関係を発展させる機会を保証することを選んだのである」

「INSの上訴趣意書は、……他の利益も示唆している。しかし、我々は、INSではなく連邦議会の目的に関心があるので、政府の上訴趣意書の説明は、立法目的に関して決定的なものではない。我々は、法律の文言、構造、そして運用から論理的結論を引き出すことによって、立法目的を突き止める」

上訴人の主張とは反対に、1409条は、性に基づくステレオタイプを具体化したものではない。1409条は、子の出生時における両親の状況の否定できない相違に目を向けているだけでなく、その相違が、不合理で無批判な分析から発生する考え方 (a frame of mind) のような何らかのステレオタイプに由来するものでもないことにも注意を払うべきである。制定法のスキームと市民権法の伝統において決定的な出来事である出生時に、母親が子を認識することと

親子関係が、未婚の父親には保証されない方法で、確立されることを承認することに不合理であったり不適切であるものは何もない。

(四) 連邦議会が選択した手段は、親子関係を促進するという利益に実質的に関連している。

第1に、市民権と帰化にかかわる他の多くの規定が、子と合衆国とを結び付ける何らかの行為が18歳前に行われることを要求しているので、本件の父子関係の機会についても連邦議会が同様の決定をしても不思議ではない。

第2に、上诉人は、親であると知ることは子との関係を保証するものではないから、付加的要件を父親の場合にのみ課す1409条(a)(4)は、女性は男性より実際に子との関係を築くことが多いというステレオタイプの反映であると主張している。

この主張は、政府の利益の性質と平等保護の審査の双方を誤って理解している。政府の前者については、連邦議会は、すべての場合について、実際の有意義な関係を保証するという利益を増進することを選択することもできたが、親子関係が発達する最小限の機会を確保するという別個の、しかしなお重要な利益を促進する、執行が容易なスキームを制定したのである。後者については、連邦議会が、手段との関連性を満足させることがより容易な利益を増進することを選択したからといって、1409条(a)(4)が違憲とされることはない。

連邦議会の真の利益を有意義な関係の確立であるとしても、有意義な親子の絆が育つ機会を生み出そうとする政策が、その絆の形成という利益と密接かつ実質的な関連性をもつことはほとんど自明のことである。性差別に関する我々の先例は、審査されている法律があらゆる場合にその目的を達成できなければならないことを要求していない。数多くの人々に市民権を与えるというこの困難な文脈において、連邦議会が選んだ手段は、政府の重要な目的を実質的に増進しており、手段と重要な目的との関連性は非常に説得的である (exceedingly persuasive)。

(五) 分析にあたって、1409条(a)(4)が市民権の取得に関して課す義務が最小限のものであることを注目しなければならない。3つの選択肢のうち最も面倒でないものが満たされればよいのである。そして、それは、出生の日でも、その次の日でも、18年間いつでも出来るのである。

さらに、1409条(a)は、父親が市民である子が市民権を取得する唯一の手段ではない。1409条(a)の要件を満たさなかった者も、合衆国との実質的な絆があれば、血統によるのではなく自分自身の権利として、市民権を求めることができる。この選択肢は、現在、グエンには閉ざされているが、彼の犯罪の重大さによるのであって、平等保護の否定や市民権法が硬直しているとか苛酷であるとかによるわけではない。

(六) INSは、1409条(a)の合憲性にかかわらず、最高裁判所には、連邦議会が規定するものと異なる条件で市民権を付与するという、上訴人が求める救済を与える権限がないと主張している。本法は性差別に適用される審査基準を満たすので、当裁判所は、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についての言明の意味合いについても同様である。こうした議論は、1409条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だろう。

3 スカリア裁判官の同意意見(トーマス裁判官同調)

私は、依然として、最高裁判所は、市民権を付与するというこの種の救済を与える権限を欠いているという見解をとる。しかし、ミラー判決の多数派は違う結論に達し、本日の当裁判所の多数派も同様の前提に立つので、平等保護の主張という本案に判断を示すのが適当と考える。法廷意見に賛成する。

4 オコナー裁判官の反対意見(スーター、ギンズバーグ、ブライヤー各裁判

官同調)

(一) 性に基づく法律は、大多数の男女の振る舞い方を正確に反映しているときでさえ、個人に対して機会を否定する。そうした一般化は、単独ではなく、わが国の長い不幸な性差別の歴史の文脈のなかで評価されなければならない。

性に基づく分類への高次の審査の適用に関する当裁判所の説明は、合理的根拠の審査原理の説明と全くのコントラストをなしている。挙証責任の程度とその分配、立法目的は真のものでなければならないか、そしてその重要性の程度、仮定的・後知恵であってもよいか、広い一般化に拠ってよいか、手段と目的との間に要求される関連性の程度（これが最も重要な違いである）——性に中立な他の手段で目的が達成されるかの諸点である。

(二) 次に、法廷意見の問題点を次のように要約している。

「法廷意見は、性に基づく分類についての高次の審査のための支配的な実体的基準を説いているが、そうした分類に関する我々の先例のガイダンスからいくつかの点で外れたものとなっている。その平等保護の分析の第1文において、法廷意見は、挙証責任という重要事項を曲解している。別の状況ならば、法廷意見の抽象的な説明は、我々が以前の判決で明示的に述べたことを省略したに過ぎないのかもしれない。しかし、本件では、その省略が、法廷意見のより大きな誤りのうちのいくつかの前兆となっている。

たとえば、法廷意見は、法律が実現しようとしている利益を憶測し、1409条(a)(4)の真の目的を適切に調べることを怠っている。法廷意見はまた、この規定によって実現されると主張する利益の重要性を必ずしも適切に説明していない。法廷意見はまた、性に基づく分類が他のより適切な分類の根拠の代わりに許されないほど使われていないかを注意深く検討することを怠り、利用可能な性に中立な他の手段の適切さを不用意に退けている。そして、法廷意見の結論とは反対に、1409条(a)(4)の手段と目的との関連性はあまりに希薄なものでその規定が高次の審査に合格することはできない。結局、法廷意見は、

我々の先例が求める高次の審査の厳格な適用には程遠い」

具体的には、法廷意見が挙げる第1の利益について、その重要性やそれが真の目的か否かを審査しておらず、また、一番の問題点は手段と目的の関連性が不十分なことだとして、現代のDNA鑑定信頼性や性に中立な他の手段——母親だって常に出生証明があるわけではないし、逆に父親の名前が出生証明に記載されていることも——の存在を指摘している。

第2の利益については、1409条(a)(4)制定の真の目的ではなく、憶測の理由づけのように思われるし、また、真の目的としても、現実の関係の存在ではなくそのための機会の確保が政府の重要な目的といえるか疑問であるとする。そして、この利益と差別的手段との関連性についても、たとえば、一定の定期的な親子の接触を要件とするなどの、性別よりも適切で性別に中立な分類によって達成できるとして、実質性を否定している。

「結局、1409条(a)(4)が、真の現実的關係という目的の達成に実質的に関連しているという主張は、生物学的な差異ではなく、母親は父親に比べてその子の世話をする関係を築く可能性がかなり高いというステレオタイプにしか根拠を見いだせない。……実際、このステレオタイプとは反対に、グエンがその母親との関係を欠いていることが明らかである一方で、ブーレーはグエンを育ててきた」

「1409条(a)(4)がステレオタイプに基づいているという上訴人の主張を退けるにあたって、法廷意見は、ステレオタイプと平等保護に関する我々の判例におけるその意味に関して、奇妙な概念を発明した。法廷意見は、ステレオタイプが不合理で無批判な分析から発生する考え方と定義されると主張している。しかし、当裁判所は、長い間、許されないステレオタイプにも、経験的な支持があり、ある意味では合理的でありうることを認識してきた。実際、性に基づく分類の下に横たわるステレオタイプは、多くの個人、否、大部分の個人にとっては、正しいままかもしれない。しかし、一定の真実がその一般化に内在する多くの事件で、当裁判所は、より正確で公平な機能的線引きが可能な

ときは、不必要かつ過度に広汎に性によって分類する政府の活動を否定してきた。

審査した裁判所が、あるクラスに侮蔑を示していると考える過度に広汎な一般化だけが、ステレオタイプにあたるのではない。当裁判所の先例の下にあるステレオタイプの性に基づく分類の特質は、侮辱的か否かではなく、性別を他のより適切な分類の根拠の代わりに使えるという単純すぎる時代遅れの前提に基づいているか否かである」

(三) 反対意見は、さらに、法廷意見が見落とした、市民権の承継や婚外子の親の責任に関する法における性差別の歴史を指摘し、この文脈での立法目的を探るには用心深さが必要であると説く。要するに、1409条(a)(4)は、婚外子について母親に責任を委ね、父親を責任から解放する歴史的制度の模範例だという。

また、法廷意見が1409条(a)(4)が課す義務が最小限であるとするのに対して、そのことによって違憲の差別が合憲になるわけではないし、法廷意見が引用する軍人や海外旅行者のデータも差別的な手段が許されるかとはほとんど無関係であり、男性は無責任であるというステレオタイプ——女性の伝統的な振る舞い方に関するステレオタイプと同様合憲の根拠にならない——の反映に過ぎないと批判している。

(四) 最後に、反対意見は、本法が違憲だとしても、上诉人にとって予想される2つの障害を取り上げ、いずれも克服可能としている。第1は、具体的な救済方法だが、移民・帰化法自体に違憲部分を分離すべしという規定がある以上、法全体を違憲として救済を拒否するのではなく、父親に対する付加的な要件を削除して上诉人に市民権が与えられるとする。第2は、連邦議会の移民・帰化権限への敬意だが、外国人の入国が争点だったフィアロ判決と異なり、本件はある個人が出生のときに市民か否かという別の問題にかかわるものであり、通

常の平等保護の審査基準が適用される。

(五) そして、次のように結んでいる。

「何人も、法廷意見の分析を、性に基づく分類に関する当裁判所の平等保護に関する判例法の注意深い適用と誤解してはならない。そうではなく、本日の判決は、憲法違反が発生する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決からの違背 (deviation) である。これらの先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。謹んで反対意見を表明する」

三 男女平等法理の現在

1 これまでの判例の振り返って

この四半世紀、最高裁判所は、1980年代初めの動揺はあったものの、多くの性差別を違憲と判断してきた。1990年代においてもこの流れは変わらなかった⁹⁾。1991年のジョンソン・コントロールズ判決¹⁰⁾は、わが国でいえば、間接的母性保護の合法性が問われた事件だが、最高裁判所は、全員一致で、この女性保護を違法と判断した。理由づけは分かれたが、多数派は、妊娠した女性に限定しても同様の結論であるとした。また、1994年のJEB判決¹¹⁾も、理由不要の忌避によって生じた全員女性の陪審は違憲であるという男性の主張を6対3で支持した。両判決には、多少の代償を払っても性差別を打ち壊そうという最高裁判所の性ステレオタイプそのものへの厳しい懐疑の目があった¹²⁾。そして、当該性差別の表面上の被害者が男性か女性かは重要ではなかった¹³⁾。

そして、学説やオコナー反対意見がいうように、性差別判例の到達点が1996年のVMI判決だった。特に「『女性がどのようなものであるか』についての一般化は、その評価が大方の女性に妥当するものであっても、その才能と能力によって平均的な記述の範囲外にいる女性の機会を否定することを、もはや、

正当化しない」とした部分は、従来の「実質的関連性」以上のものを要求しているように映ることから、学説の多くは、VMI判決を、強められた中間審査とみていた⁽¹³⁾。

そのうえ、こうしたVMI判決が7対1と全員一致に近かったのも驚きだった——ホーガン判決はわずか一票差だったのに。

2 グェン判決の評価

(一) 判決への反応

どう読んでも反対意見に説得力があり、学説の反応も法廷意見に批判的なコメントが大半である。

「強制的な母性と邪魔された父性」(Mandatory Motherhood and Frustrated Fatherhood) という刺激的なタイトルのChlopakのコメントは、「反対意見は、最高裁判所の最近の判例から、グェンの国外退去の根拠となった法律は違憲であるという判断を予想した研究者と実務家から広汎な支持を受けた。特に、反対意見の裁判官と法廷意見に反対する者たちは、法廷意見が高次の審査基準を適切に適用しなかったと批判した」⁽¹⁴⁾と述べる。

Grandleも「グェン判決は、性に基づく分類に関する高次の審査基準の30年に及ぶ強力な先例の歴史を弱めることによって、この基準に構造上のダメージを加える可能性がある」⁽¹⁵⁾と評し、さらに、Tomizukaは、中間審査基準を誤って適用し、父母と家族に関する時代遅れのイメージを是認するという間違いを犯した、と批判する⁽¹⁶⁾。

批判の要点は、法廷意見はたしかに高次の審査基準を適用した、しかしその適用のしかたが表面的である、ということである。「高次の審査の水割り版」(a watered-down version of heightened scrutiny)⁽¹⁷⁾というDayの評は、まことに簡にして要を得たものである。

具体的には、次項以下でみることにしよう。

(二) 真の立法目的

実質的関連性は、真の立法目的に照らして検討されなければならないとするのが判例の立場だが、初めに、法廷意見が審査している立法目的が真のものといえるかに疑問が呈されている。特に問題は、「子と市民である親とが、日々の真の絆——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——という関係を発展させるという論証できる機会をもっていることを保障するという決意」とされる第2の利益である。

Chlopakによれば、「第2の利益については、1409条(a)(4)制定の真の目的ではなく、憶測の理由づけのように思われる」⁽¹⁸⁾。なぜなら、政府が主張した「無国籍の防止」という利益を法廷意見は審査していないが、政府が主張するこの利益に照らせば実質的関連性がないので、その代わりに実質的関連性を説明できそうな利益を憶測したというのである⁽¹⁹⁾。

さらに、Tomizukaも、真の立法目的を調べようとせず、憶測したり後知恵を受け入れていると批判する。具体的には、過去の移民法の目的とされた説明や1982年の司法長官の説明——いずれも法廷意見は無視——に照らせば、連邦議会は男女の「真の」相違に基づいてこの規定を作ったのではなく、男性は海外での性行為に責任を負わなくていいという意味で、合衆国の男性市民の海外での無責任な振る舞いを保護することを意図したものだという⁽²⁰⁾。

(三) 実質的関連性——性に中立な分類との比較

次に、実質的関連性の存否だが、先例によれば、これは、かなり高いレベルのものが要求され、特に、性に中立な分類との比較が問われる⁽²¹⁾。

この点で、オコナー反対意見は、第1の利益に関して、現代のDNA鑑定の信頼性や性に中立な他の手段——母親だって常に出生証明があるわけではないし、逆に父親の名前が出生証明に記載されていることもある——の存在を指摘し、第2の利益についても、たとえば、一定の定期的な親子の接触を要件とするなどの、性別よりも適切で性別に中立な分類によって達成できるとして、そ

れぞれ性差別との実質的関連性を否定しているが、正鵠を射たものといえる。

Harverd Law Reviewの判例回顧も、国籍法の性差別の歴史に照らして、本件の差別をどう評価するかが問われているのに、法廷意見の論理は、「本法の背後には生物学的差異がある。だから合憲である」というもので、肝心の「そうした現実の差異が異なる取り扱いを正当化するか否か」という争点には触れられていないと批判する⁽²²⁾。

要約するならば、「ある状況では正統な関係の承認を拒否し、他の状況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」⁽²³⁾ということになる。

VMI判決との著しい対照も批判的となっている。グエン判決を「母性とセクシズムの勝利」とみるGrossmanは、VMI判決で「最高裁判所は、州が主張する利益とそれを達成するための用いられる差別的なメカニズムとの間にほとんど完全な適合 (almost a perfect fit) を要求した。法廷意見でギンズバーグ裁判官は、たった一人の女性がVMIのプログラムに合格するならば、男性のみの入学ポリシーは中間審査に合格しないことを示唆した。同様に、たった一人の父親が成人の子の市民権を真摯に主張できるならば、彼にそのことを認めない政策は、どうして中間審査に合格できるだろう？」⁽²⁴⁾と痛烈に批判している。たしかに、同一の基準とは思えないほどの揺れを感じさせる。

法廷意見もこの点を意識してか、最後の部分(五)で、本件性差別による負担は最小限であり、本件のような状況で子が市民権を取得するには他の方法もあると理由づけを加えているが、このことが、逆に、法廷意見の論理的弱さを暗黙のうちに認めることになっている。なぜなら、従来の性差別の判例理論によれば、これらの観点は実質的関連性の存否と無関係であり、オコナー反対意見が指摘するように、違憲の性差別がこうした手筈によって合憲となることはないからである。

(四)「同様の状況」の分析

1982年のホーガン判決以降一度も顧みられることがなかった「同様の状況」の分析が復活したことも驚きである。

Tomizukaは、法廷意見が出産時母親はその場にいるという父母の現実の相違を強調して「父母は同様の状況にない」とするのは、伝統的核家族モデルに固執し新しい生殖技術を無視したものと批判し⁽²⁵⁾、Fernandezも「なるほど父母が出産に関して異なる状況にあることは論争の余地がない一方で、出産という出来事が親と子を結び付ける唯一のものであり虚偽を避け生物学上の親子関係を証明する唯一の方法であることは議論の余地がないものではない」⁽²⁶⁾という。

(五) 実際は性ステレオタイプ？

このように検討してみると、本性性差別の根底にあるのは、有意義な親子関係の機会を母親には推定し父親には推定しないということであり、「この推定自体が性差別主義 (sexist) であり、古風なステレオタイプと一般化の産物である」⁽²⁷⁾

要するに、「未婚の母親には親となる能力があり未婚の父親にはないという前提に依拠している」⁽²⁸⁾、換言すれば、「母親と父親との伝統的な子育ての役割に関する一般化に依拠しているように思われ、それを支持する機能を果たす。……たとえ、実際に、未婚の母親が、未婚の父親よりもその子との親子関係を維持することが多いとしても、そうした傾向は、未婚の父母の異なる法的取り扱いを正当化しない。オコナー裁判官が指摘したように、『過度に広汎な一般化は、経験的な支持があるときでも許されない』」⁽²⁹⁾

オコナー反対意見が指摘するように、「不合理で無批判な分析から発生する考え方と定義される」ステレオタイプだけが問題なのではない⁽³⁰⁾。「最高裁判所は、長い間、許されないステレオタイプにも、経験的な支持があり、ある意味では合理的でありうることを認識してきた。実際、性に基づく分類の下に横

たわるステレオタイプは、多くの個人、否、大部分の個人にとっては、正しいままかもしれない。しかし、一定の真実がその一般化に内在する多くの事件で、当裁判所は、より正確で公平な機能的線引きが可能なときは、不必要かつ過度に広汎に性によって分類する政府の活動を否定してきた。審査した裁判所が、あるクラスに侮蔑を示していると考える過度に広汎な一般化だけが、ステレオタイプにあたるのではない。当裁判所の先例の下にあるステレオタイプのな性に基づく分類の特質は、侮辱的か否かではなく、性別を他のより適切な分類の根拠の代わりに使えるという単純すぎる時代遅れの前提に基づいているか否かである（強調、根本）」

たしかに、世の多くの常識的な理解に照らせば、わずかな論理的可能性を引き金に違憲判決に踏み切るにはためらいを感ずるのは無理もないかもしれない。しかし、「グエンの人生における、ジョセフ・ブーレーの排他的かつ生物学的な親としての存在に照らして、グエン判決の事実関係は、1409条が平等保護に違反するか分析するのに特に適切だった」⁽⁶¹⁾し、グエン判決の事実関係が示すように、法律の要件を満たすことと真の絆の存在は一致しないし、出産という行為のみをもって母子関係の十分な証拠とする母親でも子を遺棄する⁽⁶²⁾から、最高裁判所が絶好の機会を見送ったことは解せない⁽⁶³⁾。

さらに、「未婚の母親と未婚の父親の役割に関する最高裁判所の言葉は、未婚の父親の親としての能力に関する、社会のステレオタイプ化された概念を強化する」⁽⁶⁴⁾と論評するFernandezが指摘するように、2000年の国勢調査では、子がいる3,700万世帯のうち200万世帯が父子世帯であり（1970年にはわずか39.3万世帯だったのに）、そのうち34%が結婚歴がない⁽⁶⁵⁾とすれば、養育は女性の仕事ではない、換言すれば、養育と力強さは排他的なものではなく両性が等しく行える振る舞いである⁽⁶⁶⁾という説明は、決して例外的な事例のことでなく、少なくとも彼の国においては、ありふれたことのように思われ、法廷意見の説得力は、現実からも、なおさら弱いものとなる。

「グエン判決のより深刻な影響は、法的権利と責任に関する性に基づく不均

衡をなくそうという長い間の努力に対するものである。母としての義務についての伝統的な概念に拠ることによって、最高裁判所が1409条を守ったことは、無責任な父親を助長し責任ある父親をくじけさせ、女性に、その役割を選択するか否かにかかわらず片親という役割を割り当てるものである⁽⁸⁷⁾という厳しい評価は的を射たものと思われる。

- (8) 拙稿「性差別とライフスタイルの自由」法経論集（静岡大学法経短期大学部）第75・76号224頁（1996年）。なお、性差別に関するアメリカ法の展開を適切にまとめた論稿として、君塚正臣『性差別司法審査基準論』第2章（1996年）が有益である。
- (9) U.A.W. v. Johnson Controls, 499 U.S. 187 (1991) .
- (10) J.E.B. v. Alabama, 511 U.S. 127 (1994) .
- (11) ジョンソン・コントロールズ判決についていえば、個人主義の延長線上にある男女平等と、個人主義の修正の上に立つ労働法との折り合いをどうつけるのかということである。拙稿「アメリカ法にみる母性保護と男女平等」法経論集（静岡大学法経短期大学部）第67・68号191頁（1992年）。また、J E B判決については、多数派のオコナー裁判官も、「性差別に対する本日の重要な一撃」は、英米法において長い伝統をもち、公平な陪審の選定に貢献してきた理由不要の忌避の行使に制約を加えるという犠牲を伴うと述べている。
- (12) 拙稿前掲注(8)204頁。
- (13) 拙稿前掲注(2)34-35頁。
- (14) 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).
- (15) Grandle, Current Event: Nguyen v. INS, 10 AM.U.J.GENDER Soc.POLY & L. 743, 754 (2002) .
- (16) Tomizuka, The Supreme Court's Blind Pursuit of OutDated Definitions of

Familial Relationships in Upholding the Constitutionality of 8 U.S.C. 1409 in *Nguyen v. INS*, 20 *LAW & INEQ.J.* 275(2002).

(17) Day, *Current Development*, 15 *GEO.IMMIGR.L.J.* 762, 765(2001).

(18) Chlopak, *supra* note 14, at 987-88.

(19) *Id.* at 979.

(20) Tomizuka, *supra* note 16, at 304.

(21) *Orr v. Orr*, 440 U.S. 266(1979).

(22) *The Supreme Court, 2000 Term—Leading Cases*, 115 *HARV.L.REV.* 306, 376(2001).

(23) Chlopak, *supra* note 14, at 987-88.

(24) Grossman, *A Victory for Motherhood and for Sexism: The Supreme Court's Decision in Nguyen v. INS*, <http://writ.news.findlaw.com/grossman/20010618.html>

上訴人の代理人を務めたNOW (National Organization for Women) の弁護士も、VM I 判決からの重大な後退とみる。Sungaila, *Nguyen v. INS and Sex Stereotyping in Citizenship Laws: Building on the Equal Protection Legacy of Ruth Bader Ginsburg*, 10 *S.CAL.REV.L. & WOMEN'S STUD.* 293, 304(2001).

(25) Tomizuka, *supra* note 16, at 305.

(26) Fernandez, *supra* note 5, at 970.

(27) Grossman, *supra* note 24.

(28) Fernandez, *supra* note 5, at 971.

(29) Chlopak, *supra* note 14, at 987-88.

(30) Caseも、支配—従属の関係になくともステレオタイプ自体が問題であるとする。

Case, *supra* note 5, at 1476-77. さらに、性差別に関する従来判例は、重要な目的と実質的関連性が問われたと理解されているが、実際には、そのルールが sex-respectingか、そしてステレオタイプに拠ってるかが真の争点だったという。

Id. at 1449-50.

(31) Chlopak, *supra* note 14, at 979.

(32) *Id.* at 986-87.

(33) Caseは、現在男性がもっているものを女性に与えるだけでは不十分である、すなわち、現在の男女を前提に、女性を男性にするという男女平等は誤りである、また、様々な領域への女性の進出に比べて、男性の女性領域（家庭の周りの）への進出はまだまだ、という。Case, *Reflections on Constitutionalizing Women's Equality*, 90 CALIF.L.REV. 765, 782-84(2002). わが国でいう、男女共同参画社会の発想と軌を一にするものともいえる。論者の多くは、性差別の撤廃や男女平等は女性だけの問題ではないと主張してきた。私もそう思う。その点から男女平等を実現するためには、本件は格好の事案だったのに残念である。

(34) Fernandez, *supra* note 5, at 969-70.

(35) *Id.* at 973.

(36) *Id.* at 974.

(37) Chlopak, *supra* note 14, at 991-92. 同様に、Grandleも「グエン判決の法廷意見は、親子と家族に関する長い間の仮説を永續させている。判決は、移民と家庭の監護の双方の領域での未婚の父の低評価を継続している。……さらに、判決は、家族関係に関するステレオタイプ化された仮説を正統化している」と手厳しい。Grandle, *supra* note 15, at 754.

四 小括

結局、「1409条をめぐる論争を終結させようとする最高裁判所の試みにもかかわらず、グエン判決は、すでに、法曹界のさまざまなメンバーからの広範な批判を招いてきた。それは、判決に直接影響される個人に対する差し迫った影響と男女平等と国際的な人権保障を促進しようとする長い間の努力に対する影響のためである」⁽³⁸⁾

私も「これらの先例（最高裁判所の性差別に関する判例）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」(オコナー反対意見)

法廷意見が高次の審査基準の適用の仕方を誤ったのは、移民・帰化権限の問題であることが審査の強さにも影響したものと推測される。この点では、1981年の徴兵登録制や強姦罪に関する性差別の合憲判決と似ているように思われる。詳細は別稿⁽³⁹⁾に譲るが、要するに、その前後の判例の流れに照らせば、違憲説をとった反対意見に説得力があり、法廷意見が採用した「同様の状況」の分析は唐突なものだった。また、学説の反応も概ね反対意見に軍配を上げていた。

これに対して、Spiroは、全能理論(Plenary Power Doctrine)という簡単な理由づけがあったのに、性差別という、より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することなく適用したとして、全能理論からの撤退の可能性を示すと分析する⁽⁴⁰⁾。しかし、これまでの検討で明らかのように、審査基準は実際には「水割り版」だったし、また、法廷意見は結びの部分で明確に次のように述べていることからみて、この見方は穿ち過ぎと考える。

「INSは、1409条(a)の合憲性にかかわらず、最高裁判所には、連邦議会が規定するものと異なる条件で市民権を付与するという、上诉人が求める救済を与える権限がないと主張している。本法は性差別に適用される審査基準を満たすので、当裁判所は、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についての言明の意味合いについても同様である。こうした議論は、1409条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だろう(強調、根本)」

したがって、「グエン判決は、重要な先例としての効果を持つかもしれない。特に、最高裁判所が、帰化の文脈に固有の特別の弱い審査基準を適用しなかったことによって」⁽⁴¹⁾、さらに「グエン判決は、時計の針を30年近く戻し、法から性に基づくステレオタイプを取り除くことに成功してきた平等保護の判例(法体系)を侵食した」⁽⁴²⁾という評価は、心配しすぎの過剰反応と思われる。

(38) Chlopak, *supra* note 14, at 990-91.

(39) 拙稿前掲注(8)215-17頁。

(40) Spiro, *Explaining the End of Plenary Power*, 16 *Geo.Immigr.L.J.* 339(2002).

その要旨は、2001年のグエン判決などを全能理論からの撤退の「途中駅」(way-stations) とみる。撤退の理由は人権尊重などの国内要因ではなくソ連の崩壊などの国際情勢の変化とする。しかし、法廷意見は最後に、審査に合格しないときは改めて検討すると釘を刺しているから、現在は白紙とみるべきだろう。

(41) Grossman, *supra* note 24.

(42) Grossman, *The 2000-2001 Supreme Court Term on Women's Rights: A Mixed Bag of Split Decisions*, <http://writ.news.findlaw.com/grossman/20010703.html>