

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

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2012-10-19 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/10.14945/00006773

論 説

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——

根 本 猛

一 アメリカ法における性差別撤廃の流れ——VMI判決まで

1971年以降、合衆国最高裁判所は、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男女平等の流れを加速させてきた。

1990年代においてもこの流れは変わらなかった⁽¹⁾。1991年のジョンソン・コントロールズ判決⁽²⁾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⁽³⁾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⁽⁴⁾。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⁽⁵⁾。

そして、学説やオコナー裁判官（後述のグエン判決における反対意見）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⁽⁶⁾。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、従来の中間審査基準における「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⁽⁷⁾。

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——同じく男女別学を違憲と判断したホーガン判決⁽⁸⁾はわずか一票差だったのに。

「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」

このように、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⁽⁹⁾からちょうど四半世紀、VMI判決は、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。

⁽¹⁾ 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。また、樋口範雄『アメリカ憲法』468－80頁（2011年）。

⁽²⁾ U.A.W. v. Johnson Controls, 499 U.S. 187 (1991).

⁽³⁾ J.E.B. v. Alabama, 511 U.S. 127 (1994). 憲法訴訟研究会編『アメリカ憲法判例』235頁（1998年）に中山道子の解説がある。

(4) 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、JEB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。

(5) 拙稿前掲注(1) 204頁。

(6) *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）。

(7) 拙稿前掲注(6)34-35頁。

(8) *Mississippi University for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718 (1982). 憲法訴訟研究会編『アメリカ憲法判例』205頁（1998年）に青柳幸一の解説がある。

(9) *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971).

二 日本法の動き

こうしたアメリカ法の流れは、遅ればせながらわが国の性差別撤廃の動きにも良い影響を与えたものと私はみている。

今から振り返れば当たり前のことだが、1991年制定の育児休業法は驚きだった⁽¹⁰⁾。それまでの、教員や看護婦（看護「婦」というこの言葉自体が時代を感じさせる）だけを対象にした従前の育児休業法では、当然のごとく女性しか育児休業を取得できなかった。

しかし、新法は性別にかかわらず男女とも育児休業を取得できるも

のとした。1985年批准の女性差別撤廃条約が第5条で性ステレオタイプの否定を謳っていることの論理的帰結とも言えるが、介護休業については、1995年に育児休業法に付け加わる形で制度が創設され、現在に至っている（育児・介護休業法11条以下）。

なお、本稿のテーマと直接関係ないが、当初は休んで構わないというだけで所得補償がなかったものが、雇用保険から手当が支給されるようになり、その支給割合も初めの25%から現在の50%にまで引き上げられた（雇用保険法61条の4）。

労働法制も大きく変わった。1984年の男女雇用機会均等法の制定によって、雇用における性差別を禁止する動きが始まった。それと並行して、労働基準法を中心とする労働者の保護は、女性保護から育児者の保護へと変化した。

労働時間の規制が一番分かりやすい。均等法制定以前の労働基準法は、男性の時間外労働については、36協定による規律のみで基本的に労使協定に委ねていたのに対して、女性の時間外労働を厳しく規制していた（1984年改正前の労働基準法61条）。

これに対して現在の労働時間規制は、時間外労働の上限目安を厚生労働大臣に定めさせ（労働基準法36条2項。なお時間外基準別表第2によると、たとえば1年間なら360時間が上限）、加えて、就学前の子がいる労働者に対してはより厳しい規制（育児・介護休業法17条、1年間に150時間まで）を課すという、性別で役割を区分しない内容になっている。これは、男女を問わず人間らしい労働とはどうあるべきかという規制と、家庭責任がある労働者に対する付加的な保護という望ましい形に近づいたものと評価できる。

こうした流れは、おそらく物好きな憲法学者の関心の対象でしかなかった容貌の後遺障害の男女差にまで及んだ。自動車損害賠償補償法（自賠責）は、保険金額の支払基準を男女同額にしているが、「外貌に醜状が残

る」後遺障害と「外貌に著しい醜状が残る」後遺障害についてだけは、男女差を設け、女性については男性の数倍の支払基準としていた（自動車損害賠償補償法施行令別表第2）。

2010年5月、京都地裁は、労災保険にもあった同様の著しい性差別に違憲判断を示し⁽¹¹⁾、国側は控訴せずに違憲判決は確定した。京都地裁判決は、男女差そのものが違憲と判断したのではなく、著しい格差に合理性がないという判決理由だったが、政府は、労災保険をはじめ自動車損害賠償補償法（自賠責）などにあった著しい男女差をすべて撤廃し男女一律の補償とする制度改正を実施した。

⁽¹⁰⁾たとえば、金城清子『法女性学』（第2版）215頁（1996年）。

⁽¹¹⁾京都地判平成22年5月27日（判例時報2093号72頁）。『平成22年度重要判例解説』11頁（2011年）に糠塚康江の解説がある。

三 国籍法の性差別

1 世紀をまたぐ2つの判決

一で述べたとおり、アメリカ法における男女平等の潮流の到達点が1996年のVMI判決だった。実際、VMI判決以降、性差別に関して目ぼしい判決は見られない——あるひとつのテーマを除いては。

それが国籍取得要件の性差別である。すなわち、未婚の母は子にたやすくアメリカ国籍を渡せるのに、未婚の父が子にアメリカ国籍を渡そうとするとさまざまな制約を課すことをどうみるか。

世紀をまたぐ2つの判決の争点は同一で、移民・国籍法（INA）第1409条（a）の性差別である⁽¹²⁾。未婚の母には要求されていない、子が18歳以前の準正、認知、判決による父子関係の確認のいずれかが性差別ゆえに

違憲ではないか。後述のわが国の国籍法で問題となった要件よりはるかに緩やかだが。

1998年のミラー判決⁽¹³⁾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⁽¹⁴⁾(下級審の判断は分かれていた)。

しかし、2001年のグエン判決⁽¹⁵⁾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⁽¹⁶⁾。

ケネディー法廷意見は、生物学的な親子関係が存在することの保証及び子と親と合衆国との絆の確保は、ともに重要な立法目的であり、問題の規定によって実質的に促進されるとするが、主に、後者の目的に力点を置いて、大要、以下のように述べた。

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障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

て、そうではない。妊娠と出産との間には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」

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)。

これに対して、スーター、ギンズバーグ、ブライヤー各裁判官が同調するオコナー裁判官の反対意見は、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ことになり、そうした一般化は、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という前提から、性に基づく分類への高次の審査の適用に関する判例の説明は、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として、従来どおり、手段と目的との間に高い関連性が要求する。

「結局、第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、ブーレー (父親) はグエンを育ててきた」

学説の反応は法廷意見に批判的なコメントが大半であった⁽¹⁷⁾。

「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、グエ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」⁽¹⁸⁾と述べる。

Grandleも「グエン判決は、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」⁽¹⁹⁾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⁽²⁰⁾。

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)⁽²¹⁾というDayの評は、まことに簡にして要を得たものである。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」⁽²²⁾

⁽¹²⁾ 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

⁽¹³⁾ 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)。

⁽¹⁴⁾ 「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).

⁽¹⁵⁾ Nguyen v. INS, 533 U.S. 53 (2001).

⁽¹⁶⁾ 当時の最高裁判所の勢力図は、5人の保守派對4人のリベラル派だったが、性差別事件では、保守派のオコナー裁判官がリベラル派に、リベラル派のステューブンス裁判官が保守派に与することが多かった。

⁽¹⁷⁾ 詳しくは、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1頁、14頁以下(2003年)。

⁽¹⁸⁾ 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).

⁽¹⁹⁾ Grandle, Current Event: Nguyen v. INS, 10 AM.U.J.GENDER SOC.POLY & L. 743, 754 (2002).

⁽²⁰⁾ 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).

⁽²¹⁾ Day, Current Development, 15 GEO.IMMIGR.L.J. 762, 765 (2001).

「母性とセクシズムの勝利」というGrossmanの論稿も強烈である。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、VMI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).

⁽²²⁾ Chlopak, *supra* note 18, at 990-91.

2 関連する日本法

未婚の父の国籍を非嫡出子が継承できるかというこの争点では、むしろわが国の最高裁判所のほうが先進的と言えるかもしれない。2008年、わが国の最高裁判所は、やや似通った国籍法の要件に違憲判決を下した⁽²³⁾。日本でも、未婚の母は子にたやすく国籍を取得させることができるのに対して、未婚の父には付加的な要件が課されていた。すなわち、胎児認知か準正（未婚の母との婚姻）が必要で、生後認知だけでは子に日本国籍を取得させることができなかつたのである（当時の国籍法3条1項）。

わが国では、この問題は、非嫡出子と準正子との差別（区別）が合理性を有するかという論点で争われ、性差別が中心的な争点ではなかつた。ただ、最高裁判所は、以下に紹介するように非嫡出子と準正子との区別に合理性なしと判断した後で、この差別は、未婚の父母を区別する点で性別による差別にもあたると駄目押ししているので、共通点もある。

わが国の最高裁判所は、性差別や非嫡出子差別に対してはより厳しい違憲審査基準を適用すべしとする憲法学の期待に耳を傾けることなく、法の下での平等の違憲審査を一貫して、合理性の有無で判断してきたし、それは本判決でも同じだった。しかし、国籍が基本的人権保障などの前提となる重要な法的地位であることや、非嫡出子という身分が非嫡出子自身ではどうすることもできない属性であることに鑑みて、合理性の存否を「慎重に検討することが必要である」とした。

具体的には、生後認知子とわが国社会との密接な結びつきがあるか否かを父母の婚姻の有無ではかることに合理性があるか否かが問われた。最高裁判所は、この要件が設けられた当時（1984年）はあった合理性が、社会的・経済的環境などの変化に伴って、遅くとも本件訴訟が始まった平成15年（2003年）には失われ、違憲であると判断した。

社会のなかでどちらかといえば、少数者・異端者に配慮した本判決を、多くの憲法学者は歓迎していると思う。ただ、判決理由として挙げられている家族関係・親子関係の多様化・国際化はどれほどのものか。たしかに存在するだろうが、決してメインストリームではないはずである。この点では、非嫡出子などの増加について具体的な数字を挙げて、「増加はしているものの、その程度はわずかである」として退ける横尾和子裁判官らの反対意見に、従来の最高裁判所らしさを感じず。

もう1点は違憲判決の後始末である。父母の婚姻要件を撤廃して認知子に準正子と同一の国籍取得を認めるかとなると、たとえば、別の要件を課すという選択肢もあり得る。だから、甲斐中辰夫裁判官らの反対意見は、現状は立法不作為の状態であって、この違憲状態の是正は国会に委ねるべきであるとしている。しかし、最高裁判所は、国籍法の父母両系血統主義を根拠に法改正待たずに判決で直接救済したのである。本案で仮に違憲だとしても、裁判所には国籍付与権限があるか否かはなお検討の必要ありとする合衆国最高裁判所と好対照である⁽²⁴⁾。

いずれにせよ、わが国の最高裁判所も変わったものだというのが、多くの憲法学者の実感ではあるまいか⁽²⁵⁾。

⁽²³⁾ 最大判平成20年6月4日（民集62巻6号1367頁）。

⁽²⁴⁾ 法廷意見は、最後に「政府側は、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。……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」と結んでいる。

トーマス裁判官が同調するスカリア裁判官の同意意見は、もっと直截に「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」

⁽²⁵⁾とりあえず、高橋和之らの鼎談「国籍法違憲判決をめぐる」ジュリスト1366号44頁（2008年）。また、長谷部恭男「国籍法違憲判決の思考様式」同77頁。

四 三たび最高裁判所に

1 3度目の事件

「最高裁判所がリンゴを2回咬むことはそんなにない、ましてや3回はなおさら」⁽²⁶⁾だそうだが、論争は三たび最高裁判所にやってきた。今度はやや異なる性差別をめぐる。国籍法は別の規定で、未婚の父が子に国籍を渡す要件として、子の出生までに合衆国における10年間の居住を求め（未婚の母は1年間）、うち5年間は父が14歳以降であることが求められていた⁽²⁷⁾。

この事件の主人公、Ruben Flores-Villar（以下、ルーベンまたは Flores-Villar という）は、1974年、婚姻関係にないメキシコ国籍の母と合衆国市民の父との間に生まれた。ルーベンは、生後2ヶ月で、父などとともに合衆国にやってきた。もし、ルーベンが合衆国で生まれていれば、両親の国籍にかかわらず、出生による国籍を取得できたが、国外で生まれたので、ルーベンがアメリカ国籍を取得できるかは、前記の居住要件

にかかわることになった。ところが、ルーベンが生まれたとき父はまだ16歳だったので、14歳以降5年間という要件を満たすことは絶対に不可能だった。

1997年、ルーベンは、マリファナを輸入したかどで2年間服役した後、メキシコに国外退去を命じられた。薬物犯罪で有罪判決を受けるとアメリカ国籍がない者は国外退去を命ぜられるのである(もちろん合衆国市民であればそんなことはない)。その後不法入国を繰り返しそのたびに国外退去命ぜられたが、2003年には不法入国で有罪判決を受けた。

2006年、ルーベンは再び不法入国で逮捕され、3年半投獄の有罪判決を受けた。有罪判決に対するルーベンの抗弁が、父が合衆国市民なので自分も合衆国市民であるというもので、これが本件の争点である。

2 下級審判決

第9巡回区連邦控訴裁判所は、次のように述べて、グエン判決に従い本件に中間審査基準が適用されると仮定しても、居住要件の違いは合憲であると判断して、有罪判決を支持した⁽²⁸⁾。

ルーベンは、海外で外国人との間に婚姻外で生まれた子に国籍を渡すのに、合衆国市民の母には課されていないが合衆国市民の父には課されている14歳以降5年の居住要件が、年齢及び性別に基づく差別で、平等保護に違反すると主張している。この問題そのものは、以前検討されたことはないが、答えはグエン判決に従うべきである。グエン判決で最高裁判所は、父のみに課された認知要件を平等保護に反しないと判示した。グエン判決と同様、本件にも中間審査基準が適用されると仮定しても、居住要件は合憲であると結論する。

(グエン判決を回顧して) 本件で争点となっている手段は異なるが、グエン判決と同様、政府の利益は重要で、その手段は政府の目的に実

質的に関連している。政府は、無国籍の子を防止することは重要な目的であり、母の居住要件を緩和することによって実質的に促進されると主張している。というのは、多くの国において、合衆国とは異なり血統によって国籍が付与されているから。すなわち、先例において説明したように、合衆国市民の母の非嫡出子に、緩やかな要件で国籍を付与するのは、血統主義を採る国で生まれた非嫡出子は、出生時の母の国籍以外に国籍を取得できず、無国籍になりやすいからである。

無国籍を防止し、合衆国市民の未婚の父やわが国と合衆国市民になろうとしている海外で生まれた婚外子との絆を確保することは重要な利益であり、選ばれた手段はこの目的を実質的に促進する。関連性は完全ではないが、連邦議会の移民・国籍立法に関するほとんど全能の権限に照らせば十分に説得的である。

Flores-Villarは、無国籍の防止は正当な目的だが、父たちを処罰することによっては、達成されないと主張している。その見解によれば、本法の真の目的は、非嫡出子の監護は女性がすべきであるというステレオタイプの永続化であり、合衆国居住期間の長さは、父子関係に無関係である。また、Flores-Villarは、父が実際に彼の監護をしてきたと強調している。しかし、グエン判決で、最高裁判所は、同様の見解を退けた。

「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」

居住要件の違いは、無国籍の防止に直接関連している。合衆国市民の未婚の母に適用される1年間の要件は、子が出生時に国籍を持てるよう保証するためのものである。同様に、この要件は、子と未婚の父とこの国との絆をきずくという目的をも増進する。したがって我々は、中間審査基準を適用しても居住要件の違いは合憲であると結論する。

要するに、無国籍の子を防止することは重要な目的であり、母の居住要件を緩和することによって実質的に促進されるという政府の主張を十分に説得的と認めたのである。他方、居住要件の違いは、子育ては女性がすべきという性ステレオタイプだという主張については、グエン判決を引用して簡単に退けている。

3 事件の結末

控訴裁判所の合憲判決に対して、最高裁判所は裁量上訴を認めた。

前稿でも指摘したが、2001年の合憲判決は学界を含めて不評であって⁽²⁹⁾、判例変更の期待があった。「グエン判決は、中間審査基準の水割りだとして、研究者とコメンテーターから声高に非難されてきた。……判決はこのように激しく批判されてきたので、裁量上訴が認められたとき、グエン判決を判例変更するなどしてギンズバーグ裁判官がVMI判決で示した男女平等のより強力な言い方に戻るという予想が多かった」⁽³⁰⁾

また、最高裁判所がグエン判決を見直さなくても、この規定については違憲判断の可能性があった。グエン判決では当事者のアクションで乗り越えられる要件だったのに対して、今回の居住要件を当事者が乗り越えることは不可能だったからである。ルーベンの父がそうであったように、19歳未満の男性は、子と自分と合衆国との絆がどんなに深いものであることを立証したとしても、国籍を子に渡すことはできないのである。すなわち、この規定は実体的な障害となるもので、グエン判決で支持さ

れた手続的な制約規定と全く異なる、という論評もみられた⁽³¹⁾。

何度も有罪判決を受けるなどルーベン自身が同情に値する人格でないことは気掛かりだが、多くの人々に適用される国籍法の規定の合憲性が当事者の人格に左右されるべきではないだろう⁽³²⁾。

しかし、そうした期待も空しく、昨年（2011年）6月13日、最高裁判所は4対4の同点票決で、有罪という原判決の結論だけが維持され、最高裁判所としての判断は示されなかった⁽³³⁾。

この結末はある程度予想されていたようである。新任のケーガン裁判官が司法省ナンバースリーの訟務長官としてこの訴訟にかかわっていた以上、審理に加わることはできず、ケーガン裁判官を欠いて、リベラル派が違憲判断に必要な5票を集められるとは思えないから⁽³⁴⁾。

ここからは全くの推測になるが、原判決破棄の違憲判断に賛成した4人は誰か？ グェン判決で違憲の結論に賛成した4裁判官のうち、オコナー裁判官とスター裁判官は引退した。残るギンズバーグ、ブライヤー両裁判官は違憲判断維持だろう。女性のソトマイヨール裁判官もこのグループだろうが、残る一人は誰か？

グェン判決の多数派5裁判官のうち、首席裁判官とスティーブズ裁判官は最高裁を去った。残りの3裁判官のうち、スカリア、トーマス両裁判官の違憲判断はあり得ないので、ケネディー裁判官が態度を変えたか、新任の首席裁判官かアリート裁判官のどちらかが違憲判断に与したことになる。ミラー判決で違憲説に傾いていたケネディー裁判官だろうか。なお、グェン判決のケネディー法廷意見は、以下のように、問題とされた規定が立法目的と実質的関連性を有する理由のひとつに、課される義務が最小限でハードルが低いことを挙げていたが、もちろん本件には当てはまらない。

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。

今回は、最高裁判所がこの争点に明確な決着をつけて、男女平等を完成させてくれることを期待し、本稿を閉じたい。同点票決を紹介するニューヨークタイムズの記事も、「過去30年間、最高裁判所は繰り返し男女を区別して取り扱う法を違憲と判断してきた。……ケーガン裁判官が審理に参加していれば、最高裁判所はこの差別を違憲と判断したであろうし、それが正しい選択だった。父親の育児における役割は小さいという時代はとうに過ぎたのである」と結ばれている⁽³⁵⁾。

⁽²⁶⁾ Davis, *infra* note 30.

⁽²⁷⁾ 8 U.S.C. 1409(a) (7) & 1409.

この問題の経緯は、Collins, *A Short History of Sex and Citizenship: the Historians' Amicus Brief in Flores-Villar v. United States*, 91 B.U.L.REV. 1485 (2011)が参考になる。その要旨は、性差別以外にも長い差別の歴史がある国籍法は、男女の役割分担を前提に、家庭内では夫を「主人」とみて、海外で生まれた子の国籍の源とみなしてきたのに、婚姻外では反対に、母を子の国籍の源とみなしてきた。1934年に、連邦議会は結婚しているカップルについては男女平等にしたが、未婚の父母については法改正を拒否して現在に至っている。性別に基づく伝統的な両親の役割を政府が支持して長続きさせるのは平等保護に違反する。特に、国籍法の性差別は、婚姻外の性行為は男性の特権であるという性倫理に手を貸すものである、としている。Id.at 1490 & 1495-96.

⁽²⁸⁾ U.S. v. Flores-Villar, 536 F.3d. 990 (2008).

⁽²⁹⁾ 拙稿前掲注(17)。

⁽³⁰⁾ Davis, *Is the Constitution Violated when U.S. Citizen Fathers Are*

Held to Different Standards than U.S. Citizen Mothers for Purposes of Transmitting Citizenship to Their Children?, 2 Preview of United States Supreme Court Cases 79, 2010-2011 Term (2010).

⁽³¹⁾ Grossman, In United States v. Flores-Villar, The Supreme Court Will Hear Argument on the Citizenship Rights of Non-Marital Children, <http://writ.news.findlaw.com/grossman/20101108.html> & 20101109.html

⁽³²⁾ Id.

⁽³³⁾ Flores-Villar v. U.S., 131 S.Ct. 2312(2011).

⁽³⁴⁾ Davisも「しかし、そうだとすると、ケーガン裁判官が最高裁判所に加わることによって別のハードルができた。本件が最高裁判所に持ち込まれたときに訟務長官だった彼女は事件の審理を回避するだろう。8人の裁判官では、移民・国籍分野での中間審査基準の強力な適用を支持する5人の多数派を集めることはより困難になるだろう。4対4に分かれて、単に下級審の結論が支持されるかもしれない」。Davis, *supra* note 30.

また、A Father's Presence: Flores-Villar v. United States and Equal Protection, 6 DUKE J. CONST. LAW & PP SIDEBAR 142 (2011)も「4対4か、5対3で政府側勝訴の可能性が高い」(Id.at 155)。なおその要旨は、最高裁判所は水割り版ではない中間審査基準を正しく適用して審査すべきであり、緩やかな審査なら平等保護の背後にある個人は特定の階層に所属しているがゆえに差別されないという約束は見失われる危険ありとするが、最高裁判所がグエン判決のアプローチ維持なら、合憲判断の可能性が高い、なぜなら執行しやすさや効率性の観点で、性に中立な手段やケースバイケースの分析より「執行しやすいスキーム」を許容するように思われる、としている。

⁽³⁵⁾ The Court Disses Fathers, New York Times, June 19, 2011, Section WK; Column 0; Editorial Desk; Editorial; Pg. 7. なお、Davisは、

連邦議会がこうした性差別規定を取り除くという予想外のアクションを起こさない限り、最高裁判所がこの争点に取り組む4回目の機会もありうるとしている。Id.