合衆国における性差別をめぐる 違憲審査基準の展開

鎌 田 猛

「1970年代にいたるまで、法における性のラインをくつがえすために憲法に頼ることはドン・キホーテ式の試みであった⁽¹⁾」。しかし、1970年代以降の判例の展開はめざましく、「最も重要な法的攻撃が行なわれ、最も意味のある憲法上の基準の変化が起きたのは、人種及び性差別の領域である⁽²⁾」と評されるまでになっている。本稿の目的は、この間の性差別に関する合衆国連邦最高裁の判決を、違憲審査の基準という側面から検討することである。

1. 「合理性」のテストか厳格司法審査か

最高裁は、1971年のリード判決⁽³⁾において、史上初めて、性差別を理由として、憲法違反の判断を示した。しかし、違憲の結論を導くために、全員一致のバーガー法廷意見が行なった審査は厳格司法審査ではなかった。「分類は、『同様の状況にあるすべての人々が同様に扱われるべく、恣意的ではなく合理的でなければならず、立法目的に公正かつ実質的関連性をもつならかの差異にもとづいていなければならない』⁽⁴⁾」という50年以上前の税法にかかわる事件⁽⁵⁾から借りてきたテストを採用したのである。

この「公正かつ実質的関連性」のテストは、少なくとも性差別の領域においては、最小限の「合理性」のテスト以上の意味をもっていた。最小限の「合理性」のテストが、合憲性支持のための合言葉でしかなかったのに比べて、「公正かつ実質的関連性」のテストは、立法目的には正当性を認めつつも、性にもとづく分類という選択された手段については、「平等保護条項によって禁じられている恣意的な立法上の選択である⁽⁶⁾」という結論につながったのである。そのため、このテストは、「厳格な合理性⁽⁷⁾」と呼ばれることもある。

これに対して、性差別を厳格司法審査に服させようという立場、すなわち、性にもとづく分類は「違憲の疑いがある(suspect)」という考え方は、ついに、最高裁多数派の支持するところとならなかった。この立場は、最も多いときでも、4人の裁判官の支持しか得られなかった⁽⁸⁾。そして、1976年以降、最高裁で、この立場を唱えた裁判官は1人もいない。

2. クレイグ・テスト

厳格司法審査が、性差別の領域において、どの裁判官によっても唱えられなくなったのは、最高裁が、自由派の裁判官の要求をもかなり満たした性差別に適用すべきテストを明らかにしたことに、理由の幾分かは帰することができる。1976年のクレイグ判決⁽⁹⁾において、最高裁は、「性による分類が、憲法上の攻撃に耐えるためには、政府の重要な目的につかえ、かつ、その目的達成に実質的に関連しなければならない⁽¹⁰⁾」と述べた。「重要な(important)」というのは、「許容されうる(permissive)」程度では足りないが、「人権侵害を正当化しうる(compelling)」までは必要とされず、「実質的に(substantially)」というのは、「合理的に(rationally)」程度では足りないが、「最も制限的でない手段(LRA)」までは必要とされない趣旨である⁽¹¹⁾。そのため、クレイグ・テストは、中間審査基準(intermediate standard of review)と呼ばれる。

第一基準の「政府の重要な目的」は、たいてい合格する。ところが、第二基準の「実質的関連性」は、かなり高い程度のものが要求される。そして、さらに2つの側面をもっていると考えられる。第一は、通常の意味——「合理的に」と「最も制限的でない」の中間——においてであって、具体的には、過小包含・過大包含の程度や、他の選びうる手段との比較が検討されることになる。

クレイグ判決の場合、立法目的は、交通安全の増進であり、そのために選択された手段は、アルコール分3.2%のビールの21才未満の男性及び18才未満の女性に対する販売を禁止することであった。目的と手段との実質的関連性を示すものとして、州側が提出した統計的資料は次のようなものであった⁽¹²⁾。(1)18—20才において、男性は女性に比べて酒酔い運転の逮捕者が多い(同年代の人口比で、女性0.18%、男性2%)。(2)交通事故で死傷するのは、17—21才の若

者が多く、そのなかでも男性が女性に比べて多い。(3)若い男性は、同年代の女性に比べて、運転をしてビールを飲む傾向が強い(20才未満の運転者でビールが好きだと答えた者は、男性84%、女性77%)。(5)飲酒から生ずる交通事故に若者がかかわることが増えている。しかし、最高裁は、この程度では「実質的関連性」を満足させないと判断した。また、後に最高裁は、社会保障の給付に関して、ニードのかわりに性のラインを引くことは、「実質的関連性」を満足させないと述べている⁽¹³⁾。逆に、「実質的関連性」を認められたのは、過去の差別の救済のために、老齢給付金の額の算定にあたって女性を優遇する(給付額は、賃金が最高であった年のうちの何年間かの平均によって算定されるが、条件が同じ男女の場合、女性は低い方の3年間を算定から除外することができる)ことである⁽¹⁴⁾。

ところが、通常の意味において「実質的関連性」があるとしても、審査はそれで終わりではない。第二の側面として、「憲法上許容されない古風かつ過度に広汎な一般化⁽¹⁵⁾」にもとづく分類は合憲性を支持されない。すなわち、過小包含・過大包含の程度がわずかであり、他の選びうる手段に比べて遜色ないのであっても、これにあてはまると違憲の結論が導かれる。詳しくは次項で述べるが、その適例がゴウルドファーブ判決⁽¹⁶⁾である。この判決においては、遺族給付の支給に関して、寡夫に対してのみ、扶養家族であったことの証明を要求し、寡婦にはその如何にかかわらず支給されることになっていた連邦社会保障法の規定が違憲とされた。レーンクィスト反対意見が試算したところによると、該当年齢の妻のうち、88.5%は扶養家族であり、同じく夫については、わずか1%であるという⁽¹⁷⁾。もし、クレイグ判決において、この程度の関連性があれば、制定法の合憲性は支持されたであろう。その差は、主として、最高裁が、「憲法上許容されない古風かつ過度に広汎な一般化」という審査方法を用いたか否かに帰することができるように思う。

クレイグ・テストは、「中間審査基準」であると前述したが、それは、どちらかといえば、厳格司法審査に近い意味においてである⁽¹⁸⁾。最高裁が、クレイグ・テストを適用し、かつ、「実質的関連性」を認めたのは過去の差別の救済が争点となったウェブスター判決⁽¹⁹⁾だけである。

クレイグ・テストに対しては、次のような批判がある。

「第一に、政府の目的は『重要な』ものでなければならないという漠然とした要件は、事実上つねに満たされる⁽²⁰⁾」

第二に、「制定法上の手段が、目的に『実質的に関連し』なければならないという要件は、最高裁の手段審査の真の性質の不明確で不完全な叙述である⁽²¹⁾」。すなわち、「憲法上の審査に合格するために、どの程度緊密な手段と目的の適合がなければならないか予測することが困難である⁽²²⁾」

私が整理した「実質的関連性」の第二の側面はかなり意味内容が明らかであり、その例もいくつか示されている。それに比べて、第一の側面は、ここに指摘されるとおり、あまり明確ではない。

3. 「憲法上許容されない古風かつ過度に広汎な一般化」

この具体例としてあげられるものは、「男性は、一般に、女性よりも遺産相続人としてすぐれている⁽²³⁾」、「女性配偶者は、通常、夫の扶養家族であり、男性配偶者はそうではない⁽²⁴⁾」、「男性労働者の収入は、家族の生活維持に致命的であるが、女性労働者の収入は、重要な貢献をしない⁽²⁵⁾」という一般化である。また、「父は、『家庭とその必要なものを供給する主要な責任』を負う一方で、母は、『家庭と家族生活の中心』である⁽²⁶⁾」という一般化も同様であると考えられる。

これは、まことに巧みな審査基準であって、最高裁は、性差別に適用すべきテストについてコンセンサスができないあいだもこれによっていた⁽²⁷⁾。おそらく、クレイグ・テストが存在しなくても、違憲判決のほとんどは、この基準のみによって説明がつき（実際に最高裁がどういふ方法をとったかにかかわらず）、その例外はクレイグ判決だけであろう。

最高裁が、こうした態度をとるのは、一般化が現実に対応しないからではなく（現在においても、多くの男女はこの一般化にあてはまるのではないか⁽²⁸⁾）、むしろ、『『伝統的な』性の役割からの離脱を妨げ、または経済的にくじき、その結果、生物学〔男であるか女であるか〕を社会的運命に永訣させる⁽²⁹⁾』からであろう。

最高裁は、憲法上は、一般化そのものが許されないという立場はとっていない。「憲法上許容されない古風かつ過度に広汎な」という限定を付している。この限定がなにを意味するか必ずしも明らかではないが、クレイグ判決において、この基準によることなく、目的と手段との通常の意味における関連性に審査の大部分を集中したことからみて、少なくとも、建前としては、「若い男性は、同年代の女性に比べて、運転をしてビールを飲む傾向が強い」という一般化は、もし、目的との関連性において実質的なものであると認定されれば、「憲法上許容されない古風かつ過度に広汎な一般化」ではないという趣旨であろう。

どこに一線が引かれるのか、これはかなり主観的な判断が伴うように思われるが、ウェプスター判決において、「社会が長いあいだ、女性（男性）に課してきた役割分業論の産物⁽³⁰⁾」は違憲であると述べているところからみて、人の手が加えられているものについては、「憲法上許容されない」とされる可能性が高いのではないか。反対に、女性は体力的に弱い、身長が低い、長生きするといった一般化は、それ自体としては「憲法上許容されない」ということにならないであろう。また、カーン判決⁽³¹⁾において、最高裁は「独り者の女性が直面する財政的困難は、男性が直面するそれをしのぐ⁽³²⁾」という一般化をしたが、反対意見も、これが「憲法上許容されない」一般化であるとは考えなかった。これは、人の手が加わっていないかどうか疑問だが、前述のように、『『伝統的な』性の役割からの離脱を妨げる』かに照して検討すれば、一線を引きうるのではないか。

ところで、最高裁は、最近、この審査方法を前面に押し出すことをやめ、クレイグ・テストによって、通常の意味での「実質的関連性」を否定したあとで、最後に付け足しのようにこれに言及するようになった⁽³³⁾。これらの判決においては、結論が違憲であるので、「憲法上許容されない古風かつ過度に広汎な一般化」は結果として否定されることになり、問題はそれほど大きくなかった。

しかし、最高裁は、1981年にいたり、この基準を骨抜きにしかねない2つの判決を下した。そのひとつは、18才未満の女性との性交について、同意がある

場合でも、男性のみを処罰するカリフォルニア州法の合憲性を支持したマイクル・M判決⁽³⁴⁾である。多数派が認定した立法目的は、ティーンエイジャーの妊娠の防止であったが、この立法目的に対して、制定法の構造は大きな欠陥もっている。すなわち、思春期前の少女（妊娠の可能性がない）を除外していない点、射精を犯罪の成立要件としていない点、そして避妊具の使用による抗弁を認めていない点で過大包含であり、同時に、結果に共同して責任を負うべき行為について男性のみを処罰している点で過小包含である。この性差別の矛盾は、スティーヴンズ反対意見の次の一節に要約できよう。「理性的な両親が異なる性の双子の行為にルールを作る場合、娘に特に有害な行為を行なうことを、息子には禁止し、娘には認めるだろうか⁽³⁵⁾」

ブレナン反対意見は、この性差別の裏にある性ステレオタイプを次のように指摘している。

「ごく最近まで、カリフォルニア州の裁判所も、コメンテーターも、カリフォルニア州の強姦法の目的が、若い女性を妊娠のリスクから保護することであると示唆したことはなかった。実際、261.5条〔合憲性を争われている規定〕の歴史的発展は、この法は、当初、若い女性は、若い男性と異なり、性交という行為に同意する能力を法的に欠くとみなされるべきであるという前提にもとづいて制定されたことを示している。彼女たちの純潔は、特に価値があるとみなされていたので、特別に州の保護が必要であると考えられたのである。対照的に、若い男性は、自分自身で、そうした決定を下す能力があると考えられたので、法は、彼らに特別の保護を与えなかったのである。

おそらく、カリフォルニア州の強姦法における性分類は、10代の妊娠の発生を減少させるためではなく、当初こうした時代遅れの性ステレオタイプを増進することを意図していたので、州は、分類と新たに主張された目的とのあいだの実質的関連性を立証することができなかつたのである⁽³⁶⁾」

もうひとつは、男性のみの徴兵登録制の合憲性を支持したゴールドバーグ判決⁽³⁷⁾である。法廷意見の論理は、おおむね次のようになる。国防及び軍事の文脈では、裁判所は連邦議会に大きな敬意を払っている。将来予想される徴兵は、戦闘部隊の補充を目的としたものなので、制定法上女性が戦闘任務に参加

することを禁じられている以上、女性の徴兵登録を行わないことは、立法目的と密接な関連性をもつ。たしかに、軍事専門家は、たとえば、65万人徴兵する場合、そのうち8万人は女性を徴兵して非戦闘任務にあてるとは可能であると証言している。しかし、実際に徴兵するのがわずかであることは、女性を登録に含めることから生ずる行政側の負担にひきあわない、女性を非戦闘任務にあてるとしても、それは志願兵によって満たされる、非戦闘任務に女性をあてるとは、軍事上の柔軟性 (military flexibility) を害する (すなわち、緊急時には、戦闘任務に転用できる人員を非戦闘任務にもあてておく方がよい) といった理由により、連邦議会がこの証言を受け入れなかったことは憲法上許容される。

この論理にはいくつかの疑問がある。根本的には、制定法上の制約は違憲な差別を合憲にするのかということである。しかし、この制約を受け入れるとしても、できるかぎり男女の平等をはかることが憲法の要請ではないだろうか。「行政側の負担にひきあわない」というのは、その実体は、「行政上の便宜」——性差別においては、立法目的として十分でない判断されてきた⁽³⁸⁾——であるし、徴兵は、志願兵の予期せざる不足に対応するためのものであるから、志願兵で満たされていることは理由にならないはずである。「軍事上の柔軟性」については、志願兵制をとって非戦闘任務に女性をあてている現在に比べてどのように悪化するということであろうか。

カーター前大統領が徴兵登録の再開を決断したとき、彼が連邦議会に提案したのは、男女双方の徴兵登録制であった。それが、連邦議会の反対で、従来どおりの男性のみの徴兵登録制となったのである。もう10年以上前に、男性のみの徴兵制の合憲性を支持したある連邦地裁は、「もし、国民が生きのびなければならぬなら、女性が家庭の火を燃やし続ける一方で、男性は防衛の第一線にあたらなければならないという教えに連邦議会は従った⁽³⁹⁾」と理由つけたが、本件で、連邦議会と最高裁多数派が従った教えは何だったのであろうか。マーシャル反対意見は次の一節で始まっている。

「本日、当裁判所は、『女性の適正な役割についての古くさい流言』の残存する最も強力な公的表現のひとつに認可を与えた。すなわち、徴兵の登録を

男性に要求し、女性には要求せず、そのことによって、女性をカテゴリカリーに市民の根本的な義務から排除する制定法を支持したのである⁽⁴⁰⁾」

4. 真の立法目的

最高裁は、政府側が主張する立法目的をそのまま受け入れるのではなく、制定法の構造や立法史を検討することにより、真の立法目的をさぐり出すという作業を行なうことがある。1975年のウィゼンフェルド判決⁽⁴¹⁾では、連邦社会保障法の遺族給付が、被保険者の未成年子と未成年子をもつ被保険者の妻にしか支給されないことが合憲か否か争われた。政府は、この性差別が「寡婦に財政的援助を与えることにより、女性の不利な経済的地位をうめあわせようと合理的に意図されたものである⁽⁴²⁾」と主張したが、最高裁はこれを容れなかった。

「単に、善意の、補償的目的を唱えることは、制定法のスキームの下にある真の目的についての審査に対して〔制定法を〕保護する自動的な楯とはならない。本件では、制定法の構造自体及び立法史から、連邦議会の目的は、経済的差別のために、自分自身では収入を得ることができなかった子をもつ若い寡婦に、給付を与えることではないことが明らかになる。むしろ、〔この区別は〕女性が働くのではなく、子の世話に専念することを選択させることを意図したものである。この目的は、女性の特別な不利益を前提としていないので、働く女性に与えられるべき保護を減少させる性にもとづく区別をジャスティファイするのに役立たない⁽⁴³⁾」

この審査方法に対しては、通常、憲法上無意味であるという批判がされる。というのは、真の立法目的がほかにある場合、政府側が主張する立法目的と手段（性にもとづく分類）との関連性が実質的でないことが多いから、結論を導くためには、それを審査すれば足りる。「制定法上の手段が、主張されている目的に実質的に関連しないという認定は、それ自体で、制定法を無効にする十分な理由になる⁽⁴⁴⁾」。もっとも、結論を導くために必要とされる場合もある。主張されている立法目的と手段との関連性は実質的であるが、裁判所が認定した真の立法目的は許容されない、もしくは重要ではない場合、または真の立法目的と手段との関連性が実質的でない場合である。バラード⁽⁴⁵⁾判決及びゴウ

ルドファーブ判決がこれに近い例にあたるが、いずれも最高裁の意見は鋭くわかれた。

ところが、最近、最高裁は真の立法目的をさぐり出すことをしなくなった。主張されている立法目的が、こじつけではないかと相当疑わしいときでも、そのまま受け入れて、クレイグ・テストによって審査し、実質的関連性を欠くという結論を導いている⁽⁴⁶⁾。これだけで最高裁は撤退したと断定することは早計であろう。この審査方法は必要がない（結論に異同がない）から採用しないだけかもしれないからである。

しかし、1981年のマイクル・M判決は、この審査方法をなかばほうむったように思われる。

「当裁判所は、長いあいだ、『連邦議会の動機または目的の審査は、危険なことであり』、制定法の『真の』または『第一の』目的を調べることは、とらえどころのないものであることを承認してきた。……

州が提示し、カリフォルニア州最高裁が受け入れた制定法のジャスティフィケーションは、州議会は、10代の非嫡出の妊娠を防止しようとしたということである。もちろん、この認定は、大きな敬意を受ける資格がある。そして、我々の先例は、『それが立法目的であったはずがない場合には』、制定法の制定について州が主張する理由がしりぞけられることを確立しているが、本件はそのような場合ではない⁽⁴⁷⁾」

しかし、なぜ「本件はそのような場合ではない」のかについての説明はない。前述のように、州が主張する立法目的と制定法の構造との関連性が実質的ではなく、真の立法目的が妊娠の防止ではないという有力な証拠がある場合について、「そのような場合ではない」とするなら、どのような場合がこれにあたるのだろうか。

5. 性にもとづく分類の本来的危険

クレイグ・テストに関連して、1979年のオア判決⁽⁴⁸⁾は、ひとつの原則を明らかにした。

「性にもとづき利益と負担を配分する立法上の分類は、女性の『適正な場所』

と彼女たちの特別な保護に対するニードについてのステレオタイプを強調するという本来的な危険を伴う。かようにして、過去の差別を補償し、その効果を緩和することを意図する制定法であっても、注意深く起草されなければならない。本件のように、州の補償と緩和の目的が、性を分類し、その結果、性ステレオタイプの手荷物を伴うものと同等に、性に中立な分類によっても達成される場合、州は性にもとづき分類することを許されない⁽⁴⁹⁾」

つまり、ある立法目的を達成するために、性にもとづく分類と性に中立な分類が可能な場合、第一条件として、立法目的と性にもとづく分類との関連性が実質的でなければならないが、第二条件として、立法目的と性に中立な分類との関連性と比較しても、それを越える（同等では失格である）実質性をそなえなければならないことになる⁽⁵⁰⁾。したがって、逆にいえば、性にもとづく分類に比べて、性に中立な分類が不必要かもしれないが、有害ではない場合には、後者を選択しなければならない。

しかし、この原則もまた、1981年の2つの合憲判決の影響を免れない。マイクル・M判決において、レーンクィスト多数意見は次のように述べた。

「男女双方が訴追に服する性に中立な制定法でも、同様にうまくこの目的に役立つので、この制定法は、10代の妊娠を抑止するために必要ではないということが主張されている。しかし、関連ある審査は、制定法が可能なかぎり正確に起草されているかではなく、カリフォルニア州が選択したラインが憲法上の制約内にあるかである⁽⁵¹⁾」

オア判決が「可能なかぎり正確に」まで要求しているかは議論の余地があるが、上訴人がオア判決の原則の適用を要求したのに対し、否定的に答えたことに注目すべきである。多数意見は続けて、性に中立な制定法は、執行上の問題（男女双方を処罰すると、女性が法違反を訴え出なくなる）を生ずると理由づけたが、これは、男性＝加害者・女性＝被害者というパターンを前提としているという困難があるし、よしんば、実際に執行上の問題が生ずるとしても（性に中立な制定法をもっているいくつかの州では、執行上の問題が現実⁽⁵²⁾に発生したという報告はない⁽⁵²⁾）、女性ではなく男性が処罰の対象として選ばれる説得的な理由がない。さらに、片方だけの処罰は、性に中立な基準（年長者や

有責度の強い方を処罰する等)によっても行ないうるのである。

また、ゴウルドバーグ判決においても、「政府は、女性を登録することが、かような〔戦闘部隊の〕徴兵の準備をする努力を実質的に妨害することを立証しなければならぬ⁽⁶³⁾」だったのである。つまり、男女双方を登録しておいても、軍事上の必要に応じて、女性を実際には徴兵しないと少数だけ徴兵することは可能（合憲か否かは別にして）だから、政府は、女性の登録自体が有害であることを（男性のみの登録でも十分であることに加えて）立証しなければならなかったのである。

6. 「同様の状況」の分析

性差別の領域で最高裁が撤退した2つの判決において、最高裁多数派は、クレイグ・テストを適用したのであろうか。むしろ、多数派の理由づけの基礎にあるのは、「男性と女性が同様の状況になく、かつ、制定法上の分類が、現実的に、その状況の差異にもとづいている場合、当裁判所は、その合憲性を支持してきた⁽⁶⁴⁾」という考え方ではなかろうか。

「同様の状況」の分析が、合憲の結論を導くために最初に用いられたのは、1975年のバラード判決である。この判決では、男女の士官の強制的退職条件の差について、女性士官の戦闘・海上任務への参加制限に言及がなされ、男女が「同様の状況にない⁽⁶⁵⁾」ことが理由とされた。この意見は5裁判官の同意を得たが、クレイグ判決以前のものであることが注意されるべきである。次に、1979年のバーナム判決⁽⁶⁶⁾のシュアート多数意見は、非嫡出子が死亡した場合、その損害賠償請求権を承継できるか否かに関して、父母を区別する州法の合憲性を支持したが、その理由づけに用いたのが、やはり「同様の状況」の分析であった。この多数意見は、「同様の状況」の分析をクレイグ・テストに対立するものとして用いているが、4人の裁判官の同意しか得ていない。

1981年の2判決において、最高裁は、表面上、この分析をクレイグ・テストと両立するものとして適用している。ゴウルドバーグ判決は、言葉の上では（実質はともかく）、「実質的関連性」を要求しているように読める⁽⁶⁷⁾。しかし、その実質は、クレイグ・テストを排除する機能をもっていた⁽⁶⁸⁾。両判決に

において存在するとされた「実質的関連性」の審査は、クレイグ判決以下のそれからかけはなれたものであること、真の立法目的を審査しようとしてないこと、そして、オア判決の原則を事実上無視していることはこの理解の正しさを裏づける。では、なぜ、1980年以前には支配的な力をもたなかった「同様の状況」の分析が突然表舞台に現われたのか。全くの仮説にすぎないが、以下のよう考えることができるのではないか⁽⁶⁹⁾。

クレイグ・テストの下では、「過去の差別の補償」という立法目的以外によっては、性差別の合憲性を支持することが非常に困難になっている。しかし、最高裁の少なからぬ裁判官は、クレイグ判決以下の一連の違憲判決において、最高裁は進みすぎたのではないかと考えた⁽⁶⁰⁾。そこへ、強姦罪・徴兵制といった世間の耳目を引くような問題がもちこまれてきた。クレイグ・テストに忠実に従うなら違憲の結論は不可避である。そこでみつけ出したのが「同様の状況」の分析であった。

「同様の状況」の分析の難点は、男女が同様の状況にあるか否かの判断が恣意的になりやすいことである。長いあいだ性差別が行なわれてきた社会においては、男女は、いかなる問題についても、多かれ少なかれ、同様の状況にない。たとえば、財産の処分を行なう能力・適性についても、一般に男性の方が慣れているということはいいうる⁽⁶¹⁾。「同様の状況」の分析を支持する者は、「憲法上許容されない古風かつ過度に広汎な一般化」の基準を用いることにより、こうした問題点を解決するつもりかもしれないが、「同様の状況」の分析においては、真の立法目的の審査が行なわれていない。そして、現実的な困難は、男女が同様の状況にない理由として、他の制定法上の性差別が——その合憲性を問われることなしに——あげられることである（おそらくこの例外は、マイクル・M判決だけであろう）。また、いったん、「同様の状況にない」とされると、求められる関連性は「合理的」程度のもとなり、性差別はほとんど無制約に容認されることが指摘されよう。

7. 小括

最高裁は、1971年のリード判決から1980年のウェングラー判決⁽⁶²⁾まで、小さ

な動揺はあったものの、だいたいにおいて、性差別に厳格な態度をとるという方向で判例理論を発展させてきた。この成果が、クレイグ判決の中間審査基準であり、ウィゼンフェルド判決等の「憲法上許容されない古風かつ過度に広汎な一般化」の基準であり、オア判決の原則であった。しかし、1981年の2つの判決は、これらのいずれについても少なからぬ打撃を与えた。その理由づけの基調をなすのは「同様の状況」の分析であった。

この撤退が一時的なものなのか、しばらく続くものなのかは予測不可能である。ただ、「同様の状況」の分析の主唱者であったスチュアート裁判官が引退し、かわって史上初めて女性のオコナー裁判官が就任したことは、この撤退が一時的なものにすぎないという楽観論にいくらか有利に作用するように思われる。

私は、本稿において、1981年の2判決の影響を強調しすぎたかもしれない。同じ1981年に、最高裁は、夫婦の共有財産について、夫のみに片面的な処分権を与えるルイジアナ州法を違憲と断じた⁽⁶³⁾。そして、2つの合憲判決においても、表面上は、性ステレオタイプを避ける理由づけが行なわれている。「2つの性は、……それぞれがはたすべき役割……において異なっている⁽⁶⁴⁾」、「女性性は、なお、家庭と家族生活の中心であるとみなされている⁽⁶⁵⁾」といった理由づけが通用する時代は完全に過ぎ去ったのである。

(注)

- (1) Ginsburg, *Sex Equality and the Constitution*, 52 Tul. L. Rev. 451 (1978).
- (2) H. Pollack & A. Smith, *Civil Liberties and Civil Rights in the United States* 208 (1978).
- (3) *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971).
- (4) *Id.* at 76.
- (5) *Royster Guano Co. v. Virginia*, 253 U.S. 412 (1920).
- (6) 404 U.S. at 76.
- (7) *The Supreme Court, 1972 Term*, 87 Harv. L. Rev. 55, 123 (1973).
- (8) *See Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973).
- (9) *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976).
- (10) *Id.* at 197.
- (11) Ginsburg, *supra* note 1, at 468-69.

- (12) 429 U.S. at 200-01.
- (13) *Califano v. Westcott*, 443 U.S. 76 (1979).
- (14) *Califano v. Webstar*, 430 U.S. 313 (1977).
- (15) *Schlesinger v. Ballard*, 419 U.S. 498, 507 & 508 (1975).
- (16) *Califano v. Goldfarb*, 430 U.S. 199 (1977).
- (17) *Id.* at 238 n. 7.
- (18) Ginsburg, *supra* note 1, at 468.
- (19) *Califano v. Webstar*, 430 U.S. 313 (1977).
- (20) *The Supreme Court, 1976 Term*, 91 Harv. L. Rev. 70, 182 (1977).
- (21) *Ibid.*
- (22) *Id.* at 185.
- (23) 419 U.S. at 507.
- (24) *Ibid.*
- (25) *Weinberger v. Wiesenfeld*, 420 U.S. 636, 643 (1975).
- (26) *Califano v. Westcott*, 443 U.S. 76, 89 (1979).
- (27) *See Weinberger v. Wiesenfeld*, 420 U.S. 636 (1975); *Stanton v. Stanton*, 421 U.S. 7 (1975).
- (28) 420 U.S. at 645.
- (29) L. Tribe, *American Constitutional Law* 1065 (1978).
- (30) 430 U.S. at 316.
- (31) *Kahn v. Shevin*, 416 U.S. 351 (1974).
- (32) *Id.* at 353.
- (33) *See Caban v. Mohammed*, 441 U.S. 380 (1979); *Califano v. Westcott*, 443 U.S. 76 (1979).
- (34) *Michael M. v. Superior Court of Sonoma County*, 101 S. Ct 1200 (1981).
- (35) *Id.* at 1219.
- (36) *Id.* at 1217-18.
- (37) *Rostker v. Goldberg*, 101 S. Ct. 2646 (1981).
- (38) *See, e. g., Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677, 690 (1973); *Orr v. Orr*, 440 U.S. 268, 281 n. 12 (1979).
- (39) *United States v. St. Clair*, 291 F.Supp. 122, 125 (S.D.N.Y. 1968).
- (40) 101 S.Ct. at 2662.
- (41) *Weinberger v. Wiesenfeld*, 420 U.S. 636 (1975).
- (42) *Id.* at 646.
- (43) *Id.* at 648.
- (44) *The Supreme Court, 1976 Term*, 91 Harv. L. Rev. 70, 184 (1977).
- (45) *Schlesinger v. Ballard*, 419 U.S. 498 (1975).

- (46) See *Orr v. Orr*, 440 U.S. 268 (1979); *Califano v. Westcott*, 443 U.S. 76 (1979); *Wengler v. Druggists Mutual Insurance Co.*, 100 S.Ct. 1540 (1980).
- (47) 101 S.Ct. at 1204-05.
- (48) *Orr v. Orr*, 440 U.S. 268 (1979).
- (49) *Id.* at 283.
- (50) 54 Tul.L.Rev. 456, 469-70 (1980).
- (51) 101 S.Ct. at 1206.
- (52) *Id.* at 1216 (Brennan, J., dissenting).
- (53) 101 S.Ct. at 2666 (Marshall, J., dissenting).
- (54) *Parham v. Hughes*, 441 U.S. 347, 354 (1979) (plurality opinion).
- (55) 419 U.S. at 508.
- (56) *Parham v. Hughes*, 441 U.S. 347 (1979).
- (57) 101 S.Ct. at 2658.
- (58) 「同様の状況」の分析の主唱者であるスチュアート裁判官及びこれに反対するマーシャル裁判官は、クレイグ・テストと対立することをはっきりと認めている。See, e.g., *Kirchberg v. Feenstra*, 101 S.Ct. 1195, 1200 (1981) (Stewart, J., concurring in the judgement); 101 S.Ct. at 2666 (Marshall, J., dissenting).
- (59) ある論者は次のように説明している。
「同意強姦及び徴兵にかかわる2つの判決は、……中間レヴェルの審査基準に敬意を払った。おなじみの先例はすべて、多数意見のなかで引用された。ちがいは、最高裁がこれらの先例に従わなかったことである。
そのかわりに、最高裁は、新しくはないが、以前の性差別事件においては顕著に目立たなかった、全く異なる概念に依拠したように思われる。それは、男女が『同様の状況』にあるか、である」 *Greenhouse, Court's Sex Rulings: A Subtle Step Backward*, N.Y. Times, July 1, 1981, at A 19, col. 2.
- (60) *Time*, Apr. 6, 1981, at 48.
- (61) Cf. *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971); *Kirchberg v. Feenstra*, 101 S.Ct. 1195 (1981).
- (62) *Wengler v. Druggists Mutual Insurance Co.*, 100 S.Ct. 1540 (1980).
- (63) *Kirchberg v. Feenstra*, 101 S.Ct. 1195 (1981).
- (64) *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412, 422 (1908).
- (65) *Hoyt v. Florida*, 368 U.S. 57, 62 (1961).