

# 平等保護条項の法的意味

——特別意味説の妥当性の検討——

茂木 洋平

## 目次

I はじめに	7 特別意味説の理論的基礎— 合衆国と日本の状況の違い—
1 問題の所在	
2 構成	IV 平等権の内実
II 平等保護条項と合理性の基準	1 特別意味説への批判—奥平 康弘による問題提起—
1 合理性の基準による平等権 の意義の希釈に対する批判	2 日本国憲法と合衆国憲法の 違い—平等保護条項の権利創 設機能—
2 平等権による裁量の抑制の 主張	3 特別意味説からの反論
III 学説による平等保護条項の解釈	4 特別意味説が主張される背景 —婚外子差別と司法審査基準—
1 後段列挙事由の法的意味	5 差別されない権利の提唱
2 厳格度の高い基準を用いる ことの実質的な意義	V 平等保護条項をめぐる判例の 理論展開
3 特別意味説に対する学説の 評価	1 最大決平成7年7月5日
4 警戒すべき別異取扱の範囲	2 最大判平成20年6月4日
5 後段列挙事由に基づく別異 取扱への警戒の程度	3 最大決平成25年9月4日
6 特別意味説に見る人権論の パラダイム転換	VI おわりに

## I はじめに

### 1 問題の所在

平等権違反が主張された際に、従来、日本の裁判所は合理性の基準の下で広い立法裁量を認めて、簡単に合憲判断を下してきた。平等権違反の問われた事例では、その憲法適合性審査は形式的なものにすぎず、実質的な審査は行われなかった。判例において平等権は無内容であり、抽象的な理念を宣言

するにすぎなかった。学説は、この状況が平等権の意義の希釈化をまねていることを懸念し、平等保護条項に実質的な意義を持たせようとした。アメリカ合衆国の司法審査基準論の日本への導入を通じてそれを実現しようと試みだが、多くの学説によりなされた。合衆国の司法審査基準論では、別異取扱の対象となる権利利益と事由（どちらか一方あるいは双方）の性質を考慮して、司法審査の厳格度が判断される。この理論の下では、別異取扱の事由がステイグマによる差別を生じさせる危険が高いほどに、審査の厳格度が高まる。差別を生じさせる危険の高い事由を用いる別異取扱は「疑わしい区分」（典型例として人種）とされ、厳格度の高い基準が適用された。日本の学説は、憲法 14 条 1 項後段列挙事由に基づく別異取扱について、「疑わしい」区分と同じく特に差別を生じさせる危険が高いと理解し、その憲法適合性を審査する際に、厳格度の高い基準を適用すべきと主張した（特別意味説）。

特別意味説は、後段列挙事由に基づく別異取扱の憲法適合性審査の際に厳格度の高い司法審査を適用することで、司法審査を実質化し、平等権の意義の希釈化を止めようとした。現在では、特別意味説は多くの有力な論者によって主張されており、支配的であり、通説的な位置づけを占めるに至っている（Ⅲ 3）。1980 年代には奥平康弘によって平等保護条項が特別意味説の主張する程に法的意味を有しているのかが疑問視されたが、賛同者は少なく、多くの学説がこれに反論した（Ⅳ 3, 5）。奥平説に反論する際、学説は、合衆国と同様に日本にも深刻な差別があり、それに対処するために平等保護条項に重要な法的意味（後段列挙事由に基づく別異取扱の憲法適合性審査の際に、司法審査の厳格度を高めること）を認めるべきと主張した。合衆国の理論を日本に取り入れる際には、類似した問題状況（深刻な差別が存在し、平等保護条項によってそれに対処する必要性）があることが前提となるが、筆者はそれを疑問視する<sup>1</sup>。本稿の目的は、合衆国の司法審査基準論を受容して、平等保護条項に特別な法的意味を認めることの妥当性を問い直すところにある。

## 2 構成

本稿は、以下のように考察を進める。従来判例が合理性の基準の下で容易に合憲判断を下し、平等保護条項に重要な法的意義を認めてこなかったこ

とについて、学説が如何なる主張を展開してきたのかを考察する（Ⅱ）。特別意味説が如何なる主張であるのかについて、概観する（Ⅲ）。奥平によって展開された特別意味説への批判と、それに対する反論を考察する（Ⅳ）。平等保護条項をめぐる学説の主張を受けて判例が如何なる理論を展開したのかについて、平等権の主要な問題とされた婚外子法定相続分別異取扱に関連する判断と、平等権審査の活発化を導いたとされる国籍法違憲判決に着目して、考察する（Ⅴ）。最後に、本稿の議論をまとめる。

## Ⅱ 平等保護条項と合理性の基準

### 1 合理性の基準による平等権の意義の希釈に対する批判

最高裁の判例理論では、平等権違反の憲法適合性審査に緩やかな基準（合理性の基準）が適用されることが多く<sup>2</sup>、著しい不合理がなければ違憲性は導かれまいという姿勢が示されてきた<sup>3</sup>。合理性の基準の下では、平等権違反を問われた法制度の合憲性が推定され、著しく不合理である場合など、例外的な場合に違憲判断が下される<sup>4</sup>。平等権違反を審査する際に、合理性の基準は審査基準としてほとんど機能せず<sup>5</sup>、差別的だと考えられる多くの別異取扱を合憲にすることが問題視されてきた<sup>6</sup>。合理性の基準の審査密度は低く<sup>7</sup>、その適用は合憲の結論を導く<sup>8</sup>。平等権違反が問われた際には被差別者の問題が取り上げられているという認識から、合理性の基準の下での合憲性の容易な認定は深刻な問題を生じさせると考えられていた<sup>9</sup>。

合理性の基準はきわめて抽象的であり<sup>10</sup>、基準があるようでないものだと批判される<sup>11</sup>。合理性の判断基準が精緻でなければ、憲法適合性判断は主観的な判断に陥り<sup>12</sup>、平等権違反を問われた法制度はほぼすべて合憲となるため、憲法の重要原則である平等権は無意味となり<sup>13</sup>、その意義が希釈されると捉えられている<sup>14</sup>。抽象的な基準の下で憲法適合性を容易に認めると、差別の安易な是認に繋がるのが危惧されていた<sup>15</sup>。

合理性の基準を適用することへの懸念（差別の安易な是認と平等保護条項の意義の希釈）を払拭するには、合理性の基準を精緻にする必要がある。この点、代表的な論者によって、合理性の有無は「人間性を遵守するという個

人主義的・民主主義的理念」に反するか否かであると説明された<sup>16</sup>。だが、この見解は抽象的であり、解釈を方向づける理念としてはともかく、具体的な事件で憲法適合性を判断するには精緻ではない<sup>17</sup>。司法審査基準の母国である合衆国の判例研究によって合理性の基準の精緻化が試みられてもいるが、それは非常に難しい<sup>18</sup>。

学説は憲法適合性審査の際に如何なる司法審査基準を適用するかによって、その結論が大きく左右されるという考えに基づき<sup>19</sup>、平等違反の憲法適合性審査への合理性の基準の適用を批判した<sup>20</sup>。平等権違反の憲法適合性審査に際しては、裁判所に対して、厳格な態度で臨む（厳格度の高い基準を適用する）ことを促す必要性が主張された<sup>21</sup>。平等権違反の憲法適合性審査に厳格度の高い基準の適用を主張することは、平等保護条項に重要な意義を認めようとする学説の姿勢が現れている。

## 2 平等権による裁量の抑制の主張

社会構造的差別をどのように是正するかの判断は、広い立法裁量に委ねられるとされる<sup>22</sup>。平等の実現は政治部門の裁量を通じて実現するしかない専門的判断の必要な事項であり、裁判所としてはきわめて扱いにくく<sup>23</sup>、平等権違反が問われた際に、立法裁量論に基づき、裁判所は審査密度の低い基準（合理性の基準）を適用してきた<sup>24</sup>。合理性の基準の下では立法裁量が広く認められ<sup>25</sup>、憲法適合性審査の際には立法府などの機関による政策判断形成への敬讓があり<sup>26</sup>、司法審査が差し控えられる<sup>27</sup>。

合理性の審査は広い立法裁量を前提とし、（合憲の結論が予定された）形式的な審査にすぎないとされる<sup>28</sup>。立法裁量の広範な是認は司法審査権の行使の放棄に等しく、裁判所が人権保障の役割を果たさないことを意味するとされる<sup>29</sup>。裁判所による積極的な人権保障という要請からは、例外的な場合に合理性の審査を適用するための法理論を形成する必要が指摘されている<sup>30</sup>。

憲法上の争点の違いや事件の性質等に応じて、立法裁量が認められる程度には幅がある<sup>31</sup>。故に、広い立法裁量が認められ、その憲法適合性の審査に合理性の基準を適用すべき領域でも、問題とされた法制度が誰を対象とするのかによって審査の厳格度は変わる可能性がある<sup>32</sup>と指摘される<sup>32</sup>。平等権違反が問われた際には、審査の厳格度を高めることに十分な理由があるとされ

る<sup>33</sup>。

広い立法裁量論を克服するために、平等保護条項に法的意味を見いだすべきと主張される<sup>34</sup>。広い立法裁量が認められる領域でも<sup>35</sup>、法制度に偏見や固定観念が反映されていると考えられる場合（後段列挙事由が使用されている場合）には、裁判所による介入を強める（厳格度の高い審査基準を適用する）ことができる可能性が示唆されている<sup>36</sup>。審査の厳格度を高めることは、立法裁量の幅を狭めて、司法審査を実質化する<sup>37</sup>。

立法裁量が広く認められる領域でも争われる権利の性質や事件の具体的状況によって司法の介入の程度は異なり、平等権違反が問われたときに、司法審査基準の厳格度を高めることは立法裁量を認めることと矛盾しないとされている<sup>38</sup>。もっとも、立法裁量が広く認められる領域では、差別の疑いの強い事由が用いられていたとしても、一定程度の裁量を認める必要があることから、司法審査の厳格度を高めすぎるべきではない<sup>39</sup>。この点、合理性の基準と比べて厳格度の高い基準（「中間審査」や「厳格な合理性の基準」など）は判断形成者に対して裁量を認めながらも、司法審査を実質的に行う基準である<sup>40</sup>。

### Ⅲ 学説による平等保護条項の解釈

#### 1 後段列挙事由の法的意味

後段列挙事由に基づく別異取扱は個人の尊厳の原理に反し<sup>41</sup>、原則として不合理であり<sup>42</sup>、平等保護条項はそれらの不合理な差別をされないという意味での平等権を保障していると解釈されている<sup>43</sup>。後段列挙事由は人類の歴史の中で広く差別の理由とされてきたものであり<sup>44</sup>、悲惨な差別の代表例だと考えられ<sup>45</sup>、それらの事由に基づく別異取扱は人類の歴史上特に排斥されるべきと認められたものだと指摘される<sup>46</sup>。後段列挙事由は歴史上の体験に照らした代表的な差別事由であり<sup>47</sup>、それらの事由に基づく別異取扱は民主主義の理念に反するとされる<sup>48</sup>。

だが、判例は後段列挙事由に裁判規範として特別な法的意味を認めず<sup>49</sup>、平等権の意義は理念的なものにとどまった。平等権違反の審査の際に、判例

は合理性の基準の下で実質的な審査をせずに、簡単に合憲判断を下してきた。このことによって平等保護条項の意義が希釈されているという意識から、学説では後段列举事由に重要な法的意義を見出すべきだと主張された<sup>50</sup>。

この主張（特別意味説）は、合衆国の司法審査基準論に基づく<sup>51</sup>。合衆国の司法審査基準論では、別異取扱の対象となる権利利益と別異取扱の事由の（どちらか一方あるいは双方の）性質を考慮して、平等権違反の憲法適合性審査の際に用いる審査基準の厳格度が決定される。すなわち、別異取扱の対象となる権利利益の重要度が高いほど審査基準の厳格度が高くなり（逆に低ければその厳格度は下がる）、別異取扱の事由が差別的に使用される危険性が高いほどに審査基準は厳格になる。前者は個別の権利利益の問題であり、後者が平等保護条項に関連する。日本の学説は後段列举事由に基づく別異取扱は差別的に使用される危険が高いと考え、その憲法適合性を審査する際には厳格度の高い司法審査基準が適用されると捉えた。即ち、問題とされる法制度が関わる権利利益の性質に関係なく、平等権違反の主張によって、審査の厳格度を高めることができると理解された<sup>52</sup>。学説は平等権違反の憲法適合性審査の際に厳格度の高い司法審査基準を適用することで、平等権違反の審査を実質化し<sup>53</sup>、平等権の意義の希釈を止めようとした。具体的な裁判規範として平等保護条項を解釈することで、抽象的な法原理の宣言にとどまらずに、それに重要な意義を持たせる<sup>54</sup>。

## 2 厳格度の高い基準を用いることの実質的な意義

合理性の基準の下では合憲性の推定が働くが、後段列举事由に特別な法的意義を認めると、それに基づく別異取扱の憲法適合性審査に際して合理性の基準を適用する余地はない<sup>55</sup>。厳格度の高い司法審査基準を適用すると、後段列举事由に基づく別異取扱に対しては合憲性の推定が排除され<sup>56</sup>、その正当化には特別な理由が必要となる<sup>57</sup>。合憲の推定が働く場合には平等権違反を主張する側が違憲であることの立証を求められるが、違憲の推定が働くと、立証責任が転換するとされる<sup>58</sup>。そして、後段列举事由に基づく別異取扱への違憲の推定を覆すには、これを正当化する強い理由による反証が必要だとされる<sup>59</sup>。

合理性の基準の下では別異取扱は例外的な場合（著しい不合理がある場

合)に違憲とされていたが、後段列举事由に基づく別異取扱への厳格度の高い基準の適用はその逆（別異取扱が例外的に許容される）を意味する<sup>60</sup>。特別意味説によって、後段列举事由に基づく別異取扱に対しては、平等権の保障の程度が高められた<sup>61</sup>。

### 3 特別意味説に対する学説の評価

特別意味説は有力な論者によって主張されてきたことから<sup>62</sup>、多くの学説から支持を集め<sup>63</sup>、有力説だと評価されてきた<sup>64</sup>。特別意味説は多数説であり<sup>65</sup>、それへの支持は学説の一般的傾向であり<sup>66</sup>、支配的な学説だと認識されている<sup>67</sup>。そして、特別意味説はもはや通説であると説明すべきとも指摘されている<sup>68</sup>。

### 4 警戒すべき別異取扱の範囲

後段列举事由は歴史的な経験から差別の典型例として容易に思い当たるかもしれないが、熟慮され明確に精査された上での選別であったのかが疑問視されており<sup>69</sup>、無作為に挙げられているにすぎないと指摘されている<sup>70</sup>。平等保護条項は偏見に基づく不合理な差別を一般的に禁止しており<sup>71</sup>、後段列举事由以外の事由に基づく別異取扱にも差別を生じさせる危険性が高いものが存在することから<sup>72</sup>、差別の禁止事由を後段列举事由に限定して捉えることは妥当ではない<sup>73</sup>。列举事由以外にも差別の理由となる事由は現実に存在し、時代に応じて新たな差別事由が生み出される可能性があることから、憲法はそれに対応する必要がある<sup>74</sup>。故に、特別意味説では、差別的に用いられる危険の高い事由（後段列举事由及びそれに類する事由）に基づく別取扱いの憲法適合性を審査する際に、司法審査の厳格度が高められる。

### 5 後段列举事由に基づく別異取扱への警戒の程度

日本の学説では、有力な論者によって、後段列举事由以外の別異取扱は不合理なものが憲法上禁止され、後段列举事由に基づく別異取扱は合理性の有無を問うことなく、憲法違反となる旨が主張された（絶対的平等説）<sup>75</sup>。それに賛同する学説は、後段列举事由に基づく別異取扱は恣意的で専断的な判断に陥ることが人類の多年の経験を通じて明らかにされていることを、絶対的

禁止の理由として挙げている<sup>76</sup>。

上記の主張に賛同する学説はほとんど見られず、憲法学界の第一人者は、列挙事由に基づく別異取扱には厳格度の高い司法審査基準の下で違憲性が推定されるが、合理性の有無を問うことなく違憲となるわけではないと示した<sup>77</sup>。有力な論者たちはこの主張を支持し、差別を生じさせる危険の高い事由（後段列挙事由）に基づく別異取扱は原則として禁止されるが<sup>78</sup>、厳格度の高い司法審査基準を通過すれば、その合理性は認められるとした<sup>79</sup>。通説は、後段列挙事由に基づく別異取扱の絶対的禁止を支持しない<sup>80</sup>。また、列挙事由に基づく別異取扱の絶対的禁止を主張した論者自身が、このような別異取扱は強い違憲の推定を受けるが憲法上絶対的に禁止されず、例外的な場合に合理性が認められる旨を示している<sup>81</sup>。日本では、一定の事由に基づく別異取扱を絶対的に禁止しようとする主張はほぼなかった。

これに対し、合衆国では人種区分の絶対的禁止を求めるカラーブラインドの理論が展開された。人種分離が有形の害悪を生じさせなくとも、人種分離制度はマイノリティとの接触を嫌うマジョリティの嫌悪感情に基づく。差別是正のためには嫌悪感情の払拭が必要となるため、人種区分の絶対的禁止が人種平等の達成に重要な役割を果たした。だが、人種区分の絶対的禁止だけでは人種間の社会経済的格差が縮小せず、マイノリティの社会経済的地位が低く抑えられてしまうため、その状況を改善するために Affirmative Action (AA) が登場した。AA は誰に社会的資源与えるのかを判断する際に人種区分を用いるため、カラーブラインドの理論と抵触する。AA の支持者はカラーブラインドの理論の捉え直し（人種区分は絶対的に禁止されず、AA のように従属を解消するための人種区分の使用は許される）を行った。これに対し、AA の反対派は人種区分の使用の絶対的禁止が差別の是正に有用だと考えて、カラーブラインドの理論は人種区分の使用を絶対的に禁止すると主張する。AA の支持派と反対派の争いは続いており、人種区分の使用が絶対的に禁止されるという立場は今なお合衆国では有力に主張されている<sup>82</sup>。

日本の学説に絶対的平等説が殆ど見られなかったのは、一定の区分使用の絶対的禁止が平等の達成に有用な状況が存在しなかったところにあると考えられる。言い換えるならば、絶対的平等を要求する程に深刻な差別は日本にはなかったといえる。



## 6 特別意味説に見る人権論のパラダイム転換

平等論は、いかなる権利・利益・義務に関わる別異取扱か、いかなる事由による別異取扱かという2つの視点で整理できると指摘される<sup>83</sup>。多くの憲法学説は、平等権違反の憲法適合性審査を考察する際に、別異取扱の対象となる権利と事由の性質を考慮して、司法審査の厳格度を決定している<sup>84</sup>。

後段列举事由以外の事由に基づく別異取扱の平等違反が問題とされた際には、問題とされた権利の性質に応じて審査基準の厳格度が決定される<sup>85</sup>。すなわち、問題とされた権利の性質の重要度によって、適用される司法審査基準の厳格度が左右され<sup>86</sup>、（選挙権などの）重要度の高い権利ほど、その制約の憲法適合性を審査する際には、司法審査の厳格度が高まる<sup>87</sup>。この理由は、その制約を受けたグループに対する差別が存在する蓋然性が高いからだとされる<sup>88</sup>。故に、重要な権利制限は実体的な権利侵害の問題には還元し尽くせない広がりがあり、平等問題として構成する意義は大きいとされる<sup>89</sup>。

学説では、比較的ゆるやかな司法審査基準が適用される性質の権利の制約が問題とされた場合でも、区別指標が差別を生じさせる危険が高いと判断されれば、その憲法適合性審査に際しては、厳格度の高い司法審査基準が適用されるという主張が展開されている<sup>90</sup>。そして、後段列举事由を差別を生じさせる危険が高い区別指標だと捉えて、それに基づく別異取扱を審査する際には、問題とされる権利の性質に関係なく、厳格度の高い司法審査基準が適用され<sup>91</sup>、慎重な審査が要請されると主張される<sup>92</sup>。この主張は、区別事由それ自体が差別的性格をもつか否かを問うことが平等にとって本質的な争点だと認識している<sup>93</sup>。

平等権の考察の際に区別指標を重視しようとする学説の傾向を捉えて、憲法学説の関心対象が権利の性質から人権の主体（性別など）へと移り、人権論のパラダイム転換が起きた旨が指摘される<sup>94</sup>。この転換が起きた背景には、特定のグループへの差別はあらゆる領域に及ぶため、それらのグループに属する者が尊厳性のある人生を送るためには、グループに向けられた差別と対峙しなければならないことが学説で認識されたところにある<sup>95</sup>。

別異取扱の区別指標に着目する見解は合衆国の「疑わしい区分」の理論に着目したものである。合衆国の判例理論では、差別（スティグマによる地位の格下げ）が生じる危険性の高い事由を用いる別異取扱の憲法適合性を審査

する際に、厳格度の高い司法審査基準を適用する。学説は、日本にも合衆国と同じような特定のグループに対するスティグマから地位の格下げが生じており<sup>96</sup>、日本における歴史的経験から、後段列挙事由に基づく別異取扱はスティグマを生じさせる危険が高いと認識している<sup>97</sup>。故に、「疑わしい区分」の理論が日本でも応用可能だと考えたのである<sup>98</sup>。

## 7 特別意味説の理論的基礎—合衆国と日本の状況の違い—

特別意味説の基礎には、合衆国の「疑わしい区分」の理論がある<sup>99</sup>。合衆国の判例理論では、差別を生じさせる危険の高い事由（「疑わしい区分」）に基づく別異取扱に対して、憲法適合性審査の際に、厳格度の高い司法審査基準を適用しており、学説は日本でもこの考え方が参考になると考えた<sup>100</sup>。

学説は、後段列挙事由は特定の属性への偏見、固定観念、差別意識から意識的あるいは無意識的に差別が行われる危険の高い事由を列挙したものであり<sup>101</sup>、それに基づく別異取扱の憲法適合性を審査する際には、厳格度の高い司法審査基準を適用しなければならないと主張した<sup>102</sup>。日本国憲法は後段列挙事由に基づく別異取扱を基本的に忌避しており<sup>103</sup>、その理由は列挙事由に基づく別異取扱が悲惨な差別や生まれにより生じる社会的汚名の代表例であり<sup>104</sup>、歴史的経験から許されない差別であるところに求められている<sup>105</sup>。

幾つかの学説では後段列挙事由に基づく別異取扱は人類の歴史の中で特に排斥すべき差別だと捉えられているが<sup>106</sup>、後段列挙事由を「疑わしい区分」とするのに人類の歴史を語るだけでは、根拠として非常に曖昧である。合衆国で人種が「疑わしい区分」の代表例とされる理由は、合衆国における個別具体的な人種差別の歴史とそれに伴う権利侵害にある。日本でも、後段列挙事由に基づく別異取扱が歴史的に不合理な差別だとするためには、個別具体的な検討が必要である<sup>107</sup>。

学説はこの点を意識し、後段列挙事由は外国と日本の歴史的経験から差別を生じさせる危険性の高い事由を列挙したものであり<sup>108</sup>、合衆国と同様に日本でも深刻な差別（別異取扱による特定のグループへの地位の格下げ）があると示す<sup>109</sup>。後段列挙事由は日本社会の経験に基づいて、差別の発生に注意を払うべきとしたものだと説明されている<sup>110</sup>。

## IV 平等権の内実

### 1 特別意味説への批判—奥平康弘による問題提起—

多くの学説では、合衆国の司法審査基準論を参照して平等権違反の司法審査の実質化を試みることで、平等権の意義を理念にとどまらずに、実質的に重要だとする見解（特別意味説）が主張された。これに対しては、重要な権利に関連して別異取扱がなされたときに平等保護条項違反が問われるのであり<sup>111</sup>、平等権はそれ単独では問題とされず、平等権以外の実体的な権利自由や法的利益との比較でのみ問題となるため、平等権それ自体としては無内容であり<sup>112</sup>、単独では内実を伴った権利ではないとの主張が展開された<sup>113</sup>。

この主張は平等権に法的意味があるのかを問い直すものであり、その代表が奥平康弘の以下の見解である。合衆国憲法には権利条項が少ないため、救済しなければならない権力関係・社会関係を「差別的取扱い」として、修正第14条（平等保護条項）を有効に活用し、それによって権利保障を創設してきたことを指摘する<sup>114</sup>。合衆国憲法と異なり日本国憲法は詳細な人権保障の規定を有しているため、憲法上の権利の別異取扱が平等権違反だと主張された場合には、権利の侵害の問題として対処すべきである<sup>115</sup>。日本国憲法には様々な権利規定が具備されており、合衆国憲法と比べて、平等保護条項の権利創設機能は狭く、個別の権利保障の規定で対応できる事例について、平等違反の問題として憲法14条を持ち出すのは、無意味である<sup>116</sup>。

奥平の議論は、平等権には実体的な権利内容がなく、各事例は個別の権利の問題として捉えることができ、平等権独自の基準やそれによる救済はなされないという理解に基づく<sup>117</sup>。奥平の議論は、合衆国のウェスティンの平等エンプティ論（平等は権利と重複すると考えて、平等に固有の法的意味を認めることには懐疑的な見解）に共感し<sup>118</sup>、特別意味説への根本的な反省を迫るものだとされる<sup>119</sup>。

### 2 日本国憲法と合衆国憲法の違い—平等保護条項の権利創設機能—

特別意味説は合衆国の判例と学説の理論を参考にしているが、日本国憲法と合衆国憲法の性質は異なる<sup>120</sup>。合衆国憲法は権利条項の規定が少ないため、

判例理論の構築を通じて憲法上の権利保障が確立される場合が多い<sup>121</sup>。合衆国憲法は平等保護条項に権利創設機能が認められてきた背景には、権利条項が少ないために、日本であれば個別の権利条項を使用すればよい場面で、平等権侵害の構成をとらざるを得なかったという事情がある<sup>122</sup>。重要な権利が侵害されている場合には、その権利自体を主張すればよく、平等権侵害を問題にする必要はないという見解は、合衆国と比べて充実した権利条項を持つ日本では当てはまる場合が多いとされる<sup>123</sup>。憲法に明文がない権利についても、平等権ではなく、いわゆる「新しい人権」ないし「不文の権利」の理論で扱った方が適切であるとも指摘される<sup>124</sup>。両国の憲法の性質の違いは、奥平の議論を下支えしている。特別意味説を採る論者でも、権利条項が充実している日本国憲法では、平等権を持ち出すことなく個別の権利侵害で解決できる場面があることを認めている<sup>125</sup>。

### 3 特別意味説からの反論

奥平の見解には、平等権は無内容ではなく、後段列挙事由の意味を看過してはならないと批判される<sup>126</sup>。後段列挙事由に基づく別異取扱を差別だと捉えて、これが被差別者に対してスティグマ（劣等性の烙印）を課して自尊を侵害し<sup>127</sup>、この害悪からの保護が平等権固有の法的意味だと主張される<sup>128</sup>。後段列挙事由に基づく別異取扱は社会的差別を助長する危険が高く<sup>129</sup>、スティグマによる地位の格下げは被差別者を社会的に排除し<sup>130</sup>、包括的な権利利益の侵害に繋がるのであり<sup>131</sup>、深刻な害悪をもたらすと理解されている<sup>132</sup>。

奥平の議論では有形の害悪（重要な権利の侵害）には対応できるが、スティグマの押しつけから生じる地位の格下げのような無形の害悪には対応できないとされる<sup>133</sup>。無形の害悪としてのスティグマの押しつけによる地位の格下げを憲法問題化するために、平等権には固有の法的意味があり、それを後段列挙事由が担っていると主張される<sup>134</sup>。平等権の領域で有力な論者は、合衆国最高裁では、人種分離の事例で形式的に平等な取り扱い（有形的な害悪がない）がなされていても、人種分離がマイノリティに無形の害悪（スティグマ）を及ぼすことを問題視して違憲判断を下していることを指摘して、日本でも、平等権違反を審査する際には、有形的な側面（権利利益）だけでなく、無形の側面（スティグマによる差別）に注目すべきだと主張する<sup>135</sup>。別異取

扱に使用される事由がスティグマを生じさせる危険性の大きさに応じて、司法審査基準の厳格度が決定され<sup>136</sup>、後段列挙事由（及びそれに類する事由）に基づく別異取扱はスティグマによる地位の格下げを生じさせる危険が高いため、その憲法適合性の審査に際しては、厳格度の高い司法審査基準が適用される<sup>137</sup>。

#### 4 特別意味説が主張される背景—婚外子差別と司法審査基準—

奥平の見解では対応できない具体例として、婚外子への社会的差別の問題が認識されてきた。婚姻家族制度の枠から外れた存在として、日本社会において婚外子は社会的差別の対象となってきた。婚外子の別異取扱の諸制度は婚外子への差別感情を温存している面が強いとされるが<sup>138</sup>、有形の害悪を生じさせるものは法定相続分別異取扱（民法旧 900 条 4 号但書）だけであり、当該規定は婚外子差別の象徴的な規定として問題視されてきた<sup>139</sup>。

法定相続分別異取扱の撤廃は婚外子への社会的差別の是正に重要な役割を果たすと認識されている<sup>140</sup>。だが、法定相続分別異取扱は基本的には財産関係の規律であり<sup>141</sup>、財産権侵害に関わる事例には立法府の判断への敬讓から合理性の基準が適用される<sup>142</sup>。最大決平成 25 年 9 月 4 日に至るまで、合理性の基準の下で最高裁は婚外子法定相続分別異取扱を合憲と判断してきた<sup>143</sup>。法定相続分別異取扱は憲法上の重要な権利利益に関わるものではなく、有形の害悪（具体的な権利侵害）という観点からこの問題にアプローチをすると、違憲の主張を展開するのは難しい<sup>144</sup>。学説では、合理性の基準から厳格度を高めた司法審査の下では、当該規定は違憲と判断されるとの主張もなされており<sup>145</sup>、憲法上重要ではない権利利益（法定相続）が問題とされる場合にも、司法審査の厳格度を高める必要がある。

婚外子への社会的差別を是正するためには、スティグマの観点からこの問題にアプローチする必要性が認識されている<sup>146</sup>。有形の害悪がなくとも、婚外子への別異取扱はスティグマによって差別を助長する結果をもたらすと捉えられている<sup>147</sup>。具体的には、就職や婚姻の場面で婚外子は差別に直面しており<sup>148</sup>、婚外子は耐え難い精神的苦痛を受けているという害悪が指摘される<sup>149</sup>。憲法上の重要な権利利益に関わらなくとも、婚外子への別異取扱はそれらのグループへ地位の格下げするメッセージを発するため、深刻な権利侵

害(平等権違反)であり<sup>150</sup>、その憲法適合性を審査する際には、司法審査基準の厳格度を高めることができると主張される<sup>151</sup>。

## 5 差別されない権利の提唱

無形の害悪(スティグマによる地位の格下げなど)が生じていると考えられるが、有形の害悪がなく個々の権利条項の問題として対処できない場合には、無形の害悪から免れる利益を保護するものとして平等権を解釈する必要がある。

従来から、有力な論者たちによって、憲法 14 条は「平等に取り扱われる」あるいは「差別されない」という平等権を保障すると解され<sup>152</sup>、その解釈が通説とされてきた<sup>153</sup>。通説の説く「平等に取り扱われる」あるいは「差別されない」権利が禁止するのは不合理な別異取扱であり、嫌悪感や偏見に基づく排除や攻撃ではないと指摘される<sup>154</sup>。通説では、社会的差別の助長による弊害から免れる利益は平等保護条項の保障外であったとされる<sup>155</sup>。

様々な差別問題の法的解決を考えるときには、平等保護条項による保護は不合理な別異取扱の禁止に限定されず、差別の助長行為の禁止にまで及ぶと捉え、その排除や予防を求める権利を「差別されない権利」として構成すべきと主張される<sup>156</sup>。差別されないことは人間が尊厳をもって生きるための必要条件であるため<sup>157</sup>、差別されない権利が憲法で保障されるべき重要な権利であることは否定できないとされる<sup>158</sup>。故に、差別意図に基づく別異取扱や社会的差別を助長する危険の高い行為は、差別されない権利を侵害すると主張される<sup>159</sup>。この立場では、平等保護条項は特定の人々を劣等視し、侮辱する行為を禁止し<sup>160</sup>、その本質は特定のグループを従属的地位に貶める国家行為の禁止にあると解釈する<sup>161</sup>。そして、後段列挙事由(及びそれに類する事由)に基づく別異取扱を差別を助長する危険性が高いと捉えて、その憲法適合性を審査する際に、厳格度の高い基準を適用することには説得力がある旨が示されている<sup>162</sup>。

合衆国では、平等保護の本質は、特定のグループにスティグマを生じさせて従属的地位に貶める行為を禁止することにあると捉える主張(反従属原理)が展開されている。以上の日本の学説は、権利利益の侵害として解決できない問題について、合衆国のこの見解を参考にしている<sup>163</sup>。

合衆国のいくつかの州では、マイノリティへの嫌悪感情の表れとして、人種分離制度が確立された歴史がある。マジョリティは白人女性と黒人男性の性的接触を嫌って、それを制度的に保障するために人種別学制をはじめとする人種分離制度が作られ、異なる人種同士での婚姻を禁止する異人種婚禁止法が存在した。また、マイノリティが政治力を持たないように、様々な妨害が行われてきた。例えば、投票権の行使には有権者登録が必要だが、その登録に際して、読み書きテストによって一定の学力を要求する法制度が存在した（マイノリティは低学歴が多いため、有権者登録に必要な学力水準を充たせない者の大半はマイノリティとなる）。マイノリティの結社の力を弱めるために、結社の成員名簿を公開させる法制度が作られ、私的な団体がその成員に対して威嚇や暴力行為を行ってきた。合衆国で平等保護の本質として地位の貶めが語られる背景には、嫌悪感情を表象する法制度が構築され、基本権の行使や享受への妨害が存在した歴史がある。その歴史から、合衆国では有形の害悪がなくとも、無形の害悪がマイノリティに実害を生じさせる危険が極めて高かった<sup>164</sup>。

日本でも、合衆国と同じように、平等権の問題として地位の格下げを取り上げるべきと主張される<sup>165</sup>。日本で地位の格下げによって具体的に如何なる害悪が生じるのかについては、例えば、被差別者が心に癒しがたい深い傷を負い、差別される恐怖におののくことにあると指摘されている<sup>166</sup>。無形の害悪を問題とすべきと主張される典型例である婚外子への差別についても、耐え難い精神的苦痛を受け、婚姻や結婚の場面で差別に遭う危険が指摘される（Ⅳ４）。婚外子への社会的差別が存在し、当事者が様々な場面で精神的苦痛を受けることは否定できないが、スティグマが具体的な権利侵害につながる高い可能性は示されていない。地位の格下げを問題とする「差別されない権利」を主張する立場でも、差別されない権利の実体は不明確だと認めている<sup>167</sup>。学説の主張とは異なり、判例が「差別されない権利」を具体的権利として是認していないのは、その権利の不明確さに理由がある。

## V 平等保護条項をめぐる判例の理論展開

### 1 最大決平成 7 年 7 月 5 日

最大決平成 7 年 7 月 5 日は婚外子法定相続分別異取扱の憲法適合性審査に際して、著しい不合理がなければ違憲性は導かれずとして緩やかな基準を適用したと評される<sup>168</sup>。同決定は、緩やかな基準を適用した根拠の 1 つとして、当該別異取扱は遺言がない場合などに補充的に機能する規定であること（婚外子の相続分が必ずしも婚内子の 2 分の 1 となるわけではない）を挙げる。審査の厳格度の判断に際して、最大決平成 7 年 7 月 5 日は有形の害悪に着目した論理を展開している<sup>169</sup>。

他方、同決定の反対意見は婚外子の保護という立法目的が認められないとする際に、民法旧 900 条 4 号ただし書について、「非嫡出子についての法の基本的観念を表示しているものと理解」され、「非嫡出子を嫡出子と比べて劣るものとする観念が社会的に受容される余地をつくる重要な一原因となっている」と論じる。同決定の追加反対意見は、日本では婚外子を劣位者だとみなす感情が強く、民法旧 900 条 4 号ただし書は「この風潮に追随している」と示す。これらの意見は、法制度の表現的な側面の害悪（スティグマによる劣等性の烙印の押しつけ）を問題視している<sup>170</sup>。

### 2 最大判平成 20 年 6 月 4 日

最大決平成 20 年 6 月 4 日では、国籍法旧 3 条 1 項（外国人たる母から生まれ、日本国民たる父から生後認知を受けた婚外子が日本国籍取得対象者から排除される結果をもたらす）の憲法適合性が問題とされた。同判決では、憲法適合性審査に際して「慎重な検討」が必要である旨が示され、「著しい不合理」があるか否かという基準ではなく、立法目的と当該規定の区別との間に合理的関連性があるか否かが問われ、違憲判断が下された。

同判決は、国籍法 3 条 1 項が「自らの意思や努力によっては変えることのできない」事由を理由に基本的人権の享受や公的給付等の重要な利益を受ける地位（日本国籍）を否定されたことを問題視して、その憲法適合性を「慎重に検討すること」とする。同判決では合理的関連性の基準が適用され、



「慎重に検討する」という判旨は平等以外の権利領域では厳格度が低いと理解される基準の適用を意味する<sup>171</sup>。だが、平等権審査に際して従来の判例が合理性の基準の下で簡単に違憲判断を下してきたこと比べると、同判決は立法事実の立ち入った検討も行っており<sup>172</sup>、平等権審査の厳格度を高めていると理解された<sup>173</sup>。

同判決は、区別事由に着目して審査の厳格度を高めた事例であり<sup>174</sup>、実質的に特別意味説と同じ帰結を導いているとの評価もなされている<sup>175</sup>。同判決の泉徳治裁判官の補足意見では、別異取扱の対象となるのが基本的権利や公的給付の享受に際して重要となる国籍という地位であること、および、区別の事由が後段列挙事由（社会的身分および性別）であることから、審査の厳格度が高められたとされている。

同判決では、審査の厳格度を高める際に、区別事由だけでなく重要な法的地位も併せて考慮されており<sup>176</sup>、複数の要素を総合的に考慮して審査の厳格度を判断するあり方が示された<sup>177</sup>。同判決でどちらの要素が重視されたのかについては、まず重要な法的地位に言及されていることなどから、これが審査の厳格度を決定する主たる要因だと評価されている<sup>178</sup>。

### 3 最大決平成 25 年 9 月 4 日

最大決平成 25 年 9 月 4 日は最大決平成 7 年 7 月 5 日と同じ基準（合理性の基準）を取り<sup>179</sup>、従来の判例の審査の枠組に依拠しながらも<sup>180</sup>、婚外子法定相続分別異取扱を違憲とした。

最大決平成 25 年 9 月 4 日は、相続制度の定めは立法府の合理的裁量判断に委ねられているとの前提の下、婚外子法定相続分別異取扱に「合理的な根拠」が認められない場合には、憲法 14 条 1 項に違反する旨を判示する。合理性の有無について、最大決平成 7 年 7 月 5 日が「著しく不合理」であるか否かを問題にしたのに対し、最大決平成 25 年 9 月 4 日は「合理的な根拠」があるか否かによって判断しており、ここに両決定の違いがある<sup>181</sup>。最大決平成 25 年 9 月 4 日は、婚外子法定相続分別異取扱を支える立法事実が、今日では個人の尊重（尊厳）と平等の観点から合理的でなくなったことを、様々な社会的事実の変遷を丁寧に見て総合考慮して認定しており、合理性の有無を綿密に検討する姿勢を示し<sup>182</sup>、実質的に厳密に審査を行っているとき

れる<sup>183</sup>。

最大決平成 25 年 9 月 4 日は憲法適合性審査の厳格度を判断する際に、別異取扱の対象となる権利利益と事由を総合的に考慮している。同決定は、最大決平成 7 年 7 月 5 日で規定の補充的機能性を理由に司法審査の厳格度を下げたことを否定する文脈で、相続に関する権利が憲法上の実体的権利として構成しにくいとしても、遺留分については明確な法的差別であること、法定相続分別異取扱の存在が婚外子への社会的差別を助長していることをともに考慮している<sup>184</sup>。この点を捉えて、同決定は、婚外子という区別事由それ自体の問題性を炙り出しているとも指摘されている<sup>185</sup>。

だが、婚内子と婚外子の区別それ自体（出生届における婚外子であることの記載）が問題とされた最大判平成 25 年 9 月 26 日では、戸籍法 49 条 2 項 1 号によって法的地位に差異が生じるわけではなく、行政内部の事務処理の便宜に資するもので、戸籍開示が厳格になされていればプライバシー侵害などの具体的な不利益もないことから、合憲と判断されている。このことは、判例が区別事由だけでなく権利利益の性質を重視していることを示していると評されている<sup>186</sup>。最大決平成 25 年 9 月 4 日で違憲判断が下された理由は、法定相続分別異取扱の違憲判断によって現行の婚姻家族制度の枠組みが変更されないとある<sup>187</sup>。最大判平成 25 年 9 月 26 日で問題とされた規定の違憲判断は両者の区別それ自体の否定へと繋がり、それは婚姻家族制度の根幹に関わる。婚姻家族制度の構築は立法府に広い裁量が認められており、裁判所としては、婚姻家族制度の根幹を覆すような判断に踏込むことに躊躇するのは当然である。婚外子への社会的差別の是正は婚内子と婚外子の区別それ自体から生じているが、この区別自体の否定は婚姻家族制度の根幹を変更することになるため、最大決平成 25 年 9 月 4 日はあくまでも法定相続分別異取扱によって生じる有形の害悪について、婚外子への配慮を示した<sup>188</sup>。最大決平成 25 年 9 月 26 日は、婚内子と婚外子の区別それ自体が婚外子に社会的差別をもたらすとしても、有形の害悪を伴わなければ、憲法上問題視すべき区別ではないとして合憲判断を下した<sup>189</sup>。

最大決平成 25 年 9 月 4 日は審査の厳格度を高める際に、婚外子法定相続分別異取扱が婚外子への社会的差別を助長することを考慮し、区別事由に一定の意味を持たせている<sup>190</sup>。相続に関する権利は国籍取得ほどに重要ではな

いが（Ⅳ 4）、同決定が審査の厳格度を高めて違憲判断に至っていることは婚外子への社会的差別の助長が違憲判断の考慮要素となったことを示している<sup>191</sup>。だが、審査の厳格度を高める判断は区別事由だけに着目して行われたのではなく、区別事由と権利利益の双方を考慮して行われている。前述のように最大決平成 25 年 9 月 4 日は厳密な審査を行ったという評価もみられるが、それは単なる合理性の審査が適用されてきた平等領域では厳格度が高いという程度であり、他の権利侵害の領域で適用される基準と比べると厳格度は高くはない<sup>192</sup>。故に、判例において、審査の厳格度を決定する際に区別事由は一定程度考慮されてはいるが、その意義は弱いと評価できる。

## Ⅵ おわりに

日本の判例は平等権審査に際して、問題とされた法制度が重要な権利利益と関わらない場合には、合理性の基準を適用し、判断形成者の裁量を広範に認めて、容易に合憲判断を下してきた。この状況について、学説は平等権の意義が希釈されていると捉えて、抽象的な理念の宣言にとどまらず、平等権に実質的な意義を与えるために、合衆国の司法審査基準論を参照し、特別意味説を展開した。特別意味説を主張する際に学説が参照する合衆国の「疑わしい区分」の理論は、重要な権利利益の侵害がなくとも「疑わしい区分」に基づく別異取扱はスティグマによる差別を生じさせ、特定のグループの地位を格下げする危険が高いと理解した。その理解に基づき、合衆国の裁判所は、「疑わしい区分」に基づく別異取扱の憲法適合性を審査する際に、適用する審査基準の厳格度を高めた。その背景には、合衆国では、無形の害悪（スティグマによる差別）が特定のグループに実害を生じさせる危険が極めて高かったところにある（Ⅲ 5）。合衆国において、「疑わしい区分」の典型例である人種に基づく別異取扱について、絶対的に禁止するとする主張（カラブラインドの理論）が有力に展開されたのは、このような危険が認識されていたからである。

日本の学説は司法審査基準論の導入を提唱する際に、合衆国と同様に日本にも深刻な差別があると主張した（Ⅲ 6, Ⅳ 3, 5）。日本の学説は日本でも

スティグマによる地位の格下げが深刻な害悪を生じさせると理解しているが、そこで示される害悪は精神的苦痛など、きわめて主観的であり、抽象的な害悪の枠を出ていない (Ⅳ 4, 5)。合衆国のように、無形の害悪が特定のグループへの実害と結びつく危険があることは示されていない。学説は後段列挙事由 (及びそれに類する事由) に基づく別異取扱がスティグマによる差別を生じさせる危険が高いと認識しているが、合衆国のカラーブラインドの理論のように、絶対的平等説が有力に主張されることはなかった (Ⅲ 4)。この点について、日本の学説が日本にも合衆国と同様に深刻な差別があると主張しながらも、日本の差別は合衆国の人種差別ほどに深刻ではないと暗に認識していたからではないかと考える。

日本の学説が主張するように、有形の害悪だけでなく無形の害悪に着目しなければ解決できない差別問題は日本でも存在する可能性は否定できない。後段列挙事由 (及びそれに類する事由) に基づく別異取扱を警戒し、その憲法適合性を審査する際に、区別対象を考慮する考え方自体は妥当であり、平等権違反の審査を実質化する必要がある。

最高裁でも、平等権違反の憲法適合性審査の際に審査の厳格度を高めるために、区別事由が社会的差別を助長することが問題視されていた。だが、平等権審査の厳格度を高める際に、最高裁は区別事由だけでなく、有形の害悪 (権利利益の性質) と無形の害悪を総合的に考慮した。そして、厳格度を高める主たる考慮要素は無形の害悪ではなく、有形の害悪であった (Ⅴ 3)。判例において、無形の害悪が司法審査の厳格度を高める際に果たした役割は小さいと評価できる。また、平等権審査の際に厳格度が高められたといっても、合理的関連性の基準が適用されており、他の権利領域では審査の厳格度が低い基準が設定されたにすぎない。特別意味説が主張するほどに、最高裁は平等権に裁判規範としての意義を認めてはいる。最高裁は、後段列挙事由 (及びそれに類する事由) に基づく別異取扱が差別を生じさせる危険が高いと考えるが、警戒すべき程度は学説が考えるほどに高いとは認識していないと思われる。最高裁は、日本にも差別問題が存在し、差別を助長する別異取扱の憲法適合性審査は実質的に行われるべきと認識するが、その差別問題は合衆国ほどに深刻ではないと理解していると考えられる。学説の主張する差別から生じる地位の格下げの害悪が主観的で抽象的なものにとどまる以上、判例

の立場は妥当である。平等保護条項に法的意義は認められるべきであり、警戒すべき差別には実質的な審査を行うべきだが、その審査の厳格度は合衆国ほどに高くはない。合衆国では人種差別が深刻であり、人種の対立が暴力を伴う分断をもたらすが故に、人種区分が危険視され、「疑わしい区分」の理論が構築されて、平等保護条項に強い法的意義が与えられた<sup>193</sup>。日本で平等保護条項に強い法的意味が認められないことは、差別の問題について合衆国と比べて良好な社会状況が保たれていることを意味しており、批判的ではなく肯定的に捉えるべきである。

#### (Endnotes)

- 1 拙著『平等領域における司法審査基準とスティグマの理論』（尚学社、2022）19頁以下。
- 2 辻村みよ子「憲法学とジェンダー」辻村みよ子・山元一編『ジェンダー法学・政治学の可能性』（東北大学出版会、2005）215頁、219頁。
- 3 西山千絵「法の下での平等」山本龍彦・横大道聡編『憲法学の現在地』（日本評論社、2020）152頁、155頁参照。
- 4 青柳幸一「平等原則をめぐる司法審査のあり方（2・完）民法900条4号ただし書前段違憲最高裁判所大法廷決定」明治大学法科大学院論集16号（2016）1頁、47頁。
- 5 青柳幸一「国公立女子大学の憲法適合性—高等教育における差別—」同『個人の尊重と人間の尊厳』（尚学社、1996）365頁、370頁；君塚正臣「司法審査と平等権」自由人権協会編『憲法の「現在」』（2005）23頁、43頁。
- 6 辻村前掲（2）220頁。
- 7 駒村圭吾「家族と憲法—『個人の尊重』と『個人の尊厳』に寄せて—」憲法研究4号（2019）133頁、139頁。
- 8 君塚正臣「再婚禁止期間の合憲性—民法733条改正の憲法上の許容範囲に関する一考察（1）」民商法雑誌109巻2号（1993）260頁、275頁。
- 9 君塚前掲（5）43-44頁。
- 10 野中俊彦「『合理性の基準』の再検討」Law School 28号（1981）4頁、5頁。
- 11 阿部照哉・野中俊彦『平等の権利』（法律文化社、1984）117頁（野中）。
- 12 熊田道彦「平等原則とその社会的機能」Law School 28号（1981）15頁、32頁。
- 13 伊藤正己『憲法〔第3版〕』（弘文堂、1995）248頁。
- 14 有澤知子「合衆国最高裁判所の積極的平等施策に対する二つのアプローチ—メトロ対連邦通信委員会判決を中心にして—」大阪学院大学法学研究19巻1・2号

- (1993) 1 頁, 41 頁。
- 15 金城清子「婦人差別撤廃条約にみる男女平等権と日本国憲法」ジュリスト 819 号 (1984) 56 頁, 58 頁。
  - 16 宮沢俊義『憲法Ⅱ [新版]』(有斐閣, 1971) 269 頁。
  - 17 芦部信喜「憲法一四条一項の構造と違憲審査基準－法の下での平等 (三)」法学教室 139 号 (1992) 91 頁, 93 頁。
  - 18 辻村みよ子「女性の権利と男女平等論の展開」法学セミナー増刊 30 号『女性そして男性』(日本評論社, 1985) 43 頁, 51 頁。
  - 19 君塚正臣「日本における性差別の審査基準の根拠について」民商法雑誌 114 巻 6 号 (1996) 973 頁, 983 頁参照。
  - 20 君塚正臣「再婚禁止期間の合憲性と国家賠償訴訟」民商法雑誌 115 巻 4・5 号 (1997) 729 頁, 731 頁。
  - 21 辻村前掲 (2) 219 頁。
  - 22 高橋正明「憲法上の平等原則の解釈について (2) —社会構造的差別の是正に向けて—」法学論叢 178 巻 2 号 (2015) 105 頁, 125-26 頁。
  - 23 西原博史「社会的排除と差別」浅倉むつ子・西原博史編「平等権と社会的排除：人権と差別禁止法理の過去・現在・未来」(成文堂, 2017) 19 頁, 34-35 頁。
  - 24 西山前掲 (3) 155 頁参照。
  - 25 辻村みよ子『憲法と家族』(日本加除出版, 2016) 110 頁。
  - 26 戸松秀典「堀木訴訟判決最高裁判決と立法裁量論」ジュリスト 772 号 (1982) 13 頁, 17 頁参照。
  - 27 戸松秀典「立法裁量論」法学教室 184 号 (1996) 49 頁参照。
  - 28 千葉勝美「違憲審査—その焦点の定め方」(有斐閣, 2017) 107 頁参照。
  - 29 戸松前掲 (26) 17 頁参照。
  - 30 戸松前掲 (27) 52 頁。
  - 31 戸松前掲 (26) 17 頁。
  - 32 長尾英彦「非嫡出子差別の一側面－児童扶養手当の支給差別と憲法 14 条」中京法学 30 巻 1 号 13 頁; 市川正人「児童扶養手当と婚外子差別」法学セミナー 501 号 85 頁; 木下智史「生存権保障と違憲審査基準 生存権 (2)」法学教室 218 号 (1998) 83 頁, 89-90 頁注 2 参照。
  - 33 芦部信喜「平等に関する基本判例－法の下での平等 (七・完)」法学教室 144 号 (1992) 76 頁, 78 頁。
  - 34 戸松前掲 (26) 15 頁参照。
  - 35 典型例として、生存権の具体化が挙げられている (長尾前掲 (32) 9 頁)。
  - 36 戸松秀典『立法裁量論』(有斐閣, 1993) 143 頁。
  - 37 小林節「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選 I [第 5 版]』(有斐閣, 2007) 66 頁, 67 頁。

- 38 芦部信喜「生存権の憲法訴訟と立法裁量」法学教室 24 号（1982）95 頁，99 頁。
- 39 長尾前掲（32）13-14 頁。
- 40 山内久史「アメリカにおける平等権の史的展開と司法審査」帝京法学 24 巻 1 号（2005）81 頁，125 頁参照。
- 41 芦部前掲（17）92 頁。
- 42 宮澤俊義（芦部信喜補訂）『全訂日本国憲法』（有斐閣，1978）212 頁。
- 43 辻村みよ子『憲法 [第 7 版]』（日本評論社，2021）162 頁。
- 44 長谷部恭男編『注釈日本国憲法（2）』（有斐閣，2017）172-73 頁（川岸令和）。
- 45 君塚正臣「幸福追求権—延長上に家族と平等を一部考える—」横浜国際経済法学 19 巻 2 号（2010）125 頁，142-43 頁。
- 46 渋谷秀樹『憲法 [第 3 版]』（有斐閣，2017）202 頁。
- 47 戸松秀典『憲法』（弘文堂，2015）122 頁。
- 48 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法 [第 7 版]』（岩波書店，2019）133 頁。
- 49 卷美矢紀「憲法と家族—家族法に関する二つの最高裁大法廷判決を通じて」論究 ジュリスト 18 号（2016）86 頁，87 頁。
- 50 君塚前掲（5）41 頁。
- 51 佐藤幸治『憲法 [第 3 版]』（青林書院，1995）478 頁。
- 52 戸松前掲（36）141 頁。
- 53 卷美矢紀「法の下での平等と家族」宍戸常寿・林知更編『総点検 日本国憲法の 70 年』（岩波書店，2018）91 頁，92 頁参照。
- 54 伊藤前掲（13）239 頁；松井茂記『日本国憲法 [第 3 版]』（有斐閣，2007）376 頁等参照。
- 55 佐藤幸治編『憲法Ⅱ』（成文堂，1988）118 頁（釜田泰介）。
- 56 戸松秀典『平等原則と司法審査』（有斐閣，1990）331 頁；渋谷前掲（46）202-03 頁。
- 57 浅倉むつ子・西原博史「平等の権利と社会的排除」前掲（23）iii 頁。
- 58 伊藤前掲（13）249-50 頁；芦部信喜『憲法Ⅲ人権各論（1）[増補版]』（有斐閣，2000）23 頁。
- 59 佐藤編前掲（55）118-19 頁（釜田）。
- 60 阿部・野中前掲（11）94 頁（阿部）参照。
- 61 芦部前掲（58）23 頁；宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開』（日本評論社，2011）107 頁。
- 62 安西文雄「『法の下での平等』に関わる判例理論」戸松秀典・野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣，2012）187 頁，190-91 頁。
- 63 辻村みよ子「男女共同参画社会と『女性の人権』」ジュリスト 1192 号（2001）69 頁，73-74 頁。
- 64 辻村みよ子「女性の権利と『平等』」法律時報 65 巻 3 号（1993）80 頁，82 頁；

- 糖塚康江・吉田仁美『エスプリ・ド憲法』(ナカニシヤ出版, 2012) 143 頁(吉田); 安西前掲 (62) 190-91 頁; 長谷部編前掲 (44) 172 頁(川岸)。
- 65 西山前掲 (3) 155 頁。
- 66 佐々木雅寿「日本における法の下での平等」北大法学論集 59 卷 5 号 (2009) 175 頁。
- 67 渋谷前掲 (46) 202-03 頁。
- 68 君塚前掲 (5) 46 頁; 辻村前掲 (25) 110 頁; 卷前掲 (53) 91-92 頁。
- 69 奥平康弘『憲法Ⅲ』(有斐閣, 1993) 129 頁。
- 70 長尾一紘『日本国憲法 [第 3 版]』(世界思想社, 1997) 148 頁。
- 71 長谷部恭男『憲法 [第 8 版]』(新世社, 2022) 169-70 頁。
- 72 安西前掲 (62) 190-91 頁。
- 73 戸松前掲 (47) 123 頁。
- 74 長谷部編前掲 (44) 172 頁(川岸)。
- 75 阿部照哉「平等原則の適用に関する若干の考察」法学論叢 94 卷 3・4 号 (1974) 34 頁; 阿部照哉『基本的人権の法理』(有斐閣, 1976) 51 頁。絶対的平等説は、絶対に許されない差別の対象を後段列挙事由に基づく別異取扱に絞っている(君塚前掲 (5) 41 頁)。
- 76 佐藤編前掲 (55) 120 頁(釜田)。
- 77 芦部信喜『演習憲法 [新版]』(有斐閣, 1988) 5 頁。
- 78 阪本昌成『憲法理論Ⅱ』(成文堂, 1993) 274 頁。
- 79 樋口陽一ほか『注釈日本国憲法 (上)』(有斐閣, 1984) 328 頁(浦部法穂)等参照。
- 80 辻村前掲 (64) 82 頁参照。
- 81 阿部照哉「法の下での平等」清宮四郎ほか編『新版憲法演習Ⅰ』(1980) 220 頁; 阿部・野中前掲 (11) 94 頁(阿部)。
- 82 カラープラインドの理論の意味については、拙著前掲 (1) 190 頁以下。
- 83 安西前掲 (62) 188 頁。
- 84 佐藤前掲 (51) 478 頁; 米沢広一「憲法と家族法」ジュリスト 1059 号 (1995) 6 頁, 7 頁; 野中俊彦「平等原則と違憲審査の手法」法学教室 195 号 (1996) 6 頁, 18 頁; 内野正幸『憲法解釈の論点 [第 3 版]』(日本評論社, 2000) 50 頁; 伊藤健「判批」法学論叢 183 卷 3 号 (2018) 97 頁, 104-05 頁等参照。
- 85 渋谷前掲 (46) 204 頁。
- 86 内野前掲 (84) 50 頁。
- 87 卷前掲 (53) 92 頁。
- 88 卷前掲 (53) 95-96 頁。
- 89 卷前掲 (53) 96 頁。
- 90 安西文雄「『法の下での平等』の意味」大石眞・石川健治編『憲法の争点』(有斐閣, 2008) 102-03 頁。



- 91 渋谷前掲（46）204 頁。
- 92 小山剛『憲法上の権利の作用 [第3版]』（尚学社，2019）110 頁。
- 93 辻村みよ子・山元一『概説 憲法コンメンタール』（信山社，2018）99 頁（糠塚康江）。
- 94 江橋崇「マイノリティーの人権」ジュリスト 1192 号（1995）64 頁。
- 95 江橋前掲（94）67 頁。
- 96 中曾久雄「平等権審査論」愛媛大学教育学部紀要 61 号（2014）191 頁，192 頁。
- 97 安西文雄「平等」樋口陽一編『講座憲法学 3 権利の保障（1）』（日本評論社，1994）76 頁，87 頁。
- 98 木村草太「憲法と人権、差別されない権利」ひょうご部落解放 172 号（2019）6 頁，18 頁参照。
- 99 小林前掲（37）67 頁；戸松前掲（47）122 頁；長谷部編前掲（44）172-73 頁（川岸）。
- 100 高橋和之『立憲主義と日本国憲法 [第5版]』（有斐閣，2020）170 頁。
- 101 青柳前掲（4）47 頁。
- 102 佐藤前掲（51）471 頁。
- 103 阪本前掲（78）273 頁。
- 104 佐藤前掲（51）478 頁。
- 105 野中俊彦・中村陸男・高橋和之・高見勝利『憲法 I [第5版]』（有斐閣，2016）286 頁（野中俊彦）；巻前掲（53）91-92 頁。
- 106 渋谷前掲（46）202 頁；長谷部編前掲（44）172-73 頁（川岸）。
- 107 阪本前掲（78）273 頁；君塚前掲（19）973 頁；辻村・山元編前掲（93）96-97 頁（糠塚）参照。
- 108 安西前掲（97）87 頁。
- 109 安西前掲（62）190 頁；中曾前掲（96）192 頁。
- 110 安西前掲（62）190-91 頁。
- 111 三並敏克「平等原則・平等権（1）」京都学園法学 10 号（1992）1 頁，8 頁。
- 112 樋口ほか前掲（79）320 頁（浦部）；浦部法穂『憲法学教室 [全訂2版]』（日本評論社，2007）112 頁。
- 113 川添利幸「平等原則と平等権」公法研究 45 号（1983）1 頁，16 頁；粕谷友介『憲法 [改訂]』（上智大学出版会，2003）131 頁。
- 114 奥平康弘「『基本的人権』における『差別』と『基本的人権』の『制限]』名古屋大学法政論集 109 号（1986）245 頁，253 頁。
- 115 奥平前掲（114）245 頁。
- 116 奥平前掲（114）255-56 頁。
- 117 戸松前掲（56）306 頁。
- 118 巻前掲（53）92-93 頁。

- 119 安西前掲 (90) 102 頁。
- 120 司法審査基準論の導入の提唱に際しては、合衆国の議論に振り回されてはならない旨が指摘されている (堀田牧太郎「学界回顧 1992・英米法」法律時報 64 卷 13 号 (1992) 186 頁, 188 頁)。
- 121 戸松前掲 (56) 54 頁。
- 122 木村草太「平等権と違憲審査基準：適切な権利の使い分け」法学教室 452 号 (2018) 34 頁, 35 頁。
- 123 木村前掲 (122) 35 頁。
- 124 木村前掲 (122) 35 頁。
- 125 中村睦男「法の下での平等と『合理的差別』」公法研究 45 号 (1983) 27 頁, 46 頁。
- 126 戸松前掲 (56) 306-07 頁。もっとも、奥平は「権利があるとかいう規範問題は、分析的な理詰め議論だけで片付くのではなくて、「心に深く根ざした感情」「直観」、その他さまざまな重複した説明やらを加味した「総合的な考察」、すなわち「あわせて一本」で決着づけられるほかないという結論へと導かれることになりそうである。この「あわせて一本」の一環を構成するものとして、「平等」のコンセプトはある」と示している (奥平康弘「人はすべて平等に創られ…」考(下)」法学セミナー 544 号 (2000) 82 頁, 85-86 頁)。この主張を分析して、奥平の見解を批判する論者においても、奥平は、平等はスティグマの他、実体的権利と重複する部分などの総合を受けとめる「器」と考えており、平等権を全く無内容だと考えているわけではない旨を示している (巻前掲 (53) 94 頁)。
- 127 社会的な偏見や抑圧は、被差別者に対して自己肯定の形成を阻害してきたとされる (二宮周平『多様化する家族と法 I』(朝陽会, 2019) 54 頁)。
- 128 長尾前掲 (70) 150 頁。
- 129 木村草太「表現内容規制と平等条項-自由権から〈差別されない権利〉へ」ジュリスト 1400 号 (2010) 96 頁, 98 頁。
- 130 石崎学「スティグマと人権-精神保健福祉法批判」石崎学・遠藤比呂通編『沈黙する人権』(法律文化社, 2012) 113 頁, 117 頁。
- 131 巻前掲 (53) 96 頁。
- 132 穴戸常寿ほか『憲法学読本 [第 3 版]』(有斐閣, 2018) 107 頁 (安西文雄)。
- 133 巻前掲 (53) 94 頁。
- 134 巻前掲 (53) 94 頁。
- 135 安西文雄「平等権論の問題点と課題」憲法理論研究会編『憲法 50 年の人権と憲法裁判』(1997) 125 頁, 127 頁参照。
- 136 安西前掲 (97) 87 頁。
- 137 穴戸ほか前掲 (132) 107 頁 (安西)。
- 138 榊原富士子「婚外子差別撤廃に関する裁判に関わって」国際人権 26 号 (2015) 61 頁。

- 139 二宮周平「『非嫡出子』の相続分差別撤廃へ向けて」立命館法学 223・224号（1992）267頁，287頁；太田裕之「婚外子の法定相続分差別と憲法：二〇〇九年決定を契機として」同志社法学 64巻7号（2013）329頁，353頁等参照。
- 140 大村敦志『家族法〔第2版補訂版〕』（有斐閣，2004）194頁。
- 141 野山宏「判解」ジュリスト1079号（1995）56頁。
- 142 常本照樹「国籍法違憲判決：平等判例における違憲判断と救済方法の到達点」論究ジュリスト1号（2012）100頁，102頁；大石和彦「平等分野における違憲審査手順について」筑波ロージャーナル 21号（2016）1頁，10頁。
- 143 西山前掲（3）155頁参照。
- 144 相続制度そのものが、どの家庭に生まれるかという本人の意思によっては動かし難い属性によって、不平等をもたらす制度だと指摘されている（長谷部恭男『比較不能な価値の迷路—リベラルデモクラシーの憲法理論〔増補新装版〕』（東京大学出版会，2018）110頁註22）。
- 145 佐藤前掲（51）480頁。
- 146 吉田克己「婚外子差別と裁判・立法・行政」ジェンダー法研究1号（2014）137頁，149頁。
- 147 安西前掲（135）128頁。
- 148 和田隆夫「非嫡出子の相続」憲法論叢1号（1994）59頁，67頁。
- 149 二宮周平「非嫡出子差別はくずれた」法学セミナー 465号（1993）53頁。
- 150 山本龍彦「判批」ジュリスト1466号（2014）17頁，18頁。
- 151 青柳前掲（4）47頁。
- 152 阿部照哉「法の下での平等」芦部信喜編『憲法Ⅱ人権（1）』（有斐閣，1978）224頁以下；橋本公旦『日本国憲法』（有斐閣，1980）198頁，209頁；渡辺康行ほか『憲法Ⅰ基本権』（日本評論社，2016）133頁（渡辺）など。
- 153 樋口ほか前掲（79）320頁（浦部）；三並前掲（111）6-7頁；浦部前掲（112）112頁。
- 154 金子匡良「『差別されない権利』の権利性—『全国部落調査』事件をめぐって」法学セミナー 768号（2019）7頁，9頁。
- 155 木村草太『平等なき平等条項論：equal protection 条項と憲法14条1項』（東京大学出版会，2008）59-60頁参照。
- 156 金子前掲（154）10頁。
- 157 木村草太「平等権—誰の何に関する何のための平等か」長谷部恭男編『講座人権論の再定位』（法律文化社，2010）3頁，7頁。
- 158 木村前掲（122）37頁。
- 159 木村前掲（122）37頁。
- 160 宍戸ほか前掲（132）107頁（安西）；金子前掲（154）10頁注10参照。
- 161 佐々木弘通「平等原則」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点〔第2版〕』（有斐閣，

- 2009) 327 頁, 333 頁。
- 162 木村前掲 (129) 98 頁; 木村前掲 (122) 37 頁。
- 163 愛敬浩二「リベラリズムとポジティブ・アクション」田村哲樹・金井篤子『ポジティブ・アクションの可能性』(ナカニシヤ出版, 2007) 41 頁, 48 頁参照。
- 164 合衆国の人種差別の歴史については、拙著前掲 (1) 67 頁以下参照。
- 165 安西前掲 (135) 128 頁参照。
- 166 金子匡良「「差別されない権利」を求めて: 鳥取ループ『全国部落調査』復刻版出版事件の法的論点」部落解放 778 号 (2019) 21 頁, 28 頁。
- 167 金子前掲 (154) 9 頁。
- 168 西山前掲 (3) 155 頁。
- 169 安西前掲 (135) 126 頁。
- 170 安西前掲 (135) 126 頁。
- 171 蟻川恒正「最高裁判例に現れた『個人の尊厳』—婚外子法定相続分最高裁違憲決定を読む—」法学 77 卷 6 号 (2014) 1 頁, 4 頁。
- 172 安西前掲 (62) 210 頁。
- 173 長谷部恭男「国籍法違憲判決の思考様式」ジュリスト 1386 号 (2008) 77-78 頁; 大野友也「平等保護における合理性審査の厳格適用について」工藤達朗ほか編『憲法学の創造的展開』(信山社, 2017) 537 頁, 552 頁等参照。
- 174 青井未帆・山本龍彦「憲法 I 人権」(有斐閣, 2016) 60 頁 (山本); 植木淳「平等原則における不変性 (immutability)」名城法学 66 卷 1・2 号 (2016) 249 頁, 250 頁; 長谷部編前掲 (44) 173 頁 (川岸)。
- 175 辻村・山元編前掲 (93) 97 頁 (糠塚)。
- 176 大野前掲 (173) 552 頁; 巻前掲 (53) 96 頁。
- 177 安西前掲 (62) 210 頁。
- 178 小山前掲 (92) 110 頁。
- 179 高橋和之ほか「座談会 非嫡出子相続分違憲最高裁大法廷決定の多角的検討」法の支配 175 号 (2014) 5 頁, 10 頁 (宍戸常寿)。
- 180 中曾久雄「憲法 14 条と民法 900 条 4 号但書—平成 25 年 9 月 4 日最高裁大法廷決定—」愛媛法学会雑誌 40 卷 3・4 号 (2014) 87 頁, 99 頁。
- 181 山崎友也「民法が定める非嫡出子相続分區別制を違憲とした最大決平成 25 年 9 月 4 日について」金沢法学 56 卷 2 号 (2014) 165 頁, 178 頁。
- 182 中曾前掲 (180) 98 頁。
- 183 泉徳治「婚外子相続分差別規定の違憲決定と『個人の尊厳』」世界 849 号 (2013) 233 頁; 田中佑介「判批」阪大法学 64 卷 2 号 (2014) 233 頁, 243 頁。これに対し、最大決平成 25 年 9 月 4 日が審査の厳格度を高めていないという評価として、渡辺康行「憲法判例のなかの家族—尊属殺重罰規定違憲判決と婚外子法定相続分違憲決定」駒村圭吾編『テキストとしての判決』(有斐閣, 2016) 69 頁, 93-94

頁参照。

- 184 卷前掲（53）97頁。  
185 辻村・山元編前掲（93）97頁（糠塚）。  
186 卷前掲（53）97頁。  
187 卷美矢紀「家族と公私区分」憲法問題29号（2018）79頁，82頁参照。  
188 卷前掲（187）82頁。  
189 卷前掲（187）82頁。  
190 安西文雄「憲法14条1項後段の意義」論究ジュリスト13号（2015）71頁。  
191 斉藤一久「判批」季刊教育法181号（2014）114頁，118頁；田中前掲（183）243頁。  
192 蟻川恒正「婚外子法定相続分最高裁違憲決定を読む」法教397号（2013）102頁，107頁。  
193 拙著前掲（1）194頁以下参照。

（もぎ・ようへい 桐蔭横浜大学法学部准教授）