



Title	報告. 日本における法の下の平等
Author(s)	佐々木, 雅寿
Description	日仏シンポジウム「法の下の平等と刑事規制に関する日仏比較」
Citation	北大法学論集, 59(5), 172-197
Issue Date	2009-01-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/35652
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-5_p172-197.pdf



報告

日本における法の下の平等

佐々木 雅 寿

一 はじめに

二〇〇八年六月四日、最高裁判所は、憲法一四条が規定する法の下の平等に関する重要な違憲判決を下した⁽¹⁾（以下「六月四日判決」という）。この判決で最高裁は、①国籍法三条一項は憲法一四条一項に違反し、②上告人は違憲部分を除いた同項の規定により日本国籍を取得したものと解するのが相当である、と判示した。前者は、法令が憲法一四条に違反するか否かを判断する方法にとって、また、後者は、平等権を侵害された個人の権利救済の方法と、人権救済に関する裁判所と国会の関係にとって極めて重要な意義を持ちうる。

そこで、本稿は、憲法一四条が規定する法の下の平等に関して、六月四日判決をふまえて、まず、憲法が規定する平等権の内容を確認し、次に、近年日本においても議論が活発化しつつあるアファーマティブ・アクションと憲法一四条との関係を探る。最後に、平等権を侵害された者に対する裁判所による実効的救済方法として利益付与の拡大や合憲補充解釈の可能性について検討する。その際、裁判所と国会の関係の在り方についても考察を加え、日本における違憲審査制度の活性化の可能性を探る。

二 日本国憲法が規定する法の下の平等

1 憲法の諸規定

憲法は、平等権および平等原則の徹底化を図るため、以下のような諸規定を用意する。すなわち、一四条一項で、法の下の平等の基本原則を規定し、それに続いて、個別的规定として、貴族制度の廃止（一四条二項）、栄典にともなう特権の禁止（一四条三項）、普通選挙の一般原則（二五条三項）、選挙人の資格の平等（四四条）、夫婦の同権と両性の本質的平等（二四条）、教育の機会均等（二六条）をそれぞれ規定する。もともと、世襲の天皇制は憲法自身が認めた平等原則の例外といえる。

2 憲法一四条一項の意味―相対的平等―

（1）学説

憲法一四条一項は、「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、

経済的又は社会的関係において、差別されない。」と規定する。憲法が保障する平等は、絶対的平等ではなく、相対的平等であると理解されているため、法的区別に「合理的理由」があれば平等権の侵害はないとされる。そのため、憲法上許される「合理的区別」と憲法が禁止する「不合理な差別」とを判別する必要がある。この点、一般的には、「民主主義ないし個人主義の理念に照らして不合理と考えられる理由による差別」が禁止されるといわれるが、この「民主主義的合理性」という基準は抽象的であり、具体的な事件で違憲か合憲かを判断する際には十分機能する基準とは言い難い。⁽²⁾そこで、近年では、「先天的に決定される条件や思想・信条に基づいて、法的に異なつた取扱いをすることは、どのような権利・利益についてであれ、原則として憲法上禁止される『差別』とみなすべき」という考え方が有力である。⁽³⁾

(2) 判例

最高裁も、憲法一四条が規定する平等を相対的平等と理解する。六月四日判決の多数意見は、「憲法一四条一項は、…事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨である」と説示し、続けて、国籍をどのように定めるかについては、立法院の裁量判断にゆだねられてはいるが、国会が定める国籍取得要件の法的区別が、「合理的理由のない差別的取扱いとなるときは、憲法一四条一項違反の問題を生ずる」とし、具体的には、かかる法的区別の「立法目的に合理的な根拠が認められない場合、又はその具体的な区別と上記の立法目的との間に合理的関連性が認められない場合」には、当該区別は、憲法一四条一項に違反すると判示した。

3 平等権侵害の違憲審査基準

(1) 学説

近年の憲法学説は、ある法的区別が合憲か否かを判断する違憲審査基準を具体的に画定すべく努力している。学説は、憲法一四条一項後段が、歴史的に存在した不合理な差別事由である、「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」により差別されないと規定していることに着目し、一般的に、後段の列举事由は、前段が規定する平等原則の内容を例示的にあげたものであるが、後段列举事由に基づく差別は、個人の尊厳に反し、違憲の疑いが強い、と考える。具体的には、①列举事由に基づく法的区別は不合理な差別として違憲性が推定される、②列举事由に基づく法的区別の合憲性を判断する際には、より厳格な違憲審査基準を用いる、③法的区別の合憲性を主張する側にその举证責任・論証責任を課す等である。ただし、具体的に適用すべき違憲審査基準に関しては、すべての列举事由に原則として厳格審査を及ぼす立場、厳格審査を原則としつつ、性別だけは中間的審査（厳格な合理性の基準）を用いるとする立場、さらに、列举事由のうち、性別・社会的身分には中間的審査が妥当し、それ以外は厳格審査が妥当するとする立場に分かれる。⁽⁵⁾

また、学説が一般に、一四条一項後段の列举事由が例示的なものと解するため、列举された事由以外の差別事由に基づく法的区別等に対してどのような違憲審査基準で臨むべきかという問題に対しては、主に二つの対応がある。第一は、列举事由以外の「生まれによって決定される条件」に基づく法的区別も、列举事由に基づく場合と同様の対応をすべきであるとする立場である。⁽⁶⁾第二の対応は、「一四条は他の憲法の条文と一体として解釈することが必要であるから、精神的自由や選挙権のように憲法上優越した価値を有する人権を侵害する差別の場合にも厳格な審査基準が必要とされよう」という考えである。これらの学説をふまえると、①一四条一項後段の列举事由に基づく法的区別、②列举事由以外の先天的に決定される条件に基づく法的区別、③憲法上優越した価値を有する人権を侵害する差別に対しては、より厳格な審査基準が適用され、④それ以外の場合には合理性の基準が適用される、というのが今日の学説の一般的な立場であるといえよう。

(2) 判例

最高裁は、一四条一項後段の列举事由は例示的なものであるとの立場をとり、また、違憲審査基準としては「合理性の基準」を採用する。⁹⁾しかし、最高裁が採用する「合理性の基準」の厳格度には一定の幅がある。例えば、非嫡出子の相続分を嫡出子の相続分の二分の一と規定する民法九〇〇条四号但書は憲法一四条に違反しないと判示した一九九五年（平成七年）最高裁決定の多数意見は、①民法九〇〇条四号但書の法定相続分の定めは、遺言による相続分の指定等がない場合等において、補充的に機能する規定であること、②相続制度をどのように定めるかは立法府の合理的な裁量判断にゆだねられていることを強調し、「本件規定における嫡出子と非嫡出子の法定相続分の区別は、その立法理由に合理的な根拠があり、かつ、その区別が右立法理由との関連で著しく不合理なものでなく、いまだ立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えていないと認められる限り、合理的理由のない差別とはいえず、これを憲法一四条一項に反するものということはできない」と判示した。ここでは、立法裁量を尊重すること等により、立法目的と手段の関連性に関しては著しい不合理性がない限り違憲としないという、実質的には、通常の合理性の基準よりも緩やかな基準が用いられていると考えられる。

それに対し、六月四日判決の多数意見は、国籍の定め方についての立法府の裁量を重視する姿勢を示しつつも、日本国籍が「我が国において基本的人権の保障」等を受ける上で「意味を持つ重要な法的地位」であることと、本件で問題となった法的区分が、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否かという「子にとっては自らの意思や努力によって変えることのできない」事柄による区別であることを指摘して、「このような事柄をもって日本国籍取得の要件に關して区別を生じさせることに合理的な理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要である」と判示した。この部分から、最高裁は、①人権保障等の上で意味をもつ重要な法的地位に対する差別的効果と、②自らの意思や努力

によつては変えることのできない事由に基づく法的区別という二つの要素を重視して、実質的には、通常の合理性の基準よりも厳しい基準を用いて違憲判決を下したと解される。¹¹⁾ 六月四日判決が今後の判例理論をどのようにリードするのか、注目に値しよう。

三 憲法一四条とアファーマティブ・アクション

1 形式的平等（機会の平等）と実質的平等（結果の平等）

（1）一般的学説

憲法が保障する平等が形式的平等なのか実質的平等なのかについて、有力な学説は以下の立場をとる。すなわち、①日本国憲法には、形式的平等と実質的平等の両方の要請が含まれている、②しかし、憲法一四条の規定は、なによりも形式的平等を保障したものである、③結果の不平等を完全に解消することは、少なくとも自由の理念と両立しない、④実質的平等の要求は相対的限度内のものであり、その実現は、なにか実質的平等と呼ばれるにふさわしいかという問題も含めて、第一義的には社会権条項に託された課題であり、結局は立法によって実現されるべきものである、⑤少なくとも裁判規範の意味においては、憲法一四条の規定から実質的平等の要請は直接に導かれる性質のものではない、⑥憲法一四条は、第一義的に形式的平等を保障しており、ただ、実質的平等の理念からくるこの相対化の要請を相当の程度まで受容することを予定した規定であると解される。¹²⁾

この点、浦部教授は、「完全には結果を同じにする」「徹底的な結果の平等」と、『機会の平等』を「実質的に確保する」実質的形式的平等とを区別して、憲法における平等の観念が形式的平等から実質的平等へ転換したとはいえ、憲法が許

容する実質的平等の内容は実質的形式的平等であると理解する。ただ、浦部教授はそれに続いて、「もちろん、そうはいっても、個人の尊厳という憲法の基本的前提からいえば、人間として生きていくためのギリギリのところまでは、結果についても等しく保障する必要があるから、こんにちにおける実質的平等の観念に『結果の平等』という観点が全然はいり込んでいないというわけではない。こうした、実質的平等の観念は、日本国憲法においては、いずれも、いわゆる社会権の保障という形で、実定化されているのである。」との説明を加える。⁽¹³⁾

これに対し、男女平等権の中には、法律上の差別からの解放という自由権としての側面と、国が積極的に機会の平等を⁽¹⁴⁾実質的に保障していくために私的領域に介入していくという意味の社会権的側面とをあわせもつとする学説も存在する。

また、藤井教授は、憲法「四条は、基本的には形式的意義の平等の保障をめざしていると考えるべきであろうとしつつも、①平等権の内容として、「等しいものは等しく取り扱われるべきである」という自由権類似の権利と、「異なつた者は（等しくなるように）別異に扱われるべきである」とする請求権的権利が導かれる、②請求権的権利としての平等権は、国家が実質的な平等を実現するために必要な「合理的な差別」のための立法その他の措置を求める権利を含んでいる、③しかし、請求権的権利としての平等権は、その社会および国家の発展状況とか、国家観等に対応してその権利の内容、性質が変化しうる、④したがって、今日では、社会、経済的な各種の条件のすべてについて、実質的平等を実現するような措置を国家が義務づけられていると考えることはできないことは明らかで、これはいわば国家の努力義務にとどまる、⑤ただし、このような経済的条件にかかわらないもの、具体的にいえば予算措置などの問題にかかわらないものについては努力義務にとどめるべきではないともいえ、例えば、人格的精神的価値の実現という点では、今日でも国は実質的意義の平等を実現すべき措置をとる義務はあるといえよう、と述べる。⁽¹⁵⁾ただし、藤井教授は、アフアーマティ
ブ・アクション立法が請求権的権利としての平等権に基づくものであると説明する文脈で、「この請求権的な権利とい

うのは、かりに認められるとしてもあくまでもプログラム規定説的に理解されるべきであろう」⁽¹⁶⁾との立場をとる。これらの学説は、一定の場合、請求権的権利としての平等権が認められる可能性を示唆する点で、注目に値する。

(2) 裁判例

裁判例も、憲法一四条が実質的平等を命じているとする見解には消極的である。⁽¹⁷⁾

しかし、一九七八（昭和五三）年の在宅投票制度違憲訴訟の控訴審判決は、⁽¹⁸⁾選挙権の平等に関する文脈で、「憲法一四条一項の定める法の下での平等の原則は、形式的な平等ではなく、実質的な平等を意味し、従って国民各自における身体的、肉体的、社会的条件に基づく相違に対しては、当該相違に応じた合理的差別扱を許容するものであるのみならず、進んで当該相違に応じた合理的差別扱を命ずる原理でもあると解するのが相当」であると説示した。この説示部分は、これまでの通説を一步進めた例外的なものであるが、この判決に対しては、「それは妥当ではあるまい。かりに、それを憲法上の要請とみるのであれば、一五条一項などに根拠を求めるべきであろう。」との批判が加えられている。⁽²⁰⁾

(3) 検討

学説や裁判例の一般的な考え方にはいくつかの疑問がある。

第一は、形式的平等が第一義的であり実質的平等は第二次的であるとの理解は、平等理念の歴史的発展の観点から現段階でも無条件に妥当なのか、という点である。平等理念の歴史的発展として、まず、形式的平等の実現が求められ、次に、実質的平等が求められたと一般に説明されている。⁽²¹⁾そして、現段階では、憲法が許容する実質的平等は、徹底的な結果の平等ではなく、実質的形式的平等であると一般に理解されている。⁽²²⁾そうであれば、仮に、形式的平等がほ

は完全に実現している分野があれば、その分野において次に実現すべきは、実質的形式の平等となり、この段階では、実質的形式の平等の実現こそが第一義的になると考えることも可能となろう。そうであるならば、形式的平等（形式的機会の平等）、実質的形式の平等（実質的機会の平等）、実質的平等（結果の平等）とを明確に区別して、憲法一四条のもとにおける、形式的平等と実質的形式の平等の関係、実質的形式の平等の位置づけやその権利性の有無等を現時点で個別分野ごとに検討し直す必要があるう。

第二は、結果の平等は自由の理念と両立しないという命題⁽²³⁾についての疑問である。仮に、平等の理念が形式的平等から少なくとも実質的形式の平等へと変化したことを前提とするのであれば、なぜ自由の觀念のみが伝統的意味の自由のままで維持されるべきなのか学説は説明しない。社会権をも保障する日本国憲法の一四条が、結果の平等を自由に反するとの理由で全面的に否定しているといえるのかについては更なる検討が必要であろう。

第三の疑問点は、実質的平等の要請は憲法一四条のもとではいかなる意味の裁判規範性も持たないのかである。学説一般は、実質的平等の要請にこたえるために、形式的平等の要請も相当の程度まで相対化されると解する。そうであるなら、実質的平等の要請は、形式的平等違反という違憲の判断を退ける方向で規範性を發揮しているといえる。もしこの判断が裁判所によって行われたなら、そこには裁判規範性があることになるう。そうであれば、実質的平等の要請には裁判規範性がないという命題は、国家に対して実質的平等を実現するための特定の措置を求める主張には裁判所によって救済可能な具体的権利性がないという意味であり、実質的平等をめざす特定の措置が形式的平等違反となるかという憲法一四条の解釈に際しては、実質的平等の要請は一定の裁判規範性を有するといえるのではないだろうか。

以下では、国家に実質的平等の実現を求める主張に裁判所によって救済可能な具体的権利性がいかなる場合でもないのか、という問題を考察するため、アファーマティブ・アクションを要請する権利の有無について検討する。

2 アファーマティブ・アクション

わが国ではこれまで、アファーマティブ・アクションまたはポジティブ・アクションに関して必ずしも活発な議論が行われてきたわけではない。⁽²⁴⁾しかし、すでに二〇〇五年の段階で、「日本においては、たとえば男女共同参画社会基本法などの法律のもと、アファーマティブ・アクションの本格的採用が、まさに現実の課題として現在浮上してきており、諸外国の実例の参照、憲法との適合性の議論がなされつつある」ことが指摘されていた。⁽²⁵⁾

(1) 定義

二〇〇三年七月に内閣府男女共同参画局に設置されたポジティブ・アクション研究会が二〇〇五年一〇月にまとめた「ポジティブ・アクション研究会報告書」(以下「報告書」という。)は、アファーマティブ・アクションとポジティブ・アクションには本質的な差はないとの前提で、ポジティブ・アクションについて、「一義的に定義することは困難であるが、一般的には、社会的・構造的な差別によって、現在不利益を被っている者(女性や人種のマイノリティー)に対して、一定の範囲で特別の機会を提供すること等により、実質的な機会均等を実現することを目的として講じる暫定的な措置のことを言う」と定義する。⁽²⁶⁾本稿では、アファーマティブ・アクションとポジティブ・アクションとに本質的な差はないとの前提で、それらを互換的に用いる。

(2) アファーマティブ・アクションの手法

アファーマティブ・アクションには、さまざまな手法があるが、報告書は、憲法上の平等原則との適合性が問題となりうるかどうか等の観点から、以下の三つに分けて説明する。⁽²⁷⁾

第一は「厳格なポジティブ・アクション」で、「あらかじめ一定の女性枠を法律等で設けるなど、拘束力が強く、厳格な手法」を用いるもので、代表例としては、人種や性別を基準に一定の人数や比率を割り当てるクォータ制（割当制）がある。「厳格なポジティブ・アクション」は、「憲法上の平等原則との適合性を厳密に検討しなければならない場合が多い」とされる。わが国においては、男女共同参画社会基本法二五条三項が、男女共同参画会議の有識者議員について「男女のいずれか一方の議員の数は、同号に規定する議員の総数の十分の四未満であつてはならない。」として、会議の任務にかんがみクォータを定める。

第二は「中庸なポジティブ・アクション」で、「女性の登用に関する努力目標掲げるなど、中庸な手法」のもので、代表例としては、達成すべき一定目標と達成までの期間の目安を示してその実現に努力するゴール・アンド・タイムテーブル方式がある。わが国では、国の審議会等における女性委員の登用について、平成十二年の男女共同参画推進本部決定により、「平成一七年（西暦二〇〇五年）度末までのできるだけ早い時期に」「三〇%」を達成するよう鋭意努めるものとする」として、この方式が採用された。報告書によると、このようなポジティブ・アクションは、「社会の諸活動に参画する機会に係る男女間の格差を解消するために必要な範囲内で、目標に向かって自主的に努力するものであり、憲法上の問題を惹起させることはない」。しかし、公務員の採用等において、同等の能力・資格があることを前提としながら、プラスの要素として進出が遅れている性であることを重視するプラス要素方式は、女性であることを理由に機械的に優先する場合など、採られる措置の態様によっては平等原則との適合性について憲法上の問題を生じうるとされる。

第三は、女性の応募の奨励、能力向上のための研修や、仕事と家庭の両立支援・環境整備等、緩やかな支援策等による「穏健なポジティブ・アクション」である。これらの措置については、一般的には憲法上の問題は生じないとされる。

(3) アファーマティブ・アクションの意義

報告書は、「このような男女の役割についての固定的性別役割分担意識、偏見等及び過去の差別や経緯に起因して生じた男女の置かれた社会的状況の格差を解消し、実質的な機会の平等を担保するためには、単に法律等で男女差別を禁止するだけでは困難であり、より積極的な取組であるポジティブ・アクションによる必要がある。」とその意義を強調しつつも、「ポジティブ・アクションは、あくまで活動に参画する機会についての男女間の格差が解消されるまでの、暫定的な措置であることに留意する必要がある。」とする⁽²⁸⁾。

(4) アファーマティブ・アクションの合憲性

① 「ポジティブ・アクション研究会報告書」

報告書は、①憲法一四条においては、形式的な平等保護が原則であるが、事実上のさまざまな人の差異を無視して絶対的に一律平等に扱うことがかえって不合理を生ずる場合には、実質的な機会の平等を実現するための合理的な別異取扱いを認めている、②一方の性に対するポジティブ・アクションと、憲法の平等原則との適合性を判断する際には、当該ポジティブ・アクションが、実質的な機会の平等を実現する合理的なものであるか否かが問題となる、③社会構造的な男女格差や過去の差別の影響により、所与の出発点に格差がある場合、その格差が解消されるまで、ポジティブ・アクションを実施し、暫定的・一時的に男女を別異に取り扱うことは、実質的な意味での「機会の平等」を目指した合理的な区別であり、平等原則に反するとは言えない、④ポジティブ・アクションは、機会の平等を実質的に保障していくこととするもので、現代の憲法である日本国憲法の平等原則に沿うものである、⑤ポジティブ・アクションが合理的であるためには、(a)社会構造的な問題等により男女間で事実上の格差が存在すること、(b)採られる手法が目的に照らして均

衡のとれたものであることが必要であり、(c) ポジティブ・アクションが採られる各局面において、他方の性に対する負担が過度になることのないような形態であることに留意しなければならない、と説明する⁽²⁹⁾。

② 学説

(i) アファーマティブ・アクションの位置づけ

学説は一般に、アファーマティブ・アクションを以下のように憲法上位置づける。すなわち、①アファーマティブ・アクションは、どこまでなら憲法一四条に反しないかという性質のものであり、それは合理的区別として正当化される限りで憲法上認められる、②憲法一四条には、アファーマティブ・アクションを受ける権利は含まれていない、③国はアファーマティブ・アクションを実施することはできるが、それは法的義務ではない⁽³¹⁾。

(ii) アファーマティブ・アクションの合憲性

学説は、アファーマティブ・アクションの合憲性を一般的に否定することはせず、その合憲性を個別具体的に検討する⁽³²⁾。そして、合憲とされるアファーマティブ・アクションの要件に関し、①過去の補償であり、②間接差別の解消のためであり、③現状が間接差別であることの立証があり、④一定の資格を有する場合にのみ優遇する、⑤暫定的な措置等は、合憲となりうること等が示唆されている⁽³⁴⁾。

さらに、現在の学説は、アファーマティブ・アクションの合憲性を判断する際、どのような違憲審査基準を採用すべきかについて対立している⁽³⁵⁾。第一は、性別や人種のような個人の属性に基づく差別的取扱いの違憲審査基準と、同じ属性に基づくアファーマティブ・アクションの違憲審査基準とを同じものとすべきであるとする立場で、第二は、個人の属性に基づく差別的取扱いの違憲審査基準よりは、同じ属性に基づくアファーマティブ・アクションの違憲審査基準の方が緩やかになるというものである⁽³⁷⁾。

このような学説形成の背景には、主に、アメリカ合衆国におけるアファーマティブ・アクションの合憲性に関する議論⁽³⁸⁾がある。

わが国で紹介されているアファーマティブ・アクションの正当化根拠には、①差別をなくすには、一時的に人種や性別に基づく優遇策が必要である、②ある人種や性別集団そのものの集団的な人権が向上する、③差別されてきた側を優遇する立法には違憲性の疑いが薄い、④差別の補償は社会全体が負うべきである、⑤社会の多元性の確保のためにはアファーマティブ・アクションは正当化される等がある。

それに対し、以下のような反論も紹介されている。すなわち、(a)罪のない個人がアファーマティブ・アクションの被害者となり、被害者でない個人がアファーマティブ・アクションの受益者となる、(b)人権は個人の権利であり、集団の人権は認められない、(c)アファーマティブ・アクションとそうでないものは一見区別できないので、人種差別ならば原則として厳格審査を適用すべきである、(d)差別是正が完全になされることはありえず、結局アファーマティブ・アクションが永続化する、(e)優遇を受けた集団に劣等の集団であるとの烙印が押される⁽⁴⁰⁾、(f)民族、文化、言語などによる集団相互間の対立を固定化する、(g)過去の事実上の不平等を固定化する等である⁽⁴¹⁾。

(5) 検討

ここでは、アファーマティブ・アクションを要請する権利の有無についてのみ検討する。報告書は、「社会構造的な男女格差や過去の差別の影響により、所与の出発点に格差がある場合、その格差が解消されるまで、ポジティブ・アクションを実施し、暫定的・一時的に男女を別異に取り扱うことは、実質的な意味での『機会の平等』を目指した合理的な区別であり、平等原則に反するとはいえないのである。むしろ、ポジティブ・アクションは、機会の平等を実質的に

保障していかうとするもので、現代の憲法である日本国憲法の平等原則に沿うものと考えられる。」⁽⁴³⁾と述べ、憲法は実質的機会の平等をめざす合理的なアファーマティブ・アクションを積極的に許容することを認める。しかしそれに対しては、憲法がアファーマティブ・アクションを積極的に許容する根拠とされる実質的機会の平等要請とはいかなる性質のものか、それには権利性はないのか、それは形式的平等要請とどのような関係にあるのか、仮に権利性がないのであればなぜそれは憲法の形式的平等原則を制限することができるのか等々の疑問が浮かぶ。そしてそれは、憲法がアファーマティブ・アクションを積極的に許容する場合があるのは、憲法が実質的機会の平等を一定の場合権利として要請しているからではないのか、というさらなる疑問へと導く。

差別は、単に憲法一四条違反になるのみならず、憲法一三条が保障する人格権や個人の尊厳をも侵害すると解される。⁽⁴⁴⁾そして、人格権の侵害に対しては適切な司法的救済が認められるべきであるため、もし仮に特定のアファーマティブ・アクションが、差別に基づく特定の人権侵害に対する適切な救済方法であるとすれば、かかるアファーマティブ・アクションを求めることには、憲法一三条の下で、一定の権利性が認められる可能性がある。そうであれば、憲法一三条と一四条を一体的に解釈し、差別による平等権と人格権の侵害に対する救済として、アファーマティブ・アクションを求める権利が認められる場合も想定されよう。例えば、私人の差別を国が放置した場合ではなく、国が法律等で差別的取扱いを一定期間続け、その結果、公的領域のみならず私的領域においても、かかる差別が固定化され、その後、国が当該差別的な法律を廃止したが、過去の差別の結果、現に差別の影響が強く残っている場合等では、差別の影響をなくし、可及的速やかに機会の平等を実質的に保障することが、国の法的義務として、憲法一三条からのみならず、憲法一四条からも例外的にはあるが、要請される可能性があると解される。そうであれば、一定の場合、差別による平等権と人格権の侵害に対する救済として、アファーマティブ・アクションを求める権利が憲法一三条と一四条のもとで認め

られる可能性もあると考えられる。

ただし、そこで認められうる権利が、裁判所が特定の救済を命じることのできる程度に具体的であるのか、それとも、差別救済として一定のアファーマティブ・アクションを受ける権利は抽象的には認められうるが、アファーマティブ・アクションの具体的内容の決定は立法府に委ねるべき場合のように、その権利が抽象的なものであるのかの判断は必要となろう。しかし、仮に国が一定のアファーマティブ・アクションを法定した場合、その制度に基づいて一定の利益を受けることのできる地位は、法律上の権利であると同時に、憲法一四条の要請を具体化した憲法上の権利と理解することは可能であろう。

また、憲法上認められうる権利の性格によって、裁判所が認めうる救済方法も変化しうる。例えば、抽象的権利しか認められない場合には、裁判所は国家による何らかの措置を要請しうる地位の確認にとどめ、具体的措置の決定を立法府に委ねる判決、違憲確認判決、立法不作為の違憲確認判決等々の手法を用いることになろう。

四 平等権侵害の司法的救済方法

1 従来の一般的考え方

憲法の代表的教科書は、平等権侵害の司法的救済方法について以下のように述べる。すなわち、「平等原則違反の救済は、差別を解消することによってなされるが、それをどのように具体化するかは、平等原則自体からは出てこない。自由権に関しての平等原則違反は、通常その規定や処分を違憲・無効とすることであり（たとえば尊属殺重罰規定が平等原則違反の場合、その規定を違憲・無効とすればよい）。しかし社会権や国務請求権のような分野では、違憲・無効

とするのではかえって実質的な救済にならない場合がある。真の救済のためには国による立法措置が必要であり、それは立法府の判断に委ねられる事項だからである。このような場合の判決の在り方については、まだ学説の対応は不十分であるが、一般的にいえば、裁判所としては違憲の確認にとどめ、後は立法府の賢明な措置に期待すべきだということになる。⁴⁶⁾

これは、平等権侵害の救済方法に複数の選択肢がある場合、裁判所は特定の救済を命じることを避け、国会の立法的措置を待つべきである、との立場に通じるものがある。この立場からすると、裁判所が、平等権侵害を理由に、法律の一部を違憲無効として、法律が規定した利益付与の範囲を拡大すること（一部違憲＋利益付与の拡大判決）や、違憲の法律を合憲的に解釈するために、法律にない要件を法律に読み込む合憲補充解釈が認められる可能性は極めて低くなる。

2 六月四日判決の意義①—救済方法—

（1）多数意見 一部違憲＋利益付与の拡大

六月四日判決は、この一般的考えを前進させる可能性を多分に含んでいる。多数意見は、①立法者の合理的意思、②憲法一四条一項に基づく平等取扱いの要請と国籍法の基本的原則である父母両系血統主義、③不合理な差別的取扱いを受けている者に対する直接的な救済可能性、④国籍法三条一項の規定の趣旨および目的等を考慮して、国籍法三条一項の一部違憲解釈は、裁判所による立法作用ではないとして、実際上告人に国籍を認めた。これは、一部違憲による利益付与の拡大判決であるといえる。

平等権侵害の救済方法として、本判決のような方法をとった最高裁判決は初めてのものといえよう。⁴⁷⁾特に、横尾裁判官ら三人の反対意見が、多数意見のような、「準正子に係る部分を取り除けば、同項の主体が認知を受けた子全般に

拡大する」というような拡大をすることは、「条文の用語や趣旨の解釈の域を越えて国籍を付与するものであることは明らかであり、どのように説明しようとも、国籍法が現に定めていない国籍付与を認めるものであつて、実質的には立法措置であるといわざるを得ない。」「仮に多数意見のような見解が許されるとすれば、創設的権利・利益付与規定について、条文の規定や法律の性質、体系のいかんにかかわらず、また、立法の趣旨、目的を超えて、裁判において、法律が対象としていない者に、広く権利、利益を付与することが可能となることになる。・・・本件について、裁判により国籍を認めることは、司法権の限界との関係で問題がある」とし、また、甲斐中裁判官ら二人の裁判官の反対意見が、多数意見の解釈は、「国籍法の創設的・授権的性質に反するものである上、結局は準正子を出生後認知された子と読み替えることとなるもので、法解釈としては限界を超えているといわざるを得ない。」と批判しているにもかかわらず、多数意見が、このような解釈を採用したことの意義は大きい。

(2) 藤田意見 合憲補充解釈＋利益付与の拡大

藤田裁判官の意見は、①立法府が行った一定の立法政策判断が示している基本的方向によると、立法不作為の部分についての合理的選択の余地は極めて限られている場合で、②著しく不合理な差別を受けている者を個別的訴訟の範囲内で救済するため、③立法府が示す基本的判断に抵触しない範囲で、④司法権が現行法の「合理的拡張解釈」により違憲状態の解消を目指すことは、全く許されないことではないとして、いわゆる合憲補充解釈をして、實際上告人に国籍を認めた。

学説は、これまで、合憲補充解釈について必ずしも十分に議論をしていないが、仮に合憲補充解釈が認められるとしてもごく限られた場合にのみ可能であるとする見解が多い。⁴⁸⁾ その意味でも、本件で合憲補充解釈を実際に採用した藤

田意見の意義は極めて大きい。

今後は、一部違憲判決によって利益付与の拡大を認めることができる要件や、合憲補充解釈が許される要件を、より具体的に検討する必要がある。また、合憲補充解釈等と将来効判決との組み合わせの可能性も検討に値しよう。⁽⁴⁹⁾

3 六月四日判決の意義②―裁判所と国会のダイナミックな関係（Ⅱ対話？）―

六月四日判決には、それ以外にも、重要な意義がある。那須裁判官と浦井裁判官が同調した、今井裁判官の補足意見は、「非準正子についても国籍を付与するということになれば、国会において、国籍付与の要件として、準正要件に代えて例えば日本国内における一定期間の居住等の他の要件を定めることもできたのに、その裁量権を奪うことになる」とする議論もあり得ないではない。そうであっても、裁判所がそのような要件を定めない国籍法三条一項の合憲的解釈として、非準正子について国籍取得を認めたからといって、今後、国会がその裁量権を行使して、日本国民を父とする生後認知子の国籍取得につき、準正要件に代えて、憲法に適合する要件を定める新たな立法をすることが何ら妨げられるものでないことは、いうまでもないところであり、上記のような解釈を採ることが国会の立法裁量権を奪うこと⁽⁵⁰⁾になるものではない。」と説示する。

また、藤田裁判官の意見も、最後に、「なお、いうまでもないことながら、国籍法三条一項についての本件におけるこのような解釈が一般的法規範として定着することに、国家公益上の見地から著しい不都合が存するというのであれば、立法府としては、当裁判所が行う違憲判断に抵触しない範囲内で、これを修正する立法に直ちに着手することが可能なのであって、立法府と司法府との間での権能及び責務の合理的配分については、こういった総合的な視野の下に考察されるべき」ことを強調する。

これらの個別意見には、①最高裁が違憲判決を示した後、国会は最高裁の違憲判決の趣旨に沿った形であれば、判決内容と異なる立法をすることが憲法上可能である、②このように考えることができるから、仮に、違憲の法律の対処の仕方に複数の選択肢があったとしても、一定の救済を裁判所が命じても、立法裁量の侵害とはならない、③司法権と立法権との関係を考える場合も、最高裁の違憲判決の後の国会の対応の可能性をふまえて考察すべきである、との視点が示されている。

このように、最高裁の違憲判決の後でも国会が憲法の枠内で一定の立法的対応が可能であるとする考えは、最高裁と国会の関係を判決後の時間の流れの中でダイナミックに捉える見方と言える。これまでのわが国における議論の立て方は、最高裁と国会の関係を、最高裁の違憲判決の時点を基準時として、時間の流れを止めて、最高裁と国会の関係を論じる傾向があったことをふまえると、ここで示された新たな視点の特徴が明らかとなる。⁵¹⁾

裁判所と国会をダイナミックな関係として捉えることには、以下のような効果があると考えられる。第一は、違憲審査制度に対する効果で、①違憲審査権の民主的正当性を補強する根拠が新たに加わり、裁判所がより積極的に違憲審査権を行使する可能性が高まる、②立法裁量の侵害と認識される範囲が減少し、裁判所がより積極的に違憲審査権を行使する可能性が増加する、③立法裁量の侵害と認識される範囲が減少し、裁判所が命ずることのできる人権救済方法の種類が現在よりも増える可能性がある、等である。

第二は、国会や社会に対する効果で、①憲法判断は、最高裁のみの責務ではなく、国会の責務でもあることの再認識、②そのことにより国会における憲法議論の活性化の可能性、③それを通じて、国民も憲法問題を自覚的に考える機会が増える可能性等である。

五 おわりに

本稿を通じて、日本国憲法が保障する平等権に関しては、以下のような課題があることが明らかになった。すなわち、①形式的平等と実質的形式的平等の関係を問い直し、実質的形式的平等を憲法上位置づけ直し、実質的形式的平等の要請が権利として認められる可能性を検討すること、②アフアーマティブ・アクションを求めることが、憲法一三条によって権利性を有する場合、その権利と憲法一四条との関係を問い直し、憲法一四条におけるアフアーマティブ・アクションを位置づけ直し、アフアーマティブ・アクションが憲法一四条のもとにおいても権利として認められる可能性を検討すること、③平等権侵害に対する司法的救済の方法を合憲補充解釈や利益付与の拡大を含めて検討すること、④その際、裁判所と国会の関係をダイナミックにとらえる視点が重要であること、等である。

このような課題に対する検討を深めることによって、わが国における平等権のより実質的な保障が実現するものと考えられる。

- (1) 最大判平二〇・六・四(平成一九年(行ツ)第一六四号)(本稿ではこの判決を引用する)。判決文は最高裁のホームページ等参照。同日最高裁が示した同様の判決(最大判平二〇・六・四(平成一八年(行ツ)第一三五号)は判例時報二〇〇二号三頁参照。
- (2) 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法「第四版」』(岩波書店・二〇〇七年)一二七頁。
- (3) 浦部法穂『憲法学教室「全訂第2版」』(日本評論社・二〇〇六年)一〇九頁。
- (4) 野中俊彦他『憲法I「第4版」』(有斐閣・二〇〇六年)二七八―二七九頁参照(野中俊彦執筆)。

- (5) 君塚正臣「同性愛者に対する公共施設宿泊拒否」高橋和之他編『憲法判例百選Ⅰ第5版』（有斐閣・二〇〇七年）六八頁の解説（六九頁）参照。
- (6) 浦部・前掲（注3）一〇九～一一〇頁。
- (7) 中村睦男『憲法30講「新版」』六〇頁。
- (8) 最大判昭四八・四・四刑集二七卷三号二六五頁等参照。
- (9) 『憲法Ⅰ』・前掲（注4）二八二頁注（3）参照。
- (10) 最大決平七・七・五民集四九卷七号一七八九頁。
- (11) 六月四日判決の泉裁判官の補足意見や、同右平成七年最高裁決定の五裁判官の反対意見は、いわゆる厳格な合理性の基準を採用する。また、最大判昭六〇・三・二七民集三九卷二号二四七頁の伊藤裁判官の補足意見は、「租税法の分野にあって、例えば性別のような憲法一四条一項後段所定の事由に基づいて差別が行われるときには、合憲性の推定は排除され、裁判所は厳格な基準によってその差別が合理的であるかどうかを審査すべきであり、平等原則に反すると判断されることが少なくないと考えられる。」と説示する。
- (12) 憲法Ⅰ・前掲（注4）二七四頁。芦部・前掲（注2）一二四頁参照。
- (13) 浦部・前掲（注3）一〇三頁。
- (14) 金城清子『法女性学第2版』（日本評論社・一九九六年）一〇二～一〇三頁。ただ、男女平等権の社会権的側面の具体的内容や権利性の程度等は必ずしも明らかではない。
- (15) 藤井俊夫『憲法と人権Ⅰ』（成文堂・二〇〇八年）八七～八八頁。
- (16) 同右・九七～九八頁。
- (17) 戸松秀典「平等原則とアファーマティブ・アクション」『ジュリスト』一〇八九号一八五頁（一九九六年）一八六頁。
- (18) 札幌高判昭五三・五・二四判例時報八八八号二六頁。
- (19) 金城・前掲（注14）一〇一頁。
- (20) 内野正幸『憲法解釈の論点「第3版」』（日本評論社・二〇〇〇年）五〇頁。
- (21) 憲法Ⅰ・前掲（注4）二七〇～二七五頁等参照。

- (22) 浦部・前掲(注3) 一〇三頁。後述のように、わが国におけるアフアーマティブ・アクションの許容論も、憲法は実質的形式的平等を許容することを前提とする。
- (23) 憲法Ⅰ・前掲(注4) 二七四頁等参照。
- (24) 松井茂記『日本国憲法【第3版】】(有斐閣・二〇〇七年) 三九六頁。
- (25) 安西文雄「アメリカ合衆国の高等教育分野におけるアフアーマティブ・アクション」『立教法学』六七号一頁(二〇〇五年) 二頁。
- (26) 『ポジティブ・アクション研究会報告書』第一部三頁。
- (27) 同右・四一六頁。
- (28) 同右・七頁。
- (29) 同右・七九頁。
- (30) 樋口陽一『憲法【第三版】】(創文社・二〇〇七年) 二二三頁。君塚正臣「改正男女雇用機会均等法の憲法学的検討」『法学論集』四九卷四号三〇頁(一九九九年) 四七頁。
- (31) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法】(有斐閣・二〇〇五年) 一三二―一三三頁。
- (32) 君塚・前掲(注30) 四九頁。戸松教授は、日本にアフアーマティブ・アクションを導入する可能性について消極的な立場を示す(戸松・前掲(注17) 一八九―一九〇頁)。
- (33) 安西・前掲(注25) 二一―二二頁。安西教授は、いかなる分野の、いかなる目的の、いかなる手段の、いかなるコストをマジョリティーに負わせるかを考慮すべきとする。
- (34) 君塚・前掲(注30) 四九―五二頁。君塚正臣「欧米各国における積極的差別是正とその示唆するもの」『法学論集』五一卷四号五八頁(二〇〇一年) 八九頁。
- (35) 君塚・前掲(注30) 四九頁。
- (36) 君塚・同右、戸波江二『憲法【新版】】(ぎょうせい・一九九八年) 二二二頁等。
- (37) 芦部・前掲(注2) 一三〇頁、藤井・前掲(注15) 九八―九九頁、渋谷秀樹『憲法】(有斐閣・二〇〇七年) 一九四―一九五頁等。

- (38) 各国の制度については、辻村みよ子編『世界のポジティブ・アクションと男女共同参画』（東北大学出版会・二〇〇四年）、辻村みよ子『ジェンダーと法』（不磨書房・二〇〇五年）第三章、糠塚康江『パリティの論理』（信山社・二〇〇五年）等参照。
- (39) 君塚・前掲（注30）四八頁、君塚・前掲（注34）六五―七〇頁。
- (40) 君塚・前掲（注30）四八頁、君塚・前掲（注34）六五―七〇頁。
- (41) 長谷部恭男『憲法「第4版」』（新世社・二〇〇八年）一七九頁。
- (42) 藤井・前掲（注15）九九頁。
- (43) 『ポジティブ・アクション研究会報告書』・前掲（注26）第一部八頁。
- (44) 最大決平七・七・五民集四九卷七号一七八九頁の中島裁判官らの反対意見は、民法九〇〇条四号但書は、「非嫡出子を嫡出子に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認められ」、その合理性を欠き、「個人の尊重及び平等の原則」に反すると説示し、尾崎裁判官の追加反対意見は、「我々の目指す社会は、人が個人として尊重され、自己決定権に基づき人格の完成に努力し、その持てる才能を最大限に発揮できる社会である。人格形成の途上にある幼年のころから、半人前の人間である、社会の日陰者であるとして取り扱われていれば、果たして円満な人格が形成されるであろうか。少なくとも、そのための大きな阻害要因となることは疑いを入れない。」と述べる。また、高橋保『女性をめぐる法と政策「改訂版」』（ミネルヴァ書房・二〇〇八年）二五一―二五二頁は、法の下の人男女平等と人間の尊厳の原理を関係づける。さらに、安西教授は、人種差別等は、特定の権利・利益の侵害を超えて、諸権利・利益をもって自己実現しようとする者の市民的地位そのものを格下げし、ステイグマを押しつけ、「自尊」を侵害することとを指摘する（杉原泰雄編『新版体系憲法事典』（青林書院・二〇〇八年）四四九―四五〇頁（安西文雄執筆））。
- (45) 北方ジャーナル事件判決（最大判昭六一・六・一一民集四〇巻四号八七二頁）の多数意見は、「実体法上の差止請求権の存否について考えるのに、人の品性、德行、名声、信用等の人格的価値について社会から受ける客観的評価である名誉を違法に侵害された者は、損害賠償（民法七一〇条）又は名誉回復のための処分（同法七二三条）を求めることができるほか、人格権としての名誉権に基づき、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることができるものと解するのが相当である。けだし、名誉は生命、身体とともに

極めて重大な保護法益であり、人格権としての名誉権は、物権の場合と同様に排他性を有する権利といふべきであるからである。」と説示するが、この部分は一定の広がりをもつと解される。

(46) 憲法Ⅰ・前掲(注4) 二八一頁。

(47) 最高裁が法令の一部を違憲とした例として、郵便法に関する最大判平一四・九・一一民集五六卷七号一四三九頁、在外選挙制度に関する最大判平一七・九・一四民集五九卷七号二〇八七頁参照。また、児童扶養手当施行令が規定する利益付与の範囲を拡大した判決として、最小判平一四・一・三一民集五六卷一号二四六頁参照。なお、森英明「国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決の解説と全文」『ジュリスト』一三六六号九二頁(二〇〇八年) 九七頁参照。

(48) 国籍法三条の合憲補充解釈についての学説状況については、国友明彦「国籍存在確認をめぐる問題」野田愛子・梶村太一総編集『新家族法実務体系』(新日本法規・二〇〇八年) 六二七～六三〇頁参照。常本教授は、立法府がある特定の内容の規定を設けるという高度の蓋然性が認められる場合には、それに沿った合憲補充解釈を認める余地がありうるとする(常本照樹「国籍法の性差別とその救済方法」高橋和之他編『憲法判例百選Ⅰ』[第5版] 七四頁(有斐閣・二〇〇七年) 七五頁。松井・前掲(注24) 三七八頁は、「裁判所には、その法律規定を合憲補充的に解釈して条文上明記されていない人にも利益を拡張するか、その法律規定が違憲であることを確認するかの二つの選択肢がある。裁判所は、状況に応じて、いずれの選択肢をとることも許されるところであろう」と述べる。

(49) この点に関するカナダにおける議論については、佐々木雅寿「カナダ憲法上の救済方法(一)」『法学雑誌』四四卷二二〇八頁、四四卷三三三七頁、四四卷四号五三五頁、四五卷三・四号四三二頁(一九九八年～一九九九年) 参照。

(50) 泉裁判官の補足意見は、最後に、「もとより、国会が、将来において、国籍法三条一項を憲法に適合する方法で改正することは、その立法裁量に属するところであるが、それまでの間は、『父母の婚姻』の部分を除いて同項を適用すべきである。」と述べる。また、今井裁判官の補足意見に同調する近藤裁判官の補足意見も、多数意見の判断は、「あくまでも現行の国籍法を憲法に適合するように解釈した結果なのであって、国籍法を改正することによって他の要件を付加することが憲法に違反するということの意味するものではない。立法政策上の判断によって準正要件に代わる他の要件を付加することは、それが憲法に適合している限り許されることは当然である。」ことを強調する。

(51) このようなダイナミックな関係をカナダでは、裁判所と立法府の「対話」と呼び、違憲審査権の民主的正当性の積極的

根拠の一つと考える。具体的には、裁判所の違憲判断の多くは、立法目的ではなく立法手段を違憲とし、議会が判決後に対応することができる余地を与え、議会は違憲とされた法律の立法目的を新しい合憲的な手段で達成できるように法改正することができ、裁判所と議会の対話が成立し、最後の言葉は多くの場合裁判所ではなく議会が述べるということがいえる議論である（佐々木雅寿「カナダにおける裁判所と立法府の対話」『法学雑誌』五四卷一号一五頁（二〇〇七年）、高木康一「カナダ憲法学における『対話』理論」『専修法学論集』一〇一号五一頁（二〇〇七年）参照。

〔付記〕

本稿は、二〇〇八年六月二〇日に開催された「日仏国際シンポジウム」における報告に、必要最小限の注を付け、修正を加えたものである。