

憲法14条と動機審査

(法学研究室) 中 曾 久 雄

Motivation Scrutiny in Fourteenth Clause

Hisao Nakaso

(平成24年6月5日受理)

はじめに

前稿¹では、民主主義のもとでの司法審査（国民に対して直接政治責任を負わない裁判所が、国民代表としての議会によって制定された法律を違憲とする司法審査の行使を、どのようにすれば民主主義と調和的に考えることができるかという問題）の問題において争点の一つとなっている憲法上列举されていない権利の問題を検討した。本稿では、前稿に引き続き、列举されていない権利と並んで民主主義のもとでの司法審査において問題となる平等権を取り上げる。

憲法14条の平等権は、国家と個人のあらゆる関係と関わり合いを持つものであり、憲法13条の幸福追求権と同じく包括的権利として位置づけられている²。平等権は他者との関係で成立する相対的な権利であり、また、どのような不平等が憲法上禁止されているか必ずしも特定されているわけではない。とりわけ、後段列举事由の解釈をめぐるのは、「社会的身分」といった内容が一義的でないものも含まれるており、解釈者の価値観に左右されるという恣意性の問題をかかえる。これらの問題は、平等権のもとで差別の合憲性が争われる場合、裁判所はそれをどのように審査するべきかに関わるものであり、列举されていない権利と同様に、民主主義のもとでの司法審査の観点から考察する必要がある。この点、アメリカでは、人種以外のどのような区別に対して厳格審査が適用するかということが、民主主義のもとでの司法審査の観点から議論されてきた。そして、この問題に一つの答えを提示したのが動機審査である³。この動機審査は我が国でも議論されており⁴、日本国憲法下においていかに展開していくかを検討する余地は十分にあるように思われる。そこで、本稿は、アメリカにおいて主張され

てきた動機審査に示唆を得つつ、平等権の領域において動機審査がいかに展開されるかを検討していく。

本稿の構成は以下の通りである。1では、学説における平等審査の枠組みを概観する。2では、平等審査の枠組みと後段列举事由の関係について整理する。3では、これまで検討してきた平等審査の枠組みの問題点を指摘する。4では、従来の平等審査の難点を克服する形で、動機審査の枠組みを説明する。そして、5では、従来の判例を通じて、動機審査の妥当性を検討する。最終的に、6では、動機審査の意義、および、その射程を考察する。

1 平等権審査の枠組み

平等権の意味について、判例・通説ともに相対的平等と理解している。相対的平等とは「人の性別・能力・年齢・財産・職業または人と人との特別な関係など種々の事実に・実質的な差異を前提とし」、「同一の事情と条件の下では均等に取扱うこと」を要求するものである⁵。相対的平等のもとで当該区分が憲法上許容されるか否かは、合理性により判断される。すなわち、「ある法律の目的を達成するために、別異の取り扱いが合理的関連性をもつかどうか問われ」ることになる⁶。そして、「その区別を行う立法には合憲性の推定が存在し、このような立法が合憲かどうかを審査するにあたっては、その判断基準は厳格なものではなく、立法部の裁量権が広く認められることになり、「これを違憲と主張する場合には、その主張をする側においてそれが合理性を欠く恣意的なものであることを示さなければならないこととなる」⁷。このように、判例・通説ともに絶対的平等を排して、合理性のある限りで別異の取り扱いが許容されていることを認める⁸。

しかし、後に検討するように、学説は、合理性の意味について「あまりに広漠」であり、「ある特定の法的区別が『合理性』を有するか否かの判断」は、「基準があるようでない」と指摘する⁹。つまり、「事柄の性質に即応している」ので合理的区別とするのは、「一種の循環論法」であり、この基準は「なにごとく述べていない」と指摘する¹⁰。そこで、学説は、「合理的な取扱い上の差異」という場合の「合理性」とは何かという問題に答えるべく、合理性を判断するための基準の構築を行おうとするのである。

具体的な基準として最初に主張されたのが、「民主主義的合理性」であった。平等権侵害となるのは、「『人間性』を尊重するという個人主義・民主主義理念に照らして、不合理と考えられる理由による差別」であるとするものである。「民主主義の本質からいって、人間性の尊重ないし個人の尊厳に適合すること」が民主主義的合理性であって、「そういう基準から見て不合理な理由と考えられるものは何か」ということが問われることになる。もっとも、この基準のもとで不合理であるかどうかは「一般的にきめられるものではなく」、「その差別と差別の理由とをあわせて考え、そこに民主主義的合理性があるかどうかを考えなくてはならない」というものであった¹¹。しかし、この基準は「抽象的であるから、解釈を方向づける理念としてはともかく、具体的な事件で違憲か合憲かを判断するには、十分であるとはいえない」¹²という批判をまねいた。

学説は「民主主義的合理性」を基底におきつつ、より具体的な司法審査の基準の構築を行うことになるのである。そして、学説は、三段階審査基準論を提示する。第一に、「厳格審査」に該当する「必要不可欠な公共的利益（公益）の基準」である。この基準は「①立法目的（当該差別的な取扱いの目的）がやむにやまれぬ（compelling）公共的利益、すなわち必要不可欠な公益」を追求し、「この公益に奉仕するために選択された手段が右目的の達成に是非とも必要であること」を論証する「きわめて重い責任」を政府に負わすもので厳格度が強いものである。第二に、「実質的な合理的関連性の基準」である。この基準は、「中間審査」、あるいは、「厳格な合理性」の基準と呼ばれている。この基準は、「立法目的が重要（important）なものであること」、「その目的

と規制手段（具体的な取扱い上の違い）との間に事実上の関連性（substantial relationship in fact）であること、を論証する責任を規制を加える公権力側に負わせる」ものである。第三に、「合理的根拠の基準」である。この基準は、「立法目的（当該取扱い上の違いを設けた目的）が正当（legitimate）なものであること（立法目的が何らかの方法で公共の福祉を増進するための働きをするものであれば正当と見なされる）」、「具体的な取扱い上の違い（手段）が右目的の達成のために『合理的に関連している』（rationally related）こと」をもって足りるというものである。この基準のもとでは、「広汎な立法裁量が認められ、「合憲性（立法事実の存在とその合理性）が推定され、違憲性を争う側が、いかなる合理的根拠に基づいても当該規制は支持することができない旨を証明する責任を負う」のである¹³。この三段階審査基準論の特色は、「違憲審査を機械的に当てはめ」るものではないことにある。そして、その当てはめに際しては「過去の判例、先例の道筋」や「憲法が歴史的に踏んできた過程」に鑑みつつ¹⁴、事案に応じて審査の厳格度を強めることにある。

この三段階審査基準を平等審査に應用するに際して重要な意味を持つてくるのが、14条1項の後段列挙事由である。判例は早い時期から、後段列挙事由に特別の意味はなく例示的なものであるとしたが¹⁵、これに対して、学説は後段列挙事由に特別の意味を認める。すなわち、「平等思想の根源と過去の経緯に鑑み」れば、「一定の事項（後段列挙事項）については特に『差別』を警戒している」と指摘する¹⁶。そして、後段列挙事由に基づく差別は、「違憲の推定を受け、ただ差別を違憲として排除することが明らかに不合理な結果をもたらす場合のみ、例外的に差別が認められるのであり」、「立法者の単なる合理的または政策的判断によって左右されない厳しい基準が設定されており、立法裁量の範囲は極めて狭い」のである¹⁷。学説は平等審査に三段階審査を應用することで、立法目的と立法目的達成手段の合理性の有無を判断するという方法を維持しつつも、差別一般のなかに後段列挙事由のように特に警戒すべき差別があるとし、判例とは異なり後段列挙事由に特別の意味を認め司法審査による保障の程度を高めることで、差別を二層化しているのである¹⁸。

もっとも、差別を二層化するとはいっても、後段列挙事由に基づく差別が「原則として違憲であり、厳格な司法審査に付さ」れ「合理性の有無を問うことなく直ちに違憲となるほど強い保障」¹⁹が及ぶかについては学説のなかでも争いがある。一部の学説は、「列挙事由の中で審査基準を分断するのは」適切ではなく²⁰、また、個々の事由の「重要性につき優劣をつけるのは困難であり、区別の基準がこれらに該当する場合にはすべて厳格な審査が要求され」とし²¹、やむにやまれぬ政府利益達成のために必要不可欠でない限り、違憲とすべきとする説が存在する²²。しかし、一般的に、後段列挙事由に基づく差別については、先にみたように、硬直した審査ではなく、「差別の事由（人種、信条等）の違いや平等原則とかかわる権利の性質の違いに応じて厳格度に差異」のある審査基準が適用されることになる²³。そして、人種や門地による差別に対しては厳格審査が、これに対して、信条、性別、社会的身分には、実質的な合理的関連性の審査が適用されるとする²⁴。さらに、選挙権や表現の自由といった基本的権利に関わる差別であるならば、二重の基準論の発想を応用し、厳格審査や中間基準が妥当することになるとされている²⁵。

このように、学説は、相対的平等から等しいものとは何かについて一義的な答えが導かれるわけではないので、平等権侵害か否かを判定するために、平等権と司法審査基準とリンクさせている。学説が展開する平等審査の枠組みは、平等の実体的内容を確定するのではなく、個々の事案において憲法上許容される区別とそうでない区別を判断するための審査基準を中心とする「基準ルール」という点に、その特徴が見いだされるのである²⁶。

2 平等審査における後段列挙事由の位置づけ

先にみたように、学説は、判例とは異なり後段列挙事由の意味があることについては合意を形成しているが、後段列挙事由のなかでもどの事由に対して、厳格審査が妥当するのか中間基準が妥当するのかについては、見解が異なっている。結局、この考え方の違いは、後段列挙事由が何を意味しているかについて見解が異なることに起因するものである。そこで、以下では、後段列挙事由の意味合いについて、代表的な二つの見解を概観していくことにする。

まず、戸松秀典教授の説である。戸松教授は、後段列挙事由の意義を以下のように説明する。「①精神的自由やその他の基本的人権および『人種、信条、性別、社会的身分又は門地』について、法が差別しているという主張がなされたときは、裁判所は、それが不快な差別にあたるとして、合憲性の推定を排除した厳格な審査を行うべきこと、②差別されたと主張される権利や利益が右の範疇に含まれない場合でも、裁判所は、個別に、事件ごとに、単なる合理性の基準によらない厳格度を増した合理性の基準を採用すべきこと、という手法である。……ここでは人間の尊厳や民主制の擁護という人権保障の基盤をなす原理に照らして、また、二重の基準の法理を適用することによって、基本的人権の具体化がなされる」という。ここにいう「不快な差別」とは国民に「強い差別感」を抱せる差別を指す。特に、後段列挙事由については、「人種や性による差別のように、それが生来のものであって、その差別を受ける者の努力で動かすことのできない理由となっている場合があるし、信条のように、個人の社会での生き方の根本にかかわる場合」があり、こうした差別を「不快な差別」として範疇化する。「不快な差別」とは、単純に国家の行為を合理的な区別であると判断してしまうことを排除し、厳格度を増した司法審査基準の指標として機能する²⁷。そして、こうした見解は他にも見ることができる²⁸。

これに対して、松井茂記教授は、後段列挙事由が先天的条件であるために不合理であるという見解を否定する。松井教授は後段列挙事由が「切り離され孤立した」少数者を例示したものであるとする。松井教授によれば、「それらの事由による差別は、代表者が少数者に対する偏見から、その平等な代表を拒否しているものと見ることができる」という²⁹。松井教授は、後段列挙事由を「切り離され孤立した」少数者として理解する理由を以下のように説明する。「民主主義のもとでは、意見を尽くした後最終的には国政は多数決で決定される。しかし、代表者は、『全国民の代表者』でなければならない。もし『切り離され孤立した』少数者に対する偏見のゆえに、代表者がこのような少数者を適切に代表しているとは言えないような事情があれば、司法府こそが、これら少数者の利益を適切に代表するように確保することが要請されよう。従って、これらの『切り離され孤立した』少数者に

対する差別についても、当然厳格な審査が正当化されると考えられる。……歴史的・経験的に、『切り離され孤立した』少数者に対する偏見があり、代表者がこれらの少数者の利益を代表することを拒みがちであるような場合がある。憲法一四条一項後段列挙事由は、まさにそのような事由を歴史的・経験的に例示したものと考えるべきであろう。このように、松井教授は、後段列挙事由が「社会的偏見を生み出し、代表者がこれらの少数者の利益を適切に代表することを拒否してしまうため、裁判所により厳格審査が正当化される」というのである³⁰。さらに、松井教授は、後段列挙事由以外もそれに類する区別が存在しているとし、その典型例として外国人、障害のある人、同性愛者をあげる³¹。

3 平等審査の問題点

以上、平等権の審査の枠組みおよび後段列挙事由の位置づけを概観してきたが、そこには二つの問題があるように思われる。第一に、三段階審査基準論の意義は、「目的・手段のそれぞれの審査においてよりきめの細かい判断を要求すると共に、最高裁が用いる単なる合理性というものに限られない段階づけられた審査基準を提示」するものである。しかし、問題は、審査基準の決定が「問題とされる国家行為をそれに照らして審査すべきはずの平等保障それ自体から導き出していない」ということである³²。つまり、この三段階審査基準論の判断の枠組みは、目的・手段審査という人権侵害立法の審査において用いられているものを用い、そこで関連する権利・利益および具体的人権の関連でしか基準は決定しえないことになる。三段階審査基準論のもとでは、『『基本的人権』にかんする判定基準が、憲法一四条の世界でもう一度繰り返されているにすぎ」ず、平等の「独特な視点、独特な切り込み手段、そこから出てくる独特な所見」を見失わせる³³。そして、このような審査の枠組みのなかでは、「平等（保障）が、概念規定のうえで、ある種の『頼りなさ』、『曖昧さ』を含んでいるという前提の下に、その『曖昧さ』に便乗して平等保障に異質の内容を与え、『頼りなさ』を補強しようとして技巧をこらす」³⁴ものである。結局のところ、「平等保障の内容は全体として相対化され」³⁵ことになるのである。第二に、平等審査の在り方において根源的な問題となるのは後段列挙事由の

捉え方である。本稿が着目するのはこの点である。先にみたように、後段列挙事由が何を意味するかについて何が決定的な要素なのかは確立されていない³⁶。そのことが、後段列挙事由のいずれの区別に対して厳格審査が及ぶのか中間基準が及ぶのかと基準の決定に影響を及ぼすことになるのである³⁷。また、後段列挙事由の捉え方の差異は、後段列挙事由に類する区別をいかに考えるかという問題とも結びついている。特に、後段列挙事由に類する区別をいかに特定するかは、列挙されていない権利と同様に、裁判官の実体的価値判断の問題が生じる。このように、従来の学説の平等審査のもとでは、特に後段列挙事由の解釈について、解釈者の価値観に左右されるという難点が生じることになるのである。

4 動機審査の導入に向けて

では、後段列挙事由の意味をふくめて平等の審査の難点をいかに克服すべきであろうか。

近時の有力な見解は、司法審査基準から一定の距離を置き、平等の意義を追及している³⁸。このような学説は、どのような事由が平等権違反になるかということに焦点をあてるものである³⁹。この点において示唆的であるのが、アメリカにおいて展開された動機審査である。以下では、この動機審査が、従来の学説が抱えていた問題を克服し、平等権の審査にどのように応用できるのかを検討することにする。

当該区別が単に不合理でない区別か否かということ問う従来の平等審査とは異なり、動機審査は、政府が当該行為をどのような理由・意図（規制目的）で行ったか⁴⁰、すなわち、差別的意図の有無を審査するものである⁴¹。

動機審査のもとで排除される差別はどのようなものか⁴²。まず、差別的意図である。そうしたものの典型例として挙げられるのが、「不変的特徴」という先天的な事由に基づく区別である⁴³。こうした先天的な事由は「人の出生によって決定される条件であって自己のコントロールの及ばない事項であり」、「『うまれ』による差別を認めない」⁴⁴のは、平等権の根本的な考えおよび「個人の尊重」⁴⁵に基づくものであるいえよう。こうした事由に基づいて区別を行うということは、「そうした特性を有する者と他者と同等に尊重するに値する存在として扱わない」との態度を象徴的に示し、社会的偏見を再生産

する機能を果たしかねない」⁴⁶のであり、差別意図を推認することができるのである⁴⁷。次に、差別的意図がなくとも、結果として特定の人々の権利・利益が制限され、社会的な劣位が永続しているような場合である⁴⁸。例えば、非嫡出子の事例に見られるように、特定の人々に対して不利なインパクトを及ぼす場合⁴⁹、差別的意図がなくとも、差別が助長されることになる⁵⁰。

次に、動機審査においては、具体的にどのようにして差別的意図の有無を審査するかである。三つの審査方法が考えられる。第一に、差別的意図が明確な場合、政府の規制目的を審査して不当な動機・意図を明らかにするという方法である⁵¹。第二に、差別的動機・意図が推定される場合、一見して正当とされる立法目的に隠されている真の立法目的を洗い出すという審査である。表向きの立法目的と採用される手段との適合性を審査し、もし、ある立法目的を達成するために手段が法律に掲げられた以外のより制限的ではない手段が存在する場合、隠された目的が存在することを示す。手段審査を厳格に行えば、隠された政府の違憲の規制目的を洗い出すことができるのである。その意味で、手段審査も単なる手段審査としてではなく、目的審査と同様の機能を果たすことになる⁵²。第三に、差別がもたらす結果への着目である。非嫡出子に対する差別の問題にみられるように、立法に差別的意図がなくとも、結果として社会に差別的観念を蔓延させていることが明確である場合には⁵³、差別として認定されるべきであろう。

では、従来の平等審査において重要な意味を持つ後段列挙事由は、動機審査のもとではどのように位置づけられるのであろうか。確かに、後段列挙事由に基づく区別は先にみたような歴史的な経緯に基づき差別的意図・差別の助長が推定される。しかし、過去の差別の歴史に関係なくそれ以外のいかなる類型⁵⁴であっても過去の差別と同様な差別の対象となる可能性はあるのであって⁵⁵、後段列挙事由は「あくまで例示列挙規定であり、抑制されなければならない差別の対象は後段列挙事由に限られない」⁵⁶。このように、動機審査において重要なのは、個々の列挙事由もさることながら、どのような事由が差別の理由となっているかである。後段列挙事由以外の事由であっても差別的意図・差別の助長が存在するような区別は差別後段列挙事由に類するものと考えられるべきであろう

⁵⁷。もっとも、このような立場に立つと、差別の内容を限定したことの意味が失われるということになりかねない。しかし、明文の規定があろうとなかろうと差別的意図に基づく区別にはそれ自体問題があるのであって、後段列挙事由はあくまで差別事由の一つの指標として理解すべきであろう。このように、後段列挙事由に該当するかどうかにかかわらず、差別的意図という政府の行為の側からアプローチすることで、後段列挙事由に類する区別をいかに特定するかという問題を回避することが可能である。

5 具体例での検討

以上で検討してきた動機審査がどのように適用されるかを具体例で検討する。そこで、まず、判例における平等審査の枠組みはどのようなものであるかを概観する。

判例における平等審査の枠組みの原型を提示したものとして挙げられるのが、換刑処分を定めた刑法18条は憲法14条に反するかどうか争われた昭和25年の最高裁判決⁵⁸である。そこでは、「憲法一四条の規定する平等の原則は前段説明の如く法的平等の原則を示しているのであるが各人には経済的、社会的その他種々な事実的差異が現存するものであるから一般法規の制定又はその適用においてその事実的差異から生ずる不均等があることは免れ難いところである」としつつ、「その不均等が一般社会観念上合理的な根拠のある場合には平等の原則に違反するものとはいえないのである」とした。また、同年の刑法205条2項の合憲性が争われた最高裁判決⁵⁹においては、平等権が「人格の価値がすべての人間について同等であり、従つて人種、宗教、男女の性職業、社会的身分等の差異にもとずいて、あるいは特権を有し、あるいは特別に不利益な待遇を与えられてはならぬという大原則を示したもの」であるとしつつも、「法が、国民の基本的平等の原則の範囲内において、各人の年齢、自然的素質、職業、人と人との間の特別の関係等の各事情を考慮して、道徳正義、合目的性等の要請より適当な具体的規定をすることを妨げるものではない」とした。その後、平等権のリーディング・ケースとして引用され続けている、高齢者であることを一応の基準としてなされた地方公務員の待命処分の合憲性が争われた昭和39年の最高裁判決⁶⁰においては、「国民に対し絶対的な平

等を保障したのではなく、差別すべき合理的な理由なくして差別することを禁止している趣旨と解すべきであるから、事柄の性質に即応して合理的と認められる差別的取扱をすることは、なんら右各法条の否定するところではない」とした。

初期の判例における平等審査の特色は、端的に区別の合理的根拠の有無を問うというものである。その後、判例は、区別の合理的根拠の有無について、立法目的を確定し、それを基準にして合理性の有無を審査するという審査方式を採用する⁶¹。そして、その後の平等権に関する判決では、基本的にこの審査方式を踏襲している⁶²。

この審査の枠組みのもと、いくつかの違憲判決が下されることになる。最初の違憲判決が尊属殺違憲判決⁶³である。法廷意見は、まず、「尊属に対する尊重報恩は、社会生活上の基本的道義というべく、このような自然的情愛ないし普遍的倫理の維持は、刑法上の保護に値するものといわなければならない」とし、立法目的の合理性を認めた。その上で、手段の合理性を問題とした。すなわち、刑罰の加重の程度が「死刑または無期懲役刑に限られている点」が「上記のごとき立法目的、すなわち、尊属に対する敬愛や報恩という自然的情愛ないし普遍的倫理の維持尊重の観点のみをもつてしては、これにつき十分納得すべき説明がつきかねる」とし、「合理的根拠に基づく差別的取扱いとして正当化することはとうていできない」とした。これに対して、田中二郎裁判官の意見は、「『家族制度』との深い関連」を指摘した上で、「特に強い道義的非難に値いするとかの理由によって、尊属殺人に関する特別の規定を設けることは、一種の身分制道徳の見地に立つものというべきであり、前叙の旧家族制度的倫理観に立脚するものであって、個人の尊厳と人格価値の平等を基本的な立脚点とする民主主義の理念と抵触するものとの疑いが極めて濃厚であるといわなければならない」とした。田中意見が、刑法200条の制定の背景を検討している点が、動機審査を考える上で重要である。田中意見は、刑法200条の背後にある倫理観が「封建的色彩をもつことは明らか」であることを明確にした上で、「明治憲法の否定の上に成立した日本国憲法のもつ、封建制批判という基本的な課題に対する認識」を指摘するものであるといえよう⁶⁴。

次に、衆議院議員の定数配分規定（公職選挙法13条、

別表）の合憲性が争われた二つの判決である。昭和51年の最高裁判決⁶⁵では、「憲法は、前記投票価値の平等についても、これをそれらの選挙制度の決定について国会が考慮すべき唯一絶対の基準としているわけではなく」、国会は「公正かつ効果的な代表という目標を実現するために適切な選挙制度を具体的に決定することができる」。そして、「憲法上正当な理由となりえないことが明らかな人種、信条、性別等による差別を除いては、原則として、国会が正当に考慮することのできる他の政策的目的ないしは理由との関連において調和的に実現されるべきものと解されなければならない」とした。その上で、「人口の変動の状態をも考慮して合理的期間内における是正が憲法上要求されていると考えられるのにそれが行われない場合に始めて憲法違反と」なる。本件の場合、「憲法の要求するところに合致しない状態になつていたにもかかわらず、憲法上要求される合理的期間内における是正がされなかつたものと認めざるをえない。それ故、本件議員定数配分規定は、本件選挙当時、憲法の選挙権の平等の要求に違反し、違憲と断ぜられるべきものであつたというべきである」とした。また、昭和60年の最高裁判決⁶⁶でも、「制定又は改正の当時合憲であつた議員定数配分規定の下における選挙区間の議員一人当たりの選挙人数又は人口（この両者はおおむね比例するものとみて妨げない。）の較差がその後の人口の異動によって拡大し、憲法の選挙権の平等の要求に反する程度に至つた場合には、そのことによって直ちに当該議員定数配分規定が憲法に違反するとすべきものではなく、憲法上要求される合理的期間内の是正が行われなるとき初めて右規定が憲法に違反するものというべきである」とした。

このような判例における審査の枠組みのなかで下された三つの違憲判決、すなわち、尊属殺違憲判決では目的達成の手段（刑罰の加重の程度）が、定数配分規定に関する二つの違憲判決では合理的期間内には是正しなかつた不作為が違憲の決めでとなっており、そこには差別的意図の有無の審査を見いだすことはできない。

しかし、近時の平等審査は、単に合理性の有無の審査に終始しているわけではない。その典型例として挙げられるのが、非嫡出子に対する差別に対する平等審査である。平成7年の最高裁大法廷決定⁶⁷における法廷意見は、「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14条1項に反するものということはできない」とし、簡単に合理性を認めた。これに対して、反対意見(中島敏次郎裁判官、大野正男裁判官、高橋久子裁判官、尾崎行信裁判官、遠藤光男裁判官)における審査は、法廷意見のような単に合理性の有無に終始する審査方式を採用していない。反対意見は、「婚姻を尊重するという立法目的については何ら異議はない」としつつ、「出生について責任を有するのは被相続人であって、非嫡出子には何の責任もなく、その身分は自らの意思や努力によって変えることはできない。出生について何の責任も負わない非嫡出子をしてそのことを理由に法律上差別することは、婚姻の尊重・保護という立法目的の枠を超えるものであり、立法目的と手段との実質的関連性は認められず合理的であるということではできない」とする。さらに、「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原因となっていると認められ」、「本件規定の立法目的が非嫡出子を保護するものであるというのは、立法当時の社会の状況ならばあるいは格別、少なくとも今日の社会の状況には適合せず、その合理性を欠くといわざるを得ない」とした⁶⁸。反対意見の特色は、非嫡出子が自らの意思や努力によって変えることのできない事由であること、および、差別的メッセージが及ぼす影響⁶⁹の双方に焦点を当て、立法目的と手段の「実質的関連性についてより強い合理性の存否」を問う形で、合理性の判定の基準を高めていることにある⁷⁰。

反対意見と同様の審査の枠組みは、下級審において見出だすことができる。平成5年の東京高裁の判決⁷¹においても見いだすことができる。非嫡出子という区別が「自己の意思や努力によってはいかんともしがたい事由によ」るものであり、「人は自己の非行のみによって罰又は不利益を受けるといふ近代法の基本原則にも背反してい」とした。その上で、「民法九〇〇条四号但書前段の規制は、目的に対して広すぎるという意味で正確性に欠けるだけでなく、婚外子の出現を抑止することに関しほとんど無力であるという意味で、適法な婚姻に基づ

く家族関係の保護という立法目的を達成するうえで事実上の実質的関連性を有するといえるかどうかも、はなはだ疑わしいといわざるを得ないのである」と結論づけるのである。さらに、平成23年の大阪高裁の判決⁷²では、「子の法律上の取扱いを嫡出か非嫡出かにより区別することは、本人の意思によっては左右できないことによる区別となる上、非嫡出子の法定相続分を嫡出子の法定相続分より少なくすることは、法が非嫡出子を嫡出子より劣位に置くことを認める結果となり、法が非嫡出子に対するいわれない差別を助長する結果になりかねないことをも考慮すれば、上記のような立法府に与えられた裁量権を考慮しても、その具体的な区別と立法目的との間に合理的関連性が認められるかについて、慎重に検討することが必要である」とし、「法律婚を尊重するとの本件規定の立法目的と嫡出子と非嫡出子の相続分を区別することが合理的に関連するとはいえず、このような区別を放置することは、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るというべきである」と判示している。

このように、平成7年決定の反対意見・平成5年の東京高裁の判決・平成23年の大阪高裁の判決は、非嫡出子は自己の意思や努力によっては変えることのできない区分であること、および、民法900条4号但書がもたらす差別の結果ということに鑑みて、法律婚の尊重と相続分の区別が関連していないことを指摘する。この点、学説も法律婚の尊重と相続分の区別は直接的な関係がないばかりか、端的に「的外れ」である指摘する⁷³。しかし、この問題の本質は、民法900条4号但書が非嫡出子に対する社会的差別を助長し、その結果社会的劣位を永続させていることにある。すなわち、民法900条4号但書は、嫡出子を優先するものであり、その限りにおいて、「非嫡出子」を劣位に置くという発想を切り離すことはできない⁷⁴。この点、平成15年判決⁷⁵の島田仁郎裁判官の補足意見が指摘するように、民法900条4号但書の規定は、非嫡出子に対して、マイナスの固定観念を植え付けるものとして機能する。つまり、「婚外子に非嫡出(illegitimate)という烙印を押すことによって、人のアイデンティティーを根こそぎ」⁷⁶にするものである。しかも、この規定は、個人の尊厳と両性の本質的平等に反する旧家制度の存続に資することになる⁷⁷。となると、反対意見と学説が指摘するように、民法900条4号但書

は憲法14条に反するというべきであろう。

上記で検討した平等審査の枠組みは、国籍法違憲判決⁷⁸に影響を及ぼしていることがうかがえる。法廷意見は、国籍法3条1項の合憲性について、「日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位」であり、かつ、「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ことは、子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄」であるために「慎重に検討することが必要」であるとし、立法目的と手段の関連性について立ち入った審査を行っている⁷⁹。法廷意見は、国籍法3条1項について、制定当初、「当時の社会通念や社会的状況の下においては」「相応の理由」があるとしたが、「我が国を取り巻く国内的、国際的な社会的環境等の変化に照らしてみると、準正を出生後における届出による日本国籍取得の要件としておくことについて、前記の立法目的との間に合理的関連性を見いだすことがもはや難しくなっているというべきである」とし、立法事実の変動を指摘する。さらに、法廷意見は「日本国籍の取得が、前記のとおり、我が国において基本的人権の保障等を受ける上で重大な意味を持つものであることにかんがみれば、以上のような差別的取扱いによって子の被る不利益は看過し難いものというべきであり、このような差別的取扱いについては、前記の立法目的との間に合理的関連性を見だし難いといわざるを得ない」とし、違憲の結論を導いた。

このように、近時における平等審査の枠組みは、区別の事由、区別の対象となる権利・利益の性格などの複数のファクターを考慮して、一定の場合には審査の基準を高めて、立ち入った審査を行うことを明確にしている⁸⁰。その意味で、判例における平等審査は、「憲法学で差別の合理性を判断する場合の枠組みとして議論しているところに」に近いものともいえよう⁸¹。それと同時に、非嫡出子に対する差別の領域において、差別結果に着目して社会に差別的観念を蔓延させているということを指摘している点は、差別的意図の有無に配慮をうかがわせるものであり、動機審査の枠組みに近づいてきているといえよう。

差別意図の審査が行われているのは、非嫡出子に対す

る差別の事例に限られない。そのことを示したのが、障害等級表において、外ぼうの著しい醜状障害について女性を第7級、男性を第12級、外ぼうの醜状障害については女性を第12級、男性を第14級としており、男女間に等級の差を設けていることの合憲性が争われた平成22年の京都地裁の判決⁸²である。この判決では、上記で検討した非嫡出子の差別の審査とは異なる形で、差別意図の審査の有無が行われている。以下ではその審査の構造をみていくことにする。

まず、障害等級表の策定の理由の審査である。国勢調査の結果から、「策定理由に根拠がないとはいえない」としている。次に、策定理由との関連での男女間の格差の程度についての審査である。このなかで、本判決は、男女間の5級の格差（一時金か年金か）という取り扱いの程度の著しい差が存在すること、および、障害等級表が「外ぼうの点以外では・・・性別による差」を定めていないということに着目し、男女間の格差の根拠を一つ一つ詳細に審査している。その上で、本判決は、「そもそも統計的数値に基づく就労実態の差異のみで男女の差別的取扱いの合理性を十分に説明しきれるか自体根拠が弱いところであるうえ、前記社会通念の根拠も必ずしも明確ではな」く、「上記の大きな差をいささかでも合理的に説明できる根拠は見当たらず、結局、本件差別的取扱いの程度については、上記策定理由との関連で著しく不合理なものである」と結論づけている。

本判決が特に重視しているのは、「現に、外ぼうの点以外では、・・・性別による差が定められて」おらず、「著しい外ぼうの醜状障害についてだけ、男女の性別によって上記のように大きな差が設けられている」という点である。そもそも労働者災害補償は「使用者の帰責事由を要せず、被災労働者の過失にかかわらず、また、個別の損害の立証を要せず、定型的、定率的な損害のてん補がされるという性質を有する」ものであり、「年齢、職種、利き腕、知識、経験等の職業能力的条件」が障害の程度を決定する要素となっていない。にもかかわらず、外ぼうについてだけ精神的苦痛の大小により男女間で大きく取り扱いが異なるというのは、女性は外見が重要であるから外ぼうの醜状障害による精神的苦痛が男性よりも大きいというステレオ・タイプ型の「ジェンダー・イメージ」に起因するものであるといえよう⁸³。

そして、性別が外ぼうの醜状障害による精神的苦痛の程度と強い相関関係に立っているという誤った認識のもとに⁸⁴、女性の不利益のみが過大評価され、逆に、男性の不利益が過小評価された結果が、男女の著しい格差という形で現れている。このようなステレオ・タイプ型の「ジェンダー・イメージ」により、男性が女性に比べて著しく低い額の補償金しか受け取れないのは、まさに文字通りの平等権の侵害であるというべきである。

本判決は二つの点において動機審査との親和性を指摘することが可能である。一点目は、障害等級表が外ぼう以外では性別による差が定められていないことに着目し、統計的数値などの男女間の格差の根拠を一つ一つ検討し、男女間の格差の背後にある「ジェンダー・イメージ」という偏見を検出したことである⁸⁵。これは本判決が障害等級表に差別的意図が存在するか否かについての検討を行ったことの証左である。二点目は、平等権のリーディング・ケースを引用していることから、本判決は緩やかな基準で審査しているが、にもかかわらず、違憲の結論を導き出しているということである。これは、一点目と関連するが、本件のように立法が「ジェンダー・イメージ」という性についての伝統的な社会的役割に関する不合理な偏見に基づいている場合には、たとえ緩やかな審査を適用しても不当な偏見・動機が明らかなることを示している。

このように、近時における判例の平等審査の枠組みの枠組みにおいても、差別的意図の審査について一定の配慮がうかがわれ、さらに、障害等級表に差別的意図が存在するか否かについての検討を行った平成22年の京都地裁の判決は動機審査と適合的であるように思われる。

6 結び

以上、平等審査と関連する動機審査の検討を行ってきた。以下では平等審査のみならず、動機審査全般に関わる問題、すなわち、動機審査の難点とその可能性についても若干の考察を行う。

まず、動機審査の難点として挙げられるのが、立法目的をいかにして認定するかということである⁸⁶。「国会が法律を制定する場合、通常その立法目的を掲げるが、立法が妥協の産物である以上、しばしばその本来の目的が隠されていたり、複数の矛盾する目的が掲げられてい

ることがある」⁸⁷。つまり、「規制目的の正当性を積極的に論証することは、不可能とはいえなくても、著しく困難」であり、「規制目的をめぐる議論は、結局のところ、水掛け論に終始する危険が大きい」のである⁸⁸。動機審査の困難性は確かに存在するが、だからといって、それによって動機審査をおこなうべきではないということにはならない。立法の動機を特定することは確かに困難ではあるが、決して不可能ではない。例えば、政教分離原則違反か否かについて審査する場合、目的・効果基準を適用するが、その際、政府の行為の目的・意図に立ち入った審査を加えている⁸⁹。したがって、平等の領域でも、差別的意図の有無の審査に際して規制目的を審査する際に立ち入った審査を加えることは可能であるように思われる。⁹⁰また、先にみたように、動機審査のもとでは、直接立法目的に立ち入らずとも、手段審査を厳格化することで真の政府の規制目的を洗い出すことが可能である。

次に、民主主義のもとでの司法審査の観点からみた動機審査の意義である。動機審査は、立法の合憲性を審査する際に、立法の規制目的について立ち入った審査を行うために、必然的に民主主義とコンフリクトを起こすことになる。確かに、動機審査は立ち入った審査を行うが、ここで問題となるのは、政府の行為の帰結（立法における実体的な判断）ではない。⁹¹ここで審査されているのは、「国家行為の合理性」⁹²、つまり、政府の行為の正当化事由がいかなるものかである。動機審査のもとで排除されるのは、政府の行為において差別的意図・意図を有するにも関わらず、それを正当化する理由を見出すことのできない行為である。そのような場合、それは政府の正当な利益とはならず、違憲となるのである。⁹³平等権の審査の場合、人種、門地といった先天的な条件に基づく区別は差別を助長し差別意図が推定されるのであって⁹⁴、立法目的・手段に立ち入った審査を行うことが求められるのである。さらに、差別的意図・差別の助長をもたらすような差別的な立法は、「差別」を禁止する一四条に最も反するものであり⁹⁵、そのような差別的立法を排除することは民主主義のもとでの裁判所の確固たる役割であるといえよう⁹⁶。また、差別されている集団は、多数ではあっても、偏見・差別ゆえに政治過程で自己を守ることができない場合が多い。そのために、政治

過程とは独立する裁判所がこのような集団を保護することは、民主主義との関係においても正当化できよう⁹⁷。このように考えると、動機審査は必ずしも民主主義とコンフリクトを起こすわけではないように思われる。

最後に、動機審査の射程についてである⁹⁸。動機審査の射程は、平等権に限定されるものではない。動機審査は憲法上列挙されている権利の領域においても拡張可能であるように思われる。例えば、表現の自由⁹⁹および信教の自由の領域¹⁰⁰において、特定の表現・信条を抑圧する権限濫用が問題となる場合がある¹⁰¹。そのような場合、動機審査がいかにか妥当するかについて検討の余地はあるように思われる。動機審査の拡張についての検討は、今後の重要な課題である。

¹ 権限アプローチの観点から、憲法13条の解釈を検討したものとして、中曾久雄「列挙されていない権利の再構成—憲法—三条における権限アプローチの展開—」阪大法学60巻3号(2010年)

² 戸松秀典『平等原則と司法審査』(有斐閣, 1990年) 304頁。

³ 中曾久雄「平等保護における動機審査の意義」阪大法学59巻1号(2009年) 154頁以下。

⁴ 時国康夫『憲法訴訟とその判断』(第一法規, 1996年) 275頁以下, 戸松秀典『憲法訴訟 第二版』(有斐閣, 2000年) 224頁, 市川正人『表現の自由の法理』(日本評論社, 2005年) 238～240頁。

⁵ 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1) [増補版]』(有斐閣, 2000年) 20頁。もっとも、通説は後段列挙事由に特別の意味を認め、「人を人としてのみ扱いその人種などによる細分化を許さない、という絶対的平等を採用して」おり、その意味で、相対的平等と絶対的平等の折衷であるといえることができる。棟居快行『憲法解釈演習』(信山社, 2004年) 58頁。

⁶ 佐藤幸治『憲法 第三版』(青林書院, 1995年) 478頁。

⁷ 最大判昭和58年4月27日民集37巻3号345頁。

⁸ 佐藤・前掲注(6) 477頁。

⁹ 野中俊彦「国民生活と平等の権利」阿部照哉・野中俊彦『平等の権利』(法律文化社, 1984年) 117頁。

¹⁰ 横田耕一「法の下での平等と最高裁」法律時報59巻9号(1987年) 8頁。

¹¹ 宮沢俊義『憲法Ⅱ [新版]』(有斐閣, 1974年) 264, 269頁。

¹² 芦部・前掲注(5) 26頁。

¹³ 芦部・前掲注(5) 27～30頁。

¹⁴ 戸松秀典・井上典之「平等原則の裁判的実現」井上典之・小山剛・山元一編『憲法学説に聞く』(日本評論社, 2004年) 29, 32頁。

¹⁵ 松井茂記「最高裁裁判所の憲法判例の半世紀」佐藤幸治・初宿正典・大石眞編『憲法五十年の展望Ⅱ 自由と秩序』(有斐閣, 1998年) 215頁。

¹⁶ 佐藤・前掲注(6) 471頁。

¹⁷ 阿部照哉・野中俊彦『平等の権利』(法律文化社, 1984年) 94頁。

¹⁸ 穴戸常寿『憲法解釈論の応用と展開』(日本評論社, 2011年)

107頁。

¹⁹ 芦部信喜『演習憲法新版』(有斐閣, 1988年) 5頁。

²⁰ 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年) 143頁。

²¹ 渋谷秀樹『憲法』(有斐閣, 2007年) 194頁。

²² 松井・前掲注(15) 258頁。

²³ 井上典之「法の下での平等」小山剛・駒村圭吾編『論点探求 憲法』(弘文堂, 2005年) 134頁。

²⁴ 芦部・前掲注(5) 27～30頁。過去の女性に対する差別は「疑わし区分」に該当するとして「厳格審査」が妥当すると見解が有力に主張されている。君塚正臣『性差別司法審査基準論』(信山社, 1996年) 294～298頁。

²⁵ 穴戸・前掲注(18) 108頁。

²⁶ 平地秀哉「平等理論—『審査基準論』の行方」辻村みよ子・長谷部恭男編『憲法理論の再創造』(日本評論社, 2011年) 343頁。

²⁷ 戸松・前掲注(2) 325～328, 337～338頁。

²⁸ 例えば、君塚正臣教授は、後段列挙事由の意味について、「明文の規定があること、当該差別が歴史的に繰り返されていること、そして、その事由が生来の偶然により生じたものであって、個人の能力とほぼ無関係のものであることなどに起因している」と指摘する。君塚正臣「二重の基準論の意義と展開—『二重』は『三重』ではない—」佐藤幸治先生古希記念『国民主権と法の支配下巻』(成文堂, 2008年) 40頁。

²⁹ 松井・前掲注(15) 258頁。

³⁰ 松井茂記『日本国憲法 第三版』(有斐閣, 2007年) 376頁。

³¹ 松井・前掲注(30) 391頁, 同『二重の基準論』(有斐閣, 1994年) 315頁, 同『LAW IN CONTEXT 憲法』(有斐閣, 2010年) 5頁。

³² 井上典之「平等保障の裁判的実現(2) —平等審査の方法とその権利保護」神戸法学雑誌46巻1号(1996年) 136頁。

³³ 奥平康弘「『基本的人権』における『差別』と『基本的人権』の制限—法の下での平等を考える」名古屋大学法政論集109巻5号(1986年) 259～260頁。この点、中村睦男教授は、日本国憲法のように「社会権、刑事上の人権を含めて人権のカatalogがほぼ完備している憲法では、法の下での平等を使わなくても、他の憲法上の権利侵害で問題を解決できる場合はできるだけそれで解決すべき」であるとする。ただ、「選挙権の平等や生存権実現における平等のように、基本的には選挙権や生存権の問題としても、当事者も主張しやすく、裁判所も使いやすい法の下での平等を同時に主張することの意義は否定できない」と指摘する。中村睦男「法の下での平等と『合理的差別』」公法研究45号(1983年) 46頁。

³⁴ 棟居快行『人権論の新構成』(信山社, 1992年) 117頁。

³⁵ 井上・前掲注(32) 137頁。

³⁶ 植木敦「疑わしき区分—平等保護条項は何に反するのか—」神戸法学雑誌51巻2号(2001年) 94頁。

³⁷ 松井・前掲注(31) (『LAW IN CONTEXT 憲法』) 4, 263頁。

³⁸ 木村草太『平等なき平等条項論』(東京大学出版会, 2008年) 238～239頁。

³⁹ 棟居・前掲注(34) 154～161頁。棟居快行教授は、差別をステレオタイプ型の範疇化型差別と人の事情の異同に比例しない法的効果が生じる取扱型差別に分けて考察する。範疇化型差別が行われる場合として、不快感や敵意といった感情に基づく敵対感情型差別、特定集団による利益独占を行うことに生じる利

益独占型差別、情報費用の低減により生じる情報費用型差別が挙げられる。取扱型差別が行われる場合として、取扱対象の事情の異同の判定を誤る他事考慮型差別、立法時に取扱対象の事情の異同の判定を行った時点で正しかったが、その後の事情の変化で事情の異同に変化が生じたにもかかわらず新規の判定を怠る不作為型差別、取扱対象について、二つの事情が異なる程度に応じて、それぞれの取扱いの程度に正比例していない比例原則違背型差別を挙げる。

⁴⁰ 木村草太准教授によれば、従来の平等審査は、正当な目的が存在し、それに適合的な区別かどうか焦点が当てられ、差別的な意図があるかどうかについては検討の対象外とされてきたという。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年）99頁。

⁴¹ 中曾・前掲注（3）165～168頁。

⁴² この点について示唆的であるのが、横田耕一教授による差別についての分析である。横田教授によれば、差別には三つの段階がある。第一にあからさまな意図的な差別、第二に悪意の意図がなくとも、特定のグループを固定観念に基づいて区別するような場合、第三にマイノリティや女性を区別せず取り扱うことである。横田耕一「平等原理の現代的展開」小林直樹先生還暦記念『現代国家と憲法の原理』（有斐閣、1983年）647～648頁。

⁴³ 植木・前掲注（36）130～134頁。

⁴⁴ 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『憲法I』（青林書院、1994年）318頁。

⁴⁵ 君塚・前掲注（20）131頁。

⁴⁶ 長谷部恭男『憲法の境界』（羽鳥書店、2009年）63頁。

⁴⁷ この点、木村准教授によれば、人種や門地に基づく区別に厳格審査が要求される根拠は、「これらの区別には差別的意図や差別助長機能が推定されるからである」と指摘する。木村・前掲注（40）98頁。

⁴⁸ この点、西村裕三教授は、「結果として当該グループを不利に扱うことになる行為は、過去の差別の創り出した不平等を維持することになり、いわば過去の差別の歴史に新たな生命を与えることにな」と指摘する。西村裕三「差別と救済—アメリカ社会と平等」阪本昌成・村上武則編『人権の司法的救済』（有信堂、1990年）30頁。

⁴⁹ 佐々木弘通「平等原則」安西文雄他『憲法学の現代的論点 第二版』（有斐閣、2009年）329頁、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年）91頁。

⁵⁰ 木村・前掲注（40）97頁。高井裕之「『嫡出子』と『非嫡出子』の法定相続分差別」佐藤幸治・土井真一編『判例講義 憲法I 基本的人権』（悠々社、2010年）45頁。

⁵¹ この点、アメリカでは、立法の議事録を調査し不当な動機を認めた事例が存在する。See *Grosjean v. American Press Co., Inc.*, 297 U. S. 233 (1936)。

⁵² 中曾・前掲注（3）170頁。この司法審査理論を最初に提唱したのは、Elyである。See *Jhon Ely, Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* 145-147 (1980) この点、阪口正二郎教授はこの審査方法を具体的に以下のように説明する。「たとえば、目的P1を達成するより制限的ではない手段R2の存在が明るみにできれば、それは規制R1の目的は掲げられたP1ではなく、隠れたP2ではないかということを示す。規制R1が目的P1との関係で過少包摂であるという場合も同じである。同じ程

度の弊害を有する行為が規制の対象を免れているということは、規制目的の信憑性を著しく損なう。このようにして『厳格審査の基準』を適用して手段審査を厳格に行えば、目的の怪しさが浮かび上がる」。この司法審査における違憲の動機の洗い出しという機能に着目した場合、厳格審査も厳格な合理性の審査も「程度の差こそあれ」「同じ機能を果たしうる」と指摘する。阪口正二郎『憲法上の権利と利益衡量：『シールド』としての権利と『切り札』としての権利—橋法学9巻3号（2010年）56頁。さらに、この審査理論は、通説も部分的に採用していると指摘されている。西村裕一「『審査基準論』を超えて」法学教室No.382（2012年）50頁。この点も含めて、詳細な検討は他日を期したい。

⁵³ 高井・前掲注（50）45頁。この点、高井裕之教授は、差別的メッセージをどのように認定するかは、憲法訴訟の重要な課題の一つであると指摘する。

⁵⁴ 例えば、年齢に基づく区別が挙げられる。この点、浅田訓永「年齢による区分と憲法—ルイジアナ州憲法を素材として—」同志社法学61巻5号（2009年）103頁では、年齢による差別に憲法上の明記はなくとも、違憲審査の厳格化をはかるべきであると。棟居快行「年齢のみによる雇用関係上の不利益取扱いと憲法一四一条一項」阪大法学60巻6号（2011年）52頁。

⁵⁵ 奥平康弘『憲法Ⅲ』（有斐閣、1993年）129頁。

⁵⁶ 木村・前掲注（38）197頁。

⁵⁷ この点、アメリカでは、「疑わしい区分」とは認められていないが、政治的に人気のない集団に対する偏見や悪しき動機に基づく立法であることが明確な場合には、たとえ緩やかな審査を適用しても憲法上正当でない目的を積極的に見出すことで違憲とされることが認められている。See *U.S. Dept. of Agriculture v. Moreno*, 413 U.S. 528 (1973) ; *City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, 473 U.S. 432 (1985) ; *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996) .

⁵⁸ 最大判昭和25年6月7日刑集4巻6号956頁。

⁵⁹ 最大判昭和25年10月11日刑集4巻10号2037頁。

⁶⁰ 最大判昭和39年5月27日民集18巻4号676頁。

⁶¹ 木村・前掲注（38）30、36頁。

⁶² 横田耕一「合理性の基準」芦部信喜編『講座憲法訴訟 第二巻』（有斐閣、1987年）185頁。

⁶³ 最大判昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁。

⁶⁴ 大須賀明「尊属殺重罰と法の下での平等」樋口陽一・野中俊彦編『憲法の基本判例 第二版』（有斐閣、1996年）49頁。

⁶⁵ 最大判昭和51年4月14日民集30巻3号223頁。

⁶⁶ 最大判昭和60年7月17日民集39巻5号1100頁。

⁶⁷ 最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁。

⁶⁸ さらに、尾崎行信裁判官の追加反対意見は「憲法が個人の尊厳を唱え、法の下での平等を定めながら、非嫡出子の精神的成長に悪影響を及ぼす差別的処遇を助長し、その正当化の一因となり得る本件規定を存続させることは、余りにも大きい矛盾である」と指摘する。

⁶⁹ 平成15年判決（最判平成15年3月31日判時1820号62頁）における島田仁郎裁判官の補足意見は、「非嫡出子であることについて社会から不当に差別的な目で見られ、あるいは見られるのではないかということで、肩身の狭い思いを受けることもあるという精神的な不利益も無視できないものがある」と指摘する。

⁷⁰ 井上典之『憲法判例に聞く』（日本評論社、2008年）61頁。なお、

多数意見と反対意見の対立の背後には、「民主的な政治過程のなかでの司法の守備範囲」についての考え方の対立があるという。

⁷¹ 東京高裁平成5年6月23日高民集46巻2号43頁。

⁷² 大阪高裁平成23年8月24日。

⁷³ 西原道雄「非嫡出子に相続分を定めた民法九〇〇条四号但書の合憲性」私法判例リマックス5号(1992年)。

⁷⁴ 木村・前掲注(38)208頁

⁷⁵ 最判平成15年3月31日判時1820頁。なお、この補足意見は、最判平成16年10月14日判時1884頁においても引用されている。

⁷⁶ 石川健治「最高裁民事判例研究」法学協会雑誌114巻12号(1997年)1553頁。石川健治教授は、反対意見が「マイノリティーとして位置づけられた婚外子が、象徴的・文化的抑圧を受けていることを指摘し、文化的解放に手を伸ばしている」として指摘する。

⁷⁷ 野中俊彦「家族生活における平等」佐藤幸治・中村睦男・野中俊彦『ファンダメンタル憲法』(有斐閣,1994年)87頁、井上典之「平等の意味—非嫡出子法廷相続分差別事件」笹田栄司・井上典之・大沢秀介・工藤達郎『ケースで考える憲法入門』(有斐閣,2006年)119頁。

⁷⁸ 最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁。

⁷⁹ この点、泉徳治裁判官は、「この差別は、差別の対象となる権益が日本国籍という基本的な法的地位であり、差別の理由が憲法14条1項に差別禁止事由として掲げられている社会的身分及び性別であるから、それが同項に違反しないというためには、強度の正当化事由が必要であって、国籍法3条1項の立法目的が国にとり重要なものであり、この立法目的と、『父母の婚姻』により嫡出子たる身分を取得することを要求するという手段との間に、事実上の実質的関連性が存することが必要である」と明確に指摘している。

⁸⁰ 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年)210頁。

⁸¹ 高橋和之「国籍法違憲判決をめぐって」ジュリスト1366号(2008年)55頁。赤阪正浩教授は、国籍法判決が「合理性審査に終始してきた従来の平等審査の方針を変更し、「新傾向といえるかどうか、今後の動向を観察する必要がある」と指摘する。赤阪正浩『憲法講義(人権)』(信山社,2011年)305頁。

⁸² 京都地方裁判所平成22年5月27日判例タイムズ1331号107頁。本判決の評釈については、中曾久雄「労働者災害補償における外貌ぼうの醜状障害に関する男女間格差と憲法一四條」阪大法學61巻1号(2011年)。

⁸³ 障害等級表が「ジェンダー・イメージ」に基づくものであるという指摘については、横藤田誠「平等な社会に不可欠の人権」阪本昌成編『謎解き日本国憲法』(有信堂,2010年)88頁。「ジェンダー・イメージ」と性差別の関係については、阪本昌成『憲法理論Ⅱ』(成文堂,1993年)275~276頁。

⁸⁴ 木村・前掲注(38)188頁。

⁸⁵ 内野正幸『憲法解釈の論点[第四版]』(日本評論社,2005年)51頁。この点、高橋和之教授は、こうした偏見が持続する理由として、「否定することのできない身体的な差に、もともと人為的に形成された文化的差別(男女の社会的役割区分論)が絡みついており、後者が前者からの不可避の帰結であると誤解され」ていることを指摘する。高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第二版』(有斐閣,2010年)148~149頁。

⁸⁶ この点、門田孝教授は、目的審査の四つの問題点を指摘する。第一に、立法目的を構成する利益の性質の問題である。「やむにやまれぬ」・「重要」・「正当」といった利益の重要性の尺度が、「同一尺度の中で語りうる」ことができるかというものである。特に、利益が重要かどうかということ正当であるかどうかということとは、別個のものとして考える必要があるという。第二に、目的審査の対象である利益の重要または正当性をどのように判断してくかである。すなわち、何をもって「やむにやまれぬ」利益や「重要」な利益や「正当」な利益といえるかについて、通説は具体的には何も説明していない。「それを一般的に提示することは、おそらく不可能に近い」。だとすれば、利益の重要性の判断は、裁判官の主観により大きく左右されることになる。第三に、通説における目的審査においては、利益の重要性あるいは正当性の判断のみをもって足りるかということである。すなわち、「規制の対象となった『行為』と、守ろうとする『利益』との『関連性』は問題にしなくてよいか」という問題である。目的審査を明確にするためには、「『目的』自体の『正当性』とは別に、『目的』と規制対象行為との『関連性』を意識的に問う」ことが必要であるという。第四に、目的審査における「目的」をいかに特定するかということである。目的審査にいう「目的」とは、「立法者が主観的に意図した目的なのか、あるいは、法の解釈によって導き出すことのできる方の客観的な目的なのか」ということである。門田孝「違憲審査における『目的審査』の検討(1)」広島法学31巻2号(2007年)155~156頁。

⁸⁷ 松井・前掲注(30)117~118頁。

⁸⁸ 松本和彦「公共の福祉」公法研究67号(2005年)143頁。この点、蟻川恒正教授は、「自由を規制する法律の違憲審査基準は、立法目的と規制手段の双方につき立法事実の存否を審査することであると考えられているが、立法目的の審査において、審査を付すことの認められない政府主張利益があるという問題に関して、従来、十分に意識されず、議論の対象とされることが少なかった」と指摘する。蟻川恒正「日本国憲法における公と私の境界」長谷部・辻村前掲注(26)30頁。

⁸⁹ 戸松・前掲注(4)224頁。また、この点、愛媛玉ぐし料の最高裁判決(最大判平成4年9月2日民集51巻4号1673頁)における大野正男裁判官の補足意見は、「行為の目的は、当該行為者の主観的、内面的な感情の有無や濃淡によってのみ判断されるべきではなく、その行為の態様等との関連において客観的に判断されるべきものである」と指摘する。

⁹⁰ この点については注(51)参照。

⁹¹ 阪口正二郎「人権論Ⅱ・違憲審査基準の2つの機能—憲法と理由」長谷部・辻村前掲注(26)166頁。

⁹² 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『人権論の再定位3人権の射程』(法律文化社,2010年)8頁。

⁹³ 阪口・前掲注(91)166~167頁。

⁹⁴ 木村・前掲注(40)98頁。

⁹⁵ 木村・前掲注(38)194頁。この点、木村准教授は憲法14条が「①国家機関は差別感情に基づいて行動してはならない、②国家機関は意図せざる差別的メッセージの発信について誠実に対応しなければならない」という差別抑制の要請を保障していると指摘する。

⁹⁶ 長谷部恭男『憲法の理性』(東京大学出版会,2006年)107~108頁。

⁹⁷ 長谷部恭男『憲法入門』（羽鳥書店、2010年）79頁。また、この点、戸松教授も差別されているのは「社会における少数者派であり、かならずしも政治過程において自己の利益の保護が得られない者」であり、政治過程と独立する裁判所は少数者保護のために積極的な司法審査が行使されるべきであるとする。戸松・前掲注（2）350頁。

⁹⁸ 黒澤修一郎「John Hart Elyの動機審査理論の生成と展開（1）・（2）」北大法学論集61巻1号（2010年）155頁以下、61巻2号（2010年）61頁以下。動機審査は、司法審査論全体に大きく関わることを指摘する。

⁹⁹ 精神的自由に優越的価値があるとされるのは、その価値ではなく、それらを規制する立法が個人の自律を侵害する理由で制定される可能性が高いからであると近時有力に主張されている。そして、そのような理由から、表現の自由や信教の自由の領域では、厳格な審査が妥当すると指摘されている。長谷部恭男『権力への懐疑 憲法学のメタ理論』（日本評論社、1991年）128頁。このような観点からは、例えば、君が代ピアノ伴奏職務命令拒否事件（最判平成19年2月27日民集61巻1号291頁）においては、音楽の教諭の一般的義務の免除が争われたが、本件を君が代斉唱に対する反対の意思表示という表現の自由の問題として捉えた場合仮に内容中立規制であったとしても、それが偽装された内容規制ではないかを疑って、目的と手段の関連性を厳格に審査する必要がある。そこで問題となるのは、つまり、職務命令が音楽教諭の思想を排除するという差別的な意図を有するものかどうかである。浅野博宣「君が代ピアノ伴奏職務命令拒否事件」ジュリスト1354号（2008年）13頁。また、立川ピラ配布事件（最判平成20年4月11日刑集62巻5号1217頁）では、本件で問題となっている自衛隊の宿舎に立ち入りピラを配布することは管理権を侵害する行為であり、そのような行為を処罰することは表現の自由に反しないとした。そこで問題とされるべきは、商業宣伝用のピラを配布することは許されるのに、なぜ、政治的ピラだけを禁止するのかという管理行為の必要性である。そうした行為の背景には差別的な意図がうかがえる。木村・前掲注（40）102頁。

¹⁰⁰ 信教の自由の領域において、その制約については厳格に検討される必要がある。その際に、一見宗教上の中立的な規制であっても、その背後にある特定の宗教に対する狙い打ち的な規制目的を洗い出すことが重要となる。剣道受講拒否事件（最判平成8年3月8日民集50巻3号469頁）では、この点を高専の校長の裁量権の濫用・逸脱の適否の判断において検討がされている。本判決では、退学処分について、「その内容それ自体において被上告人に信仰上の教義に反する行動を命じたものではなく、その意味では、被上告人の信教の自由を直接的に制約するものとはいえないが、しかし、被上告人がそれらによる重大な不利益を避けるためには剣道実技の履修という自己の信仰上の教義に反する行動を採ることを余儀なくさせられるという性質を有するものであったことは明白である」としている。本件の場合、「学校側の剣道履修の義務づけ自体が特定の宗教的少数者を狙いうちにした措置であって」、そのような動機の有無の検討こそが問題とされるべきであった。長谷部恭男『憲法学のフロンティア』（岩波書店、1999年）53頁。

¹⁰¹ 木村・前掲注（40）101頁。

