

## 平等原則のドグマ・テイク

——判例法理の分析と再構築の可能性——

渡 辺 康 行

- 一 はじめに
- 二 平等原則に関する判例の基本的立場
- 三 平等判例の展開
- 四 基本判例の射程外の平等判決
- 五 判例法理の再検討
- 六 結びに代えて

### 一 はじめに

平等は、多様な局面を含む難しい問題領域である。そのため、これまでも膨大な研究がなされてきた。そのなかで本稿は、日本の平等判例を分析することをさしあたりの目的としている。平等判例を網羅的に整理する研究としては、一九八〇年代における野中俊彦の著作<sup>(1)</sup>、およびその補遺<sup>(2)</sup>がある。また、その後の研究として、一九九〇年代前半の三並敏克の研究<sup>(3)</sup>や、日本国憲法施行五〇年の時点でなされた常本照樹による一連の整理が重要である<sup>(4)</sup>。し

かし、この業績からもすでに十数年以上が経過し、新たな重要判例が蓄積されているなかで、もう一度判例を整理し直すことにも、最低限の意義はあるだろう。なお本稿では、素材を基本的には最高裁判決に限定する。また平等判例について網羅的研究を行うおうとするものではなく、私人間における平等の問題も扱わない。

日本における平等原則に関する憲法解釈学的研究は、アメリカ憲法学からの大きな影響を受けてなされてきた。<sup>(5)</sup> 前示したような従来の判例整理も、アメリカ型の違憲審査基準論を下敷きとしてなされたものである。そのため、判例分析に際して判例の基礎にある論理とは異質な物差しによって計ろうとするきらいがあった。本稿は、このことを反省する見地から、判例動向をできるだけ内在的に整理し直そうとする。従来、判例を整理する仕方としては、区別事由によるものと、区別がなされる権利に着目するものが考えられてきた。しかし本稿は、むしろ判決が実際に採っている審査手法の考察に関心を寄せることから、まずは判決相互の系譜関係に着目してみたい。

最近の憲法学における関心事の一つは、アメリカ型違憲審査基準論の意義の問い直しであろう。新しい学説動向は、防御権（および防御権的に構成できる権利）については三段階審査や比例原則による審査手法を提唱し、また権利の実現が立法者による制度構築に依存する権利についても裁判による統制手法を準備しようとしている。<sup>(7)</sup> 本稿はこうした問題関心の一環として、平等原則に関しても、判例分析を踏まえた上で、新たなドグマティックを構築する可能性を模索しようとするものである。<sup>(8)</sup> 平等原則については、固有の保護領域が存在しないことから、別異取扱いがあることを確認し、それが正当化されるかどうかについて判断するという二段階の審査が提唱されている。<sup>(9)</sup> このことについても後で触れるように重要な異論はあるが、以下の叙述では基本的な枠組みとして論述を進めたい。この枠組みを用いることによって、従来の議論状況を明確に整理できるはずである。

以下では、平等原則に関する指導的判例の立場を確認した上で（二）、その後の判例の展開を追うとともに（三）、指導的判例の射程の外で展開されている平等判例についても考察する（四）。この両者の区別は、基本判決

を先例として言及しているかどうかという観点による。こうした整理は表層的な区別にとどまるが、考察の糸口とはなり得るだろう。その上で、近年の研究業績を手掛かりとしながら、そうした判例状況をどのように再整理し、評価し、再構築することができるのかを検討する（五）。

このような考察方法をとることから、本稿は、平等とは何を意味するかといった原理的問題を正面から論ずることとはしない。これはそうした法哲学的・政治哲学的な議論が不要だということではなく、考察の方向性を異にしているというにすぎない。<sup>(10)</sup>

- (1) 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、一九八四年）一三三頁以下。
- (2) 野中俊彦「平等権の判例・補遺」金沢法学二九卷一・二号（一九八七年）四五七頁以下。そこでは、「裁判所は『合理性』の基準によって判断しており、よほどの場合でない限り立法裁量の問題として片付けられてしまふ」という状況の下では、「判例をいくら整理してみたところで、そこからすぐになにか新しい展望が開けるといえるものではない」と慨嘆されている（四五八頁）。同論文執筆の時点ではそうだったのかも知れないが、現在では必ずしもそうとはいえないのではないかと、というのが本稿の問題意識である。
- (3) 三並敏克「平等原則・平等権（一）（二）」京都学園法学一〇号（一九九二年）一頁以下、一一号（一九九三年）一頁以下。
- (4) 常本昭樹「平等権判例と司法審査」法学教室二〇〇号（一九九七年）八七頁以下、同「平等権判例の到達点」法学教室二〇一号（一九九七年）五五頁以下、同「議員定数判決の構造」法学教室二二一号（一九九八年）八一頁以下、同「議員定数判決の展開」法学教室二二二号（一九九八年）五五頁以下。
- (5) アメリカ型違憲審査基準論を基礎とする平等論の到達点を示すものとして、芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論（一）「増補版」』（有斐閣、二〇〇〇年）一頁以下。アメリカにおける平等審査に関する代表的研究書として、戸松秀典『平等原則と司法審査』（有斐閣、一九九〇年）を挙げておく。なお、永田秀樹・松井幸夫編著『基礎から学ぶ憲法訴訟』（法律文化社、二〇一〇年）一一七頁は、「芦部の平等権に関する審査基準が一般に学説上支持されているとは思えない」という（永田）。この指摘は、芦部説が憲法一四条一項後段列挙事由による区別について、「厳格な審査」と「厳格な合理性」基準を使い分けている点にかかわる。こうした学説間の争いは、本稿の関心事ではない。
- (6) さしあたり、渡辺康行「憲法訴訟の現状——『ピアノ判決』と『暴走族判決』を素材として——」法政研究七六卷一・二号（二〇〇九年）三三三頁以下。
- (7) さしあたり、渡辺康行「立法者による制度形成とその限界——選挙制度、国家賠償・刑事補償制度、裁判制度を例として——」法政研究七

六卷三号(二〇〇九年)二四九頁以下。

(8) ドイツないしヨーロッパ法における平等原則に関する代表的な研究として、井上典之「平等保護の裁判的実現(一)〜(四・完)」神戸法学雑誌四五巻三号(一九九五年)五三三頁以下、四六巻一号(一九九六年)二二七頁以下、四六巻四号(一九九七年)六九三頁以下、四八巻二号(一九九八年)三〇二頁以下、西原博史『平等取扱の権利』(成文堂、二〇〇三年)、がある。アメリカ型の平等審査論とは異なる平等審査に関するこうした比較法研究の成果を、本稿は参考としている。

(9) ビエロート/シュリンク、永田秀樹ほか訳『現代ドイツ基本権』(法律文化社、二〇〇一年)一四八頁以下、小山剛『憲法上の権利』の作法』(尚学社、二〇〇九年)一〇五頁以下など。

(10) 阪本昌成『憲法理論Ⅱ』(成文堂、一九九三年)九二頁は、「われわれがそれぞれ個別的で多様で異なった存在であるからこそ、それぞれの相違をアト・ランダムに抽出するのではなく、ある目的にとって関連性ある特性を等しく取り出しとして処遇すべし、という規範的命題として平等概念は追いつめられた」という。類似的の説明は、浦部法穂『憲法学教室(全訂第2版)』(日本評論社、二〇〇六年)一〇一頁、井上・前掲註(8)・(一)五四四頁、井上典之「憲法による平等保障の意義」樋口・上村・戸波「編集代表」『日独憲法学の創造力 上巻 栗城壽夫先生古稀記念』(信山社、二〇〇三年)四九一頁以下などにもみられる。これに対して通説的な考え方は、「近代憲法上の『人格の平等』という思想から、日本国憲法上の『法の下での平等』は基礎づけられているとする(佐藤幸治『憲法』(第三版)』(青林書院、一九九五年)四六五〜四六六頁、本稿註(116)の本文)。また、判例もこの立場であろう(例えば、後述する尊属傷害致死罪判決、五2(2)判旨①)。また近年では、「個人は、それぞれ自分の考えるところに従って自分の生き方を決め、それを自ら生きるという点で、根源的に平等な存在である」ことが、有力に説かれている。長谷部恭男『憲法』(第5版)』(新世社、二〇一一年)一六二頁。平等概念の捉え方は平等審査の個別的手法にも反映する可能性があるため、平等概念を正面から論ずるとまのない本稿は、この点からも暫定的な考察にとどまる。

## 二 平等原則に関する判例の基本的立場

### 1 立法者拘束・後段例示説、「合理的根拠」の要請

(1) 日本国憲法制定初期には、憲法二四条一項について、学説では立法者非拘束(法適用平等)説と立法者拘束(法内容平等)説という対立や、一四条一項後段を限定列举とみるか例示とみるかという対立があった。最高裁の初期の裁判例のなかにも、一四条一項後段を限定列举と解する判決もあったが、現在の判例は立法者拘束・後段例示

説で統一された。こうして最高裁は、一四一条一項の保障（妥当）範囲を広く解した上で、別異取扱いの存在が確認された場合の正当化の仕方としては、別異取扱いに「合理的根拠」があるかを審査する立場を採るようになった。<sup>(11)</sup>

このような最高裁の見解における指導的判例の位置を占めているのが、一九六四年の地方公務員に対する待命処分事件判決である。この事件では、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に対する待命処分が一四一条一項に反しないか、が問題となった。最高裁はこういう。

① 「社会的身分とは、人が社会において占める継続的な地位をいうものと解されるから、高令であるということは右の社会的身分に当たらないとの原審の判断は相当と思われるが、右各法条は、国民に対し、法の下の平等を保障したものであり、右各法条に列挙された事由は例示的なものであって、必ずしもそれに限るものではない。「右各法条は、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」。

② 「任命権者たる被上告人が、五五歳以上の高令であることを待命処分の一応の基準とした上、上告人はそれに該当し……、しかも、その勤務成績が良好でないこと等の事情をも考慮の上、上告人に対し本件待命処分に出たことは、任命権者に任せられた裁量権の範囲を逸脱したものとは認められず、高令である上告人に対し他の職員に比し不合理な差別をしたものとも認められない<sup>(12)</sup>」。

(2) ここで注意しておくべきことは、この事件における待命処分は当該町の「臨時待命条例」に基づくものであるが、条例自体には臨時待命に関する年齢要件は規定されていないようであり、条例ではなく、処分の平等原則適合性が問われている事案だったということである。判旨②が「『高齢』を一応の基準とした」と述べているのは、「それを待命処分の一の基準とはしているが、それを有力な決定的な基準としてはいない」という趣旨だとされる。<sup>(13)</sup>

この処分に関してなされた傍論的な判旨①が、法令の別異取扱いの正当化審査一般に関する指導的見解として援用されることとなった。もつともこの事案自体は、本来は待命処分に関する適法性審査が行われれば足りる事件であったように思われる。なおこの判決で「任命権者に任せられた裁量権」(判旨②)が語られているが、ここでの「裁量権」は五五歳を待命処分の基準とすることに關する裁量ではなく、誰に待命を命ずるかについでに裁量である。これは、後に扱う諸判決が用いている、別異取扱いの正当化審査で出現する裁量論とは性格が異なることに留意しておきたい。

## 2 「二段構え」の審査

(1) 別異取扱いの正当化に關する審査手法の範型を定式化した指導的判例だと一般に解されているのが、尊属殺重罰を定める刑法二〇〇条を違憲とした一九七三年の大法廷判決である。この判決は、憲法一四条一項の保障(妥当)「範圍に關しては、前掲した待命処分事件判決を援用して、

①「一四条一項「後段列挙の事項は例示的なものであ」として、例示説を確認する。また別異取扱いの正当化に關しては、「この平等の要請は、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かぎり、差別的な取扱いをすることを禁止する趣旨と解すべき」と述べ、「合理的根拠」の要求という立場を継承する。その上で、刑法二〇〇条が平等原則に適合するかを「立法目的」と「目的達成の手段」それぞれにつき審査していく。

②「刑法二〇〇条の立法目的は、尊属を卑属またはその配偶者が殺害することをもつて一般に高度の社会的道義的非難に値するものとし、かかる所為を通常の殺人の場合より嚴重に処罰し、もつて特に強くこれを禁圧しようとするにある」。「尊属に対する尊重報恩は、社会生活上の基本的道義といふべく、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」。そこで、「被害者が尊属であること」を「類型化し、法律上、刑の加重

要件とする規定を設けても、かかる差別的取扱いをもつてただちに合理的な根拠を欠くものと断ずることはできない。

③しかし、「加重の程度が極端であつて、前示のごとき立法目的達成の手段として甚だしく均衡を失し、これを正当化しうべき根拠を見出しえないときは、その差別は著しく不合理なもの」として、一四条一項に違反し無効となる。「刑法二〇〇条は、尊属殺の法定刑を死刑または無期懲役刑のみに限つている点において、その立法目的達成のため必要な限度を遥かに超え、普通殺に関する刑法一九九条の法定刑に比し著しく不合理な差別的取扱いをするものと認められ」る。<sup>(15)</sup>

(2) これに対して、他の二裁判官も同調した田中二郎裁判官の意見は、一般に、「立法目的」自体を違憲とするものと解されている。もつとも実際には、「立法目的」という概念は用いず、次のようにいう。

①「普通殺人と区別して尊属殺人に関する規定を設け、尊属殺人なるがゆえに差別的取扱いを認めること自体が、法の下での平等を定めた憲法一四条一項に違反するものと解すべきである」。その理由としては、「個人の尊厳と人格価値の平等の尊重・保障という民主主義の根本理念」に抵触するということが挙げられている。その上で、多数意見をこう批判する。

②「もし、尊属殺害が通常の殺人に比して一般に高度の社会的道義的非難を受けて然るべきであるとしてこれを処罰に反映させても不合理ではないという観点に立つとすれば、尊属殺害について通常の殺人に比して厳しい法定刑を定めるのは当然の帰結であつて、処断刑三年半にまで減輕することができるとする現行の法定刑が厳しきに失し、その点においてただちに違憲であるというのでは、論理の一貫性を欠くのみならず、それは、法定刑の均衡という立法政策の当否の問題であつて、刑法二〇〇条の定める法定刑が苛酷にすぎるかどうかは、憲法一四条一項の定める法の下での平等の見地からではなく、むしろ憲法三六条の定める残虐刑に該当するかどうかの観点から、合憲か違憲

かの判断が加えられて然るべき」である。<sup>(16)</sup>

(3) この判決については、「合理性」の基準<sup>(17)</sup>が用いられたとみる見解と、「厳格な合理性の基準」が用いられたとみる見解<sup>(18)</sup>が併存した。この点に関しては、「合理的」とは、ドイツ語の *vernünftig* (理性を意味する *Vernunft* の形容詞形である) に相当し、『理性に照らして正義に叶っている』といった実体的正義にコミットした言い方であって、アメリカ憲法判例において『明白に不合理ではない』という最小限度の意味を与えられた *rational* とは異なる<sup>(19)</sup>、という指摘がなされている。こうした見地からは、前述のような判決自体の発想とは異質な物差しを当てる類の議論はあまり生産的ではないように思われる。<sup>(20)</sup> なお、尊属・卑属という区別事由が一条一項後段列挙事由である「社会的身分」に当たるとは、判決では触れられていない。判例の採る例示説からすれば、そのことに特に意味はないからであろう。むしろ担当調査官は、経済的自由規制立法と精神的自由規制立法に関する二重の基準の考え方に言及しつつ、「刑法二〇〇条は、右のいずれにも属さず、いわばその中間にあるが、どちらかといえれば後者に近い」ため、手段審査について「著しく不合理であることが明白」とはしていないのだという、区別がなされた権利に着目した解説を行っている。<sup>(21)</sup> 判決文にはそうした考慮は現れていないため、どこまで正確な判決の解説かは定かではないが、今後紹介するように、調査官は類似の見解をしばしば示している。

### 3 小 結

待命処分事件判決が確認した一四一条一項の保障(妥当)範囲に関する例示説や、別異取扱いの正当化のために「合理的根拠」を要請するという立場は、以後の判例においても採用され続けている。しかし、より詳細にみると、定式化の文章には不明確さも感じられる。待命処分事件判決の判旨①の後半部分は「合理的な理由」の有無を一四一条一項の保障(妥当)範囲画定の要素とするとも受け取り得る説明をしているが、それでは別異取扱いの正当化に



関する「合理的」か否かの判断と重複してしまいかねない。すでに註(12)で引用した一九五〇年の最高裁判決がより明確に一四条一項の保障(妥当)範囲を別異取扱い一般とみる立場を採用していることも考慮に入れると、待命処分事件判決の意図したところもこのような趣旨のものであったと思われる。

尊属殺判決が示した立法目的と立法目的達成のための手段を「二段構え」<sup>(22)</sup>で判断するという別異取扱いの正当化審査の手法は、その後の判決において必ずしも継受されているわけではない。また立法目的について「合理的根拠」を要求し、手段については「著しく不合理」かどうかを審査するという定式化も、常になされるものではない。さらに尊属殺判決では、刑の加重の程度が平等の問題とされたが、これが本来の平等問題かは、田中二郎裁判官の意見から現在の学説に至るまで論じられ続けている。これらの点について、これから論じていきたい。

(11) 本文で示した判例の立場には、「合理的区別」論、「合理的根拠」の基準など、いくつかの名称が与えられている。本稿は、木村草太『平等なき平等条項論』（東京大学出版会、二〇〇八年）三一頁が用いる、「合理的根拠」要請」という表現を参酌している。最高裁が初期の判例における一四条一項後段を限定列举とみる立場から、例示説・「合理的根拠」要請」説に転換したことについては多数の文献があるが、さしあたり、同書二八頁以下を参照。

(12) 最大判一九六四(昭和三九)年五月二七日民集一八巻四号六七六頁(六七八―六七九頁)。この判決について、さしあたり、矢野邦雄「解説」『最高裁判所判例解説 民事篇 昭和三九年度』(法曹会、一九六八年)一四五頁以下を参照。なお、この判決に先だつて、最大判一九五〇(昭和二五)年六月七日刑集四巻六号九五六頁(九六一頁)が、「憲法一四条の規定する平等の原則は……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。そして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」と述べていた。この判決では、一四条一項の保障(妥当)範囲について、別異取扱い一般だと理解されていることにも注目できる。本文でも二3、五2で後述するが、待命処分事件判決をはじめその後の最高裁判決もこの理解に立っているものと思われる。

(13) 矢野・前掲註(12)一四九頁。

(14) 例えば、常本・前掲註(4)・司法審査九二頁、井上典之「法の下の平等」小山剛・駒村圭吾編『論点探求 憲法』(弘文堂、二〇〇五年)一三四頁、木村・前掲註(11)三六頁など。

- (15) 最大判一九七三(昭和四八)年四月四日刑集二七卷三号二六五頁(二六六頁以下)。この判決については、さしあたり、小林武「尊属殺重罰と法の下の平等」高橋和之ほか編『憲法判例百選Ⅰ「第5版」』(有斐閣、二〇〇七年)六二頁以下。
- (16) 刑集二七卷三号二六五頁(二七六頁以下)。
- (17) 棟居快行「尊属殺重罰判決」法学セミナー増刊『憲法訴訟』(日本評論社、一九八三年)八六、八七頁、横田耕一「合理性の基準」芦部信喜編『講座・憲法訴訟 第2巻』(有斐閣、一九八七年)一八四頁。
- (18) 戸松・前掲註(5)三一六頁、常本・前掲註(4)・司法審査九四頁。
- (19) 石川健治「国籍法違憲大法廷判決をめぐって——憲法の観点から(2)」法学教室三四四号(二〇〇九年)四〇頁。
- (20) 阪本昌成「憲法2 基本権クラシック「全訂第三版」」(有信堂、二〇〇八年)八一、八二頁は、「アメリカでいわれる『合理性基準』と、わが国の通説・判例のいう『合理的差別』とは、同じ合理的という言葉が用いられているとはいっても、同じではない。これは見誤ってはならない点だ、と私は思う。わが国の最高裁判例のいう『合理的』は、確立された司法審査基準を示すための言葉ではない、という。これは、註(19)の本文で引用した石川論文の指摘ともつながらる見解である。本文で言及した、『合理性の基準』か『厳格な合理性の基準』かといった議論は、本稿で今後扱う諸判決についてもなされているが、逐一触れる必要はないだろう。
- (21) 田尾勇「解説」『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和四八年度』(法曹会、一九七五年)一四四頁。なお、「著しく不合理であることが明白」という定式化は、前年に出された小売市場判決(最大判一九七二「昭和四七」年一月二三日刑集二六卷九号五八六頁「五九二頁」)で用いられたものである。
- (22) 田尾・前掲註(21)一一五頁。

### 三 平等判例の展開

#### 1 租税立法と平等

(1) 先に概観したような、最高裁による別異取扱いの正当化審査の枠組みに一見したところ比較的忠実な判決例として、一九八五年のサラリーマン税金訴訟判決を挙げることができる。この訴訟では、旧所得税法が事業所得者等に必要経費の実額控除を認めているにもかかわらず、給与所得者には必要経費の実額控除を認めず、代わりに同法所定額による概算控除を認めることになっていったという別異取扱いが一条一項に反しなかなどが争われた。

最高裁は、まず、待命処分事件判決に依拠しつつ、一四条一項について別異取扱いに「合理的理由」があれば正当化されるという立場を確認する。その上で、次のように論ずる。

①「課税要件及び租税の賦課徴収の手続は、法律で明確に定めることが必要であるが、憲法自体は、その内容について特に定めることをせず、これを法律の定めるところにゆだねている」。「租税は、今日では、国家の財政需要を充足するという本来の機能に加え、所得の再分配、資源の適正配分、景気の調整等の諸機能をも有しており、国民の租税負担を定めるについて、財政・経済・社会政策等の国政全般からの総合的な政策判断を必要とするばかりでなく、課税要件等を定めるについて、極めて専門技術的な判断を必要とすることも明らかである。したがって、租税法の定立については、国家財政、社会経済、国民所得、国民生活等の実態についての正確な資料を基礎とする立法府の政策的、技術的な判断にゆだねるほかはなく、裁判所は、基本的にはその裁量的判断を尊重せざるを得ない」。「そうであるとすれば、租税法の分野における所得の性質の違い等を理由とする取扱いの区別は、その立法目的が正当なものであり、かつ、当該立法において具体的に採用された区別の態様が右目的との関連で著しく不合理であることが明らかでない限り、その合理性を否定することができ」ない。

②「旧所得税法が給与所得に係る必要経費につき実額控除を排し、代わりに概算控除の制度を設けた目的は、給与所得者と事業所得者等との租税負担の均衡に配慮しつつ、右のような弊害（税務執行上の混乱など——引用者）を防止することにあることが明らかであるところ、租税負担を国民の間に公平に配分するとともに、租税の徴収を確実・的確かつ効率的に実現することは、租税法の基本原則であるから、右の目的は正当性を有する」。

③「本件訴訟における全資料に徴しても、給与所得者において自ら負担する必要経費の額が一般に旧所得税法所定の前記給与所得控除の額を明らかに上回るものと認めることは困難であつて、右給与所得控除の額は給与所得に係る必要経費の額との対比において相当性を欠くことが明らかであるといふことはできない<sup>(23)</sup>」。

(2) ちなみに、この判決には伊藤正己裁判官による次のような補足意見が付いている。

① 「租税法の分野にあつても、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つ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。「しかし、本件は、右のような事由に基づく差別ではなく、所得の性質の違い等を理由とする取扱いの区別であるから、厳格な基準による審査を必要とする場合で」はない。

② 「本件課税規定それ自体は憲法一四条一項の規定に違反するものではないが、本件課税規定に基づく具体的な課税処分が常に憲法の右規定に適合するとははいえない」。<sup>(24)</sup>

(3) 多数意見は、尊属殺判決を明示的に引照してはいないが、ある法律による別異取扱いの正当化を「二段構え」で審査するという手法を継承している。ただし、審査の対象は「立法目的」と「区別の態様」である。また審査の基準は、立法目的に関して「正当なものである」かどうかを問い、「区別の態様」について、一般論の場面では「著しく不合理であることが明らか」かどうかという小売市場判決で採用された定式を用いており、尊属殺判決よりもより密度の緩い審査となっている(判旨①)。ただし、具体的な審査の場面では「相当性を欠くことが明らか」ではないと言ひ換えられており(判旨③)、裁判所は定式化の文言にはさほどこだわりをもっていないかのようである。緩やかな審査が採用された理由としては、「取扱いの区別により侵害される利益が経済的・財産的利益であること、区別の理由が憲法一四条一項後段掲記の事由ではないこと、が考慮された」、と解説されている。<sup>(25)</sup> この解説の前半はともかく、後半は、一四条一項後段列挙事由については「厳格な基準」によるべきという伊藤裁判官の補足意見①に他の裁判官は同調していないことからすると、<sup>(26)</sup>この時点の最高裁の見解をどこまで忠実に説明するものであるかは定かではない。むしろ最高裁の判決文からは、判旨①で示されたように、租税立法における「立

法府の政策的、技術的な判断」の必要性が重視されるように思われる。この判決は別異取扱いに「合理的理由」を要請し、「二段構え」の審査を行うといった点に注目すると基本判例に忠実であるが、他の観点からすると別の位置づけ方もあり得ることについては後述する（五三）。

## 2 公務員と平等

(1) 公務員と私企業の労働者との別異取扱いが一四条一項に反しないか、が問題となった事例は多い。その多くは表現の自由などの実体的権利違反が主たる争点となったものであるが、一四条一項適合性が前面に出された事例として、公務員の自動失職規定の合憲性に関する判決がある。

地公法一六条二号は、「禁錮以上の刑に処せられ、その執行を終わるまで又はその執行を受けることがなくなるまでの者」を採用の際の欠格要件とする。さらに同法二八条四項は、「職員は、第一六条各号……の一に該当するに至ったときは……その職を失う」と規定することから、それは在職のための消極的資格要件ともなっている。これらの規定が憲法一四条一項に反しないかが争われた裁判において、一九八九年の最高裁判決は、次のようにいう。

① 「地公法二八条四項、一六条二号は、禁錮以上の刑に処せられた者が地方公務員として公務に従事する場合に、その者の公務に対する住民の信頼が損なわれるのみならず、当該地方公共団体の公務一般に対する住民の信頼も損なわれるおそれがあるため、かかる者を公務の執行から排除することにより公務に対する住民の信頼を確保することを目的としている」。

② 「地方公務員は全体の奉仕者として公共の利益のために勤務しなければならず（憲法一五条二項、地公法三〇条）、また、その職の信用を傷つけたり、地方公務員の職全体の不名誉となるような行為をしてはならない義務が

ある(同法三三三条)など、その地位の特殊性や職務の公共性があることに加え、わが国における刑事訴追制度や刑事裁判制度の実情のもとにおける禁錮以上の刑に処せられたことに対する社会的感覚などに照らせば、地公法二八条四項、一六条二号の前記目的には合理性があり、地方公務員を法律上このような制度が設けられていない私企業労働者に比べて不当に差別したものとはいえない<sup>(27)</sup>。

公務員という地位による私企業労働者との別異取扱いが「社会的身分」によるものかについて、判例の例示説からはとりわけ論じられる必要性はない。この判決は、前記した判断が待命処分事件判決などの「当裁判所の判例……の趣旨」に合致しているという。しかし、判旨<sup>(2)</sup>では目的の合理性のみが審査されており、別異取扱いの正当化審査の手法としては先例から逸脱したものである。この審査の緩さは、むしろ公務員の権利制約に関する判例法理の影響下にあるものかもしれない<sup>(28)</sup>。学説では、この判決に対して、「公務に対する住民の信頼」や「社会的感覚」のような「社会的心理」によって一律画一的な失職制度の『合理性』を担保しうるかどうかは疑問<sup>(29)</sup>だ、といった批判が強かった。もつともこの事例の場合は、そもそも平等原則ではなく、職業の自由のような実体的権利の制約の問題として論じたほうが適切だったのではないか、と思われる。

(2) 前記の一九八九年判決で争点となった地公法の規定によって失職した者に対して、香川県職員退職手当条例六条一項二号(平成二一年条例四七号による改正前のもの)は退職手当の不支給を定めていた。この規定が、民間の労働者における懲戒処分の場合と比較してあまりにも過酷で不均衡の程度がすぎ、憲法一四条一項に反しないか、が争われたこともある。二〇〇〇年の最高裁判決は、地公法の自動失職規定の合憲性については一九八九年判決を確認した後で、香川県条例について次のようにいう。

① 当該条例の規定は、「禁錮以上の刑に処せられた者は、その者の公務のみならず当該地方公共団体の公務一般に対する住民の信頼を損なう行為をしたものであるから、勤続報償の対象となるだけの公務への貢献を行わなかつ

たものとみなして、一般の退職手当を支給しないものとするにより、退職手当制度の適正かつ円滑な実施を維持し、もって公務に対する住民の信頼を確保することを目的としている」。

②「前記のような地方公務員の地位の特殊性や職務の公共性、我が国における刑事訴追制度や刑事裁判制度の実情の下における禁錮以上の刑に処せられたことに対する一般人の感覚などに加え、条例に基づき支給される一般の退職手当が地方公務員が退職した場合にその勤続を報償する趣旨を有するものであることに照らせば、条例六条一項二号の前記目的には合理性があり、同号所定の退職手当の支給制限は右目的に照らして必要かつ合理的なものといふべきであつて、地方公務員を私企業労働者に比べて不当に差別したものとはいえないから、同号が憲法一三条、一四条一項、二九条一項に違反するものではない。<sup>(30)</sup>

この判決も、地公法の自動失職規定が合憲だとする判断は待命処分事件判決などの「趣旨に徴して明らか」とする。しかし、そもそも地公法の自動失職規定は厳格にすぎると、あるいは仮にこの規定は合憲としても、二〇〇〇年判決の事案のような、国民誰もが犯し得る悪質とはいえない交通事故を理由とした執行猶予付き禁錮刑の場合にまで自動的に失職させるのは適用違憲だという原告の主張は、<sup>(31)</sup>もっともなものであるように思われる。またこの判決は一九八九年判決とは異なり、当該条例に関して、目的だけではなく「支給制限」についても審査を一応は行っている。なおこの判決が退職手当条例の合憲性について、平等原則違反も実体的権利違反もとりまとめて同一の審査枠組みで判断していることは、両者の内実は同一のものと考えられていたことを示している。退職手当には賃金の後払い分もあることを考慮すれば、<sup>(32)</sup>この条例についても財産権を正面に出して論ずるのがふさわしかったように思われる。

### 3 戦後補償立法における国籍要件と平等

(1) 戦後補償立法における国籍要件が平等との関係で争われた判決は多い。代表的な最高裁判決は、台湾住民元日本兵戦死傷者の損失補償請求事件にかかわるものである。日本人である軍人軍属の戦死傷者およびその遺族に対しては、戦傷病者戦没者遺族等援護法および恩給法により年金や恩給が支給されている。これに対して、日華平和条約により日本国籍を喪失した、日本軍軍人または軍属として戦死傷した台湾住民は、国籍要件のためこれらの給付を受けることができない。このことは憲法一四一条一項に反する、として訴えがなされた。一九九二年の最高裁は、待命処分事件判決などを援用して各人の別異取扱いに「合理性」があれば正当化されるという立場を確認したあと、次のようにいう。

① 「台湾住民である軍人軍属が援護法及び恩給法の適用から除外されたのは、台湾住民の請求権の処理は日本国との平和条約及び日華平和条約により日本国政府と中華民国政府との特別取極の主題とされたことから、台湾住民である軍人軍属に対する補償問題もまた両国政府の外交交渉によって解決されることが予定されたことに基づくものと解されるのであり、そのことには十分な合理的根拠がある」から、憲法一四一条一項に反しない。

② 「日華平和条約に基づく特別取極については、その成立をみることなく右条約締結後二〇年近くを推移するうち、昭和四七年九月二九日、日本国政府と中華人民共和国政府の共同声明が発せられ、日本国政府は中華人民共和国政府が中国の唯一の合法政府であることを承認した結果、右特別取極についての協議が行われることは事実上不可能な状態にある。しかしながら、そのことのゆえに本件国籍条項が違憲となるべき理由はなく、右のような現実を考慮して、我が国が台湾住民である軍人軍属に対していかなる措置を講ずべきかは、立法政策に属する問題」である。<sup>33)</sup>

(2) これに対し園部逸夫裁判官は、判旨の①には同意しつつ、②について次のような意見を付している。

「前記の特別取極が締結できないこととなったのは、国際的な諸事情によるものでやむを得ないことであるとは



いえ、右の取極の締結を前提として前記国籍条項が設けられたこともまた否定することのできない事実である以上、右取極についての協議ができないこととなった時点から、右国籍条項適用の結果生じている状態が法の下の平等の原則に反する差別となつてゐることは、率直に認めなければならぬ。しかし、「戦争賠償にかかわる事項は、国政の基本に触れる問題である」ことから、「上告人らの請求権の性質及び内容並びに右請求権の具体的な根拠となるべき立法の必要性」や「台湾住民の戦争被害の救済手段について、具体的な法的判断を示すことはできない」<sup>(34)</sup>。

ここでは、「法の下の平等に反する」状態となつてゐることを認めつつ、統治行為論的な議論がなされていることが注目される<sup>(35)</sup>。

(3) この判決の判旨①では、別異取扱いの正当化に関して「二段構え」の審査が行われていない。これは、この判決が立法の不作為を対象としており、目的と手段が分離できないことによるものと思われる。判旨②では「立法政策に属する」ことが強調され、別異取扱いの正当化審査は行われていないに等しい。そのことをより端的に述べたのが園部意見である。学説の多くは、判旨①の結論については肯定的だが、事情が変更し「特別取極」が締結できなくなつて以降、別異取扱いは平等原則に反すると認めるべきだ、と考へてゐるようである<sup>(36)</sup>。ただし、当事者に具体的な請求権を認めるまではいかず、違憲性の確認にとどめるべきというのが大方である。裁判所による救済方法とその限界は平等原則に付きまとう論点であるが、ここでは戦後補償という解釈学上も未解決な論点が多い領域にかかわるだけに、なおさら難しい問題となつてゐる<sup>(37)</sup>。

この一九九二年判決は、その後の韓国人元日本兵などに関する同種の裁判において、繰り返し確認されてゐる<sup>(38)</sup>。

#### 4 非嫡出子の相続分と平等

(1) 民法九〇〇条四号ただし書き前段は、非嫡出子の相続分を嫡出子の相続分の二分の一と定める。この規定の憲法一四条一項適合性について初めて判断した一九九五年の大法廷決定は、最重要判例の一つであるため、やや詳しく判旨を追っておこう。この決定は、待命処分事件判決などを援用しながら、各人の別異取扱いの正当化のために「合理性」を要求した上で、次のように論ずる。

① 相続制度の「形態には歴史的、社会的にみて種々のものがあり、また、相続制度を定めるに当たっては、それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情なども考慮されなければならぬ」。さらに、現在の相続制度は、家族というものをどのように考えるかということと密接に関係しているのであって、その国における婚姻ないし親子関係に対する規律等を離れてこれを定めることはできない。これらを総合的に考慮した上で、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」。

② 「本件規定を含む法定相続分の定めは、右相続分に従って相続が行われるべきことを定めたものではなく、遺言による相続分の指定等がない場合などにおいて補充的に機能する規定であることを考慮すれば、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はなく、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ない」。

③ 「本件規定の立法理由は、法律上の配偶者との間に出生した嫡出子の立場を尊重するとともに、他方、被相続人の子である非嫡出子の立場にも配慮して、非嫡出子に嫡出子の二分の一の法定相続分を認めることにより、非嫡出子を保護しようとしたものであり、法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図ったものと解される」。

④ 「現行民法は法律婚主義を採用しているのであるから、右のような本件規定の立法理由にも合理的な根拠があるというべきであり、本件規定が非嫡出子の法定相続分を嫡出子の二分の一としたことが、右立法理由との関連に

おいて著しく不合理であり、立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えたものということはできない<sup>(39)</sup>」。

(2) この決定には、中島敏次郎裁判官など五名の裁判官による反対意見が付されている。

① 「相続制度は社会の諸条件や親族各人の利益の調整等を考慮した総合的な立法政策の所産であるが、立法裁量にも憲法上の限界が存在するのであり、憲法と適合するか否かの観点から検討されるべき対象である」。

② 本件は「精神的自由に直接かかわる事項ではないが、本件規定で問題となる差別の合理性の判断は、基本的には、非嫡出子が婚姻家族に属するか否かという属性を重視すべきか、あるいは被相続人の子供としては平等であるという個人としての立場を重視すべきにかかっている」。「したがって、その判断は、財産的利益に関する事案におけるような単なる合理性の存否によってなされるべきではなく、立法目的自体の合理性及びその手段との実質的関連性についてより強い合理性の存否が検討されるべきである。しかしながら、本件においては以下に述べるとおり、単なる合理性についてすら、その存在を肯認することはできない」。

③ 「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」。しかし、「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はできない」。

④ 「本件規定が相続の分野ではあっても、同じ被相続人の子供でありながら、非嫡出子の法定相続分を嫡出子のその二分の一と定めていることは、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」。「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<sup>(40)</sup>」。

(3) この決定については膨大な量の研究がなされている。そのなかで、多数意見を理解するためには、担当調査

官による解説が参照に値する。ここでは第一に、「『区別の基準』が嫡出・非嫡出である場合」には、「『区別の対象』の性質等をも併せて考慮して審査基準を定めるべき」であり、「相続制度は基本的には財産関係の規律であること」が指摘される。調査官解説は、これまでも審査の密度を規定する要因として権利の性質に言及してきたが（本稿、註(21)の本文、註(25)の本文など）、その伝統を継ぐものである。第二に、相続制度は「社会の諸利益の調整を図った上で組み立てられるものであること、また「本件規定が補充規定にすぎない」ことなどから、「立法府の裁量の幅はたいへん広い」と指摘される。第三に、「従来の審査基準に係る議論は、限定された目的を有する人権規制立法を前提に立論された」が、「本件規定は相続制度という民事法の基本制度の基本的な骨格の一部を成す規定であって、特定の行政目的の実現のために具体的な基本的人権の行使に当たると目される行為……を直接禁止する規定であるという図式」では捉えられない、とされる<sup>(41)</sup>。判旨②で目的と手段ではなく「立法理由」と「区別」が審査されていたのは、そのような理解に基づくのであろう。「立法理由」について「合理的な根拠」を要請し、「区別」について「著しく不合理」かを審査することとしている定式化は、尊属殺判決と同様である。しかし、判旨の各箇所で立法府の裁量を強調する文章が付加されていることには注目しておく必要がある。

学説では、右のような解説よりも判決文を重視した上で、判旨③でいわれた「法律婚の尊重」が妥当するのは典型的な事例だけではないか、といったことが指摘されてきた<sup>(42)</sup>。反対意見の判旨④は「本件規定が社会に及ぼしている現実の影響」を考慮に入れた判断であるが、この観点は、後述するように(五 4 (7))、多数意見に対する根本的な批判となりうるものである<sup>(43)</sup>。

## 5 国籍取得要件と平等

- (1) 一九八四年改正後の国籍法三条一項によれば、日本国民である父から生後認知された子のうち準正のあった

子は、所定の要件を満たせば届出により日本国籍を取得するが、認知されたにとどまる子は届出によってもこれを取ることができないこととなっていた。そこで、この別異取扱いなどが憲法一四条一項に反しないかが争われた。当該規定を違憲とした二〇〇八年の大法廷判決は、平等判例の現在における到達点を示すものであるため、やや詳しく紹介しておく。なお、裁判所による救済に関する判旨は割愛したい。

①この判決は、まず、待命処分事件判決と尊属殺判決を先例として引用して、別異取扱いを正当化するために「合理的根拠」を要請する。これは両判決の、現在に至るまでの影響力を示すものである。その上で、次のようにいう。「憲法一〇条の規定は、国籍は国家の構成員としての資格であり、国籍の得喪に関する要件を定めるに当たってはそれぞれの国の歴史的事情、伝統、政治的、社会的及び経済的環境等、種々の要因を考慮する必要がある。ことから、これをどのように定めるかについて、立法府の裁量判断にゆだねる趣旨のものである」。しかし、「立法府に与えられた上記のような裁量権を考慮しても、なおそのような区別をすること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、合理的な理由のない差別として」、憲法一四条一項違反となる。

②「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もある。一方、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つ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。したがって、このような事柄をもって日本国籍取得の要件に関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」。

③「国籍法三条一項は、同法の基本的な原則である血統主義を基調としつつ、日本国民との法律上の親子関係の存在に加え我が国との密接な結び付きの指標となる一定の要件を設けて、これらを満たす場合に限り出生後におけ

る日本国籍の取得を認めることとしたものと解される。このような目的を達成するため準正その他の要件が設けられ、これにより本件区別が生じたのであるが、本件区別を生じさせた上記の立法目的自体には、合理的な根拠がある」。

④「国籍法三条一項の規定が設けられた当時の社会通念や社会的状況の下においては……同項の規定が認知に加えて準正を日本国籍取得の要件としたことには、上記の立法目的との間に一定の合理的関連性があった」。

⑤しかしながら、その後の「国内的、国際的な社会的環境等の変化」を考慮するならば、国籍法の前記規定は、「今日においては、立法府に与えられた裁量権を考慮しても、我が国との密接な結び付きを有する者に限り日本国籍を付与するという立法目的との合理的関連性の認められる範囲を著しく超える手段を採用しているものというほかなく、その結果、不合理な差別を生じさせている」<sup>(44)</sup>。

(2) 判旨の①について、調査官は、「従来の判例の立場を踏襲するもの」、尊属殺判決等と「軌を一にするもの」などと評している<sup>(45)</sup>。しかしこの判決は、一方で「国籍の得喪に関する要件」を定めることに関する立法府の裁量を強調しながらも、他方では判旨②で日本国籍が「重要な法的地位」であることと、「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から、「慎重に検討すること」を明言しており、それと対応して、判旨④⑤でも目的と区別の「合理的関連性」を審査している。こうした点は、従来の判例とは異なる。このようなことから、本判決は「学説にかなり配慮した内容になっている」<sup>(46)</sup>、などとして評価されているところである。ただし、「学説上は、差別されている権利の性格、差別事由のいづれかを考慮して違憲審査基準を設定するという立場が有力であるが、本判決は、利益の重要性と差別事由の問題性の双方を考慮することによって違憲審査の厳格度を決定している」<sup>(47)</sup>、と指摘される（強調は原文）。ここでも、アメリカ型の違憲審査基準を前提に本判決を読むことは、控えた方がよいだろう<sup>(48)</sup>。

なおこの判決が非嫡出子の相続分に関する判例を変更するきっかけとなるのかは、従来しばしば論じられてきた。最高裁は、現在のところそれを否定している。<sup>(49)</sup>

## 6 性別と平等

(1) 一四条一項後段で列挙されている事由の一つである性別は、平等の問題において大きな位置を占める。しかし、本稿で取り上げるにふさわしい最高裁判決は見出せない。「女子」のみを強姦罪の対象としている刑法一七七条の合憲性に関する判決は、判例法理の展開を追うには古すぎる。著名な女子若年定年制に関する判決は、私人間の事案である。女性の再婚禁止期間を定めた民法七三三条の合憲性が問題となった事件では、立法の不作為が国家賠償法一条一項によって争われた。その結果、判決は、立法内容の違法性と国賠法上の違法性を区別する判例法理に従って、後者についての判断を行っているため、平等判例のなかには位置づけにくい。そこで最高裁判例を素材とするという本稿の方針からは逸脱するが、確定判決であることも考慮し、ごく最近の下級審判決を取り上げた。<sup>(50)</sup>

(2) 労働者の業務上の負傷などに対する労働者災害補償保険法に基づく障害補償給付は、厚生労働省令である労働者災害補償保険法施行規則で定める補償等級に応じ、障害補償年金又は障害補償一時金として支給されることとなっている。それによると「女性の外ぼうに著しい醜状を残すもの」は第七級として、毎年給付基礎月額の一三一日分の障害補償年金が支給される。これに対し、「男性の外ぼうに著しい醜状を残すもの」は第一二級として、給付基礎日額の一五六日分の障害補償一時金が支給されるにとどまる。ただし労働省労働基準局長通達である認定基準によって、男性のほとんど顔面全域にわたる痕跡で人に嫌悪の感を抱かせる程度のものについては第七級が準用されることとされている。しかしその程度に達しない外ぼうの醜状障害については、男女間に支給に関して別異取

扱いが存在する。障害を負った男性が第七級を準用されないで認定処分されたため、平等原則に反すると主張して取消訴訟を提起した事件において、二〇一〇年の京都地裁は次のように判断した。

①まずこの判決は、待命処分事件判決と尊属殺判決を先例として挙げて、憲法一四一条一項について別異取扱いが正当化されるために「合理的根拠」を要請する。本件に関しては、「障害等級表の策定については、解剖学的、生理学的観点から労働能力の喪失の程度を分類し、格付けを行う必要がある、複雑多様な高度の専門的技術的考察が必要である」ため、「障害補償給付を受ける権利への制約に関する厚生労働大臣の裁量は、表現行為や経済活動などの人権への制約場面に比し比較的広範である」という基本的立場を示す。その上で、「本件差別的取扱いについて、その策定理由に合理的根拠があり、かつ、その差別が策定理由との関連で著しく不合理なものではなく、厚生労働大臣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場合には合憲である」と論ずる。

②国勢調査の結果は、「外ぼうの醜状障害が第三者に対して与える嫌悪感、障害を負った本人が受ける精神的苦痛、これらによる就労機会の制約、ひいてはそれに基づく損失でん補の必要性について、男性に比べ女性の方が大きいという事実的・実質的な差異につき、顕著ではないものの根拠になり得る」。「また、外ぼうの醜状障害により受ける影響について男女間に事実的・実質的な差異があるという社会通念があるといえなくはない」。「そうすると、本件差別的取扱いについて、その策定理由に根拠がないとはいえない」。

③しかし、本件差別的取扱いの程度には五級の差があり、しかも「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ことの不合理さは著しく、また「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い」。これらのことから、「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」として、「障害等級表の本件差別的取扱いを定める部分」は違憲であ



り、それに基づく本件処分は違法である。<sup>(53)</sup>

(3) この判決は、「本件差別的取扱い」には一応の根拠はあるとしつつ、「差別的取扱いの程度」を違憲とした点で、尊属殺判決と同類型のものである。国籍法判決後の判断であるにもかかわらず尊属殺判決を先例として挙げている一つの理由は、このことによるのだろうか。この判決が尊属殺判決を援用しているのは「合理的根拠」の要請を述べた箇所であるが、むしろこの点における共通性に注目すべきである。もともと、尊属殺判決は法律を違憲としたものであるが、この判決は厚生労働省令が判断対象であったという違いがある。またこの判決では、問題を障害補償制度の形成として捉えることも可能であったにもかかわらず、「障害補償給付を受ける権利への制約」に関する「差別的取扱い」だという捉え方がされていることにも注意を要する。そのことからしても、この判決も男女間の別異取扱いについて疑問を示しているように（判旨<sup>(54)</sup>）、むしろ別異取扱い自体に合理的根拠がないという判断となる可能性を内包していたのであるから、そう判断すべきだったように思われる。

## 7 小 結

何を平等原則の問題として論ずるべきかは、困難な課題である。例えば、公務員の自動失職規定の合憲性は、職業の自由のような実体的権利の制約として論ずるのが端的であるように思われる。また退職手当条例の合憲性については、財産権が素直な論点であったのではないか。平等原則と実体的権利の競合という問題については、**五**で再論したい。

本章では、待命処分事件判決または尊属殺判決を明示的に先例として挙げている諸判決のなかから、主要なものを取り上げた。しかし、両判決の先例としての重みには差がある。待命処分事件判決は、本章で扱ったすべての判決が先例として挙げているが、尊属殺判決を明示的に援用しているのは、国籍法判決と障害補償給付判決だけであ

る。しかもこの二つの判決も、尊属殺判決を援用するのは「合理的根拠」の要請を確認する際であり、「二段構え」の審査に際してではない。

このことが示すように、待命処分事件判決で示された、一四一条一項の保障(妥当)範囲を広く捉え、別異取扱いを正当化するためには「合理的根拠」を必要とするという見解は、その後の判例でも一貫して維持されている。これに対し、尊属殺判決の採用した「二段構え」の正当化審査の手法は、受け継がれている場合もあるものの、そうでない場合もある。判断対象が処分であったり立法不作為であったりする場合、「目的」と「手段」が分離できない場合が多く、「二段構え」の審査がなされにくいという事情がある。また、「二段構え」の審査手法が受け継がれている判決においても、目的・手段という捉え方はほとんどされていない。<sup>(55)</sup>むしろサラリーマン税金訴訟判決のような、「立法目的」と「区別の態様」という「二段構え」の審査が多く、また非嫡出子相続分決定では「立法理由」と「区別」が審査されている。ここには単に用語の使い方の問題にとどまらない考慮があった。さらに、尊属殺判決はそもそも「別異取扱い」と「別異取扱いの程度」を「二段構え」で審査していたことにも留意すべきである。平等判例における尊属殺判決の先例性の重みはこの点からも疑問とされる余地があった。しかし、「差別的取扱いの程度」を一四一条一項に反するとした障害補償給付判決は、尊属殺判決の枠組みを再現したものであった。ただし、これらの判決でも、むしろ「別異取扱い」自体を違憲とすべきであったという評価は、十分成立し得る。

確かに尊属殺判決でも、立法者の裁量を暗黙のうちに意識した行論がなされてはいる。しかし、この段階では強調されてはいなかった裁量論が、その後の判例では前面に出てくるようになる(三1、4、5)。このことともかわり、別異取扱いの正当化審査の密度も事案によってさまざまである。調査官はしばしば、これをかわりとなっている権利の性質から説明してきた。これに対して国籍法判決は、区別の理由と利益の重要性の双方から「慎重な検討」を行っている。この審査密度の決定の仕方は、今後の別異取扱いの正当化審査における範型となり得るもの

であろう。

しかし最高裁における平等審査は、先に挙げた基本判決とは離れたところで行われることもある。次章では、この系列の判例を追うこととしたい。

- (23) 最大判一九八五（昭和六〇）年三月二七日民集三九卷二四七頁（二五七頁以下）。この判決については、さしあたり、廣澤民生「所得税の不平等」高橋ほか編・前掲註(15)七〇頁以下。
- (24) 民集三九卷二四七頁（二六二頁以下）。
- (25) 泉徳治「解説」『最高裁判所判例解説 民事篇 昭和六〇年度』（法曹会、一九八九年）九一頁。
- (26) 伊藤正己「裁判官と学者の間」（有斐閣、一九九三年）一〇二頁は、「補足意見が法廷意見の補足という形をとりながら、それを一歩ふみだすことがある」としているが、この補足意見もそうした例であろう。関連して、常本・前掲註(4)・到達点五八〜五九頁。
- (27) 最判一九八九（平成元）年一月一七日判時一三〇三号一三九頁（四二〜四三頁）。この判決については、和田進「地方公務員法二八条四項、一六条二号（失職規定）の合憲性」『平成元年度重要判例解説』（有斐閣、一九九〇年）一八頁以下。
- (28) この判決は、公務員の政治的行為を禁止する国家公務員法一〇二条が憲法一四条一項に適合すると判断した、最大判一九五八（昭和三三）年三月二日刑集一二卷三五〇一頁を先例として挙げている。この判決は、公務員が「全体の奉仕者」であることなどを指摘した上で、「これが即ち、国家公務員法一〇二条が一般職に属する公務員について、とくに一党一派に偏するおそれのある政治活動を制限することとした理由であつて、この点において、一般国民と差別して処遇されるからといつて、もとより合理的根拠にもとづくものであり、公共の福祉の要請に適合するものであつて、これをもつて所論のように憲法一四条に違反するとすべきではない」という。
- (29) 和田・前掲註(27)一九頁、森英樹「公務員の自動失職制度の合憲性」法学セミナー四一六号（一九八九年）九四頁など。
- (30) 最判二〇〇〇（平成一二）年二月一九日判時一七三七号一四一頁（一四四頁）。この判決については、花見常幸「退職手当条例の合憲性」『平成二二年度重要判例解説』（有斐閣、二〇〇一年）一〇頁以下。
- (31) 阿部泰隆「執行猶予付き禁固刑による公務員の失職の適用違憲性」判タ九五五号（一九九八年）五八頁。
- (32) 阿部・前掲註(31)六〇頁。
- (33) 最判一九九二（平成四）年四月二八日判時一四二二号九一頁（九三頁以下）。この判決については、さしあたり、館田晶子「国籍条項の合憲性」高橋ほか編・前掲註(15)一八頁以下。
- (34) 判時一四二二号九一頁（九四〜九五頁）。

- (35) 最近では、宍戸常寿「統治行為論について」浦田一郎ほか編『立憲平和主義と憲法理論 山内敏弘先生古稀記念論文集』（法律文化社、二〇〇一年）二四九頁註(9)。
- (36) 館田・前掲註(33)一九頁、阿部浩己「台湾人元日本兵らの戦死傷と国家補償」ジュリスト一〇四〇号(一九九四年)一四〇〜一四二頁、高野幹久「国籍条項の合憲性」菅部信喜ほか『憲法判例百選Ⅰ〔第四版〕』（有斐閣、二〇〇〇年）一九頁、宇賀克也『国家補償法』（有斐閣、一九九七年）五〇六頁など。
- (37) 参照、棟居快行「平等原則と立法裁量」L S憲法研究会編『プロセス演習 憲法〔第3版〕』（信山社、二〇〇七年）四四四頁以下。
- (38) 最判二〇〇一年(平成一三)年四月五日判時一七五一号六八頁、最判二〇〇一年(平成一三)年一月一六日判時一七七〇号八六頁、最判二〇〇二年(平成一四)年七月一八日判時一七九九号九六頁、最判二〇〇四年(平成一六)年一月一六日判時一八七九号五八頁など。一連の判決については、永田秀樹「戦争損害論」と日本国憲法 佐藤幸治ほか編『現代社会における国家と法——阿部照哉先生喜寿記念論文集』（成文堂、二〇〇七年）一六一頁以下が、表題の視点から詳細な分析を行っている。立法による対応について、簡単には、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣、二〇〇九年）五六五頁以下。
- (39) 最大決一九九五(平成七)年七月五日民集四九卷七号一七八九頁(一七九四頁以下)。さしあたり、青柳幸一「嫡出性の有無による法定相続分差別」高橋ほか編・前掲註(15)六四頁以下。
- (40) 民集四九卷七号一七八九頁(一八〇四頁以下)。
- (41) 野山宏「解説」『最高裁判所判例解説 民事篇 平成七年度(下)』（法曹会、一九九八年）六七〇〜六七二頁。
- (42) 例えば、初宿正典「平等原則の《適用》問題としての非嫡出子相続分差別」佐藤幸治ほか編・前掲註(38)一六頁以下。なお、この論文の一八九頁以下では、被相続人は生前婚姻をしたことがなく、相続人が実子である非嫡出子と養子である場合において、非嫡出子が被相続人の全財産を相続した養子に対して遺留分減殺請求権を行使した事案における第一審が、民法一〇四四条、九〇〇条四号ただし書き前段を違憲と判断したことが、共感をもって紹介されている。これに対して、この事件の二審は、最近、適用違憲とする判断を行った。東京高判二〇一〇(平成二二)年三月一〇日判タ一三二四号二二頁。
- (43) この反対意見については、石川健治「民法九〇〇条四号但書は合理的理由のない差別とはいえず憲法一四一条一項に反しない」法学協会雑誌一一四卷二二号(一九九七年)一五四九頁以下、木村・前掲註(11)五七頁以下など、多数の文献が論じている。
- (44) 最大判二〇〇八(平成二〇)年六月四日民集六二卷六号一三六七頁(一三七〇頁以下)。さしあたり、山元一「国籍法違憲大法廷判決」『平成二〇年度重要判例解説』(有斐閣、二〇〇九年)一三頁以下。国籍法に関する憲法判例史の概観として、渡辺康行「憲法一〇条」菅沢斉ほか編『新基本法コンメンタール 憲法』(日本評論社、近刊)。
- (45) 森英明「解説」法曹時報六二卷七号(二〇一〇年)一九八四〜一九八六頁。
- (46) 高橋和之ほか「鼎談」国籍法判決をめぐって」ジュリスト一三六六号(二〇〇八年)五五頁(高橋発言)。

- (47) 市川正人「判批」判例評論五九九号（二〇〇九年）一六六頁。
- (48) 松本和彦「判批」民商法雑誌一四〇巻一号（二〇〇九年）七二七三頁。
- (49) 最決二〇〇九（平成二二）年九月三〇日判時二〇六四号六一頁。二〇一〇年七月に新たな事件が大法廷に回付されたため、判例変更の可能性が取りざたされた。しかし二〇一一年三月に、相統に関して裁判外の和解が成立したことがわかったため、憲法判断がなされずに訴訟は終結した。参照、渡辺康行「憲法判例の動き」『平成二二年度重要判例解説』（有斐閣、二〇一一年）三頁。
- (50) 最大判一九五三（昭和二八）年六月二四日刑集七巻六号一三六六頁。
- (51) 最判一九八一（昭和五六）年三月二四日民集三五巻二号三〇〇頁。
- (52) 最判一九九五（平成七）年二月五日判時一五六三号八一頁。
- (53) 京都地判二〇一〇（平成二二）年五月二七日判タ一三三二号一〇七頁。この判決は、障害等級表を違憲とし、それに基づく処分も違法とした。しかし、男性に適用される新たな補償基準については、判断していない。なお、この訴訟の前に同様の問題を論じていた文献として、工藤達郎「憲法の勉強」〈尚学社、一九九九年〉二五二頁以下、新井誠「日本法における外貌醜状痕の障害補償算定基準の男女格差をめぐる憲法問題」〈釧路公立大学地域研究一四号（二〇〇五年）一〇九頁以下。
- (54) 新井誠「顔の傷」補償の男女間格差をめぐる京都地裁違憲判決」法学セミナー六六九号（二〇一〇年）三四頁以下、倉田玲「障害等級表の外はう醜状障害に関する男女格差が不合理な性差別とされた事例」速報判例解説編集委員会「編」『速報判例解説』2010（日本評論社、二〇一一年）二七頁以下、巻末矢紀「労災補償における外はうの醜状障害に関する男女差別」法学教室三六五号別冊付録『判例セレクト二〇一〇―I』（二〇一一年）七頁。
- (55) 国籍法判決は、「立法目的」と「区別」の審査とする場合と（三二五①②③）、「立法目的」と「手段」という捉え方をする場合（三二五①⑤）を併存させている。

#### 四 基本判例の射程外の平等判決

##### 1 条例による地域ごとの取扱いの差異

(1) 東京都売春取締条例により起訴された被告人が、売春取締のような一般的処罰規定を条例に任せると、居住地により規定が異なることになり平等原則に反すると主張した事件において、一九五八年の最高裁判決は次のよう

にいう。

「憲法が各地方公共団体の条例制定権を認める以上、地域によつて差別を生ずることは当然に予期されることであるから、かかる差別は憲法みずから容認するところであると解すべきである」<sup>(56)</sup>。

こうして多数意見は、条例による地域的別異取扱いはいわば憲法上正当化されているため一四一条一項の保障（妥当）範囲外だ、という立場を示した。この見解は、その後の判例でも一貫して踏襲されている<sup>(57)</sup>。

(2) この判決には、二名の裁判官による次のような補足意見が付いていた。

「憲法が各地方公共団体に、条例制定権を認めているからといつて、当然に、各条例相互間に憲法一四一条の原則を破る結果を生ずることまでも、憲法が是認しているものと解すべきではなく、各条例が各地域の特殊な地方の実情その他の合理的根拠に基いて制定され、その結果生じた各条例相互間の差異が、合理的なものとしては認めせられて始めて、合憲と判断すべきものと考える」<sup>(58)</sup>。

しかし、この補足意見には学説による批判が強い。「条例の定立について法の下の平等の原理がおよぶということとは、ある条例に規定された内容がこの原理に反するか否かということであつて、同一事項について二以上の地方公共団体が各々の条例によつて異なる規制をした場合に、その条例相互間の取扱上の相異（不平等）に対して適用されるものではない」<sup>(59)</sup>、という指摘である。こうして判例・学説ともに、条例による地域的別異取扱いはそもそも平等の問題を生じさせないとみる点で、ほぼ一致している。

## 2 投票価値の平等

(1) 投票価値の平等をめぐるのは、膨大な数の判決が積み重なっている。そのなかで現在に至るまでの判例法理の一つの基本型を作ったのは、中選挙区時代の衆議院議員定数不均衡を違憲とした最高裁の一九七六年判決であ

る。

①この判決の出発点は、「選挙権の内容、すなわち各選挙人の投票の価値の平等もまた、憲法の要求するところ」だとする理解にある。しかし、「投票価値の平等は、各投票が選挙の結果に及ぼす影響力が数字的に完全に同一であることまでも要求するものと考えられることはできない。けだし、投票価値は、選挙制度の仕組みと密接に関連し、その仕組みのいかんにより、結果的に右のような投票の影響力に何程かの差異を生ずることがあるのを免れないからである」と、立法者による仕組みの決定に投票価値の平等の要請が依存することを述べる。より詳しくは、こうである。

②「代表民主制の下における選挙制度は……それぞれの国において、その国の事情に即して具体的に決定されるべきものであり、そこに論理的に要請される一定不変の形態」は存在しない。日本国憲法を、「両議院の議員の各選挙制度の仕組みの具体的決定を原則として国会の裁量にゆだねている」。それゆえ、「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、衆議院及び参議院それぞれについて他にしんじやくすることのできる事項をも考慮して、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のであり、投票価値の平等は……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」である。

それに続いて、当該議員定数配分規定の合憲性について判断される。

③衆議院議員選挙では、「中選挙区単記投票制」が採用されている。これは、「原則として選挙人の多数の意思の反映を確保しながら、少数者の意思を代表する議員の選出の可能性をも残そうとする趣旨に出たものと考えられるが、このような政策的考慮に立つ選挙制度の採用が憲法上国会の裁量権の範囲に属することは、異論」がない。

④しかし、「具体的に決定された選挙区割と議員定数の配分の下における選挙人の投票価値の不等が、国会において通常考慮しうる諸般の要素をしんしゃくしてもなお、一般的に合理性を有するものとはとうてい考えられない程度に達しているときは、もはや国会の合理的裁量の限界を超えているものと推定されるべきものである」。

⑤「本件議員定数配分規定は、主として昭和三十九年法律第一三二号による公選法の一部改正にかかるところが、昭和四七年一二月一〇日の本件選挙当時において、「その開きは、約五対一の割合に達していた」。このような投票価値の不等は、「選挙権の平等の要求に反する」、というのである。<sup>(60)</sup>

(2) この判決は、先例をまったく引照していない。平等判例としては、先行している尊属殺判決の枠組みとはかなり異なった構造をもっている。これは判断対象である選挙制度に原則的な形態がないことから、立法者による制度構築に基本的にゆだねられたものであるという理解による(判旨②)。判決は国会の裁量権を前提として、投票価値の平等がそれに限界を画すという形で書かれている。<sup>(61)</sup> 目的・手段審査は行われない。この判決は、判断対象となった不平等が立法者の合理的裁量の限界を超えているものとした。その限界づけの論理は、判旨③で中選挙区制への選択を承認した後、判旨⑤で示されているように、公選法改正が不均衡を二倍以下にとどめることを目的としたにもかかわらず、現状は五対一の割合に達していた、と論ずることを特色とする。これは「投票価値の平等」が立法者の裁量を外側から限界づけたというよりも、むしろ「首尾一貫性」の統制、「立法者の自己拘束」の論理である。<sup>(62)</sup> この「首尾一貫性」「立法者の自己拘束」の論理は、立法者による制度形成・制度構築をいわば内側から限界づける道具立てとして、注目すべきものと思われる。<sup>(63)</sup>

### 3 社会保障と平等



(1) 社会保障の領域における平等の問題にかかわる指導的判例は、一九八二年の堀木訴訟判決である。この事件は、障害福祉年金を受給していた者が、児童扶養手当法（昭和四八年法律第九三号による改正前のもの）に基づく児童扶養手当の受給資格の認定を請求したところ、同法四条三項三号による併給禁止規定に該当するとして、受給資格を欠くとされたため、この併給禁止条項が憲法二五条、一四条一項に反するとして提訴されたものである。一審では当該条項が一四条一項違反とされたが、二審では原告が敗訴した。最高裁における一四条一項に関する争点は、併給禁止条項が障害福祉年金受給者である母と、そうでない母を区別していることが正当化されるかどうか、という点にあった。しかし最高裁は、むしろ憲法二五条から論じている。

① 「憲法二五条の規定は、国権の作用に対し、一定の目的を設定しその実現のための積極的な発動を期待するという性質のものである。しかも、右規定にいう『健康で文化的な最低限度の生活』なるものは、きわめて抽象的・相対的な概念であつて……多方面にわたる複雑多様な、しかも高度の専門技術的な考察とそれに基づいた政策的判断を必要とするものである。したがつて、憲法二五条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定は、立法府の広い裁量にゆだねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合を除き、裁判所が審査判断するのに適しない事柄である」。

② 国民年金法上の障害福祉年金と児童扶養手当は、「受給者に対する所得保障」であるという点で「同一の性格を有する」。複数事故の場合、「事故が二以上重なつたからといつて稼働能力の喪失又は低下の程度が必ずしも事故の数に比例して増加する」とはいえない。「このような場合について、社会保障給付の全般的公平を図るため公的年金相互間における併給調整を行うかどうかは、さきに述べたところにより、立法府の裁量の範囲に属する事柄と見るべきである」。その上で、一四条一項に関して次のようにいう。

③ 「本件併給調整条項の適用により、上告人のように障害福祉年金を受けることができる地位にある者とそのよ

うな地位にない者との間に児童扶養手当の受給に関して差別を生ずることになるとしても、さきに説示したところに加えて原判決の指摘した諸点、とりわけ身体障害者、母子に対する諸施策及び生活保護制度の存在などに照らして総合的に判断すると、右差別がなら合理的理由のない不当なものであるとはいえないとした原審の判断は、正当として是認することができる<sup>(64)</sup>。

(2) この判決も、一四条一項に関する判断に際しては、何らの先行判例も援用していない。もつとも、この判決が下敷きしている原審判決は、待命処分事件判決を引用し、「合理的根拠」要請論を確認している<sup>(65)</sup>。最高裁もこの立場を変更するものではないだろう<sup>(66)</sup>。他方、「二段構え」の審査は、原審でも最高裁でもなされていない。従来<sup>(67)</sup>の学説は、最高裁判決を「最小限度の合理性基準」に拠つたものと捉えた上で、福祉立法について平等原則適合性が問われた場合には「厳格な合理性」基準を用いるべきだという方向で論じてきた。そのような研究が当時有していた意義は評価されるべきであるが、社会保障のような、権利の実現が立法者による制度形成に依存する領域では、「首尾一貫性」の審査や「判断過程統制」など、そこに特有の審査手法が模索されてもよいように思われる。なお、堀木訴訟判決による「立法院の広い裁量」を強調する判断は、近年の学生無年金訴訟判決でもそのまま維持されて<sup>(68)</sup>おり、現在でも大きな影響力をもっている。

#### 4 選挙運動と平等

(1) 一九九四年の公職選挙法改正により、衆議院議員の選挙制度がそれまでの中選挙区単記投票制から小選挙区比例代表並立制に改められた。これに伴い選挙運動の主体、手段等についても、改正が行われた。改正法では、小選挙区選挙において、候補者のほかに候補者届出政党にも選挙運動が認められた。それにより、候補者届出政党に所属する候補者とこれに所属しない候補者との間に選挙運動の上で差異が生じることとなった。このことの合憲性

が争われた事件において、一九九九年の大法廷判決は次のようにいう。

①「衆議院議員の選挙制度の仕組みの具体的決定は、国会の広い裁量にゆだねられているところ」、「選挙運動をいかなる者にいかなる態様で認めるかは、選挙制度の仕組みの一部を成すものとして、国会がその裁量により決定することができる」。「選挙制度を政策本位、政党本位のものとすることに伴って、小選挙区選挙においては、候補者届出政党に所属する候補者とこれに所属しない候補者との間に、選挙運動の上で実質的な差異を生ずる結果となっている」。「被選挙権又は立候補の自由が選挙権の自由な行使と表裏の關係にある重要な基本的人権であることにかんがみれば、憲法は、各候補者が選挙運動の上で平等に取り扱われるべきことを要求しているというべきであるが、合理的理由に基づくと認められる差異を設けることまで禁止しているものではない」。

②「政党その他の政治団体にも選挙運動を認めること自体は、選挙制度を政策本位、政党本位のものとすることを国会が正当に考慮し得る政策的目的ないし理由によるものであると解されるのであって、十分合理性を是認し得る」。

③そうである以上、「候補者届出政党に所属する候補者とこれに所属しない候補者との間に選挙運動の上で差異を生ずることは避け難いところであるから、その差異が一般的に合理性を有するとは到底考えられない程度に達している場合に、初めてそのような差異を設けることが国会の裁量の範囲を逸脱するというべきである」。

④「自動車、拡声機、文書図画等を用いた選挙運動や新聞広告、演説会等についてみられる選挙運動上の差異は、候補者届出政党にも選挙運動を認めたことに伴って不可避的に生ずるといえる程度のものであり」、「候補者届出政党に所属しない候補者もそうした選挙運動や新聞広告、演説会等を行うことができるのであって、「それ自体が選挙人に政見等を訴えるのに不十分であるとは認められないことにかんがみれば、右のような選挙運動上の差異を生ずることをもって、国会の裁量の範囲を超え、憲法に違反するとは認め難い」。

⑤ 「もつとも、改正公選法一五〇条一項が小選挙区選挙については候補者届出政党にのみ政見放送を認め候補者を含むそれ以外の者には政見放送を認めないものとしたことは、政見放送という手段に限ってみれば、候補者届出政党に所属する候補者とこれに所属しない候補者との間に単なる程度の違いを超える差異を設ける結果となる」。しかしながら、「政見放送は選挙運動の一部を成すにすぎず、その余の選挙運動については候補者届出政党に所属しない候補者も十分に行うことができるのであって、その政見等を選挙人に訴えるのに不十分とはいえないことに照らせば、政見放送が認められないことの一事をもって、選挙運動に関する規定における候補者間の差異が合理性を有するとは到底考えられない程度に達しているとはまでは断定し難い」<sup>(69)</sup>。

(2) この判決には、河合伸一裁判官など五名の裁判官による反対意見があった。

① 「選挙権を自由かつ平等に行使する権利は極めて重要な基本的人権であるから、これと表裏の関係にある被選挙権、すなわち国会議員に立候補する権利を自由かつ平等に行使することができることもまた重要な基本的人権である」。「被選挙権の内容には、当選を目的として選挙運動を行う権利が含まれていることは当然であるから、憲法は、合理的な理由がない限り、選挙運動を行うに当たり、すべての候補者が平等に取り扱われるべきことを要請している」。

② 「選挙運動を行う上で平等であるということ」には、「選挙運動に当たり、候補者は……特定の政党又は政治団体に所属するか否かによって差別されないことも当然含まれる」。

③ 「選挙制度を政策本位のものとするのが望ましいとしても、これを政党本位のものとするについては、別途検討を要する」。「較差の程度と内容を検証してみると」、特に、改正公選法一五〇条一項が「質量共に大きな較差を設け」ているため、「候補者届出政党に所属する候補者の受ける利益は、候補者届出政党にも選挙運動を認めたことによって不可避的に生じる程度にすぎないというのは、あまりにも過小な評価といわざるを得ず、候補者

届出政党に所属する候補者と、これに所属しない候補者との間の選挙運動上の較差は、合理性を有するとは到底いえない程度に達している<sup>(70)</sup>。

(3) この判決も、前記の争点に関しては、先行判決を引照していない。しかし、「政策的目的ないし理由」とそれによって生じた「差異」について、「二段構え」の正当化審査をしている点に特色がある。これは、本件判断の対象が新たに導入した制度であるため、両者の関係が明確だ、という事情によるものと思われる。また判決は、前者については「合理性」の有無、後者については「一般的に合理性を有するとは到底考えられない程度に達している」か、に関する審査を行った。後者は、「およそ他に例を見ない<sup>(71)</sup>」と評されるほど緩いものであったが、同一の論点を扱った近年の判決では、「合理性を有するとは考えられない程度に達している」かという定式に変更されている<sup>(72)</sup>。これに対して反対意見は、選挙運動の権利の重要性を強調することにより、別異取扱いの正当化審査の審査密度を厳格化しようとする（反対意見<sup>(1)</sup>）。これは、選挙運動に関する規定を、多数意見とは異なり、選挙制度の形成という観点からではなく、権利の制限という観点からみたものともいえるし、選挙制度の形成を平等原則によって外側から枠づけたともいえるものである<sup>(73)</sup>。憲法学界では、選挙運動の規制は表現の自由の制限の問題だとみるのが通説的見解だと思われる。

## 5 地方公共団体における管理職昇進と平等

(1) 東京都に保健師として採用された者が、管理職選考を受験しようとした。しかし、日本国籍を有しないことを理由に受験が認められなかった。この者が平等原則違反などを理由として国家賠償を請求した事件において、二〇〇五年の最高裁は次のように述べた。

①「普通地方公共団体は、職員に採用した在外外国人について、国籍を理由として、給与、勤務時間その他の勤

務条件につき差別的取扱いをしてはならないものとされており（労働基準法三条、一一二条、地方公務員法五八条三項）、地方公務員法二四条六項に基づく給与に関する条例で定められる昇格……等も上記の勤務条件に含まれる」。「しかし、上記の定めは、普通地方公共団体が職員に採用した在留外国人の処遇につき合理的な理由に基づいて日本国民と異なる取扱いをする事まで許されないとするものではない。また、そのような取扱いは、合理的な理由に基づくものである限り、憲法一四一条一項に違反するものでもない」。

② 「公権力行使等地方公務員の職務の遂行は、住民の権利義務や法的地位の内容を定め、あるいはこれらに事実上大きな影響を及ぼすなど、住民の生活に直接間接に重大なかわりを有する」。「それゆえ、国民主権の原理に基づき、国及び普通地方公共団体による統治の在り方については日本国の統治者としての国民が最終的な責任を負うべきものであること（憲法一条、一五一条一項参照）に照らし、原則として日本の国籍を有する者が公権力行使等地方公務員に就任することが想定されているとみるべきである」。

③ 「そして、普通地方公共団体が、公務員制度を構築するに当たって、公権力行使等地方公務員の職とこれに昇任するのに必要な職務経験を積むために経るべき職とを包含する一体的な管理職の任用制度を構築して人事の適正な運用を図ることも、その判断により行うことができる」。「そうすると、普通地方公共団体が上記のような管理職の任用制度を構築した上で、日本国民である職員に限って管理職に昇任することができることとする措置を執ることとは、合理的な理由に基づいて日本国民である職員と在留外国人である職員とを区別するものであり、上記の措置は、労働基準法三条にも、憲法一四一条一項にも違反するものではない」。

④ 当時、東京都においては、「管理職に昇任した職員に終始特定の職種の職務内容だけを担当させるという任用管理を行って」いなかったのであるから、「上記の管理職の任用制度を適正に運営するために必要があると判断して、職員が管理職に昇任するための資格要件として当該職員が日本の国籍を有する職員であることを定めたとして

も、合理的な理由に基づいて日本の国籍を有する職員と在留外国人である職員とを区別するものであ<sup>(74)</sup>る。

(2) この判決には二つの反対意見が付されていたが、泉裁判官によるものは、従来の学説における通説的な見解にかなり忠実に従ったものであった。

① 「地方公共団体が、自己統治の原理に従い自治事務を処理・執行するという目的のため、特別永住者が一定範囲の地方公務員となることを制限する場合には、正当な目的によるものといふことができ、その制限が目的達成のため必要かつ合理的な範囲にとどまる限り、上記制限の合憲性を肯定することができる」。

② これに対して、「特別永住者の法的地位、職業選択の自由の人格的側面、特別永住者の住民としての権利等を考慮すれば、自治事務を適正に処理・執行するという目的のために、特別永住者が自己統治の過程に密接に係る職員以外の職員となることを制限する場合には、その制限に厳格な合理性が要求されるべきである。換言すると、具体的に採用される制限の目的が自治事務の処理・執行の上で重要なものであり、かつ、この目的と手段たる当該制限との間に実質的な関連性が存することが要求され、その存在を地方公共団体の方で論証したときに限り、当該制限の合理性を肯定すべきである」。

③ 本件では、「課長級の職には、自己統治の過程に密接に係る職員以外の職員が相当数含まれている」ため、管理職選考の受験拒否は、「過度に広範な制限」であり、合理性がない。また東京都が行っていた前記の任用管理には「重要性を有する目的」はなく、目的と手段の間に「実質的な関連性」もない<sup>(75)</sup>。

(3) この判決も何らの先行判決も援用していない。判決は判旨①で、実質的には待命処分事件判決に従い、別異取扱いの正当化に際して「合理的根拠」の要請論を用いているが、「二段構え」の審査は行っていない。その一つの理由として考えられうるのは、この判決の対象が「措置」だということである。具体的には、東京都が一審原告に対し、平成六年度および七年度に実施した管理職選考の受験を認めなかったということであり、より詳しく言え

ば、平成六年度選考実施要領は国籍要件を明記していなかったが原告の上司が申込書の受領を拒否することにより、平成七年度は実施要領に国籍要件を明記することにより、両年度とも同人の受験を認めなかったということがある。目的と手段を当該「措置」自体に求めるとすれば、両者は一体化しているためあえて分離して審査する必要はない。これに対して、泉裁判官は目的と手段の審査を行っていた。泉裁判官は、目的を「自己統治の原理に従い自治事務を処理・執行する」という形で抽象化して捉えているため、手段審査が可能となっているのである。

多数意見における「合理性」の審査密度が緩いのは、当該「措置」を地方公共団体による「管理職任用制度」の構築の問題だと捉えている(判旨③)ことによるものと思われる。<sup>(76)</sup>これに対して泉裁判官の反対意見は、事案を「特別永住者の権利制限」問題だとして捉えたために、審査密度が厳格化したのである。

## 6 小 結

本章は、基本判例の射程外と位置づけられ得る平等関係判決を取り扱ってきた。もともとそれは、待命処分事件判決と尊属殺判決を援用しているかどうかという、形式的な観点によるものである。どこまで最高裁による判例の系譜関係を信頼してよいのかには、疑問はある。例えば、堀木訴訟最高裁判決は、先例を援用していないが、下敷きとなっている高裁判決は待命処分事件判決を参照しているといった事情も考慮しなければならない。また、待命処分事件判決が示した一四一条一項の保障(妥当)範囲を広く解する考え方や、別異取扱いの正当化を「合理性」の有無で判断するという手法は本章で扱った判例においても一貫して継承されている。これに対して、尊属殺判決による「二段構え」の正当化審査の手法は、必ずしもそうではない。二つの判決を判例の基本とみても、基本性の在りようは同一ではない。

本章で扱った諸判例に共通する点は、最高裁が選挙制度、社会保障制度、公務員制度など、立法者や地方公共団



体による制度の構築にかかわる平等問題が判断の対象となっておりと理解していることである（四二(1)判旨①②、三(1)判旨①、四(1)判旨①、五(1)判旨③を参照）。そのため、制度形成に関する立法者などの裁量が前提とされ、その裁量を平等原則によって枠づけることができるかが問題となっている。この点が待命処分事件判決や尊属殺判決との大きな相違である。事案を制度形成の問題として捉えると、裁判所による審査密度は緩くなりがちである。そのため、諸判決が扱った争点を制度形成の問題として捉えるか、権利制限の問題として捉えるか自体が争われる。判決における多数意見と反対意見の分岐はそこにかかるとが多い。選挙運動の平等（四四(2)、管理職昇進判決（四五(2)）に付せられた反対意見は、問題を権利制限という観点から論じた代表例と位置づけることができる。また事案を制度形成の問題として捉えた場合には、裁量審査のために「立法者の自己拘束」や「首尾一貫性」の審査、「判断過程統制」といった手法を開拓する必要がある。投票価値の平等に関する一九七六年判決（四二）は、そのような観点から読み直すことができるだろう。<sup>(77)</sup>

(56) 最大判一九五八（昭和三三）年一〇月一五日刑集一二卷一四号三三〇五頁（三三〇七頁）。さしあたり、安西文雄「地域による取扱いの差異と地方自治」高橋ほか編・前掲註（15）七二頁以下。

(57) 例えば、最大判一九八五（昭和六〇）年一〇月二三日刑集三九卷六号四一三頁（福岡県青少年保護育成条例事件）、最判一九八九（平成元）年九月一九日刑集四三卷八号七八五頁（岐阜県青少年保護育成条例事件）など。なお、裁判例とはなっていないが、世襲による天皇制は、平等の保障（爰註）範囲が憲法上限定されている典型例である。

(58) 刑集二卷一四号三三〇五頁（三三〇九頁）。

(59) 久世公堯「地域的取扱の不平等」『憲法判例百選』（有斐閣、一九六三年）二九頁、酒井吉栄「地域的取扱いの不平等」芦部信喜・高橋和之編『憲法判例百選Ⅰ（第二版）』（有斐閣、一九八八年）五九頁、安西・前掲註（56）七三頁など。これに対して、長谷部・前掲註（10）一七五頁は、「全国一律の規律が要請される事柄や、地域によって規制の必要性にさほど違いのない事柄について、条例の間で扱いが異なっている場合には、より厳しい、あるいはより広汎な規制を行う条例は、必要な限度を超える規制として合理性を欠き憲法一四条に反するとされる場合もありうる」という。

- (60) 最大判一九七六(昭和五一)年四月一四日民集三〇卷三号二二三頁(二四一頁以下)。さしあたり、山元一「議員定数不均衡と選挙の平等」高橋和之ほか編『憲法判例百選Ⅱ「第5版」』(有斐閣、二〇〇七年)三三六頁以下。
- (61) 越山安久「解説」『最高裁判所判例解説 民事篇 昭和五十一年度(法曹会、一九七九年)一四五頁。
- (62) 安念潤司「いわゆる定数訴訟について(二)」成蹊法学二五号(一九八七年)八九頁、宍戸常寿「憲法 解釈論の応用と展開」(日本評論社、二〇一二年)一八四頁も同趣旨。
- (63) 渡辺・前掲註(7)二六六、二六八頁、二八七、二八九頁。
- (64) 最大判一九八二(昭和五七)年七月七日民集三六卷七号二二三五頁(二三八頁以下)。さしあたり、尾形健「障害福祉年金と児童扶養手当との併給禁止」高橋ほか編・前掲註(60)三〇〇頁以下。
- (65) 大阪高判一九七五(昭和五〇)年一月一〇日民集三六卷七号一四五二頁(一四七八頁以下)。
- (66) 社会保障の領域における別異取扱いを争点としたその後の最高裁判決でも、待遇処分事件判決は援用されている。例えば、塩見訴訟に関する最判一九八九(平成元)年三月二日判時二六三号六八頁(七〇頁)、註(68)で言及する学生無年金訴訟判決など。
- (67) 生存権の領域において、立法裁量を一定範囲で限定する役割を一四条に求める代表的な文献として、芦部信喜『人権と憲法訴訟』(有斐閣、一九九四年)二二八頁以下、戸松秀典『立法裁量論』(有斐閣、一九九三年)一〇四頁以下など。このような見解に対して、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一〇九号(一九八六年)二五一頁が、「二五条か一四条か」という点では、堂々めぐりをしている感をぬぐえない」という批判を行っている。この点は、後に51で再び触れたい。そのほか、この判決は、「別扱いが合理的根拠を有するか否かの問題を、それ自体として検討したものではなく、国の社会保障制度全体がどのように仕立てられているかという制度の建前を検討し、その点に関する立法府の裁量に逸脱・濫用はないとして、そこから上記の別扱いの合理性を導いた」、などと評されている。野坂泰司「社会保障給付の併給禁止と憲法二五条、一四条」法学教室三一八号(二〇〇七年)六〇、六一頁。
- (68) 最判二〇〇七(平成一九)年九月二八日民集六一卷九号三三四五頁。
- (69) 最大判一九九九(平成一一)年一月一日日民集五三卷八号一七〇四頁(一七三二頁以下)。この判決および同日に下された関連判決について、只野雅人「衆議院小選挙区比例代表制の合憲性」高橋ほか編・前掲註(60)三四四頁以下。さらに、渡辺康行「選挙—選挙運動の自由と平等」渋谷秀樹ほか「憲法事例演習教材」(有斐閣、二〇〇九年)七三頁以下、同・前掲註(7)二五七頁以下、二六六頁。
- (70) 民集五三卷八号一七〇四頁(一七四四頁以下)。
- (71) 小山・前掲註(9)一六四頁。
- (72) 最大判二〇〇七(平成一九)年六月一三日民集六一卷四号一六一七頁(一六四二頁)、最大判二〇一一(平成二三)年三月二三日(判例集未掲載)。
- (73) ただし、反対意見が「候補者届出政党への参入の窓口を閉ざしたまま、候補者届出政党に所属する候補者とこれに所属しない候補者との間

で、右のごとく著しい選挙運動上の便益の較差を残したまま選挙を行うことは、候補者届出政党に所属しない候補者に、極めて不利な条件を課してレースへ参加することをやむなくさせることになる」（民集五三卷八号一七〇四頁「二七五四頁」とするのは、選挙運動に関する規定を候補者の権利からではなく、選挙のルール形成の観点からみているかのようである。なお、この選挙運動の別異取扱いを違憲とする裁判官は、註(72)で言及した二〇一一年判決では一名のみとなった。

(74) 最大判二〇〇五（平成一七）年一月二六日民集五九卷一号二八頁（一三四頁以下）。さしあたり、渡辺康行「地方公共団体における外国人の昇進制限の合憲性」民商法雑誌二三五卷二号（二〇〇六年）三七五頁以下。

(75) 民集五九卷一号二八頁（一五三頁以下）。

(76) 高世三郎「解説」法曹時報六〇卷一（二〇〇八年）二〇〇頁以下。高橋和之ほか「座談会」憲法六〇年——現状と展望」ジュリスト一

三三四号（二〇〇七年）二五頁は、この判決において「制度準拠思考」が用いられていると位置づけていた（巖川恒正発言）。

(77) 制度形成とその統制という主題については、渡辺・前掲註(7)二四九頁以下の論述を前提としている。

## 五 判例法理の再検討

### 1 憲法上の権利の競合

(1) 平等原則と憲法上保障された他の権利は、競合関係に立つことが多い。そのため、平等原則の固有の役割はどこにあるのか、「こと『基本的人権』との関係では、『法の下での平等』は独自の意味をもたないのではなからうかという疑問」<sup>(78)</sup>は、学説上かねてより議論されてきた。それを受けて最近では、両者の競合する場合について四つの類型が提示されている。①「差別禁止が自由権に当然に含意されており、自由権のみの審査が行われる場合」②「自由に対する侵害であることは、平等権の審査に吸収され、平等権のみの審査が行われる場合」③「実体的権利と平等権が異なる観点から、並列的に審査される場合」④「実体的権利が存在しないところで平等権が適用される場合」<sup>(79)</sup>。この類型化の趣旨はよく理解できるが、さしあたり気にかかるのは、「自由権」「自由」「実体的権利」という用語が使い分けられていることである。

(2) 本稿で取り上げた諸判決の多くは、②あるいは④の場合に当たると解されたことにより、平等原則に関する審査が行われたものである。これに対して、例えば堀木訴訟判決は二五条と一四条一項が形の上では一応並列的に審査されているため、③の場合の例となる。投票価値の平等に関する判決は、選挙権に対する侵害を一四条一項の審査に吸収する形で判断しているから②の場合に当たろうが、選挙権を「自由」という定式化の下におくのは座りが悪い。②において「自由権」や「実体的権利」ではなく「自由」という定式化が用いられたのは、例えば尊属殺判決の場合のように、明確な「自由権」や「実体的権利」が想定できない事案を念頭に置いているものと思われる。そうだとすると、④との区別が難しくなる。「実体的権利」という用語は「自由権」以外の権利を含めるという趣旨であろう。つまり、「実体的権利」のなかには、その実現が立法者による制度形成に依存する権利を含めるという意図があるものと思われる。しかし、一つの類型論のなかに複数の分類軸をもち込むのは、避けたいところである。分類を単純化するためには、「自由権」「自由」「実体的権利」と書き分けている箇所をすべて「実体的権利」に統一するのが、一つの方法であろうか。その場合、尊属殺判決は④の類型に位置づけられるだろう。実際の判決では平等原則の問題として扱われたが、むしろ実体的権利の制約の問題(①の類型)として論じられるべきであったと思われる事例もある。例えば、公務員の自動失職規定の合憲性に関する判決(三二)や、選挙運動の規制に関する判決(四四)<sup>(80)</sup>などは、それに当たると思われる。しかし他面では実体的権利といっても「関係的にしか確定されえない」ともいえるだけに、類型は相対的である。

## 2 二段階審査

(1) 最高裁は、平等原則適合性を判断する際に、暗黙のうちにまず一四条が保障対象とする別異取扱いがあるかどうかを確認し、別異取扱いがある場合にはそれが正当化できるかどうかを判断するという二段階で審査を行って

きた。それぞれの事案においては、何と何との別異取扱いを問題とするかが重要となる。このことは、判例法理の流れを追っている本稿では表面化しないが、それぞれの判決において重要な争点となっていたことに留意しておきたい。一四条一項が保障対象とする別異取扱いの捉え方に関する指導的判例として機能しているのも、待命処分事件判決であった。この判決は、一四条一項後段を限定列举と解釈する立場を退けて、その保障対象を別異取扱い一般として広く理解している。その上で、その別異取扱いの正当化には「合理的な理由」があることを要求した（本稿二一(1)判旨①、註(12)）。これが現在の判例の立場である。これに対して通説は、一四条一項の保障範囲については判例と同じ立場に立ちながら、正当化審査で要求される「合理的な理由」について、区別事由と区別される権利に着目してより厳格に審査されるべき場合があることを論じてきた。<sup>(81)</sup>

(2) もっとも、初期の最高裁判決のなかには、別の形での二段階審査を行っているのではないかとされるものがある。尊属傷害致死に関する刑法二〇五条二項が憲法一四条一項に反しないと判断した、裁判官の間での激しい応酬が判決文中で記されていることでも知られる一九五〇年大法院判決が、その例である。この判決は、

① 一四条を「人格の価値がすべての人間について平等であり、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と捉える。しかし、

② 「このことは法が、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關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。刑法において尊属親に対する殺人、傷害致死等が一般の場合に比して重く罰せられているのは、法が子の親に対する道徳的義務をとくに重要視したものであり、これ道徳の要請にもとづく法による具体的規定に外ならない」。

③ 一四条一項が「国民を政治的、経済的又は社会的關係において原則として平等に取り扱うべきことを規定したのは、基本的権利義務に關し国民の地位を主体の立場から觀念したものであり、国民がその關係する各個の法律關係においてそれぞれの対象の差に従ひ異なる取扱を受けることまでを禁止する趣旨を包含するものではない」。

判決はこうして、刑法二〇五条二項を合憲と判断した。<sup>(82)</sup>

(3) この判決の判旨①を、一四条一項が保障対象とする別異取扱いの範囲を限定する趣旨だと理解した上で支持する学説が、少数ではあるが有力に存在する。この有力説においても二段階の審査がなされる。この傾向の萌芽は小嶋和司にみられる。この学説は、平等の保障を「価値観にもとづく『差別』を禁ずるところに趣旨があり、それに基づくものであるかどうかによって判断すべし」(強調は原文)という捉え方をした。そして、尊属傷害致死罪判決の判旨①は、この見解を採ったものとして評価される。この学説に立てば、一四条一項の保護対象は別異取扱い一般ではなく、価値観に基づく別異取扱いだけである。この射程に入らないものは、そもそも平等問題を生じない。小嶋説の問題関心はむしろこちら側にあったようにも思われ、一四条一項の保護対象とされた別異取扱いがいかに正当化されるかについては、さほど論じられていない。ドイツ連邦憲法裁判所の初期の判例などを参照して、「事実上の相違にその根拠がある<sup>(83)</sup>」かどうか、「国家目的から考えて正当とされるか」どうか、が正当化の基準として示唆された程度にとどまる。対比のために再確認すると、この立場ではまず一四条一項が保障対象とする別異取扱いの範囲を狭く画定した上で、正当化審査を行うという二段階審査が構想されていた。

これに対して佐藤幸治は、尊属傷害致死罪判決にいう「大原則」に反するかどうか(判旨①)を「第一関門」と呼び、「法をとる具体的措置」が、「国民の基本的平等の原則の範囲内において、……適当な」ものであるかどうか(判旨②)を「第二関門」と呼んだ。「第二関門」の審査においては、「基本的には」、「合理性」のテストが用いられるが、一四条一項後段列举事項にかかわる場合は「厳格な審査」テスト<sup>(84)</sup>が当てはまり、列举事由にかかわ

らなくても「基本的人権の重大な制限を伴う場合や、生まれに着目して不利益が法定され、社会的差別観と結びつくような場合には」、「『厳格な合理性』のテスト」が用いられるべきとする<sup>(84)</sup>。この学説は、尊属傷害致死罪判決の判旨①を、一四条一項が保護対象とする別異取扱いの範囲を限定するというよりも、むしろ別異取扱いの正当化に際して、まずは原則的に禁止される別異取扱いかどうかを審査するものと理解する。さらに判旨②を、それに当たらなくてもさらに審査するという趣旨と理解する。つまりそれは、当該判決から、別異取扱いの正当化審査に二つの関門を設ける思考を読み取るうとするものだと思われる<sup>(85)</sup>。

(4) 宍戸常寿は、「平等を論じる場合には、(ア)このまま他者との別異取扱いがある限り平等違反」「差別」の存在を認めるがそれは合憲になりやすいものと考えるか、それとも(イ)平等の内容を限定的に捉えて、それに違反する『差別』を原則違憲と考えるだけの強い保護を認めるかといった、二つの思考の流れが出てくる<sup>(86)</sup>、という。このように二つの理論的可能性があることの指摘は、重要である。ただし、この整理によって(イ)の例として挙げられた小嶋、佐藤学説は、これまでに見たところからすると、それに分類され得るものではないのではなからうか。小嶋説は別異取扱いの範囲を限定的に捉えはするが、それに強い保護を与えようというものではない。佐藤説は、別異取扱いの範囲を限定的に捉えるものではないように思われる<sup>(87)</sup>。むしろ後述する井上典之(五三③)が、(イ)の思考の流れに属するようである。この「二つの思考の流れ」は、理論的には容易に決着がつくものではない。本稿は、判例法理を踏まえた上でその再構成を試みるというアプローチを採っているため、(ア)をひとまずの出発点として議論を組み立ててみたい。

### 3 判例における正当化審査の類型

(1) 本稿が扱った諸判決における主な違いは、別異取扱いの正当化審査の仕方にある。その点について、本稿

は、待命処分事件判決と尊属殺判決を基本判例と想定した上で(二)、基本判例の系譜の下にある判例(三)と、系譜関係にない判例(四)に大別した。もつともこの分類は、明示的に基本判例を援用しているかというかなり表面的な観点によるものにはすぎない。本稿もこの大別を維持することは意図しておらず、考察の端緒として利用しようとするものである。しかし、後者には、選挙制度、社会保障制度、公務員制度など、立法者による制度形成が平等原則により統制されるかが争点とされているという共通点があったということには注目できる。これに対して基本判例は、国民の権利・利益を制約する法律や処分を平等原則によって審査していた。また第三章で扱った判例も、多くは国民の権利・利益を制約する性格の法律や処分が平等原則に適合するかを審査するものであった。もつとも、第三章で扱った判例のなかでも、非嫡出子相続分決定の多数意見は事案を相続制度の形成の問題と捉えており(三4(1)判旨①)、それが平等原則に適合するかを緩やかな密度で審査していた。これに対して国籍法判決は、国籍という制度の仕組みの形成を平等原則適合性審査の密度を厳格化することにより統制しようとしたものである(三5(1)判旨①②)。さらに最近の労働者災害補償に関する判決は、事案を労働者災害補償制度の形成の問題と捉えることも可能であったにもかかわらず、「障害補償給付を受ける権利」の制約の問題として受け止めた上で、平等審査を行っていた(三6(2)判旨①)。このように、第三章で扱った判例の性格は同一ではない。

基本判例からその後の判例が展開を図った点は、さしあたり三つある。その第一は、基本判例では潜在していた、別異取扱いの正当化審査における裁量論が前面に出て来たことである。ただし、詳しくみるならば、その性格は同一ではない。サラリーマン税金訴訟判決は、租税法の定立については、「立法府の政策的、技術的な判断」にゆだねられるということから、広汎な裁量論を採用し、その裁量を枠づけるものとしての平等原則に反していないかどうかを審査していた。また労働者災害補償に関する判決も、「高度の専門的技術的考察が必要」という観点から(三6(2)判旨①)、厚生労働大臣の「比較的広範」な裁量を導いた。台湾住民元日本兵に関する判決は、「立法政



策に属する問題」であるとするにより、平等審査を事実上、退けている（三三（一）判旨②）。これに対して第四章で扱った諸判決や非嫡出子相続分決定は（三四（一）判旨①）、制度の形成が立法者の裁量にゆだねられているという形で論じていた。とはいえ、二つの裁量は全く相反するものではない。例えば、堀木訴訟判決は二つの性質の裁量と同時に強調していた（四三（一）判旨①）。にもかかわらず同じく裁量論が導入されているといっても、権利の実現が立法者による制度形成にゆだねられているという構成を採るかどうかは、その審査手法に対し少なからぬ影響を与えるものと思われる。

基本判例からその後の判例が展開した第二の点は、目的・手段審査にかかわる。別異取扱いの正当化に際して目的・手段審査が導入されたのは、尊属殺判決においてであった。しかし、その後の平等判例では、目的・手段審査という定式化は避けられている。正当化に際して「二段構え」の審査がなされる場合でも、多くの場合は「立法目的」と「区別の態様」、「立法理由」と「区別」に関する審査がなされている。これに対して尊属殺判決が目的・手段審査の名の下で行った「別異取扱い」と「別異取扱いの程度」の審査を約四〇年後に再び行ったのが、障害補償給付判決である。しかしながら、「二段構え」の正当化審査は、必ずしも常に行われているわけではない。それには、公務員の自動失職制判決のように、裁判所が朴訥な審査を行ったという場合もあるが、判断対象が立法不作為や「措置」や処分である場合など、目的・手段が分かち難いことに原因があることも少なくない。これらのことから、別異取扱いの正当化に関して目的・手段審査という手法はそもそも適切なのかという疑問も生ずるところがある。

さらに第三として、別異取扱いの正当化に際し「二段構え」の審査をするとしても、その審査の密度は必ずしも基本判例と同一ではないことが指摘できる。この点では、最近の国籍法判決が、区別理由と利益の重要性によって正当化審査の密度が深くなるという態度を明確化していることが注目される。この立場が、判例における今後の平

等審査の方向性を示すものとみておきたい。

(2) 本稿はこれまで、およそ以上のような考察を行ってきた。しかし判例の分類論は観点によりさまざまありうするため、本稿とは別の類型化についても検討することにより、これまでの考察をさらに深める手掛かりとしたい。最高裁は法令が設ける差異に「合理的根拠」があるかを審査する場合に二つの類型を示していると論じたのが、木村草太の研究である。その第一は、「(当該区別を行うことが立法目的の実現に寄与しているか否か)を審査対象とするもの」である。堀木訴訟判決(四三)、非嫡出子相続分決定(三三四)、議員定数判決(四二)など多くの判決が、この審査を行っている。右に挙げた例については、「仮に、稼働能力の低下が事故に比例するのであれば、所得保障のための給付は事故数に比例して増加させる必要があり、所得保障のための給付の併給禁止規定は不合理だということになる。また、嫡出子の立場の尊重と非嫡出子の保護の調整という目的とは、要するに、非嫡出子に法定相続分を認めつつ、嫡出子に優先的に法定相続分を認めるという目的であり、民法九〇〇条四号但書前段の規定がその目的を達成するのに寄与していることは明らかであろう。定数不均等についての判決も、『公正かつ効果的な代表』の選出という立法目的の実現のために適切か否か、を審査の対象としている」と説かれる。

第二は、「(当該区別が目的の実現に資することを前提としつつ、その付随的弊害が相当な範囲に収まっているか否か)を審査対象とするもの」である。尊属殺判決(二二)と、サラリーマン税金訴訟判決(三三)がこの例である。「尊属殺重罰規定違憲判決の結論は、普通殺と尊属殺の区別が目的の達成に寄与しない、という理由ではなく、その区別がもたらす付随的弊害(加害者の生命・自由の犠牲)が目的が実現される利益を上回る、という理由に基づくものである」。また後者が、三一(1)判旨③のように述べたことは、「当該区別による立法目的の実現の利益(徴税コスト抑制と立証技術から生じる不公平防止)を上回る付随的弊害(実額控除が受けられないことによる不公平)が生じている場合には、当該区別は(合理的根拠)を欠く、との宣言である」という。<sup>(88)</sup>

こう整理することによって木村が主張しようとするのは、次のようなことである。非嫡出子相続分差別事件の反対意見が重視した「〈社会的差別を助長されない利益〉」は、〈付随的弊害の相当性〉判断の一考慮要素にすぎないものとされる。そして、〈付随的弊害の相当性〉の位置づけ自体が……極めて曖昧である。この結果、〈社会的差別を助長されない利益〉は、憲法一四条一項の保護の対象からほぼ外されることになる。「しかし、このような判例理論の現状は……根本的に問題である」<sup>(89)</sup>。

判例における別異取扱いの正当化審査の内実が比例原則の審査になっていないか、という論点については後述する（五4）。木村による第一類型は比例原則における「必要性」「適切性」審査に、第二類型が「狭義の比例性」審査にほぼ相当するものであろう。判決によっていずれかの要素に審査の重点がかかるという違いは、あり得るだろう。また、これまでの判例において「社会的差別を助長されない利益」が無視されているという指摘は、近年の学説において共有されている論点にかかわるものである。

(3) これとは別の類型化の試みとして受け止めることができるのは、井上典之によるおよそ次のような研究である。井上は、平等審査の「基本枠組みの原型」を示したのは一九五〇年の尊属傷害致死罪判決（五2(2)）だ、とする。この判決は先にみたように、まず「人格の価値」の平等という「大原則」に反しないかを審査し（判旨①）、次に「事情を考慮し」た「別扱い」も可能だとした（判旨②、③）。ここから、この判決では「人の分類とそれに基づく別異取扱い」に関して平等審査が行われている、と位置づけられる<sup>(90)</sup>。

この判断枠組みは、尊属殺判決（二2）で明確化される。この判決の「多数意見は、尊属という範疇にある人を他の者と区別して保護しても、それは『尊属に対する尊重報恩』という『社会生活上の基本的道義』、『自然的情愛ないし普遍的倫理』によって合理的と根拠づけられると判断している」のだから、「ここでは、目的審査という名目において、ある特定の範疇に分類されている人を他の人と区別すること自体の合理性が審査されている」。そし

て、「この分類が合理的であるといえることによって、次に当該分類に基づく別異取扱いの合理性が手段審査という名において行われている」、とする<sup>(91)</sup>。

投票価値の平等に関する一九七六年判決(四二)でも、これらと同じ判断枠組みが用いられている。まず、「国民を分類する方法としての選挙区割を含めた中選挙区単記投票制という選挙制度自体を『憲法上国会の裁量の範囲に属する』として是認し、それに続いて当該選挙制度の下での選挙区割の結果生ずる投票価値の差異についての合理性を審査するという手法を採用しており、その限りでは、投票価値の平等に関する審査方法においても、人の区別の可否と当該区別に基づく別異取扱いの程度の合理性の判定」という尊属殺判決と同じ判断枠組みによって審査が行われている<sup>(92)</sup>。さらに非嫡出子相続分決定(三三四)も、「嫡出子と非嫡出子の区別という人の分類の可否、および相続分を二分の一とする法律規定の別異取扱いの程度の合理性を審査するという従来の判断枠組みを維持している<sup>(93)</sup>」。

これに対してサラリーマン税金訴訟判決(三一)は、「そもそも人の分類そのものを立法裁量の問題として当然の前提とし、そのような立法裁量によって創設されている分類に基づく区別の目的とその態様を判断の対象にするという、従来の基本的枠組みとは異なった多段階審査となつて」いる、というのである<sup>(94)</sup>。

(4) およそ以上のような井上の所論は、類型化を目的とするというよりも、ドイツ連邦憲法裁判所による「新定式」という別異取扱いの正当化審査の手法を念頭に置き(後述、註(104))、「人の区別の可否と当該区別に基づく別異取扱い(の程度)」という「二段構え」の審査を日本の判例法理のなかにも発掘しようとするところに特色がある。必ずしも類型化を意図していない論述を本稿では類型論として扱っていることから、若干の補論が必要である。尊属傷害致死罪判決と尊属殺判決の判断枠組みは完全に同じではない。後者における第二段目の審査は「別異取扱いの程度」の合理性にかかわる。また、「人の区別の可否」に関する審査を「人格の価値」による区別かどうか

かとして理解するならば、投票価値の平等に関する判決はそうした審査はしていないように思われる。<sup>95</sup> さらに、非嫡出子相続分決定は、この審査をきわめて緩やかにしか行っていないことが問題だった（三4(3)、五4(7)。同じく「別異取扱いの程度」が問題となったと分類された尊属殺判決と非嫡出子相続分決定の内容は果たして同一のものか、についても後に触れたい（五4(8)）とところで、井上による「二段構え」の審査は、別異取扱いと正当化という二段階審査とどのような関係にあるのだろうか。この点は、後述するように（五4(5)）、井上は「基本権としての平等保障」という構想をもつため、平等についても三段階審査を用いることになり、その正当化審査において「二段構え」の審査が行われるということだと思われる。

井上による新たな平等審査方式の提案は、憲法上の平等問題とはそもそも何を対象とするのか、平等原則と比例原則の関係をいかに理解するのか、「平等違反における目的審査・手段審査とは具体的にどのような作業なのか、それは他の憲法上の権利の正当化判断としての目的・手段審査と同じかどうか」<sup>96</sup>、といったより大きな問題ともかわっている。そこで、節を改めてこれらの論点について考えたい。

#### 4 平等原則と比例原則

(1) 憲法上の平等問題とはそもそも何を対象とするものなのかを議論する素材となった古典的判決として、尊属殺判決がある。ここではすでに田中二郎裁判官の意見が、人その他の人とを区別すること自体が違憲だという立場に立った上で、刑法二〇〇条の法定刑が過酷すぎるのは、多数意見のように平等の見地からではなく、残虐刑に該当するかどうかという観点により判断すべきだ、と論じていた（二2(2)）。

この意見に触発されて、学説上も平等原則と比例原則の関係が論じられてきた。その一つは、奥平康弘に代表される。それによると、「最高裁は、『立法目的達成の手段』が均衡を失っていないかどうかという問題を立て、ここ

に司法審査の全力を傾注する手法をとったが、「ある目的達成のためにどんな権力が適切であり、かつ均衡を保持したものと言えるか」ということは、むかしから『平等』要請とは別個に、『比例原則』の問題として観念され、そういうものとして処理されてきた。「比例原則は、誰かと他の誰かの『比較』をこととせず、目的と手段の均衡のありよう、権力の量（＝手段）の正当性にかかわり、かつ、それにとどまる。最高裁は、『平等』を語り、『差別』を言うが、実際に審理しているのは、そのことではなくて、権力の釣合い具合なのであって、平等原則ではなくて比例原則を問題にしているのである」。この見地から、「尊属関係重罰規定は、平等条項において論ぜられるべきではなくて、『残虐な刑罰』を禁止する憲法三六条もしくは適正手続を保障する憲法三一条にかかわるものとして議論されるべきことになる」と提唱された<sup>(97)</sup>。

もう一つは、よりドイツ法的に、比例原則の内容にも立ち入って論ずる石川健治の所論である。この見解からも、多数意見の枠組みは「比例原則そのものであり、ただし、手段としての『必要性 Erforderlichkeit』や『合理性 Geeignetheit』を問わず、『均衡性 Verhältnismäßigkeit』という狭義の比例性に傾斜しているという点で、比例原則としては緩やかな適用になっている」と分析される。その上で、「等しきものは等しく、等しからざるものは……」の比較の作業こそが、平等論の核心を形成していたはずなのに、「判例が、それを抛棄して、いきなり目的・手段の比例原則の審査に従事しているということとは、そこで扱われている問題の本体が、平等権固有の問題ではなく、比較の対象となっている実体である防御権（人格権・自由権等々）の侵害そのものであることを、自白したも同然」という。「尊属殺重罰規定によって侵害される防御権を『○○権』と特定することが難しいために、やむなくそれを平等論の形式を借りて争っているにすぎないのであって、ここにおける平等は空虚定式であるということが、露わになってしまったのである」。「もし判例が平等問題を、この——審査密度には事案ごとに変化があるにせよ——比例原則で審査し続けるのであれば、そうした審査態度は、一般に固有の平等問題と目され

る『差別』問題もまたすべて個人権の侵害に解消されるという理論的な立場にたたない限り、正当化され難い、ということ常を意識しておく必要がある」、とされた。<sup>98</sup> この見解は、判例が尊属殺の事案につき「平等論の形式を借りる」こと自体は否定していないようである。

(2) 平等原則と比例原則を論ずる題材となった最近の判決として、国籍法判決を挙げることができる。高橋和之は、この判決について次のような指摘をしている。「最高裁は本件を非嫡出子差別の問題とはとらえなかったのではないか」。「判旨は、嫡出子あるいは準正子と非嫡出子の区別自体には特に問題は感じていない。この区別指標を疑わしいものとして警戒する感覚はない」。「だから、立法当初はこの要件は立法目的と合理的関連性を有していたとあっさり認めることができた。それが、現在では内外の社会的環境等の変化により合理的関連性を失っているという」のだが、「この議論の仕方は、差別問題の議論の仕方というよりは、権利制限における手段審査の議論の仕方ではないのか」。「差別の問題として構成する場合には、差別指標に問題がある」から、「その指標を使う以外に目的を達成する方法がないという場合しか正当化されない。準正子かどうかという指標以外に目的を達成する方法がなかったかどうか問われる」。「それに対し、権利制限として構成する場合には、手段審査において目的との適合性が審査される」が、「この場合には区別指標それ自体を問題視することはない。このように、両者において思考のプロセスが異なるのではないか」。結論の本当の理由は、「目的との関連で言うと、密接な結び付きがあるのは準正の場合だけではない。だから、なぜ違憲かという点、準正だけでは狭すぎて、目的との適合性がないということ……通常比例原則と言われる、その理屈だろう」。「それは差別の問題ではないのではないか」、と論じられた。<sup>99</sup>

(3) 以上のような諸見解は、平等原則と比例原則の違いを指摘し、平等原則が働く固有の場を確定しようとするものである。総括的には次のような思考である。「平等原則違反が争われる事件は、国家や個人（集団）に加えて、参照対象としての第三者（集団）を交えた、三面関係として事案を観念することによって、はじめて事件性を発見

できる性質のものである。これに対して、比例原則は、その出自が警察法学にあることからわかるように、国家・対・個人の二面関係を前提とする自由権侵害の事案に、最も適合的な原則である。「平等原則と比例原則との間には、想定する社会関係の不適合という根本的な問題が、横たわっている」。「判例上、『平等』問題に対して比例原則が有効に機能した実例があるとすれば、その事案は、外観が平等原則違反であっても、その実質においては、国家・対・個人の二者間の権利侵害事案ではなかったかと、疑ってみる必要がある」<sup>(10)</sup>。

(4) 以上の諸見解とは対照的な議論を展開するのが、井上典之である。先に紹介したように(五3③)、井上説は、「人の区別の可否と当該区別に基づく別異取扱い(の程度)」を平等審査の内容とするものであった。

井上において平等審査の構造は、次のように体系化された。「国家が、人を区別して、ある人を特別有利に扱ったり、あるいは逆に不利に扱ったりしてはならない」というのが憲法原理としての平等の意味内容だとすれば、そこには、国家による人の区別の禁止と当該区別に基づく別異取扱いの禁止という二つの禁止内容が含まれていることが分かる。そうだとすれば、まず最初に、誰と誰が区別されているのか、その区別がいかなる事情に基づくものが確認される必要がある。そして、当該区別が正当とされるためには、なぜ区別しなければならぬのかという当該区別の目的の正当性と、その目的との関係での区別の基礎になる事情との関連性が検証されなければならない。次に、区別自体の正当性が確認された場合、当該区別に基づく別異取扱いの程度の正当性が検証されなければならない。ただし、ここで正当性が問題となる別異取扱いは、その前段階で問題とされた区別を達成する手段となるわけではない。そこで問題とされる別異取扱いが正当化されるためには、区別されている人的集団間の事情の違いに応じた比例的なものであることが要請される。「ただし、平等審査での比例原則の適用は、区別目的と区別の基礎となる事情との関係における必要性・適切性、さらに別異取扱いにおける事情の相違の比例性を審査するという点で、他の憲法上の法益を保護するために自由を規制する国家行為の正当性を判定する手法(すなわち、法益保



護の必要性、適切性、狭義の比例性を審査する手法」とは異なる<sup>(10)</sup>」、というのである。ここでは、自由権制約の正当化に関するものとは異なった内容の比例原則が平等審査に含まれることが、肯定的に評価されている<sup>(10)</sup>。

この立場から例えば尊属殺判決に関して、次のように説かれる。「確かに尊属加重規定については、田中意見のいうように、尊属を他の人と区別して保護すること自体を問題にすべきではなかったかという疑問が提起できる。しかし、平等保障は、人の区別だけを問題にするものではない」。「尊属殺違憲判決の多数意見による手段審査の名目で行われたのが刑法二〇〇条と一九九条の法定刑の比較という形での別異取扱いの程度の合理性の判定であったとすれば、それは、加害者からみた尊属とその他の人との間の事実状態の違いに応じた比例的な別異取扱いといえるか否かを平等保障の問題として審査したとすることができる<sup>(10)</sup>」。

井上の見解は、ドイツ連邦憲法裁判所第一法廷が一九八〇年代から採用した、平等に関する「新定式」と呼ばれる審査手法を参考とするものである<sup>(10)</sup>。井上によって、別異取扱いは区別を達成する手段となるわけではないことや、平等審査に際して用いられる比例原則と自由権制約の正当化を審査する際における比例原則の内容が異なることが指摘されているのは、重要である。

(5) 同様にドイツを参考としながら議論を展開している石川と井上の違いは、どこから生じるのか。井上も「伝統的なドグマティックにおける比例性原理は、実体的基本権、特に自由権（すなわち防御権）との関係でその適用が予定されており、平等原則ははじめから原理的にその射程に含まれていないと考えられていた」ことは認めている。そこで連邦憲法裁判所の「新定式」は、「比例性原理を直接平等原則に対して適用」せず、「平等原則との関係で問題になる規制、すなわち区別に基づく別異取扱いについての規制によっていかなる不利益が課せられているか」という実体的利益に関する検討を行う<sup>(10)</sup>。つまり、「平等原則との関係で問題になる規制によって影響を受ける実体的利益が基本権上保護された自由である場合に、当該自由規制の目的および手段審査を通して比例性原則を適

用し、そのことによって平等原則侵害の有無を判定しよう」とした、と理解する。これに対して井上は、「そのような翻訳を通しての比例原則の適用」をすると、「平等違反は実体的利益・自由侵害の背後に押しやられ、基本権上保護された自由に対する侵害が認識されるやいなや、平等違反は単なる形式的な認定になり下がってしまい、基本権としての平等保障に対する実質的な違反行為はもはや問題にならない」ことを疑問視する。そこで、「実体的基本権、特に自由権に依拠することなく、平等原則の問題に比例性原理を直接適用」しようとする。つまり、「法律の前にすべての人を等しく取り扱う」という基本法三条一項の要請が実は基本権としての平等原則の保護領域となり、集団間の異なった取扱いがその保護領域への国家による介入行為となるが、それがすべて許されないわけではなく、当該介入行為を正当化し得るほどの質的・量的差異の存在しない場合が基本権としての平等原則に対する侵害として許されない<sup>(105)</sup>、というのである。このように「新定式」を組み替えようとするのが井上説であった。つまり、井上の構想では、「基本権としての平等原則」を想定した上で、三段階審査を行い、侵害の正当化の一つの手法として比例原則を用いるという考え方が展開されていた<sup>(106)</sup>。

(6) 西原博史も E C 法を参照することによって、「平等取扱の権利」を想定した上で、平等原則の領域で比例性審査を導入しようとする議論を行っている。西原による平等論の基軸となっているのは、「正義指向モデル」と「権利指向モデル」という対置である。伝統的な前者によると、「区別の合理性は、立法者による恣意を排除する方向を追求するもので、立法者による価値設定に対するコントロールとしての側面をもつ」ものである。「日本の判例の立場は」、「ドイツの伝統的理論に影響を受け」て、基本的にこのモデルを採用している<sup>(107)</sup>。これに対して E C 裁判所は、「平等取扱原則を主には主観的な基本権と理解して」おり、「ヨーロッパ法的な平等取扱原則は、権利保護の形式に関する限りにおいては、自由権、少なくとも侵害に対抗する防禦権である」。こうした理解が「権利指向モデル」と名付けられる<sup>(108)</sup>。ドイツにおける伝統的な平等理解である「恣意の禁止の理論によれば」、「平等基本権の

構造は、自由権の構造と本質的に異なり、「仮想的権利という意味での独自の保護対象が存在しない」と考えられていた<sup>(10)</sup>。先にも触れた連邦憲法裁判所第一法廷の「新定式」が、「個人に責任のない人格的な特徴に基づく不平等取扱が潜在的には権利侵害になるという点をやっとな出発点にするに至った」。それによって、平等原則の領域でも比例性審査の適用可能性が認められることとなった<sup>(11)</sup>。こうした比較法研究に基づいて、西原も、日本においても平等権を「具体的な実体をもった個人の防禦権」だとみることにより「権利指向モデル」に基づいた平等審査がなされるべきだという結論に達し、この方向性において先にみた井上と合流する。

なお、西原の問題関心の重点は、前記のような理論モデルを析出することにあつた。そのため、日本において平等に関していかなる審査手法が採られるべきかということについては、概略を提示する段階にある。西原は、ドイツの憲法学者S・フスターに依拠しながら、「異なった取扱を正当化する方法として、基礎に置かれた規範モデルを実現するための『内的正当化』と、規範モデルからの逸脱を外在的に説明する『外的正当化』の道筋を区別する」。例えば、「A・B間の課税額に違いがある場合、BよりAが収入が多く、負担能力が大きいことを理由とするなら『内的』に正当化されるが、A・Bの収入が同じで、ただAが公益法人への寄付を控除したから差が生じているなら、免税措置を通じて公益法人を支援する政策追求に基づいて、違いは『外的』に正当化される」。「正義指向モデル」で用いられてきた「『等しいものは等しく』という正義の原理」による審査は、「『内的』正当化に着目した審査」であり、「権利指向モデル」で用いられる比例性審査は「『外的』正当化がなされる場合に適切な審査である」。「そのことにより、それぞれの審査方法は、適用領域を異にする。性別や人種など、区別の指標となる特徴が法的に無関係……だという規範的決断……を前提にすれば、内的正当化はあり得ず、異なった取扱は外的目的のために例外を認める場合だけとなる。その例外がどの程度の範囲で設定できるかを、必要性和衡量の要素を用いて問いかけるのが、比例性審査である。それに対し、特定の特徴を区別の指標にしているかどうかを問う場合には、『例外』

の問題ではない。そこで問われるのは、区別それ自体が特定の規範モデルに基づいて正当か否かである。比較可能性審査は、そうした構造を踏まえる<sup>(112)</sup>、という。平等原則に比例性審査が当てはまる場合とそうでない場合があるという指摘は、次に述べるような近年における学説傾向ともかかわっており(なお、註(120)参照)、注目すべきものと思われる。

(7) 以上のような議論状況を踏まえた上で、いかに考えたらよいだろうか。国籍法判決後の最高裁は、ドイツ連邦憲法裁判所第一法廷が「恣意の禁止」から「新定式」へと転換した時期と比較可能であるかもしれない。日本の判例においても、区別に「合理的根拠」があるかを審査する伝統的な手法から、平等原則審査(別異取扱いの正当化審査)のなかに比例性審査を組み込み、事情に応じて審査密度を厳格化するという手法へと展開がなされつつある。この時点において、井上のように、「区別に基づく別異取扱いについての規制によっていかなる不利益が課せられているのかという実体的利益に関する検討」を経由することなく、「法律の前にすべての人を等しく取り扱う」という「基本権としての平等原則」を想定した上で、それに対する侵害の正当化に際して比例原則を適用するという提案をすることは(五4(5))、判例法理の現状からの飛躍が大きすぎることに気がかかる。

確かに、日本における従来の通説的な考え方によっても、「憲法一四条の規定は、国家は国民を不合理に差別してはならないという原則を定めたものであり、その原則は直接的な法規範として、立法・行政・司法のすべての国家行為を拘束するものである。そしてそれは同時に、個々の国民に対しては、平等権すなわち法的に平等に扱われる権利ないし不合理な差別をされない権利を保障したものだ<sup>(113)</sup>」、と解されてきた<sup>(114)</sup>。しかし通説の間でも、平等権の理解の仕方には違いがあった。一方には、「平等権は他の人権とは異なり、常に他者との比較においてのみ問題となるもので、その意味では相対的な権利であり、あるいはそれ自体としては無内容ないし無定形の権利である<sup>(115)</sup>」、という野中俊彦などの見解がある。他方には、「『人格の平等』は他の人格との関係において成立するものである。

しかし、だからといって、『人格の平等』がそれ自体として無内容な概念であるというのはいいすぎであろう。『人格の平等』は、『人格の尊厳』と結びつき、そのような尊厳をもった存在として人は等しく扱われるべきであるという要請を内実としている。その要請は国政のあらゆる場面において貫徹されなければならない客観的な原理であり、そして、そのような原理にかかわる一定のものが主観的権利（平等権）として国民に保障されるのである、<sup>(16)</sup>という佐藤幸治の見解がある。近年における「平等取扱の権利」として平等権を構成しようとする立場は、突然に出現したのではなく、佐藤幸治説の系譜にある。とはいえ、佐藤幸治説では、すでに見たように（五二（三））、「人格の価値」の平等は不平等取扱いの正当化における「第一関門」審査において作用するものとされていたのに対して、井上典之では、「人格の平等」が「基本権としての平等原則の保護領域となる」と構成されたことは（五四（五））、大きな違いである。<sup>(17)</sup>

このように、「平等取扱の権利」を想定する最近の見解は、憲法学説上は存在感を有しているが、判例法理のなかには手掛かりがない。そのことにかんがみると、さしあたり目指すべきは、「人の区別の可否」を審査すべきだということ（19）を判例がより明確に意識することではないか。従来から学説で、「第一関門」（佐藤幸治）、「固有の平等問題」（石川健治）などとされてきた「差別」問題（高橋和之）に、「人の区別の可否」の審査という位置づけを与え、実際に行うことである。<sup>(20)</sup>これは、後述するように（五五（二））、非嫡出子相続分決定における反対意見④がいわんとしたものであるだろう。例えば、尊属殺判決、国籍法判決、障害補償給付判決なども、本来は「人の区別の可否」の審査によって違憲とすべきだったように思われる。

この「人の区別の可否」の審査を通過した後は、「区別に基づく別異取扱いについての規制によっていかなる不利益が課せられているか」という実体的利益に関する検討（井上）を経由することによって比例原則の審査を行う水準を、まずは確保することが重要だと思われる。確かに、實際上、裁判所は「人の区別の可否」の審査だけによ

つて違憲だとは判断しにくいということは考えられ得る。国籍法判決における「比例原則の丹念な適用」は、「ほんとうは比例原則を適用する前に点検しておくべきだった『疑わしき区別』論を、結果的には、非常に迂遠な形ながら行った」と評することができるところであろう。とはいえ、この判決における審査水準は今後の判例の方向性を示すものである。このように平等審査において比例性審査を行うことを肯定したとしても、そこでの比例原則は実体的権利に対する規制の審査において用いられる比例原則と全く同じではないかもしれない。井上が指摘したように、平等原則適合性が問題となるほとんどの事例において、「区別」はある目的のための手段という位置にはない<sup>(122)</sup>。最高裁の判例が、別異取扱いの正当化に関して目的・手段審査という定式化を避けてきたことには、理由がある。平等原則適合性審査において比例原則が用いられるとしても、「法益保護の必要性、適切性、狭義の比例性」を審査する通常の比例原則審査ではなく、「区別目的と区別の基礎となる事情との関係における必要性・適切性」の審査が行われるべきという主張は、示唆を与えるものである<sup>(123)</sup>。

(8) 最高裁は尊属殺判決において、「別異取扱いの程度の相当性」に関する審査を平等原則審査のなかに取り込んだ。これに対して、「別異取扱いの程度」は平等原則の問題とすべきではない、という見解がかねてより存在した(五4(1))。また、尊属殺判決を踏襲するならば、非嫡出子相続分決定では、「嫡出子と非嫡出子の区別が目的、非嫡出子の法定相続分を嫡出子の同等でも四分の三でもなく二分の一としたことが手段とされるべき」は少なくとも、そうではなかった<sup>(124)</sup>。さらにそもそも、尊属殺判決は平等原則に目的・手段審査という定式を用いた例外的な判決でもある。こういった観点から、この判決は、「平等審査のお手本として習得するにはむしろ不適切」<sup>(125)</sup>ともいえる。しかし最近の障害補償給付判決のように、尊属殺判決と同様に、「別異取扱いと別異取扱いの程度」を平等原則のなかで審査し、後者によって違憲と判断する例もある。そのことを考慮に入れると、尊属殺判決型の審査を平等審査から完全に排除しないでおくことにも意味はあるのではないかと思われる。「別異取扱いの程度の相当性」

に関する審査も、内実は比例性審査であろう。しかしここでも自由権制約の正当化審査における比例性審査とは、内容は異なることに注意する必要がある。「尊属殺人」という犯罪の重さと、最低でも懲役三年六ヶ月の実刑という刑罰の重さとを、端的にバランスさせるのが、「自由」における比例原則の適用である（憲法三一条、三六条）。そうではなく、尊属殺人と普通殺人との差異（殺人対象が「自己」又ハ配偶者ノ直系尊属であること）と、尊属殺人に対する刑罰と普通殺人に対するそれとの差異（刑の執行を猶予できないこと）との、バランスを検討するのが、「平等」における比例原則の適用<sup>(126)</sup>であるという説明は、比例性審査を「バランス」と言い換えることに引っかけりを感じるものの、問題状況をわかりやすく示している<sup>(127)</sup>。

## 5 制度の形成と平等原則

(1) これまでの論述で扱った判決は、国民の権利・利益を制約する性格の法令が平等原則に適合するかを審査するものであった。それでは、事案を制度形成の問題と把握した場合には、平等原則適合性ほどのような形で審査されるべきであろうか。例えば、政党助成制度を構築する際には、配分基準や配分対象に関して平等問題が発生する<sup>(128)</sup>。この場面では、政党が政党助成を受ける権利をもつことは考えられないため、問題は立法者の制度形成に対する平等審査と捉えられることになる。また、憲法上の権利が抽象的には想定されるとしても、その実現が立法者による制度構築・制度形成に依存している場合も、その立法者による制度形成が平等原則に反しないかということが問題となる。本稿第四章で取り上げた諸判決は、事案をそうした局面だと捉えていた。また第三章で扱った判例のなかでも、非嫡出子相続分決定や国籍法判決は、事案をそのように捉えていたと思われる。そしてそのような場合には、原則として立法者による広汎な制度形成が承認されることになる。井上の場合には、優遇措置の不平等についても「基本権としての平等保障」に対する介入と捉えることからすると、制度形成の場面の平等審査について<sup>(129)</sup>

も特別な考察をする必要はない、ということになるのであろう。これに対して本稿は、「基本権としての平等保障」を想定しない立場を採っているため、前節までとは別の考察が必要となる。この場合でも、先の井上の定式による「人の区別の可否」の審査は可能である。しかし、「別異取扱い（の程度）」の審査について比例性審査を行うとしても、権利・利益の制約が観念できないところでの比例性審査は空転してしまう。

もちろん最大の争点は、事案を制度形成に関する平等問題として捉えてよいかどうかである。そして、仮に事案がそのように捉えられた場合には、制度形成に関して立法者に与えられた裁量を平等原則によって統制することが可能かどうか、論じられることになる。従来の最高裁判決の大勢は、第四章で概観したように、平等原則による統制について消極的であったが、個々的にはその可能性を示すものもある。このことについては、別稿ですでに論じているため<sup>(30)</sup>、以下ではそれを前提として簡単な論述にとどめる。

(2) 第一に、立法者による制度形成を平等原則によって外側から統制しようとするものがある。その例として、小選挙区における選挙運動の不平等に関する一九九九年大法院判決の五名の裁判官による反対意見(四四②)を挙げるができる。これは、選挙運動の権利の重要性を強調することにより、平等審査の審査密度を厳格化したものである。また第三章で扱った諸判決のうちでも、国籍法判決(三五)は、大分すればこの例とすることができ。そこでは、日本国籍が「重要な法的地位」であり、「子にとつては自らの意見や努力によつては変えることができない」事項による区別であることから、「慎重な」平等審査が行われた。これらと区別される論理を含んでいた一つの例は、非嫡出子相続分決定における五名の裁判官による反対意見(三三④)である。そこでは法規定が存在することによる社会的影響が平等審査のなかに取り込まれることなどによつて、制度形成の平等原則による統制が行われた。この反対意見の判旨④は、「人の区別の可否」、先の高橋・石川などのいうところの(五四①②)、権利制限とは区別された「固有の平等問題」である「差別」問題として事案を捉えた上で、制度形成を枠づける見解



として再構成し得るものであった。

第二に、立法者による制度形成を内側から統制しようとする手法がある。本稿では「首尾一貫性」ないし「立法者の自己拘束」という統制手法について言及した。その一例は、衆議院議員の定数不均衡に関する一九七六年判決である（四二）。この判決は、問題となった公選法改正が不均衡を二倍以下にとどめることを目的としたにもかかわらず、現状は五対一の割合に達していることに着眼することによって、立法者による制度形成に平等原則による拘束をかけた。最高裁がこの手法を用いることは少なくとも（<sup>131</sup>）だけに、今後より注目すべきだと思われる。本稿は「首尾一貫性」審査を、立法者による制度形成に関する平等審査の一つの手法として位置づけてきた。しかし、このような理解はドイツ連邦憲法裁判所におけるこの審査手法の用いられ方とは必ずしも一致していない。比較法研究を踏まえた上で、再考する機会をもちたい。

(3) 第三に、本稿では扱わなかったが、「判断過程統制」という手法も重要である。この手法も、立法者による制度形成を内側から統制するために用いられることがある。著名な例は、参議院議員選挙における投票価値の不平等について判断した二〇〇四年判決の補足意見二である。ここでは「参議院選挙の制度設計」に関して、立法府には、「複雑高度な政策的考慮に基づく判断がゆだねられ」ることを認めつつ、「いたずらに旧弊に従った判断を機械的に繰り返しているといったことはないか、当然考慮に入れるべき事項を考慮に入れず、又は考慮すべきでない事項を考慮し、又はさほど重要視すべきではない事項に過大の比重を置いた判断がなされていないか、といった問題が、立法府が憲法によって課せられた裁量権行使の義務を適切に果たしているか否かを問うものとして、法的問題の領域に属し、司法的判断になじむ事項として、違憲審査の対象となり得るし、また、なされるべきものである」<sup>(132)</sup>と論じられた。これまでに挙げた手法とは異なり、立法裁量を手続的に統制しようとするものである<sup>(133)</sup>。「判断過程統制」は平等原則に固有の審査手法ではないと思われるが、現在までのところ最高裁による立法裁量統制の

場面では、平等原則にかかわって登場している。

## 6 小 括

(1) 平等原則に関する基本判例として位置づけられているのは、待命処分事件判決であり、尊属殺判決であろう。これに対して、もう一つの指導的判例を掘り起こそうという試みもあった。その対象とされているのが尊属傷害致死罪判決(五2(2))であり、とりわけ一四条が「人格の価値」の平等という「大原則」を示したとする判旨①に着目されている。そうした学説の間においても、この判旨①から、一四条の保障対象を画定する趣旨を読む立場と、一四条の保障対象とされる別異取扱いがあることを前提とした上で、その正当性審査の「第一関門」を読み取る立場があるように思われた。この判決自体は、一九五〇年という初期のものであるため、理論的に明確な立場を示したものではない。しかし本稿は、平等審査の再構築の方向性を求めるといふ観点から、後者の学説の読み取り方を支持したいと考える。つまり、一四条一項の保障(妥当)範囲を別異取扱い一般として広く捉える判例が定着した現状では、その正当性審査において、まずは「人の区別の可否」の審査をすべきだということを、より明確に意識すべきだという趣旨として受け止めることである。これは、非嫡出子相続分決定における反対意見④の意図したところでもあったろう。もっとも、この審査は必ずしも常になされる必要はないともいえる。例えば、サラリーマン税金訴訟や議員定数不均衡訴訟のように、「人の区別」が「人格の価値」にかかわる別異取扱いでないことが明らかなる場合にまで、あえてこの審査をする必要はない。またそのような事件を含めて、この審査によって決着がつかうことは、ほとんど考えられないだろう。しかしそうだとすると、この審査によって誰と誰との平等が問題となっているかが明確となる、あるいはそれに続いて行われる比例原則審査の密度に事実上の影響を与える、といった意義も軽視できない。

(2) 別異取扱いの正当化審査に関して、近年の判例の一つの特徴は、裁量論が前面に出て来ていることである。その際に理念型としては、二つの類型を析出することができる。第一は、裁判所が別異取扱いによつて国民の権利・利益が制約されていることを認めつつ、立法府や行政権の「政策的」ないし「専門技術的」裁量を承認する場面で、それに対する平等原則による統制がどこまで及びうるかが問題となる形態である。ここでは、平等審査においても、自由権制約の正当化審査におけるものと内容および密度には差異があるものの、比例性審査が働き得る。第二は、裁判所が国民の権利の実現が立法者による制度形成に依存しているとみる場面で、その制度形成を平等原則によつて統制できるかが問題となる形態である。この類型において立法者の裁量を統制しようとするならば、裁量を外側から枠づける手法だけではなく、「立法者の自己拘束」「首尾一貫性」や判断過程統制のような裁量を内側から統制する審査手法が工夫されるべきである、と思われた。しかし、このような対置はかなり図式化をした説明である。例えば、後者の類型に適合的な審査手法が前者の類型でも機能する場面はあるかもしれない。またその逆も考えられ得る。今後より詳細な検討を要する問題である。

(78) 奥平・前掲註(67)二六五頁、安西文雄「法の下の平等について」(一)(二)「国家学会雑誌」一〇五巻五・六号(一九九二年)二頁以下、一〇七巻一・二号(一九九四年)一九八頁以下など。

(79) 小山・前掲註(9)一〇六―一〇七頁。なお正確にいえば、④は競合がない場合である。

(80) 蟻川恒正「人権論の名のもとに」法律時報六九巻六号(一九九七年)三七頁。

(81) こうした通説の代表が、註(5)で挙げた文献である。これに対して、「いったい曖昧なものを厳格に審査するとはどういうことを意味しているのだろうか。どこかちぐはぐのように思われる」という批判も根強く存在する。棟居快行『人権論の新構成』(信山社、一九九二年)一六頁。さらに、三並・前掲註(3)・(二)七頁、井上・前掲註(8)・(二)一三七頁など。

(82) 最大判一九五〇(昭和二五)年一〇月二一日刑集四巻一〇号二〇三七頁(二〇三九頁)。さしあたり、伊達秋雄「尊属傷害致死罪規定の合憲性に関する最高裁判決について」法律時報二二巻一〇号(一九五〇年)六六頁以下、小林直樹『憲法判断の原理 上巻』(日本評論社、一九七七年)二四一頁以下。

- (83) 小嶋和司『憲法学講話』(有斐閣、一九八二年)二五四頁以下、同『憲法概説』(良書普及会、一九八七年)一七〇頁以下。ちなみに、同書一七四頁は、本稿註(12)で、一四條一項の保障範囲を不均等取扱い一般で理解した判例として言及した一九五〇年判決も、価値観に基づく別異取扱いだけを一四條一項の対象とした判例として扱っている。なお近年では、大石眞『憲法講義Ⅱ』(有斐閣、二〇〇七年)六一頁以下が、小嶋説を継承している。
- (84) 佐藤幸治・前掲註(10)四七七頁以下。この見解では、「第一関門」により許されないかどうかをいかに判断するかが示されていない。井上・前掲註(8)・(二)一三九頁。また、一四條一項後段列挙事項による別異取扱いも第二関門に位置づけられるが、そうなると第一関門の審査との区別はいかなるものか、といった問題も残っているように思われる。さらに、君塚正臣『性差別司法審査基準論』(信山社、一九九六年)二二三頁。
- (85) 佐藤幸治・前掲註(10)四七七頁は、別異取扱いが許されるかどうかの判断基準が「合理性」に求められてきたとし、その「合理性」それ自体の判断基準」として「第一関門」、「第二関門」にかかわる主張がなされてきたとしている。これは正当化の審査である。また同書四七八～四七九頁は、尊属殺判決の「多数意見が第一関門を通過させたことには、依然として疑問が残る」としている。ここでは立法目的審査が「第一関門」の問題とされている。このような用法からすると、佐藤説において「第一関門」は一四條が保障対象とする別異取扱いの画定というよりも、正当化審査に位置づけられているように思われる。
- (86) 穴戸・前掲註(62)一〇六頁。この整理は、一四條一項の前段と後段の保障範囲を同一のものとして捉える通説を前提とするものである。これに対して、一四條一項の前段と後段の保障範囲を分離して考える思考も、かつて日本で唱えられた立法者非拘束説をはじめとして、その後も形を変えて登場している。阪本・前掲註(20)七六頁以下、木村・前掲註(11)一九五頁以下、木村草太「平等権」長谷部恭男編『人權の射程』(法律文化社、二〇一〇年)八頁註(15)。
- (87) 穴戸・前掲註(62)一〇七頁では、さらに安西文雄「法の下の平等」杉原泰雄編『新版 体系憲法事典』(青林書院、二〇〇八年)四四六頁以下も、本文の(イ)の例とされている。しかし、この学説が「平等の内容を限定的に捉え」ているかは、定かではない。これに対して、高橋和之『立憲主義と日本国憲法第2版』(有斐閣、二〇一〇年)一五〇頁は、「個人の尊重という原理からは、個々人の違いは尊重されなければならず、そのような違いに応じた別異処遇は平等権の侵害にはならない」という。この見解は、一四條が保障対象とする別異取扱いの範囲を限定する趣旨だと思われる。
- (88) 木村・前掲註(11)四五～四七頁。
- (89) 木村・前掲註(11)五九～六〇頁。
- (90) 井上・前掲註(8)・(二)五六～一頁以下。
- (91) 井上・前掲註(8)・(二)五六頁以下、同『憲法判例に聞く』(日本評論社、二〇〇八年)四四頁以下。
- (92) 井上・前掲註(91)七〇頁、同・前掲註(8)・(二)五七四頁以下。

- (93) 井上・前掲註(8)・(二)五八六頁以下、同・前掲註(91)五五頁以下。
- (94) 井上・前掲註(8)・(二)二二八頁以下。
- (95) 大石・前掲註(83)六七頁。
- (96) 穴戸・前掲註(62)二〇九頁。
- (97) 奥平康弘『憲法Ⅲ』（有斐閣、一九九三年）一三八頁。そのほか、例えば、野中・前掲註(一)一六五頁も、「尊属殺等重罰規定の平等原則違反が主張されるのは、あくまで普通殺人の法定刑との間にある差別についてなのであって、差別の程度についてなのではない。差別の程度が平等原則の問題になるのは、むしろ差別すること自体は本来許されないのだが、立法技術その他の理由によりある程度までの差別的取扱いは認めざるをえない」というときに、その許容限度はどこまでかという形においてであると思われる。私の立場から見れば、最高裁が差別自体は合理的だが差別の程度が不合理だとし、それを平等原則違反の問題として処理したことには、論理的不整合がある」という。
- (98) 石川・前掲註(19)四一〜四二頁。
- (99) 高橋ほか・前掲註(46)五九〜六二頁。さらに、石川健治「国籍法違憲大法院判決をめぐって——憲法の観点から」・(未完)法学教室三四六号(二〇〇九年)一頁も、この判決において、「平等原則による裁量統制がいつのまにか比例原則によるそれにすり替わっている」と指摘する。
- (100) 石川・前掲註(99)一三頁。同論文によると、国籍法判決の場合は、「国籍法が、性差を理由として女性を『優遇』した事案であり、しかも、そもそも『権利』事案ではなく『身分』事案であるために、男性の側で『逆差別』による『権利』侵害を認識することは、原理的に不可能である。厄介なことにわれわれは、そのままでは比例原則の当てはまらない、きわめて例外的な事案に直面している」とされている(一三頁)。
- この「権利」事案か「身分」事案かという論点設定には、本稿は対応する準備がないため、立ち入れない。
- (101) 井上・前掲註(14)一三六頁。
- (102) 浦部・前掲註(10)一一二頁は、「異なった取扱いが平等原則上正当化されるのは、あくまでも、事実状態の違いに応じたものである場合なのだから、事実状態の違いと法的取扱いの違いとの比例の問題を、平等原則にかかわりのない問題とするのは適当でない」という。井上の議論は、この見解を継承するものであろう。井上の独自性は、後述するように(五4⑤)、「基本権としての平等原則」を指定するところから始まる。
- (103) 井上・前掲註(91)五三〜五四頁。
- (104) 代表的な判例として、BUTIGE 8887がある。この決定の紹介として、嶋崎健太郎「性同一性障害者の年齢による名の変更制限と平等条項」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ（第2版）』（信山社、二〇〇六年六七頁以下）「新定式」による平等審査とは、こうである。「一般的平等原則からは、規制対象と区別のメルクマールに応じて立法者に対する異なった限界が生ずる。この限界は、単なる恣意の禁止から、比例性の要件への厳格な拘束にまで及ぶ。そのような要請の段階づけは、基本法三条一項の文言および意味、ならびに他の憲法規範との関連から導かれる。
- すべての人が法律の前に平等であるという原則は、まず第一に、人の不当な別異取扱いを阻止すべきであるから、立法者は、人的集団を不平

等に取り扱う場合、通常、厳格な拘束に服する。この拘束は、人と関連するメルクマールが基本法三条三項において列挙された事由に近似すればそれだけ、ならびに、そのメルクマールに基づく不平等取扱いによって少数者の差別へと導く危険性が大きければそれだけ、ますます厳格になる。しかしながら、その厳格な拘束は、人と関連する区別に限定されない。それは、事情の不平等取扱いが間接的に人的集団の不平等取扱いになる場合にも妥当する。もっぱら事情に関連するだけの区別の場合、立法者に対する拘束の程度は、利害関係人が区別のメルクマールの実現に自己の行為によってどの程度影響を及ぼし得るのかに依存する。さらに、立法者の形成の余地は、人あるいは事情の不平等取扱いが基本権上保護された自由の行使により強く不利益的に影響し得るならばそれだけ、厳格に制限される。

(以上のような)立法者の形成の余地の異なった範囲には、憲法裁判による審査に際しての段階づけられた統制密度が対応する。審査基準として恣意の禁止が考慮されるにすぎない場合、基本法三条一項に対する侵害は、区別の不公正さが明白である場合にだけ確認され得るにすぎない。それに対して、連邦憲法裁判所は、人的集団を異なつて取り扱う規制、あるいは、基本権の実現に不利益的に作用する規制の場合、不平等な法的効果を正当化し得るほどの質的・量的根拠が規定された区別について存在するの否かを個別的に審査することになる。

この(統制密度の)段階づけを根拠づける考慮は、始源的状態およびそれに関して行われる規制の考え得る効果の評価に際して、立法者にとの程度の判断特権が認められるのかという問題についても意義を持つ。そのような予測の審査についても、単なる明白性審査から厳格な内容審査にまで至る細分化された基準が妥当する。さらに、立法者の予測の余地は、立法者が決定の時点で十分確実な判定を形成することができたか否かということによって左右される。井上・前掲註(8)・(三)六九九〜七〇二頁の邦訳による。関連して、同・前掲註(8)・(四)三〇二頁以下、西原・前掲註(8)二五四頁以下など。

(105) 井上・前掲註(8)・(三)七一九頁以下。

(106) なお井上が「基本権としての平等原則」を構想する際に参考としているのは、明言はしていないものの、棟居快行による、平等保障は、「別異取扱からの自由」という消極的自由権(この意味で『平等権』と把握することが可能)だという見解だと思われる。参照、棟居・前掲註(8)一八頁。

(107) 西原・前掲註(8)一〇〜一三頁。なお、井上はドイツにおける一般的平等原則に関する議論を検討対象としたのに対し、西原はヨーロッパ法とドイツ法における男女同権に関する議論を検討対象としているという違いがある。

(108) 西原・前掲註(8)一七三〜一八一頁。

(109) 西原・前掲註(8)一八七頁。

(110) 西原・前掲註(8)二五四頁以下。

(111) 西原・前掲註(8)三三〇〜三三三頁。

(112) 西原博士「平等と比例原則」法律時報七三巻八号(二〇〇一年)九七頁以下、同・前掲註(8)二六〇〜二六二頁。廣澤民生「平等問題と比例原則」Ds&研究会編『ドイツ公法理論の受容と展開——山下威士先生還暦記念』(尚学社、二〇〇四年)三三九頁以下も同旨。

- (113) 野中俊彦ほか『憲法Ⅰ「第4版」』（有斐閣、二〇〇六年）二七九頁（野中）、同「平等原則と平等権」佐藤幸治ほか『ファンダメンタル憲法』（有斐閣、一九九四年）六七頁以下。
- (114) 芦部・前掲註(5)一七二〇頁、阿部照哉「法の下の平等」芦部信喜編『憲法Ⅱ 人権（Ⅰ）』（有斐閣、一九七八年）二二四頁、佐藤幸治・前掲註(10)四六八頁など。
- (115) 野中ほか・前掲註(113)二七九頁（野中）、樋口陽一ほか『憲法Ⅰ』（青林書院、一九九四年）三二四頁（浦部法穂）、奥平・前掲註(67)二六五頁。
- (116) 佐藤幸治・前掲註(10)四六八頁。
- (117) 本稿、註(106)の本文を参照。さらに井上・前掲註(8)・(四)三〇三―三〇九頁。その他、図式化して対比するならば、佐藤幸治が人間は同じだから平等という考え方をするのに対し、井上は違うから平等という考え方をするという基礎となる平等観も異なっている。この点については、本稿、註(10)を参照。
- (118) 松井茂記『日本国憲法第3版』（有斐閣、二〇〇七年）三七二頁、木村草太「表現内容規制と平等条項」ジュリスト一四〇〇号（二〇一〇年）九六頁以下なども、「差別されない権利」を主張している。
- (119) 戸松・前掲註(5)三二九頁は、「本来、審査基準の構築ということは、判例の動向から離れて、観念的に考察することが許されない性格もっている。また、実際の判例傾向とはおよそかけ離れた裁判法理を提言して、判例がそれに向かうべきと力説しても現実味がない」という。本稿は、「判例傾向からかけ離れた」提言もあってもよいが、それだけではすまないはずだという立場を採っている。
- (120) 先に触れた西原がいう「比較可能性審査」（註(112)の本文）は、「固有の差別問題」の審査とは異なるようである。西原・前掲註(8)二〇七頁以下。
- (121) 石川・前掲註(99)一三三頁。
- (122) 井上によると、「区別のメルクマール」は、区別目的を達成する手段ではなく、区別そのものについての一つの情報であるし、別異取扱いの程度も、保護領域への介入そのものの内容をなす。「区別、あるいは、区別に基づく別異取扱いそのものが、基本法上平等以外の正当な行為の実現のための一つの手段なのである。結局、このとらえ方でいくと、手段を実現する手段なるものは観念できず、それ故に、平等審査においては、通常の実体的基本権が問題になる場合のような意味での手段審査は存在し得ない」。同・前掲註(8)・(三)七二五―七二六頁。また、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、二〇〇九年）三四五頁は、目的・手段審査が、自由権制約の正当化審査と平等審査に際して異なることを、次のように説明する。「それは何より、手段審査の対象となる『手段』が、一方では『自由』制約であるのに対して、他方では区別事由であることだ。また、同一の法規定を合憲性審査の対象とする場合でも、『自由』制約の文脈と『平等』違反の文脈とは、そこで確定される立法目的の内容が違ったものとなりうる点にも、注意が必要である」。
- (123) 井上・前掲註(14)一三六頁。本稿ではすでに、註(101)の本文で引用している。また、同・前掲註(8)・(三)七二四頁以下。ただし本稿

は、井上とは異なり、「区別に基づく別異取扱いについての規制によつていかなる不利益が課せられているかという実的利益に関する検討」を経由することによつて比例原則の審査をすることを承認している。そのため通常の比例原則審査が当てる場合はあり得ると考えている。

(124) 宍戸・前掲註(62)一一〇頁。

(125) 宍戸・前掲註(62)一一一頁。

(126) 佐々木・前掲註(122)三四九頁。

(127) 本稿は、本文のように平等審査を広く捉えてきた。赤坂正浩が次のように論ずるのも、これと類似した見解であるように思われる。「裁判所も、ある法律規定の目的と手段との適合関係を検討するだけで、平等違反かどうかの結論を出しているわけではない。もともと平等条項違反では、複数の人間集団の法的取扱いが異なることが問題となるわけだから、一の法律規定の目的手段審査を行うだけでは、別扱いの性質が解明できないことがある。①法律が複数の人間集団を区別した基準は何か、それは人格価値平等の理念に反しない区分か、②法律が取り扱いの違いを設けた目的は、人格価値平等の理念に照らしても正当と言えるか、③この目的と法律が選択した手段との間に適合的な関係はあるか、④複数の集団間の取り扱いの違いは相互に均衡がとれているか。これらの観点から、場合によっては複数の法律規定を総合的に検討することが必要となる」。渋谷秀樹・赤坂正浩『憲法1 人権「第4版」(有斐閣、二〇一〇年)三四四頁(赤坂)。

(128) さしあたり、林知更「政治過程の統合と自由(五・完)」国家学会雑誌一一七巻五・六号(二〇〇四年)四三頁以下。政党助成制度は、国民の思想・良心の自由との関係でも憲法問題を生じさせる。しかしこの論点については、傍に置くこととしたい。

(129) 井上・前掲註(8)・(三)七二七頁。

(130) 渡辺・前掲註(7)一頁以下。

(131) 渡辺・前掲註(7)二六六頁以下、二八七頁以下。

(132) 最大判二〇〇四(平成一六)年一月一日民集五八巻一号五六頁(六七頁以下)。

(133) より詳細には、渡辺・前掲註(7)二六八頁以下、二八九頁以下。なお、塩野宏『行政法I「第五版」(有斐閣、二〇〇九年)一三五頁は、「純粹の手続的コントロールが手続のあり方自体を問題としている(たとえば、他事考慮をしたと疑われないようにすること)のに対し」、判断過程統制は「まさに他事考慮をしたかどうかを問題としているので、極めて実体判断に近い」という指摘をしている。この手法については、さらに、宍戸常寿「裁量論と人権論」公法研究七一(二〇〇九年)一〇四頁以下を参照。

## 六 結びに代えて

本稿は、日本における裁判例を素材としながら、平等原則にかかわる審査手法について考察を行ってきた。その



際に本稿は、基本判例を想定した上でもう一つの指導的判例を掘り起こす可能性に言及し、また判例における依拠の系譜関係に着目した大まかな整理を出発点としながらそれに修正を施す、という形で考察を進めてきた。そのため、読者にとって行論が複雑化している恐れがある。また本稿は、裁判例を素材としながら次第に理論へと上昇するという帰納的な考察を行ってきた。そのため、考察対象から、こぼれ落ちる平等問題も当然に存在する。例えば、平等に関する基礎理論的、原理論的な研究は行っていない。本論の叙述を補足するため、本稿は、従来からの通説の見解であり、また近年では新たな基礎づけもなされている<sup>(134)</sup>、平等をまずは国家機関を拘束する客観法規範として理解し、それを踏まえて個人の平等権が観念できるという立場を前提としていることに触れておきたい。本論のなかで、「基本権としての平等原則」を構想する学説の意義を評価しつつも、本稿では採用していない<sup>(135)</sup>（五4(7)）理論的背景にはこうした見地があった。また、学説が従来から比較法的な研究を精力的に行ってきた積極的差別是正措置にかかわる問題も、日本には判例が存在しないため、考察の対象外となっている。このように本稿は限界をもつ、しかも試論的な研究であった。そのような本稿ではあるが、日本における判例法理の状況を踏まえながら今後の平等審査のあるべき方向性を提唱する、より本格的な議論をいささかなりとも刺激することができたならば、望外の幸いである。

(134) 近年の文献として、とりわけ石川健治「基本的人権」の主観性と客観性」西原博史編『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』（岩波書店、二〇〇七年）二二頁、宍戸・前掲註(62)一〇五頁。また、阪本・前掲註(20)七九頁は、一四条をもつばら客観法規範として理解する。

(135) 例えば、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）、平地秀哉「平等理論」辻村みよ子・長谷部恭男編『憲法理論の再創造』（日本評論社、二〇一一年）三三九頁以下など。学際的研究として、田村哲樹・金子篤子編『ポジティブ・アクションの可能性』（ナカニシヤ出版、二〇〇七年）を挙げておく。