

令和 2 年 6 月 22 日現在

機関番号：32643

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2017～2019

課題番号：17K13611

研究課題名(和文) 間接差別の規制に関する憲法学的考察

研究課題名(英文) The Constitutional Study on the Regulations of Indirect Discrimination

研究代表者

高橋 正明 (Takahashi, Masaaki)

帝京大学・法学部・講師

研究者番号：50757078

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 1,900,000円

研究成果の概要(和文)：本研究では、アメリカ及びカナダの議論を手がかりとして、間接差別の規制のあり方について憲法上の平等原則の保障の実効化という視点から包括的に検討を行った。その成果として、差別的意図によって生じる間接差別を統制するという見地からは、アメリカにおける動機審査理論の意義及び我が国の憲法理論への受容可能性について明らかにすることができた。また、社会構造上の問題に起因する間接差別の規制も重要になるところ、カナダの判例・学説を素材に、裁判所の制度的能力に焦点を当てた統制方法の意義を明確にすることができた。

研究成果の学術的意義や社会的意義

間接差別に関する憲法学的研究の蓄積は必ずしも十分であるとはいえない。そこで、本研究では、アメリカとカナダの議論を手がかりに、憲法の観点から司法審査のあり方を明確にした。具体的には、差別的意図に基づく間接差別に関して動機審査の実施が必要となる局面を一定程度明らかにした上で、社会構造上の問題に起因する間接差別に関して裁判所の制度的能力を踏まえた統制手法の重要性を指摘したが、これらは、従来の研究状況をさらに推し進める学術的意義があると考えられる。また、夫婦同氏制の是非など社会的関心の高いテーマを扱い、憲法の観点から一定の知見を提供したことも社会的意義として挙げられる。

研究成果の概要(英文)：This study comprehensively explored the way of regulating indirect discrimination focusing on the discourse in USA and Canada, in order to guarantee constitutional equality more effectively. Regarding regulation of indirect discrimination resulting from discriminatory intent, the significance and acceptability of the motive analysis theory in USA was revealed. Furthermore, based on the discourse in Canada, this study also elucidated the significance of the way of regulating indirect discrimination caused by the problems in social structure, focusing on the court's institutional capacity.

研究分野：憲法学

キーワード：公法学 憲法学 比較憲法学 間接差別 平等原則

## 様式 C - 19、F - 19 - 1、Z - 19 (共通)

### 1. 研究開始当初の背景

憲法上の平等原則の規範要請について、我が国の通説は、第一次的には、実質的平等(結果の平等)ではなく形式的平等(機会の平等)を保障するものであるとの立場を採っている。後者の規範要請に関しては広く受容されており、人種や性別といった分類を法文に明示して人種的マイノリティや女性に不利益を課す差別(以下「直接差別」という。)は減少しつつある。しかしながら、国家機関が直接差別を積極的に行うことは少なくなったものの、歴史的に差別されてきた集団の社会・経済的地位は依然として劣位に置かれている。

この背景は複合的な要因によるものであるが、その一つに、国家(ないし私人)による差別行為の類型が、人種や性別に中立的な行為であるにもかかわらず、特定の人種や性別に属する者に不均衡な効果をもたらす「間接差別」(例えば、職場での昇進の条件として転勤要件を課すことは、事実上、女性に不利に働く場合が多い)に変化しつつあり、当該差別は「直接差別」に比して司法的救済が困難であるという事情を挙げることができる。

ただし、我が国の憲法学においては、この「間接差別」の憲法的統制のあり方については、必ずしも十分に議論が深められているとはいえない状況にある。大別すれば、間接差別に関しては、国家が、人種や性別に対して表面上は中立的であるものの、特定の人種や性別に属する者に不利益が生じる行為を差別的意図に基づいて行うことを問題視する立場と、国家が差別的意図を持たずに、人種や性別に対して中立的な行為を行う場合に、社会構造上の問題(経済・教育水準の格差、差別的な社会慣習、障害などの身体的特性に応じて利用可能性が異なる外部環境など)によって、結果的に、これまで差別を受けてきた特定の人種や性別に属する者に不均衡な割合で不利益が生じてしまうことを問題視する立場があるといえる。しかし、いずれの観点からも具体的な審査手法が確立されているわけではない。

そこで、形式的平等の保障を重視する従来の平等理論に依拠して適切に間接差別を規制することができるのか、また仮にそうしたアプローチに限界があるとすれば、実質的平等の実現をより志向する理論枠組も検討対象に入れた上で具体的な審査手法を確立する必要があるのではないか、と考えたのが研究開始当初の背景である。

### 2. 研究の目的

本研究の目的は、上述した背景を踏まえ、憲法上の平等原則の保障の実効化という観点から、間接差別の規制、とりわけ司法的規制のあり方について、アメリカ及びカナダの議論を手がかりに包括的に分析することにある。

より具体的には、アメリカの議論を素材として、差別的意図に基づく間接差別の統制手法として位置づけられている動機審査の意義と課題を明確にしつつ、我が国の議論への受容可能性を探ること、カナダの議論を手がかりとして、社会構造上の問題に起因する間接差別の統制手法の意義と課題を明らかにしつつ、我が国の議論への示唆を探ることを目的とした。

### 3. 研究の方法

上記から分かる通り、アメリカ及びカナダ憲法学の議論を手がかりとして、我が国の憲法学への示唆を探るといって、2か国を対象とした比較法的アプローチを用いた。上述したように、間接差別は、差別的意図に起因するものと、社会構造上の問題に起因するものとの、一応の分類ができる。前者の類型の差別の統制手法である動機審査理論に関してはアメリカの研究の蓄積が豊富である一方で、後者の類型の差別に関しては、実質的平等の保障という観点からその統制手法に関する研究がカナダにおいて豊富であるため、両国を比較対象として選んだ。

また、これらの研究手法に基づいて、関連する国内外の文献の収集・読解を行うとともに、アメリカ及びカナダの先駆的研究者との意見交換、並びに各国の大学図書館などにおける資料収集を実施した。

### 4. 研究成果

以下、「2. 研究の目的」で述べた、研究の目的及びに関する研究成果を中心に述べる。

#### (1) 動機審査理論に関する研究成果

まず、研究の目的との関係では、アメリカの判例(See e.g., *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976))は形式的平等の保障を重視しつつ、人種や性別といった文言を含む別異取り扱いの合理性を厳しく審査する一方で、間接差別を統制するにあたっては、行為者の差別的意図を認定できる場合に限って審査基準を厳格化させる立場を採っており、それを受けてアメリカの学説も動機審査の精緻化を試みている。また、動機審査は、平等の領域に限られるものではなく、表現の自由や、信教の自由などの広範な権利領域で用いられている。そこで、本研究では、動機審査理論の一般的妥当性・受容可能性を検証した上で、間接差別に関する動機審査のあり方について検討をした。

動機審査理論の一般的妥当性に関しては、立法・行政の諸行為を同列に論じることは困難であることを踏まえ、まず「立法」の動機審査のあり方について Richard H. Fallon, Jr. の議論を手がかりに分析した(中心的に分析した文献として、See Richard H. Fallon, Jr., *Constitutionally Forbidden Legislative Intent*, 130 Harv. L. Rev. 525 (2016) )。

前提として、アメリカの判例は、法文上に特定の文言を含む法規制(表現内容規制や疑わしい区分など)に対して厳格審査を適用するという法理を用いて不当な立法者意思を燻り出すとい

う間接的アプローチ(以下「ドクトリン・アプローチ」という。)を用いるとともに、法文に加えて、立法資料を参照しつつ、不当な立法者意思を直接的に探知するアプローチ(以下「総合的アプローチ」という。)を用いることが多い。この点について、まず、Fallon は、違憲審査において審査の主たる対象とすべきは実体的規範の侵害の有無であり、ドクトリン・アプローチを用いた判例は動機の燻り出しという観点からではなく、実体的規範の侵害の有無という観点から厳格審査を適用したものと再構成できると主張する。そこで、本研究では、動機審査の実施に消極的である我が国の状況に鑑みれば実体的規範の侵害を容易に観念しえない局面において動機審査を補助的に用いるのが建設的であると評価した上で、ドクトリン・アプローチに関する Fallon の分析の妥当性を実証的に検証しつつ、ドクトリン・アプローチについては実体的規範論への再構成をすることが望ましいとの知見を得るに至った。

さらに、Fallon は、総合的アプローチに関しては、法案に賛成票を投じた議員の過半数が、個別の憲法条項から導出される行為規範に違反しつつ、法律の制定に関与したことが明らかとなった場合、不当な立法者意思が認定されるがゆえに当該法律の憲法適合性を厳格に審査すべきであるとする。この見解は、個々の議員の動機に加えて、立法に至る歴史的背景や、法案提出に至る具体的な出来事なども考慮して主観的立法者意思を認定する判例(See e.g., *Church of the Lukumi Babau Aye, Inc. v. City of Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993))とは異なるものであり、少人数から成る議会を除けば、多数の議員によって構成される議会において実践するのは困難でもある。そこで、本研究は、我が国においても、憲法尊重擁護義務を課される国会及び地方議会議員の多数が特定の行為規範(差別感情に基づく立法活動の禁止など)に違反する場合には、制定された立法の合理性に疑義が生じるのは経験的観点からは理解できるとしても、総合的アプローチを実践するにはアメリカの判例の手法を採り入れるなどの改良を加える必要もあるとした。その上で、立法との関係では、間接差別に関する動機審査も同様の問題を抱えていると結論づけた(ここまでの成果は紀要論文として公表した(下記5.に記載))。

他方で、行政の諸行為との関係では、少数から成る合議制の機関や、最終的な意思決定責任が個人に帰属する独任制の機関の行為に対しては、裁判所の審査能力に負荷をかけることなく総合的アプローチを活用できる可能性があるとして評価するに至った。また、行政機関の活動に関しては、行政立法や内部規則などの一定のルール(消防士の採用要件として身長要件を課すといったルール)が差別的意図に基づいて設けられる場合のみならず、個別・具体の処分(人事評価などの裁量的行為や、警察機関の法執行)が差別的に行われることも多い。そして、後者の処分の際に生じる差別は、行為者の明確な差別的意図によるというよりも、行為者の「無意識の偏見」(unconscious bias)による場合も少なくない。こうした無意識の偏見に基づく差別の統制については、Linda Hamilton Krieger を中心とした労働法学における議論が示唆に富むものであり、そうした知見の公法学領域への応用可能性を探る必要があるとの認識を得た。

なお、間接差別に関する事案ではないものの、これらの検討に関連し、嫡出否認権を夫にのみ認める民法上の規定を合憲とした大阪高裁平成30年8月30日判決の評釈を公表し(下記5.に記載)、同規定も不当動機の有無という観点から分析できる側面があることを指摘した。

## (2) 社会構造上の問題に起因する間接差別の統制手法に関する研究成果

次いで、研究の目的との関係で、カナダの議論を手がかりに、社会構造上の問題に起因する間接差別の統制手法について分析を行った。

上述したように、行為者が差別的意図を有していなくとも、人種や性別に対して中立的な国家行為(不作為を含む)によって集団間の事実上の不平等が生じる場合もある。こうした場合には、行為者自身はそもそも差別的意図を有していないため、動機審査によって対処するのは適切ではない。そこで、まず、行為者の意図によらずに生じる事実上の不平等を解消するにあたり、日米の判例がどのような立場を示しているのか、そして、そこにどのような問題点があるのかを明らかにした上で、そうした問題点に一定の対処を試みているカナダの判例理論について検討を加えた。

まず、日本の状況に関して、社会構造上の問題に起因する間接差別について考える上で、婚姻をするにあたり夫婦同氏を要求する民法750条の合憲性を論じた夫婦同氏制合憲判決(最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁)は重要な素材である。同判決は、同条の規定は、文言上、片方の性に対して差別的取り扱いをしておらず、男女間の形式的平等に反するわけではないため、日本国憲法14条1項に反するものではないとした。そして、同判決は、夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数である現状が、男女間の「真に自由な選択の結果」によるかどうか配慮すべきであり、仮に「社会に存する差別的な意識や慣習による影響があるのであれば、その影響を排除して夫婦間に実質的な平等が保たれるように図ることは、憲法14条1項の趣旨に沿う」と述べ、こうした夫婦間の実質的平等への配慮は、憲法24条の立法裁量の範囲を考える際に考慮されるべき事項であるとした。このような最高裁の態度は、民法750条が女性を明示的に不利に取り扱うものではないことに鑑み、社会の差別的慣習を除去するという実質的平等の実現を担うのは第一次的には立法者であり、裁判所に与えられた役割は原則的には形式的平等の実現にとどまるという権限配分観に基づくものと考えられる。

また、アメリカにおいても、社会構造上の問題に起因する間接差別に関する事例は少なくないが、*Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976)は、アメリカ連邦最高裁の基本的な姿勢を理解する上で参考になる。本件では、警察官の採用試験において言語能力などを測るための筆記試験が実施

されたところ、黒人の志願者が白人の志願者の4倍の割合で不合格となったため、当該試験が平等原則に違反するか否かが争われたが、連邦最高裁は、当該試験が差別的意図に基づいて実施されたと言えない限り、厳格な審査はできないとし、合憲判断を示した。本判決に関しては、裁判所は、本判決が下された当時における、黒人と白人の教育格差は顕著なものであり、人種間の不均衡な効果が生じる要因である構造的な格差問題を解消する必要もあることを認識しつつも、そうした構造的問題を是正する救済措置を実施する制度的能力に欠けることを自覚していたがゆえに、踏み込んだ審査を行わなかったとの見方もなされている。

このように、日米の判例からは、裁判所の制度的能力に鑑み適切な救済措置を実施するのが困難であるという、各国家機関の権限配分に関わる認識が、社会構造上の問題に起因する間接差別の平等原則違反の認定に強い影響を与えている可能性を指摘できる。しかし、こうした日米の判例に比して、カナダの判例は比較的積極的に間接差別の違憲性を認定しているため、その要因について、日米の判例との異同に留意しつつ、さらに分析を進めた。

まず、一般的な傾向として、カナダの判例は、社会的に劣位に置かれている集団の従属化を防止するといった観点から、カナダ人権憲章15条1項は形式的平等のみならず、実質的平等を保障するとの前提を採る。その上で、文言上は中立的な法律についても、同項に列挙されている事由(ないしはそれに類似する事由)を有する集団に事実上の排除的效果をもたらす場合には、平等権の制約を認定し、その正当化根拠を比較的厳しく審査することもある(Eldridge v. British Columbia [1997] 3 S.C.R.624, Vriend v. Alberta [1998] 1 S.C.R.493)。しかし、そもそも文言上中立的な国家行為による憲法上の平等権への制約が認められない事例も多い。

そうした平等権の制約を認定しなかった判例の中には、上述した日米の判例のように、裁判所の手によって解消が困難な社会構造上の問題を含むものが多いことも明らかとなった。例えば、Symes v. Canada [1993] 4 S.C.R.695で、カナダ最高裁は、家庭生活において男性よりも女性が子の養育を引き受けることが多いという社会的慣習の存在を認識しつつも、ベビーシッターを雇うための費用を税額控除の適用対象となる必要経費として認定しない税法上の扱いが、就労を希望する女性に不均衡な形で子の養育にかかる金銭的損失を生じさせているとまではいえないとした。本判決においては立法府の裁量に関する言及は必ずしも多くはないものの、判例は、政策的判断の要求される租税法の領域などでは、構造的差別の問題性に言及するとどめ、立ち入った判断を控える傾向にある(同じく、租税領域に関する判例としてThibaudeau v. Canada [1995] 2 S.C.R. 627)。

他方で、間接差別の違憲性を認定した判例であるEldridge v. British Columbia [1997] 3 S.C.R.624では、最高裁は、州の医療制度が聴覚障害者とそうでない者を明示的に区別しているわけではないものの、州立病院が聴覚障害者のための手話通訳を配備しなかったことによって、医療サービスを受けられない状況が聴覚障害者のみに及んでいるがゆえに、当該不作為は間接差別に当たるとした。その上で、正当化の局面では、通訳配備は州の医療財源に過剰な負担を課することになるとの州の主張について、実際に必要となる金額は必ずしも膨大なものではないとした。また、最高裁は、州政府の不作為の違憲性を確認するとともに、州政府が適切な制度改正を行うことができるように判決の効力を一定期間停止すると宣言した。本判決は、政府の裁量が比較的尊重される医療制度の領域においても財政的負担が少ない場合に選択的に裁量を限定した点や、救済措置の実施にも政府の裁量的判断が求められることを意識していわゆる将来効判決を下した点で、注目に値する。また、間接差別の違憲性を認定したもう一つの判決であるVriend v. Alberta [1998] 1 S.C.R.493においても、判決は、立法府への権限配分上の敬讓を緩和させる具体的な事情(問題領域における財政的コストの低さや、救済措置の実現可能性)を考慮している可能性がある。

このように、カナダの判例は、実質的平等の保障を志向する点のみにおいて日米の判例と異なるというわけではなく、むしろ、問題領域に応じた裁判所の制度的能力を認識した上で、司法審査の各局面(とりわけ正当化及び救済の局面)において、政府の裁量を選択的に限定したり、多様な救済措置を提案する技法が備わっている点に特徴があるといえる。このような技法があるがゆえに積極的な司法判断が示されている可能性もあるとすれば、実質的平等の実現を憲法上の課題としてひとまずは認識しつつも、立法府の裁量を尊重する我が国の判例においても、問題領域に応じた裁判所の制度的能力を仔細に分析し、具体的な統制ないし救済手法(裁量の限定可能性や、救済措置の多様化)を考案することが、裁判所の実体的判断の活性化を促進させることになるのではないかと、という示唆を得た。なお、(2)に関する研究成果は本報告書作成時点ではまだ公表するに至っていないため、速やかに論文として取りまとめたい。

### (3) 海外研究者との意見交換など

また、以上の研究成果を得る過程で、海外研究者との意見交換及び文献収集を行った。

まず、主に上記(1)に関する研究の方向性を確定するために、2018年2月及び3月に、アメリカの差別的意図理論の先駆的研究者であるブルックリン法科大学院のWilliam D. Araiza教授や、同国の差別禁止法制について見識の深いコロンビア大学のOlatunde C. Johnson教授と意見交換を行った。意見交換を通じて、アメリカにおける差別的意図理論の意義と限界について知見を深めることができた。また、立法・行政機関の制度的特性を踏まえた間接差別の規制方法などについても意見を伺うことができ、そうした視点は、上記(1)・(2)双方に関わる成果として、少なからず研究内容に反映されている。

次に、上記（２）に関する研究の方向性を確定するために、2019年8月及び9月に、カナダにおける間接差別理論に関する先駆的研究者であるカルガリー大学の Jonnette Watson Hamilton 教授及び Jennifer Koshan 教授と意見交換を行った。面会を通じて、カナダの平等判例の理論動向、日本及びカナダの平等理論の差異、救済法の進展をはじめとしたカナダの違憲審査制の特徴などについて理解を深めることができた。その成果は上記（２）にも部分的に反映されている。

さらに、上記意見交換と並行して、ニューヨーク公共図書館、カルガリー大学図書館などで本研究に関する文献を多く収集することができ、研究の効率性を高めることができた。

## 5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計4件（うち査読付論文 0件/うち国際共著 0件/うちオープンアクセス 0件）

1. 著者名 高橋正明	4. 巻 33巻2号
2. 論文標題 立法者意思の不当性と違憲審査 Richard H. Fallon, Jr.の所説を手がかりに	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 帝京法学	6. 最初と最後の頁 77-148
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -
1. 著者名 高橋正明	4. 巻 24
2. 論文標題 嫡出否認の訴えを提起する権利を夫にのみ認める民法上の諸規定の合憲性（大阪高裁平成30年8月30日判決）	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 新・判例解説Watch 【2019年4月】	6. 最初と最後の頁 21-24
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -
1. 著者名 高橋正明	4. 巻 32巻1号
2. 論文標題 NHK受信料制度の合憲性 最高裁平成29年12月6日大法廷判決	5. 発行年 2018年
3. 雑誌名 帝京法学	6. 最初と最後の頁 395-427
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -
1. 著者名 高橋正明	4. 巻 31巻1・2合併号
2. 論文標題 憲法上の平等原則と私的自治 パブリック・アコモデーションにおける差別を巡る議論を手がかりに	5. 発行年 2018年
3. 雑誌名 帝京法学	6. 最初と最後の頁 189-303
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

〔学会発表〕 計0件

〔図書〕 計1件

1. 著者名 高橋正明 他	4. 発行年 2019年
2. 出版社 法学書院	5. 総ページ数 436
3. 書名 憲法	

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

	氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
--	---------------------------	-----------------------	----