

## 科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 29 年 6 月 15 日現在

機関番号：32643

研究種目：研究活動スタート支援

研究期間：2015～2016

課題番号：15H06624

研究課題名(和文) 憲法上の平等原則の解釈について - 社会構造上の差別の是正に向けて -

研究課題名(英文) On the Interpretation of the Principle of Equality in Constitutional Law :  
Toward the Rectification of Discrimination arising from Social Structure

研究代表者

高橋 正明 (Takahashi, Masaaki)

帝京大学・法学部・助教

研究者番号：50757078

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 1,700,000円

研究成果の概要(和文)：本研究は、主にアメリカ及びカナダの議論を手掛かりとして、社会構造上の差別の是正のあり方に焦点を当てつつ、憲法上の平等原則の解釈論の再構成を試みるものであった。具体的には、まず、社会構造上の差別の是正を憲法上の責務として捉える学説の意義と課題を解明した上で、我が国の憲法理論への受容可能性を意識した理論枠組を提示した。さらに、社会構造上の差別の一類型である「私人による差別行為」の規制のあり方について考える上では、「市場独占の排除」や「社会空間の公共性の維持」という観点から、私法秩序における憲法上の平等原則の作用を把握することが有用ではないかとの知見を得ることができた。

研究成果の概要(英文)：This research aimed to reconstruct theory of interpretation of the principle of equality in constitutional law, focusing on the way of rectification of discrimination arising from social structure. The method taken in this research was to refer to the discourse in the USA and Canada. At first, clarifying the significance and problems of legal theories which recognize the rectification of discrimination arising from social structure as constitutional responsibility, this research exhibited a theoretical framework which is designed to be more acceptable to constitutional theories in Japan.

Furthermore, to consider the way of regulation on private discrimination which is one type of discrimination arising from social structure, this research could obtain insight that it may be useful to understand the function of the principle of constitutional equality in private law systems, in terms of elimination of market monopoly and maintainance of publicness in social spaces.

研究分野：憲法学

キーワード：公法学 憲法学 比較憲法学 社会構造上の差別 平等原則 私的自治

## 1. 研究開始当初の背景

(1) 憲法上の平等原則について、我が国の通説的見解は、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述べる。後者の規範要請につい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の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、国家機関が積極的に直接差別を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(被差別集団)の社会経済的地位は依然として劣位に置かれている。

この背景には、国家が差別的意図を持たずに、法令の文言上は人種や性別に対して中立的な行為(例えば公務員試験の実施)を行った場合に、これまでの差別の被害が積み重なって生じる社会構造上の格差(教育格差も含まれる)が、差別を受けてきた特定の人種や性に属する者に不均衡な割合で不利な結果をもたらすことがあること(以下、このような行為を「不均衡な効果を生む中立的行為」とよぶ。) また、国家機関ではなく、私人による差別行為は依然として広範囲で生じていることの、2点を指摘することができる。

(2) ここでは、このように、社会の側に原因を有する差別行為が広範囲で生じ、被差別集団に累積的に不利益が課せられている状態を「社会構造的差別」と呼ぶこととする(研究課題名等には「社会構造上の差別」と表記されているが、同義である)。しかし、この「社会構造的差別」の是正のあり方について憲法の観点から十分に議論がされているわけではない。また、形式的平等のみを保障する従来の平等理論の枠組では、社会構造的差別の是正を国家に対して積極的に求めることは困難でもある。そのため、社会構造的差別が既存の社会経済的格差を固定化するものであることを踏まえれば、当該差別の是正を憲法上の要請と解するための平等原則の解釈論を展開する必要があるのではないかと、といった問題意識を持つに至ったのが、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、上述の背景を踏まえ、社会構造的差別の是正のあり方に焦点を当てつつ、憲法上の平等原則の解釈論の再構成を行うことにあった。

具体的には、社会構造的差別の是正を憲法上の要請と解するにあたっての平等概念に関する基礎理論の解明、当該差別の是正を行う国家機関の制度的能力を踏まえた規範理論の提示、さらに社会構造的差別を構成する「不均衡な効果を生む中立的行為」と「私人の差別行為」に対する規制のあり方の明確化を目的とした。

## 3. 研究の方法

アメリカ憲法学とカナダ憲法学の議論を素材としつつ、我が国の憲法学への示唆を得るという比較法のアプローチを採用した。また、私人の差別行為の規制のあり方を検討の対象範囲に含めているため、私法学との分野横断的な研究手法も用いた。

これらの研究手法に基づいて、関連する文献の収集と読解(文献研究)を中心としつつ、海外研究者へのインタビュー(実地調査)を行い、研究を進めた。

## 4. 研究成果

以下、2.研究目的の欄で述べた、研究目的～に関わる研究成果について述べる。

(1) まず、社会構造的差別の是正を憲法上の要請と解するにあたっての平等概念に関する基礎理論についての研究成果を述べる。

こうした基礎理論的考察を行う前提として、先に、アメリカ及びカナダの連邦最高裁判例における平等理論の概要と問題点を整理した。まず、アメリカの平等判例は、形式的平等の保障を重視する一方で、「不均衡な効果を生み中立的行為」の違憲性を主張するために差別的意図の立証を原告に要求するものであり、かつ、社会構造的差別の是正を目的とする積極的差別是正措置(アフーマティブ・アクション、以下「AA」という。)の合憲性を厳格に審査するものであった。このアメリカの判例理論の現状と課題については後掲雑誌論文・及び図書に反映した。

他方で、カナダの平等判例は、実質的平等の保障を志向しつつ、「不均衡な効果を生み中立的行為」の違憲性を主張するために差別的意図の立証を要求するものではなく、AAの合憲性も緩やかに審査するというものであった。カナダの判例が、国家行為によって不利益を被る者の置かれている社会的状況などを考慮しつつ、国家行為の効果(偏見やステレオタイプの固定化に伴う不利益の永続化)を問題にするものであることを踏まえれば、カナダの判例の方が本研究の問題意識に整合するといえる。ただし、カナダの判例の中には、社会構造的差別の是正を行う立法措置を積極的に容認する素地があるとはいえず、それを憲法上の要請とまで想定しているとはいいがたいとの知見を有するに至った。

こうした両国の判例の特徴が認められる中で、とりわけアメリカの判例理論が当該差別の是正を行う立法政策の展開を妨げる傾向にあることに対して、学説上の批判は強い。そこで、アメリカの判例理論に批判的な立場から、社会構造的差別の是正を憲法上の要請と解しつつ、被差別集団の市民的地位(citizenship)の平等化を求める平等理論である「反従属原理」の主張内容を、Kenneth L. Karst や Owen M. Fiss 等の論考を中心として検討した。

とりわけ Karst の理論は、市民的地位の意

味を、政治過程への参加資格という意味での国家的地位のみならず、アメリカという社会共同体において個人及び集団が享受する社会・経済的地位を含めて把握した上で、その市民的地位を劣位に置く、国家及び私人による差別行為とそれがもたらす累積的被害（社会構造的差別）の是正を憲法上の要請と捉えるものである。そのため、この理論の下では、国家が社会構造的差別を是正しないことは違憲の立法不作為に該当する可能性がある。

この見解は、社会構造的差別の是正を国家に求める権利を被差別集団に付与するものであるとの理解が可能であり、理論的示唆に富むものであるとの評価をするに至った。また、この反従属原理の主張内容については、後掲雑誌論文・ に反映させた。

(2) 次に、社会構造的差別の是正を行う国家機関の制度的能力を踏まえた規範理論の提示を行った。

前述したように、反従属原理の主張内容は、社会構造的差別の是正を憲法上の要請と解する点で理論的示唆に富むものであるとしても、現実の国家機関の制度的能力を踏まえれば裁判所に過剰な負担をかけるものであり、その規範の実現可能性については慎重な検討が求められる。

そこで、差別的な社会的慣習を除去する上で立法府の役割を強調する Cass Sunsteinらの論考を参考にしつつ、規範を実現するにあたって国家機関が考慮すべき要素を抽出した。その結果、社会構造的差別を是正する措置は私人に一定の義務を課すものが多く、それらの措置を選択・実施するにあたっては、事業者をはじめとした私人の憲法上の権利への配慮が求められること、また、複数ある差別是正措置の有用性の比較評価を行う必要があるとの知見を得るに至った。そして、これらの要素を考慮した上で差別是正措置を選択・実施できる能力は裁判所よりも立法府のほうが優れており、社会構造的差別の是正を求める権利を実現する義務を負うのは第一次的には立法府であるとの見解を提示した。

さらに、より具体的な構成として、社会構造的差別の是正を国家に求める権利の法規範性については、これを立法府による具体化を要する抽象的権利と位置づけるべきとの提案を行った。そして、このように平等原則の保障内容の一つとして当該権利を観念すると、私人の差別を包括的に禁止する立法、AA の実施を義務付ける立法などは、当該権利を具体化した措置と位置づけられることとなる。最後に、こうした規範理論の視点を取り入れつつ、我が国の憲法上の平等原則の解釈論を再構成し、とりわけ日本国憲法 14 条 1 項後段は、その文言の面などから「社会構造的差別の是正を求める権利」を保障するものであると解釈すべきとの見解を示した。

以上の成果については、後掲雑誌論文・

に反映させた。

(3) 以上のような解釈論を展開したことで、社会構造的差別の是正を求める権利の実現過程について憲法の観点から個別・具体的に検討する必要が生じることとなった。そこで、社会構造的差別を生じさせる行為を、「(国家による)不均衡な効果を生む中立的行為」と「私人による差別行為」とに類型化した上で、それぞれの行為に対する立法及び司法的規制のあり方について整理・検討した。ここでは前者の成果について紹介する。

本研究では、「不均衡な効果を生む中立的行為」については、それが、これまでの社会構造的差別の影響で生じているとはいえない場合には、国家の「差別的意図」によって生じている可能性を問題にするべきであるとした。そして、「不均衡な効果を生む中立的行為」が、これまでの差別の影響で生じている場合には、社会構造的差別を是正する国家の義務が履行されていない点（立法不作為）が問題となるのであり、差別的意図の有無を問う判断枠組とは異なる違憲審査の手法の解明が求められることを明らかにした。これらの成果については後掲雑誌論文・ に反映させた。

ただし、中立的行為によって不均衡な効果が生じる原因は、これら以外のものも想定される。例えば、差別的意図を有していないとの前提の下で、国家機関が、採用試験において、視覚障害者に対して、視覚障害を有さない他の受験者と同様に筆記試験の受験を求める場合、視覚障害者のみに不利益が課されることとなる。そして、ここで生じる不均衡な効果は、視覚障害という身体的理由から生じるものと説明ができる。

この場合、これまでの社会構造的差別の影響で特定の集団に対して不均衡な効果が生じているとの説明は適切ではないため、この場合の「不均衡な効果を生む中立的行為」がいかなる意味で「差別」といえるのか、またその他の人権規定との関係をどのように整理するのかといった点について検討する必要が出てくる。

このように不均衡な効果を生む中立的行為を規制するために、差別概念についての精緻な検討が一層求められることを明らかにしたことは、本研究の成果の一つといっていよいであろう。ただし、これ以上の分析は、社会構造的差別の是正のあり方の検討に重点を置く本研究の射程を超えるものであるため、今後の研究課題とすることとした。

(4) 続いて、社会構造的差別を生じさせるもう一つの差別類型である、「私人の差別行為」の立法及び司法的規制のあり方について憲法の観点から検討を行った。

この点について、まず、アメリカ及びカナダにおける「差別禁止法」(雇用、商品・サービスの提供、居住などの様々な生活領域で

人種・性別・出自などに基づく差別を包括的に禁止する法律)に関する判例理論の内容と問題点を整理した。

その結果、アメリカ及びカナダの判例は、一般的傾向として、差別禁止法は、私的自治の理念の下で認められる契約の自由を制約する側面があることを認めつつも、その目的には平等の実現といった正当な利益が備わっていることを踏まえ、これを合憲と捉える傾向にあることが分かった。ただし、両国の判例は、法律上の規制がない場合、コモロー上の差別禁止法理の射程を拡大することに積極的ではないため、例外はあるものの、多くの場合ではあくまで立法府が差別禁止法を制定しない限りは、私人による差別は解消されないという問題点が明確となった。

このような課題がある中で、学説においても、差別禁止法の射程拡大に否定的な見解と、肯定的な見解とが存していることが明らかとなった。すなわち、差別禁止法は、私人とりわけ事業者の憲法上の権利(契約の自由・財産権など)を侵害する可能性があるため、その規制範囲を限定するべきではないかという見解と、差別の対象となる属性は、人種や性別に限らず、性的指向・性自認・障害等も想定されるが、これらの属性に基づく私人による差別は十分に規制されていないため、差別禁止法の規制範囲を拡大すべきではないかという見解がある。また、の見解は、私人による差別行為の禁止を憲法上の要請と解する場合、国家による憲法上の権利の保護が適切になされているかという意味での憲法問題として把握されることになる。

そこで、それぞれ立場に立つ代表的論者の理論を取り上げ、その意義と課題について分析を行った。

まず、の考えを支持する代表的論者として、Richard Epsteinらの議論を参照した。Epsteinによれば、英米のコモロー判例が、差別禁止義務を課す事業者を宿泊施設や交通機関に限定してきたのは、これらの事業者が歴史的に消費者との関係で独占的地位にあるためであり、独占的地位にない事業者に差別禁止義務を課すのは契約の自由との関係で適切ではないとされる。Epsteinの議論は、市場の独占を解消するという観点から差別禁止法を正当化するものであり、市場の競争秩序の維持を志向するものである。ただし、彼の議論は、事業者が独占的地位にない場合には、それらの事業者による差別行為(契約の拒否など)を規制できなくなるとの課題を有するものといえる。

これに対して、の見解を支持する代表的論者として、Joseph Singerらの議論を参照した。Singerによれば、財産には、その分配を通じて社会関係(social relationships)を形成する機能があるため、国家による一定のコントロールが求められる。そして、市場という公共空間において人種・性別・性的指向といった分類を用いて差別的に財を分配す

ること(例えば飲食店による入店拒否など)は、憲法が禁止する社会関係(人種的アパルトヘイトや身分制)の形成につながるために禁止される。

この見解は、市場という社会空間の公共性を維持するという観点から、私法上の規定を憲法上の平等原則の要請に適合するように解釈しつつ、財の規律を行うものである。この視点は、競争秩序の維持という観点から差別禁止法の意義を捉えるEpsteinの議論と対比しつつ、私法秩序における憲法上の平等原則の作用を把握する上で有益なものと考えられる。

さらに、Epstein及びSingerの理論枠組は、間接適用説の立場を採りつつ、民法の一般条項の適用を通じて、広く公衆に向けてサービスを行う事業者による差別行為を禁止することが多い我が国の判例の傾向と一定程度整合するものであることが明らかにされた。そのため、両者の理論の射程を見極めつつ、「市場独占の排除」及び「社会空間の公共性の維持」という二つの側面から、我が国の差別禁止法制のあるべき姿を憲法の観点から構想するのが適切ではないか、との知見を有するに至った。このような知見は、社会構造的差別の是正を求める抽象的権利を具体化するための視点として有用であり、上記(2)で示した規範理論の実現性を高めるものであると評価した。

また、このような基本的方向性を踏まえた上で、いずれの国家機関がどのように差別禁止法制を構築するべきかについても、論点となる。これについては、立法府が包括的な差別禁止法を制定するのが望ましいと考えられる。ただし、我が国において差別禁止法を制定・運用する場合、権利の実効的な救済という観点から、行政機関主導型または司法機関主導型の制度設計のいずれが望ましいのかといった点を、憲法の観点から検討する必要もあることも明らかとなった。

以上の研究成果については、概ね論文として取りまとめたが、本報告書作成時点でいまだ公表に至っていないため、平成29年度中に速やかに公表したい。

(5)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資料収集を行ったことを研究成果の一つとして挙げておく。

具体的には、上記(3)・(4)に関する研究の方向性を確定するために、2016年2月、憲法及び差別禁止法に関する先駆的研究者であるジョージ・ワシントン大学(アメリカ)のMichael Selmi教授と、プリティッシュ・コロンビア大学(カナダ)のMargot Young教授と意見交換を行った。

意見交換では、アメリカ・カナダの平等理論が対照的な性格を有することもあり、本研究の方向性に関しても両教授から異なった角度からの意見を得ることができた。また、

二人からは、憲法の観点にとどまらず、行政機関としての人権委員会の意義・機能に関する見解をはじめとして、差別禁止法の制度運用上の課題について実務的観点から様々な意見をいただいた。それらの意見は、上記(3)・(4)で示した研究成果を挙げる上で示唆を与えるものであった。

また、上記意見交換と並行して、アメリカ議会図書館及びブリティッシュ・コロンビア大学法学部図書館において、本研究に関する資料の収集を行い、両国の差別禁止法の立法過程に関する貴重資料を入手することができた。

#### 5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文](計 5 件)

高橋正明、「大学入試において人種を考慮して実施されたアファーマティブ・アクションの合憲性」 Fisher v. University of Texas at Austin, 136 S. Ct. 2198 (2016)

⌋ 帝京法学、査読無し、30 巻 2 号、2017 年、259-284 頁。

高橋正明、「アファーマティブ・アクションの違憲審査の在り方について」『動機審査理論』と『成果主義理論』の検討を中心に

⌋ 帝京法学、査読無し、30 巻 1 号、2016 年、107-153 頁。

高橋正明、「憲法上の平等原則の解釈について(三・完)」社会構造的差別の是正に向けて ⌋ 法学論叢、査読有り、178 巻 5 号、2016 年、95-115 頁。

高橋正明、「憲法上の平等原則の解釈について(二)」社会構造的差別の是正に向けて

⌋ 法学論叢、査読有り、178 巻 2 号、2015 年、105-129 頁。

高橋正明、「憲法上の平等原則の解釈について(一)」社会構造的差別の是正に向けて

⌋ 法学論叢、査読有り、178 巻 1 号、2015 年、85-103 頁。

[学会発表](計 1 件)

高橋正明、ロバーツコートにおける平等判例、『ロバーツコートの立憲主義』検討会、2015 年 11 月 21 日、成文堂(東京都新宿区)。

[図書](計 1 件)

高橋正明 他、成文堂、『ロバーツコートの立憲主義』、2017 年、89-129 頁(「平等ケネディ裁判官の影響力の増加」を執筆)。

[産業財産権]

出願状況(計 0 件)

名称：  
発明者：  
権利者：  
種類：  
番号：  
出願年月日：  
国内外の別：

取得状況(計 0 件)

名称：  
発明者：  
権利者：  
種類：  
番号：  
取得年月日：  
国内外の別：

[その他]  
ホームページ等  
なし

#### 6. 研究組織

(1)研究代表者

高橋 正明 (TAKAHASHI Masaaki)

帝京大学・法学部・助教

研究者番号：50757078

(2)研究分担者

( )

研究者番号：

(3)連携研究者

( )

研究者番号：

(4)研究協力者

( )