

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 27 年 6 月 2 日現在

機関番号：32643

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2013～2014

課題番号：25780018

研究課題名(和文) 平等権侵害における違憲審査基準の体系化

研究課題名(英文) A Theory of Judicial Review of the Equality Rights

研究代表者

白水 隆 (Shirouzu, Takashi)

帝京大学・法学部・助教

研究者番号：70635036

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 1,300,000円

研究成果の概要(和文)：本研究では、平等権侵害がなされた場合の違憲審査基準に関して、カナダ憲法の議論を素材とし、日本における議論との接合を試みた。平等権侵害を判定する際のアプローチは両国で非常に異なっており、例えば、区別事由の捉え方、制約される権利・利益の重大性の位置づけなど、我が国へ示唆を与える要素は多く見られた。具体的には、列挙事由に類似する事由の判定基準、権利・利益が与えられないことによる不利益の形成など、カナダの視点を取り入れることで、より平等権侵害の本質である差別の禁止という観点を抽出できるのではないかと結論付けた。

研究成果の概要(英文)：This research project explored judicial review of equality rights under the Japanese constitution. The method taken in this project was to refer to the discourse in Canada as to how the Canadian Courts determine the infringement of one's equality rights. In Canada, the Courts examine whether the distinction at issue is based on an enumerated or analogous ground, and also whether the distinction amounts to disadvantage. Such approaches look into one's circumstance so that they provide the better view for finding discrimination. In this project, I therefore concluded that we could learn something from Canada in light of how Canada deals with discrimination.

研究分野：憲法

キーワード：平等権 違憲審査 カナダ憲法

1. 研究開始当初の背景

(1) 研究開始当初、平等権をめぐる議論は、近時の最高裁による積極的な判断にみられるように、今後更に議論が活発になると予想された。事実、研究初年度(平成25年)の9月には、非嫡出子の相続分に関する違憲決定が下されるなど、ますますその様相を呈している。平成27年度に入ってから、女性の再婚禁止期間の問題や夫婦別姓に関する問題が最高裁で係争中となっていることから、平等権理論と平等権侵害に際しての審査基準論の構築は重要なテーマとなってきている。

(2) このような現況に際して、裁判所はいかにして平等権をめぐる諸問題を解決すべきなのかという点は避けては通れない問題として浮上する。そこで、本研究はそのような現況を背景として、平等権侵害における違憲審査について研究を開始した。この点は、これまで明確な基準を示さずに判断してきた判例法理を批判するものと同時に、今後予想される数多くの平等権に関する訴訟に対して、筆者なりの提言を行うことが一番の動機であった。

2. 研究の目的

(1) 平等権侵害における違憲審査についてのこれまでの判例法理は、当該規制法令の目的と手段を緩やかに審査するというものであり、それを否定的に捉えた多くの学説は、当該区別事由の性質及び当該制約による権利・利益の重大性の、二つの観点から審査基準を設定するというものであった。

(2) しかし、上記の学説の視点では、以下のように、平等権侵害を適切に審査できないのではないかと考えられる。一点目は、学説が重視する区別事由は、憲法14条1項後段に列挙しているか否かが主たる着眼点であり、そこに列挙されていない事由に基づいた区別については緩やかな審査基準を適用させる点から、平等権の保障が不十分であること。二点目は、制約される権利・利益の重大性についての検討は、それが本来、平等権の問題であるにもかかわらず、他の権利条項の問題と論点がすり替えることになる危険性や、権利として構成できなかった場合の救済方法において大きな問題がある。

(3) このように、直ちに目的手段審査を行う判例法理及び上記学説上の審査枠組みでは、平等権が保障する差別の禁止の視点が欠落するおそれがあることから、本研究では、それらに代わる新たな審査枠組みを構築することを目的として掲げた。

3. 研究の方法

(1) 上記の問題意識のもと、本研究が採用した方法は、比較法によるアプローチである。

そして、本研究では、これまで、わが国の憲法学界においてほとんど検討されてこなかったけれども、最先端の憲法とも称されるカナダ憲法を比較対象の素材とし、カナダにおける議論から示唆を得ることを主眼においた。

カナダ憲法の人権保障の構造は、まず、制約される権利(すなわち、条文)の意味内容を検討する保障範囲の段階と、当該権利の制約が妥当であるかを検討する正当化の段階にわかれる。保障範囲については、権利が侵害されていると主張する者(原告)が立証責任を負い、正当化については当該規制を設けた国(被告)に立証責任が課される。このように、カナダ憲法下の枠組みでは、権利の内容を審査する場面と規制法令の目的手段を審査する場面とを分け、故に、各々の問題意識が明確化されている。加えて、とりわけ平等権の分野においては、保障範囲の判例および学説の蓄積が顕著にみられることから、カナダ憲法を比較対象とすることは最適であった。

(2) そこで、本研究では、平等権について活発に議論がなされているカナダの状況を検討し、そこからわが国の従来法の理との接合を図った。そのため、まず、カナダでの実地調査(資料収集、専門家からのヒアリング及び協議)を行い、資料や論文等の読み込みを開始した。次に、国内における学会等での報告を経て、そこででの質疑をもとに、さらに研究を進めていった。

4. 研究成果

(1) 本研究により、下記のとおり研究成果を挙げた。第一に、2. 研究の目的において述べた問題意識に基づき、まず、区別事由と違憲審査について焦点を当て、下記5. 主な発表論文等()に該当する論文を発表した。その中で、従来の学説が後段列挙事由に該当するか否かを一つの基準として議論を展開してきたことに対し、カナダにおける議論を素材とし、ある区別事由が列挙事由に類似するか否かの観点に着目した。すなわち、憲法第14条第1項後段に列挙されていない事由に基づく区別に焦点をあて、それらの事由が列挙事由に該当するか否かではなく、列挙事由に類似するか否かによって審査密度を高めるべきとの新たな視点である。このことにより、機械的に審査基準を設定するのではなく、当該区別が差別を構成しているか否かの検討に重点が置かれ、より平等権保護に資するのではないかと結論付けた。

(2) 第二に、区別事由の他、区別により制約される権利・利益の重大性を検討することも従来から学説上主張されてきた。この点、確かに、権利・利益の重大性を審査することは、アメリカ合衆国における議論等からその意義はあるものの、この議論はわが国のよう

な平等権条項を持たないアメリカの特殊性によるものであり、この視点をわが国に取り込むことはいくつかの弊害が見られる点を指摘した。

その上で、同じくカナダにおける議論を参照し、制約される権利・利益の性質ではなく、いかにして当該不利益が作られたのかを検討する視座の導入を提言した。このような視座は、仮に当該不利益が重大な利益でなかったり権利構成できなかつたりした場合に不利益が課される態様や背景を検討するため、差別の実態を浮き上がらせる点で意義のあるものである。この点について、わが国への導入をはかるための予備的考察を行い、下記5．主な発表論文等()に該当する論文を発表した。

(3) 以上のような理論的研究に加え、個別の事例に関する判決の分析を行った。まず、日本における判決として、性別変更をした性同一性障害者とその妻との間に生まれた子の嫡出推定が争われた事件について検討した。この事件では、性別変更をしていない夫婦が、第三者の精子提供を受け子をもうけた場合、当該子の嫡出推定が認められるにもかかわらず、性別変更をした夫婦が第三者の精子提供により子をもうけた場合、それが認められないことが争われた。本件で最高裁は実質的な憲法判断をしなかったものの、性別変更をした夫婦とそうでない夫婦との区別を問題としており、この点が、まさに平等権の観点から論じることができるのではないかと考えた。その上で、仮に憲法問題であったならば、最高裁はどのように判断し得たのかを検討し、本件の射程を論じた。本件は、まさに、性同一性障害という憲法14条第1項後段に列挙されていない事由に基づく区別が主題であり、そのような区別が問題となった際の審査基準をどのように捉えるのかという観点から、本研究の理論面での分析を個別具体的に検討した。(下記5．主な発表論文等。)

次に検討した事例は、アメリカ合衆国における同性婚をめぐる事件である。本件もまた同性愛者への差別が問題であるが、差別の問題と共に、同性婚姻を認められないことによる不利益に焦点をあてて分析した。合衆国最高裁が特に強調した点は、当該法律に差別的な動機及びインパクトがあるという点であった。従来、差別的目的を有している法律が違憲とされることはあったが、近時の法律であからさまな差別的意図を有しているものは多くない。そうした中で、本件で問題となった法律は例外に位置づけられるものではないかと思われる。

もっとも、議論はそれにとどまらず、そもそも、同性愛者に婚姻(同性婚)する権利があるのか否かという点も少数意見の中で散見された。この点はまさに、わが国における平等権侵害の審査の際に検討される、制約さ

れる権利・利益の重大性と関わる点である。そして本件において、少数意見が、同性愛者は合衆国の歴史と伝統に照らし、婚姻する権利を有していないと述べた点は、まさに、本来であれば同性愛者への差別を問題とすべきところを他の権利の性質へ論点を変更することとなることを如実に表している。従って、このような、制約される権利・利益の重大性に着眼することはある面において危険性を有しており、そうではなく、当該不利益がいかなる形で課されているのかを検討すべきであると考えた。このことは、つまり、なぜそのような区別を行うのかという区別自体を問題視し、当該区別の違憲性を、当該不利益がもたらす影響(インパクト)の大きさから検討すべきである旨を、同性婚の事例に即して展開した。そこには、物質的な不利益(税制上など)と共に、心理的な不利益(二級市民という烙印)の相互から検討されるべきであり、その意味で、多数意見は妥当な結論を示したと結論付けた。(下記5．主な発表論文等。)

(4) 上記の公表した学術論文に加え、カナダにおける調査及び人的交流についても特筆すべき点がある。平成26年3月、約3週間の期間で、プリティッシュ・コロンビア州のプリティッシュ・コロンビア大学ロースクールへ資料集並びに専門家からのヒアリング及び討議、そして、学術講演会の聴講への出席など、様々な研究活動を行った。特に、資料収集に関しては我が国で入手困難なものもあり非常に有益であった。また、学術講演会においても、特殊カナダ憲法に関する講演内容であったため、有意義なものとなった。

さらに、カナダ滞在中は、筆者が大学院時代に留学していた際よりご指導頂いている先生方との親交を深めるとともに、滞在中に初めてお会いした先生方とも議論し、人的交流を図った。これらの交流は、帰国後もメールでのやり取りを通じて継続しており、自身の研究のみならず、今後、国際シンポジウムの開催の際に招聘するなどの機会を持つための契機となった。

国内における学会等における発表に関しても下記5．〔学会発表〕にあるように、多くの機会を与えられた。下記5．〔学会発表〕

では、文面上一見すると中立的な文言で記した法令が、実際には特定の範疇に属する個人または集団に対して不利益を与えるという間接差別について、通常の直接差別における審査基準の適用が可能である旨の報告を行った。 、 、 については、近時のアメリカ合衆国における判決を踏まえ、それぞれの研究会の特色に応じ、事案の検討に重きを置いた報告、学説に重きを置いた報告を行った。

については、1．研究開始当初の背景で述べた、非嫡出子相続分違憲決定に関する報告である。この事件は、旧民法900条4号但

し書きが、非嫡出子の相続分を嫡出子のその
の1/2と規定していたことが争われた。当該
規定を合憲と判断した最高裁の平成7年決定
以後、繰り返し訴訟が提起され、学説からも
批判が向けられていた。そのような状況下で、
最高裁は、当該規定を「事情の変更」を理由
に違憲と判断した。ここでの事情の変更とは、
国内外における非嫡出子への意識の変化等
であるが、本来の論点である平等については、
特段審査基準を示すことなく結論を出した
ことに対する批判も強い。この点、報告では、
確かに、最高裁は審査基準については何ら明
示していないものの、判決文中に「尊厳」等
の言葉を用い、それにより審査基準を後退さ
せたわけでもなく、実質的に厳しい審査を行
っているとの見解を紹介した上で、従来の判
断枠組みから大幅に変更を加えたわけでは
ないのではないかと指摘した。

(5)2年間の研究期間を経て、発表論文、
学会発表、海外調査など各分野において上述
のような成果を挙げることができた。平等権
に関する違憲審査基準の論点は、今後議論が
家族法との関わりで論じられることが見込
まれるため、より精緻化した議論が求められ、
本研究はその議論のきっかけとして、従来
の学説の枠組みを否定的に捉え、新たな判断
枠組みの大枠についてカナダ憲法を参照し、
提示した。

もっとも、本研究にもいくつかの課題も存
する。一つは、平等権の本来的性格が、他者
と他者との区別を問題にしている以上、およ
そ社会には何らかの区別が存在し、何らかの
不利益が一方に課されていることから、どの
問題が平等権マターであるか判断する難し
さを内包している。他の条文との関係性につ
いては今後の課題である。

また、差別や不利益の形態に着目すべきと
の筆者の主張は、個別具体的に判断すること
により昇華される議論である。そのため、わ
が国における具体的事例をもとに、当該問題
を取り巻く、歴史、文化、社会的背景などを
総合考慮する必要があり、差別の視点をどの
ように設定するのが重要となってくる。こ
の点についても、それを平等権の保障範囲の
段階で行う議論なのか、正当化の段階でそれ
らを判断するのか、審査基準の設定とも関連
し問題となり得る。この点に関して、さら
なる事例の検討が必要であり、筆者に課せら
れた課題である。

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 4 件)

白水隆、平等権侵害の審査における「権
利・利益の重大性」についての覚書、帝京法
学、査読無、29巻2号、2015、55-71。

白水隆、同性婚をめぐる合衆国最高裁の2

つの判例(最近の判例 *Hollingsworth v. Perry*, 133 S. Ct. 2652 (2013) : キャリ
フォルニア州憲法改正のための第8号州民発案
の公式提案者は、その合憲性を合衆国最高裁
判所で争う当事者適格を有していない
United States v. Windsor, 133 S. Ct. 2675
(2013) : 婚姻を異性間に限定する連邦婚姻
保護法第3条は、デュー・プロセスを定める
合衆国憲法第5修正に反し違憲である)、ア
メリカ法、査読無、2014-1号、2014、161-167。

白水隆、性別変更をした夫とその妻との間
で生まれた子の嫡出推定 憲法学の視点
から、新・判例解説 Watch、査読無、15巻、
2014、15-18。

白水隆、憲法第14条第1項後段に列挙さ
れていない事由に基づく区別とその違憲審
査に関する一考察、帝京法学、査読無、29巻
1号、2014、203-221。

〔学会発表〕(計 6 件)

白水隆、婚姻 同性婚の是非 同性婚を
認めないことはスティグマを押し付けるこ
とになるのか、現代アメリカ憲法と司法審査、
2015年2月7日、成文堂本社(東京都新宿区)。

白水隆、同性婚をめぐる合衆国最高裁の2
つの判例(最近の判例 *Hollingsworth v. Perry*, 133 S. Ct. 2652 (2013) : キャリ
フォルニア州憲法改正のための第8号州民発案
の公式提案者は、その合憲性を合衆国最高裁
判所で争う当事者適格を有していない
United States v. Windsor, 133 S. Ct. 2675
(2013) : 婚姻を異性間に限定する連邦婚姻
保護法第3条は、デュー・プロセスを定める
合衆国憲法第5修正に反し違憲である)、日
米法学会、2014年9月20日、東京大学(東
京都文京区)。

白水隆、平成25年非嫡出子法定相続分最
高裁決定について、憲法×歴史研究会、2014
年4月28日、慶應義塾大学(東京都港区)。

白水隆、「Defense of Marriage Act (DOMA)
婚姻防衛法」の合憲性 連邦法上の婚姻と
夫婦を異性間の関係に限定する DOMA と第5
修正、合衆国最高裁判例研究会、2013年12
月14日、学習院大学(東京都豊島区)。

白水隆、*United States v. Windsor*、関西
アメリカ公法学会、2013年12月7日、キャン
パスプラザ京都(京都府京都市)。

白水隆、我が国における間接差別法理の展
開、憲法問題研究会、2013年5月18日、早
稲田大学(東京都新宿区)。

〔図書〕(計 2 件)

初宿正典、上田健介、岸野薫、井上武史、
櫻井智章、田近肇、ペドリザ・ルイス、白水
隆、梁邵英、片桐直人、法律文化社、レク
チャー比較憲法、2014、270(176-194)。

大林啓吾、白水隆、鈴木敦、手塚崇聡、藤
原家康、山田哲史、三省堂、トピック憲法、
2014、144(18-19、22、28-31、40-41、
48-49、84-87、92-93、96-97)。

6 . 研究組織

(1) 研究代表者

白水 隆 (SHIROUZU, Takashi)

帝京大学・法学部・助教

研究者番号 : 70635036