

# 差別的意図を持つ立法の合憲性について —非嫡出子法定相続分差別規定違憲決定および再婚禁止期間違憲判決を素材にして—

井 上 一 洋

はじめに

第一章 非嫡出子法定相続分差別規定違憲決定における司法審査

一 非嫡出子法定相続分差別規定違憲決定について

二 非嫡出子法定相続分差別規定違憲決定における司法審査の方法について

第二章 再婚禁止期間違憲判決における司法審査

一 再婚禁止期間違憲判決について

二 再婚禁止期間違憲判決における司法審査の方法について

第三章 差別的意図を持つ立法と合理性の基準について

一 憲法上の平等原則の下での司法審査基準について

二 差別的意図の明確性と合理性の基準

おわりに

はじめに

平成 25 年の非嫡出子法定相続分差別規定違憲決定では、同じ親の子どもでも非嫡出子は嫡出子の半分しか相続できないとする民法 900 条 4 号但書の合憲性が問題となった。また、平成 27 年の再婚禁止期間違憲判決では、「女は、前婚の解消又は取消の日から 6 箇月を経過した後でなければ、再婚することができない」と規定する民法 733 条 1 項の合憲性が問題となった。そして、両事件で最高裁は、いわゆる合理性の基準<sup>(1)</sup>の適用の下、司法審査を行い、非嫡出子および女性に対する明確な差別<sup>(2)</sup>と批判されることの多かった両立法について違憲判断を下した。

ところで、憲法上の平等原則との抵触が問題となった事件で、わが国の最高裁は、かかる合理性の基準を適用し司法審査を行っているが<sup>(3)</sup>、この合理性の基準に基づく司法審査は単なる合理性の有無の判断にとどまっていると

いう点で、憲法上の平等原則の問題といったハードケースに対する司法審査基準としては、問題があるとの指摘がなされている<sup>(4)</sup>。他方で、アメリカ連邦最高裁判例に目を向けると、特定のグループに対する明確な差別につき、合理性の基準の下、憲法上の平等原則の観点から実質的な司法審査を行い、当該立法を違憲とした判例理論が幾つかの事件で認められる。そこで、本稿では、かかるアメリカ連邦最高裁判例との比較の観点から、平成 25 年の非嫡出子法定相続分差別規定違憲決定および平成 27 年の再婚禁止期間違憲判決について検討を行いたい。

## 第一章 非嫡出子法定相続分差別規定違憲決定における司法審査

### 一 非嫡出子法定相続分差別規定違憲決定について

最大決平成 25 年 9 月 4 日 (民集 67 卷 6 号 1320 頁)

#### 【事実の概要】

平成 13 年 7 月に死亡した A の遺産について、A の嫡出子である X らは、遺産を民法 900 条 4 号但書の定める法定相続分にしながら取得することを希望し、A の非嫡出子である Y らに対して遺産分割の審判を申し立てた。これに対して、Y らは民法 900 条 4 号但書が憲法 14 条 1 項に違反して無効であり、X らと同等の相続分が認められるべきであると主張した。第一審の東京家庭裁判所の決定 (平成 24 年 3 月 26 日、金判 1425 号 30 頁) は、最高裁の平成 7 年決定 (民集 49 卷 7 号 1789 頁) を引用し、民法 900 条 4 号但書は合理的理由のない差別とはいえ、憲法 14 条 1 項に違反するとはいえないと判示したため、Y らは抗告した。原審の東京高裁の決定 (平成 24 年 6 月 22 日、金判 1425 号 29 頁) は、第一審と同様に平成 7 年の最高裁決定を引用した上で、その後の社会情勢の変化等を総合考慮しても A の相続開始時に本件規定が違憲であったと認めることはできないと判断し、Y らの抗告を棄却したため、Y らが特別抗告したのが本件である。

## 【判旨】

「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ない。」さらに、「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委ねられているというべきである。・・・相続制度全体のうち、本件規定により嫡出子と嫡出でない子との間で生ずる法定相続分に関する区別が、合理的理由のない差別的取り扱いに当たるか否か」が本件では問われており、「立法府に与えられた・・・裁量権を行使しても、そのような区別をすることに合理的な根拠が認められない場合には、当該区別は憲法 14 条 1 項に違反するものと解するのが相当である。」平成 7 年の最高裁決定は、民法 900 条 4 号但書「を含む法定相続の定めが、・・・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も考慮した上で・・・嫡出でない子の法定相続分を嫡出子のその二分の一と定めた本件規定につき、『民法が法律婚主義を採用している以上、法定相続分は婚姻関係にある配偶者とその子を優遇してこれを定めるが、他方、非嫡出子にも一定の法定相続分を認めてその調整を図ったものである』とし、その定めが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とはできないのであって、憲法 14 条 1 項に反するものとはいえないと判断した。しかし、法律婚主義の下においても、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分をどのように定めるかということについては」、それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情等の「事柄を総合的に考慮して決せられるべきものであり、また、これらの事柄は時代と共に変遷するものであるから、その定め合理性については、個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない。」

「昭和 22 年民法改正以降、我が国においては、社会、経済状況の変動に伴い、婚姻や家族の実態が変化し、・・・婚姻、家族の形態が著しく多様化しており、これに伴い、婚姻、家族の在り方に対する国民の意識の変化が大きく進んでいることが指摘されている。」さらに、民法 900 条 4 号但書「の立法に影響を

与えた諸外国の状況も、大きく変化してきて」おり、「1960年代後半（昭和40年代前半）以降、これらの国の多くで、子の権利の保護の観点から嫡出子と嫡出でない子との平等化が進み、相続に関する差別を撤廃する立法がされ、平成7年大法廷決定時点でこの差別が残されていた主要国のうち」、ドイツおよびフランスにおいては、「嫡出子と嫡出でない子の相続に関する差別がそれぞれ撤廃されるに至っている。」また、「我が国は、昭和54年に『市民的及び政治的権利に関する国際規約』（昭和54年条約第7号）を、平成6年に『児童の権利に関する条約』（平成6年条約第2号）をそれぞれ批准した。これらの条約には、児童が出生によっていかなる差別も受けない旨の規定が設けられている。」

「当裁判所は、平成7年大法廷決定以来、結論としては本件規定を合憲とする判断を示してきたものであるが、平成7年大法廷決定において既に、嫡出でない子の立場を重視すべきであるとして5名の裁判官が反対意見を述べたほかに、婚姻、親子ないし家族形態とこれに対する国民の意識の変化、・・・国際環境の変化を指摘して、昭和22年民法改正当時の合理性が失われつつあるとの補足意見が述べられ、その後の小法廷判決及び小法廷決定においても、同旨の個別意見が繰り返し述べられてきた。」さらに、「平成7年大法廷決定においては」、民法900条4号但書「を含む法定相続分の定めが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も考慮事情としている」が、民法900条4号但書「の補充性からすれば、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を平等とすることも何ら不合理ではないといえる上、遺言によっても侵害し得ない遺留分につ」き、「本件規定は明確な法律上の差別というべきであるとともに」、民法900条4号但書「の存在自体がその出生時から嫡出でない子に対する差別意識を生じさせかねないことをも考慮すれば」、民法900条4号但書が「補充的に機能する規定であることは、その合理性判断において重要性を有しないというべきである。」

「昭和22年民法改正時から現在に至るまでの間の社会の動向、我が国にお

ける家族形態の多様化やこれに伴う国民意識の変化、諸外国の立法のすう勢及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化、更にはこれまでの当審判例における度重なる問題の指摘等を総合的に考察すれば、家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかであるといえる。」したがって、「法律婚という制度自体は我が国に定着しているとしても、上記のような認識の変化に伴い、上記制度の下で父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保護すべきであるという考えが確立されてきて」おり、「以上を考慮すれば、遅くとも A の相続が開始した平成 13 年 7 月当時において」、民法 900 条 4 号但書は、「憲法 14 条 1 項に違反していたものというべきである。」

## 二 非嫡出子法定相続分差別規定違憲決定における司法審査の方法について

民法 900 条 4 号但書の合憲性は、平成 7 年の最高裁決定以降も争われ続けてきたが、本件でついに最高裁はその違憲性を判示するに至った。そこで、本件について検討する前に、この民法 900 条 4 号但書の合憲性について画期的な判断を下した平成 5 年の東京高裁決定（判例時報 1465 号 55 頁）、さらに、その後の平成 7 年の最高裁決定を概観した上で、この平成 25 年の最高裁決定について検討を行いたい。

民法 900 条 4 号但書の合憲性について、東京高裁は、「憲法 14 条 1 項の法の下における平等の要請は、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」理解すべきであると指摘した。そして、「憲法 14 条 1 項・・・の『社会的身分』とは、出生によって決定される社会的な地位又は身分をいう」と判示した。東京高裁は、「社会的身分を理由とする差別的取扱いは、個人の意思や努力によって

はいかんともしがたい性質のものであり、個人の尊厳と人格価値の平等原理を至上のものとした憲法の精神にかんがみると、当該規定の合理性の有無の審査に当たっては、立法の目的（右規定所定の差別的な取扱いの目的）が重要なものであること、及びその目的と規制手段の間に事実上の実質的関連性があることの二点が論証されなければならない」と述べた。すなわち、東京高裁は、アメリカ連邦最高裁の判例理論である中間審査基準<sup>(5)</sup>を忠実に採用することを宣言したのである。その上で、東京高裁は、「嫡出子か嫡出子でないかは、本人を懐胎した母が、本人の父と法律上の婚姻をしているかどうかによって決定される事柄であるから・・・正に出生によって決定される社会的な身分であるということが出来る」と認定した。このように、東京高裁は、非嫡出子を「社会的身分」であると位置付けた。民法 900 条 4 号但書の目的の正当性について、東京高裁は、「適法な婚姻に基づく家族関係を保護するという」右規定の「立法の目的それ自体は、憲法 24 条の趣旨に照らし、現今においてもなお、尊重されるべきであり、・・・重要なものである」として、これを容認した。また、民法 900 条 4 号但書の目的とそれを実現するための手段の整合性について、東京高裁は、かかる規定により「法律婚家族の利益が一定限度で保護されていること自体は、否定しがたい」ことから、「その意味では、右の規制と立法目的との間には、一応の相関関係があるといえる」としたものの、右「規定があるからといって、婚外子の出現を抑止することはほとんど期待できない上、非嫡出子から見れば、父母が適法な婚姻関係にあるかどうかはまったく偶然なことに過ぎず、自己の意思や努力によってはいかんともしがたい事由により不利益な取扱いを受ける結果」を招くと結論づけた。さらに、東京高裁は、たとえば「母が法律婚により嫡出子を儲けて離婚した後、再婚し、子を儲けた場合に、再婚が事実上の婚姻にすぎなかったときは、母の相続に関しても、嫡出子と非嫡出子とが差別される結果となり、民法 900 条 4 号但書前段が本来意図している法律婚家族の保護・・・を超えてしまう結果を招来する」という点についても指摘し、同規定の立法目的と

右立法目的を実現するための手段との間の実質的関連性を否定した。以上のように、東京高裁は、アメリカ連邦最高裁の判例理論である中間審査基準を忠実に適用した上で、手段審査において、適法な婚姻に基づく家族関係を保護するという民法 900 条 4 号但書の立法目的と右立法目的を実現するための手段との間の実質的関連性を否定し、当該規定は憲法 14 条 1 項に違反すると判示しており、このような司法積極主義的な姿勢は積極的に評価できよう。

次に、民法 900 条 4 号但書の合憲性が争われた平成 7 年の最高裁決定についてみてみよう。この平成 7 年の最高裁決定において、多数意見は、「憲法 14 条 1 項は法の下での平等を定めているが、民法 900 条 4 号但書は合理的理由のない差別を禁止するもので」あるから、各人に対する「種々の事実関係上の差異を理由としてその法的取扱いに区別を設けることは、その区別が合理性を有する限り右規定に違反するものではない」と述べた。そして、「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委ねられているものというほかない」と指摘した。多数意見は、民法 900 条 4 号但書「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も考慮すれば」、同規定における「嫡出子と非嫡出子の法定相続分の区別は、その立法理由に合理的な根拠があり、かつ、その区別が右立法理由との関連で著しく不合理なものでなく、いまだ立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えていないと認められる限り、合理的理由のない差別とはいえず、これを憲法 14 条 1 項に反するものということとはできない」と判示した。このように、多数意見は、相続制度を定める上での立法府の裁量を広く認め、さらに、法定相続分の定めは、遺言による相続分の指定などがなく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強調し、その上で、いわゆる合理性の基準を適用し、民法 900 条 4 号但書の合憲

性を審査することを宣言した。多数意見は、民法 900 条 4 号但書の目的の正当性について、右規定の立法目的は、「法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図ったもの」であると認定した。さらに、かかる立法目的を実現するための手段の整合性について、多数意見は、「現行民法は法律婚主義を採用しているのであるから、右のような民法 900 条 4 号但書の立法理由にも合理的な根拠があるというべきであり、同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とはできないのであって、同規定は、合理的理由のない差別とはいえず憲法 14 条 1 項に反するものとはいえない」と結論づけた。

平成 7 年の最高裁決定の反対意見は、憲法 14 条 1 項が「個人の尊厳という民主主義の基本理念に照らして、これに反するような差別取扱を排除する」ということを規定していると指摘した上で、「同項は、一切の差別取扱を禁止しているものではなく、・・・事柄の性質に応じて考えられなければならない」と判示した。そして、反対意見は、「本件は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することの合憲性が問われている事案であって」、民法 900 条 4 号但書「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るべきかにかかっていると見える」と述べた。さらに、反対意見は、「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」と指摘し、平成 5 年の東京高裁決定と同様に、アメリカ連邦最高裁の判例理論である中間審査基準を本件に適用すべきであると述べた。反対意見は、民法 900 条 4 号但書の目的の正当性について、「婚姻を尊重するという立法目的については何ら異議」がないと判示したが、右規定の立法目的を実現するため



の手段の整合性について、「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」と認定し、それゆえ、「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」当該「立法目的の枠を超えるものであり」、右立法目的と手段との間に「実質的関連性は認められず合理的であるということとはできない」と判示した。加えて、反対意見は、民法 900 条 4 号但書の存在が「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」と指摘するとともに、「その後の社会の意識の変化、諸外国の立法のすう勢、国内における立法改正の動向、批准された条約等」を勘案するならば、「少なくとも今日の時点において、婚姻の尊重・保護という目的のために、相続において非嫡出子を差別することは、個人の尊重及び平等の原則に反し」、当該立法目的とそれを実現するための手段との間に実質的関連性は認められないの「であって、本件規定を合理的とすることには強い疑念を表明せざるを得ない」と結論づけた。以上のように、反対意見は、平成 5 年の東京高裁決定に類する判断を行っている。しかし、反対意見は、非嫡出子が憲法 14 条 1 項後段列举事由の社会的身分に該当するとまでは言及しておらず、このような点から考えると、平成 5 年の東京高裁決定は非常に画期的なものであったといえよう。

本件、平成 25 年の最高裁決定は、「立法府に与えられた・・・裁量権を考慮しても」、嫡出子と嫡出でない子との間で生ずる法定相続分に関して「区別をすることに合理的な根拠が認められない場合には、当該区別は、憲法 14 条 1 項に違反」と判示し、平成 7 年の最高裁決定と同様に、いわゆる合理性の基準を適用して本件規定の合憲性を審査することを宣言した。しかしながら、本件で最高裁は、民法 900 条 4 号但書「の補充性からすれば、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を平等とすることも何ら不合理ではないといえる上、遺言によっても侵害し得ない遺留分につ」き、本件規定は明確な法律

上の差別というべきである」と判示し、加えて、「本件規定の存在自体がその出生時から嫡出でない子に対する差別意識を生じさせかねない」と明確に指摘した。さらに、最高裁は、「昭和22年民法改正時から現在に至るまでの間の社会の動向、我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民意識の変化、諸外国の立法のすう勢及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化、更にはこれまでの当審判例における度重なる問題の指摘等」をあげながら立法事実<sup>(6)</sup>の変遷<sup>(7)</sup>について検証を行った。その上で、最高裁は、本件規定の制定時とは異なり、「家族という共同体の中における個人の尊重が明確に認識されてきたことは明らかである」と認定し、たとえ、法律婚主義の下においても「父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考え方が確立されてきて」おり、「以上を考慮すれば、・・・平成13年7月当時においては・・・嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を区別する合理的な根拠は失われていたというべき」であると結論づけた。このように、本件において、最高裁は、いわゆる合理性の基準を適用しながらも憲法上の平等原則の観点から、本件規定の合憲性について、立法事実の検証を通じた実質的な司法審査を行っており、かかる最高裁の司法積極主義的な姿勢は注目に値しよう。

## 第二章 再婚禁止期間違憲判決における司法審査

### 一 再婚禁止期間違憲判決について

最大判平成27年12月16日判例集未登載（平成25年（オ）第1079号）

#### 【事実の概要】

本件では、女性について6箇月の再婚禁止期間を定める民法733条1項の規定が問題となった。上告人は、平成20年3月に前夫と離婚をし、同年10月に後夫と再婚をしたが、本件規定があるために同再婚は上告人の望んだ時

期から遅れて成立したものであった。そこで、上告人は、民法733条1項が憲法14条1項及び24条2項に違反すると主張し、本件規定を改廃する立法措置をとらなかった立法不作為の違法を理由に、精神的損害等の賠償として、被上告人に対し、国家賠償法1条1項に基づき165万円およびこれに対する遅延損害金の支払を求めたのが本件である。

### 【判旨】

「憲法14条1項は、法の下での平等を定めており、この規定が、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解す」べきである。さらに、民法733条1項「は、女性についてのみ前婚の解消又は取消しの日から6箇月の再婚禁止期間を定めており、これによって、再婚をする際の要件に関し男性と女性とを区別しているから、このような区別をすることが事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものと認められない場合には」、右規定「は憲法14条1項に違反することになると解するのが相当である。」他方で、「婚姻および家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべきものである。したがって、その内容…については、憲法が一義的に定めるのではなく、法律によってこれを具体化することがふさわしいものと考えられる。憲法24条2項は、このような観点から、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を…国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものと見える。また、同条1項は、『婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。』と規定しており、…いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等

な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたものと解される。」さらに、「近年家族等に関する国民の意識の変化の多様化が指摘されつつも、国民の中に・・・法律婚を尊重する意識が幅広く浸透していることを・・・考慮すると、・・・婚姻をするについての自由は、憲法 24 条 1 項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値するものと解することができ、「そうすると、・・・婚姻に対する直接的な制約を課すことが内容となっている本件規定については、その合理性の根拠の有無について以上のような事柄の性質を十分考慮に入れた上で検討をすることが必要である。そこで、本件においては」、民法 733 条 1 項「が再婚をする際の要件に関し男女の区別をしていることにつき、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あり、かつ、その区別の具体的内容が上記の立法目的との関連において合理性を有するものであるかどうかという観点から憲法適合性の審査を行うのが相当である。」民法 733 条 1 項「の立法目的は、女性の再婚後に生まれた子につき父性の推定の重複を回避し、もって父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにあると解するのが相当であり、父子関係が早期に明確となることの重要性に鑑みると、このような立法目的には合理性を認めることができる。・・・次に、女性についてのみ 6 箇月の再婚禁止期間を設けている本件規定が立法目的との関連において上記の趣旨にかなう合理性を有すると評価できるものであるのか」という点について検討すると、「民法 772 条 2 項は、『婚姻の成立から二百日を経過した後又は婚姻の解消若しくは取消しの日から三百日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する。』と規定して、出産の時期から逆算して懐胎の時期を推定し、その結果婚姻中に懐胎したものと推定される子について、同条 1 項が『妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。』と規定している。そうすると、女性の再婚後に生まれる子については、計算上 100 日の再婚禁止期間を設けることによって、父性の推定の重複が回避されることになる。夫婦間の子が嫡出子となることは婚姻による重要な効果であるところ、嫡出子について出産の時期を起点とする明確で画一的な基準か

ら父性を推定し、父子関係を早期に定めて子の身分関係の法的安定を図る仕組みが設けられた趣旨に鑑みれば、父性の推定の重複を避けるために上記の 100 日について一律に女性の再婚を制約することは、婚姻及び家族に関する事項について国会に認められる合理的な立法裁量の範囲を超えるものではなく、上記立法目的との関連において合理性を有するものといえることができる。よって」、民法 733 条 1 項「のうち 100 日の再婚禁止期間を設ける部分は、憲法 14 条 1 項にも、憲法 24 条 2 項にも違反するものではない。」

これに対し、民法 733 条 1 項「のうち 100 日超過部分については、民法 772 条の定める父性の推定の重複を回避するために必要な期間ということとはできない。」旧民法起草当時は、「専門家でも懐胎後 6 箇月程経たないと懐胎の有無を推定することが困難であり、父子関係を確定するための医療や科学技術も未発達であった状況」下において、「再婚後に前夫の子が生まれる可能性をできるだけ少なくして家庭の不和を避けるという観点や、再婚後に生まれる子の父子関係が争われる事態を減らすことによって、父性の判定を誤り血統に混乱が生じることを避けるという観点から、再婚禁止期間を厳密に父性の推定が重複することを回避するための期間に限定せず、一定の期間の幅を設けようとしたものであったことがうかがわれる。」このようなことから、旧民法起草当時、「再婚禁止期間を 6 箇月と定めたことが不合理であったとはいえない。」しかし、「医療や科学技術が発達した今日においては、・・・再婚禁止期間を厳密に父性の推定が重複することを回避するための期間に限定せず、一定の期間の幅を設けることを正当化することは困難になったといわざるを得ない。加えて、昭和 22 年民法改正以降、我が国においては、社会状況及び経済状況の変化に伴い婚姻及び家族の実態が変化し、特に平成期に入った後においては、晩婚化が進む一方で、離婚件数及び再婚件数が増加するなど、再婚をすることについての制約をできる限り少なくするという要請が高まっている事情も認めることができる。また、かつては再婚禁止期間を定めていた諸外国が徐々にこれを廃止する立法をする傾向にあり」、ドイツおよび

フランスにおいては、「いずれも再婚禁止期間の制度を廃止するに至っており、世界的には再婚禁止期間を設けない国が多くなっていることも公知の事実である。・・・諸外国の立法の動向は、我が国における再婚禁止期間の制度の評価に直ちに影響を及ぼすものとはいえないが、再婚をすることについての制約をできる限り少なくするという要請が高まっていることを示す事情の一つとなり得るものである。そして・・・婚姻をするについての自由が憲法24条1項の規定の趣旨に照らし十分尊重されるべきものであることや妻が婚姻前から懐胎していた子を産むことは再婚の場合に限られないことをも考慮すれば、再婚の場合に限って、前夫の子が生まれる可能性をできるだけ少なくして家庭の不和を避けるという観点や、婚姻後に生まれる子の父子関係が争われる事態を減らすことによって、父性の判定を誤り血統に混乱が生じることを避けるという観点から、厳密に父性の推定が重複することを回避するための期間を超えて婚姻を禁止する期間を設けることを正当化することは困難である。他にこれを正当化し得る根拠を見いだすこともできないことからすれば」、民法733条1項「のうち100日超過部分は合理性を欠いた過剰な制約を課すものとなっているというべきである。」したがって、民法733条1項「のうち100日超過部分は、・・・婚姻及び家族に関する事項について国会に認められる合理的な立法裁量の範囲を超えるものとして、その立法目的との関連において合理性を欠くものになっていたと解され」、右「規定のうち100日超過部分」「は、憲法14条1項に違反するとともに、憲法24条2項にも違反するにいたっていたというべきである。」

他方で、「国会議員の立法行為又は立法不作為が」国家賠償法1条1項「の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個々の国民に対して負う職務上の法的義務に違反したかどうかの問題であり、立法の内容の違法性の問題とは区別されるべきものである。」したがって、もし民法733条1項「の内容が憲法の規定に違反するものであるとしても、それゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに国家賠償法1条1項の適用上

違法の評価をうけるものではない。もっとも、法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上違法の評価を受けることがあるというべきである。」民法733条1項は、「昭和22年民法改正当時においては100日超過部分を含め一定の合理性を有していたと考えられるものであるが、その後の我が国における医療や科学技術の変化等に伴い」、右規定「のうち100日超過部分についてその合理性を説明することが困難になったものということができる。」しかしながら、「平成20年当時において、同規定のうち100日超過部分が憲法14条1項及び24条2項に違反するものとなっていたことが、国会にとって明白であったということは困難である。」したがって、平成20年当時において、民法733条1項「の100日超過部分が憲法に違反するものになってはいたものの、これを国家賠償法1条1項の適用の観点から・・・憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反することが明白であるにもかかわらず国会が正当な理由なく長期にわたって改廃等の立法措置を怠っていたと評価することはできない。したがって、本件立法不作為は、国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではないというべきである。」

## 二 再婚禁止期間違憲判決における司法審査の方法について

民法733条1項は、平成7年の最高裁判決（裁判集民事177号243頁）で合憲とされたが、本件で最高裁はその違憲性を判示するに至った。そこで、本件について検討する前に、かかる平成7年の最高裁判決を概観した上で、この平成27年の最高裁判決について検討を行いたい。

最高裁は、民法 733 条 1 項の合憲性をめぐる平成 7 年の最高裁判決において、「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではなく、国会ないし国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというように、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法 1 条 1 項の適用上、違法の評価を受けるものでないことは、当裁判所の判例とするところである」と述べた。そして、最高裁は、「これを本件についてみると、・・・合理的な根拠に基づいて各人の法的取扱いに区別を設けることは憲法 14 条 1 項に違反するものではなく、民法 733 条の元来の立法趣旨が、父性の推定の重複を回避し、父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにあると解される以上、国会が民法 733 条を改廃しないことが直ちに前示の例外的な場合に当たると解する余地のないことが明らかである」と指摘し、「同条についての国会議員の立法行為は、国家賠償法 1 条 1 項の適用上、違法の評価を受けるものではないというべきである」と結論づけた。このように最高裁は、民法 733 条が合憲であると示唆するとともに、在宅投票制度廃止違憲訴訟（最一小判昭和 60 年 11 月 21 日、民集 39 卷 7 号 1521 頁）を踏襲し、「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというように、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法 1 条 1 項の適用上、違法の評価を受けるものでない」と述べ、立法不作為の違法性を理由とする損害賠償請求を認めないという立場をとった。

他方で、本件、平成 27 年の最高裁判決は、民法 733 条 1 項「は、女性についてのみ前婚の解消又は取消しの日から 6 箇月の再婚禁止期間を定めており、これによって、再婚をする際の要件に関し男性と女性とを区別しているから、このような区別をすることが事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものと認められない場合には」、右規定「は憲法 14 条 1 項に違反すること



になると解するのが相当である」と判示し、いわゆる合理性の基準を適用して本件規定の合憲性を審査することを宣言した。本件で最高裁は、民法 733 条 1 項の立法目的については、「女性の再婚後に生まれた子につき父性の推定の重複を回避し、もって父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにあると解するのが相当であり、父子関係が早期に明確となることの重要性に鑑みると、このような立法目的には合理性を認めることができる」と容認する一方で、医療や科学技術の発達、社会状況及び経済状況の変化に伴う婚姻及び家族の実態の変化、晩婚化と離婚件数及び再婚件数の増加、再婚禁止期間に関する諸外国の立法の動向等をあげながら立法事実の変遷について検証を行い、民法 733 条 1 項のうち 100 日超過部分については、婚姻及び家族に関する事項について国会に認められる合理的な立法裁量の範囲を超えるものとして、その立法目的との関連において合理性を欠くものになっていたと解されると結論づけた。また、最高裁が婚姻をする自由が憲法 24 条 1 項の規定の趣旨に照らし十分尊重されるべきものであると述べたことは注目に値しよう<sup>(8)</sup>。

さらに、この平成 27 年の最高裁判決において、最高裁は、在外国民選挙権制限違憲判決（最大判平成 17 年 9 月 14 日、民集 59 卷 7 号 2087 頁）を踏襲し、「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するための所要の立法措置をとることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る」といったような場合には、「例外的に、国会議員の立法行為または立法不作為は、国家賠償法 1 条 1 項の規定の適用上、違法の評価を受ける」ものであると判示した。すなわち、在宅投票制度違憲訴訟の要件を踏襲した平成 7 年の最高裁判決とは異なり、本件で最高裁は実質的に国会議員の立法行為または立法不作為の違法性が認められるための要件を緩和したと評価できよう<sup>(9)</sup>。しかし、本件で最高裁は、平成 20 年当時において、民法 733 条 1 項「の 100 日超過部分が憲法に違反するものになってはいたものの、これを国家賠償法

1 条 1 項の適用の観点から・・・憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反することが明白であるにもかかわらず国会が正当な理由なく長期にわたって改廃等の立法措置を怠っていたと評価することはできない」と結論づけた。

### 第三章 差別的意図を持つ立法と合理性の基準について

#### 一 憲法上の平等原則の下での司法審査基準について

憲法上の平等原則との抵触が問題となった事件において、わが国の最高裁は、いわゆる合理性の基準を採用し、司法審査を行っている。この合理性の基準の下では、立法が採用する分類が当該立法目的や右立法目的を実現するための手段との関係で合理的であるか否かを裁判所は問い、それについての結論を下す。そもそも立法の合憲性を判断するためには、まず、当該立法目的や右立法が設けた目的を実現するための手段について合理性があるのか否かを裁判所は問わなければならないのであるから、このような最高裁の司法審査の手法は合憲性判断の出発点であるといえ、それ自体が非難されることではないように思われる<sup>(10)</sup>。しかし、この合理性の基準に基づく司法審査が単なる合理性の有無の判断にとどまっているという点で、憲法上の平等原則の問題、すなわち、ハードケースに対する司法審査基準としては、その裁判規範としての性格や意義が不明確であるという指摘がなされている<sup>(11)</sup>。このようなことから、わが国の学説では、アメリカ連邦最高裁が採用する判例理論に基づき、憲法 14 条 1 項後段が列挙する差別禁止事由に基づく法律上の分類に関しては、厳格な司法審査基準を適用して、その合憲性について実質的に吟味するような司法審査を行うべきであるという主張が有力になされている<sup>(12)</sup>。

憲法上の平等原則との抵触が問題となる事件において、アメリカ連邦最高裁は、「疑わしき分類」(suspect classification) の理論と呼ばれる司法審査の方法を採用している。それは、当該立法が採用する分類の違憲の疑いの強さの

度合いに応じて司法審査の厳格度を変化させる司法審査の方法である。具体的には、第一に当該グループが有する属性が個人の力ではコントロールすることのできない不変的かつ偶然的なものであること、第二に過去に当該グループに対する悲惨な差別の歴史が存在し、彼らに対する根強い偏見が存在していること、第三に当該分類の対象となるグループが多数者支配の政治プロセスから疎外されていて政治的に無力であること、という三つの要素から当該分類の「疑わしさ」が判断される<sup>(13)</sup>。そして、この理論の下では、三つの要素のすべてが当てはまる人種に基づく分類は最も「疑わしい」とされ、右分類を利用した立法は厳格審査基準<sup>(14)</sup>に服する。また、性別および嫡出性に基づく分類は、「準・疑わしい」とされ、かかる分類を利用した立法は中間審査基準に服するとされる。他方で、極めて例外的ではあるが、アメリカ連邦最高裁判例の中には、最も緩やかな合理性の基準を適用しながらも、問題となった立法を違憲とするような司法審査の方法が認められる。

## 二 差別的意図の明確性と合理性の基準

アメリカ連邦最高裁の判例理論上、合理性の基準は、立法府に敬讓的な司法審査基準であるとされる。しかし、憲法上の平等原則との抵触が問題となった近年のアメリカ連邦最高裁判決に目を向けると、立法府に敬讓的ではない合理性の基準の適用の仕方が認められる。たとえば、1996年の **Romer** 判決<sup>(15)</sup>では、コロラド州で実施された憲法修正により誕生した憲法修正条項<sup>(16)</sup>が合衆国憲法の平等保護条項ならびに合衆国憲法修正1条に違反するとして争われたが、同判決でアメリカ連邦最高裁は、合理性の基準を適用した上で、右憲法修正条項を違憲とした。加えて、この **Romer** 判決のように、合理性の基準に基づき司法審査が行われたアメリカ連邦最高裁判例として、2013年の **Windsor** 判決<sup>(17)</sup>があげられる。この **Windsor** 判決では、同性間の婚姻を婚姻と認めない連邦の結婚防衛法<sup>(18)</sup>が合衆国憲法修正5条の適正手続条項に含まれる法の平等保護の要請に違反するとして争われたが、同判決でアメリカ連

邦最高裁は、合理性の基準を適用した上で違憲判決を下した。

合理性の基準の基本的枠組みは、1911年の *Lindsley* 判決<sup>(19)</sup>においてアメリカ連邦最高裁が示した四つの定理 (rule) で説明される<sup>(20)</sup>。それは、第一に合衆国憲法の平等保護条項は、ポリス・パワーに基づく立法が採用する分類に対し広範な立法裁量を認めており、右立法が採用する分類が何らかの合理性 (reasonable basis) も有さず、明らかに恣意的な根拠に基づく区分であると認められる場合に裁判所はそれを違憲とする。第二に当該立法が採用する分類が何らかの合理性を有している場合、それが数的な正確さを有していないとか、あるいは実際にはそれが何らかの不平等を間接的にもたらすという理由だけで合衆国憲法の平等保護条項違反になることはない。第三に当該立法が採用する分類の合理性が問題となる場合、当該立法を正当化するような事実が合理的に推定できるならば、既にその制定時にかかる事実が存在していたとみなされなければならない。第四に当該立法が採用する分類の合理性を争う者は、かかる分類が何らかの合理性を有するものでなく、さらに当該立法が恣意的であるということを立証しなければならない<sup>(21)</sup>。したがって、合理性の基準が適用されると当該立法には合憲性の推定が働くため、たとえば、当該立法に特定のグループに対する明確な差別の意図が認められるといった極めて例外的な場合を除き、かかる立法は違憲とされることはないのである。

Richard H. Fallon は、アメリカ連邦最高裁が特定のグループに対する明確な差別の意図に基づく立法に対して違憲判決を下したリーディングケースとして、血縁関係にないものを含む世帯をフード・スタンプ制度の受給資格から除外した連邦法<sup>(22)</sup>が問題となった *Moreno* 判決<sup>(23)</sup>をあげる<sup>(24)</sup>。*Moreno* 判決でアメリカ連邦最高裁は、合理性の基準の適用の下、当該立法過程における立法事実の検証を行った。そして、当該立法目的がヒッピーたちをフード・スタンプの受給資格者から除外することであったと認定するとともに、当該立法が血縁関係にない者を含む世帯をフード・スタンプ制度の受給資格者から

除外するものであるため、援助が必要な人たちまでもがフード・スタンプを受給できなくなっており、それゆえ、当該立法は合理性を有しておらず、合衆国憲法修正 5 条が保障する法の平等保護の要請に違反しており、容認できないと結論づけた。また、Romer 判決でアメリカ連邦最高裁は、Moreno 判決を引用し合理性の基準を適用した上で、当該立法過程における立法事実の検証を行った。そして、アメリカ連邦最高裁は、当該州憲法修正が同性愛者および両性愛者に対する敵意から生まれたものであると認定し、それゆえ、右州憲法修正は合理性の基準の適用において求められる正当な政府の利益という要件を満たさないと結論づけた。さらに、アメリカ連邦最高裁は、Windsor 判決においても Moreno 判決を引用し合理性の基準を適用した上で、当該立法過程における立法事実の検証を行った。そして、連邦の結婚防衛法が同性愛者に対する明確な差別意図に動機づけられていると認定し、当該立法が合衆国憲法修正 5 条の法の平等保護の要請に違反していると判示した。

これらの事件で問題となった立法は、特定のグループに対する明確な差別意図に動機づけられたものである。それゆえ、右立法が合衆国憲法と抵触することが容易に推定でき、厳格な司法審査基準の適用の下、隠された真の違法な差別的意図を炙り出す<sup>(25)</sup> 必要がないことから、アメリカ連邦最高裁は、当該立法の違憲性を論証するために立法過程における立法事実の検証を行うことで、かかる立法は合理性を有さず、違憲であると結論づけたと考えることができよう<sup>(26)</sup>。

ここで、わが国の最高裁判決に目を向けると、平成 25 年の非嫡出子法定相続分差別規定違憲決定で最高裁は、昭和 22 年の民法改正時から現在に至るまでの間の社会の動向、わが国における家族形態の多様化やこれに伴う国民意識の変化、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化等をあげながら立法事実の変遷について検証を行った。そして、最高裁は、民法 900 条 4 号但書は、明確な法律上の差別というべきであると認定するとともに、右規定の制定当時とは異なり、家族という共同体の中における個人の尊重が明確

に認識されてきたことは明らかであり、父母が婚姻関係になかったという子にとっては自ら選択および修正する余地のない事柄を理由として、その子に不利益を課すことは、当該立法目的を実現するための手段として容認できないと判示した。また、平成 27 年の再婚禁止期間違憲判決で最高裁は、女性の再婚後に生まれた子につき父性の重複を回避し、父子関係をめぐる紛争を未然に防ぐという民法 733 条 1 項の立法目的については容認したが、他方で、医療や科学技術の発達、社会状況及び経済状況の変化に伴う婚姻及び家族の実態の変化、晩婚化と離婚件数及び再婚件数の増加等をあげながら立法事実の変遷について検証を行い、民法 733 条 1 項のうち 100 日超過部分については、婚姻及び家族に関する事項につき国会に認められる立法裁量の範囲を超えるものとして、その立法目的との関連において合理性を欠くものになっていたと結論づけた。このように、両事件で最高裁は、女性や非嫡出子に対する明確な差別と批判されることの多かった民法の諸規定の合憲性につき、いわゆる合理性の基準の基本的枠組みを堅持しながら、憲法上の平等原則の観点から、立法事実を実質的に吟味し、その違憲性を論証するような司法審査を行った。

## おわりに

本稿で取り上げた平成 25 年の非嫡出子法定相続分差別規定違憲決定および平成 27 年の再婚禁止期間違憲判決における司法審査の方法は、第一に差別的意図の明確性という点、第二に当該立法の違憲性を論証することを目的に立法事実の検証を行うという点において、アメリカ連邦最高裁が **Moreno** 判決、**Romer** 判決、**Windsor** 判決で採用した判例理論を想起させる。他方で、**John Hart Ely** が厳格審査基準は、それが当該立法目的とそれを実現するための手段との間の「本質的に完全な整合性」(essentially perfect fit) を要求する点で、隠された違法な立法動機を炙り出すものとしての機能を有すると指摘している<sup>(27)</sup> ように、差別的意図の明確な立法とは異なり、外見上良性であるがその

効果が差別的であると推定し得る立法については、厳格審査基準を適用しなければ、その合憲性について判断を下すことはできないであろう。

- (1) アメリカ連邦最高裁の判例理論に依拠すれば、合理性の基準が適用されると、当該立法目的が正当な政府の利益 (a legitimate state interest) を促進するものであること、さらに、右立法目的とそれを実現するための手段との間に何らかの合理的関連性 (reasonably related) があれば、当該立法は合憲とされる。
- (2) 非嫡出子に対する差別の歴史については、白水隆、宇野文重「ロー・アングル 憲法判例再読：他分野との対話 (第 1 回) 非嫡出子相続分最高裁違憲決定：非嫡出子をめぐる“事柄の変遷” [平成 25. 9. 4]」法学セミナー 60 巻 12 号 (2015 年) 44 - 46 頁を参照。多くの学者による民法 733 条に対する批判については、君塚正臣「再婚禁止期間の合憲性—民法 733 条改正の憲法上の許容範囲に関する一考察— 1 -」民商法雑誌 109 巻 2 号 (1993 年) 265 頁を参照。
- (3) 戸松秀典、『平等原則と司法審査』(有斐閣、1990 年) 315 頁参照。
- (4) 同書、323 頁参照。
- (5) 中間審査基準が適用されると、当該立法目的が重要な政府の目的 (important government objects) を促進するものであること、さらに、右立法目的とそれを実現するための手段との間に実質的関連性 (substantially related) があることを政府側が立証しなければ当該立法は違憲とされる。
- (6) 立法事実とは、法律を制定する際の基礎にあってその合理性を支える社会的・経済的・文化的な一般事実、より具体的には、立法府が法律制定の資料として収集認定する事実とされる。以上の点については、芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』(有斐閣、2000 年) 202 - 3 頁、渡辺千原「法を支える事実：科学的根拠付けに向けての一考察 (大平祐一教授 徐勝教授 中島茂樹教授 松井芳郎教授 水口憲人教授 退職記念論文集) 立命館法学 2010 年 5・6 号 (2010 年) 1807 頁を参照。また、芦部教授は、同書において、一般に一定の事実状態を前提としてはじめて法律の合憲性が認められるので、立法目的および当該立法目的を実現するための手段の合理性を判断する際には、できる限り社会科学の成果を利用して、立法事実を明らかにすることが、必要不可欠であると主張する。そして、芦部教授は、司法作用ないし裁判に内在する制約はあるが、一定の公式・理論で形式的に処理されがちな憲法判例をより実質的なものにするために、立法事実を検出し検証する意義は極めて大きいと説く。
- (7) 立法事実の変遷とは、立法府が収集し、認定した立法事実が現在においては立法の合理性を支える事実として妥当しなくなったことを意味する。以上の点については、

渡辺千原、前掲注(6) 1808頁を参照。

- (8) アメリカ連邦最高裁の判例理論によれば、婚姻の自由は基本的権利とされる。また、司法審査において、問題となる立法が基本的権利に何らかの制限を課す場合、かかる立法には厳格な司法審査基準が適用される。以上の点については、戸松、前掲注(3) 56頁参照。
- (9) 西村裕三 [編]『判例で学ぶ日本国憲法』(有信堂、2011年) 174頁参照。
- (10) 戸松、前掲注(3) 323頁参照。
- (11) 同上参照。
- (12) 西村、前掲注(9) 27 - 28頁参照。
- (13) 西村裕三「平等保護条項とサスペクトな分類」判例タイムズ 611号(1986年) 109頁を参照。
- (14) 厳格審査基準が適用されると、当該立法目的が、やむにやまれぬ政府の利益(a compelling state interest)を促進するものであること、さらに、右立法目的とそれを実現するための手段との間に厳密な整合性(narrowly tailored)があることを政府側が立証しなければ当該立法は違憲とされる。
- (15) *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).
- (16) コロラド州憲法修正2は、以下のような内容であった。「コロラド州は、その部門、部局あるいはその機関、政治的機関、地方公共団体、学区において、ホモセクシャル、レズビアン、バイセクシャルな性向、行為、活動、関係がマイノリティーの地位、クォータ制、保護されるべき地位、差別といった主張を正当化するための根拠となったり、さらに、そのような権利を付与することになったりするような制定法、規則、条例、政策を制定、採用、執行してはならない。」
- (17) *United States v. Windsor*, 539 U.S. 306 (2013).
- (18) *Defense of Marriage Act*, Pub. L. No. 104-199, 110 Stat. 2419 (1996).
- (19) *Lindsley v. Natural Carbonic Gas Co.*, 220 U.S. 61 (1911).
- (20) 戸松、前掲注(3) 30頁、常本照樹「『経済・社会立法』と司法審査(3)」北大法学論集 43巻5号 886頁(1993年)を参照。
- (21) *Lindsley*, 220 U.S. at 78-79.
- (22) *The Food Stamp Act of 1964*, amended in 1971.
- (23) *United State Department of Agriculture v. Moreno*, 413 U.S. 528 (1973).
- (24) RICHARD H. FALLON, JR., *THE DYNAMIC CONSTITUTION* 114 (Cambridge University Press 2004).
- (25) John Hart Ely は、厳格審査基準を適用しなければ、隠された真の違法な差別的意図を炙り出すことはできないと説く。この点については、JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST; A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* 146 (Harvard University Press 1980) を参照。



- (26) Roberts C. Farrel, *Successful Rational Basis Claims in the Supreme Court from the 1971 Term Through Romer v. Evans*, 32 IND. L. REV 373-75 (1999), RICHARD H. FALLON, *supra* note 24, at 114 を参考に検討を行った。他方で、アメリカ連邦最高裁が *Moreno* 判決で採用した合理性の基準の適用方法に依拠すれば、同性愛および両性愛といった性的指向に基づく分類について、それが「疑わしい分類」あるいは「準・疑わしい分類」に該当するのか否かということを検討することなく、当該分類を利用した立法が性的マイノリティ・グループに対する明確な差別的意図に基づく立法であると断じ、かかる立法を違憲とすることが可能であろう。ただし、後述するように、性的マイノリティ・グループに向けられた立法で、外見上良性であるがその効果が差別的であると推定し得る立法の合憲性については、厳格審査基準を適用しなければ容易に判断することができないため、そのような場合には、同性愛および両性愛といった性的指向に基づく分類について、それが「疑わしい分類」あるいは「準・疑わしい分類」に該当するのか否かということが問題となり得るであろう。右の問題点については、穂山守夫「同性愛と平等」法学研究論集 4 卷 (1996 年) 5 - 7 頁において検討がなされている。
- (27) JOHN HART ELY, *supra* note 25, at 146.