

博 士 論 文

憲法上の平等原則と司法審査基準の適用をめぐる
法的諸問題について

平成 2 9 年 3 月

井 上 一 洋

目次

はじめに 1

第1部	日本国憲法14条1項の「法の下での平等」と司法審査基準	4
第1章	日本国憲法14条1項の「法の下での平等」の意義について	4
第1節	形式的平等と実質的平等	4
第2節	立法者非拘束説と立法者拘束説、相対的平等と絶対的平等	7
第2章	日本国憲法14条1項の「法の下での平等」と合理性の基準	9
第1節	日本国憲法14条1項後段が列举する差別禁止事由の意味と司法審査基準	9
第2節	尊属殺重罰違憲判決について	15
第1項	尊属殺重罰違憲判決の概要	15
第2項	尊属殺重罰違憲判決の意義	16
第3節	在外国民選挙権制限違憲判決について	19
第1項	在外国民選挙権制限違憲判決の概要	19
第2項	在外国民選挙権制限違憲判決の意義	24
第4節	国籍法違憲判決について	28
第1項	国籍法違憲判決の概要	28
第2項	国籍法違憲判決の意義	33
第5節	非嫡出子法定相続分差別違憲決定について	41
第1項	非嫡出子法定相続分差別違憲決定の概要	41
第2項	非嫡出子法定相続分差別違憲決定の意義	42
第6節	再婚禁止期間違憲判決について	50
第1項	再婚禁止期間違憲判決の概要	50
第2項	再婚禁止期間違憲判決の意義	54
第7節	最高裁における合理性の基準の適用に関する判例理論の展開	58
第3章	アメリカ合衆国憲法の平等原則と合理性の基準	60
第1節	アメリカ連邦最高裁の判例における合理性の基準	60
第2節	Windsor 判決における合理性の基準の適用	62
第3節	Romer 判決における合理性の基準の適用	65
第4節	露骨な差別的意図を持つ立法と合理性の基準	67
第5節	日米の判例にみる「合理性の基準」の相違点	70

第2部	アファーマティヴ・アクションの合憲性をめぐる司法審査	72
第4章	アメリカ合衆国憲法の平等保護条項とアファーマティヴ・アクション	72
第1節	アファーマティヴ・アクションについて	72
第2節	対立する二つの平等観について	79
第5章	司法審査基準の適用をめぐるアメリカ連邦最高裁裁判官の対立	85
第1節	医学校の特別入学制度と Bakke 判決	85
第1項	Bakke 判決の概要について	85
第2項	Bakke 判決の意義について	87
第2節	連邦法に基づくアファーマティヴ・アクションと Fullilove 判決	89
第1項	Fullilove 判決の概要について	89
第2項	Fullilove 判決の意義について	93
第3節	条例に基づくアファーマティヴ・アクションと Croson 判決	96
第1項	Croson 判決の概要について	96
第2項	Croson 判決の意義について	98
第4節	放送免許制をめぐるアファーマティヴ・アクションと Metro Broadcasting, Inc.判決	101
第1項	Metro Broadcasting, Inc.判決の概要について	101
第2項	Metro Broadcasting, Inc.判決の意義について	103
第6章	厳格審査基準の適用をめぐる判例理論の展開	105
第1節	連邦政府調達契約におけるアファーマティヴ・アクションと Adarand 判決	105
第1項	Adarand 判決の概要について	105
第2項	Adarand 判決の意義について	107
第2節	ロー・スクールの入学制度におけるアファーマティヴ・アクションと Hopwood 判決	110
第1項	Hopwood 判決の概要について	110
第2項	Hopwood 判決の意義について	114
第3節	ロー・スクールの入学制度におけるアファーマティヴ・アクションと Grutter 判決	118
第1項	Grutter 判決の概要について	118
第2項	Grutter 判決の意義について	123
第4節	大学入学制度におけるアファーマティヴ・アクションと Gratz 判決	125
第1項	Gratz 判決の概要について	125
第2項	Gratz 判決の意義について	126

第5節 公立学校の生徒割当計画と Parents Involved in Community Schools 判決	128
第1項 Parents Involved in Community Schools 判決の概要について	128
第2項 Parents Involved in Community Schools 判決の意義について	134
第6節 大学入学制度におけるアファーマティヴ・アクションと Fisher 判決	139
第1項 Fisher 判決（第5巡回区アメリカ連邦控訴裁判決）の概要について	139
第2項 Fisher 判決（アメリカ連邦最高裁判決）の概要について	142
第3項 Fisher 判決の意義について	147
第7章 隠された不正な立法意図と厳格審査基準	151
第1節 厳格審査基準の適用に関する判例理論の展開	151
第2節 隠された不正な立法意図と厳格審査基準の適用	154
第3部 平等原則の実体的価値について	158
第8章 平等という空虚な概念	158
第1節 平等概念について	158
第2節 平等概念と外在的な価値判断	160
第3節 平等概念と権利について	165
第9章 平等原則と平等権	169
第1節 原則と権利の関係について	169
第2節 平等原則について	171
第3節 日本国憲法の平等原則と実体的価値	176
おわりに	179

はじめに

日本国憲法は、81 条において、「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である」と定め、裁判所に司法審査権の行使を認めている。さらに、最高裁は、昭和 27 年の警察予備隊違憲判決¹において、「司法権が発動するためには具体的な争訟事件が提起されることを必要とする」と判示し、憲法 81 条は、アメリカ型の付随的違憲審査制を採用したものであることを宣言した。裁判所は、具体的事件の解決に必要な場合に限り、司法審査権を行使し、法律や行政処分の憲法適合性を審査するのである。ところが、日本国憲法は、司法審査の方法や基準について、具体的な規定を定めていない。そのため、実際の裁判において、どのような司法審査を行うのかは裁判所の裁量に委ねられている²。

ある法律の規定が、憲法 14 条の平等原則に違反するかどうかを審査する際に、最高裁は、いわゆる「合理性の基準」を適用して判断を下している³。この「合理性の基準」の下では、当該立法目的の合理性や右立法目的とそれを実現するための手段との間の合理的関連性を裁判所は検証し、違憲か合憲かの判断を下す⁴。このような審査の方法は、そもそもある法律の規定が合理的なものといえ

¹ 最高裁昭和 27 年 10 月 8 日大法院判決（民集 6 巻 9 号 783 頁）

² 西村裕三「3 法の下での平等」同編『判例で学ぶ日本国憲法〔第二版〕』（有信堂、2016 年）161 頁を参照。

³ 日本の最高裁が採用する「合理性の基準」は、「合理的関連性のテスト」とも呼ばれる場合がある。以上の点については、戸松秀典『憲法訴訟』（有斐閣、2005 年）280 頁を参照。

また、最高裁は、労役場留置によって罰金刑を代替できる規定を定めた刑法 18 条が憲法 14 条 1 項と抵触するとして問題となった昭和 25 年の判決（最高裁昭和 25 年 6 月 7 日大法院判決、刑集 4 巻 6 号 956 頁）において、はじめて「合理性の基準」を採用したとされる。そして、1950 年代から 60 年代の最高裁判決において、この「合理性の基準」が定着したとされる。以上の点については、木村草太『平等なき平等保護条項』（東京大学出版会、2008 年）30-31 頁を参照。

⁴ 戸松秀典『平等原則と司法審査』（有斐閣、1990 年）7 頁参照。

るか否かを判断するものであり、平等原則固有の判断基準を何ら示していないという批判がある⁵。

現在の学説では、憲法 14 条 1 項後段が列举する「人種、信条、性別、社会的身分、門地」などの事由は、不合理な差別の根拠を例示しており、それらに基づく立法上の区別は、より厳格度の高い司法審査基準に服さしめるべきであるという学説が有力となっている。そして、近年の平等原則違反を理由とする最高裁の違憲判決には、米連邦最高裁の判例理論を範とした厳格な司法審査基準の適用を想起させるものが現れるようになってきている。そこで、本稿の第一部では、まず、憲法上の平等原則との抵触が問題となった主要な日本の最高裁判例を概観した上で、米連邦最高裁の判例理論との比較の観点から、平等原則の下での司法審査基準について検討を行う。

ところで、憲法 14 条の起草にも大きな影響を与えたとされる合衆国憲法の平等保護条項は、1861 年のアメリカ南北戦争後にかつて奴隷であった黒人やその子孫たちを保護するために制定された⁶。しかし、その後、合衆国憲法の平等保護条項は、人種中立的な規定として解釈されるようになり、米連邦最高裁は、人種中立的に合衆国憲法の平等保護条項を解釈するような判例理論を展開するようになった。ところが、過去の人種差別による弊害を是正するための措置であるアフアーマティヴ・アクションは、人種という個人の能力や資質と無関係な属性に基づく措置で違憲であると主張され、繰り返し裁判で争われることになった。本稿の第二部では、アメリカにおけるアフアーマティヴ・アクションの合憲性をめぐ

⁵ 同上参照、芦部信喜『憲法判例を読む 岩波セミナーブックス 21』（岩波書店、1992 年）138-39 頁参照。

また、この点につき、宮沢俊義教授は、何が合理的かどうかは、「個人の尊厳と人格価値の平等」という日本国憲法の基本原理の観点から考えていくべきであると説く。以上の点については、宮沢俊義『法律学全集 4 憲法Ⅱ〔新版〕』（有斐閣、1983 年）289 頁を参照。

⁶ 木村、前掲注（3）9 頁、山内久史「アメリカにおける平等権の史的展開と司法審査」（帝京法学 24 巻 1 号、2005 年）93 頁、君島東彦「アメリカ合衆国憲法第 14 修正の意味——「合衆国-州-個人」構造と人権保護」早稲田法学会誌 43 号（1993 年）104 頁参照。

る判例の変遷を概観した上で、合衆国憲法の平等保護条項の下での司法審査の基準および方法を検討する。

最後に本稿の第三部では、平等概念の実体的価値について検討を行う。「等しきものを等しく扱うべきである」という平等原則は、価値中立的であるとされるが、平等原則違反を争う事件において、裁判所は、何らかの価値判断をしなければならない⁷。その際、裁判所が依拠すべき価値判断の根拠は、憲法の基礎に存在する平等概念の実体的価値に求めなければならない⁸。そこで、本稿では、平等概念は空虚であると主張する Peter Westen の問題提起をめぐる法哲学的な論争について紹介する。その上で、合衆国憲法の平等保護条項の中核には、「平等な市民的地位の原則」が存在すると説く Kenneth L. Karst の学説を中心に合衆国憲法上の平等原則の実体的価値について検討を行い、それを提示する。そして、最後に日本国憲法上の平等原則をめぐる学説を検討し、憲法 14 条 1 項の「法の下での平等」の実体的価値について考察を行う。

⁷ Kenneth L. Karst, *The Supreme Court 1976 Term-Foreword: Equal Citizenship under the Fourteen Amendment*, 91 HARV. L. REV. 1, 4 (1977).

⁸ RONALD DWORKIN, TALKING RIGHTS SERIOUSLY 86-88 (Gerald Duckworth & Co. Ltd., 2009)、ロナルド・ドゥオーキン、木下毅ほか訳『権利論』（木鐸社、1993 年）104-6 頁参照。また、検討にあたっては、旗手俊彦「ドゥオーキン権利論の社会哲学」（北大法学論集 37 巻 5 号）761 頁を参照した。

第1部 日本国憲法14条1項の「法の下での平等」と司法審査基準

第1章 日本国憲法14条1項の「法の下での平等」の意義について

第1節 形式的平等と実質的平等

近代においては、「機会の平等」(equality of opportunity)が国家の法により各個人に保障されれば良いとされ、それ以上の「結果の平等」(equality of result)の保障までもが国家の法に求められることはなかった⁹。「機会の平等」とは、事実上の不平等を積極的に是正するというような「実質的平等」を要求するものではなく、あくまでも法的な取り扱いにおける平等を指し、「形式的平等」ということができる¹⁰。ところで、個々人にはそれぞれさまざまな違いがあるにもかかわらず、この「形式的平等」の下では、形式的にすべての個人を法的に同じように取り扱うことが国家には求められる。したがって、「形式的平等」の下では、その違いに基づく実質上の不平等状態が無視されることになり、結果としてその不平等の固定化および拡大を招く恐れがある。それにもかかわらず、近代における憲法上の平等原則は、法的取り扱いの均一化という「形式的平等」を貫き、実質的な不平等状態の是正ということを射程に入れてこなかった。すなわち、近代においては、個々人の自由な活動を保障することが国家の任務であると考えられていたため、そうした個々人の自由な活動によって生じる能力や勤勉さの相違に起因する格差について、国家は関与すべきではないとされたのである¹¹。ところが、資本主義の高度化など、その後の経済および社会の発展は、「機会の平等」をいかに保障しても、富める者はますます豊かさや自由を享受できるのに対して、人種的マイノリティや貧しい者などといった社会的弱者は、自由はおろか生存すら脅かされるという事態を生み出した。そこで、この「機会の平等」がもたらした自由な競争における社会的および経済的不平等を是正して、「実質的平等」を実現することが国家に対して求められるようになってきたのである¹²。

⁹ 浦部法穂『憲法学教室』（日本評論社、2007年）102頁参照。

¹⁰ 同上参照。

¹¹ 同上参照。

¹² 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論（1）〔増補版〕』（有斐閣、2002年）3頁参照。

このような「形式的平等」から「実質的平等」へという変化は、自由国家から福祉国家へという変貌を意味するものであると考えることができよう。すなわち、自由国家の下では、自由および平等な個人の競争を通じて社会の調和が実現されると考えられ、国家は政治的および経済的干渉を行うべきではなく、その任務を限定すべきだとされたため、自由国家では、形式的な平等が求められたのであるが、経済および社会の発展によって、自由国家を支える自由放任の理論は大きな矛盾を露呈するに至ったのである¹³。芦部信喜教授によると、その矛盾の典型的な例として、第一に世襲的な利益によって新しい支配階級が作り出され、各個人が平等なスタートラインに立つ社会という観念が崩壊したこと、第二に自由競争が存在しなくなり、競争し合う個人の代わりに独占的に利潤を追求する寡占グループが現われてきたこと、の二点があげられるという¹⁴。このような矛盾が生じた結果、社会における貧富の差が著しくなったため、人間の自由と生存とを確保するために、国家が市民生活の領域に介入する責務を負わなければならなくなった。こうして自由国家は、国家的な干渉を必要とする社会国家に変容することになり、そこでは、「実質的平等」が求められたと考えられるのである。「実質的平等」の例として、所得に応じて税額が決められる累進課税制といったものがあげられるが、これは租税の平等負担という形式的平等が成立した上で、「実質的平等」の実現のための合理的な調整を図るものと理解することができよう¹⁵。さらに、過去の差別の弊害を是正するための制度である積極的差別是正措置（アメリカではアファーマティヴ・アクション、ヨーロッパではポジティブ・アクションと呼ばれる。）もその例としてあげることができよう。日本においても女性差別撤廃条約の批准を受け、1999年制定の男女共同参画社会基本法に積極的改善措置についての規定が置かれ、性差別解消を実現するための積極的差別是正措置が実施されている¹⁶。

¹³ 芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、2000年）62頁参照。

¹⁴ 芦部信喜『憲法学Ⅰ 憲法総論』（有斐閣 2002年）112-13頁参照。

¹⁵ 辻村みよこ『憲法』（日本評論社、2004年）203頁参照。

¹⁶ 同上参照。ただ、現在のところ日本国憲法14条1項は、アファーマティヴ・アクションにより優先処遇を受ける権利までを含むとは理解されていないとされる。この点については、高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（有斐閣、2008年）132頁を参照。

ところで、日本国憲法は「個人の尊厳」を重んじることを基本理念とすると共に、それを具体化するための手段の一つとして自由主義を掲げている。このことから、憲法 14 条 1 項が社会のあらゆる領域で「実質的平等」を実現することを要請しているとは考え難い。したがって、憲法 14 条 1 項は、原則として「形式的平等」の実現を要請する一方、先に述べた累進課税制や積極的差別是正措置といった例外的な場合にのみ「実質的平等」の実現を要請していると考えることができよう。

第2節 立法者非拘束説と立法者拘束説、相対的平等と絶対的平等

憲法14条1項は、法がすべての者に等しく適用されることを要請するのであるか、それとも、それにとどまらず、法の内容においてもすべての者を等しく取り扱うことを要請するのであるか。いわゆる「立法者非拘束説」は、すべての者を法律上、等しく取り扱うべきことに一切の例外を認めない絶対的平等観に立ち、そのような平等の実現を法の適用面に限定する。たとえば、佐々木惣一教授は、憲法14条1項が要請しているのは、「国家が法の想定する事実に関係して、法を適用することについて国民を平等に取り扱うということである。国家が法において規定を為すにあたって、国民を平等に取り扱うというようなことではないのである。すなわち、法の前における平等であって、法の内における平等ではない。法に対する平等であって、法による平等ではない¹⁷」と説き、「立法者非拘束説」の立場を採ることを明らかにしたが、その背景には、法律を「国民の一般意思の自由かつ厳粛な発現」と捉え、それによって、国民の権利が保障されんとする立法府に対する厚い信頼があったと考えることができよう¹⁸。

しかし、法律が憲法に違反するか否かを裁判所が最終的に判断する司法審査制を採用すると共に、憲法の実質的最高法規性を確保しようとする日本国憲法の下では、この立場は妥当ではないであろう。そのため、通説・判例の立場は、すべての者を等しく取り扱わないことに合理的根拠があれば、それを許容する相対的平等観に立った上で、憲法上の平等原則は、法の適用面のみならず、法の内容においても妥当すべきとする「立法者拘束説」の立場を採る¹⁹。宮沢俊義教授は、憲法14条1項が保障する平等原則について、それは「法が平等に適用されるべきであるとする原則であり、法の内容において差別が定められることは、その関するところではない、と解する説もある。しかし、法の内容に差別が定められていれば、それが平等に適用されたところで、個人主義の要請は充たされない。し

¹⁷ 佐々木惣一『憲法学論文選』（有斐閣、1956年）116-17頁参照。ただし、引用文中の旧字体は新字体に改めた。

¹⁸ 西村裕三「26 法の下での平等」『別冊法学セミナーNo.129 司法試験シリーズ／第三版／『憲法Ⅱ』（日本評論社、1994年）67-68頁、芦部、前掲注（13）14-15頁参照。

¹⁹ 西村、同上参照。

たがって」、平等原則とは、「単に法を不平等に適用することを禁ずるだけでなく、不平等な取扱いを内容とする法の定立をも禁ずる趣旨と解すべきである²⁰」と説き、日本国憲法の下では「立法者拘束説」が妥当するとした。また、憲法上の平等原則が立法者をも拘束するということを明言した判例はないが、法令の規定内容が憲法 14 条 1 項に違反するか否かを論じたものは数多くあり、同条の規定が立法者をも拘束するものであることを裁判所は当然の前提としているとされる²¹。

他方で、個々人はそれぞれにさまざまな点において差異があるが、そのような各個人がそなえている差異というものを一切考慮に入れず、法律上均一に取り扱うことで、場合によっては不合理な結果を生ずることが起こりうる。このようなことから、憲法上の平等原則は、法律上、すべての者を等しく取り扱うことに一切の例外を認めない「絶対的平等」ではなく、個人を等しく取り扱うことに何らかの合理的な根拠があれば、それを容認する「相対的平等」を要請していると理解すべきであろう。したがって、能力・年齢・財産・職業といった個々人の種々の事実的および実質的な差異を前提として、個々人が有する権利の面でも、あるいは法律が課す義務の面でも同一の条件の下では個々人を均等に取り扱うことが特に重要であろう²²。

以上のような理解に立った上で、次章では憲法 14 条 1 項に違反するかどうか争われた事件において、具体的に裁判所がどのような司法審査を行い、判断を下しているのかをみていきたい。

²⁰ 宮沢俊義『全訂 日本国憲法』（日本評論社、1978 年）206 頁参照。

²¹ 浦部法穂「第 14 条〔法の下での平等、貴族制度の禁止、栄典の授与〕」樋口陽一ほか『注解法律学全集 1 憲法 I』（青林書院、1994 年）317 頁参照。

²² 芦部、前掲注（13）20 頁、ホセ・ヨンパルト「日本国憲法解釈の問題としての『個人の尊厳』と『人間の尊厳』（上）—尊属殺違憲判決をめぐって—」判例タイムズ 377 号（1979 年）11-12 頁参照。

第2章 日本国憲法14条1項の「法の下での平等」と合理性の基準

第1節 日本国憲法14条1項後段が列挙する差別禁止事由の意味と司法審査基準

第1章で述べたように、憲法14条1項は、すべての者を同じように取り扱うことを要請するのではなく、すべての者が同一の条件下では同じように取り扱われることを要請している²³。このようなことから、国家が法令を制定する際には、個々人間の実質的な差異を前提とした平等に関する配慮をすることが求められよう。しかし、このような配慮を国家が怠り、たとえば、ある立法が個人を不利に取り扱ったことで訴えが提起された場合、それが憲法14条1項に違反するの否かを裁判所は判断しなければならない。そのような場合、裁判所は、どのような司法審査の方法に基づき、判断を下しているのだろうか。

裁判所は憲法14条1項に違反する疑いのある立法を審査する際、当該立法の目的の正当性（目的審査）という次元と右立法目的を実現するための手段の正当性（手段審査）という二つの次元で司法審査を行っている。すなわち、まず、異なる取り扱いをした当該立法目的の憲法適合性が審査され、さらに、右立法目的が正当なものと認められたならば、次に当該立法目的を実現するための手段の憲法適合性が審査されるのである。

憲法14条1項後段は、「人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、・・・差別されない」と規定しているが、通説・判例においては、「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」という列挙事由は単なる例示に過ぎず、かかる例示以外の事由に基づく差別もそれを正当化するための合理的な根拠が認められないのならば、不合理な差別として禁止されると解されている²⁴。他方で、「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」という列挙事由に基づく差別は、歴史的に不合理な差別の典型であり、右列挙事由に基づく法律上の区別は違憲の疑いのある不合理なものと推定されることから、かかる列挙事由に基づく法律上の

²³ 同上参照。

²⁴ 西村、前掲注（2）27頁、中坂恵美子「第5項 近代人権思想の根本原理」横藤田誠、中坂恵美子『人権入門』（法律文化社、2013年）60頁、安西文雄「『法の下での平等』に関わる判例理論」戸松秀典・野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012年）200頁参照。

区別を採用した立法に対しては、米連邦最高裁が採用する「疑わしき分類」(suspect classification)の理論に基づき、厳格な司法審査をすべきであるという学説が現在有力に主張されている²⁵。

この「疑わしき分類」の理論に基づく司法審査の方法とは、問題となる立法が採用する分類の違憲性の疑いの強さの程度に応じて、司法審査の厳格度を変化させるものである。1978年の **San Antonio Independent School District** 判決²⁶における有名な定義によれば、「疑わしき分類」の対象とは、「疎外されていたり、歴史的にあるいは意図的に不平等な取り扱いを受けていたり、政治的に無力な地位に追いやられているために、多数者支配的な政治過程から特別に守られるべき²⁷」クラスとされる。したがって、あるクラスが厳格な司法審査基準に服すべき「疑わしき分類」の対象に属するか否かを判断する際には、第一に当該グループの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続していること、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、という三つの要素が考慮される²⁸。すなわち、第一の要素は、「個人の尊厳と人格価値の平等」という民主主義の根本理念に反しないかを、第二の要素は、不合理な偏見や固定観念に基づいた分類ではないかを、第三の要素は、少数者の権利は、多数決原理が機能する政治過程を通じて救済することが困難なため、裁判所による救済の必要性が高いか否かを検討しているのである²⁹。そして、このような三つの要素のすべてが当てはまる人種に基づく分類は、この「疑わしき分類」の典型であるとされる³⁰。

²⁵ 西村、同書 27-28 頁参照。

²⁶ **San Antonio Independent School District v. Rodriguez**, 411 U.S. 1 (1973).

²⁷ *Id.* at 28.

²⁸ 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 頁参照。

²⁹ 同上参照。

³⁰ 戸松秀典、前掲注 (4) 139 頁参照。

米連邦最高裁の判例理論に依拠すれば、「疑わしき分類」の典型であるとされる人種的分類を採用した立法に対しては、最も厳格な司法審査基準である「厳格審査基準」(strict scrutiny test)が適用される³¹。この厳格審査基準が適用されると、立法目的の正当性という次元では、人種的分類を利用する立法の目的が、「やむにやまれぬ政府の利益」(a compelling governmental interest)を実現するものであること、さらに、立法目的を実現するための手段の整合性という次元では、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できなければ当該立法は違憲と

³¹ 米連邦最高裁の判例理論に依拠すれば、憲法上の平等原則の下での伝統的な厳格審査基準の適用は、「基本的権利」(fundamental rights)に対する政府の侵害行為に着目した理論と「疑わしき分類」(suspect classification)の理論に着目した理論の二つに類型化することができる。したがって、人種的分類を利用した立法に対しては厳格審査基準が適用される。以上の点については、西村、前掲注(2) 28 頁、戸松、前掲注(4) 45、47 頁、安西、前掲注(24) 189 頁を参照。

しかし、放送免許に関するアファーマティヴ・アクションの合憲性が問題となった 1990 年の Metro Broadcasting, Inc. 判決 (Metro Broadcasting, Inc. v. FCC, 497 U.S. 547) まで、連邦最高裁の裁判官たちは、人種的分類を利用したアファーマティヴ・アクションに対して、どのような司法審査基準を適用すべきか意見が一致しなかった。ところが、公共事業におけるアファーマティヴ・アクションの合憲性が問題となった 1995 年の Adarand 判決 (Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U.S. 200) において、O'Connor 裁判官がアファーマティヴ・アクションを含めた政府による人種的分類の利用に対しては、厳格審査基準が適用されるべきであると明確に宣言した後、ほとんどのリベラル派の裁判官もそれに従い、人種的分類を利用したアファーマティヴ・アクションに対しては厳格審査基準を適用するようになった。この点については、安西文雄「アメリカ新判例を読む——日本法へのインプリケーション (44) ミシガン大学におけるアファーマティヴ・アクション——Grutter v. Bollinger, 123 S.Ct. 2325(2003); Gratz v. Bollinger, 123 S.Ct. 2411(2003)」ジュリスト 1260 号 (2004 年) 229 頁、井上一洋「Affirmative Action をめぐる平等観の対立と厳格審査基準の適用方法」広島法学 36 巻 2 号 43 頁 (2012 年) 26 頁を参照。また、この点については、第 2 部で検討を行っている。

される³²。さらに、米連邦最高裁の判例理論上、性別または嫡出性に基づく法的な分類は、「準・疑わしき分類」(quasi-suspect classification)とされ、かかる分類を利用した立法に対しては、「中間審査基準」(intermediate scrutiny test)が適用される³³。この中間審査基準が適用されると、立法目的の正当性という次元では、性別や嫡出性に基づく分類を利用した立法の目的が「重要な政府の利益」(an important governmental interest)を実現するものであること、さらに、立法目的を実現するための手段の整合性という次元では、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³⁴。また、以上のような「疑わしき分類」や「準・疑わしき分類」の範疇に属さない法的な分類については、原則として立法裁量が広く認められ、かかる分類を利用した立法に対しては、「合理性の基準」(rational basis test)が適用される³⁵。この合理性の基準が適用されると、立法目的の正当性の次元では、当該分類を採用する立法の目的が「正当な政府の利益」(a legitimate governmental interest)を実現するものであること、さらに、立法目的を実現するための手段の整合性の次元では、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³⁶。この合理性の基準は、Lochner 判決³⁷以降、合衆国憲法のデュー・プロセス条項の下で経済規制立法を審査する際に用いられた基準と同じものであるとされるが、どのような立

³² 西村、同上参照。

³³ 西村、同上、戸松、前掲注(4) 96 頁参照。

³⁴ 西村、同上参照。また、戸松秀典は、中間審査基準は、「厳格な合理性の基準」(strict rationality test)や「中間レベルの審査」(intermediate level of review)、あるいは「中間アプローチ」(intermediate approach)と呼ばれ、さらに、単なる合理性の基準との対比から「高められた審査」(heightened scrutiny)とも呼ばれると指摘する。いずれの呼び方においても司法審査の内容は同じであるという点には留意する必要がある。以上の点については、戸松、同書 94 頁を参照。

³⁵ 西村、同上、戸松、同書 30 頁参照。

³⁶ 西村、同上参照。

³⁷ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

法であっても、何らかの「正当な政府の利益」という立法目的を見出すことができるため、それは事実上無審査の司法審査基準であるという Ronald Dworkin の指摘がある³⁸。以上のように、米連邦最高裁は、原則として当該立法が採用する分類の「疑わしさ」の程度に応じて、司法審査の厳格度を三段階に分けているのである。

ところで、ある法律の規定が憲法 14 条 1 項の平等原則に違反するかどうかを審査する際、最高裁は、いわゆる「合理性の基準」を適用して判断を下している³⁹。この「合理性の基準」の下では、当該立法目的の合理性や右立法目的とそれを実現するための手段との間の合理的関連性を裁判所は検証し、合憲か違憲かの判断を下す。そもそも、裁判所が立法の合憲性を判断するためには、まず、当該立法の規定が合理的なものといえるか否かを判断しなければならないのであるから、このような司法審査の方法は、合憲性判断の出発点であるといえる⁴⁰。しかし、この合理性の判断が単に当該立法目的の合理性や右立法目的とそれを実現するための手段との間の合理的関連性を審査するという次元にとどまっており、平等原則固有の問題についての判断基準を何ら示していないという批判がある⁴¹。

先に述べたように、現在の学説では、憲法 14 条 1 項後段列举事由は、不合理な差別の恐れのある「疑わしき分類」の指標を例示しており、それらに基づく立法上の区別およびこれに準じる区別は、米連邦最高裁の司法審査基準についての学説や判例を範とした中間審査基準や厳格審査基準といったより厳格度の高い司

³⁸ 以上の点については、RONALD DWORKIN, SOVEREIGN VIRTUE 412 (Harvard University Press 2002)、ロナルド・ドゥオーキン、小林公ほか訳『平等とは何か』（木鐸社、2008 年）540 頁を参照。しかし、このような Dworkin の指摘とは異なる状況が近年の連邦最高裁判決には認められるため、右の点については第 3 章で検討を行う。

³⁹ 戸松、前掲注（4）7 頁参照。ただ、第 3 章で検討を行っているように、平成 20 年の国籍法違憲判決、平成 25 年の非嫡出子相続分差別規定違憲決定、平成 27 年の再婚禁止期間違憲判決といった近年の最高裁判決においては、米連邦最高裁の判例理論である厳格審査基準や中間審査基準といった厳格な司法審査基準の適用を想起させるような判決が認められる。

⁴⁰ 同上参照。

⁴¹ 同上参照。

法審査基準に服さしめるべきであるという説が有力となっている。もっとも、近年の最高裁による違憲判決には、米連邦最高裁の司法審査基準についての学説や判例を範とした厳格な司法審査基準の適用を想起させるものが示され、発展している傾向があるため、次節では憲法上の平等原則との抵触が問題となった主要な日本の最高裁判例を概観した上で、米連邦最高裁の判例理論との比較の観点から、平等原則の下での司法審査基準について検討を行いたい。

第2節 尊属殺重罰違憲判決⁴²について

第1項 尊属殺重罰違憲判決の概要

少女の頃から15年間に渡り、実父との間で夫婦同様の生活を強いられて数人の子まで産むという悲惨な境遇にあった被告人が実父を絞殺するに至った事件で、控訴審は刑法200条を合憲とする最高裁判例に従い、同条を適用した上で刑法上許される最大限の減刑を行い、懲役3年6か月の実刑判決を下した。そこで、被告が刑法200条の違憲性を主張して上告したのが本件である⁴³。

本件で多数意見は、憲法14条1項の法の下での平等の要請は、「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、差別的な取扱いを禁止する」というものであると説示した。その上で、刑法200条の立法目的の正当性について、多数意見は、昭和25年以来、刑法200条については最高裁の合憲判決があるが、同条が合理的根拠に基づくものであるかどうかを判断すると、その立法目的は「尊属を卑属またはその配偶者が殺害することをもっ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、もって特に強くこれを禁圧しようとするにある」と指摘すると共に、親族とは、「婚姻と血縁とを主たる基盤とし、互いに自然的な情愛と親密の情によって結ばれていると同時に、その間おのずから長幼の別や責任の分担に伴う一定の秩序が存し、通常、卑属は父母、祖父母等の直系尊属により養育されて成人するのみならず、尊属は、社会的にも卑属の所為につき法律上、道義上の責任を負うのであって、尊属に対する尊重報恩は、社会生活上の基本的道義というべく、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」と判示した。

次に、刑法200条の立法目的を実現するための手段の合理性について、多数意見は、「被害者が尊属であることを犯情のひとつとして具体的事件の量刑上重視することは許されるものであるのみならず、さらに進んでこのことを類型化し、

⁴² 最高裁昭和48年4月4日大法院判決（刑集27巻3号265頁）

⁴³ 尊属殺をそれ以外の殺人に比して重く処罰することは、封建的な家族制度やローマ法の *parricidium* に由来するとされる。また、古い時代の立法には、世界的に尊属殺を重く処罰する規定が認められたが、近代になるにしたがってその数は減少傾向にあるとされる。以上の点については、中谷瑾子「尊属殺と刑法改正——重罰よりも有効な対策を」法律時報54巻5号（1982年）48頁を参照。

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っ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ず、したがってまた、憲法 14 条 1 項に違反するということもできないものと解する」と指摘した。しかしながら、多数意見は、「右のとおり、普通殺の他に尊属殺という特別の罪を設け、その刑を加重すること自体はただちに違憲であるとはいえないのであるが」、「加重の程度が極端であって、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、当該規定は「憲法 14 条 1 項に違反して無効であるとしなければならない」と説き、その上で、「刑法 200 条をみるに、同法の法定刑は死刑および無期懲役刑のみであり、普通殺人罪に関する同法 199 条の規定が、死刑、無期懲役刑のほか 3 年以上の有期懲役刑となっているものと比較して、刑種選択の範囲が極めて重い刑に限られていることは明らかである」と説示した。そして、多数意見は、「もっとも、現行刑法にはいくつかの減軽規定が存し、これによって法定刑を修正しうるものであるが、現行法上許される 2 回の減軽を加えても、尊属殺につき有罪とされた卑属に対して刑を言い渡すべきときには、処断刑の下限は懲役 3 年 6 月を下ることがなく、その結果として、いかに酌量すべき情状があろうとも法律上刑の執行を猶予することはできないのであり、普通殺の場合とは著しい対照をなすものといわなければならない」と判示し、尊属殺の法定刑が「死刑または無期懲役刑に限られている点においてあまりにも厳しいというべく」、刑法 200 条の「立法目的、すなわち、尊属に対する敬愛や報恩という自然的情愛ないし普遍的倫理の維持尊重の観点のみをもってしては、これにつき十分納得すべき説明がつきかねるところであり、合理的根拠に基づく差別的取扱いとして」刑法 200 条を「正当化することはとうていできない」と述べ、「刑法 200 条は、尊属殺の法定刑を死刑または無期懲役刑のみに限っている点において、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 199 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、憲法 14 条 1 項に違反して無効であるとしなければならない」と結論づけた。

第 2 項 尊属殺重罰違憲判決の意義

最高裁は、昭和 39 年 5 月 27 日大法廷判決（刑集 4 卷 10 号 2037 頁）において、憲法 14 条 1 項は立法者をも拘束するが、合理的根拠に基づいて国民を相互に別扱いする立法は違憲ではないと判示すると共に、憲法 14 条 1 項の後段列举

事由は限定列举ではないとする見解を示した。このような最高裁の憲法 14 条 1 項の理解の仕方は、当時の学説の多数説と一致していた⁴⁴。本判決で最高裁は、これを再確認した上で、予てよりその合憲性に対する疑義のあった刑法 200 条の尊属殺重罰規定が、憲法上容認される合理的な取り扱いといえるのか否かという点につき、当該立法目的の正当性および右立法目的とそれを実現するための手段との間の合理的関連性の双方から審査するという方法を初めて採用した⁴⁵。

本件において、8 人の裁判官による多数意見は、「尊属に対する尊重報恩は、社会生活上の基本的道義というべく、このような自然的愛情ないし普遍的倫理の維持は、刑法上の保護に値するもの」であり、「尊属の殺害は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、このことをその処罰に反映させても、あながち不合理であるとはいえない」として、刑法 200 条の立法目的を合憲とした。しかし、右立法目的を実現するために採用された手段としての刑罰の程度について、多数意見は、尊属殺の法定刑が「死刑または無期懲役刑に限られている点においてあまりにも厳しいものというべく、その立法目的」を実現するために「必要な限度を遥かに超え、普通殺に関する刑法 199 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、憲法 14 条 1 項に違反し無効である」と結論づけた。

これに対して、6 人の裁判官による個別意見（少数意見）は、個々の論点について僅かに意見を異にしているものの立法目的それ自体を違憲とする点では一致している。その中でも田中二郎裁判官の個別意見は注目に値する。田中裁判官は、「尊属がただ尊属なるがゆえに特別の保護を受けるべきであるとか、本人のほか配偶者を含めて卑属の尊属殺人はその背徳性が著しく、特に強い道義的非難に値するとかの理由によって、尊属殺人に関する特別の規定を設けることは、一種の身分制道徳の見地に立つものというべきであり・・・個人の尊厳と人格価値の平等を基本的な立脚点とする民主主義の理念と抵触するものとの疑いが極めて濃厚である」と指摘した。さらに、同裁判官は、「尊属に対する尊重報恩」というものは、個人が自発的に遵守すべき道徳であって、法律によって強制すべきではないとし、また、多数意見が指摘するように当該立法目的を是認して右立法目

⁴⁴ 安西、前掲注（24）109、200 頁参照。

⁴⁵ 西村、前掲注（2）30 頁、阿部照哉「尊属殺（憲法感覚と憲法解釈＜特集＞）」ジュリスト 812 号（1984 年）20 頁参照。

的を実現するための手段が厳しきに失するとするのは、「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」であり、「むしろ憲法 36 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問題」であると主張した。このように、田中裁判官の個別意見は、「個人の尊厳と人格価値の平等」という憲法の基本原理の観点から、刑法 200 条の憲法適合性について実質的な司法審査を行い、刑法 200 条が「一種の身分制道徳の見地に立つもの」であり、その立法目的および右立法目的を実現するための手段の双方が、憲法 14 条 1 項に違反するものであると結論づけている。この田中裁判官の個別意見は、その後の判例に大きな影響を与えたといえよう⁴⁶。

⁴⁶ 安西文雄教授は、憲法 14 条 1 項が保障する「法の下での平等」の実体的価値は、人格価値の平等であることを示唆した上で、尊属殺重罰違憲判決において、田中裁判官の個別意見は、かかる実体的価値の観点から刑法 200 条を違憲と判断していると指摘している。以上の点については、安西、前掲注（24）201-2 頁を参照した。また、「法の下での平等」の実体的価値については、第 3 部で検討を行う。

第3節 在外国国民選挙権制限違憲判決⁴⁷について

第1項 在外国国民選挙権制限違憲判決の概要

本件では、日本国外に居住していて日本国内の市町村に住所を有していない日本国民に国政選挙における選挙権行使の全部または一部を認めないことの適否などが争われた。

在外国国民の選挙権の行使については、平成10年に公職選挙法が一部改正され在外選挙制度が創設された。しかし、その対象となる選挙について、当分の間は衆議院比例代表選出議員の選挙および参議院比例代表選出議員の選挙に限ることとされた。本件で上告人らは、国に対し、在外国国民であることを理由として選挙権の行使の機会を保障しないことは、憲法14条1項、15条1項および3項、43条、44条ならびに市民的および政治的権利に関する国際規約25条に反すると主張し、主位的に本件改正前の公職選挙法は、上告人らに衆議院議員の選挙および参議院議員の選挙における選挙権の行使を認めていない点において違法であることの確認ならびに本件改正後の公職選挙法は、上告人らに衆議院小選挙区選出議員の選挙および参議院選挙区選出議員の選挙における選挙権の行使を認めていない点において違法であることの確認を求めると共に、予備的に上告人らが衆議院小選挙区選出議員の選挙および参議院選挙区選出議員の選挙において選挙権を行使する権利を有することの確認を請求した。また、上告人らは国に対し、立法府である国会が国政選挙において在外国国民が選挙権を行使することができるように公職選挙法を改正することを怠ったために、平成8年10月20日に実施された衆議院議員の総選挙において投票をすることができず、損害を被ったと主張し、一人当たり5万円の損害賠償請求およびこれに対する遅延損害金の支払いを請求した。

本件で多数意見は、「国民の代表者である議員を選挙によって選定する国民の権利は、国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利として、議会制民主主義の根幹を成すものであり、民主国家においては、一定の年齢に達した国民のすべてに平等に与えられるべきものである」と指摘した上で、憲法は「前文及び1条において」、「主権が国民に存することを宣言し、国民は正当に選挙された国会における代表者を通じて行動すると定めるとともに、43条1項において、国会の両議院は全国民を代表する選挙された議員でこれを組織すると定め、15条1項

⁴⁷ 最高裁平成17年9月14日（民集59巻7号2087頁）

において、公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利であると定めて、国民に対し、主権者として、両議院の議員の選挙において投票をすることによって国の政治に参加することができる権利を保障している」と説いた。また、多数意見は、憲法が「同条3項において、公務員の選挙については、成年者による普通選挙を保障すると定め、さらに、44条但書において、両議院の議員の選挙人の資格については、人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入によって差別してはならないと定めて」おり、「以上によれば、憲法は、国民主権の原理に基づき、両議院の議員の選挙において投票をすることによって国の政治に参加することができる権利を国民に対して固有の権利として保障しており、その趣旨を確たるものとするため、国民に対して投票をする機会を平等に保障しているものと解するのが相当である」と判示した。

多数意見は、「憲法の以上の趣旨にかんがみれば、自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として、国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならないというべきであり、「そして、そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、このような事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは、憲法15条1項及び3項、43条1項ならびに44条但書に違反するといわざるを得ない」と指摘すると共に、「このことは、国が国民の選挙権の行使を可能にするための所要の措置をとらないという不作為によって国民が選挙権を行使することができない場合についても、同様である」と説示した。その上で、多数意見は、「選挙人名簿の登録について国内に居住する国民と同様の被登録資格を有しないために」、在外国民は、「そのままでは選挙権を行使することができないが、憲法によって選挙権を保障されていることに変わりはなく、国には、選挙の公正の確保に留意しつつ、その行使を現実的に可能にするために所要の措置をとるべき責務があるのであって、選挙の公正を確保しつつそのような措置をとることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合に限り、当該措置をとらないことについて上記のやむを得ない事由があるというべきである」と説いた。

次に、多数意見は「本件改正前の公職選挙法のもとにおいて」、「在外国民は、選挙人名簿に登録されず、その結果、投票をすることができないものとされ

ていた」と指摘し、「これは、在外国民が実際に投票をすることを可能にするためには、我が国の在外公館の人的、物的態勢を整えるなどの所要の措置をとる必要があったが、その実現には克服しなければならない障害が少なくなかったためであると考えられる」と指摘した。そして、多数意見は、「記録によれば、内閣は、昭和 59 年 4 月 27 日、我が国の国際関係の緊密化に伴い、国外に居住する国民が増加しつつあることにかんがみ、これらの者について選挙権行使の機会を保障する必要があるとして、衆議院議員の選挙及び参議院議員の選挙全般についての在外選挙制度の創設を内容とする『公職選挙法の一部を改正する法律案』を第 101 回国会に提出したが、同法律案は、その後第 105 回国会まで継続審査とされていたものの実質的な審議は行われず、同 61 年 6 月 2 日に衆議院が解散されたことにより廃案となったこと、その後、本件選挙が実施された平成 8 年 10 月 20 日までに、在外国民の選挙権の行使を可能にするための法律改正はされなかったことが明らかである」と説示した。その上で、多数意見は、「世界各地に散在する多数の在外国民に選挙権の行使を認めるに当たり、公正な選挙の実施や候補者に関する情報の適正な伝達等に関して解決されるべき問題があったとしても、既に昭和 59 年の時点で、選挙の執行について責任を負う内閣がその解決が可能であることを前提に上記の法律案を国会に提出していることを考慮すると、同法律案が廃案となった後、国会が、10 年以上の長きにわたって在外選挙制度を何ら創設しないまま放置し、本件選挙において在外国民が投票をすることを認めなかったことについては、やむを得ない事由があったとは到底いうことができない」と説き、「そうすると、本件改正前の公職選挙法が、本件選挙当時、在外国民であった上告人らの投票を全く認めていなかったことは、憲法 15 条 1 項及び 3 項、43 条 1 項並びに 44 条但書に違反するものであったというべきである」と判示した。

また、多数意見は、本件改正が「在外国民に国政選挙で投票をすることを認める在外選挙制度を設けたものの」、それは、「当分の間、衆議院比例代表選出議員の選挙及び参議院比例代表選出議員の選挙についてだけ投票をすることを認め、衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙については投票をすることを認めないというものである」とした上で、「この点に関しては、投票日前に選挙公報を在外国民に届けるのは實際上困難であり、在外国民に候補者個人に関する情報を適正に伝達するのが困難であるという状況の下で、候補者の氏名を自書させて投票をさせる必要のある衆議院小選挙区選出議員の選挙

又は参議院選挙区選出議員の選挙について在外国民に投票をすることを認めることには検討を要する問題があるという見解もないではなかったことなどを考慮すると、初めて在外選挙制度を設けるに当たり、まず問題の比較的少ない比例代表選出議員の選挙についてだけ在外国民の投票を認めることとしたことが、全く理由のないものであったとまでいうことはできない」と説示した。しかし、多数意見は、「本件改正後に在外選挙が繰り返し実施されてきていること、通信手段が地球規模で目覚ましい発達を遂げていることなどによれば、在外国民に候補者個人に関する情報を適正に伝達することが著しく困難であるとはいえなくなったものというべきである」と判示した。また、多数意見は、「参議院比例代表選出議員の選挙制度を非拘束名簿式に改めることなどを内容とする公職選挙法の一部を改正する法律（平成 12 年法律第 118 号）が平成 12 年 11 月 1 日に公布され、同月 21 日に施行されているが、この改正後は、参議院比例代表選出議員の選挙の投票については、公職選挙法 86 条の 3 第 1 項の参議院名簿登載者の氏名を自書することが原則とされ、既に平成 13 年及び同 16 年に、在外国民についてもこの制度に基づく選挙権の行使がされていることなどもあわせて考えると、遅くとも、本判決言渡し後にはじめて行われる衆議院議員の総選挙又は参議院議員の通常選挙の時点においては、衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙について在外国民に投票をすることを認めないことについて、やむを得ない事由があるということとはできず、公職選挙法附則 8 項の規定のうち、在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定する部分は、憲法 15 条 1 項及び 3 項、43 条 1 項ならびに 44 条但書に違反するものといわざるを得ない」と結論づけた。

さらに、多数意見は、「本件の予備的確認請求にかかる訴えは、公法上の当事者訴訟のうち公法上の法律関係に関する確認の訴えと解することができるころ、その内容をみると、公職選挙法附則 8 項につき所要の改正がされないと、在外国民である上告人らが、今後直近に実施されることになる衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙および参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において投票をすることができず、選挙権を行使する権利を侵害されることになるので、そのような事態になることを防止するために、同上告人らが、同項が違憲無効であるとして、当該各選挙につき選挙権を行使する権利を有することの確認をあらかじめ求める訴えであると解することができる」と説くと共に、選挙権につき「これを行行使することができなければ意味がないものといわ

ざるをえず、侵害を受けた後に争うことによって権利行使の実質を回復することができない性質のものであるから、その権利の重要性にかんがみると、具体的な選挙につき選挙権を行使する権利の有無につき争いがある場合にこれを有することの確認を求める訴えについては、それが有効適切な手段であると認められる限り、確認の利益を肯定すべきものである」と説示した。その上で、多数意見は、「本件の予備的確認請求にかかる訴えは、公法上の法律関係に関する確認の訴えとして、上記の内容に照らし、確認の利益を肯定することができるものに当たるといふべきであり」、「この訴えが法律上の争訟に当たるとは論をまたない」と指摘すると共に、「そうすると、本件の予備的確認請求に係る訴えについては、引きつづき在外国民である同上告人らが次回の衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票をすることができる地位にあることの確認を請求する趣旨のものとして適法な訴えといふことができる」と判示した。

また、多数意見は国家賠償法 1 条 1 項が「国または公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責任を負うことを規定するものである」と指摘した上で、「国会議員の立法行為又は立法不作為が同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別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法の内容又は立法不作為の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容又は立法不作為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違法の評価を受けるものではない」と述べた。しかしながら、多数意見は、「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を違法に侵害するものであることが明白な場合や、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に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場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、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といふべきである」と指摘した上で、「最高裁昭和 53 年（オ）第 1240 号同 60 年 11 月 21 日第一小法廷判決・民集 39 卷 7 号 1512 頁は、以上と異なる趣旨をいうものではない」と説き、「在外国民であった上告人らも国政選挙において投

票をする機会を与えられることを憲法上保障されていたのであり、この権利行使の機会を確保するためには、在外選挙制度を設けるなどの立法措置をとることが必要不可欠であったにもかかわらず、前記事実関係によれば、昭和 59 年に在外国民の投票を可能にするための法律案が閣議決定されて国会に提出されたものの、同法律案が廃案となった後本件選挙の実施に至るまで 10 年以上の長きにわたって何らの立法措置もとられなかったのであるから、このような著しい不作為は上記の例外的な場合に当たり、このような場合においては、過失の存在を否定することはできない」と判示した。そして、多数意見は、このような「立法不作為の結果、上告人らは本件選挙において投票をすることができず、これによる精神的苦痛を被ったものというべきであり、「本件においては、上記の違法な立法不作為を理由とする国家賠償請求はこれを認容すべきである」と説示すると共に、「上告人らの被った精神的損害の程度について検討すると、本件訴訟において在外国民の選挙権の行使を制限することが違憲であると判断され、それによって、本件選挙において投票をすることができなかったことによって上告人らが被った精神的損害は相当程度回復されるものと考えられることなどの事情を総合勘案すると、損害賠償として各人に対し慰謝料 5000 円の支払を命ずるのが相当である」と結論づけた。

第 2 項 在外国民選挙制限違憲権判決の意義

本判決は国会が法律の改正を迅速に行わなかったことが違憲であると認定した上で、国家賠償法に基づく損害賠償請求を容認した初めての最高裁判決として画期的なものであるといえる⁴⁸。

ところで、米連邦最高裁の判例理論では選挙権は「基本的権利」とされ、それを制限する立法は厳格審査基準に服するとされる⁴⁹。さらに、この厳格審査基準

⁴⁸ 新井誠「在外国民の選挙権をめぐる最高裁大法廷判決」法学セミナー50 巻 12 号（2005 年）74 頁参照。

⁴⁹ 米連邦最高裁の判例理論上、法律が設けた分類が憲法上保障された選挙権といった基本的権利を侵害する場合、当該立法は厳格審査基準に服することになる。選挙権は、人種差別との関連で合衆国憲法修正 15 条に保障されているが、連邦最高裁は、合衆国憲法の平等保護条項を広く適用することで、黒人の選挙権を剥奪するような州

の適用の下では、当該立法目的が「やむにやまれぬ政府の利益を実現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があることを政府側が立証しない限り、当該立法は違憲と判断される。本判決は、「やむを得ない事由がある場合」でなければ、在外国民の場合も選挙権の制限は許されないとの判断をしているが、これは「やむにやまれぬ政府の利益を実現するものであること」という厳格審査基準の要件を想起させる⁵⁰。

また、いわゆる在宅投票制度廃止訴訟（最高裁第一小法廷判決昭和 60 年 11 月 21 日、民集 39 卷 6 号 413 頁）において、多数意見は、国会議員の立法行為が「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ごとき、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 項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない」と判示し、事実上、立法不作為の違法性を理由とする国家賠償請求を認めない姿勢を示していた。このように、かつては、国会が何らかの法律を

の行為について厳格な司法審査基準を適用するようになった。この傾向は、1960 年代以降により顕著になった。たとえば、選挙権の行使につき、1 ドル 5 セントの選挙税（poll tax）を義務づけた州法が問題となった 1966 年の *Harper v. Virginia State Board of Education*, 383 U.S. 663 において、連邦最高裁は、選挙権が言論の自由と同様、市民にとって重要あるいは基本的なものであると説いた上で、州が課した選挙税を正当化する十分な立証を政府側が行っていないと指摘し、当該州法を違憲とした。以上の点については、戸松、前掲注（4）55 頁、松井茂記『アメリカ憲法入門 [第 7 版]』（有斐閣、2012 年）407 頁を参照。

⁵⁰ 毛利透教授と近藤敦教授は、最高裁が国民の選挙権の制限につき、やむを得ない事由の有無を問題とした点に着目し、本件で最高裁は極めて厳格な司法審査基準を採用したと指摘する。この点については、毛利透「選挙権制約の合憲性審査と立法行為の国家賠償法上の違法性判断」論究ジュリスト 1 号（2012 年）81 頁、近藤敦「最新判例演習室 憲法 在外国民選挙権剥奪の違法確認・国家賠償請求事件——最大判 2005.9.14」法学セミナー 51 卷 1 号（2006 年）118 頁を参照。

なお、連邦最高裁の判例理論において、選挙権は基本的権利とされ、かかる権利を制限するような政府行為の合憲性審査においては、厳格審査基準が適用される。以上の点については、戸松、前掲注（4）54-55 頁を参照。

制定あるいは改廃するか否かについては、国会に広範な立法裁量が認められ、裁判所はそれを尊重するという司法消極主義の考え方が強かったといえよう⁵¹。ところが、本件において、多数意見は、「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執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。このような立場は、先に述べた在宅投票制度廃止訴訟判決と異なる趣旨をいうものではないと多数意見は述べているが、実質的には、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ものと評価できるという指摘がある⁵²。さらに、多数意見が上告人らの被った精神的損害に対する損害賠償として、各人に対して 5,000 円の支払いを命じたことについても、救済機関としての裁判所の積極的な姿勢を示すものとして評価できよう。

また、本件において、原告は一部改正され、在外選挙制度が設けられた平成 10 年の公職選挙法が憲法 14 条 1 項に違反していると主張しているが、多数意見は同条項の下での合憲性についての判断を示していない。多数意見は、本件を選挙人資格についての平等の問題として捉え、それについては、憲法 14 条 1 項に比してより具体的に選挙人資格についての不合理な差別を禁止している憲法 44 条但書について解釈するだけで十分であると考えたのであろう。

他方で、二名の裁判官による反対意見は、「在外国民が選挙権を行使する・・・に当たっては、国内に居住する国民の場合に比べて、様々な社会的、技術的な制約が伴うので、在外国民にどのような投票制度を用意すれば選挙の公正さ、公平性を確保し、混乱のない選挙を実現することができるのかということ」を考慮しなければならないが、それは国会において慎重に議論されなければならない事項であるため、在外国民に選挙権の行使を認めるのか否かという点については、「国会の裁量判断にゆだねられていると解すべきである」と判示した。このような反対意見の立場は、在外国民の選挙権の行使の問題を「投票制

⁵¹ 西村、前掲注（2）192 頁、新井、前掲注（48）76 頁参照。

⁵² 西村、同書 174 頁、新井、同上、近藤、前掲注（50）118 頁参照。

度」の問題という異なる次元の問題に置き換えることで、在外国民の選挙権の行使につき広範な立法裁量を容認すると共に在外投票における社会的、技術的な問題を理由に在外国民の選挙権を制限することを是認するものであり問題がある。したがって、多数意見の判断が妥当であるように思われる⁵³。

⁵³ 毛利、前掲注（50）82頁、新井、前掲注（48）76頁参照。ただ、毛利教授は、在外国民の選挙権の行使の問題は極めて重要な問題であるが、かかる問題を投票制度と切り離して考えることができるのだろうかという疑問も抱かざるを得ないと指摘する。

第4節 国籍法違憲判決⁵⁴について

第1項 国籍法違憲判決の概要

法律上の婚姻関係にない日本国民の父とフィリピン共和国籍を有する母との間に出生した非嫡出子である上告人は、出生後、父から認知されたことを理由として、平成15年に法務大臣に国籍取得届を提出したが、国籍法3条1項所定の準正子の要件を欠くとして受理されなかった。そこで、上告人は、国に対し日本国籍を有することの確認を求めたのが本件である⁵⁵。

まず、本件で多数意見は、憲法14条が「法の下での平等を定めており、この規定は、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限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨であると解すべきことは、当裁判所の判例とするところである」と述べた。多数意見は、憲法10条が「『日本国民たる要件は、法律でこれを定める。』と規定し、これを受けて、国籍法は、日本国籍の得喪に関する要件を規定している」と指摘し、「憲法10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られる趣旨のものであると解される」と説示した。しかし、多数意見は、「このようにして定められた日本国籍の取得に関する法律の要件によって生じた区別が、合理的理由のない差別的取扱いとなるときは、憲法14条1項違反の問題を生ずることはいうまでもなく」、「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、合理的理由のない差別として、同項に違反するものと解されることになる」と判示した。また、多数意見は、日本国籍とは、「わが国の構成員としての資格であるとともに、わ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

⁵⁴ 最高裁平成20年6月4日大法院判決（民集62巻6号1367頁）

⁵⁵ なお、母は原告の出生当時に日本で在留資格を有しておらず、母と原告に対する退去強制手続も行われたので、本件に併合して、この退去強制令書発付処分の適法性も争われていたが、2004年12月28日に両者に一年間の在留資格が付与されたため、この訴えは取り下げられている。

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っては変えることのできない父母の身分行為にかかる事柄であり、「したがって、このような事柄をもって日本国籍の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」と説いた。

国籍法 3 条 1 項の立法目的の正当性について、多数意見は、国籍法 3 条の規定する届け出による国籍取得の制度とは、「法律上の婚姻関係にない日本国民である父と日本国民でない母との間に出生した子について、父母の婚姻及びその認知により嫡出子たる身分を取得することのほか同条 1 項の定める一定の要件を満たした場合に限り、法務大臣への届け出によって日本国籍の取得を認めるものであり、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生した嫡出子が生来的に日本国籍を取得することとの均衡を図ることによって、同法の基本的な原則である血統主義を補完するものとして、昭和 59 年法律第 45 号による国籍法改正において新たに設けられたものである」と判示した。

次に、国籍法 3 条 1 項の立法目的を実現するための手段の合理性について、多数意見は、「国籍法 3 条 1 項の規定が設けられた当時の社会的状況の下においては、日本国民である父と日本国民でない母との間の子について、父母が法律上の婚姻をしたことをもって日本国民である父との家族生活を通じたわが国との密接な結び付きの存在を示すものとみることには相応の理由があったものとみられ、当時の諸外国における・・・国籍法制の動向にかんがみても、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ものといえることができる」が、他方で、「その後、わが国における社会的、経済的環境等の変化に伴って、夫婦共同生活の在り方を含む家族生活や親子関係に関する意識も一様ではなくなってきたり、今日では、出生数に占める非嫡出子の割合が増加するなど、家族生活や親子関係の実態も変化し多様化してきている」と指摘し、「このような社会通念及び社会的状況の変化に加えて、近年、わが国の国際化の進展に伴い国際的交流が増大することにより、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生する子が増加しているところ、両親の一方のみが日本国民である場合には、同居の有無など家族生活の実態においても、法律上の婚姻やそれを背景とした親子関係の在り方についての認識においても、両親が日本国民である場合と比べてより複雑多様な面があり、その子とわが国との結び付きの強弱を両親が法律上の婚姻をしているか否かをもち

て直ちに測ることはできない」と説いた。そして、多数意見は、「これらのことを考慮すれば、日本国民である父が日本国民でない母と法律上の婚姻をしたことをもって、初めて子に日本国籍を与えるに足りるだけのわが国との結びつきが認められるものとするとは、今日では必ずしも家族生活等の実態に適合するものということとはできない」と指摘すると共に、「諸外国においては、非嫡出子に対する法的な差別的取扱いを解消する方向にあることがうかがわれ、我が国が批准した市民的及び政治的権利に関する国際規約及び児童の権利に関する条約にも、児童が出生によっていかなる差別も受けないとする趣旨の規定が存する」が、

「国籍法 3 条 1 項の規定が設けられた後、自国民である父の非嫡出子について準正を国籍取得の要件としていた多くの国において、今日までに、認知等により自国民との父子関係の成立が認められた場合にはそれだけで自国籍の取得を認める旨の法改正が行われている」と説示し、「以上のような我が国を取り巻く国内的、国際的な社会的環境等の変化に照らしてみると、準正を出生後における届出による日本国籍取得の要件としておくことについて、前記の立法目的との間に合理的関連性を見いだすことがもはや難しくなっているというべきである」と判示した。

多数意見は、国籍法とは、「前記のとおり、父母両系血統主義を採用し、日本国民である父又は母との法律上の親子関係があることをもって我が国との密接な結び付きがあるものとして日本国籍を付与するという立場に立って、出生の時に父又は母のいずれかが日本国民であるときには子が日本国籍を取得するものとしている」と指摘した上で、「その結果、日本国民である父又は母の嫡出子として出生した子はもとより、日本国民である父から胎児認知された非嫡出子及び日本国民である母の非嫡出子も、生来的に日本国籍を取得することとなるところ、同じく日本国民を血統上の親として出生し、法律上の親子関係を生じた子であるにもかかわらず、日本国民である父から出生後に認知された子のうち準正により嫡出子たる身分を取得しないものに限っては、生来的に日本国籍を取得しないのみならず、同法 3 条 1 項所定の届出により日本国籍を取得することもできないことにな」り、「このような区別の結果、日本国民である父から出生後に認知されたにとどまる非嫡出子のみが、日本国籍の取得について著しい差別的取扱いを受けているものといわざるを得ない」と判示した。そして、多数意見は、先に「説示した事情を・・・考慮するならば、国籍法が、同じく日本国民との間に法律上の親子関係を生じた子であるにもかかわらず、上記のような非嫡出子についての

み、父母の婚姻という、子にはどうすることもできない父母の身分行為が行われない限り、生来的にも届出によっても日本国籍の取得を認めないとしている点は、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ものといわざるを得ない」と説いた。

また、多数意見は、「確かに、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知された子についても、国籍法 8 条 1 号所定の簡易帰化により日本国籍を取得するみちが開かれている」と指摘する一方で、「帰化は法務大臣の裁量行為であり、同号所定の条件を満たす者であっても当然に日本国籍を取得するわけではないから、これを届出による日本国籍の取得に代わるものとみることにより、本件区別が前記立法目的との間の合理的関連性を欠くものではないということとはできない」と説示した。さらに、多数意見は、「日本国民である父の認知によって準正を待たずに日本国籍の取得を認めた場合に、国籍取得のための仮装認知がされるおそれがあるから、このような仮装行為による国籍取得を防止する必要があるということも、本件区別が設けられた理由の一つであると解される」が、「そのようなおそれがあるとしても、父母の婚姻により子が嫡出子たる身分を取得することを日本国籍取得の要件とすることが、仮装行為による国籍取得の防止の要請との間において必ずしも合理的関連性を有するものとはいえず、当該立法が不合理な差別を生じさせているという「結論を覆す理由とすることは困難である」と判示した。そして、多数意見は、「以上によれば、本件区別については、これを生じさせた立法目的自体に合理的な根拠は認められるものの、立法目的との間における合理的関連性は、我が国の内外における社会的環境の変化等によって失われており、今日において、国籍法 3 条 1 項の規定は、日本国籍の取得につき合理性を欠いた過剰な要件を課するものとなっているというべきである」と指摘すると共に、「本件区別は、遅くとも上告人らが法務大臣あてに国籍取得届を提出した当時には、立法府に与えられた裁量権を考慮してもなおその立法目的との間において合理的関連性を欠くものとなっていたと解される」ことから、「上記時点において、本件区別は合理的な理由のない差別となっていたといわざるを得ず、国籍法 3 条 1 項の規定が本件区別を生じさせていることは、憲法 14 条 1 項に違反するものであったというべきである」と結論づけた。

他方で、多数意見は、「国籍法 3 条 1 項の規定が本件区別を生じさせていることは、遅くとも上記時点以降において憲法 14 条 1 項に違反するといわざるを得ないが、国籍法 3 条 1 項が日本国籍の取得について過剰な要件を課したことにより本件区別が生じたからといって、本件区別による違憲の状態を解消するために同項の規定自体を全部無効として、準正のあった子（以下「準正子」という。）の届出による日本国籍の取得をもすべて否定する」のは、「血統主義を補完するために出生後の国籍取得の制度を設けた同法の趣旨を没却するものであり、立法者の合理的意思として想定し難いものであって、採り得ない解釈であるといわざるを得ない」と説示し、「そうすると、準正子について届出による日本国籍の取得を認める同項の存在を前提として、本件区別により不合理な差別的取扱いを受けている者の救済を図」と同時に、「本件区別による違憲の状態を是正する必要がある」と指摘した。多数意見は、「このような見地に立って是正の方法を検討すると、憲法 14 条 1 項に基づく平等取扱いの要請と国籍法の採用した基本的な原則である父母両系血統主義とを踏まえれば、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知されたにとどまる子についても、血統主義を基調として出生後における日本国籍の取得を認めた同法 3 条 1 項の規定の趣旨・内容を等しく及ぼすほかはな」と指摘した上で、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知されたにとどまる「子についても、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したことという部分を除いた同項所定の要件が満たされる場合に、届出により日本国籍を取得することが認められるものとすることによって、同項及び同法の合憲的で合理的な解釈が可能となるものということができ、この解釈は、本件区別による不合理な差別的取扱いを受けている者に対して直接的な救済のみちを開くという観点からも、相当性を有するものというべきである」と判示した。さらに、多数意見は、上記の解釈について、それは、「本件区別に係る違憲の瑕疵を是正するため、国籍法 3 条 1 項につき、同項を全体として無効とすることなく、過剰な要件を設けることにより本件区別を生じさせている部分のみを除いて合理的に解釈したものであって、その結果も、準正子と同様の要件による日本国籍の取得を認めるにとどまるものである」と指摘すると同時に、このような「解釈は、日本国民との法律上の親子関係の存在という血統主義の要請を満たすとともに、父が現に日本国民であることなど我が国との密接な結び付きの指標となる一定の要件を満たす場合に出生後における日本国籍の取得を認めるものとして、同項の規定の趣旨及び目的に沿うも

のであり、この解釈をもって、裁判所が法律にない新たな国籍取得の要件を創設するものであって国会の本来的な機能である立法作用を行うものとして許されないと評価することは、国籍取得の要件に関する他の立法上の合理的な選択肢の存在の可能性を考慮したとしても、当を得ないものというべきである」と説示した。そして、多数意見は、以上のようなことから、「日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知された子は、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したという部分を除いた国籍法 3 条 1 項所定の要件が満たされるときは、同項に基づいて日本国籍を取得することが認められるというべきであ」り、「原審の適法に確定した事実によれば」、原告らは「上記の解釈の下で国籍法 3 条 1 項の規定する日本国籍取得の要件をいずれも満たしていることが認められ」、「そうすると、上告人らは、法務大臣あての国籍取得届を提出したことによって、同項の規定により日本国籍を取得したものと解するのが相当である」と結論づけた。

第 2 項 国籍法違憲判決の意義

憲法 10 条を受けて、国籍法は国籍取得の要件を定めているが、同法 2 条 1 項は、出生による日本国籍取得については、父母両系血統主義を原則としている。そのため、たとえ、非嫡出子であっても、出生時に判明している母が日本国民であるときは、その子も日本国籍を取得できることになる。他方で、日本国民である父と日本国民ではない母との間に出生した子は、嫡出子あるいは胎児認知を受けていれば国籍法 2 条 1 項に基づき日本国籍を取得できるが、父母が婚姻せず生後認知にとどまり、準正要件を満たさない場合、日本国籍の取得は帰化に頼らざるを得なくなる。すなわち、父が日本国民であるが母がそうでない場合、胎児認知を受けていない非嫡出子は、日本国籍の取得という点に限れば、嫡出子との関係はもとより、胎児認知を受けた非嫡出子や母が日本国民である非嫡出子と比較しても不利な取り扱いを受ける結果となるのである。

本件では、第一審の東京地裁⁵⁶も画期的な判断を下している。そこで、平成 20 年の最高裁判決を検討する前に、この東京地裁判決についてもみておきたい。東京地裁は、まず、国籍法 3 条 1 項について、それは、「出生後に認知を受けた非嫡出子であって、父母の婚姻によって嫡出子としての身分を取得した準正子に

⁵⁶ 東京地裁平成 17 年 4 月 13 日判決（判例時報 1890 号 27 頁）

ついでのみ、届出によって日本国籍を取得させることを定めた規定であり・・・
出生後に認知を受けた非嫡出子であっても、父母が婚姻に至らない者との間で、
日本国籍を取得させるか」否か「について区別を生じさせる規定である」と判示
した。さらに、東京地裁は、国籍法 3 条 1 項の立法目的を実現するための手段の
合理性について、国側は父母の婚姻に基づく区別の根拠として、以下の点を主張
していると説示した。それは、第一に「準正子は、日本国民である父と共同生活
を送っている者が多いと想定される」ことから、「我が国との結びつきが強いとい
えるのに対し」、準正子ではない非嫡出子「については、必ずしもそのような
関係があるとはいえないこと」、第二に「準正子ではない非嫡出子にも国籍取得
を認めた場合」、日本国籍取得のための「偽装認知が横行するおそれ」のあるこ
と、第三に「嫡出子と非嫡出子とで区別した取扱いをすることは民法等において
も認められており、そのような区別は、我が国の伝統、社会事情、国民意識等を
反映した結果なのであるから・・・合理的な根拠を有する」ということ、そし
て、第四に「準正子ではない非嫡出子には・・・国籍法 3 条 1 項に基づく国籍取
得が認められないとしても、帰化制度を利用することによって」、日本国籍の
「取得が可能であるから」、父母の婚姻に基づく区別は合理的な根拠を有するこ
と、である。その上で、東京地裁は、第一の点について、「家族関係や共同生活
は、父母の間に法律上の婚姻関係が成立した場合にのみ営まれるものではなく、
いわゆる内縁関係として、父母が事実上の婚姻関係を成立させ、認知した非嫡出
子とともに家族としての共同生活を営む事例が少なくないことは公知の事実であ
るといえる」ことから、「日本国民の認知を受けた非嫡出子が、我が国との間で
国籍取得を認めるに足る結びつきを有しているかどうかという観点から考えた
場合に・・・その父母が法律上の婚姻関係を成立させているかどうかによって、
その取扱いを異にするだけの合理的な理由があるものと認めることは困難である
といわざるを得ない」と指摘した。次に、第二の点について、東京地裁は、「準
正子ではない非嫡出子に国籍取得を認めたからといって偽装認知が横行するおそ
れがあるというような社会的事実が認められるかどうかについては疑問が」ある
と説き、さらに、第三の点について、東京地裁は「国が指摘する民法 790 条、
819 条、900 条等の局面と、国籍取得の局面とでは、事情が異なることは明らか
である」とし、このような「民法の・・・各規定上、嫡出子と非嫡出子とで異な
る取扱いがされているからといって、国籍取得についても同様の結論になるべき
であるということとはできず・・・被告国の主張を採用することはできない」と判

示した。そして、第四の点について、東京地裁は「国籍法 3 条 1 項に基づく国籍の伝来的取得の場合と、帰化とは、その要件が異なるのみならず・・・国籍法 3 条 1 項の場合には、その要件が満たされれば当然に国籍取得が認められるのに対し、帰化が認められるかどうかは・・・最終的には法務大臣の裁量判断に委ねられている点において決定的な違いがある」と指摘し、それゆえ、帰化を「国籍法 3 条 1 項の規定の代替手段として位置付けることは到底困難であるといわざるを得ない」と説示した。

さらに、東京地裁は、父母が法律上の婚姻関係を成立させた子と内縁関係にとどまる子との間に不合理な区別を生じさせている点において、国籍法 3 条 1 項が憲法 14 条 1 項に違反するということになると、国籍法 3 条 1 項の規定やその解釈にどのような影響が生じることになるのかということに関して、「国籍法 3 条 1 項は、『父母の婚姻及びその認知により嫡出子たる身分を取得した子』について、一定の要件の下に」日本国籍の「取得を認めているのであるが、このうち『父母の婚姻』という文言については、今日においては、内縁関係も法律上の婚姻関係と同様あるいはこれに準ずる関係として捉えられ、様々な場面において法律上の婚姻関係と同様あるいはこれに準ずる保護を与えられている」と指摘し、このような「ことを考慮すると、合憲的解釈という観点から、法律上の婚姻関係に限定されず、内縁関係も含む趣旨であると解することは不可能ではないと解される」と判示した。さらに、東京地裁は「『嫡出子』という文言は、あくまでも父母の間に法律上の婚姻関係が成立していることを当然の前提とした文言であると解せざるを得ないから・・・国籍法 3 条 1 項は、子が『嫡出子』としての身分を取得した場合にのみ国籍取得を認める旨の定めをしている点において一部無効であると解するほかはない」と説き、「一部無効とされた後の・・・国籍法 3 条 1 項の規定は、父母の婚姻・・・及びその認知により嫡出子又は非嫡出子たる身分を取得した子について、一定の要件の下に国籍取得を認めた規定と理解すべきこととなるから、その要件に該当する子については、国籍取得が認められるべきことになる」と結論づけた。

以上のように、東京地裁は、国籍法 3 条 1 項の立法目的を実現するための手段の合理性について、第一に内縁関係として、父母が事実上の婚姻関係を成立させ、認知した非嫡出子とともに家族としての共同生活を営む事例が少なくないということ、第二に日本との結びつきの点においては、出生前に認知された非嫡出子や母が日本国民である非嫡出子と異なる状況にあるということ、第三に合

憲的な解釈が可能な父母の婚姻という文言とは異なり、嫡出子という文言は、あくまでも父母の間に法律上の婚姻関係が成立していることを当然の前提とした文言であると解せざるを得ないということ、といった点をあげ、それらを根拠に準正子と内縁関係にとどまる非嫡出子とを区別することの合理性を否定し、国籍法 3 条 1 項は、憲法 14 条 1 項に違反すると共に、国籍法 3 条 1 項の「嫡出」の部分は一部無効であるとの見解を示したのである。

また、東京地裁は、本件に合理性の基準を適用することを示唆しているが、国籍法 3 条 1 項が、準正子と内縁関係にとどまる非嫡出子とで異なる取り扱いをすることは、憲法 14 条 1 項後段列举事由の「社会的身分」による差別にあたるとして、国籍法 3 条 1 項の立法目的を実現するための手段の合理性について、米連邦最高裁の判例理論である中間審査基準を想起させる厳格な司法審査を行い、その憲法適合性について実質的な司法審査を行っているように思われる。このような東京地裁の姿勢は積極的な評価に値しよう⁵⁷。さらに、東京地裁は、国籍法 3

⁵⁷ 米連邦最高裁の判例理論に依拠すれば、嫡出性に基づく法的な分類は、「準・疑わしき分類」とされ、かかる分類を利用した立法に対しては、中間審査基準が適用される。たとえば、相続権につき、非嫡出子を差別する立法が問題となった 1971 年の *Labine v. Vincent*, 401 U.S. 532 において、米連邦最高裁は、合理性の基準の適用の下、当該立法を合憲としたが、同判決で反対意見を執筆した **Brennan** 裁判官は、本件には、より厳格な司法審査基準である中間審査基準を適用すべきであると主張した。この *Labine* 判決の後、同判決における **Brennan** 裁判官の反対意見は、非嫡出子を差別したルイジアナ州の労働災害補償法が問題となった 1972 年の *Weber v. Aetna Casualty & Surety Co.*, 406 U.S. 164 の法廷意見の採用するところとなった。この *Weber* 判決において、米連邦最高裁は、当該立法目的と右立法目的を実現するための手段との関係について、より厳格度を高めた司法審査を行い、当該立法を違憲とした。以上の点については、戸松、前掲注（4）96 頁、釜田泰介「嫡出・比嫡出による区分と法の平等保護（三・完）：アメリカにおける憲法訴訟を中心として（一九六八～八〇）」（同志社法学 33 卷 1 号、1981 年）3, 11 頁を参照。

また、戸松秀典教授は、当該立法目的は合憲としながら、右立法目的を実現するための手段を違憲とする司法審査の方法は、単なる合理性の基準よりも一歩進んだ厳格

条 1 項の規定は、父母の婚姻およびその認知により嫡出子または非嫡出子たる身分を取得した子について、一定の要件の下に国籍取得を認めた規定と理解すべきこととなるから、このような要件に該当する子については、国籍取得が認められるべきことになるという合憲的限定解釈を採用しており、このような東京地裁の判断は、実質的に法律を改正し、司法による立法を行ったものであるといえよう⁵⁸。

他方で、平成 20 年の最高裁判決において、多数意見は、国籍法 3 条 1 項の立法目的について、それは「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」であると指摘した上で、昭和 59 年の国籍法改正時においては、「父母の婚姻」を我が国との密接な結び付きの存在を示すものとみることには相応の理由があったと判示した。しかし、多数意見は、その後の家族生活および親子関係に関する意識の変化、さらに、諸外国における非嫡出子に対する差別解消の動向といった立法事実の変遷⁵⁹に鑑み、準正を国籍取得の要件とすることについて、当該

な司法審査基準の適用を示唆すると指摘する。以上の点については、戸松、同書 5 頁を参照。

⁵⁸ この点につき、司法審査審査権の範囲を逸脱しているという批判がある。以上の点については、清水真琴「日本人父から生後認知された嫡出でない子が、国籍法第 3 条の国籍取得届により日本国籍を取得したとされた事例について—東京地方裁判所平成 17 年 4 月 13 日判決—」民事月報 60 巻 9 号（2005 年）54-55 頁を参照。

⁵⁹ 立法事実とは、法律を制定する際の基礎にあつ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、前掲注（13）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 5・6 号（2010 年）1807 頁を参照。

また、芦部信喜教授は、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、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

立法目的との間に合理的な関連性を見出すことは困難であり、日本国民である父から出生後に認知されたにとどまる非嫡出子のみが日本国籍の取得について著しい差別的取り扱いを受けているといわざるを得ないと結論づけた⁶⁰。加えて、多数意見は「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っては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄」であり、「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

て、芦部信喜教授は、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。以上の点については、芦部、同上を参照。

他方で、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、同論文 1808 頁を参照。

⁶⁰ 長谷部恭男教授は、立法裁量の余地のある立法の合憲性について、最高裁は理想的な制度形態が当該制度に存在するのか否かをまず問い、それが存在する場合は、現在の法制度と理想的な制度形態との距離を測ると共に、もし現行の法制度と理想的な制度形態との間に乖離があった場合、その乖離に合理性がどの程度あるのかを審査する姿勢を採ってきたし、本判決においてもこのような司法審査の方法を採用していると指摘する。以上の点については、長谷部恭男「国籍法違憲判決の思考様式（特集 国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決）」ジュリスト 1386 号（2008 年）78・80 頁を参照。

また、市川正人教授は、本判決で最高裁が立法事実の変遷を考慮に入れた司法審査を行い、国籍法 3 条 1 項の合憲性を実質的に審査していると指摘する。以上の点については、市川正人「最新判例批評（〔2009〕1）国籍法 3 条 1 項が、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し後に父から認知された子につき、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した場合に限り日本国籍を認めていることと憲法 14 条 1 項（最大判〔平成〕20.6.4）」判例時報 2021 号（2009 年）166 頁を参照。

なお、本稿第 3 章第 5 節では、このような長谷部恭男教授、市川正人教授らの指摘を踏まえ、立法事実の変遷の観点から、本判決、平成 25 年の非嫡出子相続分差別違憲決定、平成 27 年の再婚禁止期間違憲判決について検討を行っている。

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」と述べている。したがって、本件で多数意見は、「合理性の基準」の適用を示唆しながらも、当該立法によって制限されている国籍という法的地位の重要性、さらに、当該立法が採用する嫡出性という区別事由に着目した上で、当該立法目的と右立法目的を実現するための手段との間の関連性について、立法事実の変遷の検証を通じた実質的な司法審査を行っていると考えることができよう⁶¹。本判決における司法審査は、米連邦最高裁の「疑わしき分類」の理論を彷彿とさせる。

また、多数意見は、国籍法 3 条 1 項が憲法 14 条 1 項に違反すると判示するだけでなく、同項の規定する「父母の婚姻」の要件のみを違憲無効とし、その上で、父親による認知という要件を適用し、原告らに日本国籍を認めるという積極的な判断を下した。これに対して反対意見を執筆した 3 人の裁判官は、国籍法 3 条 1 項が規定する「父母の婚姻」の要件のみを違憲無効とし、父による認知という要件を適用した上で、原告らに日本国籍を認めるという多数意見の判断は、法の合理的な解釈の範囲を超えたもので、事実上、司法による立法に等しいと批判している。しかしながら、本件で多数意見が下した右判断は、「不合理な差別的

⁶¹ 長谷部恭男教授は、最高裁が「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っては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄」であり、「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」と判示している点に着目し、本判決で最高裁は、立法目的の合理性およびかかる立法目的を実現するための手段の合理性を求めており、緩やかな司法審査基準を採用しているかに見えるが、実際は厳格な司法審査基準を採用していると指摘する。以上の点については、長谷部、同論文 77・78 頁を参照。

また、市川正人教授と常本照樹教授も「慎重に検討することが必要である」という文言に着目し、本判決で最高裁は、厳格な司法審査を行い、当該立法の合憲性について実質的な審査を行ったと指摘する。以上の点については、市川、同論文 166 頁、常本照樹「平等判例における違憲判断と救済方法の到達点：国籍法違憲判決〔最高裁判平成 20.6.4〕（特集 憲法最高裁判例を読み直す）」論究ジュリスト 1 号（2012 年）102-3 頁を参照。

取り扱いを受けている者に対して直接的な救済のみちを開くという観点からも」妥当であるといえよう⁶²。

⁶² 市川、同論文、168 頁参照。

第 5 節 非嫡出子法定相続分差別違憲決定⁶³について

第 1 項 非嫡出子法定相続分差別違憲決定の概要

非嫡出子にも嫡出子と同等の相続分が認められるべきであると主張する原告人らが、非嫡出子の法定相続分を嫡出子の 2 分の 1 とする民法 900 条 4 号但書の規定が憲法 14 条 1 項に違反して無効であるとして訴えを提起したが、東京高裁（平成 24 年 6 月 22 日、金判 1425 号 29 頁）は、平成 7 年の最高裁の決定⁶⁴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、原告人らの抗告を棄却した。そこで、原告人らが最高裁に特別抗告したのが本件である。

まず、本件で最高裁は、「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」と指摘した上で、「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・・・裁量権を考慮しても、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」違反になると説示した。さらに、最高裁は「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」と説いた。

その上で、民法 900 条 4 号但書の立法目的を実現するための手段の合理性について、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の意識の変化、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」と指摘した。さらに、最高裁は、「法律婚という制度自体は我が国に

⁶³ 最高裁平成 25 年 9 月 4 日大法院決定（民集 67 卷 6 号 1320 頁）

⁶⁴ 最高裁平成 7 年 7 月 5 日大法院決定（民集 49 卷 7 号 1789 頁）

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いる」と判示し、「以上を総合すれば、遅くとも」本件「相続が開始した平成 13 年 7 月当時においては」、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」と結論づけた。

他方で、本決定は、「長期にわたる社会状況の変化に照らし」、民法 900 条 4 号但書が「その合理性を失ったことを理由として、その違法性を当裁判所として初めて明らかにするものである」が、右規定「の違憲判断が、先例としての事実上の拘束性という形で既に行われた遺産の分割等の効力にも影響し、いわば解決済みの事実にも効果が及ぶとすることは、著しく法的安定性を害することになる」と最高裁は指摘した上で、「法的安定性は法に内在する普遍的な要請であり、当裁判所の違憲判断も、その先例としての事実上の拘束性を限定し、法的安定性の確保との調和を図ることが求められているといわなければならない、このことは、裁判において本件規定を違憲と判断することの適否という点からも問題となり得るところといえる」と説示した。そして、最高裁は、「既に関係者間において裁判、合意等により確定的なものとなったといえる法律関係までも現時点で覆すことは相当ではないが、関係者間の法律関係がそのような段階に至っていない事案であれば、本決定により違憲無効とされた本件規定の適用を排除した上で法律関係を確定的なものとするのが相当であり」、「本決定の違憲判断は」、本件「相続の開始時から本決定までの間に開始された他の相続につき、本件規定を前提としてされた遺産の分割の審判その他の裁判、遺産の分割の協議その他の合意等により確定的なものとなった法律関係に影響を及ぼすものではないと解するのが相当である」と判示した。

第 2 項 非嫡出子法定相続分差別違憲決定の意義

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、本件で遂に最高裁は非嫡出子に対するあからさまな差別と批判されること

の多かった右規定につき、違憲判決を下すに至った⁶⁵。そこで、本決定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⁶⁶、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、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。さらに、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」と説いた。すなわち、東京高裁は、米連邦最高裁の判例理論である中間審査基準を忠実に採用することを示唆したのである。民法 900 条 4 号但書の立法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」当該規定の「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る」が、「非嫡出子の個人の尊厳も等しく保護されなければならないのであって、後者の犠牲の下で前者を保護するような立法は極力回避すべきであろう」と判示した。次に、民法 900 条 4 号但書の立法目的を実現するための手段の整合性について、東京高裁は、当該規定により「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」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・・・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

⁶⁵ なお、本判決を検討するにあたり、非嫡出子に対する差別の歴史につき、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 頁を参照した。

⁶⁶ 東京高裁平成 5 年 6 月 23 日決定（判例時報 1465 号 55 頁）

不利益な取扱いを受ける結果」を招くと指摘すると共に、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、同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」と説示した。そして、東京高裁は、以上のような点から、民法 900 条 4 号但書は、当該立法目的と右立法目的を実現するための手段との間に実質的関連性を有するといえるかはなほ疑わしく、かかる規定は憲法 14 条 1 項に違反すると結論づけた⁶⁷。本件において、東京高裁は、嫡出性の有無という子を自らの意思や努力とは関係のない事由によって区別することの不合理さを強く認識しているがゆえに、米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することを示唆したと考えることができよう。そして、このような厳格な司法審査基準の適用の下、東京高裁は、手段審査において、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たのである⁶⁸。

次に、平成 25 年の最高裁決定は、結論においては民法 900 条 4 号但書を違憲としたものの、基本的な司法審査の枠組みは平成 7 年の最高裁判決を踏襲していることから、本件規定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⁶⁹。この平成 7 年の最高裁決定において、多数意見は、まず、法の下の平等を定める憲法 14 条 1 項は、「合理的理由のない差別を禁止するもので」あるから、「各人に存する経済的、社会的その他種々の事実関係上の差異を理由として

⁶⁷ 嫡出子および非嫡出子という属性が憲法 14 条 1 項の後段列举事由の一つである社会的身分に該当するか否かという議論があるが、最高裁は後段列举事由を単なる例示とする立場を採っており、そうすると、列举事由に該当するか否かに関係なく、不合理な差別は禁止されることになるので、嫡出子および非嫡出子という属性が社会的身分に該当するか否かは、裁判においてそれほど問題にはならないという指摘がある。以上の点については、長尾英彦「非嫡出子相続分差別『合憲』決定の論理」（中央法学 31 卷 2 号、1996 年）9-10 頁を参照。

⁶⁸ 釜田泰介「嫡出・非嫡出区分の憲法適合性—民法九〇〇条四号但書前段と憲法判断基準—」（同志社法学 57 卷 3 号、2005 年）29 頁参照。

⁶⁹ 小山剛「私法の自律性と憲法上の権利（池田真朗教授退職記念号）」法学研究 88 卷 1 号（2015 年）183 頁参照。

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ない」と説くと共に、「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る」と指摘した。さらに、多数意見は、「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も考慮すれば、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」と説示した。民法 900 条 4 号但書の立法目的の正当性について、多数意見は、民法が法律婚主義を採用した結果、嫡出子と非嫡出子の区別が生じたと述べた上で、当該規定の立法目的は、「法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図ったもの」で、かかる立法目的には合理性があると判示した。次に、民法 900 条 4 号但書の立法目的を実現するための手段の合理性について、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とはできないのであって、本件規定は、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。このように、多数意見は、相続制度を定める上での立法裁量を広く認めると共に、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た上で、合理性の基準を適用し、民法 900 条 4 号但書を合憲とした⁷⁰。

⁷⁰ 平成 7 年の最高裁決定において、多数意見は、非嫡出子に対する差別助長の問題に言及しておらず、それゆえ、多数意見は、民法 900 条 4 号但書の合憲性の問題と非嫡出子に対する差別助長の問題は無関係であると考えているのではないかという指摘がある。すなわち、本件の法廷意見は、差別の問題に関して無関心であるのではないかというのである。以上の点については、木村、前掲注（3）59 頁を参照。

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述べると共に、「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」と説示し、「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・・・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かによるといえる」と指摘した。そして、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」と説き、平成 5 年の東京高裁決定と同様に、米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判示した。民法 900 条 4 号但書の立法目的の正当性について、反対意見は、「本件規定で問題となる差別の合理性の判断は、・・・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の立場を重視すべきかにかかっているといえる」と述べた上で、「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」と説示したが、「非嫡出子を保護する」という立法目的については、「少なくとも今日の社会の状況には適合せず、その合理性を欠くといわざるを得ない」と判示した。次に、民法 900 条 4 号但書の立法目的を実現するための手段の整合性について、反対意見は、「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」と指摘すると共に、「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」と指摘し、その後の社会の意識の変化、諸外国の立法のすう勢、国内における法改正の動向、批准された条約などを勘案するならば、「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、立法目的と手段との間に実質的関連性を失っているというべきで」とあると結論づけた。以上のように、反対意見は、平成 5 年の東京高裁決定と同様の判断を行っているが、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いない。このような点から考えると、平成 5 年の東京高裁決定は、嫡出性の有無という子を自らの意思や努力とは関係のない事由によって区別することの不合理さを裁判所が認識していることを、より強く印象づけるものであったといえよう。

最高裁は、平成 25 年の本件最高裁決定において、まず、「立法府に与えられた・・・裁量権を考慮しても」、法定相続分に関して嫡出子と嫡出でない子とを区別「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 項違反となるのが相当である」と判示し、平成 7 年の最高裁決定と同様に、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示唆した。さらに、最高裁は「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、その定める合理性については、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」と説いた。しかしながら、平成 7 年の最高裁決定とは異なり、本件で最高裁は、「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」と明確に指摘すると共に、遺言による相続分の指定などが無い場合などにおいて、本件規定が補充的に機能するという補充性については、「本件規定の合理性判断において重要性を有さない」と判示した。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」といった立法事実の変遷を述べた上で、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」と指摘し、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、本決定において、最高裁は、民法 900 条 4 号但書の立法目的の憲法適合性については明確な判断を示さず、手段審査において、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を区別することには合理性がないと判示した。この点につき、野坂泰司教授は、本決定は嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を区別することは許されないという見解を示したのであるから、平成 7 年の最高裁決定において、最高裁が示した法律婚の尊重と嫡出でない子の保護との調整という立法目的は意義を失ったと指摘する⁷¹。しかしながら、そもそも、手段審査は、当該立法目的との関係で右立法目的を実現するための合理的な手段が採られているか否かを判断するものであるから、まず、目的審査において、当該立法目的の合理性を判断しなければ、右立法目的との関係で合理的な手段が採用されているか否かを判断することは困難であるように思われる。

この平成 25 年の最高裁決定において、最高裁が「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」と述べている点、さらに、「子にとって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という考えが確立されてきている」と述べている点は、「個人の尊厳と人格価値の平等」という憲法の基本原理を想起させる。本決定において、最高裁は、平成 20 年の国籍法違憲判決と同様、「合理性の基準」の適用を示唆しながらも、当該立法が採用する嫡出性という区別事由に着目し、当該立法目的と右立法目的を実現するための手段との間の関連性について、立法事実の変遷の検証を通じた実質的な司法審査を行っているように思われる⁷²。本判決における司法審査も、平成 20 年の国籍法違憲判決と同様、米連邦最高裁の「疑わし

⁷¹ 野坂泰司「民法 900 条 4 号ただし書き前段と憲法 14 条 1 項」ジュリスト 1466 号（2014 年）16 頁。

⁷² この平成 25 年の最高裁決定については、戦前と戦後の家族制度の根本的変化を考慮すれば遅きに失したものであり、平成 7 年の時点で最高裁は違憲判断を出すべきであったとの指摘もある。この点については、長尾英彦「非嫡出子の法定相続分差別」中京法学 49 卷 3・4 号（2015 年）421 頁を参照。

き分類」の理論を彷彿とさせる。また、この平成 25 年の最高裁決定において、最高裁は、法的安定性の確保という点から、先例としての事実上の拘束性を限定したとされる⁷³。

⁷³ 野坂、前掲注（71）16 頁参照。

第6節 再婚禁止期間違憲判決⁷⁴について

第1項 再婚禁止期間違憲判決の概要

本件では、明確な性差別にあたるとして批判されることの多かった女性に対する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⁷⁵。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、当該規定があるために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、国に対し、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。

まず、本件で最高裁は、憲法14条1項が「法の下での平等」を定めているが、この規定は「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」べきであると説いた上で、民法733条1項に「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」が定められているが、「再婚をする際の要件に関し男性と女性とを区別」「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」、右規定が「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」と判示した。また、最高裁は、婚姻および家族に関する事項につき、それは、「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り、それゆえ、「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」べきであって、「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

⁷⁴ 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）

⁷⁵ 阿部照哉教授、野中俊彦教授、米沢広一教授、辻村みよこ教授らの民法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, 271頁を参照。

示すことによって、その裁量の限界を画したものといえる」と説示した。さらに、最高裁は、憲法 24 条 1 項が「『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」いるが、それは、「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」と述べると共に、「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」れば、「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」と説いた。最高裁は、「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」「の合理性の根拠の有無につき」、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り、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いて」は、「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」と判示した。

民法 733 条 1 項の立法目的の正当性について、最高裁は、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り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」と述べた。次に、民法 733 条 1 項の立法目的を実現するための手段の合理性について、最高裁は、民法 772 条 2 項が「『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』」については、「『婚姻中に懐胎したものと推定する。』」と規定し、さらに、同条 1 項が「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」は、「『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」ことから、「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」と指摘した。そして、最高裁は、

「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」、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」と判示した。

しかしながら、最高裁は、旧民法起草当時においては、「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」ため、「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」、「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」、「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」が、「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」ず、それゆえ、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」と述べた。加えて、最高裁は、「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、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」と説示すると共に、「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」と判示した。そして、最高裁は、「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り、さらに、「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り、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 項にも違反するに至っていたというべきである」と結論づけた。

また、最高裁は、「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」と説くと共に、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受けるものではない」と述べたが、「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」と判示した。そして、最高裁は、民法 733 条 1 項が「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えることができる」と指摘した。しかしながら、最高裁は、「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」と述べ、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」ことから、「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」と結論づけた。

第 2 項 再婚禁止期間違憲判決の意義

民法 733 条 1 項は、平成 7 年の最高裁判決⁷⁶で合憲とされたが、本件で最高裁はその違憲性を認めるに至った。そこで、本判決について検討する前に、平成 7 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」と判示した。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りと解される以上、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。

民法 733 条 1 項の問題の本質は、性差別か否かであるにもかかわらず、この平成 7 年の最高裁判決は、民法 733 条 1 項の合憲性について真正面から検討を行わず、立法不作為が国家賠償法の解釈上違法となるか否かという点にのみ焦点を当

⁷⁶ 最高裁平成 7 年 12 月 5 日第三小法廷判決（裁判集民事 177 号 243 頁）

てた。米連邦最高裁の判例理論に依拠すれば、性別に基づく法的な分類は、「準・疑わしき分類」とされ、かかる分類を利用した立法に対しては、中間審査基準が適用される。このような米連邦最高裁の判例理論を踏まえ、日本においても性別に基づく分類を利用した立法の合憲性については、厳格な司法審査基準の下、判断が下されるべきであるとされている⁷⁷。しかしながら、平成7年判決において、最高裁は、在宅投票制度廃止違憲判決⁷⁸の立場を踏襲し、「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」と判示し、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示した。

一方、本件、平成27年の最高裁判決は、民法733条1項が「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」、右規定が「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」と説示し、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示唆した。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」とした。しかしながら、最高裁は、「憲法24条2項は、・・・婚姻及び家

⁷⁷ 小林節「32 女性の再婚禁止期間の合理性」芦部信喜ほか編『憲法判例百選Ⅰ〔第5版〕別冊ジュリスト186号（2007年）67頁、君塚正臣「再婚禁止期間の合憲性と国家賠償訴訟」民商法雑誌115巻4・5号（1997年）731-32頁参照。

また、米連邦最高裁においては、飲酒禁止年齢に男女差を設けたオクラホマ州法が合衆国憲法の平等保護条項に違反するとして争われた1976年の *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 において、はじめて目的審査および手段審査における中間審査基準の合憲性判断の要件が示された。以上の点については、戸松、前掲注（4）94頁、松井、前掲注（49）414-15頁を参照。

⁷⁸ 最高裁昭和60年11月21日第一小法廷判決（民集39巻7号1521頁）

族に関する事項について、具体的な制度の構築を・・・国会の・・・裁量判断に委ねるとともに、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いえる」と判示した上で、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など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。

このように、本判決において最高裁は、平成 20 年の国籍法違憲判決や平成 25 年の非嫡出子相続分違憲決定と同様、合理性の基準を適用しながらも、「個人の尊厳」や「両性の本質的平等」という文言を用いながら、本件規定の憲法適合性について、立法事実の変遷の検証を通じた実質的な司法審査を行っている。また、本判決で最高裁が「婚姻をする自由」は、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、「婚姻をする自由」の基本的権利性について指摘している点は、「婚姻の自由」を基本的権利とする米連邦最高裁の判例理論を彷彿とさせ注目に値する⁷⁹。

さらに、この平成 27 年の最高裁判決において、最高裁は、平成 17 年の在外国民選挙権制限違憲判決を踏襲し、「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保

⁷⁹ 米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」とされている。たとえば、重罪を繰り返して起こした者に断種することを定めたオクラホマ州法が合衆国憲法の平等保護条項に違反するとして争われた 1942 年の *Skinner v. Oklahoma* 316 U.S. 535 において、米連邦最高裁は、結婚や出産をする自由は、基本的権利であり、それらを制限するような立法は厳格な司法審査基準に服すると述べた。以上の点については、戸松、前掲注（4）56 頁、松井、前掲注（49）369-70 頁を参照。

また、小山剛教授は、再婚禁止期間の問題については、「婚姻をする自由」という基本的権利の侵害の問題として構成することも、あるいは憲法上の平等原則違反の問題として構成することも可能であると指摘する。以上の点については、小山、前掲注（69）182 頁を参照。

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、本判決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⁸⁰。しかしながら、本判決で最高裁は、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。

⁸⁰ 西村、前掲注（2）174 頁参照。

第7節 最高裁における合理性の基準の適用に関する判例理論の展開

昭和48年の尊属殺重罰違憲判決において、多数意見は、合理性の基準の適用の下、単に当該立法目的とそれを実現するための手段との間に合理的関連性が認められず、当該立法を正当化することはできないと判示したのみで、田中裁判官の個別意見のように、「個人の尊厳」や「人格価値の平等」の観点から、その立法目的の正当性につき、十分な司法審査を行わなかった。

しかし、その後、最高裁の司法審査には変化が認められる。たとえば、平成17年の在外国国民選挙権制限違憲判決において、最高裁は、憲法14条1項の下での合憲性については、判断を示さなかったものの、在外国国民に対する選挙権の制限について、「やむを得ない事由がある場合」でなければ、在外国国民の場合も選挙権の制限は許されないと判示し、米連邦最高裁の判例理論である厳格審査基準を連想させる厳格な司法審査を行った⁸¹。

さらに、最高裁は、平成20年の国籍法違憲判決、平成25年の非嫡出子法定相続分差別違憲決定において、嫡出性という区別事由に着目した上で、「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」ないと判示し、嫡出性の有無という子を自らの意思や努力とは関係のない事由によって区別することの不合理さを説いた。加えて、平成20年の国籍法違憲判決において、最高裁は、当該立法によって制限されている国籍という法的地位の重要性にも着目しており、このような最高裁の姿勢は注目に値する。

平成20年の国籍法違憲判決、平成25年の非嫡出子法定相続分差別違憲決定において、最高裁は、合理性の基準の適用を示唆しつつも、当該立法が採用する嫡出性という区別事由に着目し、家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化といった立法事実の変遷について精査した上で、当該立法の合憲性について慎重

⁸¹ 憲法14条1項に比してより具体的に選挙人資格についての不合理な差別を禁止している憲法44条但書について解釈するだけで十分であると考えたのであろう。米連邦最高裁の判例理論上、法律が設けた分類が憲法上保障された選挙権といった基本的権利を侵害する場合、当該立法には厳格審査基準が適用される。

に司法審査を行った⁸²。このようなことから、最高裁は、これら二つの事件において、合理性の基準の基本的枠組みを堅持しつつも、事実上、米連邦最高裁の「疑わしき分類」の理論を彷彿とさせる厳格な司法審査を行ったと考えることができよう。したがって、平成 20 年の国籍法違憲判決、平成 25 年の非嫡出子法定相続分差別違憲決定における司法審査の方法は、嫡出性に基づく法的な分類を利用した立法に対しては、中間審査基準が適用されるべきとする学説の有力説に近いものであるといえよう⁸³。さらに、平成 27 年の再婚禁止期間違憲判決において、最高裁は「婚姻をする自由」の基本的権利性を指摘しているが、このような指摘は、「結婚の自由」を基本的権利とする米連邦最高裁の判例理論を想起させる。

米連邦最高裁の判例理論においては、立法が「基本的権利」を侵害している場合、あるいは立法がいわゆる「疑わしき分類」を採用している場合、当該立法には厳格な司法審査基準が適用されるが、近年の日本の最高裁の判例理論は、このような米連邦最高裁の判例理論に近いものであるといえよう。

⁸² 国籍法違憲判決や非嫡出子法定相続分差別違憲決定において、最高裁は立法事実だけではなく、諸外国の立法動向や国際人権法についても参照している。この点について、江島晶子教授は、平成 20 年の国籍法違憲判決、平成 25 年の非嫡出子法定相続分差別違憲決定において、最高裁が外国法および国際人権条約機関の勧告を参照したことから、今後、最高裁が「条約機関の総括所見に言及することの意義および」その拘束力が問題になると指摘している。以上の点については、江島晶子「憲法の未来像（開放型と閉鎖型）―比較憲法と国際人権法の接点―『日本国憲法の継承と発展』（三省堂、2015 年）411 頁を参照。

⁸³ 長谷部、前掲注（60）78 頁、高橋和之ほか「鼎談 国籍法違憲判決をめぐって（特集 国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決）」ジュリスト 1366 号（2008 年）55 頁参照。

第3章 アメリカ合衆国憲法の平等原則と合理性の基準

第1節 アメリカ連邦最高裁の判例における合理性の基準

最高裁は、日本国憲法14条1項との抵触が問題となった事件において、いわゆる「合理性の基準」を採用しているといわれる⁸⁴。一方で、連邦最高裁の判例理論上、「合理性の基準」とは議会に対して敬讓的な司法審査基準であるとされる。この「合理性の基準」の基本的枠組みは、1911年の **Lindsley** 判決⁸⁵において、連邦最高裁が示した四つの「定理」(rule)で説明される⁸⁶。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区分に対し広範な立法裁量を認めており、右立法が採用する区分が何らかの「合理的根拠」(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区分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区分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区分の合理性を争う者は、かかる区分が何らかの合理性を有するものでもなく、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、というものである⁸⁷。つまり、**Lindsley** 判決において、連邦最高裁が「合理性の基準」に関するかかる四つの定理を示したことで、当該立法が採用する区分が明らかに恣意的でない何らかの合理性を有する限り、右立法は合憲とされるということ、さらに、政府側が当該立法の有する何らかの合理性を立証できないような場合であっても裁判所はその合理性を推定できると

⁸⁴ 戸松、前掲注(4) 280頁参照。

⁸⁵ **Lindsley v. Natural Carbonic Gas Co.**, 220 U.S. 61 (1911).

⁸⁶ 戸松、前掲注(4) 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)参照。

⁸⁷ **Lindsley**, *supra* note 85, at 78-79.

ということが判例理論として確立したのである⁸⁸。したがって、「合理性の基準」が適用されると当該立法理由には合憲性の推定が働くため、たとえば当該立法に政治的に不人気の特定のグループに対する露骨な差別的意図が認められるといった極めて例外的な場合にしか、かかる立法は違憲とされることはないのである⁸⁹。

近年の合衆国憲法の平等保護条項をめぐる連邦最高裁判例に目を向けると、同性間の婚姻を婚姻と認めない連邦の結婚防衛法⁹⁰（以下において、DOMA と略する。）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 2013 年の Windsor 判決⁹¹、さらに、コロラド州で実施された憲法修正により誕生した州憲法修正条項（この州憲法修正は「修正 2」として知られているため、以下において「州憲法修正 2」と略する。）が合衆国憲法の平等保護条項ならびに修正 1 条に違反するとして争われた 1996 年の Romer 判決⁹²において、従来の連邦最高裁の判例理論とは異なる合理性の基準の適用方法、具体的には、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。そこで、本章第 2 節および第 3 節ではこの二つの連邦最高裁判決について検討を行い、その上で、日本の最高裁判例における合理性の基準の適用方法との比較を行いたい。

⁸⁸ 井上一洋「差別的な立法目的をめぐる司法審査の方法について」広島法学 38 巻 3 号（2015 年）53-54 頁参照。

⁸⁹ 同上参照。

⁹⁰ Defense of Marriage Act, Pub. L. No. 104-199, 110 Stat. 2419 (1996).

⁹¹ United States v. Windsor, 539 U.S. 306 (2013).

⁹² Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (1996).

第2節 Windsor 判決における合理性の基準の適用

Windsor 判決の原告である Windsor は、Spyer と共同生活を始め、2007 年、同性婚を認めていたカナダのオンタリオ州で結婚した。2009 年、Spyer が死亡した際、ニューヨーク州に居住していた Windsor は Spyer の遺産を相続した。その際、Windsor は配偶者に認められている連邦相続税の免除を申し立てたが、州法により認められた同性婚の配偶者を連邦法令の下においては配偶者として認めないとする DOMA の 3 条⁹³を根拠に拒否された。ニューヨーク州はカナダにおける婚姻を承認していたが DOMA によって配偶者に対する連邦相続税の免除が認められるのは異性間の夫婦の場合に限定していた。そこで、Windsor は DOMA 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主張し、支払った相続税 363,053 ドルの還付を求めて訴えを提起したのが本件である⁹⁴。

この Windsor 判決で法廷意見を執筆した Kennedy 裁判官は、「政治的に不人気な特定のグループ」(politically unpopular)に害悪を与えたいという連邦議会のむき出しの敵意に基づく差別的取扱いを合衆国憲法の修正 5 条の適正手続条項に含まれる法の平等保護の要請は容認しないと指摘した。そして、同裁判官は、当該立法が特定のグループに対する露骨な差別や偏見によって動機づけられているのか否かを裁判所が判断する際には、特に慎重な司法審査をしなければならないが、DOMA はこれをクリアできないと説示した⁹⁵。さらに、Kennedy 裁判官は DOMA が婚姻によって与えられる利益と責任とを同性婚をしたカップルから奪っていると認定し、これは DOMA が同性愛者を認めないという目的を有しているということの有力な証拠であると述べ、かかる DOMA の目的は同性婚をしたカップルに不利益、差別的地位、stigma を課すものであると判示した。また、同裁判官は、連邦議会の議事録を参照した上で、DOMA の制定プロセスにお

⁹³ DOMA の 3 条は、次のような規定であった。「議会が制定したすべての法律または合衆国のさまざまな行政機関のすべての規定、規則、もしくは解釈の意味を決定する際、『婚姻』という文言は、夫と妻としての一名の男性と一名の女性との間の法的結合のみを意味し、『配偶者』という文言は、夫または妻である異性の者だけを意味する。」以上の点については、United States v. Windsor, 133 S.Ct. 2683.

⁹⁴ *Id.* at 2682-84

⁹⁵ *Id.* at 2693.

いて、下院では伝統的な異性間の婚姻制度を守る必要があるという主張がなされ、さらに、このような考えに基づく立法を行うことで異性愛という伝統的なモラルが促進されると結論付けられたと指摘し、州政府による同性婚の法制化を阻むと共に、もし同性婚が法制化されたとしても、かかる立法の下で婚姻したカップルの自由と選択の余地を制限することに DOMA の目的があると説いた。さらに、Kennedy 裁判官は、DOMA が社会保障、住宅、税、犯罪に対する制裁、著作権、退役軍人給付金といった 1,000 以上の法律および多くの連邦規則に影響を及ぼしており、同法は本件で問題となった相続税の還付に関することだけではなく、同性婚のカップルに対して広範に不利益を課していると認定した。また、同裁判官は DOMA の主要な目的は、同性婚をしたカップルを不平等に取り扱うことであると指摘し、さらに、同性婚を認めている州法の下では、同性愛者は同性婚のカップルとして生活することが容認されるが、他方で、連邦法である DOMA の下では、同性愛者は婚姻していないカップルとして生活することが強制されており、それゆえ、DOMA は同性婚のカップルを異性間の婚姻とは異なる「二級の婚姻」(second-tier marriage) という不安定な地位に置くことを意味すると判示した。そして、Kennedy 裁判官は DOMA が同性婚をしているカップルを貶めることを目的としていると認定した上で、DOMA は合衆国憲法修正 5 条が保障している自由を侵害し、さらに、同条が保障する法の平等保護の要請にも違反していると結論づけた⁹⁶。

Windsor 判決において、反対意見を執筆した Scalia 裁判官は、本件で法廷意見が血縁関係のない者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⁹⁷が問題となった 1973 年の Moreno 判決⁹⁸で採用された合理性の基準に基づき判断を下していると指摘している⁹⁹。この Moreno 判決で連邦最高裁は、合理性の基準の適用の下、政治的に不人気な特定のグループに害悪を与えようという連邦議会の露骨な願望は、正当な政府の利益を促進しないと判示した。

Moreno 判決で採用された合理性の基準の適用方法については、本章第 4 節で検討を行うが、かかる合理性の基準の適用方法は、先日に述べた Lindsley 判決で示

⁹⁶ *Id.* at 2694-96.

⁹⁷ The Food Stamp Act of 1964, amended in 1971.

⁹⁸ Department of Agriculture v. Moreno, 413 U.S. 528 (1973).

⁹⁹ Windsor, *supra* note 93, at 2706.

された合理性の基準に関する四つの定理を基本的な判断枠組みとして踏襲しているものの、当該立法を違憲に導くという点で立法府に敬讓的であるとされる連邦最高裁の判例理論における合理性の基準に関する通説的な理解とは異なっている。

他方で、本章第1節で述べたように、この **Windsor** 判決のように **Moreno** 判決で採用された合理性の基準の適用方法に基づき司法審査が行われた連邦最高裁判例として、1996年の **Romer** 判決があげられる。そこで、次節ではこの **Romer** 判決について検討を行いたい。

第3節 Romer 判決における合理性の基準の適用

Romer 判決では、コロラド州で実施された憲法修正により誕生した州憲法修正 2¹⁰⁰が、合衆国憲法の平等保護条項ならびに修正 1 条に違反するとして争われた¹⁰¹。

この Romer 判決で法廷意見を執筆した Kennedy 裁判官は、個人が保護を求める権利を国家およびその機関は保障しなければならないという原則が、合衆国憲法の平等保護条項にも妥当すると指摘し、このような原則に照らせば、ある特定のグループが国家に対して保護を求めることを困難にさせるような立法は、合衆国憲法が保障する法の平等保護に違反していると述べた。また、同裁判官は、同性愛的指向あるいは両性愛的指向を有するグループが、その性的指向という特徴を差別の根拠として主張することを州憲法修正 2 は禁じており、これは合衆国憲法の平等保護条項で保障されている法の平等保護を否定するものであり、容認できないと説示した¹⁰²。さらに、Kennedy 裁判官は、Moreno 判決を引用した上で、合衆国憲法の法の平等保護という概念上、特定のグループに害悪を与えたいという願望が正当な政府の利益として容認されることはないとは指摘した。そして、同裁判官は、州憲法修正 2 の目的として、コロラド州は、土地所有者や雇用主が同性愛に対して嫌悪感を抱く自由や他の市民の結合の自由の尊重といったことを主張するが、州憲法修正 2 は性的指向という一つの特徴により、その対象となる同性愛者あるいは両性愛者を特定するだけでなく、広範に渡り同性愛者に対し不利益を課していると指摘し、容認できないと判示した。さらに、同裁判官は他のすべての人々に対して、ある特定のグループにつき政府の保護を求めるこ

¹⁰⁰ 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、学校区において、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。」以上の点については、

Romer, *supra* note 92, at 624 を参照。

¹⁰¹ *Id.* at 624-26.

¹⁰² *Id.* at 627-28.

とを困難にすることを宣言する法は、それ自体がまさに法の平等保護の否定であると指摘し、そのような法の目的を説明できるとすれば、それはかかる法の影響を唯一被る特定のグループに対する露骨な差別や偏見から生まれたということのみであり、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」の実現という要件を欠き、合衆国憲法の平等保護条項に違反すると結論づけた¹⁰³。このように **Kennedy** 裁判官は、**Romer** 判決において、**Moreno** 判決で採用された合理性の基準の適用方法の下、司法審査を行っている。

¹⁰³ *Id.* at 634-36.

第4節 露骨な差別的意図を持つ立法と合理性の基準

合理性の基準とは立法裁量を最大限に尊重する司法審査基準であるとされるものである。しかし、極めて例外的ではあるが、合理性の基準の適用の下、当該立法が違憲とされる場合があり、その典型例が第2節および第3節で検討を行った **Windsor** 判決および **Romer** 判決である。先に述べたように、この合理性の基準の基本的枠組みは、1911年の **Lindsley** 判決において、連邦最高裁が示した四つの定理で説明されるものであり、かかる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、当該立法にその正当性を全く見出せないような特定のグループに対する露骨な差別的意図が認められるといった極めて例外的な場合にしか、かかる立法は違憲とされることはない¹⁰⁴。

ところで、**Richard H. Fallon** は、連邦最高裁が特定のグループに対する露骨な差別的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 **Moreno** 判決をあげる¹⁰⁵。先に述べたように、この **Moreno** 判決では、血縁関係のない者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問題となった。**Moreno** 判決では、**Brennan** 裁判官が法廷意見を執筆したが、同裁判官は、司法審査基準の適用について、合理性の基準を適用することを宣言した。その上で、当該連邦法の目的の正当性について、**Brennan** 裁判官は、血縁関係に無い者を含む世帯をフード・スタンプの受給資格者から除外するという当該立法目的が、ヒッピーおよびヒッピーの共同体をフード・スタンプの受給資格者から除外することであったと指摘し、さらに、このようにヒッピーというグループを不利に扱おうとする連邦議会の露骨な願望は、正当な政府の利益を実現するものとはいえず、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しており、容認できないと説示した。さらに、同裁判官は、連邦議会はヒッピーおよびヒッピーの共同体を狙い撃ちにするために当該立法を成立させたと指摘すると共に、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くという右立法によって、多くの世帯がフード・スタンプを受給できなくなっており、それゆえ、実際の運用において、当該プログラムを悪用

¹⁰⁴ 戸松、前掲注(4)30頁、常本、前掲注(86)886頁参照。

¹⁰⁵ **RICHARD H. FALLON, JR., THE DYNAMIC CONSTITUTION 114 (Cambridge University Press 2004).**

する人たちではなく、援助が必要な人たちをも排除しているため、当該立法は合理性を有しないと判示した。すなわち、**Moreno** 判決で連邦最高裁は、合理性の基準を適用したが、当該立法の目的自体にその正当性を全く見出せないような差別的意図が認められるため、右立法は合衆国憲法修正 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しており、許されざるものであると断じると共に、当該立法目的とそれを実現するための手段との間の合理性についても右立法は合理的関連性を有しないと結論づけたのである¹⁰⁶。

連邦議会は、国家財政に関する広範な裁量を有している。そのため、当然、連邦議会は、フード・スタンプの受給資格についても広い裁量を有しており、それゆえ、合理性の基準が適用された場合、血縁者で構成されない世帯が不利に扱われるような立法上の分類は容認されそうである。ところが、連邦最高裁は当該連邦法の立法目的は明らかに恣意的なものであり、容認できないと判示した。

Fallon は、ほとんどの立法が合理性の基準をクリアする範囲に収まっているものの、例外的にそうではないものが存在すると指摘すると共に、その典型例がこの **Moreno** 判決で問題となった連邦法のような特定のグループに対する露骨な差別や偏見から生まれた立法であると説く¹⁰⁷。**Fallon** と **Roberts C. Farrell** は、**Moreno** 判決では、当該立法目的に合衆国憲法修正 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ような露骨な差別の意図が推定されたため、連邦最高裁は合理性の基準の適用の下、議会の議事録などの客観的な証拠に依拠した立法事実の検証を通じた実質的な司法審査を行ったと指摘する¹⁰⁸。すなわち、当該立法がその正当性を全く見出せないような特定のグループに対する露骨な差別や偏見に基づく立法であったため、連邦最高裁は、厳格審査基準や中間審査基準といったより厳格な司法審査基準の下、隠された不正な立法意図を炙り出すまでもなく、当該立法には合理性が無く、違憲であると判示したと理解するこ

¹⁰⁶ **Moreno**, *supra* note 98, at 534-39.

¹⁰⁷ **RICHARD H. FALLON, JR.**, *supra* note 105, at 114.

¹⁰⁸ **Roberts C. Farrell**, *Successful Rational Basis Claims in the Supreme Court from the 1971 Term Through Romer v Evance*, 32 IND. L. REV. 357, 373-75 (1999), *Ibid.*

とができると共に、同最高裁は、右立法の違憲性を論証するために議会の議事録などの客観的な証拠に依拠した立法事実の検証を行ったというのである¹⁰⁹。

本章第2節および第3節でみたように、**Windsor** 判決、**Romer** 判決において、連邦最高裁は、司法審査基準の適用につき、**Moreno** 判決を引用した上で、合理性の基準を適用し、司法審査を行っている。また、**Moreno** 判決、**Romer** 判決、**Windsor** 判決で認められる合理性の基準の適用をめぐる判例理論は、単なる合理性の有無を審査する司法審査の方法とは異なり、当該立法の違憲性を論証することを目的に議会の議事録などの客観的な証拠に依拠しながら当該立法事実を実質的に検証するものである。したがって、かかる合理性の基準の適用をめぐる判例理論は、立法裁量を最大限に尊重する合理性の基準よりもより厳格な司法審査基準の適用を示唆している。このような司法審査の方法は、特定のグループに対する差別や偏見から生まれたような立法が問題となった事件において完全に消失することなく、時折予期せぬ事案において突然現れるという指摘がある¹¹⁰。

¹⁰⁹ 厳格な司法審査基準には、隠された不正な立法意図を炙り出す機能があるように思われるが、この点については、次節以降で検討を行う。

¹¹⁰ RICHARD H. FALLON, JR., *supra* note 105, at 114, Sarah Erickson-Muschko, *What is the Purpose? Affirmative Action, DOMA, and the Untenable Tiered Framework for Equal Protection Review*, 101 GEO. L. J. 44, 45 (2013).

第5節 日米の判例にみる「合理性の基準」の相違点

平成20年の国籍法違憲判決、平成25年の非嫡出子法定相続分差別違憲決定、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、立法事実の変遷の検証を通して当該立法の違憲性を論証するという点において、米連邦最高裁が**Moreno**判決、**Romer**判決、**Windsor**判決で採用した判例理論を想起させる。しかしながら、これら三つの事件において、連邦最高裁は、議会の議事録など客観的な証拠に依拠しながら立法事実の検証を行い、当該立法を違憲としているが、平成20年の国籍法違憲判決、平成25年の非嫡出子法定相続分差別規定違憲決定、平成27年の再婚禁止期間違憲判決において、最高裁は、立法事実の変遷につき、抽象的な事柄を指摘するにとどまっている。たとえば、最高裁は、厚生労働省の「人口動態調査」といった客観的な統計を参照することなく、依然として法律婚を尊重する意識が幅広く浸透している現在において、「個人の尊重がより明確に認識されてきたことが明らか」とであると判示しているが、2015年の「人口動態調査」によれば、出生総数に占める嫡出でない子の割合は約2.3パーセントに過ぎない。このように、最高裁は立法事実の変遷につき、抽象的な検討に留まっており、議会の議事録やさまざまな社会科学的データといった客観的な証拠に依拠した検討が不十分である。

また、米連邦最高裁の判例理論上、合理性の基準とは立法裁量を最大限に尊重する司法審査基準であるとされるが、第2章第7節で検討を行ったように、最高裁は、平成20年の国籍法違憲判決、平成25年の非嫡出子法定相続分差別違憲決定において、合理性の基準を適用しながらも非嫡出性という区別事由に着目した上で、米連邦最高裁の判例理論である中間審査基準を彷彿とさせる厳格な司法審査を行った。このような司法審査の方法は、米連邦最高裁の判例理論である「疑わしき分類」の理論を想起させることから、立法裁量の尊重という点で、日本の最高裁が採用する合理性の基準は、米連邦最高裁の判例理論である合理性の基準とは相当異なっているといえよう。

ところで、**Moreno**判決、**Romer**判決、**Windsor**判決で問題となったような差別の意図が容易に推定される立法とは異なり、実際には悪性であるにも拘らず、「良性」(benign)であるかのように装っている立法については、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。**John Hart Ely**は、道徳的に容認し得ない隠された不正な立法意図を炙り出すことを目的とした司法審査の在り方にいち早く着目し、厳格審査基準が当該立法目

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、隠された不正な立法意図を「炙り出す」(flushing out)ものとしての機能を有すると指摘する¹¹¹。すなわち、裁判官は、当該立法目的とそれを実現するための手段との間に「本質的に完全な整合性」があるか否かについて、さまざまな立法事実の精査を行うため、もしそれが道徳的に容認し得ない不正な意図に基づく立法であるのならば、かかる司法審査のプロセスでそれが炙り出されると Ely は指摘するのである。このような隠された不正な立法意図をめぐる司法審査は、アファーマティヴ・アクションの合憲性をめぐる司法審査において顕在化する。アファーマティヴ・アクションは、過去の人種差別の弊害を是正するという良性の目的を持つものであるとされるが、合衆国憲法の平等保護条項の理念と抵触するような人種的均衡の維持といった道徳的に不正な立法目的をアファーマティヴ・アクションが有する可能性も排除できない。そのため、連邦最高裁は、1989 年の Croson 判決¹¹²以降、アファーマティヴ・アクションの合憲性をめぐる事件において、厳格審査基準の下、当該アファーマティヴ・アクションに合衆国憲法の平等保護条項に抵触するような道徳的に不正な立法意図が隠されているのか否かを炙り出すような司法審査を行っている。このような司法審査は、平等原則固有の問題についての判断基準としての先進性が認められる。そこで、第 2 部では、アファーマティヴ・アクションの合憲性をめぐる連邦最高裁判例の検討を通じて、隠された不正な立法意図、すなわち、道徳的に不正な立法目的を炙り出すための司法審査の方法について検討を行いたい。

¹¹¹ JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST; A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 146 (Harvard University Press 1980).

¹¹² Richmond v. J.A. Croson Co., 488 U.S. 469 (1989).

第2部 アファーマティヴ・アクションの合憲性をめぐる司法審査

第4章 アメリカ合衆国憲法の平等保護条項とアファーマティヴ・アクション

第1節 アファーマティヴ・アクションについて

アファーマティヴ・アクションの合憲性をめぐる連邦最高裁判例を検討するにあたり、まず、アメリカにおけるアファーマティヴ・アクションの概要と連邦最高裁の裁判官が前提としているとされる平等観についてみていきたい。

南北戦争後、連邦議会は奴隷から解放された黒人の法的地位を変更し、彼らを市民に統合するため、まず、1865年に奴隷制の廃止を宣言する合衆国憲法修正13条を制定した。続いて1868年には、合衆国に生まれ、または帰化した者は、すべて合衆国およびその居住する州の市民とすると定めると共に、いかなる州もその管轄内において何人にも法の平等保護を拒んではならないとする合衆国憲法修正14条が制定された。さらに、1870年には人種に基づく選挙権剥奪を禁止することを定めた合衆国憲法修正15条が制定された。そして、連邦議会はこれらの合衆国憲法の修正条項の内容を実現するために公民権法を制定した。これら一連の憲法修正や公民権法の制定により、政治的に無力であった黒人たちは、自由を要求できる手段を手に入れ、さらに、違法な公権力の行使に対する保護を求めることができるようになった。加えて、合衆国憲法修正14条第5節により市民的権利を擁護する権限が連邦政府に与えられたことで、連邦議会は憲法上の権利を保護するため立法権を行使することが認められるようになった。

このように南北戦争の後、憲法修正や公民権法の制定がなされたが、1877年に北軍が南部から撤退すると、再建期の南部における人種間の平等を実現するための動きが衰退した。さらに、一連の憲法修正により、奴隷の身分から解放された黒人たちは選挙権を得ることができたが、黒人たちを取り巻く経済的状況は、奴隷の身分から解放される以前とほぼ何も変わらなかった。奴隷から解放された黒人たちの多くが定職を持っておらず、彼らの境遇は以前と変わらず、白人使用者に従属していた。さらに、合衆国憲法修正15条により黒人たちも選挙権を行使できるようになったと言っても、それは名目上のことであり、実際には、白人による暴力や不正手段によって黒人たちは政治参加から除外されていた¹¹³。つま

¹¹³ SAMUEL LEITER AND WILLIAM M. LEITER, AFFIRMATIVE ACTION IN ANTIDISCRIMINATION LAW AND POLICY 23-32, 39-40 (State University of New York

り、人種差別のない平等な市民社会の実現という再建期に掲げられた目標は、結局、何も達成されなかったのである。また、南部諸州の政府は黒人を劣位の人種の階層にすることを目的とする、いわゆる「ジム・クロウ法」(Jim Crow law)と呼ばれる法制度を制定し、かかる「ジム・クロウ法」により鉄道やバスなどのあらゆる公共交通機関、公共施設、さらには学校や図書館などにおける人種的隔離が行われるようになった。そして、このような法律を合憲とする判決が次々と出された。その典型的なものとして Plessy 判決¹¹⁴があげられよう。この Plessy 判決では、「分離すれども平等」(separate but equal)の理論が確立された。この「分離すれども平等」の理論とは、人種に基づいて白人と黒人とを分離したとしても、それぞれに同等な設備が提供されればそれは不平等ではないとする概念である。

また、南部諸州においては、黒人に対して十分な教育が提供されなかったため、黒人の識字率は極めて低く、その結果、黒人の投票権や雇用の機会が奪われた。さらに、19世紀の間は、黒人たちは白人たちによる組織的な差別行為に対して対抗することが困難であった。しかし、20世紀初頭以降、人種差別を撤廃し、黒人にも白人と同様の機会の平等の保障が与えられるべきであるとする、いわゆる「公民権運動」(Civil Rights Movement)が行われるようになったことで黒人を取り巻く社会状況は大きな変貌を遂げることとなる。この公民権運動においては、Martin Luther King Jr.の提唱した非暴力主義による市民的抵抗運動が積極的に行われた。市民的抵抗運動は、1955年のアラバマ州モンゴメリーで行われたバス・ボイコットに端を発するものであるが、1963年のワシントン大行進で最高潮に達するに至った。他方で、この公民権運動では法廷闘争も展開され、この法廷闘争の結果、1954年の Brown I 判決¹¹⁵において、公立学校における人種

Press 2002)。たとえば、人頭税を課したり、投票資格要件として読み書き能力検査を行ったり、さらには、ゲリマンダー（自党を有利にするために面積の広さや人口を無視した不自然な選挙区割りの実施）によって黒人を差別した。本節の以下の内容についても同著書を参考に構成している。

¹¹⁴ Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

¹¹⁵ Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483. (1954).

的隔離が違憲と判断され、少なくとも教育においては「分離すれども平等」の理論が覆されるに至った。

このような公民権運動が結実し、1964年には「公民権法」(Civil Rights Act of 1964)が制定された。これにより人種、肌の色、宗教、出身国を理由とする差別が包括的に禁止され(性にに基づく差別の禁止は同法の1972年改正によって付け加えられた。)、さらに、公民権法第7編¹¹⁶においては、人種等を理由とする雇用上の差別が禁じられた。しかし、南北戦争後の再建期と同様に単に差別を禁じ、機会の平等を保障するだけでは、黒人の社会的および経済的地位に大きな変化をもたらすことができなかった。そこで、「過去において広範な人種差別を被ってきた黒人やその他のマイノリティ・グループに対する機会の平等を、より実質的に保障するため、単に差別を禁じるだけではなく、過去の人種差別による弊害を是正するための積極的な努力が連邦政府を中心に行われるようになった¹¹⁷」。このような連邦政府による積極的措置をアフーマティヴ・アクションと呼ぶ。このアフーマティヴ・アクションは、1960年代に始まったとされる。また、このアフーマティヴ・アクションという言葉は、1961年、公共事業の受

¹¹⁶ 42 U.S.C. §2000 e et seq. この公民権法第7編は、雇用上の差別を禁止した連邦法であり、全18節で構成されているが、その中核的な規定 § 703 (a) は、以下のような行為を禁止している。第一に人種、皮膚の色、宗教、性別、または出身国を理由に、個人の採用を拒否したり解雇すること、あるいは報酬、雇用期間、雇用条件、雇用上の特典について個人を差別すること。第二に人種、皮膚の色、宗教、性別、または出身国を理由に、個人の雇用の機会を奪ったり、あるいは奪う可能性のある方法で、被用者または求職者を制限、分離、区別すること。

¹¹⁷ 西村裕三「差別と救済—アメリカ社会と平等」阪本昌成・村上武則編『人権の司法的救済』(有信堂高文社、1990年)28頁参照。

注業者の人種差別的雇用慣行を禁止する¹¹⁸大統領命令 10925 号¹¹⁹が Kennedy 大統領によって発令された際、初めて公的に使用された¹²⁰。

アフーマティヴ・アクションの大規模なものは、1965 年の Johnson 大統領による命令 11246 号に基づくプログラムである。この命令は「契約者は、人種、肌の色、宗教、性別あるいは出身国に基づいて、いかなる被用者または求職者をも差別してはならない。契約者は、人種、肌の色、宗教、あるいは出身国とは関わりなく求職者が雇用され、または被用者が遇されることを保障するために『積極的措置』（affirmative action）を講ずるものとする¹²¹」とし、連邦政府と調達契約を結ぶ私企業等に対して、その被用者の人種的または性的構成に不均衡が認められる場合、黒人や女性を積極的に雇用することを調達契約上、義務づけるものであった¹²²。さらに、1967 年、Johnson 大統領による命令 11375 号¹²³により、性差別もその対象に加えられた。この Johnson 大統領による命令は、1961 年の Kennedy 大統領による命令 10925 号の文言に雇用上の性差別の禁止を付け加えたものであるが、その適用範囲を政府調達契約の履行に直接関連する雇用だけではなく、契約者によるあらゆる雇用上の行為に大幅に拡大したという点で積極的な評価に値するものである¹²⁴。

¹¹⁸ 政府調達企業の雇用上の差別を禁止した大統領命令は、Roosevelt 大統領による 1941 年の命令 8802 にまで遡ることができる。また、1940 年から 1950 年代にかけて、同様の大統領命令が発せられたが、このような大統領命令は大統領に戦争遂行のために必要な諸権限を付与する法律に基づくものであり、さらに、その目的は国家防衛に供する物品の生産のために必要な労働力を最大限に確保することにあつたとされる。以上の点については、西村裕三「Affirmative Action をめぐる合衆国最高裁の動向」日米法学会『アメリカ法』[1989-2] 238 頁を参照。

¹¹⁹ Executive Order 10925.

¹²⁰ 西村、前掲注（118）237 頁参照。

¹²¹ Executive Order 11246.

¹²² 西村、前掲注（117）28 頁参照。

¹²³ Executive Order 11375.

¹²⁴ 西村裕三「アメリカにおけるアフーマティヴ・アクションをめぐる法的諸問題」（大阪府立大学経済研究叢書第 66 冊、1987 年）21-22 頁参照。

さらに、このような大統領命令に基づくもの以外にも、アファーマティヴ・アクションには、第一に裁判所の命令に基づき実施されるアファーマティヴ・アクション、第二に「同意判決」(consent decree)に基づき実施されるアファーマティヴ・アクション、第三に特定の法律に基づき実施されるアファーマティヴ・アクション、第四に法律の規定に基づかず自発的に実施されるアファーマティヴ・アクション、という四つの類型があげられる¹²⁵。まず、第一の裁判所の命令に基づき実施されるアファーマティヴ・アクションの具体例としては、「公民権法」(Civil Rights Act of 1964) 706 条 (g) に基づき実施されるアファーマティヴ・アクションがあげられよう。公民権法 706 条 (g) は、「被告が故意に違法な雇用上の行為を実施してきた、あるいは実施していると認められる場合には、裁判所はそのような違法な雇用上の行為の実施を差し止め、さらにバック・ペイを伴うあるいは伴わない復職・・・を含むがそれに限定されない適切なアファーマティヴ・アクションを命じ、あるいは裁判所が適切と考える他のいかなる衡平法上の救済をも命じることができる¹²⁶」と規定している。次に、第二の同意判決に基づき実施されるアファーマティヴ・アクションの具体例としては、公民権法に違反するという理由で訴訟が提起された場合、和解案の内容として、訴訟の両当事者が「数値目標」(numerical goals)を設定し、その達成のために「予定表」(time tables)の作成を被告側に義務づけるといったことがあげられよう。他方で、このような具体的あるいは個別的な差別行為を前提とした司法的救済としてのアファーマティヴ・アクションの他に、そのような差別行為を前提とせず、実施されるアファーマティヴ・アクションも存在する。それが、第三の特定の法律に基づき実施されるアファーマティヴ・アクションと第四の法律の規定に基づかず自発的に実施されるアファーマティヴ・アクションである。まず、第三の特定の法律に基づく場合の具体例としては、「1977 年の公共事業雇用法」(Public Works Employment Act of 1977)があげられよう。この 1977 年の公共事業雇用法は、連邦補助金を受けている州と地方自治体に対し、右補助金の少なくとも 10 パーセントを「人種的マイノリティが所有する企業」(minority businesses)からの調達に用いなければならないことを定めるものである。次に、第四の法律の規定に基づかず自発的に実施されるアファーマティヴ・アクシ

¹²⁵ 同上参照。

¹²⁶ 42 U.S.C. § 2000e-5 (g) (1) (2000).

ョンの具体例としては、大学等の入学制度において、大学側が任意に行う人種的マイノリティのためのアファーマティヴ・アクションがあげられよう。なお、大統領命令 11246 号に基づくアファーマティヴ・アクションも具体的な差別行為を前提とせず、広く社会に現存している過去の差別の弊害を是正するために実施されるアファーマティヴ・アクションに該当する。

以上のことから明らかなように、同じアファーマティヴ・アクションという語句であっても、その内容にはさまざまなものがあり、それゆえ、一般にアファーマティヴ・アクションという言葉は明確な定義づけをすることなく広範な意味で用いられている。しかし、このアファーマティヴ・アクションをあえて定義するならば、それは「典型的には過去における人種差別（あるいは女性差別）の現存する弊害を是正するために、人種（あるいは性別）を考慮して積極的に被差別グループを救済する行為」と定義することができよう¹²⁷。

このように、アファーマティヴ・アクションは、過去の人種差別や性差別の弊害を積極的に是正する手段として、アメリカ社会において広く実施されているが、このアファーマティヴ・アクションの対象とならない白人男性グループからは、アファーマティヴ・アクションが人種や性別に基づく「逆差別」（reverse discrimination）であるとの非難がなされている。他方で、先に述べたように、アファーマティヴ・アクションは当初、過去の人種差別および性差別行為に対する救済措置として正当化されたが、カリフォルニア州立大学デイビス校医学校が実施したアファーマティヴ・アクションの合憲性が問題となった 1978 年の **Bakke** 判決¹²⁸以降、大学における学生集団の多様性がもたらす利益を実現するための政策として、アファーマティヴ・アクションは正当化されるようになり、現在に至っている。また、この **Bakke** 判決以降、アメリカでは、アファーマティヴ・アクションの合憲性をめぐる多くの訴訟が提起されてきた。そして、このようなアファーマティヴ・アクションの合憲性をめぐる連邦最高裁判決のほとんどが僅差による合憲判決や違憲判決であり、この問題について連邦最高裁内部で意見の対立が認められるが、根本的にはそれは裁判官が前提としている平等観の違

¹²⁷ 西村裕三「アファーマティヴ・アクションの任意の実施と差別の立証要件—**Weber** 判決以後の展開」大阪府立大学経済研究 32 巻 3 号（1987）209-10 頁参照。

¹²⁸ **Regents of the University of California v. Bakke**, 438 U.S. 265 (1978).

いに由来すると考えられる¹²⁹。そこで、次節では連邦最高裁の裁判官が依拠する相対立する二つの平等観について検討を行いたい。

¹²⁹ 西村、前掲注（118）257頁参照。

第2節 対立する二つの平等観について

連邦最高裁における保守派の裁判官¹³⁰たちは、個人主義的平等観を前提としているといわれる。この個人主義的平等観とは、人種や性別など個人の能力とは無関係な要素を考慮することを一切禁止することにより、機会の平等と自由競争による公平な結果が保障されるとする個人主義的な平等観である¹³¹。この個人主義的平等観の下では、立法目的から見て同じような状況に置かれるべき者で構成されるグループと右立法目的を達成するために立法上採用された分類によって実際に選び出された者で構成されるグループとの関連性において、厳密な整合性があることが重視される¹³²。そのため、立法目的との関係において、立法が対

¹³⁰ 現在の連邦最高裁における保守派の裁判官としては、Roberts 長官、Thomas、Alito 各裁判官があげられる。

¹³¹ 西村、前掲注（117）24・26 頁参照。また、個人主義的平等観という表現についても右論文を引用した。また、個人主義的平等観という概念は、「反差別原則」

（antidiscrimination principle）としても説明される。Laurence H. Tribe によれば、この反差別原則の下では、たとえば、人種差別の問題は、過去の差別の弊害を被っている黒人で構成されるグループに対する救済の問題としてではなく、実際に過去の差別の弊害を被っている黒人個人に対する救済の問題として理解される。以上の点については、LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 1514-21

（Foundation Press 1988）を参照。

¹³² Owen M. Fiss, *Group and the Equal Protection Clause*, 5 PHIL. & PUB. AFF. 107, 108-11 (1976) また、Fiss は立法目的からみて同じような状況に置かれるべき者で構成されるグループと右立法目的を実現するための立法上採用された分類によって実際に選び出された者で構成されるグループとの間の整合性を検討するものとして、「タスマンとテンブロックの公式」（formula of Tussman and tenBroek）をあげる。この「タスマンとテンブロックの公式」では、まず、立法目的からみて同じような状況に置かれるべき者で構成されるグループを A と置き、右立法目的を実現するために立法上採用された分類によって実際に選び出された者で構成されるグループを B と置く。その上で、すべての A は B であるが B の中に A でないものがある場合、それは立法目的との関係において、立法が対象とすべきではない者を対象としている「過大包摂」（over-inclusive）な立法を意味すると定義される。他方で、すべての

象とすべきではない者を対象としている「過大包摂」(over-inclusive)な立法、あるいは立法目的との関係において、対象とすべき者を対象としていない「過小包摂」(under-inclusive)な立法は容認されない¹³³。すなわち、この個人主義的平等観の立場に立った場合、アファーマティヴ・アクションによる過去の人種差別の被害者に対する憲法上の救済の範囲は、黒人で構成される人種グループではなく、その直接の被害者である個々の黒人だけに限定されるのである¹³⁴。

たとえば、ロー・スクールにおける過去の人種差別の被害者である黒人の生徒を優先的に入学させるアファーマティヴ・アクションは、第一に長い差別の歴史によって人種的に劣位の状況に置かれている黒人の地位を向上させる、第二に力のある地位に黒人グループの構成員を押し上げることによって、将来予想される他の人種グループからの敵意ある差別行為に対し、黒人グループが自己防衛を行えるようにする、第三にロー・スクールにおける学生集団の多様性を確保する、第四に黒人グループが被った過去の人種差別による弊害に対して償う、といった四つの目的の達成に資するものであるとされる¹³⁵。しかしながら、個人主義的平等観の下では、このようなアファーマティヴ・アクションは、救済に値しない裕福な黒人生徒をも対象としている点で過大包摂であり、他方で、黒人以外の人種差別の弊害を被ってきた人種的マイノリティの生徒を含んでいないという点で過小包摂でもあることから正当化されないであろう¹³⁶。

BはAであるがAの中にBでないものがある場合、それは立法目的との関係において、対象とすべき者を対象としていない「過小包摂」(under-inclusive)な立法を意味すると定義される。以上の点については、阪本昌成『憲法理論Ⅱ』（成文堂、1997年）226頁、戸松、前掲注（4）36-37頁を参照。

¹³³ Owen M. Fiss, *supra* note 132, at 111, 130-31.

¹³⁴ *Id.* at 129.

¹³⁵ *Id.* at 130.

¹³⁶ *Id.* at 129, 131.

また、連邦最高裁におけるリベラル派の裁判官¹³⁷たちは、グループ指向的平等観を前提しているといわれる¹³⁸。このグループ指向的平等観とは、過去の人種差別の弊害を被ってきた黒人を個人として捉えるのではなく人種グループとして捉えることで、黒人で構成される人種グループを保護し、さらに、過去の人種差別の弊害を是正するために、黒人で構成される人種グループ全体の利益を促進しようとする概念である¹³⁹。このグループ指向的平等観の代表的な論者である **Owen M. Fiss** は、かつて奴隷であった者とその子孫を州による最も不快な差別から保護することが合衆国憲法の平等保護条項の制定当初の目的であったと指摘し、それゆえ、合衆国憲法の平等保護条項は、そもそも黒人を典型的な対象としており、敵対的な政府の行為から黒人を保護することを念頭に置いていると説く¹⁴⁰。そして、**Fiss** は、このような観点から合衆国憲法の平等保護条項が保障する法の平等保護とは、「黒人の市民としての地位が脅かされるような害悪」を回避することであると主張し、それゆえ、人種差別の弊害は、単に個々の黒人に及ぶばかりではなく、黒人グループ全体に対する弊害とみなしうることから、右グループにおける個々の構成員と同様に、当該黒人グループ自体に対しても権利主体として救済を求める権利が認められるべきであると説く¹⁴¹。

¹³⁷ 現在の連邦最高裁におけるリベラル派の裁判官としては、**Ginsburg**、**Breyer**、**Sotomayor**、**Kagan** 各裁判官があげられる。

¹³⁸ 「グループ指向的平等観」という表現は、西村、前掲注（117）33-37 頁を引用した。また、このグループ指向的平等観という概念は、「反従属原則」

（*antisubordination principle*）としても説明される。**Tribe**によれば、この反差別原則の下では、たとえば、人種差別の問題は、実際に過去の差別の弊害を被っている黒人個人の対する救済の問題としてではなく、過去の人種差別の弊害を被っている黒人で構成されるグループに対する救済の問題として理解される。以上の点については、**LAURENCE H. TRIBE**, *supra* note 131, at 1514-21、**Reva B. Siegel**, *American Civil Rights Tradition -- Anticlassification or Antisubordination?*, 58 U. MIAMI L. REV. 9, 10 (2004)、を参照。

¹³⁹ 西村、同上参照。

¹⁴⁰ **Owen M. Fiss**, *supra* note 132, at 147.

¹⁴¹ *Id.* at 141, 147-8, 157.

Fiss は、グループ指向的平等観の下では、ロー・スクールに黒人の生徒を優先的に入学させるというアファーマティヴ・アクションが過大包摂あるいは過小包摂となるものであったとしても、それは、第一に入学を希望する黒人にとって有益となるだけではなく、高い経済力および社会的地位にその人種の構成員を押し上げ、それによって構成員全体の自尊心を高める、第二に白人グループからの将来予想される敵意ある攻撃から黒人グループを守るために必要な政治的影響を、その構成員である個人に付与させることで、当該人種グループ自体に自己防衛力を持たせるというような理由から正当化されると説く¹⁴²。さらに、Fiss は、公共施設の利用や地域活動への参加から人種を理由に黒人を排除することについても、それは黒人グループの市民社会における地位を悪化させるため、このグループ指向的平等観の下では当然禁止されると主張する¹⁴³。

Fallon と Paul C. Weiler は、過去の人種差別とその弊害に関して、過去の人種差別によって黒人で構成される人種グループがアメリカ社会において劣位の階層として位置づけられ、その結果、個人としての黒人は今もなお、経済的、文化的、社会的不利益を被っているという認識をグループ指向的平等観は有していると指摘し、それを積極的に評価する。しかし、Fallon と Weiler は、アメリカ社会においては、人種間の平等を実現するために必要な負担配分の公平性が担保されなければならないと説き、アファーマティヴ・アクションの正当化について、第一に当該アファーマティヴ・アクションを正当化するほどの黒人に対する不幸な人種差別の歴史とそれに起因する深刻な弊害が存在していること、第二にアファーマティヴ・アクションによる救済が恒常的ではなく一時的なものであること、第三に人種差別は、個人の違法行為ではなく、社会による違法行為であるという事実を根拠として、その是正に関する負担のうち過大なものを過去の人種差別に加担していない個々の白人に課すような制度は道徳的に不正であり、かかる負担が合理的に分配されなければならないこと、という三つの要件が満たされるべきであると説く¹⁴⁴。

¹⁴² *Id.* at 160.

¹⁴³ *Id.* at 157-58.

¹⁴⁴ Richard H. Fallon, Jr. and Paul C. Weiler, *Firefighter v. Stotts: Conflicting Models of Racial Justice*, 1984 SUP. CT. REV. 1, 28 (1985).

プリンストン大学の元学長の William G. Bowen とハーバード大学の元学長の Derek Bok の共著『川の形』(The Shape of the River) に引用された統計データによれば、アファーマティヴ・アクションによって、黒人の大学卒業率が上昇すると共に、産業、専門職、コミュニティや地域サービスにおける黒人指導者が増加し、異なった人種間の相互理解が促進されるようになった¹⁴⁵。このように、アファーマティヴ・アクションには着実な成果が認められる。したがって、もし連邦最高裁がアファーマティヴ・アクションは合衆国憲法違反だと宣言するならば、黒人の大学卒業率は減少に転じると共に、産業、専門職、コミュニティや地域サービスにおける黒人指導者の数も減少するであろう。そして、そうなれば、異なった人種間の相互理解が阻害され、人種間の調和が損なわれるであろう。

Kenneth L. Karst は、法に基づく差別とアファーマティヴ・アクションの違いについて、法に基づく差別は、人種的マイノリティに対して stigma を押しつけるものであるが、アファーマティヴ・アクションは stigma を押しつけるものではないと指摘し、この点につき、法に基づく差別とアファーマティヴ・アクションは大きく異なると説く¹⁴⁶。さらに、Karst は、アファーマティヴ・アクションは、stigma が発生することを予防するものであると主張する¹⁴⁷。すなわち、Karst は社会において相当程度の人数の黒人が成功していない場合、多くの白人は人種グループとしての黒人は野心が無く、劣等であると考えようになるが、アファーマティヴ・アクションを実施することで、相当程度の人数の黒人が社会において成功すれば、白人がこのような黒人に対する偏見を抱くのを防ぐことができる、と説くのである。

『川の形』の統計データや Karst の指摘に依拠すれば、アファーマティヴ・アクションは積極的に推進されるべきであろう。しかし、アファーマティヴ・アクションによる過去の人種差別の弊害の被害者に対する法的救済の範囲を、その直

¹⁴⁵ この点については、WILLIAM G. BOWEN & DEREK BOK, THE SHAPE OF THE RIVER 1-3 (Princeton University Press 1998)を参照。

¹⁴⁶ KENNETH L. KARST, BELONGING TO AMERIACA 158-59 (Yale University Press 1989).

¹⁴⁷ *Id.* at 149.

接の被害者である個々の黒人だけに限定すべきであるとする個人主義的平等観の立場に立った場合、アファーマティヴ・アクションは極めて例外的な場合にしか正当化されないであろう。具体的には、この個人主義的平等観が想定する救済の範囲は、いわば不法行為法にいう「救済」（つまり、被害者＝受益者の関係が成り立つ救済）に限定されるものであるため、個人主義的平等観が想定する救済の範囲は、救済の範囲としては狭きに過ぎるであろう¹⁴⁸。人種差別の弊害は単に個々の黒人に及ぶばかりではなく、黒人グループ全体に対しても及ぶということを考慮すれば、当該人種グループにおける個々の構成員と同様に、かかる人種グループ自体に対しても救済を求める権利を認めるべきであるというグループ指向的平等観の観点から、アファーマティヴ・アクションは正当化されるべきであろう。さらに、グループ指向的平等観の観点からアファーマティヴ・アクションを推進する際には、Fallon と Weiler が指摘するような人種間の平等を実現するために必要な負担配分の公平性が担保されるような配慮がなされなければならないであろう。

以上のようなアメリカにおけるアファーマティヴ・アクションの概要と連邦最高裁の裁判官が前提としているとされる二つの平等観を踏まえた上で、次章ではアファーマティヴ・アクションの合憲性が問題となった主要な連邦最高裁判例について検討を行いたい。

¹⁴⁸ この点については、西村裕三「Hopwood v. Texas, 78 F. 3d 932 (5th Cir.), cert. denied, 116 S. Ct. 2581 (1996)—州立大学ロー・スクールの入学制度上のアファーマティヴ・アクションが合衆国憲法修正 14 条の平等保護条項違反とされた事例」日米法学会『アメリカ法』[1992・2]（1992）318 頁を参照。

第5章 司法審査基準の適用をめぐるアメリカ連邦最高裁裁判官の対立

第1節 医学校の特別入学制度と Bakke 判決

第1項 Bakke 判決の概要について

Bakke 判決は、アファーマティヴ・アクションの合憲性をめぐる判例のリーディングケースとされ、**Burger Court** における主要判例の一つでもある¹⁴⁹。

Bakke 判決では、カリフォルニア州立大学デイビス校医学校が採用していた特別入学者制度が問題となった。同医学校では、黒人を優先的に入学させるために特別枠を設けていた。原告である白人志願者の Bakke は、一般選抜で受験したが、Bakke の総合得点は、特別入学制度で入学した黒人の平均点よりも高かったにもかかわらず、不合格とされた。そこで、Bakke は、当該特別入学制度は、合衆国憲法の平等保護条項および 1964 年の公民権法第 6 編¹⁵⁰に違反するとして訴えを提起した¹⁵¹。

Bakke 判決では、同制度を合憲とする 4 人の裁判官と公民権法違反とする 4 人の裁判官とが対立したため、**Powell** 裁判官の意見が相対的多数意見となった。**Powell** 裁判官は、合衆国憲法は人種的分類の利用を禁止していないが、政府による人種的分類の利用は、本質的に「疑わしい」(suspect) ため、たとえ黒人に対するアファーマティヴ・アクションであっても、かかる人種的分類の利用に対しては、厳格審査基準が適用されるべきであると説示した¹⁵²。この厳格審査基準が適用されると、当該特別入学制度の目的が、やむにやまれぬ政府の利益を実現するためであること、さらに、右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があることを大学側が立証しなければならない。Bakke 判決におい

¹⁴⁹ 事実上、アファーマティヴ・アクションの合憲性をめぐる連邦最高裁判決は、Bakke 判決に端を発するとされる。以上の点については、Thomas Ross, *Innocence and Affirmative Action*, 43 VAND. L. REV. 297 (1990)を参照。

¹⁵⁰ 42 U.S.C. 2000d et seq. 公民権法第 6 編は、次のように規定する。「何人も人種、皮膚の色または出身国を理由に、連邦政府による財政上の援助を受けるあらゆる計画または活動に参加することから排除されたり、あるいはその利益の享有を妨げられたり差別されてはならない。」

¹⁵¹ Bakke, *supra* note 128, at 265-67.

¹⁵² *Id.* at 291.

て、医学校側は、当該アファーマティヴ・アクションを正当化するためのさまざまな目的を主張したが、そのうち「社会的差別」(societal discrimination)を是正するという目的の正当性について、Powell 裁判官は、医学校における過去の人種差別とそれに起因する弊害に関して、司法的、立法的あるいは行政的な認定があれば、社会的差別を是正するという特別入学制度の目的は、やむにやまれぬ政府の利益を実現するものと認められると判示した。しかし、同裁判官は、本件医学校は、過去の人種差別とそれに起因する弊害について、司法的、立法的あるいは行政的な認定を受けておらず、さらに、右医学校は、それを認定する権限も有していないと指摘し、それゆえ、社会的差別を是正するという本件特別入学制度の目的は、やむにやまれぬ政府の利益として容認できないと判示した¹⁵³。また、本判決において、Powell 裁判官は、入学制度は、「大学の自治」(freedom of a university)の範囲内で実施可能であり、さらに、人種的多様性を含む教育機関における学生集団の多様性は、教室における多様な討論をもたらし、人種的に多様な社会で成功するための手助けとなるため、入学制度を通じて大学が学生集団の多様性を図るという目的は、やむにやまれぬ政府の利益を実現するものと認められると説いた。次に、本件アファーマティヴ・アクションの目的を実現するための手段の整合性について、Powell 裁判官は、当該特別入学制度は、たとえば、ハーバード大学の入学制度のような、さまざまな要素のうちの一要素として志願者の人種を考慮するという制度とは異なり、人種のみに基づいて特別枠を設けている点で、あからさまな差別的意図が明確であり、容認できないと結論づけた¹⁵⁴。

他方で、Brennan 裁判官を中心に White、Marshall、Blackmun 各裁判官で構成されたりベラル派裁判官のグループは、本件特別入学制度が、過去の人種差別に対する救済と理解することができると指摘し、かかるアファーマティヴ・アクションが、重要な政府の利益を実現するためのものであり、さらに、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を有するものであること、そして、本件アファーマティヴ・アクションが特定のクラスに対して、stigma を押しつけるものでもないことの立証に当該医学校側が成功すれば、右アファーマ

¹⁵³ *Id.* at 307-9.

¹⁵⁴ *Id.* at 314-15.

ティヴ・アクションは容認されると判示した¹⁵⁵。**Brennan** 裁判官のグループは、本件アファーマティヴ・アクションの目的の正当性について、同医学校は、過去の人種差別の結果、医学界において黒人の数が少ないということ、さらに、黒人学生の医学校への入学者が少ないということを指摘するが、このような過去の人種差別の弊害を是正するという目的は、重要な政府の利益を実現するものと認められると説示した¹⁵⁶。次に、本件アファーマティヴ・アクションの目的を実現するための手段の整合性について、**Brennan** 裁判官のグループは、本件で問題となっている特別入学制度は、特定の人種的グループに対して stigma を押しつけるものではなく、重要な政府の利益の実現という目的との関係で実質的関連性を有すると結論づけた¹⁵⁷。

これに対して、**Burger** 長官、**Stewart**、**Rehnquist**、**Stevens** 各裁判官で構成される保守派裁判官のグループは、本件特別入学制度は、連邦政府から助成金を受ける事業における人種差別を禁止する 1964 年の公民権法第 6 編に違反すると主張し、本件特別入学制度を容認できないとする **Powell** 裁判官が執筆した相対的多数意見の結果に同意するのみであった¹⁵⁸。

第 2 項 **Bakke** 判決の意義について

Powell 裁判官は、本件に厳格審査基準を適用した上で、当該医学校には、過去の人種差別とそれに起因する弊害が認められず、さらに、右医学校は、それを認定する権限も有していないため、社会的差別を是正するという本件特別入学制度の目的は、やむにやまれぬ政府の利益を実現するものとして容認することはできないと判示したが、他方で、同裁判官は、教育機関における人種的多様性を含む学生集団の多様性は、教室における多様な討論をもたらし、人種的に多様な社会

¹⁵⁵ すなわち、**Brennan** 裁判官のグループは、本件特別入学制度の目的が重要な政府の利益を実現するためのものであること、さらに、右特別入学制度の目的を実現するための手段との間に実質的関連性があることの立証を当該医学校側に求めている。したがって、**Brenna** 裁判官のグループは、本件には中間審査基準が適用されるべきであると判示したのである。以上の点については、*Id.* at 359 を参照。

¹⁵⁶ *Id.* at 361-62.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Id.* at 271.

で成功するための手助けとなるため、入学制度を通じて大学が学生集団の多様性を図るという目的は、やむにやまれぬ政府の利益を実現するものとして認められると結論づけた。さらに、**Powell** 裁判官は、人種が入学者選抜における「決定要因」(tiebreaker)となるような「定員割当制」(quota system)ではなく、志願者のより多様な資質や特性を考慮した上で、学生集団の多様性を追求するような入学制度であれば、それを容認することを明らかにした。

Fallon と Weiler は、**Powell** 裁判官が執筆した相対的多数意見について、それはアファーマティヴ・アクションの正当化につき、過去の人種差別に加担していない個々の白人に対して個別的な配慮を求めるものであると指摘し、それを積極的に評価する¹⁵⁹。また、この **Bakke** 判決における **Powell** 裁判官の相対的多数意見のうち、大学が学生集団の多様性を図るという目的は、やむにやまれぬ政府の利益を実現するものと認められるという部分は、その後の **Rehnquist Court** および **Roberts Court** で支持されるに至った¹⁶⁰。

ところで、本判決で **Powell** 裁判官は、政府による人種的分類の利用は、本質的に「疑わしい」ため、たとえ黒人に対するアファーマティヴ・アクションであっても、人種的分類の利用に対しては、厳格審査基準が適用されるべきであると判示したが、**Brennan** 裁判官を中心としたリベラル派の裁判官たちは、本件には中間審査基準を適用すべきであると判示した。すなわち、リベラル派の裁判官たちは、アファーマティヴ・アクションは、過去の人種差別の弊害を是正するという良性の目的を有するものであるため、厳格審査基準ではなく、より緩やかな中間審査基準を適用すべきであると主張したのである¹⁶¹。

¹⁵⁹ Richard H. Fallon, Jr. and Paul C. Weiler *supra* note 144, at 30.

¹⁶⁰ 藤井樹也「アファーマティヴ・アクション（２・完）—アメリカ連邦最高裁ロバート・コートの新たな動向—」筑波ロー・ジャーナル 3 号（2008 年）170 頁参照。

¹⁶¹ この点について、政府による人種的分類の利用は、特定の人種グループに対する stigma の押しつけを生じさせる場合があるが、良性の意図に基づく政府による人種的分類の利用は、白人に対して stigma を押しつけるものではないという Paul Brest の指摘がある。以上の点については、Paul Brest, *The Supreme Court 1975 Term, Foreward: in Defense of the Antidiscrimination Principle*, 90 HARV. L. REV. 1, 15-17 (1976)を参照。

第2節 連邦法に基づくアファーマティヴ・アクションと Fullilove 判決

第1項 Fullilove 判決¹⁶²の概要について

1977年の公共事業雇用法は、州および地方における土木工事に対して連邦政府が40億ドルの補助を行うことを定めていたが、他方で、連邦政府の補助を受けて土木工事を行う事業者は、その補助金の少なくとも10パーセントを人種的マイノリティが所有する企業に配分しなければ連邦政府の補助を受けることができないという条項を含んでいた¹⁶³。本件では、「右条項の適用を受けることができなかった企業」(non-minority business)が、当該アファーマティヴ・アクションは合衆国憲法修正5条の適正手続条項に含まれる平等保護の要請に違反するとして訴えを提起した¹⁶⁴。

連邦最高裁は、6対3で同条項を合憲と結論づけたが、判決理由で意見の一致を見なかったため、法廷意見は形成されなかった。合憲判断のうち、Burger長官が執筆した意見にWhite、Powell各裁判官が同調した。さらに、Marshall裁判官が執筆した結果同意意見にBrennan、Blackmun各裁判官が同調した。そこで、まず、Burger長官の意見についてみていきたい。Burger長官は、連邦議会には、合衆国憲法により公共の福祉を実現する権限、さらに、合衆国憲法の平等保護条項の理念を法律により実現する権限が与えられており、それゆえ、連邦最高裁が連邦議会制定法の合憲性を審査する際には、当該連邦議会制定法に対して敬讓を払うべきであると説いた。そして、連邦議会制定法に関する連邦最高裁の司法審査は、人種的分類を利用している連邦法についても基本的権利に関する連邦法についても変わるものではないと判示した¹⁶⁵。さらに、本件アファーマテ

¹⁶² Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448 (1980).

¹⁶³ 人種的マイノリティ系企業とは、当該企業の従業員のうち50パーセントが人種的マイノリティによって占められているか、あるいは、当該企業の株式の少なくとも51パーセントを人種的マイノリティが所有しているものを指すとされる。さらに、人種的マイノリティとは、黒人、ヒスパニック系アメリカ人、アジア系アメリカ人、先住民系アメリカ人、エスキモー系アメリカ人、アリューシャン系アメリカ人を指すとされていた。以上の点については、*Id.* at 459を参照。

¹⁶⁴ *Id.* at 449-50.

¹⁶⁵ *Id.* at 472.

ィヴ・アクションの目的の正当性について、**Burger** 長官は、過去の人種差別の結果として、人種的マイノリティは政府調達契約から排除されており、かかる人種差別の弊害を是正するのが当該条項の目的であると認定し、その上で、このような目的を有する立法の制定は、連邦議会に与えられた権限の行使によるものであると判示した¹⁶⁶。また、本件アフーマティヴ・アクションの目的を実現するための手段の整合性について、**Burger** 長官は、過去の人種差別の弊害を是正するような立法の制定にあたり、連邦議会は完全に人種中立的な手段を採用する必要はないと主張すると共に、過去の人種差別の弊害に対する救済行為においては、人種を考慮しなければならないと指摘した。そして、同長官は、過去の人種差別の弊害の是正を行う機関が裁判所である場合、その是正措置は当該事件における侵害の程度や性格に合致した範囲においてなされなければならないが、本件のような連邦議会による是正措置の場合、その是正に関する権限は広範囲に及ぶと説示した。また、**Burger** 長官は、人種的マイノリティ系でない企業が当該アフーマティヴ・アクションによって被る負担は、公共事業の契約の機会全体からみれば比較的小さなものであり、さらに、本件の原告である企業は、過去の人種差別とは無関係であると考えるが、過去において人種的マイノリティ系でない企業は、人種的マイノリティを排除することによって長年に渡り競争上の利益を受けてきたとも考えられ、そのような想定の上で連邦議会が行動することは、連邦議会の権限行使として容認できると判示した。さらに、**Burger** 長官は、当該条項が特定の人種的マイノリティを対象とするものであり、同じような境遇にある全企業を含んでいないという主張に対して、本条項の適用範囲を決定するのは連邦議会の権限であると指摘すると共に、当該条項の適用範囲が広範過ぎるという主張に対しては、実際に右条項を適用する行政プロセスにおいて対象外の企業は除外されていく仕組みとなっており、問題はないと結論づけた¹⁶⁷。

一方、**Powell** 裁判官は、結果同意意見において、合衆国憲法は人種的分類の利用を禁止していないが、政府による人種的分類の利用は、本質的に「疑わしい」ため、政府による人種的分類の利用に対しては、厳格審査基準が適用されるべきであると判示した¹⁶⁸。同裁判官は、司法的、立法的あるいは行政的に認定され

¹⁶⁶ *Id.* at 473.

¹⁶⁷ *Id.* at 440-92.

¹⁶⁸ *Id.* at 496.

た過去の人種差別の弊害を是正するという利益は、やむにやまれぬ政府の利益を実現するものと認められると説いた上で、本件アフーマティヴ・アクションの目的の正当性について、当該立法目的がやむにやまれぬ政府の利益を実現ものであるというためには、過去の人種差別の弊害を是正するという権限を当該政府機関が有していること、さらに、右政府機関は過去の人種差別の存在を立証しなければならないということ、という二点が満たされなければならないが、本件で連邦議会はかかる二つの要件をいずれも満たしていると認定した¹⁶⁹。次に、当該アフーマティヴ・アクションの目的を実現するための手段の整合性について、**Powell** 裁判官は、過去の人種差別の弊害を是正する手段につき、連邦最高裁は白人にとってより負担の少ない手段が人種的分類を利用した手段と同様の効果を有しているか目を向けるべきであると述べながらも、人種的マイノリティに対する過去の人種差別の弊害を是正するための連邦議会の決定は、その手段が過去の人種差別の弊害を是正するために合理的に必要であると認められる場合には合憲とされるべきであると説いた。そして、同裁判官は、第一に当該条項が制定に至るまでの間、人種中立的な手段が建設業界における過去の人種差別を是正する手段としては効果を示さなかったことを連邦議会が認識していたということ、第二に当該条項が時限立法であるということ、第三に本件条項が定める 10 パーセントという数値は連邦議会の裁量権の行使として妥当と認められる値であるということ、第四に右条項に義務を免除する規定が存在していること、という四点を指摘した上で、本件アフーマティヴ・アクションにおいては、当該立法目的との関係で合理的な手段が採用されていると判示した¹⁷⁰。加えて、**Powell** 裁判官は、「人種を意識した」(race-conscious) 是正措置によって、その是正に関する負担のうち過大なものを過去の人種差別に加担していない個々の白人に課すようなことがあってはならないと述べると共に、当該アフーマティヴ・アクションはこれにはあたらないと結論づけた¹⁷¹。

Marshall 裁判官は、結果同意意見において、過去の人種差別の弊害を是正する目的で政府が人種的分類を利用する場合、かかる政府による人種的分類の利用は「疑わしい」ものとはいえないと認定した。そして、同裁判官は、過去の人種差

¹⁶⁹ *Id.* at 497-99.

¹⁷⁰ *Id.* at 499.

¹⁷¹ *Id.* at 497-98.

別の弊害を是正する目的で政府が人種的分類を利用する場合、一部の白人に対しては不利益を課すかもしれないと指摘したが、他方で、「疑わしき分類」の対象とは、「疎外されていたり、歴史的あるいは意図的に不平等な取り扱いを受けていたり、政治的に無力な地位に追いやられているために、多数者支配的な政治プロセスから特別に守られるべき」クラスとされるため、そもそも白人というクラスはそれには該当せず、伝統的な「疑わしき分類」の要件を欠いていると主張した。さらに、**Marshall** 裁判官は、本件で問題となった条項は過去の人種差別の弊害を是正することを目的とするものであり、**stigma** を押しつけるものではないと説き、かかる条項には厳格審査基準を適用すべきではないと説示した。そして、同裁判官は、政府による人種的分類の利用が表面上良性であっても事実上悪性の可能性があるため、当該条項の合憲性は「合理性の基準」の下ではなく、中間審査基準の下で審査されるべきであると述べた¹⁷²。**Marshall** 裁判官は、本件アファーマティヴ・アクションの目的の正当性について、当該条項の目的は、人種的マイノリティが政府調達契約から排除されているという過去の人種差別の弊害を是正するというものであるが、かかる目的は、重要な政府の利益を実現するものとして容認されると判示した¹⁷³。本件アファーマティヴ・アクションの目的を実現するための手段の整合性について、同裁判官は、本件で問題となった人種的マイノリティ系企業に対する補助金の配分は、いわゆる割当制度に該当するものではなく、さらに、公共工事のために毎年アメリカ合衆国が費やす予算のうち当該人種的マイノリティが所有する企業に対する補助金が占める割合は非常に僅かなものであると指摘し、それゆえ、当該条項においては、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を有する手段が採用されていると結論づけた¹⁷⁴。

反対意見を執筆した **Stewart** 裁判官は、合衆国憲法の平等保護条項が政府による「不快な」 (*invidious*) 差別を禁止するものであると指摘した上で、政府は人種の上に依拠してその国民に損害を与えるような政策を採ることはできないと判示した。さらに、同裁判官は、個人の皮膚の色、出身国というものは不変的要素であり、合衆国憲法上許容される公益の実現とは何らの関連性も有していないと

¹⁷² *Id.* at 519.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Ibid.*

説いた。そして、**Stewart** 裁判官は、どのようなものであっても人種に基づく区別は明らかに憲法上容認し得ない差別であると指摘し、さらに、このような人種に基づく区別が憲法上容認し得ない差別であるというルールは、区別されるのがいかなる人種、皮膚の色、出身国の者であろうとも妥当すると説示すると共に、このルールは連邦機関をも含む合衆国のすべての議会に妥当すると説き、当該条項は合衆国憲法修正 5 条の適正手続条項に含まれる平等保護の要請に違反すると結論づけた¹⁷⁵。

第 2 項 Fullilove 判決の意義について

本判決で **Burger** 長官は、連邦議会には、合衆国憲法により公共の福祉を実現する権限、合衆国憲法の平等保護条項の理念を法律により具体化する権限が与えられており、それゆえ、連邦最高裁が連邦議会制定法の合憲性を審査する際には、当該連邦議会制定法に対して敬讓を払うべきであると判示した。すなわち、同長官は、連邦議会がアファーマティヴ・アクションの実施につき広範な裁量を有しているため、連邦最高裁は、連邦議会が実施するアファーマティヴ・アクションに対して、厳格な司法審査基準を適用すべきではないと判示したのである。**Burger** 長官は、本判決において、具体的にどのような司法審査基準を適用すべきか明示していないが、合理性の基準のような立法部に敬讓的な司法審査基準を本件に適用すべきであるということを示唆していることは明らかであろう¹⁷⁶。

¹⁷⁵ *Id.* at 531-32.

¹⁷⁶ **Bruger** 長官は、本判決において、具体的にどのような司法審査基準を適用すべきか明示しなかったが、この点について、**Souther** 裁判官は、後の **Adarand** 判決において、**Bruger** 長官は、**Fullilove** 判決において、合衆国憲法の平等保護条項との抵触が問題となる事件で連邦最高裁が採用する司法審査基準は、厳格審査基準、中間審査基準、合理性の基準という個別の概念からなる三つの司法審査基準ではなく、スライディング・スケールといった弾力的な幅のある司法審査基準の適用を想定していたと指摘する。この点については、**Adarand**, *supra* note 31, at 267-68 を参照。また、**Burger** 長官は、本判決において、本件で問題となったアファーマティヴ・アクションは、たとえ厳格審査基準が適用されたとしても合憲であると述べている。以上の点については、**Fullilove**, *supra* note 162, at 491-92 を参照。

Powell 裁判官は、本件の同意意見において、政府による人種的分類の利用を合衆国憲法は禁止していないが、政府による人種的分類の利用は、本質的に「疑わしい」ため、政府による人種的分類の利用に対しては、厳格審査基準が適用されるべきであると説示した。その上で、同裁判官は、本件アファーマティヴ・アクションの目的の正当性について検討を行い、本件条項では当該立法目的との関係で合理的な手段が採用されていると認定した。このように、Powell 裁判官は、本件に厳格審査基準を適用すると宣言したものの、手段審査においては、当該立法目的との関係で合理的関連性があることの立証を政府側に求めるに過ぎなかった。つまり、同裁判官は、連邦議会制定法を州議会制定法とは異なって取り扱い、手段審査において政府側に対し、厳格審査基準よりも相当緩やかな立証を課すにとどめたのである。したがって、本件において、Powell 裁判官は当該アファーマティヴ・アクションに対して、厳格審査基準を適用することを宣言したものの実質的には連邦議会制定法に対して敬讓を払った司法審査を行ったと考えることができよう¹⁷⁷。

本判決で結果同意意見を執筆した Marshall 裁判官は、人種を考慮する当該条項が過去の人種差別の弊害を是正することを目的とするものであり、stigma を押しつけるものではないと指摘し、それゆえ、本件には厳格審査基準を適用すべきではないと判示した。一方で、同裁判官は、政府による人種的分類の利用が表面上良性であっても事実上悪性の可能性があるため、かかる疑念を払拭するために、当該条項の合憲性は中間審査基準の下で審査されるべきであると説いた。すなわち、Marshall 裁判官は、当該アファーマティヴ・アクションが採用する人種的分類が特定の人種グループに対して stigma を押しつけるものか否かを炙り出すことを目的に、本件には厳格審査基準や合理性の基準ではなく中間審査基準を適用すべきであると判示したのである。

本判決で反対意見を執筆した Stewart 裁判官は、Burger 長官、Powell、Marshall 各裁判官の立場とは異なり、当該立法目的の正当性および右立法目的を実現するための手段の整合性を問うまでもなく、政府による人種的分類の利用は、すべて合衆国憲法の禁止するものであるという立場を示した。

¹⁷⁷ 釜田泰介「連邦議会による Affirmative Action と法の平等保護——Fullilove v. Klutznick, 100 S. Ct. 2758 (1980) (連邦最高裁公法判例の動向 [一九七九～八〇年開廷期])」判例タイムズ 451 号 (1981 年) 11 頁参照。

以上のように、本件においては、連邦最高裁の各裁判官の見解が、第一に連邦議会の裁量を広範に容認する立場、第二に人種的分類を「疑わしき分類」とする立場、第三に人種的分類を「疑わしき分類」としない立場、第四に政府による人種的分類の利用それ自体を違憲とする立場、という四つの立場に明確に分かれた¹⁷⁸。このような背景には、それぞれの裁判官の連邦議会への敬讓の程度の違いというものがあるように思われる。連邦議会に対する敬讓の程度の違いはあるものの、本判決において、**Powell**、**Marshall**、**Stewart** 各裁判官は、政府による人種的分類の利用につき、連邦議会に対して敬讓を示しているが、**Stewart** 裁判官はそのような姿勢を示していない。

¹⁷⁸ 同論文、10-11 頁参照。松田聡子教授は、この時期の連邦最高裁は司法審査基準につき、統一的な見解を示せていなかったと指摘する。以上の点については、松田聡子「人種差別解消のためのアファーマティブ・アクションと逆差別——Croson 判決をめぐって」帝塚山学院大学研究論集 25 卷（1990 年）13 頁を参照。

第3節 条例に基づくアファーマティヴ・アクションと Croson 判決

第1項 Croson 判決の概要について

Bakke 判決の約 10 年後の 1986 年、Burger 長官に代わり、Rehnquist 裁判官が連邦最高裁長官に就任した。Rehnquist Court では、教育、公共事業、雇用といった社会のさまざまな領域におけるアファーマティヴ・アクションの合憲性が審査された。さらに、これらの事件のうち、一件を除くすべての事件が人種的分類を利用したアファーマティヴ・アクションの合憲性をめぐる事件であった

¹⁷⁹。

Croson 判決では、公共事業を請け負った業者がその契約額の 30 パーセントを人種的マイノリティが所有する下請業者に留保するよう求めるリッチモンド市の条例が問題となった。原告である Croson 社は、公共事業の請負契約を得ることができなかったため、当該条例が合衆国憲法の平等保護条項に違反するとして訴えを提起した¹⁸⁰。

本件では、O'Connor 裁判官が執筆した意見のうち Rehnquist 長官、White、Kennedy、Stevens 各裁判官が同調した部分が法廷意見となった。O'Connor 裁判官は、政府による人種的分類の利用は「極めて疑わしい」(highly suspect)と述べると共に、厳格審査基準を適用しなければ、政府による人種的分類の利用が良性の救済目的のためであるのか、人種的劣等性という道徳的に不正な概念あるいは、あからさまな人種的政治力学によって動機付けされているのか否かを判断することはできないと判示し、本件に厳格審査基準を適用した¹⁸¹。本件で問題となったアファーマティヴ・アクションの目的の正当性について、O'Connor 裁判官は、合衆国憲法修正 14 条 5 項により、連邦議会には、合衆国憲法修正 14 条の諸規定を執行する憲法上の権限が与えられており、それゆえ、連邦議会は、過去の人種差別とそれに起因する弊害が存在しているという認定を行うことなく、社会に人種差別が存在するということを理由に、これを是正するための人種を意識したアファーマティヴ・アクションを実施することができると説いた。他

¹⁷⁹ 吉田仁美「レーンキスト・コートとアファーマティヴ・アクション」宮川成『アメリカ最高裁とレーンキスト・コート』（早稲田大学比較法研究業書 36 号、2009 年）275 頁参照。

¹⁸⁰ Croson, *supra* note 112, at 469-70.

¹⁸¹ *Id.* at 470.

方で、同裁判官は、合衆国憲法修正 14 条 1 項が州の権限に対する明示的な制約を規定したものであるため、州や地方自治体には、かかる連邦議会が有する権限は認められないと主張し、それゆえ、州や地方自治体は、アファーマティヴ・アクションの正当化につき、過去の人種差別とそれに起因する弊害が存在するということの立証を通じて、当該アファーマティヴ・アクションに道徳的に不正な意図が働いていないことを明らかにしなければならないと指摘した。しかし、リッチモンド市側は、その立証に成功しなかった¹⁸²。次に、本件アファーマティヴ・アクションの目的を実現するための手段の合理性について、O'Connor 裁判官は、リッチモンド市の条例は、黒人、ヒスパニック系、東洋系、インド系、エスキモー系、アレウト族の人々が所有する企業もその対象としている点で、あからさまな人種的政治力学に基づいているという疑念があると述べ、それゆえ、たとえば、リッチモンド市が市の建設業界において過去に人種差別があったことの立証に成功したとしても、当該条例が定める割当制度に基づくアファーマティヴ・アクションを正当化することにはならないと結論づけた¹⁸³。

本判決で結果同意意見を執筆した Scalia 裁判官は、O'Connor 裁判官が採用した厳格審査基準の適用の仕方を批判した。その上で、Scalia 裁判官は、合衆国憲法上、政府による人種的分類の利用が容認されるのは、第一に政府が過去から継続的に行ってきた人種差別を自ら終わらせる場合、第二に合衆国憲法の平等保護条項に違反するような重大な不正をも見逃さなければならないほど「劇的に切迫した緊急事態」(imminent danger)を回避するために、人種的分類の利用が唯一利用可能な手段として「絶対的に必要な」(absolutely necessary)場合だけであると明確に指摘した¹⁸⁴。

また、本判決では、Marshall 裁判官が執筆した反対意見に Blackmun、Brennan 各裁判官が同調した。Marshall 裁判官は、本件には中間審査基準が適

¹⁸² O'Connor 裁判官は、南北戦争後、州による人種差別を禁止するために合衆国憲法修正 14 条が制定されたという歴史的事実があるため、人種を意識したアファーマティヴ・アクションの実施につき、連邦議会と同様の権限を州や地方自治体に与えることは、起草者意思に反するというのである。

¹⁸³ Croson, *supra* note 112, at 471.

¹⁸⁴ *Id.* at 471-72.

用されるべきであると説示した¹⁸⁵。そして、本件で問題となったアファーマティヴ・アクションの目的の正当性について、同裁判官は、過去の人種差別の弊害を是正するといリッチモンド市の条例の目的は、重要な政府の利益を実現するものであると判示した¹⁸⁶。次に、本件アファーマティヴ・アクションの目的を実現するための手段の整合性について、Marshall 裁判官は、まず、当該条例が一時的なものであること、次に右条例には 30 パーセントの割当制度を免除する規定があること、そして、最後にかかる条例が第三者に及ぼす影響が僅かであることを指摘し、本件条例は、重要な政府の利益の実現という目的との関係で実質的関連性を有する手段を採用していると結論づけた¹⁸⁷。

第 2 項 Croson 判決の意義について

本件の法廷意見において、O'Connor 裁判官は、政府による人種的分類の利用が良性の救済目的のためであるのか、人種的劣等性という道徳的に不正な概念あるいは、あからさまな人種的政治力学によって動機付けされているのか否かを「炙り出す」(smoke out) ために厳格審査基準を適用すると説示した¹⁸⁸。すなわち、Croson 判決において、同裁判官は、政府による人種的分類の利用に対する厳格審査基準の適用が、「実際には悪性であるにもかかわらず、良性であるかのように装っている政府による人種的分類の利用を炙り出す¹⁸⁹」ことを目的としたものであると判示したのである。

さらに、O'Connor 裁判官は、人種的マイノリティに向けられた立法で、かかる人種的マイノリティに対する保護を政治過程に期待できない場合、つまり、民主過程が人種的マイノリティの人権を侵害する蓋然性が高い場合、当該立法には

¹⁸⁵ *Id.* at 743-44.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ *Id.* at 519-21.

¹⁸⁹ Gisburg 裁判官は、Croson 判決で O'Connor 裁判官が採用した厳格審査基準の適用方法についてこのような説明を行っている。この点については、Adarand, *supra* note 31, at 275 を参照。

厳格審査基準が適用されるべきであるという Ely の学説¹⁹⁰に依拠しながら、
「黒人であろうと白人であろうと、政治的マジョリティを形成した方が不当な憶測や不十分な事実に基づいて、人種的マイノリティにさまざまな負担や不利益をもたらしかねないという事実は、より厳格な司法審査基準の適用を促す¹⁹¹」と述べている。この Croson 判決の被告であるリッチモンド市は、市の人口のほぼ 50 パーセントが黒人であり、かつ、市議会の 9 議席のうち 5 議席が黒人によって占められており、同市の政治過程におけるマジョリティは黒人であったことから、本判決において、O'Connor 裁判官は、さまざまな人種的マイノリティの人々が所有する企業をもその対象としている点で、同市の計画には、あからさまな人種的政治力学に基づいているのではないかという道徳的な疑念、つまり、黒人が同市の政治過程におけるマイノリティである白人に対して負担や不利益を課しているという疑念が存在するとして、かかる疑念を炙り出すことを目的に本件に厳格審査基準を適用したのである。

本件で O'Connor 裁判官は、厳格審査基準の適用の下、目的審査において、当該アファーマティヴ・アクションの正当化につき、リッチモンド市は過去の人種差別とそれに起因する弊害が存在するということを立証しなければならないと述べたが、アファーマティヴ・アクションの目的を実現するための手段として、政府側は是正に必要な負担配分の公平性に配慮した施策を採用することが可能であるという点を考えると、このような O'Connor 裁判官の姿勢、すなわち、過去の人種差別の加害者と被害者を特定し、被害者のみを救済するという姿勢は厳しすぎるのではないだろうか¹⁹²。また、本判決で問題となったアファーマティヴ・アクションは、リッチモンド市議会で可決され、さらに、連邦議会によるアファーマティヴ・アクションと同じような内容を持つものであることに鑑みれば、本件には Fullilove 判決が先例として適用されるべきであったという指摘がある¹⁹³。

¹⁹⁰ John Hart Ely, *The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination*, 41 U. CHI. REV. 723, 739 (1974).

¹⁹¹ Croson, *supra* note 112, at 495-96.

¹⁹² 検討にあたっては、松田、前掲注（178）23 頁を参照した。

¹⁹³ さらに、この点につき、松田教授は、連邦議会であれ市議会であれ、民主過程としては同様であると指摘する。以上の点については、同論文 22 頁を参照。

本判決で結果同意意見を執筆した **Scalia** 裁判官は、合衆国憲法上、政府による人種的分類の利用が容認されるのは、第一に政府が過去から継続的に行ってきた人種差別を自ら終わらせる場合、第二に合衆国憲法の平等保護条項に違反するような重大な不正をも見逃さなければならないほど劇的に切迫した緊急事態を回避するために、人種的分類の利用が唯一利用可能な手段として絶対的に必要な場合だけであると明確に判示し、政府による人種的分類の利用が容認されるのは右要件に該当する場合に限定されるべきであるという見解を示した。**Scalia** 裁判官は、個人主義的平等観を信奉しているように思われるが、このような同裁判官の見解に依拠すれば、厳格審査基準の適用の下、アファーマティヴ・アクションが容認されるのは、極めて例外的な場合に限定されるであろう¹⁹⁴。

地方公共団体による人種的分類を利用したアファーマティヴ・アクションを違憲とした **Croson** 判決は、当時のアメリカ社会に大きな影響を与え、この判決の後、アメリカの他の地方公共団体において、アファーマティヴ・アクションの廃止や見直しが相次いだとされる¹⁹⁵。

¹⁹⁴ RONALD DWORKIN, *supra* note 38, at 416、ロナルド・ドゥオーキン、小林公ほか訳、前掲注（38）544 頁参照。

¹⁹⁵ Charles Fried, *Affirmative Action After City of Richmond v. J. A. Croson Co.: A Response to the Scholar's Statement.*, 99 YALE L. J. 155 (1989).

第4節 放送免許制をめぐるアファーマティヴ・アクションと Metro Broadcasting, Inc.判決

第1項 Metro Broadcasting, Inc.判決の概要について

1990年の Metro Broadcasting, Inc.判決では、FCC（連邦通信委員会）の付与する放送免許に関する二つのアファーマティヴ・アクションが、合衆国憲法修正5条の適正手続条項に含まれる平等保護の要請に違反するとして争われた。この事件で問題となったアファーマティヴ・アクションの一つは、放送局の経営者が放送免許の更新を受けられなかったことなどを理由に、放送局を売却せざるを得なくなった場合、人種的マイノリティが所有する企業に市場価格以下の価格で当該放送局を売却することを認めるものであった。さらに、もう一つのアファーマティヴ・アクションは、FCCが新規に放送免許を付与する企業を選抜する際に、人種的マイノリティが所有し、経営に参画しているという点を、マス・メディアの経営権の多様化、放送予定の番組内容、過去の放送歴といったその他の考慮すべき諸要素と共に一要素として積極的に評価するというものであった¹⁹⁶。

Brennan 裁判官が執筆した法廷意見に White、Marshall、Blackmun、Stevens 各裁判官が同調した。Brennan 裁判官は、本件で問題となったアファーマティヴ・アクションは、連邦議会の権限に基づくものであるということを強調し、地方公共団体の条例が問題となった Croson 判決は、本件の先例とはならないと判示した。その上で、同裁判官は、過去の人種差別とそれに起因する弊害を是正することを目的とした救済的（remedial）なアファーマティヴ・アクションでなくとも、連邦議会の権限に基づくアファーマティヴ・アクションが、重要な政府の利益を実現するためのものであり、さらに、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を有する良性なものであることの立証に政府側が成功すれば、当該アファーマティヴ・アクションは、容認されると判示した¹⁹⁷。つまり、Brennan 裁判官は、本件に中間審査基準を適用したのである。本件アファーマティヴ・アクションの目的の正当性について、Brennan 裁判官は、放送業界に人種的マイノリティが極めて少ないのは、過去の人種差別とその弊害に起因すると連邦議会は認定しているが、連邦議会および FCC は、それを

¹⁹⁶ Metro Broadcasting, Inc., *supra* note 31, at 547-48.

¹⁹⁷ *Id.* at 565.

是正するためではなく、放送内容の多様化を促進するために、当該アファーマティヴ・アクションを採用したと指摘した。そして、同裁判官は、放送内容の多様化を促進するという当該アファーマティヴ・アクションの目的は、重要な政府の利益を実現するものであると認められると判示した¹⁹⁸。次に、本件アファーマティヴ・アクションの目的を実現するための手段の整合性について、**Brennan** 裁判官は、連邦議会および **FCC** が人種的マイノリティの所有する放送局の増加と放送内容の多様化について、相関関係を認めていると指摘した。その上で、同裁判官は、**FCC** が人種中立的な手段では放送内容の多様化を達成できないことを長年の経験を通じて十分認識した上で、当該アファーマティヴ・アクションを採用したと述べ、右アファーマティヴ・アクションは、当該目的との関係で実質的な関連性を有していると結論づけた¹⁹⁹。

本件では **O'Connor** 裁判官が執筆した反対意見に **Rehnquist** 長官、**Scalia**、**Kennedy** 各裁判官が同調した。**O'Connor** 裁判官は、政府による人種的分類の利用に対しては、厳格審査基準が適用されるべきであると述べた²⁰⁰。そして、本件で問題となったアファーマティヴ・アクションの目的の正当性について、同裁判官は、放送内容の多様化を促進するという当該アファーマティヴ・アクションの目的は、人種や民族が行動や思考の内容を決定するという想定に基づくものであり、人種に基づく優遇や偏見の可能性を排除することができず、容認できないと説示した²⁰¹。次に、**O'Connor** 裁判官は、本件アファーマティヴ・アクションの目的を実現するための手段の整合性について、法廷意見は、中間審査基準を適用し、当該アファーマティヴ・アクションの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が認められると述べたが、かかるアファーマティヴ・アクションは、目的と手段との関連性において、合理的関連性を有しているに過ぎず、中間審査基準の要件を満たしていないと判示した²⁰²。さらに、同裁判官は、**FCC** が放送内容の多様化と放送局の所有者の人種や民族との間に厳密な相関性が

¹⁹⁸ *Id.* at 566

¹⁹⁹ *Id.* at 597.

²⁰⁰ *Id.* at 603.

²⁰¹ *Id.* at 602.

²⁰² *Id.* at 626.

あることを立証できない限り、当該アファーマティヴ・アクションは、人種に基づく不合理なステレオタイプに基づくものであると見なさざるを得ず、容認できないと結論づけた²⁰³。

第2項 Metro Broadcasting, Inc.判決の意義について

この Metro Broadcasting, Inc.判決までのアファーマティヴ・アクションの合憲性をめぐる連邦最高裁判決では、アファーマティヴ・アクションの目的の正当性に関して、厳格審査基準の適用の下、政府が自ら行った過去の人種差別に対する救済という目的のみが容認されてきた。しかし、本判決において法廷意見を執筆した Brennan 裁判官は、中間審査基準を適用し、政府が自ら行った過去の人種差別に対する救済とは直接的な関連性を有さない放送内容の多様化というアファーマティヴ・アクションの目的を容認した²⁰⁴。この点について、Stevens 裁判官は、後の Adarand 判決において、Metro Broadcasting, Inc.判決で問題となったアファーマティヴ・アクションの目的が、放送における人種的多様性を確保することによる過去の人種差別の弊害の是正と人種的多様性の促進という将来的な利益の実現であったと指摘する²⁰⁵。したがって、本件で問題となったアファーマティヴ・アクションが目的とする重要な公的利益の実現とは、第一に放送における過去の人種差別の弊害を是正すること、第二にアメリカ社会における人種的多様性を促進すること、の二点であると考えることができよう。また、この Metro Broadcasting, Inc.判決で法廷意見は、連邦政府によるアファーマティヴ・アクションの実施につき、連邦議会の有する立法裁量に最大の敬意を示した上で、政府による人種的分類の利用が表面上良性であっても事実上悪性の可能性があるという疑念を払拭するために、中間審査基準を適用し、司法審査を行った。この点につき、Metro Broadcasting, Inc.判決は、先例である Fullilove 判決の Marshall 裁判官の結果同意見を想起させる。また、この Metro Broadcasting,

²⁰³ *Id.* at 617.

²⁰⁴ Neal Devins, *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC: Requiem for a Heavyweight*, 69 TEX. L. REV. 125, 127 (1990).

²⁰⁵ Adarand, *supra* note 31, at 257.

Inc.判決は、アファーマティヴ・アクションに否定的な見解を示す連邦最高裁の保守派の裁判官に対するリベラル派の裁判官の勝利であるといわれる²⁰⁶。

本件で反対意見を執筆した O'Connor 裁判官は、放送内容の多様化を促進するという当該アファーマティヴ・アクションの目的は、人種や民族が行動や思考の内容を決定するという想定に基づくものであり、人種に基づく優遇や偏見の可能性を排除することができず、容認できないと判示した。Ronald Dworkin は、かかる O'Connor 裁判官の指摘は、放送内容の多様化を促進するという利益を根拠に、FCC は、黒人的、アジア的、アラブ的といった視点を特定した上で、好ましい見解を述べそうにないと FCC が考える人種や民族グループには放送免許を付与しないかもしれないという懸念の表明であると指摘している²⁰⁷。

以上でみたように、Meterobroadcasting, Inc.判決までの Rehnquist Court においては、連邦最高裁の裁判官たちは人種的分類を利用したアファーマティヴ・アクションに対して、どのような司法審査基準を適用すべきか意見が一致せず、人種的分類を利用したアファーマティヴ・アクションに対する司法審査基準の適用をめぐる論争が展開されたのである²⁰⁸。

²⁰⁶ 西村裕三「FCC の放送免許に関する 2 種類のマイノリティ優遇措置は、合衆国憲法第 5 修正に含まれる平等保護の要請に違反しないとされた事例——Metro Broadcasting, Inc. v. FCC, _ U.S. _, 110 S. Ct. 2997 (1990)」日米法学会『アメリカ法』[1992-1] (1992) 116 頁参照。

²⁰⁷ RONALD DWORKIN, *supra* note 38, at 421-22、ロナルド・ドゥオーキン、小林公ほか訳、前掲注 (38) 550-51 頁参照。また、Neal Devins 教授による同様の指摘がある。以上の点については、Neal Devins, *supra* note 204, at 155 を参照。

²⁰⁸ 第 6 章第 1 節で検討を行う Adarand 判決において、O'Connor 裁判官がいかなる人種を対象としたものであろうとも、政府による人種的分類の利用であれば、厳格審査基準が適用されると宣言するまで、政府による人種的分類の利用に対して、どのような司法審査基準を適用するのが妥当かという点につき、意見が一致しなかった。以上の点については、安西、前掲注 (31) 229 頁、井上、前掲注 (31) 43 頁を参照。

第6章 厳格審査基準の適用をめぐる判例理論の展開

第1節 連邦政府調達契約におけるアフーマティヴ・アクションと Adarand 判決

第1項 Adarand 判決の概要について

1989年、合衆国運輸省の不動産・高速道路部（Central Federal Lands Highway Division）は、Mount Gravel社とコロラド州での高速道路建設の契約を締結した。そして、当該契約においては、高速道路建設事業の元請業者が「社会的、経済的に差別されてきた個人」の所有する下請業者を選んだ場合、政府から追加の助成を受けることができるという規定が設けられていた。連邦政府のほとんどの公共事業請負契約には、このような条項を含めることが要求されており、また、その条項において、「社会的、経済的に差別されてきた個人」とは、黒人、ヒスパニック系、ネイティブ・アメリカン系、アジア系、その他のマイノリティと「小規模事業法」（small business act）に従って不利益を被っているとされる個人を指すと推定すべきであるとされていた。

Mountain Gravel社がガードレールの下請業者の入札を行った際、本件の原告である Adarand 社は、人種的マイノリティが所有する Gonzales 社よりも低い入札価格を示したにもかかわらず、同社に敗れ、契約を得ることができなかった。そこで、Adarand 社は、合衆国運輸省の不動産・高速道路部と Mount Gravel 社との間で締結された契約書における「『社会的・経済的に差別されてきた個人』とは、黒人、ヒスパニック系、ネイティブ・アメリカン系、アジア系、その他のマイノリティと小規模事業法に従って不利益を被っているとされる個人を指すと推定すべきである」とする条項が合衆国憲法修正5条の適正手続条項に含まれる平等保護の要請に違反するとして訴えを提起した²⁰⁹。

O'Connor 裁判官が執筆した法廷意見に Rehnquist 長官、Kennedy、Thomas、Scalia 各裁判官が同調した。O'Connor 裁判官は、アフーマティヴ・アクションが連邦政府によるものであっても、またそれがどのような人種グループを対象としたものであっても、政府による人種的分類の利用に対しては、厳格審査基準が適用されるべきであると判示した。そして、同裁判官は、厳格審査基準が「理論上厳格であるが、事実上致命的」（strict in theory but fatal in fact）であるという概念を払拭したいと主張し、その上で、自身が執筆した Croson 判

²⁰⁹ Adarand, *supra* note 31, at 200.

決の法廷意見を引用し、政府による人種的分類の利用が良性の救済目的のためであるのか、人種的劣等性という道徳的に不正な概念あるいは、あからさまな人種的政治力学によって動機付けされているのか否かを判断するために、本件には厳格審査基準が適用されるべきであると説示した²¹⁰。さらに、O'Connor 裁判官は、連邦法に適用される合衆国憲法修正 5 条の下での合憲性判定基準は、州法に適用される合衆国憲法修正 14 条の下での合憲性判定基準と同様であると主張し、先例である Croson 判決に従い、本件に厳格審査基準を適用するために事件を連邦地裁に差し戻すと結論づけた²¹¹。

他方で、本判決において、一部同意・一部結果同意意見を執筆した Scalia 裁判官は、政府が過去の人種差別の弊害を「埋め合わせる」(make up) ために実施するアファーマティヴ・アクションに対して、やむにやまれぬ政府の利益を見出すことはできないと判示した²¹²。さらに、同裁判官は、過去の違法な人種差別の弊害を被った黒人は救済されなければならないが、合衆国憲法の下、そのような人種差別に対する補償をしなければならない人種グループあるいは補償を受けべき人種グループというものは存在しないと主張し、このような考え方は、個人を尊重する合衆国憲法の理念と相容れないと説示した。また、Scalia 裁判官は、州が個人に対して合衆国憲法の保障する法の平等保護を否定することは許されず、さらに、人種に基づいて法の平等保護を否定することも許されないと述べた。その上で、同裁判官は、正当かつ良性な目的に資するものであっても、政府が人種に基づく施策を追求することは、人種に基づく奴隷制度、人種に基づく特権、さらには、人種間の憎悪を助長し、将来に渡り悪影響を及ぼすと主張し、政府が行うアファーマティヴ・アクションは、厳格審査基準を満たすことはできないと結論づけた²¹³。

また、本判決では、Ginsburg 裁判官が執筆した反対意見に Breyer 裁判官が同調した。Ginsburg 裁判官は、法廷意見を執筆した O'Connor 裁判官が採用した厳格審査基準の適用は、実際には悪性であるにもかかわらず、良性であるかのよう

²¹⁰ *Id.* at 226.

²¹¹ *Id.* at 238-39.

²¹² *Id.* at 202.

²¹³ *Id.* at 239.

に装っている人種的分類の利用を「暴き出す」(ferret out) ことを目的としたものであると指摘し、その上で、O'Connor 裁判官が厳格審査基準の適用の根拠とするような「疑わしさ」(suspectness) に対しては、中間審査基準が適用されるべきであると判示した²¹⁴。

第2項 Adarand 判決の意義について

本判決において、O'Connor 裁判官は、「一貫性」(consistency) の原則を宣言したといわれる。この「一貫性」の原則とは、アファーマティヴ・アクションが、たとえ連邦政府によるものであっても、またそれがどのような人種グループを対象としたものであっても、およそ政府による人種的分類の利用に対しては、厳格審査基準が一貫して適用されるべきであるとするものである²¹⁵。すなわち、本判決において、O'Connor 裁判官は、*Metro Broadcasting, Inc.*判決の先例拘束性を否定したのである²¹⁶。他方で、O'Connor 裁判官は、本件の法廷意見において、政府による人種的分類の利用が良性の救済目的のためであるのか、人種的劣等性という道徳的に不正な概念あるいは、あからさまな人種的政治力学によって動機付けされているのか否かを判断するために厳格審査基準を適用すると説示すると共に、厳格審査基準は、「理論上厳格であるが、事実上致命的」であ

²¹⁴ *Id.* at 275-76.

²¹⁵ 藤井、前掲注(160) 171-72 頁参照。

²¹⁶ この点につき、君塚正臣教授は、連邦政府によるアファーマティヴ・アクションに限定していえば、*Fullilove* 判決、*Metro Broadcasting, Inc.*判決においては、合理性の基準や中間審査基準の適用の下、当該アファーマティヴ・アクションが合憲とされていると指摘する。以上の点については、君塚正臣「人種のアファーマティヴ・アクションと審査基準： *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 115 S.Ct.

2097(1995)」東海大学文明研究紀要 17 卷(1997 年) 33 頁を参照。

つまり、この *Adarand* 判決までは、連邦政府によるアファーマティヴ・アクションにつき、連邦最高裁は、連邦議会の有する立法裁量に最大限の敬意を払っていたと考えることができよう。

るという Gerald Gunther の指摘²¹⁷を払拭したいと述べ、厳格審査基準の形式的な適用を明確に否定した²¹⁸。すなわち、Adarand 判決において、O'Connor 裁判官は、実際には悪性であるにもかかわらず、良性であるかのように装っている人種的分類の利用を暴き出すことを目的に、政府による人種的分類の利用に対して厳格審査基準を適用することを明確に宣言すると共に、合衆国憲法の平等保護条項に抵触するような不正な立法意図を有するアファーマティヴ・アクションでなければ、当該アファーマティヴ・アクションが合憲とされる可能性があることを示唆したのである²¹⁹。

ところで、第3章第5節で述べたように、Ely は「疑わしき分類」に対して適用される「特別な審査」は、特に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で「本質的に完全な整合性」を要求する点で、道徳的に容認し得ない不正な立法意図を炙り出すものとしての機能を有すると説く²²⁰。Adarand 判決において、Ginsburg 裁判官は、O'Connor 裁判官が厳格審査基準の適用の根拠とするような「疑わしさ」に対しては、中間審査基準が適用されるべきであると判示したが、厳格審査基準は道徳的に不正な立法意図を炙り出す機能を有するという Ely の主張に依拠すると、厳格審査基準を適用しなければ、「疑わしき分類」の

²¹⁷ Gerald Gunther, *The Supreme Court 1971 Term-Foreword: In Search of Evolving Doctrine on Changing Court: A Model of for a Never Equal Protection*, 86 HARV. L. REV. 1, 8 (1972).

²¹⁸ RONALD DWORKIN, *supra* note 38, at 416-17、ロナルド・ドゥオーキン、小林公ほか訳、前掲注（38）544-45 頁参照。、Adam Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, 59 VAND. L. REV. 793, 808-9 (2006)。この点につき、吉田仁美教授は、本判決において、O'Connor 裁判官は、「一旦厳格審査基準が適用されると法律等が合憲とされることはまずない、という（非常に一般的な）理解を否定している」と指摘する。以上の点については、吉田仁美「＜研究ノート＞アファーマティヴ・アクションの退潮」同志社アメリカ研究 36 巻（2000 年）73 頁を参照。

²¹⁹ 同論文、同頁、井上、前掲注（31）51 頁参照。

²²⁰ JOHN HART ELY, *supra* note 111, at 146.

典型とされる人種的分類を利用した立法につき、道徳的に容認し得ない不正な意図を炙り出すことは困難であるように思われる。

以上から、本件で **O'Connor** が採用した厳格審査基準の適用方法は、外観上、露骨な差別の意図というものを容易には認めることのできないアファーマティヴ・アクション固有の性質に着目したものであるということができよう。また、先に述べたように、この **Adarand** 判決において、**O'Connor** 裁判官がアファーマティヴ・アクションを含めた政府による人種的分類の利用に対しては、厳格審査基準が適用されるべきであると明確に宣言した後、リベラル派の裁判官の多くがこの先例に従い、人種的分類を利用したアファーマティヴ・アクションに対して厳格審査基準を適用するようになった²²¹。

この **Adarand** 判決の後、同判決を受け、当時の **Clinton** 大統領は、今後アファーマティヴ・アクションを終わらせることはないが、その実施方法を修正していく必要があるという見解を示し、さらに、同大統領は、アファーマティヴ・アクションの実施につき、第一に定員割当制を採用しない、第二に当該アファーマティヴ・アクションの恩恵を享受すべきでない者を優遇しない、第三に逆差別が生じないようにする、第四に目的を実現した場合は、当該アファーマティヴ・アクションを終わらせる、という四つの指針を示した²²²。しかしながら、これらの内容は、これまでのアファーマティヴ・アクションの合憲性をめぐる連邦最高裁判決で繰り返し述べられてきたことであり、**Clinton** 大統領によって示されたこれら四つの指針は、その後のアファーマティヴ・アクションの実施につき、ほとんど影響を及ぼさなかったという指摘がある²²³。

²²¹ この **Rehnquist Court** において、**O'Connor** 裁判官が法廷意見を執筆した **Croson** 判決、**Adarand** 判決の厳格審査基準の適用に関する主要な部分は、その後の **Roberts Court** においても **Kennedy** 裁判官、さらには、**Ginsburg**、**Breyer**、**Sotomayor**、**Kagan** 各裁判官といったリベラル派の裁判官たちに支持されるに至っている。この点については、井上、前掲注（31）43 頁を参照。

²²² **Richard D. Kahlenberg**, *Class-Based Affirmative Action*, 84 CAL. L. REV. 1037, 1046-47 (1996).

²²³ *Id.* at 1047-56.

第2節 ロー・スクールの入学制度におけるアファーマティヴ・アクションと Hopwood 判決

第1項 Hopwood 判決の概要について

1996年の Hopwood 判決²²⁴では、テキサス州立大学オースティン校ロー・スクールが実施していた人種的分類を利用した入学制度が合衆国憲法の平等保護条項に違反するとして問題となった。同ロー・スクールでは、入学者選抜の第一段階として、大学での成績評価およびロー・スクール適性テスト（LSAT）の成績を指標化した Texas Index Number が主として用いられていた。

1992年の入学者選抜において、志願者は Texas Index Number の点数に基づいて、「合格が見込まれる」（presumptive admit）、「不合格が見込まれる」（presumptive deny）、「検討を要する」（discretionary zone）という三つのカテゴリーに分類され、さらに、これらのカテゴリーのうちのいずれに属するかによって、その後の入学者選抜の内容が異なっていた。具体的には、「合格が見込まれる」と認定された志願者のほとんどが、それ以上の審査を受けることなく合格とされ、さらに、「不合格が見込まれる」と認定された志願者のほとんどがそれ以上の審査を受けることなく不合格とされる一方で、「検討を要する」と認定された志願者は、さらに広範な審査を受けることになっていた。

他方で、当該ロー・スクールは、テキサス州内のすべての大学卒業生の人種構成とできるだけ一致するような5パーセントの黒人と10パーセントのメキシコ系からなる学生集団を実現するために、黒人とメキシコ系の志願者をそれ以外の志願者とは異なって取り扱った。たとえば、Texas Index Number の基準点は、黒人とメキシコ系の志願者を多く入学させるために低く設定されており、1992年の3月、黒人とメキシコ系の志願者の「合格が見込まれる」とされるための基準点は、189点であったのに対して、白人と当該アファーマティヴ・アクションの対象とはならない人種的マイノリティの「合格が見込まれる」とされるための基準点は、199点であった。また、黒人とメキシコ系の志願者の「不合格が見込まれる」とされる基準点は、179点であったのに対し、白人と当該アファーマティヴ・アクションの対象とはならない人種的マイノリティの「不合格が見込まれる」とされる基準点は、192点であった。さらに、同ロー・スクールは、入学志願書の評価について、異なる手続を設けており、当該ロー・スクールは、入学願

²²⁴ Hopwood v. Texas, 78 F. 3d 932 (5th Cir. 1996).

書を受け取ると直ちに人種毎に分類を行った。つまり、入学願書を評価する際にも人種が重要な役割を果たしたのである。

Hopwood を含む 3 人の原告は、いずれも白人であり、「検討を要する」とされた志願者であったが、1992 年の同ロー・スクールの入学試験で不合格とされた。Hopwood の Texas Index Number の得点は 199 点であり、Hopwood は「合格が見込まれる」のカテゴリーにかろうじて属したものの、彼女の大学時代の成績が過大評価されているという理由で、白人のテキサス州民である志願者のための「検討を要する」カテゴリーに入れられた。他の 3 人の原告は、いずれも Texas Index Number の得点が 197 点であり、「検討を要する」カテゴリーの中では上位の成績であった。そこで、原告らは、同ロー・スクールが、入学願書を評価する際、人種差別を行っていると指摘し、当該入学制度が合衆国憲法の平等保護条項に違反すると主張し、訴えを提起した²²⁵。

第 5 巡回区連邦控訴裁の「全員法廷」(en banc) は、合衆国憲法の平等保護条項の目的は、州が個人に対し人種に基づく恣意的な差別をしないようにすることであると説示し、たとえ良性の目的を有するものであっても人種に基づく分類に対しては、すべて厳格審査基準が適用されるべきであると判示した²²⁶。同連邦控訴裁は、裁判所が目的審査および手段審査を行う際には、合衆国憲法の平等保護条項が保障する諸権利が、個人に対して保障されたものであるという点に着目しなければならないと指摘し、それゆえ、これまで連邦最高裁は特定のグループの一員であることを唯一の根拠として、特定の個人を優遇すべきであるという主張を一貫して排除してきたと主張した。そして、第 5 巡回区連邦控訴裁は、以上のような合衆国憲法の平等保護条項の解釈に依拠した上で、当該ロー・スクールが入学者選抜にあたり、人種を一要素として考慮したことが同条項に違反するか否かを次に具体的に検討すると判示した。

第 5 巡回区連邦控訴裁は、高等教育における学生集団の多様性の実現を、やむにやまれぬ政府の利益として最初に認定したのは、Bakke 判決における Powell 裁判官の相対的多数意見であると述べると共に、同裁判官は、人種的に多様な学生集団がもたらす教育的効果を実現するという目的が、政府による人種的分類の限定的な利用を十分に正当化すると判示したと指摘した。そして、第 5 巡回区連

²²⁵ *Id.* at 935-38.

²²⁶ *Id.* at 940.

邦控訴裁は、人種的マイノリティの多様な見解は、憲法上の利益である学問の自由を促進することになると **Powell** 裁判官が主張したとも述べ、結局、**Powell** 裁判官は人種的に多様な学生集団を実現するために、さまざまな要素の中のうちの一要素として人種を考慮することは許されたとしながらも、異なる人種の志願者を相互に比較することなく、人種に基づく割当を行うような制度は許されないと判示したと指摘した。その上で、同連邦控訴裁は、ロー・スクールが多様な学生集団を実現するために人種を考慮することが、合衆国憲法の平等保護条項に照らし、やむにやまれぬ政府の利益を実現するものとはいえないと考えると述べ、**Bakke** 判決における **Powell** 裁判官の相対的多数意見は、この点に関する先例とは認められないと説示した。また、第 5 巡回区連邦控訴裁は、**Bakke** 判決以降、人種的考慮に関わる事件において、人種的多様性の価値を容認したのは、**Metro Broadcasting, Inc.**判決だけであると指摘すると共に、同判決の多数意見は、放送免許取得者の多様化を図る連邦法によるプログラムに厳格審査基準ではなく中間審査基準を適用して合憲としたが、その後、**Adarand** 判決において、連邦最高裁は人種的分類に適用する審査基準として中間審査基準を採用することを否定したと述べた。そして、第 5 巡回区連邦控訴裁は、**Adarand** 判決において **Metro Broadcasting, Inc.**判決が覆されたと述べ、さらに、**Bakke** 判決以降、厳格審査基準の適用の下、人種的多様性の価値をやむにやまれぬ政府の利益として容認した判決は一件もないと判示した。

第 5 巡回区連邦控訴裁は、合衆国憲法の平等保護条項の一般的原則に照らすと、高等教育における多様性の価値を実現するために、入学制度で人種を考慮することは合衆国憲法の平等保護条項の目的を推進するというよりは、むしろそれと矛盾するといえると指摘し、そのような入学制度は、人種的マイノリティの志願者を個人としてではなくグループとして扱っており、それは過去の人種差別の弊害を是正するという目的に適うかもしれないが、同時に不当な人種的ステレオタイプを強め、人種的憎悪を招くことになると主張すると共に、政府が人種的分類を利用すれば人種的劣等性の烙印を押すことになる恐れがあると説いた。そして、第 5 巡回区連邦控訴裁は、いわゆる良性の人種的分類がもたらす **stigma** の押しつけは、悪質な人種差別のもたらすそれと比べれば、有害ではないとする論者もあるが、現在の連邦最高裁はそのような立場を採っていないと指摘し、人種的多様性を実現するために政府が人種的分類を利用すれば、人種的考慮に基づく州の行為を禁止するという合衆国憲法の平等保護条項の究極の目的を損なうこと

になろうと判示した。さらに、同連邦控訴裁は、入学者の選抜にあたり、人種を積極的に考慮すべきとする **Powell** 裁判官の考え方は、実際には人種を重要な要素として取り扱う結果を招くと指摘し、考慮しうる他の要素の代用基準であろうとなかろうと多様な学生集団を実現するという目的のために人種を考慮することは、厳格審査基準を満たすようなやむにやまれぬ政府の利益を実現するものとは認められないと説示した²²⁷。

さらに、第 5 巡回区連邦控訴裁は、一般にアファーマティヴ・アクションを正当化するために、州が行った過去の人種差別の現存する弊害について、州は具体的な立証をしなければならないが、他方で、単に過去の社会的差別の現存する弊害を是正するという抽象的な目的は、やむにやまれぬ政府の利益を実現するものとは認められないと述べた。そして、同連邦控訴裁は、それゆえ、テキサス州の教育制度全体において、過去の人種差別の存在が認められれば、十分であるとする原審の判断も再検討を要すると指摘し、さらには、過去の人種差別の弊害が今もなお認められるのであれば、厳格審査基準を満たすとされるのかという点についても再検討しなければならないと判示した。加えて、第 5 巡回区連邦控訴裁は、厳格審査基準とはアファーマティヴ・アクションが救済のためであることを確認するものであると指摘した上で、当該ロー・スクールの入学制度がアファーマティヴ・アクションとして正当化されるためには、右ロー・スクールにおける過去の差別行為の存在が認められなければならないと、さらに、同ロー・スクールは、アファーマティヴ・アクションを正当化するような過去の人種差別の現存する弊害について立証しなければならないと判示した。また、同連邦控訴裁は、テキサス州が教育において、過去に人種差別を行ってきたという歴史的事実は否定することはできないと述べながらも、過去において人種差別行為を行った州の機関が実施しうる救済の範囲については、**Crosby** 判決が明確に限定していると説示した。そして、同連邦控訴裁は、原審の認定によれば、近年、テキサス大学においてあからさまな人種差別行為がなされたという根拠は認められないと指摘し、人種を意識した入学制度を正当化するための過去の人種差別の現存する弊害を是正するというやむにやまれぬ政府の利益の実現につき、当該ロー・スクールは立証に成功しておらず、したがって、右ロー・スクールの入学プログラムがその目

²²⁷ *Id.* at 944.

的と整合的に作られているか否かについては、判断する必要はないと判示した²²⁸。

第5巡回区連邦控訴裁は、たとえ憲法上容認される入学制度の下であっても原告らが不合格であったことを当該ロー・スクール側が立証できないならば、裁判所は原告に対して適当な衡平法上の救済に加え、あるいはそれに代えて損害賠償を認めることができると指摘すると共に、原告らの即時入学を命ずる代わりに、損害賠償を認めるべきか否かは連邦地裁の裁量に委ねられていると判示した。そして、同連邦控訴裁は、原審がすでに一定のエクイティ上の救済を認めていると説き、原告らは受験料等を負担することなく、あらためて入学志願することができるようにすべきであると原判決は命じているため、それに従えば、原告には人種差別をしない入学制度の下で志願する権利が認められるべきであると判示した。しかし、他方で、第5巡回区連邦控訴裁は、当該ロー・スクールが本判決の内容を誠実に順守するであろうと確信するので、入学者の選抜にあたり、志願者の人種を考慮してはならないとする差止命令を発する必要は認められないと指摘すると共に、原審の認定によれば、当該ロー・スクールは常に善意に基づいて行動してきたことが認められるため、原告の求める懲罰的損害賠償も認められないと結論づけた²²⁹。

第2項 Hopwood 判決の意義について

1978年の有名な **Bakke** 判決以降、初めて高等教育におけるアファーマティブ・アクションの合憲性が問題となった事件が、この **Hopwood** 判決である。**Adarand** 判決において、連邦最高裁は、連邦であれ州であれ、政府による人種的分類の利用に対しては、厳格審査基準が適用されるという立場を採ったが、本件で第5巡回区連邦控訴裁は、まさにその立場を踏襲した。しかしながら、本件で同連邦控訴裁が採用した厳格審査基準の適用方法は、**Adarand** 判決で採用されたものとは大きく異なるものであった。

連邦最高裁の保守派の裁判官たちは、州による過去の人種差別行為に対する救済という立法目的でなければ、やむにやまれぬ政府の利益に該当するとはいえないとする立場を採っているが、**Hopwood** 判決において、第5巡回区連邦控訴裁

²²⁸ *Id.* at 966.

²²⁹ *Id.* at 966-67.

は、このような連邦最高裁の立場を踏襲しており、テキサス州での教育における人種差別の歴史的事実を認定しながらも、当該ロー・スクールのアファーマティヴ・アクションが正当化されるためには、同ロー・スクール自身の過去の人種差別行為の認定がなされなければならないと判示した。すなわち、過去になされた具体的な差別行為に対する救済が当該アファーマティヴ・アクションの目的であるというためには、右アファーマティヴ・アクションの実施主体が自らによる過去の人種差別行為を立証しなければならないというのが本判決の立場なのである²³⁰。しかし、アファーマティヴ・アクションの目的が、なぜ特定の人種差別行為に対する救済でなければならない、社会的差別に対する救済は許されないのであろうか。この点につき、本判決でいう救済の概念は、「いわば不法行為法にいう『救済』（つまり、被害者＝受益者の関係が成り立つ救済）に限定しようとするもので、狭きに過ぎる」という西村裕三教授の指摘がある²³¹。すなわち、具体的に特定された人種差別行為に対する救済を目的としたアファーマティヴ・アクションであったとしても、それは、その受益者が当該差別行為によって損害を被ったことの立証を求められることなく、人種的マイノリティの人々を優遇しているのであるから、これを厳密な意味での救済、つまり、被害者＝受益者の関係が成り立つ救済であるといえるのか疑問であるというのである²³²。

本件で第5巡回区連邦控訴裁は、教育における多様性の価値を、やむにやまれぬ政府の利益として認定したものとして、**Bakke** 判決における **Powell** 裁判官の相対的多数意見をあげているが、連邦最高裁が人種的多様性の教育的な価値を認識したのは、実は1950年の **Sweatt** 判決²³³であるという西村教授の指摘がある²³⁴。この **Sweatt** 判決では、白人専用のテキサス州立大学ロー・スクールと州法により設けられた黒人専用ロー・スクールとの格差が問題となった。この **Sweatt** 判決において、**Vinson** 長官は、白人校と黒人校との間の設備や教育内容の格差に言及した上で、「ロー・スクールは、法律を学び、実務を経験する実験

²³⁰ 西村、前掲注（148）318頁参照。

²³¹ 同上参照。

²³² 同上参照。

²³³ **Sweatt v. Painter**, 339 U.S. 629 (1950).

²³⁴ 西村、前掲注（148）318-19頁参照。

の場であるから、法に関わりを持つ個人や諸制度から孤立しては効果的な教育はできない」と指摘すると共に、「法に関する考えや意見について、互いに交流することのない学問的真真空状態の中で、法を学ぼうとする学生や実務家はいないであろう」と説いた。この多様な学生集団は、重要な教育的資源であるという Vinson 長官の考え方が、Bakke 判決における Powell 裁判官の相対的多数意見に大きな影響を与えたと考えることができよう²³⁵。そして、この Bakke 判決における Powell 裁判官の相対的多数意見は、その後、先例として尊重され現在に至ることになる。また、1964 年の公民権法第 6 編を順守するよう監視している合衆国の教育省は、多様な学生集団が有する教育的効果を引き出すため、人種を意識した大学入学制度を一貫して支持してきた。さらに、多くのアメリカの大学は、Bakke 判決における Powell 裁判官の相対的多数意見に則り、入学者選抜において、さまざまな要素のうちの一要素として人種を積極的に評価し、より多様な学生集団を構築しようと努力してきた。アメリカの多くの大学は、人種的多様性を含む多様な学生集団は効果的な教育環境の創造に大きく貢献するものであり、それは、教員、図書館、あるいは実験設備に並ぶ重要性を有するものであると考えている。

ところで、Bakke 判決で Powell 裁判官は、人種的分類を利用した入学制度が、特定の人種またはグループに定員を割り当てるものではなく、人種をさまざまな要素のうちの一要素として考慮するにとどまる限り、いかなる州といえども何人に対しても法の平等な保護を拒んではならないという合衆国憲法の平等保護条項には違反しないと判示したが、第 5 巡回区連邦控訴裁は、この Hopwood 判決において、当該ロー・スクールの人種を意識した入学制度を違憲と結論づけた。さらに、本件において二人の裁判官は、Bakke 判決で示された上記のルールは明示的ではないにせよ覆されたと宣言した²³⁶。この第 5 巡回区連邦控訴裁の

²³⁵ 同論文、319 頁参照。

²³⁶ RONALD DWORKIN, *supra* note 38, at 387、ロナルド・ドゥオーキン、小林公ほか訳、前掲注（38）505 頁参照。Hopwood 判決に加わった 5 名の第 5 巡回区連邦控訴裁の裁判官のうち、Smith、DeMoss 各裁判官が、Bakke 判決は覆されたので、大学は学生集団の多様性を実現するための人種的分類を利用してはならないと判示した。以上の点については、Hopwood v. Texas, *supra* note 224, at 944 を参照。

判断は、ただちに大きな影響をもたらした。テキサス州立大学オースティン校ロー・スクールは、1996年には31名の黒人学生に入学許可を出していたが、このHopwood判決の翌年には僅かに4名の黒人学生にしか入学許可を出さなかった²³⁷。連邦最高裁は、このHopwood判決に対する上告を斥けたので、Hopwood判決は、第5巡回区連邦控訴裁の管轄内にあるテキサス州その他の州において先例拘束性を有していた。ワシントンD.C.に本拠地を置く「個人の権利センター」(Center for Individual Rights)という保守系の法律事務所は、Hopwood判決において、訴訟に加わり、テキサス州立大学を徹底的に攻撃していたが、1998年10月にはミシガン州において同種の訴訟を提起し、ミシガン州立大学の入学制度もまた合衆国憲法の平等保護条項に違反するものであると主張した²³⁸。それが次節以降で取り上げるGrutter判決²³⁹およびGratz判決²⁴⁰である。

²³⁷ RONALD DWORKIN, *supra* note 38, at 409、ロナルド・ドゥオーキン、小林公ほか訳、前掲注(38) 505頁参照。

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003).

²⁴⁰ Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003).

第3節 ロー・スクールの入学制度におけるアファーマティヴ・アクションと Grutter 判決

第1項 Grutter 判決の概要について

2003年の Grutter 判決では、ミシガン州立大学ロー・スクールが実施していた入学制度が問題となった。当該ロー・スクールの入学制度は、1992年、Bakke 判決における Powell 裁判官の相対的多数意見を参考に計画された。同ロー・スクールは、当該入学制度の目標として、「お互いを尊重し、お互いに学び合うさまざまなバックグラウンドを持った多様な学生集団の構築を目指す」ことを掲げていた。当該ロー・スクールは、大学における志願者の成績評価（GPA）を縦軸に、さらに、志願者のロー・スクール適性テスト（LSAT）の成績を横軸に示したグラフを作成し、全志願者の学業成績を視覚化していた。この図表では、最も高いロー・スクール適性テストの得点と大学での成績評価の組み合わせが、右上の角に示されていたが、かかる図表上の一定のラインより上位に位置しているすべての学生は入学が認められるが、そのラインよりも下位に位置するすべての学生の入学は認められないといったラインは示されていなかった。さらに、同ロー・スクールは、当該入学制度において、図式化されたかかる志願者の学業成績と共に、志願者のリーダーシップ、職業経験、推薦者の熱意、志願者の出身大学の教育の質、出願者が提出した小論文、志願者のユニークな才能、人種をはじめ学生集団の多様性に資するさまざまな要素を考慮した上で、最終的な入学者を決定していた。また、この入学制度では、特に、黒人、ヒスパニック系、先住民系などの人種的マイノリティを優遇しなければ、彼らが学生集団の中で「意義ある数」（critical mass）²⁴¹を占めることにはならないとされていた。

原告である Grutter は、ミシガン州に居住する白人女性であり、ミシガン州立大学ロー・スクールを受験し、補欠合格者リストに載せされたものの不合格となった。そこで、Grutter は、志願者の人種を意識した本件入学制度は、1964年の

²⁴¹ 人種的マイノリティの学生が、孤立したり疎外感を感じることなく、個人的な経験に基づいて、クラスで問題を自由に話し合うことを不快に感じないだけの数とされている。以上の点については、Grutter, *supra* note 239, at 318、吉田仁美「判例評釈 Grutter v. Bollinger, 288 F. 3d. 732 (2002)——Bakke 判決の基準をめぐって」関東学院法学 12 卷（1・2 号）（2002 年）194 頁を参照。

公民権法第 6 編、合衆国憲法の平等保護条項に違反するとして訴えを提起した²⁴²。

O'Connor 裁判官が執筆した法廷意見に Stevens、Souter、Ginsburg、Breyer 各裁判官が同調し、さらに、Scalia、Thomas 各裁判官が一部に同調した。

O'Connor 裁判官は、自身が執筆した Croson 判決の法廷意見を引用し、厳格審査基準を適用しなければ、政府による人種的分類の利用が良性の救済目的のためであるのか、人種的劣等性という道徳的に不正な概念あるいは、あからさまな人種的政治力学によって動機付けされているのか否かを判断することはできないと述べ、本件に厳格審査基準を適用した²⁴³。他方で、同裁判官は、Adarand 判決の法廷意見を引用し、厳格審査基準が Gunther の指摘するような「理論上厳格であるが、事実上致命的」な司法審査基準ではないと指摘し、政府が人種的分類を利用した立法を行った場合、当該立法には厳格審査基準が適用されるが、すべての人種的分類の利用が厳格審査基準の適用によって違憲とされるわけではないと判示した。O'Connor 裁判官は、本件における Bakke 判決の位置づけについて、Bakke 判決では、100 名の定員のうち 16 名を人種的マイノリティに割り当てた医学校の入学制度が問題となったと述べ、同判決では、これを合憲とする 4 人の裁判官と公民権法違反とする 4 人の裁判官とが対立したため、Powell 裁判官の意見が相対的多数意見となったと指摘した。さらに、O'Connor 裁判官は、Bakke 判決における Powell 裁判官の相対的多数意見は、人種的分類を利用した入学制度の合憲性に関する判断基準となってきたと述べた。また、Bakke 判決において、Powell 裁判官は、政府による人種的分類の利用が本質的に「疑わしい」ため、たとえ人種的マイノリティに対するアファーマティヴ・アクションであっても、かかる人種的分類の利用に対しては、厳格審査基準が適用されると判示したと O'Connor 裁判官は指摘した。そして、O'Connor 裁判官は、このような厳格審査基準の適用の下、Powell 裁判官が合憲としたのは、医学校が主張したさまざまな利益のうち、学生集団の多様性を実現することのみであったと判示した。さらに、O'Connor 裁判官は、Bakke 判決において、Powell 裁判官は、入学制度が「大学の自治」(freedom of a university) の範囲内で実施可能であると述べた

²⁴² Grutter, *supra* note 239, at 312-18

²⁴³ *Id.* at 326-27.

と指摘すると共に、同判決で **Powell** 裁判官は、人種が学生集団の多様性を実現するためのさまざまな要素のうちの一要素に過ぎないことを強調し、医学校が採用したような定員割当制は容認できないと結論づけたと説示した²⁴⁴。

本件アファーマティヴ・アクションの目的の正当性について、**O'Connor** 裁判官は、学生集団の多様性を実現するという当該入学制度の目的は、やむにやまれぬ政府の利益を実現するものとして認められると説き、さらに、ロー・スクールの教育的使命にとって学生集団の多様性が不可欠であるという教育的判断は、我々が尊重するところであると判示した。そして、同裁判官は、教育機関における学生集団の多様性は、人種間の相互理解を促進し、さらに、人種に基づくステレオタイプを打破することを促すため、学生が異なる人種の人々をより良く理解できるようにすると指摘した。また、**O'Connor** 裁判官は、下級審で提出された専門的研究とレポートの他に、多くの研究が学生集団の多様性は、教室における多様な討論をもたらし、人種的に多様な社会で学生が成功するための手助けとなることを示していると説いた。さらに、同裁判官は、教育の基本的役割は、我々の政治的文化的伝統という社会の基本構造を維持すること、すなわち、それは学生に就職や市民生活のための準備をさせることであり、我々はそのことの重要性を繰り返し述べてきたと説示した。加えて、同裁判官は、特にロー・スクールは、国家のリーダーの養成の場であり、それゆえ、市民の視点に立ったリーダーを養成するための道は、すべての人種と民族の優秀かつその資格のある個人に目に見えて開かれていなければならないと判示した²⁴⁵。次に、本件アファーマティヴ・アクションの目的を実現するための手段の整合性について、**O'Connor** 裁判官は、人種や民族をさまざまな要素のうちの一要素として積極的に考慮するような制度であれば、当該アファーマティヴ・アクションの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を有する手段といえるため、それを容認すると述べた。そして、同裁判官は、厳格審査基準をクリアするために、大学は人種的分類を利用した制度と同様な効果を有すると思われる実施可能な人種中立的な代替手段を真剣に検討しなければならないが、他方で、それは大学側にあらゆる人種中立的な代替手段を検討し尽くすことを求めるものではないと主張した。その上で、本件入学制度は、人種的マイノリティの入学者数にある程度関心を払って

²⁴⁴ *Id.* at 334.

²⁴⁵ *Id.* at 329.

いるが、定員割当制に該当するものではなく、「意義ある数」に到達するように誠意ある努力を求めるのみであったと同裁判官は指摘すると共に、右入学制度では、人種の他に外国での居住経験、数カ国語の言語に通じていることなど学生集団の多様性を実現するためのさまざまな要素が考慮されているという点、さらに、当該アファーマティヴ・アクションの存続期間が 25 年を目処としている点を O'Connor 裁判官は積極的に評価し、本件入学制度は、「志願者を個人として考慮する」(individualized consideration) ものであり、容認されると結論づけた²⁴⁶。

また、Scalia、Thomas 各裁判官の同意を得られた相対多数意見において、O'Connor 裁判官は、政府による人種的分類の利用はあまりに危険であり、人種的分類を利用した入学制度は、存続期間を定めなければならないと説示した。さらに、同裁判官は、本件ロー・スクールが人種的分類を利用した制度と同様の効果を有すると思われる実施可能な人種中立的な代替手段²⁴⁷を採用することが望まれると述べると共に、当該ロー・スクールが人種的分類を利用した制度を可及的速やかに廃止するとしている点を評価した。他方で、O'Connor 裁判官は、Powell 裁判官が高等教育のコンテキストにおいて、人種的分類の利用を容認してから 25 年が経過し、優秀な成績の人種的マイノリティの志願者の数は着実に増加していると指摘すると同時に、これから 25 年後には、学生集団の多様性を実現するためのアファーマティヴ・アクションが必要でなくなる社会になることを期待すると述べた²⁴⁸。

Ginsburg 裁判官は、同意意見において、相対多数意見が人種的分類を利用した制度の実施期限について言及した点に疑問があると述べた。加えて、同裁判官は、人種に基づく偏見および階級差別が現存しており、さらに、公教育における

²⁴⁶ *Id.* at 336.

²⁴⁷ その例として、たとえば、Hopwood 判決を受け、テキサス州議会が成立させた「トップ 10 パーセント法」(Top Ten Percent Law)に基づく、入学制度などがあげられよう。この「トップ 10 パーセント法」は、テキサス州が定めた基準を満たすテキサス州内の高等学校の成績上位 10 パーセントの生徒にテキサス州立大学の入学許可を無条件に与えるというものである。

²⁴⁸ Grutter, *supra* note 239, at 240, 343.

格差の問題も存在していると指摘し、今日の視座から次世代において人種差別が解消されることや真の平等が実現し、アファーマティヴ・アクションが不要になることを人々は期待するかもしれないが、それを予測することはできないと判示した²⁴⁹。

他方で、Rehnquist 長官が執筆した反対意見に Scalia、Kennedy、Thomas 各裁判官が同調した。Rehnquist 長官は、O'Connor 裁判官が採用した厳格審査基準の適用は、政府による人種的分類の利用が良性の意図（good motives）に基づくものであれば、それを容認するものであり、このような厳格審査基準の適用の仕方は誤っていると判示した²⁵⁰。さらに、本件で問題となったアファーマティヴ・アクションの目的を実現するための手段の整合性について、同長官は、当該入学制度は、単に入学者の人種構成を志願者の人種構成と等しくするだけであると指摘し、それゆえ、当該入学制度は、学生集団における人種的マイノリティの「意義ある数」を形成するものではなく、目的との関係で厳密な整合性を有していないと結論づけた²⁵¹。

また、Scalia 裁判官は、一部反対意見において、法廷意見が容認した教育的利益というものは、ロー・スクールや公教育の領域で教えられるものではないと指摘した。さらに、同裁判官は、州の教育機関による人種的分類の利用の合憲性について、法廷意見は明確な判定基準を示しておらず、その点につき、論争と訴訟が継続する恐れがあると述べた²⁵²。

Thomas 裁判官は、一部反対意見において、黒人は大学におけるアファーマティヴ・アクションに依らずとも、アメリカにおける生活のあらゆる面で自分自身の目標を実現することができると主張した。さらに、同裁判官は、伝統的な厳格審査基準の適用上、政府による人種的分類の利用が容認されるのは、第一に政府が過去から継続的に行ってきた人種差別を自ら終わらせる場合、第二に合衆国憲法の平等保護条項に違反するような重大な不正をも見逃さなければならないほどの「差し迫った公的必要性」（pressing public necessity）がある場合のみである

²⁴⁹ *Id.* at 346.

²⁵⁰ *Id.* at 379.

²⁵¹ *Ibid.*

²⁵² *Id.* at 347-48.

と指摘し、ミシガン大学ロー・スクールの入学制度における人種的分類の利用は、厳格審査基準を満たさないと結論づけた²⁵³。

第2項 Grutter 判決の意義について

この Grutter 判決で O'Connor 裁判官は、人種的分類を利用した立法をすべて形式的に違憲とするような厳格審査基準の適用の仕方を否定すると共に、当該入学制度に合衆国憲法の平等保護条項に抵触するような「人種的均衡の実現」という目的があるのか否かを炙り出すために厳格審査基準を適用した。すなわち、O'Connor 裁判官は、本件においても Croson 判決や Adarand 判決と同様に、従来であれば一旦適用されると形式的に違憲判断に結び付くと考えられていた厳格審査基準の適用が、個別具体的な事件の背景を考慮し、柔軟に適用されうることを明確に示したのである²⁵⁴。

このような厳格審査基準の適用の下、本件アファーマティヴ・アクションの目的の正当性について、O'Connor 裁判官は、Hopwood 判決における第5巡回区連邦控訴裁の判断とは異なり、人種的多様性を含む教育機関における学生集団の多様性は、教室における多様な討論をもたらし、人種的に多様な社会で成功するための手助けとなるため、かかる学生集団の多様性を実現するという目的は、やむにやまれぬ政府の利益として認められると判示し、Bakke 判決の精神を尊重する姿勢を示した²⁵⁵。また、本件アファーマティヴ・アクションの目的を実現する

²⁵³ *Id.* at 351.

²⁵⁴ Annalisa Jabaily, *Color Me Colorblind: Deference, Discretion, and Voice in Higher Education After Grutter*, 17 CORNELL J.L. & PUB. POLY 515, 517 (2008)、吉田仁美『平等権のパラドクス』（ナカニシヤ出版、2015年）111頁参照。

²⁵⁵ 安西文雄「ミシガン大学におけるアファーマティヴ・アクション」ジュリスト 1260号（2004）230頁参照。また、学生集団の多様性が、やむにやまれぬ政府の利益として容認されたことは、当該アファーマティヴ・アクションの対象が人種的マイノリティ以外のさまざまな人々に拡大したことを意味するという指摘がある。以上の点については、紙谷雅子「大学とアファーマティヴ・アクション Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306, 123 S.Ct. 2325(2003)および Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244, 123 S.Ct. 2411(2003)——州立大学および州立のロー・スクールにおける人種を

ための手段の整合性について、O'Connor 裁判官は、第一に当該アファーマティヴ・アクションが人種に基づく定員割当制ではなく、人種的マイノリティの数が「意義ある数」に到達することを目的とするものであること、第二に当該入学制度では人種の他に外国での居住経験や数カ国語の言語に通じていることなど学生集団の多様性に資する他のさまざまな要素が人種と同じウェイトで考慮されていること、第三に当該アファーマティヴ・アクションの存続期間を定め、目標を達成すれば可及的速やかに人種を意識したアファーマティヴ・アクションを終了するという、という三つの要件をロー・スクール側が立証すれば人種を意識したアファーマティヴ・アクションが容認されるという立場を示した²⁵⁶。本件において、O'Connor 裁判官は、まず、第一の要件について、本件入学制度は定員割当制に該当するものではなく、「意義ある数」に到達するように誠意ある努力を求めるのみであったと述べ、さらに、第二の要件について、当該入学制度では、人種の他に外国での居住経験、数カ国語の言語に通じていることなど学生集団の多様性に資する多くの要素が考慮されていると判示した。そして、最後に第三の要件について、同裁判官は、本件アファーマティヴ・アクションの存続期間が 25 年を目処としていると指摘し、当該ロー・スクールは三つの要件につき、立証に成功しており、本件アファーマティヴ・アクションは容認されると結論づけたのである。

意識した入学判定手続の合憲性——出願者の個別的な属性として人種を考慮することは、多様な学生集団を構成するという非常に重要な利益を促進する（ロー・スクールの手続は合憲）が、特定の人種、民族出身者に一律ポイントを加算することは、多様性を促進するという州の主張する非常に重要な利益を促進することにはならない（大学の手続は違憲）とされた 2 つの事例」アメリカ法 2004 年 1 号（2004 年）67 頁を参照。

²⁵⁶ この三つの要件については、以下の論文を参考にした。Jonathan W. Rash, *Affirmative Action on Life Support: Fisher v. University of Texas at Austin and the End of Not-So-Strict Scrutiny*, 8 DUKE. J. CONST. L. & PUB. 25, 43 (2012).

第4節 大学入学制度におけるアファーマティヴ・アクションと Gratz 判決

第1項 Gratz 判決の概要について

2003 年の Gratz 判決では、ミシガン大学の学部の入學制度が問題となった。ミシガン大学の学部の入學制度では、人種的マイノリティである志願者に一律に 20 点が加算されていた。原告である Gratz は、ミシガン州に住む白人であり、ミシガン大学の文学、科学、芸術の各学部を受験したが、不合格となった。そこで、Gratz は人種的マイノリティの志願者に一律に 20 点を加算する本件入學制度が合衆国憲法の平等保護条項に違反するとして訴えを提起した²⁵⁷。

本件では、Rehnquist 長官が執筆した法廷意見に O'Connor、Scalia、Kennedy、Thomas 各裁判官が同調した。Rehnquist 長官は、先例に基づき、政府による人種的分類の利用に対しては、厳格審査基準が適用されるべきであると判示し、本件に厳格審査基準を適用した²⁵⁸。さらに、本件アファーマティヴ・アクションの目的を実現するための手段の整合性について、同長官は、Bakke 判決で Powell 裁判官が容認したのは、さまざまな要素のうちの一要素として志願者の人種を考慮するような柔軟なアプローチであったと指摘し、人種のみを根拠に人種的マイノリティの志願者に対して一律に 20 点を加算する当該入學制度は、志願者の人種が入学者選抜に関する決定要因となるものであり、学生集団の多様性を実現するという、やむにやまれぬ政府の利益の実現という目的との関係で厳密な整合性を有する手段とはいえず、容認できないと結論づけた²⁵⁹。

他方で、Ginsburg 裁判官が執筆した反対意見に Souter 裁判官が同調した。Ginsburg 裁判官は、政府による人種的分類を利用した「人種的排除政策」(policy of exclusion)と「人種的統合政策」(policy of inclusion)とを区別すべきであると指摘した。その上で、同裁判官は、実際には悪性であるにもかかわらず、良性であるかのように装っている人種的分類の利用を暴き出すために、本件アファーマティヴ・アクションは、「慎重な司法審査」(careful judicial inspection)に服すべきであると述べた。そして、Ginsburg 裁判官は、ミシガン大学の学部における入學制度で 20 点を加算された人種的マイノリティは、人種

²⁵⁷ Gratz, *supra* note 240, at 251-53.

²⁵⁸ *Id.* at 270.

²⁵⁹ *Ibid.*

グループとして歴史的に人種差別の弊害を被っており、さらに、当該入学制度は、入学定員枠を確保しているわけではないため、合衆国憲法の平等保護条項に違反するとはいえないと結論づけた²⁶⁰。

第2項 Gratz 判決の意義について

Grutter 判決で問題となった入学制度においても人種的マイノリティであることが加点するための要素とされたが、それは学生集団の多様性に資する他のさまざまな要素のうちの一要素として志願者の人種が考慮されるものであった。他方で、この Gratz 判決で問題となった入学制度は、志願者が人種的マイノリティであれば、一律に 20 点が加点されるというものであった。それゆえ、本件において法廷意見は、当該入学制度は事実上、Bakke 判決で容認されなかった人種的マイノリティの志願者に対する定員割当制にあたると判断し、これを違憲とした。すなわち、学生集団の多様性に資する他のさまざまな要素と同じウェイトで志願者の人種が考慮されるような柔軟な制度なのか、あるいは志願者の人種が合否に関する決定要因となるような硬直的な制度なのかという点で、Grutter 判決で問題となった入学制度と Gratz 判決で問題となった入学制度には大きな相違があり、そこに Rehnquist 長官や彼に同調した裁判官たちは着目したのである。

Ginsburg 裁判官は、実際には悪性であるにもかかわらず、良性であるかのように装っている人種的分類の利用を暴き出すために、本件アファーマティヴ・アクションには、厳密な司法審査を適用すべきであると判示したが、それが厳格審査基準を意味するのか、あるいは中間審査基準を意味するのか明確ではない。Ely が「疑わしき分類」に対して適用される「特別な審査」は、特に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で「本質的に完全な整合性」を要求する点で、道徳的に容認し得ない不正な立法意図を炙り出すものとしての機能を有すると説いているように、厳格審査基準の適用の下、手段審査において、当該立法目的と右立法目的を実現するための手段との間に厳密な整合性があるか否かを検討しなければ、人種的分類を利用した当該アファーマティヴ・アクションが良性の救済目的を有するのか否かを判断することはできないであろう。また、Ginsburg 裁判官は、本件入学制度が人種的マイノリティの入学定員枠を確保するものではないため、定員割当制にはあたらないと指摘したが、右入学制度は、人

²⁶⁰ *Id.* at 303-4

種的マイノリティの志願者に一律に 20 点を与えるものであり、それが合否判定上、決定的なものであるため実質的には Bakke 判決で Powell 裁判官が容認しなかった定員割当制と何ら変わるものではないであろう²⁶¹。

²⁶¹ Pauline T. Kim, *The Colorblind Lotter*, 72 FORDHAM L. REV. 9, 22 (2003).

第 5 節 公立学校の生徒割当計画と Parents Involved in Community Schools 判決

第 1 項 Parents Involved in Community Schools 判決²⁶²の概要について

2005 年、Rehnquist 長官に代わり、Roberts 裁判官が連邦最高裁長官に就任した。その 2 年後の Parents Involved in Community Schools 判決では、シアトル第 1 学区およびジェファーソン郡教育委員会が実施した人種的分類を利用した生徒割当制度をめぐる事件が併合審理された。そこでまず、シアトル第 1 学区事件についてみてみよう。ワシントン州シアトルのシアトル第 1 学区の制度では、9 年生は入学を希望する高校に順位を付けて志願できる制度が採用されていた。しかし、第 1 志望の学校が、志願者数が入学定員を上回る高校である場合、第一に兄弟が通っている学校であること、第二に全校生徒の人種構成と入学を志願する生徒個人の人種との関係、第三に住居と学校の距離、という三つの「決定要因」(tiebreaker)によって、高校は入学者を決定することになっていた。本件では、これら三つの決定要因のうち、人種的分類を利用した第二の決定要因が問題となった。当該生徒割当制度では、志願者数が入学定員を上回る高校の人種構成が、学区全体の高校の入学者の人種構成から 10 パーセント以上乖離すると、その高校は「人種的統合が必要」(integration positive)と判断され、第二の要素が入学に関する決定要因となる。すなわち、当該高校に人種的均衡をもたらす人種の生徒であることが入学の可否を決定する要因となるのである。1999 年から 2002 年度の間、シアトル第 1 学区全体の高校の入学者の 41 パーセントが白人、59 パーセントが非白人であった。他方で、2000 年から 2001 年度の間、志願者数が入学定員を上回った高校は 5 校であったが、そのうちの 3 校の前年度入学者における白人の生徒の比率が 51 パーセントを超えた。そのため、これらの 3 校は「人種的統合が必要」と判断され、非白人の生徒がこの 3 校に割り当てられた。さらに、南部の 1 校は黒人の生徒の比率が 69 パーセントを超えたため、右 3 校と同様、「人種的統合が必要」と判断され、白人の生徒が割り当てられた。シアトル第 1 学区は過去に人種的隔離教育を州法によって制度化したことがなく、連邦地裁によって人種統合命令が出されたことはなかった。しかし、人種による居住地の偏在に起因する公立学校における「事実上の」(de facto)人種的隔離を

²⁶² Parents Involved in Community Schools v. Seattle Schools District No.1, 551 U.S. 701 (2007).

是正するために本件生徒割当制度が採用された。原告で保護者の団体である **Parent Involved in Community Schools** は、人種的分類を利用した当該生徒割当制度は、合衆国憲法の平等保護条項に違反し違憲であると主張し、シアトル第 1 学区を相手取り、訴えを提起した²⁶³。

次にジェファーソン郡教育委員会事件についてみてみよう。1973 年、アラバマ州ジェファーソン郡では、人種的に隔離された学校運営が行われていたため、1975 年、連邦地裁はジェファーソン郡教育委員会に対し、人種統合命令を下した。しかし、2000 年、同地裁はジェファーソン郡における人種的隔離教育の残滓はほぼ解消されたと認定し、右人種統合命令を取り消した。その翌年の 2001 年、ジェファーソン郡における公立学校の生徒の 34 パーセントが黒人の生徒、残りの 66 パーセントのほとんどが白人の生徒であったため、同年、ジェファーソン郡教育委員会は、人種による居住地の偏在に起因する公立学校における事実上の人種隔離を是正するため、いわゆる **Magnet School** でない学校に対して、黒人の生徒を最低 15 パーセント、最高 50 パーセント就学させるよう要求する本件生徒割当制度を採用した。当該学区に転居した原告の **Meredith** は、白人の息子 **Joshua** を幼稚園（幼稚園・小学校一貫教育校）へ入学させようとした。新居から最も近い小学校はすでに満員であったため、**Joshua** は同じ学校群にある 10 マイルも離れた **Young** 小学校に割り当てられた。そのため、**Meredith** は住居から 1 マイル離れている別の学校群の **Bloom** 小学校への転校を申請したが、定員に余裕があったにもかかわらず、**Joshua** の転校が **Young** 小学校における人種統合に不都合な影響を与えるということで転校は不許可とされた。そこで、**Meredith** は人種的分類を利用した当該生徒割当制度は、合衆国憲法の平等保護条項に違反し違憲であると主張し、ジェファーソン郡教育委員会を相手取り、訴えを提起した²⁶⁴。

本件では、**Roberts** 長官の執筆した意見の一部に **Scalia**、**Thomas**、**Alito**、**Kennedy** 各裁判官が同意し、法廷意見を形成したが、残りの部分には **Kennedy** 裁判官が同意せず、別に結果同意意見を執筆したため、その部分は相対多数意見となった。**Roberts** 長官は、まず、シアトル第 1 学区は本件係争中に生徒の人種を決定要因とすることを止めたが、同教育委員会は当該生徒割当制度の合憲性を

²⁶³ *Id.* at 711-19.

²⁶⁴ *Ibid.*

主張しており、もし同教育委員会が勝訴すれば生徒の人種を考慮することを再開する恐れがあるため、人種を決定要因とすることを自主的に中止したというだけでは「事件性の要件を欠く」(moot)ということにはならないと判示した。他方で、同長官は、管轄権をジェファーソン郡教育委員会は争ってはいないが、Joshua の Bloom 小学校への転校がその後認められたものの、本件生徒割当制度はすべての学年の生徒に適用されることから、Joshua が中学校に入学する際に再び人種的分類を利用した割り当てを受ける可能性があるため、原告の当事者適格は認められると説示した。その上で、同長官は、政府による人種的分類の利用は、極めて「有害」(pernicious)であることから、本件で問題となったアファーマティヴ・アクションには、厳格審査基準が適用されなければならないと述べた²⁶⁵。本件アファーマティヴ・アクションの目的の正当性について、Roberts 長官は、先例は過去の人種差別の弊害を是正する利益を、やむにやまれぬ政府の利益を実現するものであると認めているが、シアトル第1学区では、過去に人種隔離教育を州法によって制度化したことがなく、他方で、ジェファーソン郡では、過去に人種隔離教育が州法によって制度化されていたため、連邦地裁によって人種統合命令が出されたが、2000年に同地裁は、ジェファーソン郡における過去の人種隔離教育の残滓はほぼ解消されたと認定し、右人種統合命令を取り消したと指摘し、それゆえ、両教育委員会は、過去の人種差別の弊害を是正する利益によって、当該生徒割当制度を正当化することはできないと判示した²⁶⁶。また、Roberts 長官は、Grutter 判決では、高等教育というコンテキストにおいてのみ、学生集団の多様性がやむにやまれぬ政府の利益を実現するものとして容認されたと指摘すると共に、同判決では高等教育における多様性の利益とは、人種だけではなく学生集団の多様性に貢献し得るあらゆる要素を含むとされたと説いた。その上で、同長官は、本件下級審が Grutter 判決で明示された多様性についての幅広い理解と高等教育の特殊性を無視してその意味を拡張し、初等中等教育における人種的分類を利用した当該生徒割当制度を合憲としたが、Grutter 判決は本件の先例とはならないと説示した²⁶⁷。次に、本件アファーマティヴ・アクションの目的を実現するための手段の整合性について、Roberts 長官は、本件で

²⁶⁵ *Id.* at 720.

²⁶⁶ *Id.* at 721.

²⁶⁷ *Id.* at 722-25.

問題となったアファーマティヴ・アクションにおいて、人種的分類は生徒の割り当てに僅かな効果しか及ぼしておらず、これは他の手段が効果的であるということを示すものであると指摘した上で、このように人種的分類の効果が小さいことは、この分類の必要性を疑わせると述べた。さらに、同長官は、両教育委員会がやむにやまれぬ政府の利益を実現するという目的との関係で厳密な整合性を有する手段を用いているというためには、人種中立的な代替手段を真剣に検討することが求められるが、シアトル第1学区では人種的分類を利用した割り当て以外の手段は検討されずに却けられ、さらに、ジェファークソン郡教育委員会は他の代替手段を検討したという証拠を示していないと指摘し、本件生徒割当制度は容認できないと結論づけた²⁶⁸。

また、相対多数意見において、**Roberts** 長官は、人種的分類の利用が人種的多様性を実現するための厳密な整合性を有する手段ではないことは明らかであるため、人種的多様性がテストの成績や他の客観的な基準に明確な影響を及ぼし、

「社会化」 (**socialization**) に関する無形の利益をもたらすか否かについての争いをここで解決する必要はないと指摘した上で、両教育委員会は、人種的多様性、人種的孤立の防止、人種的統合など当該生徒割当制度がもたらす利益を様々な表現で主張するが、人種的均衡の実現との違いを示していないと指摘した。さらに、同長官は、人種的均衡を実現するという目的は先例によって繰り返し不当とされてきたものであると述べた上で、人種的均衡をやむにやまれぬ政府の利益を実現するものとして認めると、社会のあらゆる領域で人種的均衡を実現することが正当化されてしまうが、これは市民を個人として扱うべしとする合衆国憲法の平等保護の保障と矛盾すると説示した。また、**Roberts** 長官は、**Grutter** 判決では、多様な学生集団を実現するために必要な不確定の「意義ある数」が目標値とされ、ロー・スクールはこの「意義ある数」に達する志願者数から目標値を逆算したのではないとされたが、本件でシアトル第1学区が求める人種的多様性のレベルは、各々の学区の人口統計を参照して決定された値に基づいていると指摘し、それは先例に照らし致命的な欠陥であると判示した。さらに、同長官は、本件における **Brown** 判決の位置づけについて、人種に基づいて人々を分類する政府の行為は、人種的劣等の観念を助長し、人種的敵対政策を導くため、それは、個人を皮膚の色で判断すべきとの考えを増大させ、人種に基づく判断およびアメリ

²⁶⁸ *Id.* at 735.

カが「人種的ブロック」(racial blocs)に分かれるという懸念を強めることから、本質的に「疑わしい」と指摘した。そして、**Brown I**判決は、学校施設と他の有形要素が同等であっても黒人児童を人種に基づいて隔離しているという事実を違憲判決の根拠とし、さらに、**Brown II**判決では、人種に依拠しない方法で生徒の公立学校への入学を決定する制度の完成が求められたと **Roberts** 長官は述べた上で、**Brown** 判決以前、子供たちは皮膚の色に基づいて、どこの公立学校に通うべきかを指定されたが、このような人種に基づく差別をなくすには、人種的分類を利用した区別をやめるしかないと説示した²⁶⁹。

他方で、本件でキャスティング・ボートを握った **Kennedy** 裁判官は、**Roberts** 長官が執筆した法廷意見に一部同調せず、別に結果同意意見を執筆した。

Kennedy 裁判官は、時代錯誤的な厳格審査基準の形式的な適用を放棄することを明確に宣言し、その上で、**Croson** 判決における **O'Connor** 裁判官の法廷意見を引用し、本件に厳格審査基準を適用しなければ、政府による人種的分類の利用が良性の救済目的であるのか、人種的劣等性という不正な概念あるいは、あからさまな人種的政治力学によって動機付けされているのかを判断することはできないと判示した²⁷⁰。本件アフーマティヴ・アクションの目的の正当性について、

Kennedy 裁判官は、人種的孤立を防止し、生徒集団の多様性を実現するという当該生徒割当制度の目的は、やむにやまれぬ政府の利益として認められると述べた²⁷¹。しかしながら、本件アフーマティヴ・アクションの目的を実現するための手段の整合性について、同裁判官は、人種は多様性の一要素に過ぎず、公立学校にける生徒集団の多様性を実現するためには、人口統計学の要因、特別な才能、経済状況といったその他の要素も考慮しなければならないと指摘すると共に、教育委員会に対し、人種的分類を利用した場合と同様の効果を有する人種中立的な手段の利用を勧め、それらに効果がなく、人種的分類を利用した手段が唯一利用可能な手段であることを立証した場合に限り、教育委員会が人種的分類を利用することを容認する見解を示した。その上で、**Kennedy** 裁判官は、人種的分類の利用がやむにやまれぬ政府の実現を実現するという目的との関係で厳密な整

²⁶⁹ *Id.* at 276-78.

²⁷⁰ *Id.* at 783.

²⁷¹ *Id.* at 791.

合性を有する手段であるということをジェファーソン郡教育委員会は立証しなければならないが、それに失敗していると述べると共に、シアトル第1学区は白人と非白人というおおざっぱな人種的分類をなぜ採用したのかということを示しておらず、やむにやまれぬ政府の利益の実現という目的との関係で厳密な整合性を有する手段が採用されていないと結論づけた²⁷²。

また、**Thomas** 裁判官は、結果同意意見において、シアトルとルイビルで、学校における人種的不均衡が認められるとしても、人種隔離へ逆行する危険性はないと指摘すると共に、両学校区には、過去の州法による人種隔離を是正する利益は認められないと判示した。さらに、同裁判官は、**Grutter** 判決がやむにやまれぬ政府の利益として認めた学生集団の多様性がもたらす利益は、高等教育に特有なもので本件には妥当しないと指摘し、過去に学校における人種的隔離が存在した場合、人種的分類を利用したアファーマティヴ・アクションが認められるが、当該計画は、そのような救済的な措置であるとはいえず、厳格審査をクリアしないと説示すると共に、単なる人種的不均衡に対する救済は認められないということも併せて主張した。加えて、**Thomas** 裁判官は、反対意見が指摘する人種的統合の三つの要素²⁷³を合わせても、本件計画はやむにやまれぬ政府の利益の実現を実現するものとはいえないと指摘し、さらに、当該計画は過去の人種的隔離を是正する利益によっても正当化できないと述べた²⁷⁴。また、同裁判官は、強制的な人種的統合は教育上の利益をもたらすものではないと主張した上で、「多元的社会」(pluralistic society)を反映した教育環境を実現するという利益は、「民主的な要素」(democratic element)として定義することができるが、かかる利益とは人種や民族に依拠した方法で一定割合の人種グループを確保し、人種

²⁷² *Id.* at 798.

²⁷³ **Breyer** 裁判官は、本件で問題となるのは、第一に過去の人種的隔離を是正する利益、第二に高度に人種的に隔離された学校が生徒に与える教育上の悪影響を防止する利益、第三に「多元的社会」(pluralistic society)を反映した教育環境を実現する利益、という三点であると指摘する。以上の点については、*Id.* at 838-40 を参照。

²⁷⁴ *Id.* at 760.

的均衡を達成するという他に他ならず、それは合衆国憲法に違反するものであると判示した²⁷⁵。

本件では、**Breyer** 裁判官が執筆した反対意見に、**Stevens**、**Souter**、**Ginsburg** 各裁判官が同調した。**Breyer** 裁判官は、まず、シアトルとルイビルでは、「事実上の」（*de facto*）人種的隔離が生じていたと指摘し、さらに、歴史に照らすと、「州法による」（*de jure*）人種的隔離と「事実上の」人種的隔離との区別が無益であることも明らかであると判示した。そして、同裁判官は、時代錯誤的な厳格審査基準の形式的な適用を放棄することを明確に宣言した上で、先例に従い、本件に厳格審査基準を適用すると判示した²⁷⁶。**Breyer** 裁判官は、本件アファーマティヴ・アクションの目的の正当性について、本件で問題となるのは、第一に歴史のおよび救済的観点から過去の人種隔離教育を是正する利益、第二に人種的に隔離された学校が生徒に与える教育上の悪影響を是正する利益、第三に民主主義的観点から「多元化した社会」（*pluralistic society*）を反映した教育環境を実現する利益であると指摘し、**Grutter** 判決から、これらの利益は初等中等教育においても、やむにやまれぬ政府の利益を実現するための利益として容認されると判示した。さらに、**Breyer** 裁判官は、本件アファーマティヴ・アクションの目的を実現するための手段の整合性について、当該生徒割当制度は、人種を考慮する方法を限定することで人種以外の要素に大きく依存しており、さらに、教育委員会によって制度の修正と過去の制度との比較が行われており、他の代替手段もないことから、当該生徒割当制度は、やむにやまれぬ政府の利益の実現という目的との関係で厳密な整合性を有する手段を採用していると結論づけた²⁷⁷。

第2項 Parents Involved in Community Schools 判決の意義について

本件において、法廷意見を執筆した **Roberts** 長官は、単に当該生徒割当制度が厳格審査基準を満たすか否かについて判断を行い、公立学校における事実上の人

²⁷⁵ *Id.* at 766.

²⁷⁶ *Id.* at 832.

²⁷⁷ *Id.* at 857.

種的隔離を是正するために教育委員会が採るべき施策については何の示唆も与えなかった²⁷⁸。

本件において、**Roberts** 長官は、シアトル第 1 学区は過去に人種的隔離教育を州法によって制度化したことがなく、他方で、2000 年に連邦地裁はジェファーソン郡における過去の人種的隔離教育の残滓はほぼすべて解消されたと認定し人種の統合命令を取り消したと指摘し、それゆえ、両教育委員会は過去の人種差別の弊害を是正する利益によって当該生徒割当制度を正当化することはできないと結論づけた。しかし、州法に基づく人種的隔離であれ、事実上の人種的隔離であれ、人種的に隔離された教育環境は、生徒に自己の人種を強く意識させるため、人種的劣等感を抱かせ、黒人と白人との間の人種間対立を助長させる恐れがある。つまり、公立学校における事実上の人種的隔離が生徒および社会にもたらす害悪は、州法に基づく人種的隔離教育がもたらす害悪と何ら変わらないのである。よって、州法に基づく人種的隔離と事実上の人種的隔離とを区別し、州法に基づく人種的隔離を是正するための制度のみを容認するという **Roberts** 長官の判断は妥当ではなかろう。

ミシガン大学ロー・スクールの入学制度が問題となった 2003 年の **Grutter** 判決では、学生集団の多様性を実現するという利益が、やむにやまれぬ政府の利益として容認された。しかし、本件において **Roberts** 長官は、学生集団の多様性を実現するという、やむにやまれぬ政府の利益は高等教育にのみ妥当すると判示し、その適用範囲に限定を加えた。さらに、同長官は、シアトル第 1 学区の生徒割当制度は人種を黒人と非白人に、他方で、ジェファーソン郡教育委員会の生徒割当制度は黒人とその他に区別するだけであり、多様性についての捉え方が一面

²⁷⁸ James E. Ryan, *The Supreme Court and Voluntary Integration*, 121 U.S. HARV. L. REV. 131, 135 (2007)、藤倉皓一郎「Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No.1; Meredith and McDonalds v. Jefferson County Board on Education et al., _ U.S. __, 127 S. Ct. 2738 (2007)——教育委員会が生徒の就学校を決定するにあたって、人種を考慮することは合衆国憲法の平等保護条項に違反する。学区全体の人種構成を各学校に反映させようとする教委の方策は強い公益性を達成する目的に適合した手段とはいえない」日米法学会『アメリカ法』[2008-1] (2007 年) 47-48 頁参照。

的であるとして、当該生徒割当制度を容認しなかった。しかし、両教育委員会は、単に合衆国憲法上容認されない人種的均衡を実現することを目指したのではなく、現在のアメリカ社会が抱える公立学校における事実上の人種的隔離がもたらす重大な弊害を回避するために本件生徒割当制度を採用したのである。また、人種的多様性は、人種相互的な理解を創造し、人種的に多様な世界での生活の準備をさせるのを助けることから、高等教育よりもむしろ初等中等教育に妥当するものであると考えることができるため、学生集団の多様性の価値が高等教育のみに妥当するという **Roberts** 長官の見解は説得力に欠けるように思われる。

Roberts 長官は、相対多数意見において、**Brown II** 判決²⁷⁹では、人種に基づかない方法で生徒の公立学校への入学を決定する制度の完成が求められたと指摘した上で、人種に基づく差別をなくすには、人種的分類を利用した区別をやめるしかないと判示したが、**Breyer** 裁判官が指摘するように、**Brown** 判決が違憲としたのは、人種的隔離教育を実現するための人種的分類の利用であり、本件のような人種的統合教育を実現するための人種的分類の利用を **Brown** 判決は違憲としたわけではないであろう。したがって、**Roberts** 長官は、この **Parents Involved in Community Schools** 判決において、**Brown** 判決の精神を否定したのである。

また、**Parents Involved in Community Schools** 判決でキャスティング・ボートを握った **Kennedy** 裁判官は、教育委員会が公立学校における事実上の人種的隔離を是正するために人種的分類を利用することができる可能性を示唆しつつも、教育委員会に対し、憲法に抵触することなく、人種的分類を利用した場合と同様の効果を得ることのできる人種中立的な手段を利用するよう勧めた。しかし、たとえ、このような手段を用いた場合であっても、それらに関する決定を下す際には、生徒個人の人種が決定的に重要となる場合があるであろう²⁸⁰。

さらに、**Kennedy** 裁判官は **Breyer** 裁判官と同様、**O'Connor** 裁判官が執筆した **Croson** の法廷意見を引用した上で、厳格審査基準の形式的な適用を放棄することを明確に宣言した。その上で、**Kennedy** 裁判官は、法廷意見と異なり人種的

²⁷⁹ **Brown v. Board of Education of Topeka**, 349 U.S. 294 (1955).

²⁸⁰ 井上一洋「アメリカの公立学校における生徒割当制度の合憲性について—

Parents Involved in Community Schools v. Seattle school District No.1; Meredith and McDonald v. Jefferson County Board of Education et al., 551 U.S. 701 (2007)—
広島法学 34 巻 3 号 (2011 年) 108 頁参照。

孤立を防止し、生徒集団の多様性を実現するという本件生徒割当制度の目的は、やむにやまれぬ政府の利益であると認められると明確に判示している。しかし、Kennedy 裁判官の意見は、Breyer 裁判官の意見とは結論が異なっている。

Kennedy 裁判官は教育委員会に対し、人種的分類を利用した場合と同様の効果を得ることのできる人種中立的な手段の利用を勧め、それらに効果がなく、人種的分類を利用した方法が唯一利用可能な手段であることを立証した場合に限り、教育委員会が人種的分類を利用することを容認する見解を示した²⁸¹。すなわち、Kennedy 裁判官は教育委員会に対し、人種的分類の利用の正当化に関して非常に厳格な立証を課したため、法廷意見と同様の結論に至ったと理解することができるのである²⁸²。

ところで、Dworkin の指摘によれば、本件で問題となったアファーマティヴ・アクションに違法性あるいは、あからさまな人種的政治力学を目指したという疑いはいくつ無かった²⁸³。両教育委員会の制度は、白人の生徒と同様に黒人の生徒の第一志望を容易に拒否するかもしれない。しかし、それは事実上の人種隔離を是正するという社会全体の「共通善」(social good)を推進しようとするものである。したがって、本判決において、Roberts 長官や彼の意見に同調する保守派の裁判官たちが、厳格審査基準の適用の仕方や生徒集団の多様性がもたらす利

²⁸¹ この点につき、Heather K. Gerken は、Kennedy 裁判官が color-blind の観点から人種中立的に合衆国憲法の平等保護条項の解釈を行う立場から、教育における人種を意識したアファーマティヴ・アクションを容認する立場に転換したと指摘する。以上の点については、Heather K. Gerken, *Justice Kennedy and the Domains of Equal Protection*, 121 HARV. L. REV. 104, 108-22 (2007) を参照。

²⁸² James E. Ryan は、今後、もしキャスティング・ボートを握る Kennedy 裁判官が、人種的分類の利用を正当化するための政府側の立証の程度につき、リベラル派の裁判官たちに同調すれば、人種的分類を利用したアファーマティヴ・アクションが容認される可能性があり、本件が学校におけるアファーマティヴ・アクションに与える影響はそれほど大きくないと指摘する。以上の点については、James E. Ryan, *supra* note 278, at 133 を参照。

²⁸³ RONALD DWORKIN, *THE SUPREME COURT PHALANX: THE COURT'S NEW RIGHT-WING BLOC* 57 (NYREV 2008).

益の面で **Grutter** 判決の法廷意見を踏襲した判断を行っていれば、本件アファーマティヴ・アクションは合憲とされる可能性があったであろう。

第6節 大学入学制度におけるアファーマティヴ・アクションと Fisher 判決

第1項 Fisher 判決²⁸⁴（第5巡回区アメリカ連邦控訴裁判決）の概要について

ミシガン大学の入学制度におけるアファーマティヴ・アクションの合憲性が争われた 2003 年の Grutter 判決および Gratz 判決から 10 年を経た 2013 年 6 月、連邦最高裁は大学入学制度におけるアファーマティヴ・アクションの合憲性をめぐる新たな事件である、この Fisher 判決²⁸⁵について判決を下した。そこで、本件で問題となったテキサス州立大学オースティン校の入学制度について概観した上で、まず、連邦最高裁が厳格審査基準の適用の仕方が誤っていると指摘した第 5 巡回区連邦控訴裁判決から検討を行っていきたい。

近年、同校は、入学者選抜において三つの異なる制度を採用していた。まず一つ目は、「志願者の共通テスト」（standardized test）の得点および高等学校での学業成績に基づく Academic Index（以下において、AI と略する。）と志願者の人種の二つの要素を総合的に評価する制度で、かかる制度は 1996 年以前に数年間採用されていた。その後、Hopwood 判決で人種的分類を使用した入学制度が違憲とされたのを受け、二つ目の入学制度が採用された。この入学制度において、同校は志願者の人種を考慮するのを止め、その代わりとして、大学に貢献するような志願者の潜在能力を計る総合的な評価制度を採用した。そして、かかる評価制度は AI と併せて用いられた。この評価制度は、Personal Achievement Index（以下において、PAI と略する。）と呼ばれるものである。この PAI では、志願者の「小論文」（essays）と“Personal Achievement Score”が併せて評価されるが、“Personal Achievement Score”の評価にあたり、同校は、志願者のリーダーシップ、職業経験、受賞歴、課外活動、地域奉仕活動、その他、一人親家庭、母国語が英語以外であること、家庭内での志願者の役割、志願者家族の社会経済状況といった志願者の特別な状況を考慮する。

テキサス州議会も「トップ 10 パーセント法」（Top Ten Percent Law）を成立させることで Hopwood 判決に対処した。この「トップ 10 パーセント法」は、テキサス州が定めた基準を満たすテキサス州内の高等学校の成績上位 10 パーセントの生徒にテキサス州立大学の入学許可を無条件に与えるというものである

²⁸⁴ Fisher v. university of Texas at Austin, 631 F.3d 213 (5th Cir. 2011).

²⁸⁵ Fisher v. Univetsity of Texas at Austin, 570 U.S. _ (2013).

286。その後、同校は本件で問題となった三つ目の入学制度を採用した。この入学制度は、同校における人種的マイノリティの学生数が未だ「意義ある数」に達していないため、それを実現する必要があるとして実施された。この入学制度は、“**Personal Achievement Score**”の評価において、志願者の人種を他のさまざまな要素のうちの一要素として考慮するものであった。

原告の **Fisher** は、同校を志願したが不合格となったため、自身の成績が同大学に合格した人種的マイノリティの生徒のそれを上回っていたと主張し、同校が採用している人種を意識した入学制度は、合衆国憲法の平等保護条項に違反していると主張し、連邦地裁へ訴えを提起した。連邦地裁は大学の主張を支持する略式判決を下したため、**Fisher** は第 5 巡回区連邦控訴裁に控訴した²⁸⁷。

第 5 巡回区連邦控訴裁では、三人の裁判官で構成される「合議体」(panel)によって審理が行われ、略式判決が下された。同連邦控訴裁は、まず、政府による人種的分類の利用は、本質的に「疑わしい」ため、**Grutter** 判決に従い、本件には厳格審査基準を適用すると判示した²⁸⁸。この厳格審査基準が適用されると、当該入学制度の目的が、やむにやまれぬ政府の利益を実現するためであること、さらに、右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があることを大学側が立証しなければならない。本件アフターマティヴ・アクションの目的の正当性について、第 5 巡回区連邦控訴裁は、**Grutter** 判決の法廷意見によれば、学生集団の多様性は、高等教育に欠かせない思索、経験、創造の雰囲気を促進し、さらに、学生の視点、経験、考え方を豊かにすることで学生が社会の一員となることを助けるとされたと指摘し、さらに、**Grutter** 判決の法廷意見は、このような教育的利益は、やむにやまれぬ政府の利益として認められると認定したと判示した。その上で、同連邦控訴裁は、本件で問題となった人種を意識した入学制度は、**Grutter** 判決で容認された、教育的利益を実現することを目的としたものであると説示した。そして、同連邦控訴裁は、当該入学制度により人種的に

²⁸⁶ テキサス州の高等学校では人種的隔離が深刻なため、トップ 10 パーセント法に基づく入学制度は学生集団の多様性を実現するための人種中立的な手段として有効である。

²⁸⁷ **Fisher v. university of Texas at Austin**, 133 S.Ct. 2415-17.

²⁸⁸ **Fisher v. university of Texas at Austin**, *supra* note 284, at 231.

多様な学生集団が実現することによって、人種間の意見交換が促進され、人種に基づくステレオタイプを減らすことができると指摘すると共に、このような経験によって、学生は人種的に多様な社会で生活する準備をすることができると述べ、このようなことから、当該入学制度の目的は、やむにやまれぬ政府の利益を実現するものとして認められると判示した²⁸⁹。次に、本件アファーマティヴ・アクションの目的を実現するための手段の整合性について、第5巡回区連邦控訴裁は、本件で問題となった入学制度は、**Grutter** 判決で容認された入学制度を参考に計画された柔軟な制度であり、合衆国憲法上容認されない人種の均衡を実現することを目指したものではないと指摘した上で、志願者の人種を意識した右制度とトップ10パーセント法に基づく入学者選抜が、大学における人種的マイノリティの入学者の増加に相当な影響を及ぼしているというテキサス州立大学オースティン校の主張には同意できると説示した。さらに、同連邦控訴裁は、トップ10パーセント法に基づく入学制度は、人種を意識した入学制度に代わる人種中立的な制度であるが、このような制度があるにもかかわらず、同校は、法的なリスクを冒して人種を意識した当該入学制度を再び採用したと述べた上で、それは人種中立的な入学制度（トップ10パーセント法、AIおよび人種を考慮しないPAIに基づく入学制度）では、人種を意識した入学制度と同様な効果を得ることができないと同校が判断したからであると認定した。そして、同連邦控訴裁は、このような同校の取り組みは、熟慮の上、学生集団の多様性を実現するという重要な目的を実現しようとするものであったと指摘した。また、第5巡回区連邦控訴裁は、同校が採用した人種中立的な入学制度（トップ10パーセント法、AIおよび人種を考慮しないPAIに基づく入学制度）では、人種的マイノリティの学生の入学者を増加させることが困難であったというのは当裁判所も認める場所であると指摘した。さらに、同連邦控訴裁は、**Grutter** 判決では、トップ10パーセント法に基づく入学制度のような「パーセンテージ計画」（percentage plans）の下では、大学が目標とする人種的多様性を含むさまざまな資質を有する多様な学生集団を形成するために必要な志願者の個別的な評価が困難であると認定され、かかるパーセンテージ計画は、多様な学生集団を実現するための人種を意識した制度と同様な効果を有する人種中立的な代替手段とはいえないと判示されたと指摘した。加えて、同連邦控訴裁は、人種を意識した本件入学制度の実施を決定す

²⁸⁹ *Id.* at 220.

るにあたり、テキサス州立大学オースティン校は、大学における人種的マイノリティの数が「意義ある数」に達しているか否かを判断するために、人種的マイノリティの入学者数について統計的調査を行ったが、その調査で人種的マイノリティの学生総数が「意義ある数」に達していないことが判明していたと認定し、以上のようなことから、当該入学制度の目的は、やむにやまれぬ政府の利益を実現するものであり、さらに、右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を有する手段が採用されていることが認められると結論づけた²⁹⁰。

第2項 Fisher 判決（アメリカ連邦最高裁判決）の概要について

第5巡回区連邦控訴裁によって、前述のような略式判決が出された後、Fisher は「全裁判官による」（en banc）再審理を求めた。しかし、7人の裁判官が異議を唱えたため、同連邦控訴裁は、Fisher の要求を拒否した。そこで、Fisher は、原判決が Grutter 判決などの先例に反しないか否かを判断するよう連邦最高裁に上告した。連邦最高裁では、Kennedy 裁判官が法廷意見を執筆し、それに Roberts 長官、Scalia、Breyer、Alito、Sotomayo 各裁判官が同調した。また、Scalia、Thomas 各裁判官は、別に結果同意意見を執筆した。Kagan 裁判官は、司法省時代にこの事件に関与したので本判決の審理に参加していない。

Kennedy 裁判官は、テキサス州立大学オースティン校が学部の入学制度において、志願者の人種を他のさまざまな要素のうちの一要素として考慮していると指摘し、さらに、同校は学生の人種について数値に基づく割当枠を設けなかったが、キャンパスで人種的マイノリティの数が「意義ある数」に到達するよう努力していたと認定した。そして、同裁判官は、教育機関による人種的分類の利用が問題となった事件のうち、大学の入学制度における志願者の人種の積極的な考慮が問題となった Bakke 判決、Grutter 判決、Gratz 判決の三つの判例をあげ、本件を審理するにあたり、当裁判所はこれらの先例を参照すると述べた。

次に、本件における Bakke 判決の位置づけについて、Kennedy 裁判官は、Bakke 判決において相対的多数意見を執筆した Powell 裁判官は、割当制度に基づく制度は、合衆国憲法の平等保護条項の下で容認できないと判示したと指摘した。さらに、Kennedy 裁判官は、Bakke 判決において、Powell 裁判官は、法の平等保護の理念は、白人と黒人という人種の違いに基づく任意の線引きに基づき

²⁹⁰ *Id.* at 263.

資格を付与することで特別な保護を与えるような制度を容認していないとしたと述べ、それゆえ、人種に基づく優先入学制度は、たとえ、それが良性的なものであっても容認できないと説示した。また、**Kennedy** 裁判官は、司法審査基準の適用について、政府による人種的分類の利用には、厳格審査基準が適用されなければならないと判示し、この厳格審査基準が適用されると、当該入学制度の目的が、やむにやまれぬ政府の利益を実現するためであること、さらに、右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があることを大学側が立証しなければならないと述べた。そして、**Bakke** 判決で **Powell** 裁判官は学生集団の多様性を実現することで得られる教育的利益は、やむにやまれぬ政府の利益を実現するものであると認定し、さらに、過去の人種差別による弊害を是正するために、裁判所、議会、行政機関は救済的な人種的分類の利用を正当化する必要があると説いたが、他方で、このような過去の人種差別の弊害を是正するという目的で人種的分類の利用を正当化することは、大学が有する幅広い教育的責務であるとはいえないため、大学が過去の人種差別による弊害を是正することは、やむにやまれぬ政府の利益の実現に資するとはいえないとされたと **Kennedy** 裁判官は判示した。そして、同裁判官は、多様な学生集団を実現することで、大学の教室での人種間の対話が促進され、人種的隔離や人種に基づくステレオタイプを減らすことができるため、大学の教育的責務は、経験、創造の助けとなるような教育環境を提供することであるということができ、さらに、それはどのような学生が大学に入学するのが望ましいのかという問いに結びつくと言示した。その上で、**Kennedy** 裁判官は、**Bakke** 判決で **Powell** 裁判官は、学生集団の多様性を実現するという利益は、やむにやまれぬ政府の利益として認められると判示したが、かかる学生集団の多様性というのは、それに関するさまざまな要素を総合的に考慮することによって実現されるものであり、学生集団内の一定の割合が特定の人種集団の構成員によって占められることを実質的に保障するようなものではないと述べ、学生集団の多様性とは、人種や民族よりも広範な多くの資質や特性を包含するものであると判示した。**Kennedy** 裁判官は、**Grutter** 判決および **Gratz** 判決では、学生集団の多様性について、**Bakke** 判決における **Powell** 裁判官の相対的多数意見が支持されたと指摘すると共に、**Grutter** 判決の法廷意見は、学生集団の多様性が教育的利益をもたらすという **Powell** 裁判官の主張を引用した上で、学生集団の多様性を実現することは、やむにやまれぬ政府の利益であると判示したと述べた。そして **Kennedy** 裁判官は、**Grutter** 判決および **Gratz** 判決の法廷意

見が指摘したように、**Bakke** 判決における **Powell** 裁判官の相対的多数意見は、厳格審査基準を満たしていないにもかかわらず、大学は学生集団の多様性という目的を達成するために、どのような手段でも用いることができるとは判示しなかったと指摘し、やむにやまれぬ政府の利益の実現という目的との関係で厳密な整合性を有する手段が採用されているというためには、人種を意識した入学制度において、定員割当制が採用されてはならず、それゆえ、入学制度において、大学は各々の志願者が人種や民族といった要素に基づかない方法によって評価されていることを保障するに足る十分な柔軟性を持つ制度を維持する必要があると判示した²⁹¹。

Kennedy 裁判官は、単に人種を理由とする区別は、自由な人々にとって本質的に極めて不快なものであり、それゆえ、それは我々の伝統に反し、違憲の疑いがあると指摘すると共に、合衆国憲法の平等保護条項は、政府による人種的分類の利用に対して、厳格審査基準を適用することを要求するので、政府が人種に基づいて差別的取り扱いをすることは稀であると述べた。そして、同裁判官は、厳格審査基準を適用する際、裁判所は、どのような政府の行為であっても人種または民族に基づく別異取扱いは、本質的に「疑わしい」と推定することから始めなければならないと述べた。さらに、厳格審査基準は厳密な司法審査基準であり、さらに、この基準が適用されると政府側が当該人種的分类の利用が合憲であることについて立証を負わなければならないと説示した。その上で、同裁判官は、本件における **Grutter** 判決の位置づけについて、本件の先例である **Grutter** 判決では、厳格審査基準が適用され、政府による人種的分类の利用の目的が、やむにやまれぬ政府の利益を実現するためであり、さらに、右目的との関係で厳密な整合性を有する手段が採用されている場合にのみ政府による人種的分类の利用が容認されると明確に判示されたと指摘した²⁹²。

本件アファーマティヴ・アクションの目的の正当性について、**Kennedy** 裁判官は、**Grutter** 判決の法廷意見が学生集団の多様性から得られる教育的利益を実現することは大学にとって重要な使命であり、大学は学生集団の多様性を実現するための手段を講じることができると説示したと指摘した上で、もちろん、裁判所は学生集団の多様性を実現するという目的について、大学側が適切な立証を行っ

²⁹¹ *Fisher v. university of Texas at Austin*, *supra* note 287, at 2418.

²⁹² *Id.* at 2419.

ているか否かを検討しなければならないが、この点について、連邦地裁および第 5 巡回区連邦控訴裁は、**Grutter** 判決を引用し、適切な判断を下しており、当裁判所は第 5 巡回区連邦控訴裁に対して、**Grutter** 判決が容認した右の点について再審理するよう求めないと判示した²⁹³。次に、本件アフーマティヴ・アクションの目的を実現するための手段の整合性について、**Kennedy** 裁判官は、テキサス州立大学オースティン校が学生集団の多様性を実現するための人種を意識した入学制度を採用しているならば、かかる制度は厳格審査基準を満たさなければならないと説き、同校は学生集団の多様性を実現するために実施している入学制度において、右目的との関係で厳密な整合性を有する手段を採用しているということを立証しなければならないが、他方で、裁判所は大学が採用している入学者選抜のプロセスについて、合憲あるいは違憲の判断を下す際、かかる入学者選抜のプロセスに関する大学の認識や見解というものを考慮することができると述べた。そして、同裁判官は、入学者選抜のプロセスにおいて、すべての志願者が彼等の人種や民族といった特性に基づかない方法によって、個人として評価されているか否かについて検討しなければならないと述べると共に、厳格審査基準が適用されると、裁判所は当該立法目的との関係で厳密な整合性を有する手段が採用されていることの立証を大学側に求めるが、そこには、大学が人種的分類を用いることなく、十分な学生集団の多様性を成し遂げることができるのか否かという慎重な司法審査が含まれていると指摘しながらも、それは、大学側にあらゆる人種中立的な代替手段を尽くすよう求めるものではないと判示した。そして、同裁判官は、大学が人種中立的な代替手段を真剣に検討していたという事実は重要であるが、それだけでは厳格審査基準を満たすのには不十分であると指摘し、大学は実施可能な人種中立的な代替手段では教育的利益を生み出すような多様な学生集団を実現することができないということを最終的に立証しなければならないが、第 5 巡回区連邦控訴裁は、このような厳格審査基準に基づき司法審査を行っていないと判示した。**Kennedy** 裁判官は、本件において、第 5 巡回区連邦控訴裁は、テキサス州立大学オースティン校が人種中立的な代替手段（トップ 10 パーセント法、AI および人種を考慮しない PAI に基づく入学制度）では、教育的利益を生み出すような多様な学生集団を実現することができないと判断したため、人種を意識した入学者制度を再開したと認定した上で、学生集団の多様性を実現

²⁹³ *Id.* at 2421.

するための同大学の取り組みは、熟慮の上であり、さらにそれは重要な目的を実現するためのものであったことから、同連邦控訴裁は、当該入学制度における人種的分類の利用は合憲であると判示したと指摘した。しかし、**Kennedy** 裁判官は、人種的分類の利用を正当化するために、大学が当該人種的分類の利用が良性であるということを主張しても、それだけでかかる分類の利用が合憲となることはないということを忘れてはならないと述べた上で、厳格審査基準が適用されると、裁判所は入学者選抜のプロセスが実際に学生集団の多様性を実現するために機能しているのか否かということを厳密に検討するが、裁判所はかかる厳密な審査を経ずに、当該入学者選抜のプロセスにおける人種的分類の利用が容認されるべきであるという大学の主張を認めることはなく、さらに、個別の事件ごとに厳格審査基準の適用の下での司法審査の内容が変わることはないと判示した。そして、連邦地裁および第 5 巡回区連邦控訴裁は、テキサス州立大学オースティン校が人種中立的な代替手段（トップ 10 パーセント法、AI および人種を考慮しない PAI に基づく入学制度）では、教育的利益を生み出すような多様な学生集団を実現することができないと判断したことに敬讓を示し、本件入学制度を容認する略式判決を下したが、連邦地裁および第 5 巡回区連邦控訴裁は、厳格審査基準の適用の仕方を誤っていると指摘し、当裁判所は原判決を却け、同校の入学者選抜のプロセスが厳格審査基準の適切な適用の下で審理されるよう事件を差し戻すと **Kennedy** 裁判官は説示した。また、同裁判官は、第 5 巡回区連邦控訴裁で略式判決が出された本件は、右裁判所において、通常の「審理」（trial）によって判決が下された **Grutter** 判決とは異なっており、本件で同校が採用する入学制度が合憲か否かを判断する際、第 5 巡回区連邦控訴裁は、当該入学制度の目的との関係で厳密な整合性を有する手段を採用しているというために、同校が十分な立証を尽くしたか否かという点に基づき判断を下さなければならないと述べた。さらに、**Kennedy** 裁判官は、厳格審査基準が「理論上厳格であるが、事実上致命的」な司法審査基準であってはならないが、他方で、厳格審査基準は、理論上厳格であるが、事実上、緩やかな司法審査基準であってはならないと説き、同校は厳格審査基準の適用の下、当裁判所が容認した、やむにやまれぬ政府の利益を実現するという目的と厳密な整合性を有する手段を採用しているということを立証しな

なければならないと判示し、当裁判所は原判決を取り消し、さらなる審理をするため本件を原審に差し戻すと結論づけた²⁹⁴。

他方で、本件で結果同意意見を執筆した **Scalia** 裁判官は、原判決が **Grutter** 判決などの先例に反しないか否かを判断するよう原告は連邦最高裁に求めたのみで、**Grutter** 判決を覆すよう求めてはいなかったと指摘し、さらに、**Grutter** 判決では、合衆国憲法は州立大学においても人種に基づく差別を禁じているという見解が示されたが、私はこれを支持し、法廷意見に同調すると結論づけた²⁹⁵。また、**Scalia** 裁判官と同様に、本件で結果同意意見を執筆した **Thomas** 裁判官は、法廷意見に同調すると述べた上で、法廷意見は、テキサス州立大学オースティン校の人種を意識した入学制度に対して、第 5 巡回区連邦控訴裁が厳格審査基準を適切に適用しなかったと判示したと指摘し、さらに、同校の入学制度において人種が考慮されることは合衆国憲法の平等保護条項に違反しており、禁止されるべきであるという見解を示した²⁹⁶。

Ginsburg 裁判官は、反対意見において、**Kennedy** 裁判官による法廷意見は、**Grutter** 判決で確立した大学におけるアファーマティヴ・アクションの合憲性をめぐる司法審査の枠組みを放棄していると批判した。そして、法廷意見は第 5 巡回区連邦控訴裁の判断を却け、さらに、本件入学制度の目的との関係で厳密な整合性を有する手段を採用しているというための十分な立証をテキサス州立大学オースティン校が尽くしたか否かを審理するため、事件を原審に差し戻したが、第 5 巡回区連邦控訴裁は、法廷意見が原審への差し戻しの根拠としている争点について既に十分な審理を尽くしていると **Ginsburg** 裁判官は結論づけた²⁹⁷。

第 3 項 **Fisher** 判決の意義について

この **Fisher** 判決で法廷意見を執筆した **Kennedy** 裁判官は、本件に厳格審査基準を適用しなければ、政府による人種的分類の利用が良性の救済目的であるのか、それとも人種的劣等性という不正な概念あるいは、あからさまな人種的政治

²⁹⁴ *Id.* at 2421-22.

²⁹⁵ *Id.* at 2422.

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ *Id.* at 2434.

力学によって動機付けされているのかを判断することはできないと判示した²⁹⁸。

Fisher 判決において、Kennedy 裁判官は、Grutter 判決で容認された学生集団の多様性を実現することで得られる教育的な利益について、下級審は Grutter 判決を引用した上で、適切な判断を下していると説示した。そして、同裁判官は、Grutter 判決が容認した学生集団の多様性が、やむにやまれぬ政府の利益を実現するものとして容認されるという点について、第 5 巡回区連邦控訴裁に再審理を求めないと判示した。つまり、Kennedy 裁判官は本件の目的審査において、Grutter 判決を踏襲した判断を行い、当該入学制度の学生集団の多様性を実現するという目的は、やむにやまれぬ政府の利益を実現するものとして容認されるという見解を示したのである。

Kennedy 裁判官は、連邦地裁判決および第 5 巡回区連邦控訴裁判決について、テキサス州立大学オースティン校が人種中立的な代替手段（トップ 10 パーセント法、AI および人種を考慮しない PAI に基づく入学制度）では、教育的利益を生み出すような多様な学生集団を実現することができないと判断したことを尊重し、本件入学制度を容認する略式判決を下したと指摘した。その上で、同裁判官は、連邦地裁および第 5 巡回区連邦控訴裁は、人種的分類の利用を正当化するための十分な立証を同校に課しておらず、厳格審査基準の適用の仕方を誤っていると両裁判所を批判した。そして、Kennedy 裁判官は、本件で同校が採用する入学制度が合憲か否かを判断する際、第 5 巡回区連邦控訴裁は、当該入学制度の目的との関係で厳密な整合性を有する手段を採用しているというために、同大学が十分な立証を尽くしたか否かという点に基づき判断を下さなければならないと述べ、その点につき、同連邦控訴裁において再び審理を尽くすよう求めたのである。

本件で問題となったアフーマティヴ・アクションは、Grutter 判決で容認されたミシガン州立大学ロー・スクールのアフーマティヴ・アクションを参考に計画されたものであった。本件でテキサス州立大学オースティン校は、人種的分類の利用を正当化するための立証につき、Grutter 判決でミシガン州立大学ロ

²⁹⁸ Croson 判決において、Kennedy 裁判官は、同判決において O'Connor 裁判官が採用した厳格審査基準の適用の仕方を支持する見解を示していた。右の点については、Croson, *supra* note 112, at 518-19 を参照。

ー・スクールが立証に成功した三つの要件のうち、第一に当該アファーマティヴ・アクションが人種に基づく定員割当制ではなく、人種的マイノリティの数が「意義ある数」に到達することを目的とするものであること、第二に当該入学制度では人種の他に外国での居住経験や数カ国語の言語に通じていることなど学生集団の多様性に資する他のさまざまな要素が人種と同じウェイトで考慮されていること、という二つの要件についてしか立証に成功していなかった。そのため、Kennedy 裁判官は、本件を第 5 巡回区連邦控訴裁に差し戻したのであろう。

Fisher 判決における Kennedy 裁判官の法廷意見は、Parents Involved in Community Schools 判決の同裁判官の結果同意意見を想起させる。先に述べたように、Parents Involved in Community Schools 判決において、Kennedy 裁判官は、教育委員会側に当該人種的分類の利用を正当化するための事情について極めて厳格な立証を課した。そのため、Jonathan W. Rash は、キャスティング・ボートを握る Kennedy 裁判官は、O'Connor 裁判官とは異なり、政府による人種的分類の利用の正当化につき、極めて厳格な立証を政府側に課すのではないかと予測していた²⁹⁹。実際、Kennedy 裁判官は、Grutter 判決において、O'Connor 裁判官による法廷意見は厳密な司法審査を行っておらず、厳格審査基準の適用を誤っていると考えたため、法廷意見が採用した厳格審査基準の適用の仕方は先例にそぐわないと判示した反対意見に同調した。

Parents Involved in Community Schools 判決において、Kennedy 裁判官は教育委員会に対し、人種的分類を利用した場合と同様の効果を得ることのできる人種中立的な手段の利用を勧め、それらに効果がなく、人種的分類を利用した方法が唯一利用可能な手段であることを立証した場合に限り、教育委員会が人種的分類を利用することを容認する見解を示している。それゆえ、Kennedy 裁判官は、第一に当該アファーマティヴ・アクションが人種に基づく定員割当制ではなく、人種的マイノリティの数が「意義ある数」³⁰⁰に到達することを目的とするものであること、第二に当該入学制度では人種の他に外国での居住経験や数カ国語の言語に通じていることなど学生集団の多様性に資する他のさまざまな要素が人種と同じウェイトで考慮されていること、第三に当該アファーマティヴ・アクションの存続期間を定め、目標を達成すれば可及的速やかに人種を意識したアファ-

²⁹⁹ Jonathan W. Rash, *supra* note 256, at 43.

³⁰⁰ 「意義ある数」については、前掲注（241）において、説明を行っている。

マティヴ・アクションを終了するという事、という **Grutter** 判決でミシガン州立大学ロー・スクールが人種的分類の利用の正当化につき立証に成功した三つの要件に加え、第四に人種的分類を利用した制度と同様な効果を有すると思われるさまざまな人種中立的な代替手段を実施したが、人種的マイノリティの数が「意義ある数」に到達しなかったということ、第五に入学者選抜に関与する職員が入学者選抜の終了時まで入学定員の人種構成を知らなかったということ、という五つの要件について大学側が立証に成功すれば、人種的分類の利用を容認する可能性があるように思われる³⁰¹。

Kennedy 裁判官は、**Fisher** 判決において、テキサス州立大学オースティン校は、人種を意識した当該入学制度を正当化するための十分な立証を尽くしていないとして、本件入学制度を違憲とすることもできたであろう。しかし、**Kennedy** 裁判官は、それをしなかった。この **Fisher** 判決は保守派およびリベラル派の裁判官の双方が受け入れやすい判決であり、学生集団の多様性がもたらす教育的利益を重要なものと位置づけた **Bakke** 判決の精神を尊重し、その点につき **Grutter** 判決を覆さなかったという点で一定の評価ができよう。

³⁰¹ 第五の要件については、以下の **Rash** の論文を参考にした。Jonathan W. Rash, *supra* note 256, at 45-47.

第7章 隠された不正な立法意図と厳格審査基準

第1節 厳格審査基準の適用に関する判例理論の展開

第2章第1節で述べたように、憲法上の平等原則の下での伝統的な厳格審査基準の適用は、「基本的権利」に対する政府の侵害行為に着目した理論と「疑わしき分類」に着目した理論との二つに類型化することができるが³⁰²、後者の「疑わしき分類」に着目した厳格審査基準の適用の起源は、第二次世界大戦中の日系人に対する強制収容が問題となった1944年の **Korematsu** 判決³⁰³に認められる³⁰⁴。**Korematsu** 判決において、法廷意見を執筆した **Black** 裁判官は、「特定の人種グループ」(a single racial group)を対象とした政府のあらゆる法律上の規制は、「直ちに違憲の疑い」(immediately suspect)があると指摘した。しかし、**Black** 裁判官は、それは、違憲の「疑い」(suspect)があるということに過ぎず、かかる法律上の規制のすべてが直ちに憲法違反となることを意味しているのではないと述べると共に、それは、右規制に対し、裁判所は「最も厳格な司法審査」(most rigid scrutiny)を行わなければならないことを意味しているのだと判示した。

他方で、**Gunther** は、1972年の論文で、1960年代の **Warren Court** における厳格審査基準の適用について、それは、「理論上厳格であるが、事実上致命的」な審査基準であり、この厳格審査基準が適用されると、当該立法は直ちに違憲とされてしまうと指摘した³⁰⁵。なぜなら、**Warren Court** においては、「疑わし

³⁰² 戸松、前掲注(4) 45頁参照。

³⁰³ **Korematsu v. United States** 323 U.S. 214 (1944).

³⁰⁴ 戸松、前掲注(4) 49頁、**Richrad H. Fallon, Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. REV. 1267, 1277 (2007)**を参照。

また、**Klarman** は、**Korematsu** 判決において、連邦最高裁は、実際には連邦議会の立法裁量を最も尊重した合理性の基準を適用したと主張する。この点については、**Michael Klarman, *An Interpretive History of Modern Equal Protection*, 90 MICH. L. REV. 213, 232 (1991)**を参照。

³⁰⁵ **Gerald Gunther, *supra* note 217, at 8.** 阪口正二郎教授は、この **Gunter** の論文について詳細に説明し、**Gunther** はリベラル派であったが、**Warren Court** の姿勢のすべてを肯定していたわけではなかったと主張する。この点については、阪口正二

き分類」が対象とするクラスに対して、**stigma** を押しつけるといった「不利益」(**disadvantage**) を課すことを正当化するほどのやむにやまれぬ公的利益は、ほとんど存在しないと考えられたからである³⁰⁶。また、**Paul Brest** は、**Gunther** が「理論上厳格であるが、事実上致命的」と形容する厳格審査基準の役割は、極めて例外的な場合においてのみ政府による人種的分類の利用を認めることで、人種に基づく **stigma** の押しつけといった害悪から「疑わしき分類」が対象とするクラスを保護することであると指摘する³⁰⁷。このようなことから、厳格審査基準の適用上、政府による人種的分類の利用が容認されるのは、以下のような極めて例外的な場合に制限されるといえる。それは、第一に政府が過去から継続的に行ってきた人種差別を自ら終わらせる場合、第二に合衆国憲法の平等保護条項に違反するような重大な不正をも見逃さなければならないほど劇的に切迫した緊急事態を回避するために、人種的分類の利用が唯一利用可能な手段として絶対的に必要な場合である³⁰⁸。

以上のように、**Warren Court** においては、人種的分類に基づく立法のすべてが道徳的に容認できない不正な立法意図を有するものであるという認識の下、それらを違憲とする厳格審査基準の形式的な適用方法が採用されていたと考えることができよう。しかし、**Korematsu** 判決において、**Black** 裁判官が特定の人種グループを対象とした政府のあらゆる法律上の規制のすべてが憲法違反であることを意味するのではないと明確に述べているように、厳格審査基準とは、そもそも政府側に厳しい立証を課した上での利益衡量的アプローチであると理解されてい

郎『人権論Ⅱ・違憲審査基準の二つの機能——憲法と理由』「辻村みよ子・長谷部恭男編 憲法理論の再創造」（日本評論社、2011年）148-50頁を参照。

³⁰⁶ **RONALD DWORKIN**, *supra* note 38, at 412、ロナルド・ドゥオーキン、小林公ほか訳、前掲注（38）540頁、**Adam Winkler**, *supra* note 218, at 805-8. **Dworkin** と **Winkler** は、**Croson** 判決における **Scalia** 裁判官の結果同意意見を参考にした上で、厳格審査基準の形式的な適用の下、極めて例外的に政府による人種的分類の利用が容認される場合について述べているように思われる。

³⁰⁷ **Paul Brest**, *supra* note 161, at 15.

³⁰⁸ **RONALD DWORKIN**, *supra* note 38, at 416、ロナルド・ドゥオーキン、小林公ほか訳、前掲注（38）544頁参照。

る³⁰⁹。しかし、**Gunther** が指摘するように、**Warren Court** では、厳格審査基準が適用されると、どのような目的のためであれ、政府による人種的分類の利用は、ほぼすべて形式的に合衆国憲法の平等保護条項に違反すると判断されてきたのである。

³⁰⁹ 戸松、前掲注（4）139 頁参照。 **Richrad H. Fallon**, *supra* note 304, at 1267, 1306.

第2節 隠された不正な立法意図と厳格審査基準の適用

O'Connor 裁判官は、*Adarand* 判決において、厳格審査基準は「理論上厳格であるが、事実上致命的」であるという *Gunther* の説を払拭したいと述べ、厳格審査基準の形式的な適用を明確に否定した。他方で、*Warren Court* における厳格審査基準の形式的な適用は、*Rehnquist Court*、さらに、その後の *Roberts Court* において、保守派の裁判官たちに支持された³¹⁰。厳格審査基準の形式的な適用は、政府によるあらゆる人種的分類の利用が本質的に不正であり、人種的分類を利用した立法にはほとんど合憲性の推定が働かないという前提を採るが、

O'Connor 裁判官が *Adarand* 判決で採用した厳格審査基準の適用方法は、そのような厳格審査基準の形式的な適用方法とは異なっている。*Adarand* 判決で

O'Connor 裁判官が採用した厳格審査基準の適用方法の萌芽は、*Croson* 判決に認められる。*Croson* 判決で O'Connor 裁判官が採用した厳格審査基準の適用は、政府による人種的分類の利用には道徳的に容認しえない不正な意図、具体的には、合衆国憲法の平等保護条項が禁止する人種的均衡の維持、さらには、偏見や固定観念に基づく道徳的に容認し得ない不正な意図が実際には働いている恐れがあると推定するに留まる³¹¹。すなわち、人種的分類の利用を正当化するための立証の機会を政府側に付与し、政府側がかかる立証に成功すれば、当該人種的分類の利用を容認するというのが O'Connor 裁判官の立場なのである。したがって、政府が過去から継続的に行ってきた人種差別を自ら終わらせる場合、あるいは、合衆国憲法の平等保護条項に違反するような重大な不正をも見逃さなければならぬほど劇的に切迫した緊急事態を回避するために、人種的分類の利用が唯一利用可能な手段として絶対的に必要な場合、という極めて例外的な場合でなくとも政府による人種的分類の利用が容認される可能性がある。

³¹⁰ *Id.* at 1304-5.

³¹¹ RONALD DWORKIN, *supra* note 38, at 416、ロナルド・ドゥオーキン、小林公ほか訳、前掲注(38) 544-45 頁参照。また、この点につき、大沢秀介教授は、O'Connor 裁判官が *Croson* 判決、*Adarand* 判決、*Grutter* 判決で採用した厳格審査基準の適用方法は、「従来理解されてきた意味での厳格な厳格審査基準と同様な程度の厳格さを」有するものではないと指摘する。以上の点については、大沢秀介「最近のアファ・マティヴ・アクションをめぐる憲法問題——クロソン判決を素材に」法学研究 63 巻 12 号 (1990 年) 237 頁を参照。

O'Connor 裁判官は、Croson 判決で、厳格審査基準は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」を要求する点で、隠された不正な立法意図を「炙り出す」ものとしての機能を有するという Ely の学説に依拠した上で、厳格審査基準を適用しなければ、政府による人種的分類の利用が良性の救済目的のためであるのか、人種的劣等性という道徳的に不正な概念あるいは、あからさまな人種的政治力学によって動機付けされているのか否かを判断することはできないと判示した。すなわち、O'Connor 裁判官は、Ely が指摘するように、厳格審査基準の適用の下では、当該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」があるか否かについて、右立法に関するさまざまな立法事実に基づき精査を行うため、もしそれが道徳的に容認し得ない不正な意図に基づく立法であるのならば、かかる司法審査のプロセスでそれが炙り出されると考えたのである。

Brest は、1976 年の論文において、近年では、アファーマティヴ・アクションといった良性の意図に基づく政府による人種的分類の利用が重要性を増しており、今後、かかる厳格審査基準の形式的な適用とアファーマティヴ・アクションとの調和が課題になると指摘していた³¹²。O'Connor 裁判官が Croson 判決で採用した厳格審査基準の適用方法は、Brest の提起したかかる問題を解決するものであると評価できよう。また、Reva B. Siegel は、Grutter 判決における O'Connor 裁判官の法廷意見は、グループ指向的平等観を信奉する裁判官たちに配慮しつつも個人主義的平等観を信奉する裁判官たちが受け容れやすいものとなるようそれを巧みにカモフラージュするものであったと指摘する³¹³。たとえば、Grutter 判決の目的審査において、O'Connor 裁判官は、Bakke 判決における Powell 裁判官の相対的多数意見を引用し、学生集団の多様性を実現することは、やむにやまれぬ政府の利益として認められると判示したが、学生集団の多様性を実現することは黒人で構成されるグループ全体に対する救済が促進されることに繋がると同時に、それは、黒人で構成されるグループ全体に対する救済につき、直接言及するものではないため、救済の範囲を直接の被害者に限定する個人

³¹² Paul Brest, *supra* note 161, at 16.

³¹³ Reva B. Siegel, *Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles Over Brown*, 117 HARV. L. REV. 1470, 1538-39 (2004).

主義的平等観を信奉する裁判官も受け容れやすいものであったとみることができよう。加えて、この O'Connor 裁判官の法廷意見は、手段審査において、学生集団の多様性を実現するために人種中立的な手段が採られていることの立証を政府側に求めたが、かかる手段審査についても個人主義的平等観を信奉する裁判官たちが相当受け容れやすいものであったとみることができよう。このようなことから、Grutter 判決における O'Connor 裁判官の法廷意見は、黒人で構成されるグループ全体に対する救済を指向しつつも、人種間の平等を実現するために必要な負担配分の公平性への配慮を図ったものであるとみることができ、連邦最高裁における平等観の対立を克服するものであると積極的に評価することができそうである。

Dworkin は、O'Connor 裁判官が、Croson 判決、Adarand 判決、Grutter 判決で採用した立法に隠された道徳的に容認し得ない不正な意図を炙り出すことを目的とした厳格審査基準の適用の仕方を「反証」(rebuttal)理論と呼び、以下のようにこれを積極的に評価する。文理解釈上、合衆国憲法の平等保護条項は、政府による人種的分類の利用を明示的に禁止していない。そのため、政府によるすべての人種的分類の利用が合衆国憲法上、完全に禁止される理由は存在しない。しかし、合衆国憲法の平等保護条項は、道徳の一般原則を定めており、現代の憲法解釈者たちはこの一般原則に忠実であろうとする限り、道徳的な判断を下さなければならず、もし仮に人種的分類の利用が道徳的に不正であるとすれば、それゆえに憲法違反と考えられるのも当然である。ところが、身体的あるいは遺伝的属性に基づく他のあらゆる分類が本質的に不正ではないのと同様に、あらゆる人種的分類も本質的に不正であるとはいえない。よって、実際には悪性であるにもかかわらず、良性であるかのように装っている人種的分類を炙り出すことを目的とするこの反証理論は、かつて奴隷であった者とその子孫を州による最も不快な差別から保護するという合衆国憲法の平等保護条項の制定当初の目的と合致する最も説得力のある理論である³¹⁴。

ただ、Parents Involved in Community Schools 判決の Kennedy 裁判官の結果同意意見に認められるように、O'Connor 裁判官が Croson 判決、Adarand 判

³¹⁴ RONALD DWORKIN, *supra* note 38, at 417、ロナルド・ドゥオーキン、小林公ほか訳、前掲注(38) 545-46 頁参照。

決、**Grutter** 判決で採用した厳格審査基準の適用方法が採用された場合であっても、手段審査において政府側に極めて厳格な立証が課された場合、厳格審査基準の形式的な適用をした場合と同様の結論に至る懸念がある³¹⁵。しかしながら、政府側が人種間の平等を実現するために必要な負担配分の公平性を確保し、道徳的な疑念が生じないよう十分な配慮を行えば、アファーマティヴ・アクションが容認される可能性がある。したがって、**Dworkin** が指摘するように、**O'Connor** 裁判官が **Croson** 判決、**Adarand** 判決、**Grutter** 判決で採用した厳格審査基準の適用の方法は、かつて奴隷であった黒人やその子孫たちを保護するという合衆国憲法の平等保護条項の制定時の理念に資するものであるということができよう。

ところで、**Dworkin** は、憲法上の平等原則との抵触が問題となるようなハードケースにおいて、裁判所は、憲法上の平等原則の実体的価値の観点から司法審査を行わなければならないと説く³¹⁶。そこで、第三部では、第一部および第二部で検討したような平等の問題に関するさまざまな事件において、裁判所が何らかの司法審査基準を適用し、判断を下す際に依拠すべき憲法上の平等原則の実体的価値について明らかにしたい。

³¹⁵ **O'Connor** 裁判官が、**Croson** 判決、**Adarand** 判決、**Grutter** 判決で採用した厳格審査基準の適用の下では、政府による人種的分類の利用の正当化につき、裁判官が政府側に求める立証の程度によって合憲か違憲かが大きく左右されるという指摘がある。また、右厳格審査基準の適用方法の下では、政府による人種的分類の利用が常に違憲とされるわけではないため、かかる厳格審査基準の適用は、実質的には幾分緩やかな司法審査基準の適用を意味するとの指摘がある。以上の点については、**Sarah Erickson-Muschko**, *supra* note 110, at 51、君塚、前掲注（216）33 頁を参照。

³¹⁶ **RONALD DWORKIN**, *supra* note 8, at 86-88、ロナルド・ドゥオーキン、木下毅ほか訳、前掲注（8）104-6 頁参照。

第3部 平等原則の実体的価値について

第8章 平等という空虚な概念

第1節 平等概念について

平等という概念は、そもそも Plato や Aristoteles によって論じられた概念であり、古くはギリシャにその概念の根源を求めることができる。この平等は自由と並んで近代市民革命の旗印とされたものであると共に、近代以降の人権宣言においては共通して謳われてきた人権であり、日本国憲法 14 条 1 項においても「法の下での平等」が保障されている。

ところで、1982 年に Peter Westen が、「平等という空虚な概念」(The Empty Idea of Equality) という論文を発表した³¹⁷。Westen は、この論文において、そもそも平等概念とは実体的価値のない「空虚な器」(empty vessel) であると指摘した³¹⁸。伝統的な平等概念とは「等しきものを等しく扱うべきである」(likes should be treated alike) という定式で表されるものであるとされる³¹⁹。しかし、Westen は、この「等しきものを等しく扱うべきである」という定式は価値中立的であり、その点において平等概念は空虚であると説くのである。

さらに、Westen は、何が「等しきもの」であるのかということは、何らかの価値基準によらなければならないと主張し、たとえば、「分離すれども平等」

(separate but equal) の考えは、平等でも不平等でもありうると説く³²⁰。つまり、Westen は白人教育と同じ予算を黒人教育に用いなければならないという価値基準からすると白人と黒人は平等であるが、他方で、stigma を押しつけてはならないという価値基準からすると白人と黒人は不平等であるというのである。加えて、Westen は、ここでは合衆国憲法の平等保護条項が、どのような価値基準を前提としているのかということが問題となってくるが、かかる価値基準は、平等概念の中核にあると考えられている「等しきものを等しく扱うべきである」という伝統的な定式にあるのではなく、その外側に存在しているのではないだろう

³¹⁷ Peter Westen, *The Empty Idea of Equality*, 95 HARV. L. REV. 537, 547 (1982).

³¹⁸ *Ibid.*

³¹⁹ *Id.* at 537.

³²⁰ Peter Westen, *The Meaning of Equality in Law, Science, Math, and Morals : A Reply*, 81 MICH. L. REV. 604, 655 (1983).

かと指摘する³²¹。すなわち、「等しきものを等しく扱うべきである」という平等概念の定式にとっては、外在的な価値基準こそが決定的に重要なのであって、かかる定式自体は、実体的価値を含まないと **Westen** は主張するのである。

³²¹ Peter Westen, *supra* note 317, at 537.

第2節 平等概念と外在的な価値判断

Westen は平等概念について考察を行い、それを「記述的平等」(descriptive equality) と「規範的平等」(prescriptive equality) の二つに類型化している³²²。記述的平等とは、単に「ある二つのものは等しい」と述べるものであり、「規範的平等」とは、法や道徳の観点から規範的に「ある二つのものは等しい」と述べるものである³²³。

そこでまず、「記述的平等」からみてみると、Westen は、この世にあるあらゆるものは、一つもしくは複数の点で等しいということができるし、一つもしくは複数の点で異なっているということもできると説く³²⁴。さらに、Westen は、「記述的平等」において、二つのものが等しいというのは、「ある一つの点」において等しいということの意味するものでもなく、「すべての点」において等しいということ意味するものでもないため、二つのものが等しいということを明確に示すためには、何らかの外在的な価値基準が必要不可欠であるという。たとえば、メーカーの異なる二台の自動車 A と B があるとすると、自動車 A と自動車 B は、自動車であるという点では等しいが、形や性能においては異なるであろうし、さらに、自動車 A と飛行機 C では、乗り物という点においては等しいが、自動車か否かという点では異なるであろう。したがって、記述的平等において、二つのものが等しいということを明確に示すためには、何らかの外在的な価値基準が必要不可欠であるということがいえるのである³²⁵。

次に、法や道徳が関わってくる「規範的平等」についてみてみると、たとえば、赤ワインと白ワインの生産者に公正な課税という観点から税を徴収することを目的に、政府が赤ワインの生産者には販売価格の 10 パーセント、白ワインの

³²² PETER WESTEN, SPEAKING OF EQUALITY: AN ANALYSIS OF THE RHETORICAL FORCE OF 'EQUALITY' IN MORAL AND LEGAL DISCOURSE 7 (Princeton University Press 1990)、Peter Westen, *supra* note 320, at 607-23. なお、「記述的平等」および「規範的平等」という表現は、安西文雄「法の下での平等について(二)」国家学会雑誌 107 巻 1-2 号(1994 年) 198 頁を引用した。

³²³ *Ibid.*

³²⁴ PETER WESTEN, *supra* note 322, at 11-14.

³²⁵ *Ibid.* また、「記述的平等」の検討にあたっては、安西、前掲注(322) 198-99 頁を参照した。

生産者には 20 パーセントの税率を定めたとする。その場合、政府が定めたこの課税の方法が、生産者にとって平等か否かは、どのような価値基準に依拠するかによって大きく異なってくるであろう。具体的には、公正な課税とは、政府の定めた課税のルールに従って、生産者が税金を払うことであるという価値基準に依拠する場合、赤ワインの生産者も白ワインの生産者も平等である。さらに、公正な課税とは、政府が定めた課税ルールに基づいた税額総計で考えるべきであるという価値基準に依拠する場合、赤ワイン 10 万ボトルの生産者と白ワイン 5 万ボトルの生産者は平等である。しかし、赤ワインの生産者および白ワインの生産者に対して等しい税率を課するのが公正な課税であるという価値基準に依拠すると、赤ワインの生産者と白ワインの生産者には公正な課税がなされているとはいえず、それは不平等となり得るであろう。このように、規範的平等が前提とする何らかの外在的な価値基準がなければ、何が道徳的に公正かを語ることはできないのである³²⁶。

他方で、Westen は平等の問題における外在的スタンダードの重要性は、連邦最高裁判決においても認めることができると主張し、その例として 1964 年の Reynolds 判決³²⁷をあげる³²⁸。この Reynolds 判決では、アラバマ州の州議会議員選挙における一票の格差が問題となった。当時、アラバマ州は二院制を採用しており、かかる議院における議席数やそれをアラバマ州内の各地域にどのように割り当てるかについては、1901 年のアラバマ州憲法に定められていた³²⁹。ア

³²⁶ *Id.* at 59-92. また、「規範的平等」の検討にあたっては、同上を参照した。

³²⁷ Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533 (1964).

³²⁸ Peter Westen, *supra* note 317, at 594-95.

³²⁹ 1901 年のアラバマ州憲法は州議会における議席数、さらに、それをアラバマ州の各地域にどのように割り当てるかについて以下のように定めていた。

第 4 条 50 節 議会は最大 35 名の上院議員と最大 105 名の下院議員から構成され、この憲法に従い、いくつかの地域に割り当てられる。ただし、上述の下院議員数に加え、今後設置される新しい郡には一名の下院議員が割り当てられる。

第 4 条 197 節 上院議員の総数は、下院議員の総数の四分の一以上、三分の一以下とする。

アラバマ州では郡の数が 1903 年に一つ増加し 67 になったため、本件当時、上院議院の議員数は 35 名、下院議員の議員数は 106 名となっていたが、その一方で、アラバマ州の公職選挙法における選挙区割りには 1900 年の国勢調査以降変更されていなかった。そのため、原告の Sims らが、ジェファーソン郡では定数の不均衡が生じていると主張し、アラバマ州の公職選挙法がアラバマ州憲法および合衆国憲法の平等保護条項に違反していることの確認を求めて訴えを提起したのが本件である。本件で法廷意見を執筆した Warren 長官は、まず、合衆国憲法は、連邦議会における選挙と同様に、州における選挙においても投票する資格を有するすべての市民の権利を保護していると説くと共に、参政権を否定または制限しよ

第 4 条 198 節 新しい郡が設置されない限り、下院は 105 名の議員より構成される。ただし、新しい郡が設置された場合には、その郡には一名の下院議員が割り当てられる。合衆国が 10 年毎に行う国勢調査によって確定された各郡の人口に応じて、下院議員は議会により、州内のいくつかの郡に割り当てられなければならない。そして、それは、次の国勢調査が行われた後に開催される議会の最初の会期までは、改正の対象とはならない。

第 4 条 199 節 1910 年に行われる合衆国国勢調査、さらに、その後 10 年毎に行われる国勢調査の後の最初の会期において、国勢調査による各郡の人口に従い、下院議員の数および州内のいくつかの郡への議員の割り当てを是正するのは議会の義務である。さらに、各郡には少なくとも一名の下院議員が割り当てられる。

第 4 条 200 節 1910 年に行われる合衆国国勢調査、さらに、その後 10 年毎に行われる国勢調査の後の最初の会期において、国勢調査における各郡の人口に従い、上院議員の数および州内の上院選挙区への議員の割り当てを是正し、かかる法律を制定することは議会の義務である。そして、上院選挙区は、上院議員の数に従い設置され、さらに、各選挙区は、その人口がほぼ等しくなるように分割されると共に、各選挙区には一名の上院議員が割り当てられる。そして、選挙区が一度設置された後は、次の国勢調査の後に開催される議会の会期まで変更されることはない。右会期の後に新しい郡が設置された場合には、その郡は既存の選挙区に編入される。いかなる郡も二つの選挙区に分割されることはなく、いかなる選挙区も互いに隣接しない二つ以上の郡から構成されることはない。

第 18 条 248 節 議会議員の選挙制度は人口に基づく。そして、議会議員の選挙制度が人口に基づくということは、憲法修正が実施されない限り変更されることはない。

うとする試みが問題となる事件において、当裁判所は一貫してその不可侵性を明確にしてきたと判示した。そして、**Warren** 長官は、市民がどこに住居を構えていようとも合衆国憲法の平等保護条項は、すべての市民に対し、州における平等な選挙権を保障していると指摘した。さらに、**Warren** 長官は各郡の人口に従い、上下両院の議員が割り当てられなければならないが、それは形式的な正確さを必要とするものではないと述べ、各郡への議員の割り当てにつき数的に完全に一致するというところまでは求めなかったものの、アラバマ州は合衆国国勢調査に基づき議員定数は正に関する定期的な法改正をしなければならないと指摘し、10年以上かかる改正を放置したことは合衆国憲法の平等保護条項に違反しており、本件においても「一人一票の原則」が適用されなければならないと結論づけた。他方で、本件で反対意見を執筆した **Harlan** 裁判官は、法廷意見が判決の根拠とする合衆国憲法の平等保護条項の起草者は、かかる条項が選挙権に及ぶことを意図していなかったと指摘した上で、合衆国憲法自体が各州に対し、その人口の多少にかかわらず、二名の連邦上院議員を割り当てていると主張し、もし法廷意見の判断が正しいのであれば、人口の異なる各州に上院二議席を与えている合衆国の制度の正当性が疑われることとなると判示した。すなわち、本件において、法廷意見は、「一人一票の原則」に基づく選挙権の実質的な等しさという価値基準に依拠した上で、議員定数に関する平等の問題について判示したが、他方で、反対意見を執筆した **Harlan** 裁判官は、人口の異なる州であっても上院二議席が与えられていることを例にあげ、州間における議席数の形式的な等しさという価値基準に依拠した上で、法廷意見に反対する姿勢を示したのである。このように、「等しきものを等しく扱うべきである」という平等概念の定式は、何ら指針を与えておらず、かかる定式は実体的価値を有さない空虚な概念であるということが連邦最高裁判決においても理解できると **Westen** は主張するのである³³⁰。

また、**Westen** は「等しきものを等しく扱うべきである」という平等概念の定式が存在するがゆえに、この定式が論理的に前提としている外在的な価値基準が隠されてしまう傾向があり、そのことが平等を論じる人々をしばしば混乱させるのだと指摘する³³¹。すなわち、**Westen** は、我々は平等という概念が前提として

³³⁰ Peter Westen, *supra* note 317, at 594-95.

³³¹ Peter Westen, *To Lure The Tarantula From Its Hole: A Response*, 83 COLUM. L. REV. 1186, 1190 (1983).

いる外在的な価値基準に関して、まるで当然の合意があるかのように語ることが多いと指摘すると共に、我々は平等が前提としている外在的な価値基準を特定化しないことに慣れているため、実社会において、平等という概念が実は何らかの外在的な価値基準を前提としているということを忘れがちであるというのである。

第3節 平等概念と権利について

Westen は平和的ピケッティングに関する連邦最高裁判決である 1980 年の Carey 判決³³²の検討を通じて、外在的な価値基準について検討を行っている³³³。Carey 判決では、シカゴ市長の政策に反対するため、市長の居宅前の歩道で平和的な政治的ピケッティングを行った者が、一定の労働争議上のピケッティング以外を禁ずるイリノイ州法によって起訴されたため、当該州法が合衆国憲法の平等保護条項に違反するとして争われた。法廷意見を執筆した Brennan 裁判官は、イリノイ州法がピケッティングという表現的行為を、伝達されるメッセージというコミュニケーションの内容に基づいて禁止していると認定した上で、こうしたパブリック・フォーラムにおける言論と関連した活動を政府が差別している場合、当該立法は厳格に審査されなければならないと指摘し、当該立法が採用している区分を正当化するために、かかる立法目的が「実質的な州の利益」

(substantial state interests) を実現するということ、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」(finely tailored)があるということを政府側は立証しなければならないと判示した。Brennan 裁判官は、公道で平和的にピケッティングすることを禁止するような州法の正当性の問題は、合衆国憲法修正 1 条の問題となると述べ、さらに、イリノイ州法は労働者争議上のピケッティングをする者を他種のピケッティングをする者と区別して取り扱っており、労働争議上のピケッティングのみを容認していると認定した。そして、Brennan 裁判官は、合衆国憲法修正 1 条上、社会的および政治的言論は、労働に関する言論と少なくとも同等の価値を有するものであるから、州は居住者のプライバシー保護という観点から当該州法の正当性を主張することはできないと判示すると共に、右州法自体が一定の場合に居住者のプライバシー領域への侵入を認めていることから、州は当該州法を居住者のプライバシー保護という観点から正当化することはできないと指摘した。また、Brennan 裁判官は、イリノイ州法が居住者のプライバシーの侵害を理由に労働争議上のピケッティング以外のすべてのピケッティングを禁止していると認定した上で、労働争議上のピケッティングに対して州が特別な保護を与えることは容認できないと説示し、さらに、合衆国憲法修正 1 条は、経済的、社会的、政治的なデモよりも労働争議上のピケッティ

³³² Carey v. Brown, 44 U.S. 455 (1980).

³³³ Peter Westen, *supra* note 317, at 561.

ングに対して手厚い保護を与えているわけではないと判示した。そして、**Brennan** 裁判官は、労働争議上のピケティング以外の平和的ピケティングが、居住者のプライバシーに与える影響は些細なものであるにもかかわらず、イリノイ州は居住者のプライバシーを侵害する恐れがあるとして、かかる平和的ピケティングを禁止するような州法を正当化しようとするものであるが、イリノイ州はその証拠を十分に示していないと認定すると共に、プライバシーの保護が国家の重要な関心事であることに異論はないが、それは合衆国憲法の平等保護条項に合致する方法に拠らなくてはならないと指摘した上で、当該州法はピケティングの内容を類型化し、労働争議上のピケティング以外のピケティングを禁止しており、合衆国憲法の平等保護条項に違反するといわざるを得ないと結論づけた。

以上が **Carey** 判決の概要であるが、**Westen** は、この事件を連邦最高裁が平等固有の問題として真正面から検討したのであるかと考え、まず、当該事件の判旨を以下のように要約した。第一に当該イリノイ州法は、ピケティングをする者の主張内容に依拠し、労働争議上のピケティングをする者と他のピケティングをする者とを区別し、取り扱っている。第二に合衆国憲法の修正 1 条は、公道で政治的目的のため平和的にピケティングをする者を保護している。第三に修正 1 条によって保護されている言論を禁止するような当該州法の合憲性につき、裁判所は厳格に審査しなければならない。第四に合衆国憲法の修正 1 条の下では、政治的・社会的言論は、労働に関する言論と少なくとも同等の価値があるので、州は労働に関する言論には「特別な利益」 (**special interest**) があるということを主張することによって、当該州法を正当化することはできない。第五に当該州法が一定の場合にプライバシー領域への進入を認めているため、州は居住者のプライバシーの保護を理由に当該州法を正当化することはできない。第六に合衆国憲法の修正 1 条の下、州は平和的な政治的ピケティングを禁止するのを正当化するための十分な立証を行っていない。第七に憲法上、州には政治的ピケティングと労働争議上のピケティングとを区別して取り扱う理由がなく、それゆえ、当該州法は合衆国憲法の平等保護条項に違反している。本件で連邦最高裁は、以上のような論証に依拠した上で、当該州法が合衆国憲法の平等保護条項に違反すると結論づけているが、平等の観点から検討を行っていない第二から第六までの論証こそが、この判決の結論を左右していると **Westen** は主張する

334。そこで、第二から第六までの論証についてみると、連邦最高裁は政治的言論と労働争議上の言論とを比較した上で表現の自由という権利の観点から当該事件について司法審査を行っていることが認められる。したがって、**Carey** 判決で連邦最高裁は、平等概念が有する何らかの実体的価値に照らした上で判決を下しているのではなく、表現の自由の侵害という権利侵害の観点から判断を下しているということができよう。すなわち、連邦最高裁は権利侵害の有無という外在的な価値判断に依拠し、平等の問題について判決を下していると **Westen** は指摘するのである³³⁵。

Westen は、「疑わしき分類」についても検討を行っている。**Westen** は「疑わしき分類」の対象となるようなクラスに対する合衆国憲法の平等保護条項の要請を整理すれば次のようになると説く。第一に「疑わしき分類」の対象となるようなクラスに属する人々は等しく扱われるべきである。第二に政府は過去の人種差別の弊害から免れる権利を保障しなければならない。第三に過去の人種差別の弊害から免れる権利を侵害するような区別指標に依拠し、他者と異なって取り扱われている人々は、本来的に他者と等しい存在であるため、彼らは等しく取り扱われなければならない³³⁶。そして、**Westen** は合衆国憲法の平等保護条項の要請のうち、第一と第三は平等に関する要請であるが、裁判における実質的な決定は、第二の要請に基づいてなされると指摘する³³⁷。すなわち、**Westen** は、裁判所が「疑わしき分類」の対象となるようなクラスに対する差別の問題についても、平等固有の問題としてではなく、「過去の人種差別の弊害から免れる権利」の侵害の問題として、判決を下していると説くのである。

Kenneth Simons は、このような **Westen** の説に依拠しながら、平等の問題で外在的な価値基準となる権利概念について検討を行っている。**Simons** は、平等の問題とは他者との比較によって、はじめて明確化される問題であると指摘すると共に、権利には「相対的な権利」 (*comparative right*) と「非相対的な権利」

³³⁴ *Id.* at 562.

³³⁵ *Ibid.* なお、検討にあたっては、安西、前掲注（322）200-2 頁を参照した。

³³⁶ *Id.* at 568.

³³⁷ *Id.* at 568-69. なお、検討にあたっては、安西、前掲注（322）202 頁を参照した。

(noncomparative right) という二つがあると主張する³³⁸。そして、Simons は、たとえば、親が三人の子どもと映画館に行く約束した場合、かかる三人の子どもはそれぞれが映画館に行く権利を有することになるが、他方で、親が三人の子どものうちの誰かと映画館に行く約束をした場合、三人の子どもの全員が映画館に行く権利を有するわけではないので、このような場合、平等の問題が生じると説き、前者で問題となるのが「非相対的な権利」であり、後者で問題となるのが「相対的な権利」であると主張する³³⁹。すなわち、Simons は、合衆国憲法の平等保護条項との関係で問題となるのは、「相対的な権利」であると主張するのである。

以上のような Westen および Simons の学説に依拠すれば、合衆国憲法の平等保護条項と抵触するような立法の合憲性をめぐる問題では、「相対的な権利」の侵害の有無が中心的な争点になると考えることができよう。したがって、合衆国憲法の平等保護条項との抵触が問題となる事件において、裁判所は平等概念が有する平等の実体的価値に照らした上で判断を行っているのではなく、個別的な権利の侵害の有無という価値基準に基づいて判断を下しているということになる。このようなことから、平等概念は実体的価値を有しておらず、それは空虚な概念であると Westen は主張するのであるが、このような捉え方は正しいといえるのであろうか。そこで、次節では権利という概念について考察することで、平等の実体的価値の問題について、さらに検討を進めていきたい。

³³⁸ Kenneth W. Simons, *Equality as a Comparative Right*, 65 B. U. L. REV. 387, 392-93 (1985).

³³⁹ *Ibid*

第9章 平等原則と平等権

第1節 原則と権利の関係について

権利について検討を行うにあたっては、『権利論』における Dworkin の指摘が示唆に富むものである。そこで、以下においては、Dworkin が明らかにした権利概念についてみていきたい。Dworkin は平等の問題に代表されるハードケースにおいて、裁判官は裁量によって権利を創造するのではなく、救済が与えられるべき当事者の権利を発見すべきであると説くと共に、実際の裁判において裁判官はそうしていると主張する³⁴⁰。そして、このような前提に立った上で、Dworkin は、権利を「具体的権利」(concrete rights)と「抽象的権利」(abstract rights)とに分類する。そこでまず、「具体的権利」についてみてみると、それは競合する他の権利との間の価値の優劣を具体的に主張するための権利であると Dworkin は主張する³⁴¹。つまり、「具体的権利」とは、かかる権利を主張することで、裁判所に対して保護や救済といった法的強制措置の発動を請求しうる権利であると Dworkin は説くのである³⁴²。他方で、Dworkin は、「抽象的権利」とは、広範かつ理念的な内容を持つ権利であると説くと共に、それは「具体的権利」の根拠となるものであると主張する³⁴³。すなわち、権利性を有する「抽象的権利」が明確かつ特定化しうる内容を持つまでに熟成することによって、それが憲法の保障する具体的権利としての地位を獲得することができると Dworkin は説くのである³⁴⁴。したがって、「抽象的権利」とは法的権利である「具体的権利」を生み出す母体として機能するものであると考えることができよう。

また、Dworkin は、「原則」(principle)とは権利の母体として機能するものであると説く³⁴⁵。すなわち、平等の問題に代表されるハードケースにおいて、

³⁴⁰ RONALD DWORKIN, *supra* note 8, at 81-82、ロナルド・ドゥオーキン、木下毅ほか訳、前掲注(8)『権利論』(木鐸社、1993年)104-6頁参照。

³⁴¹ *Id.* at 92-93.

³⁴² *Id.* at 93-94.

³⁴³ *Ibid.*

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ *Id.* at 90-91.

裁判官は何らかの原則から救済が与えられるべき当事者の権利を発見すると **Dworkin** は主張するのである。したがって、上記の **Dworkin** の説に依拠すると、原則と権利の関係につき、「原則」から「抽象的権利」が導き出され、さらに、かかる「抽象的権利」から「具体的権利」が導き出されるという命題が成立すると理解することができる。そして、すべての原則と権利の関係につき、同様の命題が成立する。

ところで、**Simons** が指摘するように³⁴⁶、権利は比較を前提とするという点で平等と共通する概念であるが、**Dworkin** の指摘に依拠すると平等の問題で主張される「具体的権利」が、その母体である「抽象的権利」、さらには、「原則」を抜きに固有の実体的価値を有すると理解することは困難であるように思われる。したがって、たとえば、合衆国憲法の平等保護条項との抵触が問題となる事件において、裁判官は平等原則の実体的価値を抜きにかかる事件について道徳的に正しい判断を下すことはできないであろう。確かに「等しきものを等しく扱うべし」という平等の定式自体は、**Westen** が指摘するように空虚な概念であるように思われるが、そのことによって、憲法上の平等原則までもがかかる定式のように実体的価値を有さない空虚な概念とまではいえないのではないであろうか³⁴⁷。そこで、次節では憲法上の平等原則について検討を行い、憲法上の平等原則の実体的価値について明らかにすることを試みたい。

³⁴⁶ **Kenneth W. Simons**, *supra* note 338, at 392-93.

³⁴⁷ 平等概念の中核にあると考えられている「等しきものを等しく扱うべきである」という定式は、**Westen** が指摘するように空虚といえるのであろうかという点につき、安西文雄教授は、この「等しきものを等しく扱うべきである」という定式の下では、どのような取り扱いをすれば、この定式にかなう取り扱いとなり得るのかが不明確であると指摘する一方で、この定式は、理由もなく特定の者を不平等に取り扱うことを否定しており、その意味では、この定式は、恣意的な取り扱いに対する障壁になっていると考えることができると説く。さらに、同教授は、「等しきものを等しく扱うべきである」という定式が、何らかの外在的な価値基準を必要とするという **Westen** の主張は、外在的な価値基準によって、平等の定式の実体的価値が定まるということを示唆するものであり、重要であると指摘する。

第2節 平等原則について

Kenneth L. Karst は、Westen の主張に配慮し、「等しきものを等しく扱うべきである」という一般的な抽象的概念としての平等の定式は価値中立的であるかもしれないという³⁴⁸。しかし、Karst は、このような一般的な抽象的概念としての平等の定式とは異なり、合衆国憲法の平等保護条項の中核には、「平等な市民的地位の原則」(a principle of equal citizenship) というものが存在すると説く³⁴⁹。

Karst は、「平等な市民的地位の原則」を説くにあたり、まず、平等と市民的地位との関係を歴史的に考察している。そして、Karst は南北戦争前の黒人奴隷の合衆国憲法上の地位が問題となり、連邦最高裁で争われた 1857 年の *Dred Scott* 判決³⁵⁰を取り上げ、この事件が市民的地位の問題を我々に提起する典型であると主張する³⁵¹。*Dred Scott* 判決の原告である Scott は、黒人奴隷の子としてヴァージニア州に生まれ、1832 年にミズーリ州セントルイスの軍医に売却されたが、その後、主人に伴われて自由州イリノイ州および 1920 年の「ミズーリ互譲法」(Missouri Compromise Act) で奴隷制を禁止されたミネソタ准州に移住したため、本件において Scott は自分とその家族が自由人になったと主張した。本件で法廷意見を執筆した Taney 裁判官は、まず、連邦裁判所に提訴する権利とは合衆国憲法が合衆国の市民に保障した権利の一つであると指摘し、それゆえ、Scott が連邦裁判所に訴えを提起できるか否かは、奴隷として売られた者を祖先に持つ黒人が合衆国憲法の下で誕生し、その規定に従って組織された政治社会の構成員たり得るかどうかどうかという問題に帰着すると判示した。その上で、Taney 裁判官は、黒人が一世紀以上にわたって、優越する民族の支配に従属する劣位階層とされ、所有者や政府が認めた場合を除いて、何らの権利を有するものではないと考えられてきたと指摘し、合衆国憲法起草者は、黒人を合衆国市民の範疇に含めていたと解することは到底できず、黒人は合衆国市民足り得ないと結論づけ

³⁴⁸ Kenneth L. Karst, *supra* note 7, at 4.

³⁴⁹ *Id.* at 4.

³⁵⁰ *Dred Scott v Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

³⁵¹ KENNETH L. KARST, *BELONGING TO AMERICA: EQUAL CITIZENSHIP AND THE CONSTITUTION* 44 (Yale University Press 1989).

た。このように、黒人を劣位の階層と位置づける一方で、白人を優越的地位にある「支配的人種」(dominant race)と捉えることは、平等を侵害する行為の典型例であると Karst は考えるのである³⁵²。そして、アメリカでは、南北戦争の後、1866年の公民権法が制定され、さらに、合衆国憲法修正14条から修正15条が制定されたが、黒人を劣位の人種的階層と位置づけることを目的とするジム・クロウ法と呼ばれる法制度が形成されたと指摘する³⁵³。

その上で、Karst は合衆国憲法の平等保護条項は、ジム・クロウ法のような個人を劣等な階層として位置づけるような法を禁止していると説くと共に、合衆国憲法の平等保護条項の中核には「平等な市民的地位の原則」があると主張する。さらに、Karst は、この「平等な市民的地位の原則」の中核には、社会の構成員である「個人に対する等しい尊重」という実体的価値が存在すると説き、その価値の保障があらゆる法的地位、さらには、あらゆる社会的事実についても求められるという³⁵⁴。そして、Karst は、「個人に対する等しい尊重」とは、「格下げ」(degradation)によって、対等な市民としての地位を認められないこと、すなわち、stigma の押し付け、といったことをされない保障を意味すると指摘する³⁵⁵。

また、Karst は「平等な市民的地位の原則」には、「責任」(responsibility)という要素および「参加」(participation)という要素が含まれると主張すると共に、この「責任」や「参加」という要素には、それぞれ固有の意味があると説く³⁵⁶。そこでまず、「責任」という要素についてみてみよう。Karst は、まず、ある個人が社会において十分に尊重される構成員であるためには、当該個人は社会において責任を負う存在として処遇されなければならないと主張する。そして、Karst は、個人が他者に依存する存在であるとみなされることで、その個

³⁵² *Ibid*, Kenneth L. Karst, *supra* note 7, at 13. なお、検討にあたっては、安西文雄「法の下での平等について(一)」国家学会雑誌 105 巻 5-6 号(1992 年) 105 頁を参照した。

³⁵³ KENNETH L. KARST, *supra* note 351, at 64.

³⁵⁴ Kenneth L. Karst, *supra* note 7, at 6.

³⁵⁵ *Ibid*

³⁵⁶ *Id.* at 8.

人が社会において責任を負う存在として認められなくなることが、「平等な市民的地位の原則」が拒否しようとするものであると指摘すると共に、男性による女性の役割についてのステレオタイプが、その良い例であると説く³⁵⁷。たとえば、女性についての典型的なステレオタイプとして、女性はデリケートであるとか、臆病であるとか、さらには、女性は妻あるいは母として家庭の中でその使命を果たすべきであり、家庭の外でキャリアを積極的に形成していくのは適していない、といったことがあげられるが、このような女性の役割についてのステレオタイプによって、生活における多くの領域において、女性は「責任」の負担を拒否されると共に、それにより「参加」をも拒否され、その結果として、女性は社会において尊重されるべき存在として認められなくなると Karst は指摘するのである³⁵⁸。次に、「参加」という要素についてみてみよう。Karst は、この「参加」という要素を検討するための例として、アメリカにおけるジム・クロウ法の時代をあげる。そして、ジム・クロウ法の時代、黒人はランチ・カウンターのサービスから議会議員選挙といった社会のあらゆる領域で「参加」を拒否されると共に、それにより「責任」の負担をも拒否され、その結果として黒人は社会において尊重されるべき存在としては認められなくなっていたと指摘する³⁵⁹。

以上のように、Karst は合衆国憲法の平等保護条項には、「平等な市民的地位の原則」、すなわち、「個人に対する等しい尊重」という実体的価値が存在すると説くのである。

ところで、John Rawls や Dwrokin は、憲法上の平等原則には、Karst が主張するような「個人に対する等しい尊重」という実体的価値が存在するということを示唆している。たとえば、Rawls は、平等には富の分配に関する概念と個人に対する等しい尊重に関する概念という二種類の概念が含まれると指摘した上で、社会において、「個人に対する等しい尊重」が保障されることによって、平等な富の分配も実現することから、後者の「個人に対する等しい尊重」が平等概念の

³⁵⁷ *Id.* at 9, 10. なお、検討にあたっては、安西、前掲注（352）333-34 頁を参照した。

³⁵⁸ KENNETH L. KARST, *supra* note 351, at 105-6.

³⁵⁹ *Id.* at 26-7、Kenneth L. Karst, *supra* note 7, at 25-26、なお、検討にあたっては、安西、前掲注（352）334 頁を参照した。

中核であると説く³⁶⁰。すなわち、Rawls は「個人に対する等しい尊重」という価値が保障された秩序ある社会においては、平等な市民という地位が社会のすべての構成員に付与されることが約束されるため、物理的な富の分配に関しても自律的な作用が働き、正義にかなった物理的な富の分配も確保されると説くのである³⁶¹。また、Rawls は「個人に対する等しい尊重」という根源的な平等の概念から派生する人々の公共心や平等に関する諸権利は、政治的安定を維持し、さらに、それによって社会の構成員である各人の真価が保障されると主張する³⁶²。

また、Dworkin は、憲法上の平等原則の中核にある実体的価値について、以下のような例をあげながら説明する。たとえば、二人の子どものうちの一人が病気で死にかけており、他方で、もう一人が同じ病気で単に体調を悪くしているに過ぎない場合、残っている一服の薬をどちらの子どもに与えるのかを親がコインを弾いて決めるのは、投薬の機会を得る権利の側面では平等な取り扱いになりえても、それぞれの子どもを個人として尊重したことにはならないと Dworkin は主張する³⁶³。そして、Dworkin は、このような場合、二人の子どものそれぞれが投薬の機会を得る権利よりも、二人の子どものそれぞれが「個人として尊重される権利」の方が重要であると説くと共に、二人の子どもに与えられた投薬の機会を得る権利は、二人の子どものそれぞれが「個人として尊重される権利」から派生する権利であると説く³⁶⁴。すなわち、Dworkin は二人の子どもが等しく投薬の機会を得る権利は、二人の子どものそれぞれが「個人として尊重される権利」という「抽象的権利」から派生した「具体的権利」であると主張するのである。そ

³⁶⁰ JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 511 (The Belknap of Harvard University Press 2005)、川本隆史ほか訳『正義論』（紀伊國屋書店、2011 年）669 頁を参照。

³⁶¹ *Id.* at 543-45、同書 714-15 頁参照。

³⁶² *Ibid.*、同上参照。

³⁶³ RONALD DWORKIN, *supra* note 8, at 227、ロナルド・ドゥオーキン、木下毅ほか訳、前掲注（8）305 頁参照。

³⁶⁴ *Ibid.*、同上参照。

して、Dworkin は、「個人として尊重される権利」という「抽象的権利」は、「個人に対する等しい尊重」という原則から導き出されていると説く³⁶⁵。

このように、憲法上の平等原則とは「個人に対する等しい尊重」を意味するという点について、Karst、Dworkin、Rawls の見解は一致しているといえよう。

³⁶⁵ *Id.* at 82、ロナルド・ドゥオーキン、木下毅ほか訳、前掲注（8）99 頁参照。

Dworkin は、個人が「等しく尊重される権利」を有しているということは、その母体となる「個人に対する等しい尊重」という「原則」が存在することを意味していると説く。

第3節 日本国憲法の平等原則と実体的価値

日本国憲法14条1項は、「法の下での平等」を保障しているが、その規定の性格については、平等原則を謳った規定であるという主張や平等権を保障した規定であるという主張があり、「法の下での平等」を平等原則の保障と理解すべきとする立場と平等権の保障と理解すべきとする立場との間には対立が認められる。

「法の下での平等」を平等原則ではなく、平等権の保障と理解すべきとする立場は、「法の下での平等」という概念自体が個人に対する差別的な取り扱いそれ自体を否定するものであるから、差別的な取り扱いを受けないということを個人の権利として保障することが可能なのではないかという考え方に依拠している³⁶⁶。そして、このような考え方にに基づき、憲法14条1項が平等権を保障していると理解することができるのであれば、「法の下での平等」を敢えて原則と捉えるべき理由は存在しないというのである³⁶⁷。加えて、この「法の下での平等」を平等権の保障と理解すべきであるとする立場からは、平等の権利性を否定すると裁判所が実質的な判断をすることが容易ではなくなるため、「法の下での平等」を平等権の保障と理解すべきであるという主張がなされている³⁶⁸。すなわち、事件性の要件の理論には、自分に対する権利侵害は自分で争うべきであるという想定の下、自分に対する権利侵害を争っているからこそ当事者は真剣かつ具体的に事実の提示や主張を行うだろうという期待が持たれ、さらに、そのような当事者による事実の提示と主張を通じて初めて裁判所は最良の判断を下しうるという考えが存在するため、「法の下での平等」を平等権の保障と理解した上で、当該立法の合憲性につき、憲法14条1項違反を争うほうが事件性の要件に関する理論にも合致し、妥当であるというのである³⁶⁹。

しかし、「原則」は「権利」の母体として機能するものであるという **Dworkin** の説に依拠すれば、憲法14条1項が定める「法の下での平等」の「原則」としての性格を抜きに、平等権そのものが裁判所に対して保護や救済といった法的強制措置の発動を請求しうるような実体的価値を有していると理解することは困難で

³⁶⁶ 松井茂記『日本国憲法＜第2版＞』（有斐閣、2002年）371頁参照。

³⁶⁷ 同上参照。

³⁶⁸ 同上参照。

³⁶⁹ 同上参照。

ある。この点につき、阿部照哉教授と野中俊彦教授は、一般的な平等概念は、「等しきものを等しく扱うべきである」という定式で示されるような価値中立的な概念であるため、たとえ、平等を「権利」として捉えたとしても、憲法 14 条 1 項の定める「法の下での平等」が「原則」としての実体的価値を有さないのであれば、平等権に具体的な権利としての性格を見出すことができず、それゆえ、それは選挙権や財産権のような具体的な権利³⁷⁰にはなり得ないと説く³⁷¹。このよ

³⁷⁰ ここでいう「具体的な権利」とは、「裁判所に対してその保護・救済を求め、法的強制措置の発動を請求しうる権利」を指している。佐藤幸治教授は、このような権利を「具体的権利」と呼ぶ。

佐藤教授は、権利概念について、権利という概念は、レベルに応じて「背景的権利」、「法的権利」、「具体的権利」という三つの段階に区別できると主張する。同教授は、「『背景的権利』としての人権は、それぞれの時代の人間存在にかかわる要請に応じて種々主張されるもので」、「『法的権利』としての人権を生み出す母体として機能すると説くと共に、この「背景的権利」が「明確で特定しうる内容をもつまでに成熟し、かつ、とりわけ特定の基本権体系と調和する形で特定の条項に定礎せしめることができるとき」、それは、たとえば、プライバシーの権利といった「『法的権利』としての地位を取得する」と説く。さらに、同教授は、この「法的権利」を根拠に裁判所が具体的な事件の解決を迫られ、その事件に関し、法的に保護しなければならないと判断した場合、それを契機に「法的権利」を母体に「具体的権利」が形成されると主張する。

このような佐藤教授の学説は、第 9 章第 1 節で検討した Dworkin の学説を想起させる。以上の点については、佐藤幸治『現代法律学講座 5 憲法〔第三版〕』（青林書院、2003 年）392-93 頁、佐藤幸司『日本国憲法論 法学業書 7』（成文堂、2011 年）123 頁を参照。

³⁷¹ 阿部照哉、野中俊彦『現代憲法大系③ 平等の権利』（法律文化社、1984 年）81-82 頁参照。

この点につき、芦部信喜教授は、一般的な平等概念は価値中立的であることから、「法的平等の価値判断の内容および対象事項が何であるかは抽象的には決められない」と指摘する。以上の点については、芦部信喜『憲法Ⅱ 人権（1）＜有斐閣大学双書＞』（有斐閣、1973 年）205 頁を参照。

うなことから、憲法 14 条 1 項が定める「法の下での平等」は、「原則」としての性格を有すると共に、かかる平等原則から導き出される「具体的権利」の保障規定としての性格をも有すると考えることができよう。さらに、以上のようなことから、憲法 14 条 1 項が定める「法の下での平等」は、平等原則を保障したものと理解するほうが、より人権保障に資するのではないかと思われる³⁷²。

ところで、憲法上の平等原則との抵触が問題となる事件において、裁判所は、何らかの価値判断をしなければならないが、その際、裁判所が依拠すべき価値判断の根拠は、憲法の基礎に存在する価値から具体的に明らかにされなければならないであろう。そのように考えると、憲法 14 条 1 項の「法の下での平等」の「原則」としての実体的価値とは、憲法 13 条に求めることができ、それは、すべての個人が「尊厳」を有し、「個人として等しく尊重されること」を意味するように思われる³⁷³。そして、それは、Karst、Dworkin、Rawls の考える平等の実体的価値、すなわち、「個人に対する等しい尊重」と合致するように思われる。このように考えると、憲法上の平等原則とは、究極的には「個人の尊厳」と個人の尊厳を侵害してはならないという個人の人格価値に対する等しい配慮、換言すれば、「人格価値の平等」に帰結するのではないであろうか³⁷⁴。

また、この点につき、伊藤正己教授は、憲法 14 条 1 項は、抽象的な原理の宣言ではなく、具体的な権利を保障するための実体的な価値を有する規範であると指摘する。すなわち、憲法 14 条 1 項は「具体的権利」を保障するための何らかの実体的な価値を有する「原則」を宣言したものであるというのである。以上の点については、伊藤正己『憲法〔新版〕』（弘文堂、1992 年）239 頁を参照。

³⁷² 西村、前掲注（2）26 頁参照。

³⁷³ 川添利幸教授は、デューリッヒが西ドイツ基本法における平等か否かの価値判断を「人間の尊厳」という原則に求めたと指摘する。さらに、同教授は、この「人間の尊厳」という原則が日本国憲法においては、13 条の「個人の尊厳」と言い換えられていると説く。以上の点については、川添利幸「平等原則と平等権（平等権の諸問題）」公法研究 45 巻（1983 年）16・17 頁を参照。

³⁷⁴ この点につき、芦部信喜教授は、一般的な平等概念は価値中立的であることから、「法的平等の価値判断の内容および対象事項が何であるかは抽象的には決められない」と指摘すると共に、それは「具体的な憲法の基礎に横たわる具体的な価値判断

おわりに

米連邦最高裁の判例理論では、厳格審査が求められる場合として、第一に「基本的権利」が侵害された場合、第二にいわゆる「疑わしき分類」が採用されている場合があげられる。近年の日本の最高裁判例には、このような米連邦最高裁の判例理論の影響が見てとれるように思われる。たとえば、平成 17 年の在外国民選挙権制限違憲判決において、最高裁が「やむを得ない事由がある場合」でなければ、在外国民の選挙権は制限されないと判示し、選挙権という基本的権利の制限につき、米連邦最高裁の判例理論である厳格審査基準の適用を想起させる司法審査を行った。また、平成 20 年の国籍法違憲判決、平成 25 年の非嫡出子法定相続分差別違憲決定において、最高裁は、「合理性の基準」の適用を示唆しながらも、当該立法が採用する嫡出性という区別事由に着目し、「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」と指摘して、米連邦最高裁の「疑わしき分類」の理論を彷彿とさせる厳格な司法審査を行った。また、平成 27 年の再婚禁止期間違憲判決において、最高裁が「婚姻をする自由」の基本的権利性について指摘している点についても、「婚姻の自由」を基本的権利とする米連邦最高裁の判例理論を連想させる。このように、近年の日本の最高裁は、「合理性の基準」の基本的枠組みを維持しながらも、立法裁量を最大限尊重するような司法審査を行わず、事実上、米連邦最高裁の判例理論という中間審査基準にあたる厳格な司法審査基準を適用しているように思われる。ところで、Karst は、憲法上の平等原則の実体的価値を正し

から明らかにするほかない」と説く。その上で、同教授は、憲法 14 条 1 項の「法の下での平等」は、憲法 13 条の「すべての個人が平等の尊厳を有し、個人として尊重されることからの帰結を示したものといえる」と説く。以上の点については、芦部、前掲注 (371) 205 頁を参照。

また、樋口陽一教授は、人権の中核的な価値である個人の尊重は、「当然に、諸個人の平等を要請する」と指摘した上で、「この自明のことがらをあえて想起する必要があるのは、日本国憲法の掲げる平等が、『みんな同じ』の強制を意味するのではなく、諸個人ひとりひとりのアイデンティティの発揮を可能にするものだということを、明確にするためである」と説く。以上の点については、樋口陽一『憲法〔改訂版〕』（創文社、1998 年）201 頁を参照。

く認識することによって、はじめて「疑わしき分類」の理論に基づく司法審査を裁判所は行うことができると説く³⁷⁵。このような Karst の学説に依拠すれば、平成 20 年の国籍法違憲判決、平成 25 年の非嫡出子法定相続分差別違憲決定、平成 27 年の再婚禁止期間違憲判決において、最高裁は、「すべての個人が平等の尊厳を有し個人として尊重されること」という憲法 14 条 1 項の平等原則の実体的価値を十分認識していたと評価できるのではないであろうか。

また、Windsor 判決をはじめ近年の米連邦最高裁判例においては、「合理性の基準」を適用した場合でも議会の議事録やさまざまな社会科学的データといった客観的な証拠に基づき立法事実を検証し、当該立法を違憲とする判例が認められるが、平成 20 年の国籍法違憲判決、平成 25 年の非嫡出子法定相続分差別違憲決定、平成 27 年の再婚禁止期間違憲判決において、日本の最高裁は、立法事実の変遷の検証につき、客観的な証拠に依拠した検証が不十分であるという印象を受ける。この点は、今後、日本の最高裁が取り組むべき課題であろう。

³⁷⁵ Karst は、憲法上の平等原則に対する侵害の度合いによって、当該立法が採用する「分類の疑わしさの度合い」(the degree of suspectness of a classification)が決定されると主張すると共に、裁判所は、司法審査を通じてかかる「分類の疑わしさの度合い」に応じて、憲法上の平等原則ならびにそこから派生する諸権利を積極的に擁護しなければならないと説く。以上の点については、Kenneth L. Karst, *supra* note 7, at 23, 26 を参照。