

「社会的身分」論からの解放に向けて —憲法 14 条 1 項後段列举事由特別意味説に対する疑問

門 田 孝

1. はじめに——本稿の意図
2. 憲法 14 条 1 項後段列举事由特別意味説と「社会的身分」の解釈
 - (1) 特別意味説の内容と特徴
 - (2) 特別意味説における「社会的身分」の意味
3. 憲法 14 条 1 項後段列举事由特別意味説の問題点
 - (1) 「例示」でありながら「特別な意味」をもつということの意味
 - (2) 憲法 14 条 1 項の列举規定と厳格な審査との結びつき
 - (3) 「社会的身分」の解釈をめぐる問題
 - (4) 特別意味説を採用することによる解釈論上の実益
4. 「社会的身分」論からの解放に向けて

1. はじめに——本稿の意図

「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない」。いわゆる知れた日本国憲法 14 条 1 項の規定である。この規定は、日本国憲法における平等原則に関する一般規定であり、後段における差別禁止事由つまり「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」の列举も例示列举であつて、したがつてこれらの事由以外の事由による不当な差別も禁止されると一般的に考えられている。もっとも、これら差別禁止事由の列举は、単なる例示列举ではなく特別な法的意味を有すると——具体的には、こうした列举事由に基づく別扱いの平等原則違反の有無はより厳格に審査されるべきであると——解する、いわゆる「後段列举事由特別意味説」(以下単に「特別意味説」ともいう。)が現在の学説における支配的立場とされ、この観点から、とりわけ列举事由中の「社会的身分」の意味をめぐつてさまざまな見解が示されている。憲法

14条1項後段による差別禁止事由の列举を単なる例示規定と解するのではなく、列举されているからにはそれなりの意義があるはずだとの発想に立ち、当該列举規定自体に何らかの意味を見出していこうとする特別意味説の立場は、一見すると確かに魅力的に映る。

しかしながら、こうした特別意味説のもつ意味について少しでも掘り下げて考えてみるなら、同時に様々な疑問もわいてくる。憲法14条1項が、一般的な平等原則を定めた規定であるとの理解に立ち、後段列举事由に対して、一方で「例示」といつつも、他方で「特別な意味」を認めるということは、平等原則規定の解釈として整合的に理解できるのか、それはいかなる根拠に基づくものなのか。また、とりわけ、列举事由が「特別な意味」をもつということを前提に、列举事由中必ずしもその意味が明確とはいえない「社会的身分」に、「特別な意味」をもたせるように解釈していくことは妥当な解釈態度といえるのか、そして、そのようなかたちで「社会的身分」の意味を構成していくことによって、実際に平等原則違反の有無が問題となった事例を検討していく際に、いかなる解釈論上の実益があるのか。こうした疑問に照らせば、むしろ憲法14条1項は、条文解釈のレベルでは同項全体として一般的な平等原則を定めた原理規定であるという理解に立ち、列举規定も特別な意味はもたせることなくあくまで単なる例示規定と解したうえで、別扱いの「事由」がいかなる意味をもつかの議論は、憲法14条1項が適用される個別具体的な論証場面において、同項適用のための解釈理論の中で展開されるべきではなからうか。

本稿の提起しようとする、憲法14条1項後段列举事由特別意味説に対するささやかな疑問は、ほぼ以上に尽きるのであるが、以下で、特別意味説とそれに基づく「社会的身分」の解釈を分析し、改めていくつかの疑問点を指摘することにより、この問題についてももう少し立ち入って論じてみたい。

2. 憲法 14 条 1 項後段列举事由特別意味説と「社会的身分」の解釈

(1) 特別意味説の内容と特徴

憲法 14 条 1 項後段列举事由特別意味説と称される立場は、正確にはいかなる考え方として理解されるべきものであろうか。これを、14 条 1 項後段による列举を単なる例示列举以上のものと解する立場として広く理解するなら、例えば、列举事由につき、「それらを理由とする差別は、原則として、法の下での平等に反するという意味で、特に列举したもの」⁽¹⁾と解する立場もこれに含めることができるであろう。ただ、特別意味説と称される立場は、主にアメリカ合衆国憲法の判例理論で用いられる違憲審査基準論を念頭に、列举事由に基づく別扱いがより厳格な違憲審査に服するべき旨説くことが多い。

このような特別意味説の提唱者の一人として知られる伊藤正己は、すでに 1957 年の時点において、憲法 14 条 1 項後段が「裁判規範として特殊の意義をもつ」と解し、「前段の場合は差別的立法もなお合憲性の推定が存し、違憲の主張者にそれが合理性を欠くことの証明が求められるのに反し、後段所定の事由による差別の場合は、逆にむしろ合憲の主張者に合理的差別の論証が要求されると解しえないだろうか」⁽²⁾と説いていた。その後、合衆国憲法の平等保護条項に関する判例理論の分析を踏まえて、日本の場合は「厳格な審査基準を支える範疇化は、最高裁判所の判例蓄積を待つまでもなく、日本国憲法 14 条 1 項そのものが基礎を与えており（「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」がそれにあたる）、それと同列の分類対象や基本的人権を分類内容とする法律については、…厳格な審査がなされるという原則が確立されるべきと考える…。」⁽³⁾との見解が示され、列举事由に基づく別扱いと厳格な審

(1) 宮沢俊義（芦部信喜補訂）『全訂日本国憲法』（日本評論社、1978 年）212 頁。

(2) 伊藤正己「法の下での平等」公法研究 18 号 17 頁（1957 年）24 頁（引用に際し、一部の旧字体・旧仮名遣いは改めた）。

(3) 戸松秀典『平等原則と司法審査』（有斐閣、1990 年）233 頁。

査を結びつける考え方が受容されていった。

こうして、例えば伊藤正己は、その憲法の体系書の中で、「14条1項後段が差別の事由として許されないものをあげているが、それは重要なものを具体的に列挙したものであり、それ以外の事由による差別が許されるものでないことは、前段の一般原則からいって当然である。」⁽⁴⁾としつつも、同条項が裁判規範として機能する場合に列挙事由に特別の意味を見出し、次のように説く：

「平等権が裁判で争われる場合、それが合理的差別であるかどうかが重要な争点となろう。この場合、14条1項後段が一定の事由を列挙していることには意味があると解される。すなわち、そこに列挙された事由による差別は、民主制のもとで通常は許されないものと考えられるから、その差別は合理的根拠を欠くものと推定される。したがって、それが合憲であるためにはいっそう厳しい判断基準（この基準としては、差別の目的が真にやむにやまれないものであり、とられる手段が必要最小限であることか、これよりややゆるいものであるが、差別の目的が重要であり、手段がこの目的と実質的に関連性をもつことなどが考えられる）に合致しなければならず、また合憲であると主張する側が合理的な差別であることを論証する責任を負う。これに反して、それ以外の事由による差別は前段の一般原則にてらして問題となるが、ここでは代表民主制のもとの法律の合憲性の推定が働き、差別もまた合理性をもつものと推定される。したがって合憲であるための基準も厳格でなく、また違憲を主張する側が合理性の欠如を論証しなければならない。このように解すると、後段の列挙は、裁判規範としては重要な存在意義をもつこととなる。」⁽⁵⁾

こんにち、多少ニュアンスの違いこそあれ、学説においてこのような特別意味説を支持する見解は少なくなく⁽⁶⁾、多くの基本書レベルの記述においても、

(4) 伊藤正己『憲法〔第3版〕』（弘文堂、1995年）245頁。

現在では特別意味説の立場を通説ないし有力説として紹介するのが通例となっている⁽⁷⁾。

こうした特別意味説を検討するにあたり、いくつか留意すべき点として、第一に、この立場にあっても、14 条 1 項前段が一般的平等原則を定めたものであることを前提に、後段の列挙事由が「例示列挙」であること自体は認められており、ただ、単なる例示ではなく文字通り「特別な意味」をもった「例示列挙」として理解されていること、第二に、そうした「特別な意味」とは、具体的には、列挙事由に基づく別扱いが平等原則違反に問われた場合により厳格な違憲審査が行われるべきこととして理解されており、その背景として合衆国憲法における平等保護条項の違憲審査基準論が念頭に置かれていることが挙げられる。第三に、特別意味説を読み解く限りでは、列挙規定に「特別な意味」を見出すための積極的な根拠が説得的に示されているとはいえない点も指摘できるであろう。上述した議論をたどるなら、特別意味説が唱えられた理由として、日本国憲法の下で平等原則違反が問題となった場合に一定の事由に基づく別扱いに対して厳格な審査をするよう裁判所に促していこうという実践的意図があったとみることもでき、そうした意図自体は理解できなくもないし、この種の議論に理論面で積極的な根拠づけを求めることは

-
- (5) 同 249-250 頁。伊藤は最高裁判事就任後も、平等原則違反が争われた事案において同旨の補足意見を述べたことで知られている。参照、サラリーマン税金訴訟に関する最大判昭和 60 年 3 月 27 日民集 39 卷 2 号 247 頁, 263 頁以下 (伊藤補足意見), 参議院議員定数配分規定事件に関する最大判昭和 58 年 4 月 27 日民集 37 卷 3 号 345 頁, 358 頁以下 (伊藤補足意見)。
- (6) 参照、芦部信喜 (高橋和之補訂)『憲法 [第 7 版]』(岩波書店, 2019 年) 135-36 頁, 佐藤幸治『日本国憲法論 [第 2 版]』(成文堂, 2020 年) 226 頁。
- (7) 例えば参照、渡辺康行ほか『憲法 I 基本権』(日本評論社, 2016 年) 140 頁 (渡辺), 渋谷秀樹『憲法 [第 3 版]』(有斐閣, 2017 年) 202-03 頁, 長谷部恭男『憲法 [第 8 版]』(新世社, 2022 年) 171-72 頁, 毛利透ほか『憲法 II 人権 [第 3 版]』(有斐閣, 2022 年) 76-77 頁 (浅野博宣), 市川正人『基本講義憲法 [第 2 版]』(新世社, 2022 年) 102 頁等。

困難であるといった面もあろう。ただ、それだけに、特別意味説はどうしても結論先行的な議論という性格を帯びてしまうことも否定できないように思われる。

特別意味説に特徴的な点としてはさらに、以上に指摘した3点に関連して、第四に、列挙事由中とりわけその意味が明確とはいえない「社会的身分」の意味を、単なる例示としてではなくより厳格な違憲審査を発動させるための事由として理解していくために、それに見合うだけのものとして、通常の文理解釈から離れた独自の内容構成を行っていかうとする傾向にあることを指摘できよう。「社会的身分」の意味をめぐる議論もまた、憲法学においては周知のものではあるが、特別意味説の大きな特徴でもあるので、この点について項目を改め簡単に確認しておこう。

（2）特別意味説における「社会的身分」の意味

憲法14条1項後段列挙事由中の「社会的身分」（英訳では“social status”）については、他の列挙事由と比べてもその意味が必ずしも明確とはいえず、これをどのようなものとして理解するかをめぐっては、特別意味説が唱えられる以前からも議論はあった。日本国憲法の起草者が、「社会的身分」としていかなるものを念頭に置いていたかは、制定過程からも必ずしも明らかではなく⁽⁸⁾、衆議院及び貴族院における審議時には日本政府はその意味するところについて、「其の人に固着したるが如き姿を持つ、其の人の努力を以…〔つて〕も、容易にそれを払い退けることの出来ないような地位」⁽⁹⁾と説明しつつも、「民法上の嫡子庶子」については「此の中に属することは豫想して居りませぬ」⁽¹⁰⁾と答えていたが、いずれにせよ決め手となるものではなく、その解釈は後の判例・学説に委ねられるかたちとなった。

こんにち、「社会的身分」の意味をめぐっては、古くから知られる「広義説」と「狭義説」を両端に、「中間説」と称される一群の説が知られているが、特別意味説に立つ論者は、狭義説ないし中間説を採り、最近では後者の方にシフトする傾向にある。こうした「社会的身分」をめぐる諸説の状況を、必ず

しも網羅的ではないが、あらかじめ図式化すると例えば以下のようなものとして提示できるであろう：

A (広義説)：憲法 14 条 1 項後段にいう「社会的身分」を、人が広く社会において一時的ではなしに(ある程度継続的に)占める地位と解する⁽¹¹⁾。

B (中間説)：

B₁：人が社会において後天的に占める地位で一定の社会的評価を伴うもの、と解する⁽¹²⁾。

(8) 現在の憲法 14 条 1 項に相当する条項は、1946 年 2 月 13 日に提示されたマッカーサー草案では 13 条 1 項に当たり、その外務省訳では、「一切ノ自然人ハ法律上平等ナリ政治的、経済的又ハ社会的関係ニ於テ人種、信条、性別、社会的身分、階級又ハ国籍起源ノ如何ニ依リ如何ナル差別的待遇モ許容又ハ黙認セラルルコト無カルヘシ」となっていた(佐藤達夫(佐藤功補訂)『日本国憲法成立史第 3 卷』(有斐閣, 1994 年) 35 頁)。この条項から現在の 14 条 1 項に至るまでには、とりわけ平等保障の主体を「自然人」とするか「国民」とするかをはじめ幾多の議論が交わされたが、草案段階ですでにみられる「社会的身分」という文言自体は、その後の審議の中で、例えば 3 月 2 日案では「社会上の身分」(同 95 頁参照)、3 月 6 日の憲法改正草案要綱では「社会的地位」(同 190 頁参照)とされ、その後の 4 月 13 日の憲法改正草案では再度「社会的身分」に戻されており(同 338 頁参照。この点は 7 月以降の衆議院特別委員会での修正により当該条項が 14 条 1 項とされて以降も変化はない。)、この間どのような議論がなされたかは明らかではない。

(9) 岡田亥之三朗編著『日本国憲法審議要録』(盛文社, 1947 年) 263 頁。この部分を今少し詳しく引けば以下の通りである。「社会的身分と申します言葉は、身分と云う言葉に依って、一時的な姿ではなく、稍々(やや)永続性を持って居る地位と云うことを豫想致して居ります、社会的と申しますのは、言葉の示すが如く世の中の組立の上に於ける意味でありまして、之を総合して見ますれば、世の中の組立の上に於きまして、恰も其の人に固着したるが如き姿を持つ、其の人の努力を以ちましても、容易にそれを払い退けることの出来ないような地位があり得るのであります、そう云うものを社会的身分と言って居ります、…」(引用に際し、一部の旧字体・旧仮名遣いは改めた)。

(10) 同 264-65 頁。

(11) 法学協会編『註解日本国憲法上巻』(有斐閣, 1953 年) 350-51 頁、佐藤功『ポケット注釈全書憲法(上)〔新版〕』(有斐閣, 1983 年) 217-18 頁。

B₂：人が社会において一時的ではなく占めている地位で、自分の力ではそれから脱却できず、事実上それについてある種の社会的評価が伴うもの、と解する⁽¹³⁾。

B₃：社会における継続的地位で、自力では脱却不可能であり、かつ一般的に社会から偏見をもってみられる（マイナス評価をされる）もの、と解する⁽¹⁴⁾。

C（狭義説）：出生によって決まり、自己の意思では変えることのできない社会的地位、と解する⁽¹⁵⁾。

このうち、Aの広義説は、通常特別意味説を採らず列举規定による列举を単なる例示列举と解する立場から主張される見解であり、それは判例の立場としても知られている。実際、14条1項後段に「列举された事由は例示的なものであつて、必ずしもそれに限るものではない」⁽¹⁶⁾とは判例が折にふれ説くところであるが、そこでは列举規定自体に特別な意味は認められておらず、「社会的身分」の意味についても比較的早い時期に「人が社会において占める継続的な地位をいうものと解される」⁽¹⁷⁾との見解が示されている。これに対してCの狭義説は、もともとは、先天的な理由に基づく差別を排斥しようというのが14条1項の眼目であるとの理解に立つものであり⁽¹⁸⁾、この観点から広義説の説くような帰化人、破産者、刑罰を科された者、公務員、その他職

(12) 田畑忍「法の下での平等」公法研究18号1頁（1958年）13頁、佐藤幸・前掲注（6）230頁。

(13) 覚道豊治『憲法〔改訂版〕』（ミネルヴァ書房、1977年）236頁、芦部信喜『憲法学 III 人権各論（1）〔増補版〕』（有斐閣、2000年）49頁。

(14) 渋谷・前掲注（7）208頁。

(15) 宮沢・前掲注（1）211頁、伊藤・前掲注（4）244-45頁、浦部法穂『憲法学教室〔第3版〕』（日本評論社、2016年）117頁。

(16) 最大判昭和39年5月27日民集18巻4号676頁、678頁（高齢者待命処分事件）。

(17) 同上。

(18) 宮沢・前掲注（1）206-07頁。

業などを含む「社会的身分」による差別を「本条で一般的に禁ずべき理由はない」として、「社会的身分」を「生来の身分をさすと見るのが、妥当」⁽¹⁹⁾とするものであった。ただ、その後は特別意味説を採る論者からは、「後段の列挙には独自の意味が認められるから、… [狭義説] が妥当であると思われる」⁽²⁰⁾というように、列挙規定の「特別な意味」をもとに狭義説も正当化されるようになる。

B 説としてひとくくりにした「中間説」は、基本的には特別意味説に立ちつつ、「狭義説」を修正していこうとする立場であるといえることができるが、とりわけ特徴的なのが、他の列挙事由特に「門地」との意味の重複を回避するかたちで「社会的身分」の意味内容を構成していこうとする思考法である(ちなみに、「中間説」という呼称がついているが、実際には、この説の説く「社会的身分」のカバーする範囲が、「狭義説」よりは広く「広義説」よりは狭いというわけでは必ずしもない⁽²¹⁾)。中間説の論者によれば、狭義説では「社会的身分」が「門地」——これは通常、「出生によって決められる家族的な身分、すなわち華族、士族、平民のような家柄を指す」⁽²²⁾ものとして説明される——と、変わらなくなるか、それに近いことになるという⁽²³⁾。これを避けるために「社会的身分」を、例えば前述の B₁ 説では、人が「後天的に占める地位」と解することにより⁽²⁴⁾、また B₃ 説では、「一般的に社会から偏見をもってみられる(マ

(19) 同 211 頁。

(20) 伊藤・前掲注 (4) 245 頁。

(21) この点は例えば、親子の関係について、広義説を採るとされる判例が、「親子の関係は、… [憲法 14 条 1 項] において差別待遇の理由としてかかぐる、社会的身分その他いづれの事由にも該当しない」(最大判昭和 25 年 10 月 11 日刑集 4 卷 10 号 2037 頁、2040 頁) と解するのに対し、中間説を採る論者が、親子関係も「社会的身分」に含めるべき旨説く点からも(芦部・前掲注 (13) 49 頁)、みてとれる。

(22) 伊藤・前掲注 (4) 244 頁

(23) 芦部・前掲注 (13) 49 頁参照。

(24) 前掲注 (12) 及び対応する本文参照。

(25) 前掲注 (14) 及び対応する本文参照。

イナス評価をされる)もの」と解することにより⁽²⁵⁾、「門地」との差別化をはかろうとする。このように、中間説といわれる立場の多くは、「社会的身分」の内容を、他の列挙事由とりわけ「門地」との関係で意味の重複や欠缺を生じないように、過不足なく説明しようとする傾向にある。

3. 憲法 14 条 1 項後段列挙事由特別意味説の問題点

さて、前節で素描した特別意味説とこの立場から説かれる「社会的身分」論に対して、以下では、やはり前節で挙げた特別意味説の特徴的な点をさらに掘り下げて検討することにより、いくつか問題点を指摘してみたい。

(1) 「例示」でありながら「特別な意味」をもつということの意味

第一は、憲法 14 条 1 項という規範の性格をどう理解するか、という問題に関するものである。具体的には、後段で列挙された差別禁止事由を、一方で「例示」といいながら、他方で単なる例示にとどまらぬ「特別な意味」をもつ、ということは、規範として両立し得るのかという問題である。

今この点を、ロナルド・ドゥウォーキンによる法実証主義批判以来広く知られるようになった、オール・オア・ナッシングのかたちで二者択一的に適用されることにより特定の決定を導く「準則」(rules)⁽²⁶⁾と、特定の決定を必然的に生み出すのではなく、論証を一定方向へ導く根拠を提供する役割を担う「原理」(principles)⁽²⁷⁾という概念を用いて検討してみよう。列挙事由特別意味説をとる論者においても、14 条 1 項前段は平等に関する一般原則を定めるものと解されているが、実のところ前段の規定を具体的事例に適用することによって必然的に特定の結果が生じることはなく、そこではさらなる論証が予定されているのであって、その意味で前段は「原理」規定と解すること

(26) Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press, 1977) p.24 (邦訳：ロナルド・ドゥウォーキン (木下毅 = 小林公 = 野坂泰司訳) 『権利論 [増補版]』(木鐸社, 2003 年) 17 頁)。

(27) 同 p.26 (邦訳 19 頁)。

ができる。これに対し、後段の列举規定は、差別が禁止される事由の例示とみなされる限りでは、そうした「原理」規定の一部をなすようにも思われるが、他方、平等違反に問われた別扱いの事由が列举事由のいずれかである場合には必然的に厳格な審査が発動すると、特別意味説が考える限りにおいて、列举規定は「準則」としての性格を帯びてこざるを得ない。特別意味説においては、一般的平等原則を定めた「原理」規定としての 14 条 1 項の中にあつて、列举規定のみが純粋な「原理」規定とは異なる役割を担わされることになるのである⁽²⁸⁾。

だが、14 条 1 項を平等に関する「原理」規定ととらえるのであれば、後段の列举規定も同様に解するのが、規範の理解の仕方として整合的ではなからうか。この点、「社会的身分」の理解に関する狭義説は、もともとは、14 条 1 項が「なによりもまず、先天的な理由による差別を禁止しようとする」⁽²⁹⁾趣旨であるとの理解を前提に主張されたものであり、その意味では——先天的な理由に基づかない差別の扱いについて若干不明確さを残すものの⁽³⁰⁾——前段と後段との規範理解に関しなお整合性は保たれていた。もっとも、14 条 1 項をこのように解するのは、平等原則違反をめぐるさまざまな問題を同条項

(28) 憲法 14 条 1 項後段の後半の「政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない」という規定の意味するところについては、特別意味説をとる論者にあつても、「結局は、国民が国や地方公共団体に対する関係では、あらゆる面で差別をうけないことを意味し、具体的な差別がこの列举のどれに属するかは大きな意味はない。」(伊藤・前掲注 (4) 246 頁) と述べられており、その意味ではこの部分も、原理規定として理解されていると考えられる。

(29) 官沢・前掲注 (1) 206 頁

(30) この点に関し、同 207 頁は、「法の下での平等は、単にこれ [先天的な理由にもとづく差別の禁止] にとどまらず、さらにすすんで、個人主義の立場から見て合理的と考えられない理由にもとづく差別を禁止しようとする。」と述べ、「信条」による差別の禁止もこの趣旨であるとするが、列举事由以外の事由に基づく別扱いについては、「そこで差別される事項の性質によっては、法の下での平等に反すると見るべき場合があり得る」(同 212 頁) と述べるにとどまる。

でカバーしようとするなら、いささか狭きに失するといわざるを得ないであろう。だが、14条1項を、先天的理由に基づく差別禁止に限らない、より一般的な平等原則規定と解するのであれば、後段もそれに応じた解釈がなされるべきではないか。

同様の疑問は、差別禁止事由を列挙した憲法の他の条項と対比することによっても生じる。差別禁止事由を列挙した条項としては、14条1項以外では、衆議院及び参議院議員並びにその選挙人の資格に関し、「人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入によつて差別してはならない」と定めた44条ただし書の規定が知られているが、同条の列挙規定に関し、そこで列挙された事由に基づく別扱いのみが厳格な審査に服するといった議論はきかれない。議員及び選挙人の資格について、44条ただし書列挙事由以外の事由——例えば居住地や学歴等——による差別も列挙事由による場合と全く同様に禁止されると解されることからすれば、ここでの列挙は単なる例示列挙と解するのが自然であろう。だが仮にそうだとしたら、特別意味説によった場合、同じ差別禁止事由の列挙規定であっても、14条1項後段と44条ただし書とでは性格が異なる規範ということになるのであろうか。

（2） 憲法14条1項の列挙規定と厳格な審査との結びつき

特別意味説が列挙事由に基づく別扱いの平等原則違反の有無を、より厳格な審査に服すべき旨説くにあたり、アメリカ合衆国憲法の平等保護条項をめぐる判例理論を参考にしていると思われることは前述したとおりである。しかしながら、合衆国判例の法理も、特別意味説それ自体を直接正当化する材料を提供するものではない。

そもそも合衆国憲法修正14条1節の平等保護条項自体は、「いかなる州も、…その管轄内における何人に対しても法の平等な保護を拒んではならない」〔No state shall …deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws〕という極めて簡潔な規定であり、差別禁止事由については具体的には何ら述べていないのであるから、条文解釈のレベルで、厳格な審査を発動

する別扱いの事由を云々する余地はない。同条項違反の有無を判断するにあたり、いかなる別扱いに対してどのような違憲審査基準が用いられるべきかは、平等保護条項が適用される個別具体的場面において、同条項の解釈理論を通じて明らかにされてきたのである。

そうした平等保護条項の解釈理論の一つが、特別意味説にも大きな影響を与えたと思われる「疑わしい区別」(suspect classification)の法理である⁽³¹⁾。これは文字通り、平等保護の観点からその合憲性が「疑わしい」と考えられる区別であり、1944年のKorematsu判決で「出身国」を理由とした区別の合憲性に関して最初に言及されて以後⁽³²⁾、厳格審査を発動する規準として理解されるようになった。その後の判例で、「出身国」以外に「疑わしい区別」とされる別扱いの事由としては「人種」が典型的であり⁽³³⁾、そうした事由に基づく別扱いの合憲性を審査するにあたっては、厳格審査(strict scrutiny)、す

(31) 「疑わしい区別」の法理そのものを詳述することは本稿の意図するところではない。

この点に関しては、例えば、戸松・前掲注(3)47頁以下のほか、参照、松井茂記『アメリカ憲法入門〔第8版〕』(有斐閣、2018年)403頁以下、植木淳「疑わしき区分」神戸法学雑誌51巻2号91頁(2001年)、高橋靖「社会的課題と平等保護条項」甲南法務研究18巻47頁(2022年)61頁以下。

(32) *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, (1944). 同判決によれば、「ある単一の人種集団の市民権を剥奪する法的制限は、直ちに違憲の疑いが強いもの(suspect)であることに留意されるべきである。このことは、そうした制限が全て違憲ということの意味するわけではない。それは、裁判所がそうした制限を最も厳格な審査(most rigid scrutiny)の下におこななければならない、ということの意味するのである」(323 U.S. 216)。ここでは「人種」という言葉が用いられているが、*Korematsu*判決自体は、第二次世界大戦時に日系人に対して軍事区域からの退去を命じた命令の合憲性が争われた事例であり、「人種」というよりも「出身国」(national origin)を理由とした別扱いが問題とされた事例として理解されるべきであろう(なお同判決においては、退去命令自体は、結論的には合憲と判断されている)。

(33) *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), *Adarand Constructors v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995). 「疑わしい区別」の例としては、このほか、「宗教」を理由としたそれが挙げられるほか、「国籍」によるそれもしばしば「疑わしい」とされてきた。参照、*Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971).

なわち、問題の別扱いが合憲というためには、やむにやまれぬ政府利益を促進するごく綿密に適合化された措置（narrowly tailored measures that further compelling governmental interests）であることを要求する審査が行われてきた⁽³⁴⁾。他方、性別や「非嫡出子であること」（illegitimacy）に基づく別扱いは、判例においては一般に「疑わしい区別」とまでは認められてこなかったが、しばしば「準疑わしい区別」（quasi-suspect classification）とも称され、「中間審査」（intermediate scrutiny）、すなわち、問題の区別が重要な政府目的に実質的に関連していること（substantially related to an important governmental objective）を要求する審査手法によってその合憲性が審査される⁽³⁵⁾。

もっとも、一般論としては以上のようにまとめられる「疑わしい区別」及び「準疑わしい区別」の法理であるが、それが合衆国憲法の平等保護条項の解釈理論として確固たるコンセンサスが確立しているとまではいえないのが実情である。判例の説示は、往々にして断片的であり系統だった「疑わしい区別」の理論を展開するまでには至っていないが、ある論者によれば、疑わしい区別か否かを判断するために判例が注目してきた要因として、①分離し孤立した少数者に対する偏見、②当該集団に対する差別の歴史、③当該集団の政治的救済を求める能力（換言すれば、政治的に無力か否か）、④当該集団を定義づける特徴の不変性、及び⑤そうした特徴の関連性（relevancy）を挙げることができ、判例はこうした諸要因を組み合わせたかたちで、1970年代以降、さまざまな区別についてその「疑わしさ」を検討してきたという⁽³⁶⁾。

(34) 例えば参照、Adarand Constructors 判決・前掲注（33）, 515 U.S. 200, at 227.

(35) 参照、「性別」に関し、Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976), 「非嫡出子であること」に関し、Trimble v. Gordon, 430 U.S. 762 (1977), Clark v. Jeter, 486 U.S. 456 (1988) .

(36) Marcy Strauss, "Reevaluating Suspect Classifications", Seattle U. L. Rev. vol. 35, p.135 (2011) p.146. 本文中①で示した「分離し孤立した少数者」（discrete and insular minority）という指標が、著名なカロリース判決の脚注4第3段に依拠するものであることはいうまでもない。参照、United States v. Carolene Products Company, 304 U.S. 144, at 152 n.4 (1938) .

だが同じ論者は同時に、判例法理においてこれら諸要因の意味が必ずしも明らかにされておらず、こうした諸要因がたがいにどのように関係づけられるのかも不明確であるとして批判している⁽³⁷⁾。こうした例にみるように、「疑わしい区別」をめぐっては、合衆国においても「最高裁の立場は必ずしもはっきりして… [おらず、] 学説の立場も対立しているのが現状」⁽³⁸⁾である。これに加え、合衆国憲法の平等保護審査にあたって厳格審査を発動する規準としてなお、「基本的権利」(fundamental rights)に関する別扱いの存在にも留意される必要がある⁽³⁹⁾。

このように複雑多岐にわたる合衆国憲法の平等保護に関する判例理論の内容を、日本国憲法 14 条 1 項の条文解釈の段階ですべて盛り込むことはしよせん不可能であり、それは合衆国の判例法理を参考にする特別意味説の意図するところでもなからう。だが、仮に対象を「疑わしい区別」及び「準疑わしい区別」の法理に限定したとしても、14 条 1 項後段の列挙規定に、当該法理の役割を担わせようとするには、無理があるのではなからうか。合衆国の「疑わしい区別」の法理は、なお生成途上の今後さらなる検討が待たれる極めて流動的な解釈理論であり、同様の議論は、日本国憲法においても、あらかじめ抽象的な条文解釈のレベルで固定化しようとするのではなく、具体的事例を検討するための解釈理論の中で具体的かつ柔軟に展開されるべきではなからうか。

ここで、いささか脱線気味となることを承知で、ドイツの議論についても

(37) 参照, Strauss・前掲注(36), pp.147-168.

(38) 松井・前掲注(31) 416 頁。

(39) 連邦最高裁は、合衆国憲法から明示的ないし黙示的に導かれる「基本的権利」に関わる別扱いの合憲性についても、厳格な審査を行ってきた。例えば参照, Harper v. Va. Bd. of Elections, 383 U.S. 663 (1966) (選挙権), Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969) (移動の自由), Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972) (プライバシー権) 等。この問題に関し, 参照, 戸松・前掲注(3) 53 頁, 松井・前掲注(31) 418 頁, 高橋・前掲注(31) 55 頁以下。

一言しておこう⁽⁴⁰⁾。合衆国憲法の平等保護条項とは対照的に、ドイツ連邦共和国基本法は、その3条で以下のとおり一般平等原則に関する詳細な定めを置いている：

「(1) すべての人は法律の前に平等である。

(2) 男性と女性は同権である。国は、女性と男性の同権が現実的に達成されることを促進し、現に存する不利益の除去を目指す。

(3) 何人も、その性別、生まれ、人種、言語、故郷及び家柄、その信仰、宗教上又は政治上の見解を理由として、不利益を受け、又は優遇されてはならない。何人も、その障害を理由として不利益を受けてはならない。」⁽⁴¹⁾

差別禁止に関する列挙規定の意義という点では、こうした条文をもつドイツ憲法の議論がむしろ参考になるかもしれない。実際、基本法3条3項1文は、1項の一般的平等原則を具体化した、特別の差別禁止について定めたもので、より厳格な差別の禁止を要請すると解されており、そこで挙げられている「性別」(Geschlecht)、「生まれ」(Abstammung)、「人種」(Rasse)、「言語」(Sprache)、「故郷及び家柄」(Heimat und Herkunft)、「信仰」(Glauben)、「宗教上又は政治上の見解」(religiösen oder politischen Anschauungen)は、人の属性に関するものであり、こうした事由に基づく別扱いには、特に強い正当化

(40) ドイツの平等原則をめぐる問題そのものを詳述することは本稿の意図するところではない。この問題に関し、例えば参照、井上典之「平等保障の裁判的実現(1)～(4・完)」神戸法学雑誌45巻3号533頁、46巻1号127頁、46巻4号693頁、48巻2号301頁(1995～98年)、西原博史『平等取扱の権利』(成文堂、2003年)、宮地基「ドイツ連邦憲法裁判所における平等審査の新傾向」明治学院大学法学研究101号161頁(2016年)、玉蟲由樹「平等取扱原則と比例性」日本法学85巻2号41頁(2019年)、辛嶋了憲「連邦憲法裁判所における一般的平等原則審査の変遷」一橋法学18巻3号1193頁(2019年)、同「ドイツ一般的平等原則における審査モデルの一検討」一橋法学19巻2号727頁(2020年)。

(41) 条文の訳は、高田敏＝初宿正典編訳『ドイツ憲法集〔第7版〕』(信山社、2016年)214頁(初宿正典訳)による。

義務が課されると一般的に説明されている⁽⁴²⁾。このようにみる限りでは平等原則に関するドイツの議論は、列挙規定に独自の意味を見出す日本の特別意味説に親和的であるようにもみえ、実際、ドイツの平等原則について分析した論者が、しばしば日本の特別意味説に好意的に言及していることも事実である⁽⁴³⁾。

しかしながら、本稿としては、少なくとも現時点では、こうしたドイツの議論も、日本国憲法 14 条 1 項の解釈に関する特別意味説を直接正当化する材料を提供するものとみることには消極的にならざるを得ない。このことは、ドイツ憲法の平等審査においても場合に依じて審査の厳格度を変える点で注目される、1980 年代以降広く知られるようになった「新定式」(neues Formel) とよばれる手法の内容が、「人の属性の相違を理由として不平等取扱を行う場合には、比例原則に基づく厳格な審査が行われ、事実および行為に関する不平等取扱は、恣意の禁止という緩やかな基準で判断され⁽⁴⁴⁾る」という、特別意味説の想定する審査枠組とは全く異なるものである点からもみてとれるであろう。併せて、ドイツ憲法の列挙規定に該当する 3 条 3 項 1 文の規定は、一般的平等原則を定める同条 1 項とは別の独立した規範であること、その列挙事由中に、日本国憲法 14 条 1 項後段の「社会的身分」に相当するような不明確な概念は用いられていないことも日本との相違として指摘できであろうし、ドイツの列挙規定は、確かに原則として不利益取扱が許されない事由を列挙したものだとしても、そこで列挙された事由にもとづく別扱いのみが厳格な審査を引き出すというのではなく、あくまでもそうした審査を行う理由となるメルクマールを提供しているものである——その意味では日本

(42) 例えば参照, Christian Starck/Friedrich Klein/Hermann von Mangoldt, Kommentar zum Grundgesetz Bd.1 (6.Aufl., Vahlen, 2010) SS. 422-23 (Christian Starck) .

(43) 例えば参照, 宮地・前掲注 (40) 174 頁。

(44) 宮地・前掲注 (40) 162 頁。「新定式」の詳細について, なお参照, 井上・前掲注 (40), (2) 143 頁以下, (3) 694 頁以下, 西原・前掲注 (40), 254 頁以下。

の特別意味説の説く列挙事由の役割とは異なる——ことにも留意されるべきであろう。

(3) 「社会的身分」の解釈をめぐる問題

本稿では、特別意味説が、本来「原理」規定として理解されるべき14条1項の規定中の、列挙規定のみを準則化する点を論難してきたが、そうした問題にとどまる限りでは、それは多分に形式的なものであり、敢えて批判するには及ばないとの考え方もあるであろう。特別意味説の、おそらく最大の問題点は、14条1項後段の列挙規定を準則化し、列挙事由の重複を避け過不足なく説明しようとする結果、列挙事由、とりわけ必ずしも意味が明確とはいえない「社会的身分」の解釈に困難をきたす点であり、そのため本来柔軟さが求められる14条1項の解釈・適用を硬直化させてしまいかねない点である。

すでに前節で「中間説」として提示した⁽⁴⁵⁾、B₁説（「社会的身分」を、人が社会において後天的に占める地位で一定の社会的評価を伴うものと解する説）、B₂説（人が社会において一時的ではなく占めている地位で、自分の力ではそれから脱却できず、事実上それについてある種の社会的評価が伴うものと解する説）及びB₃説（社会における継続的地位で、自力では脱却不可能であり、かつ一般的に社会から偏見をもってみられる（マイナス評価をされる）ものと解する説）を一読して目につくのは、ある地位が「社会的身分」というために満たすべき条件の多さである。これは結局、後段列挙規定を準則化する結果、列挙事由中、「人種」、「信条」、「性別」及び「門地」によってはカバーすることのできない「疑わしい区別」の内容を、比較的柔軟な解釈が可能な「社会的身分」にすべて盛り込むかたちで——多くの場合「門地」とあえて区別しつつ——その意味を確定しようとする結果であるといえる。しかしながら、列挙事由に基づく別扱いは「疑わしい区別」またはそれに準ずるものであるという結論が先にあり、それに合わせるかたちで「社会的身分」

(45) 前掲注(12)～(14)、及び対応する本文参照。

の意味を構成するのだとしたら、それはいささか倒錯した解釈といわざるを得ないのではなからうか。

だが、既に述べたように、厳格な審査が発動するための要件を、「社会的身分」も含めた列挙事由だけで論じ尽くすことはしよせん不可能であるし、対象を「疑わしい区別」及びそれに準ずる区別を構成する事由に限ったとしても、そうした事由を、14 条 1 項後段の列挙事由だけで、過不足なくかつ説得的に説明し尽くすことは、やはり限りなく不可能に近いといわざるを得ない。例えば B₁ 説は、「門地」との重複を避けるために、「社会的身分を」を「人が社会において後天的に占める地位」と解するものであるが⁽⁴⁶⁾、もし他の列挙事由と過不足なく説明しようとするのであれば、この説に対しては、「これは『門地』を『生来の社会的地位』と広く解釈せざるを得なくなる点に疑問を残す」⁽⁴⁷⁾といった批判が加えられることになる。B₂ 説は、社会における地位を、「自力での脱却不可能性」と「ある種の社会的評価」の要件を加えその意味を絞り込むことによって、より厳格な審査の発動を正当化しようとするものと思われるが、もし他の事由との重複を避けようとするのであれば、この定義によった場合でも、「門地」との差別化が十分なされているとはいえないであろう。この点、B₃ 説は、「門地」を「生来の身分のうち、社会的にプラス評価を伴うもの（家柄）」⁽⁴⁸⁾と解することにより、「社会的身分」と「門地」との差別化をはかるものである。だが、これで両者を区別することができたとしても、「家柄」としての「門地」が実際常にプラスに評価されるものと解することが妥当か、そうしたプラス評価される事由を理由に差別されないことをことさら 14 条 1 項で定める必要があるのか、といった疑問を提起できよう。

また、「中間説」のように「社会的身分」の定義を複雑にすればするほど、具体的な地位や身分が「社会的身分」に当たるか否かについての判断が困難

(46) 佐藤幸・前掲注 (6) 230-31 頁参照。

(47) 芦部・前掲注 (6) 140 頁。

(48) 渋谷・前掲注 (7) 210 頁。

になることも否定できない。「社会的身分」に該当するか否かをめぐり問題になり得る地位・身分の例としては、例えば、①帰化人、②破産者、③刑罰を科された者、④公務員、⑤その他の職業従事者、⑥尊属・卑属の地位、⑦富者・貧者、⑧使用者・労働者、⑨農民、⑩学生、⑪特定の地域の住民であること、⑫嫡出子・非嫡出子、あるいは⑬親子関係など、実にさまざまなものが議論の対象とされてきたが⁽⁴⁹⁾、「中間説」によった場合、これらのうちのどれをもって「社会的身分」というのか、実際にはにわかには判断しにくいのではないか。これは、中間説が、「一定の社会的評価を伴うもの」(B₁説及びB₂説)であるとか、「一般的に社会から偏見をもってみられるもの」(B₃説)というように、主観によって左右されかねないメルクマールを掲げることに一因があるであろうし、同じく「自力では脱却不可能」(B₂説及びB₃説)という要件も、事情に応じていかようにも理解し得る——例えば、中間説においては通常「社会的身分」には含まれないとされる⑤の特定の「職業従事者」や⑦の「貧者」であっても、場合によっては専ら自分だけでは脱却できないような事由が存する場合もあり得る——ことによるのではないかと考えられる。そうであるとすれば、「中間説」が、「社会的身分」の「定義」に成功しているとはいえないのではないか。

もっとも、逆説的なようだが、自力で脱却困難な地位に基づく不利益扱いや、ある地位に対するある種の評価とりわけ固定的な偏見に基づくそれが、不利益を被る当人にとっては苛酷なものになりやすく、不当な差別に結びつきやすいことも事実であるから、こうした事情を、平等原則違反の有無を検討する際に考慮に入れること自体は、一般論としては誤りとはいえないであろう。問題は、いかなる場面でこうした考慮を行っていくかである。中間説の問題点は、平等原則違反に問われた別扱いの事由との関連で厳格な審査をすべきか否かを判断する際に必要となる考慮要素を、全て列挙事由とりわけ

(49) 宮沢・前掲注(1) 211頁、芦部・前掲注(13) 48頁等参照。

「社会的身分」という事由の解釈の中に盛り込もうとする点にあるのではなかろうか。実際、「中間説」による「社会的身分」の定義の内容をみると、実質的に「疑わしい区別」及びそれに準ずる区別についての解釈論が、「定義」というかたちで展開されていることがみてとれる。しかしながら、区別の性格をめぐる議論ひとつとっても、無数の区別に応じて無数の考慮要素があるのが実際のところであろう。そうした考慮要素をどのように評価し、どのような違憲審査に結びつけていくかをめぐる議論は、「社会的身分」の定義という条文解釈のレベルではなく—すでに再三述べてきたことだが—具体的事例を前にしての解釈・適用のレベルで、概念上の重複等を気にすることなく、何よりも個々の事案の性格に対応するかたちで、詳細かつ緻密に展開されるべきではなかろうか。

(4) 特別意味説を採用することによる解釈論上の実益

最後に、特別意味説を採用することにより、平等原則違反が問題となった実際の事案の解釈においてどのような実益があるのかという点についても、簡単に考察を加えておこう。もっともこの点に関しても、これまでの検討を踏まえれば、本稿の結論はネガティブなものとならざるを得ない。

まずもって指摘されるべきことは、憲法 14 条 1 項を純粋に原理規定と解するのであれば、平等原則違反が問題となる具体的事案においては、いかなる事由に基づく別扱いかという問いも具体的事案の中で具体的に特定し、次にそうした具体的事由に基づく別扱いの性格を実質的に検討したうえで、どのような違憲審査の枠組ないし基準を選択するかを判断していけばいいのであって、具体的な別扱いの事由が列举事由のいずれかに該当するか否かを検討するプロセスは省くことができるし、実際そうしたプロセスは必要でもないということである。具体的な事案における具体的な別扱いの事由が、14 条 1 項後段の列举事由なканずく「社会的身分」に該当するか否かという問いは、列举事由のいずれかに該当することを厳格な審査が発動する要件と考える特別意味説においてこそ意味をもってくるのである。だが、既に述べたよ

うに、別扱いのもととなった事由の性格の分析・検討が、14条1項を事案に適用するための論証の中で詳細かつ柔軟に行われ得るのであれば、わざわざ14条1項の条文に遡りそうした事由が列挙事由のいずれかに該当するか否かを検討する必要はなく、直接当該具体的事由の——例えば、「性的少数者」という地位を理由とした別扱いが問題となるのであれば、それが「社会的身分」に当たるかを問うのではなく、端的に「性的少数者」たる地位の——性格を検討すればよいはずである。

実際、特別意味説を採用していないとされる判例においては、特別意味説が「社会的身分」として解するであろう事由に基づく別扱いの合憲性が問われた事例においても、当該事由が「社会的身分」に該当するか否かを検討することなく、より具体的な論証へと進むのが常である。最高裁は、1964年の高齢者待命処分事件判決においてこそ、「社会的身分」について論じたうえで「高令_[ママ]であるということは右の社会的身分に当たらないとの原審の判断は相当⁽⁵⁰⁾」であると述べているが、これは当該事件において高齢であるということが「社会的身分」に当たるか否かという点が争点の一つになったからであって、その後の最高裁の判決・決定においては——個別意見において特別意味説に立つと思われる裁判官から「社会的身分」等について言及されることはあるものの⁽⁵¹⁾——「社会的身分」について直接論じられることはほとんどなかつ

(50) 最大判昭和39年5月27日民集18巻4号676頁、678頁。なお、前掲注(16)及び対応する本文参照。

(51) 前述したサラリーマン税金訴訟及び参議院議員定数配分規定事件における、伊藤正己裁判官の補足意見（前掲注(5)参照）のほか、例えば、最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁（日本国籍確認訴訟）における泉裁判官補足意見は、問題となった「差別の理由が憲法14条1項に差別禁止事由として掲げられている社会的身分及び性別であるから、それが同項に違反しないというためには、強度の正当化事由が必要であって、…立法目的が国にとり重要なものであり、この立法目的と、…手段との間に、事実上の実質的関連性が存することが必要である。」（1380頁）と述べる。同判決についてはなお、後掲注(53)及び対応する本文参照。

たといってよい。例えば、特別意味説においては「社会的身分」に基づく別扱い該当すると考えられるであろう「非嫡出子」たる地位を理由とした不利益扱いや⁽⁵²⁾、「非準正子」たる地位を理由としたそれ⁽⁵³⁾を検討する場合においても、最高裁の法廷意見は、当該地位が「社会的身分」に当たるかを判断することなく、実体的な論証へと進んでいる。こうした例は、14 条 1 項の列挙規定自体に特別な意味を認めなくても、同条項に関する憲法判断が十分可能であることを示すものとみることができる。

もっともこうした理論的な問題とは別に、前述したように、特別意味説には、日本国憲法の下で平等原則違反が問題となった場合に一定の事由に基づく別扱いに対して厳格な審査をするよう裁判所に促していこうという実践的意図があったとも考えられ⁽⁵⁴⁾、そうした意味では、特別意味説を採用することによる解釈論上の実益がなお存するとみる余地もある。仮にその意図する通りに、14 条 1 項後段列挙事由に基づく別扱いに対しては裁判所が厳格な審査を発動し、違憲審査が活性化されるというのであれば、特別意味説を採用することにも少なからぬ意義が認められるということになろう。

問題は、仮に特別意味説が上述したような実践的意図を有していたとしても、そうした意図にそって、同説が説くような解釈手法を採用するよう裁判所にはたらきかけていくことが妥当といえるかである。この点に関しても、本稿としてはやはり、14 条 1 項の条文解釈のレベルではなく、当該規定を具体的事案に適用していく際の解釈理論における論証の段階で、必要に応じて厳格な違憲審査を発動すべく平等原則に関する緻密な議論を展開していく方

(52) 参照、非嫡出子法定相続分規定の合憲性に関する、1995 年の合憲決定（最大決平成 7 年 7 月 5 日民集 49 卷 7 号 1789 頁）、及び 2013 年の違憲判決（最大決平成 25 年 9 月 4 日民集 67 卷 6 号 1320 頁）。

(53) 参照、最大判平成 20 年 6 月 4 日民集 62 卷 6 号 1367 頁（日本国籍確認訴訟）。なお、後掲注 (55) 及び対応する本文参照。

(54) 前述 2 (1) 参照。

策の方を、裁判実務との関係でも推したいと思う。それは、これまでみてきたように、憲法14条1項違反が争われた事例においていかなる違憲審査を行っていくかの検討は、当該規定を具体的事例に適用する際の論証段階で行った方が、より柔軟かつ緻密な議論が可能だからという理由だけではなく、そのような議論の兆候を現に判例の説示の中に見出すことができるように思われるからである。例えば、日本国民たる父親に認知された非準正子に届出による日本国籍取得を認めていないことが憲法14条1項に違反すると判断した日本国籍確認訴訟判決⁽⁵⁵⁾において最高裁は、「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る」から「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」⁽⁵⁶⁾と述べている。確かに当該判決で裁判所が用いた判断枠組自体は、かたちのうえでは合衆国憲法の判例で用いられる厳格審査基準や中間審査基準の定式とは異なっており、形式上は厳格な審査基準とはいいい難いものであるが⁽⁵⁷⁾、問題となった別扱いが違憲との結論を導くにあたり、以上の説示をもとに、より厳格な審査を最高裁が実質的に行ったとみる余地は十分あり得ると思われる。そうだとすれば、学説としては、14条1項の具体的な適用場面を念頭に、

(55) 最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁。

(56) 民集62巻6号1372頁。ここでは併せて、日本国籍についても「我が国の構成員としての資格であるとともに、我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もある」(1372頁)との説示もみられ、注目される。

(57) この点に関し判決は、「立法府に与えられた…裁量権を考慮しても、なお…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、合理的な理由のない差別として、…[14条1項]に違反するものと解される」(民集62巻6号1371-72頁)と述べる。最高裁が、立法裁量に言及しつつ、こうした定式を立てることの当否をめぐるのは、むしろ議論のあり得るところであろう。

実務に対して、判例の解釈枠組との整合性にも配慮しつつ、より説得的な解釈理論を提供していくことに意義を見出すべきではなからうか。

4. 「社会的身分」論からの解放に向けて

さて、前節までで、憲法14条1項後段列举事由の解釈に関する「特別意味説」と称される立場を取り上げ、多少迂遠な議論もおりませながら、その説くところに対する疑問点を縷々述べてきたが、それは特別意味説の本来の意図に全面的に異を唱えようとする趣旨ではない。本稿も、「人種」や「性別」に基づく別扱いの合憲性がより厳格な違憲審査に服すべきことを否定するものではない。ただ、その理由は、「人種」や「性別」が、先天的に決まり当人らの努力では如何ともし難いという当該事由の「性格」であるとか、また現にそうした事由を理由に不当な差別が行われてきたという「歴史的経緯」といった実質的契機に求められるべきであって、原理規定としての憲法14条1項の解釈としては、厳格な審査が発動する理由を、同項後段に列举されているという形式面に求めるべきではないと考えるのである。また、本稿も、憲法14条1項後段の列举規定が、差別が禁止される主たる事由を具体的に述べていることにそれなりに意味はあると考えるし、そうした事由の多くが現に不当な差別の要因となってきたこと、それゆえそうした事由に基づく別扱いに対して、多くの場合厳格な審査が要求されるであろうことを否定するものでもない。ただ、そうした列举事由に基づく別扱いに該当する場合には常に厳格な審査基準が妥当するというかたちで、条文解釈のレベルで列举事由に「特別な意味」を与えること、そうした「特別な意味」に合致させるために(いささか無理をしてまで)「社会的身分」の意味内容を構成していこうとすることに、疑問を呈しているのである。

平等に関する一般的原理規定である憲法14条1項は、全体として原理規定として理解されるべきであり、その一部である後段列举規定のみが、条文解釈のレベルで厳格な審査を発動させるための要件と解するかたちで準則化さ

れるべきではない。また、そのために、列举事由のひとつである「社会的身分」の意味内容を、厳格な審査を発動させる要件にふさわしいよう仕立て上げることが不要であるし、他の列举事由との関係で過不足なく内容構成していく必要もない。憲法学はそのような「社会的身分」論からそろそろ解放されてもいいのではなからうか。

このような考え方によった場合、憲法14条1項後段の列举規定はどのように解釈されるべきであろうか。再三述べているとおり、14条1項は、全体として平等に関する一般的原理規定として解釈されるべきであるから、後段列举規定も、「これまでの歴史の中で差別の要因となってきた事由を挙げて、とくに注意を喚起する趣旨」⁽⁵⁸⁾を有するものと解することができるとしても、当該列举規定自体に、一般的な原理規定以上の特別な法的効果を生み出す役割を担わせるべきではない。そうした意味では、後段列举事由は条文解釈のレベルでは単なる例示列举と解されるべきであり、平等原則違反の有無をめぐる具体的な違憲審査のあり方は、個別具体的な事例の中で、14条1項を適用するための解釈理論を通じて明らかにされていくべきである。

こうした立場からすると、列举事由中の「社会的身分」を条文解釈のレベルでどう理解するかはさして重要な意味はもたないことになるが、最後にあえてこの点につき合うなら、「社会的身分」も他の列举事由と同じく通常の文理にそって、「人が広く社会において一時的ではなく占める地位」と——つまり広義説の説くように——解して何らさしつかえないであろうし、このように広く解する方が、一般的原理規定としての憲法14条1項の解釈としてはそうした性格づけと整合的でもあろう。社会にはさまざまな地位ないし身分が存在するが、こうしたさまざまな地位ないし身分を理由にした不当な差別が過去にもしばしばみられたことを踏まえ、注意を喚起するためにそうした事由が

(58) この表現は、大石眞『憲法概論Ⅱ基本権保障』（有斐閣、2021年）124頁から採ったものである（もっとも、大石自身が特別意味説を支持するのかどうかは、同書の記述からも明らかではない）。

「社会的身分」というかたちで列举事由のひとつとして平等原則規定の中に置かれたとみることには理由がある。そしてこうした「社会的身分」に基づく別扱いがどのように審査されるべきかは、問題となった「社会的身分」が具体的にいかなるものかを明らかにする中で個別具体的に確定されることになるであろうし、「社会的身分」やその他の列举事由に該当しない事由に基づく別扱いであっても、当該事由の性格によっては厳格な審査が要請される場合もあるであろう。そこで焦点となるのは、個別の事例における別扱いの事由が「社会的身分」ほかの列举事由に該当するか否かではなく、そうした事由がいかなる性格を有するかという実質的な問いである。