

「平等」／「差別禁止」原則について

大 藤 紀 子

立憲主義は、近代以降、基本的人権の保障と国民の自己統治を原則とする民主主義と結びつき、国民の間の平等な自由を保障している。原理的に、すべての人間の価値は等しいことが前提とされ（自然的平等）、それぞれの人間に対する平等な取扱いは、法治国家の義務とされている。^①

しかし、人間の価値はそれぞれ等しくても、実際には、各々さまざまに異なっている。たとえば外観だけとらえても、同一の人間など存在しない。各人の嗜好や生活習慣など、多種多様である。平等原理の下では、国家は、こうした一切の差異を無視して、あらゆる人間を、すべてのケースにおいて、機械的にまったく同じように取り扱うのではなく、平等に取り扱うことを相対的に保障するにすぎない。つまり、アリストテレスのいう、「等しきものは等しく、等しからざるものは等しからざるよう扱うべし」という準則が生き続けているのである。^②

検討されるべきは、したがって、絶対的、固定的な平等状態、あるいはそれに反する差別状態の探求ではない。平等が相対的であるということは、人と人とを比較した場合の取扱い上の差異のあり方、区別の取り方が、許されるか（平等原理に反しない）、許されないか（平等原理に反し、「差別」と認定される）が、個別的に問われなければ

ばならないのである。つまり、(求められる) 平等や(許されない) 差別は、個々の状況における複数の人間同士の比較や関係に基づいて、その都度決定されるということの具体的意味を考えることが重要となる³⁾。

平等は、画一的に等しい取扱いを要求するのではなく、差別的な扱いをしてはならないという命題を前提に、なお不平等に扱う根拠が存在するのであれば、あえてそれを認めるといふ原理にはかならない。ここから、差別的な取扱いが行われる場合は、特定化されなければならないという準則が導かれる。さらには、差別的な取扱いが認められる場合には、相応の明確な根拠がその都度示されなければならない⁴⁾。また、明確かつ十分な根拠があることを前提に、不平等な取扱いがやむをえない場合にも、相当の根拠があることを前提として、あらゆる同等のケースに「平等に」不平等な取扱いを行うことが必要となる。差別的な取扱いは、それが当てはまる同様のすべての事例において、やはり平等に適用されなければならないのである。

また平等の要求は、逆説的に、不平等 \parallel 差別的な状態と常に表裏一体の関係にある。国家の法的行為は、平等取扱いを保障すると同時に、不平等 \parallel 差別的な措置を決定する行為でもある。したがって国民は、国家の行為に対して、平等取扱い(一般化)が行きすぎた場合には、自由権をはじめとする主観的権利を主張することによって、分化 \parallel 差異化(differentiation)を求めうる。また逆に、不当な不平等 \parallel 差別的な措置(分化 \parallel 差異化)に対しては、平等原理(平等権)を用いて、裁判手続を通じ、国家の行為を義務づけることができるのである。平等/差別の区別は、したがって、国家の決定の一般化/分化 \parallel 差異化の区別である。

ところで、平等原理が意味をなすためには、常に何らかの行為が先行し、あるいは具体的な制度がすでに存在しなければならない。またある行為ないし制度の適用を受ける複数の主体の存在が必要である点において、自由権をはじめとする権利とは異なる。平等は、自由権のように、一個人の一定の行為の遂行/不遂行をその個人に保障す

るものではなく、特定の国家の決定・行為や制度の適用のあり方のみを問題にする点でも異なる。したがって、差別的な取扱いを受けた者は、平等原理に基づいて、「平等違反」を主張してその行為ないし制度の修正を裁判で訴えることができる。その意味で、平等原理は、「平等権」という「権利」の側面を有しているといえよう。⁽⁵⁾

以下、本稿では、(Ⅰ) 日本国憲法の下における平等原理の解釈と判例を検討しつつ、比較の区分に関わる平等原理と分化＝差異化について、(Ⅱ) 平等原理を時間的地平でとらえつつ、「形式的平等」と「実質的平等」の関係について検討したい。⁽⁶⁾

(Ⅰ) 平等原理と分化＝差異化 (differentiation)

(1) 日本国憲法一四条一項の解釈

日本国憲法一四条一項は、「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、社会的關係において、差別されない」とし、平等原理を定めている。⁽⁷⁾

日本における通説的見解は、一四条一項の法の下「平等」とは、相対的平等を定めたものであるとする。つまり、恣意的な差別は許されないが、法上取扱いに差異が設けられる事項(たとえば税、刑罰)と事實的・実質的差異(たとえば貧富の差、犯罪の程度)との關係が、社会通念からみて合理的であるかぎり、その取扱い上の差異は平等違反ではないとされる。⁽⁸⁾

最高裁判所も、このようないわゆる「合理性の基準」を採用し、相対的平等観により、「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一四条一項に違反するものではない」とし、憲法一四条一項は、「合理的理由のない差別を禁止する趣旨のもの」であって、各人に存する経済的、社会的その他種々の事実上の差異を理由とする法的区別は、合理性を有する限り許容されるとみなしている。学説上も、最高裁判決を引用し、「民主主義ないし個人主義の理念に照らして不合理と考えられる理由による差別を禁ずるものである」と説明されている。^⑪

また後段の規定は、前段の平等原則を例示的に（限定的にはなく）説明したものと解するのが正しいとされる。それらの列挙事由に該当しない場合でも、不合理な差別的取扱いは前段の原則によつてすべて禁止される。^⑫ このように、一四条一項の適用領域は、列挙されている五つの事由による差別禁止原則に限定されないとみなされることにより、平等取扱い／差別禁止原則は、理論的には、日本の法体系全体に関わる極めて重要な原則であることになる。

またこの規定は、当初（日本国憲法施行後の初期の学説）、法を適用する行政権・司法権が国民を差別してはならない、という法適用平等を意味し、立法府を拘束しないものと考えられていた。しかし、その後は、学説上も判例上も平等原則は立法権をも拘束する（法内容平等）こととされている（尊属殺重罰事件、議員定数不均衡の問題）。それは、「日本国憲法が憲法と法律を質的に区別し、裁判所による法律の違憲審査を認め、人権を、立法権を含むあらゆる国家権力から不可侵なものとして保障していることと対応している」とされる。^⑬

(2) 「合理性」の審査基準

さまざまの事例において、具体的に何が「合理的」な取扱いで、何が「不合理」な差別であるかを区別することは、難しい。すでに述べたように、問題は、「平等」ないし「差別」という言葉そのものから、固定的な観念を演繹的に導き出し、平等な状態と差別的な状態とを二律背反的に区別することはできないという点にある。そこで、裁判所の個別的な判断に「合理性」／「不合理性」の区別は委ねられることになる。

学説上は、裁判所の違憲審査において、二重の基準論に基づき、精神的自由ないしはそれと関連する問題(選挙権)については、原則として立法目的が必要不可欠なものであるかどうか、立法目的達成手段が必要最小限かどうかを検討され、それ以外の問題、とくに経済的自由の積極目的規制については、国家に広い裁量認められ、立法目的が正当かどうか、目的と手段との間に合理的関連性があるかどうかという、緩やかな基準(合理的根拠の基準)が適用されるという。実際、サラリーマン税金訴訟において、旧所得税法の給与所得課税が、事業所得者に比べて不公平な税負担を課しているとして争われた事例につき、最高裁は、租税法の定立が立法府の政策的判断に委ねられ、「立法目的が正当なものであり、かつ、当該立法において具体的に採用された区別の態様が右目的との関連で著しく不合理であることが明らかでない限り、その合理性を否定することはできず」、違憲とはならないと判断した。¹⁴⁾

また一四条一項後段の列举事由に関しても、これらによる差別は、「民主主義の理念に照らし、原則として不合理なものであるから、それによる差別の合憲性が争われた場合には、立法目的が『やむにやまれぬ』必要不可欠なものであることを要求する『厳格審査』基準または立法目的が重要なものであることを要求する『厳格な合理性』

の基準を適用するのが、妥当」とされる。

このような「合理性」に基づく違憲審査基準の設定は、主観的な要素を払拭しきれない。精神的自由よりも経済的自由の方が劣位にあるという評価も、人種、信条、性別、社会的身分、門地による差別が他の事由による場合よりも深刻であるという評価も、個別的事情や対象によって、必ずしも妥当しない場合が想定できるからである。

しかし、最高裁にあつては、「合理性」の有無の判断にあたつて、こうした学説上の基準にも厳密に依拠することなく、またそれ以外の差別的取扱いを正当化する根拠を必ずしも具体的に示さないまま、広範に立法府の裁量を容認する傾向がある。¹⁵⁾このような用い方をすれば、「合理性の基準」は、許される差別と許されない差別との「区別」の可能性のみを引き出すにすぎないものとなり、結果的に立法府を拘束する度合いが極めて低いものとなることに注意を要する。

(3) 比較区分(カテゴリー)の評価

平等原則は、すでに述べたように、人と人との比較において適用され、相対的に評価される原則であるため、比較のための区分(基準)が設定される必要がある。したがつて、平等を巡る裁判は、特定の区分(カテゴリー)の立て方に基づく人と人との比較の中で争われる。しかし、その区分、すなわち「さまざまな事例の重要な類似点に関する変動する基準は、単に……対象のタイプに応じて変化するだけではなく、単一のタイプの対象に対する関係においてさえ、しばしば争われる」ほど、複雑である。単一のタイプの対象においても、類似点と相違点が複雑に同居している。¹⁶⁾例えば「性別」に基づく差別の禁止は、一人の「男性」と一人の「女性」を区別し、差異化することができるとする。しかし、同時にその男性は、たとえば「年齢」や「国籍」という区分においては、その女性と

同一のレベルに分類される場合がありうる。その場合、どちらの区分を採用し、両者を比較するかによって、平等／差別の結論は異なってくる筈である。また、特定の区分に加え、さらにその区分を細分化した上で、権利の適用に差異を設けることが必要な場合もあろう。

A 外国人の人権

最高裁判例によれば、「憲法の……基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としてしていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきであ」るとされる。しかし、同時に「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、右のような外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎ」ず、「在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消極的な事情としてしんしゃくされないことまでの保障が与えられているものと解することはできない」として、外国人の在留更新の判断に法務大臣の「広汎な」裁量が認められている。¹⁷⁾

また日本人と結婚し、訴訟提起段階において、九年間にわたり日本に在住し、子どもも有するアメリカ国籍保持者に対して、最高裁は、日本の外国人登録制度が当時定めていた指紋の押捺を原告が拒否した事実を理由にして、韓国旅行の後の再入国申請を不許可とした法務大臣の処分が、社会通念に照らして著しく妥当性を欠くということはできず、裁量権を濫用した違法性はないとした。¹⁸⁾「国籍」をもたない外国人という区分のみに基づく判断である。こうした区分とは別に、むしろ同じ外国人でも、短期間だけ日本に滞在する者と生活の本拠を日本にもつ外国人とを区別することが、平等原理から要求されるのではなからうか。

他方、日本で生まれ、日本に生活の本拠を置いている永住資格を有する在日韓国人の地方公共団体における選挙

権について、最高裁は、「憲法九三条二項¹⁹は、我が国に在留する外国人に対して地方公共団体における選挙の権利を保障したものとはいえないが憲法第八章の地方自治に関する規定は、民主主義社会における地方自治の重要性に鑑み、住民の日常生活に密接な関連を有する公共的事務は、その地方の住民の意思に基づきその区域の地方公共団体が処理するという政治形態を憲法上の制度として保障する趣旨に出たものと解されるから、我が国に在留する外国人のうちでも永住者等であつてその居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至つたと認められるものについて、その意思を日常生活に密接な関連を有する地方公共団体の公共的事務の処理に反映させるべく、法律をもって、地方公共団体の長、その議会の議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されているものではないと解するのが相当である」と判断した。ただし、「右のような措置を講ずるか否かは、専ら国の立法政策にかかわる事柄であつて、このような措置を講じないからといって違憲の問題を生ずるものではない」とする。²⁰この判決は、比較対象について、同じ外国人であつても、「永住者」とそうでない者とにさらに区分した点が注目される。「外国人」には一般的に憲法上保障されていない地方参政権を、そのうちの「永住者」に対して立法上付与しても、憲法違反とはならないと判断したのである。

B 差別的措置の正当性——家族関係の保護

民法七三三条が、女性のみ「再婚禁止期間」を設け、「女は、前婚の解消又は取消の日から六ヶ月を経過した後でなければ、再婚をすることができない」と定めていることに關して、最高裁は、「民法七三三条の立法趣旨が、父性の推定の重複を回避し、父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにあることにある」として、家族関係の安定を理由に、同条項の合理性を容認し、憲法一四一条一項に違反しないとしている。²¹これは、憲法上の権利

である婚姻の自由に関して、「男女」の区別を設け、女性の婚姻の自由を制限することの正当性を法律上の婚姻制度の保護ないし家族関係の安定に求めている点に特徴がある。ちなみに、日本国憲法二四一条一項は、「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立する」と定め、本人の意思によらずに婚姻の自由が制約されることを認めていないため、このような制度は憲法違反であると学説上は主張されている⁽²²⁾。

また最高裁は、民法九〇〇条四号但書が、遺産相続において、「非嫡出子」の相続分を「嫡出子」の二分の一と定めている点について、「本件規定の立法理由は、法律上の配偶者との間に出生した嫡出子の立場を尊重するとともに、他方、被相続人の子である非嫡出子の立場にも配慮して、非嫡出子に嫡出子の二分の一の法定相続分を認めることにより、非嫡出子を保護しようとしたものであり、法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図ったものと解される」とする。法律上の婚姻関係にある男女の間に生まれる子と婚姻関係にない男女の間に生まれる子とを区別し、前者を優遇することにより、間接的に婚姻に基づく家族関係を保護する仕組みを合憲と解しているのである⁽²³⁾。

最高裁が下した尊属殺重罰事件での初の法令違憲判決も注目される⁽²⁴⁾。この事件では、殺害の対象が、自らまたは配偶者の「尊属」である場合に、その他の者を殺害した場合よりも重い刑を科す当時の刑法二二〇条の規定は、「社会的身分」による差別的な取扱いを容認する規定であり、違憲であることが主張された。最高裁は、尊属殺の刑罰が「死刑又は無期懲役」に限定されている点は違憲であるとするが、「尊属に対する尊重報恩」という「社会生活上の基本的道義」に基づいて、「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」と述べ、尊属殺重罰規定の目的は合憲と解している。

このように、最高裁は、とくに家族関係の保護について、差別的な措置の合理性を広く認める傾向がある。しかし、こうした立場は、憲法上明示的な根拠のない目的（家族関係の保護や安定）のために、「個人の尊厳」や「両

性の本質的平等」(日本国憲法二四條二項)を犠牲にして、平等原則に例外を設けるものである。合理的根拠を欠いた不当な平等原則の適用例であるといわざるをえない。

C 生存権の保障領域

障害福祉年金を受給していた全盲の視力障害者が、寡婦として子どもを養育していたので、同時に児童扶養手当の受給資格の認定を申請したところ、年金と手当との併給禁止を定めた当時の児童扶養手当法に基づいて申請が却下された事件がある。最高裁は、右併給禁止規定により、障害福祉年金受給者とそうでない者との間に、児童扶養手当の受給に関して差別が生じても、広範な立法裁量を前提として判断すると、差別は不合理なものとは言えないと判示した。⁽²⁵⁾最高裁は、生存権の保障に広汎な立法裁量を判例上認めていることと連動させて、同領域における平等原則の適用にも、立法裁量を広汎に認めている。しかし、このような社会的・経済的弱者同士の形式的平等は、社会的・経済的弱者の実質的平等の保障の問題とは、別個に論じられなければならない。ここでは、弱者「間」の「形式的な」取扱いの差が問題にされているのであり、社会権の内実について争われているのではないからである。

D 下級審判決

最高裁判決が、行政府や立法府の裁量を広汎に容認しがちであるのに対し、下級審レベルでは、次のような判決があるのが注目される。

自動車損害賠償法三条に基づいて、交通事故死による女子児童の逸失利益に際し、男女を併せた全労働者の全年

齡平均賃金を用いず、女子全労働者の全年齡平均賃金を用いて、男子児童よりも低く算出した点について、東京高裁は、「他の属性をすべて無視して、統計的数値の得られやすい性別という属性のみを採り上げることは、収入という点での年少者の将来の可能性を予測する方法として合理的であるとは到底考えられず、性別による合理的な理由のない差別であるというほかはない」とした。逸失利益の算定に、性別に基づく区別のみを用いることの不合理性を認めた判決である。⁽²⁶⁾

また同性愛者の団体に對して、東京都が運営し、「男女別室の原則」を採用する青年の家の所長が、宿泊利用申込書の受理を拒否したことについて、東京高裁は、「男女別室宿泊の原則……は、同性愛者を前提とする社会的慣習であり、同性愛者の使用申込に對しては、同性愛者の特殊性、すなわち右原則をそのまま適用した場合の重大な不利益に十分配慮すべきであるのに、……同性愛者の宿泊利用を一切拒否したものであつて、……同性愛者の利用権を不当に制限し、結果的、實質的に不当な差別的取扱ひをしたものである」としてゐる。⁽²⁷⁾ この判決は、あるカテゴリー（異性愛者）に属する者のみを前提にして定められた「男女別室原則」を、別のカテゴリーに属する者（同性愛者）の宿泊の際にも見直すことなく、後者の宿泊を一切認めないとした措置を違法と判断したものである。

さらに、老齡福祉年金の受給につき、国民年金法上（當時の八〇条二項）受給対象者が「夫婦者」か「單身者」であるかの区分に基づいて、支給額が差別されていたことに關する事件がある。東京地方裁判所は、「夫婦者」に對し、一部支給停止の処分が下されたことにつき、「国家財政の都合から、あえて老齡者の生活実態に目を蔽うものであるとのそしりを免れないといふべく、差別すべき合理的理由が認められないのに夫婦者の老齡者を差別するものであつて、憲法一四一条一項に違反し無効であるといわざるをえない」と判断した。⁽²⁸⁾

E 時間の経過による判例変更

以上見てきたように、比較のための区分基準の設定如何によって、平等の評価はまちまちになりかねない。しかし「人間のどのような特徴が重要なものと考えられるかについてのどうしようもない見解の相違と不一致」は、往々にして生じることがあり、「その評価は、かつて」も「たとえば奴隷制度が容認されるほどであった」⁽²⁹⁾。

言い換えれば、平等原理に反するのが差別であるとすれば、ある状態を「平等」とみなすか、「差別」とみなすかは、実際には、国によって、また時代によって、社会の発展によって、変遷する。だからこそ、関係する複数の人間相互の立場が「等しきもの」とみなされるか、「等しからざるもの」とみなされるかに関わる平等／差別（不平等）の区別は、人間相互の比較や関係に関する認識の変化に伴い、個々の法令の定めによって、また事例ごとに、裁判所が示す具体的判断基準によって、その都度法的に決定されなければならないのである。

在外日本国民の選挙権について、投票機会の平等を保障した最高裁判決がある⁽³⁰⁾。

公職選挙法四二条前段は、一九九八年及び二〇〇七年の法改正以前には、「選挙人名簿に登録されている者」のみに投票を「限定」していたため、長期間海外に在住する日本国籍保持者は、選挙人名簿に登録されず、選挙権を行使できなかった。そうした措置が、投票の機会均等原則を害するとして、在外日本国民により、訴訟が提起された。最高裁判決は、日本国憲法四四条但書の差別禁止原則を引用しつつ、同条は、日本国憲法一五条一項が「国民に対して固有の権利として」選挙権を「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保障しているものと解するのが相当である」という。そして「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」、「そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保」することが「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」、選挙権の制限は、立法不作為も含めて憲法違反となるとし、違

法な立法不作為による国家賠償請求を認容した。その理由として、通信手段の発達などにより、一九九八年以降、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いえなくなった」として、差別の合理性を支えていた事情が、時代の変遷によつて失われていたことがあげられている。

ちなみに最高裁は、一九八五年の判決では、重度身障者の在宅投票制が一時廃止された後、それが一九七五年まで復活されなかったことについては、立法裁量を理由に、立法不作為に対する国家賠償請求を否認していた。³²

また次のような事件がある。

国籍法二条一号は、「出生の時に父又は母が日本国民であるとき」(傍点は、引用者)に、その子が日本国籍を取得すると定めている。したがって、婚姻関係にない男女の間に生まれた子どもは、母親が日本国民でなくとも、日本国籍を有する父親により胎児認知を受けていれば、国籍が付与される。これに対して、同様の男女間の子の出生後の認知の場合には、国籍法二条一号の要件を充足しないため、国籍は付与されない。³³ 他方で、国籍法三条一項は、出生の時に父又は母が日本人であった場合、出生後に「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」(準正の嫡出子)は、国籍を取得すると定めている。要するに、国籍法上、準正の嫡出子のうち父母が婚姻せず、生後認知を受けた子だけが国籍を取得できないことになるため、それが日本国憲法一四条一項に違反するとして訴えられた事件である。最高裁は、二〇〇二年一月二二日の判決³⁴では、「生来的な国籍の取得はできる限り子の出生時に確定的に決定されることが望ましい」ことから、この規定は、合理的根拠に基づくものであると判示していた。

これに対し、二〇〇八年六月四日の判決³⁵では、「本件区別については、これを生じさせた立法目的自体〔仮装行為による国籍取得の防止〕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、国籍法三条一項の規定は、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ふべきである。しかも、本件区別については、

〔国籍法二条一号に基づく〕他の区別も存在しており、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に対して、日本国籍の取得において著しく不利益な差別的取扱いを生じさせているといわざるを得ず、国籍取得の要件を定めるに当たって立法府に与えられた裁量権を考慮しても、この結果について、上記の立法目的との間において合理的関連性があるものということはやできない」として、憲法一四条一項違反を認めたのである。

下級審レベルにおいても、次のような判決がある。

一九八〇年に改正された国民年金法に基づく障害基礎年金が、二〇歳以前に障害を負った者について、学生ではない者には被保険者資格の有無によらずに支給されたにも関わらず、二〇歳以前に障害を負い、被保険者資格を有しない「学生」については、従来通り支給されないとしたことが、憲法一四条に違反しないかが問われた事件である。東京地方裁判所は、学生無年金者に何らの措置を講じないことは、「差別がそのまま放置されたのであるから、この点において、同法自体は憲法に違反するものであり、立法不作为による違法が存在した」として、国家賠償請求を認めた。³⁶⁾この判決で、同裁判所は、一九八〇年の法改正時点において、一九五九年の法制定当時には、「合憲性を辛くも支えていた事情がいずれも消滅しており、その不合理性のみが露呈するに至ったと認められ」とし、大学生とその父兄が、経済的に恵まれた者に限られていたという、一九五九年の法律制定時に前提とされていた「社会通念」がもはや存在しなくなったことを重視している。立法不作为の違憲性を認めるこれら一連の判決では、時代の変化によって立法内容の合理性が失われたことが、違憲を確認し、国家賠償を認容する理由となっていることが注目される。平等原則の適用のあり方が、時間とともに変化する特徴を有することを如実に示している

といえよう。

(Ⅱ) 形式的平等と実質的平等

(1) 等しからざるものを等しからざるように扱う義務

日本の通説的見解によれば、一九世紀から二〇世紀にかけての資本主義の進展に伴い、「すべて個人を法的に均等に取り扱い、その自由な活動を保障するという形式的平等（機会の平等）は、結果として、個人の不平等をもたらした」。法上の自由・平等は、事実の面での不自由・不平等を生じさせたのである。そこで、二〇世紀の社会福祉国家においては、「社会的・経済的弱者」に対して、「より厚く保護を与え、それによって他の国民と同等の自由と生存を保障していくことが要請される」ようになった。このような平等の觀念が、実質的平等（結果の平等）であるとされる⁽³⁷⁾。

この実質的平等は、裏を返せば、平等原理の下で禁止される「差別」は形式的なものにとどまらず、実質的な差別をも対象とするということを意味する。平等原理に関連して、「比較不能な状況における異なる取扱いは、差別が存在するという結論を自動的に導くものではない。∴形式的な差別の外観があっても、実際には、実質的差別は存在しない」場合もありうる。逆に、形式的な差別が存在しない場合であっても、実質的な差別は生じうる。「実質的差別は、同等の状況を異なつて扱うこと、あるいは、異なる状況を同様に扱うことによつて構成されるのである」⁽³⁸⁾。つまり平等原理は、形式的平等に基づいて、恣意的な差別を禁止するだけではなく、恣意的に区別しないこ

とをも認めない。平等保障の実質化の要請に基づいて、一定のカテゴリーに属する者、一定の要件を充たした者は、「等しからざるもの」として「等しからざるように扱われ」なければならないのである。⁽³⁹⁾

なお「実質的平等」の要請に基づき、国家の積極的な保護の対象となる主体（「社会的・経済的弱者」）は、絶対的、固定的にとらえられるのではなく、むしろいかなる個人も、一定の条件の下ではそうした保護の対象となりうるものが喚起されなければならない。もちろん、障害者、未成年、高齢者、罹患者、貧困者など一定のカテゴリーに属する者は、「社会的・経済的弱者」に含まれる可能性が高い。しかし、それは必ずしも暫定的である必要はない。逆に、恒常的である必然性もない。「生存権」は、それらの主体が、社会的・経済的システムに参加する機能を回復できるまで、暫定的でないし恒常的に国家の特別な保護を保障する権利なのである。

こうした実質的平等の要請に基づいて、日本で法的に採用されているのが、間接的差別の禁止、積極的差別是正措置、生存権の保障の三つの措置である。

A 間接的差別の禁止

間接的差別とは、直接的には、禁止されている事由による差別に該当しなくても、他の事由による区別が、間接的に、あるいは事実上、禁止されている事由による差別を生む効果がある場合をいう。⁽⁴⁰⁾例えば、ある企業内の二つの同一価値労働の一方をほぼ排他的に女性がつとめ、他方をほとんど男性がつとめており、その二つの労働の間に明らかな報酬の差がある時、直接的には、男女別に報酬に差が設けられたわけではなく、それ以外の基準で報酬に差が設けられているのであるが、事実上、性による差別に繋がる場合がそれに該当する。

間接差別禁止の原則は、日本でも二〇〇七年の改正によって、男女雇用機会均等法に導入された。⁽⁴¹⁾

B 積極的差別是正措置

積極的差別是正措置は、例えば男女平等に関し、「女性の機会を妨げる（affect）現実の不等等を取り除くことによつて、男女の機会均等を促進する措置」として位置づけられる。つまり「社会生活の現実存在し得る不平等の事実を消滅ないし減少させる目的を有する措置を容認するため」に、「外見的には差別的」な措置を、「特別かつ排他的に」設ける措置である⁽⁴²⁾。

先に述べた間接的差別の下では、形式的には差別が存在しないにもかかわらず、差別的な意図や目的（intention）を含むため、禁止される差別とみなされる状況が、現実（実質的）に存在し、禁止措置は、その現在の差別的状况を現時点で解消することを目的とする。

これに対し、積極的差別是正措置は、形式的に差別的な措置をあえて講ずること、実質的な差別的状态を将来において解消することを目的とする。そこでは、現在の形式的差別（直接的差別）を容認することで、未来に実質的に平等な状態を創出するという、措置の実施とその効果との間に、現在→未来という時間的要素が介在することが特徴といえよう。現在の形式的平等を優先する限り、実質的な差別状態は解消されない場合である。間接的差別の場合と異なるのは、現在の実質的な差別状況を解消するためには、未来まで適用可能な立法措置を積極的に講じなければならない点にある。すなわち積極的措置においては、現在の差別的状态を基に、未来を予測し、修復をするプロセスを実現する制度の確立こそがポイントとなる⁽⁴³⁾。このようなプロセスは、未来に結果をもたらすことを目的とするため、そのような目的が実質的に達成され、実質的な差別が解消された場合には、形式的な差別状態も同時に解消されなければならない。結果の達成の有無に関しては、言うまでもなく、差別的措置の実効性の評価・検証が繰り返されなければならない。

通説的見解によれば、積極的差別是正措置は、あくまでも平等原理に対する例外的措置 (derogation) であり、「厳格に解釈されなければならない」ない。社会、経済的条件によって特定の者の権利の実現が著しく制約されている場合、あるいは結果の平等を実現する要請が強い場合など、根拠や目的・手段が合理的な範囲に限って、一四条のもとで特別の措置が認められると解することが妥当とされる。⁽⁴⁴⁾ いわゆる逆差別の心配があつての見解であろうが、極端に厳格な解釈は、積極的差別是正措置の趣旨が損なわれることになりかねないので、注意を要する。

C 生存権の保障

積極的差別是正措置は、形式的平等(機会均等)が実現していないがゆえに、形式的に不平等な措置を一時的に講じることによって、将来における形式的平等を実現する目的を有する措置である。これに対し、生存権は、形式的に平等な措置が講じられ、人と人との間に「格差」が生じ、一定の人の生存が脅かされる状態に追い込まれた結果、形式的に不平等な救済措置が講ぜられることに関わる権利である。

この生存権が主観的権利であるか否かについては、学説上争いがあるが、通説は、これを立法によって初めて具体化される抽象的権利であると解している。

講じられた具体的な措置は、「現在」の生存の保障にとつて有益であるかどうかが問題となり、将来の「形式的平等」の実現をその目的とせず、措置の暫定性も要件とはならない。一定以上の格差が続く限りにおいて、具体的措置もそのことのみを理由に継続されるのである。

(2) 実質的平等の位置づけ

日本の憲法学説上、「平等原則」における「実質的平等」の位置づけは、曖昧である。一四条一項に関連して、一般的には「実質的平等を重視」し、「実質的平等を達成するために形式的平等を制限する法令等」が、「その理由で合憲となる場合もありうる」とされるにとどまる。実質的平等を「実現する国の法的義務が『法の下での平等』原則からただちに生ずる、という趣旨ではない」と説明され、「法の下での平等原則」は、基本的には原則として形式的平等を意味する概念と規定されるのである。

また「一四条を根拠に、現実の経済的不平等の是正を国に請求する権利が認められるわけではない」とされる。「法的な義務は社会権の保障にかかわる問題であり、それを通じて具体化されることを憲法は予定して」いるという。「平等原則との関係では、実質的平等の実現は国の政治的義務にとどまる」とされる。一四条一項と生存権の保障規定(二五条)とを分断し、実質的平等の問題は、法的には一四条一項から切り離され、二五条の問題に収斂させる趣旨である。⁽⁴⁵⁾

日本国憲法二五条一項は、「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する」と定め、二項は「国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない」とし、生存権を規定している。

しかし同時に、この生存権についても、すでに触れたように、学説は、その内容は、抽象的で不明確であるから、憲法二五条を直接の根拠にして生活扶助を請求する権利を導き出すことは難しいとする。生存権は、それを具体化する法律によつてはじめて具体的な権利となる、とみなされている。つまり、二五条は、国に「立法・予算を通じて」生存権を実現すべき法的義務を課していることになる。しかし仮に国会がその義務を履行することを怠った場合、裁判所に対して不作為の違憲確認を求める訴訟を提起できるかどうかといえは、それには訴訟的に難しい

多くの問題点があるとされるのである。⁽⁴⁶⁾

判例上も、最高裁は、「二五条一項は、すべての国民が健康で文化的な最低限度の生活を営みうるように国政を運営すべきことを国の責務として宣言したにとどまり、直接個々の国民に具体的権利を付与したものではない」とし、何が「健康で文化的な最低限度の生活」であるかの判断は、厚生大臣の裁量に委せられているとした。⁽⁴⁷⁾

また児童扶養手当法の併給禁止規定に関する上述の事件⁽⁴⁸⁾においても、最高裁は、「健康で文化的な最低限度の生活」の具体的内容は、「時々における文化の発達⁽⁴⁹⁾の程度、経済的・社会的条件、一般的な国民生活の状況等との相關関係において判断されるべきもの」であり、それを具体化する場合は、「国の財政事情を無視することができず、また、多方面にわたる複雑多様な、しかも高度の専門技術的な考察とそれに基づいた政策的判断を必要とする」と述べ、「具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定は、立法府の広い裁量にゆだねられて」いる旨判示した。

それ以来、生存権保障は基本的に厚生大臣や立法府の裁量に委ねられた、憲法的権利としては、極めて不十分な権利となっている。「生存権」と言っても、国民にとっては、生きることを可能にするよう国家に求めることのできる積極的権利ではなく、生きるか死ぬかは、いわば立法府や厚生大臣の判断に委ねられている。

(3) 社会保障構造改革と「生存権規定の空洞化」

こうした生存権の消極的な位置づけに基づき、現在、立法上何が起こっているかを平等原理との関係で検討したい。

日本は、二〇〇六年七月現在、OECD（経済開発協力機構）の報告書によれば、同加盟国一七カ国中、アメリ

次に次いで二番目に相対的貧困率(所得から税金や社会保障負担などを引いた可処分所得が中央値の半分に満たない生産労働人口の割合)が高い国となっている。にもかかわらず、政府は、「少子・高齢化の進行、核家族化の進行、経済基調の変化、財政状況の深刻化等」を理由に、社会保障費を削減する社会保障改革を推進し、その結果、社会保障給付の削減、社会保険料・利用者負担の増大が実施された。所得が低い国民ほど、生活や老後の不安が増し、まさに「生存権規定の空洞化」が生じている。⁽⁵⁰⁾

A 介護保険料徴収の問題点

具体的には、例えば二〇〇〇年四月に施行された介護保険法の下で、「国民は、自ら要介護状態となることを予防」し、「共同連帯の理念に基づき、介護保険事業に要する費用を公平に負担する」義務を負う(同法四条)。また「要介護状態となった場合においても、可能な限り、……その能力に応じ自立した日常生活を営むことができるように配慮されなければならない」(同二条)。保険料は、六五歳以上の第一号被保険者の場合、基準額を基本に、五段階の収入別に算出されるが、最高保険料額は、最低保険料額の三倍にしかならず、低所得者に重い負担となっている。保険料負担区分の第一段階は、「生活保護受給者」および「世帯構成員全員が市町村民税非課税でかつ老齢福祉年金受給者」で構成されている。これら低所得者にも基準額の半分の保険料が課されているのである(同法一九条)。また徴収漏れがないように、月額一万五千円以上の年金受給者については、保険料をその年金から天引きする仕組みが原則としてとられている(特別徴収、同法一三五条)。

こうした年金からの介護保険料徴収の違憲性を争う取消訴訟では、北海道と大阪の各裁判所は、「立法機関である国会及び地方議会の広い裁量にゆだねられている」とし、いずれも違憲ではないと判断した。⁽⁵¹⁾ また、低所得者へ

の介護保険料の賦課と特別徴収の違憲性が争われた国家賠償訴訟において、最高裁は、「介護保険制度が、国民の共同連帯の理念に基づき設けられたものであることにかんがみると」、「それが著しく合理性を欠くということはないし、経済的弱者について合理的な理由のない差別をしたものということはできない」として、憲法一四一条一項と二五一条に反しないとの判決を下している。⁽⁹²⁾

B 障害者自立支援法による応益負担化

サービスの利用者負担も所得と無関係に応益負担化が進んでいる。

二〇〇〇年に高齢者福祉サービスが応益負担化された（介護保険法）のをはじめ、二〇〇六年には、障害者福祉サービスに関しても導入された（障害者自立支援法）。応益負担化によって、障害者は、サービスを利用すれば金銭的負担を負うため、その利用を辞退する結果に追い込まれている（サービス利用の抑制）。障害者のためのサービスである筈なのが、障害が重度であり、サービスを多く必要とする人ほど負担が重くなり、利用抑制を余儀なくされるというパラドックスが生じてしまっている。厚生労働省の調べによると、障害者自立支援法が施行されてから半年間で、約千六百人が施設サービスの利用を中止し、四千余人りが利用回数を減少させたという。⁽⁹³⁾

C 「自立」のための就労「支援」の本質

生活保護に関しても、「利用しやすく自立しやすい制度へ」の方向転換方針に基づき、各自治体によって「自立支援プログラム」が作成され、いわゆる「就労支援」が強化された。しかしこの「支援」は、実質的には、被保護世帯を減少させ、自治体の負担を軽減するべく、被保護者に対し、保護を受ける前に、まず就労が求められるとい

う施策に他ならない。⁽⁵⁴⁾稼働能力の「活用」が、保護の要件とされているのである。少しでも稼働能力のある人、すなわち就労可能な人への生活保護の給付は極端に制限される結果となり、低賃金で、不安定な職であっても、就労が要求される。「働くことができるのに働かない人」の生活は保障されないのである。しかし、実際には、「働かない人」は、病気・育児・介護の必要などのさまざまな事情により「働けない」場合が多い。定居所がない者は、それを理由に、働く意志と体力があっても現実には企業により採用を拒否されてしまう。個別的な事情は勘案されないうまま、就労が形式的に求められる結果、生活が破綻し、自殺や孤独死に追い込まれる者が増えてしまう。二〇〇七年七月には、北九州市小倉北区に住む男性(当時五二歳)が、孤独死(死後一ヶ月)の状態で見られる事件が起きた。この男性は、地域の福祉事務所によって繰り返し就労を要求され、「稼働能力」があることを理由に生活保護の辞退届を提出させられた。保護の打ち切りによって、男性は餓死してしまったのである。

生存権は、本来「自立」できない者に保障される権利であつた筈である。しかし今日の社会保障改革は、「自立」「支援」という名目で、高齢者や障害者などの社会的・経済的弱者に対し、その負担能力を超える負担や就労を強制するものである。こうした政府の施策は、最も保護を必要とする人たちに一方的に就労を強制し、そうした人びとを社会保障の給付から排除してしまう施策に他ならない。

* * * * *

普遍的な人権のレベルでは、平等は不平等(＝差別的な取扱い)を排除する。しかし、平等は、ある一定の区分に基づいて、実際には多様な人間同士の相対的に平等な取扱いを要求する原則なのである。一定の区分に基づいて

平等原則を適用する場合には、再区分の必要も検討し、それぞれの個人の属性(特殊性)を十分に勘案し、形式的平等を実質的に保障しなければならない。形式的平等が実質的に保障されない場合、また形式的平等の下では生きる権利が保障されない場合には、実質的平等が要求される。

ここで実質的平等と形式的平等とは、相対立する概念としてとらえる必要はない。実質的平等の以上のような意義を考えても、それは、形式的平等と並列的に、平等原則に含まれる概念であるといえよう。

近年の社会保障に関する日本政府の施策の問題は、そもそも形式的に平等な措置が講じられた結果、国家の積極的支援を必要とするようになった一定の社会的・経済的弱者に対して、実質的平等の観点から生活を保障するどころか、財政赤字を理由にその生存をさらに脅かすような措置を講じてしまっていることにある。そもそも生存権の保障は、あえて「形式的に不平等な措置」を国家に要求することにその本質がある。すなわち、貧困や障害を抱えた社会的・経済的弱者に対する自由と生存の保障こそがその目的なのである。したがって、新自由主義的政策を背景に、形式的平等の原理に基づいて、「自立」を強い、応益負担を原則とすることは、「生存権」そのものの「否定」に繋がることを考えなければならない。そのような政策は、人びとを「生きさせる (faire vivre)」のではなく、「死の中へ廃棄する (rejeter dans le mort)」権力を行使した結果に他ならない。⁽⁵⁶⁾ また「差異を顧慮しない中立的な一連の諸原則なるものは、実際には、一つの支配的な文化の反映」であり、形式的平等と自由主義とが結合するだけでは、社会的・経済的弱者に「平等な尊厳にふさわしい取扱い」を保障することができないのである。⁽⁵⁷⁾ 平等は、こうした状況の下では、形式的に保障するだけでは不十分である。実質的平等と形式的平等とは独立して、各々に、実現・確保されなければならないものである。

注

- (1) 人権は、本来人が人であるがゆえに保障される生来の権利とされるが、ハートの言葉を借りれば、「一見して人間と見られる者はすべて同様の取扱いを受ける資格があるという原則」(「人々を平等に取り扱うように求める正義の要請」)は、「少なくとも口先だけの忠誠が広く払われ」ている。平等原理の主体は、現代においては、個人を近代初期のように、「自然的に」のみとらえるのではなく、「社会的に」とらえ、それぞれの固有の特徴に基づく差異を考慮に入れた具体的な存在として把握される。H・L・A ハート『法概念』(矢崎光圀訳) みすず書房、一九七六年、一七二—一八三頁参照。
- (2) アリストテレス『ニコマコス倫理学(上)』(高田三郎訳) 岩波文庫、一九七一年、一七九頁。「もし当事者が均等なひとびとでないならば、彼らは均等なものを取得すべきではないのであって、ここからして、もし均等なひとびとが均等ならぬものを、ないしは均等ならぬひとびとが均等なものを取得したり配分されたりすることがあれば、そこに闘争や悶着が生ずるのである。」と述べられている。フランスの国際法学者、コアン＝ジョナタン氏によれば、「平等は、人間同士が異なるからこそ意味があるのである。」G. COHEN-JONATHAN, «Universalité et singularité des droits de l'homme», *RTDH*, 2003, vol. 53, p. 12.
- (3) アリストテレス前掲書によれば、「均等的」ということは少なくとも二つの項の間において成立する。『正』とは、だからして、『中』であり、『均等』なのであって、それが『中』であるかぎり何ものか何ものかとの(つまり『過多』と『過少』との)『中』なのであるし、『均等』であるかぎり二つの項の間における『均等』であるべきであるが、しかしまた、『正』であるかぎり、それは当事者たる一定のひとびとの間における『正』でなくてはならない。∴『正』ということも、だから、少なくとも四項から成り、その比が同一なのである。すなわち、人間と人間の間、配分されるべき事物と事物の間の区分の仕方が同様なのである。」一七八—一八〇頁(傍点は、訳者)。
- (4) フランスの著名な憲法学者ヴェデル氏によれば、「平等とは、『他のすべてのものが同等であるとして』、異なる取扱いを容認するために、勘案することを正当化される事柄は何か、ということのみによって理解されうる。」G. VEDEL, «Préface», in P. DELVOLLE, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris, LGDJ, 1969, p. XIII.
- (5) 平等が「権利」であるか、「原則」であるかについては、論争があり、さまざまに議論が展開されている点であるが、本稿では、これには立ち入らず、「平等権」を本文で指摘したような意味に限定して理解することとしたい。この点については、辻村みよ子『女性と人権』日本評論社、二〇〇〇年、一八八—一九一頁を参照されたい。

- (6) 本稿は、二〇〇八年三月一二日の福岡大学で開催された第八回日仏公法セミナーでの報告 (Le principe d'égalité dans l'ordre juridique japonais) を基に、加筆・訂正を加えて執筆したものである。
- (7) 平等原理は、日本国憲法において、一四条一項のほかに、貴族制度の廃止や栄典に伴う特権の廃止(一四条二項、三項)、普通選挙の原則(二五条三項)、議員・選挙人の資格の平等(四四条)、婚姻および家族生活における夫婦の同権と両性の本質的平等(二四条)、教育の機会均等(二六条一項)に明示的に定められている。
- (8) 芦部信喜『憲法 第四版』岩波書店、二〇〇七年、二六頁。このように個人間の「差異」を前提にする見解は、個人尊重原則を定める二三条にも多くを負っているといえよう。
- (9) 傍点筆者。最判一九九五年二月五日、判時一五六三号、八一頁。民法七三三条の女性の再婚禁止規定について、合憲と判断した事例。同最高裁判例の批判につき、辻村前掲書、一九七一―一九九頁参照。
- (10) 最大判一九九五年七月五日、民集四九卷七号一七八九頁。民法九〇〇条四号但書の非嫡出子の相続分差別を合憲と判断した事例。
- (11) 芦部前掲書、一二七頁。
- (12) 同一二七頁。
- (13) 同一二五頁。
- (14) 最大判一九八五年三月二七日、民集三九卷二号二四七頁。
- (15) たとえば堀木訴訟において、最高裁は、平等原理、生存権の双方について、その具体的な保障を立法府の広範な裁量に委ねている。最大判一九八二年七月七日、民集三六卷七号一二三五頁。
- (16) ハート前掲書、一七二―一八三頁。
- (17) 最大判一九七八年一〇月四日、民集三二卷七号一二二三頁。
- (18) 最判一九九三年一月一六日、集民一六六号五七五頁。
- (19) 「地方公共団体の長、その議会の議員及び法律の定めるその他の吏員は、その地方公共団体の住民が、直接これを選挙する。」
- (20) 最判一九九五年二月二八日、民集四九卷二号六三九頁。
- (21) 前掲最判一九九五年二月五日、判時一五六三号、八一頁(注九参照)。

- (22) 辻村前掲書、一九八頁。
- (23) 最大決一九九五年七月五日、民集四九卷七号一七八九頁。
- (24) 最大判一九七三年四月四日、刑集二七卷三号二六五頁。
- (25) 最大判一九八二年七月七日、民集三六卷七号一二三五頁。
- (26) 東京高判二〇〇一年八月二〇日、判時一七五七号三八頁(傍点は、引用者)。
- (27) 東京高判一九九七年九月二六日、判タ九八六号二〇六頁(傍点は、引用者)。
- (28) 東京地判一九六八年七月二五日、行集一九卷七号一一九六頁。
- (29) ハート前掲書、一七二—一八三頁。
- (30) 最大判二〇〇五年九月一四日、民集五九卷七号二〇八七頁。
- (31) 四四条前段は、「阿議院の議員及びその選挙人の資格は、法律でこれを定める」とし、但書は、「人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入」に基づく差別を禁止する。
- (32) 最判一九八五年一月二日、民集三九卷七号一五二二頁。
- (33) 民法では、認知の効力は出生時に遡るとされている(七八四条)が、国籍法の解釈では、認知の遡及効は否定されている。
- (34) 最判二〇〇二年一月二日、裁判所時報一三二八号一頁。
- (35) 最大判二〇〇八年六月四日(傍点は、引用者)。
- (36) 東京地判二〇〇四年三月二四日、判時一八五二号三頁(傍点は、引用者)。
- (37) 芦部前掲書、一二三頁(傍点は、引用者)。
- (38) 欧州司法裁判所先決裁定 CJCE, 13/63, *Italie v. Commission* [1963] *Rec.*, p. 337, 4 A 参照(傍点は、引用者)。欧州司法裁判所の判断における平等の問題について、Rény HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, LGDJ, 2003 ; 拙稿「平等原理・差別禁止原則の射程—欧州司法裁判所の判断を題材に」吉田善明先生古稀記念論文集『憲法諸相と改憲論』敬文堂、二〇〇七年、一四一—一六四頁参照。
- (39) フランスの憲法院は、平等原理は、「同等の状況においては、同等の解決法を適用する」ことを意味し、「異なる状況が

- 異なる解決法の対象とはなりえないことを帰結するものではない」と判断している。Cons. const., 12 juillet 1979, *Ponts à péage*, déc. no. 84-182 DC, *Rec.* 27. また、平等原理は、同等の状況を同様に扱うことを義務付けるが、「立法者が異なる状況を異なつて規定するのを禁止するものではない」とする。Cons. Const., 9 janvier 1990, *Reconduite à la frontière*, déc. no. 89-266 DC, *Rec.* 15 ; Cons. Const., 16 janvier 1986, *Cumul emploi-retraite*, déc. no. 85-200 DC, *Rec.* 9, *RJC* 1-245. マンヤ・ユ・ネタも「平等原理は、異なる状況に置かれている複数の企業は、異なる制度に服すべきである」ということを含意しない」と述べ、異なる状況を異なるように扱う義務を認めようとする。CE, 28 mars 1997, *Société Baxter*, *Rec.*, p. 114, concl. J.-C. BONICHOT, obs. F. MELIN-SOUCRAMANIAN, *RFDA*, 1997, no. 3, p. 450. F. LUCHAIRE, « Un Janus constitutionnel : l'égalité » *R. D. P.*, 1986, p. 1243 ; Edouard DUBOUT, *L'article 13 du traité CE*, Bruylant, 2006, p. 335-340. 参照。
- (40) 日本における差別概念の用いられ方について紹介するフランス語の文献として、Hajime YAMAMOTO, *Réflexion sur la notion de discrimination en droit japonais*, in Miyoko TSUJIMURA et Danièle LOCHAK (dir.), *Egalité des sexes : la discrimination positive en question*, Société de législation comparée, 2006, p. 100.
- (41) 同法は、事業主に対し、「労働者の募集および採用について、その性別にかかわらず均等な機会を与えられなければならない」とし(五条)、「労働者の配置」、「昇進」、「降格及び教育訓練」、「福利厚生措置」、「職種及び雇用形態の変更」、「退職の勧奨」、「定年及び解雇並びに労働契約の更新」に際しての男女差別を禁止するとともに、「事業主は、募集及び採用並びに前条各号に掲げる事項に関する措置であつて労働者の性別以外の事由を要件とするものうち、措置の要件を満たす男性及び女性の比率その他の事情を勘案して実質的に性別を理由とする差別となるおそれがある措置として…、当該措置の対象となる業務の性質に照らして当該措置の実施が当該業務の遂行上特に必要である場合…その他の合理的な理由がある場合でなければ、これを講じてはならない」と規定している(八条)。
- (42) 欧州司法裁判所先決裁定 CJCE, C-450/93, *Eckhard Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen* [1995] *Rec.*, I-3051, 18. (傍点は、引用者)。
- (43) 日本においては、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ている。
- (44) 辻村みよ子『憲法』第三版、日本評論社、二〇〇八年、一八四—一八五頁。
- (45) 芦部前掲書、一二四頁(傍点は、引用者)。
- (46) 同二五四頁。

- (47) 最大判一九六七年五月二四日、民集二一卷五号一〇四三頁。
- (48) 前掲最大判一九八二年七月七日、民集三六卷七号一二三五頁。
- (49) 社会保障入門編集委員会「二〇〇八 社会保障入門」中央法規出版、二〇〇八年、一三頁。
- (50) この論点の詳細につき、現代思想三五卷一一号、青土社、二〇〇七年掲載の各論文参照。特に、伊藤周平「社会保障改革による負担・自立の強制 権利論の観点からの批判と対抗理念」、同一七七―一九一頁参照。
- (51) 旭川地判二〇〇二年五月二一日、賃金と社会保障一三三五号五八頁、札幌高判二〇〇二年一月二八日、同一三三六号五五頁、大阪地判二〇〇五年六月二八日、同一四〇一六四頁、大阪高判二〇〇六年七月二〇日。
- (52) 最判二〇〇六年三月二八日、判時一九三〇号八〇頁、判タ二二〇八号七八頁。
- (53) 朝日新聞二〇〇七年二月一六日の記事。伊藤前掲論文一八三頁。
- (54) 「生活保護制度のあり方に関する専門委員会 報告書」(二〇〇四年二月一五日)によれば、「(ここで言う『自立支援』とは、社会福祉法の基本理念にある『利用者が心身共に健やかに育成され、又はその有する能力に応じ自立した日常生活を営むことができるように支援するもの』を意味)するという。また『生活保護制度の『最後のセーフティネット』としての独自の役割は、自らの能力・資産の活用及び他法他施策を優先してもなお最低生活を維持できない者に対して保護を適用するという生活保護法上の『補足性の原理』と表裏一体である』と説明されている。ちなみにここで用いられている『補足性の原理』とは、いわゆる『補完性の原理』とはまったく異なる、『応益負担化』を言い換えた表現にとらえられるべきであろう。『補完性の原理』は、国の役割を地域の役割を補完するものに限定し、地域で可能な施策については地域に委ねるという国家机关の権限の配分原理であり、サービス受益者本人の責任に転嫁する原理ではないからである。
- (55) ミシエル・フーコー『社会は防衛しなければならぬ コレージュ・ド・フランス講義一九七五―一九七六年度』(石田英敬、小野正嗣訳)筑摩書房、二〇〇七年、二三九―二六二頁(一九七六年三月一七日の講義)。酒井隆史・市野川容孝「特集 社会的なものの潜勢力」前掲現代思想六三―六四頁参照。
- (56) チャールズ・テイラー「承認をめぐる政治」、チャールズ・テイラー他『マルチカルチュラリズム』(佐々木毅・辻康夫・向山恭一訳)岩波書店、一九九六年、六〇―六一頁。
- (57) K・アンソニー・アッピア「アイデンティティ、真正さ、文化の存続―多文化社会と社会的再生産」テイラー前掲書、二二八頁。