

## 性差別訴訟と司法審査の役割

戸 松 秀 典

はしがき

一 修正一四条と性差別

二 性差別訴訟の展開

三 性差別撤廃と司法の役割  
むすび

は し が き

性差別問題は、近年、社会において強い関心を呼んでいる問題の一つである。政府は、雇用平等法の制定のために立案作業を進めているし、その法律の制定を促す契機となったいわゆる婦人差別撤廃条約<sup>(1)</sup>の批准は、来年に予定されている。さらに、同条約に後押しされて、男性優先の扱いをしていた国籍法と戸籍法の改正<sup>(2)</sup>が成った。このような法制面における変革の過程で必ず問題となるのは、性差別、とりわけ女性に対する差別の意味であり、男女の平等とはいかなる観念であるかということである。

男女の平等という観念は、基本的には憲法一四条の法の下での平等の規定を根拠としていることができる。憲法の同条が性差別を禁じていることは、文言上明らかかなことではある。しかしながら、個別具体的な問題にその

命じているところを適用してたちまち問題が解決するわけではない。見方によれば、憲法の命じる性差別の禁止は、価値中立であったり、無内容であるといつてよいかもしれない。別言すれば、憲法の命じる性差別の禁止の意味はこれこれであると語るとき、そこには、直接条文の文言からは導き出しえないような何らかの価値づけを行わざるをえないようにみえる。そのことは、性差別訴訟に対する裁判所の判断を分析すると明らかになるであろう。たとえば、男女別定年制が民法九〇条に違反するとして争われたいわゆる日産自動車事件に対する一九八一年の判決<sup>(3)</sup>において、最高裁判所は、「〔女子従業員〕個人の労働能力の差異に応じた取扱がされるのは格別、一律に従業員として不適格とみて企業外へ排除するまでの」合理的理由が認められないとの原審判断を支持した。ここには、民法九〇条の公序の内容をなす平等原則について、それがステレオタイプ化した女性観を基礎に定年制を設けることを禁じている、との意義づけを読み取ることができる。このような意義づけがなぜ可能であるのか。それを十年前や二十年前に説いたとき、社会が受け入れたであろうか。その意義づけを他の問題についてあてはめることができるであろうか。このような問題——それは、平等原則の内容をなす価値の歴史的発展の意味を把握することになるが——を、裁判所の役割との関係で考察することが、本稿の基盤となっている。

性差別訴訟はきわめて多種多様な問題を含んでいる。それは、男性支配の社会の歴史に対する一大変革を求める要求が含まれているからであり、男性支配の社会が構築してきた法制面への全面的見直しが求められているからであるといつても過言でない<sup>(4)</sup>。本稿は、そのような性格を持つ性差別訴訟に対して、裁判所はいかなる対応ができるのかということに関心の基礎<sup>(5)</sup>に<sup>(6)</sup>おいている。そして、その関心について、豊富な判決例とそれをめぐる議論が存在するアメリカ合衆国の例を紹介・分析するものである<sup>(7)</sup>。

(1) 同条約の外務省国連局による仮訳は、法学セミナー増刊・女性と法（一九八四年）三一―一頁に掲載されている。

(2) 一九八四年五月一八日、その二つの法律の改正案が参議院で可決され、成立した。その施行は、一九八五年一月一日

である。明治三二年以来八五年間、国籍法で採用されてきた父系血統主義が父母両系主義に改められたことは、平等原則の実現にとって画期的なことである。なお、国籍法改正については、「特集・国籍法改正中間試案」ジュリスト七八八号二頁以下（一九八三年）、および、そこに掲載の座談会の（下）「ジュリスト七九〇号六二頁（一九八三年）」をみよ。

(3) 最高裁昭和五六年三月二四日判決・民集三五卷二号三〇〇頁。

(4) 諸法律について、男女の平等の理念を浸透させる観点から従来の規定に再検討を加える論稿は多いが、ここでは、とりあえず、「特集Ⅱ男女平等と法」法律時報五三卷八号八頁以下（一九八一年）、法学セミナー増刊・女性と法（一九八四年）、「特集・男女平等の新展開」ジュリスト七二五号頁（一九八〇年）をあげるにとどめる。

(5) アメリカの性差別訴訟については、わが国の研究者による紹介・分析がいくつかみられる。それについては、後掲二の注24に挙げた主要な文献を参照せよ。なお、以下では、「合衆国最高裁判所」をたんに「最高裁判所」という。

## 一 修正一四条と性差別

一 合衆国憲法の修正一四条一項は、市民条項、特権・免除条項、デュー・プロセス条項、さらに、「いかなる州も、その管轄内にあるいかなる者に対しても、法の平等な保護を否定してはならない」とする平等保護条項から成っているが、それらのどこにも、直接男女の平等をうたい、性差別を禁ずる文言をみることができない。しかし、今日では、性差別問題は、右の平等保護条項との関連で議論され、また、憲法は男女の平等な扱いを命じているとされている。そこには、修正一四条についての解釈論議が積み重ねられた結果が現われているのであり、初めから性差別の禁止が同条に含まれていると理解されていたわけではない。そこで、以下ではまず、修正一四条の本来の意味は何であったのか、それがどのようにに拡大・発展してきたのか、男女の平等は、その発展過程の中でどのような論拠により導かれ、他の平等問題といかなる関連をもつのか、ということに関心を向けることとする。

二 よく知られているように、修正一四条は、南北戦争の後、黒人に対する人種差別の撤廃を目的として制定さ

れたのである。<sup>(1)</sup> その制定過程について詳細な歴史的分析を加えた Berger の研究<sup>(2)</sup>によると、同条の立案者は、解放された黒人達の政治的、社会的平等を確立するための憲章として修正一四条を機能させようとしたのではなく、とりわけ、同条一項については、一八六六年の公民権法 (Civil Rights Act) が規定した特別な保護<sup>(3)</sup>を憲法条文化すること、すなわち、憲法への編入を意図したにすぎないとされる。つまり、公民権法を憲法に編入することにより、後の議会が安易な改正をできないようにする効果が与えられたのである。公民権法は、修正一三条による奴隸制の廃止だけでは南部の解放された黒人を保護するために不十分であり、一定の個別の権利に関して生ずる差別を撤廃する必要があるとの見地から制定されたものである。法律による権利の保障をさらに憲法上の保障に高めることを意図したとするこの Berger の結論は、修正一四条の制定者意思が何であつたかという点に関して重要な意義を提供したといふことができる。<sup>(4)</sup> ただ、平等保護条項の意味は、その本来の意味を基礎とすべきであり、一八六六年の公民権法に規定された諸権利を黒人に対して保障することであると理解するならば、それは、あまりにも狭い解釈といわざるをえない。<sup>(5)</sup> 後にも示すように、学説上、右の Berger のように修正一四条の意味を本来の意味にとどめるべきとする立場は少数であり、多くの学説は、本来の意味を基礎としつつ、それから派生する種々の平等問題に修正一四条の平等保護原則を適用しようとしている。また、最高裁判所の現職の裁判官の中にも、レンクイストに代表されるように本来の意味にとどめるべきとする立場がみられるが、それは、常に少数意見である。<sup>(6)</sup>

公民権法の文言と修正一四条の文言を比較すれば、両者が近似しているとはいへ、全く同じとはいえない。また、修正一四条は、公民権法のあげる諸権利だけでなく、その諸権利と同類の権利をも、あるいは、それらの一定の権利以上のものをも保護することを意図していたか否かという点については、歴史的な確証が存在しない。<sup>(7)</sup> ここに、平等保護条項の本来の意味がいかに発展するかという問題が生ずるのである。そこで、次にその発展の経緯を概観しておかねばならない。

三 事実上、最高裁判所は、平等保護条項の意味の拡大をはかってきた。その動向を示す最初の例は、一八八〇年の *Strader v. West Virginia* 判決<sup>(8)</sup>である。これは、白人の男性のみが陪審員の資格があるとするヴァージニア州法の下でなされた裁判が修正一四條違反であるとして被告人の黒人が争った事件に対する判決であるが、最高裁判所は、その裁判による黒人の有罪を覆した。その判決理由の中で、最高裁判所は、黒人に対して、広く市民に認められている生命と自由についての基本的な司法上の保護が陪審員から黒人を排除する法律により否定されていることを強く問題としたのであった。そこには、修正一四條の本来の意味に忠実な最高裁判所の理解の仕方を見ることができ、他方、同条の広い解釈の糸口を与える言葉をもとめることもできるのである。すなわち、その判決において、裁判所は、「黒人に一つの烙印」を押し、「黒人が劣位にあると断言」し、「人種的偏見を刺激」するような法律は、修正一四條に反するものであることを述べているのである<sup>(9)</sup>。

このような解釈は、後の判決にも現れている。たとえば、客車や客車内のコンパートメントを黒人・白人用に別々にし、その違反者を罰したルイジアナ州法を「分離されているが平等である」として違法の主張を斥けた最も評判の悪い最高裁判所の判決の一つ、*Plessy v. Ferguson* 判決<sup>(10)</sup>（一八九六年）においても、その法律が「必然的にどれかの人種が他の人種より劣位にあることを意味するものでない」と述べている<sup>(11)</sup>。

このように、人について何らかの烙印を押ししたり、劣位にあると決めつけたり、偏見を助長したりするような法の扱い方に対して、平等保護条項の適用があるとする理解は、修正一四條が本来の意味、すなわち、黒人に対して公民権法が保護した個別の権利を憲法上保障するものであるとの意味より広い内容を読み取っていることが窺えるのである。ただし、これら初期の頃の判決をとおして、最高裁判所は、修正一四條について広い意味の理解を示唆したのであるが、それは、しばしば言葉の言い回しの上のことであり、同条項の適用の実質においてまで広い意味の適用をみせたわけではない。

今日のように、種々の平等問題、差別撤廃問題について憲法上の根拠が修正一四条の平等保護条項に求められるようになったのは、一九五四年の *Brown v. Board of Education* 判決<sup>(12)</sup>を出発点とするといつてよい。最高裁判所は、この判決を嚆矢として、平等保護条項の広い理解を實質的に展開することとなった。その展開の経緯については、比較的よく紹介され、私も別にその検討をしたことがあるので、<sup>(13)</sup>ここでは、本稿の主題と関連する次の点を指摘しておくこととする。

一九五〇年代の後半から急速な進展をみせた平等保護原則の展開は、多様な問題についてみることができるが、それらは、Wilkinson が指摘するように、①政治的平等、②機会の平等、③経済的平等の三つのカテゴリーに整理することができる。<sup>(14)</sup>政治的平等の分野は、議員定数不均衡問題において選挙権の平等を実現することをその代表例とし、機会の平等は、裁判法理上「疑わしい分類」とされる領域——人種、外国人、出身国籍、性、嫡出性——にかかわることであり、経済的平等は、福祉行政に対する訴訟で問題とされる争点である。そして、「最高裁判所は、第一の領域に対し強い傾倒をし、第二の領域には、制限付きの責務を果たし、第三の領域では、一般に控え目の態度をとる義務を負っている」と<sup>(15)</sup>の全体的傾向を描くことができる。

本稿が関心を寄せる性差別問題は、右のカテゴリーのうち第二のものに属するといえるが、他の領域にかかわる問題が含まれていることがしばしばある。<sup>(16)</sup>そして、第二の領域において、最高裁判所は、人種差別にのみ強い傾倒を示しており、他の差別問題については流動的である。さらに、平等保護原則の展開過程の中で、性差別問題は、七〇年代に入ってから脚光を浴びるようになって注目に必要がある。これらの点については、後に考察を加えることとしよう。

四 解釈論として、本来の意味の拡大を許す根拠は何か、黒人に対して一定の権利を保障することであったとされる修正一四条の本来の意味が、なぜ、広く人種を理由とした差別を撤廃することへ、さらに、外国人、出身国

籍、性、嫡出性、貧富の差などに基づいた差別へと拡大させることを許すのかという問題、すなわち、平等保護条項の解釈論についての正当性の根拠を探る必要がある。

平等保護条項の解釈により何らかの原則を導きだそうとする際、その原則の意義を憲法解釈論における二つの方式に関連させてみるができる。一つの方式は、憲法条文の文言に忠実な解釈方法である。もう一つの方式は、憲法の文言を強調しない解釈方法である。この区別は、近年盛んな論議を呼んでいる解釈主義・非解釈主義の区別ないし対立と関係するものであるが、憲法解釈論全体にかかわるその議論に立ち入るのがここでの目的でない。<sup>(17)</sup>ここでは、平等保護条項の解釈は、そのどちらに属するののかということに焦点をあてたい。すると、すでにみた Berger の見解は、右の第一の解釈方式のようにみえる。しかしながら、平等保護条項の解釈について（もちろん、憲法条文の解釈全般についてもいえることだが）、制定者意思にのみ拘束されなければならないものではないこと、とりわけ、「平等」という広い内容をもつ観念について、専ら条文の文言や文言の形になった経緯のみを基礎に解釈することが可能であるのか、という疑問が生じる。また、現実に存在する平等問題の状況を考慮しない解釈が適切なものといえるのか、という疑問も生じる。<sup>(18)</sup>そこで、平等保護条項については、憲法とそれを解釈し適用する裁判所の間を結ぶ調整原理 (a mediating principle) が必要となる、との指摘に注目させられる。<sup>(19)</sup>つまり、「平等」の観念を憲法の中に取り込んだけれども、憲法条文そのものからは何も出てこず、別に何がしかの原理をもってきてその意味を語ることができる。平等保護条項とはそういう性格をもっているといわれる。そのように捉えて「平等」は、「平等保護条項は、一般に後者の方法で解釈されている」と指摘する。<sup>(20)</sup>

このように、平等保護条項について、まず、「平等」の観念が何を意味するかという考察のもとに議論を展開する立場は少なくない。そして、「平等」の観念そのものは価値中立である、との結論は、哲学上の考察を基礎によく示されていることであり、<sup>(21)</sup>そのことを基として、平等保護条項の意味が説明される。たとえば、右にみた Eis

は、「平等保護条項の」文面は、何の意味ももっていない」として、そこに「反差別原則 (antidiscrimination principle)」をもってこなければならぬと主張する<sup>(22)</sup>。そして、「反差別原則は、平等保護条項のものではなく、それは、調整原理以外のなものでもない<sup>(23)</sup>」と説いている。

これとは対照的に、平等の観念が無内容であることを基礎として、そこに何か価値や原則を持ち込むことを放棄したり、否認する見解がある。近年、詳細な研究によりそのことを説いた Westen の「平等という空虚な観念」と題する論文<sup>(24)</sup>によると、平等とは、倫理上また法的にあることを説明するのに役立つ規範として語ることができない観念であるから、規範論議の場面から追放すべきであるとされる。そして、彼は、次の二つの命題の確立を目指す<sup>(25)</sup>。すなわち、①平等について述べることは、論理上、権利についてより単純に述べることを必要とする。したがって、必然的に個別の権利について述べることへと落ち着く。②権利について単純に述べることを、平等について語ることへとさらに移行させることは、不必要な作業を伴うばかりか、深い観念上の混乱を引き起こす。要するに、平等の観念が独立した規範であるとの理解は誤りであり、平等の問題は、すべて個別の権利の問題として捉えることができ、平等はそれ独自の基準や救済をもつものでないと、Westen は主張するのである。この主張は、平等問題の多様性、複雑性、統一的把握の困難さといった点にたらずと、魅力的な面をもっているといえる。しかしながら、平等の問題を個別の権利の問題へと解消できるのか、とりわけ、性差別問題について、男女は共に性のみを理由として制約を受けることがないという憲法上の権利をもち、その権利の保障の問題として考えればよいとする説明<sup>(26)</sup>には、簡単に容認できない問題を含んでいるといえる。

他に、Kutland のように、平等の観念が価値中立であることから、平等保護条項が没価値的であるとする主張<sup>(27)</sup>もみられるが、そのような見解は、右にみた Eses をはじめ、次の論者の例のように、平等保護条項に何らかの原則を持ち込んだり、価値を読み取る立場と対比すると説得力に欠けるといえる。



平等保護条項の意味を示すための原理・原則を提言した代表例として、Michelman の場合がある<sup>(28)</sup>。彼は、経済的不平等の問題に議論を限定しているが、平等保護の要求者の「正当な必要物 (just wants)」を充足しているか否かを判断することが平等保護条項の下での保障の問題であるとし、それは、同条項に、「最小限の保護」という原則が存在するからであると説いた。

Karst は、それが貧困者に対する平等保護条項適用上の原則としては評価できるが、他の平等問題のことを考慮すると狭い捉え方であるとし、修正一四条にはそれとは異なる価値の原則が含まれているとする<sup>(29)</sup>。すなわち、「一つの抽象的概念としての平等は、価値中立といえるかもしれないが、修正一四条はそうではない。同条の実質的核心は、特に平等保護条項のそれは、平等な市民権 (equal citizenship) の原則であり、その原則は、個人それぞれに対し、尊重され、信頼され、かつ、共に分かちあうメンバーとして、組織された社会により処遇される権利を保障することを前提としている<sup>(30)</sup>」と結論する。彼は、その結論の正しいことを、修正一四条の文言、制定の経緯、先例、制度上の役割といった観点から考察を加えている。この捉え方の特徴は、まず、平等保護原則は、憲法上の原則であって一般の抽象的概念としてみるべきでないことにある。そうであるとすれば、修正一四条にはいかなる価値がこめられているかを探求する必要がでてくる。そこで得られた価値が平等な市民権ということである。そこで、次に平等な市民権に含まれている価値をさらに導くこととなる。彼は、それを人間の尊厳ということであるとし、人が社会のメンバーとして「尊重され、信頼され、かつ、共に分かちあう」ことだと説明するのである。さらに、そのような価値は、修正一四条の成立以降次第に実現され、殊に、ウォレン・コート期に著しい発展をみたと捉えるのである。

五 以上の代表的学説の例から明らかのように、修正一四条の平等保護条項の意味をめぐって、解釈論上いろいろな見解がみられるのであるが、それらのうちのどの見解が同条項の意味をもっとも適切に語っているのかという

ことを決定することは容易でない。しかし、少なくとも、平等保護条項の意味は、そこに何か原理や原則を導入しなければならぬといえるであろう。そして、諸判決例が示すところをもみると、その原理・原則なるものは、Perryの指摘するように、二つの性格に大別することができる。<sup>(31)</sup> その一つは、政治的な原則である。それは、市民の政治生活面における平等問題にかかわる原則であり、議員定数配分訴訟における選挙権の平等を実現する要求に対し、最高裁判所は、政治的な平等の価値を構築させた。他は、モラル原則である。人種差別を平等保護原則が禁ずるのは、その原則のモラルの側面にかかわる代表例である。出身国籍に基づく差別、外国人に対する差別、さらに、貧富の差に基づく差別、嫡出性に基づく差別といったものはいずれもモラルにかかわる問題として捉えることができる。そして、本稿が関心を注ぐ性差別問題も、この平等保護原則のモラル原則の側面がかかわってくることなのである。

このように、モラル原則ということも挙げても、それは、すでに言及した諸見解に新たなものを一つ付け加えたことにはなるわけではない。その発想は、Karasの場合と同じ性格をもっているとの理解が可能であるからである。すなわち、それは、平等保護条項の意味を広く捉えようとしていること、そのためにある価値原理を持ち込んでいくこと、とりわけそれぞれの論者が主張する原則は、裁判所の判断の基礎となる価値を説明しようとしていることにおいて同じであるからである。つまり、平等保護原則の意味をある価値原理で説明しつつ、平等問題の解決にあたる司法の役割に考察を加えようとしていることがみとめられるのである。それは、Perryが、人種差別事件の諸判決についての中心的な嚮導原理は、「人種のモラル上の平等という観念——何人も、人種に基づいて他の者よりモラル上劣位にあるとされることはないという原理である」<sup>(32)</sup>と述べ、諸判決の分析をしているところに現われている。そして、性差別問題についても、今日の平等保護の法理が正しいものか否かは、「主として、性がモラル上関係ある特性として理解されるべきか否か——性が人のモラル面での価値ないし美点について何かを表わしているか

否か——ということにかかっている<sup>(33)</sup>」と述べ、その領域の諸判決を分析しているところに注目させられる。このように、性差別撤廃の要請を修正一四条の平等保護原則に根拠づけることにかかわる諸議論をみてくると、次に、最高裁判所が示す判例の中でその要請がどのように処理されているのか、さらに、その処理を通じて性差別問題における司法の役割はいかなるものであるかという問題に関心が及ぶ。それらについては、節を改めて考察することとする。

- (1) それについては、戸松秀典「平等保護と司法審査(一)——合衆国憲法の平等保護条項に関する司法の役割の研究」國家学会雑誌九〇巻七・八号一、八一—九頁(一九七七年)において簡単ながら述べた。なお、それに関する文献についても、同論文の注30に挙げたものを参照せよ。
- (2) R. Berger, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment* (1977). など、この著書については、野坂泰司「最近の合衆国における『憲法解釈』論争の一断面——R・バーガーの問題提起に即して」現代憲法学研究会編、現代国家と憲法の原理(一九八三年)所収で詳しく分析されている。
- (3) その規定は次のような内容となっている。合衆国に生まれ、その管轄権に服するすべての人は、税を課せられないインディアンを除き、合衆国の市民であり、「そのような市民は、すべての人種と肌の色を問わず、以前のいかなる奴隷あるいは意に反する隷属状態に関係なく、犯罪に対する懲罰の場合をのぞき、契約を結び実行すること、訴えを起こし・当事者となり・証拠を提出すること、不動産および動産を相続し・購入し・貸与し・売却し・保有し・譲渡すること、人および財産の安全のためにすべての法律および手続の安全かつ平等な利益を受けることに対し、白人市民が享受するのと同等の権利を合衆国のすべての州および領域においてもつものとし、かつ、同等の苦役、刑罰に服するものであり、それに反する他のいかなる法、法律、条例、規則あるいは習慣に服さないものとする。」
- (4) たこぎち、Perry, *Book Review*, 78 *Colum. L. Rev.* 685 (1978) を参照せよ。
- (5) Berger の研究は、修正一四条の意味をどのように狭く解釈すべきと主張することに重点がある。それに対する批判論については、野坂、前掲論文(注2)二三二—二三八頁を参照せよ。
- (6) *Trimble v. Gordon*, 438 U.S. 762, 777 (1977) (*Rehnquist, J., dissenting*).

(7) Perry, *Modern Equal Protection: A Conceptualization and Appraisal*, 79 *Column L. Rev.* 1023, 1027 (1979).  
本節は、この論文なるものから採り出された。

(8) 100 *U.S.* 303 (1880).

(9) 100 *U.S.* at 308.

(10) 163 *U.S.* 537 (1896).

(11) 163 *U.S.* at 544.

(12) 347 *U.S.* 483 (1954).

(13) 戸松秀典「平等保護と司法審査(1)——合衆国憲法の平等保護条項に関する司法の役割の研究」*国家学会雑誌*九一卷一・二頁二六一—二五〇頁(一九七八年)。

(14) Wilkinson, *The Supreme Court, the Equal Protection Clause, and Three Faces of Constitutional Equality*, 61 *Va. L. Rev.* 945, 946 (1975).

(15) *Ibid.*, at 946.

(16) たとえば、女性に対する選挙権の制限は、第一の領域に關係するし、福祉行政上男女で異なる扱いをするべきは、第二の領域に關係する。

(17) 第三節において、性差別訴訟への裁判所の対応姿勢との関連で若干触れる。

(18) この点については、前掲注らゝを参照せよ。

(19) Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 *Phil. & Pub. Aff.* 107 (1976).

(20) *Ibid.*, at 108.

(21) それについては、後掲注24の論文が詳しい。なお、本稿全体を通じて示すように、平等の理念は、その歴史的発展性の側面を加えて捉えなければならない。その意味で、J. R. Pole, *The Pursuit of Equality in American History* (1978) を参照せよ。

(22) Fiss, *supra* note 19, at 108. また、Brest, *Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle*, 90 *Harv. L. Rev.* 1 (1976) を参照せよ。

(23) Fiss, *ibid.*

- (24) Westen, *The Empty Idea of Equality*, 95 *Harv. L. Rev.* 537 (1982).
- (25) *Ibid.*, at 542.
- (26) *Ibid.*, at 586. 447' Westen は次の448頁で論じている。 'Greenwald, *How Empty is the Idea of Equality?*, 83 *Column. L. Rev.* 1167 (1983); Westen, *To Lure the Talantula from Its Hole: A Response*, 83 *Column. L. Rev.* 1186 (1983) を参照せよ。
- (27) P. Kurland, *Politics, the Constitution, and the Warren Court* (1970) at 98.
- (28) Michelman, *On Protecting the Poor through the Fourteenth Amendment*, 83 *Harv. L. Rev.* 7 (1969).
- (29) Karst, *Foreword: Equal Citizenship Under the Fourteenth Amendment*, 91 *Harv. L. Rev.* 1 (1977).
- (30) *Ibid.*, at 4.
- (31) Perry, *supra* note 7, at 1025.
- (32) *Ibid.*, at 1030.
- (33) *Ibid.*, at 1051.

## 二 性差別訴訟の展開

一 性差別問題が訴訟として盛んに登場し、社会で強い関心を引くようになったのは、合衆国最高裁判所の歴史の中でも比較的最近のことである。最高裁判所は、平等保護条項成立後しばらくの間は性差別問題、特に女性に対する差別の問題について冷淡な態度をみせ、コモン・ローの伝統や社会の意識を背景とした立法上の措置に批判を加えることをしなかった。この伝統的・古典的な対応傾向を経て、一九六〇年代の平等化社会の台頭の時期においても、性差別訴訟が平等問題訴訟の主流を占めることはなく、めざましい進展をみせることはなかった。ところが、七〇年代を迎えると、訴訟例の増加と最高裁判所の対応の変化が現われ、性差別問題は、急激に平等保護条項にかかわる法理の展開の中心部分となったのである。このような段階を経た性差別問題に対する裁判所の対応の動

向を以下でたどることとする。

二 修正一四条の成立後しばらくの間性差別問題が裁判所にもたらされることがまれであったのは、平等保護条項の適用を求めること自体が権利・利益の救済の中心をなしていなかったことと共に、性差別、それも女性に対する差別の問題について裁判官が冷淡であったばかりか、強い不快の念さえ抱いていたことによるといえる。<sup>(2)</sup>

一八七三年の *Bradwell v. Illinois* 判決<sup>(3)</sup>は、女性差別問題を扱った最初の最高裁判決であり、右の傾向を示す代表例の一つである。それは、イリノイ州の裁判所規則が女性に対し弁護士資格を与えないことを争った事件の判決であるが、上告人の主張に対し最高裁判所は全く好意を示さなかった。その多数意見の示した上告棄却の理由は、要するに、上告人はイリノイ州の市民であるから、連邦憲法四条二節の特権・免除条項の適用がなく、州の弁護士会への入会が合衆国市民に保障した特権・免除に該当しないから、修正一四条は、主張された権利を保障するものでない、とするものであった。そこには、修正一四条のデュー・プロセス条項や平等保護条項の適用について、何ら考察が加えられていない。この判決について注目すべきところは、その当時の裁判所の女性観を示す代表例としてよく引かれるブラッドレー裁判官の同意意見<sup>(4)</sup>である。それによると、民事法は、男性と女性のそれぞれの領域と運命について広範囲の違いを認めていること、男性は女性の保護者であり、守り手であること、女性の性格が社会の職業に不適切であること、女性の役割は家庭内のことに属し、それが女性らしさにもっとも適合すること、モン・ロー上、女性がその夫と別個の法的存在であることではないとの確立した法制上の原則があり、それが制定法の中に生かされていること等、今日の目から見れば忽ち敵しい批判を浴びる内容が堂々と述べられているのである。しかし、その当時としては、そのような見解が特別なもの、奇異なものでなく、社会に充分受け入れられる見解であった。

右のブラッドレー意見に体现された性差別問題に対する裁判所の対応姿勢は、以後しばらくの間つづくこととな

る。たとえば、女性に選挙権を認めるべきであると争った事件に対する一八七四年の *Minor v. Happersett* 判決<sup>(5)</sup>では、修正一四条の下で女性が人であり、市民であることは疑うべくもないと強調しつつも、選挙権は、合衆国市民に認められた特権・免除の中に該当せず、選挙権が「男性のみに与えられた重要な信託」であるとして、女性の選挙権の憲法上の保障をきつぱりと拒絶したのであった。この判決の後には、女性の選挙権を獲得する政治過程における運動が展開され、その努力は、一九二〇年に成立した修正一九条に結実することとなった。その条文は、「合衆国市民の投票権は、性を理由として、合衆国またはいかなる州によっても、これを否定し、また、制限してはならない」とうたった。それは、黒人に対する選挙権の保障規定である修正二三条と対比すると、「性を理由として」という文言以外全く同じであることに気付かされ、人種差別と性差別の異同を考える際の一つの注目を提供している。

今世紀に入っても、古典的女性観に基づいた判決傾向は依然としてつづくのであるが、代表例として、一九四八年の *Goesaert v. Cleary* 判決<sup>(7)</sup>がある。それは、バーテンダーの資格取得者について酒場経営者の妻と娘以外の女性を排除したミシガン州法が違憲であるとして争われた事件に対するものであるが、多数意見を書いたフランクフアーター裁判官は、同法を合憲とする理由の中で、「ミシガン州は、当然のことながら、すべての女性に酒場のカウンターの背後で働くことを禁ずることができる<sup>(8)</sup>」との前提を述べた。そして、例外とされる女性と一般女性との間にみられる差別に合理的根拠がないわけではなく、州は、モラル上の社会的問題処理するための裁量権をもち、裁判所はそれを尊重するとしたのである。もともと、この事件について、問題は男女間の差別にあるとした意見もあるが、それは、少数であった。

これらの判決において、最高裁判所は、性に基づいた区別をすることについて立法府に無制限といつてよいほどの裁量を認めていたことが明らかである。その裁量は、男女は結婚すると一つの主体となり、その主体とは夫であるとするブラックストンの観念に州が復帰することさえみとめるほど広いものであるということができた<sup>(9)</sup>。ある

いは、女性の生活の場を家庭内におき、政治的・社会的活動、とりわけ、社会における職業の獲得については、男性が支配するものであることに、何の疑いもはさまなかった。もちろん、裁判所がそのような判断をすることができたのは、コモン・ローの伝統、従来から確立していた法原則、社会的慣習などによって充分支えられていたからである。

三 古典的な男女観に基づいて処理された数少ない裁判例の展開過程において、後の裁判法理の発展をみるために無視できない事例があることも言及しておかなければならない。それは、女性の工場労働者に対する労働時間を一日十時間に制限するオレゴン州法の合憲性が争われた事件の判決、*Muller v. Oregon* (一九〇八年)<sup>(10)</sup>である。その事件は、ブランドイス・ブリーフが導入されたことで有名であり、最高裁判所は、両性の身体構造の違いを指摘し、「その違いは、立法における違いを正当化する」<sup>(11)</sup>として右の法律を合憲と判決した。女性労働者を保護する立法を合憲としたこの判決は、その当時としては、画期的意味をもつものであった。したがって、「少なくともしばらくの間、*Muller*判決は、『よき法』を表わす」ものといえた。「しかしながら、その結論は別として、その判例は、そこに盛られたある言葉ゆえに特別な重要性をもっているのである」<sup>(12)</sup>。すなわち、判決理由の中で、裁判所は、女性が男性と異なることを古典的女性観にもとづいて挙げたのち、「それらの点で他の性と区別されるので、女性は、それ自体一つのクラスの中に位置づけることが適当であり、したがって、女性保護を目的とした立法は、たとえ同様な立法が男性にとつては不必要であり、しかも支持できないときでも、支持されてよい」<sup>(13)</sup>と述べた。「この言葉から、『性は、分類のための有効な根拠となる』との原則が導かれ、その原則は、問題とされた法律の目的を考慮することなく、また、その目的と性に基づく分類との間の関係についての合理性について考慮することなく、しばしば機械的に繰り返されることとなった」<sup>(14)</sup>。この先例の法理は、以後の性差別訴訟において克服すべき課題を提供したのであった。



性に基づく分類を設けた法律の合憲性判断基準が、単なる合理性の基準でよいのかという疑問を投げ掛ける糸口を与えたのは、人種差別問題における審査基準の確立である。<sup>(15)</sup>それは、要するに、人種に基づく分類は、「疑わしい(suspect)」ものであり、裁判所は、法律の目的や目的と手段の関係について厳格な審査を行うという法理であるが、そこには、「疑わしい分類」に含まれる事項の範疇化がみられる。そこで、性に基づく分類もその範疇に取り込まれてよいはずである、性に基づく分類が単純に合理的であるとする手法が排斥されるべきである、との考えが生じてきたのであった。そのような疑問、裁判所による審査の手法に対する再検討は、六〇年代の人種差別訴訟に対する判例法が確立すると次第に強まっていっていったとみることができる。しかし、実際に裁判所が性差別訴訟に対してその再検討の要求に応えたのは、七〇年代に入ってからのことである。したがって、それに至るまでの判例傾向は、一九七二年の秋に、すなわち、最高裁判所の新たな動向が始まる直前に、二人の法律学者が発表した論文において、「全般として、アメリカの裁判官が性差別の領域で果たしてきたことは、貧弱なものからひどいもの之間に終始していると簡潔に描くことができる<sup>(16)</sup>」と述べられるところに尽きるといってよい。

四 一九七一年の末に、最高裁判所は、死者の財産管理人の任命について女性よりも男性を優先させる旨定めたアイダホ州の法律に対して、修正一四条の平等保護条項に違反するとの判決を下した。この *Reed v. Reed* 判決<sup>(17)</sup>は、性差別訴訟判決の最初の例としてすでに言及した *Bradwell v. Illinois* 以来百年近く経てはじめて、女性に対する差別に救済が与えられた判決として画期的なものであった。ただし、最高裁判所は、性に基づく分類を疑わしい分類と断定したのではなく、慎重な態度をとった。法理としては、伝統的な合理性の基準を踏襲しながら、<sup>(18)</sup>実質において厳格度の強い審査を加え、違憲の結論を導いたのである。

その後の判決においては、最高裁判所の九人の裁判官の間で、性に基づく分類を疑わしいものと断定すべきか否かについて意見が分かれた。女性の軍人がその夫を扶養家族にできないことを争った事件に対する一九七三年の

Frontiero v. Richardson 判決<sup>(19)</sup>においては、四人の多数意見が疑わしい分類であることを主張した。しかし、その後もその多数意見が法廷意見を構成できるまでに至らず、結局、一九七六年の Craig v. Boren 判決<sup>(20)</sup>および翌年の Califano v. Goldfarb 判決<sup>(21)</sup>により示されたいわゆる「厳格な合理性の基準」と呼ばれる、厳格度において中間の審査方法のもとで処理する道が開かれた。すなわち、性にかかわる法律は、「重要な政府の目的」に対して「実質的な関連」をもつ限りで合憲とされるといふ審査の手法である。<sup>(22)</sup> それについては、性に基づく分類が「疑わしい分類」に属することになるのか、ということをはじめ、その審査基準の意義、機能などにかかわる諸問題の究明を必要とするが、それは、別稿で行うこととする。<sup>(23)</sup>

ここで注目したいのは、古典的・伝統的な女性観から訣別して、最高裁判所が女性差別についてどのような見解を示しているかということである。それをみることにより、性差別訴訟の変貌をつかむことができるからである。次にその主要な例をあげることしよう。<sup>(24)</sup>

古典的・伝統的な女性観が最高裁判所判決の中ではっきり述べられた例は、すでに挙げた Bradwell 判決であったが、それを正面からとりあげ、女性差別に対しては人種差別よりも後れた対応がなされて今日に至っていることを問題としたのは、右に挙げた Frontiero 判決における多数意見のブレナン裁判官であった。<sup>(25)</sup> 彼の見解がそのまま後の判決に取り入れられたわけではないことは前述したとおりであるが、古典的・伝統的な女性観や女性に対するステレオタイプ化した観念がもはや法律の中に正当に規定できないとするその基本的主張は、諸判決の随所に受け継がれているとみることができる。まず、前述の Craig 判決において、Goesart 判決<sup>(26)</sup>がはっきり否定されたことをあげることができる。<sup>(27)</sup> 他にたとえば、一九七五年の Stanton v. Stanton 判決<sup>(28)</sup>では、「一般に家庭と家庭に不可欠なものを用意するのは男性の主たる責任である」との「古い観念」がもはや正当化の根拠をもつものでないとされ、さらに、「もはや、女性が家庭と家族の養育にのみあてられ、男性のみが思想の市場や世界にあてられることはない」<sup>(29)</sup>

と、はっきり述べられた。この判示は、七〇年代最後の年の判決である *OH v. OH* <sup>(32)</sup> においても踏襲された。最高裁判所は、右の *Stanton* 判決を引用しつつ、さらに、「性を根拠として利益や負担を与える法律の分類は、女性に『ふさわしい場』や特別な保護の必要性についてのステレオタイプを補強するという固有の危険を担っている」と指摘し、「過去の差別の効果を償ったり是正することをはっきり意図した法律であつてさえ、慎重に制定されなければならぬ」と述べ、性を根拠とした処遇を内容とする法律に対する司法審査が厳格に行われなければならないことを宣告しているのである。さらに、事実の一般化を容認することができないとした例もある。それは、女性が男性より長生きすることの「疑うべきもない事実の」一般化に基づいてなされた年金支給を、公民権法第七編違反の性差別であるとして無効と判示した一九七八年の *City of Los Angeles Dept. of Water & Power v. Manhart* <sup>(32)</sup> である。あるいは、一九七五年の *Schlesinger v. Ballard* <sup>(33)</sup> 判決において、連邦法が海軍将校に対して男女の間に異なった処遇をしていることは、男性将校と女性将校がその職に就く機会に関して同じ状態となっていないという明白な事実を反映するものであつて、違憲ではないと、最高裁判所は判示したが、そこには、当該規定には「古風な、過度に広汎な一般化」<sup>(34)</sup> がみられないか神経をくばったあとがみとめられるのである。

*Reed* 判決にはじまる右のような傾向は、その後一〇年を経て八〇年代に入っても維持されており、その例をミシシッピ州が男性に対し看護大学校への入学を締め出したことを争った事件の判決 *Mississippi University for Women v. Hogan* <sup>(35)</sup> にみることもできる。その判決において、最高裁判所は、そのような大学の処置が、女性に向けられた差別に償いをなすことよりもむしろ、「看護業を専ら女性の職とするステレオタイプ化した観念を永続させる傾向を示す」として、違憲の結論を言い渡したのである。

なお、その間にあつて最高裁判所が必ずしも右のような傾向を一貫して維持しているわけではないことも指摘しておかなければならない。その一つは、一九八一年の *Michael M. v. Superior Court* <sup>(37)</sup> 判決である。最高裁判所は、

カリフォルニア州の制定法上の強姦罪規定を五対四で合憲としたが、その規定が十代の青年男女に対して扱いを異にしていることについて、立法目的の認定や審査基準の適用をめぐる裁判官の間で意見が分かれ、多数意見を構成できなかった。もう一つは、同じ年の *Rostker v. Goldberg* 判決<sup>(38)</sup>である。これは、徴兵のための登録を男性のみに限った連邦法が性差別だとして争われた事件に対する判決であるが、最高裁判所は、六対三で合憲の判断をするにあたり、厳格な合理性の基準を適用しなかった。前者の事件については、未成年者の性行為や男女間のステレオタイプ化した性観念にかかわる問題、後者については、男女間の違いに加えて政治的な含みをもつ問題が対象となっており、それらはいずれも微妙な問題への対応が求められたものであるということができる。

五 右のような平等保護条項の適用にかかわる性差別訴訟の領域と並んで、同じ修正一四条のデュー・プロセス条項の適用にかかわる領域において、女性の権利や利益の保障が格段の進展をみせていることを看過することができない。

その代表例を挙げると、まず、女性が自己の妊娠を中絶するか否かを決定する権利が、デュー・プロセス条項によって保護されるプライバシー<sup>(39)</sup>の権利の中に含まれることを明らかにした一九七三年の *Roe v. Wade* 判決<sup>(39)</sup>、および、それにつづく一連の判決がある<sup>(40)</sup>。また、避妊器具の販売について既婚者と未婚者との間に異なった規制を定めた州法をデュー・プロセス条項に違反すると判示した一九七二年の *Eisenstadt v. Baird* 判決<sup>(41)</sup>、さらに、女性の教師に対して、彼女が子供を出産して三か月を経た後の新学期の始めまで教壇に復帰することを認めない教育委員会規制を、「反証を許さない推定」<sup>(42)</sup>を内容とするものであり、デュー・プロセスに反し違憲であると判示した一九七四年の *Cleveland Board of Education v. LaFleur* 判決<sup>(43)</sup>などがある。

これらの判決は、従来の「女性の役割」に対する観念に変革をもたらし、それが憲法上の基盤をもつものであることを明らかにした。それは、Shapiro の指摘するように、最高裁判所が女性の自律性を憲法上の価値として認定

したものとみることができ<sup>(44)</sup>る。また、右の諸事件について、平等保護条項適用の問題として解決できる余地もあつたのであり、裁判所がそれを避けてデュー・プロセス原則の問題として処理したことについては、一連の性差別訴訟の中で興味ある動向である。<sup>(45)</sup>

- (1) 以下では、合衆国最高裁判所の判決を中心に性差別訴訟の動向をみる。
- (2) 性差別訴訟に対する最高裁判所の裁判例が少なかったことは、最高裁判所裁判官のケース・セレクトションの態度にも現われていた。それについては、宮城啓子「合衆国最高裁判所におけるケース・セレクトションの研究(二)——プロヴィン教授の著書の紹介を中心とした裁量上訴制度の予備的考察」成城法学一七号(本誌)一八二頁(一九八四年)参照。
- (3) 83 U.S. (16 Wall) 130 (1873).
- (4) *Ibid.*, at 141.
- (5) 88 U.S. (21 Wall) 162 (1874).
- (6) *ibid.* 三節の一で言及する修正二七条の文言とも比較せよ。
- (7) 333 U.S. 464 (1948).
- (8) *Ibid.*, at 465.
- (9) R. Harris, *The Quest for Equality* (1960) at 76. なお、この文献は、一九六〇年代以前の平等保護条項適用にかかわる判例の動向を研究したもので、重要なものである。
- (10) 208 U.S. 412 (1908). なお、H. Kay, *Sex-Based Discrimination* (second edition 1981) は、性差別に関する代表的なケース・ブックであり、本稿も多くの示唆を受けたが、それによると、本判決のほか、前述の *Gossart* 判決、および、女性の陪審を努めるべきか否かは専ら州の裁量に委ねられた問題であると全員一致の判決を下した *Hoyt v. Florida*, 368 U.S. 57 (1961) が一九七一年の転換期以前における今世紀の最高裁判所判決三部作であるとしている(at 7-12)。
- (11) 208 U.S. at 422.
- (12) I. Kanowitz, *Women and the Law* (1969) at 153.
- (13) 208 U.S. at 421-422.

- (14) Kanowitz, *supra* note 12, at 154.
- (15) 戸松秀典「平等保護と司法審査(一)——合衆国憲法の平等保護条項に関する司法の役割の研究」*国家学会雑誌*九十巻七・八号二頁、三九—四三頁(一九七七年)。
- (16) Johnston and Knapp, *Sex Discrimination by Law: A Study in Judicial Respective*, 46 *N. Y. U. L. Rev.* 675 (1971) at 676.
- (17) 404 U. S. 71 (1971).
- (18) 判決理由は、伝統的な平等保護原則の適用基準で処理した先例 *Royster Guano Co. v. Virginia*, 253 U. S. 412 (1920) を引用しつつ、「本件で提起されている問題は、性における違いが…(当該法律により)遂行されることを求められている州の目的に対して、合理的な関連を与えているかどうかという点である」(404 U. S. at 76) と判示している。
- (19) 411 U. S. 677 (1973).
- (20) 429 U. S. 190 (1976).
- (21) 430 U. S. 199 (1977). また、連邦法についても、修正第五条のチャー・トリス条項に平等保護原則が含まれることの前提のもとでの審査基準を適用しつつ、*Califano v. Webster*, 430 U. S. 313 (1977) at 316-317.
- (22) これについては、簡略ながら、戸松秀典「厳格な合理性の基準——*Craig v. Boren*, 429 U. S. 190 (1976)」*シカゴ*スト七七六号二二九頁(一九八二年)で解説したところを参照。
- (23) 厳格な合理性の基準・中間の審査基準についての邦語文献として、芦部信喜「憲法訴訟と『二重の基準』の理論」同・憲法訴訟の現代的展開(一九八一年)所収、第II論文九八—一〇〇頁のほか、釜田猛「合衆国における性差別をめぐる違憲審査基準の展開」一橋研究六巻四号一頁(一九八二年)、森下史郎「アメリカの平等保護における中間審査の意義と問題点」早稲田大学・法研論集二七号二二九頁(一九八二年)があるが、私も、「厳格な合理性の基準」(一九八四年秋刊行予定の共著論文集所収)において、アメリカでの最近の議論を紹介しつつ分析を加える予定である。
- (24) 一九七〇年代以降の判例の全体の動向については、Ginsburg, *The Burger Court's Grapplings with Sex Discrimination*, in V. Blasi ed., *The Burger Court: The Counter-Revolution That Wasn't* (1983) at 132-156 を参照。また、邦語文献に、久保田きぬ子「アメリカ法と男女の平等」*アメリカ法一九七七一—一九七七年*二一九七頁(一九七七年)、高

- 橋一修「アメリカの男女差別判例の動向(一)——連邦憲法判例」ジュリスト七二六号九七頁(一九八〇年)、釜田泰介「性差別と平等」公法研究四五六二頁(一九八三年)、同「性による区分と法の平等保護——アメリカ最高裁判所一九七一一一九八〇」同志社アメリカ研究一七号九頁(一九八一年)、L・キャノウィッツ(藤倉皓一朗訳)「性差別と合衆国憲法」アメリカ法一九八一—一号三二二頁(一九八一年)などがある。
- (25) 411 U.S. 677 (1973) at 684-689.
- (26) 前掲注7参照。
- (27) 429 U.S. at 210, note 23.
- (28) 421 U.S. 7 (1975).
- (29) *Ibid.*, at 14-15.
- (30) 440 U.S. 268 (1979).
- (31) *Ibid.*, at 283.
- (32) 435 U.S. 702 (1978).
- (33) 419 U.S. 498 (1975).
- (34) *Ibid.*, at 508.
- (35) 458 U.S. —, 102 S.Ct. 3331 (1982). この判決の紹介・解説に、青柳幸一「州立女子大学の違憲性」ジュリスト七九七号八二頁(一九八三年)がある。
- (36) 102 S.Ct. at 3339.
- (37) 450 U.S. 464 (1981).
- (38) 453 U.S. 57 (1981).
- (39) 410 U.S. 113 (1973). この判決については、アメリカ法一九七五—一号二二二頁(一九七五年)における佐藤幸治教授による紹介・解説があるほか、次の注の文献を参照せよ。
- (40) 一連の判決についての邦語文献として、石井美智子「プライバシー権としての墮胎決定権——アメリカ判例法における墮胎自由化」都立大学・法学会雑誌一九卷二号七九頁(一九七九年)、小林節「合衆国における墮胎に関する憲法論議——プライバシーと、政教分離」法苑三五号一頁(一九七九年)、戸松秀典「Abortion判決の傾向」アメリカ法一

九八〇—一五五一頁（一九八〇年）、松平光央「ブライバシの憲法保障——Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) におけるダグラス裁判官の同意意見を中心にして」法律論叢五四巻四号二頁（一九八二年）。

(41) 405 U.S. 438 (1972).

(42) それについては、釜田泰介「法律上の区分と反証を許さない推定測」同志社アメリカ研究一三号一頁（一九七七年）を参照。

(43) 414 U.S. 632 (1974).

(44) Shapiro, Fathers and Sons: The Court, the Commentators, and the Search for Values, Biasi ed., supra note 24, at 218, 228.

(45) たとえば、Roe v. Wade 事件において、上告人は平等保護原則違反の主張をしているが、最高裁判所はそれを無視して、デュー・プロセス原則の問題として処理したのであった。

### 三 性差別撤廃と司法の役割

一 性差別訴訟に限らず憲法訴訟に共通していることであるが、裁判所が特定の問題領域に積極的な対応をして、その姿勢の転換を示すようになることについては、裁判所を取り巻く政治的・社会的・経済的環境の中にそのような動向を支える要因が先行して存在していることが多いといえる。そこで、性差別撤廃を求めて提起される訴訟に対して、司法はいかなる対応が可能であり、また、その役割の限界や課されている責務は何か、ということをお察しようとする本節のはじめに、一九七〇年代より登場した数多くの性差別訴訟の背景を概観しておく必要がある。

まず、法制面での改革に注目される。すでに言及したように、一九二〇年に成立した修正一九条は、女性の選挙権を憲法上保障する重大な改革であったが、その後六〇年代に至るまで、他にみるべき成果はなかった。そして、一九六三年に成立した連邦の同一賃金法 (Equal Pay Act) および翌年の公民権法の第七編 (Civil Rights Act,



Title (1) による雇用上の性差別禁止は、アメリカにおける性差別の歴史に転換期をもたらした。それらの法律が「弁護士やその依頼人に刺激を与え、性に基づいた差別立法の広範囲な分野に対する憲法上の攻撃を考へつかせたとはいえるからである。」<sup>(3)</sup>つまり、この時を境として、<sup>(4)</sup>性差別撤廃問題は、法的紛争として法廷の場で解決を求め、<sup>(5)</sup>ことに期待をかけてよさそうな状況になったといえるのである。

右と並んで、Equal Rights Amendment と呼ばれる、その実質が女性差別の撤廃を憲法上うたうことを目的とする憲法修正の一連の提案がある。一九二三年に起源を持つその提案は、六〇年代に一層強まり、一九七二年には、「法の下での権利の平等は、性を理由として、合衆国またはいかなる州によっても、これを否定し、また、制限してはならない」との条項を中核として修正二七条として議会を通過した。結果は、必要な数の州の賛同を得られず不成立に終わったが、<sup>(6)</sup>それをめぐる論議は、性差別訴訟に多大の影響をもたらしたのであった。<sup>(8)</sup>

また、性差別撤廃とりわけ女性差別の撤廃を叫ぶ社会的運動の展開も、重要な要因である。ウーマン・リブと呼ばれた女性解放の運動は、人々に多かれ少なかれ意識の転換をもたらし、あるいは、性差別問題とは無縁でいることが許されないとの認識を強めた。

さらに、六〇年代の人種差別撤廃の動向が重要な働きをなしていることを加えることができる。すでに言及したように、アメリカにおいて平等保護条項の積極的な適用は、人種差別撤廃を求める訴訟に対して展開され、そこで形成された法理が他の平等問題に強い影響を与えたのであった。性差別問題についても、人種差別問題との異同が論議され、裁判所が同じ法理により訴訟を処理できるのか否か問題とされる。それについては、さらに後述することとしよう。

以上の諸点は、代表的なものの簡単な指摘にすぎないが、性差別訴訟の増加とそれに対する裁判所の対応姿勢の転換は、そのような要因が背景となっていることを看過してはならない。

二一 さて、右のような背景のもとで、司法は、性差別撤廃を求める訴訟に対して基本的にいかなる対応をすべきなのであろうか。性差別訴訟における司法の役割の基盤を考えてみよう。

この問題について最近大きな波紋をなげかけたのは、John Hart Ely の理論である。彼の一九八〇年の著書 Democracy and Distrust については、すでにわが国においてよく紹介されているところであるが、<sup>(9)</sup>ここでは、次のように要約されるその主張をとりあげることとしよう。すなわち、憲法の条文に拘束された解釈主義には賛同できない。特に修正一四条は、大変広範囲な内容をもっているから、その条文の文言ないしその条文の文言の形になるに至った論議の中にみつけれられないような考えを憲法判断の過程へ持ち込まざるを得ないものであり、そうしたければ、責任ある解釈ができない。しかしながら、司法審査は、民主主義の原理との関係から、代表者の失敗を是正することにその機能が限られなければならず、裁判所が立法者の行った実質的な価値判断を後知恵で判断することは許されない。<sup>(10)</sup>

このように、<sup>(11)</sup> Ely は非解釈主義の立場に属するが、司法審査の役割を代表民主制の過程<sup>(12)</sup>プロセスに関連づけるところに特色がある。平等保護条項については、彼は、そこに何らかの規範的価値を導入して解釈することを否定しない。しかし、裁判所がそれを適用して差別立法を判断できるのは、人種差別の場合のように代表民主制の政治過程に参加できない者の違憲の主張に対してだけであるとする。それでは、性差別問題についてはどうなるのであろうか。

女性は、今日では代表民主制の政治過程に参加することができる。かつてはそうでなかった。したがって、「女性の場合は、法制定の時期が重要となるはずである」と Ely はいう。そこで、プロセスに拘束される司法審査の機能からいって、裁判所は、かつての女性差別立法に対しては違憲判断ができるが、今日の差別立法に対しては審査を控えるべきとしてよいであらうか。今日でも古典的なステレオタイプ化した女性観による立法がなされること

がある。それに対して、「多くの女性は新しい女性解放より古いステレオタイプの方を実は好んでいるようだ」との観点で処理できるであろうか。代表民主制の支配集団の中に女性という集団を一律に取り込むことは適切でないし、与えられた平等の程度に対する満足度で結論を導くことは誤っているととして、ALEXの理論は、性差別問題については機能しないことができる、と結論するBaerに注目した<sup>(14)</sup>。

性差別訴訟に対しては、右にみたElyの見解も、また、すでに考察した修正一四条の意味を狭く捉える立場も、司法の役割について十分な説明を展開できないといつてよいようである。そこで、前節でみたような、ここ十数年の間に最高裁判所が発展せしめてきている性差別訴訟の裁判の動向にてらして、性差別訴訟に対する司法の積極的対応に向けた考察が有用であるといえる。

三 裁判所は、提起された性差別訴訟について司法審査の対象の外にいたり、控え目な対応をすることが適当でないことを右にみたのであるが、次に、問題となるのは、法律のもうけた性に基づく分類をいかように捉えるかということである。そこで、まず、性に基づく分類が人種を基とした分類と異なるのかどうかということが検討されなければならない。

性差別が人種差別とほとんど同じであると考えられてよいとの指摘がよくなされる。その根拠として、たとえば、次の三点が認められるからである。すなわち、(一) 両者とも、純粹に想像上のことでないにしても、その集団の多くの個々のメンバーに対しては当てはまらないような、帰せられた性格に基づいた集団的ステレオタイプを反映していること、(二) 両者とも、そうした性格が存在するとの想定ゆえに、支配集団のメンバーが従属集団の個々のメンバーを本来的に劣っていると私的に抱いている意見に対して、政府からの是認を与えるものであること、(三) そのステレオタイプが正しいとの前提から進んで、両者とも、想像上の性格の存在をますます強め、永続させようとして、多様な準則——そのどれをとっても、一つの集団が他の集団より實際上劣っているとの信念を反映さ

せるものばかりである——にどの市民も従うことを要求すること<sup>(15)</sup>がそれである。これらの点にてらして、性差別は、人種差別と同様に考えてよいとされるのである。<sup>(16)</sup>そして、人種差別立法に対して、平等保護条項は、color-blind であるとされるのと同じく、性差別立法に対しても、平等保護条項は、gender-blind であるということになる。

このように性差別を人種差別と同じであるとの観点から、性に基づく分類に対する司法審査の役割を検討している例として、すでに参照した Perry の論述<sup>(17)</sup>がある。彼は、法律が何を根拠として性に基づく分類をしているかという点を分析する。そして、それには二つの場合があると<sup>(18)</sup>する。すなわち、一つは、女性を不利に扱う性別に関連した多くの法律のように、女性は男性より劣るもの、社会的に男性に從属する地位にある、との女性についての規範的見地に根拠をおいている場合である。これは、ちょうど人種差別の場合と同じであり、平等保護条項のモラル原則のもとに、裁判所には、合理性の基準より強い審査を行うことが求められる。ところが、女性を不利に扱う法律の中には、事実の一般化に基づいた扱いをする場合がある。たとえば、女性は肉体上男性より弱いとか、女性は男性より長生きをするといったことがそれである。この場合についても、やはり、そのような法律は、不快な前提を与えているのであるから、その正当化についてはより重い立証の責務を負わせることが望ましいであろう。もっとも、この規範的一般化と事実の一般化との間の区別は必ずしも明確であるわけではないことを彼は認めているが。このような考察を進めて、彼は、「最高裁判所が言葉の上では中間の審査基準に掛かり合っているけれども、」<sup>(19)</sup>性に基づく分類が疑わしい分類に該当すると結論する。そこには、中間の審査基準は、単なる合理性の基準との違いがはっきりしており、審査の厳格度が強いという点に関しては厳格な審査基準の方に近いものであるとの見方が働いている。すなわち、中間の審査基準と厳格な審査基準との間には、言葉の上での違いがあるにすぎなく、実質は同じであるとみているのである。

このような Perry の論述は、Kastl の「性に基づく分類は、間もなく、少なくとも機能上は『疑わしい』ものとなるであろうと予測しても間違いない」<sup>(20)</sup>との見解に賛同しつつ、それをさらに押し進めたものということができる。そして、その見方が最高裁判所の判決の動向とも一致するとの Perry の断定に対しては、それは正しいか否かについて議論が分かれるかもしれないが、おそらく、性に基づく分類にかかわる法律に対する司法審査のあり方としては、充分評価されてよいと思われる。

四 ところで、性差別撤廃の問題は、実はその重点が女性に対する差別的撤廃の問題であることに注意しておかなければならない。右にみた論者はいずれも、性差別ということと女性差別ということを同じ意味で、あるいは、互換的に使っているのである。それは、性差別問題が歴史的には専ら女性に対する差別的撤廃をめざすものであったことから当然であるといえる。そこで、性差別訴訟における司法の役割については、女性差別撤廃に向けた司法上の課題がまず考えられてよい。今日、その課題がどんなものであるかについては、Kastl の挙げる三点が参照に値する。<sup>(21)</sup>

第一に、法は、長い間、女性が男性に従属するものであるということ、男性が支配するということを確認するための主要な手段の一つであった。そのような法を用いることは、女性をして男性支配を天からの贈物として受け入れさせるのに役立つものであり、そこには法の教育的効果を強くみとめることができる。今や女性は、選挙権を獲得し、公務に就任する資格を得、結婚後契約を締結したり、財産を所有することができ、多くの「保護的」立法が憲法上の攻撃を受けやすい状況となっており、法が心理的に足枷となる側面は少なくなってきた。しかし、女性の従属性を実質的な根拠とした法律が依然として存続し、登場するのであるから、裁判所は、法の右のような効果を考慮して、そのような法律を除去しなければならぬ。

次に、従属性の象徴を除去することがある。多くの用語において、男性支配、すなわち女性の従属性を象徴する

ものがみられる。「憲法は、わが国の共同体の卓越した象徴（シンボル）である。最高裁判所が憲法、とりわけ、平等保護条項の名で行うところのもの多くは、その象徴的内容にとって重要である。」<sup>(22)</sup>したがって、司法は、平等保護原則の適用にあたってその象徴的意義について特別敏感とならなければならない。

さらに、女性の自律性を確立することに向けた課題がある。妊娠中絶事件をはじめ、「女性の役割」に関する裁判例がいくつかみられるが、依然として、性道徳についての伝統的・二重の基準が存在し、避妊や子育てについての主たる責任が女性にあるとの期待が存在する社会においては、平等保護原則の焦点は、女性が自分の将来について自ら選択する責任を負うという権利、あるいは、女性が自己の運命については自分自身が決定するという自律性をうることにあてられなければならない。裁判例の中には、女性の自律性確立に向けた判断をしていないのがみられ、それは、司法に課せられた課題となっている。

このように、女性に従属性を実質的に課す法律の効力を否認すること、女性の従属性を象徴する役割を果たす法律に対して敏感となること、女性の自律性を確立させること、の三つの課題を *Kant* は挙げているのであるが、彼も指摘するように、最高裁判所の判例の動向をみると、それらの課題がまだ充分達成されているとはいえないのである。

これらの点に加えて、女性差別の問題が同時に男性差別の問題を呼び起こしたことにとも注意を向けなければならない。それは、人種差別撤廃のためにとられた手段が逆差別問題を引き起こしたのと同じように、女性差別撤廃のためにとられた女性に対する優先処遇に関連して生ずる問題である。<sup>(23)</sup>

五 人種差別訴訟の歴史と比較すれば、性差別訴訟は、その法理の探求に関するかぎり、まだ始まったばかりであるといっても言い過ぎではない。しかし、前者に比べ、後者の場合は、比較的短い期間に多くの問題が提起され、それに裁判所は対応を迫られているところに特色がある。厳格な合理性の基準・中間の審査基準と呼ばれる手

法は、最高裁判所がそのような対応状況で生み出したもの、工夫の所産であるのかもしれない。それに関する分析は、別稿で行うこととしよう。ここでは、性差別訴訟に対する司法の役割の探究は、そのような時間的流れとの関係においてなされる必要があることを指摘するにとどめる。

- (1) この法律については、渡辺章「アメリカ合衆国の平等賃金法について」労働教育（東京都労働局）一〇号（一九七八年）、浅倉むつ子「米国における男女同一賃金訴訟について」法社会学二九号五〇頁（一九七七年）、尾崎正利「アメリカにおける雇用差別法について——同一賃金法（29 U.S.C. § 206(d））三重法経三九号二〇七頁（一九七七年）」。
- (2) 公民権法第七編については、奥山明良「アメリカにおける雇用差別とその法的救済（一）——公民権法第七編を中心として——」成城法学四号三頁、五号一四五頁、六号一九頁（一九七九〇年）が詳しい。また、性差別に焦点をあてた、高橋一修「アメリカの男女差別判例の動向（一）・定——公民権法第七編・雇用差別判例——」ジュリスト七三〇号六九頁（一九八〇年）。なお、同法第七編の雇用差別禁止規定は、人種差別に関するものが中心であり、性差別がそこに取り込まれてはいるものの、それについて充分論議がなされたわけではない。
- (3) L. Kanowitz, *Women and the Law* (1969) at 150.
- (4) Kanowitz, *ibid.* は「一九六三年を境として、判例の動向を「古い判例と新しい判例」と区分しているが、その著書の出版された一九六〇年代末までにおいては、その年は、そのような意義をもっていたことを表わしている。
- (5) なお、一九六四年の公民権法第七編の改正法である一九七二年の雇用機会均等法（Equal Employment Opportunity Act）も重要である。それについても、前掲注2の文献を参照せよ。
- (6) この条文の文言が、修正二三条や一九九条に似ていることに注意。
- (7) 修正二七条は、Equal Rights Amendment, ERAと呼ばれ、一九七二年三月二日に州に提案されたが、承認に必要な数がなかなか得られず、一九七八年一〇月に連邦議会は、承認の期限を一九八二年六月三〇日まで延長した。しかし、その期限までに三五州の同意を得ていたものの、成立に必要な数にわずか三州足りないままに失効した。その後、再提案の動きが伝えられているが、いまのところ実施されていないようである。G. Gunther and F. Schauer, *Constitutional Law* (10th edition), 1983 Supplement (1983) at 209.
- (8) 前述の雇用面における連邦法の制定や前節でみた裁判法理の進展により、ERAの目的の多くが果たせたとの見方が

可読である。なか、Kanowitz, *The ERA: The Task Ahead*, 6 *Hastings Const. L. Q.* 637 (1979) を参照せよ。  
ERA に関する最近の邦語文献として、中川徹「男女平等とアメリカ憲法——平等権修正 (ERA) をめぐって」*広島法*  
*学* 六巻四号六九頁 (一九八三年) がある。

(9) この著書の紹介については、野坂泰司助教教授によるもの (アメリカ法一九八三—一九八四七頁) のほか、松井茂記「司  
法審査と民主主義 (一) — (三) — シュン・ノート・イリ」の司法審査理論とその周辺」*法学論叢* 一〇九巻五号二七頁、  
一一〇巻一—一八頁 (一九八二年)、一一二巻三—四五頁 (一九八二年) に詳しく検討がなされている。

(10) J. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980) at 1, 14, 181.

(11) したがって、解釈主義・非解釈主義のいずれでもない第三のアプローチとして性格づけられるのが適当ともいえる。た  
だ、彼は、平等保護条項については、解釈主義者とする解釈方式を否定するものでなく、次に述べるように、司法審査  
の役割に限定を加えるところに特色がある。

(12) Ely, *supra* note 10, at 167.

(13) *Ibid.*

(14) J. Baer, *Equality under the Constitution: Reclaiming the Fourteenth Amendment* (1983) at 264-266. なか、  
Ely の右の著書に対しては、56 *N. Y. U. L. Rev.* 259 (1981); 42 *Ohio St. L. J.* 1 (1981) などけるノンホジウムをば  
じめ、多数の論稿がみられるが、この中にはその指摘をしたもの。

(15) Johnston and Knapp, *Sex Discrimination by Law: A Study in Judicial Perspective*, 46 *N. Y. U. L. Rev.* 675,  
738-739. (1971).

(16) フレンナン裁判官は、「一九世紀の殆ど全体を通じて、われわれの社会の女性の地位は、多くの点で、南北戦争以前の  
奴隷制の下での黒人の地位に匹敵する」と指摘して、性差別と人種差別とを同視する (Frontiero v. Richardson, 411  
U. S. 677, 685 (1973))。なか、Wasserstrom, *Racism, Sexism, and Preferential Treatment: An Approach to the*  
*Topics*, 24 *U. C. L. A. L. Rev.* 581 (1977) などが対して、両者を同視すべきでないという主張がある。Rutherglen,  
*Sexual Equality in Fringe-Benefit Plans*, 65 *Va. L. Rev.* 199 (1979) を参照。もちろん、社会の構成員を二分する  
男女にかかわる差別の問題と、社会の少数派にかかわる人種差別の問題とは異なる側面がみられるが、女性差別と黒  
人差別との間にみられる歴史的性情とそれに向けた裁判法理の構築という観点からは、同視することが有効である。



- (17) Perry, *Modern Equal Protection: A Conceptualization and Appraisal*, 79 *Colum. L. Rev.* 1023 (1979).
- (18) *Ibid.*, at 1052.
- (19) *Ibid.*, at 1055.
- (20) Karst, *Foreword: Equal Citizenship under the Fourteenth Amendment*, 91 *Harv. L. Rev.* 1, 54 (1977).
- (21) *Ibid.*, at 55.
- (22) *Ibid.*, at 56.
- (23) 女性差別撤廃のためには、ちょうど人種差別撤廃の場合と同じように、雇用面をはじめとする社会的関係において優先処遇を政府が推進する必要がある。それが平等保護原則との関係で考察すべき問題を登場せしめているが、ここで「Wasserstrom, *supra* note 16; Perry, *supra* note 17, at 1043-1050, 1053-1054」などの参照に委ね、立ち入らない。なお、「アメリカにおける優先処遇」積極的差別解消策について論じた邦語文献の代表的なものとして、「横田耕一」「アファーマティブ・アクションの具体的展開——EEOC “Affirmative Action and Equal Employment”」九州大学・社会科学論集二三集八七頁（一九八三年）、同「平等原理の現代的展開——“Affirmative Action”の場合」現代憲法学研究会編・現代国家と憲法の原理（一九八三年）六四三頁、阪本昌成「優先処遇と平等原則——審査基準と実体的価値」*Law School* 二八号二七頁（一九八一年）、久保田きぬ子「アメリカにおける『差別』判決の動向(1)——(3)——パッキー判決を契機に」*ジュリスト* 六七四号八三頁、六七七号七〇頁、六七九号一二二頁（一九七八年）などがある。

むすび

憲法訴訟のいくつかの分野のうち、平等原則の適用を求める訴訟は、もともと多様な論議を生む領域である。それは、憲法の平等原則が大変広い内容を包んでいるからであるといえる。そのため、本稿の第一の節でみたように、平等保護条項の解釈についていろいろな立場が登場することとなる。どの立場が最も適切であるかということを探ることは、もちろん意義のあることであるが、アメリカにおける議論をみてここで指摘したいのは、平等原則の意味を語るときには何がしかの価値を読み込まなければならず、これについて多くの論者が追究していること

ある。

憲法が禁じる性差別に関して、それがいかなる価値なのかということは、本稿の第二の節でみたように、歴史性を無視することができない。性差別訴訟に対して合衆国最高裁判所が示してきたところをたどると、その歴史性が明らかになった。そして、最高裁判所は、その置かれた社会的状況をよく反映した判断を積極的に行ってきたのである。その判断を通じて、憲法の命ずる性差別の禁止の意味が理解できるようになっているのである。わが国の裁判所がそのような対応をしているかどうか問うてみると、疑問を生ぜざるをえない。はしがきで述べたわが国における近年の法制面の変革傾向は、わが国の中で、それも司法過程で提示された平等原則の価値を実現しようとする動きでなく、婦人差別撤廃条約という外からの働きかけによって始動した側面が強い。ここに、わが国における性差別撤廃問題の基本的課題が存在するように思われる。

もちろん、性差別問題の解決に裁判所が支配的役割を演ずるものとは考えられない。本稿の第三の節では不十分な分析であったが、司法の役割にかかわる限界や課題が充分追究される必要がある。アメリカにおいては、人種差別解消問題に取り組んできた体験を基礎にして、性差別問題についても多角的な観点からの高度な議論が展開されており、その一端を本稿で紹介することに努めた。わが国は、その点において異なる事情にあるといえるが、ここでは、「平等は不可能な夢ではない。それは、われわれの歴史と共通の意識の一部であって、いやくもわれわれの過去の一部ではない」と述べる Baer の含蓄のある言葉を引き、わが国の性差別問題の考察への意欲を感じつつ、とりあえず本稿をむすぶこととする。

(1) 平等原則の歴史的発展性に関して、ホセ・ヨンプルト教授が、「自然法論の研究——法の歴史性をめぐって」(一九七二年)、「法の歴史性——現行法の哲学的試論」(一九七七年)、「実定法に内在する自然法」(一九七九年)の一連の研究を発表されており、その中で日本国憲法の命ずる価値原理について言及され、たとえば、「法律的に平等の原則が援

用される場合、非歴史的な原理としてではなくて、歴史性を有する法原則として用いられている」(右の三番目の著書、二二四頁)と指摘されているところについては関心を引く。

(2) J. Baer, *Equality under the Constitution: Reclaiming the Fourteenth Amendment* (1983) at 284.

(以下、同・以下)＝本学助教授)

The above information is being furnished to you for your information only and is not to be distributed outside your organization. It is the property of the U.S. Government and is loaned to you. It and its contents are not to be distributed, copied, or otherwise used for any purpose other than that for which it was loaned to you. If you are not the intended recipient, you should not disseminate, distribute or copy this information. If you have received this information in error, please notify the person whose name is on the cover of this communication. This communication contains information which is exempt from the provisions of the Freedom of Information Act.