

平等原則における不変性 (immutability)

植 木 淳

はじめに 問題の所在

1. 平等保護条項と不変性
2. 「新しい不変性」
3. 「新しい不変性」に対する批判

おわりに 若干の検討

はじめに 問題の所在

日本国憲法 14 条 1 項の規定する平等原則は「『個人の尊重』を確保する上で不可欠」なものと考えられてきた¹。この点、憲法学説では、同条項に関して、後段列挙事由（人種・信条・性別・社会的身分・門地）による区別は原則として「不合理な差別」であるとして、厳格度の高い審査基準が適用されるべきであるという見解が支配的であった²。そのことに関して、代表的教科書は、「近代憲法が確立した平等の観念は、そもそも生まれによる差別を認めないことに、その核心がある」として、「先天的に決定される条件」に基づいて「法的に異なった取扱いをすることは、どのよ

1 網中政機編著『憲法要論』（嵯峨野書院・2013年）179頁（網中執筆部分）。
2 伊藤正巳「法の下での平等」公法研究 18 卷 17 頁以下（1958年）、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂・2011年）200-201頁、長谷部恭男『憲法（第6版）』（新世社・2014年）170頁参照。

うな権利・利益についてであれ、原則として憲法上禁止される『差別』とみなすべきものとなる」などと説明している³。また、上記のように、憲法14条1項は「先天的に決定される条件」等による区別に対して厳格度の高い審査を要求しているという立場を前提とすれば、後段列挙事由の中でも「社会的身分」は「自己の意思をもってしては離れることのできない固定した地位」⁴、あるいは、「後天的取得対象となるものであっても、本人の意思ではどうにもならないような、固定的な社会的差別観をとまなっているもの」⁵、と限定的に捉えられるべきこととなる。

これに対して、最高裁は、基本的には憲法学説の枠組を採用しておらず、憲法14条1項後段列挙事由は「例示的なもの」であることを前提とした上で、「事柄の性質に即応して合理的と認められる差別的取扱をすること」は憲法違反ではないと判断してきた⁶。それでも、最高裁が、旧国籍法3条1項の合憲性に関して「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」ことは憲法違反であると判断したことは⁷、「区別事由を考慮することで、審査の厳格度を上げ、結果的に本件の別異取扱いを違憲と判断した」ものであると評価されている⁸。さらに、非嫡出子に対する相続分差別の合憲性に関して「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」ないとして憲法違反であるとしたことも⁹、生来的・不変的特徴による区分に対して厳格な判断をする姿勢を明らかにするものであると評価できる¹⁰。

3 浦部法穂『憲法学教室（第3版）』（日本評論社・2016年）116頁。

4 長谷部前掲（2）172頁。

5 佐藤前掲（2）205頁。

6 最大判1964年5月27日民集18巻4号676頁。

7 最大判2008年6月4日民集62巻6号1367頁。

8 青井未帆・山本龍彦『憲法 人権』（有斐閣・2016年）60頁（山本執筆部分）。

9 最大判2013年9月4日民集67巻6号1320頁。

10 本判決は「審査基準論など審査の舞台設定のあり方に焦点を当てて議論を展開

上記のように、その人自身の努力によってはいかんともしがたい生来的・不変的特徴「先天的に決定される条件」や「自己の意思をもってしては離れることのできない固定した地位」による区別こそが、憲法上「疑わしい」ものであるという見解（本稿では「不変性理論」という）は、個人主義と親和的であると思われる¹¹。しかし、不変性理論には疑問がないではない。第一に、生来的・不変的特徴による区別であっても「疑わしい」とはいえない場合があるかもしれない（不変性理論の過多包摂）。例えば、身体的・精神的・知的な能力・資質は、先天的に決定される要素が大きいいといえるが、そのような「先天的な条件がすべて疑わしいものともいえないように思われる」と指摘される¹²。第二に、生来的・不変的特徴以外の区別であっても「疑わしい」ものがあるかもしれない（不変性理論の過少包摂）。例えば、性指向による区別に関してはそれが自然科学的な意味で生来的・不変的特徴といえるか否かは議論が分かれるが、厳格度の高い審査基準が適用されるべきであると指摘されている¹³。第三に、そもそも生来的・不変的特徴とは何を意味するのかが問題である（不変性理論の不明確性）。例えば、先天的な障害は生来的特徴であり、後天的な事故等による障害は不変的特徴であるため、「その人自身の努力によってはいかんともしがたい」といえるとしても、継続的な生活習慣に起因する疾病に関して「その人自身の努力によってはいかんともしがたい」といえるか否かは問題となる¹⁴。このように考えれば、平等原則から特に生来的・不変的

してきた学説とはかなり異なったアプローチ」を採用したものであるが、「婚外子を『自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由として』不利益処遇することは許されないとする、わが国において結実した『考え』があり、それを重視してなされた憲法解釈」であったと評価される（安西文雄「憲法14条1項後段の意義」論究ジュリスト13号71頁以下（2015年）78頁）。

- 11 宮沢俊義は、「個人主義の原理」から見れば、「先天的にきまっている条件を理由として差別すれば、彼は自分がどうにもすることのできない理由によって特に不利益を受けることになる」ため「明らかに不当である」と論じている（宮沢俊義『憲法』（有斐閣・1959年）262-263頁）。
- 12 松井茂記『日本国憲法（第3版）』（有斐閣・2007年）376頁。
- 13 同上391頁。
- 14 青柳幸一「書評植木淳著『障害のある人の権利と法』（日本評論社・2011年）」

特徴による区分が禁止されるという不変性理論に関しては、さらに、掘り下げた検討が行われる必要がある。

ところで、周知の通り、人種・性別等による区分には厳格度の高い審査基準が適用されるべきであるという立場は、アメリカ合衆国憲法修正 14 条「平等保護条項」に関する判例理論に準拠したものであった。また、生来的・不変的特徴による区分こそが「疑わしき区分」であるという不変性理論も、アメリカの判例・学説に源流を見出すことができる。そして、近年のアメリカにおいては「疑わしさ」の根拠としての「不変性」(immunity)に関する新しい議論の展開がある。

そのため、本稿では、1. で、平等保護条項における「不変性」の意義に関する従来の判例・学説の立場を概説する。そして、2. で、性指向の問題を契機とする「新しい不変性」論を紹介し、3. で、「新しい不変性」論に対する批判とともに「不変性」概念を克服しようとする議論を紹介する。その上で、若干の検討を行なうこととする。

1. 平等保護条項と不変性

(1) 平等保護条項と不変性

アメリカ合衆国憲法修正 14 条「平等保護条項」に関して、連邦最高裁は、人種区分は「疑わしき区分」であって、厳格審査基準が適用されるという判断枠組を確立してきた¹⁵。

連邦最高裁は、人種区分が「疑わしき区分」であることの根拠として、修正 14 条の制定意図、人種差別の歴史性、人種区分によるステイグマ (心理的害悪)、人種のマイノリティは政治的に無力であったこと、人種が生来的・不変的特徴であること、などの要素に言及している¹⁶。

国際人権 22 号 184 頁以下 (2011 年) 参照。

15 McLaughlin v. Florida 379 U.S. 184 (1964); Loving v. Virginia 388 U.S. 1 (1967).

16 人種区分に対する厳格審査基準の適用を正当化した United States v. Carolene Products Co. 判決脚注 4 においては、「切り離され孤立したマイノリティに対

これらの各要素は、典型的な人種差別には全て妥当するものと思われるが、その中で何が決定的要素になるのかについて、必ずしも一貫した説明がされているわけではなかった¹⁷。そのため、従来は、アファーマティブ・アクションのように人種のマイノリティを優遇するための人種区分は「疑わしき区分」には該当せず、厳格審査基準は適用されないとする立場もあった¹⁸。

これに対して、Powell 裁判官は、人種のような「不変的特徴 (immutable characteristic) は、個人的価値や必要とは何らの関係もなく、殆どの政策決定に無関係」であるとして アファーマティブ・アクションの場合でも 人種区分は「疑わしき区分」であって厳格審査基準が適用されるべきであると論じてきた¹⁹。その後、連邦最高裁は、アファーマティブ・アクションの場合でも人種区分には厳格審査基準が適用されるとする判断枠組を確立させるにいたっている²⁰。

する偏見は、通常はマイノリティを保護しようような政治過程の機能を阻害するものとなりがち」であることが指摘された (政治的無力性) (304 U.S. 144, 152 n.4 (1938))。Brown v. Board of Education of Topeka 判決においては、公教育における人種分離が、マイノリティの児童に対して「社会において劣位の地位におかれているという感情を与え、そのことは彼らの心情と精神に容易に回復できないような影響を与える」と論じられた (スティグマの存在) (347 U.S. 483, 494 (1954))。McLaughlin 判決においては、「修正 14 条の中心的目的は人種差別を除去するものであったという歴史的事実」が指摘された (修正 14 条の制定意図) (379 U.S. 184, 191-192 (1964))。その後、経済状況による区分が「疑わしき区分」ではないとされた San Antonio Independent School District v. Rodriguez 判決は、「伝統的な疑わしさの指標」として、「自己の責任によらずして法的無能力状態におかれていること」「政治的に無力な状態におかれていて多数派による政治過程から特別な保護が要求されていること」と並んで「意図的な不平等取扱の歴史があること」(差別の歴史性) があると説明している (411 U.S. 1, 28 (1973))。

17 See LAURENCE TRIBE, CONSTITUTIONAL LAW 1545 (2nd. 1988).

18 See Regents of University of California v. Bakke, 438 U.S. 265, 357 (1978) (Brennan J., dissenting); Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448, 519 (1980) (Marshall J., dissenting); Metro Broadcasting, Inc. v. FCC, 448 U.S. 547 (1990).

19 Fullilove, 448 U.S. at 496 (Powell J., concurring).

20 Adarand Constructors Co. v. Peña 515 U.S. 200 (1995); Fisher v. University of Texas at Austine, 133 S. Ct. 2411 (2013).

その一方で、連邦最高裁は、性区分に関しても、厳格度の高い審査基準が適用されるとする判断枠組を確立してきた。例えば、*Frontiero v. Richardson* 判決において、Brennan 相対多数意見は、「性別は、人種や民族的出自と同じく、出生における偶然 (accident of birth) によって決定される不変的特徴 (immutable characteristic) であるため、特定の性別の者に特別な不利益を課すのは『法的負担は個人の責任と関連する範囲で課されなければならないという基本理念』に反することとなる」として、性区分は「疑わしき区分」であるとした²¹。その後、連邦最高裁においては、性区分は、「準・疑わしき区分」とされ、厳格審査基準ではなく中間審査基準が適用されるとする判断基準が確立されている²²。

上記のように、連邦最高裁では、人種や性別が、「出生における偶然」(accident of birth) によって決定される「不変的特徴」(immutable characteristic) であることを重要な要因として、人種区分や性区分に対して厳格度の高い審査基準を適用させている。この点、憲法学説においても、「人種や性別などのような個人の不変的特徴に基づく一般化は、そこから逃れるすべがないだけに、特に不平感を募らせる」ものであることが指摘されてきた²³。「人種と性別という出生における偶然によって二級市民とされてはならないのであって、これらの偶然による不利益を正当化しうる説明は考えられない」ものであり、その意味で「人種と性別は、道徳的に関連なき特徴であって、それによって社会的利益・不利益を配分してはならないという公的同意あるいは司法的同意がある」と考えられていたのである²⁴。

21 411 U.S. 677, 686 (1973).

22 *Craig v. Boren* 429 U.S. 190, 197 (1976); *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996).

23 Paul Brest, *The Supreme Court 1975 Term-Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle*, 90 HARV. L. REV. 1, 10 (1976).

24 Cass Sunstein, *The Anticaste Principle*, 92 MICH. L. REV. 2410, 2432 (1994).

(2) 「不変性」に対する疑問

その一方で、連邦最高裁は、人種・性別以外の問題で、必ずしも不変的特徴であるか否かを「疑わしさ」の指標としてきたわけではない。

例えば、連邦最高裁は、外国人に対する福祉受給権の制限の合憲性が争われた *Graham v. Richardson* 判決において、「外国人であることに基づく区分は、人種や民族による区分と同じく、本質的に疑わしく、密接な司法審査の対象となる」として、国籍による区分は「疑わしき区分」とであると判断した²⁵。この点、国籍は変更可能であって不変的特徴であるとはいえないものであるため、連邦最高裁は不変性を「疑わしさ」の必要条件とはしていないように思われる²⁶。

その一方で、連邦最高裁は、精神発達遅滞者の施設に特別許可を求める市条例の合憲性が争われた *City of Cleburne v. Cleburne Living Center* 判決において、精神発達遅滞者は、高齢者・身体障害者・精神障害者などと同じく、不変的特徴による区分の対象とされるとしても、それは「疑わしき区分」「準・疑わしき区分」ではないと判断した²⁷。また、連邦最高裁は、警察官の50歳定年制を定める州法の合憲性が争われた *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia* 判決において、高齢者は「切り離され孤立したマイノリティ」であるとはいえないとして、年齢による区分は「疑わしき区分」「準・疑わしき区分」ではないと判断した²⁸。

上記のように考えれば、連邦最高裁が、不変性だけを根拠として、「疑わしき区分」「準・疑わしき区分」に該当するか否かを決定してきたわけではないように思われる。この点、憲法学説においても「疑わしさ」の根拠を不変性に求める見解に対しては異なる角度からの批判があった。

例えば、John Ely は、平等保護法理を政治過程から阻害されている

25 403 U.S. 365, 372 (1971).

26 *TRIBE*, supra note 17, at 1545-1546.

27 473 U.S. 432, 445-446 (1984).

28 427 U.S. 307, 313-314 (1976).

「切り離され孤立したマイノリティ」を保護するためのものであると考え、「敵意ある偏見」や「自己強化的ステレオタイプ」の対象となる集団に対する区分を「疑わしき区分」であるとする²⁹。その上で、Ely は、不変的特徴による区分が「疑わしい」とする見解にも一定の説得力があるとしながら、身体障害や知力に基づく区分は正当なものだと考えられてきたとして、「不変的特徴による区分は常に疑わしい」とはいえないと論じる。その具体例として、Ely は、「視覚障害者が飛行機を操縦することを禁止することによって、視覚障害にならないようにさせることを不可能であるとしても、それを禁止することが有効であることは明らかである」と説明するのである³⁰。

その一方で、James Balkin は、平等保護条項は「不公正な地位階層」を解体する機能を有するものであるという立場から、「地位アイデンティティが各人の社会的実在の中心的特徴となり、各人の人生の多くの局面に影響をするような地位階層」（例えば、人種的マイノリティであること、女性であること、同性愛者であること）によって継続的な支配 被支配関係が形成されている場合に、そのような「不公正な地位階層」を解体することが平等保護の目的となると論じる³¹。そして、Balkin は、「憲法学者たちのいう『不変性』は、地位集団を示す基準としては必要でも十分でもない」として³²、例えば、人種差別が許容されないのは、人種が不変的特徴であるからではなく、「歴史的に人種の有する意味によって地位階層が形成されてきたからである」と論じる³³。その意味で、Balkin によれば、平等保護条項は、不変的特徴による区分を禁止するものではなく、「不公正な地位階層」を強化させるような区分を禁止するものだとされるのであ

29 JOHN ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 150-153 (1980).

30 Id. at 154-155.

31 J. M. Balkin, The Constitution of Status, 106 YALE L. J. 2313, 2360 (1997).

32 Id. at 2323-2324.

33 Id. at 2365-2367.

る。

上記のように、不変性理論に関しては、第一に、不変的特徴による区分でも、身体的・知的・精神的能力による区分は「疑わしい」とはいえないという方向性の批判 (Ely) と、第二に、不変的特徴による区分ではなくとも、性指向のようにアイデンティティと結びつく特徴による区分は「疑わしい」という方向性の批判 (Balkin) があった。その中でも、次に見るように、近年では、第二の方向性から不変性概念を修正する議論がなされている。

2. 「新しい不変性」

(1) 「不変性」と同性愛

1. で紹介した Balkin が、平等保護条項によって解体されるべき「不公正な地位階層」の具体例として重視していたのが、同性愛を巡る問題であった。この点、Balkin によれば、同性愛者であることは基本的には不変的特徴とはいえないが、例えば、「スキーヤーであること」や「スノーボーダーであること」とは異なり、「同性愛者であること」は「その地位が社会的アイデンティティの中心になるような、一つの社会集団である」といえる。そして、異性愛が優位で同性愛は劣位にあるとされる社会構造の下で、「同性愛者は、彼/彼女自身や彼/彼女の生活が、不道德であり、不正常であり、神の摂理や自然の摂理から逸脱しているという非難にされているという意味で、地位階層の下部に置かれている」という「不公正な地位階層」が存在していると論じている³⁴。

しかし、連邦最高裁は、平等保護条項との関係で、性指向による区別を「疑わしき区分」「準・疑わしき区分」とはしてこなかった³⁵。例えば、

34 Id. at 2360-2361.

35 性指向による区別に関する違憲審査基準の動向について紹介・検討したものと
して、大野友也「アメリカにおける同性愛者差別立法の違憲審査基準」鹿児島
法学 49 巻 1 号 15 頁以下 (2014 年) がある。また、中曾久雄「アメリカにお
ける同性愛、同性婚に関わる憲法上の問題の考察」愛媛法学 41 巻 3・4 号 111

1996年の *Romer v. Evans* 判決においては、州の機関が性的マイノリティを保護することを禁止したコロラド州憲法修正2条が平等保護条項に反すると判断されたが³⁶、連邦最高裁は、本件は「特定の集団に対する敵意」によるものであって「文字どおりの意味で平等保護の否定」であるとして、「合理性の基準」を適用して違憲であると判断した³⁷。また、2003年の *Lawrence v. Texas* 判決において、連邦最高裁は、同性愛行為を禁止するテキサス州法は同性愛者の性的に親密な行為を行う自由を侵害するものであるとして違憲判断を行ったが、平等保護条項における違憲審査基準は適用されなかった³⁸。

上記のような状況の中で議論の対象となってきたのが、性指向が不変的特徴といえるか否か 個人の「選択」によって決定されるものか「出生による偶然」によって決定されるものか という問題であった。この点、LGBTの権利に反対する保守派が「同性愛は行動に関する選択にほかならないものであると論じる傾向があった」のに対抗して、LGBTの権利の擁護者は「同性愛には、生物学的根拠があるか、あるいは、個人のコントロールの及ばない要因によって決定される」ものであると論じてきた³⁹。しかし、性指向は「選択」ではなく「出生による偶然」であるから保護の対象とされるべきであるという議論は、「自発的な受難者に対する非難を維持したまま」で「『真実』の受難者」のみを救済しようとするものであるように思われる⁴⁰。その意味で、「性指向が不変的特徴であると説得するように試みるよりも、レズビアン、ゲイ、バイセクシャルなどの性的欲求を持つ者を社会の部外者としてきた法的・社会的規範を変化させるべきで

頁以下 (2015年) 参照。

36 517 U.S. 620 (1996).

37 *Id.* at 632-633.

38 539 U.S. 558 (2003).

39 Susan R. Schmeiser, *Changing the Immutable*, 41 CONN. L. REV. 1495, 1502-1503 (2009).

40 *Id.* at 1517.

あると説得する方が有益である」との指摘もあった⁴¹。

それに加えて、近年では、人種や性別も厳密な意味では不変的特徴とはいえなくなっているという指摘がある。例えば、人種は出生のみで決定される不変的特徴と信じられてきたが、現実には相当数のアメリカ人が人種的に混合した系統に属し人種的に身体的特徴を特定できないため、「社会的、職業的、法的文脈に応じて人種的アイデンティティを選択することが可能になっている」⁴²。また、性別に関しても、中間性 (intersex people) の存在は、性別が必ずしも出生だけで決定されるものではないことを明らかにするものであって、「性もまた選択しうる可変的アイデンティティとなっている」と指摘される⁴³。そうだとすれば、人種区分も性別区分も「疑わしい区分」ではないといえるのか、あるいは、自ら人種的アイデンティティや性的アイデンティティを選択した人に対する区分だけが「疑わしき区分」ではなくなるのか、が問題となり⁴⁴、いずれにせよ、従来の不変性理論は再考を迫られることとなる。

(2) 「新しい不変性」

上記のような議論を反映して、連邦下級裁判所では不変性概念を修正する動向が見られるようになってきた。初期のものとして、第9連邦控訴裁の *Watkins v. U.S. Army* 判決における Norris 裁判官の同意意見がある⁴⁵。Norris 同意意見は、「連邦最高裁は、『不変性』という概念に関して、集団の構成員が当該集団を規定する特徴を変更したり隠したりすることが身体的に不可能であるという厳格な意味での不変性として捉えていない」と指摘する。その上で、「その特徴を変更することが、身体に関する重要

41 Id. at 1522.

42 Anthony R. Enriquez, Assuming Responsibility for Who You are: The Right to Choose "Immutable" Identity Characteristics, 88 N.Y.U.L. REV. 373, 380-381 (2013).

43 Id. at 384.

44 Id. at 379-380.

45 875 F.2d 699 (9th Cir. 1989).

な変更や、心的外傷を残すようなアイデンティティの変更を要求するような、非常な困難をとまなうものであるならば、それは実質的に不変的な特徴である」として、そのように考えた場合には、「性指向は、平等保護法理の目的に照らして、不変的特徴である」と論じるのである⁴⁶。

その後、難民認定に関する判断に関して、第9連邦控訴裁は、*Hernandez-Montiel v. Immigration and Naturalization Service* 判決において、「性指向及び性アイデンティティは、その人のアイデンティティにとって本質的なものであって、それを放棄することを要求されてはならないという意味で、不変的特徴である」として、難民認定の対象となる「特定の社会集団」を構成すると判断した⁴⁷。そして、カリフォルニア北部連邦地裁は、*Golinski v. U.S. Office of Personnel Management* 判決において、婚姻防衛法 (DOMA) の合憲性を判断するにあたって、*Hernandez-Montiel* 判決を引用して、「性指向が変更不能であるという科学的合意」の存否に関わらず「性指向は不変的である」と判断した⁴⁸。その上で、同判決は、同性愛者に対する区分に対しては厳格度の高い審査基準が適用されることを前提として、「DOMA は同性婚カップルを差別するものであって憲法違反である」と判断したのである⁴⁹。

上記のような判例展開を受けて、新しい不変性概念を整理する見解が見られるようになった。例えば、Sharona Hoffman は、不変的特徴という言葉には、(1)「出生によって決定される特徴」という定義と、(2)「アイデンティティや良心の本質であるため変更を要求できないか要求すべきではないような特徴」という定義の、二つの定義があるとする⁵⁰。

第一の定義として、最高裁の *Frontiero* 判決は、不変的特徴を「出生

46 *Id.* at 726 (Norris J., concurring).

47 225 F.3d 1084, 1093 (9th Cir. 2000) .

48 824 F. Supp. 2d 968, 987 (N.D. Cal 2012).

49 *Id.* at 989-990, 1002.

50 Sharona Hoffman, *The Importance of Immutability in Employment Discrimination Law*, 52 WM. & MARY L. REV. 1483, 1509 (2011).

における偶然」によって決定される特徴であると捉えるものであった⁵¹。この点、Hoffman によれば、「出生によって決定される特徴」といえるものとしては、人種、肌色、民族的出自、遺伝子情報などがあげられる。また、多くの場合には、障害も先天的条件によって決定される条件である。次に、年齢も誕生日によって決定されるものである。さらに、性別は、厳密には変更可能かもしれないが、現実には性別変更は滅多に行われるものではなく、「例外的な事例があるとはいえ、出生によって決定されるものと分類できる」⁵²。その一方で、宗教、国籍、後天的な障害などは出生によって決定されるものとはいえない。そのため、Hoffman は、「出生によって決定される特徴」による差別を禁止することは、「感情に訴えるものであり必須なものである」が、「出生における偶然」という定義は「過少包摂であり、補足が必要である」と指摘する⁵³。

そこで、第二の定義となるのが、「不変的特徴」を、「構成員のアイデンティティや良心にとって本質的であるため、当該構成員に対して変更を要求することができないか要求すべきではないような特徴」(Hernandez-Montiel 判決)、あるいは、「その特徴を変更することが、身体に関する重要な変更や、心的外傷を残すようなアイデンティティの変更を要求するような、非常な困難をともなうような特徴」(Watkins 判決 Norris 同意意見)と捉えるものである⁵⁴。この点、Hoffman は、「『不変性』をアイデンティティの本質となる特徴を含むものとするように拡張することは合理的なアプローチ」であり、「それらの特徴は、客観的には変更可能のように思われても、現実には、基本的な信念や自己定義に基づくものであって、その人には変更不可能なものである」と論じる⁵⁵。

Hoffman によれば、第二の定義に包含されるものとして、宗教、妊娠、

51 Id. at 1511.

52 Id. at 1515.

53 Id. at 1517.

54 Id. at 1512.

55 Id. at 1513-1514.

性指向、外見（肥満）、婚姻関係などがある。第一に、「世俗主義者は宗教を変更可能なものと考え、世界中の多数の信仰ある個人にとって、宗教はアイデンティティと良心にとって本質的であって不変的である」⁵⁶。第二に、「妊娠を計画し中止することは可能である」が、それが「核的な宗教的信仰あるいは道徳的信仰を害するもの」となる場合がある⁵⁷。第三に、「性指向が出生における偶然で決定される生物学的特徴であることは科学的研究によっても説得的に証明されていないが、通常は個人のアイデンティティに本質的なものであると思われる」⁵⁸。第四に、肥満は複合的要因によるものであって「肥満は、生物学的要因があり、克服することが不可能ではないが極めて困難であるという意味で、不変的なものであると考えることができる」⁵⁹。第五に、「婚姻関係は宗教と同じく変更できるが、個人のアイデンティティに本質的なものである」⁶⁰。

これに対して、Hoffman によれば、「身長、目の色、血液型、左利きであること」などは、出生によって決定される特徴ではあるが、通常は差別の対象にならないものであるため、保護の対象たる不変的特徴には該当しない⁶¹。ただし、髪形に関しては、民族的アイデンティティにとって本質的なものである場合には不変的特徴に該当すると示唆している⁶²。

Hoffman は、上記のように定義される不変的特徴による区分が禁止される理由として、第一に、出生による特徴あるいは変更不能な特徴を理由として不利益を受けるのは不公正であると考えられること、第二に、主要な人生の決定に関する個人的自律を保護するべきであること、を指摘する⁶³。その上で、Hoffman は、上記のような不変的特徴に関する新しい定

56 Id. at 1517.

57 Id. at 1518.

58 Id. at 1530.

59 Id. at 1532.

60 Id. at 1535.

61 Id. at 1522-1523.

62 Id. at 1524.

63 Id. at 1519-1520.

義は、差別禁止法理における保護対象を説明する「統一的理念」であるとするのである⁶⁴。

3. 「新しい不変性」に対する批判

(1) 「新しい不変性」に対する批判

2. で紹介したような拡張された不変性概念を「新しい不変性」と称した上で、それを批判するのが、Jessica Clarke である。Clarke は、「新しい不変性は、LGBT の権利のための憲法訴訟では成功しているものの、平等保護法における広範囲な計画を再構想するための戦略としては疑問がある」と指摘する⁶⁵。

第一に、新しい不変性は、「個人のアイデンティティ」を中心にするものであるが、そのような議論は「どのような特徴が非難されるべきでないのかという道徳的判断を隠蔽するものとなっている」⁶⁶。Clarke によれば、従来の不変性概念は「責任」の観念と結びついたものであり、そのために自己の選択による不利益を甘受すべきであるという厳しい結論を導くものであった。これに対して、「新しい不変性における自由あるいは選択の観念は、その特徴が道徳的に非難されない選択に属するの否かを説明するものとはなっていない」ことが問題である⁶⁷。

第二に、「新しい不変性は、差別禁止法が解体することを目的としているステレオタイプを強化するものとなる」⁶⁸。実際に、新しい不変性は、同性愛者であること、妊娠していることをアイデンティティの本質であるとしているが、「特定の特徴が人格にとって本質的であるという議論」は「当該特徴が変更不能であって行動に直結するものであるという想定に転化する」ものであり、そのように「人格が類型化」されることはステレオ

64 Id. at 1538.

65 Jessica A. Clarke, *Against Immutability*, 125 YALE L.J. 2, 7 (2015).

66 Id. at 10.

67 Id. at 38.

68 Id. at 11.

タイプそのものといえる⁶⁹。

第三に、「新しい不変性は、個人のアイデンティティの本質となる特徴を保護するものである」が、「どのような特徴が本質的であるかを定義することは簡単ではない」⁷⁰。「不変性概念の拡張は、それを限定する原理を持たないもの」であり、そのような議論からすれば「個人の行う殆ど全ての行動が自己決定の要素であると主張されうる」⁷¹。

第四に、「新しい不変性は、特定の選択が自らのアイデンティティにとって本質的であると主張する集団相互の紛争を招くものとなる」⁷²。例えば、性指向に関して、不寛容な異性愛者は自身が異性愛者であるだけでなく異性愛者だけの共同体の中で生活したいという決定をアイデンティティの核心部分であると主張するかもしれない⁷³。

Clarke によれば、上記のような「新しい不変性」に関する疑問は、具体的な論点に関しても問題となる。例えば、先述のように Hoffman は「肥満」であることを不変の特徴であるとしているが、Clarke は「体重が人格の中心であり本質であり不可分である特徴に含まれるべきものであるようには思われない」し、「体重が人格にとって本質的であるということは、多くの人を深く傷つけるとともに、体重を特定の人格の特徴と結びつけるようなステレオタイプを強化するものとなる」と批判する⁷⁴。

また、先述のように Hoffman は「妊娠」していることを不変の特徴であるとしているが、Clarke によれば「妊娠」を「個人のアイデンティティの本質」と考えることは、「女性のライフストーリーを子どもを産むか産まないかの決定を中心に想定する性差別主義者のイデオロギーを助長するものとなる」⁷⁵。また、本来的には、「個人のアイデンティティの本質」と

69 Id. at 43.

70 Id. at 11.

71 Id. at 45-46.

72 Id. at 11.

73 Id. at 50.

74 Id. at 59-60.

75 Id. at 72.

いう概念からは、出産・育児等の活動と育児以外の活動との区別をすることもできないはずである⁷⁶。

そして、最後に、前科（犯罪履歴）に関して、従来の不変性論からすれば、「犯罪履歴は事実上変更不能であるという意味では不変的である」が、「犯罪を犯すという決定は個人のコントロールと責任の範囲内である」という意味では可変的でもある⁷⁷ため、深刻な論点となってきたが、新しい不変性は「犯罪履歴を理由とする差別の禁止という議論に関して何らの示唆を与えることもない」⁷⁷。

(2) 「不変性」を越えて 「偏見」の克服

上記のように、「新しい不変性」が平等保護法理の指針たりえないとすれば、不変性理論に代わりうる指針があるのかが問題となる。この点、Clarke は、「不変的特徴を保護するという目的ではなく、組織的な偏見を対象とした雇用差別禁止法の暫時的拡大が望ましい」と指摘する。そこでいう「組織的な偏見」とは「構造的で執拗な差別的慣行」を意味するものであって、それを解体するために必要となる「構造的アプローチ」は「個人及び個人の選択」ではなく「偏見を再生産している職場構造」に関心を向けるものとされる⁷⁸。

Clarke によれば、「継続的な偏見は、階層化と分離をもたらす大規模な社会制度と結びついており、広範な不平等の問題に寄与する」ものである⁷⁹。例えば、「肥満は、雇用機会に関して組織的な意味を有するステイグマ化された条件である」⁸⁰。また、「妊娠した者やそれに関連する条件の者に配慮を提供しないことは、女性の雇用機会に組織的な影響を与え

76 Id. at 74.

77 Id. at 81-82.

78 Id. at 91-92.

79 Id. at 93.

80 Id. at 98.

てきた」⁸¹。その意味では、差別禁止法の目的は「組織的な不平等に寄与するような、ステレオタイプ、スティグマ化された慣行、表層的な判断を解体することにある」と論じられる⁸²。

Clarke の議論に関連して、雇用差別禁止法の領域で、「保護される集団の特性」ではなく、全ての人に対して「不合理な職場慣行」を問題にするべきだと指摘する論者として、Michelle Travis がいる。Travis は、不合理な雇用慣行からの法的保護は、人種・性別・障害などの「社会的アイデンティティ集団の構成員」に対して与えられるとする「集団志向的アプローチ」ではなく、「特定の高度に疑わしい慣行に異議を唱える全ての労働者」に対して与えられるべきであるとする「慣行志向的アプローチ」を採用するべきであると論じる⁸³。

例えば、Travis によれば、「障害のあるアメリカ人に関する法律」(ADA) において、使用者が労働者の医療情報を取得することを制限する規定が存在することは、障害のある労働者を保護するだけでなく、全ての労働者を不合理な雇用慣行から保護するための「慣行指向的」な規制であるとして評価される⁸⁴。また、遺伝子情報差別禁止法 (GINA) が使用者による労働者の遺伝子情報の取得を制限していることは、潜在的には遺伝子情報の利用がマイノリティに対する不利益な効果を有することを意識したものであるが、特定集団の保護を明示するものではない「慣行志向的」な規制であるといえる⁸⁵。

(3) 「自由ベースの尊厳」

先に紹介した Clarke や Travis と同じく、平等保護法理を、特定の集

81 Id. at 99.

82 Id. at 102.

83 Michelle A. Travis, The Protected-Class Approach to Antidiscrimination Law: Logic, Effects, Reform, 16 LEWIS & CLARK L. REV. 527, 547 (2012).

84 Id. at 552-558.

85 Id. at 559-562.

団の保護ではなく、全ての人を対象とした権利保障に転換させる必要性を論じるものとして、Kenji Yoshino の議論がある。

その前提として、Yoshino は、現在のアメリカでは集団志向的なアイデンティティの政治が社会的結合を妨げているという「多様性不安」(pluralism anxiety) が広がっており、それが連邦最高裁における判例法理に影響を与えているとする。具体的には、Yoshino は、「自由ベースの尊厳の主張」(liberty-based dignity claims) と「平等ベースの尊厳の主張」(equality-based dignity claims) を対比した上で、近年の連邦最高裁の判例理論 例えば、先述した Lawrence 判決 は「多様性不安の中で、平等の法理の扉を閉じ、それを補うために自由の法理の扉を開いた」ものであって、「集団志向の平等」から「個人の自由」へと重点を移行させたものであると指摘する⁸⁶。

Yoshino によれば、アメリカ社会が直面している「多様性不安」の要因になっているのは、「新しい人々」(宗教的多様性を拡大させる移民)と「新しく見えるようになった人々」(歴史的に表舞台に登場してこなかった性的少数派)の増大である。この点、Yoshino は、Robert Putnam の研究を参照した上で、多様性不安は社会的結合を脅かし「社会関係資本」(social capital) を減少させるものであって、そのような状況に対して、「新しい広い意味での『我々』」(new, broader sense of "we") を創出することが必要となっていることを論じる⁸⁷。

その上で、Yoshino は、連邦最高裁は憲法法理を通じて「新しい広い意味での『我々』」を創出しようとしていると指摘する⁸⁸。

第一に、連邦最高裁は、「伝統的な集団志向のアイデンティティ政策」から撤退する姿勢を示しており⁸⁹、例えば、 厳格審査基準の適用対象た

86 Kenji Yoshino, The New Equal Protection, 124 HARV. L. REV. 747 (2011).

87 Id. at 751-754.

88 Id. at 754.

89 Id. at 755.

る「疑わしき区分」の拡大を制限していること⁹⁰、差別的効果法理を放棄しようとしていること⁹¹、修正 14 条 5 節に基づく連邦議会の執行権限を限定していること⁹²、などは多様性不安を反映したものである。

その一方で、第二に、連邦最高裁は「集団志向の平等の論理を縮小させた影響を緩和させるために、自由の論理をもちいるようになった」⁹³。特に、Lawrence 判決の事例は、「明らかに伝統的な平等保護の理論が適用されるものであった」にも関わらず、連邦最高裁は「自由を根拠としてソドミー法を違憲と判断した」ものであり、「当該法律は全ての人々の 異性愛者も同性愛者もその他の者も含めて 親密な性的関係をコントロールする基本的権利を侵害していると判断する方がより良い方途である」との判断をしたものである⁹⁴。その意味で、Yoshino は、Lawrence 判決は、「集団志向的な平等保護の事例」ではなく、「普遍的な自由の事例」であることによって、多様性不安を鎮静化させるものとなったと指摘するのである⁹⁵。

この点、Yoshino は、「自由ベースの尊厳の主張」を採用することは、多様性不安と闘い「新しい広い意味での『我々』」を創出するのに有益であり、「人間としての共通の利益を強調するもの」であると論じる⁹⁶。Yoshino によれば、「異性愛者には婚姻の権利があり、同性愛者は異性愛者と平等だから、同性愛者にも婚姻の権利を持つべきである」という「平等ベースの尊厳の主張」は、「集団志向の市民権」という「特別の権利」の主張である。これに対して、「全ての成人が愛する人と婚姻する権利を持つべきである」という「自由ベースの尊厳の主張」は、「人間の権利」

90 Id. at 755-763.

91 Id. at 763-768.

92 Id. at 768-773.

93 Id. at 776.

94 Id. at 777.

95 Id. at 778.

96 Id. at 792-793.

の主張として説得力があると指摘するのである⁹⁷。

実際に、2012年の *United States v. Windsor* 判決は、州法に基づく同性婚の効果を制限する「婚姻防衛法」(DOMA) は、同性婚カップルに不利益を与え、分離された地位に置き、スティグマを与え、平等な尊厳を侵害するものであって、デュープロセスと平等保護の基本原則を侵害するものであると論じるものであった⁹⁸。さらに、2015年の *Obergefell v. Hodges* 判決は、同性婚を認めない州法を修正14条に反するとしたものであったが⁹⁹、基本的には、修正14条「デュープロセス条項」に依拠して、「歴史と伝統にてらして婚姻の権利は基本的な権利」であることを論じるものであった¹⁰⁰。この点、同判決は、「デュープロセス条項と平等保護条項は、独立した原理を有しているものの、深い部分で関連している」として、同性婚の権利は平等保護条項からも導かれることを論じ、「同性愛者は、異性愛者が享受することができる権利を否定され、基本的権利の行使を妨げられている」と判断している¹⁰¹。しかし、Roberts 反対意見が指摘するように、そこでは伝統的な平等保護法理で採用されてきた判断枠組が採用されているわけではない¹⁰²。そのため、本判決に関して、Yoshino は、「*Obergefell* 判決は、*Lawrence* 判決とは異なり、デュープロセス条項だけでなく、デュープロセスと平等保護という二つの価値に訴えたものであった」が、「両者の相違点よりも共通点の方が重要」であり、「*Lawrence* 判決と *Obergefell* 判決によって認められたものは、『反従属の自由』と

97 Id. at 793-794.

98 133 S.Ct. 2675, 2693 (2013).

99 135 Ct. 2584 (2015).大林啓吾「同性婚問題にピリオド? アメリカの同性婚禁止違憲判決を読む」法学教室 423号 38頁以下(2015年)、小竹聡「憲法と同性婚 ジェンダー法学のすすめ」法学セミナー 737号 10頁以下(2016年)参照。

100 Id. at 2602.

101 Id. at 2602-2604.

102 「法廷意見には最高裁が平等保護の事例を判断するための通常の判断枠組に類するものが存在しない」(Id. at 2623 (Roberts J. dissenting)).

呼びうる自由の観念であった」と指摘しているのである¹⁰³。

おわりに 若干の検討

Obergefell 判決はデュープロセス条項と平等保護条項との相互関連性を指摘するものであったが、憲法上の権利論として「自由」と「平等」との関係を考えて場合には それらがともに「個人の尊重（尊厳）」という価値に結びつくものであるとしても 基本的には、「個人の意思に基づく選択と行動を保障しなければならない」という規範（自由の領域）と、「個人の意思に基づかない事情によって利益／不利益を配分してはならない」という規範（平等の領域）とを切り分けて整理することには意味があるように思われる。その意味で、近年の連邦最高裁のように、同性愛者の「性的関係の自由」や「婚姻の自由」の問題を「自由ベースの尊厳」（自由の領域）として検討することは、論点整理としては適切なものであるように思われるが、そのことは、全ての問題が「自由ベースの尊厳」（自由の領域）に解消されることを意味するものではなく、「平等ベースの尊厳」（平等の領域）に関する議論の意味を失わせるものではない¹⁰⁴。この点、特定の指標による区分に対して厳格度の高い審査基準を適用するという平等保護法理の枠組は、本来的には当該指標（人種・性別）に基づく利益／不利益の配分を禁止することを通じて政府行為の中立性（人種的中立性・性的中立性）を確保することを目的とするものであって、それが「多様性不安」を増大させるという Yoshino の議論には疑問があるというべきであろう¹⁰⁵。

103 Kenji Yoshino, *The Supreme Court 2014 Term: A New Birth of Freedom?: Obergefell v. Hodges*, 129 HARV. L. REV. 147, 174 (2015).

104 平等概念を実体的権利概念に依拠するものと捉えた場合には、平等保護条項は実体のない「空虚な器」とであると評価されざるをえないこととなる (See Peter Westen, *The Empty Idea of Equality*, 95 HARV. L. REV. 537, 566-567 (1982)). また、奥平康弘「『基本的人権』における『差別』と『基本的人権』の『制限』」名古屋大学法政論集 109号 245頁以下 (1986年) など参照。

105 この点、Reva Siegel は、現在の連邦最高裁の立場を社会的結合の解体を防止

その上で、「平等」の問題を再考した場合に、Clarkeによる「新しい不変性」批判には説得力があるとしても、そこで不変性理論を越える説得的な議論が提示されているわけではない。Clarkeは「組織的な偏見」を問題にしているが、特定の社会状況においては人種差別も性差別も「情報費用の節約」という観点から見て「合理的」な行為であったことを考えれば¹⁰⁶、平等保護法理は単に「無知」や「偏見」による差別を禁止するものとはいえない¹⁰⁷。この点、不変性理論は、「法的負担は個人の責任と関連する範囲で課されなければならない」という基本理念¹⁰⁸に照らして、何らかの目的に照らして合理的な理由がある場合でも、その人自身の責任によらない生来的・不変的特徴による区別には高い次元の正当化が要求されるとするものであって、平等保護の意義を説明する「統一的な原理」としての有用性を失っていないように思われる¹⁰⁸。

次に、「新しい不変性」論に関しては、Hoffmannの整理している二つの定義に即して検討することが有益である。この点、第一の定義である「出生によって決定される特徴」(生来性・不変性)に該当するか否かに関して留意すべきであるのは、そもそも、生来性・不変性といっても、自然科学的な意味で厳密に変更不能であるという意味ではなく、変更の困難性に関する程度の問題に過ぎないと考えるべきであることである。そのように考えれば、人種や性別は、多くの場合には生来的に決定され、相当の困難なしには変更不能であるという意味において、不変的特徴であると評価

する「反分断化原理」(antibalkanization principle)として捉えるものであって、Yoshinoと同じ問題意識に立っているように思われるが、Siegelの構想する「反分断化原理」は、人種分断を回避するために、人種の影響を考慮した政府行為を許容しながら、人種区分を禁止することを基本とするものである(Reva. B. Siegel, *From Colorblindness to Antibalkanization: An Emerging Ground of Decision in Race Equality Cases*, 120 YALE L. J. 1278, 1330-1331 (2011))。

106 See Sunstein, *supra* note 24 at 2414-2417.

107 Hoffman, *supra* note 50 at 1506-1507.

108 *Id.* at 1509.また、植木淳「疑わしき区分」神戸法学 51 巻 2 号 91 頁以下 (2001 年) 参照。

されることとなる¹⁰⁹。また、障害は、それが先天的に決定される場合や後天的な事故による場合には不変的特徴であるといえる。この点、本人の生活習慣や危険行為によって障害を負った場合は、厳密に言えば生来的特徴であるとはいえないし本人の責任を観念できないわけではないが、それでも個別の障害が自己責任によるものか否かを判断することは困難であり、多くの場合には変更不可能なものであるという意味で、不変的特徴であると評価されるべきである。その一方で、通常の社会生活で必要とされる知識・理解・技術・経験など 例えば、TOEIC の成績や数的処理の成績など による評価は、仮に先天的に決定される要素が強いとしても本人の意志と努力を通じて獲得・変更することが可能なものとして、それ自体は不変的特徴ではないといえることができる¹¹⁰。

それでも、上記のような立場からは、例えば、外見（肥満など）や犯罪履歴などが不変的特徴に該当するか否かが問題になりうる¹¹¹。この点、不変性の判断に関して、本人の「選択」による特徴であるか否かの問題（「入口」の問題）と、本人が「変更」できる特徴であるか否かの問題（「出口」の問題）に分けた上で、基本的には、本人の「選択」によらない特徴のみを不変的特徴とし、本人が「選択」した特徴に関しては「変更」できなくても不変的特徴ではないとする見解がある¹¹²。このように考えた

109 性別の問題に関しては、中里見博「性別 性別化と非性別化のポリティクス」公法研究 75 号（2013 年）216 頁以下など参照。

110 「平等」を巡っては「属性原理」と「業績原理」の対比が問題となるが（内野正幸『人権の精神と差別・貧困』141-142 頁（明石書店・2012 年））、不変性理論は「属性原理」を否定して「業績原理」を採用するものであるといえる。

111 特に、極端な体型上の特徴が「障害」に該当するか否かの議論があるが、障害者政策委員会差別禁止部会による「『障害を理由とする差別の禁止に関する法制』についての差別禁止部会の意見」（2012 年 9 月 14 日）では、「極度に身体の大きな人が様々な社会生活上の制約を受ける場合にも本法の障害の定義に含めるべきでは、といった議論がなされた」が「現段階では、機能障害についての法解釈の余地を残しつつ、将来の議論に委ねるべきである」とされている。

112 Michael A. Helfand, The Usual Suspect Classifications: Criminals, Aliens and the Future of Same-Sex Marriage, 12 U.PA.J.CONST. L. 1, 39 (2009).

場合には、犯罪履歴は「変更不能」であっても自らの「選択」の結果であるため不変的特徴とはいえないことになる¹¹³（ただし、肥満の場合は先天的要因と後天的要因が複合するものであるため簡単には論じられない）。このような議論は、不変性理論が責任を重視する議論であることに整合するものであるが、「入口」の問題と「出口」の問題とを明確に区別できるか否かを含めて、慎重な検討が必要となる（なお、仮に外見や犯罪履歴による区分が「疑わしい区分」ではないとした場合でも、正当な理由がない「不合理な差別」が許されないことは言うまでもない¹¹⁴）。

次に、第二の定義である「個人のアイデンティティと良心にとって本質的な特徴」（人格の本質性）を不変的特徴として「疑わしい」ものと考えるべきか否かが問題となる。この点、先述したような「自由」と「平等」の整理からすれば、「個人の自由な意志」を尊重することは基本的に「自由の領域」に属する事柄ではあるものの、「新しい不変性」が指摘するように、「変更を要求することができないか要求すべきではないような特徴」による区分は「平等の領域」においても「疑わしい」と考えるべきであるように思われる。

しかし、Clarke の批判にあるように、「アイデンティティの本質」として認められるべき特徴の射程を明らかにすることは容易ではない。例えば、宗教や性指向が「アイデンティティの本質」であるとした場合に、政治的見解や政治的結社への加入が「アイデンティティの本質」であるといえるか否か、あるいは、一般的に趣味・娯楽に分類される特徴が「アイデンティティの本質」であるといえるか否かが問題となる¹¹⁵。その意味で、「新し

113 Id. at 43-44.

114 容姿や体型による雇用差別の問題を検討したものと、森戸英幸「美醜・容姿・服装・体型 『見た目』に基づく差別」森戸・水町勇一郎編著『差別禁止法の新展開』195頁以下（日本評論社・2008年）がある。

115 例えば、特定政党の支持者であることは「アイデンティティの本質である」が、長瀬剛の熱烈な支持者であることは「アイデンティティの本質ではない」といえるか否かが問題となる。この点、「政治プロセスに不可欠な諸権利を理由とする差別は、特別に疑わしいものと考えられる」（松井前掲（12）380頁）

論 説

い不変性」における人格の本質性の範囲を確定することは、生来性・不変性の範囲を確定することに比べて遥かに困難な問題となる。

ここまで論じたように、本稿は、アメリカにおける「不変性」を巡る論争の一断面を紹介することを通じて、人種、性別、障害、宗教、性指向、外観等による区別の平等保護法理上の位置づけを探求することを目的とするものであったが、多くの問題が今後の課題として残ることとなった。

という立場からは、前者を保護の対象とし、後者を保護の対象としないという結論が導きうるが、人格の本質性の議論からはそのような結論は導き出せないように思われる。