

平等理論への一試論

吉川 智

一、はじめに

二、「平等」の概念と諸学説

三、平等原則と平等権

四、差別禁止事由「性別」の今日的意義

五、おわりに

一、はじめに

旧約聖書に「主なる神が地と天とを造られた時、地にはまだ野の木もなく、また野の草もはえていなかった。主なる神が地に雨を降らせず、また土を耕す人もなかったからである。しかし地から泉がわきあがって土の全面を潤していった。主なる神は土のちりで人を造り、命の息をその鼻に吹き入れられた。そこで人は生きた者となった」という有名な一説がある。ここにはまた次のように書き記されている。

主なる神は人をエデンの園に置き、その人のあばら骨より一人の女を造り、そしてその人に「これこそ、ついにわたしの骨の骨、わたしの肉の肉。男から取ったものだから、これを女と名づけよう」と述べている。

旧約聖書におけるアダムとイブの誕生、つまり人としての男と女の誕生の瞬間である。旧約聖書の価値概念の出発点には、主なる神と人との関係、またその人には男と女の関係（存在）が前提となっている。主なる神の考えには、「性別」としての男と女の関係が存在している。以後、この地上には人としての男と女が住むこととなり、あらゆる慣習と生活ルール、社会的諸原則やすべての人々の潜在的意識の中に、男と女という「性」による区別が何の疑いもなく組み込まれたのである。^①

性別による区別や差別は、古代より幾世紀にもわたり、何人もほとんど無意識のうちにやってきたものである。例えば、かつて「男尊女卑」等という用語の意味がまかり通った時代もあり、また高度経済成長期以降においても「女子若年定年制」^②「結婚退職制」^③「出産退職制」^④「女子再婚禁止期間」^⑤「男女昇格差別」^⑥「国公立女子大学」^⑦「強姦罪」^⑧「高等学校家庭課教育」等々、女性の権利について議論されてきた問題は枚挙に暇がない。

他方、二〇世紀後半において、国内法的には「国籍法」改正（一九八四年）、「男女雇用機会均等法」制定（一九八五年）、国際法的には「女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約」批准（一九八一年）が行われることにより、女性の地位向上と権利保障の強化も図られてきている。何人も性別による差別は絶対にこれをしてはならないと繰り返し教えられ、意識の上では概ねこの考えは定着しているかに見ることができる。女性の地位向上やその権利保障の強化は、我々が遵守すべき当然の事柄で

あり、換言すれば、今日では普遍的意義すら有するものである。しかしながら、いま一度視点を變えて見るならば、「女性の（もしくは男性の）」という考え方そのものにも、やはり二者択一的な「性別」の考えの縛りの中にあることを見落としてはならない。

ところで、日本国憲法二四条一項は「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない」と規定している。ここにいる「両性」とは、社会通念的には男性と女性という「二つの性」を指す意味であろうし、また「夫婦」とは男性である夫と女性である妻との関係が当然の前提として理解されている。しかしながら、近年、諸外国では同性婚が法的に認められてきていることや、また「性同一性障害者 (Gender Identity Disorder)」による戸籍性別変更問題も大きく取り上げられてきている。さらには、わが国では古来よりタブー視されてきた「両性具有 (アンドロギヌス)」もしくは「半陰陽、間性」の人々の存在も無視することができない（これらの人々は、出版やインターネット等を通じて、むしろ自ら進んで自分たちの受けてきた差別や悩み、そして彼ら自身の考えを明らかにし始めている）。彼らが極めてマイノリティの存在であるが故に、過去において国家や社会から、また自分の家族からさえもその存在自体が否定され、闇の中に葬り去られてきたことは否めない事実である。また、今日でも働く職種につき極めて制限された状況に置かれている。かかる様々な社会現象に対して、従来型の二者択一的な「男女平等論（性別二元制）」を展開することで、「平等」についての説明を行うことが今後とも可能であるのか、またとくに「性別」という視点から、様々な社会的弱者やマイノリティは平等というものをどのように見ているのか、さらには憲法一四条一項の価値概念と一三条の価値概念の比較を行うとき、「性別」とい

う分類（もしくは枠）を越えた他の基準を考えるべきではないのか、という疑問が本稿執筆のモチベーションである。

よって本稿では、憲法一四条をはじめとして、平等に関する憲法諸規定を再考するとともに、平等原則と平等権、差別禁止事由「性別」の今日的妥当性等につき、諸学説を整理しながら試論するものである。

二、「平等」の概念と諸学説

（一）人間平等の思想

人間平等の思想系譜は、言うまでもなく古代ギリシャ思想や中世キリスト教の説く「神の前の平等」から始まる。¹⁰それが後に合理主義的な自然法思想と結びついて確立され、今日我々が国家に対して何人も平等に扱うよう要請する憲法原理としての平等原則に発展してきたことは明らかなことである。この考え方を示したのは、近代自然法思想を形成したロックやルソーであり、「自然状態」におかれた人間と理性の法の存在を前提として、人間は生まれながらにして自由であり平等であるという考えを示した。ここにいる自由と平等とは、教皇・国王および宗教的迫害などから解放された自立的な市民の自由と平等を意味し、また両者は不可分の関係に位置するものであった。

この考えがより具体的に示されたのがアメリカの「独立宣言（The Declaration of Independence）」（一七七六年）であり、さらにはフランスの「人および市民の権利宣言（Déclaration des droits de

「l'homme et du citoyen」(一七八九年)等であった。前者の独立宣言の一節には「われわれは、自明の真理として、すべての人は平等に造られ、造物主によって、一定の奪いがたい天賦の権利を付与され、そのなかに生命、自由および幸福の追求の含まれることを信ずる」⁽¹⁾と明示していた。また後者の人権宣言には「人は、自由かつ権利において平等なものととして出生し、かつ生存する。社会的差別は、共同の利益の上にのみ設けることができる」(一条)、「法は、保護を与える場合」でも、処罰を加える場合でも、すべての者に同一でなければならぬ。すべての市民は、法の目からは平等であるから、その能力にしたがい、かつその徳性および才能以外の差別をのぞいて平等にあらゆる公の位階、地位および職務に就任することができる」(六条)と規定していた。これらの思想の根底には、①人は生まれながらにして神の前において平等であるという宗教上の考え、②人は平等に取り扱われるべきであるという理想(とくに権利や自由の享有について、等しく処遇されるべきであるという理想)、というものが含まれていた。

しかしながら、ここで示された「人は平等に取り扱われるべきである」人間性の平等⁽²⁾という理想は、現実社会ではむしろ様々な不平等を生み出し、したがって形式的平等の偏重に過ぎないものであった。そこで一九世紀前半に萌芽した産業革命とそれ以降の資本主義の発展に伴い、貧富の差の拡大や社会的経済的弱者の出現から、「社会権」という新たな権利の構築が試みられたように、人間社会における実質的平等の要求が当然に湧き起こってきたのである。

(二) 形式的平等と実質的平等

「形式的平等」とは、法律上の均一的な取扱いを意味し、個々人の事実上の違いにもかかわらず一律に同等に扱うことを求めることである。阪本教授は「すべての人間が含まれるべきこと、または、何人も一人として数えられ、一人以上には数えられないことを意味する。たとえば、人頭税を課す場合の算定法がこれであって、人的範囲の確定のために用いられる平等概念である」と説明する。⁽¹³⁾ 他方、「実質的平等」とは、事実上の劣位または下位のものを有利に扱うなどして、結果として平等になることである。「人をその功績・真価等に応じて処遇すること、または『各人に彼のものを与えよ』という命題を指す。この命題は『類似の事例は同様に扱い、異なった事例は別々に、ただしそれらの重要な差異に応じて取り扱うべきこと』とか、『同一状況にある者（個人または集団）を同一に処遇すべし』とか言い換えられる⁽¹⁴⁾」ともいわれる。

既述の如く、そもそも平等原則とは、人間であるならばあらゆる人間を含み、またあらゆる人間の人格的価値の平等という理念を前提としながら、国家による平等的取扱を要請する原則である。この原則には、しかしながら、実際に存在する社会的・経済的不平等の是正要求まで含むものではなかったのである。その理由としては、近代国家の一定の思想を前提にしたことが指摘できる。つまり、「近代国家にあっては、社会的・経済的不平等が存在しても、それについては真剣な考慮が払われず、それを度外視した法的取扱の均一」という時点で、一応の満足を我々は示していたのである。法は、あらゆる人々に「機会の平等」を保障すればよく、「結果的不平等」までは考慮に入れていなかったのである。ところが、形式的平等という立場では、対応し難い結果的不平等現象が現実が生じることに対応することがで

きず、「結果の不平等を各人の責任に帰することの不合理性が認識され、実在する社会的・経済的不平等を是正して『実質的平等』を実現すべきことが、国家に対して求められること」になったのである。また、「形式的平等→実質的平等」および「機会の平等→結果の平等」という図式において、平等という性格がより積極的な内容を保持したことも指摘しなければならない。

(三) 機会の平等と結果の平等

「機会の平等」について、芦部教授は次のように説明する。「この機会の平等 (equality of opportunity) は、事実上の不平等を積極的には正する実質的平等を要求するものではなく、あくまでも法的な取扱いにおける平等であり、その意味では形式的平等と言うことができる。(中略) 機会の平等は、それをどんなに保障しても、資本主義の高度化など経済・社会の変革に伴って、富める者はますます富み自由を享受できるのに対して、疎外された少数者や貧しき者など社会的な弱者は自由はおろか生存すらおびやかされる、という事態を生む。そこで二〇世紀の社会国家・福祉国家においては、この自由な競争による機会の平等がもたらした現実の不平等な結果を是正し、実質的平等を確保するための国の積極的施策が要請されることになる。この実質的平等を『機会の平等』に対して『結果の平等』(equality of results) と呼ぶ⁽¹⁵⁾。他方、阪本教授は、機会の平等を「すべての者がすべての有利な社会的地位に近づく同じ法的権利をもつこと⁽¹⁶⁾」という。また「結果の平等」とは、「ルールを適用した後に生み出された個人間の境遇の多様性に応じて処遇に差異を設けること」と説明する。阪本教授は「結果の平等は、分配基準を適用した後の状況に関するもの」として、結果の平等と実質的平等との意味を峻別する。

機会の平等は、形式的平等に内包される一つの平等形態であるが、また機会の平等そのものが多義的である。機会の平等を適用することにより結果の不平等が生じ、そこには無視することのできない様々な社会的・経済的不平等が生じる。そこで生じた不平等を是正する基準として実質的平等が取り入れられたのである。実質的平等と結果の平等とを明確に峻別する考えと、もしくは両者を同一の内容として理解する考え方もあるが、むしろ実質的平等の概念に結果の平等が内包されると考える。

四 絶対的平等と相対的平等

平等に関するこの分類は、オーソドックスな分類である。「絶対的平等」の由来は、そもそも「神の前の平等」から生まれた。絶対的平等とは、あらゆる人間に対するその処遇を均等にする事、または、あらゆる人間をすべての点で等しく処遇することである。この絶対的平等という考え方については、極端なフェミニスト以外には支持者は少数であろう。「絶対的平等は、人の違い・個性性と両立しないばかりか、人という類のなかに下位類型を設けざるをえない法的処遇においては、実現不可能である」、「国家が人を区別して法的な取扱いに差を設けることは、基本的には許されないことであるとしても、そのことによって不合理な結果が発生するというような場合には、各個人の帶有する事実状態の違いというものを考慮に入れて、異なった取扱いをすることが、むしろ要請されるであろう。そういう意味で、法的な均一取扱いという原則を絶対的なものとすることはできない」として、絶対的平等の実現不可能性が強調される。

他方、これに対して「相対的平等」は、「各人の属性、資質、能力等一定の差異と、ある処遇とを相

応・均等させること（事実上の差異を考慮に入れること）」「各個人の違いを考慮に入れてそれに応じて等しく扱えということ」と説明される。憲法の要請する平等とは、この相対的平等であり、通説的考え方である。したがって、平等は何人に対しても同じではなく、合理的な差別（区別）により憲法上許された取扱いを個々人は受けることになる。もっともこの相対的平等が通説的考えとされることにより、では合理的な差別（区別）とは何か、どの程度まで合理的な差別（区別）は許されるか、という新たな課題も提示されてくる。相対的平等の考えを支持するとしても、かかる新たな課題のあることに注意を払わなければならない。¹⁸⁾

(五) その他の平等類型

阪本教授は、既述の平等類型以外の平等として、「数の平等と比例的平等」、「法的・政治的平等と富の平等」のあることを指摘する。数の平等と比例的平等については、とくに説明がないが、表現の通り「数」で揃える平等であり、また比例（値）を使用した平等をいうものである。法的・政治的平等と富の平等については、前者が「人であればすべて一人として数えられること」であり、後者は「人の労働や必要に応じて富が分配されること」という。いずれにせよ平等とは、あるもの（者）を基準として、それ以外の二つ（二者）もしくはそれ以上のもの（者）との比較において成立し、その比較内容において不平等な取扱いが確認されて（それが不法行為であると否とにかかわらず）、初めて権利侵害的に主張する権利である。もっとも、平等を「公平に扱うべきもの（者）」という根源的な考え方からするならば、平等の議論というよりも寧ろ「正義」の議論の方がより適切であり、生産的であるという指摘も

行われる。⁽¹⁹⁾

三、平等原則と平等権

(一) 問題点の所在

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、経済的又は社会的関係において、差別されない」と規定している。とくにこの規定の「法の下に平等」は、平等に関する「原則（平等原則）」を述べたものか、それとも「権利（平等権）」を述べたものか、ということについて長く議論されてきた。これは「法の下に平等」に関する比較的⁽²⁰⁾新しい論点とも指摘されるが、しかしながら今や一〇年以上が経過してきている。「平等原則」と「平等権」の二つについて、両者区別説、両者互換説、両者非区別説が存在する。主たる論点をあげるならば、次の通りである。

①「法の下に平等」を定める憲法一四条一項の性格は、すべての国民に対して国家は平等に扱うべしとする客観的要請を示す法原則である。②憲法一四条一項には、国民の側からして「平等に取り扱われる権利」もしくは「差別を受けない権利」という主観的権利をも含んでいる。③憲法一四条一項に明示する権利を「平等権」という場合に、その具体的な権利内容は明確ではなく、したがって、個人の具体的な事案が問題となって初めて平等権侵害の問題が生じる。つまり、具体的な事案を抜きにした平等権自体の議論は、意味が認められない。④憲法一四条一項を平等原則の明示のみで位置づけると、憲法上

の平等権の具体的権利性が希薄化される。⑤憲法一四条一項は平等権を定めた憲法規定と理解して、何らかの不平等な取扱いを受けた場合には、憲法一四条一項違反を根拠に裁判上の救済を求める、等である。

これらの論点を整理すると、憲法一四条一項に関しては、①国家サイドの客観的観点から見た平等原則として捉えることの有無、②国民サイドの主観的観点から保障された平等権として捉えることの有無、③平等権そのものの独自の性格として、自由権などとは異なる比較的権利としての容認有無、④憲法一四条一項を平等原則として解した場合、他の個別的具体的人権規定との関わり有無、等を挙げることができる。

(二) 理解の指針

芦部教授は「およそ人権（自由権ないし平等権）保障規定は、その侵害の禁止を公権力に義務づける客観的な法原則としての意味をもつと同時に、各個人に具体的な権利を保障する規範であるから、『法の下での平等』保障について、権利と原則が互換的に用いられているのは、当然のことと言わねばならない。外国、たとえばドイツでも、『法の前の平等』は平等原則（Gleichheitssatz）と一般に言われるが、それが同時に個人にとって平等権（Gleichheitsrechte）であることは、疑われていない」と述べて、両者互換説を主張する。辻村教授の「日本国憲法では、憲法一四条一項は平等原則と平等権の二面性をもつと解される。すなわち、前段で法の下での平等を原則として定めるだけでなく、後段では、人種・信条等による差別を禁じることによって、一定の事由により不合理な差別をされない権利という意味で

の『平等権』を保障したものと解することができる⁽²²⁾という説明も同じ立場に立つものである。

他方、中川教授は「法の下の平等や、人種・信条・性別・社会的身分・門地によって差別されないということは、それ自体で権利となるものではない。なんらかの権利自由との関係で、不平等や差別が問題となるのである。一般的に平等が権利として要求されることになる、一三条の個人の尊重とは明らかに矛盾する。差異を認める原理と、差異を認めない原理が並んだのでは、誰も判断がつかないからである⁽²³⁾」と指摘する。同じく浦部教授も『平等権』なるものは無内容であるから、憲法一四条は『平等原則』を定めるものと解しておけばよく、ことさらに『権利』の保障規程とみる必要はない⁽²⁴⁾と説く。その理由として、同教授は、「法律が憲法に違反するかどうかの問題にとって、憲法の人権規定は、多くの場合、客観的法原則として機能するのであって、主観的権利性が重要な意味をもつわけではない。それにもかかわらず、従来、とかく人権の主観的権利性の側面が強調されすぎて、そのことが、憲法訴訟の提起に不必要な制約を課していたのではないか、という気がして仕方がないのである⁽²⁵⁾」と論じる。また阪本教授は、「自由と平等は、それぞれの侵害の有無の判断につき、視点を異にする」という立場から、平等概念が相対的であるが故に、憲法一四条一項は「①憲法典上の個別の基本権保障における均衡原則（『権利における平等』）を指し示すものであって、個別的基本権規定での問題解決へと解消すれば足る、または、②基本権配分または基本権保障水準に関する国家の国政上の責務を指し示すものであって、各人の平等利益は反射的利益にすぎない⁽²⁶⁾」と論じる。

かくして憲法一四条一項「法の下の平等」につき、これを「平等原則」と解するのか、「平等権」と解するのか、さらには両者区別なのか互換的なのか、意見が分かれているが、通説的には、とくに区別

をせずに両者の意味を兼ね備えるというものである。しかしながら、中川教授の「一般的に平等が権利として要求されることになる」と、一三条の個人の尊重とは明らかに矛盾」「差異を認める原理と、差異を認めない原理が並んだのでは、誰も判断がつかない」という指摘や、阪本教授の「基本権保障に客観的・絶対的保障水準があるとは考えられず、さらには、個別的基本権における平等に還元できないとしても一三条に還元できる可能性を考えた場合、一四条を平等原則規定にとどめおくのが妥当であろう」という指摘は極めて意義深いものと考え²⁶⁾える。

四、差別禁止事由「性別」の今日的意義

(一) 憲法一四条一項前段と後段の関係

憲法一四条一項後段は、「すべて国民は、…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」と規定して、五項目の差別禁止事由を例示して、平等の徹底を明示している。なお、一四条一項前段の「平等の一般原則」を明示した部分と、同後段の具体的事項からなる「差別禁止事由」の部分との関係を論じることにより、幾つかの学説を明示することができるとくに「法の下の平等」が立法者を拘束するか否かを基準として、①立法者非拘束・後段列挙説（限定列挙説）、②立法者拘束・後段列挙説（特別列示説）、③立法者拘束・後段列挙説（不平等推定事由列挙）等である。以下、これらの学説について簡単に触れておく。

①立法者非拘束・後段列挙説（限定列挙説）は、法適用平等であればよく、その後段は立法を含むす

べての国家機関にとっての制約原理であり、これらの事項に限り差別を内容とする立法を禁じると解する。したがって、憲法の規定する差別禁止事由以外の事項に基づく立法上の差別（例えば、年齢や能力による制約）を規定したとしても、憲法の制約とは見なさない。ところで、「法の下の平等」が立法者を拘束するか否かについて、今日の通説的見解は立法者拘束である。平等について、法適用平等のみでは不十分であり、法適用のみならず法内容平等であるべきは当然の事柄であり、よって立法者をも拘束するという考えを支持する。⁽²⁷⁾ なお、今日においては、この立法者拘束・非拘束の分類については、前者が当然のことと考えられ、またこのように分類すること自体も余り意味の有ることとは考えられていない。⁽²⁸⁾

②立法者拘束・後段例示説（特別例示説）は、通説である。「法の下の平等」は、国家作用全般にわたる制約原理であり、法適用平等のみならず、定立される法内容そのものが平等であることを求める。また後段列举の事項について、芦部教授は「前段の例示ではあるが、強度の保障を受けるという特別な法的意味を有する」という。またその強度の保障の根拠については、人間性の尊重という民主主義の理念等を根拠にする。⁽²⁹⁾

③立法者拘束・後段列举説（不平等推定事由列举）は、基本的には例示説と同じであるが、ただ後段の差別禁止事由違反は、原則として不合理なものであり、違憲であると推定され、これを合憲とするにはその理由を論証する責任が主張者に負わされる。しかし、それ以外の事由による差別は、合理性を基準として合憲性の判断が行われると主張する。⁽³⁰⁾

(二) 差別的取扱いの禁止事由「性別」

ところで、差別的取扱い禁止事由の一つである「性別」については、一の「はじめに」において問題提起したように、性別二元制では把握し得ない実態に対して、今後どのように我々は考えれば良いのであろうか。また性別二元制に基づく平等論であっても、例えば、同性である専業主婦とキャリアウーマンとの比較（この場合には、一般的には働く女性もしくは社会的活動をしている女性を基準にして、家庭の女性もしくは社会的活動をしていない女性を劣っていると評価しがちであること）、およびカナダおよびアメリカ等で認められつつある同性婚の人々の地位や法的権利をどのように理解すればよいのであろうか。性役割や性別にこだわることから、「性別による差別が認められる場合、その『正当性』や『合理性』の根拠は充分に説得的なものでなければならない。合理性の検証の方法として、たとえば差別が反対の性に対して行われた場合にも合理性をもつかどうかと考えることができる。労働能力や労働条件について女性を男性よりも低く評価し劣った条件で雇用する場合、それが女性の性役割を根拠として、女性は妊娠・出産・育児を負担するために労働能力が男性よりも劣り、男性のように働けないから劣った労働条件（賃金、職種、昇給昇格差別）が与えられることはやむを得ないとするならば、逆に、男性の性役割とはなにかを問わなければならない」と主張して、「性役割とは生理機能における雌雄の区別である。男性の性役割とは女性を妊娠させる機能を有していることだけである。これは労働能力とは無関係である⁽³¹⁾」というような両性敵対的議論の展開も見られる。このように性別二元制に基づいて把握しようとするほど、本来的には両性を相互に尊重すること、ひいては個人の尊重であり、人間の尊厳に繋がるべき精神とは逆の方向に進むことになる。しかもこれらの議論の中には、半陰陽や間性

の人々は対象とはされていないのである。

また憲法一四条一項後段の解釈としても、一般的には「一四条一項後段が差別の禁止事由の一つとして性別を掲げ、さらに二四条一・二項、二六条一項、四四条がこれを受けて家族生活における個人の尊厳と両性の平等、教育の機会均等、議員および選挙人資格の性別による差別の禁止を謳っているのは各国の憲法の例に倣うとともに、とくにわが国におけるこのような過去の性差別の歴史の払拭を旨としたものと理解される⁽³²⁾」と説明される。このように憲法上も「両性の平等」が性別の前提になっている。この点の説明について、辻村教授は「性別は、本来、男女の生物学的・肉体的性差のことを意味するが、今日では、社会的・文化的性差としてのジェンダーによる差別が問題になる。とりわけ、肉体的性差から導かれた男女の定型化された特徴に基づく差別的取扱いや、(家事・育児は女性の役割であるような)性別役割分業観に根ざした差別的取扱いについては、違憲判断基準について厳格な基準が適用されるべきであり、合憲性の推定は排除されると解すべきであろう⁽³³⁾」と説く。ここで明らかなことは、「性別」に関する説明として、前者は従来型の「両性の平等」のみを前提にしたものである。他方、辻村教授は、従来型の「両性の平等」のみならず、「社会的・文化的性差としてのジェンダーによる差別の問題」をも取り上げている。性別に関する辻村教授の方向性に見られるように、通常言われてきている生物学的・生理学的・肉体的性差に留まることなく、社会的・文化的性差としてのジェンダーによる差別の問題をも取り上げ、これまでもよりも広範的・開放的な考え方で対応することが望ましい方向であると思われる。

ただし、辻村教授がここにおいて使用する「ジェンダー」および「ジェンダー平等論」とも、「社会

的・文化的・心理的成分を持つ獲得された地位であり、両性の異なった社会化の関数としての男らしさか女らしさかのいずれかを指す」ものという、やはり「両性」（性別二元制）を前提にしたものである。したがって、TS、TG、あるいはGIDの人々、さらには半陰陽や間性の人々は、結果としてはやはり検討の対象外になってしまうのである。憲法一四条一項後段の「性別」概念を「外性器の二型性に基づいて出生時に割り当てられる帰属的地位」ともいうべき「両性」に置かざり、TS、TG、あるいはGID、さらには半陰陽や間性の人々の地位や権利はいつまでも議論されないままである。人間は平等であるといわれながら現実的には不平等な扱いを受け、また個別的な差別禁止事由（性別）という憲法上からの保障からも抜け落ちてしまっているこれらのマイノリティの人々は、何を基準に自己の権利保障を主張すればよいのであろうか。

五、おわりに

憲法一四条一項には、平等原則と平等権および個別的な差別禁止事由も定めている。本稿において、この憲法条文に関して多義にわたる学説の存在も見てきたところである。日本国憲法が制定されて六〇年余りとなり、様々な社会現象が日本のみならず世界に起きてきている。かつて大国の論理が小国の論理を無視し、様々な悲劇をもたらしたように、多数者の人権が少数者の人権を無視し、少数者の権利ならびにその生存を脅かしているというのではないであろうか。日本国憲法の基本原理の一つは、基本的人権の尊重であり、すべての人々に保障されていると説く。多元的な価値観を認める今日の日本にあっ

ては、性別二元制で説明できない状況にあるとするならば、我々は次に何を基準に判断するべきであろうか。もし個別的な差別禁止事由「性別」という考え方自体に問題があるとするならば、一四条一項は限りなく「平等原則」に徹する解釈をするべきであろうし、また対象とされるべき人は、性別という「男女」の区分よりも、むしろ「個人」を基準にして考えられるべきではないのであろうか。そして、憲法上この「個人」の扱いは、一四条よりも一三条に依存すべきものではと考えるのである。憲法一四条一項と同二三条との関わりから見たTS、TG、あるいはGIDの人々、さらには半陰陽や間性の人々の人権保障のあり方については、今後の研究課題としたい。

註

(1) キリスト教の特定宗派によっては、今日でさえも女人禁制を行っていることが報告されている。ギリシャ正教聖山アトスでは、女性の入山を禁じている。かつて異教徒が支配していたこの地に聖母マリアが足を踏み入れることにより楽園を形成し、また以後において女性の立入を禁じたと伝えられている。欧州議会では、男女平等の立場から、聖山アトスの違反決議を採択しているが、ギリシャ政府から自治権を保障されているとして、聖職者たちは受入を拒否している。朝日新聞・平成二六年一月九日朝刊参照。

(2) 日産自動車事件（最高裁昭和五六年三月二四日）が代表的事例である。男女別定年制に合理的理由があるか否かについて、最高裁判所は女子従業員の職務遂行能力等を評価し、企業経営上の観点から定年年齢において女子を差別しなければならぬ合理的理由は認められないと判示した。また女子若年定年制は性別による不合理な差別として、民法九〇条（公序良俗）に反して無効であるとした。

(3) 女性であることを理由に一般職から専門職への登用が拒否され、昇格を妨害されたとして、順調に昇進した男子社員との賃金差額等の請求を行った「住友電気工業事件」で、大坂高等裁判所は、和解条項を提示した（平成一六年一月五日）。

差別を受けた女性二人を昇進させることと、解決金一千万円を支払うことで解決した。地位確認を求めている労働訴訟の和解で、昇格まで認められたのは、本件が初めてである。

(4)

国立大学であるお茶の水女子大学と奈良女子大学が主として対象となる。女子のみに入学を認めることは、合理的理由がない限り性別による差別と考えられてきている。とくに女性に対して高等教育を受ける機会を保障するという戦前の考えは、今日の女子の大学および大学院進学率を考慮に入れると、その意義は失われていると思われる。

(5)

刑法一七七条は、女子のみを対象としていることから、逆に男子に対する規定がないこと、また保護すべきは女子という考えを問題にしている。辻村教授は「背後にある性モラル上の差別を問題にし、男女の性的事由に対する侵害行為の多様化に即した法改正を主張する見解も今後ますます有力になる」と指摘している。

(6)

二〇〇三年六月一〇日、オンタリオ州控訴裁判所（カナダ）はカナダ連邦法が婚姻を異性間のみに限定しているのは違憲と判断した。またトロント市に対して、同性間の婚姻を認め、原告の同性カップルに直ちに結婚許可証を交付するよう命じた。またブリティッシュコロンビア州控訴裁判所（カナダ）では、連邦政府に対して、五月に同性婚を合法化するために二〇〇四年七月までに婚姻法を改正する命令を出している。二〇〇三年一月一八日、マサチューセッツ州最高裁判所（アメリカ）は州当局が同性愛者同士の婚姻を禁じるのは州憲法違反との判断を下し、一八〇日以内に適切な解決策を示すよう州議会に命じた。判決において、判事七人のうち四人が婚姻の権利の禁止は違憲と判断した。だが、原告の求める婚姻証明書の発行には言及せず、婚姻に基づく諸権利を完全に容認するには至らなかった。裁判所は「だと結婚し、家族をつくるかは最も基本的な個人の自由であり、法的な権利である」という多数派の意見を述べた。高井裕之「同性結婚の拒否と州憲法上の平等原則」『ジュリスト』（二〇〇〇年五月）二二一～二三頁参照。

(7)

性同一性障害者とは、肉体的にはつきりと男・女であるにもかかわらず、心の中で自分の性に違和感を抱いている人という。この違和感を有する人を総称して、広義のトランスジェンダーといい、なかでも自分の肉体に（とくに性器に）違和感を有する人をトランスセクシュアル（TS）と呼んで区別している。また狭義のトランスジェンダーというときは、肉体よりも社会的に反対の性として生きることを意味する。セクシュアルマイノリティ教職員ネットワーク編著『セクシュアルマイノリティ』明石書店（二〇〇三年）一三頁参照。なお「性同一性障害者に関する法令上の性別の取扱いの特例に関する法律」が平成一五年七月一六日に公布され（法律第一一一号）、一年後の平成一六年七月一六日から施行される。本条文五カ条と附則四からなる。

(8) これらの人々は、インターセックスと呼ばれ、生まれながらにしてその肉体的特徴から判断する性別が曖昧な人々である。真性半陰陽、男性仮性半陰陽、女性仮性半陰陽、ターナー女性、クラインフェルター症候群などがあり、主として遺伝子の関係で生じると考えられている。セクシュアルマイノリティ教職員ネットワーク編著・前掲書・二四頁以下参照。

(9) 虎井まさ衛・宇佐美恵子『ある性転換者の記録』青弓社(一九九七年)、岩村匠『性別不問』成甲書房(二〇〇三年)、井野博美『彷徨える性アンドロギュヌスへの賛歌』久保書店(一九九四年)、等多数出版されている。

(10) 「神の前ではすべての人間は等しく罪を負っており(原罪思想)、神から等距離にあり、神の眼中において均等であるとされたこのキリスト教の教説が宗教改革を経て、現世の世界においても人間の価値が本質的に同じであると説かれるようになった」三並敏克『平等原則・平等権(一)』『京都学園法学』(一九九三年)通巻一〇号・三頁参照。

(11) 高木・末延・宮沢『人権宣言集』岩波文庫(一九七八年)一〇九頁以下参照。

(12) 佐藤教授は、平等について「人格の平等」という表現でこれを示している。「『平等』は関係概念であって実体を有せず、平等を権利といっても、実体的権利ではありえない、ともいわれる。(中略)『人格の尊厳』とは異なり、『人格の平等』は他の人格との関係において成立するものである。しかし、だからといって、『人格の平等』がそれ自体として無内容な概念であるというのはいきすぎであろう。『人格の平等』は、『人格の尊厳』と結びつき、そのような尊厳をもった存在として人は等しく扱われるべきであるという要請を内実としている。その要請は国政のあらゆる場面において貫徹されなければならない客観的な原理であり、そして、そのような原理にかかわる一定のものが主観的権利(平等権)として国民に保障されるのである」と。佐藤幸治『憲法』(現代法律学講座五 第三版)青林書院(一九九九年)四六八頁参照。

(13) 阪本昌成『憲法理論』成文堂(一九九三年)八二頁参照。

(14) 阪本昌成・前掲書・八三頁参照。

(15) 芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(一)増補版』有斐閣(二〇〇二年)三頁参照。

(16) 阪本昌成・前掲書・八四頁参照。

(17) 浦部法穂『全訂・憲法教室』日本評論社(二〇〇三年)一〇三頁参照。

(18) 「『相対的平等』説は、平等原則の妥当領域を限定しないかわりに、憲法の要請する平等の意味を一義的に決定しえないという難点をもつ」という批判がある。抱喜久雄編『コンパクト憲法入門』不磨書房(二〇〇〇年)四八頁参照。

(19) 阪本昌成・前掲書・八五頁参照

(20) 野中俊彦「平等原則と平等権」『ジュリスト』(一九九一年六月)一二九号・三二頁以下参照。

(21) 芦部信喜・前掲書・一七〇一八頁参照。

(22) 辻村みよ子『憲法』日本評論社(二〇〇二年)二〇二頁参照。

(23) 中川剛『基本的人権の考え方』有斐閣(一九九一年)三八頁以下参照。

(24) 浦部法穂・前掲書・一〇五頁参照。

(25) 阪本昌成・前掲書・八四頁参照。

(26) 中川教授は「平等原理は人権の一つであるのではなく、権利自由もしくは利益のあり方にかかる制約と考えられる。平等権として従来主張されてきているところも、絶対的平等ではなく相対的平等を意味するとされており、状況によって

平等のあり方が左右されるのであるから、権利としての内容を持たない。その意味で、平等の原理は公共の福祉に似て、人権にかかる基本的制約の原理にとらえるのが相当であろう」と主張する。中川剛・前掲書・三九頁参照。

(27) 中川教授は、「憲法一四條一項前段の『法の下平等』は、ここにいう法から憲法が排除される理由がないので、立法者をも拘束する」として、いわゆる法と憲法との関係より立法者拘束を説明する。中川剛・前掲書・四〇頁参照。

(28) 「こんにちでは、平等原則の立法者拘束性を否定する見解は、ほとんどみあたらず、判例も、平等原則が立法者をも拘束するものであることを当然の前提にしているものとみられるから、平等原則の立法者拘束性についての議論は、それほど重要なものではなくなっている」と指摘される。浦部法穂・前掲書・一〇六頁参照。

(29) 芦部信喜・前掲書・二三頁参照。

(30) 阿部教授は、「(一四條の)一項の前段と後段は依然として独立した意味内容を有するものと解すべきであろう。法的平等の実現という目的は同じであり、後段は前段を具体化するものではあるが、前段はその目的そのものを規定し、『高次の国政指導原理』を定めるのに対し、後段は特定の事由について平等を実現する手段・方法を規定するのである。このように考えると、『平等』であるということ、すなわち法上平等に取り扱われるということ、差別されないということとは常に一致するとは限らないのである。人種、信条、性別、社会的身分または門地による差別は、合理性の有無を問うことなく、憲法違反となるが、それら以外の事由による差別は、それが合理的根拠を有するか否かにより合憲性が決定される。合理的根拠を欠く無差別(均等)の取扱いは、相対的平等の原則には反することになるが、人種、信条等に

よっては無差別的取扱いが要請されているのである」と説く。阿部照哉『基本的人権の法理』有斐閣（一九七六年）五三頁参照。

(31) 中村義孝・曾我英雄・久岡康成／編著『憲法と人権』晃洋書房（二〇〇一年）一四八頁参照。

(32) 安藤高行編『憲法Ⅱ基本的人権』法律文化社（二〇〇一年）六七頁参照。

(33) 辻村みよ子・前掲書・二〇六頁参照。

(34) 性別二元制については、単にこれを否定する考えだけではなく、TSやTG間でも意識間格差があることが指摘されている。「こういった人たちにとって居心地のよい社会であるためには、社会の雰囲気として、多様な性のあり方が、そのありのままを受け入れられ、いろいろなあり方の人たちが共生していける社会であることが大切です。性別二元制のなかで、『男性であること』から『女性であること』に、性のポジションを変えることを自分の大きな課題とする人もいますが、体の性と心の性がずれていることそのものを受け入れたライフスタイルを考えている人もいて、かなりの多様な様相をみせています」セクシュアルマイノリティ教職員ネットワーク編著・前掲書・一一八～一九頁以下参照。