



飽くなき贖罪を超えて

——『平等権解釈の新展開』の楔——

大 林 啓 吾

「長い呪縛から解放されたかしら」(湊かなえ『贖罪』289頁(双葉文庫、2012年))

1 贖罪の季節

日本国憲法は贖罪を孕んでいる。前文の「政府の行為によって再び戦争の惨禍が起こることのないようにすることを決意し」、「日本国民は、国家の名誉にかけ、全力をあげてこの崇高な理想と目的を達成することを誓う」は紛れもなく贖罪を語っている。しかし、だからといって日本国憲法は過去の上に眼差しを向けているわけではなく、それは「われらとわれらの子孫のために」決意するものであることからすれば、日本国憲法の理念は将来にも向けられており、その意味において未来志向でもあるのである。

未来志向性は平和主義の文脈にとどまらず、むしろ権利保障の文脈においてより強調されている。憲法11条は「この憲法が国民に保障する基本的人権は、侵すことのできない永久の権利として、現在及び将来の国民に与えられる」と定めており、現在世代そして将来世代のための権利保障を企図している。極めつけは、憲法12条が「この憲法が国民に保障

する自由及び権利は、国民の不断の努力によって、これを保持しなければならない」としている点である。同条は現在に生きる者が権利を持ち続けるように努めなければならないことを示しているようにみえるが、11条との連関を踏まえれば、それは現在世代が将来に向けて権利を発展させていかなければならないことをも含有する。

かかるプロジェクトは、現在に生きる者が過去を顧みながら将来の発展を時間横断的に試みるものであり、一定地点にとどまらず、絶えず未来に向けて歩み続けなければならないという試練を国民に課すものでもある。

日本国憲法に限らず、憲法には贖罪的要素が含まれていることが少なくない。たとえば、南アフリカ憲法の前文は「我々南アフリカ人民は、過去の過ちを認め」という反省から始まっている。しかし、斯く反省の弁を述べていなくても、あらゆる憲法は過ちを顧みながら将来に向かって前進するプロジェクトであるという意味において、贖罪の要素を含んでいる可能性がある。

実際、立憲主義のプロジェクトを贖罪と位置付ける、贖罪の憲法論が静かに流行の兆しを見せている。ジャック・バルキンの『憲法の贖罪』⁽¹⁾はその卑近な例であり⁽²⁾、江藤祥平の『近代立憲主義と他者』⁽³⁾もその部

(1) JACK M. BALKIN, CONSTITUTIONAL REDEMPTION: POLITICAL FAITH IN AN UNJUST WORLD (2011) [hereinafter BALKIN, REDEMPTION]. See also JACK M. BALKIN, LIVING ORIGINALISM (2011).

(2) アメリカでは同書に関する書評はもちろんのこと、同書の問題関心を素材としたシンポジウムも開催されている。See, e.g., Leslie Friedman Goldstein, *Book Review: Constitutional Politics and the Political Constitution*, 47 TULSA L. REV. 177 (2011); Stephen M. Griffin, *Book Review: How Do We Redeem the Time?*, 91 TEX. L. REV. 101 (2012); Lawrence B. Solum, *Book Review: Faith and Fidelity: Originalism and the Possibility of Constitutional Redemption*, 91 TEX. L. REV. 147 (2012); Natalie A. Waryck, *Symposium: Constitutional Redemption & Constitutional Faith: Introduction*, 71 MD. L. REV. 953 (2012). 日本でも、川鍋健「テキスト解釈とその目的——ジャック・M・バルキンの『生ける原意主義』、そして『憲法の救贖』という物語について」一橋法学16巻1号165頁(2017年)はこの議論を扱っている。

類に含まれるだろう。「贖罪」は後ろ向きの語感のある言葉であるが、憲法論の文脈においては必ずしもそうではない。むしろそれは将来に向けて憲法的価値の発展を目指すものであり、希望のプロジェクトである。

バルキンによれば、憲法は妥協に基づいて制定されたものであり、過ちを顧みながら将来に向かって前進を続けるものであるという。バルキンの問題意識は「生ける原意主義」(living originalism)の実践を可能にする憲法理解を提示することにより、憲法の通時性が生ける原意主義に連動している。

バルキンが提示した生ける原意主義は、その名の通り、原意主義と生ける憲法を接合したものである。憲法制定時の条文の意味に忠実であろうとするのが原意主義であるとすれば、憲法条文は将来に開かれているのであって過去の意味にこだわらないとするのが生ける憲法である。一見すると対極にあるこれらの議論を横目に、憲法条文の実践を過去に固執する部分と将来に開かれた部分とに分けることによって接合を試みたのが生ける原意主義であった。バルキンは、憲法条文を解釈と適用とに分け、解釈は文言の意味または原意に基づいていなければならないが、適用は将来に開かれていると考える。こうして憲法は過去へのコミットメントを続けたまま、将来に向かって対応することができるという、通時的プロジェクトが構想されるのである。これについては憲法解釈方法論としては両者に径庭があると思われるものの、憲法観としては接合可能性を秘めたものであると考えられる⁽⁴⁾。

バルキンは「贖罪」(redemption)をキーワードにして、この生ける原意主義、ひいては憲法自体の正当化を試みている。バルキンによれば、憲法起草者、そして憲法にコミットメントしている人民が築き上げてきた物語こそが憲法の核心であるという⁽⁵⁾。そして憲法は贖罪の物語として描くことができるとする。というのも、「あらゆる憲法は政治的駆け

(3) 江藤祥平『近代立憲主義と他者』(岩波書店、2018年)。

(4) 大林啓吾「司法裁量——原意主義と生ける憲法の接合は可能か？」大沢秀介・大林啓吾編『アメリカの憲法問題と司法審査』267頁(成文堂、2016年)。

(5) BALKIN, REDEMPTION, *supra* note 1, at 2.

飽くなき贖罪を超えて

引きが最高潮に達した時に行われる苦悩に満ちた、欠陥のある、そして不完全な妥協から成るため、我々は贖罪を必要とする」⁽⁶⁾ので、「妥協の産物である憲法を通時的に回復させていくことが重要になる」⁽⁷⁾からである。妥協の結果として生まれた憲法は完全体ではないがゆえに、常に批判に開かれていなければならない、そして改善していかなければならない。この改善作業に終わりはなく、人々は憲法の贖罪を続けることになる。それゆえ、憲法典自体が正当性を有するわけではなく、人々の飽くなき贖罪によってこそ、憲法は正当性を有するのである。

バルキンは贖罪の憲法論の例としてしばしば平等の問題を挙げている。奴隷制を認める余地のあった合衆国憲法は南北戦争を引き起こす結果となり、さらに南北戦争後も平等は完全に実現されていない。そもそも修正14条も妥協の産物であり、平等のための改善が不可欠なのである。

修正14条は奴隷制の過ちという歴史的経緯を乗り越えようとするものであることから、まさに贖罪的要素を見出しやすいわけであるが、バルキンの唱える贖罪の憲法論は必ずしも悔恨の要素を前面に出すものではなく、むしろ憲法が政治的妥協によって成立した不完全なものという点を認識すべきであるというところに重点を置く。ゆえに、憲法が明文で反省を述べていなくても、贖罪の憲法論はおおよそ憲法たるものすべてに妥当する、とバルキンは考える。つまり、贖罪の憲法論とは、政治的妥協の結果できた不完全な憲法の内容を通時的に発展させていくプロジェクトなのである。

2 別のシナリオ

憲法の物語を過去から解きほぐし現在から将来へと紡いでいこうとするバルキンの構想は、伝統的価値を維持しながら新たな価値観をも受容する懐を備える点において、政治的イデオロギーを超えて共感を得やすいものである。しかし、そのシナリオはやや楽観にすぎるきらいがあ

(6) *Id.* at 6.

(7) *Id.*

る⁽⁸⁾。バルキンのシナリオはこうである。憲法は妥協の結果成立したものであり、完全体ではないがゆえにそれは批判に対して寛容であり、批判を受けて改善されていく。この通りに進む場合もあるだろうが、しかし、常にそうとは限らない。

憲法が妥協の結果成立したことを出発点として考えた場合、その後の経過において、いくつか別のシナリオが考えられる。1つは、その後批判を受けて改善されるのではなく、むしろ改悪されていくパターンである。たとえば、バルキンがたびたび言及する修正14条を取り上げて奴隷制度を復活させるシナリオを想定してみよう。奴隷を禁止したものの、少子高齢化社会を迎えた現代においては人手不足を解消するために奴隷制度をもって対応するしかないという意見が登場し、奴隷禁止を規定した修正14条は将来の見通しが甘かったとする批判が蔓延したとする。その意向を受けた政府は、修正14条が禁止した奴隷制はあくまで虐待や過酷な労働を強いる奴隷制度であり、ソフトな奴隷制度を禁止したわけではないと理解して、奴隷制度を復活させ、司法もそれを追認してしまうという事態が生じるかもしれない。贖罪の憲法論には、かかる改悪のシナリオもありうるのである。

これに対し、それはもはや贖罪ではないので、贖罪の憲法論をはみ出したものとして斬り捨てることができるかもしれない。しかし、何をもって贖罪というのかは定かではないがゆえに、改悪ではなく贖罪であると反論することは可能である。先の例でいえば、奴隷禁止はマイノリティを自由にとことだけでなく、生きていく術を身に付けさせていくことも含意していると捉え、むしろソフトな奴隷制度を創設することでマイノリティの生活保障を行うことが贖罪になるという反論が考えられよう。

あるいは、バルキンの生ける原意主義の構想では解釈と適用に分かれ

(8) Kermit Roosevelt III, *Book Review*, 91 TEX. L. REV. 121, 134 (2012). ルーズベルトは、バルキンの構想自体には賛同しつつも、「バルキンの説明はアダムとイブが墮ちる前の、憲法の樂園を求めているように思える。しかし、そんなものは決して存在しない」と指摘している。

飽くなき贖罪を超えて

ていたことから⁽⁹⁾、それと組み合わせて、解釈と適用を規定ごとに分けるのではなく、規定の中においても峻別することで改悪に対抗できるのかもしれない。たとえば、修正14条では奴隷禁止が原意であり、デュープロセスが適用だと考え、奴隷を復活させることはできないが、デュープロセスに基づいて新しい権利を認める方向には開かれていると考えるわけである。だが、解釈と適用の区別困難性の問題は残るわけであり、その区分次第では先の改悪の懸念は依然として存在することとなる。

それ以上に懸念されるのが、贖罪の停止である。勿論、贖罪のプロジェクトは将来に向けて継続していくことが想定されている。だが、それは想定にすぎない。実際には贖罪が行われたとしても、長年の償いによって赦しが与えられると考えて、贖罪を終える日が来るかもしれない。バルキンからすれば、贖罪を停止した憲法はもはや正当性を持たず、承服しえないかもしれないが、それは往々にしてありうることである。

3 贖罪は終わったか？

通時的憲法プロジェクトは、飽くなき贖罪を、換言すれば過去の失敗を踏まえながら将来に向けた改善の営為を間断なく要求するわけであるが、この不断的努力を続けることができるかという問題は、実は日米の最高裁が共通して抱えている課題でもある。とりわけ、アメリカでは

(9) バルキンの生ける原意主義は、憲法条文を骨組としながら、それを基に自己統治を進めていく「骨組型原意主義」(framework originalism)という構想であり、その実践は条文の意味や原意を尊重する解釈と将来に向けて開かれている適用とに分かれる。憲法解釈は条文の意味を明らかにする作用であり、その言語的意味は現代の意味と変わらないため、そのまま言語的意味または原意を明らかにすることになる。一方、憲法条文が具体的内容を示していない場合、三権は憲法を現実に応用することで憲法内容を具体的に実践していく。そのため、適用の場面では条文の言語的意味や原意に拘束されず、将来に向けて展開していくことになる。なお、バルキンの生ける原意主義については、大林・前掲注(4)283-287頁を参照。

連邦最高裁が贖罪を終わらせようとする方向に舵をきろうとしている。

奴隸制廃止後も、諸々の場面で人種差別が顔を覗かせ続けてきたアメリカでは、かつて選挙制度において読み書き能力テストを課すなど、人種的マイノリティを選挙から実質的に除外しようとする試みが行われることがあった。そのため、1965年投票権法は選挙制度に関する事前承認制度を採用し(5条)⁽¹⁰⁾、差別を行うおそれのある地域を指定し(4条(b))⁽¹¹⁾、事前に承認を得るように義務付けてきた。しかしながら、それから約半世紀が経過した今、もはやその制度は不要ではないかという議論が高まり、同法の合憲性をめぐる問題が連邦最高裁に持ち込まれたのである。この制度は修正14条や修正15条の要請を受けたある種の贖罪規定といえるわけであるが、この問いに対し、連邦最高裁はもはや贖罪は終わったとする判断を下した。2013年のShelby County v. Holder連邦最高裁判決⁽¹²⁾である。連邦最高裁によれば、半世紀以上経過した今、かつてのような選挙における差別は大きく解消されているという。そのため、連邦最高裁は指定方式を採用する投票権法4条(b)は憲法に反するとしたのである⁽¹³⁾。

法廷意見を書いたロバーツ長官は、「かつては選挙における人種差別が横行していたが、我々の国は変わったのであって、連邦議会は法律が現状に見合った問題解決をしているのかを確認しなければならない」⁽¹⁴⁾と締めくくっており、贖罪が終わったかのような認識を示している。トーマス裁判官に至っては、「今日、我が国は変化した」⁽¹⁵⁾と宣言し、事前承認制度自体が違憲であるとしている。

(10) § 5 of the Voting Rights Act of 1965, 42 U.S.C. § 1973c.

(11) § 4(b) of the Voting Rights Act of 1965, 42 U.S.C. § 1973b(b).

(12) Shelby County v. Holder, 570 U.S. 529 (2013).

(13) なお、本件の憲法問題は連邦制の観点から判断されており、連邦が必要のない選挙規制を州に課すことが州の主権を侵害するというものであるが、本件の実質的争点は平等の要請を受けた事前承認制度が必要かどうかであった。

(14) 570 U.S. at 557.

(15) 570 U.S. at 558 (Thomas, J., concurring).

飽くなき贖罪を超えて

これに対し、ギンズバーグ裁判官は反対意見を執筆し、「差別はまだ残っている。それは疑いようがない。」しかし、連邦最高裁は今日その差別を止めるために最も相応しいと考えられてきた救済策を終わらせてしまった⁽¹⁶⁾と嘆いている。

法廷意見と反対意見は正反対の事実の認識をしているわけであるが、それは同時に贖罪を終わらせるかどうかに関結するものであり、保守派の5人は贖罪を終わらせ、リベラル派の4人はなお贖罪を続けるべきとしたのである。

さらに、アファーマティブアクションをめぐる問題においても贖罪を終わらせる時期に近いという認識が芽生えつつある。2003年のGrutter v. Bollinger連邦最高裁判決⁽¹⁷⁾は、「我々は、今から25年後には、人種の選好を使用することが現在認められている利益を促進するためには必要とはいえなくなっている⁽¹⁸⁾」と述べた。アファーマティブアクションは過去に黒人を差別してきたことを贖う意味合いが含まれており、まさに贖罪の卑近な例である。Grutter判決は四半世紀経てばその贖罪に終止符が打たれるとしているわけであるが、しかし、そう簡単にこの贖罪が終わるのかという問題があることに加え、通時的憲法観からすれば、かつての負の境遇から容易には抜け出せなくなっている社会的構造を将来に向けて転換していくことが求められるようにも思える。

アファーマティブアクションにおいても、保守派がそれにピリオドを打とうとし、リベラル派がそれを継続しようとしていることからすれば、保守派は過去を清算し、リベラル派は過去の実省を続けようとしていることになる。この構図だけを見ると、歴史や原意に敬意を払いがちな保守派が過去の拘束から逃れようとし、現在そして将来に向けた自由を推進するはずのリベラル派が過去に縛られているような様相を呈しているため、逆転現象が生じているかのような印象を受ける。つまり、時間軸からすれば、過去志向の保守主義と現在・未来志向のリベラリズム

(16) 570 U.S. at 560 (Ginsburg, J., dissenting).

(17) Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003).

(18) *Id.* at 343.

がベクトルの向きを逆にしているようにみえるのである。

しかしながら、たとえば同性婚の事案においては、保守派とリベラル派の時間的志向はこれまで通りであり、そこに逆転現象はみられない⁽¹⁹⁾。そうであるとすれば、先の選挙制度とアファーマティブアクションにおいては、実際には逆転現象が起きているわけではなく、むしろ何か抜け落ちている部分があるがゆえに、逆転しているようにみえてしまうと考えられる。

では、そこで足りない要素は何か。それは主としてリベラル派に欠けているものであり、贖罪の先にあるもの、すなわち将来に向けた改善である。実は、保守派にとって贖罪を終わらせることは必ずしも過去を軽視するわけではない。もともと修正14条の要請がそれほど強いものではなく、ましてや制定当時アファーマティブアクションといった手法までも意識していなかったと考えるのであれば、早く終わらせてしまっしかなるべきということになるからである。

他方で、リベラル派にとって過去の清算は必要な行為であるが、贖罪を続けるだけではリベラル派が求めるはずの将来の自由との連関が見えにくい。選挙制度のチェックやアファーマティブアクションがマイノリティの地位向上に寄与するとしても、そこから先の展望が示されていない。贖罪の先にある展望が不明瞭なのである。

他面、日本の最高裁をみると、最近になって贖罪を果たしているような分野を垣間見ることができる。平等の分野である。国籍法違憲判決⁽²⁰⁾、非嫡出子相続分規定違憲判決⁽²¹⁾、再婚禁止期間違憲判決⁽²²⁾など、これまで司法消極主義とみなされてきた司法が立て続けに違憲判断を下している。しかも、対象となった規定は旧家族制度の名残があると批判

(19) 同性婚の是非をめぐる事件においては、伝統的な婚姻にこだわる保守派が同性婚反対、必ずしも従来の婚姻形態にこだわらないリベラル派が同性婚賛成、というように分かれている。See *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015).

(20) 最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁。

(21) 最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁。

(22) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁。

飽くなき贖罪を超えて

を受けてきたものであり、まさにそれに対する贖罪を行っているようにみえるのである。

しかしながら、類似の問題に対してすべて贖罪を果たしているかという、そうではない。たとえば非嫡出子戸籍記載判決⁽²³⁾では事実行為であることを理由にその合憲性を認めており、問題はそのまま残置されている。これについても、贖罪にコミットメントし続けられればいずれ救済されることができると考えるかもしれない。だが、それは楽観的期待であるように思われる。というのも、日本の最高裁は事実行為による憲法上の権利侵害を認める姿勢を示しておらず、同時に結果としての差別も認めていない。そのため、これに対する贖罪はなお相当高いハードルが存在しているといえる。

また、日本の最高裁のアプローチは贖罪と異なる可能性がある。なぜなら、違憲判断を下したいずれの事件も、社会変化を理由の1つにしている。そこでは、憲法解釈の変化が示されておらず、違憲判断の根拠も弱い。憲法解釈が不在であるとすれば、憲法へのコミットメントを求める贖罪の憲法論が実践されているとはいえないだろう。そのため、日本の最高裁は贖罪の憲法論を十分に実践しているとはいえないように思える。

4 触媒

贖罪の憲法論は憲法の通時性を描き出す点で魅力的な構想ではあるが、先述したように、真に実践されるかどうかという点で楽観にすぎ、今後も実践されるかという点においてやや疑わしい。また、憲法自体が贖罪のプロジェクトであるとしても、具体的内容については憲法の規定ごとに考えざるを得ないわけであるが、規定によっては贖罪の要素のあるものとそれが見当たらないものが存在し、その区別が困難であるという問題もある。さらにいえば、各国の憲法がそれぞれの歴史的文脈に依存しながら贖罪の物語を紡いできたことを踏まえると、贖罪の憲法論がびたりと当てはまる場合とそうならない場合とがあるように思われる。

(23) 最一小判平成25年9月26日民集67巻6号1384頁。

たとえば、アメリカの判例は原意に触れながらそれを尊重することあれば発展させることもあり、どちらのアプローチも憲法のストーリーを紡ぎながら判断を行う傾向にあるが、日本の判例は原意に触れることは減多になく、憲法の物語を作ることに消極的である。関連して、アメリカであれば、自ら犯した過ちを自ら悔いていくというストーリーがしっくりくる。他方で、日本のように過去の過ちを外国によって悔いるように強いられたという外形を備える場合、自発的ではなく外部から強いられる贖罪が果たして贖罪といえるか、つまり自発性に欠ける贖罪が贖罪足りうるのかという問題もあるのである。

このような課題のうち、贖罪の憲法論の実行可能性の問題は贖罪の憲法論が見落としている部分に光を当てることによって幾分解消されると思われる。触媒である。憲法制定しかり、憲法実践しかり、憲法が動くときには触媒の働きが重要である。触媒は憲法の動きを加速させるだけでなく、これまでとは異なる新たな憲法秩序形成を行うこともある。

触媒の典型が戦争である。アメリカであれば、独立戦争を契機とした憲法制定や南北戦争を契機とした修正14条、日本であれば、第二次世界大戦を契機とした憲法改正などが挙げられる。憲法実践においても、Brown v. Board of Education of Topeka連邦最高裁判決⁽²⁴⁾、市民権運動、市民権法の制定は平等を促進する触媒となり、同性婚についても下級審の違憲判断の積み重ねが同性婚許容州を急激に増やす結果となり、同性婚容認に向かわせる触媒となった。日本においても、国際状況の変化や国内の社会変化が最高裁を違憲判断に向かわせる触媒になっている。

ここでいう触媒は、憲法を発展させる契機になると同時に、発展のための理由にもなる。つまり、憲法の実践には触媒が重要な働きをしていることに着目し、立法府、執行府、司法府の憲法アクターがその触媒を見逃さずに反応すれば、贖罪の実践可能性は間違いなく高まる。

それでは、憲法アクターが触媒を認識して活用しなければならない理由はあるのか。それは信託に求めることができる⁽²⁵⁾。立憲民主主義を採

(24) Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

用する国では、人民が国政を憲法アクターに委ね、憲法アクターが人民の利益のために行動することが要請される。憲法アクターは人民の信託を受けて行動するわけであり、また行動しなければならない。人民は、将来世代のことを考えて憲法的価値を発展させなければならない責務を負っているが⁽²⁶⁾、当然ながら人民の信託を受けた憲法アクターもその責務を果たさなければならない。それゆえ、憲法アクターは憲法の実現となる契機を逃さずに捉えなければならない、その触媒を大いに活用しなければならない。具体的には、人民の動き、他部門の動向、外国情勢や国内状況の社会変化、さらには自らの機関が下した先例、専門家の見解などを常時注視し、それを触媒として憲法的価値を発展させていなければならないのである。

勿論、触媒は諸刃の剣でもある。それは、状況に応じた機敏な対応を可能にすることから、変化の激しい現代に見合った憲法秩序の形成を期待することができる。また、後付けのようにみえる社会変化などの要因を憲法の実現に必要な要素として捉えるため、社会変化を理由とする憲法判断に積極的意味を与えることができる。他面、それは戦争を契機とする憲法の実現を肯定することにつながる。また、いわゆる社会変化に依存する憲法秩序形成は時の流れに身を委ね、失ってはならない憲法の基本的価値を揺るがすおそれがある。これに対して、バルキンのように解釈と適用とに分けて対応するという選択もありうる。しかし、その区別が難しいとすれば、結局事案ごとに短期的および長期的視点からリスクを考慮し、コストベネフィットに基づく判断をせざるをえないだろう。

(25) 近時、アメリカでは信託的立憲主義の構想が注目されつつあるが、私は、アメリカのみならず、むしろ日本に馴染むものだと考えている。See, e.g., Keigo Obayashi, *Trust Your Government?: The Meaning of "Trust" in the Constitution of Japan*, Tenth Annual Constitutional Law Colloquium at Loyola University Chicago School of Law, Chicago, United States (Nov. 8, 2019).

(26) たとえば、アメリカ合衆国憲法も日本国憲法も、その前文で将来の子孫に自由の恵沢を確保することを述べており、人民が将来世代のために憲法的価値を発展させることを約束している。

5 贖罪を超えて？

現況、日本の最高裁は贖罪の姿勢を見せながらも、もう一歩先には踏み込めていない。平等の文脈でいえば、過去の制度設計に囚われた法を違憲にする傾向にあるものの、それは過去の清算にすぎず、事実上の差別の問題など、将来に向けた扉を開いているとはいえない。その先に進むためには先に提示したような触媒的要素を積極的に認識し活用する必要がある。

この状況を打破し、その水先案内になるのではないかとと思われるのが白水隆の近著『平等権解釈の新展開』⁽²⁷⁾である。同書は、結果の平等を志向する実質的平等権概念の実現を目指し、日米の最高裁が等閑視⁽²⁸⁾していた間接差別に目を向け、間接差別の法理の形成に注力し、さらには憲法解釈が果たす救済の側面に着目してその意義を提示しようと試みるものである。

実質的平等を実現するに際し、白水が比較法として大いに活用したのがカナダであった点も重要である。カナダは生ける樹(living tree)⁽²⁹⁾をモチーフとする国として有名であり、その発想は生ける憲法、ひいては通時的憲法観に親和的だからである。

白水によれば、これまで憲法判例のみならず、憲法学説も平等の射程を直接差別のみに限定し、間接差別を扱ってこなかったという。しかし、現代においては、国家が一見すると差別には見えないような巧妙な方法で差別的行為を行うことがあり、また時に無自覚的に行った活動が結果的に差別的効果をもたらしてしまうことがある。さらに政府はきわめて多くの場面で活動し、さらにその行為態様も複雑多様化しているた

(27) 白水隆『平等権解釈の新展開—同性婚の保障と間接差別の是正に向けて—』(三省堂、2020年)。

(28) なお、ここでは憲法上の平等問題が生じた際に間接差別が認められていないことを指しているだけで、アメリカの連邦最高裁は雇用差別等の分野では間接差別を認めることもある。

(29) 「生ける樹」の概念については、手塚崇聡「憲法解釈における『生ける樹』理論と司法積極主義」法学研究91巻1号427頁(2018年)。

め、古典的な有形力の行使のみならず、よりソフトな手法がとられることが少なくなき、また強制と非強制の間にあるような事実上の強制的手法が増えている。それゆえ、政府行為の目的のみならず、結果がもたらず差別にも対応する必要性が生じてきているのである。

そこで白水は、差別的意図に着目してきた日米の判例法理よりも、実質的平等概念を採用し、間接差別にも対応してきたカナダ最高裁のアプローチを参照しながら、間接差別への対応策を模索する。間接差別を判断する際に障壁となるのが、何をもって間接差別とみなすか、さらにはその事実をどのように認識すればいいかという点である。これについてカナダ最高裁はアドホックな対応をしているとみられるものの、少なくとも不利益が生じていることを立証する必要があるとしている。そしてその不利益を証明する際に統計証拠が用いられることがあり、それによって間接差別の有無を判断しているとされる。

このように、間接差別禁止法理の形成に向けた分析は、平等を一步先に進めるために重要である。勿論、カナダの方法が最善というわけではなく、またいきなりカナダの手法に切り替えるというのも現実的ではないだろう。しかし、たとえば、間接差別が疑われる事案では意図の審査を厳密に行い、それによって不当な動機が炙り出された場合には差別を認めるなど、これまでの意図に着目した審査と連動させることによって漸進させることはできるだろう。その延長には、間接差別禁止法理も見据えた方法もありうるわけであり、その意味で将来の発展に寄与する側面がある。

さらに白水は救済に着眼し、憲法解釈が救済と連動している点を重視する。憲法訴訟における救済は、当事者の救済を指す場合もあれば憲法問題それ自体を解決することを意味する場合もあり多義的であるが、カナダでは憲法解釈方法が救済とみなされているという。カナダには、違憲無効、一時的に有効、一部意見、合憲拡張解釈、合憲限定解釈、適用違憲といった憲法解釈方法が存在し、それぞれの解釈方法を救済に連動させている。たとえば、平等の文脈でいえば、社会保障の受給資格について差別的疑いが生じた場合に合憲拡張解釈を行うことで当事者にも受給資格を認め、同制度を維持したまま当事者を救済することができる、

といった具合である。白水はカナダ最高裁のように当事者の救済を意識した憲法解釈が重要になってくるとしている。

このように、『平等権解釈の新展開』は現代に見合った平等に関する法理を提示するものであり、平等保護を将来に向かって進めるための楔を打つものである。もっとも、白水は同性婚問題の文脈において司法が社会変化を理由として対応することを正面から賛美するものではなく、むしろ現代に対応した憲法24条解釈を繰り広げるのであれば司法の価値観が入り込む可能性を問題提起しており⁽³⁰⁾、このアプローチに基づく憲法的価値の発展については懐疑的であり、少なくともこの文脈においては贖罪の憲法論と必ずしも軌を一にしているわけではない。

だが、白水が憲法解釈の持つ意義に着目する点は贖罪の憲法論の展開にも関連する。憲法解釈方法という点においては、豊富な手法を有するカナダの最高裁と比べればなお改善の余地があるかもしれないものの、国籍法違憲判決では無効とする部分を勘案した判断を行い、また再婚禁止期間違憲判決でも100日を超える部分を違憲とするなど、日本の最高裁も救済を意識した憲法解釈を行っているようにみえる。しかし、憲法解釈の必要性はかかる憲法解釈方法にとどまらない。日本の最高裁は社会変化の法理を用いる際に、憲法解釈の変更に触れていない。これでは憲法問題が立法事実収斂してしまい、憲法へのコミットメントの姿勢が見えてこない。その結果、将来に向けて開かれた憲法の内容が見えなくなってしまう。

実際、たとえば今後判断に直面するであろう同性婚問題においては憲法解釈が必要になってくると思われる。このとき、社会変化を考慮した憲法判断を行うのであれば、立法事実の変化を考慮するのか、平等や婚姻に関する憲法解釈を変化させるのか⁽³¹⁾、などといった選択肢がありうる⁽³²⁾。これまでの司法態度からすれば後者を置き去りにするおそれがあ

(30) 白水・前掲27/108頁。

(31) 平等であれば性的志向が平等保護の範囲に含まれるかどうか、婚姻であれば「両性」が「同性」を含むかどうか、などの憲法解釈の問題が考えられる。

飽くなき贖罪を超えて

る。しかし、憲法へのコミットメントを続け、憲法的価値を将来に向けて発展させるためには憲法解釈が必要であり、またそうすべきであると考ええる。

本稿は、白水隆の『平等権解釈の新展開』の書評である。ここまで読んでわかるように、同書の内容紹介や分析は必ずしも十分なされているとはいえず、オーソドックスな書評からやや外れているかもしれない。だが、平等分野を専門とするわけではない私ができることには自ずから限界があるとすれば、半端な内容紹介や小手先のコメントを付けるよりも、立憲主義のうねりの中で同書がどのような意義を持ちうるかを考察することに意味があると考え、かかる視点から筆を進めてみた⁽³³⁾。通時的憲法のプロジェクトにおいて学説が触媒として果たす役割は微々たるものかもしれないが、さらなる先へと誘う理論的機能は必ずしも小さくないはずであり、その意味で同書も重要な役割を担うと思われる。

(32) なお、憲法13条の問題も関連するというアプローチもある。

(33) 勿論、その試みの拙さは私自身が責を負う。