

日本における平等審査の判断枠組み  
—アファーマティブ・アクションの導入に向けて

20H2042 加藤樹

I. はじめに

2022年11月20日、東京工業大学はホームページにて、2024年4月入学の学士課程入学試験の総合型選抜及び学校推薦型選抜において女子枠を設けることを発表した。これは、アファーマティブ・アクション（Affirmative Action、以下AA）やポジティブ・アクション（Positive Action、以下PA）と呼ばれ、日本語では積極的差別是正措置などと訳されているものに該当する。最近の日本では、このように女性の活躍を推進する動きが多くみられるが、今回の東工大の取り組みは、これまで行われてきたAAと比べて積極的な政策であるため、注目を集めている。これまで行われてきたAAとして、例えば、内閣府では、2000年から2020年にかけて5回ほど男女共同参画基本計画が打ち出されてきている。2020年に公表された最新の第5次男女共同参画基本計画の内容としては、2025年までに衆議院議員・参議院議員の候補者に占める女性の割合をそれぞれ35%にするという目標や、2025年までに検察官に占める女性の割合を30%にするという目標が掲げられている。これは、ただ目標数値を設定しただけであり、そのために最善の努力を尽くす義務はあるものの、上記の東工大の政策に比べて実質的な効果は薄く、積極性に欠けている。他にも、大学職員の採用に関して、男女の評価が同等である場合は、積極的に女性を採用するといった取り組みも行われている。しかし、現状男女の格差は是正されていないように見受けられる。というのも、2005年に発表された第2次男女共同参画基本計画では、指導的地位に占める女性の割合を30%にするという目標を掲げていたが、第5次男女共同参画基本計画でも「2020年代の可能な限り早期に指導的地位に占める女性の割合が30%程度」になることを目指すと発表しており、目標数値が全く変化していないからである。このように、積極性の低い取り組みでは改善されないことを受けて、東工大は今回のような女子枠を設けるという手段を取ったと考えられる。このような取り組みは、男女の格差を是正するという目的では、有効な手段かもしれないが、憲法学的な観点からみると、憲法14条1項が保障する法の下での平等に反しないかが問題となってくる。

そこで本稿では、まず、日本における平等審査の判断枠組みにかかる学説の議論を整理し、それを踏まえて、平等判例において重要な3つの違憲判決を中心に判例の判断枠組みを確認する。判例の理解の仕方に問題点がある場合は、学説を参照しながら、最適だと考える枠組みを再構成する。そして次に、日本でAAを導入する際に生じる問題を整理し、最後に、日本で用いられているAAのうち比較的最近の取り組みである東工大の入試における女子枠の是非について検討していく。

II. 憲法14条1項の保障内容

本章では、憲法14条1項に対する学説の理解を整理する。まず、憲法14条1項は、合

理的な根拠があれば区別が許されるとする相対的平等を保障しているという理解に学説で争いはない。その上で、形式的平等と実質的平等のどちらを保障したものであるのかという議論がある。当初は形式的平等を保障したものであると理解されており、機会の平等を保障すればよいと考えられていたが、現在では機会の平等を実質的に保障するという実質的平等も憲法 14 条 1 項の内容に含まれると考えられている。そのため、AA は対象でない者を形式的に不平等な取り扱いをするが、実質的平等の保障にあたりと考えられるため、許容されることになる。

次に、憲法 14 条 1 項は「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。」と定めており、この中の、「人種、信条、性別、社会的身分または門地」という後段列举事由と呼ばれるものの捉え方について整理する。後段列举事由の捉え方に関しては、平等権の範囲は憲法 14 条 1 項の列举事由に限定されると考える制限列举説と後段列举事由以外にも平等保障は及ぶと考える例示説が存在する。本稿では、後段列举事由以外にも警戒すべき差別事由は存在すると考えられるため例示説が妥当であると考えた。さらに例示説の中にも、単なる例示と捉える説と特別意味説の二つが存在する。前者は、差別が後段列举事由に該当する場合でも特に厳格に審査するわけではなく、一方後者は、後段列举事由に該当するだけで厳格に審査するという考え方である。これに関しては、後段列举事由が憲法に意図的に明示されたものであることからそれには何らかの意味があるとし、厳格に審査するという特別意味説が妥当であると考えた。特別意味説の中には、後段列举事由中で厳格度を変える学説もあるが、憲法からそのような趣旨は読み取れないことからすべてにおいて厳格に審査すべきである。これに加え、後段列举事由以外に区別が対象とする権利の重要性を考慮するという学説もあり、この学説によれば、区別が後段列举事由に該当するという点か、区別が対象とする権利が重要であるという点のどちらか一方が認められる場合は厳格審査をすべきであるとされている。

### III. 別異取扱いにおける重要判例

本章では、平等問題において違憲判断がなされた判例を中心に、最高裁が目的手段審査を用いているのか否かという点と、後段列举事由に関してどのように捉えているのかの主に 2 つの観点から整理する。ここでは、別異取扱いにおいて違憲という判断を下した 3 つの重要判例とそれらに関連する判例、さらには判例に対する学説の評価を見ていく。

本論文で取り上げるもの以外にも多くの平等問題の判例は存在するが、規制目的と手段を容易に是とする最高裁が、いかにして違憲という判断を導いたのかを整理することが重要であると考えたため、本論文では主に違憲判断を下した判例について見ていくことにする。尊属殺重罰規定違憲判決、国籍法違憲判決、再婚禁止期間違憲判決の 3 つの判決は、当該規定の立法目的とその目的と手段の関連性を明示的に検討しているため、平等審査の大枠としては、基本的に目的手段審査が用いられていると考えられる。非嫡出子相続分合憲決定は、立法目的と手段という言葉を用いず、立法理由と区別に言及しているため、一見目的手段審

査を用いていないよううかがえる。しかし、二段階で審査する点では目的手段審査と類似しており、また、差別であることを訴える非嫡出子に対して、立法目的が非嫡出子の保護であるという説明が本件においては適さなかったため立法理由という言葉を用いたと考えることができるので、本決定でも目的手段審査を用いられたと考えることができる。非嫡出子相続分違憲決定に関しては、総合衡量によって判断されたと考えられているが、この審査手法は様々な事情を総合的に考慮するという曖昧な審査であるため妥当でないと考えられる。

また、後段列举事由に関しては、いずれの事件においても、最高裁は何の言及もしていない。一方で、「自らの意思や努力では変えることのできない」という言葉を用いて後段列举事由と似たような性質について考慮していた。これに関しては、それだけで審査密度を上げることはなく、当該規定が対象とする法的利益が重要であることも認められる場合に審査密度を上げていると考えられる。前章の学説では、二つの要素のどちらか一方でも認められる場合に、審査密度を上げるという考え方もあったが、これに関しては、議会制民主主義の観点から立法府には広い裁量を認めるべきであると考えられるため、後段列举事由に該当するだけで審査基準を上げるべきではないと考える。加えて、「自らの意思や努力では変えることのできない」という性質は後段列举事由も備えているため、判断基準を明確するために、本稿では当該規定の区別が後段列举事由に該当するかどうかを考慮すべきである。

以上の学説と判例の考えを参照して、本稿では、平等審査一般において、基本的には立法府に立法裁量を認め、目的手段審査によって合理的な根拠の有無を問う緩やかな審査基準を用いるが、当該規定が対象とする法的利益が重要で、かつ、区別の指標が後段列举事由に基づく場合には、厳格審査基準を用いるべきであると考えられる。

#### IV. AA の憲法適合性

本章では AA とはどのようなものなのかを整理したうえで、上記でまとめた審査手法を用いて、実際に導入されている東工大入試の女子枠について検討する。AA には様々な問題があるが、多くの場合 AA が暫定的措置である限り問題にならないと言われている。しかし、国立女子大学の合憲性に関する議論を参照すると、AA の目的が達成されていると認められる場合にも正当化されているため、実質的には終期が限定されていない場合も正当化されていると言えよう。そこで、AA を導入することが憲法に違反しないかが問題となる。

AA の違憲審査に関しては、議論が進んでいるアメリカの議論が参考になった。アメリカの判例では、人種に基づく AA に対する審査に際しても、人種にかかる差別を設けるものとして、厳格審査基準を採用していた。しかし、アメリカでは、従来性差別においては中間審査基準が適用されてきており、人種に基づく AA にも通常人種差別事例に用いられる厳格審査基準を適用するという論理を参考にすれば、性別に基づく AA にも中間審査基準が適用されると考えられる。日本でも AA に対して採用する審査基準の議論が存在するが、その多くが、本来用いられるべき審査よりも緩やかな審査をすべきであると述べている。このような考えに基づき、本稿では、平等審査一般においては、当該規定が対象とする法的利益が

重要で、かつ、区別の指標が後段列举事由に基づく場合に、厳格審査基準を用いるべきであると述べたが、AAの審査においては、2つの条件が揃った場合には、中間審査基準で審査すべきであるとした。

東工大によるAAの合憲性に関する実際の検討として、目的審査においては、女性を受け入れることにより、多様性を確保し、学生の創造性を最大限活かすという目的が、重要な目的に該当すると考えた。手段審査においては、LRAの基準を採用し、より制限の緩やかな手段が可能かどうかを審査する。女子枠を設けることは厳格型のAAであるクォータ制に該当するため、それよりも緩やかな穏健型、中庸型では多様性の確保が見込めないことが必要とされる。これまでも、東工大は女性の進学を推進するために、様々なイベントを開催してきたが、問題が解決されなかったことから穏健型では多様性の確保が見込めない。また、男女共同参画基本計画でもあったように、政治分野や雇用の面においては、中庸型のゴール・アンド・タイムテーブル方式を採用しているが、依然として問題が解決していないことから、中庸型によるAAでも改善が見込めないと考えられる。つまり、穏健型や中庸型では早急な目的の達成ができないことは明白であり、より制限の緩やかな手法が存在しなかったと言える。以上のことから、東工大が女子枠を設けたことは憲法に違反するとは言えない。

## V. おわりに

本稿では、平等に関する学説と判例の理解を整理し、平等審査における判断枠組みを再構成したうえで、日本に導入されているAAの憲法適合性を検討した。平等審査一般においては、当該規定が対象とする法的利益が重要で、かつ、区別の指標が後段列举事由に基づく場合に、厳格審査基準を用いるべきであると述べたが、AAの審査においては、2つの条件が揃った場合には、中間審査基準で審査すべきであるとした。その上で、東工大が入試において導入した女子枠は憲法には違反しないという結論を導いた。日本における男女格差の根本的な解決は、東工大入試の女子枠のような積極的な取り組みがなければ見込めないと考えられる。依然として、男女格差が改善されていないのは、これまで積極的な政策を取り入れることに躊躇してきたからだと思われる。今回、東工大が新しい取り組みに挑戦したことを契機に、他の分野においてもより積極的な政策が打ち出されることを期待したい。しかし、国民の目には女性だけを優遇する逆差別と映る可能性があるため、運用の仕方には細心の注意が必要であろう。