

アファーマティブ・アクションから考察する平等権について

大塚直人

目次

1	はじめに	2
1.1	問題の所在	2
1.2	本レポートの構成	2
2	憲法 14 条 1 項の定める「平等」とは一形式的平等と実質的平等を中心に—	2
2.1	通説的理解	2
2.2	通説的理解に対する疑問	3
2.3	考察	3
3	アファーマティブ・アクションの捉え方	4
3.1	アファーマティブ・アクションの特徴	4
3.2	海外の動向—アメリカ—	4
3.3	海外の動向—カナダ—	5
3.4	我が国での検討	6
4	我が国におけるアファーマティブ・アクションの合憲性の考察	7
4.1	国公立女子大学の設置	7
4.2	地方公共団体のクォータ制	9
5	まとめ	9
6	参考文献	9

1 はじめに

1.1 問題の所在

通説によると、憲法 14 条 1 項では、形式的平等が保障されると考えられており、基本的には個人を均一的なものとしてみる機会の平等が保障されているに過ぎないとされる。国家が実質的な差別是正に働きかける措置は現行の憲法 14 条 1 項の解釈では直接は導くことのできないものである。

ただ、実社会においては、海外で大学入試にあたって特定の人種や女性に出願資格や素点に優遇措置を定めたり、国内でも男女共同参画社会の実現のためにポジティブ・アクションの必要性が議論されていたりと、社会的に少数派に位置付けられていた集団を優遇して平等を図ろうとする措置（アファーマティブ・アクション）がしばしば注目されている。このような措置はまさしく、形式的平等と実質的平等とが衝突する例であり、近代から現代への実社会の移り変わりを鑑みて今一度考える必要がある。

1.2 本レポートの構成

上記の問題点を踏まえ、まず。憲法 14 条 1 項が定める平等権とはどのような内容を保障するものなのか（形式的平等と実質的平等について）改めて考察する。そして、アファーマティブ・アクションの違憲審査基準はどのように考えるべきか他国の例も踏まえて考察し、最後にそれらをもとに我が国におけるアファーマティブ・アクションに該当する措置の合憲性を検討していくことにする。

2 憲法 14 条 1 項の定める「平等」とは一形式的平等と実質的平等を中心に

2.1 通説的理解

論者によって多少のニュアンスの違いはみられるものの、一般には、形式的平等では個人を「人」として形式において抽象的に捉え、事実上の違いがあっても法律上は均一なものとして対応することが求められる。一方で実質的平等では、個人を性別や経済環境などの実質において具体的に捉え、事実上劣位に置かれているものを有利に扱うなど、事実上の違いを考慮した対応が求められる^{*1}。また、このような理解を前提に、多くの論者は形式的平等（機会の平等）、実質的平等（結果の平等）という関係性により機会の平等と結果の平等とを説明する。

そして、憲法 14 条 1 項の定める「平等」とは形式的平等を意味するにとどまり、実質的平等は否定こそしないものの、あくまでもその対抗利益として登場するにすぎない。より具体的には、国家が実質的平等の実現を図ることは政治的義務にとどまることとなり、社会権的内容として捉えられることになる。

夫婦同氏合憲判決において、民法 750 条を「それ自体に男女間の形式的な不平等が存在するわけではない」として憲法 14 条 1 項に反しないと述べたうえで、「仮に、社会に存する差別的な意識や慣習による影響があるのであれば、その影響を排除して夫婦間に実質的な平等が保たれるように図ることは、憲法 14 条 1 項の趣旨に沿うものであるといえる」と述べた^{*2}ことから、この見解は最高裁も採用していると考えられる。

^{*1} 新井誠ほか『憲法Ⅱ 人権』（日本評論社、2018 年）61 頁〔佐々木執筆〕。

^{*2} 最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 巻 8 号 2586 頁。

2.2 通説的理解に対する疑問

通説的理解は、近代立憲主義が封建的身分制社会を否定し個人の平等な機会を保障することを求めたという平等概念の歴史的変遷、および実質的平等（結果の平等）を保障すると自由を過度に制約しかねないという自由と平等の緊張関係を根拠としている。

ただ、国内に事実上の不平等が残っているのに対しこれらの根拠から憲法 14 条 1 項の定める平等を一様に形式的平等（機会の平等）から依然として踏み込もうとしない立場には、現代の社会国家・福祉国家観からして疑問が残る。通説的理解の欠陥として、横坂教授は、自民党政権がいわゆる「被爆者援護法」制定に長らく消極的姿勢であった事例をあげ、私的領域における差別状況は裁判所・政治権力の制度的怠慢とそれに連動する民衆との間の根強い差別意識によって生まれたものだとして指摘する^{*3}。実質的平等を図ることを法令に任せると、このように国家が歴史的に蓄積された差別解消に積極的に関与する期待度は小さい。差別が依然として残り放置される状況を打破するためには、実質的平等の概念を社会権的内容として法令上の実現に任せざる消極的姿勢ではなく、直接的に保障する概念として近代立憲主義国家の保障する自由と極力衝突しない程度に現代的な平等理念を憲法 14 条 1 項に取り入れるべきだと考える。

2.3 考察

では、憲法 14 条 1 項の平等について考えるにあたってどのように解釈する余地があるか。

まず、憲法 14 条 1 項に実質的平等の概念を取り入れるべきだという主張が考えられる。吉田教授は、長期的な法的差別によって構造的な経済的・社会的差別が生じた場合、法的差別を取り去るのみでは本質的な利益配分の問題は解消されないと主張する。そして、社会経済的な不利益を負ったままの少数派に対して社会権に基づく施策が対応するのみであるとしたら侵害と救済の非対称からくる不公正があるとして、社会権規定に安易に代替することを避け、平等権固有の保障として正面から保障すべきであると述べている^{*4}。ただ、近代立憲主義国家としての自由を保障するためには形式的平等を基本的には保障しなければならない以上、通説の見解のような形式的平等（機会の平等）と実質的平等（結果の平等）という構造で考えると、どの程度実質的平等を認めるかの判断が困難であり、吉田教授の主張を素直には受け入れ難い。

このような形式的平等（機会の平等）と実質的平等（結果の平等）という二元的な解釈をとらずに、形式的平等と機械的平等、また実質的平等と結果の平等との結びつきを分ける見解もある。高橋教授は機会の平等と実質的平等とが結びつく概念を主張し、結果の平等と実質的平等とは常に結びつくわけではないと考えている。そして、個人の能力が発揮できるような機会を実質的に保障することが重要であると述べており^{*5}、具体的には夫婦同氏合憲判決では「女性に氏を選択する機会が実質的に保障されているかどうか」が問われると述べた^{*6}。また、辻村教授は、機会の平等と結果の平等という区別は平等実現の過程ないし場面に関するものであるのに対して、形式的平等と実質的平等との区別は平等保障の在り方に関するものであると説明している^{*7}。このように二元的な解釈から脱却すれば、現行よりもどの程度踏み込んだ平等の概念を憲法 14 条 1 項に取りこむべきか理論上考えやすくなるだろう。

^{*3} 横坂健治『平等権と違憲審査〔第 1 版〕』（北樹出版、1998 年）49 頁。

^{*4} 吉田仁美『平等権のパラドクス』（ナカニシヤ出版、2015 年）17 頁、161 頁。

^{*5} 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第 4 版〕』（有斐閣、2017 年）158 頁。

^{*6} 高橋和之「夫婦別姓訴訟一同氏強制合憲判決にみられる最高裁の思考様式」世界 879 号（2016 年）146 頁。

^{*7} 辻村みよ子『憲法〔第 5 版〕』（日本評論社、2016 年）157 頁。

確かに、平等であることを求めすぎると自由が過度に制約されかねないという自由と平等の緊張関係から平等を過剰に保障するべきではないといえるが、ここでいう平等とは自由に競争できる平等のことを述べているのではないか。とすると個人の能力を発揮できる実質的なスタートラインまでを保障するべきだとする機会の実質的平等は自由と衝突するものではなく、憲法 14 条 1 項に認められる余地は残っている。また、アフーマティブ・アクションに限らず、現行実施されている差別是正を図る措置といっても、その様式は多様である。例えば、国公立女子大学の設置は女子の大学進学率を一定度数確保するという結果の平等を保障するためになされるものであるといえるし、学生の経済状況に基づく奨学金の支給は家計の苦しい学生であっても平均的な世帯の学生と同程度に勉学を修めることができる環境を設けるという実質的な機会の平等を保障するためになされるものであるといえる。現代に残る差別解消に本腰を入れるためには、一様に実質的平等を図る措置であると一線を画するのではなく、その措置の対象である差別の現状やその措置の形式的平等に対する侵害程度を衡量しつつ、平等権で保障された措置か考えることこそが求められていると考える。よって憲法 14 条 1 項は形式的平等を優位とはしつつも、機会の実質的平等の概念を一定程度保障していると考えべきである。

3 アフーマティブ・アクションの捉え方

3.1 アフーマティブ・アクションの特徴

アフーマティブ・アクションは、社会的に少数派に位置付けられていた集団を優遇して実質的な平等を図ろうとするものであると同時に、少数派が差別解消のために優遇されるべき少数派であるというスティグマ（劣等性の烙印）が生じることとなる。また、多数派に対する「逆差別」が生じていることも問題となる。これらの問題をもとに、審査基準をどのように定めるべきかについては、アフーマティブ・アクションを初めて実施したアメリカでも長らく問題となっていた。そこで、海外ではどのようにアフーマティブ・アクションが捉えられ、どのような審査基準が定められているか参考にするとともに、日本ではどのような審査基準が定められるべきか、検討していくことにする。

3.2 海外の動向ーアメリカー

アメリカはアフーマティブ・アクションが人種差別問題解消のためか性差別問題解消のためであるかで異なった審査基準が採用されていると解されている。

アメリカでは主に人種差別問題解消のためのアフーマティブ・アクションの審査基準をめぐって立場が分かれていた。安西教授はアフーマティブ・アクションを目的によって「前向き」（将来の望ましい社会の実現を目的とする。）・「後向き」（過去に存した差別に対する救済を目的とする。なお対象の差別が具体的な特定のものか一般のものかでさらに分類する。）に分類し、手段によって「弱い」（平等な機会を保障する手段とする。なおそれがプラス様式かクオータ様式かでさらに分類する。）・「強い」（少数派を多数派よりも優遇する手段とする。）に分類して判例の解釈を試みている^{*8}。そして Bakke 事件と Croson 事件を参照して、合憲であるとされるアフーマティブ・アクションが「前向き」なものから「後向き」（対象が具体的な特定の差別）なものにまで狭められていることを、Adarand 事件を参照して、人種差別問題解消のためのアフーマティブ・アクションには厳格審査（立法目的がやむにやまれぬ利益を促進するものであり、選択された手段がこの目的の達成に向けて密接に仕立てられていることを立証した場合に合憲とする基準）が付されることを分析し、最高

^{*8} 安西文雄「アメリカ合衆国の高等教育分野におけるアフーマティブ・アクション」立教法学 67 巻（2005 年）3-5 頁。

裁が消極的な姿勢へと変化していると主張する^{*9}。このような判例展開を、最高裁が立場を完全に変えて確立させたと一元的に考察する立場^{*10}もあれば、分野ごとに基準を変えるのではないかと多角的な考察をする立場^{*11}もある。このアメリカの審査基準の変化について、吉田教授は審査基準に限界があることを忘れる危険な傾向で、人種差別的な政府行為を違憲にすることはできる一方で差別が生む害悪に取り組むことができない事態を生じさせるため、基準の運用を再検討すべきだと主張する^{*12}。長谷部教授も、少数派に不利益を課す立法とは異なり少数派を優遇する立法は多数派が民主的政治過程を通じ是正することは容易であるから、最高裁が前述のようにおしなべて厳格審査を適用するとする姿勢に理由があるかについては疑わしいとして、中間審査基準（立法目的が重要であり、その目的と規制手段との間に実質的関連性があることを立証した場合に合憲とする基準）を有力な見解であると評価している^{*13}。もっとも、このような審査基準の確立に伴い、アメリカ社会で好まれるアファーマティブ・アクションが「強い」ものから「弱い」ものへ移り変わっている^{*14}。

性差別問題解消のためのアファーマティブ・アクションについては憲法上の平等保護条項との適合性について判断した判例はない^{*15}ものの、Adarand 事件の一貫性の論理（差別処遇によって利益を受け、または負担が課されるのがどの人種かによって平等保護条項の下での審査基準は左右されないという論理）を参照して中間審査基準が妥当すると解されている^{*16}。

アメリカが人種差別問題に特化して議論が進んでいるのは、アメリカの人種差別問題が歴史的に蓄積されたものであるからであり、男女共同参画社会実現へ議論の進む我が国にもアメリカ連邦最高裁の立場とその批判を含め参考にできる点はあるだろう。特に、憲法 14 条 1 項に機会の実質的平等の概念を取り込む前述の主張を前提とすると、「弱い」（プラス様式）アファーマティブ・アクションには憲法 14 条 1 項の保障が及ぶことになる。

3.3 海外の動向—カナダ—

カナダでは、カナダ人権憲章第 15 条 2 項に「第 1 項の規定は、不利益を受けてきた個人もしくは集団の状況を改善することを目的としている法、プログラムないし活動を排除するものではない。これには、人種、出身国ないし民族的な出自、肌の色、宗教、性別、年齢もしくは精神的ないし身体的障害に基づき不利益を受けてきたものが含まれる。」という規定があることから（同条 1 項は平等権を規定）、明確にアファーマティブ・アクションが合憲である旨を示している。

白水准教授は、同規定をカナダが人的マイノリティーの保護についてアメリカの立場を反面教師とした代表的な例であると評価する。そして、カナダ人権憲章第 15 条 1 項の規定する「法の平等な恩恵」には法適用の平等および法内容の平等の枠組みの他に、国家の給付に対しても保障する意味が含まれていると解釈したカナダ最高裁の解釈を妥当だと述べ、起草者が平等の実現にあたって結果の平等を志向したことが反映されていると解する^{*17}。

もっとも、日本ではアファーマティブ・アクションを憲法上明記し、平等権の保障が及ぶため合憲であると

^{*9} 安西・前掲注 8 7-9 頁。

^{*10} 吉田・前掲注 4 91 頁、茂木洋平「Affirmative Action の司法審査基準」GEMC journal 3 号（2010 年）159 頁。

^{*11} 安西・前掲注 8 11 頁。

^{*12} 吉田・前掲注 4 127-128 頁。

^{*13} 長谷部恭男『憲法〔第 7 版〕』（新世社、2018 年）175 頁。

^{*14} 安西・前掲注 8 17 頁。

^{*15} 巻美矢紀「ポジティブ・アクションの目的と多様性(1)」千葉大学法学論集 27 巻 3 号（2013 年）143 (6)-142(7) 頁。

^{*16} 安西・前掲注 8 9 頁、辻村・前掲注 7 163 頁。

^{*17} 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）20 頁。

の結論を導くことは改憲というハードル以前に平等権解釈を大幅に変える必要があって困難であり、憲法 14 条 1 項に機会の実質的平等の概念を取り込む前述の主張からも難しい。

3.4 我が国での検討

まず、一般に平等権侵害が争点となる場合にどのような審査基準が定められるか確認する。通説的見解も最高裁も憲法 14 条 1 項の定める平等が相対的平等であることを前提とするため、立法目的と立法目的達成手段によって問題となる区別が合理的な根拠に基づくものであるか判断される^{*18}。ただ、両者をどれほどの審査密度で判断するか、憲法 14 条 1 項後段列举事由に特別な意味を見出すかどうかで解釈が分かれる。通説的見解では①区別に関わる権利・義務がその性質からして司法審査に馴染むものであるか（立法裁量が広く及ばないか）、②区別事由が憲法 14 条 1 項後段列举事由であるかが判断され、①もしくは②に該当すれば厳格な審査を要求するという二段階の違憲審査基準を定めている（すなわち区別事由が性別である場合は厳格審査基準となる）。一方で最高裁は原則として合理的関連性のテストを採用しており、千葉元最高裁判事が再婚禁止期間違憲判決の補足意見において「立法目的の正当性・合理性とその手段の合理的な関連性の有無を審査し、これがいずれも認められる場合には基本的にはそのまま合憲性を肯定してきている」^{*19}と述べている。ただ、明確な裁判規範として認めているわけではなく、例えば日本国籍を重要な地位であるとして合理性を「慎重に検討する必要がある」とした国籍法違憲判決^{*20}や「十分尊重に値する」婚姻の自由が「直接的に制約」を受けていることを理由に「事柄の性質を十分考慮に入れた」合理性の審査を求めた再婚禁止期間違憲判決^{*21}があげられるように、区別に関わる権利・義務によって厳格度を上下させたり総合衡量により合理性を見出したりすることもあるようである^{*22}。なお、憲法 14 条 1 項後段列举事由については例示的なものととどまるとしている^{*23}。

このような基準がアファーマティブ・アクションにまで及ぶかについては学説・判例ともに明確ではない^{*24}。では、現行の平等権の審査基準の見解を軸にすると性差別問題解消のためのアファーマティブ・アクションにどのような審査基準が定められるべきか。

学説ではアファーマティブ・アクションに対して緩やかな審査を許容するものから厳格審査を求めるものまで多様である。まず、横田教授は合憲性を推定したうえで合理性の基準ないし厳格な合理性の審査を適用すべきだと主張する^{*25}。ただ、このようにアファーマティブ・アクションを広く認めようとする見解は、茂木准教授が主張するように少数派に対して差別的な影響を与えかねない^{*26}、立法府が本来不必要な分野にまで少数派に優遇措置を与える恐れがあり形式的平等を過度に放棄することに繋がるため妥当しないと考える。茂木准教授は違法性を推定したうえで厳格審査を適用すべきだと主張する^{*27}。その一方で、辻村教授は性別を区別事由とした平等権侵害に厳格審査基準を採用する通説的見解からは厳格な合理性の基準が妥当すると主張し^{*28}、渋谷教授も目的がアファーマティブ・アクションである場合では区別の合理的根拠が補強されること

^{*18} 新井・前掲注 1 62 頁（佐々木執筆）、最大判昭和 48 年 4 月 4 日刑集 27 巻 3 号 265 頁。

^{*19} 最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 巻 8 号 2427 頁。

^{*20} 最大判平成 20 年 6 月 4 日民集 62 巻 6 号 1367 頁。

^{*21} 前掲注 16。

^{*22} 千葉勝美『違憲審査—その焦点の定め方』（有斐閣、2017 年）103 頁。

^{*23} 最大判昭和 39 年 5 月 27 日民集 18 巻 4 号 676 頁。

^{*24} 辻村・前掲注 7 163 頁、茂木・前掲注 10 158 頁。

^{*25} 芦部信喜編『講座 憲法訴訟 第 2 巻』（有斐閣、1987 年）195 頁（横田執筆）。

^{*26} 茂木・前掲注 10 168 頁。

^{*27} 茂木・前掲注 10 168 頁。

^{*28} 辻村・前掲注 7 163 頁。

から同様の結論を導いている^{*29}。前述した長谷部教授の主張のように、少数派を優遇する立法は多数派が民主的政治過程を通じ是正することは容易である^{*30}点からすると、厳格審査よりもやや緩やかな厳格な合理性の基準が妥当するだろう。

最高裁がどのような基準を適用するかについては判例のないため明確に主張する論者はいない。ただ、前述のようにアファーマティブ・アクションには合理性の基準が妥当しないことや国籍法違憲判決では事柄の重要性によってシビアーに合理性を判断した^{*31}ことからすると、性別という自らの意思や努力では変えることのできない事柄による区別にはより実質的な合理的関連性のテストが求められることになり、厳格な合理性の基準と同程度の厳格度に接近すると考えられる。(ただ最高裁が学説の三段階基準とは異なる基準を明示的に採用してきた^{*32}ことから「接近する」にとどまると考える。)

したがって、学説の理論と判例の理論のいずれにしる、厳格な合理性の基準が妥当すると考える。

4 我が国におけるアファーマティブ・アクションの合憲性の考察

2. で述べた平等権の理解に従って3. で述べたアファーマティブ・アクションの違憲審査基準を用いた場合、現行の日本のアファーマティブ・アクションに該当する措置はどのような判断が導かれうるか。より具体的に我が国における現行のアファーマティブ・アクションに該当する措置を2つ確認しつつ、いわゆる「逆差別」を受ける多数派から平等権侵害である旨の訴訟が提起された場合当該措置の合憲性が導けるか、という場面を想定することにする。

4.1 国公立女子大学の設置

国公立女子大学は国家が性別によって入学資格を区別した例であるといえ、現在全国に4校あり、その合憲性が問題となっている。実際に2015年1月には、公立福岡女子大に出願資格を女子としているとの理由で入学願書を受理されなかった福岡市の男性が、大学の対応は不当な性差別に当たるとして福岡地裁に提訴する事案が生じている。(もっとも本件は男性側が訴えを取り下げ、判決は出ていない。)では、もし本件で男性が訴えを取り下げず、裁判所に判断が求められた場合、平等権侵害として合憲性は認められるか。

まず、国立女子大学の設置は憲法14条1項が定める「法の下での平等」として許容された措置であるかが問題となる。国公立女子大学の設置は出願資格を女性に限定することで、無試験で大学生になることを認めるとまではいかないものの国内の大学生のうち女性の割合を一定度数確保する措置であるといえるから、結果の平等を実現するための措置ないし「弱い」(クォータ様式)アファーマティブ・アクションに分類される。憲法14条1項に機会の実質的平等の概念を取り込む前述の主張を前提とすると、当該措置はそもそも「法の下での平等」の疑念からは逸脱した措置となるだろう。(ただ、社会に存する差別的な意識や慣習による影響があるのであれば、その影響を排除して実質的な平等が保たれるように図ることは、憲法14条1項の趣旨に沿うものであるといえるため、これだけで違憲とは導くことはできない。)

また、仮に保障範囲に入ると判断した場合に、実質的正当化はしえるか。当該措置の目的として考えられるものは、①教育の機会が事実上閉ざされていた女性に教育の機会を付与するため、②社会をリードする女性を

^{*29} 渋谷秀樹『憲法〔第2版〕』(有斐閣、2013年)209頁。

^{*30} 長谷部・前掲注13 175頁。

^{*31} 前掲注20、千葉・前掲注22 101頁。

^{*32} 千葉・前掲注22 99頁。

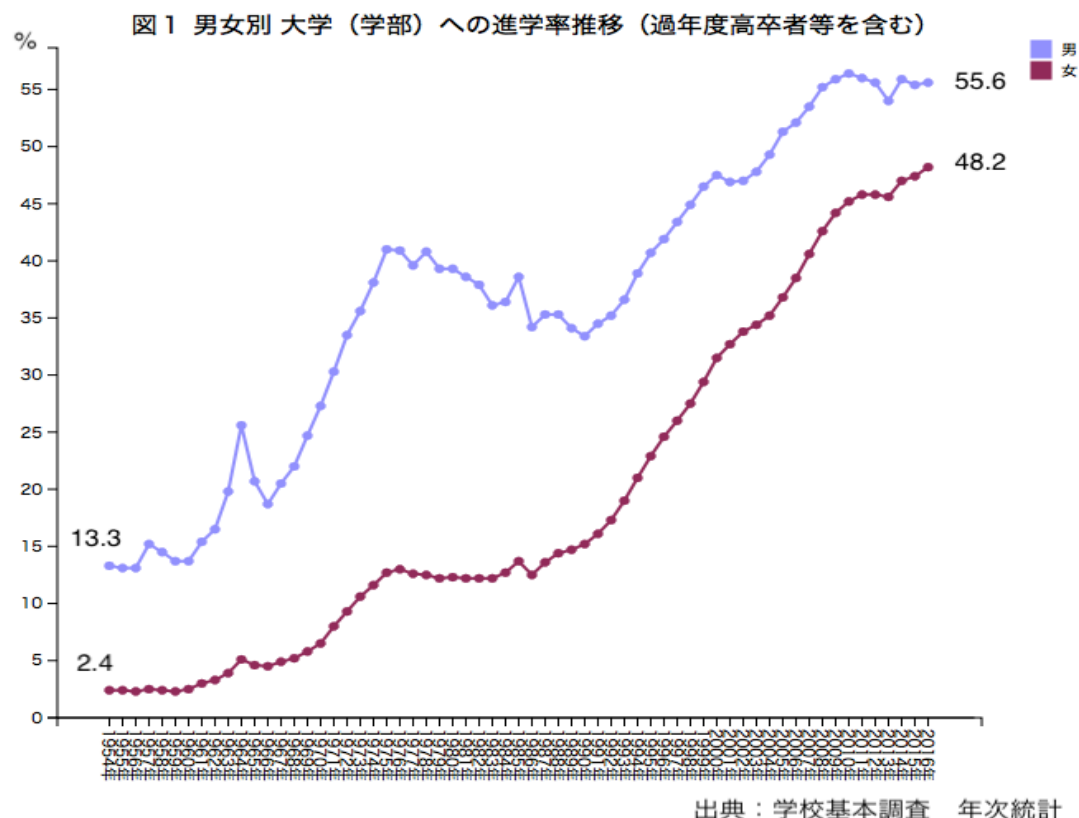


図1 地図が含まれている画像自動的に生成された説明

養成するため^{*33}の2点である。確かに、①②ともに男女共同参画という観点から重要な目的ではあるものの、目的と手段の間に実質的関連性があるかについては疑問が残る。①について、図1からもわかるように1954年と2016年とを比較して、女性の大学進学率は約50%弱も上昇しているほか、男女間の進学率の差も約3ポイント改善している。このようななか出願資格を女性に限定する方法をとる必要性はない。②について、これは、女子大学を設置しないと達成できない目的とはいえない。女性のみが学ぶべき学問があるとはいえないからである。実際にお茶の水女子大学には文教育学部・理学部・生活科学部が開かれているが、これらのうち女子大学であるからこそ開けるといえる学部がないことから明らかである。

このように、国公立女子大学の設置は厳格な合理性の審査によって違憲とならざるをえない。もっとも、国会で「憲法十四条の趣旨を踏まえて、教育基本法では、人種、信条、性別等によって教育上差別されないこと及び教育上男女の共学は認められなければならないことが定められているが、これは男女に対し、性別にかかわらず、学校における教育を受ける機会を均等に付与し、及び当該教育の内容、水準等が同等であることを確保する趣旨であり、すべての学校における男女の共学を一律に強制するものではない。」として合憲であるとした答弁書はあるものの^{*34}、「性別にかかわらず、学校における教育を受ける機会を均等に付与し、及び当該教育の内容、水準等が同等であることを確保する趣旨」がほぼ達成されているといえる以上、性別による

^{*33} http://www.ocha.ac.jp/introduction/info/cooperation_and_contribution.html お茶の水女子大学ホームページ、<http://www.fwu.ac.jp/about/policy.html> 福岡女子大学ホームページ。

^{*34} <https://www.sangiin.go.jp/japanese/joho1/kousei/syuisyo/147/touh/t147005.htm> 参議院「第147回国会（常会）答弁書第五号」。

入学資格の区別を認める方向に働く考慮要素とはならないだろう。

4.2 地方公共団体のクォータ制

行政分野におけるアファーマティブ・アクションを実施している地方公共団体の例としては上越市があげられる。同市は、上越市男女共同参画基本条例（以下、「本条例」という）にて・・・執行機関として置かなければならない委員及び委員会（以下「執行機関」という。）の委員を選任するときは、委員が男女同数（定数が奇数であるときは、男女の数の差が1人であることをいう。以下同じ。）となるよう配慮しなければならない。」（13条1項）と定めており、「弱い」（クォータ様式）アファーマティブ・アクションを実施している。本条例13条1項が「逆差別」だとして訴えられた場合、合憲性はどうか判断されるか。

「弱い」（クォータ様式）アファーマティブ・アクションに分類されるため、前述のように平等権の保障範囲に認められた措置かをめぐって問題は生じる。

では、実質的正当化はしえるか。本条例13条1項の目的は「男女共同参画の促進」（本条例12条1項）であり、当然重要な目的である。目的と手段の間に実質的関連性があるかについて、手段の必要性を検討するにあたって地方公務員（一般行政職）の男女別割合を参考にすることにする。（上越市における同割合は公表されていなかったため、やむをえずではあるが同資料を用いる。上越市のみが極端に男性あるいは女性の割合が高い等の事態は考え難いからである。）男女共同参画局によると平成25年には全体総数が832,814人に対し、女性は235,560人で、全体の約30%弱が女性であるという結果であった^{*35}。このような状況のなか、執行委員会の女性委員の割合を50%に定めることは男性に不利益を働かせる方向に働く要素であるといえるし、女性委員の割合を増加させるためにも過度である。よって男性：女性を7：3程度で定める緩やかな手段も存在しうるから、本条例13条1項に基づく措置は必要性にかけるといえるだろう。

したがって、本条例13条1項は違憲とならざるをえない。

5 まとめ

アファーマティブ・アクションを捉えるにあたっては世界でも様々な捉え方があり、そのような多様な見方は平等という概念をどのように解釈するかによるものだということが考察される。我が国でも男女共同参画社会の実現にはアファーマティブ・アクションは必要なものであるといえるものの、憲法14条1項の平等の解釈やアファーマティブ・アクションがなされる分野の現状をもとに、多数派の自由への侵害と少数派の平等への保護の均衡が極力失われないよう慎重に議論を進めていく必要があるだろう。

6 参考文献

- ・新井誠ほか『憲法Ⅱ 人権』（日本評論社、2018年）。
- ・横坂健治『平等権と違憲審査』（北樹出版、1998年）。
- ・吉田仁美『平等権のパラドクス』（ナカニシヤ出版、2015年）。
- ・高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第4版〕』（有斐閣、2017年）。
- ・高橋和之「夫婦別姓訴訟一同氏強制合憲判決にみられる最高裁の思考様式」世界879号（2016年）。
- ・辻村みよ子『憲法〔第5版〕』（日本評論社、2016年）。

^{*35} <http://www.gender.go.jp/research/kenkyu/sankakujokyo/2016/pdf/1-2-b-3.pdf> 男女平等参画局ホームページ

- ・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）。
- ・安西文雄「アメリカ合衆国の高等教育分野におけるアファーマティブ・アクション」立教法学 67 巻（2005年）。
- ・茂木洋平「Affirmative Action の司法審査基準」GEMC journal 3 号（2010年）。
- ・長谷部恭男『憲法〔第7版〕』（新世社、2018年）。
- ・巻美矢紀「ポジティブ・アクションの目的と多様性(1)」千葉大学法学論集 27 巻3号（2013年）。
- ・千葉勝美『違憲審査—その焦点の定め方』（有斐閣、2017年）。
- ・芦部信喜編『講座 憲法訴訟 第2巻』（有斐閣、1987年）。
- ・渋谷秀樹『憲法〔第2版〕』（有斐閣、2013年）。
- ・http://www.ocha.ac.jp/introduction/info/cooperation_and_contribution.html お茶の水女子大学ホームページ。
- ・<http://www.fwu.ac.jp/about/policy.html> 福岡女子大学ホームページ。
- ・<https://www.sangiin.go.jp/japanese/joho1/kousei/syuisyo/147/touh/t147005.htm> 参議院「第147回国会（常会） 答弁書第五号」。
- ・<http://www.gender.go.jp/research/kenkyu/sankakujokyo/2016/pdf/1-2-b-3.pdf> 男女平等参画局ホームページ。