

# 国公立女子大学の憲法適合性

—高等教育における差別—

青 柳 幸 一

- I. はじめに
- II. 性に基づく分類と審査基準
  - (1) 問題の所在
  - (2) Burger Court と性的平等
  - (3) 「性別」による分類と審査基準
- III. 国公立女子大学の違憲性
  - (1) 設立目的の正当性・重要性
  - (2) 目的と手段の関連性
- IV. むすびに

## I. はじめに

教育は、雇用の分野<sup>1)</sup>と並んで、今日も尚、性による分離が強く残っている分野である。公立高校における男女別学制<sup>2)</sup>や男女定員の違い<sup>3)</sup>あるいはカリキュラムにおける男女別取り扱い<sup>4)</sup>など、性による分離が今日も尚見られる。また、高等教育においても、明白な性による分離が現存している。現在、わが国には、国立でお茶の水女子大学と奈良女子大学の2校、公立で8校<sup>5)</sup>の女子大学がある。これら入学を女子のみに限る、いわゆる“女子専科”の国公立大学は、性に基づく差別を禁ずる日本国憲法(以下、憲法と略称)14条1項の平等原則に抵触しないのであろうか。それは、同26条1項によってすべての国民に認められる「その能力に応じて、ひとしく教育を受ける権利」を侵害しないのであろうか。また、1979年12月18日に国連総会本会議で採択され、1980年7月にわが国も署名した「女性に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約 (Convention on the

Elimination of All Forms of Discrimination Against Women)<sup>6)</sup>」に抵触しないのであろうか。憲法14条1項および26条1項をうけて、教育基本法は3条1項で、「すべての国民は、ひとしく、その能力に応ずる教育を受ける機会を与えられなければならないものであって、……性別……によって、教育上差別されない」と規定する。さらに教育基本法は5条で、「男女は、互に敬重し、協力し合わなければならないものであって、教育上男女の共学は、認められなければならない」と規定している。この規定は、男女共学を積極的に命じているわけではない<sup>7)</sup>ので、したがって、“女子専科”の国公立大学が教育基本法に抵触しないことは明らかである。しかしながら、そのことは、“女子専科”の国公立大学が憲法上も是認されることを意味するものではない。それが憲法の禁ずる性差別に該るのか否か、機会均等な教育を受ける権利を侵害するか否かは、憲法上の視点から検討されなければならない。

国公立女子大学の憲法適合性については、従来、余り論じられていない<sup>8)</sup>。そのなかで注目されるのは、宮沢俊義氏の見解であり、伊藤正己氏の見解である。

宮沢俊義氏は、憲法14条1項をめぐる3つの争点<sup>9)</sup>、すなわち、「法の下」の意味・5事項3関係の性質・「平等」の意味に関して、それぞれ法定立説・例示説・相対的平等説の立場にたっている。つまり、宮沢氏によれば、本条はあらゆる差別を禁じているのではなく、『人間

』性を尊重するという個人主義的・民主主義的理念に照して、不合理と考えられる理由による差別」を禁止する趣旨である<sup>10)</sup>。それでは、“女子専科”の国公立大学は、性に基づく「不合理と考えられる理由による差別」となるのであろうか。宮沢氏は、それは原則としては「憲法に反するというべきであらう」とする。しかし、次の2つの理由を挙げて、結論的には「おそらく憲法に反すると見るべきではあるまい」として“男子専科”“女子専科”の国公立大学を合憲とする。その理由とは、商船大学のような“男子専科”の場合は「学校の教育内容と男女の肉体的条件のちがいとあいに特にふかい関係がある」ことであり、“女子専科”の場合は「その差別の範囲がきわめて小さく、しかも、それによって、男女の一方が、他方にくらべて、不当に教育の機会を拒否されるというような結果にならない」ことである<sup>11)</sup>。

一方、伊藤正己氏は、憲法14条1項をめぐる3つの争点に関して基本的には宮沢氏と同じ立場に立つが、手続法的見地から5事項3関係に新たな意義を付与する。伊藤氏によれば、問題となっている差別が14条1項後段に明記された事由であるか否かによってその合憲性を挙証する責任が転位する。つまり、明記された事由の差別が争われている場合には、その差別は合理的根拠を欠くものと推定され、それを合憲と主張する側にその合理的根拠を挙証する責任が課される。それに対して、明記されていない事由の差別が争われている場合には、それが合理性をもつものと推定され、それを違憲と主張する側にその非合理性を挙証する責任が課される<sup>12)</sup>。このような立場から伊藤氏は、“女子専科”の国公立大学を逆差別類似の問題と捉え、学部レベルでは「過去において、女子が高等教育をうける機会がきわめて制約されてきた実情」がその合理性を支える論拠として「有効であるかもしれない<sup>13)</sup>」と述べ、結論的には合憲説をとっている。

創立以来「女人禁制」であった東京商船大学

と神戸商船大学は、商船関係の「学問をしたい、という女子学生がいれば、教育の機会均等の原則から締め出すわけにはいかない<sup>14)</sup>」として、それぞれ1980年度及び1982年度の入学試験から女子の受験も認めるに至っている。神戸商船大学を最後に“男子専科”の国立大学がなくなった現在<sup>15)</sup>、“女子専科”の国公立大学はなお憲法に適合的に存在しうるといえるのであろうか。また、高等教育における過去の差別の補償だとしても、女子大学を設立することは積極的差別解消策 (affirmative action) として是認しうる範囲内のものといえるのであろうか。

本稿は、性に基づく合理的分類を認める憲法14条1項のもとで何が合理的分類であるかを判断する基準を、女子教育の歴史が類似し<sup>16)</sup>、近時州立女子大学違憲判決を下したアメリカ合衆国連邦最高裁判所 (以下、連邦最高裁と略称) の判例を参照しつつ考察するものである。

## II. 性に基づく分類と審査基準

### (1) 問題の所在

日本国憲法14条1項をめぐる今日の中心的争点の一つは、憲法上許される区別と禁じられる差別を分ける基準は何か、である。相対的平等説をとる通説によれば、14条1項の下で「専断的な (arbitrary, willkürlich) 差別は許されないが、合理的な (reasonable) 差別は憲法に違反しないといわねばならない<sup>17)</sup>」。最高裁もまた、「憲法一四条の規定する平等の原則は……法的平等の原則を示しているのであるが各人には経済的、社会的その他種々な事実的差異が現存するものであるから一般法規の制定又はその適用においてその事実的差異から生ずる不均等があることは免れ難いところである。そしてその不均等が一般社会通念上合理的な根拠のある場合には平等の原則に違反するものとはいえないのである<sup>18)</sup>」としている。そこで問題は、何が憲法の許容する「合理的な区分」であり、「合理的な根拠」であるのか、である。学説はそれを、例えば、『人間性』を尊重するという個人

主義的・民主主義的理念に照してみても<sup>19)</sup>と述べる。抽象的にはその通りであろうが、「個人主義的・民主主義的理念」を一義的に明らかにすることは困難である。したがって、それは具体的な事件において、「合理的な区分」か否かを判断する基準としては十分に機能しえない。他方、判例も、「合理的な根拠」をほとんど具体的に述べていない<sup>20)</sup>。むしろ、争われた法律の合憲性を支持するとき用いる「それは、立法裁量である」という言い回し<sup>21)</sup>と同じ働きをするものとして、「合理的な差別」という文言を用いている、といえる。それゆえ、このような「合理的な差別」論は、審査基準としてはほとんど機能しないといわざるをえない<sup>22)</sup>。では、当該分類が「合理的」であるか否かをどのような審査基準で判断したらよいのであろうか。近時、この問題は、アメリカの判例・学説を題材にして検討されている<sup>23)</sup>。そこで、性に基づく分類の審査基準を中心にアメリカの判例を概観してみることしたい。

## (2) Burger Court と性的平等<sup>24)</sup>

アメリカ合衆国憲法において平等を保障する唯一の明確な条文は、1868年に確定した修正14条である。それは、周知のように、「南北戦争修正 (Civil War Amendment)」の一つである。修正14条は、「いかなる州も、……その管轄内にある何人に対しても法律の平等なる保護を拒むことはできない<sup>25)</sup>」という、いわゆる平等保護条項 (equal protection clause) を含む。連邦最高裁は、陪審員から黒人を排除する州法の合憲性が争われた *Strauder v. West Virginia*, 100 U. S. 303 (1880) 以来1世紀を超えて、様々な種類の差別的な分類の合憲性の判定に取り組んできている<sup>26)</sup>。その際、連邦最高裁は、周知のように、これまで3つの審査基準を使い分けてきている。第一のテストは、伝統的かつ通常の審査基準である「合理性」のテストである。それは、立法目的が合理的 (reasonable) で正当で (legitimate) あること、そして目的と達成手段との合理的関連性を要求するテストであ

る。それゆえ、「合理性」のテストは「合理的基礎」のテストとか「合理的関連性」のテストともいわれる。しかし、「合理性」による審査は、実は、「理論上は最小限の、事実上は皆無の審査<sup>27)</sup>」である。つまり、それは、わが国の最高裁の「合理的な根拠」と同様な機能を働かすフレーズであるわけである。第二のテストは、人種を範例とする「疑わしい分類 (suspect classification)<sup>28)</sup>」や投票権を主要な例とする「基本的権益 (fundamental rights or interests)<sup>29)</sup>」に関する差別に適用される「厳格な審査 (strict scrutiny)」のテストである。それは、Warren Court (1953-1969) において採用された「新しい平等保護のアプローチ」である。「厳格な審査」のテストは立法目的がやむにやまれない、必要不可欠 (compelling) であること、そして達成手段が目的にとって必要 (necessary) であることを要求する。それは、通常用いられる「合理性」のテストとは全く対照的に、「理論上は厳格な、事実上は致命的な審査<sup>30)</sup>」である。最後に、第三のテストは、後述する Craig テストとか「厳格な合理性 (strict rationality)」のテストあるいは「中間の審査基準 (intermediate standard of review)」と呼ばれるものである。それは、Burger Court (1969- ) になって採用された「より新しい平等保護のアプローチ」であり、性を主要な例とする「準・疑わしい分類 (quasi-suspect classification)」に関する差別に適用されるテストである。

「平等革命」を行ったと称された<sup>31)</sup>ほど平等保護条項を活性化した Warren Court でさえ、性差別は放置し続けた。つまり、Warren Court は、差別の点で人種と性には「多くの顕著な類似性が存在する<sup>32)</sup>」にもかかわらず、性を「疑わしい分類」に決して含めなかった。また、女性が基本的権益を奪われているとも決してみななかった。それゆえ、Warren Court も、従来通り性に基づく分類は正当な目的に対する合理的な手段であるとして、すなわち、「合理性」のテストを用いて挑戦された連邦あるいは州の行為

の合憲性を支持し続けた。性に基づく分類が初めて修正14条に違反するとされたのは、周知のように、1971年の *Reed v. Reed*, 404 U. S. 71においてである。

何故、保守反動化<sup>33)</sup>が推測されていた Burger Court になって始めて性差別違憲判決が下されたのであろうか。それは、Burger Court の少なくとも5人の判事がフェミニストであることによるのであろうか。それとも、性をめぐる思想が変化したことによるのであろうか。あるいは、司法の政策形成機能に対する Burger Court の考え方によるのであろうか。

#### <フェミニスト・コートか>

Burger Court は、確かに、性に基づく分類を初めて違憲としたばかりでなく、墮胎の権利を憲法上のプライバシーの権利として認め女性に「最も大きな影響<sup>34)</sup>」を与えた *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973) 判決も下している。Karrn O'Connor と Lee Epsteinの研究<sup>35)</sup>によると、1970年代、連邦最高裁は68の性に基づく事件に判断を下し、そのうち58.8%性に基づく訴えを支持している。同じ時期の人種に基づく事件の判決<sup>36)</sup>と比較して、K. O'Connor と L. Epstein は、Burger Court が女性の利益を促進するのに有効な法廷である、と結論づける<sup>37)</sup>。しかし、この58.8%という数字で Burger Court の女性の権利に対する態度を結論づけることは早計であろう。女性の権利にとって58.8%という数字が高いのか低いのかは立場によって評価を異にするのであろうし、重要なのは単なる数字ではなく内容であるからである。また、K. O'Connor と L. Epstein も認めているように、人種に基づく事件と性に関する事件の支持率の差異は、女性の権利自体に対する裁判官の支持に起因するよりもむしろ訴訟自体の性質に起因するといえよう。つまり、1970年代の人種に基づく事件は表面上の単純な差別を争う形ではなく複雑な争点を含む訴訟が多いのに対して、性に基づく事件は、文面上差別する政策や法令の違憲性・違法性を争う訴訟

が多いからである<sup>38)</sup>。Burger Court も、女性に対する差別が本来的に「疑わしい分類」であるとは宣言していないし、それゆえ「厳格な審査」のテストを用いてはいない。結論的にいえば、女性は Burger Court 以前よりもより良く扱われているとはいえようが、Burger Court がフェミニスト法廷であるとはいえない<sup>39)</sup>。Burger Court になって初めて性に基づく分類が平等保護条項に違反するとされるに至ったのは、むしろ性をめぐる思想の変化と司法の政策形成機能に対する Burger Court の考え方によると思われる。

#### <男女役割分担論>

アメリカにおいても、「男は外に、女は内に」という男女役割分担論が社会に根深く横たわっていた。妻であり母であるという女性の至上の運命と任務は、事物の本能と神の意思による<sup>40)</sup>と考えられていた。このような男女役割分担論は、Auguste Comte, Herbert Spencer, Emile Durkheim といった社会学の父祖と呼ばれる人々も信じて疑わなかった生物学的決定論に根ざしているといえる。すなわち、男女の役割分担は男女の生物学的差異に基づく必然的な機能的専門化である、とする考えである<sup>41)</sup>。したがって、この男女役割分担論は、男女の能力に関する固定的な推定と不可欠に結びついたものである。つまり、女性の本来的任務が家庭内にあることから、家庭外の仕事に対する女性の能力は本来的に低いものとする推定である。そして、男性の本来的任務が家庭外にあることから、家庭内の仕事に対する男性の能力は本来的に低いものとする推定である<sup>42)</sup>。この能力に対する推定を伴った男女役割分担に関する社会の固定観念が法律に反映し、法律上の性に基づく分類を支えている。そして、1971年に至るまで連邦最高裁は、男女役割分担、とりわけ女性の適正な役割に関する社会の固定観念に敬意を払い続けた。連邦最高裁が性が分類のための有効な基礎であるという原則を導き出すために示す根拠は、身体上の相違と母性であ

る<sup>43)</sup>。しかも、連邦最高裁は、しばしば、性にに基づく分類を用いることと当該行為の目的達成との間の合理的関連性を事実上考慮することなく、この原則を繰り返すだけであった<sup>44)</sup>。その際用いた審査基準が「立法行為のほとんど盲目判的承認も同然<sup>45)</sup>」な「合理性」のテストであったわけである。

社会に深く根付いた男女役割分担論も、伝統的に男性の仕事とされていた分野への女性の進出という現実の前に再検討を余儀なくされてきた。その結果として、1963年に同一賃金法 (Equal Pay Act)<sup>46)</sup>が、そして1964年に雇傭における男女差別を禁ずる公氏権法第7篇 (Title VII of the Civil Rights Act)<sup>47)</sup>が制定された。さらに、1972年には、「法の下での諸権利の平等は、合衆国またはいかなる州によっても性を理由にして否定されまたは制限されてはならない」と規定する「平等保護修正 (Equal Rights Amendment; 以下, ERA と略称)」が修正27条案として議会を通過した<sup>48)</sup>。これらの女性の権利をめぐる変化を押し進めたのは、性差別撤廃を求める女性解放運動であった<sup>49)</sup>。そして、この運動を理論的に支えたのが、伝統的な男女役割分担生物学的決定論を批判し、父権制を性的抑圧の起源とみなした Kate Millet の『性の政治学』である<sup>50)</sup>。

こうして、社会を動かし、法律を動かした社会的・政治的なフェミニスト運動の成果が、男女役割分担に関する伝統的な推定を繰り返し続けた連邦最高裁にも1970年代になって変化をもたらした、といえよう<sup>51)</sup>。

自ら志願した女性以外の女性をすべて陪審員となる義務から免除する州法を違憲とした Taylor v. Louisiana, 419 U. S. 522 (1975) において、連邦最高裁は、その理由を次のように述べた。「女性は陪審に加わる資格がないと……というような場合がかつてあったとすれば、そのような時代はずっと以前に過ぎ去ったのである。……社会は、時間が異なり場所が異なることにより違ってくるのである<sup>52)</sup>」と。「ずっ

と以前に過ぎ去った」といわれた時代は、わずか14年前であった。連邦最高裁は、Taylor 事件と同じ事件である Hoyt v. Florida, 368 U. S. 57 (1961) で、「女性は、なお家庭と家族生活の中心とみなされる<sup>53)</sup>」と述べていたのである。さらに連邦最高裁は、成人年齢を男子21才・女子18才とする州法の合憲性が争われた Stanton v. Stanton, 421 U. S. 7 (1975) において、時代の変遷を理由にしてではなく、役割典型的社会 (role-typing society) 自体を批判した。つまり、「子供は、男であろうと女であろうとなお子供である。もはや女性は家にいて家族の面倒をみることだけに運命づけられてはいないし、男性が外へ出て働いたり知的な世界に運命づけられてもいないのである<sup>54)</sup>」と。こうして、性に関する伝統的な固定観念は、「反証を許さない推定 (irrebuttable presumption)」ではなくなった<sup>55)</sup>。今日では、初めて性にに基づく分類合憲論のための分析的枠組を呈示し女性保護法に決定的勝利をもたらした、Muller v. Oregon, 208 U. S. 412 (1908) の著名な Brandeis ブリーフも「ひとりよがりの仮定を抛りどころにしていた」として批判されている<sup>56)</sup>。

#### ＜司法の政策形成機能＞

性にに基づく分類の有効性について反証が可能であるということは、当該目的を問うことが可能であることを、そして目的と手段の関連性を問うことを意味する。とすれば、事実上当該行為の合憲性を追認するフレーズである「合理性」のテストを用いることはできないことになる。Burger Court は、性にに基づく分類を初めて違憲とした1971年の Reed 判決で、「合理性」のテストを用いた。その後も、Kahn v. Shevin<sup>57)</sup>, Schlesinger v. Ballard<sup>58)</sup>, Taylor v. Louisiana, Weinberger v. Wiesenfeld<sup>59)</sup>, そして Stanton v. Stanton の性差別事件においても、Reed 判決を引用する形で「合理性」のテストが審査基準として用いられている。しかし、これらの判決で用いられた「合理性」の

テストは、G. Gunther が既に指摘した<sup>60)</sup>ように、伝統的に用いられてきた「合理性」とはそのニュアンスを異にする「より新しい平等保護」のアプローチである。その差異を審査基準の定式における差異として明確にしたのが、1976年の Craig v. Boren<sup>61)</sup>である。

Craig 判決の意義として、次の三点を挙げる事ができるように思われる<sup>62)</sup>。第一点は、「合理性」のテストでも「厳格な審査」のテストでもない、「厳格な合理性」のテストの存在を確認したことである。第二点は、性に基づく分類が女性に有利に働いている場合でもこのテストを適用しうるとしたことである。そして、第三点は、「厳格な合理性」のテストの内容を呈示したことである。Craig 判決によると、それは、目的と手段の二段階で審査する。つまり、立法目的が重要 (important) でなければならない。そしてさらに、手段が当該目的達成に対し実質的関連性 (substantial relationship) をもたなければならない。そして、その挙証責任は当該法令を合憲と主張する側に課される。このような内容をもった「厳格な合理性」のテストは、「合理性」のテストよりも厳しく、「厳格な審査」のテストよりも緩やかである点で「中間の審査基準」である。

この「中間の審査基準」の下では、「重要な」とか「実質的な」という概念が必ずしも一義的ではないので、状況により事件によって結論が異なってくる<sup>63)</sup>。それはいずれにしても結論指向的で、硬直的なテストであった「合理性」のテストや「厳格な審査」のテストと異なる。一定のテストを用いると自動的に違憲乃至は合憲の結論がでてくるというのではない。事件によって異なる結論が導かれうる「中間の審査基準」の採用は、Burger Court の司法の政策形成機能に対する考え方を端的に示しているように思われる。すなわち、それは、様々な領域で個別的な (ad hoc) 利益衡量の手法を用いるようになっている Burger Court の傾向<sup>64)</sup>の現われであるように思われる。

<「中間の審査基準」の1980年代における展開>

「中間の審査基準」を確認した Craig 判決は7対2判決でありかつ7つの意見が書かれた判決であるので、Craig テストが性に基づく分類をめぐる事件での「最後の言葉ではないであろうことは明らか<sup>65)</sup>」であった。その後も多数意見は Craig テストを用いていたといえるが、1981年になって、連邦最高裁は、性差別事件で後退したかのような印象を与える二つの判決を下した。それは、周知のように、Michael M. v. Superior Court, 450 U. S. 464 (1981) と Rostker v. Goldberg, 453 U. S. 57, (1981) である。18才未満の女性との性交について同意がある場合でも男性のみを処罰するカリフォルニア州法の合憲性が争われた Michael 事件で、連邦最高裁は(5対4判決)、10代の妊娠の防止を目的とする当該州法の性に基づく分類は「不快ではなく、むしろ性が同一の状況にないという事実の現実的反映である」として、当該州法を合憲とした。Rehnquist 判事と Blackmun 判事は、目的達成にとって性に基づく分類が実質的関連性があると考えた。Brennan 判事は、それを「時代遅れの性的固定観念」と考えた。このように、Michael 判決は、Craig テストがどんな属性をもっていたとしても、首尾一貫した結論を指示しないことを明らかにしている。Michael 判決から2カ月後に下された Rostker 判決(6対3判決)では、軍隊に関する議会の権限に広汎な裁量を認め、「合理性」のテストを用いて男性のみを対象とする徴兵予備登録を合憲とした<sup>66)</sup>。こうして、性に基づく分類の、より厳格でない審査への移行さえ推測された<sup>67)</sup>。

このような状況のなかで、1982年に連邦最高裁は、教育における性分離の合憲性について判断を下した。女子のみに入学を限る州立看護学校の合憲性が争われた Mississippi Univ. for Women (以下、MUWと略称) v. Hogan, 102 S. Ct. 3331 である。この Hogan 判決については既に別稿<sup>68)</sup>で紹介しているので、ここでは本判決の意義について指摘するに止めたい。それ

は、5対4判決ではあったが、Craig判決を引用して、女性に対するばかりではなく男性に対する差別も「中間の審査基準」で判断されることを明言したことである<sup>69)</sup>。したがって、この判決によって、少なくともより厳格でない審査、すなわち、伝統的な「合理性」のテストへの移行という推測は否定されたといえる。この点では、「合理性」のテストの主張者であったStewart判事<sup>70)</sup>に代って着任し、Hogan判決の法廷意見を述べたO'Connor判事の存在が大きな意味をもったといえる。本判決の法廷意見には、性差別へのO'Connor判事個人の感性が色濃くにじみ出ているといえよう。その意味で、今後、彼女の一票が連邦最高裁の性差別事件判決にとって大きな意義をもち続けるように思われる<sup>71)</sup>。

以上の概観から、修正14条における性差別問題は次のようにまとめることができよう。

連邦最高裁は、何に関して「平等」が問題になっているのかによって範疇を区別し、それに応じて審査基準を使い分けている。そして、性にに基づく分類は「準・疑わしい分類」とされ、「中間の審査基準」が適用される。しかし、何故、性は「疑わしい分類」ではなく「準・疑わしい分類」に含められるのかについては、未だ明確な説明がなされていない<sup>72)</sup>。最も基本的と思われるこの問題が解明されていない原因として、次の2点を挙げることができるように思われる。1つは、「疑わしい分類」や「基本的権益」の概念自体の不明瞭さである<sup>73)</sup>。そして他の1つの原因は、修正14条の平等保護条項の文言にある。それは「何人も (any person)」と記すだけで、そこにどんなグループが含まれるのか何も語っていない。「法律の平等なる保護 (the equal protection of the laws)」に平等のどのような理念を含み、どのような原則を置くのか、それは何も語っていない<sup>74)</sup>。それゆえに、ERAの制定が画策されたのであった。ERAの1つの効果は、「法の下での諸権利の平等は、性を理由にして合衆国又はいかなる州に

よっても否定され又は制限されてはならない」と規定することによって、性を「疑わしい分類」とすることであった<sup>75)</sup>。

### (3) 「性別」による分類と審査基準

アメリカとわが国とでは、性をめぐる思想の潮流の点でも司法の政策形成機能に関する考え方でも大きな違いがある。わが国の場合、アメリカ以上に男女役割分担論が今日も尚根強く残っている。アメリカでは建前上は男女平等を言わなければならないのに対して、わが国では建前上も男女差別当然論が主張されうる程、それは根強い。そして、それは、男性の側ばかりでなく女性の側にも根強い。その原因として、「男尊女卑」や「良妻賢母」といった伝統的価値観の根強さを挙げることができる。他方、わが国の最高裁は、従来、「政治的部門と対立してではなくその憲法実例を追認するという現象形態をとって違憲審査権を行使してきた<sup>76)</sup>」。つまり、最高裁は、政治部門への敬意を原則とする司法消極主義の哲学の下で、より現実を精確に言い表わせれば「憲法判断積極主義・違憲判断消極主義<sup>77)</sup>」の哲学の下で法令審査権を行使してきたのである。

とりわけ性をめぐる思想のこのような後進性が、男女平等に関する憲法の理念の具体化を困難にしている。しかし、わが国とアメリカは、性をめぐる社会的状況を異にするだけでなく、男女平等に関する憲法条文の文言自体が異なる。つまり、日本国憲法14条1項は、アメリカ合衆国憲法修正14条1項と異なり、「性別」による差別を明文で禁じている。このことは、男女平等をめぐる法的問題を解く際に、何よりも重要である。何故なら、どのような憲法解釈方法論をとろうとも、憲法条文の文言が憲法解釈の出発点であるからである。

ERA制定の意図から考えてみても、「性別」による分類の合憲性は、憲法14条の下では「中間の審査基準」ではなく、「厳格な審査」のテストで審査されることが要請される<sup>78)</sup>。すなわち、「性別」による分類を採用する法令は、

「必要不可欠」な目的がなければならない。そして、さらに、当該目的を達成するために「性別」に基づく分類が「必要」な手段でなければならない。つまり、他のより制限的でない手段(性中立的分類)では当該目的を達成できないことが証明されなければならない。その挙証責任は、当該法令を合憲と主張する側にある。

#### <恩惠的分类と審査基準>

差別をめぐる問題は複雑であって、抽象的な平等論を展開すれば解決されるというものではない。一般に流布しているように、平等を「同一のものは同一に取り扱う」命題と捉えても<sup>79)</sup>、何が同一であるのかを具体的かつ現実的に把握しなければ問題は解決しない。さらに、近時、差別問題の解明を一層複雑にしているのが、「差別認識の第三段階」、すなわち、「中立的な準則を用いて採用や昇進などを決定することが、実質的にはマイノリティや女性にとって差別をもたらす」という差別認識である<sup>80)</sup>。したがって、人種や性に関し「盲目」な政策では、このような差別を解消することはできないことになる。そこで、アメリカの1970年代を特徴づける用語<sup>81)</sup>である、「積極的差別解消策 (affirmative action)<sup>82)</sup>」、 「優先的雇用 (preferential hiring)」あるいは「優先的入学 (preferential admissions)」政策がとられるようになる。そこには、新しい問題が生じてくる。つまり、それらは「逆差別 (reverse discrimination)」なのではないのか、という問題である。この問題は、今日アメリカにおいて中心的な倫理的そして法的問題であり、そして未解決の問題である。しかし、人種や性をめぐる「逆差別」を争う事件は、連邦最高裁ですでにいくつか取り扱われている<sup>83)</sup>。

連邦最高裁は、女性差別事件においてばかりでなく、男性が不利に扱われている事件<sup>84)</sup>においても、女性に対する過去の差別を補償する恩惠的分类 (benign classification) の事件<sup>85)</sup>においても、「中間の審査基準」を用いている。州側が恩惠的分类であると主張した Hogan 判

決においても、恩惠的分类であったとしても「中間の審査基準」が適用されること、そして恩惠的分类の主張は真の目的の審査を妨げないことが確認されている<sup>86)</sup>。したがって、性に基づく分類に関しては、連邦最高裁は、それが有害であるか恩惠的であるかにかかわらず同一の審査基準を適用している。この例にならえば、日本国憲法14条1項の下では「性別」に基づく分類も、その分類の性格にかかわらず「厳格な審査」のテストが用いられることになる。しかしそれは、妥当とは考えられない。この点で議論の材料を提供してくれるのが、人種に関する優先処遇が問題となった *Regents of the Univ. of California v. Bakke*, 438 U. S. 265 (1978) における Brennan 判事と Powell の見解である。Brennan 判事は、一定の人種に stigma する分類と恩惠的分类とを区分し、前者には「厳格な審査」、後者には「中間の審査基準」が適用されるとする<sup>87)</sup>。それに対し、Powell 判事は、stigma および少数者の概念が不明瞭だとして Brennan 判事の区分を批判し、すべての人種に基づく分類に「厳格な審査」が適用されるとする<sup>88)</sup>。stigma や少数者という概念が明白な憲法上の意味を有していないことは、確かである。しかし、初めて用いられる用語の概念が不明瞭だからといって、その使用を一切否定してしまうことは行き過ぎではなからうか<sup>89)</sup>。例えば「明白かつ現在の危険」も当初不明瞭な概念であったし、「疑わしい分類」も今尚不明瞭な概念であるが用いられている。当該分類の目的が何であるのかは、区分しうるように思われるし、区分すべきである。それが真に過去の差別の補償であるならば、それは正当な目的であり、重要な目的である。ただし、過去の差別を補償する恩惠的分类は、その目的に対して「必要」なもの、すなわち、他のより制限的でない手段では達成できないものでなければならないと考える。なぜなら、過去の差別を補償するものであったとしても、「逆差別」まで憲法が許容するわけではないからである<sup>90)</sup>。



### III. 国公立女子大学の違憲性

#### (1) 設立目的の重要性・必要不可欠性

連合国最高司令官 Douglas MacArthur は、1945年10月11日、新任の挨拶にきた幣原喜重郎総理大臣に婦人解放・労働組合結成の奨励・学校教育民主化・秘密審問司法制度の撤廃・経済機構の民主化の五大改革を要求した。その具体化の1つとして、1945年12月4日、閣議は「女子教育刷新要綱<sup>91)</sup>」を諒解した。それは、「男女間ニ於ケル教育ノ機会均等及教育内容ノ平準化並ニ男女ノ相互尊重ノ風ヲ促進スルコトヲ目途トシテ女子教育ノ刷新ヲ図」り、「差当り女子入学ヲ阻止スル規定ヲ改廃シ女子大学ノ創設並ニ大学ニ於ケル共学制ヲ実施ス」ることを決めた。そして、1947年3月31日教育基本法とともに公布された学校教育法は、旧制の高等教育機関をすべて単一な四年制の新制大学に再編すると規定した。文部省は、1948年6月22日、11の原則からなる新制国立大学設置案<sup>92)</sup>を決定した。その第5原則は、「女子教育振興のために、特に国立女子大学を東西二カ所に設置する」とする。戦前の女子の独立の高等教育機関としては最高の機関であった、中等教員養成のために設置された国立の東京女子高等師範学校（1874年創立）と奈良女子高等師範学校（1908年創立）が、1949年に、それぞれお茶の水女子大学・奈良女子大学と名称を変更して国立の新制女子大学として発足した<sup>93)</sup>。

お茶の水女子大学学則第1章第1節は、その設立目的を「本学は、広く知識を授け、深く専門の学術を教授、研究し、知的、道徳的及び応用的能力を養い、もって社会の諸分野における有為にして教養高き女子を養成し、併せて文化の進展に寄与することを目的とする」と述べる。また、奈良女子大学学則第1条は、「本学は、女子の最高教育機関として、広く知識を授けるとともに、専門の学術文化を教授、研究し、女子の特性に即してその能力を展開させることを目的とする」と述べる。そこで、第1に、学則

で述べられた設立目的の重要性・必要不可欠性が検討されなければならない。

戦前の女子教育は、差別・分離教育および良妻賢母主義教育によって特徴づけることができる<sup>94)</sup>。「人間ノ道男女ノ差アルコトナシ男子已ニ有学女子学フ事ナカル不可」であり、特に母親となる女子の場合には「其子才不才其母賢不賢ニヨル」ので、「一般ノ女子男子ト均シク教育ヲ被ラシム」る必要がある<sup>95)</sup>として、1872年に発布された学制は、女子も8年制の尋常小学校を「必ス卒業スヘキモノ<sup>96)</sup>」と定めた。しかし、学制のこの男女共学の理念は、7年後に発布された教育令によって早くも覆される。1879年の教育令42条は、「凡学校ニ於テハ男女教場ヲ同クスルコトヲ得ス」と規定した<sup>97)</sup>。これ以後第二次大戦後まで、小学校を除き、男女別学が堅持された。そして、学校制度に関しても、「中学校と高等女学校、専門学校と女子専門学校とは区別され、また、高等学校への入学を認めないことにより、大学、特に帝国大学への女子の進学は事実上不可能<sup>98)</sup>とされるなど……男女の差別が設けられていた<sup>99)</sup>」のである。差別は別学制や教育程度にとどまらなかった。教育の主義において根本的に男子と女子では異にしていた。つまり、女子教育における良妻賢母主義である。女子は、教育によって一人の人間としての能力・可能性を発展させることを目指されたのではなく、「良き妻であり、賢き母」となるために教育がなされたのである<sup>100)</sup>。しかも、そこでいう「良き妻」とは、わが国における「男女の人間関係の異常な後進性——露骨で暴力的な支配関係<sup>101)</sup>」を反映した男にとって都合の良い妻であった。

このように、戦前、女性も教育の分野でも差別されていた。したがって、国公立の新制女子大学の設立は、正しく教育の分野における「過去の差別の補償」といえる。むしろ、それにとどまらず、女性にも人間として国民として「人格の完成をめざし、平和的な国家及び社会の形成者として、真理と正義を愛し、個人の価値を

たとび、勤労と責任を重んじ、自主的精神に充ちた心身ともに健康な国民の育成を期して行なわなければならない」(教育基本法1条)教育を受ける機会を与えることは、国家にとって必要不可欠な目的である。したがって、お茶の水女子大学および奈良女子大学の学則が謳う目的は、重要であるばかりでなく必要不可欠であるといえる。そこで、次に検討しなければならないのは、このような目的は「女子の特性に即して」「女子専科」でないと達成できないのか、という問題である。

## (2) 目的と手段の関連性

わが国では、従来、女子大学の設立目的と“女子専科”という手段の関連性について余り議論がなされていない。そこで、アメリカにおける判例を参照しつつ、この問題を検討することにしたい。連邦最高裁は *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 U. S. 163 (1973) において教育の「基本的権利」性を否定している<sup>102)</sup>。したがって、男女別学制や“女子専科”あるいは“男子専科”大学の合憲性の問題は「中間の審査基準」で審査されることになる。1982年の *Hogan* 判決は、「中間の審査基準」を用いて初めて州立女子大学が修正14条に違反するとした。しかし、*Hogan* 判決は、州立女子大学一般を違憲としたわけではない。それは、O'Connor 判事の法廷意見も注意深く限定し、Burger 首席判事の反対意見<sup>103)</sup>が強調しているように、女性が伝統的に支配的である“女子専科”の看護学校を違憲としただけである<sup>104)</sup>。それゆえに、男女別学制一般に関しては、*Craig* 判決以降<sup>105)</sup>で男女別学制の合憲性を取り扱った事件にまで遡って見てみなければならない。そのような事件として、*Vorchheimer v. School District of Philadelphia*, 430 U. S. 730 (1977) がある。事件は、フィラデルフィア州の州立男子高校の合憲性を争ったものである。フィラデルフィア州は、全市から入学が認められ、唯一大学進学準備コースを設けているアカデミックな“男子専科”のセントラ

ル高校 (Central High School) と“女子専科”のフィラデルフィア女子高校 (Philadelphia High School for Girls) を設けている。当時アカデミックな中学校に在学していた Susan Lynn Vorchheimer は、この女子高校を訪問した際に良い印象をもてず、そこへは行きたくないと思った。彼女の成績はセントラル高校の入学許可基準を超えていたので、彼女はセントラル高校への入学を希望したが、彼女の性のみを理由にして拒否された。そこで、Vorchheimer は、クラス・アクションを提起した。州側は、ジョージ・ワシントン大学の心理学の教授である M. Elizabeth Tidball の研究と、バックネル (Bucknell) 大学の教育学の教授である J. Charles Jones の研究を証拠として提出した。Tidball 教授の研究は、*Who's Who of American Women* にでてくる女性で共学の単科大学と女子専科の単科大学を卒業した女性の、いわゆる出世度を比較したものである。Jones 教授の研究は、ニュージーランドのウェリントンの中学校 (Secondary School) に通う男女1255名、うち男子697名 (男子校455名・共学校242名)・女子528名 (女子校364名・共学校164名) について、学校や学校での勉強などに関して調査したものである<sup>106)</sup>。

第一審ペンシルヴェニア東地区連邦地方裁判所は、「中間の審査基準」を用いて違憲と判示し、性に基いてのみ Central 高校への女性の入学を禁止することを禁ずる差止命令を発した<sup>107)</sup>。第二審連邦第三巡回控訴裁判所は、「合理性」のテストを用いて合憲と判示し (2対1判決)、第一審判決を覆した<sup>108)</sup>。連邦最高裁は、Rehnquist 判事が本件の審理にも決定にも加わらず、4対4に意見が分かれた<sup>109)</sup>。それゆえ、原審の判決が確定された。そこで、ここでは、男女別学制を合憲とした控訴審判決の判旨をみとめることにしたい。

控訴審判決 (532 F. 2d 880 [1976]) は、まず、本件の事実を次のように把握する。それは、二つのアカデミックな高校でのコースは類

似し等質であること；原告も男女別学が長い歴史と世界で広く受容されたものであることを認め、更に男女別学を自然で合理的なものとなす教育者がいることをも認めていること；原告がセントラル高校への通学を希望するのは客観的な評価よりもむしろ個人的な好みに基づいていること、である。

このような事実認識にたつて、控訴審は、本件に関する法的問題を検討している。1972年の教育修正法は、中等教育の入学政策には適用されない<sup>110)</sup>。1974年の教育機会均等法は、州が性に基つて学校を分離することを禁じていない<sup>111)</sup>。第一審は Reed 判決以降の連邦最高裁の判例を引用して「合理的関連性」のテストよりも厳格な審査基準を適用したが、しかしそこで引用された事件は女性にとっての利益を剝奪したり失わせるものである。本件の原告は教育の機会が奪われたと主張しているわけでもないし、また共学校にするか“専科”学校にするかは任意的である。入学政策における性に基つて分類に関して連邦最高裁が係った唯一の事件は、Williams v. McNair, 401 U. S. 951 (1971) である。連邦最高裁は当該事件で上訴を却下したので、この問題に関する連邦最高裁の見解を知ることにはできないが、その結果は我々にとって先例的重みがある。したがって、本件には Williams 事件の第一審判決が用いた「合理的関連性」のテストで十分である。ただし、本件に「合理的関連性」のテストか「実質的関連性」のテストのどちらが適用されるのかについては、どちらを適用しても結論は同じなので、決定する必要がない。平等な教育の機会を、いかなる知的分野においても男女双方に利用しうるべきである。しかし、青年期の特に感情的な問題は、人間の経験の事柄でありそして教育専門家を“専科”の高校を選択させるものである。教育における性分離は、差別的な否定ではなく、平等な利益の理論に基つくものである。また、“専科”学校は選択の自由を否定もしない。青年は“専科”学校でより効果的に勉強するという、

論争されてはいるがしかし尊重された理論は、実質的関連性を有する。

この Vorchheimer 控訴審判決などで挙げられている男女別学制合憲論の論拠は、次のように要約することができる。

①性的に分離された教育施設は、事実上実質的に平等であるとする separate but equal 論、②性差の問題、③国に課せられた使命の成就の最善の方法を決定する州の裁量権、④男女別学制の長い歴史と伝統。⑤行政上の便宜、⑥教育学者による教育効果論。

この他、女子大学の場合に付加される擁護論として、⑦女子大学は女子学生にリーダーシップをとる機会を与える。⑧女子大学は女性のロール・モデルを提供される、というものがある<sup>112)</sup>。

日本国憲法において、教育権の法的性格について論争があるが、「機会均等な」教育を受ける権利の権利性には関しては異論がない<sup>113)</sup>。教育の権利が憲法に明示的又は暗示的に保障されていないことを理由とした Rodriguez 判決における Powell 判事の教育権の基本的権利性否定論<sup>114)</sup> からしても、わが国の場合にはそれは「基本的権利」と認められる。したがって、男女別学制や“女子専科”の女子大学の合憲性の問題は、教育権の点からも「厳格な審査」のテストで審査されることになる。そして、もしその目的が「恩恵的」と認められるときにも、目的に対する手段の必要性が問われる。このようなテストの下で、わが国でも主張されうる8つの擁護論について検討することにする。

<①について>

Williams 第一審判決も Vorchheimer 控訴審判決も、separate but equal という言葉の使用は注意深く避けてはいるが、明らかにその理論に基ついている<sup>115)</sup>。Plessy v. Ferguson, 163 U. S. 537 (1896) によって確立された separate but equal の原則を崩すための Brown v. Board of Education, 347 U. S. 483 (1954) に至るまでの戦い<sup>116)</sup> は、人種における実質的

平等論が真実ではないということの立証であった。そこで展開されてきた人種の separate but equal ドクトリンを否定する根拠は、性に基づくそのドクトリンにも適用しうる。なぜなら、性に基づいて分離した教育施設も、施設の点でも、コースの選択の点でも、社会的評価の点でも「事実上平等であることは不可能である<sup>117)</sup>」からである。しかも、わが国の場合、男子専科の国公立大学は現存しないので、separate but equal 論はそもそも論拠として採用しえない。

<②について>

男女間の生物学的差異は、当然に存在する。問題は、生物学的性差が教育においてどのような性差をもたらすのか否かである。そして、その差異が性に基づく教育における別異の取り扱いを要請するのか否かである。女性が大学に入り、それまで伝統的に女性の仕事ではないと考えられていた様々な仕事に女性が携ってくるようになってきていることは、従来いわれてきた多くの性的差異が文化に起源を有することを示している<sup>118)</sup>。例えば、平均値をとって男女の様々な能力を比較することは可能であろう。しかし、教育が個々人の能力の発展に寄与するものである以上、その平均値によって個々人の能力を決定し、教育を受ける機会を奪うことは許されない<sup>119)</sup>。

<③, ④, ⑤について>

憲法26条の教育を受ける権利の法的性格にかかわる問題であるが、国の裁量権が認められるとしても、性に関して機会均等な教育の権利という重要な憲法上の権利を否定することまで認められるわけではない<sup>120)</sup>。また、行政上の便宜は、性に基づく分類の使用を正当化するのに十分な根拠ではない<sup>121)</sup>。そして、男女別学制が長い歴史をもち、世界的にも受容されているとしても、男女別学制が性差別であるとすれば、そのような実践がいくら長い間行なわれているとしても、憲法が許容するものではない。差別的実践の長さは、そのことの正当性よりも、むしろ差別的偏見の深さを例証するだけであろう<sup>122)</sup>。既にみたように、男女別学制の起源が女性に関

する固定的観念的推定にある以上、その伝統は男女別学制の正当化理由とはなりえない<sup>123)</sup>。

<⑥について>

男女別学制の最も強力な擁護論は、教育者からのそれであろう<sup>124)</sup>。しかし、私の知るところではこの点での明確な教育効果論は我国では未だ提出されていないように思われる。アメリカにおいても、男女別学教育の心理学的・教育的メリット・デメリットに関する研究は、「驚くほど少ない<sup>125)</sup>」ようである。Vorchheimer 事件で州側が証拠として提出した、M. E. Tidball の研究および J. C. Jones の研究は、「裁判所に提起された争点と的確にかかわっていない<sup>126)</sup>」。例えば、ニュー・ジージーランドの男女別学校における調査結果である Jones の研究はアメリカの学校の事例に直ちに適用できるわけではない<sup>127)</sup>。他方、Tidball の研究は 1910~50 年に女性に開かれていた最高かつ唯一の大学が女子単科大学であったことを無視しているし、社会における女子単科大学の女性の地位を考慮していない。また、Tidball が分析の基礎材料とした Who's Who of American Women 自体収録が十分ではない<sup>128)</sup>。

分類の目的と達成手段としての性に基づく分類との必要性は、それを合憲と主張する側が男女共学ではその目的を達成できないことを強く証明しなければならない。しかし、そのような証明は、未だ教育者の側からもなされてはいないのである。

<⑦, ⑧について>

この二つの論拠も説得力があるとは思われない。まず、仮に女子大学が女性にリーダーシップの機会を与え、女性のロール・モデルを提供するとしても、卒業すれば状況が異なる。もし「学校は訓練の場として活動する、……全体として社会の小宇宙<sup>129)</sup>」であるとすれば、女子大学は女子学生に雇用における差別的世界のための準備をほとんどかあるいは全く供給しないことになる<sup>130)</sup>。女子教育に「良妻賢母主義の教育が、あなどり難い強さをもって、戦後にも

生き続け<sup>131)</sup>」ているわが国においては、真に女性に「学問」を供給する責任を果たしている女子大学はごく少数である。したがって、女子大学が男性との競争を回避することを与えるという見解は、むしろ女性は劣等であるという固定観念を永続させ、女性自身のなかに劣等感を強めるものである<sup>132)</sup>。

以上から明らかのように、男女別学制および女子大学擁護論は、いずれも分類の目的とその達成手段の必要性を論証していない。したがって、国公立女子大学は、「広く知識を授け、深く専門の学術を教授、研究し、知的、道徳的及び応用的能力を養い、もって社会の諸分野における有為にして教養高き女子を養成し、併せて文化の進展に寄与することを目的とする」点では憲法に反しないが、その目的が“女子専科”でしか達成できないことが立証されていない点で憲法に違反するといわざるをえない。

#### IV. むすびに

最後に、Hogan 判決において女子大学合憲論を主張した Powell 判事の反対意見を検討することによって、本稿の「むすびに」代えることにしたい。

Powell 判事は、女子大学の設立は個人の選択の自由に対応する多様性の確保という州の重要な目的と実質的関連性を有するもので、平等保護条項に違反しないとする<sup>133)</sup>。この多様性の議論は、表面上はアピールする力をもっているが、より深く検討すると不十分な論拠といわざるをえない。第1に目的の点であるが、目的としての多様性の主張は、実質的には、単に男女は異なる学校で教育されるべきであるという主張の言い直しに過ぎない。したがって、既に指摘したように女子大学の多くが現存する性的固定観念の適応である<sup>134)</sup>とき、多様性論の根底の少なくとも1つとして伝統的な男女役割の固定観念の永続がある。すべての女性は同一の、一定の対象しか本来的に興味をもたないと

推定しない限り、性分離が教育をどのように多様化するのかを理解することは困難である<sup>135)</sup>。しかし、その推定は、むしろ個々の女性の多様性を否定するもので、容認されえない。第2に、多様性論は実質的関連性の点でも疑わしい。Powell 判事は、女子大学への入学は個人の自由な選択の結果であり、任意の決定である、と主張する。しかし、この議論は実証性に欠け説得力が乏しいように思われる<sup>136)</sup>。多くの女性は、性的固定観念が社会に根強く生きているために、無意識的かつ受動的に性的固定観念を受容させられている。それゆえ、任意の決定であるように見えても実は性的抑圧の反映であるかもしれない。また、大学の選択も必ずしも「そこで学びたいから」というばかりではないであろう。むしろ逆に、この議論は、例えばお茶の水女子大学のA教授の下で英文学を学びたいと思う男子の希望を任意の選択として受容することを要請することになる。Powell 判事のも多様性の議論は、このように、「中間の審査基準」さえ満たさないとと思われる。

国立女子大学を設置した当時、政府には「差別的な悪意 (discriminatory animus)」はなかった<sup>137)</sup>。しかし、それは、上記の議論から明らかのように、自分の学びたい学問という点から大学を選択する男子の教育を受ける権利を差別的に制限する。さらに、より本質的で重要なことは、家政学部が象徴的であるが、女子大学は性に関する差別的でかつ固定観念的男女役割論を永続させるもの<sup>138)</sup>で、それは女性に対する差別である、ということである。個々の女性が良妻・賢き母となること自体は、悪しきことでも差別でもない。しかし、公教育において女性に良妻賢母主義の教育を施すことは、性的固定観念を永続させるもので差別である<sup>139)</sup>。男性は、良夫賢父主義で教育されているわけではない。

女子大学の設立は、「過去の差別の補償」としての積極的差別解消策としても行き過ぎであり、不適當である。教育における性分離を禁止

したとしても、それによって教育が単一化するわけではない。すべての学校を全く同一にするわけでもない。学生は、4年制あるいは短大、文学部あるいは法学部というように選択できるのである。女子大学の設立は、民法731条の婚姻適齢における男女差のように<sup>140)</sup>、一見女性を優遇しているように見えて、実は知的能力において女性を劣等と推定する固定観念に根ざすものである<sup>141)</sup>。

男女の間には生物学的差異があるのは明らかである。問題は、それと社会生活における男女別扱いの関連である。例えば、生物学的差異に基づく社会生活における母性の保護は、憲法の禁ずる差別ではなく、合理的な区分である。それに対し教育における男女別扱いは、生物学的差異とは何の関連性も有さないものであって、憲法の禁ずる差別である。我々の社会において教育が独自の重要性を有するがゆえに、学校における性分離の効果は人生の他の多くの面に拡大される。それゆえ、教育における性差別の解消は、男女平等の実現にとって不可欠である。

## 注

- 1) 1980年7月、わが国も、締約国に差別撤廃のための措置をとるよう求める「女性に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約」に署名した。その批推のための国内法の整備として、労働省は男女雇用平等法の制定に取り組んでいる。しかし、その内容に関しては、使用者側と女性労働者側との対立が激しい(例えば、毎日新聞、1984年2月29日朝刊・家庭欄参照)。
- 2) 現実に在学している生徒の状況によって分類した数値であるが、国公立高等学校の男女別学校数は、次の通りである(文部省、昭和57年度・学校基本調査報告書175頁)。

	国立	公立	
	本校	本校	分校
合計	17	3,719	235
共学	15	3,411	206
男子のみ	1	128	10
女子のみ	1	180	19

- 3) 例えば、全寮制の都立秋川高校は“男子専科”

であり、都立日比谷高校の募集人員は男子324名・女子146名である。なお、三井マリ子『機会均等』はどこへ、毎日新聞1984年2月17日朝刊・編集者への手紙、参照。

- 4) 家庭科に関しては、中学から男女で履修方法が異なっている。男女いずれも必修科目とされてはいるが、17に分けられた領域を数多く履修させている。高等学校の「家庭科一般」が女子のみ必修になったのは、普通科の場合は1970年度に改定された指導要領(職業科の場合は1980年度のそれ)からである。この問題に関して、当時文部省の担当官であった横浜国立大学教育学部奥田真之教授から有益なお話を伺い、多くの資料をお借りした。記して感謝申し上げる。本稿では紙幅の関係で論じることができなかったが、家庭科女子必修の合憲性については、さしあたり井田恵子「男女差別と教育」法時53巻8号30頁以下(1980年)参照。
- 5) 公立女子大学を設立年順に記すと、大阪女子大学、高知女子大学、熊本女子大学(以上1949年)、福岡女子大学(1950年)、広島女子大学(1965年)、静岡女子大学(1967年)、山口女子大学(1975年)、群馬県立女子大学(1980年)。
- 6) その10条(b)は「同一の教育課程、同一の試験、同一の水準の資格を有する教職員及び同一の質の学校施設についての機会」を確保するための、同10条(c)は「教育のすべての段階及びあらゆる形態の教育における男女役割についての定型化された機会の撤廃」のためのすべての適当な措置をとることを締約間に義務づけている。
- 7) 星野安三郎「教育基本法第五条」基本法コンメンタル・教育法48頁以下(1972年)参照。
- 8) なお、和田鶴藏氏は、「たとえ国全体の施設を眺めると、男女の教育の機会が均等になっていても、個人がその希望する施設を利用し得ないとすれば、それは個人の権利を侵害するものである。……国立の女子大学が、過去の社会生活上低位におかれた女性の実質的解放を図るための人間形成を目的とし、それにふさわしい教育内容を設けているような場合には、実質的平等を実現するための国家機関となるので、これに対し女性のみの入学を許すとしても違憲とは言えないであろうが、現状のような教育内容の国立女子大学は、違憲のものである」と主張している(和田鶴藏・憲法と男女平等〔増補版〕48頁(1973年))。
- 9) 14条1項をめぐってはこの3つの争点のほか、それが平等原則規範に過ぎないのかそれとも平等権をも保障しているのか、平等権は人権体系論のなかでどのような位置を占めるのか、形式的平等(機会の均等)ばかりでなく実質的平等(結果の平等)まで含むのか否か等の問題がある。最後の問題は積極的差別解消策の問題

- として本稿でも若干論及することになる。前二者の問題については、川添利幸「平等原則と平等権」公法研究45号1頁以下(1983年)参照。
- 10) 宮沢俊義・憲法〔新版〕268頁(1974年)。
  - 11) 同上, 282-3頁。
  - 12) 伊藤正己「法の下での平等」公法研究18号17頁以下(1958年); 同・憲法344頁(1982年); なお、同判事の参議院議員選挙無効事件判決(最大判昭58・4・27)での補足意見(民集37巻3号355頁以下)参照。
  - 13) 同・憲法245頁注5。
  - 14) 朝日新聞1981年7月10日朝刊。
  - 15) 学校教育法にいう大学ではないが、“男子専科”であった防衛大学校と防衛医科大学校のうち後者は1985年度入学試験から女子の受験を認めるといふ(朝日新聞1984年2月17日朝刊)。
  - 16) アメリカにおいても、性による不平等な取扱いは「教育における例外ではなくて、準則である」(H. H. Kay, *Sex-Based Discrimination*, 2nd ed., p. 787 [1981])。アメリカの女子教育の歴史については、T. Woody, *A History of Women's Education in the United States*, I (1929); N. E. McGlen & K. O'Connor, *Women's Right*, chap. 2 (1983) など参照。なお、大柴衛氏は、女子に学問教育は無用——女子にも教育は必要、ただし男子と異なる教育——女子にも男子と同じ教育、という三段階の発展を辿っている点で日米共通であるが、アメリカに比べて日本は半世紀ほど遅れている、と指摘している(大柴「日米の女子教育を比較して」書齋の窓325号29頁以下[1983年])。
  - 17) 芦部信著「法の下での平等」、清宮四郎編・憲法103頁(1954年)。
  - 18) 最大判昭25・6・7, 刑集4巻6号961頁。
  - 19) 宮沢俊義・憲法II〔新版〕, 269頁(1974年)。
  - 20) 14条1項をめぐる判例の分析については、覚道豊治「法の下での平等」、総合判例研究叢書・憲法(1)1頁以下(1959年); 和田鶴蔵・日本国憲法の平等原理、特に276-356頁(1971年); 中村睦男「法の下での平等と『合理的差別』」、公法研究45号27頁以下(1983年)など参照。
  - 21) この視点から最高裁の立法裁量論を分析するものとして、戸松秀典「立法裁量論」、小林直樹先生還暦記念・現代国家と憲法の原理185頁以下(1983年)がある。
  - 22) 同旨、小島和司・憲法学講話264-270頁(1982年); 野中俊彦『『合理性の基準』の再検討』Law School 28号4頁以下(1981年)。
  - 23) このような視点からアメリカの判例を詳細に分析するものとして、戸松秀典「平等保護と司法審査(一)~(四)」、国家学会雑誌90巻7・8号(1977年), 同91巻1・2号(1978年), 同91巻3・4号(1978年), 同91巻7・8号(1978年)がある。
  - 24) 1970年代以降の男女差別に関するアメリカ判例の展開については、久保田きぬ子「アメリカ法と男女の平等」アメリカ法1977-2号197頁以下; 高橋一修「アメリカの男女差別判例の動向(一)(二)」ジュリスト726号97頁以下, 同730号69頁以下(1980年); 釜田泰介「性による区分と法の平等保護」同志社アメリカ研究17号9頁以下(1981年); 同「性差別と平等」公法研究45号62頁以下(1983年); 鎌田猛「合衆国における性差別をめぐる違憲審査基準の展開」一橋研究6巻4号1頁以下(1981); 1982年森下史郎「アメリカの平等保護における中間的審査の意義と問題点」早稲田大学大学院法研論集27号219頁以下(1982年)などを参照。
  - 25) 修正14条の平等保護条項の名宛人は、州である。憲法上、連邦に対して国民の平等保護条項を求める明文はない。しかし、判例は、修正5条の適正手続(due process)条項のなかに修正14条の平等保護条項と全く同じものが含まれるとして、連邦も平等原則に拘束されることを認めている(*Bolling v. Sharpe*, 347 U. S. 497, 499 [1954]); なお、男女差別との関連では、例えば *Weinberger v. Wiesenfeld*, 420 U. S. 636, 638 n. 2 [1975])。ただし、J. H. Ely は、修正5条の適正手続条項に修正14条の平等保護条項を併合することは統語法的にも歴史的にも誤っている、と批判する(J. H. Ely, *Democracy and Distrust*, p. 32 [1980])。そして彼は、修正9条の包括権利条項のなかに連邦の平等保護条項を読みこんでいる(*Ibid.*, p. 38)。また、憲法に連邦に関する平等保護条項が存在しないことの積極的意味を認めるものとして、*Note: A Madisonian Interpretation of the Equal Protection Doctrine*, 91 *Yale L. J.* 1403 (1982) がある。それによれば、少数者は州よりも連邦からよりよい取り扱いをうけると考えた James Madison の議論では、連邦レベルでの緩やかな審査・州レベルでのより厳格な審査が要請されることになる。
  - 26) とりわけ1954年の *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483 以来、平等保護条項以上に主要な司法改革の源泉となっている規定は他にない(Perry, *Modern Equal Protection*, 79 *Colum. L. Rev.* 1023, 1024 [1979])。
  - 27) Gunther, *The Supreme Court 1971 Term-Foreword*, 86 *Harv. L. Rev.* 1, 8 (1972)。
  - 28) *Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1 (1967)。「疑わしい分類」に含まれるものについては、L. Tribe, *American Constitutional Law*, pp. 1012-19, 1052-56 (1978) 参照。
  - 29) *Harper v. Virginia Board of Elections*, 383 U. S. 663 (1966)。「基本的権益」のカタログについては、Tribe, *ibid.*, pp. 1002-11 参照。

- 30) Gunther, *supra* note 27. Burger 首席判事は、「厳格な審査」のテストの厳しさを、「私が知る限り、いかなる州法もこの一見したところ打ち勝ちがたい基準を充たしていない」(Burger's dissenting opinion in *Dunn v. Blumstein*, 450 U. S. 330, 363-64 [1972]) と表現している。
- 31) Kurland, *The Supreme Court 1963 Term-Foreword*, 78 Harv. L. Rev. 143, 145 (1964).
- 32) Comment: *Plessy Revived*, 12 Harv. C. R.-C. L. L. Rev. 585, 594 (1977)。差別における人種と差別の類似性についてより詳細には、G. Myrdal, *An American Dilemma*, 2nd ed., pp. 1073-78 (1962); A. Montagu, *Man's Most Dangerous Myth*, 4th ed., pp. 181-84 (1964) 参照。ただし、Powell 判事は、*Regents of the Univ. of California v. Bakke*, 438 U. S. 265 (1978) において、「人種の分類の本来的に嫌悪すべきものとしての認知は、性に基づく分類が共有しない長く悲劇的な歴史に由来する」として、差別の点での女性と黒人の類似に反対している (*Ibid.*, at 303)。しかし、女性に対する差別も、有史以来のもので、長く当然と考えられていた悲劇的なものであって、「性差別と人種差別の最大の相違は、それらをめぐるレトリックにある」(J. A. Baer, *Equality Under the Constitution*, p. 124 [1983])。
- 33) 一定の領域で司法積極主義をとった Warren Court は、首席判事性 (Chief Justiceship) が法廷の基調に比較的強い影響力を示した。Earl Warren の後任を選ぶという稀有の機会にめぐまれた (現在まで40人の大統領に対し最高裁長官は15人) 「権力派」の R. Nixon 第37代大統領は、Warren Court の自由主義的司法積極主義に不賛成な首席判事と判事で連邦最高裁を組織しようとした。そのような視点から首席判事として任命されたのが Warren Earl Burger であった (Burger Court の任命については、Lamb, *The Making of a Chief Justice: Warren Burger on Criminal Procedure, 1956-1969*, 60 Cornell L. Rev. 743-788 [1975]; *The Supreme Court: Justice and the Law*, 3rd ed., pp. 14-18 [1983] 参照)。そのために、発足当初 Burger Court は Warren Court の司法積極主義的諸判決を覆すのではないかと予測された。しかし、Burger Court の発足から15年目を迎えようとする現在、その予測は必ずしも当たっているとはいえない (See, Lamb, *Judicial Restraint on the Supreme Court*, in S. C. Halpern & C. M. Lamb, *Supreme Court Activism and Restraint*, pp. 22-25 [1982]; 邦語文献として、松井茂記「司法審査と民主主義(-)」法学論叢 109 巻5号 30-31 頁 [1981年] 参照)。ちなみに、Blasi, *The Rootless Activism of the Burger Court*, in V. Blasi (ed.), *The Burger Court*, pp. 198-217 (1983) は、Warren Court とは異なる「根のない」ものであるが、いかなる尺度によっても Burger Court は司法積極主義の Court であるとする。なお、Burger Court の全般的分析に関しては、V. Blasi (ed.), *ibid.*; Galloway, *The First Decade of the Burger Court*, 21 Santa Clara L. Rev. 891 (1981); Newark, *Evaluating the Work of the New Livertarian Supreme Court*, 7 Hastings Const. L. Q. 263 (1980); Symposium, *The Burger Court: Reflections on the First Decade*, 43 Law and Contemp. Prob. 1 (1980); Mason, *Whence and Whither the Burger Court? Judicial Self-Restraint*, 51 Rev. of Politics 3 (1979) など参照。
- 34) Baer, *Sexual Equality and the Burger Court*, 31 Western Political Quarterly 470 (1978).
- 35) O'Connor & Epstein, *Sex and the Supreme Court*, 64 Social Science Quarterly 327 (1983).
- 36) 人種差別事件判決に関して Burger Court を分析するものとして、Ulmer & Thomson, *Supreme Court for Black Litigants*, in S. S. Ulmer, ed., *Courts, Law, and Judicial Processes*, pp. 446-54 (1981) がある。
- 37) O'Connor & Epstein, *supra* note 35, p. 330.
- 38) *Ibid.*
- 39) See, Baer, *supra* note 34, pp. 470-71. 州立女子看護大学を違憲とした1982年の、後述する Hogan 判決も、性分類が本来的に「疑わしい」か否かは未解決のままに残した (102 S. Ct, 3331, 3336)。
- 40) See, Justice Bradley's concurring opinion in *Bradwell v. Illinois*, 83 U. S. 130, 141 (1873).
- 41) 生物学的決定論の代表的論者として、「核家族」という用語の創出者として著名な G. P. Murdock そして T. Parsons を挙げることができる。G. P. Murdock, *Social Structure* (1949)/内藤莞爾訳・社会構造——核家族の社会人類学 (1978年); T. Parsons & R. F. Bales, *Family, Socialization and Interaction Process* (1955)/橋爪他訳・核家族と子どもの社会化 (1970年) 参照。
- 42) このように、能力の推定を伴った男女役割分担論によって、実は「女はつくられる」と同様に「男もつくられる」のである。女性と同様に男性も役割分担論に苦しめられている点については、D. S. David & R. Brannon, *The Forty-Nine Percent Majority: The Male Sex Role*, pp. 1-45 (1976) 参照。
- 43) See, *Muller v. Oregon*, 208 U. S. 412 (1908);



- Goesaert v. Cleary, 335 U. S. 464 (1948); Hoydt v. Florida, 368 U. S. 62 (1961).
- 44) Cf. L. Kanowitz, *Women and the Law* (1969).
- 45) Rosenblum, *Discriminatory Purpose and Disproportionate Impact*, 79 Colum. L. Rev. 1376, n. 3 (1979).
- 46) 29 U. S. C. § 206(d).
- 47) 42 U. S. C. A. § 2000e et seq. 第7篇は、1972年に大幅に改正され、それ以後は「雇用機会平等法 (Equal Employment Opportunity Act)」と呼ばれている。
- 48) ERA については、Brown, Emerson, Falk & Freedman, *The Equal Rights Amendment*, 80 Yale L. J. 871 (1971); Note, *Sex Discrimination and Equal Protection*, 84 Harv. L. Rev. 1499 (1971) 参照。邦語文献としては、北勝敏一「修正二七条の研究」日本法学38巻4号49頁以下 (1973年); 中川 徹「男女平等とアメリカ憲法」広島法学6巻4号69頁以下 (1983年); 西 修・各国憲法制度の比較研究102頁以下 (1984年) など参照。
- 周知のように、ERA は1982年6月末日確定要件を満たせず廃案となった。世論調査では多数が支持していた ERA が確定しなかった理由として、V. Burris は3点挙げている。(Burris, *Who Opposed the ERA?*, 64 Social Science Quarterly 305 [1983])。第一は、政治的に比較的強い影響力をもつグループの間で支持する者が少なかったことである。第二は、ERA 反対者の政治的圧力を増大させる方法でERA 支持が地理的に散ったことである。そして、第三は、ERA 反対者が広汎な保守的イデオロギーと連繫したことである。
- 49) 1960年代後半に発生した、いわゆるウィメンズ・リヴは、19世紀以来続けられてきたフェミニスト運動の一つとして捉えることができる。従来の運動の成果の一つとして、1920年に確定された修正19条を挙げることができる。しかし、修正19条は、選挙権以外の権利に及ぶものではない。ウィメンズ・リヴは、その目指した内容の点で従来のフェミニスト運動との相違を指摘しうる。つまり、後者が女性を社会の支配的な価値に基づいて評価することを求めたのに対して、前者、すなわち、ウィメンズ・リヴは、女性としての主体性・自立性を確立し、男性とは異なる価値の樹立をめざした (Cf. O. Banks, *Faces of Feminism* [1981])。
- 50) 男女役割分担は生物学的性差によって必然的に派生するのではなく、男性による女性の階級支配として捉えた古典的著作は、周知のように、Ernst Engels の『家族、私有財産、および国家の起源』(1884年) である。K. Millet の関心は、父権制成立の歴史過程よりもむしろ性支配を維持し、強化してきたイデオロギーとしての父権制にある (K. Millet, *Sexual Politics*, 1970/藤枝滯子他訳『性の政治学』, 1973年)。
- 51) See, Ginsburg, *The Burger Court's Grapplings with Sex Diserimination*, in V. Blasi (ed.), *The Burger Court*, at 133-34.
- 52) 419 U. S. at 537. このことは、同種のミズリー州法が性差別として争われた *Duren v. Missouri*, 439 U. S. 357 (1979) でも確認されている。
- 53) 368 U. S. at 62.
- 54) 421 U. S. at 14-15.
- 55) ただし、連邦最高裁は、男女役割分担をめぐるすべての推定を否定しているわけではない。その「過度な一般化 (overbroad generalization)」や「時代遅れな固定観念 (outmoded stereotype)」を違憲としている。
- 56) ミレット著/藤枝他訳・性の政治学, 170頁。
- 57) 416 U. S. 351 (1974).
- 58) 419 U. S. 498 (1975).
- 59) 420 U. S. 636 (1975).
- 60) Gunther, *supra* note 27, at 8.
- 61) 429 U. S. 190. Craig 判決については、戸松秀典「厳格な合理性の基準」ジュリスト776号129頁以下 (1982年) 参照。
- 62) See, Note, *Single-Sex Public Schools*, 1977 Duke L. J. 259, 263 (1977).
- 63) See, Justice Marshall dissenting opinion in *Dandridge v. Williams*, 397 U. S. 471, 519-21 (1970). 「中間の審査基準」の問題点を検討する邦語文献として、森下史郎、前掲 (註23) 論文がある。
- 64) See, Emerson, *First Amendment Doctrine and the Burger Court*, 68 Calif. L. Rev. 422 (1980); Elson, *Balancing Costs in Constitutional Construction*, 17 Am. Crim. L. Rev. 160 (1979).
- 65) Note, *supra* note 62, at 263.
- 66) 多数意見は、もし戦闘から女性を排除することが許されるならば徴兵登録を男性だけにすることも許される、と述べる。そして、「女性が戦闘に意図的にそして常習的に加わるべきではないという原則は基本的であり、かつ我々人民の間で広く支持されている」として合憲とした。それに対して、White 判事の反対意見も、戦闘が男性の仕事があるという推定の合憲性を問題にしているわけではない。もし戦闘が男性に限られるとしても、予備登録 (selective service registration) を男性に限ることが合憲か否かを論じているにすぎない。
- 67) See, Loewy, *Returned to the Pedastal The Supreme Court and Gender Classification*

- Cases, 60 N. C. L. Rev. 87 (1981).
- 68) 拙稿「州立女子大学の違憲性」ジュリスト 797号81頁以下 (1983年)。
- 69) ただし、「中間の審査基準」の内容の曖昧さは、Hogan 判決でも露呈された。Powell 判事は、本判決の反対意見で、法廷意見とは異なる理由づけで「中間の審査基準」で審査しても合憲と判示している。
- 70) See, e. g., Justice Stewart's concurring opinion in *Craig v. Boren*, 429 U. S. at 214-15; his concurring opinion in *Michael M. v. Superior Court*, 450 U. S. at 479).
- 71) See, O'Connor & Epstein, *supra* note 35, at 330. なお、O'Connor 判事の最初の開廷期における判決を分析した邦語文献として、D. J. ダネルスキー／早川武夫・訳「オコナー裁判官——最初の最高裁開廷期を終えて」法時55巻11号44頁以下 (1983年) がある。
- 72) J. H. Ely, *supra* note 25, at 149.; See, Perry, *supra* note 26, at 1050-67.
- 73) このことは、多くの論者が指摘している。例えば、J. A. Baer は、概念が不明瞭で、歴史に根拠をもたず、憲法の文言に適合せず、相反する結果をもたらす、逆差別事件に適用すると不合理な結果をもたらすとして、「疑わしい分類」のドクトリンおよび他の審査基準を斥ける (J. A. Baer, *supra* note 32, chap. 10)。そして、Baer は、「段階のない審査 (Adjudication without tier)」を主張する。Baer の主張するよりよいアプローチは、4つの問いを提起するものである。第一に、侵害される権益はどんな性質か、第二に、その侵害はどのように厳しいか、第三に、その侵害によってどんなグループが影響されるのか、そして、第四に、制限される人々についてどんな判断を州がしたのか、である (*Ibid.*, p. 279)。
- なお、「基本的権益」の概念については、芦部信喜「包括的基本権条項の裁判規範性」、法学協会編・法学協会百周年記念論文集・第二巻 (1983年)、特に86頁以下参照。
- 74) 修正14条の制定史を研究する論稿は多いが、J. A. Baer によると、一般に明確に認められているのは次の2点だけで、その以外点では学者の議論には混乱がある。一致している第一の点は、修正14条は黒人以外の人種の少数派にも拡大したことである。第二は、修正14条で保護される権利は公民権法と1866年の *Freedman's Bureau Bill* にあげられたものであることである。(J. A. Baer, *supra* note 32, pp. 256-57).
- 75) M. Shapiro & R. J. Tresolini, *American Constitutional Law*, 6th ed., p. 563 (1983).
- 76) 樋口陽一・司法の積極性と消極性, 20頁 (1978年)。
- 77) 樋口, 前掲書, 特に92-126頁参照。
- 78) 同旨, 釜田泰介「性差別と平等」公法研究45号70-71頁 (1983年)。
- 79) 近時, 平等概念は無内容なので用いるべきではないと主張する P. Westen, *The Empty Idea of Equality*, 95 Harv. L. Rev. 537 (1982) をめぐって論争が行われている。Burton, *Comment on "Empty Ideas"*, 91 Yale L. J. 1136 (1982); Greenawalt, *How Empty is the Idea of Equality?*, 83 Colum. L. Rev. 1167 (1983).
- 80) 横田耕一「平等原理の現代的展開」, 小林直樹先生還暦記念・現代国家と憲法の原理648頁 (1983年)。
- 81) affirmative action などは、周知のように、1960年代に初めて出てくる。しかし、それらの用語が公的関心事となり日常的に語られるようになるのは1970年代である。
- 82) affirmative action に関する 概括的な全体像については、横田耕一, 前掲 (註80) 論文, および阪本昌成「優先処遇と平等権」公法研究45号98頁以下 (1983年) 参照。それをめぐる審査基準については、阪本「優先処遇と平等原則」Law School 28号27頁以下 (1981年) 参照。
- 83) 逆差別問題の先駆的事件は、周知のように、カリフォルニア大学ディヴィス校医学部の少数民族優先入学制の合憲性を争った *Regents of the Univ. of California v. Bakke*, 438 U. S. 265 (1978) である。
- 84) See, *Craig v. Boren*, 429 U. S. 190 (1976).
- 85) 性に関する恩恵の分類をめぐる判決については、拙稿, 前掲 (註66) 論文, 83-84 頁参照。
- 86) 102 S. Ct. at 3333 (1982).
- 87) 438 U. S. at 357-58, 328 (1978).
- 88) 438 U. S. at 299 n. 34, 295-96 (1978).
- 89) See, J. A. Baer, *supra* note 32, pp. 140-42.
- 90) See, Blackston, *Reverse Discrimination and Compensatory Justice*, 3 *Social Theory and Practice* 253, 276-280 (1975).
- 91) 戦後日本教育史料集成・第一巻128-129頁 (1982年)。
- 92) 文部省・学制百年史 (記述編) 740-41頁 (1972年)。
- 93) 1949年には、この他3校の公立女子大学と26校の私立女子大学が発足している。戦後女子教育の展開を憲法の視点から考察するものとして、星野安三郎「戦後教育改革の理念と現実・課題」, 法セ増刊総合特集シリーズ・女性と法, 152頁以下 (1984年) がある。
- 94) 戦前の女子教育については、さしあたり桜井役・女子教育史 (1943年) 参照。
- 95) 明治以降教育制度発達史・第1巻342-4頁 (1937年)。

- 96) 文部省・学制百年史 (資料編) 14頁 (1972年)。  
 97) 前掲書30頁。  
 98) 周知のように、国立大学が初めて女子に門戸を解放したのは1913年の東北帝国大学理科大学である。なお、戦前の女子への大学の門戸解放の状況については、坂東昌子他編・女性と学問と生活 8頁表 1-3 (1981年) 参照。  
 99) 文部省・学制百年史 (記述編) 735-36 頁。  
 100) 良妻賢母主義については、深谷昌志・増補良妻賢母主義の教育 (1981年) 参照。  
 101) 村上信彦「婦人問題と婦人解放運動」, 岩波講座・日本歴史18巻 227 頁 (1975年)。  
 102) 教育を受ける権利の経済的事由に関する平等保護が争われた Rodriguez 判決において、法廷意見を述べた Powell 判事は、教育が個人及び社会にとって深い意義をもつことを認めつつも、教育の「基本的権利」性を否定した。その理由は、教育の権利は憲法に明示的又は暗示的に保障されていない、というものであった。この Powell 判事の論旨には批判が多いが、教育の基本的権利性をめぐってはさしあたり、Dimond, *The Constitutional Right to Education*, 24 *Hasting L. J.* 1087 (1973) 参照。  
 103) 102 S. Ct. at 3341.  
 104) Hogan 判決では、また、“男子専科”の州立看護学校は設置されていないので separate but equal ドクトリンの合憲性は問われていない。わが国にも多くの“女子専科”の公立看護学校がある。看護の分野はわが国でも女性が伝統的に支配しているものなので、それらは、Hogan 判決の法理によれば違憲となる。  
 105) Craig 判決以前に、少なくとも3つの下級審判決が州立の男子単科大学や女子単科大学を支持している。それは、テキサス州立男子大学を合憲とした Heaton v. Bristol, 313 S. W. 2d 86 (1958); Allred v. Heaton, 336 S. W. 2d 251 (1960) そしてサウス・カロライナ州立女子大学を合憲とした Williams v. McNair, 316 F. Supp. 134 (1970) である。3判決とも「合理性」のテストを用いている。したがってこの3判決の今日的意味は、分離された教育施設は人種よりも性に関連してより正当化しうるということを暗示していることである。  
 106) Vorchheimer 事件の事実については、400 F. Supp. 326, 327-332 参照。  
 107) 400 F. Supp. 326 (1975).  
 108) 532 F. 2d 880 (1976).  
 109) 430 U. S. 703 (1977).  
 110) 教育修正法第9篇 (Title IX of the Educational Amendments Act) は、多くの留保つきではあるが、「性に基づいて、連邦から財政援助を受ける教育プログラムや活動への参加から排除されたり、その利益を否定されたり、あるいは差別に服させられない」と規定している (20 U. S. C. § 1681 (a)).  
 111) 教育機会均等法 (Equal Educational Opportunity Act) は、「公立学校に入学するすべての子供は、人種、体色、性、あるいは国籍にかかわらず平等な教育の機会をもつ権利を有する」と規定する (20 U. S. C. § 1701 (a) (1)).  
 112) See, Comment, *supra* note 32, at 638. なお、金城清子・法女性学のすすめ, 112-14 (1983年) が、アメリカで主張されている女子大学必要論を紹介している。  
 113) ただし、今日「機会均等」の意味が問われている (山崎真秀, 第26条, 基本法コンメンタール・新版憲法 116 頁以下 [1977年] 参照)。  
 114) 註 102 参照。  
 115) See, Moody, *The Constitution and the One-Sex College*, 20 *Clev. St. L. Rev.* 465, 469 (1971).  
 116) これについては、藤倉皓一郎「平等条項と連邦最高裁判所」川又良也編・総合研究アメリカ④ 120 頁以下 (1977年) 参照。  
 117) Shaman, *College Admission Policies Based on Sex and the Equal Protection Clause*, 20 *Buffalo L. R.* 609, 613 (1971).  
 118) See, L. Kanowitz, *supra* note 44, p. 199.  
 119) 平均寿命の違いから保険料に男女で差を設ける年金制度は、公民権法第7篇に違反するか否かが争われた Los Angele Dept. of Water & Power v. Manhart, 435 U. S. 702 (1978) で、平均寿命における男女差は真実であるがそれを個々人の特性として断定してはならないと判示した。Manhart 判決の法理が修正14条論としても適用しうるか否かは議論がありえようが、私見によれば、統計的に正しい結論であってもそれによって律することのできない分野がある。教育は、その一つである。なお、Manhart 判決と同種の事件である Norris 判決 (51 U. S. L. W. 5243 [1983]) については、釜田泰介「年金上の男女別扱いとアメリカ最高裁判所」法学教室38号89頁以下 (1983年) 参照。  
 120) See, MUW v. Hogan, 102 S. Ct. at 3340-41.  
 121) See, e. g. Reed v. Reed, 404 U. S. 71 (1971); Frontiero v. Richardson, 411 U. S. 677 (1973); Craig v. Boren, 429 U. S. 190 (1976).  
 122) 女性の隷従の長い歴史及び現存がその正当化理由にならないことは、既に、古典的名著である J. S. Mill, *The Subjection of Women* (1869年) によって論破されている。  
 123) See, Comment, *supra* note 32, at 619.  
 124) Note, *The Constitutionality of Sex Segregation*, 37 *Univ. of Chicago Lt Rev.* 296, 323 (1970).  
 125) *Ibid.*, at 324.

- 126) Note, *Single-Sex Public Schools*, 1977 Duke L. J. 259, 267 (1977).
- 127) *Vorchheimer v. School District of Philadelphia*, 400 F. Supp. at 333.
- 128) Comment, *supra* note 32, at 639.
- 129) Comment, *Title IX of the 1972 Education Amendments*, 53 Tex. L. Rev. 103 (1974).
- 130) Harris, *The Second Sex in Academe*, 56 A. U. P. Bull. 283, 294 (1970).
- 131) 中嶋 邦「歴史にみる男性・女性」家庭科教育 51巻9号51頁 (1977年)。
- 132) See, Comment, *supra* note 32, at 641-2.
- 133) 102 S. Ct. at 3342 (1981); See, *Vorchheimer v. School Dist. of Philadelphia*, 532 F. 2d at 888; *Williams v. McNair*, 316 F. Supp. at 138; *Buek & Orleans, Sex Discrimination*, 6 Conn. L. Rev. 1, 15, 16 (1973)
- 134) See, *MUW v. Hogan*, 102 S. Ct. at 3339 n. 15.
- 135) See, Comment, *supra* note 32, at 646.
- 136) See, Note, *The Supreme Court, 1981 Term*, 96 Harv. L. Rev. 62, 117-20 (1982).
- 137) 連邦最高裁は, *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U. S. 424 (1971) において, 「差別的意図が不在」であっても in fact に不均齋の効果が生じた場合には公民権法第7篇に違反すると判示した。しかし, *Washington v. Davis*, 426 U. S. 229 (1976) において, 連邦最高裁は, 憲法上の訴訟には *Griggs* ルールは適用されず, 憲法上の保障が要求されているときには in jura に人種の差別的目的の存在が必要であると判示した。人種差別におけるこの *Washington* ルールは, *Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney*, 442 U. S. 256 (1979) において性差別事件にも適用されるとされた。しかし, この *Feeney* ルールは 国公立女子大学の憲法適合性の問題に適用することはできない。なぜなら, それは in jura に差別があからである。
- 138) 「過去の差別の永続」の合憲性については, 人種に基づくそれを論じたものだが *Schnapper, Perpetuation of Past Discrimination*, 96, Harv. L. Rev. 828 (1983) 参照。
- 139) 私立の女子大学も, 国から補助金を交付してもらっている場合には state action の法理によって憲法問題が生ずると考える。
- 140) 民法 731 条の合憲性については, 金城清子「女性と法律 3」ジュリスト 733 号 130 頁 (1981年) 参照。
- 141) 男子大学側からは, 女子を受け入れない理由として, 共学は女性らしい感性を壊してしまうか 大学を女性化する, 道徳が低下する, 女性の知的劣等さがあるいは肉体的弱さのために大学の知的水準が低下させられるなどがいわれている (*T. Woody, supra* note 16, II pp. 266-95; *J. Brubacher & W. Rudy, Higher Education in Transition*, pp. 64-69 [1958])。

[横浜国立大学経営学部助教授]