

男女別学の合憲性——VMI判決を中心に——

根本 猛

一 はじめに

人種の分離教育は本質的に不平等であつて、公教育の分野において「分離すれども平等に」(separate but equal)の原則は存立の余地がないと述べた一九五四年のブラウン判決⁽¹⁾から四〇年余りがたった。一方、男女の別学については、最高裁判所は、現在も、明確な判断を示していない。しかし、最高裁判所は、個々のケースで、別学校の存在を違憲とすることで、男女別学の自然消滅を待っているかにも見える。別学が平等保護に違反するとして提起された一九八二年と一九九六年の二つの事件で、最高裁判所は違憲判断を示した。違憲判決はいづれも、ブラウン判決前夜にみられた、「分離すれども平等に」を厳格に解釈して、当該別学が「分離されかつ不平等」(separate and unequal)という前提に立つものであつた。⁽²⁾

本稿では、一九九六年のVMI判決を中心に、男女の別学についての最高裁判所の考え方を検討してみたい。⁽³⁾また、

そのことは、性差別一般についての最高裁判所の現在の態度を分析することにもなるだろう。

(1) *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954).

(2) *Sweatt v. Painter*, 339 U. S. 629 (1950). パイルは、今日の女子大学の立場は、スウェット判決のあった一九五〇年の白人大学と同じであるとみる。Pyle, *infra*, note 19, at 214-15. また、スカリア裁判官も、後述のように、VMI判決に照らせば事実上男女別学は不可能とする。

(3) この問題に関する邦語の文献として、青柳幸二「国公立女子大学の憲法適合性」〔個人の尊厳と人間の尊重〕（一九九六年）、君塚正臣「性差別司法審査基準論」第六章（一九九六年）、大沢秀介「性差別とアフーマティブ・アクション」法学教室第一九八号五三頁（一九九七年）。また、辻村みよ子「女性の権利と『平等』」（杉原泰雄・樋口陽一編「論争憲法学」二〇一頁（一九九四年））。

二 VMI判決

1 訴訟の経緯

バージニア州立士官学校（Virginia Military Institute, 以下、VMI）は、バージニア州の公立高等教育機関のなかで唯一の別学校である。VMIの特徴的な使命は、市民生活においても軍隊においてもリーダーシップを備えた男性、すなわち「市民兵士」の養成である。

合衆国政府は、VMIの男性のみを入学させるという政策が平等保護条項に違反すると主張して、バージニア州とV

MIを相手取って、訴訟を提起した。連邦地裁は、VMIを勝訴させた。しかし、第四巡回区連邦控訴裁判所は、原判決を破棄し、バージニア州に、憲法違反を是正するように命じた。これに対して、バージニア州は、女性のための教育機関として、バージニア州立女子リーダーシップ学校 (Virginia Women's Institute for Leadership, 以下、WIL) を設立した。連邦地裁は、これが平等保護の要件を満たすものと判断し、連邦控訴裁判所も、これを支持した。

最高裁判所は、七対一の多数決で、最初の原判決——VMIの入学政策は違憲——は支持し、二回目の原判決——WILの設置は適切な救済方法——は破棄した。⁽⁴⁾ 六裁判官の見解を代表して、ギンズバーグ裁判官が法廷意見を述べた。

2 法廷意見

(一) 法廷意見は、先例の回顧から始める。そして、性差別の違憲審査基準を確認する。

「我々は、当裁判所の進路を明らかにした判決——JEB対アラバマ判決及びミシシッピ州立女子大学判決（「ホーガン判決」）の中核的な説示を、もう一度、確認する。すなわち、性別に基づく政府の行為を擁護しようとする当事者は、その行為の『非常に説得的な正当化理由』（*exceedingly persuasive justification*）を示さなければならぬ」

「性別に基づき権利や機会を否定する公的行為に対する今日の懐疑的な審査は、長い歴史に対応したものである」。憲法制定から一三〇年以上にわたって、女性は投票権を与えられず、さらに、その後、半世紀の間、何らかの「合理的根拠」があれば性差別は容認されると考えられてきた。

史上初めて、性差別で女性を勝訴させた一九七一年のリード判決以来、「当裁判所は、繰り返し、法や公的な政策が、女性であるというだけの理由で、完全な市民としての資格 (*full citizenship stature*)、すなわち、才能と能力に基づき、望みを持ちそれを成し遂げ社会に参加し貢献する平等な機会を否定するとき、連邦及び州政府の行為は平等保護原則に

矛盾するものであることを承認してきた。

性別による分類を、あらゆる点で、人種や出身国に基づく分類と同視することはなかったが、リード判決以降の判決で、当裁判所は、女性（や男性）にドアを閉ざしたり機会を否定する公的行為を注意深く審査してきた。性別に基づく公的な分類に関する事件についての、当裁判所の最近の傾向を要約すると、救済が求められている異なる取り扱いや機会の否定に焦点を当てる際、審査する裁判所は、提示されている正当化理由が『非常に説得的』か否かを判断しなければならぬ。立証責任は重いものであり、すべて州側にある。州は、『少なくとも、攻撃されている分類が政府の重要な目的に資するものであり、用いられている差別的な手段がこうした目的の達成に実質的に関連していること』を証明しなければならぬ。正当化理由は真のものでなければならず、仮定的なものであったり、訴訟への対応で後からでっちあげられたものであつてはならない。そして、男性及び女性の異なる才能、能力または選好についての過度に広汎な一般化に依拠してはならない。

先例が確立した高次の審査基準は、性別を禁止された分類とはしていない。想像上の『本来の相違』は、もはや、人種や出身国による分類の根拠として受け入れられないが、男女の身体的相違は今も存在する。しかし、このことは、性別による分類が、女性の法的、社会的及び経済的劣位を生み出したり永続化させるために使われてもよいことを意味しない。

(二) 最初の争点は、VMIが女性の入学を拒否していることが憲法上許されるかである。バージニア州が主張する第一は、教育の多様性であった。法廷意見は、次のようにいう。

別学教育により教育上の利益を受ける学生がおり、公立教育機関の多様性が公益にかなうことに争いはない。「しか

し、バージニア州は、VMIが、女性をカテゴリーカルに排除することによって、州内の教育の機会を多様化する目的で設立され維持されてきたことを証明しなかった。こうしたジャンルの事件では、我々の先例は、カテゴリーカルな排除を擁護するために提示された『良性の』正当化理由は、自動的に受け入れられないことを教えている。すなわち、主張できる正当化理由は、州の実際の目的でなければならず、実際には違う理由に基づく行動の口実 (rationalizations for actions in fact differently grounded) であってはならない」

「ミシシッピ州立女子大学判決が、直接妥当する。この事件で、ミシシッピ州は、看護学校からの男性の排除を正當化するために、州は『女性に対する差別を補償する』『教育上のアフアーマティブ・アクション』を行っていると主張した。綿密な分析を行って、当裁判所は、『主張されている目的』と『差別的な分類の根底にある実際の目的』との間には密接な類似点はないと認定した。本件で同様の審査を行うと、同じ結論に至る」

「最近の歴史も以前の歴史も、別学教育の選択による多様性の追求というバージニア州の主張は支持しない」。VMIが設立されたのは一八三九年だが、女性の高等教育の機会は長く閉ざされてきた。『バージニア州の最も権威ある高等教育機関』であるバージニア州立大学が共学を導入したのは一九七〇年であり、初めて、男性と同じ条件で女性の入学を認めたのは一九七二年である。

「要約すると、我々は、VMIの男性のみを入学させるという方針が『多様性という州の政策を増進する』という説得的な証拠はないと認定する。……連邦控訴裁判所が認めたように、真に、教育上の選択の幅を広げるといふ目的は、VMIの歴史的で一貫したプラン——『ユニークな教育上の利益を男性にのみ与える』プランによつてはかなえられない。このプランが州の息子たちにどんなに『十分に』役立つものであれ、娘たちには何も提供されていない。これは平等保護ではない」

州のもうひとつの主張は、V M Iの独特の教育方法は女性とは相容れないというものである。法廷意見は、これについても、州の主張を退ける。

「バージニア州は、次に、V M Iの敵対的な教育方法 (adversative method of training) は教育上の利益を生んでいるが、これは修正しなければ女性には提供できないと主張している。そして、女性向けの変更は、必然的に、『根本的』で『徹底的』なものとなり、V M Iのプログラムを破壊するほど変えるという」

しかし、『少なくとも何人かの女性が、機会が与えられれば、V M Iへの入学を希望し』、専門家の証言によれば『V M Iの在校生が求められる活動のすべてができる』。さらに、両当事者は、『何人かの女性が、V M Iが現在男性に課している身体的基準に合格できる』ことで一致している。……要するに、V M Iの存在理由である『市民兵士の養成という目的もV M Iの実現方法も』本来的に女性に不適当なものではない」

バージニア州の専門家の証言や連邦地裁の認定によれば、男性は敵対的な雰囲気が必要とし女性は協調的な雰囲気でも成長する傾向があるという。だが、「我々は、審査する裁判所に、バージニア州が強調し連邦地裁が依拠した種類の一般化や『傾向』に『厳しい目』を向けるよう警告してきた。我々の説示によれば、機会の門戸をコントロールしている州は、『男性と女性の役割と能力に関する固定的な観念』に基づき、資格のある個人を排除してはならない。……争点は、『女性（や男性）がV M Iへの入学に賛成』か否かではなく、州が、意志と能力のある女性に、V M Iが提供する独特の教育と参加の機会を否定することが合憲かである」

「女性の入学がV M Iの地位を落とし、敵対的な教育システムを破壊し、それとともに、学校さえも破壊されるといふ考え方は、ほとんど証明されていない判断であり、……権利や機会を否定するために、かつてお決まりのように使われた。女性が、初めて、法曹資格や法学教育へのアクセスを求めたとき、同様の懸念が表明された」

「連邦の士官学校への女性の入学がうまくいき、彼女らがこの国の軍隊に参加していることは、VMIの将来に対するバージニア州の懸念が確実な根拠のないものであることを示している。すべての女性——そのうち何人かは資格があるのに——を『市民兵士』の訓練から排除する州の正当化理由は、いづれにせよ、『非常に説得的』とランクされることはできない」

(三) 法廷意見の後半は、違憲判断を示した原判決が命じた救済方法が適切かを論じている。

「訴訟の第二段階において、バージニア州は、その救済プランを提示した。それは、VMIを男性のみの大学としてそのままにし、女性のために別個のプログラムとしてVWILを新設するものだった。連邦控訴裁判所は、両者の教育プログラムが、平等保護の審査に耐えられるほどに同等であるとして、支持した。

まず、一般的に、差別の救済方法がどうあるべきかが論じられる。

「救済命令は、その憲法違反に密接に適合するものでなければならず、機会や利益を違憲的に否定された者を『差別がなかったならば占めた地位』に置くよう具体化されなければならないと当裁判所は述べてきた。本件の憲法違反は、男性に与えられている特別な教育の機会からの女性のカテゴリカルな排除である。違憲な排除に対する適切な救済方法は『過去の差別の効果を可能な限り除去し』『将来における同様の差別を禁ずる』ことを目的にしていると我々は説明してきた。

バージニア州は、VMIの女性排除の政策を取り除くのではなく、そのまま放置することを選択した。そして、女性にのみ、VMIとは種類が異なり、有形及び無形の便宜の点で不平等である、別個のプログラムを提案した」

「VWILは、VMIが有名になった厳しい軍隊式の訓練を経験する機会を女性に与えていない。その代わりに、V

WILのプログラムは、軍隊式の教育を強調するのではなく、『自尊心を高める協調的な教育方法』を採っている」

「バージニア州は、こうした教育方法の相違は、『教育上及び発達上の必要性に関する男女間の重要な違い』——この『心理的及び社会的違い』をバージニア州は『真実のもの』であって『ステレオタイプではない』とする——によって、教育上正当化されると主張している」

しかし、『女性がどのようなものであるか』についての一般化は、その評価が大方の女性に妥当するものであっても、その才能と能力によって平均的な記述の範囲外にいる女性の機会を否定することを、もはや、正当化しない。バージニア州が、VMIの教育方法が大方の男性に適していると主張しなかったことは明白である。また、バージニア州がWILで『VMIの完全に軍隊式の経験』をさせないことを、WILは『軍隊でのキャリアを追求することが必ずしも期待されていない女性のために設置された』ことに基づいて説明していることも参考になる。それと同じ理由で、VMIの『完全に軍隊式の』プログラムは、一般の男性——あるいはグループとしての男性に不適切なものとなる。というのは、『VMIの在校生の約一五%のみが職業軍人になる』のだから」

「軍隊式の訓練以外の多くの点でも、WILは、VMIと同等の資格がない。WILの学生組織、学部、提供されるコース及び設備は、VMIにほとんど及ばない。そして、WILの卒業生は、VMIの一五七年の歴史、学校の権威、及び影響力のある卒業生のネットワークと結びついた恩恵を期待できない」

「要するに、バージニア州は、男性のみのVMIを存続する一方で、『同等の女性のみ教育機関』を用意しなかった。州は、公平にみれば、カリキュラムの選択の幅及び学部の地位、財政、権威、卒業生の支援と影響力の点で、VMIの『暗い影』と評価されるWILのプログラムを作ったのである」

スウェット判決において、最高裁判所は、学部の評判、学校経営の経験、卒業生の地位及び影響力、地域社会での地

位、伝統及び權威などの、客觀的に測ることはできないが学校において重要な資質を重視して、ロースクールへのアメリカ系アメリカ人の入学を命じた。「我々は、本件においても、バージニア州は、州がVWILとVMIにおいて支援する別個の教育の機会が實質的に平等であることを証明しなかつた結論する」

法廷意見は、原判決について、最高裁判所が性差別に適用してきた中間審査基準を逸脱したと批判する。

第四巡回区連邦控訴裁判所は、提案されている救済方法が、VMIでの教育上の利益を否定された女性を、差別がなかつたなら占めたであろう地位に置くものか否かを審査するのではなく、「バージニア州が男女に別個の不平等な教育プログラムを提供しても、平等保護原則に忠実か否かを検討した」

連邦控訴裁判所は両者の相違を認めた。「にもかかわらず、連邦控訴裁判は、實質的に異なっていてかなり不平等なVWILのプログラムを十分であると判断した。この結論は、適用する審査基準を変更することによって得られた。第四巡回区連邦控訴裁判所は、自ら発明した基準を、我々の先例において発展してきた基準に代えたのである」。それは、一般的には、立法府の意志を尊重する『實質的同等性』(substantive comparability)の基準である。「第四巡回区連邦控訴裁判所が、バージニア州のVWILのプランを、立法府に敬意を払う分析にさらすという誤りを犯したことは明白である。なぜなら、『今日、すべての性に基づく分類』は『高次の審査』を必要としているのだから」

(四)そして、合衆国憲法の前文を引用しながら、次のように結んでいる。

「……我々の憲法の歴史の主要な部分は、かつて無視され排除されてきた人々への憲法上の権利と保護の拡張の歴史であった。「一九六八年に初めてアメリカ系アメリカ人を入学させた」VMIの歴史は、拡張されてきた『我ら人民』についての我々の理解を引き継いできた。VMIの在校生に要求されるすべての活動をなしうる女性の入学が、『より完全

な連合』に役立つVMIの能力を高めるのではなくVMIを破壊すると考えられる理由はない」

3 個別意見

(一) レンクイスト首席裁判官の結果的同意意見は、VMIの女性排除と救済方法の合憲性の双方の争点について、結論としては、法廷意見に同調する。しかし、次の三点について、法廷意見を批判している。

第一は、性差別が支持されるには「非常に説得的な正当化理由」が必要であるという点で、これは、適切な審査基準に関して、混乱を招く可能性があり、レンクイストは、あくまで、性差別の審査基準は、クレイグ判決以下が確立した「政府の重要な目的に役立ち、かつその目的の達成に実質的に関連しなければならぬ」という基準でなければならぬとする。

第二は、VMIの女性排除の合憲性を、最高裁判所自身が性差別を容認していた時代に溯って議論することは妥当ではなく、レンクイストによれば、高等教育機関の入学者を片方の性別に限定することの合憲性が問われた一九八二年のホーガン判決以降についてのみ検討すべきであるとする。

最後に、救済方法に関して、法廷意見は事実上VMIを共学にせよといっているに等しいと批判し、男女別の教育機関は全く同一である必要はなく、両者の教育の質が、全体として同じであれば十分であるとしている。

(二) スカリア裁判官の反対意見は、法廷意見に真つ向から反論する。

基本的には、男女別学の教育上の価値について憲法は中立であり、ある時代の人々がそれまで当然と受け入れてきたものを変えたいならば、そのように法律を改正できるというのが民主主義であるとする。そして、合衆国建国まで溯る

長い伝統に支持された慣行は権利章典で明示的に禁止されない限り、最高裁判所はそれを覆す立場にないとし、VMIの男子のみの構成や男女別学一般についても、このことが妥当すると述べる。

スカリア反対意見は、さらに、多数派の「懐疑的審査」は、実際は厳格審査であると批判する。すなわち、法廷意見は中間審査基準を二ヶ所で引用するが、それには直接答えず、「非常に説得的な正当化理由」というフレーズを九回も引用している。このことは、「正当化理由」が「非常に説得的」かが厳格審査基準によって評価されるときに納得し得る。しかし、この読み方は中間審査基準に沿うものでなくホーガン判決などの先例と矛盾すると主張する。

この結果、男女別学は、違憲訴訟のコストがきわめて高くなるので、「機能的には死亡」(functionally dead) するものになると断じている。

(4) United States v. Virginia, 116 S. Ct. 2264 (1996).

三 性差別と男女別学

1 性差別に関する判例の概観

この四半世紀、最高裁判所は、一九八〇年代初めの動揺はあったものの、多くの性差別を違憲と判断してきた。一九九〇年代においてもこの流れは変わらなかつた。⁽⁵⁾一九九一年のジョンソン・コントロールズ判決は、わが国でいえば、間接的母性保護の合法性が問われた事件だが、最高裁判所は、全員一致で、この女性保護を違法と判断した。理由づけ

は分かれたが、多数派は、妊娠した女性に限定しても同様の結論であるとした。また、一九九四年のJEB判決⁽⁷⁾も、理由不要の忌避によって生じた全員女性の陪審は違憲であるという男性の主張を六対三で支持した。両判決には、多少の代償を払っても性差別を打ち壊そうという最高裁判所の性ステレオタイプそのものへの厳しい懐疑の目があった⁽⁸⁾。そして、当該性差別の表面上の被害者が男性か女性かは重要ではなかった⁽⁹⁾。

しかし、その最高裁判所が判断を躊躇してきたかにみえるのが、公立学校における男女別学の問題である。公立高校の男女別学の合憲性が争われた一九七七年のボルクハイマー判決⁽¹⁰⁾は、四対四の同点で、結論としては、合憲の原判決を維持した。

ミシシッピ州立女子大学（MUW）の看護学部が、他の学部と同様、男性の入学を拒否していたことにかかわるホーガン判決⁽¹¹⁾も、看護学部の男性拒否に限って検討すると冒頭の脚注で争点を限定している。ホーガン判決は、そのように争点を限定したものの、男女別学にかかわる重要な先例とみなされ⁽¹²⁾、VMI判決でもたびたび引用されているので、簡単にみておこう。

真つ二つに分かれた最高裁判所の結論を決めたのは、最高裁判所史上初めての女性だった。多数派の五裁判官を代表してオコナー裁判官が法廷意見を述べている。

まず、法廷意見は、違憲審査基準に関して、「この州法が、女性ではなく男性を差別していることは、州法を司法審査から免除したり、審査基準を格下げするものではない」として、男性差別であっても女性差別であっても性差別には中間審査基準を適用することを確認する。ここで、後のVMI判決で議論的になる、性差別を擁護する当事者は「非常に説得的な正当化理由」を示さなければならないという説示が出てくるが、内容は従来の中間審査基準と同じである。

そして、女性差別の補償を意図した教育上のアフアーマティブ・アクションとのMUWの主張に対して、看護教育の分野で女性は差別されてきたどころか看護学部の新卒生ほとんどが女性であることを指摘し、次のように述べて拒否した。

「看護学部への男性の入学を拒否するというMUWの政策は、女性が直面する差別的な障害に対する補償ではなく、看護はもっぱら女性の仕事であるというステレオタイプ化された考え方を永続させる傾向をもつ。MUWの入学政策は、ミシシッピ州が州立の看護学校の門戸を男性よりも女性に多く割り当てることを確保することで、男性ではなく女性が看護婦になるものであるという古い考え方に力を貸し、看護は女性の領域であるという仮説を現実の予言 (self-fulfilling prophecy) とするものである。したがって、我々は、州が、『良性の補償目的』を唱えているもの、主張されている目的が差別的分類の下にある真の目的であることを立証できなかつたと結論する」

2 VMI判決の評価

(一) 改めて、判旨を確認しておこう。VMI判決のポイントは次の三点に要約できる。

第一は、性差別についていかなる違憲審査基準を適用するかである。法廷意見は、性差別を合憲とするには「非常に説得的な正当化理由」の立証が必要であるとしながら、中間審査基準を引用する。このなかには、真の立法目的の要件も含まれる。

次に、その違憲審査基準を、VMIが女性の入学を拒絶している問題に当てはめて、教育の多様性というが、これは真の立法目的とはいえず、いずれにせよその利益は女性には与えられないわけで、「非常に説得的な正当化理由」とはいえないとする。また、VMIの独特の教育方法が女性には不適切であるという主張についても、VMIに入学を希望し

VMIが要求する基準に合格する女性がいる以上、「本来的に女性に不適當なものではない」として同様の結論に至る。最後に、違憲判決の救済方法として、VMIの共学化ではなく、WILというもうひとつの——女性のための——別学教育機関の設置について、「分離されかつ不平等」であるとして否定する。

全体としてVMI判決は、基本的に、従来の判例、特に、一九九〇年代の反・性ステレオタイプ路線の延長上とみられるが、これまでの経緯——ボルクハイマー判決やホーガン判決——からすると全員一致に近かったのは驚きであった。⁽¹³⁾ ますます、最高裁判所が性差別に厳しくなっていることの証左といえよう。

(二)次に、個々の論点について、法廷意見を検討してみよう。

初めは、性差別の違憲審査基準である。まず、審査基準にいう重要な立法目的とは真の立法目的でなければならぬとする点である。この真の立法目的という要件は、一九七〇年代の違憲判決やホーガン判決でも言及されていたので、目新しいものではないが、過去においては、多くの場合、主張されている立法目的と問題の性差別とは実質的関連性を欠くので、真の立法目的とはいえないし違憲であるという論理であった。この場合には、「真の立法目的」の要件はなくても結論は同じであった。⁽¹⁴⁾ それに対して、VMI判決では、教育の多様性という主張されている立法目的とVMIの入学政策との実質的関連性を問うことなしに、歴史的にみると、バージニア州の教育制度のなかでの女性差別の一環であると断じている。論理的には、後知恵の立法目的は、問題の性差別との実質的関連性があっても、その性差別を正当化しないということになる。⁽¹⁵⁾

法廷意見の違憲審査の枠組みが中間審査なのかそれ以上のものなのか論議的になっている。とりわけ、立法目的と性差別との実質的関連性の程度がその中心である。

具体的には、「女性がどのようなものであるか』についての一般化は、その評価が大方の女性に妥当するものであつても、その才能と能力によつて平均的な記述の範囲外にいる女性の機会を否定することを、もはや、正当化しない」換言すれば、大部分の女性にあてはまる評価は平均的でない女性の機会を閉ざす根拠にならないとして個人に焦点をあてた部分は、「実質的関連性」以上のものを要求しているように映る。なぜなら、従来の中間審査基準は、分類がすべての場合に正しいことを要求していないからである。⁽¹⁶⁾

そのため、論者の多くは、VMI判決の法廷意見を、いわば、強められた中間審査であるとみている。⁽¹⁷⁾ しかし、さらに一步進んで、これが厳格審査かとなると、そのような評価は少数派のようである。法廷意見は、立法目的について、「やむにやまれぬ」(compelling)レベルまでは求めていないし、目的と手段の関連性についても、他の手段では達成できない唯一のものであることを要求していないからであらう。

(三) もうひとつの論点は、VMI判決後の男女別学の運命である。⁽¹⁸⁾ 結論からいえば、男女別学が許容される余地はきわめて狭いように思われる。⁽¹⁹⁾

これまでの議論を整理すれば、男女別学が合憲であるとするには二つの道がある。

ひとつは、男女別学は平等だからそもそも性差別ではないという理屈である。なるほど、最高裁判所は、男女別学自体が差別とはいっていない、すなわち、性別についてのブラウン判決はまだないから、この理屈が通る可能性は論理的にはある。しかし、無形の要素 (intangible factor) まで比較せよというスウェット判決を引用していることからみて、新規に男女それぞれの別学校を設置するような場合以外には、男女別学だが性差別ではないと認められることは事実上あり得ないのではなからうか。

もうひとつは、性差別だが合憲であるという主張である。たしかに、最高裁判所は、男女別学の目的とされる教育の多様性やアフアーマティブ・アクション自体を否定していない。法廷意見は、別学教育により教育上の利益を受ける学生がおり、教育の機会の多様性を支持する州の権限を問題にしてはいないと述べている。

しかし、こちらにも、可能性はかなり低いように思われる。まず、前述のように、性差別を正当化する立法目的は、訴訟に対応するために作り出されたものであつてはならず、真実のものでなければならぬとする点である。この真の立法目的の要件によつて、審査の入り口で違憲とされるケースが多くなることが予想される。次に、繰り返しになるが、最高裁判所が性ステレオタイプに非常に厳しい態度をとつてゐることである。最後に、要求される実質的関連性のレベルの高さである。平均的男女を前提とするのでは不十分で、例外的な男女にも対応できるものでなければならぬというハードルは、性差別の合憲性を立証する側に相当な重荷とならう。

私見によれば、男女別学に存在理由が全くないとはいえないが、問題は、その効用が、オア判決⁽²⁰⁾という性差別自体がもつ本来的危険——「性別に基づき利益と負担を配分する立法上の分類は、女性の『特有の場所』と女性の特別の保護に対するニードについてのステレオタイプを強調するという本来的な危険を伴う」——を上回る程度のものか否か、そして、男女別学によつてしか達成できないものなのかということである。合憲説は、一般に、男女別学のメリットを強調することに忙しく、その方面の論証が不十分のように思われる。極論するなら、合憲説の論法でいけば人種別学ですら教育的効果があれば許される余地があることになるのではないか。

(四) VMI判決では争点にならなかつたが、女性のための教育機関については、教育上のアフアーマティブ・アクションとして許容されるという主張がある。⁽²²⁾概して、性差別の分野では、最高裁判所は、アフアーマティブ・アクションに

好意的である。⁽²³⁾ ホーガン判決も、それが重要な立法目的ではないとはいっていない。しかし、結論としては、VMI判決を前提にすると、女性のみの教育機関がアフアーマティブ・アクションであるという主張が受け入れられる余地は小さいように思われる。

最大の障害は、法廷意見の「良性の」正当化理由は、自動的に受け入れられないことを教えている。すなわち、主張できる正当化理由は、州の実際の目的でなければならず、実際には違う理由に基づく行動の口実であってはならない」という判断である。これは、歴史のある既存の女子大学にはアフアーマティブ・アクションの説明は妥当しいということにほかならない。教育機関において制度的な性差別がまだ残っていた当時において政府がすべき第一は制度的な性差別の撤廃であり、それを放置したままではアフアーマティブ・アクションはあり得ない。歴史のある女子大学の学部構成が、いわゆる女性向きになっていることも壁になろう。

さらに、最高裁判所は触れていないが、比較的最近設置されたものについても、アフアーマティブ・アクションのために、なぜ女子大学が必要かという率直な疑問がある。アフアーマティブ・アクションは優先的取り扱いやクォータ制をとるのが通常であり、たとえば、黒人の教育の機会を確保するために黒人大学を作るかということである。君塚正臣は、「そもそも女性の大学進学者を増やす目的なら、少なくとも、すべての大学を共学にし、共学の下で女性の最低定員を定めるといふ、より制限的でない解決、同一以上の効果でしかも分離教育にはならない解決方法があつたのではなからうか」と主張している。⁽²⁴⁾ 結局、アフアーマティブ・アクションという説明は後知恵ではないかという疑念を払拭できないことになる。パイルも、女子大学が、いまさら、女性差別の補償目的であり、その効果的な唯一の方法が男子学生のない環境（男性の教職員はかまわないのに!）での教育であると主張するのは困難であると突き放した見方をして

いる。⁽²⁵⁾

(五) 一方、法廷意見は、性差別が認められる例として、過去の差別の補償目的の女性優遇規定が合憲とされた一九七七年のウェブスター判決⁽²⁶⁾や出産保護規定を合法とした一九八七年のカリフォルニア預金貸付組合判決⁽²⁷⁾をあげている。

しかし、当該の性差別を正当化するために現存する別の性差別を援用した、一九七五年のパラード判決⁽²⁸⁾や一九八一年のゴールドバーグ判決⁽²⁹⁾が引用されていないのは、現在の最高裁判所が、両判決の先例としての価値に疑問をもっていることの現れなのだろうか。⁽³⁰⁾このことは、男性のみを処罰する強姦罪の規定を合憲とした一九八一年のマイケル・M判決⁽³¹⁾にも妥当する。これらの判決には批判的な学説が多かったが、今後の展開が注目される。

(5) 拙稿「性差別とライフスタイルの自由」法経論集（静岡大学法経短期大学部）第七五・七六号二二四頁（一九九六年）。

(6) U. A. W. v. Johnson Controls, 499 U. S. 187 (1991).

(7) J. E. B. v. Alabama, 511 U. S. 127 (1994).

(8) ジョンソン・コントロールズ判決についていえば、個人主義の延長線上にある男女平等と、個人主義の修正の上に立つ労働法との折り合いをどうつけるのかということである。拙稿「アメリカ法にみる母性保護と男女平等」法経論集（静岡大学法経短期大学部）第六七・六八号一九一頁（一九九二年）。また、JEB判決については、多数派のオコナー裁判官も、「性差別に對する本日の重要な一撃」は、英米法において長い伝統をもち、公平な陪審の選定に貢献してきた理由不要の忌避の行使に制約を加えるという犠牲を伴うと述べている。

- (9) 拙稿前掲注(5)二〇四頁。
- (10) *Vorchheimer v. School District of Philadelphia*, 403 U. S. 703 (1977). 同点票決の原因を作ったのはレンクイスト裁判官の病氣だったが、レンクイストが審理に参加していただければ合憲判決となっていた可能性が高い。
- (11) *Mississippi University for Women v. Hogan*, 458 U. S. 718 (1982).
- (12) ホーガン判決は、最も重要な性差別判決で中間審査基準に新しい生命を与えたものと評価される。Case Comment, *infra*, note 16, at 332. 青柳幸一も、その意義を高く評価する。前掲注(3)三七七—七八頁。
- (13) *Equal Benefits, Equal Burdens: "Skeptical Scrutiny" for Gender Classifications after United States v. Virginia*, 30 *LOY. L. A. L. REV.* 1333, 1360 (1997).
- (14) 拙稿「合衆国における性差別をめぐる違憲審査基準の展開」一橋研究第六巻第四号二頁(一九八二年)。
- (15) *The Supreme Court*, 1995 Term, 110 *HARV. L. REV.* 135, 175 (1996)は、以前の判決と対照的に、VMI判決は、男女別学が教育上の効果があることを認めたにもかかわらず、州の主張する立法目的が真のものではないとしたと分析する。そして、真の立法目的の分析について、立法動機や目的の審査が厄介なことは最高裁判所自身も認めているとおりで、これを独立した分析として用いるべきでないとして、法廷意見を厳しく批判する。
- (16) *Constitutional Law—Equal Protection—Gender Discrimination: The Virginia Military Institute Is Given the Opportunity to Create "Citizen-Soldiers" out of Qualified Women*, 73 *NORTH DAKOTA L. REV.* 323, 341 (1997). また、性差別の審査基準が黙示的に変更されたかは未解決だが、前述のように「実質的関連性」以上のものを要求しているように映るとする。パイルも、大部分の男女には妥当する一般化はすべての女性志願者は不適格とステレオタイプ化することを正当化しないとす。Pyle, *infra*, note 19, at 218.

- (17) Gleason, *United States v. Virginia: Skeptical Scrutiny and the Future of Gender Discrimination Law*, 70 ST. JOHN'S L. REV. 801 (1996)は、法廷意見を、中間審査基準を強め厳格審査に近づけた新しい基準にとらえ、ギンズバーグは最高裁判所が厳格審査基準が受け入れられる日を待っているとみる（いきなり厳格審査基準を持ち出してうまくいかなかったフロンティエロ判決の反省から）。ヘルマンは、VMI判決の「懐疑的審査」は厳格審査ではなく、強められた中間審査とみる。Bellman, *infra*, note 21. パイルも、限りなく厳格審査に近い新しい中間審査とみる。Pyle, *infra*, note 19, at 233.
- (18) 高等教育が女性の生殖機能に有害と考えられていたなど、別学の起源について、Lewis, *Plessy Revivied: The Separate But Equal Doctrine and Sex-Segregated Education*, 12 HARV. C. R. C. L. L. REV. 585 (1977).
- (19) Pyle, *Women's Colleges: Is Segregation By Sex Still Justifiable After United States v. Virginia?*, 77 B. U. L. REV. 209 (1997)は、VMI判決などの最高裁判所の判例の下で女子大学は、公的助成を受ける私学——財政の平均一九%が公的助成——も含めて、生き残れないと断じる。女子大学の存在理由としてあげられるのは、①マフアーマティブ・アクションと②女性には特別なニーズがあったり特別な環境が必要という教育上の必要性だが、その根拠やそれを支える調査研究はいずれも薄弱で反対の調査研究もあると主張する。
- パイルの論文は、オコナー、ギンズバーグ両裁判官について、「女性の」ではなく性別にかかわらず個人としての立場に立つ平等主義フェミニズムにとらえ、「女性の視点」を強調する「ニューフェミニズム」を過去の性ステレオタイプと通ずるものと批判する（at 268-69）など示唆に富むものである。なお、O'Connor, *Portia's Progress*, 66 N. Y. U. L. REV. 1546 (1991)は、同様の観点から、「ニューフェミニズム」を批判する。オコナーのこの論文は法廷意見でも引用されている。
- (20) Ort v. Ort, 440 U. S. 266 (1979).
- (21) Bellman, *The Young Women's Leadership School: Single-Sex Public Education After V. M. I.*, 1997 WIS. L. REV. 827

は、女性の別学には教育的効果があるという科学的調査から、性ステレオタイプの維持ではなくその打破に役立つ公立の別校が認められる余地があるとす。しかし、要求される実質的関連性は相当高いレベルことに鑑みると、共学校の女性はどうなるのか、別学のほうが教育的効果がある男性はいないのかという疑問が解消されない。また、別学という性に基づく分類自体に性ステレオタイプ維持の効果があることを見落としているように思われる。

O'Neill, Single-Sex Public Education After United States v. Virginia, 23 J. C. & N. L. 489 (1997) 男女性別学について、最高裁判所のように、性差別の観点から性ステレオタイプの永続化につながるかの観点ばかりでなく、男女の格差の解消には教育の役割が重要だから、男女別学がそれに役立つかを検討すべきであると主張し、特に女性の別学については許容される余地があるとす。基本的には、同様の批判が妥当するだろう。

金城清子「法女性学のすすめ」(第四版)(一九九七年)は、ブラウン判決が男女別学にもあてはまると論じている(一〇九—一〇頁)にもかかわらず、「女子大学こそ、女性に生涯教育の場を提供し、多様性のある社会を築くためのきっかけとなりうる」ところ「女子大学は、現代の社会や人々の期待にこたえるため、新しい使命をになわなければならない時がきている」(一一一頁)とする。これは「良い」女子大学は必要という趣旨だろうか。明晰な論理で性差別を切ってきた金城にしては歯切れが悪いように感じられる。

(22) 大沢秀介は、国公立女子大学の憲法適合性についての現在までの議論を適切に整理し、また合衆国の二つの判決も検討している。結論として、基本的には違憲説に分があるものの、過去の差別の補償を目的とする場合には合憲とされる余地があるとす。前掲注(3)。

(23) Johnson v. Transportation Agency, 480 U. S. 616 (1987).

(24) 君塚、前掲注(3)二二二頁。青柳幸一も、「国公立女子大学の設立は、……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」とする。前掲注(3)四〇〇頁。

- (25) Pyle, *supra*, note 19, at 262.
- (26) Califano v. Webster, 430 U. S. 313 (1977). 老齡年金の算定にあたって女性を優遇する規定が全員一致で合憲とされた。
- (27) California Federal Savings & Loan Association v. Guerra, 479 U. S. 272 (1987). 産休を他の疾病による休業よりも優遇している州法について、公民権法第七編に違反しないか争われたが、最高裁判所は、六対三で、今世紀初頭の女性保護立法と異なり、伝統的な固定観念の反映ではなく、妊娠・出産に限定されたものであることを強調して合法とした。
- (28) Schlesinger v. Ballard, 419 U. S. 190 (1975).
- (29) Rostker v. Goldberg, 453 U. S. 56 (1981). 最高裁判所は、六対三で、男性のみの徴兵登録制の合憲性を支持した。
- (30) コールドバーグ判決などの、時代遅れの性差別を支持した先例の見直しが適當という見解もみられる。Note, *supra*, note 13, at 1335.
- (31) Michael M. v. Superior Court of Sonoma County, 450 U. S. 464 (1981). 五対四の一票差だった。

四 小括

結論として、最高裁判所は、性差別一般について、非常に懐疑的な見方をしており、真の立法目的の要件や高いレベルの実質的関連性として具体化されたのが、VMI判決ということになる。これは、いわば、中間審査基準のニューバーションと評価されよう。

そして、男女別学についても、平等か否かの判断に厳しい基準を示したスウェット判決が引用されていることと併せて、それが是認される余地はきわめて狭いものと思われる。その点に限っては、男女別学は「機能的に死亡」というス
カリア裁判官の見解は正しいと私は考えている。