

【論説】

国立大学の入学者選抜における女子枠(クォータ制)は 憲法違反なのか？

茂木 洋平

目 次

I はじめに	V 大学の裁量
1 問題の所在	VI クォータ制によるアファーマティブ・アクションの実施
2 構成	1 憲法適合性
II 性区分の使用と平等保護条	2 効果
III 司法審査基準	VII 個人主義(能力主義)との関係
1 Affirmative Action の司法審査基準をめぐる合衆国の理論	VIII 時間的制約・定期的な見直しの必要性
2 アファーマティブ・アクションの司法審査基準をめぐる議論	XI おわりに
IV 女子枠の目的	
1 多様性	
2 目的審査	

I はじめに

1 問題の所在

本稿の目的は、東京科学大学をはじめとする国立大学の入学者選抜における女子枠が憲法に適合するの否かを検討するところにある。多くの学説はアファーマティブ・アクションを差別的な社会構造の是正策として捉え、様々な領域でその導入を積極的に提唱してきたが、特定のグループに一定の割合を留保するかたち(クォータ制)での実施は、能力主義への抵触、劣等視(アファーマティブ・アクションがなければ対象者は成功できず、劣っているという考え)、逆差別を生じさせる危険が高いと認識し、好ましくない(あるいは一切許されない)と理解していた(VI 1)。女子枠はクォータ制であり、これが日本国憲法第14条の禁止する性差別に該当するの否かについて、検討することは喫緊の課題である。

クォータ制は諸外国で男女平等を推進するために採り入れられてきたが、その殆どは政治参画（比例代表の候補者名簿や公的機関の各種委員会の構成員の男女比）に関する施策であり、クォータ制を検討する日本の業績の殆どはこの領域に関するものである¹。雇用や入学者選抜などの他の領域におけるクォータ制は日本と比べて男女共同参画が進んでいると評価されている欧州諸国でも実施されておらず²、女子枠は他国には殆ど例のないものだと推測される。日本では大学の入学者選抜について能力主義への信奉が根強く、クォータ制の導入に極めて消極的であったとも評価されてきたが³、女子枠の導入はその評価を一転させる（クォータ制の導入に極めて積極的であるという評価へ）ものであると評価することもできる。

2022 年 11 月、東京工業大学（当時）は、学部の定員 1028 のうち総合選抜型・学校推薦型による入学枠を 227 まで拡大し、そのうちの 84 を一般枠（男女ともに出願可能）、143 を女子枠（女子のみが出願可能）とすることを公表した。女子枠は段階的に導入され、2024 年の入学者選抜（2023 年度実施）では 58 枠、2025 年度（2024 年度実施）の入学者選抜で 143 枠が設定される。東工大は、理工系の女子学生が少ない分野で女子学生の比率を高め、多様性を達成するために、様々な取組みを実施してきたが十分な成果が得られなかったため、女子枠の創設に踏み切った。

東京科学大学による女子枠の導入前に、他大学でも女子枠は既に実施されていたが、小規模であった⁴。理工系の一定の学部学科における女子学生の少なさは以前から問題視されており、女子枠は女子学生比率を高める特効薬となるが、各国立大学はこれらの学部学科の入学者選抜で女子枠を設けることに消極的であった。

東京科学大学による女子枠の設置を皮切りに、多くの国立大学（及び東京理科大学などの有力な私立大学）が一定の理工系分野（女子学生比率が低い学部学科）で女子枠の設置に乗り出した。多くの論者がその実施に難色を示してきたクォータ制が大規模に実施されており、学説としては、国立大学の入学者選抜における女子枠が憲法に適合するのか否かについて、早急に検討する必要がある。

2 構成

本稿は以下のように考察を進める。性区分の使用について、平等保護条項がいかに解釈されるのかを考察する(Ⅱ)。女子枠の違憲性が裁判所に訴えられた場合、学説では、如何なる司法審査基準の下で憲法適合性を審査するのが問題となると理解されており、その問題を検討する(Ⅲ)。女子枠の設置目的が憲法上許容されるのか否かを検討する(Ⅳ)。誰を入学させるのか(如何なる組織を構築するのか)は大学の裁量に委ねられるが、性別を考慮することが裁量の範囲内にあるのか否か(性差別に該当するのか否か)を検討する(Ⅴ)。クォータ制をアファーマティブ・アクションの実施方法として選択することに学説は難色を示してきたが、学説の認識が正しいのかを検討する(Ⅵ)。学説はアファーマティブ・アクション(特にクォータ制)が個人主義(能力主義)に抵触する危険が高いことを問題視するが、女子枠が個人主義との抵触を生じさせるのかについて、検討する(Ⅶ)。学説ではアファーマティブ・アクションは一時的な措置であるべきと理解されており、女子枠と時間的制約との関係を検討する(Ⅷ)。最後に、本稿の議論をまとめる(Ⅸ)。

Ⅱ 性区分の使用と平等保護条項

多くの学説では、憲法第14条1項の後段列举事由を使用する別異取扱は差別を生じさせる危険が高く、違憲の疑いが強いと理解されている。「性別」は後段列举事由に該当することから、性区分を使用する別異取扱は、平等保護条項が警戒すべきものだといえられている⁵。この立場では、性区分を使用する別異取扱の憲法適合性が問題とされた際には、その別異取扱で問題となる権利利益の性質に関係なく、厳格度の高い基準が適用されるべきということになる。だが、判例の立場では、「性別」による区分を含めて)後段列举事由が使用されていることだけをもって、審査の厳格度は高められていない。いかなる審査密度で憲法適合性を審査するのかについて判断する際には、入学者選抜における女子枠がいかなる権利利益に関わるのかが考慮される⁶。仮に入学者選抜における女子枠の憲法適合性が問題とされた際には、

男子受験生は平等権侵害（性別により差別されない権利）を主張すると考えられる。

この権利への侵害として、女子枠は生来の不変の要素（努力では変えられない要素）によって評価をしており、（学力などの）個人の資質により評価がなされていないと主張されることが考えられる。「性別」は生来の不変の要素だが、その区分の使用自体は絶対的に禁止されておらず、入学者選抜で「性別」による評価自体をすべきではないという主張は成立しない。男子受験生は女子枠に応募できず、性別によって「機会の平等」が侵害されていると主張すると考えられる。だが、入学者選抜の機会は複数用意されており、男子受験生はそのうちの 1 つを利用できないにすぎず、他の機会を利用できる。故に、「機会の平等」は侵害されていないと反論することも可能である。

合衆国で入学者選抜の AA の憲法適合性が問題とされた際には、実際に、合格者のうち AA の対象者と対象外の者との間で相当程度に学力差があることから、受験生は人種ではなく（学力を含む）個人の資質によって評価されるべきと主張された。対象者と対象外の者との間に相当程度に学力差がある場合には個人の資質のみによって評価されるべきという主張が成り立つが、男女間に学力差はない。東京科学大学の一般入試のデータを見ると、受験者数と合格者数に占める女子の割合はほぼ一致しており、男女間に学力差がないことは明らかである⁷。

合衆国最高裁では、高等教育機関の入学者選抜における人種に基づくクォータ制は憲法違反だと判断されている⁸。その理由は、クォータ制は個人の資質ではなく不変の要素（人種）による評価を行っており、個人主義に抵触すること、たとえ複数の入学者選抜の機会が用意されていても対象外の者を締め出しており、「機会の平等」に反するところにある。合衆国でクォータ制が違憲とされる背景には、特定のグループに明確な割合を留保することは人種同士の緊張関係を高めるおそれがあること、人種間に学力差があるために、クォータ制が永続するところにある⁹。

人種を考慮なくとも学生構成に占めるマイノリティの割合が減少しない状況（AA の対象者の学力が向上する状況）になれば、クォータ制は永続することになる。対象外のグループはその機会から永続的に締め出され続けるため、クォータ制は「機会の平等」に反して、違憲だと判断されている¹⁰。

これに対し、男女間には学力差はなく、不合格者と比べて学力の劣る者が合格するという事態はない。男女比の不均衡は女子受験生の増加により解決されるため、女子枠によって女性だけに機会が与えられるのは一時的であり、男子受験生は「機会の平等」を害されていない。男子受験生が入学者選抜のうち一定の機会が利用できなくなることは、憲法上の権利利益の侵害を構成していない。女子枠の憲法適合性審査が問われた際には、厳格度の高い基準は適用されない。

Ⅲ 司法審査基準

1 Affirmative Action の司法審査基準をめぐる合衆国の理論

合衆国では、AA の正当性に関する議論において、いかなる司法審査基準が適用されるのかが主たる争点となってきた¹¹。それは、合衆国最高裁で AA の憲法適合性が問題とされた際に、どの司法審査基準を適用するのかによって、その憲法適合性の判断が左右されてきたからである。AA に否定的な保守派の裁判官は、厳格審査の下で AA を違憲だと示してきた。他方、AA に肯定的なリベラル派の裁判官は、マイノリティに不利益を及ぼす人種区分の使用には厳格審査の適用を支持しながらも、マイノリティに利益を及ぼす施策として AA を捉えて、AA に中間審査を適用し、合憲判断を下してきた¹²。

もっとも、合衆国最高裁では、厳格審査の下でも AA に合憲判断が下されている。(基本的に AA に否定的だが、事例ごとに判断を変える) 中間派の裁判官は AA に厳格審査を適用するが、厳格審査に敬讓の概念を組み込んで、敬讓型の厳格審査の下で合憲判断を下している。だが、敬讓は厳格審査の基本となる懷疑主義と矛盾するため、敬讓型の厳格審査は保守派と否定派の裁判官によって批判されている¹³。合衆国最高裁では、AA にいかなる司法審査基準を適用するのが、主たる争点であり続けている¹⁴。

AA の司法審査基準をめぐる保守派とリベラル派の争点の1つは、AA の理解の違いにある。保守派は人種区分が差別的に使用されてきたことから、マイノリティに差別的に用いられてきた人種区分と AA を区別しない¹⁵。他

方、リベラル派は、AA はマイノリティに利益を及ぼし、差別是正に寄与することから、差別的な施策とは異なるとする¹⁶。保守派は AA が対象者にスティグマをもたらすこと (AA がなければ、社会的資源を獲得できない劣ったグループであるという認識が生じること) を懸念する。だが、AA が行われず、社会的評価の高い地位でマイノリティが過少代表であり続けると、劣ったグループであるとの認識が生じる。スティグマは過少代表により生じており、AA は特定のマイノリティに社会的資源を付与することで、過少代表を是正する可能性がある。故に、リベラル派は AA がスティグマを是正する可能性があることから、その憲法適合性審査に際しては、中間審査が適用されると主張する¹⁷。

合衆国では、差別的な施策と AA との区別は難しい。人種構成の変化から、合衆国には様々なマイノリティが存在し、マイノリティの中には AA の対象となるグループとそうでないグループがいる¹⁸。社会的資源は有限であり、対象外のグループは AA によってその獲得のハードルが高められている。保守派はマイノリティの中にも AA によって不利益を受けるグループがいることを認識し、人種区分を悪性と良性のものに区別できないとして、AA を含めたあらゆる人種区分への厳格審査の適用を主張する¹⁹。

マイノリティを含めて、AA の対象外のグループは AA によって社会的資源の獲得のハードルを高められることから、AA は人種同士の対立を助長する危険があることも、保守派が AA への厳格審査の適用を主張する理由である²⁰。AA が人種間の対立を助長する危険があることについては、リベラル派も認識している。だが、AA は特定のマイノリティに社会的資源を付与することで、そのグループの不満を抑えて、人種同士の対立を抑える働きもあり、リベラル派はこの点を重視する²¹。リベラル派は AA が人種間の対立を助長する危険を認識して、人種区分の使用を警戒しなければならないとして、AA の憲法適合性は厳密に審査をすべきと理解している²²。しかし、AA は対立を抑える可能性もあることから、厳格審査よりは厳格度を緩めた基準 (中間審査) を適用すべきだと主張している²³。AA の司法審査基準をめぐる合衆国での論争は、AA がスティグマを生じさせるか否か、AA が人種同士の対立を助長するのか、それとも抑えるのかについての認識の違いにある。

2 アファーマティブ・アクションの司法審査基準をめぐる議論

日本の学説はアファーマティブ・アクションは差別的な社会構造の是正を目的としており²⁴、後段列举事由による区別は差別の典型例であるため、アファーマティブ・アクションの対象となるのはこれらの事由に示されているグループだと理解する²⁵。後段列举事由を使用する別異取扱は差別的に使用される危険が高いことから、憲法適合性が問題とされた際に、厳格度の高い基準を適用すべきと主張する。ただし、アファーマティブ・アクションは差別的な社会構造の是正を目的とするため、中間審査を下回らない程度で、適用される基準の厳格度が下がるとする。アファーマティブ・アクションであっても、後段列举事由を用いることから、差別的に使用される懸念があるため、合理性の基準ではなく、中間審査を適用し、その憲法適合性は厳密に審査すべきとする²⁶。日本の学説は、合衆国のリベラル派の議論を参照している²⁷。日本の学説は、後段列举事由を使用する別異取扱は違憲の疑いが強いが、良性の目的(社会構造的差別の是正)のために使用されるのであれば、違憲の疑いは弱まると理解する²⁸。

日本の学説は区分の性質のみで審査の厳格度が高まるとする合衆国の司法審査基準論を受容しているが、日本の判例では、審査の厳格度を決定する際には、問題とされた権利利益と区分の双方の性質が考慮される。故に、アファーマティブ・アクションの憲法適合性が裁判で問題とされるときには、区分の性質だけでなく、問題とされる権利利益の性質が考慮され、審査の厳格度が決定される。東京科学大学の女子枠の導入で問題とされる権利利益を考慮すると、憲法上の重要な権利利益の侵害として構成するのは難しい(Ⅱ)。

合衆国では、大学の入学者選抜における AA の憲法適合性が問題とされた際に、AA の否定派の裁判官は AA がスティグマ(対象者への劣等視)を生じさせることを理由に、AA への厳格審査の適用を主張した。他方、支持派の裁判官は、AA によってマイノリティの過小代表が是正され、スティグマが是正される可能性があることを理由に、中間審査の適用を主張した。両者の論争は平行線を辿っているが、合衆国の大学の入学者選抜の AA の文脈でスティグマが論争の中心となるのは、対象者の学力が低いところにある(Ⅱ)。

日本でも、女子枠のようなアファーマティブ・アクションに対しては、女

性はそれがなければ成功できないグループだと認識され、劣等視されるため、その憲法適合性は厳格度の高い基準の下で審査されるべきと主張されると予測できる²⁹。だが、日本では男女間に学力差はなく、理工系に女子学生が少ない理由は、受験生に占める女子の割合の低さにある。女子枠の合格者の学力は低くないことから、女性が劣等視される危険は低い。故に、女性への劣等視の危険は、審査基準の厳格度を高める理由にはならない。

また、合衆国でリベラル派から保守派に至るまで AA が厳密に審査されるべきとの見解が採られていたのは、AA が人種間の対立を助長し、暴力を伴う分断を生じさせる危険があるためである³⁰。日本のアファーマティブ・アクションの文脈では、このような深刻な対立の問題はない。合衆国で AA の憲法適合性が厳密に審査されるべきと理由は、日本には当てはまらない。

IV 女子枠の目的

1 多様性

多様性とは多義的であり、何を意味するのか不明である。多様性がない組織の典型例として、男性のみで構成された組織が挙げられることが予想できる。だが、この組織の構成員の背景は多様である。例えば、出身地域、学歴、親の職業、留学経験、職業経験など、各構成員は多くの点で異なる背景を持つ。故に、男性のみで構成された組織でも、見方によっては、多様性があると評価できる。男性だけで組織が構成されていても、男性の構成員の持つ多様性によって組織の社会的責任や役割に寄与できるのであれば、問題はない。現在の構成員が持つ多様性だけではそれらを果たすことができない場合に、新たな要素を持つ者を構成員として加えて、社会的責任や役割を果たすのに必要な範囲で、組織を多様化する必要がある。

ある特定の目的を達成しようとする際には、組織に特定の要素を加えること（多様化）が必要となる場合がある。多様性を考える際には、組織の社会的責任や役割を果たすために、いかなる多様化（いかなる要素を組織に加えるのか）が必要であるのかを考えなければならない。民間及び公的組織がその社会的責任や役割を果たすために、いかなる組織を構築するのか（誰を組

織に加えるのか、誰をどの役職に就けるのか)は、基本的には、その組織の裁量に委ねられている。

しかし、憲法は平等保護条項によって差別の禁止を明示しており、組織構築の判断に際しての各組織の裁量は無制限ではない。憲法の対象にはならない民間の組織でも、憲法の理念に反するかたちで組織構築の判断を行えば、民法上の不法行為責任が問われることもある。だが、ときとして、組織の社会的責任や役割を果たすためには、社会的資源の獲得競争において考慮することが憲法の理念に反する(生来の不変の要素や差別的に用いられる危険のある)要素を組織に加えて、多様化を図る必要性が主張される。女子枠は、入学者選抜の文脈で組織の多様化のために性別を使用することは、誰を組織構成員(学生)として選抜するのかを判断する際に、平等保護条項がその使用を警戒すると理解されている要素(性別)を組織の多様化のために使用している。学説及び判例は、憲法は性区分の使用を合理的な理由があれば許容すると解する。女子枠の憲法適合性を考える際には、大学の社会的責任や役割の観点から、多様化のための性別の考慮が許されるのかを考える必要がある。

東京科学大学の社会的役割の1つとして、理工系技術職に多くの女性を輩出し、各組織に根差した性別役割分業意識を是正して、男女共同参画社会の達成に寄与することが挙げられると思われる。男性だけで構成された組織では、性別役割分業意識を是正するのは難しい。性別役割分業意識に根ざした制度を改変するには、主に女性に関わる問題に関心を向ける必要性から、組織の構成員として女性を加える(性別の多様化)必要がある³¹。

理工系技術職を目指す女性が少ない状況が続いてきたことから、東京科学大学の卒業生の主な進路先である機械メーカーでは、組織構成員の大半が男性で占められている。性別役割分業意識が社会に浸透し、各組織に根付いている場合には、男性だけの組織ではそれを是正するのは難しい。東京科学大学が一定数の女性の卒業生をそれらの組織に継続して送り込み、それらの女性が組織の中で制度構築に関わる地位に就くことで、長期的に組織の制度改変(性別役割分業をなくし、男女共同参画に向けた制度構築)を進めることができる。

学部及び大学院での教育の段階でも、男子学生は女子学生と学ぶ環境に置かれることで、職場と家庭での役割分担を考える機会を得て、男女共同参画

へと向けた理解が深まる。学生の女子比率を増やすだけではなくて、大学側が男女共同参画社会の理解を深めるカリキュラムを提供し、男女共同参画について性別に関係なく学生の理解を深めることに努めていれば、女子枠は性別役割分業意識の是正に向けた1つの試みだと主張することが可能である。これらの教育を受けた卒業生が組織の中で制度構築に関わる地位に就くことで、長期的に組織を改変できる。

2 目的審査

裁判で平等権違反が問われた場合、学説が合衆国の判例理論を参照して構築した一般的な公式では、目的が当該別異取扱を正当化できるか否か、手段が目的を達成するために適切であるか否か（行き過ぎていないかどうか）が審査される。女子枠の憲法適合性が裁判で問われた場合、裁判所は如何なる姿勢で目的審査を行うのか。

女子枠は、学生組織に占める女子学生の割合を増やすこと（性別の多様化）を目指している。多様性の実現を求める1つの主たる理由は、女子学生が一定の理工系分野への進学を無意識のうちに選択肢から外してきた状況（「機会の平等」の形骸化）を是正し、これらの分野に進学する選択肢を女子受験生に提示（「機会の平等」の実質的に保障）するところにある。女子枠を設置した大学は、一定の分野で女子学生の比率が著しく少なかったことを自己選択の結果として捉えず、無意識の偏見がそれらの分野へ進学する選択肢を女子受験生からなくしてきたと理解する。そして、こうした無意識の偏見を取り除き、それらの分野へ進学する選択肢を提示することが、憲法の平等の理念に適うと考えている。

アファーマティブ・アクションを実施する目的は、実質的平等（「機会の平等」の実質的保障）の実現にある。如何なる状態が実質的平等の実現に適うのかについては、憲法規定から一義的に導出できず、基本的には政策形成過程での決定に委ねられる。裁判所の中核的な役割は、訴訟当事者間の個別具体的な法的問題の解決にあり、当事者の主張に基づいて判断を下すところにある。訴訟当事者の意見だけでは、何が実質的平等に適うのかについて、社会に存在する多様な価値観を調整できない。裁判という場合は、価値観（いかなる状態が実質的平等に適うのか）を判断するには不向きである。

もっとも、政策形成過程における多様な利害調整の結果として構築された様々な法制度を参照することで、裁判所はいかなる状態が実質的平等に適うのか(目的が平等の理念に適うのか)について一定程度判断できる。女子枠は、理工系の技術職における性別役割分業意識の是正を目指している。性別役割分業意識の是正が実質的平等に適うという考えは、男女雇用機会均等法をはじめとして、男女共同参画社会の構築に向けて作られた様々な法制度に含意されている。政策形成過程で多様な利害が調整された結果、性別役割分業意識の是正が実質的平等に適うとする法制度が作られている。性別役割分業意識の是正という目的が平等の理念に適わないという主張が裁判でなされた場合、以上の法制度構築の状況を考慮して、裁判所はその主張を退けるとも考えられる。もっとも、性別役割分業意識の是正を目指す法制度が数多く構築されている状態にあつて、裁判において女子枠の違憲性を主張する者が、その目的が平等権違反だと主張するとは考え難い。おそらく、訴訟を提起する側はクォータ制が手段として行き過ぎているところを裁判の争点にするとと思われる。

V 大学の裁量

大学には、その社会的役割と責任を果たすために、(入学者選抜を含む)組織構築の裁量があり、試験の成績のみで入学者選抜を実施する必要はない。だが、国立大学の裁量は憲法によって統制されており、平等保護条項は大学入学者選抜の裁量に限界(性別による差別の禁止)を画している。だが、日本国憲法は正当な理由がある場合にはその使用を許容している。正当な理由があれば、入学者選抜における(女子枠を含めて)性区分の使用は裁量の範囲内にある。

東京科学大学の社会的役割と責任は国内トップの理系大学として優秀な理工系技術者を輩出し、それを通じて社会に貢献するところにある。理工系(特に科学系を除く分野)では、女子学生の比率が低く、東京科学大学も例外ではない。女子学生の比率が低いことは、これらの分野への進学希望者が少ないことに起因している。東京科学大学の受験生と合格者に占める女子比

率はほぼ同じであり、理工系分野で女子学生の学力が低いというデータはない。女子受験生の母数を拡大すれば、理工系分野を選択しなかった女子学生の層から優秀な人材を発掘することができ、より多くの優秀な技術者を輩出できるとも主張できる。

理系分野の女子高生は資格と直結する医学部や薬学部（「手に職」をつけられる学部）への進学希望が多数であると思われる。東京科学大学をはじめとして、それ以外の理工系学部には「手に職」というイメージがなく、理系の女子高生のアピールできていない。理工系への進学希望者が少ないために、結果として、理工系技術職のほとんどは男性で占められてきた。結果として、ロールモデルが存在しないために、理工系技術者を選択する道は、（意識的あるいは無意識のうちに）女性の中からなくなってしまっている。意識的あるいは無意識のうちに、理工系技術者となるための選択（理工系学部の受験）をしないことは、女性に対して選択の機会を狭めていると理解することも可能である。理工系技術者という選択肢を女性に対して示すことは、国内理系トップ大学である社会的役割だと主張することも可能である。

Ⅵ クォータ制によるアファーマティブ・アクションの実施

1 憲法適合性

東京科学大学は、総合選抜型・学校推薦型の入学者選抜の女子枠（クォータ制）という方法でアファーマティブ・アクションを実施している。東京科学大学による導入の前に、他大学でも女子枠は既に実施されていた。しかし、それは小規模であり、東京科学大学の取組は先例のない規模であった。

日本の学説では、入学者選抜や雇用判断の文脈におけるアファーマティブ・アクションの実施方法として³²、クォータ制は好ましくないと考えられてきた³³。その主たる理由の1つは、クォータ制によって能力主義との抵触が引き起こされる危険が認識されていたところにある。

この認識が生じた原因は、能力主義に反することを理由に、合衆国最高裁でクォータ制が違憲と判断されたところにある。例えば、アファーマティブ・アクションの導入の条件として、対象者への割当は許されず、対象者の

特性は社会的資源の分配に際して一要素として考慮しなければならない旨が説明されている³⁴。この説明が Bakke 判決³⁵に依拠していることは、明らかである。当該判決では、カリフォルニア大学デイビス校メディカルスクールの定員 100 名のうち 16 名をマイノリティに留保する入学者選抜策の憲法適合性が問われた。合衆国最高裁は、大学の入学者選抜において人種ごとに一定数の割合を留保するクォータ制は憲法違反だと判断した。他方、入学者選抜の過程で様々な要素が考慮される中で、その 1 つとして人種を考慮することは憲法上許されると判断している (プラスファクター方式)。合衆国最高裁でクォータ制が違憲とされた理由は、特定の人種に一定の枠が留保されることで、対象外のグループがその枠を求めて競争できず、「機会の平等」が否定されるところにある。理論上、AA の対象となるグループの学力が向上し、AA がなくとも一定数が合格できるようになれば、AA は終了する。しかし、AA が開始されてから長い時間が経過しても、人種間の学力差は依然として存在し、一定のマイノリティの学力は低いままとなっており、学力の低いマイノリティに入学枠が留保され続ける (Ⅱ)。グループ間に学力差が存在し続けるために、理論的に AA に終期があっても、実際には終了しない。永続的に特定のグループに対して一定の枠が留保され続け、対象外のグループは一定枠の競争から締め出され続ける (「機会の平等」が否定され続ける)。これに対し、女子枠については、男女間に学力差はないため、終期 (女子受験生の増加という目的達成の時期) は明確であり、永久には行われない。

また、合衆国最高裁でクォータ制が否定されたもう 1 つの理由は、ある特定のグループに対して表立って一定の割合を留保することは、人種間の対立を助長する危険が高いところにある。合衆国最高裁では、人種を前面に押し出すクォータ制は人種問題を深刻化させる危険が高く、AA の実施方法として好ましくないと認識されていたと思われる。日本には合衆国の人種問題のような深刻な対立は存在しておらず、この点からも、日本においてクォータ制は絶対に禁止されると考えるべき理由はない。

2 効果

東京科学大学 (前身の東工大) では、既に、女子受験生を増加させる試み

を数多く実施してきた。具体的には、女子学生向けの進学説明会、女子在学生との対話の機会、活躍する卒業生（ロールモデル）の積極的な広報などである。このような取組の効果などもあり女子学生の比率は徐々に増えてきていたが、不十分だと評価することもできる。

女子学生比率を増やすには、相当規模での女子枠の設定が効果的である³⁶。女子学生比率が極端に少ないと、学生生活に不安を覚えて、女子学生は受験を躊躇する可能性が高い。東京科学大学でも分野によって女子学生比率は偏りがあり、生命科学分野では2割程度だが、工学系分野では4～5%に満たない。工学系のように極端に女性比率が低い分野では、自然に女子受験生を増やすのは難しく、女子受験生を増やすためには強い施策の実施が必要となる。プラスファクター方式では、受験生側は女子学生比率がどの程度になるかが分からず、受験を躊躇する可能性が高い。また、小規模で女子枠を設定しても、女子学生比率の劇的な上昇は見込めず、受験を躊躇することになる。これに対し、相当程度の女子枠を設定すると、女子学生の比率が一定の割合になることがほぼ確実となるので、女子受験生は安心して当該分野の受験を選択できる。女子枠の設定は男子受験生の「機会の平等」を否定するという批判も提起されるが、女子受験生が増えるまでの時限的な施策であり、一定の枠についての性別による機会の否定は永続しない。

女子枠によって、女子学生比率が増えると、女性に働きやすい職場環境を提供しなければ、企業側も優秀な理工系技術者を確保できなくなる。故に、各企業での性別分業意識の是正や男女共同参画に向けた制度構築が促進される。それによって、理工系技術職を志望する女子学生が増加し、理工系学部を志望する女子受験生の母数が拡大するサイクルが生まれるとも予測できる。

Ⅶ 個人主義（能力主義）との関係

社会的資源の獲得競争で個人の資格や能力によって評価されるべきことは、日本国憲法の基礎である³⁷。アファーマティブ・アクションが個人主義に反するという批判は、対象とされた地位の社会的評価が高ければ高いほどに、厳しくなる。その地位を得るために、相当の投資や努力が必要となるからで

ある。東京科学大学は国内トップの理系大学であるため、女子枠は個人主義に反すると強く批判されると予想される。

日本国憲法は、個人主義が絶対的であることを要求しない。学説では、その例として、日本国憲法が社会権規定によって、社会的資源の分配に際し、個人主義とは異なる基準の使用を是認していることが挙げられている。学説は、平等保護条項は性区分の使用を絶対的に禁止しておらず、正当な理由がある場合にはその使用を許容すると解している。正当な理由がある場合には、入学者選抜で性別を評価することは憲法上許容される³⁸。

だが、そもそもの問題として、東京科学大学の女子枠は個人主義には反しないと考える。合衆国の入学者選抜の AA の文脈では、AA が個人主義に反することが問題視された。その背景には、各グループの間に学力差があるところにある。AA の対象者と対象外のグループの合格者の学力を比較すると、相当程度に開きがある。AA の支持者は、AA の対象者は資質形成に不利な環境にあったことから入学時点での学力が低い、入学後に他のグループと同じ学習環境に置かれることで、学力が向上して両者の学力差は縮小するため、対象者と対象外の間には潜在能力に差はなく、AA は個人主義には反しないとする。だが、入学後も AA の対象者が下位の成績に集中する傾向が指摘されており、対象者と対象外のグループの者の学力差は入学後も縮まってはいない。この現実があるために、合衆国では AA は個人主義に反すると強く批判されている³⁹。

これに対し、日本ではアファーマティブ・アクションの対象者（女性）と対象外の者（男性）との間に学力差はない。理工系学部における女性の過少代表は、受験生の少なさから生じている。東京科学大学の受験生と合格者に占める女性比率はほぼ同じであり、受験生に占める女子の比率が増加すれば、理工系学部における女性の過少代表は解消される。合衆国の入学者選抜における AA と日本の女子枠とでは、文脈が大きく異なる。

Ⅷ 時間的制約・定期的な見直しの必要性

学説では、日本国憲法は個人主義（生来の不変の特性ではなく、個人の資

質によって評価される)を理想としており、入学者選抜のような社会的資源の獲得競争において、性別が永続的に評価の要素となることは憲法上好ましくないと理解されている⁴⁰。学説では、大学の社会的使命を実現するために、入学者選抜における性区分の使用(女子枠の設定)が許されるとしても、その社会的使命を実現したときには終了させなければならないと主張される⁴¹。アファーマティブ・アクションを実施する際には、その実施の必要性がなくなったとき(区分使用の目的が達成されたとき)を判断するために、アファーマティブ・アクションが必要か否かについて定期的な見直しが必要となる⁴²。

合衆国では、AA は時間的に制約された一時的な施策でなければ、憲法違反になると考えられている。だが、合衆国では、AA 自体がなくなることはない。移民国家であるが故に、常に人種構成が変化することから、その変化によって生じる人種問題に常に対応する必要があるためである。過少代表のグループは常に存在し、低い社会経済的地位に置かれ、偏見や固定観念が生じるため、AA を必要とするグループが常にいることになる⁴³。

ただし、個々の AA は終了することがある。合衆国最高裁では、AA が合憲であるためには、定期的な見直し(目的を達成するために AA が本当に必要かどうかの検証)が行われなければならないとされる。個々の AA は、理論的には、AA がなくとも過少代表に陥るグループがなくなり、固定観念や偏見が是正された(発生の懸念のない)状況になれば、終了する⁴⁴。だが、大学の入学者選抜の文脈では、実際には、AA の対象者の学力は低く、AA が実施されてから相当の時間が経過しても、AA の対象者の学力は向上せず、AA が終了した場合には、AA の対象者が入学者に占める割合は大幅に減る。特定のグループの過少代表を是正するためには、人種を考慮し続ける必要があり、現実には、個々の AA についてもその終了時期はなかなか訪れない⁴⁵。

これに対し、日本の文脈では男女間に学力差はない。実際に、医学部(理系では、女子受験生は資格に直結する学部、いわゆる「手に職をつける」ことができるというイメージのある学部に多くの受験生が集まる)の入学試験では、男子と比べて女子の受験生の学力が高いために、面接試験の段階で女子を不利に取り扱う事例が生じた⁴⁶。日本の文脈では、女子の受験者が増加すれば、自然と学生に占める女子比率は高くなる。東京科学大学の一般入試の受験者数と合格者数に占める女子の割合はほぼ同じであることを考えると、

受験生の増加が女子学生の比率の増加に繋がると予測できる。女子学生が理工系技術職を選択しない状況が改善されれば、女子枠がなくとも、東京科学大学の女子学生比率は一定数に達するとも考えられる。故に、合衆国の AA とは異なり、女子枠には終期が明確に見えている。

逆に、男女に学力差がないにもかかわらず、東京科学大学をはじめとする理工系学部で女子学生の比率が増加しないのであれば、女子学生が理工系学部への進学を選択しない原因が残存していることを意味する。意識的あるいは無意識に個人の選択を阻害する要因が残存していることは、「機会の平等」を実質的に保障しようとする憲法の理念にそぐわないとも評価できる。個人の選択を阻害する状況の是正（「機会の平等」の実質的保障）は、憲法上望ましいと解釈することには、論理的な説得力がある。終期が明確であるため、女子枠は個人の選択を阻害する状況を是正するまでの一時的な施策だと評価できる。

X おわりに

合衆国では、AA の憲法適合性審査をする際には、AA に肯定的な裁判官であっても、厳格度の高い基準を適用すべきとの立場をとる。その理由は、AA が人種的分断を引き起こす危険が高いところにある（Ⅲ 1）。合衆国の判例理論を参照し、日本の学説は、アファーマティブ・アクションの憲法適合性が問われた際には、厳格度の高い基準（中間審査を下回らない基準）が適用されるべきと理解してきた（Ⅲ 2）。しかし、AA と異なり、アファーマティブ・アクションには暴力を伴う分断を生じさせる危険は内包されていない（Ⅱ）。

女子枠は、多様性の達成を目指している。これにより実現される利益には、性別役割分業意識の打破や、女子受験生が無意識のうちに一定の理工系分野へ進学するという選択肢を排除してきた状況を是正すること（形骸化した「機会の平等」の実質的保障）が含まれており、この利益を実現するという目的は憲法の平等の理念に適うと主張できる（Ⅳ 1）。性別役割分業意識の是正は、多くの法制度に含意されている。これらの法制度では、政策形成過

程における多様な利害調整を通じて、性別役割分業意識の是正という目的が実質的平等の実現に資するものであることが確認されたことを意味する。女子枠の憲法適合性が裁判で問われ、その目的の違憲性が主張された場合には(現実にはそのような主張がなされるとは考え難いが)、政策形成過程において性別役割分業意識の是正が平等の理念に適うという結論が下された例(性別役割分業意識の是正を目的とした法制度の構築)が多数存在することを踏まえ、裁判所は女子枠について目的を理由に違憲と判断することはないと予測できる(Ⅳ 2)。

女子枠の憲法適合性が裁判で問題とされた場合、争点となるのは手段(クォータ制)が行き過ぎているかどうか(違憲か否か)である。合衆国最高裁がメディカルスクールの入学者選抜で一定の人種的マイノリティに入学枠を留保するクォータ制を違憲と判断して以降、合衆国の大学はクォータ制を採用しなくなった。合衆国の事情を参照し、日本の学説はアファーマティブ・アクションの導入を提唱しながらも、クォータ制は違憲の疑いが強く、採用すべきでないと主張してきた。だが、合衆国と日本では事情は異なり、合衆国の議論をそのまま日本に当てはめるべきではない。合衆国において、高等教育機関の入学者選抜の文脈でクォータ制が違憲とされた理由を考えなければならない。クォータ制は対象者にどれほどの優遇を与えているのかを明確な数値によって示すことから、AA の費用を負担するグループは不満を抱きやすく、人種間の対立を煽る危険がある。しかし、日本ではアファーマティブ・アクションによって深刻な対立や分断は生じない(Ⅱ)。

AA はそれがなくても対象者が上位の高等教育機関に合格できるようになれば終了するのであり、一時的な施策だと主張される。しかし、現実には、AA の対象者(一定のマイノリティ)の学力は低いままであり、AA が終了すると、上位の高等教育機関ではマイノリティの学生数は大きく減少するため、AA は永続する(Ⅱ)。クォータ制によって AA が実施されている場合、対象外のグループは一定の枠を獲得する競争から排除され続けることになり、個人主義と抵触すると強く批判される(Ⅶ)。これに対し、男女間に学力差はないことから、女子枠による合格者の学力が著しく低いという事態は想定できない。そして、一定の理工系の学部学科の受験生に占める女子の比率が高まれば、女子学生の比率も上がるのであり、AA とは異なり、女子枠には

終了時期が見えている。女子枠は一定の定員枠をめぐって競争する機会を男子受験生に対し性別を理由に閉ざすが、「機会の平等」の否定は永続しない(IV 2)。

学説はクォータ制によるアファーマティブ・アクションの実施に消極的であったが、私見では、合衆国においてクォータ制が違憲と判断される理由は日本には当てはまらない。クォータ制が憲法に適合するか否かは文脈によって判断すべきであり、憲法適合性の観点からはその採用に過度に謙抑的である必要はない。女子枠の憲法適合性が問われたとき、ほとんどの場合には、裁判所は合憲と判断することになる。

(Endnotes)

- 1 三浦まり編『ジェンダー・クォータがもたらす新しい政治』(法律文化社, 2024) など。
- 2 君塚正臣「欧米各国における積極的差別是正措置とその示唆するもの」関西大学法学論集 51 巻 4 号 (2001) 58 頁, 79-80 頁。
- 3 南川文里「クォータはなぜ嫌われるのか」兼子歩, 貴堂嘉之『「ヘイト」に抗するアメリカ史』(彩流社, 2022) 207 頁, 222 頁。
- 4 例えば、名古屋工業大学では、1994 年の入学者選抜(1993 年度実施)から、機械工学科(現・電気機械工学科)で女子枠(10 枠)を設定していた。現在、同学科(定員 210 名)は学校推薦型選抜において 15 名の女子枠を設定しており、定員に占める女子枠の割合は約 7.1%である。同大学では、2024 年度(2023 年度実施)の入学者選抜からは他の学科でも女子特別推薦を実施し、物理工学科で 5 名(定員 105 名)、情報工学科で 5 名(定員 145 名)、社会工学科の都市環境分野で 3 名(定員 45 名)であり、各学科の定員に占める女子枠の割合はそれぞれ約 4.8%、約 3.4%、約 6.6%となっている。
- 5 代表的な見解として、君塚正臣『性差別司法審査基準論』(信山社, 1996) 参照。
- 6 拙著『アファーマティブ・アクションの正当化と批判の憲法理論』(尚学社, 2022) 57-64 頁参照。
- 7 東京科学大学の入試結果に関するホームページを参照。<https://admissions.titech.ac.jp/admissions/admission/admission/data> (最終閲覧日 2024 年 10 月 25 日)
- 8 合衆国最高裁は Bakke 判決でクォータ制を違憲と判断しており、その後、合衆国中の大学は当該判決に従って入学者選抜を策定した(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ヴ・アクション」立教法学 67 号 (2005) 1 頁, 7 頁)。故に、合衆国の大学では人種に基づくクォータ制は採用されていない。
- 9 すべての所得階層で、マジョリティの学力が黒人などの AA の対象者のそれを上回っている旨が指摘されている (Tung Yin, *Class-Based Affirmative Action*, 31 Loy. L.A. Rev. 213, 233-35 (1997))。
 - 10 AA を実施しても両者の学力差は縮っておらず、むしろ拡大しているとも指摘されている (Carl L. Bankston III, *Grutter v. Bollinger: Weak Foundations ?*, 67 Ohio St. L.J. 1, 3-4 (2006))。
 - 11 拙著前掲 (6) 20-21 頁。
 - 12 拙著前掲 (6) 102-14 頁参照。
 - 13 敬譲型の厳格審査については、拙著前掲 (6) 97 頁以下参照。
 - 14 詳しくは、拙著前掲 (6) 115-16 頁参照。
 - 15 拙著『アフーマティヴ・アクション正当化の法理論の再構築』(尚学社, 2023) 167-74 頁参照。
 - 16 拙著前掲 (15) 212-15 頁参照。
 - 17 拙著前掲 (15) 173-74 頁。
 - 18 拙著前掲 (15) 85-86 頁。
 - 19 拙著前掲 (15) 223-24 頁。
 - 20 拙著前掲 (15) 222-24 頁。
 - 21 拙著前掲 (15) 253-54 頁。
 - 22 拙著前掲 (15) 213-14 頁。
 - 23 拙著前掲 (15) 289-91 頁参照。
 - 24 安西文雄「平等」樋口陽一編『講座憲法学 3 権利の保障 (1)』(日本評論社, 1994) 76 頁, 93-94 頁等参照。
 - 25 佐藤幸治編『憲法』(成文堂, 1988) 128 頁 (釜田泰介)。
 - 26 横田耕一「合理性の基準」芦部信喜編『講座 憲法訴訟 2』(有斐閣, 1987) 161 頁, 195-96 頁; 松井茂記『日本国憲法 [第 4 版]』(有斐閣, 2022) 380 頁; 渋谷秀樹『憲法 [第 3 版]』(有斐閣, 2017) 204 頁等参照。
 - 27 合衆国のリベラル派の議論を参照される背景には、日本の学説が AA の目的が社会構造的差別の是正にあり、実施すべき良性の施策であると誤解しているところにある。
 - 28 アフーマティヴ・アクションの憲法適合性審査の際に適用する司法審査基準に関する学説の議論については、拙著前掲 (6) 188-89 頁参照。
 - 29 松田聰子「我が国におけるアフーマティヴ・アクション (ポジティブ・アクション) 受容の経緯と課題」帝塚山大学教養課程紀要 6 号 (1998) 29 頁, 42 頁参照。
 - 30 拙著前掲 (15) 289-94 頁参照。

- 31 この主張は、各性別の抱える問題は当事者にしか(男性の問題は男性だけに、女性の問題は女性だけに)理解できないという考えを生じさせる危険があると批判される可能性がある。合衆国では、特定の分野でAAによって特定のグループの数を増やし、意見の多様性が確保されるという考えは、ある特定のグループには独自の考えがあるという、固定観念へとつながることが懸念されている。この懸念は、あるグループが特定の意見を持つという考えが具体的な権利利益の侵害につながる懸念があるからである。例えば、合衆国では、アジア系は永遠に外国人であるという固定観念がある。すなわち、アジア系は合衆国に同化せず、出身国の利益を考えて行動するグループだと見做されている。この固定観念によって、第2次世界大戦中に、日系人は日本のために行動し、合衆国の安全保障を害すると思われたために、財産権の制約や強制収容などの実害を被った(Keith Aoki, *Foreign-ness Asian American Identities: Yellowface, World War II Propaganda, and Bifurcated Racial Stereotypes*, 4 UCLA Asian Pac. Am. L.J. 1 (1996))。日本において、アフーマティブ・アクションによる固定観念化について考える際には、合衆国で固定観念化が懸念されている理由を考えなくてはならない。筆者は、アフーマティブ・アクションによって女性が特定の問題に独自の考えを持つという固定観念が生じたとしても、合衆国で生じたような実害を女性が被るとは考えない。日本では、固定観念化に対する懸念は合衆国のそれと比べてはるかに低い。
- 32 君塚正臣「憲法とジェンダー」法律時報78巻1号(2006)4頁,5頁。
- 33 女性に対するアフーマティブ・アクションがクォータ制ではないことが強調されている(浅倉むつ子『均等法の新世界』(有斐閣,1999)122頁)。
- 34 阪本昌成『憲法理論Ⅱ』(成文堂,1993)295頁。このような説明がなされる際に、どの文脈でアフーマティブ・アクションが実施されるのかについて言及はない。このことから、具体的な文脈とは無関係に、すべての場合にクォータ制を実施できないと理解されていると考えられる。
- 35 *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).
- 36 東京科学大学(当時は東工大)の女子枠の導入初年度である2024年度の入学者選抜では58の女子枠が設けられ、56人が合格した。女子の入学者数は164人で、入学者数に占める比率は15.3%であった。2023年度の女子の入学者数は109人、入学者に占める女子学生の割合は10.7%であった。女子枠を設けても一般選抜における女子の合格者が減少して相殺されれば女子学生比率は高まらないため、当該年度の結果は、一般選抜における女子の合格者を減らすことなく、女子枠によって目的(女子学生比率の向上による多様性の達成)に向かって前進したと評価できる。
- 37 安西文雄「法の下での平等について(四・完)」国家学会雑誌112巻3・4号(1999)69頁,138頁参照。

- 38 松田前掲 (29) 42 頁参照。
- 39 拙著前掲 (15) 275-76 頁。
- 40 糠塚康江「人権の主体、平等」辻村みよ子編『ニューアングル憲法』(法律文化社, 2012) 66 頁, 83 頁参照。
- 41 有澤知子「判批」大阪学院大学法学研究 41 卷 2 号 (2015) 1 頁, 34 頁。
- 42 横田耕一「性差別と平等原則」岩村正彦ほか編『現代の法 11』(岩波書店, 1997) 71 頁, 88 頁参照。
- 43 拙著前掲 (6) 295-97 頁。
- 44 拙著前掲 (6) 312-13 頁。
- 45 拙著前掲 (6) 306 頁参照。
- 46 東京地判令和 3 年 3 月 6 日判例時報 2520 号 39 頁; 東京高判令和 5 年 5 月 30 日。

(もぎ・ようへい 桐蔭横浜大学法学部准教授)