

逆差別とその合憲性

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学大学院 公開日: 2010-03-09 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 穉山, 守夫 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/7888

逆差別とその合憲性

穂山守夫

目次

序

一 逆差別の意義

二 逆差別の合憲性

三 結び

序

米社会で差別されてきた黒人（米国の人口に占める黒人の割合は12%）、アジア系、ヒスパニックなど少数者や女性に進学・雇用などで平等な機会を保障するアファーマティブ・アクション（逆差別）が現在揺らいでいる。アファーマティブ・アクションは、少数者を積極的に雇ったり入学させたりすることが差別解消と平等社会を作るとの発想から、一

九六〇年代の公民権法や大統領行政命令を根拠に広がった。資料によると、例えばカルフォルニアでは、州政府の公共工事、物品購入などの契約（金額）のうち少数者の経営する企業が15%、女性経営の企業は5%を占めることを目標として設定している。一般企業も下請けに少数者、女性企業を増やす努力義務があり、怠ると入札からはずされる。公立学校では、少数者向けの特別指導や奨学金などの優遇措置があり、大学の合格許可でも少数者かどうかが判定基準のひとつになっている。¹⁾

一九九五年六月カリフォルニア州のビート・ウイルソン知事（共和党）は、優遇措置に基づいて雇用枠を検討する諮問委員会など廃止する行政命令を発令した。黒人やヒスパニックなど少数者や女性に対する優先雇用枠の撤廃に「ゴースサイン」を出したのは全米で初めてである。²⁾ 同年八月に同知事は同州の少数者や女性に対する優遇措置は違憲であるとして少数者や女性職員の優先雇用枠や、黒人などが経営する企業を優遇する公共事業発注枠を定めた州法の差止めを求める訴えを現地の州最高裁に

起こした。³⁾

民主党のクリントン大統領も同年七月に黒人や女性らへの優遇策の見直し策を発表した。優遇制度の継続の必要性を認める一方で、雇用や就学の機会を一定の割合で確保する割当制は白人への逆差別を生みかねないとして廃止を提唱した。大統領は連邦政府に対して、割当制の撤廃を命じるとともに、経済的な困窮度の高い人々を優先するなど制度を公正に適用するように求める布告を出した。³⁾ また連邦最高裁は同年に連邦

政府のアフアーマティブ・アクションが厳格な審査に服すると判示した。³⁾ この審査の下では連邦政府が人種の平等を達成するためにアフアーマティブ・アクションを用いることが厳格に制限されることになる。その後、連邦最高裁は、一九九六年七月一日逆差別に基づいて黒人や女性の優先入学を認めた公立学校の規定について、これを違法とした連邦高裁の判決を事実上支持する判断を示した。この裁判はテキサス州ロース・スクールの入学に落ちた白人青年が黒人の受験生より高い点をとっても少数優遇措置によって不合格になるのは違法として訴えていたもので、高裁は優先入学規定を「逆差別かつ違法」と判断、州当局や市民団体が最高裁での審理を求めていた。最高裁は同日、七対三の大差でこれを退け、高裁の判断を事実上支持した。今回の最高裁の判断は、保守化のうねりを受けて全米に広がるアフアーマティブ・アクション縮小、撤廃の動きに弾みを付けるとみられる。⁶⁾ 現に同年一月カリフォルニアでは住民投票で逆差別の廃止をうたう市民立法「提案209」が54%の賛成を集め成立した。少数者優遇措置により、少数者が制度に甘えたり、不当な逆差別をもたらすと考える市民が増えたからである。「提案20

9」は「公務員採用、公教育、公共事業契約において、人種、性、皮膚の色、民族、出身国を基準としたとした優先措置や差別を州政府や公共機関が行なうことを禁止する」という州憲法修正案で、全米で初めて逆差別を廃止する内容だった。この「提案209」については人権団体が効力停止の裁判に持ち込んだ。⁷⁾ このように現在、逆差別の合憲性ないし是非が問われている。

一 逆差別の意義

逆差別とは (reverse discrimination) とは、一定の資格にとって一般的には相当な資格であると考えられない人種等の特性を基礎として一定の個人または集団に対して優先処遇をすることである。⁸⁾ または逆差別とは典型的には人種等の特有な地位に基づき「特別な権利」または一定の利益を与えるものと理解される。⁹⁾

そして、ここにいう「個人」または「集団」とは、一般的には人種・民族的マイノリティおよび女性に限定されるが、¹⁰⁾ 同性愛者が含まれないかが問題となる。¹¹⁾ 一般には、同性愛者は差別されるべきではないが、異性愛者と同程度に平等に扱われるべきではないとする。そして、同性愛者に対する優先処遇を認めない。¹²⁾ 優先処遇を一般に肯定するものでも、それをより争いのあるものにする受益者団体の拡大(同性愛者を含めること)に反対する。また、現に利益を受けている女性や人種的マイノリティは競争の激化と利益の希釈化から反対するだろう。それから異性愛の白人はその拡大を負担の増加とみて反対するだろう。さらに優先処遇

を必要と主張しない同性愛者や烙印押しを嫌う同性愛者から反対されるであろう。¹³したがって、同性愛者は含まれないとするのが現在においては政策的には穏当であろう。¹⁴

またそこについて「優先処遇」においては、雇用や高等教育の入学の機会の実質的平等化等がめざされる。そして、この逆差別における優先処遇の点を強調するならば、逆差別は、優先処遇 (Preferential Treatment) と把握し得るし、また、その積極的平等化行為の面に着目すれば、それは、アファーマティブ・アクション (Affirmative Action) と見得る。

しかし、まず、人種・民族的マイノリティと女性とを一律に扱うのは、両者の相違を軽視するものであり妥当でない。この点につき、George Steiner は、次のように主張する。¹⁵ 黒人の場合、立派な仕事につけないのは、もろもろの社会的・文化的排除の組み合わせたパターンの一要素にすぎない。衣食住・健康に対する配慮がなく、若者に対する適切なガイダンスや知的刺激を与える時間が欠乏し、公教育が適切でなく、それらの組み合わせが貧困をもたらす。この複雑な剝奪こそが、その黒人の若者の競争力を奪うのである。これに対して、女性の場合、雇用における差別は、同様な帰結をもたらさない。こともは、普通父親と母親をもつから、父親がいる以上が、母親がよい仕事に付けない、ということとは、通常、そのこどもの食事、教育、住居、健康、知的刺激の質をそこなう貧困をもたらさない。このゆえに、両者は、同一に論じられない。この指摘は、妥当であろう。この他に、女性は、マイノリティではなく、投票箱と民主政の過程を通じて、積極的な平等化を推進できる立場であるという点で黒人と異なる。さらに、女性の場合、黒人のように奴隷制度に基

づく隷属状態におかれなかったし、したがって、それに起因する事実上の隷属状態のもとにおかれていない。この差異からして、黒人に妥当する逆差別が、ただちに女性に妥当するとは考えるべきではない。

次に、雇用一般について、優先処遇を考えることができるが、優先処遇の問題性を明確にするためには、Judith Jarvis Thomson が指摘するよう¹⁶に、能力が重視される大学の教員に関する優先処遇に焦点をあわせるのがよいであろう。また、Judith Jarvis Thomson は、優先雇用で問題とされるべきものは、利益 (Benefits) であり、それは、人々が、享有したものであり、かつ、おそらく、人々に喜びを与えるだけでなく、人々の生活を改善するものであるが、人々が、本当に必要とするものではないとする。¹⁷ 本当に必要とするもの (ニーズ) は、人間として生存するための最低限の必要条件であり、白人・黒人を問わず充足されるべきものであり、したがって、主として、黒人を対象とする優先処遇においては、利益 (Benefits) を問題とするのが妥当であろう。

そして、この利益は、抽象的には、黒人等の集団に与えられるが、現実には、集団構成員のうちの特定期間が利益をえ、多面マジョリティ構成員のうちの特定期間が損失をこうむるが、ここにおいて、個人の能力・功績とは関連性のない要素 (人種等) を理由に黒人等を優遇する逆差別と個人の能力・功績に応じた平等が対立することになる。

そこで、逆差別が、憲法上平等保護条項に違反しないかが問題とされる。

二 逆差別の合憲性

1 J.Elyの理論

人種分類を採用した立法は、第十四修正の下において、suspect、つまり、違憲の疑いがありとされ、厳格な司法審査が要求されるという考え方があがるが、その根拠は、通常二つ挙げられる。一つは、人種の少数派は、我々の歴史を通じて法的な不利益を受けてきたことである。もう一つは、人種は、一般に正当な公共目的と関連性を有しないことである。そして悪性(malign)、良性(benign)を問わず、一切の人種差別は、第十四修正によって禁止されると主張されることがある。

これに対して、J.Elyによると、第十四修正の起草者の意図は、黒人に対する差別禁止にあった。すなわち、第十三修正があるにもかかわらず、白人が黒人を劣等の地位に置き続けることがないようにしようとしたのである。もともと、第十四修正が、他の少数派も保護すべく解釈されてきたことは否定できないが、その起草者の意図を無視しては、その適当な適用は期待されないと。このように、J.Elyは第十四修正の黒人保護機能を重視し、白人(多数派)が白人(多数派)の犠牲において黒人(少数派)を優遇する場合には厳格な司法審査が妥当せず、違憲の疑いがないとする。²⁰

かかる立場にたつEly論文の柱は、they-they(例えば、白人内部のAグループとBグループの分類)とwe-they(白人対黒人)という立法の二種類の区別である。they-they類型の下では、分類対象である白人グループA(眼鏡商)は、一般に白人グループB(検眼師)とある点において差

異がある。この差異に基づく分類は偏見に基づいてなされるのではなく、分類による利害得失が適正に考量されるので妥当性を有するとする。²¹

しかし、立法者は、伝統的に黒人ではなく白人であり続けた。それ故、黒人と白人を区別する政策は、画一的なwe(白人)と画一的なthey(黒人)との比較を基礎にして決定される。黒人は、白人とある点において異なるので、この差異に応じて両者を分類するのは利益考量上十分に正当化されるとし、黒人に不利益な差別を正当化しようとするが、かように黒人に不利益に働くwe-they類型の下における決定には、二つの危険が内在している。一つは、立法者(白人)が、they集団(黒人集団)をwe集団(白人集団)と平等の地位に置く場合に想定されるwe集団が被る犠牲を過大に評価しがちであるということである。この場合に、その犠牲と相殺的に働くthey集団が受ける利益が生ずるが、その利益は過小評価されがちである。したがって、この利益考量は、歪められる傾向がある。このことは、we集団がthey集団に対して偏見をもっている場合に生じるが、そのような偏見、たとえばwe集団は、they集団よりも優れている人種的特性等を有しているというような偏見は、we集団によって容易に受け容れられるため、その傾向は否定できない。それ故、第二の危険は、ステレオタイプの分類の妥当性の過大評価である。立法者は、安易にその分類により、theyのなかの多くの者は、不正に利益を剥奪されていないし、他方、weのなかの多くは、不正に利益を得ていないとする。²²したがって、この場合に制定される法律は、they集団にとって不利であるが、we集団にとって有利なものとなり、違憲の疑いがある。

しかし、政策形成過程を支配するwe集団が、優先処遇のように少数派

に利益を与えらるとともに自らを不利に扱ふ場合、立法動機に偏見がないのであるから、違憲の疑いがあると考えれば必要はなく厳格審査に服しないことになる。多数派たる白人が、人種の偏見から自らにとって不利益なことをする傾向はないのである。また、白人以外の人種の必要・欲求に対して白人のそれを過小評価しがちでないし、黒人に一般的に与えられる利益を白人にも与える分類を工夫する場合に生じる犠牲を過小評価しがちでない。この結論は、ジャクソン判事が、*Railway Express* 事件²³における意見で雄弁かつ感銘的にのべているように、平等保護条項は、他人を害するものは、同時に自らも害するというふうに機能し、恣意的不法に対して保護を与えるということから支えられる。あるいは、少なくとも、立法者が、恣意的で不当な立法をした場合、その影響を受ける選挙民から批判を受け、落選の憂き目にあうということから支えられる。しかし、その議論は、逆にはならない。すなわち、立法者またはそれを支える多数派が、自分たちを害するときには、そうはいえないとする。²⁴ もちろん、立法者たる多数派、または少数派のいずれが、より利益を得たかが明らかでないケースがある。ズバリ言えば、政策決定者が、*McC* または *Gray* のいずれにより多くの利益を与えようとしたか明らかでないケースがある。これらのケースの場合、少数派の利益を考慮して違憲の疑いがあるというべきである。また、多数派・少数派という分析枠組みにとらわれて、人種の偏見またはそれに関連した偏見が、違憲の疑いを提起するという根本的前提をあいまいにしてはならない。²⁵ 一見、白人よりも黒人を優遇した法律が、政策決定体にそれ相応の代表をもたない、かつ、ひどい偏見を受けている白人の一部に、とくに不利益を与えるよ

うに制定されることもあろうが、その立法は違憲とされるべきである。しかし、どちらかといえば、*McC* 階級全体が、均等に不利益の負担を課されていないと疑う理由がない場合には *Gray* を優遇する *we-they* 分類は、厳格な審査に服する必要がないとする。²⁶

しかし、この結論が、全面的に受け容れられても、裁判所、とりわけ最高裁による採用とその司法的執行には、いくつかの困難が伴うし、少なくとも面倒な結果を惹起する。そこで、そうであるなら、一層一切の人種分類を禁止する予防的ルールの方がましであるということにもなる。ここにおける問題は、少数派に対する優遇が、隔絶され、嫌われた、相対的に無力な多数派の一部（ユタヤ人等）に不相応な害を生じさせるということである。これは、違憲であり、受け容れられるものではない。しかし、多数派たる白人一般に対する差別は、違憲の疑いがないとする。²⁷

もつとも、状況によっては、許されるべきことではないが、支配的多数派が、文化的偏見のゆえにある白人少数派よりも黒人を優遇することはありえよう。しかし、*DeF* ニス・ケース²⁸（*DeF* ニスが提起したロースクールにおける優先入学のケース）から理解されるように、この問題と優先処遇の問題が、切り離されうるものである以上、優先処遇の全面的禁止は正当化されないというべきであるとする。²⁹

以上、要するに *Gray* のプロセス・アプローチによると、(1) *they-they* 類型の場合、利益考量が適正になされるから、その場合の立法は、違憲の疑いがないが、(2) *we-they* 類型の場合、① *we*（白人）が *they*（黒人）に不利益な立法をする場合には、偏見に基づいて利益考量が適切になされないから違憲の疑いがあるのに対して、② *we*（白人）が自己に不利で

あるがthey（黒人）に有利な優先処遇を行なうことは、立法動機に偏見がないから、違憲の疑いがなく、厳格な審査に服する必要があるのであり、それは立法裁量に委ねられ合理性の基準が妥当する。

2 PosnerとElyの主張に対する批判と自己の主張

Elyの立法過程に着目したプロセス・アプローチに対してPosnerは、次の二点において、異論を唱えている。

すなわち、その第一点は、Elyの主張が、人種の少数派に不利な差別をも正当化するということである。Elyは、人種的・文化的少数派の構成員に不利な差別をする場合に生じる犠牲と、その差別により個人を個人的に扱われないで済む利益とを考量することを妥当とし、ただ、この考量が妥当になされることを期待するにすぎないとPosnerは見る。Elyは、多数派が、差別による犠牲を適切に考慮しないし、差別による利益を過大評価するであろうと疑う。そうすると、その犠牲を適切に考慮し、その利益を過大評価しなければ、コスト・ベネフィットの観点から人種の少数派に不利な差別が正当化されよう。たとえば、かりに、郵政省が、次のことを十分に論証しようとする。黒人は、平均的には、管理職の適格性において、白人より劣っており、また、不適格な者を管理職につけることから生じる郵便制度の犠牲は、きわめて大きい。さらに、各黒人が適格性を有しているかどうかを確かめる際に生じる犠牲は、それによって確認される資格ある黒人数に比して、大きいと。この場合、Elyによると、郵政省は、管理職から黒人を排除するルールを適用しようとするであろう。したがって、Elyは非効率の差別のみを非難するにすぎないが、

それでは、平等保護条項の妥当領域は、限定されよう。⁽²⁰⁾

第二は、政治過程の性質を誤って理解している点である。Elyは、政治過程が、効率、正義、その他の公益を実現すると考えているようであるが、それは、正しくない。このような考え（公益理論）は、実際の政府の政策形成等と齟齬する。多くの政策は、特殊な利益・圧力団体間の純然たる権力闘争の所産である。立法を促す力は、金や投票の動員力、組織の結合力、要求が入れられなければ暴力を用い、または秩序を乱す危険を確実に発生させる力等である。この過程で形成される立法は、圧力団体の特殊利益を反映するものであり、また、それは、犠牲が少なくなく、得られるものより失うものが多いともいえる。そうだとすれば、立派な法律だと称賛されるものであっても、それは、真の公的利益に基礎付けられているとはいえないのである。実際、政治過程のアウトプットたる法律等は、政治過程を支配する集団の特殊利益を反映する差別的なものである。また、政治過程を綿密に分析すれば、実際、少数派と多数派の区別はなくなっている。政策は、Elyのいうように、一体的な多数派によってではなく、検眼師、酪農家、薬の小売商等の少数派によって形成されるのである。⁽²¹⁾

では、Posnerは、逆差別をどう見ているか？彼は、次のように見ている。逆差別の場合、裁判所は、差別の有無のみならず、その差別が特定の人種集団を害するかどうかを決定し、異なった人種集団の競合する主張を考量せざるをえないが、それは、憲法原理の精密性と客観性を失わせることになるのであり、その点からして、逆差別は認められるべきではない。

白人の立場は、人種的割当制によって害されないほど強固であるのか。また、割当制によって生ずる不利益は、白人多数派内の攻撃されやすい集団に集中しがちではないか。人種的割当制は、実際、優遇される少数派に利益を与えているのかどうか疑問であり、かえって、彼らの自尊心を害することによって彼らを書していないか？それは、人種についてのステレオタイプの思考を正当化しないか？白人に不利な法律が制定された場合に、その立法過程において白人が少数派といえるとき、白人は、

少数派の地位を主張する資格があるのか。かりにそうであるなら、同じ論理によって、黒人は、彼らが有権者の多数派を占める都市において制定された、自己に不利な差別立法に不平をいう資格があるか？これらの問題が、法廷で争えるなら、裁判官個人の価値観に左右されない憲法原理があるとはいえなくなろう。このようにPosnerは主張する。要するに、Posnerによれば適切な憲法原理は、政府が利益を与え、負担を課す場合に、不快で(invidious)あるか否かを問わず、人種的・エスニック(ethnic)の基準を用いないということである。³³⁾

これに対して、この基準を用いないと、これを用いた逆差別で利益を受ける少数派に、大変な不利益が課されるとの反論があるが、それは、Posnerからすれば、その不利益を過大視していることになる。³⁴⁾ Posnerによれば、人種的・エスニックの起源に基づく分類でなくとも、社会的文化的経済的剝脱を受けている者ないし恵まれない者というような非人種的・非エスニック的分類により優遇される集団を規定すれば、実質的に優先処遇の目的を害しないで、優先処遇に対する憲法上の異義を除去しうることになる。³⁵⁾ この場合、人種的・エスニックの基準を用いるほど便

宜であるとはいえないが、Posnerは、これを用いる問題性に鑑みて、こちらの方を妥当とするのであろう。

3 SandalowのElyおよびPosnerに対する批判と自己の主張

① Elyに対する批判と自己の主張

Elyは州立大学における、少数派の優先入学を、彼独特のコスト・ベネフィットの観点から肯定する。

しかし、Sandalowは、Elyが展開する分析とその分析から引き出す結論は、次の理由から問題があるとする。アメリカの現実政治において、かりに政治的多数派がElyの主張するように一枚岩的に存在することがあったとしても、それはめつたにあることではない。通常の場合、政治的多数派は政策決定につき利害関係を有する少数派の連合である。真の争いは、Elyのいうような多数派と少数派の間ではなく、最も直接的な利害関係を有する少数派間にある。この争いの帰趨は、どちらの少数派が直接の利害関係を有しない他の集団を自己の陣営に組み込めるかにかかっている。このことは、州のロー・スクールの少数派優先入学施策の採用の場合にも当てはまる。この政策の直接の受益者は、優先処遇を受ける少数派であるが、その反面において直接の犠牲を受ける者は、建前としては白人多数派であるが、実際は白人のサブ・グループである。したがって、両者間に真の争いがあるのであるとする。³⁶⁾

次に、Elyは立法過程の正当性を暗黙に立法部の公平無私に求めるが、Sandalowの立場からすると、そう見るのは妥当でなく、その政治的責任に求めるべきである。そしてその政治的責任は、政策決定が世論を反映

してなされるべきであるという民主主義的理念に奉仕する。第一に、政治的責任は政策により影響を受ける社会諸集団の声に政治が弾力的に答えることを確保する。このことは政策決定によって生じる利害得失の考量に影響を与える。第二に、政策の賛否は、単なるコスト・ベネフィットの観点からの考量だけでなく、そもそも何を利害得失とし、それらをかきバランスさせるかという価値判断が絡むので、政治的責任は、政策決定が市民全体の価値から余り離れてなされないことを要請する。第三に、政治的責任は選挙民の要求を最大限満足させるべく現実に対応して妥協を図り政策の発展を促進する。⁽³⁷⁾このようにSandalowは政治責任を把握する。

Sandalowは、立法過程の正当性にかかる政治的責任に求めるから、政治的責任を負わない大学が、教授会決定等を媒介にして、自主的に採用した優先入学の妥当性には疑いがあるが、政治責任を負う議会が優先入学施策を採用することには憲法上問題がないとする。⁽³⁸⁾

② Posnerに対する批判と自己の主張

Posnerは、政府が利益を与え、負担を課す場合に、有利・不利を問わず、人種的・エスニック的基準を用いるべきではないという憲法原理を主張するが、Sandalowからするとその原理の正当化は、最小限、次の三つの主張が説得的であるかどうかにかかっている。

(I) その原理は、第十四修正の起草者の意図を表明している。

(II) その原理は、他のより一般的で、かつ明白に有効な憲法原理から導きだされうる。

(III) その原理は、最高裁が憲法的要請のある決定を正当化するために

は用いざるをえないものである。

SandalowはPosnerの原理は、これらの主張のいずれによっても支持することは出来ないとする。⁽³⁹⁾

Sandalowはまず(I)について検討する。Sandalowによると、第十四修正の起草者は、Posnerも認めているように、当然のことながら、州が人種的基準を黒人の利益に用いることを禁止しようとはしなかった。第十四修正の主な目的は、黒人の平等ではなく自由の確保であった。このことは、Posnerの原理の排斥を要請するものではないが、その原理の援用を要請するものでもないということである。Posnerのいうように、その憲法規定の趣旨は、確かにその起草者の意図によって固定されるべきではないであろう。しかし、そうであるならなおさら、Posnerは第十四修正の明白で中核的な意味を、州における黒人に不利益な人種差別をもたらす一切の公的な州の行為を排除することであったという、後に最高裁によって展開された観念等を起草者のものとする過去の誤った考え方によって自己の色盲原理を根拠付けることになり、妥当性を欠くということになる。⁽⁴⁰⁾

次にSandalowは(II)について検討する。個人の意志や能力に基づかない分類は、憲法上認められないという、より一般的な原理が肯定されるのなら、その具体化された一つの原理としてPosnerの原理を認めることが出来ようが、かかる一般的な原理は認められるであろうか？

Sandalowによると、人種・身長・性別・私生児等の、個人の意志や能力に基づかない特性に基づいて、ある社会的地位等の取得の機会を与えたり与えなかったりすることは正義に反する。なぜなら、各人が幸福を

追求するために自己の能力を開花させようとする際、かかる差異により異なった立場におかれるべきではないからである。しかし、このことは、常に妥当するわけではない。ある社会的価値が、意志に基づかない特性による差別を要請することがある。たとえば、バスケットボールチームの構成員になるためには、バスケットボールを上手にプレイする能力という価値の観点から、一定の身体的特性が要件となる。⁴¹ また、ロー・スクール⁴²の入学の場合でも、地元の居住者という地理的特性に基づいて優先入学が認められてきた。したがって、Posnerの原理は、意志に基づかない特性による分類は違憲の疑いがあるという、より一般的な原理によって根拠付けることができない。

それからSandalow (III) について検討する。Sandalowによると、人種的分類が、合衆国憲法によって全面的に禁止されるという理念は、一九五〇年代半ばの分離学校のケースに妥当した原理を公共施設のケースに及ぼす一連の *per curiam* 決定を説明する努力のなかから生み出された。これらの決定を正当化する他の原理も考えられたが、一八九六年にハーラン裁判官が主張した、政府は「色盲」であることを要求されるという原理は、望ましいものであり、かつ魅力的であったので、この色盲原理によってその正当化がなされたのである。その魅力は、その原理が個人の尊厳と価値は生まれという偶然によって影響を受けないという信念に訴える点にある。この原理の採用は、経済的に恵まれない黒人の境遇の改善を促進するものと思われた。なぜなら、それは現代社会における重要な富の形態である、政府の資源配分によって提供される利益が、理論上はもちろん実際上も万人に平等に与えられることを要請するから

である。さらに、強制的な人種分離をなくすことにより、伝統的な偏見が排除されるであろうと期待された。というのは、多くの者が、このことが黒人と白人が相互に「人間の友愛」という文化的理念を悟る方向への第一歩であり、また黒人の経済的・社会的境遇の改善への障壁をさらに少なくするものとして望ましいと考えるようになったからである。これらの期待は、素朴なものであるが、色盲原理の出現にとって不可欠なものであつた。⁴³ Sandalowはこの状況における色盲原理の妥当性点を認める。

しかし、状況の変化により色盲原理を一律に適用できなくなったとす。すなわち一九六〇年代になると、雇用と公共住宅における、少数派に有利な割当制や大学の優先入学基準等をめぐる諸問題が出現するようになるが、それは政府が人種を関連性のないものと扱っては黒人の経済的・社会的向上等を図ることができないという信念の広がりを示すものである。このような状況が生じたのにPosnerのように憲法原理は黒人の経済的・社会的向上等の目標を考慮しないで定式化しなければならいと主張するのは、色盲原理誕生の契機を無視するものである。黒人と白人を同様に扱うことが黒人の苦しみの緩和や統合社会の達成につながる場合には、人種的差異にもかかわらず両者は同様に扱われるべきであるが、その結果が正反対の場合には、そうすることは全く合理性に欠けるものであるとする。⁴⁴ したがって、現在においては、かつてと異なり最高裁が、黒人の経済的・社会的向上等を図るために色盲原理の必要性を認める必要はないのである。

以上により、Posnerの原理は、妥当な憲法原理と見ることが出来ない。

なお、右のこと以外にも、Posnerの原理には、問題がある。それは、一貫性の問題である。Posnerは、最高裁等の結果先取りの構成を批判するが、自ら暗黙のうちにそのような構成を前提としているのであり、その理論は、一貫性に欠けるものである。Posnerによると、不変の、又は個人の意志に基づかない区別を人種的・エスニック的区別とその他の区別に分け、前者による分類は許容されないが、後者による分類は許容されるという。こうした区別の根拠は、二つあり、第一は必要性である。その区別を認めず、一切の個人の意志に基づかない特性による分類を憲法原理が禁止するという解釈では、裁判官は妥当な裁判を行なうことができないう。第二は、祖先の特性による分類は、例えば、性別又は年令による分類と同一視できないということである。⁴⁴

しかし、Santalowは、Posnerの根拠付に、納得しない。Santalowによれば、第二の根拠は単に人種と性別・年令は異なるという直感に基づくものにはすぎないし、異なつて扱つかどうかは文脈によることになる。例えば、選挙権・義務教育の場合、年令によって区別することは許容されるが、人種・性別によって区別することは許容されない。これに対し、強制的兵役の場合、性別と年令で区別することは認められるが、人種で区別することは認められない。このように、文脈が分類の基準の合理性を判定する場合に決定的な意味をもつ。この場合、どの基準を用いるかによって結果が異なるが、その結果を認めうるかどうかによりその基準が分類の基礎として許容されるかどうかが決まるのである。⁴⁵

Santalowからすると、Posnerの人種等に基づく分類と他の意志に基づかない分類の区別は、暗黙にそのような結果の先取りに立脚している

ことになる。Posnerは、裁判所が一貫して意志によらない特性が公的規制の基準として用いられるべきでないという原理を適用できなかったと結論付けているが、その結論は、Santalowによると、ある状況においては、そのような基準の排除が望ましくない結果をもたらすという判断に依拠していることになる。他方、Posnerは、平等保護条項は、色盲原理を具体化すべく解釈されるべきであると主張するが、Santalowからすると、その主張は人種的・エスニック的基準を用いて裁判することは、望ましくない結果をもたらさないという判断を反映していることになる。⁴⁶これらの判断に依拠することは、結果の良否を計算に入れることになるから、Posnerの主張する色盲原理と矛盾する。裁判所に人種的・エスニック的差別の結果を考慮することを認めると、裁判官は自己の個人的価値と一致する人種的・エスニック的差別を肯定することになりがちであるからである。

次に、Posnerは、恵まれない者というような非人種的・非エスニック的分類により優遇される集団を想定すれば、実質的に優先処遇の目的を達成しようと主張するが、Santalowは、そのような代替策は効果的でないとして主張する。Santalowによると、この代替策を導入した場合、現在の人種の優先入学施策で確保されている少数派の割合を維持するためには、現在の枠よりかなり大きい枠を必要とする。また、この代替策によって生じる犠牲は、最も才能のある学生のかんりの割合をロー・スクールから排除することを含めて非常に大きい。さらに、それは少数派の入学者の増加という目標と矛盾する。既存の特別入学施策は、入学だけでなく財政的援助をするかどうか決定する場合にも人種的・エスニック的

基準を用いる。そうすると、かりに前者が違憲なら、後者も違憲ということになろう。この場合、少数派学生への財政的援助は前より減少するが、そのことは、当然に少数派学生の数を減らすだろう。加えて、この代替策は、最も有能な少数派出願者を排除するだろう。このような者は、恵まれない者ではないと考えられるからである。優先入学が、恵まれない者それぞれに補償をするというのであれば、このことは不当とはいえない。しかし、優先入学は、人種問題等の重要な社会問題に対処するものであり、この観点からすると、恵まれた少数派出願者に優先入学を認めるのは不正なことではない。非常に優秀な出願者は、その知的資質等が社会的に有用であると考えられるために入学が認められるのであるが、それと同様に、優先入学は、少数派出願者の人種の属性が、人種統合社会の実現という社会的価値との関係で社会的に有用であるので、少数派に与えられるのである。⁽⁴⁷⁾

かくして、Santalowによると、人種的・エスニック的優先処遇は、ロースクールにおける人種的・エスニック的集団の代表を効果的に達成させる最も実行可能な唯一の手段であるということになる。⁽⁴⁸⁾

4 Karst & Horowitzの理論

Karst & Horowitzによると、人種分類は、黒人等の少数派に有利であろうが不利であろうが、「やむをざる州の利益」のフォーミュラという厳格な審査基準で審査されなければならない。雇用において政府が行なう優先雇用等や公立の高等教育機関における優先入学は、そのテストを受ける必要がある。アファーマティブ・アクションは、黒人等を「救済」

するものであるという理由で、このテストを回避することはできない。したがって、優先雇用等が合憲であるためには州の利益がやむをざるものでなければならないだけでなく、用いられる人種分類が、その利益を達成するのに必要でなければならない。同じ利益を人種分類を用いないで達成しうる他の方法があるなら、その場合その人種分類は禁止される。今日、急速な人種統合の社会的必要性があるが、その統合については達成されないと考えられる。他の方法では、少なくとも一世代、統合が遅れることになる。⁽⁴⁹⁾したがって、このテストによって審査されても優先雇用等のアファーマティブ・アクションは、合憲である。

三 結び

まず、考えられる合憲・違憲のアプローチのなかに各論者の見解を位置付けてみよう。

考えられるアプローチとして、第一に、厳格な「color-blind理論」に立脚して違憲とするアプローチである。この「color-blind理論」とは、人種に基づく分類法は、どんな目的・事情であれ、第十四修正の禁止するところである、という考え方である。これは、Plessy v. Ferguson事件⁽⁵⁰⁾におけるハーラン裁判官の反対意見での「color-blind理論」に代表される。同理論は、憲法は体色を識別せず、また体色をもって憲法上全く関連性のない要素とし、人種分類を「本来的に無効」(invalid per se)と考えるのである。この立場からすると、直ちに少数派に有利な逆差別も違憲と

される。

第二は、人種分類を、少数派に利益であろうが、直ちに無効とせず、単に違憲の疑いがあるにとどめるが、「厳格な審査テスト」(strict scrutiny test)に服する必要がある、州の側が強力な理由・利害関係を立証しなければ違憲とするアプローチである。これは、人種分類を単に違憲の疑いがあるとするにとどめる点では緩和化されたcolor-blind理論に立脚するといつてよいであろう。厳格な審査テストとは、まず、立法目的が「やむをえざる」(compelling)ものであることを要件とする。「やむをえざる」目的とは、重要な正当目的をこえた、至上の(paramount)、圧倒的な(overriding)、緊急の(urgent)ものをいう。次に、このテストは、立法手段が立法目的の達成にとって「必要」(necessary)かどうかの審査を要求する。この基準のもとでは、立法目的を達成するために狭すぎる分類も広すぎる分類も違憲とされる。その結果、他により侵害的でない分類法によって、立法目的を達成することができれば、現在用いられている分類法は「必要」でない、と判断される。この立場からすると、少数派優先処遇は、通常違憲とされよう。Posnerや最近の最高裁は、おそらくこの立場に立つものと考えられる。しかし、二つの要件を満たせば、合憲とされよう。Karst & Horowitzはこの立場に立つ。

第三は、人種分類を、少数派に有利な場合には、違憲の疑いがあるとして厳格な審査テストに服せしめる必要はないとする。「合理性のテスト」でも「厳格な審査テスト」でもなく、立法手段の審査をやや厳格になす、「中間的な審査テスト」に服せしめるアプローチである。このテストのもとでは、①立法目的が「重要」(important)、「現実的」(actual)

または「明確」(articulated)でなければならぬ。さらに、②手段が、この目的達成のために実質的な関連性(substantial relationship)をもたなければならぬ。実質的関連性とは、立法目的と厳格な整合性でなく、整合性を有することである。この立場からすると、人種統合社会の実現という立法目的は、今日のアメリカでは、重要なものであると考えられるから、少数派優先処遇の合憲・違憲の分かれ目は、割当制等の優先処遇の形態が、実質的関連性をもつかどうかによるであろう。バックキー事件⁽⁶⁾におけるブレナン・グループは、この立場に立つ。

第四は、人種分類を、少数派に有利な場合には、合理性のテストに委ね、立法府の立法裁量に委ねるアプローチである。合理性のテストとは、①立法目的が正当(legitimate)であるかどうか、②立法に用いられた分類法が立法目的と合理的関連性を有するか、を検討するものである。この審査基準のもとでも、立法目的および立法手段の検討は一応必要であるが、立法目的が許容できるかどうか問題になったとき、裁判所は立法目的を正当であると判断しがちであるから、特に裁判所の自己抑制的態度と結合すると、立法目的が正当であるかどうかの審査は、ほとんど意味を失ってくる。また、立法手段の合理性の判断も緩やかになるから、よほどのことがないかぎり、合理的関連性は肯定される。この立場からすると、容易に、少数派優先処遇の合憲性を導き得る。Santalowは、この立場に立っているといつて良いだろう。Elyもこの立場に立つが、Santalowが、立法府の政治的責任を強調するのに対して、立法裁量の適正さに着目する点において異なる。

では、いずれの立場を妥当とすべきであろうか。まず、Karst & Hor-

Owiltzの見解を検討する。彼らは、伝統的枠組みを維持しつつ、少数派優先処遇を合憲とするものであり、その点に関しては穏当ともいえよう。しかし、厳格な審査テストを用いて合憲とするのは、少し無理があるといえよう。彼らは、「急速な人種統合の社会的必要性」が、「やむをえざる」目的を充足するとするが、その目的とは、重大な正当目的をこえた、至上の、圧倒的な、緊急のものである必要があるが、急速な人種統合の場合、それに伴って大きな不利益が恵まれない白人に課される蓋然性が高いことからして、至上の、圧倒的な、緊急の目的といえるかどうか疑問なしとしない。また、通常、その優遇措置は、差別の被害者といえない者まで救済する広すぎる分類になりがちであり、厳格な必要性の要件を満たすかどうか疑問である。したがって、このアプローチは好ましくないであろう。

次に、Posnerについて見るに、Santalowがいうように、Posnerの色盲原理は、第十四修正の起草者の意図、個人の意志に基づかない特性一般に対しても色盲であるべきであるという、より一般的な憲法原理、最高裁の自己の判断の正当化原理のいずれからも導くことができないであろう。また、Santalowが的確に指摘しているように、Posnerが結果先取的に色盲原理を主張している点で、理論的一貫性に欠けるといえるし、その提示した代替策は、実効性が伴わないものであるのみならず、弊害さえ伴うものである。したがって、Posnerの立場は、是認できない。彼は、憲法原理の精密性と客観性を求める余りに、その原理に基づく裁判の結果に目をつぶるが、そもそも憲法原理の客観性等は、一般的に、よ「妥当な」裁判結果を保障するために求められるものであり、この点

を軽視するのは不当であるというべきである。もちろん、このことは、裁判官が個人的価値観に基づいて裁判をしいということになるわけではない。裁判官は、個人的な良心ではなく、職業的な良心に基づいて、生きた社会を支配する社会的価値を憲法の枠内で実現するよう努めるべきである。

第三に、政治的責任を強調して、立法府の立法裁量に委ねるSantalowの見解を検討しよう。Santalowは、優先入学の問題を国論を二分する重大な政治問題と位置付け、民主主義理念からすると、その問題は政治責任を負う議会に委ねるべきであると主張する。しかし、まず優先入学の問題を政治問題と割り切ることには問題があろう。確かに、Santalowのいうように、それは政治問題という側面をもつが、他面において教育問題ないし学問の自由・大学の自治（修正一条において認められる特殊な利益）にかかわる問題ともいえる。前者の側面からは、議会の広範な立法裁量が正当化されるが、後者の側面からは、大学が学生を選ぶ権限をもつことが肯定され、その点から立法裁量は制約される。したがって、立法裁量の限界は、議会が追求する平等原則等の憲法原理と大学が享有する大学の自治等が競合する場合には、その内容の考量から決せられることになる。したがって、Santalowのように、優先入学を、単純に政治問題とみて議会に広範な立法裁量を認め、他方州立大学が自主的に優先入学を採用することを民主主義的基礎がないとして否定するのは妥当ではない。

第四に、Santalowと同様に、立法府の立法裁量に委ねるが、そうする根拠を多数派たる白人が少数派たる黒人に利益を与えたとともに自らを

不利益に扱う場合には、立法裁量が公平になされるといふ点に求める
Bの見解を検討しよう。まず、Bは、多数派・少数派という分析枠組
みに立脚するので、そのいう多数派が、政治過程において存在するかと
うかが問われよう。この点に関し、PosnerやSantalowが批判するよう
に、Bが前提する一体的な多数派が、政治過程において存在するとい
うのは、ダイナミックな政治過程を余りにも無視するものであり、妥当
ではない。しかしそうだからといって、PosnerやSantalowのように、政策
決定が、それに利害関係を有する少数派の、その都度の連合によってな
されると見るのも、妥当ではない。

少数派集団といつても種々のものあつて、それらは財力・人員動員力・
組織の凝集度等において異なり、それらを一律に扱うことはできない。
例えば、企業集団特に大企業集団は、財力・人員動員力等において他の
集団を大きく凌駕するが、それらは、選挙における候補者の当落に大き
な影響を与える選挙資金の量や集票力と相関関係にあるので、大企業集
団の声を無視しては多数派が形成されない。この大企業集団を中核とし
て利害関係を有する者が結集して多数派が形成されるのである。Posner
は、政策は、検眼師、酪農家、菓の小売商等の少数派によって形成され
るといふが、そうしたことは、多く見られるものではないし、また重要
な政策決定にかかわるものでもない。他方、人種集団、とくに黒人集団
は、財力・人員動員力・組織の凝集度等は、大企業集団と比べるとはる
かに劣り、いくら努力しても多数派を構成することは困難である。すな
わち、アメリカ社会においては、政治過程において多数派を構成しうる
集団と、そうでない孤立し隔絶された集団とが存在するのである。した

がつて、多数派・少数派を固定的・一体的に見るのではなく、流動的・
機能的にみれば、大企業集団という圧力団体が核となつて、政治的争点
を異にすることに離合集散する他の集団（労働組合、農業団体、宗教団
体、市民団体等）を結集して多数派を構成しているときである。
他方、黒人集団等の人種集団は、構造的に多数派を構成することができ
ず、政治過程から疎外されている。かかる意味において、少数派も存在
するといえる。したがつて、Eとは異なる意味において多数派・少数派
という枠組みは維持しうることになる。

では、Bのいうように立法裁量は公正になされるであろうか？ Bが
前提するようにならざるならその可能性があるといえ
るが、それが存在せず、大企業集団を中核とする多数派が、政策決定の
帰趨を左右する圧力政治の下においては、大企業の特権利益が政策決定
に反映される蓋然性が高いから、必ずしも立法裁量が公平であるとはい
えない。したがつて、Bのいうように立法裁量は公正になされるとい
切るのは妥当でない。なお、Posnerは、Eのコスト・ベネフィット的ア
プローチからすると、優先入学を根拠付けることができるとしても、その
反面において黒人に不利益な人種差別をも肯定することになるとい
つて、Bを非難する。Eが黒人に対して偏見がある場合とない場合の二
類型に分けてコストとベネフィットを考量しているのに、その区別を取
り去り、かつ黒人は、平均的には、管理職の適格性においては白人に劣
るといふ設定で、この場合にBのコスト・ベネフィット的アプローチ
からすると、黒人を管理職から排除することになると批判するが、Bが
らすると、多数派たる白人が、黒人は、平均的には、管理職の適格性に

おいては白人に劣ると考えるのは、Posnerのいう如く偏見のない場合ではなく偏見があるときであり、Posnerの見方は認められないのであり、その批判は失当といふべきである。

以上により、いずれの論者にも組しえないことになった。ではどう考えるべきか。Elyのコスト・ベネフィット的アプローチに全面的には組しえないが、前述したように異なる意味において、多数派・少数派という枠組みを維持することができるし、また少なくとも圧力政治の下においても白人にとって不利であるが黒人にとって有利である優先処遇は、他の場合より圧力団体の特殊意志が反映されづらいと思われるので、その点で他の場合より公正さがあるといえよう。このことに鑑みるならば、立法裁量に委ねてもかまわないともいえそうである。しかし、そうすると、場合によっては隔絶され孤立した恵まれない白人の利益が不当に犠牲にされる恐れがある。したがって、この危険を回避するためには、個人の平等権という憲法的価値によってその立法裁量を枠付けておく必要がある。しかし、厳格な審査テストによってその枠付けを行なうと、今度は黒人が集団として差別是正を求めるといふ、憲法的価値の実現が必要以上に阻害される危険がある。そこで、この二つの憲法価値を調和させるべく中間審査テストを用いるアプローチでこの問題に対応するのが良いであろう。そして、黒人女性の場合、黒人であるという点と女性であるという点で複合的な差別を受け、より差別是正の要請が高いから、中間審査テストを用いる場合、緩和してすなわちより合憲的に運用すべきである。

人種統合社会の実現という立法目的は、今日のアメリカでは、人種間

の実質的平等を目指すものとして重要なものであると考えられるから、この基準の下では立法目的的手段が実質的関連性をもつかどうかによることになるが、人種間に生来的な能力の差がないとすれば人口比例的割当制を用いる優先処遇は実質的関連性をもち合憲といえよう。

注

- (1) 朝日新聞平成八年一月二十九日
- (2) 朝日新聞平成七年六月二日
- (3) 朝日新聞平成七年八月二日
- (4) 朝日新聞平成七年七月一九日
- (5) 115S.ct.297, Adarand Constructors, Inc. v. Peña, IU.S.(010,1995)
- (6) 朝日新聞平成七年八月二日、平成七年八月二日
- (7) 朝日新聞平成八年一月二十九日
- (8) この定義は「Strike; Justice and Discrimination, 84SCH.Rev.516」の定義を参考にした。
- (9) Jeffrey S. Byrne & Bruce R. Deming, On the Prudence of Discussing Affirmative Action for Lesbians and Gay Men: Community, Strategy and Equality, STANFORD LAW & POLICY REVIEW FALL 1993 179. 逆差別が「特別の権利」を与えるものと理解されると、逆差別は手続的平等と個人の権利を深く侵害するものであり、政治的配慮を欠くものとして批判され、ひいては住宅供給・雇用・社会サービスを受けることに関する差別を禁止する反差別立法の廃止を促す恐れがある。実際、一九九二年一月、コロラド州の投票者は特別の権利のレトリックに影響されて反ゲイ憲法修正をした。
- (10) 受益者を広くとらえると、原住民、障害者、復員軍人も受益者に含まれる。なお、マイノリティではなく、マジョリティが受益者になることがある。その事例はマレイシアの Bumiputras にみられる。南アフリカのポストアパルトヘイト体制下でもマジョリティが受益者になる可能性がある (J.Faundz AFFIRMATIVE ACTION INTERNATIONAL PER-

SPECTIVES 34 1994)

- (11) Jeffrey S. Brynne & Bruce R. Deming, *ibid.* 177ff
- (12) *ibid.* 179.
- (13) *ibid.* 180
- (14) もっとも、同性愛者の平等のための潜在的有用な道具として同性愛者のための優先処遇はアカデミックに議論されるべきであり、究極的には、機会の平等と労働力の多様性を考慮する使用者によって実施されるべきである。この優先処遇は差別禁止政策よりも迅速かつ効果的に役割を果たす等を提供し、かつ労働力を多様性を促進して、過去・現在の差別を救済し得る(*ibid.* 182)。なお、同性愛者の優先処遇は同性愛者のプライバシーの権利と衝突して問題があると思われる。確かに秘密としてのプライバシーとは衝突するだろうが、秘密としてプライバシーは同性愛者の意義ある一貫した統合した生活を保障しない。同性愛者の尊厳を尊重するならば、プライバシーを自己決定権(自己の生活の生き方を決める個人の自律権)と再構成すべきである。そうするならば、プライバシーの問題は解消するであろう(*ibid.* 184ff)。
- (15) もっとも、現実には合衆国において、アファーマティブ・アクションの名前で展開されている政策は、かなり広範な範囲におよび、必ずしも優先処遇に限定されているわけではないとされる横田 耕一「資料 アファーマティブ・アクションの具体的展開」社会科学論集第23集88頁)。しかし、法的観点から、逆差別を総括的に位置付ける場合には、アファーマティブ・アクションを限定的に把握してもよろしくなからう。
- (16) George Sher (one of contoributors) Reverse Discrimination in Employment, Equality and Preferential treatment, Phil & Pub. Aff. Edited by Marshall C. ohen, Tomas Nagel, and Thomas Scanlon, 58
- (17) Judith jarvis thomson (one of contoributors) Preferential Hiring. Phil & Pub. Aff. Edited by Marshall C. ohen, Tomas Nagel, and Thomas Scanlon, 19. もっとも、Judith jarvis thomson は「公的援助をまったく受けず、授業料および寄付の運営される私立大学の場合、優先雇用問題は生じないとするが(*ibid.* at 24)」。私立大学も、公立大学と同様に、高等教育機関・研究機関として公的機能を果たすのであるから、両者をまったく別個に扱うことには、疑問を感じる。しかし公立大学の場合に、最

も、問題が生ずるのは、確かである。

- (18) アファーマティブ・アクションに基づくマイノリティの登用がもっとも進んだニューヨーク私立ホストス短大では、教授陣の四〇％がヒスパニック、三〇％が白人、二〇％がアフリカ系米国人(黒人)、六％がアジア系という比率で、全体の五一％は女性である(朝日新聞平成七年九月二二日)。
- (19) Judith jarvis thomson (one of contoributors) Preferential Hiring, Phil & Pub. Aff. Edited by Marshall C. ohen, Tomas Nagel, and Thomas Scanlon, 25. ただし Judith jarvis thomson は「多くの者は、反対するであろうが、自分としては、人々が、本質的に必要としうるものについて、利益の場合の議論が妥協するところから(*ibid.* at 25)」。その立場は曖昧である。
- (20) J. Ely, The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination, 41 U. Chi. L. Rev. (1974) P. 727ff.
- (21) J. Ely, *ibid.* 732.
- (22) *ibid.* 733
- (23) Railway Express Agency, Inc. v. New York, 336 U. S. 106, 111-13 (1949) (Jackson, J., concurring)
- (24) J. Ely, *ibid.* 734ff.
- (25) *ibid.* 736.
- (26) *ibid.* 736ff.
- (27) *ibid.*
- (28) DeFunis v. Odegaard, 416 U. S. 312 (1974)
- (29) J. Ely, *ibid.* 738.
- (30) R. A. Posner The DeFunis Case and The Constitutionality of Preferential Treatment of Racial Minorities. The Supreme Court Review (1975) P. 21-22.
- (31) *ibid.* P. 32.
- (32) *ibid.* P. 24.
- (33) *ibid.* P. 25.
- (34) *ibid.* P. 32.
- (35) *ibid.*

- (36) T. Sandalow, *Racial Preferences in Higher Education*, *Political Responsibility and the Judicial Role*, 42 U CHI (1974-75) P.694.
- (37) *ibid.* P.695.
- (38) *ibid.*
- (39) *ibid.* 663-64.
- (40) *ibid.* 664-66.
- (41) *ibid.* 672-673.
- (42) *ibid.* 679-680.
- (43) *ibid.* 680-681.
- (44) *ibid.* 677-678.
- (45) *ibid.* 678-679.
- (46) *ibid.* 690-692.
- (47) *ibid.* 692.
- (48) K.L.Karst and H.W.Horowitz, *Affirmative Action And Equal Protection*, 60 *Virginia Law Review* (1974) P.965.
- (49) 163 U.S.537 (1896).
- (50) *Regents of the University of the University of California v.Allan Bakke* (1978).