

逆差別と判例

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/10291/7890

逆差別と判例

穂 山 守 夫

目次

- 一 序
- 二 アダランド判決前の諸判例
- 三 アダランド判決
- 四 結び
- 一 序

アメリカにおける差別問題特に人種差別問題は、建国以来の古い問題であるが、現在でも解決が求められている重要な社会問題である。この点に関するアメリカの歴史をひもとくと、昔は、アメリカインディアンに対する取り扱いおよび黒人の奴隷化、ないし、隷属化に示されるように、明らかに不合理な人種・文化的偏見に基づく差別がなされてきた。

これに対して、白人女性の場合、このような苛烈な差別を受けなかったが、女性の任務は、家庭において、男性たる夫に対しては保護されつつ奉仕する妻であり、子に対しては母であるとステレオタイプ化され、種々の職業から排除されていた。しかし、今日においては、そのような露骨な差別は影をひそめている。とはいえ、差別や差別の結果がなくなったわけではない。黒人に代表されるマイノリティや女性は雇用等において表面上平等に取り扱われているが、実質的には、黒人等は、過去の差別に基づく不利益の悪循環等のため、雇用等の競争において、白人男性と同じスタートラインに立つておらず、そのため一斉にスタートすれば、競争に負ける蓋然性が高いのである。したがって、かかる状況をなくすことは、一定の平等化が達成された今日でも、重要な社会的課題である。

「平等」を建国理念のひとつとしながら、深刻な人種差別問題を抱えてきたアメリカは、南北戦争（一八六一年～一八六五年）において、奴隷廃止論者たるリンカン大統領の北軍が勝利をしめ、その結果、平等理

念と鋭く対立する奴隷制度は廃止され、黒人は解放された。第十三修正・第十四修正・第十五修正は、その憲法的表現である。しかし、これにより白人の黒人に対する偏見がただちに解消するはずがなく、その後も黒人に対する社会的差別が続けられた。たとえば、一八九六年、合衆国最高裁は、交通機関（鉄道）における車両の隔離を争ったブレッシー事件で、「分離するが平等」の原則を採用し、その隔離を違憲ではないとした。¹そして、この原則は、南部諸州で多く採用されていた「分離教育」制に対しても適用され、その合憲性を基礎付けた。しかし、実際は、分離された黒人の児童等の教育条件等は、平等とは言えず白人の児童等と比べると明らかに劣悪な教育条件等の下におかれていた。

ところが、権利意識に目覚めた黒人による公民権運動を背景にして、一九五四年、最高裁は、公立学校における白人・黒人生徒分離教育制度そのものの平等原則違反を争点としたブラウン事件で、「分離するが平等」の原則はそれ自身が平等保護条項に違反すると判断し、この原則を正面から全面的に否定した。²この判決の基本的考え方は、ブレッシー事件におけるハーラン判事の反対意見と同様、色盲原理に基づく「体色意識」の否定である。

この判決以後も、人種隔離による差別撤廃は、各地で頑強に続けられた抵抗の前に遅々として進まなかったが、次第に社会のあらゆる領域における人種差別撤廃要求は急速に高まり、ついに政治上の最重要課題となり、その結果、一九六四年公民権法の制定を見るに至った。同法は、教育機関、一切の公共施設等の公的性格の機関はもとより、一定規模以上の民間企業の雇用における差別を禁止するきわめて広範囲にわたる立

法である。しかもその中には、合衆国政府の財政的援助措置を通じ、間接的に、差別解消を積極的に推進しようとする規定が設けられた。一九六五年には、ジョンソン大統領は、これまで桎梏を課されてきた人々を、同じスタート・ラインに立たせるためには優先処遇は不可欠であるとして優先処遇の初めての法的根拠である大統領命令一一二四六号を発した。この行政命令 (Executive Order) は、合衆国政府と契約を締結し、または合衆国政府から財政援助を受けている会社ないし施設に対してファーマティブ・アクションのプログラムを開発し実施することを義務付けている。この命令がカバーするのは全国労働力の四〇%だといわれている。³この命令では、差別的分類基準として、「人種・信条・皮膚の色・出身国」しかあげておらず、不充分なので、一九六八年に、大統領命令一一三七五号によって修正され「人種・皮膚の色・宗教・性もしくは出身国」となり、性が加わった。一九六九年には、大統領命令一一四七八は、対象を連邦政府の雇用にまでひろげた。一九七二年には、「高等教育法」が制定され、同法の下で厚生教育福祉省は、教育機関（とくに大学）における女性雇用の積極的プログラムを組み、規則により実行に移した。同省は、それを強行するに際し、割当制を用いた、といわれる。一九七三年の厚生教育福祉省が大学の教授の採用における差別をなくすために採用したガイド・ラインによると、それは差別をなくすために少数派および女性の代表を確保する目標を設定している。その目標は理論上は優先処遇を強制するものではないが、事実上優先処遇を間接的に強いるものである。一九七七年の「公共事業雇用法」は、州・地方の公共事業のための連邦補助金の一〇%がマイノリティの企業に支出されなければな

らないと定めている。これに呼応するかのよう企業や学校のような私的団体・組織も自主的に黒人等の優先処遇を図るアファーマティブ・アクションを採用することになった。一九九〇年には、企業に実質的な人種割当制を強制するものと見られる一九九〇年度公民権法案が、ブッシュ大統領の拒否権の行使を受けながら出現するに至った。これらのアファーマティブ・アクションは、過去の差別の結果として社会的に不利な立場におかれている黒人等のマイノリティや女性の、教育、就職、昇進等の機会を拡大し黒人の中産層化等や女性の社会進出の増加に見られるように、次第に彼らの社会的地位を向上させていることは否定できない。

しかし、このアファーマティブ・アクションにより彼らを優遇することとは、その反面において、相対的に、白人男性の競争の機会を減少させるものであり、そのような不利益を受ける白人男性側からすると、自己が過去の差別に責任がない場合には犠牲になる理由がなく、それは、人種と性に基づく不当な逆差別と受け取られることになる。そこで、この逆差別を争点とする訴訟が、白人男性から提起されるようになった。

本稿は、かかる提起された訴訟に対する判例うち最高裁の諸判例を年代順に正義論ないし違憲審査基準論特に違憲審査基準論の観点からそれぞれ分析・評価するものである。

二 アダラント判決前の逆差別に関する諸判例⁽¹⁾

アダラント判決前に展開された諸判例においては、連邦・州（地方公共団体）を通じた一貫した違憲審査基準は形成されなかった。また諸判

例はメトロ放送判決以外は基本的にはアファーマティブ・アクションを過去の差別に対する補償とみる補償的正義論に立脚している。

1 デフニス・ケース⁽⁵⁾

一九七四年のデフニス・ケースでは、少数民族を優遇する州立ワシントン大学ロー・スクールの選抜方式の違憲性が問題とされた。この事件はムートトとして処理されたため、どのような審査基準が適用されるか問題とならなかった。そこで、そう処理されない場合、私の支持する中間審査基準¹後にその正当化を論証する¹を適用した場合どうなるか検討する。この基準の下で、当該選抜方式が合憲となるためには、政府目的が重要で、その達成手段がその目的と実質的に関連している必要がある。

本件の場合、ロー・スクールの目的は、過去の差別に基づくロー・スクールないし法曹における過小代表の是正ということであり、重要な政府目的といえる。では、その目的達成手段は割当制ではないが「実質的」には比例代表的割当制ともいえるものなので、当該目的と実質的関連性を有するであろうか。人種間の能力に本来差異がない考えられる以上、アメリカ社会が現実には色盲社会であるなら、ロー・スクールの学生構成において人種的に比例代表的構成が実現されている可能性が高い。そうであるなら当該過小代表の是正に貢献する手段は、不相応な手段でなくその目的と整合性を有するから実質的関連性を有するといえよう。したがって、その選抜方式は合憲と解すべきである。

2 バッキー・ケース⁽⁶⁾

一九七八年のバッキー・ケースではカルフォルニア大学医学部の特定少数民族を優遇する特別入学割当制の合憲性が問題となった。最高裁は、

多くのアメリカの大学が採用している人種を一要因として考慮した優先入学施策を許容したが、被告医学部の採用している特定少数民族を優遇するために、機械的に一定の数の枠をとっておく割当制を許容せず違憲とし、原告を救済した。しかし、そのような優先入学施策を審査する基準に関しては、多数意見が形成されなかった。

パウエル判事は、最高裁の判断を宣言する際にマイノリティに利益を与える人種区別とそれに負担を課す人種区別との間に差異があるという考えを排斥した。なぜなら、修正一四条の平等保護保障は人種に関係なくすべての者に及ぶからである。彼は、人種的・エスニック的差別が問題となる場合、厳格審査が要求されるとし、人種優遇区別を憲法上正当化するやむにやまざる目的は、過去の人種的・エスニック的害悪を救済することであるとす。バックキー・ケースにおいてはそのような害悪を見いだすことができなかつたので、その優遇計画は厳格審査に耐えることができなかつた。また、その目的を達成する手段を検討し、本件の入学過程における割当制は、厳格審査において受け入れられるように策定された必要最小限の手段でないとした。更に彼は、補償的正義論の観点から無罪（広義）の白人多数派のメンバーに彼らが直接責任を負わない害を救済するため負担を負わせるのは不公平であるとした。¹⁾

これに対して、ブレナン判事は反対意見を書いて、パウエル判事が不適当とした中間審査基準の適用を主張した。この反対意見は憲法は色盲であり又は色盲であるべきであるという考え（色盲原理）を排斥して、人種を意識した集団的救済は修正一四条の平等保護条項と調和し得るとした。²⁾

この場合デフニス・ケースとは異なり、明らかに「割当制」であるが、それは入学定員がマイノリティの人口構成比より低い一六％であり、比列代表的割当制ではなく単なる割当制であるから、ブレナン・グループが中間審査基準を適用してその割当制を許容するの問題がないといえよう。しかし彼等が中間審査基準を性差別等の審査基準と同視し、黒人と女性とが同じ状況にいないにもかかわらず、それらの優先処遇に対して全く同じ基準を適用するのは妥当ではない。女性の場合黒人と異なり、長い悲惨な歴史に服せず、単に劣等等の烙印を押され、教育や一定の職業への機会等を大きく制限されていたにすぎず、他方において、男性の温情に甘えていた面もあり、更に、女性は、現実には、政治過程に十分に意志を反映しているとはいえないが、少なくともマイノリティよりはその意志を反映しうるし、現にしているといえる。したがって、この両者の差異に注目するならば、黒人の場合はより保護の必要性があるといえるから、黒人の優先処遇に対しては、合理性テスト寄りの中間審査基準を用い、他方女性の場合厳格なテスト寄りの中間審査基準が妥当であるといえる。なお、白人多数派のメンバーは過去の黒人差別の結果、現在でも一定の社会的利益を享受しているから、彼らに負担を負わせてもそれが不相応のものでないかぎり不公平とはいえないであろう。

3 ウェーバー事件³⁾

一九七九年のウェーバー事件では、労働協定に基づく五〇％の暫定的人種割当制の合法性が問題となった。本件においてウェーバーという白人工員が五〇％の暫定的人種割当制のため工場内における熟練工のための技術訓練プログラムに採用されなかつた。そこでウェーバーは、人種

割当制により自分より経験年数 (seniority) の低い黒人工員がそのプログラムに採用されたのは、一九六四年公民権法第七編に違反するとして、当該プログラムの差止めを求めてクラス・アクションを提起した。下級審は、人種割当制を設定しうるのは裁判所だけであり、その実施の前提として当該会社による過去の差別の事実が認められる必要があるとしたが、それが認められないので、そのプログラムの差止めを認めた。しかし、最高裁は、公民権法第七編は、使用者と労働組合による自発的な積極的救済策の採用を禁止するものではないと判示して、下級審の判決を覆した。

この場合、最高裁は、暫定的な過大代表的割当制による優先処遇を肯定したが、過大代表的割当制は不相応に白人工員を不平等に取り扱う恐れがあるから、それを肯定すべきかは問題となる。確かにデフニス・ケースやバッキー・ケースのようにロー・スクールや医学部の優先入学が問題となる場合には、本件より能力の社会的効用および能力の発揮による自己実現を認める必要が高いといえるので、能力の平等したがって接近の平等を大いに妨げる過大代表的割当制による優先処遇を肯定しえない。これに対して本件の場合、当該割当制は伝統的に黒人を締めだしてきた職域において黒人に雇用の機会を与えるという公民権法の目的を反映しているし、また黒人の熟練工が地域の労働力人口に達するまで一時的に訓練参加の点で黒人を優遇するにすぎないのである。したがって、熟練・不熟練という能力問題があるにしても、能力の平等を重視する必要がある。それよりも、過去の差別により不利益な立場におかれている黒人の出発点の平等を確保する必要性を重視し、過去の差別に対する補償を図る補償的正義論の見地から当該優先処遇を肯定すべきである。したがって、これを肯定した最高裁の立場は支持し得る。

4 フリラブ事件¹⁰⁾

一九八〇年のフリラブ事件では、一九七七年の公共事業法のマイノリティ企業条項の合憲性が争われた。同条項は、州・地方公共団体が、公共事業に対する連邦補助金の少なくとも10%をマイノリティ所有の企業のために使用するよう義務づけていたが、当該条項のために損失を受けたとする白人業者が提起した本件訴訟において、最高裁は政府使用調達において少数民族に対し特別枠を設けた制度の合憲性を支持している¹¹⁾。本件においても、アフアーマティブ・アクションに適用されるべき審査基準に関して多数意見は形成されなかった。

バーガー最高裁長官が最高裁の判断を示した。それにホワイト判事とパウエル判事が加わった。最高裁長官バーガーは建設企業における人種差別主義の歴史を徹底的に論じたのち、人種差別的計画は詳細な審査に服するが、連邦議会の判断には敬意を要するとする。なぜなら連邦議会は合衆国の一般福祉を提供し、適当な立法によって修正一四条の平等保護の保障を執行する権限を有する部門であり、憲法上最高裁と同格の部門であるからである。彼によると、本件における適当なテストは厳格審査とも中間審査とも異なる。そのテストによると、最高裁は立法の対象が連邦議会の権限内にあるかどうか探求する必要がある。それから人種的・エスニック的基準の限定された使用が一定の文脈において連邦議会の目的を達成する憲法上許容される手段であり、修正五条のデュープロセス条項の構成要素である平等保護保障に違反しないかどうか決定しな

ればならない。バーガー最高裁長官・ホワイト判事・パウエル判事は、本件の優遇計画はこのテストの下では許容されるとした。なぜならば、マイノリティ企業優遇立法は連邦議会の財政・通商権限の十分に狭く限定された行使であるからである。¹³

この事件における三人の相対的多数意見は、本件の制度はバッキー事件のいずれの基準でも支持されうるとしており、この中には、厳格審査を適用しながら合憲としたパウエル判事も含まれていた。パウエル判事は、厳格審査を適用しながら、バッキー事件においては人種割当制を認めないが、本件では少数民族に対し特別枠を認める。なぜならば、それは建設産業における「確認された差別」を清算するというやむにやまれざる利益に貢献するからである。¹⁴この点からすると、連邦議会の権限に基づく雇用に関する優先処遇の場合には、建設産業における差別が確認されたときには、パウエル判事といえども、民主主義及び権力分立の観点から立法裁量を尊重し、また少数民族の生存に対する利益を配慮して、その優遇の目的は「やむをえざる」ものであり、その目的達成の手段たる特別枠も「必要最小限」なものと思ざるをえないのであろう。

これに対して、ブレナン判事・マーシャル判事・ブラックマン判事は本件計画を合憲とすることに同意したが、良性の人種分類を審査する基準は、中間審査であるとした。¹⁵

スチュアート判事とレーンクイスト判事は反対意見において、一切のアファーマティブ・アクションは違憲であると述べ、憲法の平等保護保障は絶対的に政府による不快な差別を禁止し、人種差別は明白に不快な差別であるとする。この意見によると、連邦議会は修正一四条第五節に

より最高裁の敬意を受けるに値するが、連邦議会も州議会と同様に憲法に拘束されるとされる。¹⁶この立場は、人種の平等を図るアファーマティブ・アクションと人種的偏見に基づく不快な差別の差異を無視するものであり妥当でない。

これに対してステイブンス判事は、反対意見に組したが、人種分類が合憲でありえないという主張を排斥した。この点は妥当である。しかし、彼が厳格審査基準を適用し、本件の連邦法が狭く策定されていないので平等保護保障に反するとした点は問題である。¹⁷

フリラブケースにおいて、審査基準に関するコンセンサスは得られなかったが、いくつかの一般原理が表明された。まず、無罪の多数派に過去の差別的救済を負担を負わせ得るとした。第二に、最高裁は連邦レベルで作られた救済行為により敬意を払うことが要請されるとした。最後に、特定の過去の差別的認定は、連邦レベルにおいては、良性の人種分類の場合には要件とされないとした。以上からして、フリラブケースは連邦レベルにおいては緩やかな補償的正義論に立脚し、また並立的権力分立制の観点から厳格な審査基準を適用しなかった。かかる点から連邦のアファーマティブ・アクションは許容されたのであろう。

5 ストット事件¹⁸

一九八四年のストット事件では、最高裁は、アファーマティブ・アクションで増えたマイノリティの割合を減らさないために、一定の逆差別の是正を図るという同意判決の内容を変更して先任権に基づく市の職員解雇を禁ずる裁判所の権限を否定した。かかる変更命令は、市が現実には差別行為をしていない以上、補償的正義論の立場から違法な差別の現実

の被害者のみを救済する場合にのみ裁判所の権限を肯定するという先例やそのような被害者の救済を図る公民権法第七篇の趣旨を無視してゐるとした。このような立場は先任権自体が過去の差別を反映するものであり、その適用が過去の差別の結果を温存することになることを看過するものである。またアファーマティブ・アクションによつて利益を受ける者は形式的には各マイノリティであるが、実質的にはマイノリティ全体であることを理解しないものである。

6 ワイガント事件¹⁹⁾

一九八六年のワイガント事件では、郡教育委員会と労働組合との間で結ばれた労働協約の中にある、一定のマイノリティ教師をレイオフ（一時解雇）から保護する規定の合憲性が争われた。この規定により、少数派労働者は、仮採用労働者でもレイオフされないが、多数派労働者はテナニヤをもつていてもレイオフされることになった。そこで、その規定の合憲性が問われたのである。

三人（バーガー長官・レーンクイスト判事・オコナー判事）の同調を得たパウエル判事の相対的多数意見²⁰⁾は、このような人種による優遇措置も「違憲の疑いのある」差別にあたるとし、厳格審査を適用して違憲とした。なぜならば、社会的差別の結果を緩和するため学生にマイノリティの役割モデルを提供する利益は十分にやむにやまれざるといえるほどの目的ではないからである²¹⁾。また、多数派労働者にレイオフを受忍させる場合、優先雇用の場合に受ける負担よりずっと重い負担を多数派労働者に負わせるのであり、そのレイオフ計画は十分に狭く策定されていないからである²²⁾。このように、相対的多数意見は、当該レイオフ計画に厳

格審査を適用して、その計画を違憲としたが、政府機関の過去の差別を認定し得る強固な証拠があれば、人種を考慮した計画を厳格な補償的正義論の観点から策定できるとを肯定した²³⁾。

オコナー判事は、同意意見において、相対的多数意見の採用した厳格審査基準に同意したが、パウエル判事より当該利益がやむにやまれざる目的であるかどうかにつき少しばかり寛大な見解を表明した²⁴⁾。彼女によると、州の機関が過去・現在の人種差別を救済することは、慎重に構築されたアファーマティブ・アクションを救済のために使用することを正当化するほど十分に重要な州の利益である。この救済の場合、公的機関が救済行為が要請されると信じる堅固な基礎を有する限り、実際に差別がなされたことを認定する必要がない²⁵⁾。また、人種的多様性を促進することは、高等教育の文脈においてやむにやまれざる利益であるであるが、一般的な社会的差別は十分にやむにやまれざるものではありえないとした²⁶⁾。

ブレナン判事とブラックマン判事の同調を得て反対意見を書いたマールシャル判事は、本件においては相対的多数意見の採用した厳格審査基準ではなく、中間審査基準が妥当とした²⁷⁾。もつとも本件のレイオフ計画はどの審査基準の下でも合憲であるとした²⁸⁾。

ステーブンス判事は反対意見を述べたが、ホワイト判事と同様にどういふ審査基準を適用するか明白に述べなかつた。しかし、厳格審査ほど厳格でないテストを提案した。そのテストは、まず郡教育委員会の行為が将来にわたつて子供を教育する公共の利益を増進するかどうか探求することを要求する。次に、その公共の利益とそれを追求する方法が恵ま

れない集団が受ける利益（逆の効果）を正当化するかどうか検討することを要する。³³そして、そのテストによれば、当該計画は合憲であるとした。また、人種は必ずしも政府の政策決定に無関係であるわけではないとした。³⁴

本件において、少数派労働者は仮採用されているにすぎず、その保護されるべき法的地位は脆弱なものであり、他方、多数派労働者にとつては、賃金を支給されない点では普通の解雇と同様な地位におかれるものであるから、その不利益は不相応に大きいとして、厳格な審査基準を適用して当該規定を違憲とすることもあながち非難はできない。しかし、人種による優遇措置がどのような効果をもたらすかを考慮して、その効果が少数派に有利な場合には「違憲の疑いのある」差別に当たらず、マーシャル判事の主張する中間審査を適用して合憲とするのが妥当であろう。確かに抽象的な一般論によれば、シニオリティの高い本採用労働者を仮採用労働者より保護すべきであろう。しかし本件において多数派労働者のシニオリティが高いのは、過去の社会的差別の結果であるから、シニオリティに基づく解雇を認めると仮採用の少数派労働者は、過去の社会的差別の結果によりレイオフされることになる。これでは先任権が差別の悪循環を永続する機能を営み当該優先処遇は形骸化される恐れがある。他方多数派労働者のレイオフは任意の協定に基づくものであるし、またそのレイオフは、直ちに多数派労働者に不利益を及ぶものではなく、不況などによる教育事業の一次的縮小の場合に行なわれず、すなわち将来再雇用することを条件に「一次的」に行なわれるにすぎない。しかも、失業保険等の受給は可能である。そうだとすれば、人種統合社

会の実現の重要性に鑑み多数派労働者の不利益は、重要な政府目的と手段との実質的関連性を認めるうえで障害となるものとはいえないと考えられる。したがって、本件の規定は中間審査基準の適用により合憲になると解すべきである。

7 板金工事件³⁵

一九八六年の板金工事件では、労働組合による人種差別を裁判所が認めて、公民権法第七編の下で発した救済命令の許容性が争われた。その命令は、一定期日までに、組合の非白人組合員の比率を、その地域の労働人口の人種構成比に応じた数字（29%）にするように組合に義務付けた。この命令について、ブレナン裁判官による相対多数意見は審査基準について明確な態度を採ることなく、厳格審査の下でも支持されると判断した。パウエル裁判官は、厳格審査を適用してこの結論に同意した。この場合、労働組合による人種差別を裁判所が認定している点およびこの命令を容認しても白人労働者に不利益が生じないという点から、厳格審査の場合でも、救済命令は「必要性」の要件を満たすであろう。

8 消防夫事件³⁶

一九八六年の消防夫事件では市とマイノリティ系消防夫組合との同意判決に基づく昇進割当制が公民権法七〇六条（g）との関係で問題となった。ブレナン判事の法廷意見は、同意判決に基づく救済には七〇六条（g）は適用されず、この点は問題がないとした。そして反対の定めがない以上、純然たる自発的行動と同意判決に基づくそれとを区別する合理的理由がないから、それが差別の現実の被害者でない者に利益を与えらるるものでも、ウェーバ判決で認められたような自発的割当制は、第七編

の下で許容されたとした。厳格な補償的正義論の立場からすると、差別の現実の被害者でない者に利益を与えてよいか問題となるが、その者も抽象的には差別の犠牲者の一員であり、その者に利益を与えことは、差別を受けた集団に補償を与えることになるから、緩和化された補償的正義論の立場からすると正当化される。また昇進割当制は昇進における実質的機會の平等を担保するものであり、その点からも認められるべきである。

9 パラグイス事件³⁷⁾

一九八七年パラグイス事件では州兵組織内の昇進において黒人に50%の割当を命ずる裁判所の命令による優先処遇の合憲性が問題となったが、ブレナン判事の判決意見は厳格審査基準を適用しても合憲であるとした。本件の場合公共安全局による広範かつ常習的な執拗な差別が認められるので、本件命令は当局の差別慣行の廃止という、止むに止まれぬ政府利益に支えられている。そして本件の人種を意識した救済手段は厳密に工夫されている。その理由は次の通りである。第一に、本件の場合当局の頑強な抵抗があったので救済の必要性が高かった。第二に、当局等による代替的救済手段は、救済目的達成にとってふさわしくなかった。第三に、その50%の割当は、資格ある黒人が存在しない場合割り当てが必要ないし、また適切な手続きが定立されるまでの一時的なものである。第四にその50%の数字は目標ではなく、労働市場における黒人の構成比(25%)を昇進に反映させるのを促す手段にすぎないのである。したがって、かかる優先処遇は憲法上許容されるとされるべきである。

10 ジョンソン事件³⁸⁾

一九八七年のジョンソン事件では性を昇進決定の際の一つの要素として考慮する市交通局の女性に対する優先処遇は、当局が過去に女性差別をしていなくても、公民権法七編に違反しないとされた。この場合の合法性判定基準は、人種的優先処遇と女性のそれとを区別し、後者により厳格な中間審査基準を適用する、私の立場からすると、一応違法性寄りの中間的な基準が妥当するから、一応違法に傾くが、性を「一要素」とするものにすぎないから反転して合法性に傾くことになる。したがってこの判決の結論は妥当といえよう。

11 クロソン事件³⁹⁾

一九八九年のクロソン事件では、リッチモンド市と請負契約をする元請負人はマイノリティの建設請負業者に少なくとも三〇%の請負契約額を保留しなければならぬとする市条例に基づくアフーマティブ・アクションが平等保護条項に違反するかが争われた⁴⁰⁾。最高裁は州と地方公共団体のアフーマティブ・アクションに厳格審査基準を用いる点につき、初めて多数意見を形成し⁴¹⁾、その基準を適用して当該アフーマティブ・アクションを違憲とした⁴²⁾。

多数意見を述べたオコナー判事は、まずフリラプケースが本件の先例として妥当し、それにより本件のアフーマティブ・アクションが支持されるべきであるという主張を排斥した。なぜならフリラプケースは連邦のアフーマティブ・アクションに関するものであり、地方公共団体のアフーマティブ・アクションを扱う本件には先例として妥当性を有しないからである⁴³⁾。その主張は、州又は地方公共団体と異なり連邦議会が修正一四条の平等保護を具体化する憲法上の特別の権限を有する点

を無視するものであるとする。また、区別がマイノリティにとって良性的なものかマイノリティに負担を伴わせるものどうかにかかわらず、同一の基準が妥当するから、⁴⁴ 本件には厳格審査基準が妥当する。この基準の下では、リッチモンド市は人種を意識した救済手段を用いる場合、十分にやむにやまざる利益を示し、またその手段を確認された過去の特定の人種差別の弊害を救済するほど十分に狭く策定する必要があるが、そうしていない。⁴⁶ それから全産業において過去において差別があったという一般化された主張は議会が救済しようとする損害の正確な領域を決定する際の指針とならないとするやむにやまざる利益に関するワイガントケースの要件を主張した。⁴⁷ しかし州・地方公共団体は「確認された差別の効果」を取り除くために政策を策定・実施しうる。それは、重大な統計上の不均衡が産業にみられる場合に、その不均衡をもたらしたと考えられる差別的排除を終わらせる場合に認められるし、またマイノリティの請負人を用いることを人種の動機に基づいて拒絶した具体的な個々の事例がみられる場合にも認められるし、それから全人種が市と請負契約を締結し得る可能性を高める人種中立的な手段を用いる場合にも認められるとする。⁴⁸

ステイブンス判事は、多数意見に部分的に同意したにすぎず、多数意見より寛大な立場をとり、人種区別に依拠する政府の決定は、過去の違法な差別行為に対する救済として以外決して認められないという補償的正義論の見解に同意しなかった。⁴⁹ ケネディ判事は、修正一四条第五節により連邦政府がアファーマティブ・アクションを制度化する強化された権限を授けられたという見解を排斥した。⁵⁰ スカリア判事は、厳格審査

に同意したが、それをより厳格に理解した。彼によると、州が自ら違法な人種差別制度を維持した場合に、それを排除する必要がある場合にのみ人種に基づいて行為しうるとした。したがって、建築産業において人種差別が確認された場合でさえ、政府は人種中立的な手段をとり得るにすぎないのである。⁵¹

マーシャル判事は反対意見を述べ、それにブレナン判事とブラックマン判事が加わった。マーシャル判事は、リッチモンド市の計画は実質上フリラブケースの計画と同様であり、したがって、中間審査基準が適用されるべきであるが、⁵² その基準を充足するほど十分に狭く策定されている。それどころか、たとえ厳格審査基準を適用してもその計画は合憲であるとされる。また、多数意見が人種差別を大いに過去の現象とみ、明白に政府はもはや人種的不正を除去しようとする必要がないとする点を批判した。⁵³

本事件がフリラブ事件と結論を異にしたのは、裁判官の交替による最高裁の保守化と市の計画に対しては連邦議会の権限（修正第一四条第五節）に対する敬意を問題にしないですむからであろう。なお市のプランを正当化するためには市の建設業において過去における「特定」の差別があったことを実証する必要があるとして、最高裁は補償的正義論に立つて過去における「特定」の差別の存在の認定を当該計画の要件としていると思われる。かかる最高裁の立場は、今だに存在する人種差別やその結果をなくそうとする政府の努力を大いに妨げるものであり問題である。

12 メトロ放送事件⁵⁵

メトロ放送事件ではワ〇〇の放送免許に関する二種類のマイノリティ優遇政策が修正第五条に含まれる平等保護の要請に違反するかが争われた。その争点の一つはワ〇〇が放送免許を与える場合、六つ要因の一つとしてであるが、免許申請者がマイノリティ所有・経営の企業であることを考慮しなければならない点である。もう一つの争点は資格要件に疑義の生じた被免許者は聴聞によりその疑義を解消しなければ当該免許を譲渡できないが、例外として免許取消または免許更新のため聴聞に付された被免許者が、ワ〇〇が承認したマイノリティ企業に限って市場価格以下でそれを譲渡をできる点である。⁵⁶

最高裁の多数意見はクロソン判決と異なり中間審査基準を適用してその政策を合憲とした。⁵⁷ すなわち放送内容の多様化を促進という利益は、重要な政府目的といえるし、またマイノリティ所有の放送局を増加させる優遇措置はその目的と実質的に関連しているとして合憲としたのである。⁵⁸

多数意見を書いたブレナン判事は、連邦議会が承認ないし授権した行政機関の人種的優遇措置の場合には、連邦議会の判断に対して適切な敬意を払い、その措置に対しては、審査基準としては中間審査基準が適切であるとした。⁵⁹ したがって、当該優遇措置は重要な政府目的を有し、その目的に実質的に関連していなければならない。⁶⁰ 電波を通じて多様な情報を提供することにより国民の知る権利(修正一条)が充足されるから、本件措置の目的である放送の多様性を確保するという目的は、差別に對する救済を目的とするものではないが、重要な政府の目的であるとし⁶¹た。さらに、優遇措置をマイノリティに負担を課すものから区別し、中

間審査の合憲の要件を充足する良性の措置は合憲であるとした。⁶² 結局、フリラブケースの先例に依拠して中間審査基準を適用して当該優遇措置を合憲としたのである。

オコーナー判事は反対意見であり、それにレーンクイスト長官・スクリア判事・ケネディ判事が加わった。⁶³ その反対意見は憲法の平等保護保障は、すべての市民に及ぶので、本件の優遇措置の場合にも嚴格審査がなされるべきであるとする。オコーナー判事は、修正一四条第五節が連邦議会に州議会より多くの権限を授権したという多数意見を排斥し、憲法が連邦政府により緩やかな義務を課すとは考えられないとする。⁶⁴ また、良性の人種区別は稀に許容されるが、その場合でもコストを強いられるし、実質的危険をもたらすとす⁶⁵る。

ケネディ判事は政府が皮膚の色に基づいて一定の人種を優遇する区別を最高裁が中間審査基準でケースバイケースでその合憲性を審査することを許容し、その区別を望ま⁶⁶しとして合憲とすることは、危険であり、最高裁の立場を「分離するが平等」から「不平等だが良性」の立場に移行させることになるとする。⁶⁷

本件において連邦議会もワ〇〇も当該政策の目的を補償的正義論の観点から放送業界における過去の差別の被害者であるマイノリティの救済と見ず、社会的効用論の観点からその目的を修正一条の保障する重要な価値(知る権利等)に資する放送内容の多様化の促進と見た。多数意見も、かかる見解に同意した。そこで連邦議会の権限ないし判断を尊重してその措置に中間審査基準を適用し、その合憲化を試みたと思われる。以上の最高裁の判例を審査基準の観点からみると、審査基準に関して

合意が形成されたとはいえない。パッキー判決・フリラブ判決・ワイガント判決において、審査基準に関して多数意見が形成されなかったし、それぞれの判決において異なる基準が示された。クロソン判決とメトロ放送判決は審査基準につき一定の指針を与えたが、意見が分かれ、良性的人種区別と州と対比される連邦の区別につき同意が形成されなかった。

三 アダランド事件⁽⁸⁾

アダランド事件では、最高裁は連邦機関の請負人が社会経済的に恵まれない者によって所有される下請負人を用いるよう請負人に奨励金を与えることを求める連邦法を審査した。本法はマイノリティはそのような恵まれない者であるとしている。最高裁は争点たる当該法の合憲性に関しては判断を下さず、その判断を下級裁判所にさせるため下級裁判所に差し戻したが、人種に基づくアフーマティブ・アクションの合憲性審査基準は厳格審査テストであるとした。この基準の下では連邦政府が人種的平等を達成するためにアフーマティブ・アクションを用いることは大いに制限される。

1 事実の概要

ハイウェイの下請負人であるアダランド建設会社は、一九八九年にコロラドのハイウェイ建設計画の主契約を締結した元請負人であるマウンティン・グラベル・アンド・コンストラクションカンパニーにガードレールの請負契約の締結を申し込んだ。その入札価格は最も低いものであったが、マウンティン・グラベルはその契約を、所有者がマイノリティ

であるため、恵まれない企業とされるゴンザレス建設会社と締結した。この場合、マウンティン・グラベルは連邦政府から奨励金を受けられるので、それを受けた。そこで、アダランド建設会社は、恵まれない下請負人を優遇する条項を有する契約を連邦機関に要求する法律が憲法の平等保護保障に違反して人種差別をするものであると主張した。

2 下級審の判断

コロラド地区の合衆国地方裁判所は、州・地方のアフーマティブ・アクションではなく、連邦のそれが問題となっているとし、クロソン事件と区別して政府の主張を受け入れた略式裁判をした。当該裁判所は問題となっている法律をフリラブ事件で採用された中間審査で吟味した。第十控訴裁判所は、中間審査の下でその法律を審査する地方裁判所の決定を肯定し、クロソンケースではなく、フリラブケースが妥当すると判示した。これに対する上訴に対して合衆国最高裁はサーシオレイライを与えた。

3 合衆国最高裁の多数意見⁽⁹⁾

合衆国最高裁の多数意見は、オコーナーが書いた。オコーナーは次のように述べる。

(1) アダランドは、将来的救済を求める当事者適格がある。アダランドは、特定の事項について法益を侵害されたことを主張し、また相対的に近い将来において恵まれない下請負人を用いる主請負人に財政上の奨励金を与える政府の請負契約の下請負に入札する極めて高い傾向があることを証明することによって、その主張を維持するために必要な要件を充足した。

(2) 連邦、州、地方政府を問わず、その機関によって強いられるすべての人種区別は、厳格審査に服する。

① クロソンケースにおいて、最高裁の多数派は修正一四条が州・地方公共団体によるすべての人種に基づく行為に厳格審査を要求した。クロソンケースは修正五条が連邦政府のそのような行為に対してどのような審査基準を要求するか検討しなかったが、クロソンケースを通じて、最高裁の諸ケースは、政府の人種分類に関して、三つの一般的命題を打ち立てた。第一は懐疑論である。人種的・エスニック的基準に基づく区別は、すべて、必ず最も探索的な検討を受けなければならない(ワイガントケース)。第二は一貫性である。平等保護条項の下における審査基準は、人種が特定の区別によって負担を受けるか、利益を受けるかによって影響を受けない(クロソンケース)。第三は一致性である。修正五条の領域における平等保護分析は、修正一四条の下でのものと同じである。これらを総合的に考慮すると、次のことが帰結される。何人も、人種はどうであれ、憲法に従う政府機関がその者を不平等な取り扱いに服させる人種分類をした場合、その分類を最も厳格な司法審査の下で正当化することを当該政府機関に要求する権利を有する。

② しかしながら、クロソンケースの一年後、最高裁はメトロ放送ケースにおいて、二つの連邦の人種に基づく優遇政策が修正五条に違反すると主張されたにもかかわらず、中間審査基準を適用してその政策を支持した。最高裁は、この場合、憲法の平等保護保障

が州よりも連邦政府により緩和した義務を課さないという長く維持された考えを排斥し、連邦議会によって要請された良性の人種分類は中間審査の下で正当化されれば足りるとした。メトロ放送ケースは、二つの重要な点で先例を覆して中間審査基準を採用した。第一に、メトロ放送ケースは、政府の人種優遇が、実際、良性であるか必ずしも明らかでないから、政府の人種分類に対しては、厳格審査が不可欠であるというクロソンケースにおける見解を排斥した。第二にメトロ放送ケースは、最高裁の初期のケースによって樹立された三つの命題の一つを排斥した。すなわち、連邦と州の人種に基づく行為に適用し得る基準は同じであるという命題を排斥した。そうすることによって、他の二つ命題を意味のないものにした。

③ メトロ放送ケースはかかる諸命題を価値のないものとしたが、これらの諸命題は、すべて、修正五条・修正一四条が集団ではなく個人を保護するという基本原理から生じる。人種に基づくすべての政府の行為―集団的分类は長い間たいていの場合に関連性がなく禁止されると認識されてきた―は平等保護を受ける個人の権利が侵害されないように詳細な司法審査に服されるべきである。かくして、厳格審査は、人種区別が連邦・州・地方公共団体のいずれによってなされるかにかかわらず、すべての人種分類の合憲性審査のための適切な基準である。メトロ放送判決は、かかる判示と矛盾する限りにおいて破棄される。

④ 以上からすると、州の人種区別と同様に、連邦の人種分類はやむ

にやまれざる政府の利益に奉仕しなければならないし、その利益を促進するために狭く作られなければならない。したがって、フリラブ判決が連邦の人種分類がより厳格でない基準に服されるべきであると判示した限りにおいて、その判示はもはや支配的なものとして妥当性を有しない。厳格審査を要求することは、目的と手段の両方に関して裁判所が一貫して人種分類に詳細な審査をすることを確保する最良の手段である。もっとも厳格審査が理論上厳格だが実際において決定的であるというのは妥当ではない。政府は、マイノリティ集団に対する人種差別行為となかなかすたれないその結果の不幸な存続に対処すべく行動する資格がなくはない。人種に基づく行為がやむにやまれざる政府利益を促進するために必要である場合に、そのような行為が最高裁の先例によって形成された「狭く作られた」テストにパスする場合には、憲法上認められる。

(3)本決定は、いくつかの重要な点でプレイング・フィールドを変更するので、本ケースは更に審理される必要があるため下級裁判所に差し戻される。控訴裁判所は、下請負人を用いる場合の補償条項の適用によって奉仕される諸利益が「やむにやまれざる」とみるのが適当であるかどうか決定しなかった。また、控訴裁判所は、厳格審査の文脈において狭く作られたかどうかの問題を扱わなかった。

トーマス判事は補足意見を書いて次のように述べた。政府の人種分類が、ある人種を抑圧したいと思う者によってなされたか、恵まれないと思われる者を援助しようという真摯な願いを持つ者によつ

てなされたかは関係ない。いわゆる良性の差別は長期の明白な不変のハンディキャップのためマイノリティの特権を保護しなければマイノリティはマジョリティと競争できないという観念を多くの者に植へ付ける。マイノリティを優遇するアフアーマティブ・アクションはマイノリティに劣等の烙印を押し、マイノリティを依存状態に陥らせ、またはマイノリティに優遇を受ける「資格」があるという態度をとらせるようににする。¹⁰

なお、スカリア判事は厳格審査がすべての政府機関の人種分類は厳格審査に服するという多数意見に賛成したが、政府は決して過去の人種差別を清算するために人種を基礎にして差別する「やむにやまれざる利益」を持ちえないと結論づけた。彼によると、憲法の下では、債権者としての人種や債務者としての人種のような者はありえない。政府の観点からすると、単一の人種が存在するにすぎないのである。¹¹

4 反対意見

(1) スティーブンス判事の反対意見¹²

ギンズバーク判事によって同調されたスティーブンス判事は、支配的な先例によると、アグランドケースにおいて合憲性が問題とされた連邦のアフアーマティブ・アクションには中間審査基準が適用されると主張した。彼は、多数意見によって確認された三つの命題を検討し、多数派の決定は先例拘束性に反するとした。

スティーブンス判事は、一般的には、懐疑論は「法と常識のよい表明」であるとする。しかし、その懐疑論は多数意見の「一貫性」・「一致性」および判例拘束性の命題にも妥当するとする。彼は、従

属の道具としての人種の不快で抑圧的な使用と人種差別社会において平等を促進するための人種の良性の使用との間に重大な差異があると考へ、それがないことを前提とする多数意見の「一貫性」の概念を批判した。

多数意見の「一貫性」の概念は、アフアーマタイプ・アクションを実施するために連邦議会によってとられた行為と州・地方公共団体によつたとられた行為との差異を無視する点で妥当でないとされた。彼は連邦の政策決定者と州・地方公共団体の政策決定者には重要な法的差異があるとす。彼によると、修正一四条第五節は制度的に最高裁に連邦議会の判断を尊重することを要請する。人種差別は連邦レベルより州・地方公共団体のレベルで生じる傾向が大きく、また連邦のアフアーマタイプ・アクションは、全国民の代表者によつて認められたのであるから、より受け入れられる。また修正一四条は連邦議会に権限を与え、ともに州の権限を制限している。これは偶然ではない。連邦政府は人種的マイノリティの主要な擁護者でなければならぬといふのは、人種関係の悲しい歴史を通じたハードな経験の後に達成された国民的コンセンサスであるからである。それから、この問題に関してオコーナー判事がクロソンケースにおいて、連邦議会が州の有しない権限を有するとしながら、本件においてそうしない点で、一貫性がないとする。

それから多数意見は判例拘束性の概念を誤つて適用してクロソンケースにおける連邦の政策と州の政策を区別して扱つて仕方を排斥したが、彼はそれを定着した法からの逸脱であるとみた。

結局、彼はメトロ放送ケースは異なる問題を提出するので、クロソンケースや前の一連のケースと矛盾しないとした。そして、フリラブケースが先例としてアグランドケースを拘束すべきであるとした。

(2) サウター判事の反対意見⁽²⁾

サウター判事の反対意見にはギンズバーク判事とブレイヤー判事が加わつた。サウター判事は判例拘束性の原則によりフリラブケースが先例として妥当するというステイブンス判事の意見に賛成した。この先例にのつとつた場合、アグランドケースで問題となつた連邦法は合憲とされるであろうとした。

(3) ギンズバーク判事の反対意見⁽³⁾

ギンズバーク判事の反対意見にはブレイヤー判事が加わつた。ギンズバーク判事は、現在アフアーマタイプ・アクションに向けられる政治的注目に故、本ケースに対する最高裁の介入は不必要であると考へた。彼女は修正一四条の趣旨から連邦計画を評価する場合、それは司法の敬意を受けるべきであるといふステイブンス判事の意見に賛成した。

5 分析

多数意見は、人種的・エスニック的基準に基づく区別は、すべて、必ずしも探索的な検討を受けなければならないとする。しかし、人種的・エスニック的基準に基づく区別は、必ずしも、人間の尊厳を侵す不当な人種差別をもたらすとは限らず、かえつて、人種の平等の達成に貢献することがある。したがつて、かかる区別を一律に最も探索的な検討を受

けなければならぬ違憲の疑いのあるものとみるのは妥当ではない。また多数意見は、平等保護条項の下における審査基準は、人種が特定の分類によって負担を受けるか、利益を受けるかによって影響を受けず、マイノリティに対する不快な人種差別とマイノリティに利益を与える良性的人種差別に同じ厳格審査基準が適用される。なぜなら、かかる厳格審査基準によらなければ真に良性的の区別か、表面上良性的だが実際不当な人種的偏見に基づく不快な差別かを確定できないからであるとす。

しかし、厳格審査基準によらなくとも、両者を区別することは可能である。それなのに良性的の人種差別に厳格審査基準を適用するのは、不快な人種差別と良性的の人種差別とを同一のレベルにおき、両者の動機ないし目的の差異を無視するものである。前者はマイノリティに対する敵意ないし反感に基づくものである。これに対して、後者はマジョリティに対する敵意ないし反感に基づくものではなく、マイノリティの実質的機会の平等を担保しようとするものである。議会が良性的の人種差別にアファーマティブ・アクションを制度化する場合、議会が白人多数派から構成されているから、白人多数派が自分自身に負担を課す場合である。この場合には、不快な意図は存在せず、違憲性は推定されないのであるから厳格な審査基準を適用すべきではない。

また、アファーマティブ・アクションが展開されてから、三〇年が経過し、その成果としてマイノリティの社会的・経済的・政治的地位はすこし高まったが、依然として白人男性は、社会的・経済的・政治的に支配的地位を保持している。したがって、現在においてもアファーマティブ・アクションによりマイノリティの地位を高め、人種の平等を実現す

る必要がある。それなのにアファーマティブ・アクションに厳格な審査基準を適用することにより人種的正義（平等）の達成を阻害するのは、妥当でない。

もっとも、この基準の下でも問題とされる良性的の人種差別が具体的に特定された差別行為や統計上から推測し得る差別行為に基づく被害を救済するものである場合には、その救済目的はやむにやまれざる政府利益と認定されうるであろう。また、この場合に人種中立的手段では当該目的を達成できないときには、当該区別は狭く策定された手段とみられよう。それから、その良性的の人種差別が暫定的なものであったり、非マイノリティに過重に負担を負わさないものであったり、人種の劣等の烙印を押しさないものであったり、人種が一要因として具体的に考慮されたりする場合には狭く策定された手段とみられよう。したがって、厳格に基準の下でもアファーマティブ・アクションは合憲とされ得る。

しかし、かかる場合は極めて例外的な場合であろう。したがって、この基準の下ではアファーマティブ・アクションの展開は大きく制約され、人種の不平等は維持されることになる。そこで人種的正義（平等）の達成と個人の平等権の調整を図るためには、アファーマティブ・アクションの審査基準として中間審査基準を用いるべきである。この基準によりアファーマティブ・アクションが合憲となるために、その目的が重要な政府目的を有し、その目的達成手段が当該目的と実質的に関連していることを要する。アファーマティブ・アクションは人種的正義（平等）の達成という重要な政府目的を有し、その目的と実質的に関連している。

しかがって、この基準によると、アファーマティブ・アクションは基本的には合憲となる。

多数意見は、個人の平等権を強調しアファーマティブ・アクションに厳格な基準を適用することによってアファーマティブ・アクションの展開をきわめて困難にするものであり人種的正義(平等)の観点からすると妥当でない。またそれは修正一四条が、元来黒人の平等実現を目指して制定された点を軽視するものであり不当である。

多数意見は、アファーマティブ・アクションに色盲原理に立脚する厳格審査基準を適用する。人種的偏見に基づく不快な差別に色盲原理に立脚する厳格審査基準を適用することは、人種的平等の実現に貢献するから、妥当性を有する。しかし、人種的不平等の存在する社会において人種的平等の実現をめざすアファーマティブ・アクションに同様に色盲原理に立脚する厳格審査基準を適用することは、人種的平等の実現を阻害するから妥当でない。

また多数意見は、修正五条の領域における平等保護分析は、修正一四条の下でのものと同じであるとする。そこから、連邦のアファーマティブ・アクションにも厳格な審査基準が妥当するとする。確かに、不快な人種差別に対しては両方に対して同様に厳格な審査基準を適用し、州レベルでも連邦レベルでも、その差別を違憲とすべきである。しかし、アファーマティブ・アクションの場合には、両方に対して人種的平等の実現の重要性を考慮して中間審査基準を適用すべきである。それから、連邦議会は修正一四条第五節により人種的平等等を実現する権限を授けられた機関であり、歴史的にも州より合衆国全体の観点から人種的平等を

実現し得る適格性を有している。またその立法ないし判断は並立的権力分立主義ないし民主主義の観点から、最高裁によって尊重されるべきである。しかがって、連邦レベルでは中間審査基準は州レベルより緩和して適用すべきである。

それから、最高裁の立場からすると、女性に対する優遇措置に中間審査が適用される可能性があるが、そうすると、その措置は合憲とされ、人種に基づく良性の区別は違憲とされる可能性が高い。これでは歴史的にも現実にもより多くの差別の不利を受け持っている黒人等が女性より差別の不利から保護されないこととなるといふ不都合な状態が生じる。この点からも人種に基づく良性の区別に中間審査を適用すべきである。

なお、最高裁は、本件において過去の差別の救済を問題にしない人種的多様性・人種的統合を促進するアファーマティブ・アクションに関して言及していないが、社会的効用論の観点から、それを根拠付け、かつそれに中間審査基準を適用して、その展開を認めるべきである。

四 結び

人種的に統合されていないアメリカ社会においては、過去の差別行為により不利益を受け、それ起因する不利益の悪循環を強いられている黒人等に対して人種的優先処遇を施してその悪循環を絶つことを通じて、黒人等の出発点の平等を図り、もってその統合を実現する必要性がある。そうなのにアグラント判決は、白人男性支配の現実を直視せず人種的優先処遇に厳格審査基準を適用して、その統合の実現を妨げる役割をはたした。もっとも、当該判決はすべてのアファーマティブ・アクション

ジョンを直ちに違憲とするものではない。しかし、原則としてアファーマティブ・アクションは違憲とされる。例外として合憲とされるためには、やむにやまれざる政府利益を目的とし、その目的を達成する手段は狭く策定されていなければならない。しかし、特に、狭く策定された(必要最小限の)手段であることを政府が立証することは困難である。したがって、この厳格審査基準の下ではアファーマティブ・アクションの展開は大いに制限される。そうすると、現在の人種的不平等は解消されず、白人男性が支配する不平等な社会が依然として維持されることになる。最高裁はアファーマティブ・アクションの実施によって不利益を受ける白人の平等権を過大視し、人種の平等を軽視する。最高裁は現在においても深刻な人種的不平等が存在することを認識し、その是正を図る任務を有することを自覚すべきである。そうであるならば、アファーマティブ・アクションの展開を基本的に可能にする審査基準を採用すべきである。この場合、人種の平等の必要性を過度に強調して合理性の基準を用いて安易にアファーマティブ・アクションの種類・態様等を問わず合憲とするのは、個人の尊厳や自己実現と不可分の関係にある個人主義理念と深刻に対立するし、またそれにより他の恵まれない者等に著しく不利益を受けさせる恐れがあるから、合理性の基準を用いるべきではない。そこで個人の平等権に配慮しながら人種の平等の実現を阻害しない審査基準である中間的審査基準を用いるべきである。最高裁は、人種の平等が実現されていない社会における良性の区別(アファーマティブ・アクション)と不健全な人種差別の目的・効果の差異を認識して、それぞれに異なった対応をすべきである。

註

- (1) Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).
- (2) Brown v. Board of Education, 37 U.S. 483 (1954).
- (3) Seth A. Goldberg, "A Proposal for Reconciling Affirmative Action with Nondiscrimination Under the Contractor Antidiscrimination Program", 30 Stan L. Rev. 803, 806 (1978).
- (4) 佐藤司「少数民族優先入学は逆差別か」法学セミナー一九七九年一月号、久保田きぬ子「アメリカにおける『差別』判決の動向」ジュリエスト六七四号・六七七号・六七九号、青木宏治「逆差別に関する米連邦最高裁判決」季刊教育法三二号、阪本昌成「西村裕三」『パッキー事件における主要なブリーフ(一)』(五)「広島法学三卷二二三四号、四卷一〇二二号、小林節「法の下での平等と逆差別」法苑三三三三号、高橋一修「州立医学校入学者選考制度におけるいわゆる逆差別」アメリカ法一九八〇一、西村裕三「積極的人種差別是正行為に関する一考察」経済研究一〇〇号、「アメリカにおけるアファーマティブ・アクションをめぐる諸問題」大阪府立大学経済研究叢書六六冊、「FCCの放送免許に関する二種類のマイノリティ優遇措置は、合衆国憲法第五修正に含まれる平等保護条項に違反しないとされた事例」アメリカ法一九九一、「山口浩一郎」使用者の差別是正行為と逆差別」ジュリスト七二六号、横田耕一「アファーマティブ・アクションの判例動向」社会科学論集第二八集大沢秀介「最近のアファーマティブ・アクションをめぐる憲法問題」慶大法学研究六三卷一二号、有澤知子「合衆国最高裁判所の積極的平等施策に対する二つのアプローチ」才大阪学院大学法学研究一九卷一―二号等。
- (5) DeFunis v. Odegaard, 416 U.S. 312 (1974).
- (6) Regents of University of California v. Bakke, 438 U.S. 193 (1978).
- (7) id. at 289-90, 309, 316. See id. at 291, 306-20.
- (8) id. at 355, 357.
- (9) United Steelworkers of America v. Weber, 443 U.S. 193 (1979).
- (10) Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448 (1980).
- (11) id. at 453.

- (12) *id.* at 459-73.
(13) *id.* at 473-92.
(14) *id.* at 497.
(15) *id.* at 519.
(16) *id.* at 523, 526.
(17) *id.* at 548, 552-53.
(18) Firefighters Local Union 1784 v. Stotts, 467 U.S. 561 (1984).
(19) Wygant v. Jackson Bd. of Educ., 476 U.S. 267 (1986).
(20) *id.* at 269.
(21) *id.* at 274-75.
(22) *id.* at 282-83.
(23) *id.* at 277.
(24) *id.* at 286.
(25) *id.*
(26) *id.*
(27) *id.* at 295.
(28) *id.* at 301.
(29) *id.* at 301-02.
(30) *id.* at 303.
(31) *id.* at 313.
(32) *id.*
(33) *id.*
(34) *id.* at 314.
(35) Local 28, Sheet Metal Workers Int'l Assn. v. EEOC, 478 U.S. 421 (1986).
(36) Local 93, Int'l Assn. of Firefighters v. Cleveland, 478 U.S. 501 (1986).
(37) United States v. Paradise, 480 U.S. 149 (1987).
(38) Johnson v. Transportation Agency, 107 S.Ct. 1442 (1987).
(39) City of Richmond v. J.A. Croson Co., 109 S.Ct. 706 (1989).
(40) *id.* at 77-78.
(41) *id.* at 469, 490-91.
(42) *id.* at 505.
(43) *id.* at 486-91.
(44) *id.* at 490.
(45) *id.* at 494.
(46) *id.* at 505.
(47) *id.* at 498. Wygant, 476 U.S. at 274-75.
(48) Croson, 488 U.S. at 509.
(49) *id.* at 511.
(50) See *id.* at 518-19.
(51) *id.* at 524, 526.
(52) *id.* at 528-36.
(53) *id.* at 536-48.
(54) *id.* at 552.
(55) Metro. Bro. adcasting, Inc. v. FCC, -U.S.-, 110 S.Ct. 2997 (1990).
(56) *id.* at 556-58.
(57) *id.* at 552.
(58) *id.* at 563.
(59) *id.*
(60) *id.* at 566.
(61) *id.*
(62) *id.* at 596-97.
(63) *id.* at 602.
(64) *id.* at 602-03.
(65) *id.* at 604.
(66) *id.* at 609.
(67) *id.* at 637.
(68) 115 S.Ct. 2097, Adrand Constructors, Inc. v. Pena (1995).
(69) *id.* at 2100ff.
(70) *id.* at 2119.
(71) *id.* at 2118ff.
(72) *id.* at 2120ff.
(73) *id.* at 2131ff.
(74) *id.* at 2134ff.
(75) KAREN B. DIETRICH, Federal Affirmative Action After Adarand

Constructors, Inc.v.Pena,NOCRTH CAROLINA LAW REVIEW
[Vol.74(19969)]at1259-93.LESLIE GENTILE,GIVING EFFECT TO
EQUAL PROTECTION:ADARAND CONSTRUCTORS,INC.V.
PENA AKRON LAW REVIEW[Vol.29:2 Winter 19996]at397-421.
Donna Thompson-Schneider,PAVED WITH GOOD INTENTIONS:
AFFIRMATIVE ACTION AFTER ADARAND,TULSA LAW
JOURNAL[Vol.31:611 1966]at611-642 Sameer M.Ashar Lisa F.
Opomu,JUSTICE O'CONNOR'S BLIND RATIONALIZATION OF
AFFIRMATIVE ACTION JURISPRUDENCE-Adarand Construc-
tors,Inc.v.Pena,115 S.Ct.2097(1995),Harvard Civil Right-Civil Lib-
erties Law Review [Vol.31(1996)]at223-40.NOTE C.WAYNE K.
DAVIS,RAISING THE STANDARD:THE SUPREME COURT
EMBARKS ON A NEW ERA OF THE EQUAL PROTECTION
JURISPRUDENCE WITH THE INSTTUTION OF THE STRICT
SCRUTINY PRADIGM IN ADARAND CONSTR UCTORS,INS.
PENA,SAINTE LOUIS UNIVERSITY LAW JOURNAL[Vol.40:543
1996at543-73.]Russell N.Watterson,Jr.Adarand Co nstructors,Inc.v.
Pena:Madisonian Theory as a Justification for Lesser Constitutional
Scrutiny of Federal Race-Con-scious Legislation,BRIGHAM
YOUNG UNIVERSITY LAW REVIEW[1996 301],君塚正臣「人種
アフォーメーション・アクションと審査基準」東海大学文明研究所紀要有
澤知子「積極的平等施策と合衆国最高 裁判所」法学新報一〇三卷一・
三号(平成九年)等。