

アメリカにおける逆差別

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: 穂山, 守夫 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/7659

アメリカにおける逆差別

穂山守夫

1. 序

各国における逆差別・優先処遇・アファーマティブ・アクション⁽¹⁾に対する対応は、各国の歴史的・社会的・経済的状况の差異に応じて異なる。それに応じて、各国における個人的平等（個人的正義）と社会的平等（社会的正義）との対立度は異なり、それに応じて逆差別の定着度に相違を生ぜしめる。

ノルウェーでは、男女平等の観点から、行政機関における割当制や比例代表制下の選挙における割当制等を認めているし、またスウェーデンでは男女が平等に労働権・生活権を享有できるように解雇を社員の男女比率に応じて行う割当制を導入している点からして両国においては、女性に対する優先処遇は定着しているといえよう。このような女性に対する優先処遇ではないが、ドイツの首都ベルリンでは六〇七〇%の外国人に一五%公共住宅を割り当てている。これはマイノリティたる外国人労働

者とドイツ人との実質的平等化を図り、もって両者を統合しようとする一種の優先処遇というよう。アメリカにおいても、少なくとも、少数派の雇用においては、公民権法等の法律、大統領命令、判例等の動向や私的企業の自主的優先雇用等に照らして、割当制形態の優先雇用は、景気の波を受けながらも、ある程度定着しつつあるといえよう。このことは、反面において、このような優先処遇をしてもそれほど多数派の利益を書さないことを物語るのであろう。

これに対して、カースト制下のインドにおいては、公務員任用に関する貧民優遇策が、学生を中心とした激しい抗議運動にさらされている。インドにおいては、アメリカ以上に敵対的差別が充満しているので、その差別の解消の必要性はアメリカ以上に高い。したがって、その必要性からすると、貧民優遇策は正当化されるが、他面において、アメリカが奴隷制を廃止し人種平等化社会に向かいつつあるのに対して、インドにおいては低い経済発展のなかでカースト制度を温存しているために貧民

優遇策による「急激な」平等化は、ただでさえ就職難である上位カースト出身の大学生の利益を「大いに」害することになり、社会的軋轢を生むことになるのであろう。他方、先進国フランスにおいても、比例代表制下の選挙において女性を優遇する割当制が、憲法評議会によって違憲とされた。これは、余りに男性の参政権が害されることを考慮したものであろう。またイギリスにおいては、人種に基づく優先処遇を法律により禁止した。その主要な理由として、イギリス社会が人種のマイノリティを「法的」に差別してこなかったことを挙げている。

いずれにせよ、この問題が今日の実質的平等にかかわる重要な社会問題であることには変わりがない。²⁾この重要性のゆえに、わが国では、アメリカにおける逆差別に関する判例・文献の紹介や検討があるが、単なる判例紹介や個別的観点からの検討であり、それなりに意義があるにしても十分なものとはいえない。³⁾そこで、本稿は、規範的観点からアメリカにおけるこの問題を体系的に解明し、不十分ながらも、その全体像を提示することを目的とした。

以下においては、まず逆差別の定義等を検討し、次に逆差別の根拠付け及び逆差別と機会の平等との関係を明らかにして、憲法的アプローチの方向性を示し、それをふまえて憲法的アプローチを確定し、その憲法的アプローチに基づいて判例を検討し、最後に簡単に私見を披露する。

2. 定義ないし意義及び類型

(1) 定義ないし意義

まず、議論の混乱の回避ないし議論の明確化のために逆差別の定義付

けをする。この点につき、*Strike*¹⁾は、逆差別を是正するために、一定の地位にとって関連性のある資格以外の特性を基礎にして個人または集団に対して優先処遇をすることであると定義するが、独自の問題意識から、*Strike*の定義に従わないで、逆差別を、基本的には過去の差別を考慮して、恵まれない集団を媒介にしてその特定の構成員（マイノリティ企業を含む）に対して、恵まれた集団の構成員（非マイノリティ企業を含む）の犠牲のもとに行なう優先処遇であると定義し、*Strike*が述べようとしたものとは異なった内容をその定義に盛りせることにした。

第一に、*Strike*は基本的には補償的正義論の立場に立って逆差別の問題領域を制限するが、私は社会的効用論を加味し、社会的効用を図ることの反面として犠牲を被る者と*Strike*がいう国家賠償的・損失補償的逆差別による犠牲者とは範囲が違うが、被る犠牲に差はないので、前者を含めた形で逆差別の問題を論じる。第二に、*Strike*は、黒人等と女性とを同様に扱うが、両者は家庭状況・差別の歴史・マイノリティが否か等の点において異なるので、一律に扱わないことにした。第三に、*Strike*は優先雇用と優先入学、または優先雇用において大学教官等の専門的能力を必要とするものとそうでないものとを区別しないで論じるが、それは、能力に応じた機会の平等と人種の統合の必要性（社会的平等）の緊張関係の差異や、ニーズとの関わり合いの程度の差を無視するものであり妥当ではないと考えた。

(2) 類型

(I) 優先処遇が法令の根拠に基づくか否か、基づくとするとどのよ
うな法令によるのか、また基づかないとすれば、どのような主体が採用
したかにより、それを分類すると以下のようなようになろう。

1 法令に基づく場合（主として優先雇用の事例）

I 特定の法律に基づくもの

II 大統領命令に基づくもの

III 公民権法の下での裁判所の命令に基づいてとられるもの

2 法令に基づかない場合

I 公的機関の自主的優先処遇（たとえば州立のロー・スクールの

優先入学）

II 私的企業・組織の自主的優先処遇

(II) 過去志向的か未来志向的かによる分類

1 retrospective な優先処遇

ある集団のこれまで差別によって被ってきた損失を保障することを目
的とするもの

2 prospective のな優先処遇

過去のいきさつを無視して将来の平等化を図るもの

3 retrospective-prospective な優先処遇（1と2の折衷類型）

4 present な優先処遇

人種差別のない理想的な現在を想定して平等化を図るもの

(III) 優先枠の弾力性による分類

1 一般的割当制—いわゆる割当制 (quotas)

年度ごとの出願状況（求職状況）にかかわらずに、一般的に優先入学

（優先雇用）を認める人数に固定的な公式が用いられるもの

2 目標制 (goals)

合理的と思われる一定目標を指示するにとどまるもの

3 個別的割当制ないし制限された目標制（1と2の折衷類型）

十分に合格（就職）しうる能力のある出願者（求職者）の状況に応じ
て、一定比率の合格枠（雇用枠）を設けるもの

(IV) 優先比率による分類

1 比例代表制

学生（被用者）の人種的構成を近隣社会のそれに忠実に反映させよう
とするものである。

2 非比例代表制（過小代表制と過大代表制）

学生（被用者）の人種的構成を近隣社会のそれに忠実に反映させる必要
のないもの。

3. 逆差別の根拠付けの問題

この点に関して、①補償的正義論、②修正補償的正義論、③社会的効
用論、④修正社会的効用論、⑤配分的正義論、⑥試験の文化的偏向論、
⑦他の非人種的特性の代替物としての人種論、⑧団体的法的アプローチを
とる理論等が、唱えられている。

(1) 補償的正義論

これは、個人法的観点から過去の不正な差別行為に対する補償を問題

とするものである。この立場からすると、白人は黒人に対して不法行為（広義）の責任を負い犯罪者ないし加害者（広義）として補償が義務付けられることになる。

(2) 修正補償的正義論

これは基本的には優先処遇を補償的正義論で基礎付けるが、その難点を回避すべく白人集団と同視し得る国家が黒人を差別してきたとし、優先処遇を国家賠償または損失補償で基礎付ける立場である。

(3) 社会的効用論

これは、補償的正義論とは異なり過去の差別を問題にせず、単に優先処遇のもたらす将来の人種統合等の効用を強調して、その正当性を効用主義哲学を基礎に根拠づけるものである。この立場からすると優先処遇を運用していく場合に発生する個別的利益・不利益は、社会的なコストーベニフィットの考量に解消され、優先処遇の犠牲となる白人の主張する平等権の侵害は、コストとして扱われ、それが社会全体の効用と考量されることになる。

(4) 修正社会的効用論

功利主義的に考えると、人種隔離が総体として人々のより多くの選好を満足させる場合には正当化されるといふ不都合が生じる。そこで Dworkin⁽⁵⁾ は人種隔離政策により社会が功利主義的な意味で向上したとしても、このことは、この政策により不利益を受ける黒人に認められ

た、より優越的な権利である平等者として処遇される権利すなわち他のすべての人々に対すると同様の尊重と配慮をもって処遇される権利と両立するような正当化根拠を与えることはないだろうとする。これに対して、黒人に有利な類別を行なう入学選抜政策を支持しうる論証は、功利主義的であると同時に理想論的な論証である。理想論的論証は選好には少しも依拠しておらず、むしろ将来のより平等な社会はたとえ現在の社会成員が反対でもより良い社会である、という独立の論証に依拠し、各人の平等者として処遇される権利を否定することはない。この観点からすると、入学選抜方法は、平等者として処遇される社会の全成員の権利を尊重するかぎりにおいて正当化され、そうでない場合には正当化されない。そうだとすると黒人の優先入学は、理想論的論証にも依拠しており、それ故、正当化しうるいえるとする。

(5) 配分的正義論

(I) *Nickel*⁽⁶⁾ の配分的正義論

配分的正義とは、権利、功績、能力、貢献度、ニーズの程度等関連性ある要素すべてを考慮しつつ、利益と負担とを配分することである。この立場からすると、優先処遇は重要な利益の再配分を促進する手段である。

(II) *Fisher*⁽⁷⁾ の配分的正義論（人種的比例代表論）

配分的正義とは個人が公正な条件の下で与えられたであろう地位や利益を与える権利を個人に与えるものである。この立場からすると、たとえばデフニス・ケースにおいて優先入学により入学した黒人は、人種差別

のない公正な条件の下では合格者と認められるから入学を認められたのであり、他方デフニス⁽⁸⁾は人種差別のある不公正な条件の下では優先入学により入学した黒人よりも成績が良いが、公正な条件の下では彼らより成績が悪いとみなされるから不合格とされることになるのである。また、この立場は各人種集団自体は能力等において差がないとみるから、社会的差別のない理想的な競争条件の下においては、少数派集団が全人口中に占める割合と同じ割合をたとえば法曹において占めるのは当然であることになる。そこで、この割合を担保する比例代表的優先処遇は、無罪の白人男性の犠牲を考慮せずに、また優先処遇の目的の正当性や社会的重要性を強調したりせずに根拠付けられることになる。

(6) 試験の文化的偏向論

この論は、デフニス事件におけるダグラス裁判官の少数意見において述べられた、緩和化された優先処遇の合理化論である。ロー・スクールにおいて立派な成果をあげうるかどうかを予測するとされている伝統的な入学試験は、文化的に偏向しており、そのため、恵まれない少数派集団の構成員の能力を正当に評価しないから、それを埋め合わせる優先処遇は肯定されるというのである。

(7) 他の非人種的特性の代替物としての人種論

この論は、Posner⁽⁹⁾によれば、次のようなものである。人種という特性は、身長等の身体特性と同様に、たとえば教育的観点から学生の経験を喪失するにしようとする学生集団の多様性という価値とは関連性

がない。しかし一般的には、黒人の入学出願者の方が白人の場合よりも貧困や偏見をじかに体験し、それをより深く理解している可能性があるが、その経験が他の学生や教師に伝達されることにより教育過程は内容豊かなものとなる。したがって、人種は教育過程にとって関連のある貧困等の経験という特性の代替物にすぎず、関連性ある特性とたまたま相互に関連するだけである。そうすると、たとえば入学決定に際し人種という特性を用いると学生集団の多様性に貢献する特性を欠く黒人が入学を認められるという問題が生じるが、かかるコストはそれを用いない場合に生じるコストより大きくないのでその使用が認められるのである。

(8) 団体的アプローチをとる理論

この理論は、歴史的に法律上または事実上黒人集団が白人集団に差別されてきたことに着目し、端的に黒人集団に優先処遇を受ける権利を認めるものである。

(9) 私見

このようにいろいろと優先処遇の根拠付けがなされているが、単なる政策論ではなく理論的に「優先」処遇を基礎付けるためには、過去の差別行為を重視する補償的正義論が妥当であろう。だが、個人主義理念に忠実に、修正されない補償的正義論を展開すれば、補償とは差別に關して責任を負わなければならない人物が被差別者に対して一定の負担を負うことである。そうすると差別・非差別行為の特定性や、差別と損失との因果関係が問われることになるが、過去の差別行為と現在の被差別行

為を確定することはできず、また過去の差別と現在の損失との因果関係を認めることは不可能であるので、人種に配慮した優先処遇を根拠付けることは不可能であろう。そこで、この難点を回避するために白人集団、黒人集団をそれぞれ加害者、被害者と把握する集団的構成によって対応することが考えられるが、この場合まず集団とは、通常統一的行動をするものであるから、そのような行動をとらない白人および黒人を集団と把握することは困難である。もっとも、黒人の場合はその特殊な歴史に鑑みて、正義論の観点から集団の概念を拡大することは可能であろう。

だが、かりに集団に対する補償を論じるのなら、理論上現実の犠牲は差別をした白人集団が負担し、補償は差別を受けた黒人集団が受けるべきであるが、そうではなく、その犠牲は特定の白人が負い、補償は特定の黒人が受けるとするのは、理論的飛躍があるというべきである。また集団的構成は個人主義理念との調和が問題とされよう。更に、黒人の中には犠牲者でない者もいるが、集団全体に向けられる逆差別は、その政策の対象を広げすぎることになる。その点、Stikeが、片面的に集団的構成を導入し、被差別者を集団と見ないが、差別者を集団と把握し、かつ差別者を白人集団ではなく社会（政府）と構成することによって、上の難点をかなり回避しているのは、巧みな構成といえよう。そして、社会の、作為ないし過去の不正義を是正しないという不作為と犠牲者の損害との間に因果関係を考えることによって因果関係の問題を解決しようとしているように思われる。この場合、究極的には、納税者等に損害が拡散されるとともに、損害を受けなかった黒人に不当な利益を与えることになり、逆差別の倫理的正当性は、充分には根拠付けられない。

い。そこで、かかるコストが不可避であったとしても、過去や現在の差別の有無を一切問題とせず、したがって、差別と黒人の現在の低い地位との因果関係を問わない、効用論的アプローチを導入し、逆差別は①望ましい教育目的を達成し、②黒人の経済的地位を向上させ、③人種的ステレオタイプを打破し、④人種統合社会に近付ける、という効用—実効性に問題がないわけではないが—を強調し、その効用は、コストを上回ると主張すれば、Stikeのいうような、潜在的正義性ではなく、顕在的正義性を獲得するであろう。

なおDworkinの理論は注目には値するが、その理論には以下述べるように、いくつかの弱点があるので、それに従うことはできない。

第一に、平等権を平等者として処遇される権利と平等処遇に対する権利に二分しているが、そうすることが可能であるか問題となる。人間は、事実上生まれながらに能力等において異なっているが、正義の理念が人間の平等取り扱いを規範的に要請し、そこから人間は平等の権利と機会をもつ資格（平等権）があるということになるのであって、平等権を二分することはできないはずである。それをあえて二分したのは、平等者として処遇される権利を定立することにより黒人の優先入学を肯定するためであると考えられる。平等者として処遇される権利とは、個人は等しく最大限尊重されるという個人尊重の原理を便宜的に権利と称したにすぎないとみることができ、そうだとすると、個人の尊重といっても、公共の福祉によって制約されたのであり白人と平等の立場にない黒人の場合は、平等な社会の実現という公共の福祉の観点から、優遇が是認されるが、その反面白人が不利益を受けることは許容されるという

趣旨であろう。そして、この場合白人が不利益を受けたとしても、なんら白人を個人として尊重していかないことにはならないというのである。これは単なる個人の尊重と公共の福祉の問題であり、それを平等権の問題として扱うのは不当である。

第二に、かりに平等権の二分論を認めたとしても、その所論は一貫性に欠ける。彼によると優先入学は、白人の平等者として処遇される権利を害することはないとするが、デフニスのような白人の平等者として処遇される権利が害されたことを否定することはできないというべきである。

第三に、黒人の優先入学を功利論的論証では十分に正当化できないとしながら、それに理想論的論証を接木することによりただちに正当化しているが、それは結論先取的論証といえよう。

4. 平等論ないし機会の平等論

この点に関しては、サルトリーは、機会の平等を接近の平等（平等の能力に対する平等の評価）と出発点の平等（機会に接近する平等のための、最初の物質的条件の平等）に分け、逆差別を出発点の平等のなかに位置付ける。サルトリーが出発点の平等を出発点における物質的平等と狭くとらえている点の問題があるが、両者の区別の重要性を力説し、逆差別を出発点の平等のなかに位置付けるのは妥当といえよう。しかし、出発点の平等の限界を明示しなかった点において不十分である。

これに対してゴールドマン⁽¹⁾は、機会の平等を三つに分類する。すなわち、(I) 能力に応じた平等 (II) 社会生活の初期における不平等の補

正を図ることによる平等の実質化 (III) 生まれによる不平等を補正することによる平等の実質化に分類する。しかし、このように機会の平等を広義に解するのは、「機会」の平等という用語の日常的用語例に反するものである。もっとも、学術用語は学問的分析用具であるから、必ずしも日常用語と符合する必要はない。しかし、自然を対象とする自然科学と異なり、人間社会を扱う社会科学ないし人文科学においては、できるなら日常用語例から余りに離れるべきではない。この点からして、ゴールドマンの機会の平等という用語の使い方は妥当性に欠ける、と考えられる。

思うに、機会の平等を素直に理解すれば、(I) に限定するのが良いであろう。(II) は機会の平等から生じる不平等の補正を図り、実質的平等を実現するものであり、条件の平等ないし出発点の平等と位置付けるべきである。(III) は、さらなる実質平等を図るものであるが、これは生まれによる不平等をも補正しようとするものであり、機会の平等の実質化というよりも、それをこえた結果の平等を図るものと把握すべきである。このように、ゴールドマンの機会の平等論には問題があるが、逆差別を (II) の問題として位置付け、かつ家庭との関係でその限界を設定したのは妥当といえよう。

そこで、ゴールドマンのいう (II) をサルトリーのいう出発点の平等と組み替えれば、ゴールドマンは、サルトリーが出発点の平等の分析用具としての重要性を指摘しながら、いかなる点が「出発点」かを明らかにしなかったのに、その「出発点」は家庭であることを明らかにし、出発点の平等の限界を認め、家庭の破壊をもたらすほどの出発点の平等を

否定したと見うる。家庭の子供に対する保護・教育機能に鑑みれば、このことは首肯し得る。

結局、逆差別は、家庭を破壊せずに、少数派の「出発点の平等」を図ることによって、過去の差別に基づく貧困等の悪循環を絶つ第一歩と位置付けうる。

5. 憲法上の論点に関する学説の検討

この点については Ely, Posner, Sandalow, Karst & Horowitz を検討し、それらを考えられる合憲・違憲のアプローチのなかに位置付けたいうえで、妥当なアプローチを確定する。

まず、Ely⁽¹²⁾のプロセス・アプローチによると、(一) 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、(二) we-they 類型の場合、① we (白人) が they (黒人) に不利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はない、それは立法裁量に委ねられることになる。

次に、Posner⁽¹³⁾によると適切な憲法原理は、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) 的基準を用いるべきではないという原理である。したがって、Posner の立場からすると人種に基づく逆差別は認められな

い。そこで Posner の立場に立脚すると逆差別により利益を受けうる少数派に、大変な不利益が課されるとの非難が彼に浴びせられるが、それに対して、彼はそのような非難は優先処遇を受けられないことに基づく不利益を過大視していると反論する。かように、彼は人種の優先処遇を許容しないが、一律に優先処遇を排斥するわけではない。彼によると人種的・エスニック的起源に基づく分類でなくとも、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問題を除去しうるだろうし、この場合、勿論、人種的・エスニック的基準を用いるほど便宜であるとはいえないが、それを用いる問題性に鑑みれば、こちらの方が妥当だとする。

次に Sandalow⁽¹⁴⁾ について見るに、彼は優先入学の問題を政治問題と把握するが、立法過程の正当性を Ely とは異なり政治的責任に求めるので、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とする。しかし、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。次に、Karst & Horowitz⁽¹⁵⁾ によると人種の優先雇用・入学は、黒人等の少数派に有利であっても、厳格な審査基準で審査されなければならない。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えざるものでなければならぬだけでなく、用いられる人種分類が、その利益を達成するのに必要最小限度のもでなければならない。今日、急速な人種統合の社会的必要性があるが、その統合についての州の利益

は、人種分類を用いない「より制限的でない手段」によっ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、統合が遅れるだろう。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ーマティブ・アクションは、合憲であるとする。

そこで、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優先処遇が違憲となる可能性が高いものから順次見ていくと、まず確実に違憲とする厳格な「color-blind 理論」に立脚するアプローチが考えられる。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⁽¹⁶⁾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、人種の種類を「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。

次に、原則的に違憲となるアプローチは、人種の種類を、少数派に利益であろうがなかろうが、直ちに無効とせず、単に違憲の疑いがあるとするにとどめるが、「厳格な審査テスト」(strict scrutiny test)に服する必要があるとし、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、人種の種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。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 は、おそらくこの立場に立つものと考えられる。しかし、州の利益がやむをえざるものであり、かつ用いられる人種の種類がその利益を達成するのに必要最小限度のものなら、合憲とされよう。

Karst & Horowitz は、この立場に立つ。

以上は、違憲的アプローチであるが、それに対して違憲・合憲に傾かないアプローチが考えられる。それは人種の種類を、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しめる必要はないとするものであり、「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」等でなければならぬ。さらに、②手段が、この目的達成のために実質的な関連性をもたなければならぬ。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・違憲の分け目は、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⁽¹⁷⁾におけるブレナン・グループは、この立場に立つ。

最後は、合憲的アプローチである。Ely と Sandalow はこの立場に立つ。Ely も Sandalow も優先処遇を、立法府の立法裁量に委ねるが、その根拠を後者は立法府の政治的責任に求めるが、前者は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。

ではどう考えるべきか。ハーラン裁判官と Posner の立場は、生きた現実との関係における色盲原理の限界を認識しないものであり、妥当で

はない。Karst & Hrowitzは、優先処遇の目的の正当性とその目的達成手段の効率性を余りにも強調し、他方犠牲を受ける個人の平等権を過小評価し、そのことから、本来なら厳格な審査テストで臨めば違憲になるところ、その審査を実質的には合理性のテストのレベルまで緩和して合憲とするものであり、厳格な審査テストの趣旨を没却するものである。

Sandalowの場合は、大学の自治に基づく教育裁量の合理性を軽視するものであり妥当ではない。Elyの場合は、そのコスト・ベネフィット的アプローチに全面的には与しえないにしても、固定的・一体的ではなく、流動的・機能的に見れば多数派は存在するといえるし、また構造的に政治過程から阻害されている黒人等の少数派集団が存在するので、Elyとは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とし、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一応良いであろう。

う。このように、憲法的アプローチを一応確定する。

6. 第五に、以上の視点から、優先処遇に関する、最高裁の諸判例を内容ごとにそれぞれ分析・評価する。

(1) 優先入学のケース

①デフニス・ケースは、ロー・スクールへの入学をいったん拒否された白人が少数民族を優遇する選抜方式を違憲として出訴したものである。この事件はムートとして処理されたが、そう処理されない場合、私の支持する中間的アプローチからするとどうなるであろうか？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、ロー・スクールの目的は、人種統合が重要な社会目標となっている以上、正当性の要件は満たされるといってよい。では、実質的には比例代表的割当制ともいえる手段は、その目的と実質的関連性を有するであろうか？単なる割当制なら実質的関連性の点で問題はなからう。この場合に過小代表の是正に貢献する手段は、その目的との関連性を有するというのなら、比例代表的割当制も関連性を有することになる。しかし、関連性があるとしても、その手段に伴う弊害をも考慮してその実質的関連性を決定すべきである。なぜなら、個人の平等と人種の統合という対立する憲法価値が問題となるときは、それらの妥当な調整として政策が決定される必要があるからである。比例代表的割当制は、個人の教育等に関する平等権を著しく侵害するものであり、この弊害を考慮すれば、実質的関連性はないといふべきである。

これに対して②バックキー・ケースは、州立大学医学部への入学を拒絶

された白人男性が、特定少数民族を優遇する割当制の選抜方式により、原告よりも能力の劣る一部少数民族を入学させたのは、原告の平等権を侵害するものであり、したがって、原告の入学は認められるべきであるとして出訴したものである。最高裁は、多くのアメリカの大学が採用している人種を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この事例の割当制を許容せず、原告を救済した。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、比例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は妥当といえよう。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には妥当ではない。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る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するといふべきである。

(2) 雇用関係の優先処遇のケース

(I) 訓練参加・昇進の割当制

1 訓練参加割当制

③雇用上の逆差別を扱ったウェーバー事件⁽⁸⁾では、五〇％の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った白人工員が、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、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ものである。下級審は、人種割当制を設定しうるのは裁判所だけであるが、その前提となる当該会社による過去の差別の事実が認められないということで、差止めを認めたが、最高裁は、公民権法第七編ではないと判示して、下級審の判決を覆した。この場合、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、これは、積極的に評価すべきである。デフニス・ケースの場合は、ロー・スクールの優先入学が問題とされたため、能力の社会的効用および能力の發揮による自己実現を軽視することができず、能力の平等したがって接近の平等と少数派の出発点の平等の緊張関係が高く、優先処遇を基礎付ける出発点の平等の方に軍配をあげることができなかった。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、デフニス・ケースと比べるとはるかにその緊張関係は低い。

で、出発点の平等の方に優位を認め、優先処遇を肯定しえたのである。

2 昇進割当制

I ④消防夫事件⁽¹⁹⁾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き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るもので、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るとした。補償的正義論に立つと思われる判例の立場からすると、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があるが、裁判所の命令の場合はさらなる検討を必要とするが、労働協約と同視しうる同意判決の場合は問題がないといえよう。

II ⑤パラダイス事件⁽²⁰⁾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、やむにや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る必要がないし、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のである。

III ⑥ジョンソン事件⁽²¹⁾で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、人種の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。

(II) 調達契約の人種的割当制

1 ⑦フリラブ事件⁽²²⁾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一〇%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。この事件における三人の相対的多数意見は、本件の制度はバックシ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、バック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。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、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」のもとの見ざるをえないのであろう。

2 ⑧クロソン⁽²³⁾事件ではマイノリティの建設請負業者に一定割合の契約額を保留する市条令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。この点につき最高裁は厳格審査基準を用いて違憲判決を下した。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権力分立の観点からする連邦議会の権限(第十四修正第五)に対する配慮に起因しよう。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」の差別があった実証する必要があるとしているから、最高裁は補償的正義論に立って過去における「特定」の差別の存在の認定をプランの要件としていると思われる。

(Ⅲ) レイオフの事例

1 ⑨ストット⁽²⁴⁾事件では、最高裁はアフーマティブ・アクション・プランで増えたマイノリティの割合を減らさないために、同意判決の内容を変更して先任権に基づく解雇を禁ずる裁判所の権限を否定した。もっとも最高裁は補償的正義論の立場から違法な差別の現実の被害者に対

しては裁判所の権限を肯定する。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。またアフーマティブ・アクションによっ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。

2 ⑩ワイガン⁽²⁵⁾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、多数派労働者はテニユアをもっていてもレイオフされることになった。三人の同調を得たパウエル判事の相対的多数意見は、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。過去の差別を是正するとはいえ、多数派労働者にレイオフを受忍させるのは、他のより制限的でない手段があり、必要最小限性の要件に欠けるので、平等保護条項に反するとされたのである。この場合、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、多数派労働者にとっては、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くものであるから、その不利益は不相応に大きいとして、この意見に同調するもの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、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时的縮小の場合に行なわれずすぎず、しかも将来再雇用することを条件に「一時的」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、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。

(Ⅳ) 採用加入割当制

①板金工事件⁽²⁶⁾では、労働組合による人種差別を判所が認めて、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（二九％）にするように組合に義務付けていた。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容認している点およびこれを容認しても不当に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「必要最小限性」の要件を満たすであろう。

(3) テレビ放送局の所有者たる資格に対する優遇

②メトロ放送事件⁽²⁷⁾などではFCCの放送免許に関する2種類のマイノリティ優遇措置が第五修正に含まれる平等保護の要請に違反するかが争われた。最高裁はクロソン判決と異なり中間審査基準を適用してその措置を合憲とした。すなわち放送内容の多様化を促進するという利益は、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。本件においてその措置の目的を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ることもできたが、その見なかったのは多分そうすると厳格な審査基準が適用されて違憲とされる恐れがあったからであろう。そこでその目的を第一修正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て、その措置の、より緩やかな基準による合憲化を試みたと思われる。更に合衆国議会が関与しているというところで間接的に権力分立の観点から前述の合憲の基礎付けを行ったのであろう。

7. 最後に、結びとして、私見を簡単に披露する。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、それに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影響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。しかし、その必要性を過度に強調して安易に人種的優先処遇をその種類・態様等を問

わず合憲・合法とするのは、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。したがって、中間的審査基準を設定して裁判所の恣意的裁量を押さえつつ、他方においてその枠内では、人種的優先処遇の目的・必要性は問題なく認められるにしても、その目的と手段の実質的関連性の判断においては、人種的優先処遇のもたらす弊害を十分に考慮して、その利害得失を慎重に検討して、その合憲性・合法性を決すべきであると考ええる。

注

(1) もっとも、現実に合衆国において展開されているアファーマティブ・アクションは、かなり広範な範囲におよび、必ずしも優先処遇(逆差別)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』社会科学論集第三三集)。しかし法的観点から、逆差別を体系的に位置付ける場合、逆差別の反面としての人種等の「積極的平等化」を図る優先処遇をアファーマティブ・アクションと見てさしつかえないであらう。

(2) わが国における逆差別の問題として、まず、性に基づく逆差別の問題として女子大の問題があり、次に部落民に対する財政的援助は緩和化された形態ではあるが社会的地位に基づく逆差別と把握し得る。更に最近の司法試験制度の改革も若手に対する過去の差別ということを考慮しなければ、逆差別の問題を含むものである。その改革は、まず、当面の五年間、現在五百人程度の合格者を一九九一年度から一九九五年度までに一定数増加させ、更に五年後には、合格者の若返り状況を検証、事態が改善されない場合九六年度から増枠分二百人程度は別枠とし、初回受験から三年以内の受験者からのみ合格者を探ることを内容とするものである。この増員分は、実質的には「若手枠」であり、若手を優遇する意味

をもつことになるが、これは、年令という意志に基づかない特性を理由にした優先処遇であり、若手より試験の成績の良い、若手でない受験生への逆差別という問題性を含むものである。また政府が官僚の出身校が東大偏重になっているため「東大出身者からの採用を五年後に五割以下にする」との方針も学歴に基づく逆差別の問題を生ぜしめるものである。なお、募集や採用、配置などを努力義務にとどめている男女雇用機会均等法が改正されて、採用等において割当制等の優先処遇が導入された場合には性にに基づく逆差別が問題とならう。また障害者は一律に健常者よりも能力が劣るという偏見に基づく障害者に対する差別との関連で、法律で義務付けられた障害者雇用率(一・六%)は逆差別の問題と関係を有するものであり、その雇用率が高まりかつその義務違反に対して強力な制裁が科されるようになり、その達成が担保されるようになった場合には、とくに不況化において健常者に対する逆差別が顕在化するであらう。

(3) 錢本三千年『敗北した白人の逆差別』部落解放研究二二号、八木晃介『差別の意識構造』(一九八〇年)三〇三頁以下、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』季刊教育法三一號、阪本昌成『西村裕三「バックキー事件」における主要なブリーフ』(一)『(五)』広島法学三卷二二三四号、四卷一一二二號、小林節『法の下の平等と逆差別』法苑三三三號、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、西村裕三『積極的人種差別是正行為に関する一考察』経済研究一一〇号、『ウェーバー事件の判例紹介』アメリカ法一九八一、『シニョリティ制に基づく一時解雇とアファーマティブ・アクション』判例タイムズ五六四号、『アファーマティブ・アクションの任意の実施と差別の立証要件』大阪府立大学経済研究三二卷三號『Affirmative Action をめぐる合衆国最高裁判所判例の動向』アメリカ法一九八九、『メトロ放送事件の判例紹介』アメリカ法一九九二、『アメリカにおけるアファーマティブ・アクション』大阪府立大学経済研究叢書、『差別と救済』(阪本昌成・村上武則編『人権の私法的救済』山口

- 浩一郎『使用者の差別是正行為と逆差別』シュリスト七一六号、上原正大『差別の陋習打破の手段としての affirmative action』判例タイムズNO・六二〇、松田保彦『シモンソン事件の判例紹介』アメリカ法一九八八、武田万里子『アメリカ合衆国における男女平等とフーマー・マティウ・マクシオン』早稲田大学大学院法研論集四七号、土居靖美『憲法一四条に於ける逆差別論争』(『日本国憲法の再検討』(一九八一年)所収、久保田きぬ子『逆差別について』成蹊法学一七号、大塚秀之『アメリカ合衆国における逆差別論争に関する一考察』神戸市外大研究年報一五号、大越康夫『教育における人種平等』早稲田政治公法研究第十号、阪本昌成『優先処遇と平等原則』公法研究四九〇号、Law School 二八号、横田耕一『平等原理の現代的展開—Affirmative Actionの場合—』『フーマー・マティウ・マクシオン』の具体的展開』社会科学論集第二三集、『フーマー・マティウ・マクシオン』の判例動向』社会科学論集第二八集、大沢秀介『最近のフーマー・マティウ・マクシオンをめぐる憲法問題』法学研究六三卷二二号、足立幸男『正義効用からみたアメリカにおける優遇措置』京都大学教養部政法論集第五号、石山文彦『逆差別論争と平等の概念』森際康友・桂木隆夫編『人間的秩序』所収。
- (4) Strike, Justice and Discrimination, 84SCH. Rev. 516.
- (5) R. Dworkin, Taking Rights Seriously (1977) P. 223ff.
- (6) A. J. Nickle, Preferential Policies in Hiring and Admissions: A Jurisprudential Approach, 75 Colum. L. Rev. (1975) P. 534ff.
- (7) R. J. Fiscus, The Constitutional Logic of Affirmative Action, (1992) P. 8ff.
- (8) DeFunis v. Odegaard, 416 U.S. 312 (1974).
- (9) R. A. Posner, The DeFunis Case And The Constitutionality of Preferential Treatment of Racial Minorities, The Supreme Court Review (1974) P. 7ff.
- (10) Giovanni Sartori The Theory of Democracy Revisited (1987) p. 342ff.
- (11) A. H. Goldman, Justice and Reverse Discrimination (1979) p. 170ff.
- (12) J. Ely, The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination, 41 U. Chi. L. Rev. (1974) P. 723ff.
- (13) R. A. Posner The DeFunis Case and The Constitutionality of Preferential Treatment of Racial Minorities. The Supreme Court Review (1974) P. 20 ff.
- (14) T. Sandalow, Racial Preferences in Higher Education: Political Responsibility and the Judicial Role, 42. U. CHI (1974-75) P. 653 ff.
- (15) K. L. Karst and H. W. Horowitz, Affirmative Action And Equal Protection, 60 Virginia Law Review (1974) P. 963 ff.
- (16) Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).
- (17) Regents of University of California v. Bakke, 438 U.S. 193 (1978).
- (18) United Steelworkers of America v. Weber, 443 U.S. 193 (1979).
- (19) Local 93, Intl. Assn. of Firefighters v. Cleveland, 478 U.S. 501 (1986).
- (20) United States v. Paradise, 480 U.S. 149 (1987).
- (21) Johnson v. Transportation Agency, 107 S. Ct. 1442 (1987).
- (22) Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448 (1980).
- (23) City of Richmond v. J. A. Croson Co., 109 S. Ct. 706 (1989).
- (24) Firefighters Local Union 1784 v. Stotts, 467 U.S. 561 (1984).
- (25) Wygant v. Jackson Bd. of Educ., 476 U.S. 267 (1986).
- (26) Local 28, Sheet Metal Workers Intl. Assn. v. EEOC, 478 U.S. 421 (1986).
- (27) Metro Broadcasting, Inc. v. FCC, U.S., 110 S. Ct. 2997 (1990).