

Title	最近のアファーマティヴ・アクションをめぐる憲法問題： クロソン判決を素材に
Sub Title	Croson Decision and the future of Affirmative Action
Author	大沢, 秀介(Osawa, Hideyuki)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1990
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.63, No.12 (1990. 12) ,p.223- 281
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	金子芳雄教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19901228-0223

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

最近のアファーマティヴ・アクションをめぐる憲法問題

——クロソン判決を素材に——

大 沢 秀 介

- 一 はじめに
- 二 クロソン事件と最高裁判決
 - 1 クロソン事件の概要
 - 2 最高裁判決
 - (1) 判決意見
 - (2) スカリア結果同意意見
 - (3) マーシャル反対意見
- 三 クロソン判決とアファーマティヴ・アクションの問題点
 - 1 共同声明とフリードの反論
 - 2 修正一四条と司法審査基準
 - 3 社会的差別と差別行為の立証
- 四 アファーマティヴ・アクションをめぐる基本的対立の構図
 - 1 基本的対立点の変遷
 - 2 新たな基本的対立点の登場
- 五 結語に代えて

一 はじめに

今日のアメリカ政治における深刻な対立点の一つとして指摘されるものに、アファーマティヴ・アクションの問題がある。⁽¹⁾そして、このアファーマティヴ・アクションをめぐってさまざまな訴訟が提起され、合衆国最高裁判所以下、最高裁といふは、一九七八年のバッキー(Regent of the University of California v. Bakke)事件判決⁽²⁾を端緒として、数多くの判決を下してきた。⁽³⁾しかし、それらの判決を通して、アファーマティヴ・アクションに対する最終的な判断が下されたわけではなく、むしろ、その様相は、より複雑さを増してきている。⁽⁴⁾

その理由としては、いくつかの点をあげることができようが、ここではとりあえず三点を指摘しておくことにしたい。まず第一に、アファーマティヴ・アクションの概念それ自体が広範で、必ずしも明確ではないことがあげられる。⁽⁵⁾前述した最高裁の判例において問題とされているアファーマティヴ・アクションは、従来から行われてきた差別に対し、それを是正するために人種などの本来区別の指標とすべきではない要素を意識して行われる、公的及び私的な機関による積極的な差別是正措置を指している。⁽⁶⁾けれども、アファーマティヴ・アクションは、当初その文言が用いられた始めたときには、人種、皮膚の色、出身国、性、宗教などの事由に基づく差別を禁止しようとする考え方との関連で言及されており、⁽⁷⁾そこでは被差別グループに平等な結果ではなく平等な機会を与えることを目的としていた。⁽⁸⁾すなわち、そこでの「差別解消手段は、不平等な取扱いを見出してこれを平等な扱いに改めさせることであり、また、マイノリティや女性に対するステレオタイプを改めさせる教育・啓蒙を推進することにとどまる」⁽⁹⁾ものであったのである。このようなアファーマティヴ・アクションの概念をめぐるとりえ方の相違は、依然として根強く存在し、前述の最高裁の判例の中にも、その対立を見るのが可能であり、判例の内容をより複雑なものとしている。

第二に、アファーマティヴ・アクションの法的根拠の多様性に由来する影響を指摘することができる。法的根拠か

らみたアファーマティヴ・アクションの形態としては、一般に(1)大統領の行政命令に基づく場合、(2)裁判所の判決の命令に基づく場合、(3)同意判決に基づく場合、(4)連邦や州の法律及び条例に基づく場合、(5)自発的に行われる場合、の五つがあると指摘されている。⁽¹⁰⁾しかし、それぞれの内容を見ると、権利利益に対する侵害を救済するという趣旨で行われる場合と、より広範に社会的差別の存在を前提としてそれを是正するという趣旨で行われる場合とがあることがわかる。⁽¹¹⁾その点で問題となるのは、法的根拠からする分類である(1)、(4)、(5)のような、一見したところ内容的には救済目的を超える形での積極的な是正措置に相当すると考えられるものであっても、そこにおいて救済目的であることが強調されることが多いことである。その結果、救済の意義及び範囲をめぐっての理解の多様性がもたらされることになるのである。

第三に、公民権法と憲法との関係が明確でないことがあげられる。すなわち、制定当初、私企業に対して適用されていた公民権法第七編が、その後一九七二年の改正で州ならびに地方自治体にも適用されることになった結果、⁽¹²⁾公務員の雇用差別において公民権法と憲法の平等保護条項の両者が適用されることになった。そのような事態は、公民権法の適法性の要件と合憲性の要件との関係を問題として浮き上がらせることになったが、現在のところ、その関係は明確でない。そして、このことは、アファーマティヴ・アクションの判例に関する統一的な理解を困難にすることにつながっているのである。⁽¹³⁾

このようなアファーマティヴ・アクションをめぐる最近の様相の複雑化を前提にした場合、アファーマティヴ・アクションの検討にあたって、特定分野を取り上げて、判例の動向を研究することも有意義のように思われる。そこで、本稿では、最近最高裁による判決が下されたリッチモンド市対クロソン会社(City of Richmond v. J. A. Croson⁽¹⁴⁾)事件を具体的な素材に最近問題にされている自発的なアファーマティヴ・アクション、とくに裁判所を除く公的機関による自発的アファーマティヴ・アクション⁽¹⁶⁾を取り上げ、そこに含まれる憲法問題に焦点を当てて検討してみる

ことにしたい。

これまで、アファーマティヴ・アクションの合憲性に関して、最高裁は多数派を形成することができず、また具体的な審査基準についても多数意見が示されていないと指摘されてきたが、クロソン事件判決（以下、クロソン判決という）において、はじめて具体的な審査基準として、いわゆる厳格な審査基準を適用するということで、最高裁の多数意見が形成されることになった。その意味で、クロソン判決は重要なものであり、本稿でクロソン判決を取り上げる一つの大きな理由がそこにある。しかし、クロソン判決を取り上げるもう一つ別の大きな理由が存在する。それは、クロソン判決がリッチモンド市条例による自発的なアファーマティヴ・アクションという、民主的な基盤によって裏付けられた計画に対して、司法がどのように関わり、どのような役割をはたすべきなのかという問題を含んでいることである。このことは、アファーマティヴ・アクションの問題を、後に述べるように、現代アメリカ社会あるいはアメリカ政治の基本的な価値、原則と絡ませてみることを可能にすると考えられる。本稿では、その点についても、若干の考察を加えることを意図している。

- (1) Sullivan, *Sins of Discrimination: Last Term's Affirmative Action Cases*, 100 HARV. L. REV. 78 (1986).
- (2) 久保田きぬ子「アメリカにおける『差別』判決の動向(1)。(2)。(3)」。ハッキー判決を契機に「シムリスト六七四号八三頁」六七七号七〇頁、六七九号一二二頁（一九七八）。
- (3) 一般には、アファーマティヴ・アクションをめぐる最高裁の判例としては、ハッキー事件を契機に実質的に始まるとされる *Ross, Innocence and Affirmative Action*, 43 VAND. L. REV. 297 (1990)。そして具体的な「*White v. R. O. Johnson*」判決が含まれる *White v. R. O. Johnson*, Regent of the University of California v. Bakke, 438 U. S. 265 (1978); *United Steelworkers v. Weber*, 443 U. S. 193 (1979); *Fullilove v. Klutznick*, 448 U. S. 448 (1980); *Firefighters Local Union 1784 v. Stottis*, 467 U. S. 561 (1984); *Wygant v. Jackson Bd. of Educ.*, 476 U. S. 267 (1986); *Local 28, Sheet Metal Workers Int'l Assn. v. EEOC*, 478 U. S. 421 (1986); *Local 93, Int'l Assn. of Firefighters v. Cleveland*, 478 U. S. 501 (1986); *United States v. Paradise*, 480 U. S. 149 (1987); *Johnson v. Transportation Agency*, 107 S. Ct. 1442 (1987); *City of Richmond v. J. A.*

- Crosen Co., 109 S. Ct. 706 (1989). See Rosenfeld, *Decoding Richmond: Affirmative Action and the Elusive Meaning of Constitutional Equality*, 87 Mich. L. Rev. 1729, 1735 n. 27 (1989). クロンン事件に至るまでのアファーマティヴ・アクションに関する判例を、タイプ、内容、対象法規範、主な論争点に分けて整理したものとして、横田耕一「アファーマティヴ・アクションの判例動向」社会科学論集（九州大学）二八集一七五頁（一九八八）がある。なお、本案判決にまで至らなかったものの、アファーマティヴ・アクションに関する最高裁の判決として、DeFunnis v. Odegaard, 416 U. S. 312 (1974) を含めることもできよう。この点については、西村裕三「Affirmative action をめぐる合衆国最高裁判例の動向」〔一九八九〕アメリカ法二二七頁註1参照のこと。
- (4) 横田・前掲論文一九四頁。
- (5) Kennedy, *Persuasion and Distrust: A Comment on the Affirmative Action Debate*, 99 Harv. L. Rev. 1327 n. 1 (1986).
- (6) 日本におけるアファーマティヴ・アクションの代表的な研究者である西村教授は、アファーマティヴ・アクションが厳密な定義をすることなく用いられていることを指摘した上で、「一応の定義として、過去における人種差別あるいは女性差別の現存する広範な弊害を是正するために、人種あるいは性別を考慮して積極的に被差別グループを救済する行為」という見解を示されている。西村・前掲論文二四〇頁。
- (7) 西村・前掲論文二三八―三九頁参照。このことを踏まえて、アファーマティヴ・アクションの全体像を知るための資料として、雇傭機会均等委員会(Equal Employment Opportunity Commission)の会社経営者向けのガイドブックを紹介したものとして、横田耕一「資料・アファーマティヴ・アクションの具体的展開—EEOC “Affirmative Action and Equal Employment”」社会科学論集（九州大学）二二集八七頁（一九八三）がある。
- (8) 竹内一夫「米国における雇用差別的の積極的は正」一橋論叢九六巻四号五二頁（一九八六）。
- (9) 横田耕一「平等原理の具体的展開—“Affirmative Action”の場合—」現代憲法学研究会編小林直樹先生還暦記念『現代国家と憲法の原理』六四三頁、六四八頁（一九八三）。
- (10) これらの分類については、横田・前掲論文六五―一五七頁、西村・前掲論文二四〇―四一頁、武田万里子「アメリカ合衆国における男女平等とアファーマティヴ・アクション」早大法研論集四七号一六三頁（一九八八）などを参照のこと。
- (11) 西村・前掲論文二四二頁。
- (12) 西村・前掲論文二五二頁。
- (13) 武田・前掲論文一七〇―一七二頁。

- (14) 109 S. Ct. 706 (1989).
 (15) *Rutherglen & Ortiz, Affirmative Action Under the Constitution and Title VII: From Confusion to Convergence*, 35 UCLA L. Rev. 467, 469 (1988).
 (16) 阪本昌成「優先処遇と平等原則——審査基準と実体的価値——」ロー・スクール二八号二七頁(一九八二)。
 (17) 両者を区別すべき理由については、ウッドサイド(S. Woodside)とマルクス(J. Marx)は「裁判所による救済としてのマナーテイワ・アクションは、憲法上、公民権法上の制限が大々的になさるべきである。Woodside & Marx, *Walking the Tightrope between Title VII and Equal Protection: Public Sector Voluntary Affirmative Action After Johnson and Wynn*, 20 *Ura. L.* 367, 373-75 (1988).
 (18) *Rosenfeld, supra note 3*, at 1729 n. 2 (1989).

二 クロソン事件と最高裁判決

1 クロソン事件の概要

クロソン事件は、一九八三年四月一日にリッチモンド市議会が、マイノリティ業者活用プラン (Minority Business Utilization Plan 以下、プランという) に関する条例を制定しようとしたことに始まる。このプランは、市と建設請負契約を結んだ契約業者に、契約金額の少なくとも三〇パーセント以上を一社あるいは複数のマイノリティ業者⁽¹⁾と下請契約させることを主なねらいとするものであった。⁽²⁾

このような目的を持った条例の多くは、政府との契約に際してマイノリティ業者に対して一定の割合を確保しておく、という連邦政府及び連邦議会の政策や立法に影響されていた。それらの政策や立法の具体例としては、一九六八年以来の、中小企業庁 (Small Business Administration) による政府契約のうち一定の割合を社会的、経済的弱者のために確保するという規制⁽³⁾や、連邦議会による一九七七年の公共事業雇用法 (Public Works Employment Act) の制定が存在

していた。

このような動きに対し、最高裁は、一九八〇年のフリラブ対クルツニック (Fullilove v. Klutznick) 判決⁽⁴⁾の中で、連邦政府の補助金の交付を受けた州及び地方自治体に対して、その補助金の一〇パーセントをマイノリティ業者に支出することを求める公共事業雇用法の規定⁽⁵⁾を合憲とする判決を下した。このフリラブ判決の影響は大きく、その後連邦のみでなく、州や地方自治体の間においても、盛んにフリラブ事件で合憲とされた取り置き (set aside) 計画⁽⁶⁾にならった計画が実施されるようになった。リッチモンド市のプランも、そのようなものの一つであった。

リッチモンド市のプランは、前述のように、市との契約金額の三〇パーセントをマイノリティ業者に取り置くこととするものであるが、そこでいうマイノリティ業者は、リッチモンド地域に限らず、全米のマイノリティ業者を対象とするものであった。また、プランでは、市との契約を結んだ業者が、マイノリティの下請業者に三〇パーセントを取り置くことができないということを十分に証明しえた場合には、個別的状况に照らして取り置き要件の放棄を契約業者に認める⁽⁷⁾としていた。

プランは、その後公聴会にかけられ、そこで賛成派と反対派の激しい意見の応酬が行われた。公聴会に出席し意見を述べた七人のうち五人を占めた賛成派は、市の人口の五〇%が黒人であるにもかかわらず、一九七八年から一九八三年の五年間において市との契約の〇・六七%がマイノリティ業者が与えられているにすぎないことや、条例に反対している多くの契約業者の団体の中に、マイノリティ業者はきわめて少ないことを指摘し、プランを採用するように主張した⁽⁸⁾。また、市の代理人は、プランが、フリラブ判決に照らして、合憲であるとの見解を示していた⁽⁹⁾。

このような賛成派の主張に対し、反対派は、市の人口の中でマイノリティの占める割合と契約業者におけるマイノリティ業者の数との間の不均衡は、建設業界における差別を示す証明価値 (probativ value) をほとんど有しておらず、またマイノリティの建設業者が合衆国全体でも四・七%と少ないうえに、その四一%がカリフォルニア、ニューヨーク

ク、イリノイ、フロリダ、ハワイの諸州に集中していることから、プランは、リッチモンド市の数少ないマイノリティ業者にたなばた式に利益をもたらすことになる⁽¹⁰⁾と主張して、プランの採用に反対した。プランは、このような公聴会という手続きを経て、結局六対二（棄権一）で採択された。

しかし、このプランの合憲性は、ただちに問題とされることになった。すなわち、一九八三年九月六日、リッチモンド市は、市の刑務所の配管機器設備の据え付け工事について、入札を行うむねの公示を行ったが、工事計画には、製造元の特定された機器の据え付け工事が含まれ、それら機器の総額は、全体の契約金額の七五％に達していた⁽¹¹⁾。したがって、マイノリティ業者に契約金額の三〇パーセントを取り置くとする市のプランの要件を満たすためには、当該機器を供給できるマイノリティ業者の利用が必要となることは明らかであった。

そのような状況の中で、この工事に関心を持ったのが、オハイオ州の非マイノリティ業者であるJ・A・クロソン会社（以下、クロソン社という）であった。クロソン社は、機器を供給しうる可能性を持った五、六社のマイノリティ業者と電話で接触したが、マイノリティ業者による見積書の提出がなかなか得られなかったため、非マイノリティ業者からの見積書を得て入札に臨み、結局唯一の入札者として工事を落札した⁽¹²⁾。

しかし、そのままでは市のプランの要件を満たせないため、クロソン社は、市に対して、三〇パーセント取り置き要件の放棄を求めた。その理由として、クロソン社は、非マイノリティ業者からはほとんど工事への参加の回答を得られなかったこと、また、ただ一社見積書を提出してきたマイノリティ業者の価格は、非マイノリティ業者の価格に比較し高額のものであり、契約金額の増額が認められない限り、プランの要件を満たせないなどの点をあげていた。これに対し、市はクロソン社による放棄の請求と契約金額の増額の要求のいずれも認めず、工事について再入札を行うことをクロソン社に通知するとともに、クロソン社に入札に参加するように求めた⁽¹³⁾。

この市の決定に対して、クロソン社の代理人は、市の拒否処分⁽¹⁴⁾の決定について不服を申立てたが、市は、再入札を

行うことになったこと、また拒否処分についての不服申立ては認められていないと回答した⁽¹⁴⁾。そこで、クロソン社は合衆国法典四二巻一九八三条(42 U. S. C. § 1983)に基づき、リッチモンド市条例の文面上違憲および適用違憲を理由として、差し止め命令、宣言的救済、損害賠償を求める訴えを提起したのである。

この訴えに対し、連邦地方裁判所は、プランを全面的に合憲とする判断を下し、また、第四巡回区控訴裁判所も地裁の判断を支持した。連邦高裁は、連邦地裁と同様に、第一巡回区控訴裁判所が最高裁のフリラブ判決に関して示した、平等保護条項の下でのマイノリティ業者に対する政府契約の取り置きについての審査基準を適用し、プランを合憲としたのである⁽¹⁵⁾。

クロソン社によるサーシオレイライを受理した最高裁は、連邦高裁の判断を破棄差戻した。最高裁は、連邦高裁に對して、一九八六年に最高裁自身によって下されたワイガント対ジャクソン教育委員会 (Wygant v. Jackson Board of Education)⁽¹⁷⁾事件判決の観点から、事件を再度考慮することを求めて差戻したのである⁽¹⁸⁾。ここで最高裁により言及されたワイガント事件とは、教育委員会と教員組合との間で結ばれた労働協約の中で、公立学校の教員のレイオフに関してマイノリティの教員に認められた優先処遇が、修正一四条の平等保護条項に違反するとされた事件である。

差戻審で高裁は、リッチモンド市のプランは、ワイガント事件での最高裁の相対多数意見が、マイノリティ教員を優先的に処遇するというプランを違憲とした主たる二つの理由、すなわち人種に基づく優先処遇が、過去の差別に関する適切な事実認定によって正当化されていないこと、そして優先処遇のためにとられた具体的な手段が、厳密に適合させられていないこと、を根拠として違憲であるとする判決を下した⁽¹⁹⁾。

そこで、この判決を不服とし、クロソン社が上告するにいたった。最高裁はそれに対し、以下に述べるように、アファーマティヴ・アクションの合憲性に関する具体的な審査基準として、厳格な審査基準を用いるということを、はじめて明らかにしたのである。

2 最高裁判決

(1) 判決意見

クロソン判決は、いま述べたように、アファーマティヴ・アクションの合憲性に対する審査基準として、最高裁の内部で厳格な審査基準を用いるということで、はじめて多数派が形成された点で、重要性を有している。しかし、これまでのアファーマティヴ・アクションに関するこれまでの最高裁判決でみられた裁判官内部での見解の多様性という特色は、この判決にもみられる。それは、この判決が、部分的にしか法廷意見を構成しえておらず、その他は相対多数意見にとどまっている点にあらわれている。オコーナー裁判官の執筆による判決意見は、大きく五つの部分に分かれるが、それぞれの部分について、一貫して同調しているのは、レインクイスト、ホワイトの二人の裁判官にすぎない。⁽²⁰⁾ その意味で、判決の細部についてはなお混沌としているといえよう。その点を踏まえた上で、オコーナー裁判官による判決意見の内容を具体的にみていくことにしたい。

オコーナー裁判官は、まずリッチモンド市によるプランの制定が市の権能に属するものであるか否かについて判断を加える。この点は、フリラブ判決で、バーガー長官の執筆する相対多数意見が、二段階からなる審査方法の第一段階として、当該立法の目的が連邦議会の権能に属するかを問題にしていることを踏まえてのものである。バーガー長官は、その判決の中で、「連邦議会の救済上の権限は、連邦、州を問わず、他のいかなる政府機関よりも、より包括的なものである。それは連邦議会が明示的に憲法によって、平等保護条項を執行する権威と能力を与えられているからである」⁽²¹⁾と述べ、広範な権限を連邦議会に認める敬謙的な姿勢を明らかにしていた。

クロソン事件でのオコーナー裁判官の手になる判決意見も、フリラブ判決が厳格な審査基準を採用していないことを明らかにした上で、⁽²²⁾バーガー前長官の連邦議会の権限に対する敬謙的な見解を肯定する。しかし、オコーナー裁判官は市と連邦議会とを異なるものとしてとらえるべきであるとす。すなわち、市は連邦議会と異なり、地元の建設

業界における過去の差別が現在どのような効果を及ぼしているかを明らかにし、それに対処するために必要な非常に広範な立法権限を有していないとするのである。オコーナー裁判官によれば、連邦議会の憲法上の権限と、州や地方自治体の権限との間には、つぎのような大きな相違が存在するとされる。

すなわち、連邦議会は、修正一四条五項⁽²³⁾により修正一四条の諸規定を執行する権限を憲法上与えられており、それにより、特定の差別が存在するという認定をすることなしに、社会的に差別が存在するということを理由として、その差別の効果を除去するための人種を意識した救済 (race-conscious remedy) を行うことができる⁽²⁴⁾。すなわち、オコーナー裁判官によれば、連邦議会は修正一四条五項の執行権限の下で、平等の原理を脅かしている状況について、それを明らかにした上で、それらの状況に対応する予防的規則を採用することができるとされるのである⁽²⁵⁾。

これに対し、州や地方自治体について、オコーナー裁判官は、同様の権限は認められないとし、むしろ修正一四条一項は、州の権限に対する明示的な制約であるとす。すなわち、単に恩惠的 (Benign) 目的であることを理由として、州や地方自治体が、人種に基づく分類に基礎をおいた立法をなすことを認めることは、そのような州の立法作用に対して、明白な制限をおくことを望んだ修正一四条についての憲法起草者の意思に反することになるとするのである⁽²⁶⁾。

このようなオコーナー裁判官の見解は、マーシャル裁判官の反対意見が指摘するように、従来フェデラリズムに好意的であるとされてきたオコーナー裁判官をはじめとする、いわゆる保守派の裁判官のこれまでの見解と一致するの⁽²⁷⁾かまず疑問とされよう。

この疑問に対して、オコーナー裁判官は、州及び州から権限を委任された地方自治体も、修正一四条一項の制約の範囲内で、自己の立法権に基づき、私人による差別を根絶する権威を有するとす⁽²⁸⁾。そして、ワイガント事件の相対多数意見が、平等保護条項は当該政府機関自身による過去の差別をある程度明らかにすることを要求するとしたのは、教育委員会が人種に基礎をおくレイオフ制度を採用する権限を有しているかいなかを問題とした文脈の上のものである

り、人種を意識した救済は、市自身による過去の差別の効果を根絶することだけでは限定されないとするのである。

実際、クロソン事件の場合にも、オコーナー裁判官はこのような考え方の下で、リッチモンド市が州法の下で調達政策に関する立法権限を有しており、市が争われている差別を修正一四条により禁止られている差別であると確認することができるとすれば、その支出権限の行使を通して、私人による差別を救済することができるとする⁽²⁹⁾。このようなオコーナー裁判官の考え方を理解する上での重要な要素として、ワイガント判決における同裁判官の一部同意、結果同意意見の中で示された認識を指摘しておく必要がある。この意見の中で、オコーナー裁判官は、社会的差別、すなわちその機関自身の行為に起因するものではない差別を救済するという政府の利益は、厳格な審査基準の下での十分なやむにやまれぬ利益ではないが、しかし他方公共使用者 (public employees) に対して、アフアーマティヴ・アクションを実施する際に過去において自らが違法な差別に従事していたという事実認定を求めることは、公共使用者が自発的に公民権に関する責任を果たそうとする動機を著しく損なうことになるという、アフアーマティヴ・アクションをアンヴィ・バレントな性格を強く有するものとして理解する判断を示しているからである。

いま述べたような修正一四条に対する理解を示した上で、オコーナー裁判官は、つぎにアフアーマティヴ・アクションと平等保護条項の下で審査基準との関係に言及し、厳格な審査の基準を用いるべきことを明らかにする⁽³¹⁾。厳格な審査基準をとる理由として、オコーナー裁判官は、まず第一に、修正一四条一項によって生み出された権利は、個人に保障されたものである点をあげる。市民がどのような人種に属するとしても、平等な尊敬と敬意を持って取り扱われることは個人の権利であり、クロソン事件のように人種を公的意思決定の唯一の基準とする厳格なルールがとられる場合には、その権利との関係が厳格な形で審査されなければならないとするのである。第二に、オコーナー裁判官は、人種に基づく分類が、ステイグマによる被害という危険をもたらすものであり、その分類は厳密な形で救済の状況に限定されなければならないとする。また、オコーナー裁判官は、ワイガント判決の相対多数意見の見解である、

平等保護条項の下での司法審査の基準は、その分類によって負担を課されたり利益を享受したりする人々の人種に依存するべきではないという、いわゆるカラー・ブラインドの立場を再確認する⁽³²⁾。

このようなオコナー裁判官の立場は、これまでアファーマティヴ・アクションの合憲性に関して、最高裁の裁判官の内部で有力な考え方として存在してきたブレナン裁判官やマーシャル裁判官らの考え方を明確に拒否する姿勢を示したことを意味する。事実、オコナー裁判官は、より厳格でない審査を恩恵的な人種分類に適用すべきであるとする立場に関して、その根拠を提供するとこれまで考えられてきた理由をあげた上で、それらを拒否する姿勢を明らかにしているのである。すなわち、アファーマティヴ・アクションの合憲性に対するより厳格でない司法審査基準を提唱する諸理論、たとえば「分離し孤立した少数派の保護」の必要性との関連で、審査基準をより緩やかに考えるべきであるとする見解や⁽³³⁾、社会や特定の部分社会における差別の歴史という負債をマイノリティを優先的に処遇していくことによって支払うべきであるとする考え方を否定するとともに、ワイガント事件で下級審が示した役割モデル論を批判しているのである。

これら三つの考え方に対する、オコナー裁判官の批判の中でとくに注目しに価するのは、最後にあげた役割モデル論に対するものである。役割モデル論は、社会における過去の差別の効果を緩和するためには、マイノリティの生徒によるマイノリティの教師という役割モデルの学習が不可欠であるとするとアファーマティヴ・アクションの正当化のための理論であるが、オコナー裁判官は、この役割モデル論に含まれる欠点が、クロソン事件で争われているアファーマティヴ・アクション計画にも存在すると指摘するのである⁽³⁴⁾。

オコナー裁判官によれば、リッチモンド市のプランは、市が主張するような建設業界全体における過去の差別の存在という一般化された言明だけであり、立法機関による救済の対象となる権利侵害の正確な範囲を決定する指針を提供しえてないという問題点を有するとされるのである。過去の社会的差別が存在していなければ、現在は多くのマ

イノリテイ業者が存在していたはずであるということは、単なる憶測にすぎず、またクロソン事件で問題となった三〇パーセント割当(average)制も、個人に対する権利侵害という事実と結び付いていないとされるのである。³⁵⁾

いま述べたような観点から、つぎにオコーナー裁判官は、連邦地裁が三〇パーセント割当制を支持する根拠としてあげた五つの「事実」³⁶⁾について、市の建設業界における確認された差別を証明する上で十分なものであるかいかと
いう観点から、個別に検討を加えていくのである。その中でとくに、市の人口に占めるマイノリティの割合と、市と契約を結んだマイノリティ業者の契約金額に占める割合が、それぞれ五〇パーセントと〇・七パーセントであるという点について、オコーナー裁判官は、特別の資格がその特定の職業を遂行するために必要とされている場合には、一般の人口と比較することは、証明的価値をほとんど有していないと指摘するのである。オコーナー裁判官によれば、その場合の有意義な比較は、特定の職業を行う資格を有するマイノリティの数と、その職業における差別的排除の慣行の結果生じたとみられる数値との間でなされなければならないとし、³⁷⁾クロソン事件の場合には、その適切な比較が行われていないとするのである。したがって、リッチモンド市における建設業界の特定の者による憲法違反あるいは法律違反の行為の存在に関して一応の立証がなされている事件(Prima facie case)³⁸⁾であるとはいえず、市はやむにやまれぬ利益を示していない、とオコーナー裁判官は判断するのである。³⁹⁾

厳格な審査基準の下では本来ならば、やむにやまれぬ利益が示されていない以上、政府利益を達成するための手段の問題に立ち入る必要はないはずであるが、オコーナー裁判官は、この点について、さらにつきのような二つの点に触れている。

オコーナー裁判官によれば、まず第一に、マイノリティ業者による市との契約の増大が、市の政策目的であるならば、市は人種を意識した救済を検討する前に、融資等の人種中立的な手段の使用可能性を考慮すべきであったとされる。そして第二に、三〇パーセント割当制がむき出しの人種的均衡の達成という目的を除けば、目的に厳密に適合さ

せられたものということはできず、三〇%取り置き制は、マイノリティが特殊な職業をその地域における彼らの人口に合わせて選択するであろうという、まったく非現実的な仮定に依拠しているとされるのである。⁽⁴⁰⁾

以上やや詳細に、クロソン事件の判決意見に検討を加えてきた。クロソン判決は、一般的にはすでに繰り返し述べたように、アフーマティヴ・アクションに関する合憲性の審査基準として、厳格な審査基準を用いることについてはじめて最高裁内部で多数派の形成をみたという点で、注目に値する。しかし、これまでの検討からも理解されるように、オコーナー裁判官の意見の中で考えられている厳格な審査基準は、従来理解されてきた意味での厳格な審査基準と同様な程度の厳格さを求めるものではない。それに対し、明瞭な形で、これまでの意味での厳格な審査基準の適用を求めるのが、つぎに述べるスカリア裁判官の結果同意意見である。

(2) スカリア結果同意意見

スカリア裁判官は、オコーナー裁判官の意見の多くに賛意を示しながらも、オコーナー裁判官が、州あるいは地方自治体がある種の状況下においては、過去の差別の効果を改善するために、人種を意識した救済の可能性を認めている点について、批判を加える。スカリア裁判官によれば、人種を意識した救済が修正一四条の下で許容される場合は、つぎの二つの場合に限定される。第一の場合は、刑務所内での人種的暴動などの「生死に関わるほどの差し迫った危険の段階」⁽⁴¹⁾に相当するような高度の社会的緊急事態が生じた場合であり、第二の場合は、州自らが違法な人種による分類のシステムを維持してきたが、後にそれを除去することが必要になった場合である。このスカリア裁判官の見解によれば、州が過去の差別の効果を消すために取りうる手段は、州自身による違法行為の場合を除けば、人種中立的な方法に基本的に限定されることになる。⁽⁴²⁾しかし、スカリア裁判官は、他方において、連邦政府による人種に基づく分類の使用を認める。そこで問題となるのは、両者の区別に関するスカリア裁判官の見解である。

スカリア裁判官は、この点について、連邦政府と州政府との人種に基づく活動とを区別すべき理由として、第一に、

南北戦争後の憲法修正の内容をあげるが、見落としてならないのは、社会の現実と統治理論（social realities and government theory）の重要性をあげていることである。すなわち、スカリア裁判官は、まずあらゆるグループに対する人種的差別は、連邦の段階よりも州や地方自治体の段階にかつてと同様に現在でも多くみられるのが現実であるということを指摘するとともに、マディソンの言葉を引用しながら、政治的派閥による抑圧の危険性は、大きな政治的社会よりも小さな政治的社会において増大するというのが、伝統的な政治的考え方であることを指摘し、リッチモンド市のプランもその一つの例であるとする判断を示すのである。⁽⁴³⁾

ところで、これまでみてきたオコーナー及びスカリア各裁判官の見解は、少なくとも、アフアーティヴ・アクションのうち、州及び州から権限を委任された地方自治体によるものについては、厳格な審査基準を適用すべきであるという点で一致している。しかし、そのような考え方に反対する、ブレナン、マーシャル裁判官らの見解も、つぎにみるように依然として根強く主張されている。

(3) マーシャル反対意見

ブレナン、ブラックマン各裁判官の同調するマーシャル裁判官の反対意見は、アフアーティヴ・アクションに対する司法審査基準として、バックキー判決以来これらの裁判官によって主張されてきた、⁽⁴⁴⁾重要な政府目的とその目的達成と実質的に関連する手段の有無を問うという中間的審査基準をとることをまず明らかにする。

その上で、マーシャル裁判官は、まず第一に政府目的に関して、リッチモンド市が過去の差別の効果を消去するという利益と市による財政支出が過去の差別に基づく人種の排除の効果を強化あるいは永続化させることを防ぐという将来的な利益という二つの強力な政府利益を有しているとするのである。⁽⁴⁵⁾

つぎにマーシャル裁判官は、いま述べた二つの政府利益を支持するに足る過去の人種差別に関する十分な証拠の立証という問題について、オコーナー裁判官と異なり、つぎのような立場をとる。すなわちこの問題に対する基本的な

立場として、マーシャル裁判官は、差別が無数の形態をとるものであり、そのことの反映としてこれまでのテストは、政府に対して統計的なものを含めて特定の種類の証拠を提出するように求める厳格な性格のものではなかったとするのである。むしろ、そこで考えられてきたテストは、一般的、実的な形でその要件が求められていたに過ぎず、具体的にはより緩やかな性質のものであったとするのである。⁽⁴⁶⁾

このような観点から、マーシャル裁判官は、市がプランの目的の正当性、必要性の根拠として、マイノリティ業者の市との契約金額に占める割合〇・六七%と市におけるマイノリティ人口の割合約五〇%との比率の不均衡をあげたことに対するオコーナー裁判官の批判に対して、つぎの二つの点で反論を加える。まず第一に、この比率は、極端なものであって、はなはだしい統計上の不均衡に相当すると考えられるべきである。第二に、裁判での争点が現在の差別ではなくて、過去の差別による効果であり、具体的にはマイノリティが強固な結束を特徴とする業界から持続的に排除される結果になっている場合には、このような対比が排除の程度を測る上で適切な助けとなるものであると指摘する。⁽⁴⁷⁾

リッチモンド市のプランが目的と手段の実質的関連性の要件を満たしているかという第三の点についても、マーシャル裁判官はそれを強く肯定する。とくに、この点で注目されるのは、マーシャル反対意見が市の条例とフリラブ判決で合憲とされた連邦法の取り置き条項との類似性を強調し、条例の効力の期間、放棄条項の存在、罪なき第三者へのインパクトの少なさなど⁽⁴⁸⁾をその共通点として指摘していることである。なお、マーシャル裁判官は、オコーナー裁判官が市は人種中立的な手段を考慮しなかったという点についても反論を加え、オコーナー裁判官は市が一九七五年以来公共契約の付与及び公共建設請負契約業者による差別を禁じてきたが、それが成功してこなかったという点を看過していると批判している。⁽⁴⁹⁾

これまで述べてきたことから明らかなように、マーシャル裁判官の反対意見は、リッチモンド市のプランが、中間

的な審査基準の下で、政府目的および目的達成との実質的関連性の二つの要件をいずれも満たすものとして合憲とするものであるが、マーシャル裁判官は、多数意見が、「人種を意識した救済の平等保護条項の下での審査基準として厳格な審査基準を採用した」⁽⁵⁰⁾ことを重視し、本件を含めた上で、より一般的な言明をなしている。

まず、マーシャル裁判官は、人種差別的な州の活動と、過去の人種差別主義の効果を救済することを目的としているもの及び中立的な政府活動であってもそれが人種差別主義を浸透させるような場合にそれを防ぐための州の活動との間には、重大な相違が存在するとし、両者の審査基準は異なるものと考えらるべきであるとする。⁽⁵¹⁾さらに、オコーナー裁判官が、州あるいは地方自治体による人種を意識した救済を憲法違反あるいは法律違反の一応立証されている事例に限定していることを、極度に制限的な理解であるとして批判する。すなわち、そのような理解は、修正一四条一項あるいは五項について、それらが、過去の人種差別を救済する州あるいは地方自治体の権能を実質的に剝奪しているものであるという重大な誤解に基づく見解に根拠づけられているとされる。なぜなら、マーシャル裁判官によれば、修正一四条五項に関する先例は、五項が人種を意識した救済を試みる州の警察権限を先取りしたりあるいは制限したりするものであるということを示唆してはおらず、一項についても、平等保護条項が州に対して、人種を意識した救済を制定することを禁じたものであるとまでは主張することはできないと考えるべきであるとされるからである。

このようなマーシャル反対意見の根底には、すべての個人は平等の価値を持つものであり、したがってその基本的な平等を否定するような特定の人種がこれまで他の人種に従属化することによってもたらされてきたものに起因する現在の効果を払拭する政策や立法は、それを支える十分な事実の存在と適切に手段の形成が確保されるならば許されるべきであるという、平等保護に関する広範な理解が横たわっていると考えられる。⁽⁵²⁾

以上、判決意見、スカリア結果同意意見、マーシャル反対意見の内容について、これまでみてきたわけであるが、本判決には、両者の立場に属しない独自の見解を示すスティーブンス裁判官の一部同意、結果同意意見が存在する。⁽⁵³⁾

ステイブンス裁判官の意見は、判決意見が人種による分類に依拠する政府の決定は過去の侵害に対する救済を除いては決して認められないとしていることには賛成できないとしつつ、市の条例が過去の差別に対する救済として正当化されることができないとする最高裁の説明には賛成するものである。このステイブンス裁判官の意見は、結論においては、判決意見に同調するものであるが、そこで考えられている審査の基準の程度は、クレバーン対クレバーン・リビングセンター (Cleburne v. Cleburn Living Center, Inc.) 事件判決⁽⁵⁴⁾でステイブンス裁判官が示したやや強度の合理性の基準であると考えられることに注意する必要がある。

- (1) ここでいうマイノリティ業者とは、マイノリティ・グループの成員によって、少なくとも五一パーセントが所有され、かつ支配されている企業であり、またここでいうマイノリティ・グループの成員とは、「黒人、スペイン語系人 (Spanish-speaking)、東洋人、インディアン、エスキモー、アロウト族である合衆国の市民」を指すとされる。Richmond, Va., City Code, § 12-23 (1985).
- (2) Richmond, Va., City Code, § 12-156 (a) (1985).
- (3) 448 U. S. 448 (1980).
- (4) 42 U. S. C. § 6705 (F) (2).
- (5) New Republic, May 5, 1986, at 10.
- (6) Days, *Fullilove*, 96 Yale L.J. 453, 454 (1987).
- (7) この点について、条例は具体的には「つきのように規定する。『前述の要件「三〇%取り置き」の部分にあるいは全面的な放棄は、例外的な場合以外には市により認められない。放棄を正当なものとするためには、可能と思われるあらゆる応諾の試みがなされたことが示されなければならない。かつ三〇%をMBEへという目標を満たすことを可能にするような契約に参加する能力のある、関連の、資格を有するMBEを利用しえないあるいはMBEが参加に自発的でないことが示されなければならない』。Richmond, Va., City Code, § 12-157 (D).
- (8) 109 S. Ct. 706, 714 (1989).
- (9) *Recent Developments, Constitutional Law: Equal Protection and Affirmative Action in Local Government Contracting*

—*City of Richmond v. J. A. Croson Co.*, 109 S. Ct. 706 (1989), 12 HARV. J. L. & PUB. POL'Y. 1069, 1070 (1989).

- (10) 109 S. Ct. at 714.
- (11) *Id.*
- (12) *Id.*
- (13) *Id.*
- (14) 条例によれば、取り置き要件に関する最終的な判断は、市の総務局長の自由裁量とされ、要件を満たさずに市により契約を拒否された業者は、市の調達政策のもとで、一般的な抗議の権利を持つにすぎないとされる。Richmond, Va., City Code, § 12-126 (a).
- (15) 109 S. Ct. 706, 714-15 (1989).
- (16) この事件で、連邦高裁が用いた基準は、具体的にはジェネラル・コントラクターズ・オブ・アメリカ南フロリダ支部対フロリダ州メトロポリタン・デュー郡(South Florida Chapter of the Associated Gen. Contractors of America Inc. v. Metropolitan Dade County, Florida)事件で、第一巡回区控訴裁判所が示したものであり、具体的にはごきのような基準が示されていた。マイノリティに対する取り置き制が合憲となるためには、(1) 政府(Governmental body)がそのような立法を制定する権能を有していること、(2) 政府が一つの人種グループあるいはエスニック・グループの利益を他の人種グループやエスニック・グループの利益よりも促進しようとしているのではなく、過去の人種差別の現在における効果を救済している、ということとを保証する適当な認定がなされていること、(3) 人種に基づく分類が、過去の人種差別の効果を救済する上で明確に必要とされている以上に、拡張されて用いられていないこと、の三つの要件が満たされる必要があるとするものであった。これらの点に関して、連邦高裁は、リッチモンド市のプランはこれらの基準を満たすとして、合憲としたのである。779 F.2d 181, 188 (4th Cir. 1985).
- (17) 476 U. S. 267, 106 S. Ct. 1842 (1986).
- (18) 478 U. S. 1016 (1986).
- (19) 822 F.2d 1355, 1357 (4th Cir. 1987).
- (20) 具体的には、オコナー裁判官の意見のうち、パートI、III—B、IVについては多数意見が形成されたが(レインクイスト、ホワイト、スチーブンス、ケネディ各裁判官同調)、パートIIについてはレインクイスト、ホワイト各裁判官が、またパートIII—A、Vについてはレインクイスト、ホワイト、ケネディ裁判官が同調する相対多数意見が形成されすぎない。

- (21) 100 S. Ct. 2758, 2777.
- (22) 109 S. Ct. at 717.
- (23) 修正一四条五項は、「つぎのように規定する。『連邦議会は、適当な立法によって本条の規定を執行する権限を有する。』(樋口陽一・吉田善明編・解説世界憲法集五二頁(一九八八年)(野坂泰司執筆部分)。」
- (24) 109 S. Ct. at 719.
- (25) *Id.*
- (26) *Id.*
- (27) この点について、オコナー裁判官の考え方の背景には、本来アメリカの政治機構の基本的枠組みは、憲法によって与えられた権限を有する連邦政府と、憲法、条約、連邦法によって制約されているものの本来主権を有する州の二つが存在し、連邦政府が修正一四条五項に基づいて、アファーマティヴ・アクションを創設しうるのと同様な権限を州政府も有し、修正一四条一項は、その制定者、具体的には第三九議会が禁じようと求めた州の行為のみに関するものであるという憲法観が存在するというシュアラール(D. Scherer)の指摘がある。シュアラールは、さらに、このような憲法観の下では、連邦議会によって州あるいは地方自治体のアファーマティヴ・アクションが修正一四条一項に反するか否かが決められることになってしまい、このようなアプローチは、マーベリー事件でのマーシャル長官の「憲法は、それに反するすべての立法機関の行為を統制する」という言葉に反するものになると指摘する。Scherer, *Affirmative Action Doctrine and the Conflicting Messages of Croson*, 38 U. Kan. L. Rev. 281, 318-19 (1990).
- (28) 109 S. Ct. 720.
- (29) *Id.*
- (30) 476 U. S. 287-90 (1986).
- (31) 多数意見によれば、厳格な審査の目的は、高度に疑わしい道具の使用を正当化するほどに重要な目標を、立法機関が追求しているということを確実なものにすることによって、人種を正当化しえない形で使用することを、いぶり出すことにあるとされる。また、厳格な審査基準は、選択された手段がやむにやまれぬ利益と密接に適合し、分類の動機が不合理な人種的偏見あるいはステレオ・タイプである可能性がほとんどあるいはまったくないということを確保するためのものであるとされる。109 S. Ct. at 721.
- (32) *Id.* at 720-21.

- (33) このような見解は、イリー(J. Ely)やワッサーストラム(R. Wasserstrom)に代表される。Ely, *The constitutionality of Reverse Racial Discrimination*, 41 U. Chi. L. Rev. 723 (1974); Wasserstrom, *Racism, Sexism, and Professional Treatment: An Approach to the Topics*, 24 UCLA L. Rev. 581 (1977)。しかし、オコーナー裁判官は、この考え方について、それが、アフォーマティブ・アクションは支配的な人種による自らに不利益を課す選択を意味し、平等保護条項の下での司法の役割である「分離し孤立した少数派の保護」とは関係しないから、厳格な審査は採られるべきではないとする考え方とらえた上で、つぎのように批判する。すなわち、クロソン事件の場合、市の人口の五〇％は黒人であり、市議会の九つの議席のうち五つは、黒人によって占められている。したがって、クロソン事件の場合、その考え方に従えば、厳格な審査基準の適用が求められることになるのである。
- (34) 役割モデルについて、オコーナー裁判官の指摘する問題点は、具体的には、まず第一に、生徒数と教師数の統計上の不均衡は、雇用あるいは昇進に関する過去の差別が人種に基づく救済を正当化するものであるということ、明らかに示すような証明価値を有していないということであり、第二に、役割モデル理論は憲法違反あるいは法律違反の原因とは無関係であり、役割モデル理論は人種に基づく意思決定が範囲及び期間の点において本質的に無制限なものであっても、それを正当化するものとして用いられる危険性を有しているということである。109 S. Ct. at 723.
- (35) *Id.* at 723-24.
- (36) 五つの事実とは、市により主張されたもので、具体的には、(1) 条例自らが救済的であると宣言していること、(2) 救済手段の提唱者が建設業界において過去差別が存在したと述べたこと、(3) 市におけるマイノリティの人口が五〇パーセント以上であるのに対し、マイノリティ業者は〇・六七パーセントしか市と契約を結んでいないこと、(4) 地方及び州の契約業者の団体にマイノリティの契約業者の数が少ないこと、(5) 一九七七年、連邦議会が過去の差別の効果が建設業界におけるマイノリティの参加を全国的に抑えていると明確にしたこと、などである。
- (37) この点で、最高裁は、トラック運転手などの初歩的あるいは最低限の訓練を要求されるにすぎない地位とは区別されるべきであるとし、そのような場合には労働人口に占める人種構成の割合と一般の人口における人種構成の割合との統計的比較は、有意差が認められない。109 S. Ct. 706, 725. See *Teamsters v. United States*, 431 U. S. 324, 337-38 (1977).
- (38) 109 S. Ct. at 726.
- (39) *Id.* at 727.
- (40) *Id.* at 728.

- (41) *Id.* at 735.
- (42) この点は、スカリア裁判官が、公立学校における人種差別を解消するための州及び地方自治体の人種に基づく救済を、第二の場合に該当する例外的な事態として認めることによって、一層限定されることとなっている。*id.* at 737.
- (43) このようなスカリア裁判官の見解は、ケネディ裁判官に大きな影響を与えている点で重要性を有する。それは本件でケネディ裁判官がスカリア意見よりも相対多数意見に同調する理由を、スカリア意見の最高裁の先例との不一致に主に求めているからである。したがって将来的に新たな判例が積み重ねられていくならば、その時点でケネディ裁判官がスカリア意見に同調する可能性は高いと思われる。*See id.* at 731.
- (44) 阪本昌成「優先処遇と平等原則—審査基準と実体的価値—」ロー・スクール二八号二七頁、三六頁（一九八一）。
- (45) 109 S. Ct. at 743-44.
- (46) マーシャル裁判官によれば、それは政府に対して、全体的にみた場合に政府の主張する利益を支持し、そして政府が現代の社会状況を注意深く考慮したというよりは、単なるパターナリスティックなステレオタイプ化を基に行動したのではないかという、ごく自然な関心を払拭するのに、十分な証拠の提出であるとされる。*Id.* at 745.
- (47) このようなマーシャル裁判官の立場からすれば、公聴会での過去の差別の効果に対する好意的な証言や、連邦議会が全国的な見地からみた場合には過去の建設業界における組織的差別によって現在でも経済的不平等という効果が存在するという判断を示したという点が重視されることは当然のように思われる。*Id.* at 747-50.
- (48) マーシャル裁判官によれば、市の採用した手段より、公共建設事業費の三〇パーセントが影響を受けるが、それは全体のリッチモンド市地域の契約のわずか三パーセントにすぎないとされる。
- (49) 109 S. Ct. at 751.
- (50) *Id.* at 752.
- (51) *Id.* at 754-55.
- (52) このようなマーシャル裁判官の見解は、判決意見に対してこれまでの最高裁の立場からの明らかな後退であるとするブラックマン反対意見によって、さらに補足されている。*See id.* at 757.
- (53) この他に、ケネディ裁判官とブラックマン裁判官の意見がある。注(43)及び(52)参照。
- (54) 473 U. S. 432, 452-453, 105 S. Ct. 3249, 3261 (1985). なお、邦語評釈であるが、青柳幸一「知恵遅れの人の権利と平等保護」ジュリスト八七〇号八八頁（一九八六）、とくに九三頁を参照のこと。

三 クロソン判決とアファーマティヴ・アクションの問題点

1 共同声明とフリードの反論

これまでやや詳細にわたってみてきたクロソン判決は、その判決が下されて以後、人種を意識したアファーマティヴ・アクションの合憲性に対して厳格な審査基準を適用するという内容のゆえに、かなりの社会的影響を与えている。⁽¹⁾しかし、その影響は、単にマスコミなどにとどまることなく、学界においても大きな反響をもたらすという形であらわれている。そのことを端的に示すのが、憲法学者を中心にアメリカの法学者三〇名によって署名をされた共同声明の存在である。⁽²⁾

この共同声明は、クロソン判決の結果、州及び地方自治体による人種を意識した救済が、最高裁によりすべて違憲であるとされたとする風評や、動きの鈍化しそうな州や地方自治体の動きに対して、アファーマティヴ・アクションを肯定する立場から、現在のアファーマティヴ・アクションに関する判例法の現状および今後の審査基準の方向についての指針を提示しようとするものである。この共同声明は、クロソン判決の学界に与えた影響の大きさを示すとともに、これまでのアファーマティヴ・アクションに関する代表的な論点を明らかにしている点で重要であると考えられる。以下、共同声明の具体的な内容がどのようなかを見ていくことにしたい。

共同声明は、まず人種を意識したアファーマティヴ・アクションに関する現在の法理の理解として、つぎのような五点をあげる。⁽³⁾

まず第一に、共同声明は、平等保護条項の趣旨を、人種間の従属関係の打破と人種を基礎として市民を格付けることとの排除に求める。そして、このような平等保護条項に関する広範な理解から、人種を意識したアファーマティヴ・アクションが、人種を考慮したということのみのために、憲法に反するとはいえないとする。

第二に、共同声明は、社会的差別が人種を意識したアファーマティヴ・アクションを正当化するかという点を問題とする。この点について、共同声明は、最高裁がクロソン判決で、社会的差別そのみでは人種を意識したアファーマティヴ・アクションを正当化することができないと結論づけたこと⁽⁴⁾を認める。しかし、共同声明は、最高裁が同時に、州や地方自治体に対して、アファーマティヴ・アクションの実施を、それら自身が過去において意図的に差別を行ったことを示す特定の事件であることを立証した場合のみに限定するという考え方も拒絶しているとする。共同声明によれば、最高裁は、柔軟な性質を内容とする人種を意識したアファーマティヴ・アクションについては、統計上の関連性を根拠に認めることを明らかにしているとするのである。

第三に、共同声明は、最高裁が、州や地方自治体による人種を意識したアファーマティヴ・アクションの手段について、それが憲法上、州や地方自治体自身による過去の差別の効果を矯正することに限定されることはしておらず、またその救済の対象は、過去の差別に関して確認された事件における被害者のみに限定されるという考え方を否定しているとする。

第四に、共同声明は、人種を意識したアファーマティヴ・アクションの正当化事由について、過去の差別を矯正する手段であるという理由に加えて、マイノリティに対する差別を将来に向かって解消していく手段であるという理由も認められるとする。

最後に、共同声明は、最高裁が、人種を意識したアファーマティヴ・アクション計画については、コミュニティ全体の観点からみて、その計画に伴う負担が衡平に分配されることを求めているとする。

このような共同声明に対して、反論を加えるのが、フリード (C. Fried)⁽⁵⁾である。フリードの見解は、彼が一九八五年六月一日から一九八九年一月二〇日まで訟務長官代理 (Acting Solicitor General)、訟務長官 (Solicitor General) の職にあったため、当時の司法省の見解に色濃く反映されている。一言でいえば、それは、人種を意識したアファーマティ

ヴ・アクションに対して好意的な見解とは対極的な位置に立つきわめて批判的なものである。^(c)以下、フリードの見解についてみていくことにしたい。

フリードは、共同声明の示したアファーマティヴ・アクションに関する現在の法理の理解について、つぎのように反論する。まず、第一の点については、クロソン判決は、平等保護条項の下での司法審査の基準は、人種中立的であることを求めるものであるとする。つぎに、フリードは、人種を意識したアファーマティヴ・アクションの正当事由について、社会的差別をどのように考えるかについては、クロソン判決は、社会的差別は、無定型であり人種を意識した手段の基礎としては不適切であるとする、バックー判決およびワイガント判決におけるパウエル裁判官の判断に依拠していると考えるべきであるとする。さらに、フリードは、人種を意識したアファーマティヴ・アクションの場合には、建設業界全体における過去の差別とか、アメリカにおける差別の悲しむべき歴史の存在とか、種々の統計上の比較によっては正当化されえず、憲法違反あるいは法律違反の一応の立証がなされていると考えるような特定性の高い確認された差別が存在しなければならぬとする。⁽⁷⁾

共同声明における、第四の点である人種を意識したアファーマティヴ・アクションが許容される場合として、人種間の調和を促進するという将来志向的な手段である場合をも含むとする主張に対して、フリードは、それが、ステイグマによる害をもたらす危険性を有していると批判し、過去の差別に対する救済の状況に限定される必要があるとする。⁽⁸⁾

フリードは、いままで述べてきたことに加えて、さらに、共同声明に対して、より大きな観点から批判する。すなわち、政府が負担と利益の分配において人種を基準に用いることは、そのたびごとにアメリカの立憲政治の基本的価値を侵害することになると主張するのである。そして共同声明が、包括的(inclusive)手段と排他的(exclusive)手段との区別を提唱したり、人種の選好に対して将来志向的な正当化を好ましいものとしていることは、立憲政治に関する原

則を否定していることを意味しているとする⁽⁹⁾。

これまで共同声明あるいはそれに対するフリードの反論などを見てきたが、そこにおいて注目されるのは、現在のアファーマティヴ・アクションに関する代表的な論点とそれに対する見解の対立がおおよそ明らかにされていることである。すなわち、そこで取り上げられている論点である、修正一四條の趣旨と司法審査の基準との関連という問題、社会的差別が人種を意識したアファーマティヴ・アクションの正当化事由として認められるのか、認められないとした場合に差別行為の立証がどの程度要求されるのかという問題、さらにアファーマティヴ・アクションの正当化事由として将来志向的な理由が認められるのかという問題⁽¹¹⁾などが、公的部門に関わるクロソン判決を含めて、自発的な人種を意識したアファーマティヴ・アクションに関して争われてきたからである。

しかし、それらの論点の背後に存在するものとして忘れてならないのは、フリードの指摘するように、より大きな対立点としてのアメリカにおける憲政上の原則にかかわる争いである。アメリカの立憲政治の基本的価値をどのようにとらえ、そしてそれに対する司法の役割をどのように考えるかが、アファーマティヴ・アクションとくに公的部門における自発的なアファーマティヴ・アクションの将来を決定する上できわめて重要であると考えられるからである。そこで、本稿では、まず公的部門における人種を意識したアファーマティヴ・アクションをめぐる現在の論点に言及した上で、その後節を改めて、それらの背後に存在するより基本的な問題点に触れることにしたい。

2 修正一四條と司法審査基準

クロソン判決の相對多数意見は、前述したように、連邦議会は、修正一四條の執行権限に基づき、社会的差別の存在を根拠に、人種を意識したアファーマティヴ・アクション計画を策定することができるとする一方で、州や地方自治体に対しては、修正一四條一項の制約の下で同様の権限は認められないとする。したがって、相對多数意見の考え

方に従えば、連邦議会のアフアーマティヴ・アクション計画には敬讓的な審査基準が適用され、州や地方自治体の立法の場合には、厳格な審査基準が適用されるといふことになる。

しかし、このような見解に対しては、連邦議会の救済権限と州の救済権限との区分が、人為的に過ぎるとの批判がある。⁽¹²⁾ この点をどのようにとらえるかにあたって重要なのは、クロソン判決の相対多数意見が先例としたフリラブ判決をどのように理解するかという点である。

フリラブ判決の判旨は、前述したように、連邦議会の立法に対して敬讓的な司法審査の基準を適用すべきであるというものである。しかし、フリラブ判決で注意しなければならぬことは、相対多数意見が、連邦議会の立法権限と州の権限との比較をせず、州の問題については、まったくと言っていいほど触れていないことである。むしろ、その判決の中では、司法との関係が触れられているのである。たとえば、その意見では、「ただ一人の裁判官あるいは教育委員会の選択ではなく、連邦議会と大統領の熟慮に基づく判断⁽¹³⁾」を考慮していることが強調されているし、また人種を意識したアフアーマティヴ・アクションの手段と目的との関連性の判断にあたっては、裁判所による救済判決と連邦議会の立法権限とは区別すべきであるという点が強調されているのである。⁽¹⁴⁾

したがって、人種を意識した救済をなす州の行為が修正一四条の立法者意思から考えて禁ぜられているという見解は、フリラブ判決ではなく今回のクロソン判決で初めて述べられたものである。その意味で、問題は、修正一四条の立法者意思をこのようにとらえることができるのかどうかという点に大きく関わってくることになる。

この点について、最高裁の見解は、明確ではない。人種を意識したアフアーマティヴ・アクションと修正一四条の立法経過との関連に触れた最高裁の裁判官による意見についても、バックー判決⁽¹⁵⁾におけるマーシャル裁判官の意見があるにすぎない。マーシャル裁判官は、その意見の中で、修正一四条が連邦議会を通過した際にそれと同時に、黒人に多くの利益を優先的に与える一八六六年黒人解放局設置法(Freedman's Bureau Act)が議会を通過したことを根拠に、

修正一四条が黒人に対する過去の差別によってもたらされている現在における効果を救済するための手段を禁じていないとして⁽¹⁶⁾いる。

しかし、このマーシャル裁判官の見解に影響を与えたシュナッパアー(E. Schappert)の論文⁽¹⁷⁾の中には、必ずしもマーシャル裁判官の見解を支持するものばかりではなく、むしろそれに反するような資料も含まれているように思われる。たとえば、黒人解放局設置法は、その成立過程で、一貫して特定の黒人階層に向けられた階層法案であるとの批判を受け続け⁽¹⁸⁾、一八六六年の黒人解放局設置法の際にも、当時のジョンソン大統領の拒否権の行使にあい、さらにその内容を緩和した法案に対しても、その審議過程において黒人という階層のみを対象とした法案であるとの批判を受け、再度ジョンソン大統領の拒否権の行使に遭遇するという経緯をたどっているのである。そのような経緯から、そこに一貫して批判的な見解が根強く存在していたことを知ることができる。

さらに、一八六六年黒人解放局設置法それ自体は、大統領の拒否権の行使にもかかわらず成立したが⁽¹⁹⁾、一八六六年法は、一八六五年法によって創設された黒人解放局の活動を二年間延長するものに過ぎず、その結果、結局において黒人解放局は一八七二年に廃止されることになったのである。これらの点を考え合わせるとき、修正一四条の審議と一八六六年黒人解放局設置法の審議が同一の議会において、ほぼ同時期に並行して行われ、かつその賛成者がほぼ同様な構成をとっていたとしても、そのことは、修正一四条の立法者意思が人種を意識したアファーマティヴ・アクションを許容することにあつたという点を証明するものではなく、単に強く示唆するものにすぎないと考えるべきである⁽²⁰⁾。すなわち、修正一四条の条文に明文をもって示されていない以上、黒人解放局設置法の立法経過は修正一四条に関する解釈上の指針を示すにとどまるといわざるをえないであろう⁽²¹⁾。結局、修正一四条の立法者意思を根拠に、州が広範な救済上の手段を行使し、それによって過去の人種差別によってもたらされた現在みられる効果を救済することを妨げられない⁽²²⁾、という積極的な州の行為を修正一四条から引き出せるかどうかは、疑問とせざるをえない。

しかし、そのことは、修正一四条を州の立法機関が人種に基づく立法をなすことに対する不信感から生じたものととらえ、それゆえに修正一四条は人種を意識した救済を州が策定、実施することを制限するものであり、したがって州による人種を意識したアファーマティブ・アクションに対しては、厳格な審査基準を適用すべきであるというオコナー裁判官の見解を顔面通り受け取るべきことを意味していない。⁽²³⁾ オコナー裁判官のいう厳格審査は、これまでの理解とは異なり、緩やかなものだからである。⁽²⁴⁾ この点に関して、シュアラード(Sherard)は、厳格な審査とは、スカリア裁判官の反対意見で表明されている性質のものであり、オコナー裁判官の提唱する厳格な審査基準は、その具体的な適用においては、マーシャル裁判官のいう中間的な審査基準に近いとまで指摘する。⁽²⁵⁾ そして、オコナー裁判官自身、審査基準に関してみられる裁判官内部の不一致は、政府目的の点よりも、政府利益とそれを達成するための手段との適合性をどの程度まで求めるかにあるとしているのである。⁽²⁶⁾

そして、このようなオコナー裁判官の見解は、現在までの最高裁の動向を反映したものと考えられる。そう考える一つの理由は、「理論の上では厳格にととまざるが、実際においては致命的」(strict in theory and fatal in fact)⁽²⁷⁾ だとされ、ほとんどの場合には違憲判断が導き出される厳格な審査基準が適用されたにも関わらず、州及び地方自治体による自発的な人種を意識したアファーマティブ・アクションに関する最高裁の先例の中に、一貫した判断を見出すことができないことにある。州及び地方自治体の人種を意識したアファーマティブ・アクションに関して合憲性が争われた事件には、バックキー事件、合衆国対パラダイス(United States v. Paradise)事件⁽²⁸⁾、ワイガント事件があるが、そのうち、最高裁としての憲法判断が示されたパラダイス事件、ワイガント事件では、それぞれ合憲、違憲という異なる判断が示されているのである。

パラダイス事件では、アラバマ州の州兵組織内での昇進に関して、二五パーセントの幹部が黒人になるまで、昇進者のうち五〇パーセントは黒人であることを命ずる連邦地裁による同意判決の合憲性が争われたが、最高裁は、厳格

な審査基準を適用して合憲としているのである。また、公民権法第七編とともに憲法違反が争われたシート・メタル・ワーカーズ対EEOC (Local 28, Sheet Metal Workers Int'l Assn. v. EEOC) 事件⁽²⁹⁾でも、五人の裁判官が、厳格な審査基準を適用して、合憲としている。

さらに、バックキー事件では、パウエル裁判官は争点となったアファーマティヴ・アクション・プランに対して厳格な審査基準を適用し、政府利益の点ではやむにやまれぬ利益の存在を認めながら、その利益を達成するための手段は厳密に適合させられていないと判断しているのである⁽³⁰⁾。

しかし、いま述べたことは、オコーナー裁判官に代表される審査基準の考え方とマーシャル裁判官の示す審査基準との相違があまりないということの意味するのではなく、むしろ両者の間には、将来のアファーマティヴ・アクションの展開をかなり異なる方向に導くような、実質面での重要な相違が存在すると考えられる。その相違は、アファーマティヴ・アクションが必要であるとする州あるいは地方自治体の判断に対して、どの程度の敬意を払うべきか、具体的には、社会的差別を理由としたアファーマティヴ・アクションを政府が行うことに対して、どのような態度をとるかという点であり⁽³¹⁾、さらに社会的差別をアファーマティヴ・アクションの正当化事由として認めえないとしても、差別行為の立証についてのどの程度の厳密さを求めるかという点に存在する。この二つの点をどのように考えるかは、今後のアファーマティヴ・アクションの展開の方向性を占う上でも重要と思われる。以下、それらの点についてみていくことにする。

3 社会的差別と差別行為の立証

クロソン判決をより詳細に検討していく場合、多数派の内部がレインクイスト、オコーナー、ホワイト、ケネディの四人の裁判官の提唱する審査基準とスカリア裁判官の提唱する厳格度のはるかに強い審査基準とに分かれており、

さらにそれに加えて、マーシャル、ブレナン、ブラックマンの三人の裁判官の提唱する中間的な審査基準とステイブンス裁判官の提唱するやや強度の合理性の基準の四種類の審査基準が提唱されていることがわかる。

そして、この四種類の司法審査基準の中では、スカリア裁判官の提唱する基準を除いて、その他の基準は、「アド・ホックな、事実関係に依存したアプローチ」がとられている点で共通の特色を有している。⁽³³⁾ そのことは、スカリア裁判官を除いて他の八人の裁判官の間では、過去の差別に基づく現在の効果を除去することの必要性が政府の利益であることについて、合意が成立していることを反映していると考えられるのである。したがって、問題となるのは、オコナー裁判官らの見解とマーシャル裁判官らとの見解との間に存在する隔たりとはどのようなものである。

その隔たりを形作る上で大きな原因となっているのは、社会的差別の存在を根拠に州や州から権限の委任をうけた地方自治体が、人種を意識したアフーマティヴ・アクションを実施できるかいなかという点についての判断であり、それとの関連での差別行為の立証の程度をどのように考えるのかという点である。

社会的差別の問題に関して、オコナー裁判官は、社会的差別のみでは人種による分類を正当化するには不十分であるとすワイガント判決におけるパウエル裁判官の意見⁽³⁴⁾を引用しながら、社会的差別と、人種に基づく救済を許容するものの社会的差別とは異なり救済の範囲に一定の枠をはめ得るものとしての「確認された差別」(identified discrimination)⁽³⁵⁾との区別を提唱する。

そして、具体的に、オコナー裁判官は、非マイノリティ業者がマイノリティ業者の下請契約受注の機会を組織的に排除するなどの証拠を、リッチモンド市が有するというような確認された差別が存在するような場合には、州あるいは州から授権された地方自治体はその管轄内で、確認された差別の効果を矯正するためにアフーマティヴ・アクションをとることができるのである。⁽³⁶⁾

このような区別に関して問題となるのは、オコナー裁判官が、前述したように、連邦議会に対しては、社会的な

差別の効果を確認し矯正することを認めていることとの関連で、州あるいは州から授權された地方自治体との関連でいわれる確認された差別と、社会的差別との相違は何かということである。

ここでいう確認された差別とは、具体的にはなにをさすのかについて、はっきりと定義的に明確にされていないからである。この点について、下級審の判決の中には、特定の一つの産業あるいはその産業のさらに一部における過去の差別はその焦点が明確である点で社会的差別ではなく確認された差別にあたるとする判断を示すものもある⁽³⁷⁾。このような緩やかな理解は、当初この基準を提唱したパウエル裁判官の意図に沿うものと考えられるが、オコーナー裁判官の考える内容は、これより格段ときびしいものとなっている⁽³⁹⁾。この点で、とくに注目されるのは、オコーナー裁判官が、確認された差別という観念を認めながらも、実際にそれを立証するための要件について、かなり制限的に解そうとする態度をとっていることである⁽⁴⁰⁾。

オコーナー裁判官は、これまで差別行為の立証に関して、確固とした基礎(Griff Basis)を示すべきであることを求めてきているが、その考え方で注目しなければならないのは、それが憲法上及び公民権法上の基準の一元化を意図していることに加えて、そこで提唱されている基準が厳格なものだということである。ウッドサイドの Woodsid⁽⁴¹⁾とマルクス(J. Marx)は、オコーナー裁判官の示す基準を、著しい統計上の不均衡が示される場合には、そのみで差別慣行や差別のパターンの存在に関して、一応の立証がなされたものと推定されるとするものであるとして、それを「一応の立証基準」(Prima facie standard)と名付ける。その上で、ウッドサイドとマルクスは、その長所として基準の明瞭化をあげつつも、その長所がより大きな問題を引き起こすとする。それは、この基準が被差別グループが争われている雇用なりその他の領域で、すでに統計上の比較対象となりうるようなかなりの部分を占めていなければ意味を有しないという特色を持っているために、もともと被差別グループの数が少ない場合には、差別行為の立証が難しくくなり、アファーマティヴ・アクションもとられにくくなる結果、既存の差別慣行を温存する効果を有するという欠点を

持つという点であるとする。⁽⁴²⁾

このウッドサイドとマルクスの指摘する問題点は、クロソン判決でも市側の提出する統計資料に対する否定的な理解となつてあらわれているが、さらに、この一応の立証基準には、大きくいって二つの問題点が存在する。⁽⁴³⁾ 第一の問題点は、この基準の下では、統計上の数値が重視される結果、その他の要素、たとえばクロソン事件における公聴会での証言などは相対的に軽視されやすくなるという点である。その結果、本来差別というものが、それぞれの個別的な状況との関連でとらえられるべきものであるにもかかわらず、その視点が喪失され、画一的な処理が優先されてしまふという結果を招くことになってしまう。

第二に、より重要な問題点として、この基準の下では、差別の具体的状況に対して無関心である結果、差別行為を積極的に解消するという政策に対しても消極的態度に終始しやすいつい欠点を有することがあげられる。このことは、クロソン判決の場合にも明瞭に現れていると思われる。すなわち、クロソン判決の場合、かつてフリラブ判決さらにワイガント判決に関連して指摘されたような、州との契約という分野での差別慣行の効果の永続化を避けることが政府のやむにやまれぬ利益の一つに該当するという観念は、⁽⁴⁴⁾ もはや見られない。さらにこの観念の欠如と関連して、州あるいは地方自治体による自発的な人種を意識した救済はきわめて限定された場合にのみ認められるとともに、州あるいは地方自治体はあくまで消極的な参加者にとどまることを求められる。

このような点を考慮した場合、差別行為の立証の点に関するクロソン判決の理解については、ユナイテッド・ステールワーカーズ対ウェバー⁽⁴⁵⁾ (United Steelworkers v. Weber) 事件判決やジョンソン対交通局⁽⁴⁶⁾ (Johnson v. Transportation Agency) 事件判決の中で示された、「伝統的にマイノリティが隔離されてきた職種」における人種の不均衡が存在する場合には、それを除去するためにアフーマティブ・アクションを採用することができるというような、広範な解釈を許す基準に比べて、はるかに厳しい基準が示されているといわざるをえないであろう。⁽⁴⁷⁾

いままで述べてきたような点、また最近あるいは今後予想される裁判官の人員の交替による最高裁の保守化⁽⁴⁸⁾の影響などの点を考慮した場合には、差別行為の立証については、これまで予想されている以上⁽⁴⁹⁾に、州あるいは地方自治体による人種を意識したアファーマティヴ・アクションの実施に障害となるように思われる。さらにこのことに加えて、オコナー裁判官がアファーマティヴ・アクション実施の具体的手段の点についても、極力人種を意識した救済ではなく、人種中立的な手段を考慮すべきことを求めていることを考え合わせるとき、クロソン判決が州や地方自治体による自発的な人種を意識した救済に与える今後の影響は、判決が出た当初予想されていた以上に大きくなる可能性が強いと思われる⁽⁵⁰⁾。

ところで、クロソン判決がなぜこのような厳格な態度をとったかについては、いくつかの背景的理由を指摘するところできよう。一つの理解は、その原因をマイノリティ業者取り置き制自体に内在する特殊な要因に求める立場であろう。たとえば、取り置き制が、二つの点で、腐敗を助長していると見る見解がある。それによれば、二つの方法とは、一つには実際には白人によって所有されている会社が、黒人を雇いその会社の所有者とするという方法に起因するものであり、もう一つには、実体のあまりない黒人の会社が政府と下請の白人の会社の間に入り、ブローカー的な役割を果たすという方法によってであるとされる。これら二つの方法によって腐敗がもたらされるといっているのである。

したがって取り置き制は廃止される必要があるという説明である⁽⁵¹⁾。このような理解も、クロソン判決の背景的理由の一つとして考えられうると思われる。しかし、クロソン判決をより深く理解するためには、これまでのアファーマティヴ・アクションに関する最高裁内部の意見の対立を理解する必要があると思われる。その意味でクロソン判決の厳格さをその内在的な特殊要因によって説明するだけでは不十分であると考えられる。したがって、最高裁内部の意見の対立に注意を向ける必要が生じるが、それを理解するためには、アファーマティヴ・アクションをめぐる論争の背後⁽⁵²⁾にあって、それを規定している基本的対立点を検討する必要があると思われる。つぎに、章を改めてその点をみて

みることにした。

(1) *High Court Limits States' Power to Use Race in Contracting*, Wall St. J., Jan. 24, 1989, at A3, col. 1 以下を、クロン判決は、ある種のアファーマティヴ・アクションには門戸を開いているものの、現在三六の州と一九〇の市及び郡において採用されている、さまざまな種類のマイノリティのための契約に関するプログラムの有効性に対して、疑問を投げかけるものであるとされる。また、クロン判決は、直接には、州と地方公共団体の公共契約の付与において、マイノリティを援助するというプログラムのみを含んでいるにすぎないが、最高裁によって採用された法原理は、雇用、教育そしてその他の分野における、他のアファーマティヴ・アクションのタイプにも適用される可能性が高いとされる。

(2) *Constitutional Scholars' Statement on Affirmative Action After City of Richmond v. J. A. Croson Co.*, 98 YALE L. J. 1711 (1989). この共同声明は、新平等協会(Organization for a New Equality)がハーバード大学ロー・スクールのチャイン教授に依頼して、一九八九年三月三〇日にボストンで開催されたアファーマティヴ・アクションに関する憲法学者会議(Constitutional Scholars' Conference on Affirmative Action)で採択された原案をまとめたものである。ちなみに、この共同声明に参加した人々は、以下の通りである。アリーン(J. Aron)、トラヴィス(B. Black)、ボブバ(P. Bobbit)、ボリンジャー(L. Bollinger)、ブレズド(P. Brest)、カラボレスト(G. Calabrest)、カーター・ウリヤン(D. Carty-Bennia)、チャペー(J. Choper)、デービス(P. Davis)、デーズ(D. Days)、ディンジャー(W. Dellinger)、ドーズン(N. Dorson)、エリー(J. Ely)、エドレー(G. Edley)、カッツァー(Y. Kamisar)、カースト(K. Karst)、ケイ(H. Kay)、キング(P. King)、マートン(B. Marshall)、ミッセルマン(F. Michelman)、ノートン(E. Norton)、オ'ネイル(R. O'Neil)、ロペス(G. Lopez)、プラザー(S. Prager)、ラスク(D. Rusk)、セクストン(J. Sexton)、ストーン(G. Stone)、サンシュタイン(C. Sunstein)、トリベ(L. Tribe)、ヴァレンバーグ(J. Vorenberg)。

(3) *Id.* at 1712-13.

(4) *But see Schwartz, The 1986 and 1987 Affirmative Action Cases: It's all over but the Shouting*, 86 MICH. L. REV. 524, 559 (1987).

(5) Fried, *Affirmative Action After City of Richmond v. J. A. Croson Co.: A Response to the Scholars' Statement*, 99 YALE L. J. 155 (1989).

(6) この十分な見解の背景には、その当時のレーガン政権のとっていたアファーマティヴ・アクション緩和政策が存在する。

もつとも、民間企業や州や市は、必ずしもそのような政策に追随してはいないとされる。Schwartz, *supra* note 4, at 525 n. 11. 竹内一夫「米国における雇用差別の積極的是正」一橋論叢九六卷四号五二頁、六八頁（一九八六）。もつとも、そこでの民間企業の行動が費用のかかる訴訟を回避しようとする点に動機づけられていたことに注意すべきであらう。

(7) Fried, *supra* note 4, at 157-58. フリードはこのような理解がオローナー裁判官の意図するところであると信じている。ワトソン対フォートワース・バンク・アンド・トラスト(Watson v. Fort Worth Bank & Trust, 108 S. Ct. 2777, (1988))事件判決でのオローナー裁判官の言明を引用しながら、明らかにしようとする。しかし、この点については、ワトソン事件が公民権第七編に関するものであることに注意する必要があるように思われる。そこでは、憲法上の基準と公民権法上の基準とを同一視しうるかいないかが明確ではないからである。

(8) *Id.* at 158.

(9) *Id.* at 160.

(10) 西村裕三「アファーマティヴ・アクションの任意の実施と差別の立証要件—Waber 判決以後の展開—」大阪府立大学経済研究三二巻三号二二二頁、二二四頁（一九八七）。

(11) Sullivan, *Sins of Discrimination: Last Term's Affirmative Action Cases*, 100 Harv. L. Rev. 78 (1986).

(12) *The Supreme Court, 1988 Term—Leading Cases*, 103 Harv. L. Rev. 137, 223 (1989). (hereafter cited as *Leading Cases*).

(13) 448 U. S. 448, 476 (1980). この判決の中で、バーガー長官の執筆した相対多数意見は、プロシエット対ホルデン(Bloggett v. Holden, 275 U. S. 142 (1927))事件判決を引用しながら、連邦議会の立法に対する司法審査は、最も重大かつ微妙な最高裁に課された任務であるとし、そのような立場から、綿密な審理を行うべきであるとする。*Id.* at 472. しかし、前述のように、実際には、その文言にもかかわらずかなり広範な連邦議会の権限を認めている。

(14) *Id.* at 480.

(15) 438 U. S. 265, 98 S. Ct. 2733 (1978).

(16) 438 U. S. at 398.

(17) Schnapper, *Affirmative Action and the Legislative History of the Fourteenth Amendment*, 71 Va. L. Rev. 753 (1985).

この論文は、シェナッパーが全米黒人地位向上協会のために提出した法廷の友書面を基礎にしている。この論文の中で、シェナッパーは、「修正一四条のアファーマティヴ・アクションに対する制約は、白人に課せられる負担あるいは過去の差別によ

- り被害を受けた黒人を正確に確認するという点にあるのではなく、そのアフーマティヴ・アクションにより与えられる利益のタイプに關心」があるとし、したがってそこで問題となるのは、その計画が最低必需品(Basic Necessities)を供給するものか、自己発展(Self Advancement)や自活の機会をあたえようとするものかであり、現在の大部分のアフーマティヴ・アクションは後者の機会を手をゆるがすものであるとする。そして、現在のアフーマティヴ・アクションは、フリードマン・ビュロー法に比較すれば、はるかに緩やかな制限であって、その意味で、人種を意識したアフーマティヴ・アクションは、修正一四条の立法者意思に合致していると示唆する。
- (18) シュナップーは、フリードマン・ビュロー法について、一八六六年法に加えて、一八六四年法案、一八六五年法についても分析を加えている。 *Id.* at 755-75.
- (19) シュナップーによれば、その票数は、下院においては、一〇四票対三三票とあり、上院においては、三三票対一二票であったとされる。 *Id.* at 775.
- (20) この点に関して、デイス(D. Days)は、フリードマン・ビュロー法は、公民権法の中では、明確な人種による分類を用いている点で、例外的であるとする。 *Days, Fullione*, 96 *YALE L.J.* 453, 466 (1987).
- (21) Scherer, *Affirmative Action Doctrine and the Conflicting Messages of Croson*, 38 *U. KAN. L. REV.* 281, 285-86 (1990).
- (22) *Leading Cases*, *supra* note 11, at 224.
- (23) *Id.* at 224.
- (24) See *Scholars' Reply to Professor Fried*, 99 *YALE L.J.* 163 (1989). なお、この反論に署名した学者は、二九名であり、共同声明に署名した者の中で、イリー教授は加わっていない。
- (25) See Scherer, *supra* note 21, at 303; Comment, *Affirmative Action Minority Set-Asides Future Justification for Implementation at the State and/or Local Government Level*, 59 *MISS. L.J.* 189, 205 n. 79 (1989).
- (26) この点については、クロソン判決のみではなく、ワイガント判決、バラダイス判決などにおけるオコーナー裁判官の意見からも知ることができむ。 *See eg.*, 476 *U.S.* 287. このような点が認められるとすれば、クロソン判決で人種を意識した公共部門によるアフーマティヴ・アクションに対する審査基準として、厳格な審査基準の適用を認める多数派が最高裁の裁判官内部に形成されたことは、それほどこの影響はなごむと言いきえよう。 *See Scholar's Reply to Professor Fried*, *supra* note 24, at 165.

- (27) Gunther, *The Supreme Court, 1971 Term,—Foreword: In Search of Evolving Doctrines on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, 86 HARV. L. REV. 1, 8 (1972).
- (28) 480 U. S. 149 (1987).
- (29) 478 U. S. 421 (1986).
- (30) Schwartz, *supra* note 4, at 546-47. なお、このような態度が性を意識したアファーマティヴ・アクションの合憲性に対する審査にどのように影響を与えうるかについては、武田万里子「アメリカ合衆国に置ける男女平等とアファーマティヴ・アクション」早大法研論集四七号一六三頁（一九八八）参照のこと。
- (31) See Scherer, *supra* note 21, at 315.
- (32) スカリア裁判官は、最高裁裁判官に就任する以前から、人種を意識したアファーマティヴ・アクションに対しては、原則及び実際の理由のいずれの面においても、拒否することを明確にしていた。See Scalia, *The Disease As Cure*, 1979 WASH. U. L. Q. 147, 156.
- (33) Scherer, *supra* note 21, at 329.
- (34) 106 S. Ct. 1842, 1846.
- (35) この点で、注目されるのは、オコーナー裁判官が、ワイガント判決における意見の中では、政府によるアファーマティヴ・アクションは、政府自身による差別に対する救済という政府利益が存在する場合のみに制限され、政府自身による差別に帰すことのない社会的差別を除去するということのみでは厳格な審査でいうところのやむにやまれぬ利益に該当しないと述べていることである。Id. at 1855.
- (36) 109 S. Ct. 706, 729 (1989).
- (37) Schmidt v. Oakland Unified School Dist. 662 F. 2d 550, 558 (9th Cir. 1981); South Florida Chapter of the Associated Gen. Contractors of Am. v. Metropolitan Dade County, 723 F. 2d 846, 853 (11th Cir. 1982).
- (38) Schwartz, *supra* note 4, at 554-55.
- (39) Note, *The Nonperpetuation of Discrimination in Public Contracting: A Justification for State and Local Minority Business Set-Asides After Wygant*, 101 HARV. L. REV. 1797, 1804 n. 43 (1988).
- (40) クロン事件の場合でも、オコーナー裁判官は、「市によって提出された証拠は、リッチモンドの建設業界における確認された差別をなごら示すものではない」として、109 S. Ct. 706, 727 (1989)。この点で、かつてオコーナー裁判官がワイガ

- ント判決における意見の中で示した、アファーマティブ・アクションを実施する際の基礎としての事実認定の意味は、政府による自発的アファーマティブ・アクションを政府自身による過去の差別に対する救済に限定することを確実なものにすることであり、法律違反あるいは憲法違反というような要件は、この事実認定においては求められていないという見解（476 U. S. 289）は限定的にとらえられる必要がある。
- (41) 107 S. Ct. 1442, 1461-62 (1987). See Schwartz, *supra* note 4, at 537.
- (42) Woodside & Marx, *Walking the Tightrope between Title VII and Equal Protection: Public Sector Voluntary Affirmative Action After Johnson and Wygant*, 20 *Ura. L.* 367, 382 (1988).
- (43) このほかに、オコーナー裁判官自らが、かつてワイガント事件で指摘した（476 U. S. 290）、政府に対して、アファーマティブ・アクションを実施する際に、あらかじめ違法な差別に政府が従事していたという事実認定を求めることは、政府による自発的な公民権法上の義務の遂行を妨げるという事態を招く恐れがあるという問題点をあげることができよう。
- (44) Note, *The Nonperpetuation of Discrimination in Public Contracting: A Justification for State and Local Minority Business Set-Asides After Wygant*, *supra* note 35, at 1799.
- (45) 443 U. S. 193, 197 (1979). ウェーバー判決に関する邦語評釈としては、山口浩一郎「使用者の差別是正行為と逆差別——ウェーバー事件の紹介——」*シユリスト*七一九八頁（一九八〇）、西村裕三・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法的諸問題第五章など参照のこと。
- (46) 107 S. Ct. 1442, 1453 (1987).
- (47) Woodside & Marx, *supra* note 42, at 383.
- (48) この点で、パウエル裁判官の後任として、自発的なアファーマティブ・アクションの合憲性に関する最高裁の判断を左右する役割を担うことが予想された、ケネディ裁判官がスカリア裁判官の見解にかなり好意的であることは重要であると考えられる。See Woodside & Marx, *supra* note 42, at 388 n. 76.
- (49) Comment, *Affirmative Action Minority Set-Asides: Future Justification for Implementation at the State and/or Local Government Level*, *supra* note 25, 205.
- (50) クロンン判決に対する判例批評の中には、これまでアファーマティブ・アクションに関する事件において、つねにキヤスチング・ボートを握ってきたパウエル裁判官に代わって、今後はオコーナー裁判官がその立場に立つことにならうとする見解も存在する。See *Set-Asides Aside*, A. B. A. J. 46 (April, 1989). しかし、オコーナー裁判官が、現在の最高裁の中でも中道

的な立場を保持しているといえるかどうかは疑問であろう。むしろ、そのような立場は、今後ホワイト裁判官が担っていく可能性が高いと思われる。Schwartz, *supra* note 4, at 544.

(15) New Republic, May 5, 1986, at 11.

(16) Fried, *supra* note 5, at 160.

四 アフーマティヴ・アクションをめぐる基本的対立の構図

1 基本的対立点の変遷

これまでみてきたように、アフーマティヴ・アクションをめぐる論争は、今日まで盛んになされているが、その根底にある基本的対立点は、幾層にもわたり複数存在していると考えられ、それぞれの間での重要性をその時々状況に応じて変化させてきたように思われる。

まず、一九七〇年代から一九八〇年代前半にかけて重要視されてきたのが、ファロン (R. Fallon) とワイラー (P. Waller) の指摘するような、人種間での正義 (Racial Justice) を考える際に個人に重点をおく個人的正義モデル (Model of Individual Justice) とグループを基本として考えるグループ的正義モデル (Model of Group Justice) との対立である⁽¹⁷⁾。ファロンによれば、個人的正義モデルは、一般原則としての反差別原則 (antidiscrimination principle) をその中核とし、当事者の人種によって、分類、決定、慣行が行われることを否定するものである。この反差別原則に関して重要な点は、それが個々の人間は尊敬と関心を求める権利を有し、そのような個人こそ道徳的、法的な世界における基本的な要素であることとらえる、従来からの道徳的な価値観によって基礎付けられていることである。また、個人的正義モデルの下では、人々にどのような仕事に分配されるかは、個人のメリット、努力、生産性などに報いることのできる自由に機能する労働市場に任されるべきであるということが仮定されている⁽¹⁸⁾。

このような個人的正義モデルの下では、当然のこととして、人種を意識した割当制などのアフアーマティヴ・アクションは、反差別原則に対する例外として認められる余地はない。それは、個人的正義モデルの下では、法的救済の目的は、被害者に対する補償であって、人種の存在を意識した上での救済は考えられないからである。⁽³⁾

いま述べたような個人的正義モデルに対し、グループ的正義モデルは、フロンラによれば、主として、歴史的に不利益をこうむってきたグループ、とくに黒人の利益を保護し促進することを意図しているとされる。その特色はそれが哲学的、抽象的な議論から生み出されたものであるというよりも、歴史的、社会学的事実に関する認識を基礎にしていることにあるとされる。そして、このグループ的正義モデルの下では、人種ごとに異なるインパクトをもつ雇用慣行は、違法なものとして推定され、また救済の範囲は、違法行為の直接の被害者のみに限定されず、ステイグマ化されたグループに対する救済の存在が認められる、という個人的正義モデルとは異なる法的な思考がとられる。したがって、このモデルの下では、あらかじめ割当を人種ごとに決めておくことによって、黒人に有利な利益を付与する救済も適切なものとされることになる。⁽⁴⁾

アフアーマティヴ・アクションの論争の根底にある基本的対立の一つである個人的正義モデルとグループ的正義モデルの対立について、これまでフロンラの考え方にしたがって抽象的な形でみてきたが、それだけではなかなか理解しにくいと思われるので、その主張を知るために、つぎにもう少し具体的な形で、それぞれの立場からの論議をみてみることにしたい。

まず、グループを基礎として人種間の正義を考えていくべきであるとする立場の代表として、フィス(O. Fiss)をあげることができる。フィスの議論は、まず修正一四条の平等保護条項の理解から始まる。フィスは、平等保護条項が、主として黒人の保護を念頭においたものであり、始原意思(original intent)ばかりではなく、最高裁の判例の上でもそのような扱われてきたとする。⁽⁵⁾

ここでフィスのいうグループとは、グループがその構成員とは独立した実在 (entity) であり、かつ構成員のアイデンティティーと福利が、グループのアイデンティティーや福利と相互依存の関係にあるという特徴をもつ社会的グループの意味であるとされ⁽⁶⁾、具体的には、黒人がそれにあたるとされる。すなわち、フィスは、アメリカの黒人が、アメリカ社会で何世紀にもわたって最悪の境遇におかれてきた階層であり、したがって、その地位を改善するためには長期にわたって黒人を従属的な地位に閉じ込めてきた人種のカースト制度を廃止するための社会の階層的構造に変化を及ぼすような方法が是認されるべきであるとする⁽⁷⁾。したがって、黒人に対する優先処遇の政策の合憲性は合理性の基準で審査されるべきであるとする⁽⁸⁾。

このようなフィスの考え方に対して、従来の伝統的な考え方にしたがって、個人を基礎として考えていくべきだと主張するのが、レイノルズ (W. Reynolds) である。レイノルズは、グループを基礎として考えていくべきであると主張に対して、そのようなグループの権利利益を中心にしてとらえていく考え方は、一九六〇年代の公民権運動を通じて形成された国民的コンセンサスを崩壊させるものであると批判するのである⁽⁹⁾。

レイノルズによれば、一九五〇年代後半から大きな進展をみせた公民権運動の結果として、一九六〇年代に公共政策としてカラー・ブラインドという考え方がとられるようになり、またすべての個人にとっての機会の平等は、単なる法的な戒律 (commandments) ではなく、道徳的な命令であり、もはや否定できないものであるとするコンセンサスが形成されることになったとするのである⁽¹⁰⁾。

この国民的コンセンサスを前提として、レイノルズは、個人の機会の平等の強調に代わる、グループにとっての結果の平等を強調する考え方を批判する。レイノルズの批判は、大きく二つに分かれる。第一点は、グループ志向の考え方の下では、誰が規制されるのか、何が配分されるのか、そしてその目的はなにかなどによって、その効果が大きく左右されてしまうということである⁽¹¹⁾。第二点は、グループ志向の考え方がその理由付けにおいて、一八九六年のブ

レッシー対ファーガソン(Plessy v. Ferguson)⁽¹²⁾事件判決における「分離すれども平等」の考え方と共通していることを強調する。すなわち、ここでは人種に基づく一時的な選好がグループ間の平等な結果の達成という利益のためには必要であるとされてしまうというのである。⁽¹³⁾

レイノルズによれば、このようなグループ志向の考え方は、白人と黒人の立場こそ一八九六年の時と逆ではあるが、罪のない白人の犠牲の上にたつて、黒人に利益を与えるものであり、政府がそのような利益を特定の人種に付与することは、明かな差別であつて、それによつて差別を解消するという結果につながるものではなく、公民権運動によつて得られた成果を減ずるものであるとされる。レイノルズは、アメリカがすべてマイノリティによつて構成されている国であり、かつ、一人一人がマイノリティであつて、アメリカでは、人々の権利は個人が最も重要であるというアメリカの信念に起因しており、したがつてそこでは個人のメリットに従つた判断が尊重されるべきであるとするのである。⁽¹⁴⁾

このようなアフーマティヴ・アクションをめぐる対立についてグループ的正義を目指す考え方と個人的正義を志向する考え方との相克としてとらえる見方は、今日でもなおその有効性を保持しているといえるが、⁽¹⁵⁾しかし、このような二つのモデルを対極に据えた基本的枠組みだけで、アフーマティヴ・アクションをめぐるその後の論争は理解できないように思われる。その理由は、その後の状況の中で、アフーマティヴ・アクションをめぐる対立が、むしろその具体的な内容をどのように考えていくのかという点に移行してきたと考えられるからである。

すなわち、その後の政治的、社会的状況の変化の中で、一九六四年の公民権法の目的が特定の差別行為による個人の被害者に補償するということにあるのではなく、人種的不正義によつてもたらされるある人種全体に及ぶような効果を防ぐことにある、という新たな考え方が広まり、また黒人を不当に多く排除してしまふような効果を持つ制度化された社会的な慣行や政策に対する改革の必要性についても認識が得られるようになってきたからである。⁽¹⁶⁾

具体的には、たとえばフロンらが、前述の二つのモデルに代えて提唱する社会的正義モデル (The Model of Social Justice) を、このような状況認識を反映したものとしてあげることができる。社会的正義モデルは、人種を意識した再分配計画を正当化するための条件と人種的正義を達成するために必要な費用の配分についての公正さという二つの点に焦点を絞ったものである。⁽¹⁷⁾ その特徴は、人種差別主義の歴史的な浸透によって黒人が階層として特徴づけられ、依然として経済的、文化的、社会的不利益をこうむっているとみられる点で、グループ的正義モデルと認識を共有しつつ、経済的、社会的制度から過去の差別に関連すると推定される要因を排除すべきであるとして矯正 (rectification) という観念を導入している点にある。

このような社会的正義モデルの考え方は、先にあげたグループ的正義モデルに類似した特徴をもつものの、アファーマティブ・アクションの正当化の問題に関して、アメリカの人種に関する過去の不幸な歴史と結びつくほどの極度のものであることを要求するとともに、社会的現実それ自身の変化に応じて、救済が恒久的なものではなく、短期的なものであることを要求している点で、⁽¹⁸⁾ また、個人の違法行為ではなく社会による違法な行為という事実を根拠にして、いわゆる矯正に要する費用のうち過大なものを特定の個人に課することは不公正であり、⁽¹⁹⁾ 特定の個人に合理的に配分されなければならないとする点でも、グループ的正義モデルとは異なっている点である。

そして、いま述べたようなフロンらの認識を少なからず共有する裁判官の見解として、パウエル裁判官の見解をあげる必要がある。パウエル裁判官は、フリラブ事件における同意意見の中で、厳格な審査を適用すべきであるとしつつ、政府利益がやむにやまれぬ性質のものであるかいなかを判断する要素の一つとして、政府による違法な差別行為の認定をあげるが、この点で注目しなければならないのは、パウエル裁判官が立法経過だけではなく、広く差別に関する立法資料 (Legislative Material) をも議会は利用できるとしていることである。⁽²⁰⁾ また、パウエル裁判官は、目的達成のための手段に関わる審査についても、選択された救済の合憲性を審査する際の要素として、選択したもの以外

の救済の効果はどの程度か、選択した救済の期間の長さ、雇用されるマイノリティの労働者と関連する人口あるいは労働力との割合、放棄条項の利用可能性の有無、差別に対して罪のない第三者への影響の程度、公平さの程度など多くの要素を考慮すべきことをあげているのである。²¹⁾

このようなパウエル裁判官の見解の現実的重要性は、それが最高裁のアフアーマティヴ・アクションに対する態度を決定するキャスティング・ボートの役割を果たしてきたこと²²⁾であり、その結果、最高裁のアフアーマティヴ・アクションに対する実際的な判断を強調する傾向にも大いに寄与したと考えられる。

いままで述べてきたフロンラの社会的正義モデルやパウエル裁判官の見解に共通する特色として、個々の具体的な事件の性質に応じて判断していこうとするプラクティカルな性格を見いだすことが可能であるように思われる。²³⁾このような考え方の下では、アフアーマティヴ・アクションをめぐる具体的な論争は、個々の事件をどう判断し、どのような内容のアフアーマティヴ・アクションを許容するかという現実を重視した性質のものとなる可能性が高くならざるをえない。そしてこのような考え方の影響は、現在でもアフアーマティヴ・アクションに関する最高裁の判決が、前述したように、厳格な審査基準が適用されている場合にも、合憲とされた場合が予想以上に多いことによって示されていると考えられる。

ただ、このような考え方にともなう問題点は、「アフアーマティヴ・アクションに関する論争の主たる参加者すべてによって、人種間の公正や平等」²⁴⁾への強い熱意と貢献が前提とされていることにある。けれども、このような前提は、その後のアメリカ政治の保守化の状況、具体的には最高裁の裁判官の構成の変化によって、成立しがたくなってきているように思われる。つぎにその点をみることにしたい。

2 新たな基本的対立点の登場

本稿で主として取り上げてきたクロソン判決は、前述したパウエル裁判官の考え方に沿った形で判断枠組みが表面上とられている。しかし、クロソン事件でのオコーナー裁判官の判決意見は、パウエル裁判官の見解に表面上沿ってはいるものの、アファーマティヴ・アクションに対する新たな考え方を示しているように思われる。²⁵⁾ その考え方の特色は、アファーマティヴ・アクション一般に否定的であることに加えて、政治的に人々に対する責任を有する統治機関による自発的なアファーマティヴ・アクションについて、従来の司法消極主義の立場から一歩踏み出し、その種のアファーマティヴ・アクションの実施を抑制しようとするにある。

そのことは、クロソン事件におけるオコーナー裁判官の意見が、過去の差別の効果を解消するために地方自治体が行うアファーマティヴ・アクションに対して、非常に厳格な形での立証責任を課し、確認された差別が存在する場合にのみ、州や地方自治体による自発的なアファーマティヴ・アクションを認めるとしている態度にあらわれている。ここでは、具体的に確認された差別が何を指すのかが問題となるが、その点について、オコーナー裁判官は、明確な定義を示しておらず、むしろリッチモンド市側の提示する証拠をすべて個別的にも、総合的にも否定するという姿勢を示している。このことは、「人種差別主義者である加害者個人を選んで罰したいという欲求と、差別の存在を明らかにするために特定された差別慣行に関する証拠をあげることが必要であるという信念の両者を反映している」と考えられる。²⁶⁾

このような姿勢は、先に述べた個人的正義モデルの特色に類似するかのような印象を与えるが、そこで注意しなければならぬのは、クロソン事件では、地方自治体による自発的なアファーマティヴ・アクションの合憲性が争われていることである。したがって、たしかに一方においては、かつての個人的正義モデルと共通するイデオロギー的傾向の復活をみることができ、他方アファーマティヴ・アクションにおける司法の役割と地方自治体との関係が正

面から問われている点で、新たな傾向を示していると考えられる。

すなわち、クロソン事件でのオコーナー裁判官の判決意見は、地方自治体による自発的なアフーマティヴ・アクションであっても、過去の差別に対する効果を排除する場合であってなおかつ地方自治体が確認された差別に関する証拠を示した場合のみ、認められるとするものである。このような考え方は、アフーマティヴ・アクションの中でも裁判所の命令による場合や同意判決による場合とは異なる、地方自治体による自発的な場合との間に存在する相違について明確な区別をしていない点に特徴を有している。

地方自治体による自発的なアフーマティヴ・アクションをきびしく制限するという最高裁のこのような姿勢の萌芽が、クロソン判決以前にみられなかったわけではない。たとえば、ワイガント判決の中では、アフーマティヴ・アクションの正当化の理由が過去の差別の効果の排除に求められている。しかし、クロソン判決においては、ワイガント判決でみられたような厳格な審査基準の適用にあたっての柔軟な判断はみられず、かつワイガント事件における教育委員会と異なり、民主的な基盤を持つ市議会による、公聴会等の手続を経て作成された自発的なアフーマティヴ・アクション計画が、手段の審査にはいる前に違憲と判断されたことは、ワイガント判決とは、異なる重みを持つように思われる。⁽²⁸⁾ すなわち、そこにおいては、これまでいわゆる司法消極主義の立場から、政治部門の判断に対して、いたずらな干渉を避けるべきであるとしてきた最高裁の保守派に属するとされる裁判官が、歴史的には社会的差別が存在することを認めながら、政治部門による政策の範囲を限定するという自己矛盾をおかしているように思われるのである。⁽²⁹⁾

このような最高裁の判断を規定する要因としては、大きく二つの点が考えられよう。第一点としては、黒人をめぐる状況が、一九六〇年代の公民権運動当時とは、大きく変化し、今日では、黒人の社会的地位は上昇し、差別もなくなりつつあるという認識の存在をみることができるとは、しかし、このような認識に対しては、少なくとも二つの問題点

を指摘することが可能と思われる。

第一点は、このような認識が、かつての公民権運動が目指したカラー・ブラインド社会がすでに出現しつつあるという疑わしい理解の上にあるのではないかということである。たしかに、現代における黒人差別はかつてのよう赤裸々な形で行われることは少なくなったといえる。現在では、職業や所得の地位を説明する要因としては、人種よりも貧富や教育の程度といったものの方が、より良く説明するものとなっていると指摘される⁽³⁰⁾。しかし、このことは差別がもはや存在しないということを示すものではなく、現在においても黒人に対する差別が組織的かつ微妙な形でなされているという認識は、なお必要のように思われる⁽³¹⁾。また、カラー・ブラインド社会が望ましいものであるとしても、それは「人種を考慮することが許されないのではなく、ある一定のやり方で考慮することが許されない」ということを意味しているにすぎないと考えられる。

最高裁の態度を現実に規定しているより重要な第二の点は、多くの地方自治体が黒人の首長を有し、また議員の多数派が黒人であるという事実⁽³²⁾であると考えられる。このような近年の政治的状況を考慮した場合、人種を政治における要素とすべきではなく、したがって地方自治体による自発的なアファーマティヴ・アクションもこのような場合には認めるべきではないとする主張は、一定の説得力を持つているようにみえる。

しかし、このような見方に対しては、つぎのような問題点を指摘することができよう。第一に、この見解がマイノリティの意味を単に数的な多寡からのみ判断していることが指摘されなければならない。この点に関して、マイノリティという言葉が、アメリカにおいて、これまで歴史的な文脈との関連で理解されてきたことを無視するのが妥当かという点から検討される必要がある。

第二に、より重要な点として、この見解の下では現代における政治過程の性質が適切にとらえられないのではないかという問題点を指摘できる。オコーナー裁判官の見解の背景には、現在においては、地方自治体の多くはその首長

や議会の多数派が黒人によって占められていることが少なくなく、そのような状況を前提にすれば、具体的な政治過程の態様によっては、白人がマイノリティとして、黒人によって権利利益を侵害される恐れが生じており、したがって、すべての人種に基づく分類に、同一の厳格な審査基準を適用することが是認され、具体的な状況によっては、マイノリティとしての白人の権利利益を擁護するために、司法による地方自治体の政治過程への介入が許されるという考え方が存在するように思われる。

しかし、このようなオコナー裁判官の基本的な視点に対しては、強い反対論が存在する。たとえば、フィスは、最近の州や地方自治体での首長や議員といった段階では、数の上で黒人が多くなってきたことを認めつつも、政治機関外の機関である銀行、工場、そして警察などが白人によって支配され、フォーマルな政治過程の権力をきびしく制限していることや、連邦議会、大統領など、アメリカ社会における政治権力の重要な焦点となってきた、全国的なレベルでの政治機関が白人によってなお優位を占められていることを考える必要があるとする⁽³⁵⁾。このような観点を重視するならば、黒人は依然として政治的マイノリティであり、したがってそのような事情を考慮にいれずに判断を下す場合には、最高裁は、これまで政治的に無力な者や不利益をこうむっているグループの擁護者として長年にわたって確立してきた役割を放棄していると非難されざるをえないであろう⁽³⁶⁾。

もっとも、このような見解に対する反論として、デイズの考え方をあげることができる。デイズは、現在行われている取り置き制は、とりあえず何かしなければならぬという観点からなされたためにその拙速さが目立ち、適切に計画され履行されたものとはいえず、現状のままでは長期的な観点からみた場合には成功しがたいとする⁽³⁶⁾。デイズによれば、成功のための条件は、救済されるべき差別の性質と差別行為の存在を立証する証拠の具体的内容という問題を正面から考慮することであり、その際に裁判所は、取り置き制に関して、計画を実施する機関の能力や権限、差別行為の存在の認定、手段の妥当性の三点を重視すべきであるとされるのである⁽³⁷⁾。

このデイズの考え方は、オコーナー裁判官の考え方に近いものであり、実際その意見に影響を与えているとみられるが、⁽³⁸⁾ただ、そこで注意しなければならないのは、デイズがオコーナー裁判官とは異なり、連邦議会と州など他の立法機関との間に質的な区別をせず、人種差別の除去の役割を連邦議会よりも、むしろ現実に人種差別の具体的な効果を確認しそれに応じた対策をとれるという点で、州や地方自治体により大きな期待を寄せていることである。⁽³⁹⁾このようなデイズの見解は、カラー・ブラインド憲法というものが裁判所が擁護すべき恒久的な重要性を持つ諸価値(values of permanent significance)であると考えるならば、⁽⁴⁰⁾オコーナー裁判官の立場に比べ、より一貫したものといえよう。

もっとも、この点に関して、前述したスカリア裁判官のように、州と連邦政府による人種に基づく分類の使用の広狭を区別する理由として、あらゆるグループに対する人種的差別は、かつてと同様に、連邦段階よりも州や地方自治体の段階において現在でも多くみられるのが現実であり、⁽⁴¹⁾政治的派閥による抑圧の危険性は、大きな政治的会社においてよりも、小さな政治的会社において増大するものであり、したがって、連邦議会の場合に比べ、州や地方自治体の場合には、より強い裁判所の姿勢が是認されるべきであるという考え方も存在しよう。

スカリア裁判官のこのような見解は、マディソン(J. Madison)の政治思想に関する最近の理解⁽⁴²⁾に基づいて、同じ議会による自発的アフーマティヴ・アクションの場合でも、連邦政府と州などの場合を分けようとするものであり、かなりの説得力を有する。しかし、マディソンの目的はすべての政治過程における公共善をめぐる熟慮と対話の要素を重視しようとするものであると思われ、⁽⁴³⁾その意味では、スカリア裁判官の考え方のみで、連邦議会とその他の立法機関を区別することはむずかしいと思われる。

ただ、連邦議会とその他の立法機関を取り置き制との関係において、カラー・ブラインド憲法という恒久的な重要性を持つ価値の擁護との関連で同様に扱うべきだということは、必ずしもそこから一義的な立場を導き出すわけでは

ないことに注意する必要がある。たとえば、カラー・ブラインド社会の実現を一つの目的と考えるならば、そこではデイズの述べるように、すべての統治機関に人種差別の排除の努力が求められることになるからである。

しかし、カラー・ブラインド憲法そのものを擁護しようとするならば、そこでは、アフアーマティヴ・アクションに関する政府の役割はかなり限定的に考えられることになり、平等な機会が保障されているかどうか、手続が規則正しく行われているかどうか、そして個人が公平に取り扱われているかどうかといった諸点に対して注意深く関心を払うことにその役割は制限されることになる。⁽⁴⁵⁾したがって、そこでの司法の役割も、連邦議会を含めて議会のアフアーマティヴ・アクションに関する活動を抑制するように働くことにならざるをえない。

本稿で取り上げてきたクロソン判決は、いま述べたような議会のアフアーマティヴ・アクション政策に対する最高の限定的な役割を強く示唆しているように思われる。すなわち、クロソン判決は、州や地方自治体ばかりではなく、連邦政府による自発的なアフアーマティヴ・アクション計画策定、実施の能力さえ脅かすおそれがあると考えられる⁽⁴⁶⁾。もちろん、クロソン判決は、完全な多数意見ではなく、その意味で一定の制限付きではあるが、つぎの二点はいま述べたような理解を支持しているように思われる。第一点は、オコーナー判決に一貫して同調したレインクイスト長官が、かつてフリラブ判決の中において、連邦政府を含めてすべての政府における立法機関は、衡平法の権限を持った裁判所と異なり、憲法上許容される人種を意識した救済を形成するために必要な客観性と柔軟性を欠いた機関であるというスチュアート裁判官の反対意見に同調していることである。⁽⁴⁷⁾第二点は、最高裁がワーズ・コープ対アトニオ(WardsCove v. Antonio)事件に対する判決⁽⁴⁸⁾で、公民権法第七編における異なる効果型差別(disparate impact discrimination)⁽⁴⁹⁾の原告側の立証責任を重くし、これまでの指導的判例であったグリッグス対デューク・パーワー会社(Griggs v. Duke Power Co.)事件判決を大きく変更し、原告である被用者が違法な差別行為を立証することを非常に困難にし、議会において判決を覆すための公民権法改正の動きを引き起こしているという事実である。⁽⁵⁰⁾

このような議会のアファーマティヴ・アクション政策を抑制するという点に裁判所の役割を見いだすという考え方は、マーブリー対マディソン(Marbury v. Madison)⁽⁵²⁾事件判決で明らかにされた司法の役割を超えるものではないかという批判とともに、単にアファーマティヴ・アクションを使ってマイノリティの代表を増大させあらゆる分野での人種の均衡を人工的に作り上げようとすることのみを狙いとする社会工学(Social Engineering)⁽⁵⁴⁾とは異なる、将来における人種の統合を促進するという将来志向的な理由に基づくアファーマティヴ・アクション政策を議会がとることをも制限する点で大きな問題点を抱えているように思われる。

少なくともこれまでみてきたことから、現在の最高裁についてはそれが司法消極主義を標ぼうする裁判官で多数派が構成されながら、皮肉にも著しく司法積極主義的な態度がみられると評せざるをえないように思われる。

(1) フロンは、アファーマティヴ・アクションという言葉に代えて、アファーマティブな差別(affirmative discrimination)という言葉を用いる。フロンは説明によれば、アファーマティヴ・アクションや割当制(quotas)という言葉は、もはやそれ自体が否定的な評価をとまなっており、中立的な意味では用いにくいという理由からであると思われる。Fallon & Weller, *Firefighters v. Stotts: Conflicting Models of Racial Justice*, 1984 Sup. Ct. Rev. 1, 2 n. 3 & 10, 43. 人種差別に関する最高裁判例を、被害者の観点と加害者の観点との相克という視点をもとに、批判的法学立場から分析したものととして、*Freedom. Legitimizing Racial Discrimination Through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine*, 62 MINN. L. REV. 1049 (1978), 648.

(2) このような考え方は、三つの価値によって支えられているとされる。第一に、市場は経済活動における個人の自由にとつてフォーラムを提供するものであるということである。第二に、自由な交換に基礎付けられた市場は、最も生産的な形で、人々に仕事を配分するという経済的目標に奉仕するということである。第三に全体として、市場は、実力、努力、生産性に報じられるべきものである。Fallon & Weller, *supra* note 1, at 14.

(3) *Id.* at 12-14.

(4) *Id.* at 18-19.

(5) O. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 PHIL. & PUB. AFF. 107, 147 (1976). そして、フリスは、このよう

な理解から、グループの存在を法的実在としてとらえ、それを前提とした平等保護条項に関する理論を考えていくべきであるとするのである。フィスによれば、「黒人は、グループとしてみなされている。彼らは自己自身をグループとしてみている。彼らのアイデンティティーは、その大部分が、そのグループにおける構成員であることによって決定される。彼らの社会的地位はグループの地位とつながっている。そして、われわれの活動の多くは、制度面でも個人面でもこのような見解に基礎付けられてくる」(at 148)と述べた。

- (6) *Id.* at 148.
- (7) *Id.* at 150-51.
- (8) *Id.* at 160-61.
- (9) Reynolds, *Individualism vs. Group Rights: The Legacy of Brown*, 93 YALE L.J. 995, 996 (1984).
- (10) *Id.* at 998.
- (11) *Id.* at 1001.
- (12) 163 U.S. 537 (1896).
- (13) Reynolds, *supra* note 9, at 1003.
- (14) *Id.* at 1003-04.
- (15) たとえば、タロンソン判決の中でも、オコナー判事が述べた、修正一四条の平等保護条項は、憲法の文言からみて個人に保障されたものであり、その市民がどの人種グループに属しようとも、市民の個人の権利は、平等な尊厳と敬意を持って取り扱われなければならない(109 S. Ct. at 721)という点をもとに、それを個人的正義モデルに属するものとみることもできる。
- (16) Fallon & Weiler, *supra* note 1, at 17-18.
- (17) *Id.* at 28.
- (18) *Id.* at 34-37.
- (19) *Id.* at 44-45.
- (20) 448 U.S. 448, at 506.
- (21) *Id.* at 510-11. 「サウス裁判官は、もう一つの要素として、政府が権限を有しなければならないことをあげている。」
- (22) Schwartz, *The 1986 and 1987 Affirmative Action Cases: It's all over but the Shouting*, 86 MICH. L. REV. 526, 542

- (1987).
- (23) 阪本昌成「優先処遇と平等原則—審査基準と実体的価値—」*ロー・スクール*二八号二七頁、三六頁（一九八二）。
- (24) Kennedy, *Persuasion and Distrust: A Comment of the Affirmative Action Debate*, 99 HARV. L. REV. 1327, 1337 (1986).
- (25) *The Supreme Court, 1988 Term, — Leading Cases*, 103 HARV. L. REV. 137, 225 (1989).
- (26) *Id.*
- (27) この点で、ハウエル裁判官が、ワイガント判決の中で示したような、レイオフという手段と雇用の制限という手段とを比較し、第三者に対する負担の拡散の程度を重視するというような柔軟な判断はとられる余地が少ないように思われる。476 U. S. 267, at 283.
- (28) この点に関して、ハウエル裁判官は、立法機関が、一般的に広範な規模の差別に関する認定に関して裁判所よりも能力的に優れており、したがって裁判所は広範囲に及ぶアファーマティヴ・アクション計画を支える議会による認定に対して敬讓的な態度をとるべきであると考えていたとする見解がある。Note, *The Constitutionality of Affirmative Action in Public Employment: Judicial Deference to Certain Politically Responsible Bodies*, 67 VA. L. REV. 1235, 1244 (1981).
- (29) See Schwartz, *supra* note 22, at 560.
- (30) Fallon & Weiler, *supra* note 1, at 52. このような点で、大塚教授により、一九七〇年代の代表的なアファーマティヴ・アクションの提唱者であると称されて紹介されているペーロ (V. Perlo) のような見解は少なくなっているように思われる。ペーロの見解については、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*一五号六三頁、六五—七五頁（一九七七）。
- (31) Sullivan, *Sins of Discrimination: Last Term's Affirmative Action Cases*, 100 HARV. L. REV. 78, 96 (1986).
- (32) 武田万里子「アメリカ合衆国における男女平等とアファーマティヴ・アクション」*早大法研論集*一六三頁、一七六頁（一九八八）。
- (33) Days, *Fulltime*, 96 YALE L. J. 453, 479-80 (1987).
- (34) Fiss, *supra* note 5, at 152-53.
- (35) *Leading Cases, supra* note 25, at 226-27.
- (36) Days, *supra* note 33, at 456.
- (37) *Id.* at 478.

- (33) 109 S. Ct. 706, at 719.
- (39) *Days, supra* note 33, at 478.
- (40) *Id.* at 470.
- (41) スカリア裁判官は、リッチモンド市のプランも、市の支配的な政治的グループであり同時に市の支配的な人種的グループが自ら不当な利益を自己に付与しようとした一例であるとする。109 S. Ct. 706 at 737.
- (42) この点については、大沢秀司「公共の価値と司法審査」法学研究六二巻六号一七頁、二六一二九頁（一九八九）参照のこと。
- (43) 大沢・前掲論文二八頁。
- (44) *Days, supra* note 33, at 477-78.
- (45) *Abram, Affirmative Action: Fair Shakers and Social Engineers*, 99 *HARV. L. REV.* 1312, 1314 (1986).
- (46) *Leading Cases, supra* note 25, at 228.
- (47) 448 U.S. 448, at 527.
- (48) 109 S. Ct. 2115 (1989).
- (49) 公民権法の下の禁止される差別には、このほかに異なる処遇型差別 (disparate treatment discrimination) が認められる。この点については、西村祐三「Affirmative action をめぐる合衆国最高裁判例の動向」(一九八九)アメリカ法二四二—四三頁参照。
- (50) 401 U.S. 324 (1970).
- (51) *N.Y. Times*, June 21, 1990, at 1, col. 5. *ワース・ユープ判決は、いわば技術的な側面に関するものであるが、技術的な問題の解決次第によって公民権法第七編の雇用差別の撤廃という立法目的が大きく左右されることを考えると、その影響は大きいといえよう。* 釜田泰介「雇用差別意図の推定と使用者の反証責任—アメリカ公民権法第七編と裁判所」同志社アメリカ研究二二号一一九頁—一二〇頁（一九八六）
- (52) 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).
- (53) *Days, supra* note 33, at 468.
- (54) *Abram, supra* note 45, 1312 (1986).

五 結語に代えて

本稿では、アファーマティヴ・アクションに関する最高裁の最近の判例であるクロソン判決を取り上げ、アファーマティヴ・アクションをめぐる問題点と、さらにその背後に存在する、これまで最高裁の各裁判官の間に存在する基本的な問題点について若干の考察を加えてきた。

アファーマティヴ・アクションをめぐる論争は、当事者双方がそれぞれの勝利を主張するところに特色があるといわれる。それは、最高裁がこれまでの判決においていずれの側にも決定的な勝利あるいは敗北を与えないという姿勢を示してきたからである。⁽¹⁾クロソン判決についても、アファーマティヴ・アクションに対する審査基準について、多数派が最高裁の内部に形成されたことは重要であるが、前述したように共同声明に参加した憲法学者とフリードの論争にみられるごとく、なお依然として、アファーマティヴ・アクションの憲法上の位置づけは完全に明瞭ではないといえよう。⁽²⁾

しかし、クロソン判決が、アファーマティヴ・アクションに関する平等保護条項の下での司法審査の基準として、厳格な審査基準の適用を明らかにした意味は重要であり、実際にもすでにいくつかの連邦下級審や州の裁判所の判断に影響を与えているといわれる。⁽³⁾その点で、クロソン判決は、アファーマティヴ・アクションを今後かなり制限するように働くことになると思われる。もっとも、そこでいわれる厳格な審査基準の内容をはじめとして、アファーマティヴ・アクションの代表的な論点とされる、アファーマティヴ・アクションの正当化理由となりうる差別の程度、立証方法などといった点については、その具体的様相は、いまなお完全に明瞭ではなく、その最終的な決着には依然として到達していないと思われる。

むしろ、クロソン判決で注目されるべき点は、これまでアファーマティヴ・アクションをめぐる論争をその根底に

おいて規定してきた基本的対立点に関して、新たな展開がみられるということである。すなわち、これまで、アファーマティブ・アクションをめぐる見解の対立については、グループ的正義モデルと個人的正義モデルというような極論的な理解から、具体的現実的な状況認識を基にしたアファーマティブ・アクションに対するプラクティカルな対応とそれに対する反発といった構図がみられたが、クロソン判決を契機として公的な機関による自発的なアファーマティブ・アクションに対する司法の役割という点に関する新たな対立がみられるようになってきたと思われる。

とくに、クロソン判決を契機として登場してきたこの新たな対立点は、これまでのように裁判所による救済の是非あるいは同意判決に関する裁判所の関与の程度をめぐる問題というよりは、民主的な基盤を持つ議会による自発的なアファーマティブ・アクションの策定、実施という、立法機関の役割と司法の役割との関係という憲法上重要な問題を提起しているように思われる。

すなわち、クロソン判決は、公聴会等を経てリッチモンド市によって制定された条例による自発的なアファーマティブ・アクションが争われたものであり、そこでは政治機関によってアファーマティブ・アクション計画が作成されており、したがって、最高裁としてもそのようなアファーマティブ・アクションの合憲性の判断に関して、より基本的なアメリカの立憲政治に関わる原則とどのように調和させるのかという視点がすえられざるをえないからである。

とくに、アファーマティブ・アクションが政治過程への参加の問題や資源の再配分と結果の平等との関連の問題など現代の立憲国家の抱える問題を鮮明に描き出している点で、この問題はさらにより大きな広がりを持っているように思われる。

- (一) Sullivan, *Sins of Discrimination: Last Term's Affirmative Action Cases*, 100 HARV. L. REV. 78 (1986).
- (二) Ross, *Innocence and Affirmative Action*, 43 VAND. L. REV. 297, 307 (1990).
- (三) *Regent Development—Constitutional Law: Equal Protection and Affirmative Action in Local Government Contracting*

—*City of Richmond v. J. A. Croson Co.*, 109 S. Ct. 706 (1989), 12 Harv. J.L. & Pub. Pol'y. 1069 (1989) によれば、*ク*
*ロン*判決以後、三つの判決が*クロン*判決の影響を受けているとされる。それによれば、第一に、*ジョージア州*最高裁は、
*アトランタ市*のマイノリティ契約取り置き制が州憲法の平等保護条項に違反するという判決を、*クロン*判決を引用して下し
た。¹⁰ *American Subcontractors Ass'n, Georgia Chapter v. City of Atlanta*, 376 S.E. 2d. 662 (Ga. 1989)。第二に、*ウ*
*ィ*スコンシン州の連邦地裁は、州高速道路建設費のうち四〇〇万ドルを社会的、経済的に不利益を被った業者に割り当てること
の計画を、予備的に禁じる命令を*クロン*判決を引用して下している。¹¹ *Milwaukee County pavers Ass'n v. Fiedler*, 707 F.
Supp. 1016 (W. D. Wis. 1989)。第三に、最高裁自身も、*メモランタ*意見の形で、一定の州の契約をマイノリティや女性に
よって所有されている業者に与えることを要求するミシガン州法を違憲とする第六巡回区控訴裁判所の一九八七年の判決を支持
した。¹² *Miliken v. Michigan Road Builders Ass'n*, 834 F. 2d 583 (6th Cir. 1987), aff'd mem., 109 S. Ct. 1333(1989)。