

# アメリカにおける 平等権の史的展開と司法審査

山内久史

はじめに

## 【一】 司法的違憲立法審査制の成立 — Marbury v. Madison —

- 【1】 事件の歴史的背景
- 【2】 事件の概要
- 【3】 判旨
- 【4】 判決の検討
- 【5】 司法的違憲審査制の内在的制約

## 【二】 「法の平等保護 equal protection of law」と初期の諸判例

- 【1】 「法の平等保護」条項の歴史的 position と性質
- 【2】 「法の平等保護」の適用の限界 — Civil Right Cases と Plessy Case —

## 【三】 「法の平等保護」の実現

- 【1】 「分離すれども平等」法理の破綻
- 【2】 Brown 判決
- 【3】 厳格審査基準の確立
- 【4】 公民権法の成立とその特徴

## 【四】 「法の平等保護」とアファーマティヴ・アクション

- 【1】 「法の平等保護」と司法審査基準の多様化
- 【2】 アファーマティヴ・アクション政策
- 【3】 アファーマティヴ・アクションの諸判例
- 【4】 柔軟な厳格審査基準の確立と限界

むすび

## はじめに

言語、宗教などそれぞれの文化的背景と歴史をもつ様々な人種・民族で構成されるアメリカ社会は、その内部に軋轢と分断の緊張を常にかかえている。それでも、アメリカが求心力をもって国家として統一を保っているのは、国家がその対立を平和的に解決し、共存していく法という枠組みを提供しているからに他ならない。法こそが多民族社会アメリカに統一をもたらす最も重要な要石のひとつであると言って過言ではない<sup>(1)</sup>。

そうだとすれば、法が適用面でも、内容面でもマジョリティの意思のみを反映し、マイノリティを不合理に差別するものであってはならないことは当然である。独立宣言が理念的に、アメリカ合衆国憲法が具体的に「平等権」（合衆国憲法修正第 14 条は「法の平等保護 equal protection of law」と表現する）を定め、国家（連邦および州）に対して基本的制限を加えたのは、そのためである。

アメリカでは、1803 年の *Marbury v. Madison* によって、司法裁判所が違憲立法審査権をもつことが判例上宣言され、憲法上の制度として確立した。この時から、多民族社会の要である「平等権」を最終的に連邦および州の政治権力による侵害から担保し、立憲主義を保障するものは連邦最高裁判所となった。このため、本来人種問題のように政治的解決に委ねられるべき問題が、しばしば憲法訴訟として最終的には連邦最高裁判所に持ち出され、司法判断に付されることになる。かくして「平等権（＝法の平等保護）」に関して、連邦最高裁判所がなす司法審査は、人種問題に対する政策実現を立憲主義の枠内にとどめるきわめて重要な意味をもつようになった。

本論はこの「平等権」と司法審査の歴史的検討を通じて、アメリカにおける「平等権」の発展の沿革およびそこにおけるアメリカ立憲主義の軌跡を示すものである。それは「平等権」に関する司法審

査の現段階の客観的位置とこれからの方向性を物語るであろう。それでは、まず司法的違憲審査制度を生み出した先の判例を簡単に紹介したあと、合衆国憲法上の「平等権（法の平等保護）」とそれをめぐる連邦最高裁判所の歴史的諸判決の検討に移ることとする。

## 【一】 司法的違憲立法審査制の成立 — Marbury v. Madison —

Marbury v. Madison, 5 US 137, 2 L. Ed. 60 (1803) . において、連邦最高裁判所長官マーシャル（Chief Justice Marshall）は、法廷意見を代表して「憲法は国の基本法であり最高法規である。それゆえ議会の法が憲法に抵触する場合、その議会の法は無効となる」旨宣言し、はじめて立法権に対する司法権の優位を背景とした司法的違憲立法審査制（Judicial Review）を確立した。砂糖法（Sugar Act）や印紙法（Stamp Act）などのイギリス本国の抑圧的議会制定法をコモン・ロー上の権利を侵害するものとして無効を主張してきたアメリカ植民地の歴史を考えると、議会主権（Sovereignty of Parliament）の国イギリスが知らない、この新しい制度を作り出したのはむしろ当然ともいえる。コモン・ローおよびそこに示された人民の意図を実定法化したと考えられた合衆国憲法を議会制定法といえども侵すことはできないとするアメリカの「法の支配 rule of law」の思想（イギリスでは国王大権 prerogative とりわけスチュワート朝国王のそれをコモン・ローの制約に服さしめることが「法の支配」の思想であった）が、憲法原理となってこれを支えたと言ってよい<sup>(2)</sup>。

これ以後アメリカでは、いかなる政治的権力といえども、憲法を侵すことはできず、これと抵触する場合には厳格な司法審査に服さなければならないとの法原則が一般的に承認されることになる。かくして連邦最高裁判所は、この判例上確立された司法審査権をもって、以後の人種問題をはじめとして合衆国の重要な政策決定に積極

的にあるいは消極的に関わっていくことになる。

### 【1】事件の歴史的背景

独立革命以降の保守穏健派と急進派の激しい対立を理解しておくことが、この事件判決を理解するための鍵である。

戦後不況と財政危機が深刻化した独立革命直後、「シェイズの反乱 Shay's Rebellion」<sup>(3)</sup>にも顕われたようにパトリオット急進派（後に共和派リパブリカンの一翼を構成）の台頭にはめざましいものがあった。その勢いは、当時の 13 の states（邦）うち、なんと 7 つの states（邦）で、その指導権を握るほどに至っていた<sup>(4)</sup>。そうした急進派が議会の多数を占めた多くの邦 state では、債務の弁済期限を延長する法 stay law や分割弁済または代物弁済を容認する法などを制定し、戦後不況下で債務と高税金にあえぐ農民・職人などを救済した（合衆国憲法第 1 条 10 節 1 項の債務者保護法の制定などを州に禁じた、いわゆる契約条項 contract clause を参照）が、この動きは戦時公債を抱える保守・資本家層に私有財産制度に対する不安を抱かせることにもなった。危機感をもって巻き返しを狙うパトリオット保守派は、邦 states を越えた強力な連邦中央政府の樹立を主張して（連邦派フェデラリストを構成）、これと対決した。両者の対立は、憲法制定をめぐって、ますます激しさを加えた。

このいわゆる「危機の時代 critical period」はアメリカ合衆国憲法の制定（1787 年 9 月）によって一応の終焉を迎えることになる。というのは、各邦 states の分権的で緩やかな国家連合を目指した連合規約（Articles of Confederation 1781 年）を事実上廃棄し、連邦制（federalism）及びその上に立つ強力な連邦中央政府の樹立（連邦国家）を内容とする合衆国憲法を制定したということは、とりもなおさず保守派が急進派を一応抑え、支配権を握ったことを意味したからに他ならなかったからである。

合衆国憲法を批准・成立させたアメリカ合衆国は、その憲法に従って初代大統領に独立戦争の英雄ワシントン (George Washington) を選び、いよいよ独立国家 (連邦国家) として建国の途につくことになった。ワシントン大統領は、一方で北部ニューヨークに地盤をもつ連邦派の A. ハミルトン (Alexander Hamilton) を財務長官に据え、他方で南部ヴァージニア州出身の共和派 T. ジェファソン (Thomas Jefferson) を國務長官に任命して、合衆国の団結を重んじた挙国一致の政権を作り、予想されるこれからの難局にたちむかおうとした。しかし連邦中央政府の権限拡大、合衆国銀行の設立、さらには保護関税の導入を主張し、北部商業資本家や産業資本家などの利益を代表したハミルトンと、独立自営農民や職人からなる小さな政府と分権的民主主義を主張するジェファソンとの反目は避け難く、それはかつての保守派と急進派との対立を内包しつつ連邦派フェデラリストと共和派リパブリカンの対立へと次第に発展する。そしてこの両者の対立は、連邦派の第2代大統領ジョン・アダムス (John Adams マサチューセッツ州出身) 政権下で、ついに決定的なものとなった<sup>(5)</sup>。

連邦派のジョン・アダムス政権は、当時ヨーロッパに起こったフランス革命の影響がアメリカに及ぶことを恐れ、親仏的な共和派の言論統制を狙った煽動法 (Sedition Act of 1798)<sup>(6)</sup> を制定し、1800年の大統領選挙に備えてその共和派勢力の封じ込めをはかったのである。これに対し、いくつかの州議会は同法反対の決議をジェファソンやマディソンに指導されて、相次いで成立させた。歴史上著名なヴァージニア決議 (1799年)、ケンタッキー決議 (1798年、1799年) などがそれである<sup>(7)</sup>。

こうした激しい政治的対立の中で、1800年の大統領選挙 (前回と同じ候補者で、連邦派で現職のアダムスと共和派のジェファソンとの戦い) が戦われた。同じ両者が対決した前回の1796年の大統領選挙ではアダムスが辛勝した (71票対68票) が、今回は煽動法をは

じめとする連邦派の様々な妨害をはねのけて、共和派ジェファソンが当選した（73 票対 65 票）<sup>(8)</sup>。同時に行われた連邦議会選挙でも共和派が勝利し、立法部においても共和派の優位を決定づけた。連邦派は執行部、立法部の選挙に敗れ、ついに合衆国憲法制定以来握ってきた政治権力の座を追われることになった。こうした状況にあって、アダムスをはじめとする連邦派は、今まで築いてきた連邦体制強化の諸施策が一挙に瓦解するのではないか、と危機感を募らせ、身分保障のある司法部を中心に権力を温存し、なんとか連邦憲法秩序の維持をはかろうとしたのであった。かかる歴史的状況を背景にして起こったのが、この事件である。

## 【2】事実の概要

当時大統領職の引き継ぎは、選挙の翌年 3 月 4 日に行われていた。したがって、再選が果たせなかった大統領にとって、選挙の年の 11 月から翌年 3 月 3 日までが、いわゆるレイム・ダック（lame duck）任期となっていた（合衆国憲法修正第 20 条のいわゆる「レイム・ダック修正」によって現在は 1 月 20 日）。

1800 年の大統領選挙に敗れた連邦派アダムスは、このレイム・ダック期間を利用して同派の権力の維持を、とりわけ身分保障のある司法部において企てた。その手始めが、連邦最高裁判所長官人事であった。1800 年 12 月に連邦最高裁判所長官オリバー・エルズワース（Oliver Ellsworth）から健康を理由とする辞職願を受けとったアダムス大統領は、その後任に自己の腹心の連邦派ジョン・マーシャル（当時國務長官であった）を指名した<sup>(9)</sup>のであった（マーシャルは翌年 3 月 3 日まで國務長官と連邦最高裁判所長官を兼務）。次にアダムスは大統領職を引き渡す直前の 2 月 13 日に裁判所法（Judiciary Act of 1801）等を制定、一連の裁判所組織の改編を行い、判事ポストを増設するとともに<sup>(10)</sup>、そこに連邦派判事を任命した。

コロンビア特別区の治安判事もその動きの中で42名増員され、そこに連邦派判事が任命され(3月2日)、大統領交代の前日の同月3日に上院がこれを承認するということが行われた。ところが実際にこれらの判事が職務につくには、国璽を印した国務長官(マーシャル)の辞令書の交付が必要であったが、慌しさの中マーシャルによってこの交付がなされないまま翌4日を迎えたのであった。辞令書交付は共和派大統領ジェファソンの任命で新しく就任したマディソン国務長官の仕事となった。しかしマディソンは42名のうち、25名については辞令書を交付したが、残り17名の判事につきこの交付を拒否した。このために17名の連邦派新任治安判事の身分が宙に浮くという事態になった。

新任治安判事の一人であったマーベリーは、他3名とともに、この辞令書発給拒否を国務長官(マディソン)の公務員としての職務不履行として、「誠実に辞令書を発給することを国務長官に命じる」職務執行令状(writ of mandamus)の発出を連邦最高裁判所(連邦派マーシャルが長官)に求め、提訴に及んだのであった。その根拠は、1789年の裁判所法13条が、「連邦最高裁判所に公務員に対して職務執行令状(writs of mandamus)を発出する権限を付与」し、連邦最高裁判所に直接その発出を求め得るものとしていたことにあった。ジェファソン政権は辞令書の発出問題は、すぐれて政治的問題 political question であり裁判所つまり司法権の介入すべき問題ではないと言明し、判決の如何に拘らずその結論に従う意思のないことをすでに明らかにして、司法との対決姿勢を鮮明にしていた。

連邦派のマーシャル長官はこのような状況の中で判断を求められたのである。

### 【3】判旨

全員一致の連邦最高裁判所の判断(マーシャル長官が代表して意見を述べた)を要するに、次のようなものであった<sup>(11)</sup>。

原告は辞令書の交付を受ける権利 *right to the commission* を有する。けだし原告等の任命は辞令書に大統領が署名し、國務長官が国印を押捺したときに既に完全なものになっており、原告は職務に就く法的権利 *legal right to the office* をもっているからである。辞令の交付の保留は法の認めるところではない。動産返還回復訴訟 *action of detinue* が適切な救済とならない以上、原告は職務執行令状の発出を求め得る。各省の長官が大統領の命を受け、その裁量に属する行為をなす場合には、その責任は政治的のものに限定されるが、法が各長官に具体的な義務を課しており、かつ個人の権利がその義務の履行の如何に関わっているとき当該個人は法律上の救済を求める権利があるからである。

しかし、連邦最高裁判所が職務執行令状を発出するためにはそれが上訴管轄権 *appellate jurisdiction* を行使するものでなければならない。というのは、合衆国憲法第3条2節2項は連邦最高裁判所が第1審管轄権を有する事件を「大使その他の外交使節及び領事が関係する事件並びに州が当事者であるすべての事件」に限定し、その他の事件について同裁判所は上訴管轄権をもつのみとしているからである。1789年の裁判所法13条は直接連邦最高裁判所に辞令の交付を強制する職務執行令状の発出を提起しうるものと定め、実質的に第1審管轄権を同裁判所に与えている。これは憲法と抵触する。

両法が抵触する場合、裁判所は憲法を尊重しなければならない。「憲法は議会の通常法 *ordinary act of the legislature* よりも優位にある。そうした通常法ではなくまさに憲法が・・・本件には適用されねばならない」。それ故、当裁判所は本件において職務執行令状を発出することはできない。

#### 【4】判決の検討

以上が主要な判旨であるが、論点として残された問題がないわけ



ではない。「法律が憲法に反しているか否かを誰が判断するのか」という点である。成文憲法が法律に優先するのが自明であるとしても、そのことだけから法律の憲法適合性の判断、すなわち違憲立法審査権が司法部に存するという点にはならない<sup>(12)</sup>。」という点である。しかし、この点での判決の論証は裁判官の憲法に対する宣誓義務（合衆国憲法6条3項）などをその根拠に挙げるが、必ずしも十分ではない。結局のところ、司法権の管轄を定めた合衆国憲法3条2節1項に依拠して「憲法は裁判所によって解釈される法のうち最高法規である。したがって、連邦最高裁判所はこれを解釈する最高の権限をもつ」（The Constitutional Law Dictionary, Clio Press, at 90）ということに尽きるように思われる。やはり冒頭でも指摘したように判決の外にあるアメリカの「法の支配」の思想に、その最終的論拠をもとめざるをえないように思われる。

ともあれ、本判決で、マーシャル連邦最高裁長官は、裁判所の発出した職務執行令状が、政治問題 political question を楯に連邦政府（執行部）によって無視されるという事態を回避し、裁判所の権威をとりあえず維持し司法権の独立を守ったといえよう。そして同時に、司法的違憲立法審査制を確立することによって、立法権に対する司法権の優位を決定的なものとし、共和派リパブリカンの勢力拡大が著しい連邦議会の権限拡大を押さえ、連邦派が確立してきた連邦秩序を、その裁判所（司法権）に依拠して守ろうとしたのであった。

アメリカの司法的違憲立法審査制の確立が政治的であったといわれる所以であるが、その意図はともかく、議会の立法といえども、最高法規たる憲法に抵触する場合には、司法裁判所が違憲立法審査権に基づき、それを無効とし得るとする国家の体制（立憲民主主義）を提起した点で、マーシャル連邦最高裁長官が本判決で示した司法的違憲立法審査制の理論は、画期的なものであったといつてよい。このことは、合衆国憲法がその核心に人権規定（Bill of Rights）を置

く以上、司法裁判所はこれを侵害する政治権力から人権を擁護する最後の砦となったということを意味した。

こうして、司法的違憲立法審査制度は「法の支配」の原理つまり憲法・人権保障の不可欠な一部として、アメリカ合衆国憲法の中に定着することとなった。

### 【5】司法的違憲審査制の内在的制約

こうして確立した司法審査制度ではあったが、それは当初「司法の専制のおそれ」あるいは「立法権への過度な介入」として、とりわけヨーロッパ諸国から激しい批判に逢着した。「民主主義と根本法との対抗関係<sup>(13)</sup>」のなかで、国民の内に政治的基盤をもたない裁判所がこの権限行使に慎重になったのは当然のことであった。現に連邦法に対してこの権限が連邦最高裁判所によって再び行使されたのが、半世紀以上たった Dred Scott 判決においてであったという事実がそのことを物語っている。

しかし、もとより司法裁判所が審査する以上、それは司法権の行使であり、それだけで既にいくつかの内在的制約に服している点も看過できない。その1つには「事件性の要件 cases and controversies requirement」と呼ばれているものがある。つまり、司法権が発動される前提は具体的争訟が存在することであり、それなくして裁判所は抽象的に違憲判断はできないということである（付随的違憲審査制）。もっとも実際には、連邦司法権が及ぶ範囲は合衆国憲法第3条2節1項が規定する事件（Cases and Controversies）に限定されているので、この要件は同条項の解釈と密接にかかわっている。この点で Aetna Life Insurance Co. v. Haworth, 300 U. S. 227（1937）が司法判断に適合しうる Case or Controversy について与えた定義がきわめて重要である。2つには、「政治問題の法理 Political Question」と呼ばれているものがある。これは高度な政治問題については国民の政治的

判断に委ねるべきで裁判所の判断にはなじまないとする法理で、日本という統治行為論がそれにあたる。植民地時代の特許状 (Charter) をそのまま州憲法としたロードアイランドの統治体制が、合衆国憲法第4条4節の共和政体保障条項 (guaranty clause) に反するかが争われたドールの反乱 (Dorr's Rebellion) 事件とも呼ばれている Luther V. Borden, 7 Howard 1 (1849) で、連邦最高裁判所は、これは司法判断になじまない「政治問題 Political question」であるとしてその判断を回避したのであった。これが先例といわれている。司法裁判所はこれらも考慮しつつ慎重に違憲立法審査権を行使するのである<sup>(14)</sup>。

こうした制約に服しつつも、この裁判所の権限がそれ以後の連邦あるいは州の重要な政策決定にあたって、決定的な機能を果たしたことは、冒頭に指摘した通りである。とりわけ合衆国憲法の要である連邦制と人権保障はこの司法的違憲立法審査制を抜きに語ることはできないといってよい。そこで次に平等権との関わりで司法裁判所がこの権限を実際にどのように人種問題に関して行使したのかを検討する。

## 【二】「法の平等保護 equal protection of law」と 初期の諸判例

合衆国憲法修正第14条1節の「法の平等保護」は直接的には州のみを拘束するものであるが、連邦もまた修正第5条のデュープロセスを介して同様な制約の下におかれている<sup>(15)</sup>。したがって、連邦および州政府の人種政策はしばしば「法の平等保護条項 equal protection clause」に基づく司法審査の対象となるのであるが、人種問題を抱え連邦制をとるアメリカで人種的差異に「法の平等保護条項」がいかに関わるべきかということは、決して簡単な問題ではない。「同条項」が保障している法の平等とは何か、それは個人の権利の平等で足りる

のかあるいは人種集団間の平等にも配慮が必要なのか、機会の平等か結果の平等か、その平等を実現するのは連邦か州かなど、アメリカの連邦最高裁判所が司法審査にあたって直面している法的課題はあまりに多く、かつ政治的対立も内包しているだけにきわめて重いテーマなのである。それにも拘らず、連邦最高裁判所は積極的にこの課題に関わってきたといえよう。その具体的検討に入る前に、人種問題と「法の平等保護」の初期の憲法訴訟を概略振り返っておきたい。

### 【1】「法の平等保護」条項の歴史的位置と性質

ジェファソンによって起草された独立宣言は、その原案には含まれていた奴隷制度批判の部分が成文化の段階で削除されてしまったとはいえ、自然権思想に立脚して「すべての人は平等に造られ、…」と格調高く平等原則を掲げた<sup>(16)</sup>。これに基づいて独立・建国されたにも拘らず、統治の基本原則を定めた1788年の合衆国憲法には、アメリカ北部の商業資本家と南部のプランター層との妥協の産物として奴隷制度を容認する諸条項<sup>(17)</sup>が含まれることになった。このため権利章典 Bill of Rights (1791年の修正第1条から10条までをまとめて通常こう呼ぶ)の中にさえ平等権を規定できなかったことは周知の通りである。1789年の「フランス人権宣言が自由とともに平等を高らかに謳っているのと対照的である<sup>(18)</sup>」とは、まさに的確な指摘である。これゆえに、奴隷問題はそれぞれの州が定めるべき州民の基本的権利の問題であるとして放置される結果となった。綿花に対する需要拡大に伴ってプランテーションが南部を中心に復活すると、以前にも増して過酷な奴隷労働が「コットン・ベルト」を中心にアメリカ南部を席捲したのであった。

自然権たる基本的人権 (individual rights) すなわち市民的自由として平等権が「法の平等保護」のもとに憲法上はじめて盛り込まれたのは、黒人奴隷制度をめぐる南北戦争終了後の1868年の合衆国憲法

修正第 14 条においてである。その修正第 14 条全体の主要な狙いが、奴隷であった黒人を 2 級市民と位置付けアメリカ市民に認められていた諸権利をそれら黒人に否定した Dred Scott 判決<sup>(19)</sup>を修正することに向けられていたことから容易に知れるように、「法の平等保護条項」も、以前の黒人奴隷に合衆国市民として、法の下での平等な取り扱いと公民権（市民的諸権利）civil rights を保障するものであった。この歴史的経緯からみて、「平等保護条項」は人種を理由とする市民的諸権利の享受・行使における不合理な区別のみを禁止するものと当初解されていたのである<sup>(20)</sup>。あらゆる不合理な差別は認めない趣旨と今日一般に理解されているものとは勿論大きく異なっていたのである。

しかし、当時連邦議회를制していた共和党急進派が修正第 14 条を制定した意図は、もとよりそれに止まるものではなかった。1866 年に A. ジョンソン大統領の拒否権を乗り越えて成立させた公民権法 Civil Rights Act—その趣旨は個人としての黒人に白人と平等に市民的諸権利の享受と行使を保障し、これを州の権限行使として侵害する者に対し刑事罰を科するものであった—to何よりも憲法上の根拠と正当性を与えるためであったし、その内容をもつ修正第 14 条を批准・承認することを、旧南部連合諸州が連邦復帰するための条件として突きつけようとするものであった。つまり、修正第 14 条と公民権法とをもって連邦主導の再建の要としようとするものであった。換言すれば、連邦が州の人種差別的行為を規制する権限を獲得しようとしたのであった。その意味で、修正第 14 条は合衆国再建の要でもあったし、それを実現させる連邦と州の統治権限の分配を従来のそれと逆転させるものであった。1870 年までには、旧南部連合諸州は修正第 14 条を相次いで批准し連邦への復帰を終えたのである。

「法の平等保護」とは、とりわけ黒人が合衆国市民個人として市民的諸権利の享受・行使において差別されない権利であり、それを保

証するのは後見人たる連邦であったということである。

## 【2】「法の平等保護」の適用の限定

1876年のヘイズ＝ティルデン妥協によって連邦軍が南部から撤退すると同時に、かつての奴隷所有者達が復活し南部諸州の民主的再建が完全に頓挫すると、修正諸条項をめぐる状況は一変した。憲法修正第15条の規定にも拘らず、「人頭税」や「識字テスト」によって、黒人の政治参加は阻まれ（1964年の修正第24条参照）、憲法修正第13条にも拘らず奴隷法 black codes が復活し、経済的にはシェアクロッパー制度のもとに黒人は拘束されたのであった。こうしたなかで、南部諸州では隔離（segregation）政策が進み、いわゆるジム・クロウ（Jim Crow）が南部全体を支配する体系として一般化していった。

修正第14条の「法の平等保護」は、南部諸州が人種差別的政策をとらないように、換言すれば、合衆国市民の諸権利を侵害しないようにこれを合衆国・連邦が保障するというものであった。しかしこの現実には「法の平等保護」は十分対応できず、本来の平等を実現させることはできなかった。憲法上その原因をもとめるならば、連邦の適切な対応を阻んだ大きな理論的障壁が2つあったことを指摘せねばならない。修正第14条の「平等保護」を州が差別の当事者となる場合に限定した「ステイト・アクション state action の法理」と「平等保護」を2つの異なる価値体系間の形式的平等<sup>(21)</sup>と把握する「分離すれども平等 separate but equal 理論」がそれである。この2つの法理を簡単にみておきたい。

### （1）ステイト・アクション state action の法理

この法理が適用・確立されたのは、The Civil Rights Cases, 109 U.S. 53 (1883) においてであった。連邦最高裁判所は本件で、「旅館、陸上水上の公共輸送および劇場その他の宿泊、利用、便益お

よび特権を完全かつ平等に享受する権利<sup>(22)</sup>」をすべての人に与え、公の施設内での私的差別行為をも含めて人種差別を禁じた 1875 年公民権法（Civil Rights Act of 1875 修正第 14 条 5 節の連邦議会の権限に基づいて制定された連邦法）を、連邦議会の立法権限を逸脱し合衆国憲法修正第 10 条で保障された州の権限を侵害するものであるとして違憲とした。その理由をブラッドリー判事（Justice Bradley）は法廷意見を代表して要旨次のように述べた。

合衆国憲法修正第 14 条は同条が定めた基本的権利 fundamental rights を侵害する州の行為 state action のみを禁止するものであり、同条 5 節は連邦議会にその州の行為の禁止を実施するためにのみ権限を付与したのである。修正第 14 条は決して連邦議会に無限定の立法権限を与えたわけではない。本来州が規制すべき領域にある私人間の人種差別問題を扱う権限は連邦にはない。人種差別という私的行為は不法行為 private wrongs の問題であって、これを是正する権限を連邦政府は持たない。

この「ステイト・アクションの法理」は修正第 14 条第 1 節の平等権保障を州が差別的行為の当事者となった場合にのみ限定するものであった。私的差別行為の規制は連邦でなく州に委ねられることになった。したがって、連邦最高裁判所のこの違憲判決のもっとも大きい効果は、平等実現に向けての主導権を連邦から州に奪い返すものであった。しかしその南部諸州は実際にはいかなる差別禁止立法も積極的に制定せず、隔離政策に終始していたという事実には照らしてみると、この判決は南部諸州の人種隔離を半ば放置する役割を担うこととなった。

1964 年公民権法が修正第 14 条 5 節の連邦議会の「法の平等保護」を実施する権限に基づくだけでなく、州際通商規制権限 interstate commerce clause にも基づいた（具体的には雇用関係を規制するタイトルⅦの部分）のは、この法理と勿論無関係ではない。今



日では、私的に所有されたものであっても公共施設内での差別は「州または国家の行為」を幅広く捉えること（既にハーラン判事 Justice Harlan が本判決の反対意見で指摘していた）でももちろん規制されているが、「ステイト・アクション state action の法理」自体は今日なお有効な憲法理論であることを付言しておきたい<sup>(23)</sup>。

## (2) 分離すれども平等 separate but equal 法理

「分離すれども平等」法理が適用されたのは、Plessy v. Ferguson, 163 U.S.537 (1896) . においてであった。ここでは、州内の鉄道会社に黒人用・白人用の隔離された客車車両設置を義務づけるとともに、指定された客車以外の車両に座席を占めることを刑罰をもってすべての人に禁じたルイジアナ州法の合憲性が問われた。連邦最高裁判所はこの人種隔離法を「法の平等保護」に違反せず合憲とした。法廷意見を代表してブラウン判事（Justice Brown）はその理由を要旨次のように述べた。

合衆国憲法修正第 14 条が人種間の絶対的平等を求めていることは確かであるが、それは皮膚の色に基づく区別を廃止したり、政治的ではない社会的平等または双方不満な人種間の混合 commingling を強行したりすることを求めるものではない。それは人種間の公民権の保障における法の下での平等、法的平等に限定される。白人用・黒人用に分離された施設は、それらの施設が平等である限り修正第 14 条に反するものではない。人種間の調和をいかにかはるか州のポリス・パワーの問題である。法的に隔離することは、黒人に劣等の烙印を押すわけではなく、一方の人種が他方に比べ劣っていることを必ずしも意味するわけでもない。隔離はそれ自体違法な差別を構成するものではない。

この「分離すれども平等理論」に立った判決が南部の人種隔離政策を正当化することになったのは論を待たない。連邦最高裁判



所は、消極的に違憲審査権を行使することで、2つの人種間の形式的平等に力点を置く州法を「法の平等保護」のもとに認め、いかなる平等を実現するかについての州の裁量を大幅に尊重したのである。このため、以後約半世紀に亘って、実質的な人種差別が法的に容認されたのである。ただ1人反対したハーラン判事(Justice Harlan)は、「人種に基づく隔離は、市民的自由と憲法が確立した法の下での平等に一致しない奴隷状態の象徴である」「憲法は人種考慮禁止 color-blind であり、市民間の区分に寛容ではない」「憲法はこうしたカーストを許さない」旨主張した。

(1)、(2)と「法の平等保護」の適用の限界を簡単にみてきた。連邦が黒人に合衆国市民としての市民的自由を保障し、州のこれに対する侵害行為を連邦にチェックさせるという修正第14条の趣旨は、連邦最高裁判所の判決によってほとんど機能することなく推移したといえる。もっとも連邦最高裁判所が、人種問題をめぐる連邦と州の激しい政治的対立に巻き込まれ、苦慮した結果たどりついた法理がこの「ステイト・アクションの法理」と「分離すれども平等の法理」であったといえなくもない。基本的には、南部諸州の激しい政治的巻き返しに連邦の民主的南部再建が頓挫した結果の一部なのであって、ひとり連邦最高裁判所のみの責に帰することはできないということである<sup>(24)</sup>。ともあれ、人種問題と修正第14条の「法の平等保護」を考えると、平等権の問題だけでなく連邦と州の権限分配の問題が重なってくることを理解しておくことが重要である。

### 【三】「法の平等保護」の実現

先の2つの法理によって、立憲主義の視点からみれば、「法の平等保護」が歪められたまま半世紀が経過した。本来の平等保護を回復・

実現させるため判例を見直す動きもようやく出てくるようになる。この動きは、違憲審査権を利用して積極的に一連の平等主義的社会改革を推し進めた連邦最高裁判所（ウォーレン・コート）<sup>(25)</sup>の判例と公民権法の制定で頂点を迎える。ここでは、まずそれに先行する諸判例から簡単にみておきたい。

### 【1】「分離すれども平等」法理の破綻

連邦最高裁判所は Plessy 判決の再検討を長らく拒んできたが、公立学校の人種別学制を違憲とした 1954 年の Brown 判決でようやく「分離すれども平等」法理を明白に放棄するに至った。しかし高等教育においては、この「分離すれども平等」理論は、その Brown 判決前に事実上の破綻を既に示していたといっていよい。というのは、そもそも高等教育機関を黒人用、白人用にわけて、二つ維持することは州にとっても財政的に相当な負担であったため、白人用のみの 1 つしか存在しない州が比較的多かったからである。

1938 年のミズーリ州立大学ロースクール黒人入学拒否事件 *Missouri ex rel. Gaines v. Canada*, 305 U.S. 337 (1938) . で、連邦最高裁判所は「分離すれども平等」法理に立ちつつ、州内にそれと同様の黒人のロースクールが存在しない以上、同州立大学ロースクールが黒人の入学を拒否することは「人種を理由に教育の機会を奪う」ことになり許されないとした。また人種別学制度のもと州内に黒人用、白人用の 2 つのロースクールが用意されていた（もっとも黒人用は州裁判所への Sweatt の提訴後急いで創設された）テキサス州のケースでも、「分離すれども平等」理論を援用しつつも新しい判断が示された。同州立大学ロースクールの黒人入学拒否事件 *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950) . で、連邦最高裁判所は、「分離すれども平等」理論に立って、双方の施設を厳密に比較した結果、「白人と黒人の学生に州が与えている教育の機会を実質的に平等ではない」と判断し、これは

許されないとした。そして、さらに連邦最高裁判所の意見を代表したヴィンソン長官（Chief Justice Vinson）はこの2つのロースクール  
の質の相違にも言及し「これら2つのロースクール間で自由な選択  
をなす者が、その問題を大差のないものと考えらるだろうと思慮する  
ことは困難である」と述べ、両者の施設を平等とした州裁判所の判  
断を覆し、黒人学生と同ロースクールへの入学を命じたのであった。  
また、州立大学内での黒人大学院生の隔離はゆるされないとした同  
年の *Mclaurin v. Oklahoma State Regents*, 339 U.S. 637 (1950) は、限  
定されたものではあったが *Brown* 判決を先取りするものであった<sup>(26)</sup>。

一連の判決は、連邦最高裁判所が「分離すれども平等」法理に  
立って、実質的に両施設を吟味し物的にも質的にも比較検討する  
という方法を採用したことを示すものである。こうなると、高等教  
育機関においては「分離すれども平等」法理そのものがもはや極枯  
であった。これが破棄されることは時間の問題であった。こうして  
*Brown* 判決を迎えるのであるが、それは「分離すれども平等」法理  
の完全な崩壊を示すものであった。

## 【2】*Brown* 判決

全員一致の *Brown* 判決<sup>(27)</sup> において法廷意見を代表した連邦最高裁  
判所長官ウォーレン（Chief Justice Warren）は、「公教育における人  
種隔離は、マイノリティの子供たちに有害な影響を与える」「法の強  
制による隔離は黒人の子供の教育的、知的発達を妨げ、人種統合さ  
れた教育制度のもとでなら受け得たであろう利益の一部を彼らから  
奪う」ものであり、「公教育においては、隔離的な教育施設は本来不  
平等となる」として人種別学を定めたカンザス州法を「法の平等保  
護条項」のもとに違憲とした。そして、先にふれた人種隔離を長く  
正当化してきた「分離すれども平等法理 *Separate but Equal Doctrine*」  
を公教育の場から、少なくとも小中の公教育の場から、完全に放逐

した。

引き続いて、連邦最高裁判所はこの判決を現実に実施すべく Brown II 判決において、統合された人種区分のない多様性をもった単一の学校教育への移行計画の策定を教育委員会に義務づけ、それを連邦地方裁判所の監視のもと、「可及的速やかに all deliberate speed」そして後には「直ちに at once」移行するよう求める執行判決 enforcement decree を下した<sup>(28)</sup>。しかし裁判執行の困難さや居住地域の問題もあって、その実現には相当な時間を要した<sup>(29)</sup>が、公民権運動を経てようやく一定の成果を残しつつある<sup>(30)</sup>。

さて、こうみてくると従来州の権限とされてきた公教育の分野に連邦裁判所が介入し、人種共学・統合に向けて積極的に一步を踏み出したことが知れるのである。そしてこれを法的理論面からみれば、あらゆる人種区分を禁止する「人種考慮禁止 color-blind<sup>(31)</sup>」が修正第 14 条の「法の平等保護」の大原則として、「分離すれども平等理論」に取って代わったことが分かる。人種区分の利用は、この大原則のもと、とりわけ公教育においては許されないこととなった。

### 【3】厳格審査基準の確立

さて、【1】【2】と「分離すれども平等」法理が乗り越えられる過程を大枠的に検討した。その過程にあって、次の2つのことを確認しておくべきであろう。1つは厳格審査基準の確立であり、2つには「平等保護」実現に向けての連邦の復権である。

#### (1) 厳格審査基準の成立

この期、判例理論が「分離すれども平等」理論を克服して人種隔離から統合へと進展したために、「法の平等保護」の解釈にあたって勢い color-blind 理論、したがって合衆国市民としての個人の権利が強調され、「人種に基づく区分は違憲性の疑わし区分 suspect

classification」(Bowling v. Sharp, 347 U.S. 497, at499) とみなされ、厳格審査 strict scrutiny が主張されるようになった<sup>(32)</sup>。Brown 判決も厳格審査の立場から、「公立学校教育の目的を達成するために、人種別学を手段としなければならない強い公益上の要請も理由もない<sup>(33)</sup>」ということで州法を違憲としたものであることは明らかであった。

このことはこの期の一連の判決をみればより明白になる。人種を異にする未婚男女の同棲を刑罰でもって禁じたフロリダ州法を「平等保護条項」のもとに違憲とした *McLaughlin v. Florida*, 379 U.S.184 (1964) . で、法廷意見を代表した White 判事は次のように指摘する。

「平等保護条項のもとでの司法審査はその立法によって定義された階層のメンバー間での平等適用を立証しただけでは終わらない。」「人種に基づく区分は・・・修正第 14 条の中心的目的が州の政府から発せられる人種差別を一掃することであったという歴史的事実に照らして審理されねばならない。この強力な政策こそが人種区分を疑わしい区分とし、もっとも厳格な審査 most rigid scrutiny に服させることになる」。その区分は、この観点からみて修正第 14 条のもとで正当化される「合理的目的を有していない」。

これに続いて、*Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) . でも、連邦最高裁判所（ウォーレン連邦最高裁判所長官が法廷意見を述べている）は、「人種に基づいて引かれたラインは自由な人間にとって憎むべきものであり、平等保護条項のもとにもっとも厳格な審査 most rigid scrutiny に服することになる」と述べ、異人種間の結婚を刑罰で禁じたヴァージニア州法を修正第 14 条の「平等保護」およびデュープロセス条項に基づいて違憲としている。

人種に基づく区分は個人の権利を侵害する違憲性の疑わしい区分として厳格審査に服するという法理が確立したといえよう。この期にあって唯一厳格審査基準を適用しつつ、太平洋戦争中日系人に対して出された西海岸軍事地域からの軍司令官の排除命令（連邦法お

よび大統領行政命令 9066 号に基づいて太平洋戦争中日系アメリカ人に対して発せられた市民排除命令 Civilian Exclusion Order No.34) を合憲とした *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944) . があった。しかしそこにおいても、連邦最高裁判所（ブラック判事 J. Black が代表した）は「1 つの人種集団の市民的権利を制約するあらゆる法的制限は、ただちに疑わしい suspect ものである」ので「もっとも厳格な審査 most rigid scrutiny にさせなければならない<sup>(34)</sup>」としている。しかし続けて、そうであっても「あらゆる法的制限がすべて違憲であるということとはできない」「公益の必要性の強調が、そうした制限を正当化するかもしれない」として、戦争中という特殊な時期の命令に正当性を認めたのであった。

## (2) 「平等保護」に向けての連邦権限の復活

この期の動きのなかで注目すべきもうひとつは、「平等保護」に関して連邦権限とりわけ連邦裁判所のそれが大幅に拡大された点である。なかなか動こうとしない連邦の政治的権力に先んじる形で、「法の平等保護」のもとに連邦裁判所が違憲立法審査権限を利用して州の人種隔離を禁止するにとどまらず、衡平法（エクィティ）上の権限をも利用しつつ、人種問題において積極的に平等を実現しようとする方向へ舵をきったことが、その当否は別としても明白になったといえよう。

南北戦争後の憲法修正条項 Civil War Amendments の 1 つとして制定された修正第 14 条の本旨は、その経緯からみても、南部諸州が平等保護を侵害しないように連邦がこれを保障するというものであった。つまり「連邦の権限はその意味で消極的」であり、「平等を与えるという積極的な義務は州側に」あったはずである<sup>(35)</sup>。司法裁判所の限界とも絡んで連邦裁判所はきわめて難しい課題に直面することとなったともいえよう。

#### 【4】公民権法の成立とその特徴

Brown 判決を直接の契機とする公民権運動の高まりが、黒人のための「マグナ・カルタ」あるいは「独立宣言」とも称された<sup>(36)</sup> 1964 年公民権法 (Civil Rights Act 42 U.S.C.A. § 2000 a et seq) をもたらしたことは周知のとおりである。同法は、全部で 11 編 (タイトル I から XI) の個別法からなるきわめて包括的な差別禁止の連邦法であったが、その基本的特徴を一言でいえばこのようになる。

それは一連の公民権法と同じく市民的諸権利の享受および行使において人種をはじめとする不合理な差別を受けないことを個人としてのすべての合衆国市民に保障することで、白人と同じように「機会の平等」を黒人をはじめすべてのマイノリティ個人に与えるものであって、一般的には color-blind 法ということになる。その意味で、この期の判例法および従来の公民権法の集大成としての法典化という側面をもつ法であった。同法の提案者であるハンフレイ上院議員 (Senator Humphrey) は、議会でタイトル VI に関して、「同法案の目的はただひとつである。それは仲間の市民である黒人に、白人が当然とみなしているのと同じ権利と機会を与えることである<sup>(37)</sup>。」と述べ、その趣旨を明らかにしている。この立法部の積極的参入によって、「法の平等保護」は連邦主導のもとにはじめてその当初の理念を実現することになるのである。

#### 【四】「法の平等保護」と

#### アフーマティヴ・アクション

##### 【1】「法の平等保護」と司法審査基準の多様化

ニューディール以後、「平等保護」は区分 classification という概念を用いて、人種に止まらず宗教、性、出身国、国籍、年齢又は所得などに基づくあらゆる不合理な区分を連邦、州に対して禁じていると理

解されるようになった。いわゆる「新平等保護 New Equal Protection of Law」の展開と呼ばれるものである。あらゆる立法・命令はその性質上対象の区分を前提とするので、それらの合理性をチェックするのにデュープロセス条項よりむしろ平等保護条項が便利で次第に多用されるようになった（実体的デュー・プロセスから実体的平等保護へ）。「最高裁判所は 1950 年代から 1960 年代にかけて、パンドラの箱を開いたといえよう<sup>(38)</sup>。」とは要領を得た指摘であろう。ともあれ、そうしたなかで司法審査基準も多様化していくことになる。

一般的・形式的にそれを整理すれば、次のようにまとめられる。まず、その区分 classification にあたっては政府の裁量に大幅に委ね一応の合理的根拠があれば合憲性を推定するいわゆる合理性の基準 rationality test or rational basis test と呼ばれるものがある。次に、その区分の根拠につき政府に合理性以上の立証を求め、「やむにやまれない利益 compelling interest」を目的とし、それが「厳密に調整された narrowly tailored」ものであれば正当化し得るとするいわゆる厳格審査基準 strict scrutiny がある。そしてその中間に、その区分が「重要な政府の利益 important governmental objectives」に資するものであり、その目的達成に「実質的に関連性 substantially related」があれば合憲とみなすいわゆる中間審査基準 intermediate scrutiny が置かれる。<sup>(39)</sup>

厳格審査基準が適用になるのは、人種のように本来その区分が合憲性の疑わしい suspect classification 場合とその区分が投票権や表現の自由のような基本的権利 fundamental right を侵害する場合である<sup>(40)</sup>。中間審査基準は性差別の場合に多く使われる。飲酒禁止年齢に男女差を設けたオクラホマ州法の合憲性が争われた Craig v. Boren, 429 U. S. 190 (1976) で連邦最高裁判所ははじめて中間審査基準を適用して、同州法を違憲としたが、それ以来性に基づく区分に対してはこの中間審査基準が適用されている。合理性の基準は年齢年差別の場合に多く用いられる。制服警察官につき 50 歳定年制を定めたマサチ



ューセッツ州法の合憲性が争われた *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*, 427 U. S. 307 (1976) で、連邦最高裁判所は、この合理性の基準を適用して同州法を合憲としている<sup>(41)</sup>。

さて、人種問題と「平等保護」との関わりで、公民権運動を画期として新たな法的問題が生じることになる。人種的アファーマティヴ・アクションがそれである。この人種的アファーマティヴ・アクションを審査するよう求められた裁判所はいかなる審査基準を用いるべきであろうか。Bakke 判決 (1978 年) からミシガン州立大学 2 事件判決 (2003 年) まで 4 半世紀の模索が連邦最高裁判所で続き、ようやくひとつの方向を得たようである。ここではその経緯を追っておきたい。

## 【2】アファーマティヴ・アクション政策

### (1) アファーマティヴ・アクションの意味と特徴

差別禁止政策の強化によって「機会の平等」が保障されても、それだけではアメリカのような長い人種差別の歴史を経験した国では容易に差別は解消されない。差別が経済的・社会構造的に定着し圧倒的格差を作り出すと、その格差がまた差別を再生産するからである。1964 年公民権法が成立した翌年にロスで Watts riot と呼ばれる人種暴動が起ったが、その事実が同法の限界を何よりも如実に物語っている。この暴動を調査したカーナー委員会報告書は、「白人の人種主義が黒人の貧困の源となっている失業や不安定雇用を生み出している。この状況の改善なくして人種暴動を終わらせることはできない<sup>(42)</sup>」と述べて、ジョンソン大統領に「偉大な社会 Great Society」への政策を提言している。

ジョンソン大統領は 1965 年ハワード大学で著名な演説をし、「……われわれの求めているものは権利や理論としての平等ではなく、事実としての平等、結果としての平等である。」と述べ、これに統

けてアフーマティヴ・アクションの必要性を次のように訴えた。

「100 ヤード競争で1 人が足枷をつけ、もう1 人が足枷のない状況を想像してみよう。足枷をはめた人が10 ヤード走ったとき、他の走者は50 ヤードまで行っていた。この状況をどう是正するのか。足枷をはずすだけでレースを続行させるのか。足枷をはずすことで『平等の機会』がもどったといえるかもしれない。しかし40 ヤード先に走者がいるのだ。足枷をつけていた走者を40 ヤード進ませるのが公正というものではないのか。これが平等に向けてのアフーマティヴ・アクションであろう<sup>(43)</sup>。」

同大統領は過去の差別が生み出した構造的差別を積極的に是正する措置、アフーマティヴ・アクションの必要性を、「偉大な社会」実現の不可欠な1 要素としたのである。ここでは2つのことに留意しておく必要がある。1つは、人種的アフーマティヴ・アクションは過去の差別が生み出した差別禁止では埋まらない人種間の社会的格差の是正を目的としたものであるということ、もうひとつは決して単なる優遇ではなく黒人を白人と同じスタートラインに立たせるために必要な措置であるということである。

## (2) アフーマティヴ・アクションの実施と問題点

アフーマティヴ・アクションなる言葉がはじめて登場したのは、ケネディ大統領の行政命令10925号(1961年)であり、次のように規定した。連邦との契約業者は、「人種、信条、膚の色、または出身国に関わりなく求職者が雇用され、被用者が扱われることを確実にするためにアフーマティヴ・アクションを講じるものとする。」(3 C.F.R. 448) しかし、ここには性別を理由とする差別禁止も、女性を保護対象としたアフーマティヴ・アクションも含まれておらず、適用範囲も限られておりかつ具体的な実効性をもたなかった。ジョンソン大統領は行政命令11246号でこれ

を幾分拡大したが、まだ不十分であったため、1967年に行政命令11375号(Exec. Order, No.11375, 3 C.F.R. 648)を発出し、はじめに実効性を持ったアフーマティヴ・アクション政策を具体化した。同号は次のように規定する。

「(連邦政府との) 契約業者は、膚の色、宗教、性別または出身国を理由として、いかなる被用者または求職者も差別してはならない。契約業者は、人種、膚の色、宗教、性別または出身国に関わりなく求職者が雇用され、または被用者が扱われることを保障するためにアフーマティヴ・アクションを講じるものとする<sup>(44)</sup>。」

このように執行権、大統領行政命令が主導して始まったアフーマティヴ・アクションであったが、やがて裁判所の救済命令(タイトルⅦ 706条(g))、連邦法、州法、裁判所の同意判決(consent decree)、大学などでの自発的措置へとそれは広がった。アフーマティヴ・アクションは、一般的には60年代後半から70年代にかけて雇用の分野をはじめとして相当の進捗をみたといつてよい。

しかし、人種的アフーマティヴ・アクションはかつての人種差別が生み出した構造的格差を是正・救済し実質的平等を実現しようとするものであり、多かれ少なかれかつて人種隔離を生み出したのと同じcolor-consciousの立場から、人種あるいは膚の色をもって人間を区分し黒人たる属性をもつ被差別集団に対して差別是正の積極的措置をとる形をとらざるを得ないものである。

color-blindの立場から、個人の市民的自由尊重を前提に平等保護を実現してきた従来の流れとはやはり異なるものである。それゆえ、それは形式的には「人種を理由とする差別禁止」原則あるいは「法の平等保護」に抵触する可能性を含むものである。「法の平等保護」は、果して人種的アフーマティヴ・アクションを許すのであろうか。新しく困難な問題が、連邦最高裁判所の司法判断を仰ぐこととなる。以下では、この問題を扱うこととする。

### 【3】アファーマティヴ・アクションの諸判例

#### (1) Bakke 判決と司法審査基準

##### 1、事実と判旨

連邦最高裁判所が最初にこの人種的アファーマティヴ・アクション問題に「法の平等保護」の立場から本格的に取り組んだのが、Bakke 事件<sup>(45)</sup>として知られるカリフォルニア州立大学デイヴィス校メディカル・スクールの事件であった。同スクールでは「社会的差別の影響の是正」、「学生集団の多様性」などを実現するために、1973 年と 74 年には 100 名の入学定員のうち 16 名を特別枠としてマイノリティのために設ける特別措置、アファーマティヴ・アクションを採用した。この両年にわたって受験したが入学を果たせなかった白人男性 Bakke が、それはこの措置の逆差別の結果であるとして、「平等保護条項」および公民権法タイトル VI に基づいて、同措置の無効を主張して提訴したのがこの事件である。

主要な論点は、本件アファーマティヴ・アクション・プログラムの合憲性であった。ブレナン判事 (Justice Brennan) をはじめとする 4 人の判事は、これに中間審査基準を適用し、過去の差別の影響を解消するための人種を意識した color-conscious 自発的救済的プログラムは「重要な政府の目的」を達成することに「実質的に関連して」おり憲法上正当化されるとして、このプログラムを「法の平等保護」に反せず合憲とした。スティーヴンス判事 (Justice Stevens) をはじめとする 4 人の判事は、公民権法タイトル VII (州立大学は連邦政府の財政上の援助を受けているのでタイトル VI の関連が問われた。<sup>(37)</sup> 参照) は絶対的な color-blind をもとめており、本件プログラムは同法に違反するとした。キャスティング・ヴォートを握ったパウエル判事 (Justice Powell) が、連邦最高裁判所の判決を述べた。それを要するに、

厳格審査基準を適用して本件プログラムを違憲・違法としたが、他方で今後入学選抜にあたって人種利用を一切禁じるカリフォルニア州最高裁判所の差止命令は破棄し、入学にあたって人種を考慮することそれ自体は許されるとしたのである。

## 2、パウエル判事の意見

ここでは、パウエル判事のBakke判決における相対多数意見(他のどの判事も同調していないが)を、「法の平等保護」との関連でやや詳しく要約しておきたい。パウエル判事は、タイトルⅥは憲法上の「法の平等保護」に反する行為を差別として禁じているにすぎないことに加えて、下級審でも争われていないとして、タイトルⅥには特に言及せず、憲法論を展開する。

- ①マイノリティのためのアフーマティヴ・アクション・プログラムであっても、違憲の疑いの強い人種区分(suspect classification)を伴う以上、厳格審査に服することになる。マイノリティのためにする善意の人種区分には厳格審査基準を適用しないとする、中間審査基準適用論者の主張するような二分類理論(two-class theory)はここでは採らない。したがって、そのプログラムが憲法上正当化されるためには、その目的が「やむにやまれない利益 compelling interest」でなければならない、目的を実現する手段が個人の権利を侵害しないように「厳密に調整された narrowly tailored」ものでなければならないし、州はそのことを立証しなければならない。
- ②修正第1条で保障する学問の自由に由来する「学生集団の多様性 ethnically diverse student body」という目的は「やむにやまれない利益」にあたる。「過去における社会的差別の影響の是正」という目的には州も利益を有するが、それは保護対象者が当該機関によって直接受けたと認定された具体的差別の影響を是正するものでなければならないところ、本件はこれが十分に示され

ていない。

- ③本件のプログラムは「学生集団の多様性」を達するために、人種を入学選抜にあたっての個人の一つのプラス要素とするのではなく、人種のみつまりその属性のみを理由として集団に一定枠を用意する quota であり「厳密に調整された」ものとはいえない。手段面からみて憲法上正当化されない。

こうしてパウエル判事はカリフォルニア州立大学メディカル・スクールのアファーマティヴ・アクション・プログラムを違憲としたのであるが、入学にあたって人種を考慮すること自体は否定しなかったのである。全体としてみれば、color-blind の立場から厳格審査基準を適用してアファーマティヴ・アクションの合憲性を判断する理論的枠組みを示すものであった。しかし同時に、従来の多くの厳格審査とは異なり、目的審査および手段審査を比較的柔軟に駆使して個々の事案に柔軟に対応しようとするものであった。

問題は2つ残された。ひとつは、「法の平等保護」に関わって人種的アファーマティヴ・アクションの合憲性を判断する基準としてパウエル判事が採用した厳格審査基準が今後も維持できるかということであり、もうひとつは、同基準が維持された場合、いかなる目的・手段をもつアファーマティヴ・アクションなら正当化される余地があるのかということである。

## (2) その後の諸判例

Bakke 判決に続いて、雇用、公共事業などの分野で様々な形態の人種的アファーマティヴ・アクションがいくつかの事件で、「法の平等保護」条項のもと司法審査の対象となった<sup>(46)</sup>。

### 1、Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448 (1980) .

この事件では、公共事業に対する連邦の補助金のうち 10% をマイノリティ所有企業に割り振る積極的措置＝アファーマティ

ヴ・アクションをもとめた連邦法（公共事業雇用法 Public Works Employment Act）の合憲性が問われた。連邦最高裁判所は多数意見を形成することができず、バーガー長官（Chief J. Burger）が判決（judgment of the court）を書いた。それを要するに次のようなものであった。

マイノリティ所有企業を公的契約から締め出してきた過去の差別的慣行を永続化させないための連邦法は、憲法で定める連邦議会の歳出権限（spending power）、州際通商規制権限および法の平等保護を然るべき立法によって実施する権限などに基づくものであって、その裁量には敬意が払われねばならない。同法の人種区分に基づく積極的措置は修正第5条の「平等保護」（＝デュープロセス）に違反しない。

アフアーマティヴ・アクションに対していかなる審査基準を用いるべきかについて明確な答えは出なかったが、マーシャル判事（J. Marshall）がブレナン、ブラックマン判事（J. Blackmun）とともに中間審査基準を適用して次のような同意意見を要旨述べている。

人種による差別禁止も絶対的な color-blind を求めているわけではなく、過去の差別による影響を是正するための救済的人種区分は、それが「重要な政府の目的」を達成することに「実質的に関連する」限りで許される。

ところで、注目されるのは、パウエル判事が10%という明らかな quota である本件で、厳格審査基準を適用したにもかかわらず、その正当性を認めたことである。そして、連邦議会が確認した過去の差別の影響を是正することは「やむにやまれない政府の利益」に資するものであり、quota もその裁量内のことであり正当化される、として結論に同意したのである。パウエル判事の厳格審査基準がきわめて柔軟であることが分かる。

## 2、Wygant v. Jackson Board of Education, 476 U.S. 267 (1986) .

この事件では、ミシガン州ジャクソン市教育委員会と教員組合との間の労働協約 12 条の一時解雇条項 (the layoff provision) の合憲性が問題となった。同条項は勤続年数 (seniority) の短い者から一時解雇される場合でも、マイノリティの教員については一定の割合—マイノリティの学生が全学生中に占めている割合が基準—を下回ることのないよう特に配慮されたもの、つまりアファーマティヴ・アクションを含んだものになっていた。黒人学生にとって一定の「役割モデル role models」としての教員が必要であるとされ、それを確保するためであった。連邦最高裁判所はここでも多数意見を形成できず、パウエル判事が判決を述べた。その要旨は次のようなものである。

本件労働協約 12 条は、白人に不利に黒人に有利に作用するものであり、人種に基づく区分となる。したがってもっとも厳格な審査 (most searching examination) に服させられることになるが、「役割モデル」という目的は「やむにやまれない州の利益」とは言えず、正当化されない。過去の差別の影響の是正という目的であっても一時解雇におけるマイノリティに対する積極的配慮は将来における非マイノリティの雇用の機会を奪うもので抑圧的であり手段としても正当化されない。したがって協約中の一時解雇条項は「法の平等保護」に反し違憲である。

マーシャル、ブレナン、ブラックマン 3 判事は、中間審査基準の適用を主張し反対意見を述べている。注目すべき点は、オコナー判事もパウエル判事もともに厳格審査基準を適用しつつ、「役割モデル」という目的を「やむにやまれない利益」と見なさなかったということである。とりわけパウエル判事は、その理論の「黒人の学生は黒人の先生とうまく折り合ってやっていける」という考えは、Brown 判決で連邦最高裁判所が否定したその



システム（「分離すれども平等」のこと―筆者）へと導くことになる」（Wygant, at 275）と厳しく批判している。他方、オコナー判事は同意意見のなかで「教育における多様性 diversity」目的を「やむにやまれない利益」と認め柔軟性を示した。

### 3、City of Richmond v. J.A.Croson Co., 488 U.S.469 (1989) .

この事件では、市の公共建設事業の受注業者に対してそのうちの30%をマイノリティ企業に下請けさせることを求める積極的措置＝アファーマティヴ・アクションを含んだ条例の合憲性が問われた。連邦最高裁判所はこの分野ではじめて法廷意見（the opinion of court）を形成し、オコナー判事（J. O'Connor）がそれを代表し、要旨次のように述べた。

人種区分を前提とする以上、本件にも厳格審査基準が適用される。その基準によれば、それが「やむにやまれない利益」を目的とし、それを達成する手段が「厳密に調整された」ものでなければならないところ、本件の「過去の差別の影響の是正」は本件措置の対象となっているマイノリティのなかに実際に市の建設業において差別を被っていない人種集団を含んでいたのであるから「やむにやまれない利益」とは言えないし、30%をマイノリティのために留保するという方法も非マイノリティに対して抑圧的でない他の方法がある以上「厳密に調整された」とは言えない。したがって「法の平等保護」に反して違憲である。

アファーマティヴ・アクションに対して厳格審査基準を適用するという意見がはじめて連邦最高裁判所の多数を占めることになった。しかも目的面でも手段面でも正当化の幅を相当に狭めるものとなっている。マーシャル、ブレナン、ブラックマン3判事は、中間審査基準を適用しこの措置を合憲とする反対意見を述べている。ともあれ、本件で問題となったマイノリティのための市条例の30%留保条項（リッチモンド市におけるマイ

ノリティの人口割合を反映したもの）は、Fullilove 判決における連邦法の 10%留保条項（全国におけるマイノリティの人口割合を反映）を参考にして作られたものであったにもかかわらず、連邦の場合は合憲、市・自治体の場合は違憲という変則的結果になった。

#### 4、Metro Broadcasting Inc. v. Federal Communication Commission, 497 U.S. 547 (1990) .

この事件では、放送免許の授与等に当たってマイノリティの所有する放送が拡大するように配慮する積極的措置＝アファーマティヴ・アクションを含んだ連邦通信委員会（FCC）の政策の合憲性が問われた。連邦最高裁判所は多数意見を形成し、その法廷意見をブレナン判事が述べた。それを要するに次のようなものであった。

FCC のマイノリティ所有拡大プログラムが連邦議会によって委任・承認されていたということは重要なことである。それは、過去の人種差別の影響を是正するための自治体のアファーマティヴ・アクションに厳格審査基準を適用した Croson 判決と本件とは区別されるということであり、本件には Fullilove 判決が先例として適切であるということの意味する。したがって本件では中間審査基準が適用される。「放送番組の多様性確保」という目的は、憲法修正第 1 条の価値の実現に役立つもので「重要な政府の利益」であり、FCC のマイノリティ放送局の拡大プログラムはその目的と「実質的に関連」している。FCC のプログラムは「法の平等保護」に照らし合憲である<sup>(47)</sup>。

オコナー判事をはじめとする 4 人の判事は、厳格審査基準を適用し、本件の FCC のプログラムは過去の差別を是正する救済的な目的ではなく、「放送番組の多様性確保」を目的としており、かかる目的は「やむにやまれない利益」には当たらないとして

違憲を主張する反対意見を述べている。ともあれ、結果的には連邦による場合とそうでない場合とで、審査基準が異なるということがさらに明白になった。

さて、ここまでの「法の平等保護」に関わるアファーマティヴ・アクションの判例の流れを整理すると次のようになる。

まず人種区分は疑わしい区分 suspect classification として厳格審査基準が適用されるが、善意のアファーマティヴ・アクションに対しては例外が認められる。州および自治体のそれに対してはそのまま厳格審査基準が適用されるが、連邦のそれに対してはより緩やかな中間審査基準が適用される。厳格審査基準が適用されとしても直ちに違憲となるわけではなく目的審査、手段審査を経て正当化される可能性もないわけではない<sup>(48)</sup>。

以上のようにまとめることは可能であるが、一言でいえば、この間の人種的アファーマティヴ・アクションに対する「法の平等保護」をめぐる司法審査基準の軌跡は、Bakke 判決で厳格審査基準が必ずしも多数を形成しなかったこともあって動揺を示すものであった。

#### 【4】柔軟な厳格審査基準の確立と限界

##### (1) Adarand Constructors Inc. v. Peña, 515 U.S.200 (1995) .

###### 1、判旨

この事件では、公共事業におけるマイノリティ企業の参入を奨励するために、マイノリティ企業と下請契約を結んだ元請会社に割増補償金(約10%)を支給する措置＝アファーマティヴ・アクションを定めた連邦法(零細企業法 Small Business Act)の合憲性が問われた。連邦最高裁判所は、厳格審査基準のもと同連邦法を審査し、「法の平等保護」(合衆国憲法修正第5条)に違反するとして違憲とするとともに、過去の矛盾したアファーマ

ティヴ・アクション判例を統一した<sup>(49)</sup>。オコナー判事は法廷意見を述べ、「法の平等保護」に関わる司法審査基準を従来の判例を整理し一般的に定式化した。

- ① 人種に基づく区分は本来合憲性の疑わしいもの suspect classification であるから、それは厳正な審査のもとに置かれねばならない (skepticism の原則)。
- ② 人種区分に対する審査基準は、そもそも「厳正な審査がなければ、慈悲深い差別 benign discrimination と悪意ある差別との間に区別をつけることは必ずしも容易ではない」のであるから、その区分によって利益を受ける人種によって異なるべきではなく統一された厳格審査のもとにあるべきである (consistency の原則)。
- ③ 連邦政府の行為に対する平等保護の理論と州・自治体政府の行為に対するそれとが異なるということはあってはならない。それは以前の Bolling 判決<sup>(15)</sup>にも反する。「修正第5条の平等保護に基づく主張の連邦最高裁判所の審査は、それがあたかも修正第14条の下で生じたかのように同じであるべきである」 (congruence の原則)。

この一般原則を本件に適用し、連邦のアファーマティヴ・アクションに対して連邦議会の裁量を尊重し中間審査基準を適用してきた Fullilove 判決および Metro 判決を修正し、州・自治体のアファーマティヴ・アクションに対してと同様に、Croson 判決の線で一律に厳格審査基準を適用することとした。そして人種区分に基づく措置は、悪意であれ善意であれ、Wygant 判決に従ってすべて厳格審査に服さなければならないとしたのである。

この判決の結果、人種的アファーマティヴ・アクションによって一段と厳しい法的環境となったことは間違いない。80年代後半からの規制緩和の流れの中で、雇用と生活の危機に直面するようになった白人中間層のあせりを背景としたアメリカ社会

全体のこの時期の保守化が本判決に大きく影響を与えたことは否定できない<sup>(50)</sup>。

ともあれ、これでようやくアフーマティヴ・アクションに対する司法審査基準が厳格審査基準で統一されたといえよう。この結果残された法的問題は、いかなる目的が「やむにやまれない利益」とされ、いかなる手段が「厳密に調整された」とされるかということになる。

## 2、柔軟な厳格審査基準

Adarand 判決は、中間審査基準を適用した原判決を破棄・差し戻したため、具体的に目的、手段に関して論及するところは少ない。しかし法廷意見を述べたオコナー判事は、大枠的な議論をそこで幾分展開している。

Fullilove 判決のなかでマーシャル判事が厳格審査を「理論は厳格であるが、実際には致命的な審査 Scrutiny that is strict in theory, but fatal in fact」(Fullilove, at 518) と批判したことに反論し、オコナー判事は厳格審査のそうした概念を追い払うべきであると主張した。そして次のように述べた。「人種に基づく措置がやむにやまれない利益を促進するために必要であり、それが従来の判例が論及してきた『厳密に調整されたものというテスト narrow tailoring test』を満たす限り、かかる措置は憲法の制限内のこととなる」、つまり「あるゆる人種に基づく救済立法がすべて違憲となるわけではない」(Adarand, at 237) と。そしてその例として、1987 年の Paradise 判決<sup>(51)</sup> を挙げた。この事件はアラバマ州警察の人種差別に対する裁判所の同意判決 (consent decree) を実効あらしめるために裁判所が出した「白人 1 人昇進につき黒人 1 人昇進」という内容の救済命令＝アフーマティヴ・アクションの合憲性を争ったものである。したがって、通常のそれとはやや類型を異にするものであったが、連邦最高裁

判所は、厳格審査基準の下でかかる quota に近いものを合憲として容認したのである。このことは確かに注目に値しよう。

このように、オコナー判事はすべてのアファーマティヴ・アクションが否定されるわけではないことを強調し、柔軟な厳格審査基準の運用に含みを残した。具体的にその柔軟性が試されたのが、2003 年のミシガン州立大学 2 事件においてであった。

(2) ミシガン州立大学 2 事件判決 *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S.306 (2003) . および *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S.244 (2003) .<sup>(52)</sup>

1. *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S.306 (2003) .

この事件では、「学生集団の多様性」を目的としてミシガン州立大学ロースクールが入学者選抜に当たって採用したマイノリティに配慮した入学選考プログラム<sup>(53)</sup> = アファーマティヴ・アクション・プログラムの合憲性が問われた。同プログラムは、客観的学力(GPA と LSAT の点数)と並んで、出願者の才能、経験、潜在能力などのいわゆる「柔軟変数 soft variables」も重視し、そのなかでもマイノリティを、「有意にして十分な数 critical mass」入学させることは、ロースクールの質や有能な法律家育成にとって必要な「多様性」確保につながるとされ、人種的・民族的多様性にも積極的配慮と措置を置くものであった。果たして、「法の平等保護」のもとで、こうした措置が許されるのかが問われたわけである。連邦最高裁判所は、要旨次のように判断した(オコナー判事が法廷意見を述べた)。

あらゆる政府の人種に基づく区分は、「法の平等保護」による厳格審査に服するというのは、*Adarand* 判決において判示されたとおりである。その審査の下で当該人種区分が正当化されるのは、それが「やむにやまれない州の利益」を「厳密に調整された」手段で実現する場合のみである。学生集団の多様性は修正第 1

条の学問の自由に由来するものであるから、それは大学入学にあたっての人種区分を正当化する「やむにやまれない州の利益」である。Bakke 判決においてパウエル判事が指摘しているように、マイノリティの「有意にして十分な数 critical mass」が quota であってはならないことは当然であるが、本件ロースクールの選抜方法は人種を志願者個人のプラスの 1 要素とするにすぎないものであり、「厳密に調整されたもの」である。したがって、本件ロースクールのプログラムは正当化され合憲である。

既に Adarand 判決で司法審査については厳格審査基準が適用されることが明らかになっていたので、論点は目的審査（「学生集団の多様性 diversity of student body」という目的が「やむにやまれない利益」といえるか）と手段審査（「有意にして十分な数」入学させるという方法が「厳密に調整された」ものといえるか）であった。先に Bakke 判決のところで触れた如く、パウエル判事の相対多数意見で「学生集団の多様性」は「やむにやまれない利益」と承認されていたが、他の判事の同調がなかったために、その部分の先例拘束性についての Marks 判決<sup>(54)</sup>の理解も含めて下級審で見解が分かれていた<sup>(55)</sup>。しかし、連邦最高裁判所は「学生集団の多様性はやむにやまれない重要な州の利益にあたるというパウエル判事の考え方を承認する」と、法廷意見として述べ、直接 Bakke 判決の先例拘束性の問題にはふれず、下級審判例の不統一に決着をつけた。そして、改めて「学生の多様性」は人種区分に基づくアファーマティヴ・アクション・プログラムを正当化する「やむにやまれない利益」であることを確認したのである。

そうなると、残された問題は手段面である。正当化される手段については、Bakke 判決では、属性でもって集団的に評価する quota のようなものでなく、個人の権利を侵害せず非マイノ

リティに対して抑圧的でない手段であれば「厳密に調整された」ものといえたとされた。連邦最高裁判所は、ロースクールの入学者選抜プログラムを「それは人種または民族を特定な志願者個人の情報における1つのプラス要素としてのみ考慮するもの」と評価し、それは「ある特定な人種又は民族の構成員のために quota を作ったり、別枠を設定したりしていない」として、これを「厳密に調整された」ものとみなした。もっともレンキスト (J. Rehnquist) 反対意見は、「有意にして十分な数は志願者中の人種構成を合格者人種構成に比例配分しただけのもの」で「厳密に調整された」ものとはいえないとしている。

## 2、Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003) .

この事件では、ミシガン州立大学人文・科学・芸術学部 (LSA) が「学生の多様性」を目的として、1998 年以降採用してきた現行のマイノリティに配慮した入学者選抜ガイドラインの合憲性が問われた。それによると、選抜に当たっては、学力評価 (GPA と ACT/LSA で 110 点) とその他の評価 (40 点) に分けて点数化し、150 点中 100 点を合格ラインとして、意味のある数で「代表されていないマイノリティ」出身の志願者すべてにその 40 点の中で 20 点を機械的に加算するという措置を取っていた。この措置、アファーマティヴ・アクションが「法の平等保護」に反するとして争われることとなった。レンキスト長官 (Chief Justice Rehnquist) が連邦最高裁判所の法廷意見を述べた。それを要するに次のようなものであった。

人種に基づく分類は違憲の疑わしい区分としてすべて厳格審査に服する。その審査のもとで、人種区分が正当化されるのは、その目的が「やむにやまれない政府の利益」を促進するものであり、かつ目的実現の手段が「厳密に調整された」ものでなければならない。Grutter v. Bollinger 事件において、当裁判所は「学



生集団の多様性」は「やむにやまれない利益」にあたると判示したので、同学部（LSA）の入学者選抜ガイドラインは目的面では正当化される。しかし現行のそれは、大学入学に必要とされる点数（100点）の5分の1にあたる20点を人種のみを理由に「代表されていないマイノリティ」のすべてに自動的に付与するもので、「厳密に調整された」ものとはいえない。人種的・民族的背景がある特定の志願者個人の情報の1つのプラス要素としてみなされるような入学者選抜プログラムなら使用が許されるというのが、Bakke 判決におけるパウエル判事の意見である。本件現行の入学者選抜ガイドラインは手段面からみて正当化されず違憲である。

ミシガン州立大学のこの2つの事件で、同じく厳格審査基準を適用しながら結論を分けた<sup>(56)</sup>のは、手段面の評価であった。「学生集団の多様性」目的を実現するために大学が自主的に考えた手段であったが、自動的に人種を理由としてすべてに20点を加算する方法は事実上 quota のようなものとして否定されたわけである。

なお、同大学ロースクールの場合には25年間の暫定的措置であることが明示されていたことも合憲判断の一つの要素となったようである。

### (3) 柔軟な厳格審査基準の可能性

厳格審査の適用を主張しつつも柔軟な運用を示唆してきたオコナー判事の主張は、Grutter 判決でも維持された。オコナー判事は言う。「あらゆる人種区分の利用が厳格審査基準によって無効とされるわけではない。やむにやまれない政府の利益を促進するために必要とされる人種に基づく措置は、それがその利益の達成のために厳密に調整されたものであれば平等保護条項に反することはない」「厳格審査

とは、政府が人種区分を利用する理由の重大さ」を慎重に検討する枠組みを提供するものにすぎない、と。

トーマス判事（Justice Thomas）などは、こうした厳格審査は、「厳格審査の概念と一致しない」という批判を加える。しかし、既に述べたように Koremats 判決のブラック判事の意見、Bakke 判決および Fullilove 判決におけるパウエル判事の意見、そして Adarand 判決およびミシガン州立大学 2 事件判決におけるオコナー判事の意見へと受け継がれたこの厳格審査を適用しつつも目的審査、手段審査を通じて柔軟に対応する法理（「柔軟な厳格審査の法理」と呼べようか）は、人種のアファーマティヴ・アクションの司法審査基準として定着してきているように思われるのである。ここではその柔軟な厳格審査の法理の展開の可能性について考えておきたい。

#### 1、目的審査：「やむにやまれない利益」

厳格審査基準を適用した場合、「過去の差別による影響の是正」という目的は、「やむにやまれない利益」にあたるのだろうか。実は多くの伝統的アファーマティヴ・アクションがこれを目的としている。したがって、厳格審査基準がこれをどの程度容認するものかが、その可能性を考える上で最も重要な点となる。

オコナー判事はじめ厳格審査を主張する判事の多くが、Metro 判決の反対意見で示したように、一般的にはこれを肯定している（Metro at 612）。しかし Croson 判決で明らかな如く、当該アファーマティヴ・アクションを行う機関がその保護対象となる差別被害者個人に対して差別を行ったことが立証され認定された場合に限り、その被害者個人の救済・影響の是正を目的としたアファーマティヴ・アクションを認める（そうでなければ、救済された個人に劣等の烙印をおすことにもなりかねない）という限定されたものなのである。厳格審査を強力に主張したパウエル判事が、Bakke 判決においていみじくも次のように述べて

いる。

「過去の差別の影響の是正」目的といっても、「その目的は過去に無限に遡るかもしれない無定形の損害の概念」(an amorphous concept of injury)である『社会的差別 societal discrimination』の影響の是正ということよりもはるかに目的は絞られてきた。われわれは司法上も立法上もまたは行政上も憲法または制定法に違反していない他の無実の人々を犠牲にして相対的に犠牲者となった集団の構成員とされた人々を救済するような区分 classification を決して容認するものではない」(Bakke, at 307)

既に指摘したが、Brown 判決以降に厳格審査基準が適用され始めた経緯からも分かるように、それは color-blind の立場から個人としての権利を重視する考え方に立脚している<sup>(56)</sup>。それゆえ、厳格審査基準は無定形の「社会的差別 societal discrimination」の是正を目的としたような区分＝アファーマティヴ・アクションは論理的に認められないのである。この限界を押さえておくことが肝要である。

次に「学生集団の多様性」は「やむにやまれない利益」にあたるか、これが厳格審査基準を適用したミシガン州立大学の2つの事件での大きな論点のひとつであった。しかしこれは Bakke 判決でパウエル判事によって承認されており、オコナー判事なども Wygant 判決の同意意見のなかで「人種的多様性の促進における州の利益は、高等教育との関連では少なくとも人種分類の利用を正当化するに十分な『やむにやまれないもの compelling』と認められてきた」(at287)と指摘し、修正第1条の学問の自由に根拠をもつ学生集団の「多様性」は、「やむにやまれない利益」にあたるとしていたものである。Grutter 判決でこれが認められたのはむしろ当然といってよい。

他方、同じく修正第1条の価値を担う「放送番組の多様性」は、

Metro 判決で「やむにやまれない利益」とは認められなかった点、および Wygant 判決では「役割モデル」論が前述した如く「Brown 判決で否定されたまさにそのシステム (separate but equal のこと一筆者) へ導くもの」(Wygant, at 275) とまで批判され否定された点は、厳格審査の限界として留意しておく必要があるだろう。

## 2、手段審査：「厳密に調整された」手段

厳格審査基準を適用した場合、どの程度の手段なら憲法上正当化されるのだろうか。これに関しては既に大枠的には Bakke 判決が示していた。つまり、属性でもって集団的に評価する quota のようなものでなく、個人の権利を侵害せず非マイノリティに対して抑圧的でない手段であれば「厳密に調整された」と認められていた。ミシガン州立大学 2 事件でこれがより具体化されたことは疑いない。

Grutter 判決ではロースクールの入学者選抜プログラムを「それは人種または民族を特定な志願者個人の情報における 1 つのプラス要素としてのみ考慮するもの」と評価し、「ある特定な人種又は民族の構成員のために quota を作ったり、別枠を設定したりしていない」として、「厳密に調整された」とものとみなした。もうひとつの Gratz 判決では、学部の入学者選抜プログラムを「大学入学に必要とされる点数の 5 分の 1 に相当する 20 点を、人種のみを理由に代表されていないマイノリティのすべての志願者に自動的に付与する」もので「厳密に調整された」とものとはいえないとして、違憲としたのである。要するに、入学者選抜プログラムが人種や民族の要素を志願者個人の有利な 1 材料として評価するものになっているのか、それとも人種や民族を属性としてもつその集団に有利な配慮をする評価システムになっているのか、の違いであるように思われる。

目的審査のところで指摘したとおり、厳格審査基準は color-

blind の立場で個人の権利の実現に基礎を置いて「法の平等保護」を捉える考え方であるから、集団を保護するという方法を論理的に認めないのである。オコナー判事が Gratz 判決で多数意見に加わったのもこの理由からであろう。このあたりに厳格審査の限界があるように思われる。しかし、Fullilove 判決でパウエル判事が 10% 留保条項を quota と認めながらも、その「連邦議会の救済の選択を支持すべき」(Fullilove, at 510) として、連邦議会の裁量を尊重する柔軟な判断を示した点は、記憶しておくべきであろう。

### 3、中間審査基準との相違

以上厳格審査基準の可能性を考察してきた。アファーマティヴ・アクションに対するその柔軟な適用によって、中間審査基準を適用した場合と異なる結果が得られる可能性もないではない。しかし、厳格審査基準をとる場合と中間審査基準をとる場合とでは、基本的考え方が全く異なるということを指摘しておかなければならない。

中間審査基準をとるということは、多数の白人で構成される執行部および立法部が自らの人種主義が生み出した人種間の集団的な構造的格差の歴史的反省に基づいてなした是正措置に一定の裁量を与えるということなのである。人種的アファーマティヴ・アクションそのものがそうしたものとして誕生したことは既に指摘した通りである。つまり color-conscious の立場から人種集団間の平等をも視野に入れるのが中間審査基準の立場なのである。厳格審査の立場は全く異なる。善意であれ悪意であれ、集団的に人種区分するという考え方に個人的権利の立場から、厳格に疑義を挟むのである。厳格審査基準の限界を考察する場合、このことを理解しておかねばならない。

アファーマティヴ・アクションというものが、本来白人の人

種主義がもたらした「社会的差別 societal discrimination」の是正にあったことは明白であるが、憲法が定める「法の平等保護」はどこまでそれを容認するのか、どこで折り合いを見つめるのが、司法審査基準の問題と重なるのである。

## むすび

本稿では、アメリカにおける「法の平等保護」の展開を歴史的・沿革的にたどってきた。「法の平等保護」が当面している現在の問題とその歴史的位置を多少なりとも明らかにし得たのではなかろうか。

南北戦争後の修正第 14 条のなかにはじめて規定された「法の平等保護」は、かつての奴隷であった黒人に、合衆国市民として平等に市民的諸権利を享受しかつ行使できることを保障し、州がこれを侵害することのないようもとめるものであった。しかし南部の民主的再建が頓座すると同時に、南部諸州では隔離政策がとられ、黒人は劣悪な地位に押し込まれたままとなった。連邦最高裁判所も「分離すれども平等」理論あるいは「ステイト・アクション法理」のもとに、これを半ば放置したのであった。しかし平等主義的社会改革もまたその連邦最高裁判所から始まった。Brown 判決に示されたように、厳格審査のもとあらゆる人種区分は「法の平等保護」に反する差別とされ、連邦主導の下に禁止されるところとなった。しかし、近年になってそれだけでは解決しない人種間に存在する過去の「社会的差別」の影響の是正すなわちアフーマティヴ・アクションが連邦政府によって採用され、それが新しい課題として「法の平等保護」の前に立ち現れた。

アメリカのような人種差別の長い歴史をもつ多民族・多人種社会にあってマイノリティをナショナルな枠に統合していくためには、個人の尊重の延長線上に平等権を捉えるだけでは必ずしも十分では

ないということである。人種・民族の違いを超越してすべての人をアメリカ国民個人として平等に扱えるほど、現在のアメリカ社会が成熟しているとは必ずしもいえない。そうである以上、当面過去の「社会的差別」の影響の是正を目的とした「人種集団間の平等」も柔軟に視野に入れざるを得ないであろう。連邦最高裁判所も厳格審査基準を柔軟に駆使してこれに対応しようとしている。このことは、Grutter 判決の同意意見においてギンズバーク判事も指摘したようにアメリカが 1994 年に批准した人種差別撤廃条約の認めるところでもある。

「法の平等保護」のもとでの司法審査を通じて、アメリカの裁判所とりわけ連邦最高裁判所が、取り組まねばならない法的課題は多いが、多数決主義がダイナミックに作用するアメリカ政治のもとでややもすると極端になりやすい人種政策に、立憲主義の枠を与え続けている点は、それとは別に留意しておくべきことと言ってよい。

## 注

- (1) 司馬氏は、アメリカ社会と法との関係を簡潔かつ的確に指摘され、次のように述べている。

「多くの国々にあつては古代以来の文化が累積し、近代に入つてやうとその上に法が載るようになった。」「アメリカだけが逆だった。広大な空間を法という網でおおい、つぎつぎに入ってくる移民に宣誓させ、その法に従わせるということで、国家ができた。」「つまりは、はじめに法があり、あとで人がきた。・・・巨大な体育館のような国である。」 司馬遼太郎「アメリカ素描」新潮文庫（平成元年） 145 頁

- (2) 違憲立法審査権を法理論として最初に展開したのはイギリスのボナム医師事件における E.Coke の意見（傍論部分）であったとい

われている。アメリカの植民地ではこのクックの著書がよく読まれ、彼のスチュワート朝国王の権力を抑制する「法の支配」の思想はアメリカに強い影響を与えていたようである。田中和夫「英米法概説」再訂版 有斐閣 104 頁。アメリカでこの司法的違憲立法審査制の理論を主張・展開したのは、A. Hamilton であった。彼はザ・フェデラリスト第78篇において次のように主張している。「判事たちによって根本法とみなされる」「憲法が議会制定法に優先し、人民の意図がその代理人の意図に優先すべき」は当然であると。A. ハミルトン、J. ジェイ、J. マディソン「ザ・フェデラリスト」斉藤真、武則忠美訳 福村出版（1991）349 頁。

- (3) 保守派が支配した邦、例えばマサチューセッツなどでは、事情が異なった。税金と債務の取立てに苦しめられていたマサチューセッツの農民が、独立戦争の英雄シェイズ大尉に率いられて、当時の圧政（強制執行）の象徴であった裁判所を包囲し、これに対して立ち上がった事件（1786 年）。池本幸三「いわゆる『シェイズの反乱』の背景について—合衆国憲法制定理解の—前提—」西洋史学 37 卷（1958 年）。
- (4) 田中英夫「アメリカ法の歴史 上」東京大学出版会（1968）、104 頁。
- (5) ハミルトンに関して、M. E. Bradford, *Founding Fathers*, 2 ed. University Press of Kansas, 1994. p40 et seq.
- (6) 正 式 に は An Act in addition to the Act entitled “An Act for the Punishment of Certain Crimes Against the United States” 「合衆国に対するある種の犯罪の処罰に関する法律」を補足する法という。なお、田中英夫「私有財産権の保障規定としての Due Process Clause の成立（三）」国家学会雑誌 70 卷 11・12 号 52 頁以下に詳しい。
- (7) とりわけジェファソンが起草したケンタッキー決議は、明確に憲法によって委託されていない権限を連邦政府が行使する場合、各州はそれを無効と宣言できるとする州権論的憲法論を展開した。



マーシャルの司法的違憲審査制を攻撃したジェファソンの法理論の根拠が推察され法律上注目に値するものである。田中英夫 前掲論文 52 頁以下。

- (8) 前回の選挙で連邦派に投じられたニューヨーク州の大統領選挙人の 24 票が、1800 年の選挙では全て共和派（ジェファソンとアロン・バー）に流れ、これが勝敗を決する大きな要因となった。（Congressional Quarterly's Guide to U.S.Elections, 1st ed. at222）
- (9) 当初アダムスは元長官ジョン・ジェイを後任にと考えていたが、ジョン・ジェイに就任を断られこの人事に落ち着いたようである。田中英夫 前掲論文 56 頁参照。畑博行「アメリカの政治と連邦最高裁判所」有信堂（1992）14 頁以下参照。
- (10) 判事ポストの増に対して連邦最高裁判所の判事の定員数は、逆に 6 から 5 に削減された。近く退任が予定されている判事の後任に共和派が任命されるのを未然に防ぐ意図が感じられるものであった。畑 前掲書 14 頁。
- (11) 判決文を読むに当たって、酒井吉栄「アメリカ憲法成立史研究 第二巻 評論社 昭和 63 年 290 頁以下を主に参考にさせて頂いた。なお、関誠一「アメリカ革命と司法審査制の成立」ペリカン社 1970 年 も参照した。
- (12) 畑 前掲書 19 頁。
- (13) 田中英夫「アメリカの社会と法」東京大学出版会（1992 年）260 頁
- (14) この 2 つ以外に、アメリカでは司法の自己抑制として次のようなことがあげられる。①助言勧告拒否の原則 denial of advisory opinion 初代大統領ワシントンが憲法および国際法上の問題につき連邦最高裁判所長官 John Jay に助言を求めたところ、長官はこれを拒否。その 1793 年以降この原則（執行権から憲法上の評価を求められてもこれに判断を下さない）が出来上がったといわれて

いる。②馴れ合い訴訟 collusive action 禁止の原則 鉄道運賃値下げ法（ミシガン州法）に不満な鉄道会社が、違憲訴訟を提起するために損害賠償訴訟を意図的に作り出した Chicago and Grand Trunk Railroad Co. v. Wellman, 143 U.S. 339 (1892) . で、裁判所はその訴えを却下した。これらの点につき、小堀憲助「アメリカ憲法講義案」鳳舎 13 頁以下、田中和夫 前掲書 114 頁以下参照。

- (15) *Bolling v. Sharp*, 347 U.S. 497 (1954) . コロンビア特別区の公立学校における人種別学を争った事件であったが、修正第 14 条は直接連邦を拘束しないので、連邦最高裁判所は合衆国憲法修正第 5 条のデュープロセス条項を媒介させて、「法の平等保護」の要請に反するとした。Brown 判決の連邦版といわれている。判決は「平等保護とデュープロセスはともにアメリカの公平の観念から出たものであり、相互に排他的なものではない」と指摘し、平等保護に反する「隔離はデュープロセス条項に違反して黒人の子供たちの自由を恣意的に奪うもの」であるとした。

この関係は修正第 1 条から修正第 10 条の連邦を拘束する権利章典が修正第 14 条のデュープロセスを通じて州を規制する関係とほぼ同じとみてよい。松井茂記「アメリカ憲法入門」第 4 版 有斐閣（2000 年） 276 頁。

- (16) ジェファソンが起草した独立宣言（正式には The Unanimous Declaration of the Thirteen United States of America という）草案には「人間性の最も神聖な生命と自由の権利を侵害するもの」として奴隷制度批判が具体的に展開されていたが、サウスカロライナ州とジョージア州代表への配慮から、成文ではその部分が結局削除された。ジョン・サマヴィル「アメリカ独立宣言の現代的意義」（芝田進午編著「人間の権利」国民文庫所収）118 頁。このため独立宣言は、フランス人権宣言とは異なり、平等権につき極めて理念的なものとなった。

- (17) 一般的には以下の3つの条項を指す。人口算定にあたって黒人奴隷を白人の5分の3と数える合衆国憲法第1条2節3項の「5分の3条項」、1808年まで奴隷貿易を認める第1条9節1項の「奴隷貿易容認条項」および南部奴隷の地下鉄道を通じての北部への逃亡を封じる第4条2節3項の「逃亡奴隷引渡し条項」である。
- (18) 伊藤正巳「アファーマティブ・アクション」日本学士院紀要48巻2号(1993)84頁。
- (19) *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857) . この判決はむしろ北緯36度30分を奴隷制の可否の境界線としたミズーリ互譲法(Missouri Compromise)を実体的デュープロセス論(合衆国憲法修正第5条)によって違憲としたことで有名である。しかし、しばしば指摘されるように当該事件を解決するためだけなら、ミズーリ互譲法8条の違憲性に論及する必要は必ずしもなかったものである。それにも関わらずトーニー最高裁判所長官が法廷意見として同法の違憲性を傍論部分ではあったが、なぜ書くことに同意したのか。興味深い問題である。この判決を取り上げた論文は多いが、その問題に迫った点で興味深い論文をあげておきたい。E.S. Corwin, *The Dred Scott Decision, In the Light of Contemporary Legal Doctrines*, 17 Am. Hist. Rev. 52 (1911) . 田中英夫 前掲論文(四) 国家学会雑誌 71巻6号。
- (20) *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36 (1873) . 人種問題(当時においては黒人問題)に合衆国憲法修正第14条の「法の平等保護」条項が適用されたのは初めてのケースとして重要な事件である。
- (21) I.T. エマースン、木下毅「現代アメリカ憲法」東京大学出版会1978年、255頁。
- (22) 田中英夫「英米法のことば」有斐閣 1986年。39頁の訳を参照した。
- (23) この「ステイト・アクションの法理」を公民権法との関わりで

克服したのは、1968 年の *Jones v. Alfred H Mayer Co.*, 392 U.S.409 である。この判決によって、私人間の人種差別を連邦議会は修正第 13 条 2 節のもとに禁止し得ることとなった。

なお、「州の行為」の概念を拡大させた例として、自治体の駐車場空き地を賃借して営業していたレストランの差別行為において、州を当事者とした *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715 (1961) . がある。

- (24)「平等保護条項は南北戦争後の司法反動化によって未発達のまま窒息させられた」*Tussman & tenBroek, The Equal Protection of the Laws*, 37 Cal. L. Rev. 341, 381 (1949) . という評価がアメリカでは一般的であるようだが、それだけでは十分に説明できないように思われる。

- (25) 平等主義的社会改革を推し進めたウォーレン・コートを代表する判決の 1 つが、*Baker v. Carr*, 369 U.S.186 (1962) . である。*Brown* 判決と並んでよく知られている。

飛躍的有権者増およびその分布状況の変化にも拘らず、テネシー州では 1901 年の州議会議員配分法 (the Apportionment Act) を維持したため、1960 年には 1 票の重さが農村のそれに比して都市では 25 分の 1 となった。この不均衡が、「法の平等保護」のもと許されるかが問われたのが、この事件であった。従来議員定数不均衡問題はいわゆる政治問題として違憲判断が回避されてきた領域であったが、連邦最高裁判所を代表した Brennan 判事は、*Baker* が本件で提起した「法の平等保護」問題は司法判断になじみうる問題であると判旨したのであった。

- (26) 藤倉皓一郎「平等条項と連邦最高裁判所」総合研究アメリカ 4 巻 平等と正義 1977 年 所収 133 頁以下にも詳しい解説がある。

- (27) *Brown v. Board of Education of Topeka, Kansas*, 347 U.S.483 (1954) . 平等主義的社会改革を進めたウォーレン (Earl Warren) ・コート

を代表する判決の一つである。長年にわたって人種隔離政策を支えてきた *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S.537 (1896) 判決で示された「分離すれども平等 *separate but equal*」(直接判決の中で使われた言葉ではない) の理論を打ち破り、教育の場における人種統合を推し進める契機となった。

(28) *Brown v. Board of Education II*, 344 U.S.294 (1955) . しかし一向に進まない人種統合に連邦最高裁判所は、*Alexander v. Board of Education*, 396 U.S.19 (1969) . において、違憲状態をこれ以上放置しておくことはできないとして「直ちに *at once*」「単一の一元化された学校制度 *only unitary school*」に移行するよう求めた。しかし、判決執行の抵抗は激しくその進展状況がはかばかしくなかったことは周知の通りである。

(29) 例えば、判決の執行を妨害した事件として *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958) . いわゆるリトルロック高校事件がある。2000 人の白人生徒だけが通っていたリトルロック・セントラル高校に、裁判所の命令を実施しようと市教育委員会が 9 人の黒人生徒の入学準備を進めたところ、こともあろうにフォーバス知事が州兵を派遣して同高校を包囲し、その登校を妨げた事件であった。最近では人種統合のための強制的バス通学制度が強い抵抗を受けているようである。*North Carolina State Board of Education v. Swan*, 402 U.S.43 (1971) . では、州がそれを法律で禁止するということが許されるかが争われた。エマーソン教授は「ブラウン対教育委員会事件が判決されてから 11 年後の 1964 年の段階で、南部 11 州中わずか 2.25% の黒人の児童・生徒が白人の児童・生徒との共学を経験したに過ぎなかった。」と指摘されている。I.T. エマーソン、木下毅訳「現代アメリカ憲法」東京大学出版会 1978 年 273 頁。

(30) 1973 年には人種隔離を廃止した学校に通う黒人生徒は南部では 46% と急増している。本田創造「アメリカ黒人の歴史」(新版) 岩

波新書（1991）236 頁。

(31) *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S.537 (1896) . におけるハーラン判事の反対意見のなかで強調されたのがこの人種考慮禁止 color-blind 理論である。

(32) I.T. エマーソン、前掲書 270 頁。もっとも厳格審査基準を適用した先例として *Unite States v. Caroline Products Co.*, 304 U.S.144 (1938) . の脚注 4 に注目される見方もある。松井茂記「アメリカ憲法入門」第4版 有斐閣 2000 年、278 頁。

この事件自体は人種差別事件ではなく、ミルク加工製品を公衆の健康に有害との理由で包括的に州際通商から排除しようとした Filled Milk Act の合憲性を争ったものである。連邦最高裁判所はこれを合憲としたが、単なる合理的根拠以上のものを立証するよう求めた。

(33) 藤倉 前掲書 146 頁。

(34) *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, at216。

(35) 奥平康弘「“Separate but Equal” Rule の推移過程—アメリカにおける法的平等の一問題の素描—」公法研究 18 号 42 頁。

(36) *The Guide to American Law*, at 358. ( West Publishing Co., 1983) .

(37) *Regend of the University of California v. Bakke*, 438 U.S.265, at 287 (1978) . パウエル判事が意見の中で引用している部分を参照した。なお、タイトル VI は連邦政府が財政上の援助を与える計画における人種差別の禁止規定で、次のようなものである。

「合衆国において、何人も人種、皮膚の色または出身国を理由に、連邦政府が財政上の援助を与えるあるゆる計画または活動に参加することから排除され、その利益の享有を妨げられまたは差別されない」(42 U.S.C. § 2000 d) .

(38) 藤倉 前掲書 145 頁。なお、*Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962) (注 (25)) . *Harper v. Virginia Board of Education*, 383 U.S. 663 (1966) .

Griffin v. Illinois, 351 U.S. 12 (1956) . などを先に挙げた判例とともに参照。

(39) Stephen Minnich, Comment, *Adrand Constructors Inc. v. Pena- A Strict Scrutiny of Affirmative Action*, 46 Case W. Res.L.Rev. 279, 279 (1995) .

(40) 基本的権利のなかには州間移動の自由のように暗黙のうちに承認されてきたような権利も含まれるとされる。公的扶助の支給要件として居住要件を定めることはこの州間移動の自由を奪うので基本的権利を侵害するので違憲とされた。Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969) .

(41) こうした司法審査基準の深化だけではなく、平等権の保障の範囲も格段に広がりを見せている。例えば、意図的差別のケースでのいわゆる「差別的取扱い disparate treatment の法理」とは別に、それ自体差別的でなくとも結果的に差別的となってしまうようなケースで適用される「差別的効果の法理 disparate impact」の誕生である。この法理は Griggs v. Duke Power Co., 410 U.S. 424 (1971) . で確立され、平等権保障の範囲を大きく広げることとなった。因みに概略を示すと次のような事件であった。

デューク電力会社は、条件のよい職務への人事異動（配転）にあたって、高校教育を修了していることという条件に加えて、知能および学力テストで一定点数を満たすことを条件とした。このため結果的には、多くの黒人の昇進や雇用が失われた。これは公民権法タイトルⅦに違反してアフリカ系アメリカ人労働者を差別するものであるとして提訴した事件であった。連邦最高裁判所は、そうした条件の賦課は職務履行と密接に関わっておらず、したがってその狡猾でかつ違法な目的は白人労働者を優遇する会社の長年の雇用政策を護ることにあったとし、タイトルⅦ違反の差別とを認めた。そして同時に「使用者は、たとえ差別的意図がなく善意

good faith であってもタイトルⅦ違反の責を免れない」と述べ、「差別的効果の法理」を認めたのであった。

なお、「差別的取扱いの法理」については Eileen M. Mullen, *Rotating Japanese Managers in American Subsidiaries of Japanese Firm; A Challenge for American Employment Discrimination Law*, 45 *Stanford L. Rev.* 725, at 731-740, (1992) . 我国では、中窪裕也「岐路に立つアメリカ雇用差別禁止法—1989 年連邦最高裁判決とその余波」日本労働研究雑誌 380 号 に詳しい。なお、性差別については、拙稿「タイトルⅦ違反のセクシャル・ハラスメントとその法理」帝京国際文化第 12 号も併せて参照いただければ幸いである。

- (42) Report of the National Advisory Commission on Civil disorders, (1968)
- (43) 上坂昇「増補 アメリカ黒人のジレンマ 『逆差別』 という新しい人種関係」明石書店 (1992 年) 78 頁以下。(なお、横田耕一「アメリカにおける積極的差別解消策」磯村英一編『現代世界の差別問題』明石書店 (1985 年) も参照。)
- (44) この行政命令に基づいて、労働長官から委託された労働契約遵守局 OFCC (1978 年に連邦契約遵守計画局 OFCCP に改称) は、1968 年アフーマティヴ・アクション・ガイドラインを作成し、50 人以上の被用者を抱え契約額が 5 万ドルを超える契約業者 (非建設関係契約業者に限る) にアフーマティヴ・アクション・プログラムの書面での作成を義務づけ、その中にマイノリティの雇用に関する「活用分析 utilization analysis」、それに基づくマイノリティ活用の「数値目標 numerical goals」および「計画表 time table」を含まねばならないとした。

伝統的にマイノリティに対する差別が強いといわれる建設業界に対しては、OFCC は特別地域指定のマイノリティ雇用対策をとった。業者にアフーマティヴ・アクション・プログラムの作成を義務づけ、入札以前にそれを連邦の遵守規定からみて適否審査す



るという徹底したものだった。フィラデルフィア計画については、Constructors Assosiation of Eastern Pennsilvania v. Secretary of Labor, 442 F.2d 159 (1970) . 今田克司「アメリカにおけるアフーマティヴ・アクションの概要と実際」日本太平洋資料ネットワーク 21 頁以下参照。なお、西村祐三「アメリカにおけるアフーマティヴ・アクションをめぐる法的諸問題」大阪府立大学経済研究叢書 (1987 年) 21 頁以下に詳しい。

(45) Regend of the University of California v. Bakke, 438 U.S.265 (1978) .

(46) この期のアフーマティヴ・アクション判例の詳細な動向については、Lucy Katz, Public Affirmative Action and The Fourteenth Amendments : The Fragmentation of Theory After Richmond v. J.A. Croson Co. and Metro Broadcasting, Inc. v. Federal Communication Commission, 17 Marshall L. Rev. 317 (1992) . 拙稿「アフーマティヴ・アクション判決の最近の動向」帝京国際文化 第 11 号 (1998 年) およびそこで紹介した論文等を参照願いたい。

(47) 必ずしも中間審査基準を採用したものではない、との指摘もある。Stephen Minnich, op. cit., at.290.

(48) Id. at 279.

(49) Id. p 291 et seq. 拙稿 前掲論文 201 頁以下を併せてご参照いただきたい。

(50) 90 年代以降のアメリカ社会の保守化傾向の中で、反アフーマティヴ・アクション運動は、ますますその政治的攻勢を強めている。Adarand 判決の翌年、カリフォルニア州ではアフーマティヴ・アクションを実質的に廃止する同州憲法修正案 (proposition 209) が住民投票で可決され、それが同州憲法第 1 条 31 節 (a) 項として、同州憲法に付加されている。因みに同条項は「州は、公的雇用、教育または契約において、人種、性、皮膚の色、民族又は出身国を理由として、いかなる個人又は集団に対しても、差

別又は優遇 (preferential treatment) を行ってはならない」(Cal. Const. Art.1, § 31) と規定する。フロリダやワシントンでも同様な事態が進行した。

(51) *United States v. Paradise*, 480 U.S.149 (1987) . 人種差別是正の同意判決があったにも拘らず、いっこうに改善しようとししないアラバマ州警察に対して黒人警察官が黒人登用規定の作成を要求したところ、州警察はこれを拒否。連邦地方裁判所は「白人1人昇進につき黒人1人昇進」という内容の救済命令アファーマティヴ・アクションを出した。このアファーマティヴ・アクションの正当性を争ったのが本件である。連邦最高裁判所は、厳格審査を適用しつつ、州警察の「広範で組織的かつ執拗な差別的行為」が「厳密に調整された narrowly tailored」本件救済を正当化するとした。

(52) この判決について論及した研究は、日本でも既に何本かなされている。本稿でも参考にさせていただいた論文をあげておきたい。勝田卓也「ミシガン大学ロー・スクールにおけるアファーマティヴ・アクションをめぐる連邦控訴裁判判決」ジュリスト 1229号 (2002)。宮田智之「ミシガン州立大学訴訟への連邦最高裁判所判決」外国の立法 218号 (2003)。安西文雄「ミシガン大学におけるアファーマティヴ・アクション」ジュリスト 1260号 (2004)。紙谷雅子「大学とアファーマティヴ・アクション」アメリカ法 [2004 - 1]。吉田仁美「大学の入学選考におけるアファーマティブ・アクション」関東学院法学 13巻1号。なお、拙稿「高等教育におけるアファーマティヴ・アクション」帝京国際文化 18号で、この2つの判決を取り上げているので併せてご参照いただきたい。

(53) ミシガン州立大学ロー・スクールだけでなく、各高等教育機関は *Bakke* 判決におけるパウエル意見の「多様性」目的に依拠して人種、民族に配慮した入学者選抜プログラムを作成し、人種共学に努力してきた。Lee C. Bollinger, A Comment On *Grutter* and *Gratz* v.

Bollinger, 103 Colum. L.Rev.1589, 1590 (2003) .

- (54) Marks v. United States, 430 U.S. 188 (1977) . この判決で、連邦最高裁判所は「裁判所が分裂しその判決を支持する理由が5人の判事の同意を得られていない場合、その判決理由 holding はその判決に最も狭い理由 narrowest grounds で同意した判事達の立場と理解しうる」とした。
- (55) 因みにパウエル判事の意見を「最も狭い理由」と解して「学生集団の多様性」を「やむにやまれない利益」と理解した判決には、Grutter v. Bollinger, 288 F. 3d 732 (2002) . Smith v. Univ. of Wash. Law School, 233 F.3d 1188 (2000) . がある。逆に同判事の意見に先例拘束性を認めず「学生集団の多様性」を「やむにやまれない利益」と認めなかった判決には、Hopwood v. Texas, 78 F. 3d 932 (1996) . Johnson v. Bd. of Regents, 263 F. 3d 1234 (2001) . がある。
- (56) 同じく厳格審査基準を適用しながら、結論を分けたことを法的安定性から疑問視する。Pauline T. Kim, The Colorblind Lottery, 72 Fordham L. Rev. 9, 9 (2003) .
- (57) Stephen Minnich, op. cit., at.299 et seq.