

アファーマティブ・アクションの違憲審査の 在り方について

——「動機審査理論」と「成果主義理論」の検討を中心に——

高 橋 正 明

はじめに

第一章 人種を対象にしたアファーマティブ・アクション判例の展開

第一節 最初期の判決——Bakke判決（1978年）

第二節 判例規範の明確化——Croson判決（1989年）

第三節 判例規範の整理と問題点の抽出

第四節 人種区分による差別感情の助長

第二章 「人種的敵意」と「動機審査」

第一節 問題の所在

第二節 John H. Elyの動機審査理論

第三節 二つの疑問点への回答

第四節 Elyの動機審査と実体的権利保障の整合性

第三章 「認識上の客観的誤り」と「成果主義」

第一節 メリトクラシーにおけるメリットの意味

第二節 成果主義が重視される歴史的背景

第三節 社会構造的差別の被害の固定化

第四節 成果の認定方法と国家の効率性——Amartya Sen

第五節 私見

おわりに

はじめに

1. 別稿との関係

本稿は、アファーマティブ・アクション（積極的差別是正措置¹。以下、引用の場合を除いて、原則的に「AA」と表記する。）の違憲審査の在り方について、アメリカの判例・学説を素材に検討するものである。周知の通り、AAは、それによって不利益を受ける者との関係で平等原則に違反する可能性があるため、AAにいかなる違憲審査基準を設定すべきであるかという論点は、憲法上の重要な論点となる。

この論点については、平等原則の保障内容をどのように理解するかによって、その結論が大きく異なってくるため、問題の所在について説明する前に、筆者が別稿²において平等原則の解釈論を展開するにあたり主に参照した規範理論の下では、AAの違憲審査の在り方がどのように論じられているか、別稿の議論を振り返りつつ簡単に述べておきたい。

まず、筆者は、別稿において、人種的マイノリティや女性といった、歴史的に差別されてきた集団の社会経済的地位が依然として低位に置かれている背景に「社会構造的差別」³の存在があり、その是正の在り方が憲

¹ 本稿では、AAとは、国家機関が、教育、雇用、政治参加などの場面において人種・性別等に基づいてマイノリティ集団に優遇措置を与えるもの、と定義しておく。中條献「ポスト公民権運動期における人種と秩序——アファーマティブ・アクションと『カラーブラインドな多様性』批判——」アメリカ史研究 32号69頁（2009年）を参照。

² 拙稿「憲法上の平等原則の解釈について（一）～（三）・完——社会構造的差別のは正に向けて——」法学論叢178巻1号85頁以下（2015年）、178巻2号105頁以下（2015年）、178巻5号95頁以下（2016年）。

³ 本稿における「社会構造的差別」とは、「社会の側に一定の原因を有する差別行為が広範囲で生じ、マイノリティに累積的に不利益が課せられている状態」を指す。そして、社会構造的差別に該当する行為には、「私人の差別行為」と「国家による不均衡な効果を生む中立的行為」が含まれる。

まず、「私人の直接差別」とは、私人が人種や性別といった属性を明示的に用いて人種的マイノリティや女性に不利益を課す行為を指す。次に、「私人の間接差別」は、行為自体は中立的であり、人種や性別に基づく分類を行っていることを明示しないものの、実際は、それらの属性に着目するか、あるいはそれらの属性に着目しているに等しい要件を用いることで、人種的マイノリティや女性に不利益を課す行為を指す。さらに、「私人による不均衡な効果を生む中立的行為」とは、私

法の観点から十分に議論されていないことを指摘した。その上で、筆者は、集団の市民的地位の平等化の実現を要請する規範理論である「反従属原理」⁴は、社会構造的差別の是正を憲法上の要請と位置づけるための規範的視点を提示しており、我が国の平等原則解釈論を再構成するための理論的示唆をもたらすものであると肯定的に評価した⁵。さらに、筆者は、日本国憲法14条1項後段は社会構造的差別の是正を要請する独自の意義を有するものであると解釈した上で、当該差別の是正を目的とするAAは、我が国においては社会構造的差別の是正を求める抽象的権利を立法によって具体化した措置として位置付けるのが適切であると主張した^{6・7}。

人の行為自体は人種や性別について中立的であるものの、その行為を実施した結果として、集団間の既存の社会経済的格差を反映した「不均衡な効果」(disparate impact)を生む行為を指す。

また、国家機関が、差別的意図を持たずに、法令の文言上、人種や性別に対して中立的な行為を行った結果、不均衡な効果が生じる要因として、国家が過去に行った差別と、現在および過去の私人による差別の影響によって生じる社会経済的格差(すなわち「現在の社会構造」)を挙げることができる。そこで、本稿では、不均衡な効果が、国家機関の差別的意図ではなく、現在の社会構造に起因する場合、「国家による不均衡な効果を生む中立的行為」も「社会構造的差別」の一類型として整理する。

⁴ 同原理によると、集団の市民的地位における不平等(地位の従属化)が生じている状態は、特定の集団が公的・私的領域から構造的に排除されている状態を指す。とりわけ、国家および私人による差別は、集団の地位の従属化を引き起こす可能性が高いため、同原理はそれらの差別を禁止・是正するように国家に要請する。また、「反従属原理」は、「平等な市民的地位原理」(equal citizenship principle)「グループ・ディスアドヴァンテージ原理」(group disadvantaging principle)、「反服従原理」(anti-subjugation principle)、「反カースト原理」(anti-caste principle)など、多くの論者によって様々に表現される。本稿では、これらの諸原理を「反従属原理」という用語で一纏めにして整理する。代表的論者とその著作として、See

3 (Y a l e University Press, 1989) ,Owen M. Fiss, Groups and the Equal Protection Clause, 5 &. 107 (1976) .

⁵ 拙稿・前掲注(2)を参照。

⁶ 同上を参照。また、差別の是正という観点からではなく、多様性の確保という観点からAAを正当化する立場もあり、後者は、いわゆる集団間の差異の承認を積極的に要求する「多文化主義」(multi-culturalism)に基礎づけて議論できる。この点について、筆者は、多文化主義の規範的意義・射程については、対象とされる基本権の性質に照らして具体的に把握すべきであると留保しつつも、少なくとも、差別の是正という目的と関連づけることなく、端的に多様性を確保するための手

ここまでの別稿の議論であるが、それでは、別稿で取り上げた反従属原理の立場からは、AAに対する違憲審査基準として、いかなる基準が適切なものとして評価されるのであろうか。

まず、反従属原理においては「差別」とは、要諦するに「集団の市民的地位を劣位に置く行為」を指し、ここでいう「劣位に置く」という語は、不利益を課された集団または個人を公的・私的領域から構造的に排除することを意味する。それゆえ、例えば、歴史的に差別されてきた人種的マイノリティ集団の経済状況の改善を目的とするAAは、人種的マジョリティに不利益を課す一方で、当該集団を公的・私的領域から排除するとはまでは言えないことから⁸、集団の市民的地位を劣位に置く「差別」に該当しないと評価される。従って、AAに厳格な違憲審査は必要でないと考えるのが、反従属原理を基礎にした違憲審査基準論の理論的帰結となるであろう。

この点に関して、反従属原理の代表的論者の一人であるOwen M. Fissは、AAの違憲審査について極めて明確な立場を示している。すなわち、Fissは、平等原則は二つの異なる規範から構成されており、集団の地位を従属化させる行為の禁止を命じる規範要請と、不合理な別異取扱いの禁止を命じる規範要請とが併存する、とする。そして、Fissは後者の規範要請を憲法上承認しつつも、合衆国憲法第14修正第1節の平等保護条項（以下「平等保護条項」という。）の中核を占める規範要請はあくまで前者であると主張する⁹。

段としてAAを実施することは、人種集団は個人を超えて人種に由来する固有の価値観を持っているという本質主義的理解を助長する可能性がある点で課題があると指摘した。詳しくは、拙稿「アフターマティブ・アクションの正当化根拠に関する憲法学的考察（二）——『多様性の確保』と『差別の是正』という対立軸——」法学論叢173巻4号137-138頁（2013年）を参照。

⁷ なお、筆者は、国家による直接差別または間接差別に対する救済措置としてのAAは、アメリカ連邦最高裁判所の判例理論の下でも容認されると考えているため、AAの違憲審査の在り方については、社会構造的差別の是正を目的としたAAを中心にして議論を進める。

⁸ See Karst, *supra* note 4, at 159.

⁹ See Fiss, *supra* note 4, at 107-108, 157-159, 172. 後者の規範要請は、不合理な別異取扱いの禁止を命じるアメリカ連邦最高裁判例の規範要請と同様のものではあ

そこで、Fissは、AAは不利益を被る集団の地位を従属化させるものではないため、裁判所は、AAが後者の規範要請に違反するか否か、つまり、AAに合理的な根拠があるか否かを判断するだけでよいとする。すなわち、Fissは、AAを合憲であると判断するためには、AAが被差別集団の地位を向上させるといえるだけの「何らかの合理的根拠」(some rational basis) がAAの実施者によって示されればよいとし、AAの違憲審査基準に「合理性の基準」(rational basis standard) を設定すべきとする¹⁰。

Fissの主張はシンプルであり、一貫したものである。しかし、反従属原理の基本的発想をAAの違憲審査基準を設定する際に応用すると、概ねこのような結論に至るのではないかと考えられる。そのため、反従属原理の立場を一貫させるのであれば、AAの違憲審査の在り方についてこれ以上議論をする必要はないのかもしれない。しかし、アメリカ連邦最高裁判所判例は反従属原理の規範要請を受容しているわけではなく¹¹、判例は判例なりの平等観を展開しつつ、AAにむしろ消極的な姿勢を示している。それゆえ、AAに対する違憲審査基準の在り方について日本国憲法における解釈論として結論を出すのは、連邦最高裁判例における平等理論の意義と問題点について十分に検討を加えてからのほうが適切であろう。

2. 問題の所在

ここで簡単に、連邦最高裁の形成した判例法理の展開を振り返ると、

る。また、Fissは、この規範要請は、平等保護条項だけでなく、第5修正の適正手続条項などその他の憲法上の規定に基礎づけて導出することも可能であると述べる(See Fiss, *supra* note 4, at 172 n83)。

¹⁰ *Id.*, at 160-161.

¹¹ なお、Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954) などのように、アメリカの判例には反従属原理の観点からも説明できるものが、いくつか存在することに留意がいる(See Jack M. Balkin & Reva B. Siegel, *The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?*, 58 U. M L. R. 9 (2003))、反従属原理の規範要請が判例法理として連邦最高裁に受容されているとまでは言えないように思われる。

判例は、平等保護条項の下で立法区分が「恣意的」(arbitrary)であってはならないとした上で、「ある立法区分がその目的に照らして合理的(reasonable)であれば」、その区分は恣意的な「差別」(discrimination)に該当しないとする¹²。ここからは、平等保護条項の規範要請を「区分の合理的根拠の提示要請」¹³と理解することができる。ただし、何が合理的根拠を有する法的区分であるかという判断は困難であり、民主的正統性を有する立法者の第一次的判断が尊重されることから、合理的根拠の有無を審査するための違憲審査基準は、「合理性の基準」¹⁴が原則となる。

しかし、判例は、「区分の合理的根拠の提示要請」を平等保護条項の保障内容の中核に据えながらも、人種に基づく法的区分の合憲性を判断するにあたり、判例独自の視点から「差別」の意味を捉える。すなわち、これまでの判例理論の展開を見るに、連邦最高裁は、平等保護条項の規範要請を「立法者の人種的偏見に基づく立法活動の禁止を命じる規範要請」と捉えている¹⁵。そして、判例は、人種区分を「疑わしい区分」(suspect

¹² *McLaughlin v. Florida*, 379 U.S. 184, 191 (1964). *See also* *Railway Express Agency v. New York*, 336 U.S. 106 (1949) ; *Allied Stores of Ohio, Inc. v. Bowers*, 358 U.S. 522 (1959).

¹³ 平等原則違反の有無を判定する際に別異取扱いの合理的根拠を求めるという点においては、我が国の最高裁判所も憲法14条1項の保障内容をアメリカの判例規範と基本的に同様のものと解している(最大判昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁(尊属殺重罰規定違憲訴訟)など)。それゆえ、「合理的根拠の提示要請」という語の選択に関しては、日本の判例法理に言及するものであるが、木村草太『平等なき平等条項論』30頁(東京大学出版会、2008年)、渡辺康行「平等原則のドグマティック——判例法理の分析と再構築の可能性——」立教法学第82巻9頁(2011年)の整理も参考にした。

¹⁴ 当該基準の下では、①立法目的が正当であるか否か、②立法区分が立法目的に合理的関連性を有するか否かが審査される。また、合理性の基準という違憲審査基準を明示したことでしばしば引用される判例として、*See e.g. Williamson v. Lee Optical Co. of Oklahoma*, 348 U.S. 483 (1955) ; *McDonald v. Board of Elections Commissioners*, 394 U.S. 802 (1969) さらに、違憲審査基準を明示していないが実質的に合理性の基準を採用したものと評価できる判例として、*See e.g. Railway Express Agency v. New York*, 336 U.S. 106 (1949) ; *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961)。

¹⁵ もちろん、人種的偏見に基づく活動の禁止を命じる規範要請は、連邦および州の行政・司法活動にも妥当するが、本稿では立法の在り方に焦点を当てるが多いため、以下、立法者との関係を念頭において規範要請に関する記述を行う。

classification)と位置づけ、人種区分を行う立法について違憲審査基準を高めるという法理を形成し¹⁶、AAにも当該法理を適用している¹⁷。

さらに、ここでのいう人種的偏見とは、立法者の「人種的敵意」と「認識上の客観的誤り」の二つに分類可能である。それゆえ、連邦最高裁は、①立法者が人種的敵意に基づいて立法活動を行う可能性、②立法者が認識上の客観的誤りに基づいて立法活動を行う可能性、そして③制約される実体的権利・利益の重要性¹⁸を考慮して、人種区分立法に対する違憲審査基準を設定している、と言える。より理論的には①の観点は動機審査理論¹⁹に依って、また②の観点は、能力に応じて財の配分が行われることが前提とされている領域（雇用・教育）に限れば、成果主義（meritocracy）²⁰理論に依って説明できる。すなわち、後者については、連邦最高裁は、能力を有する者が、能力の劣る者よりも、人種を根拠として不利に扱われることが客観的に不合理であると考えており、成果主義に反する別異取扱いは「差別」であると認識しているようである。

¹⁶ See *McLaughlin v. Florida*, 379 U.S. 184, 191 (1964) ; *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

¹⁷ AAに関する判例の展開について、第一章を参照。

¹⁸ 連邦最高裁が、平等保護の領域においては、違憲審査基準を設定する上で実体的権利の重要性を考慮要素としていることには注意がいる。しかし、これは、アメリカ合衆国憲法上の基本権条項の数が少ないことに起因しており、連邦最高裁が実体的権利の重要性を考慮して違憲審査基準を厳格化した平等判例の多くは、その権利が憲法上保護されるべき基本的権利であるか否かを問題にしたものであるように思われる（詳しくは、松井茂記『アメリカ憲法入門（第7版）』404-413頁（有斐閣、2012年）を参照）。

ただし、一定の実体的権利が憲法上の基本的権利であるか否か、またどの程度の保護を受けるべきかについては、権利の性質に照らして個別に検討せざるを得ないため、本稿では③の点について深く立ち入らない。なお、少なくとも第一章で取り上げる判例に関しては、成果主義への配慮を除けば、実体的権利・利益（教育や契約に関する利益）の重要性の考慮が違憲審査基準の設定に大きな影響を与えているわけではないと考えられる。

¹⁹ 動機審査理論とは、立法者が不当動機に基づいて立法行為をする可能性に着目して違憲審査の在り方について分析する理論一般を指す。動機審査理論について詳しくは第二章を参照。

²⁰ 成果主義とは、個人の成果（merit）に基づいて財・資源を分配すべきであるという考え方である。メリトクラシーを成果主義と訳す理由については第三章第一節を参照。

このように、形式的な人種中立性 (race-neutrality) にこだわりながら AA に対して厳格審査基準を設定する判例理論が、憲法上容認される AA の態様を狭く限定しており、立法・行政機関による社会構造的差別の是正を困難にしている、との批判の声は強い²¹。それゆえ、アメリカの判例理論が極めて一貫性の高い理論であることも考慮すれば、判例を基礎づける理論 (動機審査理論および成果主義理論) の射程と問題点について批判的に検討することは、平等原則の保障内容および AA の違憲審査の在り方について考える上で重要な課題となろう。

また、このような検討は我が国の議論に対しても示唆を与えうるように思われる。これまで我が国では、AA の合憲性を争う訴訟は提起されておらず、AA の違憲審査基準について学界の見解はいまだ十分に一致しているとは言えない。しかし、一般的傾向としてアメリカの平等保護に関する判例理論は、我が国の平等原則解釈論に数多くの示唆をもたらしてきたことは否定できない。また、AA に関するアメリカの判例理論の基本的枠組をベースにしつつ、AA の違憲審査の在り方について精力的に検討する論者も見受けられるところである²²。この点を踏まえれば、AA に関するアメリカの判例理論を批判的立場から検討することにも、相応の意義があろう。

そこで、本稿では、判例の立場を基礎づける動機審査理論および成果

²¹ See Girardeau A. Spann, *From Brown to Grutter: Constitutionalizing and Defining Racial Equality: The Dark Side of Grutter*, 21 Const. Commentary 221, 232, 249 (2004). また、このような批判は AA の合憲性を論じる文脈に限定されない。例えば、私人間の差別を禁止する法律の実効性についても裁判所の法解釈の在り方が多大な影響を与えることを指摘した上で、連邦最高裁が形式的な人種中立性にこだわることを批判する論文として、See Kenneth L. Karst, *Sources of Status-harm and Group Disadvantage in Private Behavior*, Volume 2, Issue 1, 6-8 (2002).

²² 本注で紹介する論者はアメリカの判例理論をベースに AA の違憲審査の在り方について検討している。君塚正臣「二重の基準論の応用と展望」横浜国際経済法学第17巻2号 (2008年) 1頁以下、植木淳「アファーマティブ・アクションの再検討——『厳格審査』と『多様性』」北九州市立大学法政論集32巻1号 (2004年) 118頁以下、茂木洋平「Affirmative Actionの司法審査基準」GEMC Journal 3号 (2010年) 158頁以下などを参照。

主義理論という二つの理論が、AAの違憲審査基準を設定する際に利用することができるか否かという論点を中心に、AAの違憲審査の在り方について検討する。

検討の手順として、まず、人種に基づくAAの違憲審査基準が争点となった判例の変遷を検証し、平等保護条項の規範要請および違憲審査基準の設定根拠を明らかにする(第一章)。次に、動機審査理論の代表的論者であるJohn H. Elyの議論と判例理論の異同に留意しつつ、動機審査理論をAAとの関係でどのように理解すべきかについて検討した上で(第二章)、さらに、成果主義理論の主張内容および問題点について整理しつつ、成果主義とAAの関係性についてどのように理解すべきか検討し(第三章)、最後に、ここまでのアメリカの議論から得られた知見を踏まえて、AAの違憲審査の在り方について筆者なりの考えを述べることにしたい(おわりに)。

なお、我が国における被差別集団には、女性、民族的マイノリティ、被差別部落出身者、障害者など属性を異にする複数の集団が想定される。それゆえ、AAの違憲審査の在り方に関しても、被差別集団の属性に応じた個別具体的な検討が求められるところであろう。しかし、集団属性を限定することなく、AAの違憲審査の在り方について網羅的に検討することは、ともすれば理論の体系化を困難にする可能性もある。また、アメリカでは、人種差別に関する判例・学説の蓄積が豊富であることに鑑みれば、まず人種差別を巡る平等理論の体系化を試みた上で、そこから得られる知見がその他の集団属性に応用できるか否かを探るというアプローチを採用することが適切であるように思われる。それゆえ、本稿では、人種差別を問題とした判例・学説を検討の主たる素材とし、我が国への示唆を考える際にも人種・民族に基づくAAの違憲審査の在り方を念頭に置いて議論を進める。

第一章 人種を対象にしたアファーマティブ・アクション判例の展開

本章では、人種に基づくAAの違憲審査の在り方が争点となった判例の展開を整理する。

第一節 最初期の判決——Bakke判決（1978年）

1. Bakke判決²³

AAに対する違憲審査基準を検討する際において出発点となるのは、Bakke判決である。

本件では、California大学（以下「UC」という。）Davis校の医学校が当時採用していた特別入学制度（定員枠16名）において、人種的マイノリティ（ここでは、黒人（Blacks）、チカノ（Chicanos）、アジア人（Asians）等）を、入試総合点では人種的マイノリティに上回る人種的マジョリティに優先して大学に入学させていたことが、合衆国憲法第14修正第1節の平等保護条項、市民権利保護法第6編（Title VI of Civil Rights Act of 1964, 以下「Title VI」という。）等に違反すると主張された。特別入学制度で入学した学生よりも総合評価点が高かったにもかかわらず、当時の入学制度によって入学許可が得られなかった原告Bakkeは、医学校に人種を考慮した入学者選考の禁止を求める差止命令と自身の入学許可命令を求めた。カリフォルニア州最高裁は原告の主張を認容したため、被告であるUC評議会が連邦最高裁に上訴したのが本件である。

本件では法廷意見は形成されず、Powell裁判官意見が「原判決一部認容、一部破棄」、Brennan裁判官グループ（White, Marshall, Blackmunの各裁判官参加）共同意見が「原判決全部破棄」、Stevens裁判官意見（Burger首席裁判官, Stewart, Rehnquistの各裁判官同意）が「原判決全部認容」と意見が分かれ、Powell裁判官が判決主文（Judgment of the Court）として、「原判決一部認容、一部破棄」を言い渡し、入試において大学が人種を考

²³ Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978).

慮することを一切禁止する原判決の差止命令を破棄するものの、原判決による、Bakkeの入学を命じる作為命令および特別入学制度を適法でないとした宣言的判決を認容した²⁴。

まず、Powell裁判官意見は、いかなる種類の人種区分も「本質的に疑わしい」(inherently suspect) がゆえに、最も厳格な司法審査 (the most exacting judicial examination) に服するとする²⁵。Powell裁判官意見が設定する違憲審査基準は、「…区分の根拠が、やむにやまれぬ利益 (compelling interest) の実現に厳密に適合する (precisely tailored) こと」を要求するものであり²⁶、その論証責任は大学にあるとされた²⁷。

Powell裁判官意見が当該違憲審査基準を設定した根拠は概ね4点に整理できる。

同意見は、まず、第一に「単に血統 (ancestry) を理由にした区分は…人々にとってそれ自体不快 (odious) である」として、いかなる人種区分も「疑わしい」(suspect) とする²⁸。第二に、Carolene判決脚注4²⁹は、人種区分が問題となる事件にこれまで適用されてこなかったこと³⁰、そして、白人という言葉で一括りにできる人種はなく、白人も民族的出自を異にするマイノリティから成り立っていることを指摘して³¹、同意見は、白人が切り離され孤立した少数者に該当しうるとする。さらに、第三に、同意見は、「優遇措置」(preferential treatment) は、(a) 特定の民族の社会的地位を向上させる過程で個人に犠牲を強いる、(b) AAの受益者はAAがなくては成功できないという人種的偏見を強化させる可能性がある、そして、(c)

²⁴ 本判決の結論に関しては、原判決で下された差止命令を破棄する部分にBrennan裁判官グループ共同意見 (White, Marshall, Blackmunの各裁判官参加) が同意を示し (*Id.* at 324)、原判決で下された入学命令と違法の宣言的判決を認容する部分にStevens裁判官意見 (Burger首席裁判官, Stewart, Rehnquistの各裁判官同意) が同意を示した (*Id.* at 421)。

²⁵ Bakke, 438 U.S., at 291 (opinion by Powell, J.)

²⁶ *Id.* at 299.

²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.* at 290-291.

²⁹ United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938).

³⁰ See Bakke, 438 U.S. at 290 (opinion by Powell, J.)

³¹ See *id.* at 296.

「人種的対立心」(racial antagonism)を激化させる、という3つの点³²を挙げてAAの弊害を具体的に説明する。最後に、同意見は、平等保護条項が保障する権利は、集団ではなく個人の権利であり、人種の違いによって適用される違憲審査基準が変わることはないとした³³。

次に、Powell裁判官意見は、大学が主張する特別入学制度の目的を以下の4点に分けて論じている。すなわち、①人種的マイノリティが医学校および医学界において過少であるため、それを解消すること、②人種的マイノリティへの社会的差別の影響を是正すること、③医師が不足している地域に医師を増やすこと、そして④人種的・民族的多様性を確保することである³⁴。

Powell裁判官意見は、①から③の目的の正当性をすべて否定した。まず、①については、人種的マイノリティが医学校および医学界で過少状態にあることを解消するという目的は、「人種的バランシング」(racial balancing)に過ぎず、容認できないとした³⁵。②については、AAの受益者が社会的差別の被害を受けているか否か不明であり、大学は、立法・行政・司法の各機関と異なって、そのような事実認定をする能力を持たないとしている³⁶。そして、③については、AAによって大学に入学する者が、医師不足の地域で将来必ず勤務するわけではないとした³⁷。その上で、④について、同意見は、人種的多様性の確保をやむにやまれぬ利益を有するものと認めつつ、人種は、個人の資質を評価する決定的要素ではないことから、多様性の確保における一要素に過ぎないとし、本件の特別入学制度が手段として不適切であると述べたのである³⁸。

これに対してBrennan裁判官グループ共同意見(White, Marshall, Blackmunの各裁判官参加)は、「平等保護に関わる法がカラー・ブライ

³² *Id.* at 298-299.

³³ *See id.* at 299.

³⁴ *See id.* at 306.

³⁵ *Id.* at 307.

³⁶ *See id.* at 307-309.

³⁷ *See id.* at 310-311.

³⁸ *See id.* at 314-320.

ンド（人種を考慮しない）なものでなければならない…という主張は、現実の描写としてではなく、願望（aspiration）として理解されなければならない」³⁹とした上で、現実には、これまで連邦最高裁は、平等保護条項がカラー・ブラインドであるという法理を採用してこなかったことを確認した⁴⁰。

そして、同意見は、人種区分は常に疑わしいと主張したPowell意見の見解を否定する。ここで、同意見は、厳格審査が設定される疑わしい区分に白人が該当しない理由として、Carolene判決を参照しつつ、「白人は、疑わしさについての伝統的な兆候（traditional indicia of suspectness）を集団として有していない」ことを指摘する⁴¹。具体的には、「白人という集団（class）は、そのような区分の疑わしさを指し示す苦難に遭遇しておらず、意図的な不平等取扱いを受けた歴史を有していない、また、…政治過程から過剰な保護を要求しなければならないほど政治的に弱い立場にいない」⁴²と敷衍している。

その上で、Brennan裁判官グループ共同意見は、AAに対する違憲審査基準として、当該人種区分が「重要な政府目的」（important governmental interest）に資するか否か、またその目的と手段が「実質的関連性を有する」（substantially related）か否かを問う中間審査基準を設定した⁴³。その設定根拠は、以下の通りである。

まず、同意見は、性区分の合憲性を論じた過去の判例を参照しつつ、立法者が善意の救済目的を単に掲げているというだけで、「制定法の背後に存在する実際の目的」⁴⁴を探查する必要性が失われるわけではないとして、優遇措置に関わる人種区分が問題となる事例でも人種的偏見に

³⁹ *Id.* at 327 (joint opinion by Brennan, J., White, J., Marshall, J., and Blackmun, J., concurring in the judgment in part and dissenting in part).

⁴⁰ *See id.* at 354-357.

⁴¹ *Id.* at 357.

⁴² *Id.* at 357.

⁴³ *Id.* at 359.

⁴⁴ *Id.* at 358-359, quoting *Califano v. Webster*, 420 U.S. 313, 317 (1977); *Weinberger v. Wiesenfeld*, 420 U.S. 636, 648 (1975).

基づく立法を排除するという観点から一定の審査密度が要求されるとした⁴⁵。

また、同意見は、「人種は、性別や嫡出性と同様に、その特徴を有している者が逃れることはできない不変の特徴 (immutable characteristic) である」⁴⁶とし、「不変の特徴を根拠に集団を区分すること自体が無効となるわけではないが、そのような区分は、『法律上の負担と個人の責任には一定の関連性があるべきである』という我々の深い信念に反する」⁴⁷とする。

さらに、同意見は、「州が是認または援助する、地位の昇進 (advancement) は、理想的には個人の成果 (merit) または業績 (achievement) …に基づくべきである」⁴⁸として、「たとえ個人主義への配慮が政治過程で行われたからといって、第14修正の下での個人の権利主張を拒むことはできない」⁴⁹としている。

次に、目的審査の局面において、Brennan裁判官グループ共同意見は、Powell意見と対照的に、社会的差別の是正という目的を重要な利益であると認定した。すなわち、同意見は、「州の政府機関が、人種的に不均衡な効果 (disparate racial impact) を解消する目的を有し、かつ、人種的不均衡が過去の差別の産物であると考えるべき理由を有していれば、その差別が州の政府機関あるいは社会全体いずれによってなされたものであるか否かにかかわらず、州の政府機関は、人種を考慮する措置を実施してもよい」とする⁵⁰。その上で、同意見は、大学に入学を志願する世代の人種のマイノリティが、社会的差別の被害を受けていることを認定し⁵¹、同意見は、本件の特別入学制度は当該目的の実現にとって実質的関連性

⁴⁵ See *id.* at 360.

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Id.* at 360, quoting *Weber v. Aetna Casualty & Surety Co.*, 406 U.S. 164, 175 (1972).

⁴⁸ *Id.* at 361.

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Id.* at 369.

⁵¹ See *id.* at 371-372.

を有するとした⁵²。

Stevens裁判官意見（Burger首席裁判官、Stewart、Rehnquistの各裁判官同意）は違憲審査基準に触れず、Title VIはカラー・ブラインドの徹底を求めるものであるとして、平等保護条項の合憲性に触れる前に、本件の特別入学制度がTitle VIに違反すると判示した⁵³。

2. Powell意見およびBrennan裁判官グループ共同意見から読み取れる規範的視点

まず、Powell意見は、「いかなる」人種区分も、それ自体不快であるとして、「疑わしい区分」に該当するとしている。しかし、Powell意見の考える「疑わしい区分」は、Brennan裁判官グループ共同意見のように「切り離され孤立した少数者」の保護という文脈で論じられているわけではない。彼が、AAに対して厳格審査基準を設定した背景には、上述の通り、複数の考慮要素があった可能性があり、決定的な要因を見出すことは困難である。しかし、彼が、AAは受益者に劣等者の烙印を押す可能性があり、人種的憎悪の感情を激化させると述べた点に注目すべきであろう。この点から推察する限り、Powellは、人種区分それ自体が引き起こす効果（すなわち憎悪感情の激化）に着目して平等保護条項の保障内容を理解しようとしているようにも見える^{54・55}。

⁵² See *id.* at 374-379.

⁵³ See *id.* at 408-421 (Stevens, J., concurring in the judgment in part and dissenting in part).

⁵⁴ 木村草太は、Bakke判決のPowell意見における「疑わしい区分」の意味は、「被差別感覚」を助長する「悪しき区分」という実体的意味に転換したと指摘する。木村は、この考えをもとに、平等保護条項の規範要請の一つに、差別的メッセージの発信を抑制する規範要請があると論じている。木村・前掲注(13)・155-156、191頁。

⁵⁵ なお、Powell意見は、白人という人種集団も、出自を異にする多様な移民から構成されている「切り離され孤立した少数者」と言い得る余地があったとした。他方で、Brennan裁判官グループ共同意見は、白人が「切り離され孤立した少数者」であることを認めなかった。しかし、このPowell意見の見解は、あくまで共同意見の立場を反駁するために示されたものであり、同意見が、白人が「切り離され孤立した少数者」に該当するか否かをどれほど真剣に検討していたかは定かではないように思われる。

次に、共同意見が、人種区分が成果主義の観念を否定する側面があることを指摘しつつ、AAに対して中間審査基準を設定したことも興味深い点である。共同意見は、個人の挙げた成果・業績に応じて州による財・利益の分配がなされるべきであると述べ、AAによって不利益を受けた者に相応の配慮を示しているため、成果主義の理念を背景にしたものと評価できる。

第二節 判例規範の明確化——Croson判決（1989年）

AAの合憲性を初めて争ったBakke判決以後、1986年に、社会的差別の是正を目的とするAAの合憲性を巡ってWygant判決が出されている⁵⁶。しかし、本判決でも法廷意見は形成されず、AAに対する違憲審査基準についての判例の態度は明確にされなかった。そうした中で、最高裁が本判決の位置付けを明確にしたのが、1989年のCroson判決である。

1. Croson判決⁵⁷

本件では、リッチモンド市の条例が、同市と建設契約を取り交わす元

⁵⁶ Wygant v. Jackson Board of Education, 476 U.S. 267 (1986) では、ミシガン州ジャクソン市の教育委員会と教員組合が取り交わした労働協約において、教育委員会が教員数をレイオフによって削減する必要があるときは学校区でシニオリティ（先任権）の高い教員が在職することになっていた。しかし、例外として、雇用されているマイノリティの教員比率より高い比率でマイノリティ教員をレイオフすることを禁ずるという規定があった。この規定により、人種によって、より高いシニオリティの教員がシニオリティの低い教員に代わって解雇されることとなったため、本件規定の合憲性が問題となった。

連邦最高裁は本件AAを容認した原審判決を5対4で破棄し、自判したが、法廷意見は形成されなかった。Powell裁判官相対多数意見（Burger首席裁判官、Rehnquist裁判官同意、O'Connor裁判官一部同意）は、Bakke判決の自身の意見を引用し、違憲審査基準は不利益を被る集団が歴史的に差別されてきた集団か否かによって変化してはならないという理由で、厳格審査基準を設定した。本件では、教育委員会は、本件規定の合憲性を主張するにあたって、本件AAは、教員にならなかった黒人への社会的差別の影響を是正する試みの一環であると主張した。しかし、Powell相対多数意見は、差別の存在を特定することなく、端的に社会的差別の存在を理由にAAを実施することはできないとして、本件規定の合理性を否定した。

⁵⁷ Richmond v. Croson, 488 U.S. 469 (1989).

請負契約者 (prime contractor) に対して、その契約受注額のうちの30%を、「人種的マイノリティが経営する企業」(以下「MBE」という。)との下請契約に利用するように義務付けており、その合憲性が問われた。

同市は、市の人種的マイノリティの人口数は市の全人口数の50%であるのに対して、市との元請負契約を受注できたMBEは、元請負契約を受注した全ての企業のうち0.67%であったという人種的に不均衡な効果 (racially disparate impact) を示す統計を根拠に、同市の建設業界において社会的差別 (societal discrimination) があったと推定し、本件条例の立法目的は社会的差別を是正することにあると主張した。

連邦最高裁は、6対3で、連邦控訴審の原判決 (違憲判断) を認容した。本件では、O'Connor裁判官の意見の一部が法廷意見 (Part I, III-B, IVにRehnquist首席裁判官, White, Stevens, Kennedyの各裁判官が同意) となった。また、O'Connorの意見の一部が相対多数意見 (Part III-AとVにRehnquist首席裁判官, White, Kennedyの各裁判官が同意) となり⁵⁸、さらに、同意見のパートIIにRehnquist首席裁判官、White裁判官が同意した。

まず、O'Connor裁判官の一部相対多数意見は、平等保護条項が保障する権利の性質を、個人が平等な尊厳と尊重をもって取り扱われる権利であると述べる。すなわち、同意見は、「平等保護条項が創設する権利は、個人に保障される。リッチモンド市の計画は、公契約の獲得競争に参加する機会を人種に基づいて一定の市民に否定するものである。その市民がどのような人種集団に属しているにせよ、平等な尊厳と尊重をもって取り扱われる『個人の権利』が、公的な意思決定において人種を唯一の評価基準とする厳格なルールによって左右されている」⁵⁹とする。

次に、同意見は、違憲の立法目的の燻り出しという観点を示し、本件規定の違憲審査基準として厳格審査基準を設定する。すなわち、同意見

⁵⁸ なお、Scalia裁判官結果同意意見は、理由付けこそ異なるものの、O'Connor相対多数意見が、人種区分には厳格審査基準が適用されなければならない、と結論づけた点に関して同意を示した。See *id.* at 520. (Scalia, J., concurring in the judgment).

⁵⁹ *Id.* at 493 (plurality opinion).

は、「人種に基づく措置の正当化根拠について厳密な司法審査をすること以外に、いかなる区分が『良性』ないしは『救済目的』であるか、そして、いかなる区分が人種的劣等感や人種政治といった不正な観念 (illegitimate notions) に動機づけられているかを判別する明快な方法はない」⁶⁰と述べる。

そして、厳格審査の目的は「(人種という) 非常に疑わしい道具を用いることを許容するほど十分に重要である立法目的を立法者が追求しているということを確認することによって、不正に人種が利用されていることを煙り出す (smoke out)」(括弧は筆者補足) ことにあるとし⁶¹、「この違憲審査基準は、立法手段がやむにやまれぬ利益に厳密に適合することを要求するために、人種区分の動機が不正な人種的偏見 (racial prejudice) やステレオタイプであるという可能性をほとんど残さないことを保証する」⁶²とする。

また、これらの点を踏まえつつ、同意見は、平等保護条項に対する制約が引き起こす弊害につき、「人種に基づく区分は、劣等者の烙印を植え付けるとい害悪 (stigmatic harm) を生じさせる危険性を有しており、区分が救済目的のために厳密に用いられていなければ、それは、実際は、人種的劣性の観念を助長し、人種的敵対心を含んだ政争につながる」と指摘しつつ⁶³、AAに対して厳格審査を適用する必要性を強調した。

さらに、違憲審査の当てはめにおいては、O'Connor裁判官の一部法廷意見は、本件条例の目的は建設業界における社会的差別の是正にあるとするリッチモンド市の主張を取り上げた。ここで、同市は、社会的差別の存在を証明する根拠として、①リッチモンド市の人種的マイノリティの人口数は市の全人口数の50%であるのに対して、市との元請負契約を受注できたMBE (人種的マイノリティが経営する企業) は、元請負契約を受注した全ての企業のうち0.67%であったという統計、②地方の建設

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *Id.*

⁶² *Id.*

⁶³ *Id.*

業組合においてMBEの会員数が非常に少ないという統計を提示した⁶⁴。しかしながら、O'Connor裁判官の一部法廷意見は、「この国における私的および公的差別に関する不憫な歴史が、黒人事業家の機会の損失を招いてきた」ことを一般論として認定しつつも、本件で社会的差別を認定するためには、「救済措置が必要であるとの判断を導くための証拠における強力な根拠 (strong basis in evidence)」が要求されるとした⁶⁵。

そこで、まず、①に関して、市との建設契約を遂行するには特別の技能が必要であるとした上で、どれくらいの数のMBEが市との契約を受注できる技能を有しているかが明らかにされていない点で、①に関わる統計は社会的差別を認定する根拠にならないとした⁶⁶。次に、人種的マイノリティが建設業界以外の業界に職業的な魅力を感じている可能性を指摘して、②に関わる統計も社会的差別を認定する根拠にならないとした⁶⁷。それゆえ、同意見は、これらの点を踏まえて、本件AAがやむにやまれぬ利益であることを根拠づける立法事実は存在しないと判示した⁶⁸。

また、Scalia裁判官結論同意意見は、「いかなる人種に属しようとも、彼（ここではAAによって不利益を被る者）は、人種中立的な方法で、自己の申請書 (application) を個人の成果 (merits) に基づいて考慮してもらう憲法上の権利を有する」(括弧は筆者補足)⁶⁹と述べ、AAは、「このアメリカの原則」から逸脱する危険性の高い行為であると指摘した⁷⁰。

2. O'Connor裁判官一部相対多数および一部法廷意見の検討

(i) 平等保護条項の保障内容について

まず、O'Connor裁判官相対多数意見は、平等保護条項は、あくまで個

⁶⁴ See *id.* at 499 (majority opinion).

⁶⁵ *Id.* at 499-500.

⁶⁶ See *id.* at 501-503.

⁶⁷ See *id.* at 503.

⁶⁸ See *id.* at 505.

⁶⁹ See *id.* at 527 (Scalia, J., concurring in the judgment), quoting *DeFunis v. Odegaard*, 416 U.S. 312, 337 (Douglas, J., dissenting) (1974).

⁷⁰ *Id.*

人の権利を保障するものであることを確認した。このように個人の権利性を強調する平等原則の理解は、Bakke判決のPowell裁判官意見およびBrennan裁判官グループ共同意見において既に示されていたところであり、先例の延長線上に位置づけられるものと言える。と同時に、平等保護条項の保障内容を「平等な尊厳と尊重をもって取り扱われる『個人の権利』」と表現したことで、同意見は、平等保護条項の保障の程度が相当に強度なものであることを示唆したと言える。

次に、人種区分に付随する弊害の内容についても一定の理解が示された。すなわち、O'Connor裁判官相対多数意見は、人種区分がもたらす弊害とは、劣等感の助長や人種間の対立の激化にあると説明した。この見解は、Bakke判決のPowell裁判官意見に既に示されていたところであり、平等保護条項は、人種区分に依る差別感情の助長を抑制するよう命じるものと理解しているようである。

(ii) 違憲審査基準の設定根拠について

O'Connor裁判官相対多数意見は、違憲審査基準の設定根拠を「立法者の人種的偏見の探知」という観点から説明する。

この観点は、AAを実施する立法者の偏見が生じる可能性に着目して、違憲審査基準の在り方を説明するものである。すなわち、同意見は、目的・手段審査を厳格に行うことで、立法者が実際に掲げた立法目的を本当に達成しようとしているか否かを判断することができると主張するのである。同相対多数意見が「立法目的の燻り出し」を違憲審査基準の根拠として掲げるということは、同意見が、平等保護条項の保障内容を「人種的偏見に基づく立法行為の禁止要請」と理解していることを示唆する。

また、ここでいう人種的偏見は、不当動機といえる「人種的敵意」を指していると読めると同時に、立法者の認識上の客観的誤りを指し示しているように思われる。この認識上の客観的誤りの有無を判断する上で、O'Connor裁判官相対多数意見は、下請受注企業を決定する唯一の評価基準を人種とすることが「個人の権利」を侵害すると述べたことからして、

人種は能力を評価する基準として不適切であり、個人の職務遂行能力に基づいて財・利益を分配すべきであるという成果主義の考え方を重視していることが窺われる。それに加えて、O'Connor一部法廷意見が、AAの対象となる集団の職業遂行能力についての個別的判断を踏まえずに社会的差別の存在を認定することはできないと述べたことも注目に値する。このことに、AAによって利益を受けるか否かを問わず、個人の職業遂行能力を適正に評価することを重視するO'Connor一部法廷意見の姿勢が表れている。

平等保護条項の保障内容を「平等な尊厳と尊重をもって取り扱われる『個人の権利』」と表現した趣旨は、このような文脈において把握されるべきであろう。O'Connor相対多数意見および一部法廷意見は、成果主義という言葉を示しているわけではないが、成果主義的発想を重視して人種区分の客観的合理性を判断しようとしているように思われる⁷¹。

第三節 判例規範の整理と問題点の抽出

1. 判例規範の整理

本節では、ここまでの議論を踏まえて、平等保護条項の保障内容につ

⁷¹ なお、Croson判決以後に、連邦法に基づく公契約におけるAAを違憲としたAdarand判決（Adarand v. Peña, Secretary of Transportation, 515 U.S. 200 (1995)）において初めて、AAの違憲審査基準として厳格審査基準を設定することが法廷意見で認められた。本件では、O'Connor裁判官執筆の意見の一部が法廷意見（Rehnquist首席裁判官、Kennedy裁判官、Thomas裁判官、Scalia裁判官同意）となった。また、Scalia裁判官は自身の意見に整合する限りでの同意であるとの留保を示しているが、本件でも厳格審査をAAに設定することに同意している。そして、本判決の法廷意見はO'Connor裁判官が執筆したこともあり、その述べるところは、Croson判決のO'Connor裁判官一部法廷意見および相対多数意見と同様の趣旨と言っている。

さらに、その後、Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003); Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003); Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1, 551 U.S. 701 (2007); Fisher v. University of Texas at Austin, 133 S.Ct. 2411 (2013)において、多様性の確保を目的とするAAの合憲性が争われたが、違憲審査基準の設定根拠については先例を引用した簡単な説明がされているに過ぎず、Croson判決以降に平等保護条項の規範要請や違憲審査基準の設定根拠に顕著な変化があったと理解することはできないであろう。

いて整理する。

連邦最高裁の考える平等保護条項の保障内容は、二つに分けることができる。一つは、「人種的偏見に基づく立法活動をしてはならない」という規範要請であり、もう一つは、「人種区分によって差別感情を助長してはならない」という規範要請である。

まず、前者の規範要請を観念できる理由は、連邦最高裁が、違憲審査基準の設定根拠として「違憲の立法目的の燻り出し」を挙げていることから説明できる。すなわち、立法者が人種区分を利用する場合、区分対象となる人種集団の性質にかかわらず、判例は、立法者が人種的敵意や人種に関する認識上の客観的誤りに基づいて立法活動を行う可能性があると考えがゆえに、厳格審査を設定しているのである。

そして、人種区分に関する認識上の客観的誤りの有無を判断する上で、判例は明示的ではないものの、成果主義の理念を重視していることが窺える。また、Bakke判決のBrennan裁判官と、Croson判決のScalia裁判官という、リベラル派と保守派の両裁判官が、AAが成果主義に反するとの認識を共有したという事実も、判例の根底にある平等観を理解するための考慮要素に加えることができるであろう。

次に、「人種区分によって差別感情を助長してはならない」という規範要請についても、判例が、繰り返し、人種による区分はそれ自体不快であり、AAが人種的劣等感を植えつけ、さらには人種的憎悪感情を高めると述べていることから説明できる。しかし、この要請には主観的な価値評価が多く入り込む余地があり、また、規範の射程も不明確である。それゆえ、この規範要請については次節で検討するに留める。

2. 判例の問題点と検討すべき課題

判例が設定する違憲審査基準は非常に厳格であり、AAの実施者は、社会的差別の存在を推定するための立法事実を提示できず、社会的差別を是正するための効率的な立法活動を行うことを困難にさせられており、これは、差別の是正を重視する立場にとって望ましい事態とは言え

ない。判例は、社会的差別を行う主体を特定可能であると考え、実際のところ、社会的差別の主体を特定することは困難であろう。

例えば、Croson 判決においては、確かに、建設業界にてMBE（人種のマイノリティが経営する企業）の契約受注数が過少であるという人種的に不均衡な効果が生じる要因の一つは、同業界内部においてなされた社会的差別の影響がある中で、リッチモンド市が公契約の発注という利益の分配を通じて既存の経済格差を固定化しているからであると考えられることもできよう。しかし、建設業界に限らず、マイノリティが商取引・教育・居住など多くの領域で差別を受けてきたために、彼らが建設業界に参入する上で必要となる知識・経験・資本を獲得する機会を阻害されてきた可能性は否定できない⁷²。

それゆえ、建設業界以外で生じる社会構造的差別の影響によって、建設業界に参入できるMBEの数が過少となっているがゆえに、その結果としてMBEの契約受注件数が過少となっているであると考えられることもできる。この場合には、社会的差別を行った主体を特定できなくとも、社会の広範な領域で発生する差別が人種的に不均衡な効果を生む要因となっていることは確かであると言えるのではないであろうか。とすれば、社会的差別の立証が困難なことを踏まえ、違憲審査基準を引き下げて社会的差別の認定要件を一定程度緩和するというアプローチも考えられるところであろう。

しかしながら、判例が、このようなアプローチを受け入れず、違憲審査基準として厳格審査基準を採用するのは、当然ながら、AAを実施する立法者の差別的動機を疑い、かつ、AAが成果主義の理念に照らしても不合理であると考えているからであろう。そこで、違憲審査基準を引き下げるべきであると主張するためには、違憲審査基準を厳格化する上

⁷² 過去の人種差別に起因する社会経済的格差が、黒人の就労機会の実質的な阻害要因となっていたという事実は、少なくとも1970年から80年代には一般論として連邦最高裁においても認識されていたと考えてよいであろう。See *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424, 430 (1970); *Wygant*, 476 U.S., at 276 (1986); *Croson*, 488 U.S., at 499 (1989).

での理論的根拠とされる動機審査理論や成果主義理論について批判的に検討する必要がある。これらの理論に関する具体的な問題点については、第二章および第三章で詳述する。

第四節 人種区分による差別感情の助長

ところで、判例からは、人種区分がそれ自体差別感情を助長するようなメッセージを発信しており、その使用を差し控えるべきであるとの規範要請を抽出できた。とりわけ、AAの文脈では、人種的マイノリティは劣等者であるという誤ったメッセージが発信される、と判例は述べている。しかし、このような差別的メッセージの認定は、ともすれば、主観的になりがちであるため、この規範の妥当性および射程については慎重に評価する必要がある。それゆえ、この規範要請については、その問題点を本節で指摘しておくに留め、日本への応用可能性については本稿では検討しない。

まず、当該規範要請の妥当性について検討する上で、AAはマイノリティに劣等者の烙印を押すと強く主張するThomas裁判官に対する、Adarand判決のStevens裁判官反対意見（Ginsburg裁判官同意）の応答が示唆に富む。すなわち、同意見は、「私は、アファーマティブ・アクションがもたらす（受益者への）精神的損害（psychological damage）が、人種的従属（racial subordination）によって発生する精神的損害ほどに深刻であるとは信じない。…アファーマティブ・アクション計画を制定するとき、立法府は、…個人に不利益を不当に課す障壁を取り除こうとしているのである」（括弧内は筆者補足）と述べる⁷³。

すなわち、このStevens裁判官の見解は、マイノリティの実体的従属状態を問題視する立場であり、そのような実体的側面を考慮せずに端的に差別的メッセージの排除を求める規範要請を観念する判例の立場とは平等原則の保障内容の捉え方が異なるように思われる。また、マイノリティの実体的従属の解消を志向する反従属原理の代表的論者であり、かつ、

⁷³ Adarand, 515 U.S., at 249 (Stevens, J., dissenting).

差別的な法令が被差別集団の地位の低下を助長する表現的機能を果たし
 うることを指摘する Kenneth L. Karst も、人種に基づく AA が、差別的感
 情を助長すると考えているわけではないことに留意がいる⁷⁴。

次に、仮に、このような差別的メッセージの排除を求める権利を AA
 の文脈で認めるとしても、適切な権利主張が困難になる場合があること
 も指摘しておかねばならない。例えば、白人が、AA は黒人が劣等である
 というメッセージを発していると主張し、裁判所が AA に厳格審査を設
 定することは、白人が黒人の憲法上の権利（差別的メッセージの排除を
 求める権利）を援用していることになる。しかし、AA の恩恵を受ける黒
 人と、AA が黒人への差別的メッセージを発するから違憲であると主張
 する白人は、AA によって受ける実体的利益において、利益相反関係に
 ある。

従って、白人がこのような主張をする場合、黒人側の利益（AA を受け
 る利益）が、違憲の主張・立証が十分になされないままに侵害されると
 考えることもできるのではなからうか⁷⁵。このように考えれば、仮に当該
 権利を認めるとしても、AA の恩恵を受けたことが原因で実際に社会的
 信用を失うなどの具体的な不利益を被った者以外に違憲の主張適格を認
 めるべきではないとの主張も行いいうところであろう⁷⁶。

第二章 「人種的敵意」と「動機審査」

第一節 問題の所在

これまでの検討の結果、平等保護条項の保障内容は、「立法者の人種的
 偏見に基づく立法活動を禁止する規範」であり、ここでいう、人種的偏
 見とは、立法者の人種的敵意と認識上の客観的誤りに分類できることが
 分かった。本章では、前者について検討する。

⁷⁴ See Kenneth L. Karst, 'The Constitution and the Problem of Racial Inequality', 103 (Yale University Press, 1993)

⁷⁵ See Joshua M. Levine, *Stigma's Opening*, 94 J. L. & Soc. Sci. 457, 491-501 (2006).

⁷⁶ See *id.*

人種的敵意の熾り出しという観点からの違憲審査は「動機審査」と呼ばれるが⁷⁷、AAの違憲審査の文脈において、判例は、従来の動機審査理論と異なる見解を提示しているように思われる。判例は、立法者が特定の人種集団に向けた差別感情に基づいて行為をする可能性を問題にしていることは明らかであるが、人種的敵意の対象とされる集団として、AAによって不利益を被る人種的マジョリティ、または利益を受けるマイノリティのいずれが想定されているかは必ずしも明らかでない。しかし、理論上はいずれも想定可能であり、それぞれに課題があるように思われる。

まず、①議会の多数派が人種的マジョリティで構成される場合、立法者が当該人種的マジョリティに人種的敵意を抱くことはないのではないかという疑問である。次に、②議会の多数派である人種的マジョリティが人種的マイノリティに人種的敵意を持つと推定する場合、AAは受益行為であることを考慮すると、立法者は自身の差別感情と矛盾した行為をしていることになる。このような事態はあり得るのであろうか。

そこで、次節以降では、まずアメリカにおける動機審査理論の代表的論者である John H. Ely⁷⁸の理論を参照し、次に本節で提起した2つの疑問をどのように処理できるか検討し、最後に動機審査理論と実体的権利保障を志向する憲法理論の関係性について整理する。

⁷⁷ 動機審査理論について詳しく論じた邦語文献は多くあるが、とりわけ、近年の学説の展開を踏まえつつ、違憲審査における動機審査の位置づけを明確に説明するものとして、阪口正二郎「人権論Ⅱ・違憲審査基準の二つの機能——憲法と理由」長谷部恭男・辻村みよ子編『憲法理論の再創造』（日本評論社、2011）147頁。

⁷⁸ 阪口・前掲注（77）・163頁は、立法動機の熾り出しという観点から違憲審査の機能にいち早く着目したのがElyであった、と指摘する。また、Elyは、厳格審査基準の機能は立法動機を「洗い出す」（flush out）ことにあると表現しているが、本稿では、判例に従い、「熾り出す」（smoke out）という語を用いることとする。、146（Harvard University Press, 1980）（pbk）。邦訳として、ジョン H. イリイ『民主主義と司法審査』（佐藤幸治、松井茂記訳）239頁（成文堂、1990年）。また、動機審査の文脈でElyが提唱する違憲審査基準の具体的な態様の独自性への注目を促す文献として、黒澤修一郎「John Hart Elyの動機審査理論の生成と展開（1）（2・完）」北大法学論集61巻1号（2010年）155頁以下、61巻2号（2010年）61頁以下を参照。

第二節 John H. Elyの動機審査理論

Elyは、法令上の区分が「疑わしい区分」に該当すると、当該区分の違憲審査基準が厳格化されるという判例法理は、黒人のように、政治過程において自己の利益を適切に反映できない少数者を保護するという観点から正当化できる、とする⁷⁹。ただし、ここでいう少数者は、単に人口において少数であるがゆえに自己の利益を反映できない集団を意味するのではない。すなわち、Elyは、裁判所が保護すべき「…少数者は、ある意味で信用に値しない理由によって多元主義の市場から排除され、それゆえ立法府の区分によって悪影響を受ける側に常に自分の姿を見出すような少数者」⁸⁰であるとする。

ここで、Elyは、「疑わしい区分」に該当する集団や、Carolene Products判決の脚注4が言う「切り離され孤立した少数者」(discrete and insular minorities)も、これらの要素を有する少数者のことを意味していると理解すべきとし、黒人は、社会における「広範な敵意」(widespread hostility)に晒されているため、このような少数者に該当すると評価する⁸¹。

広範な敵意が社会に蔓延している状況下では、黒人は、利害を同じくするその他の利益集団と交渉し、政治過程を通じて自己の利益を獲得することはできない⁸²。また、広範な敵意に晒されている黒人に不利益を課す立法には、立法者の敵意や「少数者に不利益を与えようとする、純然たる欲望 (simple desire)」が反映されている可能性がある⁸³。そこで、Elyは、政治過程における立法者の差別的動機を問題にして、疑わしい区分を用いる立法に対する積極的な司法審査を要請するのである⁸⁴。

次に、Elyは、疑わしい区分の法理の意義を以下のように語る。まず、Elyは、疑わしい区分を用いる立法に関しては、その立法動機の疑わしさ

⁷⁹ See Ely, *supra* note 78, at 151.

⁸⁰ See *id.* at 152.

⁸¹ See *id.* at 152-154.

⁸² See *id.* at 152.

⁸³ See *id.* at 147.

⁸⁴ See *id.* at 146-147.

が推定される、とする⁸⁵。ここで、Elyは、立法者が、立法動機の疑わしさを晴らすためには、①立法目的が「実質的な重要性を有する目標」(a goal of substantial weight)であること、②「その目標に区分がほぼ完全に適合していることを示す」必要がある、とする⁸⁶。

Elyによれば、立法手段が、実際に主張されている立法目的に適合しない場合、立法者は別の立法目的を達成するために当該立法手段を用いたという疑いを晴らせなかったことになる。また、立法目的がさほど重要でないと評価される場合、なぜあえて当該人種区分を用いるのか、その背後に別の立法目的があるのではないか、という疑いを立法者は晴らせなかったことになる⁸⁷。

しかしながら、人種に基づくAAに関しては、Elyは、以下の諸点を指摘しつつ、厳格な司法審査を不要であるとする。すなわち、人種的マジョリティは広範な敵意に晒されている少数者ではないため、政治過程から疎外されるリスクも極めて少ない。また、人種的マジョリティは立法過程を通じてAAを廃止することもできる。さらに、そもそも、人種的マジョリティが自らに敵意をいだき、自らに不利益を課そうとするという事態も想定できない、と主張するのである⁸⁸。

AAの違憲審査基準に関するElyの見解は、多数派と少数派の間で生じる政治過程の歪みの是正を重視する彼の理論の当然の帰結であるように思える。それゆえに、Elyは、人種的マイノリティが議会の多数を占める場合、人種的マイノリティのみに利益を付与する立法は「疑わしいもの」と評価されると述べているのである⁸⁹。

⁸⁵ See *id.* at 145-146.

⁸⁶ *Id.* at 146-147.

⁸⁷ See *id.* at 146-148.

⁸⁸ See *id.* at 170-172.

⁸⁹ John H. Ely, *The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination*, 41 U. 723, 739 (1974).

第三節 二つの疑問点への回答

本章第一節で示した一つ目の疑問点、すなわち「議会の多数派が人種的マジョリティで構成される場合に、立法者が、当該人種的マジョリティへの敵意に基づいて当該集団を差別する可能性は高いのか」という点については前節の議論を参照すれば容易に回答できる。つまり、Elyの立場からすれば、AAは政治過程で廃止できるのであり、また、(人種的マジョリティで構成される) 議会の人種的多数派が人種の敵意に基づいて人種的マジョリティを差別する事態は想定できない^{90・91}。

⁹⁰ 我が国においては、長谷部恭男が、AAの違憲審査基準について、「少数者に不利益を課す立法と異なり、少数者を優遇する立法は、多数派が民主的政治過程を通じて是正することは容易であろうから、もっとも厳格な審査を行うべき理由があるか疑わしい」とする。長谷部恭男『憲法(第六版)』173頁(新世社、2014年)。また、同様の見解として、松井茂記『日本国憲法<第三版>』396-397頁(有斐閣、2007年)を参照。ただし、長谷部恭男は、AAのような「恩恵的制度については、…中間的な審査基準を適用すべきとの見解が有力である」と述べており、松井茂記も「優遇措置という名の下に差別それ自体が温存されてしまうという危険性…」を考慮して中間審査基準を設定すべきとする。

⁹¹ なお、第一章で取り上げたCroson判決の事実関係に限って言えば、AAに関する条例を制定したリッチモンド市議会において、その定足数9人のうち5人の議員が黒人であったことは、当該AAに対して厳格な審査基準を設定する根拠と成りうる。ただし、他ならぬElyも作成に携わったACLUのAmicus Brief(1987 U.S. Briefs 998)は、市で少数派となる集団(ここでは白人)がより大きな政治レベル(連邦・州レベル)で多数派を構成する場合、当該集団の政治的脆弱性は州や連邦レベルで保護を受けることで緩和されると主張した上で、AAに厳格審査基準を設定すべきでないと述べているため、政治過程において実際に不利に置かれている少数派の認定の在り方については上位法と下位法の関係も視野に入れてさらなる検討がいるであろう。

また、この点について、同判決のO'Connor裁判官相対多数意見は、「仮に政治過程において集団の利益を擁護するために集団の能力に応じて審査基準が変化するという平等保護条項の解釈を受け入れたとしても」、本件では上記事実を認定できるように違憲審査基準を引き下げることはできないと述べる(See Croson, 488 U.S., at 495-496)。しかし、この見解は、黒人は政治過程から疎外されているために本件AAに対して厳格審査基準を設定するべきではないとする主張に対する反論として示されたものであり、同意見が政治過程の構造を踏まえた動機審査理論を積極的に取り入れているわけではないことに留意がいる。同意見の違憲審査基準の設定根拠は、あくまで前章で示したものが主要なものである。

加えて、連邦法に基づくAAの合憲性を争ったAdarand判決(1995年)においてCroson判決の判断枠組は概ね踏襲されているものの、連邦議会の多数派が白人から構成されている事実について特段の言及もないため、立法府の人種構成比に関わらず立法府の人種の偏見を疑う連邦最高裁の姿勢は以後も維持されていると

第一節で示した二つ目の疑問点、すなわち「議会多数派の人種的マジョリティが、『AAを実施することで人種的マイノリティに劣等感を植え付けたい』という差別的動機に基づいて、AAを実施する可能性」も理論的には想定できるが、Elyはこの点に何も答えていない。

しかし、AAは、そもそも、人種的マイノリティの社会的地位を向上させる性質を有するものである。人種的マジョリティが多数派を構成する議会が、人種的マイノリティに人種的敵意を有しているのであれば、AAを「実施しないほう」が人種的マイノリティ集団の社会的地位を劣位に留めることができる。それゆえ、当然ながら、AAを実施しないほうが、人種的マイノリティに劣等感を植え付ける上で効果的であろう。人種的敵意を向ける相手方に便益を供与するのは、やや不自然である⁹²。

AAを実施する議会多数派の人種的敵意を認定できる場合として考えられるのは、立法者が、社会経済的格差を改善するのではなく、むしろこれを維持する手段としてAAを用いる場合である。例えば、相対的に見て所得水準が過度に低く、かつ、人種的マイノリティが既に過剰となっている特定の職域に限定してAAを継続的に実施することは、人種的マイノリティに当該職種を選択するように積極的に誘導する機能を果たし、社会経済的格差を固定化させる可能性がある。

しかし、将来に渡って人種集団間の社会経済的格差を固定化させることが明白なAAは、AAの実施目的にそもそも適合しないため、「合理性の基準」によって審査を行っても合憲性を維持できるか疑わしい。それゆえ、立法者が社会経済的格差を固定化させるためにあえてAAを実施する可能性を考慮して違憲審査基準を引き上げる必要があるか否かは、検討の余地がある⁹³。

言ってよいであろう。

⁹² もちろん、AAの受益者がAAによって劣等感を植え付けられたと主観的に感じる場合も想定できるが、これは法令のメッセージ効果に関わる議論であり、立法動機と独立に検証すべき問題であろう。ただし、第一章第四節で既に論じたように、メッセージ効果に関する論点は慎重に検討すべき論点である。

⁹³ なお、性別に基づく別異取扱いに関して、表面上は女性に利益を与える法律が、実際は一定の性的役割を固定化させる目的で制定される可能性があることは否定

結論として、AAを実施する議会の多数派が人種的マジョリティである場合、人種的敵意の熾り出しという観点から、人種的マイノリティを優遇するAAに厳格審査を行う必要はないように思われる。むしろ、AAに関しては、人種的マイノリティへの敵意ではなく、立法者の認識上の客観的誤りが問題とされるべきではなかろうか。この点については次の第三章で論じる。

第四節 Elyの動機審査と実体的権利保障の整合性

ところで、Elyは、司法審査の目的は実体的価値の保護ではなく政治過程への参加の保障にあるとし、裁判所は、①「政治的変化の経路の障害除去」、②「少数者の代表の促進」を図る場合においてのみ積極的に違憲審査を行使することができるとする⁹⁴。このような手続の保障を重視するElyの司法審査理論は、一般に「プロセス的司法審査理論」と評される⁹⁵。そして、この基本的視座を基に前述の動機審査は考案された。

できない（このような問題点を指摘する文献として君塚正臣『性差別司法審査基準論』（信山社、1996年）を参照）。しかし、性別に基づく別異取扱いの違憲審査の在り方を考えるにあたっては、まず、本稿で検討の対象とした類型のAAと、性別に関するその他の別異取扱いを同列に扱うことができるか否かを慎重に検討すべきであろう。

後者の別異取扱いの類型は多岐に渡り、我が国においても、男女の婚姻適齢の区別（民法第731条）や、労働災害による外貌の醜状障害への補償給付の際に用いられる障害等級認定基準の男女間格差などのように、女性を男性よりも有利に扱うものであっても、性に関する一定の固定観念を反映しているように思われる制度もある（ただし、障害等級認定基準の男女間格差については違憲判決が確定しており（京都地判平成22年5月27日）、2011年に当該基準も男女同一のものに改正された）。

しかし、AAは、既に存在する社会経済的格差を是正するための措置であり、本注で挙げた類型の別異取扱いと性質を異にするように思われる。それゆえ、両者の違いを明確化せずに立法者の差別的動機を一律に推定し、性別に基づく別異取扱いに対する違憲審査基準を引き上げることが適切であるとは必ずしも言い切れないであろう。この点については、本章第四節で提示する問題点と併せて今後の検討課題としたい。

⁹⁴ Ely・前掲注（78）の原著および邦訳を参照。

⁹⁵ 手続的司法審査理論や、プロセス理論など色々な呼び方があるが、本稿では、松井茂記の用語に従い、「プロセス的司法審査理論」とする。松井茂記「プロセス的司法審査理論 再論」佐藤古稀『現代立憲主義と司法権』69頁以下（青林書院、

それゆえ、「Elyの動機審査理論」は、実体的価値の保障を重視する憲法原理を受け入れることは決してない。しかし、「はじめに」で紹介した、反従属原理は実体的権利を保障する憲法原理であるため、そもそも、実体的権利保障を志向する憲法理論と動機審査を併用できるか否かという問題に触れておく必要があるだろう。

この点については、まず、Elyのプロセス的司法審査理論を唯一の憲法解釈理論と理解して、その他の解釈論を否定するのであれば、反従属原理を含む実体的権利の保障を志向する憲法理論は一切利用できないことになるだろう。しかし、プロセス的司法審査理論に全面的にコミットしなければ「動機審査の発想」を用いていけないという命題は成立しないはずである⁹⁶。

むしろ、Elyの動機審査理論は、国家機関の制度的能力に関わる問題としても十分に議論できる⁹⁷。すなわち、制度的要因によって立法者が誤った判断を下す可能性の高い領域において、司法審査の民主的正当性という「規範的」観点からでなく「経験的妥当性」という観点から、裁判所がより積極的に司法審査をすることは、実体的権利の保障を志向する憲法理論の立場においても可能であろう⁹⁸。それゆえ、反従属原理と、動機審査理論を併用することに理論上の矛盾は生じないであろう。

ただし、動機審査には困難な問題も残る。それは性差別問題への対応である。立法者が不当動機に基づいて立法を行う可能性の高い領域を「人口数の多寡」のみに注目して推定する場合、女性は、人口数において多数派を構成しているために動機審査の恩恵を受けられないことになるだろう。他方で、反従属原理は、女性集団も、社会構造的差別の被害を受けてきた集団であるという点で、市民的地位において劣位に置かれていると

1998年)を参照。

⁹⁶ この命題に依拠すれば、動機審査を採用しつつ実体的価値を保障する判例理論の民主的正当性も怪しくなるであろう。

⁹⁷ See Michael Dorf, *The Coherentism of Democracy and Distrust*, 114 L. J. 1237, 1254-1257 (2005).

⁹⁸ 土井真一「司法審査の民主主義的正当性と『憲法』の観念」佐藤古稀『現代立憲主義と司法権』145-147頁(青林書院、1998年)。

認定している。社会構造的差別が現にあることを前提にすれば、女性は人口において多数派であるから劣位でないと考えることもできないであろう。

それゆえ、立法者が不当動機に基づいて立法活動を行う可能性のある領域を人口数のみから判断するのが妥当であるか否かは、評価が難しいところである。選挙は単一の争点の賛否を決めるものではないため、女性に利益をもたらす議員を選ぶという選択肢が常に女性に用意されているわけでない。また、女性が議員になることも相当の社会的ハードルがあるのが現状であろう。それゆえ、現実には女性集団が政治過程において自己の利益を適切に代表できているか疑問がある。とはいえ、性差別問題のように、人口数という考慮要素を取り外して不当動機が発生しやすい領域をどのように客観化すべきかについては慎重に検討すべき事項であり、注(93)で述べた事項と併せて、この点は今後の検討課題としたい。

第三章 「認識上の客観的誤り」と「成果主義」

第一章の検討を通じて、人種的偏見は、人種的敵意に加えて、立法者の認識上の客観的誤りという観点からも説明できることが分かった。そして、この立法者の認識上の客観的誤りは、判例において、個人の成果(merit)に基づいて財・資源を分配すべきであるというメリトクラシー(成果主義)に基づいて判断されているのではないかと考えられる。確かに、判例はAAが成果主義に反すると明示的に述べないものの、人種を理由として、能力のある者より能力のない者を優遇するという考え方に否定的であった。また、複数の個別意見からは、「国家は個人の成果に応じて財・資源を配分すべき」との成果主義を重視した価値観がはっきりと見て取れた。

しかし、成果主義を重視することには批判も多い。そこで、本章では、まず、成果主義の意味や問題点について社会学や経済学の知見を踏まえて整理した上で、次に、AAの違憲審査基準の在り方について筆者の見

解を提示したい。

第一節 メリトクラシーにおけるメリットの意味

本稿で「成果主義」と訳す「メリトクラシー」(meritocracy)⁹⁹という用語は、「能力主義」と訳されることが多い。しかし、ここでいう「メリット」なる概念は、日本人が通常想定する意味での「能力」という概念とは意味が異なる場合もあることに留意がいる。

Richard H. Fallon, Jr. の整理に依拠しつつ簡潔に表現すれば、メリットとは「社会(広い意味での他者)にとって有用な成果・業績」という意味合いを持つ言葉である。すなわち、Fallonは、「優秀さ(excellences)は報われるべきであるというメリット原理は、特定の個人に報酬を与えるべきという正義の感覚ではなく、資源の生産的利用を向上させる社会政策に依拠する」¹⁰⁰とし、何をメリットと見るかは社会的効用の有無という点から規定される側面が強いことを示唆する¹⁰¹。

簡単な例を挙げれば、医師が患者を治療する能力は、患者引いては社会にとって有用である点でメリットであると評価できる。しかし、一般的な意味での能力という言葉の意味を定義する上で、個人の能力が社会にとって有用であるか否かは問われなければならないはずである。ある個人Aが栄養を適切に摂取できる能力や、最寄り駅まで歩いて行くことができるとい

⁹⁹ この「メリトクラシー」という語は、元々は、イギリスの社会学者Michael Youngによって編み出されたものであり、貴族政治(aristocracy)や金権政治(plutocracy)になぞらえて、メリットによる統治が行われている社会を指す。See with a new introduction by the author, 11(Transaction Publishers, 1994) (1958)。ただし、本稿では、本文で以下示すように、現在一般的に用いられている意味でこの語を定義することとしたい。また、我が国におけるメリトクラシーの特徴を論じた代表的著作として、竹内洋『日本のメリトクラシー 構造と心性』(東京大学出版会、1995年)も参照。

¹⁰⁰ Richard H. Fallon, Jr., *To Each According to His Ability, from None According to His Race: The Concept of Merit in the Law of Antidiscrimination*, 60 B. U. L. R 815, 823 (1980)。また、Fallonの整理を参照しつつ、AAとメリットの関係について論じた邦語文献として、中林暁生「アフターマティヴ・アクションとメリット」辻村みよ子編『世界のポジティブ・アクションと男女共同参画』321頁(東北大学出版会、2004年)も参照。

¹⁰¹ See Fallon, *supra* note 100, at 825.

う能力も「能力」である。これらをAの能力と呼ぶためには、「Aの栄養摂取能力や歩行能力が別の個人Bにとって有用であること」は必要ではない。

前者のように社会の効用を高める能力と、後者のように社会の効用を高めるわけでないが人が生きる上で必要な能力とは、それぞれ性質を異にしているため、両者の能力は一応分けて扱うべきであろう。それゆえ、メリットは、「社会にとって有用な成果・業績またはそれを生み出すことができる能力」と定義し、メリトクラシーとは、厳密に言えば、「そのような成果を上げた者（または、成果を挙げる見込みのある者）に財や資源を多く分配することを重視する主義・思想」と定義すべきである。

そして、このように定義されたメリトクラシーは、「能力主義」と訳すよりも、「成果主義」と訳すほうが元々の意味により近いのではなかろうか。そこで、以下、メリトクラシーを「成果主義」と、メリットを「成果」と定義し、これらの用語を本節で述べたような意味で用いていると断った上で、議論を進める。また、文脈上、能力という語を用いることが表現として適切な場合は、「能力」と「成果」を互換的に用いることとする。

第二節 成果主義が重視される歴史的背景

さて、この成果主義という言葉は、アメリカは「機会の国」であって、勤勉に働き、能力に恵まれてさえいれば、誰もが、人種や性別に関係なく、成功できるという「アメリカン・ドリーム」を象徴する言葉である¹⁰²。また、成果主義の思想は、「個人」の努力を重視する点において、アメリカにおける個人主義を基調として派生した思想と評価される¹⁰³。

成果主義を重視する判例理論もこのような歴史的な文脈と無縁ではない。すなわち、McNamee and Miller Jr. によれば、成果主義を重んずる考え方は、アメリカ国民の理想を標榜する一種のイデオロギーであり、ア

¹⁰² S. e. e. (Rowman & Littlefield Publishers, INC., 3rd ed., 2014).

¹⁰³ See *id.* at 4.

アメリカ人が成果主義を重視するのは、「アメリカ大陸への入植者の政治的、宗教的、文化的、経済的な経験が深く関わっている」とされる¹⁰⁴。ここで、McNamee and Miller Jr. は、とりわけ、宗教的観点および政治的観点到に焦点を当てながら、アメリカにおける成果主義の歴史的な成り立ちを以下のように整理している。

まず、宗教的観点からは、イギリスからアメリカへと入植した者の大半はプロテスタントであり、カトリックと異なって、彼らにとって勤勉・勤労による資本・貯蓄の増加は、宗教上、美德として推奨されるべきことであった。しかしながら、経済成長が加速するにつれ、プロテスタントの倫理観の影響力は徐々に低下し、勤労を重んじる精神は、自己充足、自立、そして責任といった個人的な価値を示す職業上の倫理と理解されるようになった。ここから、McNamee and Miller Jr. は、勤労によって得られた貯蓄を基礎に自らの生活を自立的に営む個人像が、あるべき個人像として一般化されていったことを示唆する¹⁰⁵。

次に、政治的観点からは、アメリカにおける成果主義は、イギリスからの独立という歴史的背景と関わりがあることが指摘される。入植者は、イギリスからの独立によって、君主支配から解放され、政治的自由を獲得したと同時に、経済的自由も手に入れることとなった¹⁰⁶。すなわち、貴族制は、国民は貴族のために働くという封建的な経済システムの上に成立しており、そこでは、農民に土地の所有が認められていなかった。

しかし、経済的自由が認められたアメリカの自由市場では、誰もが「土地を所有し、自分自身の雇い主となり、自身の努力で出世をする機会を得ることができた」のである¹⁰⁷。ここで、McNamee and Miller Jr. は、封建的な貴族制からの解放に伴い国民が経済的自由を獲得したことが、成果主義的価値観を推奨する契機となったことを示唆するのである。

McNamee and Miller Jr. が、このようなアメリカの歴史を敷衍しながら

¹⁰⁴ *Id.* at 4.

¹⁰⁵ *See id.* at 4-6.

¹⁰⁶ *See id.* at 7-8.

¹⁰⁷ *Id.* at 8-9.

も、現代では、アメリカ国民は、成果主義の恩恵を受けているのは富裕層に過ぎないことに自覚的であり、成果主義を重視する価値観に懐疑的な者が徐々に増加しつつあることを指摘していることに留意がいる¹⁰⁸。しかしながら、このような傾向性を認識しつつも、McNamee and Miller Jr.は、成果主義を重視するイデオロギーは、やはりアメリカ社会において今もなお根強く残っており、AAはそれに反するものと評価されることが多いと論じる¹⁰⁹。

とりわけ、雇用や教育における選抜試験の合格者は、自身が潜り抜けてきた選抜試験の在り方を公正なものとして認識しがちであると言われることが多い¹¹⁰。ここで、Anne Lawtonは、雇用の文脈では、「雇用における差別とは例外的に発生するものであり」、能力のみに基づいて雇用の採否が決定されるという前提があるとする¹¹¹。すなわち、Lawtonは、成果主義を重視する者にとって、雇用差別とは、公正な社会において偶発的に生じる不幸な「例外」現象であり、社会経済格差の存在は、公正な競争に敗れた個人の責任に原則として転嫁されることが当然視されていることを指摘するのである¹¹²。

このように、成果主義を肯定するアメリカ社会の規範意識についてしばしば言及されるところであるが、とりわけ注目すべきは、裁判官という職業集団も、成果主義を重視するアメリカ社会の価値観に多大な影響を受けているということである。Karstは、「…我々の文化が有する個人主義的価値は、社会で活躍する人間にとって格別の魅力を有している」¹¹³として、自己の努力によって成果を挙げた者ほど成果主義を信仰する傾

¹⁰⁸ See *id.* at 1.

¹⁰⁹ See *id.* at 38, 231.

¹¹⁰ See Note, *Trading Action for Access: The Myth of Meritocracy and the Failure to Remedy Structural Discrimination* 121 J. of Legal Education 2156, 2160-2161 (2008).

¹¹¹ Anne Lawton, *The Meritocracy Myth and the Illusion of Equal Opportunity*, 85 *Harvard Law Review* 587, 590 (2000).

¹¹² *Id.* at 593-595.

¹¹³ Karst, *supra* note 74, at 154.

向が強いことを指摘し、その一例に裁判官を挙げる¹¹⁴。

そこで、Karstは、不均衡な効果を生む人種中立的な選抜制度の違憲性を判断する上で、裁判官は、「自らを現在の地位へと導いた」成果主義に基づく選抜制度の在り方を肯定する心理的傾向を有しており、人種のマイノリティによる差別の訴えを真摯に受け止めることができないと述べる¹¹⁵。それゆえに、Karstは、「試験や資格に関わる制度はすべて自己永続的（self-perpetuating）なものになってしまう」と批判する¹¹⁶。このようなKarstの説明を踏まえれば、連邦最高裁が成果主義的な平等観を重視する背景には、成果主義を重視するアメリカ社会の価値観があると見ることも許されよう。

第三節 社会構造的差別の被害の固定化

成果主義はイデオロギー的側面を多分に含み、かつ、裁判官といった社会的に成功した者ほど自身の経験した選抜試験の正当性を肯定しがちである。しかし、選抜試験の在り方をはじめとして、マジョリティが、成果についての既存の認定方法を変更することを過度に拒むことは、結果として、人種のマイノリティや女性に対する社会構造的差別の影響（社会経済的格差）を固定化させる。本節では、成果についての既存の認定方法が、社会経済的格差を固定化するプロセスについて検討する。

McNamee and Miller Jr. は、経済競争は各人が同じスタートラインに立って開始するものではないとして、競争の結果は、個人の努力のみによって決定されるものではなく、親から子への富の「継承」（inheritance）が充分になされているか否かに大きく依存していることを指摘する¹¹⁷。この点で、人種のマイノリティは、過去および現在の差別の影響ゆえに親から子へと十分な富の継承を行うことができず、白人よりも後方からのスタートを切ることを余儀なくされている。

¹¹⁴ *See id.*

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ *supra* note 102, at 49-51.

その上で、McNamee and Miller Jr. は、このような過去の差別の影響が社会経済的格差を固定化させており、その被害は、教育、雇用、住宅環境の選択といった人生設計に多大な影響を与え得る領域において構造的に生じるとする¹¹⁸。また、Girardeau A. Spann も、過去および現在の差別の影響が広範囲に及んでいる社会状況下で連邦最高裁がカラー・ブラインドな法理論を展開することは、差別の被害を受けている人種的マイノリティへの財の再配分を不可能にし、白人優位の社会構造を固定化させることになる」と批判する¹¹⁹。

さらに、成果主義は、社会的に成功したマイノリティとの関係においても自己永続性の問題を有している。つまり、一度、人種的マイノリティや女性が自己の能力に基づいて社会的成功を収めると、彼らもまた成果主義を基底とした規範意識に強い影響を受け、それを正当なものとして肯定してしまうのである¹²⁰。マイノリティが支配的な社会制度に迎合してしまうことによって、構造的差別の存在を隠蔽してしまう恐れがあるとの指摘は傾聴に値する¹²¹。

第四節 成果の認定方法と国家の効率性——Amartya Sen

ここまで成果主義を重視することが、人種的マイノリティに与える負の影響について見てきた。しかし、第三節において紹介した見解は、成果主義それ自体に対する批判というよりも、社会構造的差別の被害が現在も認識できる中で、人種的マジョリティが、成果についての既存の認定方法に固執することで生じる弊害を指摘するものとしても理解できる。

また、成果に基づいて財・利益の分配を受ける権利それ自体を否定することは現実的ではないであろう。成果主義の否定は、合理的目的を達成する上で相応しい人材を国家が効率的に選定することを不可能にさせ

¹¹⁸ See *id.* at 179-191.

¹¹⁹ See Spann, *supra* note 21, at 232.

¹²⁰ See Note, *supra* note 110, at 2168-2169.

¹²¹ See *id.*

るため、国家活動を低下させることにもなる。それゆえ、議論すべき論点は、成果主義それ自体の是非にあるのではなく、差別の被害が現存する状況下において、成果に関する特定の認定方法を変更することの可否にあると見るべきではなかろうか。

この論点については、Amartya Senの成果主義についての見解が示唆に富む。Senは、個人の権利という観点からでなく、国家活動の効率性の維持という観点から、成果主義の意味を説明する。すなわち、Senは、「より技能のある者が好まれるような、責任のある公職および地位に関する選抜制度に何の不正義もない」とのJohn Rawlsの主張を受け入れながらも、この見解が支持されるのは、「公職に関連する潜在能力 (capabilities) を技能のある人々が他の人よりも多く有しているという本質的な優位性が認められるからではない」と述べる¹²²。そして、Senは、実力に応じて社会的影響力の高い地位に就く者が決定される実質的理由は、国家および社会システムの「効率性」(efficiency)の維持にあるとする¹²³。平たく言えば、「より良い社会」(a better society)を作り出すためには能力のある人材が必要であり、能力の高い人材を確保するためには成果主義を採用するのが効率的である、とSenは述べているに過ぎない¹²⁴。

しかし、Senにとって重要なことは、「より良い社会」の中身である。ここで、Senは、「行為 (actions) は、行為がもたらす善 (good) に応じて対価を受けることができる。善き結果を生み出す活動に報酬を与えることは、より良い社会を生み出す傾向にある」¹²⁵としつつ、この観点からは、「行為は、…その行為に報酬を与えることでもたらされ得る善に依存しながら、派生的かつ依存的な形で価値を持つことになる」¹²⁶とする。つま

¹²² See , 145-146 (Harvard University Press, 1992) (Paperback, 1995). 邦訳として、アマルティア・セン『不平等の再検討』(池本幸生、野上裕生、佐藤仁訳) 230頁 (岩波書店、1999年)。

¹²³ See Sen, *supra* note 122, at 145.

¹²⁴ Amartya Sen, *Merit and Justice*, in , 7-9 (Princeton University Press, 1999).

¹²⁵ *Id.* at 8.

¹²⁶ *Id.*

り、達成すべき「善」の内容に応じて行為の価値が決定されることになるのである。

それゆえ、仮に「良い社会の構想の中に、深刻な経済的不平等の除去が含まれる場合」、経済的不平等の除去に役立つ資質も評価に値する能力になる¹²⁷。例えば、Senは、低位のカースト身分の出身者（lower-caste）を対象にしたインド政府による公務員採用優先枠（以下「優先枠」という。）の導入を支持するが、その理由の一つを「効率性」の観点から説明する。

まず、彼は、「…社会における不平等をなくすことは、概して、上位カースト（upper-caste）に属する公務員による独占（monopoly）を打破することによって可能となる」¹²⁸という、インドでAAを支持する際に用いられる一般的主張を受け入れて、「…上位カーストの偏向（bias）は、より特権を受けていない（less privileged）階級から公務員を選ぶことによってのみ是正され得る」と述べる¹²⁹。

次に、彼は、優先枠は、既存の成果主義システムを維持するよりも、国家目標とされる社会的正義（経済的不平等の是正）の実現にとって効率的であるとする¹³⁰。これは、インドでは、既得権の保護に走る上位のカースト身分出身の公務員よりも、低位のカースト身分出身者は、経済的不平等の是正という国家目標の実現に貢献するという意味でのメリットをより多く保有している、ということを意味する。

つまり、成果についての既存の認定方法が、経済的不平等の是正という国家目標を実現する上で効率的に機能しないときは、成果主義の元々の趣旨（国家活動の効率性の維持）に照らして優先枠を導入することに何ら問題はないことになる。ここからは、成果の認定方法は、実現すべき国家目標に応じて相対的に変化するものであることが分かる。

¹²⁷ *Id.* at 10.

¹²⁸ *Id.*

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ *See id.*

第五節 私見

1. 成果に関する特定の認定方法の採用を求める権利

Senの想定する成果主義が、あくまで国家目標を効率的に実現する手段の一つとして位置付けられており、成果に基づいて財・利益の分配を受ける権利の重要性にあまり関心が寄せられていない点には十分な注意が必要である¹³¹。前述したように、成果主義それ自体の否定は現実的ではない。しかし、Senの議論は、国家目標を達成するために必要となる成果の認定方法が多様であるという視点を提供している点で示唆に富んでいる。この点を踏まえば、「要求される成果を達成できる者が、成果に基づいて財・資源の分配を要求する権利」と、「成果に関する特定の認定方法の採用を求める権利」とは区別して議論されるべきではなかろうか¹³²。

そして、後者の権利との関連でAAの合理性を論じるためには、成果の認定方法が多様であるという点を踏まえて、後者の権利の保護の程度を明らかにする必要があるであろう。この点について考えるにあたり、国家目標の内容をどのように決定するかについて議論の余地があるものの、経済成長といった重要な国家目標の実現や、社会構造的差別の是正といった憲法上の重要な課題の解決のために、成果・能力に関する既存の認定方法を変更すること（例えば、年功序列制¹³³から能力給制¹³⁴への

¹³¹ 効率性の観点を強調しつつ市場原理の意義を説明するSenに対して、懐疑的な見解として、大屋雄裕「平等理論とポジティブ・アクション」田村哲樹・金井篤子編『ポジティブ・アクションの可能性』（ナカニシヤ出版、2007年）73－74頁を参照。

¹³² 例えば、視覚障害者が大学入試で国語の筆記試験に代えて点字試験を要求する権利は、前者の権利に含まれるであろう。というのも、筆記試験・点字試験に関わらず、試験で認定される成果・能力の内容（ここでは国語能力）に違いはなく、その点についての不一致はないからである。具体的な違憲審査の在り方については立ち入らないが、前者の権利の制約を正当化するには相応の理由が必要となるであろう。そして、後者の権利は、そもそも、認定されるべき能力の内容を誰がどのように決めるべきか（例えば、国語試験に加えて英語試験を実施するか否かの選択など）という問題とかわる。

¹³³ 年功序列制は、成果主義に反するよう見えるが、年齢や勤続年数の増加と技術力の向上の関連性を根拠に能力を評価し、それに対して報酬を与える制度であるため、成果主義の枠組で説明できるものである。

移行、大学によるAAの実施)は、それが目標の実現にとって合理的である限り、否定されるべきものではないであろう。

例えば、経済成長は重要な国家目標と位置付けられるが、その目標を実現する上で年功序列制と能力給制のいずれが経済成長に寄与するかについて裁判所が政策的判断を行うことは、その制度的能力からして困難であろう。勤続年数や年齢のみを成果の認定方法として採用すべきであるとの主張を裁判所が重く受け止めることは、他方で、経済活動の停滞を招くリスクを生む。

AAに関しても、特定の認定方法(例えば、筆記試験のみの能力評価)を維持することによって、人種間の社会経済的格差が固定化されており、立法者による社会構造的差別の是正が困難になっていることを踏まえれば、成果に関する既存の認定方法に一定の変更を加えることは、差別の被害を早期に解消するという目的にとって合理的であろう。この点を鑑みれば、成果に関する特定の認定方法の採用を求める権利の保護の程度を高めることは、重要な国家目標や憲法上の価値の実現を困難にさせるため、必ずしも妥当であるとは言えない。それゆえ、成果に関する既存の認定方法を変更する際には立法者の政策的判断が尊重されてしかるべきであろう¹³⁵。

また、選抜試験においてAAを実施することは、差別の是正という目的の実現だけではなく、優秀な人材を確保するという選抜試験本来の目的にとっても合理性があることを指摘しておかねばならない。すなわち、大学におけるAAを例に説明をすると、教育機関が、差別の影響を受けている人種的マイノリティの経済状況を考慮することは、当人の潜在的な学力を評価するという観点からしても、有意義な場合があることに留

¹³⁴ 能力給制は、実際に行った職務の内容・質に応じて、報酬を与える制度である。

¹³⁵ 成果の認定方法を変更することへの反発の多くは、既存の認定方法によって得られていた自身の利益が縮小することを問題にするものである。それゆえ、成果の認定方法を変更する際には、既存の制度を前提として人生設計を行ってきた者に対して、移行措置を実施するなどの一定の配慮がなされるべきであろう。ただし、このような配慮は、成果の認定方法の変更自体を妨げるものではない。

意がいる。例えば、教育投資を十分に行っている裕福な家庭の学生と、そうでない貧困家庭の学生の入学試験（学力試験）の得点が同一であった場合、教育投資を十分に受けていれば、より高得点を挙げることができたかもしれないという意味で、貧困家庭の学生の方が、潜在的学力が高いと認定することもできるであろう。

この見方を応用すれば、人種的マイノリティに関しても、仮に社会構造的差別の被害を受けていなければ、既存の認定方法の下でさらに学力を発揮できたはずであり、差別によっていまだ顕在化されていない学力については今後の大学教育で発揮される可能性があると思えることもできるであろう。この考えに依拠すれば、差別の被害を受けている人種的マイノリティは、大学が要求する一定の学力を潜在的に有していると評価することもできるのであり、AAは、その点を前向きに評価する制度の一つとして位置づけることもできる¹³⁶。このような考え方は、能力に応じて財を分配すべきとする成果主義の理念とむしろ整合的であり、社会構造的差別の是正のためのAAの正当性を基礎づける論拠の一つとなるであろう。

2. 違憲審査基準について

それゆえ、少なくともAAの合理的根拠の有無を争う事案においては、成果に関する既存の認定方法を維持すべきであるという主張を重視して、平等保護条項の保障の程度を引き上げ、厳格審査基準を設定する必要はないように思われる。成果についての既存の認定方法を変更することは、重要な国家目標や憲法上の価値を実現するために必要であり、このような判断は立法者の裁量に委ねられるべきであろう。裁判所がこのような立法者の判断の合理性を厳格に審査することは、結果として、重要な国家目標や憲法上の価値の実現を困難にする恐れがある。

¹³⁶ もっとも、この議論は、人種差別の被害が現存しているという前提の下での議論であり、このような文脈を抜きにして人種・民族的差異それ自体を能力評価の一要素として捉えるべきであると主張するものではない。(注)6も参照。

従って、判例理論の枠組みに則れば、人種に基づくAAの合理的根拠の有無を審査するための違憲審査基準は、立法者の裁量を尊重する、いわゆる「合理性の基準」に回帰する。もちろん、人種概念のみを用いて人種的マイノリティは社会構造的差別の被害者であると推定する場合、マイノリティ集団の社会経済的地位が向上した後も、AAが実施されることになりかねない¹³⁷。この事態を防ぐには、社会構造的差別の認定要件を予め設定し、それが満たされない状況下で実施されるAAについては、その具体的態様の合理性を判断する前に違憲とするアプローチを取るべきではなかろうか。

ただし、連邦最高裁が、AAによって是正できる差別類型を狭く限定していることもあり、社会における様々な差別行為が累積的にマイノリティに不利益を課す状態を意味する「社会構造的差別」の認定要件については、アメリカにおいても検討が十分に深まっていらないように思われる。

それゆえ、ここではあくまで試論を述べるにとどめるが、人種的マイノリティが社会構造的差別の被害を受けていることを認定する要件として、具体的には、①当該マイノリティがこれまでに差別・偏見の対象とされてきた集団であること、②地域の人種比率に照らして当該地域に存在する複数の機関（大学・企業など）でマイノリティが過少状態にあること、そして③当該地域のマイノリティの所得が当該地域の平均所得水準より低い、という立法事実が認定されればよいのではなかろうか。

おわりに

1. 本稿のまとめ

本稿では、まず、AAに厳格審査基準を設定する判例理論の背景にあ

¹³⁷ 日系アメリカ人は、過去に差別されてきた経緯から一昔前までAAの対象とされていた。しかし、現在、社会経済的統計を見ても、AAが必要なほどに日系アメリカ人が社会構造的差別の被害を受けているとは言い難いように思われる。

る平等観について探った。人種区分が問題となる事案において判例は、「立法者は人種的偏見に基づいて立法行為をしてはならない」という規範要請を観念していることが分かった。言い換えれば、判例は、「立法者は常に人種的偏見に基づいて合理的根拠に欠ける行為をする可能性がある」との推定を置いているのである。また、ここでの人種的偏見は「人種の敵意」と「認識上の客観的な誤り」に大別できることも分かった。

そこで、まず、「人種の敵意」については、Elyの動機審査を用いて検討した。そして、Elyの理論枠組からは、議会の多数派人種が人種の敵意に基づいてAAを実施することは想定できないため、AAの文脈では不当動機を問題にすることは妥当でないとの結論に至った。

次に、「認識上の客観的誤り」については、判例は、明示的ではないものの、客観的合理性に欠く行為を成果主義に反する行為であると捉える傾向が窺えた。しかし、成果についての既存の認定方法の維持にこだわることは、人種間の社会経済的格差の是正を困難にするものであることが分かった。そこで、私見は、成果に基づいて財の配分を求める権利自体は否定されないものの、成果の認定方法は多様であることを踏まえて、成果に関する特定の認定方法の採用を求める権利の保護の程度は弱いものであると解した。

これらの検討の結果、人種に基づくAAの合理的根拠の有無を判断する際に、アメリカの判例理論に従って違憲審査基準を過度に厳格化する必要はなく、原則的には合理性の基準を設定すればよいとの結論に達した。

2. 今後の課題

本稿で取り上げた、動機審査および成果主義という理論枠組は、人種に基づくAAの違憲審査基準の設定根拠を考える際に用いられる典型的なものであろう。本稿では、そのいずれの立場からも人種に基づくAAの違憲審査基準を高めることは適切ではないと結論付けた以上、我が国においても、人種・民族に基づくAAの合理的根拠の有無を判断する際

に同様の理論的観点を採用しつつ違憲審査基準を高めることは妥当ではない。しかし、本稿では、AAを実施する際に人種という区分を用いることが合理的であるか否かを審査するにあたり、上述の理論枠組をどのように適用すべきかについて検討を行ったにとどまる。

そして、本稿では、①AAが、平等原則以外の基本的人権を制約する場合にいかなる違憲審査基準を設定すべきであるか、そして、②第二章で指摘したように、性別に基づくAAの違憲審査の在り方も含め、動機審査理論を性差別問題にどのように応用するか、という課題について立ち入った検討を行っていない。前者の論点は、一括的に論じることができるものではないため、今後、個別の人権規定の性質に照らして検討を深めていくべきであろう。後者の論点については、性差別問題の特徴を踏まえつつ理論的整理を行う必要がある。

【付 記】

本稿は、平成27年1月に京都大学大学院法学研究科に提出した、博士学位請求論文『憲法上の平等原則とアファーマティブ・アクション——アメリカの議論を手掛かりにして——』の一部を加筆・修正したものである。また、平成26年度科学研究費補助金（特別研究員奨励費）および平成27年度科学研究費補助金（研究活動スタート支援）の交付を受けて行った研究成果の一部である。