

# Affirmative Action をめぐる平等観の 対立と厳格審査基準の適用方法

井 上 一 洋

はじめに

第一章 相対立する二つの平等観

- 一 個人主義的平等観
- 二 グループ指向的平等観

第二章 Affirmative Action の合憲性をめぐる連邦最高裁裁判官の対立

- 一 Bakke 判決
- 二 Rehnquist Court における Affirmative Action の合憲性をめぐる主要判決
- 三 Roberts Court における Affirmative Action の合憲性をめぐる主要判決

第三章 Affirmative Action に対する厳格審査基準の適用

- 一 厳格審査基準の機械的適用
- 二 O'Connor 裁判官による厳格審査基準の適用

おわりに

はじめに

1978 年の Bakke 判決<sup>(1)</sup>以降、アメリカでは、Affirmative Action (以下、AA とする。)の合憲性をめぐる多くの訴訟が提起されてきた。そして、このような AA の合憲性をめぐる連邦最高裁判決の殆どが僅差による合憲判決や違憲判決であり、この問題について連邦最高裁内部で意見の対立が認められるが、根本的にはそれは各裁判官が前提としている平等観の違いに由来すると考えられる<sup>(2)</sup>。

他方で、Bakke 判決の後、AA に対して、連邦最高裁の保守派の裁判官たち

---

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

(2) 西村裕三「Affirmative action をめぐる合衆国最高裁判例の動向」日米法学会『アメリカ法』[1989-2] (1989) 257 頁参照。

は厳格審査基準を適用したが、リベラル派の裁判官たちは中間審査基準を適用した。このように Bakke 判決以降、AA に対して、どのような司法審査基準を適用すべきか連邦最高裁内部で意見が対立していた<sup>(3)</sup>。ところが、1995 年の Adarand 判決<sup>(4)</sup>で法廷意見を執筆した O'Connor 裁判官が、どのような人種グループを対象としたものであっても、AA を含めた政府による人種的分類の利用には厳格審査基準が適用されるべきであると明確に宣言した後、この先例に従い、リベラル派の裁判官の多くが人種的分類を利用した AA に対し、厳格審査基準を適用するようになった。さらに、Adarand 判決で O'Connor 裁判官は、自身が法廷意見を執筆した Croson 判決<sup>(5)</sup>を引用し、本件には厳格審査基準を適用すべきであると判示したが、この Croson 判決で O'Connor 裁判官が採用した厳格審査基準の適用の仕方は、道徳的な観点に基づく個別具体的な判断を重視するものであり、それまでの厳格審査基準の機械的な適用とは相当異なっている<sup>(6)</sup>。

本稿の関心は、第一に、AA の合憲性をめぐる連邦最高裁内部での意見の対立を明らかにすること、第二に、Croson 判決で O'Connor 裁判官が採用した厳格審査基準の適用とその意義を明らかにすることにある。

## 第一章 相対立する二つの平等観

### 一 個人主義的平等観

連邦最高裁における保守派の裁判官たちは、個人主義的平等観を前提として

---

(3) 吉田仁美「レーンキスト・コートとアファーマティブ・アクション」宮川成雄『アメリカ最高裁とレーンキスト・コート』、(早稲田大学比較法研究業書 36 号、2009) 276-77 頁参照。

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

(5) Richmond v. J.A. Croson Co., 488 U.S. 469 (1989).

(6) 吉田仁美「公共工事におけるアファーマティブ・アクションと平等保護条項の合憲性判定基準」日米法学会刊『アメリカ法』[2009-1] (2009) 48 頁参照。

いるといわれる。この個人主義的平等観とは、人種や性別など個人の能力とは無関係な要素を考慮することを一切禁止することにより、機会の平等と自由競争による公平な結果が保障されるとする個人主義的な平等観である<sup>(7)</sup>。

この個人主義的平等観の下では、立法目的から見て同じような状況に置かれるべき者で構成されるグループと右立法目的を達成するために立法上採用された分類によって実際に選ばれた者で構成されるグループとの関連性において、「厳密な整合性」(narrowly tailored)があることが重視される<sup>(8)</sup>。そのため、立法目的との関係において、立法が対象とすべきではない者を対象としている「過大包摂」(over-inclusive)な立法、または立法目的との関係において、対象とすべき者を対象としていない「過小包摂」(under-inclusive)な立法は容認されない<sup>(9)</sup>。つまり、AA による過去の人種差別の被害者に対

(7) 西村裕三「差別と救済—アメリカ社会と平等」阪本昌成・村上武則編『人権の司法的救済』(1990年、有信堂)24-26頁参照。また、個人主義的平等観という表現についても同上を引用した。

(8) Owen M. Fiss, *Group and the Equal Protection Clause*, 5 PHIL. & PUB. AFR. 108-11 (1976). また、Fiss は、立法目的から見て同じような状況に置かれるべき者で構成されるグループと右立法目的を達成するために立法上採用された分類によって実際に選ばれた者で構成されるグループとの間の「合理的関連性」(means-end rationality)を検討するものとして、「タスマンとテンブロックの公式」(formula of Tussman and tenBroek)をあげる。この「タスマンとテンブロックの公式」では、まず、立法目的からみて同じような状況に置かれるべき者で構成されるグループをAと置き、右立法目的を達成するために立法上採用された分類によって実際に選ばれた者で構成されるグループをBと置く。その上で、すべてのAはBであるがBの中にAでないものがある場合、それは立法目的との関係において、立法が対象とすべきではない者を対象としている「過大包摂」(over-inclusive)な立法を意味すると定義される。他方で、すべてのBはAであるがAの中にBでないものがある場合、それは立法目的との関係において、対象とすべき者を対象としていない「過小包摂」(under-inclusive)な立法を意味すると定義される。この点については、阪本昌成『憲法理論Ⅱ』(成文堂、1997年)226頁、戸松秀典『平等原則と司法審査』(有斐閣、1990年)36-37頁を参照。

(9) Owen M. Fiss, *supra* note 8, at 111, 130-31.

する憲法上の救済の範囲は、黒人で構成される人種グループではなく、その直接の被害者である個々の黒人だけに限定されるのである<sup>(10)</sup>。

ところで、たとえば、ロー・スクールに黒人の生徒を優先的に入学させるような AA は、第一に、ロー・スクールに黒人生徒を優先的に入学させることで、長い差別の歴史によって人種的に劣位の状況に置かれている黒人の地位を向上させる、第二に、力のある地位に黒人で構成される人種グループの構成員を押し上げることによって、将来予想される他の人種グループからの敵意ある差別行為に対し、黒人で構成される人種グループが自己防衛を行えるようにする、第三に、ロー・スクールにおける学生集団の多様性を確保する、第四に、黒人で構成される人種グループが被った過去の人種差別による損害を埋め合わせるといった目的の達成に資するものであるとされる<sup>(11)</sup>。しかしながら、個人主義的平等観の下では、このような AA は、救済に値しない裕福な黒人生徒も対象としている点で過大包摂であり、他方で、黒人以外の人種差別の弊害を被ってきた人種的マイノリティの生徒を含んでいないという点で過小包摂であることから正当化されないであろう<sup>(12)</sup>。

## 二 グループ指向的平等観

連邦最高裁におけるリベラル派の裁判官たちは、グループ指向的平等観<sup>(13)</sup>を前提しているといわれる。このグループ指向的平等観とは、過去の人種差別の弊害を被ってきた黒人を個人としてではなく人種グループとして捉えることで、黒人で構成される人種グループを保護し、さらに、過去の人種差別の弊害を是正するために、黒人で構成される人種グループ全体の利益を促進しようとする概念である<sup>(14)</sup>。

---

(10) *Id.* at 129.

(11) *Id.* at 130.

(12) *Id.* at 131.

(13) グループ指向的平等観という表現は、西村、前掲注（7）33-37頁を引用した。

このグループ指向的平等観の代表的な論者である Owen M. Fiss は、かつて奴隷であった者とその子孫を州による最も不快な差別から保護することが合衆国憲法の平等保護条項の制定当初の目的であったと指摘し、それ故、合衆国憲法の平等保護条項は、そもそも黒人を典型的な対象としており、敵対的な政府の行為から黒人を保護することを念頭に置いていると説く<sup>(15)</sup>。そして、Fiss は、このような観点から、合衆国憲法の平等保護条項が保障する法の平等保護とは、市民としての地位が脅かされるような害悪から黒人を保護することであると主張し、人種差別の弊害は単に個々の黒人に及ぶばかりではなく、黒人で構成される人種グループ全体に対しても及ぶことから、当該人種グループにおける個々の構成員と同様、かかる人種グループ自体に対しても権利主体として救済を求める権利を認めるべきであると説く<sup>(16)</sup>。

Fiss は、グループ指向的平等観の下では、ロー・スクールに黒人の生徒を優先的に入学させるという AA が過大包摂あるいは過小包摂となるものであったとしても、それは、第一に、入学を希望する黒人にとって有益となるだけでなく、高い経済力および社会的地位にその人種の構成員を押し上げ、それによって構成員全体の自尊心を高める、第二に、白人で構成される人種グループからの将来予想される敵意ある攻撃から黒人で構成される人種グループを守るために必要な政治的影響力を、その構成員である個人に付与させることで、当該人種グループ自体に自己防衛力を持たせるというような理由から正当化されると説く<sup>(17)</sup>。さらに、Fiss は、公共施設の利用や地域活動への参加から人種を理由に黒人を排除することについても、それは黒人で構成される人種グループの市民社会における地位を悪化させるため、このグループ指向的平等観の下では当然禁止されると主張する<sup>(18)</sup>。

---

(14) 西村、前掲注(7) 33-37 頁参照。

(15) Owen M. Fiss, *supra* note 8, at 147.

(16) *Ibid.*

(17) *Id.* at 160.

ところで、Richard H. Fallon と Paul C. Weiler は、グループ指向的平等観は、過去の人種差別とその弊害に関して、過去の人種差別によって黒人で構成される人種グループがアメリカ社会において劣位の階層として位置づけられ、その結果、個人としての黒人は今もなお、経済的、文化的、社会的不利益を被っているという認識を有するものであると指摘し、それを積極的に評価する。しかし、他方で、Fallon と Weiler は、アメリカ社会においては、人種間の平等を実現するために必要な負担配分の公平性が担保されなければならないと説き、AA の正当化について、第一に、当該 AA を正当化しなければならないほどの黒人に対する不幸な人種差別の歴史とそれに起因する深刻な弊害が存在していること、第二に、社会の変化に応じて、救済が恒常的ではなく一時的なものであること、第三に、人種差別は、個人の違法行為ではなく、社会による違法行為であるという事実を根拠として、その是正に関する負担のうち過大なものを過去の人種差別に加担していない個々の白人に課すような制度は道徳的に不正であり、かかる負担が合理的に分配されなければならないことという三つの要件が満たされるべきであると説く<sup>(19)</sup>。

## 第二章 Affirmative Action の合憲性をめぐる 連邦最高裁裁判官の対立

### 一 Bakke 判決

Bakke 判決は、AA の合憲性をめぐる判例のリーディングケースとされ、Burger Court における主要判例の一つである。この Bakke 判決では、California 州立医学校の黒人を優先的に入学させるための特別入学者選抜制度が問題となった。本件医学校では、黒人を優先的に入学させるために特別枠

---

(18) *Id.* at 157-58.

(19) Richard H. Fallon, Jr. and Paul C. Weiler, *Firefighters v. Stotts: Conflicting Models of Racial Justice*, 1984 SUP. CT. REV. 1, 28 (1985).

を設け、特別入学者選抜制度を実施していた。原告である白人の Bakke は、一般選抜で本件医学校を受験したが、Bakke の総合得点は、特別入学者選抜制度で入学した黒人の平均点よりも高かったにもかかわらず、不合格とされた。そこで、Bakke は、本件特別入学者選抜制度は、合衆国憲法の平等保護条項および 1964 年の公民権法第 6 編<sup>(20)</sup>に違反するとして訴えを提起した。

Bakke 判決において、連邦最高裁内部では、これを合憲とする 4 人の裁判官と公民権法違反とする 4 人の裁判官とが対立したため、Powell 裁判官の意見が相対的多数意見となった。Bakke 判決において、Powell 裁判官は、政府による人種的分類の利用は、本質的に「疑わしい」(suspect) ため、たとえ黒人に対する AA であっても、かかる人種的分類の利用に対しては、厳格審査基準が適用されるべきであると判示した。この厳格審査基準が適用されると、政府はこれを満たすために、当該分類の利用は、「やむにやまれぬ政府の利益」(a compelling state interest) の実現のためであること、さらに、そのための手段(当該分類の利用)との間に「厳密な整合性」(narrowly tailored) があることを立証しなければならない。本件医学校は、AA を正当化するためのさまざまな目的を主張したが、そのうち社会的差別 (societal discrimination) を是正するという目的の正当性について、Powell 裁判官は、本件医学校における過去の人種差別とそれに起因する弊害に関して、司法的、立法的、行政的な認定があれば、社会的差別を是正するという本件特別入学者選抜制度の目的は、やむにやまれぬ政府の利益と認められると判示した。しかし、Powell 裁判官は、本件医学校は、過去の人種差別とそれに起因する弊害について、司法的、立法的、行政的な認定を受けておらず、さらに、右医学校は、それを認定する権限も有していないと指摘し、それ故、社会的差別を是正するという本件特別入学者選抜制度の目的は、やむにやまれぬ政府の利益として容認できないと判示した。他方で、本判決において、Powell 裁判官は、入

---

(20) 42 U.S.C. 2000d et seq.

学者選抜制度は、大学の自治（freedom of a university）の範囲内で実施可能であり、さらに、人種多様性を含む教育機関における学生集団の多様性は、教室における多様な討論をもたらし、人種的に多様な社会で成功するための手助けとなるため、入学者選抜を通じて大学が学生集団の多様性を図るといふ目的は、やむにやまれぬ政府の利益と認められると判示した。次に、本件 AA の手段の合理性について、Powell 裁判官は、本件特別入学者選抜制度は、たとえば Harvard 大学の入学者選抜制度のように、さまざまな要素のうちの一要素として志願者の人種を考慮するという制度とは異なり、人種のみに基づいて特別枠を設けている点で、あからさまな差別的意図が明確であり、容認できないと判示した。つまり、Powell 裁判官は、人種が入学者選抜における決定要因（tiebreaker）となるような定員割当制度（quota system）ではなく、志願者のより広範な資質や特性を考慮した上で、学生集団の多様性を追求するような入学者選抜制度であれば、それを容認することを明らかにしたのである。

Fallon と Weiler は、Powell 裁判官が執筆した相対的多数意見について、それは AA の正当化につき、過去の人種差別に加担していない個々の白人に対して個別的な配慮を求めるものであると主張し、積極的に評価する<sup>(21)</sup>。また、この Bakke 判決における Powell 裁判官の相対的多数意見の主要な部分は、その後の Rehnquist Court および Roberts Court で支持されるに至った。

他方で、本判決において、Brennan 裁判官を中心に White、Marshall、Blackmun 各裁判官で構成されたグループは、本件特別入学者選抜制度は、過去の人種差別に対する救済と理解することができると判示した。その上で、Brennan 裁判官のグループは、本件 AA が、「重要な政府の利益」（an important state interest）を実現するためのものであり、さらに、当該立法目的とそれを実現するための手段との間に「実質的関連性」（substantially related）

---

(21) Richard H. Fallon, Jr. and Paul C. Weiler, *supra* note 19, at 30.



を有するものであること、そして、本件 AA が特定のクラスに対して、stigma を押し付けるものでもないことの立証に本件医学校の側が成功すれば、かかる AA は容認されると判示した。つまり、Brennan 裁判官のグループは、本件 AA に中間審査基準を適用したのである。Brennan 裁判官のグループは、本件 AA の目的の正当性について、本件医学校は、過去の人種差別の結果、医学界における黒人の数が少ないということ、さらに、黒人学生の医学校への入学者が少ないということを主張するが、このような過去の人種差別の弊害を是正するという目的は、重要な政府の利益と認められると判示した。次に、本件 AA の手段の合理性について、Brennan 裁判官のグループは、本件特別入学者選抜制度は、特定の人種のグループに対して stigma を押しつけるものではなく、重要な政府の利益の実現という目的との関係で実質的関連性を有すると判示した。

また、Burger 長官、Stewart、Rehnquist、Stevens 各裁判官で構成されるグループは、本件特別入学者選抜制度は、連邦から助成金を受ける事業における人種差別を禁止する 1964 年の公民権法第 6 編に違反すると主張し、Powell 裁判官が執筆した相対的多数意見の結果に同意するのみであった。

## 二 Rehnquist Court における Affirmative Action の合憲性をめぐる主要判決

Bakke 判決の約 10 年後の 1986 年、Burger 長官に代わり Rehnquist 裁判官が連邦最高裁長官に就任した。Rehnquist Court では、教育、公共事業、雇用といった社会のさまざまな領域における AA の合憲性が審査された。さらに、これらの事件のうち、一件を除くすべての事件が人種的分類を利用した AA の合憲性をめぐる事件であった。以下では、Rehnquist Court における人種的分類を利用した AA の合憲性をめぐる主要判例について検討する。

1989 年の Croson 判決では、公共事業を請け負った業者がその契約額の 30 パーセントを人種的マイノリティが所有する下請業者に留保するよう求める

Richmond 市の条例が問題となった。原告である Croson 社は、公共事業の請負契約を得ることができなかったため、本件条例が合衆国憲法の平等保護条項に違反するとして訴えを提起した。

O'Connor 裁判官が執筆した意見のうち Rehnquist 長官、White、Kennedy、Stevens 各裁判官が同調した部分が法廷意見となった。O'Connor 裁判官は、厳格審査基準を適用しなければ、政府による人種分類の利用が良性の救済目的のためであるのか、人種劣等性という道徳的に不正な概念あるいは、あからさまな人種政治力学によって動機付けされているのか否かを判断することはできないと判示し、本件に厳格審査基準を適用した。本件 AA の目的の正当性について、O'Connor 裁判官は、合衆国憲法の修正 14 条 5 項により、連邦議会には、修正 14 条の諸規定を執行する憲法上の権限が与えられており、それ故、連邦議会は、過去の人種差別とそれに起因する弊害が存在しているという認定を行うことなく、社会に人種差別が存在するという事実を理由に、これを是正するための人種を意識した (race-conscious) AA を実施することができることと判示した。他方で、O'Connor 裁判官は、修正 14 条 1 項は、州の権限に対する明示的な制約を規定したものであるため、州や地方自治体には、かかる連邦議会が有する権限は認められないと主張し、それ故、州や地方自治体は、AA の正当化につき、過去の人種差別とそれに起因する弊害が存在するという事実の立証を通じて、当該 AA に道徳的に不正な動機が働いていないことを明らかにしなければならないと判示した<sup>(22)</sup>。しかし、Richmond 市の側は、その立証に成功しなかった。次に、本件 AA の手段の合理性について、O'Connor 裁判官は、Richmond 市の条例は、黒人、ヒスパニック系、東洋系、インド系、エスキモー系、アレウト族の人々が所有する企

---

(22) O'Connor 裁判官は、南北戦争後、州による人種差別を禁止するために修正 14 条が制定されたという歴史的事実があるため、人種を意識した AA の実施につき、連邦議会と同様の権限を州や地方自治体に与えることは、起草者意思に反するというのである。

業もその対象としている点で、あからさまな人種的政治力学に基づいているという疑念があると指摘し、それ故、たとえ Richmond 市が市の建設業界において過去に人種差別があったことの立証に成功したとしても、本件条例が定める割当制度に基づく AA を正当化することにはならないと判示した。

他方で、本判決において、結果同意意見を執筆した Scalia 裁判官は、O'Connor 裁判官が採用した厳格審査基準の適用の仕方を批判した。その上で、Scalia 裁判官は、政府による人種分類の利用が容認されるのは、第一に、政府が過去から継続的に行ってきた人種差別を自ら終わらせる場合、第二に、合衆国憲法の平等保護条項に違反するような重大な不正をも見逃さなければならぬほど劇的に切迫した緊急事態 (imminent danger) を回避するために、人種分類の利用が唯一利用可能な手段として絶対的に必要な (absolutely necessary) 場合だけであると明確に判示した。このような Scalia 裁判官の見解に依拠すれば、厳格審査基準の適用上、人種分類を利用した AA が容認されるのは、極めて例外的な場合に限定されるであろう<sup>(23)</sup>。

また、本判決において、Marshall 裁判官が執筆した反対意見に Blackmun、Brennan 各裁判官が同調した。Marshall 裁判官は、自身が加わった Bakke 判決の反対意見を引用し、本件には中間審査基準が適用されるべきであると判示した。そして、本件 AA の目的の正当性について、Marshall 裁判官は、過去の人種差別の弊害を是正するという Richmond 市の条例の目的は、重要な政府の利益であると判示した。次に、本件 AA の手段の合理性について、Marshall 裁判官は、第一に、本件条例が一時的なものであること、第二に、本件条例には 30 パーセントの割当制度を免除する規定があること<sup>(24)</sup>、そして、第三に、本件条例が第三者に及ぼす影響が僅かであることを指摘し、本

(23) RONALD DWORKIN, SOVEREIGN VIRTUE 416 (Harvard University Press 2002).

(24) 人種のマイノリティが所有する適切な下請業者が無い、あるいはかかる下請業者が契約を望んでいないということを公共事業を請け負った業者が証明できた場合、30 パーセントの割当制度を免除する規定が本件条例には置かれていた。

件条例は、重要な政府の利益の実現という目的との関係で実質的関連性を有すると判示した。

1990年の Metro Broadcasting, Inc.判決<sup>(25)</sup>では、FCC（連邦通信委員会）の付与する放送免許に関する二つの AA が、合衆国憲法の修正 5 条の適正手続条項に含まれる平等保護の要請に違反するとして争われた。この事件で問題となった AA の一つは、放送局の経営者が放送免許の更新を受けられなかったことなどを理由に、放送局を売却せざるを得なくなった場合、人種的マイノリティが所有する企業に市場価格以下の価格でかかる放送局を売却することを認めるものであった。さらに、もう一つの AA は、FCC が新規に放送免許を付与する企業を選抜する際に、人種的マイノリティが所有し、経営に参画しているという点を、マス・メディアの経営権の多様化、放送予定の番組内容、過去の放送歴といったその他の考慮すべき諸要素と共に一要素として積極的に評価するというものであった。

Brennan 裁判官が執筆した法廷意見に White, Marshall, Blackmun, Stevens 各裁判官が同調した。Brennan 裁判官は、本件 AA は、連邦議会の権限に基づくものであるということを強調し、地方公共団体の条例が問題となった Croson 判決は、本件の先例とはならないと判示した。その上で、Brennan 裁判官は、過去の人種差別とそれに起因する弊害を是正することを目的とした救済的（remedial）な AA でなくとも、連邦議会の権限に基づく AA が、重要な政府の利益を実現するためのものであり、さらに、当該立法目的とそれを実現するための手段との間に実質的関連性を有する良性な（benign）ものであることの立証に政府の側が成功すれば、かかる AA は、容認されると判示した。つまり、Brennan 裁判官は、本件に中間審査基準を適用したのである。本件 AA の目的の正当性について、Brennan 裁判官は、放送業界に人種的マ

---

(25) Metro Broadcasting, Inc. v. FCC, 497 U.S. 547 (1990).

イノリティが極めて少ないのは、過去の人種差別とその弊害に起因すると連邦議会は認定しているが、連邦議会および FCC は、それを是正するためではなく、放送内容の多様化を促進するために、本件 AA を採用したと指摘した。そして、Brennan 裁判官は、放送内容の多様化を促進するという本件 AA の目的は、重要な政府の利益と認められると判示した。次に、本件 AA の手段の合理性について、Brennan 裁判官は、人種のマイノリティが所有する放送局の増加と放送内容の多様化について、連邦議会および FCC は相関関係を認めていると判示した。その上で、Brennan 裁判官は、FCC は、人種中立的な手段では放送内容の多様化を達成できないことを長年の経験を通じて十分認識した上で、本件 AA を採用したと指摘し、本件 AA は、当該目的との関係で実質的な関連性を有していると判示した。

この Metro Broadcasting, Inc.判決までの AA の合憲性をめぐる連邦最高裁判決では、AA の目的の正当性に関して、厳格審査基準の適用の下、政府による過去の人種差別に対する救済という目的だけが容認されてきた。しかし、本判決において法廷意見を執筆した Brennan 裁判官は、中間審査基準を適用し、政府による過去の人種差別に対する救済とは直接的な関連性を有さない放送内容の多様化という目的を容認した。つまり、Brennan 裁判官は、本判決において、公的利益の実現という目的によっても AA が正当化され得るということを明確に示したのである。

他方で、本判決において、O'Connor 裁判官が執筆した反対意見に Rehnquist 長官、Scalia、Kennedy 各裁判官が同調した。O'Connor 裁判官は、政府による人種的分類の利用に対しては、厳格審査基準が適用されるべきであると判示した。そして、本件 AA の目的の正当性について、O'Connor 裁判官は、放送内容の多様化を促進するという本件 AA の目的は、人種や民族が行動や思考の内容を決定するという想定に基づくものであり、人種に基づく優遇や偏見の可能性を排除することができず、容認できないと判示した。つまり、O'Connor 裁判官は、放送内容の多様化を促進するという利益を根拠に、FCC

は、「黒人的」、「アジア的」、「アラブ的」観点を特定した上で、好ましい見解を述べそうにないと FCC が考える人種や民族グループには放送免許を付与しないかもしれないと懸念したのである<sup>(26)</sup>。次に、本件 AA の手段の合理性について、O'Connor 裁判官は、法廷意見は、中間審査基準を適用し、本件 AA の目的とそれを実現するための手段との間に実質的関連性が認められると判示したが、かかる AA は、目的と手段との関連性において、合理的関連性（rationally related）を有しているに過ぎず、中間審査基準の要件さえも満たしていないと判示した。さらに、O'Connor 裁判官は、FCC が放送内容の多様化と放送局の所有者の人種や民族との間に厳密な整合性があることを立証できない限り、本件 AA は、人種に基づく違法なステレオタイプに基づくものであると見なさざるを得ず、容認できないと判示した。

1995 年の Adarand 判決では、高速道路建設事業の元請業者が人種的マイノリティの所有する下請業者を選んだ場合、政府から追加の助成を受けることができるという連邦の制度が問題となった。高速道路建設事業の元請業者である Mountain Gravel 社がガードレールの下請業者の入札を行った際、原告である Adarand 社は、人種的マイノリティが所有する Gonzales 社よりも低い入札価格を示したにもかかわらず、同社に敗れ、契約を得ることができなかった。そこで、Adarand 社は、本件制度は、合衆国憲法の修正 5 条の適正手続条項に含まれる平等保護の要請に違反するとして訴えを提起した。

O'Connor 裁判官が執筆した法廷意見に Rehnquist 長官、Kennedy、Thomas、Scalia 各裁判官が同調した。O'Connor 裁判官は、AA が連邦政府によるものであっても、またそれがどのような人種グループを対象としたものであっても、政府による人種的分類の利用に対しては、厳格審査基準が適用されるべきであると判示した。そして、O'Connor 裁判官は、厳格審査基準は、「理論

---

(26) RONALD DWORKIN, *supra* note 23, at 421-22.

上厳格であるが、事実上致命的」(strict in theory but fatal in fact) であるという概念を払拭したいと主張し、その上で、自身が執筆した Croson 判決の法廷意見を引用し、政府による人種的分類の利用が良性の救済目的のためであるのか、人種的劣等性という道徳的に不正な概念あるいは、あからさまな人種的政治力学によって動機付けされているのか否かを判断するために、本件には厳格審査基準が適用されるべきであると判示した。さらに、O'Connor 裁判官は、連邦法に適用される合衆国憲法の修正 5 条の下での合憲性判定基準は、州法に適用される修正 14 条の下での合憲性判定基準と同様であると主張し、先例である Croson 判決に従い、本件に厳格審査基準を適用するために、事件を原審に差し戻した。つまり、本判決において、O'Connor 裁判官は、Metro Broadcasting, Inc. 判決を覆したのである。

他方で、本判決において、一部同意・一部結果同意意見を執筆した Scalia 裁判官は、政府が過去の人種差別の弊害を埋め合わせる (make up) ために実施する人種的分類を利用した AA に対して、やむにやまれぬ政府の利益を見出すことはできないと判示した。さらに、Scalia 裁判官は、過去の違法な人種差別の弊害を被った黒人は救済されなければならないが、合衆国憲法の下、かかる人種差別に対する補償をしなければならない人種グループあるいは補償を受けるべき人種グループというものは存在しないと主張し、このような考え方は、個人を尊重する合衆国憲法の理念と相容れないと判示した。また、Scalia 裁判官は、州は個人に対して合衆国憲法の保障する法の平等保護を否定することは許されず、さらに、人種に基づいて法の平等保護を否定することも許されないと述べた。その上で、Scalia 裁判官は、正当かつ良質な目的に資するものであっても、政府が人種に基づく施策を追求することは、人種に基づく奴隷制度、人種に基づく特権、さらには、人種間の憎悪を助長し、将来に渡り悪影響を及ぼすと主張し、政府が過去の人種差別の弊害を是正するために行う人種的分類を利用した AA は、厳格審査基準を満たすことはできないと判示した。

また、本判決において、Ginsburg 裁判官が執筆した反対意見に Breyer 裁判官が同調した。Ginsburg 裁判官は、法廷意見を執筆した O'Connor 裁判官が採用した厳格審査基準の適用は、実際には悪性であるにもかかわらず、良性であるかのように装っている人種的分類の利用を暴き出す (ferret out) ことを目的としたものであると指摘し、その上で、O'Connor 裁判官が厳格審査基準の適用の根拠とするような「疑わしさ」(suspicion) に対しては、中間審査基準が適用されるべきであると判示した。

2003 年の Grutter 判決<sup>(27)</sup>では、Michigan 州立大学ロー・スクールの入学者選抜制度が問題となった。本件ロー・スクールは、学力と併せ、出願者の才能、経験、人種などを考慮した入学者選抜制度を採用していた。さらに、この入学者選抜制度では、特に、黒人、ヒスパニック系、先住民系などの人種的マイノリティは、優遇しなければ、学生集団の中で「意義ある数」(critical mass)<sup>(28)</sup>を占めることにはならないとされていた。原告である Grutter は、Michigan 州に居住する白人であり、Michigan 大学ロー・スクールを受験したが不合格となった。そこで、Grutter は、本件入学者選抜制度は、合衆国憲法の平等保護条項に違反するとして訴えを提起した。

O'Connor 裁判官が執筆した法廷意見に Stevens、Souter、Ginsburg、Breyer 各裁判官が同調し、さらに、Scalia、Thomas 各裁判官が一部に同調した。O'Connor 裁判官は、自身が執筆した Adarand 判決の法廷意見を引用し、どのような人種グループを対象としたものであっても、政府による人種的分類の利用に対しては、厳格審査基準が適用されるべきであると判示した。その上で、O'Connor 裁判官は、自身が執筆した Croson 判決の法廷意見を引用し、

---

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

(28) 人種的マイノリティの学生が疎外感を感じることなく、クラスでの議論に貢献できるだけの数。



厳格審査基準を適用しなければ、政府による人種的分類の利用が良性の救済目的のためであるのか、人種的劣等性という道徳的に不正な概念あるいは、あからさまな人種的政治力学によって動機付けされているのか否かを判断することはできないと主張し、本件に厳格審査基準を適用した。本件 AA の目的の正当性について、O'Connor 裁判官は、Bakke 判決における Powell 裁判官の相対的多数意見を引用し、学生集団の多様性を実現するという利益は、やむにやまれぬ政府の利益であると判示した。次に、本件 AA の手段の合理性について、O'Connor 裁判官は、本件入学者選抜制度は、人種的マイノリティの入学者数にある程度関心を払っているが、定員割当制度に該当するものではなく、「意義ある数」に到達するように誠意ある努力を求めるのみであったと指摘した。そして、O'Connor 裁判官は、本件入学者選抜制度では、人種の他に外国での居住経験、数カ国語の言語に通じていることなど学生集団の多様性に関する多くの要素が考慮されているという点、さらに、本件 AA の存続期間が 25 年を目処としている点を指摘し、本件入学者選抜制度は、「志願者を個人として考慮する」(individualized consideration) ものであり、容認されると判示した。

他方で、反対意見を執筆した Rehnquist 長官に Scalia, Kennedy, Thomas 各裁判官が同調した。Rehnquist 長官は、O'Connor 裁判官が採用した厳格審査基準の適用は、政府による人種的分類の利用が良性の動機 (good motives) に基づくものであれば、それを容認するものであり、このような厳格審査基準の適用の仕方は、先例にそぐわないと判示した。さらに、本件 AA の手段の合理性について、Rehnquist 長官は、本件入学者選抜制度は、単に入学者の人種構成を志願者の人種構成と等しくするだけであると指摘し、それ故、本件入学者選抜制度は、学生集団における人種的マイノリティの「意義ある数」を形成するものではなく、目的との関係で厳密な整合性を有していないと判示した。

2003年のGratz判決<sup>(29)</sup>では、Michigan大学の学部の入学者選抜制度が問題となった。本件大学の学部の入学者選抜制度では、人種的マイノリティである志願者に一律に20点が与えられていた。原告であるGratzは、Michigan州に住む白人であるが、本件大学を受験し、不合格となった。そこで、Gratzは、人種的マイノリティの志願者に一律に20点を与える本件入学者選抜制度は、合衆国憲法の平等保護条項に違反するとして訴えを提起した。

Rehnquist長官が執筆した法廷意見にO'Connor、Scalia、Kennedy、Thomas各裁判官が同調した。Rehnquist長官は、先例に基づき、政府による人種的分類の利用に対しては、厳格審査基準が適用されるべきであると判示し、本件に厳格審査基準を適用した。さらに、本件AAの手段の合理性について、Rehnquist長官は、Bakke判決でPowell裁判官が容認したのは、さまざまな要素のうちの一要素として志願者の人種を考慮するような柔軟なアプローチであったと指摘した。その上で、Rehnquist長官は、人種だけを根拠に人種的マイノリティの志願者に対して一律に20点を与える本件入学者選抜制度は、志願者の人種が入学者選抜に関する決定要因となるものであり、学生集団の多様性を実現するという、やむにやまれぬ政府の利益という目的との関係で厳密な整合性を有する手段とはいえず、容認できないと判示した。

他方で、Ginsburg裁判官が執筆した反対意見にSouter裁判官が同調した。Ginsburg裁判官は、政府による人種的分類を利用した人種的排除政策（policy of exclusion）と人種的統合政策（policy of inclusion）とを区別すべきであると指摘した。その上で、Ginsburg裁判官は、実際には悪性であるにもかかわらず、良性であるかのように装っている人種的分類の利用を暴き出すために、本件AAは、厳密な司法審査（careful judicial inspection）に服すべきであると判示した。そして、Ginsburg裁判官は、本件大学の学部における入学者選抜制度で20点を与えられた人種的マイノリティは、人種グループと

---

(29) Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003).

して歴史的に人種差別の弊害を被っており、さらに、本件入学者選抜制度は、入学定員枠を確保しているわけではないため、合衆国憲法の平等保護条項に違反するとはいえないと判示した。

以上で見たように、Rehnquist Court の初期から中期にかけて、連邦最高裁の裁判官たちは人種的分類を利用した AA に対して、どのような司法審査基準を適用すべきか意見が一致しなかった。つまり、Metro Broadcasting, Inc. 判決までの Rehnquist Court では、人種的分類を利用した AA に対する司法審査基準の適用をめぐる論争が展開されたのである。しかし、その後の Adarand 判決において、法廷意見を執筆した O'Connor 裁判官が、AA を含めた政府による人種的分類の利用に対しては、厳格審査基準が適用されるべきであると明確に宣言した後、リベラル派の裁判官の多くがこの先例に従い、人種的分類を利用した AA に対して厳格審査基準を適用するようになった。この Rehnquist Court において、O'Connor 裁判官が法廷意見を執筆した Croson 判決、Adarand 判決、Grutter 判決の厳格審査基準の適用に関する主要な部分は、その後の Roberts Court においても Kennedy、Breyer、Stevens、Souter、Ginsburg 各裁判官に支持されるに至っている。

### 三 Roberts Court における Affirmative Action の合憲性をめぐる主要判決

2005 年、Rehnquist 長官に代わり Roberts 裁判官が連邦最高裁長官に就任した。Parents Involved in Community Schools 判決<sup>(30)</sup> (以下、PICS 判決とする。)では、Seattle 第一学区および Jefferson 郡教育委員会が実施した人種による居住地の偏在に起因する公立学校における「事実上の」(de facto) の人種的隔離を是正するための人種的分類を利用した生徒割当制度が問題となった。Seattle 第一学区の制度は、志願者数が入学定員を上回る高校の人種構成が、

---

(30) Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No.1, 551 U.S. 701 (2007).

学区全体の高校の入学者の人種構成から 10 パーセント以上乖離すると、その高校は、「人種的統合が必要」(integration positive) と判断され、当該高校に人種的均衡をもたらす人種の生徒であることが入学の可否を決定する要因となるものであった。他方で、Jefferson 郡教育委員会の制度は、人種による居住地の偏在に起因する公立学校における「事実上の」人種的隔離を是正するため、いわゆる Magnet School 以外の学校に対して、黒人の生徒を最低 15 パーセント、最高 50 パーセント就学させるよう要求するものであった。そこで、原告である保護者団体 Parent Involved in Community Schools および Meredith は、人種的分类を利用した本件生徒割当制度は、合衆国憲法の平等保護条項に違反するとして訴えを提起した。

Roberts 長官が執筆した法廷意見に、Scalia、Thomas、Alito、Kennedy 各裁判官が同調した。Roberts 長官は、政府による人種的分类の利用は、極めて「有害」(pernicious) であることから、本件 AA には、厳格審査基準が適用されなければならないと判示した。本件 AA の目的の正当性について、Roberts 長官は、過去の人種差別の弊害を是正する利益を、先例はやむにやまれぬ政府の利益として容認しているが、Seattle 第一学区では、過去に人種的隔離教育が州法によって制度化されたことがなく、他方で、Jefferson 郡では、過去に人種的隔離教育が州法によって制度化されていたため、連邦地裁により人種的統合命令が出されたが、2000 年に同地裁は、右人種的統合命令を取り消したと指摘し、それ故、両教育委員会は、過去の人種差別の弊害を是正する利益によって、本件生徒割当制度を正当化することはできないと判示した。また、Roberts 長官は、Grutter 判決では、高等教育というコンテキストにおいてのみ、学生集団の多様性がやむにやまれぬ政府の利益として容認されたのであり、さらに、高等教育における多様性の利益とは、人種だけではなく学生集団の多様性に貢献しうるあらゆる要素を含むとされたと主張した。その上で、Roberts 長官は、本件下級審は、Grutter 判決で明示された学生集団の多様性についての幅広い理解と高等教育の特殊性を無視してその意味を払

張し、初等中等教育における人種的分類を利用した本件生徒割当制度を合憲としたが、Grutter 判決は、本件の先例とはならないと判示した。つまり、Roberts 長官は、Grutter 判決で容認された教育機関における学生集団の多様性を実現するという、やむにやまれぬ政府の利益について、その適用範囲に制限を加えたのである。次に、本件 AA の手段の合理性について、Roberts 長官は、両教育委員会がやむにやまれぬ政府の利益の実現という目的との関係で、厳密な整合性を有する手段を用いているというためには、人種中立的な手段を真剣に検討することが求められるが、両教育委員会はそれを行っていないと指摘し、本件生徒割当制度は容認できないと判示した。

他方で、本件でキャスティングボートを握った Kennedy 裁判官は、Roberts 長官が執筆した法廷意見に一部同調せず、別に結果同意見を執筆した。Kennedy 裁判官は、時代錯誤的かつ機械的な厳格審査基準の適用を放棄することを明確に宣言し、その上で、Croson 判決における O'Connor 裁判官の法廷意見を引用し、本件に厳格審査基準を適用しなければ、政府による人種的分類の利用が良性の救済目的であるのか、人種的劣等性という不正な概念あるいは、あからさまな人種的政治力学によって動機付けされているのかを判断することはできないと判示した。本件 AA の目的の正当性について、Kennedy 裁判官は、人種的孤立を防止し、生徒集団の多様性を実現するという本件生徒割当制度の目的は、やむにやまれぬ政府の利益であると認められると判示した。しかしながら、本件 AA の手段の合理性について、Kennedy 裁判官は、人種は多様性の一要素に過ぎず、公立学校における生徒集団の多様性を実現するためには、人口統計学の要因、特別な才能、経済的状況といったその他の要素も考慮されなければならないと判示した。さらに、Kennedy 裁判官は、教育委員会に対し、人種的分類を利用した場合と同様の効果を有する人種中立的な手段の利用を勧め、それらに効果が無く、人種的分類を利用した手段が唯一利用可能な手段であることを立証した場合に限り、教育委員会が人種的分類を利用することを容認する見解を示した。その

上で、Kennedy 裁判官は、人種的分類の利用が、やむにやまれぬ政府の利益の実現という目的との関係で厳密な整合性を有する手段であるということをも Jefferson 郡教育委員会は立証しなければならないが、それに失敗していると述べ、さらに、Seattle 第一学区は白人と非白人というおおよっぱな人種的分類をなぜ採用したのかということを示しておらず、やむにやまれぬ政府の利益の実現という目的との関係で厳密な整合性を有する手段が採用されていないと判示した。

法廷意見と異なり、Kennedy 裁判官は、人種の孤立を防止し、生徒集団の多様性を実現するという本件生徒割当制度の目的は、やむにやまれぬ政府の利益であると認められると明確に判示している。しかし、Kennedy 裁判官は、本件 AA の手段の合理性に関して、教育委員会の側に極めて厳格な立証責任を課しており、そのため、法廷意見と同様の結論に至っている。

また、本件において、Breyer 裁判官が執筆した反対意見に、Stevens、Souther、Ginsburg 各裁判官が同調した。Breyer 裁判官は、時代錯誤的かつ機械的な厳格審査基準の適用を放棄することを明確に宣言した上で、先例に従い、本件に厳格審査基準を適用すると判示した。本件 AA の目的の正当性について、Breyer 裁判官は、本件で問題となるのは、第一に、歴史のおよび救済的観点から過去の人種隔離教育を是正する利益、第二に、人種的に隔離された学校が生徒に与える教育上の悪影響を是正する利益、第三に、民主主義的観点から多元化した社会（pluralistic society）を反映した教育環境を実現する利益であると指摘し、これらの利益は、初等中等教育においても、やむにやまれぬ政府の利益として容認されると判示した。さらに、本件 AA の手段の合理性について、Breyer 裁判官は、本件生徒割当制度は、Grutter 判決で容認された人種的分類を利用した手段よりも負担が少ないと指摘し、その上で、本件生徒割当制度は、人種を考慮する方法を限定することで、人種以外の要素に大きく依存しており、さらに、教育委員会によって、制度の修正と過去の制度との比較が行われており、他の代替手段もないことから、本件生徒割

当制度は、やむにやまれぬ政府の利益という目的との関係で厳密な整合性を有する手段であると判示した。

Dworkin の指摘によれば、本件 AA に違法性あるいは、あからさまな人種的政治力学を目指したという疑いは何一つ無かった<sup>(31)</sup>。したがって、本判決において、Roberts 長官や彼の意見に同調する保守派の裁判官たちが厳格審査基準の適用の仕方を含め、Grutter 判決の法廷意見を踏襲した判断を行っていたら、本件 AA は合憲とされる可能性があったであろう。しかし、Roberts 長官や彼の意見に同調する保守派の裁判官による法廷意見は、Grutter 判決を覆したのである。

### 第三章 Affirmative Action に対する 厳格審査基準の適用

#### 一 厳格審査基準の機械的適用

憲法上の平等原則の下での伝統的な厳格審査基準の適用は、「基本的権利」(fundamental rights) に対する政府の侵害行為に着目した理論と「疑わしき分類」(suspect classification) に着目した理論との二つに類型化することができる<sup>(32)</sup>。ところで、「疑わしき分類」とは、個人の力ではコントロールすることのできない先天的かつ不変的特性に基づいた分類とされる<sup>(33)</sup>。そして、政府がこれらの分類を利用した場合、「疑わしき分類」の対象となるクラスに対して、stigma が押し付けられるという結果がもたらされてきた。そのため、このような「疑わしき分類」に基づく立法は、本質的に不正であると考えられ、合憲性の推定が働かないため、裁判所は右立法に対して厳格審査基準を適用するのである<sup>(34)</sup>。

(31) RONALD DWORKIN, THE SUPREME COURT PHALANX: THE COURT NEW-WING BLOC 57 (NYREV 2008).

(32) 戸松、前掲注 (8) 45 頁参照。

(33) 同書、47-48 頁参照。

1973年のSan Antonio Independent School District判決<sup>(35)</sup>における有名な定義によれば、「疑わしき分類」の対象とは、「疎外されていたり、歴史的あるいは意図的に不平等な取り扱いを受けていたり、政治的に無力な地位に追いやられているために、多数者支配的な政治過程から特別に守られるべき」<sup>(36)</sup>クラスとされる。したがって、あるクラスが厳格審査基準に服すべき「疑わしき分類」に属するか否かを判断する際には、第一に、当該グループの有する属性が個人の力ではコントロールすることのできない不変的かつ偶然的なものであること、第二に、過去に当該グループに対する悲惨な差別の歴史が存在し、彼らに対する根強い偏見が存続していること、第三に、当該分類の対象となるグループが多数者支配の政治プロセスから疎外されていて、政治的に無力であることという三つの要素が考慮される<sup>(37)</sup>。つまり、第一の要素は、個人の尊厳と人格価値の平等という民主主義の根本理念に反しないかを、第二の要素は、不合理な偏見や固定観念に基づいた分類ではないかを、第三の要素は、少数者の権利は、多数決原理が機能する政治過程を通じて救済することが困難なため、裁判所による救済の必要性が高いか否かを検討しているのである<sup>(38)</sup>。そして、このような三つの要素のすべてが当てはまる人種的  
分類は、この「疑わしき分類」の代表とされる<sup>(39)</sup>。

このような「疑わしき分類」に着目した厳格審査基準の適用の起源は、第二次世界大戦中の日系人に対する強制収容が問題となった1944年のKorematsu判決<sup>(40)</sup>に認められる<sup>(41)</sup>。Korematsu判決において、法廷意見を執筆

---

(34) 同上参照。

(35) San Antonio Independent School District v. Rodriguez, 411 U.S. 1 (1973).

(36) *Id.* at 28.

(37) 西村裕三「平等保護条項とサスペクトな分類」判例タイムズ611号（1986）109頁参照。

(38) 同上参照。

(39) 戸松、前掲注（8）139頁参照。



した Black 裁判官は、特定の人種グループ (a single racial group) を対象とした政府のあらゆる法律上の規制は、直ちに違憲の疑い (immediately suspect) があると指摘した。しかし、他方で、Black 裁判官は、それは、かかる法律上の規制のすべてが憲法違反であることを意味しているのではなく、これらの規制に対し、裁判所は最も厳格な司法審査 (most rigid scrutiny) を行わなければならないことを意味しているのであると判示した。

ところで、Gunther は、1972 年の論文で、1960 年代の Warren Court における厳格審査基準の適用について、それは、「理論上厳格であるが、事実上致命的」な審査基準であり、この厳格審査基準が適用されると、当該立法は直ちに違憲とされてしまうと主張した<sup>(42)</sup>。なぜなら、Warren Court においては、「疑わしき分類」が対象とするクラスに対して、stigma を押しつけるといった不利益 (disadvantage) を課すことを正当化するほどのやむにやまれぬ公的利益は殆ど存在しないと考えられたからである<sup>(43)</sup>。Korematsu 判決において、

(40) Korematsu v. United States 323 U.S. 214 (1944).

(41) 戸松、前掲注 (8) 49 頁参照。しかし、この点については議論がある。たとえば、Fallon は、「疑わしき分類」に着目した厳格審査基準の適用の起源は、Korematsu 判決に認められるという理解は明らかに誤りであると指摘する。この点については、Richard H. Fallon, Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. REV. 1267, 1277 (2007) を参照。また、Klarman は、Korematsu 判決において、連邦最高裁は、実際には最も敬讓を払った最小限の合理性の基準を適用したと主張する。この点については、Michael Klarman, *An Interpretive History of Modern Equal Protection*, 90 MICH. L. REV. 213, 232 (1991) を参照。

(42) Gerald Gunther, *The Supreme Court 1971 Term-Foreword : In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model of for a Never Equal Protection*, 86 HARV. L. REV. 1, 8 (1972)。阪口正二郎教授は、この Gunther の論文について詳細に説明し、Gunther はリベラル派であったが、Warren Court の姿勢のすべてを肯定していたわけではなかったと主張する。この点については、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』(辻村みよ子・長谷部恭男編 憲法理論の再創造) (日本評論社、2011 年) 148-50 頁を参照。

Black 裁判官が特定の人種グループを対象とした政府のあらゆる法律上の規制のすべてが憲法違反であることを意味するのではないと明確に述べているように、厳格審査基準とは、そもそも政府の側に厳しい立証責任を課した上での利益衡量的アプローチであると理解されている<sup>(44)</sup>。しかし、Gunther が指摘するように、Warren Court では、厳格審査基準が適用されると、どのような目的のためであれ、政府による人種的分類の利用は、ほぼすべて機械的に合衆国憲法の平等保護条項に違反すると判断されてきたのである。

Adarand 判決以降の連邦最高裁判決において、O'Connor 裁判官が、厳格審査基準は、「理論上厳格であるが、事実上致命的」であるという Gunther の説を払拭したいと繰り返し述べていることからわかるように、Warren Court における厳格審査基準の機械的な適用は、Rehnquist Court、さらに、その後の Roberts Court において、保守派の裁判官たちに支持された<sup>(45)</sup>。

## 二 O'Connor 裁判官による厳格審査基準の適用

Adarand 判決の法廷意見において、O'Connor 裁判官は、政府による人種的分類の利用が良性の救済目的のためであるのか、人種の劣等性という道徳的に不正な概念あるいは、あからさまな人種的政治力学によって動機付けされているのか否かを判断するために厳格審査基準を適用すると判示した。さらに、その上で、O'Connor 裁判官は、厳格審査基準は、「理論上厳格であるが、事実上致命的」であるという Gunther の説を払拭したいと述べ、厳格審査基準の機械的な適用を明確に否定した<sup>(46)</sup>。

---

(43) RONALD DWORKIN, *supra* note 23, at 412. Adam Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, 59 VAND. L. REV. 793, 805-8 (2006).

(44) 戸松、前掲注(8) 139頁参照。Richard H. Fallon, *supra* note 41, at 1267, 1306.

(45) *Id.* at 1304-5.

(46) RONALD DWORKIN, *supra* note 23, at 419. Adam Winkler, *supra* note 43, at 808-9.

この O'Connor 裁判官による厳格審査基準の適用の萌芽は、Croson 判決に認められる。Croson 判決において、法廷意見を執筆した O'Connor 裁判官は、政府による人種的分類の利用に対する厳格審査基準の適用は、当該人種的分類の利用が即憲法に違反するかのように機械的に判断することを意味するのではなく、政府による人種的分類の利用が良性の救済目的であるのか、人種的劣等性という道徳的に不正な概念あるいは、あからさまな人種的政治力学によって事実上動機付けられているのかを炙り出す (smoke out) ことを目的とするものであると判示した。

Adarand 判決における Ginsburg 裁判官の言葉を引用すれば、Croson 判決で O'Connor 裁判官が採用した厳格審査基準の適用は、「実際には悪性であるにもかかわらず、良性であるかのように装っている政府による人種的分類の利用を暴き出すことを目的としている<sup>(47)</sup>」点に特徴がある。機械的な厳格審査基準の適用は、政府によるあらゆる人種的分類の利用が本質的に不正であり、人種的分類を利用した立法には合憲性の推定が働かないという前提を採るが、Croson 判決において、O'Connor 裁判官が採用した厳格審査基準の適用は、人種はこれまであまりに偏見や情実の根拠となってきたので、政府による人種的分類の利用には道徳的に容認しえない動機、具体的には、合衆国憲法の平等保護条項が禁止する偏見や固定観念に基づく容認し得ない動機が実際には働いている恐れがあると推定するに留まる<sup>(48)</sup>。つまり、政府による人種的分類の利用に対する「疑わしさ」のレベルを、幾ばくか緩和し、当該人種的分類の利用を正当化する反証の機会を政府の側に付与することで、より現実的かつ個別具体的な判断をしようというのが、O'Connor 裁判官の立場なのである。

Croson 判決で O'Connor 裁判官が採用した厳格審査基準の適用方法の背景

---

(47) Adarand, 515 U.S. at 275.

(48) RONALD DWORKIN, *supra* note 23, at 416.

には、アメリカにおける黒人の社会的地位の変化というものがあるように思われる。たとえば、Croson 判決の被告である Richmond 市は、市の人口のほぼ 50 パーセントが黒人であり、市議会の 9 議席のうち 5 議席が黒人によって占められていた。Croson 判決において、O'Connor 裁判官がさまざまな人種的マイノリティの人々が所有する企業もその対象としている点で、Richmond 市の計画には、あからさまな人種的政治力学に基づいているという道徳的な疑念があると判示していることから推定できるように、O'Connor 裁判官は、本件 AA には道徳的に容認し得ない違法な動機に基づき、白人に対して負担や不利益を課しているという現実的な疑念が存在するため、Richmond 市の側にその正当化に関して、極めて厳格な立証責任を課したのである。Croson 判決において、O'Connor 裁判官が主張したように、「黒人であろうと白人であろうと、政治的マジョリティを形成したほうが不当な憶測や不十分な事実に基づいて、人種的マイノリティにさまざまな負担や不利益をもたらしかねないという事実は、より厳格な司法審査基準の適用を促す」<sup>(49)</sup> ののである。

Dworkin は、Croson 判決で O'Connor 裁判官が採用した厳格審査基準の適用を反証 (rebuttal) 理論と呼び、以下のように述べ、これを積極的に評価する。文理解釈上、合衆国憲法の平等保護条項は、政府による人種的分類の利用を明示的に禁止していない。そのため、すべての人種的分類の利用が合衆国憲法上、完全に禁止される理由は存在しない。しかし、合衆国憲法の平等保護条項は、政治道徳の一般原則を定めており、現代の憲法解釈者たちはこの一般原則に忠実であろうとする限り、道徳的な判断を下さなければならず、もし仮に人種的分類の利用が道徳的不正であるとすれば、それ故に憲法違反と考えられるのも当然である。ところが、政府による身体的あるいは遺伝的属性に基づく他のあらゆる分類の利用が本質的に不正ではないのと同様、あらゆる人種的分類も本質的に不正であるとはいえない。よって、実際には悪性

---

(49) Croson, 488 U.S. at 481.

であるにもかかわらず、良性であるかのように装っている人種的分類を炙り出すことを目的とするこの反証理論は、合衆国憲法の趣旨と合致する最も説得力のある理論である<sup>(50)</sup>。

### おわりに

Croson 判決で、O'Connor 裁判官は、政府による人種的分類の利用が良性の救済目的のためであるのか、人種の劣等性という道徳的に不正な概念あるいは、あからさまな人種的政治力学によって動機付けされているのか否かを判断するために厳格審査基準を適用したが、John Hart Ely は、このような道徳的に容認し得ない違法な動機に基づく立法を炙り出すことを目的とした厳格審査基準の適用の仕方にいち早く着目している。Ely は、「疑わしき分類」に対して適用される「特別な審査」(special scrutiny) は、特にそれが当該立法目的とそれを実現するための手段との間で「本質的に完全な整合性」(essentially perfect fit) を要求する点で、道徳的に容認し得ない違法な立法動機を炙り出す (flushing out) ものとしての機能を有すると説く<sup>(51)</sup>。つまり、Ely は、裁判官は、当該立法目的とそれを実現するための手段との間に「本質的に完全な整合性」があるか否かについて、右立法に関するさまざまな事実に基づき精査を行うため、もしそれが道徳的に容認し得ない違法な動機に基づく立法であるのならば、かかる司法審査のプロセスでそれが炙り出されるというのである。Adarand 判決において、Ginsburg 裁判官は、O'Connor 裁判官が厳格審査基準の適用の根拠とするような「疑わしさ」に対しては、中間審査基準が適用されるべきであると判示した。しかし、Ely の主張に依拠すると、厳格審査基準を適用しなければ、道徳的に容認し得ない違法な動機

(50) RONALD DWORKIN, *supra* note 23, at 417.

(51) JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST; A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* 146 (Harvard University Press 1980).

を炙り出すことは困難であるように思われる。

最後に、人種的分類を利用した AA に対して、Croson 判決で O'Connor 裁判官が採用した厳格審査基準が適用された場合であっても、PICS 判決における Kennedy 裁判官の結果同意意見にみられるように、手段審査において政府の側に極めて厳格な立証責任が課された場合、機械的な厳格審査基準を適用した場合と同様の結論に至る恐れがある。しかし、政府の側が AA の実施にあたり、人種間の平等を実現するために必要な負担配分の公平性を確保し、道徳的な疑念が生じないよう十分な配慮を行えば、より広範かつ有効な AA が容認されうるのではないであろうか。