

女性差別解消のための アファーマティブ・アクションと逆差別

— Johnson 判決をめぐって —

松 田 聰 子

はじめに

I. アファーマティブ・アクション (Affirmative Action)

II. Johnson 判決以前の最高裁判例の推移

III. Johnson 判決

IV. Johnson 判決の問題点

おわりに

はじめに

近代憲法は個人の尊厳を標榜し、人種の如何を問わず、あるいは、性の如何を問わず、「いかなる」個人も人格的存在として最大限に尊重されることを宣言している。したがって、個人の尊厳は、平等を抜きに語ることはできない。しかし、平等の実現がいかに困難であるかも、また、否定しがたい歴史的かつ現実的な認識である。

アメリカ連邦最高裁判所は、1987年3月25日、Johnson 判決において、女性を対象とするアファーマティブ・アクション (Affirmative Action) について初めての判断を下し、女性を雇用上優遇する措置は男性差別にあたらない、と判示した。⁽¹⁾

かつて、アメリカ連邦最高裁判所が、「男性は女性の庇護者であり、擁護者である。また、当然そうでなければならない。自然で、節度ある慎み深さや繊細さは、女性特有の資質である。それゆえに、女性は、社会生活における多くの職業に適さない存在である」⁽²⁾ と述べ、女性が弁護士の資格を得て独立の職業につくことを認めないイリノイ州法を合憲と判断した

ことを思うと、雇用における差別、しかも男性差別という問題提起自体に隔世の感がある。

本稿では、この Johnson 判決を素材に、アメリカにおいてアファーマティブ・アクションが平等原則との関係でどのような問題を提示しているか、考察していきたい。

注(1) Johnson v. Transportation Agency, 107 S. Ct. 1442 (1987).

(2) Bradwell v. Illinois 83 U.S. (16 Wall.) 130, at 141 (1873).

I. アファーマティブ・アクション (Affirmative Action)

アファーマティブ・アクション (Affirmative Action) とは、一般的に、「差別を是正するための積極的措置」をいう。⁽¹⁾ この用語は、1961年にケネディー (J. F. Kennedy) 大統領が発した大統領命令 (Executive Order) 10925 号に初めて用いられたといわれているが、それを一部修正した大統領命令 11246 号によれば、政府と調達契約を締結する企業は、契約に次の規定を挿入することが義務づけられている。すなわち、「契約者は、被用者または採用応募者を、人種、皮膚の色、宗教、または出身国によって差別しない。契約者は、人種、皮膚の色、宗教、または出身国に関係なく、採用応募者が雇用され、または被用者が待遇をうけることを確保するために、Affirmative Action を講ずる」⁽²⁾ との条項である。

その後の改正⁽³⁾ によって、「人種、皮膚の色、宗教、または出身国」に「性」が加えられるにいたっているが、重要なのは、この条項に違反した契約者に対して、政府は当該契約の取消等の制裁を課することができる点である。差別解消を目的に人種や性を考慮して積極的な差別解消策、すなわち、アファーマティブ・アクションを講じることは、政府契約企業にとって企業存亡のかかった重大な責任となる。そこで、政府契約企業は、まず、アファーマティブ・アクション・プログラム (あるいはプラン) を作成し、そのなかで、「雇用状況分析 (utilization analysis)」をし、次に

人種や性によって差別された人々を積極的に雇用するための「数的目標 (numerical goals)」を設定し、そのための「時間割 (timetables)」を組む。これが、アファーマティブ・アクションのいわば原型とあってよい。

アファーマティブ・アクションは、このように、①大統領命令 11246 号に基づいて、政府契約企業によって実施される場合があるが、その場合だけに限られない。ほかに、②個別の連邦法律が、直接履行を命じている場合 (公共事業雇用法など)、さらに、③裁判所の命令に基づく場合がある。これは、アメリカ合衆国憲法修正14条のいわゆる平等保護条項、あるいは公民権法において禁止されている差別行為があった場合、裁判所はその事実認定をしたうえで、衡平法上の救済手段として、たとえば雇用やバック・ペイなどの具体的アファーマティブ・アクションを命ずるものである。場合によって、差別行為の事実認定を回避して、当事者がアファーマティブ・アクションにのみ合意していわば和解判決 (consent decree) を得ることもある。

ところで、本稿で検討する Johnson 判決で問題となったのは、以上のアファーマティブ・アクションと異なり、④企業や学校などが「任意に」行うアファーマティブ・アクション (voluntary affirmative action) である。すなわち、具体的な根拠法は存在せず、たとえば、大学が自発的に入学定員の一部を人種的マイノリティー⁽⁴⁾ に割り当てる特別選抜制度を設けるなどを指す (以下、任意的アファーマティブ・アクションという)。

以上に概観したようにアファーマティブ・アクションは、人種や性を考慮する措置である。しかし、アメリカ合衆国憲法は、修正14条において「いかなる州もその管轄内において、何人に対しても法の平等保護を否定してはならない」と定め、また、公民権法の諸規定は、社会生活のあらゆる分野において、人種や性などによる差別行為を禁じている。かりに、これらの条文が人種や性に関して中立的立場を求めているとすれば、アファーマティブ・アクションは人種的マイノリティーや女性であることを考慮

した措置を講ずるのであるから、人種的マジョリティーや男性からみればいわゆる「逆差別 (reverse discrimination)」となり、憲法や公民権法に抵触することとなる。もちろん、アファーマティブ・アクションを認める上記大統領命令や個別の連邦法にはそれ自体違憲の可能性が指摘されるし、また、任意的アファーマティブ・アクションも違憲・違法の疑いが生じる。

アファーマティブ・アクションの違憲性が争われたとき、最高裁は、このような「逆差別」の問題をどのように判断するのであろうか。かりに「逆差別」が許されるとすれば、それはどのような範囲で許されるのであろうか。また、人種を考慮した「逆差別」の場合、アメリカに奴隷制度が存在した歴史的事実をその背後に思いうかべることができるが、性を考慮した「逆差別」の場合は、どのように考えることができるのであろうか。「差別」とりわけ「性差別」とは何か。これらは、究極的に、アファーマティブ・アクションの理念そのものが問われる論点でもある。本稿であつから Johnson 判決は、女性に対するアファーマティブ・アクションが争点となり、その意味で、差別問題とアファーマティブ・アクションの意義をめぐる糸が複雑に交錯する事件であり、アメリカ連邦最高裁判所（以下、最高裁という）の判断が注目されるところであった。

注(1) アファーマティブ・アクションについての邦文文献として、横田耕一「平等原理の現代的展開—“Affirmative Action”の場合—」現代国家と憲法の原理 643頁 (1983), 西村裕三・アメリカにおけるアファーマティブ・アクションをめぐる法的諸問題 (1987), L. KANOWITZ, EQUAL RIGHTS (1981)—藤井紀代子・堀内光子訳・イコール・ライツ191頁 (1985), 土居靖美「憲法—四条についての考察資料—とくにアメリカにおける差別禁止の Affirmative Action を中心として—」日本国憲法の再検討 317頁 (1981) を参照。

(2) Ex. Ord. No. 11246, 30 F. R. 12319 (1965).

(3) Ex. Ord. No. 11375, 32 F. R. 14303 (1967).

(4) 人種的マイノリティーとは、通例、黒人、アメリカンインディアン、東洋人、スペイン語系アメリカ人 (Spanish descendancy) を指す。

II Johnson 判決以前の最高裁判例の推移

Johnson 判決における最高裁の見解をみる前に、アファーマティブ・アクションをめぐる最高裁の先例をまず概観しておくことが必要である。

[1] Bakke 判決⁽¹⁾

Bakke 判決は、アファーマティブ・アクションが「逆差別」の問題を提示した初めての事件であった。

州立カリフォルニア大学デイヴィス医学校は、入学定員 100 名のうち 16 名の別枠を設け、人種的マイノリティーの志願者から、通常の入学試験制度とは別個の特別選抜制度によって入学者を決定する任意的アファーマティブ・アクションを採用していた。そこで、この特別選抜制度によって入学した者よりも評価点の高かったにもかかわらず不合格となった白人 Bakke が、割り当て制 (quota system) を内容とするこのアファーマティブ・アクションは、人種による差別であり修正 14 条および公民権法第 6 編⁽²⁾ に違反すると提訴したのであった。

最高裁の意見は大きく割れ、法廷意見 (opinion of the court) を形成することができなかった。

スティーブンス裁判官の意見 (バーガー, スチュワート, レンキスト各裁判官が同調) によれば、公民権法は文言上も立法過程からも、人種差別の絶対禁止 (color-blind) を定めており、本件アファーマティブ・アクションは、人種を考慮している措置であるから、違法であるとする。したがって、Bakke の入学を認める。

これに対して、ブレナン裁判官の意見 (ホワイト, マーシャル, ブラックマン各裁判官が同調) およびパウエル裁判官の意見によれば、公民権法の解釈に際してはその制定の歴史的背景を考慮にいれるべきであり、アファーマティブ・アクションは、憲法の平等保護条項の範囲内であれば、禁

じられない。

問題は憲法の平等保護条項の理解であるが、パウエル裁判官は、①人種的マジョリティーとされている白人のなかにもマイノリティーが存在するから、憲法上どのグループが保護されるべきかの判断は不可能である。②したがって、いかなる人種的区別も「疑わしい (suspect)」ものであり、「厳格な審査 (strict scrutiny)」に服する。③この審査基準によれば、「疑わしい」区別を正当化するには、区別をするだけの「やむにやまれぬ利益 (compelling interest)」の立証が必要である。④特定の差別行為の除去 (redress) という目的は、正当な利益であるが、その点についての立法上、行政上、または司法上の認定が必要であるが、本件にはそれがない。⑤また、大学内に人種の多様性を確保するという目的が正当であるとしても、その目的達成のためには、たとえば黒人に対してハンディキャップポイントを与えるハーバード方式もあり、本件割り当て制度が唯一の手段であるとはいいがたい、と判示する。したがって、**Bakke** の入学を認める。

アファーマティブ・アクションについて厳格な審査基準を適用するパウエル裁判官に対して、ブレナン裁判官は、いわゆる中間審査の基準を適用する。すなわち、①人種による区別は、重要な目的に資し、かつ、その目的達成の手段として「実質的な関連性 (substantial relation)」があるものでなければならない。②過去の社会的差別の結果を救済する (remedy) という目的は、十分に重要なものであり、正当である。③その場合、過去の差別について公権力による認定は不必要である。それは、統計上、医学界における人種的マイノリティーの比率が低いことから明らかのためである。④また、ハーバード方式と本件アファーマティブ・アクションとの間に実質的差異はなく、憲法上許容される手段である、と判示する。

以上のように、**Bakke** 判決では、任意的アファーマティブ・アクションそれ自体は憲法上禁じられる措置ではない、という意見が多数をしめたものの、次のような問題をなお残すこととなった。第一に、アファーマテ

ィブ・アクションの合憲性判定基準をどのように設定するか。第二に、過去の差別解消を目的とする場合、過去に差別行為があった旨の裁判所による事実認定が必要か。第三に、憲法上の平等原則違反が争点であった Bakke 判決と異なり、雇用上の平等を定める公民権法違反が争点となった場合、どのように理解されるか、という点であった。

そして、このような論点がさらに激しく争われた事件すなわち “**Bigger Than Bakke**”⁽³⁾ である Weber 判決に注目が集められることとなった。

[2] Weber 判決⁽⁴⁾

ここで争われたのは、私企業の任意的アファーマティブ・アクションが公民権法第7編に違反するかである。

カイザー・アルミニウム社と全米鉄鋼労連は労働協約を締結し、そのなかで同社の熟練技術職の人種的不均衡を解消するためのアファーマティブ・アクションの実施を定めた。その内容は、同社の15ある工場の熟練技術職について、黒人労働者の占める比率を各工場の所在地の労働人口に占める黒人の比率と同じにすることを目標として設定し、そのために、非熟練技術職者を熟練技術者に養成する職業訓練計画を作り、訓練要員の半数を黒人に割り当てるというものであった。その訓練要員の選考からもれた白人の非熟練技術者 Weber らが、自分よりもシニオルティ (seniority)⁽⁵⁾ の低い黒人労働者が選考されたことは、人種による差別であるとして、アファーマティブ・アクションが公民権法第7編703条 a 項および d 項⁽⁶⁾ に違反する旨の訴訟を提起したのであった。

最高裁は、5対2で、本件アファーマティブ・アクションの適法性を肯定した。⁽⁷⁾

ブレナン裁判官の法廷意見 (スチュワート, ホワイト, マーシャル, ブラックマン各裁判官が同調) によると、①公民権法第7編の規定は、立法精神や立法意思に基づいて解釈されなければならない。同法第7編は、高

失業率など黒人のおかれていた「経済的苦境」に注目し、「伝統的に閉ざされていた雇用機会を黒人に対して解放する」ことを企図していた。②したがって、同法を差別の絶対禁止規定と解すべきではなく、アファーマティブ・アクションは否定されるべきではない。③かりに、議会がアファーマティブ・アクションを禁ずる趣旨であるなら、公民権法にはその旨の規定があったはずである。④また、議会は、「わが国の不幸で不名誉な歴史の痕跡をなくそう (eliminate) とする」「私企業の、任意の、人種を考慮したアファーマティブ・アクション」を禁止するほど、私企業の営業の自由を制限するつもりのないことは、立法史から明らかである。私企業の経営権を背景に差別解消を果たすことは、むしろ私企業の役割として期待されている。⑤許されるアファーマティブ・アクションかの基準を示す必要はないが、本件アファーマティブ・アクション・プランは、(1)「伝統的に差別されてきた職種における明白な人種的不均衡を解消する (eliminate) ことが目的であり」、公民権法制定の目的に一致しており、(2)白人労働者の利益を不必要に排除することなく、また、人種的構成を維持するためでなく明白な不均衡をなくすためのもので、「一時的なもの (temporary)」であるから、何ら公民権法上の問題はない、と判示した。

レンキスト裁判官およびバーガー裁判官の反対意見によると、①公民権法第7編各条の立法史を検討すれば、同法は、白人差別も含めてあらゆる人種差別を禁止し、「機会の平等」を企図していることは明らかである。②したがって、たとえ人種的不均衡の是正 (correct) を目的とする行為であっても、議会意思の認めるところではなく、法廷意見は消極立法となる。『善意の差別 (benign discrimination)』あるいは『アファーマティブ・アクション』と呼ばれようと、人種に基づく割り当て制は、一方を遇するために他方を貶める両刃の剣である」。したがって、アファーマティブ・アクションは違法な行為である、と判示する。

この判決によって、平等保護条項と公民権法が差別を絶対に禁止するも

のでないこと、そして、任意的アファーマティブ・アクションが原則として許容されることは、すでに最高裁で確立したといえる。問題は、憲法上・公民権法上許されるアファーマティブ・アクションの条件である。Weber 判決では、(a)「伝統的に差別されてきた職種における明白な人種的不均衡を解消する (eliminate)」目的の、(b)「私企業の、任意的」アファーマティブ・アクションで、(c)白人の利益を不必要に排除しない手段にとどまることが条件とされた。そして、ここで重要なのは、過去の差別行為について公権力による事実認定を必要としないとした点である。しかし、「逆差別」を正当化するこれらの条件は、平等保護条項や公民権法から論理的に演繹されうるものか、なお、議論を要した。それは、平等を絶対平等と理解する意見が存在することからもうかがいしることができる。そして、Johnson 判決における意見の対立を生む糸口となった Wygant 判決が示されることになる。

[3] Wygant 判決⁽⁸⁾

ここで争われたのは、教育委員会の採用した任意的アファーマティブ・アクションが修正14条ならびに公民権法第7編に違反するかである。

ミシガン州ジャクソン教育委員会は、地域における人種緊張が度を増していることから、教員組合との労働協約において、アファーマティブ・アクションを採用した。それによれば、一時解雇はシニオルティ制を原則とするものの、すでに雇用されている人種的マイノリティーの教師が全教師に占める割合を現在より減らさないようにするという内容であった。マイノリティーの教師がシニオルティが低いにもかかわらず一時解雇されず、彼らよりもシニオルティの高い非マイノリティーの教師が一時解雇されたのは、人種による差別であるとして、非マイノリティーの教師 Wygant らが修正14条ならびに公民権法第7編違反を主張して提訴した。

最高裁は、5対4で、本件アファーマティブ・アクションを違憲と判示

した。

パウエル裁判官の多数意見 (judgment of the court) (バーガー, レンキスト, オコナー各裁判官が同調し, ホワイト裁判官の補足意見がある) によれば, ①本件アファーマティブ・アクションは人種によって区別をするのであるから, 「厳格審査」に服し, 区別をすることに「やむにやまれぬ州の目的」(compelling governmental purpose)があるか, そして, 手段はその目的を達成するために「厳密に整合的に作られたものか (narrowly tailored)」を検証する。②本件が「過去の差別に対する救済 (remedy)」を目的とするなら, 「過去の差別」についての「説得力のある (convincing) 証拠」が必要である。地裁判決は, 「役割理論 (role model)」を提示し, マイノリティの教師を確保することによって「社会的差別 (societal discrimination) の救済 (remedy)」をはかることは正当な目的であると判断している。しかし, 「社会的差別」の概念は, 「罪なき人々 (innocent people) に責任を負わせることとなり, 人種の区別を正当化する根拠としてはあまりにも曖昧である。③本件アファーマティブ・アクションを正当と認めうるような「過去の差別」についての「説得力ある証拠」は示されていない。④「やむにやまれぬ州の目的」が存在しているとしても, 目的達成の手段として, 一時解雇以外に「より制限的でない他の選びうる手段」(雇用上の優遇措置など) が考えられ, 「厳密に整合的に作られたもの」とはいえない。したがって, 本件アファーマティブ・アクションは, 憲法違反である。

マーシャル裁判官の反対意見(ブレナン, ブラックマン各裁判官が同調)によれば, ①かつて最高裁は, その基準が何であれ, アファーマティブ・アクションについて憲法上の疑義をはさまなかった。②「過去の差別の解消 (eliminate)」が目的である場合, 審査基準は緩やかでよい。また, 「過去の差別」について多数意見のような立証を要求することは不必要である。なぜならば, そのような立証責任を要求すれば, 差別をなくそうとす

る努力は無に帰してしまふからである。したがって、アファーマティブ・アクションを採用する者は、「過去の差別」について「説得力ある」証拠を示す必要はなく、特定の事件の救済ということに限定する必要もない。③本件の正当化のために、「社会的差別」についての一般人の認識を基準とする必要はない。かりに十分な証拠があれば、すべての学生の利益のために雇用政策を通して公立学校の多様性と安定性を得ようとする努力は、憲法の要請を満たす目的となろう。地裁はそのような証拠の提出を求めておらず、事実認定のために事件を差し戻すべきである。④また、手段の面においても、「より制限的でない他の選びうる手段」の可能性はなく、正当である。

以上、アファーマティブ・アクションをめぐる判決を概観したが、アファーマティブ・アクションを正当化する条件とその立証内容について、最高裁内の対立はなお消えない。とりわけ、本件地裁判決が「役割理論」の概念を示し、「過去の差別」を考慮しない見解を示したことによって、⁽⁹⁾最高裁はさらに動揺したといえるであろう。「過去の差別の救済」とは何か。また、人種差別ではなく「性差別」が狙上へのぼったとき、最高裁がどのような判断を下すか、問題はなお残されていた。

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

本判決に関する評釈として、高橋一修「*Regents of The University of California v. Bakke*, 438 U. S. 265 (1978) — 州立大学医学学校入学者選考制度におけるいわゆる逆差別」アメリカ法153頁(1980)、久保田きぬ子「逆差別について」成蹊法学17号47頁(1981)、土田宏「『アファーマティブ・アクション』の一考察—バッキ判決の検討を中心に—」上智短期大学紀要8号65頁(1988)。

(2) 公民権法第6編は、次のように規定する。「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、連邦政府による財政上の援助を受けるあらゆる計画もしく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。」*Civil Rights Act of 1964, § 601 as amended* 42 U. S. C. A. § 2000d.

(3) 高橋・前出注(1)159頁。

(4) *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U. S. 193 (1979). 本判

決に関する評釈として、山口浩一郎「使用者の差別是正行為と逆差別—ウェーバー事件の紹介—」ジュリ716号88頁(1980)、西村裕三「United Steelworkers of America v. Weber, 443 U. S. 193, 99 S. Ct. 2721 (1979)—1964年の公民権法 Title VII の人種差別禁止規定は、私企業による人種を考慮した affirmative action plan の任意の実施をすべて禁止しているのではない」アメリカ法 330頁 (1981)、久保田・前出注(1)54頁。

- (5) シニョルティ制は、「各職種毎の在職期間によって昇進、配転、昇給あるいは一時解雇が決定される」制度をいう。西村裕三・アメリカにおけるアファーマティブ・アクションをめぐる法的諸問題13頁 (1987)。
- (6) 公民権法第7編 § 703(a) は、次のように規定する。「使用者による以下の行為は、違法な雇用行為とする。(1) 人種、皮膚の色、宗教、性別もしくは出身国を理由に、雇用を拒み、解雇し、または、報酬、雇用期間、雇用条件もしくは雇用上の特典について差別をすること。あるいは、(2) 人種、皮膚の色、宗教、性別もしくは出身国を理由に、個人の雇用機会を奪いもしくは奪う可能性のある方法で被用者または採用応募者を制限し、分離し、分類し、または、被用者としての地位に不利益を及ぼすこと。」Civil Rights Act of 1964, § 703(a) as amended 42 U. S. C. A. § 2000e-2(a)。また、同(d)は、次のように規定する。「使用者、労働団体または、徒弟制度もしくは現場訓練を含むその他の訓練および再訓練を管轄する労使合同委員会が、人種、皮膚の色、宗教、性別もしくは出身国を理由に、徒弟制度もしくはその他の訓練のために策定した計画の承認または参加について差別されることは、違法行為とする。」Civil Rights Act of 1964, § 703(d) as amended 42 U. S. C. A. § 2000e-2(d)。
- (7) パウエル裁判官は病気のため、スティーブンス裁判官は任命前に本件の弁護人であったため、本判決に関与していない。
- (8) *Wygant v. Jackson Board of Education*, 106 S. Ct. 1842 (1986)。本判決に関する評釈として、西村裕三「アファーマティブ・アクションをめぐる三判決」判タ642号59頁 (1987)。
- (9) 746 F. 2d. 1152 (1984)。

Ⅲ Johnson 判決⁽¹⁾

[1] 事実の概要

被告であるカリフォルニア・サンタ・クララ郡交通局 (Transportation Agency of Santa Clara County) は、1978年12月、雇用平等に関するアファーマティブ・アクション (Equal Employment Opportunity Affirmative Action Plan) を設定した。これによると、同局のすべての主要な職種における女性・障害者・人種的マイノリティーの占める数的比率を、サ

ンタ・クララ郡全体の労働人口におけるそれに近づけるというものである (long-term goal)。しかし、同局における女性の就業率がそもそも低いなどの問題があったため、より現実的なアファーマティブ・アクションをとることとし、特定の数は設定せず、「ある職種に応募している者を評価する場合に、人種および性を考慮に入れることを許す」こととした (short-term goals)。ちなみに、郡の労働人口構成と同局の労働人口構成には、女性雇用に関して著しい差があり、⁽¹⁾ 同局の熟練技術職238のポストに女性は一人もいなかった。本件で問題となったポストは、その一つの配車係 (road dispatcher) であり、2名がいずれも男性で占められていた。

1979年、欠員が生じた配車係への昇進に対して、12人が応募した。面接試験において7人が70点以上をとったが、本件原告である Paul Johnson が75点 (同点) であったのに対して、女性応募者 Diane Joyce は73点であった。二次試験をひかえて、Joyce は郡の Affirmative Action Office に、二次試験の試験官の構成が試験の公平さを疑わせると訴えた。⁽³⁾ そこで、郡の Affirmative Action Office の接触を受けた交通局の Affirmative Action Coordinator は、アファーマティブ・アクションの実現を考慮して、本件の人事権をもつ局長 (Director of the Agency) に対して Joyce の昇進を薦めたのであった。

Joyce は、Johnson に比べて試験の点数が下位であったにもかかわらず、配車係に昇進した。そこで、Johnson は、ただちに、交通局を相手に訴訟を提起した。それは、交通局が公民権法第7編に違反し、昇進において性を理由とする差別行為をした、というものであった。

第一審判決は、性が昇進決定の決定的要素であったことなどを理由に、原告 Johnson の勝訴判決を下したが、第二審判決は、性を考慮した本件プランは公民権法には違反するものではない、と被告交通局の勝訴を言い渡した。⁽⁴⁾

〔2〕 判決の要旨

最高裁は、6対3で、本件アファーマティブ・アクションの適法性を肯定した。

(1) ブレナン裁判官による法廷意見（マーシャル、ブラックマン、パウエル、スティーブンス各裁判官が同調。スティーブンス裁判官の補足意見および、オコナー裁判官の補足意見がある。）

- ① 本件判断にあたって、Weber 判決が先例となる。
- ② Weber 判決におけるテストの第一段階によれば、任意的アファーマティブ・アクションは、「伝統的に差別されてきた職種における女性の少なさ（underrepresentation）を反映した『明白な不均衡』があれば、正当化される」。その場合の「明白な不均衡」とは、使用者に対して過去の差別を立証を求めるものではない。また、「明白な不均衡」が「伝統的に差別されてきた職種」と関連すれば、公民権法の目的に合致した手段で性を考慮することが許される。
- ③ 「明白な不均衡」が存在することは、「伝統的に女性の職種とされる職種」に女性が高度に集中し、他の職種には女性が不在であったことを示す数字をみれば明らかである。本件アファーマティブ・アクションは、このような「明白な不均衡」を救済する（remedy）ことを目的に設定されたものである。また、「盲目的（blind）」な割り当て制を採用していたわけではない。したがって、Weber テストの第一段階をみたす。
- ④ Weber テストの第二段階によれば、アファーマティブ・アクションは、被差別集団に著しい負担を課さないことを要する。
- ⑤ 本件アファーマティブ・アクションによって、男性の権利が不必要に制限され、昇進の機会が絶対的に奪われるものでない。また、本件原告の Johnson のみが昇進する権利を有していた、とはいえない。さらに、一時的なプランにすぎない。

- ⑥ したがって、本件アファーマティブ・アクションは、公民権法に違反しない。
- (2) スカリア裁判官による反対意見（レンキスト裁判官が同調，ホワイト裁判官が一部同調。）
- ① アファーマティブ・アクションを正当化しうるのは、「過去の差別の救済」目的の場合である。本件のような性差別の救済は、「社会的差別の救済」を目的とするものであるが、そのような目的は、Wygant判決によって、否定されている。したがって、本件の正当性を肯定することは、先例に違反する。
- ② 多数意見は、公民権法第7編の文言を無視して「思い入れと目的」をもって書き換えている。とりわけ、多数意見は、能力のない者を雇用せよといているのと同じである。したがって、使用者にしてみると、アファーマティブ・アクションを採用して能力のない者を雇い入れることのコストの方が、アファーマティブ・アクションを採用しないことによって生じるコストより安ければ、アファーマティブ・アクションの採用は半ば強制されてしまうこととなる。公民権法第7編は、人種主義・性別主義を促進する強力なエンジンと化してしまった。

注(1) 107 S. Ct. 1442 (1987).

- (2) 法廷意見によれば、地域労働人口に占める女性の割合が36.4%であるのに対して、交通局における女性の割合は、22.4%である。また、交通局内部において、伝統的に女性の占める職種（EEOC 指定）に女性が集中している。たとえば、Office and Clerical Workers の76%が女性であるのに、Agency Officials and Administrators では7.1%、Professionals では8.6%、Technicians では9.7%、Service and Maintenance Workers では22%が女性であるにすぎない。Id. at 1446.
- (3) 法廷意見によれば、三人の試験官のうち二人と以前から何かと対立することがあったという Joyce の証言がある。Id. at 1447 note 5.
- (4) 748 F. 2d 1308 (9th Cir. 1984), modified, 770 F. 2d 752 (9th Cir. 1985).

Ⅳ Johnson 判決の問題点

すでに概観したように、アメリカ最高裁の任意的アファーマティブ・アクションをめぐる判例は、Bakke 判決以降、あたかも時計の振り子のよりに揺れていた。Johnson 判決によって、この振り子の揺れは止まるのか、さらにゆりもどされるのか、Johnson 判決の問題点をここでさぐってみたい。

[1] 逆差別をめぐる二つのアプローチ

本判決は、6対3で、結果的には女性を優遇するアファーマティブ・アクションを認容したが、スカリア裁判官およびレンキスト裁判官（ホワイト裁判官が一部同調）による反対意見の論調はきわめて厳しいものであった。その対立は、一言で象徴的にいえば、Weber 判決⁽¹⁾が先例となるのか、Wygant 判決⁽²⁾が先例となるのか、の問題であったといえてよい。Johnson 判決では、公務員の労働関係におけるアファーマティブ・アクションが争われているのであるから、その点からみれば、Wygant 判決が先例となる。スカリア裁判官は、法廷意見が Weber 判決を先例とした点をまさに訴訟法違反であると非難する。⁽³⁾ Weber 判決は、すでに考察したように、「私企業」の「任意的」なアファーマティブ・アクションは禁止されない、と明言しているのである。しかし、法廷意見は、Johnson 判決において憲法問題は当事者によって提起されておらず、憲法判断を示した Wygant 判決を先例とする反対意見を拒否する。すでにみたように、両判決の多数意見はまったく内容・結論を異にしていたのであり、どちらの判決を先例とするかは、Johnson 判決の結果を左右する重要問題であった。

ところで、Johnson 判決以前の最高裁には、アファーマティブ・アクションをめぐる二つの考え方⁽⁴⁾をみることができたように思われる。一つは、バーガー裁判官およびレンキスト裁判官を中心とする考え方（以下、

レンキストアプローチということとする)であり、他方がブレナン裁判官を中心とする考え方(以下、ブレナンアプローチということとする)である。

レンキストアプローチは、憲法および公民権法第7編を、文面どおり、差別の絶対禁止すなわち絶対平等の規定と理解する立場である。⁽⁵⁾したがって、アファーマティブ・アクションは、人種や性を理由に優遇措置(他方の集団には冷遇措置)を講じるのであるから、その動機や理由の如何を問わず差別であるとみる。その背後には、憲法の「個人主義」を徹底させようとする思想⁽⁶⁾を指摘できる。すなわち、個人は、生来人格的に自立した自由な存在であるから、自らの能力と努力によってその成果を享受する権利を均しく有している。過去における人種差別は、そのような個人の人權をふみにじるものであったから、憲法および公民権法は一切の差別を禁止して個人の自由を貫く趣旨であるとみる。

しかし、「機会の平等」を軸とするレンキストアプローチも、アファーマティブ・アクションを一切否定するわけでない。それは、Wygant判決において、「過去の差別についての説得力ある証拠」があれば、任意的アファーマティブ・アクションの正当性を認める、と判示している点から明らかである。⁽⁷⁾しかし、この要件は、任意的アファーマティブ・アクションを、あくまで、差別事実に対する「救済(remedy)」と把握する立場である。すなわち、差別を行ったという「罪」によって「犠牲者」が発生すれば、それを「救済」していくのが裁判所の役割である、という基本認識に基づく。⁽⁸⁾それは、Iで考察した、憲法および公民権法違反の救済措置としてとる裁判所によるアファーマティブ・アクションときわめて類似している。おそらく、それと同一視できる範囲でのみ任意的アファーマティブ・アクションを肯定していくアプローチといえよう。したがって、この立場は、Wygant判決においても述べられたが、「罪なき人々(innocent)」に不利益を課し、「犠牲者」でない人に「棚ぼた式(windfall)に」恩恵が

与えられることを徹底して嫌い、「過去の差別」の立証を厳格に求める。

しかし、このアプローチには、問題も多い。⁽⁹⁾ すなわち、そもそも差別は特定の個人に向けられるのではなく、集団に向けられるのが事実である。そして、その個人がいかに能力に恵まれいかに努力をしても、一旦社会に形成されている「ステレオタイプ」のまえばでは虚しく、また、「ステレオタイプ」は、その属する集団が能力を発揮できない環境や、努力を断念させてしまう環境をも作り出してしまふ、という点である。差別の歴史を思うと、個人主義的アプローチがどこまで現実的でありうるか、いいかえると、実際の具体的「犠牲者」だけを救済していく方法が妥当か、問題は残る。

ブレナンアプローチは、そのような現実認識に基づき、憲法および公民権法の制定は、過去において差別された「集団」の利益を保護し、それを促進することに狙いがあるとみる。したがって、憲法および公民権法第7編を相対平等の規定と理解し、一定の差別行為すなわち「逆差別」を認める。⁽¹⁰⁾ その目的の範囲において差別は正当化される。「機会の平等」に対して「結果の平等」を指向するアプローチである。したがって、憲法に違反する差別か否かの判断基準も緩やかにならざるをえない。⁽¹¹⁾

そこで、このようなアプローチの対立のなかで Johnson 判決をみた場合、ブレナン裁判官の法廷意見は、従来の彼自身のアプローチをさらに展開した内容を示していることに気づく。

[2] Johnson 判決の意義

そこで、ブレナン裁判官の法廷意見が先例とした Weber 判決をふりかえてみると、Weber 判決では、任意的アファーマティブ・アクションが正当化されるのは、それが「伝統的に差別されてきた職種における明白な不均衡の解消を目的とする」ことを第一要件とした。ところが、「伝統的な差別」が何をさすか、また、それはどのように立証されるのか、

Weber 判決では不明瞭なままであった。事実、ブレナン裁判官は、これらの用語の定義をまったく行っていない。それどころか見逃すことのできないのは、同裁判官は、使用者が過去にどのような差別行為を実際に行ったか認定しているわけでもなく、さらに、ブラックマン裁判官によれば、両当事者はそのような立証を望んではない、とさえ指摘される。⁽¹²⁾したがって、ブラックマン裁判官によれば、「伝統的な差別」とは、過去の具体的差別行為の立証を要せず、「黒人を意図的に (purposeful) 排除した社会的歴史のある場合」⁽¹³⁾を指す、と理解することができる。「結局のところ、『存在したことがほぼ確定的な過去における人種差別の残滓』を排除しようとする」場合、⁽¹⁴⁾アファーマティブ・アクションは正当化することができるのである。その際、「伝統的な差別」が存在することは、労働者構成について「明白な不均衡」が認められることによって推定され、使用者は、それを示す統計資料を提出して立証することとなる。⁽¹⁵⁾

Johnson 判決はこのような Weber 判決を先例と宣言する。しかし、その内容が Weber 判決の基準と同一内容であったか、疑問に思われる。それは、ブレナン裁判官が、Weber 判決においては、一般黒人が「伝統的に排除されてきた」歴史について、多くの人種関連判例を枚挙して「排除の証拠は多い」と判示している点である。⁽¹⁶⁾ところが、Johnson 判決では、女性一般を「伝統的に排除」した歴史があるか、ブレナン裁判官は、一切ふれない。それどころか、Weber 判決の第一基準から、「解消」という要件を巧妙に避け、「明白な不均衡」そのものによってアファーマティブ・アクションは正当化されると判示しているのである（前章〔2〕(1)②）。そして、「伝統的に女性の職種」と考えられている職種に女性が集中し、そのように考えられていない職種に女性がいない、という事実を判断の決定的要因とする。すなわち、Weber 判決においては、労働者構成についての「明白な不均衡」が「伝統的な差別」を推定させるのに対して、本件は、「伝統的な差別」(傍点筆者)にはふれず、「伝統的な女性の職種」へ

の集中だけをアファーマティブ・アクションの正当化理由としているのである。結論部分で、ブレナン裁判官は、「熟練技術職における明白な不均衡があり、その解消に対する交通局のコミットメントがあれば、性を考慮することは不合理とはいえない」¹⁰⁷⁾と繰り返し判示するのである。

要するに、法廷意見は、優遇措置を受けた特定の女性に対してどのような具体的差別行為があったかを検証せず、また、女性一般に対する過去の差別の歴史について検証せず、いわんや、労働構成における現在の男女の不均衡を生んだ原因についての検証もしない。すなわち、238の熟練技術職について、女性が一人として職を占めていないことの因果関係について一切認定せず、「過去の差別」との関連にふれない。Weber 判決においては、労働構成に占める黒人の割合が「低い」ことが問題であったが、Johnson 判決においては、労働構成に占める女性の割合は「ゼロ」なのである。あるいは、それは、ブレナン裁判官が、高裁の判決を引用し¹⁰⁸⁾「女性がそのような職種につくことが一般に少なく (unrepresented)、しかも、彼女たちの参加に反対する社会の強い圧力があることを立証するのに、おびただしい証拠 (a plethora of proof) はほとんど不要である」(傍点筆者) からかもしれない。しかし、そこで語られているのは、「社会の強い圧力」であり、「過去の差別」ではない。かりに「圧力」を「差別」と読みかえることが可能であるとしても、逆に、Weber 判決においてこそ、人種差別があったことについての「おびただしい証拠」は不要であったはずである。このように対比してみると、法廷意見は、「社会的圧力」のように、「過去の差別」と態様の異なる差別を、「救済 (remedy)」にとどまらず「解消 (eliminate)」する目的の場合でも、アファーマティブ・アクションを正当と評価する方向をうちだした、とみることができるのではないだろうか。事実、反対意見を書いたスカリア裁判官は、法廷意見が判決を通して認めたアファーマティブ・アクションは、実は「差別をなくすものではなく、むしろ、社会態度を改造 (alteration) するものである」と

非難しているのである。¹⁹⁾

確かに、いわゆる「熟練技術職」について、女性はその職を望み応募しながらも女性であるがゆえに意図的に排除された、という過去の歴史は少ない。女性は「熟練技術職」になじまないと、男性は善意から信じ、女性自身もそのように信じていたため、そもそもそれを望みかつ応募するということがなかった。そこにあるのは、ブラックマン裁判官のいう「意識的な差別」²⁰⁾ではなく、応募することさえありえないと男性も女性も思い込んでいた状況すなわち「長い間つちかわれてきた社会的態度 (long-standing societal attitude)」²¹⁾である。それは、「女性の役割についての習慣化してしまった社会的態度と女性に対する善意のパターナリズム (paternalism)」²²⁾がつくりだした状況であり、明らかに、人種差別の場合と異なる。被害者・加害者の構図が人種差別のように明確でないため、有害な差別と認識されないのである。したがって、最高裁が女性を優遇するアファーマティブ・アクションを認めたことは、「最も一般的で不愉快な差別の表現、すなわち、無意識の差別やステレオタイプ」²³⁾に対峙し、しかも、それに救済の途をひらいたということであり、きわめて大きな意義があるといわなければならない。すなわち、過去の「意図的差別」にとどまらず、さまざまな形態の差別を救済する態度を示したといえる。しかも、その場合、おそらくは単に「救済」にとどまらず、むしろ差別の「解消」または「是正」に途をひらいたといった方が適切かもしれない。

[3] Johnson 判決の問題点

このようなアプローチは、上述した「罪」・「犠牲者」・「救済」の概念を基調にするレンキストアプローチとはおよそあいられない。ところが、法廷意見は、形式的には、「伝統的な差別」という用語を一応用しており、あたかも「罪」の立証を求めているかのようである。この点の曖昧さは既に指摘されており、²⁴⁾ Johnson 判決以降の下級審判決には、Johnson 判決

を先例としながら「過去の差別」の立証を求め、その実質を換骨奪胎してしまっている判決もある。²⁹

法廷意見は、「無意識的差別」あるいは「社会的差別」の「解消」（あるいは「是正」）という姿勢をあからさまに示すことにためらいがあったのであろうか。それは、過去の判決の推移を考慮すれば、裁判官のあいだに妥協が存在したこともうかがわせる。³⁰ そうであれば、今後、アファーマティブ・アクションをめぐる最高裁の判断は、なお、揺れ続けるかもしれない。

したがって、アファーマティブ・アクションによって、あらゆる形態の差別をなくしていこうとするなら、従来の理論とは異なる新たな論理構成が必要である、との指摘³¹はもっともである。「過去」の行為に対する「救済」の論理構成には、「罪なき人々」が犠牲を払い、「犠牲者でない人」が恩恵を受けるなど、救済対象や立証の点において、限界があるためである。その限界は、性差別の場合に限られない。奴隷制度を生んだ先祖の罪を、現在の子孫が、アファーマティブ・アクションという形で、何故負わなければならないのか、の声は絶えずきかれる。そこで、たとえば、善意の差別や無意識の差別などを包摂するように、救済が必要な「害悪」の定義を拡大していくべきであるとの意見³²もあるし、また、「救済」という観点を捨象し、「将来的な理由 (forward-looking justification)」からアファーマティブ・アクションを正当化すべきであるとの意見もある。³³ とりわけ、後者に関しては、すでに、最高裁判決において、同様の意見をみることができ、十分に可能な論理構成といえる。たとえば、Johnson 判決の補足意見において、スティーブンス裁判官は、この立場を明確に宣言し、「特定集団に対するサービスの向上や労働力の多様性の促進などの、将来にむけた配慮は、アファーマティブ・アクションを正当化する」³⁴と述べている。また、Wygant 判決の多数意見で、「過去の差別」の「説得力ある証拠」を求めたパウエル裁判官も、Bakke 判決においては、特別入学

制度が「大学において多様な学生を確保する目的であれば、正当化される」と判示している。⁽³¹⁾ また、その *Wygant* 判決の控訴審判決は、すでにみたように、「役割理論」を提示している。⁽³²⁾ 大学や労働構成における人的多様性を確保するという目的は、「将来的な理由」の一つとして十分に正当性をもつのではないだろうか。このような「将来的な理由」は、K. サリバン (K. M. Sullivan) も指摘するように、少なくとも、「罪なき人々」のもつ不公平感を静めることができ、有効な機能が期待できる。⁽³³⁾

注(1) 443 U. S. 193 (1979).

(2) 106 S. Ct. 1842 (1986).

(3) *See* 107 S. Ct. 1446.

(4) K. M. Sullivan, *The Supreme Court-Comment: Sins of Discrimination: Last Term's Affirmative Action Cases*, 100 HARV. L. REV. 78 (1986) も、アファーマティブ・アクションをめぐる二つの立場が対立することを示唆している。

(5) II章で考察した諸判決におけるバーガー裁判官やレンキスト裁判官の意見は、この見解を反映している。西村裕三・アメリカにおけるアファーマティブ・アクションをめぐる法的諸問題97頁 (1987) によれば、たとえば、*Fullilove v. Klutznick*, 448 U. S. 448 (1980) のスチュワート裁判官の反対意見、*Arizona Governing Comm. v. Norris*, 103 S. Ct. 3492 (1983) のマーシャル裁判官の意見などにこの立場をみいだすことができる。

(6) アファーマティブ・アクションをめぐる「個人主義的平等モデル」について、西村・前出注(5)90頁。

(7) 106 U. S., at 1848.

(8) *See Sullivan, supra* note 4, at 91.

(9) 「個人主義的平等モデル」の問題点について、西村・前出注(5)92頁、横田耕一「平等原理の現代的展開—“Affirmative Action”の場合—」現代国家と憲法の原理667頁 (1983)。

(10) アファーマティブ・アクションをめぐる「集団主義的平等モデル」について、西村・前出注(5)93頁。

(11) 女性を優遇するアファーマティブ・アクションについての判例の場合と異なり、いわゆる性差別の判例において、レンキストアプローチは、男女の「現実の相違」に基づいてゆるやかな審査基準を適用し、一方、ブレナンアプローチは、男女の「現実的相違」は差別を正当化しないとして、厳格審査の基準を適用する。アファーマティブ・アクションをめぐる二つのアプローチとは対照的であり、検討されなければならない問題であろう。たとえば、*R. Colker, Anti-Subordination above All: Sex, Race, and Equal Protection*, 61 N. Y. L.

REV. 1003 (1986) は、アファーマティブ・アクションも含めた一切の「異なるあつかい」に対して統一的に適用されるべき違憲審査基準として、Anti-Subordination の概念を提唱する。Colker は、差別に反対する従来の支配的な考え方を Anti-Differentiation と位置づけ、この概念は、内容上も訴訟法上も問題が多い、と指摘する。なお、性差別の判例について、有澤知子「性差別と合衆国最高裁判所」法学新報92巻7・8・9号31頁(1986)。

- (12) 443 U. S., at 213-214.
- (13) *Id.* at 212.
- (14) 西村・前出注(5)60頁。
- (15) 西村・前出注(5)74頁。
- (16) 443 U. S., at 198 n. 1.
- (17) 107 S. Ct., at 1452.
- (18) *Id.* at 1453 n. 12 (quoting 748 F. 2d 1308, 1313 (9th Cir. 1984)).
- (19) *Id.* at 1471.
- (20) 443 U. S., at 213-214.
- (21) 107 S. Ct., at 1471.
- (22) Note, The Supreme Court, 1987 Term, 101 HARV. L. REV. 119, 309 (1987).
- (23) *Id.* 301.
- (24) *Id.* 300.
- (25) *Hammon v. Barry*, 826 F. 2d 73 (D. C. Cir. 1987).
- (26) 有澤・前出注(1)65頁によれば、性差別の判決では、ブラックマン、パウエル、スティーブンス裁判官が、「浮動(swing)な」裁判官としてキャスティングヴォートに与るといわれている。ところで、性差別の判決ではブレナンアプローチに与するオコナー裁判官は、Johnson 判決において、補足意見を書いている。そのなかで、オコナー裁判官は、アファーマティブ・アクションは「過去の差別」に対する救済が目的の場合にのみ、その正当性が認められると述べ、その点で、むしろ反対意見と同じ立場をとる。しかし、反対意見と異なり、「過去の差別」について具体的証明を求めない。そして、救済が必要である旨の「確固たる理由(firm basis)」は必要であるが、統計的不平等はそれを推定させる、と判示する。熟練技術職について女性が皆無であったこと、すなわち、「不変のゼロ」によって、「確固たる理由」が推定され、また、Joyce の昇進については性が唯一の要素ではなかったことを理由に、本件を正当と認める。107 S. Ct., at 1463.
- (27) *Sullivan*, *supra* note 4, at 96; *Colker*, *supra* note 11, at 1058; C. R. Lawrence, *The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism*, 39 STAN. L. REV. 317 (1987).
- (28) Note, *supra* note 22, at 300.
- (29) *Id.* 309; *Sullivan*, *supra* note 4, at 96.
- (30) 107 S. Ct., at 1460.
- (31) 438 U. S., at 311-315.

(32) 746 F. 2d 1152.

(33) Sullivan, *supra* note 4, at 96.

おわりに

Johnson 判決の画期的意義を検討したが、さらに考察をくわえなければならぬ問題は多い。たとえば、具体的にどのような立証過程をとるか、また、憲法訴訟の場合と公民権法訴訟の場合との整合性など、アファーマティブ・アクションの訴訟上の問題がある。しかし、本稿では、紙幅の関係で、理念的部分にしかたちいることができず、これらの問題は、今後の課題として指摘するにとどめておきたい。

ところで、最高裁は、明言を避けたものの、アファーマティブ・アクションが「無意識的差別」「社会的差別」の解消を目的とするものであってもその正当性を肯定するが、目的の正当性によって、手段がすべて正当化されるわけではない。したがって、法廷意見は、目的達成の手段として、アファーマティブ・アクションが被差別集団に対して著しい負担をかけないことを要求し、具体的に、被差別集団の権利を不必要に制限しないこと及び一時的措置であることを、その要件とする。それは、資格のない者をも優遇するような、「盲目的」態度まで認めるものではないことを指し、Joyce の採用も、人事そのものが内包する主観的要素を指摘しながら、女性であることはいくつかの考慮要素の一つにすぎなかったことを力説する。しかし、これらの要件も、実は、最高裁が「罪なき人々」にいかに配慮しているか、その一端をうかがわせるものに思えてならない。手段面での審査基準に関して、目的とのあいだに「相当な関連性」があればたりるか（合理性の基準）、「実質的な関連性」を要求するか（中間審査の基準）、議論の余地はでてくる。最高裁の趨勢をみれば、問題の焦点は、目的の正当性よりも手段の正当性の判断にうつってこよう。

Johnson 判決によって、徹底した個人主義には救済上の限界のあるこ

とがあらわになった。しかし、救済の必要を痛感しつつも、その一方で、裁判所が「社会的差別」の解消に積極的態度を示すことが、はたして司法の適切な役割か、議論はわかれる。裁判所は、違法行為に対して救済を講じる機関であっても、社会的正義を実現する機関ではない、との意見は根強い。しかも、アファーマティブ・アクションは、差別をなくすために差別を行う両刃の剣であり、ある意味において、差別を固定化し、個人の能力は差別のなかでしか発揮できなくなるという結果をもたらしかねない。しかし、憲法のめざす個人主義が真の意味で実現されるには、時間だけでなく、努力も必要である。したがって、個人主義の理念のなかで、この両刃の剣を微妙なバランスを保ちながら用いていくことが、裁判所に求められているのかもしれない。「伝統的な差別」という語がひじょうに曖昧なまま問題を先送りにしてしまったため、おそらくは、個人主義との葛藤のなかでなおも揺れ続けるであろう最高裁の判断を、今後も注目していきたい。