



「憲法学における『平等』の基礎的考察」

植木, 淳

(Degree)

博士 (法学)

(Date of Degree)

2001-03-31

(Date of Publication)

2008-11-07

(Resource Type)

doctoral thesis

(Report Number)

甲2297

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/D1002297>

※ 当コンテンツは神戸大学の学術成果です。無断複製・不正使用等を禁じます。著作権法で認められている範囲内で、適切にご利用ください。



博士学位論文

「憲法学における『平等』の基礎的考察」

専攻 : 憲法学

指導教官 : 浦部法穂教授

学籍番号 : 956D032J

氏名 : 植木 淳

提出日 : 2001年1月10日

論文「憲法学における『平等』の基礎的考察」

(目次)

序章 憲法学にとっての「平等」とは何か～「合理性」を越えて	…… (3)
第1章 アメリカ平等保護理論における論点整理	…… (6)
第2章 平等保護における「個人主義」と「集団主義」～人種中立主義の再構成……	(13)
第1節 「人種平等」における二つの方向性	…… (13)
～「人種からの自由」と「人種への自由」	
第2節 集団主義的平等論～「人種への自由」を求めて	…… (18)
第1項 集団主義的平等論	
第2項 批判的人種理論 (Critical Race Theory)	
第3節 集団主義的平等論の意義と問題点	…… (30)
第1項 批判的人種理論の意義～「人種からの自由」のために	
第2項 集団主義的平等論の問題点～「人種への自由」について	
小括	
第3章 平等保護の本質について～「反差別原理」と「反従属原理」	…… (40)
第1節 「合理性」を越えて	…… (40)
第2節 「反差別」と「反従属」～歴史認識と実践的意図	…… (42)
第3節 「反差別原理」	…… (46)
第1項 「反差別原理」とは	
第2項 憲法解釈論としての「反差別原理」～「要件指向の平等論」	
第3項 「反差別原理」の帰結	
第4節 「反従属原理」	…… (57)
第1項 「反従属原理」とは	
第2項 憲法解釈論としての「反従属原理」～「効果指向の平等論」	
小括	
第4章 「疑わしき区分」～何に反対するのか	…… (71)
第1節 最高裁判例における「疑わしき区分」	…… (71)
第2節 「疑わしき区分」を決定するのは何か	…… (75)
第1項 不変性からのアプローチ～Perry、Brest、Sunstein 教授による議論	
第2項 非対称性からのアプローチ～Balkin 教授による議論	
第3項 政治過程からのアプローチ～Ely 教授による議論	
小括	

第5章 Affirmative-Actionの問題	…… (92)
第1節 最高裁判例概観	…… (93)
第2節 Affirmative-Actionの正当化論	…… (96)
第1項 Affirmative-Actionをめぐる議論の再整理	
第2項 「救済」のためのAffirmative-Action	
第3項 「多様性」のためのAffirmative-Action	
小括	
第6章 中立的規範の問題～「異なる効果型」事案	…… (119)
第1節 最高裁判例概観	…… (119)
第2節 人種中立的規範の合憲性	…… (121)
第1項 「結果テスト」という問題提起	
第2項 「意図テスト」を越えて	
小括	
第7章 違憲審査基準の問題～厳格審査基準の再検討	…… (135)
第1節 違憲審査基準論の展開と問題	…… (136)
第1項 「厳格審査基準」と「合理性の基準」～二段階審査基準	
第2項 「中間審査基準」～三段階審査基準の形成	
第3項 審査基準論の混迷～「厳格審査基準」の再検討へ	
第2節 厳格審査基準の再検討	…… (141)
第1項 厳格審査基準についての二つの理解	
～「費用便益型」と「真意探求型」	
第2項 「真意探求型」厳格審査	
第3節 最高裁における厳格審査基準	…… (148)
小括	
アメリカ平等保護理論についての総括	…… (160)
終章 日本における平等原則の解釈論	…… (164)
第1節 「相対的平等」と「絶対的平等」	…… (164)
第2節 「合理性」の探求	…… (168)
第1項 「合理性」の内容についてのアプローチ	
第2項 審査基準からのアプローチ	
小括	
日本の平等保護理論についての試論	…… (182)

序章 憲法学にとっての「平等」とは何か～「合理性」を越えて

本稿は、現代国家における「平等」とは何かを解明するために、アメリカにおける平等保護理論を紹介・検討する。そして、そのことによって日本国憲法 14 条「平等原則」の解釈指針を提供することを目指すものである。

近代立憲主義にとって、「平等」という観念は、常に最重要テーマでありつづけた。しかし、憲法典における「平等保護条項」には、いかなる規範的意味があるのかという問題については、いまなお明確な解答がなされていない。

(1) 日本国憲法 14 条 1 項をめぐる議論

例えば、日本国憲法 14 条 1 項である。日本国憲法 14 条 1 項は「すべて人は法の下に平等であつて、人種・信条・性別・社会的身分又は門地によって差別されない」と規定する。

この憲法 14 条 1 項について、長らく、日本の判例・通説は「合理的差別」は許容され、「不合理な差別」は禁止されるものとして説明してきた（相対的平等説）¹。さらに、同項後段に「人種・信条・性別・社会的身分又は門地によって差別されない」と規定されていることについては、「不合理な差別」についての「例示」にすぎないと評価され（例示列举説）、「人種による区別」であろうが「それ以外の区分」であろうが、「合理的根拠」があれば許容され、「不合理」であれば許容されないという枠組がとられてきた²。

これに対し、このような通説・判例（相対的平等説・例示列举説）の立場では、「何が合理的区別か」がわからず、平等保障の内容が不明確になるのではないかという疑問が示されてきた³。このような問題意識にたつてか、最近では、14 条 1 項後段列举事由に特別の意味を認め、後段列举事由による区分については原則として不合理なものとし厳格審査基準が適用され、それ以外の区分については原則として合理的なものとし合理性の基準が適用される、とする説が有力に主張されている（特別意味説）⁴。この意味で、特別意味説とは「相対平等説」を基本にしつつも、「何が合理的区別か」を明らかにするための指針として後段列举事由をもちいるものだといつてよい。

しかしながら、特別意味説は「14 条 1 項後段列举事由に基づく分類に厳格審査を要求す

¹ 法学協会編『註解日本国憲法（上巻）』（有斐閣・1953）350-351 頁、宮沢俊義『法律学全集 4・憲法Ⅱ』（有斐閣・1959）265 頁など。

² 法学協会編前掲文献 349 頁、宮沢前掲文献 264 頁など。

³ 「何が合理的区別か」について探求する試みとして、野中俊彦「『合理性基準』の再検討」ロー・スクール 28 号 4 頁以下（1981）、中村陸男「法の下での平等と『合理的差別』」公法研究 45 号 27 頁以下（1983）など。

⁴ 伊藤正巳「法の下での平等」公法研究 18 号 24 頁（1958）、芦部信喜『憲法（新版補訂版）』（岩波書店・1999）127-128 頁、佐藤幸治『憲法（第 3 版）』（青林書院・1995）478 頁など。

る」というだけのものであり、ここでは「人種、信条、性別、あるいは社会的身分」に基づく区分が「疑わしいものである」が、「ある場合には合理性を持ちうる」ということが所与のものとされている。そして、ここでいう「合理性」の中身については何ら論及されていないのである。例えば、人種による区分が原則として不合理であるのはなぜか、また、それが例外的に合理的であるのはいかなる場合か、あるいは、特別意味説はこのような「合理性」の中身については何も語っていない。平等原則に関連して、政府行為に要求される「合理性」という概念は～それは、どのような判断基準をもちいようが、最終的決定要素として考えられている～いまだに「不明確」なものなのである。

さらに、平等原則に関連して、法律の「合理性」を考慮要素するということは、「不明確」であるばかりでなく、「不正確」ですらあるように思われる。もし、「合理性」という言葉が「合目的性（目的適合性）」として捉えられるのであれば、多くの社会的差別は「合理的」だと考えられるからである。例えば、社会的に、男性は信用できる交渉相手であるが、女性は信用できる交渉相手ではないという共通認識がある場合に、女性を採用しないという行為は「合理的」であるといえる。もちろん、この事例においては、そもそも「女性が交渉に適さない」という認識自体に事実誤認があるのは明らかであるから、そのような事実誤認にもとづく社会慣行全体が「不合理」であるとも評価できよう。しかし、例えば、男性は出産によって職場を離れる可能性がないが、女性は出産によって職場を離れる可能性があるため、女性を採用しないという行為はどうか。このような行為は、それ自体は事実にもとづいたものであり、何らかの目的にてらして「不合理」とはいえないものであろう。

このように考えれば、平等原則について考える「起点」となるのは、「合理的区別とは何か」という問題設定ではない。平等原則とは一定の行為について～それが、何らかの目的にてらして合理的な行為であっても～禁止するものであって、ここでは「合理的であっても禁止される区別は何か」という問題設定が「起点」になるべきなのである。従って、本稿においては～「合理性」という問題を越えて～「憲法における平等保護条項は、何に反対し、何を禁止するものなのか」という問題が究明されることとなる。

(2) アメリカにおける平等保護理論

この点、アメリカにおいては、平等保護条項は「合理性」という概念によっては説明できないという問題意識が存在しているように思われる。例えば、アメリカ平等保護理論において、全ての行為を「合理性の基準」によって判断する枠組が放棄され、一定の行為については「厳格審査基準」によって判断するという枠組がもちいられることになったのは～日本においては、単なる「審査基準」の厳緩の問題として、表層的に理解されがちではあるが～何らかの目的にてらして「合理的」であっても許されざる行為があるという理解

の顕れであると考えられるのである。

そして、アメリカ平等保護理論における論争の多くは、このような「何らかの目的にてらして合理的であっても許されざる行為とは何か」という問題に収斂されているように思われる。例えば、伝統的理論においては人種的区分などの「疑わしき区分」は～「合理性」とは無関係に～禁止されると考えられてきた。これに対して、新しい議論においては、人種的マイノリティを従属的關係におく行為が～「合理性」とは無関係に～禁止されると考えるものがある。このような議論は、いずれも「平等保護条項は何に反対するものなのか」という問題に直截に答えるものとなっているものなのである。

このように平等保護条項には、単なる「合理性」という概念では説明できない独自の規範内容があると考えなければならない。このようなことが意識されないかぎり、『平等』とは単なる『正義』の言い換えにすぎないものであって、それ自体、独自の意味をもたない」という批判を免れることができないであろう。

このような問題意識にたっとうえで、本稿においては、アメリカの平等保護理論を素材として、「平等保護の本質」とは何かを究明する。そして、その「平等保護の本質」を踏まえたうえで、平等保護条項をめぐる具体的問題について検討を加える。そして、そこからの知見をふまえて、終章において日本の平等原則をめぐる学説についても検討を加えることとする。

第1章 アメリカ平等保護理論における論点整理

本稿は、最終的には、立憲主義国家にとっての「平等」とは何か、という普遍的問題を究明することを目的とする。これは、序章でもふれたように、「合理性」という概念には還元しえない平等保護条項独自の価値の究明である。そして、本稿は、そのための手掛かりとして、アメリカ憲法学における議論を参照するものである。しかし、アメリカ憲法学を参照するのであれば、まず、以下のことに留意しておかねばならない。

アメリカ合衆国憲法修正14条「平等保護条項」の解釈論は、アメリカ憲法学における最大のテーマの一つであり、また、きわめて強い社会的関心を集めるテーマでもある。その原因は、修正14条が、その制定から現在にいたるまで、アメリカにおける最大の社会問題であった「人種問題」についての、一つの解答を示すものとして期待されてきたことにある。アメリカ憲法における平等論とは、「人種平等」の問題を離れて抽象的に論じることはできないのである。

従って、アメリカ憲法における平等保護理論を検討するにあたっては、「人種問題」という特殊アメリカ的問題が背景にあるということを忘れてはならない。すなわち、平等保護条項の解釈をめぐる論争の背景には「人種問題」についてのスタンスの違いがあり、そのことを念頭におかずして論争を検討することはできない。

本稿は、あくまでも近代憲法学における「平等」について一般的抽象的に検討することを目的とするものであるが、そうである以上、なおさら議論の背景になっている特殊アメリカ的事実について意識し、それを捨象した議論をすることが求められるのである。

従って、本稿では、まず、第1章において人種問題の歴史を整理しつつ、具体的な問題点を指摘することから検討をはじめたいと思う。

(1) アメリカ人種平等論の歴史

①アメリカにおける人種差別の歴史

そもそも近代立憲主義における基本原理は「個人主義」であったはずである。この「個人主義」の立場からは、国家は全ての人を人種、民族、宗教、文化的背景から切り離し「個人」として尊重しなければならない、ということが要求される¹。

しかし、このような「個人主義」は、多くの西洋諸国において「建前」でしかなかった。西洋における近代国家といえども、民族的基盤を背景とした「国民国家 (nation state)」という性格を脱しえなかったのである²。

¹ 例えば、C.Taylor 教授は、近代国家における普遍的理念は、宗教や文化に対して中立的であることを要求する“difference-blind”であったと指摘する (Charles Taylor, Politics of Recognition, in MULTICULTURALISM 39 (1994))。

² 武者小路公秀「国際政治におけるエスニック集団」初瀬龍平編著『エスニシティと多文化

この点、アメリカ合衆国は、成立当初から移民を中心として成り立つ「多民族国家 (multi-nation state)」であった。しかし、多民族国家であっても（あるいは多民族国家であるがゆえになおさら）、人種的（あるいは宗教的・文化的）多数派集団と、少数派集団との間における差別は厳然として存在していたのである。具体的には、アングロサクソン系市民が「アメリカ人」の典型であり、イタリア系、東欧系、ユダヤ系、アジア系市民は人種的マイノリティとして差別の対象でありつづけた。また、プロテスタント系市民が「アメリカ人」の典型であり、カトリック系、ユダヤ教系市民は異端視されてきたのである³。

そして、このアメリカ社会において、もっとも凄惨な差別を受けつづけてきたのがアフリカ大陸から奴隷として連行されてきた人々を祖先とする黒人⁴であることはいうまでもない。こうした黒人と、ネイティブ・アメリカンは、そもそも建前としても「アメリカ市民」には含まれず、自由と権利において全くの埒外におかれ続けていたのである⁵。

その後、アメリカ合衆国は、奴隷とされていた黒人の処遇をめぐる北部諸州と南部諸州とに分裂し、ついに南北戦争にまで発展する。そして、この南北戦争に北軍が勝利したことによって、1865年に奴隷制度の廃止（憲法修正13条）が、そして1868年に人種的平等を意図する平等保護条項（修正14条）が実現された。この段階にいたって、はじめて、憲法のうえでは、黒人は対等な立場に立つことになったのである。

しかし、平等保護条項が成立した後も、南部諸州を中心にして、人種差別は依然として残った。そこでは、ジム・クロー法と総称される一連の差別的立法によって人種隔離政策が維持されてきたのである。

このような人種差別的立法は、最高裁判所においても長らく正当化され続けてきた。例えば、1894年のPlessy判決においては、「分離すれども平等」という法理論をもとに、客車における人種的区分を規定する州法が合憲とされた⁶。本判決でのBrown法廷意見は、修正14条は白人と黒人とを平等に取扱うことを要求しているが、彼らを別々に取り扱うこと自体は「不平等」とはいえないとして、人種隔離を正当化したのである。

このBrown法廷意見における最大の問題点は、現実に行われている人種的区分は人種的

主義』（同文館・1996）5頁以下参照。

³ 明石紀雄・飯野正子『エスニック・アメリカ（新版）』（有斐閣選書・1997）、今田克司「米国における文化多元主義」初瀬編前掲文献151頁以下。

⁴ 「黒人」ないし「白人」という表現は、「人種」による分類を前提とした表現である。しかし、近年においては、「人種」による分類自体が問題視され（第2章第3節第2項で詳述する）、「民族的出自」による分類によって表現されることが多い。すなわち、「白人」「黒人」などと表現するのではなく、「アングロサクソン系」「イタリア系」「中国系」「アフリカ系」と表現するのが適切だと考えられている。従って、ここでも「アフリカ系アメリカ人」と表現すべきかもしれない。しかし、本稿では、歴史的事実についての記述が多いこと、人種的区分を正当化する議論について紹介すること、紹介する論説のほとんどが「黒人」という表現をもちいていること、などから「黒人」という表現で統一することとする。

⁵ C.V.ウッドノート『アメリカ人種差別の歴史』清水博・長田豊臣・有賀貞訳（福村書店・1998（新装版）など参照。

マイノリティを劣等視することに由来するものであるという事実や、人種的マイノリティの地位を格下げする効果を持つものであるという事実を、全く無視したことである。最高裁は、実際には不平等であるものを平等と言いくるめることによって、修正 14 条の「建前」と露骨な人種差別という「現実」の辻褃合わせをしたのである。

ところで、この Plessy 判決に対する Harlan 裁判官の反対意見こそ、後に数多く color-blind 原則として引用される次の一節を含むものであった。

「この国では白人は自らを支配的人種であるとみなす。(中略)しかし、憲法の観点から、法の目から見て、この国に市民の中に優越的、支配的な階級は存在しない。ここにはカーストは存在しない。我々の憲法は人種を考慮しないもの (color-blind) であり、市民を区分することを知らず、また許さない⁷」。

この言葉はまさに近代個人主義が理想として追求するはずであったものを表現するものにほかならない。こうした理想については既にある程度の人々に意識されていたことではあったにしても、近代アメリカ社会は「個人主義」～そこには「人種的中立性」が含まれるはずである～を理想としたにも関わらず、それが実現されなかった、あるいは形骸化された社会だったと言えるのである。

そして、この時代までは～すなわち公民権時代以前は～人種にもとづいて政策決定がなされるということは、すなわち人種的マイノリティを劣等視し、不利に扱うことを意味するものであった。従って、この時代に「人種平等」を要求するということは、人種にもとづいて政策決定をしないことを要求することを求めるものであった。それゆえに、Plessy 判決 Harlan 反対意見において述べられた「color-blind」(人種を考慮しないこと)という理念は、少なくともこの時代までは、「人種平等」それ自体を示す言葉として考えられたのであった。

②公民権時代以降の問題状況

しかし、第二次世界大戦以降、問題状況は劇的に変化した。

まず、1954 年の Brown 判決において、連邦最高裁が、公教育における人種分離は憲法に違反するとの判断を下した⁸。そして、その後、公教育において人種統合を要求する判決が相次いでだされることとなった。さらに、1960 年代からはじまった公民権運動の成果によって、あるいは 1964 年に成立した公民権法によって、学校、職場、公共施設などの社会生活のあらゆる局面における人種隔離政策が撤廃されるようになってきた。これは、黒人に対して長らく否定されつづけてきた「法の下での平等」を実現するものとなったのである。

⁶ Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896) .

⁷ Id. at 559.

⁸ Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954) .

しかし、公民権運動を通じて人種的マイノリティが獲得したのは、「形式的平等」にすぎなかった。過去の差別による貧困、劣悪な居住、教育環境、そして社会に浸透している差別的な社会的慣行などがマイノリティから実質的に機会の平等を奪っているという問題は未解決のままだったのである。ここでは、過去の人種差別による負の遺産をどのように解消していくかが問題となったのである。

このような現実、公民権運動から40年近く経過した現在でも克服されているとは言い難い。90年代にいたっても社会的な人種分離や人種間対立は解消されず、一部には激化の傾向もある。より重要なことは、白人と黒人との間にある、人種問題についての「意識」の相違である。例えば、白人と黒人との所得格差が依然として大きいことなどにつき、ほとんどの白人は「少なくともここ30年のあいだに、黒人は圧倒的に有利な立場とまではいわないが、公平なチャンスや平等の機会以上のものを与えられてきた」と信じており、黒人の状況は彼ら自身に責任があると考える傾向があるのに対し、黒人の側はさまざまな局面において不平等感を持っているとされる⁹。このような意識格差は、しばしば人種間の摩擦をひきおこすものとなっているのである¹⁰。

そして、このような状況の変化によって、「人種平等」の意義自体も動揺することとなった。先述したように、公民権時代以前は、人種にもとづいて政策決定をしないこと～すなわち、color-blind原則をつらぬくこと～が「人種平等」の内容だと理解されうる状況であった。しかし、公民権時代以降、人種的マイノリティに対して積極的に実質的平等を保障することが求められるようになると、一定程度は、人種を考慮した政策決定が要求された。逆に、color-blind原則をつらぬいて人種的政策を否定することは、人種的マイノリティに対する実質的平等を否定するものになってしまうのである。

(2) 公民権時代以降の平等問題～論点の整理

このような公民権時代以降の状況において、平等保護条項の解釈をめぐる議論も大きく変化することになった。平等保護条項の解釈について、次のような諸論点が問題となった。

① 人種平等の理念～「人種からの自由」と「人種への自由」

まず、平等保護条項の具体的な解釈の問題以前に、平等保護条項が解決すべき最大の問題である「人種平等」の理念について揺らぎ生じていることを指摘しなければならない。

そもそも、アメリカの人種平等論には「人種からの自由」というモデルと、「人種への自由」というモデルの二つがあった。ここでいう「人種からの自由」とは、公的領域から人

⁹ A.ハッカー著『アメリカの二つの国民』上坂昇訳（明石書店・1994）18頁。

¹⁰ 例えば、公民権時代以降のアメリカにおいては、黒人に対する反発が政治的状況を決定づけたことなどが指摘される（T.B.エドソール、M.D.エドソール著『争うアメリカ』飛田茂雄訳（みすず書房・1995）、越智道雄『エスニック・アメリカ』（明石書店・1995）参照）。

種的要素を排除すること～そして、個人を人種によって判断しないこと、を求める個人主義的平等観である。これに対して「人種への自由」とは、むしろ人種的共同体を公的に承認し、そのうえで人種共同体相互の平等を求める個人主義的平等観である。

アメリカにおいては、伝統的には個人主義的な平等観～すなわち「人種からの自由」～が正統的地位をしめていたと思われる。しかし、公民権時代以降も、社会的経済的關係において人種的マイノリティが不利な立場に置かれ続けているという現実のなかで、人種的マイノリティ集団自体の権利を要求する立場～「人種への自由」という立場～が強まってきた¹¹。

このようなことから、公民権時代以降は、そもそも「人種平等」とは何かという基本的認識について、「人種からの自由」と「人種への自由」という二つのイメージの断絶が存在することになったのである。

②平等保護原理の本質～「反差別原理」と「反従属原理」

次に、憲法における平等保護条項の本質的意義についての考え方の相違もある。

アメリカ平等保護理論においては、人種などの特徴を考慮することに反対することを平等保護の本質だと捉える「反差別原理 (anti-discrimination principle)」と、一定の人々を従属関係におくことに反対することを平等保護の本質だと捉える「反従属原理 (anti-subjugation principle)」との対抗関係がある¹²。

伝統的個人主義からは、人種による判断を許さないとする「反差別原理」が要求されるはずである¹³。しかし、この「反差別原理」は、人種的区分自体を禁止するものであるだけに、人種的マイノリティに対する優遇措置 (Affirmative-Action) なども許されないこととなる。これに対して、Affirmative-Actionなどを肯定しようとする側は、平等保護条項は人種的従属関係に敵対することを本質とするものであって、けっして「善意の」人種的区分をも否定するものではないという見解～すなわち「反従属原理」に傾くようになった¹⁴。

このような、修正 14 条平等保護条項の本質をめぐる、「反差別原理」と「反従属原理」との論争は、現代平等保護理論の主要な争点ともなっているのである。

¹¹ このように黒人の独自性・優越性を説いて、黒人大衆の支持をつかんだ人物としてマルコムXが有名である (マルコムX著『マルコムX』浜本武雄 (河出書房新社・1993))。

¹² このような対抗関係について意識するものとして、Owen M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 Phil. & Pub. Aff. 107 (1976); Ruth Colker, *Anti-Subordination Above All: Sex, Race, and Equal Protection*, 61 N.Y.U.L.Rev. 1003 (1986); LAURENCE TRIBE, *CONSTITUTIONAL LAW* 1515 (2nd ed. 1988); ANDREW KULL, *THE COLOR-BLIND CONSTITUTION* (1992) など。

¹³ このような「反差別原理」に立つものとして、Paul Brest, *The Supreme Court 1975 Term-Foreword: In Defense of the Anti-discrimination Principle*, 90 Harv.L.Rev. 1 (1976); Kull, *supra* note など。

¹⁴ このような「反従属原理」に立つものとして、Fiss, *supra* note; Colker, *supra* note; Tribe, *supra* note, at 1515 など。

③「疑わしき区分」

②で紹介した「反差別原理」とは、平等保護の本質を、一定の特徴による区分を禁止するもの～一定の特徴を政府行為の〔要件〕とすることを禁止するもの～であった。もし、このような「反差別原理」に立った場合、そこで問題になる「一定の特徴」とは何かが問題になる。すなわち、政府行為の〔要件〕としてはならないような「特徴」とは何かが、を考察する必要が生じてくる。そして、このことは、現代における平等保護原理が、何に反対しているのかを特定することでもある。

④Affirmative-Action

次に、具体的問題としては、Affirmative-Action が問題となる。アメリカにおいては、公民権期以降、長年差別されてきた人種的マイノリティの実質的平等を確保するため、学校、職場などにおいて広範な人種的優遇措置が行われてきた。

このような Affirmative-Action は、人種的マイノリティの社会的地位向上を実現させ、人種統合を促進させたものとして評価する意見もある。しかし、この Affirmative-Action は、正面から人種的区分を認めるもの～人種的マイノリティを名指しで優遇するもの～であり、優遇をうけない人に対する「逆差別」になっている、ということから修正 14 条平等保護条項違反なのではないかという議論がある。このことは、②でみる「平等保護理論の本質」とも関連して、アメリカ憲法における最大のテーマの一つともなっている。

⑤「異なる効果」をおよぼす政府行為

また、これと逆に、表面上は人種中立的であるが、事実上、特定の人種に不利益な影響～すなわち「異なる効果 (disparate impact)」～を及ぼすような政府行為の合憲性が問題とされることがある。

例えば、ある職員の採用試験によって特定の人種の合格率が特に低かったり、ゾーニングによって特定の人種の移住が妨げられたりした場合、それが修正 14 条の禁止する差別にあたるかが問われることになる。この問題は、現代アメリカが、いまだに人種主義の影響を強く残した社会であるという問題と密接に関わる。例えば、公民権時代以降 30 年以上も経過した現在に至っても、人種による居住地域の偏りは著しい。このような状況の中で、たとえ「人種」以外の理由で説明されようとも、結果的に人種的な偏りをもたらす行為～とりわけ、マイノリティの居住の拒否につながるような行為～に対してどのような憲法判断が下されるかが問題になったのである。

⑥違憲審査基準

最後に、違憲審査基準の問題がある。序章でも示唆したように、違憲審査基準論は、「平等とは何か」という実体的価値論を背景としていなければ、何らの意味も有さない。しか

し、ここまでの諸論点を検討することによって「平等とは何か」という実体的価値論について一定の解答がえられれば、違憲審査基準論は実体的価値を実現するための方法論を提供するものとなりえよう。

この点、アメリカにおいては、平等保護条項に関連して「厳格審査基準」「厳格な合理性の基準」「合理性の基準」という、三段階の違憲審査基準が形成されている。しかし、このような違憲審査基準が、「何を見極め」「何を振るい落とそうとしているのか」について、明確なコンセンサスがあるわけではない。従って、実体的な人権価値論を背景としたうえで、違憲審査基準論を再検討することが必要となろう。

本稿では、ここに挙げた六つの論点について、順次検討を加えていくこととする。まず、第2章で検討するのは「人種平等の理念」についてである。ここでは、伝統的な個人主義的平等観（人種からの自由）に対する、集団主義的平等観（人種への自由）からの挑戦について検討することとする。この問題は、平等保護条項の具体的解釈論といえるような問題ではないが、その後の検討にとって必要不可欠なものであると考える。

そして、第3章からは、平等保護条項の解釈をめぐる議論について検討する。ここでは、まず、序章で説明したように、平等保護原理の本質については、「合理性」の概念からは説明しえないということを明らかにし、それにかわる説明として「反差別原理」と「反従属原理」の対抗関係について検討する。そのうえで、「反差別原理」こそ、平等保護原理に実体的内容を与えるものだということを明らかにする。

そのうえで、第4章においては、「反差別原理」の立場から、どのような特徴による区分が禁止されることになるのかを検討する。これは、平等保護原理が敵対すべき標的を見定めることでもある。

さらに、この「反差別原理」の立場の実践的な帰結を確認するために、第5章においては **Affirmative-Action** の合憲性の問題、第6章においては人種的に「異なる効果」をもたらす政府行為の合憲性の問題、について検討していく。

そして、第7章において、ここまでに検討した平等保護原理を実現するための方法論として、どのような違憲審査基準論が必要とされるべきかを検討する。

このように、アメリカにおける議論を検討することによって、「平等保護」についての解釈指針をえることによって、憲法学にとっての平等保護原理の意義を究明することとする。

第2章 平等保護における「個人主義」と「集団主義」～人種中立主義の再構成

第1節 「人種平等」における二つの方向性～「人種からの自由」と「人種への自由」

第2節 集団主義的平等論～「人種への自由」を求めて

第1項 集団主義的平等論

第2項 批判的人種理論 (Critical Race Theory)

第3節 集団主義的平等論の意義と問題点

第1項 批判的人種理論の意義～「人種からの自由」のために

第2項 集団主義的平等論の問題点～「人種への自由」について

小括

第2章 平等保護における「個人主義」と「集団主義」～人種中立主義の再構成

アメリカ平等保護理論にとっての最大の関心事は～平等保護条項制定時から現時点に至るまで～「人種平等」の実現という現実的課題でありつづけた。しかし、序章でも指摘したように、公民権時代以降、そもそも「人種平等」とは何かという理念についての問い直しが行われている。特に、「人種平等」が、「人種からの自由」という個人主義的平等を意味するものなのか、「人種への自由」という集団主義的平等を意味するものなのか、という問題に応答することが求められている。

もちろん、本稿が、アメリカ憲法理論を参照するのは、「平等保護原理」の探求を目的とするものであって、「人種問題」それ自体を考察しようとするものではない。

しかし、公民権時代以降は、このような「人種平等」の理念についての断絶が、意識的あるいは暗黙的に、平等保護条項の具体的解釈における論争の背景になっている。従って、現代アメリカ平等保護理論を検討するにあたっては、このような、「人種からの自由」と「人種への自由」～「個人主義的平等原理」と「集団主義的平等原理」～との対抗関係について整理し、それに一定の評価を下しておくことが不可欠のものとなっているのである。

従って、本章では、まず、第1節で「人種からの自由」と「人種への自由」という対抗軸の社会的・理論的背景についてみることにする。そのうえで、第2節において、伝統的な個人主義的平等論に対抗する「集団主義的平等論」について～とりわけ、近年有力になっている「批判的人種理論」について～紹介する。そして、第3節において、この「集団主義的平等論」に批判的検討を加えることにする。

第1節 「人種平等」における二つの方向性～「人種からの自由」と「人種への自由」

本稿にいう、「人種からの自由」とは、一切の人種的要素を公的領域から排除すること～個人を人種によって判断しないこと～を最終的な目的とする考え方である。このような考え方は、あくまでも「個人の平等」を求める個人主義的平等原理だといえる。

これに対し、「人種への自由」とは人種的共同体を公的に承認し、そのうえで諸人種共同体間の平等を希求するものである。この立場は、公民権時代以前のように人種的マイノリティの劣等を想定することはもちろん、公民権時代以降のように人種的共同体を無視することにも反対するものであり、その意味では「集団の平等」を求める集団主義的平等原理だといえる。

(1) 歴史的・社会的背景

第1章でも指摘したように、近代立憲主義における基本原理の一つに「個人主義」がある。この「個人主義」の立場からは、国家は全ての人を人種、民族、宗教、文化的背景から切り離し「個人」として尊重しなければならない、ということが要求されるはずである。この意味で、近代個人主義は、少なくとも理念としては、公的領域において個人を人種によって判断しないという「人種からの自由」を指向するものであったはずである。

もちろん、現実のアメリカ社会においては、建国以来、社会の広範囲にわたって人種差別が存在し、人種を理由とした不利益扱いが日常的に行われた。しかし、そうであるからこそ、公民権時代以前においては「人種平等」とは、「人種からの自由」を実現させることであるというコンセンサスがあったのである。この意味で、公民権時代とは、「人種からの自由」という理念にたつて、人種間の形式的平等を実現を目指した時代だったといえよう¹。

しかし、公民権時代以降、人種統合 (integration) の実現が問題となる中で、問題状況は大きく変化した²。公民権運動を通じてマイノリティは一応の形式的平等を獲得したが、過去の差別による貧困、劣悪な居住、教育環境、そして社会に浸透している差別的な社会的慣行などがマイノリティから実質的に機会の平等を奪っているという問題が残った。

「人種からの自由」という理念の前に、「人種づけられた社会 (raced society)」～すなわち人種主義の影響を大きく残した社会～という現実が立ちはだかつたのである³。

¹ この点、Kull 教授は、Plessy 判決は人種的考慮を許したということ自体が問題であり、これに対して Brown 判決は人種的考慮それ自体を禁止したものと捉える。そのうえで、1960年代の初頭には「最高裁の幾人かの裁判官たちは、憲法が color-blind たることは確立した問題として捉えていたように思われる」とする (KULL, COLOR-BLIND CONSTITUTION 164 (1992))。

² アメリカ現代史において人種的「統合 (integration)」という概念は、特別の意味を有し、それに対するイメージも様々である。本来的には、「統合」は、人種的「分離 (segregation)」を積極的に解消するための概念として登場したものである。従って、この「統合」とは、マジョリティによる文化支配の強制たる「同化 (assimilation)」とは一線を画するものであることを意識する必要がある (この点については、関根政美『エスニシティの政治社会学』(名古屋大学出版会・1994) 188頁、262頁、268頁など参照)。このような人種的統合に対しては、それに抵抗する白人保守派から批判がなされることがある。しかし、逆に黒人の独自性を強調する立場から批判されることもある (第2節2項参照)。

³ 明石紀雄・飯野正子『エスニック・アメリカ (新版)』(有斐閣選書・1997) 260-285頁、

このような「人種づけられた社会」という現実に対しては、理論的には二つのアプローチが考えられる。一つは、あくまで「人種からの自由」を貫徹させようという個人主義的立場である。しかし、人種集団相互の実質的不平等（人種づけられた社会）を解決するためには、一定程度は人種を考慮した政策が必要とされる。ここで、「人種からの自由」という立場を硬直的に理解し、政府は一切の人種的考慮を放棄しなければならないと考えると、人種による実質的不平等（人種づけられた社会）という現実には克服されえない～すなわち、真の意味での「人種からの自由」は実現されえない～というジレンマが生じる。

これに対し、二つ目のアプローチは、むしろ人種を積極的に考慮したうえでの人種集団間相互の平等を求める「人種への自由」を求める集団主義的立場である。このような立場は、確かに人種集団相互の実質的平等を確保するものとなりうる。ただし、このような立場は、一方で、人種集団を公的に承認することによって、「人種集団」という単位を存続させ、公民権運動の成果を掘り崩してしまうものとなりかねないものでもある。しかし、それにもかかわらず、このような「集団主義的平等論」は、人種集団間相互の実質的平等が実現されないという現実に対する解決策として、有力に主張されるようになってきたのである。

このように、公民権時代以降の人種平等論は、「人種づけられた社会」という現実を前にして、「人種からの自由」と「人種への自由」とに引き裂かれたのである。

（2）文化多元主義という背景

また、このような「人種からの自由」という立場～すなわち、集団主義的平等論～が有力になってきたことの背景として、文化多元主義（multi-culturalism）あるいは多文化主義（cultural pluralism）による理論的影響があることも指摘しておくべきであろう⁴。

この文化多元主義は、「文化相対主義」の立場から、近代立憲主義の諸原理に懐疑をさしはさむものである。ここでは、近代立憲主義の諸原理～むろん、「個人主義原理」も含まれる～は、実は西洋社会における文化的所産にすぎないものであつて真に普遍的妥当性を持つものではないのではないかと、という懐疑がさしはさまれる。このようなことから、従来の「個人主義的平等原理」にかわって、人種集団というものを公的に承認することによって人種集団相互の平等を実現させようとする「集団主義的平等原理」が有力に主張されるのである。

C.V.ウッドノート『アメリカ人種差別の歴史（新装版）』清水博・長田豊臣・有賀貞訳（福村書店・1998）201-234頁、アンドリュー・ハッカー『アメリカの二つの国民』上坂昇（明石書店・1994）参照。

⁴ 文化多元主義（cultural pluralism）ないし多文化主義（multi-culturalism）については、初瀬龍平編著『エスニシティと多文化主義』（同文館・1996）、関根政美『エスニシティの政治社会学』（名古屋大学出版会・1994）、越智道雄『エスニック・アメリカ』（明石書店・1995）など参照のこと。

しかし、このような「文化多元主義」にも様々な理解があり、その理解の相違を意識することは、ここでの議論にとっても有益であると思われる。

例えば、社会学者のGordon教授は多元主義を大きく二つの範疇にわけて説明を加える⁵。

その一つは「自由主義的多元主義 (liberal pluralism)」という概念である。この概念は「法的政治的プロセスにおいて、人種的、宗教的、言語的、民族的集団を実体として承認することを禁止する」ものである。ここでは、あくまでも社会の構成単位は個人であるとされ、個人の判断にもとづいた多様性が尊重される。従って、この概念からは、個人が自らのアイデンティティに従って行動しうる私的空間と、逆にどのような特定のアイデンティティも強制されない中立的な規範が妥当する公的空間との峻別が要求されることとなる⁶。

これに対して二つめの概念は「共同体的多元主義 (corporate pluralism)」という概念である。この概念においては「人種的、民族的集団は、法的主体として承認され、社会における公的基準となる」。すなわち、この概念においては、公的空間においても集団の権利が認められ、その限りでは公的空間—私的空間という二元論が否定されるということになる⁷。

この点、かつては文化的同化の強制を禁止するという意味において、「自由主義的多元主義」と「共同体的多元主義」には一定の共通の基盤があった。しかし、現在では、文化的同化を強制しないということは当然のことと考えられているため、それ以上に「多様性」を要求するということが、どこにあるのかが問題になっているのである。

そして、このような「自由主義的多元主義」と「共同体的多元主義」が、それぞれ「人種からの自由」と「人種への自由」に対応していることはいうまでもなからう。つまり、憲法学における人種平等をめぐる理念についての断絶は、多元主義国家の理念をめぐる断絶でもあるのである。

(3) 具体的問題について

それでは、このような「人種からの自由」と「人種への自由」という理念の断絶が、具体的問題にどのように影響を与えているのか、それについてアメリカ最高裁がどのような態度をとってきたのか、について検討することとする。これは、具体的には二つの憲法問題を通じて問題になる。

その一つ目が、人種的マイノリティに対する Affirmative-Action (積極的差別是正措置) の合憲性についての問題である (第5章で詳述する)。

⁵ Milton M. Gordon, 'Toward a General Theory of Racial and Ethnic Group Relations', in N. GLAZER AND D.P. MOYNIHAN eds, *ETHNICITY: THEORY AND EXPERIENCE*, 84-110 (1975) (邦訳・内山秀夫『民族とアイデンティティ』(三嶺書房・1984)) .

⁶ Id. at 105-106.

⁷ Id. at 106.

この点、「人種からの自由」という立場からは、人種にもとづいて個人を区分し、利益・不利益を分配するような Affirmative-Action は許されないこととなろう。しかし、「人種への自由」という立場からは、Affirmative-Action は、人種集団間相互の平等を実現するものとして正当化されるであろう。

それでは、Affirmative-Action について、最高裁は、どのように判断してきたのであろうか。この問題については、1979 年の Bakke 判決⁸以降、最高裁裁判官たちの意見はわかれ、長らく法廷意見が形成されなかった。しかし、1995 年の Adarand 判決⁹において、全ての Affirmative-Action に対して「厳格審査基準」が適用されるという判断が確立されることとなった。そして、連邦による Affirmative-Action も、州による Affirmative-Action も、個別的に「特定化された差別」が証明され、それを救済するという目的がある場合にのみ許されるとされた。このような判断は、社会的に広範に行われている Affirmative-Action を否定するものであるといえる。このような最高裁の動向は、もとより「人種からの自由」という立場に立つものであるが、先述したような「人種づけられた社会」という現実を無視するものとも評価できるものであろう。

「人種からの自由」と「人種への自由」という対抗軸が問題になった、二つ目の具体例は表面上は人種中立的であるが、事実上、特定の人種に不利益な影響～すなわち「異なる効果 (disparate impact)」～を及ぼすような行為の合憲性に関する問題である (第 6 章で詳述する)。

この問題について、「人種からの自由」という立場に立てば、人種的に「異なる効果」をもたらす政府行為は許容されるという判断がなしえよう。なぜなら、人種的に「異なる効果」をもたらす政府行為の全てが禁止されるということになれば、全ての政府行為は人種均衡的な結果をもたらすように設計されねばならないということになり、それは「人種的割当制度」にほかならないものとなるからである。これに対して、「人種への自由」という立場からは、むしろ「人種的割当」が望ましいものと考えられ、人種的に「異なる効果」をもたらす政府行為は禁止されるということになるろう。

そして、この問題についての、最高裁の枠組は比較的早期に確定した。最高裁は 1976 年の Washington v. Davis 判決¹⁰において、平等保護の基本原則として、「法の不快な性質が人種的な差別であると主張されるには、それが最終的に人種差別的な目的に基づいていることが必要である」と判示し、「差別的意図」の立証があるときのみ平等保護条項違反になるとした。これ以降、「差別的意図」の立証は困難となり、「異なる効果」をもたらす施策が違憲とされる場合は極めて限られることとなった。

最高裁は、ここでも「人種からの自由」という立場に立っているのは確かであるが、こ

⁸ Regents of the University of the California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978) .

⁹ Adarand Constructors v. Peña, 515 U.S. 200 (1995) .

¹⁰ Washington v. Davis, 426 U.S. 229 (1976) .

こでもアメリカ社会が「人種づけられた社会」であるという視点が欠けているのは確かである。「差別」を規定する要素を行為者の「意図」におくことは～主観的意図の証明が困難であるという実際上の問題だけでなく～差別が個人的な「意図」をこえて社会構造自体に内因しているという問題について考慮しないものとも言える。こうした解決によって、真の意味で「人種からの自由」が帰結されるか否かは極めて疑わしいと言わざるをえない。

このように、アメリカ最高裁は、「Affirmative-Action」の問題についても、「異なる効果」の問題についても、「人種からの自由」という個人主義的な平等原理を明確にしつつある。その意味では、Scalia 裁判官のいう「政府の視点においては、ただ一つの人種が存在するだけである。それはアメリカ人という人種である」という言葉は、現在の最高裁を象徴している¹¹。しかし、このような判断は、現実社会における人種的不平等という現実を無視し、その解決を阻害するものともなりうるものでもありえよう。

これに対し、公民権時代以降、実質的平等の実現が課題となる中で、「集団主義的平等原理」という立場から平等保護条項を再構成しようという立場も存在する。そして、このような集団主義的平等論については、第2節で紹介していくこととする。

第2節 集団主義的平等論～「人種への自由」を求めて

第1項 集団主義的平等論

(1) Fiss 教授による集団主義的平等論

公民権時代以降の新しい問題状況に対応するために、いち早く「集団主義的平等原理」について言及したのは、Fiss 教授であった¹²。

Fiss 教授は、従来の個人主義指向の平等保護理論を「反差別原理 (anti-discrimination principle)」とよび、これに対する新しい平等保護理論として「集団侵害原理 (group-disadvantaging principle)」を提唱する (ここでいう「反差別原理」という概念は、最近では「反従属原理 (anti-subjugation principle)」という概念と対比させられることが多いが、この論争については第3章で詳説する)。

Fiss 教授によれば、「集団侵害原理」とは、抽象的な個人を保護することではなく、黒人社会などの「社会的集団」を保護することを平等保護原理の本質とみるものである。このことから、具体的には、特定の社会的プロジェクトから黒人を排除することは「地位の侵害」に該当するがゆえに禁止され、その一方で黒人に対する優先処遇 (Affirmative-Action) は「地位の侵害」をもたらすものではないがゆえに肯定されることとなる¹³。

¹¹ (Adarand) 515 U.S., at 239.

¹² Owen M. Fiss, Groups and the Equal Protection Clause, 5 Phil. & Pub. Aff. 107 (1976).

¹³ Id. at 147-156.

そして、ここでは、Fiss 教授が、Affirmative-Action を正当化する論拠こそが重要となる。Fiss 教授が、Affirmative-Action を正当化するのには、当該措置によって人種的マイノリティ個人が優遇をうけるからだけではなく、人種的マイノリティ集団全体の利益になるからだとする。例えば、黒人を優先的にロースクールに入学させることは、黒人社会全体の経済的・社会的地位の向上につながる。あるいは、黒人に将来的な希望を抱かせる効果も持つ。また、黒人社会に対する攻撃から、その集団を防衛する力を得ることにもつながる。このように、Fiss 教授の提唱する Affirmative-Action とは、きわめて集団指向的であり、人種集団それ自体のためのものだと考えられるのである。

このような Fiss 教授の議論については、伝統的な個人主義理念を放棄して人種集団それ自体を保障の対象とする理由は何かが問われることとなろう。そもそも、Fiss 教授が念頭におく「社会的集団」とは何なのか。

この点につき、Fiss 教授は、「社会集団」とは単なる個人の集合ではなく、集団自体が～個々の構成員から独立した～一つの実体とアイデンティティを持っているものだと考える。さらに、この「社会集団」とは、その構成員との間で相互依存性を持つもの、と規定される。すなわち、社会集団の構成員は、まさに当該集団の構成員であることによってアイデンティティが規定され、また、当該集団の構成員であることによって経済的状況や地位までもが規定される¹⁴。

そして、このような「社会集団」の定義に最も適合するのは、いうまでもなく、黒人社会である。黒人は、長らく非常に劣悪な状況の中で生活することを余儀なくされ、その結果として黒人としてのアイデンティティが確立され、黒人であることによって経済的社会的地位さえ規定されつづけてきた。このようなことから、黒人集団こそ「集団侵害原理」によって保護されるべき「社会集団」であり、彼らを「集団」として保護するのが平等保護条項の本質であると考えられるのである¹⁵。

さて、このような Fiss 教授による集団主義的な平等保護理論は、Affirmative-Action という集団的救済政策を正当化するために適した実践的な議論であったといえる。このことから、これ以降の学説においては、Affirmative-Action を正当化するために、平等保護理論を集団主義的に再構成する議論が活発に行われるようになったといつてよい。

(2) リベラル派による集団主義的平等論

このような議論の影響をうけて、公民権時代以降、いわゆるリベラル派とされる学者たちは～人種的マイノリティの実質的平等を実現するという実践的意図のもとに～平等保護条項は必ずしも人種的区分をとまなう行為の全てを禁止するものではなく、人種的マイノリティを不利益を及ぼす行為のみを禁止するものであるとする「反従属原理」という立場を提唱するようになってきた（この「反従属原理」という立場については第3章で詳しく

¹⁴ Id.at 148.

¹⁵ Id.at 150.

検討する)。そして、彼らのうちの幾人かは、自らの立場を「集団主義」として定位している。

例えば、Colker 教授は、自らの提唱する「反従属の視点 (anti-subordination perspective)」は「集団指向の視点」であると述べる。この「反従属の視点」とは、「社会における特定の集団が、その社会において権力を有していないことを理由としてが従属的地位におかれる」ことを禁止するものであり¹⁶、二つの意味において集団指向であるとされる。それは、その一つ目に、従属をつくりだす社会の役割に注目しているという点であり、二つ目に、その従属が集団の構成員に与える影響に注目している点である¹⁷。

Colker 教授は、このような「反従属の視点」から、人種的マイノリティの従属を除去するための人種的区分 (Affirmative-Action) が必要とされると考え、また、表面上人種中立的であっても、人種的従属を強めるような「異なる効果」をもつ政府行為には反対することとなるのである。

この Colker 教授に代表されるように、公民権時代以降、人種的マイノリティへの実質的平等を確保するという目的から、「集団主義」という立場を明らかにする議論が活発になりつつある。

しかしながら、ここでいう集団主義には、それが必要とされる根拠と関連して、ある種の曖昧さがあるのは確かである。まず、集団主義が必要とされるのは、過去に人種的マイノリティに対する集団的差別があったことに対応するものであることは間違いない。このように考えれば、集団主義的施策 (人種集団に対する優遇措置) が必要なのは、あくまでも過去の集団主義 (人種集団に対する差別) を是正するという暫定的目的によるものであって、最終的には個人主義的社会の実現を目指すのだという立場もありうるであろう。これに対して、人種集団などは一つの確固とした社会的実在であって、人種集団を無視した個人主義的社会の実現は不可能であるか、あるいは不正義なものであるという立場もありうるであろう。

ここでの前者の立場は、本稿でいう「人種からの自由」という目的のために暫定的に人種的考慮を許すというものに過ぎない。それに対して、後者の立場は正面から「人種への自由」という立場を指向するものとなる。

そして、Fiss 教授や Colker 教授は、自らを「集団主義」と規定してはいるものの、それでも Affirmative-Action などの集団主義的施策が、「集団の権利」として永続的に継続される措置なのか、過去を断ち切るための暫定的な措置なのかについて明確にしているわけではない。このような意味で、公民権時代以降の「集団主義的平等論」は、なにがしかの両義性を抱えるものであったのである。

¹⁶ Ruth Colker, *Anti-Subordination Above All: Sex, Race, and Equal Protection*, 61 N.Y.U.L.Rev. 1003, 1007 (1986).

¹⁷ *Id.* at 1008-1010.

この二人に代表されるように、公民権時代以降、いわゆるリベラル派の研究者・裁判官たちは、平等保護条項は従属関係に敵対するものであり、人種的区分それ自体に反対するものではないとしてきた（第3章で詳述する）。そして、その中の幾人かは、自らの立場を「集団主義的」と紹介してきた。しかしながら、ここで人種集団を政策決定の指標とし、人種的区分をもちいるのは、最終的に個人主義的社会を実現するため～「人種からの自由」のため～のものなのか、それとも人種集団を公的に承認するため～「人種への自由」～のものなのか、について明確にしているわけではない。

これに対して、最近の「批判的人種理論」という動きは、明確に「人種への自由」という立場に立つものである。従って、この「批判的人種理論」は、「集団主義的平等論」の意義と問題点を検討するための格好の素材であるといえる。

この後、本稿では、リベラル派による「反従属原理」が曖昧であり理論的に未完成なものであるということを第3章において論証することとするのだが、その前提として、もし、それが「人種への自由」を意味するものであるとすれば、どのような問題点が考えられるのかについて検討するため、ここで項を改めて「批判的人種理論」という動きについて詳説してみたいと考える。

第2項 批判的人種理論 (Critical Race Theory)

批判的人種理論 (Critical Race Theory)¹⁸は、1980年代から批判的法学研究 (CLS) から分かれるかたちで、人種問題についての様々な問題提起を行ってきた¹⁹。その主張内容は、「人種からの自由」モデルを明確に否定し、人種を公的に「承認」することを求める、まさに「人種への自由」モデルに立ったものだといえることができる。

(1) 人種主義 (racism) の存在とその機能

①人種主義という現実

この批判的人種理論における、一つ目の特徴は、アメリカ社会における人種主義 (racism)²⁰を過去のものとして捉えず、それが現存していると考えている点である。批判的人種理

¹⁸批判的人種理論について紹介したものとしては、大沢秀介「批判的人種理論に関する一考察」法学研究 69 卷 12 号 67 頁以下 (1996)、木下智史『批判的人種理論 (Critical Race Theory) に関する覚書』神戸学院法学 26 卷 1 号 199 頁以下 (1996) など。

¹⁹批判的法学研究について紹介したものとしては、松井茂記・松浦好治編訳『政治としての法～批判的法学入門～』(風行社・1991)、松井茂記「批判的法学研究の意義と課題」法律時報 58 卷 9 号 12 頁、10 号 78 頁 (1986)、大久保史郎「アメリカ憲法論の現段階・覚書」名古屋大学法政論集 109 号 65 頁 (1986) など。

²⁰従来は、人種を考慮すること自体が否定的に捉えられていたため、“racism”という言葉

論は、現存する人種主義に対してマイノリティの側が連帯を強める必要性を強調するのである。

例えば、Bell 教授は、アメリカにおける人種主義の現実について「物語 (story telling)」という方法で告発する²¹。このような「物語」は、主観的で個人的であるがゆえにマイノリティとしての共通の経験に直接訴えるものである。具体的には、これらの「物語」は、①現在でも白人には人種意識が根深く存在し、②現実には人種的従属～すなわち差別的な取扱い～がある、という黒人の意識を示すものとなっている。Bell 教授によれば、このような人種主義は、白人内部における政治的対立を調整するうえでの触媒となり、階級的対立を隠蔽する役割を果たしてきたとされる²²。

もちろん、人種意識といっても、それはかつてのようにはあからさまで露骨なものではなく、白人の行動も感情も複雑で二律背反的なものであるということについて注意が必要である²³。例えば、Lawrence III 教授は、現代の人種差別が無意識のうちに存在していることを指摘する。Lawrence III 教授によれば、人種差別が無意識なものとなる理由は、一つには人間の心理的な自己機制によるものである。Lawrence III 教授は、フロイト心理学をひいて、「人間の心理は、自らが善であり正であると学んだことと矛盾するような思想、願望、確信を認識することを否定し、拒否することによって、罪による不安から自らを守る」ものであり、その結果として人種差別が意識下に潜っているのだと説明する²⁴。また、二つ目の理由として、文化的な確信や選好は、幼少期に親などを通じて身についたり、あるいはメディアなどによる潜在的なメッセージにによって身についたりするため、自己の意識にのぼらないのだという説明がなされる²⁵。

こうした人種主義の現存についての指摘、とりわけ、意識的であからさまな人種主義が

は「人種差別主義」と訳されてきた。しかし、本稿で紹介する議論は、人種を考慮すること自体に否定的な意義を認めないものである。従って、本稿では“racism”という字義どおりに「人種主義」と訳すこととする。なお、この点については上野俊哉・毛利嘉孝『カルチュラル・スタディーズ入門』（ちくま新書・2000）140-147 頁参照。

²¹ 例えば、Bell 教授による「宇宙貿易商の記 (The Chronicle of The Space Traders)」では、地球に突如宇宙船があらわれ、大量の物資を提供する見返りに、全ての黒人を引き渡すことが要求される。これに対し、アメリカは、最終的には憲法を改正してその要求を受諾する、という筋立てである (Derrick Bell, *After We are Gone : Prudent Speculations on America in a Post-Racial Epoch*, 34 St. Louis U. L. J. 393 (1990))。

²² Derrick Bell, *White Superiority in America*, 33 Vill. L. Rev. 767 (1988) .

²³ See, Eleanor Brown, *The Tower of Babel*, 105 Yale L.J. 513(1995).

²⁴ Charles Lawrence III, *The Id, the Ego, and Equal Protection*, 39 Stan. L. Rev. 317 (1987) , at 322.

²⁵ Id. at 323, 336-344.

無意識的で潜在的な人種主義へと変化したという指摘は、平等保護条項をめぐる具体的な解釈論にも影響を与えうるであろう。例えば、「異なる効果」を及ぼす行為につき、差別的意図の立証がある場合のみ違憲となるとする、いわゆる「意図テスト」の機能を疑わしめるものである。なぜなら、このような「意図テスト」は、無意識の人種主義の機能を妨げるものとはなりえないからである（第6章で詳述する）。

②社会制度における人種的偏向

批判的人種理論によれば、ここまで指摘したような人種主義（人種意識ないし無意識）によって、現実の社会制度は人種的に偏向したものとなっている。

例えば、Crenshaw 教授は「人種主義は、黒人を全てにおいて他の社会集団と対比される分離した明瞭な『他者』と見なすことによって、（白人の）覇権的役割の合意形成に資する」と指摘する²⁶。つまり、黒人の「他者性」を認めることによって、彼らが「客観的基準」によるルールから脱落していくことを正当化するのである。このことは、「人種意識」が黒人の経済苦境を肯定させる役割と、メリトクラシー（能力主義）や人種中立的システムが実現しているかのように思わせている役割を同時に持つことを示すものである。

しかし、多くの白人が暗黙理に抱いている「黒人が『他者』であるから『客観的基準』から逸脱する」という感情は矛盾を孕んだものである。黒人が『他者』であるという言明は人種中立的な『客観的基準』自体の存在を疑わしめるものであるからである。

この点、D. Kennedy 教授は、多民族国家アメリカにおいて、人種的ないしエスニシティの共同体の中で、他の共同体からの影響を被ることが少ない支配的共同体と、影響を大きく被る従属的共同体があり、現実には現在もなお特定の文化的集団が市場、制度を支配していると述べる。とりわけ重要なのは支配的共同体自身が「競争のルール」を作り、彼らに有利なように偏向させているという指摘である²⁷。例えば、大学の同窓生の師弟に対する優先処遇は問題とされないのに、マイノリティに対する優先処遇のみ問題とされるのは、「客観的基準」によっては説明できないことなどが指摘される²⁸。これを説明するのは「白人社会のみに通用する見えざる規範」、すなわち「語られざる規範」が存在し、それが一見人種中立的だと思われるルールを歪めているという事実である。

こうした批判的人種理論の見解は人種主義が意識と社会制度の深層に関わる根深いものであることを示唆するものである。

（2）人種中立原則への批判

このように、批判的人種理論は、現存する人種主義について指摘するものである。しかし

²⁶ Kimberle Crenshaw, *Race, Reform, and Retrenchment*, 101 Harv.L.Rev. 1331, 1370 (1988) .

²⁷ Duncan Kennedy, *A Cultural Pluralist Case for Affirmative Action in Legal Academia*, 1990 Duke L.J. 705, 723-725.

ながら、批判的人種理論について、特筆すべきなのは、現在の社会制度が人種中立的ではないと主張していることではなく、そもそも人種中立的な社会制度はありえないという主張していることである。

①「人種共同体」の強調

まず、批判的人種理論は、「人種」の役割、さらに「人種共同体」の役割を強調するものである。

Peller 教授は公民権時代以降の統合主義が白人と黒人は本質的に同じものであり「黒人はたまたま黒人に生まれたに過ぎない」ものだと考えることを批判し、相互を異なったものだと見なす。しかし、人種による相違を自然的なものだとする白人優位主義に対し、ブラックナショナリストは人種による相違を歴史的社会的なものだと考える²⁹。

このような「人種」の役割については、Gotanda 教授の議論が詳細である。彼は「人種」を①自然科学的な現象であると捉えたり、②その人相学的、生物学的特徴を強調するのは誤りであり、むしろこうした考えが人種従属の歴史に大きな影響を与えてきたとする³⁰。しかし、Gotanda 教授は「人種」は社会的人為的に作られたものではあるが、人種主義の歴史により、現在では十分に実体のある共同体となり、人々を代表しうる存在となっていると考える。Gotanda 教授によれば、人種に「本質的なもの」があると考えた本質主義 (essentialism) にも、その基礎づけを巡って「形而上的な本質主義」、「科学的人類学的な本質主義」、「歴史的本質主義」の三つの立場がある。この中で、Gotanda 教授が強調するのは「歴史的本質主義」であり、この立場は人種分類は歴史におけるある時点で登場したものだとする（この点で前二者と異なる）。しかし、いずれの立場の本質主義であっても、人種が客観的で中立的な観念であるとはみなさず、そこに特有の意味を認めるものである。Gotanda 教授はこのような観点から、近代における最高裁が客観的で中立的な人種観念 (Gotanda 教授はこれを「形式的意味の人種 (formal-race)」と呼ぶ) に依拠することで、人種抑圧の経験を否定し、救済の範囲を限定していると批判する³¹。

②人種中立主義、客観主義、能力主義に対する批判

このように批判的人種理論は、「人種」に価値を認める。このことから人種中立主義、客観主義、ないし能力主義 (meritcracy) という現代社会の基本理念への挑戦がなされる。

彼らの見解によれば、いかなる制度といえども文化的背景なしに成立することはありえ

²⁸ Sheila Foster, *Difference And Equality*, 1993 *Wis.L.Rev.* 105,146.

²⁹ Gary Peller, *Race Consciousness*, 1990 *Duke L.J.* 758,792-793.

³⁰ Neil Gotanda, *A Critique of "Our Constitution is Color-Blind"*, 44 *Stan. L. Rev.* 1, 28-35 (1991) .

³¹ *Id.*, at 36-52.

ず、その意味では人種中立的な基準など存在しえない。

例えば、Brown 教授は次のように述べる。

「我々は、ともかくも、この『人種的なもの』(race thing) から免れうるのだという感情に抵抗することを学ばねばならない。そのような理論づけは、市民、法、国家の観念がいかに形成されるかの理論を定式化するにあたって人種を考慮しないようにするものであって、社会関係についての認識を害するものである³²」。

このようなことから、批判的人種理論は人種中立原則を排して、「価値 (values) や優先 (priorities)、つまりは思い描かれる共同体の本質について語る」ことを使命とするのである。これはまさに「人種への自由」を希求するものと評価できる。

③公民権時代以降の法理論への批判

このような人種中立性への批判から、批判的人種理論は公民権時代以来の法理論について論及することになる。しかし、この問題については批判的人種理論でも論者によって立場の相違が見られる。

最も徹底しているのが、ブラックナショナリズム³³を支持する Peller 教授のように公民権時代以降の法理論を根本的に攻撃する立場である。彼は公民権運動期の状況を次のように整理する。まず、白人内においては白人優位主義とリベラルがあり、黒人内においてはブラックナショナリズムと穏健派の対立があった。そして、アメリカ政治の主流は白人リベラルと黒人穏健派との連合の上であり、color-blind 的な価値観の下で人種的な統合が推進された。その一方で、白人優位主義とブラックナショナリズムは“Race-Conscious”を求める人種主義として同一視され、共にタブー視された³⁴。白人リベラルと黒人穏健派による支配的観念は確かに 60 年代～70 年代にかけてはアメリカの現状変革の為の力になったが、それははっきりいえば「統合論」に過ぎなかった³⁵。

「統合論」における世界観は理性主義、進歩主義のそれであり、ユートピア的な理想に適うものである。特殊主義を無知の所産であると見なし、普遍主義、特に人種的普遍主義

³² Brown, supra note, at 545.

³³ ブラックナショナリズムは 1930 年代から、NAACP (National Association for the Advancement of Colored Peoples) の活動の穏健な方針と統合主義的傾向に対する批判を行い、1960～70 年代の公民権運動の中で理論的深化と大衆的アピールを行った(「ブラックパワー」の称揚)。ところで、ブラックナショナリズムがイメージする「ネーション」(Nation) とは何であろうか。ブラックナショナリズムの中には地域的な分離を求める論者もいる。しかし、Peller 教授はそれが人種理論とは直接関係のないものだと考え、むしろ「国家内国家 (Nation within a Nation)」を想定する (Peller, supra note, at 792)。

³⁴ Peller, supra note, at 761-762.

³⁵ Id. at 767.

を掲げて人種中立的システムを志向する。この立場は全ての差異を単純に差別だと認識し、究極的にはあらゆる差異について統合の可能性を指摘するものである³⁶。

Peller 教授の言う「統合主義」が最も強く発揮された事例は南部における学校統合の過程であった。これは啓蒙主義、普遍主義、客観主義に支えられたものであったと同時に集権主義をもたらすものであった³⁷。カリキュラムが集権化されることによって、黒人コミュニティによる教育へのコントロールが失われた。同時に教育内容は技術化、専門化が進行し、宗教教育や体罰が禁止された。これは南部の白人の文化（白人優位主義）を否定すると同時に、黒人の文化をも否定することであった³⁸。統合の推進者達は「普遍的な一人前のアメリカ人」の像を措定し、教育からコミュニティの特殊的要求を排除し、「シンメトリー」と「質」を追求するものであった。客観的な「質」を追求する彼らには白人学校が優秀であり、黒人学校が劣等であるという暗黙の前提があり、両者がそれぞれ特殊であることは顧みられなかった。実際は、その「統合学校」は白人文化のマニフェストに過ぎないものであって、黒人が白人の規範を受容することを強いられるというものであったのである³⁹。

Peller 教授によれば、統合論者による改革は制度を変えたが、実体的な社会状況は変わらず、制度的な権威は存続した。あからさまに人種という基準を用いなくなったが、人種中立的基準の名の下には白人の規範が押しつけられた。そもそも共同体論的視座からは普遍的中立性をなどありえず、白人社会も黒人社会もそれぞれ「特殊」なものでしかあり得ないのである。

そして、このような「統合論」批判という立場から、Peller 教授は公民権時代以降の保守派とリベラル派の対立軸はいずれも「統合論」という枠の中での争いであり、いわば「コップの中の嵐」に過ぎないものだとする。リベラル派も保守派も白人主導の統合を目指す点で同一であり、その違いは統合のための手段、程度の相違であるにすぎないからである⁴⁰。

「コップの中の嵐」であるという点では Affirmative-Action をめぐる議論も同様であり、

³⁶ Id. at 722-725.

³⁷ Peller 教授はマルコム X の見解について次のように言う。「彼の考えでは、『学校分離』の問題は黒人児童と白人児童を統合していないことにあるのではなく、人種分離の歴史的文脈を形成してきた権力と統制の動態にある。リベラル派は集権化による非私的性を好み、統合主義を地方における偏見や田舎根性を拒否する進歩的なものだと捉えるのに対し、マルコム X は人種主義との闘争の目的を地方による統制を実現し、共同体の制度を部外者や植民地的な支配から解放することにあると主張している (Id. at 782-783)」。

³⁸ Id. at 779-783.

³⁹ Id. at 795-802.

⁴⁰ Id. at 764-766, 772-773.

Affirmative-Action 肯定論者も「統合論者」として批判される。Peller 教授は過去への「救済」として Affirmative-Action を肯定する論者は、Affirmative-Action はあくまで「暫定的」なものであるという消極的な議論に過ぎないと批判する。また、「多様性」を根拠として Affirmative-Action を肯定する議論も「メリットという分類それ自体、中立的で、非個人的で、社会的経済的権力の外部で形成されたものであるという前提に立っている」のである⁴¹。確かに Affirmative-Action の目的を「多様性」として説明する議論は、メリット主義のみによる評価に対して疑問を呈するものである。しかし、その議論も、メリットシステム自体の中立性を疑うものではなく、「客観的基準」に従えばマイノリティが劣っていることを想定した議論だと言えるのである。従来議論にとって、Affirmative-Action は存在し得る「客観的基準」から見た「メリットの欠如」に対して、「救済」や「多様性」といった観点からカウンターバランスするものに他ならず、その限りで「統合」の為の妥協の産物でしかあり得ない⁴²。

これに対して、批判的人種理論は競争のルールそれ自体が差別的であることを論じ、(1) 人種中立的システムそれ自体の否定と (2) 人種集団の権利を正面から要求するものであり、この意味で明確に「人種からの自由」を否定し、「人種への自由」を要求するものである。

そして、このような観点から、Affirmative-Action は、「過去の差別への救済」のためでも、「人種統合のための多様性」のためでもなく、まさに「人種集団の権利」として正当化されるのである。

(3) 法律学界におけるマイノリティ研究者～ロースクールでの Affirmative-Action

① 法律学界における白人支配とマイノリティ排除

批判的人種理論の論者たちは、まさに「人種集団の権利」として Affirmative-Action を要求する。とりわけ、彼らが主張するのは、学術の世界、とりわけ法学研究機関 (Law School) などにおける Affirmative-Action である。これは現在の学問の世界 (あるいは知の体系全般) がマジョリティの影響下にあり、そのことが現実社会における [マジョリティー-マイノリティ] の [支配-非支配] 関係につながっているという問題意識を持つものである。

例えば、Delgado 教授は次のような指摘を行う。公民権時代に発展した法理論は、そのほとんどが少数の白人学者が相互に引用しあうことによって形成されたものであった。その一方で、

「アメリカのロースクールでは 100 人の黒人、25 人のヒスパニック、10 人のネイティブ

⁴¹ Peller, *supra* note, at 777.

⁴² *Id.* at 776-777.

アメリカンの法律学教授が教えていた。彼らの多くは、彼が深く関心を持てる領域、すなわち反差別立法、平等原則、Affirmative-Actionについて書いていた。しかしながら、その学識の多くが忘れ去られているように思える。裁判所はほとんどそれを引用することなく、その研究が実際に重きを成している法律学者たちもそれを引用しない。重要な論文は8つから10のローレビューで出版され、主要なロースクールで教える少数の学者グループによって書かれる⁴³。

このように Delgado 教授は「公民権研究の中心的領域における、白人学者による組織的な支配とマイノリティ学者の排除」があることを指摘するのである。このような排除は、無意識の行動や選択によっても説明づけられる。それ以上に、Delgado 教授は「恐れ」という動機があることを指摘する。公民権時代以降、主要な法律学者達は法の支配が脅かされる状況に直面してきた。それゆえに統制しやすく非イデオロギー的に見える学問が尊重され、逆に、激しく変革志向的な学問は警戒されているのである。Delgado 教授は、このことがマイノリティ学者の不在をも説明するものだと考える⁴⁴。

②マイノリティという立場

一般に学問的な議論はその論者の個人的な立場や状況と切り離して評価すべきであるというのが常識であった。しかし、批判的人種理論は、このようにマイノリティとしての「立場」を重視するものである。

D. Kennedy 教授は、法律学研究はイデオロギー的選択の所産であり、その者の文化的イデオロギー的背景と無関係ではいられないと考える。文化は著作を生み出す能力に深く根づくものであり（長い目で見れば変わりうるとしても、意志によって変えることはできない）、それを強く差異化するものである。このような文化という概念に照らせば、個人の能力や資質とは無関係だとされる「立場による評価」と、立場とは無関係だとされる「個人の業績による評価」との区別は、実は曖昧である⁴⁵。個人はその文化から切り離すことができない以上、個人を評価する際に文化的共同体との関係の社会的特徴を根拠にした判断をすることは当然であると解するのである⁴⁶。

③ロースクールでの Affirmative-Action の必要性

このようなことから、D. Kennedy 教授はロースクールにおける採用ないし終身在職権 (tenure) について Affirmative-Action を行うことを主張する。

⁴³ Richard Delgado, *The Imperial Scholar*, 132 U. Pa. L. Rev. 561, 561-562 (1984).

⁴⁴ *Id.* at 575-576.

⁴⁵ D. Kennedy, *supra* note, at 741-742.

⁴⁶ *Id.* at 745-746.

まず、政治的問題としての Affirmative-Action 肯定論がある。ここではロースクールはそれ自体政治的な制度であるという前提がある⁴⁷。知的な能力なくしてはマイノリティが福利や権利について効果的に争うことはできない。例えば、NAACPの黒人法律家達の行動が公民権法制定に大きな役割を果たしたことなどを考えても、人種的平等のためにはマイノリティの法律家の存在は不可欠である⁴⁸。このような観点から見れば、法学研究において全てのマイノリティ集団が代表されることが必要であり、法学研究者という地位は投票権、ないしは表現の自由と同様、メリット（能力）に基づいた配分をしてはならず、人種を代表するものとして考えられねばならないのである⁴⁹。

次に文化的問題としての Affirmative-Action 肯定論がある。まず、研究機関における採用、終身在職権（tenure）の基準は人種中立的であり、それ故に最も質の高い者が選ばれるというのが支配観念である。ところが、現在の研究者の採用、在職の基準は専らマイノリティの排除に働いている。それに対し、Affirmative-Actionによってマイノリティの法文化が興隆すれば多様な議論やスタイルが生まれる。マイノリティの研究者はこれまでと違った優秀な仕事をするかもしれない。その研究は批判的人種理論による「物語」のように意外な方法であるかも知れないが、法学研究を大きく発展させる可能性があるものである⁵⁰。この点において Affirmative-Action は人種的正義と研究の質の両方に資するものだと考えられるのである。

このような二つの点から D. Kennedy 教授は法学研究機関における採用や終身在職権（tenure）についての Affirmative-Action を実施することを求めるのである。

このような議論はあくまでも法学研究という限られた領域での Affirmative-Action を求めているに過ぎない。しかし、その議論はただ法学研究機関の枠にとどまらない射程を持つものと言って良からう。それは一つには、D. Kennedy 教授も指摘するように、ロースクールの持つ社会的意味そのものが大きいことがある。そこで行われている研究、教育は直接的にも、（学生などを通じて）間接的にも社会に大きな影響力を及ぼすであろう。しかし、それ以上に問題なのは、「人種中立的メリットシステム（業績評価機能）の破壊」の主張は、主張それ自体も、またその主張をロースクールが受け入れた場合を考えても、社会のあらゆる業績評価システムに妥当する可能性があると考えられることである。つまり、

⁴⁷ D. Kennedy 教授は元来ロースクールをイデオロギー的なものだと見なしている（詳しくはダンカン・ケネディ「ヒエラルキーのための訓練としての法学教育」松浦好治訳（松浦・松井前掲文献 55 頁以下）参照）。また、Delgado 教授もローレビューが裁判や法文化に強い影響を与えることを指摘し、「上位の大学の法律教授は支配階級の一部であり、その著作は階級によって作られ支持されるイデオロギーに寄与するものである」と述べる（Delgado, *supra* note, at 573）。

⁴⁸ D. Kennedy, *supra* note, at 728.

⁴⁹ *Id.* at 712-714.

⁵⁰ *Id.* at 715-716.

ロースクールにおいて「人種中立的システム」を放棄することは、現在は「人種中立的」だと考えられている一般社会のあらゆる試験・審査の正当性、さらには能力主義（meritocracy）一般を疑わしめるものだと考えられることである。賛否はともかく、このことの重要性は非常に強いと言わざるをえないのである。

第3節 集団主義的平等論の意義と問題点

本節では、第2節において紹介した集団主義的平等論～とりわけ、純化された集団主義である「批判的人種理論」～の意義と問題点について検討し、可能なかぎり従来の判例や学説を再検討する際の新たな視点を提供することを目指す。

まず、ここまで紹介した「集団主義的平等論」～とりわけ、「批判的人種理論」～には、次の二つの意義があると考えられる⁵¹。

- ①人種主義の存在と機能についての指摘～「人種からの自由」が実現されていないこと
従来の議論は過去の差別（ないしその影響）を問題としたのに対し、批判的人種理論は現在も人種主義が広範に存在していることを指摘する。
- ②人種に対する積極的評価～「人種への自由」の提唱
従来の議論は人種中立的なシステムが存在することを前提にしていたのに対し、批判的人種理論は人種中立的システム自体の有用性に疑問を呈する。そして、人種はそれ自体積極的に評価されるべきであるとする。

本節では、この二点につき順次検討していく。

第1項 批判的人種理論の意義～「人種からの自由」のために

（1）人種主義は存在するか？

いわゆる集団主義的平等論は、現在もなお人種的不平等が存在しているということの問題にするものであった。その中でも、「批判的人種理論」は、人種的不平等を単なる過去の差別の遺産として捉えるのではなく、現在もなお人々の意識の中に人種主義が存在してお

⁵¹ Cook 教授は批判的人種理論は二つの目的を持っているとし、「一つ目は権力にあるものが時代とともに社会的に人種概念を作ってきた過程について、そして白人の権力がどのくらい人種、文化、行動、外見上の相違を特権と従属のヒエラルキーに転移させてきたかについて説明すること」。「二つ目の目的は表面上、一つ目の目的と緊張するものである。それは『十分に』現実的である黒人と白人との相違、すなわち経験、外観、反応における相違について認めること」だとしている（Anthony Cook, *The Spiritual Movement Toward Justice*, 1992 U. Ill. L. Rev. 1007, 1008-1009）。

り、社会的制度も人種的に偏向している、という問題意識を有するものであった。

これらは、いわば「人種からの自由」が実現されていないという指摘である。

もちろん、このような指摘が現実のものであるかどうかについても異論は存在するであろう。例えば、批判的人種理論が問題視する、法律学界における「マイノリティ排除」という事実についても疑問が提起されている。

例えば、R. Kennedy 教授は、リベラル派の憲法学者であり、自分自身が黒人でありながらも、現在もマイノリティが排除されているという「人種排除テーゼ」について反論している。R. Kennedy 教授は、主要なロースクールにおける黒人教授の不足は、「伝統的基準に照らしてそのようなポストに就く資格がある黒人の候補者の不足によって説明される」としている⁵²。Bell 教授の「物語」では優秀な黒人候補者がマイノリティの人数が多いことを理由に不採用になったとしているが、R. Kennedy 教授は、現実には基準をクリアできる黒人候補者が少ないため、そのような事態は生まれていないと指摘するのである。また、黒人研究者による価値のある著作が引用されていないとする Delgado 教授の議論に対しては、本当に価値のある著作があったことを証明していないと反論している⁵³。

しかし、この議論は批判的人種理論に対するものとしては不十分である。なぜなら、批判的人種理論は研究業績の「価値」をはかる「基準」自体の偏向を指摘するものであり、さらには社会一般における能力主義 (meritocracy) の観念を疑うものであるからである。

この「基準」自体の偏向という問題については、R. Kennedy 教授自身も認めており、大学においても「学者たちは学界において、しばしば友人を育てるために引用するという縁故主義に手を染める」という現実について指摘し、能力主義 (meritocracy) と呼ばれてきたものが現実においてはしばしば偏向され、白人に有利に、他の社会構成員に不利に働くような「にせのすがた (sham arrangement)」をとってきたと述べている⁵⁴。

従って、このような観点からは、「表面上中立的な決定基準の人種中立性につき慎重かつ徹底的な懐疑主義を採用すること」の必要性は十分認識しうる⁵⁵。すなわち、現行システムが本当に「人種中立的」か否かについて、それ以上にそもそも「人種中立的」とはいかなる状態なのかについて、厳しい吟味することが求められるのである。その意味で、R. Kennedy 教授も「人種的批判が我々にしむけるように、人種的偏見がある程度法律学界における支配と学問に影響を与え続けているのではないかと問うことは有用である」と述べているのである⁵⁶。

⁵² Randall Kennedy, Racial Critique of Legal Academia, 102 Harv. L. Rev. 1745, 1762 (1989).

⁵³ Id. at 1774-1775.

⁵⁴ Id. at 1806-1807.

⁵⁵ See, Barbara Flagg, Was Blind, but Now I See, 91 Mich. L. Rev. 953, 977 (1993).

⁵⁶ R. Kennedy, supra note, at 1754.

先述したように、批判的人種理論は、現在もなおマジョリティの側に意識的、無意識的な人種偏見が存在していること (Lawrence III)、また「アメリカの制度が支配的な人種的民族的特徴を反映している (Peller)」ことを指摘している。ここで重要なのは、人種偏見という意識が明確ではなく、マジョリティにとっては「人種中立的」だと思えることがら、実際はマジョリティの人種意識やマジョリティの社会的文化的特徴を反映していることがありうることである。このことによってマイノリティが不利をうけるのであれば、それはただ「異なる効果」が及んだというだけでなく、制度的な差別があったと考えなければならない⁵⁷。批判的人種理論は「人種づけられた社会」について、より深い注意を払うことを呼びかけるものなのである。

批判的人種理論が問題にするような「人種づけられた社会」についての問題、例えば、意識ないし無意識における人種主義という視点、あるいは一見中立的な制度に文化的偏向が潜んでいるという視点について、従来の議論においては、あまり考慮されてこなかった。

もちろん、従来からリベラル派が主張していた「多様性のための Affirmative-Action」を肯定する議論は、「人種的偏向を含むルール」に対する何らかの修正を試みていると考えられるかもしれない。しかし、この議論も「人種的偏向を含んでいるルール」に「多様性による人種的優遇」を持ち込んでカウンターバランスすることを図るものにすぎず、「人種的偏向」それ自体を取り去ろうとする議論ではないのである。

ましてや、現在の最高裁のように Affirmative-Action を否定するのは、「過去の差別の現在への影響」という明かな現実すら無視しようとするものである。さらに、「差別の現実の被害者」のみが「救済」の対象であるという姿勢は、「差別」を個別的、部分的、そして非歴史的にしか把握しないものである。また、「差別的意図」に基づくもののみが違憲であるという姿勢は、「差別」を意識的、顕在的なものとしてしか把握しないものである。

(2) 「人種からの自由」のために

このように、批判的人種理論の指摘は、「人種中立性の浸透について、盲目的な信頼ではなく、健全な懐疑主義を選択すべきである」ということを我々に求める⁵⁸。

しかし、「人種中立性」に対する「健全な懐疑」を持つことは、次の二つの方向の分岐点に立つことでもある。それは一つが、正しい意味での人種中立性を求める～すなわち「人

⁵⁷ 例えば「人種分離された環境に暮らしていることが主な原因なのだが、黒人の認識と表現の仕方が黒人式になってしまっている。これが、SAT (大学進学適性試験) のようなテストでよい成績をあげるうえで妨げになっている」ことなどが指摘される (ハッカー前掲文献 219 頁)。

⁵⁸ Flagg, *supra* note, at 982.

種からの自由」～という方向であり、もう一つが人種中立性を放棄する～すなわち「人種への自由」～という方向である。

もし、我々が前者の方向、すなわち「人種づけられた社会」の解決を目指し、正しい意味での「人種からの自由」を実現させようとするのであれば、次のようなことが必要であると思われる。

第一には～従来から主張されてきたことではあるが～「過去の差別の影響」の除去のために広範な救済的政策をとる必要がある。Affirmative-Action も、そのような政策の一つとして考えられる。しかし、この過去の差別に対する「救済」のための Affirmative-Action は、必ずしも「人種からの自由」と矛盾するものではない。過去の人種差別が個人に対して及ぼしている影響について、むしろ個人主義の理念の要請として正当化することは十分可能であると思われるのである（第5章で詳説）。

また、第二に「現在の差別」について、よりセンシティブな立場をとる必要がある。これは、例えば、「異なる効果」をもたらす政府行為の合憲性判断などの場面において問題となる。この点、最高裁において採用されてきた「意図テスト」が無意識な差別や構造的な差別～すなわち「人種づけられた社会」という問題～を無視するものであったことが批判されよう。この意味で、「異なる効果」をもたらす政府行為の合憲性判断についても、真の意味での「人種からの自由」につながるような判断枠組を考案する必要があるのである（第6章で詳説）。

さらに、第三の問題として、困難なことであるが、白人の意識、無意識にある人種主義を解消していく必要がある。このようなことから、無意識で複雑な人種主義と取り組み、無意識の白人達とコミュニケーションするのが批判的人種理論の課題であるとされる⁵⁹。また、批判的人種理論のもちいる「物語」もその手段の一つであらねばならないのである⁶⁰。

以上のように、批判的人種理論から出された「人種づけられた社会」についてのよりセンシティブな認識は、「人種からの自由」を追求しようとする立場に立っても無視しえないものであると思える。この点、例えば、雇用者の合理的な行動によって人種差別が自然淘汰されて行くと想定するのは⁶¹、あまりに人種中立原則という額面を信用しすぎた見解で

⁵⁹ この点、例えば、Flagg 教授は、白人読者に語りかけるという方法で、白人が暗黙的に有する人種主義的傾向についての省察を促すことを試みている（Flagg, supra note）。

⁶⁰ この点、Brown 教授は、批判的人種理論における「物語」の内容を問題とする。例えば、Bell 教授による「宇宙貿易商の記（The Chronicle of The Space Traders）」という物語は、古いタイプの人種主義をえがいたものであって、現代の人種主義の複雑さを捉えるものとはなっていないことを指摘する。このような物語は、黒人の感情をまとめるものにはなっても、白人の省察を促すものにはなりえない。これに対し、Delgado 教授による物語は、現代人種主義のジレンマを直視することによって、白人とのコミュニケーションギャップを埋めようとする実践的意図があることを指摘する（Brown, supra note, at 530-535）。

⁶¹ STEPHEN CARTER, REFLECTIONS OF AN AFFIRMATIVE-ACTION BABY 218 (1991) .

あるといえる。批判的人種理論は従来考えられていたよりも、より本質的な意味において、現在の社会が「人種からの自由」を達成していないという指摘を行うものであり、従来の人種平等論にとって参考にするべき点は多いと思われるのである。

第2項 集団主義的平等論の問題点～「人種への自由」について

(1) 「人種への自由」の問題点

前項では、批判的人種理論により現代社会では「人種からの自由」が実現されていないという指摘がなされたことについて検討を行い、それが意義あるものであることを述べた。更に、「人種中立性」に対する「健全な懐疑主義」という立場から、正しい意味での人種中立性～すなわち「人種からの自由」～の実現について検討してみた。しかし、「人種中立性」に対する「懐疑主義」は、人種中立性の放棄～すなわち「人種への自由」～という方向へもつながりうる。そして、Peller 教授、D. Kennedy 教授などの所説に見られるとおり、批判的人種理論に特徴的なのは、むしろこの方向への傾倒である。

しかし、批判的人種理論の主張するように「人種」そのものに対して積極的な評価をするということにはさまざまな問題点が指摘される。

第一に、「人種的分类」、すなわち別異取扱ではなく分類それ自体、についての問題がある。Gotanda 教授が指摘するように「憲法学説においても社会一般においても人種がアメリカ人を分類する正当で適当な手段だと考えられている」が、「誰が黒人であるか」という問いは「めったに分析されることがなく、答えがあまりに自明であると考えられているために、その試みは新奇で特筆すること」のように思われてきた。しかし、アメリカにおける人種分類方法は、その血統の中に少しでも黒人の血が混じっていれば黒人と見做すという「一滴原則 (one drop rule)」と呼ばれるものである。このような原則は、「それが白人種の純粋性の確認を含意することによって人種的従属を課する」ものであることは明らかであり、白人優位主義の所産に過ぎないものであるといえる⁶²。また、このような「一滴原則」を維持するにせよ（放棄するならとりわけ）、マイノリティも多様化し人種的混血が進行するなかでは、「人種」を特定し分類することがどれだけ可能であり、また実益があるのかははなはだ疑問であると言わざるを得ない⁶³。

もちろん、前節で見たように、Gotanda 教授は批判的人種理論の提示する「人種」とは生物的な概念ではなく歴史的、社会的な概念であるから、「一滴原則」によって劣等視されたという歴史と経験こそ人種共同体を人種共同体たらしめるものであると主張するであろう。そうであるならば、実際にそのような人種共同体が共通の経験と視点を共有しているのか否かを次に吟味する必要があるであろう。

従って、第二の問題は、批判的人種理論が想定するように、人種を同じくする者達は人

⁶² Gotanda, *supra* note, at 23-26.

⁶³ CARTER, *supra* note, at 247.,

種に基づく経験や文化を共有しており、「独自の視点」を持っているという考え方の是非である⁶⁴。この点、R. Kennedy 教授は、経済的状況、性別、地域など人種横断的な変数 (cross-cutting variables) も、人種と同等に文化的表現や政治的視点に影響を与えていることを指摘する。こうした人種横断の変数は、批判的人種理論の言う「有色人種の経験」を多様化させているため、現在では「人種的集団は一枚岩ではなく、社会的分裂は人種集団内部の利益や意識の相違をも生んでいる」のである⁶⁵。このようなことから、「全ての黒人が文化的に黒人であるとは言えない」といえよう⁶⁶。

第三の問題点は、このような「人種」による判断を行うことは、マイノリティである者の「個人の選択」や「個人の個性」に対して抑圧的あることである。

D. Kennedy 教授は、R. Kennedy 教授への批判の中で、ロースクールにおける採用などにおけるマイノリティとしての「独自性 (originality)」による評価を正当化する⁶⁷。ここでいう「独自性 (originality)」とはマイノリティの歴史、経験を最も良く代表するものとして捉えられるが、それによる評価は最も「黒人らしい」あるいは最も「女性らしい」者を選ぶということにほかならない。このことは「黒人らしい」とされる意見を持たない黒人にとってどのような意味を持つのであろうか。

この点、Carter 教授は、自ら黒人研究者であるという経験にもとづき、マイノリティ「なのに」保守派であるものがしばしば「裏切り者」呼ばわりされることを指摘する。そして、特定の集団のメンバーを特定の立場に拘束するような見解、すなわちマイノリティ出身で影響力のある地位についた者は、「マイノリティの声」の代表として行動せねばならないという考えは、人々が（特に知識人が）自由に考えることを阻害すると考えるのである⁶⁸。

⁶⁴ ここで見る議論には共同体主義的人格観の是非を巡る問題を明確に反映している。例えば、R. Kennedy 教授は「人種的（あるいは性的、宗教的、地域的）アイデンティティは専門的知識を得るために必要な専門研究の代用になるものではない。社会が評価するような何らかの身体的特徴をもって生まれることがあるとしても、専門家に期待されるような知識をもって生まれることはない。そのような特質は獲得されるものであって、単にもって生まれるものではない」と述べる (R. Kennedy, *supra* note, at 1777)。しかし、このような見解は、D. Kennedy 教授や Pell 教授の人格観とは全く異なるものである。

⁶⁵ *Id.* at 1782-1783.

⁶⁶ Richard Posner, Duncan Kennedy on Affirmative Action, 1990 Duke L. J. 1157, 1161. なお、この点につき、Culp, Jr 教授は自らをどのように定義するかという「選択は彼ら自身で自らを定義することのできる黒人学者によってなされている」のであり、Posner 教授の議論は黒人が自らを定義することを許さないものである、と主張する (Jerome Culp, Jr., Posner on Duncan Kennedy and Racial Difference, 41 Duke L. J. 1095, 1107-1108 (1992))。

⁶⁷ D. Kennedy, *supra* note, at 732.

⁶⁸ 「彼らは、影響力のある立場に立った黒人が述べるよう期待されている『視点』の単な

このような観点からは、D. Kennedy 教授の「独自性」についての議論は、「黒人であること（あるいはヒスパニックであること、インディアンであること、アジア系であること）の文化的な定義を求めるものであり、支配的な文化を受け入れる黒人、ヒスパニック、インディアン、アジア系、などの人々を差別するものである」と考えられる⁶⁹。逆に、「黒人らしい」アイデンティティを持つことを選択した者のみが Affirmative-Action という公的な優遇を受けることにもなる。「独自性」による判断は、まさに、人々を融和ではなく、相違へと駆りたてるものになりうるのである。

また、このような考えは「黒人」をステレオタイプ化することにもつながる。Carter 教授は自分が黒人であるというだけで特定の傾向を持っていると決めつけられることに不満を持ち、「私は肌の色が知的能力の欠如について示すもの、あるいは犯罪や審美的な嗜好やその他のものについての潜在性 (potential) を示すものだととられることに怒るが、それと同様に、肌の色が政治についての鍵になるという想定にも怒る」と述べ⁷⁰、「黒人知識人たちへの偏見を持たせ (stigmatizing)、恐らくはゲットーに入れさえする (ghettoizing) という現実の危険」について警鐘を発する⁷¹。

第四に、こうした「独自性」の評価は、マジョリティの「個人の選択」にも影響を及ぼす。例えば、Delgado 教授は白人研究者が公民権問題を扱うこと自体を問題視しており、このことは白人が黒人に好意的な見解を持つことを禁止するという皮肉な結果にもつながる。

これはハーバードロースクールでのボイコット事件で現実化した問題である⁷²。Carter 教授はこのボイコットを批判して、「有色人のみが真に『第三世界』に対して共感するという考えは、苦勞して一つの文化を理解しうるほど研究し、その文化について語ろうとする人を悪者扱いし、それを不可能にさせる」と批判する⁷³。

更に Carter 教授は、Delgado 教授のように黒人の利益は白人には代表できないと言う議論に対して、次のように批判する。

る所有者になる。あまり明言されないが、これに明らかに含意されていることは、このような特別の視点を持たず、それを代表しない有色人はその代表枠を埋めるのにふさわしい人物でないということである。Bell 教授が述べるように『多様性の目的は見かけは黒人だが考えは白人である者によっては果たされない』のである (CARTER, *supra* note, at 33)」。また、このような黒人知識人の立場について問題視してものとして、シェルビー・スティーール『黒い憂鬱 (新装版)』李隆訳 (五月書房・1997) 参照。

⁶⁹Posner, *supra* note, at 1161.

⁷⁰Carter, *supra* note, at 240.

⁷¹*Id.* at 201.

⁷²1980 年にハーバードロースクールにおいて、白人講師が「人種と法」という講義の担当として招かれたとき、これに反発する学生達によって授業がボイコットされた。

⁷³Carter, *supra* note, at 42.

『You can't understand (あなたには理解できない)』という三語のマジックワードは、反対者との対話からの批判を免れさせるものである。抑圧の事実がそれ自体権威になるのである⁷⁴。

このようにして見ると、人種の「独自性」による評価は、個人がその人種的特徴にとって典型的だと思われる特徴に従うように圧力をかけ、人種的な分離を誘発するものにほかならないと思える。これは、決して「統合論」からみた批判ではない。批判的人種理論は「積極的に分離を促進する」から問題なのあって、統合を阻害するから問題だとしている訳ではないのである。

以上の問題点を見てみると、批判的人種理論の実践的主張が危険なものであることは疑いない。このことについて R. Kennedy 教授は次のように指摘する。

「この社会においてはしばしば起こることであるが、誤った政策による悪しき結果は人種的マイノリティに特別の害悪をもたらす」。例えば、人種に基づいた当事者性を認めることは、ある論点から白人研究者を締め出すようになるであろうが、その反面、他の主題からマイノリティ研究者を締め出すことにもなるかもしれないのである⁷⁵。

小括

第3節で検討したように、「批判的人種理論」には二つの「顔」があり、二つの意味で従来の人種関係論を見直させるものである。

その一つは現代の人種主義について言及することによって、「人種からの自由」に対する楽観を戒めるという意味である。公民権時代以降のアメリカにおいては、「過去の差別の現在における影響」を問題視するか「現在の逆差別」を問題視するかに議論が集中していた観があった。とりわけ、現在の最高裁は Affirmative-Action の否認し、「過去の差別」さえ無視するという姿勢を示すものである。これに対して、批判的人種理論は「現在の差別」について語り、「マイノリティに対する差別は現在も人々の意識に、あるいは社会制度に宿っているのではないか?」「人種的偏向は、むしろ、社会制度における最も基本的だと思われる部分に組み込まれているが故に、見過ごされてきたのではないだろうか?」という疑問を起させるものであった。

こうした指摘は、再び color-blind を強調しつつあるアメリカ社会にたいして貴重な提言をするものである。批判的人種理論が指摘するような社会状況～すなわち「人種づけられた社会」～を解消するためには、Affirmative-Action なども含めたさまざまな施策が必要であると同時に、人種間の意識差を埋めるためのコミュニケーションも必要である。批判的人種理論は、このような施策がとられなければ、真の意味での「人種からの自由」は実現されえないことを示唆するのである。

⁷⁴ Id.at 200.

⁷⁵ R.Kennedy,supra note,at 1796.

しかし、一方で、批判的人種理論は、明確に「人種意識 (race-conscious)」を語り、「人種への自由」モデルを提唱する。批判的人種理論を検討する二つ目の意味は、批判的人種理論がそれを極端なかたちで提示することにより、逆に「人種への自由」に対する漠然たる楽観をも戒める契機となることである。ここでは、「人種への自由」が「個人の自由」にとって脅威となりうることで改めて認識される。もちろん、そもそも批判的人種理論は個人主義に対する挑戦を意図しているのは疑いないが、R. Kennedy 教授や Carter 教授などのような「現実存在している個人」を否定しきることはできない。この社会は多くの人種的集団が存在するという意味で「多様」であるかもしれないが、その人種的集団を構成する諸個人もまた「多様」であるということも忘れてはならないのである。この意味では、従来の人種平等論には、人種主義の排除を目指すというより、その承認につながる要素を多く含むものがあつたことに警戒する必要がある。

現代アメリカの社会状況の中では、批判的人種理論のそうした側面は、むしろ「人種意識」を否定することによって支えられてきた公民権時代の成果を危うくする有害なものとなりうる。R. Kennedy 教授や Carter 教授が指摘するように、「人種への自由」という方向性は、人種的分断を強めるものとなる恐れがあるのである。

この点、公民権時代以降、リベラル派の学者たちは、実質的平等の実現という目的のために、しばしば、平等保護条項は人種的考慮それ自体に反対するものではないという見解を表明してきた。このような見解が、真の意味での「人種からの自由」を実現するためのものであるのか、それとも「人種への自由」のためのものであるのかが見極められなければならないであろう（第3章で詳述する）。

さて、このような、「人種からの自由」と「人種への自由」という交錯について考えるとき、かつて Bakke 判決において Blackmun 裁判官が述べた「人種主義 (racism) を乗り越えるためには、まず人種を考慮することが必要である」という言葉が思い起こされる⁷⁶。この言説が、現在の最高裁の態度、すなわち「人種づけられた社会」について考慮することなく“color-blind”という形式に固執すること、と相反するものであることは疑いのないところであるが、しかし、それ以上の意味については解釈が分かれるであろう。ある者はこの言葉は、人種を積極的に承認したうえで人種的正義を実現するという「人種への自由」を宣明したものと解するかもしれない。しかし、Blackmun 裁判官は、人種的不平等の存続という「この状況を救済する方法がなければ、この国は人種意識 (race conscious) のない社会という目的を達成することができない」と述べて Affirmative-Action を正当化したのものであり、まさに過去の差別を清算することによる「人種意識の克服」という目的の

⁷⁶ (Bakke) 438 U.S., at 407.

ために「人種的な考慮」を正当化したものである⁷⁷。この意味で、私は、Blackmun 裁判官の言葉は、「人種からの自由」を求めるものでありながら、正しい意味での「人種からの自由」を実現するためには「人種づけられた社会」を克服することが必要であるという含意が込められたものとして捉えたいと思うのである。

⁷⁷ Id.at 403.

第3章 平等保護の本質について～「反差別原理」と「反従属原理」

第1節 「合理性」を越えて

第2節 「反差別」と「反従属」～歴史認識と実践的意図

第3節 「反差別原理」

第1項 「反差別原理」とは

第2項 憲法解釈論としての「反差別原理」～「要件指向の平等論」

第3項 「反差別原理」の帰結

第4節 「反従属原理」

第1項 「反従属原理」とは

第2項 憲法解釈論としての「反従属原理」～「効果指向の平等論」

小括

第3章 平等保護の本質について～「反差別原理」と「反従属原理」

第1章でみたように、アメリカにおいては、平等保護の本質について「反差別原理」として捉える見解と、「反従属原理」として捉える見解の対抗関係がある¹。

この対抗関係は、本章第2節で検討するように、アメリカにおける現実的社会状況の中から生じてきたものである。しかし、この対抗関係の背景には、序章で指摘したように、平等保護原理には「合理性」という概念によっては説明できない独自の意義がある、という共通の前提があるように思われる。

第1節 「合理性」を越えて

平等保護条項に関する事案について、かつて、アメリカ最高裁は、一律に「合理性の基準」をもちいて判断してきた。これに対し、第二次世界大戦を前後として、人種的区分などについては、「合理性の基準」を適用せず、厳格審査基準を適用するようになった（第4章、第7章で詳述）。

この背景には、人種差別について、「合理性の基準」では緩やかな判断基準にすぎるとい

¹ このような対抗関係は、多くの論者によって意識されているが、論者によって表現は異なる。Fiss教授は「反差別原理 (anti-discrimination principle)」と「集団加害原理 (the group-disadvantaging principle)」と表現する (Owen M. Fiss, Groups and the Equal Protection Clause, 5 Phil. & Pub. Aff. 107 (1976))。また、Colker教授は「反相違の視点 (anti-differentiation perspective)」と「反従属の視点 (anti-subordination principle)」と表現する (Ruth Colker, Anti-Subordination Above All: Sex, Race, and Equal Protection, 61 N.Y.U.L.Rev. 1003 (1986))。Tribe教授は、「反差別原理 (anti-discrimination principle)」と「反従属原理 (anti-subjugation principle)」とする。

(LAURENCE TRIBE, CONSTITUTIONAL LAW 1515 (2nd ed. 1988))。Kull教授は、「反差別 (anti-discrimination)」と「平等保護 (equal protection)」とする (ANDREW KULL, THE COLOR-BLIND CONSTITUTION (1992))。

う実践的理由があったことはもちろんであるが、それ以上に「合理性」という概念によっては平等保護原理を説明できないという理論的背景があったことも確かであろう。

もし、人種差別が「不合理」の所産であり、平等が「合理性」によって確保されるのであれば、自由市場における「経済合理性」によっても人種差別は自然と解消されるはずである。例えば、自由市場においては、優秀でない白人を雇用することよりも、優秀な黒人を雇用することにインセンティブが生じるであろうから、人種差別は解消されていくであろう²。

しかし、「市場原理によって平等が達成されうるという見解」は、経験的にも理論的にも正当ではない。この点、Sunstein 教授は、市場原理では解決されない理由について次のように指摘する³。

一つ目の理由は、「市場原理は、差別的に動機づけられた第三者によって、男性と女性とを、黒人と白人とを、平等にあつかう人々にコストを課すからである」。例えば、顧客や交渉相手が、黒人よりも白人、そして女性よりも男性を好むのであれば、雇用主は白人男性を採用することにインセンティブを見出すであろう⁴。

さらに、二つ目の理由は、「広範にすぎ恐らくは不快でもある一般化やステレオタイプが市場における選択に合理的基礎を与えることによって、人種的性的差別は存続しうるし、また、現実における市場の反応ともなっている」ことである。

そもそも、雇用主が、労働者を採用するために個人的審査を行うことには「情報費用」が必要になる。従って、ここでは何らかの類型的判断によって情報費用が節約されることとなるが、このような類型的判断の多く～試験の成績、教育水準、出身校の名声など～は正当なものともみなされている。

しかし、これらの類型化は、人種的性的差別につながるものでもある。なぜなら、「教育的成果などの、異なる特徴は、より正確ではあるが情報費用が高価なために効率的ではない」のに対して、「人種や性別は高度に可視的であり、それゆえ他の事柄をしめす指標として安易にもちいられやすい」からである⁵。

そして、このような人種や性別による類型的判断が問題になるのは、それが必ずしも不合理とはいえないということである。例えば、特定の人種は何らかの職種に著しく不適合であるという統計的判断が示されている場合に、人種に基づいた判断をすることは、試験の成績によって判断することに比べて、「不正義」であるとはいえるが、「不合理」だとはいえないはずである。

このように、何らかの目的にてらして「合理的」であっても、我々の直観からは「不正

² See,STEPHEN CARTER,REFLECTIONS OF AN AFFIRMATIVE-ACTION BABY 218 (1991) .

³ Cass Sunstein,The Anticaste Principle,92 Mich.L.Rev. 2410,2413 (1994)

⁴ Id.at 2414-2416.

⁵ Id.at 2416-2417..

義」である～平等保護原理に反する～と思われるような事例は枚挙にいとまがない。このように考えれば、「合理性の基準」は、緩やかな基準であるがゆえに採用されないのではなく、平等保護原理の本質を正確に捉えていないから採用されえないのである。

従って、我々は「合理性」にかわって、平等保護原理の本質を説明できる概念を解明しなければならない。それが、本章で検討する「反差別原理」と「反従属原理」なのである。

第2節 「反差別」と「反従属」～歴史認識と実践的意図

本稿にいう「反差別原理 (anti-discrimination principle)」とは、人種などの特徴を考慮することに反対することを平等保護の本質だと捉える見解である。これに対し、「反従属原理 (anti-subjugation principle)」とは、一定の人々を従属関係におくこと（「外部者として扱うこと」「二級市民として扱うこと」）に反対することを平等保護の本質だと捉える見解である。

(1) 歴史認識

まず「反差別原理」と「反従属原理」との対峙は、歴史認識の面においてあらわれよう。

これは端的に言えば、color-blind 原則を、普遍的な理念として捉えるのか、あるいは公民権期以前の時代状況の産物にすぎないと捉えるのか、の相違である。

まず、「反差別原理」の背景として、color-blind 原則という観念を近代個人主義の必然の帰結であると捉える考え方があるであろう。すなわち、第1章で述べたように、個人主義のもとでは、全ての人々が個人として尊重され、人種的、民族的、宗教的あるいは文化的背景から切り離されて扱われるべきである。この点、color-blind という原理は、近代個人主義の理念に合致するものといえる。このように考えれば、「反差別原理」の主張するように、人種による区分を禁止することは普遍的な理念として位置づけられることとなる。

これに対して、「反従属原理」の背景として、color-blind 原則は、公民権期以前の時代状況の産物にすぎないという考え方がある。すなわち、公民権期以前には「人種を考慮する」ということが即ち白人の優越を意味していたために、「人種を考慮しない」ということが端的に人種平等を意味すると考えられた。この意味で、color-blind とは、形式的平等すら実現されていない時代に、さしあたり形式的平等だけでも実現するための標語であったとも考えられるのである⁶。このように考えれば、平等保護条項の本来的な目的は、実は「反従属」、すなわち人種的従属状態の解消にあったと考えられるのである。

⁶ この点、R. Kennedy 教授は「color-blind という観念は、人種的従属の解消という基本的要求を単に代言するものに過ぎなかったように思われる」とする (Randall Kennedy, Persuasion and Distrust ; A Comment on the Affirmative-Action Debate, 99 Harv. L. Rev. 1327, 1335 (1986))。

この点で、論争の対象になるのが、歴史的にみて極めて悪評の高い Plessy 判決法廷意見の意味と、逆に、極めて名声の高い Plessy 判決 Harlan 反対意見の意味、についてである。

まず、「反差別原理」に立てば、客車における人種分離を合憲とした Plessy 判決法廷意見は、人種的「区分それ自体」を憲法違反としなかったことに問題があるということになる。すなわち、別異取扱いをしても平等たりうる (separate but equal) という理解こそ、人種差別を許す抜け道になりうると考えるのである⁷。

そして、Harlan 反対意見が「我々の憲法は color-blind であり、市民を区分することを知らず、また許さない⁸」とするのは、明確に人種「区分それ自体」を違憲とする立場を示したという点に意義があると考え⁹。

「反差別原理」は、このような歴史認識にたつて、人種的区分を行うことは、Harlan 反対意見の意図に反して、Plessy 判決法廷意見の愚を繰り返すことになるとするのである¹⁰。

⁷ Wilkinson III 教授は「Plessy 判決で最も不快な部分が『分離 (separate)』という言葉であったことを忘れてはならない (J. Harvie Wilkinson III, *The Law of Civil Rights and the Dangers of Separatism in Multicultural America*, 47 *Stan. L. Rev.* 993 (1995))」とする。

また、Kull 教授は「Brown 裁判官によれば、人種的区分はその他の種類の全ての区分と同じく、最高裁の多数派が『合理的である』と認めれば合憲となるものである。このような憲法理論は 1896 年から現在に至るまでの人種差別に関する全ての最高裁判決を説明するものである。Plessy 判決の真の意味は『分離すれども平等』というよりむしろ、政府が人種によって市民を別異に取り扱うことを最高裁が否定しなかったということにある (KULL, *supra* note, at 118)」とする。

⁸ Plessy v. Ferguson 163 U.S. 537, 559 (1896).

⁹ 例えば、Kull 教授は、Harlan 反対意見につき、「良き人種的区分か悪しき人種的区分かを裁判官たちに委ねるのを快しとしなかったから憲法が“color-blind”たることを主張したのであった」と述べる (Kull, *supra* note, at 121)。

¹⁰ 例えば、Kull 教授は、「1967 年になると、最高裁は“color-blind”たる憲法は人種的区分を用いることを制限しているという見解を採用することは賢明ではないと結論した。Loving 判決は、“color-blind”という規範のかわりに、裁判所が人種政治について入念な監督を行うことを宣言したのであった (Id. at 171)」として、最高裁が「区分それ自体」を違憲とする方向を放棄したことを批判する。そこで「最高裁によってとられた規範は、人種的優遇は最高裁多数派がその状況において合理的だと考えたとき、その合理性についての最高裁裁判官たちがどのように考えたものであれ、許されるということである (Id. at 210)」。

Kull 教授にとっては、このような方向性は Brown 判決に代表される流れではなく、Plessy 判決に代表される流れに立ったものだと評価できるものである（「最高裁による立法の監視を政治過程の一部として観察すると、それは人種的区分の合憲性がはじめて最高裁に持

これに対し、「反従属原理」にたてば、逆に、Plessy 判決法廷意見は、人種的区分を容認したことが問題なのではなく、実際には黒人が劣等であるということにもとづき、黒人を二級市民として扱っている州法を「平等」といってくるめ、容認したことが問題なのであると考える。そして、Harlan 反対意見における「憲法の観点から、法の間から見て、この国に市民の中に優越的、支配的な階級は存在しない。ここにはカーストは存在しない」という部分を重視し、Harlan 反対意見は人種によるカーストに反対していたのであり、人種区分それ自体に反対する趣旨ではなかったと主張するものである¹¹。

また、これと同様に、Brown 判決の趣旨についても論争は絶えない。「反差別原理」に近いと思われる論者は、Brown 判決は「区分それ自体」を違憲であるとしたものであると捉えるのに対し、「反従属原理」に立つ論者は、Brown 判決は教育における人種分離が黒人の劣等視につながることを理由にして違憲判決を下したものだとして評価しているのである¹²。

このように、「反差別原理」と「反従属原理」との対峙は、Plessy 判決 Harlan 意見や Brown 判決のような一種の「聖典」の解釈を通じて争われている。しかし、歴史認識の問題〜とりわけ Plessy 判決や Brown 判決などの解釈の問題〜は、それ自体、憲法学にとっての「平等とは何か」という普遍的問題とは直接関係のない事項である。それよりも重要なのは、

ち込まれた Plessy v. Ferguson 事件においてなされた選択と同じものである (Id. at 223)」。¹¹ 例えば、Tribe 教授は Harlan 反対意見は「人種的区分は、それが人の等しい尊敬を誹謗するときのみ、完全に『疑わしき』区分として扱う」ことを求めているにすぎないものとする (TRIBE, supra note, at 1525)。

しかし、そもそも Harlan 反対意見を神聖視せず、それを批判することによって「反従属原理」を基礎づける議論もある。Balkin 教授によれば、Harlan 反対意見は、法的平等と社会的平等というものの相違を意識し、法的平等のみを実現させようという議論である。その意味では、Harlan 反対意見と Brown 法廷意見との相違は相対的なものに過ぎず、ともに白人優越主義を放棄しようとするものではなかったと考える (J. M. Balkin, The Constitution of Status, 106 Yale L. J. 2313, 2329-2330 (1997))。

¹² R. Kennedy 教授は、Brown 判決についても、それが人種を考慮した政策決定を全て否定する趣旨であるとするのは過度に抽象的で非歴史的な解釈であるとする。なぜなら、40年代〜60年代初頭までは黒人排除のための人種区分に対抗することが問題であったのであり、そこでの“color-blind”という観念は、人種的従属の解消という基本的要求の単なる代言に過ぎなかったからである (R. Kennedy, supra note, at 1335)。R. Kennedy 教授は「Brown 判決とそれに続く諸判決は、政府による人種的区分が違憲であるという抽象的な理論を表すものではない。それらの重要な事例は、白人の人種主義との闘争という特殊な要求から、憲法は表面上人種中立 (race-neutral) であろうが race-blind であろうが人種的従属を課すあらゆるものを禁止しているという立場を表す (Id. at 1336)」と考えるのである。

このような理論的対峙が、現代アメリカの社会的文脈の中で、どのような実践的意図に基づいて構築され、どのような意味を持っているのか、という点である。

(2) 実践的意図

第1章でみたように、公民権期以降に実現された形式的平等は、長い間差別されてきたマイノリティを実際に救済するものとはなりえなかったため、より実質的な平等を実現する必要から、積極的な「統合」政策 (integration)、さらには「積極的差別是正措置」 (Affirmative-Action) が行われるようになった。

このような状況においては、平等保護条項は全ての人種的考慮を禁止するものであるとする見解～すなわち「反差別原理」(ないし color-blind 原則)～は実質的平等を実現させようとする試みを否定する役割を果たすこととなった。このため、公民権期以前は人種平等の推進にむしろ否定的であったはずの保守派が、color-blind という標語を好んで用いるようになったという現象がみられたのである。

これに対して、積極的に実質的平等を実現させようとする側は、平等保護条項は人種的従属関係に敵対することを本質とするものであって、けっして「善意の」人種的区分をも否定するものではないという見解～すなわち「反従属原理」～に傾くようになった。この意味で、「反従属原理」とは、実質的な人種間平等を実現するために、一定程度の人種的な考慮を肯定するための～例えば、Affirmative-Action (積極的差別是正措置) を合憲とし、逆に人種的に「異なる効果 (disparate impact)」をもたらす行為を違憲とするための～、きわめて実践的な意図に基づいて登場したものだといえるのである¹³。

このような事情は、現代アメリカ憲法理論における背景的状况を説明するものであって、それ自体、「平等とは何か」という本質的課題に直結するものではない。本稿は、アメリカ憲法理論を参照することによって、一般的・抽象的に近代憲法における「平等とは何か」という問題の探求することを目的とするものである。しかし、そうであればなお、現代アメリカ憲法理論における「反差別原理」と「反従属原理」との理論的対峙が、アメリカの社会状況～そして、そこにおける政治的考慮～によって規定されているのだということを自覚しておく必要はあろう。

そして、本章では、次に、「反差別原理」と「反従属原理」について、そのような社会的状況からいったん切り離した上で、理論的検討を加えていくこととする。

¹³ 例えば、Colker 教授は「反従属原理は、実践的理由から必要とされる。反従属原理は、従来の差別を解消することが必要な状況において、裁判所や雇用主が、人種的性的救済をもちいることを可能とする柔軟な理論である (Colker, supra note, at 1013)」とし、「理論的関心ではなく、実践的関心が、この究極的問題についての裁判所と学者の見解を決定づけているのである (Id. at 1020)」とする。

第3節 「反差別原理」

第1項 「反差別原理」とは

本稿にいう、「反差別原理 (anti-discrimination principle)」とは、人種などの特徴を考慮してはならないということを平等保護の本質だと捉えるものである¹⁴。

アメリカ憲法学において「反差別原理」が主張される所以はどこにあるのか。ある論者たちは、アメリカ史において、人種という要素がしばしば「濫用」されてきたことを問題とする。

例えば、Kull 教授は、修正 14 条制定以前から、人種平等を推進する立場には、いかなる人種的区分にも反対する立場（「反差別 (anti-discrimination)」）と、人種的区分を容認したうえで実体的平等を確保しようとする立場（「平等保護 (equal protection)」）があったことを指摘する。そして、後者の立場は人種問題を政治家や裁判官たちに委ねることを認めるものであったため、しばしば人種差別を存続させる役割をはたしたことを指摘する¹⁵。

Kull 教授によれば、「反差別原理」の主張者たちは、このような歴史的経験にてらして「人種的区分の適切さについて、どのような場合であっても、政治過程による決着に委ねることを望まず、それ故、人種的区分を立法者や裁判官の手の届かない所におこうとする」のである¹⁶。そして、この考え方からすると、人種的な区分については、その目的を問うことなく「区分それ自体」違憲であるという結論が導かれることとなろう。

しかし、このような議論は、そもそも「人種」が本質的に公的決定に用いられるべきではないことを前提としたものである。すなわち、「個人の能力」や「経済状況」が公的決定に際して用いられても「濫用」とは言わず、「人種」が用いられた場合には「濫用」と言う、この相違を説明せねばならない。

¹⁴ この「反差別原理」という概念については、論者によって様々な捉え方がなされている。例えば、Brest 教授は「反差別原理 (anti-discrimination principle)」につき、「当事者の人種（ないし民族的出自）にもとづく区分、決定、慣行、などに反対する一般の原理である」と定義する (Paul Brest, *The Supreme Court 1975 Term-Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle*, 90 *Harv. L. Rev.* 1 (1976))。また、Tribe 教授は、「反差別原理」につき、「反差別原理の中心たる概念的問題は、まさにその用語法から明らかである。差別は『偏見にねざす行為であり、その本質的要素は合理的理由ではなく不快な理由にもとづく行為者および決定である。反差別原理によって媒介されたとき、修正 14 条は、このような人種的偏見、あるいはその他の許されざる偏見に動機づけられた有害な立法行為、裁判判決、執行行為、行政行為を覆す道具となる (TRIBE, *supra note*, at 1515)」と述べる。

¹⁵ Kull, *supra note*.

¹⁶ *Id.* at 224.

この点、Perry 教授は、そもそも人種という特徴は、「人格の道徳的価値について何ら示すものではなく、人種は政府の法や政策と道徳的に無関連な」特徴～すなわち「道徳的に関連なき特徴 (morally irrelevant characteristics)」～であるということを議論の出発点とする。Perry 教授によれば、過去の人種差別立法は「人が人種を理由として他者に劣等するという観念」にもとづいたものであった。それゆえ、平等保護条項の中心的課題は、マイノリティ劣等視にもとづく立法を排除すること、「道徳的に関連なき特徴」を考慮しないこと、にあるのだと考える¹⁷。

また、Brest 教授は、あらゆる公的決定は何らかの一般化に基づいて行われるが、「人種や性別などの不変の (immutable) 個人的特徴に基づく決定は、その作用から逃れるすべがないだけに、特に不平感を募らせる¹⁸」ものであるとする。そのうえで、「人種にもとづく決定は、それがある人種のメンバーが他の人々よりも価値がないという前提を反映している限りにおいて不合理¹⁹」だと考えるべきであるとする。これは、全ての人種区分が実際に不合理であるということの意味するものではないが、

「歴史が示すところをみても、人種にもとづく決定は、合理的であり正当な根拠にもとづく」とされるものであっても、実際には人種によって価値が異なるという前提や、人種的に選択された共感や無関心という現象に依拠している。それゆえに反差別原理の特別の必要性がある²⁰」。

とする。従って、仮に立法の真の動機が不明であったとしても「我々の歴史と伝統は、人種的区分が究極的には人種集団ごとに異なる価値があるとする前提に基づいていることを疑う強い理由を与える²¹」と考え、ここに「反差別原理」独自の意味があると考えてるのである。

この Perry 教授や Brest 教授の議論によれば、平等保護の意義は、過去において人種が個人の道徳的価値を示すものだと考えられ、人種的マイノリティの道徳的劣等性を前提と

¹⁷Michael J. Perry, *Modern Equal Protection: A Conceptualization and Appraisal*, 79 *Colum. L. Rev.* 1023, 1029-1030 (1979). Perry 教授によれば、平等保護の中心原理は「人種の道徳的平等という観念であり、いかなる人も人種ゆえに他者に対して道徳的に劣等するものではないという原理である。人種は人格の道徳的価値についてなんら示すものではなく、人種は政府の法や政策と道徳的に無関連である。それゆえ、人が人種によって他者に劣等するという観念に基づくあらゆる法律が平等保護違反となる」。

¹⁸ Brest, *supra* note, at 10.

¹⁹Id. at 6.

²⁰Id. at 7.

²¹ Idib.

して政府行為がなされたこと、を矯正することにある。あるいは、現在でも人種が個人の道徳的価値を示すものとして考える習慣が残っていること、を矯正することにある。

従って、逆に言えば、人種的マイノリティの道徳的劣等性を前提としないような人種的区分は合憲になる余地があるということになる²²。ただし、そのような場合であっても、人種にもとづいた政策決定が行われるとすれば、本来「道徳的に関連なき特徴」である人種が、正当な政府目的に対して関連性を有するのか、についての正当化事由が存在しなければならぬであろう。

しかし、いずれにせよ、ここでいう「反差別原理」とは、本来考慮されるべきではない人種などの特徴～「道徳的に関連なき特徴」～が考慮されてきたことに対する反省のうえにたって、そのような考慮が行われることに対して特別の関心を払うことが、平等保護条項の本質的関心事項であると考えられるものだということができる²³。

第2項 憲法解釈論としての「反差別原理」～「要件指向の平等論」

(1) 「要件指向の平等論」

ここで、憲法解釈論として「反差別原理」とは何か、もう少し考えよう。

およそ、法規範というものが『A』なれば『B』(『未成年者』は『喫煙を禁じられる』)、『殺人を犯した者』は『死刑に処す』などという[要件]－[効果]の関係で成り立っているとすれば、「反差別原理」とは[要件]の側に着目した議論であるということが出来る。すなわち、人種など「道徳的に関連なき特徴(事実)」を、法律の要件として扱ってはならないというものである。この点で、「反差別原理」のことを「要件指向の平等論」と呼ぶことができる²⁴。

²² この点、Perry 教授は「人が人種によって他者に劣等するという観念に基づくあらゆる法律が平等保護違反となる (Perry, supra note, at 1030)」とするものであり、人種による道徳的劣等視を前提としないような人種的区分は合憲となる余地があることとなる。

また、Brest 教授は「反差別原理は、少なくともマイノリティ集団のメンバーに選択的に不利を課すものである場合には、人種にもとづく決定や行為に反対するものである (Brest, supra note, at 6)」と述べており、不利を課さない人種的区分は容認する趣旨とも受けとれる。

²³ 従って、ここで「反差別原理」が標的とするのは、必ずしも法律が明文で人種的区分をしている場合だけではなく、「人種にもとづく決定過程 (race-dependent decisionmaking)」全般にわたることとなる (Brest, supra note, at 12-22)。

²⁴ 例えば、Perry 教授は、平等保護原理の中で、「反対されるべきは、区分の根拠 (basis) であって、その効果 (effect) ではない (Perry, supra note, at 1077)」とする。この点で、Perry 教授は、はっきりと「要件指向」の平等論を展開するものであり、本稿では「反差別原理」に近い立場を示すものとする。

例えば、人種という特徴は本質的に「道徳的に関連なき特徴」であるから、人種の特徴（白人であるという事実や黒人であるという事実）を要件とする法規範（例えば、「黒人は入学できない」）には平等原則違反の疑いがあるということになる。しかし、例えば、成績優秀者であるという特徴は「道徳的に関連ある特徴」であるから、成績優秀であるという事実を要件とする法規範（例えば、「成績優秀者のみ入学できる」）には、さしあたり平等原則違反の疑いが認められないこととなる。また、犯罪を犯したという特徴は「道徳的に関連ある特徴」であるから、犯罪を犯したという事実を要件とする法規範（例えば、「犯罪を犯した者を処罰する」）にも、それ自体には平等原則違反の疑いは認められない²⁵。

（2）「平等空虚論」の克服

このような「反差別原理」は、日本においても紹介されている、Westen 教授による「平等空虚論」という問題提起に対する解答をも示唆するものと思われる²⁶。

Westen 教授は、平等についての『『等しい者』を『等しく』』（あるいは『『異なる者』を『異なるように』』）という命題は、確かにそれ自体としては同語反復であり空虚なものであることを指摘する。例えば、この命題だけでは、白人と黒人では確かに肌の色が異なっているから、別異に取り扱ってもよいのではないか、という素朴な疑問に答えられないかもしれない。

例えば、Westen 教授は、黒人の入学を拒否する州法の合憲性が争われた事案に関しても、「等しい者を等しく」という定式は、実は無関係である旨を指摘する。なぜなら、能力がありながら入学を拒否された黒人志願者は、ある面（能力）においては白人志願者と等しかったが、ある面（肌の色）においては白人志願者と異なっていたわけであり、「黒人志願

逆に、次節で紹介する、Rubinfeld 教授は、現在の最高裁が“color-blind”的方向に傾いていることにつき、「区分指向(classification-driven)」の平等論と呼び、批判する(Jed Rubinfeld, Affirmative-Action, 107 Yale L. J. 427, 436-437 (1997))。

²⁵ ただし、ここで「反差別原理」が「道徳的に関連なき特徴」を〔要件〕とすることを問題とするのは、「道徳的に関連なき特徴」を〔要件〕とすること自体に許されざる効果があるからだと考えられる。この点、Brest 教授は、人種にもとづいた差別が行われる場合、差別の被害者は、「望んでいた利益をえる機会が否定される」という実体的被害のほか、「被害者が劣等な者であるというスティグマが与えられる」という心理的被害を受けることを指摘するものであり(Brest, supra note, at 8.)、この意味で「反差別原理」も～次節で紹介する「反従属原理」と同様に～差別によって「スティグマ」がもたらされることを問題とするものである。しかし、「反差別原理」は、それを「道徳的に関連なき特徴」を〔要件〕とすること自体を原因とするものであると考えるのである。

²⁶ Peter Westen, The Empty Idea of Equality, 95 Harv. L. Rev. 537 (1982). 日本における紹介としては、奥平康弘『『基本的人権』における『差別』と『基本的人権』の『制限』—『法の下での平等』を考える—』名古屋大学法政論集 109号 245頁以下(1986)など。

者は白人学校への入学が拒否されることによって憲法上の害悪を被ったといえない限り、黒人学生は入試の目的にてらして白人学生と憲法上『等しい』とはいえないからである²⁷。

つまり、『等しい者』を『等しく』という定式における、『等しい者』とは、特定の面において「道徳的に」等しいとみなされるべき者、のことをいう意味だと考えられるが、「誰が「道徳的に」等しいとみなされるべき者か」は、『等しい者』を『等しく』という定式からはでてこない²⁸。先にあげた例でも、白人学生と黒人学生が「等しい」か否かの判断は、『等しい者』を『等しく』という定式からはでてこないのである。

従って、Westen 教授は、『等しい者』を『等しく』という定式は、誰が「等しい」のかを決定する外在的要因が組み込まれてはじめて実体を備える、と指摘する。そして、Westen 教授によれば、その外在的要因とは実体的権利概念そのものにほかならず、平等概念というのは実は権利概念に依拠しないかぎり実体を持ちえない「空虚な器」にすぎないと結論づけるのである²⁹。

そして、Westen 教授は、『等しい者』を『等しく』という定式に組み込まれるべき外在的要因とは、「人種的な害から自由である権利 (the right to be free from racial injury)」という実体的権利であるとする。例えば、黒人であるがゆえに入学を拒否することは「人種的な害から自由である権利」の侵害であると考え、それは平等固有の問題ではないと主張するのである³⁰。

このような問題提起に対して、「反差別原理」から何が指摘しうるであろうか。

²⁷ Id. at 565-567.

²⁸ Id. at 544-545. 「全ての法規制は区分を伴う。(中略) しかしながら、政府による区分が、憲法的に『等しい』とみなすべき者を別異に取り扱っているかどうかを決定するには、まず、人が等しいか否かを見分ける憲法上の基準がなければならない。我々は、『等しい者は等しく扱うべきである』という定式の中にそのような基準を発見することはできない。なぜなら、平等の定式は『等しい』か『等しくない』かを確認する先行的な憲法上の基準を、先行的な必要条件としているものだからである (Id. at 560)」。

²⁹ 「人種や肌の色を問題にすることは憲法上許されないと論じるためには、黒人が人種によってロースクールから排除されることによって、人種をもちいることが許される場合においては起こらないような害悪が発生することを示さなければならない。その害悪とは、憲法が彼らに自由である権利を与えたことに由来する。そのような禁止は等しい者を等しくという憲法上の要求には見いだせない。(中略) 憲法上の禁止は、もしそれがあるのであれば、人が自由でいられる権利から被る害悪という実体的概念に由来するはずである (Id. at 566-567)」。

³⁰ Id. at 567-568.

まず、平等原則における『等しい者』を『等しく』という定式は、同語反復であり内容空虚なものである。従って、平等原則は、何が「等しい」のかを決定する外在的要因が組み込まれてはじめて実体を有する、という部分までは正しいものとしよう。

しかし、Westen 教授は、なぜ、その外在的要因とは何らかの実体的権利にほかならんとするのか。なぜ、その外在的要因を、「誰が道徳的に等しいとみなされるべき者か」についての決定それ自体であると考えないのか、が問題なのである。

確かに、『等しい者』を『等しく』という定式は、それ自体としては内容空虚な命題である。しかし、「反差別原理」は、人種などの一定の特徴による区分を禁止するものであって、その一定の特徴によって別異に取扱ってはならない～すなわち、その特徴を持つ者であっても「等しい者」として「等しく取扱わねばならない」ということを要請するものである。

例えば、「成績優秀者」と「成績不良者」を「異なる者」として別異に扱うことは許される。しかし、「白人」と「黒人」は～実際に肌の色が異なっているにもかかわらず～いかなる局面においても「異なる者」として別異に取り扱ってはならない。ここでは、一定の特徴を政府行為の「要件」として扱うことを禁止することによって、「誰が道徳的に等しいと見なされるべき者か」が決定されているのである。

すなわち、「反差別原理」は、法律が用いてはならない「要件」を決定し、そのような「要件」（道徳的に関連なき特徴）を考慮してはならないとすることによって、平等保護原理の意味を確定させるものとなる。「反差別原理」は、『等しい者』を『等しく』という定式を、「道徳的に関連なき特徴については『異なっても』『等しく扱う』（あるいは「道徳的に関連なき特徴については、異なっても『等しい者』とみなせ）」という命題として再定位することによって、平等保護原理に実体的内容が与えうるものなのである³¹。

これに対し、Westen 教授のいう「人種的な害から自由である権利」こそ内容空虚なものであることを指摘せねばならない。まず、ここでいう「人種的な害」が「黒人であるがゆ

³¹ この点については、後に、Westen 教授自身、Greenawalt 教授による批判に反論した論稿のなかで認めている。その中で、Westen 教授は、平等の実体的原理は「人種、性別、財産、居住地区、その他、などの特定の特徴のみを根拠として、各人に対して利益や負担を割当てて禁じるものである。それゆえ、禁止される特徴を特定するだけで平等の実体的原理の内容を表現することができるのである」と述べる。その上で、Westen 教授は、このような内容をも「平等」とは表現せず、「人は平等に言及することなく、平等の実体的原理の存在を表現することができる」などと述べるものである。しかし、「反差別原理」の立場からは、それこそが「平等」の核心部分であるということになる（Peter Westen, To Lure the Tarantula from Its Hole: A Response, 83 Colum. L. Rev. 1186, 1203(1983)）。

えに、「入学できない」ということに起因するのであれば、そこでは、「黒人であること」が「要件」にされたことが問題になるのか、それとも「入学できない」という「効果」との関連でのみ問題になるのか、が不明確である。

もし、「人種的な害」が、もっぱら「黒人であること」が「要件」にされたことに起因するものであれば、Westen 教授のいう「実体的権利」は、逆に「誰が道徳的に等しいとみなされるべき者か」という判断を前提にしているということになる。すなわち、Westen 教授は、「道徳的に関連なき特徴については『異なっても』『等しく扱う』（ないし「道徳的に関連なき特徴については、異なっても『等しい者』とみなせ）」という命題に依拠し、それによって保護される利益を「実体的権利」としているのである。このことを「反差別原理」の側から見れば、Westen 教授が実体的権利と呼ぶものこそ、実は平等概念に依拠しているのだということになる。

しかし、もし、Westen 教授のいう「人種的な害」が、「入学できない」という「効果」との関連ではじめて問題になるのであればそれは「効果指向の平等論」と表現することができるものであるが～実は、それこそ内容空虚な見解であるということについて、次節で「反従属原理」について検討する中で明らかにしたいと考える。

しかし、ここでは「反差別原理」のように、政府行為の「要件」に問題を収斂させ、平等保護原理を「道徳的に関連なき特徴」については「異なっても」「等しく扱う」べきものと定式化すれば～Westen 教授の議論を前提としても否定できない～平等保護原理固有の実体的価値を見いださうことを確認しておこう。

(3) 平等保護理論の再整理

次に、この「反差別原理」と、従来の平等保護理論の全体像との関連について整理する。

そもそも、アメリカにおいては、平等保護にかかわる事案の類型として、「疑わしき区分型事案」「基本権型事案」「それ以外の事案」の三つがあり、前二者には厳格審査基準が、後一者には合理性の基準が、それぞれ妥当すると考えられてきた。

ここで、「反差別原理」が「疑わしき区分型事案」を問題とするものであることは言うまでもない。「反差別原理」が「道徳的に関連なき特徴」を政府行為の「要件」とすることを禁止するということは、「疑わしき区分」をもちいることを禁止するということと同義であると考えてよからう。

その一方、「反差別原理」は、「道徳的に関連ある特徴」にもとづく別異取扱～「疑わしき区分」以外の区分～には反対するものではない。例えば、Perry 教授は次のように論じる。

「いかなる人も人種ゆえに他者に対して道徳的に劣等するものではないということを認めるにせよ、それは全ての人々が道徳的に等しいということの意味するものではないのは明らかである。伝統的に、人が他者に対してもつ尊敬、関心あるいは好みといったものは、その人の選択、行動、自己定位に対する、賛成、不賛成あるいは無関心に規定されるもの

であった。残念ながら、時折、人が他者に対してもつ尊敬と関心の程度は、我々がその人個人に対する賛成や不賛成の程度ではなく、その人の地位～例えば『黒人』であること『女性』であること～に対する賛成や不賛成の程度によって左右されてきた。もちろん、他者の道徳的価値を評価する根拠として、そのような考慮をしてはならないというのが、平等保護理論の発展にかかわる我々の正義観念～合理性～なのである。(中略) この独自の観念は、全ての人は道徳的に平等ではないが、人種を典型例とするある種の特徴や要素によって道徳的に他者より劣る者とみなされてはならないというものである³²。

すなわち、「反差別原理」からは、「道徳的に関連なき特徴」については別異取扱いを禁止されるが、その他の「多くの相違は社会経済的区分や規制の根拠となり、政府がそれに重要性を認めてもよい相違として扱われる。これらは近代社会政策にとって正当な目的と関連する相違とみなされる³³」。例えば、「黒人」であることによって「入学を拒否する」ことは平等原則違反になりうるが、「成績不良」であることによって「入学を拒否する」ことは平等原則違反にはなりえない。ここでは、「道徳的に関連なき特徴」が政府行為の「要件」とされていれば（政府行為の「効果」とは関係なく）、平等原則違反になるわけであって、「道徳的に関連ある特徴」が政府行為の「要件」とされていることは問題にしないのである。

それでは、「反差別原理」からは、「疑わしき区分型事案」以外の、「基本権型事案」と「その他の事案」については、どのように処理されるのか。

この点、Perry 教授は、「基本権型事案」について、それを「権利」の問題として捉えるべきであり³⁴、その権利は「平等保護以外のところで保護されるべきであり、平等保護以外の問題として分析されるべきである」と考える³⁵。例えば、「成績不良」であることによ

³² Perry, supra note, at 1030-1031.

³³ Id. at 1072.

³⁴ Id. at 1074-1077.

³⁵ Id. at 1081. 「最高裁は憲法上の権利行使に関する区分による問題を、平等保護の文脈で概念化すべきではない。(中略) 他の憲法上の規範や原理と同様、平等保護は憲法法理において独自の機能を有するものであって、平等保護原理とは個人の特徴のなかで道徳的に関連なき特徴に否定的な意味を与えてはならないというものである。思いつく全ての種類の主張を平等保護条項に紛れ込ませることによって、この独自の機能をぼやけさせてはならない (Id. at 1077)」。

この点は、Westen 教授も、基本権型差別は、まさに権利の問題であって平等の問題ではないとする。例えば、平和的ピケの処罰につき、政治的ピケをそれ以外のピケとを区別したことが平等保護の問題として争われた事案につき、これは表現の自由という権利の問題であって、平等固有の問題ではないとする (Westen, supra note, at 560-564)。

て「入学できない」という場合にも、「成績不良」であるという〔要件〕の問題ではなく、「入学できない」という〔効果〕の問題をとらえて「学習権侵害」という主張をすることはできよう。しかしながら、それはまさに「実体的権利」の問題であって、「平等」固有の問題ではないことになる。

また、Perry 教授は、「それ以外の事案」～いわゆる「合理性の基準」が該当するような事案～についても、立法目的と別異取扱との間に合理的関連性がないと思われる場合がありうるが、これは立法の「合理性」を要求するという一般的問題であって本質的に平等保護原理とは別次元の問題であると考え³⁶。例えば、「成績不良」であることによって「野球選手になれない」という規則があるとすれば、それは「成績不良」という〔要件〕と、「野球選手になれない」という〔効果〕との間に「合理的関連性」がないことによって憲法違反となりうる。しかしながら、それはまさに目的との関係における「合理性」の問題であって、「平等」固有の問題ではない。平等保護の本質に「合理性」の問題を含めてしまうと、まさに「平等とは正義の言い換えに過ぎないものであって、内容空虚なものである」という指摘を免れえなくなろう。

そもそも、アメリカ憲法において、「基本権型事案」や「それ以外の事案」が平等保護条項の問題として意識されるようになったのは、憲法条文上の権利カタログに欠洩があると思われる場合に～とりわけ社会権的権利が主張された場合に～それを一般的条項としての修正 14 条平等保護条項の問題として処理せざるをえなかったという事情によるものであろう。この意味では、「基本権型事案」や「それ以外の事案」が平等保護の問題として捉えられてきたのは理論的要請によるものというよりも、実際的要請によるものというべきである。

この意味で、Perry 教授は、「最高裁が平等保護理論と呼ぶものの全てが、平等保護理論として意味を有している訳ではない³⁷」とする。例えば、「合理性の基準」で判断されてきたような諸問題が、修正 14 条の問題として扱われることがあるかもしれないが、それは理論的には平等固有の問題とはいえないものなのである。

しかし、Perry 教授が指摘するように、「最高裁が平等保護理論と呼ぶものの残りの部分」～すなわち「疑わしき基準型事案」は～「基本的な平等保護原理に強く依拠しており、それは政府はその人の道徳的地位を示すものではない特徴や要素に基づいて人を差別してはならないという原理である」と考えられよう³⁸。

そして、最後に、「平等」と「権利」との競合関係についても整理しておく必要がある。憲法事件においては、しばしば、それが「平等」の問題なのか「権利」の問題なのかが問われることとがあり、ときとして両者が「あれかこれか」の関係として考えられることす

³⁶ Perry, *supra* note, at 1067-1070.

³⁷ *Id.* at 1083.

³⁸ *Ibid.*

らある。しかし、平等がもつばら政府行為の「要件」の問題であるとするならば、一つの事案に関して平等と権利は、同時に問題になりうる。例えば、『女性は』『入学できない』とする法律は、「女性」という「要件」を用いている点において平等原則違反となり、「入学できない」という「効果」を与えている点において教育権侵害になりうるのである。これらは、さしあたり別問題として、それぞれ憲法問題を惹起するものだと考えられるのである³⁹。

第3項 「反差別原理」の帰結

さて、ここまでみたように「反差別原理」とは、「道徳的に関連なき特徴」を政府行為の「要件」とすることに反対するものであり、それは平等保護原理に実体的内容～『道徳的に関連なき特徴』については『異なっている』『等しく扱う』、ないしは『道徳的に関連なき特徴』について異なっているものでも『等しい者』として『等しく扱う』～を与えるものであった。

しかし、Brest 教授も指摘するように「反差別原理」への支持を表明する人の中でも、「Affirmative-Action」「人種的に異なる効果をもたらす政府行為」などの具体的問題に関する結論は大きく異なる⁴⁰。

例えば、「反差別原理」を、全ての人種区分が「区分それ自体」違憲であると硬直的に解釈する立場にたてば、Affirmative-Action が許される余地は極めて限定されるであろう。また、表面上人種中立的であるが人種的に「異なる効果」をもたらす政府行為であっても許されるということとなろう。実際に、公民権期以降のアメリカ社会において、「反差別原理」は、しばしば実質的平等の実現を妨げ、人種間の社会的格差を正当化する議論の論拠となってきた。「反差別原理」に対して、批判が集中している理由もそこにある。

しかし、実際に color-blind ないしは個人主義という価値をふりかざし、Affirmative-Action を否定している保守派の論者たちが、本当に color-blind あるいは個人主義という動機にもとづいているのかについては疑問があるところである。彼らは「白人優位主義」

³⁹ 例えば、Brest 教授は、平等の問題と経済的自由の問題との関係につき、「反差別原理を「人種的」正義に関する排他的原理として採用することは、「経済的」正義に関する他の原理を採用することを排除するものではない (Brest, supra note, at 5)」とする。

⁴⁰ 「反差別原理への支持を表明する人々の中でも、多くの者は、人種を考慮するものであっても、差別の存続を防ぐこと、過去の差別の効果を除去すること、その他人種的マイノリティを利することを目的とする手段については支持している。しかし、ある者は、これら手段が過度にコストがかかること、非マイノリティの個人に不公正な負担を課すこと、反差別原理は親切な目的のためであっても人種考慮を禁止するものであると論じる (Id. at 2)」。

を糊塗しているのに過ぎないのではないかという疑念⁴¹には説得力がある。このような主張は～第2章で問題にしたような～「人種づけられた社会」という現実を一切無視しており、真の意味での「人種からの自由」（人種中立性）を目指すものではない。

その一方で、「反差別原理」は、「道徳的に関連なき特徴」を考慮しないことを平等保護の「本質」と捉える趣旨のものであるが、「道徳的に関連なき特徴」による区分の全てを自動的に平等原則違反だとする趣旨のものではないと捉えることもできる。

例えば、Perry 教授は、ある人種が道徳的に劣等であるという前提のもとづく人種区分を否定するものであって、そうでない人種区分を否定するものではない。この点で、Affirmative-Action は、一般的には白人が道徳的に劣等であることを根拠にして行われるものではないと考える⁴²。この意味では、「反差別原理」から、当然に Affirmative-Action 否定が帰結される訳ではないのである。また、Perry 教授は、平等保護条項を「道徳的に関連なき特徴」によって不利益をうけることを禁止する趣旨であると考えていることから、表面上中立的であっても人種的に「異なる効果」がある行為が禁止されるものと考えている。この意味では、「反差別原理」の立場から、真の意味での「人種からの自由」を実現させるための措置は許容され要請されるものである、と考えることもできよう。

しかし、Affirmative-Action が、ある人種の道徳的劣等性を根拠にしたものではないといっても、それでも、なぜ人種を考慮せねばならないのか、については別途検討する必要があると思われる。すなわち、「反差別原理」とは、そもそも人種という特徴が「人格の道徳的価値について何ら示すものではなく、人種は政府の法や政策と道徳的に無関連である」こと～「道徳的に関連なき特徴」であること～を前提とするものであった以上、Affirmative-Action を正当化するためには、一定の場面においては人種が「道徳的に関連ある特徴」となることを示さねばならない。この意味で、やはり、Affirmative-Action を肯定せんとする側には高度の立証責任が課せられているというべきであろう⁴³。しかし、この点に関しては～すなわち「反差別原理」にてらしても Affirmative-Action が肯定されるか否かについては～第5章で Affirmative-Action の正当化論拠について紹介しつつ検討することとする。

また、「反差別原理」に立脚すれば、仮に人種的に「異なる効果」をもたらすものであっても、表面上人種中立的であれば禁止しえないのではないかという疑問がある。なぜなら、

⁴¹ 例えば、R.Kennedy 教授は Affirmative Action 反対論の中には「人種主義」があることを指摘し、殊にレーガン政権並びにレーガン大統領個人は人種主義的傾向があることを指摘している (R.Kennedy, *supra* note, at 1337-1345)。

⁴² Perry, *supra* note, at 1043.

⁴³ この点、Perry 教授も、Affirmative-Action は、間接的に人種平等の原理を害する恐れがあるゆえに、より厳しい違憲審査基準が該当するべきものとする (Id. at 1043-1045)。

全ての政府行為が全ての人種に対して「等しい効果」を与えなければならないと要求することは、全ての政府行為について「人種割当」的な配慮をしなければならないということとなるからである。しかし、この人種的に「異なる効果」をもたらす政府行為の合憲性の問題については、第6章で検討したいと考える。

また、このような「反差別原理」の立場に立ちつつ、「道徳的に関連なき特徴」による区分は原則的に禁止されるが、Affirmative-Actionのような例外的な場合には許容される、と考えた場合、具体的事案についての判断基準を構築する必要がある。そして、この判断基準～違憲審査基準～の問題については、第7章で検討することとする。

第4節 「反従属原理」

第1項 「反従属原理」とは

(1) 「反従属原理」

前節でみた「反差別原理 (anti-discrimination)」に対し、本節で紹介する「反従属原理 (anti-subjugation principle)」とは、平等保護原理の本質を、人種的区分ではなく従属関係に反対するものと捉える見解である⁴⁴。

本稿でいう「反従属原理」のことを、Colker 教授は、「反従属の視点 (anti-subordination perspective)」として、次のように述べる。

「反従属の視点においては、社会における特定の集団が全体として社会的権力の欠如しているために従属的地位におかれてはならないことになる。このアプローチは、男性と女性、白人と非白人との間の権力の断絶を除去することをめざし、そのような断絶を除去するための法と政治を発展させるものである。反従属の視点からは、表面上区分するものであれ表面上中立的なものであれ、人種的性的階層を存続させるようなものは不快なものとなる⁴⁵」。

⁴⁴ このような「反従属原理」の立場に立つものとして、Fiss, *supra note.* ; Colker, *supra note.* ; TRIBE, *supra note.* ; Kenneth L. Karst, *The Supreme Court 1976 Term-Foreword: Equal Citizenship Under the Fourteenth Amendment*, 91 *Harv. L. Rev.* 1 (1977) [hereinafter cited as Karst, *Equal Citizenship*] など。

⁴⁵ Colker, *supra note.*, at 1007-1008. Colker 教授によれば、「反従属的視点は二つの意味において集団指向的視点である。第一に、それは従属をつくりだす社会的役割に注目する。第二に、それは従属が集団の構成員に、どのように影響を与えるか、どのように影響を与えたか、の過程に注目するものである。この視点からは、白人男性よりも女性や黒人を不利に扱うことは、黒人女性よりも男性や白人よりも不利に扱うことよりも不快である。なぜなら、これらの集団の直面する従属の歴史や文脈は異なるからである。それゆえ、反従属

Colker 教授は、この「反従属原理」こそ、平等保護条項の歴史的意図に合致するものであるとする。確かに、Brown 判決など、初期の判例においては「反差別原理」を思わせる文言があるが、それは歴史的背景によるものである。すなわち、「歴史的には、区分は、隔離や排除などによってマイノリティや女性の従属を存続させる有力な道具となってきた」ため、初期の平等保護判例においては、「反差別原理」は、「人種隔離や黒人排除的慣行を廃止するのに有効であった」からである。しかし、これらの初期の判例も、仔細に検討すると、「最高裁の主な関心は反従属にある」と考えるのである⁴⁶。

(2) 「平等な市民権」

また、このような「反従属原理」の立場から、詳細な議論を展開するのが、Karst 教授である。Karst 教授は、平等保護条項の中心原理を、「平等な市民権」原理として捉える。この「平等な市民権」原理とは「各個人に、尊重された、責任ある、参加した社会の構成員として扱われる権利を保障する」ものである⁴⁷。

この「平等な市民権」は、個人を、尊重に値する者、社会の所属する者、として扱わねばならないとするものであり、逆に、個人を従属するカーストのメンバーとして扱ってはならないとするものである。従って、この原理の主な目的は、カーストによる「スティグマ」ないしは「市民的地位の格下げ」に反対することにあるとされる⁴⁸。

Karst 教授によれば、もとよりアメリカ社会は「平等」を理念とするものであったが、一方では人種的カースト制度が存在し、マイノリティはアメリカ社会から排除されてきた。そして、この「所属からの排除」が「劣等者としてのスティグマ」をもたらし、それが個人のアイデンティティや自己尊厳を阻害し、かつ不平等な配分を正当化する機能を果たしてきたのだとする⁴⁹。従って、平等保護条項の役割は、そのような社会からの排除に反対し、

の提唱者は、Affirmative-Action のような、人種的マイノリティや女性の従属を除去するような人種的性的政策をもちいることを主張する (Id.at 1008-1010)。」

⁴⁶ Id.at 1011-1014.Colker 教授は、Brown 判決は、表面的には「反差別」原理のようだが、実際は「反従属」原理によるものであったとする (Id.at 1021)。

⁴⁷ Karst, Equal Citizenship, supra note, at 4; KENNETH L. KARST, BELONGING TO AMERICA: EQUAL CITIZENSHIP AND THE CONSTITUTION 3 (1989) [hereinafter cited as KARST, BELONGING TO AMERICA]. Karst 教授自身、「反従属原理」という表現を用いている訳ではないが、後述するように、「効果指向の平等論」に立っていると考えられるため、本稿では「反従属原理」に近い立場を示すものとする。

⁴⁸ Karst, Equal Citizenship, supra note, at 6, 48.

⁴⁹ Karst, Equal Citizenship, supra note, at 6-8, 48-49 ; KARST, BELONGING TO AMERICA, supra note, at 26-27.

人々をアメリカ社会に「参加」「帰属」させることにある⁵⁰。

また、Karst 教授のように、平等保護条項の役割を社会への平等な参加と帰属を保障するものとして捉えるのであれば、その保護の対象は社会から排除されている人々全般へと広がるのは必然である。Karst 教授は、人種的マイノリティだけでなく、経済的弱者も、少なくとも一部は、アメリカ社会から排除された者として捉える。そして、彼らに機会平等を保障して、アメリカ社会への「参加」を求めるのも、平等保護条項の役割であると考えてるのである⁵¹。

このように、Colker 教授も Karst 教授も、平等保護原理の本質を、人種的区分それ自体に反対するものではなく、社会的な従属や排除に反対するものだとして捉えている。そして、平等保護条項からは、「従属関係におくこと」「スティグマを与えること」「市民的地位を格下げすること」などが禁止され、逆に、市民に対する平等な参加、尊重、配慮などが要求されるとしているのである。

(3) 「反従属原理」の背景

ところで、このような「反従属原理」が主張された背景としては、先述したように、人種の平等を形式的なものとしてだけではなく実質的なものとしても実現するために一定程度人種的な考慮が必要になったことが挙げられる。

例えば、「反従属原理」の立場から、Tribe 教授は「Affirmative-Action は、特定の言葉で表現されていなくとも、制憲者意思と合致するものである」と述べる⁵²。また、Karst 教授も、Affirmative-Action は、白人に「スティグマ」をかすものではなく、また「市民的地位の格下げ」をするものではないがゆえに許されるとするものである⁵³。

また、Colker 教授は、「反従属原理」からは、人種的に「異なる効果」をもたらす政府行為について、「原告は中立的政策の背後に差別的意図があることを証明するように求められることはなく、政策や行為が表面的に異なることが主張すれば差別の推定をさせることができる」ものとする⁵⁴。

⁵⁰ KARST, BELONGING TO AMERICA, *supra* note, at 2-3.

⁵¹ 『『裕福な人々』の間では、貧者は逸脱者、部外者として見られがちである。個人主義的規範は、貧困を否定的アイデンティティとして考える。負けてはいけない。懸命に働けば貧しくならない。アメリカを機会の国だと信じることで、貧者は挑戦しなかったから貧困にさらされるにふさわしいのだという見解がでてくる (Id. at 125)』。

⁵² TRIBE, *supra* note, at 1525.

⁵³ Karst, Equal Citizenship, *supra* note, at 52-53.

⁵⁴ Colker, *supra* note, at 1014. Colker 教授によれば、「表面上区分する規範であれ、表面上中立的な規範であれ、それが人種的性的に異なる効果をもたらすものであれば、より高い

はっきり言えば、「反従属原理」とは、人種的マイノリティに「異なる効果」をもたらす政府行為に反対し、逆にマイノリティに対する Affirmative-Action (積極的差別是正措置) を肯定するための枠組として登場した、まさに「実践的理由から必要とされる」議論であったのである⁵⁵。

第2項 憲法解釈論としての「反従属原理」～「効果指向の平等論」

(1) 「効果指向の平等論」

それでは、憲法解釈論としての「反従属原理」について、更に検討してみよう。

前節でみたように、およそ法律には「要件」－「効果」の対応関係があり、「反差別原理」とは、もっぱら法律の「要件」面に着目したものだと言える。これに対して、「反従属原理」が、「従属的地位においてはならない」という命題に集約されるのであれば、それは、一見するともっぱら法律の「効果」面を統制するものであるか、少なくとも「効果」面に関連するものであると考えられる。この意味で、「反従属原理」は、さしあたり「効果指向の平等論」と呼ぶことができる。

しかし、このような「従属的地位においてはならない」という命題で表現されうる、政府行為の「効果」を統制する規範には、一見して疑問が生じうる。

例えば、「人種的マイノリティであること」によって不利益扱いがなされることが許されないとしても、「試験成績が劣っていたこと」「犯罪を犯したこと」によって不利益扱いがなされることは許されないのであろうか。それは、「従属的地位におく」ことにならないのか、が問題となる。すなわち、「要件」と無関連に、「効果」だけを問題として平等保護条項違反とすることが適切なかが問題になるのである。

また、「反従属原理」が、人種的区分それ自体に反対しないものであるとすれば、人種を「道徳的に関連なき特徴」だと考えないのか、あるいは人種が「道徳的に関連なき特徴」であるにもかかわらず人種的区分をすることが許されるとするなら、それはなぜか。人種を政府行為の「要件」することにいかなる正当化要因を見いだしているのかが問題となる。

(2) Karst 教授についての検討①～「疑わしき区分型事案」について

このような疑問について検討すると、Karst 教授の平等保護理論～「平等な市民権」を保障しなければならないという議論～は、一見すると政府行為の「効果」を問題にしているかのように思われるが、そこには多くの要素が混在した議論であることが明らかとなる。

審査基準によって正当化されなくてはならない」。ここでは、「異なる処遇」をする場合であっても、それが「従属」につながる場合のみ違憲とされるということとなり、裁判所においては「従属」の有無を示す証拠がとりあげられねばならない (Id.at 1060)。

⁵⁵ Id.at 1013.

まず、「疑わしき基準型事案」の処理についての、Karst 教授の立場はどのように考えられるであろうか。例えば、Karst 教授のいう「二級市民として扱ってはならない」「市民的地位の格下げをしてはならない」という命題からみて、『人種的マイノリティ』は『入学できない』という規範と、『成績劣位者』は『入学できない』という規範につき、いかなる結論が導かれるのであろうか。おそらく、Karst 教授の議論からは、人種を理由とした不利益扱いは「二級市民として扱った」ことになるが、自らの能力や成績を理由とした不利益扱いは「二級市民として扱った」ことにはならない、と論じられるであろう。

しかし、そうであるならば、これを分ける決定的な要因は、不利益扱いをうける根拠～すなわち「要件」～にあると考えざるをえないのではなかろうか。ここでは、自己の責任に属することを「要件」として不利益取扱いをすることを「二級市民として扱った」と表現せず、マイノリティであることを「要件」として不利益扱いすることを「二級市民として扱った」と表現しているのであって、不利益扱いすること自体～「効果」自体～を「二級市民として扱った」と表現しているのではないのではないか。すなわち、Karst 教授は、ある種の区分を「疑わしき区分」として問題にしておき、この意味では政府行為の「要件」が適正であるか否かを問題にしているのである。

この点、Karst 教授は、この区分の疑わしきの程度は、区分によってもたらされるスティグマによって「平等な市民権」が害される程度によって決定されるとしている⁵⁶。この意味で、Karst 教授は、はじめに「平等な市民権」～すなわち「尊重された、責任ある、参加した社会の構成員として扱われる権利」～を措定し、人種区分などは結果として「平等な市民権」を害するがゆえに疑わしいのだと判断される、という理論構成をするものである⁵⁷。

しかし、ここでは、『人種的区分されることで結果的に』『尊重された、責任ある、参加した社会の構成員として扱われる権利が害される』ということと、『人種的区分をすること自体』『尊重された、責任ある、参加した社会の構成員として扱われる権利の侵害となる』ということは、法規範として同義なのではないかという疑問が起こる。すなわち、人種区分の結果として「平等な市民権」が害されるというよりも、人種区分をされないこと自体が、この局面における「平等な市民権」の実体なのではないかということである。

この点、前節で紹介したように、「反差別原理」は平等保護原理の中心をはじめから「道徳的に関連なき特徴」によって区分されないことにあると考える。このような議論は、まさに政府行為の「要件」の問題を重視するものだといえる⁵⁸。ただし、「反差別原理」も、人種差別によってスティグマがもたらされる、あるいは自己尊厳が害されるといった効果

⁵⁶ KARST, BELONGING TO AMERICA, *supra* note, at 26.

⁵⁷ see, *Id.* at 22-26.

⁵⁸ 「反対されるべきは区分の根拠(basis)であって、その効果(effect)ではない(Perry, *supra* note, at 1077)」。

を重視しないものではない。例えば、Brest 教授は、人種差別が許されない理由は、マイノリティの「望んでいた利益をえる機会が否定される」という実体的被害と、「被害者に劣等な者であるというスティグマを与える」という心理的被害があることを指摘するものであった⁵⁹。この意味で、「反差別原理」は、人種などの「道徳的に関連なき特徴」を〔要件〕とすることによる効果を問題にするものであるが、法律の〔要件〕－〔効果〕という意味での〔効果〕を問題にするものではないのである。

そして、Karst 教授の議論も、同じように、実は政府行為の〔要件〕に着目しつつ、その〔要件〕が用いられること自体の効果に鑑みて、「スティグマを与えてはならない」あるいは「二級市民として扱ってはならない」という表現をもちいているのではないかと思われる。すなわち、人種を〔要件〕としてもちいること自体に、「スティグマを与える」ないし「市民的地位を格下げする」ことの契機をみいだしているのではないかと考えられるのである⁶⁰。

従って、このような典型的な「疑わしき基準型事案」の局面においては、Karst 教授の議論も、もっぱら政府行為の〔要件〕を問題とするものであって、そこには「反差別原理」とは異なる独自の意味内容は含まれていないこととなる。

(3) Karst 教授についての検討②～人種的考慮が許される場合

しかし、いわゆる「反従属原理」は、政府行為の〔要件〕のみを問題にしているのではないという意味においては、独自の意味内容が存在するものといえる。

例えば、Karst 教授らは、仮に人種を〔要件〕とするものであっても、Affirmative-Action などのように人種的マイノリティに有利な〔効果〕を与えるものであれば、「スティグマ」をもたらすものではなく、「平等な市民権」を害しないと考えるものである。この意味で、「反従属原理」は、「人種などの〔要件〕にもとづいて」「不利益な〔効果〕を与えてはならない」とする見解～すなわち、「特定の〔要件〕について」「特定の〔効果〕を与える」ことのみを禁止する見解～であるといえる。このように考えれば、それは確かに「反差別原理」とは異なる独自の意味を有するものと考えられる。

そうであるならば、ここで問題となるのは、不利益な〔効果〕を与えない場合であれば、人種などを〔要件〕とすることが許されるのは何故かということである。そもそも、「反従属原理」は、人種を「道徳的に関連なき特徴」だと考えないのか、あるいは人種が「道徳

⁵⁹ Brest, *supra* note, at 8.

⁶⁰ 例えば、Karst 教授は「不変 (immutable) で高度に可視的 (highly visible) な特徴を根拠とする区分は、それ自体、個人を一般的なカテゴリーと結びつけるような、ステレオタイプによる思考方法につながる」から、疑わしいものとされると述べる (Karst, *Equal Citizenship*, *supra* note, at 23)。

的に関連なき特徴」であるにもかかわらず人種的区分をすることが許されるとするなら、それはなぜか、ということが問題となる。すなわち、人種的区分が必要であるとすれば、そこにいかなる正当化要因を見いだしているのであろうか、問題となろう。

ここで「反従属原理」が、人種を「要件」としてもちいることを許容するのは、具体的には、人種的マイノリティに対する Affirmative-Action のような場合である。それでは、「反従属原理」は、なにゆえに Affirmative-Action における人種的区分を許容するのであろうか。

この点、後に紹介する、Rubenfeld 教授がいうように、Affirmative-Action が弱者を保護するという「慈善的な目的」を持つがゆえに許されると説明したのでは不十分である。なぜならば、「慈善的な目的」ということから、「経済的弱者」という範疇を用いた優遇をせずに、「人種的マイノリティ」という範疇を用いた優遇を行うことが説明できないからである。人種にもとづく Affirmative-Action は、人種的にはマイノリティに属するが裕福である者を優遇し、多数派に属するが貧困である者を優遇しないということを意味するものであるがゆえに、「実質的平等」の観念から直接導かれるものではない。

この点、第2章で紹介した「批判的人種理論」のように、まさに「集団自体の権利」として Affirmative-Action を正当化する見解もありえよう。しかし、第2章で詳述したように、「人種共同体」を権利主体たる社会集団として「人種集団の権利」を承認することには大きな疑問がある。まず、このような人種集団の権利を正面から承認することは、優遇をうける人種的マイノリティへの怨恨を強め、「人種的分断の境界 (lines of racial division)」を強化することとなろう。このことは公民権時代以降の課題である人種融和を掘り崩すこととなる。なによりも、生まれついた人種によって利益ないしは不利益を受けるとすることは、個人主義に正面から反するものとなるのである。

それでは、Karst 教授は、なにゆえ Affirmative-Action を正当化するのか。「人種」にいかなる意味を認めているのか。

Karst 教授によれば、「平等な市民権原理」から、全てのアメリカ人は「アメリカに帰属する者」として平等な尊重を受けなければならないということが要請される⁶¹。しかし、「アメリカの公的生活に完全に参加している者は市民文化としての個人主義に関して信仰と行動の強い一致を感じる」ことができたが、全ての者が完全な参加者ではなかった。カトリック、解放奴隷、女性、ポーランドやメキシコからの移民、などはアメリカ社会において尊重され責任ある参加者として扱われてこなかったのである⁶²。

従って、Karst 教授にとっては、排除されてきたマイノリティに対して、アメリカ社会に

⁶¹ Id. at 9.

⁶² Id. at 41-42.

おける平等な「帰属」や「参加」を保障することこそ、平等保護原理の役割だということになる。そして、Affirmative-Action なども、人種的マイノリティを社会に「帰属」させるためのものであって、それは「人種的分断の境界 (lines of racial division)」を強調するためではなく、それを消去するために行われるのであると考える⁶³。すなわち、Karst 教授は、人種に意味があるためではなく、人種に意味がないということを分からせるために、Affirmative-Action によって「多様性」を実現しようとするものなのである⁶⁴。

そうであるならば、Karst 教授において、Affirmative-Action が必要とされる決定的要因は、「過去の人種差別」によって人種的マイノリティが排除されつづけてきたことにある。Karst 教授の議論は、「アメリカにおける人種関係の歴史」において、「社会における個人としての黒人の立場は、集団としての黒人の地位に密接に関連してきた⁶⁵」こと、「人種的カースト制度が、人種的マイノリティ集団のメンバーに対して、集団的に、影響を与え続けている⁶⁶」こと、それによって「人種的分断の境界 (lines of racial division)」が存在していることを問題とし、それら人種主義の遺産を解消することを Affirmative-Action の目的としていると考えられる。

しかし、このように人種主義の負の遺産を解消するために Affirmative-Action を正当化することは～第5章で詳述するように～「反差別原理」という立場からも導き出しうる。何よりも Karst 教授が、本質的には「人種」などを「要件」として利益・不利益をかされることに反対するものであって～第2章で述べたような～最終的に「人種からの自由」をめざしているのであれば、それは「反差別原理」の立場と全く合致するものとなる。そして、そのような「人種からの自由」を実現するために Affirmative-Action という手段を正当化するのであれば、それはまさに「反差別原理」にとっての課題である「人種が考慮されない」ための条件をととのえる方策といえるのである。

(3) Karst 教授についての検討③～基本的権利について

⁶³ see, KARST, LAWS PROMISE, LAWS EXPRESSION 105 (1993) [hereinafter cited as KARST, LAWS PROMISE, LAWS EXPRESSION]. ただし、このようにいっても、Karst 教授が、多様な社会集団を否定しているわけではない。平等な市民権原理は「多様で価値を競いあう集団に自らを同一視しつつ、我々全てに国民共同体に所属する機会を与えるものである」とする (Karst, Equal Citizenship, supra note, at 9)。

⁶⁴ KARST, LAWS PROMISE, LAWS EXPRESSION, supra note, at 104-105. Karst は、学校における人種的多様性を確保することは、白人にマイノリティ集団の中にも様々な見解があることを知らせることになる、と指摘する。

⁶⁵ KARST, BELONGING AMERICA, supra note, at 148.

⁶⁶ KARST, LAWS PROMISE, LAWS EXPRESSION, supra note, at 84. 「Affirmative-Action の基本的目的は、過去の人種差別ないし現在もつづく人種差別の効果を救済することによって、尊重と参加という平等な市民権の価値を促進することにある (KARST, BELONGING AMERICA, supra note, at 158)」。

しかし、「反従属原理」は、ある局面においては、政府行為の「効果」のみを統制することを目的としていると考えられる。

例えば、「反従属原理」を、単純に結果の平等を指向したものだと考えれば、それは全ての人の結果を等しくならしめるような「効果」を要求するものであると考えることができるかもしれない。

この点、Rubenfeld 教授は、平等保護が問題とすべきは「疑わしき分類 (suspect classifications)」ではなく、「疑わしき階級 (suspect classes)」であるとする⁶⁷。すなわち、Rubenfeld 教授は、特定の特徴を用いること自体を問題にするのではなく、社会的な従属関係それ自体を問題とするのである⁶⁸。そして、Rubenfeld 教授は、

「財産による区分は、貧者の権利を否定するために用いられた場合のみ違憲となり、補助するために用いられた場合には違憲とはならない。障害者の機会を否定する法律は疑わしいが、特別の便宜を与えるような法律は全く合憲である。退役軍人に特別の補助を与える州法は合憲であるが、不利な扱いをするような州法が合憲になるとは考えがたい⁶⁹」。

と述べる。すなわち、弱者を保護する法律は「慈善的な目的」を持つがゆえに、許されるとするのである。これらの点で、Rubenfeld 教授の議論は、政府行為の「要件」の適正さを問題にすることなく、それが弱者を助けるものか否かという「効果」に着目するものであるといえる。

このような Rubenfeld 教授の議論は、確かに平等保護原則に一定の方向性を与えるものであり、少なくとも、正義の一面を語っていることは間違いない。もちろん、経済的弱者を保護するような法律が平等原則に反するともいえないし、経済的弱者の権利を殊更に侵害するような法律が正当化されるとも考えられないからである。

しかし、単なる「結果平等」指向の議論が、平等保護理論を包括的に説明するものとはなりえないであろう。例えば、人種的マイノリティであるがゆえに社会的な財の配分を拒否された場合と、能力が劣っているがゆえに社会的な財の配分を拒否された場合を同一視することはできない。この点は、「反差別原理」にたつと考えられる論者も認めているところである⁷⁰。

⁶⁷ Rubenfeld, *supra* note, at 465.

⁶⁸ また、Rubenfeld 教授は、特定の人種を従属させるための人種区分と、平等を促進するための人種区分を同じように扱うような「区分指向 (classification-driven) の枠組は非論理的で、筋の通らないもの」だと批判する (Id. at 435)。この点において、Rubenfeld 教授は、明確に「要件指向の平等論」を否定し、「効果指向の平等論」に立つものだと考えられる。

⁶⁹ Id. at 464.

⁷⁰ 例えば、Colker 教授は「我々の国では全ての区分が不快であるわけではない。我々は知能や能力による区分を許容する。我々が偏見や不合理によるものだと信じるにたる区分の

この点、Karst 教授は、法の存在自体、必然的にある種の不平等が存在することを認めるものであるとする。Karst 教授によれば、「平等な市民権」原理は、全ての形態の不平等に反対するものではなく、「この原理の主な標的は、カーストであって階級ではない⁷¹」。

しかし、Karst 教授によれば、同じく不平等であると言っても、社会的参加が可能な程度の不平等と、それが不可能なほどの不平等では違いがある。そして、比較的貧しいというくらいでは「平等な市民権」を害したことはないが、社会に対する効果的な参加が妨げられるほどの不平等、あるいは個人の尊厳が害されるほどの不平等は「平等な市民権」の侵害になりうると考える⁷²。このように考えれば、Karst 教授のいう「平等な市民権」原理は、政府に社会的参加が可能なほどの経済状況を保障することを要求するものとなる⁷³。この意味では、Karst 教授の議論も、政府行為の「要件」ではなく、「効果」を問題にしているものだと考えられよう。

ただし、このように考えれば、この局面において、Karst 教授が「平等な市民権」原理とよんでいるものは、全ての人に最低限度の経済状況を保障するものであり、全ての人に一定の「実体的権利」～すなわち「生存権」～を保障するものであると表現することもでき

みを禁止するものである」とする (Colker, *supra note*, at 1012-1013)

⁷¹Karst, *Equal Citizenship*, *supra note*, at 10-11, 59-61; KARST, *BELONGING TO AMERICA*, *supra note*, at 140. また、Karst 教授は、人は自身や家族を養うことが期待されており、「このような責任を果たすことは～あるいは、それによって社会の総生産に寄与することは～我々のイデオロギーの中では良き市民であることの一部であり、健全な自尊を保つ過程の一部である。この意味では、平等な市民権原理は、資本主義を違憲とするよう勧めるものではない (KARST, *BELONGING TO AMERICA*, *supra note*, at 141)」とする。

⁷² Karst, *Equal Citizenship*, *supra note*, at 60-61 (see, KARST, *BELONGING TO AMERICA*, *supra note*, at 125-127) . この意味で Karst 教授は、「市民的地位を格下げするような貧困の種類を特定する」必要があるとするものである (KARST, *BELONGING TO AMERICA*, *supra note*, at 141)。

⁷³Karst 教授は、「平等な市民権原理」からは「人が『人間としての十分な生存 (a fully human existence)』が不可能になるほどの不平等がありながら、政治部門が無視しているような場合には、司法的介入が要求される」とする (Karst, *Equal Citizenship*, *supra note*, at 62)。

また、Karst 教授は「どの種の欠乏が人間性を破壊するもの (dehumanizing) で、どの種の欠乏が社会的に許容され、市場原理による資源配分にゆだねられるものか」などの問題は残るとしながらも、「裁判所は、全ての市民に社会に参加するメンバーとして必要な資源を与えるという我々が負うべき責任について政府が実現するように圧力をかける役割を担うべき」とする (KARST, *BELONGING TO AMERICA*, *supra note*, at 144)。

よう⁷⁴。これは、「平等保護」の問題として考えられるべきではなく、「実体的権利」の問題として考えられるべき問題となるであろう⁷⁵。

このように平等保護原理を、もっぱら政府行為の〔効果〕のみを統制するものとして捉える見解は、それが純粋に「結果平等」を要求する見解だと考えれば不合理な結論～自由とは相入れない結論～を帰結するものとなるし、また、「生存権」的配慮を要求するものだと考えれば「平等」ではなく「実体的権利」として処理されるべき問題となる。これらは、いずれにせよ平等保護理論を包括的に説明するものとはなりえないであろう。

(5) Karst 教授についての検討④～まとめ

これまでに考察したように、Karst 教授のいう「平等な市民権」原理は、従属関係やカー

⁷⁴この点、Karst 教授は、平等保護を「最低限の福祉」保障として捉える Michaelman 教授の議論を否定するものであるが、同時に「平等な市民権」が実現されると「最低限の福祉」もおのずから実現されるものだと考える (Karst, *Equal Citizenship*, supra note, at 61)。この意味では、Karst 教授による「平等な市民権」原理は「最低限の福祉」保障のみではなく、より広範な役割を果たすものだと考えられるが、少なくとも、この局面では「最低限の福祉」を保障することと同じこととなろう。

⁷⁵これは、前節で紹介した、Westen 教授の立場から考えれば、それは平等保護固有の問題ではなく実体的権利の問題であると考えられる。また、Perry 教授の立場から考えても、「平等保護」の問題ではなく「基本的権利」の問題として把握されるべきものだと考えられるのである。

もちろん、このような実体的権利（生存権）を「平等」の問題として捉えるか、「権利」の問題として捉えるかは、アメリカ憲法の解釈論としては、言葉の問題にすぎないとも考えられる。なぜなら、Westen 教授と Perry 教授はともに、修正 14 条平等保護条項から一定の実体的権利が導かれるが、それを「平等」とは表現しないという趣旨のものであるのに対し、Karst 教授は修正 14 条平等保護条項の中心原理としての「平等な市民権」原理から実体的権利を導くものであって、抽象的な「平等」それ自体ははじめから問題にしていなものであるからである (Karst, *Equal Citizenship*, supra note, at 4)。従って、この三者はともに修正 14 条から何らかの実体的権利を導くのであるが、それを「平等」と表現するか否かという用語法の違いがあるに過ぎないということになるのである。

ただし、この議論を憲法学にとっての「平等」とは何かという普遍的観点から眺めた場合、Westen 教授や Perry 教授のアプローチは「平等」固有の問題を説き明かすことに重点を置いたものだと考えることができる。そして、平等原則とは別個に、実体的権利として社会権規定をおいている日本国憲法との関連で言えば、平等固有の問題を重視するアプローチの方がより参考になると思われるのである。

スト制度に反対するもの、「スティグマをかすこと」ないし「二級市民として扱うこと」を禁止するもの、と表現されているために、一見すると、政府行為の〔効果〕に着目しているかのように思える。しかしながら、その具体的判断にあたっては、実は、政府行為の〔要件〕に着目し、ある種の特徴を〔要件〕とすること自体に「スティグマ」を与える契機をみいだしているといえる。

また、Karst 教授は、「平等な市民権」原理から、政府に社会的参加が可能な条件を保障しなければならないという原理を導く。例えば、経済的貧困層への手当や、教育を受ける権利の保障などが、必要とされることを説く。この意味では、Karst 教授の議論も、政府行為の〔要件〕ではなく、〔効果〕を問題にしているものだと考えられよう。

しかし、この局面において、Karst 教授が「平等な市民権」原理とよんでいるものは、全ての人に最低限度の条件を保障するものであり、全ての人に一定の「実体的権利」を保障するものであると表現することができる。その意味で、これらの問題は「基本権型事案」として「平等保護」の問題として考えられるべきではなく、「実体的権利」の問題として考えられるべき問題となるであろう。

この意味で、Karst 教授が提唱する「平等な市民権」原理は～一見すると憲法上の諸論点にわたる精巧で複雑多岐な内容ではあるものの～「平等保護理論」としては「反差別原理」に含まれるものとなるし、それ以外については「実体的権利」として把握されるべき内容と言いうるものなのである。

小括

本章においては、平等保護理論の本質を究明すべくアメリカ憲法学における「反差別原理」と「反従属原理」の対抗関係について検討を加えた。

まず、この議論を検討するにあたって留意すべきなのは「反従属原理」が主張された社会的背景である。この「反従属原理」は、Colker 教授がしばしば指摘しているように、Affirmative-Action を正当化し、逆に、人種的に異なる効果をもたらす行為を違憲とするための実践的動機にもとづくものであった。とりわけ、アメリカ憲法には、社会権規定などの「実質的平等」を確保する手段がないことが、問題の背景にあった。従って、平等保護理論の原理的考察をするにあたっては、このようなアメリカ憲法における特殊事情を捨象し、なるだけ原理的側面にしばって考察を加える必要があると思われる。

このようなことから考えれば、「反差別原理」こそが、平等保護原理について説明し、それに空虚ではない実体的内容を与えることとなる。ここでいう「反差別原理」は、人種などの一定の特徴～「道徳的に関連なき特徴」～による別異取扱は、いかに合理的（合目的）なものであろうが、禁止されるとするもの。すなわち、「道徳的に関連なき特徴」を、政府行為の〔要件〕とすることを禁止するものである。このようなことから、平等保護原

理における「等しい者を等しく扱う」という定理は、「道徳的に関連なき特徴については、『異なっている者でも』『等しく扱う』（あるいは道徳的に関連なき特徴について異なっている者でも『等しい者』として『等しく扱う』）という概念として、再定位されることとなる。

このような「反差別原理」に従えば、確かに人種的区分をとまなう Affirmative-Action は「疑わしい」ものとされ、特別な審査基準に服することとなる。また、かりに人種的に「異なる効果」をもたらすものであっても、人種的区分をとまなわない行為については、さしあたり「疑わしい」ものとはいえないこととなる。しかしながら、「反差別原理」から、必ずしも、人種などの特徴によって不利益をうける現実社会を無視せよ、という結論は導かれえない。その主旨が、人種などを理由として不利益扱いをうけることを禁止するというものである以上～第2章で述べたような～真の意味での「人種からの自由」を確保するための措置が許容され要求されるのは当然である。

このような「反差別原理」は、近代個人主義の理念に従って、個人を人種などの「道徳的に関連なき特徴」から解放することをめざすものであり、まさに「人種からの自由」という理念にそうものである。

これに対し、「反従属原理」は、「劣位に取り扱うこと」「二級市民として扱うこと」「スティグマを与えること」を禁止するものであった。しかし、Karst 教授の議論にみられるように、このような立場には様々な要素が混在したものとなっている。

まず、いわゆる「疑わしき基準型事案」についていえば、「人種的マイノリティを劣位に取扱うこと」が問題なのは、「劣位に取扱うこと」という〔効果〕自体を問題視しているのではなく、「人種的マイノリティ」であるということ〔要件〕としていることに問題があるのだと考えられる。そして、このかぎりでは、「反従属原理」に、「反差別原理」とは異なる独自の意味内容は含まれていないこととなる。

もっとも、「反従属原理」には、「人種的マイノリティ」であることを〔要件〕とするものであっても、不利益な〔効果〕を与えるものでなければよいとする含意が含まれており、そのかぎりでは「反差別原理」とは異なる独自の意味内容が含まれることになる。しかし、ここで人種を政府行為の〔要件〕とすることを許す目的が、まさに「人種共同体の権利」自体のため～すなわち「人種への自由」のため～であれば個人主義原理を破壊するものとして問題になるであろう。そうではなく、あくまでも過去の差別の効果を矯正するという目的で、人種を政府行為の〔要件〕とすることを許すのであれば、それも「反差別原理」の立場とは異質なものではなくなる。

また、「反従属原理」には、人種的マイノリティなどの社会的弱者に対しても一定の権利を保障することを要求するものかもしれない。しかし、そうであるならば、それは「実体的権利」の文脈で把握されるべきであって、平等保護固有の問題とは言えない。

これら諸点を考えると、この「反従属原理」は、平等保護理論について一貫した説明を

与えるものとはなりえず、現実的問題について解決するための幾分「場当たりのな」議論にすぎないと評価することができよう。

このようなことから本稿は、憲法における平等保護の本質とは、個人を「道徳的に関連なき特徴」によって判断しないことを要求する原理であると捉える（反差別原理）。

そして、ここでいう「道徳的に関連なき特徴」とは何かについては～すなわち、平等原理は何に反対しているのかについては～第4章で詳しく検討することとする。

また、「反差別原理」という立場における実践的問題についても無視するわけにはいかない。特に、Affirmative-Action をめぐる問題と、表面上人種中立的であるが異なる効果をもたらす行為をめぐる問題は、平等保護理論の解決すべき必須の問題である。従って、これらの問題については、それぞれ第5章と第6章で検討を加えることとする。

さらに、「反差別原理」という立場から、必ずしも全ての人種的区分が禁止されるわけではなく、Affirmative-Action などは許されるとした場合、具体的事案について判断するための審査基準が必要となる。このような審査基準の問題については、第7章で検討を加えることとする。

第4章 「疑わしき区分」～何に反対するのか

第1節 最高裁判例における「疑わしき区分」

第2節 「疑わしき区分」を決定するのは何か

第1項 不変性からのアプローチ～Perry、Brest、Sunstein 教授による議論

第2項 非対称性からのアプローチ～Balkin 教授による議論

第3項 政治過程からのアプローチ～Ely 教授による議論

小括

第4章 「疑わしき区分」～何に反対するのか

第3章では「反差別原理」と「反従属原理」の対抗関係について検討し、「反差別原理」こそ平等保護に実体的内容を与えうるものであることを明らかにした。そして、この「反差別原理」とは、平等保護の本質を、一定の特徴（「道徳的に関連なき特徴」）による区分を禁止するもの～一定の特徴を政府行為の「要件」とすることを禁止するもの～として捉える考え方であった。

そして、本章では、この政府行為の「要件」としてはならない一定の特徴～「道徳的に関連なき特徴」～とは何か、を考察することを目指すものである。このことは、現代における平等保護原理が、何に反対し、何を指すものであるかを見極めることでもある。

本章では、第1節でアメリカ最高裁において「疑わしき区分」とされてきたものは何かについて概観した後に、第2節において学説における議論を参考にしながら検討をすることとする。

第1節 最高裁判例における「疑わしき区分」

(1) 「切り離され孤立したマイノリティ」

最高裁における「疑わしき区分」について概観する前に、現代憲法理論における理論的支柱の一つになっている *Carolene* 判決脚注4について触れておく必要がある¹。*Carolene* 判決は、司法消極主義に立脚して、社会的経済的規制については合憲性の推定が働くことを示したものであるが、その脚注4においては次のように述べられている。

「一定の宗教的マイノリティ、民族的マイノリティ、あるいは人種的マイノリティに関する法律については、（合憲性の推定は）なされない。切り離され孤立したマイノリティ（discrete and insular minorities）に対する偏見は、通常はマイノリティを保護しうるような政治過程の作用を阻害するものとなりがちであり、それゆえ厳格な審査が必要とされる特別な条件となりうる²」。

¹ *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938) .

² *Id.* at 152-153, n.4.

ここでは、政治過程を阻害するような偏見にさらされているような「切り離され孤立したマイノリティ」に対しては憲法上特別の関心がよせられることが示唆され、さしあたり「宗教的マイノリティ」「民族的マイノリティ」「人種的マイノリティ」が「切り離され孤立したマイノリティ」として名指しされている。

そして、これ以降、アメリカ最高裁は、平等保護条項の解釈についても、まず「民族的・人種的マイノリティ」に対して、ついで、それ以外の「切り離され孤立したマイノリティ」に関心をよせることとなる。

(2) 人種および民族的出自による区分

アメリカ最高裁は、1940年代以降、この *Carolene* 判決脚注4に従うように、まずは「民族的・人種的マイノリティ」を保護する目的のもと、人種や民族的出自を根拠にした区分を「疑わしき区分」として「厳格審査」の対象とするという判断を示すようになった。

まず、1944年の *Korematsu v. United States* 判決において、Black 法廷意見は「一つの人種集団の市民的権利を制限する全ての法的規制は、それだけで疑わしいものである」とし、日系人に対する強制退去措置には「最も厳格な審査」が適用されるとした³。

この *Korematsu* 判決以降、人種ないし民族的出自による区分が、「疑わしき区分」であるという判断がつづくこととなった。

例えば、1964年の *McLaughlin v. Florida* 判決は、異人種の男女の同棲を禁止する州法の合憲性が争われた事案であり、このような人種的区分は「憲法上疑わしいもの」であり「最も厳格な審査」が適用されるとして、違憲判断が示された⁴。

次に、1967年の *Loving v. Virginia* 判決は、異人種間の婚姻を禁じた州法を違憲とするものであったが、ここでも人種的区分は「疑わしい」ものであって、「最も厳格な審査」が必要であるとされた。そして、「それが、なお合憲とされるためには、修正14条が除去しようとする対象である人種差別以外の、許されうる政府目的の達成に必要であることが示されねばならない」という判断が示された⁵。

この後、1970年代後半以降～第5章でみるように～Affirmative-Actionのような、人種的マイノリティを優遇する政府行為は「疑わしき区分」ではなく、従って「厳格審査基準」は適用されないという立場もあらわれるようになった。例えば、1980年の *Metro* 判決 *Brennan* 法廷意見は、FCCが放送免許を付与するにあたってマイノリティ所有放送局を優遇することの合憲性について判断する中で、マイノリティ優遇措置は「疑わしき区分」ではなく、「厳格審査基準」は適用されないという判断を示した⁶。

³ *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 215 (1944) .

⁴ *McLaughlin v. Florida*, 376 U.S. 184 (1964) .

⁵ *Loving v. Virginia*, 338 U.S. 1 (1967) .

⁶ *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC*, 497 U.S. 547 (1990) .

しかし、最高裁は、1995年のAdarand判決において、マイノリティを優遇する意図があると否とに関わらず、「全ての人種区分」に「厳格審査基準」が適用されるという判断を示すこととなった⁷。そして、これ以降、「人種」および「民族的出自」による区分の全てが「疑わしき区分」であるとする判断が確立することとなったのである。

(3) それ以外の区分

これに対し、最高裁は、「人種」「民族的出自」以外の特徴による区分について、どのように評価しているのか。

まず、「外国人」についての区分について、最高裁は1971年のGraham v. Richardson判決において、それを「疑わしい区分」であることを認めた。本件は、外国人に対する福祉受給権の制限の合憲性が争われたものであったが、そこでは「外国人」が「切り離され孤立したマイノリティ」であることを認めて福祉受給権制限を違憲と判断したのである⁸。

しかし、その後、最高裁は「外国人」にたいする別異取扱を容認する判断を行うこととなる。例えば、1978年のFoley v. Connelieでは、外国人が警察官になれないとする規定が合憲とされた。本件においては、当該規定について厳格審査基準が採用されることなく、目的と手段との間に合理的関連性があればよいとする基準が示された。ここでは、「外国人」が「切り離され孤立したマイノリティ」であるか否か～すなわち、「外国人」であることによる区分が「疑わしき区分」か否か～という問題について詳細に検討することなく、「外国人」は政治的共同体としての政策決定や政策執行に関与できないという姿勢を全面に押し出すこととなったのである⁹。

これ以降、最高裁で、「外国人」に対する別異取扱が違憲とされることもあったにせよ、「政治的機能」に関わる領域から「外国人」を排除しようという態度は貫かれることとなった。この意味で、最高裁においては～「疑わしき区分」ないし「切り離され孤立したマイノリティ」と表現されているか否かはともかく、「外国人」であることを政府行為の[要件]としてはならないという規範が確立しているとはいえない状況となっている。

次に、「性」による区分について、最高裁は1973年のFrontiero v. Richardson判決において、男性軍人には無条件で配偶者手当を認めておきながら、女性軍人は配偶者が経済的に依存していることが証明されないかぎり配偶者手当を認めないという規定が違憲とされた¹⁰。そして、本件においては、4人の裁判官が、性区分を「疑わしき区分」であるとして判断を下したのである。

しかし、その後、性区分を「疑わしき区分」として捉える見解は、最高裁における多数

⁷ Adarand Constructors v. Pena, 515 U.S. 200 (1995) .

⁸ Graham v. Richardson, 403 U.S. 365 (1971) .

⁹ Foley v. Connelie, 435 U.S. 291 (1978) .

¹⁰ Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677 (1973) .

派を形成するにはいたらなかった。そのかわり、1976年のCraig v. Boren判決においては、性区分については、厳格審査基準ではなく中間審査基準をもちいるという新しい枠組みが示された。本件は、女性については18歳以上の女性にビールを販売することを認めておきながら、男性については21歳以上ではないとビールを販売できないとする州法の合憲性が争われたものであった。この件について、最高裁は、性区分は、重要な政府利益達成のために（目的審査）、実質的に関連するものでなければならない（手段審査）という判断基準を示した。そして、本件において政府によって示された根拠は、いずれも性区分を正当化しうるにはたりないと判断したのである¹¹。

このCraig判決以降、性区分については中間審査基準が適用されるとする判断がなされるようになった。このことから性区分は～人種などの「疑わしき区分」に準ずる～「準・疑わしき区分（quasi-suspect classification）」であると表現されることもある。このような判断枠組は、我々の常識的見解～性区分は、人種区分に比べれば許されうる余地が大きい、その他の区分に比べれば許されうる余地が少ない～からすれば妥当なものとなろう。しかし、その理論的根拠は必ずしも明らかとはいえない。すなわち、なぜ性区分・嫡出性区分は、人種区分よりも「疑わしい」とはいえず、あるいは、なぜその他の区分より「疑わしい」のか、その原理的な根拠については最高裁は明確には説明していないのである。

その他、「年齢」による区分、「経済状況」による区分、「性的指向」による区分、などが「疑わしき区分」と主張される。しかし、最高裁は、「年齢」による区分が「疑わしき区分」ではないということを示したほか¹²、それらの区分を「疑わしい区分」とはしなかった¹³。

このようなことから、現代最高裁の枠組においては、「人種」および「民族的出自」による区分については「疑わしき区分」として厳格審査基準が適用され、「性別」および「嫡出性」による区分については「準・疑わしき区分」として中間審査基準が適用され、それ以外の区分については合理性の基準が適用される、とおおむね整理することができよう。

しかし、なぜ、このような枠組になるのか、最高裁において、理論的に明確な説明がなされているわけではない。「人種」や「民族的出自」による区分がなぜ疑わしく、「経済状況」や「性的指向」による区分がなぜ疑わしくないのか、ここでの「疑わしさ」の本質とは何なのかを理論的に規定する必要がある。このことは、政府行為の「要件」としてはならない特徴とは何かを確定することであり、さらには、平等保護条項は何に反対するものであるのか、という究極的課題に答えるものでもあろう。

¹¹ Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976) .

¹² Massachusetts Board of Retirement v. Murgia, 427 U.S. 307 (1976) .

¹³ 経済状況による区分については、James v. Valtierra, 402 U.S. 137 (1971) など。

第2節 「疑わしき区分」を決定するのは何か

第3章でみたように、平等保護原理における「反差別原理」とは、一定の特徴を政府行為の[要件]としてはならないということを要求するものであった。そして、第3章では、その一定の特徴のことを～Perry 教授などの言葉をかりて～「道徳的に関連なき特徴」と表現した。

第1項 不変性からのアプローチ～Perry、Brest、Sunstein 教授による議論

(1) Perry 教授の見解

この「道徳的に関連なき特徴」について、Perry 教授は次のように説明する。

「もし、ある特徴や要素が個人の選択や行動について何ら示すものでなければ、そして、もし、それが選択したり行動したりするための個人の身体的精神的能力～生来の能、習得した技術、気質など～を示すものでなければ、その特徴や要素は道徳的に関連なきものとみなすべきである¹⁴」。

すなわち、Perry 教授によれば、「個人の選択や行動を示すような特徴」「個人の身体的精神的能力」「生来の能力、習得した技術、気質」などは「道徳的に関連ある特徴」と考えられ、そのような特徴による区分は許されるとする。これに対し、そのようなものと無関係な「立場」といわれるものは「道徳的に関連なき特徴」になるのだとする。

しかし、ここにあげられている「能力」などといった言葉は、必ずしも明確な判断基準を示すものとはなりえないかもしれない。なぜなら、「能力」という概念は「目的達成のための資質」として理解されるが、そもそも自由市場において評価される「能力」とは消費者の選好に依拠するものであり、その選好が差別的であれば評価される「能力」も差別的にならざるをえない¹⁵。例えば、サービス業にとって「すばしっこい」ことや「人なつっこい顔をしている」ことが顧客の要求をみたす一つの「能力」として評価されるように、「白人である」ことや「男性である」ということが顧客の要求をみたす「能力」として評価される場合もありうる。もちろん、ここでは、そのような顧客の選好こそが問題視されるべきである。しかし、「能力」という概念が、他者の選好を充たすための「能力」として理解されるのであれば（「能力」概念そのものが、他者の選好を前提としているのであれば）、その「能力」という概念によって他者の選好を当不当を論じることはできないのである。

従って、他者の選好を充たしうるような資質（能力）であっても「道徳的に関連なき特徴」として扱われねばならない特徴（あるいは選好の対象としてはならない特徴）がありうることを理解したうえで、そのような特徴とは何かを考えなければならないのである。

¹⁴ Michael J. Perry, Modern Equal Protection : A Conceptualization and Appraisal, 79 Colum.L.Rev. 1023, 1066 (1979) .

¹⁵ See, Cass Sunstein, The Anticaste Principle, 92 Mich.L.Rev. 2410, 2414-2416 (1994) .

(2) Brest 教授の見解

この点、Brest 教授は、「不変的特徴 (immutable characteristics)」によって判断することを禁止するものだと考える。Brest 教授によれば、あらゆる公的決定は何らかの一般化に基づいて行われるが、

「人種や性別などの不変の (immutable) 個人的特徴に基づく決定は、その作用から逃れるべきがないだけに、特に不平感を募らせる¹⁶⁾」。

従って、その人自身の努力ではいかんともし難いような生来的特徴、によって個人を判断することが平等保護条項によって禁止されるとする。このような議論に従えば、例えば人種・民族的出自あるいは性別などは生来的条件であるから、人種や性別による区分は～たとえ、自由市場において評価されるものであっても～禁止されることとなる。一方、学業や仕事の成績などによる区分は禁止されないということになる。

ここであげられている「不変性 (immutability)」という指標が、「道徳的関連性」について判断する有力な基準となりうることは、さしあたり我々の常識に合致するものとなるであろう。

(3) Sunstein 教授の議論

そして、このような「不変性 (immutability)」という指標に、「高度の可視性 (highly visibility)」という指標を加え、さらに精緻な議論を展開するのが Sunstein 教授である。

まず、Sunstein 教授は、Perry 教授や Brest 教授と同じく、人種や性別が～権利や欲求との関連性が欠如している～「道徳的に関連なき特徴」であることを論じる。そして、Sunstein 教授は、この道徳的関連性とは、多数者の道徳的判断とは無関係なものであるとす¹⁷⁾。

「人種と性別は、道徳的に関連なき特徴であり、それによって社会的財貨の配分をしてはならないという公的あるいは司法的な同意がある。この同意は正当な理由にもとづいている。なぜなら、人種と性別は出生における偶然によって二級市民とされてはならないので

¹⁶ Paul Brest, The Supreme Court 1975 Term-Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle, 90 Harv.L.Rev. 1, 10 (1976) .

¹⁷ 「偏見があったというのは、それが多数人の道徳的確信を示すものであったとしても、別異取扱いの根拠が許されないものであるということである。例えば、女性と男性には異なった社会的役割があるという見解は一般的であるにも関わらず、立法によって支持されてはならないものである (Sunstein, supra note, at 2443)」。

あって、これらの偶然による不利益を正当化しうる説明は考えられないからである¹⁸」。

このように Sunstein 教授も、出生によって偶然決定された要素（不変性）のことを「道徳的に関連なき特徴」と考え、そのような特徴によって不利益が与えられるのを禁止することこそ平等保護条項の目的だと考えているのである。従って、例えば、犯罪者であることを理由とした別異取扱は平等保護条項の禁止するところではない、ということになる¹⁹。

しかし、Sunstein 教授は、「不変性は、それ自体、疑わしき区分の必要条件でも十分条件でもない」とも述べる²⁰。ここで、Sunstein 教授は、人種や性別のような不変的な「道徳的に関連なき特徴」による差別が、自由市場においても存続する理由について精緻な議論を展開するのである。

まず、Sunstein 教授によれば、自由市場においても行為者の「偏見」による類型的判断が行われることによって差別は存続しうる。ここでいう「偏見」とは、「不必要で不効率な類型的判断」であって、それは「(1) 集団の構成員が、現実には有していない特徴を有していると考えられている、あるいは(2) 集団の構成員の多くが、現実には少数の者しか有していない特徴を有していると考えられている」ことを意味する。このような「偏見」によって、人種差別や性差別は存続しうる。あるいは「より正確で安価な類型化、すなわちより効率的な類型化が可能なのに、(人種や性別による) 集団的一般化に依拠している」ことも「偏見」による差別と評価しうるのである²¹。

しかし、Sunstein 教授が、特に問題にするのは、自由市場においては、このような不合理な「偏見」がなくとも差別は存在しうるということである。それが、「統計的一般化」によっておこる差別である。この「統計的一般化」とは、次のように説明される。

自由市場における選択においては～例えば、使用者が被用者を選択するにあたっては、候補者の能力について個人的要素を考慮して選抜をすることもある。しかしながら、およそ選抜を行うことには情報費用が必要となり、とりわけ個人的要素を考慮することによって情報費用は高価なものとなる。従って、自由市場においては一定の類型的判断がおこなわれることとなるが、そのような類型的判断の多くは「一般的であるばかりか正当でもある」。例えば、「試験の成績、教育水準、出身校の名声、などは合理的決定といえる」。「そのような類型的判断は費用節約ということで効率的であり、自由市場において行われているものである²²」。

そして、これらの類型化によって人種的性的差別は存続する。「人種的性的一般化は、偏

¹⁸ Id.at 2434.

¹⁹ 「差別の歴史があるか否かの判断は、ある種の適切な配分についての理論に依拠している。例えば、我々は犯罪者に対して歴史的差別があったとは言わない (Id.at 2443)」。

²⁰ Id.at 2443.

²¹ Id.at 2416-2417.

²² Id.at 2416.

見の所産である場合もあるが、必ずしもそうとは限らない」。例えば、女性についての一般化も、敵意にもとづくものというよりも、彼女たちが仕事よりも家庭生活に時間を割きがちであるという経験的判断によるものといえる。あるいは、人種的マイノリティについて、必ずしも敵意を持っていない場合でも、人種的マイノリティの方が実際の学歴よりも「教育成果」が低いなどという統計的判断が存在するかもしれない。もちろん、このような事実は「統計的判断」にすぎないものであって、全ての女性、全ての人種的マイノリティが、そのような傾向を有しているとはいえない。しかし、「人種や性別による一般化は過多包摂かも知れないが、多くの決定にもちいられていて問題視されていない一般化に比べて過多包摂であるともいえない」。例えば、学歴による一般化などにくらべて、不合理な一般化とは言いきれないのである²³。

そして、人種や性別は、「高度に可視的な (highly visible)」特徴であることによって、「他の事柄をしめす指標として安易にもちいられやすい」。すなわち、教育水準などの個人的資質にくらべて、人種や性別という特質は「わかりやすい」ために、特に情報費用をかけることなく判断することができる。ここでは、人種や性別による区分は、情報費用を節約しうる効率的な一般化～すなわち「経済的に合理的な決定」～であるということとなる。人種差別や性差別は、効率的な「統計的一般化」であるがゆえには、自由市場によっては排除されないのである²⁴。

このことから、Sunstein 教授にとって、平等保護条項の本質的課題とは、

「社会的法的構造によって、正当な理由なく、高度に可視的で道徳的見地からみて無関連な相違によって、組織的に社会的不利益を与えてはならないということ」

「基本的な人間の能力や機能について、道徳的に関連なき特徴によって規定された集団が組織的に下位におかれてはならないということを示すものである」。

と表現される²⁵。

Sunstein 教授によれば、「道徳的に関連なき特徴」であっても、「高度に可視的な特徴」であれば、市場における「統計的一般化」の働きによってマイナス評価をうけてしまう。従って、「高度に可視的で道徳的に関連なき特徴」による判断を禁止することによって、「統計的一般化」を排除することこそ平等保護原理の核心となるのである。

Sunstein 教授によれば、このような「高度に可視的で道徳的に関連なき特徴」によって不利益がかされることによって、「しばしば自尊に対する害～すなわち、憲法学における

²³ Id.at 2417.

²⁴ Id.at 2416-2417.

²⁵ Id.at 2429.

「スティグマ」という概念で知られているもの～が及ぼされる²⁶」。なぜなら、「スティグマの対象となる特徴が高度に可視的である場合、広範な局面、ほぼ日常生活の全てにおいて、他者からの反応が引き起こされる。高度に可視的な特徴は、とりわけ統計的差別、第三者からの偏見の対象になりやすいのである²⁷」。この点で、人種や性別はもともと偏見の対象になりやすく、日常的に自尊が傷つけられることになる。これに対して、「特徴が高度に可視的でない場合には、ここでいうカースト制度は維持されえないこととなる」のである²⁸。

この点で、人種や性別などは、まさに「高度に可視的で道徳的に関連なき特徴」といえる。これに対し、経済的弱者であるということなどは、道徳的に関連なき特徴ではないし、高度に可視的ではないということになるのである。

このような Sunstein 教授の議論は、人種差別や性差別の機能を的確に説明し、そのことによって「人種」や「性別」による区分がなぜ許されないかを説明するものになっている。この議論における、最初のポイントは、一般的には合理性を有すると考えられている試験成績による判断なども一つの「一般的類型的判断」であるということである。例えば、公務員試験において「英語」や「数的処理」などの試験科目が課せられていることも～それらが公務員としての職務執行とどれほどの関連性があるかは疑わしいものであるにもかかわらず～語学的能力や数学的能力が高い者は公務員としての職務執行能力をも有するであろうという一般的判断を許すゆえんであると考えられる。この意味で、公務員選抜においても純粹に個別的な判断を行うためには、例えば、一月間の実地研修を行なって職務執行における資質を試す必要があるのかもしれない。しかし、そのような方法は使用者の側にとっても候補者の側にとっても過度に費用がかかることから、「試験」という、過多包摂（あるいは過小包摂）であるかもしれないが、より安価で効率的な方法によって判断することが許されているのである。

この意味では、試験による一般的判断に比べて、人種や性別による一般的判断の方が、目的に於いて不合理であるとはいきれない。しかしながら、人種や性別による判断は、「不変的 (immutable)」特徴であるという点において正義に反すると思われるにもかかわらず、「高度に可視的な (highly visible)」特徴であることから市場において広くもちいられるものとなっている。このような点で、これらの特徴による判断は「道徳的に関連なき特徴」による判断として特に禁止される必要があるのである。

第2項 非対称性からのアプローチ～Balkin 教授による議論

²⁶ Id.at 2430.

²⁷ Ibid.

²⁸ Id.at 2432-2433.

ここまでみたように、Brest 教授や Sunstein 教授は「不変性」という指標によって「道徳的に関連なき特徴」を特定し、平等保護原理の本質も不変的特徴による判断を禁止するものと考えたものであった。

これに対し、平等保護原理が問題とすべき対象は、必ずしも「不変性」という指標によっては明らかにされないとする見解もある。例えば、Balkin 教授は、そのような観点から、Sunstein 教授の議論を批判する。

そもその前提として、Balkin 教授は、憲法は、多様な社会的アイデンティティを持つ社会集団間の紛争を解決し、民主的な社会構造を形成する役割を担っていると考えている²⁹。Balkin 教授によれば、社会的集団相互の関係は本来的には政治過程に委ねられ、社会集団相互における「地位階層」は民主的過程によって解体させるべきであるとされる³⁰。

しかし、民主制は、時として不公正な「地位階層」～特に少数弱者の存在～を是正しないものでもある。その場合、憲法は社会的集団相互の関係に介入せざるをえないこととなる³¹。すなわち、平等保護条項は「不公正な地位階層」を解体する機能をなうものである。

ここで、Balkin 教授のいう「地位階層」とは何かについての説明が必要となろう。Balkin 教授は、全ての集団を「地位階層」としている訳ではない。例えば、ギャンブル愛好者、MTV 視聴者、なども集団ではあるが、継続的な地位階層とはいえない。Balkin 教授が問題にするのは、「地位アイデンティティが各人の社会的実在の中心的特徴となり、各人の人生の多くの局面に影響をするような地位階層」である³²。例えば、人種的マイノリティであること、女性であること、ホモセクシャルであることなどは、その人の社会的実在の中心となり、そのことによって社会的な地位が決定づけられる。

そして、修正 14 条の平等保護条項などは、この「地位階層」によって継続的な支配—被支配の関係が形成されているような場合に、そのような「不公正な地位階層」を解体して、公正な地位競争のための基礎をつくること～地位階層の非対称性 (asymmetry) を解消すること～を目的とするものだとするのである³³。それゆえ、上位の地位集団に対する利益給付は許されないのに対して、下位の地位集団に対する利益給付は地位階層の非対称性の解消のために許されることとなるのである³⁴。

²⁹ J.M.Balkin, *The Constitution of Status*, 106 *Yale L.J.* 2313, 2313-2316 (1997). この Balkin 教授の議論について紹介したものとして、高橋義人「合衆国憲法 14 条と『少数者』保護—テキスト解釈の可能性—」早稲田政治公法研究第 57 号 353 頁以下 (1998)。

³⁰ *Id.* at 2342-2343.

³¹ *Id.* at 2367-2369.

³² *Id.* at 2360.

³³ *Id.* at 2346-2347. Balkin 教授によれば「憲法は公正な地位階層と不公正な地位階層を区別している (*Id.* at 2344)」のであり、「憲法は、1787 年におけるそれであれ、後に修正されたそれであれ、不公正な地位階層の解体にかかわるものである (*Id.* at 2345)」とする。

³⁴ *Id.* at 2352-2353. 「政府による利益給付の文化的意味は、それが上位の地位集団に与えられたものか、下位の地位集団に与えられるものかによって異なる。もし、政府が、直接

このようなことから Balkin 教授は、「憲法学者たちのいう『不変性 (immutability)』は、地位集団をしめす基準としては必要でも十分ではない」とする。ここで問題なのは、「その特徴が社会階層化のシステムを支持しうるにたる社会的意味を有しているか、否か」である³⁵。例えば、人種差別が悪いのは、人種が不変的特徴であるからではなく、「歴史的に人種の有する意味によって地位階層が形成されてきたからである」。この意味で、不変的特徴による区分の全てが不公正であるわけではないし、逆に不公正な区分の全てが不変的特徴によるものではない。「不変性」を重要視する議論～すなわち、「道徳的関連性」を重要視する議論～は、社会構造との関係ではじめて問題となり、そこでの判断は「地位階層」が公正か否かという判断に依拠しているのである³⁶。

このような、Balkin 教授の枠組に従えば、「人種区分」や「性区分」は、人種や性別が「不変的特徴」であることを理由としてではなく、人種や性という社会的アイデンティティの中心になるような特徴によって「不公正な地位階層」が形成されていることを理由として、禁止されることになるのだとする。従って、人種や性別以外の、可変的な特徴による区分も禁止されることとなる。確かに、人種や性別などの生物学的特徴は確かに「不変的」であり「高度に可視的」であるがゆえに安定した支配—被支配体制を形成しやすい。しかし、それ以外の特徴であっても安定した支配—被支配体制を形成することが可能であれば、その特徴による「地位階層」は憲法上の問題となる³⁷。

Balkin 教授は、具体的には、「ホモセクシャル」をめぐる問題をあげる。もとより、「ホモセクシャル」であるということは、「不変的」ではないし、「高度に可視的」でもない。しかし、例えば、「スキーヤー」であることや「スノーボーダー」であることとは異なり、「ホモセクシャルであることは、その地位が社会的アイデンティティの中心となるような、一つの社会集団である」。そして、「彼ら自身や彼らの生活が、不道徳であり、アブノーマルであり、神の摂理や自然の摂理に逸脱しているという批判にさらされているという意味において、ホモセクシャルはまさに地位ヒエラルキーの下におかれている」。この背景には、ヘテロセクシャルが優位で、ホモセクシャルは劣位であるとされる社会構造があり、それ

に上位の地位集団に対して利益給付を行う場合、例えば白人に対する **Affirmative-Action** が創設されたような場合、それは現存する地位階層を強化し、承認することとなるであろう。しかし、下位の地位集団に対して利益給付を行う場合、それは地位階層を解体するものか少なくとも中和するものと考えられるであろう (*Id.at 2351-2352*)。そのうえで、例えば、貴族的称号の禁止は、貴族的階層という地位関係が非対称性たることを問題にし、地位階層を維持するような立法を禁止する趣旨にたものと考えられる。これに対して、入学における **Affirmative-Action** に人種的マイノリティの優越というメッセージはこめられていないがゆえに憲法的に禁止されないのである (*Id.at 2352-2353*)。

³⁵ *Id.at 2323-2324*.

³⁶ *Id.at 2366*.

³⁷ *Id.at 2324*.

こそが「不公正な地位階層」というべきものなのである³⁸。

さて、このような Balkin 教授の議論に対して、どのようなことが指摘できるであろうか。まず、ここでは Balkin 教授の主張につき、「不変的特徴」による区分が必ずしも不公正であるとはいえない（十分条件ではない）という議論と、「不変的特徴」による区分でなければ不公正ではないとはいえない（必要条件ではない）という議論とをわけて検討したい。

まず、「不変的特徴」による区分が必ずしも不公正とはいえない（十分条件ではない）という主張自体には、相応の説得力があると思われる。そもそも、「不変性」を重要視する見解に対しては、例えば、身体的特徴・身体的能力あるいは知的能力ですら、ある程度までは生来的条件によって決定されるものであって、厳密な意味において生来的特徴を排除することは不可能なのではないかという疑問が生じるからである（この疑問については、この後、第3項で Ely 教授の見解に関連して検討する）。

しかしながら、ここでの Balkin 教授の議論は、そのような疑問を提起するものではないようである。ここでの Balkin 教授の議論は、「生来的特徴」であっても、それによって「地位階層」が形成されていないかぎり憲法問題にならないという趣旨であるように見受けられる。しかし、それは当然のことを述べているにすぎない。例えば、「血液型」や「星座」は「生来的特徴」であるが、そのような特徴によって不利益を受けることは稀であるがゆえに憲法問題として提起されることはない。しかし、仮に、「B型の間人は、持続力が乏しいために、事務職に適さない」とか、「蠍座の間人は、社交性に乏しく、営業職に適さない」などといった判断が社会的に一般化した場合には、当然に憲法問題になりうるであろう。この意味で、「不変的特徴」による区分であっても、社会的な有利不利にむすびつかない場合には問題とならないということについては論じるまでもないことである。

次に、「不変的特徴」以外の区分であっても不公正でありうる（「不変的特徴」は不公正であることの必要条件ではない）という主張はどうであろうか。

Balkin 教授は、「不変的特徴」でなくとも「不公正な地位階層」が形成されていれば、平等保護原理の問題たりうると思う。しかし、ここでは、何をもって「地位階層」が不公正なものというのか問題となる。Balkin 教授の議論からは、例えば、「支配—被支配関係があるとき」あるいは「非対称的な地位階層があるとき」に、「不公正な地位階層」が生じるのだとする。しかしながら、「支配—被支配関係」ないし「非対称的關係」であることをもって、自動的に「不公正」といえるか否かは疑問である。

Balkin 教授は、自らの能力と努力によって責任の高い立場にたった者と、そうではない者との間にある一定の格差はどのように考えられるのか。例えば、日本における、国家公務員一種試験に合格して「キャリア」とよばれる者たちと、いわゆる「ノンキャリア」とされる者たちとの関係は、「不公正な地位階層」になりうるのであろうか。まず、経験的に

³⁸ Id.at 2351-2352.

判断すれば、「キャリア」か「ノンキャリア」かは、当人の社会的アイデンティティあるいは自己アイデンティティに強くむすびついている～そればかりか、その中心的存在でもある～場合が多いと思われる。また、「キャリア」か「ノンキャリア」であるかといった問題は、社会的にみて相当程度に固定的な地位格差と云う。このことから、「キャリア制度」は、「地位アイデンティティが各人の社会的実在の中心の特徴となり、各人の人生の多くの局面に影響をするような地位階層」であるといえるし、明らかに「非対称的」な地位階層でもある。

もちろん、このような「キャリア制度」が公正なものであるかについては相当程度に疑わしいものであるし、効率的なものであるか否かも疑わしい。しかし、このような制度が憲法上の平等保護条項に反するという議論は、あまりにもっともらしくない。憲法的にみて「不公正な地位階層」とまでいえるとは考えられないものである。そうである以上、ここで「不公正」であるか否かを決めているのは、やはり、本人の努力によるものか、あるいは先天的な条件によるものか、という「不変性」の問題なのではないかと思われる。

もちろん、不変の特徴以外の特徴による別異取扱いが、憲法的にみて「不公正」であると考えられる場合もあろう。例えば、Balkin 教授のいう「ホモセクシャル」に対する差別的取扱などは典型的事例である。「ホモセクシャル」であることによる別異取扱は、確かに不変の特徴による区分ではないが、直感的に不公正なものとして判断できる。しかし、「ホモセクシャル」の問題については～宗教的マイノリティに対する差別が「信教の自由」の侵害として構成されるように～「性的自己決定権」という「自由権」の問題として構成することができそうである。

ここでは、まず、「平等保護」の問題と、「自由権」の問題 (ex. 信教の自由・性的自由) には、「国家の中立性」を要求するという共通の基盤を有する規範であるということが意識される。例えば、「平等保護」は「国家は人種・性別に対して中立でなければならない」という規範としてあらわれ、「自由権」は「国家は信教・性的指向に対して中立でなければならない」という規範としてあらわれる。しかし、「平等保護」固有の問題には「人種・性別」といった先天的な条件から個人を解放するという含意 (ex. 人種からの自由) があるのに対して、「自由権」の問題には先天的条件から放たれた個人が「表現・信教・性行為」についての自由を有するという含意 (ex. 表現の自由・信教の自由・性行為の自由) があるのである。もし、このような仕分けに意味がないとされるのであれば、例えば「表現の自由」の問題も平等保護の問題として処理されることとなろう。

ここで、平等保護固有の意義があるとするならば、それは「先天的条件からの解放」ということにあるのではないかと思われるのである。

第3項 政治過程からのアプローチ～Ely 教授による議論

さて、平等保護条項が敵対すべき対象について、政治過程における欠陥という観点から

興味深い議論を展開するのが Ely 教授である。

Ely 教授によれば、ある法律が平等保護条項に違反しているか否かを決定するためには、当該法律のもたらす結果ではなく、法律制定におけるプロセスに注目する必要がある。なぜなら、ほとんどの法律は人々を別異に取扱い、利益と害悪を配分するものになっているが、憲法自身が適切な配分パターンを指示しているわけではないからである³⁹。

しかし、Ely 教授は、かつての議論にあったようにマイノリティといえども「表現の自由」や「投票権」さえ保障していれば、政治的代表的機能を通じて自らの権利を確保するという考え方は楽観的にすぎるものであると考える⁴⁰。現実にはアメリカ現代史においては、人種的マイノリティは投票権を獲得しても、なお公的な差別にさらされ続けてきた。従って、ある種のマイノリティについて、その他の集団から区分する法律は、「疑わしい」ものとなり厳格審査に服さねばならない。

ただし、どのような特徴が厳格審査基準の対象になるのかについては、多くの学説があるものの「それが要点であると全面的に納得させうるようなものはない⁴¹」。

この点、Ely 教授は、「不変的特徴」による区分を「疑わしき区分」とする考え方には限界があることを指摘する。

確かに、「区分の特徴の不変性から、その区分を疑わしき区分とすべきだとしばしば言われる」。そして、この「不変性理論」にも一定の説得力はある。例えば、強盗を犯罪とする法律は、強盗しないように勧めているのだという実質的目的によって正当化しうる。しかし、黒人であることなどの「不変的」特徴によって不利益をかしても、黒人にならないように勧めているとは解されないからである⁴²。

しかし、「不変の特徴による区分は常に疑わしいとは言えない」。なぜなら、「身体的障害や知力にもとづく区分は、不変性という要素を適切だと考える裁判官や学説によっても、正当なものだと考えられている」からである。例えば、「盲目の人が飛行機を操縦することを禁止することによって、盲目にならないように勧めることは不可能であるが、それでも憲法上禁止されないのは明らかである。その区分が別の目的に完全に適合しており、それは問題なく重要なものだからである」。このように「不変性理論」によっては整合的に把握できないものもあると考えられるのである⁴³。

³⁹ JOHN ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980) (邦訳・佐藤幸治・松井茂記『民主主義と司法審査』(成文堂・1990))。また、Ely 教授の議論について紹介、検討したものとして、松井茂記『司法審査と民主主義』(有斐閣・1991)、同『二重の基準論』(有斐閣・1994)など。

⁴⁰ Id. at 135.

⁴¹ Id. at 150.

⁴² Id. at 154.

⁴³ Id. at 154-155.

このような「不変性理論」にかわって、Ely 教授が手掛かりとするのが、本章冒頭でも紹介した、Carolene 判決脚注 4 における「切り離され孤立したマイノリティ」という概念である。

Ely 教授によれば、Stone 裁判官が想定した「切り離され孤立したマイノリティ」という概念は、単に政治的少数派というだけの意味を有するものではない。ここで問題とされているのは、脚注 4 に明記されているように、「切り離され孤立したマイノリティに対する偏見が、マイノリティを保護するために通常は依拠しうる政治的過程の働きに重大な制約を及ぼす傾向のある特別な条件」なのである⁴⁴。

この Ely 教授の議論において、「偏見」とは政治過程を歪めるものとして理解される。Ely 教授によれば、「我々は少数派の集合たる国民である以上、我々の制度は、ある論点について諸集団が連合して多数者となりうるような共通の利益を、諸集団が理解することができ、理解したがっていることに依存している⁴⁵」。このようなことから、たとえ何らかの利益について少数派であっても、その他の集団と適切な連携をはかることによって、政治的に常に少数派になるとは限らないこととなる。例えば、全産業人口において農民は少数であるかもしれないが、だからといって農民が常に政治的に少数派であるとは限らない。

しかし、特定のマイノリティ集団に対し「敵意ある偏見」が存在し、この偏見によって「多数者全体」が「他の市民の権利を損害するという共通の動機」を有することになる場合がありうる。この場合には「実際には存在する共通の利益から我々の目が覆われてしまう」のである。そして、そのような偏見の代表例が「人種的偏見」であり、「人種的偏見は、多くのものを共通に有している集団（黒人と白人貧困層）を分裂させ、人種的マイノリティへの反感以外には共通のものを有しない集団（白人富裕層と白人貧困層）を連携させる」こととなる。このような人種的偏見があれば、マイノリティ集団は政治的連携からはずき、「立法府においても常に少数派となる」のである⁴⁶。

このように、特定マイノリティ集団に対して「敵意ある偏見」が向けられている場合には、かりに政治過程への参加が保障されていても（すなわち、「投票権」と「表現の自由」が保障されていても）、当該マイノリティは常に少数派（政治的敗者）になることから、自らの権利保障をなしえないこととなる。このような場合には、政治過程において欠陥があると考えられるべきであり、平等保護条項によって裁判所が介入する必要性が生じてくるのである⁴⁷。

⁴⁴ Id.at 150-153.

⁴⁵ Id.at 153.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ely 教授は「(1) 内部にいる者たちが、自らが常に内部にいられるようにするために、そして外部の者たちを常に外部においておくために、政治的変化の経路を閉ざしているような場合、あるいは(2) 誰もが実際に表現ないし投票を拒否されている訳ではないが、実効的多数者に恩恵を受ける代表者が、単なる敵意や偏見から、利益の共通性を認めるこ

このような種類の「偏見」のことを、Ely 教授は「第一類型の偏見」とよぶ。これは、いわゆる「ステレオタイプ」（一般化）とは別のものである。

「ステレオタイプ」による区分は、疑わしいものであるという見解もあるが、これも正確ではない。『ステレオタイプ』にもとづいた立法とは、一般化による立法であり、統計上は一般的に有効だと信じられている区分を、個々の逸脱の証明の余地を残すことなく使用することである。しかしながら、それは立法が通常行っている方法であり、ほとんどの事例ではそうせざるをえないものである⁴⁸。

例えば、Williamson v. Lee Optical Co.判決⁴⁹で問題になった、レンズの複製を検眼師のみに認め、眼鏡商には禁止する法律について検討する。ここでは全ての眼鏡商が全ての検眼師よりもレンズ複製に秀でていたわけではないため、この法律は「過多包摂」「過小包摂」であるといえる。しかし、ここで個別的検討をすることへの負担から、そのような法律は合理的とされるのである。「それゆえ、ステレオタイプは、少なくともその通常の意味では、立法には必然の要素なのである⁵⁰」。

しかし、ステレオタイプの中でも、「第一類型の偏見」に準じるものとして、「疑わしい」ものもありうる。あらゆる一般化において問題になるのは、個別的判断によって公正さが増大するが、負担も増大することについての「衡量」の問題である。

「しかし、問題になる一般化が、決定者の利益に仕えるものである場合には、全ての衡量過程に内在する危険性は著しく強化される。それが具体的に彼らの財を増大させる場合には危険性は極めて明確かもしれない〜一方では自己を扱うのと同じく他者を扱うことの負担が過大に評価されそうであり、他方で、区分の根拠とされる一般化の妥当性が過大評価されそうであり、結局のところ個別的公正さに対する利益が過小評価されることに帰着する。だが、たとえ具体的利得がない場合でも、自己を持ち上げる一般化には心理的な報酬がある」。

「自己の属する集団の相対的な優秀性を示唆するような、民族的その他の集団の比較上の特徴を聞くのを快く思わず、それを快く受け入れない人は滅多にいないのである⁵¹」。

とを拒否して、少数者に不利益を与え、それによって代表制度によって他の集団には与えられている保護が当該集団には拒否されている」ような場合には、政治的プロセスにおいて少数者が代表されていないこととなり、裁判所による介入が必要になるとする (Id. at 103)。

⁴⁸ Id. at 155.

⁴⁹ Williamson v. Lee Optical of Oklahoma, 348 U.S. 483 (1955) .

⁵⁰ ELY, supra note, at 155-156.

⁵¹ Id. at 158.

例えば、一般的に白人が黒人よりも優秀であるとか、男性が女性よりも、理性的であるというような一般化は、反証例はあるが、全体的な妥当性については受け入れられるかもしれない。逆に、ユダヤ人が優秀であるとか、黒人が身体的能力が高いという事実はしばしば受け入れられる。この意味では、自己の利益に仕える法律は疑わしく、そうでない法律は疑わしくないといえよう。このようなことから、いわゆる「我ら一かれら」型立法は「第一類型の偏見」に準じるものとして「疑わしい」ものとして扱われなければならないのである⁵²。

このように、Ely 教授は、平等保護条項を、政治過程における欠陥を矯正するものとして把握する。すなわち、「徹底した敵意」や「多数派の巧自己強化的歪み」によって、政治過程において孤立しているマイノリティを救済するものが平等保護条項なのである⁵³。

このようなことから、Ely 教授は、厳格審査が必要とされるような特徴を次のように特定していく。まず、「人種的マイノリティ」は、典型的に「敵意ある偏見」の対象になっている。従って、特定のマイノリティ集団が現実には政治的に無力とはいえない場合であっても、当該マイノリティ集団に対する別異取扱は「疑わしい」ものとなり、厳格審査の対象とされるのである⁵⁴。

また、Ely 教授は、「外国人」は、「いかなる州においても投票しえず、このことは彼らが受ける代表はもっぱら『事実上』のもの」であることを指摘する。そして、それ以上に重要になるのは、

「外国人に対する敵意は、古くからのアメリカの伝統である。そのうえ、立法府はほとんど市民によって構成されており、しかも彼らはずっと市民だったのである。さらに、そのような状況をもたらす誇張されたステレオタイプは、新しい移民と立法者の間に社会的交渉が行われることによって改善されるというものではない」

ということである⁵⁵。すなわち、「外国人」は、そもそも政治過程から排除され、それ以上に「敵意ある偏見」の対象になっていることから、彼らに対する別異取扱は「疑わしい」ものとされ、厳格審査基準の対象になるのである。

また、Ely 教授の枠組からは、「ホモセクシャル」も、長らく「第一類型の偏見」の対象

⁵² Id.at 159-160.

⁵³ 「政治的アクセスは確かに重要であるが、ある集団を、第一類型の偏見、すなわち徹底した敵意から保護することはできないし、多数者の巧妙で自己強化的な歪みを矯正することには役立たないであろう。表現と投票だけが重要というのでは、偏見は容易に生き残りうる（場合によっては悪化する）。他の集団は関係することを拒否しつづけ、マイノリティは投票に敗れつづけるかもしれないのである（Id.at 161）」。

⁵⁴ Id.at 161.

⁵⁵ Id.at 161-162.

になっており、彼らに対する偏見～男のホモセクシャルは女々しく、女のホモセクシャルは男っぽく、彼らは信用できない、子供に対して有害である～は解消されにくい。従って、ホモセクシャルであることを理由とした別異取扱にも厳格審査基準が適用される⁵⁶。

しかし、Ely 教授は～多くの学説の動向に反して～女性に対する「別異取扱」は疑わしいものではなく、厳格審査基準は適用されないとする。

Ely 教授によれば、女性に対して「第一類型の偏見があることは稀である」。また、誇張された「ステレオタイプ」は存在しているかもしれないが～彼女たちは「切り離され孤立した存在」ではないため～社会的交渉によって緩和される可能性がある。また、何らかのステレオタイプがあるとしても～彼女たちは「マイノリティ」ですらないため～それは政治的に解決することが可能な問題であり、政治的に解決すべきであって、憲法が介入すべき問題ではない⁵⁷。この点、長らく存在した偏見によって女性自身が支配されているという指摘もなされるが、その点についても憲法が介入すべき問題ではない。なぜなら、

「伝統的ステレオタイプについての公共的討論があることを考えれば、多数者が『支配されている』とか、女性は現実にはステレオタイプに同化する以外の選択肢を有しない『奴隷』であるといった主張は、議論のレベルを極度にインフレ化させないかぎり容認しえない。また、それは自己矛盾的なものでもある。なぜなら、実際の討論において、そのような主張を行うことは、少なくとも暗黙的には、女性は男性の言うことを何でも信じる精神的幼児であるというステレオタイプの妥当性を容認せざるをえないからである⁵⁸」。

このようにして、Ely 教授は、「女性」に対する別異取扱は「疑わしき区分」ではないとする。

さて、このような Ely 教授の議論については、いかなる評価がなしうるであろうか。

まず、全ての「不変的特徴による区分」が「疑わしい」とはいえない。なぜなら、知的能力や身体的能力も、ある部分では「不変的特徴」であるし、それによる判断を全て禁止するわけにはいかない、という指摘は、一見すると妥当である（この問題については後述することとする）。

しかし、Ely 教授の提唱する、「敵意ある偏見」という概念も、やはり「不変性」概念に依拠していることは指摘しておかねばならない。例えば、「マフィア」や「暴力団」は、いかに「敵意ある偏見」にさらされ政治過程において阻害されているとしても、政策決定において不利益をうけることが正当とみなされる場合があるであろう。この意味では、Ely 教授のいう「偏見」にも、「正当な偏見」と「不正な偏見」があるのは明らかである。そし

⁵⁶ Id.at 162-164.

⁵⁷ Id.at 164-170.

⁵⁸ Id.at 166-167.

て、いうまでもなく、この「偏見」の正当性については、そのような一般化が目的との関連において「合理的」であるか否かによっては判断しえない。Ely 教授自身が認めているように、何らかの目的にてらして「合理的」な一般化であっても、平等保護条項によって禁止されることはありうるからである。いささかひどい例ではあるが、仮に、特定のマフィア集団構成員の犯罪率が 50%であるのに対し、特定の人種集団構成員の犯罪率が 70%であるとした場合でも、当該マフィアに対する不利益扱は許され、当該人種集団に対する不利益扱いは許されないであろう。ここで「マフィア」や「暴力団」に対して類型的に不利益扱いをすることが許されるのは、それらの団体への帰属が「個人の意思」に委ねられているということに最終的根拠があるのである。一方で、特定人種集団に対する不利益取扱が～仮に合理的に思われる場合であっても～許されないのは、人種集団への帰属は「個人の意思」ではなく「生まれ」によって決定されているからであろう。すなわち、Ely 教授のいう「敵意ある偏見」という概念においては、「正当な偏見」と「不当な偏見」が峻別されており、それは最終的には「不変性」に依拠していると思われるのである。

そして、ここでもう一度、「不変性」概念によって「疑わしき区分」を整合的に説明する可能性について考えてみたい。確かに、知的能力や身体的能力のうちの一部は「不変的特徴」であるにもかかわらず、そのことによって別異取扱がなされるのは不正とはいえないようにも思える。例えば、Ely 教授のいうように、生来的に盲目であることは「不変的特徴」ではあるが、そのことを理由として飛行機の操縦を禁止されることは不正とはいえないようにも思われる。

しかし、次のように考えることはできないであろうか。すなわち、このような局面で行われるべき判断は「不変的特徴による一般的判断」ではなく、もっと「個別的な判断」～きわめて厳密に言えば、不変的特徴以外による一般的判断ということになるかもしれないが～であるべきなのではなかろうか。すなわち、彼は「盲目である」ことによって飛行機の操縦を禁止されるのではなく、「安全に操縦できない」ことによって飛行機の操縦を禁止されると説明されるべきなのである。あるいは、彼女は「女性である」ことによって産休や生理休暇が与えられるわけではなく、「出産したこと」「生理になったこと」によって産休や生理休暇が与えられると説明されるべきなのである。

このように、あくまでも「不変的特徴」による判断を禁止し、そのかわりに「個別的な特徴」～厳密に言えば、不変的特徴以外による特徴～による判断によることを求めることについては次のような疑問があろう。

まず、第一に、そのようなことは単なる「言い換え」にすぎないのであって、解釈論上は無益ではないかという疑問があろう。しかし、このような「言い換え」を要求することとは、個別化された判断基準によって説明することを要求することでもある。このことは、例えば、「女性」はトラックの運転手になれないという説明ではなく、「体力の劣る者」はトラックの運転手になれないという説明を要求するものであって、これだけで「体力に優

れる女性」の可能性を開くこととなる。また、「身体障害がないこと」が野球選手になるための要件ではなく、「野球が巧い者」が要件だったからこそ、ジム・アボット投手は活躍できたのである。

このことは極めて実践的問題でもある。例えば、日本の医師法3条は視覚障害や聴覚障害などを医師となることの絶対的欠格事由としているが、このような全面的制限が必要なのか否かは疑わしい。このような制度は、医師としての能力を個別的に判断したものではなく、端的に「生まれによる差別」として表現することができるものであろう。この意味で、いかなる場合でも「不変的特徴」を政府行為の「要件」としてはならず、その他の特徴によって正当化されなければならないとすることには実益があるであろう。

また、第二に、逆に、そのような「言い換え」が許されるのであれば、人種や性別による差別も「言い換える」ことによって許されてしまうかもしれないという疑問がありうる。例えば、かつて、祖父の代から選挙権を有することや読み書き能力を有することを選挙権付与の要件とすることによって、実質上、黒人を選挙から締めだしてきたことなどが想起されよう。しかしながら、このような危険は、どのような判断枠組を採用してもおこりうることである。そして、このような「言い換え」による差別の問題は、結局は「表面上中立的だが『異なる効果』をおよぼす政府行為」の極端な事例として考えることが可能であり、その問題は第6章で説明することとする。ただし、ここで問題になるような、人種差別などの単なる「言い換え」がなされているような場合は、「異なる効果」をめぐる問題の中でも比較的簡単に判断できる問題であろう。

このように、有力な批判がありながらも、憲法における平等保護条項は、「不変的特徴」を政府行為の「要件」としてはならない、ことを要求していると考えられるであろう。そして、このように捉えた場合、平等保護とは、個人をその先天的条件から解放する原理であるということができるのである。

小括

ここまでに見たように、何をもって「疑わしき区分」とみなすかの基準については、伝統的に考えられてきた「生来的特徴」という基準だけでは説明できないのではないかと、という批判も多くあがっている。それは、直観的に、いわゆる業績主義（meritocracy）からみても、「生来的特徴」によって判断することが正当だと考えられるような場合がありうるからである（視覚障害者に対する免許禁止など）。

しかし、そのような場合であっても、あくまでも「生来的特徴」自体による区分は許されないのであって、何らかの目的からの個別的正当化が要求されるのだと考えることも可能であろう。例えば、「視覚障害者」には運転免許が付与されないと説明されるべきではなく、「安全に運転する技能がない者」には運転免許が付与されないと説明されるべきなのである。もちろん、この事例においては、どのように説明されようが、同じ結論になってし

まうかもしれない。しかし、例えば、「視覚障害者」には医師免許が付与されないという説明ではなく、「医師としての技能がない者」には医師免許が与えられないという説明が要求されれば、視覚障害者の可能性は開かれるであろう。この意味で、現実的には「生来的特徴」によって決定づけられる場合が多いとしても、それでも法的意味において「生来的特徴」による区分は～それ自体、「疑わしい」ものであり～許されない、と考えることには意義があるのである。

このことを第3章での「反差別原理」と関連させて説明すれば、平等保護原理とは～それが何らかの目的にてらして「合理的」であっても～「人の生来的特徴を、政府行為の〔要件〕としてはならない」という原理として定位されることとなる。

このような解釈は、憲法の基本理念たる「個人の自律」という概念と合致するものである。すなわち、平等保護条項は、憲法上の価値決定として「個人をその生来的条件から解放すること」を要求しているのである。

第5章 Affirmative-Action の問題

第1節 最高裁判例概観

第2節 Affirmative-Action の正当化論

第1項 Affirmative-Action をめぐる議論の再整理

第2項 「救済」のための Affirmative-Action

第3項 「多様性」のための Affirmative-Action

小括

第5章 Affirmative-Action の問題

第1章でも紹介したように、アメリカにおいては、公民権期以降、長年差別されてきた人種的マイノリティの実質的平等を確保するため、学校、職場などにおいて広範な Affirmative-Action (人種的優遇措置) が行われてきた¹。

この Affirmative-Action は、全体としては、人種的マイノリティの社会参加を促進させ実質的平等の実現につながったとも評価できる。しかし、その一方では、Affirmative-Action の結果として反射的に不利益を受けることとなった白人たちの反発を招き、人種的緊張を高めたという指摘もある。このようなことから、Affirmative-Action は、アメリカにおける大きな政治的社会的問題となっているのである²。

それ以上に、憲法上の問題として、この Affirmative-Action は、人種による別異取扱を認めている点において color-blind 原則に反する、あるいは白人に対するに不利益を与えている点において「逆差別」になっている、ということから修正 14 条平等保護条項違反なのではないかという批判があった。そこで本章では、まず、Affirmative-Action について、最高裁判所がどのような判断を下してきたのかを概観したのち、Affirmative-Action の正当化論拠について考えることとする³。

¹ 社会的にみた Affirmative-Action の問題について紹介したものとしては、A・ハッカー『アメリカの二つの国民』上坂昇訳 (明石書店・1994)、明石紀雄・飯野正子『エスニック・アメリカ (新版)』(有斐閣選書・1997) 301-316 頁、今田克司「米国における文化多元主義」初瀬龍平編『エスニシティと多文化主義』151 頁以下 (同文館・1996) 163-168 頁など。

² Affirmative-Action に対する白人からの政治的反発について紹介したものとしては、T.B. エドソール、M.D. エドソール『争うアメリカ』飛田茂雄訳 (みすず書房・1995)、越智道雄『エスニック・アメリカ』(明石書店・1995) など。

³ Affirmative-Action の正当化論拠について論じたものとしては、阪本昌成「優先処遇と平等権」公法研究 45 号 98 頁以下 (1983)、横田耕一「平等原理の現代的展開」小林遷厩記念『現代国家と憲法の原理』665 頁以下 (有斐閣・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問題」大阪府立大学経済研究叢書第 66 冊 (1987)、穠山守夫「逆差別と正義」明大院紀要 31 号 1 頁以下 (1994)、棟居快行『憲法講義案 I (第 2 版)』24 頁以下 (信山社・1995)、戸松秀典「平等原則とアファーマティブ・アクション」

第1節 最高裁判例概観

(1) 80年代前半～Bakke 判決から Fullilove 判決へ

最高裁が、初めて本格的に Affirmative-Action についての法的判断を下したのは、1978年の Bakke 判決であった⁴。本判決では、入学試験における Affirmative-Action を合憲とする Brennan 意見 (Marshall 裁判官、Blackmun 裁判官、White 裁判官同意) と、違憲とする Berger 意見 (Stewart 裁判官、Rehnquist 裁判官、Stevens 裁判官同意) が、4対4で対峙したため、その中間に立つ Powell 裁判官が判決主文 (judgment of the court) を執筆した。Powell 裁判官は、①本校におけるような、人種的優先枠を設けるような特別入学施策は違法であるが、②ハーバードで行われているように、大学が入学者選抜にあたって人種的背景をプラスとして考慮することは許されるとするものであった⁵。

この後、1980年の Fullilove 判決においては、公共事業におけるマイノリティ系企業優遇策の合憲性が争われた⁶。ここでも、最高裁裁判官の意見は、Berger 意見 (White 裁判官、Powell 裁判官同意)、Marshall 意見 (Brennan 裁判官、Blackmun 裁判官同意) と、Stewart 裁判官、Rehnquist 裁判官および Stevens 裁判官による反対意見と、大きくは「3対3対3」に分かれた。その中で、Berger 意見と Marshall 意見が、当該施策の合憲性を支持したため、Berger 裁判官が判決主文 (judgment of the court) を執筆した。Berger 裁判官は、人種的区分には「密接な審査 (close examination)」が必要とされるが、連邦議会は修正14条5節により平等保護を適切な法律によって実施する権限を与えられており、その判断は尊重せねばならないとした。そのうえで、本件法律は差別の救済のために制定されており、議会権限の範囲内であるとした⁷。

ジュリスト 1089号 185頁以下 (1996) など。

⁴ Regents of the University of the California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978). カリフォルニア大学バークレー校の入学試験において、一定数のマイノリティーへの優先枠を設ける優遇措置が行われ、合格したマイノリティーよりも点が高かったにももかかわらず不合格になった白人男性が修正14条違反を根拠に特別措置の差止と入学を求めて出訴した。本判決とその後の動向について紹介したものとして、久保田きぬ子「アメリカにおける『差別』判決の動向—バッキー判決を契機に— (1) (2) (3)」ジュリスト 674号 83頁以下、677号 70頁以下、679号 121頁以下 (1978) など。

⁵ Id. at 291-317.

⁶ Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448 (1980). 政府の援助を受けて土木事業を行おうとする者は、その補助金の少なくとも10%で少数民族系企業に受注 (下請) させるという保証をしなければならないとする条項を含む公共事業促進法の合憲性について争われた。本判決を紹介したものとして、釜田泰介「連邦議会による Affirmative-Action と法の平等保護」判例タイムス 451号 9頁以下 (1981) など。

⁷ Id. at 472-485.

この時期までの判例においては、Affirmative-Action に肯定的な裁判官（Brenann 裁判官など）と否定的な裁判官（Rehnquist 裁判官など）との対峙がありながら、中間的立場にたつ Powell 裁判官や Berger 裁判官などがキャスティングボードをにぎり、判決の帰趨を左右していた。後に詳しく述べるが、彼らのアプローチは問題になっている事案ごとに合否をわけていく柔軟なものであった。

（２）８０年代後半から９０年代～Croson 判決と Metro 判決

この後、１９８０年代の共和党政権は Affirmative-Action に否定的立場を鮮明にし、最高裁判事として保守的な人物を指名したために、８０年代後半以降の最高裁判例は激しく動揺することになった。

１９８９年の Croson 判決⁸においては、市の公共事業におけるマイノリティ系企業優遇施策の合憲性が争われた。ここで、O'Connor 一部法廷一部相対多数意見（Rehnquist 裁判官、White 裁判官、Kennedy 裁判官、Stevens 裁判官、Scalia 裁判官一部同意一部結果同意）は、市による Affirmative-Action には厳格審査基準が適用されることを明らかにしたうえで、本件においてリッチモンド市はプランを正当化するだけの「やむをえざる」政府利益を証明していないとして当該施策を違憲だと判断した⁹。

この Croson 判決は、当該施策が連邦法によるものではなく市によるものであったことを強調してはいるものの、Affirmative-Action に厳格審査基準が適用されるということについて過半数の裁判官の同意があったという点において、最高裁が Affirmative-Action に対して厳しい評価をするさきがけとなる判決であったといえることができる。

しかし、この翌年、最高裁は、Metro 判決において、放送免許付与における Affirmative-Action には厳格審査基準は適用されず、中間審査基準が適用されるという判断を下した¹⁰。ここで、Brennan 法廷意見（White 裁判官、Marshall 裁判官、Blackmun 裁判官、Stevens 裁判官同意）は、連邦法における「親切的な」優遇措置には中間審査基準が適用されるとしたうえで、FCC がマイノリティ系放送局を優遇する目的としてかかげる「放送内

⁸ City of Richmond v. Croson, 488 U.S. 469 (1989) . リッチモンド市における、市と建設請負契約を結んだ契約業者に、契約金額の少なくとも 30%以上を一社あるいは複数のマイノリティ業者と下請契約させる条例に対する合憲性判断について争われた。本判決について紹介したものとして、大沢秀介「最近のアファーマティブ・アクションをめぐる憲法問題—クロソン判決を素材に—」法学研究第 63 巻 12 号 223 頁以下（1990）。

⁹ Id.at 490-493.

¹⁰ Metro Broadcasting, Inc. v. FCC, 497 U.S. 547 (1990) . FCC が放送免許の付与にあたり、マイノリティの経営参加という点を斟酌することにつき、免許を付与されなかった Metro 放送が出訴した。本判決についての紹介として、長谷部恭男「連邦通信委員会の少数者優遇措置の合憲性」ジュリスト 981 号 113 頁以下（1991）、有澤知子「合衆国裁判所の積極的平等施策に対する二つのアプローチ～メトロ対連邦通信委員会判決を中心に～」大阪学院大学法学研究第 19 巻 1・2 号 1 頁以下（1993）など。

容の多様性」という利益は、修正1条の趣旨に照らし、重要な政府目的といえるものであって、正当化しうるとしたのである¹¹。

このMetro判決は、Croson判決とは異なり、Affirmative-Actionには厳格審査基準ではなく中間審査基準が適用されると考えるものであり、一見するとその結論には大きな隔りがある。

しかし、この点については、Metro判決で問題となったのは連邦法によるAffirmative-Actionであり、Croson判決において問題となったのは市条例によるAffirmative-Actionであったことから、両事案を整合的に理解することは可能であろう。すなわち、かつてFullilove判決Berger意見が述べたように、修正14条5節によれば連邦議会には平等保護を実現するための立法権限があるため、連邦議会による差別是正措置には緩やかな審査基準がもちいられたのに対し、州や地方公共団体による差別是正措置には厳しい審査基準がもちいられた、ものとして理解することもできる。

しかし、現実には、このMetro判決は、最高裁判所がAffirmative-Actionに中間審査基準を適用した最後の事案となった。このMetro判決以降、Brennan裁判官、Marshall裁判官、Blackmun裁判官ら、Affirmative-Actionに好意的判断を示してきた裁判官が次々と退任し、1995年のAdarand判決において、Metro判決は覆されることとなったのである。

(3) 90年代後半～Adarand判決

1995年のAdarand判決は、連邦公共事業におけるマイノリティ企業優遇の合憲性が争われた事案である¹²。本件で、O'Connor一部相対多数一部法廷意見(Thomas裁判官、Kennedy裁判官、Rehnquist裁判官、Scalia裁判官一部同意一部結果同意)は人種的優遇は、「親切な」ものであるか否か、連邦議会によるものであるか否か、に関わらず厳格審査を受けねばならないという、中間審査基準を用いて判断された原審の判断を破棄し、差戻した¹³。

この判決は、Metro判決を事実上覆し、全てのAffirmative-Actionに厳格審査基準を適用すべきであるという判断を行うものである。そして、ここで行われている厳格審査基準とは、後述するように、Fullilove判決Berger意見における「密接な審査(close examination)」よりも遥かに厳しいものであり、Affirmative-Actionについて「事実上致命的」な判断を下したものと見てよい。そして、Adarand判決以降、アメリカ最高裁は、一貫してAffirmative-Actionに厳しい判断を行っているのである。

¹¹ Id.at 490-493.

¹² *Adarand Constructors vs. Peña* 515 U.S. 200 (1995). 連邦高速道路建設契約について、受注企業がマイノリティ系企業に下請契約を与えるように財政上のインセンティブを与えていることについてアダランド建設が修正5条違反を主張して提訴した。本判決について紹介したものとして、有澤知子「積極的平等施策と合衆国裁判所—アダランド判決と積極的平等施策の今後—」法学新報第103巻2・3号209頁以下(1996)など。

¹³ Id.at 223-230.

第2節 Affirmative-Actionの正当化論

第1項 Affirmative-Actionをめぐる議論の再整理

(1)「反差別原理」と「反従属原理」

それでは、このような Affirmative-Action の合憲性について、学説はどのような対応をしてきたのか。

公民権時代以降、この Affirmative-Action の合憲性をめぐる問題は～妊娠中絶規制の合憲性をめぐる問題とならんで～憲法学説における最大の関心事であった。そして、このような議論の前提となっていたのが、第3章で説明した「反差別原理」と「反従属原理」との対抗関係であった。

「反差別原理」という立場は、平等保護条項の本質を、人種などの特徴による別異取扱を禁止するもの、と解する立場であった。このような「反差別原理」を硬直的に解するならば、人種にもとづく別異取扱は全て禁止されることとなるため、当然、人種的マイノリティに対する優遇措置たる Affirmative-Action も禁止されることとなろう¹⁴。

これに対して、「反従属原理」は、平等保護条項の本質を、従属関係に対して反対するもの、と解する立場であった。このような立場からは、人種的従属関係を解消するためになされる Affirmative-Action は禁止されない、むしろ、要請されることとなろう¹⁵。

例えば、Colker 教授は、「反従属原理」が採用されれば「人種的・性的政策が違憲である」という推定が排除される。このような枠組では、そのような政策も特定の人種民族的集団や性に対して否定的効果を与えない限り違法とは推定されない」と考える。

そして、「このような枠組からは、人種的性的政策は、不平等を解消する～すなわち相違を形成するのではなく従属を解消する～ための積極的な措置だとみなされうる」¹⁶。このようなことから、「反従属の提唱者は、Affirmative-Action のような、人種的マイノリティや女性の従属を解消するような人種的性的政策をもちいることを主張する」のである¹⁷。

¹⁴ See, ANDREW KULL, THE COLOR-BLIND CONSTITUTION (1992). また、Colker 教授は、反差別原理は「立法政策・公共政策の創設と分析において、color-blind と sex-blind を要求し、これらの原理を侵害するものとして Affirmative-Action を批判する」と述べる (Ruth Colker, *Anti-Subordination Above All: Sex, Race, and Equal Protection*, 61 N.Y.U.L.Rev. 1003, 1006 (1986))。

¹⁵ 「反従属原理」の立場から Affirmative-Action を正当化するものとしては、Colker, *supra* note; Owen M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 *Phil. & Pub. Aff.* 107 (1976); LAURENCE TRIBE, *CONSTITUTIONAL LAW* 1525 (2nd ed. 1988); Kenneth L. Karst, *The Supreme Court 1976 Term-Foreword: Equal Citizenship Under the Fourteenth Amendment*, 91 *Harv.L.Rev.* 1, 52-53 (1977); KENNETH L. KARST, *BELONGING TO AMERICA: EQUAL CITIZENSHIP AND THE CONSTITUTION* 158-159 (1989) [hereinafter cited as *KARST, BELONGING TO AMERICA*] など。

¹⁶ Colker, *supra* note, at 1059.

¹⁷ *Id.* at 1010.

このような「反差別原理」と「反従属原理」との対抗関係から、従来、Affirmative-Action をめぐる議論は《「反差別原理」「color-blind」「Affirmative-Action 反対」》vs. 《「反従属原理」「反 color-blind」「Affirmative-Action 賛成」》という二元的対抗関係で捉えられることが多かった。また、前者を「個人主義的平等論」とし、後者を「集団主義的平等論」として対置することもあった。あるいは、政治的に観察して、前者を「保守派」の立場とし、後者を「リベラル派」の立場として対置することも可能であった。

(2) 論争の再整理

このように、Affirmative-Action をめぐる議論を二元的対抗関係として捉えるのは、大筋においては的を射ているように思われる。しかしながら、理論的には、なお問題がある。

まず、「反差別原理」を支持する人の中にも様々な立場があるということである¹⁸。この「反差別原理」を硬直的に捉えれば、それは全ての人種的区分を禁止するものと考えられ、Affirmative-Action も禁止されるということになる。しかし、例えば、過去の差別の影響によって現在でも社会慣行に差別的構造が内因しており、それがために人種的マイノリティが不利益を蒙っているとすれば、そのような状況を放置することこそ消極的意味において「差別」を継続するものになるかもしれない。そのような対応は、まさに「人種づけられた社会」という現実を無視するものといえよう。

一方で、この「反差別原理」について、そもそも人種などの「道徳的に関連なき特徴」によって不利益をうけてはならないという趣旨のものであると捉えれば、過去の差別の影響によって不利益を蒙っている人々を放置することも許されないと考えられよう。このように解すれば、「反差別原理」という立場にたっても、過去の差別による影響を矯正するための施策は許されうることとなるかもしれない。このような施策は、人種などの「道徳的に関連なき特徴」によって不利益をうけないという条件をつくるための～真の意味での「人種からの自由」を実現するための～ものだと評価しうるからである。

これに対し、「反従属原理」の立場から Affirmative-Action を支持する人の立場も、理論的に明確なものとは言い難い。ここでは、「反従属原理」という立場が、人種的区分それ自体を否定しないものであるとすれば、それはなぜか。どのような場合に、人種的区分を許すか、ということが問題とされよう。「反従属原理」という立場は、例えば、能力による区分などと同じような意味において、人種的区分も許されうると考えているのであろうか。

¹⁸ Brest 教授によれば、「反差別原理への支持を表明する人々の中でも、多くの者は、人種を考慮するものであっても、差別の存続を防ぐこと、過去の差別の効果を除去すること、その他人種的マイノリティを優遇することを目的とする施策については支持している。しかし、ある者は、これらの施策が過度にコストがかかること、非マイノリティである者に不公正な負担を課すことなどから、反差別原理は親切な目的のためであっても人種的考慮を禁止するものであると論じる (Paul Brest, The Supreme Court 1975 Term-Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle, 90 Harv.L.Rev. 1,2 (1976))。]

この点、「反従属原理」といっても、人種などの特徴は本来的には考慮されてはならないが、過去の差別の歴史によって人種的従属関係が発生してきたという経緯に鑑み、「人種統合」を実現するための手段として人種的区分～Affirmative-Action～を容認しているのだとする立場も考えられよう。このような立場は、人種的区分を容認するといっても、究極的には「人種からの自由」を追求していると考えられるのである。

これに対して、本質的にも、「人種」という特徴は、その他の多くの特徴（学問的能力・身体的能力など）のように、政府行為の要件たりうると考える立場もありえよう。このような考え方は、「人種」自体に、社会的意味があると考え、まさに「人種共同体の権利」として Affirmative-Action を要求するものである。これは、端的に「人種の自由」という方向性を指向するものであろう。

このようなことを考えれば、《「反差別原理」「color-blind」「Affirmative-Action 反対」》vs. 《「反従属原理」「反 color-blind」「Affirmative-Action 賛成」》という二元的対抗関係は、必ずしも、議論の本質的要素を表現し、問題解決の手掛かりを与えてくれるものにはなっていないようにも思える。例えば、「反差別原理」の立場に立っても、必然的に Affirmative-Action が否定されるとはいえないし、「反従属原理」の立場に立っても、どのような Affirmative-Action が必要とされるのかが明確に導かれるとはえないからである¹⁹。

¹⁹ このようなことから、Affirmative-Action をめぐる議論は、さしあたり四つの立場に整理することができる。

(1) Affirmative-Action 否定論

「反差別原理」（あるいは color-blind 原則）を硬直的に解釈し、人種による区分を全て禁止するものとして捉える立場から Affirmative-Action を否定する立場がありえよう。また、後述するように、Affirmative-Action が許される範囲を特定の差別的行為の現実的「被害者」に限定させようとする見解も、この立場に含まれるものと考えられる。このような立場は、「人種からの自由」という立場を貫徹するものであるが、それは「人種づけられた社会」という現実を無視するものと評価できよう。

(2) Affirmative-Action 肯定論①

これに対し、「反差別原理」という立場を、人種によって不利益をうけてはならないという立場として捉え、過去の差別による影響を矯正するための施策は許されうるとする立場もありうる。これはいわば、color-blind 原則を理想としつつ、そのような理想を実現するための条件として Affirmative-Action が必要とされるという立場であり、真の意味での「人種からの自由」をめざす立場であるといえよう。

(3) Affirmative-Action 肯定論②

「反従属原理」の立場から color-blind 原則自体を否定すれば、人種的マイノリティに対する優遇措置である Affirmative-Action には何らの問題点もないと考えることもできよ

従って、Affirmative-Actionの問題について考えるためには～「反差別」「反従属」のどちらの側に立つのかという問題をはなれて～そもそも、何のためにAffirmative-Actionが必要とされるのかという、Affirmative-Actionの正当化論拠から考察していく必要がある。例えば、「反差別原理」からAffirmative-Actionを肯定する余地もあるにせよ、何のためにAffirmative-Actionが必要なのかについて精査する必要性があるのは確かである。また、「反従属原理」からAffirmative-Actionを肯定するにせよ、その目的と範囲について特定しておく必要性はあるのである。

(3) Affirmative-Action 正当化論拠～「救済」と「多様性」

それでは、Affirmative-Actionは何のために必要であり、何を目的とするものであるのか。この点、Affirmative-Actionの正当化論拠として、判例、学説上では「救済(remedy)」という概念と、「多様性(diversity)」という概念があった。

従来、Affirmative-Actionは、現在の人種差別、あるいは過去の人種差別による被害から、マイノリティを「救済(remedy)」するための手段、あるいは過去の差別による被害を「補償(compensate)」する手段だと考えられてきた。この立場は、伝統的なcolor-blind原則～ないしは個人主義～との矛盾を最小限にとどめてAffirmative-Actionを肯定しようとするものであった。

これに対し、このような「救済」のためのAffirmative-Actionという方向性は、「過去志向的」とであると批判し、Affirmative-Actionがもたらす「多様性(diversity)」による「未来志向的」な利益こそ重要なのだとする見解もあらわれた。このような立場は、Bakke判決Powell意見²⁰、そしてWygant判決Stevens意見²¹においてみられ、1990年のMetro判決においては法廷意見を構成する²²など、最高裁においても有力な見解となっていた。

従って、本節においては、この「救済のためのAffirmative-Action」と「多様性のためのAffirmative-Action」という二つの正当化論拠について検討を加えることによって、そもそも何故Affirmative-Actionが必要とされるのかという問題を解明していきたいと考える。

う。しかし、Affirmative-Actionの目的について、最終的な「人種統合」を達成するためであると捉えるのであれば、それも「人種からの自由」をめざすものであるといえる。

(4) Affirmative-Action 肯定論③

これに対して、「反従属原理」を前提としつつ、人種共同体の権利としてAffirmative-Actionを要求するという立場もありえよう。これは～第2章で紹介した「批判的人種理論」とおなじく～「人種への自由」を要求するものである。

²⁰ (Bakke) 438 U.S., at 311-319.

²¹ *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267, 315 (1986).

²² (Metro) 497 U.S., at 566-568.

第2項 「救済」のための Affirmative-Action

「救済のための Affirmative-Action」とは、現在の人種差別、あるいは過去の人種差別による被害から、マイノリティを「救済 (remedy)」するために Affirmative-Action が必要だと考えるものである。このような「救済のための Affirmative-Action」という考え方について、どのような憲法的評価がなされるのであろうか。

ここでは、なぜ「救済のための Affirmative-Action」が必要とされ、なぜ人種を考慮することが許されるのか、について究明されなければならない。すなわち、人種は「道徳的に関連なき特徴」とはみなされないのか、もし「道徳的に関連なき特徴」であるならば、それにもとづいて利益を配分することが許されるのはなぜか、が検討されなければならないであろう。

従って、具体的には、(1) Affirmative-Action が何を「救済」しようとするものなのか（「救済」すべき権利利益とは何か）、さらに (2) その「救済」のためであれば、人種的区分が許されるのはなぜか、について検討する。そして、そのうえで、(3) 伝統的な平等保護理論から見て、そのような「救済のための Affirmative-Action」がどのように評価されるのかについて考察し、最後に (4) 現在の最高裁の態度について検討を加えることとする。

(1) Affirmative-Action によって「救済」されるべき権利とは何か

まず、Affirmative-Action とは、何を「救済」するのか、誰が誰に対して「救済」すべきなのか、について検討してみよう。

この点、例えば、現在の最高裁裁判官の中で、最も Affirmative-Action に否定的だと思われる Scalia 裁判官ですら、差別の直接的な被害者に対する「救済」は肯定している²³。すなわち、現実に存在する人種差別に対する「救済」は、誰も否定できないものである。

ただし、過去の人種差別に対する「救済」として、Affirmative-Action という手段が正当化しうるのか否かは別問題である。ここでは、かつて人種差別を受けた被害者と、Affirmative-Action による現在の受益者との関係をどう説明するのか、あるいは人種差別による被害の性質と、Affirmative-Action によって受ける利益の性質との関係をどう説明するのか、という点が問題となる。このことは、逆に、かつての人種差別の加害者と、現在 Affirmative-Action によって不利益を被る者との関係をどう説明するのかという問題でもある。すなわち、人種差別に責任を負わない者が、なぜ「救済」のための Affirmative-Action による不利益を甘受しなければならないのかという、いわゆる「無実の白人論」とよばれる問題である。

²³ (Croson) 488 U.S., at 526.

①個人への救済として～「現実の被害者」論

このような問題に対し、人種差別の被害者と Affirmative-Action による受益者との間、そして、人種差別の加害者と Affirmative-Action による不利益負担者との間、に厳密な対応関係が認められるときにだけ、「救済」のための Affirmative-Action が認められるという見解がある。

このような見解を示す論者として、Goldman 教授が挙げられるであろう。

Goldman 教授は「最も能力のある者を採用する」という配分的正義の一般的優位を認めるが、不正がなかったならばあったであろう配分を実現するためには、その配分原理の適用を害してでも補償的原理を優先しなくてはならないとする²⁴。しかし、Goldman 教授は、補償原理を「`権利を侵害された個人`は、その`加害者`によって、侵害がなければ占めていたであろう位置にまで復位されなければならない²⁵」と定義する。また、補償原理の適用は、不法行為法の領域でそうであるように、直接的で明確で、計測可能な害に限定されなければならないとするものである。

この Goldman 教授の議論は、Affirmative-Action による受益者を差別の「現実の被害者」に限定させようとするものであり、Affirmative-Action によって不利益を被る者を「差別の当事者」に限定しようとする考えにつながる。このような考え方は、1980 年代の共和党政権によって主張され、現在の最高裁においてとられている「特定化された差別」が証明された場合にのみ「救済」を認めるという立場につながる²⁶。しかし、このような立場は、現実に行われている Affirmative-Action を否定する議論だといえる。

②集団への救済として

このような、事実上 Affirmative-Action 否定と捉えられる見解に対しては、差別の主体（ないし客体）および救済の主体（ないし客体）を個人単位ではなく集団単位で考えることによって、Affirmative-Action が肯定しうるという反論があろう。

例えば、Taylor 教授は、人種差別は集団のメンバーに対して行われたものである以上、補償的正義の局面において、個人を集団のメンバーとして扱わないのは、過去の社会慣行を無視するものであると考える。従って、「集団に対して不正義が行われてきた場合において、補償的正義の原理からは、正義の均衡を回復するために、集団に対する補償が行われなければならない」のである²⁷。すなわち、Affirmative-Action とは、社会全体がマイノリ

²⁴ ALAN GOLDMAN, JUSTICE AND REVERSE DISCRIMINATION 68 (1979) .

²⁵ Id. at 67.

²⁶ 例えば、Croson 判決 O'Connor 一部法廷一部相対多数意見は、州政府は「特定化された差別 (identified discrimination) があるときにかぎって人種的優遇を行おうとするが、この「特定化された差別」の概念を極めて狭く解釈するものである ((Croson) 488 U.S., at 499)。

²⁷ Paul Taylor, Reverse Discrimination and Compensatory Justice, 33 ANALYSIS 177, 179 (1973) .

ティ集団全体に対して行う補償だと考えるのである。

Taylor 教授のような、人種集団に対する差別を是正するために人種集団に対する「補償」を認めるべきだとする見解は、一見、人種を積極的に考慮しているという点で個人主義原理に反しているようにも思われる。しかし、Taylor 教授は、過去に人種差別があったことに対して、「補償」によって「正義の均衡」を回復するという範囲でのみ、人種集団を優遇するというものである。そして、補償が実現された後は、もはや人種的考慮を認めないという立場に立っている点は留意されるべきであろう²⁸。

しかし、Taylor 教授の議論は、現実の Affirmative-Action を正当化することにはなりえない。なぜなら、Taylor 教授は、マジョリティ集団全体から「マイノリティ集団全体に対する補償」の必要を述べているが、実際の Affirmative-Action は「マイノリティ集団全体に対する補償」ではなく、「個人に対する補償」にすぎないからである²⁹。この意味では「集団全体に対する補償」という構成をもって、Affirmative-Action を肯定することには疑問があろう。

③差別の影響を受けた個人への救済として

ここまでの議論からも分かるとおり、Affirmative-Action に関する議論は、しばしば個人主義か集団主義かという対立だと考えられてきた。しかし、あくまでも権利主体を個人であるとしながらも、なお Affirmative-Action を肯定しようとする試みもある。

この議論は、まず先述した Goldman 教授の議論の前提を覆すことから始まる。Goldman 教授らの議論がまやかしかであるのは、補償というものを不法行為法理とのアナロジーで考えている点にある。すなわち、Goldman 教授は、現実の加害者（不公正な行為の責任者）から現実の被害者（不公正な行為の被害者）に対する補償のみを問題としているが、それ以上に「差別による利益を受けた者」（不公正な社会慣行による受益者）から「差別による不利益を受けた者」（不公正な社会慣行による被害者）に対する補償については無視しているのである³⁰。すなわち、ここでいう補償を、不法行為法理とのアナロジーとしてだけでなく、不当利得法理とのアナロジーとして考えれば、結論は違うはずである。

こうしたことから、Affirmative-Action を、差別の影響を受けた個人に対する救済として考えてみる必要がある。

例えば、Thalberg 教授は、人種のマイノリティが否定的な自己イメージを押し付けられてきたという不正義に着目し、「これは差別が去った後も彼や彼の子孫に影響を与えるだろう」とする。そして、「たとえ偏見がなくなり救済計画が急速に進んでも、過去の差別による教育的ダメージや敗者的態度はその子孫に受け継がれることは明らかである。もし、

²⁸ Id.at 179-180.

²⁹ GOLDMAN,supra note,at 90-92.

³⁰ Irvine Thalberg,Themes in the Reverse-Discrimination Debate,91 ethics 138,145 (1980) .

我々が競争を阻害する遺産に害されていない若者を期待するなら、Affirmative-Action を認めることは人種主義ではなく現実主義の所産である」と述べる³¹。このように、Thalberg 教授は、人種的マイノリティの心理的被害を「救済」するものとして Affirmative-Action を正当化する。

これに対し、Sher 教授は、「経済的物理的被害」にしぼって議論を展開する。

Sher 教授は、現在のマイノリティが自分自身が雇用を拒否されるなどの差別を受けていないにもかかわらず優先処遇による利益を受けられる理由は、「現在の集団のメンバーは雇用を拒まれている訳ではないにしても、集団のメンバーであることによって、他の種類の財を差別によって奪われているに近い状況にある」からだとする³²。

例えば、低賃金の仕事を余儀なくされた者は、しばしば住居、食料などが欠乏し、これはまだ働いていない若い者にも影響を及ぼす。子供の時に人が受ける栄養と教育の質は、彼が成人して持つ技術や能力の質に影響する。従って、低賃金などに起因する（差別に起因している）欠乏の中で育った者はその競争力を、そして競争によって得られる財へのアクセスの可能性を奪われることになる。これが Affirmative-Action によって補償されるべき欠乏ということになる。

「喪失利益が望んでいる職のような財に対して同じように競争する能力である以上、喪失利益を代替する最も適当な方法はそれらの財に対して同じように競争する必要を取り除くことである。（中略）そして、もちろん、それが Affirmative-Action のしようとしていることなのである³³」。

つまり、競争上の不利益という被害は、まさに学校や職場における競争において優先処遇という形で補償されうるものである。すなわち、Affirmative-Action によって利益を受ける者は、「過去の差別に起因する現在の競争上の不利益」についての補償を受けていることになる。

逆に、Affirmative-Action によって不利益を受ける者は、「過去の差別に起因する現在の競争上の利益」を返還する立場にたつこととなる。この点、従来、Affirmative-Action 否定論の有力な根拠であった、過去の差別に何ら責任を負わない者が不利益を被るのは正義に反するとする議論（いわゆる「無実の白人論」）は、Affirmative-Action の本質を見誤るものであったと言える。すなわち、Affirmative-Action によって不利益を受ける者は、確かに「無実」かも知れないが、マイノリティとの関係では競争上の利益を受ける者なのである。従って、Affirmative-Action を、不法行為的に構成すれば彼には責任がないことと

³¹ Id.at 146-147.

³² George Sher, Justifying Reverse Discrimination in Employment, 4 Phil. & Pub. Aff. 159, 161 (1975).

³³ Id.at 163-164.

なるが、不当利得的に構成すれば不当な利得を返還する責任を負うのである³⁴。

ここでは、救済のための Affirmative-Action は、過去の差別に起因する競争上の不公正を是正するための手段だとして考えることができる。それは、歴史的に人種差別が行われてきたこと、人種が考慮されてきたこと、に対する反作用として行われるものであって、決して、これから人種を考慮するための手段ではないのである。

(2) なぜ、Affirmative-Action のための人種的区分は許されるのか

次に、なぜ「救済」のための Affirmative-Action のためであれば、「道徳的に関連なき特徴」を考慮してもよいのか、について更に検討してみたい。

ここでは、Affirmative-Action の最も典型的な形態として、次のように定義して議論を進めていくことにする。

「ある特徴Cによって特定される集団に対して、差別が行われているか、あるいは差別の影響が残っている時、社会的資源の配分に関して、その集団のメンバーに対して優先的な処遇をすること」

まず、個人主義の原理からは、人種などの「道徳的に関連なき特徴」特徴に基づく別異取扱が禁ぜられるはずである。この原則に照らして、Affirmative-Action によって人種的な区分をすること自体、どのように説明しうるのか。

この点、Nickel 教授は次のように説明する。Affirmative-Action は、ある人がCであることを根拠に行われるのではなく、あくまで、彼が「Cであったために過去に不当な取り扱いを受けた」という特徴C'を根拠に行われるものである。そして、特徴Cはそれを根拠に判断することが許されない「道徳的に関連なき特徴」であるが、不当な取り扱いを受けたという特徴C'は「道徳的に関連ある特徴」であると考えるのである³⁵。

もちろん、現実の Affirmative-Action が特徴Cに基づいて行われるのであれば、そして特徴Cを持つ全ての個人が差別を受けたのでないのであれば、Nickel 教授の説明は事実

³⁴ Id.at 164.

³⁵ James Nickel, Discrimination and Morally Relevant Characteristics, 32.4 ANALYSIS 113 (1972). これに対し、先に紹介した、Taylor 教授は、過去の差別はC集団自体に対して行われたのであるから、Affirmative-Action は特徴C'であることを根拠にするのではなく、特徴Cであること自体を根拠にするべきだとする。すなわち、Taylor 教授は、人種などは通常は「道徳的に関連なき特徴」であるが、過去においては「道徳的に関連ある特徴」とみなされていたため、その効果を除去する限りにおいては「道徳的に関連ある特徴」になるのだと考える (Taylor, supra note, at 178-180)。

合致しない議論と言われるかもしれない。

この点に関し、Nickel 教授は Affirmative-Action の正当性根拠 (justifying basis) と運用上の根拠 (administratively basis) を区別する。すなわち Nickel 教授は「C個人のほとんどが差別の犠牲者だった」ということから、Affirmative-Action は正当性という点では「Cであった為に過去に差別を受けた」という特徴C'に基づくが、運用上は特徴Cを根拠にすることが「補償の為の唯一効果的で便宜的な方法」であると考えるのである³⁶。

また、この議論は正当性の根拠と運用上の根拠との間（「差別を受けたこと」と「Cであること」）に高い相関関係があることを前提としており、このため Nickel 教授は正当性の根拠とより高度に具体的に結びつく運用上の根拠C''があれば（例えば黒人であることの他に、貧困であることなど）、それを Affirmative-Action の根拠として採用すべきことも示唆している。この点については、先述した、Sher 教授も人種などは雑な境界に過ぎないことを指摘して、マイノリティ（具体的には黒人）でも保護すべきなのは貧困層に限定すべきだとしている。

しかし、こうした問題は、いずれにせよ Affirmative-Action による救済計画をいかに進めるべきかという「運用上の問題」にすぎないものである。

ここで問題とするのは、いかにして Affirmative-Action を正当化するのか、という正当性の問題である。「救済」のための Affirmative-Action とは、優先処遇をすることによって、「過去における差別の影響を受ける者」が被った「競争上の不利益」を補償するもの、として正当化できる。

人種は「道徳的に関連なき特徴」といえるが、過去における差別の影響を受けたということは「道徳的に関連なき特徴」とはいえない。そして、彼らが被った「競争上の不利益」を「救済」するのが Affirmative-Action なのである。

(3) 「救済のための Affirmative-Action」についての憲法的評価

このような「救済のための Affirmative-Action」は、伝統的平等保護理論にてらして、どのように評価されるべきであろうか。

例えば、そもそも、Perry 教授などは、人種は「道徳的に関連なき特徴」であり、原則として人種的区分は許されないとしながらも、人種的マイノリティが劣等であるという観念にもとづかない人種的区分は許され、従って Affirmative-Action は許されると考えるものであった³⁷。

³⁶ James Nickel, Should Reparations Be to Individuals or to Groups?, 34 ANALYSIS 154, 155 (1974) .

³⁷ Michael J. Perry, Modern Equal Protection : A Conceptualization and Appraisal, 79 Colum. L. Rev. 1023, 1043 (1979) .ただし、Perry 教授は、Affirmative-Action によって、

しかし、このような Perry 教授の議論は、Affirmative-Action においては、人種を理由とした不利益取扱が許される理由、あるいは、人種は「道徳的に関連なき特徴」であるにもかかわらず、それを考慮することが許される理由については、明確な説明を与えるものではなかった。

この点、Nickel 教授らの議論は、人種という特徴自体は「道徳的に関連なき特徴」であるが、過去に差別を受けたという特徴は「道徳的に関連ある特徴」と考える。すなわち、人種的マイノリティであるという特徴は、過去の経緯との関連で、過去の誤りを補正する範囲でのみ、考慮することができるものと考えられる。

このような Affirmative-Action は、「反従属原理」の立場から許容されるのはもちろん、「反差別原理」の立場からも許容されるものであろう。

「反差別原理」とは、人種を考慮してはならないというものであり、過去において人種が個人の道徳的価値を示すものだと考えられ、人種的マイノリティの道徳的劣等性を前提として政府行為がなされたこと、を矯正することを目的とするものである。あるいは、現在でも人種が個人の道徳的価値を示すものとして考える習慣が残っていることを、矯正するものである。

この点、ごく近い過去における人種差別によって機会の平等を奪われている者が存在する以上、その影響を除去するための Affirmative-Action は、まさに「反差別原理」の目的にもかなうもの～すなわち、人種が道徳的価値を示すものだと考えられてきた過去を清算するためのものであり、現在でも人種が個人の道徳的価値を示すものとして考える習慣が残っていることを、矯正するものであるといえよう。

この意味では、「救済のための Affirmative-Action」とは、「道徳的に関連なき特徴」を考慮するためのものではなく、逆に「道徳的に関連なき特徴」が考慮されないための条件をつくるものだと考えられる。これは、「color-conscious (人種を考慮する)」という手段をもちいるものであるが、決して「color-blind」という理想を否定するものではなく、むしろ、「color-blind」のための条件を回復（これは、もちろん想像的な意味での回復であるが）するための手段であると考えられる。すなわち、「人種づけられた社会」を克服して、真の意味での「人種からの自由」を実現するための手段であると考えられるのである。従って、真の意味での「人種からの自由」を追求する立場～「反差別原理」にせよ「反従属原理」にせよ～からは、「救済のための Affirmative-Action」は、許容されるというだけでなく、むしろ積極的に要請されるものなのである。

(4) 最高裁判例における「救済のための Affirmative-Action」

人種的考慮がなされる習慣が固定するなどの間接的な害悪がもたらされる恐れがあるため、より厳しい審査基準が必要である旨を指摘するものである (Id. at 1043-1045)。

① Fullilove 判決

アメリカ最高裁判例の中でも、平等保護条項を柔軟に解釈することによって、「救済のための Affirmative-Action」を比較的に広範囲に認めるものも存在した。

例えば、1980 年の Fullilove 判決における Berger 意見および Powell 意見などは、color-blind 原則の価値を基本的に承認しつつも、それと矛盾しない範囲で「救済のための Affirmative-Action」を認めていこうとするものであった。

まず、1980 年の Fullilove 判決 Berger 意見は、「人種的、民族的区分をもちいる計画は、それが救済の場合であっても、精密な審査 (close examination) が必要とされる」とし、原則として人種的区分は許されないという立場を明らかにする。しかし、Berger 裁判官は、連邦議会は修正 14 条のさだめる「平等保護」を適切な法律によって執行する権限を与えられているため (修正 14 条第 5 節)、連邦法の合憲性審査を行う場合には適切な敬意が払われなければならないとして、公共事業におけるマイノリティ系企業への優遇を合憲とするものであった³⁸。

Berger 裁判官の議論において、第一に注目すべきなのは、連邦議会在「平等保護による保障を執行する能力と権限」を有することに鑑みて³⁹、「我々は救済の場合においても、連邦議会は完全に人種中立的形態 (color-blind fashion) で行動せねばならないという主張を拒否する」としている点である⁴⁰。ここでは、人種的区分をもちいる救済を行うことが、まさに修正 14 条から要請されるものとしていることが留意されなければならない。このような見解は、「過去の差別に対する救済」は、形態としては人種中立的ではない (“color-blind fashion” ではない) もの、理念としては人種中立主義につくすものであることが意識されているものといえよう。

Berger 裁判官の議論において、第二に注目すべきなのは、マジョリティ系企業に及ぼされる負担の正当化事由である。ここでは、マジョリティ系企業は、過去の差別に責任がないと考えられる場合であっても、過去においてマイノリティ系企業が排除されてきたことによって何年にもわたり競争上の利益を受けてきたとも考えられ、そのような仮定のうえに立って行動することは連邦議会の権限内の行為であると述べられている⁴¹。すなわち、Berger 裁判官が、Affirmative-Action によるマジョリティへの不利益取扱を正当化するのは～先に紹介した Sher 教授の見解と同じく～マジョリティ自身が過去の不正な差別によって競争上の利益を受けている受益者であるという想定の下で、その競争上の利益を返還する必要があると考えているからである。

また、Berger 裁判官に同意したうえで個別意見を書いた Powell 裁判官の立場についても

³⁸ (Fullilove) 448 U.S., at 472.

³⁹ Id. at 483.

⁴⁰ Id. at 482.

⁴¹ Id. at 484-485.

～Bakke 判決、Fullilove 判決、Wygant 判決などを通じて示されてきた見解を総合的にみて～紹介しておこう。

1978 年の Bakke 判決において、Powell 裁判官は「いかなる種類の人種民族的区分も、本質的に疑わしく、もっとも厳しい司法審査(exacting judicial examination)が要求される」とし、「疑わしき区分をもちいることを正当化するためには、州はその目的あるいは利益が、憲法的に許されるものであり実体的なものであること、その区分が目的の達成あるいは利益の擁護のために必要であることを証明しなければならない」とする⁴²。

しかし、Powell 裁判官は、政府は「特定化された差別 (identified discrimination)」の効果を矯正することについて「実体的利益」を有するものとする。そして、過去にある集団の構成員の権利を侵害するような「憲法違反ないし法律違反があったということについて、司法的、立法的、行政的認定」がなされれば、当該集団の構成員に対して優遇をおこなう利益は「実体的」なものとなり、「厳しい審査」によっても正当化されるとする⁴³。

そして、Powell 裁判官は、Fullilove 判決においても、このような Bakke 判決の判断枠組をふまえ、「修正 14 条によって確立された権利は個人のものである」とし、「人種は不変の特徴であり、個人的価値や必要と何の関係もなく、ほとんどの政府の決定に関係なので、人種区分は最も厳しい審査 (most stringent level of review) の下で評価されなければならない⁴⁴」としつつも、「我々は、人種区分から社会を解放しようと努めているが、いまだに特定化された差別の影響を被っている人々の訴えを無視することはできない」として⁴⁵、このような「特定化された差別」の効果を是正することは「やむをえざる政府利益」であるとしているのである⁴⁶。

このように、Fullilove 判決 Berger 意見および Powell 意見は、原則的には人種区分を禁止するものであるが、「過去の差別に対する救済」については人種中立的形態 (color-

⁴² (Bakke) 483 U.S.,at 291.

⁴³ Id.at 305. しかし、結論的には、この Bakke 判決においては、Affirmative-Action を実施した医学校には過去の差別につき認定をする権限がないとされ、「司法的、立法的、行政的認定」もないことから、当該特別入試計画は違憲であると判断された (Id.at 309-310)。

⁴⁴ (Fullilove) 448 U.S.,at 496.

⁴⁵ Id. at 516.

⁴⁶ Id. at 515. 政府権限によって憲法違反ないし制定法違反である差別の事実が認定されなければ、「人種区分による救済 (race-conscious remedy)」を行うことが「やむをえざる (compelling) 利益」であると見なされない。従って、Affirmative-Action が正当化されるためには次の二つの要件が必要である。「一つはそのような「人種区分による救済」を課す政府機関が、認定された差別に対して行動する権限を有していることであり、二つ目はその政府機関が違法な差別の存在を論証しなくてはならないということである (Id. at 498)」。そして連邦議会は本件においてこの二要件をいずれも満たしているとする

blind fashion) ではなくてもよいとするものである。このような判断というのは、まさに「人種からの自由」を理想としながらも、それを実現させるために人種的区分をもちいることを許すものといつてよいと思われる（ただし、ここでの違憲審査基準については疑問があり、その点については第7章で検討する）。そして、このような Berger 裁判官および Powell 裁判官の立場は、Affirmative-Action の合憲性の問題について事案に応じた柔軟な判断を可能にするものとして、80年代中期までの最高裁判決の帰趨を左右するものとなっていたのである。

② Adarand 判決

これに対して、80年代後期以降、最高裁は Affirmative-Action の合憲性について厳しい判断を行うようになってきている。例えば、1989年の Croson 判決は、地方公共団体による Affirmative-Action について、厳格審査基準を適用したうえで違憲判決を下した。これ以降の判決においては～1990年の Metro 判決のように中間審査基準が適用されたうえで合憲判決が下された事案があったほか～Affirmative-Action について厳しい判断を示すようになってきている。

そして、このような最高裁の判断が確定したのは、1995年の Adarand 判決であった。Adarand 判決における O'Connor 一部法廷一部相対多数意見は、1990年の Metro 判決において Affirmative-Action に中間審査基準が適用されたことを批判し、全ての Affirmative-Action に厳格審査基準を適用されるべきということを明らかにする。

このような O'Connor 裁判官の立場は、一見すると、Fullilove 判決における Powell 裁判官の判断枠組に近いものである⁴⁷。すなわち、Affirmative-Action には、厳格審査基準が適用されるが、「特定化された差別 (identified discrimination)」について救済するという目的に「密接に適合している」場合には許容されうるとするものである⁴⁸。

しかし、本判決における O'Connor 裁判官の立場は、Powell 裁判官によって示されてきたものよりも遥かに厳しいものとなっている。

まず、第一に、重要だと思われるのは、連邦議会による Affirmative-Action についても、州による Affirmative-Action と、同じ判断枠組で考えるべきとしていることである⁴⁹。こ

⁴⁷ O'Connor 裁判官自身、「本日の我々の行為は Fullilove 判決において示された Powell 裁判官の考えを明らかにするものである」と述べる ((Adarand) 515 U.S., at 235)。

⁴⁸ Id. at 230. なお、この点については、反対意見を執筆した Stevens 裁判官も「最高裁の懐疑主義の概念は、少なくとも理論のうえでは、法的にも常識的にも妥当な声明である (Id. at 242)」と述べる。

⁴⁹ 「我々は連邦に課されたものであれ、州や地方政府によって課されたものであれ、あらゆる人種的区分は厳格審査基準における法廷の審査に付されなければならないと判断する。換言すれば、そのような区分はやむをえざる政府利益に達するように狭く限定された方法である時のみ合憲である (Id. at 227)」。「州と同様、連邦議会に対して“やむをえざる利益”

の点、Fullilove 判決 Berger 意見が、修正 14 条 5 節に規定された連邦議会の権限を重視し、連邦議会が「過去の差別」の存在について認定した場合であれば、Affirmative-Action は「密接な審査」によっても正当化されうるとしたことを覆すものである⁵⁰。

また、第二に、O'Connor 裁判官も、Powell 裁判官に従って、「特定化された差別 (identified discrimination)」が証明されれば「厳格審査」によっても正当化されうるとしているが、この「特定化された差別」という概念を狭く解していると考えられることである。この点、Stevens 反対意見は、Fullilove 判決において問題とされた優遇措置が合憲とされるならば、本件措置も合憲とされるべきであることを指摘している⁵¹。

この点、O'Connor 裁判官は、厳格審査は「理論上は厳格だが、事実上は致命的」であるというのは誤解であるとして、厳格審査基準によっても合憲とされうる場合はあるとする。しかし、実際に O'Connor 裁判官による判断枠組はきわめて厳しいものであるといわざるをえない。この点、Scalia 裁判官は「私の見解においては、政府は、過去の人種的差別に対して異なった方向で『埋め合わせる (make up)』ために人種を基準にした差別をすることに対して『やむをえざる利益』を持ちえない」とする⁵²。このような Scalia 裁判官の立場こそ現在の最高裁の立場を物語るものであり、事実上、Affirmative-Action は否定される方向に向かっていると考えられるのである。

に結びつく時にのみ人種の区分をなす立法を行うように求めることは対等な統治部門に対する適切な配慮の理論に相反するものではない (Id.at 230)。

⁵⁰ Croson 判決においては、O'Connor 裁判官自身も「連邦議会」と「地方政府」の権限の相違について認めている ((Croson) 488 U.S.,at 490)。

この点、Stevens 裁判官は「修正 14 条は州に対して明白な制限を課すと同時に、議会に直接の授権をしている。これは偶然ではない。これは、人種関係について悲しい歴史を経験した後の、連邦政府は州に対して人種のマイノリティの守護者たらねばならないという我々国民のコンセンサスをあらわしたものである」と批判する (Id.at 255)。

⁵¹ Stevens 裁判官は次のような点を指摘する。本件で問題となった領域では実際に不公正な慣行（ゴルフのパートナーを取引相手とするなど）がマイノリティの参入を阻害しているという事実がみられる。また、Fullilove 判決で問題となった条項は人種のみを基準にした決定を行い、社会的に有利なものをも優遇したのに対し、本件事例では人種のみを基準とした判断をしている訳ではない。また、本件においては当該立法によって与えられる地位は定期的な審査を受け、常に新規参入が認められるなど、既得権の恒常化を廃し自由競争を促進させるような配慮がされている。それ以上に重要なことは Fullilove 判決は連邦事業の事業費の内、10%がマイノリティ企業に配分されるように定められていたのに対して、本件では経済的インセンティブを与えるのみであり、いわゆる割当 (quota) が与えられていない。これは手段として「厳格に適合された」ものだと考えられる。このような事に鑑みて Stevens 反対意見は「もし、人種的割当を含む 1977 年の計画が Powell 裁判官の憲法理論によって示された厳格審査を満たすのであれば、このより慎重に作られた計画を支持した控訴審の判断が肯定されるべきである」(Id.at 264)。

⁵² Id.at 239. 「それが最も望ましく親切な目的を持ったものであっても、人種的権利の概念を追求することは、将来において人種的従属、人種の特権、人種的憎悪を生みだす誤った思考方法を補強し、保持するものである」。

このように現在の最高裁は、「救済のための Affirmative-Action」に対しても否定的な態度を貫いていると考えられる。しかし、このように、color-blind 原則を振りかざし、いつさの Affirmative-Action を否定するがごとき見解は、「反差別原理」の論理的帰結であるとは考えられない。

Karst 教授が指摘するように、過去における人種差別の影響を一切考慮しないような「形式的人種中立性のモデルは、あたかも歴史が今朝始まったとでも言わんばかりに、社会的文脈を考慮することなく差別的行為を評価しようとするものである。その前提にあるのは、現在の状況が均衡点あるいは人種中立性を示している、というものである⁵³」。このような議論における color-blind 原則とは、結局、過去の人種差別の遺産を残すための議論となるろう。

Karst 教授の言葉にあるように、Affirmative-Action 否定論は、人種を「道徳的に関連なき特徴」だとみなし人種中立的な社会を求めること自体から生じたものではなく、それが「社会的文脈を考慮することなく」「現在の状況が均衡点あるいは人種中立性を示している」と考えていることによって生じているといえる。すなわち、社会的に存続している差別構造という現実を目を向けないものなのである。Scalia 裁判官が述べる「統治の視点においては、ただ一つの人種が存在するだけである。それはアメリカ人という人種である」という言葉は、このような態度の顕れであろう。

この意味で、現在の最高裁の態度は、「人種づけられた社会」という現実を無視するものであって、真の意味での「人種からの自由」を求める立場ではないと評価できよう。

第3項 「多様性」のための Affirmative-Action

(1) 「多様性」のための Affirmative-Action

ここまで述べてきたように、Affirmative-Action は、人種差別による害からマイノリティを「救済 (remedy)」するものためのものとして考えられていた。しかし、一方では、Affirmative-Action を、過去の差別に対する「救済」する手段たるにとどまらず、積極的に社会における「多様性 (diversity)」を実現するための手段として捉える見解もある。これが「多様性のための Affirmative-Action」という議論である。

この議論を支えるのが、いわゆる「役割モデル」という考え方である。例えば、白人が多数を占めている職場や学校にマイノリティが入ることは、その職場においては黒人を知ることができるし、また、黒人社会全体にとっては後に続くべき見本となるであろう⁵⁴。す

⁵³ KARST, LAWS PROMISE, LAWS EXPRESSION 76 (1993) [hereinafter cited as KARST, LAWS PROMISE, LAWS EXPRESSION]. また、Karst 教授は「このような教義的なモデルでは、私人であれ公務員であれ、奴隷制やジムクロウの現在の影響に対して、あるいはカースト制度によるスティグマによってもたらされた公的生活上の影響に対して、誰もが責任を負わないということになってしまう (Id. at 77)」とする。

⁵⁴ 例えば、Wygant 判決 Stevens 反対意見は、教師集団について「人種的に統合された組織は、学生に対して、全員白人あるいはほぼ全員白人の組織では考えられないような利益

なわち、「多様性」のための Affirmative-Action とは、マイノリティを積極的に社会参加させることによって、実質的な人種平等を実現させようとするものなのである。

さらに、この議論の代表的論者である Sullivan 教授は次のように論じる。

Sullivan 教授によれば「救済」のための Affirmative-Action は「過去の罪」に焦点をおくものであり「過去指向的」なものである。これに対し、「多様性」のための Affirmative-Action は、人種的多様性を実現するという将来の効果を期待する「将来指向的」なものである⁵⁵。

例えば、「公的および私的な雇用主は、過去を差別の罪を贖うという以上に、多くの理由の為に Affirmative-Action の実行を選択している」。その動機には、学校においては教育の質の向上のため、企業においては黒人の顧客へのサービスのため、あるいはコミュニティにおける職についての人種的緊張を防ぐためなどがあるが、「これらの理由全ては人種的に統合された将来を希望するもの」なのである⁵⁶。

さて、このような「多様性のための Affirmative-Action」に関しては、どのような憲法的評価がなされるであろうか。この議論は、一見すると、社会的統合のために人種を積極的に考慮することを容認しているように思われる。従って、「反差別原理」の立場から「多様性のための Affirmative-Action」を肯定するのは困難であるように思われる。しかし、「反従属原理」の立場からは、「多様性のための Affirmative-Action」は、スティグマをかすものではなく、人種的従属を強めるものでもないため、肯定することもできよう。従って、この点に「反従属原理」を唱える意義があると考えられるかもしれない⁵⁷。

(2) 「多様性」の検討

しかし、ここで問題になるのは、「多様性」概念の捉え方である。そもそも「多様性」というのは一つのシステムの中に様々な異なる要素が混入することだと考えられる。とすれ

を与えることができるであろう」とする (Wygant v. Jackson Board of Education, 476 U.S. 267, 315 (1986))。

⁵⁵ Kathleen M. Sullivan, *Sins of Discrimination: Last Terms Affirmative-Action Cases*, 100 Harv. L. Rev. 78, 82-84, 97 (1986). なお、Sullivan 教授は、「救済のための Affirmative-Action」という「過去指向」の議論によれば「犠牲者でない者は利益を受けてはならず、罪のない者はそれを負担してはならない」という「現実の加害者 (被害者)」論を招くことになり (Id. at 84-86)、これが「多様性のための Affirmative-Action」という「将来指向」の議論が必要な理由であるとされる (Id. at 96-97)。しかし、前項で論じたように、過去の差別に対する「救済」ないし「補償」の責任は、必ずしも特定の「罪」を犯した者に限定される必要はなく、不当な行為に起因する利得をえている者にも及ぶものと考えうる (不当利得的構成)。この意味では「救済のための Affirmative-Action」が不可避免的に「現実の加害者 (被害者)」論にむすびつくと考えるのは誤りである。

⁵⁶ Id. at 96.

⁵⁷ See, *TRIBE*, supra note, at 1535-1544 ; *KARST, LAWS PROMISE, LAWS EXPRESSION* supra note, at 103-107.

ば、「多様性」概念とは、あらゆる種類の相違を考慮に入れるということを意味するのか、それとも人種的な相違のみを特に考慮するのが問題となる。

この点、Foster 教授は、全ての種類の「相違」について考慮するような「多様性」概念は、どの「相違」が積極的編入の対象となるのかについての決定原理を持たない「空虚」な概念であると指摘する⁵⁸。

こう考えれば、「多様性」のための Affirmative-Action でいうところの、「多様性」とは、人種という特徴を、特に考慮するものだけということになる。この点、Foster 教授は、人種的マイノリティであるということは、その他の相違とは違う「目立った相違」なのだと位置づけ、これを編入することこそ「多様性」概念の中心であると考え⁵⁹。

なぜか、なぜ人種を特に考慮するのか。その理由として、人種が、社会的アイデンティティの中心であり、その人の社会的立場を代表するものであるからという説明がありえよう。あるいは、人種という特性自体、何らかの意味を含んでいるのだという説明がありえよう⁶⁰。

しかし、そうした説明はまさに「人種本質主義」であり、「人種への自由」という立場に立つものと評価されよう。この点については、第二章で紹介した Carter 教授が、「多様性のための Affirmative-Action」は、しばしば黒人は黒人特有の視点を持っているという想定のもとに行われ、また優遇をうけた黒人は「黒人の声」を代表する者として行動するように期待されることを問題視していることが想起される⁶¹。人種的マイノリティに属する者であっても、人種的マイノリティたる立場を自己意識の中心におく者もあれば、そうでない者もあろう。それにもかかわらず、人種のような不変的な特徴で個人を判断することは、個人主義に反することになるのである。人種が「道徳的に関連なき特徴」であって、それに基づいた判断が許されないとされるのは、まさにこうしたことなのである。

また、このような意味での Affirmative-Action は、Sullivan 教授や Karst 教授らの意図に反して、人種間の対立を促進し、人種統合ではなく、人種分離を引き起こすものともなりうるものであろう⁶²。

⁵⁸ Sheila Foster, *Difference and Equality: A Critical Assessment of Concept of "Diversity"*, 1993 Wis.L.Rev. 105 (1993).

⁵⁹ *Id.* at 131-135.

⁶⁰ 例えば、第2章で紹介した「批判的人種理論」の論者たちは、このような考えにもとづいて Affirmative-Action を肯定する (see, Duncan Kennedy, *A Cultural Pluralist Case for Affirmative-Action in Legal Academia*, 1990 Duke L.J. 705)。

⁶¹ STEPHEN CARTER, *REFLECTIONS OF AN AFFIRMATIVE-ACTION BABY* 36-41 (1991). also see, Randall L. Kennedy, *Racial Critique of Legal Academia*, 102 Harv.L.Rev. 1745 (1989).

⁶² 例えば、Wilkinson III は「多様性」が分離主義につながることを危惧する (J. Harvie

この点で、Foster 教授も、ある相違（例えば人種）を持っているからといって、その相違を代表するような意見や視点を持っていると考えるのはまさにステレオタイプに基づくものであり、場合によっては却ってマイノリティの周縁化につながることを指摘するのである⁶³。

それでは、なぜ人種を特に考慮するのか。この点、Foster 教授は、人種的マイノリティは長年にわたり排除され周縁におかれてきたために、マイノリティであることが「目立った相違」となり、特別に編入されることが必要になったと考えるのである。この意味で、Foster 教授は「多様性」概念は、過去ないし現在の差別に対する「救済」という要素と結びつくことによってはじめて意味を持つものとする。すなわち、Affirmative-Action は「過去指向」と「将来指向」が混合したものでなくてはならないとするのである⁶⁴。

しかし、ここでは、「過去指向」と「将来指向」の混合という表現は不適切である。なぜなら、ここで問題なのは、Affirmative-Action が許される理由であって、Affirmative-Action によってもたらされる結果そのものではないからである。そもそも、Foster 教授の議論は、過去の差別によって人種的マイノリティが排除され周縁におかれてきたために「多様性」が害されてきたという前提のもとに、Affirmative-Action を肯定する。とすれば、そこで、Affirmative-Action を動機づけ正当化しているのは、「過去の差別に対する救済」にほかならないのである。この点では、「救済」のための Affirmative-Action が、過去の差別に動機づけられているとしても、その結果として多様性の実現という将来の効果にむすびつくものであると説明するのにかわりはない。この意味で、彼の唱える「多様性」のための Affirmative-Action という概念は、「救済」のための Affirmative-Action という概念に依拠し、それに吸収されるものだと考えられるのである。

もちろん、「救済」という要素を持たない、純粹な「多様性」を主張することも可能であろう。しかし、人種的特徴を「目立った相違」とみなさないような「多様性」概念は内容空虚なものであるし、人種的特徴それ自体が「目立った相違」とみなすような「多様性」概念は、それ自体、個人主義原理に反するものとなるであろう。

Foster 教授の議論にみられるように、「多様性」のための Affirmative-Action は、結局は過去の差別に対する「救済」に動機づけられたものだと考えることもできる。逆に、もし、過去の差別の「救済」という要素を抜きにして、人種を積極的に評価する手段として「多様性」概念が用いられるのであれば、それは明確に否定されるべきであろう。

この点、第 3 章で紹介した Karst 教授の議論はどうか。Karst 教授は、Bakke 判決 Powell

Wilkinson III, *The Law of Civil Rights and the Dangers of Separatism in Multicultural Academia*, 47 *Stan.L.Rev.* 993 (1995)。

⁶³ Foster, *supra* note, at 140-142.

⁶⁴ *Id.* at 115.

意見に言及して、「多様性のための Affirmative-Action」は「人種的分断の境界 (lines of racial division)」を強めるものではなく、薄めるものであることを指摘する。すなわち、Karst 教授は、人種に意味があるためではなく、人種に意味がないということを分からせるために、Affirmative-Action によって「多様性」を実現しようとするものなのである⁶⁵。

そうであるならば、Karst 教授においても、Affirmative-Action が必要とされる決定的要因は、やはり「過去の人種差別」によって人種的マイノリティが排除されつづけてきたことにある。Karst 教授の議論も、「アメリカにおける人種関係の歴史」において、「社会における個人としての黒人の立場は、集団としての黒人の地位に密接に関連してきた⁶⁶」こと、「人種的カースト制度が、人種的マイノリティ集団のメンバーに対して、集団的に、影響を与え続けている⁶⁷」こと、それによって「人種的分断の境界 (lines of racial division)」が存在していることを問題とし、それら人種主義の遺産を解消することを Affirmative-Action の目的としているのである。

このように考えれば、「多様性のための Affirmative-Action」という議論に、独自の意義はない、あるいは独自の意義を認めるべきではないと考えることができよう。そして、「多様性のための Affirmative-Action」を認めることに、「反従属原理」固有の意義を見いだすことはできず、あるいは見いだすべきではないということができよう。

(3) 最高裁判例における「多様性のための Affirmative-Action」

アメリカ最高裁において、このような「多様性のための Affirmative-Action」という考え方について最初に論及したのが、1978 年における Bakke 判決 Powell 意見であった。

ここで Powell 裁判官は、「民族的に多様な学生集団」を構成することは高等教育機関にとっては憲法上認められうる正当な目的であるとして、人種や民族的出自を考慮するような入試制度は許されうることを示唆した⁶⁸。

この後、1980 年の Metro 判決においては、「多様性のための Affirmative-Action」という考え方が法廷意見を構成するにいたった。

Metro 判決 Brennan 法廷意見は「議会による人種を考慮した親切な措置は、“たとえそれが過去の政府による差別または社会的の被害者に補償するという意味で「救済的」である

⁶⁵ KARST, LAWS PROMISE, LAWS EXPRESSION supra note, at 104-105. Karst 教授は、学校における人種的多様性を確保することは、白人にマイノリティ集団の中にも様々な見解があることを知らせることになる、と指摘する。

⁶⁶ KARST, BELONGING TO AMERICA, supra note, at 148.

⁶⁷ KARST, LAWS PROMISE, LAWS EXPRESSION, supra note, at 84. また、Karst 教授は「Affirmative-Action の基本的目的は、過去の人種差別ないし現在もつづく人種差別の効果を救済することによって、尊重と参加という平等な市民権の価値を促進することにある」とする (KARST, BELONGING TO AMERICA, supra note, at 158)。

⁶⁸ (Bakke) 438 U.S., at 311-319. ただし、本件のように人種のみを基礎とした割当制度は違憲であるとされ、人種や民族的出自のみならず出身地域なども含めた全ての要素をプラス材料として扱って多様性を確保するような入試制度のみがみとめられるものとされた。

とは言えない措置であっても”、議会権限の範囲での重要な政府目的に資すものであり、かつその目的の達成と実質的に関連している限りは、合憲である⁶⁹」としたうえで、修正1条を根拠に「多様な情報」、すなわち多様かつ対立する源からの情報が供給されること、という利益が重要な政府目的であると認定する。議会や FCC は主に番組の多様性を促進するためにマイノリティ所有放送局優遇政策を採用したのだとするのである。

Metro 判決の事例において「多様な情報」という利益が憲法上の要請であることは疑いない。しかし、ここで問題なのは、マイノリティ所有の報道機関によって「多様性」が実現されるという想定、すなわちマイノリティ所有の報道機関が他とは「異なった」放送を行うという想定である。この点について、Carter 教授は、「優遇の計画は、人種を『ある特定の』見解にとっての代理として用いることで『放送の多様性』が高められるという主張によって正当化される。この種の主張は、どのような言葉によって装飾されようが、実際に人種的ステレオタイプに依拠している⁷⁰」という批判をする。

こうした批判を想定して、Brennan 裁判官は次のように答える。

「マイノリティ所有の拡大と放送の多様性に関連があるとする判断は許されざるステレオタイプに基づくものではない。議会の政策はマイノリティによる所有や経営が、すべての場合によりマイノリティ指向の強い番組や『マイノリティの視点』固有の表現につながると想定している訳ではない。」「そうではなく、議会も FCC も、単に、放送媒体のマイノリティ所有の拡大が全体として放送の多様性を強めるだろうとするのみである⁷¹」。

「この判断、すなわちマイノリティ所有と放送の多様性の間に関連があるという結論は多くの経験的証拠によって強められる。」「それゆえ、この政策は『慣習』に基づく『ステレオタイプ化された反応』ではなく、『分析』の所産である⁷²」。

こうした弁明に対し、Carter 教授は次のように批判する。「最高裁及び規則を制定した FCC は、多くの場合、少なくとも相当数の場合において、多くの白人所有者と黒人所有者が異なった番組編成をすることを想定したはずである。さもなければ、FCC の政策は何の意味も持たない⁷³」。そして、このことは人種的ステレオタイプにつながる。

しかし、むしろここで問題となるのは、マイノリティ所有と「情報の多様性」との間に関係があると認めることの危険よりも、その関係に政府が承認を与え、権利を与えることの危険である。「人種に基づく多様性」を促進させるということは、人種集団を構成する諸個人の多様性を無視することにもつながりうる。この意味で、Carter 教授は「政府

⁶⁹ (Metro) 497 U.S., at 564.

⁷⁰ CARTER, supra note, at 39.

⁷¹ (Metro) 497 U.S., at 579.

⁷² Id. at 582.

⁷³ CARTER, supra note, at 39.

が人種的相違を他の相違の代用として用いることを許し、あるいは奨励することは、平等主義にとって潜在的な危険となる⁷⁴」と考えるのである。

このような意味で、「多様性のための Affirmative-Action」は～第2章で検討した批判的人種理論と同じく～「人種への自由」というモデルに接近する要素を含んでいるものと考えられる。ここで Brennan 裁判官らのリベラル派が～「人種への自由」というモデルに接近するのは～批判的人種理論もそうであるように～むしろ「人種づけられた社会」に敏感な立場の所産であるのかもしれない。しかしながら、その態度は逆に「人種づけられた社会」の肯定につながる契機を孕むものである。この「多様性のための Affirmative-Action」が、「人種的偏向を含んだルール」に「多様性による人種的優遇」を持ち込んでカウンターバランスすることを目指しているものであるとすれば、それは明らかに本筋から外れた議論である。Affirmative-Action をめぐる議論は、あくまでも正しい意味での「人種からの自由」を目指すものとして再構成されるべきであろう。

小括

従来、Affirmative-Action についての立場は、平等保護条項の本質について「反差別原理」に立つのか、「反従属原理」に立つのか、によって決定されると考えられていた。

しかし、「反差別原理」に立つにせよ、「反従属原理」に立つにせよ、そもそも何のために Affirmative-Action を行うのかという正当化論拠の問題についての議論を避けるわけにはいかない。仮に「反従属原理」の立場から、「従属関係の解消」という正当化論拠がだされたとしても、経済的弱者に対してではなく、人種的マイノリティに対して優遇を与えることの正当化論拠は別に考えなければならないのである。

この点、「救済のための Affirmative-Action」とは、過去の差別による影響を「救済」するために Affirmative-Action を行うというものである。このような「救済のための Affirmative-Action」とは、個人主義的立場から説明すれば、人種的マイノリティが過去の不正な差別の影響（生活・教育水準の低下）によって競争力低下を余儀なくされ競争上の不利益を被っている、ことについての「救済（補償）」として構成される。一方、人種的マジョリティは、過去の差別の影響によってもたらされた競争上の利益を返還するものとして、Affirmative-Action による不利益を甘受せねばならないものとされる。

このような「救済のための Affirmative-Action」は、それ自体、積極的に人種を考慮するためのもの～「人種への自由」を指向するためのもの～だとは考えられない。「救済のための Affirmative-Action」は、かつて不当にも人種が考慮されてきた歴史に鑑み、そのような歴史を清算することによって人種が考慮されないための条件を整えるもの～真の意味

⁷⁴ Id.at 41.

での「人種からの自由」を要求するもの～なのである。

この点、現在の最高裁のように、「救済のための Affirmative-Action」すら否定する議論は、一見すると「人種からの自由」を求めているようでありながら、実は「人種づけられた社会」という現実を無視するものであって、真の意味での「人種からの自由」を追求するものとは考えられない。

一方、「多様性のための Affirmative-Action」とは、社会における人種的多様性を実現するための Affirmative-Action であるとして説明される。この「多様性のための Affirmative-Action」は、過去の差別の補償にとどまらない広範な優遇措置を認めうるという点で「将来指向」のものであるなどとされる。

しかし、諸個人は人種的特徴だけではなく様々な特徴によって区分することが可能であるにも関わらず、人種的という特徴からだけ「多様性」を要求するのはなぜかが問題となる。このように、特に「人種」のみをとりあげて「多様性」を要求する理由が、人種的マイノリティは過去の差別によって特に社会的参加を妨げられているということにもとづくものであれば、それは「救済のための Affirmative-Action」と同じこととなる。これに対して、特に「人種」のみをとりあげて「多様性」を要求することが、「人種」という特徴に特別の意味を見いだしていることに由来しているのであれば、それは「人種本質主義」といいうるものであり個人主義の観点から許されないであろう。

このようことから「救済のための Affirmative-Action」は、真の意味での「人種からの自由」を追求するための手段として積極的に評価されるべきである。

これに対し、「多様性のための Affirmative-Action」は、「人種からの自由」よりも、「人種への自由」に傾くものであって、人種融和よりも人種的分断をもたらす恐れのあるものである。

第6章 中立的規範の問題～「異なる効果型」事案

第1節 最高裁判例概観

第2節 人種中立的規範の合憲性

第1項 「結果テスト」という問題提起

第2項 「意図テスト」を越えて

小括

第6章 中立的規範の問題～「異なる効果型」事案

本章では、表面上は人種中立的であるが、事実上、特定の人種に不利益な影響～すなわち「異なる効果 (disparate impact)」～を及ぼすような行為の合憲性について論じる。

このような、「異なる効果」をもたらす行為の合憲性については、大きくいって二つのアプローチがある。一つは、特定の人種に不利益を及ぼす行為についても、それが「差別的意図」に基づいていることが立証された場合のみ違憲となるとする判断枠組である (意図テスト)。もう一つは、人種的マイノリティに不利益を及ぼす行為は、それ自体違憲性が推定され厳格審査基準が適用されるという判断枠組である (結果テスト)。

そして、この問題も、第3章で論じた「反差別原理」と「反従属原理」との対立に関わる。けだし、平等保護原理の本質を「反差別原理」として捉えた場合、表面上人種などの「道徳的に関連なき特徴」による別異取扱による区分を伴わない規範は、原則として平等保護原理に反するものとなりえず、特に「差別的意図」が立証されないかぎり違憲とはならない (意図テスト)。これに対し、平等保護原理の本質を「反従属原理」として捉えた場合、結果として人種的マイノリティに不利益を与える規範は、それ自体平等保護原理に反するものと疑われうる (結果テスト)。

従って、本章でも、人種中立的規範の問題を「反差別原理」と「反従属原理」との関連を意識して検討するが、まずはこの問題についての最高裁判例を概観することからはじめることとする。

第1節 最高裁判例概観

「異なる効果」をもたらす政府行為の合憲性の問題について、先駆的事案となるのは 1886 年の *Yick Wo v. Hopkins* 判決であるとされる¹。本件は、木造クリーニング店を許可制にしたところ、中国系クリーニング店の許可申請のみが拒否されたという事案である。ここで最高裁は、このような結果に正当な理由はなく、当該措置は差別の所産であると結論づけた。ただし、この事案において違憲判決を基礎づけたのが、行政当局の差別的「意図」が

¹ *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886) .

証明されたことによるものか、差別的な「結果」があったことによるものか、は不明確である。

これに対し、1971年の *Palmer v. Thompson* 判決は、明確に「意図テスト」を否定したという意味で注目に値するものであった²。本件は、公営プールにおける人種分離についての是正命令を受けた市当局が、プール閉鎖を決定したという事案である。このような措置は、当然のことながら、白人と黒人を同じプールに入れさせたくないという人種差別的意図に基づいているのではないかが疑われるものであるが、最高裁は裁判所が立法の動機を追究することはできないという判断を示したうえで、当該措置を支持したのであった。

本件において、**Black** 法廷意見は、裁判所が立法意図にもとづいて判断してはならないことについての理由として、以下の点を指摘する。それは、第一に、「裁判所が、議会制定法の背景となる意図を確定することは極めて困難」であり、とりわけ「唯一の」ないし「主要な」意図を確定するのは不可能に近いということである。また、第二に、その意図が不正であるということを理由として法律を違憲とした場合であっても、もう一度、正当な意図にもとづいて法律を制定した場合には、合憲とせざるをえない。この点で、合憲性判断の局面において、立法意図が問題とされるのは不適切であると論じられたのである³。

しかし、1976年の *Washington v. Davis* 判決において、最高裁は一転して「意図テスト」に準拠した判断を示すことになる⁴。

この *Davis* 判決においては、警察官採用にあたって言語能力テスト (Test21) が行われることによって、黒人の合格率が白人に比べて著しく低くなったことが平等保護条項に違反するか否かが争われた。本件において、最高裁は、平等保護の基本原則として、「法の不快な (invidious) な性質が人種的な差別であると主張されるには、それが最終的に人種差別的な目的にもとづいていることが必要である⁵」として、「差別的意図」の立証があるときのみ平等保護条項違反になるとし、Test21 を合憲としたのである。

これ以降、最高裁は、一貫して、問題となっている行為が「差別的目的」に基づいていることが証明された場合のみ平等保護条項違反になるという姿勢を示してきた (意図テスト)。この後、現実には「差別的意図」が立証される場合も皆無ではなかったが、一般的にはその立証は困難であり、「異なる効果」をもたらす施策が違憲とされる場合は極めて限られることとなった。

1977年の *Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.* 判決では、白人居住地区において、低所得者でも居住できる複数家族用住宅建設を可能にするためのゾーニング変更 (rezoning) 申請がなされたにもかかわらず、それが拒否されたこ

² *Palmer v. Thompson*, 403 U.S. 217 (1971) .

³ *Id.* at 224.

⁴ *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976) .

⁵ *Id.* at 240.

とが問題となった⁶。このような申請拒否は、実は、白人居住区に人種的マイノリティが移住してくることを拒む目的によるものではないかが疑われたのである。

また、1981年の *City of Memphis v. Greene* 判決においては、自動車通行にともなう諸問題（子供の安全、公害など）の解決を名目として、白人居住区と黒人居住区とを結ぶ道路が封鎖されたことが争われた⁷。

しかし、このいずれの場合にも最高裁は、原告は当該行為（ゾーニング変更申請拒否、道路封鎖）について「差別的意図」の立証をなしえなかったとして、その合憲性を支持したのである。

このように1970年以降、アメリカ最高裁においては、人種的に「異なる効果」を及ぼす行為については、「差別的意図」の立証がないかぎり違憲とはならないという判断を確立させてきた。これ以降、このような判断基準によって、実際に「差別的意図」の立証がなされた事案は極めて稀であった。

例えば、1985年の *Hunter v. Underwood* 判決では、道徳的に卑しいとされる犯罪を犯した者から選挙権を剥奪するとしたアラバマ州法が、人種的マイノリティの選挙権剥奪をねらった「差別的意図」によるものであったとして違憲とされた⁸。しかし、ここでは、当該規定は、判決から80年も昔の、1901年に制定されたものであったことに留意しておかねばならない。1901年におけるアラバマ州といえば露骨な人種差別が横行していた状況であり、当該規定の制定過程からも人種差別的意図が明白なものであった。その意味で、本判決は、公民権時代以前の露骨な人種差別立法を違憲としたものにすぎなかったといえよう。

現在、仮に人種差別的意図にもとづいて立法が制定されるとすれば、それは露骨であからさまなものではなく、人種中立的な装いのもとで制定されることとなろう。このような場合でも、最高裁のもちいる「意図テスト」は、立法意図の違法性を見抜けないのではないかという疑問がある。また、そもそも人種差別的意図の有無とは無関係に、人種的に「異なる効果」があること自体を問題視する見解もありえる。

このようなことから、最高裁が、*Davis* 判決以来、一貫して行ってきた「意図テスト」には学説からの批判が強い。従って、次節では、このような「意図テスト」を批判し「結果テスト」によるべきだとする議論などを紹介・検討し、そのうえで、あるべき判断枠組について考察してみたいと考える。

第2節 人種中立的規範の合憲性

第3章で指摘したように、このような表面上人種中立的だが人種的マイノリティに「異

⁶ *Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.*, 429 U.S. 252 (1977) .

⁷ *City of Memphis v. Greene*, 451 U.S. 100 (1981) .

⁸ *Hunter v. Underwood*, 471 U.S. 222 (1985) .

なる効果」を及ぼす政府行為についての問題に関しても、「反差別原理」と「反従属原理」との対抗関係が大きな意味をもっている。

まず、「反差別原理」からは、政府行為が人種的に「異なる効果」をもたらしているからといって、ただちに平等保護に反するとは言えないであろう。なぜならば、人種的に「異なる効果」をもたらす政府行為が全て禁止されるとすることは、全ての政府行為が人種的に等しい効果をもたらすように設計されなければならないということになるからである。これは全ての政府行為に、人種的考慮を要求するものにほかならず、当然に「反差別原理」に反するということになる。

これに対し、「反従属原理」からは、人種的従属関係が強化されることが問題視されるわけであるから、人種的区分をもちいないものであっても、人種的マイノリティに不利な影響をおよぼす政府行為は禁止されるということになる。従って、「反従属原理」からは、人種的従属関係が強化されるか否かという「結果」を重視する「結果テスト」がもちいられるべきだということになる。

このようなことをふまえ、本節では、第1項で「反従属原理」という立場から「結果テスト」を要求する議論について紹介・検討したうえで、第2項でそれに反対する立場について紹介・検討することとする。

第1項 「結果テスト」という問題提起

(1) Tribe 教授の議論

第3章で紹介したように、Tribe 教授は、「反差別原理」を批判し、「反従属原理」を提唱する。そもそも、Tribe 教授は、「反差別原理」と「反従属原理」について定義する段階から、この「異なる効果」の問題について意識しているように思われる。

Tribe 教授によれば、「反差別原理」とは、行為者の「偏見」によって動機づけられた政府行為のみを禁止するものであり⁹、行為者の内心を越えた社会構造全体に内因する差別的構造を考慮しないものであるとする¹⁰。

Tribe 教授は、このような「反差別原理」は～そして、それにもとづく「意図テスト」は～人種的マイノリティに不利益な扱いがなされること自体を問題視しないことを批判する。Tribe 教授によれば、

「政府が、人種的マイノリティの被害に無関心であるというだけで、人種的マイノリティは傷つけられることになる～また、現在の公的行為がいかに差別の存続につくしているかを単に無視するだけで人種的マイノリティは傷つけられる」。

⁹ LAURENCE TRIBE, CONSTITUTIONAL LAW 1515 (2nd ed.1988) .

¹⁰ Id.at 1519.

のである¹¹。

そして、Tribe 教授は、このような「反差別原理」における問題点を解決するものとして、「反従属原理」を提唱する。Tribe 教授は～第3章で紹介したように～「反従属原理」について「特定の人々を二級市民として扱うような従属システムを破壊するもの」として定義する。この「反従属原理」とは～「政府行為者が内心において有している偏見についてではなく、政府行為が疑わしい集団に対して課している負担に関心をよせるもの」～すなわち、政府行為の「意図」ではなく「結果」を問題にするものなるのだとする¹²。このことから、Tribe 教授は、表面上人種中立的な政府行為についても「厳格審査基準」が適用される場合があることを指摘する。

ただし、Tribe 教授は、「異なる効果」があれば、ただちに違憲の結論を導こうとするものではない。Tribe 教授によれば、「反従属原理」は、「異なる効果」自体を問題にしているのではなく、「その歴史、文脈、根拠、影響にてらして、従属を存続させるような政府行為だけではなく、歴史的に従属させられてきた集団に対する敵意を反映するような政府行為、あるいは当該集団の利益に対する無視や無関心のパターンを反映するような政府行為に、厳格審査基準がむけられる」のであると考えるものである¹³。

このような Tribe 教授の説明は、最高裁による「意図テスト」を説得的に批判するものと評価しうるが、それでは「異なる効果」をおよぼす政府行為についてどのような判断枠組を採用するのかについて明確な説明を与えるにはいたっていないようにも思われる。すなわち、どのような場合に、どのような基準で判断がなされるのか、について規定していないのである。例えば、人種中立的であっても「敵意を反映するような政府行為」とは何か、あるいは「無視や無関心を反映するような政府行為」とは何かについて明確に定義すること、あるいは、それを判断するための基準について定義することがなされていない。

(2) Colker 教授の議論

そして、これらの点について、いくぶん詳細な議論を展開するのが Colker 教授である。第3章で紹介したように、Colker 教授は、従来の最高裁による平等保護理論を「反相違の視点」として批判し、それに対抗するものとして「反従属の視点」を提唱する¹⁴。

そして、Colker 教授によれば、人種的に「異なる効果」をおよぼす行為についての証明方式は、「反相違の視点」か「反従属の視点」かの選択によって決定される¹⁵。それと同時に、「反相違の視点」か「反従属の視点」かという理論的問題は、実は「異なる効果」を及

¹¹ Id.at 1518-1519.

¹² Id.at 1515-1516.

¹³ Id.at 1520.

¹⁴ Ruth Colker, Anti-Subordination Above All: Sex, Race, and Equal Protection, 61 N.Y.U.L.Rev.1003 (1986) .

¹⁵ Id.at 1019.

ばず政府行為について、どのように判断すべきかという「実践的関心」によって決定されているものとする¹⁶。

Colker 教授によれば、「反相違の視点」とは「個人を、人種や性別についての特定の規範的見解にもとづいて別異取扱いをすることを禁止する」ものである。

この「反相違の視点」とは、「制度を動かしている広範な社会文脈を考慮することなく、差別をする体制にある個人の意図に焦点をおくもの」であるとされる¹⁷。

従って、「反相違の視点」からは、人種中立的な政府行為は、それらが「違法な意図」にもとづいていることが証明された場合にのみ違憲となる。しかし、人種別が社会構造全体に広く行きわたっていることを考えれば、「この証明方法は平等を阻む構造的障壁に適切に対応することはできず、集团的従属の除去を促すことはできない」ものとなる¹⁸。

これに対して、「反従属の視点」からは、「社会における特定の集団が全体として社会的権力の欠如しているために従属的地位におかれてはならない」ことが要求される¹⁹。従って、「反従属の視点」からは、「表面上区分するものであれ表面上中立的なものであれ、人種的階層を存続させるようなものは不快なものとなる²⁰」。そして、「表面上中立的な規範であっても、それが人種的に異なる効果をもたらすものであれば、より高い審査基準によって正当化されなくてはならない」のである。

このようなことから、「反従属の視点」の立場にたてば、人種的に「異なる効果」をもたらす政府行為の違憲性を主張する場合にも、差別的意図の立証する必要はないものとされる²¹。ここでは、当該政府行為にマイノリティに不利益になる「異なる効果」があれば、それだけで差別の推定がなされるものとされる²²。

このように「異なる効果」があることによって差別の推定がなされた場合、当該政策については厳格審査基準が適用される。そのような場合、裁判所は、立証過程において、被告が当該政策を正当化しうるかどうか判断しなければならない²³。そして、この立証過程の段階においても「別異取扱」の有無についての証明ではなく、当該行為が「従属」につながるか否かの証明が要求されることとなる²⁴。すなわち、被告が「従属を克服するために当該政策を行った」ことが証明された場合にのみ合憲とされるのである²⁵。

¹⁶ 「理論的関心ではなく、実践的関心が、この究極的問題についての裁判所と学者の見解を決定しているのである (Id.at 1020)」。

¹⁷ Id.at 1005.

¹⁸ Id.at 1033-1034.

¹⁹ Id.at 1007.

²⁰ Id.at 1007-1008.

²¹ Id.at 1015.

²² Id.at 1014.

²³ Id.at 1020.

²⁴ Id.at 1033.

²⁵ Id.at 1061-1062.

このように Colker 教授は「反従属の視点」という立場から、人種的従属を強めるような効果を有する政府行為を禁止するものである。このような考え方は、政府行為の「意図」ではなく、「結果」を重視するものであるがゆえに、「結果テスト」と表現しうるものとなるだろう。

(3) 検討

このような「結果テスト」は、マイノリティに対する全ての不利益付与を禁止することによって、実質的平等を実現させようという趣旨によるものである。このことは、アメリカ経済社会において現在も顕著にみられる人種的不均衡を改善しうる枠組となるかもしれない。また、現在は露骨で明らかな人種差別はなくなったものの、なお暗黙的あるいは無意識的な人種差別は存続しているという指摘に対応して、そのような暗黙的差別を解消するための枠組となりうるかもしれない。

しかしながら、現実にはこのような「結果テスト」が採用されると、政府は、あらゆる政策決定について、当該政策が全ての人種にどのような効果をもたらすのかを検討し、人種的に均衡な政策を選択しなければならないこととなる。すなわち、「結果テスト」は、「提案されている行為によって影響される全ての人の人種を決定し、それを考慮に入れ、そして数が等しくなるような手品を使うように政府当局に強いること」になってしまうのである²⁶。

このように、政府が常に「人種均衡政策」を採用しなければならないとすることは、人種的融和を促進するよりも、むしろ「人種的分断の境界線 (lines of racial division)」を強めるもの～すなわち、「人種からの自由」ではなく、「人種への自由」を要求するもの～となる。そもそも、このような「割当制」的発想は、根本的に「自由」の観念と相容れないものであるとすら思われるのである。

第2項 「意図テスト」を越えて～

第1項でみたような「結果テスト」を要求する議論に対して、やはり「立法意図」に注目して審査すべきであるとする見解もある。しかしながら、このような見解の全てが、最高裁と同じく現実に行きわたっている人種的不均衡について無関心であるという訳ではない。理論的には「意図テスト」に立脚しつつも、そのような差別的意図を適切に認定していく証明方法を考案していくことは可能かもしれないのである。

(1) Ely 教授の議論

例えば、Ely 教授などは、ある政府行為が平等保護条項に違反していると判断するために

²⁶ JOHN ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 140 (1980) .

は、それが違法な意図にもとづいていることが必要であるとする²⁷。

第4章でもふれたように、Ely 教授は、何らかの配分をとまなう法律の合憲性を判断する場合でも、その配分結果についての審査を行うことはできないと考える。なぜなら、憲法自身が適切な配分パターンを示しているわけではないからである²⁸。

そして、Ely 教授は、平等保護条項が介入すべきなのは、人種的マイノリティに対して「敵意ある偏見」～すなわち、「マイノリティを保護するために通常は依拠しうる政治的過程の働きに重大な制約を及ぼす」ような偏見～がむけられ、そのことによって政治過程に歪みが生じている場合にかぎられるとするものである（第4章に詳説）。

このように考える以上、Ely 教授にとって、決定的要素となるのは、立法過程における「敵意ある偏見」が政府行為に影響しているか否か～すなわち、「立法意図」が不正であるか否か～という問題になるのである。

Ely 教授は、平等保護条項においては立法意図こそ本質的問題であることの説明として、次のような例をあげる。それは、軍隊において、分隊長が、危険な任務につかせるために、六人の分隊から特に三人を選抜した場合である。そのような場合、その三人が射撃成績が優秀であるという理由によって選ばれたのであれば、それは平等保護原理に違反するものではない。又、無作為で選んだ場合であっても、恐らくは平等保護原理に違反するものにはならない。しかし、彼らが、ポーランド人であること、メソジスト教徒であること、あるいは共和党員であること、などを理由として選ばれたのであれば直感的にいつて違憲である。もちろん、このような場合に「差別的意図」を立証することは困難かもしれないが、いずれにせよ、「同じ政府行為であっても、どのような理由によって行われたのかによって、合憲にも違憲にもなりうる」のである²⁹。

さらに Ely 教授は、Palmer 判決 Black 法廷意見が、「立法意図」を審査することに反対する論拠とした点について反論を加える。

まず、Black 法廷意見が「主要な」立法意図を特定することが困難であることを指摘していることについて、立法意図を探求する理論からは「主要な」立法意図が特定されることまで要求されるわけではなく、不正な立法意図が影響したことが判断されれば充分なのだとする。Ely 教授の理論に従えば、政治過程において不正な目的（敵意ある偏見）が政策決定に影響を与えていたことが証明されただけで、立法手続が不正であったこととなり、当該政府行為は違憲と評価されることとなるのである。

また、Ely 教授は、立法意図の証明が困難であるということによって、そのような証明が不要であるということは結論づけられないとする。現実には、人種的偏見以外の理由によっては当該政府行為を説明することができないような事案～従って、「当該行為が違憲的に

²⁷ Id.at 137-140.

²⁸ Id.at 136.

²⁹ Id.at 137.

動機づけられたということが責任をもって推察することが可能な事案」～もありうる。このような場合には、「立法意図」を理由として違憲判断をすることが可能であるし、なすべきである³⁰。

また、Black 法廷意見が、立法意図が不正であることを理由として政府行為を違憲としても、正当な理由によって同じ政府行為が繰り返されれば無益であることを指摘していることについては次のように反論する。まず、一度違憲とされた法律が、ふたたび正当な理由をもって制定されて合憲とされることは滅多におこらない。なぜなら、「第一に、はじめの事件において、裁判所によって当該行為が違憲的動機によって制定されたと判断する根拠は、その後に、別の理由によるものであるという主張がなされた場合であっても、同じように裁判所を懐疑的にさせるからである。第二に、別の理由によるものであるという主張は、当該行為についての適切かつ正当な説明が存在する場合にのみ説得的でありうるが、そのような説明が存在する場合であれば、はじめの事件において違憲的動機があるとする主張は却下されたであろうからである³¹」。

それ以上に、Ely 教授が重視する「プロセスの適正」という観点からは、かりに一度違憲とされた法律が、その後に合憲となっても何ら問題はないことになる。例えば、第一審での有罪判決が、陪審員が偏向していたことを理由として、破棄差戻された場合を考えてみよう。その後、差戻審において、偏向していない陪審員たちによって再び有罪判決がだされたとしても、そのことによって破棄差戻をしたことが不適切であったということにはならない。ここでは手続が正当であるか不正であるかによって、政府行為の正しさは左右されるのである³²。

さて、このような Ely 教授の議論、すなわち、表面上人種中立的な規範については「不正な意図」にもとづく政府行為のみが禁止されるとする議論は～Ely が政治過程に影響を与えるような偏見のみを「不正な意図」としていることには異論があるものの（第4章で詳述した）～一般論として十分に説得的であると思われる。

そうであるとしても、やはり気になるのは「不正な意図」の有無についての証明が困難であるという問題である。この点について、Ely 教授は、例えば、陪審選任において明らかな人種の不均衡が生じた場合などを例にあげつつ、「第一は、立法府についても、その違憲的動機が完全なる自信をもって推認しうるような事件が現実に存在する。そして、第二に、動機理論以外によっては責任をもって合理化されないような、直感的に違憲的行為であると判断しうる事案が存在する」として、そのような場合には「不正な意図」があるものとして違憲判断がなしうるとする³³。

³⁰ Id.at 138.

³¹ Id.at 138-139.

³² Id.at 139.

³³ Ibid.

しかし、現実に問題になっているのは、明らかに人種差別的意図が判明する場合ではなく、より微妙な認定が必要とされる場合である。例えば、Arlington Heights 判決で争われたように、ゾーニング変更申請拒否が人種的マイノリティを締め出す意図をもって行われたのか否か、などといった問題について判断することが必要なのである。もし、Ely 教授の議論が、「不正な意図」が「自信をもって推認しうる場合」や「直感的に違憲と判断しうる場合」のみ当該行為を違憲としうるとする趣旨であれば、それは暗黙的・無意識的差別を容認するものとなる。そして、そのような趣旨でないのであれば、「不正な意図」についての証明方法が確立されなければならないであろう。

(2) Simon 教授の議論

この点、Simon 教授の議論は、「異なる効果」をもたらす政府行為については、その「立法意図」によって判断すべきことを主張しつつ、そのような「立法意図」を証明方法を提示しようとしていることに特徴がある³⁴。

まず、Simon 教授は、平等保護条項によって禁止されるべき「人種差別」とは「人種的に偏見づけられた政府行為」のことであると³⁵。そして、「人種偏見」による政府行為は、その対象となる集団の構成員の「自尊を害する」がゆえに許されないのである³⁶。

そもそも、Simon 教授によれば、平等保護条項が禁止すべき「人種的侵害 (racial insult)」と、単に「感情を害すること (hurt feeling)」とは異なる。ここで、「侵害 (insult)」とされるものは、「我々を嫌悪して感情を害することを目的としてなされたことが推認される場合」にかぎられる。そして、政府行為の決定過程において「偏見」があったために当該行為がなされた場合にのみ、そのような行為は人種的侵害とされる³⁷。

ここで、Simon 教授のいう「偏見」とは、いわゆる「ステレオタイプ」～すなわち、広く受け入れられている事実～とは異なるものである。いわゆる「ステレオタイプ」とは(1)マイノリティに対する否定的態度を正当化する、(2)マイノリティを受け入れることを拒絶しその評価を破壊する、という二つの機能を有するが、これだけでは「偏見」の本質を説明できない。ここでいう「偏見」とは、「一つの価値」としてとられている態度のことであり、「イデオロギー的性格を有する」ものである。従って、「偏見」は、かりに事実によって「ステレオタイプ」が間違っていることを証明しても説得できないような機能を有するものである。従って、「政治過程から、そのようなイデオロギーを除去することが、平等保護条項の目的となるのである」³⁸。

³⁴ Larry G. Simon, Racially Prejudiced Governmental Actions: A Motivation Theory of the Constitutional Ban Against Racial Discrimination, 15 San Diego L.Rev. 1041 (1978) .

³⁵ Id. at 1046.

³⁶ Id. at 1047.

³⁷ Id. at 1052.

³⁸ Id. at 1049.

このように、Simon 教授は、人種差別とは、政府行為による「結果」～そこには「感情を害された」という結果も含まれる～のことをいうのではなく、政府行為が「感情を害する」ことを目的とした「偏見」によって行われること、をいうのだと考える。従って、「人種偏見が政府行為に影響していることは、当該行為が違憲であることの必要十分条件」であるのである³⁹。

このように Simon 教授は、人種偏見によって政府行為が行われることこそが「人種差別」の本質であると考えたものである。このように考えれば、政府行為が平等保護条項違反とされるためには、それが「人種偏見」という「不正な意図」にもとづくものであったことが要求されることは当然である。そして、例えば、人種隔離法が、立法意図について考察するまでもなく平等保護条項違反とされるのも、実は「意図」と無関係に考えられているわけではなく、人種偏見という「意図」があることが～考察する必要もないほど～明白だから平等保護条項違反だと考えられるのである⁴⁰。

しかし、ここまでも問題になってきたように、立法意図を判断するのは困難である。「人種的偏見が政府行為に影響しているかどうかを判断することは、ある行為についての解釈という問題になる」が、「人種偏見という態度と感情は強力かつ複雑であるし、自分自身でも認めがらないため、自分自身を偽る可能性も大きい」からである⁴¹。

このことから、Simon 教授は、平等保護条項の適用にあたっては、「立法意図」を証明することが必要だとする立場（「意図テスト」）に立ちながらも、その証明方法については「状況証拠」から推認するということを認めるものである。

「裁判所は、人種偏見以外の人種的でない費用・便益が働いていないという状況証拠によって説得されれば、当該行為は政治過程を侵害し自尊の害をもたらすものとして憲法違反としなければならない。「人種偏見が働いたと推定される状況証拠によって目的が推定された場合であっても、そのような推定は決定過程を正確に示しているのかも、そうでないのかも、わからない。しかし、人種偏見が働いているかもしれないというだけで、違憲性の必要条件を充たすのである⁴²」。

このことから、表面上人種中立的な法律であっても、差別的意図を推定させうる状況証拠が提出されれば、厳しい審査基準が必要となる⁴³。このような場合には、原告の提出する証拠の信用性によって、政府の立証責任の程度は決定される。さらに、ここでの真実性の証明は、現実の事件および文化的背景を斟酌して評価されるものと考えられていることか

³⁹ Id.at 1043.

⁴⁰ Id.at 1053.

⁴¹ Id.at 1061.

⁴² Id.at 1062.

⁴³ Id.at 1067.

ら、実際には社会的差別構造なども考慮に入れた判断がなされるのである⁴⁴。

そのうえで、Simon 教授は、議会などの「制度意思 (institutional motivation)」の証明方法について、具体的には、次の要素を判断して推認していくべきだと提唱する⁴⁵。

- (1) 表面上人種区分をもちいる法規ないし規則が (a) 偏見を示している、あるいは (b) 人種的マイノリティを選びだして明らかな不利益を与えている、あるいは (c) 人種の特徴との関連を有しない、あるいは不完全にしか有しない、ということ
- (2) 当該行為が、当該問題と関連ある人口に比例して、人種的マイノリティに重大な不利益になっていること
- (3) 当該行為の正当な目的として説明されていることが、不信を論証するのに十分なほど疑わしいこと
- (4) 当該行為の目的とされているものについて、より人種的偏向の少ない合理的方法によって達成されることについての証拠
- (5) 人種が決定の基礎になっていることについての司法的・行政的認定
- (6) 当該機関による自白、例えば、人種中立的法律の序文に人種的目的が記載されていること、あるいは当該機関を実施した機関の代理人による自白
- (7) 当該行為の決定過程において要求されていた、あるいは慣行となっていた聴聞を欠いていたことなどの証拠
- (8) 当該機関の構成員が人種偏見的行為に参加していたという証拠
- (9) 人種偏見を示唆する政治社会的背景
- (10) 情報収集期間中、あるいは審議期間中において提示された情報や議論

これらの中で (1) (2) と (3) (4) は、関連して、特定の政府行為が、人種中立的目的によるものであるという主張の疑わしさを推定させるものとなる。また、(5) ~ (10) は、多くの要素の中で、人種偏見こそが当該行為を動機づけたと推定させることとなる⁴⁶。Simon 教授によれば、このように「状況証拠」によって判断すれば、「制度意思」の推定は、個人的意思の推定に比べて困難であるとはいえない。このような「制度意思」は、「状況証拠」によって判断することができるが、個人の意思はそうはいかないからである。

そして、このよう方法によって、「原告が、人種的動機について主張し、人種的動機の推定を論証しうる証拠を提出した場合」には、人種中立的規範であっても「疑わしい」ものとみなされる。そして、そのような場合、裁判所は、政府に対して、それを反証する証拠を求めることを求めることができ、このような反証がないかぎり当該行為は違憲とされる

⁴⁴ Id.at 1068.

⁴⁵ Id.at 1098-1099.

⁴⁶ Id.at 1099.

のである⁴⁷。

さて、ここまでにみた Ely 教授や Simon 教授の見解は、人種中立的規範については、当該行為が「差別的意図」によって行われた場合にのみ違憲とする、いわゆる「意図テスト」という立場に立つものであった。ただし、最高裁における「意図テスト」という枠組においては、「差別的意図」の立証は困難であって、よほどに露骨な人種差別的政策でないかぎり憲法違反にはならないものであった。これに対し、Simon 教授などは「状況証拠」によって、「立法意図」を推定するという方法をとることによって、人種差別的行為を精査することになりうるものであった。

このような「意図テスト」は、理念としては「人種からの自由」という立場に近いものでありながら、現実的に隠された人種差別政府行為を抑止しようという意味において「人種づけられた社会」の解決をも目指すものとなりうるであろう。

しかしながら、Simon 教授の提唱する「状況証拠」による判断について、若干の疑問があるのも確かである。なぜなら、現代における人種主義において問題視されるべきなのは、一見すると人種中立主義的であっても実は人種的マイノリティの規範を反映した制度、あるいは、行為者自身も意識しない「無意識の人種主義」として行われる政府行為である。しかし、Simon 教授が列举する「状況証拠」の類型は、(9)をのぞけば、外形的事象のみ焦点をあてているように思われる。この点、人種差別的「意図」という概念は、社会心理学的要素を重視することによって再構成されるべきだと考えるのである。

(3) 文化的意味テスト～Lawrence III 教授の議論

そして、このような観点から、人種的に「異なる効果」をおよぼす行為の合憲性について再検討しているのが、第2章で検討した「批判的人種理論」の立場に立つ Lawrence III 教授である。しかし、Lawrence III 教授は、「批判的人種理論」の立場に立つものでありながら、「人種への自由」を目指すものというよりも、真の意味での「人種からの自由」を追求するものであると思われる。

まず、Lawrence III 教授は、現代の人種差別が無意識のうちに存在していることを指摘する。Lawrence III 教授によれば、人種差別が無意識なものとなる理由は、一つには人間の心理的な自己機制によるものである。Lawrence III 教授は、フロイト心理学をひいて、「人間の心理は、自らが善であり正であると学んだことと矛盾するような思想、願望、確信を認識することを否定し、拒否することによって、罪による不安から自らを守る」ものであり、その結果として人種差別が意識下に潜っているのだと説明する⁴⁸。また、二つ目の理由として、文化的な確信や選好は、幼少期に親などを通じて身についたり、あるいはメディアな

⁴⁷ Id.at 1108.

⁴⁸ Charles Lawrence III, The Id, the Ego, and Equal Protection, 39 Stan.L.Rev. 317, 322 (1987) .

どによる潜在的なメッセージにによって身についたりするため、自己の意識にのぼらないのだという説明がなされる⁴⁹。

このようなことを、Flagg 教授は「透明現象 (transparency phenomenon)」という言葉で説明する。透明現象とは、白人が社会的に支配的な地位にあるがゆえに、自らの人種、自らの人種意識について考えることがなく、人種的優越感を潜在意識におくことが可能となっているという現象である。Flagg 教授は、「白人であること」について考えないのが白人意識の特徴であると指摘する。自らの人種意識について考えないがゆえに、「白人優越否認する立法者が黒人に白人的規範を課する」という現実が生まれているとするのである⁵⁰。

このような、潜在的な人種主義の実在について指摘する意見は多い。例えば、最初白人であると誤認され、後に黒人であることが明かになると、そこで人間関係が一変するといったことが指摘される。このような時に無意識の人種的ヒエラルキーの発露がみられるのである⁵¹。また、Foster 教授は「人種的、民族的マイノリティは『語られざる規範』から逸脱しているように見られている。その規範は、恐らく、白人の規範である」と述べる⁵²。黒人（特に成功を収めた黒人）がこのような「語られざる規範」の中で常に「他者」として扱われていることは、しばしば指摘されているのである。

こうした人種主義の現存についての指摘、とりわけ、意識的であからさまな人種主義が無意識的で潜在的な人種主義へと変化したという指摘は、Davis 判決で示された「意図テスト」の機能を疑わしめるものであるといえる。

Lawrence III 教授は、この点を捉え、「意図テスト」では無意識の人種主義を判断することができず、その意味では人間心理を無視するものであると批判し、従来の「意図テスト」にかわりうる「文化的意味テスト (cultural meaning test)」を提唱する。

「このテストは、政府行為が文化的にみて人種的な意味を持つと考えられるような象徴的なメッセージをもたらすものであるかを判断し、それを評価するものである」。

「もし、裁判所が相当数の割合の人々が、ある政府行為を人種的文脈において考えているという証拠について認定すれば、その行為の意味によって明らかにされる、社会的に共有された無意識の人種的態度が立法者に影響を与えたのだという推定がなされる⁵³」。

すなわち、この「文化的意味テスト」は、特定の政府行為について、社会学的に観察し、それが多くの人々にとって人種的文脈で理解されるようなものであれば、人種差別的立法だと考えるものである。例えば、Lawrence III 教授は、「文化的意味テスト」にてらせば

⁴⁹ Id.at 323,336-344.

⁵⁰ Barbara Flagg, Was Blind, but Now I See, 91 Mich.L.Rev. 953,957 970-973 (1993) .

⁵¹ Neil Gotanda, A Critique of "Our Constitution is Color-Blind", 44 Stan.L.Rev. 1,27 (1991) .

⁵² Sheila Foster, Difference And Equality, 1993 Wis.L.Rev. 105, 146.

⁵³ Lawrence III, supra note, at 356.

Memphis 事件において交通の遮断が行われたことに、黒人の劣等視という人種的な意味があったことは、歴史的社会的文脈から明らかであることなどを指摘する⁵⁴。

この意味で「文化的意味テスト」は、従来最高裁において取られてきた「意図テスト」が無意識な差別や構造的な差別～すなわち「人種づけられた社会」という問題～を無視するものであったことに異議を申し立てるものである。

また、このようなアプローチはいわゆる「結果テスト」とも異なる。「結果テスト」はすべての場合に人種的に均衡的な結果を求める点において、「人種への自由」に接近するものであるのに対して、「文化的意図テスト」という発想は社会的に存在する全ての人種的バイアスの排除を要求するものであり、より正しい意味での「人種からの自由」を目指すものになりうるのである。

小括

本章で検討する、表面上人種中立的だが人種的に「異なる効果」をおよぼす政府行為の問題は、まさにアメリカ社会が「人種づけられた社会」であることと無関係ではいられない問題である。アメリカにおいては社会生活の多局面において人種分断があるため、一見中立的な政策が特定の人種に著しく不均衡な影響を及ぼすことが常態的になっているのである。

このような問題について、直截に人種間相互の平等を求めるのであれば、「結果テスト」をもちいるのが早道ということとなる。すなわち、人種的に不均衡な結果が生じた場合には厳格審査基準が適用され、「やむをえざる政府利益」がある場合以外は憲法違反となるという判断枠組によることが求められる。

しかし、このような「結果テスト」は全ての政府行為が人種均衡的なものであることを要求するものであるという意味で究極的な「人種割当制」にほかならず、恒久的に「人種からの自由」を放棄し、「人種への自由」の立場に立つものとなる。

これに対して、最高裁の採用する「意図テスト」は、人種中立的立法については差別的意図がある場合にのみ憲法違反とするものであって、一見すると「人種中立性」という原則に適うようにも思われる。

しかし、最高裁による枠組は、アメリカ社会における人種問題の深刻さ～「人種づけられた社会」～を無視するものであると評価できよう。

まず、実践的問題として、直截に行為者内心の「差別的意図」を立証することを求めるのは、原告にとっては極めて過酷な立証責任である。このような枠組が採用されるかぎり、Hunter v. Underwood 判決のような露骨な人種差別があった場合にしか「差別的意図」を立証しえないこととなろう。従って、ここでは Simon 教授が提唱しているように「状況証

⁵⁴ Id.at 363-364.

拠」によって「差別的意図」を推認するような立証方法が認められる必要があるだろう。

また、理論的問題としても、人種差別を認定するための必要条件として「差別的意図」の証明を要求することは、必ずしも適切でないかもしれない。Lawrence III 教授が指摘するように、現在における人種差別は「無意識的」「潜在的」なものでありうる。従って、人種差別の存否については、行為者の「主観的意図」というよりも、社会的文脈からみた行為の「文化的意味」によって決定されるのが適切であるようにも思える。

もちろん、このように「文化的意味テスト」を適用する場合でも、Simon 教授の提唱するような「状況証拠」による判断という方法自体は適切であると思われる。ここでは、ある種の「状況証拠」によって政府行為の「文化的意味」を特定していくという判断枠組によって、真に人種中立的行為～「人種からの自由」という理想にかなう行為～と、実は人種差別的含意のある行為～「人種づけられた社会」の影響を帯びた行為～を、振り分ける必要があると思われるのである。

第7章 違憲審査基準の問題～厳格審査基準の再検討

第1節 違憲審査基準論の展開と問題

第1項 「厳格審査基準」と「合理性の基準」～二段階審査基準

第2項 「中間審査基準」～三段階審査基準の形成

第3項 審査基準論の混迷～「厳格審査基準」の再検討へ

第2節 厳格審査基準の再検討

第1項 厳格審査基準についての二つの理解～「費用便益型」と「真意探求型」

第2項 「真意探求型」厳格審査

第3節 最高裁における厳格審査基準

小括

第7章 違憲審査基準の問題～厳格審査基準の再検討

本稿では、ここまで、平等保護の究極的理念は、人種などのような生来的特徴から個人を解放することにあるということを明らかにしてきた。すなわち、平等保護条項は「人種などの『道徳的に関連なき特徴』を政府行為の〔要件〕としてはならない（反差別原理）」ということを要求するものであるということを示してきた。

しかし、一方で、この「反差別原理」からは、歴史的に「道徳的に関連なき特徴」による差別があったことなどによって「道徳的に関連なき特徴」によって不利益を被っている人が存在する場合には、そのような社会状況を矯正するための措置～例えば、**Affirmative-Action**～は許容され、むしろ要請されるということも確認してきた。

すなわち、人種などの「道徳的に関連なき特徴」による区分は、原則としては許されないが、一定の場合～**Affirmative-Action**のような場合～には許容されるということになる。そして、「道徳的に関連なき特徴」による区分がなされたような場合に、それが例外的に許されるか否かを審査するための基準として、「厳格審査基準」は存在するということになる。

このような違憲審査基準論は～序章でも示唆したように～「平等とは何か」という実体的価値論を背景としていなければ有用なものではありえない。しかし、一定の人権価値が確定されれば「違憲審査の基準論は、人権価値の具体的な実現のありようを左右する重要な意味をもつもの」となりうる¹。従って、本章では、ここまでに示した実体的人権価値論

¹ 浦部法徳「憲法訴訟論」法律時報第58巻6号60頁以下（1986）66頁。

また、井上典之教授は、現代においては「権利保障のメカニズムとしての司法審査をぬきにして人権規範の実現・保障を論ずることはできず、そうであるとすれば、平等保障に関しても司法審査を通じてのその実現というものが憲法上のメカニズムにおける一つの重要

を背景として、それを実現するにふさわしい違憲審査基準論を構築することをめざす。そのために本章では、アメリカにおける平等保護についての違憲審査基準のあり方～特に「厳格審査基準」のあり方～について検討を加えることとする。

第1節 違憲審査基準論の展開と問題

第1項 「厳格審査基準」と「合理性の基準」～二段階審査基準

アメリカ最高裁においては、1940年代以降、人種や民族的出自を根拠にした区分には「厳格審査基準」が適用され（疑わしき区分型事案）、また、憲法上の基本的権利を制約するような区分にも「厳格審査基準」が適用される（基本権型事案）という判断が確立されてきた。この「厳格審査基準」とは、人種による区分などは、それが「やむをえざる政府利益」の実現に「密接に適合している」場合にのみ正当化されるとする、極めて厳しい審査基準である。

まず、1944年の *Korematsu v. United States* 判決²において、Black 法廷意見は「一つの人種集団の市民的権利を制限する全ての法的規制は、それだけで疑わしいものである」とし、日系人に対する強制退去措置には「最も厳格な審査」が適用されるとした³。後述するように、本件においては戦争遂行という「緊急の公的必要性 (pressing public needs)」があることを理由として当該措置を合憲とする結論が下されたのであるが、本件は人種や民族的出自による区分には「厳格審査」が適用されるとする判断の嚆矢となった。

この後、アメリカ最高裁は、公民権時代をへて、人種的区分に対して厳しい判断を下していくことになる。

例えば、1964年の *McLaughlin v. Florida* 判決⁴は、異人種の男女の同棲を禁止する州法の合憲性が争われた事案であり、このような人種的区分は「憲法上疑わしいもの」であり「最も厳格な審査」が適用されるとして、違憲判断が示された。

次に、1967年の *Loving v. Virginia* 判決⁵は、異人種間の婚姻を禁じた州法を違憲とするものであったが、ここでも人種的区分は「疑わしい」ものであって、「最も厳格な審査」が必要であるとされた。そして、「それが、なお合憲とされるためには、修正14条が除去しようとする対象である人種差別以外の、許されうる政府目的の達成に必要であることが示されねばならない」という判断が示された⁶。

な場面となる」と指摘する（井上典之「平等保障の裁判的実現（1）—平等審査の方法とその権利保護—」神戸法学雑誌第45巻3号533頁以下（1995）536頁）。

² *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944) .

³ *Id.* at 215-216.

⁴ *McLaughlin v. Florida*, 376 U.S. 184 (1964) .

⁵ *Loving v. Virginia*, 338 U.S. 1 (1967) .

⁶ *Id.* at 11.

これ以降、アメリカ最高裁は、人種や民族的出自による区分には「厳格審査」を適用するという判断を確立させていくことになる⁷。

一方、「基本的権利」を制約する区分に対しても厳格審査基準が適用されるという判断が確立されたのは1960年代になってからである。

例えば、1969年のShapiro v. Thompson判決⁸においては、「基本的権利」を制約するような区分を伴う法律に対しても厳格審査が適用されるとする判断が確立された（「基本権」型事案）。本件は、その州に一定期間居住しなければ社会福祉受給権がないとする州法の合憲性が争われたものであったが、Brennan 法廷意見は、本件規定は憲法上保障された「州際移動の権利」という基本的権利に影響を及ぼすものであり「やむをえざる政府利益を促進するのに必要であることが示されないかぎり、憲法違反である」とし違憲判決を下した⁹。

1970年代以降、最高裁は「基本的権利」の領域を拡大することについては慎重な姿勢を示すようになったものの、なお「基本的権利」であれば厳格審査基準が適用されるという判断枠組は存続しているものと考えられる。

さて、これに対して、最高裁は、これら「疑わしき区分」型事案と「基本権」型事案以外の事案については、立法府の広範な裁量に委ねられるとする「合理性の基準」によって判断されるという立場をとってきた。

1955年のWilliamson v. Lee Optical Co.判決¹⁰においては、検眼師ないし眼科医による処方なしにレンズ調整を行うことを禁止する法律について、既製品の眼鏡販売についてはそのような要件がなかったことが問題とされた。本件において、Douglas 法廷意見は、そのような要件の要否は立法府の判断に委ねられるべきと判断して、当該規定を合憲とした。

また、1976年のNew Orleans v. Duke判決¹¹においては、8年間以上営業している者を除いて屋台で食品販売をすることが禁止されていることについて合憲判決が下された。また、1976年のMassachusetts Board of Retirement v. Murgia判決¹²においては、州警察官の定年制を合憲とした。さらに、1980年のU.S. Railroad Retirement v. Fritz判決¹³においては、勤続年数などによって恩給支給に区別を設けた法改正が合憲とされた。これらの事

⁷ 最後に残ったのは、Affirmative-Action という「親切な人種区分」に対して「厳格審査基準」が適用されるのか否かという問題であったが、第5章でみたように、1995年のAdarand判決において「全ての人種区分」に「厳格審査基準」が適用されるという判断が示され、決着をみた。

⁸ Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969) .

⁹ Id. at 634.

¹⁰ Williamson v. Lee Optical of Oklahoma, 348 U.S. 483 (1955) .

¹¹ New Orleans v. Duke, 427 U.S. 297 (1976) .

¹² Massachusetts Board of Retirement v. Murgia, 427 U.S. 307 (1976) .

¹³ U.S. Railroad Retirement v. Fritz, 449 U.S. 166 (1980) .

案をみると、やはり、最高裁は「合理性の基準」をもちいた場合には、立法府の判断に対して著しく尊重的な態度をとっているものと考えられよう。

第2項 「中間審査基準」～三段階違憲審査基準の形成

これに対し、1970年代以降、伝統的な二段階審査基準に対する批判がおこなわれ、違憲審査基準の再編成が行われるようになってきた。

例えば、Gunther教授は、「厳格審査基準」は「理論上は厳格だが、事実上は致命的」なものでありほぼ自動的に「違憲」とされてしまうのに対し、「合理性の基準」は「理論上は緩やかだが、事実上は無審査」であってほぼ自動的に「合憲」とされてしまう、ことを問題とする¹⁴。ここでは、「基準設定」によって自動的に「結論」が導かれているという点において違憲審査基準論が「結論先取的」な議論になってしまっていること、基準の「設定」と「適用」との関係が混乱してしまっていること、が問題とされた。

このようなことから、Gunther教授は、審査基準の設定によって自動的に結論が決定されるという硬直的判断枠組ではなく、事案に応じて結論を導き出しうる柔軟な判断枠組を設定することによって、違憲審査基準を再編成することを主張する¹⁵。

このような指摘をうけて、最高裁においては新しい判断枠組がもちいられるようになった。すなわち、人種や民族的出自による区分ほど明確に「疑わしい」とはいえないような区分～例えば性別や嫡出性による区分については～「厳格審査基準」と「合理性の基準」の間である「厳格な合理性の基準（中間審査基準）」を適用し、①その立法目的が「重要な政府利益」といいうるものであり、②もちいられる手段が目的達成に「実質的に関連している」、か否かが審査されるようになった。

このような「厳格な合理性の基準（中間審査基準）」が確立したのは、1976年のCraig v. Boren判決¹⁶であるとされる。本件は、ビールの販売につき、女性の場合には18歳以上だが、男性の場合には21歳以上でなければならないとする州法の合憲性が争われた事案であった。この事案において、最高裁は、性区分は「重要な政府利益」のために「実質的に関連している」場合にのみ合憲されるという判断を示した。そして、18歳から20歳までは、男性の方が女性よりも飲酒運転をしやすいという根拠は、当該区分を正当化しえないと判示した。

さらに、1979年のOrr v. Orr判決¹⁷では、離婚に際する扶養料支払義務が男性だけにあることの合憲性が争われた。ここで、最高裁は、離婚後経済的に苦しい状況にある女性を救済するという目的は正当であるとしながらも、個別的審査を行わないで性別のみによって判断する手段は支持されえないと判断した。

¹⁴ Gerald Gunther, The Supreme Court, 1971 Term-Foreward: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection, 86 Harv. L. Rev. 1, 8 (1972).

¹⁵ Id. at 20-24.

¹⁶ Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976).

¹⁷ Orr v. Orr, 440 U.S. 268 (1979).

このように、現在、アメリカ最高裁は、「性別」などについては「厳格な合理性の基準」によって判断するという姿勢を採用している。このことから、平等保護条項については「厳格審査基準」「厳格な合理性の基準（中間審査基準）」「合理性の基準」という三段階の違憲審査基準をもちいて判断されていると考えられているのである。

第3項 「審査基準論」の混迷～「厳格審査基準」の再検討へ

このような違憲審査基準の再構成～特に「厳格な合理性の基準」の形成～は、事案に応じた柔軟な判断が可能になるという評価をうけ、日本においても肯定的に紹介されている¹⁸。

しかし、このような違憲審査基準の細分化によって、違憲審査基準をめぐる混迷が解決されたとはいえない。

まず、第一に指摘されるべきなのは「厳格な合理性の基準」の不明確さである。「厳格審査基準」で要求される「やむをえざる政府利益 (compelling interest)」と、「厳格な合理性の基準」で要求される「重要な政府利益 (important interest)」とは、どのように違うのか。あるいは、「密接にむすびついている」とことと「実質的に関連している」とことでは、どのように違うのか、が明確ではない。「厳格な合理性の基準」は、確かに「柔軟」かもしれないが、「柔軟」であるということは反面で「基準」としての機能を果たしていないのではないかという疑問にむすびつくのである。

また、第二に指摘されるべきなのは、「厳格審査基準」が硬直的なままでよいのか、という問題である。新しい違憲審査基準論によれば、「中間審査基準」が適用される区分（性区分などは「柔軟」に判断できるかもしれないが、「厳格審査基準」が適用される区分（人種的区分など）は「事実上致命的」ということになる。このようなことから、結局は、当該区分に「厳格審査基準」が適用されるのか「中間審査基準」が適用されるのかという基準設定の段階が、合憲・違憲をわけるポイントとなり、その意味でも「結論先取」なのはかわっていないと思われるのである。

例えば、人種的マイノリティなどに対する優先処遇 (Affirmative-Action) の合憲性の問題について、Affirmative-Action に否定的な論者は、Affirmative-Action とはいえ人種的区分をもちいるものである以上、厳格審査基準が適用されるべきと主張する¹⁹。他方で、Affirmative-Action に肯定的な論者は、Affirmative-Action による人種的区分は「親切的な区分」であるゆえ、中間審査基準が適用されるとしているのである²⁰。そして、この議論は、厳格審査なら違憲であり、中間審査なら合憲である、という結論におおむね結びついていて、全く「結論先取的」な、基準の「設定」と「適用」との関係について混乱をきた

¹⁸ 戸松秀典『平等原則と司法審査』（有斐閣・1990）など。

¹⁹ see, *City of Richmond v. Croson*, 488 U.S. 469, 526-528 (Scalia concurring) (1989); *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC*, 497 U.S. 547, 631-638 (Kennedy dissenting) (1990).

²⁰ see, (*Croson*) 488 U.S., at 528-561 (Marshall dissenting); (*Metro*) 497 U.S., at 564-565.

した議論になってしまっているのである²¹。

ここで真に問題とされるべきなのは、特定の政府行為に「どの (Which) 違憲審査基準が適用されるべきか」という問題ではない。そうではなく、その審査基準が、どのような基準であって、どのように作用するのか、という問題、すなわち「どのように (How) 審査基準が適用されるべきか」という問題であろう。もし、ある審査基準が本当に「事実上致命的」であったり、あるいは「事実上無審査」であるならば、それは「基準」たる語義に適っていないこととなる。そうでないのであれば～「厳格審査基準」であろうが「中間審査基準」であろうが～その審査基準は、何を見極め、何をふるい落とそうとしているのか、が問われなければならないのである。

この点、1995年の *Adarand* 判決²²は、Affirmative-Action 一般に対して厳しい判断を下したという点において問題のある判決ではあるが、人種的区分には「懐疑主義 (skepticism)」をもって臨むべきであるとする一般論を示したこと²³は、正当であるように思われる²⁴。従来の議論のように、あらかじめ「不快な差別」と「親切的な区分」を分けて審査基準そのものを代えてしまう手法より、とりあえず全ての人種的区分に「高い審査基準 (heightend scrutiny)」が妥当することを前提としたうえで、その審査基準によって「親切的な区分」なのか「不快な差別」なのかを検討するのが正当であり、「基準」という語の正しい語義にかなうのではなかろうか。例えば、Affirmative-Action についても、さしあたり「厳格審査」をしたうえで、それが「必要不可欠な利益」に「密接に適合している」か否かを審査する中で、その是非について論じるべきなのではないかと思われるのである²⁵。

²¹ この点、Rubinfeld 教授は「Affirmative-Action に関するよくある理論的分析は、よく知られている平等保護審査についての三段階枠組の中で行われる。Affirmative-Action の合憲性を巡る議論の多くの部分が、三段階枠組の中で、Affirmative-Action の適切な位置づけについての議論である。その結果、より実体的な問題点が見過ごされている」と批判する (Jed Rubinfeld, *Affirmative-Action*, 107 *Yale L.J.* 427, 432 (1997))。

²² *Adarand Constructors Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995) .

²³ *Id.* at 223.

²⁴ この点については、反対意見を執筆した Stevens 裁判官も、「最高裁の懐疑主義の概念は、少なくとも理論のうえでは、法的にも常識的にも妥当な声明である。疑いなく、裁判所は人種的区分にもとづく政府行為について注意深くあらねばならない」とする (*Id.* at 242)。

²⁵ Stevens 反対意見は、人種的優遇について懐疑主義をもって臨むべきであるという一般論には同意しながらも、「難しい事例を判決する際には、適用される基準について実体的な合意が、必ずしもそれらの事例がどのように解決されるべきであるか、または解決されるかについての合意につながるものではない (*Id.* at 242)」とし、結局、本件における人種優遇措置は「密接に適合している (*Id.* at 263)」ものとして、合憲判断をする。

やはり、「どの (Which) 審査基準が適用されるのか」という問題だけではなく、「どのように (How) 審査基準が適用されるのか」という問題も決定的な意味を持っているのである。

第2節 厳格審査基準の再検討

第1項 厳格審査基準についての二つの理解～「費用便益型」と「真意探求型」

それでは、「厳格審査基準」はどのようにあるべきなのか。それが、「事実上致命的」なものではなく、「基準」たる語義に適うようなものであるためには、「厳格審査基準」はどのように理解されるべきか。そもそも、「厳格審査基準」は、「何を見極め」「何をふるい落とそうとする」ものなのか。

この問題については、Rubenfeld 教授の議論が大きな参考になるとと思われる。Rubenfeld 教授は、厳格審査基準には、極めて異なる二つの理解があることを指摘する。

その一つ目の理解が、「費用便益分析 (cost-benefit)」としての厳格審査基準である。これは、厳格審査によって、「(憲法自体に従えば) 平等保護の保障によって禁止されるものに該当するはずの法律であっても、それによって達成されるであろう重要な社会的利益によって特に正当化されるのではないかを測る」というものである。すなわち、「厳格審査は、明白な憲法上の侵害をもたらす法律であっても、より憲法的に害 (cost) の少ない手段によっては達成できないような (つまり『よく適合しており』『より制限的ではない』ような)、極めて重要な便益 (benefit) によって正当化されるのではないか、を判断する」ものとして理解される²⁶。

これに対し、厳格審査基準についての二つ目の理解は、「燻りだし (smoking out)」としての厳格審査基準である。これは厳格審査が「政府の行為者によって用いられる手段と当該手段によって達成される利益との間の正確な一致を要求することによって」、「法が特定の階層を利するために選びだした時、法がその集団について許されざる目的を達成しようとする懸念があり、かつ、立法者がその目的を不快ではない集団中立的な公共政策の背後に隠そうとしている場合」に、その隠された違憲な目的を「燻りだす」ものとして機能するのであるという理解である²⁷。

この Rubenfeld 教授の議論を若干敷衍して述べれば、以下のようなだろう。

通常、厳格審査基準とは、人種などによる区分を審査するに際して、①その立法目的が「必要不可欠な政府利益 (compelling interest)」と叫ぶるものであり、②その手段が立法目的に「密接に適合している (narrowly tailored)」ときのみ合憲である、とする基準だと説明される。

この厳格審査基準は、一見すると次のようにも考えうる。すなわち、平等保護原理に違反するような区分であっても、それが「必要不可欠な利益」に「密接に適合している」かぎり合憲であるとする基準である。つまり、「平等保護という憲法上の価値」を侵害しても

²⁶ Rubenfeld, supra note, at 438.

²⁷ Id. at 436.

28、それと衡量して「なおそれを上回る利益」がある場合、その区分は合憲になるという理解である²⁹。本稿では、このような理解のうえにたつ厳格審査を、《「費用便益分析型」厳格審査》とよぶこととする。

これに対し、厳格審査にいう「必要不可欠な利益」とは「平等保護」という憲法上の価値に合致する利益（あるいは人種などによる区分が許されるような特別の事情）のことであり、その手段も立法目的に「密接に適合している」ことが要求されているとする理解もありうる。

このように理解される厳格審査においては、第一に、立法目的として要求される「やむをえざる政府利益」とは、憲法的に許されるものでなければならず、「平等保護の精神」に反するようなものであってはならないということが要求される（目的審査）。そして、第二に、仮に目的が一応正当なものであるとみなしうる場合であっても、そのための手段が正当な目的に「密接に適合している」ことが要求される（手段審査）。ここで、手段審査が行われる理由は、表面的に掲げられた目的が正当なものである場合でも、実は違法な目的のために行われていることを警戒し、そのような「違法な目的」を「燻りだす」ためであると考えられるものである³⁰。このような理解のうえにたつ厳格審査を、本稿では、立法者の真意を「燻りだす」ものという意味で、《「真意探求型」厳格審査》とよぶこととする。

この二つの相違は、以下のようにも説明されうる。すなわち、「費用便益分析型」の場合であれば、「疑わしい区分」などを正当化しうる「必要不可欠な利益」とは平等保護原理にとっていわば外在的な目的であるのに対し、「真意探求型」の場合のそれは平等保護原理に内在する目的である。すなわち、「真意探求型」厳格審査とは「疑わしい区分」が「平等保護の精神」それ自体に反しないといえるような場合にのみ、合憲性が認められるという立場である。

そして、本節では、《「真意探求型」厳格審査》と《「費用便益分析型」厳格審査》という二つのモデルを念頭におきつつ、《「真意探求型」厳格審査》こそ「厳格審査」の正しい理解であるとする議論を紹介する。そして、アメリカ最高裁が、厳格審査基準について、どのような理解をしてきたのかについて検討することとする。

²⁸ Rubenfeld 教授は、費用便益分析 (cost-benefit) 型厳格審査において、「法律がやむをえざる政府利益のテストをパスするということは、憲法上の侵害がおこっているにもかかわらず～すなわち、(color-blind 原則のような) 一般的な憲法規範や憲法原理が侵害されているにもかかわらず～法律が許されるということである (Id.at 439)」とする。

²⁹ Rubenfeld 教授は、費用便益分析 (cost-benefit) 型理解とは、「違憲の人種差別は、その費用 (cost) が便益 (benefit) よりも大きいゆえに違憲なのであり、その例外を探すのが厳格審査である、という理解 (Id.at 441-442)」であるとする。

³⁰ Rubenfeld 教授によれば、「燻りだし (smoking out) 型理解において、法律が厳格審査をパスするということは、法律が全く憲法上の害悪を伴わない～関連する憲法規範を害さない～ということの意味する。これは憲法違反とは政府による憲法的に許されざる目的の追求にあるのだから、厳格審査は、許されうる政府利益によって問題になっている法律を完全に説明できるという政府の主張をテストするものである (Id.at 439)」。

第2項 「真意探求型」 厳格審査

(1) Rubenfeld 教授による議論

第1項でみたように、Rubenfeld 教授は、厳格審査基準には二つのモデルがあることを示し、そのうえで近年の最高裁が Affirmative-Action などの事案において「費用便益分析型」厳格審査を行っていることを批判し、「真意探求型」厳格審査を行うことを主張する³¹。

Rubenfeld 教授は、「費用便益分析型」厳格審査は「政府が重要な政府利益の名の下に、何の咎めもなく平等保護原理を害しうる抜け道」になるものであり、「憲法的な『侵害』を『正当化する』手段」になるものだと主張する³²。

例えば、政府が、大規模な人種的隔離や人種的排除によって、著しく犯罪や人種的暴力を減少させることができ、多数の人命や財産を救うことができると、実際に証明できた場合、人種的隔離や人種的排除が許されるのであろうか³³。ここで、もし「費用便益分析型」厳格審査が適用されれば、それが「必要不可欠な政府利益」に「密接に適合するもの」として許されうるのかもしれない。

しかし、「人種的隔離や人種的排除という目的をもった法律はそれ自体違憲というべき」であり、「たとえどのような利益があろうとも」、一定の行為を排除するのが修正 14 条の趣旨だと考えるべきであろう³⁴。

この意味で、Rubenfeld 教授は、「もし、人種的区分が実際に平等保護条項の文言や精神に正面から抵触するのであれば、それがやむをえざる政府利益の促進に密接に適合している場合であっても、違憲とされるべきなのである。ここに厳格審査の費用便益的理解は大いなる過ちがある」とする³⁵。すなわち「違憲の人種差別は、その費用 (cost) が便益 (benefit) よりも大きいゆえに違憲なのであり、その例外を探すのが厳格審査である、という理解は誤っている」と考えるのものである。

Rubenfeld 教授は、本来の厳格審査の目的は「正当な立法目的の背後にある不快な目的を『燻りだす (smoking out)』ことにある」とする³⁶。ここでは、まず「法律が不快な目的、あるいはその他、憲法上許されざる目的を体現しているか否か」、すなわち立法の目的自体が憲法上許されうるものか否か、の判断が必要となる³⁷。そのうえで、表面的な立法目的が憲法上許されうるものであったとして、その手段が立法目的と密接に適合していることを要求することによって、背景にあるかもしれない違法な立法目的を「燻りだす」のである。そして、この違法な立法目的を「燻りだす」作用こそ、厳格審査基準の本質だと考えられ

³¹ Rubenfeld, supra note, at 432-433.

³² Id. at 440.

³³ Ibid.

³⁴ Id. at 441.

³⁵ Id. at 440.

³⁶ Id. at 428.

³⁷ Id. at 429.

るのである。

この意味で、Rubenfeld 教授にとっての「究極的問題は、どのような目的によって人種的区分をもちいれれば許され、どのような目的によって人種的区分をもちいれれば平等保護の下において不快な人種差別とされるのか³⁸」ということになる³⁹。

従って、Rubenfeld 教授は、Affirmative-Action の問題についても、それによって偶然生じる利益や不利益についての問題（例えば、Affirmative-Action によって人種的思考が強められるとか、スティグマがもたらされるなどといった議論、あるいは逆に Affirmative-Action による利益があるなどといった議論）は、合憲性の問題とは関連がないとする。けだし、政府行為の合憲性に関連するのは、費用や便益の問題ではなく、その背後にある人種的目的自体の問題、すなわち「法律が不快な目的、あるいはその他、憲法上許されざる目的を体現しているか否か」あるいは「政府が意図的に黒人やその他のマイノリティに特別の機会を供与し、白人の平等権が侵害されたか否か⁴⁰」という問題であるからである⁴¹。

³⁸ Id.at 463-464.

³⁹ この点につき、Rubenfeld 教授は、弱者を害する目的での区分のみが厳格審査の対象となり、弱者保護の目的での区分は厳格審査の対象にならないと考えるものである（Id.at 464）。つまり、平等保護条項が問題にすべきは「疑わしき区分」ではなく、「疑わしき階級」なのであって、厳格審査がなされるべきなのは後者を害する目的での区分のみだと考えるのである（Id.at 465）。

⁴⁰ Id.at 429.

⁴¹ ところで、Rubenfeld 教授は、厳格審査が意味をなすには、「第一に、集団についての立法目的が違法でなければならない。第二に、集団的区分をもちいる法の目的が違法な集団的利益を促進するものであると信じるにたる理由がなければならない（Id.at 437）」とする。そして、例えば、Affirmative-Action についても「もし、Affirmative-Action で人種をもちいること（race-conscious）の目的が許されるのであれば、すなわち、その計画が実際には他の違憲な目的につくしていると信じる理由がないのであれば、高められた審査は適用されない。そこには燻りだすものがないからである（Id.at 443）」と考える。従って、「Affirmative-Action」や「福祉政策」においてとられる区分には、厳格審査基準は適用されないと考えるのである。

このような論理構成は、Rubenfeld 教授が、平等保護条項は弱者を害するための区分のみを禁止するものであると解しており、弱者を害する目的をもたない区分はそもそも平等保護条項の禁止するところではないと解していることによって説明されうる（Id.at 464）。すなわち、Rubenfeld 教授にとっては、人種的区分が疑わしいのではなく、弱者を害する区分が疑わしいのである（Id.at 464）。

しかし、このような論理構成は、少し妙であり、審査基準の「設定」と「適用」との混乱をきたしているように思われる。なぜなら、一方において、Rubenfeld 教授は、厳格審査の適用によって立法目的を「燻りだす」ことを提唱しているのであり、厳格審査基準の適

(2) Ely 教授の議論

このような「真意探求型」厳格審査という意識は、決して新奇なものではない。例えば、Ely 教授などは従来より明確に「真意探求型」厳格審査を提唱しつづけていた。

Ely 教授は～第4章で紹介したように～裁判所が平等保護条項を通じて介入すべきなのは、マイノリティに対する「敵意ある偏見」が存在することによって、当該マイノリティが政治的プロセスから排除されつづけている場合にかぎられることとなる⁴²。

従って、Ely 教授によれば～第6章で紹介したように～平等保護条項にかかわる合憲性審査とは、少数者を害するというような「違憲的な動機が選択に実質的に影響したようにみえるかどうか⁴³」～すなわち、政治的プロセスに歪みがないか否か～を審査するためのものとなる。そして、もし、違憲的な動機が影響を与えたとされれば、「立法手続が違法であった～『法制定におけるデュープロセス』が否定された～のであって、その結果は無効とされるのである⁴⁴」。

この意味で、Ely 教授は、厳格審査とは、「違憲的な動機」を「燻りだす」ためのものだということになるのである。従って、厳格審査における①実質的な重要性をもった目的が提示されることと、②その目的に区分が完全に適合していることが示されること、という二段階の審査は、「疑わしいことに対する一種の制裁として重ねられる新たな要求」としてなされるのではなく⁴⁵、動機を「燻りだす」ためになされる～「動機分析の間接的な形態」としてなされる～のであれば「機能的な意味をなす」ものだと考える⁴⁶。

この厳格審査による「燻りだし」の機能について、Ely 教授は次のように説明する⁴⁷。

まず、目的審査の段階として、「問題となっている区分と最も密接に適合するであろう目的」を「直接的に特定することができ、それが違憲なもの」であれば「その区分は違憲」となる。もちろん、このように立法目的が違憲であることの直接の証明は困難であり、実際には違憲な立法目的が影響しているものであっても、表面上合憲的な目的が掲げられている場合には、合憲とせざるをえなくなるかもしれない。

しかし、「違憲な目的は、法律を擁護するのに援用されえない」ということは、「真の目的が違憲なものであった場合には、その区分と最も適合する目的が、その区分の擁護のた

用以前に立法目的を特定し、あるものを無罪放免してしまうことは厳格審査の意味を失わせしめるものとなりうるからである。

この点、後述する Perry 教授のように、さしあたり Affirmative-Action にも厳格審査基準を適用したうえで、その目的の適否を見極めればよいのではないかと思われる。

⁴² JOHN ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 135-160 (1980) (邦訳・佐藤幸治・松井茂記訳『民主主義と司法審査』(成文堂・1990))。

⁴³ Id. at 137.

⁴⁴ Id. at 138.

⁴⁵ Id. at 147.

⁴⁶ Id. at 146.

⁴⁷ Id. at 145-146.

めに援用されえないこととなり、その区分は、より関連性の薄い他の目的によって擁護されなければならないことを意味する」。

従って、次の手段審査の段階で、「問題になっている区分が、他のいかなる区分よりも、その擁護のため援用される目的と密接に適合している」ことを要求すれば、「そこまで区分に密接に適合しそうな目的は一つ」であり、それは「立法者が現に心に抱いていた目的」であろうから、「もし、その目的が、それが違憲であるが故に援用されえないなら、その区分は支持されえない」こととなるのである。

Ely 教授は、このように厳格審査において二段階の要求をすることによって、「確実な動機の証明が不可能であるとしても、実際に違憲な動機にもとづいている区分は～疑わしき区分理論による間接的な圧力が働くことによって～憲法的には極めて困難な立場になる」と考えるのである⁴⁸。

この意味で、Ely 教授は、厳格審査基準ないし「疑わしき区分」の理論は、「動機分析の侍女として機能する」ことによって、「違憲な動機を『燻りだす』」ことになると考えるのである。このような Ely 教授による議論は、まぎれもなく「真意探求型」厳格審査を提唱するものであるといえよう。

(3) Perry 教授の議論

さて、ここまでに見た二つの見解は、平等保護条項は政府行為において特定の区分をもちいることの「目的」を問題にしていると考えられるものであり、厳格審査は「違法な目的」を「燻りだす」ために行われると考えるものであった。もちろん、平等保護条項において禁止されるべき「目的」とは何かについては別途検討する必要があるが、それが確定されれば「真意探求型」厳格審査は立法目的を精査するための機能的な意味を持つこととなるう。

一方、厳格審査を「費用便益分析型」として理解すれば、それは逆に「違法な目的」を許すものとなりえよう。このような問題意識は、アメリカの憲法学説においては一定程度は共有されているものと思われる⁴⁹。

⁴⁸ これに対して、単なる「合理性の基準」では、「その区分に最もよく適合する目標が援用されえないとしても、その区分との関連性が合理的と呼びうるに十分なほど密接な他の許容されうる目標がありそうである」ため、違法な動機を「燻りだす」ことができない (Id. at 146)。

⁴⁹ 例えば、Brest 教授は、Black 裁判官の言葉を引用して、司法審査において「比較衡量」をすることは「危機ないし緊張の時期において、政府が、個人の権利を考慮することなく、自身を守るために必要であると考えられることを行いうる権限を与えることである。もし、その必要が大きければ、政府の権限は、常に個人の権利に優ると主張されうる」と述べる。

そのうえで、Korematsu 判決 (次節で検討する) は、「比較衡量」によって人種差別的立法を支持するものであったとし、「裁判所はどのような対抗しうる利益があろうとも、人種差別的負担はそれ自体違憲とすべきではなかったか」と述べる (PAUL

例えば、Perry 教授は、平等保護条項にかかわる厳格審査について、次のように述べる。

「もし、守備側の当事者がこのことを示せば、最高裁もそうであるように、その人種に基づいた決定は不利な状況にあるマイノリティが道徳的に劣等であるという見解に基づくものではないと推定されよう。つまり、そのことを示すということは、その重要な利益につくすには、不幸にも、他に方法がないということを証明することである。逆に、守備側の当事者がこのことを示せなければ、その人種に基づいた決定が、ある程度でも、違法な見解に基づいたものではないと推定されえないということとなる。そのことを示せないということは、重要な利益につくしうる二つ以上の方法の中から、政府がマイノリティに不利な方法を選んだということになるのである⁵⁰」。

すなわち、Perry 教授は、当該立法が「マイノリティが道徳的に劣等であるという見解」に基づいているか否かを判断するために、「重要な政府利益に十分につくすための人種中立的な方法」があるか否かの審査（手段審査）を行おうとするものなのである。ここでは、Perry 教授は、平等保護条項の中心原理を、「いかなる人も人種ゆえに他者に対して道徳的に劣等するものではないという原理」として捉えていることを想起しなければならない。つまり、Perry 教授は、「人種にもとづいて非白人に不利益を与えること」ことは、それ自体が理論的に「平等保護の精神」に反するものではないが、事実上「平等保護の精神」に反するものであることが「疑われる」がゆえに（すなわち「人種ゆえに他者に対して道徳的に劣等するという観念にもとづいている」のではないかと「疑われる」がゆえに）、厳格審査が必要だとするものなのである。従って、厳格審査によって、それが「人種ゆえに他者に対して道徳的に劣等するという観念にもとづいていない」ことが証明されれば、それは「平等保護の精神」に反しないので合憲だと結論づけられることとなるのである。

この意味で、Perry 教授は、当該立法によって「平等保護」という価値を害してでも追求すべきような「重要な利益」が達成されるか否かを判断するためではなく、当該立法が「平等保護の精神」に反するものであるか否かを判断する（「燻りだす」）ために厳格審査基準をもちいるべきことを主張しているものと考えられる⁵¹。

BREST, PROCESSES OF CONSTITUTIONAL DECISIONMAKING-CASES AND MATERIALS 485 (1975)). これは「費用便益分析型」審査を批判する議論といえよう。

⁵⁰ Michael Perry, *Modern Equal Protection: A Conceptualization and Appraisal*, 79 *Colum. L. Rev.* 1023, 1035 (1979).

⁵¹ ちなみに Perry 教授は、Affirmative-Action が「一つには、Affirmative-Action は道徳的に無関連な特徴で判断する習慣を助長する効果をもつということ、二つ目に非白人は保護が必要な存在だと思わせる効果をもつこと、三つ目に人種的憎悪を助長する効果をもつこと」など、間接的にアメリカ社会の原理を害するものであるがゆえに、やはり、より厳

ここまで、平等保護条項における厳格審査基準につき、それを「真意探求」型厳格審査として捉える見解について紹介してきた。ここでは、厳格審査は、「平等保護の精神」に反する区分を許すための「抜け道」として考えられているのではなく、「平等保護の精神」に反する区分か否かを精査する（燻りだす）ものであると考えられていることを確認しておこう。

そして、次に、この点についてアメリカ最高裁がどのように考えてきたのかについて、次項で検討することとしよう。

第3項 最高裁における厳格審査基準

第1節で述べたように、アメリカ最高裁は、平等保護条項に関連して、ある一定の政府行為に対しては「厳格審査 (strict scrutiny)」が適用されるという判断を行ってきた。そして、「厳格審査」が適用される場合には、当該政府行為が「必要不可欠な利益 (compelling interest)」の達成のために「密接に適合している (narrowly tailored)」手段であることが証明されない限り、違憲とされんとする判断が示されてきた。

しかし、「厳格審査」を適用するとした諸判例の中でも、「厳格審査」とは何を意味するのか、「厳格審査」を適用してもなお合憲となりうるのはいかなる場合か、「必要不可欠な利益」とは何を意味するのか、などについて、常に明確な像が描かれてきた訳ではない。

(1) 1960年代までの事案から

例えば、1942年の *Skinner v. Oklahoma* 判決⁵²は、窃盗などの「道徳的に卑劣な」犯罪を重ねる常習犯罪者に断種手術を施すことを許す州法に対して、「厳格審査 (strict scrutiny)」を適用して違憲判断を下したものであった。

しかし、Douglas 法廷意見は「婚姻と生殖はまさに人種の生存と存続にとって必要なもの」であるがゆえに「州が断種を認める法律においてもちいた区別」には「厳格審査」が適用されるとしながらも、その「厳格審査」の内容について具体的に示したわけではなかった⁵³。ここでは、あらかじめ合憲と違憲をわける基準について示すことなく、窃盗の場合には断

しい違憲審査基準が妥当すると考える。

一方で、Affirmative-Action は一般的には「不利をうける白人が優遇をうける非白人よりも人種的にみて道徳的に劣るものであるということ根拠としたもの」ではないとされる (Id. at 1043-1044)。このことから、Perry 教授は、Affirmative-Action に厳格審査基準を適用しつつも、Affirmative-Action が「人が人種によって道徳的に劣等するという観念」にもとづいていないということが証明されれば (証明されうるであろう)、それを合憲とする趣旨のようであるように思われる

⁵² *Skinner v. Oklahoma*, 316 U. S. 535 (1942) .

⁵³ Id. at 541.

種が行われるが、横領や詐欺の場合には断種が行われないことについて、両者を区別する根拠が示されていないことを指摘することによって違憲判断がなされたのである⁵⁴。

これに対し、1944年の *Korematsu v. United States* 判決は、ある意味で劇的に「厳格審査基準」の像を描くことになる。

Korematsu 判決は、第二次世界大戦中、西海岸沿岸在住の日系アメリカ人を強制的に退去させた行為の合憲性につき、「最も厳格な審査」が適用されるとしながらも、戦時において日系市民が行うかもしれないサボタージュの恐れなどに鑑みると強制退去などの措置は憲法に違反しないと判断したものであった。

本件において、Black 法廷意見は「一つの人種集団の市民的権利を制限する全ての法的規制は、それだけで疑わしいものである」としながらも、次のように述べる。

「これは、そのような制限の全てが違憲であるとするものではない。これは、裁判所が、そのような制限に最も厳格な審査を行わなければならないとするものである。緊急の (pressing) 公的必要性があれば、そのような制限が正当化されるかもしれない。しかし、人種的敵意では正当化されない⁵⁵」

すなわち、Black 裁判官は、人種的区分については「緊急の公的必要性」によるものであれば正当化され、「人種的敵意」によるものであれば正当化されない、という判断を示すものであった。そして、本件における措置が「人種的偏見を理由とするものかどうか」という問題については、「*Korematsu* 氏は、彼の人種に対する敵意を理由として軍事地域から排除されたのではなく」、日本との戦争において「適切な防御策」をとるという「軍事的必要性から全ての日系人を一時的に西海岸から引き離すことが要求された」ために退去措置の対象になったものであるとして、合憲判断が下されたのである⁵⁶。

このような判断は、少なくとも上記の判決を読むかぎりにおいては、「真意探求型」厳格審査にもとづいたものとして理解することもできよう。すなわち、法廷意見は、強制退去の目的が「国家防衛」であって「人種的敵意」ではないことを確認するために厳格審査を行ったとも考えられるのであって、そのかぎりでは国家行為の「真意」の探求を狙ったものだとみることのできるものである⁵⁷。

しかし、本判決は、立法目的の背後に「人種的敵意」がなかったかどうかについて実際

⁵⁴ *Id.* at 541-542. この点、本件が、直接的に人種などの「疑わしい区分」に関わるものではなかったこと、そもそも、平等保護違反ではなくデュープロセス違反として構成する余地もあったこと (see, *Id.* at 543-545 (Stone concurring)) なども考慮に入れる必要がある。

⁵⁵ (*Korematsu*) 323 U.S., at 215-216.

⁵⁶ *Id.* at 223.

⁵⁷ 「集団全体の退去は同じく軍事的必要性によるものだとする判断は、退去は日系人に対する敵意によるものだとする主張に反論するものである (*Id.* at 219)」。

に精密な審査が行われたとは言い難いものであった。なぜ全ての日系人が強制退去させられたのか、強制退去という措置以外の手段はなかったのか、そもそも日系人のみが強制収容などの苛酷な不利益を受けたのはなぜか（ドイツ系住民やイタリア系住民にはそのような不利益はなかった）、など疑問とされうる諸点についての独自に厳密な検討をすることなく、全面的に「議会」や「軍機関」の判断を尊重したのである⁵⁸。

そして、こうした判断を現実に決定づけたのは、対日戦争勃発後において「戦争の効果的遂行のために」「スパイやサボタージュに対して、可能なかぎりの防御がなされる必要がある」という、「必要」の甚大性であったように思われる⁵⁹。実際、Black 法廷意見（および Frankfurter 同意意見）においては戦争時における特殊性が強調されており、ここでは「戦争」というキーワードのみが人権制約の合憲性を基礎づけているようにも思われるのである⁶⁰。

この意味では、Korematsu 判決は、実際には「人種的敵意」によって動機づけられているかもしれない行為を、「国家防衛」ないし「戦争遂行」という圧倒的必要性を根拠にして正当化したものであったとみることができる。すなわち、「平等保護」という価値からみれば許されないはずの行為を「国家防衛」という別の価値からみて許容したもの～「費用便益分析型」厳格審査が行われたもの～であったという印象を強く残すものとなったのである⁶¹。

これ以降、アメリカ最高裁においては、学校における人種分離を違憲とした Brown 判決

⁵⁸ 法廷意見は「これらの人々の中に不忠誠の者がおり、その数や程度は正確かつ早急には確認できない、という軍や議会の判断を、理由のないものとして拒否することはできない。政府における軍事機関が、緊急時において、不忠誠の者を切り離して、別々に扱うことはできないと考えることに根拠がないということはない」とのみ述べる (Id.at 218)。

こうした点につき、Brest 教授は「Korematsu 判決は、日系人退去法のつくす目的の重要性を重視するものであり、目的と手段の『適合』の密接性～すなわち、規制と目的の合致の程度や、目的がより劇的ではない手段によって達成されないか否か～については強調されなかった」と指摘する (BREST,supra note,at 488)。

⁵⁹ (Korematsu) 323 U.S.,at 217.

⁶⁰ 「我々は、退去命令を、それが作られた時期において、そして原告がそれを侵害した場合において、支持するものである。その中で、我々はアメリカ市民の多くに課される苦難に注目しない訳ではない。しかし、苦難は戦争の一部であって、戦争は苦難の集合なのである。軍服を着ている者もそうでない者も、全ての市民が等しく多かれ少なかれ戦争の影響を感じているのである。市民は、特権と同様に責任も負うのであって、戦時においては、その負担は重くなるのが普通である。直接の危難や危険がある状況でないのに、多数の市民の強制退去は、我々の基本的統治制度に反するものである。しかし、近代戦争という状況においては、我々の国土は敵対的な力によって脅かされているのであって、脅かされる危険に応じた防衛力は必要なのである (Id.at 219-220)。」

また、Frankfurter 裁判官は、平和時には違法なものであっても、戦争時には合法となりうることを示す (Id.at 224)。

⁶¹ 先述したように、Brest 教授は、Korematsu 判決は「衡量」による判断が行われたものだと解し、「裁判所はどのような対抗しうる利益があろうとも、人種差別的負担はそれ自体違憲とすべきではなかったか」と述べる (BREST,supra note,at 485)。

⁶²などを経て、人種的考慮をする政府行為に対して厳しい判断が下されるようになった。そして、人種などの特徴による区分は「疑わしき区分」とみなされ、「厳格審査」が適用されるとする判断が確立された（「疑わしき区分型」事案）のである。

例えば、1964年のMcLaughlin v. Florida判決⁶³は、異人種の男女の同棲を禁止する州法の合憲性が争われた事案であり、このような人種的区分は「憲法上疑わしいもの」であり「最も厳格な審査」が適用されるとして、違憲判断が示された。

ここで、White 法廷意見は、「最も厳格な審査」につき、人種をもちいた区分をおこなうことについての「圧倒的な (overriding) 立法目的が、関連する条件の中で明かにされるか否か」を審査するものであり、「そのような証明がなくば」「平等保護条項の禁止する不快な差別となる」ものとする⁶⁴。また、「有効な政府目的を追求して制定された場合であっても」、「許されうる政府利益の達成のために、合理的に関連しているだけではなく、必要不可欠の場合にのみ支持されうる」ものとする⁶⁵。

そして、本件においては、州が主張する「性的品性 (sexual decency) という基本的理念を守ること」という立法目的は、一般的に姦通や同棲を取締まる条項によって達成することができ、異人種間の同棲のみを特に取り上げて罰することを正当化するものではない、と判断して、州法を違憲とした⁶⁶。

このような、McLaughlin 判決における判断は、先にみた Korematsu 判決と異なり、素直に「真意探求型」厳格審査を行ったものとして考えることができよう。すなわち、ここでは表面的に掲げられている「性的品性を守る」という目的達成のために「異人種の同棲禁止」という手段が必要ではないことを示すことによって、実際に立法を動機づけている違法な目的を「燻りだし」ていると考えられるのである⁶⁷。

次に、1967年の Loving v. Virginia 判決は、異人種間の婚姻を禁じた州法を違憲とするものであったが、ここでも人種的区分は「疑わしい」ものであつて、「最も厳格な審査」が必要であるとされた。そして、「それが、なお合憲とされるためには、修正 14 条が除去しようとする対象である人種差別以外の、許されうる政府目的の達成に必要であることが示されねばならない」という判断が示された⁶⁸。

そして、Warren 法廷意見は、本件では「区分を正当化しうるにたる、人種差別以外の正当で圧倒的な目的がないことが明らかである。ヴァージニア州が白人の関わる異人種間婚姻のみを禁止したことは、人種的区分が白人優越主義を保つための手段としてしか支持さ

⁶² Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954) .

⁶³ (McLaughlin) 376 U.S. 184.

⁶⁴ Id. at 192-193.

⁶⁵ Id. at 196.

⁶⁶ Id. at 193-194.

⁶⁷ このような、Korematsu 判決と McLaughlin 判決との対比については、Brest 教授も指摘している (BREST, supra note, at 488-489)。

⁶⁸ (Loving) 338 U.S., at 11.

れないことを示すものである」と述べ⁶⁹、従って、「人種的区分のみによって婚姻の自由を制限することが、平等保護条項の中心的意味を侵害するものであることは明らかである」とした⁷⁰。

さて、これら1960年代までの事案を概観すると、そこで定義されている「厳格審査」とは～少なくとも表面的には～「真意探求型」に近いように思われ、とりわけ、McLaughlin判決においては、実際に違法な立法目的を「燻りだす」作業が行われているように思われる。

しかし、厳格審査基準によって違憲判決がだされた諸事案は、当該政府行為が「必要不可欠な政府利益を達成する手段ではない」ということを指摘するのみで、(当然のことながら)何が「必要不可欠な政府利益」となるのかについて十分に論及している訳ではない。この点に、厳格審査基準とは何を審査するのか、とりわけ、どのような場合に合憲となりうるのかについて、必ずしも明確な像が描かれているとは言い難い理由がある⁷¹。

これに対し、厳格審査基準の下で合憲判決がだされたKorematsu判決は、「国家防衛」や「戦争遂行」の目的のために、(字義通りの意味で)「疑わしい区分」を正当化したものであったため、「費用便益分析型」厳格審査であると考えられうものであり、それが唯一の合憲例であるがゆえに、厳格審査基準について考えるうえで強い印象を残すものとなったのである。

(2) Affirmative-Action について①～Powell 裁判官、Berger 裁判官の判断枠組

次に、1970年代後半以降、厳格審査基準をどのように理解するのかについての問題は、Affirmative-Actionの合憲性をめぐる諸判例の中で問題となった。

この、Affirmative-Actionの合憲性判断の問題については～第5章でも概観したように～最高裁において長らく合意が形成されえず、「厳格審査基準」が適用されるべきなのか、「中間審査基準」が適用されるべきなのかについての争いがあった。

しかし、この中でも、第5章で詳説した、Bakke判決Powell意見、Fullilove判決Berger相対多数意見(およびPowell同意意見)は、Affirmative-Actionについて「精密な審査(close examination)」ないし「厳しい司法審査(exacting judicial examination)」が行われるとしながらも、一定の場合にはその合憲性を認めていこうとする方向にたっている点において、「厳格審査」のありかたを理解するうえでも興味深いものであった。

まず、Powell裁判官における「厳格審査基準」について検討してみよう。

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Id.at 12.

⁷¹ そして、それが厳格審査は「理論上厳格だが事実上致命的である」とされる(Gunther,supra note,at 8)理由でもあろう。

1978年のBakke判決においても、1980年のFullilove判決においても、Powell裁判官は、人種区分には「厳しい司法審査(exacting judicial examination)」が適用されるが⁷²、「特定化された差別 (identified discrimination)」の効果を矯正することは「実体的利益」であり、そのための措置は「厳しい司法審査」をパスするものであると述べてきた⁷³。

この中で、Powell裁判官は、「人種は不変的特徴であり、個人主義的価値や要求とは関連がない」ことを理由として、「厳格審査」が必要であると述べるものである。しかし、その一方で、「我々は、人種的区分から社会を解放しようと努めているが、いまだに特定化された差別の影響を被っている人々の訴えを無視することはできない」として⁷⁴、このような「特定化された差別」を是正することは「やむをえざる政府利益」であるとするものである⁷⁵。

ここで、Powell裁判官のいう「特定化された差別」を是正することという目的は、まさに平等保護条項自体が要求する目的であると考えられる。その意味で、Powell裁判官が、Affirmative-Actionが「特定化された差別」を是正することという目的につくすものであることを要求しているのは、まさに人種的区分が「平等保護」に反しないような事情にもとづいているか否か～違法な目的に基づいているのではないか～を判断するためのものといえよう。このかぎりでは、Powell裁判官による審査は、目的審査の局面では「真意探求型」のそれに近いようにも思われる。

しかし、Powell裁判官による判断枠組も、手段審査の局面では、「真意探求型」審査とは言えないものとなっていることを指摘しておかねばならない。Powell裁判官は、「特定化された差別」が認定されたあと、さらに手段審査において、他の選びうる救済手段の効果、救済期間の長さなど、の要素を考慮することが必要であるとする⁷⁶。とりわけ、考慮すべき「決定的要素」となるのは「割当制度が無実の第三者に及ぼす影響」であるとされ、本件においてはそれが「重大ではない」とされたために合憲判断がなされているのである⁷⁷。

この点に関連して、Powell裁判官は、レイオフについてのマイノリティ優遇措置が争われたWygant判決において、それ以前の最高裁においてマイノリティ優遇措置が認められた事案は、いずれも雇用段階における優遇措置に関するものであつて、レイオフ段階における優遇措置に関するものではなかったことを指摘し、次のように述べる。

「雇用目標は、通常はいくつかの機会のうちの一つのみを閉ざす、拡散した負担を課すにすぎない。これに対して、レイオフは、人種平等の達成にともなう負担の全てを特定の個

⁷² Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265, 291 (1978) ; Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448, 496 (1980) .

⁷³ (Bakke) 438 U.S., at 307.

⁷⁴ (Fullilove) 448 U.S., at 516.

⁷⁵ Id. at 515.

⁷⁶ Id. at 510-514.

⁷⁷ Id. at 514-515. この点、Berger裁判官も、マジョリティ企業への負担が「比較的軽い」ことを根拠の一端としている (Id. at 484).

人に負わせ、彼の人生に深刻な破壊をもたらす⁷⁸」。

すなわち、Powell 裁判官は、雇用段階における優遇措置は「差別に対して責任がない者」に対する影響が「比較的軽微」であるから許容されるのに対し、レイオフ段階における優遇措置は「差別に対して責任がない者」に対して苛酷な影響を及ぼし「過度に費用がかかる (overexpensive)」がゆえに許容されないとするのである⁷⁹。

この意味で、Powell 裁判官の判断枠組は、目的審査においては立法目的が平等保護の趣旨に反するものでないことを確認するものであるが、次の手段審査においては～立法目的を精査するためではなく～その手段を採用することによる「便益」と「費用」を秤にかけられるものとなっている。このかぎりでは、Powell 裁判官による厳格審査は、手段審査の局面では「費用便益分析型」のそれに近いと思われる。そして、ここで採用される厳格審査基準は、「平等保護」の趣旨に反しないような措置を、「費用」が大きいという判断のもとに、排除するものとして機能しているのである。

次に、1980年の Fullilove 判決 Berger 相対多数意見についても検討してみよう。Berger 裁判官は、Affirmative-Action については、「精密な審査 (close examination)」が必要であるとしながらも、連邦法の合憲性審査を行う場合には適切な敬意が払われなければならないとし、公共事業法におけるマイノリティ優遇規定を合憲とするものであった⁸⁰。

ここでは、第一に、Berger 裁判官が、連邦議会が「平等保護による保障を執行する能力と権限」を有することを考慮して⁸¹、「我々は救済の場合においても、連邦議会は完全に人種中立的形態 (color-blind fashion) で行動せねばならないという主張を拒否する」としていることに留意しなければならない⁸²。ここでは、人種的区分をもちいる救済を行うことが、まさに修正 14 条から要請されるものとしているのである。すなわち、Berger 裁判官は、人種的区分の正当化事由となりうるのは、平等保護条項以外の何らかの価値ではなく、まさに平等保護条項の要請としての「過去の差別に対する救済」と考えている。このような審査は、まさに人種的区分が「平等保護」に反せず、むしろ「平等保護」から要請されるような特別な事情があるか否かを判断するためのものと言えよう。

また、第二に、マジョリティ系企業に及ぼされる負担は、過去においてマイノリティ系企業が排除されてきたことにより何年にもわたり競争上の利益を受けてきたことへの補償として正当化されていることにも留意すべきである⁸³。この意味で、Berger 裁判官の判断枠組は、「マジョリティの権利侵害を正当化する」判断ではなく、そもそも、それが「マジ

⁷⁸ *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267, 283 (1986) .

⁷⁹ *Id.* at 276.

⁸⁰ (*Fullilove*) 448 U.S., at 472.

⁸¹ *Id.* at 483.

⁸² *Id.* at 482.

⁸³ *Id.* at 484-485.

ヨリティの権利を侵害するものではない」という判断であるといえよう。

このような意味で、Berger 裁判官は、人種的区分が平等保護に反するものであっても平等保護以外の価値にてらして正当化しようとするもの（「費用便益分析型」審査）ではなく、人種的区分が平等保護に反しないような事情を見いだして正当化しようとするものと評価できるのである。

しかし、このような枠組についても、連邦議会の広範な立法権限に依拠するものであって、人種的区分が真に平等保護に反しないような事情に動機づけられているのかを精査するものとはなりえないものになっているという批判がありうるであろう。この意味で、Berger 裁判官は、手段審査によって、違法な立法目的を「燻りだす」という作業を行っておらず、「真意探求型」厳格審査をしているものとは評価しえないものである⁸⁴。

このように Affirmative-Action をめぐる Powell 裁判官および Berger 裁判官の立場は、人種的区分には「厳格審査」が適用されるとしつつも、平等保護条項の本質に反しない「目的」を有するものを正当化しようとするものであった。この意味では、彼らの判断枠組は「真意探求型」厳格審査に近いものだったと評することができる。しかし、彼らは、手段審査の局面において不法な目的を「燻りだす」ことをせず、むしろ利益衡量的判断を行っているという意味では「費用便益分析型」厳格審査に近いものだったとも評価できよう。

(3) Affirmative-Action について②～0' Connor 裁判官の判断枠組

これに対し、最近の Affirmative-Action をめぐる最高裁判例において中心的役割を果たしているのは、0' Connor 裁判官である。0' Connor 裁判官は、第5章で詳述したように、Affirmative-Action に対して厳しい判断を示すものであるが、ここでも「真意探求型」厳格審査と「費用便益分析型」厳格審査の交錯が存する。

まず、1989年の Croson 判決における、0' Connor 一部法廷一部相対多数意見は、市条例による Affirmative-Action について厳格審査基準が適用されるとする判断を示したものであるが、ここで適用される厳格審査基準については次のように述べている。

「このような人種をもちいた手段の正当性について司法審査をすることがなくば、その区分が『親切なもの』であるか、『救済的なもの』であるか、あるいは区分が実際に人種的劣等性という違法な観念に動機づけられたものであったか否かについて判断することはできない。「厳格審査の目的は違法な人種の使用を『燻りだす (smoke out)』』ことにある⁸⁵」。

⁸⁴ この点、Adarand 判決 O'Connor 意見は、Fullilove 判決 Berger 意見の判断基準につき直接の評価をするものではないが、「Fullilove 判決が（もし、いくらかでも）連邦による人種的区分にはより緩やかな基準しか適用されないと判断しているのであれば、それはもはや拘束力はない（(Adarand) 515 U.S., at 235）」と述べる。

⁸⁵ (Croson) 488 U.S., at 493.

このような表現は、まぎれもなく「真意探求型」厳格審査を示すものといえよう。そのうえで、O'Connor 意見は、Powell 裁判官によって示されてきた枠組を基本的に踏襲し、修正 14 条の下で人種的区分が正当化されるには、市の建設事業において過去に「特定化された差別」があったことを証明しなければならないとしつつ、そのような証明がなされなかったとして、同条例を違憲と判断する。

また、1995 年の Adarand 判決において、O'Connor 一部法廷一部相対多数意見は次のように述べる。

「人種集団による区分は、長らく『ほとんどの状況の下では無関連なものであり、それゆえ禁止される』と考えられてきたものであり、全ての人種にもとづく政府行為は、法の平等保護という個人の権利が侵害されないために、詳細な司法審査 (detailed judicial inquiry) が適用されねばならない⁸⁶」。

ここでも、人種的区分であっても、厳格審査によって正当化されうるものであれば「法の平等保護という個人の権利が侵害されない」ものと考えている点において、「真意探求型」厳格審査が示されているものと考えられる。

しかし、その一方で、O'Connor 裁判官は、次のようにも述べる。

「人が人種を理由として政府に不平等に取扱われている時、その人はすべからず憲法上の平等保護の文言及び精神に正面から反する被害を被っているといえる。(中略)そして、厳格審査の適用は、やむをえざる政府利益によって被害の発生を正当化できるか否かを決定するものである」⁸⁷。

すなわち、O'Connor 裁判官は、ここでは「やむをえざる政府利益」があれば、「平等保護の文言及び精神」に正面から反する被害が発生しても、それが正当化されうることを示すもの～すなわち「費用便益分析型」厳格審査にたっているもの～なのである⁸⁸。

⁸⁶ (Adarand) 515 U.S., at 227.

⁸⁷ Id. at 230.

⁸⁸ この点、Rubinfeld 教授は、Croson 判決 O'Connor 意見における上記の引用部分と、Adarand 判決 O'Connor 意見における引用部分とを比較することによって、「最近の最高裁による Affirmative-Action 関連判決は、高められた審査理論の分析構造における注目すべき、しかし、注目されていない変化を完成させたもの (Rubinfeld, supra note, at 427)」であり、「高められた平等保護審査を費用便益審査へと変化させた (Id. at 432)」ものであると述べる。

しかし、従来は「真意探求型」審査であったものが、近年になって「費用便益分析型」審

ここまでみてきたように、アメリカ最高裁においては、厳格審査基準が「費用便益分析型」審査なのか、「真意探求型」審査なのか、について、必ずしも明確にはされてこなかった。しかし、1944年のKorematsu判決から現在までみられるように、「真意探求型」厳格審査の装いのもとで「費用便益分析型」判断がなされることの問題点は、判例の経験からみて明らかである。それは、一つにはKorematsu判決においてみられるように、厳格審査が「平等保護」の趣旨に反するような措置を～「便益」が大きいという判断のもとに～正当化するための「抜け道」となりうることである。そして、二つ目には、Affirmative-Action関連事案にみられるように、厳格審査が「平等保護」の趣旨に反しないような措置を～「費用」が大きいという判断のもとに～排除するための審査になりうることである⁸⁹。この点で～Rubinfeld教授が指摘するように～最高裁は「真意探求型」厳格審査という「本来の姿にかえる」必要があると思われるのである⁹⁰。

小括

ここまでみたように、平等原則における厳格審査基準には、二つの異なった理解がありうる。

査へと突然変異したというものではなかろう。本節でみたように、従来の厳格審査が「真意探求型」審査であったということも、近年の厳格審査が「費用便益分析型」審査であるということも、一概には言いがたい。

⁸⁹ このように、Korematsu判決とAffirmative-Action関連事案を対比させて論じる興味深い見解として、Adarand判決Ginsberg反対意見がある（(Adarand) 515 U.S., at 271-276）。

Ginsberg裁判官は、O'Connor裁判官によってしめされた厳格審査基準を最大限に尊重しつつ、それを限定的に、かつ「真意探求型」審査を示すものとして理解しようと努める（「適切にも、最高裁多数派は、善意で装われているが現実には悪意のある区分を捜しだすための審査を求めているのである（Id. at 275）」）。

そのうえで、Ginsberg裁判官は、O'Connor判事による厳格審査（Ginsberg裁判官はそれを「真意探求型」として理解する）は、人種的マイノリティを害するような人種的区分にとっては「事実上致命的」になるものだとする。

そして、Ginsberg裁判官は、Korematsu判決について「最高裁が『もっとも厳格』と形容した審査が行われたにもかかわらず、不快で、重大な侵害を伴う人種的区分が支持された」ものだと評価し、正しく厳格審査基準が適用されれば、そのような区分は違憲になると考える（Ibid.）。

その一方、Ginsberg裁判官は、O'Connor裁判官による厳格審査（「真意探求型」厳格審査）は、Affirmative-Actionのように差別の影響を矯正するための措置にとっては「事実上致命的」ではないとする（Ibid.）。

⁹⁰ Rubinfeld, supra note, at 432.

一つは、「費用便益分析型 (cost-benefit)」厳格審査である。これは「平等保護の精神」に反するような政府行為であっても、それ以外の「必要不可欠な目的」に「密接に適合している場合」には許されうるという理解である。すなわち、人種などの区分をもちいることによる「平等」という憲法上の価値の犠牲 (cost) と、それによって達成される利益 (benefit) とを衡量し、後者の利益が「必要不可欠」であって「平等」という価値を上回る場合には、それを正当化しようとする立場である。また、このような立場は、「平等原則以外の目的」によって「平等原則に内在する目的」が制約されることを認めるものである。

しかし、このような理解は、いたずらに差別的な立法を許す「抜け道」となりうるものであり、妥当ではない。厳格審査基準は、「差別」か「合理的区別」かをはかる基準として、当該政府行為が「平等保護の精神」に反するか否かを精査するものでなくてはならないのである。

従って、平等原則において適用すべき厳格審査基準とは、もう一つの審査基準、すなわち「真意探求型 (smoking out)」厳格審査でなければならない。これは、疑わしい区分が「平等保護の精神」に反しないと思われるような事情 (必要不可欠な目的) にもとづいているか否かを審査し (目的審査)、その上で、そこでとられる手段が正当な目的 (必要不可欠な目的) のためのみにつくすものであるか否か (逆に言えば、実は、違法な目的に結びついているのではないか) を審査するものである (手段審査)。このような立場からは、疑わしい区分が正当化されるには、それが「平等原則に内在する目的」に反しないような事情にもとづいていることが必要とされる。

もちろん、このような判断を行うにあたっては、何が「平等保護の精神」であり、何が「平等原則に内在する目的」なのかについての判断が前提とされなければならない。この点、本稿は～第3章および第4章で検討したように～平等保護条項の本質は、人の生まれによって決定される生来的特徴 (道徳的に関連なき特徴) を政府行為の [要件] としてはならない、ことを要求するものとして捉える。そして、例外的に「道徳的に関連なき特徴」にもとづく政府行為が許されるのは、歴史的差別などの影響によって「道徳的に関連なき特徴」によって個人が判断されるような状況がある場合に、それを矯正し、そうした判断が行われなくなるような環境を作るような場合～例えば、Affirmative-Action のような場合～に限られると考える。

このように考えれば、「真意探求型」厳格審査においては、人種などの「疑わしい区分」は、それが個人を「道徳的に関連なき特徴」によって判断することを目的とするものではなく、むしろ「道徳的に関連なき特徴」による判断を矯正することを目的としている場合にのみ支持されうることとなるであろう (目的審査における「必要不可欠な利益」の認定)。そして、そのうえで、当該政府行為が、そのような目的達成のためのみにつくすものであることを要求することによって、「道徳的に関連なき特徴」によって個人を判断するような～まさに平等の理念に反するような～不正な目的は「燻りだされる」こととなるのである。

(手段審査における「密接な適合性」の要求)。

アメリカ平等保護理論についての総括

ここまで、アメリカにおける平等保護理論を通じて、憲法学にとって「平等とは何か」について検討してきた。

アメリカ平等保護理論を検討するにあたっては、公民権時代以降の「人種平等」をめぐる理念の断絶について検討し、それに一定の態度決定をしておくことが必要となる。アメリカ人種平等論においては、「人種からの自由」という立場と、「人種への自由」という立場との葛藤があった。「人種からの自由」とは、公的領域において個人を人種によって判断してはならない、ということを要求するものであった。これに対して、「人種への自由」とは、人種集団を公的に承認し、人種集団相互相互の平等を実現することを要求するものであった。

この点、「人種への自由」という立場を明確にする「批判的人種理論」について検討することには二つの意義があったと思われる。

その一つは、「人種からの自由」についての楽観を戒めるという意義である。批判的人種理論は「現在の差別」～「人種づけられた社会」という現実～について指摘して、「マイノリティに対する差別は現在も人々の意識に、あるいは社会制度に宿っているのではないか?」「人種的偏向は、むしろ、社会制度における最も基本的だと思われる部分に組み込まれているが故に、見過ごされてきたのではないだろうか?」という疑問を提起するものであった。この意味で、批判的人種理論は、「人種づけられた社会」を克服して、真の意味での「人種からの自由」を実現するためには、様々な施策が必要であることを示したのであった。

それに対し、二つ目の意義は、批判的人種理論が、「人種への自由」という立場を明確にしていることによって、「人種への自由」に対する漠然たる楽観をも戒める契機となることである。批判的人種理論は、人種的集団の「多様性」を強調することによって、その人種的集団を構成する諸個人の「多様性」を無視するものであった。これは近代立憲主義における個人主義を、そして、公民権時代以降の人種融和を、破壊する可能性があるものなのである。

このようなことから、現代平等保護理論にとっての最大の課題は、「人種への自由」へと流れることなく、真の意味での「人種からの自由」を追求するものといえるであろう。

そして、現代平等保護理論における「反差別原理」と「反従属原理」との対抗関係も、このような文脈で理解できる。

「反差別原理」とは、平等保護の本質について、人種などの一定の特徴～すなわち「道徳的に関連なき特徴」～を政府行為の〔要件〕としてはならないとするものである。この

ような見解は、まさに「人種からの自由」を求めるものとして、近代個人主義原理に合致するものであろう。そればかりか、この「反差別原理」は、平等保護原理に空虚ではない実体的内容を与えることとなる。すなわち、「反差別原理」は、平等保護原理における「等しい者を等しく扱う」という定理を、「道徳的に関連なき特徴については、『異なっている者でも』『等しく扱う』」という概念として、再定位するものなのである。ただし、このような「反差別原理」から、必ずしも人種間の実質的平等を実現するための人種考慮施策を禁止すべきという結論は導かれぬ。「反差別原理」とは、人種などを理由として不利益扱いをうけることを禁止するというものである以上、真の意味での「人種からの自由」を確保するための措置が許容され要求されるのは当然なのである。

これに対し、「反従属原理」は、人種的マイノリティなどを従属的地位におくこと、を禁止するものである。しかし、ここにはいくつかの異なる要素が含まれているものであり、平等保護理論について一貫した説明を与えるものとはなりえない。それ以上に、重要なのは、このような「反従属原理」は、人種を政府行為の「要件」とすることを許すものであり、「人種への自由」に接近する危険を有することであろう。

次に、ここで平等保護原理の本質とされるべき「反差別原理」とは一定の特徴を政府行為の「要件」としてはならないとされるものであったが、この「一定の特徴」とは、その人が生まれながらにして有する「生来的特徴」であると考えべきである。

確かに、直観的には、いわゆる能力主義 (meritcracy) からみても、「生来的特徴」によって判断することが正当だと考えられるような場合がありえよう (視覚障害者に対する免許禁止など)。しかし、そのような場合であっても、あくまでも「生来的特徴」自体による区分は許されないのであって、何らかの目的からの個別的正当化が要求されるのだと考えることも可能であろう。例えば、「視覚障害者」には運転免許が付与されないと説明されるべきではなく、「安全に運転する技能がない者」には運転免許が付与されないと説明されるべきなのである。もちろん、この事例においては、どのように説明されようが、同じ結論になってしまうかもしれない。しかし、例えば、「視覚障害者」には医師免許が付与されないという説明ではなく、「医師としての技能がない者」には医師免許が与えられないという説明が要求されることによって、視覚障害者の可能性は開かれるであろう。この意味で、現実的には「生来的特徴」によって決定づけられる場合が多いとしても、それでも法的意味において「生来的特徴」による区分は～それ自体、「疑わしい」ものであり～許されない、と考えることには意義があるのである。

このことを「反差別原理」と関連させて説明すれば、平等保護原理とは～それが何らかの目的にてらして「合理的」であっても～「人の生来的特徴を、政府行為の「要件」としてはならない」という原理として定位されることとなる。

このような「反差別原理」の立場からは、Affirmative-Action などのような人種的区分

は原則として禁止されるものとして考えられよう。しかし、「反差別原理」の立場からも、過去の差別による影響を「救済」するための Affirmative-Action は許されるはずである。

「救済のための Affirmative-Action」とは、それ自体、積極的に人種を考慮するためのもの～「人種への自由」を指向するためのもの～ではない。「救済のための Affirmative-Action」は、かつて不当にも人種が考慮されてきた歴史に鑑み、そのような歴史を清算することによって人種が考慮されないための条件を整えるもの～真の意味での「人種からの自由」を要求するもの～なのである

この点、現在の最高裁のように、「救済のための Affirmative-Action」すら否定する議論は、一見すると「人種からの自由」を求めているようでありながら、実は「人種づけられた社会」という現実を無視するものであって、真の意味での「人種からの自由」を追求するものとは考えられない。

また、「反差別原理」の立場からは、表面上人種中立的だが人種的に「異なる効果」をおよぼす政府行為は、原則として禁止されないということとなろう。なぜなら、「異なる効果」を禁止するということは、全ての政府行為が人種均衡的なものであることを要求するものであり、それは直接的に「人種への自由」を指向することになるからである。

しかし、表面上人種中立的であっても、実際には「人種差別的意図」にもとづいている場合、あるいは「無意識的」「潜在的」な人種意識を反映しているような場合、そのような行為を禁止すべきなのは、真の意味での「人種からの自由」を追求する立場からは、当然のこととなるであろう。

これに対し、最高裁による「意図テスト」は、現実に存在しうる「人種差別的意図」すら看過するものとなりかねないし、なによりも「無意識的」「潜在的」な人種差別について全く考慮していないものであろう。ここでも最高裁は、「人種づけられた社会」という現実を無視するものなのである。

最後に、平等保護条項にかかわる違憲審査基準について検討する必要がある。

ここまで、「道徳的に関連なき特徴」による区分は、原則として許されないが、例外的に「道徳的に関連なき特徴」が考慮されないための条件をととのえるための措置（例えば、Affirmative-Action など）は許されうるということを示してきた。このような立場を前提としたうえで、具体的事案について適用されるべき違憲審査基準とは、どのようなものであるべきか。すなわち、「道徳的に関連なき特徴」による区分に適用される「厳格審査基準」とは「何を見極め」「何を振るい落とそうとしているのか」について考える必要がある。

この点、アメリカにおいては、「厳格審査基準」については二つの異なった理解があった。

一つは、「費用便益分析型 (cost-benefit)」厳格審査であり、これは「平等保護の精神」に反するような政府行為であっても、それを上回るような「必要不可欠な目的」に「密接に適合している場合」には正当化されうるという理解である。すなわち、このような立場

は、「平等原則以外の目的」によって「平等原則に内在する目的」が制約されることを認めるものである。

しかし、このような理解は、いたずらに差別的な立法を許す「抜け道」となりうるものであり、妥当ではない。厳格審査基準は、「差別」か「合理的区別」かをはかる基準として、当該政府行為が「平等保護の精神」に反するか否かを精査するものでなくてはならないのである。

従って、平等原則において適用すべき厳格審査基準とは、もう一つの審査基準、すなわち「真意探求型 (smoking out)」厳格審査でなければならない。これは、疑わしい区分が「平等保護の精神」に反しないと思われるような事情 (必要不可欠な目的) にもとづいているか否かを審査し (目的審査)、その上で、そこでとられる手段が正当な目的 (必要不可欠な目的) のためのみにつくすものであるか否か (逆に言えば、実は、違法な目的に結びついているのではないか) を審査するものである (手段審査)。このような立場からは、疑わしい区分が正当化されるには、それが「平等原則に内在する目的」に反しないような事情にもとづいていることが必要とされる。

従って、本稿での議論を前提にすれば、人種などの「疑わしい区分」は、それが個人を「道徳的に関連なき特徴」によって判断することを目的とするものではなく、むしろ「道徳的に関連なき特徴」による判断を矯正することを目的としている場合にのみ支持されうることとなるであろう (目的審査における「必要不可欠な利益」の認定)。そして、そのうえで、当該政府行為が、そのような目的達成のためのみにつくすものであることを要求することによって、「道徳的に関連なき特徴」によって個人を判断するような～まさに平等の理念に反するような～不正な目的は「燻りだされる」こととなるのである (手段審査における「密接な適合性」の要求)。

近代国家における基本理念は個人主義であったはずである。しかし、その母国とも考えられるアメリカにおいても、その個人主義の理念が実現されてきたとはいいがたい。

従って、平等保護条項とは、近代個人主義における「全ての人は、その生来的条件から解き放されて、個人として尊重されるべきである」という理念を表明したものである、ということを経験する意義はいまだ大きいと思われる。そして、このような理念は、いまだ未完のものとして我々の前に残されているのである。

終章 日本における平等原則の解釈論

第1節 「相対的平等」と「絶対的平等」

第2節 「合理性」の探求

第1項 「合理性」の内容についてのアプローチ

第2項 審査基準論からのアプローチ

小括

終章 日本における平等原則の解釈論

本章では、最後に、ここまで検討してきたアメリカ平等保護理論をふまえて、日本国憲法 14 条「平等原則」の解釈論についても若干の論及をしてみたいと思う。

日本における平等原則をめぐる議論も、アメリカの平等保護理論を参照し、その影響を受けつけてきた。しかし、日本における紹介の多くは～必ずしも背景にある実体的原理を意識しないまま～もっぱら違憲審査基準論のみに焦点をあててきたように思われる。従って、ここでは、日本における平等原則の解釈論について～特にアメリカ平等保護理論を参照して論じられている議論を中心に～アメリカ平等保護理論における「平等とは何か」という実体的原理についての議論を念頭におきつつ、検討を加えることとする。

第1節 「相対的平等」と「絶対的平等」

伝統的に、日本国憲法 14 条 1 項の解釈上の論点とされてきたのは、(1) 14 条 1 項は「法適用の平等」のみを保障するものか、「法内容の平等」をも保障するものか、(2) 14 条 1 項にいう平等とは、「絶対的平等」を意味するのか、「相対的平等」を意味するのか、(3) 後段列挙事由（人種、信条、性別、社会的身分又は門地）は、別異取扱の要件としてはならないものを「限定列挙」したものか、「例示列挙」したものにすぎないのか、という三つの問題であった。

この三つの論点について、判例・通説と、反対説とは、明確な対立を示していた。

判例・通説は、14 条 1 項は (1) 「法内容の平等」をも要求するが¹、(2) そこでいう平等とは「相対的平等」を意味し²、(3) また、後段列挙事由は「例示列挙」にすぎない³、

¹ 『『法の下に』という表現形式から推論して、本項を、単に法の適用に関して平等であることを要求するにすぎないものと解するのは正しくない。「本項は実定法規の適用の平等を要求するにとどまらず、法の定立作用においても有力な働きを行うものである（法学協会編「注解日本国憲法（上巻）」348 頁（有斐閣・1953）。』

² 「この相対的平等の考え方は、人間の具体的差異を前提とし、かかる差異に相応した法的取扱を認めるものであって、事実と法的取扱の比率の均等を主張するのである。即ち、合

としてきた。この判例・通説の立場とは、「全ての法律は、14条1項後段列举事由による区分か否かとはかかわりなく、『合理的』であれば許容され、『不合理』であれば許容されない」とするものである。この立場は、事案に応じた判断が可能になる柔軟な枠組であったと評価できるが、一方では「合理的区別」とは何かという問題について不明確であることは免れえないものであった。

このような判例・通説の立場と明確な対照をなすのが、佐々木惣一教授を中心とする反対説であった。佐々木教授は、まず、憲法14条1項は前段と後段とで性質の異なる二つの権利を定めているものだと解する⁴。そして、前段においては「法的平等の権利」が規定され、後段においては「生活規制無差別の権利」が規定されているものとする⁵。

佐々木教授によれば、憲法14条1項前段において規定される「法的平等の権利」は、「法の下に」という文言にあるように、法律を適用する段階での平等のみが要求するものである⁶。それ故に、14条1項後段列举事由以外の理由による区分については、「憲法は何ら定めるところはない」ものとする。従って、このような区分は憲法違反にはならず、「全く別の政策上の見地より判断すべきものである」⁷。

理的な差別は、本項違反とはいえず、不合理な差別的取扱が違憲となるのである（同上352-353頁）。

「法の下での平等とは、かように、各人を絶対的に平等に扱うことを要請するのではなく、人と人とのあいだの性別・年齢・能力などのちがいを考慮に入れつつ、その与える権利についても、その課する義務についても、民主主義の理念に照らして不合理と考えられる理由による差別を禁ずることを趣旨とする（宮沢俊義『法律学全集4・憲法Ⅱ』（有斐閣・1959）265頁）。

³ 「第1項後段は、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により政治的、経済的又は社会的関係において差別されないとする。これは、前段における一般的原則の宣明をうけて、一層具体的に平等の原則の内容を明らかにしたものである。差別すべからざる理由の列举もきわめて網羅的であるが、それらに該当しない場合には、差別が可能であるとはできない。「本条第1項の大原則は前段に明らかにされているところであって、後段の規定は、その主たる場合を具体化したものといわねばならない（同上349頁）」。

⁴ 佐々木惣一「法的平等の権利と生活規制無差別の権利」『憲法学論文選Ⅰ』（有斐閣・1956）114-115頁。

⁵ 同上115-121頁。

⁶ 「国家が、法の想定する事実に関係して、法を適用することについて、国民を平等に取扱う、ということである。国家が、法において規定を為すに当って、国民を平等に取扱う、というようなことではないのである。「国民は、かかる平等の取扱を、国家に対して要求する権利を有する。これを法的平等の権利という（同上115-117頁）」。

⁷ 同上119-120頁。

これに対して、憲法 14 条 1 項後段は「生活規制無差別の権利」を規定する。この規定は、国家が、国民の政治的、経済的、社会的関係について規制する場合には「国民の人種、信条、性別、社会的身分又は門地の如何により差別をしてはならぬ」とするものであり、これは立法、行政、司法の全ての作用において要求される原則となる⁸。

このような佐々木説の立場を要約すれば、「14 条後段列举事由による区分については全て禁止され、それに該当しない行為については法適用の平等の内容のみ要求される」ということとなる。

そして、この佐々木教授の見解において注目すべきは、次のように述べている点である。

「国家が如何なることについて差別を設けるか否か、ということと、国家が、如何なることに着眼して差別を設けるか設けないか、ということとの二つを区別して考えなければならぬ。憲法第 14 条第 1 項が、人種、信条、性別、社会的身分、門地を示すは、国家が差別を設ける場合の着眼点であり、政治的関係、経済的関係、社会的関係を示すは、国家が差別を設ける事項である。例えば、国家が国民の経済的関係を定める場合に、性別を見て、その差別をつけるが如きことは、許されない、とするのである⁹」。

すなわち、佐々木教授は、平等原則が、政府行為の〔要件〕を問題にするのか、政府行為の〔効果〕を問題にするのかを意識的に分離して考え、「人種、信条、社会的身分又は門地によって」という部分は〔要件〕を、「政治的、経済的、社会的関係においては」という部分は〔効果〕を統制するものと考えていたものだったのである。そして、14 条 1 項後段は、政府行為の〔要件〕に着目し、後段列举事由を〔要件〕としてはならないということの内容としたものであった。このような立場は、一定の事項による区別は絶対にこれを禁止するという趣旨であるから、「制限的絶対平等説」ということができる¹⁰。また、この立

⁸ 「国家は、国民の政治的関係又は社会的関係たる事項を定めるに当り、国民の人種、信条、性別、社会的身分又は門地の如何により、差別してはならぬ。国民は、国家に対して、かかる差別をされないことを、要求する権利を有する。これを、生活規制無差別の権利という（同上 119 頁）」。

「例えば、国家が国民が官吏となりその他の方法で国務に参加すること（政治的関係たる事項）、会社を営み、その他の事業を為すこと、勤務報酬を得ること（経済的関係たる事項）、結婚を為すこと（社会的関係たる事項）について、或事項を定める場合に、国民の人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、差別をしてはならぬ。それは国家が如何なる作用を為す場合たるかを問わない。故に、立法、行政、司法のいずれたるかを論じない。即ち、立法を為す場合に、右のような差別をする規定をつくることはできない（同上 117-119 頁）」。

⁹ 同上 119 頁。

¹⁰ 「制限的絶対平等説とは、（1）取扱いにおいて考慮に入れてはならない事実上の条件または事由（たとえば性別、人種、社会的身分等）を限定し、（2）平等が要求される取扱い

場は、判例・通説の立場に比べて、極めて明確であると評価できる。

しかし、通説は、このような立場は硬直にすぎ、不合理な結論が帰結されると批判してきた¹¹。具体的には、14条後段列挙事由による区分であっても性別による区分など身体的条件の相違に基づくものについては合理的な場合がありうるということ、が指摘されてきた。

例えば、宮沢俊義教授は、「男と女のあいだには、生理的条件のちがいがあるから、そうしたちがいに応じて、女子について男子とちがった取扱いがみとめられることは当然であり、それは、もとより、法の下に平等に反するわけではない」とする。そして、例えば、女子についての再婚禁止期間、労働時間制限、生理休暇、育児休暇などについての特別取扱が認められるのは合理的であると評価するのである¹²。

しかし、現在の我々の目から見れば、かつての通説が「合理的」であると考えた具体的事例の多くが、実は、性的ステレオタイプを反映した「性差別的」制度であることが看取しうる。再婚禁止期間は、実際には嫡出推定のための制度ではなく、何らかの貞操意識から要求されている制度なのではないか。労働時間の制限も、女性は保護されるべき存在というステレオタイプにもとづいたものではないか。このような疑問から、現在では多くの性区分の合憲性が疑問視されるようになっている。

ただし、このような疑問が、従来からの「合理的な性区分とは何か」という問題の再検討として考えられているのであれば、それは旧通説の枠組を脱しきれていないこととなる。それでは、「性意識」の変化によって「性区分の合理性」も変化しうるということが確認されるにとどまり、憲法14条1項から何らかの規範が導かれたということにはならない。

そうではなく、憲法14条1項後段は～第4章において「疑わしき区分」について検討したところでみたように～「性」による区分は全て禁止したうえで、「性」による説明にかわる何らかの個別的正当化事由を要求していると解することもできるのではないか。例えば、女性には生理休暇が与えられるとする説明ではなくて、「生理がある人」には生理休暇が与えられるとする説明を要求していると考えればよいのではないか。このような枠組をとることは、実践的な利点もあろう。例えば、「出産した人」には出産休暇が与えられるとい

の事項またはその範囲（たとえば選挙権、教育、社会保障、納税等）を限定し、あるいは、（3）無視されるべき事実上の事由と平等取扱い事項を同時に限定することによって、その限度内において絶対的平等の実現をはかる考え方である（阿部照哉・野中俊彦著「現代憲法体系3・平等の権利」（法律文化社・1984）62頁）。

このような考え方に立つものとして、田畑忍「法の下に平等—日本国憲法第14条第1項の解釈—」公法研究第18巻1頁以下（1958）、安部義信「法的平等についての理論的考察」公法研究第18巻31頁以下（1958）など。

¹¹ 「法は具体的人間の規範であり、具体的な人間が事実上多くの差異をもっていることを考えあわせるならば、絶対的平等説は破綻せざるをえない（法学協会編前掲文献352頁）」。

¹² 宮沢前掲文献272-273頁。

う説明を要求しても、旧通説と結論の違いは生じない。しかし、「育児をする必要がある人」に育児休暇が与えられるという説明を要求すれば～育児をする必要があるのは女性にはかぎられないこととなり、旧通説の矛盾は明らかにされよう。

このような意味で、佐々木教授による「制限的絶対平等説」は通説によって考えられていたほどには不合理ではないと評価できよう。なによりも、佐々木教授は、もっぱら政府行為の〔要件〕に注目した議論をしている点において、平等原則の実体的内容を明確に示しうるものとなっているのである。

しかしながら、すでに述べたように、通説は、「相対的平等説」の立場にたって、「合理的区別」は許容されると考えてきた。そのうえで、学説は、そこでいう「合理性」の内容を明確化することに力をそそいできた。従って、次節では、さしあたり通説の立場に則って、このような「合理性」の内容を明確化する取組みについて検討することとする。

第2節 「合理性」の探求

伝統的枠組において、学説は、ここでいう「合理性」について、どのように考えてきたのか。阿部照哉教授によれば、ここには「合理性の内容を明らかにするアプローチ」と「合理性の認定方法を問題にするアプローチ」とがあった¹³。従って、本節では、まず、第1項において「合理性の内容を明らかにするアプローチ」について検討し、次に、第2項においては「合理性の認定方法を問題にするアプローチ」について検討することとする。

第1項 「合理性」の内容についてのアプローチ

憲法14条1項「平等原則」について、相対的平等説の立場から「合理的区別」を許容する以上、ここでの「合理性とは何か」と問うことは、「平等とは何か」を問うことと同じことになる。

そして、このように「合理性」という概念で説明する場合でも～第3章で検討した～「反差別原理」は参考になりうるであろう。すなわち、日本国憲法14条1項「平等原則」も、「道徳的に関連なき特徴」を政府行為の〔要件〕とすることを禁止するものであって、「道徳的に関連なき特徴」にもとづく政府行為こそ「不合理な差別」であるとして捉えることは可能であると思われるのである。

ちなみに、日本の憲法学説において、この「反差別原理」の立場に最も近いと思われるのは、いうまでもなく、佐々木惣一教授らによる「制限的絶対平等説」であろう。先述したように、佐々木教授は、憲法14条1項後段は、もっぱら政府行為の〔要件〕を問題にす

¹³ 阿部・野中前掲文献88頁。阿部教授は、この両者は「あれかこれかという択一的なものではなく、実質と手続の両面から合理性の判断基準の内実化と客観化に迫ろうとするものである」とする。

るものであることをも強調していたのである。

(1) 宮沢教授の議論

しかしながら、この佐々木教授と対比される、宮沢俊義教授も、もっぱら政府行為の「要件」の側を問題にする議論を展開していたことは強調しておかねばならない。とりわけ、宮沢教授は、その人の「生まれ」を「要件」とした政府行為に対して殊更に警戒的であったのである。まず、宮沢教授は、

「法の下での平等は、近代法の大原則である。それは、何よりもまず封建的身分制度に対するたたかいの原理として、主張された。それは、人間を彼がだれの子として生まれたかにもとづいて、すなわち、その『生まれ』にもとづいて、社会的に差別することを否定する趣旨をもっていた¹⁴」

と述べる。

そして、宮沢教授は、相対的平等説から「合理的差別」は許容されるとしながらも、「どういう差別が法の下での平等の原則に反する」のかという問題については、「人間性を尊重するという個人主義的・民主主義的理念に照らしてみても、不合理と考えられる理由による差別がそれである」とする。そして、「そういう基準から見て不合理な理由と考えられるもの」として、「第一に、先天的な条件をあげることができよう」と述べる¹⁵。その理由として、宮沢教授は、

「個人主義の原理においては、各人間は、自由の主体と考えられる。そのかぎりでは、彼は、責任の主体でもある。彼がある行為をしないと自由を有する以上、彼は、それをする事、または、しないことから生ずる不利益を甘んじて受けるべきであるかもしれない。しかし、そういう自由が存しない場合に、彼にそうした不利益を負わせるのは、正当でない。先天的にきまっている条件を理由として差別すれば、彼は自分でもどうにもすることのできない理由によって特に不利益を受けることになる。そういう差別は、明らかに不当である¹⁶」。

としている。このように宮沢教授は、人の生来的条件を政府行為の「要件」としてはならないということを平等原則の核心部分として捉えていたのである¹⁷。

¹⁴ 宮沢前掲文献 257 頁。

¹⁵ 同上 262 頁。

¹⁶ 同上 262-263 頁。

¹⁷ 宮沢教授によるこのような立場は、天皇制への批判としてもあらわれる。宮沢教授は、明治憲法における平等が極めて不完全なものであったことの例示として神権天皇制の存在

このような宮沢教授の立場は、憲法第 14 条 1 項後段にある「社会的身分」の解釈をめぐる議論の中に垣間見える。宮沢教授は、「社会的身分という言葉はその文字どおりにひろく社会生活において人の占めている身分と解し、金持、貧乏人、資本家、中小企業者、さらにある地域の住民たる地位などを意味するとする説もあるが、こうした説は、そもそも何のために社会的身分による差別を禁止しているか、法の下での平等の真の意味は何であるか、について考えることなしに、ただ条文の文字にかかざらわっているとの批判を免れない」と述べる¹⁸。そして、

「ここに社会的身分とは、法の下での平等の精神に照らして、出生によって決定される社会的な地位または身分をいうと見るべきである。そういう理由によって差別することが、民主主義の理念に照らして特に不合理とされるのである。金持と貧乏人とを差別して、後者の利益を守るために前者に対してある範囲内で不利益な取扱いを定めることなどは、法の下での平等に反するどころか、反対に、社会的国家的民主主義のまさに要請するところにはかならない¹⁹」。

本来、宮沢教授が、14 条後段列举事由について「例示列举説」に立っていることからすれば、後段列举事由の意義をかように限定して捉える必要性は乏しいはずである。そうであるならば、ここで「社会的身分」の意義を限定し、しかも生来的条件のことに限定しているということは、どのような意味があるのか。

ここでは、宮沢教授も、人種などの生来的条件を政府行為の「要件」としてはならない、ということ平等原則の一義的要請として考えていたと解さざるをえない。そして、14 条 1 項後段列举事由こそ、政府行為の「要件」としてはならない生来的条件などを列举した

をあげ、「この原理そのものが『うまれ』にもとづく社会的差別をその内容としていた」。このような天皇制原理という「建前がそもそも近代法における平等の原理に反するものである以上、この建前に立脚する明治憲法が採用した平等の原理がきわめて不完全なものであることを免れなかったのは、当然である」と考える（同上 259 頁）。そして、日本国憲法における平等原則は「明治憲法時代にくらべると、非常に徹底させられたといえるが、ただ同時に世襲天皇制がみとめられる結果として、そのかぎりでは、平等の原理はまだ完全には実現されていないことが注意される（同上 261 頁）」とする。

¹⁸ 同上 275-276 頁。

¹⁹ 同上 276 頁。さらに、宮沢教授は「門地」について、「社会的身分の意味をかように解すると、それが門地とどうちがうかが問題となる。法の下での平等の精神から見て、ここにいる門地もまた、社会的身分と同じく、出生によって決定される社会的な地位または身分をいうと解するのが、おそらく憲法の精神に適合するだろうと思われる（同上 276-277 頁）」と述べる。

ものであったと考えていたのである。この意味で、宮沢教授は、「合理的区別」という概念につき、何らの定義も与えないまま提示したわけではなく、「生来的条件による区分」自体が「不合理な差別」の内容であるということを強く示唆していたのであった。ただし、宮沢教授は、そのような生来的条件による区分でも例外的に許される場合もありうることを考慮し、そのような例外的場合についての検討は後代の課題として残されたと言えるのである。

(2) 近年の議論～松井教授、安西助教授らの議論

これに対し、それ以降の学説は～第2項で検討するように～「合理性の内容」ではなく、「合理性の認定方法」（違憲審査基準）を採求することに重きをおいていたように思われる。しかし、近年になって、アメリカ平等保護理論の影響をうけて、「合理性の内容」を問題視する議論も登場しつつある²⁰。

例えば、松井茂記教授は～Carolene Products 判決脚注4についての議論、さらに、それについての Ely 教授の見解を参照して～平等原則について提言する²¹。

松井教授は、憲法 14 条 1 項「平等原則」の問題についても政治過程との関連で捉え²²、次のように述べる。

「民主主義原理のもとでは、意見を尽くした後最終的には国政は多数決で決定される。し

²⁰ また、井上典之教授は、ドイツ基本法 3 条「平等原則」について連邦憲法裁判所が採用している「新定式」という判断枠組を参照して、平等保障の実体内容を採求する。井上教授によれば、平等保障における、第一要請とは「人を『人間』という範疇に分類した場合の人間は人間として同質・同量に取り扱われなければならない」というものであり、第二要請は「各人の持つ事情によって人を『人間』よりも細分化された範疇に分類する場合には、同質の事情には同質の取扱いを、同量の事情には同量の取扱いを要請し、逆に、質的・量的に異なる事情については別異取扱いをしてもよい」というものである。井上教授は、このように平等原則の実体内容について二段階に整理したのち、それに対応する違憲審査基準論を提示するというアプローチをとる（井上典之「平等保障の裁判的実現—平等審査の方法とその権利保護—（一）（二）（三）（四）」神戸法学雑誌第 45 巻 3 号 533 頁以下（1995）、第 46 巻 1 号 127 頁以下（1996）、第 46 巻 4 号 693 頁以下（1997）、第 48 巻 2 号 301 頁以下（1998））。

²¹ 松井茂記『二重の基準論』（有斐閣・1994）（以下、松井「二重の基準論」）。松井教授は、アメリカにおける平等保護条項の理解には、プロセス的理解と、実体的理解という二つの理解があることを指摘し～第4章で紹介した～Ely 教授によるプロセス的平等保護理論を参照するものである（170-171 頁）。

²² 松井教授は、平等原則についても、Carolene Products 判決脚注 4 との関連を意識することが必要であり、そのことによって「表現の自由の制約など政治的プロセスの制約の問題と、人種、信条、性別、社会的身分などを理由とする差別が特に『疑わしい』区分と見られなければならない理由との結びつきを再検討することが必要となろう」と述べる（同上 295 頁）。

かし代表者は、『全国民の代表』でなければならない。もし『切り離され孤立した』少数者に対する偏見のゆえに、代表者がこのような少数者を適切に代表しているとは言えないような事情があれば、司法府こそが、これら少数者の利益を適切に代表するように確保することが要請されよう。従って、これらの「切り離され孤立した」少数者に対する差別についても、当然厳格な審査が正当化されると考えられる。この観点からは、憲法 14 条 1 項後段列挙の事由が重要な意味を持つてくる²³。

このように、松井教授は、憲法 14 条 1 項「平等原則」も政治過程の機能障害を除去するための機能を有すると考えるのである。そして、このように考えれば、14 条 1 項後段列挙事由とは、政治過程に機能障害をもたらすような事項を列挙したものとして把握されることとなる。すなわち、

「これらの列挙事由は、歴史的にしか理解することは困難であろう。つまり、それらは過去において『市民』を市民でないものとして、あるいは二級市民としてしか扱わないためにしばしば用いられてきた徴表であったというべきであろう。それらの事由は、そのために社会に偏見を生み、代表者がこれらの少数者の利益を適切に代表することを拒否してしまうため、裁判所による厳格な審査が正当化されるのである²⁴」。

このようなことから、松井教授は「生来的条件」による区分を禁止するものであるという見解に反対し、「先天的な条件がすべて疑わしいものとはいえないように思われる」とするのである²⁵。

しかし、このような松井教授による見解に対しては、第 4 章で Ely 教授の議論に対して行った批判がそのまま妥当するであろう。すなわち、(1) ある種の一般化を「許されざる偏見」とみなすか、「正当な一般化」とみなすかは、実は、その一般化が「生来的条件」によるものか否かにもとづいている。例えば、「暴力団」に対して「偏見」があり、そのために「暴力団」が政治的に少数派でありつづけても、それを差別とはいわないのである。また、(2) 生来的条件による一般化を禁止したうえで、より個別的な正当化事由による説明を要求することは可能であろう。

また、安西文雄助教授も、アメリカ平等保護理論～とりわけ Karst 教授の議論～の影響をうけて平等原則について探求するものである²⁶。

²³ 同上 315 頁。

²⁴ 松井茂記『日本国憲法』(有斐閣・1999) 380 頁。

²⁵ 同上 379 頁。

²⁶ 安西文雄「法の下での平等について (一) (二) (三) (四)」国家学会雑誌第 105 巻 5・6

安西助教授は、第3章で紹介したような Brest 教授や Karst 教授の議論を紹介したうえで²⁷、「平等という人権の価値の中核には、人にスティグマを押しつけ、自尊を害してはならないという人権価値がみいだされる」と述べる²⁸。すなわち、平等保護原理の中核は、個人を「自尊」侵害から救済するという点にあると捉えるのである²⁹。

そして、人種などの区別指標をもちいることは、「被差別者の『自尊』(self-respect) (自分自身の価値の感覚などをその内容とし、自己のライフ・プランを意欲をもって遂行するためには不可欠なもの) を侵害するという重大な害悪を醸し出す」がゆえに許されないのだとする³⁰。

このようなことから、安西助教授は、「人権価値を侵害する危険の大きさによって審査基準の厳格さを決定するというアプローチ」を主張する。すなわち、

「いかなる区別指標によるかにより自尊侵害の危険が類型的に異なることに着目して考えてゆくのである。例えば人種による区別であれば自尊侵害の危険が類型的に非常に大きい。これに比して、先天的に決定されるものであっても社会的偏見の伴わない指標による区別であれば、自尊侵害の危険は類型的にそれほど大きくはない³¹」。

このようにして、特定の区分に、どのような違憲審査基準が適用されるべきかについても、「自尊侵害の大きさ」によって決定されるものと考えてるのである³²。

このようなことから、安西助教授は、日本国憲法の解釈論においても「憲法14条1項後段列举事由は、日本あるいは外国における歴史的経験からして、被差別者にスティグマを押しつける危険の大きい区別指標を例示列举したもの」と捉える。従って、このような「区別指標による差別」は「当該区別指標が帶有するスティグマの危険の大きさ」によって、中間審査基準が適用されるのか、厳格審査基準が適用されるのかが決定されるのだとするのである³³。

このような議論は、少なくとも、後段列举事由による区分については厳しい審査基準が

号1頁以下(1992)、第107巻1・2号173頁以下(1994)、第110巻7・8号1頁以下(1997)、第112巻3・4号69頁以下(1999)(以下、安西「法の下での平等」)。

²⁷ 安西「法の下での平等」第105巻5・6号329-340頁。

²⁸ 安西「法の下での平等」第107巻1・2号210頁。

²⁹ 『『等しいものは等しく取り扱うべきである』という平等の定式に外在するスタンダードがあることは認めつつ、そのスタンダードの内容を決定するのが、ほかならぬ平等の人権価値である自尊である(安西「法の下での平等」第112巻3・4号104頁)』。

³⁰ 安西文雄「平等」(樋口陽一編『講座憲法学(3)権利の保障1』(日本評論社・1994)76頁以下)(以下、安西「平等」)87頁。

³¹ 安西「法の下での平等」第112巻3・4号111頁。

³² 安西「法の下での平等」第110巻7・8号17-23頁。

³³ 安西「平等」87頁。

適用されるとするという判断枠組については正当なものであろう。しかし、安西助教授の議論は～第3章で検討した Karst 教授の議論がそうであったように～実は、根拠と結論が逆転したものとなっている。安西助教授は「ある区別指標によってスティグマ（自尊侵害）を押しつける危険が大きくなるほど」、「当該区別指標は疑わしくなる」という判断枠組をとる（これは Karst 教授が、「平等な市民権を侵害するような」「区分は疑わしい」とすることに対応している）。しかし、「女性」であることを理由とした不利益扱いが許されないのに、「暴力団員」であることを理由とした不利益扱いが許されるのは、「女性」という区別指標が「生来的特徴」であるからにはほかならない。すなわち、『スティグマ（自尊侵害）をもたらす』がゆえに『当該区別指標が疑わしい』のではなく、『生来的特徴による区分は』『それ自体疑わしい』のであって、そのような生来的特徴がなされることについての心理的な障害を「スティグマ（自尊侵害）」と表現しているにすぎないのである。例えば、「成績不良」であることを理由として、入試に失敗して心理的被害を被ったことをもって「スティグマ（自尊侵害）をうけた」とはされないであろう。この意味で、「スティグマ（自尊侵害）」という概念は、「生来的特徴による区分」によってもたらされる不正義のうちのほんの一部分を表現しているものにすぎず、その存在が「疑わしさ」を決定づけているわけではないのである³⁴。

ここでみたように「自尊侵害」という概念は、平等原則の内容について包括的に説明するものとはなりえない。ここでの安西助教授の議論も、「生来的特徴」であるか否かという一点に集約されることとなるのである³⁵。

ここまで検討してきたことからすれば、日本国憲法 14 条 1 項「平等原則」についても、その第一義的意義は「生来的条件」を政府行為の「要件」としてはならないということだ

³⁴ この点は、安西助教授が、Brest 教授の議論と、Karst 教授の議論との相違を意識せずに論じていることと関わる（安西「法の下での平等」第 105 巻 5・6 号 329-340 頁）。確かに、Brest 教授も、Karst 教授も、人種区分による心理的害悪を指摘するものである。しかし、第 3 章でも詳述したように、Brest 教授は、人種などの不変的特徴を「要件」とすること自体によって「スティグマ」がもたらされると考えているものである（Paul Brest, *The Supreme Court 1975 Term-Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle*, 90 *Harv.L.Rev.* 1, 8 (1976)）。これに対し、Karst 教授はスティグマによって「平等な市民権」が害される程度（[効果]）によって区分の疑わしさが決定されると論じる（Kenneth L. Karst, *The Supreme Court 1976 Term-Foreword: Equal Citizenship Under the Fourteenth Amendment*, 91 *Harv.L.Rev.* 1, 26 (1977)）。

³⁵ また、安西助教授による「先天的に決定されるものであっても社会的偏見の伴わない指標による区別であれば、自尊侵害の危険は類型的にそれほど大きくはない」という指摘については、第 4 章で Balkin 教授の議論に対して行った批判があてはまるであろう。すなわち、例えば、「血液型」や「星座」といった特徴は、それほど強度な社会的偏見の対象ではなく別異取扱の「要件」とされることもないため憲法問題にならないのは当然である。しかし、これらの特徴が別異取扱の「要件」とされれば（「蠍座の人間は営業職に適さない」など）、やはり「疑わしい」とみるべきであろう。

とすることは可能であると思われる。そして、「生来的条件」を政府行為の「要件」とすることが許されるのは、「生来的条件」が考慮されてきた歴史などから、それが考慮されなくなるような条件をととのえる必要がある場合～例えば、Affirmative-Actionのような場合～に限られると考えることもできると思われる。あえて通説の枠組に則って「合理性」という概念で説明するならば、そのような場合のみ「生来的条件」による区分は「合理的」なものとなりうるのである。

従って、平等原則について、更に精密な議論を展開する～例えば、違憲審査基準論を構築する～にあたっては、このような「合理性の内容」についての含意を背景とするものでなければならない。本稿の枠組に従えば、違憲審査基準は原則的には不合理であるはずの「生まれ」による差別が、どのような場合であれば「合理的」でありうるのかを精査するための枠組でなければならないのである。この点をふまえ、次項では、日本の学説が、違憲審査基準について、どのような議論をしてきたのかについて検討することとする。

第2項 審査基準からのアプローチ

(1) 二段階審査基準論～伊藤正巳教授の議論

阿部教授のいう「合理性の認定方法を問題にするアプローチ」～すなわち、違憲審査基準論～について、最初に特筆すべき業績を残したのは伊藤正巳教授であった。

伊藤教授も「法の前平等の原則は、一切の法的取扱の均等を要求するものではない」として、相対的平等説の立場に立つことを明らかにする。すなわち、『均しきものは均しく、異なるものは異なるように』法は取扱うべきであるとするも、異なるものの取扱において、その比率が均等なことを求める」ものであるとする³⁶。

しかし、伊藤教授は、相対的平等説における「正義ないし合理性という標準は、その内容において抽象性を免れえない」ことから、「通説を維持しその相対的平等の観念を貫くためには、『合理性』の意味内容を理論的に分析し、また法技術的に合理性の論証を客観化する方向を考えていくことが必要」であるとする³⁷。

そして、伊藤教授は、アメリカにおける判例理論（疑わしき区分理論）を引用しつつ、このような「合理性」の意味内容を明らかにするために、14条1項後段列挙事由を参照することを提唱する。すなわち、

「前段の場合は差別的立法もなお合憲性の推定が存し、違憲の主張者にそれが合理性を欠くことの証明が求められるのに反し、後段所定の事由による差別の場合は、逆にむしろ合憲の主張者に合理的差別の論証が要求される³⁸」

³⁶ 伊藤正巳「法の前平等」『国家学会雑誌』64巻1号（1950）＝文献選集日本国憲法5『平等権』18頁以下（三省堂・1977）30-31頁。

³⁷ 伊藤正巳「法の下平等」『公法研究』第18巻17頁以下（1958）20-21頁。

³⁸ 同上24頁。

とするのである。このように 14 条 1 項後段列举事由以外による区分と、後段列举事由による区分の場合では「挙証責任の転換が行われている」と考えるのが、伊藤教授による議論であった。

(2) 多段階審査基準論の形成～芦部教授、戸松教授らによる議論

このような議論をうけて、後段列举事由に特別の意味を認め、後段列举事由に該当するか否かによって審査基準を使いわけるといった判断枠組（特別意味説）は、通説的な地位をしめるにいたっている³⁹。そして、さらに近年では、アメリカにおける審査基準論の展開を参照して、審査基準論を更に細分化するという判断枠組が提唱される。

例えば、戸松秀典教授は、アメリカにおける三段階審査基準論を紹介して、日本における審査基準論の再構成を主張する。アメリカにおいては、従来の「厳格審査—合理性の基準」という二段階審査基準論の硬直化が指摘されているのをうけ、新しく「厳格な合理性の基準」という中間的審査基準が採用されている。戸松教授は、このような「厳格な合理性の基準」は事案に応じた柔軟な判断を可能にするものとして評価したうえで⁴⁰、それを日本の違憲審査基準にもちこむことを考えるのである。戸松教授の提唱する新しい審査基準とは

「①精神的自由やその他の基本的人権および『人種、信条、性別、社会的身分又は門地』について法が差別しているという主張がなされたときは、裁判所は、それが不快な差別にあたるとして合憲性の推定を排除した厳格な審査を行うべきこと、②差別されたと主張される権利や利益が右の範疇に含まれない場合でも、裁判所は個別に、事件ごとに、単なる合理性の基準によらない厳格度を増した合理性の基準を採用すべきこと⁴¹」

というものである。戸松教授によれば、①のように、厳格審査の対象になるものとして二つの類型を設定したのは、アメリカにおける「基本権型事案」と「疑わしき区分型事案」を参照したものだとされる⁴²。そして、②については、「平等原則の適用を求める訴訟のすべてが①の場合に妥当するわけで」ないが、「厳格な審査に属しない差別事由については、立法府の政策的判断に委ねることが妥当とされがちな事由であるために、平等原則の適用が求められると、裁判所は、十分な検討をしないままに合理的差別であると判断しかねな

³⁹ 佐藤幸治『憲法（第3版）』（青林書院・1995）477-478頁、長谷部恭男『憲法』（新世社・1996）172-173頁など。

⁴⁰ 戸松秀典「平等原則と司法審査」（有斐閣・1990）93-122頁。

⁴¹ 同上 325頁。

⁴² 同上 325-326頁。

いことにも配慮」したものであるとされる⁴³。

このような提言は、平等原則について「厳格審査基準」「厳格な合理性の基準」「合理性の基準」の三段階の審査基準を予定するものである。しかし、戸松教授は、これは「あらかじめ用意された審査基準を訴訟の争点に機械的に適用して問題を解決することを説いているのではない」のであって、差別的扱いをうけた利益の憲法上の価値にてらして「審査基準の厳格度が決定され適用される」ものであるとする⁴⁴。

そして、芦部教授も、基本的には、このような三段階審査基準論にのっとりて憲法 14 条「平等原則」についての解釈論を整理する。

芦部教授によれば、まず、もっとも厳格度の高い「必要不可欠な公共的利益の基準」とは「①立法目的（当該差別的な取扱いの目的）がやむにやまれぬ（*compelling*）公共的利益、すなわち必要不可欠な公益～それは基本的な憲法価値の制限を正当化するほど重大な価値を有する公共目的でなければならない～を追求するものであること、②この公益に奉仕するために選択された手段が右目的の達成に是非とも必要であること、を論証するきわめて重い責任を政府が負うという基準」であるとされる⁴⁵。

次に厳格度の高い「実質的な合理的関連性の基準」とは、「①立法目的が重要（*important*）なものであること、②その目的と規制手段（具体的な取扱い上の違い）との間に事実上の実質的関連性（*substantial relationship in fact*）があること、を論証する責任を規制を加える公権力側に負わせる」ものである⁴⁶。

最後に、もっとも厳格度の緩い「合理的根拠の基準」とは、「①立法目的（当該取扱い上の違いを設けた目的）が正当（*legitimate*）なものであること（立法目的が何らかの方法で公共の福祉を増進するための働きをするものであれば正当とみなされる）、②具体的な取扱い上の違いが（手段）が右目的の達成に『合理的に関連している』（*rationaly related*）こと（手段が純粋に恣意的であるような場合にのみ合理性なしとされる）、をもって足りるとする基準である」とされる⁴⁷。

そのうえで、芦部教授は、憲法 14 条 1 項後段列挙事由による区分の全てについて「必要不可欠な公共的利益の基準」を適用することは、司法審査のありかたとして硬直的にすぎる、と批判する⁴⁸。従って、後段列挙事由による区分については、すべて原則として「実質的な合理的関連性の基準」が適用されるものとしつつ、人種差別のような場合には、「ケースバイケースに厳格度を強めることを考えた方がよい」とする⁴⁹。また、憲法 14 条 1 項後

⁴³ 同上 326-327 頁。

⁴⁴ 同上 327-328 頁。

⁴⁵ 芦部信喜『憲法学Ⅲ・人権各論（1）』（有斐閣・1998）（以下、芦部「憲法学Ⅲ」）27 頁。

⁴⁶ 同上 29-30 頁。

⁴⁷ 同上 28 頁。

⁴⁸ 同上 26 頁。

⁴⁹ 同上 28 頁。

段列挙事由以外の区分については、原則として「合理的根拠の基準」が妥当するものと考えられる。

さらに、芦部教授は、平等原則についての違憲審査基準に「二重の基準論」をもちこみ、「精神的事由ないしそれに関連する問題（選挙権など）」について平等原則違反が争われる場合には厳格度の高い審査基準が適用されるのに対して、「経済的自由の積極目的規制」について平等原則違反が問題とされる場合には「合理的根拠の基準」が適用されるものと考えるのである⁵⁰。

（3）検討

今日では、これら芦部教授や戸松教授の見解にあるように、平等原則について、憲法 14 条 1 項後段列挙事由を手掛かりにしつつ、三段階の審査基準をもちいることが有力に主張されている。しかし、このような審査基準の精緻化を目指す議論には、いくつかの疑問がある。

第一に、もっとも重要な疑問は、このような審査基準の精緻化によって、相対的平等説における「合理性」の内容が明らかになったのか、ということである。

例えば、伊藤教授の議論からは、憲法 14 条 1 項後段列挙事由による区分は、「厳格審査基準」が適用され、原則として憲法違反とされるということは理解しうる。しかし、ここでは「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」による区分は、「疑わしいもの」であるが、「ある場合には合理的でありうる」ということが所与のものとして示されている。そうであるならば、人種や性別による区分が「合理的である」とはいかなる場合なのかが示されなければならない。人種区分や性別区分が、厳格審査基準をクリアするのはいかなる場合なのかが示されねばならないのである。

この点、芦部教授や戸松教授による議論は、確かに違憲主張のための証明責任を明示するものとなっている。しかし、そこにもいくつかの疑問点がある。例えば、芦部教授の枠組からは、14 条 1 項後段列挙事由による区分であっても、「その制約を正当化するほどの」「公共的必要性」があれば、許容されるということが読みとれる。しかし、ここで芦部教授が「公共的必要性」として念頭においているものは何か。もし、それが「平等原則の本質に反するような区分であっても、それを上回るような『公共的必要性』があれば許容される」という趣旨（「費用便益分析型」厳格審査）であれば～第 7 章で指摘したように～それは「差別」を許すための「抜け道」ということになろう。そうではなく、それが「後段列挙事由による区分であっても、平等原則の本質に反しないと思われるような『特別の事情』によるものであれば許容する」という趣旨（「真意探求型」厳格審査基準）であるならば、そこでは、「平等原則の本質」とは何で、それに反しないと思われるような「特別の事情」とは何かが示されねばならないはずである。

⁵⁰ 芦部信喜『憲法（新版補訂版）』（岩波書店・2000）125-126 頁。

このように、「合理性の内容」～平等原則は何に反対しているのか～という本質的課題を回避したまま、「合理性の認定方法」～審査基準～を精緻化させても、平等原則の実体的内容は明らかにならないであろう⁵¹。従って、何らかの違憲審査基準を構築していく必要があるにせよ、それは「平等とは何か」という実体的価値を前提としたものである必要があったのである。

第二の疑問は、「実体的権利」と「平等」との関係の問題である。先述したように、戸松教授は、「精神的自由その他の基本的人権」について区分する場合には「厳格審査基準」が適用される、とする。また、芦部教授は、平等原則にかかわる違憲審査基準についても「二重の基準論」をもちこみ、精神的自由についての区分については厳しい審査基準を適用し、経済的自由についての区分については緩やかな審査基準を適用すべきことを提唱する。

しかし、このように憲法 14 条 1 項「平等原則」の解釈論に「実体的権利」の問題を組み込まれることによって、「平等」と「権利」の関係についての混乱をもたらされた。例えば、堀木訴訟⁵²の事例に見られるように「障害福祉年金受給者は児童福祉手当を受給できない」という法規範が、憲法 14 条 1 項「平等原則」の問題になるのか、憲法 25 条「生存権」の問題になるのかが問題になってきたのである⁵³。

しかし、このような問題は、平等原則は政府行為の〔要件〕を問題にするものであると考えれば、自ずと解決する。例えば、「外国人には福祉受給権がない」という法規範がある場合には、「外国人」という〔要件〕をもちいていることによって憲法 14 条 1 項との関係で問題になり、「福祉受給権がない」という〔効果〕を与えていることによって憲法 25 条との関係で問題になるのである。すなわち、一つの政府行為について、「平等原則」と「基本的権利」は、それぞれ別々に問題になりうると考えればよいのである。

この点、芦部教授や戸松教授は、アメリカを参考にして、憲法 14 条 1 項「平等原則」によって「基本的権利」侵害をも処理しようとするものであるといえる。しかし、奥平康弘教授が指摘しているように、アメリカにおいてこのような処理がなされてきたのは、アメリカ合衆国憲法の権利章典には、日本国憲法とちがって社会権条項などが存在しなかったことに理由がある。すなわち、社会権条項という「欠けている部分を現代風に充足すべく、アメリカ合衆国憲法では、憲法修正 14 条『法の下での平等』条項が有用なものとして着目さ

⁵¹ この点、井上教授は「合理的区別は許されるとの前提の下に、区別の許容性を判定するために合理性の基準あるいは学説により提唱されるより精密度・厳格度の高い基準を用いるというだけでは、本当の意味での平等審査は行われ得ないのではなかろうか」と述べる（井上前掲論文第 45 巻 3 号 564-565 頁）。

また、棟居快行教授は、このような学説の動向について「平等保障の実体を正に『相対化』ないし曖昧化しつつ、他方では違憲審査基準の厳格化を図ろうとするもの」と評価し、「いったい曖昧なものを厳格に審査するとはどういうことを意味しているのだろうか」と批判する（棟居快行『人権論の新構成』（信山社・1992）116 頁）。

⁵² 最大判 1982 年 7 月 7 日民集 36 巻 7 号 1235 頁。

れたのであった」。これに対し、日本国憲法においては社会権条項などの人権規定が整備されているので、日本国憲法の解釈において「基本的人権」の問題に関して「法の下での平等」条項をもちいる必要はない⁵⁴。「基本的人権」の侵害については、個別の人権条項によって判断することが可能であるし、そうすべきであろう⁵⁵。

そして、第三の疑問は、芦部教授や戸松教授の議論における「基準」という語義である。

先述したように、戸松教授は、「あらかじめ用意された審査基準を訴訟の争点に機械的に適用して問題を解決することを説いているのではない」として、差別的扱いをうけた利益の憲法上の価値にてらして「審査基準の厳格度が決定され適用される」ものであるとする。また、芦部教授は、後段列举事由による区分について、原則として「実質的な合理的関連性の基準」が適用されるものとしつつ、「ケースバイケースに厳格度を強めることを考えた方がよい」とする。

しかし、そもそも「基準」とは、あらゆる事実関係について一定程度画一的な処理をするための方法論でなければならないのではなからうか。すなわち、一定の「基準（スタンダード）」にてらして「事案（ケース）」が判断されるべきであって、「事案ごと（ケースバイケース）」に「基準（スタンダード）」がかわってしまうというのであれば、それは「基準」とはいえないと思われるのである。この意味で、芦部教授や戸松教授によって提唱される「違憲審査基準論」とは、「事案」によって「基準」を決定していこうとするもの～すなわち「基準」と「適用」とが混乱した「結論先取的」なものなのではないかと疑われる。

そもそも、「審査基準論」とは、一定の区分に対して、一律の「基準」を適用して、その「基準」をもちいて「許されうるもの」と「許されざるもの」が判断できるような、判断枠組を提供するものでなければならない。従って、ここでは、一応は、後段列举事由による区分の全てに「厳格審査基準」が適用されるとしたうえで、その「厳格審査基準」によって「許されうる区分」と「許されざる区分」を精査するという方法論が正当であり、「基準」という語義に適うのではないかとと思われるのである⁵⁶。そして、ここで適用されるべき

⁵³ 芦部信喜『憲法判例を読む』（岩波セミナーブックス・1987）157-163頁参照。

⁵⁴ 奥平康弘『「基本的人権」における『差別』と『基本的人権』の『制限』—『法の下での平等』を考える』名古屋大学法政論集 109号 245頁以下（1996）253頁。

また、芦部教授などは「精神的自由」については区分については厳格審査基準を適用すべきことを主張するが、この点についても平等保護条項の問題として捉える必要性は薄いと思われる。

この点、例えば、松井教授は「確かに、表現の自由に関する事例では、差別は厳格に審査されるべきだと思う。ただ、これを憲法 14 条の平等権の理論の中に持ち込むのが妥当かどうかには疑問の余地がある。」「このような厳格審査は、憲法 14 条の枠の中においてではなく、憲法 21 条によって正当化する方が適切なのではなからうか」と述べる（松井「二重の基準論」303頁）。

⁵⁵ 奥平前掲論文 255-257頁。

⁵⁶ この点、芦部教授は、アメリカにおける「必要不可欠な公共的利益の基準」は、「事実上

「厳格審査」とは～第7章で述べたように～「平等保護の本質」からみて許容される区分と、「平等保護の本質」からみて禁止される区分とを判別できるような「真意探求型」厳格審査でなければならないのである。

ここまで見てきたように、従来の違憲審査基準論には様々な疑問がある。しかし、このことは、結局は、平等保護における実体的価値論が充分につめられていなかったことに原因があるように思われる。

この点、本稿は、日本国憲法14条1項「平等原則」の実体的価値とは「生来的条件」からの解放であると考え。そして、例外的に「生来的条件」を政府行為の〔要件〕とすることが許されるのは、「生来的条件」が考慮されてきた歴史などから、それが考慮されなくなるような条件をととのえる必要がある場合～例えば、Affirmative-Actionのような場合～に限られると考える。

このような実体的価値論を背景とすれば、平等原則にかかわる「厳格審査基準」においては、「生来的特徴」による区分について、そのような区分が、個人を「生来的特徴」によって判断することを目的とするものではなく、むしろ「生来的特徴」による判断を矯正することを目的としている場合にのみ正当化しうるものとなる（目的審査）。そして、そのうえで、当該区分が、そのような目的達成のためのみにつくすものであることを要求することによって、「生来的特徴」によって個人を判断するような～まさに平等の理念に反するような～不正な目的を「焼きだす」ことを目的とするものとなる（手段審査）。

致命的」であるため、後段列举事由による区分の全てに適用することは、司法審査のありかたとして硬直的にすぎるとする（芦部「憲法学Ⅲ」26頁）。しかし、そもそも、アメリカ最高裁における「必要不可欠な公共的利益の基準」を、そのまま日本における「厳格審査」の内容とする必要はない。アメリカにおいてすら「事実上致命的」ではないような「厳格審査基準」を提唱する議論は多いのであるから、日本における「厳格審査基準」のありかたを独自に考えればよいのである。また、もし、それが「事実上致命的」なものであるのであれば、それは「基準」とはいえないものであろう。

終章の冒頭でみたように、従来の通説は相対的平等説にたって「合理的区別」は許されるとするものであった。しかし、～序章でも述べたように～この「合理性」という言葉は、不明確であるばかりか、不正確ですらあるようにも思える。なぜなら、人種的区分にせよ、性区分にせよ、何らかの正当な目的にてらして合理的である場合はありうるからである。

この点、佐々木惣一教授の議論のように、後段列举事由による区分は～その合理性のいかんをとわず～絶対的に禁止されるとする考え方は存在した。また、これと反対するものとされる宮沢俊義教授も、憲法 14 条 1 項後段列举事由を「生まれ」による区分と同視したうえで、「生まれ」による区分こそが「不合理な差別」の内容だと考えていたことは明らかである。

このように、憲法 14 条 1 項「平等原則」における一義的な意義は、人の生まれによって決定される生来的条件による区分を禁止することにあることが確認されなければならない。そして、そのような生来的条件による区分は、原則として平等原則に違反するものとされなければならないのである¹。

このことから、「性別」などの生来的特徴による区分は、それ以外の個別的正当化によって再整理される必要があると考えられる。例えば、「女性」に出産休暇が与えられるのではなく、「妊娠した人」に出産休暇が与えられるという説明がなされるべきなのである。あるいは、「視覚障害者」は運転が禁止されるのではなく、「運転技能が劣る者」は運転が禁止されるという説明がなされるべきなのである。このような説明を要求することによって、かつて女性のみ育児休暇が認められていたような状況、あるいは、現在でも障害者が国家資格から排除されているような状況、を変化させることができる。

そして、ごく例外的に「生来的条件」による区分自体が許されるとするならば、それは「生来的条件」が考慮されてしまうような社会状況に鑑み、「生来的条件」が考慮されなくなるような条件をととのえるための行為～例えば、Affirmative-Action など～に限定して考えるべきである。そのような行為は、「平等原則の本質」には反しない、むしろ「平等原則の本質」から要請されるものと考えられるであろう。

¹ 例えば、浦部法穂教授は「平等原則の前提である人間平等の理念および民主制の理念に照らして、およそいかなる関係においても（いかなる権利・利益についても）異なった取扱いの基礎とはしてはならないと考えるべきものがある」。「それは、それぞれの人の生まれによって決定される先天的条件であり、また、各人の思想・信条である。近代憲法が確立した平等の観念は、そもそも生まれによる差別を認めないことに、その核心がある」。「したがって、先天的に決定される条件や思想・信条に基づいて、法的に異なった取扱いをすることは、どのような権利・利益についてであれ、原則として憲法上禁止される「差別」とみなすべきものとなる」と述べる（浦部法穂『全訂・憲法学教室』（日本評論社・2000）107-108 頁）。

また、生来的特徴以外による区分についても、それが憲法上の基本的人権を侵害ないし縮減するような場合には許されないということはいまでもない。すなわち、生来的特徴を政府行為の〔要件〕としないものであっても、基本的人権を縮減するような〔効果〕を有する政府行為は、憲法上禁止されることとなる。しかし、このような問題については～第3章でも、終章でも指摘したように～「平等」の問題としてではなく、「実体的権利」の問題として捉えうる場合が多いと思われる。ここでは、「平等保護条項」には「個人を生来的条件から解放すること」に意義があるのであって、「実体的権利条項」には生来的条件から解き放された個人の実体的権利を保障することに意義があるのだと考えるべきであろう。

最後に、このように考えれば、平等原則にかかわる違憲審査基準とは、当該区分が「平等原則の本質」～「生来的特徴」を考慮してはならないという原理～に反しないものといえるか否かを精査するものでなければならないはずである。具体的にいえば、「生来的特徴」による区分には、全て「厳格審査基準」が適用されるということとされる。そして、この「厳格審査基準」が適用されれば、「生来的特徴による区分」は、それが個人を「生来的特徴」によって判断することを目的とするものではなく、むしろ「生来的特徴」による判断を矯正することを目的としている場合にのみ支持されうることとなるであろう（目的審査）。そして、そのうえで、当該行為が、そのような目的達成のためのみにつくすものであることを要求することによって、「生来的特徴」によって個人を判断するような～まさに平等の理念に反するような～不正な目的を「燻りだす」ことができるであろう（手段審査）。

日本国憲法は、世界でも稀なほどの網羅的な人権カタログをおき、立憲主義国家における基本原理を詳細にしめすものとなっている。その中でも、憲法14条1項は～とりわけ、後段列举事由の存在は～近代国家における平等という理念を明確にするものとみることができる。すなわち、その理念とは「全ての人は、その生来的条件から解き放されて、個人として尊重されるべきである」という個人主義的理念である。従って、憲法学における、具体的な解釈理論もこのような個人主義的理念の実現につくすものでなければならないであろう。