

(要約)

憲法上の平等原則とアファーマティブ・アクション ——アメリカの議論を手掛かりに——

高橋 正明

はじめに

1. 問題提起

本稿は、憲法上の平等原則とアファーマティブ・アクションの関わり——アファーマティブ・アクションの憲法上の位置づけおよび違憲審査の在り方——について、アメリカの議論を手掛かりに検討するものである。

我が国の憲法上の平等原則について、通説的見解は、実質的平等（結果の平等）ではなく、形式的平等（機会の平等）を保障している、とする。この規範要請は広く受容されているところであり、近年、人種や性別といった分類を法文に明示して人種的マイノリティや女性に不利益を課す差別（以下「直接差別」という。）は減少している。しかし、国家による過去の差別の影響および現存する私人による差別の被害が累積的に蓄積する「社会構造的差別」のために、民族、性別、出自に基づく社会経済的格差は我が国で依然として存在する。この差別構造を司法の手で是正するのは困難であるところ、その是正のための立法措置として想定されるのが、アファーマティブ・アクション（積極的差別是正措置。以下「AA」という。）である。

AAに関する我が国の憲法学の関心は、その正当化根拠の解明および違憲審査の在り方にある。しかし、本稿の問題関心は、従来の通説的見解の枠を大きく超える。すなわち、これまでの憲法学の関心は、AAは、どのような態様であればAAは憲法上「容認」されるのかという点に向けられてきた。しかし、この通説的見解に対して、本稿は、従属的地位にある集団が社会構造的差別によって社会的に排除される事態は、そもそも憲法上是正されるべきではないかという問題意識を有している。そして、この立場からすれば、AAも、社会構造的差別の是正を求める憲法上の権利を法律により具体化した措置として位置付けられるのではなからうか。

また、アメリカの判例理論は、成果主義の立場を重視しつつ、AAに消極的見解を示しており、我が国の憲法学もアメリカの判例理論の影響を受けながら、AAの違憲審査基準の在り方を探っている。ここに社会構造的差別の是正という課題の検討が憲法学から放置されてきた遠因を見出すこともできる。

2. 検討の対象

まず、AAの憲法上の位置づけについて理解するうえで参照すべき規範理論として興味深いのは、人種・民族的差異の公的承認を要求する「多文化主義」(multi-culturalism)と、人種集団の市民的地位の平等化を要請する「反従属原理」(anti-subordination principle)である。いずれの理論も、差別を是正するためのAAを支持する点で共通している。しかし、多文化主義は、人種的マイノリティに対する差別の是正を要請するだけでなく、人種・民族的差異を積極的に承認することを国家に要請する。他方で、反従属原理は、人種集団間の支配・従属関係の解消を志向する一方、人種・民族的差異の承認を国家に要求しない。それゆえ、AAの憲法上の位置づけを明らかにするうえで、いずれの規範理論を基軸に据えるべきかについて検討すべきである。

次に、AAの違憲審査に関しては、AAを憲法上の権利を具体化した立法措置と解する立場からは、AAの違憲審査基準は緩やかなものになる。しかし、現実には、アメリカの判例理論は、このような立場を取っていない。むしろ、判例理論は、成果主義の観点からAAに消極的である。それゆえに、判例理論が憲法上の平等原則解釈論を展開するうえで依拠する理論枠組について検討し、それを日本国憲法における平等原則解釈論に組み込むべきか否かを判断することも求められよう。

第一部 アファーマティブ・アクションの憲法上の位置づけ ——多様性の確保と差別の是正——

第一章 分析の視角

第一部ではAAの憲法上の位置づけについて検討する。AAの正当化根拠を巡っては、「多様性の確保」と「差別の是正」という二つの観点から議論されることが多い。多様性の確保のためのAAは、人種・民族的差異の承認を要求する多文化主義によって支持される。他方で、反従属原理は、人種的差異の承認を求めるわけではなく、人種的偏見に起因する差別のために、特定の人種集団が「個人」として社会に参加するうえでの障壁を課されていることを問題にする。そこで、第一部では、

多様性の確保のための AA の合憲性を争点にした連邦最高裁判例の変遷を振り返り（第二章）、次に、多文化主義の主張内容について整理したうえで、人種多様性の確保のための AA の意義と問題点について検討する（第三章）。さらに、差別の是正という観点から、「反従属原理」の代表的論者である Kenneth L. Karst の見解を検討した後に、AA の憲法上の位置づけについて私見を述べる（第四章）。

第二章 アメリカ連邦最高裁判例における多様性理論の展開

連邦最高裁は、Grutter 判決（2003 年）において、ロースクールにおける人種多様性の確保のための AA が、①人種間の相互理解を促進する点、②政治・経済界における指導的地位に到達するための機会を人種マイノリティに付与する点で、「やむにやまれぬ利益」にあたると認定した。ただし、判例上、多様性の確保という利益が、やむにやまれぬ利益として認定されるのは高等教育機関に限定されている。

第三章 アファーマティブ・アクションと多様性の確保

本章では、多文化主義の立場からアファーマティブ・アクションを基礎づけることの意義と問題点について検討する。

1. 多文化主義の規範要請

Will Kymlicka によると、マイノリティには民族的マイノリティとエスニック集団とがあり、前者の民族的マイノリティは、先住民のことを指し、自己統治を望む集団とされる。他方で、エスニック集団は移民のことを指し、主流社会への統合を望む集団とされる。

Kimlicka は、多文化主義に基づく権利を、特別代表権、自治権、受容権に分類する。受容権は、エスニック集団の文化的差異を尊重しつつ、主流社会への統合を可能にする権利である。Kymlicka は、民族的マイノリティの自治権の保障だけでなく、受容権の保障という観点から、AA の意義を説明する。

すなわち、多文化主義の下での AA の理念は、主流社会において人種・民族的差異を尊重することを目的とするもの（受容権）、②構造的差別を是正することを目的とするもの（特別代表権）、③固有の自治を目的とするもの（自治権・特別代表権）に大別できる。いわゆる多様性の確保のための AA は、受容権の保障に資する措置となり、これには、①差異を重視することで社会経済の活性化を期待するものと、②人種・民族的差異を適切に理解することが差別構造の変革につながることを期待するものがある。

2. 多文化主義に基づく AA の問題点

従来の憲法学は、集団の差異を承認することに否定的であり、個人を個人として尊重することに拘ってきた。人種区分を一律に禁止すべきと主張する「反区分原理」を支持する論者は、多様性の確保のための AA は、人種集団は個人を超えて人種に由来する固有の価値観を持っているという本質主義を助長すると指摘する。また、多様性の利益は、社会経済的格差の是正にそれほど寄与していないとの指摘もある。これらの主張を考慮すれば、多様性の確保のための AA を正当化することには課題が多いため、まして、多文化主義に基づいて AA を憲法上要請することは困難であろう。

第四章 アファーマティブ・アクションと差別の是正

本章では、差別の是正という観点から AA の憲法上の位置づけについて検討する。

1. 判例の問題点

Crosby 判決（1989 年）では、リッチモンド市が、同市と建設契約を交わす元請負契約者に、その契約受注額のうちの 30% を、人種マイノリティが経営する企業（以下「MBE」という。）との下請契約に利用するように義務付けたことの合憲性が問われた。同市は、市の人種マイノリティの人口数は市の全人口数の 50% である一方で、元請負契約を受注できた MBE は、元請負契約を受注した全企業のうち 0.67% であることを根拠に、同市の建設業界で社会的差別があったと推定した。しかし、本判決の相対多数意見は、AA の実施者は私人の差別行為を「証拠上の強力な根拠」をもって特定しなければならないとし、国家行為の中立的適用の結果として人種的に不均衡な効果が生じること（以下「不均衡な効果を生む中立的行為」という。）のみを以て社会的差別の存在を認定できないとした。

しかし、そもそも、不均衡な効果が生じる原因は、建設業界内部での差別に限定されない。社会の広範囲で差別があれば、マイノリティが建設業界に参入する機会を獲得できない可能性もあるため、判例には社会構造的差別を是正するための規範的視点が欠如している。

2. Karst の「平等な市民的地位原理」の全体像

判例と対照的に、社会構造的差別の是正を要求する規範理論が反従属原理である。以下、反従属原理の代表的論者である Kenneth L. Karst の「平等な市民的地位原理（equal citizenship principle）」について検討する。

Karst の「平等な市民的地位原理」は、社会から排除されている集団を国家の構成員として国家に「帰属」させることを憲法の至上命題として捉える原理である。また、同原理は、社会権規定の解釈のため

の指導原理としても機能する。ただし、Karst は、平等原則と社会権の保障内容を別箇に考えていることに留意が要る。

3. Karst の平等原則解釈論

Karst は、アメリカの歴史上、公的・私的領域における人種差別によって人種的マイノリティは市民的地位を格下げされてきたと述べる。この市民的地位の格下げが生じている状態は、劣位の集団が公的・私的領域から構造的に排除されている状態を指す。Karst によれば、奴隷制やジム・クロー法は、カースト制に類似した支配・従属関係を構造化した。一度作り上げられた支配・従属関係は直ちに解消されるわけではなく、マイノリティの市民的地位は劣位に置かれ続ける。そこで、Karst は、この支配・従属関係を解消し、市民的地位の平等化の実現を求める憲法上の権利を導出する。

当該権利を制約する国家行為は、三つ挙げることができる。まず、法令の文言上、人種的マイノリティに直接的に不利益を課す「直接差別」は、排他的な社会構造を制度化する行為であり、人種的支配・従属関係を生産する強力な要因となる。それゆえに、直接差別は厳格審査に付される。

次に、国家が、文言上は人種中立的な法令を適用した結果、社会構造的差別の影響による人種間の社会経済的格差が、そのまま人種的に不均衡な効果として表われる事態を想定できる。不均衡な効果を生む中立的行為は、直接差別と異なり、支配従属関係を積極的に生産するわけではないものの、既存の支配従属関係を固定化する。それゆえ、Karst は、当該行為の違憲審査基準に中間審査基準が妥当すると述べる。

さらに、国家行為が介在しない形でも集団の市民的地位が劣位に置かれ続ける場面を想定できる。その典型は、国家が社会構造的差別を是正せずに放置する場合（立法不作為）である。Karst は、私人の人種差別も集団の市民的地位の従属化に大きな影響を果たしてきたとし、平等な市民的地位原理の射程が私人間に及ぶとする。ただし、私人間関係においては、市民的地位の平等化の実現を求める憲法上の権利の法規範性は Karst の著作からは不明確である。

以上のことを筆者なりに整理すると、市民的地位の平等化の実現を求める憲法上の権利からは、下位の二つの権利を観念できる。一つは、①「国家によって市民的地位を劣位に置かれない権利」であり、これは、直接差別禁止義務を国家に課す。次に、もう一つの権利は、②「社会構造的差別の是正を求める権利」であり、これは、社会構造的差別是正義を国家に課す。

4. アファーマティブ・アクションの憲法上の位置づけ

Karst は、AA の意義を、過去および現在の差別の影響を是正することによって、アメリカ社会を平等な市民という一つの階級に統合することに見出す。すなわち、AA は、平等な市民的地位原理の理念を実現する手段として位置付けられる。それゆえ、AA は、政府利益の観点からは「やむにやまれぬ利益」を有するものとされる。

5. 私見——国家機関の制度的能力への配慮

平等な市民的地位原理の視点は社会構造的差別への対応力に優れている。しかし、Karst の理論は裁判所に制度的負荷をかけ過ぎている。以下では、平等な市民的地位原理の規範要請を、国家機関の制度的能力論を踏まえてどのような手続きで受容すべきかについて検討する。

まず、上記①の権利に基づく直接差別禁止義務は既に広く受容されている。

次に、「不均衡な効果を生む中立的行為」を差別として司法的に認定することは、立法による制度形成が積極的に期待される領域に裁判所が過度に介入することになる。それゆえ、不均衡な効果を生む中立的行為の禁止を求める具体的権利までは導出できない。

さらに、上記②の権利を実現するうえでは、差別是正手段の選択実施に関する裁判所の制度的能力（差別是正義を課される私人の憲法上の権利への配慮、複数ある立法手段の有用性についての比較評価などに関する判断能力）は不十分であるため、当該権利は立法者による具体化を要する抽象的権利として理解すべきである。それゆえ、社会構造的差別の是正を求める権利の実現は、第一次的には立法者の義務と理解される。結論として、AA は、この抽象的権利を法律によって具体化した措置と位置付けられる。また、不均衡な効果を生む中立的行為を禁止する立法措置も、AA と同様の位置づけを与えられることになる。

第二部 アファーマティブ・アクションの違憲審査 ——アメリカの判例理論を支える平等観——

第一章 分析の視角

第二部は、AA の違憲審査の在り方について、アメリカの判例・学説を素材に検討するものである。反従属原理の立場からは、AA の違憲審査基準は緩やかなものになる。他方で、連邦最高裁は、立法者が人種的偏見に基づいて立法活動を行う可能性の高さに着目して、AA に厳格審査基準を設定する。

ここでいう人種的偏見とは、立法者の「人種的敵意」と「認識上の客観的誤り」の二つに分類可能であり、前者は動機審査理論に依って、後者は成果主義理論に依って説明できる。

そこで、第二部では、まず、人種に基づく AA の違憲審査基準の在り方を争点にした判例の変遷を振り返り（第二章）、次に、動機審査理論と AA の関係について検討する（第三章）。さらに、成果主義と AA の関係性について検討する（第四章）。

第二章 人種を対象にしたアファーマティブ・アクション判例の展開

Crosby 判決において AA の違憲審査の判断枠組みは、ほぼ確定された。同判決の相対多数意見は、立法者が人種区分を行う場合、立法者が人種的敵意や認識上の客観的誤りに基づいて立法活動を行う可能性が高いとの疑いを持って、AA に対して厳格審査を行う。それゆえ、同意見における平等保護条項の保障内容は、「人種的偏見に基づく立法活動をしてはならない」という規範要請であると言えるが、この相対多数意見の判断枠組みは、その後も判例上踏襲され続けており、判例規範としての地位を獲得したと言える。

第三章 「人種的敵意」と「動機審査」

1. 判例に対する疑問点

本章では、動機審査理論について検討する。判例は、AA を実施する議会の多数派が人種的マジョリティによって構成されている場合、立法者は、人種的マジョリティとマイノリティ双方への人種的敵意に基づいて立法行為をする可能性が高いと認識している可能性がある。しかし、判例には疑問が残る。一つは、議会の多数派が人種的マジョリティである場合、立法者が人種的マジョリティに「敵意」を抱くことはないのではないかという疑問である。もう一つは、議会の多数派が、マイノリティに「敵意」を持つ場合、立法者は、自身の感情と矛盾した行為（AA）をしていることになるのではないかという疑問である。

2. John Hart Ely の動機審査

この疑問について考えるうえで、Ely の議論を検討する。まず、Ely は、切り離され孤立した少数者である黒人は、彼らの利害が社会的偏見ゆえに政治過程で適切に処理されることはないとする。そして、彼らを差別する立法は人種的敵意を反映している可能性が高いとする。それゆえ、Ely は、AA については、議会の多数派が白人である場合、立法者が白人への敵意に基づいて立法行為をする可能性は低いとする。

他方で、議会の多数派が白人である場合に、立法者が、「AA を実施することでマイノリティに人種的劣等感を植え付けたい」という不当動機に基づいて AA をする可能性も理論的に想定できる。この点に Ely は答えていない。しかし、立法者が人種的敵意を有しているのであれば、AA を「実施しないほう」が、マイノリティ集団の地位を劣位に留めることができる。立法者が、敵意を有する相手に便益を供与するのは不自然である。

第四章 「認識上の客観的誤り」と「成果主義」

本章では、判例が依拠する成果主義の意義と問題点について検討する。

1. 成果主義の意味と問題点

成果主義とは、個人のメリット（成果）に基づいて所得・財・地位が公正に分配されるべきであるという考え方であり、ここでいうメリットとは、社会的に有用な能力一般を指す。この考え方は、植民地時代の貴族政治からの解放を契機に、上流社会に長きにわたって浸透している道徳規範として定着しているとされる。しかし、過去の差別の被害は世代間継承であり、人種的マジョリティは、その他の集団よりも有利な地点から経済競争をしているため、成果についての特定の評価方法（例えば筆記試験のみの能力評価）に固執することは、既存の経済格差を固定化する結果になるとの批判がある。

2. Amartya Sen による成果主義の理解

Sen によれば、成果主義はあくまで国家目標の実現手段である。つまり、業績を挙げた優秀な者に報酬を与えることは、個人の努力を促す動機付けとなる。このメカニズムが社会活動の生産性を向上させ、高次の国家目標の実現に資するからこそ、成果主義はこれまで重視された。しかし、Sen は、国家目標の内容は多様であり、その目標の特性に応じて国民に求められる能力も異なるため、成果の認定方法も多様であることを指摘する。

3. 成果主義についての私見

Sen の成果主義論は、成果に基づいて財・資源を配分される権利自体を否定する側面があり、全面的には受け入れることはできない。しかし、Sen の議論からは、社会にとって有用な能力を判断する基準は多様であるとの示唆を得ることができた。この点を踏まえれば、国家が、重要な国家目標や憲法上要請

される価値を実現するために、成果についての既存の認定方法を修正することは合理的であり、成果についての特定の認定方法の維持を求める権利の保護の程度は低くなる。

4. あるべき違憲審査基準

判例は、成果についての特定の認定方法を維持することを過度に重視しており、妥当であるとは言えない。それゆえ、AAの違憲審査基準は、平等原則に違反する行為に対する違憲審査基準として一般的に用いられる「合理性の基準」が妥当する。

第三部 アファーマティブ・アクションと日本国憲法

第三部では、まず「反従属原理」を人種集団以外にも適用することができるか否かを検証して、次に、反従属原理を素材に日本国憲法の平等原則解釈論を再構成する。

第一章 日本法への橋渡し

反従属原理はアメリカの人種問題を中心に展開されてきた。しかし、人種に限らず、社会の多数派によって排除される集団は社会・時代によって変化するのであり、反従属原理の視点は、性別や出自に基づく社会構造的差別が依然としてなされている日本でも有用である。また、反従属原理は社会権保障を要請する原理でもあり、日本国憲法は社会権規定を有している点で両者は親和的である。ただし、社会権保障の枠組みの中で社会構造的差別が解消されていない現状を勘案すれば、社会権保障と独立に、差別の是正を要請する平等理論を構築する必要がある。

第二章 憲法14条1項前段と後段の分離解釈

日本の判例および学説において、憲法14条1項の保障内容は、合理的根拠の提示要請であると解されてきた。他方で、反従属原理は、集団の市民的地位の平等化の実現を要請する。そこで、まず、この二つの規範要請を受容するべく、憲法14条1項の条文を前段と後段に分離して解釈し、次にAAの憲法上の位置づけおよび違憲審査の在り方について検討する。

1. 前段の解釈

憲法14条1項前段は、国家は法的区分の合理的根拠を提示すべきであるとの規範要請を受容するのに適した文言であると言える。ただし、合理的根拠の提示要請に強い憲法上の保護を与えることはできない。当該規範要請を強度の要請と捉えることは、裁判所が、国民代表たる国会議員が常に不合理な行為をする可能性が高いとの推定を置くことに他ならない。それは、日本国憲法が、民主制を採用していることと整合しない。また、この規範要請に強度の憲法上の保護を与えることは、国家活動の効率性を阻害する。それゆえ、憲法14条1項前段に違反し得る国家行為の違憲審査は「合理性の基準」が妥当する。

2. 後段の解釈

次に、後段は、「すべて国民は…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」と述べる。まず、ここでいう「差別」が何を意味するかである。

反従属原理は、集団の市民的地位の平等化の実現を国家に要請する。市民的地位が劣位にある状態とは、政治的、経済的、社会的関係において、支配・従属関係が生じている状態を意味する。そして、反従属原理は、集団の市民的地位の従属状態を生産・固定化する行為を「差別」と表現する。つまり、私見では、憲法14条1項における「差別されない」という文言は、集団の市民的地位において「劣位に置かれぬ権利」を保障すると解釈されることになる。

この権利の下位の権利として、①国家によって劣位に置かれぬ権利、②社会構造的差別の是正を求める権利があり、直接差別は①の権利を侵害するため当然禁止される。しかし、第一部で論じた通り、筆者は、国家機関の制度的能力に配慮して、②の社会構造的差別の是正を求める権利については裁判所による実現は困難であり、当該権利を実現する義務は第一次的には立法者になると解す。

また、社会構造的差別の是正を求める権利を導出する筆者の解釈に、憲法14条1項後段は整合的な文言を有している。すなわち、14条1項後段は「国民は、…社会的関係において差別されない」と述べており、国民は、社会構造的差別の是正を求める権利を有すると解することは、十分に可能である。

3. アファーマティブ・アクションの憲法上の位置づけと違憲審査の在り方

上の枠組みからは、立法者には、社会構造的差別の是正を求める抽象的権利を実現する義務が課されるため、立法者は、差別是正義務の履行手段としてAAを実施できる。それゆえ、AAは、抽象的権利を法律によって具体化した措置であると言える。次に、AAの違憲審査については、区分が前段・後段のいずれに違反し得る区分かを判断する必要がある。AAによって不利益を被る集団の市民的地位が劣位に無い場合、AAは、憲法14条1項後段ではなく、前段に違反し得る行為となるため、合理性の基準

によって合憲性を審査される。

おわりに

本稿は、AA の憲法上の位置づけ・違憲審査の在り方について検討してきた。

第一部では、まず、AA を正当化する論拠として多文化主義を採用することに消極的見解を示し、差別の是正という観点から反従属原理に依拠して AA の憲法上の位置付けを探った。そして、私見は、AA は、社会構造的差別是正を求める抽象的権利を法律によって具体化した措置であると解した。

第二部では、AA の違憲審査について、動機審査や成果主義の立場から検討し、動機審査を AA の文脈で導入するのは Ely の立場からして困難であること、また、成果主義については成果の認定方法が多様であることを踏まえて、判例理論に批判を加えた。

第三部では、反従属原理の観点に依拠しつつ、憲法上の平等原則の解釈論を再構成した。私見は、憲法 14 条 1 項前段は「合理的根拠の提示要請」を、同項後段は「平等な市民的地位の実現要請」を規範内容としていると解すべきとした。本稿では、14 条 1 項後段の保障を受ける集団の認定方法、間接差別に対する司法的救済の在り方などについて検討しておらず、これらについては今後の検討課題としたい。