

【論説】

性別に基づく Affirmative Action の正当性

－ Johnson 判決の考察を通じて－

茂木 洋平

目次

序章 問題の所在

第1章 Johnson 判決の概要

第2章 過去向きの Affirmative Action との関係

第1節 Brennan 裁判官法廷意見

第2節 O'Connor 裁判官同意意見

第3節 Scalia 裁判官反対意見

第4節 性別に基づく Affirmative Action を正当化する過去の差別の救済

第3章 能力主義との関係

第1節 能力主義の概念の相違

－ Brennan 裁判官法廷意見と Scalia 裁判官反対意見－

第2節 性別を評価対象として捉えることの問題点

第3節 過去向きの Affirmative Action と能力主義との関係

結章 Johnson 判決の示唆するもの

序章 問題の所在

本稿の目的は、主として、性別に基づく Affirmative Action（以下、AA）の合法性が問題とされた Johnson 判決を参照することで、日本にお

いて性別に基づく AA が如何なる理由から正当化されるべきかについて示唆を得ることにある¹。

AA とは広範な施策であり一義的に定義するのは困難だが、人種や性別を理由に、積極的に機会を付与するということでは各論者の見解は一致する。AA には積極的に機会を付与する際に、優先を伴わないものに伴うものがある。前者には両立支援や子育て支援などが含まれ、これにより地位の獲得を否定される者はおらず、その正当性はあまり問題とならない。後者にはタイ・ブレイカーや加点制等が含まれ、これにより地位の獲得を否定される者が存在するため、正当化するにはそれ相当の理由が必要となる²。本稿の後者を考察の対象とする。

かつて、AA の問題を検討することは日本において実益がないとも評され³、事実、日本で実施される平等政策が優先を伴わない時期が続いた。しかし、1997 年の男女雇用機会均等法の改正で AA の実施が示唆され⁴、その後の男女共同参画推進の流れから、研究職採用における性別の考慮や女性限定の公募などの施策が実施されるようになった。日本では男女共同参画の分野で、地位の選抜の際に優先を伴う AA が実施されており、これを正当化するには相当の理由が必要となる。日本では、男女共同参画分野の AA に含まれる日本国憲法上の問題点につき検討した研究⁵や、かなり具体的な政策提言を行う研究も行われている⁶。しかし、性別に基づく AA を正当化する相当の理由とは何かについて、「日本国憲法に結びつけた原理的な議論が少ない」⁷状況にある。AA により地位の獲得を否定される者がいる以上、それが如何なる理由から正当化されるのかについて明らかにすることは緊要の課題である。

アメリカの連邦最高裁（以下、最高裁）で性別に基づく AA が問題とされたのは Johnson 判決だけであり、本稿はこれを考察していく。1 つの判決の考察は文脈が限定的でそこから得られる示唆は限定的だが、日本で性別に基づく AA が如何なる理由から正当化されるべきかについて考える際に、Johnson 判決はいくつかの重要な点を示唆している。

以下では、まず、Johnson 判決の概要を示す（1 章）。Johnson 判決で問

題とされた AA は過去の差別の救済を理由に正当化されている。過去の差別の救済が AA を正当化するとの見解は、Johnson 判決のどの意見でも採られているが、救済の対象の範囲について相違がある。各意見を考察することで、当該判決で問題とされた性別に基づく AA を正当化する過去の差別の救済とは具体的に何かについて明らかにする（2章）。また、Johnson 判決では、問題とされた施策が合法であるのかどうかについて判断するにあたり、能力主義との関係が大きく取り上げられている⁸。どのような性別に基づく AA が正当とされるのかを考察するにあたり、能力主義との関係が重要であるため、これについて考察する（3章）。最後に、性別に基づく AA を正当化する際に、Johnson 判決が示唆するものについて示す（結章）。

第1章 Johnson 判決の概要

California 州 Santa Clara 郡交通局が採択した AA は、女性が伝統的に就いてこなかった職種への昇進を判断する際には、その地位に昇進する資格のある志願者については性別を1つの考慮要素とすることを認めていた。Road Dispatcher は伝統的に女性が就いてこなかった地位であり、その地位に就くためには一定の実務経験が要求された。Road Dispatcher の地位に欠員が生じた際、女性である Diana Joyce は他の 11 人の男性の志願者とともにその地位への昇進に志願した。志願者のうち Joyce を含む 9 人が当該地位に昇進する資格があるとされ、一次面接試験を受けた。面接委員会では、面接試験で 70 点を超える志願者が当該地位に昇進する資格があると判断され、Joyce を含めて 7 人が 70 点以上の点数を獲得した。一次面接での Joyce の点数は 73 点であり、最高得点ではなかった。その後、二次面接が実施され、面接官達は、一次面接で 75 点という 2 番目の点数を獲得した Paul Johnson を Road Dispatcher の地位に昇進させるべきとの勧告を行った。二次面接の前に、Joyce は当該郡の AA 局に接触し、AA 局は当該交通局の AA コーディネーターに接触した。AA コーディネーターは、当該交通局において、当該交通局の定める AA 計画の目標

を達成する機会を交通局長に勧告することを任務としており、AA コーディネーターは、Joyce を昇進させるべきと交通局長に勧告した。交通局長は、Johnson を昇進させるべきとする二次面接官達の勧告と、Joyce を昇進させるべきとする AA コーディネーターの勧告とを考慮し、Joyce の昇進を決定した。Johnson は、この決定が市民権法第七編に反するとして California 州北部地区連邦地方裁判所に提訴した。

当該連邦地方裁判所は、Johnson が Joyce よりも Road Dispatcher の役割を果たす資格があったということ、Joyce の性別が昇進を決定づける要素となったということを示した。さらに、当該裁判所は、交通局の採択する AA 計画が一時的でないことを示して、Johnson 勝訴の判決を下した⁹。

これに対し、上訴審において、第九巡回区上訴裁判所は、当該計画が当該郡における労働力に占める女性の割合を維持するのではなく、その達成を目的として繰り返し主張しているため、当該計画は明確な終期を欠いておらず、マイノリティや女性に固定的な数を留保していないことを示した。そして、当該裁判所は、当該計画は当該機関の労働力における著しい不均衡を是正するために採択され、他の従業員を不必要に侵害しておらず、その者らの昇進に絶対的な障害を作り出していないとして、当該計画が合法であると示した¹⁰。

第 2 章 過去向きの Affirmative Action との関係

第 1 節 Brennan 裁判官法廷意見

Brennan 裁判官法廷意見 (Marshall, Blackmun, Powell, Stevens 裁判官同意) は、「当該機関の計画の合法性についての評価は、Weber 判決における我々の判断により導かれるべき」と述べる¹¹。Weber 判決では、労働組合と民間企業である Kaiser 社との労働協約が、熟練工になるための技術訓練生の採用にあたり、その定員枠の 50% をマイノリティに割り当てる施策が、マイノリティの熟練工の数が労働市場に占めるマイノリティの比率に見合うようになるまで続けられる、としていたことが市民権法

第七編に反しないかが問題とされた。Weber 判決 Brennan 裁判官法廷意見（Stewart, White, Marshall, Blackmun 裁判官同意）は、市民権法第七編が AA を全面的に禁止していない旨を示し、AA の対象となる職種が「伝統的に黒人に対して差別が行われ、隔離されてきた職種」だと認められれば、個別具体的な差別行為の認定がなくとも AA を実施できる、とした¹²。Johnson 判決で問題とされた性別に基づく AA が人種に基づく AA が問題とされた Weber 判決に基づいて判断されるべきと述べた上で、Brennan 裁判官法廷意見は Johnson 判決に関連すると自らが考える Weber 判決の部分に言及する。

我々は、[Weber 判決における] 人種の考慮が『人種分離とヒエラルキーの古いパターンを[壊す]』という第七編の目的に一致していたと示しているため、我々は、白人の被上訴人よりもシニオリティのない黒人の志願者を選抜する使用者の判断を支持した¹³。実際に、ある法律が数世紀にわたる人種差別への国民の関心によって引き金を引かれ、長い間アメリカンドリームから排除されてきた多くの者[の状況の]改善を意図しているが、人種分離とヒエラルキーの伝統的なパターンをなくす、自発的な民間の人種を意識する取組のすべてを法的に禁止しているならば、それは皮肉である¹⁴。我々は、[Weber 判決で問題とされた]計画は一時的な施策であり、人種的均衡の維持ではなく、『明白な人種的不均衡の是正』を意図していた¹⁵。[Weber 判決]Blackmun 裁判官同意意見が明らかにしたように、計画の採択の正当化に努める使用者は、自らの過去の差別行為を指摘する必要がある¹⁶。使用者は「伝統的に分離されてきた職業区分における不均衡」を指摘することのみ必要である¹⁷。

Brennan 裁判官法廷意見は、以上のような Weber 判決における「我々の判断は、使用者による自発的な行為が労働市場における差別の影響の是正という第七編の目的を促進するのに決定的な役割を果たしうる、および第七編がそのような取組を脅かすように読まれるべきでないという認識に基づいている」と述べる¹⁸。そして、同法廷意見は「[Johnson 判決で]問題とされた雇用判断を審査する際、我々は、第一に、この判断が Weber 判決における使用者のそれと同様の関心によって促された計画に

従ってなされたのかどうかについて審査すべきである」とする¹⁹。

Brennan 裁判官法廷意見は、Johnson 判決では、「熟練工の志願者の性別の考慮が『伝統的に分離されている職業区分』における女性の過小代表を反映した『明白な不均衡』の存在によって正当化されたのかどうか」が問題となるとする²⁰。同法廷意見は、「地域の労働力に占めるマイノリティや女性の割合と使用者の労働力に占める割合の比較は、特別な専門技術を要求しない職業を分析する際に適切であり、また専門技術の提供を意図する訓練プログラムを分析する際に適切であった」とする²¹。他方、「特別な資格を要求する職業の場合には、適切な資格を有する者との比較がなされるべきである」とする²²。そして、『『明白な不均衡』が『伝統的に分離されている職業』に関連するとの要求は、雇用差別の影響を是正するという第七編の目的と一致するやり方で性別や人種が考慮されるということ、当該計画から利益を受けない従業員の利益が不必要に侵害されていないということを保証する」と述べる²³。

Santa Clara 郡交通局は、Johnson 判決で問題とされた AA について、主たる職業区分において労働市場に占める女性の割合を反映するという長期目標を設定していた。Brennan 裁判官法廷意見は「通常、労働力の母集団に関するより特殊な分析がある地位における過小代表を判断する際に必要である」との理由から、「当該計画が地区の労働力の母集団に従ってあらゆる区分における不均衡を計算するに過ぎず、採用がそのような数値によってのみ統制されると規定されているとしたら、その正当性は相当に疑わしい」と述べる²⁴。しかし、同法廷意見は、当該機関がそのような長期目標を設定しているとしても、「当該機関は、そのような施策はそれ自体[長期目標]によってあらゆる職業区分における地位を求める志願者の性別の考慮を必ずしも正当化しない、ということを認識していた」とする²⁵。それは、特別な訓練と経験の要求される地位について、当該計画は「そのような職業区分への参入に要求される資格を有する」女性は数的に「限られていた」と認識していたということ、当該計画は特定の地位を充足する際に、性別が考慮されるべき程度についてより現実的な指標を与える、年度ごとの短期目標がつくられると規定していたということ、

に基づいている²⁶。そして、同法廷意見は「当該機関の計画は、長期目標が雇用判断の事実上の指針とされておらず、採用者が AA の目的の適合に努める際に、ある職業区分において、資格のある女性の数が労働力に占める [女性の] 割合に匹敵するほどいかなかったという事実を含めて、数多くの事実上の要求を考慮した、ということを強調した」とする²⁷。同法廷意見は、「当該計画が事実上の採用判断に指針を示す際に資格の違いを考慮していないのであれば、当該計画は『経済的な条件といった環境や [その地位を] 獲得できる資格のあるマイノリティの志願者の人数にかかわらず…マイノリティの採用や構成員の特定の割合の達成』に採用者を縛ることになる」が、「当該機関の計画はそのような盲目的な採用を断固として許さなかった」と述べる²⁸。

第2節 O'Connor 裁判官同意意見

O'Connor 裁判官同意意見は、Johnson 判決で問題とされた施策の合法性を審査するにあたり、Wygant 判決²⁹に基づくべきと主張する³⁰。Wygant 判決は人種に基づく AA が問題とされた事例である。Jackson 市教育委員会と教員組合は労働協約を締結し、当該労働協約には「教育委員会がレイオフにより教員数を削減しなければならなくなったときには、当該学区で最もシニオリティの高い教員は在職する。ただし、いかなるときも、レイオフの時点で雇用されているマイノリティ教員の現比率よりも高い比率でマイノリティ教員がレイオフされてはならない」という規定があった。この規定のため、在職を許されたマイノリティの教員よりも、よりシニオリティの高い教員がレイオフされる事態が生じ、当該労働協約の合憲性と市民権法第七編との抵触が問題とされた。Wygant 判決 Powell 裁判官相対多数意見（Burger, Rehnquist 裁判官同意、O'Connor 裁判官一部同意）と O'Connor 裁判官同意意見は、AA に典型的な厳格審査（strict scrutiny）を適用した上で³¹、救済の対象となる差別として社会的差別を否定し、特定された差別に限定して、当該労働協約を違憲とした³²。

Johnson 判決 O'Connor 裁判官同意意見は、Wygant 判決について以下

のことを述べる。

Wygant 判決において、本法廷は、過去あるいは現在の人種差別の政府による救済が慎重につくられた AA 計画の救済的な使用を保障するのに十分に重要な利益であることに同意した。本法廷は、「(社会的な) 差別以上のものでないものは、人種によって区分された救済を課すのにあまりにも曖昧である」とも結論づけた³³。使用者は、[自らの行った]事実上の差別についてのいずれの認定を指摘する必要はないが、私 [O'Connor 裁判官] は、Wygant 判決において、使用者は救済的な行為が要求されるとの考えを支持する確たる証拠を確立するのに十分な証拠を指摘すべきであり、使用者に対して第七編 [の侵害について] 一応立証しうる証拠を支持する統計上の不均衡がこのような確たる証拠の要求を充足する、と結論づけた。公的な使用者はそのような判断をなす際に依拠できる指標がないわけではない。例えば、第七編 [侵害の] パターンや行為を一応立証しうる証拠についてのマイノリティ教員による主張を支持するのに十分な、学校教員に占める黒人の割合と有資格者に占めるマイノリティの割合との不均衡を立証する証拠は、教育委員会のような管轄権のある機関に対して自発的な AA 計画の実施が過去の明白な雇用差別の救済に適切であると結論づける、やむにやまれぬ理由を与える³⁴。

O'Connor 裁判官同意意見は、Wygant 判決において、AA が差別の救済を目的としていると言うためには、当該職種と有資格者に占めるマイノリティの割合が不均衡であることが必要だとする。同同意意見の見解では、一見すると、Weber 判決で問題とされた AA は正当化できない。というのも、Weber 判決で問題とされた AA は、マイノリティが熟練工と有資格者に占める割合の不均衡ではなく、マイノリティが熟練工と労働市場に占める割合の不均衡により動機づけられているからである。しかし、同同意意見は、Weber 判決の熟練工における黒人の欠如は熟練工組合からの黒人の排除であったことにほぼ疑いないとの理由から、Weber 判決で問題とされた AA は差別の救済を目的としているとする³⁵。

しかし、O'Connor 裁判官同意意見は、Johnson 判決における過去の差別についての証拠は Weber 判決よりも複雑であり、「関連する職業区分に

参入する資格を有する女性の数は非常に少なく、女性が労働力全体と当該判決で問題とされた職業区分に占める割合に不均衡があっても、それは過去の差別を示さないとした³⁶。Johnson 判決で問題とされた施策は、女性が「[女性が]伝統的に採用されていなかった[職業]区分で働く機会が女性にとって過去において限られていたため、[そのような]職業区分で職を求める強い動機づけがなされていなかった」ことを認識している³⁷。つまり、当該職種に就くことに対して直接的な排除はない。故に、同同意意見は、Johnson 判決で問題とされた施策が救済的であるためには、女性が労働力全体と当該職種に占める割合に不均衡があるだけでは不十分だとする。

Johnson 判決で問題とされた施策は、その長期目標として「あらゆる職業のレベルと主たる職業区分において…Santa Clara 郡の労働力に占める…女性の割合と同じ構成の労働力の達成」を設定しているが、O'Connor 裁判官同意意見は「このような長期目標が当該機関によりなされる雇用判断に適用された場合には、私見では、当該 AA 計画は第七編を侵害する」と示す。その理由として、同同意意見は「『違法な差別がなければ…各（性別）の者が各使用者に数値的に正確に反映されるということは全く現実的でない』」のであり、「故に、そのような想定をし、労働力に占める女性とマイノリティの割合に焦点を当てるにすぎず、それ以上のものに当てない目的は救済的ではな」く、「関連する地位[の役割を果たす]資格のある女性とマイノリティの人数を考慮に入れる目標のみが、AA 計画が救済的であるという要求を充足できる」と述べている³⁹。

O'Connor 裁判官同意意見は「AA 計画自体は、[長期]目標が極端に非現実的であるのは何故かについて多くの理由を認識しており…長期目標は本件で問題とされた昇進判断で適用されていない」とする⁴⁰。そして、同同意意見は「当該計画は短期目標の展開を規定し、当該計画はそのような目標でさえも『充足されるべき「クォータ」として解釈されるべきではない』と警告していた」とする⁴¹。同同意意見によれば、「短期目標は過去の明白な差別の救済に焦点を当てており、『特定の職業区分において、マイノリティ、女性、障害者の占める割合が、地位の要求する学歴

と経験に適合しうる、当該地区の労働力に占めるそれらのグループの出身者の数の評価と合理的なレベルで比較しているのかどうかについて判断する際に用いる客観的な基準』を与える⁴²。Joyce の昇進が判断された時点で、Johnson 判決で問題とされた職種において短期目標は設定されていなかったが⁴³、「当該機関は長期目標が非現実的であったということ」を既に認識しており、当該機関の[選抜]過程が当該地区の労働力に占める[当該職の役割を果たす]資格のある女性との比較によって判断されるべき」としており、「本件における昇進判断は短期目標の基礎にある哲学と完全に一致していた」と結論づける⁴⁴。

以上のように、O'Connor 裁判官同意意見は、当該判決で問題とされた AA が当該職種の有資格者と当該職種に占める女性の割合の不均衡により動機づけられていれば、明白な不均衡の是正を目的としているとする。

第 3 節 Scalia 裁判官反対意見

Scalia 裁判官反対意見 (Rehnquist 首席裁判官同意、White 裁判官一部同意) は、Johnson 判決で問題とされた施策が当該機関自身による過去の性差別を救済するものではなく、AA によって救済するに値する過去の性差別はなかったとする。同反対意見は、当該施策の目的は過去の性差別の救済ではなく、「単純に、当該機関全体の労働力ではなく、当該機関の個々のあらゆる職業区分において、当該郡全体の労働力の人種のおよび性的な構成を反映することにある」とする⁴⁶。そして、同反対意見は「当該計画は…保護された人種のおよび性的グループの各々に対して、各職業区分において政府によって『適切』だと判断された割合を与える、人種のおよび性的に仕立てられたものを課すことである」と判示する⁴⁷。

Scalia 裁判官反対意見は、法廷意見が当該 AA を正当化する理由として認めているのは、使用者自身による差別の救済ではなく社会的差別の救済だとする。そして、Wygant 判決が AA の正当化理由として社会的差別の救済を否定したとする⁴⁸。Wygant 判決では問題とされた施策の合憲性と第七編との抵触が問題とされたが、Johnson 判決では問題とされた施

策の合憲性は問題とされておらず文脈が異なる。しかし、同反対意見は、第七編による制限が憲法による制限よりも緩やかではないとして、「本件で問題とされた第七編の部分が人種と性別とを取扱っている」ため、「人種差別を取扱った Wygant 判決は十分に適用しうる先例であり、今日の判決とは直接的に反する」と述べる⁴⁹。

Scalia 裁判官反対意見は、Brennan 裁判官法廷意見が、非白人の組合員のある一定の割合（29.3%）を達成するまで非白人を優先して組合に加入させる AA を命じる裁判所命令が問題とされた Sheet Metal Workers 判決⁵⁰にも反するとする。

Sheet Metal Workers 判決では、市民権法七〇六条（g）が差別の事実上の犠牲者でない者への人種を意識する救済を命令する権限を裁判所に与えるのかどうかの問題とされた。Brennan 裁判官相対多数意見（Marshall, Blackmun, Stevens 裁判官同意）は、次のように判示した。「七〇六条（g）は、裁判所が適切な場合に過去の差別の救済として積極的に人種を意識した救済策を命じることを禁止しない。特に、使用者や組合が、永続的なあるいは顕著な差別を行っている場合や、広範な差別のなかなか消えない影響を消滅させるために必要な場合には、そのような救済は適切である。」同相対多数意見は、広範な差別の影響の救済を認め、当該 AA の実施者が差別の実施者に限定されるとの考え方はとらず、当該施策を合法と判断した。

Johnson 判決 Scalia 裁判官反対意見は、Sheet Metal Workers 判決において、「少なくとも、4 人の裁判官による相対多数意見は、人種を意識する救済は『使用者や労働組合が永続する差別や目に余る差別に従事しているとき、あるいは差別の残存する影響を無くす必要がある場合』に命令されうる、と判示する」とする⁵²。さらに、同反対意見は、Sheet Metal Workers 判決において、Powell 裁判官が、人種を意識する救済が「特に目に余る行為に関連する事例において」命令されうると結論づけていること⁵³、White 裁判官が人種を意識する救済の承認を「異例の場合」に限定したこと⁵⁴を挙げて、「人種や性別を意識する雇用行為に従事することを使用者に許すように第七編を解釈する賢明な理由はない」とする⁵⁵。

さらに、Scalia 裁判官反対意見は、Brennan 裁判官法廷意見は Johnson 判決で問題とされた AA が不当な行為の救済に正当に取組んでいることを描くために「伝統的に分離された職種」という語句を用いるが、当該判決におけるその語句の意味は Weber 判決で用いられたその語句の意味と異なる、とする。同反対意見は、この語句は Weber 判決では意図的・排他的差別による分離を意味するが、Johnson 判決では社会的態度による分離を意味する、とする⁵⁶。

Scalia 裁判官反対意見に依れば、「女性自身が一定の職を避け、他の[職を]好むようにする社会的な態度が意図的で排他的な差別と同じくらい不当であると考える者もいる」が、「意図的な差別に対する我が国のコンセンサスと同じコンセンサスは[このような社会的な態度]にないのは確実であり」、「2つの現象は異なる」とされる⁵⁷。そして、同反対意見は「政府によって課された差別の正当化理由として今日の判断が承認したのは、差別の是正というよりも社会的な態度の交替」であり、詳細な分析なしに正当化理由を大幅に拡大したと結論づける⁵⁸。

第 4 節 性別に基づく Affirmative Action を正当化する過去の差別の救済

Brennan 裁判官らリベラル派の裁判官は、人種に基づく AA の事例で社会的差別の救済による AA の正当化理由を認め、O'Connor 裁判官ら中間派の裁判官は人種に基づく AA の事例で社会的差別の救済による正当化を否定し、特定された差別の救済による正当化を認めた⁵⁹。性別に基づく AA についても見解は変わらないと思われるが、Johnson 判決において、Brennan 裁判官法廷意見と O'Connor 裁判官同意意見は、問題とされた AA が、有資格者と当該職種に占める女性の割合の不均衡を意識していれば、過去の性差別の救済を目的としているとした。

他方、Scalia 裁判官反対意見は、社会的差別の救済による AA の正当化を否定し、使用者自身による差別の救済のみが AA を正当化するとした。Scalia 裁判官反対意見は、Johnson 判決で問題とされた施策が、有資格者と当該職種に占める女性の割合との間の不均衡を意識しているだけでは、

使用者自身による過去の差別の救済に向けられておらず、そのような差別の救済を目的としているというためには、使用者自身によって過去に差別がなされたことを立証する必要があるとした。このような見解は人種に基づく AA の事例において最高裁の多数の裁判官により採られておらず⁶⁰、Johnson 判決でも最高裁の多数の裁判官によって採られていない⁶¹。

人種に基づく AA の事例で、最高裁の多数の裁判官が、AA の実施者に自身が過去に差別を行ったという立証を要求しないのは、次の理由による⁶²。逆差別訴訟では、使用者による過去の差別行為について、いずれの訴訟当事者も立証したがない。被告である使用者は、自らの差別行為を認めれば、それに対する損害賠償責任を問われるおそれがある。また、原告である非マイノリティは、使用者の過去の差別行為の存在が認められれば、AA が正当化されてしまうことになる⁶³。

Johnson 判決では、使用者自身による過去の差別の認定は使用者による自発的な AA への取組を遅らせるため、問題とされた施策が救済的であるというために必要でないとの見解が、最高裁の多数の裁判官によって採られている。そして、最高裁の多数の裁判官は、Johnson 判決で問題とされた AA が救済的であるためには、当該 AA が、有資格者と当該職種に占める女性の割合との間の不均衡を意識している必要があるとの見解を採る。ただし、すべての場合に、この不均衡を意識する必要はない。Brennan 裁判官法廷意見は当該判決で問題とされた職業区分が特別の資格を要求するためにこの不均衡を意識する必要があると認識しており、また O'Connor 裁判官同意意見は、Weber 判決では、地区の労働力全体と問題とされた地位に占めるマイノリティの割合の不均衡を意識しても、問題とされる AA は救済的だとしている。問題とされる AA が救済的であるというために、どのような不均衡が意識されるべきなのかについては事例ごとに異なる。Johnson 判決の各意見を考察した結果として言えるのは、問題とされた地位がそれを獲得する者に特別な資格を要求する場合に、問題とされた施策が救済的であると言うためには、有資格者と当該職種に占める女性の割合の不均衡を意識する必要があり、使用者自身による過去の差別行為の立証は要求されない、ということである。

第 3 章 能力主義との関係

AA のひとつの性質は既存の基準で評価の劣る者に地位を付与することであり、AA は能力主義に反すると批判される⁶⁴。Johnson 判決でも、AA が能力主義に反するか否かが大きな争点となった。本章では、性別に基づく AA と能力主義の関係について考察する。まず、Brennan 裁判官法廷意見と Scalia 裁判官反対意見の能力主義をめぐる議論について概観する（1 節）。能力主義の観点からの AA への批判に対しては、性別を地位の役割を果たす資格として捉える観点と（2 節）、AA の対象者が不利な資質形成環境にあり、そうでなければ既存の基準で高い評価を得ていたというように、潜在能力の観点から回答できる（3 節）。各々の考えの問題点について節を改めて考察する。

第 1 節 能力主義の概念の相違 - Brennan 裁判官法廷意見と Scalia 裁判官反対意見 -

Brennan 裁判官法廷意見は、問題となった職種では最も資格のある者を選抜するのは難しく、当該職種をこなす資格があると判断された者のいずれを昇進させるのかは人事担当者の裁量である旨を判示する⁶⁵。これに対し、Scalia 裁判官反対意見は、法廷意見が能力主義に自覚的であったと認めながらも、それは全く資格の者がいないということを保証するに過ぎないと批判する⁶⁶。Brennan 裁判官法廷意見は、Johnson と Joyce の間に能力差があるとしてもそれは最小限であり、最低限の資格さえない者を昇進の対象から除くにすぎないとする Scalia 裁判官の批判は誤りだとする⁶⁷。

双方の意見のやり取りを見ると、Brennan 裁判官法廷意見は、地位を与えられたのは有能な者であったとしている。同法廷意見は、AA と能力主義の問題に関して「自覚的であった」と言える⁶⁸。

しかし、AA が有資格者に地位を与えるとしても、AA により地位を獲得した者よりも既存の基準で高い評価を得ながらも地位を獲得できなかった者がいる。Louis P. Pojman は「伝統的に、我々は、社会における高い地位は最も資格のある者に与えられるべき、と考えている」⁶⁹と指摘する。Scalia 裁判官反対意見は、この考えに基づいて、Brennan 裁判官法廷意見を厳しく批判する。

Scalia 裁判官反対意見は「一度、昇進を決定する者が自身の前にいるすべての志願者が『M.Q's』（最低限の資格のある者）であることに納得すると、複数いる最低限の資格のある志願者よりもいくらか資格のある者がいるだろうに、その次には、本件で人事担当者がそうしたように、AA の『目標』が達成されるまで、人種や性別のみを理由に母集団からの任命を行うことができる」⁷⁰と判示する。このように、同反対意見は、地位を得るのはより資格のある者でなければならないとする。実際には、面接試験で 70 点以上獲得した者が当該職種の適格者とされ、Johnson と Joyce はそれぞれ 75 点と 73 点を獲得していた。Scalia 裁判官はわずか 2 点の差から当該 AA に反対しており、このことから、Scalia 裁判官は既存の基準において最も評価の高い者が地位を獲得すべきと考えているように思われる。この考えを採ると、タイ・ブレイカーという手段を採る AA は正当化の余地があるが、それ以外の AA の正当化は事実上相当難しい。事実、Scalia 裁判官は AA に関連するすべての判決で AA に反対している。

これに対し、Brennan 裁判官法廷意見は、当該事例で問題となった職種では、最も資格のある者が存在するという前提自体に疑義がある、としている⁷¹。この見解において、AA は「能力の劣る者を優遇する措置である、とする議論が形式的には成立しつつも、その内実が相対化されている姿をみることができる」⁷²と指摘される。愛敬浩二教授は、日本において点数化できる試験では得点が絶対視されやすいと推測されるため、能力主義のこのような捉え方は「実践的にも重要な意味を持つ」と指摘する⁷³。確かにこれは実践的に重要な意味を持つが、Brennan 裁判官法廷意見と Scalia 裁判官反対意見の議論が平行線を辿っていることを見ると、後者を説得できない。

第 2 節 性別を評価対象として捉えることの問題点

Scalia 裁判官反対意見による能力の観点からの批判は非常に厳しい (3 章 1 節)。「社会における高い地位は最も資格のある者に与えられるべき」との考えを採る限り、AA は能力主義と調和できないのか。

資格の最も一般的な理解は、試験等の既存の基準における評価である。Johnson 判決 Scalia 裁判官反対意見を基礎づける理由とは、既存の基準で最も高評価の者が最も首尾よく地位の役割を果たすことができる、というものである。

しかし、資格が最も首尾よく地位の役割を果たすことができるのかを意味すれば、資格は既存の基準に限定されず、性別を考慮することは「社会における高い地位は最も資格のある者に与えられるべき」との考えに矛盾しない。

この点については、中林准教授が指摘している。中林准教授は Richard H. Fallon, Jr. が示す資格の概念のうち、「その性能が、社会に有用であると一般に看過される特質に由来しているか否かに関わりなく、特定の文脈においては、価値のある帰結を生じさせる性能としてのメリット」が興味深いとする⁷⁴。中林准教授に依れば、Fallon がこの資格の概念として指摘するのは、政府のインディアン問題部 (Bureau of Indian Affairs : BIA) において、インディアンに対し、雇用上の優遇措置を認めることの可否が争われた Mancari 判決⁷⁵である。中林准教授は、最高裁が当該判決で問題とされた施策の合憲性を支持するにあたり、「当該優遇措置は、インディアンの自己統治という目標を促進し、BIA を、その構成要素である諸集団の必要性に対しより敏感にさせることが合理的に意図された雇用基準である」⁷⁶と述べていたことを示す⁷⁷。中林准教授は「これに類する発想が、アファーマティヴ・アクションを導入する雇用者から示されることがあり、その例として、「黒人警察官の雇用・昇進を図るアファーマティヴ・アクションを擁護する理由の一つとして、黒人警察官の方が、白人警察官よりも、黒人との意思疎通を図りやすいため、黒人警察官の数を

増やすことは警察の実効的な任務遂行に仕えること」を挙げている⁷⁸。そして、中林准教授は「将来において、有用な活動を遂行することを示すものがメリットであるとすれば、限定的な局面においてはあはれにせよ、メリットを重視することと、アフーマティヴ・アクションが調和しうる」のであり、「その限りにおいて、アフーマティヴ・アクションはメリットにもとづいていない、とする議論を相対化させることが可能となるであろう」とする⁷⁹。

中林准教授の指摘のように、以上のように資格の概念を捉えたと、AA は「社会における高い地位は最も資格のある者に与えられるべき」との考えに反しない。つまり、女性であることが職務遂行に役立つと証明すれば、性別に基づく AA は最も資格のある者に地位を与えていると主張できる。実際に、Johnson 判決 Stevens 裁判官同意意見は女性であることが就業上の資格になりうることを示唆している⁸⁰。この考えは性別に基づく AA の理論的根拠を社会効用論に置いたものであり、女性の排除を生じさせる危険がある⁸¹。つまり、男性であることが職務遂行に役立つと証明されれば、女性が過小代表の職種の雇用判断において、男性であることを考慮する施策が容易に正当化され、女性に対して不利に作用する可能性も否定できない。

性別を評価対象として捉えたと、この問題を受容せねばならないのか⁸²。この問題を回避するには、性別を評価対象として捉えるときに差別を意識する必要がある。即ち、ある分野で著しく女性が過小代表である場合には、その分野には女性が不向きであるとの偏見や、その分野に志願しようとする女性の動機をくじく事態を生じさせることにもなる。性別に基づく AA によって女性に地位が付与されれば、このような事態の発生を防止できるとも考えられ、そうした意味で女性であることが評価の対象たりえると考えれば、女性を排除する危険を回避できる。

性別を評価対象として捉える以上、女性を排除する危険があるという問題を受容せねばならないわけではない。しかし、以上のように能力の概念を捉えることは、その範囲を広範に捉え過ぎている感もある。

また、性別を評価対象として捉えて AA が能力主義に反しないとする

主張は、既存の基準における評価を絶対視する Johnson 判決 Scalia 裁判官反対意見と同じ考えを採る者を説得出来ない。それは、Johnson 判決における Brennan 裁判官法廷意見と Scalia 裁判官反対意見のやり取りを見れば明らかである (3 章 1 節)。

もっとも、性別を資格として捉えず、性別に基づく AA が最も資格のある者に地位を与えるべきとの考えに反するとしても、性別に基づく AA が能力主義に反するのかどうかということは当該 AA の可否を決定づけない。その場合には、性別に基づく AA は最も資格のある者に地位を付与するという考えの例外として正当化される。

第 3 節 過去向きの Affirmative Action と能力主義との関係

Johnson 判決で問題とされた性別に基づく AA は過去の差別の救済により正当化されたが、この種の AA において、能力主義の観点からの批判を回避するために主張された議論が、Johnson 判決では展開されていない。その主張とは、過去に差別がなければ、性別に基づく AA により地位を得た者は、AA により地位の獲得を否定された者よりも、既存の基準で高い評価を獲得していた、という主張である。

この主張が Johnson 判決 Brennan 裁判官法廷意見で展開されなかったのは、Johnson と Joyce の既存の評価基準における評価の差がほとんどなかったところにある。そのため、AA により地位を付与された者の属するグループは AA がなければ成功できないという劣等性の烙印を押されるとする、人種に基づく AA で展開された議論は展開されていない。Johnson 判決では、『数による盲目的な昇進ではなく、能力等を考慮する昇進であった』ことから逆差別やスティグマの問題も克服」できた、と解されている⁸³。

しかし、上記のように、Johnson 判決 Scalia 裁判官反対意見は、既存の基準で最も評価の高い者が地位を獲得しない場合には能力主義に反する、と解する。この考えに依れば、AA が既存の基準においてわずかでも評価の劣る者に地位を付与すれば、能力主義に反する。結果として、Brennan

裁判官法廷意見と Scalia 裁判官反対意見の議論は能力主義の捉え方が異なるため、平行線を辿った（3章1節）。能力主義の概念を Scalia 裁判官反対意見のように捉えても、AA が能力主義に抵触しないと主張するには、人種に基づく AA で展開された上記の主張をする必要がある。この議論は Johnson 判決では展開されていないが、性別に基づく AA と能力主義との関係を考察する際にも有用であると考えため、以下で考察する。

AA が狭義の能力主義の概念にも反しないとの主張について、DeFunis 判決⁸⁴の Douglass 裁判官反対意見が論じている。白人である DeFunis が Washington 大学ロー・スクールに志願したが拒否され、当該ロー・スクールが人種的マイノリティを積極的に取扱う入学選抜施策を採用していたため、DeFunis よりも点数の低いマイノリティが入学を許可された。DeFunis は、当該入学選抜施策が修正一四条に反するとして提訴した。DeFunis は、その後大学側によって、Washington 大学ロー・スクールへの入学が認められた。裁判の係争中、彼は既に卒業を迎える学年となっており、大学側も裁判の結果がどのようなものであったとしても彼の卒業を認めるとしていたので、最高裁は訴えの利益なしと判断した。しかし、それでもなお Douglass 裁判官反対意見は論じておくべき重要なことがあるとして意見を示し、能力主義と AA との関係についても論じている。

Douglas 裁判官反対意見は、「[DeFunis の] 人種が何であろうとも、彼は人種中立的な方法において、その個人のメリット（Merit）に基づいて、自身の志願を考慮される憲法上の権利を持つ」とする⁸⁵。しかし、「[法学で成功する] 可能性が確実であると予測できる有用なテストは一般的に存在しない」⁸⁶とし、「平等保護条項は、当該ロー・スクールが入学選抜の唯一の基準として LSAT と GPA に基づく定式を採用するという要求を定めていない」として人種の考慮を認める⁸⁷。そして、Douglas 裁判官反対意見は「志願者が過去に打ち勝ってきた障害を考慮して志願者の過去の業績を評価することも、ロー・スクールに対して、禁じていない」⁸⁸と判示し、また、有能な法律家になるための真の潜在能力の評価を試みる際、「一つの要素として、[マイノリティの] 歩みを妨げた人種差別に照らして、

個人の過去の達成への考慮を禁止しない」⁸⁹と判示する。

この主張は、過去に差別がなければ、AA により地位を獲得した者は AA がなくとも地位を獲得できる水準の評価を既存の基準で獲得しており、そうした意味で潜在能力を有し、AA は能力主義に反しない、というものである。AA により地位を獲得した者が過去の差別によって資質形成に不利な影響を及ぼされている場合には、そのような状況にありながらも AA の直接の受益者が相当程度の水準の評価を既存の評価基準において獲得したということは、直接の受益者が潜在能力を有しているとも考えられる。この主張は、AA の直接の受益者が過去の差別によって資質形成に不利な状況に置かれたという事実があつて、はじめて正当とされる。

しかし、人種に基づく AA において、直接の受益者が過去の差別の影響によって資質形成に不利な環境におかれていたのかは疑わしい。過去向きの AA が裁判で認められるのが困難となった 1 つの理由は、高等教育の入学選抜等、地位の役割を果たすのに高い資格が要求される分野では、AA の直接の受益者の多くが社会・経済的に優位な状況にあり、資質形成に不利な環境になかったところにある。これに対し AA の支持者は黒人であれば誰もが被る不利益があると主張し、その例としてローンや保険契約に関する人種差別、タクシーの乗車拒否などを挙げる⁹⁰。しかし、それらの不利益は、資質形成に悪影響を及ぼさない。過去の差別の救済による AA の正当化を主張する者が、マイノリティ・グループのメンバー全員がマイノリティであるが故に差別の影響から資質形成に不利な環境に置かれていると考えているのであれば、AA が狭義の能力主義にも反しないと主張は説得的でない指摘される⁹¹。

潜在能力の観点から AA が能力主義に反しない、との主張を説得的に展開するには、資質形成に不利な影響を及ぼす原因について十分に検討する必要がある。この点、DeFunis 判決 Douglass 裁判官反対意見は既存の評価基準の重要性を認めながらも、入学選抜の考慮要素として、志願者が過去に克服した障害を認めていた。同反対意見は、この点について、「自らの力によってゲットーから抜け出し、2 年制大学に進学した黒人の

志願者は、そのことによって、Harvard 大学で優秀な成績を収めた裕福な同窓生の子よりも、法学教育で「成功する」約束を証明したと、公正な入学選抜委員会を導く熱意、忍耐、能力の水準を論証することができる」と判示する⁹²。Douglass 裁判官はこれら 2 人の志願者を象徴的な例として挙げたに過ぎない。ただ、上記の引用部分において、社会・経済的に不利な状況にある志願者と優位な状況にある志願者とを対比していることから、「志願者が過去に克服した障害」とは、志願者の置かれていた社会・経済的に不利な状況である。

社会・経済的に不利な状況は資質形成に悪影響を及ぼす。故に、人種に基づく AA において、AA の対象者を判断する際に社会・経済的な状況を考慮することで、AA が狭義の能力主義に抵触しないとの議論を説得的に展開できる⁹³。

以上の人種に基づく AA の議論は性別に基づく AA でも参考となる。性別に基づく AA が狭義の能力主義に反しないと主張する場合、対象者が不当な理由から資質形成に不利な状況に置かれており、それがなければ既存の評価基準で高い評価を得ていたことが証明されねばならないだろう。そのためには、すべての女性を AA の対象者とするのではなく、女性であるが故に資質形成に不利な状況に置かれている者を特定する必要がある。これを特定できれば、性別に基づく AA は潜在能力の観点から能力主義に反しない、と主張できる。

結章 Johnson 判決の示唆するもの

以上、性別に基づく AA について Johnson 判決を素材に考察してきた。考察対象が限られているため、そこで得られた視座も限定的であるが、以上の考察は性別に基づく AA を正当化するために一定の示唆を与えていると考える。

性別に基づく AA に関しても、人種に基づく AA と同じく、過去の差別の救済による AA の正当化が認められている。そして、人種に基づく

AA と同じく、最高裁の多数の裁判官は性別に基づく AA が救済的であるために、AA の実施者自身による過去の差別行為を立証する必要はないと判断した。リベラル派である Brennan 裁判官による法廷意見と中間派である O'Connor 裁判官による同意意見は、Johnson 判決で問題とされた AA が救済的であるためには、女性が有資格者と問題とされた地位に占める割合の不均衡が証明されればよい、と判断した。人種に基づく AA に関する事例では、Brennan 裁判官らリベラル派の裁判官は AA による救済の対象となる差別として社会的差別を認め、他方、O'Connor 裁判官ら中間派の裁判官はこれを否定し、特定された差別のみを認めており、AA による救済の対象となる差別の範囲について見解が異なる。Johnson 判決において、Scalia 裁判官反対意見は Brennan 裁判官法廷意見が社会的差別の救済により AA を正当化していると批判したが、Brennan 裁判官法廷意見は、問題とされた地位の役割を果たすには特殊な経験が必要であることを考慮して、当該判決で問題とされた性別に基づく AA が救済的であるためには、当該 AA が有資格者と当該職種に占める女性の割合との不均衡を意識する必要があるとし、性別に基づく AA が救済的であるのかどうかを判断する際に、慎重な態度を採る。このことから、O'Connor 裁判官は Brennan 裁判官法廷意見に同意したと考えられる。地位の役割を果たすのに特殊な資格が必要とされる場合に、性別に基づく AA が救済的であると判断する際に慎重な態度が採られなければ、当該 AA が救済的であるということについて、最高裁の多数の裁判官の同意は得られないと考えられる。

Weber 判決では、問題とされた地位の選抜に際して一定の実務経験が評価の対象とされており、マイノリティがその評価において非マイノリティに劣っていたのは過去の差別から実務経験が得られなかったからである。故に、O'Connor 裁判官は、当該判決で問題とされた AA が、地区の労働力全体と当該地位に占めるマイノリティの割合の不均衡を意識していても、救済的だと判断した。これは、O'Connor 裁判官が、マイノリティは差別がなければ通常の選抜過程の下で地位を獲得しており、不当な理由から排除されているのが明らかだと考えたからだと思われる。他方、

Johnson 判決では、O'Connor 裁判官は、当該判決で問題とされた AA が、有資格者と当該職種に占める女性の割合の不均衡を意識していれば、救済的であると判断した。これは、O'Connor 裁判官が、公正な評価がなされていれば、そのような不均衡は生じないはずであり、そのような不均衡の存在は女性が自らの資格を公正に評価されていないのを明らかにしている、と考えたからだと思われる。

しかし、Johnson 判決における明白な不均衡の認定では、差別の影響が残存していることを明らかに出来ても、女性が不当な理由から地位の獲得に不利な状況にあることを明らかに出来ない。

極めて単純な例を挙げて、この点について考えてみる。例えば、国全体の理系の研究職のポストの数が 10 万であり、毎年、1 万人が退職し、1 万人が新規採用されるとする。研究職に就く有資格者を博士号取得者と想定し、博士号取得者の男女比は 7 対 3 であり、この割合はここ 10 年変化がない。単純に考えれば、研究職の男女比は 7 対 3 になっているはずであるが、この時点での男女比は 9 対 1 であった。この状況下では、女性はその能力を不公正に評価されていると言える。しかし、その後、選考過程における女性の不公正な評価が改善され、ここ 5 年の新規採用の男女比は 7 対 3 である。その結果、現在の研究職の男女比は 8 対 2 となっている。この時点では、女性が地位の獲得に不当に不利な状況にないが、過去の差別の影響は残存している。

Johnson 判決の論理では、有資格者と当該職種に占める女性の割合に不均衡があれば差別が存在するとされ、AA が許容される。そのため、既に不公正な評価体系が改善されていたとしても、差別の影響が残存していれば AA が許容され、研究職の男女比が 7 対 3 になるまで AA が許容され続ける。故に、差別の影響が残存している限り、有資格者に占める女性の比率よりも高い割合での女性の採用も理論上可能であり、これは逆に男性の資格を不公正に評価する可能性もある。よって、不当な理由から地位の獲得に不利な状況にある者を救済するとの視点においては、有資格者と当該職種の採用者に占める女性の割合との間に不均衡があれば、女性は女性であるが故に資格を不公正に評価されており、AA が許容され

る。

Johnson 判決では、AA が能力主義に反するか否かが大きな争点となっていた (3 章)。性別を評価対象として捉えることで、能力主義の観点からの批判を回避する試みもあるが、そのような試みには、理論上、女性を排除する危険がある (3 章 2 節)。また、潜在能力の観点から AA は能力主義に反しないとする主張が人種に基づく AA の議論で展開された (3 章 3 節)。

現在の日本の AA はタイ・ブレイカー等、能力主義に抵触しない弱い手段が採られているが、指導的な地位に占める女性の割合の増加が遅ければ、強い AA が導入される可能性もある。仮に強い AA が導入された場合、理論上、性別を評価対象とすることには女性を排除する危険があることに注意が必要である。また、潜在能力の観点から AA が能力主義に反しないと主張する場合には、各人の社会・経済的地位を考慮して、女性であるが故に資質形成に不利な状況にあることを証明する必要がある。日本では、点数化された選抜が実施されると点数が絶対視されることになる」と指摘される⁹⁵。潜在能力の観点から回答できれば、点数を絶対視する立場にある者も説得できるだろう。

Johnson 判決で触れられていなかったため、本稿では検討しなかったが、多様性の価値が性別に基づく AA を正当化するか否かについては議論がある⁹⁶。両者の関連性の検討は、今後の検討課題である。

【註】

- 1 AA をめぐる議論の全容を把握するものとして、辻村みよ子『ポジティブ・アクション - 「法による平等」の技法 - 』(岩波書店、2011) 参照。
- 2 優先を伴う AA は、優先の程度により「強い」AA と「弱い」AA に分けることが出来る (安西文雄「アメリカ合衆国の高等教育分野のアファーマティブ・アクション」立教法学 67 号 1 頁、5 頁 (2005))。両者を如何に区分するのかは様々な理解がありうるが、筆者は、教育機関の入学選

抜や雇用判断における AA は能力主義に抵触するか否かで分類できると考える。これにより分類すると、「強い」AA とは、既存の基準で評価の劣る者に地位を付与し、能力主義の観点からの批判を生じさせるものであり、「弱い」AA とは既存の基準で評価の劣る者に地位を付与せず、能力主義の観点からの批判を生じさせない施策である。具体的には、前者は加点制、後者はタイ・ブレーカーなどが挙げられる。

- 3 戸松秀典「性における新しい平等－男女平等の新しい展開と憲法論議－」ジュリスト 884 号 171 頁 (1987); 同「平等原則とアファーマティブ・アクション」ジュリスト 1069 号 185 頁 (1996)。
- 4 浅倉むつ子「女性労働法制」法学セミナー 525 号 56 頁 (1998) 等参照。
- 5 君塚正臣「改正男女雇用機会均等法の憲法学的検討」関西大学法学論集 49 巻 4 号 30 頁 (1999)。アメリカの議論については、武田万里子「アメリカ合衆国における男女平等とアファーマティブ・アクション」法研論集 47 巻 8 号 163 頁 (1988); 吉田仁美「アメリカにおける女性に対するアファーマティブ・アクションの動向」同志社アメリカ研究 38 号 87 頁 (2002) 等参照。
- 6 稲葉馨「男女共同参画政策と公務分野におけるポジティブ・アクション」辻村みよ子・稲葉馨 編『日本の男女共同参画政策』（東北大学出版会、2005）33 頁。
- 7 辻村みよ子『ジェンダーと法』（不磨書房、2005）88 頁。
- 8 Johnson 判決での AA と能力主義をめぐる議論に着目した文献として、中林暁生「アファーマティブ・アクションとメリット」辻村みよ子 編『世界のポジティブ・アクションと男女共同参画』（東北大学出版会、2004）321 頁。
- 9 Johnson v. Transportation Agency, 41 FEP Cases 476 (N.D.Ca., 1982).
- 10 Johnson v. Trans. Ag., Santa Clara County, Calif., 748 F.2d 1308 (9th Cir., 1984).
- 11 480 U.S. at 627.
- 12 United Steelworkers of America v. Weber, 443 U.S. 193 (1979). 当該判決については西村裕三「積極的人種差別是正行為に関する一考察 ～ウェー

バー事件を素材として～」大阪府立大学経済研究 25 巻 4 号 104 頁(1980)；
山口浩一郎「使用者の差別行為と逆差別 ～ウェーバー事件の紹介～」
ジュリスト 716 号 88 頁 (1980) 等参照。

13 443 U.S. at 208.

14 Id. at 204 (quotation omitted)

15 Id. at 208.

16 Id. at 212.

17 Id. at 204.

18 480 U.S. at 630.

19 Id. at 631.

20 Id. at 631.

21 Id. at 631 - 32 (quotation omitted).

22 Id. at 632.

23 Ibid.

24 Id. at 636.

25 Id. at 635.

26 Ibid. 実際には、この短期目標は当該判決で問題とされた職業区分に関
して、Joyce の昇進の判断がなされた 1979 年の時点では設定されてい
ない。当該機関は、この職業区分で採用予定の 55 人のうち女性を 3 人
採用するという短期目標を 1982 年に設定した。

27 Id. at 636.

28 Id. at 636 - 37 (quotation 478 U.S. at 495).

29 Wygant v. Jackson Board of Education, 476 U.S. 267 (1986). 当該判決に
ついては、西村裕三「アメリカにおけるアファーマティヴ・アクション
をめぐる法的諸問題」大阪府立大学経済研究業書 66 冊 100 頁以下参照。

30 480 U.S. at 650.

31 AA に適用する司法審査基準をめぐる判例と学説の議論については、拙
稿「Affirmative Action の司法審査基準」GEMC journal 3 号 158 頁(2010)
参照。

32 社会的差別と特定された差別の概念について、拙稿「Affirmative

Action の正当化理由 (1) (2・完) - 過去向きの Affirmative Action と将来志向の Affirmative Action - 』東北法学 33 号 49 頁、34 号 249 頁(2009) 2 章 6 節参照。

33 476 U.S. at 276.

34 Id. 292.

35 480 U.S. at 651.

36 Id. at 651 - 52.

37 Id. at 654.

38 Ibid.

39 Ibid (quoting *Sheet Metal Workers v. EEOC*, 478 U.S. 421, 494 (1986)).

40 Ibid.

41 Ibid.

42 Ibid.

43 註 (26)。

44 480 U.S. at 655 (emphasis omitted).

45 Id. at 659.

46 Ibid.

47 Id. at 660.

48 Id. at 664 (quoting *Wygant*, 476 U.S. at 276 ; Id. at 288 (O'Connor, J., concurring in part and concurring in judgment) ; Id. at 295 (White, J., concurring in judgment)).

49 Id. at 665 (citation omitted).

50 *Sheet Metal Workers v. EEOC*, 478 U.S. 421 (1986). 当該判決については、西村前掲 (29) 107 頁以下参照。

51 Id. at 445 .

七〇六条 (g) は以下のように規定する。「当該個人が、人種、肌の色、宗教、性別あるいは出身国を理由とする差別以外で、雇用または昇進を拒否された場合には、裁判所のいかなる命令も…当該個人を被雇用者として雇用または昇進させるよう命じてはならない。」(後段関連部分のみ) (42 U.S.C. § 2000e-5 (g))

当該規定において、裁判所が、差別の事実上の犠牲者を救済によって利
するために、AA の実施を命令できるのは明らかである。問題は、裁判
所が AA を実施するように命令できるのは、差別の事実上の犠牲者に救
済による利益を与える場合に限定されるのか、それとも限定されないの
かにある。当該規定の解釈の問題について詳しくは、拙稿前掲 (32) 2
章 4 節参照。

52 480 U.S. at 666 (478 U.S. at 445 (Brennan J., plurality opinion jointed by
Marshall, Blackmun, and Stevens, JJ)).

53 478 U.S. at 483.

54 Id. at 499.

55 480 U.S. at 666 - 67.

56 Ibid.

57 Ibid.

58 Ibid.

59 拙稿前掲 (32) 2 章 6 節参照。

60 同論文、2 章 3 節参照。

61 Scalia 裁判官反対意見は、市民権法七〇六条 (g) が差別の事実上の犠
牲者でない者への人種を意識する救済を命令する権限を裁判所に与えて
いないということを示すために、Sheet Metal Workers 判決において、
Powell 裁判官が、人種を意識する救済が「ときに目に余る行為に関連す
る事例において」命令されうると結論づけていること、White 裁判官が
人種を意識する救済の承認を「異例の場合」に限定したことを示してい
たが (480 U.S. at 666 - 67)、Powell 裁判官は「七〇六条 (g) は差別の
事実上の犠牲者に限定されない」とし (478 U.S. at 483)、White 裁判官は、
七〇六条 (g) はあらゆる場合に差別の事実上の犠牲者に限定されない、
としている (Id. at 499)。七〇六条 (g) が差別の事実上の犠牲者でない
者への人種を意識する救済を命令する権限を裁判所に与えていないとす
る見解が最高裁の多数の裁判官によって採られている事例もあるが、そ
れはレイオフという重大な利益の侵害が問題とされた事例に限定される
(七〇六条 (g) の解釈につき、註 (51) 参照。詳しくは、拙稿 (32) 2

章 4 節参照)。

- 62 西村裕三「Affirmative Action をめぐる合衆国最高裁判例の動向」アメリカ法 1989 - 2 237 頁、246 頁。
- 63 この理由は、Johnson 判決 O'Connor 裁判官同意意見でも述べられている (480 U.S. at 652)。
- 64 AA と能力主義の関係については、拙稿「Affirmative Action と能力主義」GEMC Journal 1 号 138 頁 (2009) 参照。
- 65 480 U.S. at 641.
- 66 Id. at 674 - 75.
- 67 Id. at 641 n.17.
- 68 中林前掲 (8) 329 頁。
- 69 Louis P. Pojman, *The Moral of Status of Affirmative Action in Affirmative Action : Social or reverse discrimination ?* 176, 191 (1997).
- 70 480 U.S. at 675.
- 71 Id. at 641 n.17.
- 72 中林前掲 (8) 331 頁。
- 73 愛敬浩二「リベラリズムとポジティブ・アクション」田村哲樹・金井篤子 編『ポジティブ・アクションの可能性 - 男女共同参画社会のデザインのために - 』(ナカニシヤ出版、2007) 41 頁、51 頁。
- 74 Richard H. Fallon, Jr. , *To Each According to His Ability from None According to His Race : Concept of Merit in the Law of Antidiscrimination*, 60 B. U. L. Rev. 815, 826 - 27 (1980).
- 75 *Morton v. Mancari*, 417 U.S. 535 (1974).
- 76 Id. at 544.
- 77 中林前掲 (8) 333 頁。
- 78 同論文、333 頁。 実際に、警察の昇進の文脈で、マイノリティであることを資格として評価することが正当とされた連邦下級審判決がある (*Reynolds v. City of Chicago*, 296 F.3d 524 (7th Cir.2002) ; *Petit v. City of Chicago*, 352 F.3d. 1111 (7th Cir.2003))。また、刑務官の昇進の文脈でも、マイノリティであることを資格として評価することが正当と認

められた連邦下級審判例もある (Witmmmer v. Peters, 87 F.3d 916 (7th Cir.1996))。

しかし、他の文脈でマイノリティであることを資格として評価することが正当とされるのかについては疑問が提示される (Ronald Tumer, *Twenty First Annual Carl Warns Labor & Employment Institutes : Grutter, The Diversity Justifications, and Workplace Affirmative Action*, 43 Brandeis L.J. 199 (2004))。警察や矯正施設における AA は公共の安全という独自の利益により正当化されており、マイノリティであることを資格として評価することが正当化できるのかは文脈ごとの検討が必要とされる (Lorin J. Lapidus, *Diversity Divergence : A Post Grutter Examination of Racial Preferences in Public Employment*, 28 W. New Eng. L. Rev 199 (2006))。例えば、大学・高校教員の採用 (Suzanne E. Eckes, *Diversity in Higher Education : The Consideration of Race in Hiring University Faculty*, 2005 Byu Educ. & L. J. 33) と特殊教育の教員採用 (Patrick Linehan, *Guarding the Dumping Ground*, 2001 Byu Educ. & L.J. 179) の文脈で、マイノリティであることを資格として評価できるとの主張が見られる。

79 中林前掲 (8) 333 頁。

80 480 U.S. at 645 - 46.

81 See Id. at 649 - 50 (O'Connor J., dissenting opinion).

82 人種や性別を評価対象として捉えて、能力の観点からの AA の批判を回避しようと試みた Robert K. Fullinwinder は、マイノリティや女性の排除といった問題が生じることを認識しながらも (Robert K. Fullinwinder, *The Reverse Discrimination Controversy* 82 - 83 (1982))、社会効用論が AA の理論的根拠として優れているとする (Id. at 247)。

83 辻村みよ子『憲法とジェンダー - 男女共同参画と多文化共生への展望 - 』(有斐閣、2009) 159 頁。

84 DeFunis v. Odegaard, 416 U.S.312 (1974).

85 Id. at 337.

86 Id. at 332.

87 Id. at 331.

- 88 Ibid.
- 89 Id. at 341.
- 90 Frederick A. Morton, Jr, *Class-based Affirmative Action : Another Illustration of America Denying the Impact of Race*, 45 Rutgers L. Rev. 1089, 1091 n.6 (1993).
- 91 See Richard D. Kahlenberg, *The Remedy : Class, Race, and Affirmative Action* 18 (1996).
- 92 416 U.S. at 331.
- 93 もっとも、人種に基づく AA において社会・経済的な状況を考慮したとしても、不利な状況にあるマイノリティが不利な状況にある非マイノリティに比べて優先されるのは何故かという問題があり、両者を区別しなければならない。両者を区別するためには、マイノリティであること自体が資質形成に不利な影響を及ぼしていると証明する必要がある（See Deborah C. Malamud, *Affirmative Action, Diversity, and the Black Middle Class*, 68 U. Colo. L. Rev. 939 (1997)）。
- 94 この点、稲葉教授は、国家公務員一種の試験においてクォータ制が許される場合について、試験の合格者に占める女性の割合と採用者に占める女性の割合とに不均衡があれば、男性優先の推定が働くため、試験の合格者に占める女性の割合を限度として許される、としていた（稲葉前掲（6）39 頁）。この不均衡は女性が不公正な評価体系にあることを示しており、女性が不当な理由から地位の獲得を妨げられていると言える。もっともこの論理では、AA の対象となるグループが有資格者に占める割合が少ない場合、その状況の改善には関心が払われない。
- 95 愛敬前掲（73）51 頁。
- 96 AA と多様性との関係について分析した文献として、巻美矢紀「ポジティブ・アクションの目的と多様性（1）」千葉大学法学論集 27 巻 3 号 1 頁（2013）参照。

[付記] 本稿は東北大学博士学位論文「Affirmative Action の正当化法理 - アメリカの判例と学説を中心に - 」(2010 年 9 月学位授与) の第 7 章「性別に基づく Affirmative Action - Johnson 判決の考察を通じて - 」を加筆・修正し、ひとつの論稿としてまとめたものである。

(もぎ・ようへい 桐蔭横浜大学法学部講師)