

新しいアファーマティブ・アクションの台頭

ー反アファーマティブ・アクション法の生成と展開を素材にー

高橋 正 明

I はじめに

1868年に誕生したアメリカ合衆国憲法修正第14条（以下、「第14修正」）は、文言上、人種や性別といった集団に基づく差別を禁止していない。¹ また Equal Rights Amendment (ERA)² の批准失敗後、集团的差別を禁ずる一般規定を憲法に組み込もうとする動きは見受けられない。ただ、州レベルで見れば、20世紀以降、人種や性別に基づく差別を禁ずる明文規定を有する州憲法が存在していることは看過できない事実である。³ さらに、アファーマティブ・アクション（以下、章、節を除く本文では「アファーマティブ・アクション」という用語を原則「AA」と表記する）の問題を考察するとき、集团的差別を禁ずる明文規定を設けるに加え、人種、性別、出自などに基づく州による優遇措置（preferential treatment）を禁ずる規定が、1990年代以降、複数の州で明文化されたことは注目に値する現象である。

AAとは教育、労働などの場面に人種、性別といった特定の集団に属するものに公権力によって優遇の措置を与えることを意味するため、人種や性別に基づくAAの実施を禁止するために、優遇措置禁止規定が採択されたと考えられている。⁴ 建国以来の人種差別による被害の救済としてのAAが1970年代以降逆差別として論じられるようになり、AAの存在意義について批判が寄せられている

-
- 1 第14修正第一節は「州は、その権限内にある者から法の平等な保護を奪ってはならない」と規定する。
 - 2 1972年、性別を理由に法的権利の平等な享受を妨げることを禁止する憲法修正案を連邦議会は採択したが、4分の3以上の州の承認が得られず、廃案となった。
 - 3 1938年に修正されたニューヨーク州憲法第1章11節など、例には枚挙に遑が無い。N.Y. Const. art I, § 11.
 - 4 カリフォルニア州憲法改正住民投票（1996年）において、投票者向けの選挙冊子（Ballot Pamphlet）は、この規定はAAの廃止を意味すると明示していた（Coalition for Econ. Equity v. Wilson 122 F.3d 692, at 696（1997）.）。

アメリカでは AA に対する反発も強い。一部の州がわざわざ優遇措置の禁止を明文化したのも、このような背景を反映したものなのである。この反 AA 法 (anti-affirmative action laws) を持つ州は増加傾向にあり、今後この現象は続くと思える。⁵ この反 AA 法採択州では、人種考慮型 AA (race-conscious affirmative action) から人種を考慮しない人種中立的 AA (race-neutral affirmative action) への移行が起きているが、依然として、それに反発する訴訟は数多い。

はたして1990年代から始まったこの現象は何を示唆しているのだろうか。AA を実施するにあたって人種を一切考慮に入れないということは、人種という社会的集団を指標にして公権力が法的判断を行うための根拠が消失したというべき、人種に関する社会的評価の変容といった本質的な問題がある。本稿では、まず、反 AA 法の生成への評価に関わる問題、すなわち反 AA 法の連邦憲法適合性に関わる判例の評釈を通じて、連邦裁判所が人種に関わる州立法府の判断をどのように受け止めているのかという問題を議論する。次に、反 AA 法の展開に関する諸問題、すなわち州裁判所による反 AA 法の解釈を通じた AA の規整の態様、および、州政府機関による反 AA 法実施における問題を論ずる。これによって、本稿を、人種考慮型 AA が人種中立的 AA へと移行する過程における、人種に関わる社会的評価の変容に対して、アメリカ社会はどのような反応を示してきたのかを論じる試みの一部としたい。結論として、本稿では、人種ではなく個人・集団の社会経済的状況が AA を行う上での指標へと変容しつつあること、またその認識をアメリカ社会が部分的に共有し始めたことを指摘する。

II 反アファーマティブ・アクション法の合憲性

1. 反アファーマティブ・アクション法の誕生

1996年、カリフォルニア州の住民投票によって、提案209号（以下、「Proposition 209」）が可決・成立し、カリフォルニア州憲法第1条31項が以下のように改正された。同項(a)は、「州は、公的雇用、公教育、公契約の実施において、いかなる個人ないし集団に、人種 (race)、性別 (sex)、皮膚の色 (color)、民族 (ethnicity)、出自 (national origin) に基づいて、差別ないしは優遇措置 (preferential treatment) を行ってはならない。」と規定する（本稿では、以後、公的雇用、公教育、公契約における優遇措置を禁ずるこのような諸州の憲法ないし

5 本稿 I. (1)参照。

は制定法を一般に「反 AA 法」と呼ぶ。ただし同法には例外規定もある)。^{6,7} 次いで、1998年、ワシントン州の住民投票の結果、発議200号が可決・成立し、同種の法改正がなされた。⁸ さらに、2006年にはミシガン州の住民投票によって、⁹ 2008年にはネブラスカ州の住民投票によって、¹⁰ 同様の憲法改正がなされた。

反 AA 法を持つ 4 州（カリフォルニア州、ワシントン州、ミシガン州、ネブラスカ州）は、本法をすべて住民運動に端を発した住民投票によって成立させる一方で、ユタ州では、現在、反 AA 法創設を目指す憲法修正のための決議案がユタ州下院委員会を通過中である。¹¹ アリゾナ州では、アリゾナ上院議会の決議によって反 AA 法案が2010年に憲法修正のための住民投票に付され、住民投票の末に採択された。¹² これは、21世紀に入り、住民主導型ではない議会主導による反 AA 法案の立法化に、各州の議員が前向きになり始めたことを示唆している。

反 AA 法の制定過程に関して興味深い点は、まず反 AA 法がすべて住民投票すなわち直接民主主義過程によって成立したこと、次に、アフリカ系アメリカ人であり、元カリフォルニア大学評議員である Ward Connerly が人権擁護団体である American Civil Rights Institute (ACRI) を立ち上げ、上記の州すべての住民投票活動を支援したことが目を引く。

Connerly はカリフォルニア大学評議員時代に人種考慮型 AA がカリフォルニア大学 (University of California、以下「UC」) においてアジア系及び白人系

6 Cal. Const. art I § 31(a).

7 カリフォルニア州の反 AA 法は § 31(a)～(h) まであり、§ 31(a) の一般規定の他、複数の例外規定がある。§ 31(c) は、特定の性に基づく職業要件が真に必要な場合に同法の適用は無いとしている。§ 31(e) は連邦資金の損失を招く行為に関する例外規定を設けている（詳しくは II. (2)を参照）。

8 Washington Civil Rights Act, Wash. Rev. Code § 49.60.400(1).

9 Mich. Const. art I, § 26(1) (2).

10 Neb. Const. art I, § 30(1).

11 Josh Smith, "Utah Legislature: Committee passes through anti affirmative resolution," *Deseret News*, 12 Feb 2010.

<http://www.deseretnews.com/article/700009064/Utah-Legislature-Committee-passes-anti-affirmative-action-resolution.html> (last accessed, 9 Dec. 2010).

12 2010年11月2日、アリゾナ州の反 AA 法（通称「Proposition 107」）採択に向けた憲法修正は住民投票にて約60%の賛成票を得て承認された。Arizona Secretary of State, *State of Arizona Official Canvass: 2010 General Election-November 2010*, last updated 29 Nov. 2010. <http://www.azsos.gov/election/2010/General/Canvass2010GE.pdf> (last accessed, 4 Dec. 2010).

アメリカ人を制度的に排除しているとの同大学教職員からの報告を受けて、¹³ UCの人種考慮型 AA を全廃した経緯を持つ。¹⁴ Connerly は自伝的自著の中で、自身が建設会社を経営した際に、彼がマイノリティであるがゆえに、1991年当時、カリフォルニア州政府の入札要件一下請け会社との契約総数のうち15%以上をマイノリティの所有会社に選定するというものを満たすという目的に利用するためだけに、白人の土建業者から、Connerly の会社の技術力では達成不可能な契約の申し込みをされたという経験があることを明らかにする。¹⁵ その公共事業の AA についての経験を踏まえ、「……目には見えぬが確固として打ち崩すことのできない政策として、また日々の社会交流における白人による騒音として、AA を受け入れていた」と語り、¹⁶ AA への忌諱を顕にしている。

本稿では、紙幅の都合上、各州の反 AA 法の制定過程を詳細に描くことはできない。しかし、Connerly の経験を見るに、AA がマジョリティへの逆差別として機能していることへの反発だけが反 AA 法制定の背景にあるのではなく、¹⁷ 人種的マイノリティにとっても AA が過去の差別の救済という当初の目的を逸脱したものになっている表れとして、¹⁸ 反 AA 法制定運動が起きていると言えよう。人種的マジョリティとされる白人が住民投票によって AA の終焉を試みるという構図では、この政治現象を説明しきれない点は留意を要する。

2. 連邦下級審判決—Coal. to Defend Affirmative Action 事件¹⁹ (2008)

一方、反 AA 法への反発として、この法によって不利益を被る人種的マイノ

13 Ward Connerly, *Creating Equal: My Fight Against Race Preferences* (San Francisco: Encounter Books, 2000), 118-126.

14 Ibid., 157.

15 Ibid., 115-116.

16 Ibid., 117.

17 例えば、カリフォルニア州の Ballot Pamphlet に、当時のカリフォルニア州知事 Pete Wilson から改正支持者は逆差別について「……特別な利害が市民権利保護運動を乗っ取ってしまった。平等に代わり、政府は割り当て制度 (quotas)、優遇措置 (preference)、保留制度 (set-asides) を課したのである。……。人種や性別に基づく「逆差別」は明らかに間違いである！……」と語った。Pete Wilson, Ward Connerly, and Pamela A. Lewis, "Argument in Favor of Proposition 209," *California Ballot Pamphlet General Election November 5, 1996*. <http://vote96.sos.ca.gov/bp/209yesarg.htm> (last accessed, 16 September, 2010).

18 連邦最高裁裁判官 Clarence Thomas は、イェール大学ロースクールに AA により入学するも、法律事務所からは黒人がイェール大学で成功できるはずがないとみなされ就職に苦労したため、Thomas は AA が人種的劣等感を植えつけるものだと批判する。Clarence Thomas, *My Grandfather's Son* (New York: HarperCollins Publishers., 2007), 74-89.

19 *Coalition to Defend Affirmative Action v. Regents of the University of Michigan*, 539 F.Supp.2d 924 (E.D. Mich. 2008)、(以下、注では「Coal. to Defend Affirmative Action」)。

リティや女性が第14修正平等保護条項（以下、「平等条項」）違反を理由に連邦憲法不適合性を争う訴訟を州及び連邦裁判所に起こす。まず1997年にカリフォルニア州の Proposition 209の合憲性を争う訴訟「Coalition for Econ. Equity 事件」²⁰が起き、次いで、2008年、ミシガン州の反 AA 法である Proposal 2 についても同様の争点を扱った訴訟「Coal. to Defend Affirmative Action 事件」が争われた。

Coalition for Econ. Equity 事件ではカリフォルニア州憲法改正の翌日に Proposition 209差止請求の訴えが提起されたこともあり、Proposition 209が人種的マイノリティや女性にどのような差別的効果（disparate impact）を与えるかを検証できぬまま、上訴人たるカリフォルニア州知事の勝訴判決が下されたため、反 AA 法の差別的効果の問題を論じるうえで十分な素材とは言えない。また、ミシガン州では2006年の州憲法改正直後に Proposal 2 の差止請求訴訟が起こされたが、差別的効果の検証は不正確なまま連邦地裁による期限付きの暫定的差止認容判決が下された後に、²¹ 連邦控訴裁による差止取消判決がなされた（「Granholtm 事件」）。²² よって、本稿では、Coalition for Econ. Equity 事件との異同に留意しつつ、差別的効果及び意図の立証について多くを語った Coal. to Defend Affirmative Action 事件の紹介を行い、1996年の反 AA 法の誕生以降、連邦裁判所は AA に対する州民の意思にどう反応してきたかを見る。

i. 事実の概要

ミシガン大学学部での人種による入試点数の割り当てを連邦憲法違反とした Gratz 判決²³の原告であった白人系アメリカ人 Gratz が Connerly をミシガン州の反 AA 支持派団体に招聘し、住民投票活動を開始した。この結果、2006年、ミシガン州では約57%の賛成票を得て州憲法が改正され、反 AA 法の条文がミシガン州憲法26条1項に追加された（以下、「Proposal 2」という）。²⁴ これによ

20 Coalition for Econ. Equity v. Wilson, 122 F.3d 692 (1997)、(以下、注では「Coalition for Econ. Equity.」)。

21 Coalition to Defend Affirmative Action v. Granholtm, 240 F.R.D 368 (E.D. Mich. 2006).

22 Coalition to Defend Affirmative Action v. Granholtm, 473 F.3d 237 (2006).

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

24 ミシガン州憲法第1条26項(1)は、「ミシガン大学 (University of Michigan)、ミシガン州立大学 (Michigan State University)、ウェイン州立大学 (Wayne State University)、その他の公立大学、コミュニティカレッジ、あるいは教育委員会は、公的雇用、公教育、公契約の実施において、いかなる個人ないし集団に、人種、性別、皮膚の色、民族、出自に基づいて、差別ないしは優遇措置を行ってはならない。」と規定する。

り、同州の公立大学では、人種や性別を理由に AA を行うことが禁止されることとなった。Grutter 判決²⁵—ミシガン大学ロースクールにおいて多様性の確保のために極めて限定された範囲で入試において人種を考慮することを合憲とした—が許容する範囲での AA は、2006年度以降、ミシガン大学による Proposal 2 の遵守の表明とともに、人種考慮を一切行わないものへと変化した。²⁶ これに対して、複数の AA 支持派団体が Proposal 2 は平等条項を侵害すると訴えたのが本件である。本件は併合訴訟であり、原告は 2 組からなる。一組目は AA 支持派団体に加えミシガン州内の公立大学に入学申請予定の人種的マイノリティ及び女子学生からなる Coalition 原告団、二組目がミシガン大学教員や在学生などからなる Cantrell 原告団である。前者は被告をミシガン大学評議員等とし、後者はミシガン州法務長官を被告とした。

まず、両原告団の第一の主張は過去の先例²⁷ に依拠し、ミシガン州の公立大学に適用されるに限り、Proposal 2 が政治構造を変化させることで人種や性別に基づく集団に不当な負担を課すという意味での平等条項侵害の訴えを起こすものであった。すなわち、Proposal 2 に規定されていない集団（例えば legacy status²⁸ や地理的な出生地（geographic origin）などによって分類される集団）は容易に教育機関に入試制度の変更を要請できるが、人種的マイノリティは州憲法を改正する以外に人種考慮型の入試制度を設ける術がなくなったというのである。この主張を、「政治構造的主張（Political Structure Claim）」と呼ぶことにする。²⁹

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

26 University of Michigan Law School, Updated Note on Admissions Policy for the 2006-2007 Year, 10 Jan. 2007. <http://www.law.umich.edu/newsandinfo/prop2/Pages/default.aspx> (last accessed, 16 Sep. 2010).

27 原告が引用した主要な判例として、Hunter v. Erickson, 393 U.S. 385 (1969), Washington v. Seattle School District. No. 1, 458 U.S. 457 (1982). など。

28 入学志願者の家族が志願先の大学の卒業生である場合に、その志願者は legacy status とされる。大学によっては、legacy status を入試の評価に利用することもある。Duke 大学などが参照される。Duke University Office of Under Graduate Admissions, *Duke University Admissions: Ask a Question*, <http://www.admissions.duke.edu/faq/indexb571.html?iQuestionID=518%20&iCategoryID=1> (last accessed, 16 Sep. 2010).

29 Coalition for Econ. Equity 事件ではこのような政治構造に注目する主張は、“Political Structure equal protection analysis” と概念化された上で、論じられている。また連邦地方裁判所ミシガン東部地区南部支部（本裁判所）はこの主張を事件名に依った形で “Hunter/Seattle equal protection challenge” と表現するが、前者と同一の概念である。本稿では、便宜上、このような主張を第 9 巡回区連邦控訴裁判所の表現に倣い「政治構造的主張（Political Structure Claim）」と統一しておく。Coalition for Econ. Equity, at 701. Coal. to Defend Affirmative Action, at 953.

次に、Coalition 原告団の主張は、「Proposal 2 が黒人、ラティーノ、ネイティブ・アメリカン学生および女子学生の入学者数を減少させるという主たる目的を有しているため」、人種と性別に基づいて入学志願者を差別するというものであった。³⁰ この主張を、「慣習的主張 (Conventional Claim)」と呼ぶことにする。³¹ これらの主張を根拠に、両原告団は、Proposal 2 が州内の公立大学に適用される限りで、Proposal 2 の執行差止めを求め、連邦地方裁判所ミシガン東部地区南部支部（以下、「本裁判所」）に提訴した。

ii. 判 旨

まず、Coalition 原告団の慣習的主張に結論を下すにつき、本裁判所は、Proposition 209の合憲性に関して同一の争点を扱った Coalition for Econ. Equity 事件とは異なった論理構成を行う。Coalition for Econ. Equity 事件では、第9巡回区連邦控訴裁判所は、Proposition 209をその文言から表面上中立な法であると認め、「Proposition 209は人種や性別によって個人を分類するところか、Proposition 209は州による人種や性別による分類を禁止するものである。州の人種や性別による分類を禁ずる法は、人種や性別によって個人を分類しないという有力な根拠にすらなる」³² と述べて、慣習的な意味での平等条項侵害の主張を受け入れなかった。

この文言解釈だけの簡易な結論付けに本裁判所は異を唱える。すなわち、本裁判所は、「表面上中立な法が人種分類を行っている」と主張される場合、原告がその法は人種目的によって動機づけられていると証明できるならば、その法は厳格審査の下で審査されることになる」と先例に従い述べ、³³ Coalition for Econ. Equity 事件は Proposition 209の立法目的の一つにはマイノリティを独占的に利する AA を排除する目的があったことを吟味していないと解し、先例である Coalition for Econ. Equity 事件に従う必要は無いとした。そして、本裁判所は、Village of Arlington Heights 判決³⁴ を新たに引用して、表面上中立な法が人種

30 Coal. to Defend Affirmative Action, at 934.

31 Coalition for Econ. Equity 事件では、この差別的意図・効果に関する主張を“Conventional Equal Protection Analysis”と概念的に整理して論じている。本件ではこの主張は“Conventional Equal Protection Argument”と表現されている。本稿では、これらに倣い「慣習的主張 (Conventional Claim)」と統一して表記する。Coal. for Econ. Equity, at 701. Coal. to Defend Affirmative Action, at 947.

32 Coalition for Econ. Equity., at 702.

33 Coal. to Defend Affirmative Action, at 949, quoting Moore v. Detroit Sch. Reform Bd., 293 F.3d 352, at 368 (2002).

34 Village of Arlington Heights v. Metro. Housing Dev. Corp., 429 U.S. 252 (1977).

差別的目的に動機づけられているかを5つの要素を挙げて確認する。その5つの要素とは、「(1)公権的行為による特定の人種集団への影響、(2)該当行為の歴史的背景、(3)州行為に先立つ事件、(4)政府の標準的な手続き過程からの手続き的または実質的逸脱、(5)立法及び行政的沿革」である。³⁵

本裁判所は、「カリフォルニア州やテキサス州の人種中立の入試プログラムが公立大学における多様性を維持・促進させる代替案として、人種考慮型の入試プログラムに比べて、機能していない」という UC 教員の証言³⁶ や、ミシガン大学入学選考関係者や教育関連の外部専門家の証言をもとに、公権的行為による特定の人種集団への差別的効果を認めた。しかし、本裁判所は、AA の廃止を目的にする「Proposal 2 がどうすればマイノリティに差別的効果を持ち得なかったのかは図りかねる」として、³⁷ Proposal 2 のもたらす差別的効果自体は至極当然のものであるとの認識を示した。

よって、差別的効果の存在のみでは足りず、この差別的効果を故意に引き起こそうとしたというべき差別的意図 (discriminatory intent) の存在が必要となるが、本裁判所は、ここで、上記の5つの要素につき、一応、第一の要素の存在を認めたが、それ以外の要素に人種差別的目的は見られないとして、差別的意図の存在を否定した。第二、第三の要素につき、Proposal 2 がマイノリティの入学者数の減少につながる可能性があると認識していた Connerly や憲法改正支持者らが、人種差別的意図を有していたという証拠はないとした。³⁸ とりわけ、第四の要素である、政府の標準的な手続き過程からの逸脱については、本裁判所は、Proposal 2 は住民投票であるため、「賛成票を投じた58%の選挙民の意図を詮索するようなことは、本件には無い例外的な状況がなくては、保障されない……」と述べた。³⁹ 結論として、差別的意図に関する立証は認められず、慣習的な意味での平等条項侵害の主張は認められなかった。

次に、両原告団による政治構造的主張への本裁判所の判断は Coalition for Econ. Equity 事件に強く依拠する結果となった。原告らの主張は、他の集団に比して、人種、性による集団は大学に入試制度を変更させるためには再び憲法を

35 Moore, 293 F.3d 352 at 369, citing Village of Arlington Heights, at 266-68.

36 Coal. to Defend Affirmative Action, at 937.

37 Ibid., 951.

38 Connerly は、「人種考慮型 AA はマイノリティにとっても有害であり、マイノリティは白人およびアジア系の学生と援助を受けずに競争し合うことでよりよい役割を果たすだろう。」と証言している。Ibid., 951-952.

39 Ibid., 952.

修正する以外になく、それがマイノリティへの不当な負担になるというものである。原告らは、この主張の根拠として、先例たる Hunter 判決および Seattle 判決を引用する。⁴⁰ Hunter 判決では、オハイオ州のアクロン市民による住民投票によって市の憲章が改正され、その憲章によると、人種に基づいて行われる不動産の利用や売却を規制する市条例を発効するには投票者の過半数の賛成を得なければならないとなった。この条例改正がマイノリティを政治過程から排除するために平等保護条項に違反するかどうかにつき、連邦最高裁は「この改正は本件における人種的住宅問題（不動産の利用と売却についての規制（筆者））とその他の人種的住宅問題を別に扱うものであり、明らかに人種分類である」として、憲法違反を認めた。⁴¹

しかし、本裁判所は、この Hunter 判決と本件を同列に扱いはしなかった。理由として、Proposal 2 において人種的マイノリティと女性は人口数においてすでにミシガン州におけるマジョリティとなっているため、マイノリティへの差別として本件を処理できないことを挙げた。次に、マイノリティに AA を再び行うことは困難になったと認めながらも、Coalition for Econ. Equity 事件の「個人は法の平等な取り扱いを妨げる政治的障害に対抗する平等な権利を有するといえるが、個人は優遇措置を受ける上での政治的障壁を取り除くための平等な権利を持っているとまでは言えない」とした判決文を引用して、⁴² あくまで平等な取り扱いを受ける権利が侵害されることが問題であるという姿勢を示す。

さらに、本裁判所は、Proposition 209 以後の複数の連邦最高裁判決から、⁴³ 過去の差別の救済、多様性の確保といった AA をするうえでの根拠を州のやむにやまれない利益 (compelling interest) であると確認するが、「過去の差別の救済という義務により強制されていない AA は差別からの保護を目的とする法とは基本的に異なる……」として、⁴⁴ 仮に、「原告が人種優遇措置を含んだ入試制度は過去の差別の打破や人種間での再分離を防ぐために必要であると証明したならば、人種優遇を禁ずる Proposal 2 はその限りで違憲になりうる……」とまで述べた。⁴⁵

40 Hunter v. Erickson, 393 U.S. 385 (1969), Washington Seattle Sch. Dist. No. 1, 458 U.S. 457 (1982).

41 Hunter, 393 U.S. 385, at 389.

42 Coalition for Econ. Equity., at 708.

43 Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003), Parents Involved in Community Schools v. Seattle School Dist. No. 1, 551 U.S. 701 (2007).

44 Coal. to Defend Affirmative Action, at 957.

45 Ibid., 957.

結論として、Proposal 2による政治的障害は平等保護（平等な取り扱い）を受け手段をマイノリティから遠ざけるものではなく、平等条項を侵害しないと判示した。この結果、原告の請求は棄却され、被告勝訴の略式判決（summary judgment）が下された。なお、原告が連邦控訴裁判所に控訴中である。⁴⁶

3. 本判決の意義

本判決を先例の流れの中に置けば、差別的意図の立証に関しては、Connerlyらの住民投票運動の過程を注視しながら、Village of Arlington Heights判決の基準を引用した詳細な分析がなされたことが先例との大きな違いと言える。Coalition for Econ. Equity事件では、文言上中立というだけで、人種差別的意図の存否に関しては極めてあっさりとした文言解釈がされた。Proposition 209可決直後の判決だったこともあり、差別的意図・効果の立証が不正確だったことはある意味当然である。ただし、本判決でも、結論としてはVillage of Arlington Heights判決の基準によっても差別的意図の立証は容易ではないことが改めて明らかとなった。

特に、住民投票という立法手続きに関して、連邦下級審裁判所は州民の判断に譲歩を示している。本裁判所は賛成投票者の意図を詮索する必要はないとの見解を示したことからも、それは覗える。判例の理論的發展は見られたが、現実的には、住民投票過程における投票者の差別的意図の立証は困難であろう。この点につき、住民投票における差別的意図の立証が困難であることを理由に住民投票立法と議会立法における違憲審査基準の相違を理論的に構築しようとするものとして、Julian N. Euleらの議論が興味深い。⁴⁷ しかし、現況では、連邦下級審裁判

46 Margaret Lucas Agius, "U.S. Court of Appeals considers Michigan affirmative action ban," *Examiner.com*, 17 Nov. 2009. <http://www.examiner.com/legal-news-in-detroit/u-s-court-of-appeals-considers-michigan-affirmative-action-ban> (last accessed, 9 Dec. 2010).

47 投票者はどんな理由であれ自分の思う通りに投票することを憲法上認められていること、また、住民投票における投票者の意図を探ることは秘密投票の保障の原則に相容れないという認識が司法院にあることを理由に、Euleは住民投票によって成立した法の差別的意図を見出すのは容易ではないとして、二つのアプローチを提案する。一つは差別的目的の立証負担を低減し、よりBallot Pamphletなどのソースにより思慮を巡らすこと、二つ目は、法がプレビシット（plebiscite）による場合、差別的目的を要求せずに厳格審査をするという提案である。Julian N. Eule, "Judicial Review of Direct Democracy," *Yale Law Journal* 99 (May 1990): 1503, 1561-1562.

邦文では、EuleやCass Sunsteinらの議論を紹介しながらCoalition for Econ. Equity事件を評釈したものとして、大河内美紀「カリフォルニア州憲法修正提案二〇九号差止訴訟－アンチ・アフーマティヴ・アクション・イニシアティヴに関する考察のために」法政論集（名古屋大学）225（2008），463.

所は住民投票立法と議会立法の違いに注目をしているようにも見えない。

政治構造型主張に関しては、人種的マイノリティと女性は住民投票における数的マジョリティとなるために、数的マイノリティへの不当な負担という論理そのものが成り立たないことが勝敗を決する決定的要素となった。さらに、本裁判所は、AAは過去の差別の救済や人種の再分離の防止にとり必要であると証明できるならば、人種考慮型AAを禁ずる法規はその限りで連邦憲法上違憲になり得るとの見解を示したが、その事実を証明するのは容易ではない。それは、次章のC & C Construction事件を通じて明らかにされる。

最後に、Coalition for Econ. Equity事件では連邦最高裁が移送令状の発給を拒否したこと、またGranholm事件では連邦最高裁が控訴審の差止取消判決を破棄する旨の訴えを理由を付さず却下したことは注記すべきだが、⁴⁸ 連邦下級審において差別的効果に関する議論が十全に尽くされたか疑問である状況を考慮すれば、連邦最高裁も依然として反AA法の連邦憲法適合性を判断する材料が成熟する機を待っているのかもしれない。

III 州裁判所と反アファーマティブ・アクション法

1. 州裁判所の動向

反AA法の連邦憲法適合性について下級審ではその合憲性が認められていることに加え、連邦最高裁による判断が為されていないために、次なる議論は、州の裁判所がいかに関AA法を解釈してAAの在り方を規整していくのかというものになる。

カリフォルニア州では、反AA法制定以降、州政府機関による人種考慮型AAプログラムが全て廃止されたわけではなく、そのプログラムが反AA法の禁ずる優遇措置 (preferential treatment) にあたるかを争う複数の訴訟が公契約や労働の分野で起きた。⁴⁹ また教育の分野では、2003年、ワシントン州にて、同州の最高裁判所は、人種を根拠に生徒の通学校を自動的に決定するシアトル市教育

48 Coalition for Econ. Equity v. Governor of California, 522 U.S. 963 (1997). Coalition to Defend Affirmative Action v. Granholm, 549 U.S. 1176 (2007).

49 例えば、Hi-Voltage Wire Works, Inc. v. City of San Jose, 12 P. 3d 1068 (Cal. 2000)では、San Jones市の入札要件は人種的マイノリティ及び女性を一定数下請契約者にする数値目標を掲げており、その目標を満たさない元請契約者は入札の対象として考慮されなかった。この入札要件をカリフォルニア州最高裁裁判所は Proposition 209のいう preferential treatment にあたるとして州憲法違反とした。

委員会の方針は多様性を促進させる人種中立的なプログラムであるとして、本方針をワシントン州の反 AA 規定⁵⁰ に違反しないとした。⁵¹

この種の訴訟は多いが、⁵² とりわけ連邦法規たる1964年市民権利保護法（Civil Rights Acts of 1964、以下「市民権利保護法」⁵³）と州法たる反 AA 法における例外規定との関係を見ると、州裁判所が連邦法を手掛かりに人種中立的 AA の展開を試みる傾向を読み取ることができる。次節でその争点を扱った事件を素材に州裁判所による人種中立的 AA の展開を見る。

2. 州裁判所による連邦法の解釈—C & C Construction 事件（2004）⁵⁴を素材に—

i. C & C Construction 事件：事実の概要

Croson 判決⁵⁵において、連邦最高裁が「人種による分類を用いた救済的な AA は連邦憲法第14修正平等保護条項下の厳格審査に服する」としたことに従い、⁵⁶ Sacramento County のインフラ事業を管理するサクラメント地方公益事業団体（Sacramento Municipal Utility District、以下「SMUD」）は、1993年、Croson 判決に従い、SMUD の管轄地域内で人種考慮型・救済的 AA を行う必要があるかにつき調査をした。よれば、入札契約金額において、人種的マイノリティ企業とそれ以外の企業において著しい不均衡があるとされたため、SMUD は1989年以降人種中立的な out-reach programs（マイノリティ向けの情報媒体への入札広告の宣伝等）が期待以上にはマイノリティ企業の入札参加を促せなかったと評価した。そこで、SMUD は、1993年、人種考慮型 AA を採用して、人種または性別による契約金額数の不均衡の解消に乗り出した。1996年の Proposition 209可決以後も、SMUD は不均衡状態の継続を理由に不均衡解消措

50 Washington Civil Rights Act, Wash. Rev. Code § 49.60.400(1) (2006).

51 Parents Involved in Community Schools. v. Seattle School District No. 1, 149 Wn. 2d, 72 P. 3d 151 (2003).

52 Kidd v. State of California, 62 Cal. App. 4th 386 (1998)では、カリフォルニア州の State Personnel Board（州人事委員会）は Supplemental Certification Program という人種的マイノリティ及び女性の公務就任志願者には通常の採用要件を課さない優遇的選考プログラムを設けていたが、カリフォルニア州控訴裁判所はこのプログラムは、Proposition 209違反であると判断した。その他、Connerly v. State Pers. Bd., 92 Cal. App. 4th 16 (2001) など。

53 Civil Rights Acts は「公民権法」と訳されることもあるが、本稿では「市民権利保護法」と訳す。

54 C & C Construction, Inc. v. Sacramento Municipal Utility District, 122 Cal. App. 4th 284 (2004).

55 City of Richmond v. Croson Co., 488 U.S. 469 (1989).

56 Ibid., 487-488.

置を実施していた。

本件で問題となったプログラムは、まず、元請企業の場合、アフリカ系あるいはヒスパニック系アメリカ人が所有する企業には、100万ドル以下の入札に対して、5万ドルの上限付きで、5%の入札額の値引きを行うというものだった。さらに、本件プログラムは元請業者に、アフリカ系アメリカ人またはアジア系アメリカ人が所有する企業を一定数下請にするよう求め、その履行のための誠実努力義務 (good faith efforts) を元請業者に課した。仮に、下請マイノリティ企業が一定数以下となり、かつこの誠実努力義務を守らない場合、元請業者の入札は拒否される。このプログラムの下では原告である C & C Construction はマイノリティ企業と同様の恩恵を得られなかったため、さらには本件プログラムに従わない限り入札資格を得ることができないため、原告は本件プログラムがカリフォルニア州憲法31条1項(a)⁵⁷ (以下、「31項(a)」) に違反するとして、SMUD を被告としてサクラメント群上訴裁判所 (Superior Court of Sacramento County) に訴え、そのプログラムの差止請求が認容された。そこで、SMUD はカリフォルニア州控訴裁判所へ上告したのが本件である。

SMUD の主張は、カリフォルニア州憲法第1条31項(e) (以下、「31項(e)」) が、「連邦プログラムに不適格となることで、州に対する連邦資金の損失が起きる場合、この章のいかなる規定も、連邦プログラムへの適格性を樹立ないしは維持するために取られなければならない行為を禁止するものと解釈されてはならない」とするがゆえに、本件 AA を行わなければ、連邦法規である市民権利保護法第六編等に違反することになり、違反行為への制裁として連邦からの資金援助を受けることができなくなるため、SMUD の当該行為は31項(e)の適用によって、31項(a)の適用から免責される、というものであった。

ii. 判 旨

多数意見は、SMUD の主張を受け入れず、原審判決を認容した。多数意見は、過去に人種差別が SMUD の管轄地域内であったと認めるが、前提問題として、31項(e)において人種考慮型 AA を正当化するのに必要な証拠 (showing) の性質について判断をする。多数意見は、その必要な証拠の程度に関して、「州政府機関は、人種考慮的措置を課す前に、その人種考慮型差別措置が連邦資金を受けるに必要であるとする連邦上の裁決 (federal adjudication) を得る必要はな

57 本稿 I. (1)参照。

い」と述べる。⁵⁸ しかし、多数意見は、「人種に基づいて差別をするためには、政府機関は人種考慮型措置を講じなければ連邦資金（の授与資格）を失うという実質的証拠（substantial evidence）を持つ必要があり、また人種考慮型の差別を最小化させるようにその措置を狭く限定する（narrowly tailor）必要がある」と述べ、⁵⁹ 人種考慮型 AA を行う上で必要な証拠の射程をひとまず限定する。

ではその実質的証拠は何を意味するのかにつき、多数意見は、連邦法が人種考慮型 AA を認める要件を満たす程度の実質的証拠の立証が政府機関には必要とされると述べ、人種考慮型 AA を講じなければ連邦資金（の授与資格）を失うと判断する州政府機関の広範な権限を否定する。「人種考慮型・救済的措置を要求する事実が何かは州政府機関ではなく連邦法または連邦規則によって確定されなければならない」として、⁶⁰ 多数意見は、SMUD が人種考慮型 AA を行う連邦法あるいは連邦規則上の根拠を示さなかったことを指摘する。さらに、仮に連邦法下での事実上の根拠が認定されたとしても、SMUD は人種中立的 AA などより制限的でない方法を講じず、narrowly tailored な措置を取ろうとする努力もしなかったと批判した。もちろん SMUD は連邦エネルギー省、防衛省、交通省が定める、市民権利保護法の遵守を目的とした種々の連邦規則を引用するが、多数意見はどの引用の妥当性も認めなかった。以上から、連邦資金を維持するために必要な連邦法上の根拠は一切存在していないということになった。

3. 小 括

C & C Construction 事件多数意見は、31項(a)違反を避けるには、連邦法上、人種考慮型 AA が必要といえるだけの実質的証拠の立証を州政府機関に要求したため、31項(e)の例外適用の範囲は非常に狭くなった。多数意見が SMUD の主張する連邦法上の根拠を悉く解釈論を用いて否定したことを鑑みれば、連邦法上人種考慮型 AA が必要となるといえるだけの実質的証拠の存在を立証することは、州政府機関にとって相当高いハードルと言えよう。

人種考慮型 AA を行ううえでの連邦法上の最たる根拠は（明々白々な差別的行為がない限り）市民権利保護法上の差別的効果の是正責任の発生となろう。しかし、ニュー・ヘイブン市の消防士昇格試験の結果の公証を人種不均衡を理由に市が拒否したことが市民権利保護法第六篇の差別的取り扱い（disparate treat-

58 C & C Construction, 122 Cal. App. 4th 284, at 298.

59 Ibid., 298.

60 Ibid., 299.

ment) にあたるとした Ricci 判決⁶¹ では、Scalia 裁判官同意意見は、同法における差別的効果の是正規定の連邦憲法適合性を審査する日が近いとの見解を示している。⁶² これはあくまで Scalia の同意意見に過ぎないが、連邦法規を根拠に人種考慮型の救済措置を行うことに連邦最高裁も懐疑的である。仮に反 AA 採択州が人種考慮型 AA を行ううえでの連邦法上の根拠を示しても、さらにその連邦法自体の連邦憲法適合性はどうかという非常に困難な問題に直面する可能性もある。

さらに、多数意見が、過去の人種差別が人種考慮型 AA でしか救済できないのかという点には触れず、AA を人種考慮型と人種中立的なものの二種に分けて、SMUD に人種中立的プログラムの検討を促したことも注目される。これにより、州政府機関は全ての集団に対して中立的手段がないかを優先して検討する意識を強めるだろう。実際に、本判決後、SMUD は人種考慮型 AA を廃止しており、2006年からは年間収入1,400万ドル以下かつ従業員数が100人以下である企業は入札額の値引き等の優遇措置を受けられるといった人種中立的な内容に修正がされた。⁶³

上記のことから、州下級審判決とは言え、州裁判所が31項(e)の例外規定をかなり限定的に適用しようとしていることが窺え、また人種に代わり個人・集団の経済状況を指標にした人種中立的 AA を州政府機関に採用させるという機能を果たしていることが分かる。この31項(e)とほぼ同一の例外規定が各州の反 AA 法に組み込まれているため、⁶⁴ カリフォルニア州のみに留まらず、反 AA 採択州裁判所が連邦法を解釈せざるを得ない状況は今後も続くであろう。⁶⁵

61 Ricci v. Destefano, 129 S. Ct. 2658 (2009).

62 Ibid., 2682 (Scalia, J., concurring).

63 修正後のプログラムの詳細は以下を参照。SMUD, *Do business with SMUD*, <http://www.smud.org/en/do-business-with-smud/Pages/seed.aspx> (last accessed, Sep 26, 2010).

64 Wash. Rev. Code § 49.60.400(6). Mich. Const. art I, § 26(4). Neb. Const. art I, § 30(5).

65 他にも例外規定の適否を争う訴訟は複数存在し、反 AA 法実施につき最も問題となるのがこの例外規定の解釈だという論者もいる。Stephen R. McCutcheon, Jr. and Travis J. Lindsey, "The Last Refuge of Official Discrimination: The Federal Funding Exception to California's Proposition 209," *Santa Clara Law Review* 44 (2004): 457, 458.

IV 新しいアファーマティブ・アクション

人種中立的 AA への移行の流れがある一方、人種中立を標榜する新しい AA が人種考慮型 AA ほどに人種の不均衡解消に効果的であるのかという疑問は消えない。本章では、1990年代後半からの、公教育、公契約、公的雇用の場面での新しい AA の動きを捉えることで、AA を行う指標が、特定の人種ではなく、個人・集団の社会経済的地位に取って代わろうとしている現実とそれに対する社会の反応を考察する。

1. 公教育におけるアファーマティブ・アクション

1996年の Proposition 209成立後、1997年の Proposition 209実施以前と比べ、カリフォルニア大学バークレー校 (UC Berkeley) における1998年のアフリカ系アメリカ人入学者数が半数以下となる等、⁶⁶ Proposition 209による人種的マイノリティへの影響は相当程度あった。⁶⁷ この影響を受けてか、2000年、当時のカリフォルニア州は Four Percentage Plan を実施した。このプランは、州内の全ての高等学校を対象に、その高校における成績上位4%以内の学生を UC 全校 (8校) のうちの一つに入学させるというものである (ただし、学生はどの大学校に通うかを選択できない)。⁶⁸ 同プラン実施後の2002年、減少していたマイノリティ学生数が僅かに回復したという報告もあり、⁶⁹ Proposition 209の影響を UC は克服したと評価する向きもある。⁷⁰ またフロリダ州、テキサス州でも類似のプランが実施されているが、⁷¹ テキサス州ではその効果は統計上人種考慮型アファーマ

66 University of California, Office of President, *University of California Applications, Admissions and Enrollment of California Resident Freshmen for Fall 1989 through 2009*, http://www.ucop.edu/news/factsheets/flowfrc_09.pdf (last accessed, 27 Sep. 2010).

67 1997年の UC 全校におけるアフリカ系アメリカ人志願者の大学合格率は72%から1998年には63%へと低下した。Ibid.

68 U.S. Department of Education Office for Civil Rights, *Achieving Diversity: Race-Neutral Alternatives in American Education*, 2004. <http://www2.ed.gov/about/offices/list/ocr/edlite-raceneutralreport2.html#toc4p4p3> (last accessed, 28 Sep. 2010).

69 UCLA 及び UC Berkeley では、1995年、マイノリティ学生の入学生全体における割合は各々30.1%、24.3%であったが、1998年 (Proposition 209実施後) 各々14.3%、11.2%まで減少し、2002年 (Four Percentage Plan 実施後) は各々19.3%、15.6%にまで回復した。Eboni S. Nelson, "What Price Grutter? We May Have Won the Battle, but Are We Losing the War?" *Journal of College and University Law*, 32, no. 1 (2005): 34, 36.

70 Ibid., 36.

71 フロリダ州では1999年、Talented 20 Program を採用しており、州内の各高校におけるクラス成績上位20%の学生が入学許可を得られる。テキサス州は *Hopwood v. Texas*, 78 F. 3d 932 (1996) を受けて、Ten Percentage Plan を実施している。Supra, note 68.

ティブ・アクションが担っていた役割を補完しているとも言える。⁷² また、当初は教育レベルの低い高校の生徒を受け入れることによる大学の研究機関としての質の低下が疑問視されたが、⁷³ マイノリティ学生の学位取得率は増加しているとの調査も出てきている。⁷⁴

この Percentage Plan の合憲性を争う訴訟は現時点では見受けられない。University of Texas at Austin は、2004年から、多様性の確保のため人種考慮プログラムを併せて採用しているため、入学志願者たる白人女性が連邦憲法違反の主張をしたが、原告は Ten Percent Plan に関しては人種中立的であると同意を示した。⁷⁵

次に、人種ではなく社会経済的地位 (socioeconomic status) に基づいた AA も講じられている。ミシガン大学は入試において学生及びその親の社会経済的地位を数十にも及ぶ考慮事由の内の一つに掲げる。⁷⁶ これは階級考慮型 AA (class-based affirmative action) とも評される。しかし、白人学生は人口比で多く、経済的に逼迫している入学者の大半が白人学生となるため、「人種的」多様性の確保にはならないという批判も学内にはある。⁷⁷ ただ、Scalia、Thomas はこの経済事情を考慮した AA を支持しており、⁷⁸ また憲法問題としても社会経済的地位は疑わしい区分とされていないため厳格審査の対象とならないとの認識もあ

72 人種考慮型 AA が行われていた1992年から1996年と、それが廃止され Ten Percent Plan が実施された1998年から2002年を比較しても、どの人種にも入学者数の顕著な減少は生じていない。Marta Tienda, Sigal Alon, and Sanny X. Nyu, "Affirmative Action and the Texas Top 10% Percent Admission Law: Balancing Equity and Access to Higher Education," *Texas Higher Education Opportunity Project* (2008), 25. http://theop.princeton.edu/reports/wp/AffirmativeAction_TopTen.pdf (last accessed, 4 Dec. 2010).

73 Samuel Issacharaoff, "Can Affirmative Action Be Defended?" *Ohio State Law Journal* 59 (1998): 669, 687-688.

74 Proposition 209実施後の1998年に入学したアフリカ系アメリカ人学生の卒業率は1996年のそれに比して6.5%上昇した。Eryn Hadley, "Did the Sky Really Fall? Ten Years after California's Proposition 209," *BYU Journal of Public Law* 20 (Fall 2005): 103, 129-130.

75 *Fisher v. University of Texas at Austin*, 645 F. Supp. 2d 587 (W.D. Tex., 2009), at 610.

76 University of Michigan Office of Undergraduate Admissions, *Application Review*, http://www.admissions.umich.edu/prospective/prospectiverefreshmen/eval_categories.php#Personal (last accessed, 30 Sep. 2010).

77 Monica L. Rose, "Proposal 2 and the Ban on Affirmative Action: An Uncertain Future for the University of Michigan in its Quest for Diversity," *Boston University Public Interest Law Journal* 17 (Spring 2008): 309, 333.

78 Michele Sherretta, "An Alternative to Affirmative Action: Attributing Lack of Diversity in Undergraduate Institutions to a Failing Education System," *University of Pittsburgh Law Review* 65 (Spring 2004): 655, 667.

る。⁷⁹ さらに、2007年から、ミシガン大学は、入試において、学生の学問的成果、入試用エッセイ、課外活動、学生の人生経験（困難な経験を克服したかなど）に加え、学生数が過少となっている（underrepresented）地域や高校の出身かどうかなどを考慮する“thorough, holistic and personal and individualized process”を採用しており、⁸⁰ 階級考慮型 AA と併用されている。

加えて、マイノリティ学生が多くを占める学区に大学の入試カウンセラーが向いて入試対策を行う、あるいは大学と教育的成果の乏しい（low performing）初等中等学校及び高校が提携をしてカウンセリングやチュータリングを行う out-reach programs が反 AA 法採択州で広く実施されている。このプログラムによる人種の不均衡の解消への効果のほどは不明確だが、初等中等教育の質の向上の面を見ると、カリフォルニア州ではアフリカ系アメリカ人学生の高卒卒業率が微増するなどの成果が出ている。⁸¹ また人種を考慮した提携校の選別は反 AA 法違反ではないかとの疑念もあるが、出願データに基づいて過少状態の学校を選べばその問題も避けられるとの意見もある。⁸²

一方、公教育における人種考慮型 AA の撤廃に異を唱える者もいる。例えば、Kimberly West-Faulcon によれば、大学進学適性テスト（Scholastic Assessment Test, (SAT)）はなお過去の人種差別による差別的効果を有しているから、その是正には人種考慮型 AA が市民権利保護法上必要であり、またそれが反 AA 法の例外規定に該当するというのである。⁸³ しかし、同教授への批判として Girardeau A. Spann は、West-Faulcon の見解は人種中立的な解決策を考慮しておらず、人種分類に関する連邦最高裁の厳格審査の法理—目的を達成するための手段が非常に限定されているかを厳格に審査する—に符合しないことを指摘している。⁸⁴

79 Ibid., 666.

80 University of Michigan, *Questions and Answers Regarding the State of Michigan's Proposal 2 of 2006*, last updated, 23 July 2010. <http://www.diversity.umich.edu/legal/prop2faq.php/> (last accessed, 30 Sep. 2010).

81 Hadley, *supra* note 74, at 132.

82 Rose, *supra* note 77, at 334.

83 Kimberly West-Faulcon, “The River Runs Dry: When Title VI Trumps State Anti-Affirmative Action,” *University of Pennsylvania Law Review* 157 (Spring 2009): 1075, 1078-1086.

84 Girardeau A. Spann, “Response: Doctrinal Dilemma,” *University of Pennsylvania Law Review Pennumbra* 158 (2009): 129, 133-135.

2. 公契約及び公的雇用におけるアファーマティブ・アクション

公契約の分野では、公教育の一定の成功とは対照的に、人種考慮型 AA の必要性がなお論じられている。カリフォルニア州総務省 (California Department of General Services) は、資本金、従業員数など企業の経営規模を考慮し、Small Business Certification を受けた企業に AA を行っている。⁸⁵ 入札額の値引きなど AA の種類は多岐に渡る。⁸⁶ しかし、カリフォルニア州では、Proposition 209 制定以前の人種考慮型 AA (制定後は廃止) の対象となっていた輸送建設業系マイノリティ企業の内、2006年にはその3分の2がもはや存在していないという事実が明るみとなったように、⁸⁷ 人種中立的 AA の効果に疑念無しとは言えない。カリフォルニア州交通省 (California Department of Transportation) は、2009-2010年度において、人種的不均衡解消のため、連邦道路管理局 (FHWA) の承認の下、人種及び性別を考慮した AA を部分的に実施するとした。⁸⁸ 州より下位の自治体でも、Proposition 209 に従わない節が垣間見られる。サンフランシスコ市は、条例により公契約における人種考慮型 AA を実施したため Proposition 209 違反とされたが、Proposition 209 は連邦憲法違反であるとの主張をカリフォルニア州最高裁判所に行い Proposition 209 の連邦憲法適合性が再度認められる結果となった。⁸⁹ Proposition 209 以後の人種中立的プログラムによる差別的効果が市民権利保護法に違反し得るという主張も考えられるが、その差別的効果の元凶である Proposition 209 の合憲性を問う流れがあるように見受けられる。

一方、公的雇用では、カリフォルニア州では Proposition 209 以後人種考慮型 AA は廃止されたが、Proposition 209 の影響はあまり見受けられないとの評価がある。⁹⁰ 州立教育機関では our-reach programs の影響もあってか、マイノリ

85 Small Business Procurement and Contract Act, Cal. Gov't Code §§ 14835-14837.

86 California Department of General Services, *Small Business Certification Eligibility Requirements & Benefits*, <http://www.dgs.ca.gov/pd/Programs/OSDS/SBELigibilityBenefits.aspx> (last accessed, 30 Sep. 2010).

87 Barbara Marquand, "Minority-owned businesses feel pinch of affirmative action cuts," *Sacramento Business Journal*, 29 Sep. 2006. <http://sacramento.bizjournals.com/sacramento/stories/2006/10/02/focus3.html> (last accessed, 30 Sep. 2010).

88 Barbara R. Gadbois and Sara Kornblatt, "New Caltrans Race Conscious Program," *Martindale.com*, 30 Sep. 2009. http://www.martindale.com/construction-law/article_Gibbs-Giden-Locher-Turner-Senet-LLP_807558.htm (last accessed, 2 Oct. 2010).

89 *Coral Construction, Inc., v. City and County of San Francisco*, 50 Cal. 4th 315 (2010).

90 Hadley, *supra* note 74, at 122.

ティ系職員の雇用数は若干増加した。⁹¹ ただ、1995年のカリフォルニア州における、アフリカ系アメリカ人、ヒスパニック、白人の失業率は、各々約13%、10%、7%であり、⁹² 2009年は14.3%、14.7%、11.3%⁹³ であることから、Proposition 209の差別的効果を論じることはそれ自体困難かもしれない。⁹⁴

3. 人種考慮から社会経済的状況の考慮へ

上のことを要約すれば、人種中立的 AA が台頭し、人種的不均衡の改善を目的としながらも、その指標を個人・集団の社会経済的状況に焦点を代えた AA (class-based affirmative action) が反 AA 採択州では徐々に運用され始め、そして、その効果には賛否があるということになる。この新たな AA は、マジョリティとされる白人も対象となるため、社会福祉政策的側面を色濃く持つ。

AA に用いる指標が人種から個人・集団の社会経済的状況の考慮へと変容していくことに、社会はどのような反応を示しているのか。おそらく、公教育における複数のプログラムの一定の成功はこの指標の変容への合意を示唆している。⁹⁵ 他面、公契約の分野における人種中立的 AA の是非はその判断に迷うところであり、人種考慮型 AA も部分的に復活している。よって、労働分野における AA の変容に対する社会的な合意が形成されているとは未だ言えないだろう。AA の

91 Ibid., 124.

92 Ibid., 122, quoting data obtained from the U.S. Department of Labor, Bureau of Labor Statistics.

93 U.S. Department of Labor, Bureau of Labor Statistics, *Employment status of civilian noninstitutional population by sex, race, Hispanic or Latino ethnicity, marital status, and detailed age, 2009 annual averages*, 2010. <http://www.bls.gov/lau/table14full09.pdf> (last accessed, 2 Oct. 2010).

94 Proposition 209の適否を争う訴訟は公的雇用の分野では一件しかない。Kidd v. State of California, 62 Cal.App. 4th 386 (1998). Supra note 52.

95 さらに、興味深い見解及び資料として、人種考慮型 AA から社会経済的状況考慮型 AA への移行を主張する Richard Kahlenberg は、複数の世論調査から、学生の抱える障壁は人種的なものではなく第一に社会経済的なものであるというアメリカ国民の共通認識を見出そうとしている。例えば、2003年の Los Angeles Times の世論調査 (poll) では、対象のアメリカ人の内約56%が、ミシガン大学が当時行っていた人種考慮型 AA プログラムに反対する一方、約59%の人が収入の低い学生への AA を支持するとした調査結果が明らかにされた。Richard Kahlenberg, "Arizona's Affirmative Action Ban," *The Chronicle of Higher Education*, 3 Nov. 2010. <http://chronicle.com/blogs/innovations/arizona%e2%80%99s-affirmative-action-ban/27794> (last accessed, 5 Dec. 2010). Los Angeles Times poll (conducted 1/30/03-2/2/03). http://www.latimesinteractive.com/pdfarchive/stat_sheets/la-timespoll481ss.pdf (last accessed, 5 Dec. 2010).

効果は教育や労働などの局面ごとに相異なるため、人種中立的 AA は政策的課題としてその効果が分野別に微細に検証されるべき時期に来ている。

V おわりに

AA がその性格を人種中立的かつ社会福祉政策的なものに変えても、人種考慮が過去の差別の救済に取り必要であると、連邦法上、証明できれば、反 AA 採択州においても人種考慮型 AA は相当限定された範囲内で可能である、というのがⅡおよびⅢで見た連邦及び州の司法府の指し示すところである。この判断は、人種的マイノリティが過去の差別にまだ影響を受けているかどうかを連邦法下での差別に関する個別的事実の証明に委ねることで、司法府が人種という社会集団について包括的な価値判断を下すことを避けていることの表れとも解せる。このような判断を司法府が行う裏には、人種考慮型 AA はもはや不要であるとした州民多数派の判断を尊重しながらも、「人種はもはや社会的に何も意味をなさないゆえに、人種考慮型 AA を完全に絶命しても構わない」という価値判断を司法府が行うのは性急すぎるという認識が司法府にあると言えるのではないか。司法府は、自らの手で人種考慮型 AA を終焉させることを避け、一方で、法解釈を通じて、個人・集団の社会経済的地位を考慮した人種中立的 AA への途を開いたのである。

そして、その人種中立的 AA はⅣで論じたように公教育において一定の成果を上げたが、一方、労働の分野ではなお人種中立的 AA には行政部門からの反発が多い。これは、AA の指標を人種から社会経済的地位へと変容させること、またそれに対する州民の間での社会的合意を形成することの困難さを物語っている。部分的にはアメリカ社会は指標の変容を受け入れつつあるが、人種を考慮することでしか埋め合わせることができない人種的不均衡がなお存在するのである。この社会の反応は司法府が人種考慮型 AA をかろうじて存命させている事に符合しているように見受けられる。

本稿では AA を行う指標の変遷を指摘したが、それは、Grutter 判決で O'Connor 裁判官法廷意見が「あと25年後には、人種的優遇措置 (racial preferences) を、今日承認されている利益を促進するために用いる必要もなくなるだろう」⁹⁶と語ったことと同様に、あくまで人種考慮型 AA の終焉が間近に差し迫っていることをほのめかすに過ぎない。新しい AA を巡る論議はまだ始まったばかり

96 Grutter, 539 U.S. 306, at 343.

かりである。人種的不均衡の解消を目指す限り、AA と平等保護を巡る議論はそう易々と無くなりはしないだろう。

本稿を執筆するにあたって、執筆の契機をお与えくださった Colin P.A. Jones 教授、そして、釜田泰介教授、桧垣伸次氏、二宮貴美氏より数多くのご助言を戴いた。記して謝意を表したい。