



## ポジティブ・アクションの目的と多様性(1)

巻 美矢紀

### 目次

はじめに——PAの目的とは何か

#### I. PAの合憲性審査

1. 厳格な審査か、ゆるやかな審査か
2. 真の目的を醸し出すための装置

#### II. PAの目的としての救済

1. 具体的な特定の差別か、一般的な社会的差別か
2. 補償的正義か、分配的正義か
3. 「人種」と「性別」の異同

#### III. PAの目的としての多様性の実現

1. 限定的文脈における多様性の実現の承認
2. PAの目的としての多様性に対する批判(以上、本号)

### はじめに——PAの目的とは何か

「ポジティブ・アクション(以下PAと略す)」とは、内閣府男女共同参画会議の『基本問題・影響調査専門調査会報告書(平成24年2月)』によれば、「一義的に定義することは困難であるが、一般的には社会的・構造的な差別によって不利益を被っている者に対して、一定の範囲で特別の機会を提供することなどによって、実質的な機会均等を実現することを目的として講じる暫定的な措置」のことをいう<sup>(1)</sup>。

PAは、アメリカにおける主に人種的マイノリティのための「アファーマティブ・アクション(以下AAと略し、アメリカの文脈では、AAという用語を使用する)」をモデルに、ヨーロッパで女性のための暫定的な改善措

(1) 『基本問題・影響調査専門調査会報告書(平成24年2月)』129頁。

置として使用されるようになった用語であり、日本の政府では、PAという用語が使用されている<sup>(2)</sup>。女子差別撤廃条約は4条1項でPAにあたる「暫定的特別措置」を規定しており、日本でも、上記条約の締結を受けて、PAを導入する法律が制定された。まず1997年に「男女雇用機会均等法(雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律)」が改正され、8条で「女性労働者に係る措置に関する特例」としてPAが導入され、14条で企業のPAの具体的取組に対する国の援助が規定された。また1999年には、「男女共同参画社会基本法」が制定され、2条2号において「積極的改善措置」が規定された<sup>(3)</sup>。

このように日本においても女性のためのPAが法律により制定されたが、強制的なものではない。行政分野、すなわち国家公務員の採用・登用分野においても<sup>(4)</sup>、PAの「中庸な」手法である「ゴール・アンド・タイムテーブル方式」、すなわち一定期間内に目標数値の達成に努めるという手法が採用されるにとどまっている<sup>(5)</sup>。しかし、世界各国と比較して、日本における女性の社会進出の割合は依然として低いことから、より実効的なPAとして、行政分野や雇用分野で、「プラス・ファクター方式」や「厳格な」手法である「クオータ制」などの導入が目されている。「プラス・ファクター方式」とは、選抜にあたり性別を有利な考慮要素とする手法で、「クオータ制」とは、一定の人数や割合を割り当てる手法である<sup>(6)</sup>。

もっとも、PAのより厳格な手法は、それを導入したアメリカやヨー

---

(2) 辻村みよ子『ポジティブ・アクション』(岩波書店、2011)1頁、西村裕三「多様性の価値とAffirmative Action」阪本昌成編著、畑博行先生古稀記念論文集『立憲主義—過去と未来の間』(有信堂高文社、2000)317頁。

(3) 前掲注(1)129頁。

(4) 自治体レベルでは、政策的に誘導するインセンティブとして、公共契約における評価が採用されており、国レベルでも導入が検討されている。しかし、国レベルでは、会計法が定める経済性・公正性との関係で、ハードルが高いとされている。積極的論者による論稿として、碓井光明「女性のチャレンジ支援策——公共契約を通じた支援をめぐる」ジュリ1237号(2003)68頁以下。

ロップの諸国において多くの訴訟が提起されてきたように、とりわけ憲法上の平等原則との関係で、「結果の平等」を目指すもので、PAの導入により不利になる者——女性のためのPAの文脈では男性——に対する「逆差別」ではないかが議論されてきた。そこで、日本においてもより厳格な手法を導入するに当たっては、その合憲性について慎重に検討することが必要である。

注目すべきことは、2012年6月に政府の「女性の活躍による経済活性化を推進する関係閣僚会議」が、「日本再生戦略」として「働く『なでしこ』大作戦」とのキャッチーなコピーを掲げ、「女性の活躍促進による経済活性化」行動計画を打ち出して、「思い切ったポジティブ・アクション」の導入を決定したということである。たしかに、少子高齢化社会において、潜在的労働者としての女性の活躍による経済の維持・活性化は、IMFレポートでも指摘されているところであり<sup>(7)</sup>、とりわけ雇用分野のPAの推進において、経済界の支援をとりつけるための有効な戦

---

(5) 「第3次男女共同参画基本計画」(平成22年12月17日閣議決定)においては、2020年までに指導的地位に女性が占める割合を少なくとも30%程度とする目標に向けて、多数の成果目標を設定しつつ、実効性あるPAを推進することとしている。しかし、世界経済フォーラムが発表した、2012年版「ジェンダー・ギャップ指数」(世界各国の男女平等の度合いを指数化したもの)によれば、日本は前年より2年連続で順位が下がり、135か国中101位となった。

国家公務員に占める女性の割合は、試験採用者については2012年度で25.8%であるが、管理職(本省課室長・地方機関の長級)については2010年度で2.6%にとどまり、登用が進んでいない。また、民間企業の課長相当職以上に占める女性の割合は2011年度で7.2%となっている。このままでは目標数値の達成がきわめて難しいといえよう。なお、ドイツ・フランス・イギリス・アメリカなどでは上位の役職に占める割合は20%を超えている。内閣府男女共同参画局 基本問題・影響調査専門調査会 『「女性の活躍促進による経済活性化」行動計画等の課題に係る議論の取りまとめ～行政、雇用、補助金、公共調達のポジティブ・アクションの推進に向けた検討(平成24年12月)』1頁参照。http://www.gender.go.jp/danjo-kaigi/kihon/kihon\_eikyoku/pdf/jyosei\_koudou\_02.pdf

(6) 『ポジティブ・アクション研究会報告書(平成17年10月)』4頁。

略である。

もっとも、基本問題・影響調査専門調査会およびポジティブ・アクション研究会の報告書によれば、PAの目的は、社会構造的差別を是正し「実質的な機会均等」を実現するものとされており<sup>(8)</sup>、この本来の目的と、経済活性化という経済政策的な目的がどのように関連しているか判然としない。そもそも、「実質的な機会均等」の実現という目的自体、抽象的なものであり、具体的に何を意味するかは判然としない。しかし、合憲性審査において、目的が抽象的なものであると、手段との関係を適切に審査することが難しくなってしまう。

PAの先進国であるアメリカの判例においては、AAの目的として、具体的な特定の差別に対する救済、そしてその後、多様性(diversity)の実現という、2つの目的が指摘されてきた。しばしば、前者は補償的正義による正当化であり、「後向きの(backward-looking)」目的、後者は社会全体の利益に資するという功利主義による正当化であり、「前向きの(forward-looking)」目的と一般に称されている<sup>(9)</sup>。このように両者は異質な性格であり、多様性の承認は、将来的にAAの変質を意味することになると評されている<sup>(10)</sup>。

本稿はAAについて議論の蓄積のあるアメリカの判例・学説を手がかりに、日本のPAの本来の目的とされる「実質的な機会均等」の実現は、

---

(7) IMF(国際通貨基金)専務理事のラガルド氏は、「都内で開かれたIMFと日本銀行主催のセミナーで『女性が日本を救う』と話し、女性が労働に参加する重要性を訴えた。『日本人女性の半分は労働に参加していない。働ける文化を作れば日本経済に大いにプラスになる』と話し、女性の労働参加が広がれば経済成長にも寄与するとの認識を示した。」日本経済新聞オンライン2012年10月13日付。

(8) 前掲注(6)7頁。

(9) 安西文雄「アメリカ合衆国の高等教育分野におけるアファーマティブ・アクション」立教法学67号(2005)1頁以下、茂木洋平「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(2009)49頁以下、34号(2009)249頁以下。

(10) 紙谷雅子「大学とアファーマティブ・アクション」アメリカ法〔2004-2〕68頁。

どのように位置づけられるか、また「女性の活躍促進による経済活性化」という目的は、「前向きの」ものであるとしても、本来の目的とどのように関連し、正当化されるのか、について考察することにしたい。

その考察の前に、PAの合憲性審査基準について検討することにする。アメリカの判例における既述のAAの目的は、人種的マイノリティのためのAAについて、厳格審査基準を適用して、「やむにやまれぬ利益」として認められたものである。これに対し、女性のためのAAについては、憲法判例はないものの、後述のとおり中間審査基準が適用されると解されていることから、「やむにやまれぬ利益」より緩和された「重要な利益」として、上記2目的以外の目的が認められる可能性がある。そこでまず、本稿の焦点である女性のためのPAの審査基準について、検討することにしたい。

## I. PAの合憲性審査

### 1. 厳格な審査か、ゆるやかな審査か

アメリカでは、人種的マイノリティのためのAAの合憲性審査について、いかなる審査基準が適用されるべきか議論されてきた。この点、「人種」という指標を用いて区別する以上、人種に基づく差別について適用される厳格審査基準が適用されるべしとの見解がある。しかし、厳格審査基準は「理論上は厳格であるが、事実上は致命的」<sup>(11)</sup>と評されるように、違憲の結論を意味することから、人種的マイノリティのためという「良性の(benign)」目的による人種区分は、ゆるやかな審査でよいとの見解も有力であり、連邦最高裁においても、中間審査基準が適用されることもあった。

この問題に判例上決着をつけたのが、公共契約分野におけるAAに関

---

(11) Gerald Gunther, The Supreme Court 1971 Term Foreword: The 1986 and 1987 Affirmative Action Cases: It's All Over Shouting, 86 Harv. L. Rev. 1 (1972), p. 8. AAの審査基準に関する議論について、茂木洋平「Affirmative Actionの司法審査基準」GEMC journal no. 3 (2010)158頁以下。

する1995年のAdarand判決<sup>(12)</sup>である。この判決において、オコナー判事執筆による法廷意見は、「懐疑主義(skepticism)〔人種に基づく区別は最も入念な審査に付されるべきである〕と「一貫性(consistency)〔特定の人種が利益を受けるかどうかによって審査基準は左右されない、すなわち「良性の」目的であっても「悪性の」目的であっても、一貫した審査基準が適用される〕」を打ち出した<sup>(13)</sup>。そして、人種的マイノリティのためのAAであっても、「人種」という指標を用いて区別する以上、人種に基づく差別と同様、厳格審査基準が適用されると判示したのである。もっとも、注意しなければならないのは、人種的マイノリティのためのAAに適用される厳格審査基準は、後述のGrutter判決において実際に合憲判決が出されているように、事実上違憲を意味するわけではなく、人種に基づく差別に適用される厳格審査基準ほど厳格ではないということである<sup>(14)</sup>。

他方、女性のためのAAについては、公民権法第7編との適合性について判断した判例があるが<sup>(15)</sup>、憲法上の平等保護条項との適合性について判断した判例はない。もっとも、Adarand判決における「一貫性」という上記論理からすれば、女性のためのAAは、性別に基づく差別と同

---

(12) Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U.S. 200 (1995). この事件では、ハイウェイ建設に関して連邦政府と契約した企業が、「社会的及び経済的に不利益を受けている小企業」と下請け契約をすると補償金を受給できるとする施策の合憲性が争われた。

(13) Adarand supra note 12, pp. 223-24. その他の原則として、「一致(congruence)」すなわち州に適用される場合と連邦に適用される場合とで平等保護の分析には変わりがないとする原則も打ち出されている。

(14) 松井茂記「平等保護理論の展開とアファーマティブ・アクション」アメリカ法〔2009-1〕39頁、宮原均「不平等に対する積極的は正策と司法審査——高等教育の入試制度に関する合衆国最高裁判例を中心に(2・完)」法学新報113巻1・2号(2006)353-55頁。

(15) Johnson v. Transportation Agency, 480 U.S. 616 (1987). 連邦最高裁は、AAの適法要件として、①伝統的に人種や性別によって隔離されてきた職種で明らかな不均衡が存在し、②男性労働者の権利を不当に侵害する方法を用いていないこと、を指摘した。

様、中間審査基準が適用されるものと解されている<sup>(16)</sup>。

この点、欧州司法裁判所では、行政分野における女性のためのPAの平等原則との適合性について、アメリカの中間審査基準に相当すると解される比例原則が用いられている<sup>(17)</sup>。また既述のポジティブ・アクション研究会の報告書によれば、ポジティブ・アクションが合理的であるためには、「第一に、社会構造的な問題等により男女間で事実上の格差が存在すること、第二に、採られる手段が目的に照らして均衡のとれたものであることが必要」とされ、「なお、ポジティブ・アクションが採られる各局面において、他方の性に対する負担が過度になることのないような形態であるかどうかに留意しなければならないとされる」<sup>(18)</sup>。すなわち、立法事実に基づいてPAの合理性と必要性を示すこととされ、比例原則と同旨のものと解される。

このように、女性のためのPA、換言すれば「良性の」目的による「性別」という区別指標の利用についても、立法事実を精査する比較的厳格な審査が求められているが、それは正当化しうるのか。

## 2. 真の目的を<sup>いぶ</sup>煇し出すための装置

注目すべきは、人種的マイノリティのためのAAの文脈ではあるが、厳格審査基準の必要性を主張してきた、アメリカ連邦最高裁のオコナー判事の見解である。公共契約における人種的マイノリティのためのAAに関する1989年のCroson判決<sup>(19)</sup>で彼女は、「どのような目的が良性的ものまたは救済(remedy)であり、どのような区別が実際には人種の劣等

(16) 安西・前掲注(9)9頁、辻村・前掲注(2)93頁。

(17) 黒岩容子「EU法におけるポジティブ・アクション法理の展開とその意義 (1)——性平等分野に限定して」早稲田大学大学院法研論集141号(2012)119頁。なお、平等原則と比例原則は本来異なることに注意する必要がある。

(18) 前掲注(6)7頁。

(19) City of Richmond v.J.A. Croson Co., 488 U.S. 469 (1989). 公共事業に関して、ヴァージニア州リッチモンド市と契約した企業は、請負金額の少なくとも30%は人種的マイノリティ企業に下請けさせなければならないとの施策の合憲性が争われた。引用部分については、Croson, p. 493.

又は単なる人種政策という違法な観念によって動機づけられているのか、判断する方法は存在しない……厳格審査の目的は、不正な人種的基準の採用を燻し出す(smoke out)ことである」と述べた。すなわち、人種という区別指標は、偏見やステレオタイプと密接に関連していることから、一見「良性の」目的であっても実際には「悪性の」目的であるかもしれない、真の立法動機を暴くために、立法事実に基づいた厳格な審査が必要なのである。厳格審査基準は、「実際には悪性であるにもかかわらず、良性であるかのように装っている分類を探し出すための」装置<sup>(20)</sup>、すなわち「実際の立法動機を発見するための補助装置」<sup>(21)</sup>なのである<sup>(22)</sup>。また、上記Croson判決においてオコナー判事は、厳格審査が必要なさらなる理由として、たとえ救済的な措置であっても、特定のグループに対して、彼らは特別な保護がなければ成功できないとのステレオタイプを育ててしまうということを指摘している<sup>(23)</sup>。

「人種」や「性別」という区別指標は、自分の意思や努力によって変更しえない事柄であるとともに、歴史的に「二級市民」の振り分けに使用されてきたもので、偏見やステレオタイプと密接に関連している。したがって、一見「良性の」目的と思われる使用でも、実は表見的受益者が属する集団に対する偏見やステレオタイプに依拠し、それらを温存、さらに強化するもので、表見的受益者にとって根底的な意味で不利になるものもあることに注意が必要である。

このような例としてPAではないが、労働災害補償保険法に基づく障害補償給付の基準を定める障害等級表において<sup>(24)</sup>、外ぼうの著しい醜状

---

(20) Adarand, supra note 12, p. 275.

(21) Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality* (Harvard University Press, 2000) p. 420. Cf. Jed Rubenfeld, *The First Amendment's Purpose*, 53 *Stan L. Rev.* 786 (2000).

(22) 厳格審査の意味を真の目的の発見に求める見解として、長谷部恭男『憲法の理性』(東京大学出版会、2006)107-08頁、阪口正二郎「人権論Ⅱ・違憲審査基準の2つの機能—憲法と理由」長谷部恭男=辻村みよ子編『憲法理論の再創造』(日本評論社、2011)163-68頁。

(23) Croson, supra note 19, p. 494.

障害の等級につき、女性が男性より著しく有利に定められていたという例がある。この事例は、法令上は男性差別のようであるが、実は性別に関するステレオタイプを反映するもので、それは女性に不利に作用するというものである。AA、ひいては「平等」の専門家である安西文雄教授による本件評釈は、「性別」という区別指標に関する複雑な構造を鋭く指摘している。

「女性にとって外ぼうが重要であるという社会通念があるとしても、女性には実質的な能力よりも外形的な容貌で判断されるというステレオタイプを強化することになりかねないのであり、その点では女性に不利に作用する。また女性の外ぼうがとりわけ重視されるのは、社会における有力グループである男性の意向にもよる。男性がもつ好悪の印象によって、その処遇が左右される面があるとすれば、やはり女性にとって不利である」。

本事例は、「性別に関するステレオタイプが醸成され、それが男性にも女性にも有形・無形の形で不利を及ぼすという、いわば双方向性の差別」なのである<sup>(25)</sup>。

以上のように、「人種」や「性別」という、歴史的に「二級市民」として「スティグマ」、すなわち劣等性の烙印の押しつけを伴う、社会構造的差別の生成に寄与してきた区別指標は、PAをはじめ被差別集団に一見有利に使用される場合であっても、偏見やステレオタイプを反映し、それらを強化することがある。したがって、「良性の」目的かどうか真の目的を見極めるために、立法事実に基づいた審査をする必要がある。もっとも、PAにより不利益を被るとされる個人は、歴史的に「二

---

(24) この事例に関する裁判例自体は、格差の著しさを理由として違憲とするものであり、差別という平等固有の問題を理由に違憲とするわけではないが、行政処分であることを理由に、行政側に立証責任を転換し、違憲と判断している。評釈として、新井誠・法セ669号(2011)34頁以下、糠塚康江・平成22年度重判11頁以下、巻美矢紀・判セ2010〔I〕7頁以下など参照。

(25) 安西文雄・判批・判例評論630号(2011)150-51頁。

級市民」として劣等性の烙印を押されてきた集団に属する個人ではない<sup>(26)</sup>。したがって、PAについては、立法事実に基づく審査は必要であるとしても、厳格審査基準ほど厳格である必要はなく、中間審査基準が妥当と解される。実際、前述のとおり、人種的マイノリティのためのAAについて適用される厳格審査基準も、「理論上は厳格であるが、事実上は致命的」という「機械的な」ものではなく、実質的にはそれほど厳格ではないのである。

次に、本稿の最大の関心であるPAの目的について検討する。PAの目的については、PAの先進国であるアメリカにおいて判例の蓄積があることから、それについて考察することにした。アメリカの判例では、人種的マイノリティのためのAAの文脈ではあるが既述のとおり、具体的な特定の差別の救済と、多様性の実現が、厳格審査基準における「やむにやまれぬ利益」として認められている。

## II. PAの目的としての救済

### 1. 具体的な特定の差別か、一般的な社会的差別か

アメリカの判例では、AAの目的としての差別に対する救済は、公共契約の領域における人種的マイノリティのためのAAの文脈で、「やむにやまれぬ利益(compelling interest)」として認められてきた。もっとも、注意しなければならないのは、救済の対象は、「一般的な社会的差別(societal discrimination)」ではなく、「具体的な特定の差別(identified discrimination)」に、厳格に限定されているということである。

その理由の一つは、AAの起源が、公立学校の人種統合に関する判例と、雇用差別を禁止する公民権法第7編に関する判例に位置づけられていることにある<sup>(27)</sup>。すなわち、公立学校における人種統合のための積極的措置は、人種隔離に対する救済として位置づけられ、公民権法第7編

---

(26) 安西文雄「女性の社会参画——アフターマティブ・アクションを考える」  
月報司法書士471号(2011)18頁参照。

(27) 西村・前掲注(2)328-29頁。

にもとづく雇用におけるAAは、特定の雇用差別に対する救済として位置づけられたことから、それらの展開として位置づけられるAAについても、特定の差別に対する救済が、「やむにやまれぬ利益」として認められたのである。

また、社会的差別の内容はあまりに不明確であり、差別に直接関わりのない白人に不利益を及ぼす根拠としては不十分とされる<sup>(28)</sup>。

注目すべきは、スティグマの危険の排除という理由である。既述のCroson判決におけるオコナー判事の意見によれば、「人種に基づく差別はスティグマの危険を伴う。それは救済の局面に厳格に限定されないと、人種的劣等の観念を醸成し、人種的敵意の政治に結びつく」ことから、具体的な特定の差別に対する救済に厳格に限定される<sup>(29)</sup>。

具体的な特定の差別に対する救済であるためには、AAを実施する主体それ自体が、具体的な差別を行ったことを自ら証明する必要があるとされ、Croson判決やAdarand判決においては、それが証明されていないとして、AAは違憲と判断された。

これに対し、欧州司法裁判所では、PAの目的は、既述の『ポジティブ・アクション研究会報告書』と同様、社会構造的な差別の是正による「実質的平等(substantive equality)」の実現とされ、一般的な社会的差別に対する救済が認められている<sup>(30)</sup>。

## 2. 補償的正義か、分配的正義か

救済の対象の範囲についてアメリカの判例と欧州司法裁判所の判例が異なる理由として、審査の厳格度の違いが考えられる。アメリカの判例は、人種的マイノリティのためのAAの文脈であり、厳格審査基準が適用されることから、目的審査において「やむにやまれぬ利益」が要求さ

(28) *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267 (1986), p. 276. この事件は、勤続年数の最多の教職員はレイオフを免れるとし、ただし、これによりマイノリティの教職員の占める割合を減少させてはならないとする、教育委員会と教職員組合との協定の合憲性が争われた。

(29) *Croson*, *supra* note 19, p. 493. 安西・前掲注(9)8頁。

(30) 黒岩・前掲注(17)118頁。

れる。これに対し、欧州司法裁判所の判例は、比例原則が適用されることから、目的審査はより緩やかであり、救済の対象として、より広く、一般的な社会的差別も許容されるのである。

そもそも具体的な特定の差別に対する救済は、既述のとおり、補償的正義として正当化されるものである。しかし、しばしば指摘されることであるが、AAは、不法行為のように、厳密に補償的正義として正当化されるわけではない。特定の具体的な差別の被害者自身を救済し、その差別行為の加害者自身に救済のための負担を課するのであれば、まさに補償的正義であるが、AAの場合、受益者という点でも、負担者という点でも、ずれているからである。すなわち、AAの直接の受益者は特定の具体的な差別の被害者自身ではなく、その被害者の帰属集団に属する者にすぎず、しかも、その集団の中でも差別による影響が小さいがために、その集団の中では優位にいる者である。他方、AAの負担者もまた、特定の具体的な差別を行った加害者自身の他に、AAがなければ選抜される無辜の第三者がいる。したがって、特定の具体的な差別に対する救済といっても、アメリカ連邦最高裁は柔軟に解釈しているといえる<sup>(31)</sup>。こうした柔軟な解釈が許されるのは、特定の差別に対する救済といっても、それは「過去」の差別の「現存」する影響をも救済の対象として視野に入れているからであり、だからこそAAの目的は「実質的な機会均等」の実現として、分配的正義により正当化されるのである。

他方、一般的な社会的差別に対する救済は、まさしく分配的正義として正当化される。すなわち、それは「過去」の差別の蓄積、さらに悪循環により形成された社会構造的差別に対する救済として「実質的な機会均等」を実現するものであり、それはまた社会構造的差別を生み出す社会構造自体を是正しようとする、「将来」をも視野に入れたものである<sup>(32)</sup>。したがって、PAの目的を既述の「後向き」と「前向き」の二分論で語ることは、ある意味ミスリーディングであろう。

アメリカの判例を前提にしても、女性のためのAAについては、中間

---

(31) 西村・前掲注(2)330-31頁。

(32) 茂木・前掲注(9)34号267-68頁。

審査基準が適用されることから、「重要な利益」として、一般的な社会的差別に対する救済も認められるかもしれない。仮に、ステイグマの危険を排除するためとして、特定の差別に対する救済に厳格に限定するにしても、補償的正義による正当化は「集団の権利」を想定しない限り、破たんしているのであり、分配的正義に依拠すべきであろう。そうであれば、「実質的な機会均等」の実現を徹底するために、PAの目的としての救済の対象は、社会構造的差別と広く解すべきである。

### 3. 「人種」と「性別」の異同

PAの目的として救済を措定する場合、女性については黒人やネイティブ・アメリカンなどの人種的マイノリティと異なり、差別は過酷でなかったことから、救済に値しないとの見解がありうる<sup>(33)</sup>。たしかに、アメリカにおいてとりわけ黒人については、奴隷制・人種隔離などが裁判所によって肯定されてきた差別の歴史があり、差別が立証しやすい。他方、女性は差別の対象である一方、保護の対象にもされてきたのであり、黒人などと比較すると、やはり差別はそれほど過酷ではない。

しかし、そもそも女性に対する保護の中には、子どもに対する保護と同じで、男性のような「一人前」の人格としては扱われていないことを示すものもあり、女性は「二級市民」として扱われていたのである。実際、19世紀までは女性は参政権を認められず、また雇用の分野では今日まで、固定的な性別役割分担のもとで女性は差別されてきたのである<sup>(34)</sup>。

そして既述の障害給付金の例を想起すればわかるように、一見女性に有利に思われる措置であっても、固定的な性別役割分担と密接に関連した女性に対するステレオタイプに依拠し、それを温存、強化するもので、根底的には女性に不利なものがある。このことは、女性に対するステレオタイプがいかに根深いかを示すものといえる。それだけに「適応的選好形成」<sup>(35)</sup>がなされやすく、厄介なことに現状に満足する女性も多

(33) 茂木・前掲注(9)34号295-98頁参照。

(34) 前掲注(6)7頁参照。

いことから、女性に対するステレオタイプの根絶は必須である。また、女性に対するステレオタイプが根深いだけに、社会構造的差別は可視化されにくい面もあるが、既述の女性に対する「二級市民」としての歴史的処遇、そして女性の社会進出が進んでいない現状からすれば、女性に対し実質的な機会均等を実現することは黒人などと同様に必要である。

### Ⅲ. PAの目的としての多様性の実現

#### 1. 限定的文脈における多様性の実現の承認

PAの目的としての「多様性(diversity)」の実現は、実践的には救済に関する困難な立証を回避しうる点でメリットがあり<sup>(36)</sup>、また経営学などの分野においては、企業における成長性を高めるものとして注目されている<sup>(37)</sup>。

アメリカの判例では、AAの目的としての多様性の実現は、高等教育の文脈においてのみ認められている。公共契約の分野においては、既述のCroson事件でAAの目的として多様性が主張されたが、オコナー判事

---

(35) 選好は環境によって形成されるという問題。

John Elster, "Sour Grapes: Utilitarianism and the Genesis of Wants," in Sen, A. and Williams, B. eds. *Utilitarianism and Beyond* (Cambridge University Press, 1982) pp. 219-38.

(36) 西村・前掲注(2)340頁。茂木洋平「多様性に基づくAffirmative Actionの正当性(1)・(2)」法学76巻1号(2012)38頁以下、同76巻4号(2012)452頁以下、同「アメリカにおける階層に基づく(class-based)Affirmative Actionの可能性(1)」桐蔭法学19巻1号(2012)1頁以下。また茂木によれば、多様性の実現という目的は、奴隷制度の直接の被害者とははやいないなどの「時間的制約」の緩和や、能力主義の観点からの批判も回避しうるというメリットがある。茂木・法学76巻1号。もっとも、茂木は多様性の実現という価値には限界があるとする(連載中であり、公刊が待たれるところである)。

(37) イギリスでは女性のためのPAは、多様性の促進の一環として行われている。前掲注(5)HP参照。もっとも、イギリスでは、公務員の採用・登用分野においても雇用分野においても、ゴール・アンド・タイムテーブル方式という「中庸な」手法がとられている。

執筆による相対多数意見は「やむにやまれぬ利益」として多様性を認めなかった(この部分は法廷意見とはならなかった)。既述のとおりオコナー判事は、「人種に基づく差別はスティグマの危険を伴う。それは救済の局面に厳格に限定されないと、人種的劣等の観念を醸成し、人種的敵意の政治に結びつく」と指摘し、AAの目的として、救済以外の目的を認めなかったのである。

もっとも、FCC(連邦通信委員会)による放送局開設の免許に関する人種的マイノリティ優遇策の合憲性が争われた1990年のMetro判決<sup>(38)</sup>においては、中間審査基準が適用され、「重要な利益」として、放送内容の多様性が認められている。しかしこの判決に対し、オコナー判事は反対意見において、「放送における視点の多様化という利益はあまりに無定形で内容に欠け、人種に基づく区別を行うための正当な理由とはならない」と批判した<sup>(39)</sup>。そしてその後、1995年のAdarand判決において、オコナー判事執筆の多数意見により、既述のとおり「一貫性」の原則が打ち立てられ、Metro判決は判例変更されている。

これに対し、高等教育の文脈においては、いち早く1978年のBakke判決<sup>(40)</sup>において、パウエル判事単独の意見としてではあるが、AAの「やむにやまれぬ利益」として多様性が認められている。すなわち、「高等教育の質を高めるために非常に本質的である、思索・試行・創造の雰囲気」は、多様な学生の存在によって確保されるのである。このパウエル判事の意見をもとに、各大学は人種的マイノリティのためのAAを実施してきたのである。

もっともその後、下級審ではあるが1996年のHopwood判決<sup>(41)</sup>においては、テキサス大学ロースクールの入試における人種的マイノリティのためのAAの合憲性について、Croson判決の既述のオコナー判事執筆の相対多数意見を受けて、多様性は「やむにやまれぬ利益」として認めら

---

(38) Metro Broadcasting, Inc. v. F.C.C., 497 U.S. 547 (1990).

(39) Metro, supra note 38, p. 612.

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

(41) Hopwood v. Texas, 78 F. 3d 932 (5 th Cir, 1996).

れなかった。しかし、Bakke判決から四半世紀を経た2003年のGrutter判決<sup>(42)</sup>において、Croson判決ではAAの目的を救済に限定するとした他ならぬオコナー判事により執筆された法廷意見として、多様性の実現が「やむにやまれぬ利益」として認められるに至ったのである。

この事件は、ミシガン大学ロースクールの入試において、多様な学生集団を確保するために一考慮要素として「人種」を使用した、プラス・ファクター方式の合憲性が争われたものである。オコナー判事執筆の法廷意見は、「公教育及び言論・思想が大学と密接に結びついて発達してきたことに鑑み、大学がその任務を遂行するためには、思想の活発な交換に最も貢献できるような学生を選抜・入学させなければならない。そのための方法として多様性・人種の考慮が行われており、このことを目的とすることは、大学の使命にとって不可欠である」と判示した<sup>(43)</sup>。そして、人種は多様性を考慮するためのあくまで一要素であり、決定的なものとして使用されなかったことから、厳格審査基準を適用しても合憲と判断されたのである<sup>(44)</sup>。

## 2. PAの目的としての多様性に対する批判

以上のように、アメリカの判例では、高等教育の文脈においてのみ、

---

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

(43) Grutter, supra note 42, p. 329. もっともその後、初等中等教育における人種統合について人種を意識した手法は、平等保護条項違反と判断された。多数意見を執筆したロバーツ判事は、初等中等教育における多様性の実現は、「やむにやまれぬ利益」ではないと述べているが、この部分は多数意見を形成していない。Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1, 127 S. Ct. 2738 (2008). 判決については、紙谷雅子「教育における『多様性』」アメリカ法〔2009〕54頁以下。

(44) 厳格審査基準といっても、修正1条により保障される学問の自由にもとづく大学の裁量を尊重しており、既述のとおり、実質的には厳格度は緩和されている。同日に出されたGratz判決では、ミシガン大学の文芸学部の入試における、同じプラス・ファクター方式の合憲性について、人種が決定的なものとして使用されているとして、違憲と判断されている。Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003).

多様性の実現がAAの目的審査において、「やむにやまれぬ利益」として認められている。もっとも、多様性の実現は、中間審査基準の適用が想定される女性のためのAAについては、「重要な利益」として一般的に認められるかもしれない。しかし、高等教育の文脈を超えて、多様性をAAの目的として一般的に認めることに対しては、以下の批判が向けられている。

まず、時間的無限定性に対する批判である。PAの目的としての救済は、一般的な社会的差別に対する救済であっても、社会構造的差別が是正されれば解消しなければならない暫定的措置であるが、PAの目的としての多様性の実現は、時間的に限定されない<sup>(45)</sup>。しかし、仮に多様性の実現が正当化されるのであれば、それは問題ないであろう。

次に、功利主義に対する批判がある。多様性の実現は、既述のとおり、社会全体の利益に資するとして一般に功利主義的正当化がなされている。しかし、功利主義的正当化に対しては、社会全体の利益に資するかどうかという結果は予測困難であり、またそれだけに政府による恣意的な介入が働きやすいとの批判がある<sup>(46)</sup>。しかし、後述のとおり功利主義的正当化はやはり必要であるし、既述の分配的正義にもとづく一般的な社会的差別に対する救済と併せてPAの目的として認めるのであれば、「実質的な機会均等」は実現できるので問題はない。また、そもそも多様性の実現という目的を、功利主義ではなく、分配的正義により正当化する魅力的な見解もある。それによれば、ステレオタイプや偏見は、ある分野において特定の集団が過少代表であることから生じるので、将来の差別の発生を防止するために、多様性が不可欠であり、PAが必要であるとする<sup>(47)</sup>。この見解からすれば、多様性の実現は、将来における「実質的な機会均等」を確保するものとして、分配的正義に依拠するの

(45) 茂木・前掲注(9)33号54頁。これに対し、時間的無限定性を逆にメリットととらえるものとして、西村・前掲注(2)340-41頁。もっとも、オコナー判事は、AAの目的として多様性を認めたGrutter判決において、AAの期限を25年としている。Grutter, *supra* note 43, p. 343.

(46) Metro, *supra* note 38, p. 615.

(47) 茂木・前掲注(9)34号283頁。

であり、功利主義に対する批判は妥当しない。

多様性に対する批判として最も説得力があるのが、「本質主義(essentialism)」への懸念である。こうした批判としては、既述のMetro判決におけるオコナー判事の反対意見が有名である。Metro判決は中間審査基準を適用し、「重要な利益」として放送内容の多様性を認めた。これに対しオコナー判事は、放送内容の多様性を確保する目的のために、所有における人種や民族の多様性を確保するという議論は、「人種や民族が行動や思想の内容を決定する」という本質主義を前提にするもので、人種や民族に対するステレオタイプを強化するものであると批判する<sup>(48)</sup>。

しかし、ドゥオーキンによれば、「人種」それ自体の多様性を確保することが、少なくともアメリカの大学においては重要とされる。アメリカの政治においては、依然として「人種」が大きな意味を持っており、それゆえ、将来のリーダーを育成する大学においては、多様な人種と交流し、人種に対する偏見やステレオタイプをなくすことが求められるのである<sup>(49)</sup>。実際、Metro判決において本質主義に対する懸念を指摘したオコナー判事は、Grutter判決において、ドゥオーキンと同旨の見解を述べている<sup>(50)</sup>。

以上のように、多様性の実現の意義は、高等教育など個別の領域との関係で、具体的に検討しなければならないが、また多様性の実現が、個別の領域を超えて社会一般にもたらす意義をも再考する必要がある。この点、ドゥオーキンが指摘した、アメリカ社会における「人種」それ自体の重要な意味を掘り下げるとともに、多様性の実現が社会一般にもたらす意義を考察しているのが、フォスターである。

フォスターによれば、『『黒人の観点』や『マイノリティの観点』が存在するかもしれないという単なる示唆は、人種的ステレオタイプ化と人種の本質主義についての批判を招く」。本質主義は集団内外における「差異(difference)」を消去するものとして批判されるが、しかし、人種は

---

(48) Metro, supra note 38, p. 602.

(49) Dworkin, supra note 21, p. 422.

(50) Grutter, supra note 42, pp. 330–33. 松井・前掲注(14)40–41頁参照。

アメリカ合衆国では、「この社会において人種に付着させられている意義、および現在まで継続している人種に基づく個人の排除と従属を理由に」、重要な意味をもつ。すなわち、「抑圧された人種の構成員として、この社会で人生を経験する個人は、様々な問題について白人の観点とは異なる観点をもちうるのであり、特にそれらの問題が社会における自身の従属に関係するときにはそうである」。そうであるにもかかわらず、ある分野において特定の集団が過少代表であることは、マジョリティがマイノリティの観点を定義し、ステレオタイプを生成することになるので、マイノリティが自身で自らの観点を決定し定義しようよう、マイノリティの社会への「包含(inclusion)」と「参加」に、多様性の価値を見出すべきとされる<sup>(51)</sup>。

以上のように、多様性の実現は、一定の状況ではマイノリティの社会への「包含」や「参加」という点で重要であるが、今回は、それが多元的社会におけるリベラル・デモクラシーの存続にとって不可欠であることを論じるとともに、翻って、この立憲体制の存続という視点からすれば、多様性の実現は、個別の領域(具体的には行政分野、雇用分野)において、いかなる意義をもつかについて具体的に検討することにしたい。

\*本連載は、2011年3月末をもって退職された、多賀谷一照先生と藤井俊夫先生に奉げます。  
お二人には大変お世話になり、心より感謝しております。  
事情により退職記念号に寄稿できなかったことをお詫びいたします。

---

(51) Shelia Foster, *Difference and Equality: A Critical Assessment of the Concept of Diversity*, 1993 Wis. L. Rev. 105 (1993) pp. 139-41. フォスターの見解に注目するものとして、茂木・前掲注(36)法学76巻4号128-31頁。なお、'inclusion'という言葉は、しばしば「統合」と訳されることが多いが、統合という日本語は、支配・従属関係を連想させる。ここでは、「差異」の平等な参加を意味することから、「包含」という、より中立的な訳語を用いることにする。