

大阪学院大学

法学研究

第 45 卷

第 2 号

研究ノート

地方自治法第242条第2項ただし書の「正当な理由」に関する一考察

南川 諦 弘

判例研究

ロー・スクールの入学プログラムとアファーマティブ・アクション
—Grutter v. Bollinger 判決—

有澤 知子

大阪学院大学法学会

法学研究 第四五卷 第二号 目次

研究ノート

地方自治法第二四二条第二項ただし書の「正当な理由」に関する一考察

..... 南川 諦 1

判例研究

ロー・スクールの入学プログラムとアフーマティブ・アクション

— Grutter v. Bollinger 判決 — 有澤 知子 46

〈研究ノート〉

地方自治法第二四二条第二項ただし書の「正当な理由」に関する一考察

南川 諦 弘

一 はじめに

- 1 「地方自治の本旨」と住民参政制度
- 2 住民監査請求と住民訴訟
- 3 住民監査請求期間と「正当な理由」
- 二 「正当な理由」の解釈に関する最高裁判決
 - 1 昭和六三年判決
 - 2 平成一四年判決

3 平成二〇年判決

4 小括

- 三 平成二〇年判決の読み方
 - 1 事例判決であるとする読み方
 - 2 行為の違法性・不当性は認識可能性の対象でないとする読み方
- 四 おわりに——住民監査請求の現状と提言——

一 はじめに

1 「地方自治の本旨」と住民参政制度

日本国憲法（以下「憲法」という。）は、個人の尊重（人間の尊厳）を中核に、①基本的人權の保障、②国民主權の統治原理、③平和主義を基本原理とし、これら基本原理を実現ないし担保するため、①については三權分立制、法治国家制、司法国家制、違憲立法審査制を、②については象徴天皇制、議會制民主主義、地方自治制度を、③については國際協調主義、戦争放棄等を、それぞれ基本的制度として採用している。かかる現行憲法の統治構造の下で、憲法九二条は、「地方公共団体の組織及び運営に関する事項は、地方自治の本旨に基いて、法律でこれを定める。」と規定し、「地方自治の本旨」に基づいた地方自治制度を保障している。

「地方自治の本旨」の意味については、地方の政治行政（統治）は当該地方住民の意思に基づいて行うという「住民自治」（政治的意味の自治）と地方団体が自らの意思と責任において当該地方の政治行政を行うという「団体自治」（法律の意味の自治）の二つの自治の觀念から成り、前者が目的で後者はその手段であり、両者は車の両輪の關係にある、と一般に解されている（注1）。

かかる住民自治の觀念に基づき憲法が、住民による長の直接選挙制（九三条二項）、地方自治特別法の住民投票制（九五条 注2）について規定するほか、地方自治法（以下「法」という。）は、間接民主主義を補完する制度として、住民に条例の制定・改廃請求権（七四条～七四条の四）、事務監査請求権（七五条）、議會の解散請求権（七六条～七九条）、議員、長その他役員の解職請求権（八〇条～八八条）を認め、直接民主主義を採用している。

2 住民監査請求と住民訴訟

さらに法は、地方の政治行政は住民が納付する税金等によって賄われていることから、「住民の参政措置の一環」

（最高裁昭和三八年三月二日第三小法廷判決 民集一七卷二号三一八頁）、「地方自治の本旨に基づく住民参政の一環」（最高裁昭和五三年三月三〇日第一小法廷判決 民集三三卷二号四八五頁）として（注3）、住民が住民監査請求及び住民訴訟（注4）を提起する権利を認めている。

すなわち、普通地方公共団体の住民は、当該地方公共団体の長等による違法又は不当な財務会計行為（注5）を予防又は是正するため、監査委員に対し監査を求め、必要な措置を講ずべきことを請求することができる（法二四二条一項）。また、住民監査請求をした住民は（注6）、当該監査請求の結果に不服等があるときは、当該住民監査請求に係る違法な財務会計行為について、裁判所に対し、当該執行機関又は職員に対する当該行為の差止め請求（一号）、当該行為の取消し又は無効確認の請求（二号）、当該怠る事実の違法確認の請求（三号）、当該職員又は当該行為若しくは怠る事実に係る相手方に損害賠償又は不当利得返還の請求をすることを当該普通公共団体の執行機関又は職員に對して求める請求（ただし、当該職員又は当該行為若しくは怠る事実に係る相手方が法二四三条の二の二第三項の規定による賠償命令の対象となる者である場合には、当該賠償命令をすることを求める請求（注7）の各請求を行うことができる（法二四二条の二第一項）。

3 住民監査請求期間と「正当な理由」

法二四二条二項本文は、住民監査請求について、「当該行為のあった日又は終わった日から一年を経過したときは、これを行うことができない。」と規定しており、その立法趣旨については、「普通地方公共団体の執行機関・職員の財務会計上の行為は、たとえそれが違法・不当なものであったとしても、いつまでも監査請求ないし住民訴訟の対象と

なり得るとしておくことが法的安定性を損ない好ましくない(後述の昭和六三年判決)からである、とされている(注8)。しかし、住民は、どのような内容の財務会計行為がいつ行われたかを知ることが必ずしも容易でなく、そのため上記監査請求期間を貫くことは相当でないことから、同項ただし書において、一年が経過した後でも、そのことについて「正当な理由があるときは、この限りでない。」と規定している。

そこで、「正当な理由」とは何かが問題となるが、上述したように、住民監査請求・住民訴訟制度の位置づけが「住民の参政措置の一環」ないし「地方自治の本旨に基づく住民参政の一環」と位置づけられることから、それといかなる基準で判断するかは重要な問題となる。

本稿では、この点に関する主要な最高裁判決を手がかりにして、「正当な理由」の意味について考察する。

二 「正当な理由」の解釈に関する最高裁判決

1 昭和六三年判決

最高裁が「正当な理由」の有無について判示した最初の裁判例は、最高裁昭和六三年四月二二日第二小法廷判決(集民一五四号五七頁 判時一二八〇号六三頁 以下「昭和六三年判決」という。)である。

本件は、町長がかんがい排水事業用地を買収するにあたり補償金を上乗せするため裏金を支出したとして、住民が、旧法二四二条の二第四号(注1)に基づき町に代位して、町長に対し上乗せ補償金相当額の損害賠償を請求する

とともに、同補償金の支払いを受けた者に対し、上乗せ補償金受領額相当の金員につき不当利得の返還を請求した住民訴訟である。本件では、住民監査請求が上乗せ補償金の支払いから四年一〇月余り後になされたものであったため、法二四二条二項ただし書の「正当な理由」の有無、したがって本件住民訴訟の適法性が争点となった。

一審（京都地裁昭和六〇年一二月四日判決 判時一二〇七号四九頁）は、昭和五九年六月二七日から同年七月七日にかけて開催された町議会で本件支出の事実関係が発覚し、原告は遅くとも同年七月七日には右事実関係を知ることができたと解されるから、同年七月七日から相当な期間内に監査請求を行うべきであったとして、訴えを却下した。

これに対し、二審（大阪高裁昭和六二年五月一三日判決 判時一二五六号二一頁）は、本件支出はきわめて秘密裡に行われ、町議会だよりにより質疑内容の一部である予算外収入の存在等が報じられたに止まり、町議会用地買収事業調査特別委員会も資料の公表やコピーの作成、住民の傍聴を事実上制限していたので、本件支出をめぐる審議は昭和六〇年二月六日の新聞報道により初めて住民の知るところとなった。かくして、控訴人は一般住民として本件支出を一般に知りえたであろうと認められる昭和六〇年二月六日から約一月で本件監査請求に及んだのであるから「正当な理由」があると判示して、一審判決を取り消し、事件を京都地裁に差し戻した。

最高裁は、「当該行為が秘密裡にされた場合、同項但書にいう『正当な理由』の有無は、特段の事情のない限り、普通地方公共団体の住民が相当の注意力をもって調査したときに客観的にみて当該行為を知ることができたかどうか、また、当該行為を知ることができたと解される時から相当な期間内に監査請求をしたかどうかによって判断すべきものといわなければならない。」と説示し、本件事実関係の下においては、住民にとって、遅くとも町議会だよりが配布された昭和五九年一〇月中旬までには、町長がかんがい排水事業の用地買収の補助金として公金九三八万円を

違法又は不当に支出したことが明らかになったはずであり、住民がこの時から相当な期間内に監査請求をしたかどうかによって「正当な理由」の有無を判断すべきところ、被告人は右の時から四か月余を経過した昭和六〇年三月八日になって監査請求をしたのであるから、「正当な理由」があるということができないと判示して、原判決を破棄し、被告人の控訴を棄却した。

2 平成一四年判決

その後、最高裁は、平成一四年九月二日第一小法廷判決（民集五六卷七号一四八一頁、判時一八〇七号六四頁以下「平成一四年判決」という。）において、「正当な理由」の有無に関する判断基準を追加ないし補充する見解を示した。

本件は、同和对策費の支出が違法であると主張して、住民が、旧法二四二条の二第一項四号に基づき、市に代位して市長らに対し損害賠償を求めた住民訴訟である。本件では、監査請求が本件支出からおよそ一年半後になされたものであったため、法二四二条二項ただし書の「正当な理由」の有無が主要な争点となった。

一審（京都地裁平成九年一月一七日判決 民集五六卷七号一五〇九頁）は、平成元年一月二日及び同月一三日に全国紙二紙及び地方紙一紙が、市議会普通決算特別委員会等において本件公金支出は領収書等がないまま行われた不明朗な支出である旨指摘された事実を報道していたことから、遅くとも同年一月二三日には本件各支出を知ることができたとし、その二か月後になされた本件監査請求には「正当な理由」は認められないと判示して、訴えを却下した。

これに対し、二審（大阪高裁平成九年一月一九日判決 民集五六卷七号一五二七頁）は、「正当な理由」が認められるためには、財務会計上の行為が秘密裡にされたこと、すなわち財務会計上の行為の存在及びその違法・不当性が秘匿されることが必要であるところ、本件各支出が秘密裡にされたものでないと判示して、控訴を棄却した（なお、一部の支出については監査請求期間内であるとして、原判決中の当該部分を取り消し、原審に差し戻した）。

最高裁は、昭和六三年判決を引用した上で、「当該行為が秘密裡にされた場合に限らず、普通地方公共団体の住民が相当の注意力をもって調査を尽くしても客観的にみて監査請求をするに足りる程度に当該行為の存在又は内容を知ることができなかった場合にも同様であると解すべきである。したがって、そのような場合には、上記正当な理由の有無は、特段の事情のない限り、普通地方公共団体の住民が相当の注意力をもって調査すれば客観的にみて上記の程度に当該行為の存在及び内容を知ることができたと解される時から相当な期間内に監査請求をしたかどうかによって判断すべきものである。」と説示し、平成元年一月二日及び同月一三日に全国紙二紙及び地方紙一紙が、市議会普通決算特別委員会において本件公金支出は領収書等がないまま行われた不明朗な支出である旨指摘された事実を報道していることから、遅くとも平成元年一月二日及び同日ころには、住民において相当の注意力をもって調査すれば客観的にみて監査請求をするに足りる程度に本件各財務会計行為の存在及び内容を知ることができたとすべきであるとして、「正当な理由」がないと判示した。しかし一審原告らは平成二年二月一七日に監査請求書及び事実調査報告書を提出しようとしたが受理されなかったために、同年三月七日に配達証明付き書留郵便でこれらの書類を送付して監査請求をしたと主張しており、仮にそのような事実があるとすれば、相当な期間内に監査請求がされたものといえることができるとして、原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。

3 平成二〇年判決

さらにその後、最高裁は、平成二〇年三月一七日第一小法廷判決（判時二〇〇四号五九頁 以下「平成二〇年判決」という。）において、当該財務会計行為に「違法又は不当な点があると考えて監査請求をするに足りる程度にその存在及び内容を知る」ことができなかったと判示して、「正当な理由」を認めた。

本件は、平成六年度及び同七年度における宮城県警本部総務課の事務連絡又は業務視察を目的とする県外出張に係る旅費の支出が架空のもの又は業務上必要のないものであるとして、市民オンブズマンが、旧法二四二条の二第一項四号に基づき、県に代位して当該旅費を受領した職員等に対し損害賠償を求めた住民訴訟である。本件では、監査請求が当該旅費の支出のあった日から一年を経過した後にされたものであったため、「正当な理由」の有無が争点となった。なお、本件に関しては以下の事情が存在した。すなわち、原告は、宮城県情報公開条例に基づき平成六年度及び同七年度における県警察本部総務課職員による出張に関する一切の資料等の開示請求をしたが、本件各出張に関しては、旅行期間、目的地、用務等の事項は黒塗りされて開示されなかったため、異議申し立てを行ったところ、平成一四年五月二四日、本件各出張に関しても、旅行期間、目的地、用務等の事項が開示されるに至った。

一審（仙台地裁平成一七年七月二一日判決 判自三〇五号二頁）は、監査請求期間経過後に監査請求がされたことについて「正当な理由」が認められるとともに、出張の事実があったと認めることができないと判示して、請求の一部を認容した。

二審（仙台高裁平成一八年二月二七日判決 判自三〇五号二九頁）は、「正当な理由」は認められないとして、一審判決のうち被告敗訴部分を取り消し、同部分に係る原告の訴えを却下した。

これに対し、最高裁は、「本件各出張に関しては、第一次開示において、支出負担行為兼支出命令決議書につき支出負担行為日、支払日、旅費額等が、旅行命令（依頼）票につき旅行命令日、旅行者氏名、旅行期間、旅行内容、目的地、旅費の支給額及び受領月日等が、復命書につき作成日付、出張者の職及び氏名、用務、用務先、旅行期間等が、それぞれ墨塗りされて開示されず、・・・第二次開示において初めてこれらの事項が開示されたというのである。そうすると、第二次開示によって本件各出張ないし本件各出張に係る旅費の支出について具体的な内容が明らかにされる以前の段階では、上告人において、本件各出張が架空のものであるかどうか、また、業務上必要のないものであるかどうかを判断することは困難であったものというべきである。この段階において原審が掲げる諸事実を根拠として本件各出張が架空のものであるなどと主張したとしても、その主張は単なる憶測の域を出ないものとならざるを得ない。」「そうであるとするならば、第二次開示によって本件各出張ないし本件各出張に係る旅費の支出について具体的な内容が明らかにされる以前の段階では、上告人において本件各出張に係る旅費の支出に違法又は不当な点があると考えて監査請求をするに足りる程度にその存在及び内容を知ることができたと解することはできず、第二次開示において本件各出張の旅行期間、目的地、用務等に関する情報が記録された部分が開示されてから一か月後に、本件各出張に係る旅費の支出につき本件監査請求がされたことについては、地方自治法二四二条第二項ただし書にいう正当な理由があるというべきである。」と判示し、「正当な理由」を認めて、原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。

4 小括

昭和六三年判決は、法二四二条第二項ただし書の立法趣旨について、「当該行為が普通地方公共団体の住民に隠れて

秘密裡にされ、一年を経過してからはじめて明らかになった場合『等』（筆者かぎ括弧）にも右の趣旨を貫くことが相当でないことはいうまでもない」と述べており、「正当な理由」を当該行為が秘密裡に行われた場合に限りではないが（注9）、同判決の判断基準は、財務会計行為が秘密裡に行われた場合を前提に、①特段の事情のない限り、②住民が相当の注意力をもって調査したときに客観的にみて当該行為を知ることができたかどうか、③当該行為を知ることができたと解される時から相当な期間内に監査請求をしたかどうか、というものであった。

これに対し、平成一四年判決は、昭和六三判決を踏まえ（引用したうえ）、④当該行為が秘密裡にされた場合に限らないこと、及び⑤監査請求をするに足りる程度に、⑥当該行為の存在のみならず「内容」を知ることができたと、と判断基準を補足・追加した。これにより、（ア）「正当な理由」は、財務会計行為が秘密裡に行われた場合に限られるか、（イ）住民が相当の注意力をもって調査したときに客観的にみて当該行為を知ることができたかどうかの対象は、財務会計行為そのものか、それともその内容まで含まれるかといった、それまでの疑義は一応解消されたと言える。すなわち、④により（ア）の疑義が否定され、⑥により認識の対象が当該財務会計行為の内容まで含むことが明確となった。

その他、「特段の事情のない限り」、「相当な期間内」、「監査請求をするに足りる程度」の各意味について議論の余地はあるが（注10）、本稿では、平成二〇年判決が、住民は財務会計行為に「違法又は不当な点があると考えて監査請求をするに足りる程度にその存在及び内容を知ること」ができなかった、として「正当な理由」の存在を認めたとから、同判決は、財務会計行為の違法性・不当性の認識可能性を「正当な理由」の判断基準としているか、という点に絞り、章を改めて検討する。

三 平成二〇年判決の読み方

1 事例判決であるとする読み方

一つ目は、最高裁判例の規範的判断として意味を有するのは平成一四年判決であって、平成二〇年判決は事例判決（注11）の一つに過ぎないとする読み方である。

裁判所法一〇条は、「憲法その他の法令の解釈適用について、意見が前に最高裁判所のした裁判に反するとき」（三号）、すなわち判例変更の場合には大法廷で裁判しなければならぬ旨規定している。したがって、最高裁の裁判例を、当該事案だけでなく他の同様の事案についても通用する一般的な法理を示したいわゆる「法理判決」と当該事案の具体的な事実を前提として、その限りで下されたいわゆる「事例判決」とに区別することには一定の意味がある、と言える。

しかし、最高裁はしばしば、「法理」を変更（注12）することなしに、実質的に従来の解釈（考え方）を変えることがある（注13）。例えば、行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）の抗告訴訟の対象である行政処分性に関する最高裁の解釈がそれである。すなわち、最高裁昭和三九年一〇月二九日第一小法廷判決（民集一八巻八号一八〇九頁 以下「昭和三九年判決」という。）は、ごみ焼却場設置行為の行政処分性を否定するにあたって、「行政庁の処分とは、・・・公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているものをいう」と説示し、①権力性（一方性、優越性）、②直接性（外部性）、③個別具体性、④法行為性を行政処分性の判断要素とした。しかるに、その後の最高裁の裁判例

の中には、昭和三十九年判決の行政処分性に関する上記判断要素を弾力的・拡大的に解釈することによって行政処分性を肯定するものが見られる(注14)。そのような裁判例として、上記③の個別具体性では、第二種市街地再開発事業計画に関する最高裁平成四年一月二六日第一小法廷判決(民集四六卷八号二六五八頁)、建築基準法四二条二項の道路指定に関する最高裁平成一四年一月一七日第一小法廷判決(民集五六卷一号一頁)、保育所廃止条例に関する最高裁平成二一年一月二六日第一小法廷判決(民集六三卷九号二二二四頁)等が、また、④の法行為性では、医療法三〇条の七に基づく病院開設中止の勧告に関する最高裁平成一七年七月一五日第二小法廷判決(民集五九卷六号一六六一頁)、過誤納金の還付通知請求に対する拒否通知に関する最高裁平成一七年四月一四日第一小法廷判決(民集五九卷三号四九一頁)、労災就業援護費不支給に関する最高裁平成一五年九月四日第一小法廷判決(判時一八四一号八九頁)、冷凍マグロ食品衛生法違反通告に関する最高裁平成一六年四月二六日第一小法廷判決(判時一八六〇号四二頁)等が挙げられる(注15)。

このように、法理解釈と事例解釈の区別は必ずしも明確でないうえ、そもそも最高裁の裁判例は法理判決も含めすべて事例判決でもある(注16)。したがって、平成二〇年判決を「事例判決の一つに過ぎない」として、最高裁判例としての規範的意味を否定する読み方は妥当とは言えない。

2 行為の違法性・不当性は認識可能性の対象でないとする読み方

二つ目は、認識可能性の対象は当該財務会計行為の「存在及び内容」であり、その「内容」とは当該行為が違法不当であることを基礎づける事実であり、行為の違法性・不当性ではないとする読み方である。

前章で紹介したように、平成二〇年判決は、住民は「本件各出張に係る旅費の支出に違法又は不当な点があると考えて監査請求をするに足りる程度にその存在及び内容を知る」ことができなかつた、として「正当な理由」を認めているところ、かかる解釈は刑法学における「違法性の意識（認識）」論を想起させる。

すなわち、刑法学では、自己の行為が違法であるとの意識（認識）することが犯罪の成立に必要な点について諸説が存在し、不要説が判例の主流であるが、学説の多くは必要説又は可能性必要説を採っている、と言われている（注17）。また、行政法学の代表的学者である田中二郎博士は、「行政犯の犯意の成立には、行政刑罰の特殊性（法令の義務違反に対する處罰たる特殊性）にかんがみ、原則として、違法の認識のあること、即ち、自己の行為が法に違反することを知りながら、敢えてこれを犯すことを必要」とする旨述べている（注18）。

ところで、住民が当該行為に違法又は不当な点があると「考え（る）」というのは、そう「認識」するということと同義ないしほぼ同義であると解されるが、住民が当該行為を違法又は不当であると考え（認識する）ためには、当該行為の違法性・不当性を基礎づける（裏付ける）事実を知ることができなければならない。その意味で、住民による認識の対象は当該行為の「存在及び内容」であり、その「内容」とは当該行為が違法・不当であることを基礎づける事実である、と言える。

しかし、平成二〇年判決が「正当な理由」の要件（判断基準）としているのは、住民が当該行為の違法性・不当性を基礎づける（裏付ける）事実を認識し得たということに止まらず、そのような事実から住民が当該行為を違法又は不当と考（認識）し得たか、ということである。刑法学における違法性の意識必要説又は可能性必要説が、構成要件事実の認識に止まらず、自己の行為が違法であると意識（認識）し又は意識（認識）することが可能であったとい

うことを故意の要件とし、それによって行為者の道義的責任を問うことができる(注19)、と解するのと同様である。すなわち、平成二〇年判決は、住民が違法性・不当性を基礎づける(裏付ける)事実を知ることによって当該行為が違法又は不当であると知りえた(認識しえた)ことで、はじめて住民監査請求をすることが可能になる、と読むべきである(注20)。

なお、このように「正当な理由」の判断基準に違法・不当性の認識可能性を加える解釈に対して、違法性・不当性という評価的・規範的な概念を期間制限の起算点の基準にすることは、法が出訴期間を設けた趣旨に反すると批判する向きもあるかもしれないが、「正当な理由」自体が評価的・規範的な概念であることから、住民が監査請求をするに足りる程度に当該行為の違法性・不当性を認識しえたことが必要である、と解したからといって法の趣旨に反することにはならない。そもそも法二四二条二項は、監査請求期間を客観的に「当該行為のあった日又は終わった日から一年」と定めることによって法的安定性を確保する一方、住民参政の一環としての住民監査請求・住民訴訟の機能を維持するため、「正当な理由があるときは、この限りではない」と規定し、両者の調整を図っている(注21)。したがって、「正当な理由」の有無の解釈に当たっては客観的かつ一律にはなく、主観的要素も考慮して個別具体的に判断せざるを得ず、期間制限の起算点が事案ごとに異なることになるのはいわば当然と言える。また、かく解することとは、「地方自治の本旨に基づく住民参政の一環」としての住民監査請求制度の趣旨に沿うものと考えられる(注22)。

四 おわりに―住民監査請求の現状と提言―

総務省の「住民監査請求及び住民訴訟に関する調」(www.soumu.go.jp/main_content/000610105.pdf)に基くと、平成二八年四月一日から同三〇年三月三一日までの都道府県における住民監査請求件数は二九四件で、そのうち勧告を行った件数は三件、率にして一・〇二%、市町村における同期間中の住民監査請求件数は一二二二件で、そのうち勧告を行った件数は四一件、率にして三・三四%に止まっている。逆に棄却数及び率は、都道府県では一一六件で三九・四九%、市町村では五二七件で四三・二三%、却下数及び率は、都道府県では一五〇件で五一・〇二%、市町村では五七九件で四七・四二%に上っている（注23）。また、却下のうち期間経過を理由とするものが都道府県で二〇%、市町村で一六・九三%を占めている。

このように、住民監査請求制度はほとんど機能していない、と言わざるを得ない状況にある。

その原因の一つとして、監査委員の人材不足が挙げられる。法一九六条一項は「意見委員について、「人格が高潔で、普通地方公共団体の財務管理、事業の経営管理その他行政運営に優れた識見を有する者」と規定しているが、都道府県や政令市などでは法が求める資質を備えた委員を確保できるとしても、その他、特に小規模な市町村ではほとんど不可能に近いのではないかと思われる。市町村にあつては、監査委員及び監査委員事務局の共同設置（法二五二条の七）を積極的に行い、人材確保に努めるとともに、実質的にも独立性を保つて公正かつ適切に職務を遂行していくことが強く望まれる。さもなければ、「財務会計事務の専門的・技術的正確から、専門的機関である監査委員の判断をおおぎ、行政内部における自主的解決を求めることの方が適切な場合が多いこと、簡易迅速に処理し得ること、

裁判所の負担軽減に資すること」(注24)との趣旨で採用されている住民監査請求前置主義の存在理由が問われることにもなりかねない。住民監査請求・住民訴訟が「地方自治の本旨に基づく住民参政の一環」としてその機能を發揮することを期待して、本稿を綴じる。

(注1) 「地方自治の本旨」の規範的意味については、南川諦弘『地方自治の本旨』と条例制定権(法律文化社 平成二四年) 三頁・二四頁参照

(注2) 同規定は、一九世紀後半アメリカで起こったホーム・ルール運動の成果の一つである、州議会による特別立法(special legislation)の禁止にそのルーツがあるとされており、国が特定の地方公共団体を差別的に取り扱うことを防止するという点で「団体自治」の観念に基づく規定であるが、住民投票により当該住民の意思を立法に反映させる点で「住民自治」の観念に基づくものもある。南川・前掲書一七頁参照

(注3) 田中二郎『行政法中巻』(弘文堂 昭和五〇年) 一一四頁も、これらの制度を直接請求制度とならぶ直接民主主義的制度であると述べている。これに対し、塩野宏『行政法Ⅲ』[第三版](有斐閣 平成一八年)は、「概念的にはこれを直接民主主義制度の一つとしてとらえることには疑問がある」(二九五頁)とし、「地方の財務行政に対する住民の参加を求めて、財務行政の適正化をはかろうとするもの」(一九六頁)と解している。

(注4) 同訴訟は、GHQの要請により、アメリカの諸州で判例法上認められていた納税者訴訟(taxpayer's suit)をモデルにして昭和二三年の法改正で導入されたが、同三八の法改正で現在の訴訟形態となった。客観訴訟で、行訴法五条の「民衆訴訟」に該当する。

(注5) 一般に「財務会計行為」又は「財務会計上の行為」と総称されている行為は、①公金の支出、②財産の取得・監理・処分、③契約の締結・履行、④債務その他の義務の負担、⑤公金の賦課・徴収を怠る事実、⑥財産の管理を怠る事実であり、そのうち、①ないし④が「当該行為」に該当し、⑤及び⑥が「怠る事実」に該当する(法二四二条一項)。

(注6) 住民監査請求前置主義が採られており、住民監査請求をした者でなければ住民訴訟を提起することができない。

(注7) 平成一四年の法改正により、いわゆる四号請求の訴訟構造が代位請求（住民が地方公共団体に代わって長等に対する損害賠償等の請求を行う訴訟）から履行請求（義務付け請求）に変更された。

(注8) なお、自治省行政課編『改正地方自治法詳説』（帝國地方行政学会 昭和三八年）三三五頁参照

(注9) もっとも、同判決当時、「正当な理由」が認められるのは、当該行為がきわめて秘密裡に行われた場合や天災地変等による交通と絶により請求期間を徒過した場合など、特に請求を認めるだけの相当な理由がある場合であると厳格に解する見解が多数を占めていた。長野士郎『逐条地方自治法 第九次改訂新版』（学陽書房 昭和五〇年）八八五頁参照

(注10) これらの点については、曾和俊文・判例評論三六九号二頁以下（判例時報一三二一号一八四頁以下）、石井昇「住民監査請求期間の制限と『正当な理由』」甲南法学第三二巻第三・四合併号一二四頁〜一三九頁、古閑裕二「新・裁判実務大系第25巻 行政争訟（改訂版）」（青林書院 平成二四年）五六一頁以下参照

(注11) 加藤就一『平成二〇年度主要民事判例解説』二六〇頁は、平成二〇判決を事例判決であるとしている。

(注12) この場合は、大法廷で裁判され、かつ、判決の理由中で判例変更する旨記載する（例えば、土地区画整理事業計画の行政処分性が争点となった最高裁平成二〇年九月一〇日大法廷判決 民集六二巻八号二〇二九頁）。

(注13) 藤田宙靖「裁判と法律学」（有斐閣 平成二八年）三七頁参照

(注14) さらに、輸入禁制品該当の通知に関する最高裁昭和四四年二月二五日第三小法廷判決（民集三三巻七号七五三頁）のように、昭和三九年判決の定式からは行政処分性を認め難い行為についても、司法的救済の必要性から行政処分性を肯定する裁判例も存在する。

(注15) 最高裁が「法理」を変更することなしに実質的に従来の解釈を変えた好例として、行訴法第九条の原告適格に関する解釈も挙げることができる。南川「判例評論四九二号一〇頁〜一一頁（判例時報一六九四号一七二頁〜一七三頁）」

(注16) 藤田・前掲書三八頁〜三九頁参照

(注17) 大谷實『刑法講義総論 新版第5版』（成文堂 平成三一年）三三六頁〜三三九頁

(注18) 『行政法講義案 上巻 行政法総論』（有斐閣 昭和二六年）二二七頁

(注19) 例えば、植松正『全訂 刑法概説I 総論』（勁草書房 昭和四一年）二二三頁〜二二四頁

(注20) 阿部泰隆「期間制限の不合理性―法の利用者の立場を無視した制度の改善を―」民事司法の法理と政策 下巻(商事法務 平成二〇年)二二頁は、平成一四年判決の「『上記の程度に当該行為の存在及び内容を知ることができたと解される時』とする判決の文言は、行為を知っただけでは足りず、行為に違法・不当があると気がつく程度のことが必要であるとの意味である。」と述べていた。ちなみに、大阪高裁平成三年五月二三日判決(行裁集四二巻五号六六七頁)も「住民が相当の注意力をもって調査したときに、客観的にみて、当該行為が違法或いは不正であることを知ることができたと解される時から相当な期間内に監査請求がなされれば、同条二項但書所定の『正当な理由』があるときに該当し適法なものと解すべきである。」と説示していた。

(注21) 古閑・前掲書五四〇頁は、「地方自治法二四二条二項本文の監査請求期間や同項ただし書の『正当な理由』の解釈・適用は、法的安定性と住民訴訟の機能の維持との調整という意味を持つことを念頭に置く必要がある。」と述べている。

(注22) 石井・前掲論文一三九頁は、住民監査請求前置の趣旨からして、「住民監査請求の門戸は、地方自治法二四二条二項本文が監査請求期間を制限した趣旨である法的安定性を損なわない範囲で、できるだけ拡大することが望ましく、その意味で、同項ただし書にいう『正当な理由』の解釈も事案に即して柔軟に行う必要がある。」と述べている。

(注23) ちなみに、上記期間中の住民訴訟件数は五一一件で、同期間に判決等のあつた二一七件のうち、勝訴(全部勝訴一件以外は一部勝訴)件数はわずか二六件、率にして一・二二%に止まっている。逆に棄却数及び率は一四六件で六七・二八%、却下数及び率は四五件、二〇・〇七%に上っている。

(注24) 石井・前掲論文一三九頁

ネイティブアメリカンの応募者合格者

年	応募者	NA 応募者	%	合格者	NA 合格者	%
1995	4247	45	1.1%	1130	14	1.2%
1996	3677	31	0.8%	1170	13	1.1%
1997	3429	37	1.1%	1218	19	1.6%
1998	3537	40	1.1%	1310	18	1.4%
1999	3400	25	0.7%	1280	13	1.0%
2000	3432	35	1.0%	1249	14	1.1%

の考え方や入学選抜の努力も大変なことだと思う。入学についてはやはり個人の能力を見て選抜する方法がふさわしいと思う。ロー・スクールが様々な側面から学生を見て入学させるという方法は大変ではあるが、様々なこと（クリチカルマスなど）を考えて、入学プログラムを作るとは認められても良いのではないかと思う。このようなことをしなくても多様な学生集団が作られれば良いが、それまでは、このような入学プログラムは必要だと思われる。

アフリカンアメリカンの応募者入学者

年	応募者	AA 応募者	%	合格者	AA 合格者	%
1995	4247	404	9.7%	1130	106	9.4%
1996	3677	342	9.3%	1170	108	9.2%
1997	3429	320	9.3%	1218	101	8.3%
1998	3537	304	8.6%	1310	103	7.9%
1999	3400	247	7.3%	1280	91	7.1%
2000	3432	259	7.5%	1249	91	7.3%

ヒスパニックの応募者入学者

年	応募者	HI 応募者	%	合格者	HI 合格者	%
1995	4247	213	5.1%	1130	56	5.0%
1996	3677	186	5.1%	1170	54	4.6%
1997	3429	163	4.8%	1218	47	3.9%
1998	3537	150	4.2%	1310	55	4.2%
1999	3400	152	4.5%	1280	48	3.8%
2000	3432	168	4.9%	1249	53	4.2%

教育の関係において、学生集団の多様性におけるやむを得ない州の利益を認めることを求めている。それと合わせて限定的にそれが作り上げられていることも要件である。この判決では、最後にレンクエスト裁判官とケネディ裁判官が入学者の表をつけている、その表によれば、1995年から2000年までのアフリカンアメリカン (AA)、ヒスパニック (HI)、ネーティヴアメリカン (NA) の比率がわかる。人種についての配慮をしているが、決して多いものではない。アファーマティブ・アクションを使っているのである程度の数（クリチカルマスと言えるのかどうかかわらないが）入学者が出ているのである。

ほぼ応募者と合格者の比率は変わらないので、どのような試験をしているのかわからないが、またそれほど人種を優遇しているとも思えないが、毎年、人種について一定の合格者を出している。ロー・スクールを出てからは、弁護士になろうが、代議士になろうが（弁護士出身の代議士の比率は高い）人とのコミュニケーションが大事になると思われる。いろんな背景や経験の人と交わっていろんな意見を知ることも大事なことでないかと思われる。

ロー・スクールにおける学生集団の多様性の要請は、教育や人間形成にとって良いことではないかと思われる。アメリカでは人種のるつぼと言われる社会の中で多様な人種の人々とかかわり合って生きていかなければならない。そのためには多様な学生集団から得るものも多いのではと思われる。多様な人種の学生集団の中で法を学ぶことも教育の利益であると思われる。不公平にならないように、個人について様々なことを審査して多様な学生を得ることが必要ではないかと思われる。セットアサイドやクォーターのように人種のために枠をとっておくことは、多様な人種の学生を入れるためには有効であるが、入学という個人の能力を試す場ではあまり好ましくないのではと思われる。大学の入学について

一グループの分類は多くの状況において不適切であると長く認められてきてそれゆえ禁じられている一法の平等保護の人の権利は侵害されないことを確保するために詳細な法的審査を受けるべきである⁵⁸⁾。我々は「その制度が平等の原理の下に作られている自由な人々である」⁵⁹⁾ その原理から「政府は人々を最もやむを得ない理由のためにのみ人種を理由にして異なった取り扱いができることが導き出される⁶⁰⁾。

我々は政府により課せられる全ての人種の分類は「厳格な審査のもとで裁判所の審査によって分析されなければならないと判示した。これはこのような分類はやむを得ない政府の利益を促進するために限定的に作り上げられている場合にのみ合憲であることを意味する。「このような人種に基づく施策を正当化する裁判所の審査を求めることなく、」我々はこの分類が「親切なのか」「救済的であるか」そしてどの分類が事実人種の劣等性の1法な観念にによってまたは単なる人種の政策によって動機を与えるのかを決定する方法がない。厳格な審査は、「理論において厳格でなく、事実において重大である」を促進するために必要な時に、このような行為は限定的に作り上げられているという要件が満たされない限り平等保護の憲法上の保障を侵害する。

これらの原則を心に入れてロー・スクールの人種の使用がやむを得ない州の利益によって正当化されるかの問題に立ち返る。当裁判所の前に、彼らはこの訴訟を通して、上告人が入学手続きにおいて人種の使用のために唯一の正当化を主張する「多様な学生集団から流れ出る教育の利益」を獲得すること。他の言葉で言えば、ロー・スクールは私たちに、高等

58) *darand Construction, Inc. v. Pena*, 515 U.S.200, 227, 115 S.Ct. 2097, 132 L.Ed.2d 158. (1995)

59) *ovomg v. Virginia*, 388 U.S.1, 11, 87 S.Ct. 1817, 18 L.Ed.2d 1010. (1967)

60) *Adarand Constructots, Inc. v. Pena*, 515 U.S., at 227, 115 S.Ct. 2097.

い⁵⁶⁾。4しかしながら分岐する下級審の意見が示されたので、このテストはバッキ判決における結果を支持する様々な意見によりもより容易に適用されることになった⁵⁷⁾。e.g. *Johanson v. Board of Regents of Univ. of Ga.* 263 F.3e 1234 (C.A.11 2001) (パウエル裁判官の多様性原理はその裁判所の判示でなかった)；*Hopwood v. Texas* 236 F.3d 256, 274-275 (C.A.5 2000) (*Hopwood II*) (同じ)；*Hopwood I*, 78 F.3d932 (C.A.5 1996) (同じ) with *Smith v. University of Wash. Law School* (多様性原理を含む、パウエル裁判官の意見はマークス判決のもとで支配的である。)

私たちはパウエル裁判官の意見がマークス判決のもとで拘束されているかを必要と認めていない。それを検討した下級裁判所を非常に明白に困惑し分割した時に最大の論理的可能性を探求するマークス事件を追求することの有益であると思えない。*Nichols v. United States*, *supra*, at 745-746, 114 S.Ct. 1932. 以下で示された理由のためにより重要なのは、今日、我々はパウエル裁判官の学生集団の多様性が大学の入学における人種の使用を正当化できるやむを得ない州の利益であるとする意見を認めている。

5. おわりに

平等保護条項は、いかなる州も法の平等保護をその管轄内で全ての人に否定してはならないと規定している。合衆国憲法修正第14修正は「グループではなく人を保護する」ので、人種に基づく全ての政府の行為は、

56) 30 U.S., at 193, 97 S.Ct. 990.

57) *Nichols v. United States*, 511 U.S. 738, 745-746, 114 S.Ct. 1932, 128 L.Ed.2d 745. (1994)

した⁵²⁾。強固な理念の反感に多く寄与するこれらの学生を選抜する権利を追求して、大学はその使命のサービスにおける崇高な重要性がある目的に達成することを求める。「伝統と経験の双方は、多様性の寄与が実質的である」という見解に支持を与える⁵³⁾。

しかしながら、パウエル裁判官は、彼の見解において人種は異種の学生集団の目的を達成することにおいて大学が考慮する要素の範囲において人種は唯一の構成要素であると強調することに慎重であった⁵⁴⁾。パウエル裁判官にとって「単なる民族的な多様性における利益でなく、そこにおける学生集団の特別の比率は、結果において選択された民族グループの構成員であることが保証されている、それは人種の使用を正当化しうる⁵⁵⁾。I. むしろ、やむを得ない州の利益を促進する多様性は、人種や民族出身であるが単一のものであるが重要な構成要素であるさらに資質と性格を含むものである。

バッキ判決で割れた判決のあとで、裁判所はパウエル裁判官の多様性の理論的原理が、ほかのどの裁判官から参加の意見の部分を示されていないが、それにもかかわらず、マークス判決のもとでの先例を拘束するかどうかを認めることを苦闘してきた。その判決では、私たちは、分断した裁判所判決を下す時またその結論を説明する一つの原理も5人の裁判官の賛成を得られないとき、裁判所の判示は最も狭い根拠の判決に同意するそれらの裁判権によって取られる立場とみなされるいかもしれな

52) *Id.*, at 313, 98 S.Ct. 2733 (*Keyishian v. Board of Regents of Univ. OF State of N.Y.*, 385 U.S. 589, 603, 87 S.Ct. 675, 17 L.Ed.2d 629 (1967) (引用)「43.

53) 38 U.S., at 313, 98 S.Ct. 273.

54) *Id.*, at 314, 98 S.Ct. 2733.

55) *Id.*, at 315, 98 S.Ct. 2733.

れは平等でない⁴⁶⁾。この共有する基準のもとで、大学によって主張される利益の唯一のものがパウエル裁判官の審査を生き延びさせる。

第一に、パウエル裁判官は医学部および医師における伝統的に疎んずるマイノリティの歴史的な不利な立場を減少させることにおける利益を人種のバランスにおける不当な利益として排除する⁴⁷⁾。第二に、パウエル裁判官は社会的差別を救済する利益を排除した、このような手段は無辜の第三者に「特別の入学プログラムの利益にいかなる苦痛を受けるか責任を負う」ことに不必要な負担を課す危険がある⁴⁸⁾。第3にパウエル裁判官は、「現在行き渡っていないコミュニティにおいて仕事をする医師の数を増やすことにおける利益を認めない、たとえその状況においてやむをえないとしても問題となっているプログラムは目的を促進するために適応させないと結論づけた⁴⁹⁾。しかしながら、妥当とされたのはこの3つではなく次の多様な学生集団だけであった⁵⁰⁾。

パウエル裁判官は「多様な学生集団の達成」という唯一の利益を促進するために大学の人種の使用を承認した⁵¹⁾。「個人の権利を保護する憲法の制限は無視することはできない」という重要な条件によって、パウエル裁判官は「修正第1条の特別の関心として長く考えられて来た」学問の自由における彼の分析を基礎にした。パウエル裁判官は、「国民の将来は多くの人々のいるこの国と同じくらい多様な学生の理念と多くにより開かれることによって訓練された指導者による以外のものはないと強調

46) Bakki, 438 U.S., at 289-290, 98 S.Ct. 2733.

47) Id., at 306-307, 98 S.Ct. 2733.

48) Id., at 310, 98 S.Ct. 2733.

49) Id., at 304, 310, 98 S.Ct. 2733.

50) 松井茂記『アメリカ憲法入門（第7班）』有斐閣（2012年）397-298頁

51) Id., at 311, 98 S.Ct. 2733.

をすべて回避して制定法を根拠にプログラムを棄却した⁴⁵⁾。パウエル裁判官はセットアサイドプログラムを違憲とするだけでなく、どのような人種の使用に対しても裁判所の国家の裁判所の差し止めを命令を覆す第5の票を投じた。バッキ判決における当裁判所の唯一の判示は「国家は人種および民族出身の競争の検討に関する適切に作り上げられた入学プログラムによって正当にもたらされる実質的な利益を持つ」ということである。このようにして、我々は、応募者の人種を考慮することを大学に禁ずる下級裁判所の判示の部分を覆した。

当裁判所のバッキ判決における分離した判決ゆえに、パウエル裁判官の当裁判所の判決に公表した意見は人種を意識した入学政策の憲法上の分析についての試金石として用いられた。公立のおよび私立の国中の大学は人種の意識の政策を認めるパウエル裁判官の見解に自分自身の入学プログラムをモデルにした。(ロー・スクールの入学プログラムはバッキ判決のパウエル裁判官の意見から作られ、基づいた方法でを用いている)；(バッキ判決以降それぞれの法廷助言者および疑いのない他の選択的な大学および総合大学も同様にパウエル裁判官の意見に照らして入学手続きを検討し、それに応じて決定した)我々はそれによって少し詳細にパウエル裁判官の意見を検討する。

パウエル裁判官は「平等保護の保障は異なる色の人に適用するとき一人の人とそれ以外のものに適用するとき一つのことを意味することはできない」と話し始めた。もし双方が同じ保護を受けないなら、それならそ

45) at 408, 98 S.Ct. 2733. (スチーブンス裁判官の意見に、バーガー長官が加わる、スチュアートおよびレンクイスト裁判官が判決に一部補足意見および一部反対意見)

けでなく、手段そのものが平等保護条項の禁止するものである⁴¹⁾。

⑥ケネディ裁判官は反対意見の中で、法廷意見はパウエル裁判官の要求する厳格審査を適用していないと指摘する。大学の使命から人種の多様性という目的に関する判断を尊重することにやぶさかではないが、目標達成のための手段についてもロー・スクールの判断をそのまま尊重することにはならない。入学した少数者学生の割合が一定であることから、本当に個別的な評価がなされているかどうか疑わしい。大学の入学者選抜において人種に適切な考慮をすることには賛成するが、合衆国最高裁判所が人種を用いた大学入学者選抜に対して厳格審査をするという憲法上の義務を放棄するならば、学生の多様性を実現するために人種を用いることに同意できない⁴²⁾。

4. バッキ判決

我々は、最後に25年以上前の公立の高等教育における人種の使用を取り扱った。画期的な事件であるバッキ事件において、我々は一定のマイノリティのグループの構成員のために医学部のクラスの100の定員の16を取っておく人種のセットアサイドプログラムを再検討した⁴³⁾。

判決は6つの別れた意見を示し、そのどれも当裁判所の多数意見にならなかった。4人の裁判官は、政府は過去の人種的偏見によってマイノリティに負わせた不利益を救済するために人種を用いることができるとし、そのプログラムを支持した⁴⁴⁾。4人のその他の裁判官は憲法上の問題

41) Id., at 2365-2370.

42) id., at 2370-2374.

43) 438 U.S. 265, 98 S.Ct. 2733; 57 L.Ed.2d 750 (1978).

44) Id., at 325, 98 S.Ct. 2733. (ブレナン、ホワイ、マーシャルおよびブラックマン裁判官の共同意見、一部判決に補足および1つ反対意見)

④ トーマス裁判官の一部補足一部反対意見

スカリア裁判官が part. I から part. VII まで同意するトーマス裁判官によれば、合衆国憲法は人種差別となる方針を承認しないし、ロー・スクールの判断の尊重は厳格審査の何に値しない。法廷意見に同意するのは、「現行の人種を意識した入学者選抜の評価は別として」他に人種を用いた方法は違法であることと、25年後に高等教育における人種差別は違法となることの2点である。法廷意見は人種差別が少数者に有利な時、一般的な社会的害悪を救済する必要があるので人種に基づく分類は許されると判断するが、人種に基づく分類はそれだけで有害であるという原則を不明確にする⁴⁰⁾。

⑤ レンクイスト長官の反対意見に、スカリア、ケネディ、トーマス裁判官が同意している。

レンクイスト長官は、人種に基づく区別が許される限られた状況において、政府の非常に重要な利益を達成するよう厳格に起草された手段であることを政府は確実にしなければならぬという法廷意見の見解に賛成であるが、ロー・スクールの手段は厳格に起草されていない。ロー・スクールは有意な数というが、それは人種比であると批判する。最も厳格な審査では、人種を用いることが、他の存在するどの選択肢よりも、非常に重要な政府の利益にピッタリと適合するという立証がロー・スクールに要求されている。ロー・スクールが1995年から2000年の間に実際におこなった入学選抜の実態は有意な数の確保ではなく、人種比の配慮が存在することを疑わせる結果となっている。人種を用いた入学選抜に対して合理的な程度に精密な時限を設けていないことも問題である。ロー・スクールのプログラムは目的と手段とが適合していないというだ

40) Id., at 2350-2365.

進するのに必要なものではないことを望む³⁶⁾。

(e) ロー・スクールの入学決定における人種の使用が平等保護条項によって禁じられないので、申請人の Title VII 及び § 1981 に基づく法律上の訴えも棄却される。上述の、バッキ判決、at 287, 98, S.Ct. 2733 ((パウエル裁判官の意見) General Building constructors Assen, Inc. v. Pennsylvania, 458 U.S.375, 389-391, 103 S.Ct. 3141, 73 L.Ed 2d 835³⁷⁾。

(3) 個別意見

①ギンスバーグ裁判官の補足意見にブライヤー裁判官が同意

ギンスバーグ裁判官は、人種差別撤廃条約に言及し、人種を意識したプログラムには論理的な終結点があるという法廷意見の観察は、アファーマティブ・アクションの役割についての国際的理解にも合致するが、アファーマティブ・アクションを終結させても安全といえるには、これから一世代かかるのではないかと述べた³⁸⁾。

②スカリア裁判官の一部補足一部反対意見にトーマス裁判官が同意

スカリア裁判官は、有意な数に正当性はないというレンイスト長官の意見と、トーマス意見のうち、ここで、問題とされている特に非常に重要な利益はロー・スクールの学業水準を維持することであって、有意な数の少数者がもたらす教育的効果ではないというトーマス裁判官の意見のうち part. I から part. VII まで同意する。法廷意見のいう教育効果は法学教育ではなく、市民としての生き方に関わるものであり、法学教育に固有な、正規の教育で得られる、ものではない。合衆国憲法は政府による人種に基づく差別を禁止しており、州立の教育機関はその例外でない³⁹⁾。

36) 98 S.Ct. at 2341-2347.

37) Id., at 2347.

38) Id., at 2347-2348.

39) Id., at 2348-2350.

扱っており、応募者が多様な教育上の環境に貢献するかもしれないすべての方法に真摯な考慮を与えている。すべての一つの「ソフトな」変化するものに基づき自動的に受け入れまたは拒絶する、法的なまたは事実的などちらかの方針があるわけではない。Gratz v. Bollinger, post, 539 U.S.244, 123 S.Ct. 2411, 156 L.Ed.2w 257, 2003 WL 21434002. と区別する。また、そのプログラムは、適切に、多様性に貢献するすべての要素が人種と一緒に意味のある考慮することを確保する。さらに、ロー・スクールはしばしば拒否した実際以下に評価するマイノリティ（および他のマイノリティでない応募者）より低い評価およびテストの評点を持つマイノリティでない応募者をしばしば受け入れる。当裁判所は、ロー・スクールが学生集団の多様性の教育上の利益を得る人種に中立な他の手段を用いるべきであるという論拠を棄却する。それは、例えばGPAやLSATスコアに基づく強さを没するか抽選配分である。限定的につくり上げられることは、考えられる人種に中立な択一を使い尽くすことを要請するのではなく、すべて優秀な人に対する評判を維持する間の大学の選択かすべての人種のグループに教育の機会を提供するコミットメントを満たすかを命じるものでもない。See, e.g. Wygant v. Jackson Bd. of Ed., 90 L.Ed.2d.260. 当裁判所は、ロー・スクールの利用できる択一の適切な考慮に満足している。当裁判所はまたそれぞれの応募者の可能な多様性の貢献を個別に考察するコンテキストにおいて、ロー・スクールの人種を意識した入学プログラムが、マイノリティでない応募者を不当に傷つけるのではないことにも満足している。最後に、人種を意識した入学政策は丁度良い時に限定されていなければならない。当裁判所はロー・スクールを人種に中立な入学方式を見つけることよりもより良いものはないと言っている。そして実行できる同じ早さで人種の優遇の使用を終えるであろう。当裁判所は今から25年人種優遇の使用を今日認めた利益を促

バルな市場において必要な技術は広く多様な人々、文化、考えおよび観点を広めることによってのみ発展できる。さらに、大学、特にロー・スクールは、多くの国の指導者のための訓練を代表するので、*Sweatt v. Paiter*, 339 U.S. 629, 634, 70 S.Ct. 848, 94 L.Ed.1114、指導者への道は明らかに能力のあるそして質の高いすべての人種および民族の人々に開かれてなければならない。このように、ロー・スクールは多様な学生集団を獲得することにやむを得ない利益を持つ³⁵⁾。

(d) ロー・スクールの入学プログラムは限定的に作られたプランの顕著な特徴を生み出す。限定的に作られるためには、人種を意識した入学プログラムがすべての他の応募者との競争から一定の望まれた資質を持ったそれぞれの応募者のカテゴリーを孤立させることはできない。*Bakke*, 438 U.S., st 315, 98 S.Ct. 2733. (パウエル裁判官の意見) その代わりとして、「特定の応募者のファイルにおける [プラス]」としてのみ人種や民族を考慮しても良い。すなわち、「それぞれの応募者の特定の資格に照らして多様性のすべての適切な要素を考慮するのに、それらに一致した同じ重さは必要ではないけれども、考察のために同じ基礎にそれらを置くために、」十分柔軟でなければならない。*Id.*, at 317 98 S.Ct. 2733. 大学は一定の人種または民族のグループの人々のためのクォータを作ったり別の入学の道に彼らをおいたりすることはできないことが結果として起こる。*See id.*, at 315-316, 98 S.Ct. 2733. ロー・スクールの入学プログラムは、パウエル裁判官によって認められたハーバードプランのように、これらの要件を満たすものである。さらに、そのプログラムは、個々の応募者が個人として評価されることを評価するために十分柔軟であり、人種や民族を決定的な特色とする方法でない。*See id.*, at 317, 98 S.Ct. 2733. ロー・スクールは、それぞれの応募者のファイルを高度に個別的に、全体的な再考で取り

35) 98 S.Ct. at 2338-2341.

限定的に作られている限り、平等保護条項に違反しない。このような行為を審査する際に関係事項は、人種による影響があるすべての判決が同様に意義のあるものではなく、また厳格な審査は特別の関係における人種の利用についての政府の理由の重要なそして親切な注意深い検討をする枠組を提供することを目論んでいる³²⁾。

(c) 当裁判所は、パウエル裁判官の学生集団の多様性が、大学の入学に人種を使うことを正当化できるという、やむをえない州の利益であることを認める。当裁判所は多様性が教育の使命に必要なものであるというロー・スクールの教育判断に従う。当裁判所のその利益の審査は、その大学の判断の中に基本的にある領域における複雑な教育判断を考慮に入れるために厳格である³³⁾。多様な学生集団を達成することは、ロー・スクールの適正な制度的使命の核心であり、その「誠実さ」が「推定される」反対の証明をなくする³⁴⁾、マイノリティ学生の「特定の結果を得るための十分な量 (クリチカルマス)」の入学は、単に人種または民族の出身であることから、単に特定のグループのある特定の比率を保証することは明らかに違憲である。しかし、ロー・スクールの特定の結果を得るための十分な量の概念を実質的な、重要な、称賛するに足る教育的利益を参照して定める、多様性は人種の理解や人種のステレオタイプの解体を含めて多様性が作り出せるようにしている。ロー・スクールの主張は、数多くの専門的な勉強およびそのような多様性が学ぶ結果を促進することを示すレポートおよび増大する多様な仕事力のために、社会のためにそして法職のために学生をより準備させることによってさらに強める。多くのアメリカのビジネスは、次のことをより明白にする、今日の増大するグロー

32) 98 S.Ct. at 2337-2338.

33) See, e.g., *Bakke*, 438 U.S., at 319 n.53, 98 S.Ct. 2733. (パウエル裁判官の意見)

34) *Id.*, at 318-319, 98 S.Ct. 2733.

における彼の分析に基づいている²⁷⁾。パウエル裁判官は次のことを強調した「国家の将来はこの国家と同じくらい多様な学生の考え及びそれ以上のことに広く開かれることによって訓練される指導者による²⁸⁾。しかしながら、彼はまた次のことを強調する、「単なる人種や民族的な多様性における利益でない」。そこには学生集団の特定化された割合が選ばれた民族グループの人々であることを実際に保証している。それは人種の使用を正当化しうる²⁹⁾。

むしろ、「やむを得ない州の利益を促進する多様性は、人種または民族の生まれが重要な要素になり、一つのものでないという質と性格のさらに広い整然と並んだものを含んでいる。バック判決以降、パウエル裁判官の意見は人種を意識した入学政策の憲法上の分析の試金石であった。国中の公立のまた私立の大学はパウエル裁判官の見解の上にそれら自身の入学プログラムを作ってきた。しかしながら、裁判所は、パウエル裁判官の多様性理論が、先例を形成しているかどうか認めることに苦労してきた。当裁判所はこの問題を判断することは不必要であると認めている、というのは、当裁判所は学生集団の多様性が大学入学の関係においてやむを得ない州の利益であるというパウエル裁判官の見解を確認したからである³⁰⁾。

(b)すべての政府の人種の分類は、厳格な審査のもとで審査する裁判所によって分析されなければならない³¹⁾。しかし、すべてのこのような人種の使用が厳格な審査によって無効とされていない。やむを得ない政府の利益を促進するのに必要な人種に基づく行為はその利益を促進するために

27) *Id.*, at 313, 314, 98 S.Ct. 2733.

28) *Id.*, at 313, 98 S.Ct. 2733.

29) *Id.*, at 315, 98 S.Ct. 2733.

30) 98 S.Ct. at 2335.2337.

31) *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200, 227, 115 S.Ct. 2097, 132 L.E.d.2d 158.

官に同調する意見を述べた。

スカリア裁判官は一部同意意見を述べ、一部反対意見を述べた、そしてトーマス裁判官に一部同調する意見を述べた。トーマス裁判官は一部同意、一部反対意見を述べ、スカリア裁判官に一部同調する意見を述べた。レーンクイスト裁判官は反対意見を述べ、スカリア裁判官、ケネディ裁判官、トーマス裁判官が加わる意見を述べた。ケネディ裁判官は反対意見及び意見を述べた。²²⁾

法廷意見

(a)25年前の画期的な事件であるバッキ判決²³⁾で、当裁判所は一定のマイノリティグループの人々のために100席のうち16席を留保する医学部の人種取り分け (set aside) プログラムを審査した。判決は5つの分離した意見がもたらされ、どの意見も多数を占めなかった。

4人の裁判官は政府が過去の人種の偏見によるマイノリティの不利を救済するために人種を使うことができるという理由でそのプログラムを確認した²⁴⁾。他の4人の裁判官は制定法上の理由でそのプログラムを無効にした²⁵⁾。パウエル裁判官は、当裁判所の判決を述べたが、そのプログラムを無効にするのみならず、どのような人種の使用に対しても裁判所の差し止め命令を取り消す第5の票を投じた。バッキ判決の唯一の判示は「州は人種と民族的起源を競争的に考慮することを含む、適切に工夫された入学選考制度が正当に仕えうる実質的利益を有することである。」²⁶⁾「長く修正第1条の特別の関心として考えられてきた」学問の自由

22) Pp2330-2331.

23) *Regent of the University of California v. Bakke*, 438 U.S.65, 98 S.Ct. 2733. (1978)

24) 438 U.S., at 325, 98 S.Ct. 2733.

25) *Id.*, at 408, 98 S.Ct. 2733.

26) *Id.*, at 265, 320, S.Ct. 2336.

これに対し、第6巡回控訴裁判所は、差し止め命令の執行を暫定的に停止し、全員法廷において審理を行い、入学選考プログラムを合憲として、差し止め判決を破棄した²⁰⁾。パウエル裁判官のバック判決における意見が、やむを得ない州の利益として先行する証明する多様性に結びついていること及びロー・スクールの人種の使用は単に可能な「プラス要素」としてであるので、またロー・スクールのプログラムは本質的にパウエル裁判官によって賛意を表して述べているハーバード大学の入学プログラムに同一のものであるので限定的に作り上げられている。

合衆国最高裁判所は、オコナー裁判官が次のように判示した。(1) ロー・スクールは多様な学生集団を獲得するのにやむを得ない利益を有する。そして、(2) 入学プログラムは多様な学生集団から流れ出る教育的利益を獲得するのにやむを得ない利益に奉仕するよう限定的に作り上げられている、そして、このようなことは平等保護条項に違反しない。

ロー・スクールの多様な学生集団から流れ出す教育上の利益を得ることにおけるやむを得ない利益を促進するために入学決定において人種の限定的な使用は、平等保護条項、Title VI また § 1981 によって禁止されない²¹⁾。

(2) 判旨

判決は5対4の僅差で下されているが、5（オコナー裁判官が法廷意見を執筆し、スチーブンス裁判官、スーター裁判官、ギンスバーグ裁判官、ブライヤー裁判官が同意）対4（レーンクイスト裁判官、スカリア裁判官、ケネディ裁判官、トーマス裁判官の反対意見）であった。

ギンスバーグ裁判官は、判決に同意する意見を述べ、ブライヤー裁判

20) 288 F. 3d 732.

21) 123 S.Ct. 2325-2347.

伝統を続けることを約束する学生で作られていることを求めている¹⁶⁾¹⁷⁾。

グラッターは、1996年にロー・スクールに出願した、白人のミシガン州の居住者であるが、3.8のGPAと161のLSATを持っていた。当初、ロー・スクールは、グラッターを補欠としたが、最終的には入学を認めなかったため、彼女はロー・スクール、ミシガン大学評議委員会、ボリンジャー¹⁸⁾などを被告に訴えを提起し、入学者選抜方針は人種を根拠にした差別であり、修正第14条、1964年の市民権法の Title VI及び42 U.S.C. § 1981に違反して、人種に基づき彼女を差別したと主張し、填補的損害賠償、懲罰的賠償のみならず、ロー・スクールへの入学許可とロー・スクールに人種に基づく差別に関する差し止め命令を請求する訴訟を、連邦地方裁判所ミシガン東部地区裁判所に提起した。彼女はロー・スクールが一定のマイノリティのグループに属する応募者に冷遇する人種グループ出身の同様の人物学業証明書を持つ学生よりも著しく大きな入学の機会を与える、「卓越した」要素として人種を用いているので拒否された、そして被上告人はその人種の使用を正当化するやむを得ない利益を持っていない。

連邦地方裁判所は、厳格審査を用いて、訴訟を責任段階と損害賠償段階に分け、原告の求める宣言的救済をも認め、ロー・スクールに対して人種を入学決定における要素としてはならないと禁止した。ロー・スクールの人種の使用を入学の要素として不法であると認めた¹⁹⁾。

16) 123 S.Ct. 2331-2332. (2003)

17) 123 S.Ct. 2331-2332. (2003)

18) 1987年から1994年までロー・スクールの長であり、1996年から2002年までミシガン大学の学長であった。

19) 137 F.Supp. 2d 821.

スクールに入学を保証されないことを明らかにしている。しかも低い点数は自動的に応募者を資格なしとする。推薦者の熱意、学部機関での質、応募者のエッセイの質、および学部のコース選択の範囲および難しさと言ったいわゆる「ソフトな変動」がその機関の知力および社会生活への応募者の貢献の見込みがあると評価させるものをもたらす。

その政策はすべての人の教育を高める可能性を持つ多様性を達成するために、そしてその部分の集合よりもロー・スクールのクラスをより強くすることを熱望している。

その政策は、入学プロセスに「実質的な重さ」や的確な多様性の貢献者のタイプに制限するのではなく、代わりに「多様性の入学のための多くの可能な基礎を理解するものである。しかしながら、その政策は、ロー・スクールの長年にわたるコミットメント（一つの特定的の方の多様性）を再確認するものであり、すなわち、「意味を持った数における我々の学生集団において人数を持っていないかもしれないコミットメント無くして、アフリカンアメリカン、ヒスパニック、アメリカ先住民のような歴史的差別受けていたグループ出身から学生を含むことに特別な関心をおく人種および民族の多様性」の達成に努力を注いできたことを再確認していた。

また、[マイノリティ学生の特定の結果を得るための十分な量（クリチカルマス）]を入学させることによって、ロー・スクールの性格に独特の貢献をなす能力を確保できることを求めている。

その政策は「人種および民族の地位に関してのみ」多様性を定義していない。そうではなく、その政策はロー・スクールの入学にすべての学生の間で争いを鈍感にする。むしろ、その政策は入試担当者に多様で学術的な優れた、クラスをミシガンの卒業生によって法職へ顕著な貢献の

た。個人的にも集合的にも最も能力のある学生のグループを入学させるために、ロー・スクールは「実質的に、ロー・スクールでの成功を約束する、法実務に成功する、他者の幸福のために多様な方法で貢献するような強い見込みをもつ学生」を見出そうとする。より広く、ロー・スクールは、「互いを尊敬し、互いから学ぶであろう」様々な背景や経験を持つ学生の混合を求めている。

1992年にロー・スクールの学科長はこれらの目標を実施するために筆記の入学政策をたくみに作ることを学部委員会に命じた。特に、ロー・スクールは、当裁判所が大学入学に人種の使用について最近の判示に従い学生集団の多様性を達成するために努力を確保するよう求めた¹⁵⁾。ロー・スクールの担当者によって委員会のレポートが全員一致で採用され、ロー・スクールの公的な入学政策となった、その政策の顕著な特徴は、応募者の能力、経験および彼らの周りの人々を理解することに貢献することの柔軟な評価を持った学術的な能力に焦点を当てたものである。その政策は入試担当者に個人的なステートメント、推薦状を含むファイル、応募者がロー・スクールの生活と多様性に貢献する方法を述べたエッセイ等全ての利用できる情報に基づいてそれぞれの応募者を評価するよう求めている。応募者のファイルを再考して、入試担当者は、応募者の学部の評定値 (GPA) やロー・スクールの入学テスト (LSAT) のスコアを検討しなければならない、何故ならば、それらは (もし不完全でも) ロー・スクールの重要な学術的な結果の予測値であるからである。その政策は「その応募者も重要な学術的な問題を持たないで卒業したと十分言える応募者であると予測することで入学させるべきでない」ということを強調している。

しかしながら、その政策は、最も高い可能性のある点数でさえロー・

15) See Regent of Univ. of Cal. v. Bakke, 438 U.S. 265, 98 S.Ct. 2733, 57L ED 2d 75. (1978)

ステファン・ラウデンブッシュ博士は、ロー・スクールの専門家であるが、ロー・スクールの入学プロセスにおける要素として人種を撤廃することの予想する障害の効果に証言を当てた。ラウデンブッシュ博士の見解において、人種を考えない入学制度はとても劇的で、過少なマイノリティの学生に否定的な効果を持つであろう。彼は2000年に過少なマイノリティ応募者の35%が入学すると証言した。このシナリオのもとで過少なマイノリティ学生は実際には14.5%の数字に変わって、2000年にクラスに入ったのは4%であった。

最後に連邦地方裁判所はロー・スクールの入学判定における要素としての人種の使用は不法であると結論づけた、厳格な審査を適用して、連邦地方裁判所はロー・スクールの主張した多様な学生集団を集めることにおける主張された利益はやむを得ないものではない、というのは、人種的に多様なクラスの達成はバッキ判決によってもそれなりに認められなかった。そして過去の差別の救済ではない。Id., 246a. 連邦地方裁判所はたとえ多様性がやむを得ないものとしても、ロー・スクールはその利益を促進するために人種の使用を限定的に作り上げていないと続けた。裁判所は申請人の宣言的救済の請求を認め、その入学決定における要素として人種の使用をロー・スクールに禁じた¹⁴⁾。

3. グラッター判決

ミシガン大学ロー・スクールは、全米のトップロー・スクールにランクされている。毎年約350人のクラスに3,500人以上の応募者を集めてい

14) 123 S.Ct. 2325, at 2333-2335. (2003)

使用について証言する最後の証言者であった。シベルッドは、1992年入学政策が採用された時ロー・スクールの教授であり、現在バンデンビルトロー・スクールの学科長である。法廷における彼の証言に付け加えて、シベルッド多様性の教育的利益に関するいくつかの専門的レポートを提出した。シベルッドの証言は過少なマイノリティ学生のクリチカルマスの存在しないと、マイノリティでない学生が「マイノリティの見解がないことを理解し、むしろマイノリティの学生の間の見解が様々であるというので人種のステレオタイプはその力を失ってしまう。」 Id., 215.

ロー・スクールが入試判定を行う際に人種を実際に考慮している程度を図る試みにおいて、当事者は法廷に大量の証拠を提出した。ロー・スクールから得たデータに依拠して、申請人の専門家、キンド・リーラーツ博士は、問題となっている (1995-2000) 年の「入試グリッド」を生成し分析した。これらのグリッドは応募者の数、GPA と LSAT のスコアをすべてコンビネーションして入学者の数を表している。ラーツ博士はセルごとに人種と入学率との間に存在する統計的な重要な関係が存在するかを決定するために異なる人種の応募者の間の比較を行った。彼は、一定のマイノリティのグループにおける構成員が、好まれないグループの構成員である応募者と比べて、受け入れのための判断において非常に強いファクターがあり、これらのマイノリティグループの応募者は入学のための大きな承認を与えられていると結論づけた。 Id., at 218a-220a. ラーツ博士は、しかしながら、人種はロー・スクールの入学の入り組んだシステムにおける卓越的な要素ではないと認めた。

に基本的に基づいているとしたら入学できないからである。

現在のロー・スクールの学科長、ジェフレイ・レーマンが証言した。他のロー・スクールの証人のように、レーマンは数や比率に関してクリチカルマスを決定できない。Id., at 211a. 彼が指示するに、クリチカルマスは、過少なマイノリティの学生が孤立を感じないまたはその人種のために代弁者を好まないような数を意味する。どの人種が入学において考慮されているかの程度について聞かれた時、レーマンは一人の応募者から他の応募者まで様々であると証言した。いくつかの場合には、レーマンの証言によれば、応募者の人種は何の役割を演じず、一方では決定力のある要素になるかもしれない。

連邦地方裁判所は1992年の入学試験の政策を起草した学部の委員の議長であった、リチャード・レンパート教授から広範囲の証言を聞いた。レンパートは「ロー・スクールは、教室の討論を高める多様な利益と背景を持った学生および内部のおよび外部の双方の教育的経験を持った学生を求めている。」と強調した。Id., at 213a. 歴史的に差別されてきたグループから学生の判断に特別の言及をする人種のおよび民族の多様性に政策のコミットメントについて尋ねた時、レンパートはこの言葉は過去の差別を救済する目的ではないが、むしろこのような差別の被害者であったグループの構成員の人からの見解の相違をロー・スクールに持ち込む学生を判断することであると説明した。レンパートはアジア人やユダヤ人のような他のグループが差別を経験してきたことは認めたが、彼らはこれらのグループの構成員がかなりの数ロー・スクールにすでに入学している人々なのでその政策に言及しないと説明した。

ケント・シベルッドは、入学判定におけるロー・スクールの人種の

における口頭意見陳述を聞いた。連邦地方裁判所は、ロー・スクールの多様な学生集団から溢れる教育の利益を得る主張する利益がやむを得ないかどうか法の問題として判断するとした。連邦地方裁判所は、人種がロー・スクールの入学判断において要素になっている程度について、またロー・スクールの入学判断における人種の考慮は人種に基づくダブルスタンダードかどうかを法廷で行うことを示した。

15日間の法廷闘争で、両当事者は入学手続におけるロー・スクールの人種の使用について膨大な証拠を提出した。デニス・シュルズは、申請人がロー・スクールを訴えた時の入学試験事務室の室長であったが、証言した。彼は、スタッフにマイノリティの学生の特定の比率を認めることを指示していないが、むしろすべての他のファクターに基づいて応募者の人種を考慮するよう指示していた。Id., at 206a. シュルズは証言した、入学シーズンに、彼はしばしばいわゆる「日誌」の相談する、住居の状況やジェンダーのような他の情報と一緒に人種や民族のクラスの構成の道をつけることを相談する。Id., at 207a 過少なマイノリティの学生が多様な学生集団の教育上の利益を確保するためにクリチカルマスが必要である。

エリカ・ムンゼルは、入学試験事務室の室長としてシュルズを引きつしたが、「クリチカルマス」は「意味のある数」または「意味のある比率」を意味すると証言した、それは教室における参加するマイノリティの過少な学生を激励し、孤立しない数を意味すると理解している。Id., at 208a-20-a. ムンゼルはクリチカルマスを構成するのは数でも比率でも分類した数でも比率でもないといった。Id., 209a. ムンゼルは、また彼女は応募者の人種を考慮しなければならない、というのは過少なマイノリティの学生のクリチカルマスは入学判断が学部の GPA や LSAT の点数

もでき、もはやアメリカでは、アファーマティブ・アクションは認められないのではないかと、ドイツに研究対象を変えて、ドイツの基本法の改正、連邦法の改正、ラント法の女性優先規定の EC 司法裁判所の判決などをしばらく研究していた。ドイツは主に性別に関する判決で、法律をベースにしていたので、分かり易かったし、それなりの効果もあったと思う。

しかし、2003年にミシガン大学への入学に関してグラッター判決¹²⁾ とグラッツ判決¹³⁾ が出た。古い判決であるが、私を再びアメリカに研究対象を戻した判決なので長文ではあるが、アファーマティブ・アクションを認めたグラッター判決を読んでみようと思う。

グラッター判決ではミシガン ロー・スクールで学生集団の多様性を実現するために入学選考制度において人種を判断基準のうちのひとつとして考慮することは限定されて作り上げられたものであるとして、5対4で合憲とした。25年前にパウエル裁判官が提案したハーバード方式に当たるとされた。その後の下されたグラッツ判決は学部課程の入学でマイノリティに対して150点中20点を自動的に上積みするものであったが、6対3で違憲とされた。クオータを取ることは違憲であるとされた。

2. ロー・スクールの入学とクリチカルマス

連邦地方裁判所は、2000年12月22日に簡易裁判所で当事者の交換意見

12) Grutter v. Bollinger, 539 U.S.306. (2003) 吉田仁美『平等権のパラドクス』[第8章 高等教育の入学選考における人種的考慮の合憲性—Grutter 判決] (106-112頁) ナカニシヤ出版 (2015年) 紙谷雅子「大学とアファーマティブ・アクション」[2004-1] アメリカ法53号

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

クションを用いるしかないのではと思って判決を調べたが、性別については、ジョンソン判決⁶⁾のみで全て人種に関する判決であった⁷⁾。とにかく、あらゆる差別をなくし、多様な社会を作っていくためにはどうしたら良いのであろうか。

アファーマティブ・アクションが有効な方法であることには間違いはないが、アファーマティブ・アクションには賛否両論の意見がある⁸⁾。合衆国最高裁判所は、シティ オブ リッチモンド対 J. A. クロソン⁹⁾ 事件で、リッチモンド市が実施したアファーマティブ・アクションに厳格審査を適用して違憲とすることを初めて法廷意見をもって宣言した。その翌年、メトロ対連邦通信委員会判決¹⁰⁾ で連邦議会が作ったアファーマティブ・アクションに中間審査基準を適用して合憲とする判決を下したものの、1995年のアダランド判決では連邦議会が作ったアファーマティブ・アクション・プログラムに厳格審査を適用するとして連邦地裁に差し戻した。アダランド判決は、州によって行われるものであれ、連邦によって行われるものであれ、アファーマティブ・アクションに厳格審査を適用すると宣言した¹¹⁾。

この3つの判決は、いずれも5対4の僅差の判決であったが、その後メトロ判決で多数だった裁判官の退職などもあり、ワシントン州やカリフォルニア州でのアファーマティブ・アクションに対する反対法案など

6) *Jonson v. Transportation Agency*, 480 U.S.616. (1987)

7) 「合衆国最高裁判所の積極的平等施策に対する2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21巻1・2号(1～43頁)(1993年)

8) 「合衆国におけるアファーマティブ・アクションについての議論」法学新報108巻3号(483～510頁)

9) *City of Richmond v. J A Croson*, 468 U.S.469. (1989)

10) *Metro Broadcasting v. FCC*. (1990) 前掲注7)

11) *Adarand Constructors inc. v. Pena*, 515 U.S.200. (1995) [積極的平等施策と合衆国最高裁判所—アダランド判決と積極的平等施策の今後] 法学新報103巻2・3号(209～232頁)

1. はじめに

私は、かつて「性差別と合衆国裁判所一判例の動向と2つのアプローチ」¹⁾という論文を書き、アメリカにおける男女平等に関する判決の動向を3つの段階に分けて検討した。アメリカでも初期の段階では女性は法的無能力者として扱われ、性別のみに基づく特定の役割を負わされていた。1970年代に女性差別についての審査基準をどうするか、ついて合理的な審査基準²⁾と厳格な審査基準³⁾について争いがあり、結局その中間の中間的審査基準⁴⁾が使われることになった。1980年代になると逆差別判決が提起されるようになり、アフーマティブ・アクション⁵⁾についても判決が下されるようになった。

事実上の平等を促進するための暫定的特別措置は、一般にアフーマティブ・アクション又はポジティブ・アクションと呼ばれる優遇措置を総称する。アフーマティブ・アクションは、国、地方自治体、その他公共施設、企業、労働組合等に対して、集団としての人種や女性が受けている、政治、経済、社会、教育、雇用等の領域における構造的差別と集団的不利益を、組織的・制度的に救済していく手段である。

何れにせよ、実質的平等を実現するためには、アフーマティブ・ア

-
- 1) 法学新報第92巻7・8・9号(31~76頁)(1985年)
 - 2) 合理性の基準は、立法によってなされた分類がその立法目的となんらかの合理的な関係があれば合憲とするものであり、立法者に敬意を払っている。
 - 3) 厳格な審査基準は、人種による分類を差別の疑いのある分類(suspect classification)と考え、制定者は、立法を正当化するためにやむを得ない利益(compelling interest)があってそれが限定的に作られていなければならない。(narrowly tailored)
 - 4) 中間的基準は分類に重要な立法目的を持ち、その目的達成のために実質的に関連するものでなければならない。
 - 5) アフーマティブ・アクションを最初に用いたのはケネディ大統領で、1961年に雇用機会均等委員会が創設された。50人以上を雇用する政府と関係のある事業所ではマイノリティの雇用が義務付けられたり、政府契約の会社にマイノリティ企業への下請けにより助成金が与えられたりした。ジョンソン大統領の時、人種だけでなく女性にも拡大された(大統領命令11375号)。

〈判例研究〉

ロー・スクールの入学プログラムと
アファーマティブ・アクション
—Grutter v. Bollinger 判決—

有 澤 知 子

1. はじめに
2. ロー・スクールの入学とクリチカルマス
3. グラッター判決
 - (1) 事実
 - (2) 判旨
 - (3) 個別意見
4. バッキ判決
5. おわりに

大阪学院大学法学会会則

四、編集委員 三名

第八条 会長は会員の中から選出し、総長が委嘱する。

副会長は会長が会員の中から委嘱する。

委員は会員の互選にもとづいて会長が委嘱する。

第九条 会長は本会を代表し、会務を統轄する。

副会長は会長を補佐する。役員は役員会を構成

し、本会の企画・運営にあたる。

第十条 会長は役員会を招集して、その議長となる。

第十一条 会長は会務執行に必要なとき、会員の中から

実行委員を委嘱することができる。

第十二条 総会は年一回これを開く。ただし、必要ある

ときは会長が臨時に招集することができる。

第十三条 本会の経費は大阪学院大学からの交付金のほ

かに、有志からの寄付金、その他の収入をもってあ

てる。

第十四条 各学会の相互の連絡調整をはかるため「大阪

学院大学学会連合」をおく。

本連合に関する規程は別に定める。

第十五条 会計は毎年四月一日に始まり、翌年三月三一

日に終る。

第十六条 本会会則の改正は総会の議を経て総長の承認

第一条 本会は大阪学院大学法学会と称する。

第二条 本会の事務所は大阪学院大学図書館内におく。

第三条 本会は本学の設立の趣旨にもとづいて、法学ま

たは政治学に関する研究発表を通じ、学問の進展に

寄与することを目的とする。

第四条 本会は次の事業を行う。

一、機関誌「大阪学院大学法学研究」の発行

二、研究会、講演会および討論会の開催

三、その他本会の目的を達成するために必要な事業

第五条 本会の会員は次の通りとする。

一、大阪学院大学・大阪学院大学短期大学の専任

教員で法学または政治学を専攻する者

二、本会の趣旨に賛同し、役員会の承認を得た者

第六条 会員は本会の機関誌その他の刊行物の配布をう

けることができる。

第七条 本会には次の役員をおく。任期は二年とし、再

選をさまたげない。

一、会長 一名

二、副会長 一名

三、庶務委員 二名

を得るものとする。

大阪学院大学法学研究投稿規程

- 一、投稿論文はその内容が法学・政治学に属するものでなければならぬ。
 - 二、投稿資格者は、原則として本学法学会の会員に限る。ただし、助手が投稿する場合は、指導教員の推薦を必要とする。
 - 三、会員外の投稿は役員会の承認を必要とする。
 - 四、原稿は次のように区分し、この順序にしたがって編集する。論説、研究ノート、判例研究、資料、学内消息など。
 - 五、原稿は未発表のものに限り、枚数は原則として二〇〇字詰八〇枚を超えないものとする。
これ以上の枚数については、編集委員会で検討の上で分割掲載することがある。なお、ワードプロセッサー等による原稿の取り扱いもこれに準じるものとする。
 - 六、原稿の提出先は、編集委員とする。なお、本学指定の原稿提出票は図書館事務室で配付する。
 - 七、発行は原則として、前期・後期の二回とし、年間総ページ数を原則として三〇〇ページとする。
 - 八、抜刷は四〇部を限り無料進呈し、特に本人の希望のある場合は編集委員会で検討のうえ、有料で二〇〇部まで配布することがある。
 - 九、投稿され掲載された成果物の著作権は、著作者が保持する。
なお、出版権、頒布権は大学が保持するため、論文転載を希望する場合は、学会宛に転載許可願を提出願うこととする。
 - 十、投稿された論文の著作者は、当該論文を電子化により公開することについて、複製権および公衆送信権を大学に許諾したものとみなす。大学が、複製権および公衆送信権を第三者に委託した場合も同様とする。
- この規程は、平成二八年七月十一日から適用する。
- 以上

大阪学院大学法学研究執筆要領

原稿について

- 一、原稿は確定稿であること。校正の段階でページ替えとなるような加筆を要しないものであること。

校正について

- 二、原稿用紙は原則として、二〇〇字詰たて書とする。原稿はコピーではない原本を提出し、必ず原稿提出票を添えること。
- 三、欧文はタイプライトまたは活字体でなければならぬ。
- 四、できるだけ現代かなづかいと当用漢字を用い、難字は欄外に判り易い様に大書すること。
- 五、印刷字体その他印刷上のスタイルなどの指定は、執筆者が原稿に直接朱筆すること。特に数式については留意すること。
- 六、図・表については
図・表は原稿とは別紙に書いて一枚ごとに番号と執筆者名を記入し、本文中に挿入箇所を指示すること。また図の説明文は、別紙にまとめること。
- 七、自分でスミ入れして完成させた原図や写真の場合には、厚手の台紙にはりつけて希望の縮尺を記入すること。
- 八、執筆者校正は二校までとし、朱筆で記入すること。二校以前でも校正の必要がなくなれば、校了または責了とすること。
- 九、次の場合は、必要経費の一部が執筆者負担となることがあるのでとくに注意されたい。
 - ア、校正の際に内容に大きな変更を加えることは認められないが、やむをえず行つて高い組換料が生じた場合。
 - イ、特殊な印刷などによつて通常の印刷費をひどく上まわる場合。

以上

学内記事

○平成三〇年度法学会総会（平成三一年二月二五日）
議題 諸報告

法学会役員名簿（平成三〇年度）

会 長	有澤知子
副会長	繁田泰宏
庶務委員	大久保卓治
庶務委員	田村真弓
編集委員	梶哲教
編集委員	林邦彦
編集委員	和田進士

法学研究 第四五卷 第二号

平成三二年三月三十一日 発行

発行兼
編集者

大阪学院大学法学会

代表 有澤知子

大阪府吹田市岸部南二丁目36番1号
郵便番号 五六四一八五一
電話 〇六(六三六)八四三四(代)

印刷所

大枝印刷株式会社
大阪府吹田市元町28番7号
郵便番号 五六四一〇〇三一
電話 〇六(六三八)三三九五(代)

執筆者紹介(掲載順)

南川 諱弘 本学名誉教授
有澤 知子 法学部教授

OSAKA GAKUIN DAIGAKU

HOGAKU KENKYU

OSAKA GAKUIN LAW REVIEW

Vol. 45

March 2019

No. 2

Contents

Note

A Study on “Justification” in the Proviso of the Paragraph (2) of Article
242 of the Local Government Act

..... Akihiro MINAMIGAWA

Case Note

Admission Program of Law School and Affirmative Action

—Grutter v. Bollinger—

..... Tomoko ARISAWA

PUBLISHED BY
THE OSAKA GAKUIN UNIVERSITY LAW ASSOCIATION
OSAKA, JAPAN