

【論説】

アメリカ合衆国裁判所における厳格審査と敬讓 (1)

— 高等教育機関による人種区分と司法審査基準 —

茂木 洋平

目 次

序章	第2節 Grutter 判決の概要
第1節 問題の所在	第3節 敬讓の根拠
第2節 構成	第4節 個人の権利と組織の自律性
第1章 厳格審査の理解の変遷	第5節 敬讓の危険
第1節 構成	第6節 高等教育機関の判断への敬讓の否定
第2節 司法審査基準の概要	第7節 敬讓の判断の拡大の可能性
第3節 差別事例への厳格審査の適用—「事実上致命的」という評価の確立	第8節 敬讓すべき種類の大学の判断
第4節 Affirmative Action 支持派の裁判官の認識	第9節 小括 [以上本誌掲載]
第5節 Croson 判決	第3章 Grutter 判決の合憲性審査
第6節 Metro Broadcasting 判決	第1節 構成
第7節 Adarand 判決	第2節 目的審査
第8節 Grutter 判決	第3節 手段審査
第9節 Fisher 判決	第4節 小括
第10節 審査基準の柔軟化	第4章 Fisher II 判決の合憲性審査
第11節 敬讓型の厳格審査を検討する理由	第1節 構成
第12節 小括	第2節 判決の概要
第2章 大学による人種使用と敬讓	第3節 判決の検討
第1節 構成	第4節 小括
	結章

序 章

第 1 節 問題の所在

本稿は、平等保護分野で、現在、アメリカ合衆国最高裁判所（合衆国最高裁）を統制している、判断形成機関の判断に対して敬讓（deference）を示す厳格審査（strict scrutiny）の理解が、具体的にいかなる内容なのかを考察する。中間派の裁判官は、人種区分は差別を生じさせる危険が高いとする懷疑主義¹に基づき、人種区分に厳格審査を適用するが、一定の文脈では、厳格審査に敬讓の概念を組込む。敬讓は、裁判所に対して、司法審査権の行使に一定の「後退」を求める²。敬讓の概念は合理性の審査に用いられており（第 1 章 2 節 1 項）、本来、厳格審査とは敬讓を否定し、懷疑主義に基づいて、合憲性審査を厳密に行う基準である（第 1 章 2 節 2 項）。平等保護分野での厳格審査への敬讓の組込は矛盾する概念（懷疑主義と敬讓）を同居させており、敬讓型の厳格審査とは具体的にいかなる内容を持つのか。本稿は、平等保護分野での判例と学説の展開の検討を通じて、それを考察する。平等保護分野では、厳格審査は人種区分に適用されており、1980 年代以降は、そのほとんどが Affirmative Action (AA) に適用されている³。故に、考察の中心は AA に関連する判決と学説となる。また、厳格審査への敬讓の組込は多岐の文脈にわたる⁴。一連の文脈の考察を通じての体系的な検討は膨大な文量になるため、本稿では、AA の合憲性訴訟の主たる領域の 1 つである高等教育機関の入学者選抜の事例を中心に考察する。

筆者は、以前に、AA にいかなる司法審査基準が適用されるべきかに関する議論を検討した⁵。日本の学説では以前から AA にどの司法審査基準を適用すべきかについて論じられてきたが、「多くの憲法学者は平等についても立法の違憲審査基準の問題に熱中してお」おり、「一体何を、そして何故それを平等にするのかという原理的問題を棚上げにしたまま所与の立法目的と立法手段との整合性という形式的レベルの議論に関心を集中しているようにも見える」と指摘される状況にあって⁶、AA にどの司法審査基準を適用すべきかについて、その理由を考察することは、AA が憲法上いかに評価され

るのかという原理的な議論に結びつくと考えたからである⁷。拙稿では、AAと人種差別は固定観念や偏見を生じさせる危険がある点で同じだが、AAはマイノリティの包含によってそれをなくす可能性があり、両者は区別できることを示した。だが、そこでは、敬讓型の厳格審査をめぐる問題は検討できておらず、それが具体的にいかなる合憲性審査を展開したのかについても、踏み込んだ検討はしていない。故に、本稿では、残された課題としてそれらの問題を考察する。

平等保護分野に関するウォーレンコートの判決とその後の判例を通じて、合衆国最高裁は、厳格審査の下で違憲判断を下してきたことから、厳格審査は「事実上致命的」という理解が確立した(第1章3節)。合衆国最高裁の裁判官の中には、どの審査基準を適用するのかによってAAが合憲か違憲かの結論が決まると考える者がおり(第1章4節)、事実、合衆国最高裁は中間審査を適用した場合には合憲(第1章6節)、厳格審査を適用した場合には違憲(第1章5節)と判断し、どの審査基準を適用するのかが結論を分けた⁸。だが、そうした状況でも、合衆国最高裁の意見の中には、厳格審査は必ずしも致命的ではなく、AAの通過可能性を示すものがあった(第1章5節2項、7節4項)。その後、合衆国最高裁は、厳格審査を適用しながらも、法廷意見によって合憲判断を下した(第1章8節、9節)。

これらの判決では、判断形成機関の判断を敬讓するという考えが示された。敬讓型の厳格審査は、必ずしも、合衆国最高裁の多数の裁判官の理解ではない(第1章11節1項)。厳格審査の理解は、裁判官ごとに幅がある。だが、合衆国最高裁内部でのAAの支持派と否定派の力の均衡から、事例ごとに合憲か違憲かの判断を変える中間派がイニシアティブを握り、中間派が示す敬讓型の厳格審査が現在の合衆国最高裁を統制している(第1章11節2項)。この敬讓型の厳格審査にも、敬讓の範囲、合憲性審査の緩厳について、各裁判官の見解には幅がある(第3章、第4章)。平等保護分野では、裁判官ごとに厳格審査の理解が異なり、時代が変わればその理解も変遷する⁹。故に、厳格審査が具体的にいかなる内容を持つのかについて、体系的な一貫した理解を示すのは難しい。本稿での考察は、現在、合衆国最高裁を統制している敬讓型の厳格審査が現時点で具体的にどのような内容を持つのかを示すにとどまる。

第 2 節 構成

敬讓型の厳格審査が具体的にいかなる内容を持つのかについて、以下の手順で考察する。まず、厳格審査の理解がどのように変遷したのかについて、合衆国最高裁の判例の展開と学説がその展開をいかに評価したのかを考察する (第 1 章)。平等保護分野での厳格審査への敬讓の組込は矛盾する概念 (懷疑主義と敬讓) を同居させるため、敬讓型の厳格審査をめぐる様々な議論があり、敬讓の組込をめぐる諸問題を考察する (第 2 章)。平等保護分野で、現在の合衆国最高裁を統制するのは敬讓型の厳格審査であり、合衆国最高裁は敬讓型の厳格審査の下で合憲判断を下している。敬讓型の厳格審査の理解についても、裁判官ごとに幅がある。敬讓型の厳格審査を展開するのは、AA の合憲性について事例ごとに判断を変える中間派の裁判官であり、O'Connor 裁判官 (第 3 章) と Kennedy 裁判官 (第 4 章) が敬讓型の厳格審査の下で具体的にどのような合憲審査を行ったのかを考察する。最後に、本稿での考察をまとめる (結章)。

第 1 章 厳格審査の理解の変遷

第 1 節 構成

本章では、平等保護分野で人種区分の合憲性が問題とされた事例で、判例と学説が、厳格審査をどのように理解してきたのかについて、その変遷を判例の展開とともに追っていく。

司法審査基準は、大別すると、厳格審査、中間審査、合理性の審査の 3 段階に分かれる。各基準の概要を簡単に説明する (第 2 節)。次に、厳格審査が「事実上致命的」だという理解が確立した背景を簡潔に説明する (第 3 節)。この背景を踏まえ、AA 支持派の裁判官が厳格審査をいかに理解したのかを考察する (第 4 節)。合衆国最高裁は AA への厳格審査の適用を確立する中で、懷疑主義と判断形成機関の判断に対する敬讓との関係をどのように理解

し、厳格審査を適用してきたのかを考察する。その際、各判決を踏まえて、その時々、学説が厳格審査をいかに理解したのかを考察する(第5節～第9節)。合衆国最高裁の判例の展開を考察すると、厳格審査と他の段階の審査基準との際が重なり合い、各基準の厳格度の幅が柔軟化しており、この点を説明する(第10節)。各判例を検討すると、敬讓型の厳格審査のAAへの適用を真に支持しているのは中間派の裁判官であり、合衆国最高裁の中では少数である。だが、平等保護分野における厳格審査の概要を描くために、敬讓型の厳格審査の検討は重要であり、その理由を説明する(第11節)。最後に、本章での議論をまとめる(第12節)。

第2節 司法審査基準の概要

第1項 合理性の審査

合憲性が問題とされた法に対して「合理性の審査」あるいは「最低限の審査」を適用する場合、専門知識の欠如などの理由から、裁判所には積極的に合憲性審査を行う資格がないと考え、裁判所は、判断形成機関に対して法を判断する際に幅広い裁量を許す¹⁰。裁判所は判断形成機関の判断を敬讓し¹¹、その判断は正当だと推定されるため、この基準の下では異議申立者が勝利するのは難しく¹²、ほとんどが合憲だと判断される¹³。しかし、合理性の審査が適用された場合に、問題とされたすべての法が合憲にはならず、違憲判断が少なからず存在する¹⁴。それらの事例では、文面上「合理性の審査」が適用されるが、厳密な審査が行われていると評価されており¹⁵、「合理性の審査」と称されていても、必ずしも緩やかに合憲性審査が行われるわけではない¹⁶。ただし、厳密な合憲性審査を伴う「合理性の審査」はあくまでも少数の事例であり、「合理性の審査」が適用された場合には、ほとんどの法は合憲だと判断される¹⁷。合理性の審査は判断形成機関の判断を敬讓し、人種区分の合憲性が問題とされた事例では適用されないが、合衆国最高裁を統制する厳格審査の理解では敬讓の概念が用いられている。

第2項 厳格審査

「厳格審査」は、人種区分は本来的に疑わしいという考えに基づき¹⁸、手段審査と目的審査について、判断形成者に非常に重い合憲性証明の負担を課

し、厳密に審査する¹⁹。厳格審査は「理論上厳格だが、事実上致命的」だという考えが多くの学説や裁判官の意見で支持されてきたのであり、合理性の審査が適用された場合にはほぼ合憲となり、厳格審査が適用された場合にはほぼ違憲になるという見解が示された²⁰。この見解では、判決の結果は裁判所がどの審査基準を適用するのにかよって決まり²¹、裁判所が行う唯一の判断はどの審査基準を適用するのだからである²²。だが、合衆国最高裁を統制する厳格審査の理解では、敬讓の概念が組込まれ、厳格審査を適用によって結論は決まらない。

第 3 項 中間審査

適用する基準によって合憲か違憲かの結論が決すると理解する場合、AA に如何なる審査基準を適用するののかについて問題が生じる。AA に肯定的な立場をとる合衆国最高裁の裁判官は、AA への厳格審査の適用を否定するが、人種が差別的に用いられる可能性が高いことから、あくまでも厳密な審査基準を適用するとの見解を示している²³。このことから、合理性の審査の適用は支持できず、他方で、「事実上致命的」に機能するおそれから厳格審査の適用も支持できない。平等保護の分野では、「合理性の審査」と「厳格審査」との間に、中間審査がジェンダー区分の領域で確立していた²⁴。中間審査は厳密に審査をするという態度を維持しながらも、合憲判断を下すことができ、厳格審査と AA の緩衝地帯として機能するため、AA を支持する裁判官は AA の合憲性審査には中間審査が適切だと考えた²⁵。判例では、AA にどの審査基準を適用するのかが主要な論点となった。

第 3 節 差別事例への厳格審査の適用—「事実上致命的」という評価の確立

厳格審査は、憲法学者の間で、最も良く知られている法理論の 1 つだとされる²⁶。厳格審査は「理論上厳格であり、事実上致命的である」²⁷という評価は、アメリカ憲法学の中で最も著名な一節である²⁸。

Gerald Gunther によるこの評価には、1950 年代から 60 年代にかけて、合衆国最高裁が人種差別的な法や他の基本権²⁹を侵害する法を厳密に審査し、違憲判断を下していったことが背景にある³⁰。ウォーレンコートは、人種区

分が推定的に違憲だというルールを導入し³¹、平等保護の分野で厳格審査を適用して違憲判断を下すことで、厳格審査を「事実上致命的」にした³²。平等保護の文脈で、厳格審査は「事実上致命的」であり³³、人種差別的な法を無効にするために用いられた³⁴。ウォーレンコートとその後の判例の展開を通じて³⁵、合衆国最高裁は疑わしい区分に関連する法³⁶と基本権侵害³⁷について、厳格審査を確立した³⁸。

第4節 Affirmative Action 支持派の裁判官の認識

合衆国最高裁で AA への厳格審査の適用が法廷意見によって確立される以前、AA にどの審査基準を適用するのかについて、AA 支持派と否定派の裁判官の争いが長く続いた³⁹。それは、厳格審査を適用するのか、それとも中間審査を適用するのかによって、合憲か違憲かの結論が大きく左右されるからである⁴⁰。どの司法審査基準を適用するのかは、AA の合憲性をめぐる議論の主要論点であった⁴¹。AA 支持派の裁判官は、厳格審査の通過の可能性を示唆することはあったが、その意見は中間審査の適用を主張するもの⁴²、あるいはどの審査基準を適用しても通過するため、適用する審査基準を明らかにする必要がないというものであり⁴³、厳格審査の適用を支持していない。AA 支持派の裁判官は、ウォーレンコートの平等保護分野での厳格審査の適用を考察し、厳格審査は「理論上厳格だが、事実上致命的」だと理解していた⁴⁴。厳格審査を適用し、合憲判断を下した意見はあるが、多数意見ではなく、相対多数意見である⁴⁵。この意見に対し、AA 支持派の裁判官は、結論には同意するが、AA には厳格審査よりも緩やかな審査基準を適用すべきとする⁴⁶。

第5節 Croson 判決

第1項 敬讓の否定と救済の対象とする差別の範囲の縮減

Croson 判決⁴⁷で、法廷意見によって AA への厳格審査の適用がはじめて確立した。Croson 判決では、リッチモンド市との公共事業の第1次締結者が、契約総額のうち少なくとも 30%をマイノリティ系企業に下請けさせね

ばならないとするリッチモンド市の条例の合憲性が問題となった。

O'Connor 裁判官意見には法廷意見と相対多数意見の部分があり、法廷意見の部分で、懐疑主義⁴⁸に基づいて自治体の AA に厳格審査を適用し、自治体の判断への敬讓を否定した⁴⁹。さらに、相対多数の部分では、AA の正当化理由として社会的差別による救済を否定し、特定された差別の救済だけを認めた⁵⁰。

第 2 項 Affirmative Action 実施の可能性

しかし、同じく相対多数の部分で、州および自治体は修正第 14 条 1 項の範囲内で、私人による差別を根絶する権限を持つ旨を示す⁵¹。即ち、これは、自治体は、人種差別的な排除に直接係っていないなくとも、それを肯定したのであれば、AA を実施できることを意味する⁵²。また、相対多数の部分は、AA の対象者は、差別から直接的に不利益を受けた者に限られない旨を示す⁵³。法廷意見の部分は、差別を証明する統計上の不均衡があれば、AA は正当化される旨を示す。その際、第 1 次契約締結者に占めるマイノリティ所有の業者の割合と市の人口に占めるマイノリティの割合との不均衡に依拠するのは誤りだとする。特定された差別を認定するには、マイノリティ所有の業者が第 1 次契約者に占める割合と契約締結に値する業者に占める割合との間に不均衡を証明する必要があるとした⁵⁴。

第 3 項 厳格審査の留保数値への影響

Croson 判決で問題とされたマイノリティの留保条項は 30% という数値を設定していた。その数値は、第 1 次契約締結者に占めるマイノリティの割合 (0.67%) とマイノリティが市の人口に占める割合 (50%) のおよそ中間で設定され、Fullilove 判決⁵⁵に従っている⁵⁶。Fullilove 判決では、連邦の公共事業に対する補助金の少なくとも 10% をマイノリティ所有の企業のために使用することを義務づける、連邦の公共事業法の合憲性が問題となり、社会的差別の救済による AA の正当化が認められた。10% という数値は、マイノリティ所有の企業が合衆国内の関連する業界に占める割合とマイノリティが労働人口に占める割合のおよそ中間で決定された⁵⁷。Fullilove 判決で採られた数値の設定方法が使用できなければ、資格のあるマイノリティが著しく少ない状況にあっては、マイノリティに一定の数値を留保する AA が認められるのは難しい。Croson 判決は差別の立証に厳しい基準を設定してお

アメリカ合衆国裁判所における厳格審査と敬讓—高等教育機関による人種区分と司法審査基準(1) (茂木洋平)

り⁵⁸、そこで認められる留保の数値はわずかであり、ほとんど役立たない。

第4項 中立策の考慮

Croson 判決 O'Connor 裁判官は多数意見部分で、経済的支援の増加がマイノリティの参加を増やす人種中立的な方法でありうるのかどうかを考慮していないことを理由に、リッチモンド市を批判した⁵⁹。中立策の考慮を要求するこの部分を参照し、O'Connor 裁判官法廷意見は、人種を意識する手段に依拠する前に、あらゆる適切な人種中立的な代替策が考慮され、否定されるべきと示していると評されている⁶⁰。

第5項 厳格審査の評価

Croson 判決は厳格審査の通過可能性を示すが、留保数値の設定や中立策の考慮の要求で、厳しい審査を展開する⁶¹。故に、Croson 判決を受けて、厳格審査の充足は不可能に近く⁶²、厳格審査を適用する場合には、ほとんどの法が違憲になる⁶³、と評される⁶⁴。

第6節 Metro Broadcasting 判決

Croson 判決の翌年、Metro Broadcasting 判決が下された⁶⁵。当該判決では、放送事業所有者の人種的多様性を確保するために、競合する新規免許申請者の選抜で、マイノリティが所有し経営に参加している点を選抜の1つの要素として考慮することでマイノリティ系企業を優遇し、免許の維持が難しくなった放送事業者がマイノリティ所有企業に免許を売り渡す場合には、通常要求される審査を経ずに譲渡できるといった連邦放送委員会 (FCC) の AA の合憲性が問題となった。

Brennan 裁判官多数意見は、FCC の施策は Croson 判決の施策とは異なり、合衆国議会の立法であり、修正第 14 条 5 節の下で合衆国議会の有する広範な立法権限から、連邦の機関の AA には厳格審査よりも厳格度の低い審査基準の適用が妥当すると示し、合憲判断を下した⁶⁶。

他方、O'Connor 裁判官反対意見は、憲法による平等保護の保障は州と同じように連邦政府を縛り、連邦政府による人種の使用に厳格度の低い審査は適用されないとし、AA に厳格審査を適用し、違憲判断を下した⁶⁷。

第 7 節 Adarand 判決

第 1 項 概要

合衆国最高裁は、州と自治体を実施する AA には厳格審査を適用し、連邦が実施する AA にはそれよりも厳格度の低い基準を適用するという先例を確立した。後者は Adarand 判決⁶⁸で覆される⁶⁹。

Adarand 判決では、公共事業における連邦政府の AA の合憲性が問題とされた。O'Connor 裁判官法廷意見は、最も厳密な司法審査からのいずれの後退は、将来的に、人種差別を肯定する危険を増やすだけだとして、懐疑主義に基づき、連邦の機関の判断を敬譲せず、判断形成機関が州及び自治体であっても、連邦であっても、すべての人種区分に厳格審査を適用するとした⁷⁰。

同法廷意見は実体的な判断をせずに、事例を差し戻したため⁷¹、Adarand 判決で示された基準が具体的にどのように適用されるのかは明らかではなかった。そのため、公共事業の AA については、Croson 判決が先例となる⁷²。先述のように、Croson 判決では、厳しい合憲性審査が実施されたため、Adarand 判決後も、厳格審査が事実上致命的に機能するという見解が示された⁷³。

Neal Devins は、同法廷意見が実体的な審理をせずに事例を差し戻したことから、当該判決は州と連邦の機関に対して、AA の合憲性を整理する自由な裁量を与えているという見解を示した⁷⁴。Devins によれば、Adarand 判決は、事実上、AA の必要性を再び支持していたと主張した。Clinton 政権は、ほぼすべての AA が差別に対応しており、非マイノリティに不当に負担をかけておらず、マイノリティと女性に対して機会を増やす目的を達成していると主張した。さらには、大学の入学者選抜の AA を違憲とした第 5 巡回区合衆国控訴裁判所判決⁷⁵に反対した。政権の司法省は、合衆国最高裁に当該判決の覆しを求め、教育省は AA を終わらせた学校に連邦基金の不交付を検討した⁷⁶。Devins は、政治力によって、厳格審査による AA の終了は妨げられ、その影響力は限定されると考えた。だが、こうした政治的な動きを考慮してもなお、人種区分が厳格審査を通過するのは稀だとする見解も示された⁷⁷。

第2項 合衆国議会の判断への敬讓の否定

連邦の機関は、平等保護条項が問題とされた場合でも、裁判所によってその判断を敬讓されてきた。合衆国最高裁は、修正第14条5節の執行権限の本質は「どのような法律が修正第14条の保障を確保するのか」を判断するのは合衆国議会の裁量権だと認識し⁷⁸、合衆国議会はどの状況が平等保護原則を脅かすのかを判断する権限を有していると考えてきた⁷⁹。

Adarand 判決より前の連邦の公共事業における先例は、Fullilove 判決である。Burger 首席裁判官相対多数意見は、連邦法に従って採択された AA を審査するときに、あらゆる人種区分には「最も綿密な審査」を要求するが、合衆国最高裁は合衆国議会を適切に敬讓すべきだと示す⁸⁰。同相対多数意見は、問題とされた連邦法は、最も厳密な審査の下で合憲だとする⁸¹。

同相対多数意見は判断形成機関である合衆国議会の判断を敬讓し⁸²、AA が「最も厳密な審査」に服するとしながらも、厳格度の低い審査を行っていると言われる⁸³。AA の合憲性審査に際し、Croson 判決は自治体の判断への敬讓を否定したが、当該判決で意見を執筆した裁判官全員は、厳格審査が合衆国議会に適用されないという印象を残した⁸⁴。Metro Broadcasting 判決 Brennan 裁判官法廷意見は、「Croson 判決の文言と判旨の多くは、人種およびエスニック差別を是正するために合衆国議会によって採択された人種を意識する区分は州および自治体政府によって描かれたそのような区分とは異なる基準に服する、とする Fullilove 判決の教訓を再確認した」とし、「Croson 判決は Fullilove 判決での我々の判断を覆したと読むことはできない」と結論づけた⁸⁵。

先例は修正第14条5節の執行権限に基づき、平等保護条項が問題とされた場合でも連邦の機関の判断を敬讓したが、Adarand 判決 O'Connor 裁判官法廷意見は、合衆国議会の判断を敬讓せず、連邦の機関による AA に厳格審査を適用する。同法廷意見に対しては、合衆国議会の判断を厳格審査に服させることは Fullilove 判決を覆すだけでなく、合衆国最高裁による原理づけられた無数の判断を否定し、憲法規定の裁判所による露骨な書換えだと批判される⁸⁶。

第3項 政治力と敬讓との関係

Adarand 判決以前に、人種区分の合憲性を審査する際に、州と自治体と

比べて、合衆国最高裁が合衆国議会を含む連邦の機関の判断を敬讓してきた背景には、合衆国議会ではマイノリティが多数を占めることがなく、AA は政治的多数者が自身の利益を放棄し、マイノリティに利益を与えたという考えがある⁸⁷。合衆国議会のレベルでマイノリティは政治的多数者ではなく、AA はマイノリティによる自己取引ではない⁸⁸。非マイノリティは政治的多数者だが、AA が非マイノリティに属する人々に不利益を及ぼすにもかかわらず、AA を実施している。故に、合衆国議会のレベルでの AA は政治的少数者を差別する危険は少ない。他方、自治体のレベルでは、マイノリティが政治的に多数を占める場合があり、AA はマイノリティの自己取引であり、政治的少数者に不利益を及ぼす危険が高まる⁸⁹。

Adarand 判決 O'Connor 裁判官法廷意見は、合衆国議会の判断も州と自治体の判断と同じ審査基準に服させ、合衆国議会の判断を敬讓しない。合衆国議会は非マイノリティが多数を構成し、当該機関が採択した AA はマイノリティの自己取引ではなく、裁判所が合衆国議会の判断を敬讓しないことは、自己取引以外の理由に基づく⁹⁰。同多数意見は、平等保護条項が個人を保護することを強調し⁹¹、平等保護の法理は組織化されていないグループに属する個人を保護すると理解し、グループに基づく反差別のモデルから、個人に基づく反区分のモデルへと移行している⁹²。マイノリティは小規模であるが故に、関心のある特定の問題で団結し、政策形成に大きな影響力を持つが、マジョリティは組織化されず拡散しており、政治力がないという見解も示されてきた⁹³。同法廷意見に同調する保守派の裁判官は、政治力のあるマイノリティが政治力のないマジョリティの個人に不利益を及ぼすことを懸念し、合衆国議会の判断を敬讓しない⁹⁴。議会の多数派が非マイノリティである場合、AA に厳格審査を行う必要はないという見解もあるが⁹⁵、以上のように、保守派の裁判官はそのような見解をとっていない。

第 4 項 「事実上致命的」という概念の否定

O'Connor 裁判官法廷意見は連邦の AA に厳格審査を適用するが、「この国におけるマイノリティへの人種差別行為とそれの継続する影響が不幸にも存在しており、政府はそれに応じて行動する資格がないわけではない」⁹⁶として、いくつかの形式の AA が許容されることを含意する⁹⁷。また、同法廷意見は「我々は、厳格審査が『理論上厳格だが、事実上致命的』であると

いう概念を壊すことを欲する」⁹⁸と示し、Guntherによる有名な一節の否定に務める⁹⁹。同法廷意見は、厳格審査が適用されたという事実は「いずれの特定の法の最終的な正当性について何も言っていない。この判断は」この基準を適用する「裁判所の仕事」だと示し¹⁰⁰、適用する審査基準によって結論が決まるという考えを否定した。

以上から、O'Connor 裁判官は、適用された場合には違憲と判断されるルールではなく、裁判官に判断の裁量が与えられる基準として厳格審査を捉えており、後者の厳格審査の理解には、AAを擁護する余地があるとされる¹⁰¹。そして、平等保護分野での厳格審査の「理論上厳格だが、事実上致命的」という理解が崩壊したとも評された¹⁰²。しかし、Adarand 判決は実体的な審査をしておらず、厳格審査を適用した Croson 判決は厳しい審査を行い、O'Connor 裁判官自身は、この時点ではAAを合憲と判断したことがない¹⁰³。また、厳格審査の適用を明言し、人種区分を合憲とした合衆国最高裁の判決は Korematsu 判決と Fullilove 判決相対多数意見だけである¹⁰⁴。そのため、O'Connor 裁判官の主張は厳格審査を弱めておらず¹⁰⁵、Adarand 判決後も、適用する基準が結果を決めるという見解が示された¹⁰⁶。

これに対し、市議会や公立学校の委員会のような自治体の多くの機関とは違って、合衆国議会とその委員会は、法律作成の多く専門的スタッフを抱えており¹⁰⁷、質の高い法律を作成するという考えから¹⁰⁸、Adarand 判決後も合衆国裁判所は連邦の機関の判断を敬讓しているという見解が示される。Adam Winkler は、1990年から2003年にかけて、厳格審査を適用した合衆国裁判所判決を考察する。Winklerによれば、厳格審査を適用した判決のうち、判決数と通過率は、連邦のレベルで適用数112、通過率50%、州のレベルで適用数191、通過率29%、自治体のレベルで適用数156、通過率17%である¹⁰⁹。このうち人種区分に係る判決については、連邦のレベルで適用数25、通過率52%、州および自治体のレベルで適用数60、通過率27%である¹¹⁰。

第8節 Grutter 判決

第1項 「事実上致命的」という概念の否定

Grutter 判決¹¹¹では、ミシガン大学ロー・スクールの入学者選抜の AA の合憲性が問題とされ、O'Connor 裁判官が法廷意見を執筆し、厳格審査の下で合憲判断を下した。同法廷意見は、入学者選抜の合憲性判断はロー・スクールではなく、「裁判所の仕事」だと強調した¹¹²。同法廷意見は、学生構成の多様性が「教育的任務にとって本質的だとするロー・スクールの教育的判断は我々が敬讓する判断」だとするが、その審査は「まさしく厳格」だとする¹¹³。厳格審査の「基本的な目的」は「関連する差異の考慮」にあり、それを適用する際には「文脈が重要」であり、厳格審査の下で、あらゆる人種区分が違憲にはならないとする¹¹⁴。

同法廷意見は厳格審査の「事実上致命的」という概念を否定し、Adarand 判決では否定した敬讓の概念を大学の入学者選抜の文脈に組込んだ。同法廷意見の示す厳格審査は「文脈に応じた柔軟な型」をとり¹¹⁵、あらゆる人種区分は疑わしいが、文脈に応じていくつかの人種区分の疑わしきは弱まり¹¹⁶、厳格度は文脈に応じて変わる¹¹⁷。厳格審査への敬讓の組込については、差別的な法への強力な違憲の推定という厳格審査の機能に反することから、平等保護の法理に反するとされる¹¹⁸。他方で、文脈の綿密な検討が厳格審査の目的だと捉え、敬讓の組込は厳格審査に矛盾しないという見解も示される¹¹⁹。敬讓の組込を肯定する見解では、各法領域は大きく異なり、各々に個別の歴史、文脈、一連の価値観があり、単一の「厳格審査」はないと考える¹²⁰。

敬讓を示す厳格審査は寛大な審査であり、政府は多くの正当な目的を有し¹²¹、政府のほとんどの行為は正当な目的を合理的に促進するため、この審査を通過できないことは稀だとされる¹²²。Grutter 判決によって、厳格審査の適用はもはや AA の終わりを意味しないという見解が示された¹²³。

第 2 項 「事実上致命的」という理解

(1) 審査基準に関する他の裁判官の理解

Grutter 判決による厳格審査の下での合憲判断にもかかわらず、厳格審査は事実上致命的であり¹²⁴、人種区分の厳格審査の通過は容易ではないという見解も示されている¹²⁵。この背景には、O'Connor 裁判官の理解する厳格審査は合衆国最高裁の多数の裁判官の理解する厳格審査ではないことがある。合衆国最高裁の判例を分析すると、Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見

に同調した4人の裁判官は、AAには厳格審査を適用すべきではないという立場を示しており¹²⁶、ロー・スクールの施策を合憲とした結論に同意するにすぎない¹²⁷。同判決 Rehnquist 首席裁判官反対意見 (Scalia, Thomas, Kennedy 裁判官同調) は、目的と手段について敬讓を認める厳格審査の理解は先例にはなく、従来の厳格審査に反するとした¹²⁸。同判決 Kennedy 裁判官反対意見は、厳格審査の下では手段審査について敬讓は認められないとした¹²⁹。

(2) Parents Involved 判決の影響

2006年のO'Connor 裁判官の引退後、Parents Involved 判決¹³⁰が下された。当該判決では、初等中等学校の生徒の人種を意識する生徒の割当計画の合憲性が問題となり、Roberts 首席裁判官法廷意見は、厳格審査を適用し、違憲判断を下した。当該判決では、Grutter 判決よりも敬讓の程度が弱められ¹³¹、厳しい審査がなされた¹³²。O'Connor 裁判官の退任によって、人種区分の合憲性判断を左右する役割は Kennedy 裁判官へと移った¹³³。Grutter 判決で Kennedy 裁判官は手段審査での敬讓を否定しており、O'Connor 裁判官よりも厳しい審査をする姿勢を見せている。Parents Involved 判決後に、厳格審査の通過が難しい旨を示す学説が見られるが¹³⁴、それには以上の背景がある¹³⁵。

第9節 Fisher 判決

テキサス大学オースティン校の人種を意識する入学者選抜策の合憲性が問題とされた Fisher I 判決¹³⁶で、Kennedy 裁判官法廷意見は O'Connor 裁判官の理解する厳格審査を否定し、大学の判断を目的審査では敬讓するが手段審査では敬讓しない厳格審査の下で合憲性を審査すべきとして¹³⁷、事例を差し戻した¹³⁸。その後、Fisher II 判決¹³⁹で、Fisher I 判決で示した厳格審査の下で、Kennedy 裁判官法廷意見は合憲判断を下した。同法廷意見について、手段審査を厳密に行い、大学の AA に致命的なダメージを与え¹⁴⁰、大学の入学者選抜での AA の実施が難しくなるという評価もなされる¹⁴¹。だが、同法廷意見は厳格審査を緩やかに運用しているという評価が大勢を占める。即ち、同法廷意見では手段審査で敬讓がなされ緩やかな審査が行われ

ており¹⁴²、Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見と比べると Fisher II 判決 Kennedy 裁判官法廷意見は厳密に手段審査をしているが¹⁴³、既存の判例法 (Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見の理解する厳格審査) をほとんど変えていないとも評される¹⁴⁴。

Fisher II 判決で Kennedy 裁判官法廷意見に同調する裁判官の中でも、前述のように Breyer 裁判官は過去に AA には厳格審査を適用すべきではないという立場を示し、Ginsburg 裁判官は Fisher I 判決で Kennedy 裁判官法廷意見に対して反対意見を述べており、法廷意見の結論に同意したと言える。現在の合衆国最高裁では、厳格審査という名称の審査を AA に適用することについては一応決着しているが、その理解について裁判官ごとに幅がある。また、Kennedy 裁判官の示す厳格審査は、Fisher II 判決で Alito 裁判官反対意見から批判されている。Kennedy 裁判官の示す厳格審査は、合衆国最高裁の多数の裁判官の理解する厳格審査ではない。

第 10 節 審査基準の柔軟化

O'Connor 裁判官や Kennedy 裁判官は、文脈を考慮し、厳格審査を柔軟に理解し、実際に合憲判断を下した。審査基準は厳格審査、中間審査、合理性の審査に階層化されているが、中間派の裁判官は階層化された審査の「際」を柔軟化した¹⁴⁵。中間派による階層の柔軟化は、「政府の目的を真に審査する新たな意思である」と評価される¹⁴⁶。

審査基準の柔軟化の現象は、厳格審査だけでなく、合理性の審査にも及んでいる。1970 年代には、合衆国最高裁のいくつかの判決は厳密さを持った合理性の基準を適用していることが指摘されており¹⁴⁷、その後も合衆国最高裁はいくつかの事例で疑わしくない区分に対してその基準を適用してきたとされる¹⁴⁸。合衆国最高裁のいくつかの判決は厳密な合理性の審査の下で問題とされた施策を無効としており¹⁴⁹、これらの事例では判断形成機関に対する裁判所による敬讓は否定されている¹⁵⁰。

いくつかの事例で合理性の審査は厳密さを有しており¹⁵¹、各段階の審査基準は文脈に対して柔軟である¹⁵²。厳密さを有していない場合には、合理性の審査はほとんどが合憲となり¹⁵³、厳密さを持つ厳格審査は人種区分を

アメリカ合衆国裁判所における厳格審査と敬讓—高等教育機関による人種区分と司法審査基準(1) (茂木洋平)

違憲にする可能性が高いが¹⁵⁴、審査基準の際の柔軟化の一連の動きは、どの審査基準を適用するのが結果に繋がらないことを示しているとされる¹⁵⁵。

第 11 節 敬讓型の厳格審査を検討する理由

第 1 項 合衆国最高裁の現況

裁判官の中には、AA を含めてある社会問題に強い信念があり、社会的及び政治的な力によってその適法性の判断を左右されない者がいるが¹⁵⁶、すべての裁判官がそうであるわけではない¹⁵⁷。AA の適法性の判断には裁判官の政治的イデオロギーが強く影響することが証明されており¹⁵⁸、合衆国最高裁の裁判官には AA を常に支持するグループと常に否定するグループがいる。合衆国最高裁はこれら 2 つのグループと事例によって適法か否かの判断を変える中間派から構成されている¹⁵⁹。AA の適法性の判断に関して、支持派と否定派と比べると、中間派の選好は弱く、中間派は裁判所の判断が社会に受け入れられず、政治的に悪い結果をもたらすことを危惧して、事例ごとに判断を変える¹⁶⁰。合衆国最高裁では支持派と否定派が拮抗している状況が長く続いてきたのであり¹⁶¹、保守派だが AA に関しては中間派と呼ばれる O'Connor 裁判官と Kennedy 裁判官が AA の合憲性判断を左右してきた¹⁶²。AA の合憲性判断について中間派が評決を左右する状況にあって、他の裁判官は中間派が自身の望む結論に近づくように、自身の見解を調整する¹⁶³。AA の支持派の裁判官の第 1 の選好は、AA に中間審査を適用し合憲判断を下すことだが、それが望めない状況では、厳格審査を適用して違憲判断という最悪のシナリオを避けるために、中間派の意見に同意する¹⁶⁴。

第 2 項 中間派の審査基準への影響

O'Connor 裁判官による厳格審査の理解は、合衆国最高裁の多数の裁判官により認められていないが、高等教育機関の入学者選抜手続での人種の使用が問題とされた文脈で、下級審は O'Connor 裁判官が示す厳格審査の下で、問題とされた施策を合憲としてきた¹⁶⁵。他の文脈でも、下級審は目的審査と手段審査で判断形成機関の判断を敬讓する厳格審査を用いてきた¹⁶⁶。多くの下級審は、O'Connor 裁判官が示すように厳格審査を理解してきたので

あり¹⁶⁷、O'Connor 裁判官の厳格審査が、AA が憲法上許容されるかどうかの線引きをしていた。

Kennedy 裁判官による厳格審査の理解も、合衆国最高裁の多数の裁判官によって認められていない。だが、Kennedy 裁判官の判断が AA の憲法適合性に関する結論を左右する合衆国最高裁の現状にあって¹⁶⁸、Kennedy 裁判官の示す厳格審査が、AA が憲法上許容されるかどうかを線引きしている¹⁶⁹。

合衆国最高裁の多数の裁判官の理解を得ていないが、O'Connor 裁判官と Kennedy 裁判官の示す敬讓型の厳格審査は、AA の合憲性判断を左右してきた。故に、その内実の考察は、厳格審査がいかなるものかを理解するのに有益である¹⁷⁰。

第 12 節 小括

合衆国最高裁は、1950 年代から 60 年代にかけて、人種差別的な法を無効にするために、厳密な審査を行い、違憲判断を下していったため、平等保護分野では、厳格審査は「事実上致命的」という評価が確立した (第 3 節)。これを受けて、AA 支持派の裁判官は、厳格審査は AA にとって「事実上致命的」に機能すると理解した (第 4 節)。実際に、厳格審査を適用した合衆国最高裁の判決では、厳格審査の通過可能性を示すが (第 5 節 2 項)、違憲判断を下しており、合憲性審査を厳密に行ったと評価されている (第 5 節 3 項～5 項)。他方で、中間審査を適用した判決では、合衆国最高裁は合憲判断を下しており (第 6 節)、どの基準を適用するのかが、判決の結果を決めてきた。この時点で、学説は、厳格審査は「事実上致命的」だと理解した (第 5 節 5 項)。

その後、合衆国最高裁は、再び、厳格審査の通過可能性を示し (第 7 節 4 項、第 8 節 1 項)、厳格審査の下で、法廷意見によって AA を合憲と判断した (第 8 節、第 9 節)。だが、これらの判決で示された敬讓型の厳格審査は、多数の裁判官が理解する厳格審査ではない (第 8 節 2 項 (1)、第 9 節)。そのため、厳格審査が「事実上致命的」だと理解する学説も、未だに示されている (第 8 節 2 項)。

敬讓型の厳格審査は、厳格審査の普遍的な理解ではなく、裁判官の構成が変われば覆される可能性がある。合衆国最高裁で AA の支持派と否定派の力が拮抗する中で、AA の合憲性について中間派がイニシアティブを握った結果として（第 11 節 1 項）、AA に対して厳格審査が致命的に機能していない。AA の合憲性が問題とされた判決では、厳格審査の際が他の段階の審査基準と重複しているが（第 10 節）、それは合衆国最高裁の中での力の均衡の上に成り立っている。そうした状況ではあるが、現在の合衆国最高裁では、敬讓型の厳格審査が人種区分の審査基準を統制しており、その内実の考察は厳格審査の概要を捉えるために有用である（第 11 節 2 項）。敬讓型の厳格審査についても、その理解には幅がある。本稿では、O'Connor 裁判官の厳格審査の理解（第 3 章）と Kennedy 裁判官の厳格審査の理解（第 4 章）が、具体的にいかなる合憲性審査を行っているのかを考察する。

第 2 章 大学による人種使用と敬讓

第 1 節 構成

本章では、人種区分の合憲性審査に際し、裁判所が大学の判断を敬讓する根拠とその問題点を考察する。AA の合憲性審査に際し、厳格審査を適用しながらも、大学の判断を敬讓するとの意見をはじめて示したのは、Grutter 判決である¹⁷¹。まず、Grutter 判決の概要を考察する（第 2 節）。次に、Grutter 判決は敬讓の根拠をどこに置いたのかを考察する（第 3 節）。敬讓の根拠は修正第 1 条にあり、大学の組織的判断を敬讓する根拠として、修正第 1 条を援用することに伴う問題を考察する（第 4 節）。人種区分の合憲性審査に際しての大学の判断への敬讓は、一定の危険を伴うことが指摘されており、この問題を考察する（第 5 節）。合衆国最高裁には、大学の判断を敬讓しない判決もある。それらの判決と Grutter 判決で、合衆国最高裁がどこで判断を分けたのかを考察することで、いかなる場合に大学の判断を敬讓するのかを明らかにする（第 6 節）。Grutter 判決は、修正第 1 条に基づき大学の判断を敬讓するが、その理由付けが敬讓の概念を他の機関の判断に拡大

する可能性が指摘されており、Grutter 判決以外の文脈への敬讓の拡大可能性をめぐる議論を考察する (第 7 節)。合衆国最高裁は Grutter 判決では大学の判断を敬讓するが、すべての判断を敬讓するわけではない。裁判所がいかなる判断を敬讓すべきなのか、または敬讓すべきではないのかをめぐる議論を考察する (第 8 節)。最後に、本章の議論をまとめる (第 9 節)。

第 2 節 Grutter 判決の概要

第 1 項 事実の概要

ミシガン大学ロー・スクールは、合衆国内で上位に位置する。入学者選抜の際に、当該ロー・スクールは、学力 (学部の評定平均 (GPA) とロー・スクール適性テスト (LSAT)) と共に、柔軟な変数 (個人的評価、推薦状、ロー・スクールでの生活と多様性に貢献する可能性を描く小論) に基づいて各志願者を評価する。当該ロー・スクールは、クラスを豊かにする多様性の達成を望む。過少代表のマイノリティの学生の相当数 (critical mass) が在籍することで、それは達成される。

上訴人 Barbara Grutter は、白人のミシガン州民であり、1996 年に当該ロー・スクールに志願し不合格となった。Grutter は、入学者選抜における一定の人種への考慮によって自身が不合格となり、この考慮は人種差別であり、修正第 14 条と 1964 年市民権法第 6 編に違反すると主張し、訴えを提起した。

ミシガン州東地区合衆国地方裁判所は、厳格審査を適用し、入学者選抜での 1 つの要素としての人種の使用は違法だと判断した。合衆国地方裁判所は、多様性はやむにやまれぬ利益ではなく、仮にそうだとした場合、当該ロー・スクールは人種の使用をこの利益の促進に向けて密接に仕立てていないとした。

第 6 巡回区合衆国控訴裁判所は多様性がやむにやまれぬ利益であり、当該ロー・スクールによる人種の使用は 1 つのプラス要素にすぎず、目的の達成に向けて密接に仕立てられていると示した。

第 2 項 意見の構成

O'Connor 裁判官が法廷意見を執筆 (Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer

裁判官同調)。ギンスバーグ裁判官が同意意見を執筆(Breyer 裁判官同調)。Scalia 裁判官が反対意見を執筆(Thomas 裁判官同調)。Thomas 裁判官が反対意見を執筆(一部に Scalia 裁判官同調)。Rehnquist 首席裁判官が反対意見を執筆(Scalia, Kennedy, Thomas 裁判官同調)。Kennedy 裁判官が反対意見を執筆。

第3項 O'Connor 裁判官法廷意見

O'Connor 裁判官法廷意見は、人種を意識する大学の入学者選抜の合憲性を審査する際に、Bakke 判決 Powell 裁判官意見が重要だとする¹⁷²。同法廷意見によれば、同意見は厳格審査の下で、多様な学生構成の達成がやむにやまれぬ利益だと認める¹⁷³。同意見は、修正第1条の特別な関心事である学問の自由を根拠として、「国の将来は、この国の多くの人々と同じくらい多様な学生の見解と考えに『広くさらされて訓練された指導者次第である』」¹⁷⁴ ことを強調し、大学には自身の任務を充足するために、「活発な意見交換」に貢献する学生を選抜する権利がある旨を示す¹⁷⁵。同意見によれば、多様性の達成にとって、人種あるいはエスニックは重要だが1つの要素にすぎず、資格と特性の非常に広範囲に及ぶ配列を含む¹⁷⁶。同法廷意見は、同意見には誰も同意しないが、拘束力のある先例だとする¹⁷⁷。

同法廷意見は、政府が重要な利益を求めて疑わしい手段を使用していることを確実にするために、人種区分に厳格審査を適用する¹⁷⁸。同法廷意見によれば、厳格審査は「理論上厳格だが、事実上致命的」ではない¹⁷⁹。厳格審査の適用は法の正当性について何も言っておらず、その判断は裁判所の仕事である¹⁸⁰。人種区分の合憲性を審査する際に文脈は重要であり、厳格審査の目的は関連する違いを考慮することにある¹⁸¹。

同法廷意見は、過去の差別の救済だけでなく、学生構成の多様性の達成も政府による人種使用を正当化する理由である旨を示す¹⁸²。そして、同法廷意見は、多様性はその教育的任務にとって本質的だとする当該ロー・スクールの教育的判断は、裁判所が敬讓すべき判断だと示す¹⁸³。同法廷意見は、多様性が教育的利益を引き出すという当該ロー・スクールの評価は、被上訴人と彼らの法廷助言者によって実質化されているとし、その利益に関する審査は、主として大学の専門知識の枠内にある複雑な教育的判断をまさに厳密に考慮し、憲法上描かれた枠内で、大学の学術的判断をある程度敬讓する

我々の伝統を維持しているとする¹⁸⁴。

同法廷意見は、大学が憲法上の伝統的なニッチを占めると認識し、多様な学生構成の達成は当該ロー・スクールの適切な組織上の任務であり、大学の誠実さは「反証」がなければ「推定」されると示す¹⁸⁵。

同法廷意見によれば、相当数の学生が入学することで多様性が達成され、多様性は「人種相互の理解」を促進し、人種的固定観念の打破を助け、教室での議論を活発にする¹⁸⁶。

同法廷意見によれば、多様性から生じる教育的利益に関する当該ロー・スクールの主張は法廷助言者によって支持されている¹⁸⁷。同法廷意見は、数多くの研究は、多様性が学習環境を促進し、「ますます多様化する労働市場と社会に向けて、そして専門家として彼らにより良い準備をさせる」ことを証明しており、アメリカの主要企業は、グローバル化する市場で必要とされる技術は、多様な人々、文化、考え、観点に広くさらされることを通じてのみ展開できることを明確にし、合衆国軍を退役した高官と文民指導者は、多様性が国防という任務の達成にとって本質的だとする¹⁸⁸。

同法廷意見は、あらゆる人種及びエスニック・グループのメンバーによる我が国の市民生活への効果的な参加は、隔たれることのない1つの国家という理想が実現されるために、本質的だとする¹⁸⁹。そして、同法廷意見は、上位のロー・スクールの卒業生は我が国の指導者の多数を占めており、市民の目線において正統性を持った一連の指導者を育成するために、指導者への道があらゆる人種とエスニシティの有能で才能のある者に目に見えて開かれていることが必要である旨を示す¹⁹⁰。同法廷意見によれば、不幸にも人種が未だに重要である社会では、人種的マイノリティであることが特有の経験を生じさせるため、過小代表のマイノリティの相当数が多様性の達成に必要である¹⁹¹。

同法廷意見は、厳格審査を緩めていないことを強調する¹⁹²。同法廷意見によれば、人種使用が密接に仕立てられているためには、クォータを使用できないが、大学は各志願者を個別に考慮すべきであり、1つのプラス要素として人種やエスニシティを考慮できる¹⁹³。同法廷意見は、相当数の達成という当該ロー・スクールの目的は、入学者選抜策をクォータには変えないとする¹⁹⁴。そして、1つの要素として人種が使用されるとき、志願者が個人と

して評価されているのを保証するのに十分なほどに、入学者選抜策は柔軟である¹⁹⁵。人種を意識する入学者選抜の文脈では、個別の考慮は非常に重要だと示す¹⁹⁶。

同法廷意見は、認識可能な人種中立的な手段の使い尽くしを要求しない¹⁹⁷。同法廷意見によれば、そのことは、大学に対して、卓越した学力的評判の維持か、あらゆる人種グループのメンバーに対する教育機会へのコミットメントの充足のどちらかの選択を要求せず、有用な人種中立策の真剣で誠実な考慮を要求する¹⁹⁸。同法廷意見によれば、くじ引き制度や学力的基準への強調の縮減といった中立策は、多様性あるいは学力（または双方）の犠牲を強いるのであり¹⁹⁹、[州内の各高校の一定の割合の成績上位の卒業者に対して、州立大学へ合格させる]パーセンテージプランは、個別の考慮を妨げる²⁰⁰。同法廷意見は、当該ロー・スクールに対して、教育的任務の本質である優秀な学力を諦めさせずに、相当数を作り出すことのできる中立策を十分に考慮したことに納得していると示す²⁰¹。

同法廷意見は、密接に仕立てられていることは、いずれの人種グループのメンバーを不当に害しないことを要求し、当該ロー・スクールは各志願者を個別に評価し、非マイノリティの志願者を不当に害していないとする²⁰²。

同法廷意見は、人種区分は潜在的に非常に危険であり、それらは利益が要求するものよりも広い範囲で採用されてはならないことから、人種の使用は時間的に制約されると示す²⁰³。同法廷意見によれば、時間的制約の要求は、人種を意識する入学者選抜のサンセット条項と定期的な審査によって充足される²⁰⁴。

同法廷意見は、「人種中立的な代替策を見つけた場合には」可能な限りすぐに人種を意識する入学者選抜策を終了させるとする、当該ロー・スクールの主張を額面通りに受け取ると示す²⁰⁵。そして、Powell 裁判官が公立の高等教育の文脈で多様な学生構成の利益を促進するために人種の使用を認めてから 25 年が経過し、当時と比べて、良い成績と試験の点数のマイノリティの志願者数は実際に増加しており、現在から 25 年が経過すれば、人種の優先の使用は今日認められた利益を促進するために、もはや必要ないと予測すると示す²⁰⁶。

第 4 項 Ginsburg 裁判官同意意見

Ginsburg 裁判官同意意見は、人種を意識する施策が「論理的終結点を持つべき」という本法廷の考察は、AA の国際的理解と一致すると示す²⁰⁷。そして、同意意見は、現在もマイノリティには十分な教育機会が与えられておらず、マイノリティの共同体の初等中等学校の質が改善されるとき、そのような学生の人数が増えると予測されるが、それが AA を終わらせる [必要をなくす] のかは不明確だとする²⁰⁸。

第 5 項 Scalia 裁判官反対意見

Scalia 裁判官反対意見は、ミシガン大学が主張する「教育的利益」は「人種相互の理解」と「ますます多様化する労働市場と社会に向けて学生により良い準備をさせること」であり、それは良き「シティズンシップ」に必要なものだとする²⁰⁹。同反対意見によれば、それは「教育的利益」ではなく、人生の教訓であり、ロー・スクール生ではなく、年少者に教えることである²¹⁰。

第 6 項 Thomas 裁判官反対意見

同反対意見は、多様性は人種の使用を正当化するやむにやまれぬ利益ではなく、差し迫った公的な必要性がそうだとする²¹¹。同反対意見によれば、ロー・スクールでの法学教育の改善には差し迫った必要性はない²¹²。

同反対意見は、修正第 1 条に基づいて、当該ロー・スクールに先例のない敬讓を認めるが、平等保護条項を侵害しても、公立大学の権利を基礎づける理由はないとする²¹³。

同反対意見は、当該ロー・スクールは学力の劣るマイノリティを入学させており、その施策はマイノリティに劣等性の烙印を押すと指摘する²¹⁴。同反対意見によれば、入学者選抜における人種の使用はマイノリティに対して合格に必要な学力のハードルを下げるため、マイノリティがそれに依存し、学力向上の努力をしなくなる²¹⁵。

同反対意見は、一定レベルの学力に達する志願者に占めるマイノリティの割合は増えておらず、法廷意見による AA への 25 年という時間的制約は実現可能性がない旨を指摘する²¹⁶。同反対意見によれば、25 年という時間的制約は、当該ロー・スクールの判断への敬讓と入学者選抜策の変更を拒否することが終了することを意味する²¹⁷。

第 7 項 Rehnquist 首席裁判官反対意見

Rehnquist 首席裁判官反対意見は、人種区分には厳格審査が適用されるべきであり、寛大に審査がなされるべきでないとする²¹⁸。同反対意見は、法廷意見による厳格審査での敬讓の採用は、先例がないとする²¹⁹。同反対意見によれば、相当数は、マイノリティが孤独や自身の人種の代表者だと感じなくなるのに必要な人数であり、各マイノリティにとって相当数は同じはずだが、各年度の合格者はグループごとに異なる²²⁰。同反対意見は、相当数とは、明らかに人種的均衡をとるものであり、違憲だと示す²²¹。

同反対意見は、25年の制限について、中立的な代替策が利用可能かどうかの判断は当該ロー・スクールに委ねられており、時間的制約の議論は正確性に欠けると示す²²²。

第8項 Kennedy 裁判官反対意見

同反対意見は、学生構成の多様性から生じる教育的利益はやむにやまれぬ利益であり、目的審査での敬讓は認められるが、本法廷は手段審査でも大学の判断を敬讓しており、それは認められない旨を示す²²³。同反対意見は、相当数を達成する取組はクォータとは区別できず、人種的均衡を達成するためのものだとする²²⁴。同反対意見によれば、大学は入学者選抜の期間中に新生の人種及びエスニック構成を予測するレポートを参照しており、個別の評価がなされていない²²⁵。

法廷意見による25年というAAの時間的制約は先例としての価値を徐々になくしていくことを含意するという解釈について、同反対意見は、これは各教育機関に中立策の真剣な探究を強いるものだとする²²⁶。だが、同反対意見によれば、法廷意見は「人種中立的な入学者選抜策を見つければ、可能な限り早くに入学者選抜策をやめるという当該ロー・スクールの主張を額面通りに受け取る」としており、真剣な探究はなされない²²⁷。

第3節 敬讓の根拠

第1項 根拠

Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見は大学の教育的任務は修正第1条の特別な関心であり²²⁸、「我々は、長きにわたり、公教育の重要な目的と大学の環境に伴う言論と思想の拡大した自由から、大学が我々の憲法上の伝統

において特別なニッチを占めると長く認識してきた」とし²²⁹、「反証がなければ、大学側の誠実さは推定される」とした²³⁰。同法廷意見は Bakke 判決 Powell 裁判官意見に依拠し、人種が入学者選抜で 1 つの考慮要素でありうるとする結論を支持するために、同意見が学術的自由の原則に大きく依拠したと認識する²³¹。同意見は、将来の指導者を育成するために、大学内部での活発な意見交換が必要であり、多様な学生構成がそれを促進するとしており²³²、大学での教育に多様性が重要だと認識している²³³。

ミシガン大学ロー・スクールの入学者選抜の判断に対する合衆国最高裁による敬讓は、修正第 1 条の特別な関心に基づいて命令された²³⁴。大学の主たる機能である「教員と学生間での活発な意見交換」は多様な学生構成によって促進され²³⁵、教育が憲法によって認識された基本的権利でないとしても、修正第 1 条の保障は学術的自由と大学の判断形成に拡大された²³⁶。以上の議論は大学内での教育的利益の獲得に留まるが、Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見は、多様な見解が行き交う活発な議論を通じて訓練された卒業生が、社会の各機関で指導者として活躍するという認識に基づいて、ロー・スクールの判断を敬讓しており²³⁷、外部の利益と係る²³⁸。同法廷意見は、ロー・スクールの判断を敬讓するときに、Bakke 判決よりもさらに進んだ理由付けをしている²³⁹。

第 2 項 評価

Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見は、修正第 1 条に基づき、入学者選抜でのロー・スクールの判断を敬讓しており、懷疑主義と敬讓が同居する²⁴⁰。これに対し、保守派の各裁判官は、敬讓は厳格審査と相いれないと批判した²⁴¹。学説では、合衆国裁判所は憲法解釈の問題に関して立法者への敬讓を拒否し²⁴²、ロー・スクールに憲法解釈の権限を与えておらず²⁴³、厳格審査への敬讓の組込は異例だとされる²⁴⁴。敬讓と厳格審査は対極にあり、敬讓を伴う場合には、人種区分の合憲性を厳密には審査できず、敬讓は厳格審査を必然的に骨抜きにするとされる²⁴⁵。

中間派の Kennedy 裁判官は、「敬讓は厳格審査に理論的に反し、それに一致しない」と示しながらも²⁴⁶、手段審査では敬讓を否定するが、目的審査では敬讓を認める²⁴⁷。Fisher II 判決で、Kennedy 裁判官は、この厳格審査の下で実際に合憲性審査を行い、Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見

よりも厳密な手段審査を行っているが、緩やかに厳格審査を運用したとされる²⁴⁸。中間派の裁判官の見解では、程度に差はあるが、厳格審査に敬讓の概念が組込まれている。

第4節 個人の権利と組織の自律性

第1項 修正第1条の援用に対する批判

Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見は、修正第1条の学問の自由の保障が大学の学術的な判断形成に及ぶと示した²⁴⁹。これに対し、「組織の自律性」は教員の持つ学問の自由とは概念的に異なると以前から主張されてきた²⁵⁰。また、大学の人種を意識する入学者選抜判断への敬讓は、市民の主張から政府を守るために、修正第1条を援用する。これに関し、テキサス大学の入学者選抜での人種使用が問題とされた事例で、第5巡回区合衆国控訴裁判所は「大学がこの文脈で修正第1条の関心事を述べることはいくらか問題があり」、「修正第1条は、市民から政府に対してではなく、一般的には、政府の行為から市民を保護する」と示し²⁵¹、市民の主張から大学を守るために、修正第1条の援用を否定した。修正第1条は個人の権利だけを保護するという立場から、同法廷意見は批判された²⁵²。

第2項 修正第1条の援用の肯定

Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見が、修正第1条によって組織の自律性を肯定しているとする見解も見られる。同法廷意見のロー・スクールの判断への敬讓は、主たる政策形成の義務を裁判所から行政機関に移行させ、教育機関と裁判所の役割を再構成し、裁判所による大学への介入を最低限にしか認めない²⁵³。Grutter 判決と、当該判決後の学問の自由が個々の教員ではなく、大学に属する場合があることを示す下級審判決を参照し²⁵⁴、自身の定義する任務に従ってほぼ完全な自律を大学に認める見解も示されている²⁵⁵。

第5節 敬讓の危険

第1項 Korematsu 判決の再現

人種区分の合憲性を審査する際の判断形成機関の判断への敬讓は、Korematsu 判決を再現し、人種差別を正当化する危険がある旨が指摘される。Korematsu 判決²⁵⁶では、第 2 次大戦中の日系アメリカ人の強制収容命令の合憲性が問題とされた。合衆国最高裁は「単一人種グループの権利を組織するあらゆる法的制限は、即座に疑わしく……裁判所はそれらを最も厳密な審査に服させるべき」とした²⁵⁷。当該判決は人種区分に対して推定的に異論があること²⁵⁸、人種区分を厳しく審査することをはじめて宣言した²⁵⁹。当該判決は「最も厳密な審査 (most rigid scrutiny)」という言葉をはじめて用いた判例として有名であり²⁶⁰、これは厳格審査と同旨だとされる²⁶¹。合衆国最高裁の判例も、人種区分の合憲性を判断する際に、Korematsu 判決を参照して厳格審査の適用を支持する意見が見られ²⁶²、平等保護の分野では Korematsu 判決が厳格審査のルーツだとする見解が示されている²⁶³。

Korematsu 判決は、軍隊による強制収容の命令は「根拠のない判断として否定」できず、それが軍事的に必要であったとする判断は、それが日系人に対する敵意に基づいて彼らに不利益を及ぼす性質を有しているという主張に回答していると示す²⁶⁴。そして、以下のように結論づけた。「軍事機関は、行為の必要性が大きく、時間が迫っていたことを考慮していた。(うぬぼれた後知恵の観点を利用することで)我々は、現在、その当時にそれらの行為が正当化されなかったとは言えない。」²⁶⁵

Korematsu 判決は軍隊の判断を敬讓し、強制収容を合憲とした。当該判決への擁護は少なく²⁶⁶、多くの学説は人種差別を正当化したと批判する。当該判決は厳格審査の基礎を示したが、軍隊の判断への敬讓によって²⁶⁷、人種差別に対する推定的な異論は無視された²⁶⁸。当該判決は、Grutter 判決までに、法廷意見で、人種区分が厳格審査を通過した唯一の合衆国最高裁判決だと認識されている²⁶⁹。当該判決での人種区分の厳格審査の通過は例外的だったが²⁷⁰、当該判決では厳密な審査はなされておらず²⁷¹、最も敬讓を示す型の審査が適用された²⁷²。Grutter 判決も、判断形成機関の判断を敬讓し、Korematsu 判決と同じ型の厳格審査を適用しているとされる²⁷³。Grutter 判決での厳格審査の後退は、Korematsu 判決を再現し、人種差別を正当化する危険がある旨が指摘される²⁷⁴。

第 2 項 社会学的研究への依拠

一般的に、社会学の証拠は、本質的には憲法上保護される権利の性質を十分に理由づけないとされる²⁷⁵。合衆国最高裁は人種に基づく分離、区分、差別の社会学に基づく正当化を常に否定してきたとされ²⁷⁶、O'Connor 裁判官自身も過去に同じ見解を示した²⁷⁷。だが、Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見は合憲判断を下す際に、多様な学生構成から教育的利益が生じるとする社会学の証拠に大きく依拠し²⁷⁸、この傾向を覆した。

ある結果を支持する社会学の証拠は、あるときに、反対の結果を支持する社会学の証拠に簡単にとって代わられる²⁷⁹。1940年代から50年代にかけて、人種分離を支持する多くの証拠が専門家によって示され²⁸⁰、人種分離を正当化する主張はその証拠に依拠した²⁸¹。初等教育での人種別学を違憲とした Brown 判決²⁸²では、合衆国最高裁は子どもの人種分離から生じる害悪に関して社会学の証拠に多くの部分で依拠し²⁸³、その部分の意見は批判された²⁸⁴。いずれの社会学者は「多様な学生構成から生じる利益」に関するいずれの主張を支持する、あるいは支持しない証拠を作り出すことができ²⁸⁵、Grutter 判決の依拠する証拠の根拠は安物で脆弱であり²⁸⁶、その証拠が正しいのかが疑問視されている²⁸⁷。AA の直接の受益者は「思いがけない受益者」にすぎない²⁸⁸。

Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見に対しては、専門家の判断を盲目的に敬讓しており、その証拠を即座に認め、平等保護条項での人種区分に対する一般的禁止を簡単に無視していると批判される²⁸⁹。敬讓を示す厳格審査は文脈を考慮するが、その考慮の過程で社会学の証拠を鵜呑みにすることは²⁹⁰、以上の批判を伴う²⁹¹。

第6節 高等教育機関の判断への敬讓の否定

第1項 問題点

本節では、VMI 判決、Schuette 判決、FAIR 判決の考察を通じて、合衆国最高裁がいかなる場合に大学の判断を敬讓するのかを検討する。

Grutter 判決と Fisher II 判決では、合衆国最高裁は、大学の本質的な任務に係るとして、入学者選抜の判断について、大学を敬讓した。だが、VMI 判決と Schuette 判決で、合衆国最高裁は、入学者選抜の判断について、

大学の判断を敬讓しない。VMI 判決では、人種区分ではなく、性別による区分の合憲性が問題とされた。性別による区分は人種区分よりも疑わしくないとされ、中間審査が適用される。しかし、合衆国最高裁は人種区分が問題とされ、厳格審査を適用した事例では大学の判断を敬讓し、性別による区別が問題とされた事例では教育機関の判断を敬讓しない。論理的には逆だが、合衆国最高裁はなぜそのような判断をしたのか。また、Schuette 判決では、州立大学の入学者選抜での AA を禁止する州憲法の修正条項の合憲性が問題とされた。Grutter 判決で大学の本質的な任務とされる入学者選抜の判断が規制されているのにもかかわらず、Schuette 判決で合衆国最高裁が大学の判断を敬讓しなかったのは何故か²⁹²。

Grutter 判決は修正第 1 条に基づいて大学の判断を敬讓したが、FAIR 判決では、修正第 1 条に基づく大学の判断を敬讓しなかった。FAIR 判決の考察を通じて、合衆国最高裁がどのような性質の判断を敬讓に値すると考えているのかを検討する。

第 2 項 VMI 判決

VMI 判決²⁹³の概要は以下の通りである。公立の高等教育機関である Virginia Military Institute (VMI) は、男性だけに入学を許可していた。VMI は、単一の性別から構成される教育が特定の教育手段にとって本質的であり、あらゆる他のヴァージニア州の公立大学が男女共学であり、当該機関は単一の性別による教育という選択肢を提供することで州の教育的多様性を強化しているとも主張した²⁹⁴。合衆国最高裁は、VMI の判断に誠実さは推定されず、男性だけに入学を許可する VMI の入学者選抜策には「非常に説得的な正当化理由」がないと示した²⁹⁵。

VMI 判決では VMI の判断が敬讓されず²⁹⁶、厳格化された中間審査を採用したとされる²⁹⁷。VMI 判決と Grutter 判決は、ミシガン大学ロー・スクールと VMI はともに上位の高等教育機関である点と、両者の判断は入学者選抜に関連し、ともに多様性の達成を主張する点で類似するが、敬讓の是非について判断が分かれた²⁹⁸。

目的審査において、VMI 判決は、男性だけに入学を許可する施策は多様性の利益を促進しないと示した²⁹⁹。他方、Grutter 判決はロー・スクールの主張する多様性の利益が人種を意識する入学者選抜策の背後にある事実上の

目的であるのかを審査していない³⁰⁰。

Grutter 判決は、入学者選抜策への合衆国最高裁の干渉が教育的利益を犠牲にするとの立場をとり³⁰¹、証拠について何も検証せずに、人種中立策を考慮したとするロー・スクールの言葉を鵜呑みにした³⁰²。VMI は、女性の入学は対照的な手法と学生の学術経験の重大な犠牲を要求すると主張した³⁰³。実際に、VMI 判決で合衆国地方裁判所は、女性に入学が許可された場合には、「(VMI の) 独自の手法のいくつかの側面が変えられ」、VMI は「実際には、対照的な制度を完全に放棄する必要がある」という事実認定をした³⁰⁴。しかし、合衆国最高裁は VMI の教育判断への敬讓を拒否し、VMI が対照的な教育手法に放棄せずに、女性の入学を許すように教育政策を変えることができる³⁰⁵と示した。

Grutter 判決と VMI 判決を比べると、Grutter 判決の厳格審査よりも VMI 判決の中間審査の方が厳密な合憲性審査を行っている³⁰⁶。Grutter 判決と VMI 判決における重要な区別は人種区分なのか、ジェンダー区分なのかではなく、「個別の考慮」と「徹底的な排除」であった。VMI は完全に女性を排除したため、非常に高いレベルの審査³⁰⁷の引金を引いたとされる³⁰⁸。

第3項 Schuette 判決

Schuette 判決³⁰⁹では、Grutter 判決後にミシガン州民によるイニシアティブによって採択された、ミシガン州憲法第1条26節の合憲性が問題とされた。当該憲法修正は、ミシガン州の各州立大学に対して、入学者選抜での人種の考慮を禁止する。Kennedy 裁判官相対多数意見 (Roberts 首席裁判官、Alito 裁判官同調) は当該憲法修正を合憲だと判断し、Scalia 裁判官 (Thomas 裁判官同調) と Breyer 裁判官が同意意見を執筆し、これに加わった。Kennedy 裁判官相対多数意見は、問題は入学者選抜での AA の合憲性ではなく、州の有権者がいかなる方法で、政府の判断、特に学校の入学者選抜での AA を禁止できるのかにあるとした³¹⁰。同相対多数意見は、以下の旨を判示した³¹¹。当該州憲法修正によって、ミシガン州の有権者は自らの民主的な基本的権限を行使した。ミシガン州の有権者は、公的機関が AA に関して多数の有権者の関心に応えていないと考え、州民発案の制度を用いた。我が国の憲法制度は、意見を表明し、学び、合法的な投票プロセスを通じて行動する権利を認める。人種間の反目や争いがある問題についても、有権者

によって議論がなされるべきである。このことは、マイノリティに侵害が生じたときに、憲法は裁判所による救済を要求するという原則と矛盾しない。

Grutter 判決では、「教育について自身で判断をする自由は、学生組織の選抜を含んでいる」として³¹²、入学者選抜の際に、大学は修正第 1 条によって根拠づけられた自由と教育的自律性を持つことが示された³¹³。修正第 1 条は、憲法に従って、州立の高等教育機関の入学者選抜を含めて、その教育的任務を判断する州と判断形成者の権限と自由を保護するが³¹⁴、同相対多数意見は専門性を持つ大学の判断よりも有権者の判断が勝ると示した³¹⁵。ミシガン州での AA の禁止は、有権者がある問題について結集した場合に、大学の教員に彼らの意思を課すことが出来ると証明しており、大学の教員に出来る唯一のことは、学問への介入が不当な政策であると説得することである³¹⁶。公立大学の教員は、学問の自由が良き考えであることを有権者に説得し続ける必要があり、そうでなければ、ミシガン州の AA がそうであったように、学問の自由に係る他の事柄も廃止の危険にさらされると指摘される³¹⁷。同相対多数意見に対して、人種使用の判断に関する有権者の能力と、大学の信頼に値する教育判断の間でバランスがとられるべきであり、どのような多様性が厳格審査を通過するのかを判断し続けるために、大学は適切な敬讓を受けるべきとする見解が示されている³¹⁸。

第 4 項 FAIR 判決

FAIR 判決³¹⁹では、ソロモン修正条項の合憲性が問題とされた。当該条項は、大学が軍隊のリクルーターをキャンパスに入れず、学生との接触を妨げる場合に、大学に付与される連邦基金を減額する規定である。合衆国軍はゲイを排除する施策をとる。各ロー・スクールは性的指向に基づく差別を容認しない立場をとり、軍隊のリクルーターをキャンパス内に入れず、学生との接触を制限した。この行為はソロモン修正条項の対象となったため、学問の組織的な権利のためのフォーラム (Forum for Academic and Institutional Rights (FAIR)) と呼ばれる、ロー・スクールと教員の連合が、訴訟を提起した。FAIR は、ソロモン修正条項が言論を強制し、ゲイを排除する軍隊の行為への明確な提携に反対する権利を侵害し、政府機関の統制から彼らの学問的判断を自由に行う憲法上の権利を侵害すると主張した。第 3 巡回区合衆国控訴裁判所は、ソロモン修正条項の予備的差止命令を認めた³²⁰。そ

の際、ソロモン修正条項が大学の見解を傷つけるのに関して、大学の見解を敬讓した³²¹。合衆国最高裁は、「裁判所による敬讓は、立法者が軍隊を支援する権限の下で立法をしたときに『絶頂』になる」とした³²²。合衆国最高裁は、政府に対して、軍隊のリクルーターの「国家において最も優遇された」地位の要求が、法務総監のスタッフや軍隊にとって必要であったことの証明を要求しなかった³²³。合衆国最高裁は、FAIRの主張が修正第1条の範囲を誇張しているとして、第3巡回区合衆国控訴裁判所判決を覆した³²⁴。

FAIR判決後、イエール大学ロー・スクールの教員が訴訟を継続し、ソロモン修正条項に異議を申立てた³²⁵。第2巡回区合衆国控訴裁判所判決は、ソロモン修正条項は、講義内容、教員の意見表明の能力、学生の選抜と評価を直接的に害しておらず、学問の自由を侵害していないとした³²⁶。

合衆国最高裁は、Grutter判決のように、ロー・スクールと軍隊の主張が結びついたときに大学の判断を敬讓するが、FAIR判決のように、それらが反目した場合には、大学の判断を敬讓しない。Grutter判決 O'Connor 裁判官法廷意見は、上位のロー・スクールが軍隊を含む様々な機関で指導的な地位に就く者を輩出することから、ロー・スクールの判断を敬讓した。FAIR判決におけるロー・スクールの判断は、卒業生が軍隊で指導的な地位に就くことを妨げる。両判決での敬讓に関する判断の違いは、ロー・スクールの判断が、ロー・スクールと公務とのパイプを繋ぐのか、妨げるのかにあったとされる³²⁷。

FAIR判決に対しては、各大学は何が価値があり、価値のない言論であるのに関する組織の考えに基づき、キャンパスにおける言論統制を自身で判断できるとして³²⁸、「Grutter判決を真剣に敬讓するアプローチの下で、合衆国最高裁は、キャンパスから軍隊のリクルーターを排除し、彼らに絶対的に平等なアクセスを与えない彼らの望みが、彼ら自身の学術的任務によって課され、(問題とされた法)の遵守が学術的任務に真剣な侵害をしているとする、FAIR判決の原告の主張を実質的に敬讓しなければならない」との主張がなされる³²⁹。他方で、ゲイがあらゆるキャリアで同等に取扱われるべきというメッセージを送るロー・スクールの能力を侵害したという主張は学術的な主張ではなく、イデオロギー的な主張であり、敬讓すべき判断ではないという見解も示されている³³⁰。

第 5 項 3 つの判決の示唆

Grutter 判決と VMI 判決の違いは、問題とされた入学者選抜策が包含するのか、排除するのかにあった。包含を伴う入学者選抜の判断は敬讓され、排除を伴う入学者選抜の判断は敬讓されなかった。Schuette 判決では、合衆国最高裁は、大学の入学者選抜の判断と比べて、有権者の判断を重視した。FAIR 判決では、大学の判断が軍隊の判断と抵触する場合には、大学の判断を敬讓せず、軍隊の判断を敬讓した。他方、Grutter 判決では、大学と軍隊の利害が結びついており、軍隊を利する大学の判断は合衆国最高裁によって敬讓された。軍隊への人材供給のパイプを繋ぐのか、それとも遮断するのが、合衆国最高裁の敬讓に関する判断を分けた。

第 7 節 敬讓の判断の拡大の可能性

第 1 項 多様性の価値の意味

(1) Bakke 判決 Powell 裁判官意見

Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見は、学生構成の多様性³³¹が「やむにやまれぬ利益」だと認める際に、Bakke 判決³³² Powell 裁判官意見に大きく依拠する³³³。

Bakke 判決では、定員 100 人のうち 16 をマイノリティに留保するカリフォルニア大学デーヴィス校メディカル・スクールの入学者選抜策の適法性が問題とされた。当該判決では、メディカル・スクールの入学者選抜での人種の考慮は憲法上許容され、問題とされたクォータ制が合憲だとする Brennan 裁判官のグループ (White, Marshall, Blackmun 裁判官同調) と、入学者選抜での人種の考慮は許されず、問題とされたクォータ制は市民権法違反だとする Stevens 裁判官のグループ (Burger 首席裁判官, Stewart, Rehnquist 裁判官) に分かれ、どちらのグループにも属さない Powell 裁判官の単独の意見が、クォータ制は違憲だが、入学者選抜での 1 つの要素としての人種の考慮は許されるとする判決を下した。

Bakke 判決 Powell 裁判官意見は単独の意見であり、先例としての価値が疑問視されてきたが³³⁴、下級審では同意見に依拠する判例があり³³⁵、同意見が広範囲に影響を及ぼしているという認識が判例³³⁶と学説³³⁷に見られる。

Bakke 判決 Powell 裁判官意見は、修正第 1 条は教育に関して自身で判断を行う大学の自由を保障するとし、Sweezy 判決の「誰を入学させるのかを判断する」自由を援用し³³⁸、大学の自由には学生の選抜の判断が含まれるとする³³⁹。同意見は、大学は「誰に入学を許可すべきかに関する難しい判断をする際に、広い裁量を持つべき」として³⁴⁰、合衆国最高裁と比較したときに、入学者選抜策の作成の際に、各大学が優越した権限を持つことを認める³⁴¹。だが、同意見は、大学の教育的判断は「個人の権利を保護する憲法上の限界」に服するとして³⁴²、人種差別から自由である権利が大学の教育的自由に優越する旨を示す³⁴³。

従来、学問の自由は教授と学生による学問的言論の争いに関連して主張されるだけであり、学術組織の判断形成には適用されてこなかったとされる³⁴⁴。同意見は、学問の自由が単純に個人の利益だけでなく、大学の組織的自律の 1 つの重要な要素を構成している旨を述べており³⁴⁵、学問の自由の大きな変化を示しているとされる³⁴⁶。

同意見は、多様な学生構成から生じる教育的利益が、修正第 1 条の特別な関心だと示す³⁴⁷。多様な学生構成が活発な議論の雰囲気を作り出すのを助けるといふ大学の判断は「修正第 1 条の利益」であり、やむにやまれぬ利益だと示す³⁴⁸。同意見は Keyishian 判決の「この国将来は、いずれの種の権威ある選抜を通じてというよりも、多くの言説の中から真実を発見する活発な意見交換に広くさらされることを通じて訓練される指導者次第である」³⁴⁹とする一節を参照し³⁵⁰、この観点から学問の自由を説明する。同意見は、活発な議論の結果として真実が追求されるというよりも、大学内での活発な意見交換によって将来的に指導者となる学生が訓練されるという社会的価値を重視しており³⁵¹、この社会的価値は大学内にとどまっていることが指摘される³⁵²。

(2) Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見

Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見は、多様な学生構成から生じる教育的利益はやむにやまれぬ利益であり、AA を正当化できる旨を示す³⁵³。同法廷意見は、その教育的利益とは、学生が多様化する労働市場に対応するために、そして良きシティズンシップを身に着けるために準備し、隔たれることのない 1 つの国家という理想を実現するために、大学が市民の目線から

正統性を持った指導者を輩出することだとする³⁵⁴。

同法廷意見は、学生構成の多様性が生じさせる教育的利益について、在学生への教育効果にとどまらず、卒業後の大学外の利益へと拡大している³⁵⁵。同法廷意見は学生構成の多様性が学習結果に寄与すると述べるが³⁵⁶、多様な学生構成が指導的な立場にある専門職を輩出する外的な機能に貢献する点に焦点を当てている³⁵⁷。Bakke 判決 Powell 裁判官意見は修正第 1 条の学問の自由を真実の追究に基づかせたが、同法廷意見はそうではない³⁵⁸。同法廷意見は Bakke 判決 Powell 裁判官意見に依拠するが、その再表明ではない³⁵⁹。

同法廷意見は、学生構成の多様性によって生じる教育的利益が AA を正当化すると示す際に、軍隊と企業³⁶⁰の法廷助言書を参照しており³⁶¹、各機関は多様な学生組織で訓練された人材を欲している³⁶²。このことは、AA の合憲性審査の際に、大学以外の公的³⁶³及び民間機関³⁶⁴による判断に対しても、裁判所による敬讓が拡大する可能性を示していると指摘される³⁶⁵。しかし、マイノリティの卒業生に起こることは在学生の学習経験に直接的に寄与せず³⁶⁶、軍隊でマイノリティが一定の割合を占めることは教育的利益ではない³⁶⁷。そして、企業による AA の支持は教育的利益とは無関係で、何ら重要ではないため³⁶⁸、教育的利益とは無関係な利益に関する大学の判断を裁判所が敬讓する理由はないとも指摘される³⁶⁹。

同法廷意見は、学生構成の多様性が人種相互の理解を促進し、人種の固定観念の打破を助けるという議論に基づいて³⁷⁰、AA を正当化する³⁷¹。人種相互の理解等の利益は、人種相互の相互作用がうまくいくことによる生産能率の向上³⁷²や安全の確保³⁷³などに寄与し、多くの職場で重要である³⁷⁴。合衆国最高裁は使用者の雇用判断を敬讓してきたという認識に基づき³⁷⁵、敬讓の概念が雇用判断に拡大する可能性³⁷⁶も指摘されている³⁷⁷。

第 2 項 大学の経験と専門知識への依拠

Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見は、多様な学生構成がロー・スクールの教育的任務の重要な側面であり、どのような学生組織を構成するのは複雑な教育的判断であり、専門知識のある大学の判断が敬讓される旨を示す³⁷⁸。一見すると、同法廷意見は教育の文脈以外には敬讓を示す型の厳格審査を拡大しないが³⁷⁹、複雑な判断をし、そのための専門知識を持つのは大学

だけではなく、同法廷意見の判旨は他の文脈³⁸⁰に拡大する可能性がある旨が指摘される³⁸¹。「通常、合衆国裁判所は、敬讓のいずれの示唆を示さずに、最も複雑な問題を審査し、解決する」のであり³⁸²、安全に係る「航空業界の雇用判断に対しても、いずれの特別な敬讓を示して」いない³⁸³。だが、Grutter 判決の敬讓の理論の背後にある理由は、裁判所に対して、「裁判官がある領域について自身の知識に不安を感じるときはいつでも、労働市場の広い範囲で使用者への敬讓を要求する」とも評される³⁸⁴。

Grutter 判決が任務と専門性を持つあらゆる政府機関に特別な憲法上のニッチがあることを意味する場合、どのように厳密な司法審査が維持され、どの政府機関に適用されるのかが問題となる³⁸⁵。複雑な判断をする機関が人種を使用した場合、大学といかにして区別されるのか³⁸⁶。すべての機関は複雑な判断を行っており、ロー・スクールに対する敬讓は、大学が「複雑な教育的判断をする」³⁸⁷という事実に基づいている可能性は低く、様々な分野で将来の指導者を輩出するという、ミシガン大学ロー・スクールの特別な役割に基づいていると指摘される³⁸⁸。しかし、将来の指導者の育成は大学だけの役割ではなく、他の機関も対象となる³⁸⁹。合衆国最高裁が、指導者の育成を任務とする機関の判断への敬讓を否定する例もある(第2章6節)³⁹⁰。

第8節 敬讓すべき種類の大学の判断

第1項 敬讓と大学の判断

学問の自由は中核的な学術的事柄の大学による統治の自律性を保護するが、ほとんどの行為は保護されず、政府の規則に従う³⁹¹。しかし、大学の中核的任務と修正第1条に関連する分野で何が効果的なアプローチなのかを判断するのに必要な経験を欠いているため³⁹²、真に学術的任務を実施するために大学が選択した判断は敬讓されるべきとされる³⁹³。大学の人種差別への従事には学術的価値はなく³⁹⁴、学問の自由は人種差別に従事するライセンスではないが、裁判所は大学の判断を自身の判断に代わらせることはできず、大学の専門知識を敬讓し、裁量を認めるべきとされる³⁹⁵。大学の判断への敬讓は、大学が真に学術的目的をもって行動しているのを確実にするのに用

いられるべきであり、それ以外の点で、他の機関と比べて大学を敬讓する議論には説得力がないとされる³⁹⁶。大学は自律性を濫用してはならず³⁹⁷、学問的判断を装う政治的判断は敬讓に値しない³⁹⁸。

第 2 項 民主的な価値の教え込み

大学の判断が真に学術的である場合に、裁判所はその判断を敬讓するが、どのような判断が敬讓に値する真に学問的判断なのか。その判断の特定は複雑だが、可能だとされる³⁹⁹。

民主的な価値の教え込みは、敬讓に値する学問的判断ではないとされる。Bakke 判決 Powell 裁判官意見が依拠し、学問の自由の重要な判決である Seweezy 判決⁴⁰⁰ や Keyishian 判決⁴⁰¹ は、大学の目的が学生に民主的価値を教え込むことにあるという理由を否定していた。民主的な価値の教え込みは、大学だけでなく、司法機関や政治機関も同等の役割を担っており、他の機関と比べて大学がより資格を持つわけではない⁴⁰²。高等教育の中核にあるのは調査や議論であり、「学問の自由は学生に対して彼ら自身について慎重かつ有益に考えることを教える、リベラルな教育を守るために存在し、教え込みとは理論的に違う」とされる⁴⁰³。

第 3 項 イデオロギー的判断

イデオロギー的判断は、敬讓を受けるに値しないとされる⁴⁰⁴。学術的判断とは、教員が新しい考えを展開し、知識を広げ、新しい考えに生徒を触れさせるのに最良の環境を促進することである。他方、イデオロギー的判断は、学問の領域外の政治的あるいは社会的変化を効果的にする 1 つの方法であり、学生や教員の価値観を変える目的によって動機づけられている⁴⁰⁵。Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見は、ロー・スクールの判断を敬讓する際に、ロー・スクールが活発な意見交換を目的としていることを認識している⁴⁰⁶。この目的の達成のための行動は、イデオロギー的判断ではない。組織として大学に認められる学問の自由とは、学習環境の整備に関する判断であり、大学にはいかなる環境が学生にとって最良なのかを判断する自由があり、裁判所はその判断を敬讓すべきだとされる⁴⁰⁷。

イデオロギー的判断が大学の判断に生じる可能性を最小限にするには、特定の学問分野に精通した教員が判断を行うべきと主張される。運営者は各学問分野に精通しておらず、判断が政治的に動機づけられる可能性が高くなる

ため、判断は敬讓されるべきではないとされる⁴⁰⁸。もっとも、運営者からの最終的な承認が要求される場合でも、教員が主たる判断形成者として務める場合には、その判断は学問的理由に基づく可能性が高いとされる⁴⁰⁹。

第4項 雇用判断

大学の雇用判断に対する敬讓を正当化するための主たる理由は、教員の就業能力の評価は高いレベルの裁量に関連し、非常に特別な知識に依拠するため、裁判所にはそれがないというものである⁴¹⁰。この理論は、ジェンダー分離を是正するための市民権法第7編の使用の大きな障害になっているとされる⁴¹¹。就業能力の評価が裁量的であり、非常に特別な知識に関連するのは、学術機関だけでなく、様々な分野でそうである。そのため、雇用判断に対する敬讓の理論が他の領域に拡大されると、裁判官はある領域で自身の知識が不明確だと感じる時はいつでも、裁判所は労働市場の広い範囲で、雇用差別を禁止する市民権法第7編を崩すことになる⁴¹²。学術機関の雇用判断には性主義や人種主義が浸透していることが指摘されており⁴¹³、学術機関への敬讓の理論は、「雇用差別禁止法から免れた島に学術機関を置くことにな」り⁴¹⁴、差別に関する学術機関の主張への裁判所の無干渉なアプローチは、裁判所による市民権法第7編の効果的な廃止だと評される⁴¹⁵。

合衆国最高裁は、雇用判断での差別に関する学術機関の主張に対して、無干渉なアプローチはとっていない。合衆国最高裁は、学問の自由は、大学に対して、教員のテニユアの否定に関する差別の可能性について、政府が調査を要求する場合、テニユアの評価のプロセスに関連するファイルの公開の拒否は許さないと示して、大学による学問の自由の拡大した理解を否定した⁴¹⁶。合衆国最高裁は、雇用記録の提出要求は大学での議論を妨げるとする主張は、学問の自由とはあまりにもかけ離れているとした⁴¹⁷。そして、裁判所でのテニユアの評価の記録の開示は、「誰が教えるのか」を判断する大学の能力を侵害しないと示した⁴¹⁸。

第9節 小括

合衆国最高裁は、敬讓の根拠を修正第1条の特別の関心事に置いた。修正第1条の特別な関心事とは、学生と教員間での活発な意見交換という大学内

部での教育的利益に加えて、多様化する社会への指導者の輩出という外的な利益に関連する (第 3 節 1 項)。大学の判断を敬讓しながらも、厳格審査を適用する場合、厳格審査には対極の概念 (懷疑主義と敬讓) が同居する (第 3 節 2 項)。懷疑主義と敬讓が同居できないと考える場合には、AA に敬讓を排除した厳格審査を適用するか、厳格度の低い基準を適用した上で、敬讓の概念を用いることになる。

Grutter 判決における敬讓の根拠としての修正第 1 条の援用は、市民の主張から政府を守るために援用されており、本来とは逆に使用されている (第 4 節 1 項)。これに対し、大学の自律性を広範囲にわたって認める見解では、Grutter 判決は肯定的に評価されている (第 4 節 2 項)。

人種区分の合憲性審査の際に、判断形成機関の判断を敬讓し、厳格度を緩めることは、人種差別を正当化する危険があると指摘されている (第 5 節 1 項)。O'Connor 裁判官の理解する厳格審査は過度な敬讓を示し (第 5 節 2 項)、合憲性審査の際に厳格度を著しく緩めている (第 3 章 2 節・3 節)。過度な敬讓は、人種区分による利益を容易に正当化する危険がある。

合衆国最高裁には、大学の判断に敬讓を示さない判決がある。敬讓するかしないかの判断を分けたのは、1 つは排除と包含である。学問的任務の中核にあるとされる入学者選抜の判断について、排除を伴うものは敬讓されないが、包含を伴うものは敬讓される (第 6 節 2 項)。大学の判断と抵触するのが誰の判断であるのかという点も、敬讓をするかしないかの判断を分ける。有権者の判断と抵触する場合には、有権者の判断が敬讓される (第 6 節 3 項)。また、大学の判断が軍隊の利益と結びつく場合には敬讓されるが、軍への人材供給を断ち切り、その利益と抵触する場合には、敬讓されない (第 6 節 3 項)。

Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見は大学内の利益にとどまらず、多様化する社会に対応している卒業生の輩出という外的な利益に基づいて、大学の判断を敬讓する (第 7 節 1 項 (2))。同意見は、人種相互の理解や固定観念の打破など、他の機関にも当てはまる理由に基づいて AA を正当化しており、その判旨は他の文脈に拡大される可能性がある⁴¹⁹。

合衆国最高裁は、大学の判断をすべて敬讓するわけではない。敬讓されるべき種類の大学の判断は、その任務の中核にある学問的判断に限られ (第 8

節1項)、イデオロギー的判断は敬讓に値しない(第8節3項)。また、任務の中核とされる学問的判断(入学者選抜の判断)であっても、排除を伴う場合には敬讓されず(第6節3項)、誰の判断と抵触するのかわによっては(有権者(第6節3項)や軍隊(第6節4項)等)、敬讓されない。大学の判断が敬讓されるか否かを検討する際には、どのような種類の判断なのか(学問的なのかイデオロギー的なのか)、誰の判断と抵触するのか(大学よりも敬讓を受ける機関の判断であるのか)を検討する必要がある。

(Endnotes)

- 1 懐疑主義については、拙著『Affirmative Action 正当化の法理論—アメリカ合衆国の判例と学説の検討を中心に』(商事法務、2015)第2章7節参照。
- 2 城野一憲「修正1条の『制度主義』—ポール・ホーウィッツの動的な“institution”観」早稲田法学会雑誌62巻1号(2011)53頁、55頁。
- 3 Evan Gerstmann & Christopher Shortell, *The Many Faces of Strict Scrutiny: How The Supreme Court Changes The Rules in Race Cases*, 72 U. Pitt. L. Rev. 1, 15 (2010); Thompson & Adam R. Pomeroy, *Desperately Seeking Scrutiny: Why The Supreme Court Should Use Fisher V. University Of Texas To Restore Meaningful Review To Race-Based College Admission Programs*, 7 Charleston L. Rev. 139, 148 (2012).
- 4 See Eboni S. Nelson, *In Defense of Deference: The Case for Respecting Educational Autonomy and Expect Judgements in Fisher v. Texas*, 47 U. Rich. L. Rev. 1133 (2013).
- 5 拙稿「Affirmative Action の司法審査基準」GEMC Journal 3号(2010)158頁; 拙著前掲(1)第2章。
- 6 長谷部恭男「平等」星野英一・田中成明編『法哲学と実定法学の対話』(有斐閣、1989)98頁、100-01頁。
- 7 近年、このような認識に基づいて、AAに適用する司法審査基準に関して原理的な考察がなされている(高橋正明「アフーマティブ・アクションの違憲審査の在り方について—『動機審査理論』と『成果主義理論』の検

- 討を中心に」帝京法学 30 卷 1 号 (2016) 108 頁)。
- 8 Pamela S. Karlan, *Strict Scrutiny and Affirmative Action After The Redistricting Cases*, 43 Wm. & Mary L. Rev. 1569 (2002).
 - 9 青山武憲「厳格な審査 (と基本権) (1)」日本法学 74 卷 2 号 (2008) 223 頁、224 頁。
 - 10 Adam Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, 59 Vand. L. Rev. 793, 799 (2006).
 - 11 Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* 1455, Foundation Press (2d ed. 1988).
 - 12 Kathleen M. Sullivan, *The Jurisprudence of the Rehnquist Court*, 22 Nova L. Rev. 743, 752 (1998).
 - 13 Gerstmann & Shortell, *supra* note 3, at 3.
 - 14 United States Department of Agriculture v. Moreno, 413 U.S. 528, 534 (1973); Cleburne v. Cleburne Living Center, 473 U.S. 432 (1985); Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (1996).
 - 15 William D. Araiza, *The Section 5 Power and the Rational Basis Standard of Equal Protection*, 79 Tul. L. Rev. 519, 554 (2005).
 - 16 See Calvin Massey, *The New Formalism : Requiem for Tiered Scrutiny?*, 6 U. Pa. J. Const. L. 945, 951-57 (2004).
 - 17 Erwin Chemerinsky, *Law: Principles and Policies*, Aspen Pub 645-46 (2d ed. 2002).
 - 18 City of Richmond v. J.A.Croson, Co., 488 U.S. 469, 493-94 (1989).
 - 19 Ozan O. Varol, *Strict in Theory, But Accommodating in Fact?*, 75 Mo. L. Rev. 1243, 1252 (2010).
 - 20 Paul Kahn, *The Court, The Community, and the Judicial Balance: The Jurisprudence of Justice Powell*, 97 Yale L.J. 1, 6 (1987); Richard Fallon, *The Supreme Court, 1996 Term — Foreword: Implementing the Constitution*, 111 Harv. L. Rev. 54, 79 (1997).
 - 21 David Kairys, *Unexplainable on Grounds Other than Race*, 45 Am. U.L. Rev. 729, 745 (1996); Jerry L. Mashaw, *Greed, Chaos, And Governance:*

- Using Public Choice to Improve Public Law 55, Yale University Press (1997).
- 22 Eugene Doherty, *Equal Protection Under the Fifth and Fourteenth Amendments: Patterns of Congruence, Divergence and Judicial Deference*, 16 Ohio N.U. L. Rev. 591, 595 (1989).
- 23 *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267, 302 (Marshall J. joined by Brennan & Blackmun JJ., dissenting)(1986).
- 24 *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976). 中間審査基準の登場の経緯について、君塚正臣『性差別司法審査基準論』(信山社、1996) 15頁以下参照。
- 25 K.G. Jan Pillai, *Phantom of the Strict Scrutiny*, 31 New Eng. L. Rev. 397, 412 (1997).
- 26 Gail L. Heriot, *Strict Scrutiny, Public Opinion, and Affirmative Action on Campus : Should the Courts Find a Narrowly Tailored Solution to a Compelling Need in a Policy Most Americans Oppose?*, 40 Harv. J. on Legis. 217 (2003).
- 27 Gerald Gunther, *The Supreme Court, 1971 Term: Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, 86 Harv. L. Rev. 1, 8 (1972).
- 28 Peter J. Rubin, *Reconnecting Doctrine and Purpose: A Comprehensive Approach to Strict Scrutiny After Adarand and Shaw*, 149 U. Pa. L. Rev. 1, 4 (2000).
- 29 厳格審査と基本権との関係については、青山武憲「厳格な審査(と基本権)(1)(2・完)」日本法学74巻2号(2008)232頁、74巻3号(2008)87頁参照。
- 30 Rachel C. Grunberger, *Note, Johnson v. California: Setting a Constitutional Trap for Prison Officials*, 65 Md. L. Rev. 271, 276 (2006); Joshua P. Thompson & Damien M. Schiff, *Divisive Diversity at the University of Texas: An Opportunity for the Supreme Court to Overturn Its Flawed Decision in Grutter*, 15 Tex. Rev. Law & Pol. 437, 441 (2011).
- 31 Michael Klarman, *An Interpretative History of Modern Equal Protection*, 90 Mich. L. Rev. 213, 255 (1991).

- 32 Winkler, *supra* note 10, at 805-08.
- 33 Leland Ware, *Strict Scrutiny, Affirmative Action, and Academic Freedom: The University of Michigan Cases*, 78 Tul. L. Rev. 2098 (2004).
- 34 Neil Gotanda, *A Critique of "Our Constitution is Color-Blind"*, 44 Stan L.Rev 1, 46 (1991).
- 35 1950 年代から 60 年代にかけて、現在、厳格審査を用いたと広く理解されている多くの意見は「厳格審査 (strict scrutiny)」という語を用いておらず、2つの分岐 (「やむにやまれぬ利益 (compelling interests) の達成」と「手段が密接に仕立てられていること (narrowly tailored) 」) に言及していない (Winkler, *supra* note 10, at 813)。

「やむにやまれぬ利益の達成」については、修正第 1 条の事例で、*Swezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234 (1957) の Frankfurter 裁判官同意意見ではじめて言及され (*Id.* at 262)、*Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963) で多数の裁判官によって具体的に言及された。人種区分の事例では、*Palmore v. Sidoti*, 466 U.S. 429, 433 (1984) ではじめて言及された (Stephen A. Siegel, *The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny*, 48 Am. J. Legal Hist. 355, 392 (2006))。

「手段が密接に仕立てられていること」の要求は、修正第 1 条に関する事例では、1940 年までに導入された。その後、平等保護の事例では、ウォーレンコートが *McLaughlin v. Florida*, 379 U.S. 184, 196 (1964) で導入した (Siegel, *supra* note 35, at 361)。

- 36 *See McLaughlin v. Florida*, 379 U.S. 184 (1964) (人種区分が「許容しうる州の施策の達成にとって単純に合理的に関連するだけでなく、必要である場合にだけ、支持される」と述べて (*Id.* at 196)、婚姻していない異人種間カップルによる同居を犯罪とする州法を違憲だとした。) ; *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 11-12 (1967) (異人種婚の州法による禁止を無効にしている。) 厳格審査の起源については、金原宏明「厳格審査の基準の成立過程：「不法な動機のテスト」の妥当範囲について」法学ジャーナル 92 号 (2016) 29 頁参照。
- 37 合衆国最高裁は、*Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969) で、福祉の受給のために、1 年間の居住を課する、州および連邦の規定を無効にした。

合衆国最高裁は、この規定が国内を移動する市民の憲法上保護された権利を否定し (*Id.* at 630)、「やむにやまれぬ政府の利益を促進する必要性を証明せずに、この権利の行使に不利に作用するいずれの区分は、違憲である」と述べた (*Id.* at 634)。

当該判決の後、合衆国最高裁の3人の裁判官は、*Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112 (1970) で、「(市民の憲法上の権利に) 課される負担がやむにやまれぬ及び実質的な政府の利益を保護するために必要である、という明確な証明」を要求するものとして、憲法上の基準を再び述べた (*Id.* at 238)。この基準は、*Dunn v. Blumstein*, 405 U.S. 330 (1972) で合衆国最高裁の全会一致の意見によって、厳格審査基準として参照されている (*Id.* at 339-40)。当該判決で、合衆国最高裁は、投票のために、州と自治体への一定期間の居住の要求を無効にしている。

また、*Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963) で、合衆国最高裁は、信教の自由の行使に関する修正第1条の権利に負担を及ぼす、州法を無効にするために厳格審査を適用した (*Id.* at 409-09)。問題とされた法律は、失業手当を求めるすべての人に対して、日曜を除くすべての曜日の求職を要求する点で、文面上中立法が *Sabatarian* の宗教行為に不当な負担を課している。合衆国最高裁は、信教の自由の行使に実質的に負担を課すこの行為は、政府が、この行為が「やむにやまれぬ州の利益」を達成するための最も制限的でない手段であると証明しなければ、違憲だと示した (*Id.* at 403)。

38 Pillai, *supra* note 25, at 412.

39 Kenneth L. Karst, *The Revival of Forward-Looking Affirmative Action*, 103 *Colum. L.Rev.* 60, 62-63 (2003).

40 吉田仁美『平等権のパラドクス』44頁(ナカニシヤ出版, 2015)。合衆国最高裁のすべての裁判官は人種区分が差別的に使用されてきた歴史を考慮して、その合憲性は厳密に審査すべきと考えている。そのため、AAへの合理性の基準の適用は現実的ではない(See Rubin, *supra* note 28, at 7)。

41 植木淳「アフターマティブアクションの再検討—『厳格審査』と『多様性』—」北九州市立大学法政論業32巻1号(2004)1頁、21頁。AAにどの審査基準を適用するのかを判断する1つの要素は、AAが悪意ある差

- 別に基づいている可能性の高低である。それが高いと考えればより厳密な審査を適用し、低いと考えればより緩やかな審査を適用すべきと判断される (See Jed Rubenfeld, *Affirmative Action*, 107 Yale L.J. 427, 442-43 (1997))。
- 42 *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267, 302-03 (Marshall J., joined by Brennan & Blackmun JJ., dissenting) (1986).
- 43 *Sheet Metal Workers v. EEOC*, 478 U.S. 421 (Brennan J., joined by Marshall, Blackmun, Powell JJ., plurality) (1986); *United States v. Paradise*, 480 U.S. 149, 166-67 (Brennan J., joined by Marshall, Blackmun, Powell JJ., plurality) (1987).
- 44 *Bernal v. Fainter*, 467 U.S. 216, 220 n.6 (Marshall, J., majority) (1984).
- 45 *Fullilove v. Klutzunick*, 448 U.S. 448, 491-92 (Burger J., joined by White & Powell JJ., plurality) (1980).
- 46 *Id.* at 518-19 (Marshall, J., concurring).
- 47 *City of Richmond v. J.A. Croson, Co.*, 488 U.S. 469 (1989). 当該判決については以下の文献等参照。中川徹「マイノリティの建設請負業者に一定の割合の契約額を保留する市条例にもとづくアファーマティブ・アクションが平等保護条項に違反するとされた事例」アメリカ法 1990-1 341 頁；大沢秀介「最近のアファーマティブ・アクション—クロソン判決を素材に一」法学研究 63 卷 12 号 (1990) 223 頁；松田聡子「人種差別解消のためのアファーマティブ・アクションと逆差別—Croson 判決をめぐる—」帝塚山学院大学研究論 25 集 (1991) 8 頁。
- 48 Michelle Adams, *Stifling the Potential of Grutter v. Bollinger: Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 88 B.U.L. Rev. 937, 946-47 (2008) (Croson 判決は、司法の AA に対する懐疑主義を反映していると評価している。).
- 49 488 U.S. at 501 (O'Connor joined by Rehnquist C.J., White, Stevens, Kennedy JJ., majority).
- 50 *Id.* at 496-98 (O'Connor joined by Rehnquist C.J., White, Kennedy JJ., plurality).
- 51 *Id.* at 490-93 (O'Connor joined by Rehnquist C.J., White J., plurality).

- 52 Sullivan, *supra* note 12, at 746 n.25.
- 53 488 U.S. at 492 (O'Connor jointed by Rehnquist C.J., Kennedy J., plurality).
- 54 *Id.* at 503. この見解の背景には、グループ間の不均衡の原因は差別だけでなく、差別がなかったとしても、あらゆる業界が人口構成比通りになるわけではないという考えがある (*Id.* at 513-14)。
- 55 Fullilove v. Klutzunick, 448 U.S. 448 (1980).
- 56 Fullilove 判決は連邦の機関の文脈だが、各州と自治体は自身の AA を正当化する文脈として当該判決を解釈していたと評されている (Neil Devins, *Adarand Constructors, Inc. v. Pena and the Continuing Irrelevance of Supreme Court Affirmative Action Decisions*, 37 Wm. & Mary L. Rev. 673, 703 (1996))。
- 57 448 U.S. at 513-14.
- 58 Gerstmann & Shortell, *supra* note 3, at 19-20.
- 59 488 U.S. at 507.
- 60 Adams, *supra* note 48, at 946.
- 61 AA の存続を望む州と自治体は、差別の存在を証明する不均衡の研究に従事し、裁判所はそれらの研究に異議を唱えなかった (Devins, *supra* note 56, at 685-86)。州と自治体は、Croson 判決の影響を最小限にできたとも評されている (Neal Devins, *Explaining Grutter v. Bollinger*, 152 U. Pa. L. Rev. 347, 359 (2003))。だが、Croson 判決が全く影響を及ぼさなかったわけではない。Clinton 政権時の司法省は、当該判決後には、確固たる割合の留保というよりも、柔軟な数値目標や、人種やエスニシティが1つのプラス要素となる入札における優先が採用される傾向にあると評価した。Croson 判決は、公契約における AA の修正を州や自治体に促した (Devins, *supra* note 56, at 685-91)。
- 62 William L. Taylor & Susan M. Liss, *Affirmative Action in the 1990s: Staying the Course*, 523 Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci. 30, 35 (1992).
- 63 John Galotto, Note, *Strict Scrutiny for Gender, via Croson*, 93 Colum. L. Rev. 508, 517 (1993).
- 64 Croson 判決で問題とされた施策は、市内で差別の対象となっていなかったマイノリティを対象者として包含していた恣意性を問題にしていたと解

- 積し、当該判決後も公共事業契約における AA は終わらなかつたとも評されている (See *Constitutional Scholars' Statement on Affirmative Action After City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 98 Yale L.J. 1711 (1989))。
- 65 Metro Broadcasting Inc. v. FCC, 497 U.S. 547 (1990). 当該判決については以下の文献を参照。西村裕三「FCC の放送免許に関する 2 種類のマイノリティ優遇措置は、合衆国憲法第 5 修正に含まれる平等保護の要請に違反しないとされた事例」アメリカ法 1992-1 109 頁；上野恵司「アメリカの放送行政とマイノリティーメトロ判決を契機として」早稲田法研論集 63 号 (1992) 53 頁；有澤知子「合衆国最高裁判所の積極的平等施策に対する二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 19 卷 1・2 号 (1993) 1 頁。
- 66 497 U.S. at 565 (Brennan J., jointed by White, Marshall, Blackmun & Stevens JJ., majority).
- 67 *Id.* at 603-10 (O'Connor J., jointed by Rehnquist C.J, Scalia & Kennedy JJ., dissenting).
- 68 Adarand Constructor, Inc v. Pena, 515 U.S. 200 (1995). 当該判決については、以下の文献等参照。君塚正臣「人種のアファーマティヴ・アクションと審査基準」東海大学文明研究所紀要 17 号 (1997) 27 頁；横田耕一「アファーマティヴ・アクション」芦部信喜編『アメリカ憲法判例』240 頁 (有斐閣、1998 年)；吉田前掲 (40) 第 6・7 章。
- 69 Metro Broadcasting 判決からの合衆国最高裁の裁判官の構成の変化を指摘して、Adarand 判決では厳しい基準を適用するという予測もなされていた (Devins, *supra* note 56, at 707)。
- 70 515 U.S. at 226-27 (O'Connor J., jointed by Rehnquist C.J, Scalia, Thomas & Kennedy JJ., majority). しかし、「あらゆる人種区分は……厳格審査の下で審査をする裁判所によって分析されるべき」とした絶対的なルールを宣言して 1 ヶ月未滿で、合衆国最高裁は、州に対して、人種への依拠が「伝統的な人種中立的な選挙枠割の原則を軽視」しない限りで、選挙区割のプロセスでの人種の考慮を許しており (Miller v. Johnson, 515 U.S. 900, 916 (1995))、この見解を緩め始めた (Pamela S. Karlan, *Compelling Interests/Compelling Institutions: Law Schools as Constitutional Litigants*, 54

UCLA L. Rev. 1613, 1619-20 (2007))。さらに、後の事例で、合衆国最高裁は、計画が「州内の公正で、人口統計的な人種的及び党派的なバランスを与える」ために描かれているという明確な意見でさえも (Easley v. Cromartie, 532 U.S. 234, 235 (2001))、そのような言葉が「人種が支配的な役割を果たしたかどうかについてほとんど何も言っていない」ことから (*Id.*)、厳格審査の引き金を引くには十分ではないと結論づけた。

- 71 人種を意識する AA は全国規模で激しい争いを生じさせる問題の 1 つであり (Pillai, *supra* note 25, at 468)、これほどまでに不和を引き起こす問題は他にはほとんどないとされる (Kathleen Sullivan, *Sins of Discrimination: Last Term's Affirmative Action Cases*, 100 Harv. L. Rev 78 (1986))。O'Connor 裁判官は、社会的に争いの激しい問題を審理をしたがらない (Thomas W. Merrill, *The Making of The Second Rehnquist Court: A Preliminary Analysis*, 47 St. Louis L.J. 569, 637 (2003))。それは、それらの問題の審理が公衆による合衆国最高裁への批判を招き、合衆国最高裁の正統性が揺らぐためである (See Neal Devins, *Congress and The Making of The Second Rehnquist Court*, 47 St. Louis L.J. 773, 775 (2003))。
- 72 Gerstmann & Shortell, *supra* note 3, at 40.
- 73 Rubin, *supra* note 28, at 4 (『厳格審査』という名前にもかかわらず、それは分析の手段ではなく、通常は無効の認定となる。); Christina E. Wells, *Beyond Campaign Finance: The First Amendment Implications of Nixon v. Shrink Missouri Government PAC*, 66 Mo. L. Rev. 141, 160 (2001) (厳格審査は「決定的な結果を及ぼす。'); Carol M. Swain, *The New White Nationalism in America* 269, Cambridge University Press (2002) (厳格審査は「死の鐘音」である。); Jack N. Rakove, *The Unfinished Election of 2000*, 172 Basic Books (2003) (厳格審査の下では、異議を唱えられた法は「事実上あらゆるときに」無効にされる。)
- 74 Devins, *supra* note 61, at 360.
- 75 Hopwood v. Texas, 78 F. 3d 932 (5th Cir.1996).
- 76 Devins, *supra* note 61, at 362-63.
- 77 Richard D. Kahlenberg, *Getting Beyond Racial Preferences: The Class-Based Compromise*, 45 Am. U.L. Rev. 721, 724 (1996).

- 78 Katzenbach v. Morgan, 384 U.S. 641, 651 (1966).
- 79 Croson, 488 U.S. at 488.
- 80 Fullilove, 448 U.S. at 472 (Burger J., jointed by White & Powell JJ., plurality).
- 81 *Id.* at 492.
- 82 Cass R Sunstein, *Naked Preferences and The Constitution*, 84 Colum. L. Rev 1689, 1712 n.106 (1984).
- 83 Suzanne E. Eckes, *Diversity in Higher Education: The Consideration of Race in Hiring University Faculty*, 2005 BYU Educ. & L. J. 33, 39; Bertrall L. Ross II, *Democracy and Renewed Distrust: Equal Protection and the Evolving Judicial Conception of Politics*, 101 Calif. L. Rev. 1565, 1601 (2013).
- 84 488 U.S. at 518 (Kennedy, J., concurring in part and concurring in the judgment) (合衆国最高裁には、合衆国議会の行為の問題が提起されなかったため、法廷意見に同意した旨を述べている。); *see also Id.* at 522 (Scalia, J., concurring in the judgment) (全国規模の立法者による施策は、人種的及びエスニック的マイノリティに対する差別にはなりそうにないことを強調している。); *Id.* at 488 (O'Connor jointed by Rehnquist C.J, White J., plurality) (Fullilove 判決は「第 5 節の合衆国議会の特有の権限」に基づいていると指摘している。); *Id.* at 552 (Marshall, J., Brennan, Blackmun JJ., dissenting) (Fullilove 判決を州の AA への適用の望みを述べている。).
- 85 497 U.S. at 565.
- 86 Pillai, *supra* note 25, at 439.
- 87 高橋前掲 (7) 131-37 頁参照。
- 88 自治体のレベルでは、マイノリティが多数を占めることがある。Croson 判決で問題となった AA を作成した Richmond 市議会は、黒人が定数 9 のうち 5 を占めていた。
- 89 この点、阪口は、Croson 判決で問題とされた AA がアフリカ系アメリカ人が多数を占める議会で採択されたことから、当該事件について「最も怪しい部類に属する事件」だと指摘する (「巻美矢紀報告をめぐる質疑応答」

- 企業と法創造 35 号 (2013) 215 頁、216 頁 (阪口正二郎発言)。
- 90 Ross II, *supra* note 83, at 1620.
- 91 515 U.S. at 230.
- 92 Ross II, *supra* note 83, at 1620.
- 93 Bruce A. Ackerman, *Beyond Carolene Products*, 98 Harv. L. Rev. 713 (1985); David E. Bernstein, *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action and the Failed Attempt to Square a Circle*, 8 NYU J.L. & Liberty 210, 220-21(2013).
- 94 Ross II, *supra* note 83, at 1620.
- 95 高橋前掲 (7) 137 頁。
- 96 515 U.S. at 217.
- 97 Heriot, *supra* note 26, at 219.
- 98 515 U.S. at 237.
- 99 Mark W. Cordes, *Affirmative Action After Grutter and Gratz*, 24 N. Ill. U. L. Rev. 691, 712 n.124 (2004).
- 100 515 U.S. at 230.
- 101 Sullivan, *supra* note 12, at 754.
- 102 Ashutosh Bhagwat, *Purpose Scrutiny in Constitutional Law*, 85 Cal. L. Rev. 297, 323-24 (1997).
- 103 後に、O'Connor 裁判官は Grutter 判決で厳格審査の下で AA について合憲判断を下している (第 2 章 2 節)。
- 104 Ross II, *supra* note 83, at 1600, n.161.
- 105 R. Richard Banks, *Race-Based Suspect Selection and Colorblind Equal Protection Doctrine and Discourse*, 48 UCLA L. Rev. 1075, 1117 (2001).
- 106 Mashaw, *supra* note 21, at 55; Fallon, *supra* note 20, at 76.
- 107 Adam Winkler, *The Role of Institutional Context in Constitutional Law: The Federal Government as a Constitutional Niche in Affirmative Action Cases*, 54 UCLA L. Rev. 1931, 1959 (2007).
- 108 Norman R. Williams II, Note, *Rising Above Factionalism: A Madisonian Theory of Judicial Review*, 69 N.Y.U. L. Rev. 963, 985 (1994).
- 109 Winkler, *supra* note 10, at 823.

- 110 *Id.* at 842.
- 111 *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003). 当該判決については、以下の文献等参照。勝田卓也「ミシガン大学ロー・スクールにおけるアファーマティヴ・アクションをめぐる連邦控訴裁判決」ジュリスト 1229 号 (2002) 180 頁；植木前掲 (41)；紙谷雅子「大学とアファーマティヴ・アクション」アメリカ法 2004-1 153 頁；安西文雄「ミシガン大学におけるアファーマティヴ・アクション」ジュリスト 1260 号 (2004) 227 頁；山内久史「高等教育における人種的アファーマティヴ・アクション—ミシガン州立大学二事件判決 (2003 年) を契機として—」帝京国際文化 18 号 (2005) 111 頁；宮原均「不平等に対する積極的是正策と司法審査 (2・完) —高等教育の入学制度に関する合衆国最高裁判例を中心に—」法学新報 113 卷 1・2 号 (2006) 315 頁、344 頁以下；樋口範雄・柿島美子・浅香吉幹・岩田太編『アメリカ法判例百選』(有斐閣、2012) 84 頁 (吉田仁美)；吉田前掲 (40) 第 8 章。
- 112 539 U.S. at 326 (O'Connor J., jointed by Stevens, Breyer, Ginsburg & Souter JJ., majority).
- 113 *Id.* at 327.
- 114 *Id.* at 326-27.
- 115 Eric K. Yamamoto, Carly Minner & Karen Winter, *Contextual Strict Scrutiny*, 49 *How. L.J.* 241, 248 (2006).
- 116 Varol, *supra* note 19, at 1250.
- 117 Paul Brest, *Some Comments on Grutter v. Bollinger*, 51 *Drake L. Rev.* 683, 690-91 (2003).
- 118 Varol, *supra* note 19, at 222; Paul J. Beard II, *The Legacy of Grutter: How the Meredith and PICS Courts Wrongly Extended the "Educational Benefits" Exception to the Equal Protection Clause in Public Higher Education*, 11 *Tex. Rev. Law & Pol.* 1, 26 (2006); Earl M. Maltz, *Ignoring The Real World: Justice O'Connor and Affirmative Action in Education*, 57 *Cath. U.L. Rev.* 1045, 1053 (2008).
- 119 Michael Poreda, *Perspectives on Fisher v. University of Texas and The Strict Scrutiny Standard in The University Admissions Context*, 2013

- BYU Educ. & L. J. 319, 340.
- 120 See Angelo N. Ancheta, *Contextual Strict Scrutiny and Race-Conscious Policy Making*, 36 Loy. U. Chi. L.J. 21 (2004); Yamamoto & Winter, *supra* note 115; Gerstmann & Shortell, *supra* note 3.
- 121 See Tribe, *supra* note 11, at 1439–43.
- 122 Thompson & Pomeroy, *supra* note 3, at 144.
- 123 Ware, *supra* note 33.
- 124 James Nial Robinson II, *Trying to Push a Square Peg Through a Round Hole: Why the Higher Education Style of Strict Scrutiny Review Does Not Fit When Courts Consider K-12 Admissions Programs*, 2004 BYU Educ. & L. J. 51, 64.
- 125 Massey, *supra* note 16, at 949.
- 126 See Adarand, 515 U.S. 200, 243 n.1 (Stevens J., dissenting)(1995); Grutter, 539 U.S. 306, 346 (Ginsburg J. jointed by Souter J., concurring)(2003); Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (Ginsburg J. jointed by Souter & Breyer JJ., dissenting)(2003); Johnson v. California, 543 U.S. 499, 516 (Ginsburg J., dissenting)(2005).
- 127 Richard H Fallon Jr, *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. Rev. 1267, 1323 (2007). このような偽装は決して永続しないと指摘される (Massey, *supra* note 16, at 979–80)。
- 128 539 U.S. at 379–80 (Rehnquist C.J., jointed by Scalia, Thomas & Kennedy JJ., dissenting).
- 129 *Id.* at 388–94.
- 130 Parents Involved Community Schools v. Seattle School District, 551 U.S. 701 (2007). 当該判決については、以下の文献等参照。藤井樹也「学校における人種統合とアファーマティヴ・アクション(1) (2・完) アメリカ連邦最高裁ロバーツ・コートの新たな動向」筑波ロージャーナル 2号 69頁 (2007)、3号 161頁 (2008)；溜箭将之「初等教育機関における人種統合のゆくえ—The Story of Parents Involved Community Schools v. Seattle School District, 551 U.S. 701 (2007)」大沢秀介・大林啓吾編『アメリカ憲法判例の物語』47頁 (成文堂, 2014)；吉田前掲 (40) 第9章。

- 131 Thompson & Pomeroy, *supra* note 3, at 180.
- 132 Adams, *supra* note 48, at 986; Katherine M. Planer, *The Death of Diversity? Affirmative Action in the Workplace After Parents Involved*, 39 Seton Hall L. Rev. 1333, 1352–53 (2009).
- 133 Ivan E. Bodensteiner, *Although Risky After Ricci and Parents Involved, Benign Race-Conscious Action Is Often Necessary*, 22 Nat'l Black L.J. 1, 7 (2009).
- 134 Patrick M. Garry, *How Strictly Scrutinized?: Examining the Educational Benefits the Court Relied Upon in Grutter*, 35 Pepp. L. Rev. 649 (2008); Gail Heriot, *Fisher v. University of Texas: The Court (Belatedly) Attempts to Invoke Reason and Principle*, 2012–13 Cato Sup. Ct. Rev. 63, 85 (2013).
- 135 この点、吉田は、Kennedy 裁判官の立場は、「今後の動向によっては、人種的区分の利用ができなくなる結果を招く可能性があることに注意が必要である」と指摘する（吉田前掲（40）126 頁）。
- 136 *Fisher v. University of Texas at Austin*, 133 S. Ct. 2411 (Kennedy J., jointed by Roberts C.J., Scalia, Thomas, Breyer, Alito & Sotomayor JJ., majority)(2013). 当該判決については、以下の文献等参照。拙稿「*Fisher v. University of Texas at Austin*, 132 S. Ct. 1536 (2013) — 大学入試における人種使用は正しく理解された厳格審査の下で合憲性を審査されるべきとされた事例」アメリカ法 [2014–1] 187 頁；吉田仁美「大学におけるアフェーマティブ・アクションの基準の厳格化：*Fisher v. University of Texas at Austin*, 133 S. Ct. 2411 (2013)」比較法学 48 巻 1 号 (2014) 192 頁；吉田前掲（40）129 頁以下；有澤知子「大学入学とアフェーマティブ・アクション—*Fisher v. University of Texas at Austin*」大阪学院大学法学研究 41 巻 2 号 (2015) 64 頁。
- 137 Kennedy 裁判官法廷意見は、手段審査に関してのみ、文脈が影響しない旨を示している（133 S.Ct. at 2411）。
- 138 *Fisher I* 判決については、理論上 AA は生き残るが、Kennedy 裁判官が手段審査での敬讓を認めず、O'Connor 裁判官よりも厳しい手段審査を行うという予測がなされていた（Jonathan W. Rash, *Affirmative Action On Life Support: Fisher v. University of Texas at Austin and The End Of*

- Not-So-Strict Scrutiny*, 8 Duke J. Const. Law & PP Sidebar 25, 42-45 (2012)。もっとも、テキサス大学の人種使用が Kennedy 裁判官が一連の判決で示す合憲の指針に沿っているとの指摘もなされていた (Gerald Torres, *Fisher v. University of Texas: Living in the Dwindling Shadow of LBJ's America*, 65 Vand. L. Rev. En Banc 97, 100 (2012))。
- 139 Fisher v. University of Texas, 136 S. Ct. 2198 (Kennedy J., jointed by Ginsburg, Breyer & Sotomayor JJ., majority)(2016).
- 140 Kimberly Jenkins Robinson, *Fisher's Cautionary Tale and the Urgent Need for Equal Access to an Excellent Education*, 130 Harv. L. Rev. 185, 200-03 (2016).
- 141 Joan Biskupic, *Breaking In: The Rise of Sonia Sotomayor and the Politics of Justice 194-97*, Sarah Crichton Books (2014).
- 142 Peter N. Kirsanow, *Race Discrimination Rationalized Again*, 2016 Cato Sup. Ct. Rev. 59, 60.
- 143 Elise C. Boddie, *Response: The Future of Affirmative Action*, 130 Harv. L. Rev. F. 38, 45-46 (2016).
- 144 Kelly Lynn Claxton, *Fisher v. University of Texas at Austin 136 S. Ct. 2198 (2016)*. 43 Ohio N.U.L. Rev. 219, 239 (2017).
- 145 Cass R. Sunstein, *The Supreme Court, 1995 Term — Foreword: Leaving Things Undecided*, 110 Harv. L. Rev. 6, 77 (1996).
- 146 Bhagwat, *supra* note 102, at 299-304.
- 147 Gunther, *supra* note 27, at 18-19.
- 148 Kenji Yoshino, *The New Equal Protection*, 124 Harv. L. Rev. 747, 759-60 (2011).
- 149 Cleburne v. Cleburne Living Center, 473 U.S. 432, 450 (1985) (合理性の審査の下で、精神障害者のグループホームの運営を妨げるためのゾーニング法の適用を無効にしている。); Romer v. Evans, 517 U.S. 620, 635 (1996) (合理性の審査の下で、性的指向を理由に差別された者を保護する法律の採択を禁止する、コロラド州憲法を無効にしている。); Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, 578 (2003) (「正当な」政府の利益に努めないことを理由に、同性のソドミーを犯罪とするテキサス州法を無効にしている。).

- 150 Poreda, *supra* note 119, at 338–39.
- 151 See Gayle Lynn Pettinga, *Note, Rational Basis with Bite: Intermediate Scrutiny By Any Other Name*, 62 Ind. L.J. 779 (1987).
- 152 See Suzanne B. Goldberg, *Equality Without Tiers*, 77 S. Cal. L. Rev. 481 (2004).
- 153 Kathleen Sullivan, *Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing*, 63 U. Colo. L. Rev. 293, 296 (1992).
- 154 Adams, *supra* note 48, at 939.
- 155 Winkler, *supra* note 10, at 809.
- 156 William Rehnquist, *Constitutional Law and Public Opinion*, 20 Suffolk U. L. Rev. 751, 768 (1986). 例えば、Thomas 裁判官は、優先は人種ではなく、各人がおかれた不公正な状況に基づいて行われるべきという考えの下、あらゆる AA を違憲だと判断してきた (See Clarence Thomas, *Affirmative Action Goals and Timetables: Too Tough? Not Tough Enough!*, 5 Yale L. & Poly Rev. 402, 410–11 (1987))。Scalia 裁判官も、その業績において、AA に対する反対する見解を明確に示している (Antonin Scalia, *The Disease as Cure: “In Order to Get Beyond Racism, We Must First Take Account of Race”*, 1979 Wash. U. L.Q. 147)。リベラル派にとって、AA は神聖不可侵だとされる (Scott D. Gerber, *Clarence Thomas, Fisher v. University of Texas, and The Future of Affirmative Action in Higher Education*, 50 U. Rich. L. Rev. 1169 (2016))。
- 157 Michael J Klarman, *Rethinking the Civil Rights and Civil Liberties Revolution*, 82 Va. L. Rev. 1, 6 (1996).
- 158 Cass R. Sunstein, David Schkade, & Lisa Michelle Ellman, *Ideological Voting on Federal Courts of Appeals: A Preliminary Investigation*, 90 Va. L. Rev. 301, 319 (2004).
- 159 Sullivan, *supra* note 12, at 754 ; Sheldon Goldman, *Judicial Confirmation Wars: Ideology and The Battle for The Federal Courts*, 39 U. Rich. L. Rev. 871, 874 (2005).
- 160 Devins, *supra* note 61, at 351 n.18.
- 161 溜箭将之「ロバーツコートの裁判官たち」大林啓吾・溜箭将之編『ロバー

ツコートの立憲主義』(成文堂、2017) 41 頁、43 頁。

- 162 See Bodensteiner, *supra* note 133, at 8; Corey A. Ciocchetti & John Holcomb, *The Frontier of Affirmative Action: Employment Preferences & Diversity in the Private Workplace*, 12 U. Pa. J. Bus. L. 283, 342 (2010); Nelson, *supra* note 4, at 1138 n.27; Joseph O. Oluwole & Preston C. Green III, *Harrowing Through Narrow Tailoring: Voluntary Race-Conscious Student Assignment Plans, Parents Involved and Fisher*, 14 Wyo. L. Rev. 705, 739 (2014); Liliana M. Garces, *Lessons From Social Science for Kennedy's Doctrinal Inquiry in Fisher v. University of Texas II*, 64 UCLA L. Rev. Disc. 18, 20-21 (2016).
- 163 Merrill, *supra* note 71, at 572-73.
- 164 See *Id.* at 601-32.
- 165 Smith v. University of Washington, 392 F. 3d 367, 392 (9th Cir.2004); Fisher, 631 F. 3d 213, 231 (5th Cir.2011).
- 166 Cavalier ex rel. Cavalier v. Caddo Parish Sch. Bd., 403 F.3d 246, 267 n.20 (5th Cir. 2005); Evans-Marshall v. Bd. of Educ., 624 F.3d 332, 344 (6th Cir. 2010).
- 167 *The Supreme Courts 2012 Term - Leading Case: I. Constitutional Law: F. Fourteenth Amendment - Equal Protection Clause - Public-University Affirmative Action - Fisher v. University of Texas at Austin*, 127 Harv. L. Rev. 258, 263-64 (2013).
- 168 See Garces, *supra* note 162, at 20 ; Gerber, *supra* note 156, at 1190; Vinay Harpalni, *Victory is Defeat: The Ironic Consequence of Justice Scalia's Death for Fisher v. University of Texas*, 164 U. Pa. L. Rev. 155 (2016).
- 169 平等保護の分野での Kennedy 裁判官の影響力の増加が指摘されている(溜箭前掲 (130) 77 頁; 高橋正明「ケネディ裁判官の影響力の増加」大林啓吾・溜箭将之編『ロバーツコートの立憲主義』(成文堂、2017) 89、127-29 頁)。
- 170 溜箭は、保守派とリベラル派の中間でキャスティングボードを握る Kennedy 裁判官の意見は、合衆国最高裁の「行方を占うには無視することはできない」と指摘する(溜箭前掲 (130) 78 頁)。

- 171 Grutter 判決での大学の判断に対する裁判所による敬讓の問題については、以下の文献を参照。松田浩「『修正第 1 条制度』論と学問の自由」浦田一郎ほか編『山内敏弘先生古稀記念論文集・立憲平和主義と憲法理論』（法律文化社、2010）304 頁、311 頁；城野前掲（2）58 頁以下。
- 172 539 U.S. at 323.
- 173 *Id* at 323–24.
- 174 Keyishian v. Board of Regents of Univ. of State of N. Y., 385 U.S. 589, 603 (1967).
- 175 *Id.* at 324.
- 176 *Ibid.*
- 177 *Ibid.*
- 178 *Id.* at 326.
- 179 *Ibid.*
- 180 *Id.* at 327.
- 181 *Ibid.*
- 182 *Id.* at 327–28.
- 183 *Id.* at 328.
- 184 *Id.* at 328–29.
- 185 *Id.* at 329.
- 186 *Id.* at 329–30.
- 187 *Id.* at 330.
- 188 *Id.* at 330–31.
- 189 *Id.* at 331.
- 190 *Id.* at 332–33.
- 191 *Id.* at 333.
- 192 *Id.* at 334.
- 193 *Ibid.*
- 194 *Id.* at 335–36.
- 195 *Id.* at 336–37.
- 196 *Id.* at 337.
- 197 *Id.* at 339.

198 *Ibid.*

199 *Id.* at 339–40.

200 *Id.* at at 340.

201 *Ibid.*

202 *Id.* at 341.

203 *Id.* at 342.

204 *Ibid.*

205 *Id.* at 343.

206 *Ibid.*

207 *Id.* at 344.

208 *Id.* at 345–46.

209 *Id.* at 347.

210 *Ibid.*

211 *Id.* at 351–53.

212 *Id.* at 357–61.

213 *Id.* at 362.

214 *Id.* at 371–72.

215 *Id.* at 372–73.

216 *Id.* at 375–77.

217 *Id.* at 377–78.

218 *Id.* at 379–80.

219 *Id.* at 380.

220 *Id.* at 381.

221 *Id.* at 383.

222 *Id.* at 386–87.

223 *Id.* at 387–88.

224 *Id.* at 388–89.

225 *Id.* at 391–92.

226 *Id.* at 394.

227 *Ibid.*

228 *Id.* at 324.

- 229 *Id.* at 329.
- 230 *Id.* at 333.
- 231 *Id.* at 329–30.
- 232 438 U.S. at 311–12.
- 233 Karlan, *supra* note 70, at 1625.
- 234 Adams, *supra* note 48, at 946.
- 235 Jay P. Lechner, *Learning from Experience : Why Racial Diversity Cannot Be a Legally Compelling Interest in Elementary and Secondary Education*, 32 Sw. U. L. Rev. 201, 217 (2003).
- 236 Stephanie Jackson, *The Curious Case fo FisherII & The Vanishing Diversity Interest*, 7 Wake Forest J. L. & Pol'y 59, 67 (2016).
- 237 539 U.S. at 330–34.
- 238 Paul Horwitz, *Grutter's First Amendment*, 46 B.C. L. Rev. 461, 500 (2005).
- 239 Ware, *supra* note 33, at 2109.
- 240 Karlan, *supra* note 70, at 1622.
- 241 539 U.S. at 387 (Rehnquist C.J., jointed by Scalia, Kennedy, Thomas JJ., dissenting) (「本法廷は、我々の厳格審査の下で、先例にない敬讓を示して、明確な欠点があるのにもかかわらず、ロー・スクールの施策を支持した。」) ; *Id.* at 350 (Thomas J., dissenting). 保守派の裁判官は、刑事施設の人種区分の合憲性が問題とされた事例では、刑事施設の運営には在監者の安全に係る難しい判断が含まれており、裁判所は職員の専門知識に基づく判断を敬讓すべきだとする (Johnson v. California, 543 U.S. 499, 528–31 (Thomas J., jointed by Scalia J., dissenting)(2005))。そして、刑事施設での人種区分には緩やかな厳格度の基準が適用されるべきとする (*Id.* at 524)。厳格審査に敬讓の概念を組み入れないことでは Grutter 判決での立場と一貫しているが、あらゆる人種区分には厳格審査が適用されるべきとする立場とは矛盾している。
- 242 F. Andrew Hessick, *Rethinking the Presumption of Constitutionality*, 85 Notre Dame L. Rev. 1447, 1449 (2010).
- 243 Varol, *supra* note 19, at 1260 n.115.
- 244 Karlan, *supra* note 70, at 1621.

- 245 Heriot, *supra* note 134, at 78.
- 246 539 U.S. at 394.
- 247 *Id.* at 388.
- 248 Boddie, *supra* note 143, at 45-46.
- 249 539 U.S. at 324.
- 250 Matthew W. Finkin, *On "Institutional" Academic Freedom*, 61 Tex. L. Rev. 817, 818 (1983).
- 251 Hopwood v. Texas, 78 F.3d 932, 943 n.25 (5th Cir. 1996).
- 252 Richard H. Hiers, *Institutional Academic Freedom—A Constitutional Misconception: Did Grutter v. Bollinger Perpetuate the Confusion*, 30 J.C. & U.L. 531 (2004).
- 253 Annalisa Jabaily, *Color Me Colorblind: Deference, Discretion, and Voice in Higher Education After Grutter*, 17 Cornell J.L. & Pub. Pol'y 515, 526-27 (2008).
- 254 Borden v. Sch. Dist., 523 F.3d 153, 172 (3d Cir. 2008).
- 255 Paul Horwitz, *Universities as First Amendment Institutions: Some Easy Answers and Hard Questions*, 54 UCLA L. Rev. 1497, 1500-01 (2007).
- 256 Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944).
- 257 *Id.* at 216.
- 258 Klarman, *supra* note 31, at 232.
- 259 Joseph M. Bruner, *Square Pegs Round Holes? Strict Scrutiny and Voluntary School Desegregation Plans*, 75 U. Cin. L. Rev. 791, 795 (2006).
- 260 Siegel, *supra* note 35, at 356.
- 261 Jared M. Mellott, *The Diversity Rationale for Affirmative Action in Employment After Grutter*, 48 Wm and Mary L. Rev. 1091, 1098 n.36 (2006).
- 262 Adarand, 515 U.S. at 214-15; Grutter, 539 U.S. at 351.
- 263 Jamie L. Barkerjamie L. Baker, *Back to Basics A Functional Strict Scrutiny Solution to the Affirmative Action Controversy*, 22 Ohio N.U.L. Rev. 1363, 1368 (1996); Rubin, *supra* note 28, at 3 n.1; Greg Robinson & Toni Robinson, *Korematsu and Beyond: Japanese Americans and the Origins of Strict Scrutiny*, 68 Law & Contemp. Probs. 29 (2005).

- 264 323 U.S. at 218-19.
- 265 *Id.* at 223-24.
- 266 William H. Rehnquist, *All the Laws but One: Civil Liberties in Wartime* 203-11, Vintage (1998) (戦時には、敵国外国人を異なって取扱うのを支持するために、一定の区別が緩むと主張している。); Neil Gotanda, *The Story of Korematsu: The Japanese-American Cases*, in *Constitutional Law Stories* 249, 271, Foundation Press (2003).
- 267 Thompson & Schiff, *supra* note 30, at 442.
- 268 Klarman, *supra* note 31, at 232 n.81.
- 269 Joseph M. Bruner, *Square Pegs Round Holes? Strict Scrutiny and Voluntary School Desegregation Plans*, 75 U. Cin. L. Rev. 791 (2006); Ross II, *supra* note 83, at 1600-01 n163.
- 270 Libby Huskey, *Case Note, Constitutional Law - Affirmative Action in Higher Education—Strict in Theory, Intermediate in Fact? Grutter v. Bollinger*, 123 S. Ct. 2325 (2003), 4 Wyo. L. Rev. 439, 470 (2004).
- 271 Kairys, *supra* note 21, at 745.
- 272 Klarman, *supra* note 31, at 232.
- 273 Massey, *supra* note 16, at 973-74.
- 274 Thompson & Schiff, *supra* note 30, at 478.
- 275 Thompson & Pomeroy, *supra* note 3, at 155.
- 276 *Id.* at 156.
- 277 *Metro Broadcasting*, 497 U.S. at 602 (O'Connor J, jointed by Rehnquist C.J & Scalia, Kennedy JJ., dissenting).
- 278 539 U.S. at 330-32. 他方、マイノリティと非マイノリティの学力差は人種分離に起因しないとの見解も示されている (See David J. Armor, *The End of School Desegregation and the Achievement Gap*, 28 *Hastings Const. L.Q.* 629, 653 (2001))。
- 279 Beard II, *supra* note 118, at 18.
- 280 Roger Clegg, *Attacking "Diversity": A Review of Peter Wood's Diversity: The Invention of a Concept*, 31 J.C. & U.L. 417, 428 (2005).
- 281 例えば、*Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950) で、テキサス州は、「人種

分離された学校において白人と黒人の学生に対して同等な設備を供給する合理性を支持するのに……十分な証拠がある」と主張する合衆国政府とはハーバード大学の学長による研究を参照することで、人種分離を同様に擁護した (Sweatt v. Painter, 339 U.S. 629 (1950))。

282 Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954). 当該判決については、以下の文献等参照。和田英夫「ブラウン判決とその意義—アメリカ憲法と最高裁判所」法律論叢 39 巻 4・5・6 号 1 頁 (1966)；『英米法判例百選<第 3 版>』(有斐閣、1996) 62 頁 (藤倉皓一郎)；山口房司「ブラウン判決—人種統合を求めて—」アメリカス研究 7 号 (2002)；山口房司「ブラウン判決再検」アメリカス研究 9 号 (2005) 19 頁；早瀬勝明「ブラウン判決は本当にアメリカ社会を変えたのか (1) (2・完)」山形大学法政論叢 35 号 (2006) 128 頁、36 号 1 頁；勝田卓也「ブラウン判決再考」法学雑誌 53 巻 3 号 (2007) 183 頁；『アメリカ法判例百選』(有斐閣、2012) 80 頁 (安部圭介)。

283 347 U.S. at 493-95.

284 Edmond Cahn, *Jurisprudence*, 30 N.Y.U. L. Rev. 150, 167 (1955).

285 毛利徹「人種分離撤廃の現実と法理論 (2) —憲法訴訟における事実解釈の研究」国家学会雑誌 107 巻 7・8 号 (1994) 1 頁、32-36 頁参照。

286 Beard II, *supra* note 118, at 19-20.

287 539 U.S. at 349, 357-60.

288 Derrick Bell, *Diversity's Distractions*, 103 Colum. L. Rev. 1622, 1625 (2003).

289 Beard II, *supra* note 118, at 30.

290 社会学的証拠は憲法上の権利を十分に理由づけないとされるが、その援用によって、判決の説得力が増す可能性がある (毛利前掲 (285) 57 頁参照)。だが、詳細な検討なしに、過度な敬讓によって一方の社会学的証拠を鵜呑みにした場合、判決の説得力が増すとは考えられない。

291 判決の社会学的証拠への依拠をめぐる議論に関し、毛利が詳細かつ鋭い分析をしている。Brown 判決は社会学の不明確な証拠へ依拠していると批判されたが、毛利によれば、この批判は Brown 判決を支える社会観 (人種共学でなければならない) に対するものだと指摘される。即ち、Brown 判決が事実認定を詳細に行ったとしても、結局は批判されたというのであ

る(毛利前掲(285)30-32頁)。このように理解すると、合衆国最高裁が社会学に基づいて差別を正当化しなくなったのは、それを支える社会観(人種差別)を否定したということである。Grutter判決の社会学への依拠に対する批判も、判決を支える社会観(大学の学生構成は人種的に多様であるべき)に対するものだと捉えられる。とすれば、Grutter判決が詳細な事実認定をしても、結局は批判されることになる。だが、そうだとすも、過度な敬讓を示し、比較検討をせずに大学側の証拠だけを鵜呑みにすることは、厳密に審査をしていない。

292 入学者選抜に関する大学の判断は裁判所が敬讓すべき学問的判断だが、中林が指摘するように、この判断に対して、州民が制限を加えることができるのかという問題として、Schuette判決を捉えることができる(中林曉生「アメリカの大学自治と制度理論」憲法理論研究会編『憲法理論叢書第23巻・対話と憲法理論』(敬文堂、2015)31頁、40頁)。

293 *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996). 当該判決については、根本猛「男女別学の合憲性：VMI判決を中心に」静岡大学法政研究3巻2号(1998)21頁参照。

294 518 U.S. at 524.

295 *Id.* at 531.

296 Gerstmann & Shortell, *supra* note 3, at 34.

297 Cass R. Sunstein, *Leaving Things Undecided*, 110 Harv. L. Rev. 4, 75 (1996).

298 Varol, *supra* note 19, at 1279.

299 518 U.S. at 539-40.

300 Varol, *supra* note 19, at 1280.

301 539 U.S. at 340.

302 Varol, *supra* note 19, at 1280-81.

303 518 U.S. at 524.

304 *Ibid.*

305 *Id.* at 551 n.19.

306 Varol, *supra* note 19, at 1281-82.

307 合衆国最高裁は中間審査を適用しながらも、高いレベルの審査を行ったと

する分析として以下参照（根本前掲（293）42頁；平地秀哉「憲法上の平等保障と立法目的の審査」早稲田法学 77 巻 2 号（2002）143頁）。

- 308 Gerstmann & Shortell, *supra* note 3, at 35.
- 309 Schuette v. Coalition to defend Affirmative Action, 134 S.Ct 1623 (2014). 当該判決については以下の文献等参照。吉田前掲（40）第 11 章；吉田仁美「Schuette v. Coalition to defend Affirmative Action, 134 S.Ct. 1623 (2014)—アファーマティヴ・アクションを禁止する州憲法の修正は、修正 14 条に違反しない」アメリカ法 2015-1 130 頁；岸野薫「大学入学選考における優遇措置を禁止する州憲法改正は合衆国憲法修正 14 条に反するか— Schuette v. Coalition to defend Affirmative Action, 134 S.Ct. 1623 (2014)—」香川法学 34 巻 3・4 号（2015）65 頁；井樋三枝子「アファーマティブアクション廃止容認連邦最高裁判決」外国の立法 No260 - 1 (2014)；拙稿「Michigan 州憲法の修正による大学の入学者選抜での Affirmative Action の禁止は合衆国憲法に違反しないとされた事例— Schuette v. Coalition to defend Affirmative Action, 134 S.Ct 1632 (2014)—」桐蔭法学 22 巻 2 号（2016）46 頁。
- 310 134 S. Ct. at 1630.
- 311 *Id.* at 1636-37.
- 312 539 U.S. at 329.
- 313 Beard II, *supra* note 118, at 26.
- 314 Jackson, *supra* note 236, at 72.
- 315 この考えが、リベラル派であり、法学教授を務めた Breyer 裁判官によって是認されていることが印象的だとされる (Michael Kagan, “*Unelected Faculty*”: Schuette v. Coalition and the Limits of Academic Freedom, 5 Calif. L. Rev. Circuit 286 (2014))。
- 316 *Id.* at 295.
- 317 *Id.* at 296.
- 318 Jackson, *supra* note 236, at 78.
- 319 Rumsfeld v. Forum for Academic & Institutional Rights, Inc. (FAIR), 547 U.S. 47 (2006). 当該判決については、平地秀哉「軍リクルーターのキャンパスアクセスを条件とする補助金支給と違憲な条件」ジュリスト 1340 号

(2007) 108 頁参照。

320 390 F.3d 219, 224 (3d Cir. 2004).

321 *Id.* at 224 n.13.

322 547 U.S. at 58.

323 *Id.* at 67.

324 *Id.* at 69.

325 *Burt v. Gates*, 502 F.3d 183, 185 (2d Cir. 2007).

326 502 F.3d at 191-92.

327 Karlan, *supra* note 70, at 1633-34.

328 Horwitz, *supra* note 255, at 1519.

329 Paul Horwitz, *Three Faces of Deference*, 83 Notre Dame L. Rev. 1061, 1130 (2008).

330 Erica Goldberg & Kelly Sarabyn, *Measuring a "Degree of Deference": Institutional Academic Freedom in a Post-Grutter World*, 51 Santa Clara L. Rev. 217, 243 (2011). もっとも、政治学や哲学のようにイデオロギー的要素を持つ分野では、イデオロギー的見解と学術的判断を区別するのは非常に難しい (*Id.* at 245)。

331 マイノリティの教員がマイノリティの学生に肯定的な影響を及ぼすという考えに基づき (Jonathan Alger, *When Color-Blind Is Color-Bland: Ensuring Faculty Diversity in Higher Education*, 10 Stan. L. & Policy Rev. 191, 194 (1999); Abigail Thernstrom, *Voting Rights: Another Affirmative Action Mess*, 43 UCLA L. Rev. 2031, 2048 (1996); T. Alexander Aleinikoff, *A Case for Race-Consciousness*, 91 Colum. L. Rev. 1060, 1080 (1991))、学生構成の多様性よりも、教員の多様性が重要であるとの指摘もなされる (Garry, *supra* note 134)。実際に、教員の採用判断で AA が実施されるべきとの見解が主張されている (Mari Matsuda, *Affirmative Action and Legal Knowledge : Planting Seeds in Plowed-up Ground*, 11 Harv. Women's L.J. 1 (1988))。学生構成の多様性は早期に達成されるが、教員の入替には時間がかかるため (Garry, *supra* note 134, at 658)、学生を対象とする AA の方が早期に効果を得やすい (Patrick M. Garry, *The Next Step in Diversity: Extending the Logic of Grutter v. Bollinger to Faculty Tenure*,

- 82 Denv. U. L. Rev. 1 (2004)。
- 332 Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978). 当該判決については、高橋一修「Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978) —州立大学入学選考者におけるいわゆる逆差別」アメリカ法 [1980-1] 153 頁等参照。
- 333 Bakke 判決 Blackmun 裁判官反対意見は「教育機関の運営と管理は裁判所の能力を超えており……教育者の特別な権限内にあり」、憲法上の制限に服すると主張した (438 U.S. at 404)。Blackmun 裁判官反対意見こそが、Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見の真の先例であったという考察もなされている (Wendy Parker, *Connecting the Dots: Grutter, School Desegregation, and Federalism*, 45 Wm. & Mary L. Rev. 1691, 1700 n.51 (2004))。
- 334 Robinson II, *supra* note 124, at 66 n.99 ; Varol, *supra* note 19, at 1274.
- 335 Wessmann v. Gittens, 160 F.3d 790, 794–800 (1st Cir. 1998); Tuttle v. Arlington County School Board, 195 F.3d 698 (4th Cir. 1999).
- 336 Hopwood v. Texas, 78 F.3d 932, 942 (5th Cir. 1996) (「Powell 裁判官の意見は、『評決を決定する判断』を示しており、重要な部分に他のどの裁判官も加わらなかったが、Bakke 判決の影響に関する後の議論に重要な役割を果たしている。」)。
- 337 Adams, *supra* note 48, at 944–45.
- 338 Sweezy v. New Hampshire, 354 U.S. 234, 263 (Frankfurter J., concurring) (1957).
- 339 438 U.S. at 311–12.
- 340 *Id.* at 314.
- 341 Neal Kumar Katyal, *The Promise and Precondition of Educational Autonomy*, 31 Hastings Const. L.Q. 557, 571 (2003).
- 342 438 U.S. at 314.
- 343 Varol, *supra* note 19, at 1269. Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見も、「憲法上描かれた枠内で、大学の学術的判断をある程度敬讓する」として (539 U.S. at 328)、この指針を念頭に置く。
- 344 Horwitz, *supra* note 238, at 493.

- 345 J. Peter Byrne, *Academic Freedom: A “Special Concern of the First Amendment,”* 99 Yale L.J. 251, 313 (1989).
- 346 Horwitz, *supra* note 238, at 493.
- 347 438 U.S. at 312.
- 348 *Id.* at 312–13.
- 349 *Keyishian v. Board of Regents*, 385 U.S. 589, 603 (1967).
- 350 438 U.S. at 312–13.
- 351 Horwitz, *supra* note 238, at 492–93. 同意見は、マイノリティの医師を増やすことで、医師の少ない地域で医療活動に従事する医師の数を増やすという目的が状況によってはやむにやまれぬ利益になることを認めるが、当該判決では施策が目的に向けて密接に仕立てられていないとして否定する (438 U.S. at 310–11)。
- 352 Karlan, *supra* note 70, at 1625.
- 353 539 U.S. at 328.
- 354 *Id.* at 330–33. Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見は出力 (卒業生の社会とのかかわり) を重視するが、それは以前に O'Connor 裁判官自身が否定したロール・モデルの理論 (*See Wygant*, 476 U.S. at 279–84, 288 (O'Connor, J., concurring)) と類似しているとも指摘される (*Maltz, supra* note 118, at 1053)。これに対し、大学の入学者選抜の文脈では、すべての人種に指導者としての道を開くことで、指導者の正統性を確保することが意識されていることから、多様性は学生が目指すべきロール・モデルを提供するものではないという指摘もある (*Eric A. Tilles, Lessons from Bakke: The Effect of Grutter on Affirmative Action in Employment*, 6 U. Pa. J. Lab. & Emp. L. 451 (2004))。
- 355 Adams, *supra* note 48.
- 356 539 U.S. at 330.
- 357 Karlan, *supra* note 70, at 1625.
- 358 この点、平地は Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見が多様性の概念につき、大胆な拡大を行った旨を指摘する (平地秀哉「平等理論—『審査基準』の行方」『憲法理論の再創造』(日本評論社、2011) 339 頁、351 頁)。
- 359 Horwitz, *supra* note 238, at 500.

- 360 企業による AA の正当化理由は、差別の救済から多様性に移行している (Cynthia Estlund, *Taking Grutter to Work*, 7 Green Bog 2d 215, 216 (2004))。
- 361 539 U.S. at 330–31.
- 362 各企業は多様な労働力が多様な消費者に努めるため、多様な労働力を必要だと宣言している (Cynthia L. Estlund, *Putting Grutter to Work : Diversity, Integration and Affirmative Action in Workplace*, 26 Berkeley J Emp & Lab L.J 1, 4 (2005))。多様な労働力は業務上必要であり (Paul Frymer and John D. Skrentny, *The Rise of Instrumental Affirmative Action: Law and the New Significance of Race in America*, 36 Conn. L. Rev. 677, 704–708 (2004))、それは法律専門職でも同様だと指摘される (David B. Wilkins, *From “Separate is Inherently Unequal” to “Diversity is Good for Business” : The Rise of Market-Based Diversity Arguments and the Fate of the Black Corporate Bar*, 117 Harv. L. Rev. 1548, 1575–91 (2004))。
- 363 See Rebecca Hanner White, *Affirmative Action in the Workplace: The Significance of Grutter?*, 92 Ky. L.J. 263 (2003).
- 364 See David A. Harvey, *A Preference for Equality: Seeking the Benefits of Diversity Outside the Educational Context*, 21 BYU J. Pub. L. 55 (2007).
- 365 Adams, *supra* note 48, at 948.
- 366 Thompson & Pomeroy, *supra* note 3, at 158.
- 367 Brian N. Lizotte, *The Diversity Rationale: Unprovable, Uncompelling*, 11 Mich. J. Race & L. 625, 644 (2006).
- 368 Larry Alexander & Maimon Schwarzschild, *Grutter or Otherwise: Racial Preferences and Higher Education*, 21 Const. Comment. 3, 4 n.9 (2004).
- 369 Thompson & Schiff, *supra* note 30, at 454 n.91. こうした見解では、教育機関との性質の違いから、多様性の価値は公的機関 (Mellot, *supra* note 261) および民間機関 (Tilles, *supra* note 354) の AA を正当化できない。
- 370 539 U.S. at 330.
- 371 Horwitz, *supra* note 238, at 499–500.
- 372 Robert Fullinwider, *The Reverse Discrimination Controversy* 82, Rowman & Littlefield Pub. Inc. (1982).

- 373 See Ronald Tumer, *Twenty First Annual Carl Warns Labor & Employment Institutes: Grutter, The Diversity Justifications, and Workplace Affirmative Action*, 43 Brandeis L.J. 199 (2004).
- 374 安全に係る職種では、任務の達成のために、マイノリティの市民との信頼関係の構築が必要であり、その構築のために人種相互の理解が促進されなければならない (See *Lomack v. City of Newark*, 2005 U.S. Dist. LEXIS 18892)。
- 375 *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989) (多くの証拠によって、使用者が同様の判断がなされるだろうと証明する場合には、ジェンダーが雇用判断で役割を果たしていたと原告が証明しても、使用者は法的な責任がないと判示する。); *Connick v. Myers*, 461 U.S. 138 (1983) (公務員が個人的な利益について主張していないとき、合衆国裁判所は、公務員の主張に関する使用者の判断を審査するのに適切な地位にないと判示する。)
- 376 第 7 巡回区合衆国控訴裁判所は、シカゴ市警の昇進判断での AA の合憲性が問題とされた *Petit v. City of Chicago*, 352 F.3d 1111 (7th Cir. 2003) において、合憲判断を下した。その際、巡査部長の階級での人種の多様性が警察の業務を促進に必要だとする警察の判断を敬讓したとされる (Tumer, *supra* note 373, at 221)。
- 377 White, *supra* note 363, at 270–71.
- 378 539 U.S. at 328. Grutter 事件の第 6 巡回区合衆国裁判所判決も、専門知識を持つロー・スクールの教育的判断が敬讓されるべき旨を示す (288 F.3d 732, 750-51 (6th Cir. 2002))。
- 379 Grunberger, *supra* note 30, at 280.
- 380 Elizabeth Dale, *Death or Transformation? Educational Autonomy in the Roberts Court*, 43 Tulsa L. Rev. 725, 728 (2008) (報道機関・宗教的結社などの機関への Grutter 判決の判旨の拡大を主張している。)
- 381 Adams, *supra* note 48; Varol, *supra* note 19, at 1274.
- 382 Paul Horwitz, *Three Faces of Deference*, 83 Notre Dame L. Rev. 1061, 1090 (2008).
- 383 *Id.* at 1092.
- 384 Scott A. Moss, *Against “Academic Deference”: How Recent Developments*

- in Employment Discrimination Law Undercut an Already Dubious Doctrine*, 27 Berkeley J. Emp. & Lab. L. 1, 6 (2006).
- 385 Winkler, *supra* note 107, at 1958.
- 386 Varol, *supra* note 19, at 1274–75.
- 387 539 U.S. at 328.
- 388 Horwitz, *supra* note 238, at 496.
- 389 Varol, *supra* note 19, at 1274.
- 390 United States v. Virginia, 518 U.S. 515 (1996).
- 391 J. Peter Byrne, *What Next for Academic Freedom?: Constitutional Academic Freedom After Grutter: Getting Real About the “Four Freedoms” of a University*, 77 U. Colo. L. Rev. 929, 934 (2006).
- 392 Tomiko Brown-Nagin, *The Diversity Paradox: Judicial Review in an Age of Demographic and Educational Change*, 65 Vand. L. Rev. En Banc 113, 127-29 (2012).
- 393 Nelson, *supra* note 4.
- 394 Horwitz, *supra* note 255, at 1543.
- 395 Ware, *supra* note 33, at 2111.
- 396 Goldberg & Sarabyn, *supra* note 330, at 235.
- 397 Katyal, *supra* note 341, at 558.
- 398 Larry Alexander, *Academic Freedom*, 77 U. Colo. L. Rev. 883, 884 (2006).
- 399 Goldberg & Sarabyn, *supra* note 330, at 239.
- 400 Sweezy v. New Hampshire, 354 U.S. 234, 263 (1957).
- 401 Keyishian v. Bd. of Regents of Univ. of State of N.Y., 385 U.S. 589, 603 (1967).
- 402 Goldberg & Sarabyn, *supra* note 330, at 244.
- 403 Byrne, *supra* note 391, at 951.
- 404 Goldberg & Sarabyn, *supra* note 330, at 239–40.
- 405 FAIR 判決 (Rumsfeld v. Forum for Academic & Institutional Rights, Inc. (FAIR), 547 U.S. 47 (2006)) では、各ロー・スクールは、ソロモン修正条項はゲイが軍隊を含めたあらゆるキャリアで同等に扱われるべきという見解を伝えるロー・スクールの能力を侵害したと主張する。しかし、これは

知識の普及と学術的経験の促進とは無関係であり、イデオロギー的見解だと主張される (Goldberg & Sarabyn, *supra* note 330, at 243)。結果として、合衆国最高裁はロー・スクールの判断を敬讓しなかった (第 2 章 6 節 4 項参照)。

406 539 U.S. at 324.

407 Goldberg & Sarabyn, *supra* note 330, at 241.

408 *Id.* at 246.

409 *Id.* at 254.

410 Moss, *supra* note 384, at 5.

411 *Id.* at 3.

412 *Id.* at 6–7.

413 Michelle Chase, *Gender Discrimination, Higher Education, and the Seventh Circuit: Balancing Academic Freedom with Protections Under Title VII, Case Note: Farrell v. Butler University*, 22 Wis. Women's L.J. 153, 160 (2007).

414 Moss, *supra* note 384, at 15.

415 *Id.* at 25.

416 University of Pennsylvania v. Equal Opportunity Employment Commission, 493 U.S. 182, 197–98 (1978).

417 *Id.* at 199–202.

418 *Id.* at 199.

419 敬讓の概念が他の文脈に拡大するのかどうかについては、大学以外の各機関が憲法上いかなる権限や裁量を認められているのかを考察する必要がある、文脈ごとの個別具体的な検討がなされなければならない、その検討は他日に行う。

(もぎ・ようへい 桐蔭横浜大学法学部准教授)