

大学の入学者選抜における Affirmative Action と 厳密な厳格審査

— Fisher v. University of Texas, 136 S. Ct. 2198 (2016) —

茂木 洋平

I 事実の概要

Texas 大学 Austin 校 (UT) はアメリカ合衆国の中で上位の高等教育機関であり、入学するための競争は厳しい。1997 年より前の数年間、当該大学は、志願者を評価する際に、試験の点数と高校での成績を反映した数値 (Academic Index (AI)) とともに人種を考慮した。1996 年、この入学者選抜手続は第 5 巡回合衆国控訴裁判所により違憲とされた (Hopwood v. Texas, 78 F. 3d 932 (1996))。この判決の後、当該大学は入学者選抜手続での人種の考慮を止め、AI とともに、当該大学への志願者の貢献の可能性に関する全体的な評価 (Personal Achievement Index (PAI)) を用いた。PAI には、学生の指導者としての資質と職業経験、賞罰、課外活動、奉仕活動、学生の背景を見抜く他の特別な状況が含まれる。当該大学はマイノリティの学生への配分を増やすことを目的とした奨学金に関する施策などを行ったが、入学者選抜で人種の考慮を止める前と比べて、新入生に占めるマイノリティの割合は減少した。

1997 年、Texas 州議会は Top10% 法を採択した。これは、Texas 州内の各高校で成績上位 10% にあるすべての学生に対して、すべての州立大学に自動的に入学を許可する。Texas 州の多くの高校は事実上人種ごとに分離しており、マイノリティの学生が多数を占める高校が多数存在しているため、これにより新入生に占めるマイノリティの割合は Hopwood 判決前の水準を回復した。

しかし、Top10% プランによる合格者には学部ごとの選考が行われ、難易

度の高い学部ではマイノリティの学生の占める割合が少ない。また、当該大学によれば、活発な意見交換は少人数の授業でなされ、その多くでマイノリティの学生が不足し、多様な学生構成から生じる教育的利益は生じていない。合衆国最高裁がロー・スクールの入学者選抜手続でのプラス要素としての人種の考慮を合憲とした後 (Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003))、この問題を解決するために、当該大学は PAI の 1 つの要素として人種を明確に考慮するようになった。当該は新生生の 75% を Top10% プランによって入学させ、残りの 25% の入学者選抜を AI と PAI によって評価する。そのため、実際には、Top10% プランによって Texas 大学に入学するためには、在籍高校の成績上位 7～8% になければならない。

現在、PAI は 1～6 点で志願者を評価し、その評価は小論と「個人的達成の点数 (Personal Achievement Score (PAS))」の 2 つから構成され、人種は PAS の 1 つの要素として考慮される。PAI の評価者は志願者を同等に評価する広範囲にわたる訓練を行っている。PAI の評価は複数の評価者が行い、当該大学の入学者選抜の担当部局は各評価者の評価が 1 点以内に収まっているのかを審査している。

PAI と AI の点数が計算されると、当該大学内の各専攻の入学者選抜の担当者は PAI と AI の足切点を設定し、これをクリアしたすべての志願者に入学を許可する。各専攻の入学者選抜の担当者は志願者の人種を知らずにこの判断を行う。

Texas 州市民である Fisher は 2008 年に当該大学に志願した。Fisher は在籍高校において Top10% プランにより入学を許可される成績にはなく、AI と PAI により評価され不合格となった。Fisher は、入学者選抜手続での人種の使用が平等保護条項に違反すると主張し、Texas 州西地区合衆国地方裁判所に提訴した。当該裁判所は大学を支持する正式な事実審理を経ない判決を認め (645 F. Supp. 2d 587 (2009))、第 5 巡回区合衆国控訴裁判所はこれを支持した (631 F.3d 213 (5th Cir. 2011))。Grutter 判決は、厳格審査 (strict scrutiny) の下での目的と手段の審査に関して、大学の判断への尊重を裁判所に要求する。この基準を適用し、第 5 巡回区合衆国控訴裁判所は大学の人種を考慮する入学者選抜手続を支持した。Fisher は裁量上訴を求め、受理された。合衆国最高裁は、Grutter 判決で示された厳格審査の理解は誤

っており、正しく理解された厳格審査の下で判断を下すべきとして原審の判断を破棄し、事案を差し戻した（133 S. Ct. 2411 (2013) (Fisher I)）。第5巡回合衆国控訴裁判所は、Fisher I で示された厳格審査を適用し、当該大学の人種使用の合憲性を認めた（758 F.3d 633 (5th Cir.2014)）。

II 判旨

原判決を支持（4対3）。Kennedy 裁判官が法廷意見を執筆し（Ginsburg, Breyer, Sotomayor 裁判官同調）、Alito 裁判官が反対意見を示す（Roberts 首席裁判官, Thomas 裁判官同調）。Kagan 裁判官は審理に加わらない。

1 Kennedy 裁判官多数意見（Ginsburg, Breyer, Sotomayor 裁判官同調）

(1) Fisher I は、大学の入学者選抜での人種の使用に厳格審査が適用されることを明らかにした。厳格審査は目的審査では大学の判断を尊重するが、手段審査ではそれを尊重しない。大学は、利用可能な人種中立的な代替策が多様性から生じる教育的利益を充足しないことを証明する最終的な責任を負う。

(2) 上訴人は Top10% プランの合憲性を問題にしていない。本法廷は、多様性への貢献について、成績だけに基づいて合格した学生が全体的な審査を通じて合格した学生と如何に違っているのかを知ることはできない。通常では、更なる事実認定を求めて合衆国地方裁判所に事例を差し戻すことで、証拠の欠落は補完される。しかし、上訴人が不合格となったとき、Top10% プランと人種を考慮する全体的な審査を混合した入学者選抜策が効力を有してから3年しか経過しておらず、事実認定をする際のサンプルが限定されている。また、Top10% プランは州議会によって命令されており、当該大学は Top10% プランを前提にして入学者選抜を実施してきた。当該大学が Top10% プランを変える権限がないことを考えると、当該大学が Top10% プランの下で入学した学生のデータを広範囲にわたって収集する理由はない。しかし、このことは状況の変化に応じて厳格審査の負担を充足し続ける大学の義務を減じない。当該大学は、入学者選抜策の合憲性と効用を定期的に再評価し続けた。

(3) 上訴人は 4 つの主張をする。第 1 に、上訴人は、当該大学は多様性から生じる教育的利益を明確に描いておらず、その利益を生じさせるのに必要な「相当数 (critical mass)」を構成するマイノリティ学生の人数を特定すべきと主張する。しかし、大学はマイノリティ学生の特定の人数を求めることを禁止されている。大学は、学生構成の多様性から利益が生じる (固定観念の打破、人種相互の理解の促進、学生に対して多様化する社会に対応する準備をさせること、市民の目線から正統性のある指導者の育成) ことを具体的に描いている。

(4) 第 2 に、上訴人は、[Hopwood 判決より以前の入学者に占めるマイノリティの割合を達成していることから] 当該大学は 2003 年までに既に相当数を達成しており、人種を考慮する必要がないと主張する。上訴人は、当該大学は、人種を意識する施策に目を向ける前に多様性から生じる教育的利益を獲得できなかったと証明する際に重い負担を負っているという点で正しいが、当該大学はそれを証明している。当該大学は Hopwood 判決後の施策によって入学したマイノリティの学生が大学で孤独と孤立を感じているとする証拠を示した。また、5 人以上の講義においてアフリカ系アメリカ人とヒスパニックが 1 人しかいないあるいは誰もいない講義が多数ある。

(5) 第 3 に、上訴人は、当該大学の人種の考慮はマイノリティの入学者数をわずかしこ増やさないため、人種の考慮は必要なかったと主張する。しかし、人種の考慮が入学者選抜の判断にわずかな影響しか及ぼさなかったという事実は、違憲である証拠ではなく、手段が密接に仕立てられていることの 1 つの特徴である。

(6) 第 4 に、上訴人は、多様性から生じる教育的利益を生じさせる人種中立的な手段が数多くあると主張する。大学はマイノリティの志願者に対する経済的支援策を強化したが、そのいずれもが多様性を達成できなかった。上訴人は、Top10% プランの枠 (入学者の 75%) の拡大を主張する。しかし、Top10% プランが採択された背景には州内の各高校が人種分離されているという事実があり、Top10% プランは人種を意識している。成績だけで評価される入学者を増やすことは、多様性の他の側面を犠牲にする。

(7) 大学は、多くの部分において、客観的に測ることができないが重要である無形の質によって定義される。学生構成の多様性のように、大学の教

育的任務の中核にあるそれらの無形の特徴を定義する際に、大学には相当程度の尊重がなされる。しかし、厳格審査の下で、大学は入学者選抜策の合憲性と効用を定期的に審査し、それを反映し続ける義務がある。

2 Thomas 裁判官反対意見

多数意見の厳格審査は先例から逸脱する。

平等保護条項は、高等教育機関の入学者選抜における人種の使用を徹底的に禁止している。この命令は、人種差別が教育的利益を作り出すという気まぐれな理論によって変わらない。私は Grutter 判決と本件の第 5 巡回区合衆国控訴裁判所判決を覆す。

3 Alito 裁判官反対意見（Roberts 首席裁判官、Thomas 裁判官同調）

(1) 厳格審査の厳格度は、文脈によって変わらない。人種の使用は、人種中立的な手段がすべて失敗したときに、最後の手段としてのみ許される。政府は、目的が憲法上許容しうるものであり、人種の使用が目的達成に必要であることを証明する責任がある。

(2) 本件において、UT は人種的優先を用いる利益を明確さをもって定義していない。結果として、密接に仕立てられているかどうかの審査は不可能であり、UT による人種の使用は厳格審査を通過しない。UT は人種中立的な施策では多様性から生じる教育的利益を確保するのに必要なマイノリティの学生数（「相当数」）を達成できないと主張する。相当数が何を意味するのかは UT に委ねられており、相当数が達成されているか否かは UT の判断を信じる以外にない。これでは、裁判所は UT の施策の合憲性について慎重な司法審査ができない。

UT は人種の使用の正当化理由（固定観念の打破、人種相互の理解の促進、学生に対して多様化する社会に対応する準備をさせること、市民の目線から正統性のある指導者の育成）を主張するが、それらは具体的でない。例えば、裁判所は固定観念が打破されたかどうか、人種相互の理解が促進されたのかどうかを判断できない。単純に入学者選抜の担当者がそれらの漠然とした目的を達成するために人種差別が必要であると述べたことで、人種差別が正当化されるならば、密接に仕立てられているかどうかの審査は無意味となる。

裁判所は入学者選抜の担当者の判断への尊重を要求され、AA は完全に司法審査から外れることになる。

(3) UT はどのグループが過少代表であるのかを判断する際に、UT の学生の人種構成と州市民の人種構成とを比較し、両者の大きな違いが任務の達成を妨げるとした。これは人種的均衡をとること以外のなにものでもなく、本法廷は何度も違憲としてきたのは明らかである。

(4) UT はアフリカ系アメリカ人とヒスパニックの学生が 1 人あるいはまったくいない講義が多数あることから、講義のレベルで相当数が達成されていないとした。しかし、UT はアジア系の学生が 1 人あるいはまったくいない講義の数はヒスパニックのそれよりも多いという事実を無視しており、アジア系の学生を差別している。Grutter 判決では、どのグループを 선호するのは各大学の判断に委ねられるとされるが、アジア系は教育の分野で過去に差別されてきた。

(5) UT は人種グループ内部の多様性から生じる利益を主張するが、その主張は誤りである。2004 年の提案において、UT はアフリカ系アメリカ人とヒスパニックの入学者総数と講義における多様性に焦点を当てており、人種グループ内部の多様性には焦点を当てていなかった。しかし、差戻し審において UT は人種グループ内部の多様性に焦点を当てる。Top10% プランによるマイノリティの入学者はマイノリティが多数を占める高校の在籍者であり、社会経済的に不利な状況にあり、同質である。UT は、社会経済的に優位な状況にあるマイノリティの観点を UT にもたらすために、入学者選抜判断での人種の使用が必要だとする。UT は、Top10% プランの下で入学を許可されたマイノリティは学力が低く、難易度の高い学部にマイノリティが入学する可能性を下げるとする。UT は Top10% プランによって入学を許可されたマイノリティの学生の学力が低いと想定しており、これは平等保護条項が禁止する固定観念に基づいている。また、社会経済的に優位な状況にあるマイノリティの数を増やすために人種の使用が必要だとする UT の議論は、AA の目的は不利な状況にある者を支援にあるとする AA の当初の概念に反する。実際には、Top10% プランによるマイノリティの入学者は社会経済的に優位な状況にあり、全体的な審査を通じて入学を許可されたマイノリティよりも学力が高い。UT は Top10% プランによるマイノリティの入学者と社

会経済的に優位な状況にあるマイノリティとの質的な違いを示しておらず、人種グループ内部の多様性という正当化理由は厳格審査を通過するにはあまりにも不正確である。

(6) UT はアフリカ系アメリカ人とヒスパニックの学生が大学内で「孤独と孤立」を感じており、これを避ける利益を主張し、多数意見もこれを認める。アジア系アメリカ人が UT の学生に占める割合はヒスパニックのそれよりも低い、UT はアジア系アメリカ人が「孤独と孤立」を感じないのは何故かを説明していない。

(7) UT の人種の使用は、マイノリティの学生数をわずかしこ増やしていない。多数意見は、この事実は密接に仕立てられている証拠であり、違憲の証拠にはならないと主張する。しかし、人種区分は非常に疑わしい手段であるため、最後の手段としてだけ採用できる。本件の人種の使用はわずかな影響しか及ぼしておらず、人種中立的な代替策が同じ結果を達成できる。

(8) 多数意見は、人種区分を正当化する理由は減多になく、厳格審査を通過できなければ UT は人種を使用できないと認める。そして、人種の使用が正当であると証明する負担が UT にあるとする。多数意見は、Top10% プランと人種を意識しない全体的な審査を通じて入学を許可された学生に関する情報を欠いており、本法廷がそれらの計画による入学者と人種を意識する全体的な審査による入学者が如何に違っているのかを知ることができないと認識している。そうであれば、人種中立的な施策によるマイノリティの入学者に何が欠けているのかを特定しなければ、人種を意識する入学者選抜策による入学者が如何にしてその欠陥を修正できるのかを証明できず、UT は人種の使用が密接に仕立てられていることを証明できない。だが、多数意見は、上訴人は UT が人種差別を採用する判断を正当化する証拠を提示していない結果として敗れたと結論づけており、あたかも上訴人が証明の負担を負っているように分析した。しかし、上訴人には人種の使用が違憲だと証明する負担はない。証拠が欠けているならば、事実審理をすべきである。

(9) 本件で重要な問題は、大学の入学者選抜の担当者が単純に人種の使用が「多様性から生じる教育的利益」を達成するために必要だと主張することで、人種差別を正当化できるのかどうかである。UT は人種差別が必要な理由を説明せず、UT の立場は支持できない有害な人種に関する一連の想定

に依拠しているが、多数意見は UT が厳格審査の下での負担を充足したと判断した。しかし、UT は厳格審査を充足しておらず、私は丁重に反対する。

Ⅲ 解説

1 本判決を検討する意義

Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見 (Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer 裁判官同調) は Michigan 大学ロー・スクールの入学者選抜における AA に厳格審査を適用し、厳格審査を目的審査及び手段審査で大学の判断を尊重するものだと理解した¹。Fisher v. University of Texas, 133 S. Ct. 2411 (2013) (Fisher I) において、Kennedy 裁判官多数意見 (Roberts 首席裁判官, Scalia, Thomas, Breyer, Alito, Sotomayor 裁判官同調) は、O'Connor 裁判官による厳格審査の理解を否定し、大学の判断への尊重を目的審査のみで認め、手段審査を厳格化し、本件で問題とされた人種の使用は正しく理解された厳格審査の下で合憲性を判断されるべきとして事例を差し戻した²。第 5 巡回区合衆国控訴裁判所は第 2 審では O'Connor 裁判官の理解する厳格審査の下で問題とされた施策の合憲性を審査したが、差し戻し審では Kennedy 裁判官の理解する厳格審査の下で合憲と判断した³。本判決では Fisher I で示された厳格審査が具体的に如何なる審査を行ったのかが注目され、本判決の検討は厳格審査の全容を明らかにする一助となるため重要である。

2 本判決の概要

Fisher I は厳格審査の手段審査を厳格化したため、高等教育機関の入学者選抜の文脈で AA は憲法上許容されないのではないかといた懸念が示された⁴。しかし、Kennedy 裁判官は一連の判決で高等教育機関の入学者選抜での人種の使用が合憲となる指針を示しており⁵、Fisher I で示された厳格審査の下でも合憲と判断される場合がある。

本判決では、Kagan 裁判官は Obama 政権下で司法長官であったときに本件に係ったことから判断に加わらず、Scalia 裁判官が 2016 年 2 月に死去したため、7 人の裁判官で審理がなされた。7 人の裁判官のうち、AA に肯定的な裁判官 (Breyer, Sotomayor, Ginsburg) と否定的な裁判官 (Alito,

Thomas, Roberts) の数が拮抗しており、Kennedy 裁判官がどちらに加わるのかによって合憲か違憲かの判断が決すると予測されていた⁶。Kennedy 裁判官は Grutter 判決では Michigan 大学ロー・スクールの入学者選抜における AA を違憲としたが、本判決では、問題とされた施策が入学者選抜の最終判断が人種を意識しておらず (I)、Kennedy 裁判官が Grutter 判決で示した合憲となる指針に従っていることから、憲法上許容されるとした。Kennedy 裁判官多数意見は、目的審査において大学の判断を尊重し、多様性から生じる教育的利益を AA の正当化理由だと認めた。他方、Thomas 裁判官反対意見は多様性から生じる教育的利益は AA を正当化しないと示した。Alito 裁判官反対意見は、目的審査での大学の判断への尊重は手段審査を無意味にすると示した。Alito 裁判官反対意見によれば、多様性から生じる教育的利益は漠然としており、何の利益を達成するのが不明確であれば、その利益を達成するのに如何なる手段が必要なのかについて判断できない。

3 本判決の背景

本判決の詳細な分析をする前に、AA に適用する司法審査基準に関する議論を概観する⁷。合衆国最高裁では、AA に肯定的な裁判官から否定的な裁判官まで、すべての裁判官は人種区分を用いるため AA を厳密に審査すべきとするが、両者には「厳格審査 (strict scrutiny)」という名称の基準を適用すべきか否かについて争いがあった。AA に肯定的な裁判官は、厳格審査という名称の基準の適用が AA をほぼ違憲にすると考えてきたからである。Adarand Constructor, Inc v. Peña, 515 U.S. 200 (1995) 以降⁸、合衆国最高裁では AA に厳格審査を適用すべきとする裁判官が多数を占め、AA の合憲性が認められるのは非常に厳しいと予測された。しかし、Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見 (Stevens, Breyer, Ginsburg, Souter 裁判官同調) は目的審査と手段審査で大学の判断を尊重し、厳格審査の下で Michigan 大学ロー・スクールの入学者選抜における AA を合憲とした。しかし、合衆国最高裁の判例を分析すると、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⁹、ロー・スクールの施策を合憲とした結論に同意するに過ぎない¹⁰。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

て尊重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¹¹。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尊重は認められないとした¹²。

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における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¹³。他の文脈でも、下級審は目的審査と手段審査において機関の判断を尊重する厳格審査を用いてきた¹⁴。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¹⁵、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。

Fisher I 判決で、Kennedy 裁判官多数意見は、O'Connor 裁判官による厳格審査の理解が合衆国最高裁の立場でないことを明確にした。Fisher II 判決で Kennedy 裁判官多数意見に同調する裁判官の中でも、前述のように Breyer 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 で Kennedy 裁判官多数意見に対して反対意見を述べており、多数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多数の裁判官が同意している状況にあり、一応決着している。しかし、厳格審査の理解については裁判官ごとに幅があり、その具体的内容について争いがある。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が AA に適用されることに、合衆国最高裁の多数の裁判官は同意していない。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、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の線引きをしている。

4 本判決の分析

(1) 証明責任の所在

Kennedy 裁判官多数意見は、人種の使用に目を向ける前に、利用可能な

人種中立的な代替策が多様性から生じる教育的利益を生じさせることを証明する責任は大学にあるとする（Ⅱ 1（1））¹⁶。同多数意見は、Top10% プランと人種を意識しない全体的な審査による入学者の情報を欠いており、それらの計画による入学者と人種を意識する全体的な審査による入学者が如何に違っているのかを知ることができないと認識する。そして、UT が人種の使用を正当化する証拠を提示できない結果として、上訴人は敗れたと主張する（Ⅱ 3（2））。文脈固有の事情はあるが、Alito 裁判官反対意見によれば、同多数意見は証明責任を UT ではなく上訴人に負わせる構造になっている（Ⅱ 3（8））。

（2）大学の判断への尊重

同多数意見は、大学では客観的に測ることができない無形の質が重要な構成要素であり、それを定義する際に、大学の専門知識と経験から大学に裁量を認める（Ⅱ 1（7））。同多数意見は、目的審査で大学の判断を尊重し、大学が多様性から生じる教育上の利益（固定観念の打破、人種相互の理解の促進、多様化する社会に対応する準備を学生にさせること、市民の目線から正統性のある指導者の育成）を具体的に描いており、その利益の達成に必要なマイノリティ学生の「相当数（critical mass）」は具体的な数値ではないとする（Ⅱ 1（3））。同多数意見は UT による相当数の決定に特に異論を差し挟んでおらず、相当数とは多様性から生じる利益を発生させるのに必要だと大学が判断したものだと理解していると考えられる。これに対し、同反対意見は、単純に入学者選抜の担当者が多様性から生じる利益といった漠然不明確な目的を達成するために人種の使用が必要だと述べることで人種の使用が正当化されるならば、手段審査は無意味になるとする（Ⅱ 3（2））¹⁷。

（3）相当数の判断

同反対意見は、相当数を具体化しなければならない旨を述べ、相当数が具体的でなければ、それを達成するために人種の使用が必要かどうか判断できないとする（Ⅱ 3（2））。これに対し、同多数意見は、相当数を具体化すると、人種的なクォータや割当てとなり、違憲になってしまうとする（Ⅱ 1（3））¹⁸。多様性により AA を正当化するためには、相当数は柔軟である必要がある。多様性の達成には、相当数の過少代表のグループに属する学生が UT に在籍する必要があり、UT はアフリカ系アメリカ人とヒスパニックを過少代表の

グループとして認め、アジア系アメリカ人はそうではないと判断する (Ⅱ 1 (4))。同多数意見はこの UT の判断を問題としないが、同反対意見は UT におけるヒスパニックの学生数がアジア系を上回るのにもかかわらず、前者だけが過少代表とされていることを批判する (Ⅱ 3 (4))。大学における固定観念や偏見から生じる人種グループ間の分断は、ある人種グループの学生が少ないことで生じる。このことを考えると、同反対意見が主張するように、ヒスパニックよりも学生数の少ないアジア系が過少代表とされていないことはおかしい。UT はどのグループが過少代表であるのかを判断する際に、UT の学生の人種構成と州の人口構成を比較し、両者の大きな違いが UT の任務の達成を妨げるとする (Ⅱ 3 (3))。同多数意見は人種的均衡が違憲だと認めながらも、UT のこの主張を特に問題にしていないことは矛盾しているようにも見える¹⁹。

(4) 人種中立的な手段の有無

多様性を達成するための代替的な手段が存在するかどうかについて、同多数意見は、大学がいくつかの人種中立的な施策を行う試みがなされていればよく、人種の使用が最終手段である必要はないとの立場を採る (Ⅱ 1 (6))²⁰。これに対し、反対意見は人種の使用は最終手段でなければならないとする (Ⅱ 3 (1) (7))。同多数意見は人種の使用が最終手段である必要はないとするが、詳細な手段審査の要求は「有用な人種中立的な代替策」の展開を加速させ、結果として、人種中立的な代替策を使い尽くすことを意味する障害を提起することになるとも指摘される²¹。

(5) AA の影響の程度

同多数意見は、人種の使用が限られた場面で用いられ、マイノリティ学生の増加にほとんど影響を及ぼさないことは密接に仕立てられているための 1 つの特徴であると示す (Ⅱ 1 (5))。これに対し、反対意見は、わずかな増加は Top10% プランの上限枠 (入学者の 75%) の撤廃などの人種中立的な施策で達成できるとする上訴人の主張を認め、これは違憲となる 1 つの特徴になるとする (Ⅱ 3 (7))。人種の使用が多大な影響を及ぼしていることは AA への激しい批判につながるため、実施者はその影響を小さく抑えるようにしてきたが、反対意見はそれを逆に違憲に特徴として捉えた。反対意見には、どのような AA でも違憲にしようとする姿勢が見てとれる。

(Endnotes)

- 1 当該判決については、吉田仁美『平等権のパラドクス』（ナカニシヤ出版、2015）106 頁以下参照。
- 2 当該判決については吉田前掲（1）129 頁以下、有澤知子「大学入学とアフーマティブ・アクション—Fisher v. University of Texas at Austin」大阪学院法学 41 巻 2 号 64 頁（2015）、拙稿『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』〔東北大学法政実務叢書 3〕（商事法務、2015）69 頁以下参照。
- 3 第 2 審（631 F.3d 213（5th Cir. 2011））と差戻し審（758 F.3d 633（5th Cir.2014））については拙稿前掲（2）77 - 81 頁参照。第 2 審と差戻し審では Higginbotham 裁判官が法廷意見を執筆し、第 2 審では大学が誠実に行爲したと推定して、大学には人種の使用が目的達成のために必要だと証明する責任はないとしたが、差戻し審では証明責任は大学にあるとしている。
- 4 *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, 265 (2013).
- 5 Kennedy 裁判官は、入学者選抜での人種の使用が合憲となる指針として、入学者選抜の実施期間中に入学者の人種構成を考慮してはならないこと（539 U.S. at 392）、各志願者が個人として評価されるべきこと（133 S. Ct. at 2418）を挙げる。
- 6 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 (2016) ; 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).
- 7 AA に適用する司法審査基準に関する議論について、拙稿前掲（2）49 頁以下参照。

- 8 当該判決については、吉田前掲 (1) 65 頁以下参照。
- 9 *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).
- 10 Richard H Fallon Jr, *Strict Judicial Scrutiny*, 54 Ucla L. Rev. 1267, 1323 (2007).
- 11 539 U.S. at 379-80.
- 12 *Id.* at 388-94.
- 13 Smith v. University of Washington, 392 F. 3d 367, 392 (9th Cir.2004) ; Fisher, 631 F. 3d 213, 231 (5th Cir.2011).
- 14 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).
- 15 *Supra* note 4, at 263-64.
- 16 Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見は、反証がなければ大学の入学者選抜担当者が誠実に行為したと推定できるとしている (539 U.S. at 335)。
- 17 同反対意見の背景には、大学が主張することがそのまま裁判所の結論になり (*See* Ozan O. Varol, *Strict in Theory, But Accommodating in Fact?*, 75 Mo. L. Rev. 1243, 1263 (2010))、人種を意識する入学者選抜の合憲性が大学に白紙委任されることは厳格審査の趣旨に反するという認識がある (*See* Eboni S. Nelson, *In Deference of Deference: The Case for Respecting Educational Autonomy and Expert Judgments in Fisher v. Texas*, 47 U. Rich. L. Rev. 1133, 1153-54 (2013))。
- 18 相当数を具体的に数値化した場合、AA に否定的な裁判官は人種的均衡をとるものだとして違憲にすると考えられる。相当数を漠然としておいても、具体化しても、否定派の結論は同じだと考えられる。
- 19 同多数意見のこの判断の背景には、UT が多様性から生じる利益の 1 つとして挙げている市民の目線において正統性を持った指導者の育成が関係すると考える。AA を実施する 1 つの理由には、「隔たれることのない 1 つ

の国家という理想」の実現がある。ある人種グループが社会のあらゆる分野で指導的な地位に就く者の割合が人口構成に占める割合と比べて著しく低い場合、そのグループは疎外感を持つと予測されることから、すべての人種の有能な者に指導者となる道が開かれているべきとされたと考える（*See* 539 U.S. at 332-33）。上位の高等教育機関は指導者育成の場であり、人種統合のためには人口構成を意識せざるを得ない。しかし、人種的均衡をとることは違憲とされるため、多様性による正当化を認める裁判官は人口構成を意識しながらもそれが人種的均衡をとるものではないと苦しい理論を立てざるを得なくなる。

20 この立場は、*Fisher I* でも示されている（133 S. Ct. at 2420）。

21 *Supra* note 4, at 265.

（もぎ・ようへい 桐蔭横浜大学法学部講師）