

【論説】

アメリカ合衆国裁判所における厳格審査と敬讓 (2・完)

——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
第5節 Croson 判決	[以上第24巻2号掲載]
第6節 Metro Broadcasting 判決	第3章 Grutter 判決の合憲性審査
第7節 Adarand 判決	第1節 構成
第8節 Grutter 判決	第2節 目的審査
第9節 Fisher 判決	第3節 手段審査
第10節 審査基準の柔軟化	第4節 小括
第11節 敬讓型の厳格審査を検討する理由	第4章 Fisher II 判決の合憲性審査
第12節 小括	第1節 構成
第2章 大学による人種使用と敬讓	第2節 判決の概要
第1節 構成	第3節 判決の検討
	第4節 小括
	結章

第 3 章 Grutter 判決の合憲性審査

第 1 節 構成

O'Connor 裁判官は、入学者選抜での人種使用の合憲性審査をする際に、大学の判断に敬讓を示す厳格審査を適用した。敬讓と懷疑主義は同居できず、敬讓の組入れは厳格審査を歪めると批判される (第 2 章 3 節 2 項)。本章では、O'Connor 裁判官の理解する敬讓型の厳格審査が、人種使用の合憲性審査に際して、具体的にどのような審査を展開したのかを考察する。

まずは、Grutter 判 O'Connor 裁判官法廷意見が目的審査をどのように行ったのかを考察する (第 2 節)。次に、同法廷意見が手段審査をどのように行ったのかについて考察する。同法廷意見は、目的達成のために選択された手段が密接に仕立てられているための要件として、志願者の個別の考慮 (第 2 節 1 項)、人種中立策的な代替策の真剣で誠実な考慮 (第 2 節 2 項)、時間的制約 (第 3 節 3 項) を挙げており、各要件が何を意味するのかを考察する。最後に、本章の議論をまとめる。

第 2 節 目的審査

厳格審査は、人種区分の違憲性を推定し、目的と手段が合憲だという証明を政府に課す⁴²⁰。通常は、政府の行為には合憲性が推定されるが⁴²¹、政府が人種区分を使用するときには、その推定はなされない⁴²²。Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見は厳格審査を適用するが、修正第 1 条に基づき教育的任務に係るロー・スクールの判断を敬讓し、反証がなければ、ロー・スクールの側に誠実さを推定すると示し⁴²³、証明責任を移行させている⁴²⁴。

同法廷意見は、多様な学生構成から生じる教育的利益がやむにやまれぬ利益であるのかを論じたが⁴²⁵、ロー・スクールの主張が単なる口実に過ぎないのかどうかを審査していない⁴²⁶。他の文脈では、合衆国最高裁は、中間審査の下でも、判断形成機関の主張が実際の動機づけであるのかを審査している⁴²⁷。

実際に、ロー・スクールの判断は、AAの対象とならないマイノリティを排除する可能性が高い⁴²⁸。ロー・スクールはアジア系をひとくくりに捉えるが、アジア系は多様である。成功者の多い日系や中国系がいる一方で、そうではないグループがいる。アジア系アメリカ人の合格のハードルはAAによって高くなっており、後者を排除し⁴²⁹、不利に取扱う危険がある⁴³⁰。同法廷意見は、厳格審査の目的は違憲な目的の「あぶり出し」にあるとするが⁴³¹、AAの対象外のマイノリティが排除される可能性があるにもかかわらず、実質的な審査をしないのはその目的に反する⁴³²。

入学者選抜での人種使用を正当化するやむにやまれぬ利益は、多様な学生構成によって生じる。多様な学生構成は、過少代表のマイノリティの学生が相当数に籍することで達成される。ロー・スクールは、相当数とは、マイノリティの学生が教室での討議に参加し、孤独を感じず、自身の人種の代表者だと感じず、また代表者だと思われないうえに必要な人数だと説明する⁴³³。同法廷意見は、ロー・スクールに対して、過少代表のマイノリティの相当数の包含がその任務にとって重要であるのは何故かの証明を要求していない⁴³⁴。また、Grutter判決の各意見は、あらゆる学生の教育経験が、多様な学生構成の達成によってどのくらい強化されるのかについて、正確な同意がないことを認識している⁴³⁵。最良の教育のために必要な「相当数」は知られておらず⁴³⁶、不明確な概念である⁴³⁷。

同法廷意見は定義できない概念をやむにやまれぬ利益として認めるため⁴³⁸、多様性の利益の是認はロー・スクールの独断であり⁴³⁹、ロー・スクールの主張がそのまま裁判所の結論となる⁴⁴⁰。Grutter判決で重要なのは、合衆国最高裁が学生構成の人種的多様性から生じる利益の達成がやむにやまれぬ目的になりうると考えたことではなく、ロー・スクールがそのように考えたことから、それがやむにやまれぬ利益だと宣言したところにある⁴⁴¹。ロー・スクールの判断への敬讓が、裁判所の結論を判断形成機関自身の主張と取り換えるのを許す事態になっている⁴⁴²。そのため、Grutter判決での敬讓の承認は、司法審査の放棄に至るとも批判される⁴⁴³。合衆国最高裁の結論がロー・スクールの結論と同じになるとしても、合衆国最高裁は学生構成の多様性から生じる利益がやむにやまれぬ利益だと自身で結論づける義務がある⁴⁴⁴。同法廷意見による目的審査では、ほぼすべてのAAの目的が合憲に

なり⁴⁴⁵、緩やかに目的審査が行われている⁴⁴⁶。

第 3 節 手段審査

第 1 項 志願者の個別の考慮

Grutter 判決以前には、厳格審査の下では、AA が目的に向けて密接に仕立てられているための要件として、人種による優先は最低限必要なものしか許されないことが示されてきた⁴⁴⁷、とされる⁴⁴⁸。Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見はこの基準を放棄し、以下の 4 つの基準にとって代わらせたとされる⁴⁴⁹。第 1 に、いずれの人種グループのメンバーを必要なく侵害しないこと⁴⁵⁰。第 2 に、有用な人種中立的な代替策の真剣で誠実な考慮⁴⁵¹。第 3 に、時間的に制約され、一時的であること⁴⁵²。第 4 に、選抜に際して各志願者に「個別の考慮」がなされていること⁴⁵³。

同法廷意見によれば、個別の考慮の要求の充足によって、不必要な侵害が避けられる⁴⁵⁴。中立策の真剣で誠実な考慮については、同法廷意見は「『人種中立的な入学者選抜策を発見できなかった』とするロー・スクールの言葉を額面通りに受取る」と示し⁴⁵⁵、実質的に審査が行われていない⁴⁵⁶。同法廷意見は、実行可能になれば、AA を終了するとするロー・スクールの主張を「鵜呑みにする」と示しており⁴⁵⁷、ロー・スクールに定期的審査をほとんど要求していない⁴⁵⁸。個別の考慮は密接に仕立てられているために必要な唯一の要素であり⁴⁵⁹、同法廷意見の示す厳格審査の中核にある⁴⁶⁰。Grutter 判決は AA の将来の展開の指針となる青写真であり、大学は各志願者を個別に考慮している限り、入学者選抜で人種を考慮できる。ほとんどの大学はこれを実施しているため、同法廷意見の理解する厳格審査の通過は非常に容易である⁴⁶¹。個別の考慮が唯一の重要な要素であり⁴⁶²、同法廷意見は厳格審査が合理性の審査に近くなるほどに、ロー・スクールの判断を敬讓している⁴⁶³。

第 2 項 「人種中立的な代替策の考慮」の基準

(1) 基準の展開

Wygant 判決 Powell 裁判相対多数意見は、最も厳密な司法審査を人種区分に適用すると示し⁴⁶⁴、手段が主張された目的に向けて密接に仕立てられ

ている新しい要素として、より侵害的ではない手段が利用できないことを確実にするために、「合法的な代替策とより制限的ではない手段が使用されたのかどうかの考慮」を要求する新しい法的基準を受け入れた⁴⁶⁵。同相対多数意見は、「(裁判所は) 非人種的なアプローチやより密接に仕立てられた人種区分が、許容しうる行政上の費用で、実質的な利益を促進できるのかどうかについて、特に慎重な審査をすべき」と示す論稿の主張⁴⁶⁶を肯定的に参照し⁴⁶⁷、手段の使い尽くしまでは要求しない。

Crosby 判決 O'Connor 裁判官法廷意見は、リッチモンド市議会が目的の達成のためにいずれの人種中立的な手段を考慮していないことを1つの理由に、違憲判断を下した⁴⁶⁸。同法廷意見は、「人種を意識する救済が適切かどうかを判断する際に、代替的な救済策の効用を含めて、我々はいくつかの施策の効用を見る」として Paradise 判決⁴⁶⁹に依拠し、市議会が人種に基づくクォータ以外の代替策を考慮したという記録はないと示した⁴⁷⁰。以上のように、政府機関がいずれの中立的な代替策を考慮できていないことは、厳格審査の下で、違憲判断を下す重要な理由となっている⁴⁷¹。

Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見は以下のように判示し、厳格審査の合憲性判断の1つの基準として、中立策の考慮の基準を用いる。「密接に仕立てられていることは、あらゆる認識可能な人種中立的な代替策の使い尽くしを要求しない。それは、大学に対して、学力の維持とあらゆる人種グループのメンバーに対して教育を提供する取組の充足を要求しない。しかしながら、密接に仕立てられていることは、大学が求める多様性を達成する、有用な人種中立的な代替策の真剣で誠実な考慮を要求する。」⁴⁷²

(2) 有用な人種中立的な代替策の真剣で誠実な考慮

O'Connor 裁判官法廷意見は、ミシガン大学ロー・スクールが人種中立策を考慮したとする主張を認める。同法廷意見は、くじ引き制については多様な要素に言及できないこと、学力を重視しない基準の使用はロー・スクールの艦船校としての機能を失わせ、別の機関にしてしまうため、「教育的任務にとって重要である学力を放棄せずに、ロー・スクールは相当数を作り出すのに現在利用できる人種中立的な代替策を十分に考慮したと納得している」とした⁴⁷³。同法廷意見は、「『人種中立的な入学者選抜策を発見できなかった』とするロー・スクールの言葉を額面通りに受取る」とした⁴⁷⁴。同法廷

意見に対し、Thomas 裁判官反対意見は、修正第 1 条の法理は、法廷意見が与えた程度の敬讓を支持しないと示した⁴⁷⁵。また、Kennedy 裁判官反対意見は、法廷意見による敬讓は厳格審査を放棄していると示した⁴⁷⁶。

合憲性審査の寛大さを正当化するために、同法廷意見は、修正第 1 条が大学に対して、多様な学生構成から生じる利益を達成するために何が最良なのかを判断する際に、自律性を認めると示した⁴⁷⁷。ロー・スクールが実際に代替策を考慮し、それを否定したとする証拠を参照せずに⁴⁷⁸、同法廷意見がこの結論に達したのは、まさに大学側の誠実さに依拠したからだとされる⁴⁷⁹。このことは「政府が非現実的で有用でない人種中立的な代替策を背負いこむ必要はないことを意味する限りで、確実にそれは目立たない」が、「それが、政府が有用で人種中立的な代替策を考慮することだけを必要とする(必ずしも採用しない)を意味する場合には、密接に仕立てられているために描かれた基準は、政府の判断形成者に驚くべき敬讓の姿勢を想定している」とされる⁴⁸⁰。

同法廷意見は、中立的な手段の使い尽くしを要求しない。これは中間審査と同じであり、同法廷意見に敬讓と懐疑主義が同居しているため、厳格審査が壊れてしまっているとされる⁴⁸¹。厳格審査が厳密であるためには、中立的な手段の使い尽くしが要求されるべきとの見解も示されている⁴⁸²。

(3) 中立策の利点

人種的な中立策には厳格審査は適用されないとの見解も示されるが⁴⁸³、「差別的な意図や目的」が主とした動機づけの要素であるときには、合衆国最高裁は政府の行為は常に厳格審査の引き金を引くと示してきた⁴⁸⁴。そして、合衆国最高裁は、平等保護条項が基本的には人種区分によって動機づけられた差別から市民を保護することを確立した⁴⁸⁵。これらの先例が示される以前から、合衆国最高裁は、人種的マイノリティへの侵害を意図するいくつかの中立策を無効にしてきたことが指摘されている⁴⁸⁶。

人種的な中立策の中でも、マイノリティへの利益付与を意図する中立策⁴⁸⁷には厳格審査は適用されない⁴⁸⁸。そのため、Grutter 判決以前には、数多くの公立大学が多様な学生構成を達成するために、階層に基づく AA⁴⁸⁹や他の人種中立的なアプローチへと向かった⁴⁹⁰。マイノリティへの利益付与を意図する施策への厳格審査の適用の回避は、違法な動機のあるりだし

⁴⁹¹ を厳格審査の主たる機能とする Croson 判決の立場に反するとされる ⁴⁹²。Croson 判決 O'Connor 裁判官の相対多数意見の部分は、人種を意識する手法に対して「詳細な審査をしなければ、どの区分が『良性』あるいは『救済的』なのか、どの区分が実際には人種的劣等性の違法な概念や単純な人種政策によって動機づけられているのかを判断するのに単純な方法はない」と示す ⁴⁹³。また、明確に人種を意識する理由づけが、階層に基づく AA を正当化する際に許容されると主張するが、他方で、AA における人種を意識が有害だと主張するのは論理的に矛盾するとも指摘される ⁴⁹⁴。

一般的に、人種によって動機づけられた人種中立策と人種によって動機づけられた人種を意識する施策の双方は「憲法上疑わしい」にもかかわらず、合衆国最高裁は後者よりも前者が「より侵害的でない」と考えている ⁴⁹⁵。この見解は、人種を意識する中立策が、少なくとも直接的には、人種やエスニック的観点からの志願者の定義を避けるところにある ⁴⁹⁶。合衆国最高裁は、人種区分は「実際には、人種的劣等性の概念を助長し、人種的敵意のある施策を導くことになる」⁴⁹⁷ と認識し、AA での人種の明確な使用が非対象者に憤慨を生じさせ ⁴⁹⁸、人種間に不和をもたらすことを懸念するが ⁴⁹⁹、中立的手段は動機づけにかかわらず、人種をより前面に押し出さない手法への合衆国最高裁の選好を充足できる ⁵⁰⁰。

第3項 時間的制約

(1) カラーブラインドと人種使用

人種区分は不当な行為であるという前提の下 ⁵⁰¹、カラー・ブラインドな社会の達成がアメリカ社会の最終目標だと考えられている ⁵⁰²。合衆国は社会生活において人種が役割を果たさないことを求めてきたのであり ⁵⁰³、判例でもこの旨を示す意見が見られる ⁵⁰⁴。1960年代以降、「カラー・ブラインド」の理想への支持を表明することは、多くのアメリカ人にとって共通した立場となっている ⁵⁰⁵。合衆国には、人々を人種やエスニックのグループではなく個人として考慮し、メリットに基づいて評価すべきという前提がある ⁵⁰⁶。憲法による平等保護には政府は人々を個人として取扱うことが核心にあり ⁵⁰⁷、平等な機会とは人々がその資格に基づいて望む地位について選抜を受けることである ⁵⁰⁸。

AA の反対者は、AA は人種やエスニックに基づく「獵官制度」であり ⁵⁰⁹、

その受益者に対して、彼らの得た地位が自身の力によるものではないという考えを助長すると示す⁵¹⁰。この考えによれば、AA の受益者は自尊を害し⁵¹¹、非マイノリティはマイノリティを劣等視する⁵¹²。AA の反対者は、AA によって地位の獲得を否定された者がその受益者に敵意を抱き⁵¹³、各人種の間を悪化させ⁵¹⁴、社会を分断し⁵¹⁵、結果として、重大な影響を及ぼす無秩序が発生することを懸念する⁵¹⁶。こうした懸念から、AA に反対する裁判官は AA と人種差別的な法を区別せず⁵¹⁷、いずれの人種区分にも厳格審査を要求し⁵¹⁸、何らの人種を意識する手法も許容しない⁵¹⁹。AA の反対者は、AA は差別を永続させるに過ぎず⁵²⁰、人種を使用しないことがカラー・ブラインドの達成に繋がると考えている。

他方、AA の支持者は AA がカラー・ブラインドの達成に重要だと考える⁵²¹。AA の支持者は差別を終わらせる可能性のある手段だと AA を捉え⁵²²、他方で、人種を意識しないことによって、人種間の社会経済的格差が拡大することはカラー・ブラインドな社会の達成を遠ざけるため⁵²³、人種間の格差の現実を見るべきだと考える⁵²⁴。AA の反対者には人種を意識しないことで人々を個人として取扱うという考えがあるが⁵²⁵、AA の支持者から見ると、反対者には人種に基づいて問題を解決するという前提がなく⁵²⁶、判断形成に及ぼす各グループとの力関係を考慮しない⁵²⁷。AA の支持者によれば、人種を考慮しないことはマイノリティの利益の獲得を妨げ⁵²⁸、人種的不均衡はマイノリティが無能力だという偏見を助長し⁵²⁹、スティグマを課す⁵³⁰。彼らの見解では、人種を意識しないことこそが人種主義的であり⁵³¹、人種的従属を永続させる⁵³²。

だが、AA は人種を意識するため、カラー・ブラインドの概念と緊張関係にあり⁵³³、常に批判⁵³⁴にさらされる⁵³⁵。AA の正当性をめぐる議論は非常に激しく⁵³⁶、多くの公衆からの強力な反対もある⁵³⁷。AA 支持派の裁判官は、人種に基づいて人々が永続的に評価されるべきではないと考えており⁵³⁸、AA が一時的な手段だと示してきた⁵³⁹。AA の支持者は、AA はカラー・ブラインドな社会を達成するための一時的な手段だと考えてきた⁵⁴⁰。

(2) 目的

Grutter 判決より前、AA の合憲性に係る合衆国最高裁判決のいくつかの意見では、修正第 14 条の最終目的は、人種を政府の判断形成から排除し⁵⁴¹、

グループではなく個人として人々が取扱われることに示されてきた⁵⁴²。この考えに基づき⁵⁴³、合衆国最高裁のいくつかの意見は、厳格審査の下で AA が合憲であるためには、AA の実施は一時的で⁵⁴⁴、終わるべき日があり⁵⁴⁵、時間的に制約されていなければならないとしてきた⁵⁴⁶。いわゆる時間的制約の論理⁵⁴⁷ が示されてきた⁵⁴⁸。

Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見は、以下のように AA の実施は一時的であるべき旨を示す⁵⁴⁹。「この要求 [時間的に制約されていること] は、やむにやまれぬ利益がどのようなものであったとしても、人種区分は潜在的に非常に危険であり、利益が要求する以上に広範囲にわたってはならない。人種の優先の永続的な正当化理由を置くことは、この基本的な平等保護の原則を害する。我々は、政府のあらゆる人種の使用が論理的な終結点を持つべきという要求から、人種を意識する入学者選抜策を免れさせる理由を見いだせない。また、当該ロー・スクールは、あらゆる『人種を意識する施策が合理的な期間の制限をするべき』と主張している。」時間的制約が密接に仕立てられているかどうかを判断する 1 つの要素だとする目的は、人種の使用がやむにやまれぬ利益の達成に必要な以上に及ばないようにし、人々が人種によって判断されず、個人として取扱われる社会を達成することだとされる⁵⁵⁰。AA の永続化は、敵意を作りだし、対象者にスティグマを及ぼすと指摘される⁵⁵¹。

(3) 論理的終結点の意味

Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見は、論理的終結点の意味について、「高等教育の文脈では、期間の [制限の] 要求は、人種を意識する入学者選抜策のサンセット条項と、人種の優先が学生構成の多様性の達成に未だに必要なのかを判断する定期的な審査によって充足される」と示す⁵⁵²。この一節は、定期的な審査と、救済による AA の正当化が主張された文脈で要求された人種区分の完全な廃止という最終目標を結びつける必要があったことを示しているとされる⁵⁵³。救済に基づく AA は差別の影響を是正することで終了し⁵⁵⁴、個人として評価される社会が到来する⁵⁵⁵。判例では AA が一時的であることが再三にわたって強調されてきたが⁵⁵⁶、多様性に基づく AA には期限がなく⁵⁵⁷、人種を意識を永続化させる⁵⁵⁸、と指摘される⁵⁵⁹。多様性に基づく AA には、差別を意識する場合と意識しない場合がある。

前者は多様性から生じる利益によって AA を正当化するため、時間的制約はない⁵⁶⁰。後者は差別の救済や防止に関心があり、差別はあるグループがある分野に占める人数が少ないと生じる⁵⁶¹。人種主義や差別がなくなったときには AA は終了する⁵⁶²。しかし、差別を防止するために⁵⁶³、常に人種を意識してマイノリティの一定数を確保する必要があるため、時間的制約はない⁵⁶⁴。

多様性には論理的終結点がないにもかかわらず⁵⁶⁵、密接に仕立てられているための要件として、時間的制約を挙げるのは矛盾する⁵⁶⁶。多様性に基づく AA は終期に関する問題をなくしているとも指摘されるが⁵⁶⁷、それはカラー・ブラインドの目標を放棄しているとも言える⁵⁶⁸。だが、同法廷意見は定期的な審査に言及しており、時間的制約の要求とは、多様性に基づく AA についてはその正当性を常に問い続ける必要があることを示しているとも考えられる。実際に、同法廷意見は、AA から中立策に移行するために、大学は国中の他の学校で使用されている中立策から学ぶ必要があることを示す⁵⁶⁹。今後、多様性に基づく AA を展開する機関は短期では Grutter 判決に依拠できるが、先例としての価値は徐々に失われ⁵⁷⁰、長期には依拠できず、自身の主張する多様性の価値が正当であること⁵⁷¹を常に問い続けなければならない⁵⁷²。故に、Grutter 判決は時間的制約について数多くの要素を考慮したという評価もなされる⁵⁷³。しかし、同法廷意見は、実行可能になれば、AA を終了するとするロー・スクールの主張を「額面通り受け取る」と示しており⁵⁷⁴、ロー・スクールに対してサンセット条項や定期的審査をほとんど要求せず⁵⁷⁵、厳格審査を希薄化した⁵⁷⁶。

(4) 25 年の意味

Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見は、以下のように述べる。「Powell 裁判官が、人種使用が公立の高等教育機関の学生構成の多様性という利益を促進するために、人種使用をはじめて認めてから、25 年が経過した。このときから、良い成績と高い試験の点数を持つマイノリティの志願者数は、実際に、増加している。我々は、現在から 25 年経てば、人種の優先の使用が今日承認された利益を促進するのにもはや必要ないと予測する。」⁵⁷⁷

文言上は 2028 年に AA は終了するが⁵⁷⁸、25 年という時間的制約⁵⁷⁹が何を意味するのかは不明確であり⁵⁸⁰、最も興味深い主張だとされる⁵⁸¹。同法

廷意見は、人種が社会生活で重要な役割を果たし、人種的不均衡が存在する限りはAAが必要だと示しており⁵⁸²、学説にもこれと同じ旨を示す見解が見られる⁵⁸³。また、Ginsburg 裁判官同意意見は、25年は希望的観測を示したにすぎず、人種的不均衡がある限りは、AAが必要だと示す⁵⁸⁴。これらの見解では、サンセットの要求は具体的な時間的枠組によっては理解されていない⁵⁸⁵。

他方、Thomas 裁判官反対意見は、25年間で人種を意識する入学者選抜策が違憲になるという部分について同法廷意見に同調し⁵⁸⁶、25年のサンセットは、白人とマイノリティ志願者の学力差が縮まることに左右されず、むしろ絶対的な時間的制約だと述べた⁵⁸⁷。しかし、Bakke 判決から25年が経過し⁵⁸⁸、マイノリティと非マイノリティの共同体はより人種分離し⁵⁸⁹、学力差は縮まらず⁵⁹⁰、むしろ拡大しており⁵⁹¹、非マイノリティと比べてマイノリティの学力は低く⁵⁹²、25年後に各人種に学力差がない社会が実現される根拠はないとされる⁵⁹³。故に、AAを終わらせる状況には近づいておらず⁵⁹⁴、25年の予測は楽観主義的⁵⁹⁵かつ非現実的⁵⁹⁶で、ユートピア的な望みであり⁵⁹⁷、実行可能性は疑問視される⁵⁹⁸。また、未来では予測できない事態が生じるため、終了時点を具体的に述べるのは不合理だとされる⁵⁹⁹。いずれにしても、25年後に絶対に違憲になると解釈するのは難しい⁶⁰⁰。Fisher I 判決では、当事者がこの点を論じず⁶⁰¹、時間的制約は問題とならず⁶⁰²、Fisher II 判決でも同様であった。この点について、合衆国最高裁は「各機関が定期的な審査に従事する限り、2028年を超えてAAの採用が各機関に許される」のを認めていると指摘される⁶⁰³。25年という制限は単なる格言であり⁶⁰⁴、ある世代の後には、AAが必要なくなるという希望以外には説明できない⁶⁰⁵。25年を絶対的な時間的制約だとする解釈に従うと、逆を言えば25年間は安全(合憲)とも言え⁶⁰⁶、その間は合憲性に関して効果的な審査がなされないと解釈する余地もある⁶⁰⁷。

第4節 小括

Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見は、反証がなければ、ロー・スクールの側に誠実さを推定し、証明責任を移行させており、本来、厳格審査に

伴う懐疑主義に反する見解を示している。同法廷意見は、目的審査において、ロー・スクールの主張が実際には口実にすぎないのかを審査していない。特に、同法廷意見は、多様性の達成に必要な「相当数」の概念について、ロー・スクールの主張する曖昧な概念を認める。そのため、ロー・スクールが曖昧である「相当数」が達成されていないと主張したときには、人種使用が認められることになる。同法廷意見は、ロー・スクールの主張をそのまま裁判所の結論としており、ほぼすべての AA の目的が合憲となり、目的審査は実体的に機能していない（第 2 節）。

手段審査に関して、志願者の個別の考慮の要求はほとんどの大学がこれを実施しており、密接に仕立てられているための要件としてあまり意味がない（第 2 節 1 項）。人種中立的な代替策の基準については、手段の使い尽くしを要求せず、真剣で誠実な考慮を要求する。同法廷意見は、人種中立的な代替策を発見できなかったとするロー・スクールの主張を額面通りに受け取るとしており、厳格審査を放棄していると批判される。真剣で誠実な考慮とは、判断形成機関に対して中立的な代替策の実体的な考慮を要求していない（第 2 節 2 項）。AA が密接に仕立てられているための要件として時間的制約が挙げられており、差別の救済を目的する AA の場合、論理的には、差別の影響がなくなれば AA は終了する。しかし、多様性に基づく AA は差別の防止のために常に人種を意識してマイノリティの一定数を確保する必要があるため、終結点はない。多様性に基づく AA に関して、時間的制約の要求の意義とは、AA の正当化理由の正統性を常に問い続ける必要があることを意味する。故に、同法廷意見は AA が正当か否かについて定期的な審査を要求するが、実際には、実行可能になれば、AA を終了するとするロー・スクールの主張を額面通りに受け取ると示しており、この要求は実質的に機能していない。

O'Connor 裁判官の理解する厳格審査は、合憲性審査に際して、ほとんど実体的な審査をしておらず、厳格審査という名称を用いているが、厳格審査とは程遠い。Fisher I 判決では、O'Connor 裁判官は過度な敬讓をしているため、O'Connor 裁判官の理解する厳格審査は合衆国最高裁の立場でないことが明確にされた（第 1 章 9 節）。

第4章 Fisher II 判決の合憲性審査⁶⁰⁸

第1節 構成

O'Connor 裁判官の厳格審査は、入学者選抜での大学の判断を過度に敬讓し、合憲性審査で実体的な審査をほとんどしていないため(第3章4節)、各裁判官から批判された(第2章2節5項～8項)。Grutter 判決で O'Connor 裁判官に同調する裁判官も、判決の結果には同意したが、厳格審査を O'Connor 裁判官のようには理解していなかった(第1章8節2項(1))。O'Connor 裁判官の退任後、Fisher II 判決 Kennedy 裁判官法廷意見は O'Connor 裁判官の示す厳格審査が合衆国最高裁の見解でないことを明確にした。同法廷意見は目的審査では大学の判断を敬讓するが、手段審査ではないという見解を示している。本章では、同法廷意見が具体的にどのような合憲性審査を行ったのかを考察する。

まず、Fisher II 判決の概要を説明する(第2節)。次に、当該判決についていかなる予測がされていたのかを示す(第3節)。以降は、同法廷意見の行った合憲性審査を具体的に考察する。まずは、目的審査(第4節)、証明責任の所在(第5節)を考察する。Grutter 判決では、「相当数」に関する大学の判断への敬讓が審査基準の厳格度を著しく緩めることになったが、同法廷意見がこの点にいかなる判断をしたのかを示す(第6節)。当該判決では、州内の各高校の成績上位者に州立大学への入学を許可する Top10% プランが、入学者選抜の大部分を占めており、人種の使用は限られた範囲でしか機能しないが、法廷意見がこの点をいかに判断したのかを考察する(第7節)。Grutter 判決では、人種中立的な代替策の基準はほとんど機能しなかったが、Fisher II 判決では、この基準がいかに機能したのかを考察する(第8節)。第3節から第8節までの考察を踏まえて、同法廷意見の厳格審査が学説上いかに評価されているのかを示す(第9節)。最後に、本章での議論をまとめる(第10節)。

第 2 節 判決の概要

第 1 項 事実の概要

テキサス大学オースティン校 (UT) はアメリカ合衆国の中で上位の高等教育機関である。UT 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。この入学者選抜手続は、第 5 巡回区合衆国控訴裁判所により違憲とされた⁶⁰⁹。UT は人種の考慮を止め、AI とともに、UT 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。UT はマイノリティに対する経済的支援を行ったが、新入生に占めるマイノリティの割合は減少した。

1997 年、テキサス州議会は Top10% 法を採択した。これは、テキサス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。テキサス州には、マイノリティの学生が多数を占める高校が多数あり、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、UT 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⁶¹⁰、この問題を解決するために、UT は PAI の 1 つの要素として人種を明確に考慮した。

PAI と AI の点数が計算されると、UT 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。

テキサス州民である Fisher は 2008 年に UT に志願した。Fisher は在籍高校で 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、テキサス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た⁶¹¹。

Grutter 判決は、厳格審査の下での目的と手段の審査に関して、大学の判断への敬讓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⁶¹²。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を破棄し、事案を差し戻した⁶¹³ (Fisher I 判決)。第5巡回区合衆国控訴裁判所は、Fisher I 判決で示された厳格審査を適用し、UT の人種の使用の合憲性を認めた⁶¹⁴。

第2項 意見の構成

Kennedy 裁判官が法廷意見を執筆 (Ginsburg, Breyer, Sotomayor 裁判官同調)。Alito 裁判官 (Roberts 首席裁判官, Thomas 裁判官同調) と Thomas 裁判官が反対意見を執筆。Kegan 裁判官は合衆国最高裁裁判官に就任前に当該事例に係ったため、審理を忌避。

第3項 Kennedy 裁判官法廷意見

Kennedy 裁判官法廷意見は、大学の入学者選抜での人種の使用に厳格審査を適用し、目的審査では大学の判断を敬讓するが、手段審査では敬讓しない旨を示す⁶¹⁵。同法廷意見は、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責任を負うと示す⁶¹⁶。

上訴人は、UT は多様性から生じる教育的利益を明確に描いておらず、それを生じさせるのに必要なマイノリティ学生の「相当数」を特定すべきと主張するが、同法廷意見によれば、それは禁止されている⁶¹⁷。同法廷意見は、大学は、多様性から生じる利益 (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) を具体的に描いている旨を示す⁶¹⁸。

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] UT 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が、同法廷意見によれば、UT 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している⁶¹⁹。

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多数あると主張するが、同法廷意見によれば、UT はマイノリティに対する経済支援を強化したが、そのいずれもが多様性を達成できなかった⁶²⁰。

同法廷意見は、多くの部分で、大学は客観的に測ることができない無形の質によって定義されるのであり、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、大学は相当程度の敬讓がされるとする⁶²¹。同法廷意見によれば、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り、UT はその義務を果たしている⁶²²。

第 4 項 Thomas 裁判官反対意見

Thomas 裁判官反対意見は、同法廷意見の厳格審査は先例から逸脱しており、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と示す⁶²³。

第 5 項 Alito 裁判官反対意見

Alito 裁判官反対意見は、厳格審査の厳格度は文脈で変わらないと示す⁶²⁴。同反対意見によれば、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のであり、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なだと証明する責任がある⁶²⁵。

同反対意見は、UT は人種の優先を用いる利益を明確に定義しておらず、密接に仕立てられているかどうかの審査は不可能である旨を示す⁶²⁶。同反対意見によれば、UT は人種中立的な施策では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く、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⁶²⁷。

同反対意見は、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が、これは人種の均衡をとることであり、違憲だと示す⁶²⁸。

第 3 節 判決の検討

第1項 判決の予測

Fisher II 判決では、7人の裁判官だけが審理に加わり（Scaliaの死去。Keganの忌避）、3人の裁判官から成る2つの閥があり（AA支持：Stomayor, Breyer, Ginsburg AA不支持：Roberts, Alito, Thomas）、Kennedy裁判官が評決を左右する⁶²⁹。いかなる判断が下るのかについては、予測は難しかったという見解⁶³⁰、Kennedy裁判官がAAに関する判決で合憲だと示したことがなく、無効にするという見解が示された⁶³¹。だが、テキサス大学の入学者選抜策はGrutter判決でKennedy裁判官が示した合憲となるための指針を充足しており⁶³²、合憲判断が下された⁶³³。

第2項 目的審査

Kennedy裁判官法廷意見は、固定観念の縮減、人種相互の理解の促進、労働市場と社会の他の部分における多様性に学生を対応させること、「市民の目線において正統性」を持つ指導者の育成というテキサス大学の目的を肯定的に参照した⁶³⁴。同法廷意見は学内だけでなく外部に対する社会的利益を意識しており、多様性の価値についてGrutter判決と同じことを認める⁶³⁵。大学には、入学者選抜判断で人種を考慮する必要性を継続的に再評価し、審査する義務があるが、平等保護条項の遵守と多様性から生じる利益の追求が均衡しているのを判断するのは、裁判所ではなく大学であるため⁶³⁶、Fisher II判決はGrutter判決の法理をほとんど変えていない⁶³⁷。多様性から生じる利益という一定の決まり文句を描くだけで、目的は合憲となるとも指摘される⁶³⁸。

第3項 証明責任の所在

Kennedy裁判官法廷意見は、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⁶³⁹。同法廷意見は、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いか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⁶⁴⁰。文脈固有の事情はあるが、Alito裁判官反対意見によれば、同法廷意見は証明責

任を上訴人に負わせる構造になっている⁶⁴¹。

第 4 項 大学の判断への敬讓⁶⁴²

Kennedy 裁判官法廷意見は、大学の任務の中核にある無形の質を定義する際に、大学の専門知識と経験から大学に裁量を認める。同法廷意見は、目的審査で大学の判断を敬讓し、大学が多様性から生じる教育上の利益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は具体的な数値ではないとする。同法廷意見は UT による相当数の決定に特に異論を差し挟んでおらず、相当数の判断は UT に委ねられている。これに対し、Alito 裁判官反対意見は、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⁶⁴³。

第 5 項 相当数の判断

Alito 裁判官反対意見は、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。これに対し、Kennedy 裁判官法廷意見は、相当数の具体化は人種的クォータ⁶⁴⁴であり、違憲だとする⁶⁴⁵。多様性により AA を正当化するには、相当数は柔軟でなければならず、その達成には、過少代表のグループに属する学生の相当数が UT に在籍する必要がある。同反対意見は UT の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⁶⁴⁶。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相当数は各グループで同じであるため、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⁶⁴⁷。

同法廷意見は、未だに相当数に達していないと大学が論証する際に、大学によって示された研究と、教職員によって示された逸話に依拠する⁶⁴⁸。同反対意見は、明確性や正確性をもっていずれの合理的な総計によって、「相当数」が達成されたときを定義していないときに、マイノリティ学生の入学者の「相当数」を未だに達成していないとする UT の正当化理由を支持する同法廷意見を激しく批判する⁶⁴⁹。同反対意見は、UT は、「相当数」が達成されたと考えるときを知っていると述べる。「言い換えるならば」UT は、

「我々を信じろ」と言っている⁶⁵⁰。同反対意見によれば、同法廷意見は、合衆国最高裁が Fisher I 判決でまさに否定したことについて、大学に敬讓を与えた⁶⁵¹。

相当数は大学にしか特定できず、測ることが出来ないという考えに基づき⁶⁵²、同法廷意見は相当数が達成されていないという大学の主張を信頼する⁶⁵³。逸話の証拠と同様に、数多くの研究の証拠を認める際に、完全に近い敬讓が大学に与えられ⁶⁵⁴、手段審査で敬讓を否定する厳格審査は諦められたと評される⁶⁵⁵。

第6項 最低限の影響の否定

Alito 裁判官反対意見は、以下の旨を述べる⁶⁵⁶。入学者選抜判断の多くは Top10% プランによって実施され、人種の考慮が作用する枠は限られたため、人種を意識しなくとも同じ結果を達成できる。故に、人種の考慮が最低限の影響しか及ぼさないことは違憲の証拠である。初等中等教育機関の人種を意識する生徒の割当の合憲性が問題とされた Parents Involved 判決で同じ旨が示されており⁶⁵⁷、同反対意見はこれに従った。

Kennedy 裁判官法廷意見は、「人種を意識することが入学者選抜の判断でわずかな部分でしか役割を果たしていないという事実は、違憲の証拠ではなく、密接に仕立てられていることの1つの特徴である」とする⁶⁵⁸。同法廷意見は、証拠が「限られていたとしても、人種の考慮が当該大学の多様性に意義のある影響を及ぼしている」とする⁶⁵⁹。その際、同法廷意見は、UT はマイノリティの学生数を実質的に増やしたとするデータを重視するが、人種を意識する施策がどの程度の影響を及ぼしたのかに関する証拠は UT によって示されていない⁶⁶⁰。Parents 判決では、部分的に、学区が、人種の考慮が重大な影響を及ぼすと証明できなかったために、AA 計画を無効にしたが⁶⁶¹、これとは正反対である⁶⁶²。

第7項 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あるかどうかについて、同法廷意見は、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、人種使用が最終手段である必要はないとの立場を採る⁶⁶³。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。Grutter 判決ではロー・スクールが代替策を誠実に考慮するだけでよかったが、Fisher II

判決は代替策の実践を要求しており、手段審査は厳格化した⁶⁶⁴。同法廷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、中立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り⁶⁶⁵、中立策の証明が難しくなるとも指摘される⁶⁶⁶。このことは、実際には、人種の使用は「最後の手段」になるとされる⁶⁶⁷。

他方、中立策の要求は、代替策が行政的に許容されるコストで済むこと、及びそれが人種を意識する計画と同じように作用することであり、非常に軽度の負担であるとも指摘される⁶⁶⁸。

第 8 項 判決の評価

O'Connor 裁判官の厳格審査には、敬讓と懷疑主義が同居する⁶⁶⁹。敬讓は厳格審査とは相容れず⁶⁷⁰、それを骨抜きにするとされる⁶⁷¹。この厳格審査は、Grutter 判決で、実質的な審査をせずに判断形成者の主張を鵜呑みにしており⁶⁷²、中間審査よりも厳格度が低い⁶⁷³。

Fisher I 判決は O'Connor 裁判官の厳格審査が合衆国最高裁の立場でないことを明確にし、厳格審査の下で⁶⁷⁴、裁判所は判断形成機関の判断を盲目的に敬讓せず⁶⁷⁵、目的審査ではそれを敬讓しないと示した⁶⁷⁶。Fisher I 判決で示された厳格審査は手段審査の厳格化を示唆し、AA にとって事実上致命的にもなりうるとも評された⁶⁷⁷。Fisher II 判決は、Grutter 判決よりも大学に対して AA を正当化するための証明の負担を増し⁶⁷⁸、手段審査を厳格化したとする見解⁶⁷⁹が示される⁶⁸⁰。しかし、Fisher II 判決で、合衆国最高裁は、大学が中立策の機能不全を証明すべきことを意味することを明確にしたに過ぎず、あくまでも Grutter 判決と比べて厳しいに過ぎない⁶⁸¹。

O'Connor 裁判官の厳格審査の本質を変えるには、目的審査での敬讓を認めず、裁判所が「相当数」の判断に際して大学に裁量を認めないことが必要である⁶⁸²。「相当数」の定義を大学に許すと、大学は「相当数」を充足していないと主張して、その意思によって、人種中立的な代替策を否定でき、時間的制約なしに人種を考慮できることになるとされる⁶⁸³。反対意見は、これによって、大学が足枷のない権限を持つことを懸念していた。目的審査での敬讓は、多様性の利益が抽象的であり、証明や反証ができないため、厳格審査を掘り崩すとも認識されている⁶⁸⁴。Kennedy 裁判官の厳格審査は手段

審査で顕著な敬讓を示し⁶⁸⁵、入学者選抜での人種使用について大学に多大な裁量を認めており⁶⁸⁶、O'Connor 裁判官の厳格審査の本質を変えていない⁶⁸⁷。AA への厳格審査の適用に反対する裁判官が彼に同調し、妥協しているのも、まさにここに理由がある⁶⁸⁸。

Kennedy 裁判官法廷意見は、問題とされた AA が「独自」のものだと描いており⁶⁸⁹、判旨が将来的な指針として限定的な価値しか有しないことを示している⁶⁹⁰。Fisher II 判決は、Scalia 裁判官の後任の裁判官による議論を通じて、合衆国最高裁での新たなコンセンサスが形成されるまでの一時的なものであり、AA にいかなる審査基準が適用されるのかは Scalia 裁判官の後任次第だとも指摘される⁶⁸¹。

第 4 節 小括

Fisher II 判決 Kennedy 裁判官法廷意見は、目的審査で実体的な審査をしておらず、多様性から生じる利益という一定の決まり文句を描くだけで、目的は合憲とされる（第 3 節 2 項）。文脈固有の事情はあるが、証明責任の所在についても原告側に負わせており、O'Connor 裁判官の厳格審査と同じ立場を示す（第 3 節 3 項）。相当数とは何か、それが達成されたのかに関する判断についても、O'Connor 裁判官のように、大学側の判断を敬讓する（第 3 節 5 項）。同法廷意見は、相当数が測定不能で曖昧な概念だと認めている。測定不能な概念が達成されていないと示すことで、大学はいかなるときも AA の正当性を主張できる。同法廷意見は手段審査での敬讓を否定するが、それによって手段審査は無意味になる可能性がある（第 3 節 5 項）。実際、中立的な代替策の基準については、大学に代替策の実践を要求し、O'Connor 裁判官の示す敬讓型の厳格審査と比べて厳しい（第 3 節 7 項）。だが、あくまでも O'Connor 裁判官の基準と比べて厳しいという程度で、軽度の負担を課したにすぎない（第 3 節 8 項）。

同法廷意見は、O'Connor 裁判官の示す敬讓型の厳格審査の本質を変えておらず、厳格審査を適用しながらも、大学の判断を十分に敬讓し、緩やかに合憲性審査を行っている。同法廷意見の厳格審査の厳格度は従来の厳格審査とは程遠く、このことから AA への中間審査の適用を主張する裁判官が同

法廷意見に同意する。

結章

敬讓型の厳格審査は、現在の合衆国最高裁の人種区分の合憲性判断を統制する基準である（第 1 章 11 節 2 項）。合衆国最高裁では、AA の支持派と否定派の力が均衡する状況にあって、平等の問題に関して、中間派がイニシアティブを握り（第 1 章 11 節 1 項）、敬讓型の厳格審査が合衆国最高裁の法理を統制してきた。だが、敬讓型の厳格審査を支持する裁判官の中でも敬讓の程度について理解が分かれており、Kennedy 裁判官が O'Connor 裁判官の厳格審査の理解を否定し、それが合衆国最高裁の立場でないことを明確にしたように、その理解は変遷する（第 4 章 2 節 3 項）。Kennedy 裁判官による敬讓型の厳格審査の理解も、一時のコンセンサスにすぎず、裁判官の構成の変化によって変遷する（第 4 章 3 節 8 項）。敬讓型の厳格審査の適用を支持する中間派の裁判官は、厳格審査が AA にとって「事実上致命的」でないことを再三にわたって主張した（第 1 章 5 節 2 項、7 節 4 項、8 節 1 項）。それでもなお、学説では、敬讓型の厳格審査を支える基礎の不安定さから、厳格審査は AA にとって「致命的」だという理解が示された（第 1 章 7 節 4 項、8 節 2 項）。合衆国最高裁で厳格審査が何を意味するのかは、合衆国最高裁内での裁判官の力関係などを意識しながら、絶えず判例の展開を考察する必要がある。

厳格審査は、本来、懷疑主義に基づいて敬讓を否定し（第 1 章 2 節 1 項）、合理性の審査は懷疑主義に基づかずに、敬讓を組込む（第 1 章 2 節 2 項）。しかし、中間派の裁判官による厳格審査の理解では、厳格審査が否定するはずの敬讓の概念が組込まれ、相反する概念（懷疑主義と敬讓）が同居する。敬讓型の厳格審査は、人種区分に対する懷疑を維持しながらも、文脈に応じて合憲性審査の厳格度を緩厳させるために、敬讓の概念を組込んでいる。

これに対し、AA 支持派の裁判官は、AA と差別的な人種区分を性質が異なるとして区別し、AA への厳格審査の適用を否定する⁶⁹²。彼らが人種区分への厳格審査の適用を支持するときには、判断形成機関への敬讓を明確に

否定する⁶⁹³。AA 否定派の裁判官は、すべての人種区分に厳格審査が適用されるとする中間派の O'Connor 裁判官の意見に同調するが⁶⁹⁴、判断形成機関の判断を敬讓すべきと示す場合には⁶⁹⁵、人種区分への厳格審査の適用を否定する⁶⁹⁶。AA の支持派と否定派の裁判官は、人種区分にどの審査基準を適用すべきかを判断する前に、文脈を考慮し、判断形成機関の判断を敬讓しない場合には厳格審査を、敬讓する場合にはそれよりも厳格度の低い審査基準を適用している⁶⁹⁷。

中間派とそれ以外の裁判官との違いは、判断形成機関の権限や裁量といった具体的な文脈について、個々の事例で問題とされた人種区分にどの司法審査基準を適用するのかを決定した後、あるいはその前に考慮するのかにある。平等保護分野では、合衆国最高裁のすべての裁判官は判断形成機関への敬讓をするかしないかを意識している。

厳格審査への敬讓の組込を真に支持しているのは、中間派の裁判官だけである。厳格審査に敬讓を組込んだことで、大学の入学者選抜での人種使用の合憲性審査では⁶⁹⁸、Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見はほとんど実体的な審査をせずに合憲判断を下した(第3章2・3節)。Fisher II 判決 Kennedy 裁判官法廷意見は、O'Connor 裁判官の理解する厳格審査よりも厳しい手段審査をするが、その本質を変えておらず、厳しい合憲性審査をしていない(第4章3節)。敬讓型の厳格審査は、厳格審査という名称を付いているが、その実体はかなり緩やかに合憲性審査を行っており、厳密に審査していない。

本稿は合衆国最高裁の敬讓型審査をめぐる議論を考察した。本稿で考察したのは AA の審査基準をめぐる議論の一部にすぎず、アファーマティヴ・アクションの司法審査基準をめぐる日本での議論の考察には、さらに多くのアメリカの議論の考察が必要である。日本との比較は他日の課題だが、最後に日本の議論に若干触れておく。日本の裁判所は司法審査基準を明確に採用していないが⁶⁹⁹、日本の学説はアファーマティヴ・アクションにどの司法審査基準が適用されるべきかを論じてきた。アファーマティヴ・アクションの主たる対象になるのは社会・経済的に不利な状況にあるグループであるため、憲法第14条1項後段列挙事由やそれに類する区分に基づくアファーマティヴ・アクションの合憲性が問題となる。後段列挙事由には、それに基づ

く異なる取扱の合憲性審査の際に、厳格度の高い司法審査基準が適用されるという意味で、特別な意味があるとする説が現在ではおおむね支持されている⁷⁰⁰。多くの学説は、アファーマティヴ・アクションが実質的平等を保護すること⁷⁰¹、アファーマティヴ・アクションは多数派が少数派を優遇するものであり、敵意から生じたのではなく⁷⁰²、多数派が民主過程を通じて是正することが容易であること⁷⁰³等を理由に、列挙事由等に基づく異なる取扱とアファーマティヴ・アクションを区別する。この区別に基づいて⁷⁰⁴、多くの学説は中間審査を下回らない程度で列挙事由に基づく区別に本来適用される基準よりも低い審査基準の適用を主張し⁷⁰⁵、近年では合理性の審査の適用を主張する説⁷⁰⁶もある⁷⁰⁷。

他方、アファーマティヴ・アクションへの厳格審査の適用を主張する見解もある⁷⁰⁸。この見解は、疑わしさを推定して厳格審査を適用しても、「硬直的」に厳格審査を捉えなければ、厳格審査の下でもアファーマティヴ・アクションが通過する可能性があるとする⁷⁰⁹。その根拠として、Adarand 判決で法廷意見によって AA の厳格審査通過の可能性が示され（第 1 章 7 節 4 項）、Grutter 判決が法廷意見によって厳格審査の下で実際に合憲判断を下したこと（第 2 章 2 節）を参照する⁷¹⁰。通過可能性の根拠とされる判決では、敬讓型の厳格審査の下で、非常に緩やかな合憲性審査がなされた（第 3 章 2・3 節）。司法審査基準は「合憲性を計る物差」であり⁷¹¹、各審査基準の合憲性審査の緩厳には幅があるが⁷¹²、おそらくは日本のどの論者にとっても、敬讓型の厳格審査の実体は厳格審査の幅に収まらない⁷¹³。アファーマティヴ・アクションに関して、合衆国最高裁の判例を参照する際には、その内容を精緻に把握し、敬讓型の厳格審査の実体を正確に理解する必要がある。

(Endnotes)

420 Siegel, *supra* note 35, at 359–60.

421 Croson, 488 U.S. at 500–01.

422 Thompson & Schiff, *supra* note 30, at 479.

423 539 U.S. at 329.

- 424 Varol, *supra* note 19, at 1254.
- 425 539 U.S. at 328-33.
- 426 Varol, *supra* note 19, at 1254.
- 427 United States v. Virginia, 518 U.S. 515, 535-36 (1996).
- 428 David Crump, *The Narrow Tailoring Issue in The Affirmative Action Cases: Reconsidering The Supreme Court's Approval in Gratz and Grutter of Race-based Decision-Making by Individualized Discretion*, 56 Fla. L. Rev. 483, 526-27 (2004).
- 429 Gerstmann & Shortell, *supra* note 3 ; Bernstein, *supra* note 93, at 223-24.
- 430 See David E. Bernstein, *Lochner, Parity, and the Chinese Laundry Cases*, 41 Wm. & Mary L. Rev. 211, 217-69 (1999).
- 431 539 U.S. at 326-27.
- 432 「厳格審査は、より敬讓を示す立場とは逆に、許容できない動機付けをあまりだす試みにおいて、政府によって示された行為の動機づけを慎重に調べる免許を合衆国最高裁に与えた」と指摘されている (Michelle Adams , *Searching for Strict Scrutiny in Grutter v. Bollinger*, 78 Tul. L. Rev. 1941, 1945-46 (2004))。
- 433 *Id.* at 318-19. この観点から相当数を定義すると、各グループの相当数は同じになる。だが、ミシガン大学ロー・スクールのマイノリティの合格者数を見ると、多い順に、アフリカ系アメリカ人、ヒスパニック、ネイティヴ・アメリカンである。とすれば、ネイティヴ・アメリカンの合格者数が相当数であり、それを超える選抜では人種は考慮されず、学力等の要素が重視されるはずである。だが、アフリカ系の合格者の試験の点数や成績を見ると、合格に必要なハードルはヒスパニックよりも低い。この違いの説明には「苦渋」を伴い (大沢秀介「高等教育機関におけるアファーマティヴ・アクション」大沢・大林前掲 (130) 3頁、41頁)、Rehnquist 首席裁判官反対意見は、相当数とは単に人種構成のバランスをとったにすぎないと批判する (539 U.S. at 381-84)。合衆国最高裁は人種構成のバランスをとることを明確に禁止してきたが (*Id.* at 330)、グループごとに相当数が異なる場合には、人口構成比を意識しているのは明らかである。下級審では、どのグループが過少代表なのかを判断する際には、各グループが関連

する地域の人口に占める比率と在学者に占める比率を比較すべきとの見解が示されている (Fisher v. University of Texas at Austin, 645 F.Supp.2d 587, 607 (2009); Fisher v. University of Texas at Austin, 631 F.3d 213, 237-38 (5th Cir.2011))。合衆国最高裁は、相当数のマイノリティを入学させることが人種の均衡とることではないとするロー・スクールの言葉を信頼したが (Ann Mallatt Killenbeck, *Bakke, With Teeth?: The Implications of Grutter v. Bollinger in an Outcomes-Based World*, 36 J.C. & U.L. 1, 36 n.235 (2009))、相当数とは、人種構成比と切り離せない概念である。故に、多様性とは、「人種の均衡」の言い換えにすぎないとも指摘される (Thompson & Schiff, *supra* note 30, at 485-86)。合衆国最高裁は、人種の均衡は、単純に「多様性」とラベリングすることで、やむにやまれぬ利益とすべきではないと示してきた (Parents Involved, 551 U.S. at 735)。

434 *Id.* at 343.

435 *Id.* at 332; *Id.* at 364 (Thomas J., dissenting).

436 *Id.* at 346-47 (Scalia J., dissenting).

437 Carl L. Bankston III, *Grutter v. Bollinger Weak Foundations*, 67 Ohio St. L.J. 1, 12 (2006).

438 相当数が曖昧な概念であるため、各判断形成機関は曖昧な相当数が達成されていないと主張して (Deborah C. Malamud, *Affirmative Action, Diversity, and the Black Middle Class*, 68 U. Colo. L. Rev. 939, 954 (1997))、中立策を否定し、足枷のない優先を付与できる (Ian Ayres & Sydney Foster, *Don't Tell Don't Ask: Narrow Tailoring After Grutter and Gratz*, 85 Tex. L. Rev 517 (2007))。そのため、相当数を数値化すべきとの主張も見られるが (Fisher v. Univ. of Tex. at Austin, 758 F.3d 633, 667 (Garza, J., dissenting) (5th Cir. 2014))、相当数を数値化すると AA のが目的人種の均衡をとることになる。合衆国最高裁は、AA の正当化理由として、人種の均衡を一貫して否定してきた。

439 Thompson & Schiff, *supra* note 30, at 479.

440 Beard II, *supra* note 118, at 26.

441 Karlan, *supra* note 70, at 1622.

442 Nelson, *supra* note 4, at 1153-54.

443 539 U.S. at 348-49 (Scalia, J., dissenting).

444 Varol, *supra* note 19, at 1257.

445 もっとも、政府の行為はある種の正当な目的に向けた推進からほぼ常に生じており、ほとんどの正当な利益はやむにやまれぬ利益となり、目的が違憲とされることはほとんどないとも指摘される (Crump, *supra* note 428, at 520-21)。

446 法廷意見は上位の大学から生じる社会的利益に納得していたため (第2章 7節1項 (2))、目的審査を緩めたと指摘される (Estlund, *supra* note 362, at 32)。

447 Bakke, 438 U.S. at 357 (Brennan J., jointed by White, Marshall, Blackmun JJ., dissenting).

448 Evan D. Carr, *By The Content of Their Character: Good-Faith Consideration of Race-Neutral Alternatives in Affirmative Action Under Fisher*, 49 Ind. L. Rev. 745, 747-48 (2016).

449 Ayres & Foster, *supra* note 438, at 543.

450 539 U.S. at 341.

451 *Id.* at 339.

452 *Ibid.*

453 *Id.* at 342. 個別の考慮の要求から、高等教育機関の入学者選抜の文脈では、クォータ制は禁止される。Grutter 判決 Rehnquist 首席裁判官反対意見は、マイノリティが志願者に占める割合と合格者に占める割合との間に密接な相関関係があり、これが、問題とされた入学者選抜策が違憲なクォータであるとの推定を生じさせるとした (*Id.* at 383-86)。同反対意見によれば、クォータ制を示唆する証拠がなかったとしても、違憲なクォータがないと証明する負担はロー・スクールにあるが (*Id.* at 390-91)、同法廷意見はロー・スクールの行為の誠実さを推定し、証明の負担を課さなかった (*Id.* at 329)。このことから、同法廷意見は、違憲なクォータかどうかについて十分に審査をしていないとされる (Varol, *supra* note 19, at 1255)。

454 539 U.S. at 341.

455 *Id.* at 342.

456 Winkler, *supra* note 10, at 820.

457 539 U.S. at 343.

458 Gerstmann & Shortell, *supra* note 3, at 36-37.

459 Ayres & Foster, *supra* note 438, at 543.

460 Massey, *supra* note 16, at 977-78.

461 Ware, *supra* note 33, at 2111.

462 個別の考慮の要求の意味は、明確な数値化の防止や人種の過度の考慮の防止にあるとされる (Carr, *supra* note 448, at 748-49)。人種の考慮の数値化は、各人を人種によって区分し、固定観念や偏見を生み出す原因にもなる。Grutter 判決と同日に下された Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003) では、人種に基づく一定の点数の付与 (当該事例では、20 点。合格に必要な点数は 100 点) が違憲と判断された。違憲判断の原因は、加点の規模ではなく加点自体が問題とされたという理解も示されている (Eang L. Ngov, *Following Fisher Narrowly Tailoring Affirmative Action*, 64 Cath. U.L. Rev. 1, 7 (2014))。他方で、加点の規模が問題であり、加点自体は、合衆国最高裁は許容していたという見解もある (Cordes, *supra* note 99, at 726)。

合衆国最高裁は 1 つの要素としての人種の考慮が憲法上許されると示してきたが、それでは人種がどの程度の役割を果たしているのかが分からなくなると指摘される (Ayres & Foster, *supra* note 438, at 582)。非マイノリティの合格者と AA の対象者の合格者との試験の点数の差が激しいため、ミシガン大学ロー・スクールでは人種は非常に重要な要素として考慮されるとされる (Martin D. Carcieri, *The Wages of Taking Bakke Seriously: Federal Judicial Oversight of the Public University Admissions Process In the Beginning, there was Bakke*, 2001 BYU Educ. & L. J. 161, 163-65 (2001))。この見解に従えば、個別の考慮はその目的を果たしていない。

463 Gerstmann & Shortell, *supra* note 3, at 28.

464 Wygant v. Jackson Board of Education, 476 U.S. 267, 273 (Powell J., joined by Burger C.J. & Rehnquist, O'Connor JJ., plurality) (1986).

465 George La Noue & Kenneth L. Marcus, *Serious Consideration of*

- Race-Neutral Alternatives in Higher Education*, 57 Cath. U.L. Rev. 991, 996 (2008).
- 466 Kent Greenawalt, *Judicial Scrutiny of "Benign" Racial Preference in Law School Admissions*, 75 Colum. L. Rev. 559, 578-79 (1975).
- 467 476 U.S. at 280.
- 468 *City of Richmond v. J.A. Croson, Co.*, 488 U.S. 469, 510 (O'Connor jointed by Rehnquist C.J & White, Stevens, Kennedy JJ., majority) (1989).
- 469 *United States v. Paradise*, 480 U.S. 149 (1987). O'Connor 裁判官反対意見は、「いずれの有用な人種中立的な代替策を考慮せずに」人種的な「昇進におけるクォータ」を課していることを理由に、合衆国地方裁判所を批判した。*Paradise*, 480 U.S. at 200 (O'Connor, J., jointed by Rehnquist C.J & Scalia, J.,dissenting). Brennan 裁判官相対多数意見は、それらの代替策が合衆国地方裁判所では示されなかったと回答した (*Id.* at 177 n.28 (Brennan J., jointed by Marshall, Blackmun, Powell JJ., plurality)). これに対し、O'Connor 裁判官は、有用な代替策の探究なしには、裁判所は人種的クォータが必要だと結論づけることはできないと示した (*Id.* at 200).
- 470 488 U.S. at 507.
- 471 *Noe & Marcus, supra* note 465, at 996-98.O'Connor 裁判官は Metro Broadcasting 判決の反対意見で、放送免許付与におけるマイノリティへの FCC による優先を違憲だと判断した。その際、FCC は、新しいライセンスと既存のライセンスの移譲の手続で人種的優先を実施する前に、「人種区分のどのような代替策が効果的だと証明されているのかを評価する試みをしなかった」と示している (*Metro Broadcasting Inc. v. FCC*, 497 U.S. 547 (O'Connor J., jointed by Rehnquist C.J & Scalia, Kennedy JJ., dissenting) (1990))。
- 472 539 U.S. at 339.
- 473 *Id.* at 339-40.
- 474 *Id.* at 340.
- 475 *Id.* at 350.
- 476 *Id.* at 387-88.
- 477 *Id.* at 329.

- 478 Gerstmann & Shortell, *supra* note 3, at 37 ; Varol, *supra* note 19, at 1256.
- 479 Noue & Marcus, *supra* note 465, at 1001.
- 480 Massey, *supra* note 16, at 978.
- 481 Winkler, *supra* note 10, at 820.
- 482 Ayres & Foster, *supra* note 438, at 522.
- 483 John A. Powell & Stephen Menendian, *The Limits of Exhaustion and the Future of Race-Conscious University Admissions*, 47 U. Mich. J.L. Reform 899, 924 (2014).
- 484 *See* Vill. of Arlington Heights v. Metro. Hous. Dev. Corp., 429 U.S. 252, 265 (1977).
- 485 *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229, 239 (1976).
- 486 R. Richard Banks, *The Benign-Invidious Asymmetry in Equal Protection Analysis*, 31 *Hastings Const. L.Q.* 573, 576 (2003).
- 487 人種を意識する中立策に適用する審査基準の議論については、今井健太郎「厳格審査基準と人種中立的規定の審査手法」朝倉むつ子・西原博史編『平等権と社会的排除——人権と差別禁止法理の過去・現在・未来』（成文堂、2017年）131頁参照。
- 488 *Id.* at 578. 例えば、*Parents Involved* 判決 Kennedy 裁判官同意意見は、「単純に、再選挙区割が人種を意識によって実施されることを理由に、厳格審査が適用されない」とする *Vera* 判決相対多数意見を参照し、「選挙区割は『文面上人種中立的』であるため、『明確な人種区分』の事例よりも、再選挙区割の事例で、厳格審査が適用されるとされる前に、より詳細な審査が必要である」と示す (551 U.S. 701 (2007) (quoting *Bush v. Vera*, 517 U.S. 952, 958 (1996))). *Vera* 判決の援用は、初等中等学校への人種を意識する生徒の割当策の支配的な動機づけが人種的である場合にのみ、厳格審査が適用されるという立場を示している (Noue & Marcus, *supra* note 465, at 1012-13)。
- 489 階層に基づく AA については、拙著前掲 (1) 第 6 章参照。
- 490 Kim Forde-Mazrui, *The Constitutional Implications of Race-Neutral Affirmative Action*, 88 *GEO. L.J.* 2331, 2346 (2000).
- 491 *See* Rubinfeld, *supra* note 41, at 436-37.

- 492 Noue & Marcus, *supra* note 465, at 1011.
- 493 488 U.S. at 490–93 (O'Connor jointed by Rehnquist C.J., White J., plurality).
- 494 Richard H. Fallon, Jr., *Affirmative Action Based on Economic Disadvantage*, 43 UCLA L. Rev. 1913, 1949–50 (1996).
- 495 Brian T. Fitzpatrick, Essay, *Can Michigan Universities Use Proxies for Race After the Ban on Racial Preferences?*, 13 Mich. J. Race & L. 277, 288 (2007).
- 496 Ian Ayres, *Narrow Tailoring*, 43 UCLA L. Rev. 1781, 1795–96 (1996).
- 497 Croson, 488 U.S. at 493.
- 498 Reva B. Siegel, *From Colorblindness to Antibalkanization: An Emerging Ground of Decision in Race Equality Cases*, 120 Yale L.J. 1278, 1293–99 (2011).
- 499 Elise C. Boddie, *The Sins of Innocence in Standing Doctrine*, 68 Vand. L. Rev. 297, 324–35 (2015).
- 500 Noue & Marcus, *supra* note 465, at 1014–15.
- 501 William B. Reynolds, *Individualism vs. Group Rights: The Legacy of Brown*, 93 Yale L.J. 995, 1000 (1984).
- 502 Edwin Meese III, *Civil Rights, Economic Progress, and Common Sense*, 14 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 150, 156 (1991).
- 503 Alexander Bickel, *The Morality of Consent* 133, Yale University Press (1975).
- 504 Fullilove, 448 U.S. at 547 (Stevens, J., dissenting) (「最終的な目標は、人間の種とといったような無関係な要素を政府の判断形成から完全に排除するところにある。」) ; Metro Broadcasting, 497 U.S. at 611 (O'Connor, J., dissenting) (「1つの国家として、我々は(人種的な)排除のこのような歴史によって影響を受けない社会の創造を望む。」).
- 505 Thomas J. Sugrue, *Less Separate, Still Unequal: Diversity and Equality in "Post—Civil Rights," in Our Compelling Interests: The Value of Diversity for Democracy and A Prosperous Society* 47, Princeton University Press (2016).

- 506 John E. Morrison, *Colorblindness, Individuality, and Merit: An Analysis of the Rhetoric Against Affirmative Action*, 79 Iowa L. Rev. 313, 341-42 (1994).
- 507 Croson, 488 U.S. at 493; Metro Broadcasting, 497 U.S. at 602.
- 508 George Sher, Predicting Performance in Equal Opportunity 188, Blackwell Pub (1987).
- 509 Morris B. Abram, *Affirmative Action: Fair Shakers and Social Engineers*, 99 Harv. L. Rev. 1312, 1320 (1986).
- 510 Reynolds, *supra* note 501, at 1003.
- 511 Kirsanow, *supra* note 142, at 77.
- 512 William Van Alstyne, *Rites of Passage: Race, the Supreme Court, and the Constitution*, 46 U. Chi. L. Rev. 775, 787 n.38 (1979).
- 513 Baker, *supra* note 263, at 1364.
- 514 Abram, *supra* note 509, at 1318-23.
- 515 Mellott, *supra* note 261, at 1157.
- 516 Bernstein, *supra* note 93, at 226.
- 517 Parents Involved, 551 U.S. at 748 (Thomas, J., concurring).
- 518 John E. Morrison, *supra* note 506, at 320.
- 519 Sullivan, *supra* note 12, at 754.
- 520 See Girardeau A. Spann, Proposition 209, 47 Duke L.J. 187, 225 (1997).
- 521 Morrison, *supra* note 506, at 322-23.
- 522 See Spann, *supra* note 520, at 225.
- 523 Kairys, *supra* note 21, at 748.
- 524 See Bakke, 438 U.S. at 407 (1978) (Blackmun, J., concurring and dissenting) (「人種主義を乗り越えるためには、我々はまず人種を考慮すべきである。」)。
- 525 See Gerber, *supra* note 156, at 1173.
- 526 See Michael B. Rappaport, *Originalism And The Colorblind Constitution*, 89 Notre Dame L. Rev. 71 (2013); Randall Kennedy, *Colorblind Constitutionalism*, 82 Fordham L. Rev. 1 (2013); Osagie K. Obasogie, *Can The Blind Lead The Blind? Rethinking Equal Protection Jurisprudence*

- Through An Empirical Examination Of Blind People's Understanding Of Race*, 15 U. Pa. J. Const. L. 705 (2013).
- 527 Iris Manrion Young, *Justice And The Politics of difference 192-93*, Princeton University Press (1990).
- 528 Heriot, *supra* note 26, at 230 n.70 ; Francisco M. Negron, Jr, *Diversity is Dead. Long Live Diversity The Racial Isolation Prong of Kennedy's PICS Concurrence in Fisher and Beyond*, 24 U. Miami Bus. L. Rev. 99, 107 (2016).
- 529 See Bruce P. Lapenson, *Affirmative Action and The Meanings of Merit 52-54*, University Press of America (2009).
- 530 Ross II , *supra* note 83, at 1596.
- 531 Zoe Burkholder, *Color in The Classroom: How American Schools Taught Race 1900-1954 178*, Oxford University Press (2011).
- 532 Gotanda, *supra* note 34, at 43-46.
- 533 Morrison, *supra* note 506, at 315.
- 534 William B. Reynolds, *The Reagan Administration and Civil Rights: Winning the War Against Discrimination*, 1986 U. Ill. L. Rev. 1001, 1017.
- 535 Kahlenberg は、カラー・ブラインドの達成のために人種を使用しないとする AA の反対者の主張にも説得力があると考え (Richard D. Kahlenberg, *Getting Beyond Racial Preferences : The Class-Based Compromise*, 45 Am. U.L. Rev. 721, 724 (1996))。各人種間に格差が存在する現実については、マイノリティが低い階層に占める割合が高いことから、階層を優先の対象とすることで解決できると考える。
- 536 Sullivan, *supra* note 71.
- 537 Bernstein, *supra* note 93, at 220.
- 538 Bakke, 438 U.S. at 360-61 (Brennan J, jointed by White, Marshall, Blackmun JJ., dissenting).
- 539 Paradise, 480 U.S. at 178 (Brennan J., jointed by Marshall, Blackmun, Powell JJ., plurality).
- 540 Lucy Katz, *Public Affirmative Action and the Fourteenth Amendment: The Fragmentation of Theory after Richmond v. J.A. Croson Co. and*

- Metro Broadcasting, Inc. v. Federal Communications Commission, 17 T. Marshall L. Rev. 317, 319 (1992).
- 541 Fullilove, 448 U.S. at 547.
- 542 Miller v. Johnson, 515 U.S. 900, 911 (1995).
- 543 Cordes, *supra* note 99, at 744.
- 544 AA の支持者のほとんどは AA の終了日について明示しておらず、多くの者が AA が永続化するのではないかという疑いを持ったと指摘される (Richard D. Kahlenberg, *The Remedy : Class, Race, and Affirmative Action* 112, Basic Books (1996))。
- 545 Laura Mcneal, *Current Issues in Education Law: Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action: The Majorit's Tyranny Toward Unequal Educational Opportunity*, 59 St. Louis L.J. 385, 388 (2015).
- 546 AA は人種に対して永続的な注意を要求しており、永続的に社会を動かすとも指摘される (Terry Eastland, *The Case Against Affirmative Action*, 34 Win. & Mary L. Rev. 33, 46 (1992))。
- 547 Fullilove 判決 Powell 裁判官同意意見は、厳格審査を適用するとし (448 U.S. at 496)、合憲判断を下す 1 つの理由として、問題とされた AA が時間的に制約されていることを挙げた (*Id.* at 510)。Wygant 判決 Powell 裁判官相対多数意見は厳格審査を適用するとし (476 U.S. at 273 (Powell J., jointed by Rehnquist C.J & Burger, O'Connor JJ., plurality))、違憲判断を下す 1 つの理由として、ロールモデルの理論には論理的終結点がなく、AA の実施が時間的に制約されないことを挙げた (*Id.* at 275)。Sheet Metal Workers 判決 Brennan 裁判官相対多数意見は、問題とされた施策が厳格審査さえも通過するため、いかなる基準を適用するのかを示す必要はないとし (478 U.S. at 480 (Brennan J., Marshall, Blackmun, Stevens JJ., plurality))、合憲判断を下す理由として問題とされた施策が一時的であり、時間的に制約されていることを挙げた (*Id.* at 479)。Paradise 判決 Brennan 裁判官相対多数意見は、問題とされた施策が厳格審査を通過するため、適用する基準を明確にする必要はないとし (480 U.S. at 166-67 (Brennan J., jointed by Marshall, Blackmun, Powell JJ., plurality))、合憲判断を下す 1 つの理由として、問題とされた施策が「一時的で、非常に限

- 定されている」ことを挙げる (*Id.* at 180)。Croson 判決 O'Connor 裁判官の法廷意見の部分は、密接に仕立てられている1つの要件として、人種を意識する施策が論理的終結点を持つべきと示す (488 U.S. at 498 (O'Connor, jointed by Rehnquist C.J & White, Stevens, Kennedy JJ., majority))。
- 548 これに対し、人種は利益と負担の分配で重要な要素である実質的な文化的特性であり、人種の中核的かつ基本的な重要性の否定は、それ自体人種主義の形式であるとの考えも示されている (*See* Gotanda, *supra* note 34, at 59-60)。
- 549 539 U.S. at 342.
- 550 Cordes, *supra* note 99, at 744.
- 551 Baker, *supra* note 263, at 1363.
- 552 539 U.S. at 342.
- 553 Cordes, *supra* note 99, at 740.
- 554 Kevin R. Johnson, *The Last Twenty Five Years of Affirmative Action?*, 21 Const. Comment. 171, 173 (2004).
- 555 Cordes, *supra* note 99, at 744.
- 556 Gerstmann & Shortell, *supra* note 3, at 22.
- 557 この議論を紹介する法語文献として、西村裕三「多様性の価値と Affirmative Action」『立憲主義—過去と未来の間—畑博行先生古希記念』(有信堂、2000) 315 頁、341 頁参照。
- 558 Louis Lapidus, *Diversity's Divergence : A Post Grutter Examination of Racial Preference in Public Employment*, 28 W. New Eng. L. Rev. 199, 254 (2006).
- 559 Vinay Harpalani, *Narrowly Tailored but Broadly Compelling: Defending Race-Conscious Admissions After Fisher*, 45 Seton Hall L. Rev. 761, 776 (2015).
- 560 教育的利益は継続して生じるため、それを理由とする AA には終わりが無い旨が指摘される (Cordes, *supra* note 99, at 745)。
- 561 Joll と Sunstein は、マイノリティが一定を占めることで多様性が増加し、それにより偏見が縮減すると指摘している (Christine Jolls & Cass R.

- Sunstein, *The Law of Implicit Bias*, 94 Cal. L. Rev. 969, 980 (2006)。
- 562 Ciocchetti & Holcomb, *supra* note 162, at 324.
- 563 AA とは「既存の継続する差別の終了、過去の差別の続いている影響の救済、及び将来における差別を防ぐ制度と手続を作成のために描かれた一連の行為である」だと指摘される (Sarah C. Chamberlain, *Constitutional Law—Equal Protection—Democratic Amendment to Michigan’s Constitution Prohibiting Affirmative Action Upheld as Constitutional. Schuette v. Coal. to Defend Affirmative Action*, 134 S. Ct. 1623 (2014), 45 Cumb. L. Rev. 457, 461 (2014))。
- 564 拙著前掲 (1) 141-51 頁参照。
- 565 Kahlenberg は、多様性に基づく AA はいささかの人種的不均衡がある限り、正当化できると指摘する (Kahlenberg, *supra* note 544, at 40)。
- 566 他方で「多様性は終結点を確立しており、許容しうる AA の総計には本来的な制限がある」との見解も示される (Akhil Reed Amar & Neal Kumar Katyal, *Symposium on Affirmative Action: Bakke’s Fate*, 43 UCLA L. Rev. 1745, 1776-77 (1996))。
- 567 Malamud, *supra* note 438, at 953.
- 568 Kahlenberg, *supra* note 544, at 27-28.
- 569 539 U.S. at 342-43.
- 570 Bankston III, *supra* note 437, at 8.
- 571 25 年という制限は、将来の訴訟での合衆国最高裁による再考慮を促したものと指摘される (Kevin R. Johnson, *From Brown to Bakke to Grutter: Constitutionalizing and Defining Racial Equality: The Last Twenty Five Years of Affirmative Action?*, 21 Const. Commentary 171, 187 (2004))。
- 572 Cordes, *supra* note 99, at 748-50.
- 573 Lia B. Epperson, *True Integration: Advancing Brown’s Goal of Educational Equity in the Wake of Grutter*, 67 U. Pitt. L. Rev. 175, 220 (2005).
- 574 539 U.S. at 343.
- 575 Gerstmann & Shortell, *supra* note 3, at 36-37.
- 576 Lapidus, *supra* note 558, at 218.
- 577 539 U.S. at 343.

- 578 Boddie, *supra* note 143, at 43.
- 579 AA を支持する意見が AA の終了時期を明言したのは、Bakke 判決において Blackmun 裁判官が 10 年経てば必要なくなると述べたのが唯一である (438 U.S. at 403)。
- 580 Cordes, *supra* note 99, at 743.
- 581 Bankston III, *supra* note 437, at 3.
- 582 539 U.S.at 335.
- 583 Ware, *supra* note 33, at 2107.
- 584 539 U.S. at 345.
- 585 Cordes, *supra* note 99, at 741.
- 586 *Id.* at 351 (「私は、高等教育機関の入学者選抜における人種差別が 25 年後に違法になるという本法廷の判旨に同意する。」) ; *Id.* at 375 (当該ロー・スクールの行為が 25 年以内に違法になるとする本法廷の判旨に同意する。) .
- 587 *Id.* at 375-76.
- 588 マイノリティと非マイノリティの学力の差は 1980 年代から Grutter 判決が下されるまでの間に縮まっておらず、判決の後 25 年で AA が必要なくなる可能性は低いと指摘される (日吉和子「米国大学入学者専攻におけるアファーマティブ・アクション・プログラム 25 年期限の実現可能性」城西国際大学語学教育センター研究年報 4 号 (2010) 37 頁)。
- 589 Negron, Jr, *supra* note 528.
- 590 Carcieri, *supra* note 462, at 164-66.
- 591 Bankston III, *supra* note 437, at 3-4.
- 592 Derrick Darby, *A Lesson for the Reparations Debate in the Age of Obama*, 57 Kan. L. Rev. 755 (2009).
- 593 Bankston III, *supra* note 437, at 1.
- 594 Boddie, *supra* note 143, at 44.
- 595 Maltz, *supra* note 118, at 1057.
- 596 Daria Roithmayr, *Tacking Left: A Radical Critique of Grutter*, 21 Const. Comment. 191, 193 (2004).
- 597 Stephen J. Caldas, *The Plessy and Grutter Decision : A Study in Contrast*

- and Comparison*, 67 Ohio St. L. J. 67, 81-82 (2006).
- 598 Christopher J. Schmidt, *Caught in a Paradox: Problems with Grutter's Expectation that Race-Conscious Admissions Programs Will End in Twenty-Five Years*, 24 N. Ill. U. L. Rev. 753, 783 (2004).
- 599 Bodensteiner, *supra* note 133, at 40.
- 600 Cordes, *supra* note 99, at 741-42.
- 601 133 S.Ct. at 2421.
- 602 Jackson, *supra* note 236, at 64-65.
- 603 Kimberly Jenkins Robinson, *The Supreme Court, 2015 Term-Comment: Fisher's Cautionary Tale and the Urgent Need for Equal Access to an Excellent Education*, 130 Harv. L. Rev. 185, 196 (2016).
- 604 Michael Abramowicz & Maxwell Stearns, *Defining Dicta*, 57 Stan. L. Rev. 953, 1093 (2005).
- 605 Ware, *supra* note 33, at 2107; Caldas, *supra* note 597, at 81-82.
- 606 Thompson & Pomeroy, *supra* note 3, at 143.
- 607 Staff Writer, *Non-Strict Strict Scrutiny: The Fifth Circuit and The Grutter Standard in Fisher v. University of Texas at Austin*, 32 B.C. J.L. & Soc. Just. 35, 42 (2012).
- 608 *Fisher v. University of Texas*, 136 S. Ct. 2198 (2016). 当該判決については以下の文献等参照。大林啓吾「多様な学生を確保するために人種を考慮要素の一つとするテキサス大学の入試制度（アファーマティブアクション）を合憲とした事例 [アメリカ連邦最高裁判所 2016.6.23 判決]」判例時報 2304 号 (2016) 19 頁；拙稿「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)」桐蔭法学 23 卷 1 号 (2016) 49 頁；宮川成雄「テキサス大学の入試制度とアファーマティブ・アクションの合憲性—Fisher v. University of Texas at Austin, 136 S. Ct. 2198 (2016) (Fisher II)」比較法学 51 卷 1 号 (2017) 83 頁；高橋正明「大学入試において人種を考慮して実施されたアファーマティブ・アクションの合憲性：Fisher v. University of Texas at Austin, 136 S. Ct. 2198 (2016)」帝京法学 30 卷 2 号 (2017) 259 頁；岡田高嘉「大学入学者選抜におけるアファーマティブ・アクションの合憲性」県

立広島大学教育センター紀要2号(2017)1頁; 拙稿「Fisher v. University of Texas, 136 S. Ct. 2198 (2016) - 大学の入学者選抜における人種の使用は、目的審査では大学の判断を敬讓するが、手段審査では敬讓しない厳格審査 (strict scrutiny) の下で、合憲だとされた事例」アメリカ法 [2017-1] 106頁; 石田若菜「大学入試とアファーマティブ・アクション— Fisher v. University of Texas at Austin, 136 S. Ct. 2198 (2016)」比較法雑誌 51 卷 3 号 249 頁 (2017)。

609 Hopwood v. Texas, 78 F. 3d 932 (1996).

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

611 645 F. Supp. 2d 587 (2009).

612 631 F.3d 213 (5th Cir. 2011).

613 133 S. Ct. 2411 (2013).

614 758 F.3d 633 (5th Cir.2014). 当該判決については、拙稿「手段審査の厳格化と Affirmative Action : Fisher v. University of Texas at Austin, 98 Empl. Prac. Dec. (CCH) P45, 109 (2014)」桐蔭法学 21 卷 2 号 (2015) 1 頁。

615 136 S. Ct. at 2207-08.

616 *Id.* at 2208.

617 *Id.* at 2210.

618 *Id.* at 2211-12.

619 *Ibid.*

620 *Id.* at 2213-14.

621 *Id.* at 2214.

622 *Id.* at 2214-15.

623 *Id.* at 2215.

624 *Id.* at 2221.

625 *Id.* at 2221-22.

626 *Id.* at 2222-23.

627 *Id.* at 2223.

628 *Id.* at 2224-26.

629 Garces, *supra* note 162, at 20-21; Gerber, *supra* note 156, at 1189-90; Harpalani, *supra* note 168, at 155-56.

- 630 Mark Strasser, *What's Next in Affirmative Action Jurisprudence: Fisher As Temporizing Rather Than Reflecting a New-Found Consensus*, 20 J. Gender Race & Just. 157 (2017).
- 631 Adam Lamparello & Cynthia Swann, *The New Affirmative Action after Fisher v. University of Texas: Defining Educational Diversity through the Sixth Amendment's Cross-Section Requirement*, 69 SMU L. Rev. 387, 403 (2016) ; Harpalani, *supra* note 168.
- 632 Torres, *supra* note 138, at 100-01; Jennifer Mason McAward, *Good Faith and Narrow Tailoring in Fisher v. University of Texas*, 59 Loy. L. Rev. 77, 79 (2013).
- 633 Croson 判決以降の Kennedy 裁判官の意見を統合すれば、Kennedy 裁判官は当初から、厳格審査を充足する AA がありうるという立場をとっていたと指摘される (大沢前掲 (433) 45 頁)。
- 634 136 S. Ct. at 2211.
- 635 Boddie, *supra* note 143, at 44.
- 636 136 S.Ct. at 2214-15.
- 637 Claxton, *supra* note 144, at 239.
- 638 Elizabeth Slattery, *Fisher v. UT-Austin and the Future of Racial Preferences in College Admissions*, 17 Federalist Soc'y Rev. 22, 25 (2016).
- 639 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)。実施者に証明責任を置くことは、厳格審査の懐疑性を維持すると指摘されている (Ancheta, *supra* note 120, at 45)。
- 640 136 S.Ct at 2208-10.
- 641 *Id.* at 2238-42.
- 642 合衆国最高裁は、有権者による州憲法修正を通じての大学の入学者選抜での人種の使用の禁止を合憲と判断しており (Schuette v. Coalition to defend Affirmative Action, 134 S.Ct 1632 (2014))、大学の中核的任務だとする入学者選抜の判断に関して、大学よりも有権者の判断を重く見る (Kagan, *supra* note 315, at 295)。
- 643 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 Massey, *supra* note 16; Varol, *supra* note 19, at 1263)、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 Nelson, *supra* note 4, at 1153-54)。この白紙委任によって、人種中立策が達成するマイノリティの割合がどのようなものであっても、大学は常に捉えどころのない「相当数」を充足していないと主張して、人種中立的な代替策を否定できるとされる (Carr, *supra* note 448, at 745)。大学の判断を敬讓すべきとする見解も、AA の合憲性を審査する際に、裁判所は判断形成機関の主張を認めるべきではないとしている (Nelson, *supra* note 4, at 1153-54)。

644 AA の支持者の中でも、多くの分野で人種に基づくクォータは実施されるべきでないと考えられている (See Devins, *supra* note 61, at 379 n.154 ; See also David Schimmel, *Affirming Affirmative Action: Supreme Court Holds Diversity to be a Compelling Interest in University Admissions*, 180 W. Educ. L. Rep. 401, 411 (2003))。

645 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。AA 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論証されている (Sunstein, Schkade & Ellman, *supra* note 158, at 319)。

646 136 S.Ct. at 2226-30.

647 UT は相当数を判断する際に、州の人口統計を参照する。同反対意見は、これは人種的均衡以外のなものでもないとした (*Id.* at 2224-26)。これに対し、本件の下級審では、どのグループが過少代表であるのかを判断する際には、各グループが関連する地域の人口に占める比率と在学者に占める比率を比較すべきとの見解が示されている (645 F. Supp.2d at 607; 631 F.3d at 237-38)。相当数は関連する地域の人口構成を意識せざるを得ず、人口構成によって変わる (McAward, *supra* note 632, at 86-87)。故に、人種的均衡を区別するのは難しく (Writer, *supra* note 607, at 36-39)、多様性は人種的均衡をラベル付し直したにすぎないと判例 (Grutter, 539 U.S. at 381; Parents Involved, 551 U.S. at 735) と学説 (Caldas, *supra* note 597, at 72) で指摘されている。人口構成を意識するため、相当数は

クォータであるとも批判される (Schimmel, *supra* note 644, at 411)。人種の均衡は憲法上の根拠が薄弱であり (Torres, *supra* note 138, at 105)、人口構成は意識されるべきではないとの見解も示されている (Lamparello & Swann, *supra* note 631, at 390)。

648 136 S.Ct. at 2211-12.

649 *Id.* at 2216.

650 *Id.* at 2222.

651 *Id.* at 2215.

652 Kirsanow, *supra* note 142, at 63.

653 Slattery, *supra* note 638, at 25.

654 Claxton, *supra* note 144, at 238.

655 Kirsanow, *supra* note 142, at 60.

656 136 S.Ct. at 2237-38.

657 551 U.S. at 734.

658 136 S.Ct. at 2212.

659 *Ibid.*

660 *Ibid.*

661 551 U.S. at 734.

662 Robinson, *supra* note 140, at 197.

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

664 *See* Rash, *supra* note 138, at 44-45.

665 *Supra* note 167, at 265; Tomiko Brown-Nagin, *Rethinking Proxies for Disadvantage in Higher Education: A First Generation Students' Project*, 2014 U. Chi. Legal F. 433, 460; Oluwole & Green III, *supra* note 162, at 758-61; Powell & Menendian, *supra* note 482, at 909.

666 Robinson, *supra* note 140, at 200-01.

667 Ngov, *supra* note 462, at 9.

668 Oluwole & Green III, *supra* note 162, at 759. Hopwood 判決以降、Texas 大学は人種中立的な手段を用いてマイノリティの学生を増やし、マイノリティが在學生に占める割合を Hopwood 判決前の水準にした歴史があり、中立策が成功を収めているとも評価される (Thompson & Schiff, *supra*

- note 30, at 473-74)。しかし、Hopwood 判決当時と比べて、州の人口構成に占めるマイノリティの割合は大幅に増加している (Mario L. Barnes, Erwin Chemerinsky & Angela Onwuachi-Willig, *Judging Opportunity Lost: Assessing the Viability of Race-Based Affirmative Action After Fisher v. University of Texas*, 62 UCLA L. Rev. 272, 285 (2015))。
- 669 Winkler, *supra* note 10, at 820.
- 670 Karlan, *supra* note 70, at 1622.
- 671 Heriot, *supra* note 134, at 77.
- 672 Massey, *supra* note 16, at 972.
- 673 その事例として United States v. Virginia, 518 U.S. 515 (1996) が挙げられている (Varol, *supra* note 19, at 1280-81; Gerstmann & Shortell, *supra* note 3, at 43-44)。当該判決で、合衆国最高裁は、軍の高等教育機関である Virginia Military Institute の男性だけに入学を許可する施策の合憲性を審査する際に、中間審査を適用した。合衆国最高裁は、判断形成機関に敬讓を示さず、当該施策を違憲とした。
- 674 Fisher I 判決では厳格審査の適用が宣言されたが、厳格審査の論理は不明確であり、判断形成機関が AA の是非を決める余地を残していると指摘される (Zachary C. Ewing, *Feeble in Fact: How Underenforcement, Deference, and Independence Shape the Supreme Court's Affirmative Action Doctrine*, 17 U. Pa. J. Const. L. 1463, 1464 (2015))。
- 675 Ngoy, *supra* note 462, at 49.
- 676 手段審査で敬讓を示さない立場を示し、証明責任を大学に課すことを明確にしたことから、Fisher I 判決は合憲性審査を厳密化した。Fisher II 判決は Fisher I 判決で示された厳密な審査を履行できていないと評価されている (Dean Richlin & Sarah Burg, *Takeaways from Fisher II for University Admission Policies*, 60 B.B.J. 12 (2016))。
- 677 Danielle Holley-Walker, *Defining Race-Conscious Programs in the Fisher Era*, 57 How. L.J. 545, 546 (2014).
- 678 Robinson, *supra* note 140, at 198.
- 679 *Id.* at 188; Strasser, *supra* note 630, at 183.
- 680 Fisher I 判決 Kennedy 裁判官法廷意見には、Breyer 裁判官が加わる。

- Breyer 裁判官は以前には AA には厳格審査を適用すべきでないという立場を明確にしていたが (Parents Involved, 551 U.S. at 803)、当該判決ではそのような立場を示していない。この点から、合衆国最高裁が AA を否定する方向へ向かっている旨が指摘される (Powell & Menendian, *supra* note 482, at 906, 933)。
- 681 Boddie, *supra* note 143, at 40 n.20.
- 682 See Bret D. Asbury, *The Fisher Oral Argument: Why Affirmative Action Might Endure*, 9 Stan. J.C.R. & C.L. 107, 118-19 (2013).
- 683 Carr, *supra* note 448, at 755-56.
- 684 Thompson & Pomeroy, *supra* note 3.
- 685 Claxton, *supra* note 144, at 237.
- 686 Dean Richlin & Sarah Burg, *Takeaways from Fisher II for University Admission Policies*, 60 B.B.J. 12 (2016).
- 687 その本質を変えるには、大学の主張する利益 (相当数のマイノリティによって構成される学生組織から生じる利益) が正しいのかについて、絶えず、実質的な審査がなされなければならない (第 3 章 3 節 3 項 (2))。
- 688 Kennedy 裁判官が UT の施策を支持すると、Grutter 判決よりも厳しい審査を適用するため、Grutter 判決の範囲を狭めることになり、大学の入学者選抜における AA をより制限することになる (Harpalani, *supra* note 168, at 160)。AA の合憲性に関する判断では、勝利と敗北を区別するのは難しい (See Bell, *supra* note 288)。
- 689 136 S.Ct. at 2208.
- 690 Strasser, *supra* note 630, at 185.
- 691 *Id.* at 184-85.
- 692 拙著前掲 (1) 85-86 頁。
- 693 Johnson v. California, 543 U.S. 499, 516 (Ginsburg J., jointed by Souter, Breyer JJ., dissenting) (2005).
- 694 Adarand, 515 U.S. at 226-27 (O'Connor J., jointed by Rehnquist C.J, Scalia, Thomas & Kennedy JJ., majority).
- 695 その例として、刑事施設による人種区分を敬讓するかどうかといった問題がある。刑事施設による人種区分と敬讓の関係について考察した文献とし

て以下参照 (Grunberger, *supra* note 30)。

696 Johnson, 543 U.S. at 524 (Thomas J., jointed by Scalia J., dissenting).

697 AA 支持派の裁判官は AA への厳格審査の適用を支持しないが、彼らが厳格審査を硬直的に捉え、彼ら自身が AA にとって厳格審査が事実上致命的だと理解しているのかは疑問である。合衆国最高裁では、AA 支持派の裁判官によって、AA の厳格審査通過可能性が示されてきた (註 (43) (44))。AA 否定派の裁判官が AA を違憲にするために厳格審査の適用を主張していたため、支持派の裁判官は AA への厳格審査の適用によって違憲判断が下されるのを危惧し (第 1 章 4 節)、常に中間審査の適用を主張してきたと考えられる。

698 もっとも、大学の判断がすべて敬讓されるわけではない。大学の判断がどの機関の判断と抵触するのか (第 2 章 6 節)、どのような種類の判断であるのか (第 2 章 8 節) によって、敬讓されるか否かが決定する。

699 高橋和之「審査基準論の理論的基礎 (上)」ジュリスト 1363 号 (2008) 64 頁。

700 渋谷秀樹『憲法〈第 3 版〉』(有斐閣、2017) 203 頁。

701 横田耕一「合理性の基準」芦部信喜編『講座 憲法訴訟 2』(有斐閣、1987) 161 頁、195 頁。

702 高橋前掲 (7) 131-37 頁。

703 長谷部恭男『憲法〈第 6 版〉』(新世社、2014) 173 頁。

704 もっとも、日本の裁判所では「疑わしい分類」の法理は明確に確立されていないので、立法の裁量が広範に認められ、緩やかな「合理性」の基準が適用される可能性が高い旨が指摘される (平地前掲 (358) 353-54 頁)。だが、特別意味説を主張していくならば、学説はアフーマティヴ・アクションの審査基準の問題に取組む必要がある。

705 中村陸夫「法の下での平等と『合理的区別』」公法研究 45 号 (1983) 27 頁、40-41 頁；有澤前掲 (65) 41 頁；横田前掲 (701) 195-96 頁；松井茂記『日本国憲法〈第 3 版〉』376 頁；渋谷前掲 (700) 204 頁。

706 高橋前掲 (7)。

707 アフーマティヴ・アクションと列挙事由に基づく異なる取扱の区別に着目した議論は、あくまでも平等だけが問題とされたときの見解であって、

それ以外の権利が問題とされたときには、個々の権利の性質の検討が必要となる (高橋前掲 (7) 153 頁)。

- 708 君塚正臣「二重の基準論の応用と展望」横浜国際経済法学 17 卷 2 号 (2008) 1 頁、22 頁註 7。
- 709 君塚正臣「司法審査基準 - 二重の基準論の重要性」公法研究 71 号 (2009) 88 頁、93 頁。
- 710 君塚前掲 (709) 88 頁、93 頁、98 頁註 (85)。
- 711 江橋崇「二重の基準」芦部前掲 (701) 125 頁、128 頁。
- 712 阪本昌成「違憲 (司法) 審査基準を質す」法科大学院論集 9 号 (2013) 63 頁、65 頁。
- 713 君塚は、厳格審査は違憲性を推定する基準として捉え (君塚前掲 (708) 6 頁)、「必要最小限度の手法と認められる手法のみが憲法上許される考えるべき」とする (君塚前掲 (709) 92 頁)。しかし、Grutter 判決の厳格審査は違憲性を推定せず (第 3 章 2 節)、合憲であるために「必要最小限度の手法」を求めている (第 3 章 3 節 2 項)。Fisher II 判決で示された敬讓型の厳格審査も、違憲の推定をせず (第 4 章 3 節 3 項)、「必要最小限度の手法」を求めておらず (第 4 章 3 節 7 項)、基本的には O'Connor 裁判官の厳格審査の理解を引き継いでいる (第 4 章 3 節 8 項)。

(もぎ・ようへい 桐蔭横浜大学法学部准教授)