

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)

茂木 洋平

1 事実の概要

Texas大学Austin校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。Fisherは2008年にこの大学に志願し、不合格となった。

1997年より前の数年間、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巡回区合衆国控訴裁判所により違憲だと判断された（Hopwood v. Texas, 78 F. 3d 932 (1996)）。この判決の後、大学は入学者選抜手続における人種の考慮を止め、AIとともに、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。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、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における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、大学は入学者選抜手続で人種を明確に考慮するようになった。大学は Texas 州市民に定員の 90% を割り当てる。2008 年には、新入生の 81% が Top10% プランにより入学を許可された。各高校の成績上位 10% にない志願者は AI と PAI により評価され、人種は PAI の 1 要素として考慮される。

Texas 州市民である Fisher は、在籍高校の成績上位 10% 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、第 5 巡回区合衆国控訴裁判所はこれを支持した。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。

2 判旨

(1) 法廷意見

合衆国最高裁は、厳格審査の下では、大学の判断への尊重は目的審査

では認められるが、手段審査では認められないとし、本法廷による手段審査を批判した。多様な学生構成から生じる利益は、やむにやまれぬ利益である。多様性は人種構成の比率では決まらず、クォータ制には陥らない。

裁判所は合憲性審査に際して目的審査では大学の経験と専門性を考慮できるが、手段審査ではできない。大学は、多様性達成のために選択された手段がその目的を達成するために密接に仕立てられていることを証明しなければならない。各志願者が個別に評価されていることを証明する責任が大学にはあり、裁判所はそれが証明されているのかを判断しなければならない。その証明には、多様性を達成するために有用な人種中立的な施策がなく、人種の使用が必要であることを明らかにしなければならない。

大学は、マイノリティが高校卒業者に占める割合の多い地域を含めて、入学者の少ない地域でそれを増やす取組を行っている。経済状況の悪い家庭の出身者が多数を占める高校の卒業者には、奨学金を付与する。入学者の少ない地域に入試センターを設立し、地区の高校での説明会や個別の面談をしている。また、財務担当者による高校訪問グループを結成し、経済状況の悪い家庭の学生に対して、奨学金があることから、家庭の経済状態が大学在籍の障害にならないことを説明している。密接に仕立てられていることは、多様性の達成のために有用な人種中立的な代替策をすべて使い尽くすことを要求せずに、その真剣で誠実な考慮を要求する。以上の記録は、人種を使用する前に、大学が人種中立的な代替策を使い尽くしていることを証明している。

Top10% プランによる入学者には、学力の低い高校の出身者が含まれる。彼らが劣悪な教育環境にありながらも、良い成績を修めたことは評価できる。Top10% プランは高校での成績という側面ではしか志願者を審査しないため、在籍高校の成績上位 10% にはないが、大学の教育を豊かにする学生が除かれ、人種を問わず才能のある学生を見逃してしまう。人種を 1 要素として考慮する全体的な審査は、Top10% プランでは見逃してしまう多様性を確保するために、それを補完する形で行われる。

Texas 州の高校卒業者の増加もあり、Top10% プランによる合格者が入学者に占める割合は年々増え、全体的な審査による合格者の枠は減少している。全体的な審査による合格者の学力を見ると、白人と比べてマイノリティは低いが、それでもその学力は高い。全体的な審査による合格者の多くは白人である。人種は未だに社会の様々な場面で重要な要素であり、マイノリティであることは個人の意見形成に影響を及ぼす。また、マイノリティが多数を占める高校に白人が在籍することは、白人が多数を占める学校にマイノリティが在籍することと同じように、考慮の対象となる。

(2) 反対意見

法廷意見は、合憲性審査の際に大学の判断を尊重し続けており、合衆国最高裁の考えに反している。

厳格審査の下では、手段が目的達成のために密接に仕立てられていることを証明する責任は政府にあり、手段審査に際しては、大学の判断は一切尊重されない。密接に仕立てられていることを証明するには、実行可能な人種中立的な代替策をすべて使い尽くしたことを要求しないが、人種を使用する前に、それでは目的を達成できなかったことを明らかにしなければならない。人種の使用は、やむにやまれぬ利益を達成する最終的な手段としてのみ許される。

大学は、多様性の達成のために必要な相当数 (critical mass) について、抽象論を繰り返すだけで明確に定義していない。法廷意見は相当数の不明瞭な定義を認め、実質的に手段審査ができておらず、手段審査で大学の判断を尊重している。

全体的な審査はわずかな人数のマイノリティを入学させるにすぎず、相当数の達成のために必要ではない。大学は、Top10% プランの下では、学力の高い高校で成績上位 10% にないが優秀なマイノリティの学生が見過ごされてしまうと主張するが、Top10% プランによって既に多様性は達成されている。全体的な審査での人種の考慮がマイノリティの学生の少ない難易度の高い学部へのマイノリティの入学者を増やす可能性について、

大学は明らかにしていない。大学は人種の考慮が各学部と授業での多様性の確保に必要なであると証明できていない。

大学は、多様性が達成されているのかについて自らが定期的に審査することで、人種の使用が必要なのかを判断できると主張する。Grutter 判決では、厳格審査の下で人種の使用が継続して必要であるのかを判断する際に、この定期的な審査が重要な役割を果たすことが認められた。しかし、厳格審査は、裁判所が人種の使用が必要であり続けているのかの判断を州の機関に大幅に委ねることを許さない。

大学の入学者選抜手続では人種は1つの要素として考慮されるにすぎず、Grutter 判決で認められた施策と類似している。しかし、本件では既に Top10% プランが実施されており、人種の使用は必要ない。

大学は人種を使用する前に人種中立的な施策を実施したが、相当数という目標が不明確であるため、その取組の歴史は無意味になってしまう。

3 解説

(1) 判決を検討する意義

Michigan 大学ロー・スクールの入学者選抜での人種の使用の合憲性が問題とされた Grutter 判決で、O'Connor 裁判官法廷意見 (Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer 裁判官同調) は、厳格審査について、目的審査と手段審査で大学の判断を尊重し、大学が誠実に行為したと推定するものと理解した¹。2 審判決では、第 5 巡回区合衆国控訴裁判所は O'Connor 裁判官の示す厳格審査の理解に従い、大学の入学者選抜手続を合憲と判断した²。合衆国最高裁では、Kennedy 裁判官法廷意見 (Roberts 首席裁判官, Scalia, Thomas, Breyer, Alito, Stomayor 裁判官同調) は、厳格審査について、大学の判断への尊重は目的審査のみで認められ、手段審査では認められず、大学は選択した手段が目的を達成するために密接に仕立てられていることを証明する責任があると理解し、O'Connor 裁判官の示す厳格審査の理解を否定した³。Kennedy 裁判官法廷意見は実体的な合憲性審査を第 5 巡回区控訴裁判所に委ねており⁴、本判決の検討は、同法廷意見が示す厳格審

査と O'Connor 裁判官が示す厳格審査とでは、合憲性審査の際に具体的に如何なる違いがあるのかを知るために重要である。

(2) O'Connor 裁判官の理解する厳格審査

Grutter 判決で O'Connor 裁判官は法廷意見を形成したが、合衆国最高裁の判例を分析すると、法廷意見に同意した 4 人の裁判官は Affirmative Action (AA) には厳格審査よりも緩やかな基準を適用すべきとの立場を示しており⁵、ロー・スクールの AA を合憲とした結論に同意するにすぎない⁶。Grutter 判決 Rehnquist 首席裁判官反対意見 (Scalia, Kennedy, Thomas 裁判官同調) は、目的と手段審査で大学の判断への尊重を認める厳格審査の理解は先例にはないとした⁷。Grutter 判決 Kennedy 裁判官反対意見は、厳格審査の下では、手段審査について大学の判断への尊重は認められないとした⁸。

Grutter 判決 O'Connor 裁判官法廷意見の示す厳格審査の理解は、合衆国最高裁の多数の裁判官により認められたものではない。しかし、下級審では、本事例の 2 審判決を含めて、高等教育機関の入学者選抜での人種の使用の合憲性が問題とされた文脈で、Grutter 判決 O'Connor 裁判官の示す厳格審査を用いて、合憲判断を下す判決が見られた⁹。

(3) Kennedy 裁判官が理解する厳格審査

Grutter 判決 O'Connor 裁判官の示す厳格審査の理解を合衆国最高裁の立場とする下級審判決がある中で、Fisher 判決 Kennedy 裁判官法廷意見はそれが合衆国最高裁の多数の裁判官が支持するものでないことを明確にした¹⁰。合憲性審査の際に大学の判断への尊重を認める O'Connor 裁判官の理解に対して、Grutter 判決 Scalia 裁判官反対意見は大学の判断への尊重は司法審査を放棄することになるとした¹¹。尊重を認めない意見の背景には、大学の主張がそのまま裁判所の結論になってしまうとの懸念がある¹²。大学の人種を意識する入学者選抜手続を形式的に認めるために尊重を用いることは、厳格審査が要求する詳細な審査に反する¹³。

Fisher 判決 Kennedy 裁判官法廷意見は、大学の学術的な任務と教育の自

律性の重要性を認め、目的審査に際して大学の判断への尊重を認める。そして、大学が誠実に行為したとの推定はせずに、人種区分が本来的に疑わしく、それが正当であると証明する責任は政府にあると明示した¹⁴。目的審査に際して大学の判断への尊重を認めるが、Kennedy 裁判官は大学の理由づけを何も審査せずに認めるべきでないとの認識に基づき¹⁵、Grutter 判決では、経験上の証拠に基づいて目的の正当性を審査している¹⁶。

Fisher 判決 Kennedy 裁判官法廷意見が手段審査の部分をより厳密に審査する型の厳格審査を示したことから、大学の入学者選抜手続で人種の使用を認めるのは難しくなるのではないかとの見解も示された¹⁷。ただ、Fisher 判決 Kennedy 裁判官法廷意見は、人種やエスニックが志願を決定づけるものであってはならず、各志願者が個人として評価されるべきといった AA が合憲となるための指針を示している¹⁸。また、Kennedy 裁判官は、Grutter 判決では、入学者選抜の担当者は入学者選抜の実施期間中に新入生の人種構成を考慮してはならない旨を示している¹⁹。Kennedy 裁判官の示す厳格審査は、AA を必ず違憲にするものではない。

(4) 2 審法廷意見

2 審判決は O'Connor 裁判官が示す厳格審査の理解に従い、本判決では Kennedy 裁判官が示す厳格審査の理解に従って合憲性審査がなされた。両者の具体的な違いを知るためには、2 審判決と本判決を比較する必要がある。以下、2 審の法廷意見を要約する。

志願者が個別に評価されるとき、入学選抜手続は密接に仕立てられている。クォータ制は禁止され、入学者選抜の際に、人種は 1 つの要素として考慮できる。人種の使用は終わりがなければならぬが、サンセット条項や人種の使用が必要かどうかについての定期的な審査を大学が行うことで充足される。

マイノリティであるかどうかに関係なく、人種は文脈の一部として考慮され、少なくとも理論上は、すべての志願者に対して積極的な影響を及ぼすかもしれないし何も影響を及ぼさないかもしれない。人種は PAI

の一部にすぎず、全体的な審査では高い AI がなければ合格できない。

合衆国憲法上、修正 1 条により大学の教育に関する判断には特別な関心が向けられている。厳格審査の下では、目的審査と手段審査に際して、大学の教育に関する判断が尊重される。我々は、大学が誠実に考慮していると想定し、上訴人は自由に反論できる。

上訴人は大学に対して以下の主張をする。教育的利益を獲得するための多様性を超えて、Texas 州全体の人口構成を反映する学生組織を求めており、人種的な均衡を達成するための違憲な試みをしている。利用可能な人種中立的な代替策を十分に考慮していない。Top10% プランによりマイノリティの入学者は既に相当数に達しており、人種の使用は必要ない。

人種的均衡をとることは明らかに違憲である。相当数に達したのかを評価する際に、大学はマイノリティの学生数を見ているが、Texas 州の人口構成を直接的に反映させようとはしておらず、人数にいくらかの注意を向けることはクォータにはならない。大学は、入学者選抜の期間中に新入生の人口構成を継続して計算しておらず、Grutter 判決で認められた施策を改善している。大学は、マイノリティが一定数在籍することで、マイノリティに成功者がいることをメッセージとして伝える。将来的には、人種間での学力差は狭まり、過小代表のグループの者が指導者となるための道ができる。大学が人口構成を目標とするのは避けるべきだが、顕著な人種的不均衡に対して目をつぶる必要はない。

Top10% プランの下では、マイノリティが不均衡な割合で難易度が低い学部に入学者し、また学力の高い高校に在籍するマイノリティが合格できないといった弊害をもたらす。全体的な審査は、学力上位校のマイノリティを難易度の高い学部に入学者させることで、この影響を和らげることができる。

マイノリティが学生に占める割合は、Michigan 大学ロー・スクールを超えている。しかし、相当数は学校、学部ごとに異なる。州の指導者の排出を目的とする大学と国の指導者の排出を目的とする大学では、必要とする相当数は異なる。Grutter 判決で認められた相当数の数値は、指針として役に立たない。

大学は、入学者選抜の期間中に、マイノリティが新生に占める割合を計算しておらず、問題とされた入学者選抜手続はいくつかの点で Grutter 判決よりも優れている。大学は、真剣で誠実な考慮を十分にしている。

(5) 手段審査における大学の判断への尊重の有無がもたらす違い

手段審査での大学の判断への尊重の有無は、具体的に如何なる違いを生じさせるのか。差戻審の法廷意見は、O'Connor 裁判官による厳格審査の理解ではなく、Kennedy 裁判官の厳格審査の理解に従う。そして、2 審判決とは異なり、大学が誠実に行為したとは推定せずに、人種の使用が目的達成のために必要であることを証明する責任が大学にあるとする。法廷意見は、大学がそれを証明したのかを明らかにするために、目的達成のために有用な人種中立的な代替策を大学が行ってきたことを示している。これは、2 審判決では行われていない。

法廷意見では触れられていないが、反対意見は人種使用の終了時期に関する問題に言及し、大学自身による定期的な審査ではこの問題を解決できないとする。Grutter 判決 O'Connor 裁判官は大学自身による定期的な審査によって人種の使用が必要であるか否かを判断できるとの立場を示し、2 審判決はこの立場を認めていた。しかし、本判決で法廷意見はこの立場を認める記述をしていない。

詳細な手段審査が行われることで、入学者選抜手続での人種使用が許されなくなるのではないかとの懸念もあるが²⁰、本判決では詳細な審査がなされながらも合憲の判断が下された。Kennedy 裁判官の示す厳格審査によって O'Connor 裁判官の示す厳格審査よりも手段審査は厳格化されたが、合憲となる指針に沿って人種を使用すれば、すべての AA が許されないわけではない²¹。

合衆国最高裁には、多様性という目的自体を人種使用の正当化理由として否定する見解もあり²²、この見解では目的審査でも大学の判断への尊重は認められそうにない。Kennedy 裁判官による厳格審査の理解が多数の裁判官から支持されているのかは検討の余地があるが、この厳格審査の理解の下では、AA は必ずしも違憲とはならない。

【註】

- 1 当該判決については、以下の文献等を参照。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判決」ジュリスト 1229 号 180 頁 (2002)；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 227 頁 (2004)；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)。
- 2 631 F.3d 213, 231 (5th Cir.2011).
- 3 合衆国最高裁判決については、以下の文献等を参照。吉田仁美「大学におけるアファーマティブ・アクションの基準の厳格化」比較法学 48 巻 1 号 192 頁 (2014)；拙稿「大学の入学者選抜手続における人種の使用は正しく理解された厳格審査の下で審査されるべきとされた事例」アメリカ法 2014-1 192 頁。
- 4 合衆国最高裁判所は、Top10% プランにより多様性は既に達成されているとの理由から、大学の人種の使用を無効にするとの予測もなされていた (Bert D. Asbury, *The Fisher Oral Argument: Why Affirmative Action Might Endure*, 9 Stan. J.C.R. & C.L. 107, 118 (2013))。
- 5 See *Adarand Constructor, Inc v. Pena*, 515 U.S. 200, 243 n.1 (Stevens J., dissenting) (1995) ; *Grutter*, 539 U.S. 306, 346 (Ginsburg J jointed by Souter JJ., 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).
- 6 Richard H Fallon Jr, *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L.REV. 1267, 1323 (2007).
- 7 539 U.S. at 379-80.
- 8 *Id.* at 388-94.
- 9 *Fisher*, 631 F.3d 213, 231 (5th Cir. 2011) ; *Smith v. University of Washington*, 392 F. 3d 367, 392 (9th Cir.2004).
- 10 合衆国最高裁判所は、Fisher 事件で、入学者選抜手続における人種

- の使用に適用する審査基準の水準を明確にするとの予測もされていた (Jennifer Mason McAward, *Good Faith and Narrow Tailoring in Fisher v. University of Texas*, Loy. L. Rev. 77, 87(2013))。
- 11 539 U.S. at 348-49.
- 12 Ozan O. Varol, *Strict in Theory, But Accommodating in Fact?*, 75 Mo. L. Rev. 1243, 1263 (2010).
- 13 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).
- 14 133 S. Ct. at 2419-20.
- 15 Nelson, *supra* note 12, at 1157.
- 16 539 U.S. at 388.
- 17 *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).
- 18 133 S. Ct. at 2418.
- 19 539 U.S. at 392.
- 20 *Supra* note 17, at 258.
- 21 2 審判決は、入学者選抜の期間中に新入生の人種構成を考慮してはならない、とする Grutter 判決で Kennedy 裁判官が示した合憲の指針を大学が意識していたことを示している。
- 22 133 S.Ct. at 2422-32.

(もぎ・ようへい 桐蔭横浜大学法学部講師)