

Affirmative Action の対象者

茂木 洋平

目 次

- I はじめに
 - 1 問題の所在
 - 2 構成
- II 対象者の判断をめぐる問題点
 - 1 人口構成の変化
 - 2 統合された社会の構築
 - 3 人種間の緊張関係
 - (1) マイノリティとマジョリティの緊張関係
 - (2) マイノリティ同士での緊張関係
- III 司法審査基準
 - 1 厳格審査の性質
 - 2 敬讓型の厳格審査
 - 3 敬讓の根拠
 - 4 敬讓の危険 (Grutter 判決)
 - (1) 相当数の不明確さ
 - (2) 社会学的証拠への依拠
 - 5 敬讓の危険 (Fisher 判決)
 - (1) ケネディ裁判官の敬讓型の厳格審査
 - (2) 目的審査
 - (3) 相当数の判断
- IV 差別の救済による正当化
 - 1 差別の救済と Affirmative Action の対象者の判断
 - 2 社会的差別の救済による正当化
 - 3 社会的差別の救済による正当化への批判
- V 多様性により生じる利益に基づく正当化
 - 1 不利な状況にあるグループの排除
 - 2 マイノリティ同士での争い
 - 3 マジョリティによる多様性の使用
 - 4 対象者の判断
 - 5 相当数の必要性
 - 6 相当数への批判
 - 7 人口構成
 - 8 大学の任務
 - 9 政治的選好
 - 10 使用者の判断への敬讓の可能性
 - (1) 多様性の価値の意味
 - (2) 経験と専門知識への依拠
 - (3) 経済発展
- VI おわりに

I はじめに

1 問題の所在

アメリカ合衆国における Affirmative Action (AA) の 1 つの性質として、社会経済的に不利な状況にあるマイノリティに対して、人種を考慮して雇用や高等教育機関の入学枠などの社会的資源を分配することが挙げられる。合衆国には無数の人種的マイノリティが存在し、AA はマイノリティの中でも、対象者として選抜された特定のマイノリティに社会的資源を付与する。すべてのマイノリティが AA の対象者とされるわけではなく、AA から直接的に利益を受けるわけではない。社会的資源が有限である以上、AA によって対象者に社会的資源を付与することは、対象外のマイノリティに対して、社会的資源を奪ったり、その獲得のハードルを高くするなど、不利益を及ぼす可能性がある (II 3 (2))。また、AA の対象者の中でも、選抜の際に人種がどの程度の重要性を持つのかについて、グループごとに扱いが異なることがある (V 6)。判断形成機関は、どのグループに対して優先的に地位を付与するのかについて、対象者の中で順位付けを行っている。

筆者が見た限りでは、合衆国の判例と学説に関する日本の多くの論稿は、AA の問題をマジョリティとマイノリティの枠組で理解し、AA の対象者の選抜と対象者の中での順位付けの問題をあまり意識してこなかったと考えられる。合衆国において、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¹、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²。この評価の背景には、AA がマジョリティの敵意をもたらすだけでなく (II 3 (1))、マイノリティ同士の争いや反目を生じさせる危険があるからだと考えられる (II 3 (2))。合衆国の AA をめぐる問題の本質を理解するためには、AA によって生じるマイノリティのグループ間での問題を検討することが重要である。

本稿は、AA の対象者の決定と対象者内での順位付けの判断が如何なる理由と方法で行われているのかを考察する。

2 構成

本稿では、AA の対象者と対象者の中での順位付けの問題について、合衆国の判例と学説を考察する。まず、合衆国での人口構成の変化がもたらす問題や、AA がマイノリティに生じさせる問題を検討する（Ⅱ）。次に、司法審査基準の問題を検討する（Ⅲ）。合衆国最高裁では、AA への厳格審査の適用が法廷意見で確立されている³。厳格審査は判断形成機関の判断への敬讓を認めない基準であり、この基準を適用した場合には、本来であれば、AA の対象者をめぐる判断について、判断形成機関の裁量は少ない。しかし、合衆国最高裁は、高等教育機関の入学者選抜の文脈で、厳格審査に敬讓の概念を組み入れた敬讓型の厳格審査⁴を適用し、AA の対象者の判断について判断形成機関に大きな裁量を認めており（Ⅱ 2, 4, 5）、これがもたらす問題を考察する。従来、AA は差別の救済を理由に正当化されてきたが、この場合に、AA の対象者を判断する際に如何なる問題があるのかを考察する（Ⅳ）。差別の救済による正当化が難しくなる中で、高等教育機関の入学者選抜の文脈では、多様性の利益による AA の正当化が主張されるようになった。これによって AA を正当化する際に、如何に AA の対象者を判断するのかを考察する（Ⅴ）。多様性による正当化は高等教育の入学者選抜の文脈にとどまらず、雇用の文脈への適用可能性も指摘されている。雇用の文脈において、多様性により AA を正当化した場合、対象者を判断する際に生じる問題についても併せて検討する（Ⅴ 10）。

Ⅱ 対象者の判断をめぐる問題点

1 人口構成の変化

従来、AA は黒人が被った奴隷制などの特有の差別の影響の是正を意図し、黒人を主たる対象としてきた⁵。立法者と裁判所によって AA が始められた 1960 年代において、黒人がマイノリティの人口の大部分を構成しており⁶、合衆国は黒人と白人から構成される社会⁷として認識されていた⁸。その当時、黒人は一定数の規模を持つ唯一のマイノリティであり⁹、黒人の地位の向上が合衆国の課題であり、AA の対象者を判断する際に、他のマイノリティの存在についてあまり意識する必要がなかった。黒人以外のマイノリティ

の AA の対象者への包含は黒人の枠を減らすことになるが¹⁰、その数は少なかったため、黒人が受ける影響は非常に軽微であった¹¹。

1960 年代以降、合衆国への有色人種の移民の大規模な流入が起こり、1990 年代初頭にはマイノリティ人口に占める黒人の割合は 50% 程度にまで低下した¹²。1990 年代には、人種問題はもはや黒人と白人の枠組で考えることができない旨が指摘されており¹³、その後も、黒人がマイノリティに占める割合は一貫して下がり続けた。マイノリティの人口構成の変化により、黒人だけが考慮に値する規模のマイノリティではなくなった¹⁴。

2 統合された社会の構築

様々な人種から構成される合衆国では、統合された社会の構築が重要だと認識されてきたのであり¹⁵、分断のない国家の形成が目指された¹⁶。合衆国最高裁は、すべての人種に指導者としての道を開くことで、指導者の正統性が確保されることで、マイノリティが排除を感じず、統合された「隔たれることのない 1 つの国家という理想」を実現すべきと示しており¹⁷、統合の実現を重視していた¹⁸。

社会的資源を持たない周縁に置かれたマイノリティは怒りを抱き、ときに暴力に訴えて社会を混乱させる危険すらあるため¹⁹、人種的分断や敵意は社会に深刻な影響を及ぼす²⁰。人種によって分断された社会では、周縁に置かれたマイノリティは指導的な地位に自身のグループのメンバーを見ることできず²¹、努力に見合った地位を得られない場合には、マイノリティは怒りと敵意を抱く²²。マイノリティの怒りを抑え、統合された社会を実現するためには、合衆国内に無数に存在するマイノリティに対して、社会的資源を如何にして分配していくのが重要となる。AA は分配の 1 つの手段であり、マイノリティの中でもどのグループを AA の対象者とするのが、大きな問題となる。

3 人種間の緊張関係

(1) マイノリティとマジョリティの緊張関係

誰もが獲得を望む希少な社会的資源は限られており²³、あるグループへの地位の付与は他者から地位を奪う²⁴。AA によって生じる地位の喪失につい

ては、マイノリティとマジョリティの関係性で捉えられてきた²⁵。マジョリティの中でも際にある何人かのメンバーが、AA がなければ得ていたであろう地位の獲得が否定されることが指摘されてきた²⁶。AA によって地位の獲得を否定された者は自身よりも資格の劣る者によって締め出されたと感じるときに不満を述べ²⁷、受益者に敵意を抱く²⁸。AA によって生じた敵意や憤慨によって、マジョリティとマイノリティの関係が悪化することが問題視されてきた²⁹。

(2) マイノリティ同士での緊張関係

しかし、合衆国ではマイノリティの人種構成が多様化しており、AA によって生じる地位の獲得と喪失の問題はマジョリティとマイノリティとの関係だけに収まらない。AA によってあるマイノリティに社会的資源を付与する場合には、対象とならなかったマイノリティが得られるそれは減ることになる³⁰。人種は個人の統制を超えており、不変の要素であるため、AA により地位を獲得できなかった者は大きな不満を抱く³¹。各マイノリティは希少な社会的資源の獲得を求めて競争しており³²、どのグループが AA の対象者となるのかについて大きな関心を寄せている。

人口に占める割合と比べて、上位の高等教育機関の学生に占める割合が低いマイノリティ（黒人、ヒスパニック、ネイティブアメリカンなど）は、AA の対象者として選抜される³³。他方、東アジア系（日系、中国系、韓国系など）は上位の高等教育機関に学生に占める割合が人口比と比べて高く、AA の対象者から外されており³⁴、他のマイノリティが AA によって地位を得る結果として、合格に要求されるハードルが高くなり、不利益を被っている³⁵。アジア系には数多くのグループが含まれており、社会経済的に低い地位にある多数のグループが存在するが³⁶、それらのグループはアジア系という枠で捉えられることで成功を収めている東アジア系と同一に取扱われ、AA の対象から外され、社会経済的に不利な状況に置かれ続ける³⁷。マイノリティの中でも、AA によって社会的資源を獲得する者がいる一方で、その獲得が困難になったり、喪失する者がおり、マイノリティの間で緊張関係が生じている³⁸。

Ⅲ 司法審査基準

1 厳格審査の性質

AA に如何なる司法審査基準を適用するのかは AA の合憲性判断を大きく左右するため³⁹、長年にわたって AA の合憲性をめぐる議論の主要論点であった⁴⁰。否定派の裁判官は AA が憲法上許容される可能性を示し⁴¹、厳格審査の通過可能性を示唆するが⁴²、通過の要件を非常に限定しているため⁴³、厳格審査の適用によって AA を「事実上禁止」していた⁴⁴。AA に肯定的な立場をとる裁判官も AA の厳格審査の通過可能性を示唆するものの⁴⁵、否定派による厳格審査の理解から、AA にとって厳格審査の適用は致命的だと考えてきた⁴⁶。

「厳格審査」は、人種区分は本来的に疑わしいとする「懐疑主義」に基づき⁴⁷、手段審査と目的審査について、判断形成者に非常に重い負担を課し、厳密に審査する⁴⁸。厳格審査は「理論上厳格だが、事実上致命的」であり、適用された場合にはほぼ違憲である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⁴⁹。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によって決まり⁵⁰、裁判所が行う唯一の判断はどの審査基準を適用するのかわかるとも評された⁵¹。適用された場合には AA はほぼ違憲になるものとして厳格審査を理解すると、裁判所は、判断形成機関に対して AA を策定する裁量を認めないことになる。AA を策定する裁量が認められなければ、判断形成機関には、どのマイノリティを AA の対象者とするのかを判断する裁量はないことになる。

2 敬讓型の厳格審査

Grutter 判決⁵²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、オコナ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。

Grutter 判決オコナ裁判官法廷意見は、懐疑主義に基づき AA に厳格審査を適用するとしながらも、目的審査と手段審査で判断形成機関(大学)の判断を敬讓し、合憲判断を下した。敬讓とは、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⁵³。敬讓型の厳格審査は、判断形成機関に対して、AAの是非を決める余地を残している⁵⁴。

Grutter判決オコナ裁判官法廷意見は、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」であると強調し、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⁵⁵。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⁵⁶。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⁵⁷。同法廷意見は、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しており⁵⁸、「文脈に応じた柔軟な型」をとっている⁵⁹。敬讓型の厳格審査では、あらゆる人種区分が疑わしいとされながらも、文脈に応じていくつかの人種区分の疑わしさは弱まり⁶⁰、厳格度は文脈に応じて変わるとされる⁶¹。

同法廷意見は、敬讓すべきロー・スクールの教育的判断には誰を入学させるのかの自由が含まれると示している⁶²。同法廷意見は、どのマイノリティをAAの対象者とするのか、AAの対象者の中でも特にどのグループを優位に取扱うのかに関する判断について、ロー・スクールに対して、裁量を認めている。

その後、テキサス大学オースティン校の入学者選抜におけるAAの合憲性が問題とされたFisher I判決⁶³で、ケネディ裁判官法廷意見はオコナ裁判官による厳格審査の理解を否定し、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⁶⁴、事例を差し戻した。その後、Fisher II判決⁶⁵で、Fisher I判決で示した厳格審査の下で、ケネディ裁判官法廷意見は合憲判断を下した。

ケネディ裁判官法廷意見は、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⁶⁶。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示す⁶⁷。同法廷意見に従うと、中核的任務を果たすために多様な学生構成の達成が必要な場合には、大学には AA を策定する裁量が与えられる。そして、多様性から生じる利益を獲得するために、大学はマイノリティの中でもどのグループを包含すべきかを判断できる。さらに、AA の対象とされるマイノリティの中でも、どのグループを特に優位に取扱うのかを判断できることになる。

3 敬讓の根拠

合衆国最高裁は、如何なる理由から AA の策定に関わる大学の判断を敬讓したのか。Grutter 判決オコナ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⁶⁸、「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⁶⁹、「反証がなければ、大学側の誠実さは推定される」とした⁷⁰。同法廷意見は Bakke 判決パウエル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⁷¹。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⁷²、大学での教育に多様性が重要だと認識している⁷³。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ており⁷⁴、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る⁷⁵。

以上の議論は大学内での教育的利益の獲得に留まるが、オコナ裁判官法廷意見は、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⁷⁶、外部の利益と係っており⁷⁷、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た⁷⁸。

オコナ裁判官法廷意見は、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⁷⁹。オコナ裁判官法廷意見は、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⁸⁰。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⁸¹、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⁸²。Grutter 判決オコナ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と指摘されている⁸³。

4 敬讓の危険 (Grutter 判決)

(1) 相当数の不明確さ

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⁸⁴。通常は、政府の行為には合憲性が推定されるが⁸⁵、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⁸⁶。Grutter 判決オコナ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⁸⁷、証明責任⁸⁸を移行させている⁸⁹。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⁹⁰、ロー・スクールの判断によってマイノリティの中でも一定のグループが不利な状況に置かれているのにもかかわらず (V 4)、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と評価されている⁹¹。同法廷意見は、ロー・スクールの主張に多大な敬讓を示したとされる⁹²。

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在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ければならないために必要な人数だと説明する⁹³。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⁹⁴。最良の教育のために必要な「相当数」は知られておらず⁹⁵、不明確な概念で

ある⁹⁶。

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⁹⁷、多様性の利益の是認はロー・スクールの独断であり⁹⁸、ロー・スクールの主張がそのまま裁判所の結論となる⁹⁹。Grutter 判決で重要なのは、合衆国最高裁が学生構成の人種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思ったことではなく、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¹⁰⁰。ロー・スクールの判断への敬讓が、裁判所の結論を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¹⁰¹。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¹⁰²。相当数は主観的な基準であり¹⁰³、曖昧で測ることが難しい概念であるため¹⁰⁴、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¹⁰⁵、中立策を否定し、足枷のない優先を付与できる¹⁰⁶。

(2) 社会学的証拠への依拠

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¹⁰⁷。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¹⁰⁸、オコナ裁判官自身も過去に同じ見解を示した¹⁰⁹。だが、Grutter 判決オコナ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¹¹⁰、この傾向を覆した¹¹¹。

人種分離を支持する主張は、社会学の証拠に依拠してきた¹¹²。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¹¹³。

Grutter 判決オコナ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¹¹⁴。オコナ裁判官法廷意見は、「『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¹¹⁵。懐疑主義と敬讓の同居によって、厳格審査が壊れてしまっており¹¹⁶、敬讓により厳格審査は希釈された¹¹⁷。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と評されている¹¹⁸。

5 敬讓の危険 (Fisher 判決)

(1) ケネディ裁判官の敬讓型の厳格審査

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¹¹⁹で、ケネディ裁判官法廷意見はオコナ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事例を差し戻した。その後、Fisher II 判決¹²⁰で、Fisher I 判決で示した厳格審査の下で、ケネディ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¹²¹、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¹²²。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¹²³、Grutter 判決オコナ裁判官法廷意見と比べると Fisher II 判決ケネディ裁判官法廷意見は厳密に手段審査をしているが¹²⁴、既存の判例法 (Grutter 判決オコナ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¹²⁵。

(2) 目的審査

ケネディ裁判官法廷意見は、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¹²⁶。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¹²⁷。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¹²⁸、Fisher II 判決は Grutter 判決の法理をほとんど変えていない¹²⁹。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¹³⁰。

(3) 相当数の判断

ケネディ裁判官法廷意見は、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¹³¹。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¹³²。同法廷意見はテキサス大学による相当数の決定に特に異論を差し挟んでおらず、相当数の判断はテキサス大学に委ねられている¹³³。これに対し、アリート裁判官反対意見は、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¹³⁴。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¹³⁵、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¹³⁶。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¹³⁷。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鵜呑みにすべきではないとする¹³⁸。

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¹³⁹。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テキサス大学の正当化理由を支持する同法廷意見を激しく批判する¹⁴⁰。同反対意見は、テキサス大学は、「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」テキサス大学は、「我々を信じろ」と言っている¹⁴¹。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¹⁴²。

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¹⁴³、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¹⁴⁴。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¹⁴⁵、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¹⁴⁶。相当数の判断を大学に完全に委ねることは白紙委任であり、

大学は捉えどころない「相当数」が充足されていないと主張して、時間的制約なしに、常に人種区分を正当化できると批判されている¹⁴⁷。

IV 差別の救済による正当化

1 差別の救済と Affirmative Action の対象者の判断

AA とは、各機関が歴史的に差別されてきたグループの包含に努める施策だと説明される¹⁴⁸。従来、AA は黒人を主たる対象とし、差別の救済を理由に正当化されてきたが、合衆国内でのマイノリティの人口構成は多様化し、黒人以外のマイノリティの社会経済的に不利な状況を如何に是正するのかが課題になっているが、どのグループが AA の対象となるべきかを判断するのは難しい問題だと指摘される¹⁴⁹。

黒人が奴隷制を経験し、人種分離法によって劣等者としてレッテル貼りをされてきたことから「黒人の経験は他のエスニックグループとは、まさに程度ではなく種類が異なる」との考えに基づいて¹⁵⁰、黒人の特有の被差別経験は、他のグループと比べて、彼らの主流への参入を難しくしたと認識されてきた¹⁵¹。黒人の被差別経験を他のマイノリティと比べて特有だと捉えると、マイノリティの中でも AA の対象者は黒人に限定される。

これに対しては、黒人以外のマイノリティの被差別の経験は、AA の対象者として選抜されるに値する差別と従属の悲惨な歴史を伴うとの主張がなされていることが指摘されている¹⁵²。しかし、すべてのマイノリティに被差別経験があるとしても¹⁵³、その程度や種類には差がある¹⁵⁴。無数に存在するマイノリティの被差別経験を同一に捉えることはできず、マイノリティの中でもグループごとに社会経済的な状況は大きく異なるため、すべてのマイノリティを区別せずに、一律に AA の対象者だと判断できない¹⁵⁵。差別の救済を理由に AA を正当化する場合、各マイノリティの被差別の経験を考慮し、どのグループの差別を救済するのかを判断する必要がある¹⁵⁶。

2 社会的差別の救済による正当化

従来、AA は差別の救済を理由に正当化されてきた。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、差別の救済による AA の正当化を一貫して認めてきた。争いとなったのは、救済の対象とする差別の範囲である。AA の正当化理由として、社会的差別の救済を認めるのか、特定された差別の救済に限定するのが問題となった。AA の支持者は救済の対象となる差別の範囲を広く捉えて、社会的差別の救済による正当化を是認し、批判者はその範囲を狭く捉えて特定された差別の救済に限定した。救済の対象となる差別の範囲をどのように捉えるのかは、判断形成機関に対して、AA の対象者を判断する際にどの程度の裁量を与えるのかという問題に係る。救済の対象を広く捉えれば、判断形成機関の裁量は多くなり、逆に狭く捉えればその裁量は少なくなる。

社会的差別とは、AA の実施機関自身が直接行ったわけではない差別をさす¹⁵⁷。社会的差別を立証するためには、個別具体的な差別 (AA の実施者が差別行為を行ったことと、AA の受益者が差別によって直接的に犠牲を受けたこと) を立証する必要はなく、統計上の不均衡を示せばよい¹⁵⁸。この見解の背景には、差別がなければ、グループ間での不均衡は存在せず、人口構成比通りになるはずだという考えがある¹⁵⁹。ここでいう統計上の不均衡とは、地域の人口に占めるマイノリティの割合と問題とされる機関に占めるマイノリティの割合の差である。人口比と比べての不均衡の証明は難しくなく、社会的差別の立証は非常に容易である¹⁶⁰。AA の支持者は社会的差別が一定の分野でマイノリティに不均衡をもたらしていると想定しており¹⁶¹、AA 支持者の裁判官は、人種差別解消のためには、こうした不均衡の是正が必要であり¹⁶²、社会的差別の救済による AA の正当化を支持してきたとされる¹⁶³。

AA の支持者は、合衆国から人種差別の痕跡を消し去るのは難しいため、救済の対象となる差別を広く捉え、社会的差別の救済による AA の正当化を是認する¹⁶⁴。マイノリティの置かれた社会経済的地位は様々だが、高い地位にある者でさえも社会的差別によって不利益を受けており¹⁶⁵、差別は特定の犠牲者だけでなく、すべてのマイノリティに悪影響を及ぼすことから、救済の対象は狭く限られるべきではないとする¹⁶⁶。AA の支持者は、マイノリティの不利な状況を改善するために、社会的差別の是正が必要であり¹⁶⁷、社会的差別によって不利益を受けたと証明されたマイノリティは、AA

から利益を受ける資格があると認識している¹⁶⁸。このように認識すると、どのマイノリティに対して差別を救済するのか（誰を AA に包含するのか）について、判断形成者は自由に判断できる。

3 社会的差別の救済による正当化への批判

救済の対象となる差別の問題について、合衆国最高裁の一連の判例において、否定派と中間派の裁判官が多数を形成し、社会的差別の是正による AA の正当化を一貫して否定してきた¹⁶⁹。合衆国最高裁の判例の分析者の誰もが、社会的差別の救済による AA の正当化が否定されていることを知っているとされる¹⁷⁰。社会的差別の救済は、AA の正当化理由として不適切であり¹⁷¹、救済の対象となる差別の証明には、確固たる証拠が要求された¹⁷²。

合衆国最高裁の中間派や否定派の裁判官は、社会的差別の救済による AA の正当化を認めると、すべてのマイノリティが AA の対象者となる資格があると主張できるようになることを懸念した¹⁷³。彼らは、救済の対象となる差別を特定された差別に限定し、判断形成者に対して、具体的な差別の侵害の立証を求めることで、AA の対象者の際限ない拡大を抑えることができると考えた¹⁷⁴。合衆国最高裁は、社会的差別の救済による AA の正当化は漠然不明確であり¹⁷⁵、社会的差別は合衆国中に存在し、どのマイノリティもそれによって不利益を受けたと主張できるため、AA の正当化理由として広範すぎるとされる¹⁷⁶。

AA の批判者は、社会的差別の救済による AA の正当化の是認は AA の対象者を際限なしに拡大する可能性があることから¹⁷⁷、社会的差別の救済による AA の正当化を懸念した¹⁷⁸。ほとんどの AA の支持者は、異なる人種的マイノリティの主張の間で区別をせずに、マイノリティが AA の対象者となる資格を持つとの立場をとっている¹⁷⁹。これは怠慢であり、AA の支持者は、あるマイノリティを AA の対象とすることで、他のマイノリティが不利益を受ける事態に直面したとき、回答できないと指摘される¹⁸⁰。

AA を支持する学説¹⁸¹や支持派の裁判官であっても AA が一時的であるべきと示してきた¹⁸²。AA の合憲性の判断に際して、一時的であることが重要であり¹⁸³、合衆国最高裁は AA の「一時的な」性質を強調してきた¹⁸⁴。マイノリティが人口と問題とされた地位に占める割合に差があれば、社会的

差別の存在を主張できるため、社会的差別の救済は終期が不明確だと指摘される¹⁸⁵。社会的差別の救済による AA の正当化を認めると、容易に立証可能な差別の存在を主張することで AA を正当化できるため、AA を永続化させ¹⁸⁶、際限なく AA を正当化する危険があると指摘される¹⁸⁷。

厳格審査の下で、AA を正当化するために、合衆国最高裁は特定された差別の立証を要求した¹⁸⁸。具体的な差別の特定を求める際に、判断形成機関による具体的な差別行為の立証が求められると、その責任が問われるため、判断形成機関は自身の差別を立証したがない¹⁸⁹。社会的差別（加害者を特定しない概念）による AA の正当化の否定は、判断形成機関による人種差別の事実上の害悪の効果的な調査と再是正を妨げると指摘される¹⁹⁰。特定された差別を立証すれば、理論的には AA を許容されるが¹⁹¹、実際には正当化が難しいと指摘される¹⁹²。

しかし、特定された差別の立証について、中間派や AA の否定派の裁判官は、顕著な不均衡があれば十分だと示してきた¹⁹³。特定された差別の要求は、実際には、具体的な差別の実際の犠牲者を特定するほどに狭くはない¹⁹⁴。特定された差別の救済によって AA を正当化するためには、有資格者と問題とされた地位との間の不均衡の存在を立証する必要がある¹⁹⁵。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構成されるわけではないという考えがある¹⁹⁶。

そして、社会的差別がなければ、AA がなくとも、あるマイノリティが AA によって与えられた地位を獲得していたと考えるのは、危険な飛躍だという認識がある¹⁹⁷。しかし、社会的差別の救済による AA の正当化を支持する立場からすれば、マイノリティの有資格者が少ない状況では、AA によって社会を変えることはできないと批判される¹⁹⁸。

4 マイノリティの政治力

各マイノリティは社会的差別を受けてきたのであり、社会的差別の救済による AA の正当化を認めると、すべてのマイノリティが AA の対象者となる資格を持つ。判断形成者は、どのマイノリティを AA の対象者としてもよいことになる。故に、判断形成者は政治的選好によってどのマイノリティ

を AA の対象者とするのかを判断できる¹⁹⁹。

マジョリティがマイノリティの政治力の希釈に努める場合が見られるが²⁰⁰、人口構成の変化によって、自治体や州のレベルでは、あるマイノリティが政治的多数派を占める地域が出てきている²⁰¹。合衆国内には無数のマイノリティが存在し、各マイノリティは、社会的資源を求めて競争している（II 3 (1), V 2）。政治的に多数を占めるマイノリティは、自らのグループの利益を確保するために政治的な優位性を使うことができる²⁰²。合衆国最高裁において、中間派と AA の否定派の裁判官は、マイノリティによる自己取引を懸念していた²⁰³。判断形成者は、マイノリティの中でもより政治力の強いマイノリティを AA の対象者として判断する可能性があると考えられる²⁰⁴。政治プロセスにおいて政治力のあるグループによってなされた人種に基づく判断は、違憲の疑いが強いと指摘されている²⁰⁵。

合衆国議会などの国レベルの組織では、あるマイノリティが多数派を形成するのは難しいが²⁰⁶、あるグループが多数を形成していなくとも、政治力によって判断形成機関を動かすことができるとの見解が見られる²⁰⁷。国レベルの組織において AA が策定されており、そのことからマイノリティは政治的影響力を有していると認識されている²⁰⁸。国レベルの組織でも、社会的差別の救済による AA の正当化が認められると、どのマイノリティも AA の対象者として選抜しても問題がないため、政治力の強いマイノリティが AA の対象者となる可能性がある。

V 多様性により生じる利益に基づく正当化

1 不利な状況にあるグループの排除

黒人の被差別経験を特殊性を強調する場合、差別の救済を理由に AA を正当化しようとする、他のマイノリティは AA の対象者に含まれない。合衆国では、大量の移民の流入によって、マイノリティの人種構成が大きく変化しており、特に近年合衆国にやってきたマイノリティには被差別の歴史がない（あったとしての浅い）ことから、AA の対象者にはならない。黒人以外のマイノリティの不利な社会経済状況を放置せずに、是正していくため

には、多様性により生じる利益によって AA を正当化する必要がある²⁰⁹。

多様性に基づく AA は、すべてのマイノリティを対象とはしない。例えば、日系、中国系、韓国系などの東アジア系のマイノリティは、人口比と比べて上位の高等教育機関の学生に占める割合が高く、成功を収めていると考えられており、AA の対象者から外されている²¹⁰。

他方、多様性に基づく AA は、不利な状況に置かれているマイノリティを AA に対象者から外すこともある。アジア系アメリカ人には、社会経済的に不利な状況にある多くのグループが存在するが²¹¹、成功を収めたグループと単一のグループとして扱われることで、AA の対象者から外れている²¹²。異なる状況にあるグループの総称化によって、過小代表のマイノリティを排除しており²¹³、不利な状況にあるグループへの抑圧が隠蔽されているとも指摘されている²¹⁴。不利な状況にあるアジア系は多様性に貢献する可能性があるにもかかわらず、多様性に基づく AA から排除されているため²¹⁵、それらのマイノリティを AA の対象者とすべきだと主張される²¹⁶。

2 マイノリティ同士での争い

各人種グループは社会的資源を求めて争っており²¹⁷、あるマイノリティが他のマイノリティから社会的資源を奪うために、多様性に基づく AA を主張することがある。例えば、都市部の黒人とヒスパニックは社会的資源を求めて争っており²¹⁸、ヒスパニックは黒人から公務員の雇用の枠を奪うために多様性を主張する²¹⁹。

AA は主として黒人への差別の救済として実施されてきたことから、いくつかの公務員の分野では、他のマイノリティと比べて黒人が過剰代表となっていた²²⁰。ヒスパニックは、公務員の分野での黒人の「過剰代表」をなくし、自らを AA に包含するために、多様性から生じる利益を主張してきたのであり、黒人が過剰代表の分野では、多様性に基づく AA は黒人の枠を減らすことになる²²¹。

3 マジョリティによる多様性の使用

マジョリティが過剰代表のマイノリティを排除するために、多様性の達成が主張されることもある²²²。古くは、既存の評価基準に基づくと学生構成

に占めるユダヤ系の割合が過剰代表となることから、ハーバード大学²²³とコロンビア大学²²⁴は、学生構成に占めるマジョリティの割合を維持するために、入学者選抜において多様性を用いた²²⁵。

試験や成績などの既存の評価基準に基づく、上位の高等教育機関の学生構成に占める日系、中国系、韓国系などのアジア系が過剰代表となることから、カリフォルニア大学²²⁶とブラウン大学²²⁷は、白人の割合を維持するために、多様性の達成を求めることで、アジア系アメリカ人の入学者に上限を設けていたことを認めた²²⁸。多様性に基づく AA によって、アジア系が地位を獲得するハードルは白人よりも高くなっている²²⁹。

4 対象者の判断

多様性に基づく AA は不利な状況にあるマイノリティを対象から外すことがあり、対象外とされたマイノリティは AA への包含を主張する (V 1)。各グループは社会的資源を求めて争っており、あるマイノリティが他のマイノリティから社会的資源を奪うために、多様性に基づく AA への自身のグループの包含を主張することがある (V 2)。また、マジョリティが自らの社会的資源を守るために、多様性の達成を主張して、過剰代表のマイノリティを AA の対象者から外し、地位獲得のためのハードルを上げようとすることもある (V 3)。多様性に基づく AA はマイノリティに利益を及ぼすものとして単純に捉えることはできず、複雑な性質を有している。

社会的資源が限られている以上、あるマイノリティを AA の対象者とすると、それにより不利益を被るマイノリティが出てくる。各マイノリティが自らを AA の対象者とすべきと主張し、場合によっては、マジョリティがあるマイノリティの AA の対象者からの排除や包含を主張する状況にあって、どのマイノリティを AA に包含すべきなのか、それは如何にして判断されるのかを検討することは非常に重要である。

アジア系アメリカ人の中でも東アジア系 (日系、中国系、韓国系) の学力は高く²³⁰、上位の高等教育機関で過剰代表である²³¹。これらのグループは差別を受けてきたが、上位の高等教育機関の学生に占める割合が過剰代表であるために、多くの大学は AA の対象者から外してきた²³²。例外なく、Grutter 判決で入学者選抜策の AA の合憲性を問題とされた、ミシガン大学

ロー・スクールも、1975 年から²³³、AA の対象者からアジア系を外していた²³⁴。アジア系の中でもそれ以外の多くのグループは、学力が低く、上位の高等教育機関の学生に占める割合が低い、ミシガン大学はそれらのグループも AA の対象から外している²³⁵。

ミシガン大学ロー・スクールは黒人、メキシコ系アメリカ人、ネイティブアメリカンを AA の対象者としてきたと指摘されている²³⁶。上位の高等教育機関で占める割合が低かったマイノリティの中でも、黒人、ヒスパニック、ネイティブアメリカンなどを AA の対象者とし、多くのアジア系をそこから外した²³⁷。

判断形成機関は、AA の対象者を判断する際に、ある特定のマイノリティに関心を寄せてきたのであり²³⁸、判断形成者から重視されていないマイノリティは、AA の対象者から外される²³⁹。どのグループが AA の対象となるのかについて、各マイノリティについて異なる判断を禁止するのは難しいが²⁴⁰、そのような判断に至ったのは何故かを検討する必要がある。

5 相当数の必要性

Grutter 判決オコナ裁判官法廷意見は、ロー・スクールが多様性から生じると主張するいくつかの利益（人種的孤立の回避、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）による AA の正当化を認めている²⁴¹。同法廷意見は、多様性を達成するためには、学生組織に各マイノリティが「相当数 (critical mass)」在籍する必要があると認識している²⁴²。

同法廷意見は、「相当数」が人種的均衡だけを反映し、クォータであってはならないことを強調しており²⁴³、そうでなければ、大学がその学生構成において過少代表のマイノリティの相当数を求めることができる示した²⁴⁴。同法廷意見はそれが固定的な人数によって定義されないとしており²⁴⁵、大学の主張する多様性から生じる利益の達成に必要な人数として相当数を理解している²⁴⁶。

合衆国最高裁は、一貫して、人種的均衡それ自体を目的とした人種的優先は違憲だと示してきたのであり²⁴⁷、「相当数」には柔軟性を持たせる必要がある²⁴⁸。相当数は固定的な割合や人数ではなく²⁴⁹、目標や利益を達成する

のに必要な閾や地点だと理解されている²⁵⁰。どのような利益の達成を目指すのかによって必要とされる相当数は異なってくるのであり²⁵¹、固定的な人数や割合の達成を目指すものではないため²⁵²、弾力性があることから好んで使用されている²⁵³。

マイノリティが小規模しか存在しないとき、彼らは周縁に置かれるため、その状況を変化させるために、過小代表のマイノリティが「相当数」存在する必要があるとされる²⁵⁴。あるマイノリティの人数が少ないと、そのマイノリティの中での意見は多様だが、実際に触れる機会がないため、マジョリティは、そのグループのメンバーの発言について、グループを代表していると考えてしまう。過小代表のマイノリティの人数が増えると、異なる見解を持つ者が在籍する可能性が高くなり、マジョリティはマイノリティの中にも様々な見解を持つ者がいることが分かる²⁵⁵。相当数のマイノリティの存在が固定観念を縮減する経験に基づく証拠が数多く示されているとされ²⁵⁶、固定観念の縮減のためには、相当数が必要である²⁵⁷。そして、固定観念の縮減は、マイノリティに属する者が個人として行動することを可能にするとされる²⁵⁸。

高い資格が要求される指導的な地位に占めるマイノリティの割合が低いことは、マイノリティの認識能力の低さから説明できるとの主張もなされており²⁵⁹、過小代表はマイノリティに対する偏見を招く可能性がある²⁶⁰。周縁にあるマイノリティが指導的地位に相当数いることで、その存在が承認され、マイノリティが劣等だという認識がなくなり、社会が変革される可能性がある²⁶¹。偏見の縮減によって社会を変えていくためには、指導的な地位に、周縁のグループの一定の閾（相当数）が必要だと主張されている²⁶²。

6 相当数への批判

高等教育機関の入学選抜での AA を正当化する利益は、多様な学生構成によって生じる。多様な学生構成は、過小代表のマイノリティの学生が相当数在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ために必要な人数だと説明する²⁶³。

オコナ裁判官は、相当数は教育上の利益の創出²⁶⁴と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だと理解しているが²⁶⁵、レンキスト首席裁判官反対意見によれば、そのような理解に基づくと、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²⁶⁶。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²⁶⁷。

オコナ裁判官法廷意見の観点から相当数を定義すると、相当数とは孤立の解消や固定観念の縮減に必要な最低限の人数であり、各グループの相当数は同じになる²⁶⁸。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、黒人、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。しかし、黒人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く²⁶⁹、この違いを説明するのは難しい²⁷⁰。ロー・スクールは、相当数の人数について、マイノリティごとに異なると考えている²⁷¹。ロー・スクールは、どのマイノリティの相当数が必要なのか(どのグループを AA の対象者とするのか)を判断し²⁷²、さらに相当数が必要だとされたグループの中でも、優先の程度に差をつけている²⁷³。

7 人口構成

Grutter 判決において、レンキスト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²⁷⁴。オコナ裁判官法廷意見は人種構成のバランスをとることを明確に禁止し²⁷⁵、相当数のマイノリティを入学させることが人種的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²⁷⁶。オコナ裁判官法廷意見によれば、相当数とは人種的孤立の回避や固定観念の縮減に必要な割合だと説明されており、その説明に従えば、グループごとの相当数は同じはずである (V 6)。この見解に対しては、地域ごとに人口構成は異なり、グループごとに「相当数」は異なると反論される²⁷⁷。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明示されている²⁷⁸。

人口構成に基づいて相当数が判断されている場合、それはクォータだと批判される²⁷⁹。相当数が人種構成比と切り離せない概念であれば、多様性とは、「人種的均衡」の言い換えにすぎないとも指摘される²⁸⁰。「相当数」は人種的均衡を達成するための口実にすぎず²⁸¹、相当数の判断を判断形成機関に委ねてしまうと、人種的均衡を認めることになるとも評されている²⁸²。人種的均衡の達成に従事するのではなく、大学は、共同体の真の断面図を反映する学生構成の達成に務めるべきだと主張されている²⁸³。

人口構成²⁸⁴を意識して相当数を判断することが、単純に人種的均衡をとるに過ぎないのか、多様性から生じる利益を得るためのものなのかを区別するのは難しい²⁸⁵。判断形成機関が相当数（各マイノリティについてどれだけの包含が必要か）を判断する際、機関の任務の達成や問題解決を意識する。各マイノリティがどれだけの人口規模を有しているのかは、各グループが判断形成機関に与える影響を測る1つの指標である。人口規模が大きければ大きいほど、そのグループが抱える問題は地域に重大な影響をもたらし、そのグループが抱く不満や敵意は人種的分断を引き起こす危険が高くなると考えられる。AAの支持者でさえも、人種的均衡をとるためだけに、人種区分を使用することには反対しているが²⁸⁶、分断の危険を回避するためには、判断形成機関は、人口構成比を意識して、各マイノリティをどれだけ包含すればよいのかを決める必要が出てくる場合があると考えられる²⁸⁷。

8 大学の任務

Grutter 判決において、ミシガン大学ロー・スクールはいくつかの利益（人種的孤立の回避、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）を達成するために、AAを行っている²⁸⁸。ロー・スクールは、過小代表のマイノリティの中でも黒人、メキシコ系アメリカ人、ネイティブアメリカンをAAの対象者とし、アジア系を外したと指摘されている²⁸⁹。ロー・スクールは前者については利益の達成に必要であり、後者についてはそうではないと判断した²⁹⁰。ロー・スクールは、前者の包含が組織に特別な貢献ができると考えていた²⁹¹。過小代表のマイノリティであっても、達成が求められる社会的利益の性質によって、AAの対象者から外さ

れることになる²⁹²。如何なる利益が組織の任務の達成や問題解決に必要なのであるのかの判断について、合衆国最高裁はロー・スクールの判断を敬讓し²⁹³、誰を AA の対象者とするのかについて顕著な裁量を与えた²⁹⁴。固定観念を縮減し、人種分離を是正する取組がなされる場合には、判断形成機関の判断が敬讓されるべきであり²⁹⁵、マイノリティの中でもどのグループを包含すれば組織の求める社会的利益が達成されるのかについて、裁判所が判断するのは難しく、その判断は判断形成機関に委ねるべきとされる²⁹⁶。

判断形成機関が求める社会的利益を達成するために、どのマイノリティの包含が必要であるのか(どのマイノリティを AA の対象者とすべきか)は、機関ごとに異なるとされる²⁹⁷。機関の任務、地域の人口構成や歴史に応じて、求められる多様性は異なるとされる²⁹⁸。判断形成機関の判断への敬讓を認める立場からは、判断形成者はそれらの要素に焦点を当てることで、合衆国内の膨大な数のマイノリティの中からどのグループを AA の対象者とするのかを合理的に判断できるとされる²⁹⁹。高等教育機関については、学術的な判断の一部として、膨大な数にのぼる観点の中でも、人種的固定観念を壊し、多様性から生じる他の教育的利益を促進する際に最も重要な観点が何かを判断できるとされる³⁰⁰。資源が有限だと考えると、大学は自身の任務を最も充足するグループに対して AA によって地位を付与すべきであり³⁰¹、多様性の達成のために、どのグループが必要なのかについては、判断形成機関に委ねるべきとされる³⁰²。多様性の達成のためにどのグループが必要であるのかは「大学の専門知識の枠内にある領域における複雑な教育的判断」であるため³⁰³、どのようなレベルあるいはタイプの多様性が社会的利益をもたらすのかを知ることができるのかは分からない³⁰⁴。故に、裁判所はそれについて判断できず、多様性から生じる利益の達成にどのグループが必要であるのかについて最良の判断をするのは大学だとされる³⁰⁵。その見解によれば、例えば、アリゾナ州やニューメキシコ州の大学は、それらの州の人口に占めるメキシコ系アメリカ人の規模を考慮して、メキシコ系アメリカ人の観点がより必要であると判断できるとされる³⁰⁶。テキサス州は黒人とヒスパニックの人口構成比が高く、これらのグループの包含はが重要だとされる³⁰⁷。また、サウスダゴダ州の機関は、地域の歴史を考慮して、多様性から生じる利益を得るために、ネイティブアメリカンの観点の強化を選択できると

される³⁰⁸。

アジア系アメリカ人やネイティブアメリカンは合衆国全体に占める人口構成比は低いが、特定の地域では大きな割合を占めており、これらの地域では、これらのグループの包含が重要だと指摘される³⁰⁹。全国規模の上位の大学は、特定の地域というよりも、合衆国全体に（さらには世界規模で）有為な人材を供給し、国全体の抱える問題の解決に寄与する役割を求められるが、こうした機関でさえも、AA の対象者を判断する際に、地域や組織の歴史が考慮されていると指摘される³¹⁰。

多様性から生じる利益を獲得するために、どのマイノリティの包含が必要であるのかは、判断形成機関の目標や目的に依拠し³¹¹、判断形成機関の評価次第だと考えると³¹²、過小代表のマイノリティの中でも、判断形成機関の任務の達成や地域の問題解決にとって、重要度の高いグループが AA の対象者となり、そうでないグループは外される³¹³。どのレベルとタイプの多様性が必要なのかについて、判断形成機関の判断を顕著に敬讓し、その言葉通りに受け取ると、正当な理由なしに一定のマイノリティが不利益を受けることにもなる³¹⁴。

9 政治的選好

合衆国最高裁では、人種差別的な法の合憲性を審査する際に、判断形成機関を敬讓しないことが確立されてきたが³¹⁵、高等教育機関の入学者選抜の AA の合憲性が問題とされた事例では、敬讓型の厳格審査が適用された。裁判所が判断形成者の判断を敬讓し、どのグループを AA の対象者とするのかについて審査しない場合、むき出しの選好によって一定のグループが選考から排除される危険があり³¹⁶、恣意的な判断を許すと批判される³¹⁷。

AA の対象者の決定について、判断形成機関に大きな裁量を認めると、判断形成機関が重視しないマイノリティは対象から外される³¹⁸。判断形成機関にとって、どのマイノリティの包含の重要性が高いのかを測る 1 つの指標は、機関の任務や解決すべき問題である（V 5, 8）。それらの指標を反映した場合、AA の対象者の判断について、いくらか恣意的になる可能性が高いとされる³¹⁹。

AA の対象者を判断する際に、判断形成機関への裁量の付与はあるマイノ

リティを不利に取扱う可能性があるが³²⁰、判断形成機関には AA を通じて人種的不平等を是正する権限があると考え³²¹、判断形成機関は、機関の任務や地域の抱える問題に焦点を当てることで、どのグループを AA の対象者とし、どのグループをそこから外すのかを判断できるとされる³²²。

しかし、どのグループを AA の対象者とするのかに関する判断が政治的になされる可能性がある³²³。AA の対象者を選抜する判断が政治力のあるマイノリティによって影響を受けている場合、その判断は憲法上疑わしいとされる³²⁴。判断形成機関への敬讓は、政治力のあるマイノリティが他者を排斥して、自己に優位な判断形成をすることを許す危険があるとされる³²⁵。裁判所による綿密な審査がなされない場合には、政治力のあるマイノリティは対立者に不利益 (AA の対象者から外す) を及ぼすことが許容される危険があると指摘されている³²⁶。

10 使用者の判断への敬讓の可能性

(1) 多様性の価値の意味

Grutter 判決オコナ裁判官法廷意見は、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³²⁷。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³²⁸。

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³²⁹。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³³⁰、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³³¹。

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、軍隊と企業の法廷助言書を参照しており³³²、各機関は多様な学生組織で教育された人材を欲している³³³。このことは、AA の合憲性審査の際に、大学以外の公的³³⁴ 及び民間機関³³⁵ 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³³⁶。

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³³⁷、AA を正当化する³³⁸。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³³⁹や安全の確保などに寄与し、多くの職場で重要である³⁴⁰。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³⁴¹、敬讓の概念が雇用判断に拡大する可能性³⁴²も指摘されている³⁴³。

(2) 経験と専門知識への依拠

Grutter 判決オコナ裁判官法廷意見は、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を敬讓する旨を示す³⁴⁴。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³⁴⁵、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³⁴⁶に拡大する可能性がある旨が指摘される³⁴⁷。「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³⁴⁸、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³⁴⁹。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時はいつでも、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³⁵⁰。

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、どの判断形成機関に適用されるのか³⁵¹、複雑な判断をする機関が AA を策定した場合、大学といかにして区別されるのが問題となる³⁵²。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」³⁵³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³⁵⁴。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³⁵⁵。

(3) 経済発展

1960 年には白人と黒人の関係で捉えられていた人種関係の枠組は、その後の人口構成の変化によって大きく変化した (II 1)。1990 年代までには、

それらの人口統計上と政治的影響の下で、人種的多様性への強調を伴った多様性の一般的な概念が、企業に浸透した³⁵⁶。各企業は多様な労働力が多様な消費者に努めるため³⁵⁷、業務上³⁵⁸、多様な労働力が必要だと宣言している³⁵⁹。

合衆国内の人口構成が変化するとき、賢明な使用者はそれに対応し、売上の増加を試みる³⁶⁰。経済的重要性を増している地域の文化に精通している者は、合衆国の企業がその国で事業を展開する際に必要なため、AAの対象者を判断する際に、地位を付与する価値があると判断される³⁶¹。合衆国内で一定の経済規模を持つグループに属する者も、企業がそれらのグループを相手に事業を展開する際に必要な人材であるため、AAによって地位を付与する価値があると判断される³⁶²。使用者は、各マイノリティが自身と同じグループの者と首尾よく取引ができると想定している³⁶³。

労働力が人種的に多様化する中で³⁶⁴、従業員の人種構成の多様性は顧客との関係だけでなく、互いの考えを理解する相当数のマイノリティが包含されることで、労働能率を改善し、組織に大きな利益を及ぼすと主張される³⁶⁵。個々の能力の高さよりも、その地位の役割を遂行する能力が求められる分野は、数多く存在する。労働には各労働者が個別に行うものと、相互に連携して行うものがある。後者の場合、労働の能率はいくつかの要素から複合的に判断され、マイノリティの数の増加は労働の能率を高めるとされる³⁶⁶。従業員の多様性がグループ内での多様性を促進し、やり取りをする能力を改善するという確固たる証拠があるとされる³⁶⁷。

合衆国内で増加するマイノリティに高度な教育を施し、合衆国の経済力をより競争力のあるものにし、より結合した社会となる³⁶⁸。多くの使用者は多様性は成功と競争にとって重要だと考えており³⁶⁹、学生に対して労働環境に適応するための高度な教育を期待している³⁷⁰。こうした企業側の要求が1つの理由となり、高等教育機関の入学者選抜におけるAAが正当化される³⁷¹。

多様性から生じる利益を獲得するためにどのグループが必要であるのかは、誰が決めるのか。判断形成機関に大きな裁量を認める見解に立つと、それは判断形成機関の評価次第であり³⁷²、判断形成機関にとって、どのグループが利益を生じさせるのかに依る³⁷³。しかし、判断形成機関の裁量に委ねると、

経済的に利益を生み出すグループを優先し、そうした利益を生み出さないグループを AA から排除する可能性があり³⁷⁴、後者に不利益を及ぼす可能性がある」と批判される³⁷⁵。

VI おわりに

従来、AA は黒人を対象としており、様々な判断形成機関が AA を開始した 1960 年代において、考慮に値する規模を有していたマイノリティは黒人であった。故に、どのマイノリティを AA の対象者としても、その規模が小さいことから、黒人への影響は少なかった。その後、移民の増加などによってマイノリティの人種構成が大きく変化した (II 1)。各マイノリティは社会的資源を求めて競争し、それを獲得する 1 つの手段として、自らを AA の対象者に含めるように主張した。社会的資源が有限である以上、AA によってあるマイノリティに社会的資源を付与することは、他のマイノリティからそれを奪ったり、獲得のハードルを高めることになる。故に、AA はマイノリティとマジョリティの間に緊張関係を生じさせるだけでなく (II 3 (1))、マイノリティ同士での争いを生じさせた (II 3 (2))。争いによってもたらされたグループ間での敵意や反目は合衆国を分断する危険があり、統合の為に争いを抑える必要があった (II 2)。どのグループを AA の対象者とするのかの判断、また対象者の中での順位付けは分断を生じさせる可能性があるため、合衆国において重要な課題であった。

差別の救済によって AA を正当化する場合、AA に肯定的な裁判官と学説は、社会的差別の救済による AA の正当化を認めた。社会的差別は合衆国の至ところに存在し、容易に立証できる (IV 2)。AA に否定的な裁判官と学説は、社会的差別の救済による AA の正当化が認められれば、マイノリティであれば誰もが AA の対象者となる資格を持つと主張でき、AA の対象者の際限のない拡大を招くと批判する (IV 3)。また、どのマイノリティも AA の対象者となる資格を持つと考えた場合、政治力のあるマイノリティが AA の対象者となり、政治力のないマイノリティが排除される危険がある (IV 4)。AA の対象者を判断する際に、判断形成機関に対して個別具体的な

差別の立証を求めることで、対象者の拡大を抑制し、政治的選好によるマイノリティの排除を防ぐことができる。しかし、個別具体的な差別の立証は難しく、AA が正当化される場合を限定するため、社会に大きな変化をもたらすことはできない (IV 3)。

多様性の利益によって AA を正当化する場合、各判断形成機関は、任務や解決すべき問題の性質に応じて、AA の対象者の判断や対象者の中での順位付けを行う (V 5, 8)。多様性を達成するためには、「相当数」のマイノリティが必要となる。相当数を判断する際には、判断形成機関の任務や解決すべき問題の性質が考慮される。その際、人口規模の大きなマイノリティが抱える問題は地域にとって (ときに全国規模で) 重要であるため、人口構成も考慮される (V 7)。

合衆国最高裁は AA に厳格審査を適用するが、高等教育機関の入学者選抜における AA の合憲性が問題とされた文脈で、敬讓型の厳格審査を適用した。敬讓型の厳格審査は、AA の対象者の判断や対象者の中での順位付けについて、判断形成者に裁量を与えた (III 2)。Grutter 判決や Fisher II 判決では、判断形成者に過度な裁量を与えられ、判断形成機関の主張がそのまま裁判所の結論になってしまっていると多くの学説から批判された (III 4, 5)。多様性は、マイノリティが他のマイノリティの持つ社会的資源の分配を求めるために主張される場合や (V 2)、マジョリティが一定のマイノリティを排除し、自身の社会的資源を維持するために用いられることがある (V 3)。判断形成機関への行き過ぎた敬讓は、他者を排除して社会的資源を求めるために、政治力のあるマジョリティやマイノリティが AA を用いることを許す危険がある (V 9)。判断形成機関に対して足枷のない判断を許すことは多くの問題を生じさせるのであり³⁷⁶、敬讓を認める見解においても、盲目的な敬讓はすべきではなく、中程度の敬讓にすべきだと主張されている³⁷⁷。

(Endnotes)

- 1 K.G. Jan Pillai, *Phantom of the Strict Scrutiny*, 31 New Eng. L. Rev. 397, 468 (1997).
- 2 Kathleen Sullivan, *Sins of Discrimination: Last Term's Affirmative Action*

- Cases*, 100 Harv. L. Rev 78 (1986).
- 3 Adarand Constructor, Inc v. Pena, 515 U.S. 200, 226–27 (1995).
 - 4 拙稿「アメリカ合衆国における厳格審査と敬讓 (1) (2・完) —高等教育機関による人種区分と司法審査基準」桐蔭法学 24 卷 2 号 1 頁, 25 卷 1 号 1 頁 (2018)。
 - 5 See Deborah Ramirez, *Multicultural Empowerment: It's Not Just Black and White Anymore*, 47 Stan. L. Rev. 957, 962–63 (1995).
 - 6 See Ramirez, *supra* note 5, at 962.
 - 7 もっとも、当時も合衆国には黒人以外のマイノリティが無数に存在し、白人と黒人から構成される社会という認識は幻想であったと評価されている (Ramirez, *supra* note 5, at 958 n.5)。
 - 8 See Kevin R. Johnson, *Some Thoughts on the Future of Latino Legal Scholarship*, 2 Harv. Latino L. Rev. 101, 110 (1997).
 - 9 Ramirez, *supra* note 5, at 958.
 - 10 J. Harvie Wilkinson III, *The Law of Civil Rights and the Dangers of Separatism in Multicultural America*, 47 Stan. L. Rev. 993, 1016 (1995).
 - 11 Ramirez, *supra* note 5, at 959.
 - 12 See Ramirez, *supra* note 5, at 960–62.
 - 13 Wilkinson III, *supra* note 10, at 1017 ; William R. Tamayo, *When the “Coloreds” Are Neither Black Nor Citizens: The United States Civil Rights Movement and Global Migration*, 2 Asian L.J. 1, 9–11 (1995).
 - 14 Ramirez, *supra* note 5, at 962.
 - 15 Edwin Meese III, *Civil Rights, Economic Progress, and Common Sense*, 14 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 150, 154 (1991).
 - 16 Charles Fried, *Saying What The Law Is* 239, Harvard University Press (2004).
 - 17 Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306, 330–33 (2003).
 - 18 See Vikram Amar & Evan Caminker, *Constitutional Sunsetting? Justice O'Connor's Closing Comments in Grutter*, 30 Hastings Const. L.Q. 541, 549 (2003); 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, 784 (2004).
- 19 See J. Stephen Reinhardt, *Civil Rights and the New Federal Judiciary: The Retreat from Fairness*, 14 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 142, 145 (1991).
- 20 David E. Bernstein, *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action and the Failed Attempt to Square a Circle*, 8 NYU J.L. & Liberty 210, 226 (2013).
- 21 See Adeno Addis, *Role Models and the Politics of Recognition*, 144 U. Pa. L. Rev. 1377, 1449 (1996).
- 22 Christopher Jencks, *Rethinking Social Policy* 26, Harvard University Press (1992).
- 23 See Chan Hee Chu, *When Proportionality Equals Diversity: Asian Americans and Affirmative Action*, 23 Asian Am. L.J. 99, 130-31 (2016).
- 24 See Harvey Gee, *From Bakke to Grutter and Beyond: Asian Americans and Diversity in America*, 9 Tex. J.C.L. & C.R. 129, 153 (2004).
- 25 AA とは、各機関が歴史的に差別されてきたグループの割合と包含の改善に積極的に努め、マジョリティに同じ利益と特権を与えない施策だと説明されている (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 (2016))。
- 26 Peter J. Rubin, *Reconnecting Doctrine and Purpose: A Comprehensive Approach to Strict Scrutiny After Adarand and Shaw*, 149 U. Pa. L. Rev. 1, 44 (2000).
- 27 Ivan E. Bodensteiner, *Affirmative Action—The Need for Leadership*, 39 How. L.J. 757, 759 (1996).
- 28 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, 1364 (1996).
- 29 Morris B. Abram, *Affirmative Action: Fair Shakers and Social Engineers*, 99 Harv. L. Rev. 1312, 1318-23 (1986).
- 30 See William Van Alstyne, *Rites of Passage: Race, the Supreme Court, and the Constitution*, 46 U. Chi. L. Rev. 775, 805-06 (1979); Gabriel J. Chin,

- Bakke to the Wall: The Crisis of Bakkean Diversity*, 4 Wm. & Mary Bill of Rts. J. 881, 933 (1996); Ronald Takaki, *Strangers from a Different Shore* 499, Little, Brown and Company (1998).
- 31 See Richard D. Kahlenberg, *The Remedy: Class, Race, and Affirmative Action* 53, Basic Books (1996).
- 32 See Chu, *supra* note 23, at 130–31.
- 33 Joel K. Goldstein, *Justice O'Connor's Twenty-Five Year Expectation: The Legitimacy of Durational Limits in Grutter*, 67 Ohio St. L.J. 83, 120–21 (2006).
- 34 Victoria Choy, *Perpetuating the Exclusion of Asian Americans from the Affirmative Action Debate: An Oversight of the Diversity Rationale in Grutter v. Bollinger*, 38 U.C. Davis L. Rev. 545, 565 (2005).
- 35 See Christopher Atlee F. Arcitio, *Unraveling The Inequitable Nature Of The Model Minority: Asian-Americans Deserve Affirmative Action*, 5 Tenn. J. Race, Gender & Soc. Just. 113, 134 (2016).
- 36 Paul Brest & Miranda Oshige, *Affirmative Action for Whom?*, 47 Stan. L. Rev. 855, 895 (1995).
- 37 See Daniel P. Tokaji, *Asian Americans and Affirmative Action*, 1 Nexus J. Op. 47, 62 (1996); Marty B. Lorenzo, *Race-Conscious Diversity Admissions Programs: Furthering a Compelling Interest*, 2 Mich. J. Race & L. 361, 413–15 (1997).
- 38 See Ramirez, *supra* note 5, at 974 ; Kahlenberg, *supra* note 31, at 79 ; J.M. Balkin, *The Constitution of Status*, 106 Yale L.J. 2313, 2321 (1997).
- 39 吉田仁美『平等権のパラドクス』44頁 (ナカニシヤ出版, 2015)。
- 40 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 卷 1 号 (2004) 1 頁, 21 頁。
- 41 Grutter, 539 U. S. 306, 349 (Thomas J., jointed by Scalia J., dissenting); Fisher v. University of Texas (Fisher I), 133 S.Ct. 2311, 2424 (Thomas J., concurring) (2013).
- 42 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, 5 (2006).
- 43 See William L. Taylor & Susan M. Liss, *Affirmative Action in the 1990s: Staying the Course*, 523 Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci. 30, 35 (1992) ; Erica J. Rinas, *A Constitutional Analysis of Race-Based Limitations on Open Enrollment in Public Schools*, 82 Iowa L. Rev. 1501, 1515 (1997) ; Vinay Harpalani, *Diversity Within Racial Groups and the Constitutionality of Race-Conscious Admissions*, 15 U. Pa. J. Const. L. 463, 509 (2012).
- 44 Eric K. Yamamoto, *Representing Race: Critical Race Praxis: Race Theory and Political Lawyering Practice in Post-Civil Rights America*, 95 Mich. L. Rev. 821, 861 n 191 (1997).
- 45 *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267, 302-03 (Marshall J., jointed by Brennan & Blackmun JJ., dissenting) (1986); *Sheet Metal Workers v. EEOC*, 478 U.S. 421 (Brennan J., jointed by Marshall, Blackmun, Powell JJ., plurality) (1986); *United States v. Paradise*, 480 U.S. 149, 166-67 (Brennan J., jointed by Marshall, Blackmun, Powell JJ., plurality) (1987).
- 46 *Bernal v. Fainter*, 467 U.S. at 220 n.6 (Marshall, J., majority) (1984).
- 47 *City of Richmond v. J.A. Croson, Co.*, 488 U.S. 469, 493-94 (1989).
- 48 Ozan O. Varol, *Strict in Theory, But Accommodating in Fact?*, 75 Mo. L. Rev. 1243, 1252 (2010).
- 49 Varol, *supra* note 48, at 1252.
- 50 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*, Yale University Press 55 (1997).
- 51 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).
- 52 *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 (40)；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 巻 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 (39) 8 章。
- 53 城野一憲「修正 1 条の『制度主義』—ポール・ホーウィッツの動態的な“institution”観」早稲田法学会雑誌 62 巻 1 号 (2011) 53 頁、55 頁。
- 54 See 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).
- 55 539 U.S. at 326–27 (O'Connor J., jointed by Stevens, Breyer, Ginsburg & Souter JJ., majority).
- 56 Beard II, *supra* note 42, at 26 ; Earl M. Maltz, *Ignoring The Real World: Justice O'Connor and Affirmative Action in Education*, 57 Cath. U.L. Rev. 1045, 1053 (2008).
- 57 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.
- 58 Grutter, 539 U.S. at 326–27.
- 59 Eric K. Yamamoto, Carly Minner & Karen Winter, *Contextual Strict Scrutiny*, 49 How. L.J. 241, 248 (2006).
- 60 Varol, *supra* note 48, at 1250.
- 61 Paul Brest, *Some Comments on Grutter v. Bollinger*, 51 Drake L. Rev. 683, 690–91 (2003).
- 62 Grutter, 539 U.S. at 329.

- 63 Fisher v. University of Texas at Austin (Fisher I), 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「大学におけるアファーマティブ・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 卷 1 号 (2014) 192 頁；吉田前掲 (39) 129 頁以下；有澤知子「大学入学とアファーマティブ・アクション—Fisher v. University of Texas at Austin」大阪学院大学法学研究 41 卷 2 号 (2015) 64 頁。
- 64 ケネディ裁判官法廷意見は、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.)。
- 65 Fisher v. University of Texas, (Fisher II) 136 S.Ct. 2198 (Kennedy J., jointed by Ginsburg, Breyer & Sotomayor JJ., majority) (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] 判時 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「大大学入試とアファーマティブ・アクションー Fisher v. University of Texas at Austin, 136 S.Ct. 2198 (2016)」比較法雑誌 51 卷 3 号 (2017) 249 頁。
- 66 Fisher II, 136 S.Ct. at 2211.
- 67 Fisher II, 136 S.Ct. at 2214.
- 68 Grutter, 539 U.S. at 324.
- 69 Grutter, 539 U.S. at 329.
- 70 Grutter, 539 U.S. at 333.
- 71 Grutter, 539 U.S. at 329-30.
- 72 Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265, 311-12 (1978).
- 73 Pamela S. Karlan, *Compelling Interests/Compelling Institutions: Law Schools as Constitutional Litigants*, 54 UCLA L. Rev. 1613, 1625 (2007). 修正第 1 条は政府機関ではなく個人の権利だけを保護するという立場から (See Hopwood v. Texas, 78 F. 3d 932, 943 n.25 (5th Cir. 1996).)、同法廷意見は批判された (Richard H. Hiers, *Institutional Academic Freedom—A Constitutional Misconception: Did Grutter v. Bollinger Perpetuate the Confusion*, 30 J. C. & U. L. 531 (2004).)。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 (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).)。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 (Borden v. Sch. Dist., 523 F.3d 153, 172 (3d Cir. 2008).)、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 (Paul Horwitz, *Universities as First Amendment Institutions: Some Easy Answers and Hard Questions*, 54 UCLA L. Rev. 1497, 1500-01 (2007).)。
- 74 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 (2008).

- 75 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).
- 76 Grutter, 539 U.S. at 330–34.
- 77 Paul Horwitz, *Grutter’s First Amendment*, 46 B.C. L. Rev. 461, 500 (2005).
- 78 Leland Ware, *Strict Scrutiny, Affirmative Action, and Academic Freedom: The University of Michigan Cases*, 78 Tul. L. Rev. 2098, 2109 (2004).
- 79 Grutter, 539 U.S. at 330–33.
- 80 Adams, *supra* note 74, at 946–47.
- 81 539 U.S. at 330.
- 82 Karlan, *supra* note 74, at 1625.
- 83 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。
- 84 Stephen A. Siegel, *The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny*, 48 Am. J. Legal Hist. 355, 359–60 (2006).
- 85 Croson, 488 U.S. at 500–01.
- 86 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, 479 (2011).
- 87 539 U.S. at 329.
- 88 懐疑主義に基づくと、本来は、実施者に対して証明責任を負わせることになるとされる (Angelo N. Ancheta, *Contextual Strict Scrutiny and Race-Conscious Policy Making*, 36 Loy. U. Chi. L.J. 21, 45 (2004).)。
- 89 Varol, *supra* note 48, at 1254.
- 90 Grutter, 539 U.S. at 328–33.
- 91 Varol, *supra* note 48, at 1254.
- 92 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, 32 (2010).
- 93 Grutter, 539 U.S. at 318–19.
- 94 Grutter, 539 U.S. at 343.

- 95 Grutter, 539 U.S. at 346–47 (Scalia J., dissenting).
- 96 Carl L. Bankston III, *Grutter v. Bollinger Weak Foundations*, 67 Ohio St. L.J. 1, 12 (2006).
- 97 相当数とはそもそもが不明確な概念であり、そのことを批判する主張は的を得ていないと指摘される (Adeno Addis, *The Concept of Critical Mass in Legal Discourse*, 29 Cardozo L. Rev. 97, 118 (2007).)。
- 98 Thompson & Schiff, *supra* note 86, at 479.
- 99 Beard II, *supra* note 42, at 26
- 100 Karlan, *supra* note 73, at 1622.
- 101 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, 1153–54 (2013).
- 102 Grutter, 539 U.S. at 348–49 (Scalia, J., dissenting). 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 (Varol, *supra* note 48, at 1257.)。
- 103 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, 43 (2012).
- 104 Harpalani, *supra* note 43, at 521–22.
- 105 Deborah C. Malamud, *Affirmative Action, Diversity, and the Black Middle Class*, 68 U. Colo. L. Rev. 939, 954 (1997).
- 106 Ian Ayres & Sydney Foster, *Don't Tell Don't Ask : Narrow Tailoring After Grutter and Gratz*, 85 Tex. L. Rev 517 (2007).
- 107 Joshua P. 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, 155 (2012).
- 108 Thompson & Pomeroy, *supra* note 107, at 156.
- 109 Metro Broadcasting Inc. v. FCC, 497 U.S. 547, 602 (O'Connor J, jointed by Rehnquist C.J & Scalia, Kennedy JJ., dissenting) (1990).

- 110 539 U.S. at 330–32.
- 111 判決の社会的証拠への依拠をめぐる問題に関する詳細かつ鋭い分析として、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 卷 7・8 号 (1994) 1 頁参照。
- 112 Roger Clegg, *Attacking “Diversity”: A Review of Peter Wood’s Diversity: The Invention of a Concept*, 31 J.C. & U.L. 417, 428 (2005).
- 113 Beard II, *supra* note 42, at 26.
- 114 Beard II, *supra* note 42, at 30.
- 115 Grutter, 539 U.S. at 340.
- 116 Adam Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, 59 Vand. L. Rev. 793, 820 (2006); Ayres & Foster, *supra* note 106, at 522.
- 117 Louis Lapidus, *Diversity’s Divergence: A Post Grutter Examination of Racial Preference in Public Employment*, 28 W. New Eng. L. Rev. 199, 218 (2006).
- 118 Gerstmann & Shortell, *supra* note 92, at 28.
- 119 Fisher I, 133 S.Ct. 2411 (Kennedy J., jointed by Roberts C.J., Scalia, Thomas, Breyer, Alito & Sotomayor JJ., majority) (2013).
- 120 Fisher II, 136 S.Ct. 2198 (Kennedy J., jointed by Ginsburg, Breyer & Sotomayor JJ., majority) (2016).
- 121 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).
- 122 Joan Biskupic, *Breaking In: The Rise of Sonia Sotomayor and the Politics of Justice* Sarah Crichton Books, 194–97 (2014).
- 123 Peter N. Kirsanow, *Race Discrimination Rationalized Again*, 2016 Cato Sup. Ct. Rev. 59, 60.
- 124 Elise C. Boddie, *Response: The Future of Affirmative Action*, 130 Harv. L. Rev. F. 38, 45–46 (2016).
- 125 Kelly Lynn Claxton, *Fisher v. University of Texas at Austin* 136 S.Ct. 2198 (2016). 43 Ohio N.U.L. Rev. 219, 239 (2017).

- 126 Fisher II, 136 S.Ct. at 2211.
- 127 Boddie, *supra* note 124, at 44.
- 128 Fisher II, 136 S.Ct. at 2214–15.
- 129 Claxton, *supra* note 125, at 239.
- 130 Elizabeth Slattery, *Fisher v. UT—Austin and the Future of Racial Preferences in College Admissions*, 17 Federalist Soc’y Rev. 22, 25 (2016).
- 131 どのような多様性の利益が厳格審査を通過するのかを判断するために、大学の判断は敬讓されるべきとする見解が示されている (See Stephanie Jackson, *The Curious Case of Fisher II & The Vanishing Diversity Interest*, 7 Wake Forest J. L. & Pol’y 59, 67 (2016))。
- 132 Fisher II, 136 S.Ct. at 2214.
- 133 大学は、「相当数」のマイノリティの学生が達成されたのかどうかを判断する裁量を持つとされる (Kelsey Inouye, *Asian Americans: Identity and the Stance on Affirmative Action*, 23 Asian Am. L.J. 145, 155 n.59 (2016))。
- 134 Fisher II, 136 S.Ct. at 2223.
- 135 See Calvin Massey, *The New Formalism: Requiem for Tiered Scrutiny?*, 6 U. Pa. J. Const. L. 945, 951–57 (2004); Varol, *supra* note 48, at 1263.
- 136 See Nelson, *supra* note 101, at 1153–54.
- 137 Carr, *supra* note 25.
- 138 Nelson, *supra* note 101, at 1153–54.
- 139 136 S.Ct. at 2211–12.
- 140 136 S.Ct. at 2216.
- 141 136 S.Ct. at 2222.
- 142 136 S.Ct. at 2215.
- 143 Kirsanow, *supra* note 123, at 63.
- 144 Slattery, *supra* note 130, at 25.
- 145 Claxton, *supra* note 125, at 238.
- 146 Kirsanow, *supra* note 123, at 60.
- 147 Carr, *supra* note 25, at 755–56.
- 148 Carr, *supra* note 25, at 747.
- 149 Wilkinson III, *supra* note 10, at 1017.

- 150 Bakke, 438 U.S. at 400 (Marshall J., dissenting).
- 151 Richard H. Fallon, Jr., *Affirmative Action Based on Economic Disadvantage*, 43 UCLA L. Rev. 1913, 1938 (1996).
- 152 Alexandra Natapoff, *Note, Trouble in Paradise: Equal Protection and the Dilemma of Interminority Group Conflict*, 47 Stan. L. Rev. 1059, 1059, 1065 (1995).
- 153 Angela P. Harris, *Race and Essentialism in Feminist Legal Theory*, 42 Stan. L. Rev. 581, 588 (1990).
- 154 See Tamayo, *supra* note 13, at 9–11; Johnson, *supra* note 8, at 111.
- 155 See Natapoff, *supra* note 152, at 1084.
- 156 Croson 判決では、リッチモンド市との公共事業の一次契約締結者が、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なければならぬとするリッチモンド市の条例の合憲性が問題となった。合衆国最高裁は厳格審査を適用し (488 U.S. at 501 (O'Connor joined by Rehnquist C.J., White, Stevens, Kennedy JJ., majority))、AA の正当化理由として社会的差別の救済を否定し、特定された差別の救済を認めた。そして、当該条例が当該市において差別を経験していないマイノリティを優先の対象としていることから、過剰包含だと批判した (488 U.S. at 496–98 (O'Connor joined by Rehnquist C.J., White, Kennedy JJ., plurality))。これに対し、マーシャル裁判官反対意見は、留保策が「過度に広範」であり、当該市がアリューシャン列島民の包含を正当化できないとしても、合衆国だったと主張した (488 U.S. 469, 550 n.11 (Marshall joined by Brennan, Blackmun JJ., dissenting))。当該市において被差別の歴史を持たないエスキモーとアリューシャン列島民が排除可能であるとするマーシャル裁判官の含意は、特定の状況において、あるマイノリティグループが他のマイノリティグループと比べて強い救済の主張を持つことができると想定している (Natapoff, *supra* note 152, at 1083)。
- 157 Wygant, 478 U.S. at 277.
- 158 See Weber, 443 U.S. at 212.
- 159 See Note, *The Nonperpetuation of Discrimination in Public Contracting: A Justification for States and Local Minority Business Set-Aside After*

- Wygant, 101 Harv. L. Rev. 1797, 1809 (1988).
- 160 See Clark D. Cunningham, *After Grutter Things Get Interesting! The American Debate Over Affirmative Action Is Finally Ready for Some Fresh Ideas From Abroad*, 36 Conn. L. Rev. 665, 672 (2004).
- 161 John E. Morrison, *Colorblindness, Individuality, and Merit: An Analysis of the Rhetoric Against Affirmative Action*, 79 Iowa L. Rev. 313, 349–50 n. 241 (1994); Tokaji, *supra* note 37, at 55; Tung Yin, *Class-Based Affirmative Action*, 31 Loy. L.A. L. Rev. 213, 221 (1997).
- 162 Jonathan Feldman, *Review Essay: Race-Consciousness Versus Colorblindness in the Selection of Civil Rights Leaders: Reflections upon Jack Greenberg's Crusaders in Courts*, 84 Cal. Rev. 151, 154 (1996).
- 163 See Mark W. Cordes, *Affirmative Action After Grutter and Gratz*, 24 N. Ill. U. L. Rev. 691, 699 (2004); Choy, *supra* note 34, at 554; Beard II, *supra* note 42, at 22–23.
- 164 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, 182 (2004).
- 165 See Malamud, *supra* note 105.
- 166 See Benjamin L. Hooks, *Affirmative Action: A Needed Remedy*, 21 Ga. L. Rev. 1043, 1047 (1987).
- 167 Jonathan Feldman, *supra* note 162, at 154.
- 168 Brest & Miranda, *supra* note 36, at 866.
- 169 See Regents of the Univ. of California v. Bakke, 438 U.S. 265, 310 (1978) (Powell, J.); Wygant v. Jackson Bd. of Ed., 476 U.S. 267, 276 (1986) (plurality opinion); City of Richmond v. J. A. Croson Co., 488 U.S. 469, 505–06 (1989) (O'Connor J., jointed by Rehnquist C.J., White, Kennedy JJ., plurality). 合衆国最高裁の多数の裁判官は、特定された差別を救済するために、判断形成者に対して AA の実施を認めた (Bakke, 438 U.S. at 307 ; Croson, 488 U.S. at 504, 526)。以前には、合衆国最高裁は、合衆国議会と違って、自治体には社会的差別を救済する権限はなく、特定された差別の救済だけが許されるが⁵ (Croson, 488 U.S. at 489 (O'Connor jointed

- by Rhenquist C.J., White J., plurality)、合衆国議会には社会的差別を救済する権限があり (Fullilove, 448 U.S. at 482-84)、AA の対象者に関する判断が敬讓される旨を示していた (Hooks, *supra* note 166, at 1045-46)。しかし、後の判例で、自治体と合衆国議会の権限の違いは否定され、AA の対象者の判断について、合衆国議会に対しても敬讓が否定された (Adarand, 515 U.S. at 226-27 (O'Connor J., jointed by Rehnquist C.J., Scalia, Thomas & Kennedy JJ., majority))。
- 170 Malamud, *supra* note 105, at 941.
- 171 Malamud, *supra* note 105, at 946; Adams, *supra* note 74, at 947.
- 172 See 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, 709-10 (2014).
- 173 Bakke, 438 U.S. at 297 (Powell J., opinion); Croson, 488 U.S. at 505 (O'Connor jointed by Rehnquist C.J. & White, Stevens, Kennedy JJ., majority).
- 174 Bakke, 438 U.S. at 307-08.
- 175 Jared M. Mellott, *The Diversity Rationale for Affirmative Action in Employment After Grutter*, 48 Wm and Mary L. Rev. 1091, 1101 (2006).
- 176 Mellott, *supra* note 175, at 1107.
- 177 Thompson & Pomeroy, *supra* note 107, at 153.
- 178 Kenneth L. Karst, *The Revival of Forward-Looking Affirmative Action*, 104 Colum. L. Rev. 60, 64 (2004); Gail Heriot, *Fisher v. University of Texas: The Court (Belatedly) Attempts to Invoke Reason and Principle*, 2012-13 Cato Sup. Ct. Rev. 63, 72 (2013).
- 179 Natapoff, *supra* note 152, at 1084.
- 180 Natapoff, *supra* note 152, at 1085.
- 181 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).
- 182 See Paradise, 480 U.S. at 178 (Brennan J., jointed by Marshall, Blackmun,

- Powell JJ., plurality); Adarand, 515 U.S. at 270 (1995) (Souter, J., dissenting).
- 183 Dan T. Coenen, *A Constitution of Collaboration: Protecting Fundamental Values with Second-Look Rules of Interbranch Dialogue*, 42 Wm. & Mary L. Rev. 1575, 1725–26 (2001).
- 184 Kevin R. Johnson, *supra* note 164, at 182.
- 185 See Goldstein, *supra* note 33, at 89–90.
- 186 John C. Jeffries, Jr., *Bakke Revisited*, 2003 Sup. Ct. Rev. 1., at 7.
- 187 Goldstein, *supra* note 33, at 115.
- 188 Thompson & Schiff, *supra* note 86, at 480–81.
- 189 西村裕三「Affirmative Action をめぐる合衆国最高裁判例の動向」アメリカ法 1989-2, 237 頁, 246 頁参照。
- 190 Tanya Kateri Hernandez, “*Multiracial*” *Discourse: Racial Classifications in an Era of Color-Blind Jurisprudence*, 57 Md. L. Rev. 97, 145–46 (1998).
- 191 また、時の経過とともに、特定の判断形成機関が差別に従事したと証明するのは難しくなっており (Cynthia L. Estlund, *Putting Grutter to Work: Diversity, Integration and Affirmative Action in Workplace*, 26 Berkeley J Emp & Lab L.J 1, 13 (2005))、差別の救済による AA の正当化が困難となっている (Mellott, *supra* note 175, at 1117–18)。
- 192 See Inouye, *supra* note 133, at 154. 多様性による正当化は、特定の機関での過去の差別の証拠がなかったとしても、人種の考慮を機関に許すため、重要だとされる (See Timothy L. Hall, *Educational Diversity: Viewpoints and Proxies*, 59 Ohio St. L.J. 551, 558 (1998); Katherine M. Planer, *The Death of Diversity? Affirmative Action in the Workplace After Parents Involved*, 39 Seton Hall L. Rev. 1333, 1344–45 (2009))。合衆国最高裁では、AA の正当化理由として社会的差別よりも多様性が好まれている (Malamud, *supra* note 105, at 940)。
- 193 *Wygant*, 476 U.S. at 286 (Powell J., jointed by Burger CJ & Rehnquist, O'Connor JJ., plurality).
- 194 See Lisa E. Chang, *Remedial Purpose and Affirmative Action: False Limits and Real Harms*, 16 Yale L. & Pol’y Rev. 59, 64 (1997).

- 195 Croson, 488 U.S. at 498–506 (O'Connor jointed by Rehnquist C.J & White, Stevens, Kennedy JJ., majority).
- 196 Croson, 488 U.S. at 503 (O'Connor jointed by Rehnquist C.J & White, Stevens, Kennedy JJ., majority).
- 197 Heriot, *supra* note 178, at 72.
- 198 AA の対象者となる資格を持つと示すために、個別具体的な差別の立証を求めることは、社会的差別がマイノリティの過小代表を引き起こしたとする議論を否定し、マイノリティの低い社会経済的地位は資質の低さや努力不足に起因するという議論を正当化すると指摘される (See Tokaji, *supra* note 37, at 55)。
- 199 See Croson, 488 U.S. at 511.
- 200 T. Alexander Aleinikoff, *A Case for Race-Consciousness*, 91 Colum. L. Rev. 1060, 1074 (1991).
- 201 Kahlenberg, *supra* note 31, at 114–15, 217 n.18. 自治体のレベルであるマイノリティが政治的に多数を占めることはあるが、経済力などを考慮すると、マイノリティの影響力はマジョリティをしのぐものではないとも指摘されている (T. Alexander Aleinikoff, *A Case for Race-Consciousness*, 91 Colum. L. Rev. 1060, 1105 (1991))。
- 202 David E. Bernstein, “Reverse Carolene Products,” *the End of the Second Reconstruction, and Other Thoughts on Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action*, 2013–14 Cato Sup. Ct. Rev. 261, 277.
- 203 Bertrall L. Ross II, *Democracy and Renewed Distrust: Equal Protection and the Evolving Judicial Conception of Politics*, 101 Calif. L. Rev. 1565, 1617 (2013). この見解は、マイノリティは社会全体ではなく自身の利益のためだけに動く想定しているとして、批判されている (T. Alexander Aleinikoff, *A Case for Race-Consciousness*, 91 Colum. L. Rev. 1060, 1102 (1991))。
- 204 Ramirez, *supra* note 5, at 970.
- 205 Thompson & Schiff, *supra* note 86, at 481.
- 206 Daniel A. Farber, *The Outmoded Debate Over Affirmative Action*, 82 Calif. L. Rev. 893, 925 (1994).

- 207 See Ross II, *supra* note 202, at 1620.
- 208 Daniel A. Farber & Philip P. Frickey, *Is Carolene Products Dead? Reflections on Affirmative Action and the Dynamics of Civil Rights Legislation*, 79 Calif. L. Rev. 685, 687 (1991).
- 209 See Ware, *supra* note 78, at 2212.
- 210 Chu, *supra* note 23, at 111–12. 1990年代のUCLAにおいて、アジア系アメリカ人と比べて黒人とヒスパニックの合格基準は著しく低く、入学者選抜で人種が支配的に作用していた証拠だと指摘されている (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, 164 (2001))。
- 211 See K.G. Jan Pillai, *Affirmative Action: In Search of A National Policy*, 2 Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev. 1, 31 (1992).
- 212 Arcitio, *supra* note 35, at 121.
- 213 Choy, *supra* note 34, at 563.
- 214 Robert S. Chang, *Toward an Asian American Legal Scholarship: Critical Race Theory, Post-Structuralism, and Narrative Space*, 81 Calif. L. Rev. 1241, 1261 (1993).
- 215 Chin, *supra* note 30, at 919 n.158.
- 216 Theodore Hsien Wang & Frank Wu, *Beyond the Model Minority Myth: Why Asian Americans Support Affirmative Action*, 53 Guild Prac. 35, 42 (1996).
- 217 Wilkinson III, *supra* note 10, at 1018.
- 218 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, 152.
- 219 Wilkinson III, *supra* note 10, at 1001 n.53.
- 220 Kahlenberg, *supra* note 31, at 78–79.
- 221 Kahlenberg, *supra* note 31, at 78–79.
- 222 See Kahlenberg, *supra* note 31, at 76–77.
- 223 Marcia Graham Synnott, *The Half-Opened Door: Discrimination and Admissions at Harvard, Yale, and Princeton, 1900–1970* (1979); Natapoff,

- supra* note 152; Heriot, *supra* note 178, at 73.
- 224 Grace W. Tsuang, *Assuring Equal Access of Asian Americans to Highly Selective Universities*, 98 Yale L.J. 659, at 671 & n.81 (1989).
- 225 See Synnott, *supra* note 223; Dan A. Oren, *Joining the Club: A History of Jews and Yale*, Yale University Press (1985).
- 226 Tsuang, *supra* note 224, at 672.
- 227 Camille Gear Rich, *Decline to State: Diversity Talk and the American Law Student*, 18 S. Cal. Rev. L. & Soc. Just. 539, 556 n. 49 (2009).
- 228 Karen Kurotsuchi Inkelas, *Caught in the Middle: Understanding Asian Pacific American Perspectives on Affirmative Action Through Blumer's Group Position Theory*, 44 J. C. Student Dev. 625, 626 (2003).
- 229 See Selena Dong, "Too Many Asians": *The Challenge of Fighting Discrimination Against Asian-Americans and Preserving Affirmative Action*, 47 Stan L. Rev. 1027, 1059 (1995).
- 230 Thomas J. Espenshade & Alexandria W. Radford, *No Longer Separate, Not Yet Equal: Race and Class in Elite Admission and Campus Life*, Princeton University Press (2009).
- 231 See Brest & Miranda, *supra* note 36, at 855-56 ; Kahlenberg, *supra* note 31, at 76-77.
- 232 Dong, *supra* note 229, at 1028-29; Chu, *supra* note 23, at 112.
- 233 See Symposium, *Rethinking Racial Divides-Panel on Affirmative Action*, 4 Mich. J. Race & L. 195, 202-03 (1998).
- 234 Grutter, 539 U.S. at 316.
- 235 Gerstmann & Shortell, *supra* note 92, at 31-33; Arcitio, *supra* note 35, at 115.
- 236 See *supra* note 233, at 202-03.
- 237 Goldstein, *supra* note 33, at 120-21.
- 238 See Beard II, *supra* note 42, at 5.
- 239 Chin, *supra* note 30, at 897. ; Susan Sturm & Lani Guinier, *The Future of Affirmative Action: Reclaiming The Innovative Ideal*, 84 Cal. L. Rev. 953, 1025 n.306 (1996).

- 240 Cordes, *supra* note 163, at 737.
- 241 Grutter, 539 U.S. at 318–20, 332–33.
- 242 Grutter, 539 U.S. at 330, 333.
- 243 Grutter, 539 U.S. at 328.
- 244 Cordes, *supra* note 163, at 751.
- 245 Harpalani, *supra* note 43, at 475.
- 246 Inouye, *supra* note 133, at 155 n.59.
- 247 Cordes, *supra* note 163, at 726.
- 248 See Jonathan R. Alger, *Unfinished Homework for Universities: Making the Case for Affirmative Action*, 54 Wash. U. J. Urb. & Contem. L. 73, 89–90 (1998).
- 249 I. Bennett Capers, *Flags*, 48 How. L.J. 121, 122–23 (2004); Oluwole & Green III, *supra* note 172, at 723.
- 250 Addis, *supra* note 97, at 108.
- 251 Addis, *supra* note 97, at 148.
- 252 See James P. Sterba, *Affirmative Action for the Future* 71, Cornell Univ Press (2009).
- 253 See Addis, *supra* note 97, at 99.
- 254 See Brest & Miranda, *supra* note 36, at 856 n.4; Fallon, *supra* note 151, at 1930.
- 255 Addis, *supra* note 97, at 123.
- 256 Anthony Lising Antonio et al., *Effects of Racial Diversity on Complex Thinking in College Students*, 15 Psychol. Sci. 507, 508 (2004).
- 257 Ivan E. Bodensteiner, *Although Risky After Ricci and Parents Involved, Benign Race-Conscious Action Is Often Necessary*, 22 Nat'l Black L.J. 1, 33 (2009).
- 258 Addis, *supra* note 97, at 143.
- 259 Richard J. Herrnstein & Charles Murray, *The Bell Curve: Intelligence and Class Structure in American Life* 276–80, 320–22, Free Press (1994).
- 260 See Christine Jolls & Cass Sunstein, *The Law of Implicit Bias*, 94 Cal. L. Rev. 969, 981 (2006).

- 261 Addis, *supra* note 21, at 1461; Addis, *supra* note 97, at 114–15.
- 262 Jolls & Sunstein, *supra* note 260, at 114–15, 145.
- 263 Grutter, 539 U.S. at 318–19.
- 264 Gerald Torres, *Fisher v. University of Texas: Living in the Dwindling Shadow of LBJ's America*, 65 Vand. L. Rev. En Banc 97, 107–08 (2012).
- 265 Estlund, *supra* note 191, at 18–19; Darrell D. Jackson, *Help! The Supreme Court Gave Me Bad Directions: Rethinking Brown And Affirmative Action In The Wake Of Schuette*, 2014 Mich. St. L. Rev. 647, 660.
- 266 539 U.S. at 381 (Rehnquist C.J., jointed by Scalia, Kennedy, Thomas JJ., dissenting).
- 267 539 U.S. at 383 (Rehnquist C.J., jointed by Scalia, Kennedy, Thomas JJ., dissenting).
- 268 Addis, *supra* note 97, at 117–18.
- 269 レンキスト首席裁判官反対意見 (Grutter, 539 U.S. at 382 (Rehnquist C.J., dissenting)) とトマス裁判官反対意見 (Grutter, 539 U.S. at 375 n.12 (Thomas, J., dissenting)) は、マイノリティの間での異なる取扱 (入学者選抜においてヒスパニックと比べて黒人を優位に取扱うこと) について、説明がなされていないと述べている。具体的な説明がなされなければ、相当数 (最低限の人数) はクォータとして機能すると批判されている (Lino A. Graglia, *Grutter and Gratz: Race Preference to Increase Racial Representation Held “Patently Unconstitutional” Unless Done Subtly Enough in the Name of Pursuing “Diversity”*, 78 Tul. L. Rev. 2037, 2048 (2004))。
- 270 大沢秀介「高等教育機関におけるアファーマティブアクション」大沢秀介・大林啓吾編『アメリカ憲法判例の物語』3頁, 41頁 (成文堂, 2014)。
- 271 オコナ裁判官は相当数が何を意味するのかについて何も説明をしていないと指摘している (George La Noue & Kenneth L. Marcus, *Serious Consideration of Race-Neutral Alternatives in Higher Education*, 57 Cath. U.L. Rev. 991, 1016 (2008))。
- 272 相当数には天井があり、アジア系アメリカ人に対しては不利に作用すると指摘されている (Dong, *supra* note 229, at 1048)。
- 273 Natapoff, *supra* note 152, at 1083.

- 274 539 U.S. at 381–84.
- 275 539 U.S. at 330.
- 276 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).
- 277 See Chin, *supra* note 30, at 922–23.
- 278 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).
- 279 Nathan Perlmutter, *Testimony of Anti-Defamation League of B'nai B'rith, in Selected Affirmative Action Topics in Employment and Business Set Asides: A Consultation/Hearing of the United States Commission on Civil Rights* 193, 195 (1985).
- 280 Thompson & Schiff, *supra* note 86, at 485–86.
- 281 Noue & Marcus, *supra* note 271, at 1018–19; Erica Goldberg & Kelly Sarabyn, *Measuring a “Degree of Deference”: Institutional Academic Freedom in a Post-Grutter World*, 51 Santa Clara L. Rev. 217, 226 n.38 (2011).
- 282 Kirsanow, *supra* note 123, at 64.
- 283 Adam Lamparello and 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, 390 (2016).
- 284 合衆国の人種構成は絶えず変化しており、AA の策定の際に人口構成を意識すると、AA には終わりがなく、絶えず人種を意識する必要があることになる (See Charles F. Abernathy, *Federalism and Anti-Federalism as Civil Rights Tools*, 39 How. L.J. 615, 628 (1996))。
- 285 Heriot, *supra* note 178, at 85.
- 286 Neal Devins, *Explaining Grutter v. Bollinger*, 152 U. Pa. L. Rev. 347, 380 n.158 (2003).
- 287 人口規模が小さく、政治的影響力の弱いグループは判断形成者から重視されず、AA の対象者から外れる可能性が指摘されている (Chin, *supra*

- note 30, at 897)。
- 288 Grutter, 539 U.S. at 332–33.
- 289 See *supra* note 233, at 202–03 ; Beard II, *supra* note 42, at 5–6.
- 290 See Michelle Adams, *Searching for Strict Scrutiny in Grutter v. Bollinger*, 78 Tul. L. Rev. 1941, 1944 (2004).
- 291 Michael B. Rappaport, *Originalism And The Colorblind Constitution*, 89 Notre Dame L. Rev. 71, 78 (2013).
- 292 See Adams, *supra* note 290, at 1951.
- 293 Robinson, *supra* note 121, at 200.
- 294 Adams, *supra* note 290, at 1950–51.
- 295 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, 73.
- 296 Choy, *supra* note 34, at 564; Harpalani, *supra* note 43, at 484–85.
- 297 See Harpalani, *supra* note 43, at 482.
- 298 Sturm & Guinier, *supra* note 239, at 1028.
- 299 Brest & Miranda, *supra* note 36, at 900.
- 300 Harpalani, *supra* note 43, at 481.
- 301 Harpalani, *supra* note 43, at 482–83.
- 302 Harpalani, *supra* note 43, at 478 n.48.
- 303 Grutter, 539 U.S. at 329.
- 304 Bankston III, *supra* note 96, at 12.
- 305 See Harpalani, *supra* note 43, at 497–98.
- 306 Harpalani, *supra* note 43, at 481–82.
- 307 Chin, *supra* note 30, at 908–09.
- 308 Harpalani, *supra* note 43, at 482.
- 309 See Chin, *supra* note 30, at 923.
- 310 Harpalani, *supra* note 43, at 482.
- 311 Bodensteiner, *supra* note 257, at 35.
- 312 Brest & Miranda, *supra* note 36, at 897.

- 313 See Chin, *supra* note 30, at 894.
- 314 See Kirsanow, *supra* note 123, at 63.
- 315 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, 222 (2003).
- 316 See 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, 525–26 (2004).
- 317 Ware, *supra* note 78, at 2109–11.
- 318 See Sturm & Guinier, *supra* note 239, at 1025 n.306.
- 319 See Brest & Miranda, *supra* note 36, at 856. 高等教育機関の入学者選抜の AA の合憲性が問題とされた文脈で、合衆国最高裁は 1 つのプラス要素としての人種の考慮を許容したが⁵ (Grutter, 539 U.S. at 334–35)、判断形成者に多大な裁量を与えると、特定の人種を際限なく重視した選好がなされる危険があるため、恣意的な判断を避けるために、点数制の方が公正であるとも指摘されている (Crump, *supra* note 316, at 529)。
- 320 Crump, *supra* note 316, at 538–39.
- 321 Cornelia T.L. Pillard, *The Unfulfilled Promise of the Constitution in Executive Hands*, 103 Mich. L. Rev. 676, 695 (2005).
- 322 Brest & Miranda, *supra* note 36, at 900. Grutter 判決において、ケネディ裁判官は、AA によるマイノリティの排除の可能性について言及したが (539 U.S. at 388–89 (Kennedy, J., dissenting))、AA によるマイノリティの排除が正当化されるのは何故かについて、オコナ裁判官は回答しなかった (Crump, *supra* note 316, at 536–38)。
- 323 公立大学は政治機関であるため、「許される場合には、政治的な優位性のために人種の使用を大いにそそのかされる」と指摘されている (Tom Campbell, *Separation of Powers in Practice* 125, Stanford Law and Politics (2004))。
- 324 See Thompson & Schiff, *supra* note 86, at 481.

- 325 See Thompson & Schiff, *supra* note 86, at 481-82.
- 326 Massey, *supra* note 135, at 952. 合衆国憲法は、公立大学を含めて、あらゆる政府機関に対する不信の上に成立しており、この不信は、偏見や政治的動機付けによって先導される危険のある政府機関から個人の権利を保護する（平等保護条項を含む）憲法規定に特に存在しているが、Grutter 判決のように、公立大学に対して彼ら自身の行為の合憲性の監視を許すことは、裁判所が憲法による保護を後退させてしまっていると指摘されている (Varol, *supra* note 48, at 1263)。
- 327 Grutter, 539 U.S. at 328.
- 328 Grutter, 539 U.S. at 330-33.
- 329 Adams, *supra* note 74.
- 330 Grutter, 539 U.S. at 330.
- 331 Karlan, *supra* note 73, at 1625.
- 332 Grutter, 539 U.S. at 330-31.
- 333 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); Estlund, *supra* note 191, at 4.
- 334 See Rebecca Hanner White, *Affirmative Action in the Workplace: The Significance of Grutter ?*, 92 Ky. L.J. 263 (2003).
- 335 See David A. Harvey, *A Preference for Equality: Seeking the Benefits of Diversity Outside the Educational Context*, 21 BYU J. Pub. L. 55 (2007).
- 336 Adams, *supra* note 74, at 948. 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 (Thompson & Pomeroy, *supra* note 107, at 158)、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 (Brian N. Lizotte, *The Diversity Rationale: Unprovable, Uncompelling*, 11 Mich. J. Race & L. 625, 644 (2006))。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 (Larry Alexander & Maimon Schwarzschild, *Grutter or Otherwise: Racial Preferences and Higher Education*, 21 Const. Comment. 3, 4 n.9 (2004))、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 (Thompson & Schiff, *supra* note 86, 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 (Mellott, *supra* note 175) および民間機関 (Eric A. Tilles, *Lessons from Bakke: The Effect of Grutter on Affirmative Action in Employment*, 6 U. Pa. J. Lab. & Emp. L. 451 (2004)) の判断を敬讓しない。
- 337 539 U.S. at 330.
- 338 Horwitz, *supra* note 77, at 499-500.
- 339 Robert Fullinwider, *The Reverse Discrimination Controversy* 82, Rowman & Littlefield Pub. Inc. (1982).
- 340 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).
- 341 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。)
- 342 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なとする警察の判断を敬讓したとされる (Tumer, *supra* note 340, at 221)。
- 343 White, *supra* note 334, at 270-71.
- 344 539 U.S. at 328. Grutter 事件において、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))。
- 345 Rachel C. Grunberger, *Note, Johnson v. California: Setting a Constitutional Trap for Prison Officials*, 65 Md. L. Rev. 271, 280 (2006).
- 346 報道機関・宗教的結社などの機関への Grutter 判決の判旨の拡大が主張されている (Elizabeth Dale, *Death or Transformation? Educational Autonomy in the Roberts Court*, 43 Tulsa L. Rev. 725, 728 (2008))。

- 347 Adams, *supra* note 74; Varol, *supra* note 48, at 1274.
- 348 Paul Horwitz, *Three Faces of Deference*, 83 Notre Dame L. Rev. 1061, 1090 (2008).
- 349 Horwitz, *supra* note 349, at 1092.
- 350 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).
- 351 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, 1958 (2007).
- 352 Varol, *supra* note 48, at 1274–75.
- 353 Grutter, 539 U.S. at 328.
- 354 Horwitz, *supra* note 77, at 1274.
- 355 Varol, *supra* note 48, at 1274.
- 356 Mellott, *supra* note 175, at 1118.
- 357 Estlund, *supra* note 191, at 4.
- 358 例えば、法律専門職の分野でも多様な労働力が必要だと主張されている (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))。
- 359 Frymer & Skrentny, *supra* note 333, at 704–08.
- 360 Bill Ong Hing, *Beyond the Rhetoric of Assimilation and Cultural Pluralism: Addressing the Tension of SePtism and Conflict in an Immigration-Driven Multiracial Society*, 81 Cal. L. Rev. 863, 883 (1993).
- 361 *See* Hing, *supra* note 360, at 883.
- 362 *See* Hing, *supra* note 360, at 883.
- 363 これは、マイノリティが特有の見解を有し、マイノリティの従業員がマイノリティの顧客に対して有益な行動を採るとの想定に基づく。この想定は、過去にマイノリティに対して不利益を及ぼしていた固定観念とは異なり、マイノリティに利益を与える。多様性に基づく AA の支持者は、この想定

は、マイノリティに対する差別や偏見でなく、蓄積されたデータの客観的分析の結果に基づいている、と主張するとされる (Kahlenberg, *supra* note 31, at 56)。

- 364 Sturm & Guinier, *supra* note 239, at 1027.
- 365 See Fullinwider, *supra* note 339, at 78-83.
- 366 Louis P. Pojman, *The Moral Status of Affirmative Action in Affirmative Action : Social or reverse discrimination ?* edited by Francis J. Beckwith & Todd E. Jones, Prometheus Books 176, 183 (1997).
- 367 Cynthia Estlund, *Taking Grutter to Work*, 7 Green Bog 2d 215, 220 (2004).
- 368 John Friedl, *Making a Compelling Case for Diversity in College Admissions*, 61 U. Pitt. L. Rev. 1, 14 (1999).
- 369 Grutter, 539 U.S. at 330-31.
- 370 Schmidt, *supra* note 18, at 765.
- 371 故に、益々多様化する労働市場と社会に向けて学生に準備させることは、合衆国がより人種的に多様になったときには、さらに重要な利益となり、AA の実施期間が制約されるべきとの考えが弱まる (Schmidt, *supra* note 18, at 765)。
- 372 Brest & Miranda, *supra* note 36, at 897.
- 373 See Adrian Liu, *Affirmative Action & Negative Action: How Jian Li's Case Can Benefit Asian Americans*, 3 Mich. J. Race & L. 391, 419 (2008).
- 374 Estlund, *supra* note 191, at 22-23.
- 375 Kahlenberg, *supra* note 31, at 59.
- 376 See Natapoff, *supra* note 152, at 1084.
- 377 See Goldberg & Sarabyn, *supra* note 281, at 246.

[付記] 本稿は 2019 年 9 月に開催された北東北公法研究会での報告を基にしている。参加された先生方から有意義なご指摘を頂いた。