

アフーマティブ・アクションと時間的制約 (1)

茂木 洋平

目 次

- I はじめに
 - 1 問題の所在
 - 2 構成
- II アフーマティブ・アクションをめぐる議論
 - 1 アフーマティブ・アクションへの関心
 - 2 平等保護条項の意味
 - 3 救済の対象となる差別
 - 4 合衆国の議論を参照する意義
 - 5 時間的制約
 - (1) 時間的制約の必要性の認識
 - (2) ステイグマ
 - (3) 逆差別
 - (4) 差別の永続化
- III Affirmative Action の時間的制約の認識
- IV Affirmative Action の時間的制約の必要性
 - 1 カラーブラインド
 - (1) カラーブラインドの理想
 - (2) 否定派によるカラーブラインドの使用
 - (3) カラーブラインドと時間的制約
 - 2 分断の回避・統合の必要性
 - (1) マジョリティとマイノリティの緊張関係
 - (2) マイノリティ同士の緊張関係
 - (3) 支持派の見解
 - (4) 中間派の裁判官の認識
 - 3 個人としての評価の保障
 - (1) Affirmative Action の危険
 - (2) Affirmative Action の必要性
- V 救済に基づく Affirmative Action と時間的制約
 - 1 救済に基づく Affirmative Action の終期
 - 2 社会的差別の救済と時間的制約
 - 3 社会的差別の救済による Affirmative Action の正当化の否定
(以上本号)
- VI 多様性に基づく Affirmative Action と時間的制約
 - 1 多様性による Affirmative Action の正当化
 - 2 多様性の利益と時間的制約
 - 3 社会的差別との関連
 - 4 固定観念と偏見の打破
 - 5 人口構成の変化と多様性
 - 6 判断形成機関の任務
 - 7 統合の必要性
 - 8 判断形成機関への敬譲と時間的制約
 - (1) Grutter 判決
 - (2) Fisher II 判決
- VII Affirmative Action の実施期間の認識
 - 1 認識の違い
 - 2 中間派の裁判官の認識
 - (1) 自壊のメカニズム
 - (2) 統合と分断
 - (3) 否定派への対応
 - 3 支持派の認識
 - 4 支持派による 25 年の評価
 - 5 定期的な審査
- VIII アフーマティブ・アクションと時間的制約
 - 1 差別の救済とアフーマティブ・アクション
 - (1) 終期
 - (2) 国公立女子大学の合憲性
 - 2 多様性に基づくアフーマティブ・アクションと時間的制約
 - 3 敬譲と時間的制約
- IX おわりに

I はじめに

1 問題の所在

本稿の目的は、日本におけるアファーマティブ・アクションの時間的制約をめぐる議論を考察し¹、アファーマティブ・アクションがいかなる理由から時間的に制約されなければならないのか、その終期は如何にして判断されるのかなどの問題を解明するところにある。

日本では、構造的差別の是正手段としてアメリカ合衆国の Affirmative Action (AA) が関心を集め (Ⅱ 1, Ⅱ 3)、アファーマティブ・アクションの実施が検討され、段階的に導入された。制度設計に際し、合衆国の議論が参照された (Ⅱ 4)。AA の 1 つの性質として、不利な状況にある人種グループに、地位の選抜の際に人種を考慮し、職業や大学の入学枠などの社会的資源を付与することが挙げられる²。社会的資源が有限である場合には、AA による対象者への社会的資源の付与は、他者に社会的資源喪失させる、あるいはその獲得のハードルを高める。合衆国では主に人種を対象に AA が行われ、ときに人種間の緊張関係を高め (Ⅳ 2)、その合憲性が激しく議論された。故に、支持派から否定派に至るまで、AA は時間的に制約されるべきとする (Ⅲ)。

日本でも、アファーマティブ・アクションを実施した場合、対象者に社会的資源を付与する一方で、対象外の者の社会的資源の獲得のハードルを高める³。この問題を認識し、日本の学説の多くはアファーマティブ・アクションが一時的であるべきだとした (Ⅱ 5)。日本の研究は合衆国の議論を参照しているため、この主張は合衆国の議論に基づくと考える。日本のアファーマティブ・アクションは制度的に発展途上であり、時間的制約をめぐる議論の蓄積も乏しい。対して、合衆国の AA の議論の蓄積は半世紀を超え、日本にも有用な視点を示すため、本稿では合衆国の判例と学説を網羅的に参照する。

アファーマティブ・アクション (AA) の導入背景は国ごとに異なり、日本のアファーマティブ・アクションは主に男女共同参画の分野で論じられ、合衆国の AA は主に人種に関する議論を蓄積してきた。両国の背景は異なり、

合衆国の議論の網羅的参照は合衆国に特有の問題を考察するため、必ずしも日本に有用でない部分もある。だが、日本に有用な点を理解するには、合衆国に特有の問題を含め、時間的制約に関する合衆国の判例と学説の議論の全貌を把握する必要がある。

2 構成

本稿では、以下のように考察を進める。日本の学説におけるアフーマティブ・アクションの憲法上の評価と時間的制約を支持する理由を考察する(Ⅱ)。次に合衆国の議論を参照し、AAの否定派から支持派に至るまで、時間的制約を如何に考えているのかを考察する(Ⅲ)。支持派でも時間的に制約されるべきと考えるが、その理由を考察する(Ⅳ)。AAは、差別の救済と多様性の利益により正当化される。差別の救済による正当化と時間的制約の関係(Ⅴ)、多様性の利益による正当化と時間的制約の関係を考察する(Ⅵ)。支持派の裁判官は常に合憲判断をし、中間派の裁判官はときとしてAAを許容するが、両者にはAAの継続期間に認識の違いがある。この認識の違いを考察する(Ⅶ)。合衆国の議論の参照可能な部分を用いて、アフーマティブ・アクションの終期を考察する(Ⅷ)。最後に、本稿の議論をまとめる(Ⅸ)。

Ⅱ アフーマティブ・アクションをめぐる議論

1 アフーマティブ・アクションへの関心

日本国憲法の平等保護条項は国家による差別を排除・禁止する文脈で理解されるが⁴、差別の禁止では「社会に事実上存在する差別を除去」できないとの認識から⁵、憲法の平等の観念は、国家による不平等取扱いの禁止という消極的なものにとどまらず、国家による平等の実現という積極的な内容をもつものになった⁶。

合衆国最高裁ではAAに肯定的な裁判官も人種間の緊張関係を高める危険から⁷、AAは憲法上許容されるに過ぎず⁸、憲法上要求されるとの考えは急進的だと否定する⁹。合衆国最高裁ではAAが憲法上許容されるか否か

が争点であり¹⁰、多くの学説は AA は憲法上許容されると解されてきたと分析される¹¹。合衆国では、AA が憲法上要求される可能性を示唆する学説があり¹²、それを参照し、日本国憲法 14 条がアフーマティブ・アクションを憲法上要求する権利を含むと解する説はある¹³。だが、国家が実質的不平等を是正すべきと理解しても、ほとんどの学説は憲法はアフーマティブ・アクションを許すにとどまる¹⁴。

社会に実質的な不平等があるときに、国家はそれを解消するために、アフーマティブ・アクションをすべきとの考えが生じる¹⁵。国家の力を借りて社会問題に取組む発想は、国家権力による権利侵害を警戒する古典的な人権理論とは異なり¹⁶、アフーマティブ・アクションは事実上の平等を達成する新しい技法として注目された¹⁷。以前から日本の学説や実務でのアフーマティブ・アクションへの関心は高く¹⁸、それは社会に蓄積した差別の害を矯正する施策であり、日本社会も内部に差別の害を蓄積している以上、それは採用可能だと主張された¹⁹。日本に様々な構造的差別がある以上、アフーマティブ・アクションの検討には合理性があり²⁰、議論すべき問題だとされた²¹。アフーマティブ・アクションは格差構造の是正効果が大いだが²²、副作用が強く²³、その合憲性の検討は慎重にすべきとされる²⁴。

2 平等保護条項の意味

差別によって社会経済的に不利な状況にある人々は他者との競争での社会的資源の獲得が難しく²⁵、単に差別を禁止するだけでは「機会の平等」は形骸化するため、その実質的保障のためにアフーマティブ・アクションが必要だとされる²⁶。日本国憲法では形式的平等の保障が原則であり、法律上の均一的取扱いが要請されるが²⁷、それに拘泥しては歴史的差異に基づく不均等は克服できないとされる²⁸。アフーマティブ・アクションは実質的平等を実現するための優遇措置で²⁹、結果を意識して現実の格差に着目した異なる取扱いが避けられず³⁰、対象者への積極的な優遇を伴う³¹。アフーマティブ・アクションは形式的平等に反するが、構造的差別の解消までの過渡的措置であり³²、実質的差異に基づく合理的なものであれば憲法上許される³³。

アフーマティブ・アクションは被差別者を対象とし³⁴、実質的平等の保

障を志向し³⁵、「不平等」の解消を目指している³⁶。アフーマティブ・アクションはグループ間の格差の解消のために「結果」を意識するが³⁷、不合理な条件の違いを可能な限り除去して³⁸、「個人の可能性を最大限に開花させる条件づくり」を目的とし³⁹、そこで言う実質的平等（解消すべき不平等）とは「結果の平等」ではなく「機会の平等」の実質的確保を意味するとされる⁴⁰。アフーマティブ・アクションは、機会の平等を回復し実態に应ずる合理的措置であれば⁴¹、憲法上許されると理解されている⁴²。

3 救済の対象となる差別

日本では、例えば女性への構造的差別から、女性に機会の平等を実質的に保障する必要が指摘される⁴³。性中立的な規定（差別の禁止）だけでは構造的差別を解消できないとの理解の下で、意識的な区別政策（アフーマティブ・アクション）が必要だとされ⁴⁴、性差別解消のために合衆国の AA の転用が主張された⁴⁵。

個々の差別行為の救済だけでは抜本的な解決はされず、社会の格差構造が差別を生み出す基盤だと理解されているため⁴⁶、それ自体を是正する必要が認識され⁴⁷、アフーマティブ・アクションは歪んだ社会構造の是正策だと理解される⁴⁸。機会の平等の実質的保障の実現には社会構造の変革が不可欠であり⁴⁹、アフーマティブ・アクションの救済対象は構造的差別と広く解すべきとされる⁵⁰。

被差別グループが社会的資源の獲得競争で不利な状況に置かれた歴史がある場合、マジョリティは直接差別行為をしなくとも、その状況から社会的資源の獲得に優位であり、両者には「歴史的差異」があるとされる⁵¹。社会経済的に不利な状況に置かれたグループは、差別や偏見の連環によって社会的資源の獲得を阻まれ、資質形成に不利な状況にあるため、自身の望む社会的資源の獲得が難しい（あるいは、社会的資源の獲得の動機づけさえも削がれる）⁵²。構造的差別とは「歴史的差異」のある両者が形式的に均等に扱われた場合に、差別的結果が再生産される社会構造を意味するとされる⁵³。救済に基づくアフーマティブ・アクションは差別により生じる影響（マイノリティに不利な結果を及ぼす社会構造）の是正策であり⁵⁴、構造的差別が是正されるまでの暫定的措置とされる⁵⁵。

4 合衆国の議論を参照する意義

日本では、主に男女共同参画の分野で、アファーマティブ・アクションの本格的採用が現実の課題として浮上し⁵⁶、諸外国の実例の参照、憲法との適合性が研究された⁵⁷。合衆国の AA の議論の蓄積は世界中に影響を与えたとされ⁵⁸、日本でも合衆国の AA の議論動向は政策判断に大きな影響を及ぼし⁵⁹、雇用機会均等法のポジティブ・アクションは欧州の Positive Action や合衆国の AA を参照した⁶⁰。

日本ではアファーマティブ・アクションの制度化が発展途上であり、実際に裁判になっておらず、その憲法上の許容性について十分な議論の蓄積がない⁶¹。他方、合衆国では、AA の合憲性判断に多くの蓄積があり⁶²、アファーマティブ・アクションの合憲性が問われた場合には、合衆国の AA に関する議論が参考になると考えられた⁶³。アファーマティブ・アクションの合憲性の検討に際し合衆国の議論は有力な手がかりであり⁶⁴、参照価値が高いとされる⁶⁵。

当然だが、アファーマティブ・アクションの成立背景や前提は国ごとに異なる⁶⁶。多様な人種によって構成される合衆国と比べて、日本では人種的マイノリティが提起する問題の深刻さは低く、アファーマティブ・アクションはそれほどまでに重要事項ではないともされる⁶⁷。合衆国と日本ではアファーマティブ・アクションをめぐる背景が大きく異なり⁶⁸、日本には合衆国のような顕著な人種問題はない。日本では、人種ではなく男女共同参画の分野でのアファーマティブ・アクションが問題とされ、合衆国の議論からの直接的な関連づけは難しい⁶⁹。だが、合衆国の AA をめぐる議論は日本の平等保護の違憲審査基準のあり方に大きな影響を与え⁷⁰、日本の平等保護条項の解釈を考察する端緒を示している⁷¹。

5 時間的制約

(1) 時間的制約の必要性の認識

日本の学説では、アファーマティブ・アクションは構造的差別の是正のために結果を考慮し、それが是正されるまでの暫定的施策だと捉えられている⁷²。アファーマティブ・アクションは社会構造的差別を受けたグループに実

質的平等を達成するための暫定的施策であり⁷³、一時的であることを条件に憲法上許されると理解され⁷⁴、実質的平等が達成された場合には廃止すべきとされる⁷⁵。アファーマティブ・アクションには使命があり、終期を銘記すべきだとされる⁷⁶。

女性差別撤廃条約4条は差別とならない特別措置(アファーマティブ・アクション)を定め、事実上の平等が達成されるまでの暫定的なものである限り、差別とはみなさないと解釈されている⁷⁷。その審議過程では、女性への過去の不正を正す暫定的なものであるだとされた⁷⁸。

(2) スティグマ

アファーマティブ・アクションは対象者にそれがなければ成功できないという偏見を強め⁷⁹、劣等性のスティグマを与える可能性があるとする⁸⁰。

これに対し、アファーマティブ・アクションとは有資格者だけを対象とし、無資格者を優遇しないため、対象者は劣等だとみなされないと主張される⁸¹。合衆国では、AAの反対者は、社会的評価の高い地位は最も資格のある者が就くべきであり⁸²、試験や成績といった既存の基準で最も高い評価を得た者が社会的資源を獲得すべきと考える⁸³。AAの直接の受益者は有資格であるとの見解が学説⁸⁴と判例⁸⁵で主張され、反対者もそれが妥当だと認める場合もあるが⁸⁶、AAがスティグマを生じさせる危険が高いとする⁸⁷。合衆国では、AAの受益者が有資格者であるとの主張は、AAがスティグマを生じさないと反対者を説得していない。支持者であっても、AAはスティグマを生じさせる危険を認識する(Ⅲ)。

日本でも有資格者への社会的資源の付与は大前提だが、学説では、アファーマティブ・アクションは対象者にそれがなければ成功できないという劣等性の烙印を押し、差別意識や偏見を助長する危険があるため、一時的であるべきと主張される⁸⁸。この背景には、暫定的な措置であれば、スティグマとして機能し続けないとの考えがある⁸⁹。

(3) 逆差別

合衆国では、AAが対象外のグループに不公平な条件を生み出し⁹⁰、マジョリティの平等権を侵害する「逆差別」であるとの憲法上の疑義が向けられ⁹¹、AAの限界として「逆差別」問題が議論された⁹²。日本でも合衆国の議論を受けて、アファーマティブ・アクションが逆差別を生じさせる可能性が

認識された⁹³。アフーマティブ・アクションは機会の平等を実質的に保障するために合理的な範囲で憲法上許されるが、方法や限度を誤ると合理的範囲から外れ⁹⁴、逆差別となり⁹⁵、平等原則に違反するとされる⁹⁶。

アフーマティブ・アクションは差別から生じた帰結を改善するために、被差別者（マイノリティ）を優遇し⁹⁷、マジョリティに負担を課し、形式的に不平等な取扱いをする⁹⁸。逆差別とは、構造的差別の是正策（アフーマティブ・アクション）によって、対象外のグループに不利益（社会的資源の獲得のハードルを高めること）を及ぼすことを意味するとされる⁹⁹。日本の学説では、アフーマティブ・アクションに伴う負担を被るのはマジョリティだと理解され¹⁰⁰、アフーマティブ・アクションは差別の影響（差別によってマジョリティが社会的資源を獲得し、マイノリティが喪失する）を無くすために、従来とは逆の差別に見え¹⁰¹、平等のための差別という逆説的性質を持つとされる¹⁰²。アフーマティブ・アクションは実質的平等の実現のために不平等な手段をとるという自己矛盾を内包し¹⁰³、「差別解消のための差別行為」とも称される¹⁰⁴。

アフーマティブ・アクションは差別の連鎖を断ち切る施策であり、差別を受けていない者が不利益を被っても直ちに逆差別とみるべきではないが¹⁰⁵、対象外のグループへの逆差別になりうる可能性を直視すべきとされる¹⁰⁶。そのため、肯定的な学説でも、それが役割を終えた後も継続するならば逆差別になる旨が指摘され¹⁰⁷、平等達成のための暫定的な措置であるべきとされる¹⁰⁸。これらの見解は、アフーマティブ・アクションに時間的制約をすることで、逆差別の批判を回避しようとしている¹⁰⁹。

(4) 差別の永続化

憲法 14 条 1 項後段列举事由は、差別的に用いられてきた区分を特に警戒して列举する¹¹⁰。アフーマティブ・アクションは構造的差別の是正策として理解され、後段列举事由は歴史的に特定のグループを社会経済的に不利な状況に置くために用いられたことから、アフーマティブ・アクションの対象（人種や性別など）となる。日本や外国の歴史的経験を考えると、後段列举事由は、それ（それに類する事由）に基づく区別によって、スティグマを生じさせ¹¹¹、人々が強い差別巻を抱く危険の高い区別指標を例示列举したと理解されている¹¹²。差別によって形成された事実上の差異が残ってい

る場合には、それらの事由に基づく区別は憲法上禁止されておらず¹¹³、差別解消のための区分（アファーマティブ・アクション）は合理的範囲に収まる余地が十分ある¹¹⁴。だが、これらの事由が差別的に用いられてきた歴史に注意しなければならず¹¹⁵、アファーマティブ・アクションが無期限に行われると、集団概念に基づく差別の存続を認めるため、時間的に制限されるべきとされる¹¹⁶。

III Affirmative Action の時間的制約の認識

合衆国において、人種は資質の優劣を表し、人種区分はマイノリティにステイグマをもたらすと考えられた¹¹⁷。あるグループが指導的な地位に占める割合が少なければ、その地位を得る資質がないとみなされ、ステイグマや固定観念が生じる¹¹⁸。資質が低いとみなされたグループが指導的な地位に占める割合が増えることで、ステイグマは縮減し¹¹⁹、平等の達成にはマイノリティの十分な参加が重要だとされる¹²⁰。AAの支持者は、カラブラインドはマイノリティを不利な状態に置き続け¹²¹、人種主義的¹²²だと考える¹²³。AAの支持者はマイノリティが低い社会経済的地位に置かれ続けないうために、AAが必要だと認識する¹²⁴。

AAはマイノリティはそれがなければ成功できない劣等者であるとの考えが生じるとの認識に基づき¹²⁵、合衆国最高裁で、AAの合憲性判断を事例ごとに変える中間派の裁判官や、常に違憲と判断する否定派の裁判官はAAが人種的劣等性の概念を助長すると考えた¹²⁶。否定派の裁判官はAAによるステイグマの発生を懸念し¹²⁷、AAは一時的にも許されず、事実上、憲法上禁止されると示してきたと分析されている¹²⁸。

これに対し、AAの禁止は差別の影響を終了させず、永続させるとして¹²⁹、AAの支持者は、人種分離制度の解体は人種区分の禁止を要求せず、カラブラインドによる人種主義の抑圧的な影響は擁護できないと考えた¹³⁰。支持派の裁判官は、法的な人種分離の終了では事実上の人種分離が継続し、マイノリティの不利な状況は終わらなかったと認識し¹³¹、マイノリティの人種的劣等性を払しょくするためにAAが必要だと考えた¹³²。

だが、支持者でも AA の危険性を認識し、時間的に制約されるべきと考え¹³³、支持派の裁判官は、AA が正当だとされる重要な要件として、一時的であることを認識していた¹³⁴。また、中間派の裁判官は、基本的に AA に否定的な立場をとるが、AA を行わないことで合衆国に深刻な事態が起るとも考え (Ⅲ 2 (4))、ときに AA を許す。中間派の裁判官は、AA の実施は必要性に迫られたものであり、一時的であるべきとした¹³⁵。

Ⅳ Affirmative Action の時間的制約の必要性

1 カラーブラインド

(1) カラーブラインドの理想

人種区分は不道德な行為であり¹³⁶、合衆国は「人種を無関係なものとする平等を求めて必死に努力する社会」であり¹³⁷、最終目標はカラーブラインドな社会の達成にあるとされた¹³⁸。カラーブラインドの理想への支持は「アメリカ人にとって共通」であり¹³⁹、法制度において人種区分を用いるべきではないとされた¹⁴⁰。カラーブラインドは否定できない道徳的義務となり、1970 年代初頭からは、主流にある政治家が人種分離制度の撤廃を公に批判しなくなった¹⁴¹。

少なくとも短期的には¹⁴²、AA はカラーブラインドに反し¹⁴³、AA とカラーブラインドには重大な緊張関係がある¹⁴⁴。AA はカラーブラインドの放棄につながり、社会への深刻な影響が懸念された¹⁴⁵。人種問題に関する基本原則は人種の意識の根絶にあり¹⁴⁶、AA はカラーブラインドの理想からの逸脱である¹⁴⁷。

(2) 否定派によるカラーブラインドの使用

否定派の裁判官は、AA は人種を意識するためカラーブラインドと抵触し、憲法上許されないと考えている¹⁴⁸と評される¹⁴⁹。否定的な見解は、AA がスティグマを生じさせ、人種間の緊張関係を助長すると主張する¹⁵⁰。彼らは、人種区分を全く用いないことがカラーブラインドの達成につながると考え¹⁵¹、AA を否定する論理としてカラーブラインドを用いた¹⁵²。

(3) カラーブラインドと時間的制約

AA の支持者は、AA の停止は人種間の不均衡を生じさせ¹⁵³、カラーブラインドの理想は達成できず¹⁵⁴、AA がカラーブラインドな社会の達成に必要なだと考える¹⁵⁵。支持派の裁判官は AA の必要性を認識し¹⁵⁶、カラーブラインドによって AA が一切禁止されるとの解釈を否定した¹⁵⁷。

支持派の裁判官はスティグマの危険から AA が永続すべきでなく¹⁵⁸、人種間での平等の進展が AA の必要性をなくし、AA が終了することが望ましい旨を述べており¹⁵⁹、AA が一時的だと示してきた¹⁶⁰。支持派の裁判官はカラーブラインドを目標だと捉え、AA はそれを達成する一時的な手段だと考えてきた¹⁶¹。

中間派の裁判官は、カラーブラインドは長期目標であり、AA の一切の禁止は目標達成を妨げると考え¹⁶²、カラーブラインドは非常に望ましいが、不変の憲法原理ではなく¹⁶³、カラーブラインドの達成に必要な場合に限り、AA を正当性を認めていたとされる¹⁶⁴。中間派の裁判官は、カラーブラインドが達成されるまでの一時的な措置であると強調し¹⁶⁵、ときに AA の終了時期を示した¹⁶⁶。

中間派や支持派の裁判官は AA の必要性を認識するが、その永続化は平等保護条項に反すると考える¹⁶⁷。AA はカラーブラインドを達成するための一時的手法で、永続すべきでなく¹⁶⁸、時間的制約は、AA が修正第 14 条に違反しないことを保障すると理解される¹⁶⁹。

2 分断の回避・統合の必要性

(1) マジョリティとマイノリティの緊張関係

合衆国において AA はもっとも議論の激しい法的¹⁷⁰ 及び政治的問題の 1 つであり¹⁷¹、合衆国市民に最も不和をもたらす問題である¹⁷²。AA 自体には敵意はないと評価し¹⁷³、AA の利益を考慮しても、分断と憤慨のおそれの人々を AA に反対するように導きうる¹⁷⁴。

周縁にある黒人の不満が高まる中で AA を支持する見解が登場し¹⁷⁵、黒人に社会的資源を付与することで¹⁷⁶、その不満を抑えるために実施された¹⁷⁷。しかし、誰もが獲得を望む希少な社会的資源¹⁷⁸ は有限であり¹⁷⁹、AA は他者から社会的資源を奪い¹⁸⁰、その獲得のハードルを高める¹⁸¹。AA の

性質としてそれは否定し難く¹⁸²、不利益を被った者は怒りを抱く¹⁸³。AA はマジョリティにその負担を負わせ¹⁸⁴、白人男性がその最大の犠牲者だとされた¹⁸⁵。AA はそれがなければ得られた社会的資源をマジョリティから奪い¹⁸⁶、マジョリティへの差別を伴う可能性が指摘される¹⁸⁷。マジョリティの中でも¹⁸⁸、際にある者は AA により社会的資源を喪失し¹⁸⁹、その者たちは AA の対象者に敵意を抱く¹⁹⁰。AA によって地位の獲得を否定された者は¹⁹¹、自身よりも資格の劣る者に締め出されたと感じる時に不満を抱く¹⁹²。AA はマイノリティの中でも比較的優位な状況にある者に直接的に利益を与えるため¹⁹³、AA に伴う負担を負った個々のマジョリティの怒りをさらに増やし¹⁹⁴、そのことが分断を助長するとされる¹⁹⁵。AA はマジョリティに負担をかけるため¹⁹⁶、マジョリティとマイノリティの間に緊張感を高め¹⁹⁷、不和をもたらすため¹⁹⁸、AA によって人種間の平和的共存が壊れるとされる¹⁹⁹。

(2) マイノリティ同士の緊張関係

AA により社会的資源を喪失するのはマジョリティであるとの認識に基づき²⁰⁰、マジョリティ（白人）とマイノリティ（黒人）の平等権が対立し²⁰¹、AA に伴う問題はマジョリティへの平等侵害として捉えられてきた²⁰²。だが、AA は社会的資源の獲得を求めて、マイノリティ同士での争いを生じさせる可能性がある²⁰³。AA は、合衆国が無数の個人ではなく競合するグループから構成されていることを合衆国市民に伝え、各グループは AA の果実を求めて争うとされる²⁰⁴。故に、AA がどんな積極的効果をもたらすとしても、AA は、その果実を求めて各グループが人種により自身を組織化しようと人々を駆り立てるおそれがあり²⁰⁵、その組織化が政治プロセスを人種に敏感にさせることで、社会の分断と深刻な無秩序を起こすとされる²⁰⁶。人種区分は人種政策（自身の所属する人種グループに報いる望み）に陥る危険が指摘される²⁰⁷。

AA によって、対象外のマイノリティが得られる社会的資源は減り²⁰⁸、その獲得のハードルは高くなる²⁰⁹。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、自らを AA の対象者に含めるように主張し²¹⁰、AA は各マイノリティが社会的資源を求めて争う状態を作る²¹¹。合衆国では、移民の増加によってマイノリティのグループ数が増え²¹²、多くの

マイノリティがAAの対象者から外されている²¹³。不利な状況にあるグループは多数あり²¹⁴、その中でどのグループがAAの対象となるのかの判断は恣意的であり²¹⁵、AAは非対象者にいかりを生む²¹⁶。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り²¹⁷、AAのコストを負担する者がいる²¹⁸。マイノリティの間で緊張関係が生じており²¹⁹、AAの副作用と言える²²⁰。

(3) 支持派の見解

AAの支持者は、AAがなければマイノリティは様々な分野で主流に入らず²²¹、周縁に置かれ続けると認識する²²²。主流の機関でのマイノリティの排除は人種分離を招き²²³、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を抱き²²⁴、それにより生じた人種的分断が社会に深刻な影響をもたらすとの認識し、AAの支持者はAAによるマイノリティの包含を支持する²²⁵。

AA支持派の裁判官は、カラーブラインドの達成を目標とし、AAの危険性を認識し、AAはそれを達成するまでの一時的な手段だと理解していた(Ⅱ)。支持派の裁判官は、合衆国の様々な領域で人種が重要である場合には、人種間の敵意の高まりによって国家が分断されることを認識し、人種が重要でなくなった分断されていない国家の形成を目標とし²²⁶、人種的不均衡が是正されて人種が重要でなくなるまでは、AAは許されると思った²²⁷。

(4) 中間派の裁判官の認識

AAの合憲性判断について事例ごとに判断を変える、中間派の裁判官はAAが分断を起こす可能性があることを懸念し²²⁸、人種区分の使用が社会の分断を加速すると常に強調してきた²²⁹。さらに、中間派の裁判官は、人種区分は人々を個人ではなく人種で評価し、人種が自己の利益獲得の切り札として主張されることで、分裂を作り出すと示した²³⁰。

オコナ裁判官やケネディ裁判官といった中間派は、Grutter判決²³¹とFisher II判決²³²以外ではAAを違憲と判断しており、基本的にはAAに否定的な態度をとっている²³³。そこには、AAを通じて不均衡を是正する試みは、優遇された地位を求めるグループ間でのむき出しの政治的争いへと不可避免的に陥り、スティグマを生じさせるため、非常に危険であると認識がある²³⁴。

しかし、即座の AA の廃止は人種的不均衡を大幅に拡大するため、不利な状況にあるマイノリティの不満を蓄積し、人種的分断を引き起こす可能性がある²³⁵。中間派の裁判官は、AA の違憲判断が AA により達成された社会統合を大きく後退させ、人種的分断を招くとし、ときに合憲判断を下した²³⁶。彼らは、AA の終了が人種的に不均衡な状態へと社会を引戻す場合には、AA は終了すべきではないと考えた²³⁷。

だが、中間派の裁判官は AA に終わりが無いことは人種的分断を助長し²³⁸、社会に悪影響をもたらすため、AA への時間的制約が必要だとする²³⁹。中間派の裁判官は AA 廃止の過渡期を設けて²⁴⁰、AA の廃止に伴う反発の影響を抑えようとした²⁴¹。

3 個人としての評価の保障

(1) Affirmative Action の危険

合衆国最高裁の否定派や中間派の裁判官は、平等保護条項が個人への保護だと強調し²⁴²、人々は人種ではなく個人として評価されなければならないと示した²⁴³。合衆国では個人主義の伝統が強く²⁴⁴、AA は個人の努力に対する正当な期待を裏切る²⁴⁵。中間派の裁判官は、AA を許容すると示す際には個人としての評価を重視し²⁴⁶、逆に違憲と判断する際にも、個人として評価されていないことをその理由としている²⁴⁷。支持派の裁判官も、個人で統制できない人種のような要素に基づく資源配分は望ましくないとする²⁴⁸。

人種は個人の統制を超えた不変の要素であり²⁴⁹、人種に基づく判断はそこから免れず、不利益を受けた者に特に不満を募らせるため²⁵⁰、支持派から否定派に至るまで、人種による評価を不道德だと考えた²⁵¹。合衆国最高裁では、個人として評価されることが重視された²⁵²。

AA は人種によって人々を区分し²⁵³、対象外のグループの中で社会的資源を得られなかった者と比べて、対象者の中で既存の評価基準で評価の低い者がそれを獲得することから²⁵⁴、AA の対象者の成功は個人の資質と努力ではなく²⁵⁵、AA によるものとみなされる可能性があるため²⁵⁶、個人の価値を肌の色に減じ²⁵⁷、個人としての評価を脅かす可能性がある²⁵⁸。この見解に基づき、否定派の裁判官は AA を常に違憲と判断した²⁵⁹。

(2) Affirmative Action の必要性

他方で、支持派の裁判官は、人々が個人として評価されることの重要性を認識しながらも、AA を許容し、中間派の裁判官もそれに続くことがあった。合衆国では、懸命に努力する個人は成功し²⁶⁰、人々はその資質と努力で評価されるべきと考えられた²⁶¹。しかし、指導的な地位に占めるマイノリティの割合が少ないと、マイノリティは能力が低いという偏見が生じるため²⁶²、人種主義の否定的影響の克服は難しい²⁶³。マイノリティの社会経済的地位が向上すると、マイノリティは劣っているとの偏見が縮減する²⁶⁴。平等保護条項は劣等なグループのメンバーとしての個人の取扱を禁止するという解釈に基づくと²⁶⁵、個人として評価される社会を達成するために²⁶⁶、AA は憲法上許される²⁶⁷。この見解では、人種ではなく個人として評価される社会の達成のために、AA が必要である²⁶⁸。

中間派や支持派の裁判官はときに AA が必要だとしながらも、一時的であるべきと主張する (Ⅱ)。AA が時間的に制約されるべきとする要求は、修正第 14 条の最終目的が、人々が人種ではなく個人として評価される社会だとする合衆国最高裁が主張する考えと綿密に関連し²⁶⁹、AA が一時的であることは、最終目的の達成を助けるとされる²⁷⁰。反対に、中間派や支持派の裁判官には、人種区分の永続はその最終目標を傷つけると考える²⁷¹。

V 差別の救済に基づく Affirmative Action と時間的制約

1 差別の救済に基づく Affirmative Action の終期

AA は人種差別に悩んだ第二次大戦後の合衆国で開発され²⁷²、差別の救済を理由に正当化されてきた²⁷³。差別の結果として社会的資源の獲得競争でマイノリティが不利な状況に置かれ²⁷⁴、人種間に大規模な社会経済的な格差が生じたとされ²⁷⁵、AA は被差別グループを対象者とし²⁷⁶、人種間の格差を解消し²⁷⁷、社会経済的地位を向上させ²⁷⁸、差別の影響を是正し²⁷⁹、人種間の平等を実現する施策だと考えられた²⁸⁰。AA による社会的資源の付与は、対象外のグループ (マジョリティ及び対象外のマイノリティ) の社会的資源の喪失やその獲得のハードルを高めるため、対象外のグループに

不満を募らせる (Ⅲ 2 (2))。だが、差別がなければ存在していた状況を実現することには²⁸¹、論理的に誰も反論できない²⁸²。AA への批判を抑えるには、AA はマイノリティの効果的なロビー活動によって提起された無制限の要求ではなく、差別の影響が是正されたときに終了する問題であることを、AA の対象とならなかった者に納得させる必要がある²⁸³。AA は人種間の格差が是正され²⁸⁴、差別が弊害が除去されるまでの一時的な措置として許容される²⁸⁵。

差別の救済を理由とする AA には終期があり²⁸⁶、AA は差別の影響を是正するための一時的な施策として描かれてきた²⁸⁷。差別の影響がなくなれば AA は不要であり²⁸⁸、終了する²⁸⁹。AA は終了を意図する差別の是正が終了した後に²⁹⁰、続けられるべきではなく²⁹¹、その後は人種中立策が行われるべきとされる²⁹²。

救済による AA の正当化は終了点を含意するが、実際には、いつ終了するのかの判断は難しい²⁹³。支持者は社会的差別の救済による AA の正当化を認め²⁹⁴、救済対象となる差別を広く捉えた²⁹⁵。他方、合衆国最高裁の一連の判例では、中間派²⁹⁶と否定派の裁判官は、広範囲に及ぶ差別の救済による AA の正当化を認めると、時間的制約なしに AA が正当化され続けるとして²⁹⁷、社会的差別による正当化を否定した²⁹⁸。

2 社会的差別の救済と時間的制約

社会的差別とは、AA の実施機関自身が直接行っていない差別をさす²⁹⁹。社会的差別の立証には、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) の立証は必要はなく、統計上の不均衡を示せばよい³⁰⁰。この見解の背景には、差別がなければ、グループ間の不均衡は存在せず、人口構成比通りになるという考えがある³⁰¹。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り、その立証は容易である³⁰²。

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³⁰³、支持派の裁判官は、人種差別解消にはこうした不均衡の是正が必要だと考える³⁰⁴。こうした不均衡は合衆国の至るところに存

在し³⁰⁵、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を主張することで AA を正当化できるため、AA は長期間にわたって正当化される可能性がある³⁰⁶。人種主義や人種差別の影響が是正されると AA は終了するが³⁰⁷、社会的差別の救済は際限なく AA を正当化するとされる³⁰⁸。

3 社会的差別の救済による Affirmative Action の正当化の否定

差別の救済を目的とする AA について、中間派であるパウエル裁判官（及び否定派の裁判官）は「特定された差別の認定」なしに無制限な救済を裁判所が支持できることに警鐘を鳴らし³⁰⁹、カラーブラインドからの一時的な短期間の逸脱だと AA を考えた³¹⁰。そして、中間派と否定派の裁判官は、救済的な AA は一時的でなければならないと強調し³¹¹、中間派と否定派の裁判官は一連の判決を通じて、社会的差別の救済による AA の正当化を否定した³¹²。

パウエル裁判官は、社会的差別による正当化を認めると、時間的制約なしに AA を認めるため、社会的差別の救済による AA の正当化を否定した³¹³。そして、区分が具体的差別の救済を意図している場合に、政府に人種区分の使用を許すに過ぎないと主張し³¹⁴、差別の証明に確固たる証拠を要求した³¹⁵。中間派であるオコナ裁判官も、パウエル裁判官の意見を引用し、社会的差別による正当化が時間的制約なしに AA の正当化を認めると懸念し³¹⁶、救済の対象となる差別として特定された差別のみを認めた³¹⁷。中間派と否定派の裁判官は AA について必要性に迫れた一時的な逸脱だと考えており³¹⁸、時間的制約は AA が真に救済的であることを保証する 1 つの方法であることから³¹⁹、AA には時間的制約がなければならないと考えた³²⁰。中間派から否定派の裁判官に至るまで、AA の終了期間が不明確だとして³²¹、救済の対象となる差別として社会的差別は否定された³²²。

特定された差別の立証について³²³、中間派や否定派の裁判官は、顕著な不均衡があれば十分だと示しており³²⁴、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³²⁵。顕著な不均衡を立証するには、有資格者と問題とされた地位との間の不均衡を立証する必要がある³²⁶。中間派や否定派の裁判官は、立証が難しい顕著な不均衡の

是正を終了点にし、AA が一時的であることを確保しようとした。だが、マイノリティが有資格者に占める割合が少なければ、顕著な不均衡は存在しないため³²⁷、AA が正当化される場面が限られ、大きな社会的変革は期待できない³²⁸。AA を過去になされた差別の社会的効果を除去する施策だと理解すると³²⁹、その効果は限定される。

(Endnotes)

- 1 日本では、アファーマティブ・アクションではなくポジティブ・アクションという語が用いられている。日本のポジティブ・アクションは主として男女共同参画で用いられ、両者の概念は同義である（辻村みよ子「男女共同参画社会基本法後の動向と課題——男女共同参画とポジティブ・アクションの現実をめぐる——」ジュリスト 1237 号（2003）2 頁，7 頁）。本稿は合衆国の議論を参照するため、特にことわりがない限り、アファーマティブ・アクションという語を使う。本稿では、日本と合衆国の議論を区別するために、日本の議論はアファーマティブ・アクション、合衆国の議論は Affirmative Action と記す。
- 2 安西文雄「平等」樋口陽一編『講座憲法学 3 権利の保障（1）』（日本評論社，1994）76 頁，91-92 頁。
- 3 日本では、アファーマティブ・アクションの概念は広範に捉えられ、優先を伴う施策と伴わない施策に大別できる。前者は社会的資源の獲得の競争の際に、対象となるグループの持つ特性（性別など）を考慮要素とするため、対象外のグループに社会的資源の獲得のハードルを直接的に高める。後者は、例えば、大学が一定の学部（工学分野）への進学説明会を対象となるグループ（女性）に対して行うことなど、社会的資源の獲得の競争（入学者選抜）の際に対象となるグループ（女性）を優先せず、対象外のグループ（男性）に社会的資源（入学枠）の獲得のハードルを高めない。本稿では、アファーマティブ・アクションの中でも前者を考察対象とする。
- 4 佐藤幸治『憲法〈第3版〉』（青林書院，1995）467 頁。

- 5 松田聰子「男女平等とアフーマティブ・アクション」現代公法研究会編『現代憲法の理論と現実』（青林書院，1993）33 頁，74 頁。
- 6 樋口陽一・佐藤幸治・中村陸男・浦部法穂『注解法律学全集 1 憲法 I』（青林書院，1994）312-13 頁（浦部法穂）。
- 7 Lisa E. Chang, *Remedial Purpose and Affirmative Action: False Limits and Real Harms*, 16 Yale L. & Pol'y Rev. 59, 60 (1997).
- 8 See Pamela S. Karlan, *Compelling Interests/Compelling Institutions: Law Schools as Constitutional Litigants*, 54 UCLA L. Rev. 1613, 1624 (2007); 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, 183 (2012); Peter N. Kirsanow, *Race Discrimination Rationalized Again*, 2016 Cato Sup. Ct. Rev. 59, 75-76.
- 9 T. Alexander Aleinikoff, *A Case for Race-Consciousness*, 91 Colum. L. Rev. 1060, 1106 (1991).
- 10 吉田仁美「アメリカにおける女性に対するアフーマティブ・アクションの動向」同志社アメリカ研究 38 号（2002）87 頁，94 頁。
- 11 吉田仁美「高等教育におけるアフーマティブ・アクション」関東学院法学 13 卷 3 号（2003）49 頁，118 頁。
- 12 See Kenneth L. Karst, *Forward: Equal Citizenship Under the Fourteenth Amendment*, 91 Harv.L.Rev 1, 53 (1977); Ruth Colker, *Anti-Subordination Above All: Sex, Race, and Equal Protection*, 61 N.Y.U.Rev 1003, 1014-15 (1986); Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, Foundation Press 1543(1988); Kenneth L. Karst, *Belonging to America*, Yale University Press 9 (1989).
- 13 高橋正明「憲法上の平等原則の解釈について（1）～（3・完）」法学論叢 178 卷 1 号（2015）85 頁，第 178 卷 2 号（2015）105 頁，第 178 卷 5 号（2016）95 頁。
- 14 阪本昌成『憲法理論Ⅱ』（成文堂，1993）295 頁；松田前掲（5）74 頁；粕谷友介・向井久了『憲法』（青林書院，1995）99-100 頁（吉

- 川和宏)；大沢秀介「性差別とアファーマティブ・アクション」法学教室 198 号 (1997) 53 頁, 54 頁；内野正幸『憲法解釈の論点〈第 3 版〉』(日本評論社, 2000) 50 頁；吉田仁美「アファーマティブ・アクションと平等保護の展望」比較法研究 66 卷 (2004) 231 頁, 240 頁；大藤紀子「『平等』／『差別禁止』原則について」獨協法学 77 号 (2008) 159 頁, 176 頁；辻村みよ子『憲法〈第 6 版〉』(日本評論社, 2018) 158 頁；長谷部恭男編『注釈日本国憲法 (2) - 国民の権利及び義務 (1) 』(有斐閣, 2018) 167 頁 (川岸令和)。
- 15 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〈第 4 版〉』(有斐閣, 2017) 159-60 頁。
- 16 江橋崇「国民国家の基本概念」『岩波講座 現代の法 1—現代国家と法』3 頁, 14 頁 (岩波書店, 1997)。
- 17 浅倉むつ子『均等法の新世界』(有斐閣, 1999) 110 頁。
- 18 奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』(有斐閣, 1993) 126 頁。
- 19 安西前掲 (2) 96-97 頁。
- 20 安西文雄「ミシガン大学におけるアファーマティブ・アクション—Grutter v. Bollinger, 123 S.Ct. 2325; Gratz v. Bollinger, 123 S.Ct. 2411 (2003)」ジュリスト 1260 号 (2004) 227 頁, 230 頁。
- 21 穴戸常寿・巻美矢紀・安西文雄『憲法学読本〈第 3 版〉』(有斐閣, 2018) 115 頁 (巻美矢紀)。
- 22 安西文雄「女性の社会参画—アファーマティブ・アクションを考える」月間司法書士 471 号 (2015) 14 頁, 18 頁。
- 23 辻村みよ子「ポジティブ・アクションの手法と課題—諸国の法改革とクォータ制の合憲性—」法学 67 卷 5 号 (2004) 176 頁, 201-02 頁。
- 24 安西前掲 (20) 230 頁。
- 25 アファーマティブ・アクションは、特定者の権利実現が著しく制約されている場合に、憲法 14 条の下で許容される旨が指摘されている (辻村前掲 (14) 159 頁)。
- 26 浦部法穂『憲法学教室〈全訂第 2 版〉』(日本評論社, 2006) 104 頁。
- 27 辻村前掲 (14) 158 頁。
- 28 横田耕一「性差別と平等原則」岩村正彦ほか編『岩波講座 現代の法

- 11 ジェンダーと法』(岩波書店, 1997) 71 頁, 88 頁。
- 29 大津浩・大藤紀子・高佐智美・長谷川憲『憲法四重奏』(有信堂, 2002) 18 頁 註 1 (大藤紀子)。
- 30 粕谷ほか前掲 (14) 99 頁 (吉川和宏)。
- 31 愛嬌浩二「リベラリズムとポジティブ・アクション」田村哲樹・金井篤子『ポジティブ・アクションの可能性』(ナカニシヤ出版, 2007) 41-42 頁。
- 32 横田耕一「女性差別と憲法」ジュリスト 819 号 (1984) 68 頁, 72-73 頁。
- 33 穴戸常寿編『憲法 演習ノート』(弘文堂, 2015) 108 頁 (大河内美紀)。
- 34 伊藤正巳『憲法〈第 3 版〉』(弘文堂, 1995) 250 頁。
- 35 穴戸編前掲 (36) 109 頁 (大河内美紀)。
- 36 只野雅人『憲法の基本原則から考える』(日本評論社, 2006) 201 頁。
- 37 横田耕一『アメリカの平等雇用—アフターマティブ・アクション』(部落解放研究所, 1991) 3 頁。
- 38 合衆国の AA は社会的資源の獲得の競争においてマジョリティとマイノリティを同じスタートラインに立たせる施策として捉えている(山内久史「アメリカにおける平等権の史的展開と司法審査」帝京法学 24 巻 1 号 (2005) 81 頁, 106 頁)。
- 39 金城清子『法女性学—その構築と課題—〈第 2 版〉』(日本評論社, 1997) 97 頁。
- 40 樋口ほか前掲 (6) 313 頁 (浦部法穂)。
- 41 芦部信喜『憲法学Ⅲ—人権各論 (1)〈増補版〉』(有斐閣, 2000) 28 頁。
- 42 植野妙実子「アフターマティブ・アクションと平等原則」法学セミナー 546 号 (2000) 82 頁, 86 頁; 木下智史・村田尚紀・渡辺康行編『事例研究憲法〈第 2 版〉』(日本評論社, 2013) 290 頁 (愛嬌浩二)。
- 43 卷美矢紀「ポジティブ・アクションの目的と多様性 (1)」千葉大学法学論集 27 巻 3 号 (2013) 1 頁, 13-14 頁参照。
- 44 横田前掲 (32) 69 頁。

- 45 大沢前掲 (14) 53 頁。
- 46 安西前掲 (22) 14-15 頁。
- 47 安西文雄「雇用の分野におけるアフーマティヴ・アクション」戸波江二編『早稲田大学 21 世紀 COE 叢書 企業社会の変容と法創造 (第 2 巻)』165 頁 (日本評論社, 2010)。
- 48 安西前掲 (2) 93-94 頁。
- 49 只野雅人・松田浩編『現代憲法学入門』(法律文化社, 2019) 206 頁 (岩垣真人)。
- 50 巻前掲 (43) 13 頁。
- 51 横田前掲 (32) 88 頁。
- 52 横田耕一「平等原理の現代的展開—“Affirmative Action” の場合—」現代憲法学研究会編『現代国家と憲法の原理』(有斐閣, 1983) 645 頁, 650 頁参照。
- 53 横田前掲 (28) 88 頁。
- 54 伊藤正巳「アフーマティブ・アクション」日本学士院紀要 48 巻 2 号 (1994) 83 頁参照。
- 55 巻前掲 (43) 17 頁。
- 56 中林暁生「給付的作用とアフーマティブ・アクション」法学 77 巻 6 号 (2014) 149 頁, 153-54 頁。
- 57 安西文雄「アメリカ合衆国の高等教育分野におけるアフーマティヴ・アクション」立教法学 67 号 (2005) 1 頁, 2 頁。
- 58 早川操「アメリカの大学入学政策とアフーマティブ・アクション—マイノリティ優遇政策がポジティブ・アクションに示唆するもの」田村ほか編前掲 (35) 所収 229 頁。
- 59 有澤知子「合衆国におけるアフーマティブ・アクションについての議論」法学新報 108 巻 3 号 (2001) 483 頁, 488 頁。
- 60 吉田前掲 (10) 87 頁。
- 61 松井茂記『日本国憲法〈第 3 版〉』(有斐閣, 2007) 396 頁。
- 62 巻前掲 (43) 10 頁。
- 63 吉田前掲 (10) 87 頁。
- 64 大沢秀介「法の下の平等とアフーマティヴ・アクション」大沢秀

- 介・小山剛編『東アジアにおけるアメリカ憲法—憲法裁判の影響を中心に』169頁, 178頁(慶応義塾大学出版会, 2006)。
- 65 辻村前掲(14) 230頁。
- 66 辻村みよ子編『基本憲法』(悠々社, 2009) 92頁(田代亜紀)。
- 67 伊藤前掲(54) 99-100頁。
- 68 吉田前掲(14) 239頁。
- 69 勝田卓也「ミシガン大学ロー・スクールにおけるアフーマティブ・アクションをめぐる連邦控訴裁判決—Grutter v. Bollinger, 288 F.3d 732 (6th Cir.2002).」ジュリスト 1229号(2002) 180頁, 183頁。
- 70 AAに適用する違憲審査基準をめぐる議論について、拙著『Affirmative Action 正当化の法理論—アメリカ合衆国の判例と学説の検討を中心に—』(商事法務, 2015) 48頁以下参照。
- 71 吉田前掲(14) 239-40頁。
- 72 横田前掲(37) 3頁; 有澤知子「積極的平等施策と合衆国裁判所—アダランド判決と積極的平等施策の今後—」法学新報 103巻2・3号(1997) 209頁, 212頁 註7; 金城前掲(39) 79頁。
- 73 辻村みよ子『憲法とジェンダー —男女共同参画と多文化共生への展望』(有斐閣, 2009) 156頁。
- 74 阪本前掲(14) 295頁。
- 75 有澤知子「大学とアフーマティブ・アクション—Fisher v. University of Texas at Austin—」大阪学院大学法学研究 41巻2号(2015) 1頁, 34頁。
- 76 辻村前掲(73) 185頁。
- 77 植野前掲(47) 82頁。
- 78 国際女性の地位協会編『女子差別撤廃条約注解』(尚学社, 1992) 86頁以下(大脇雅子)。
- 79 横田前掲(28) 90頁。
- 80 長尾一紘『日本国憲法〈第3版〉』(世界思想社, 1999) 152頁; 長谷川聡「雇用におけるポジティブ・アクションと間接差別法理の相互関係」中央学院大学法学論叢 21巻2号(2008) 1頁, 7頁。
- 81 浅倉むつ子「女性労働法制」法学セミナー 525号(1998) 56頁, 58頁。

- 82 Louis P. Pojman, *The Moral Status of Affirmative Action* in Affirmative Action : Social or Reverse Discriminations?, Prometheus Books 175, 191 (1997).
- 83 Johnson v. Transportation Agency of Santa Clara County, 480 U.S. 616, 674–75 (Scalia J., dissenting) (1987).
- 84 Robert K. Fullinwider, The Reverse Discrimination Controversy, Rowman & Littlefield Pub Inc 78 (1982); Michel Rosenfeld, Affirmative Action and Justice: A Philosophical and Constitution Inquiry, Yale University Press 323 (1991); Cass R. Sunstein, *Problems with Minimalism*, 58 Stan. L. Rev. 1899, 1903 (2006); Bruce P. Lapenson, Affirmative Action and The Meaning of Merit, University Press of America 29–34 (2009).
- 85 Johnson, 480 U.S. at 641 (Brennan J. joined by Marshall, Blackmun, Powell & Stevens JJ., majority); Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306, 315 (O'Connor J. joined by Stevens, Souter, Ginsburg & Breyer JJ., majority) (2003).
- 86 Johnson, 480 U.S. at 675 (Scalia J., dissenting).
- 87 See Frederick A. Morton, Jr., *Class-based Affirmative Action : Another Illustration of America Denying the Impact of Race*, 45 Rutgers L. Rev. 1089, 1137 (1993); Bertrall L. Ross II, *Democracy and Renewed Distrust: Equal Protection and the Evolving Judicial Conception of Politics*, 101 Calif. L. Rev. 1565, 1619–20 (2013).
- 88 辻村前掲 (73) 185 頁。
- 89 只野ほか前掲 (31) 206 頁 (岩垣真人) 参照。
- 90 早川前掲 (63) 田村ほか編前掲 (35) 所収 229–30 頁。
- 91 棟居快行『憲法講義案 I 〈第 2 版〉』(信山社, 1995) 27 頁。
- 92 安部圭介「差別はなぜ禁じられなければならないのか」森戸英幸・水町勇一郎編『差別禁止法の新展開—ダイヴァーシティの実現を目指して』(日本評論社, 2008) 33 頁; 辻村みよ子『ジェンダーと法』(信山社, 2013) 39 頁。
- 93 浅倉むつ子「性差別への法的アプローチ—労働法の試み」ジュリス

- ト 1222 号 (2002) 36 頁, 41 頁。
- 94 伊藤前掲 (34) 250 頁。
- 95 野中俊彦・中村陸夫・高橋和之・高見勝利『憲法 I 〈第 5 版〉』(有斐閣, 2006) 283 頁 (野中俊彦)。
- 96 芦部前掲 (41) 28 頁; 高橋前掲 (15) 160 頁; 芦部信喜 (高橋和之補訂)『憲法 〈第 7 版〉』(岩波書店, 2019) 160 頁。
- 97 粕谷ほか前掲 (14) 99-100 頁 (吉川和宏)。
- 98 伊藤前掲 (34) 250 頁。
- 99 穂山守夫「逆差別と機会の平等」法学研究論集 1 号 (1994) 1 頁。
- 100 樋口ほか前掲 (6) 314 頁 (浦部法穂); 棟居前掲 (91) 27 頁; 只野前掲 (40) 205 頁; 愛嬌前掲 (31) 47 頁; 辻村編前掲 (71) 90-91 頁 (田代亜紀); 宍戸ほか前掲 (21) 116 頁 (巻美矢紀)。この理解は合衆国の議論に基づくが、合衆国の現状は異なる。上位の高等教育機関の入学者選抜の文脈では、アジア系が合格に要求される学力水準はマジョリティと比べて高く、マジョリティが一定水準で自らの入学枠を確保するために AA を利用しており、従来の構図 (AA によってマイノリティが社会的資源を獲得し、マジョリティがそれを喪失する) では、AA を捉えられなくなっている (See Grace W. Tsuang, *Assuring Equal Access of Asian Americans to Highly Selective Universities*, 98 Yale L. J. 659)。アジア系には比較的に社会経済的に成功を収めたグループ (日系、中国系) がいる一方で、社会経済的に不利な状況にあるグループがあり、後者も AA によって合格に要求される水準が高く設定されており、AA は社会経済的に不利な状況にあるグループに不利益を及ぼしている (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, 119 (2016))。
- 101 奥平前掲 (18) 126 頁。
- 102 宍戸ほか前掲 (21) 116 頁 (巻美矢紀)。
- 103 大屋雄裕「平等理論とポジティブ・アクション」田村ほか編前掲 (35) 所収 64 頁。

- 104 安西前掲 (47) 167 頁。
- 105 横田前掲 (37) 10 頁。
- 106 辻村前掲 (23) 177 頁。
- 107 横田前掲 (28) 88 頁。
- 108 植野前掲 (47) 83 頁。
- 109 もっとも、逆差別を懸念して積極的差別是正措置の許容される範囲を極端に限ると、積極的差別是正措置の趣旨が損なわれることになりかねない (大藤前掲 (14) 176 頁)。
- 110 中村睦男『憲法 30 講』(青林書院, 1984) 56 頁。
- 111 安西前掲 (2) 87 頁; 安西文雄「自由・平等および公正な人権保障体系」法学教室 228 号 (1999) 84 頁, 87 頁。
- 112 戸松秀典「平等原則」法学教室 18 号 (1982) 6 頁, 8 頁。
- 113 阿部照哉・野中俊彦『平等の権利』(法律文化社, 1984) (阿部照哉) 75-76 頁。
- 114 横田耕一「就職差別の禁止と積極的雇用促進」部落解放研究所編『憲法と部落問題』(解放出版社, 1986) 158 頁, 162 頁。
- 115 巻前掲 (43) 8 頁参照。
- 116 佐藤幸治編『憲法』(成文堂, 1988) 128 頁 (鎌田泰介)。
- 117 Peter J. Rubin, *Reconnecting Doctrine and Purpose: A Comprehensive Approach to Strict Scrutiny After Adarand and Shaw*, 149 U. Pa. L. Rev. 1, 20 (2000).
- 118 Marty B. Lorenzo, *Race-Conscious Diversity Admissions Programs: Furthering a Compelling Interest*, 2 Mich. J. Race & L. 361, 418-19 (1997).
- 119 See Adeno Addis, *Role Models and the Politics of Recognition*, 144 U. Pa. L. Rev. 1377 (1996); Christine Jolls & Cass Sunstein, *The Law of Implicit Bias*, 94 Cal. L. Rev. 969, 981 (2006).
- 120 Sheila Foster, *Difference and Equality: A Critical Assessment of the Concept of "Diversity"*, 1993 Wis.L.Rev. 107, 112; Adeno Addis, *The Concept of Critical Mass in Legal Discourse*, 29 Cardozo L. Rev. 97, 111-12, 145 (2007).

- 121 See Aleinikoff, *supra* note 9, at 1062; 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, 153-54 (1996); Jerome M. Culp, Jr., *Colorblind Remedies and the Intersectionality of Oppression: Policy Arguments Masquerading as Moral Claims*, 69 N.Y.U. L. Rev. 162, 171-72, 188 (1994).
- 122 See Zoe Burkholder, *Color In The Classroom: How American Schools Taught Race 1900-1954* 178, Oxford Univ Press (2011).
- 123 AA がなくとも成功するマイノリティは存在し、カラーブラインドによって、必ずしもマイノリティが不利な状況に置かれなくてもされる (See Gabriel J. Chin et al., *Beyond Self-Interest: Asian Pacific Americans Toward a Community of Justice, A Policy Analysis of Affirmative Action*, 4 Asian Pac. Am. L.J. 129, 148 (1996); William C. Kidder, *Situating Asian Pacific Americans in the Law School Affirmative Action Debate: Empirical Facts about Thernstrom's Rhetorical Acts*, 7 Asian L.J. 29, 34-35 (2000))。
- 124 Herbert O. Reid, Sr., *Assault on Affirmative Action: The Delusion of a Color-Blind America*, 23 How. L.J. 381, 427 (1980).
- 125 Jamie L. Barker, *Back to Basics A Functional Strict Scrutiny Solution to the Affirmative Action Controversy*, 22 Ohio N.U.L. Rev. 1363 (1996).
- 126 City of Richmond v. J.A. Croson, 488 U.S. at 493 (O'Connor jointed by Rehnquist C.J, White J., plurality) (1989).
- 127 See Morton, *supra* note 87, at 1137; Ross II, *supra* note 87, at 1619-20.
- 128 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).
- 129 Girardeau A. Spann, *Proposition 209*, 47 Duke L.J. 187, 261 (1997).
- 130 Culp, *supra* note 121, at 164.
- 131 Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke, 438 U.S. 265, 394 (Marshall, J.,

- dissenting) (1978).
- 132 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, 779 (2004).
- 133 See Jack Greenberg, *Affirmative Action in Higher Education: Confronting the Condition and Theory*, 43 B.C. L. Rev. 521, 611 (2002).
- 134 See Joel K. Goldstein, *Justice O'Connor's Twenty-Five Year Expectation: The Legitimacy of Durational Limits in Grutter*, 67 Ohio St. L.J. 83, 116–17 (2006).
- 135 See Robert C. Post, *Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law*, 117 Harv. L. Rev. 4, 67–68 n.306 (2003); Goldstein, *supra* note 134, at 115–16.
- 136 William B. Reynolds, *Individualism vs. Group Rights: The Legacy of Brown*, 93 Yale L.J. 995, 1000 (1984).
- 137 Alexander Bickel, *The Morality of Consent* 133 (1975).
- 138 Edwin Meese III, *Civil Rights, Economic Progress, and Common Sense*, 14 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 150, 156 (1991).
- 139 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* 39, 47 (Earl Lewis & Nancy Cantor eds., 2016).
- 140 Deborah Ramirez, *Multicultural Empowerment: It's Not Just Black and White Anymore*, 47 Stan. L. Rev. 957, 974 (1995).
- 141 See Brad Snyder, *How the Conservatives Canonized Brown v. Board of Education*, 52 Rutgers L. Rev. 383, 446 (2000).
- 142 久保田きぬ子「逆差別について—アメリカの判例を中心に—」成蹊法学 17 号 (1981) 47 頁, 50 頁。
- 143 See Schmidt, *supra* note 132, at 766–67; Paul Brest & Miranda Oshige, *Affirmative Action for Whom?*, 47 Stan. L. Rev. 855, 869 (1995).
- 144 Kenneth E. Payson, *Check One Box: Reconsidering Directive No. 15 and the Classification of Mixed-Race People*, 84 Calif. L. Rev. 1233,

- 1285–86 (1996).
- 145 Morris B. Abram, *Affirmative Action: Fair Shakers and Social Engineers*, 99 Harv. L. Rev. 1312, 1317 (1986).
- 146 Calvin Massey, *The New Formalism: Requiem for Tiered Scrutiny?*, 6 U. Pa. J. Const. L. 945, 975 (2004).
- 147 Gerald Torres, *Fisher v. University of Texas: Living in the Dwindling Shadow of LBJ's America*, 65 Vand. L. Rev. En Banc 97 (2012).
- 148 See Croson, 488 U.S. at 521 (Scalia, J., concurring in the judgment); Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306, 352 (Thomas J., jointed by Scalia J., dissenting) (2003).
- 149 See Scott Grinsell, “*The Prejudice Of Caste*”: *The Misreading Of Justice Harlan And The Ascendency Of Anticlassification*, 15 Mich. J. Race & L. 317, 331 (2010); 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, 753 (2014).
- 150 See Abram, *supra* note 152, at 1321.
- 151 See Alan Freeman, *Antidiscrimination Law: The View from 1989*, 64 Tul. L. Rev. 1407, 1412 (1990).
- 152 Post, *supra* note 135, at 65 n.294; 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, 280–81 (2015).
- 153 AA を支持する見解は、カラブラインド社会が望ましいものとしても、それは「人種を考慮することが許されないのではなく、ある一定のやり方で考慮することが許されない」と考えた（武田万里子「アメリカ合衆国における男女平等とアフターマティヴ・アクション」早大法研論集 41 号（1987）163 頁, 176 頁）。
- 154 John E. Morrison, *Colorblindness, Individuality, and Merit: An Analysis of the Rhetoric Against Affirmative Action*, 79 Iowa L. Rev. 313, 315 (1994).

- 155 Morrison, *supra* note 154, at 322–23.
- 156 Bakke, 438 U.S. at 327 (Brennan, White, Marshall, and Blackmun, JJ., dissenting; Bakke, 438 U.S. at 407 (Blackmun, J., dissenting))
- 157 See Richard A. Primus, *Canon, Anti-Canon, and Judicial Dissent*, 48 Duke L.J. 243, 246 n.17 (1998); Grinsell, *supra* note 149, at 328–29.
- 158 Bakke, 438 U.S. at 360–61 (Brennan J., jointed by White, Marshall, Blackmun JJ., dissenting).
- 159 Grutter, 539 U.S. at 346 (Ginsburg J., concurring).
- 160 Sheet Metal Workers v. EEOC, 478 U.S. 421, 480 (Brennan J., Marshall, Blackmun, Stevens JJ., plurality) (1986); United States v. Paradaise, 480 U.S. 149, 178 (Brennan J., jointed by Marshall, Blackmun, Powell JJ., plurality).
- 161 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).
- 162 Culp, *supra* note 121, at 168–69.
- 163 Parents Involved Community Schools v. Seattle School District, 551 U.S. 701, 787–88 (Kennedy, J., concurring) (2007).
- 164 See Kevin Brown, *Reflections on Justice Kennedy's Opinion in Parents Involved: Why Fifty Years of Experience shows Kennedy is Right*, 59 S.C. L. REV. 735, 743 (2008); 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, 102 (2016).
- 165 Wygant v. Jackson Board of Education, 476 U.S. 267, 276 (Powell J., jointed by Burger C.J, Rehnquist, O'Connor JJ., plurality) (1986).
- 166 Grutter, 539 U.S. at 343(O'Connor J., jointed by Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer JJ., majority).
- 167 Goldstein, *supra* note 134, at 89.
- 168 Aleinikoff, *supra* note 9, at 1064; Rachel F. Moran, Love and a

- Garden Hoe: Rationality, Romanticism, and Interracial Relationships 2 (1995).
- 169 See Randall Kennedy, *Persuasion and Distrust: A Comment on the Affirmative Action Debate*, 99 Harv. L. Rev. 1327, 1334 (1986).
- 170 西村裕三「アメリカにおけるアフーマティブ・アクションをめぐる法的諸問題」大阪府立経済学研究叢書 66 冊 (1987) はしがき。
- 171 石山文彦『「逆差別論争」と平等の概念」森際康友ほか『人間的秩序』(木鐸社, 1987) 292 頁。
- 172 Kathleen M. Sullivan, *Sins of Discrimination: Last Term's Affirmative Action Cases*, 100 Harv.L.Rev 78 (1986); Richard D. Kahlenberg, *The Remedy: Class, Race, and Affirmative Action* 110, Basic Books (1996); Chan Hee Chu, *When Proportionality Equals Diversity: Asian Americans and Affirmative Action*, 23 Asian Am. L.J. 99, 101 (2016).
- 173 John Kekes, *The Injustice of Strong Affirmative Action in Affirmative Action and the University : A Philosophical Inquiry* 144, 148 (1993).
- 174 See Richard H. Fallon, Jr, *Affirmative Action Based on Economic Disadvantage*, 43 UCLA L. Rev. 1913, 1939 (1996).
- 175 西村前掲 (170) 93 頁。
- 176 もっとも、AA は黒人以外のマイノリティへ対象を拡大した (吉田前掲 (14) 232 頁)。
- 177 大沢前掲 (64) 195 頁 註 67。
- 178 AA の対象となる職は低給のものも多く、それらの職は貧しい白人が占めており、その獲得を求めて、マジョリティの貧困層を含めて様々なグループが競合している (清水健太郎「アフーマティブ・アクションの展開—日本から見た米社会」東京大学大学院法学政治学研究科専修コース研究年報〈1993 年度版〉166 頁, 169 頁)。
- 179 See Chu, *supra* note 172, at 130–31.
- 180 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).
- 181 AA は両刃の剣であり、必然的に「逆差別」の危険を内包すると分析されている (久保田きぬ子「アメリカにおける『差別』判決の動

- 向 (1) 「バッキー判決を契機に一」 ジュリスト 674 号 (1978) 83 頁)。
- 182 久保田前掲 (142) 50 頁。
- 183 有澤前掲 (59) 499 頁。
- 184 西村裕三「アファーマティブ・アクションをめぐる三判決」判例タイムズ 642 号 (1987) 59 頁, 63-64 頁; 安西前掲 (22) 17 頁。
- 185 横田前掲 (37) 29 頁。
- 186 安西文雄「法の下の平等について (四・完)」国家学会雑誌 112 巻 3・4 号 (1999) 69 頁, 71 頁。
- 187 安西前掲 (47) 166-67 頁。
- 188 マジョリティの中でも、AA の負担を負うのは社会経済的地位の低いグループであり、それらのグループの不満が増えていることが古くから指摘されてきた (山口浩一郎「使用者の差別是正行為と逆差別—ウェーバー事件の紹介—」ジュリスト 716 号 (1980) 88 頁, 92 頁)。
- 189 Rubin, *supra* note 117, at 44.
- 190 Jared M. Mellott, *The Diversity Rationale for Affirmative Action in Employment After Grutter*, 48 Wm and Mary L. Rev. 1091, 1139-40 (2006); Reva B. Siegel, *From Colorblindness to Antibalkanization: An Emerging Ground of Decision in Race Equality Cases*, 120 Yale L.J. 1278, 1293-99 (2011).
- 191 白人 (マジョリティ) に負担の不公平を強いるコストは無視できないと指摘されている (棟居前掲 (91) 32 頁)。
- 192 Ivan E. Bodenstein, *Affirmative Action — The Need for Leadership*, 39 How. L.J. 757, 759 (1996); Baker, *supra* note 131, at 1364.
- 193 AA の合憲性を検討する際には、いかなる負担をマジョリティに負わせるのが重要視されると指摘される (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, 257 頁; 安西前掲 (57) 21 頁)。
- 194 AA は社会経済的に恵まれないマジョリティのグループに対して、マジョリティであるが故に不利益を及ぼすという不合理な結果をも

- たらずと指摘される (大塚秀之「アメリカ合衆国における『逆差別』論叢に関する一考察」研究年報 15 号 (1977) 63 頁, 94 頁)。
- 195 See Abram, *supra* note 152, at 1322-23; William Julius Wilson, *The Truly Disadvantaged: The Inner City, the Underclass, and Public Policy* 125, University of Chicago Press (1987).
- 196 長尾前掲 (80) 152 頁。
- 197 Tung Yin, *Class-Based Affirmative Action*, 31 Loy. L.A. L. Rev. 213, 255-56 (1997).
- 198 See Elise C. Boddie, *The Sins of Innocence in Standing Doctrine*, 68 Vand. L. Rev. 297, 324-35 (2015).
- 199 See Thomas Sowell, *Affirmative Action around the World: An Empirical Study* 93 (2004); David E. Bernstein, *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action and the Failed Attempt to Square a Circle*, 8 NYU J.L. & Liberty 210, 226-27 (2013).
- 200 安西前掲 (2) 94 頁。
- 201 阪本昌成「優先処遇と平等権」公法研究 45 号 (1983) 105 頁。
- 202 安西前掲 (186) 93 頁。
- 203 有澤前掲 (59) 499 頁
- 204 See Peter J. Rubin, *supra* note 117, at 20-21.
- 205 この点については、横田前掲 (37) 38-39 頁参照。
- 206 Bernstein, *supra* note 210, at 226.
- 207 Rubin, *supra* note 117, at 20.
- 208 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).
- 209 See Arcitio, *supra* note 100, at 134.
- 210 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; J. Harvie Wilkinson III, *The Law of Civil Rights and the Dan-*

- gers of Separatism in Multicultural America*, 47 Stan. L. Rev. 993, 1001 n.53 (1995); Kahlenberg, *supra* note 172, at 78–79.
- 211 K. Anthony Appiah & Amy Gutmann, *Color Conscious* 148, Princeton, University Press (1996); Spann, *supra* note 129, at 309.
- 212 See Ramirez, *supra* note 140, at 963.
- 213 See Theodore Hsien Wang & Frank Wu, *Beyond the Model Minority Myth: Why Asian Americans Support Affirmative Action*, 53 GUILD PRAC. 35, 40 (1996); Kelsey Inouye, *Asian Americans: Identity and the Stance on Affirmative Action*, 23 Asian Am. L.J. 145, 154 (2016).
- 214 AA は、複数のマイノリティのうちのあるグループだけを恣意的に受益対象とする重大な危険を孕むとされる（安西前掲（22）18 頁）。
- 215 See John Kekes, *supra* note 173, at 151.
- 216 Siegel, *supra* note 190, at 1293–99.
- 217 AA のコストを負担するマイノリティ（日系や中国系など）は、AA に対して好意的ではない（横田前掲（37）40 頁）。それらのグループの中には、AA が逆差別だと批判する者たちがいる（高野良一「アフーマティブ・アクションとしての実験学校—チャータースクールの現実的な可能性」教育学研究 73 巻 4 号（2006）54 頁，57 頁）。
- 218 愛嬌前掲（31）49 頁。
- 219 See Ramirez, *supra* note 140, at 974; Kahlenberg, *supra* note 172, at 79; J.M. Balkin, *The Constitution of Status*, 106 Yale L.J. 2313, 2321 (1997).
- 220 安西前掲（186）96 頁。
- 221 See 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, 870 (1993).
- 222 See J. Morgan Kousser, *Shaw v. Reno and the Real World of Redistricting and Representation*, 26 Rutgers L.J. 625, 690–91 (1995).
- 223 Hing, *supra* note 221, at 896.
- 224 Christopher Jencks, *Rethinking Social Policy* 26, HarperCollins

- (1993).
- 225 Bernstein, *supra* note 210, at 226.
- 226 See Charles Fried, *Saying What The Law Is* 239, Harvard University Press (2004).
- 227 See Goldstein, *supra* note 134, at 109.
- 228 Grutter, 539 U.S. at 388 (Kennedy, J., dissenting).
- 229 Reva B. Siegel, *Equal Divided*, 127 Harv. L. Rev. 1, 42 n.205 (2013).
- 230 See Parents Involved, 551 U.S. at 793–97 (Kennedy J., concurring).
- 231 Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003).
- 232 Fisher v. University of Texas, 136 S. Ct. 2198 (2016).
- 233 この他、中間派であるパウエル裁判官も基本的には AA に対して否定的な態度を採っていたとされる (See Jerome Karabel, *The Chosen: The Hidden History of Admission and Exclusion at Harvard, Yale and Princeton* 496, Mariner Books (2005).)。
- 234 See Abram, *supra* note 152, at 1321.
- 235 See Angela P. Harris, *Equality Trouble: Sameness and Difference in Twentieth-Century Race Law*, 88 Cal. L. Rev. 1925, 2006 (2000).
- 236 Vikram Amar & Evan Caminker, *Constitutional Sunsetting? Justice O'Connor's Closing Comments in Grutter*, 30 Hastings Const. L.Q. 541, 549 (2003).
- 237 Schmidt, *supra* note 138, at 784.
- 238 Chang, *supra* note 7, at 85; Mellott, *supra* note 190, at 1157.
- 239 See Baker, *supra* note 131, at 1364; Vinay Harpalani, *Diversity Within Racial Groups and the Constitutionality of Race-Conscious Admissions*, 15 U. Pa. J. Const. L. 463, 492–93, 495–96 (2012).
- 240 Grutter, 539 U.S. at 342 (O'Connor J., jointed by Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer JJ., majority).
- 241 See Goldstein, *supra* note 134, at 103.
- 242 Bakke, 438 U.S. at 314 (Powell J., opinion); Croson, 488 U.S. at 493–94 (O'Connor J., jointed by Rehnquist C.J., White, Stevens, Kennedy JJ., majority); Adarand Constructor, Inc v. Pena, 515 U.S.200, 230

- (O'Connor J., jointed by Rehnquist C.J., Scalia, Thomas & Kennedy JJ., majority) (1995); Grutter, 539 U.S. at 380 (Rehnquist C.J., jointed by Scalia, Kennedy, Thomas JJ., dissenting).
- 243 Grutter, 539 U.S. at 271 (Rehnquist C.J., jointed by Scalia, Thomas, Kennedy JJ., dissenting); Fisher I, 133 S. Ct. 2411, 2418 (Kennedy J., jointed by Roberts C.J., Scalia, Thomas, Breyer, Alito, Sotomayor JJ., majority) (2013).
- 244 西村裕三「多様性の価値と“Affirmative Action”」阪本昌成編『立憲主義—過去と未来の間—畑博行先生古希記念』（有信堂，2000）316 頁。
- 245 西村裕三「積極的人種差別是正行為に関する一考察—ウェーバー事件を素材として—」大阪府立大学経済研究 25 巻 4 号（1980）1 頁，17 頁。
- 246 Grutter, 539 U.S. at 336–37 (O'Connor J., jointed by Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer JJ., majority).
- 247 539 U.S. at 392 (Kennedy J., dissenting).
- 248 Bakke, 438 U.S. at 360–61 (Brennan J., jointed by White, Marshall, Blackmun JJ., dissenting).
- 249 Richard D. Kahlenberg, *Getting Beyond Racial Preferences: The Class-Based Compromise*, 45 Am. U.L. Rev. 721, 728 (1996); Kahlenberg, *supra* note 172, at 53.
- 250 Paul Brest, *The Supreme Court 1975 Term, Foreward: in Defense of the Antidiscrimination Principle*, 90 Harv L. Rev 1, 10 (1976).
- 251 Addis, *supra* note 119, at 1377.
- 252 See Freeman, *supra* note 151, at 1435; Chang, *supra* note 7, at 99–100; Christopher W. Schmidt, *Essay, Brown and the Colorblind Constitution*, 94 Cornell L. Rev. 203, 230–31 (2008).
- 253 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, 486 (2011).

- 254 宮原均「不平等に対する積極的是正策と司法審査 (1) —高等教育の入試制度に関する合衆国最高裁判例を中心に—」法学新報 112 巻 11・12 号 (2006) 597 頁, 599 頁。
- 255 AA はグループの間の平等を推進しようとする考えに基づき、個人主義と背馳すると指摘される (伊藤前掲 (54) 97 頁)。
- 256 See Reva B. Siegel, *Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown*, 117 Harv. L. Rev. 1470, 1472–73 (2004).
- 257 Grinsell, *supra* note 149, at 327.
- 258 Thompson & Pomeroy, *supra* note 8, at 170.
- 259 合衆国では個人の尊重を基本原理としており、グループに着目した施策である AA の合憲性が合衆国で激しく議論されたのは当然であったと評されている (安部前掲 (98) 33 頁)。
- 260 Chang, *supra* note 7, at 63 n.19.
- 261 See Morrison, *supra* note 154, at 346; Chu, *supra* note 172, at 143–44.
- 262 See Richard J. Herrnstein & Charles Murray, *The Bell Curve: Intelligence and Class Structure in American Life* 276–80, 320–22 (1994).
- 263 Wilson, *supra* note 195, at 34.
- 264 Jolls & Sunstein, *supra* note 119, at 981.
- 265 Karst, *supra* note 12, at 6.
- 266 AA を支持する見解は、AA が個人主義や能力主義に矛盾せず、それを補完するものだとして理解する (西村裕三「シニョリティ制に基づく一時解雇とアフアーマティブ・アクション」判例タイムズ 564 号 (1985) 58 頁, 60 頁)。
- 267 Freeman, *Legitimizing Racial Discrimination Through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine*, 62 Minn. L. Rev. 1049, 1054–56, 1067 (1978).
- 268 Goldstein, *supra* note 134, at 109.
- 269 See, Bakke, 438 U.S. at 299 (Powell, J.); Adarand, 515 U.S. at 224–27 (O'Connor J., jointed by Rehnquist C.J, Scalia, Thomas & Kennedy

- JJ., majority); Grutter, 539 U.S. at 341 (O'Connor J., jointed by Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer JJ., majority).
- 270 Mark W. Cordes, *Affirmative Action After Grutter and Gratz*, 24 N. Ill. U. L. Rev. 691, 744 (2004).
- 271 See Fried, *supra* note 226, at 239.
- 272 江橋前掲 (16) 14 頁。
- 273 AA は、歴史的に差別されてきたマイノリティの包含策だと説明される (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)).
- 274 有澤前掲 (59) 498 頁。
- 275 辻村編前掲 (66) 92 頁 (田代亜紀)。
- 276 芦部前掲 (41) 28 頁。
- 277 山内前掲 (38) 106 頁。
- 278 穴戸ほか前掲 (21) 115 頁 (巻美矢紀)。
- 279 安部前掲 (98) 34 頁。
- 280 AA はアメリカ社会に人種的平等を実現するための過渡的救済手段であり、それは人種差別問題に苦悩するアメリカ社会自らが下した英断であると評されている (西村前掲 (245) 28 頁)。
- 281 AA によって不利益を受けるのは、差別行為に関して直接的な責任のないマジョリティ (白人) であるという宿命的な矛盾をどう考えるべきかが問題視されている (佐藤司「少数民族優先入学は逆差別かー『バキ逆差別事件』米連邦最高裁判決の意義」法学セミナー 286 号 (1979) 16 頁, 21 頁)。
- 282 合衆国最高裁で AA に最も批判的な立場を採るスカリア裁判官さえも、直接的に差別の弊害を被った犠牲者の救済には賛成している (Croson, 488 U.S. at 526)。
- 283 Chang, *supra* note 7, at 83-84.
- 284 西村裕三「シニョリティ制に基づく一時解雇とアフーマティヴ・アクション」判例タイムズ 564 号 (1985) 58 頁, 60 頁。
- 285 阪本前掲 (14) 295 頁。

- 286 See 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, 173 (2004).
- 287 Robert F. Drinan, *Affirmative Action Under Attack*, in *Racial Preference and Racial Justice* 117, 124 (Russell Nieli ed., 1991).
- 288 Benjamin L. Hooks, *Affirmative Action: A Needed Remedy*, 21 Ga. L. Rev. 1043, 1052 (1987).
- 289 Schmidt, *supra* note 132, at 781.
- 290 差別の救済を目的とする AA は、過去の差別の弊害が除去されるまでの暫定的救済措置として正当化されると指摘される (西村前掲 (170) 97 頁)。
- 291 Greenberg, *supra* note 133, at 611.
- 292 Schmidt, *supra* note 132, at 784.
- 293 Chang, *supra* note 7, at 83.
- 294 AA は、社会的差別の弊害を是正する目的で実施されたと評される (阪本昌成「優先処遇と平等権—審査基準と実態的価値—」*Law School* 28 号 (1981) 27 頁, 28-29 頁)。
- 295 Johnson, *supra* note 286, at 182.
- 296 問題とされた AA が「終了を意図する差別的な影響を是正する以上に続かない」と判断された場合に、中間派は救済に基づく AA を合憲と判断した (*Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448, 513 (1980) (Powell, J., concurring))。
- 297 AA は、時間の経過とともに法的・政治的問題を生じさせると指摘される (西村前掲 (244) 340 頁)。
- 298 See *Bakke*, 438 U.S. at 310 (Powell, J.); *Wygant*, 476 U.S. at 276 (Powell J., jointed by Burger C.J. & Rehnquist, O'Connor JJ., plurality); *Croson*, 488 U.S. at 505-06 (O'Connor J., jointed by Rehnquist C.J., White, Kennedy JJ., plurality).
- 299 *Wygant*, 478 U.S. at 277 (Powell J., jointed by Burger C.J, Rehnquist, O'Connor JJ., plurality).
- 300 See *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. 193, 212

- (1979).
- 301 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).
- 302 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).
- 303 Morrison, *supra* note 154, at 349–50 n. 241; Daniel P. Tokaji, *Asian Americans and Affirmative Action*, 1 Nexus J. Op. 47, 55 (1996); Tung Yin, *supra* note 197, at 221.
- 304 Feldman, *supra* note 121, at 154.
- 305 See Mellott, *supra* note 190, at 1107.
- 306 See Goldstein, *supra* note 134, at 115. Thompson & Pomeroy, *supra* note 9, at 153.
- 307 Schmidt, *supra* note 132, at 781.
- 308 Goldstein, *supra* note 134, at 115.
- 309 Wygant, 476 U.S. at 276 (Powell J., jointed by Burger C.J, Rehnquist, O'Connor JJ., plurality).
- 310 John C. Jeffries, Jr., *Bakke Revisited*, 2003 Sup. Ct. Rev. 1, 6–7.
- 311 Johnson, *supra* note 286, at 182; 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, 22 (2010).
- 312 Neal Devins, *Affirmative Action After Regan*, 68 Tex. L. Rev. 353, 375 (1989).
- 313 Wygant, 476 U.S. at 276 (Powell J., jointed by Burger C.J, Rehnquist, O'Connor JJ., plurality).
- 314 Wygant, 476 U.S. at 274 (Powell J., jointed by Burger C.J, Rehnquist, O'Connor JJ., plurality) .
- 315 See Oluwole & Green III, *supra* note 149, at 709–10; Barnes *et al*, *supra* note 152, at 281.

- 316 合衆国最高裁では、救済の対象となる差別として、社会的差別を認めるのか、それとも特定された差別に狭く捉えるのかが中心的な争点であった（西村裕三「判批」アメリカ法 [1992-1] 109 頁, 114-15 頁）。
- 317 Croson, 488 U.S. at 497-498 (quoting Wygant, 476 U.S. at 275 (O'Connor jointed by Rehnquist C.J, White, Kennedy JJ., plurality) (1989).
- 318 Goldstein, *supra* note 134, at 115-16.
- 319 Post, *supra* note 135, at 67-68 n.306.
- 320 Goldstein, *supra* note 134, at 114.
- 321 Cordes, *supra* note 282, at 747.
- 322 Chin, *supra* note 208, at 883-84.
- 323 社会的差別と特定された差別との区別は明確でないとも分析されている（松田聰子「人種差別解消のためのアフーマティブ・アクションと逆差別—Croson 判決をめぐって—」帝塚山学院大学研究論集 25 集 (1990) 8 頁, 22 頁）。
- 324 Wygant, 476 U.S. at 286 (Powell J., jointed by Burger C.J & Rehnquist, O'Connor JJ., plurality).
- 325 See Chang, *supra* note 7, at 64.
- 326 Croson, 488 U.S. at 498-506 (O'Connor jointed by Rehnquist C.J & White, Stevens, Kennedy JJ., majority).
- 327 Gerstmann & Shortell, *supra* note 311, at 19-20.
- 328 人種差別による重大な害悪を是正するためには、特定された差別行為よりも、広範な社会的差別を是正することが重要だと指摘されている（西村前掲 (244) 327 頁）。
- 329 長谷川珠子「アメリカは何をしてきたか」森戸他編前掲 (98) 所収 51 頁 註 15。