

# カラーブラインドの意味と Affirmative Action (1)

茂木 洋平

## 目 次

I	はじめに	3	Affirmative Action の合憲性をめぐ る争いの中でのカラーブラインドの使用
1	問題の所在	4	Affirmative Action 否定派によるカ ラーブラインドの利用
2	構成	5	Plessy 判決ハーラン裁判官反対意 見
II	カラーブラインドの神話の形成	6	Brown 判決
III	カラーブラインドの解釈	7	ロバーツ首席裁判官による Brown 判決の理解
1	Affirmative Action 肯定派の見解	8	異人種婚禁止
(1)	修正第 14 条の目的	9	修正第 14 条の原意とカラーブラ インド
(2)	人種分離制度の影響	10	修正第 14 条採択時の歴史
(3)	カラーブラインドと人種主義	11	Affirmative Action 否定派の原意の 理解
(4)	AA の必要性の認識	VI	道徳的議論と政策的議論
(5)	ステイグマ	1	道徳的議論としてのカラーブラ インドへの批判
2	保守派の見解	2	政策的議論としてのカラーブラ インドへの批判
IV	Brown 判決とカラーブラインド	(1)	Affirmative Action 否定派の裁判 官の見解
1	Brown 判決時の合衆国最高裁の裁 判官の見解	(2)	Affirmative Action 肯定派の裁判 官の見解
2	異人種婚をめぐる懸念	VII	おわりに
3	Brown 判決の射程と影響		
4	教育の重要性の強調		
5	Brown 判決の背景		
	(以上本号)		
V	修正第 14 条の原意		
1	リベラル派によるカラーブライン ドの支持		
2	カラーブラインドの解釈をめぐる 争い		

## I はじめに

### (1) 問題の所在

本稿の目的は、カラーブラインドが何を意味するのかについて、アメリカ合衆国の判例と学説で展開された議論を検討して明らかにするところにある。

カラーブラインドとは、簡単に言うと、公的施策を形成する際に人種を考慮すべきではないという考えである。合衆国のほとんどの論者はカラーブラインドな社会の達成を理想とし<sup>1</sup>、Affirmative Action (AA)<sup>2</sup> は人種を意識しカラーブラインドと抵触するため<sup>3</sup>、人種差別をなくす方法は人種区分を使用しないことであるとの考えに基づき<sup>4</sup>、AA の否定派は AA を憲法上禁止する理論としてカラーブラインドを用いた<sup>5</sup>。他方、肯定派は否定派のカラーブラインドの理論の理解が誤りだと批判し<sup>6</sup>、カラーブラインドな社会の達成のために AA が憲法上許容されると主張した。合衆国では、カラーブラインドをめぐる議論が AA の合憲性の是非の主要論点 (AA が憲法上禁止されるか、許容されるのか) になっている。

日本の学説では、構造的差別<sup>7</sup> の是正策としてアフーマティブ・アクションが注目を集め<sup>8</sup>、合衆国の AA に高い関心があった<sup>9</sup>。日本ではアフーマティブ・アクションの制度化が発展途上であり、裁判で合憲性が問われたこともなく、その憲法上の評価に十分な議論の蓄積がないが<sup>10</sup>、合衆国には AA の合憲性判断につき多くの蓄積がある<sup>11</sup>。日本のアフーマティブ・アクションの合憲性を検討する際には、合衆国の議論は参照する価値が高いとされる<sup>12</sup>。

アフーマティブ・アクションの成立の背景や前提は国ごとに異なり<sup>13</sup>、日本には合衆国ほどの深刻な人種問題が顕在化していないなど<sup>14</sup>、合衆国の AA と日本のアフーマティブ・アクションをめぐる議論の背景の相違は大きい<sup>15</sup>。

日本国憲法 14 条 1 項後段列挙事由は、差別的に用いられてきた区分を特に警戒して列挙する<sup>16</sup>。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、後段列挙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<sup>17</sup>。後段列挙事由に基づく区別に対し人々は強い差別感を抱くため、基本的にそのような区別はなされるべきではない<sup>18</sup>。だが、それらの事由に基づく区別は憲法上禁止されず、差別を解消するための区分 (アフーマティブ・アクション) は合理的範囲に収まる余地が十分あり<sup>19</sup>、憲法上禁止されないとするのが学説の大勢である<sup>20</sup>。合衆国憲法とは異なり、日本国憲法は社会権で社会的弱者への救済を銘記してお

り<sup>21</sup>、学説では、アファーマティブ・アクションが絶対的に禁止されるとの議論はされなかった。

カラーブラインドは AA が憲法上禁止されるか否かの議論に関わり、日本にはない論点である。合衆国のカラーブラインドの意味の検討は、日本のアファーマティブ・アクションの合憲性の問題に直接的な示唆をせず、本稿は外国法の研究にとどまる。筆者は、日本のアファーマティブ・アクションの合憲性の検討の為に合衆国を比較対象とする多数の論稿を公刊してきた<sup>22</sup>。外国法との比較検討の際には、比較対象国の議論の全貌を理解すべきであり、日本の議論と直接に関わらない論点の検討も必要である。本稿での検討は、日本のアファーマティブ・アクションと合衆国の AA の体系的な比較検討をする業績をつくるための1つの準備作業である。

## (2) 構成

本稿は、以下のように考察を進める。まず、カラーブラインドが AA を否定する理由として用いられるようになったのは何故かを説明する (Ⅱ)。次に、AA の肯定派と否定派がカラーブラインドを如何に解釈してきたのかを概観する (Ⅲ)。カラーブラインドの理論は、Plessy 判決ハーラン裁判官反対意見で合衆国最高裁に登場し、その後、Brown 判決で確立したと一般的には言われている。Brown 判決において、カラーブラインドについて如何なる議論が展開されたのかを考察する (Ⅳ)。否定派は、修正第 14 条の原意にカラーブラインドが含まれていると主張する。カラーブラインドは修正第 14 条の原意として理解できるのかについて、考察する (Ⅴ)。カラーブラインドは達成すべき理想として語られる側面と、政策の指針として有効だと語られる側面がある。双方の側面をめぐる議論を考察する (Ⅵ)。最後に本稿の議論をまとめる (Ⅶ)。

## Ⅱ カラーブラインドの神話の形成

市民権の指導者の多くは、マイノリティの経済的、法的、社会的機会を制限する人種分離策を批判し、それが平等の達成につながったことから<sup>23</sup>、合衆国市民には、カラーブラインドが人種的正義を十分に具体化しているとの

考えがある<sup>24</sup>。市民権運動に参加した多くの人々は、人種差別のないカラーブラインドな世界の達成のために、自身の汗と涙を犠牲にしたと考えた<sup>25</sup>。

AA が憲法上許されると考える者は、差別をなくす過程で一時的な戦略として AA は採択され<sup>26</sup>、カラーブラインドの原則の道徳的優越性を暗に認識していたとされる<sup>27</sup>。AA を許容する者は、AA は差別的な社会をなくすために必要であり<sup>28</sup>、カラーブラインドな社会の達成を目指す<sup>29</sup>。彼らにとって、カラーブラインドは達成すべき理想である<sup>30</sup>。(AA の憲法適合性につきときに合憲判断を下すが、基本的に否定的立場を採る) 中間派のオコナ裁判官でさえも<sup>31</sup>、人種を考慮しないことでは人種差別を乗り越えられていない旨を示す<sup>32</sup>。オコナ裁判官はカラーブラインドが道徳的義務(長期目標)であり<sup>33</sup>、人種区分を一切禁止すると、その目標を達成できないと想定する<sup>34</sup>。

カラーブラインドに基づく反区分の原則(人種区分をすべきでないという原則)がマイノリティの差別解消を促進したが、AA を憲法上禁止すべきとの主張に援用され<sup>35</sup>、それは「両刃の剣」である<sup>36</sup>。カラーブラインドの達成が理想であるとの考えに基づいて、AA の批判者は、人種区分の使用が不道徳であり<sup>37</sup>、カラーブラインドが常に道徳的に正しく<sup>38</sup>、政府は人種区分を決して許容すべきでない論じた<sup>39</sup>。AA の批判者は、憲法はカラーブラインドであり、人種区分を許さないことで「人種主義を乗り越える」と考えた<sup>40</sup>。AA の批判者は神聖不可侵で例外を許さない神話としてカラーブラインドを理解した。

カラーブラインドの原則を援用する AA の批判に対し、カラーブラインドな施策は人種的不均衡を是正しないため、AA による人種的不均衡の是正を妨げるのは差別だと批判される<sup>41</sup>。だが、批判者は人種的不均衡の是正よりも人種区分の禁止が優先されるべきと考える<sup>42</sup>。カラーブラインドを例外のない原則だと捉える際に、批判者は、マイノリティが人種を意識する法律の終了(異人種婚禁止法の廃止)を勝ち得たのは、合衆国最高裁がカラーブラインドの原則を採用した直接的な結果であり、カラーブラインドが平等の実現に努めたのは疑いないとする<sup>43</sup>。

### Ⅲ カラーブラインドの解釈

#### 1 Affirmative Action 肯定派の見解

##### (1) 修正第 14 条の目的

修正第 14 条には 2 つの目的（カラーブラインドの達成とマイノリティへの平等な機会の付与）があり<sup>44</sup>、修正第 14 条は当初からマイノリティの社会経済的地位の向上に関心を寄せており、双方とも敬意を払うに値する憲法上の概念だとされる<sup>45</sup>。双方の目的が対峙したとき、多くの論者はマイノリティへの平等な機会の付与を優先する<sup>46</sup>。人種区分の禁止と AA のどちらが平等の達成に望ましいのかは、状況次第である<sup>47</sup>。人種区分の禁止が不平等な結果を生じさせる場合には、カラーブラインドはもう一方の目的（マイノリティへの平等な機会の付与）を傷つけるとされる<sup>48</sup>。

##### (2) 人種分離制度の影響

修正第 14 条の平等保護の要求はマイノリティへの差別の防止にあり、必然的に、それが可能なカラーブラインドな法を含み、カラーブラインドは平等保護の 1 つの側面である<sup>49</sup>。1940 年代から 60 年代にかけて、リベラル派は人種区分の禁止が平等を達成し<sup>50</sup>、南部の法的な人種分離の終了が勝利だと考えた<sup>51</sup>。法的な人種分離の廃止以降、多くの社会学的証拠がマイノリティの不均衡が是正されなかったと示し<sup>52</sup>、AA の支持者は、マイノリティの社会経済的地位の進展の不十分さの原因は人種主義にあるとした<sup>53</sup>。カラーブラインドはいい響きだが<sup>54</sup>、現存する人種的不均衡を無視しているとされる<sup>55</sup>。人種の考慮を止めるまで、人種への意識を止められないとするカラーブラインドの議論には一定の説得力があるが<sup>56</sup>、社会が意識的な差別を監視して止めることができると考えても<sup>57</sup>、カラーブラインドは無意識の差別を止めず、差別の影響を是正できないと指摘される<sup>58</sup>。「古い型」の意図的な人種差別の事例に取組む法律は、無意識の差別行為を是正できないとされる<sup>59</sup>。

##### (3) カラーブラインドと人種主義

以上の状況で<sup>60</sup>、AA の禁止はマイノリティを不利な状況に置く人種主義の影響が及んだ現状を支持するとされる<sup>61</sup>。AA の禁止は差別の影響を終了

させず<sup>62</sup>、永続させるとの考えに基づき<sup>63</sup>、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<sup>64</sup>、カラーブラインドによって人種主義の抑圧的影響は擁護できないと考えた<sup>65</sup>。

カラーブラインドは人々を従属させる人種を意識する害悪と、従属を是正する人種を意識するアプローチを区別せず<sup>66</sup>、人種的不均衡を生み出す構造を巧妙に認めているとされる<sup>67</sup>。明白な人種差別は減少したが、政治経済的な力の観点から、マジョリティはマイノリティと比べて実質的に優位な状況にあり、カラーブラインドは人種間の不均衡の現状を認めるとされる<sup>68</sup>。いかに理論的に構築されても、カラーブラインドは「アメリカの組織化された人種主義」を示すとされる<sup>69</sup>。カラーブラインドは合衆国の人種主義を忘れる方法にすぎず<sup>70</sup>、それを終わらせないとされる<sup>71</sup>。カラーブラインドは、過去に如何にして人種区分が形成されたのかを無視し、その影響を否定し、過去の考え（人種区分の廃止が差別の是正に有効であるという考え）に縛られているとされる<sup>72</sup>。カラーブラインドは、誤った社会制度と害悪を隠し<sup>73</sup>、マイノリティの不利な状況を制度化すると批判される<sup>74</sup>。

#### (4) Affirmative Action の必要性の認識

AA の支持者の見解では、カラーブラインドでは是正を期待できない複雑な現実があり<sup>75</sup>、カラーブラインドな施策は、事実上、人種主義の継続を許すとされる<sup>76</sup>。この見解では、カラーブラインドによる人種的平等の達成は神話であり、人種を考慮しないことを道徳的とするのは誤りだとされる<sup>77</sup>。AA 支持派の裁判官は、法的な人種分離の終了では、事実上の人種分離は残り、マイノリティの不利な状況は終わらなかったと認識する<sup>78</sup>。カラーブラインドな法律は法的な人種分離と基本権の否定を終わらせたが、人種差別はなくなり、人種間の不均衡が是正されない状況にあって<sup>79</sup>、リベラル派は人種問題の解決には新しい手段（AA）が必要だと認識した<sup>80</sup>。AA の支持者は、カラーブラインドは形式的平等を作り出すが<sup>81</sup>、マイノリティへ実質的平等を保障するために AA が必要だと考える<sup>82</sup>。

人種間の社会経済的格差がある社会では、法がカラーブラインドであるべきとの主張は、現実の描写ではなく望みだとされる<sup>83</sup>。人種的抑圧をなくすために、リベラル派の間では AA の必要性が認識され<sup>84</sup>、その見解では、マイノリティへの差別の是正や防止に役立つ限りで、修正第 14 条は人種区

分の使用を禁止しない<sup>85</sup>。例えば、AA 支持派のギンスバーグ裁判官は「平等保護条項との抵触を避けるために、利益を否定し、害悪を生じさせ、負担をかす区分は、人種に基づくべきではない。その意味で憲法はカラーブラインド」だが「憲法は、差別の永続を防ぎ、過去の差別の影響をなくすために、カラーコンシャス」だと述べる<sup>86</sup>。AA の支持者は、AA の停止は人種間の不均衡を生じさせるため、カラーブラインドの理想は達成できず<sup>87</sup>、カラーブラインドな社会を目指すために<sup>88</sup>、AA が必要だと考える<sup>89</sup>。

## (5) スティグマ

合衆国最高裁の立場では<sup>90</sup>、すべての人種区分がスティグマを生じさせる<sup>91</sup>。これに対し、AA に肯定的な見解は、人種差別には悪意があり、マイノリティに劣等性を押し付けると想定するが、AA はスティグマをもたらさず、その狙いは排除ではなく包含にあると主張する<sup>92</sup>。

AA に肯定的な見解の中には、AA が対象者にスティグマをもたらすと認めながらも<sup>93</sup>、AA が肯定的結果を作り出しているという前提に基づき<sup>94</sup>、AA と差別を同視せず<sup>95</sup>、AA により生じる利益は害悪を上回り、スティグマを縮減すると主張される<sup>96</sup>。

歴史的に、肌の色はときとして劣等性を示し、スティグマをもたらすと理解されたが<sup>97</sup>、スティグマが生じる 1 つの原因はマイノリティの過小代表にあり、それが解消されれば、スティグマが発生する危険は少なくなるとされる<sup>98</sup>。そのため、AA を支持する見解は、指導的な地位に占めるマイノリティの割合を増やすことで、マイノリティへのスティグマを縮減し<sup>99</sup>、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<sup>100</sup>。AA の支持者は、過去数十年にわたって合衆国最高裁により促進されたフィクション（カラーブラインドが人種問題への適切な対応であるということ）を人種の考慮によって終わらせ<sup>101</sup>、マイノリティが永続的に社会経済的に低い地位に置かれる状況を是正するために、AA には歴史的正当性があることを裁判所は明らかにすべきと認識する<sup>102</sup>。

## 2 保守派の見解

オコナ裁判官は「人種区分はスティグマの害悪の危険をもたらす。それが救済的な状況に厳密に留保されていなければ、それらは実際には人種の劣等

性の概念を助長し、人種的な敵意のある政策を導く。」と判示した<sup>103</sup>。AA への批判は、このオコナ裁判官の見解に依拠し<sup>104</sup>、人種の考慮が人種間の敵意を導くと考える<sup>105</sup>。その見解の基底には、人種区分を通じて差別を終わらせる試みは、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的に陥り、スティグマを生じさせ、非常に危険であると認識がある<sup>106</sup>。AA は我々の社会のリベラルな考えと抵触し、それらは不和をもたらすアイデンティティの政策を助長し<sup>107</sup>、それらが利益付与を意図するグループのメンバーにスティグマをかし<sup>108</sup>、敵意を助長すると説明された<sup>109</sup>。

AA は、マイノリティの市民が劣等で<sup>110</sup>、自力で社会的資源を獲得できないことを示しており<sup>111</sup>、対象者にスティグマを生じさせるとされる<sup>112</sup>。AA には、マイノリティは AA がなければ成功できないという人種主義的な考えが含意され<sup>113</sup>、受益者にスティグマを与えるとされる<sup>114</sup>。

AA はその受益者に対して、自身の成功が自力で達成されたのではないと考えて、自身の能力を疑問視させ<sup>115</sup>、対象者の自尊が害されるとも指摘されるが<sup>116</sup>、AA の直接の受益者の中には AA が無くとも地位を獲得した者がおり、それを自覚している場合には自尊は害されない。だが、他者の視点では、AA によって地位を獲得した者とそれが無くとも地位を獲得した者を区別できず、AA はマイノリティはマジョリティと実力では競争できないという考えを生じさせるため<sup>117</sup>、有能なマイノリティ (AA が無くとも地位を獲得できた者) にもスティグマをかす<sup>118</sup>。能力に関係なく、AA はその対象者全員にスティグマをかし<sup>119</sup>、マイノリティへの劣等性を含意するため<sup>120</sup>、AA の反対者は、AA が対象者にスティグマをかすのは疑いなく<sup>121</sup>、AA は対象者に害悪を及ぼすと主張する<sup>122</sup>。AA 否定派の裁判官は、AA が対象者にスティグマを課すことを懸念していた<sup>123</sup>と分析される<sup>124</sup>。否定派の裁判官は、AA が人種の固定観念に基づく劣等性の概念に動機づけられていることを懸念した<sup>125</sup>。マイノリティ自身も、AA によって自身にスティグマが抱かれることを懸念していたとされる<sup>126</sup>。

## IV Brown 判決とカラーブラインド

### 1 Brown 判決時の合衆国最高裁の裁判官の見解

Brown 判決<sup>127</sup>では初等学校の人種別学の合憲性が問題とされ、カラーブラインドの原則が援用され、全会一致で違憲判断が下された<sup>128</sup>。Brown 判決は、合衆国最高裁の歴史の中でも非常に重要な歴史的判決の1つだと評され<sup>129</sup>、その影響はきわめて大きく<sup>130</sup>、合衆国社会に大きな衝撃を与えたとされる<sup>131</sup>。

Brown 判決より以前に、合衆国最高裁の何人かの裁判官は様々なカラーブラインドの原則を提示したが、Brown 判決の審理の間、人種区分はそれ自体として違憲であるとの考えを示した裁判官は2人だけであり、ほとんどの裁判官は、平等保護条項の広範囲にわたる反区分の解釈は人種別学の問題の判断に不要であり、争いの激しい問題（異人種婚）にカラーブラインドな解釈が及ぶのは望ましくないと考えた<sup>132</sup>。

Brown 判決時、反区分原則を最も支持したのはウィリアム・ダグラス裁判官であった<sup>133</sup>。当該判決に関する最初の審議の後の会議で、ダグラス裁判官が他の裁判官に、「人種分離は簡単な問題」であり、「何らの人種区分は作ることができ」ず、「修正第5条のデュープロセスがそうであるように、修正第14条は人種区分を禁止する」と述べた<sup>134</sup>。彼は1953年の第2期の口頭陳述の後の会議でこの立場を繰り返し、「人種と肌の色は人種別学を支持する憲法上の基準にはなりえない」と述べた<sup>135</sup>。ダグラス裁判官は、そのキャリアを通じて、カラーブラインドの立場から人種区分に反対する立場を一貫して取り続けた<sup>136</sup>。

Brown 判決の審理中、シュルマン・ミントン裁判官だけが修正第14条のダグラス裁判官による反区分の解釈を支持した。ミントン裁判官は「人種区分は意味をなさ」ず、「それには悪意があり、維持できない」と述べた<sup>137</sup>。1年後、第2期の会議で、彼はこの主張を繰り返し、「肌の色で区分できない」と述べた<sup>138</sup>。ヒューゴ・ブラック裁判官も、反区分の解釈に共感したが、「(再建期の) 修正条項の基本的目的は差別からの黒人の保護」であり<sup>139</sup>、「そのようなカーストの根絶」であったとしてダグラス裁判官やミントン裁

判官に完全には同意しない<sup>140</sup>。そして、ブラック裁判官は人種分離法の目的は「肌の色を理由に差別すること」であったと認識していた<sup>141</sup>。

ダグラス裁判官とミントン裁判官（そして弱い程度でブラック裁判官）は Brown 判決時にカラーブラインドの原則を認めたが、他の裁判官はそれに賛同しなかった。ロバート・ジャクソン裁判官は、反区分の原則が人種分離全般への法的な異議申立を含んでおり、大きな政治問題を引き起こす危険を合衆国最高裁が認識すべきとする<sup>142</sup>。フリックス・フランファータ裁判官もまた、人種分離全般への異議申立が政治的争いを起こし、それにより合衆国最高裁の権威が傷つくことを懸念し、Brown 判決において、慎重な制度的保護者の役割を担った<sup>143</sup>。

アール・ウォーレン裁判官は、基本的には政治的文脈に応じて公立学校の人種分離の問題にアプローチし、審議において、抽象的で広範囲に及ぶカラーブラインドの原則を確立しようとはせず<sup>144</sup>、人種分離が人種的抑圧の明確な方式であることを理由に、公立の初等学校での人種分離解消を支持した<sup>145</sup>。

コロンビア特別区の公立学校の人種別学制度の合憲性が問題とされ、Brown 判決と同時期に判断が下された Bolling 判決で、ウォーレン裁判官は「人種だけに基づく区分は我々の伝統に反し、憲法上疑わしいことから、特定の注意をもって審査されるべき」と示す<sup>146</sup>。ウォーレン裁判官は反区分の考えを示唆するが、そのすぐ後に「本法廷は、『現在の形式において、合衆国憲法は、市民権と政治的権利に関連する限り、政府や州による人種を理由としたいずれの市民に対する差別を禁止する』と宣言した」と示す<sup>147</sup>。Bolling 判決は、人種区分は常に違憲とは述べず、マジョリティがマイノリティを充足させるために人種区分を用いる傾向があるため、慎重に審査されるべきと示しているにすぎないとされる<sup>148</sup>。

Brown 判決においてウォーレン裁判官は、人種分離は黒人の生徒に劣等性の感情を生じさせると示しており<sup>149</sup>、人種分離にはスティグマを課す危険が内在し、マイノリティに害悪を及ぼすと考えた<sup>150</sup>。ウォーレン裁判官は、マイノリティを貶め、従属させる法体系として、人種分離の法制度を認識する<sup>151</sup>。

合衆国最高裁の他の裁判官（スタンリー・リード、ハロルド・バートン、

トム・クラーク) の中でも、Brown 判決で、平等保護条項に反区別の解釈を表明した者はいない。リード裁判官は人種統合に消極的態度を示して、ウォーレンの意見に最後に同意し、不本意ながら人種分離を違憲とする結論に至っており、カラーブラインドに同意していないことは确实だとされる<sup>152</sup>。バートン裁判官は人種統合に積極的な態度を示すが、ダグラス裁判官らを惹きつけた広範囲にわたるカラーブラインドの原則からは距離をとっていた<sup>153</sup>。同様に、クラーク裁判官は、人種区分を全般的に禁止することで人種分離解消を促進する憲法原則を確立することよりも、いかにして人種分離解消策を実施していくのかに関心があり、学校の人種分離解消の問題について、例えば、高等教育と初等教育を区別することに問題はないとしていた<sup>154</sup>。

## 2 異人種婚をめぐる懸念

Brown 判決時に多くの裁判官が、広範囲にわたるカラーブラインドの原則の確立から距離をとった理由は、カラーブラインドが異人種婚を廃止し、社会に大きな争いを生じさせるのを懸念したからである。人種分離主義者が学校での人種分離を求めた主たる理由の1つは、白人の女子生徒と黒人の男子生徒との性的接触の制度的遮断にあった<sup>155</sup>。Brown 判決時、合衆国の世論は合衆国最高裁による学校の人種分離解消の判旨を緩やかに支持し、南部と北部の白人の合衆国市民の圧倒的多数は異人種婚に反対した<sup>156</sup>。

フランクファータ裁判官は、Brown 判決の口頭陳述で、生徒側の弁護人が初等学校の人種分離の違憲性だけでなく、異人種婚禁止の違憲性までも包含する主張をしているのかを気にしていた<sup>157</sup>。Brown 判決後に、合衆国最高裁はアラバマ州の異人種婚禁止法への異議申立の裁量上訴を拒否し<sup>158</sup>、フランクファータ裁判官は、異人種婚の問題に合衆国最高裁が向かい合うべきでないという態度を示した<sup>159</sup>。その後、1955年に、ヴァージニア州の異人種婚禁止法の異議申立が問題となった Naim 事件が上訴の一覧表にあがったときに、合衆国最高裁は異人種婚禁止の合憲性判断を迫られたが<sup>160</sup>、審理を拒否した<sup>161</sup>。

フランクファータ裁判官は、異人種婚をめぐる「歴史の動向、深い感情、道徳的及び心理的な前提」を考えると、合衆国最高裁はこの問題の審理を避けるのが良いと考え<sup>162</sup>、異人種婚禁止法の憲法判断は人種分離解消の事例

における合衆国最高裁判決の実施に深刻な障害を生じさせる危険が高いと認識し、激しい争いを生じさせる「スズメバチの巣」を刺激するのを避けたとされる<sup>163</sup>。そして、フランクファータ裁判官は、カラーブラインドの原則を Brown 判決が採用していたならば<sup>164</sup>、Brown 判決が全会一致の判断に至ることはなかったとする<sup>165</sup>。

だが、Brown 判決後、合衆国最高裁は公共施設と公共交通機関の人種分離の合憲性への異議申立を審理し<sup>166</sup>、次々と違憲判断を下した<sup>167</sup>。Brown 判決は教育以外の領域でも<sup>168</sup>、人種分離撤廃を進め<sup>169</sup>、判決の影響は広範囲に及んだ<sup>170</sup>。それらの判決は Brown 判決を参照する以外にほとんど記載のない簡潔なものであり<sup>171</sup>、多くの学説は Brown 判決の効果が公立の初等学校の人種統合に限定できないと考えた<sup>172</sup>。

Brown 判決後の人種分離の一連の違憲判決は人種区分自体が憲法上疑わしいとはせず<sup>173</sup>、反区分の立場をとらなかったが、その後、1964 年の McLaughlin 判決<sup>174</sup>で、合衆国最高裁は、人種区分は修正第 14 条の下で推定的に無効であり、この原則に基づく法を無効にしたと明確に述べた<sup>175</sup>。McLaughlin 判決は、人種区分は人種分離された学校の文脈で無効だと示されたことの証明として Brown 判決を参照し<sup>176</sup>、未婚の異人種カップルの同棲を禁止する法律を無効にした。当該判決で、合衆国最高裁は修正第 14 条の反区分の解釈をはじめて明確にした<sup>177</sup>。

その後、Loving 判決<sup>178</sup>で、合衆国最高裁は修正第 14 条の反区分の解釈の明示に至る<sup>179</sup>。ウォーレン首席裁判官は、Loving 判決で「平等保護条項は、人種区分は特に刑法に関して疑わしく『最も厳密な審査』に服し、それらが支持される場合には、それらが修正第 14 条が根絶する対象である人種差別ではなく、ある許容される正当な目的の確立に必要なだと証明されることを要求する」と示した<sup>180</sup>。

ダグラス裁判官とミントン裁判官（そして弱い程度でブラック裁判官）は Brown 判決時にカラーブラインドな立憲主義の前提を認めたが、当時の合衆国最高裁の残りの裁判官にとっては、学校の人種分離解消の理由として反区分の議論を使用することはあらゆる人種区分を疑うことになり、異人種婚禁止法の廃止に対する人種分離主義者の懸念を考えると、カラーブラインドが人種平等に向けての強力な原則になるとしても、カラーブラインドは現実

的ではなかった<sup>181</sup>。Loving 判決において、リベラル派の裁判官がカラーブラインドを支持するに至った背景には、Brown 判決時からの社会的変化（異人種婚禁止法の廃止を受容する社会的変化）が必要であった<sup>182</sup>。合衆国最高裁は、公立学校の人種分離と異人種婚禁止を無効にする準備が整ってはじめて、人種区分に反対する推定的なルールを採択できた<sup>183</sup>。

1950年代のカラーブラインドをめぐる激しい議論を経て、1960年代には<sup>184</sup>、カラーブラインドとすべての個人に対する平等の機会法命令ではなく、もはや否定できない道徳的な義務であるという広範囲にわたる認識（コンセンサス）が1960年代に現れた<sup>185</sup>。カラーブラインドという理想への支持の表明は「アメリカ人に共通」になり<sup>186</sup>、ほとんどの合衆国市民は、法制度が人種区分を用いるべきではないという理想を抱いた<sup>187</sup>。カラーブラインドは、ポスト人種主義の考え方として、合衆国で確立された<sup>188</sup>。

### 3 Brown 判決の射程と影響

Brown 判決時の合衆国最高裁では、カラーブラインドな立憲主義は多数の裁判官により支持されているわけではなかった<sup>189</sup>。異人種婚禁止法の合憲性という激しい問題を避けるために、Brown 判決は学校の人種分離解消にその判旨を限定し、合衆国最高裁が人種区分の包括的な禁止は現実の選択肢ではなく<sup>190</sup>、Brown 判決時には、「分離すれども平等」の理論の覆しへのためらいが合衆国最高裁にあった<sup>191</sup>。修正第14条のカラーブラインドな解釈の歴史的な基礎に、Brown 判決は文脈が限定された支持を与えるにすぎない<sup>192</sup>。

だが、Brown 判決が合衆国の事実上あらゆる側面で人種差別を終わらせる方向へと司法と立法を促したのも事実である<sup>193</sup>。高等教育機関の人種別学制の合憲性が問題とされた事例では、学校の社会的評価や卒業生の影響力といった客観的でない要素も、平等であるか否かを判断する際に考慮され、高等教育機関の人種別学の維持は事実上難しくなっていた。初等学校では無形の要素はあまり重要性を持たず、施設自体も同等だと証明するのは容易である。事実、Brown 判決までの公立の初等中等学校の人種別学に関する判決では、施設が同等だと容易に認定され、原告側も施設の優劣ではなく最も近い学校に通えないことや居住地の近隣に学校がないことなどを訴えの理

由としていた<sup>194</sup>。

これに対し、Brown 判決では、原告は人種別学の公立学校は「平等」ではないと主張し、合衆国最高裁は、公立学校の人種別学が黒人生徒に及ぼす悪影響を問題とする<sup>195</sup>。この理由から公立学校の人種別学制を違憲とすれば、公立学校での人種別学制はもはや実施できない。無形の要素が重要性を持たず、施設が平等であると容易に示すことのできる公立の初等・中等学校の人種別学制が違憲とされたことから<sup>196</sup>、「社会生活のほぼすべての領域で、人種分離政策はその正当性を失う」ため<sup>197</sup>、Brown 判決後、人種分離を廃止しても社会が受容すると考えられる問題（公共施設の人種分離）につき、合衆国最高裁は違憲判断を下した（IV 2）。

#### 4 教育の重要性の強調

修正第 14 条の起草者の原意には議論があるが、黒人への基本的権利の侵害の禁止を意図し<sup>198</sup>、それらが公立学校の人種分離の廃止を求めたのが確実だと主張するのは難しいと評される<sup>199</sup>。Brown 判決時、合衆国最高裁は限られた基本権の領域での人種区分の使用を禁止していた<sup>200</sup>。

Brown 判決でウォーレン裁判官は教育の重要性を強調し<sup>201</sup>、1868 年（修正第 14 条成立時）の基準ではなく、判決時の基準で公立の初等学校の人種分離の合憲性が判断されるべきとされた<sup>202</sup>。これについて、修正第 14 条の起草者が判決時の合衆国で公教育が果たす役割を予知していた場合には、彼らは躊躇なくそれを基本的権利のリストに含めることを、ウォーレン裁判官は示唆していたと分析される<sup>203</sup>。

実際に、公立の学校の人種分離の合憲性が問題とされた Bolling 判決のウォーレンの起草意見は、事実上、「基本的権利」として教育に言及するが、おそらくはブラック裁判官とフランクファータ裁判官が憲法上の権利の順位付けと列挙されていないものとを容易に調整する考えがなかったため、彼らに遠慮して、最終的に「基本的権利」への言及を削除したとされる<sup>204</sup>。ウォーレン裁判官は、反区分の原則の確立が大きな反発を招くため（IV 2, 5）、カラブラインドの観点ではなく、教育の重要性を強調し<sup>205</sup>、平等保護条項が人種差別を禁止する他の基本的権利のレベルに教育を押し上げて、Brown 判決を下した<sup>206</sup>。

Brown 判決は人種分離全般の違憲性を確立せず<sup>207</sup>、教育以外のものを基本的権利にはしなかった<sup>208</sup>。むしろ、Brown 判決は、教育はそれを人種差別から切り離すのを保障するのに十分に重要であり<sup>209</sup>、教育における人種分離は「分離した教育機関が本来的に不平等である」ことから<sup>210</sup>、差別であり、基本的権利を侵害すると示したと分析される<sup>211</sup>。例えば、教育は公衆浴場へのアクセスよりも重要であり、レクリエーションは自発的だが、公教育は強制であるとの理由から、Brown 判決を区別して人種分離を合憲とする下級審判決がある<sup>212</sup>。Brown 判決により人種分離一般の違憲性は確立されていないため<sup>213</sup>、これは驚くことではないと指摘される<sup>214</sup>。

## 5 Brown 判決の背景

合衆国最高裁が公立の初等中等学校の人種分離に違憲判断を下した場合には、南部が暴力的反応をすることが指摘されていた<sup>215</sup>。この状況を踏まえ、フランクファーター裁判官は、1940年代に、世論が人種分離への反対を抑え込めないとの認識から、公立の初等中等学校の人種分離を合憲にする考えを示し<sup>216</sup>、当時の合衆国最高裁裁判官の多数はこの立場をとったと指摘される<sup>217</sup>。実際に、1950年以前には、NACCP（全米黒人地位向上協会）は公立の初等中等学校の人種分離への直接的な攻撃を差し控え、ほとんどが、人種分離の異議申立が未だに社会政治的環境に適さないと判断していた<sup>218</sup>。

「分離すれども平等」の理論に基づき、黒人に同等の施設が与えられていないとして、大学院での人種別学が合衆国最高裁で違憲と判断されたが<sup>219</sup>、Sewatt 判決時、南部の抵抗を考慮して、クラーク裁判官は公立の初等中等学校の人種別学の解消が受容される社会状況にはないと考えており、大学院の人種分離解消から初等中等学校の人種分離解消が当然に派生する社会状況にはなかった<sup>220</sup>。

初等中等学校の人種別学には大きな政治的争いが含意され<sup>221</sup>、1952年にBrown 判決が最初に審理されたとき、合衆国最高裁の裁判官は人種別学の合憲性について意見が割れ、僅差で違憲判断あるいは合憲判断を下すという予測がなされており、合憲か違憲かが大きく揺れた<sup>222</sup>。その状況下でも<sup>223</sup>、Brown 判決は初等中等学校の人種別学制に違憲判断を下し<sup>224</sup>、合衆国最高裁は社会的状況が違憲判断を受容する準備が整いつつあり<sup>225</sup>、違憲判断が

可能な状況になりつつあると判断した<sup>226</sup>。だが、人種区分全般を違憲にする反区分の法理については、それが確立されると異人種婚禁止の合憲性が揺らぎ、大きな争いを生じさせることへの懸念から (IV 2)、合衆国最高裁はその法理を示さず、公教育の人種分離が及ぼす悪影響を強調するにとどまった (IV 4)。Brown 判決は 1 つのアメリカという理想を示したが<sup>227</sup>、合衆国最高裁はそれの実現のために人種分離解消に反対する社会状況を考慮しなければならなかった。

### (Endnotes)

- 1 少数だが、カラーブラインドを理想としない見解も示されている (Neil Gotanda, *A Critique of "Our Constitution is Color-Blind"*, 44 Stan L.Rev 1, 49-50 (1991))。
- 2 AA の意味は広範囲に及ぶが、本稿では、社会的資源の獲得競争において、人種等を 1 つの考慮要素として、対象者を有利に取扱い、他者に対して社会的資源の獲得のハードルを高める施策と定義する。
- 3 Terry Eastland, *The Case Against Affirmative Action*, 34 Wm. & Mary L. Rev. 33 (1992).
- 4 *Parents Involved*, 551 U.S. 701, 748 (Roberts C.J., jointed by Scalia, Thomas, Alito JJ., plurality) (2007).
- 5 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).
- 6 See Scott Grinsell, "*The Prejudice Of Caste*": *The Misreading Of Justice Harlan And The Ascendency Of Anticlassification*, 15 Mich. J. Race & L. 317, 328-29 (2010).
- 7 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続ける社会構造を意味する旨が説明される (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 ジャンダーと法』(岩波書店, 1997) 71 頁, 88 頁)。

- 8 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, 96-97 頁。
- 9 奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』(有斐閣, 1993) 126 頁。
- 10 松井茂記『日本国憲法 <第 3 版>』(有斐閣, 2007) 396 頁。
- 11 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, 10 頁。
- 12 吉田仁美「アメリカにおける女性に対するアファーマティブ・アクションの動向」同志社アメリカ研究 38 号 (2002) 87 頁; 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—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。
- 13 辻村みよ子編『基本憲法』(悠々社, 2009) 92 頁 (田代亜紀); 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) 293 頁 (愛嬌浩二)。
- 14 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—Grutter v. Bollinger, 288 F.3d 732 (6th Cir.2002).」ジュリスト 1229 号 (2002) 180 頁, 183 頁参照。
- 15 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 巻 (2004) 231 頁, 239 頁。
- 16 中村陸男『憲法 30 講』(青林書院, 1984) 56 頁; 安西前掲 (8) 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。
- 17 佐藤幸治編『憲法』(成文堂, 1988) 128 頁 (鎌田泰介)。
- 18 戸松秀典「平等原則」法学教室 18 号 (1982) 6 頁, 8 頁。
- 19 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 頁参照。
- 20 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 頁参照。
- 21 横田耕一「女性差別と憲法」ジュリスト 819 号 (1984) 68 頁, 73 頁; 松田聰子「男女平等とアファーマティブ・アクション」現代公法研究会編『現代憲法の理論と現実』33 頁, 74 頁 (青林書院, 1993)。

- 22 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) 等参照。
- 23 1940年代から1960年代にかけての市民権をめぐる議論は、人種的従属はカラーブラインドな法の適用で克服できると考えられ (Randall Kennedy, *Persuasion and Distrust: A Comment on the Affirmative Action Debate*, 99 Harv. L. Rev. 1327, 1335-36 (1986))、人種は法的及び道徳的に無関係で、進歩的な人種政策は人種区分を乗り越えるべきとの考えを前提としていた (Christopher W. Schmidt, *Essay, Brown and the Colorblind Constitution*, 94 Cornell L. Rev. 203, 238 (2008))。
- 24 Jerome M. Culp, Jr., *Colorblind Remedies and the Intersectionality of Oppression: Policy Arguments Masquerading as Moral Claims*, 69 N.Y.U. L. Rev. 162, 163-64 (1994).
- 25 Culp, *supra* note 24, at 163.
- 26 Robert F. Drinan, *Affirmative Action Under Attack* in Racial Preference and Racial Justice 117, 124, edited by Russell Nieli, University Press of Amer (1991).
- 27 Eastland, *supra* note 3, at 45.
- 28 AAはカラーブラインドに移行する一時的な措置だとされる (石山文彦「多文化主義理論の法哲学的意義に関する一考察 (1)」国家学会雑誌 113 卷1・2号 (2000) 25頁)。
- 29 See Benjamin L. Hooks, *Affirmative Action: A Needed Remedy*, 21 Ga. L. Rev. 1043, 1043 (1987).
- 30 合衆国の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る (Edwin Meese III, *Civil Rights, Economic Progress, and Common Sense*, 14 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 150, 156 (1991))。
- 31 オコナ裁判官は Grutter 判決 (Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003)) 以外では、AAに否定的な判断を下してきた。
- 32 Brown v. North Carolina, 479 U.S. 940, 941 (1986) (O'Connor, J., concurring).
- 33 AAは、少なくとも短期的にはカラーブラインドに反する (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)。

- 34 Culp, *supra* note 24, at 168–69J.
- 35 例えば、1990 年代以降には、「カラーブラインドな社会」の達成の要求から、AA を禁止するために、州憲法の修正の動きが出た (Neal Devins, *Adrand Constructors, inc. v. Pena and The Continuing Irrelevance of Supreme Court Affirmative Action Decisions*, 37 Wm. & Mary L. Rev. 673, 674 (1996))。
- 36 See David A. Strauss, *The Myth of Colorblindness*, 1986 Sup. Ct. Rev. 99, 100, 118–34.
- 37 Lino A. Graglia, Racial Preferences, Quotas, and the Civil Rights Act of 1991, 41 DePaul L. Rev. 1117, 1118 (1992).
- 38 Culp, *supra* note 24, at 164.
- 39 See William Van Alstyne, *Rites of Passage: Race, the Supreme Court, and the Constitution*, 46 U. Chi. L. Rev. 775, 808–09 (1979).
- 40 Alstyne, *supra* note 39, at 809.
- 41 See Strauss, *supra* note 36, at 100–01.
- 42 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). AA の批判者が人種分離のための「歪曲語」としてカラーブラインドを用いるのは最たる皮肉だとされる (David Kairys, *Unexplainable on Grounds Other than Race*, 45 Am. U.L. Rev. 729, 748 (1996))。
- 43 Culp, *supra* note 24, at 173. だが、異人種婚禁止法を違憲にする際に、合衆国最高裁の裁判官は、すべての人種区分が禁止されるわけではなく、マイノリティの不利な状況の改善にカラーブラインドが有用だと考えたことから、反区分の考え方を示した (IV 2)。
- 44 John Hart Ely, *Foreword: On Discovering Fundamental Values*, 92 Harv. L. Rev. 5, 143 (1978).
- 45 Donald E. Lively & Stephen Plass, *Equal Protection: The Jurisprudence of Denial and Evasion*, 40 Am. U. L. Rev. 1307, 1319 (1991).
- 46 See John Hart Ely, *The Constitutionality of Reverse Discrimination*, 41 U.

- Chi. L. Rev. 723, 729–33 (1974); Milner S. Ball, *Judicial Protection for Powerless Minorities*, 59 Iowa L. Rev. 1059, 1072–73 (1974); Robert A. Sedler, *Racial Preference, Reality and the Constitution: Bakke v. Regents of the University of California*, 17 Santa Clara L. Rev. 329, 365 (1977).
- 47 See 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, 774 (2004).
- 48 Schmidt, *supra* note 47, at 786.
- 49 See Schmidt, *supra* note 47, at 775–76.
- 50 Kennedy, *supra* note 23, at 1335–36; Schmidt, *supra* note 47, at 778.
- 51 Rhoda L. Blumberg, *Civil Rights: The 1960s Freedom Struggle* 40, Twayne Publication (1991).
- 52 Alex M. Johnson, Jr., *Bid Whist, Tonk, and United States v. Fordice: Why Integrationism Fails African-Americans Again*, 81 Cal. L. Rev. 1401, 1409–10 (1993). AA の反対者は統計上の割合による差別の証明は「差別がなければ、あらゆるエスニックグループは雇用のあらゆる区分に無作為に割当てられるという非常に誤った想定に依拠する」とするが (Robert H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law* 108, Phoenix Books (1990))、AA の支持者は、その説明は我々の社会における大規模な統計上の不均衡を説明しないと反論する (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))。
- 53 Michael L. Foreman, Kristin M. Dadey & Audrey J. Wiggins, *The Continuing Relevance of Race-Conscious Remedies and Programs in Integrating the Nation's Workforce*, 22 Hofstra Lab. & Emp. L.J. 81, 112–13 (2004).
- 54 殆どの人々は人種主義を意識していないが、人種差別は存在しており、それは無意識の人種的な動機付けによって影響を及ぼされ (See Charles R. Lawrence III, *The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism*, 39 Stan. L. Rev. 317, 322 (1987))、明白な差別から巧妙で間接的なものへと変化し (See Thomas F. Pettigrew, *Advancing Racial Justice in Opening Doors: Perspectives on Race Relations in Contempo-*

- rary America edited by Harry J. Knopke et al. 173-76, University of Alabama Press (1991))、「自覚なき差別」(無意識のうちのマジョリティが優越的していると考え、マイノリティへの劣等感を示す行為)が蔓延しているとされる (Peggy C. Davis, *Law as Microaggression*, 98 Yale L.J. 1559, 1576 (1989))。
- 55 See T. Alexander Aleinikoff, *A Case for Race-Consciousness*, 91 Colum. L. Rev. 1060 (1991). 判断形成者は自身の固定観念に基づいて意図的に判断をするため、無意識の差別は意図的な差別であるとも評される (See Ivan E. Bodensteiner, *The Implications of Psychological Research Related to Unconscious Discrimination and Implicit Bias in Proving Intentional Discrimination*, 73 Mo. L. Rev. 83, 103-05, 117-18 (2008))。
- 56 あらゆる人種の考慮が禁止されると、差別の再生産が生じるとされる (伊藤正己「アフターマティブ・アクション」日本学士院紀要 48 巻 2 号 (1994) 83 頁, 87 頁)。
- 57 一定の文脈では、明白な差別が深刻な問題として残っており、有色人種は不均衡な割合で警察の捜査の対象になっている (See Sheri L. Johnson, *Race and the Decision to Detain a Suspect*, 93 Yale L.J. 214 (1983); Margaret M. Russell, *Entering Great America: Reflections on Race and the Convergence of Progressive Legal Theory and Practice*, 43 Hastings L.J. 749, 759-66 (1992); Dwight L. Greene, *Justice Scalia and Tonto, Judicial Pluralistic Ignorance, and the Myth of Colorless Individualism in Bostick v. Florida*, 67 Tul. L. Rev. 1979 (1993))。
- 58 Aleinikoff, *supra* note 55, at 1088-89.
- 59 Ivan E. Bodensteiner, *Although Risky After Ricci and Parents Involved, Benign Race-Conscious Action Is Often Necessary*, 22 Nat'l Black L.J. 1, 30-31 (2009).
- 60 カラブラインドの理論は人種間の不均衡を無視し、AA の制限に効果的だとされる (See Laura McNeal, *Current Issues In Education Law: Schuette v. Coalition To Defend Affirmative Action: The Majority's Tyranny Toward Unequal Educational Opportunity*, 59 St. Louis L.J. 385, 386 (2015))。
- 61 Culp, *supra* note 24, at 167.

- 62 親の社会経済的地位が彼らの子どもの成功を左右し (Christopher Jencks, *Rethinking Social Policy* 4-5, HarperCollins (1993))、AA による介入がなければ、マイノリティの従属的地位は再生産されると主張される (Paul Brest & Miranda Oshige, *Affirmative Action for Whom?*, 47 *Stan. L. Rev.* 855, 861, 873-74 (1995))。ある人種が社会経済的に劣悪な状況に置かれると、共同体で接触するのは社会経済的に不利な状況にある者が多数になり、人々は隣人に影響を受けるため、その共同体の者の能力 (向上心) は低くなる (William Julius Wilson, *The Truly Disadvantaged: The Inner City, the Underclass, and Public Policy* 60-61, University of Chicago Press (1987))。
- 63 Girardeau A. Spann, *Proposition 209*, 47 *Duke L.J.* 187, 261 (1997).
- 64 人種主義が浸透している社会では人々の思考はカラーブラインドではなく、無意識のうちに人種を意識しており、カラーブラインドなアプローチは人種主義の影響を無視することになる (See Linda H. Krieger, *Civil Rights Perestroika: Intergroup Relations After Affirmative Action*, 86 *Cal. L. Rev.* 1253, 1277 (1998))。
- 65 Culp, *supra* note 24, at 164J
- 66 See Tanya Kateri Hernandez, “*Multiracial*” *Discourse: Racial Classifications in an Era of Color-Blind Jurisprudence*, 57 *Md. L. Rev.* 97, 153.
- 67 Robert L. Hayman, Jr., *Re-Cognizing Inequality: Rebellion, Redemption and the Struggle for Transcendence in the Equal Protection of the Law*, 27 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 9, 48-49 (1991).
- 68 Aleinikoff, *supra* note 55, 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); Culp, *supra* note 24, at 188.
- 69 Zoe Burkholder, *Color In The Classroom: How American Schools Taught Race 1900-1954* 178, Oxford University Press (2011).
- 70 Hernandez, *supra* note 66, at 148-49.
- 71 Schmidt, *supra* note 47, at 785.
- 72 See Hernandez, *supra* note 66, at 141.

- 73 Schmidt, *supra* note 47, at 785.
- 74 See Feldman, *supra* note 68, at 154.
- 75 Culp, *supra* note 24, at 169.
- 76 See Gotanda, *supra* note 1, at 16.
- 77 Culp, *supra* note 24, at 162.
- 78 Bakke, 438 U.S. at 394 (Marshall, J., dissenting).
- 79 カラーブラインドは過去の差別の遺産を残す (植木淳「平等保護原理と Affirmative Action」六甲台論集 46 巻 2 号 (1999) 17 頁, 61 頁)。
- 80 Schmidt, *supra* note 47, at 779.
- 81 カラーブラインドは形式的平等を徹底する単純明快な議論だと評されている (伊藤前掲 (56) 96 頁)。
- 82 Feldman, *supra* note 68, at 154.
- 83 Schmidt, *supra* note 47, at 783.
- 84 See Gerald W. Heany, Busing, *Timetables, Goals, and Ratios: Touchstones of Equal Opportunity*, 69 Minn. L. Rev. 735, 819–20 (1985); Michael Rosenfeld, *Affirmative Action, Justice, and Equalities: A Philosophical and Constitutional Appraisal*, 46 Ohio St. L.J. 845, 856–67 (1985); Hooks, *supra* note 29, at 1044.
- 85 Schmidt, *supra* note 47, at 775–76.
- 86 Gratz v. Bollinger, 539 U.S. at 302 (Ginsburg J., dissenting jointed by Souter J., dissenting) (2003).
- 87 Morrison, *supra* note 52, at 315.
- 88 See Bakke, 438 U.S. at 407 (Blackmun, J., dissenting) (「人種主義を乗り越えるためには、我々はまず人種を考慮すべきである。」) ; Bakke, 438 U.S. at 327 (Brennan J., jointed by White, Marshall, and Blackmun, JJ., dissenting) (「法が『カラー・ブラインド』であるべきであり、人種という基準がもはや公的政策とは関連しないとの主張は、現実の描写というよりも望みのように見える。」) .
- 89 Morrison, *supra* note 52, at 322–23.
- 90 Croson, 488 U.S. at 493(O'Connor jointed by Rehnquist C.J, White J., plurality).

- 91 Selena Dong, *“Too Many Asians”: The Challenge of Fighting Discrimination Against Asian-Americans and Preserving Affirmative Action*, 47 Stan. L. Rev. 1027, 1053 (1995).
- 92 See Nicolaus Mills, Introduction: To Look Like America, in *Debating Affirmative Action, Race, Gender, Ethnicity, and the Politics of Inclusion*, edited by Nicolaus Mills, 30 (1994).
- 93 AA の支持者でも、AA にはマイノリティはマジョリティと同じ土俵で競争できないという考えを含み、マジョリティは AA がなくとも地位を獲得できたマイノリティも劣等視し、個人の資格や能力に関係なく、マイノリティ全員にスティグマを生じさせる危険があると認識する者がいる (See Kennedy, *supra* note 23, at 1330–31)。
- 94 See Rupert B. Nacoste, *Sources of Stigma: Analyzing the Psychology of Affirmative Action*, 12 Law & Pol’y 175, 188 (1990).
- 95 See Ivan E. Bodensteiner, *Affirmative Action—The Need for Leadership*, 39 How. L.J. 757, 763 (1996).
- 96 See Marty B. Lorenzo, *Race-Conscious Diversity Admissions Programs: Furthering a Compelling Interest*, 2 Mich. J. Race & L. 361, 409–11 (1997).
- 97 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).
- 98 Lorenzo, *supra* note 96, at 418–19.
- 99 See Adeno Addis, *Role Models and the Politics of Recognition*, 144 U. Pa. L. Rev. 1377 (1996).
- 100 Sheila Foster, *Difference and Equality : A Critical Assessment of the Concept of “Diversity”*, 1993 Wis.L.Rev 107, 112.
- 101 Elise C. Boddie, *Response: The Future of Affirmative Action*, 130 Harv. L. Rev. F. 38, 39 (2016).
- 102 Herbert O. Reid, Sr., *Assault on Affirmative Action: The Delusion of a Color-Blind America*, 23 How. L.J. 381, 427 (1980).
- 103 Croson, 488 U.S. at 493(O’Connor jointed by Rehnquist C.J., White J., plurality).

- 104 James N. 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, 66.
- 105 Robinson II, *supra* note 104, at 66.
- 106 See Morris B. Abram, *Affirmative Action: Fair Shakers and Social Engineers*, 99 Harv. L. Rev. 1312, 1321 (1986).
- 107 Lorin J. Lapidus, *Diversity Divergence: A Post Grutter Examination of Racial Preferences in Public Employment*, 28 W. New Eng. L. Rev. 199, 255 (2006).
- 108 Lisa E. Chang, *Remedial Purpose and Affirmative Action: False Limits and Real Harms*, 16 Yale L. & Pol'y Rev. 59, 79 (1997).
- 109 Brest & Oshige, *supra* note 62, at 858.
- 110 合衆国最高裁では、AA は、マイノリティの能力が劣っているという考えを生じさせることを懸念する意見が見られる (See Fullilove, 448 U.S. at 545 (1980) (Stevens, J., dissenting); Metro Broadcasting, 497 U.S. at 636 (Kennedy, J., jointed by Scalia J.,dissenting))。
- 111 Stanley Crouch, *The All-American Skin Game* 21-32, 66-69, Vintage (1995).
- 112 See Abram, *supra* note 106, at 1322..
- 113 Peter Wood, *Diversity: The Invention of a Concept* 173-74 (2003).
- 114 Charles R. Lawrence III, *Race, Multiculturalism, and the Jurisprudence of Transformation*, 47 Stan. L. Rev. 819, 836 (1995).
- 115 See Stephen L. Carter, *Reflections of an Affirmative Action Baby*, Basic Books (1991).
- 116 Tung Yin, *Class-Based Affirmative Action*, 31 Loy. L.A. L. Rev. 213, 252 (1997).
- 117 See Carter, *supra* note 115, at 50-52.
- 118 Jim Chen, *Diversity and Damnation*, 43 UCLA L. Rev. 1839, 1903 (1996).
- 119 Yin, *supra* note 116, at 256.
- 120 Eastland, *supra* note 3, at 42.

- 121 Alstynne, *supra* note 39, at 787 n.38.
- 122 Frederick A. Morton, Jr., *Class-based Affirmative Action: Another Illustration of America Denying the Impact of Race*, 45 Rutgers L. Rev. 1089, 1137 (1993).
- 123 Grutter, 539 U.S. at 373 (Thomas, J. jointed by Scalia J., dissenting).
- 124 Jonathan L. Entin, *Justice Thomas, Race, and the Constitution Through the Lens of Booker T. Washington and W.E.B. Du Bois*, 88 U. Det. Mercy L. Rev. 755, 766 (2011).
- 125 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). 中間派であるオコナ裁判官も、差別の救済を理由とする AA の合憲性が問題とされた文脈で、人種区分が潜在的に危険だと認識し、AA がその対象者に対する劣等視を助長しないように、人種区分の使用は特定された差別の犠牲者の救済に限定すべきと主張した (See Croson, 488 U.S. at 493 (O'Connor jointed by Rehnquist C.J, White J., plurality))。これに対し、救済の対象となる差別を狭く捉える見解は、差別の憲法上の禁止を掘り崩し、逆に意図的な差別を容易にするとされる (Kairys, *supra* note 42, at 734)。
- 126 Chang, *supra* note 108, at 80.
- 127 Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954). 当該判決につき、勝田卓也『アメリカ南部の法と連邦最高裁』(有斐閣, 2011) 175 頁以下が詳細かつ鋭い分析をしている。
- 128 Brown 判決の扱った公立学校での人種別学の廃止は南部からの反発が最も予測される問題で (山口房司「ブラウン判決再検」アメリカス研究 9 号 (2005) 19 頁, 30 頁)、合衆国最高裁は違憲判断に強い説得力 (全員一致) を示す必要があり (勝田卓也「ブラウン判決再考」法学雑誌 53 卷 3 号 (2007) 711 頁, 728 頁)、全員一致は政治的に絶対必要条件であったとされる (勝田前掲 (127) 219 頁)。
- 129 大越康夫「教育における人種平等—バーガー・コートの逆差別ケースを中心に—」早稲田大学政治公法研究 10 号 (1981) 161 頁; 山口房司「ブラウン判決—人種統合学校を求めて」アメリカス研究 7 号 (2002) 1 頁,

- 19 頁；勝田前掲 (128) 711 頁。
- 130 久保田前掲 (33) 49 頁。もっとも、Brown 判決は直接的には人種統合を導かず (早瀬勝明「ブラウン判決は本当にアメリカ社会を変えたのか (1)」法政論叢 35 号 (2006) 61 頁, 81 頁)、人種別学の解消には、公民権法の成立を待たなければならず、合衆国最高裁が単独では人種別学という大きな社会制度を根絶できなかつたとされる (勝田前掲 (127) 221-22 頁)。
- 131 小林直樹『憲法講義 (上)』(新版) (東京大学出版会, 1980) 338 頁。
- 132 Schmidt, *supra* note 23, at 219.
- 133 ダグラス裁判官は人種区分が憲法上不当だとする (Edwards v. California, 314 U.S. 160, 180, 185 (1941) (Douglas, J., concurring); South v. Peters, 339 U.S. 276, 278 (1950) (Douglas, J., dissenting)) .
- 134 Schmidt, *supra* note 23, at 219.
- 135 Schmidt, *supra* note 23, at 219.
- 136 ダグラス裁判官は Plessy 判決ハーラン裁判官反対意見を参照し、カラーブラインドな憲法に言及した最初の裁判官である (Garner v. Louisiana, 368 U.S. 157, 185 (1961) (Douglas, J., concurring))。Brown 判決当時の合衆国最高裁の裁判官の中で、ダグラス裁判官は、教育の文脈における AA への最初の異議申立が到達した 1974 年 (DeFunis v. Odegaard, 416 U.S. 312 (1974)) まで合衆国最高裁に在籍した唯一の裁判官である。彼は、Brown 判決の原則を侵害するものとして、あらゆる人種区分を批判するためにこの機会 (DeFunis 判決) を用いた (*Id.* at 342-44 (Douglas, J., dissenting))。
- 137 Schmidt, *supra* note 23, at 219-20.
- 138 Schmidt, *supra* note 23, at 220.
- 139 Schmidt, *supra* note 23, at 220.
- 140 Schmidt, *supra* note 23, at 220.
- 141 Schmidt, *supra* note 23, at 220.
- 142 See Michael J. Klarman, From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality 304-07, Oxford University Press (2004).
- 143 See Schmidt, *supra* note 23, at 221.
- 144 ウォーレン裁判官は、合衆国最高裁に赴任した初期の時期に、フランクフ

ァータ裁判官の影響を強く受けたとされ (See Bernard Schwartz, *Super Chief: Earl Warren and His Supreme Court—A Judicial Biography* 146, NYU Press (1983); G. Edward White, *Earl Warren: A Public Life* 178, Oxford University Press (1982))、人種分離解消がもたらす政治的影響を意識して、人種分離解消の問題を検討しており、広範囲にわたるカラブラインドの原則を確立しようとはしていなかったとされる (See Schmidt, *supra* note 23, at 221–22)。

145 Schmidt, *supra* note 23, at 221.

146 *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497, 499 (1954) (citing *Korematsu v. United States*, 317 U.S. 329 (1945)).

147 *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497, 499 (1954)(citing *Gibson v. Mississippi*, 162 U.S. 565, 591.

148 Joel K. Goldstein, *Justice O'Connor's Twenty-Five Year Expectation: The Legitimacy of Durational Limits in Grutter*, 67 Ohio St. L.J. 83, 111–12 (2006).

149 *Brown*, 347 U.S. at 494–95.

150 Rubin, *supra* note 97, at 27–28.

151 Reva Siege, *Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Value in Constitutional Struggles Over Brown*, 117 Har. L. Rev. 1470, 1501 (2004).

152 See Richard Kluger, *Simple Justice: The History of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality* 595–96, 680, 691–93, 698, Vintage (1976); John D. Fassett, *New Deal Justice: The Life of Stanley Reed of Kentucky* 555–80, Vantage Press (1994).

153 Mary Frances Berry, *Stability, Security, and Continuity: Mr. Justice Burton and Decision-Making in the Supreme Court, 1945–1958*, Praeger Publication Text (1978).

154 Schmidt, *supra* note 23, at 222.

155 See Michael J. Klarman, *Brown and Lawrence (and Goodridge)*, 104 Mich. L. Rev. 431, 446 (2005).

156 Schmidt, *supra* note 23, at 222–23.

157 Schmidt, *supra* note 23, at 223.

158 *Jackson v. Alabama*, 72 So. 2d 114 (Ala. 1954), cert. denied, 348 U.S. 888

- (1954).
- 159 Schmidt, *supra* note 23, at 223.
- 160 Michael Klarman, *An Interpretive History of Modern Equal Protection*, 90 Mich. L. Rev. 213, 243 (1991).
- 161 *Naim v. Naim*, 350 U.S. 891 (1955) (per curiam). バートン裁判官のクラークは、合衆国最高裁が異人種婚の合憲性の問題を審理しない状況について、「人種分離の訴訟によって生じた問題を考えて、この問題にしばらく触れないことにするのが裁判所にとって賢明である」と評価した (Dennis J. Hutchinson, *Unanimity and Desegregation: Decisionmaking in the Supreme Court, 1948–1958*, 68 Geo. L.J. 1, 63 (1979).)。
- 162 Dennis J. Hutchinson, *Unanimity and Desegregation: Decisionmaking in the Supreme Court, 1948–1958*, 68 Geo. L.J. 1, 95 (1979).
- 163 Klarman, *supra* note 160, at 243.
- 164 *Brown* 判決では、最高裁の判断形成過程が、法理論というよりむしろ、社会の現実によって規定される側面が如実に見て取れると分析される (勝田前掲 (127) 200 頁)。
- 165 Gerald Gunther, *Learned Hand: The Man and the Judge* 669, Oxford University Press (1994).
- 166 *Brown* 判決後に多くの人種分離制度が撤廃され、合衆国最高裁は人種統合差別撤廃へと向かったと評される (早瀬前掲 (130) 71 頁)。
- 167 *See New Orleans City Park Improvement Ass'n v. Detiege*, 358 U.S. 54 (1958) (per curiam) (公園の人種分離に関する判決); *Gayle v. Browder*, 352 U.S. 903 (1956) (per curiam) (バスの人種分離に関する判決); *Holmes v. City of Atlanta*, 350 U.S. 879 (1955) (per curiam) (ゴルフコースの人種分離に関する判決); *Mayor and City Council of Baltimore v. Dawson*, 350 U.S. 877 (1955) (per curiam) (ビーチの人種分離に関する判決)。
- 168 人種差別の解消に果たしたブラウン判決の意義は実に大きいと評される (久保田きぬ子「アメリカにおける『差別』判決の動向 (3・完) —バッキー判決を契機に—」*ジュリスト* 679号 (1978) 121 頁, 125 頁)。
- 169 久保田きぬ子「米国民権法—その成立経過と問題点—」*ジュリスト* 303号 (1964) 75 頁, 79 頁。

- 170 大塚秀之「ブラウン判決から五〇年—アメリカ社会の人種的分裂の現在—」地理歴史教育 672 号 (2004) 98 頁, 103 頁
- 171 もっとも Brown 判決後も事実上の人種分離は残存し、人種統合が進んだか否かの評価は分かれる (藤井樹也「学校における人種統合とアフーマティヴ・アクション (2・完)」筑波ロー・ジャーナル 3 号 (2008) 161 頁, 167-68 頁)。
- 172 Schmidt, *supra* note 23, at 217-18.
- 173 Brown 判決は、人種区分自体が違憲であるという結論を正当化しておらず、特定の人種を劣等視することを違憲だと判断した (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, 87 頁)。
- 174 McLaughlin v. Florida, 379 U.S. 184 (1964).
- 175 McLaughlin, 379 U.S. at 191-92.
- 176 McLaughlin, 379 U.S. at 192.
- 177 Klarman, *supra* note 160, at 255; Schmidt, *supra* note 23, at 224.
- 178 Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967).
- 179 Klarman, *supra* note 160, at 242.
- 180 Loving v. Virginia, 388 U.S. 1, 11 (1967) (quoting Korematsu v. United States, 323 U.S. 214, 216 (1944)).
- 181 Schmidt, *supra* note 23, at 238.
- 182 See Schmidt, *supra* note 23, at 224-25.
- 183 Klarman, *supra* note 160, at 241.
- 184 1960 年前後の時代状況において、合衆国では、カラーブラインドの理念に一定のコンセンサスが得られていたと評されるが (植木前掲 (79) 22 頁)、1950 年代から 60 年代にかけて、労働力の需要が高まり、人種分離した職場ではそれが満たせず、人種分離制度の撤廃が経済的利益につながっていたことが、1つの理由である (早瀬勝明「ブラウン判決は本当にアメリカ社会を変えたのか (2・完)」法政論叢 36 号 (2006) 1 頁, 3 頁)。
- 185 William Bradford Reynolds, *Individualism vs. Group Rights: The Legacy of Brown*, 93 Yale L.J. 995, 998 (1984).
- 186 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* edited by Earl Lewis & Nancy Cantor 39, 47, Princeton University Press (2016).
- 187 Deborah Ramirez, *Multicultural Empowerment: It's Not Just Black and White Anymore*, 47 Stan. L. Rev. 957, 974 (1995).
- 188 See Sumi Cho, *Post-Racialism*, 94 Iowa L. Rev. 1589 (2009); Mario L. Barnes, Erwin Chemerinsky & Trina Jones, *A Post-Race Equal Protection?*, 98 Geo. L.J. 967 (2010). 他方で、カラープラインドな社会が必ずしも望ましい目標であるのかは不明確だという見解も示される。その見解によれば、実際に、カラープラインドな立憲主義の考察は、公的な領域から社会一般の目標へのカラープラインドの拡大がマイノリティの文化の不承認と再抑圧の助長し (Gotanda, *supra* note 1, at 7)、合衆国の人種的抑圧とマジョリティによる支配の遺産を永続させる危険がある (Aleinikoff, *supra* note 55, at 1065)。人種の意識は差別を是正するだけでなく、マイノリティの共同体への社会的サービスの提供などの正当な目的を促進するために重要であるとの認識もなされている (Kenneth E. Payson, *Check One Box: Reconsidering Directive No. 15 and the Classification of Mixed-Race People*, 84 Calif. L. Rev. 1233, 1287-88 (1996).)。
- 189 Schmidt, *supra* note 23, at 208.
- 190 Schmidt, *supra* note 23, at 238.
- 191 See Klarman, *supra* note 160, at 243-44.
- 192 Schmidt, *supra* note 23, at 238.
- 193 Reynolds, *supra* note 185, at 998.
- 194 See *Cumming v. Richmond County Bd. of Edu.* 175 U.S. 528 (1899) ; *Cong Lum v. Rice*, 275 U.S. 78 (1927).
- 195 *Brown*, 347 U.S. at 494.
- 196 この点から、*Brown* 判決は「分離平等政策」の便益性の承認から、分離は本質的に不平等であるという合理的根拠の提示へと、激しく旋回するに至ったとされる (竹尾隆「アメリカ合衆国の Affirmative Action における価値系列の断層 (1)」*神奈川法学* 30 卷 3 号 (1995) 151 頁, 160 頁)。
- 197 愛敬浩二『改憲問題』(筑摩新書、2006) 40 頁。合衆国は法的制度的に作

り出された差別や隔離ばかりでなく、現実に存在する差別や隔離も点検や是正を迫られることになり、Brown 判決は大きな衝撃をもたらした（大塚前掲 (170) 104 頁）、多大な影響を及ぼしたとされる（君島東彦「ブラウン判決の誕生」法の科学 17 号 (1989) 172 頁）。

198 Klarman, *supra* note 160, at 235-36.

199 Klarman, *supra* note 160, at 238-39.

200 Klarman, *supra* note 160, at 235-36. 修正第 14 条はあらゆる人種区分を根絶する意図があったと論じる学説については以下参照 (Howard J. Graham, *Our "Declaratory" Fourteenth Amendment*, 7 Stan. L. Rev. 3, 9-10, 17, 23, 37 (1954); Alfred H. Kelly, *The Fourteenth Amendment Reconsidered: The Segregation Question*, 54 Mich. L. Rev. 1049, 1054-85 (1956); John P. Frank & Robert F. Munro, *The Original Understanding of "Equal Protection of the Laws,"* 1972 Wash. U. L.Q. 421, 442-43.)。他方、修正第 14 条は 1866 年市民権法の憲法への組入れ、特定の基本権に関してのみ人種差別を禁止する意図があったと主張する学説については、以下参照 (Alexander M. Bickel, *The Original Understanding and the Segregation Decision*, 69 Harv. L. Rev. 1, 12-13, 16-17, 46-47, 56-58 (1955); Raoul Berger, *Government By Judiciary* 18-19, 22-23, 163-65, 169, 173, 239, Liberty Fund Inc (1977))。

201 Brown 判決は人種分離の悪影響が教育現場で特に著しい点を強調し、修正 14 条違反を認定していることに注意すべきとされる（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 卷 11・12 号 (2006) 597 頁, 619 頁）。

202 Brown, 347 U.S. at 492-93.

203 Klarman, *supra* note 160, at 239.

204 Klarman, *supra* note 160, at 239.

205 黒人にとって、人種別学の撤廃（物理的に白人と同じ場所にいること）が平等達成の一番の早道であり（藤倉皓一郎「公立学校における人種別学の撤廃」アメリカ法 [1972-2] 219 頁, 222 頁）、1950 年代の人種差別撤廃の焦点は義務教育レベルでの人種統合にあった（阪本昌成「優先処遇と平等権」公法研究 45 号 (1983) 98 頁, 100 頁）。

- 206 Klarman, *supra* note 160, at 246–47.
- 207 Klarman, *supra* note 160, at 239.
- 208 Brown 判決は、人種分離が許容しうる目的を促進する合理的手段であれば、人種分離が正当化されると推定していたと分析されている (Klarman, *supra* note 160, at 233 n.86 .)。
- 209 分離すれども平等の理論は Brown 判決で否定されたとの評価もあるが (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 677 号 (1978) 70–71 頁; 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 卷 1 号 (2005) 81 頁, 100 頁)、Brown 判決はプレッシー判決を全面的に覆えさず、公教育の分野で「分離すれども平等」法理がもはや通用しないと述べたに過ぎない (勝田前掲 (127) 199 頁)。「分離すれども平等」法理は人種分離制度維持の基礎になっていたことから (藤倉前掲 (205) 219 頁)、限定的とはいえ Brown 判決がその法理を覆したことには、記念碑的な意味があると評される (勝田前掲 (128) 713 頁)。
- 210 Brown, 347 U.S. 483, 495 (1954).
- 211 Klarman, *supra* note 160, at 247.
- 212 Lonesome v. Maxwell, 123 F. Supp. 193 (D. Md. 1954), *revd.*, 220 F.2d 386 (4th Cir.), *affd. per curiam sub nom.* Mayor of Baltimore v. Dawson, 350 U.S. 877 (1955); Holmes v. City of Atlanta, 124 F. Supp. 290 (N.D. Ga. 1954), *affd.*, 223 F.2d 93 (5th Cir.), *vacated*, 350 U.S. 879 (1955).
- 213 本稿の立場とは異なり、Brown 判決の基礎には、人種を一切考慮すべきではないというカラープラインドの考えが基礎にあるとの評価もなされている (伊藤前掲 (56) 86 頁)。
- 214 Klarman, *supra* note 160, at 247–48.
- 215 Mark V. Tushnet, *The Naacp's Legal Strategy Against Segregated Education 1925–1950*, 129,130, The University of North Carolina Press (1987).
- 216 Melvin I. Urofsky, *The Douglas Letters* 169, Adler & Adler (1987).
- 217 Klarman, *supra* note 160, at 241.
- 218 *See* Urofsky, *supra* note 215, at 105–37.
- 219 Sewatt v. Painter, 339 U.S. 629 (1950).

- 220 Klarman, *supra* note 160, at 241–42.
- 221 Brown 判決が全国的に受容されるまでには、長く複雑な過程があった（勝田前掲 (128) 729 頁）。合衆国最高裁は Brown II 判決で、人種別学の即時の廃止を求めず、「可及的速やかなスピード」で実施すべきと示し（Brown v. Broad. of Education., 349 U.S. 294, 301 (1955)）、人種別学による法の平等保護の侵害の救済が遅れることを暗に認めた（藤倉前掲 (205) 222 頁）。Brown 判決は人種主義者の暴力を招来しており（早瀬前掲 (184) 29 頁）、判決の履行への合衆国最高裁の慎重な態度は、判決への反発の予測に基づいていた（勝田前掲 (128) 729 頁）。Brown 判決後、南部の組織的抵抗により学校での人種統合が長年にわたり実現されなかった（勝田前掲 (127) 184 頁）。
- 222 See Klarman, *supra* note 160, at 242.
- 223 Brown 判決は国民の半数を少し上回る程度の支持しか得られなかった違憲判断であり、通常合衆国最高裁は国民のかなり多くが支持している立場から違憲判断を下すため、例外的であり冒険的な行動であったと分析される（勝田前掲 (127) 220 頁）。
- 224 Brown 判決は人種別学への黒人の不満を抑制し、暴動を抑え込むために下されたと分析される（君島前掲 (197) 180 頁参照）。
- 225 Brown 判決は国民の半数を少し上回る程度の支持しか得られなかった違憲判断であり、通常合衆国最高裁は国民のかなり多くが支持している立場から違憲判断を下すため、例外的であり冒険的な行動であったと分析されている（勝田前掲 (127) 220 頁）。
- 226 Plessy 判決当時、人種分離制度を違憲とする基盤が、社会的にも、政治的にも、法的にも、きわめて弱かったが（勝田前掲 (128) 719 頁）、Brown 判決で違憲判断が下されたのは、人種分離解消に向けた人々の努力と、それに伴う社会的状況や人々の意識の変化に原因がある（宮原前掲 (201) 620 頁 註 55；勝田前掲 (128) 720 頁）。
- 227 Goldstein, *supra* note 148, at 136.

（もぎ・ようへい 桐蔭横浜大学法学部准教授）