

論文

アメリカ合衆国における多様性の価値の意味 (2・完)

——人種的分断の防止と統合の促進の視点から——

The Meaning of the Value of Diversity in the United States [Part 2]: From the Perspective of Preventing Racial Division and Promoting Integration

茂木 洋平

桐蔭横浜大学法学部

(2020年6月10日 受理)

IV. 多様性と差別の救済との関連

1. 社会的差別の救済による Affirmative Action の正当化

従来、AA は差別の救済を理由に正当化されていた (Ⅲ 1)。合衆国最高裁では、AA に肯定的な裁判官から否定的な裁判官まで、差別の救済による AA の正当化を一貫して認めてきた¹⁰⁷⁾。争いとなったのは、救済の対象とする差別の範囲である¹⁰⁸⁾。AA の正当化理由として、社会的差別の救済を認めるのか、特定された差別の救済に限定するのかが問題となった。AA の支持者は救済の対象となる差別の範囲を広く捉えて、社会的差別の救済による正当化を是認し¹⁰⁹⁾、批判者はその範囲を狭く捉えて特定された差別の救済に限定した¹¹⁰⁾。

社会的差別とは、AA の実施機関自身が直接行ったわけではない差別をさす¹¹¹⁾。社会的差別の証明には、個別具体的な差別 (AA の実施者が差別行為を行ったことと、AA の受益者が差別によって直接的に犠牲を受けたこと) を立証する必要はなく、統計上の不均衡があることを示せばよい¹¹²⁾。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、このような不均衡は合衆国の至る所に存在し¹¹³⁾、その立証は非常に容易である¹¹⁴⁾。社会的差別の救済による AA の正当化を支持する見解の背景には、社会的差別が人種的不均衡を生じさせたのであり¹¹⁵⁾、それがなければ不均衡は存在せず、人口構成比通りになるはずだという考えがある¹¹⁶⁾。社会的差別の救済による正当化を認めると、AA によって人種的不均衡を大幅に縮小できる。AA の支持者は、周縁にあるマイノリティの不満やいかりを抑えて、人種的分断を防ぐことができるという考えに基づいて、社会的差別の救済による AA の正当化を主張したと考えられる。

2. 救済の対象としての社会的差別の否定

救済の対象となる差別の問題について、合衆国最高裁の一連の判例において、否定派と中間派の裁判官が多数を形成し、社会的差別の是正による AA の正当化を一貫して否定してきたことは¹¹⁷⁾、合衆国最高裁の判例の分析者にとって周知の事実であった¹¹⁸⁾。これらの裁判官は、厳格審査の下で AA を正

当化するために、特定された差別の立証を要求した¹¹⁹⁾。

特定された差別の立証について、中間派やAAの否定派の裁判官は、顕著な不均衡があれば十分だと示してきたのであり¹²⁰⁾、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¹²¹⁾。顕著な不均衡を立証するためには、有資格者と問題とされた地位との間の不均衡の存在を立証する必要がある¹²²⁾。マイノリティの有資格者が少ない状況では、AAによって是正が認められる人種的不均衡の範囲はわずかである¹²³⁾。

特定された差別だけが救済の対象として認められると、AAによって人種的不均衡を大幅に縮小することはできない。中間派や否定派は、社会的差別の救済はAAの正当化理由として漠然不明確であり¹²⁴⁾、合衆国の至る所に存在する差別の救済を理由にAAの正当化を認めると、際限なくAAを正当化し続けることになることを懸念した¹²⁵⁾。中間派や否定派はAAが人種的分断をもたらす危険性を認識しており(Ⅱ2, 3)、AAが容易に正当化されると、合衆国が人種的分断の危険にさらされ続けることになるため、社会的差別の救済によるAAの正当化を懸念した¹²⁶⁾。

3. 社会的差別と救済との関連

(1) 差別の救済との関連

多様性の理論は、多様性から生じる利益が費用を上回る場合にAAを正当化しており¹²⁷⁾、過去の出来事とは関係なく¹²⁸⁾、将来思考だと指摘されている¹²⁹⁾。多様性の理論を純粹に社会効用論として理解した場合、人種的不均衡が拡大した方が社会に利益をもたらす場合には、マイノリティの排除が正当化されることになる¹³⁰⁾。故に、多様性の価値は差別の救済と結びつけるべきとの主張がなされてきた¹³¹⁾。

実際に、多様性によりAAを正当化する見解には、差別の是正が組込まれている旨が

指摘されてきた¹³²⁾。合衆国最高裁は、様々な場面で人種が未だに重要であると認識し¹³³⁾、多様性の欠如はマイノリティへの差別から生じているという見解に基づいて¹³⁴⁾、多様性の理論によって、排除されてきたマイノリティの包含を許容した¹³⁵⁾。このことから、合衆国最高裁は多様性を差別の救済と結び付けていたとされる¹³⁶⁾。

(2) 社会的差別の救済との関連

救済の対象となる差別として社会的差別は否定されており、それが特定された差別に限定された場合には、AAが正当化される範囲は著しく狭まる(Ⅳ2)。AAの縮小は人種的不均衡を助長し¹³⁷⁾、マイノリティを不利な状況に置き続けることになる¹³⁸⁾。

AAの支持者は、AAがなければ人種的不均衡は是正されず¹³⁹⁾、人種的不均衡の放置は人種的分断を生じさせる危険があると認識している¹⁴⁰⁾。AAの支持者は、人種的不均衡を是正し、人種的分断を防ぐために、社会的差別の救済に代わる新たなAAの正当化の理論を欲しており、多様性の利益による正当化が有効だと考え¹⁴¹⁾、AAの正当化理由として多様性を好んで使用するようになった¹⁴²⁾。

合衆国最高裁では、固定観念と偏見を打破し、人種相互の理解を深めることが多様性に基づくAAの正当化理由として認められてきたのであり¹⁴³⁾、これらが多様性から生じる利益だと認識されてきた¹⁴⁴⁾。合衆国最高裁は、これらの利益を達成するためには、相当数(critical mass)のマイノリティの存在が必要だと考えた¹⁴⁵⁾。AAに肯定的な学説も、AAによって相当数のマイノリティを包含し、人種的不均衡を是正することで、これらの利益が達成されると主張してきた¹⁴⁶⁾。多様性の理論の主眼は、人種的不均衡の是正にあり、社会的差別の救済と結びついているとも考えられる¹⁴⁷⁾。AAに否定的な見解からは、社会的差別の是正をカモフラージュしたものが多様性であり¹⁴⁸⁾、多様性の価値は社会的差別の是正の口実であるため、AAの正当化理

由として否定されるべきとも主張されていた¹⁴⁹⁾。

V. 多様性によるマイノリティの包含と排除

1. 不利な状況にあるマイノリティの排除

多様性に基づく AA は過小代表のマイノリティの包含し、その主眼は人種的不均衡の是正にある (IV 3 (2))。しかし、多様性に基づく AA は、すべてのマイノリティを対象とはしない。例えば、日系、中国系、韓国系などの東アジア系のマイノリティは、人口比と比べて上位の高等教育機関の学生に占める割合が高く、成功を収めていると考えられており、AA の対象者から外されている¹⁵⁰⁾。他方、多様性に基づく AA は、不利な状況に置かれているマイノリティを AA の対象者から外すこともある。アジア系アメリカ人には、社会経済的に不利な状況にある多くのグループが存在するが¹⁵¹⁾、成功を収めたグループと単一のグループとして扱われることで、AA の対象者から外れている¹⁵²⁾。異なる状況にあるグループの総称化によって、過小代表のマイノリティを排除しており¹⁵³⁾、社会経済的に不利な状況に置かれ続ける¹⁵⁴⁾。AA の対象外とされたマイノリティは、AA によって減少した枠を求めて競争するため、AA によって侵害を受けており¹⁵⁵⁾、多様性の理論には、不利な状況にあるグループへの抑圧が隠蔽されているとも指摘されている¹⁵⁶⁾。

Grutter 判決において、合衆国最高裁は敬讓型の厳格審査の下で¹⁵⁷⁾、多様性による AA の正当化を認めて合憲判断を下した。当該ロー・スクールは黒人、ヒスパニック、ネイティブアメリカンを AA の対象者としており¹⁵⁸⁾、過小代表であるグループの中でもアジア系を対象者から外していた¹⁵⁹⁾。当該判決の反対意見では、マイノリティ間で異なる取扱をするのは何故か疑問視されていたが

¹⁶⁰⁾、合衆国最高裁はこれに対し特に回答していない。合衆国最高裁は AA の対象者の判断の際に大学に多大な裁量を認めており¹⁶¹⁾、判断形成機関に重視されないマイノリティは AA から外される¹⁶²⁾。

2. マイノリティによるマイノリティの排除

合衆国には様々なマイノリティが存在し、各マイノリティは社会的資源を求めて競争している¹⁶³⁾。あるマイノリティが他のマイノリティから社会的資源を奪うために、多様性の利益を主張することがある。

従来、AA は差別の救済を理由に正当化され、その主たる対象は黒人であったことから、都市部のいくつかの分野の公務員では、黒人が過剰代表になっている¹⁶⁴⁾。他方で、移民の流入によりその数を劇的に増やしてきたヒスパニックはこうした分野で過小代表である¹⁶⁵⁾。両者は社会的資源を求めて争っており¹⁶⁶⁾、ヒスパニックは黒人から公務員の雇用の枠を奪うために多様性を主張してきた¹⁶⁷⁾。

3. マジORITYによる多様性の利用

マジORITYが過剰代表のマイノリティを排除するために、多様性の達成が主張されることもある¹⁶⁸⁾。古くは、既存の評価基準に基づくと学生構成に占めるユダヤ系の割合が過剰代表となることから、ハーバード大学¹⁶⁹⁾とコロンビア大学¹⁷⁰⁾は、学生構成に占めるマジORITYの割合を維持するために、入学者選抜において多様性を用いてきた¹⁷¹⁾。

同じく、試験や成績などの既存の評価基準に基づく、日系、中国系、韓国系などのアジア系が過剰代表となることから、カリフォルニア大学¹⁷²⁾とブラウン大学¹⁷³⁾は、白人の割合を維持するために、多様性の達成を求めることで、アジア系アメリカ人の入学者に上限を設けていたことを認めた¹⁷⁴⁾。多様性に基づく AA によって、アジア系が地位を獲得するハードルは白人よりも高くなっている¹⁷⁵⁾。

4. 多様性と社会的差別の救済との関連性への疑義

AA を支持する見解では、多様性の理論と社会的差別の救済との関連性が指摘されていた(Ⅳ 3 (2))。しかし、多様性の理論は、不利な状況にあるマイノリティであっても、AA の対象者から外すことがあり、これらのマイノリティは社会経済的に不利な状況に置かれ続け、これらのグループの不均衡は放置される(V 1)。多様性の理論は、社会的差別の影響を救済すべき(人種的不均衡を是正すべき)グループを選別している。また、多様性の理論は、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使用されることもある(V 2)。さらには、マイノリティを排除して、マジョリティが自らの持つ社会的資源を維持するために、使われることさえもある(V 3)。こうした性質を考えると、多様性の理論は必ずしも差別の救済と結びついているわけではない。

多様性に基づくAAは人種間の争いや分断を抑え、統合を促進するために行われると捉えれば、多様性の理論のこうした性質は理解可能である。各マイノリティは周縁に置かれたときにいかりや不満を抱き、人種的分断が生じる(Ⅱ 1, 2)。しかし、マイノリティが抱くいかりや不満が合衆国にもたらす影響の度合いはグループごとに異なる¹⁷⁶⁾。例えば、人口規模の大きいグループほど、不満やいかりを持った場合に、人種的分断によって社会に深刻な影響をもたらす可能性が高いと考えられる¹⁷⁷⁾。影響力の大きいマイノリティのいかりや不満を抑えることは、人種的分断を防ぐことに繋がるため、統合の為にAAを実施していると考えれば、マイノリティの中にも多様性の理論によって包含の対象となるグループとそうでないグループがいることが理解できる。

誰もが獲得を望む希少な社会的資源は限られており¹⁷⁸⁾、AAによるあるマイノリティへの社会的資源の分配は、必然的に他のマイ

ノリティから社会的資源を奪ったり、その獲得のハードルを高める¹⁷⁹⁾。故に、AAの対象外とされたマイノリティは社会的資源の獲得するために、多様性の理論に基づいて、自らをAAに包含するように主張する(V 2)。多様性に基づくAAの主眼が人種的分断を防ぐことにあると考えれば、AAの対象外とされてきたマイノリティの人種的不均衡を是正しないことが、人種的分断を引き起こす危険性が高い場合には、他のマイノリティから社会的資源を奪う主張は正当化される¹⁸⁰⁾。しかし、この主張の是認は、今までAAの対象であったグループの獲得する社会的資源を減らすことにもなり、それにより生じる社会的分断の危険も考える必要がある。

社会的資源を得られないことでいかりや不満を抱くのは、マイノリティだけではない。東アジア系やユダヤ系などのマイノリティが希少な社会的資源を数多く獲得する場合、マジョリティが得るそれが減少するため、マジョリティはこれらのグループに対して敵意を抱く。こうした敵意が成功を収めたマイノリティに対する抑圧や差別に繋がるのを防ぐために、多様性の理論によってこれらのマイノリティに分配する社会的資源を抑えて、マジョリティにより多くの社会的資源を分配する必要があると考えられることもできる。また、AAによるマイノリティへの社会的資源の付与がマジョリティに敵意やいかりを抱かせ、それにより生じる人種的分断が社会に深刻な影響を及ぼす場合には、AAは許容されないとも考えられる。

VI. おわりに

AAの支持者は、AAが人種的分断を生じさせる危険を認識しながらも、AAによって人種的不均衡が是正されることで、マイノリティの不満を抑えて、人種的分断を防ぐことからAAを支持してきた(Ⅱ 1)。否定派は、AAによるマイノリティへの社会的資源の分

配がマジョリティに不満を募らせること、AAがその果実を求めるマイノリティ同士の争いを生じさせる危険を強調した。否定派は、AAによる生じるグループ間での敵意や反目が人種的分断を助長することから、AAに反対した(Ⅱ2)。中間派は、AAの危険を認識し、その合憲性に懐疑的な立場を採りながらも、AAが各グループの不満を抑え、人種的分断を防ぐのに有用だと判断した場合には、AAを支持した(Ⅱ3)。AAが憲法上許容されるか否かの争いは、AAが人種的分断を助長するのか、それとも統合を促進するのかについての評価の違いにあった(Ⅱ4)。

多様性の価値には、差別の救済と関連する側面があった(Ⅳ3)。しかし、実際には、多様性の理論は不利な状況にあるマイノリティの排除のために使用されることがある(V1)。また、あるマイノリティが過剰代表のマイノリティを排除して、社会的資源の獲得を求めるために使用することもある(V2)。さらには、マジョリティが社会的資源の獲得を求めて、成功を取めているマイノリティの社会的資源の獲得を制限するために多様性を用いることもある(V3)。多様性の実際の使われ方を考えると、多様性の理論を差別の救済との関連だけでは説明できない(V4)。

合衆国では、AAはグループ間の敵意や反目を抑え、人種的分断を防ぐために、各グループに社会的資源を分配する1つの方法として理解されていると考えると、多様性のこうした使われかたを説明できる。人種的多様性の達成は人種的分断を防ぐために必要だと考えると、不利な状況に置かれているマイノリティをAAの対象者から外すことや、多様性によってマイノリティの社会的資源の達成を制限し、マジョリティがそれを獲得することも、それらが人種的分断の防止に有用であれば、正当化される。合衆国は多くの人種グループから構成されており、人種構成は絶えず流動している(Ⅲ2)。黒人がマイノリティの大多数を構成していた時代では、人種的分断を防ぐためには、黒人のいかりや不満を

抑えるために、差別の救済を理由にAAによって黒人に社会的資源を分配すればよかったと考えられる(Ⅱ1)。しかし、現在の合衆国では、様々なグループが抱える問題に対処しなければ、人種的分断を防ぐことはできない。AAによって達成されるべき多様性の1つの意味とは、人種的分断を引き起こす危険が高いグループのいかりや不満を抑え、人種的分断を防いでいくことにあると考える。

(Endnotes)

- 107) 合衆国最高裁でAAに最も批判的な立場を採っていたスカリア裁判官でさえも、直接に差別の弊害を被った犠牲者の救済には賛成している(Crosen, 488 U.S. at 526)。
- 108) 拙著前掲(2)94頁以下。
- 109) Johnson, *supra* note 7, at 182.
- 110) Gabriel J. Chin, *Bakke to the Wall: The Crisis of Bakkean Diversity*, 4 Wm. & Mary Bill of Rts. J. 881, 883-84 (1996).
- 111) Wygant v. Jackson Bd. of Ed., 476 U.S. 267, 277 (Powell J., joined by Burger C.J. & Rehnquist, O'Connor JJ., plurality) (1986).
- 112) See Weber, 443 U.S. at 212.
- 113) Jared M. Mellott, *The Diversity Rationale for Affirmative Action in Employment After Grutter*, 48 Wm and Mary L. Rev. 1091, 1098 n.36 (2006).
- 114) 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).
- 115) Morrison, *supra* note 19, at 349-50 n. 241; Tokaji, *supra* note 80, at 55; Tung Yin, *Class-Based Affirmative Action*, 31 Loy. L.A. L. Rev. 213, 221 (1997).
- 116) 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).
- 117) 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).
- 118) Deborah C. Malamud, *Affirmative Action, Diversity, and the Black Middle Class*, 68 U. Colo. L. Rev. 939, 941 (1997).
- 119) 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, 480–81 (2011).
- 120) Wygant, 476 U.S. at 286 (Powell J., jointed by Burger C.J & Rehnquist, O'Connor JJ., plurality).
- 121) See Lisa E. Chang, *Remedial Purpose and Affirmative Action: False Limits and Real Harms*, 16 Yale L. & Pol'y Rev. 59, 64 (1997).
- 122) Croson, 488 U.S. at 498–506 (O'Connor jointed by Rehnquist C.J & White, Stevens, Kennedy JJ., majority).
- 123) See 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, 19–20 (2010).
- 124) Mellott, *supra* note 113, at 1101.
- 125) 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, 153 (2012).
- 126) Kenneth L. Karst, *The Revival of Forward-Looking Affirmative Action*, 104 Colum. L. Rev. 60, 64 (2004); Gail Heriot, *Fisher v. University of Texas: The Court (Belatedly) Attempts to Invoke Reason and Principle*, 2012–13 Cato Sup. Ct. Rev. 63, 72 (2013).
- 127) Michelle Adams, *Searching for Strict Scrutiny in Grutter v. Bollinger*, 78 Tul. L. Rev. 1941, 1944 (2004).
- 128) Amar & Caminker, *supra* note 33, at 543–44.
- 129) Goldstein, *supra* note 6, at 124.
- 130) See Derrick Bell, *Diversity's Distractions*, 103 Colum. L. Rev. 1622, 1625 (2003).
- 131) See Lee C. Bollinger, *A Comment on Grutter and Gratz v. Bollinger*, 106 Colum. L. Rev. 1589, 1591–92(2003) .
- 132) See Estlund, *supra* note 1, at 17.
- 133) Grutter, 539 U.S. at 335.
- 134) Tokaji, *supra* note 80, at 56–57.
- 135) Ware, *supra* note 23, at 2099.
- 136) See Cunningham, *supra* note 114, at 672; Paul J. Beard II, *The Legacy of Grutter: How the Meredith and PICS Courts Wrongly Extended the “Educational Benefits” Exception to the Equal Protection Clause in Public Higher Education*, 11 Tex. Rev. Law & Pol. 1, 5 (2006).
- 137) Francisco M. Negron, Jr, *Diversity is Dead. Long Live Diversity The Racial Isolation Prong of Kennedy’s PICS Concurrence in Fisher and Beyond*, 24 U. Miami Bus. L. Rev. 99, 107 (2016).
- 138) Jamin B. Raskin, *From “Colorblind” White Supremacy to American Multiculturalism*, 19 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 743, 744 (1996); Tanya K. Hernandez, *“Multiracial” Discourse: Racial Classifications in an Era of Color-Blind Jurisprudence*, 57 Md. L. Rev. 97, 145 (1998).
- 139) Adam Lamparellob, *The More Things Change, The More They Stay The Same: Why Fisher v. University of Texas at Aus-*

- tin Will Not Fundamentally Alter the Affirmative Action Landscape*, 24 U. Miami Bus. L. Rev. 1, 17 (2015).
- 140) Goldstein, *supra* note 6, at 138.
- 141) See Peter H. Schuck, *Affirmative Action: Past, Present, and Future*, 20 Yale L. & Pol'y Rev. 1, 34 (2002).
- 142) Malamud, *supra* note 118, at 940.
- 143) Grutter, 539 U.S. at 329–30 (O'Connor J., jointed by Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer JJ., majority); Fisher II, 136 S. Ct. at 2211 (Kennedy J., jointed by Ginsburg, Breyer, Sotomayor JJ., majority).
- 144) Thompson & Schiff, *supra* note 119, at 470.
- 145) Grutter, 539 U.S. at 318–19.
- 146) Anthony L. Antonio *et al.*, *Effects of Racial Diversity on Complex Thinking in College Students*, 15 Psychol. Sci. 507, 508 (2004); Christine Jolls & Cass Sunstein, *The Law of Implicit Bias*, 94 Cal. L. Rev. 969, 981 (2006); Adeno Addis, *The Concept of Critical Mass in Legal Discourse*, 29 Cardozo L. Rev. 97, 123 (2007).
- 147) Dinesh D'Souza, *Affirmative Action Debate: Should Race Based Affirmative Action be Abandoned as a National Policy?*, 60 Alb. L. Rev. 425, 429 (1996).
- 148) Terry Eastland, *The Case Against Affirmative Action*, 34 Wm and Mary L. Rev. 33, 46 (1992).
- 149) See Peter N. Kirsanow, *Race Discrimination Rationalized Again*, 2016 Cato Sup. Ct. Rev. 59, 73.
- 150) Bernstein, *supra* note 47, at 111–12.
- 151) See K.G. Jan Pillai, *Affirmative Action: In Search of A National Policy*, 2 Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev. 1, 31 (1992); Paul Brest & Miranda Oshige, *Affirmative Action for Whom?*, 47 Stan. L. Rev. 855, 895 (1995).
- 152) Christopher Atlee F. Arcitio, *Unraveling The Inequitable Nature of The Model Minority: Asian-Americans Desrve Affirmative Action*, 5 Tenn. J. Race, Gender & Soc. Just. 113, 121 (2016).
- 153) Victoria Choy, *Perpetuating the Exclusion of Asian Americans from the Affirmative Action Debate: An Oversight of the Diversity Rationale in Grutter v. Bollinger*, 38 U.C. Davis L. Rev. 545, 563 (2005).
- 154) See Tokaji, *supra* note 80, at 62; Lorenzo, *supra* note 34, at 413–15.
- 155) Chin, *supra* note 110, at 933.
- 156) Robert S. Chang, *Toward an Asian American Legal Scholarship: Critical Race Theory, Post-Structuralism, and Narrative Space*, 81 Calif. L. Rev. 1241, 1261 (1993).
- 157) 敬讓型の厳格審査については、拙稿「アメリカ合衆国裁判所における厳格審査と敬讓 (1) (2・完) ——高等教育機関による人種区分と司法審査基準」桐蔭法学 24 巻 2 号 (2018) 1 頁, 25 巻 1 号 1 頁 (2018) 参照。
- 158) Symposium, *Rethinking Racial Divides-Panel on Affirmative Action*, 4 Mich. J. Race & L. 195, 202–03 (1998).
- 159) Goldstein, *supra* note 6, at 120–21.
- 160) Grutter, 539 U.S. at 375 n.12 (Thomas, J., dissenting).
- 161) Adams, *supra* note 127, at 1950–51.
- 162) See David Crump, *The Narrow Tailoring Issue in The Affirmative Action Cases: Reconsidering The Supreme Court's Approval in Gratz and Grutter of Race-based Decision-Making by Individualized Discretion*, 56 Fla. L. Rev. 483, 538–39 (2004); Estlund, *supra* note 1, at 22–23.
- 163) Wilkinson III, *supra* note 90, at 1018.
- 164) Kahlenberg, *supra* note 3, at 76–79.
- 165) Ramirez, *supra* note 58, at 972–73.
- 166) 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.
- 167) Wilkinson III, *supra* note 90, at 1001 n.53.
- 168) See Kahlenberg, *supra* note 3, at 76–77.
- 169) Marcia Graham Synnott, *The Half-Opened Door: Discrimination and Admissions at Harvard, 1900–1970, Yale, and Princeton* (1979); Natapoff, *supra* note 43; Heriot, *supra* note 126, at 73.
- 170) Grace W. Tsuang, *Assuring Equal Access of Asian Americans to Highly Selective Universities*, 98 Yale L.J. 659, 671 & n.81 (1989).
- 171) See Marcia G. Synnott, *The Half-Opened Door: Discrimination and Admissions at Harvard, Yale, and Princeton, 1900–1970* (1979); Dan A. Oren, *Joining the Club: A History of Jews and Yale* (1985).
- 172) Tsuang, *supra* note 170, at 672.
- 173) Camille G. Rich, *Decline to State: Diversity Talk and the American Law Student*, 18 S. Cal. Rev. L. & Soc. Just. 539, 556 n. 49 (2009).
- 174) Karen K. Inkelas, *Caught in the Middle: Understanding Asian Pacific American Perspectives on Affirmative Action Through Blumer’s Group Position Theory*, 44 J. C. Student Dev. 625, 626 (2003).
- 175) See Selena Dong, “*Too Many Asians*”: *The Challenge of Fighting Discrimination Against Asian-Americans and Preserving Affirmative Action*, 47 Stan L. Rev. 1027, 1059 (1995).
- 176) Mark W. Cordes, *Affirmative Action After Grutter and Gratz*, 24 N. Ill. U. L. Rev. 691, 737 (2004).
- 177) See Chin, *supra* note 110, at 897.
- 178) See Bernstein, *supra* note 47, at 130–31.
- 179) See Gee, *supra* note 49, at 153.
- 180) 判断形成者は、マイノリティの中でも

政治力の強いマイノリティを AA に包含する傾向があり (Ramirez, *supra* note 58, at 970)、政治力のあるマイノリティが他のマイノリティを排除する危険がある (Massey, *supra* note 60, at 952)。