

【論説】

アファーマティブ・アクションと時間的制約(2・完)

茂木 洋平

目 次

- I はじめに
 - 1 問題の所在
 - 2 構成
- II アファーマティブ・アクションをめぐる議論
 - 1 アファーマティブ・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 27 卷 1 号掲載〕
- 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 アファーマティブ・アクションと時間的制約
 - 1 差別の救済とアファーマティブ・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ァーマティブ・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
〔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

AA は過去の差別の救済として正当化されたが³³⁰、特定された差別の立証のハードルは高く (V 3)、差別の救済による正当化は難しくなった³³¹。多様性から生じる利益によって AA を正当化する場合、差別の実施者や犠牲者が特定されなくとも人種の考慮が許されるため³³²、多様性による正当化が主張された³³³。差別の救済による正当化は、時代遅れだと評された³³⁴。

合衆国最高裁で多様性による AA の正当化が初めて示されたのは、Bakke 判決のパウエル裁判官の意見である³³⁵。その意見を重要視する学説もあったが³³⁶、単独の意見であり、その意見に拘束力はないとも指摘され³³⁷、多様性による正当化の是非について裁判所では意見が割れ続けた³³⁸。1990 年代には、多様性に基づく AA に激しい政治的反対が生じ、その存続が疑問視され³³⁶、多様性に基づく AA は終期が曖昧であるため、合衆国最高裁が否定する可能性が高いと評されていた³⁴⁰。だが、ミシガン大学ロー・スクールの入学者選抜の AA の合憲性が問題とされた Grutter 判決³⁴¹で、オコナ裁判官法廷意見は、Bakke 判決のパウエル裁判官の意見に大きく依拠して、厳格審査を適用しながらも、学生構成の多様性による AA の正当化を認めた³⁴²。Bakke 判決から 25 年を経て、合衆国最高裁で多様性による AA の正当化が多数の裁判官により認められたのは、多数の裁判官が多様性の価値が社会に受容されたと考えたからだとする³⁴³。

2 多様性の利益と時間的制約

Grutter 判決で、合衆国最高裁は、多様な学生構成から生じる教育的利益を理由に³⁴⁴、高等教育機関の入学者選抜の AA を正当化した³⁴⁵。差別の救済により正当化する場合、差別の救済が完了すれば AA は終了する³⁴⁶。教育的利益は継続して必要とされるため、多様性には期限がなく³⁴⁷、選抜の際に人種が重要であり続ける³⁴⁸。民間企業では、人種的に多様な労働力が生産性を高めるとの理由から、AA が支持される³⁴⁹。人種がメリットとして捉えられると時間的制約の概念が崩される可能性があり³⁵⁰、例えば、有能

な専門職業人の訓練に多様性が必要である場合には、それはいつでも必要であり、必要性は消滅しない³⁵¹。

多様性に基づく AA は利益が費用を上回る場合にのみ、正当化される³⁵²。多様性は過去とは関係なく³⁵³、将来思考の考え方であり、利益が費用を上回る場合に AA が正当化され続け³⁵⁴、AA に終期がなくなる³⁵⁵。多様性に基づく AA と時間的制約は無関係であり³⁵⁶、多様性は時間的制約に敏感ではないと評される³⁵⁷。多様性は人種が永続的に重要で、AA が一時的であるべきではないと強調し³⁵⁸、人種による猟官制度を作り出す危険があるとも批判される³⁵⁹。

3 社会的差別との関連

AA は社会的差別の救済を目的としていたが³⁶⁰、合衆国最高裁では、社会的差別の救済による正当化が否定された(IV 3)。多様性の理論には社会的差別の是正が組込まれ³⁶¹、多様性の代用が便利だと考えられ³⁶²、多様性による正当化が好まれた³⁶³。

社会には人種分離があり、多様性は社会的差別の救済と結びつけるべきだと主張された³⁶⁴。合衆国最高裁は様々な場面で人種が未だに重要であり³⁶⁵、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考えて³⁶⁶、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する³⁶⁷。包含の対象となるのは被差別の過小代表のマイノリティであり³⁶⁸、多様性に基づく AA は社会的差別の是正を意図している³⁶⁹。社会的差別の是正をカモフラージュしたのが多様性であり³⁷⁰、多様性は社会的差別の是正の口実であり、AA の正当化理由として否定されるべきとも主張された³⁷¹。

人種的不均衡が是正されたときに、AA は必要なくなる³⁷²。それは合衆国のいたるところに存在し、それが是正されるまで多様性によって AA が正当化され続けるが³⁷³、移民などの人種構成の変化により不均衡は再生産される。多様性に基づく AA は長期にわたって正当化され続け³⁷⁴、カラーブラインドの望みを長期にわたって放棄しているとも指摘されている³⁷⁵。

4 固定観念と偏見の打破

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た³⁷⁶。ある機関に占めるマイノリティの割合が低いと、機関の中で、ある問題にマイノリティが発言をすると、他者は、その者の意見がグループの意見を代表していると考え³⁷⁷。AA によりマイノリティの人数を増やすと、マイノリティの中に様々な問題に異なる見解を持つ者が存在する可能性が高くなり、マイノリティに対する固定観念が縮減する³⁷⁸。相当数のマイノリティの存在が固定観念や偏見を縮減させることが³⁷⁹、社会学的証拠で示されている³⁸⁰。

指導的な地位に占めるマイノリティの割合が低いことは、マイノリティの資質の低さから説明できるとの主張もなされ³⁸¹、過小代表はマイノリティへの偏見を招く可能性がある³⁸²。マイノリティの多くが低い社会経済的地位にあると、差別の否定的影響の克服は難しくなるとされる³⁸³。

マイノリティの社会経済的地位の向上は、マイノリティへの劣等視を縮減する³⁸⁴。そのためには、指導的な地位に占めるマイノリティの割合が一定程度に達するの必要があり、その割合の達成に AA の必要性が認識されており³⁸⁵、多様性による正当化は差別の影響の是正に主眼がある³⁸⁶。多様性に基づく AA とは、マイノリティを積極的に社会参加させて、人種平等の実現を試みるものとされる³⁸⁷。

固定観念や偏見が消えたときに AA は必要なくなり³⁸⁸、それが完遂するまで AA は継続し³⁸⁹、多様性には論理的終結点がある³⁹⁰。合衆国のような流動性のある社会では、人種間の不均衡が自然と生じ、偏見や固定観念が再生産されるため、多様性に基づく AA は継続する³⁹¹。また、AA が終了すると、指導的な地位に占めるマイノリティの割合が大幅に減少し、人種的偏見が強まると指摘される³⁹²。そうした状況で、過小代表のグループを包含していこうとすると、AA に終わりがあるのか疑問視される³⁹³。

5 人口構成の変化と多様性

大学における AA が合衆国の人種分離、差別の長期にわたる影響を癒したときに、人種は大学の入学者選抜と無関係なものになるとされる³⁹⁴。Grutter 判決で、ギンスバーグ裁判官は人種的多様性の確保に必要な限りで人種が考慮される旨を述べる³⁹⁵。この見解では、多様性に基づく AA の終結点とは、多様な学生構成の確保に AA が必要がないほどに、教育機会が

十分に平等になった地点である³⁹⁶。使用者たちは競争に打ち勝つのに多様性が重要だと考え³⁹⁷、学生が多様化する労働市場と社会に向けた教育を受けることを期待する³⁹⁸。

その地点を判断する1つの指標は、各機関の人口構成と地域の人口構成との「明白な不均衡」があるか否か、各グループに「相当数」が確保されているのか否かである³⁹⁹。各機関の任務を充足し、地域の問題を解決するために、多様性に基づくAAの支持者は、各機関が人種、社会階層などの人口構成比を反映するのが望ましいと考える⁴⁰⁰。人口構成比が高いグループほど抱える問題は大きく⁴⁰¹、そのグループの包含が重要となり⁴⁰²、機関の任務の充足や地域の問題の解決の為にAAの対象者となる⁴⁰³。

Grutter判決でオコナ裁判官は25年後にAAが終了する期待を表明するが⁴⁰⁴、各グループ間の格差は縮まっておらず、その期待は現実的ではないとされる⁴⁰⁵。黒人が指導的な地位に占める割合は人口構成と比べて依然として低く⁴⁰⁶、過去の差別の影響が完全に是正される可能性は低い⁴⁰⁷。さらに、ここ数十年にわたる合衆国の人口増加の大部分は移民から生じており⁴⁰⁸、人口構成は変化し続けている⁴⁰⁹。Grutter判決の以前から合衆国内でのヒスパニックの増加が指摘され⁴¹⁰、それに伴って合衆国内の労働力は人種的に多様化した⁴¹¹。そのため、Grutter判決でのオコナ裁判官の期待(25年後にAAが終了)に反して、25年後には合衆国はより人種的に多様となり、人種ごとに分離されている可能性が高く、人種相互の理解の促進と固定観念の打破はより重要な利益になっているとされる⁴¹²。合衆国の人口構成は益々変化していくと予測され⁴¹³、その変化に伴って、新たに排除される人種グループが発生する⁴¹⁴。将来的に人種相互の理解と固定観念の打破がより重要になっているとする見解には、新しく生じた人種に関連する問題を解決し続けなければならないことが背景にある⁴¹⁵。合衆国は常に人種的に多様化し続けており、多様性を確保しようとするAAには終わりがあるのかとも考えられる⁴¹⁶。また、移民の増加に伴い、不均衡が新たに生じ続けており、これを是正しようとするれば、新しい問題に対処し続ける必要があるため⁴¹⁷、AAは永続化する⁴¹⁸。支持者はAAが一時的であることを前提にするが、合衆国の人口構成の変化はAAの擁護に深刻な問題を生じさせている⁴¹⁹。

6 判断形成機関の任務

AA は過去の差別の救済を目的としてきたことから、当初、黒人への救済だと認識された⁴²⁰。だが、合衆国への移民の増加や混血による新たなグループの発生により、社会経済的に不利な状況にあるグループは多様化している。移民⁴²¹、ヒスパニック⁴²²、混血⁴²³の人々が AA の対象者となるのかは議論がある。

黒人は奴隷制を経験したことから、他のグループの差別の経験とは質的に異なり⁴²⁴、社会経済的に不利な状況にある 1 つの原因は奴隷制の遺産である⁴²⁵。黒人特有の経験を強調するならば、それ以外のグループは AA の対象者となる資格はない。だが、各機関がその任務の充足のために AA を実施すると考えると、目的を達成するために黒人以外のグループの「相当数」が必要となる。

任務の充足や地域の問題の解決に何が必要なのかについて、各機関の判断を敬譲すると、各グループの相当数の判断は機関ごとに異なり⁴²⁶、地域の人口構成も考慮される⁴²⁷。合衆国の人口構成は常に変化し、各機関が求める各グループの割合も変わり続ける⁴²⁸。多様性に基づく AA の終期は不正確だが、それにはこうした背景がある⁴²⁹。

7 統合の必要性

黒人以外の多くのマイノリティにも問題があり⁴³⁰、合衆国の人種問題はいくつものグループがからむ複雑な様相を呈している⁴³¹。人口構成の変化は新たに排除されるマイノリティを生み出し、それらの者は不満を募らせ⁴³²、社会的資源の獲得をめぐるマイノリティ同士での緊張関係が各地で生じている⁴³³。それに伴い、各機関の任務も変化し、その充足に必要な相当数もグループごとに異なる。多様性に基づく AA は人口構成の変化に従って相当数を変化させ⁴³⁴、時間的に制約されない⁴³⁵。ただし、人口構成の正確な反映は違憲だと判例は示す⁴³⁶。多様性が人種構成の反映だけを意味するならば、多様性は人種の均衡の達成することであり⁴³⁷、クォータに陥る⁴³⁸。だが、人口構成の変化に伴う各機関の任務と地域の問題の変化によって相当数は変わり続け、各機関は人種を意識し続け、多様性の確保の必要性はなくなる⁴³⁹。合衆国は世界で最も人種的に多様な国家の 1 つであり、各グ

ループの相互理解は必須だとされる⁴⁴⁰。新しいグループを受け容れてきた合衆国にとって、人口構成の変化は必然である⁴⁴¹。人種による分断を防ぎ、統合した国家を保つために、相互理解を続けることは合衆国の宿命である⁴⁴²。AAには「多様性にもとづく社会秩序と安定」を創り出す側面がある⁴⁴³。

国家の性質上、合衆国では多様性の価値はなくなるならない。人口構成の変化によって人種に関連する新たな問題が生じ、各機関はそれに対応し続ける⁴⁴⁴。多様性は常に新しい様相で更新されるため、多様性に基づくAAに終点はないとも考えられるが⁴⁴⁵、人種に関連する個々の問題は収束する可能性があり、問題が解決すればAAは必要なくなる。また、人口構成の変化によって解決すべき課題が変化するため、AAがその課題の解決に必要であるのが定期的に審査されなければならない⁴⁴⁶。

8 判断形成機関への敬讓と時間的制約

(1) Grutter 判決

高等教育機関の入学選抜におけるAAの合憲性を審査する際に、中間派の裁判官は、判断形成機関の判断を敬讓する敬讓型の厳格審査を適用し、合憲判断を下した⁴⁴⁷。Grutter 判決オコナ裁判官法廷意見は、大学の教育的任務は修正第1条の特別な関心であり⁴⁴⁸、「大学が我々の憲法上の伝統において特別なニッチを占めると長く認識してきた」とし⁴⁴⁹、修正第1条の特別な関心に基づいて大学の判断を敬讓した⁴⁵⁰。

懐疑主義に基づくと、本来は、実施者に証明責任を負わせるが⁴⁵¹、同法廷意見は「反証がなければ、大学側の誠実さは推定される」とし⁴⁵²、証明責任を移行させる⁴⁵³。同法廷意見のロー・スクールの判断への敬讓は、主たる政策形成の義務を裁判所から行政機関に移行させ、教育機関と裁判所の役割を再構成し、裁判所による大学への介入を最低限にしか認めず⁴⁵⁴、大学の判断に多大な敬讓を示した⁴⁵⁵。

多様な学生構成は、過少代表のマイノリティの学生が相当数在籍することで達成される。ロー・スクールは、相当数とは、マイノリティの学生が教室での討議に参加し、孤独を感じず、自身の人種の代表者だと感じず、また代表者だと思われなために必要な人数だと説明するが⁴⁵⁶、最良の教育のために必要な「相当数」は分からず⁴⁵⁷、不明確である⁴⁵⁸。相当数は不明確だが、

同法廷意見は、ロー・スクールに対して、過少代表のマイノリティの相当数の包含がその任務に重要であるのは何故かの証明を要求しない⁴⁵⁹。同法廷意見は定義できない概念の達成の有無の判断を判断形成機関に委ね、ロー・スクールの判断を額面通りに受け取るとしており⁴⁶⁰、多様性の利益の是認はロー・スクールの独断であり⁴⁶¹、ロー・スクールの主張が裁判所の結論となる⁴⁶²。同法廷意見は大学での教育に多様性が重要だとするが⁴⁶³、判断形成機関が自身の機関の任務の達成に必要な多様性が何かを判断し、その判断に多大な敬讓がなされる場合に多様性が未達成だと主張して⁴⁶⁴、時間的制約なしに AA が続けられる可能性がある⁴⁶⁵。

(2) Fisher II 判決

テキサス大学オースティン校の人種を意識する入学者選抜策の合憲性が問題とされた Fisher I 判決⁴⁶⁶で、ケネディ裁判官法廷意見はオコナ裁判官の理解する厳格審査を否定し、大学の判断を目的審査では敬讓するが手段審査では敬讓しない厳格審査の下で合憲性を審査すべきとし⁴⁶⁷、事例を差し戻した。その後、Fisher II 判決⁴⁶⁸で、Fisher I 判決で示した厳格審査の下で、ケネディ裁判官法廷意見は合憲判断を下した。

同法廷意見は、大学の教育的任務の中核は客観的に測定不能な無形の質に関わり、大学の専門知識と経験から、それに関連する大学の判断に相当程度の敬讓がされると示す⁴⁶⁹。同法廷意見に従うと、中核的任務を果たすために多様な学生構成の達成が必要な場合には、大学には AA を策定する裁量が与えられる。同法廷意見は目的審査で大学の判断を敬讓し、大学が多様性から生じる教育上の利益を具体的に描いており、その利益の達成に必要なマイノリティ学生の相当数は具体的な数値ではないとする⁴⁷⁰。同法廷意見は大学による相当数の決定に異論を差し挟まず、相当数の判断は大学に委ねられる⁴⁷¹。

これに対し、アリート裁判官反対意見は、単純に入学者選抜の担当者が多様性から生じる利益といった漠然不明確な目的の達成に人種使用が必要だと述べることで人種使用が正当化されるならば、合憲性審査は無意味だとする⁴⁷²。同反対意見の背景には、AA の合憲性判断が大学に白紙委任されており、それは厳格審査の趣旨に反するとの考えがある⁴⁷³。この白紙委任によって、人種中立策が達成するマイノリティの割合がどのようなものであっても、大

学は常に捉えどころのない「相当数」を充足していないと主張して、人種中立的な代替策を否定できるとされる⁴⁷⁴。

同法廷意見は、未だに相当数に達していないと大学が論証する際に、大学によって示された研究と、教職員によって示された逸話に依拠する⁴⁷⁵。同反対意見は、「相当数」が明確に定義されていないのに、同法廷意見がマイノリティ学生の「相当数」が未達成とする大学の主張を支持することを批判する⁴⁷⁶。同反対意見は、大学は「相当数」が達成されたと考えるときを知っていると述べる。同反対意見によれば、「言い換えるならば」大学は、「我々を信じろ」と言っている⁴⁷⁷。

相当数は大学にしか特定できないという考えに基づき⁴⁷⁸、同法廷意見は相当数が未達成だという大学の主張を信頼する⁴⁷⁹。逸話の証拠と同様に、数多くの研究の証拠を認める際に、完全に近い敬讓が大学に与えられる⁴⁸⁰。相当数の判断を大学に完全に委ねるのは白紙委任であり、大学は捉えどころのない「相当数」が充足されていないと主張して、時間的制約なしに、常に人種区分を正当化できると批判される⁴⁸¹。大学の判断を敬讓すべきとする見解も、AAの合憲性を審査する際に、裁判所は判断形成機関の主張を鵜呑みにすべきではないとする⁴⁸²。ケネディ裁判官は既存の判例法(オコナ裁判官法廷意見の理解する厳格審査)を批判したが、それをほとんど変えていないとも評される⁴⁸³。

Ⅶ Affirmative Action の実施期間の認識

1 認識の違い

AAの永続化は公衆による強力な反発を招き⁴⁸⁴、AAの永続的是認によって合衆国最高裁の正統性が揺らぐため、合衆国最高裁は、AAがカラーブラインドの達成までの「過渡的」にすぎないことを望む⁴⁸⁵。AAの潜在的な危険性から(Ⅲ)、合衆国最高裁はAAの「一時的」性質を強調し⁴⁸⁶、差別の救済によりAAを正当化する場合には、差別の影響が是正されたときにAAは終了し(Ⅳ1)、多様性によりAAを正当化する場合には、多様性から生じる利益が必要なくなったときにAAは終了する(Ⅴ2)。だが、AAの終

了にどのくらいの時間が必要であるのかの判断は難しい⁴⁸⁷。中間派の裁判官は、多くの場合に、基本的には AA に懐疑的な立場を採り、短期間で AA は終了すべきと考える (VI 2)。他方、支持派の裁判官は、AA の危険を認識するが (VI 3)、その必要性を強調し、AA は比較的長く続けるべきと考える。

2 中間派の裁判官の認識

(1) 自壊のメカニズム

Grutter 判決に至るまでオコナ裁判官はいずれの判決で AA を否定していたが⁴⁸⁸、Grutter 判決で多様性による AA の正当化を是認した⁴⁸⁹。オコナ裁判官は、AA の恒久的な正当化は「基本的な平等保護の原則を害する」⁴⁹⁰としたうえで、現在までにマイノリティの社会的地位は向上し、25 年後には、今日認められた利益の促進には AA は必要ないと予測する⁴⁹¹。オコナ裁判官は時間的制約によって、AA が平等保護原則からの一時的な逸脱であることを確実にすると考え⁴⁹²、AA には合理的な時間的制約があるべきだとした⁴⁹³。

オコナ裁判官が示した 25 年という期間は、事実に基づいて算出されていない⁴⁹⁴。かつて、支持派の裁判官は AA が 100 年単位で必要だと表明したが⁴⁹⁵、オコナ裁判官は AA を否定的に捉えるため、それよりも短い期間を設定した⁴⁹⁶。

オコナ裁判官の示す AA の終期は不明確だが⁴⁹⁷、単なる象徴的な数値であっても終了期間の明言によって、自身が AA に本来は否定的であるとの立場を示し、Grutter 判決の先例価値を徐々に減じるために⁴⁹⁸、「自壊のメカニズム」を組入れた⁴⁹⁹。これにより、時が経つにつれて、Grutter 判決への依拠によっては、AA は徐々に擁護できなくなり⁵⁰⁰、オコナ裁判官の時間的制約は Grutter 判決への長期ではなく、短期では依拠できると示している⁵⁰¹。合衆国中の多くの公立大学は、Grutter 判決が常に人種使用を許すと想定していたと分析されるが⁵⁰²、同判決は自壊的であるため、各大学は同判決に永続的に依拠できず、AA を採用する理由を説得的に主張し続ける義務があることを示している⁵⁰³。

(2) 統合と分断

オコナ裁判官は、AAにより統合された国家がその終了によって壊されてしまう場合には、AAを違憲とすべきではないと考える⁵⁰⁴。AAに否定的でありながらも、オコナ裁判官がGrutter判決で合憲判断を下したのは、AAの終了によってマイノリティの社会経済的地位が低下し、それらのマイノリティが不満を抱き⁵⁰⁵、合衆国の統合への試みが台無しになるのを懸念したからだと分析される⁵⁰⁶。

オコナ裁判官は、多様性の達成に人種以外の手段の使用が望ましいと考えており(Ⅲ2(4))、その状況への移行期間として25年に言及したとされる⁵⁰⁷。オコナ裁判官は「隔たれることのない1つの国家という理想」を重視し⁵⁰⁸、AAには時間的制約がある旨を示す⁵⁰⁹。AAは分断を生じさせる危険があるため(Ⅲ2(1)(2))、1つの国家の理想を実現するには、AAは早期に終わらなければならない⁵¹⁰。中間派の裁判官は、比較的短い時間的制約でなければ、AAが永続し、カラブラインドな社会の構築を妨げると懸念する⁵¹¹。故に、中間派であるケネディ裁判官は、AAは「現在から25年経てば必要なくなる」のではなく、違法になると描いた⁵¹²。ケネディ裁判官は希望や目標ではなく、そこに至れば違憲となる地点だとし、オコナ裁判官と比べて25年の制限を厳密に理解した⁵¹³。オコナ裁判官は「単なる希望の表明以上に強力なシグナルを送ろうと欲して」おり⁵¹⁴、終結点の「目標」として25年に言及し⁵¹⁵、期限内でのAAの終了が望ましいと考えていたとも評される⁵¹⁶。

(3) 否定派への対応

否定派であるトマス裁判官は、AAは短期間でも許されないと考え⁵¹⁷、25年経過後は、AAは絶対的に禁止されるとする⁵¹⁸。だが、オコナ裁判官の時間的制約の明示には、25年後の絶対的禁止は含意されておらず(Ⅵ2)、これは拡大解釈だと批判される⁵¹⁹。AAの具体的な時間的制約は、人種差別の痕跡の合衆国からの除去が非常に難しいことから、現実的でないと批判される⁵²⁰。また、機関の任務の達成や地域の問題の解決がなされたのかを判断する知識がないため、裁判所が具体的なAAの終了点を決定すべきではなく、判断形成機関に委ねられるべきとも主張される⁵²¹。ただし、際限のない裁量の付与は、判断形成機関によるAAの無制約な主張を許す(V8)。

オコナ裁判官は、たとえ多様性を促進するという非常に価値ある目標の達成に使用されても、時間的制約に明示によって AA が無制約でないとし⁵²²、否定派の裁判官に配慮し⁵²³、否定派からの反発を回避しようとした⁵²⁴。だが、オコナ裁判官が時間的制約を明示してもなお、多様性は時間的制約に敏感でないとの見解に基づき⁵²⁵、レンキスト首席裁判官は、25年の制限が永続的な理由に基づく AA の使用を許容する可能性がある⁵²⁶と批判する。レンキスト首席裁判官は多様性は無期限な理由だと考えて、オコナ裁判官が時間的制約のない理由に基づいて AA を権威づけたと主張した⁵²⁷。

3 支持派の認識

AA に肯定的な学説でも、終了日の指定や AA の必要性の定期的な審査の要求によって、判断形成機関は AA を時間的に制約すべきとし⁵²⁸、AA に肯定的な者でも、人種にブラインドな基準を使用する日が達成されるべきとし⁵²⁹、AA が一時的であることを強調した⁵³⁰。

肯定的な学説は、マイノリティへの価値の切り下げと誤解をなくす動きが出たときに AA は終結するが、この地点には未到達だとする⁵³¹。未到達であれば、カラーブラインドを貫くのは非現実的だとする⁵³²。ギンスバーグ裁判官は、合衆国では多くのマイノリティの公教育が不十分であるため、「今日の視点から、次世代の間に反差別化と真の平等な機会が進展が AA を終わらせることは望ましいが、はっきりとは予測できない」と述べており⁵³³、25年以内に AA がなくなるのかは非常に不明瞭だと考える⁵³⁴。ギンスバーグ裁判官は、平等が達成されるまで AA を続けるべきとし⁵³⁵、期限と平等の達成を明確に結びつけた⁵³⁶。この見解では、偏見や固定観念の消滅が完遂するまで AA は継続する⁵³⁷。

オコナ裁判官とは異なり、ギンスバーグ裁判官はいつ AA がなくなるとかを（単なる格言であったとしても）具体的期限を示さない。ギンスバーグ裁判官は AA に肯定的な立場であり、Bakke 判決のマーシャル裁判官のように必要な時間を長く捉える⁵³⁸。

期限を明示しないことは、AA が実際には永続するという疑いへと多くの者を導くとされる⁵³⁹。支持者は AA が不必要になった後も擁護し続ける中毒にかかっているとされる⁵⁴⁰。支持派の裁判官は、人種が重要でなくなっ

た分断されていない国家が目標であることに同意するが(Ⅲ2(3))、AAが時間的制約なしに行われる場合には、それは達成されないと批判される⁵⁴¹。

だが、あまりにも早期(不均衡が解消されず、人種分断が存続する状態)のAAの終了は、人種的不均衡を拡大するとされる⁵⁴²。肯定的な学説は、AAの停止は人種間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⁵⁴³、AAがカラーブラインドな社会を目指すのに必要だと考え⁵⁴⁴、支持派の裁判官もこのような見解を示した⁵⁴⁵。人種的不均衡をなくすために、リベラル派の間ではAAの必要性が認識され⁵⁴⁶、分断を防止し、カラーブラインドの達成に役立つ限りで、AAは許容される⁵⁴⁷。

4 支持派による25年の評価

25年では数世紀にわたる奴隷制と人種分離の影響を除去できず、人種間の格差は残るとされる⁵⁴⁸。AAにより上位の高等教育機関での人種的不均衡が改善される可能性は低く⁵⁴⁹、25年では不十分だとされる⁵⁵⁰。25年以内にAAが必要なくなるという見通しには根拠がなく⁵⁵¹、楽観的であり⁵⁵²、人種間での格差が拡大しているという事実と反しており⁵⁵³、不誠実だと評価されている⁵⁵⁴。

オコナ裁判官は人種間での学力差が拡大し続けているという膨大な証拠を認識していたが、こうした都合な真実に目を背けていると批判される⁵⁵⁵。合衆国はさらに人種構成の多様化が進むのであり、固定観念の打破と人種相互の理解は、25年後にはさらに重要な利益になっているとされる⁵⁵⁶。

だが、オコナ裁判官は25年を明確な期限として理解しておらず(Ⅵ2)、柔軟な性質を有しており⁵⁵⁷、これは多くの論者が理解していたと考える。25年の期間が批判されたのは、25年を違憲になる絶対的な期間として捉える裁判官がいることが1つの理由だと考える。また、オコナ裁判官はできるだけ早期にAAを終了させたいことから25年の制限を示しており(Ⅵ2)、他方で肯定派は100年単位でのAAの継続が必要だと考えた(Ⅵ3)。故に、肯定派は25年の制限について、早期に終了させたいという意図を批判したと考える。

5 定期的な審査

オコナ裁判官は、時間的制約の要求は、AA が学生構成の多様性の達成に未だに必要であるのかを判断する定期的な審査によって充足されるとし⁵⁵⁸、AA から中立策へと移行するために、合衆国内の他大学の中立策から学ぶことを促した⁵⁵⁹。AA の終了期限が明示されたことで、合衆国最高裁は AA の正当化理由の再考を求められた⁵⁶⁰。

AA に肯定的な学説でも、終了日の指定や AA の必要性の定期的な審査によって、判断形成機関は AA を時間的に制約すべきと示された⁵⁶¹。AA が不要になる前に、時間的制約によって AA をなくすことは AA の廃止のコストを無視し⁵⁶²、AA は機関の任務の充足や地域の問題解決がなされる前に、終了すべきでない⁵⁶³。だが、時の経過とともに、各機関の充足すべき任務や解決すべき地域の問題は変化し、AA が状況の変化に対応していることを保証するために、AA は定期的に評価されねばならず⁵⁶⁴、それがなければ、AA は無効だとみなすべきとされる⁵⁶⁵。各判断形成機関は、自らが主張する AA の正当化理由が状況に対応しているのかを問い続けなければならない⁵⁶⁶。

支持派の裁判官は AA が必要とされる期間を長く捉えるが (VI 3)、その危険を認識し (III)、時間的に制約されるべきと考える (II)。支持派の裁判官は、基本的には AA が憲法上疑わしいという考えに基づき、AA の再評価が必要だとし⁵⁶⁷、これにより AA の合憲性が保障されると考える⁵⁶⁸。だが、判断形成機関の判断に裁判所が多大な敬讓を認めると、判断形成機関の主張がそのまま認められ、定期的な再審査は無意味になる (V 8)。

VIII アファーマティブ・アクションと時間的制約

1 差別の救済とアファーマティブ・アクション

(1) 終期

アファーマティブ・アクションが暫定的な措置ならば、その目的が達成した時はいつなのかが問題だが⁵⁶⁹、終期の判定は難しく⁵⁷⁰、困難な問題である⁵⁷¹。

日本では、1つの理解として、アファーマティブ・アクションは差別の救

済のために実施される⁵⁷²。各機関の意図的な差別の認定は難しい。合衆国の議論では、グループ間に統計上の不均衡がある場合に AA によって救済の対象となる差別があるとされた。支持派は救済の対象となる差別を社会的差別と捉え、各領域でのグループの構成比が人口構成比と同じになっていなければ、AA の実施を許容する (V 2)。他方、否定派は救済の対象となる差別を特定された差別として狭く捉えるが、個別具体的な差別の立証までは求めない。顕著な不均衡 (有資格者と問題とされた地位との間の不均衡の存在) があれば、AA は実施可能とする (V 3)。

合衆国では、AA に肯定的な見解から否定的な見解に至るまで、個別具体的な差別の立証は求めず、その範囲に広狭はあるが、統計上の不均衡によって救済の対象となる差別の存在を認める。日本でもグループ間の統計上の不均衡があるときに、是正対象となる差別を認定することになる。グループ間に統計上の格差があり、アファーマティブ・アクションの対象となるグループが過小代表でも、人々の関心を反映し、自己選択の結果であるかみしれず、必ずしも構造的差別の結果とは言えない⁵⁷³。特に、是正すべき不均衡を広範に捉え、各グループの占める割合が人口構成比通りでなければ、構造的差別があると判断した場合には、それが差別の結果を反映しているのかは疑問視される⁵⁷⁴。だが、ある種の差別は巧妙に社会に組込まれているため統計上の証拠以外には、差別を立証できない⁵⁷⁵。構造的差別の測定は難しいが、これを是正し、防ぐには、数的結果を考慮する⁵⁷⁶。

是正対象のグループの不均衡がなくなったとき、「機会の平等」が実質的に保障され、アファーマティブ・アクションは終了する。機会の平等が達成され、人々が資格に応じて公正に扱われているかを直接に知ることはできないが⁵⁷⁷、アファーマティブ・アクションの終了を判断するには、統計上の資料を検証し、機会の平等の実質的保障の為に必要な数的な結果が達成されたか否かが重要になる⁵⁷⁸。アファーマティブ・アクションが歴史的使命を終える時期を銘記する場合には⁵⁷⁹、社会構造的差別を是正し、機会の平等の実質的保障に必要な数的な結果を明らかにすべきである。ただし、合衆国で社会的差別の是正による AA の正当化が批判されたように (V 3)、日本でも、あまりにも広範囲にわたって構造的差別の存在を認めるのであれば、アファーマティブ・アクションが時間的制約なしに行われると批判されるだ

ろう。逆に、是正の対象となる不均衡を狭い範囲でしか認めない場合には、アファーマティブ・アクションの終了時期は明確になりやすいが (V 1)、大きな社会的変化は期待できない。抽象的な言い方だが、機会の平等の実質的保障の達成に必要な数的結果を考える際には、時間的制約を明確にすることと、社会構造の変革との間でバランスをとる必要がある。また、機会の平等の実質的保障の為に必要な数的な結果が達成されたとしても、新たに社会構造的な差別が生じている (将来的に生じる) 可能性もあり、これを是正 (予防) するために、アファーマティブ・アクションの必要性は絶えず検討される⁵⁸⁰。

(2) 国公立女子大学の合憲性

国公立女子大学は女性への差別是正を目的としたアファーマティブ・アクションとして論じられてきたが、高等教育を受ける機会に関して女性への差別がなくなってきているとの認識から、徐々に違憲説が大勢を占めた。国公立女子大学の合憲性をめぐる議論の変遷は、アファーマティブ・アクションが時間的に制約されていることを示している。

1950 年前後の最初期の議論では、国公立女子大学を合憲とする主張は、戦前の長い期間、有力国立大学の学生が男性に占められ、女性が高等教育を受ける機会が狭かったため、格差是正のために、国公立女子大学が憲法上許容されるというものであった⁵⁸¹。戦後の国公立の新制女子大学の設立は、教育分野での「過去の差別の補償」であった⁵⁸²。国公立女子大学が設立された段階では、女性に高等教育の機会を与える役割を果たし⁵⁸³、過去の差別の救済を理由に合憲性を説明できた⁵⁸⁴。国公立女子大学は憲法の精神に反すると認識されつつも⁵⁸⁵、男女の実質的平等を図る教育機関として、合憲となりうる旨が主張された⁵⁸⁶。

国公立女子大学をアファーマティブ・アクションとして憲法上許容するにしても、それは事実上の差別を解消するまでの暫定的な措置であるという性格を有し⁵⁸⁷、その新たな存在意義を示さなければ、憲法上の疑義は強くなる⁵⁸⁸。

国公立女子大学の合憲性に疑問を投げかける見解が 1980 年代半ばから見られ⁵⁸⁹、違憲説が有力に主張された⁵⁹⁰。アファーマティブ・アクションは暫定的に憲法上許容されるため、高等教育を受ける機会における男女差がほ

とんどないことから、国公立女子大学を正当化する根拠は喪失し、違憲だと主張される⁵⁹¹。

女性の大学進学率が上昇し男女格差が小さくなり、一種の「積極策」(アフーマティブ・アクション)や実質的平等保障としての意味づけが失われ⁵⁹²、憲法上正当化する根拠は乏しい⁵⁹³。「過去の差別」の影響を理由に、国公立女子大学を合憲にはできず⁵⁹⁴、1990年代には、国公立女子大学の設置を「違憲」ないし「合憲性は相当に疑わしい」と解する学説が、優勢になってきていると分析される⁵⁹⁵。

AAの正当化理由は社会的事情の変化に応じて正当性を徐々に失う(Ⅶ2(2))。国公立女子大学を女性への差別の是正として正当化することも、差別の影響の解消によって徐々に説得力を失った。合衆国では、AAはそれが正当であるのかが定期的に審査され続けなければならない(Ⅶ5)。アフーマティブ・アクションが時間的に制約されているためには、正当化理由の妥当性を絶えず考慮する必要がある。そして、アフーマティブ・アクションが正当化され続けるには、現在の社会的事情に応じた必要性を証明し、正当化理由を変化させ続ける必要がある⁵⁹⁶。進学率の男女差はほとんどないが、進学分野に隔たりがあり、例えば理系の一定の分野で女性の進学率が著しく低く、結果としてそれらの分野の専門職に占める女性の割合が極端に少ない場合、その不均衡を是正するために、国公立女子大学がそれらの分野の教育を提供する場合には、合憲と考えられる⁵⁹⁷。

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

日本では、主に男女共同参画の分野のアフーマティブ・アクションで、正当化理由として、多様性の価値が用いられる⁵⁹⁸。差別の救済とは異なり、多様性によって正当化された場合、アフーマティブ・アクションは時間的に制約されないとも評されるが⁵⁹⁹、如何に考えるべきか。

合衆国では、差別の救済によるAAの正当化が難しくなったため、多様性による正当化が主張され(Ⅶ1)、多様性の利益は社会的差別の救済の概念を包含するため、AAの支持者から好んで使われた(Ⅶ3)。差別の救済とは異なり、多様性は将来思考であり、利益が費用を上回る限りAAを正当化するため、多様性に基づくAAには時間的制約がないとも評された(Ⅶ

2)。だが、多様性に基づく AA が達成を意図する利益は固定観念や偏見の打破であり、これが達成されたときに AA は終了する (VI 4)。固定観念や偏見はあるグループが過小代表であるときに生じ、合衆国の人口構成は非常に流動的であり、新たに過小代表となるグループが登場し、固定観念や偏見は再生産される (VI 5)。こうした変化に伴って、各機関が達成すべき任務や地域の解決すべき問題も変化する (VI 6)。各機関は、合衆国の流動性によって生じた分断の危険を回避し、自身の任務の充足によって国家統合に努める (VI 7)。

固定観念や偏見の再生産を放置すると、合衆国は人種的に分断されてしまうため、AA によりそれを防ぐ必要がある。流動的な状況に AA が対応しないと、分断を助長する危険があり、AA には時間的制約を設け、状況への対応を定期的に審査する必要がある。状況に対応していない AA は終了し、個々の AA には時間的制約がある。だが、合衆国の流動性から再生産される人種間の緊張関係、固定観念や偏見に対応するために、合衆国の AA 自体には終わりはない。

多様性に基づくアフーマティブ・アクションは、そこから生じる利益により正当化されるが、その利益は純粹に将来思考であり、理論的根拠を社会効用論だけに置くのか。社会効用論だけにに基づいた場合、利益と負担の比較で施策を許容するか否かの判断がなされ、差別的な施策 (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す施策) がもたらす利益が不利益を上回る場合には、それが正当化される。日本の学説は従来から機会の平等の実質的保障を目的としたアフーマティブ・アクションが憲法上許容されるとしており、多様性の価値による正当化が示されてからも、その主張に変化はない (II 2)。日本の学説の多くは、多様性の利益と機会の平等の実質的保障を妨げる障害 (偏見や固定観念) の除去を結び付けて考えていると思われる。とすれば、多様性に基づくアフーマティブ・アクションは、機会の平等の実質的保障 (固定観念や偏見の打破) をするために必要な数的結果が達成されれば終了し、時間的に制約されている。機会の平等の実質的保障を妨げる障害が再発した (すると予測できる) 場合には、多様性の利益を理由にアフーマティブ・アクションを再実施も憲法上許される。

合衆国では、人口構成の流動性や複雑な人種構成から分断の危険が常にあ

るが、日本では現在のところ複雑な人種関係はなく、移民の流入はあるものの、外国出身者が人口に占める割合は未だ低い。日本では、統合や分断の観点から多様性に基づくアフーマティブ・アクションを考える必要はない。合衆国では統合と分断の防止の観点から常にAAの必要性が問われ続けるが、日本では、合衆国ほどの頻度で、アフーマティブ・アクションの必要性を問う必要はない。

3 敬讓と時間的制約

日本の裁判所は司法審査基準を明確に採用していないが⁶⁰⁰、学説はアフーマティブ・アクションにどの司法審査基準が適用されるべきかを論じてきた⁶⁰¹。アフーマティブ・アクションの主たる対象は社会経済的に不利な状況にあるグループであり、憲法第14条1項後段列举事由やそれに類する区分に基づくアフーマティブ・アクションの合憲性が問題となる(Ⅱ5(4))。後段列举事由には、それに基づく異なる取扱の合憲性審査の際に、厳格度の高い司法審査基準が適用されるという意味で、特別な意味があるとの説がおおむね支持される⁶⁰²。アフーマティブ・アクションへの厳格審査の適用を支持する学説は少数派で⁶⁰³、多くの学説はアフーマティブ・アクションが実質的平等を保護すること⁶⁰⁴、多数派が少数派を優遇し、敵意から生じたのではなく⁶⁰⁵、多数派が民主過程を通じての是正が容易であること等を理由に⁶⁰⁶、列举事由等に基づく異なる取扱とアフーマティブ・アクションを区別する。この区別に基づき、多くの学説は中間審査を下回らない程度で列举事由に基づく区別に本来適用される基準よりも低い審査基準の適用を主張し⁶⁰⁷、近年では合理性の審査の適用を主張する説もある⁶⁰⁸。日本の裁判所では「疑わしい分類」の法理は確立されておらず、立法裁量が広範に認められ、緩やかな「合理性」の基準が適用される可能性が高い旨が指摘され⁶⁰⁹、判例上、立法裁量を重視する傾向が強い日本では、アフーマティブ・アクションが一時的である場合には、立法裁量を理由にその合憲性が認められる可能性が高いとされる⁶¹⁰。

どの司法審査基準を適用するのかの判断は、裁判所がいかなる態度で合憲性審査に臨むのかをあらわす。適用する基準の厳格度が高くなれば裁判所の態度は厳しくなり、アフーマティブ・アクションの策定に関して、判断形

成機関の判断を敬讓しない。逆に、適用する基準の厳格度が低くなれば裁判所の態度は緩やかになり、判断形成機関の判断を敬讓する。

合衆国最高裁では人種に基づくアフーマティブ・アクションへの厳格審査の適用が先例として確立されたが⁶¹¹、高等教育機関の入学者選抜の AA の合憲性が問題とされた文脈で敬讓型の厳格審査が適用され、合憲性審査の際に判断形成機関の判断が敬讓された⁶¹² (VI 8)。敬讓型の厳格審査の下で、合衆国最高裁は非常に緩やかな合憲性審査を実施した。判断形成機関は AA の必要性を問われ続けるが (VII 5)、判断形成機関に過度な敬讓がなされると、判断形成機関の判断が裁判所の結論となり、定期的な審査は無意味となる (VI 8)。

日本でも、厳格度の低い基準を適用し、判断形成機関の判断を過度に敬讓すると、アフーマティブ・アクションの必要性が問われ続けなくても、判断形成機関の主張がそのまま認められる。その場合、判断形成機関の判断によって、アフーマティブ・アクションが常に必要だと主張され続け、無制限に行われる可能性があるため、司法審査の際に、判断形成機関に過度な敬讓はすべきでない。

IX おわりに

合衆国最高裁では支持派の裁判官でも、AA は一時的であるべきだと考えた (III)。中間派や支持派の裁判官は、ときとして、カラーブラインドを達成し (IV 1 (1))、人種的統合を図り (IV 2 (3))、個人主義を達成するために (IV 3 (2))、AA が必要だと考えた。だが、AA はカラーブラインドと緊張関係にあり (IV 1 (2) (3))、人種的分断を引き起こすおそれがあり (IV 2 (1) (2) (4))、個人主義を害する可能性もある (IV 3 (2))。AA には様々な消極的影響を及ぼす危険があり、時間的制約によって必要な範囲を超えて AA が使用されないようにし⁶¹³、その消極的影響を抑える必要がある⁶¹⁴。AA の重要な指針は必要がなくなったときには終了するところにある⁶¹⁵。

合衆国は非常に流動性の高い国家であり、その人種構成は常に変化する。

周縁に置かれたグループは不満を抱くため、それを抑えるためにAAが実施された(Ⅳ2(1))。だが、AAによる社会的資源の分配は対象外のグループにその獲得のハードルを高めるため、グループ間の緊張関係が生じ、分断が助長する危険がある(Ⅳ2(1)(2))。合衆国では人種的分断を防いで統合を促進することが課題になっているが(Ⅵ7)、グループ間の緊張関係が是正されても、流動性の高さからグループ間の争いが再発する可能性が常にあり、合衆国では、AAが必要か否かが常に問われる。

日本では、アファーマティブ・アクションに肯定的な学説でも、様々な弊害を懸念し、時間的に制約されるべきとする(Ⅱ5(1))。日本の学説は合衆国の判例と学説を参照し、アファーマティブ・アクションがもたらす弊害として、スティグマや逆差別の発生、差別の永続化を挙げた(Ⅱ5(2)～(4))。日本には合衆国のような深刻な人種問題はなく、アファーマティブ・アクションによって合衆国ほどに深刻な程度でそれらの弊害は生じない。だが、程度に差があるとはいえ、日本でもアファーマティブ・アクションによる弊害が生じる危険があるため、アファーマティブ・アクションは時間的に制約される。

現在、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、人種間の緊張関係で問題とされた分断の問題はない。日本では分断や統合の視点からアファーマティブ・アクションを論じる必要はなく、合衆国ほどの頻度でアファーマティブ・アクションの是非を検証する必要はない(Ⅶ2)。だが、アファーマティブ・アクションによって様々な弊害が生じる危険を考えると、頻度の程度はあるが、その必要性は定期的に審査されるべきである。判断形成機関に過度な敬讓がなされると、アファーマティブ・アクションが永続する危険もあるため、裁判所は厳格な態度でその合憲性を審査すべきである(Ⅷ3)。

日本では、構造的差別の救済や多様性の利益の達成によってアファーマティブ・アクションが正当化理由とされ、その目的が達成されたとき終期である。終期の判断は難しいが、それを判断する際には、数的結果が考慮される。差別の救済を理由とする場合には、構造的差別が是正され機会の平等の実質的保障に必要な数的結果が達成されたとき、多様性の価値を理由とする場合には、自己実現の障害となる固定観念や偏見がなくなり、機会の平等の実質

的保障に必要な数的結果が達成されたときに、アファーマティブ・アクションは終了する。機会の平等の実質的保障のために必要な数的結果を達成しづらいレベル（例えば、問題とされた地位に占める対象者の割合と人口構成に占める対象者の割合が同じになること）を設定すると、アファーマティブ・アクションは長期化する可能性が高い。他方で、その数的結果を達成しやすすい低いレベルに設定すると、時間的制約は明確化するが、機会の平等の実質的保障の障害（構造的差別）を除去できない危険がある。どのレベルに数的結果を設定するのかは事例ごとに理解されるが、時間的制約の要求の充足と自己実現への障害の除去をバランスよく考慮すべきである。

(Endnotes)

- 330 植木淳「人種平等と批判的人種理論 (Critical Race Theory)」六甲台論集 44 卷 3 号 (1998) 19 頁, 23 頁。
- 331 See Cynthia L. Estlund, *Putting Grutter to Work : Diversity, Integration and Affirmative Action in Workplace*, 26 Berkeley J Emp & Lab L.J. 1, 13 (2005); Mellott, *supra* note 190, at 1117-18.
- 332 See Katherine M. Planer, *The Death of Diversity? Affirmative Action in the Workplace After Parents Involved*, 39 Seton Hall L. Rev. 1333, 1344-45 (2009).
- 333 See Timothy L. Hall, *Educational Diversity: Viewpoints and Proxies*, 59 Ohio St. L.J. 551, 558 (1998); George La Noue & Kenneth L. Marcus, *Serious Consideration of Race-Neutral Alternatives in Higher Education*, 57 Cath. U.L. Rev. 991, 1015 n. 145 (2008).
- 334 Estlund, *supra* note 331, at 4.
- 335 Bakke, 438 U.S. at 315.
- 336 Thompson & Schiff, *supra* note 253, at 444-46.
- 337 Terry Carter, *On A Roll(back): After Its Big Win in The Hopwood Case, Setting Aside Affirmative Action at the University of Texas Law School, The Center For Individual Rights Is On A Mission — To Do More of the Same at Other Public Universities*, 84 ABA J. 54 (1998); Hall, *supra* note

- 333, at 592; Lino A. Graglia, *Professor Loewy's "Diversity" Defense of Racial Preference: Defining Discrimination Away*, 77 N.C. L. Rev. 1505, 1509-11 (1999).
- 338 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, 554 (2005).
- 339 See Chin, *supra* note 208, at 881.
- 340 See John Friedl, *Making A Compelling Case For Diversity In College Admissions*, 61 U. Pitt. L. Rev. 1, 15 (1999).
- 341 *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003). 当該判決については、以下の文献等参照。植木淳「アファーマティブアクションの再検討—『厳格審査』と『多様性』—」北九州市立大学法政論業 32 巻 1 号 (2004) 1 頁, 21 頁。; 紙谷雅子「大学とアファーマティブ・アクション」アメリカ法 2004-1 153 頁; 安西前掲 (20); 山内久史「高等教育における人種的アファーマティブ・アクション—ミシガン州立大学二事件判決 (2003 年) を契機として—」帝京国際文化 18 号 (2005) 111 頁; 宮原前掲 (254) 344 頁以下; 樋口範雄・柿島美子・浅香吉幹・岩田太編『アメリカ法判例百選』(有斐閣, 2012) 84 頁 (吉田仁美); 吉田仁美『平等権のパラドクス』(ナカニシヤ出版, 2015) 8 章。
- 342 Leland Ware, *Strict Scrutiny, Affirmative Action, and Academic Freedom: The University of Michigan Cases*, 78 Tul. L. Rev. 2097, 2105 (2004); Harpalani, *supra* note 239, at 471; John A. Powell & Stephen Menendian, *The Limits of Exhaustion and the Future of Race-Conscious University Admissions*, 47 U. Mich. J.L. Reform 899, 902 n.13 (2014).
- 343 See Amar & Evan, *supra* note 236, at 548.
- 344 若年層のマイノリティ人口の顕著な変化が、合衆国最高裁による多様性による AA の正当化の駆動力になったとされる (吉田仁美「多様性—Diversity」関東学院法学 14 巻 3・4 号 (2005) 271 頁, 289 頁)。
- 345 *Grutter*, 539 U.S. at 343.
- 346 See Amar & Evan, *supra* note 236, at 543-44; Johnson, *supra* note 286, at 173; Vinay Harpalani, *Narrowly Tailored but Broadly Compelling: βDe-*

- fending Race-Conscious Admissions After Fisher*, 45 Seton Hall L. Rev. 761, 775-76 (2015).
- 347 Post, *supra* note 135, at 67-68 n.306; Cordes, *supra* note 270, at 744-45.
- 348 Suzanne E. Eckes, *Diversity in Higher Education: The Consideration of Race in Hiring University Faculty*, 2005 BYU Educ. & L. J. 33, 48.
- 349 Steven A. Ramirez, *Diversity and the Boardroom*, 6 Stan. J.L. Bus. & Fin. 85 (2000).
- 350 Terry Eastland, *The Case Against Affirmative Action*, 34 Wm and Mary L. Rev. 33, 45-46 (1992).
- 351 Post, *supra* note 135, at 67-68 n.306.
- 352 Michelle Adams, *Searching for Strict Scrutiny in Grutter v. Bollinger*, 78 Tul. L. Rev. 1941, 1944 (2004).
- 353 Amar & Evan, *supra* note 236, at 543-44.
- 354 Goldstein, *supra* note 134, at 124.
- 355 Adams, *supra* note 352, at 1947.
- 356 See Johnson, *supra* note 286, at 183-84.
- 357 Schmidt, *supra* note 132, at 766-67.
- 358 Eastland, *supra* note 350, at 46.
- 359 Stuart Taylor, Jr., *The Affirmative Action Decisions*, in *A Year At The Supreme Court* 90, 91, Edited by Neal Devins & Davison M. Douglas, eds., , Duke University Press (2004).
- 360 阪本昌成「優先処遇と平等原則」Law School 28 号 (1981) 28 頁以下。
- 361 See Estlund, *supra* note 331, at 17,
- 362 See Peter H. Schuck, *Affirmative Action: Past, Present, and Future*, 20 Yale L. & Pol'y Rev. 1, 34 (2002).
- 363 Deborah C. Malamud, *Affirmative Action, Diversity, and the Black Middle Class*, 68 U. Colo. L. Rev. 939, 940 (1997).
- 364 See Lee C. Bollinger, *A Comment on Grutter and Gratz v. Bollinger*, 106 Colum. L. Rev. 1589, 1591-92 (2003).
- 365 Grutter, 539 U.S. at 335.
- 366 Tokaji, *supra* note 303, at 56-57.

- 367 Ware, *supra* note 342, at 2099.
- 368 See 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).
- 369 See Cunningham, *supra* note 302, at 672.
- 370 Estlund, *supra* note 331, at 46.
- 371 See Kirsanow, *supra* note 8, at 73.
- 372 Goodwin Liu, *Affirmative Action in Higher Education: The Diversity Rationale and the Compelling Interest Test*, 33 *Harv. CR-CL L. Rev.* 381, 427 (1998); Cordes, *supra* note 270, at 745
- 373 Schmidt, *supra* note 132, at 780–81.
- 374 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).
- 375 Kahlenberg, *supra* note 172, at 27–28.
- 376 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).
- 377 Grutter, 539 U.S. at 318–19.
- 378 Addis, *supra* note 120, at 123.
- 379 Anthony Lising Antonio et al., *Effects of Racial Diversity on Complex Thinking in College Students*, 15 *Psychol. Sci.* 507, 508 (2004); Jolls & Sunstein, *supra* note 119, at 981.
- 380 逆に、多様性に基づく AA が偏見や固定観念を強めるとの見解も示されている (Peter Wood, *Diversity: The Invention of a Concept* 43 (2003))。
- 381 See Richard J. Herrnstein & Charles Murray, *The Bell Curve: Intelligence and Class Structure in American Life* 276–80, 320–22, Free Press (1994).
- 382 See Jolls & Sunstein, *supra* note 119, at 981.

- 383 Wilson, *supra* note 195, at 34.
- 384 Jolls & Sunstein, *supra* note 119, at 981.
- 385 See Addis, *supra* note 120, at 111–12, 145.
- 386 See Dinesh D'Souza, *Affirmative Action Debate: Should Race Based Affirmative Action be Abandoned as a National Policy?*, 60 Alb. L. Rev. 425, 429 (1996).
- 387 植木淳「平等保護原理と Affirmative Action」六甲台論集 46 卷 2 号 (1999) 17 頁, 62 頁。
- 388 See Goldstein, *supra* note 134, at 95.
- 389 Goldstein, *supra* note 134, at 143–44.
- 390 Akhil Reed Amar & Neal Kumar Katyal, *Symposium on Affirmative Action: Bakke's Fate*, 43 UCLA L. Rev. 1745, 1776–77 (1996).
- 391 See Siegel, *supra* note 229, at 26.
- 392 See Lapenson, *supra* note 84, at 52–54.
- 393 See Charles F. Abernathy, *Federalism and Anti-Federalism as Civil Rights Tools*, 39 How. L.J. 615, 628 (1996).
- 394 See Amar & Katyal, *supra* note 390, at 1754.
- 395 Grutter, 539 U.S. at 344 (Ginsburg, J., concurring).
- 396 Cordes, *supra* note 270, at 745.
- 397 企業にとって経済的重要性を増している地域の文化に精通している従業員が必要だと指摘される (See Hing, *supra* note 221, at 883)。
- 398 Schmidt, *supra* note 132, at 765.
- 399 Estlund, *supra* note 331, at 37.
- 400 Lorin J. Lapidus, *Diversity Divergence: A Post Grutter Examination of Racial Preferences in Public Employment*, 28 W. New Eng. L. Rev. 199, 254–55 (2006).
- 401 See Chin, *supra* note 208, at 908–09, 923.
- 402 See Susan Sturm & Lani Guinier, *The Future Of Affirmative Action: Reclaiming The Innovative Ideal*, 84 Cal. L. Rev. 953, 1028 (1996).
- 403 Harpalani, *supra* note 239, at 482–83.
- 404 539 U.S. at 343.

- 405 Daria Roithmayr, *Tacking Left: A Radical Critique of Grutter*, 21 Const. Comment. 191, 193 (2004); Earl M. Maltz, *Ignoring The Real World: Justice O'Connor and Affirmative Action in Education*, 57 Cath. U.L. Rev. 1045, 1057 (2008); Elise C. Boddie, *Response: The Future of Affirmative Action*, 130 Harv. L. Rev. F. 38, 44 (2016).
- 406 歴史的な人種差別の影響が早期に解決すると考えるのは、楽観的だと指摘されている (吉田前掲 (14) 239 頁)。
- 407 Johnson, *supra* note 286, at 188.
- 408 Carl L. Bankston III, *Grutter v. Bollinger Weak Foundations*, 67 Ohio St. L.J. 1, 4 (2006).
- 409 See Abernathy, *supra* note 393, at 628.
- 410 See Kevin R. Johnson, *The End of "Civil Rights" as We Know It?: Immigration and the New Civil Rights Law*, 49 UCLA L. Rev. 1481, 1499–1510 (2002).
- 411 Sturm & Guinier, *supra* note 402, at 1027.
- 412 Schmidt, *supra* note 132, at 764.
- 413 See Corey A. Ciocchetti & John Holcomb, *The Frontier of Affirmative Action: Employment Preferences & Diversity in the Private Workplace*, 12 U. Pa. J. Bus. L. 283, 322–23 (2010).
- 414 Johnson, *supra* note 286, at 188–89.
- 415 合衆国では、多様性を求める主張が常に提起され続ける (Bryan T. Ikegami, *An Urgent Opportunity Unifying the Asian American Stance on Affirmative Action*, 17 UCLA Asian Pac. Am. L.J. 82, 97 (2012).)。
- 416 See Abernathy, *supra* note 393, at 628.
- 417 吉田前掲 (14) 237–38 頁。
- 418 See Siegel, *supra* note 229, at 26.
- 419 Bankston III, *supra* note 408, at 4.
- 420 Brest & Oshige, *supra* note 143, at 855.
- 421 See Kahlenberg, *supra* note 172, at 74–80, 115; Kevin R. Johnson, *Immigration and Latino Identity*, 19 Chicano-Latino L. Rev. 197, 207–08 (1998); Peter H. Schuck, *Alien Ruminations*, 105 Yale L.J. 1963, 2000–04 (1996).

- 422 See Brest & Oshige, *supra* note 143, at 890.
- 423 See Payson, *supra* note 144.
- 424 Bakke 判決において、マーシャル裁判官は「黒人の経験は他のエスニック・グループとは、まさに程度ではなく種類が異なる」と述べている (438 U.S. at 400)。
- 425 Kahlenberg, *supra* note 172, at 3.
- 426 Brest & Oshige, *supra* note 143, at 900.
- 427 See Pamela S. Karlan, *Strict Scrutiny and Affirmative Action After The Redistricting Cases*, 43 Wm. & Mary L. Rev. 1569, 1578 (2002).
- 428 多様性に基づく AA は、母集団の変化にしたがって目標が設定されているとされる (Lorenzo, *supra* note 118, at 395)。
- 429 See Chu, *supra* note 172, at 109.
- 430 吉田仁美「学校における人種差別撤廃の最近の動向」ジュリスト 1375 号 (2009) 119 頁, 126 頁。
- 431 清水前掲 (178) 169 頁。
- 432 清水前掲 (178) 169 頁。
- 433 木下智史「『批判的人種理論 (Critical Race Theory)』に関する覚書」神戸学院法学 26 卷 1 号 (1996) 199 頁, 208 頁。
- 434 Lorenzo, *supra* note 118, at 395.
- 435 Schmidt, *supra* note 132, at 781.
- 436 Grutter, 539 U.S. at 329–30; Parents Involved, 551 U.S. at 723.
- 437 Erica Goldberg & Kelly Sarabyn, *Measuring a “Degree of Deference”: Institutional Academic Freedom in a Post-Grutter World*, 51 Santa Clara L. Rev. 217, 226 n.38 (2011); Thompson & Schiff, *supra* note 253, at 484.
- 438 Nathan Perlmutter, *Testimony of Anti-Defamation League of B’nai B’rith, in Selected Affirmative Action Topics in Employment and Business Set Asides: A Consultation /Hearing of the United States Commission on Civil Rights* 193, 195 (1985).
- 439 See Balkin, *supra* note 219, at 1725–26 n.125.
- 440 Lorenzo, *supra* note 118, at 419.
- 441 多様性は更新され続けるという指摘 (吉田前掲 (14) 238 頁) は、的をえ

ている。

- 442 各グループは互いに共有した「常識」を持たず、人種相互の理解が必要であり、アメリカ社会全体の統合が多様性実現の目的だとされる(紙谷前掲(341) 68頁)。
- 443 中條献「ポスト公民権運動期における人種と秩序—アファーマティヴ・アクションと『カラープラインドな多様性』批判—」アメリカ史研究 32号(2009) 69頁, 78頁。
- 444 AAは差別の救済から社会統合へと重心を移動させている旨が指摘されている(大沢前掲(64) 202-03頁)。
- 445 吉田前掲(11) 117頁。
- 446 Jonathan R. Alger, *Unfinished Homework for Universities: Making the Case for Affirmative Action*, 54 Wash. U. J. Urb. & Contem. L. 73, 87 (1998).
- 447 539 U.S. 306 (O'Connor J., jointed by Stevens, Breyer, Ginsburg & Souter JJ., majority); *Fisher v. University of Texas*, 136 S. Ct. 2198 (Kennedy J., jointed by Ginsburg, Breyer & Sotomayor JJ., majority) (2016).
- 448 Grutter, 539 U.S. at 324.
- 449 Grutter, 539 U.S. at 329.
- 450 Michelle Adams, *Stifling the Potential of Grutter v. Bollingestifr Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 88 B.U.L. Rev. 937, 946(2008).
- 451 Angelo N. Ancheta, *Contextual Strict Scrutiny and Race-Conscious Policy Making*, 36 Loy. U. Chi. L.J. 21, 45 (2004).
- 452 Grutter, 539 U.S. at 333.
- 453 Ozan O. Varol, *Strict in Theory, But Accommodating in Fact?*, 75 Mo. L. Rev. 1243, 1254 (2010).
- 454 Annalisa Jabaily, *Color Me Colorblind: Deference, Discretion, and Voice in Higher Education After Grutter*, 17 Cornell J.L. & Pub. Pol'y 515, 526-27 (2008).
- 455 Gerstmann & Shortell, *supra* note 311, at 32.
- 456 Grutter, 539 U.S. at 318-19.

- 457 Grutter, 539 U.S. at 346–47 (Scalia J., dissenting).
- 458 Bankston III, *supra* note 408, at 12.
- 459 Grutter, 539 U.S. at 343.
- 460 Grutter, 539 U.S. at 340.
- 461 Thompson & Schiff, *supra* note 253, at 479.
- 462 Beard II, *supra* note 368, a 26.
- 463 Karlan, *supra* note 8, at 1625.
- 464 Malamud, *supra* note 363, at 953–54.
- 465 Ian Ayres & Sydney Foster, *Don't Tell Don't Ask : Narrow Tailoring After Grutter and Gratz*, 85 Tex. L. Rev 517 (2007).
- 466 Fisher v. University of Texas at Austin, 133 S. Ct. 2411 (Kennedy J., jointed by Roberts C.J., Scalia, Thomas, Breyer, Alito & Sotomayor JJ., majority) (2013). 当該判決については、以下の文献等参照。拙稿「Fisher v. University of Texas at Austin, 132 S. Ct. 1536 (2013) — 大学入試における人種使用は正しく理解された厳格審査の下で合憲性を審査されるべきとされた事例」アメリカ法 [2014–1] 187 頁；吉田仁美「大学におけるアファーマティブ・アクションの基準の厳格化：Fisher v. University of Texas at Austin, 133 S. Ct. 2411 (2013)」比較法学 48 卷 1 号 (2014) 192 頁；吉田前掲 (341) 129 頁以下；有澤知子「大学入学とアファーマティブ・アクション—Fisher v. University of Texas at Austin」大阪学院大学法学研究 41 卷 2 号 (2015) 64 頁。
- 467 133 S.Ct. at 2411.
- 468 Fisher v. University of Texas, 136 S. Ct. 2198 (Kennedy J., jointed by Ginsburg, Breyer & Sotomayor JJ., majority) (2016). 当該判決については以下の文献等参照。大林啓吾「多様な学生を確保するために人種を考慮要素の一つとするテキサス大学の入試制度 (アファーマティブアクション) を合憲とした事例 [アメリカ連邦最高裁判所 2016.6.23 判決] 判時 2304 号 (2016) 19 頁；拙稿「大学の入学者選抜における Affirmative Action と厳密な厳格審査：Fisher v. University of Texas, 136 S. Ct. 2198 (2016)」桐蔭法学 23 卷 1 号 (2016) 49 頁；宮川成雄「テキサス大学の入試制度とアファーマティブ・アクションの合憲性 —Fisher v. University of Texas at

- Austin, 136 S. Ct. 2198 (2016) (Fisher II) 比較法学 51 卷 1 号 (2017) 83 頁; 高橋正明「大学入試において人種を考慮して実施されたアファーマティブ・アクションの合憲性: Fisher v. University of Texas at Austin, 136 S. Ct. 2198 (2016)」帝京法学 30 卷 2 号 (2017) 259 頁; 岡田高嘉「大学入学選抜におけるアファーマティブ・アクションの合憲性」県立広島大学教育センター紀要 2 号 (2017) 1 頁; 拙稿「Fisher v. University of Texas, 136 S. Ct. 2198 (2016) - 大学の入学選抜における人種の使用は、目的審査では大学の判断を敬讓するが、手段審査では敬讓しない厳格審査 (strict scrutiny) の下で、合憲だとされた事例」アメリカ法 [2017-1] 106 頁; 石田若菜「大大学入試とアファーマティブ・アクション - Fisher v. University of Texas at Austin, 136 S.Ct. 2198 (2016)」比較法雑誌 51 卷 3 号 (2017) 249 頁。
- 469 Fisher II, 136 S. Ct. at 2214.
- 470 Fisher II, 136 S.Ct. at 2214.
- 471 Inouye, *supra* note 213, at 155 n59.
- 472 Fisher II, 136 S.Ct. at 2223.
- 473 See Eboni S. Nelson, *In Defense of Deference: The Case for Respecting Educational Autonomy and Expect Judgements in Fisher v. Texas*, 47 U. Rich. L. Rev. 1133, 1153-54 (2013).
- 474 Carr, *supra* note 273, at 745.
- 475 136 S.Ct. at 2211-12.
- 476 136 S.Ct. at 2216.
- 477 136 S.Ct. at 2222.
- 478 Thompson & Pomeroy, *supra* note 8, at 63.
- 479 Elizabeth Slattery, *Fisher v. UT-Austin and the Future of Racial Preferences in College Admissions*, 17 Federalist Soc'y Rev. 22, 25 (2016).
- 480 Kelly Lynn Claxton, *Fisher v. University of Texas at Austin 136 S. Ct. 2198 (2016)*. 43 Ohio N.U.L. Rev. 219, 238 (2017).
- 481 Carr, *supra* note 273, at 755-56.
- 482 Nelson, *supra* note 473, at 1153-54.
- 483 Claxton, *supra* note 480, at 239.

- 484 Bernstein, *supra* note 199, at 220.
- 485 Freeman, *supra* note 151, at 1419-20; Selena Dong, “Too Many Asians”: *The Challenge of Fighting Discrimination Against Asian-Americans and Preserving Affirmative Action*, 47 Stan L. Rev. 1027, 1052 (1995) .
- 486 Johnson, *supra* note 286, at 182.
- 487 Johnson, *supra* note 286, at 187.
- 488 愛敬前掲 (31) 42 頁。
- 489 これは、Bakke 判決から 25 年を経て、多様性の価値が社会に受け入れられたとオコナ裁判官が考えたためだと指摘されている (See Amar & Evan, *supra* note 236, at 548-49)。
- 490 Grutter, 539 U.S. at 341(O'Connor J., jointed by Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer JJ., majority).
- 491 Grutter, 539 U.S. at 343(O'Connor J., jointed by Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer JJ., majority).
- 492 Grutter, 539 U.S. at 342.
- 493 Amar & Evan, *supra* note 236, at 546; Johnson, *supra* note 286, at 179 n. 42.
- 494 See Michael Abramowicz & Maxwell Stearns, *Defining Dicta*, 57 Stan. L. Rev. 953, 1093 (2005).
- 495 Bakke 事件の審理の中で、サーグッド・マーシャル裁判官は、優先がもはや必要ではないとの提案に対して、さらに 100 年以上にわたって AA が必要だとする見解を表明していた (Schuck, *supra* note 362, at 84 n.410)。
- 496 AA を肯定的にとらえる学説では、数百年にわたる人種差別の影響が合衆国に残存していることから、時間的制約のある救済ではこれを是正できないと考えている (See Johnson, *supra* note 286, at 172-73)。
- 497 See Goldstein, *supra* note 134, at 89-90.
- 498 Neal Katyal, *Sunsetting Judicial Opinions*, 79 Notre Dame L. Rev. 1237, 1244 (2004); Goldstein, *supra* note 134, at 102.
- 499 Cordes, *supra* note 270, at 742.
- 500 Bankston III, *supra* note 408, at 8.
- 501 Cordes, *supra* note 270, at 748-49.

- 502 Thompson & Pomeroy, *supra* note 8, at 184.
- 503 Cordes, *supra* note 270, at 742.
- 504 See Schmidt, *supra* note 132, at 784.
- 505 AA は人種関係の不安定さを鎮静化するために実施される旨が指摘されている (大沢前掲 (64) 195 頁 註 67)。
- 506 Amar & Evan, *supra* note 236, at 549.
- 507 Amar & Evan, *supra* note 236, at 551.
- 508 Grutter, 539 U.S. at 332.
- 509 Grutter, 539 U.S. at 343.
- 510 Goldstein, *supra* note 134, at 137–38.
- 511 See Goldstein, *supra* note 134, at 113.
- 512 539 U.S. at 394(Kennedy, J., dissenting).
- 513 Goldstein, *supra* note 134, at 93.
- 514 Abramowicz & Stearns, *supra* note 494, at 1092 n.462.
- 515 Martin H. Belsky, *Accentuate the Positive, Eliminate the Negative, Latch on to the Affirmative [Action], Do Mess with Mr. In-Between*, 39 Tulsa L. Rev. 27, 44 (2003).
- 516 Erwin Chemerinsky et al., *Reaffirming Diversity: A Legal Analysis of the University of Michigan Affirmative Action Cases*, in *The Civil Rights Project* 11, 17 (2003).
- 517 Grutter, 539 U.S. at 349 (Thomas J., dissenting).
- 518 Goldstein, *supra* note 134, at 106.
- 519 Johnson, *supra* note 286, at 181.
- 520 Johnson, *supra* note 286, at 182.
- 521 Johnson, *supra* note 286, at 173.
- 522 Amar & Evan, *supra* note 236, at 546.
- 523 Roithmayr, *supra* note 405, at 207.
- 524 Johnson, *supra* note 286, at 183.
- 525 Schmidt, *supra* note 132, at 766–67.
- 526 Grutter, 539 U.S. at 386–87 (Rehnquist, J., dissenting).
- 527 Goldstein, *supra* note 134, at 93.

- 528 Greenberg, *supra* note 133, at 611.
- 529 Goldstein, *supra* note 134, at 122.
- 530 Johnson, *supra* note 286, at 182.
- 531 Addis, *supra* note 119, at 1441.
- 532 See Kimberle Williams Crenshaw, *Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law*, 101 Harv. L. Rev. 1331, 1345–46 (1988).
- 533 Grutter, 539 U.S. at 346 (Ginsburg J., concurring).
- 534 Johnson, *supra* note 286, at 180.
- 535 Grutter, 539 U.S. at 345 (Ginsburg J., jointed by Breyer J., concurring).
- 536 Goldstein, *supra* note 134, at 98.
- 537 Goldstein, *supra* note 134, at 143–44.
- 538 Brown 判決が下された日、サーグッド・マーシャルは、5 年以内に学校の人種分離が終了し、10 年以内にあらゆる人種分離を終わらせると予測したが、判決後に事実上の人種分離の解消が完遂されず、25 年後の Bakke 判決では AA が 100 年以上必要であるとの見解を示すに至った。この点から、25 年という期限は平等の達成にかかる期間を過小評価しているとされる (Goldstein, *supra* note 134, at 140–41)。
- 539 See Kahlenberg, *supra* note 172, at 112–13.
- 540 See Fried, *supra* note 226, at 239.
- 541 Fried, *supra* note 226, at 239.
- 542 See Goldstein, *supra* note 134, at 138.
- 543 Morrison, *supra* note 154, at 315.
- 544 Morrison, *supra* note 154, at 322–23.
- 545 See Bakke, 438 U.S. at 327 (Brennan, White, Marshall, and Blackmun, JJ., dissenting); Bakke, 438 U.S. at 407 (Blackmun, J., dissenting).
- 546 See Heany, *Busing, Timetables, Goals, and Ratios: Touchstones of Equal Opportunity*, 69 Minn. L. Rev. 735, 819–20 (1985); Michel Rosenfeld, *Affirmative Action, Justice, and Equalities: A Philosophical and Constitutional Appraisal*, 46 Ohio St. L.J. 845, 856–67 (1985); Hooks, *supra* note 288, at 1044.

- 547 Schmidt, *supra* note 132, at 775–76.
- 548 Roithmayr, *supra* note 405, at 207.
- 549 Chu, *supra* note 172, at 109–10.
- 550 Johnson, *supra* note 286, at 172.
- 551 Derrick Bell, *Silent Covents: Brown v. Board of Education And The Unfulfilled Hopes For Racial Reform* 149, Oxford University Press (2004).
- 552 Johnson, *supra* note 286, at 172; Goldstein, *supra* note 134, at 99.
- 553 *See* Schmidt, *supra* note 132, at 755.
- 554 Abigail Thernstrom & Stephan Thernstrom, *Secrecy and Dishonesty: The Supreme Court, Racial Preferences, and Higher Education*, 21 *Const. Comment.* 251, 265 (2004).
- 555 Taylor, *supra* note 359, at 91.
- 556 *See* Schmidt, *supra* note 132, at 764.
- 557 Goldstein, *supra* note 134, at 92.
- 558 Grutter, 539 U.S. at 342.
- 559 Oluwole & Green III, *supra* note 149, at 727–28.
- 560 Johnson, *supra* note 286, at 187.
- 561 Alger, *supra* note 446, at 90; Greenberg, *supra* note 133, at 611.
- 562 Goldstein, *supra* note 134, at 128.
- 563 Goldstein, *supra* note 134, at 122.
- 564 *See* Alger, *supra* note 446, at 87.
- 565 Chang, *supra* note 7, at 106.
- 566 *See* Alger, *supra* note 446, at 90.
- 567 Dan T. Coenen, *A Constitution of Collaboration: Protecting Fundamental Values with Second-Look Rules of Interbranch Dialogue*, 42 *Wm. & Mary L. Rev.* 1575, 1721–22 (2001).
- 568 Chang, *supra* note 7, at 61.
- 569 植野妙実子「アフアーマティブ・アクションをめぐる問題」国際人権 11 号 (2000) 10 頁, 14 頁。
- 570 横田前掲 (37) 40–41 頁。
- 571 久保田前掲 (142) 50 頁。

- 572 安西前掲 (2) 91-92 頁等参照。
- 573 勝田卓也「雇用差別訴訟における統計的証拠の利用について—アメリカにおける『系統的な異なる取扱い』訴訟を中心に—」早稲田法学 74 卷 2 号 (1999) 27 頁参照。
- 574 この点、合衆国でも、AA に否定的な見解では、グループ間の不均衡の原因は差別だけでなく、差別がなかったとしても、あらゆる分野で人口構成比通りにならないとされる (Croson, 488 U.S. at 513-14)。
- 575 西村裕三「アファーマティブ・アクションの任意の実施と差別の立証要件—Weber 判決以後の展開—」大阪府立大学経済研究 32 卷 3 号 (1987) 21 頁, 32-33 頁参照。
- 576 勝田卓也「アメリカにおける雇用平等法制の展開—公民権法第 7 編訴訟における差別概念とアファーマティブ・アクションの変容—」早稲田法学 75 卷 1 号 (1999) 474 頁, 473-74 頁参照。
- 577 勝田前掲 (576) 439 頁参照。
- 578 吉田前掲 (14) 175 頁参照。
- 579 辻村前掲 (73) 185 頁。
- 580 吉田前掲 (14) 175 頁参照。
- 581 伊藤前掲 (54) 100-101 頁。
- 582 青柳幸一「国公立女子大学の憲法適合性—高等教育における差別—」『個人の尊重と人間の尊厳』(尚学社, 2004) 365 頁, 390 頁
- 583 辻村みよ子『女性と人権』(日本評論社, 1997) 196 頁。
- 584 青柳前掲 (582) 400 頁。
- 585 宮澤俊義『憲法 II (新版)』(有斐閣, 1971) 282-83 頁。
- 586 和田鶴蔵『憲法と男女平等』(法律文化社, 1969) 49 頁参照。
- 587 戸松秀則「平等原則とアファーマティブ・アクション」ジュリスト 1089 号 (1996) 188 頁。
- 588 大沢前掲 (14) 60 頁。
- 589 阿部・野中前掲 (113) 129 頁 (野中俊彦)。
- 590 大沢前掲 (14) 55 頁。
- 591 伊藤前掲 (54) 101 頁。
- 592 辻村前掲 (583) 196 頁。

- 593 辻村みよ子「女性の権利と『平等』」杉原泰雄・樋口陽一編『論争憲法学』(日本評論社, 1994) 210 頁。
- 594 青柳前掲(582) 400 頁。
- 595 辻村前掲(583) 196 頁。
- 596 アファーマティブ・アクションの許容性の判断は絶えず変化している旨を指摘している(辻村前掲(73) 185 頁)。
- 597 辻村前掲(14) 168 頁。
- 598 例えば、内閣府男女共同参画局のホームページには、ポジティブ・アクションの必要性として多様性の確保が挙げられている(http://www.gender.go.jp/policy/positive_act/index.html) 最終閲覧 2020 年 12 月 7 日。
- 599 卷前掲(43) 17 頁。
- 600 高橋和之「審査基準論の理論的基礎(上)」ジュリスト 1363 号(2008) 64 頁。
- 601 多くの憲法学者は、アファーマティブ・アクションに如何なる審査基準を適用すべきかという議論に熱中してきたと評されている(長谷部恭男「平等」星野英一・田中成明編『法哲学と実定法学の対話』(有斐閣, 1995) 98 頁, 100 頁)。
- 602 渋谷秀樹『憲法(第3版)』(有斐閣, 2017) 203 頁。
- 603 君塚正臣「二重の基準論の応用と展望」横浜国際経済法学 17 卷 2 号(2008) 1 頁, 22 頁註 7。
- 604 横田耕一「合理性の基準」芦部信喜編『講座 憲法訴訟 2』(有斐閣, 1987) 161 頁, 195 頁。
- 605 高橋正明「アファーマティブ・アクションの違憲審査の在り方について—『動機審査理論』と『成果主義理論』の検討を中心に」帝京法学 30 卷 1 号(2016) 108 頁, 131-37 頁。
- 606 長谷部恭男『憲法(第6版)』(新世社, 2014) 173 頁。
- 607 中村陸夫「法の下での平等と『合理的区別』」公法研究 45 号(1983) 27 頁, 40-41 頁; 有澤知子「合衆国最高裁判所の積極的平等施策に対する二つのアプローチ—メトロ対連邦通信委員会判決を中心に—」大阪学院大学法学研究 19 卷 1・2 号(1993) 1 頁, 41 頁; 横田前掲(604) 195-96 頁; 松井前掲(61) 204 頁。

608 高橋前掲 (605) 153 頁。

609 平地秀哉「平等理論—『審査基準』の行方」『憲法理論の再創造』(日本評論社, 2011) 339 頁, 353-54 頁。

610 辻村前掲 (14) 159 頁。

611 拙著前掲 (70) 48 頁以下参照。

612 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)」桐蔭法学 24 卷 2 号 (2018) 1 頁, 桐蔭法学 25 卷 1 号 (2018) 1 頁参照。

613 Cordes, *supra* note 270, at 744.

614 Goldstein, *supra* note 134, at 97.

615 Ciocchetti & Holcomb, *supra* note 413, at 324.

(もぎ・ようへい 桐蔭横浜大学法学部准教授)