

【研究ノート】

カラーブラインドの意味とAffirmative Action (2・完)

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 [以上本号]
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 27 巻 1 号掲載]	
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	

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

AA の支持派は、否定派が AA を批判するためにカラーブラインドを用いたことから、AA とマイノリティを不利な立場に置く差別的な施策を区別せ

ず、すべての人種区分を禁止するのは妥当ではないとした (II)。だが、カラーブラインドな立憲主義は、普遍主義的なイデオロギーに傾倒していたある世代のリベラル派を特に惹きつけていたとされ、彼らは、人種は法的及び道徳的に無関係であり、進歩的な人種政策は人種区分を乗り越えるべきという考えを前提としていた²²⁸。

1940年代から1960年代の市民権をめぐる議論は、人種の従属はカラーブラインドな法の適用により克服できると考えられ²²⁹、反区分の原則の明示し、「我々の憲法はカラーブラインドである」というハーラン裁判官による判旨を称賛していた²³⁰。この時代において、白人が持つ機会から黒人を排除する法律への反対の背景として、リベラル派の間では、カラーブラインドな法が人種的従属を終わらせると考えられていた²³¹。

NAACPは、大学の人種分離の事例に関して、反区分の主張を展開してきた²³²。Sipuel判決²³³では、NAACPは人種区分は「我々の社会において道徳的に法的正当性はなく、「公教育の人種分離は、人種と肌に色に基づくカースト制の維持と強制を助長する」と主張した²³⁴。

Sweatt判決²³⁵では、NAACPは人種区分は黒人への敵意を法に組み入れており²³⁶、人種区分に基づく政府の行為はそれ自体として違憲であり²³⁷、人種区分への厳格審査の適用を支持すると主張した²³⁸。NAACPは、合衆国最高裁が反区分の主張を認めない場合に備えて、分離すれども平等が達成されていないとも主張した²³⁹。

Brown判決では²⁴⁰、NAACPは、人種区分は疑わしく憲法上許されないとする反区分の議論を前面に出し、反従属の主張（人種分離によって黒人の生徒に心理的害悪を生じさせる）は二次的で、裁判官によって反区分の主張が反論されたときには、反従属の主張を展開する用意をしていたと分析される²⁴¹。

NAACPの法律家たちは、反区分（カラーブラインド）の原則が人種統合を実質的に生じさせると考えていた²⁴²。Brown判決に係わったNAACP以外の法律家は反区分の議論を示したが、黒人の差別の歴史を踏まえた反従属の視点を織り交ぜた主張を展開した²⁴³。

カラーブラインドは異人種婚禁止の法律を無効にするために展開された議論でもあり、Brown判決時、異人種婚禁止の法律をめぐり非常に激しい論

争が展開され、異人種婚禁止法の違憲判断に、保守派からの激しい反対が予想された(IV 2)。故に、Brown 判決時には、カラーブラインドの容認が大きな争いを招き、合衆国市民の司法への信頼を損なう懸念から、合衆国最高裁は反従属の視点を示して、一切の人種区分が禁止されるという解釈をとらなかった(IV 1, 4)。公立の初等学校の人種分離以外にも、争いの激しい問題(異人種婚禁止法)へ波及するため²⁴⁴、Brown 判決時、カラーブラインドは野心的な見解だと広く認識された²⁴⁵。

1964年の市民権に関する法律は、あらゆる市民が雇用、公的な宿泊施設、教育、公の機関への同等の公正なアクセスを持つことを保障した²⁴⁶。この文脈で、カラーブラインドは人種に基づいて過度に黒人を排除する手続きを対象とし²⁴⁷、人種的従属を是正するために²⁴⁸、人種を意識する²⁴⁹。この歴史は、カラーブラインドな法律は人種的従属を根絶するための1つの手段として使用されたことを証明する²⁵⁰。

AAを肯定する学説からは、AAの反対者はカラーブラインドな法の要求に関する歴史的な文脈を無視し、カラーブラインドがもたらすマイノリティへの不利な影響を考慮せず、カラーブラインドの原則を支持していると批判される²⁵¹。この見解によれば、Brown 判決とそれに派生する判決は、あらゆる人種区分が違憲であるとの抽象的の原則を支持せず、人種的従属をかすいずれの区分を合衆国憲法が禁止するという提案を支持する²⁵²。あらゆる人種区分を禁止するとのカラーブラインドの理解は、1970年代後半から1990年代にかけて合衆国最高裁で確立し、AAへの批判の中で展開された²⁵³。

2 カラーブラインドの解釈をめぐる争い

カラーブラインドは人種区分を憲法上疑わしいとみなし、違憲性を推定するため、初等中等教育での人種分離や異人種婚禁止法など、廃止への抵抗が根強い人種分離制度を違憲にする可能性があった。それらの人種分離制度の廃止は社会に大きな争いを生じさせるため、カラーブラインドは非常にラディカルで、市民権運動を促進する者たちも、それを主張したときに受ける激しい批判を考え、それを前面に出した人種分離撤廃の訴えを躊躇した。だが、人種分離撤廃を容認する方向へと社会が変化することを察知して、リベラルな組織は人種差別撤廃のためにカラーブラインドを使用し始めた²⁵⁴。1940年

代から 50 年代にかけて、合衆国最高裁は一定の人種分離に違憲判断を次々と下したが、カラーブラインドが社会に大きな争いを生じさせ、合衆国市民の司法への信頼や自らの権威の失墜を懸念した²⁵⁵。合衆国最高裁がカラーブラインドの確立をためらった背景には、廃止によって大きな問題を生じさせるため、合衆国最高裁が審理を避けてきた人種区分（異人種婚禁止法など）を無効にするおそれがあった²⁵⁶。だが、最大の懸念事項であった異人種婚禁止法の廃止につき、社会が受容すると合衆国最高裁が 1960 年代に判断したときに、判例でカラーブラインドの原則が確立した（V 8）。カラーブラインドは否定できない道徳的義務となり、1970 年代初頭からは、主流にある政治家がカラーブラインドを公に批判しなくなった²⁵⁷。

カラーブラインドはマイノリティを不利な状況に置く人種分離制度の廃止に大きな役割を果たし、カラーブラインドを批判して、そのような人種分離制度の維持や復活を主張できなくなった。だが、人種分離制度の廃止だけではマイノリティの地位向上には十分ではなく、リベラル派からは AA の必要性が主張された。人種の重要性が大きく低下した社会が理想とされるが、AA には人種の意識が存在し、これに反する側面があり²⁵⁸、AA とカラーブラインドには重大な緊張関係がある²⁵⁹。

AA の反対者は、AA の合憲性をめぐる激しい論争の中で、AA に反対するために、Plessy 判決ハーラン裁判官反対意見の「我々の憲法はカラーブラインドである」という一節を用い始めた²⁶⁰。AA の反対者は、その一節を重視し、それが AA を終わらせる彼らの取組を権威づけできるとした²⁶¹。他方、AA の支持者はカラーブラインドの達成に AA が必要だと主張し²⁶²、その意味をめぐり争いが続いた²⁶³。

3 AA 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

AA の合憲性が争われた文脈でハーラン裁判官反対意見が最初に引用されたのは、同反対意見がカラーブラインド（人種区分全般を否定していた）に依拠したとする当事者の主張を、ブレンナン裁判官が明確に否定した箇所である²⁶⁴。ブレンナン裁判官が記すところでは、「『我々の憲法はカラーブラインドである』という短い一節は…平等保護条項の適切な意味として本法廷により採用され」ず、「我々は、多くの機会でのこの提案を明確に否定した」と示

す²⁶⁵。Bakke 判決で、合衆国最高裁の AA の支持派は、自身の立場の強力な表明としてこのフレーズを理解する否定派に反論し、この一節の解釈をめぐる争いが平等保護の議論で主たる位置づけを占め始めた²⁶⁶。

Fullilove 判決²⁶⁷で、ステュワート裁判官反対意見は、連邦の公共事業計画における AA の合憲性を認める相対多数意見に対して、ハーラン裁判官反対意見を援用し、AA の合憲判断はカラーブラインドに反すると示す²⁶⁸。ステュワート裁判官が論じるところでは、人種区分は「推定的に無効」であり²⁶⁹、「悪意ある差別」の禁止が修正第 14 条の下で基本的に保護されると示す²⁷⁰。

スカリア裁判官は、カラーブラインドの例外（人種使用が許容される場合）として、刑務所での人種暴動など差し迫った危険がある場合など、非常に例外的な場合に限って人種考慮が許されると考える²⁷¹。これが、カラーブラインドの原則を支持するために、このフレーズが援用されてきた典型的な方法である²⁷²。

カラーブラインドは反区分の主張と結びつき、AA に強力に反対し、特にトマス裁判官がこの立場をとる²⁷³。トマス裁判官は「カラーブラインド」を用いて、初等中等教育機関での人種統合のための人種を意識する生徒の割当策を否定する²⁷⁴。

4 Affirmative Action 否定派によるカラーブラインドの利用

Brown 判決時、カラーブラインドの原則は人種区分全般を禁止する考え方で、廃止の抵抗が激しい人種分離の制度（異人種婚禁止など）をも違憲にする可能性があり、リベラル派にとって非常に野心的な見解であったと指摘される²⁷⁵。カラーブラインドの原則の確立は非常に強い政治的抵抗が懸念されるため、リベラル派の裁判官は、Brown 判決以降に人種分離制度を違憲と判断する際に、一切の人種区分が禁止されるのではなく、害悪を及ぼす人種区分が禁止されるべきとの考え方を示してきた²⁷⁶。異人種婚禁止の違憲判断をする際に、リベラル派の裁判官は反区分の考え方を示したが、それは反区分がマイノリティの不利な状況を是正するという考えに基づいていた（V 8）。

AA の合憲性が問題とされた 1970 年代にはカラーブラインドが合衆国の

理想であるという考えが浸透し、Brown 判決などの一連の人種分制度違憲判断を政治的に批判するのは難しくなっていた²⁷⁷。かつて、カラーブラインドは人種分離制度廃止を促進するラディカルな見解であったが、AA を違憲にする考えでもある。カラーブラインドが合衆国の理想だとされる状況を逆手にとり、AA の否定派は AA の批判にカラーブラインドを援用し、その歴史的基礎を Plessy 判決ハーラン裁判官反対意見や Brown 判決に求めた²⁷⁸。

5 Plessy 判決ハーラン裁判官反対意見

カラーブラインドの理論が合衆国最高裁に初めて登場したのは Plessy 判決²⁷⁹である。この判決では、鉄道の客車での白人と有色人種の分離を規定するルイジアナ州法の合憲性が問題となった。ブラウン裁判官法廷意見は、人種分離をしても、双方の施設が同等であれば違憲ではないとする「分離すれども平等」の理論に基づき、合憲判断を下した。これに対し、ハーラン裁判官反対意見は以下のように判示し、鉄道の客車での人種分離は違憲だとする。「この国では、白人は自らを支配的な人種だと考えている…。しかし、憲法の観点から、また法の観点から、この国の市民の中に、優越的であり、支配的であり、有力なクラスなどいない。我々の憲法はカラーブラインドであり、市民間でのクラスを知らず、また許さない。」²⁸⁰

AA 否定派の裁判官は、AA を違憲と判断するためにハーラン裁判官反対意見の「我々の憲法はカラーブラインド」であると述べる一節を参照する²⁸¹。だが、同反対意見はその参照部分を述べる前に「この国にはカーストはない」と述べる²⁸²。AA の反対派によるハーラン裁判官反対意見の参照は、「カースト」という言葉を除外し、「カラーブラインド」の憲法を論じる部分だけを引用する傾向がある²⁸³。

ブラウン裁判官法廷意見は、次の理由から、カラーブラインドの理論を否定し、人種使用を認める。「我々は、原告の議論が誤っていると考え。[というのも、その議論は] 2つの人種の強制的な分離が有色人種に劣等性の烙印を押し付ける、との想定から成立しているからである。」²⁸⁴ 法廷意見は、問題とされた人種分離が平等保護条項を侵害する害悪をもたらさないと考える²⁸⁵。

他方、ハーラン裁判官反対意見は、問題とされた人種分離が黒人を劣等視

し、平等保護条項を侵害する旨を示した²⁸⁶。だが、同反対意見は人種区分の使用自体を違憲だと考えず、問題とされた人種分離が白人の優越性を維持するため、それが修正第14条の平等保護条項を侵害し²⁸⁷、黒人を劣位な立場に置くことを問題とした²⁸⁸。法廷意見と反対意見の違いは、問題とされた人種分離が平等保護条項を侵害する害悪をもたらすか否かにある。同反対意見はマイノリティの従属を排除する1つの道具として、カラブラインドを用いた²⁸⁹。合衆国最高裁では、当初、同反対意見への参照はあらゆる人種区分の禁止とは結びついていなかったとされる²⁹⁰。

6 Brown 判決

Brown 判決における公立の初等中等学校での人種分離の終了を受けて、指導的な保守の論者（ロバート・ボーク）と指導的なりべラルの論者（ローレンス・トライブ）は、平等保護条項の起草者は人種分離の終了を意図していなかったと結論づけたが²⁹¹、当該判決は人種分離の終了の基礎を与えた²⁹²。

Brown 判決は、人種分離が黒人生徒に劣等性の感情を生じさせることを懸念し、公立の初等中等学校での人種分離を違憲だと判断し²⁹³、人種区分全般の禁止ではなく、マイノリティを従属的立場に置かないことに焦点をあてた²⁹⁴。Brown 判決はあらゆる人種を意識する政府の行為全般を禁止する広範な原則に基づかず²⁹⁵、公立の初等中等学校での人種分離が黒人の子どもから教育の機会を奪い²⁹⁶、不利な状況に置くことを懸念して、違憲判断を下した²⁹⁷。

実際に、Casey 判決で、合衆国最高裁は、Brown 判決は、人種分離が「黒人を劣等視する」という事実に基づいて下されたという見解を再び表明した²⁹⁸。Casey 判決は、人種分離に害悪が伴うと認識したことから、Brown 判決によってPlessy 判決（「分離すれども平等」の理論）の覆しがなされたと認識している²⁹⁹。

7 ロバーツ首席裁判官による Brown 判決の理解

Parents Involved 判決ロバーツ首席裁判官の法廷意見の部分は、初等中等学校の人種統合策を違憲とする結論を支持する根拠として、Brown 判決に

言及する。同法廷意見は、Brown 判決における NAACP の法律家の一連の法廷助言書と口頭陳述を参照し、それらがカラーブラインドを主張し、学校の人種分離解消の判断の真の意味を示すと指摘した³⁰⁰。トマス裁判官同意意見も、反区分の見解に基づく違憲判断を支持するために、Brown 判決時の NAACP の法律家の助言書と口頭陳述を参照した³⁰¹。

実際に、カラーブラインドの原則は人種別学に反対するたたかいで NAACP の提携者の多くの取組を促進し、第 2 次大戦後の合衆国で強い力を持ち、Brown 判決時での白人の優越性に対する法的及び道徳的な異議申立に不可欠の要素であった³⁰²。

NAACP の法務チームの生存者は、ロバーツ首席裁判官による Brown 判決の理解を激しく批判した³⁰³。Brown 判決時、人種分離解消を支持する法律家たちは、その達成にカラーブラインドが有効な手段だと考えたが、それを前面に出した主張は大きな批判を招くことから、反区分と反従属の間を揺れ動いており、カラーブラインドが人種別学解消を基礎づける唯一の根拠にはできない³⁰⁴。スティーブンス裁判官反対意見は、Brown 判決は人種区分の禁止ではなく、従属の解消に関心があり、ロバーツ首席裁判官は合衆国最高裁の最も重要な歴史を歪めたと批判する³⁰⁵。

Brown 判決時、合衆国最高裁の裁判官の中にはカラーブラインドが人種分離是正を強力に促進することから、その支持者もいたが、多数の裁判官はカラーブラインドの主張を前面に出すことへの批判を懸念して、反区分の考えをとらなかった (IV 1.2.5)。修正第 14 条は人種区分による基本的権利の侵害を禁止するが、当該修正条項の起草者の意思には公教育は基本的権利に含まれていなかった。Brown 判決で法廷意見を執筆したウォーレン裁判官は公教育が基本的権利だとは示さないが、その重要性を強調し³⁰⁶、人種別学制が黒人の子どもに基本的権利の侵害と同レベルの弊害をもたらすと考えた (IV 4)。公立の初等中等学校の人種別学の合憲性が問題とされた他の事例で、ウォーレン裁判官は反区分の考えを明示するが³⁰⁷、Brown 判決の違憲判断の理由付けから分かるように、ウォーレン裁判官は Brown 判決では、人種分離の包括的な禁止 (反区分) を支持しない³⁰⁸。Brown 判決は議論の行方次第では人種別学を維持する判断も予想されていたのであり³⁰⁹、ウォーレン裁判官が人種分離一般を批判せずに人種別学の害悪を強調したのは、

カラーブラインドの原則を受け入れない裁判官を意識してのことである³¹⁰。

ロバーツ首席裁判官は、カラーブラインドがBrown判決により浸透したと理解したが³¹¹、Brown判決時の合衆国最高裁は、人種分離自体を憲法上禁止することへの批判を懸念し、カラーブラインドの原則を確立しなかった。Brown判決は公立の初等中等学校の人種別学制の違憲性を示した判断であり、その影響が及んだ範囲は大きい(IV 3)、人種区分全般を違憲だと主張する歴史的基礎はBrown判決に求められない³¹²。1960年代に合衆国最高裁が異人種婚禁止の廃止が社会に容認されると判断したときに、はじめてその原則は確立したが、合衆国最高裁は異人種婚の禁止がマイノリティを従属的な立場に貶めるとの考えに基づいて違憲判断を下した(V 8)。

8 異人種婚禁止

Brown判決によって公立の初等中等学校の人種分離が違憲だと判断された後、リベラル派が廃止を目指す最大の標的の1つは異人種婚禁止であった。異人種婚禁止法の合憲性が問題とされたLoving判決において、合衆国最高裁は反区分の立場を示して違憲判断を下した。しかし、Loving判決は、異人種婚禁止法の維持が白人の優越性を保つ不快な人種差別であり、修正第14条を侵害する旨を示している³¹³。

Loving判決は、異人種婚禁止法が「人種的ヒエラルキーの制度を強制」し、憲法が新たに宣言した人種区分の推定的な禁止を侵害することから、違憲判断を下したと分析されている³¹⁴。Loving判決では、修正第14条の中核的な目的について、州による悪意ある人種差別の根絶として描かれたと評価されている³¹⁵。Loving判決でウォーレンコートはカラーブラインドの考え方を示すに至ったが、人種分離解消への反対に慎重になっており³¹⁶、人種区分全般が禁止されるという見解を示しておらず、こうした考えが修正第14条の中核的価値として示されるようになったのは、バーガーコートとレンキストコートになってからだ指摘される³¹⁷。

1940年代から60年代にかけて、リベラル派がカラーブラインドの原則を主張してきたのは、カラーブラインドな法の適用によって人種的従属は乗り越えられると考えてきたからであり、AAに反対するために、カラーブラインドな法の適用によって各グループに如何なる影響がもたらされたとしても、

AA の否定派がカラーブラインドを敬讓することは、歴史的文脈を無視していると主張される³¹⁸。

9 修正第 14 条の原意とカラーブラインド

AA 否定派のスカリア裁判官とトマス裁判官は、憲法はカラーブラインドであるという立場から、AA に反対するために（差し迫ったレベルでの身体の危険など非常に例外的な場合を除いて）一切の人種区分を許さないとの立場をとるが³¹⁹、この見解は学説による批判の対象になった³²⁰。

スカリア裁判官³²¹とトマス裁判官³²²は原意主義の強力な支持者だと評され、様々な問題で原意主義の立場をとるが³²³、修正第 14 条の原意はあらゆる人種区分の禁止ではないと指摘され³²⁴、修正第 14 条の中核は人種差別の禁止にある³²⁵。

Brown 判決の審理中に、フランクファータ裁判官のロークラークであるアレクサンダー・ビケルに対し、修正第 14 条の採択をめぐる合衆国議会の議論の徹底的な調査が割り当てられ、その調査において³²⁶、起草者がカラーブラインドを含意する証拠はないとされた³²⁷。これを受け、フランクファータ裁判官は「(修正第 14 条の) 歴史のすべてを読むと…それは人種分離の廃止を意図していない」とし、ジャクソン裁判官は人種分離が「違憲だと述べる…[箇所は] 修正第 14 条の歴史にはない」と考察した³²⁸。

修正第 14 条の起草当時、合衆国議会が黒人の不利な状況を是正するために人種区分を用いていることから³²⁹、起草者の原意はカラーブラインドを包含せず³³⁰、修正第 14 条はカラーブラインドを要求しないため³³¹、カラーブラインドの平等保護の法理は、スカリア裁判官とトマス裁判官のような原意主義者には本来はとられない³³²。実際に、スカリア裁判官とトマス裁判官は、人種区分がそれ自体として違法だとする自身の見解を擁護するために、修正第 14 条の文言を参照しない³³³。スカリア裁判官は、合衆国最高裁の判決と同時代の歴史の教訓は、人種差別が違法、不道德、違憲、民主的社会の破壊であり、それを終わらせるように自身を導くと認識する³³⁴。トマス裁判官は、規定や原意ではなく、平等の一般原則への言及によって、反区分の要求を確立するものとして修正第 14 条の彼の解釈を擁護した³³⁵。

このことから、スカリア裁判官とトマス裁判官のカラーブラインドの法理

は、修正第 14 条の形成にはほとんど注意を払っておらず³³⁶、原意から導かれていない³³⁷。AA の否定派は、人種区分がマイノリティに不利な影響を及ぼすと懸念し、カラブラインドの施策が人種的カーストのない社会を達成する手段になると認識する³³⁸。これに対し、否定派は、カラブラインドの概念（法的な議論と政府の議論からの人種の除去）と、反差別原則（人種に基づく剥奪の終了）を混同していると批判される³³⁹。AA の否定派と肯定派の争いは、カラブラインドが差別の是正に有用であるか否かの認識の違いから生じている。

10 修正第 14 条採択時の歴史

修正第 14 条の採択時、修正第 14 条が人種区分を禁止しなかった証拠として、合衆国議会は人種を意識する多くの法律を採択したことが挙げられている³⁴⁰。合衆国議会はマイノリティを保護するためにカラブラインドな法律を成立させたのと同時に、契約と財産の権利について「白人の市民により享受されている」と「同じ権利」を黒人に与える旨を規定する法律がつくられた³⁴¹。修正第 14 条の採択時に、マイノリティへの差別を是正するために、人種を意識する法律が合衆国議会により採択された³⁴²。合衆国議会は「貧困な有色人種の女性と子供」への支援に関する法律³⁴³、コロンビア特別区の「有色人種」を支援する福祉に関する法律³⁴⁴、合衆国軍の「有色人種」の軍人と船員に特別手当を与える法律を採択した³⁴⁵。また、開放黒人局 (the Freedman's Bureau) の下で、合衆国議会は、黒人に食糧、衣服等の必要な物資を配分した³⁴⁶。

修正第 14 条の原意は、歴史的に不利な状況にあるマイノリティの従属の強化の禁止にあり³⁴⁷、あらゆる人種区分を禁止しなかった³⁴⁸。修正第 13 条は奴隷制を終わらせ、修正第 15 条はあらゆる人種に投票権を保障しており、それらの修正による人種差別の防止を守るために、修正第 14 条の当初の関心が人種的平等の付与にあったことは歴史的な脈に一致し³⁴⁹、修正第 14 条は社会的及び経済的な人種の特権の終了を目指していた³⁵⁰。この歴史を踏まえると、修正第 14 条はマイノリティを不利な状況に置く人種区分の使用を禁止し³⁵¹、AA を禁止する意図はなかった³⁵²。AA とマイノリティを不利な状況に置く施策の同一視は、修正第 14 条の意図と歴史と矛盾するとされ

る³⁵³。

11 Affirmative Action 否定派の原意の理解

修正第 14 条はマイノリティの平等達成を意図するが、人種を意識しないことがその意図を達成するかは状況次第である³⁵⁴。スカリア裁判官とトマス裁判官は AA によるスティグマの発生が平等達成を阻害し、例外的な場合を除いて人種区分を許さないことが平等達成に寄与すると考える³⁵⁵。即ち、AA の否定派は、人種区分は個人の価値を減じ、最終的にはスティグマを強めるため、平等保護条項が懸念する害悪は人種区分それ自体に向けられているとし³⁵⁶、人種区分が人種差別を意味すると考える³⁵⁷。AA が禁止されるとする彼らの見解は修正第 14 条の原意に反すると批判されるが³⁵⁸、AA が常に平等達成を阻害すると評するのであれば、彼らの見解は原意に従っているとも言える³⁵⁹。

トマス裁判官は強力な原意主義者だと評されるが³⁶⁰、彼が修正第 14 条に関して原意に従っていないことは、彼の立場を否定せず、憲法が明確な回答を与えていない場合に、原意主義者であってもその解釈方法に盲目的に従わないことを示している³⁶¹。

VI 道徳的議論と政策的議論

1 道徳的議論としてのカラーブラインドへの批判

1940 年代から 60 年代にかけて、リベラル派は人種分離撤廃のためにカラーブラインドが有効な手段だと考えて、カラーブラインドを支持した (V 8)。合衆国最高裁も、カラーブラインドは政治的に争いを生じさせる可能性が高いラディカルな主張であるため、カラーブラインドの原則を確立しなかった (IV 2, 5, V 8)。だが、1960 年代になると、カラーブラインドの原則の確立が社会に受容されると判断し、異人種婚禁止法を違憲にする際に、合衆国最高裁は反区分の考えを示すに至った (V 8)。

カラーブラインドの原則を主張し、確立する際に、リベラル派の法律家と合衆国最高裁の裁判官に共通していたのは、修正第 14 条の目的は人種的従

属の是正であり、カラーブラインドがその目的の達成に役立つという考えであった。彼らは、人種区分全般の禁止自体を目的とせず、あくまでもカラーブラインドは人種分離撤廃の達成に有用な見解にすぎないと考え、道徳的観点からではなく政策的観点からカラーブラインドを支持した(IV 4, 5)。AAに肯定的な学説では、カラーブラインドはマイノリティの不利な状況を一定程度改善する場合もあり³⁶²、ときとしてその目的を達成できるが、それ自体が目的ではなく、人種的抑圧を是正できるか否かに関する政策的な議論として考えるべきと主張された³⁶³。

リベラル派が政策的観点からカラーブラインドを捉えたのに対し、AAの否定派の裁判官は、人種区分全般が憲法上疑わしく、非常に例外的な場合を除いて、人種区分は憲法上禁止されるとの立場を示した(V 4)。人種区分全般がマイノリティに害悪を生じさせる懸念から、否定派の裁判官はカラーブラインドの原則を支持しており(VI 2 (1))、カラーブラインドを政策的な観点から捉えているとも言える。だが、否定派の裁判官は事実上すべてのAAが憲法上禁止されるとの立場を示しており(V 4)、目的達成の手段ではなく、それ自体を道徳的目的(人種区分は望ましくなく憲法上禁止されるべき)としてカラーブラインドを理解しているとも考えられる³⁶⁴。

政策的主張は、カラーブラインドが社会目的の達成に効果的だと考え、道徳的主張は、それによって作り出された社会が客観的に良いものだと考える³⁶⁵。だが、カラーブラインドの原則によって人種区分全般が禁止される場合には、法に対して人種的に不均衡な状況を是正する権限が否定され³⁶⁶、現実に人種的従属が存在しても、その是正のためにAAによる介入ができない³⁶⁷。

カラーブラインド自体を目的として捉えると、人種が使用される文脈に関係なく、政府は人種を考慮できず³⁶⁸、マイノリティへの差別の歴史と不利な状況を無視するとされる³⁶⁹。結果として、人種的不均衡が維持され³⁷⁰、カラーブラインドに基づいてAAの禁止を要求することは、マイノリティを不利な状況に置く意図があり³⁷¹、マジョリティの優越性の持続と両立し³⁷²、人種的特権の強化に繋がると批判される³⁷³。人種的な「抑圧のサイクルを壊す」には「カラーブラインド」以上のものが要求され³⁷⁴、AAの必要性が主張されており³⁷⁵、AAを許容する合衆国裁判所の判決は、社会がカラー

ブラインドを達成するまで、人種差別の影響を考慮する必要性を認識する³⁷⁶。カラーブラインドを支持する見解では、マイノリティの地位向上は反差別法により促進され、それは人種に関係なく画一的に適用されるべきであることから、マイノリティとマジョリティは平等な取扱を受けると想定する³⁷⁷。だが、カラーブラインドは人種的不均衡の是正に役立たないことから、カラーブラインドでは人種的正義は達成されず³⁷⁸、カラーブラインドは人種主義の是正への取組を避けており³⁷⁹、人種主義の是正を標榜する「しるし」にすぎないと批判される³⁸⁰。カラーブラインドは、合衆国のあらゆる領域への平等な行為者としてのマイノリティの参加を促す施策を脅かすため、破壊的な法理論だとされる³⁸¹。道徳的主張（人種を意識するべきではない）を反映した施策が人種的不均衡を強める場合には³⁸²、その道徳的主張がマジョリティに優位な既存の社会的配列を反映するのは明らかだとされる³⁸³。AA の支持者は、AA は人種の排除から生じた不均衡の縮減を意図し、憲法上許されると解する³⁸⁴。

2 政策的議論としてのカラーブラインドへの批判

(1) Affirmative Action 否定派の裁判官の見解

以上のように、AA に肯定的な見解は政策的議論としてカラーブラインドを理解し、カラーブラインド自体を目的とすること（人種区分は使用すべきでなく、憲法上禁止される）は人種的不均衡を是正しないため、道徳的主張として捉える立場を批判する³⁸⁵。これに対し、カラーブラインドを支持する立場からも人種的不均衡を懸念する主張が見られる。この主張では、人種を意識せずに、社会経済的地位を考慮する階層に基づく AA が人種的不均衡の是正に効果的だとされる³⁸⁶。この主張によれば、マイノリティは不均衡な割合で社会経済的に不利な状況に置かれており、階層に基づく AA は不均衡な割合でマイノリティに利益を与え、人種的不均衡を是正する³⁸⁷。階層に基づく AA は人種区分を使用しないため、スティグマを生じさせないという認識に基づいて、人種に基づく AA に代わる施策として主張された³⁸⁸。

AA の否定派の合衆国最高裁の裁判官は、優先を与える考慮要素として、社会経済的な地位を認める³⁸⁹。スカリア裁判官は、その論稿で、原理上及

び事実上の理由から AA に反対するが「貧困者や不利な状況にある者への多くのタイプの支援が AA と呼ばれる場合には反対せず、実際に、強く支持する」と述べる³⁹⁰。トマス裁判官は、その論稿で「いずれの優先の付与は、人種やジェンダー、あるいはときとして真に不利な状況にあるということの代用品にするには乏しい他の特性に基づくのではなく、人々の人生に不公正に課されてきた障害と直接的に関連すべき」と述べる³⁹¹。トマス裁判官は、自身の合衆国最高裁裁判官への任命の是非に関わる公聴会で、AA が人種に関係なく、社会経済的に不利な状況にありながらも、一定水準の資格を持つ者を利するならば、それを支持する旨を述べる³⁹²。

レンキスト首席裁判官は、Gratz 判決で、優先の対象者を判断する際に社会経済的状況が考慮されるという考えを明らかにする。レンキスト首席裁判官法廷意見は典型的な厳格審査の下で学部の入学者選抜が密接に仕立てられていないとして違憲とした。そして、同法廷意見は「[Bakke 判決で]パウエル裁判官が描いた入学者選抜は、いずれのただ1つの特性が大学の多様性への具体的に特定できる貢献を自動的に保障するとは考えていなかった」と判示する³⁹³。レンキスト首席裁判官は、人種は人々が持つ他の特性と関連する文脈でのみ考慮されるとしている³⁹⁴。

レンキスト首席裁判官は、Bakke 判決でパウエル裁判官が示した2人の仮想の志願者に関心がある。即ち、成功を収めている黒人医師の子供であり、優れた学業上の遂行を約束する志願者 A と、低学歴の親を持つが、自発性や指導力を論証しており、ゲッターで育った黒人志願者 B である。レンキスト首席裁判官は、問題とされた入学者選抜が A と B の「異なる背景、経験および特徴」を考慮せず、「それらの志願者が、自らがアフリカ系アメリカ人であることを理由に、A と B に 20 点を与えるにすぎない」との理由から、「個別の選抜」をしていないとした³⁹⁵。2人の仮想の志願者は同じ人種だが、親の学歴、親の職業の社会的地位、世帯の収入等で差があり、レンキスト首席裁判官は人種とともに考慮すべき要素が階層だと考える³⁹⁶。

(2) Affirmative Action 肯定派の裁判官の見解

AA 否定派の裁判官はカラーブラインドが差別の是正に有用だと考え、人種中立策によって人種的不均衡が是正されるため、階層に基づく AA を支持している。だが、あらゆる収入のレベルで、白人の学力が黒人を上回って

いるため³⁹⁷、社会経済的に不利な状況にある者の中でも階層に基づく AA の直接の受益者の多くは非マイノリティであり³⁹⁸、マイノリティの不利な状況は継続し、人種主義は終わらないと批判される³⁹⁹。階層に基づく AA はマイノリティには達しないことから⁴⁰⁰、カラーブラインドは現実を無視し⁴⁰¹、人種主義の影響を社会に残存させるため⁴⁰²、人種的従属を是正できないとされる⁴⁰³。

AA を肯定する見解は、階層に基づく施策は人種に基づく AA と比べて人種的不均衡を是正する度合いが低いことから、政策的議論としてカラーブラインドが適切でないとして批判する⁴⁰⁴。他方、AA の否定派は、階層の考慮では人種的不均衡を是正する度合いが低いとしても、人種区分の使用は社会的分断をもたらす危険性が高く、政策としてカラーブラインドが適切だと考えているとも言える⁴⁰⁵。両者の争いは、人種区分の使用がもたらす効果（人種的不均衡の是正）と費用（社会的分断の危険）を勘案して、AA とカラーブラインドのどちらが差別の是正に役立つのかに関する評価の違いにある⁴⁰⁶。

Ⅶ おわりに

カラーブラインドは人種差別の是正に大きな役割を果たしたことから、リベラル派はカラーブラインドな社会の達成は合衆国の理想だと捉えた。だが、AA の否定派は人種差別の是正への功績を強調し、カラーブラインドは不可侵の原則だと捉え、AA を否定するために使用した（Ⅱ）。否定派は、AA がスティグマを生じさせる危険があるため、カラーブラインドに抵触すると考えた（Ⅲ 2）。他方、肯定派は、即座のカラーブラインドの実施は人種的不均衡を拡大し、人種的不平等を助長するため、それを是正して将来的にカラーブラインドな社会を達成するのに、AA が必要だとした（Ⅲ 1）。

Brown 判決はカラーブラインドの原則を援用し、違憲判断を下した。合衆国最高裁の裁判官は、カラーブラインドについて、すべての人種区分を憲法上禁止するとは理解せず、初等学校での人種分離がマイノリティに抑圧的であり、有害な人種分離を憲法上禁止するものだと捉えた（Ⅳ 1）。その判決の射程は初等教育に限定されていたが、Brown 判決後、合衆国最高裁は公

共施設の人種分離に次々と違憲判断を下し、大きな影響をもたらした (IV 3)。Brown 判決時、基本権に関わる限られた領域で人種分離は憲法上禁止されており、Brown 判決は初等教育の重要性を強調し、それを基本権のレベルに押し上げて、違憲判断を下した (IV 4)。合衆国最高裁がカラーブラインドの原則の確立から距離をとった背景には、すべての人種分離をなくすことで生じる政治的反対を考慮してのことであった (IV 5)。特に、南部では、カラーブラインドの原則の確立によって、異人種婚禁止法が違憲にされることへの激しい懸念があり、合衆国最高裁はこれに配慮せざるを得なかった (IV 2)。1960年代に異人種婚禁止法が違憲と判断されたときに、すべての人種区分の憲法上の禁止が理想であり、道徳的義務であるとの見解が登場した (IV 2)。一般的に、Brown 判決がカラーブラインドの原則を確立したと言われるが、有害な人種分離を違憲にするにとどまり、その原則はまだ確立されていなかった。

1970年代には、カラーブラインドな社会の達成はリベラルから保守に至るまで、合衆国の共通の理想になった (V 1, 2)。AA は人種を意識しており、カラーブラインドに反する側面があり、AA の否定派は AA を拒否する根拠としてカラーブラインドを使用し始めた (V 2, 4)。他方、AA の肯定派はカラーブラインドな社会の達成に AA が必要だとし、AA の合憲性をめぐる争いにおいて、カラーブラインドの解釈が主な論点となった (V 3)。カラーブラインドが合衆国最高裁に初めて登場したのは Plessy 判決ハーラン裁判官反対意見であり、当該意見において、カラーブラインドは有害な人種分離を禁止する意味にとどまっていた (V 5)。Brown 判決でも、カラーブラインドは有害な人種分離の禁止を意味していた (V 6)。否定派の裁判官は AA や初等中等学校での人種統合に反対するために、すべての人種区分を禁止するものとして Brown 判決を理解したが、異人種婚禁止法の廃止への影響を懸念して (V 8)、合衆国最高裁はそのような理解は示していなかった (V 7)。AA の否定派の裁判官の中でも、トマス裁判官とスカリア裁判官は原意主義者として知られる (V 8)。彼らはカラーブラインドの原則を用いて AA を批判したが、修正第 14 条の起草時にカラーブラインドの考えは示されておらず、彼らもそれを認識し、AA を批判する際に修正第 14 条の起草時の議論に言及しない (V 8)。修正第 14 条の起草時の議論を

見ると、当該条項の目的はマイノリティに有害な人種分離の禁止にある (V 10)。トマス裁判官やスカリア裁判官の見解は修正第 14 条の原意に反すると批判されるが、彼らは AA が有害な人種区分だと認識しており、原意に従っているとも考えることもできる (V 11)。

AA の否定派と肯定派にとって、カラブラインドな社会の達成は共通の理想であり、その達成が道徳的義務だと捉えるとき、否定派は即座にカラブラインドを実施すべきと考え、肯定派はカラブラインドを長期の目標として捉え、それを達成するために AA が必要だと主張する (VI 1)。カラブラインドを政策的議論として捉えるとき、両者の争いは、人種区分の使用がもたらす効果 (人種的不均衡の是正) と費用 (社会的分断の危険) を勘案し、AA とカラブラインドのどちらが差別の是正に役立つのかに関する評価の違いにある (VI 2)。カラブラインドの達成が理想であることはほとんどの合衆国市民の共通認識だが、合衆国は非常に流動的な国家であり、常に新たな人種的不均衡が生じ、新しい社会的分断の危険に対処し続ける必要がある。AA の肯定派がカラブラインドを長期的な目標としても、AA によってその危険に対処し続けることになり、カラブラインドの達成は中々訪れない。否定派が即座にカラブラインドを実施しようとする理由は、いつまでも AA が実施され、カラブラインドな社会という理想が達成されないことを認識しているところにあるとも考えられる。

(Endnotes)

228 Schmidt, *supra* note 23, at 238.

229 Kennedy, *supra* note 23, at 1335–36.

230 Schmidt, *supra* note 23, at 237.

231 Schmidt, *supra* note 47, at 778.

232 Schmidt, *supra* note 23, at 225–29.

233 *Sipuel v. University of Oklahoma*, 332 U.S. 631 (1948). オクラホマ州に州立の法学教育機関はオクラホマ大学ロー・スクールしかなく、黒人である Sipuel が志願したが、肌の色を理由に拒否された。Sipuel は自身をロー・スクールに入学させる職務執行令状を求めて訴訟を提起した。合衆国最高

裁は、州の他の人種に法学教育を与えるならば、修正第 14 条に従って、Sipuel に法学教育を提供しなければならないとした。

234 Brief for Petitioner at 36, Sipuel, 332 U.S. 631 (No. 369).

235 Sweatt v. Painter, 339 U.S. 629 (1950). 黒人である Sweatt は、テキサス大学ロー・スクールに志願したが、州法はロー・スクールへの黒人の入学を禁止しており、志願は拒否された。Sweatt は新設の黒人用のロー・スクールへの入学を許可されたが拒否し、人種別学制が修正第 14 条に違反するとして訴訟を提起した。ヴィジョン裁判官法廷意見は、以下の旨を示し、カラブラインドではなく分離すれども平等の観点から、人種別学制は修正第 14 条に違反するとして訴訟を提起した。教員数やカリキュラム等を比較すると、黒人用のロー・スクールよりもテキサス大学が勝っている。テキサス大学は、卒業生の影響力、教授陣の評判、共同体での学校の位置づけと伝統など、客観的に測れない重要な要素でも勝る。黒人用ロー・スクールの提供する法学教育はテキサス大学と同等ではない (Sweatt, 339 U.S. at 633-36)。

236 Brief for Petitioner at 6, Sweatt, 339 U.S. 629 (No. 44).

237 Brief for Petitioner at 9, Sweatt, 339 U.S. 629 (No. 44).

238 Brief for Petitioner at 32-34, Sweatt, 339 U.S. 629 (No. 44).

239 Brief for Petitioner at 7, Sweatt, 339 U.S. 629 (No. 44).

240 See Statement as to Jurisdiction at 12, Brown v. Bd. of Educ. (Brown I), 347 U.S. 483 (1954) (No. 1) (人種区分を描くことによって努めることができる、「正当な立法目的」などないと主張する。) ; Brief for Appellants at 6-7, Brown I, 347 U.S. 483 (1954) (No. 1); see also *id.* at 6-7 (「区別が人種や肌の色だけに基づく国家の行為は、政府の制度の下で憲法上認められていない恣意性と変質の模範である。」) .

241 Schmidt, *supra* note 23, at 226.

242 Schmidt, *supra* note 23, at 228.

243 See Schmidt, *supra* note 23, at 228-31.

244 Brown 判決は人種区分が本来的に疑わしいとする懐疑主義に依拠せず、人種分離が政府の目的を達成するために合理的な手段であるのかどうかという視点から、判断が下されており、合理性の審査が適用されたと分析さ

- れている (See Stephen A. Siegel, *The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny*, 48 Am. J. Legal Hist. 355, 384 (2006))。
- 245 Schmidt, *supra* note 23, at 237. Brown 判決の支持者は判決の正当性を擁護する反区分原則に基づき、このことがカラーブランドな立憲主義の新たな時代を開いたが、それは保守派の好む解釈となった。だが、反区分の原則は、カラーブライントな社会の理想への Brown 判決時のリベラル派による深いコミットメントに起源がある (Schmidt, *supra* note 23, at 236)。
- 246 Note, *The Relationship Between Equality and Access in Law School Admissions*, 113 Harv. L. Rev. 1449, 1452 (2000) (citing Civil Rights Act of 1964, Pub. L. No. 88-352, 78 Stat. 241 (1964)).
- 247 Kennedy, *supra* note 23, at 1335.
- 248 人種区分を違憲とする際に、従属の解消が意識されていることから、カラーブライントの理論は一切の人種区分の使用の禁止ではなく、一定の方法によるその使用を禁止すると理解される (武田万里子「アメリカ合衆国における男女平等とアファーマティヴ・アクション」早大法研論集 41 号 (1987) 163 頁, 176 頁参照)。
- 249 Schmidt, *supra* note 47, at 777.
- 250 Schmidt, *supra* note 47, at 778.
- 251 Kennedy, *supra* note 23, at 1335-36.
- 252 R Kennedy, *supra* note 23, at 1335-36.
- 253 Siegel, *supra* note 244.
- 254 Kennedy, *supra* note 23, at 1335-36.
- 255 See Schmidt, *supra* note 23, at 237.
- 256 Schmidt, *supra* note 23, at 233.
- 257 See Brad Snyder, *How the Conservatives Canonized Brown v. Board of Education*, 52 Rutgers L. Rev. 383, 446 (2000).
- 258 See Brest & Oshige, *supra* note 62, at 869.
- 259 Payson, *supra* note 188, at 1285-86. AA は人種に基づく一般化に依拠するが、差別の禁止は人種による一般化を禁止するため、両者は緊張関係にあるとされる (Strauss, *supra* note 36, at 116-17)。
- 260 Richard A. Primus, *Canon, Anti-Canon, and Judicial Dissent*, 48 Duke

- L.J. 243, 246 n.17 (1998).
- 261 Reva Siegel & Jack Balkin, *The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?*, 58 U. Miami L. Rev. 9, 30–31 (2004).
- 262 See Lucy Katz, *Public Affirmative Action and the Fourteenth Amendment: The Fragmentation of Theory after Richmond v. J.A. Croson Co. and Metro Broadcasting, Inc. v. Federal Communications Commission*, 17 T. Marshall L. Rev. 317, 319 (1992); Charles Fried, *Saying What The Law Is* 239, Harvard University Press (2004).
- 263 Schmidt, *supra* note 23, at 214.
- 264 Primus, *supra* note 260, at 246 n.17.
- 265 Regents of University of California v. Bakke, 438 U.S. 265, 355–56 (1978) (Brennan, J., concurring).
- 266 Grinsell, *supra* note 6, at 328–29.
- 267 Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448 (1980).
- 268 448 U.S. at 523 (Stewart, J., jointed by Rehnquist J., dissenting).
- 269 Fullilove, 448 U.S. at 523.
- 270 Grinsell, *supra* note 6, at 329.
- 271 488 U.S. at 520–21 (Scalia, J., concurring).
- 272 Grinsell, *supra* note 6, at 331.
- 273 Grinsell, *supra* note 6, at 331.
- 274 Parents Involved, 551 U.S. at 773 (Thomas, J., concurring).
- 275 Schmidt, *supra* note 23, at 237.
- 276 See Siegel, *supra* note 151, at 1502.
- 277 See Snyder, *supra* note 257, at 446.
- 278 See Schmidt, *supra* note 23, at 237–38.
- 279 Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).
- 280 Plessy, 163 U.S. at 559.
- 281 See Parents Involved, 551 U.S. at 773 (Thomas, J., concurring).
- 282 Plessy, 163 U.S. at 559.
- 283 See Grinsell, *supra* note 6, at 332 n. 57.
- 284 Plessy, 163 U.S. at 551.

- 285 Gotanda, *supra* note 1, at 3.
- 286 Plessy, 163 U.S. at 556–57.
- 287 T. Alexander Aleinikoff, *Re-Reading Justice Harlan’s Dissent in Plessy v. Ferguson: Freedom, Antiracism, and Citizenship*, 1992 U. Ill. L. Rev. 961, 969 (1992).
- 288 Entin, *supra* note 124, at 756.
- 289 Goldstein, *supra* note 148, at 111.
- 290 Primus, *supra* note 260, at 246 n.17. 他方、ハーラン裁判官によるカラーブラインドの見解は、AA の否定派の反区分の原理と同じだとする評価もある (See Garrett Epps, *Of Constitutional Seances and Color-Blind Ghosts*, 72 N.C. L. Rev. 401, 417–426)。
- 291 Laurence H. Tribe, in Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and The Law* 68, Princeton University Press (citing Bork, *supra* note 52, at 75–76, 82). この結論は、修正第 14 条の批准後のコロンビア地区の学校での人種分離の合衆国議会による継続によって支持されている旨が指摘される (Schmidt, *supra* note 47, at 771–72)。
- 292 See Akhil R. Amar, *Foreword: The Document and the Doctrine*, 114 Harv. L. Rev. 26, 64 (2000).
- 293 Brown, 347 U.S. at 494–95.
- 294 Goldstein, *supra* note 148, at 136.
- 295 Kennedy, *supra* note 23, at 1335–36.
- 296 Eang L. Ngov, *Following Fisher Narrowly Tailoring Affirmative Action*, 64 Cath. U.L. Rev. 1 n.1 (2014).
- 297 Rubin, *supra* note 97, at 29.
- 298 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 863 (1992). Casey 判決は以下のように示す。「Brown 判決で合衆国最高裁は、『劣等性の烙印』をもって、人種分離された者にスティグマをかすのかにつき、Plessy 判決時の人種分離の影響力の理解がどのようなものであったとしても、1954 年までに、法的に課された人種分離がまさにそのような影響をもたらすことを明らかにしたと考察し、(人種分離の性質に関する) 事実を取組んでおり、人種分離された公立の教育機関が本来的に不

- 平等だと考えるに至った…。」(Casey, 505 U.S. at 863 (citation omitted))
- 299 Rubin, *supra* note 97, at 29.
- 300 Parents Involved, 551 U.S. at 747–48 (Roberts C.J., jointed by Scalia, Kennedy, Thomas, Alito JJ., majority).
- 301 Parents Involved, 551 U.S. at 772–73 (Thomas, J., concurring).
- 302 Schmidt, *supra* note 23, at 207.
- 303 Schmidt, *supra* note 23, at 204–05.
- 304 See Schmidt, *supra* note 23, at 207.
- 305 Parents Involved, 551 U.S. at 798–99 (Stevens, J., dissenting).
- 306 Brown, 347 U.S. at 492–93.
- 307 Bolling, 347 U.S. 497, 499 (1954).
- 308 Schmidt, *supra* note 23, at 221–22.
- 309 See Klarman, *supra* note 160, at 242.
- 310 Schmidt, *supra* note 23, at 208.
- 311 Parents Involved, 551 U.S. at 747–48 (Roberts C.J., jointed by Scalia, Kennedy, Thomas, Alito JJ., majority).
- 312 Schmidt, *supra* note 23, at 238.
- 313 Loving, 388 U.S. 1, 11–12 (1967).
- 314 Siege, *supra* note 151, at 1504.
- 315 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, 550 (2005).
- 316 Siegel, *supra* note 244, at 381.
- 317 Siegel, *supra* note 244, at 405–06. 合衆国最高裁が、すべての人種区分が平等保護条項によって禁止される厳しい害悪を生じさせると判断したのは、バーガーコートとレンキストコートがやむにやまれぬ利益の基準を平等保護条項に組み入れたとき (City of Richmond v. Croson, 488 U.S. 469, 493 (1989).) だと分析されている (Siegel, *supra* note 244, at 406)。
- 318 Kennedy, *supra* note 23, at 1335–36.
- 319 See Croson, 488 U.S. 469, 521 (1989) (Scalia, J., concurring in the judgment); Grutter, 539 U.S. at 352 (Thomas J., jointed by Scalia J.,

- dissenting).
- 320 Michael B. Rappaport, *Originalism And The Colorblind Constitution*, 89 Notre Dame L. Rev. 71, 74 (2013).
- 321 K.G. Jan Pillai, *Phantom of the Strict Scrutiny*, 31 New Eng. L. Rev. 397, 442 (1997).
- 322 Lee J. Strang, *The Most Faithful Originalist?: Justice Thomas, Justice Scalia, and the Future of Originalism*, 88 U. Det. Mercy L. Rev. 875 (2011).
- 323 合衆国では「原意」が憲法・制定法の解釈方法としてしばしば利用され、現代的な問題の解決を有利に進めるために起草者意図が参照されることが多い（勝田前掲（127）86頁）。
- 324 See Eric Schnapper, *Affirmative Action and the Legislative History of the Fourteenth Amendment*, 71 Va. L. Rev. 753 (1985); Kennedy, *supra* note 23, at 1335 ; Klarman, *supra* note 160, at 235 n.95; Aleinikoff, *supra* note 55, at 1113; Schmidt, *supra* note 47, at 773-74; Schmidt, *supra* note 23, at 206; Grinsell, *supra* note 6, at 328; Entin, *supra* note 124; Rappaport, *supra* note 320, at 74.
- 325 Schnapper, *supra* note 324; Jamie L. Barker/jamie L. Baker, *Back to Basics A Functional Strict Scrutiny Solution to the Affirmative Action Controversy*, 22 Ohio N.U.L. Rev. 1363, 1366 (1996); Rachel C. Grunberger, Note, *Johnson v. California: Setting a Constitutional Trap for Prison Officials*, 65 Md. L. Rev. 271, 275 (2006).
- 326 起草者の意図ないし「原意」の立証は困難だとされる（勝田前掲（127）85頁）。
- 327 Klarman, *supra* note 160, at 244.
- 328 Klarman, *supra* note 160, at 244. Brown 判決では反区分の考えは採られなかったが、その一因は裁判官が修正第 14 条の原意の覆しをためらったところにあるとされる（Klarman, *supra* note 160, at 245）。
- 329 黒人が社会経済的に不利な状況に置かれるにもかかわらず、カラーブラインドなアプローチをとることは修正第 14 条の原意に反すると指摘される（Kennedy, *supra* note 23, at 1335-36）。カラーブラインドと黒人への保護

- を結びつけると、修正第14条はマイノリティを不利な状況に置く法制度を禁止しているのは明確だとされる (Schmidt, *supra* note 47, at 778-79)。
- 330 See Jeffrey Rosen, *Remarks at Conference, Race, Law and Justice: The Rehnquist Court and the American Dilemma*, 45 Am. U. L. Rev. 567, 573-75 (1996).
- 331 修正14条の条文そのものだけでは、人種別学や人種分離制度一般が合憲か違憲かは分からず、議会資料もそれだけではいずれかの結論を必ずしも明らかにしておらず、修正14条成立当時、別学禁止が意図されていたとは考えられないとされる (勝田前掲 (127) 92頁)。
- 332 Jamin B. Raskin, *Overruling Democracy: The Supreme Court Vs. The American People* 86, Routledge (2003).
- 333 Robert C. Post, *Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law*, 117 Harv. L. Rev. 4, 65 n.294 (2003).
- 334 Post, *supra* note 333, at 65 n.294 (citing J.A. Croson Co., 488 U.S. 469, 521 (1989) (Scalia, J., concurring)).
- 335 Schmidt, *supra* note 23, at 206. See Grutter, 539 U.S. 306, 353 (2003) (Thomas, J., dissenting) (「人種区分は優遇された人種を侵害し、違法な動機に基づくだけでなく、あらゆるときに、政府が市民を人種的な記録に基づかせ、負担や利益の規定を人種を関連づけ、我々全員の品位を落とすことから、憲法は人種区分を嫌う。」); Grutter, 539 U.S. at 378 (良性の人種区分は「独立宣言と平等保護条項で具体化される平等原則を弱めるだけ」であることを懸念している。) ; Adarand, 515 U.S. 200, 240 (1995) (Thomas, J., concurring) (人種区分を禁止するものとして「我々の憲法を基礎づけ、浸透した本来的な平等原則」に言及し、この主張を支持するものとして独立宣言を参照している。)
- 336 See Cass R. Sunstein, *Radicals in Robes: Why Extreme Right-Wing Courts Are Wrong for America* 137-38, Basic Books (2005).
- 337 Post, *supra* note 333, at 65 n.294; Schmidt, *supra* note 47, at 770.
- 338 Morrison, *supra* note 52, at 322-23.
- 339 Culp, *supra* note 24, at 176.
- 340 See Jed Rubenfeld, *The Moment and the Millennium*, 66 Geo. Wash. L.

- Rev. 1085, 1106–07 (1998). Parents Involved 判決で、初等中等学校の人種統合策を違憲だと判断し、反区分の考えを採る法廷意見に対し、ブライヤ裁判官は修正第 14 条の採択時に人種を意識した救済策が行われていたことを示す研究を参照し、修正第 14 条が人種統合策を許している旨を主張した (Parents Involved, 551 U.S. at 829 (Breyer, J., dissenting))。これに対し、トマス裁判官は、修正第 14 条は政府による差別の犠牲者への救済を禁止せず、1860～70 年代の人種を意識する手法はカラーブラインドと一致しないわけではないと答えた (Parents Involved, 551 U.S. at 772 n.19 (Thomas, J., concurring))。トマス裁判官によれば、これらの人種を意識する救済策はある人種を対象としたものではなく、差別の犠牲者を対象としたものであるから憲法上許される (Rappaport, *supra* note 320, at 80)。
- 341 See Louis H. Pollak, *Racial Discrimination and Judicial Integrity: A Reply to Professor Wechsler*, 108 U. Pa. L. Rev. 1, 10 (1959).
- 342 See Schmidt, *supra* note 47, at 772–73.
- 343 Jed Rubenfeld, *Affirmative Action*, 107 Yale L.J 427, 430 (1997) (citing Act of July 28, 1866, ch. 296, 14 Stat. 310, at 317).
- 344 Rubenfeld, *supra* note 343, at 430–31 (citing Resolution of Mar. 16, 1867, No. 4, 15 Stat. 20).
- 345 Rubenfeld, *supra* note 343, at 431 (citing Act of Mar. 3, 1873, ch. 227, 17 Stat. 510, 528; Act of Mar. 3, 1869, ch. 122, 15 Stat. 301, 302).
- 346 Raskin, *supra* note 332, at 87.
- 347 Schmidt, *supra* note 47, at 775.
- 348 See Schnapper, *supra* note 324, at 753; Klarman, *supra* note 160, at 235 n.95; Pillai, *supra* note 321, at 443; Grinsell, *supra* note 6, at 328; Rappaport, *supra* note 320, at 74.
- 349 Lively & Plass, *supra* note 45, at 1310.
- 350 Culp, *supra* note 24, at 176.
- 351 Strauss, *supra* note 36, at 100–01.
- 352 Schnapper, *supra* note 324, at 754.
- 353 Dong, *supra* note 91, at 1052.
- 354 Schmidt, *supra* note 47, at 774.

- 355 Grutter, 539 U.S. at 373 (Thomas, J., jointed by Scalia J., dissenting).
- 356 Siegel, *supra* note 151, at 1472-73.
- 357 See Ron Walters, *Affirmative Action and the Politics of Concept Appropriation*, 38 How. L.J. 587, 600 (1995).
- 358 トマス裁判官は、AA に反対する際に、受益者に対してかされるステイグマを懸念する (Entin, *supra* note 124, at 766)。
- 359 これに対し、AA 支持派の裁判官は平等達成のために人種を意識すべきと主張する (Gratz, 539 U.S. at 302 (Ginsburg J., Jointed by Souter, Breyer JJ., dissenting))。AA に肯定的な学説では、差別の影響が残存する社会では、人種区分の禁止では平等は達成されず (Kimberle W. Crenshaw, *Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law*, 101 Harv. L. Rev. 1331, 1345 (1988))、人種区分を用いない結果としてマイノリティを不利な状況に置くことは、修正第14条の原意に反するとされる (Schmidt, *supra* note 47)。
- 360 Strang, *supra* note 322.
- 361 Entin, *supra* note 124, at 768.
- 362 See Crenshaw, *supra* note 359, at 1331.
- 363 Culp, *supra* note 24, at 171.
- 364 Aleinikoff, *supra* note 55, at 1115.
- 365 Culp, *supra* note 24, at 172.
- 366 See Culp, *supra* note 24, at 171-72.
- 367 Ian F. Haney Lopez, *White By Law: The Legal Construction of Race* 177, NYU Press (1996).
- 368 Aleinikoff, *supra* note 55, at 1063.
- 369 Leland Ware, *Strict Scrutiny, Affirmative Action, and Academic Freedom: The University of Michigan Cases*, 78 Tul. L. Rev. 2097, 2112 (2004).
- 370 カラブラインドに基づき、法が明白な差別しか禁止しないならば、社会構造に根差した人種間の格差は縮まらないとされる (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ーマティヴ・アクションの変容—」早稲田法学 75 巻1号 (1999) 474頁, 464頁)。

- 371 See Hernandez, *supra* note 66, at 153–54.
- 372 Jamin B. Raskin, *From “Colorblind” White Supremacy to American Multiculturalism*, 19 Harv. J.L. & Pub. Pol’y 743, 744 (1996).
- 373 Hernandez, *supra* note 66, at 145.
- 374 See Heany, *supra* note 84, at 819–20.
- 375 Rosenfeld, *supra* note 84, at 856–57.
- 376 Hooks, *supra* note 29, at 1044.
- 377 Kairys, *supra* note 42, at 730.
- 378 Culp, *supra* note 24, at 162.
- 379 Bryan K. Fair, *Rethinking the Colorblindness Model*, 13 Nat’l Black L.J. 1, 69 (1993).
- 380 Laurence H. Tribe, “*In What Vision of the Constitution Must the Law Be Color-Blind?*,” 20 J. Marshall L. Rev. 201, 203 (1986). カラーブラインドでは人種の不均衡を是正できないことから、人種区分の重要性が増している旨が指摘される (William G. Bowen & Derek Curtis Bok, *The Shape of the River: Long-Term Consequences of Considering Race in College and University Admissions* 279, Princeton Univ Press (1998))。
- 381 Randall Kennedy, *For Discrimination: Race, Affirmative Action and the Law* 12, Vintage (2013).
- 382 カラーブラインドへの依拠は人種に基づく特権の現状を維持する口実であり (Hernandez, *supra* note 66, at 140)、カラーブラインドは、アメリカ社会の人種主義を忘れるための簡単な方法であったと指摘される (Morrison, *supra* note 52, at 358)。
- 383 Culp, *supra* note 24, at 172.
- 384 Ware, *supra* note 369, at 2112.
- 385 学校の人種分離解消は、社会に積極的な影響をもたらすとされる (Elizabeth S. Anderson, *Constitutionalizing and Defining Racial Equality: Racial Integration as a Compelling Interest*, 21 Const. Comment. 15 (2004))。
- 386 階層に基づく AA については、拙著前掲 (22) 第 6 章参照。
- 387 Richard D. Kahlenberg, *The Remedy : Class, Race, and Affirmative Action* 102, Basic Books (1996).

- 388 See Kahlenberg, *supra* note 387, at 105; Douglass C. Lawrence, *Does Diversity Justify Race-Conscious Admissions Program?*, 36 Suffolk U. L. Rev. 83, 106–07 (2002).
- 389 詳しくは、拙著前掲 (22) 209 頁以下。
- 390 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, 156.
- 391 Clarence Thomas, *Affirmative Action Goals and Timetables: Too Tough? Not Tough Enough!*, 5 Yale L. & Poly Rev. 402, 410–11 (1987).
- 392 Hearing of the Senate Judiciary Committee, Federal News Service, Sept. 10–13, 1991.
- 393 539 U.S. at 271 (Rehnquist C.J. jointed by O’Connor, Scalia, Kennedy, Thomas JJ., majority).
- 394 Ian Ayres & Sydney Foster, *Don’t Tell Don’t Ask : Narrow Tailoring After Grutter and Gratz*, 85 Tex. L. Rev 517, 550 (2007).
- 395 Gratz, 539 U.S. at 273 (Rehnquist C.J., jointed by O’Connor, Scalia, Kennedy, Thomas JJ., majority).
- 396 Ayres & Foster, *supra* note 394, at 551 n.125.
- 397 Yin, *supra* note 116, at 233–35.
- 398 Richard H. Fallon, Jr, *Affirmative Action Based on Economic Disadvantage*, 43 UCLA L. Rev. 1913, 1947 (1996).
- 399 See Culp, *supra* note 24, at 180.
- 400 Chang, *supra* note 108, at 91.
- 401 Chang, *supra* note 108, at 65 n. 35.
- 402 Aleinikoff, *supra* note 55, at 1122.
- 403 Crenshaw, *supra* note 359, at 1346–47. マイノリティの中でも特に黒人は、我々の「カラークラインド」な政府から疎外されているとの認識しており (See Gates, Henry Louis Gates, Jr., *Thirteen Ways of Looking at a Black Man* 103 (1997))、公的な利益を配分する際に政府は常に人種を意識してきたとされる (Paul Finkelman, *The Color of Law*, 87 Nw. U. L. Rev. 937, 985–87 (1992))。
- 404 もっとも、移民の増加等によって人種区分が難しくなる中で、カラークラ

インドな方法を探らざるを得ず、人種区分が必要か否かの問題は無意味だ
という主張も 1990 年代からなされている (See Christopher A. Ford, *Ad-
ministering Identity: The Determination of “Race” in Race-Conscious
Law*, 82 Calif. L. Rev. 1231 (1994))。

405 AA 否定派の裁判官は、人種的均衡の追求のために人種区分の使用を許す
ことで、人種を政府の判断形成から排除するという合衆国の最終目標が達
成されなくなると示す (Parents Involved, 551 U.S. at 730-31 (Roberts
C.J., jointed by Thomas, Scalia, Alito JJ., plurality))。

406 AA の支持者は AA がカラーブラインドな社会を目指すのに必要と考え、
他方、AA の反対者はカラーブラインドが人種的カーストのない社会を目
指す手段だと理解しているとされる (Morrison, *supra* note 52, at 322-23)。

(もぎ・ようへい 桐蔭横浜大学法学部准教授)