

アファーマティブ・アクションの憲法上の評価 (1)

茂木 洋平

目 次

- I はじめに
 - 1 問題の所在
 - 2 構成
- II 合衆国の議論を参照する意義
- III アファーマティブ・アクションの評価
 - 1 必要性の認識
 - 2 慎重な態度
- IV 司法審査基準とアファーマティブ・アクションの許容性
- V 社会権規定とアファーマティブ・アクションの憲法上の許容性
 - 1 平等保護条項への社会権の意義の読み
 - 2 実質的平等の実現の根拠規定
 - 3 社会的弱者の保護の認識
 - 4 社会権の意味の変遷
- VI 偏見・固定観念・ステレオタイプ
- VII 逆差別とアファーマティブ・アクション
 - 1 アファーマティブ・アクションの差別的施策との共通性
 - 2 時間的制約による逆差別の回避
 - 3 自己実現の妨害
- VIII スティグマ(劣等性の烙印)とアファーマティブ・アクション
 - 1 自己実現の阻害
 - 2 日本と合衆国との状況の違い
- IX 合衆国憲法における平等保護条項の解釈
 - 1 カラーブラインド
 - 2 否定派の見解
 - 3 中間派の見解
 - 4 支持派の見解
- X 司法審査基準と Affirmative Action
 - 1 審査基準をめぐる争い
 - 2 司法審査基準と Affirmative Action の憲法上の評価
 - (1) 否定派の裁判官の見解
 - (2) 支持派の裁判官の見解
 - (3) 中間派の裁判官の見解
 - 3 支持派の裁判官の妥協 [以上本号]
- XI 逆差別と Affirmative Action
 - 1 マジョリティに対する負担
 - 2 社会経済的地位の低いマジョリティの負担
 - 3 カラーブラインドの理論との関係
 - 4 個人としての評価
 - 5 人種主義の影響
 - 6 人種主義の是正の必要性
 - 7 人種グループの競争と逆差別
 - (1) マイノリティの政治力
 - (2) 自己取引の危険
 - (3) マイノリティ同士の関係
- XII スティグマ(劣等性の烙印)と Affirmative Action
 - 1 劣等性への懸念
 - 2 Affirmative Action による能力主義の補完
 - 3 スティグマ(劣等性の烙印)の害悪の認識
 - 4 自尊の侵害
 - 5 個別の評価
 - 6 資格の測定基準
 - 7 劣等性を強める要因
- XIII 憲法上の権利としてのアファーマティブ・アクション
 - 1 反従属原理の参照
 - 2 マジョリティによる多様性の利用
 - 3 不利な状況にあるマイノリティの排除
 - 4 統合と分断の危険
 - 5 マジョリティとマイノリティの緊張関係
 - 6 マイノリティ同士の緊張関係
 - (1) マイノリティの人口構成の変化
 - (2) マイノリティ同士の争い
 - 7 マイノリティの不満
- XIV おわりに

I はじめに

1 問題の所在

本稿の目的は、日本においてアファーマティブ・アクションが憲法上如何に評価されるのかについて¹、アメリカ合衆国（合衆国）における Affirmative Action (AA) の憲法上の評価に関する議論を参考にして、明らかにするところにある²。アファーマティブ・アクションの憲法上の評価には、禁止、許容、要請の3つがある。アファーマティブ・アクションは構造的差別の是正策として理解される（Ⅲ 1）。日本国憲法第 14 条 1 項後段列挙事由やそれに類する事由に基づく区別に基づいて差別的取扱がなされ、機会の平等の保障が形骸化した。機会の平等を実質的に保障し、構造的差別を克服するために、アファーマティブ・アクションは主としてそれらの事由に基づく区別を用いる（Ⅳ）。日本の多くの学説は、構造的差別の是正のためであれば、それらの事由に基づく区別は絶対的に禁止されず、憲法上許容されると解してきた（Ⅲ 2）。日本の多くの学説は構造的差別の是正のためにアファーマティブ・アクションが必要だとしながらも、合衆国の AA の合憲性をめぐる判例や学説の議論に基づき、アファーマティブ・アクションの危険性も認識していた。故に、日本の多くの学説では、アファーマティブ・アクションの実施を要求する憲法上の権利は確立されておらず、憲法上絶対的に禁止されず許容されるにとどまると解してきた。本稿は、日本の学説がアファーマティブ・アクションにこのような憲法上の評価をしたのは何故かを網羅的に検討する。日本の学説は合衆国の AA の議論を参考にしてアファーマティブ・アクションを憲法上評価したが、日本の議論は合衆国の議論を必ずしも正確に捉えきれていない部分があり、この点を意識しながら検討を進める。

近年、合衆国の議論を参考にして³、政府にアファーマティブ・アクションの実施を要求する憲法上の権利が存在すると主張する見解がある（ⅩⅢ 1）。この見解は、合衆国の AA が弱者保護の施策だと捉えている。だが、この前提は誤りであり、合衆国の AA の現状を正確に捉えていない（ⅩⅢ 2～7）。合衆国の議論を参考にして、アファーマティブ・アクションを憲法上の権利だと理解するのは無理があることを明らかにする。

2 構成

本稿は以下のように考察を進める。日本におけるアフーマティブ・アクションの憲法上の評価を考察する際に、合衆国の議論を参照する意義を明らかにする(Ⅱ)。日本でアフーマティブ・アクションが憲法上禁止されず、許容されると解されるのは何故かを考察していく(Ⅲ～Ⅷ)。日本の議論と関連する範囲で、合衆国でAAが憲法上禁止されるのか許容されるのかについて、如何なる議論が展開されたのかを参照していく(Ⅸ～Ⅻ)。次に、アフーマティブ・アクションの要求が憲法上の権利として理解されるのか否かについて、合衆国の議論を参照しながら考察する(Ⅼ)。最後に、本稿の議論をまとめる(Ⅽ)。

Ⅱ 合衆国の議論を参照する意義

日本の学説では、構造的差別⁴の是正手段としてアフーマティブ・アクションが注目を集め⁵、合衆国のAAに高い関心があった⁶。日本では、主に男女共同参画の分野で、アフーマティブ・アクションの本格的採用が現実の課題であり⁷、諸外国の実例を参照して憲法との適合性の研究がされてきた⁸。合衆国のAAをめぐる議論の蓄積は世界中の国々に影響を与え⁹、日本でも政策判断に大きな影響を及ぼしたとされる¹⁰。

日本ではアフーマティブ・アクションの制度化が発展途上であり、裁判になったこともなく、その憲法上の評価に十分な議論の蓄積がないが¹¹、合衆国にはAAの合憲性判断に多くの蓄積がある¹²。日本でアフーマティブ・アクションの合憲性が問われた場合、合衆国のAAに関する議論が参考になる¹³。日本のアフーマティブ・アクションの憲法上の評価を考える際に合衆国の議論の参照価値は高く¹⁴、有力な手がかりとなるとされる¹⁵。

当然だが、アフーマティブ・アクションの成立の背景は国ごとに異なり、合衆国の議論を直輸入できず¹⁶、アフーマティブ・アクションの理論的説明は国ごとに考えなければならない¹⁷。日本には合衆国ほどの深刻な人種問題が顕在化していないなど(Ⅶ2)、合衆国のAAと日本のアフーマティブ・アクションの背景は大きく異なり¹⁸、合衆国の議論が日本に有用な部分

を見出すのは難しい¹⁹。だが、合衆国の議論は日本の平等法理の解釈を考える際の端緒を与える²⁰。日本の議論に受容可能な部分を見出すために、両者の異なる点に注意しながら比較検討する。

Ⅲ アファーマティブ・アクションの評価

1 必要性の認識

被差別グループは構造的差別の影響から社会的資源獲得の競争で不利な状況にあり²¹、他のグループと同じスタートラインになく、差別が禁止され形式的に「機会の平等」が保障されるだけでは、その保障は形骸化する²²。日本国憲法の平等保護条項は国家による差別を排除・禁止する文脈で理解されるが²³、差別の禁止だけでは社会的資源獲得の競争での被差別グループの不利な状況を改善できない場合には、アファーマティブ・アクションが必要であるとの考えが生じる²⁴。

機会の平等を実質的に保障するためには個別具体的な差別の救済だけでは抜本的な解決はできず²⁵、社会構造を変革し²⁶、構造的差別を是正することが不可欠であり²⁷、アファーマティブ・アクションは構造的差別を是正するための施策だと捉えられている²⁸。歴史的差異から生じた影響は社会的資源獲得の競争で被差別グループを不利な状況に置くことから、歴史的差異の克服のためにアファーマティブ・アクションが必要だと認識される²⁹。アファーマティブ・アクションは構造的差別の是正のために結果を考慮に入れ、それが是正されるまでの暫定的な施策だと捉えられている³⁰。アファーマティブ・アクションは差別の結果として蓄積した格差構造の是正効果が大きいとされる³¹。

2 慎重な態度

アファーマティブ・アクションは憲法上の明示規定によって国に義務づけられた行為ではなく³²、日本の学説の多くはアファーマティブ・アクションが社会に大きな意義を持つとしながらも、それは憲法上要求されず、許容されるにとどまると解する³³。アファーマティブ・アクションの問題は憲法上

(要請や禁止の是非ではなく) 許容されるか否かにあり³⁴、社会経済的格差の是正が必要な場合でも、アフーマティブ・アクションを憲法上要求する権利はないとされる³⁵。

憲法の平等保障は理論上はあくまでも形式的平等の保障が原則であり³⁶、法律上の均一的取扱いが要請されるが、一定の合理的な別異取扱いの許容範囲内で実質的平等が実現される(実質的平等実現のための形式上の不平等を一定程度許容する)と解するのが筋とされる³⁷。機会の平等の実質的保障を実現するための施策(アフーマティブ・アクション)は形式的平等の下で生じる許容できない結果の不平等を是正するためのものであり、一般論としては「社会経済的条件によって特定者の権利実現が著しく制約されている場合、あるいは結果の平等を実現する要請が強い場合など、根拠や目的・手段が合理的な場合に限って、14条の下で特別な措置が認められる」とされる³⁸。差別の是正を意図し、被差別グループが社会的資源の獲得の競争で不利な状況に置かれないようにし³⁹、機会の平等を実質的に保障する場合に、アフーマティブ・アクションは憲法上許されると解されている⁴⁰。

アフーマティブ・アクションは構造的差別の是正に有効な薬だが⁴¹、実質的平等を達成するには、現実の社会経済的格差に着目する必要があるため、アフーマティブ・アクションによる特定のグループへの社会的資源の分配が避けられない場合がある⁴²。アフーマティブ・アクションは対象外の人々に社会的資源を喪失させ、その獲得のハードルを高める⁴³。アフーマティブ・アクションには強い副作用があり⁴⁴、それを抑え⁴⁵、有効かつ適切に用いる努力が不可欠だと指摘される⁴⁶。アフーマティブ・アクションは深刻な害を伴うことから⁴⁷、その合憲性は慎重に検討すべきとされる⁴⁸。

IV 司法審査基準とアフーマティブ・アクションの許容性

日本においてアフーマティブ・アクションが憲法上禁止されず、要求する権利が確立されておらず、許容されるにとどまるという議論はアフーマティブ・アクションに如何なる司法審査基準を適用するのかという議論に見ることができる⁴⁹。

憲法 14 条 1 項後段列挙事由は、差別的に用いられてきた区分を特に警戒して列挙する⁵⁰。アファーマティブ・アクションは構造的差別を是正する施策として理解されており、後段列挙事由は歴史的に特定のグループを社会経済的に不利な状況に置くために用いられたことから、アファーマティブ・アクションの対象（人種や性別など）となる⁵¹。後段列挙事由やそれに類する事由に基づく区別がなされると、人々は強い差別感を抱き⁵²、後段列挙事由はスティグマの発生の危険が高い区別指標を例示列挙したものだ⁵³とされる。基本的に、後段列挙事由とそれに類する事由に基づく区別はされるべきではないが⁵⁴、差別により形成された事実上の差異がある場合には、それらの事由に基づく区別は憲法上禁止されず⁵⁵、差別を解消するための区分（アファーマティブ・アクション）は合理的範囲に収まる余地があるとされる⁵⁶。

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⁵⁷、日本の学説はアファーマティブ・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。後段列挙事由には、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する説が現在ではおおむね支持される⁵⁸。多くの学説は、アファーマティブ・アクションが実質的平等を保護すること⁵⁹、多数派が少数派を優遇するものであり、敵意から生じたのではなく⁶⁰、多数派が民主過程を通じて是正することが容易であること等を理由に⁶¹、後段列挙事由等に基づく異なる取扱いとアファーマティブ・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後段列挙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ており⁶²、近年では合理性の審査の適用を主張する説もある⁶³。日本の裁判所では「疑わしい分類」の法理は明確に確立されていないので、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ており⁶⁴、判例上、立法裁量を重視する傾向が強い日本では、アファーマティブ・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⁶⁵。

この他、少数ながら後段列挙事由を用いた区分に本来適用される基準と比べて、アファーマティブ・アクションに厳格度を下げた基準を適用すべきではないとする見解もあるが⁶⁶、厳格審査が適用された場合にもアファーマテ

イブ・アクションが合憲性審査を通過する可能性が示唆されている⁶⁷。

日本の学説では、後段列挙事由やそれに類する分類を用いる施策を警戒し、アファーマティブ・アクションでも、それを使用し続けることは望ましくないという点では、見解の一致がある。だが、合衆国のカラーブラインドの理論のように、後段列挙事由やそれに類する区分を使用する施策を憲法上絶対的に禁止すべきという議論が大勢を占めることはなかった。合衆国でカラーブラインドの理論が展開された背景には、カラーブラインドの理論が人種差別の撤廃に有用であった認識されているところにある⁶⁸。また、合衆国に悲惨な人種差別の歴史が存在し、人種区分の使用に対して強い警戒がなされた⁶⁹。合衆国では、悲惨な人種差別の歴史があったからこそ、カラーブラインドな社会の達成が合衆国市民の共通の理想になったと考えられる。

他方、日本には合衆国のような顕著な人種差別の問題は表面化していない⁷⁰。また、日本では、市民権運動の歴史のように、ある特定の区分の使用の絶対的禁止が差別の撤廃に繋がったという歴史はない。故に、日本の学説では、ある特定の区分の使用を憲法上絶対的に禁止し、アファーマティブ・アクションを憲法上禁止するという議論は展開されなかったと考える。

V 社会権規定とアファーマティブ・アクションの憲法上の許容性

1 平等保護条項への社会権の意義の読み込み

平等保護条項は第一義的には形式的平等の保障を意味するが⁷¹、それを保障するだけでは「機会の平等」は形骸化するため、憲法の平等の観念は国家による不平等取扱の禁止にとどまらず、国家による平等の実現という積極的内容をもつものになった理解されている⁷²。従来、憲法の平等は国家による不平等な取扱の排除という自由権的文脈で捉えられていたが、積極国家の考えに基づき、国家による社会経済的不平等の是正を組み入れて平等の観念が捉えなおされている⁷³。現代国家の平等が国家による実質的平等の保障を包含することが認められ⁷⁴、平等の観念にアファーマティブ・アクションによる差別の解消を含ませるのが課題となっており⁷⁵、憲法14条1項が国家に実質的平等の達成を求める政治指針を含むものとして社会権的性質を読み込

む余地がある旨が示されている⁷⁶。

アファーマティブ・アクションはその対象となるグループの持つ特性による区分を用いて、対象者に社会的資源を付与し、対象外の者に社会的資源の獲得のハードルを高めることから、憲法の平等保障の第一義的な意味（形式的平等の保障）に反する。だが、国家が社会経済的不平等を是正し、実質的平等の実現の義務を負うとの考えは、アファーマティブ・アクションは憲法上禁止されず、許容されるという見解を生じさせる⁷⁷。即ち、差別によって社会的資源の獲得から体系的に排除されているグループが存在する場合には、国家は、それらのグループが他者と同等の立場で社会的資源獲得の競争に参加できるようにする義務を負い、アファーマティブ・アクションの実施は憲法上禁止されないと考えられている⁷⁸。だが、憲法 14 条がアファーマティブ・アクションを要求する権利を含むという解釈は大勢を占めていない⁷⁹。

裁判規範としての平等原則に、社会経済的不平等を是正すべきとの実質的平等の要求が含まれるとする立場も存在したが⁸⁰、国家による実質的平等を保障する施策は社会権を根拠に実施され、その施策が 14 条 1 項に違反しないという意味で平等権に関係するが、14 条 1 項は裁判規範としては、法的取扱の不均衡の禁止という消極的な意味を持つにすぎず、社会経済的不平等を是正しようとする実質的平等の要請は含まれないとされる⁸¹。国家に実質的平等の実現が求められるとの見解は、形式的平等に反するが、実質的平等を達成するためにアファーマティブ・アクションが実施された場合には、憲法はその実施を命じていないが、禁止もしておらず、許容されることを意味するとされる⁸²。主要な学説は、国家による実質的平等の達成が要求されると平等の観念を捉えるが、平等原則との関係では国は政治的義務を負うにとどまると解する⁸³。

2 実質的平等の実現の根拠規定

日本の学説では、平等保護条項に実質的平等の要請を含めるべきではなく⁸⁴、実質的平等は社会権を通じて実現すべきと理解される⁸⁵。社会経済的に不利な状況にある者への社会的資源の分配に関して、平等保護条項が果たす役割は小さいとされる⁸⁶。憲法 14 条は形式的平等の保障を意味し、日本国憲法には社会権規定があるため、実質的平等の実現は社会権規定に委ねられる

とされる⁸⁷。その見解では、実質的平等の保障は第一義的には社会権条項に託された課題で、立法による実現がふさわしく⁸⁸、裁判規範としては、憲法14条から直接には導かれずと解さないと、形式的平等の要求が不明確で、無内容に陥ることが懸念されている⁸⁹。また、憲法14条に国家による実質的平等の実現の要求を権利として含意させ、裁判規範として認めると、裁判所が実質的平等を達成する施策を見つげださなければならず、政治部門の役割を裁判所が担い、司法の作用の逸脱が懸念されている⁹⁰。主要な憲法学説は、国家には実質的平等達成の義務があるとしながらも、アファーマティブ・アクションが憲法上要求されるのではなく許されると示しており、実質的平等を実現する国の法的義務は社会権の保障に関わる問題にしていると分析される⁹¹。

3 社会的弱者の保護の認識

アファーマティブ・アクションが憲法上許容される根拠として、合衆国憲法とは異なり、日本国憲法が社会的弱者の保護を明示している点が挙げられている⁹²。日本国憲法が社会権条項をもち、実質的平等の実現が国家に求められていることに、学説上異論はないとされる⁹³。社会権の保護対象は社会的弱者であり⁹⁴、アファーマティブ・アクションは社会的資源を求める競争で不利な状況にある社会的弱者の救済策だと認識されている⁹⁵。日本国憲法は、社会権条項を通じて、自由主義・個人主義・能力主義への制約を認めているため、社会経済的不平等によって機会の平等が形骸化している場合には、形式的平等に反するとしても、社会経済的不平等を是正して機会の平等を実質的に保障する施策は憲法上禁止されず⁹⁶、アファーマティブ・アクションは社会権的要請からでた憲法14条の例外として⁹⁷、日本国憲法上許容されると解されている⁹⁸。

4 社会権の意味の変遷

日本国憲法の社会権は、いずれの自由競争の結果から発生した所得・社会的地位などの不均衡を是正するために登場したと説明される⁹⁹。この説明に基づき、社会国家とは社会経済的弱者により厚く保護を与え、他の国民と同等の事由と生存を保障していく国家だとされる¹⁰⁰。この社会国家の理解の下

では、憲法の保障する社会権は、社会経済的の不均衡を是正するために、自由競争そのものを制限し、結果の平等を志向するため、構造的差別を解決するために機会の平等を実質的の保障することとは、目的も沿革も全く異なるとされる¹⁰¹。社会国家が「人間の尊厳にふさわしい最低限度の生活の保障から一定のグループに対して存在している平等な機会のルートの障害を除去する」役割を担うところまで発展していると捉えると¹⁰²、社会権の役割が構造的差別の犠牲者に機会の平等を実質的に保障するに至っていると捉えられる。

VI 偏見・固定観念・ステレオタイプ

評価者が偏見や固定観念を抱くと、社会的資源を付与する選抜過程で、評価者は人々を個々の資格ではなく（人種や性別といった）特性で評価する可能性がある。偏見や固定観念は、特定の属性を持つグループの社会的役割を固定化するおそれがある。ある特定のグループがある地位の役割を果たすのには向かないという偏見や固定観念が存在すると、そのグループに属する個人がその地位の獲得を望んだ場合には、他者と比べてそれを獲得するためのハードルが高める。特定のグループに社会的資源の獲得のハードルを高めることは「機会の平等」の実質的保障を妨げる。憲法 14 条の平等保護の意味は、「機会の平等」の実質的保障にある（Ⅲ 2）。偏見や固定観念を理由とした異なる取扱いには合理性はなく¹⁰³、アファーマティブ・アクションの目的が偏見や固定観念の打破にあり¹⁰⁴、偏見によって社会的資源の獲得のハードルが高められている場合に、それを打破するためにアファーマティブ・アクションが必要とされる¹⁰⁵。

構造的差別の解消という良性的目的が掲げられていても、歴史的に差別的に用いられてきた事由を用いる区分は偏見や固定観念と結びついている危険が高く、アファーマティブ・アクションはその対象者に有害な可能性があることに注意が必要だとされる¹⁰⁶。優遇措置が対象者にある特定の地位を付与する場合、対象者がその地位に適任であるというメッセージを社会全体に伝える。適任とされる地位が固定されることで、対象者は他の社会的資源へのアクセスを制限される。優遇措置の対象となる地位の収入が低い場合には、

対象者の社会経済的地位を低下させる。対象者の社会的役割を固定化する優遇措置は憲法上許されず¹⁰⁷、アファーマティブ・アクションは対象者の社会的役割を固定化しない範囲で認められる¹⁰⁸。

Ⅶ 逆差別とアファーマティブ・アクション

1 アファーマティブ・アクションの差別的施策との共通性

合衆国では、AAが対象外のグループに不公平な条件を生み出し¹⁰⁹、マジョリティの平等権を侵害する「逆差別」ではないかという憲法上の疑義が向けられてきた¹¹⁰。AAは差別解消のために人種区分を用いて対象外のグループに社会的資源の獲得のハードルを高めることから、必然的に「逆差別」の問題が内包され¹¹¹、新たな人種問題を提起した¹¹²。AAの批判者は「逆差別」の問題を好んで取り上げ¹¹³、AAの限界として「逆差別」の問題が激しく議論された¹¹⁴ (IX)。

日本でも合衆国の議論を受けて、アファーマティブ・アクションが逆差別の問題を生じさせる可能性が認識されてきた¹¹⁵。アファーマティブ・アクションは機会の平等を実質的に保障するために合理的な範囲で憲法上許容されるが、方法や限度を誤り¹¹⁶、行きすぎると逆差別となり、この場合には合理的範囲にあると見なすのは難しく¹¹⁷、平等原則違反になるとされる¹¹⁸。

アファーマティブ・アクションは差別の帰結の改善のために、被差別者(マイノリティ)を対象に優遇措置を行い¹¹⁹、マジョリティに負担を課し、形式的に不平等な取扱いをする¹²⁰。逆差別とは、構造的差別を是正する施策(アファーマティブ・アクション)によって、対象外の者に不利益(社会的資源の獲得のハードルを高めること)を及ぼすことを意味するとされる¹²¹。アファーマティブ・アクションは、人種や性別を用いて対象外の者に社会的資源の獲得のハードルを高めている点で、過去の差別と変わりがない¹²²。日本の学説では、アファーマティブ・アクションに伴う負担を被るのはマジョリティだと理解され¹²³、アファーマティブ・アクションは差別の影響(差別によってマジョリティが社会的資源を獲得し、マイノリティが喪失する)を無くすために、従来とは逆の差別をしているように見え¹²⁴、平等のための差別と

いう逆説的な性質をもつとされる¹²⁵。アフーマティブ・アクションは実質的平等を実現するために不平等な手段をとるという自己矛盾的な性質を内包し¹²⁶、「差別解消のための差別行為」とも称される¹²⁷。

2 時間的制約による逆差別の回避

アフーマティブ・アクションは差別の連環を断ち切るための施策であるため、差別を受けていない者が不利益を被っても、直ちに逆差別とすべきでないが¹²⁸、逆差別の可能性を直視すべきとされる¹²⁹。故に、アフーマティブ・アクションを肯定的に捉える学説でも、それが役割を終えた後も継続するならば逆差別になるため¹³⁰、平等達成までの暫定的措置であるべきとされる¹³¹。これらの見解は、アフーマティブ・アクションに時間的制約をすることで、逆差別の批判を避けようとしている¹³²。アフーマティブ・アクションが自己実現の機会を妨げる可能性があることを考えると(Ⅶ3)、その正当性は常に問われなければならない¹³³。

3 自己実現の妨害

合衆国は人種的に多様なグループから構成され、AAによる社会的資源の分配はグループ間の緊張関係を抑えることもあれば、それを助長する可能性もある(XIII 4~7)。AAはグループ間の対立を助長するおそれがあるが¹³⁴、日本には合衆国のような顕著な人種問題はない(Ⅶ2)。日本では、アフーマティブ・アクションによって逆差別の問題が生じ、対象外のグループが不満を抱いても、社会的分断が生じる懸念は極めて低い¹³⁵。だが、アフーマティブ・アクションは対象外のグループに社会的資源の獲得のハードルを高め、個人の権利実現を妨げることは無視できない¹³⁶。逆差別の批判に対しては、日本では憲法の社会権規定に社会的弱者の保護が明記されている点が強調されるが¹³⁷、個人の自己実現を阻む可能性があるため、アフーマティブ・アクションに合理的理由があるという推定は働かない¹³⁸。日本では合衆国と異なり逆差別の問題によって社会的分断が生じる危険が極めて低いため、合衆国ほどに逆差別の問題に警戒する必要はないが、アフーマティブ・アクションが自己実現を妨げる可能性があるため、逆差別の問題を意識しなければならない。アフーマティブ・アクションに肯定的な学説でも、一時的

な措置として許され¹³⁹、憲法上の権利として要求されないとしている1つの理由は、自己実現を妨げる危険を認識しているからだと考えられる。

Ⅷ スティグマ(劣等性の烙印)とアファーマティブ・アクション

1 自己実現の阻害

アファーマティブ・アクションは、対象者はそれがなければ社会的資源を獲得できず、資格が劣るという偏見を生じさせる可能性がある¹⁴⁰。憲法14条が問題とする本質的な害悪は劣等視にあり¹⁴¹、劣等性の烙印(スティグマ)の問題はアファーマティブ・アクションの合憲性を判断する際に重要だと認識され¹⁴²、アファーマティブ・アクションが対象者への劣等視を助長する場合には、憲法上許されないとされた¹⁴³。アファーマティブ・アクションは対象者にスティグマ(劣等性の烙印)を助長するおそれがあり、一時的であるべきだと主張される¹⁴⁴。

規範として憲法は、各個人が自らを尊しとし、相互尊重の枠組みのなかにあつて、自己の能力に信頼して自己実現をしてゆくという個人像・社会像を描いたはずであり¹⁴⁵、平等とは自己の能力を發揮を可能にすることを意味するとされる¹⁴⁶。個人の権利実現に望ましくない客観的環境を変えて¹⁴⁷、自己の構想に基づいて生きる可能性を確保するのがアファーマティブ・アクションであり¹⁴⁸、特定者の権利実現が著しく制約されている場合にアファーマティブ・アクションは憲法上許されるとされるが¹⁴⁹、対象者が劣等であるという考えをアファーマティブ・アクションが生じさせる場合には、対象者の権利実現が阻まれる。

2 日本と合衆国との状況の違い

AAは社会的資源の付与の選抜の際に人種を1つの考慮要素として用いて、対象者を優位に取扱うことから、AAの対象者の中には社会的資源を獲得できなかった志願者と比べて、既存の評価基準での評価が低い、社会的資源を獲得する者がいる。合衆国では、社会的資源の獲得競争で人種の考慮がなければ、対象者の中で社会的資源を獲得できる者が少ないことから、AAが

実施される。既存の評価基準で評価の劣る者に社会的資源を付与することから、合衆国では、AA の批判者は、AA は、対象者は AA がなければ社会的資源を獲得できず、資格が劣っているという考えを助長すると主張した (XII 1)。AA の反対者は、AA が資格の劣る者に社会的資源を付与するときに、AA によって社会的資源の獲得のハードルを高められたグループ (対象外のグループ) が特に不満を抱くことを問題視した (XII 1)。AA による対象外のグループの不満の高まりは人種間の緊張関係を高め、分断を引き起こす危険があることから (XIII 5, 6)、AA の批判者はスティグマの害悪を問題視したと考えられる。

AA の支持者も、AA が対象者に劣等性の烙印 (スティグマ) をもたらすと認識していた (XII 3)。だが、AA がなければ社会的評価の高い地位を獲得できるマイノリティが少ないため、過少代表のマイノリティが劣等視され、それらのグループが不満を抱くことを問題視した (XII 2)。AA の支持者は、AA が対象者に劣等性の烙印 (スティグマ) を生じさせる危険を認識していたが、AA を実施しない場合に対象者 (過少代表のマイノリティ) が劣等視され、不満を抱き、人種間の緊張関係が高まることを問題視したと考えられる (XII 2, XIII 7)。

各グループの不満の高まりはグループ間での暴力による衝突を生じせることから¹⁵⁰、各人種グループの不満を抑えて人種統合を達成することは、合衆国にとって最重要課題の1つである¹⁵¹。他方、日本では外国出身者が人口構成に占める割合は合衆国と比べて非常に低く、合衆国ほどの顕著な人種問題はない¹⁵²。日本で人種問題が提起されても、合衆国とは異なり、劣等性の烙印 (スティグマ) によって生じる不満が国家を分断させるほどの深刻さはない¹⁵³。この点で、スティグマ (劣等性の烙印) が生じても、日本では合衆国ほどの問題にはならない。

また、日本でアファーマティブ・アクションを実施した場合には、劣等性の烙印 (スティグマ) が生じる可能性は非常に低いと考える。本稿では合衆国の人種の AA の議論を参照しするが、現在の日本でアファーマティブ・アクションの主たる対象は男女共同参画の分野である。合衆国では、AA による社会的資源の獲得者と対象外の者との既存の評価基準での評価の差が激しいことから (例えば、高等教育の入学者選抜の文脈で、対象者の入学者の

学力が低いことなど)、対象者に劣等性の烙印(スティグマ)を生じさせた(XII 7)。AAの支持者は、対象者は不利な資質形成環境にありながらも既存の評価基準で一定評価を獲得しているため、潜在能力があると主張するが、AAの直接の受益者の多くは社会経済的に不利な状況になく、資質形成に投資ができる状況にあるため、この主張によってAAの反対者を説得できなかった(XII 3, 7)。

筆記試験に関し、日本では必ずしもアファーマティブ・アクションの対象者の評価は劣っていない¹⁵⁴。日本の学説では、アファーマティブ・アクションは資格の劣る者に社会的資源を分配するものではないことが強調されるが¹⁵⁵、筆記試験による評価では、アファーマティブ・アクションの対象者を優遇する必要は非常に低いと考えられる。日本の男女共同参画分野で問題とされるのは、社会的資源の獲得の競争で、対象者(女性)の多くが充足しづらい基準が設定されていることである¹⁵⁶。合衆国のAAは筆記試験などの既存の評価基準で評価の劣る者に社会的資源を付与したが、日本のこの分野でのアファーマティブ・アクションで問題となるのは対象者に対する障壁の除去である¹⁵⁷。

IX 合衆国憲法における平等保護条項の解釈

1 カラーブラインド

合衆国憲法の平等の意味を考えるためには、カラーブラインドの理論の理解が重要である。カラーブラインドの理論とは、社会的資源の獲得において人種が重要な要素でなくなることである。

人種区分は不道徳であり¹⁵⁸、合衆国は社会的資源の獲得に際して「人種を無関係なものとする平等を求めて必死に努力する社会」であるべきであり¹⁵⁹、合衆国の最終目標はカラーブラインドな社会の達成にあると主張されてきた¹⁶⁰。カラーブラインドの理想への支持の表明は合衆国市民の共通事項であり¹⁶¹、人種区分を伴う法制度を用いるべきではないという理想を抱いている¹⁶²。合衆国市民は市民権運動でカラーブラインドの推進が平等の達成につながったと認識し¹⁶³、カラーブラインドが人種的正義を十分に具体化し¹⁶⁴、否

定できない道徳的な義務だと考えた¹⁶⁵。AA は人種を意識しカラーブラインドと抵触するため、合衆国では憲法が AA を禁止しているのかが問題となった¹⁶⁶。

2 否定派の見解

合衆国最高裁では、否定派の裁判官が人種差別をなくす方法は人種区分を使用しないことだと考えて¹⁶⁷、AA を憲法上禁止する理論としてカラーブラインドを用いた¹⁶⁸。否定派の裁判官は、AA とマイノリティの不均衡を助長する人種分離は双方ともに道徳的に「不当」だとし¹⁶⁹、あらゆる AA が違憲であるとの見解を示してきた¹⁷⁰。

否定派の裁判官は AA に厳格審査を適用するが、厳格審査の下ですべての人種区分が違憲になるとはしておらず、刑務所での人種暴動など生命身体に差し迫った危険が生じた場合等に、例外的に人種使用が許容されると示した¹⁷¹。合衆国最高裁で AA に最も批判的な立場を採るスカルリア裁判官でも、直接に差別の弊害を被った犠牲者の救済には賛成し¹⁷²、これに該当する場合には、論理的には AA は厳格審査を通過する¹⁷³。

否定派の裁判官は厳格審査の通過可能性を示唆するもの¹⁷⁴、人種区分の許容を非常に例外的な場合に限定し¹⁷⁵、通過には厳しい要件を課しており¹⁷⁶、否定派の理解する厳格審査の下ではほとんどの人種区分は憲法上許されない¹⁷⁷。

故に、否定派の裁判官は AA を「事実上禁止」し¹⁷⁸、その意見の中で AA が憲法上禁止されることを示唆する¹⁷⁹。否定派の裁判官は、あらゆる人種区分は厳格審査に服し、事実上それを通過する人種区分はないと主張しており¹⁸⁰、ほぼすべての人種区分を「理論上厳格だが、事実上致命的」に取り扱っているとされる¹⁸¹。

3 中間派の見解

中間派の裁判官は、人種区分がもたらす社会への悪影響を認識して AA に懐疑的な立場を採る¹⁸²。だが、中間派の裁判官は穏健な保守派であり¹⁸³、保守的な政治的指針 (AA の否定) の絶対的な支持者ではない¹⁸⁴。中間派の裁判官は違憲判断の政治・社会的悪影響を考慮してときに合憲判断を下してき

たのであり¹⁸⁵、合衆国最高裁で支持派と保守派の力が拮抗する中で、AAの合憲性の判断を決してきた¹⁸⁶。中間派の裁判官は懐疑主義に依拠しながらも¹⁸⁷、憲法が一切のAAを禁止するとの立場を採らない¹⁸⁸。

AAが憲法上許容されると考える論者は、差別がなくなっていく過程で一時的な戦略としてAAは採択され¹⁸⁹、カラーブラインドの原則の道徳的優越性を暗に認識していたとされる¹⁹⁰。AAを許容する者は、差別的な社会が存在するためにAAが必要とされるのであり、カラーブラインドな社会の達成を目指しており¹⁹¹、彼らにとってカラーブラインドは達成すべき理想である。AAに批判的な態度を多くとってきた中間派のオコナ裁判官でも¹⁹²、「我々は、人種が決して関連すべきではないという深い信念が、痛々しい社会的な現実を完全に乗り越えなかったことを忘れてはならない」と示す¹⁹³。オコナ裁判官はカラーブラインドが道徳的な義務（長期目標）であり、人種区分の一切の禁止がその目標を事実上防ぐことになる想定している¹⁹⁴。

中間派であるケネディ裁判官は事実上の人種分離がもたらす弊害を無視すべきではないとし¹⁹⁵、人種的孤立から生じる害悪の是正が必要な場合に限り¹⁹⁶、人種区分の必要性を認めた¹⁹⁷。ケネディ裁判官はすべてのAAが違憲になるとは示さず、AAの危険を認識しながらも、カラーブラインドの達成に必要な場合にはAAを許容する。

4 支持派の見解

AAの支持者の見解では、カラーブラインドでは是正を期待できない複雑な現実があり¹⁹⁸、カラーブラインドな政府の判断形成は、人種主義の継続を事実上許していると主張される¹⁹⁹。この見解では、カラーブラインドによる人種的平等の達成は神話であり、人種を考慮しないことが道徳的だとするのは誤りだとされる²⁰⁰。AA支持派の裁判官は、法的な人種分離の終了では事実上の人種分離はすぐには終わらず、マイノリティの不利な状況は終わらなかったと認識する²⁰¹。法的な人種分離と基本権の否定を終わらずカラーブラインドな法律が人種差別を終わらせず、人種間の不均衡を是正しない場合には、支持派の裁判官は人種区分は疑わしいとする懐疑主義に依拠しながらも²⁰²、人種差別の是正には新しい手段（AA）が必要だと認識する²⁰³。

人種間に社会経済的格差がある社会では、法がカラーブラインドであるべ

きという主張は、現実の描写ではなく望みだとされ²⁰⁴、その見解では、マイノリティへの差別の防止に役立つ限りで²⁰⁵、修正第 14 条は人種の使用を禁止しない²⁰⁶。AA 支持派の裁判官は平等を達成するために人種を意識すべきと主張する²⁰⁷。AA の支持者は、AA の停止は人種間の不均衡を生じさせるため、カラブラインドの理想は達成できず²⁰⁸、その理想の達成に AA が必要だと考える²⁰⁹。AA の禁止は差別の影響を終了させず永続化させるという考えに基づき²¹⁰、AA の支持者は憲法は人種区分を禁止しないと認識する²¹¹。

もっとも、AA 自体には敵意はないと評する場合でも²¹²、AA の支持者は、AA が人種的分断をもたらす危険を認識し²¹³、時間的に制約されるべきと考える²¹⁴。合衆国最高裁の判例では、AA 支持派の裁判官は AA が一時的であるべき旨を示し²¹⁵、AA が正当だとされる重要な要件として時間的制約を認識し²¹⁶、それを強調した²¹⁷。

X 司法審査基準と Affirmative Action

1 審査基準をめぐる争い

「厳格審査」は、人種区分は本来的に疑わしいという考えに基づき²¹⁸、手段審査と目的審査について、判断形成者に非常に重い合憲性証明の負担を課し、厳密に審査する²¹⁹。厳格審査は「理論上厳格だが、事実上致命的」²²⁰だという考えが多くの学説や裁判官の意見で支持され²²¹、合理性の審査が適用された場合にはほぼ合憲となり²²²、厳格審査が適用された場合にはほぼ違憲になるという見解が示された²²³。この見解では、合憲性判断は裁判所がどの審査基準を適用するののかによって決まり²²⁴、裁判所が行う唯一の判断はどの審査基準を適用するののである²²⁵。

合衆国最高裁には AA を常に支持するグループ（中間審査の適用を支持）²²⁶と否定するグループ（厳格審査の適用を支持）があり²²⁷、これに加えて事例によって合憲か否かの判断を変える中間派（敬讓型の厳格審査の適用を支持）が存在し²²⁸、AA にどの審査基準を適用するののかについて争いが続いた²²⁹。どの基準を適用するののかによって合憲性が大きく左右されるため²³⁰、それは合衆国最高裁で主要な論点であった²³¹。

AAに肯定的な立場をとる合衆国最高裁の裁判官は、AAへの厳格審査の適用を否定するが、懐疑主義に依拠して、あくまでも厳密な審査基準を適用するとの見解を示す²³²。このことから、合理性の審査の適用は支持できず、他方で、「事実上致命的」に機能するおそれから厳格審査の適用も支持できない。平等保護の分野では、「合理性の審査」と「厳格審査」との間に、中間審査がジェンダー区分の領域で確立していた²³³。中間審査は厳密に審査をするという態度を維持しながらも、合憲判断を下すことができ、厳格審査とAAの緩衝地帯として機能するため、AAを支持する裁判官はAAの合憲性審査には中間審査が適切だと考えた²³⁴。

2 司法審査基準と Affirmative Action の憲法上の評価

(1) 否定派の裁判官の見解

否定派の裁判官はAAの厳格審査の通過可能性を示したが²³⁵、そこで示される厳格審査の充足要件は非常に狭く²³⁶、厳格審査が適用された場合にはほぼ違憲となった²³⁷。AAの合憲性が問題とされた際に、否定派の裁判官は常に違憲判断を下し、事実上AAが憲法上禁止されると考えていた。

(2) 支持派の裁判官の見解

支持派の裁判官は懐疑主義に依拠し、AAを厳密に審査すべきとの立場を明確にして合理性の審査の適用を否定する²³⁸。支持派の裁判官はAAが厳格審査を通過する可能性を示唆することはあったが、その意見は中間審査の適用を主張するもの²³⁹、あるいはどの審査基準を適用しても通過するため、適用する審査基準を明らかにする必要がないというものであり²⁴⁰、厳格審査の適用を支持しない。支持派の裁判官は、ウォーレンコートの平等保護分野での厳格審査の適用を考察し、厳格審査は「事実上致命的」だと理解した²⁴¹。支持派の裁判官は厳格審査の適用がAAに致命的影響を及ぼすとの理解から²⁴²、AA支持派の裁判官はAAと人種差別の区別は難しいが可能だとし²⁴³、AAに厳格審査を適用すべきではないという立場をとる²⁴⁴。

Grutter判決より以前、厳格審査の下で中間派の裁判官によって主導された合憲判断があるが、多数意見ではなく相対多数意見であった²⁴⁵。この意見に対し、支持派の裁判官は、結論(合憲判断)には同意するが、AAへの厳格審査の影響を懸念し、AAには厳格審査よりも緩やかな審査基準を適用す

べきとする²⁴⁶。

(3) 中間派の裁判官の見解

中間派の裁判官は懐疑主義に依拠し²⁴⁷、厳格審査の下で違憲判断を下した²⁴⁸。他方、中間派の裁判官は厳格審査を適用しながらも、厳格審査を通過するとの意見を示し²⁴⁹、AA の許容可能性を示してきた²⁵⁰。また、中間派の裁判官が主導して、相対多数意見だが、厳格審査の下で合憲判断を下した例もある²⁵¹。

否定派の裁判官も同意する法廷意見において、中間派の裁判官は厳格審査の通可能性を示唆していたことから²⁵²、いくつかの学説では、平等保護分野での厳格審査の「理論上厳格だが、事実上致命的」という理解が崩れており²⁵³、厳格審査は事実上致命的ではなく²⁵⁴、AA が合憲となる可能性があると考えた²⁵⁵。これに対し、実際には厳しい合憲性審査がなされるため、多くの学説では事実上致命的に機能するとも評された²⁵⁶。

その後、ミシガン大学ロー・スクールの入学者選抜の AA の合憲性が問題となった Grutter 判決で、中間派であるオコナ裁判官の執筆した法廷意見は、厳格審査の下で合憲判と断した²⁵⁷。同法廷意見の示す厳格審査は「文脈に応じた柔軟な型」をとり²⁵⁸、あらゆる人種区分は疑わしいが、文脈に応じていくつかの人種区分の疑わしさは弱まり²⁵⁹、厳格度が変動する²⁶⁰。オコナ裁判官の理解する厳格審査は判断形成機関の判断に敬讓を組入れて、中間審査よりも厳格度が低いとされる²⁶¹。

3 支持派の裁判官の妥協

Grutter 判決による厳格審査の下での合憲判断にもかかわらず、厳格審査は事実上致命的で²⁶²、人種区分の厳格審査の通過は容易ではないという見解も示される²⁶³。この背景には、オコナ裁判官の理解する厳格審査は合衆国最高裁の多数の裁判官の理解する厳格審査ではないことがある。

合衆国最高裁の判例を分析すると、オコナ裁判官裁判官法廷意見に同調した 4 人の裁判官は、AA には厳格審査を適用すべきではないという立場を示し²⁶⁴、ロー・スクールの施策を合憲とした結論に同意するにすぎない²⁶⁵。同判決レンキスト首席裁判官反対意見は、目的と手段の審査で敬讓を認める厳格審査の理解は先例にはなく、従来の厳格審査に反するとした²⁶⁶。同判決ケネ

ディ裁判官反対意見は、厳格審査の下では手段審査に敬讓は認められないとした²⁶⁷。AAの支持派の裁判官の第1の選好は、AAに中間審査を適用し合憲判断を下すことだが、それが望めない状況では、厳格審査を適用して違憲判断という最悪のシナリオを避けるために、中間派は厳格審査を用いるが、文脈によっては合憲性審査の厳格度を低くして合憲判断を導いているため、中間派の意見に同意する²⁶⁸。

敬讓型の厳格審査によって厳格審査の下でもAAが憲法上許されることが実践された。だが、中間派の示す敬讓型の厳格審査は、多数の裁判官の理解する厳格審査ではなく、支持派は厳格審査の適用によって事実上AAが憲法上禁止されることを懸念する。法廷意見での敬讓型の厳格審査の確立は、支持派の裁判官の妥協で成立したに過ぎない。合衆国最高裁には、AAにどの司法審査基準を適用するのかという論点が未だに残っており、その判断がAAの憲法上の評価と結びついている。

(Endnotes)

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

- (入学者選抜)の際に対象となるグループ(女性)を優先せず、対象外のグループ(男性)に社会的資源(入学枠)の獲得のハードルを高めない。本稿では、アファーマティブ・アクションの中でも前者を考察対象とする。
- 3 合衆国では、AAが憲法上要求されるという主張は一部の学説で支持されるが、AAに肯定的な裁判官や学説でも、ラディカルな主張として否定されている(XIII)。
 - 4 構造的差別とは「歴史的差異」のある両者が形式的に均等に扱われた場合に、差別的結果が再生産され続ける社会構造を意味する旨が説明される(横田耕一「性差別と平等原則」岩村正彦ほか編『岩波講座 現代の法 11 ジャンダーと法』(岩波書店, 1997) 71頁, 88頁)。
 - 5 安西文雄「平等」樋口陽一編『講座憲法学 3 権利の保障 (1)』(日本評論社, 1994) 76頁, 96-97頁。
 - 6 奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』(有斐閣, 1993) 126頁。
 - 7 中林暁生「給付的作用とアファーマティブ・アクション」法学 77 卷 6 号 (2014) 149頁, 15-54頁。
 - 8 安西文雄「アメリカ合衆国の高等教育分野におけるアファーマティヴ・アクション」立教法学 67 号 (2005) 1頁, 2頁。
 - 9 早川操「アメリカの大学入学政策とアファーマティブ・アクション—マイノリティ優遇政策がポジティブ・アクションに示唆するもの」田村哲樹・金井篤子編『ポジティブ・アクションの可能性』(ナカニシヤ出版, 2007) 229頁。
 - 10 有澤知子「合衆国におけるアファーマティブ・アクションについての議論」法学新報 108 卷 3 号 (2001) 483頁, 488頁; 吉田仁美「アメリカにおける女性に対するアファーマティブ・アクションの動向」同志社アメリカ研究 38 号 (2002) 87頁。
 - 11 松井茂記『日本国憲法<第3版>』(有斐閣, 2007) 396頁。
 - 12 卷美矢紀「ポジティブ・アクションの目的と多様性 (1)」千葉大学法学論集 27 卷 3 号 (2013) 1頁, 10頁。
 - 13 吉田前掲 (10) 87頁。
 - 14 安西文雄「ミシガン大学におけるアファーマティヴ・アクション—Grutter v. Bollinger, 123 S.Ct. 2325; Gratz v. Bollinger, 123 S.Ct. 2411

- (2003)」ジュリスト 1260 号 (2004) 227 頁, 230 頁。
- 15 大沢秀介「法の下での平等とアファーマティブ・アクション」大沢秀介・小山剛編『東アジアにおけるアメリカ憲法—憲法裁判の影響を中心に』169 頁, 178 頁 (慶応義塾大学出版会, 2006)。
 - 16 木下智史・村田尚紀・渡辺康行編『事例研究憲法<第2版>』(日本評論社, 2013) 293 頁 (愛敬浩二)。
 - 17 辻村みよ子編『基本憲法』(悠々社, 2009) 92 頁 (田代重紀)。
 - 18 吉田仁美「アファーマティブ・アクションと平等保護の展望」比較法研究 66 卷 (2004) 231 頁, 239 頁。
 - 19 勝田卓也「ミシガン大学ロー・スクールにおけるアファーマティブ・アクションをめぐる連邦控訴裁判決—Grutter v. Bollinger, 288 F.3d 732 (6th Cir. 2002).」ジュリスト 1229 号 (2002) 180 頁, 183 頁参照。
 - 20 吉田前掲 (18) 239-40 頁。
 - 21 浦部法穂『憲法学教室〈全訂第2版〉』104 頁 (日本評論社, 2006)。
 - 22 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦夫・浦部法穂『注解法律学全集 1 憲法 I』313 頁 (青林書院, 1994) (浦部法穂) 参照。
 - 23 佐藤幸治『憲法〈第3版〉』(青林書院, 1995) 467 頁。
 - 24 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〈第5版〉』(有斐閣, 2020) 163-64 頁参照。
 - 25 安西文雄「雇用の分野におけるアファーマティブ・アクション」戸波江二編『早稲田大学 21 世紀 COE 叢書 企業社会の変容と法創造 (第2巻)』(日本評論社, 2010) 165 頁。
 - 26 只野雅人・松田浩編『現代憲法学入門』(法律文化社, 2019) 206 頁 (岩垣真人)。
 - 27 卷前掲 (12) 13-14 頁参照。
 - 28 安西前掲 (5) 93-94 頁; 浅倉むつ子『均等法の新世界』(有斐閣, 1999) 111 頁; 辻村みよ子『憲法とジェンダー—男女共同参画と多文化共生への展望』(有斐閣, 2009) 156 頁。
 - 29 横田前掲 (4) 88 頁。
 - 30 横田耕一『アメリカの平等雇用—アファーマティブ・アクション』(部落解放研究所, 1991) 3 頁; 有澤知子「積極的平等施策と合衆国裁判所—ア

- ダランド判決と積極的平等施策の今後—」法学新報 103 卷 2・3 号 (1997) 209 頁, 212 頁 註 7; 金城清子『法女性学—その構築と課題— (第 2 版)』(日本評論社, 1997) 79 頁。当然だが、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、その結果は自己選択の結果を示しただけかもしれない、必ずしも構造的差別の結果とは言えない可能性がある (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)。構造的差別は被侵害者に直接的な形で向けられておらず、権利侵害そのものが認識しづらいが (吉田仁美『平等権のパラドクス』(ナカニシヤ出版, 2015) 162 頁)、巧妙に社会に組み込まれた差別を是正し、その発生を防ぐには、数的結果を考慮する (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)。
- 31 安西文雄「女性の社会参画—アファーマティブ・アクションを考える」月間司法書士 471 号 (2015) 14 頁, 18 頁。
- 32 孝忠延夫「インド憲法におけるアファーマティブ・アクション—マンダール報告書 (1980 年) とマンダール判決 (1992 年) (一) —」法学論集 45 卷 5 号 (1995) 100 頁, 101 頁。
- 33 樋口陽一『憲法 (第 3 版)』(創文社, 2007) 203 頁。
- 34 阪本昌成『憲法理論 II』(成文堂, 1993) 295 頁; 吉田前掲 (10) 94 頁参照。
- 35 大沢秀介「性差別とアファーマティブ・アクション」法学教室 198 号 (1997) 53 頁, 54 頁参照。
- 36 憲法 14 条は、国家に対して実質的平等の達成を要求する権利を含むものではないとされる (中村睦男『憲法 30 講』(青林書院, 1984) 57 頁)。
- 37 辻村みよ子『憲法 (第 6 版)』(日本評論社, 2018) 158 頁。
- 38 辻村前掲 (37) 159 頁。
- 39 佐藤前掲 (23) 467-68 頁。
- 40 棟居快行「平等保障の基礎的考察」樋口陽一・野中俊彦編『憲法学の展望—小林直樹先生古稀記念—』(有斐閣, 1991) 581 頁, 588 頁。
- 41 安西文雄「法の下での平等について (四・完)」国家学会雑誌 112 卷 3・4 号

- (1999) 69 頁, 96 頁。
- 42 粕谷友介・向井久了『憲法』(青林書院, 1995) 99-100 頁(吉川和宏)。
- 43 長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2) 一国民の権利及び義務(1)』(有斐閣, 2018) 167 頁(川岸令和)。
- 44 安西前掲(31) 18 頁。
- 45 そのため、許容されるとしても、アファーマティブ・アクションは社会経済的格差が是正されるまで暫定的な措置にとどまる(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; 大沢前掲(35) 60 頁参照)。
- 46 辻村みよ子「ポジティブ・アクションの手法と課題—諸国の法改革とクォータ制の合憲性—」法学 67 卷 5 号(2004) 176 頁, 201-02 頁。
- 47 安西前掲(14) 230 頁。
- 48 辻村編前掲(17) 91 頁(田代亜紀); 卷前掲(12) 3 頁。もっとも、日本では判例上立法裁量を重視する傾向が強く、立法裁量を理由にアファーマティブ・アクションの合憲性が認められる可能性が高いとされる(辻村前掲(37) 159 頁)。
- 49 アファーマティブ・アクションに適用する司法審査基準に関する議論については、拙著『Affirmative Action 正当化の法理論—アメリカ合衆国の判例と学説の検討を中心に—』(商事法務, 2015) 263 頁以下。
- 50 中村前掲(36) 56 頁。
- 51 佐藤幸治編『憲法』(成文堂, 1988) 128 頁(鎌田泰介)。
- 52 戸松秀典「平等原則」法学教室 18 号(1982) 6 頁, 8 頁。
- 53 安西前掲(5) 87 頁; 安西文雄「自由・平等および公正な人権保障体系」法学教室 228 号(1999) 84 頁, 87 頁。
- 54 アファーマティブ・アクションは差別の事由となりやすい区分を用いることから、実施期間が長期にわたると、差別の存続を認める危険がある(佐藤編前掲(51) 128 頁(鎌田泰介))。
- 55 阿部照哉・野中俊彦『平等の権利』(法律文化社, 1984) (阿部照哉) 75-76 頁。
- 56 横田耕一「就職差別の禁止と積極的雇用促進」部落解放研究所編『憲法と部落問題』(解放出版社, 1986) 158 頁, 162 頁。

- 57 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。
- 58 渋谷秀樹『憲法〈第 3 版〉』(有斐閣, 2017) 203 頁。
- 59 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。
- 60 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) 107 頁, 131-37 頁。
- 61 長谷部恭男『憲法〈第 6 版〉』(新世社, 2014) 173 頁。
- 62 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 (59) 195-96 頁; 松井前掲 (11) 376 頁; 渋谷前掲 (58) 204 頁。
- 63 高橋前掲 (60) 153 頁。
- 64 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。
- 65 辻村前掲 (37) 159 頁。
- 66 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。
- 67 君塚正臣「司法審査基準—二重の基準論の重要性」公法研究 71 号 (2009) 88 頁, 93 頁。
- 68 Jerome M. Culp, Jr., *Colorblind Remedies and the Intersectionality of Oppression: Policy Arguments Masquerading as Moral Claims*, 69 N.Y.U. L. Rev. 162, 163-64 (1994).
- 69 See Peter J. Rubin, *Reconnecting Doctrine and Purpose: A Comprehensive Approach to Strict Scrutiny After Adarand and Shaw*, 149 U. Pa. L. Rev. 1, 7 (2000).
- 70 勝田前掲 (19) 183 頁参照。
- 71 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論 (1)』〈増補版〉(有斐閣, 2000) 3 頁。
- 72 樋口・佐藤・中村・浦部前掲 (22) 312-13 頁 (浦部法穂)。

- 73 佐藤前掲(23) 467頁。
- 74 アファーマティブ・アクションは「自由国家的平等原理」からは否定されるべきだが、「社会国家的平等原理」からすれば要請されることになることと解されている(長尾一紘『日本国憲法』〈第3版〉(世界思想社, 1997) 151頁)。
- 75 戸松前掲(45) 186-87頁。
- 76 伊藤正己『憲法〈第3版〉』(弘文堂, 1995) 241頁。
- 77 高橋前掲(24) 163-64頁。
- 78 佐藤前掲(23) 467-68頁参照。
- 79 高橋前掲(24) 163頁。
- 80 田上穰治『憲法撮要』(有信堂, 1963) 96頁; 橋本公旦「現代における平等」『現代法2 現代法と国家』(岩波書店, 1965) 121頁。
- 81 伊藤前掲(76) 241頁。
- 82 戸波江二・松井茂記・安念潤司・長谷部恭男『憲法(2) 一人権』104頁(有斐閣, 1992)。
- 83 穴戸常寿編『憲法 演習ノート』(弘文堂, 2015) 109頁(大河内美紀)。
- 84 戸波・松井・安念・長谷部前掲(82) 104頁。
- 85 横田耕一「女性差別と憲法」ジュリスト819号(1984) 68頁, 70頁。
- 86 奥平前掲(6) 122頁。
- 87 野中俊彦「『合理性の基準』の再検討」Law School 28号(1981) 4頁, 13頁; 畑博行『憲法Ⅱ』(有信堂, 1998) 52頁。
- 88 内野正幸「憲法解釈の論点〈第3版〉」(日本評論社, 2000) 50頁。
- 89 野中俊彦・中村陸男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅰ〈第5版〉』(有斐閣, 2016) 283頁(野中俊彦)。
- 90 戸松秀典『平等原則と司法審査』(有斐閣, 1990) 346頁。
- 91 吉田前掲(30) 17頁。
- 92 横田前掲(85) 73頁。
- 93 松田聰子「男女平等とアファーマティブ・アクション」現代公法研究会編『現代憲法の理論と現実』(青林書院, 1993) 33頁, 74頁。
- 94 横田前掲(85) 72頁; 浦部法穂・大久保史郎・森英樹『現代憲法講義1 [講義編〈第3版〉]』(法律文化社, 2002) 127頁(森英樹)。

- 95 横田前掲 (30) 8-10 頁；辻村前掲 (46) 180 頁。
- 96 松田前掲 (93) 74 頁。
- 97 実質的平等とは、結果の平等ではなく機会の平等の実質的保障を意味する (樋口・佐藤・中村・浦部前掲 (22) 313 頁 (浦部法穂))。
- 98 横田前掲 (4) 91-92 頁；横田耕一『『集団』の『人権』』公法研究 61 号 (1999) 46 頁, 62 頁。
- 99 戸松前掲 (52) 10 頁；大須賀明「社会福祉と平等」公法研究 45 号 (1983) 74 頁, 75 頁；金城前掲 (30) 103 頁；浦部・大久保・森前掲 (94) 127 頁 (森英樹)。
- 100 芦部信喜 (高橋和之補訂)『憲法〈第 7 版〉』(岩波書店, 2019) 130 頁。
- 101 金城前掲 (30) 103 頁。もっとも、社会権に基づく社会的弱者に対する社会的資源の付与は権利・自由において平等な権利主体の維持を意図しており (浦部・大久保・森前掲 (94) 127-28 頁 (森英樹) 参照)、結果として、社会経済的に低い地位が原因で形式的に保障された機会の平等を利用できない社会的弱者に対して、機会の平等を実質的に保障することになる。
- 102 金城前掲 (30) 106 頁。
- 103 横田前掲 (85) 69 頁。
- 104 松田聰子「我が国におけるアファーマティブ・アクション (ポジティブ・アクション) 受容の経緯と課題—国会審議を通して—」帝塚山大学教養課程紀要 6 号 (1998) 29 頁, 42 頁。
- 105 高橋前掲 (24) 162-63 頁参照。
- 106 卷前掲 (12) 8 頁参照。
- 107 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, 400 頁参照。
- 108 大沢前掲 (35) 59 頁参照。
- 109 早川前掲 (9) 229-30 頁。
- 110 棟居快行『憲法講義案 I 〈第 2 版〉』(信山社, 1995) 27 頁；畑前掲 (87) 51-52 頁。
- 111 久保田きぬ子「アメリカにおける『差別』判決の動向 (1) —バッキー判決を契機に—」ジュリスト 674 号 (1978) 83 頁。
- 112 西村裕三「積極的人種差別是正行為に関する一考察—ウェーバー事件を素

- 材として一」大阪府立大学経済研究 25 卷 4 号 (1980) 1 頁, 3 頁参照。
- 114 愛敬浩二「リベラリズムとポジティブ・アクション」田村・金井編前掲 (9) 41 頁, 47 頁。
- 114 安部圭介「差別はなぜ禁じられなければならないのか」森戸英幸・水町勇一郎編『差別禁止法の新展開—ダイヴァーシティの実現を目指して』(日本評論社, 2008) 33 頁; 辻村みよ子『ジェンダーと法』(信山社, 2013) 39 頁。もっとも、合衆国の AA はマジョリティ (白人) が AA の負担を負い、マイノリティが社会的資源を獲得するという従来の枠組では理解できなくなっている。マジョリティが自身の社会的資源の獲得を最大化するために AA を使用し、結果としてマイノリティに不利益を課すことがある (XIII 2)。
- 115 浅倉むつ子「性差別への法的アプローチ—労働法の試み」ジュリスト 1222 号 (2002) 36 頁, 41 頁。
- 116 野中・中村・高橋・高見前掲 (89) 283 頁 (野中俊彦)。
- 117 伊藤前掲 (76) 250 頁。
- 118 芦部前掲 (71) 28 頁; 高橋前掲 (24) 163-64 頁; 芦部 (高橋補訂) 前掲 (100) 132-33 頁。
- 119 粕谷・向井前掲 (42) 99-100 頁 (吉川和宏)。
- 120 伊藤前掲 (76) 250 頁。
- 121 龜山守夫「逆差別と機会の平等」法学研究論集 1 号 (1994) 1 頁。
- 122 石山文彦「『逆差別論争』と平等の観念」森際康友・桂木隆夫編『人間的秩序—法における個と普遍』291 頁, 299 頁 (木鐸社, 1987)。
- 123 樋口・佐藤・中村・浦部前掲 (22) 314 頁 (浦部法穂); 棟居前掲 (110) 27 頁; 只野雅人『憲法の基本原則から考える』(日本評論社, 2006) 205 頁; 愛敬前掲 (113) 47 頁; 辻村編前掲 (17) 90-91 頁 (田代亜紀); 宍戸常寿・巻美矢紀・安西文雄『憲法学読本』(第 3 版) 116 頁 (有斐閣, 2018) (巻美矢紀)。もっとも、合衆国では AA によってマジョリティが社会的資源を獲得し、(社会経済的に成功を収めたグループと社会経済的に不利な状況にあるグループを含めて) マイノリティに社会的資源の獲得のハードルを高める場合があり、マジョリティ (負担者) とマイノリティ (受益者) という枠組では AA を理解できない (XIII 2, 3)。

- 124 奥平前掲 (6) 126 頁。
- 125 穴戸・巻・安西前掲 (123) 116 頁 (巻美矢紀)。
- 126 大屋雄裕「平等理論とポジティブ・アクション」田村・金井編前掲 (9) 64 頁。
- 127 安西前掲 (25) 167 頁。
- 128 横田前掲 (30) 10 頁。
- 129 辻村前掲 (46) 177 頁。
- 130 横田前掲 (4) 88 頁。
- 131 植野妙実子「アファーマティブ・アクションと平等原則」法学セミナー 546 号 (2000) 82 頁, 83 頁。
- 132 もっとも、逆差別を懸念して積極的差別是正措置の許容される範囲を極端に限る場合には、積極的差別是正措置の趣旨が損なわれることになりかねないので、注意を要すると主張されている (大藤紀子『『平等』／『差別禁止』原則について』獨協法学 77 号 (2008) 159 頁, 176 頁)。即効性の強い方法は多くの無用の逆差別を生む可能性があるが、慎重な手段ではいつまでも差別を解消できないおそれがあるとされる (君塚正臣「人種のアファーマティブ・アクションと審査基準—Adarand Constructors, Inc v. Pena, 115 S. Ct. 2097 (1995)—」東海大学文明研究所紀要 17 号 (1997) 27 頁, 35 頁)。
- 133 拙稿「アファーマティブ・アクションと時間的制約 (1)」桐蔭法学 27 卷 1 号 (2020) 1 頁。
- 134 長谷部前掲 (61) 173 頁参照。
- 135 合衆国に倣って、アファーマティブ・アクションには逆差別の危険はあるが、歪んだ社会構造を改善するための社会実験をすべきであるとの見解が示されている (早川前掲 (9) 230 頁)。だが、合衆国では人口構成の流動性に伴って、常に分断の危険が存在するため (X III 4)、逆差別の危険が存在しても (XI)、AA による社会実験をせざるを得ないとも考えられる。
- 136 辻村前掲 (46) 177 頁参照。
- 137 横田前掲 (85) 73 頁。
- 138 野中前掲 (87) 13 頁参照。
- 139 横田前掲 (4) 88 頁；植野前掲 (131) 83 頁参照。

- 140 横田前掲 (4) 90 頁；松田前掲 (104) 42 頁；長谷川聡「雇用におけるポジティブ・アクションと間接差別法理の相互関係」中央学院大学法学論叢 21 卷 2 号 (2008) 1 頁, 7 頁；辻村前掲 (28) 185 頁参照。
- 141 安西前掲 (53) 87 頁。
- 142 辻村前掲 (114) 39 頁。スティグマ (劣等性の烙印) という概念自体は、憲法上明確な意味を与えられているわけではなく、説得力に欠けており (阪本昌成「優先処遇と平等権—審査基準と実態的価値—」Law School 28 号 (1981) 27 頁, 32 頁)、この議論は、立法政策の可否を論ずる際には一定の意味があるかもしれないが、アファーマティブ・アクションが合憲か違憲かを決定づけるものではないとも指摘されている (木下他編前掲 (16) 298 頁 (愛敬浩二))。
- 143 青柳前掲 (107) 395-400 頁；安部前掲 (114) 42 頁。
- 144 只野・松田編前掲 (26) 206 頁 (岩垣真人)。
- 145 安西前掲 (41) 138 頁。
- 146 金城前掲 (30) 98 頁参照。
- 147 安西前掲 (41) 80-81 頁。
- 148 長谷部編前掲 (43) 166-67 頁 (川岸令和)。
- 149 辻村みよ子『憲法〈第6版〉』(日本評論社, 2018) 159 頁。
- 150 清水健太郎「アファーマティブ・アクションの展開—日本から見た米社会」東京大学大学院法学政治学研究科専修コース研究年報〈1993年度版〉166 頁, 169 頁。
- 151 山内久史「高等教育における人種的アファーマティヴ・アクション—ミシガン州立大学2事件判決 (2003年) を契機として—」帝京国際文化 18 号 (2005) 111 頁, 112 頁。
- 152 勝田前掲 (19) 183 頁。
- 153 伊藤正巳「アファーマティブ・アクション」日本学士院紀要 48 卷 2 号 (1994) 83 頁, 99-100 頁。
- 154 むしろ、いくつかの大学の医学部入試における女性に対する不利な取扱は、筆記試験での女性の点数が高いことが原因になっている。
- 155 浅倉むつ子「女性労働法制」法学セミナー 525 号 (1998) 56 頁, 58 頁参照。
- 156 浅倉前掲 (155) 58 頁参照。

- 157 複数の医学部での女性に対する入学試験での不利な取扱いの 1 つの原因は、女性が充足しづらい勤務条件が課されている分野で医師を確保するところにあった。
- 158 William B. Reynolds, *Individualism vs. Group Rights: The Legacy of Brown*, 93 Yale L.J. 995, 1000 (1984).
- 159 Alexander Bickel, *The Morality of Consent* 133, Yale University Press (1975).
- 160 Edwin Meese III, *Civil Rights, Economic Progress, and Common Sense*, 14 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 150, 156 (1991).
- 161 Thomas J. Sugrue, *Less Separate, Still Unequal: Diversity and Equality in "Post-Civil Rights,"* in *Our Compelling Interests: The Value Of Diversity For Democracy And A Prosperous Society* edited by Earl Lewis & Nancy Cantor, 39, 47 (2016).
- 162 Deborah Ramirez, *Multicultural Empowerment: It's Not Just Black and White Anymore*, 47 Stan. L. Rev. 957, 974 (1995).
- 163 See Randall Kennedy, *Persuasion and Distrust: A Comment on the Affirmative Action Debate*, 99 Harv. L. Rev. 1327, 1335-36 (1986); Christopher W. Schmidt, *Essay, Brown and the Colorblind Constitution*, 94 Cornell L. Rev. 203, 238 (2008).
- 164 Culp, *supra* note 68, at 163-64.
- 165 See Brad Snyder, *How the Conservatives Canonized Brown v. Board of Education*, 52 Rutgers L. Rev. 383, 446 (2000).
- 166 See Terry Eastland, *The Case Against Affirmative Action*, 34 Wm. & Mary L. Rev. 33 (1992).
- 167 *Parents Involved Community Schools v. Seattle School District*, 551 U.S. 701, 748 (Roberts C.J., jointed by Scalia, Thomas, Alito JJ., plurality) (2007).
- 168 Mario L. Barnes, Erwin Chemerinsky & Angela Onwuachi-Willig, *Judging Opportunity Lost: Assessing the Viability of Race-Based Affirmative Action After Fisher v. University of Texas*, 62 UCLA L. Rev. 272, 280-81 (2015).

- 169 Parents Involved, 551 U.S. at 748 (Thomas, J., concurring).
- 170 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 ; Clarence Thomas, *Affirmative Action Goals and Timetables: Too Tough? Not Tough Enough!*, 5 Yale L. & Poly Rev. 402, 410-11 (1987).
- 171 City of Richmond v. J.A.Croson, Co., 488 U.S. at 520-21 (Scalia, J., concurring).
- 172 Croson, 488 U.S. at 526.
- 173 See K.G. Jan Pillai, *Phantom of the Strict Scrutiny*, 31 New Eng. L. Rev. 397, 422 n. 136 (1997).
- 174 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).
- 175 Scott Grinsell, *"The Prejudice of Caste": The Misreading of Justice Harlan and The Ascendency of Anticlassification*, 15 Mich. J. Race & L. 317, 331 (2010).
- 176 See Charles Fried, *Affirmative Action After City of Richmond v. J.A. Croson Co.: A Response to the Scholars' Statement*, 99 Yale L.J. 155 (1989); Vinay Harpalani, *Diversity Within Racial Groups and the Constitutionality of Race-Conscious Admissions*, 15 U. Pa. J. Const. L. 463, 509 (2012).
- 177 Gerald Torres, *Fisher v. University of Texas: Living in the Dwindling Shadow of LBJ's America*, 65 Vand. L. Rev. En Banc 97, 110 (2012).
- 178 Eric K. Yamamoto, *Representing Race: Critical Race Praxis: Race Theory and Political Lawyering Practice in Post-Civil Rights America*, 95 Mich. L. Rev. 821, 861 n 191 (1997).
- 179 See Grutter v. Bollinger, 539 U. S. 306, 349 (Thomas J., jointed by Scalia J., dissenting) ; University of Texas at Austin (Fisher I), 133 S.Ct. 2311, ; Fisher I ,133 S.Ct. 2311, 2424 (Thomas J.,concurring) (2013).
- 180 Michael B. Rappaport, *Originalism And The Colorblind Constitution*, 89 Notre Dame L. Rev. 71, 74 (2013).

- 181 Alexandra Natapoff, *Trouble in Paradise: Equal Protection and the Dilemma of Interminority Group Conflict*, 47 Stan. L. Rev. 1059, 1080 (1995).
- 182 See Reva B. Siegel, *Equal Divided*, 127 Harv. L. Rev. 1, 42–43 (2013).
- 183 Thomas W. Merrill, *The Making of The Second Rehnquist Court: A Preliminary Analysis*, 47 St. Louis L.J. 569, 629–30 (2003).
- 184 Neal Devins, *Congress and The Making of The Second Rehnquist Court*, 47 St. Louis L.J. 773, 774 (2003).
- 185 Neal Devins, *Explaining Grutter v. Bollinger*, 152 U. Pa. L. Rev. 347, 351 n.18 (2003).
- 186 See Ivan E. Bodensteiner, *Although Risky After Ricci and Parents Involved, Benign Race-Conscious Action Is Often Necessary*, 22 Nat'l Black L.J. 1, 8 (2009); Corey A. Ciochetti & John Holcomb, *The Frontier of Affirmative Action: Employment Preferences & Diversity in the Private Workplace*, 12 U. Pa. J. Bus. L. 283, 342 (2010); 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, 1138 n.27 (2013); Joseph O. Oluwole & Preston C. Green III, *Harrowing Through Narrow Tailoring: Voluntary Race-Conscious Student Assignment Plans, Parents Involved and Fisher*, 14 Wyo. L. Rev. 705, 739 (2014); Liliana M. Garces, *Lessons From Social Science for Kennedy's Doctrinal Inquiry in Fisher v. University of Texas II*, 64 UCLA L. Rev. Disc. 18, 20–21 (2016).
- 187 *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267, 273–74 (Powell J., joined by Burger C.J. & Rehnquist, O'Connor JJ., plurality) (1986); *Croson*, 488 U.S. at 493–94 (O'Connor J., joined by Rehnquist C.J., White, Kennedy JJ., plurality); *Adarand v. Peña*, 515 U.S. 200, 226–27 (O'Connor J., joined by Rehnquist C.J., Scalia, Thomas & Kennedy JJ., majority).
- 188 See Lisa E. Chang, *Remedial Purpose and Affirmative Action: False Limits and Real Harms*, 16 Yale L. & Pol'y Rev. 59 (1997).
- 189 Robert F. Drinan, *Affirmative Action Under Attack*, in *Racial Preference and Racial Justice* edited by Russell Nieli, University Press of Amer 117, 124 (1991).

- 190 Eastland, *supra* note 166, at 45.
- 191 See Benjamin L. Hooks, *Affirmative Action: A Needed Remedy*, 21 Ga. L. Rev. 1043, 1043 (1987).
- 192 オコナ裁判官は Grutter 判決 (Grutter, 539 U.S. 306 (2003)) 以外では、AA に否定的な判断を下してきた。
- 193 Brown v. North Carolina, 479 U.S. 940, 941 (1986) (O'Connor, J., concurring).
- 194 Culp, *supra* note 68, at 168–69.
- 195 Parents Involved, 551 U.S. at 788 (Kennedy, J., concurring).
- 196 Kevin Brown, *Reflections on Justice Kennedy's Opinion in Parents Involved: Why Fifty Years of Experience shows Kennedy is Right*, 59 S.C. L. Rev. 735, 743 (2008).
- 197 Francisco M. Negron, Jr, *Diversity is Dead. Long Live Diversity The Racial Isolation Prong of Kennedy's PICS Concurrence in Fisher and Beyond*, 24 U. Miami Bus. L. Rev. 99, 102 (2016).
- 198 See Kimberle W. Crenshaw, *Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law*, 101 Harv. L. Rev. 1331, 1345 (1988) ; Culp, *supra* note 68, at 169.
- 199 See Neil Gotanda, *A Critique of "Our Constitution is Color-Blind,"* 44 Stan. L. Rev. 1, 16 (1991).
- 200 Culp, *supra* note 68.
- 201 Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke, 438 U.S. 265, 394 (1978) (Marshall, J., dissenting).
- 202 See Bakke, 438 U.S. at 357 (Brennan J., jointed by White, Marshall, and Blackmun, JJ., dissenting).
- 203 See Jonathan Feldman, *Review Essay: Race-Consciousness Versus Color-blindness in the Selection of Civil Rights Leaders: Reflections upon Jack Greenberg's Crusaders in Courts*, 84 Cal. Rev. 151, 154 (1996); Christopher J. Schmidt, *Caught in a Paradox: Problems with Grutter's Expectation that Race-Conscious Admissions Programs Will End in Twenty-Five Years*, 24 N. ILL. U. L. REV. 753, 779 (2004).

- 204 Schmidt, *supra* note 203, at 783.
- 205 人種区分別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 203, at 753)。
- 206 Schmidt, *supra* note 203, at 775–76 .
- 207 Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244, 302 (2003) (Ginsburg J., Jointed by Souter, Breyer JJ., dissenting).
- 208 John E. Morrison, *Colorblindness, Individuality, and Merit: An Analysis of the Rhetoric Against Affirmative Action*, 79 Iowa L. Rev. 313, 315 (1994).
- 209 See Bakke, 438 U.S. at 407 (Blackmun, J., dissenting); Bakke, 438 U.S. at 327 (Brennan J. jointed by White, Marshall, and Blackmun, JJ., dissenting).
- 210 Girardeau A. Spann, *Proposition 209*, 47 Duke L.J. 187, 261 (1997).
- 211 See Linda H. Krieger, *Civil Rights Perestroika: Intergroup Relations After Affirmative Action*, 86 Cal. L. Rev. 1253, 1277 (1998).
- 212 John Kekes, *The Injustice of Strong Affirmative Action in Affirmative Action and the University : A Philosophical Inquiry* edited by Steven M. Cahn, 144, 148, Temple University Press (1993).
- 213 See Richard H. Fallon, Jr, *Affirmative Action Based on Economic Disadvantage*, 43 UCLA L. Rev. 1913, 1939 (1996).
- 214 See Jack Greenberg, *Affirmative Action in Higher Education: Confronting the Condition and Theory*, 43 B.C. L. Rev. 521, 611 (2002).
- 215 Grutter, 539 U.S. at 344 (Ginsburg J., concurring).
- 216 See Joel K. Goldstein, *Justice O'Connor's Twenty-Five Year Expectation: The Legitimacy of Durational Limits in Grutter*, 67 Ohio St. L.J. 83, 116–17 (2006).
- 217 Kevin R. Johnson, *From Brown to Bakke to Grutter: Constitutionalizing and Defining Racial Equality: The Last Twenty Five Years of Affirmative Action?*, 21 Const. Commentary 171, 182 (2004).
- 218 See Croson, 488 U.S. at 493–94.
- 219 Ozan O. Varol , *Strict in Theory, But Accommodating in Fact?*, 75 Mo. L.

- Rev. 1243, 1252 (2010).
- 220 厳格審査は「理論上厳格であり、事実上致命的である」(Gerald Gunther, *The Supreme Court, 1971 Term: Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, 86 Harv. L. Rev. 1, 8 (1972)) という評価は、アメリカ憲法学の中で最も著名な一節だとされる (Rubin, *supra* note 69, at 4)。
- 221 この評価には、1950年代から60年代にかけて、合衆国最高裁が人種差別的な法や他の基本権を侵害する法を厳密に審査し、違憲判断を下していったことが背景にある (Rachel C. Grunberger, *Note, Johnson v. California: Setting a Constitutional Trap for Prison Officials*, 65 Md. L. Rev. 271, 276 (2006); 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, 441 (2011))。ウォーレンコートは、人種区分が推定的に違憲だというルールを導入し (Michael Klarman, *An Interpretative History of Modern Equal Protection*, 90 Mich. L. Rev. 213, 255 (1991))、平等保護の分野で厳格審査を適用して違憲判断を下すことで、厳格審査を「事実上致命的」にした (Adam Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, 59 Vand. L. Rev. 793, 805-08 (2006))。平等保護の文脈で、厳格審査は「事実上致命的」であり (Leland Ware, *Strict Scrutiny, Affirmative Action, and Academic Freedom: The University of Michigan Cases*, 78 Tul. L. Rev. 2098 (2004))、人種差別的な法を無効にするために用いられた (Gotanda, *supra* note 199, at 46)。
- 222 合理性の審査が適用された場合、専門知識の欠如などの理由から、裁判所には積極的に合憲性審査を行う資格がないという考えの下、合憲性審査の際に判断形成機関に広範な裁量が認められる (Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* 1455, Foundation Press (2nd ed. 1988); Winkler, *supra* note 221, at 799)。判断形成機関に対する敬讓によって問題とされた判断は正当だと推定されるため、この基準の下では異議申立者が勝利するのは難しく (Kathleen M. Sullivan, *The Jurisprudence of the Rehnquist Court*, 22 Nova L. Rev. 743, 752 (1998))、ほとんどが合憲だと

- 判断される (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, 3 (2010))。だが、合理性の審査の下で違憲判断が少なからず存在し (United States Department of Agriculture v. Moreno, 413 U.S. 528, 534 (1973); Cleburne v. Cleburne Living Center, 473 U.S. 432 (1985); Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (1996))、それらの事例では、文面上「合理性の審査」が適用されるが、厳密な審査が行われていると評されている (William D. Araiza, *The Section 5 Power and the Rational Basis Standard of Equal Protection*, 79 Tul. L. Rev. 519, 554 (2005))。だが、これは少数の事例である (Erwin Chemerinsky, *Law: Principles and Policies*, Aspen Publication 645–46 (2nd ed. 2002))。
- 223 Paul Kahn, *The Court, The Community, and the Judicial Balance: The Jurisprudence of Justice Powell*, 97 Yale L.J. 1, 6 (1987); Richard Fallon, *The Supreme Court, 1996 Term — Foreword: Implementing the Constitution*, 111 Harv. L. Rev. 54, 79 (1997).
- 224 David Kairys, *Unexplainable on Grounds Other than Race*, 45 Am. U.L. Rev. 729, 745 (1996); Jerry L. Mashaw, *Greed, Chaos, And Governance: Using Public Choice to Improve Public Law 55*, Yale University Press (1997).
- 225 Eugene Doherty, *Equal Protection Under the Fifth and Fourteenth Amendments: Patterns of Congruence, Divergence and Judicial Deference*, 16 Ohio N.U. L. Rev. 591, 595 (1989)。もっとも、合衆国最高裁を統制する厳格審査の理解では、敬讓の概念が組込まれ、厳格審査を適用によって結論は決まらない。
- 226 支持派にとって、AA は神聖不可侵であったと評されている (Scott D. Gerber, *Clarence Thomas, Fisher v. University of Texas, and The Future of Affirmative Action in Higher Education*, 50 U. Rich. L. Rev. 1169 (2016))。
- 227 AA の適法性の判断には裁判官の政治的イデオロギーが強く影響することが証明されており (Cass R. Sunstein, David Schkade, & Lisa Michelle Ellman, *Ideological Voting on Federal Courts of Appeals: A Preliminary*

- Investigation*, 90 Va. L. Rev. 301, 319 (2004))、肯定派や否定派自身の信念に従って判断を下す (William Rehnquist, *Constitutional Law and Public Opinion*, 20 Suffolk U. L. Rev. 751, 768 (1986))。しかし、すべての裁判官がそうではなく (Michael J Klarman, *Rethinking the Civil Rights and Civil Liberties Revolution*, 82 Va. L. Rev. 1, 6 (1996))、中間派は AA に否定的でありながらも、違憲判断による政治的悪影響 (Devins, *supra* note 185, at 351 n.18) や合衆国最高裁の権威の失墜を懸念し (Devins, *supra* note 184, at 775)、自らの選好を控えて事例ごとに判断を変える (See Merrill, *supra* note 183, at 636-37)。
- 228 Sullivan, *supra* note 222, at 754; Sheldon Goldman, *Judicial Confirmation Wars: Ideology and The Battle for The Federal Courts*, 39 U. Rich. L. Rev. 871, 874 (2005).
- 229 Kenneth L. Karst, *The Revival of Forward-Looking Affirmative Action*, 103 Colum. L.Rev 60, 62-63 (2003).
- 230 吉田前掲 (30) 44 頁。
- 231 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叢 32 卷 1 号 (2004) 1 頁, 21 頁。
- 232 Wygant, 476 U.S. at 302 (Marshall J jointed by Brennan & Blackmun JJ., dissenting).
- 233 Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976).
- 234 Pillai, *supra* note 173, at 412.
- 235 See Croson, 488 U.S. at 526 (Scalia J., concurring) .
- 236 William L. Taylor & Susan M. Liss, *Affirmative Action in the 1990s: Staying the Course*, 523 Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci. 30, 35 (1992).
- 237 John Galotto, Note, *Strict Scrutiny for Gender*, via Croson, 93 Colum. L. Rev. 508, 517 (1993).
- 238 Bakke, 438 U.S. at 357 (Brennan J., jointed by White, Marshall, and Blackmun, JJ., dissenting); Wygant, 476 U.S. at 302 (Marshall J jointed by Brennan & Blackmun JJ., dissenting).
- 239 Wygant, 476 U.S. at 302-03 (Marshall J., jointed by Brennan & Blackmun JJ., dissenting).

- 240 Sheet Metal Workers v. EEOC, 478 U.S. 421, 480 (1986) (Brennan J., jointed by Marshall, Blackmun, Powell JJ., plurality); United States v. Paradise, 480 U.S. 149, 166–67 (1987) (Brennan J., jointed by Marshall, Blackmun, Powell JJ., plurality).
- 241 Bernal v. Fainter, 467 U.S. 216, 220 n.6 (1984) (Marshall, J., majority).
- 242 Selena Dong, “*Too Many Asians*”: *The Challenge of Fighting Discrimination Against Asian-Americans and Preserving Affirmative Action*, 47 Stan. L. Rev. 1027, 1053 (1995).
- 243 Dong, *supra* note 242, at 1052.
- 244 Bakke, 438 U.S. at 356–62 (Brennan J., jointed by White, Marshall & Blackmun JJ., dissenting) ; Croson, 488 U.S. at 551–52 (Marshall, J., jointed by Brennan, Blackmun JJ., dissenting).
- 245 Fullilove v. Klutzunick, 448 U.S. 448, 491–92 (1980) (Burger J., jointed by White & Powell JJ., plurality).
- 246 Fullilove, 448 U.S. at 518–19 (Marshall, J., concurring).
- 247 See Michelle Adams, *Stifling the Potential of Grutter v. Bollinger; Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 88 B.U.L. Rev. 937, 946–47 (2008).
- 248 See Wygant, 476 U.S. at 273–74 (Powell J., jointed by Burger C.J & Rehnquist, O’Connor JJ., plurality).
- 249 Sheet Metal Workers, 478 U.S. at 485 (Powell, J., concurring); United States v. Paradise, 480 U.S. at 189 (Powell J., concurring).
- 250 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, 1384 (1996); Winkler, *supra* note 221, at 835.
- 251 Fullilove, 448 U.S. at 491–92 (Burger J., jointed by White & Powell JJ., plurality).
- 252 Adarand, 515 U.S. at 217 (O’Connor J., jointed by Rehnquist C.J, Scalia, Thomas & Kennedy JJ., majority).
- 253 Ashutosh Bhagwat, *Purpose Scrutiny in Constitutional Law*, 85 Cal. L. Rev. 297, 323–24 (1997).

- 254 Gail L. Heriot, *Strict Scrutiny, Public Opinion, and Affirmative Action on Campus: Should the Courts Find a Narrowly Tailored Solution to a Compelling Need in a Policy Most Americans Oppose?*, 40 Harv. J. on Legis. 217, 219 (2003).
- 255 Sullivan, *supra* note 222, at 754.
- 256 Rubin, *supra* note 69, at 4; Christina E. Wells, *Beyond Campaign Finance: The First Amendment Implications of Nixon v. Shrink Missouri Government PAC*, 66 Mo. L. Rev. 141, 160 (2001); Carol M. Swain, *The New White Nationalism in America* 269, Cambridge University Press (2002); Jack N. Rakove, *The Unfinished Election of 2000*, Basic Books 172.
- 257 Grutter, 539 U.S. 306 (2003) (O'Connor J., joined by Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer JJ., majority).
- 258 Eric K. Yamamoto, Carly Minner & Karen Winter, *Contextual Strict Scrutiny*, 49 How. L.J. 241, 248 (2006).
- 259 Varol, *supra* note 219, at 1250.
- 260 Paul Brest, *Some Comments on Grutter v. Bollinger*, 51 Drake L. Rev. 683, 690–91 (2003).
- 261 Varol, *supra* note 219, at 1280–81; Gerstmann & Shortell, *supra* note 222, at 43–44.
- 262 James Nial Robinson II, *Trying to Push a Square Peg Through a Round Hole: Why the Higher Education Style of Strict Scrutiny Review Does Not Fit When Courts Consider K-12 Admissions Programs*, 2004 BYU Educ. & L. J. 51, 64.
- 263 Calvin Massey, *The New Formalism: Requiem for Tiered Scrutiny?*, 6 U. Pa. J. Const. L. 945, 949 (2004).
- 264 *See* Adarand, 515 U.S. at 243 n.1 (Stevens J., dissenting); Grutter, 539 U.S. at 346 (Ginsburg J. joined by Souter J., concurring); Gratz, 539 U.S. 244 (Ginsburg J. joined by Souter & Breyer JJ., dissenting); Johnson v. California, 543 U.S. 499, 516 (2005) (Ginsburg J., dissenting).
- 265 Richard H Fallon Jr, *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. Rev. 1267, 1323 (2007).

266 Grutter, 539 U.S. at 379-80 (Rehnquist C.J., jointed by Scalia, Thomas & Kennedy JJ., dissenting).

267 539 U.S. at 388-94 (Rehnquist C.J., jointed by Scalia, Thomas & Kennedy JJ., dissenting).

268 *See* Merrill, *supra* note 183, at 601-32 .

(もぎ・ようへい 桐蔭横浜大学法学部准教授)