

論文

ロールモデルの理論とAffirmative Action (2・完)

Role Model Theory and Affirmative Action [Part II]

茂木 洋平

桐蔭横浜大学法学部

(2021年5月21日 受理)

VI. ロールモデルの理論と社会的差別

1. 社会的差別によるAAの正当化をめぐる議論

ロールモデルの理論は、マジョリティはマイノリティのロールモデルにはなれず、マイノリティだけがその役割を果たせると想定しており、人種分離を助長すると批判される(V2)。この批判には、ロールモデルの理論と差別の問題を関連付けることで、回答できる。

差別の救済によるAAの正当化について、AAの否定派から肯定派まで、すべての裁判官が同意する。合衆国最高裁でAAに最も批判的なスカリア裁判官も、直接に差別の弊害を被った犠牲者の救済には賛成する¹²⁰。問題は、差別の実施者や犠牲者を特定できないが、マイノリティに及ぼされる社会的差別の救済によってAAを正当化できるか否かである。

社会的差別の救済によりAAを正当化する見解は、社会的差別がマイノリティに不均衡をもたらしているとし¹²¹、肯定派の裁判官は、AAによる人種的不均衡の是正で、社会

的差別を救済する必要があると考えた¹²²。この見解は、社会的差別の影響をなくすために人種的不均衡の是正が必要であり¹²³、社会的差別の救済による正当化を認める¹²⁴。

合衆国最高裁は、社会的差別の救済による人種使用の正当化を否定し、差別の証明に確固たる証拠を要求し¹²⁵、差別の救済による人種使用の正当化に高いハードルを課す¹²⁶。

社会的差別の立証の際には、統計上の不均衡が存在すればよく、AAの実施者が差別を行っていたという証明は求められない¹²⁷。もっとも、否定派の裁判官も、差別の証明の際に、差別の実施者の特定まで求めておらず、顕著な不均衡があればよいとする¹²⁸。中間派や否定派の裁判官たちは、社会的差別を含まず、個別の差別の例の具体的な犠牲者の特定を要求する程に狭くない、救済目的の要求を支持する¹²⁹。

2. 社会的差別との関連

Wygant判決パウエル裁判官相対多数意見は、ロールモデルの理論によるAAの正当化には論理的終結点がないと批判した¹³⁰。同相対多数意見は、「社会的差別の影響を緩和する1つの試みだとして、(公立学校の制度

下にある)マイノリティの生徒へのマイノリティのロールモデルの提供」という利益によるAAの正当化を否定した¹³¹。合衆国最高裁は、社会的差別の救済によるAAの正当化が無期限になることを懸念した¹³²。

同相対多数意見は、ロールモデルの理論は、人種に基づく施策がマイノリティの生徒にロールモデルを与え、すべての生徒をマイノリティの教員に触れさせることで、一般的な社会的差別の是正を助けるという理由に基づき、人種に基づく施策を擁護したと捉えた¹³³。社会的差別の救済によりAAを正当化する見解は、個別具体的な差別行為の証明を要求せず、人種的不均衡の是正が差別の解消に向けて重要だと考える。ロールモデルの理論によりAAを正当化する見解は、マイノリティが過小代表の分野で、マイノリティに一定数のロールモデルを与え、マイノリティがそれに触れることで、グループ全体の不利な状況が改善されると考える(Ⅲ1, IV1)。両者の焦点はマイノリティが過小代表の分野での人種的不均衡の是正にあり、両者は関連する¹³⁴。

3. 社会的差別の救済による正当化の否定

社会的差別の救済は合衆国最高裁¹³⁵や下級審の判例¹³⁶でAAの正当化理由として不適切だと批判されており、それと結びつくロールモデルの理論によるAAの正当化は、合衆国最高裁にとって不適合だとされる¹³⁷。社会的差別の救済は曖昧だとすると同じように、判例はロールモデルの論理が不明瞭で法的に疑わしいとしてきた¹³⁸。

これに対し、例えば、教員の雇用判断のAAをロールモデルによって正当化する議論では、マイノリティの若者は、学校でマイノリティの教師の存在を目の当たりにすることで、マジョリティの文化とその機関が自分たちの生活や意義を評価していないわけではないと確信し、認識の政治を通じて、彼らが一定の役割を担うことができ、伝統的に彼らが到達できる範囲を超える一定の地位を占めることができると理解される¹³⁹。

この見解では、人種によって分断された社会(マイノリティが劣等視され、マジョリティがアイデンティティを構成する社会)では、周縁化されたグループ(マイノリティ)にとって、教員にマジョリティを見ることでは、自身が排除されず認識されていると感じる可能性が低いことを示しているが、Wygant判決での合衆国最高裁の見解は対局にあるとされる¹⁴⁰。Wygant判決では、人種分断の歴史は人々がいかに他者と相互に作用し、彼らの役割を実施するのかについていずれの重要性を有していないが、合衆国では人々が自身の生活との関連でロールモデルを如何にして見るのかという観点から、「人種が重要」であり、Wygant判決の見解は「全く不合理」と指摘される¹⁴¹。この考えは、合衆国の生活で「人種は不幸にも未だに重要である」¹⁴²とする見解に基づく¹⁴³。

Ⅶ. ロールモデルの理論と多様性との関連性

1. ロールモデルの理論と相当数

相当数とロールモデルの理論との関連が、Oliver判決¹⁴⁴で示された。Kalamazoo学区は人種分離解消の命令下にあり、マイノリティの教職員を積極的に採用したが、財政問題から100人以上の教師を解雇する必要があった¹⁴⁵。集団労働協約に従うと、教員をレイオフする場合、シニオリティの低い教員から順番に行う。だが、この手続きを用いると、黒人の教員は白人と比べてシニオリティの低い者が多いため、その割合を著しく減らす¹⁴⁶。当該判決は、それが当該地区による過去の憲法上の侵害を是正するプロセスを侵す限りで、違法だと示した¹⁴⁷。当該判決は、学区と教育委員会が地区の黒人の子どもに及ぼした憲法上の侵害が救済されるまで、学区はシニオリティに基づく手続だけでレイオフを判断できないとした。

当該判決は、憲法上の侵害が救済されるに

は相当数の黒人の教員の採用が必要で、それにより、マイノリティの生徒に将来への望みを抱かせ、人種の固定観念を壊すのに十分な数のロールモデルが黒人の子どもに提供されるとする¹⁴⁸。当該判決は、相当数を「黒人の生徒が十分なロールモデルを持つことを保証する人数」だと考えた¹⁴⁹。

合衆国のマイノリティの排除の歴史を考えると、わずかな数のロールモデルをマイノリティに与えるだけでは、排除と価値の切り下げがなくなったとマイノリティが納得する可能性は低く、マイノリティの目線で、マジョリティによるマイノリティへの価値の引き下げへの反証は、ロールモデルになり得る地位にマイノリティが相当数いることで強化される¹⁵⁰。ロールモデルが相当数いることで、マイノリティは異例でなく、通常存在となる¹⁵¹。ロールモデルの理論では、それにより、成功を希求するマイノリティの増加、マイノリティへの偏見(劣等視)の縮減が生じる¹⁵²。相当数のロールモデルの存在は社会的変化をもたらすとされる¹⁵³。相当数には正確な数値はなく、望まれる転換の性質で異なる¹⁵⁴。

2. 多様性と相当数

多様性に基づく AA の狙いは、AA によって人種の不均衡を是正し、マイノリティへの偏見の縮減するところにある。人種の不均衡やマイノリティへの偏見の要因は社会的差別にあり、多様性に基づく AA はその原因の是正を意図する。故に、多様性による AA の正当化は、実際には、社会的差別の救済と結びつくとされる¹⁵⁵。裁判所は多様性の主張が「漠然」としており¹⁵⁶、否定される可能性が高いとされた¹⁵⁷。

だが、学生構成の多様性から生じる利益によって AA が正当化されることが、ロー・スクールの入学者選抜の文脈で、合衆国最高裁により認められた。多様性の利益は相当数のマイノリティの学生の在籍によって生じるとされ、相当数とは厳密な「人数や代表の数、割合、範囲」ではなく、「意義のある人数」

や「意義のある代表」を意味するとされる¹⁵⁸。相当数のマイノリティの学生の在籍によって、マイノリティの学生は自身の人種の話者であるように感じず、マイノリティの学生に「マイノリティ特有の観点」がないことを非マイノリティの学生が学ぶことで、人種の固定観念が縮減される¹⁵⁹。当該判決では、相当数のマイノリティの学生が在籍することで生じる多様性の利益とは、固定観念の打破、人種相互の理解の促進だと説明される¹⁶⁰。人数が増えたと、マイノリティの見解が多様化する可能性が高くなり、固定観念を縮減するとされる¹⁶¹。

相当数は、本質的には、ある人種に属する者が孤立せず、その人種の代表者だと認識されないことを確実にするのに十分な人数であり¹⁶²、非マイノリティがマイノリティを意識するのに十分であり¹⁶³、固定観念を縮減するのに必要な人数だとされる¹⁶⁴。相当数のマイノリティの存在は、マイノリティが差別されていないと感じるようにするとされる¹⁶⁵。固定観念の縮減が生じたか否か等に焦点を当てながら、大学はマイノリティの学生が相当数に達したか否かを判断する¹⁶⁶。

Grutter 判決では、上位の学校のマイノリティの卒業生が社会で指導的な地位に就くことが想定されており¹⁶⁷、彼らが人種主義の影響を受けている社会経済状況を変えることが期待されている¹⁶⁸。相当数とは、人種の不均衡が存在する社会を転換させるのに必要な人数だとされる¹⁶⁹。マイノリティが小規模しかないときは周縁に置かれるが、相当数いるときは、マイノリティとマジョリティの関係は質的に変化するとされる¹⁷⁰。

当該判決は、数値的な人種の均衡の達成ではなく、相当数が多様性から生じる利益の達成に必要なだと示した¹⁷¹。合衆国最高裁は相当数のマイノリティを集める当該ロー・スクールの目的に焦点を当て、それは人種の均衡ではなく、多様性の教育的利益によって適切に確立したと結論づけた¹⁷²。合衆国最高裁ではクォータや人種の均衡が禁止されており¹⁷³、

当該判決でも問題とされた施策がクォータに陥らないことが強調された¹⁷⁴。AAの強力な支持者でも、人種的均衡の確保には反対し¹⁷⁵、支持派の裁判官でも、相当数がクォータに繋がるべきでないとする¹⁷⁶。

クォータや人種的均衡が憲法上禁止されるため、柔軟性を持たせるために相当数が必要となる¹⁷⁷。人口構成に基づいて利益を与えることはクォータであり¹⁷⁸、相当数は人数によって定義されないとされ¹⁷⁹、曖昧で弾力性があるため、好んで使用される¹⁸⁰。相当数とは、主観的な基準であり曖昧だと批判されるが¹⁸¹、クォータを禁止する合衆国最高裁の先例と抵触するため¹⁸²、相当数の概念の具体化はできない¹⁸³。

3. ロールモデルの理論と多様性との類似性

Wygant判決オコナ裁判官同意意見はロールモデルの理論によるAAの正当化を否定し¹⁸⁴、ロールモデルの理論と多様性が混同されるべきでない旨を示しており¹⁸⁵、両者を慎重に区別した¹⁸⁶。

同同意意見は教員組織の多様性がAAを正当化する可能性を示唆し¹⁸⁷、Grutter判決オコナ裁判官法定意見は高等教育機関の入学者選抜の文脈で多様性によるAAの正当化を認め、その際、出力（卒業生と社会のかかわり）を重視した（Ⅶ2）。ロールモデルの理論と多様性の理論にはともに社会的差別を救済する側面があり、その際に両者ともに相当数のマイノリティの存在を必要とする等の共通点があり¹⁸⁸、類似している¹⁸⁹。

実際に、ロールモデルの理論を高等教育機関の教員採用の文脈に当てはめて考える見解では、ロールモデルと多様性は非常に似ている。その見解によれば、大学教員に関するロールモデルの理論の下では、マイノリティの学生が相当数のマイノリティの教員を目撃したとき、その達成が高等教育で可能であると彼らに証明でき、権威のある地位に就いているマイノリティに会うことのない白人の学生にも、マイノリティへの固定観念を縮減でき

る¹⁹⁰。マイノリティの大学教員の存在は、有色人種の学生に当該機関で歓迎されていると感じさせ¹⁹¹、マイノリティは利益を受ける¹⁹²。ロールモデルの理論は、マイノリティがロールモデルから何か具体的な知識や技術をより良く学ぶことに主眼はなく、相当数のロールモデルの存在による社会変革を意図する。

これに対し、Grutter判決の文脈では、すべての人種に指導者としての道を開くことで、指導者の正統性の確保が意識されており¹⁹³、多様性は学生が目指すべきロールモデルを提供するものではないともされる¹⁹⁴。当該判決では、指導者の正統性を確保し、マイノリティが排除を感じず、統合された「隔たれることのない1つの国家という理想」の実現が重視された¹⁹⁵。他方、Wygant判決オコナ裁判官同意意見では、これらの点に言及されておらず、マイノリティ教員の確保が指導者の正統性や統合にそれほど重要性を持たないと考えたことが両判決での判断を分けた1つの原因であるとも考えられる。

Ⅷ. おわりに

本稿では、日本で本格的に紹介されていないロールモデルの理論によるAAの正当化の法的問題を考察した。ロールモデルの理論が必要とされる背景には、マイノリティが指導的地位に占める割合が少ないために、マイノリティが自身を劣等だと考えて成功に向けた努力をせず、マジョリティがマイノリティを劣等視する状況があった。ロールモデルの理論によれば、ロールモデルの提供によって、マイノリティは成功の可能性を知り、それを希求するようになる（Ⅳ1）。マイノリティの成功者が増えることで、マイノリティへの固定観念は縮減し（Ⅳ2）、社会的変化が生じる。AAの文脈では、ロールモデルの理論はマイノリティの包含のために使用されるが、市民と非市民の区別の文脈では、リベラル派の裁判官の考えとは逆に、排除の正当化に使

用されることもある(Ⅲ2)。

ロールモデルの理論による AA の正当化には多くの批判があり、これらに完全には答えられていない。真に救済の必要な者が直接の受益者になっていないことは AA への最たる批判であり、ロールモデルの理論は直接の受益者だけでなくマイノリティ全体に利益が及ぼされると回答するが、反対者を説得できない(V3)。ロールモデルの理論には論理的終結点がないという批判に対し、マイノリティへの偏見や固定観念が縮減し、マイノリティが成功を希求する社会的変化が生じたときに、AA は終了すると述べて、論理的に終結点があると回答できる。だが、人種構成の変化など合衆国は絶えず変化し、グループ間の不均衡が生じ続けるため、実際にはロールモデルは必要であり続ける(V4(1))。文脈により異なるが、判断形成機関には任務や性質に応じて裁量に幅があり、裁判所によって大きな裁量が認められ、その判断が敬讓される場合には、判断形成機関が相当数のロールモデルが提供されていないと主張する限り、ロールモデルの理論により AA を正当化でき、実質的に AA への時間的制約はなくなる(V4(2))。

ロールモデルの理論は人種的不均衡の是正に焦点を当てており、不均衡は社会的差別によって生じたと認識しており、社会的差別の救済と関連している。社会的差別の救済は AA に否定的な裁判官から中間派の裁判官に至るまで、AA を正当化する理由としてはあまりにも漠然としていると批判されており、ロールモデルの理論もこうした批判にさらされる(VI)。ロールモデルの理論は多様性の理論とも関連する。両者ともに指導的な地位における相当数のマイノリティの存在を必要とし、それにより生じる社会的変化(固定観念の縮減やマイノリティの成功の希求)を求めていることが共通している(VII 1, 2)。だが、それぞれの理論が問題とされた文脈は異なるが、合衆国最高裁ではロールモデルの理論による正当化は否定され、多様性の理論による

正当化は認められた。後者が AA の正当化理由として認められた判例では、多様性が国家統合に必要な旨が述べられていた(VII 3)。相当数のマイノリティの存在によって生じる社会的変化が、国家統合に必要なか否かの違いが判断の分かれ目であったのではないかと考えられる。

(Endnotes)

- 120) *City of Richmond v. J.A. Croson, Co.*, 488 U.S. 469, 526 (Scalia J., concurring) (1989).
- 121) Tung Yin, *Class-Based Affirmative Action*, 31 Loy. L.A. L. Rev. 213, 221 (1997).
- 122) *See Bakke*, 438 U.S. at 324-79 (Brennan, J.); 379-87 (White, J.), 387-402 (Marshall, J.); 402-08 (Blackmun, J.); *Croson*, 488 U.S. at 536-39 (Marshall J., jointed by Brennan, Blackmun JJ., dissenting).
- 123) Feldman, *supra* note 81, at 154.
- 124) Chin, *supra* note 101, at 907; Cordes, *supra* note 93, at 699.
- 125) *See Parents Involved*, at 752-55 (Thomas J., concurring).
- 126) *See Chang, supra* note 82, at 64; 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, 738-39 (2014). これに対し、合衆国最高裁が社会的差別の救済による AA の正当化を否定したことは、AA の正当化には、マイノリティ一般に対する差別の存在だけでは不十分であり、個々のマイノリティへの具体的な差別の存在がなければならぬとして、AA の範囲を狭めたのであり (*See Kelsey Inouye, Asian Americans: Identity and the Stance on Affirmative Action*, 23 Asian Am. L.J. 145, 154 (2016))、政府による人種差別の効

- 果的な是正を妨げると指摘される (Tanya K. Hernandez, “*Multiracial*” *Discourse: Racial Classifications in an Era of Color-Blind Jurisprudence*, 57 Md. L. Rev. 97, 145–46 (1998))。
- 127) Weber, 443 U.S. at 212.
- 128) Wygant, 476 U.S. at 277 (Powell J., jointed by Burger C.J, Rehnquist, O’Connor JJ., plurality); Wygant, 476 U.S. at 292 (O’Connor J., concurring); Croson, 488 U.S. at 509–10.
- 129) Chang, *supra* note 82, at 64. 合衆国最高裁が社会的差別の救済による AA の正当化を否定することで、差別の歴史が、特定の分野でのマイノリティの著しい不均衡の原因である可能性が否定されたことで、人種間の社会経済的格差が能力の差を反映していると主張する見解を焚き付けているとされる (Daniel P. Tokaji, *Asian Americans and Affirmative Action*, 1 Nexus J. Op. 47, 55 (1996))。
- 130) 476 U.S. at 275.
- 131) 476 U.S. at 274.
- 132) Cordes, *supra* note 93, at 747.
- 133) 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, 22–23 (2006).
- 134) 社会的差別の救済による AA の正当化を否定する見解も個別具体的な差別行為の特定を求めないが、個々の差別を特定できるほどに厳密な人種間の不均衡の存在の証明が要求される。
 ロールモデルの理論により AA を正当化する議論では、AA から利益を受けるには、自身が歴史上の社会的差別を受けてきた人種あるいはエスニックグループのメンバーであることを証明するだけでよい (Brest & Oshige, *supra* note 8, at 866)。
- 135) 『『社会的な差別』の犠牲者として認識されている、一定のグループを手助けする目的は……侵害を受けてきたと考えられる……施策の受益者にどのような害悪が及ぼされたのであっても、責任のない……者に不利な状況を課す区分を正当化しない。』 (Bakke, 438 U.S. 265, 310 (1978) (Powell, J.)); 「社会的差別は人種区分された救済を課すことを支持する理由としてはあまりにも漠然としており、それ以上ではない。」 (Wygant, 476 U.S. 267, 276); 「社会的差別だけが厳格な人種の優先を支持する理由として務めることができるとするリッチモンド市の主張を認めることは……平等を中核的な規定とする憲法規定の文言と精神に反する。」 (Croson, 488 U.S. 469, 505–06 (1989)).
- 136) 「社会的差別は……人種を意識する救済を支持する 1 つの理由として用いることはできない。」 (Podberesky v. Kirwan, 38 F.3d 147, 155 (4th Cir. 1994)); 「州は、過去の社会的差別の現存する影響を是正するやむにやまれぬ州の利益を持たない。」 (Hopwood v. Texas, 78 F.3d 932, 949 (5th Cir. 1996))。
- 137) Malamud, *supra* note 86, at 946.
- 138) Addis, *supra* note 5, at 1387.
- 139) Addis, *supra* note 5, at 1448.
- 140) Addis, *supra* note 5, at 1449.
- 141) Addis, *supra* note 5, at 1449–50.
- 142) Grutter, 539 U.S. at 335 (O’Connor J., jointed by Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer JJ., majority).
- 143) Ware, *supra* note 63, at 2212.
- 144) Oliver v. Kalamazoo Bd. of Educ., 498 F. Supp. 732 (W.D. Mich. 1980).
- 145) 498 F. Supp at 732.
- 146) 498 F. Supp at 742.
- 147) 498 F. Supp at 751.
- 148) 498 F. Supp at 747–48.
- 149) Addis, *supra* note 104, at 107–08.
- 150) Addis, *supra* note 5, at 1461.
- 151) Addis, *supra* note 104, at 121.
- 152) Christine Jolls & Cass Sunstein, *The*

- Law of Implicit Bias*, 94 Cal. L. Rev. 969, 981 (2006).
- 153) See Addis, *supra* note 104, at 111–12, 145.
- 154) Addis, *supra* note 104, at 146, 148.
- 155) See Peter H. Schuck, *Affirmative Action: Past, Present, and Future*, 20 Yale L. & Pol’y Rev. 1, 34 (2002); Goodwin Liu, *Brown, Bollinger, and Beyond*, 47 How. L.J. 705, 759–63 (2004); Cynthia L. Estlund, *Putting Grutter to Work: Diversity, Integration and Affirmative Action in Workplace*, 26 Berkeley J Emp & Lab L.J 1, 17 (2005).
- 156) John Friedl, *Making A Compelling Case For Diversity In College Admissions*, 61 U. Pitt. L. Rev. 1, 15 (1999).
- 157) See also Chin, *supra* note 101, at 883–84.
- 158) Grutter, 539 U.S. at 318 (O’Connor J., jointed by Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer JJ., majority).
- 159) Grutter, 539 U.S. at 320.
- 160) 539 U.S. at 330.
- 161) Addis, *supra* note 104, at 123. 相当数のマイノリティの存在から生じる固定観念の縮減を支持する経験上の証拠が示されている (Anthony L. Antonio *et al.*, *Effects of Racial Diversity on Complex Thinking in College Students*, 15 Psychol. Sci. 507, 508 (2004))。
- 162) Darrell D. Jackson, *Help! The Supreme Court Gave Me Bad Directions: Rethinking Brown And Affirmative Action In The Wake Of Schuette*, 2014 Mich. St. L. Rev. 647, 660.
- 163) Akhil R. Amar & Neal K. Katyal, *Symposium on Affirmative Action: Bakke’s Fate*, 43 UCLA L. Rev. 1745, 1777 (1996).
- 164) Estlund, *supra* note 155, at 18–19.
- 165) Addis, *supra* note 5, at 1463.
- 166) Inouye, *supra* note 126, at 155 n59.
- 167) Grutter, 539 U.S. at 329.
- 168) Addis, *supra* note 104, at 114–15.
- 169) Addis, *supra* note 104, at 115.
- 170) See Brest & Oshige, *supra* note 8, at 856 n4; Fallon, *supra* note 31, at 1930.
- 171) Grutter, 539 U.S. at 328.
- 172) 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, 758 (2004); Gerald Torres, *Fisher v. University of Texas: Living in the Dwindling Shadow of LBJ’s America*, 65 Vand. L. Rev. En Banc 97, 107–08 (2012).
- 173) Stephanie Jackson, *The Curious Case of Fisher II & The Vanishing Diversity Interest*, 7 Wake Forest J. L. & Pol’y 59, 72 (2016).
- 174) Grutter, 539 U.S. at 335–36.
- 175) Neal Devins, *Explaining Grutter v. Bollinger*, 152 U. Pa. L. Rev. 347, 380 n.158 (2003). 相当数とは人種的均衡を達成するための口実であるとも批判される (George La Noue & Kenneth L. Marcus, *Serious Consideration of Race-Neutral Alternatives in Higher Education*, 57 Cath. U.L. Rev. 991, 1018–19 (2008); 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); Joshua P. Thompson & Damien M. Schiff, *Diverse 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, 485–86 (2011); Kirsanow, *supra* note 116, at 64; Claxton, *supra* note 118, at 238)。
- 176) Vinay Harpalani, *Diversity Within Racial Groups and the Constitutionality of Race-Conscious Admissions*, 15 U. Pa. J.

- Const. L. 463, 475 n 38 (2012).
- 177) See Alger, *supra* note 99, at 89–90.
- 178) 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).
- 179) Harpalani, *supra* note 176, at 475; Oluwole & Green III, *supra* note 126, at 723.
- 180) Addis, *supra* note 104, at 99.
- 181) Staff Writer, *Non-Strict Strict Scrutiny: The Fifth Circuit and The Grutter Standard in Fisher v. University of Texas at Austin*, 32 B.C. J.L. & Soc. Just. 35, 43 (2012).
- 182) 実際には、相当数とクォータの区別は難しいとする見解が多数示されている (Michael E. Rosman, *Thoughts on Bakke and Its Effect on Race-Conscious Decision-Making*, 2002 U. Chi. Legal F. 45, 67 (2002); Lino A. Graglia, *Grutter and Gratz: Race Preference to Increase Racial Representation Held "Patently Unconstitutional" Unless Done Subtly Enough in the Name of Pursuing "Diversity"*, 78 Tul. L. Rev. 2037, 2048 (2004); Brian N. Lizotte, *Note, The Diversity Rationale: Unprovable, Uncompelling*, 11 Mich. J. Race & L. 625, 650 (2006); Lapidus, *supra* note 111, at 208–09; Thompson & Schiff, *supra* note 175, at 453 n 90; Gail Heriot, *Fisher v. University of Texas: The Court (Belatedly) Attempts to Invoke Reason and Principle*, 2012–13 Cato Sup. Ct. Rev. 63, 85 (2013))。他方で、相当数は、教育機関の要求によって固定化されず、過小代表のマイノリティの学生の一定の割合の達成を目指すものではないため、クォータではないとする見解も示されている (James P. Sterba, *Affirmative Action for the Future*, 71, Cornell University Press (2009))。
- Grutter 判決でミシガン大学によって主張された相当数がクォータであるか否かについて、クォータを構成したとする見解 (Goldstein, *supra* note 89, at 87–88) とそうではないとする見解 (Oluwole & Green III, *supra* note 126, at 723) に評価が分かれている。
- 183) Jennifer M. McAward, *Good Faith And Narrow Tailoring In Fisher v. University Of Texas*, 59 Loy. L. Rev. 77, 86 (2013).
- 184) 476 U.S. 267, 279–84 (O'Connor, J., concurring).
- 185) Wygant, 476 U.S. at 288 n. (O'Connor, J., concurring).
- 186) Marty B. Lorenzo, *Race-Conscious Diversity Admissions Programs: Furthering a Compelling Interest*, 2 Mich. J. Race & L. 361, 390 (1997).
- 187) Wygant, 476 U.S. at 286.
- 188) Wygant 判決マーシャル裁判官反対意見は、人種は多様性を通じて達成される教育上の目的の追究に役割を果たしうると示した (476 U.S. at 306–07 (Marshall, J., jointed by Brennan & Blackmun JJ., dissenting))。スティーブンス裁判官反対意見は、「公教育の文脈で、教育委員会が、人種統合された教員組織がすべて白人あるいはほぼ白人によって構成された教員組織では与えることの出来ない利益を学生組織に与えることが出来ない利益を学生組織に与えることが出来る、と合理的に結論づけられるのは完全に明らかである」と述べて、教員組織の多様性によって AA が正当化されうることを認めた (476 U.S. at 315 (Stevens, J., dissenting))。4人の裁判官の評決は、教育的な多様性がやむにやまれぬ州の利益でありうるというオコナ裁判官の含意と共に、教員の多様性の促進を意図する学区の採用策における AA が修正第 14 条の厳格審査の分析のやむにやまれぬ州の利益の部分を充足するということについて、

Wygant 判決では5人裁判官によって多数が形成されていた。オコナ裁判官以外の4人の裁判官は「ロールモデルの理論」に言及しておらず、このことから多様性とロールモデルの理論を区別していた旨が指摘されている (Patrick Linehan, *Guarding the Dumping Ground: Equal Protection, Title VII and Justifying the Use of Race in the Hiring of Special Educator In order to get beyond racism, we must first take account of race. There is no other way*, 2001 BYU Educ. & L.J. 179, 197-98)。

- 189) See Earl M. Maltz, *Ignoring The Real World: Justice O'Connor and Affirmative Action in Education*, 57 Cath. U.L. Rev. 1045, 1053 (2008).
- 190) See Brest & Oshige, *supra* note 8, at 862-65; Dubin, *supra* note 10, at 466.
- 191) Brest & Oshige, *supra* note 8, at 856 n.4.
- 192) Suzanne E. Eckes, *Diversity in Higher Education: The Consideration of Race in Hiring University Faculty*, 2005 BYU Educ. & L. J. 33, 44-45.
- 193) 539 U.S. at 332-33.
- 194) Eric A. Tilles, *Lessons from Bakke: The Effect of Grutter on Affirmative Action in Employment*, 6 U. Pa. J. Lab. & Emp. L. 451 (2004).
- 195) Grutter, 539 U.S. at 331.