

【論説】

平等領域における司法審査基準とスティグマの理論 (2・完)

茂木 洋平

目次

- I はじめに
- 1 問題の所在
- 2 構成
- II 司法審査基準
- 1 司法審査基準の導入の主張
- 2 下級審判例の動向
 - (1) 東京高決平成3年3月29日
 - (2) 東京高決平成5年6月23日
 - (3) 東京高判平成6年11月30日
- 3 最大決平成7年7月5日
 - (1) 法定意見
 - (2) 反対意見
 - (3) 追加反対意見
 - (4) 目的手段図式
- 4 最大判平成20年6月4日
 - (1) 厳密に審査する姿勢
 - (2) 学説と最大判平成20年6月4日の思考形式
 - (3) 「合理性の審査」の厳格な運用
 - (4) 立法裁量と慎重な検討
- 5 最大決平成25年9月4日
- III 婚外子法定相続分別異取扱と社会的差別の助長
- 1 「非嫡出子」という用語の否定的印象
- 2 婚外子法定相続分別異取扱の象徴性
- 3 婚外子法定相続分別異取扱の撤廃の意義
- 4 個人および社会の意識変革の必要性
- IV スティグマと平等理論
- 1 平等保障の趣旨
- 2 メッセージ性の害悪
- 3 二級市民への貶め
- 4 スティグマの危険と審査基準の厳格度
- 5 判例におけるスティグマの認識
 - (1) 最大決平成7年7月5日
 - (2) 最大決平成25年9月4日
- 6 婚姻家族の感情〔以上、28巻1号〕
- V 権利利益・法的地位の性質〔以下、本号〕
- 1 国籍の重要性
- 2 国籍取得権
- 3 最大判平成20年6月4日の審査の厳格度
- 4 相続権の性質
- VI 生まれによる差別
- 1 不変性と不道德
- 2 不変性と社会的差別の救済
- 3 不変性と疑わしい区分
- VII 人種差別の歴史と現状
- 1 不利な社会的状況と差別
- 2 政治プロセス
- 3 選挙権行使
- 4 学校の事実上の人種分離
- 5 嫌悪感情の法制度化
- 6 日系や中国系の排除
- 7 評価者への偏見の浸透
- 8 マイノリティの劣等視
- 9 人種主義の影響
- 10 反差別運動のための「結社の自由」への妨害
- VIII 「疑わしい」区分
- 1 マイノリティへの抑圧の歴史
- 2 Affirmative Actionと「疑わしい」区分
 - (1) 司法審査基準をめぐる争い
 - (2) 否定派の見解
 - (3) 支持派の見解
- IX 従属的地位・二級市民
- 1 人種の従属の禁止
- 2 基本権行使の否定と妨害
- 3 人種分離制度
- 4 社会経済的格差
- 5 自己定義
- X 合衆国における人種差別とスティグマ
- 1 スティグマと分断の危険
 - (1) 分断と暴力の危険
 - (2) 中間派と否定派の見解
 - (3) 支持派の見解
- 2 Brown判決
- 3 スティグマを認めた上でのAffirmative Actionの是認
- 4 スティグマ(劣等視)がもたらすもの
- XI おわりに

V 権利利益・法的地位の性質

1 国籍の重要性

個人の権利も義務もいずれかの国家の法的保障のもとに実現されるところが極めて大きいことから、国籍の得喪は基本的人権保障の前提となる重要問題であり、立法府に裁量が認められるとしても、日本国籍の取得を期待できる者に対して不必要に日本国籍の取得を妨げてはならないと主張されてきた²⁶⁰。最大決平成 20 年 6 月 4 日は「日本国籍の取得」は「基本的人権の保障等を受ける上で重大な意味を持つ」と判示する。日本国籍を持たないことに伴う各種の不利益（最悪の場合は国外退去強制）を逃れるという法的効果は重要であり²⁶¹、国籍は人権に関わる重要な問題である²⁶²。

国籍の有無は国際法上及び国内法上の一定の効果を生じ、権利利益に大きな差が出てくることがあり得る²⁶³。子どもが日本に住所を有する場合には、教育を受ける権利や社会権の保障の関係から、国籍は重要な意味を持つ²⁶⁴。また、公的給付を受ける地位や公的資格の付与は勿論、マククリーン判決（最大判昭和 54 年 10 月 4 日民集 32 卷 7 号 1223 頁）を見ると、表現の自由のような典型的な自由権についてさえも、日本国籍を有することはそれを国内で実質的に享受し続けるための本質的条件となる²⁶⁵。国籍の取得は、人生設計全体に関わる基礎的な条件であり²⁶⁶、日本国憲法が保障する基本的人権を十分に享有するために必須の憲法上きわめて「重要な法的地位」である²⁶⁷。

2 国籍取得権

国籍は憲法上の権利を保障される前提条件となり、非常に重要な地位であり、学説では国籍取得権が主張されてきた²⁶⁸。憲法は国民主権をとっており、建前上憲法を制定したのは国民であるため、論理的には、憲法制定時点に国民は既に存在し、前憲法的あるいは超憲法的な存在として、国民の存在が想定されている。憲法が想定する「国民」は、国籍を持つ憲法上の権利を有しているとされる²⁶⁹。だが、日本国憲法の第 10 条の規定（「日本国民たる要件は、法律でこれを定める」）から日本国籍を得たい人はそれを得る憲法上の権利があるとは読み取れず、とくに、在日外国人の日本への帰化は、日本政府の

判断によって認められているにとどまり、憲法上はおろか法律上も、個人の権利として認められていない²⁷⁰。同判決は、日本国籍を得る憲法上の権利を正面から認めていない²⁷¹。同判決で、弁護士は国籍取得を非常に重要な権利だと考えた²⁷²。だが、国籍取得権につき裁判所がその議論を採用する見込みはないとの弁護士は予測し、国籍取得権は主張されなかった²⁷³。

3 最大判平成20年6月4日の審査の厳格度

最大判平成20年6月4日は、国籍立法に関して立法府の裁量を認めて²⁷⁴、合理的関連性のテストを採用しながらも²⁷⁵、日本国籍が「重要な法的地位」であることと、婚外子が本人の意思によって変えられない地位であることを理由に²⁷⁶、合理性の有無の判断について慎重な検討を行うと示した²⁷⁷。同判決は、国籍立法に関して国会の裁量を無限定には認めなかった²⁷⁸。同判決は区別の対象となる「権利・利益・義務の性格」と「区別事由」を考慮して、合理性の審査における「慎重さの程度」を見定めてゆくという平等関係の司法審査のあり方が示された²⁷⁹。同判決は、2つの要件の考慮から、「慎重に検討することが必要」だと判示しており、合理的関連性のテストの審査密度を高めており²⁸⁰、違憲審査の厳格度設定への新たな言及だと評された²⁸¹。

同判決は、区別事由だけを理由として合憲性審査の厳格度を高めず、区別事由の性質(婚外子が自らの意思で変えることができないこと)と、国籍の重要性を総合的に考慮して、合憲性審査のあり方を決定している²⁸²。同判決は、区別事由の性質と国籍が「重要な法的地位」であることが重なることで、合憲性審査の厳格度を高めた²⁸³。

有力説は、権利利益の重大性と区別事由の性質によって合憲性審査の厳格度を変更すると示しており²⁸⁴、最大決平成20年6月4日が区別事由の性質(婚外子が本人の意思では変えられないこと)と日本国籍の重要性の考慮によって審査の厳格度を高めたことは、前者は「疑わしい差別」、後者は「基本的権利」の背後にある論理に耳を傾けたものだとして評価されている²⁸⁵。もっとも、学説は、権利利益の重大性または区別事由のいずれかをクリアすれば審査密度が高まると説いているに対し、本件は双方共にクリアする旨を説いている点に違いが見られ、最大判平成20年6月4日は権利利益の重要性に重きを置いていると指摘される²⁸⁶。

国籍法 3 条 1 項は、子どもにはいかんともしがたい父母の婚姻要件によって、日本人父の婚外子の国籍を差別しており、深刻な婚外子差別の例であるとの指摘がある²⁸⁷。だが、婚外子法定相続分などの端的な婚外子別異取扱であれば、婚外子への差別が争点の中心になるが、国籍法 3 条 1 項は婚外子の中でのさらなる細分化を含む複雑なものであり、婚外子への差別助長の効果は薄いとされる²⁸⁸。最大判平成 20 年 6 月 4 日は問題とされた区別指標(婚外子)を疑わしいものとして警戒する感覚はなく²⁸⁹、問題とされた利益(国籍の得喪)を問題にしている²⁹⁰。

4 相続権の性質

最大決平成 7 年 7 月 5 日は相続・婚姻制度の構築についての立法裁量を最大限に尊重し、婚外子法定相続別異取扱は法制度選択の論理的帰結であり、本件規定の補充性から、権利侵害は存在しないものと考え²⁹¹、合理性判断の厳格度を弱めた²⁹²。これに対し、民法には、相続人の相続権を、被相続人の恣意的な措置ないし処分、不公平な遺産分割から保護する仕組みが備えられており、相続財産に権利性が認められていると主張される²⁹³。この主張によれば、婚外子法定相続別異取扱は、相続権という財産的権利の侵害としてその憲法適合性が審査されなければならない²⁹⁴。そして、財産権は憲法で保障されており(憲法 29 条 1 項)、これを制限するには正当な理由が必要だとされる(憲法 29 条 2 項)²⁹⁵。

婚外子法定相続別異取扱による相続権侵害が認められるとしても、同決定は、婚外子が被る不利益が小さい(婚内子と比べて法定相続分が二分の一であることを考慮して、審査の厳格度を引き上げなかったとの理解が示されている²⁹⁶。これに対し、違憲説は、婚外子であることに本人の責任がないことを理由に、法定相続別異取扱が重大な不利益を及ぼしており²⁹⁷、また、ある違憲説は、相続には扶養的機能があり、扶養について親族法が婚内子と婚外子に差異を設けていないことに着目し、扶養の論理を無視して法定相続分に差を設けることは、生存に関わる問題であり、子どもの人権を抑圧するとして、相続権侵害の重大さを説く²⁹⁸。

相続制度は、基本的には財産関係の規律だと理解されており²⁹⁹、財産権侵害に関わる事例には立法府の判断を敬讓して合理性の基準が適用される³⁰⁰。

このため、違憲説は、婚外子法定相続分別異取扱は相続分という経済的利益にとどまらず、婚外子に耐えがたい精神的苦痛を与えており³⁰¹、婚外子への社会的偏見を助長してきたことから、その憲法適合性は厳格度の高い基準で審査すべきだと主張する³⁰²。通常、訴訟では表現の自由や信教の自由の侵害といった実体的権利侵害が主張され、平等違反の主張は付随的・副次的で二義的であり、違憲の主張としては弱い、ある国家行為が実体権の侵害という視点よりも、特定のグループに不利益を課しており平等違反だと主張される場合には平等違反が前面に出てくる場合がある。婚外子法定相続分別異取扱はその例であり、実体権としては相続・財産権の制限だが、婚外子への差別の助長が問題とされる³⁰³。婚外子法定相続分別異取扱を相続権・財産権侵害と捉えると、立法府の裁量を敬讓して緩やかな審査が行われるが、婚外子への差別の助長の問題として捉えると、審査の厳格度を高めることができる³⁰⁴。違憲説は、憲法適合性判断の際に適用される審査基準の厳格度を高めるために、法定相続分別異取扱を財産権侵害を超えた害悪を婚外子にもたらしすと主張する³⁰⁵。

違憲論は「個人の尊厳」を根拠とし、婚外子は出生について何の責任も負わないことを強調するが、相続制度自体が被相続人の財産の多寡という、必ずしも相続人の努力や責任によらない事由でその経済的利益を左右する面がある³⁰⁶。相続制度そのものが、どの家庭に生まれるかという本人の意思によっては動かし難い属性によって、不平等をもたらす制度である³⁰⁷。相続というものは「親の因果が子に報い」る要素を多分に有する制度であり「人は自己の非行のみによって罰又は不利益を受けるという近代法の原則」がそのまま妥当する領域であるのか、疑問視される³⁰⁸。

婚外子法定相続分別異取扱で問題となるのは、財産的利益に過ぎず³⁰⁹、しかもそれは不労所得だと理解すると³¹⁰、婚外子と同等の法定相続分を得られない地位が最大判平成20年6月4日で問題とされた日本国憲法上の権利の享有に必須である日本国民たる地位と同程度に重要だとは言い難く³¹¹、最大決平成25年9月4日でもそのように判断が下された³¹²。

VI 生まれによる差別

1 不変性と不道徳

人種は肌の色であり、不変的で身体的に判断され³¹³、個人の統制を超えた要素だとされる³¹⁴。合衆国では不変の特性による個人の評価は望ましくなく³¹⁵、それにより社会的資源の獲得を妨げるのは道徳的に不当だと考えられている³¹⁶。人種はその者の資格とは無関係な不変の特徴であるため³¹⁷、人種区分によって社会的資源の獲得に不利益を及ぼすことは、法的負担は個人の責任に基づいて課されるべきとする合衆国の法制度の基本的概念と抵触すると認識されている³¹⁸。

2 不変性と社会的差別の救済

本人の責任に帰さない理由から不利益を受けるべきではないという議論は、社会的差別の救済により AA を正当化できるか否かという議論に現れている。社会的差別とは、AA の実施機関自身が行っていない差別を意味する³¹⁹。従来、AA は差別の救済により正当化されてきた。社会的差別の立証には AA の実施者や負担者が差別の直接の行為者であることを要求せず、その立証が容易であるため³²⁰、AA の肯定派は社会的差別の救済を理由に AA を正当化してきた。だが、合衆国最高裁では、(ときに合憲判断を下すが基本的には AA に否定的な) 中間派と (常に AA に違憲判断を下す) 否定派の裁判官が多数を形成し、社会的差別の救済による AA の正当化は、差別に直接的に責任のない者に対して社会的資源を喪失させたり、その獲得のハードルを高めるため、是認されないと示し³²¹、一連の判決を通じて社会的差別の救済による AA の正当化を否定してきた³²²。

社会的差別の救済を理由とした AA は、差別行為を直接行っていない者(差別に直接的に責任のない者)に社会的資源を喪失させたり、その獲得のハードルを高めるため、合衆国の法制度の基本概念に反するとされる³²³。社会的差別の救済を理由に AA を正当化することは、差別行為に直接責任のない者を犠牲にするため³²⁴、不適切だと主張された³²⁵。合衆国最高裁では、中間派と否定派の裁判官は救済の対象となる差別として、特定された差別のみ

を認めた³²⁶。特定された差別の証明には、確固たる証拠が要求された³²⁷。中間派や否定派の裁判官は、顕著な不均衡があれば確固たる証拠があると示しており³²⁸、特定された差別の要求は具体的な差別の実際の犠牲者を特定するほど狭くない³²⁹。だが、実際には顕著な不均衡の証明は難しい³³⁰。中間派と否定派の裁判官が救済の対象となる差別を特定された差別に限定し、顕著な不均衡の証明を求める背景には、AA（人種区分）の負担を被る者と差別との関係を相当程度明らかにして、責任のない者がAAによって不利益を受けるのを防ごうとする考えがある。

他方、AAの肯定派はマジョリティ（白人）が（無意識のものを含めて）人種差別から利益を得てきたと考える³³¹。差別的慣行は構造的につくられ、共同体に広く浸透しており、被差別グループ全体になされている³³²。故に、被差別グループの全員が差別的慣行から逃れられず、社会的資源獲得のハードルが高められる。それと比例して、マジョリティは自らが差別に加わらなくとも、社会的資源獲得の場面で優位に立つ。このように考えると、マジョリティがAA（人種区分）に伴う負担を被ることは、必ずしも、責任のないことを理由に不利益を受けるわけではない。

3 不変性と疑わしい区分

不変的であるが故に、人種に基づく判断からは免れることができず、不利益を受けた者は特に不満を募らせる³³³。それ故、不変性は人種を疑わしい区分にすると主張され³³⁴、合衆国最高裁は、人種区分が疑わしいということを平等保護原理の中核に置いてきた³³⁵。

だが、生来の特性を社会的資源の配分の際に考慮することは、必ずしも不当ではない³³⁶。例えば、大学の入学者選抜の際に、志願者がその大学の同窓生の子であることが考慮されることがあり、本人の努力では同窓生の子にはなれない。だが、これは疑わしい分類だとは考えられていない。不変性だけでは人種が疑わしい区分であることを十分には説明できず³³⁷、それは疑わしい区分の「必要条件でも十分条件でもない」とされる³³⁸。

Ⅶ 人種差別の歴史と現状

1 不利な社会的状況と差別

合衆国では、マイノリティが社会経済的に低い地位に置かれ、従属的地位にあることが問題視されている³³⁹。マイノリティは都市部に集住し、質の悪い住居、医療サービスの質が悪く健康問題を抱えていること、失業率の高さなど、古くから様々な面で劣悪な居住環境にあることが指摘されてきた³⁴⁰。

マイノリティの多くが劣悪な居住環境にあることから、犯罪の犠牲者に占める割合が非常に高いことも指摘される³⁴¹。それとともに、犯罪捜査の際に、マイノリティは犯人として疑われ³⁴²、人種的プロファイリングが問題とされている³⁴³。(犯罪に関する客観的データに基づいているのだろうが)マイノリティは犯罪を行う可能性が高いという考えに基づいて、公的機関が行動している。

日常生活でも、人種的偏見を理由として、アパートのレンタルが拒否され³⁴⁴、タクシーへの乗車拒否などが私的な人種差別が生じていた³⁴⁵。マイノリティは、日々の生活の多くの側面で差別を受けている旨が指摘されてきた³⁴⁶。公の判断がこのような私的な人種差別を許していると、マイノリティの地位の切り下げに繋がると主張される³⁴⁷。

2 政治プロセス

合衆国では、マイノリティが勝利できないように、政治プロセスが変更されることがある³⁴⁸。例えば、下位の判断形成機関(自治体の議会など)ではマイノリティが多数を占めることがあり³⁴⁹、そこで人種統合策が採択されそうになった場合、政策の決定権限をより上位の判断機関(州)に移すこと等である。より上位の判断形成機関ではマイノリティによる多数派の形成は難しくなり、人種統合策は採択されづらくなる³⁵⁰。Hunter 判決³⁵¹と Seattle School District No. 1 判決³⁵²で派生した、政治プロセスの理論は、他の法に課されるそれよりも政治プロセスによりもさらなる政治的な負担に人種的マイノリティを利する法を従わせることを禁止した³⁵³。

3 選挙権行使

合衆国には、マイノリティの選挙権行使を妨害する法制度も存在した。例えば、選挙での投票資格として読み書きテストの通過を課す法制度が存在し、劣悪な教育環境にあるマイノリティには同テストを通過するための平等な機会が与えられていないとして、合衆国最高裁は違憲判断を下した³⁵⁴。マイノリティの選挙権行使が形式的に認められたとしても、それは公的な人種差別行為を終わらせなかったとされる³⁵⁵。

4 学校の事実上の人種分離

初等中等教育には人種差別の長い歴史があり、そのことは学校の事実上の人種分離(人種分離制度が存在しなくとも、各学校が人種分離していること)に明確に表れている³⁵⁶。マイノリティが支配的な学校は劣悪な教育環境にあり³⁵⁷、マジョリティのそれと比べて学習環境が劣っている³⁵⁸。マイノリティが生徒の多数を占める学校では、貧困家庭の出身者が多く、家庭の社会経済状態は子どもの学力に影響を及ぼすため³⁵⁹、非マイノリティと比べて、マイノリティ(黒人)の学力は低い³⁶⁰。質の低い教育によって、マイノリティは被害を受け続けており³⁶¹、また、人種の偏見から、学力が社会経済的地位の向上に必ずしも結びつかないとの認識から、マイノリティ(黒人)の子供は勉強に力を入れないとされる³⁶²。学校での事実上の人種分離は、法制度上の人種別学制と同じく、マイノリティに劣等性の感情を生じさせ、精神的に悪影響を及ぼすとされる³⁶³。

5 嫌悪感情の法制度化

スティグマ(劣等視)によって、黒人との接触は不快だと考えられてきたのであり³⁶⁴、人種分離制度の背景には、黒人との接触が白人にとって不潔であるという考えがあったと指摘される³⁶⁵。人種別学制度を支える主たる理由は、白人の女子生徒と黒人の男子生徒との性的接触の制度的遮断にあったと言われている³⁶⁶。

Brown 判決時、合衆国の世論は合衆国最高裁による学校の人種分離解消の判旨を緩やかに支持し、南部と北部の白人の合衆国市民の圧倒的多数は異人種婚に反対しており³⁶⁷、異人種婚の問題はマジョリティ(白人)からの激

しい批判をもたらす問題であった³⁶⁸。合衆国最高裁は異人種婚の合憲性判断を忌避し続けたが³⁶⁹、Loving 判決³⁷⁰でようやく違憲判断を下した。合衆国には、黒人への白人の嫌悪感情が人種別学制度や異人種婚禁止という形で法制度化されていた歴史がある。

6 日系や中国系の排除

人種差別的な法制度は日系や中国系にも存在した。カリフォルニア州法では、シティズンシップ（例えば日系人）の資格のない外国人から合衆国市民の子どもへの不動産の譲渡が合法的な譲渡ではなく州の外国人土地所有法の裏をかく試みであったと推定されており、合衆国最高裁は Oyama 判決³⁷¹で当該州法を無効にした。中国系アメリカ人は排斥から逃れるために、チャイナタウンに集住し³⁷²、人種主義から生じる暴力から身の安全を確保するために、都市中心部の飛び地を形成した³⁷³。

7 評価者への偏見の浸透

社会的資源の分配の際の評価基準は人種的偏見を帯びており³⁷⁴、マイノリティに不利に作用するとされる³⁷⁵。人種的偏見（マイノリティへの劣等視）が浸透している場合、評価者はそれに基づいて行動する³⁷⁶。マイノリティへの偏見によって使用者には否定的な考えが刷り込まれており、雇用判断の際にマイノリティは不利に取扱われる³⁷⁷。使用者が選考で黒人の就業能力に否定的な予測をし、推薦状の出所が黒人であるときに黒人の応募者の推薦状に疑念を抱くとされる³⁷⁸。雇用判断での偏見の存在によって、様々な分野でのマイノリティの過少代表が生じているとされる³⁷⁹。

8 マイノリティの劣等視

マイノリティと非マイノリティの社会経済的格差の原因が差別の影響であるのかについて、疑問視する見解が示されてきた³⁸⁰。例えば、高度な専門技術を必要とする職業における黒人の過少代表は、黒人の認識能力の低さと³⁸¹、優れた文化を受け入れる能力が生来的に低いところに起因すると主張されている³⁸²。劣等な資格は、合衆国におけるマイノリティの社会経済的に不利な状況を説明する 1 つの理由付けであった³⁸³。

人種主義の影響を受けたマジョリティは、マイノリティの社会経済的苦境をマイノリティ自身の責任だと考えており³⁸⁴、こうした見解を捉えて、人種主義は乗り越えられていないと主張されている³⁸⁵。

もっとも、マイノリティの社会経済的地位の低さの説明として、マイノリティの生来の能力が低いとの主張は公に認められないため、マイノリティ自らが職業等を選択した結果だと説明される³⁸⁶。だが、個人の選択と社会に存在する体系的な不平等の帰結は区別されるべきであり³⁸⁷、マイノリティの社会経済的に不利な状況を認識せず、人種がもたらすマイノリティの人生のもたらす影響に言及しないことは、差別的構造を放置すると主張される³⁸⁸。

9 人種主義の影響

合衆国では、人種がもたらす否定的影響は無視できず³⁸⁹、人種主義が多くのマイノリティの社会経済的地位の向上への障害として未だに機能し³⁹⁰、マイノリティの社会経済的地位の切り下げに重要な役割を果たしているという共通認識がある³⁹¹。合衆国では、人種はマイノリティ(有色人種)の社会経済的地位に大きな影響を及ぼしていると認識されている³⁹²。

社会経済的に高い地位に占めるマイノリティの割合が少ない原因は、人種主義にあるとされる³⁹³。人種主義とは、マジョリティ(白人)が他の人種と比べて優越しているという考えであり³⁹⁴、人種主義は合衆国に特有のものだとされる³⁹⁵。そして、人種主義は合衆国の社会の永続的な要素だとされる³⁹⁶。差別的な行為は現在では違法だが、過去の差別の抑圧的影響は社会でのマイノリティの進展を妨げ続けており³⁹⁷、無意識の偏見によって、マイノリティの社会経済的地位は低く抑えられているとされる³⁹⁸。

合衆国では、法制度によってマイノリティが劣等であることが示されてきた³⁹⁹。合衆国に深刻な人種差別が存在したことは誰も疑わず⁴⁰⁰、中間派や保守派の裁判官も同じように認識している⁴⁰¹。学歴があり社会経済的に成功を収めている中間層の黒人であっても、人種主義の害悪を受けており⁴⁰²、その影響から免れることはできない⁴⁰³。合衆国で、人種は人生経験に大きな影響を及ぼしており⁴⁰⁴、社会経済的地位に関係なく、マイノリティ(黒人)は人種差別の弊害を受けている⁴⁰⁵。

10 反差別運動のための「結社の自由」への妨害

黒人は、全米黒人地位向上協会 (NAACP) での活動を通じての抵抗と訴訟によって、投票の妨害と暴力的な脅しで黒人を排除してきた民主的なプロセスを変化させようとした⁴⁰⁶。州および合衆国のレベルで選出された代表者は、それらの政治行為を弱めるために法を修正し、採択した⁴⁰⁷。いくつかの州は NAACP に対して彼らのメンバー表を開示させることを意図した法律を採択し、メンバー表の強制的な開示は、組織のメンバーへの州および民間の厳しい脅迫へとつながった⁴⁰⁸。さらに南部のいくつかの州では、裁判所における反差別の目的を展開する結社の取組を弱める 1 つの方法として、訴訟への参加の依頼の禁止を試みた⁴⁰⁹。それらの行為は、NAACP と提携する個人とその組織の政治的行為に対して、非常に厳しい影響を及ぼした⁴¹⁰。

合衆国最高裁は、結社の自由への侵害だとして、NAACP のメンバーと組織のメンバー表を対象とした、アラバマ州、アルカンザス州、フロリダ州における強制的な開示での州による取組を無効にした⁴¹¹。合衆国最高裁は、施政者に「反対する考えを支持する」政治的外部者の結社は、そのメンバーの結社のプライバシーに対する憲法上の保護がなければ、生き残れないと認識していた⁴¹²。後に、合衆国最高裁は「新しい会員の組織への参加をためらわせ、既存の会員の退会を招いた」と示した⁴¹³。

南部での人頭税、読み書きテスト、有権者登録と投票を試みた黒人に対して向けられた、私的な脅迫と暴力行為を伴う投票に対する他の障害の連関は、民主的プロセスの外部で彼らの権利と利益を促進する行為を求めるように黒人に強いた⁴¹⁴。それらの行為は NAACP によって裁判所で問題とされ⁴¹⁵、これに対し、バージニア州は法的勧誘を禁止する法律で対応した⁴¹⁶。NAACP によれば、当該州は、NAACP が「州が課した人種差別の妥当性の審理を意図する訴訟において、費用の引き受けと弁護人の提供」を禁止することで、当該組織の合法的な行為を停滞させるために、この法律を描いた⁴¹⁷。合衆国最高裁は、黒人から彼らの「特権を奪い、平等な市民権に負担をかけている」あらゆる人種分離を終了させ、人種的障害を終わらせる「NAACP の目的」に照らすと、訴訟は私的なものではなく、「黒人の共同体のメンバーに対して、連邦、州および地域のあらゆる政府による平等な取扱という合法的な目的を達成するための手段」だとして、当該法律を無効にした⁴¹⁸。

Ⅷ 「疑わしい」区分

1 マイノリティへの抑圧の歴史

合衆国では、個人では統制不能な地位、問題とされているグループへの差別や偏見、政治力がなく特別な保護が必要なことなどから、「疑わしい」区分が説明されてきた⁴¹⁹。第1の理由(不変の要素)については、統制不能理由によって不利益を受けた者は不満を募らせるが、「疑わしい」とは考えられていない不変の要素も存在し、不変性だけでは「疑わしい」区分を説明できない(Ⅵ3)。

第2の理由(差別や偏見)については、合衆国では、人種区分にはマイノリティを従属的地位に貶めてきた歴史がある⁴²⁰。人種区分は本来的に人種主義的であるため⁴²¹、憲法上疑わしいと考えられる⁴²²。人種区分が「疑わしい」とされるのは、歴史上、人種区分がマイノリティへの抑圧として機能してきたためであり⁴²³、差別の歴史を考慮してのことである⁴²⁴。合衆国ではマイノリティは人種によって抑圧的な経験を受けており⁴²⁵、人種区分は未だに否定的な目的のために使用される可能性が高く⁴²⁶、人種区分には明確な社会的意味があると考えられている⁴²⁷。

第3の理由(政治力の無いグループの保護)については、合衆国では、投票権の行使の妨害やマイノリティが勝利できないように政治プロセスを変更し(Ⅶ2)、結社の自由を侵害してきたなど(Ⅶ10)、マイノリティの政治力を弱める企てが行われてきた歴史がある。それ故、合衆国最高裁では、裁判所の重要な役割は「マジョリティの偏見や無関心から切り離され孤立したマイノリティを保護する」ところにあると認識され⁴²⁸、人種区分への綿密な司法審査がなされた⁴²⁹。

ところで、合衆国最高裁では、「疑わしい区分」を用いる場合に加えて、政府の行為が基本権を制限する場合には、憲法適合性審査の際に厳格審査を適用する旨が示されてきた⁴³⁰。疑わしい区分と基本的な利益が分離しているのか、相互に関連しているのかどうかは、分析するのが難しい問題だとされる⁴³¹。このように指摘されるのは、合衆国において、人種区分が基本的権利の行使の制限に用いられてきた歴史が影響しているからだと考えられる。

2 Affirmative Action と「疑わしい」区分

(1) 司法審査基準をめぐる争い

各裁判所は、人種が疑わしい区分であるため、平等保護条項の下での人種差別の主張に厳格審査を適用してきた⁴³²。マイノリティに不利益を及ぼす人種区分には厳格審査が適用されるが、AA は人種区分（「疑わしい」区分）を用いながらも特定のマイノリティを利する施策だと理解されてきたため、AA に如何なる審査基準（厳格審査あるいは中間審査）を適用するののかについて、AA の肯定派と否定派の間で議論がなされてきた⁴³³。

(2) 否定派の見解

AA の否定派は、どのような人種区分が良性なのか、スティグマに基づくのかを判断するのは難しく⁴³⁴、AA であっても人種区分は有害だとする⁴³⁵。人種区分はどの人種に負担が課されるのか（利益が付与されるのか）に関係なく、「疑わしい」法の特徴であり、人種区分がどの人種に負担を与えるのか（利益を及ぼすのか）に関係なく、人種区分は合衆国の社会に害悪を及ぼし続けるのであり⁴³⁶、厳格度の高い審査基準が適用されると理解する⁴³⁷。否定派は、政府が「疑わしい区分」を採用するときはいつでも、厳格審査が適用されるとする⁴³⁸。人種差別の歴史から、AA の否定派は人種区分自体が不当だと考え⁴³⁹、従来の人種区分（マイノリティに不利益を及ぼす施策）と AA との区別を拒否することで、すべての人種区分に本来的に危険が内在することを示した⁴⁴⁰。否定派にとって、AA を含めた人種区分は自己の利益の充足を体现する概念であり⁴⁴¹、カラーブラインド（人種区分の使用禁止）は基本権の保護や市民的地位の向上のために行われたという認識から⁴⁴²、厳格審査の適用によって AA を違憲とすべきだと考えた。

(3) 支持派の見解

AA の支持派にとって、現在では、カラーブラインド（人種区分の使用禁止）は人種的平等の達成のために不十分である⁴⁴³。支持派の考えでは、人種的偏見はあからさまなものから巧妙なものへと変化し、人種を表に出さないようになっており⁴⁴⁴、隠れた偏見により、マイノリティは社会経済的に不利な立場に置かれている⁴⁴⁵。支持派は、AA はマイノリティへの隠れた偏見を無くす施策だと捉えている⁴⁴⁶。

AA の支持派にとって、人種を考慮しないことは人種主義的な構造を放置

し⁴⁴⁷、マジョリティの優位とマイノリティの従属が永続するため⁴⁴⁸、人種主義を乗り越えるために人種を意識すべきであり⁴⁴⁹、AAは人種主義を打破するための施策だと理解する⁴⁵⁰。合衆国最高裁では、支持派の裁判官は平等保護の事例において厳格審査は「事実上致命的」(適用された場合には違憲となる)と理解していた⁴⁵¹。合衆国では多くの領域で人種が重要な判断要素となっており、決してカラーブラインドな社会ではなかったため、現在あるいは近い将来そのようにはなりえないとの考えに基づいて⁴⁵²、支持派の裁判官はAAへの厳格審査の適用に反対する⁴⁵³。

だが、支持派の裁判官は人種区分がマイノリティへの差別として用いられてきた歴史を認識し、従来の人種区分(マイノリティに不利益を及ぼす)とAAの区別が難しい旨を認識し、AAの憲法適合性は厳密に審査すべきとの立場を示す⁴⁵⁴。支持派の裁判官は人種区分について「懐疑主義」に依拠している。だが、支持派の裁判官は両者には重大な違い(差別的な人種区分は人種主義の影響を永続し、AAはそれを是正する)があるとする⁴⁵⁵。支持派の裁判官は、あらゆる人種区分への厳格審査の適用はAAを通じてマイノリティの社会経済的地位を向上させる取組に重大な影響を及ぼすことから問題があるとし、AAと人種差別の区別は難しいが可能だと認識している⁴⁵⁶。

支持派の裁判官はAAがスティグマをもたらす危険があるという認識に基づいて、AAが永続すべきではないと考えて⁴⁵⁷、人種間での平等の進展がAAの必要性をなくし、AAが終了することが望ましい旨を述べており⁴⁵⁸、AAが一時的な手段だと示してきた⁴⁵⁹。支持派の裁判官はカラーブラインドを目標だと捉えて、AAはそれを達成するための一時的な手段だと考えてきた⁴⁶⁰。支持派の裁判官は、AAが憲法上許容されるために、厳格審査の適用を否定するが、人種が差別的に用いられる可能性が高いことから、あくまでも厳密な審査基準を適用するとの見解を示している⁴⁶¹。

IX 従属的地位・二級市民

1 人種的従属の禁止

Brown判決は、人種分離が黒人の生徒に劣等性の感情を生じさせること

を懸念して、公立の初等中等学校での人種分離を違憲だと判断しており⁴⁶²、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ていた⁴⁶³。マイノリティの従属を問題視した Brown 判決は⁴⁶⁴、平等保護の実質的見解を示したと評されている⁴⁶⁵。

修正第 14 条の意義は従属と抑圧の根絶にあり⁴⁶⁶、その原意は、歴史的に不利な状況に置かれてきたマイノリティの従属の強化の禁止にあるとされた⁴⁶⁷。合衆国では、憲法は人種的従属をもたらすいずれの法制度を禁止するとの見解が示された⁴⁶⁸。その見解によれば、憲法は、人種区分によって各個人を体系的に不利な状況に貶めることを禁止する⁴⁶⁹。

2 基本権行使の否定と妨害

人種的従属とは、人種に基づく社会的ヒエラルキーだとされる⁴⁷⁰。では、人種的従属とは具体的に如何なる状況を指すのか、またどのような行為がマイノリティを従属させるのか。基本権の行使を保障されていないことはマイノリティを従属させるものであり⁴⁷¹、マイノリティの選挙権行使の妨害はそれに該当すると理解されている⁴⁷²。基本権の行使を否定する政府の行為には、マイノリティを二級市民に貶める意図があるとされる⁴⁷³。投票権のような憲法上の基本的権利の侵害がなくとも、社会における差別的取扱い（ホテルへのチェックインの拒否など）を受けるグループは二級市民の地位に貶められるとされる⁴⁷⁴。

3 人種分離制度

人種分離の法制度はマイノリティを従属的地位に置き⁴⁷⁵、二級市民に貶める意図を持つとされる⁴⁷⁶。人種別学制や異人種婚禁止法はその例であり⁴⁷⁷、それが及ぼす心理的影響はマイノリティを従属させるとされる⁴⁷⁸。人種別学制や異人種婚禁止法は、黒人男性と白人女性の性的接触をタブーとする嫌悪感情の法制度化であり（Ⅶ 5）、人種的ヒエラルキーを具現化した制度だと評されている⁴⁷⁹。Brown 判決が人種別学制により黒人の子どもにもたらされる心理的影響を懸念したのは、そうした背景がある⁴⁸⁰。

Brown 判決以降、明示的な人種分離の法制度には違憲判断が下されてなくなっていくが、黒人共同体と白人の共同体との往来を分断する交通障壁の

建設など⁴⁸¹、各人種の共同体を事実上分離させる行為もマイノリティを二級市民へと貶める理解と理解されている⁴⁸²。この理解には、事実上の人種分離を助長する制度が、明示的な人種分離の法制度と同じ考え(マイノリティへの劣等視)に基づくという認識があると思われる。

4 社会経済的格差

人種分離制度が廃止され、形式的に市民権が改善されても、人種間の社会経済的格差は存在し、人種的従属は続いているとされる⁴⁸³。不均衡な貧困比率、高い死亡率、医療と住宅への限定されたアクセス、犠牲者あるいは犯人として犯罪に関わる者が多いこと等が人種的従属だと捉えられている⁴⁸⁴。従属はマイノリティの社会経済的地位の低さを指し⁴⁸⁵、それに伴う劣等視がマイノリティの従属をもたらすとされる⁴⁸⁶。

人種的従属を問題する見解は、人種的従属とはあからさまな人種分離制度だけでなく、マイノリティの社会経済的地位の低さから生じており⁴⁸⁷、マイノリティが社会経済的に低い地位にあることを問題視する⁴⁸⁸。マイノリティの従属的地位は、社会的評価の高い地位における過少代表と関連するとされる⁴⁸⁹。

従属を問題視する見解では、AAが実施されなければ、マイノリティの社会経済的地位が低下して従属的地位に置き⁴⁹⁰、二級市民へと貶めると理解されている⁴⁹¹。この見解では、カラーブラインド(人種区分の禁止)では、人種的従属を是正できず⁴⁹²、マイノリティに人種的従属を強いるため⁴⁹³、AAは人種的従属の歴史の文脈の中で評価されるべきだと指摘される⁴⁹⁴。

5 自己定義

人種間の社会経済的格差の存在は、マイノリティの資格が劣っているという考えを生じさせる。マイノリティへの劣等視は、資格の劣るグループであるという前提に基づいて、判断形成者が政策を形成する事態へと導く⁴⁹⁵。マイノリティへの偏見(劣等視)が社会に浸透すると、社会的資源の分配の際に、評価者が偏見に基づいて判断を行うことがある(Ⅶ7)。マイノリティはマジョリティが作り出した否定的な定義に従って取扱われており、マイノリティが自己を定義ができないことが従属的状态であるとも理解されてい

る⁴⁹⁶。人種の従属によって否定的な印象を植え付けられることは、(雇用判断などの) 社会的資源の分配の場面で、マイノリティの人生に実質的に悪影響をもたらしている⁴⁹⁷。

X 合衆国における人種差別とスティグマ

1 スティグマと分断の危険

(1) 分断と暴力の危険

中間派と否定派の裁判官は「人種区分はスティグマによる害悪をもたらす。それらが救済を行う場合に限られていなければ、それらは実際には人種の劣等性の概念を促進し、人種的な敵意を持った施策を導く」と主張した⁴⁹⁸。ここでは、人種区分 (AA) がマイノリティへの劣等視とともに、人種グループ間での敵意を招くことが示されており、スティグマ (劣等視) が敵意と結びつけられている⁴⁹⁹。中間派や否定派の裁判官は AA による社会的資源の喪失者が AA の対象者に敵意と怒りを抱く可能性を認識し⁵⁰⁰、人種区分の使用が人種的分断を加速させることを強調してきた⁵⁰¹。

AA は人種主義を助長し⁵⁰²、人種間で敵意を招く⁵⁰³。そして、人種主義と敵意によって、暴力が誘発される⁵⁰⁴。それを抑えるために、合衆国では人種的敵意を抑えて、統合された社会を達成する重要性が指摘されている⁵⁰⁵。

(2) 中間派と否定派の見解

AA は対象外の者 (マジョリティ) が望む社会的資源 (近隣の高校への在籍、大学の入学枠、公共事業契約など) を喪失させる、あるいはその獲得のハードルを高める⁵⁰⁶。人々は最も資格の高い者が社会的資源を獲得すべきだと考えるため⁵⁰⁷、AA によって資格の劣る者が社会的資源を得たと考えるとき⁵⁰⁸、AA により社会的資源を喪失したマジョリティは不満を募らせる⁵⁰⁹。AA により不利益を受けた者は対象者を劣等視し⁵¹⁰、敵意を抱く⁵¹¹。合衆国において、人種区分 (AA) は人種間に不和を引き起こす問題であり続けている⁵¹²。

否定派の裁判官は、人種区分 (AA) がマイノリティにスティグマ (劣等性) を課し、それが人種間の敵意と争いを助長する人種区分の危険性を認識

し⁵¹³、それによって民主的な社会が破壊される危険があることから⁵¹⁴、人種区分(AA)の使用はすべきでないと考えた⁵¹⁵。否定派の裁判官は人種区分(AA)の使用が人種的統合を妨げると考えており⁵¹⁶、スティグマから派生する人種的分断の危険性が強調されている⁵¹⁷。

中間派の裁判官は、AAはそれが回避を意図する敵意を永続化させ、あらゆる政策の中で人々を最も分裂を生じさせる可能性があることを懸念しており⁵¹⁸、人種区分の使用が社会の分断を加速すると常に強調している⁵¹⁹。だが、ときとして、中間派の裁判官はAAを合憲と判断してきた⁵²⁰。これらの事例では大学の入学者選抜におけるAAの合憲性が問題とされており、即座のAAの廃止はマイノリティの入学者を大幅に減らし、人種的不均衡を助長するため⁵²¹、違憲判断によってこの種のAAにより達成された社会統合を大きく後退させることへの懸念が合憲判断の背景にあったとされる⁵²²。

(3) 支持派の見解

AAを支持する見解によれば、周縁に置かれたマイノリティは指導的な地位に自身のグループのメンバーを見ることでできず⁵²³、努力に見合った地位を得られない場合には不満を抱く⁵²⁴。AAの支持者は、周縁に置かれたマイノリティが不満や敵意を抱き⁵²⁵、これらが人種的分断を生み⁵²⁶、合衆国に混乱と暴力をもたらす危険があると認識する⁵²⁷。人種的不均衡の存在は社会を「持つ者」と「持たない者」に分断し、この分断が暴力を生じさせる危険があり⁵²⁸、これをなくすには人種的不均衡の是正が必要だとされる⁵²⁹。

AAに肯定的な学説はマイノリティの歴史、現状、差別の継続する影響からマイノリティの積極的保護が必要だとし、AAを許容するが、その多くは、AAが人種間に敵意や反目をもたらし、人種的分断を引き起こす危険を認識している⁵³⁰。故に、それらの学説の中でも、憲法上要請されるとまで示すものはほとんどみられない⁵³¹。

支持派の裁判官は、人種区分(AA)の使用がスティグマをもたらす危険を認識しており、その合憲性審査は厳格度の高い基準の下で行われると示し、懐疑主義に依拠している(X3)。支持派の裁判官は、合衆国の様々な領域で人種が重要である場合には、人種間の敵意の高まりによって国家が分断されることを認識し、人種が重要でなくなった分断されていない国家の形成を目標としており⁵³²、人種的不均衡が是正されて人種が重要でなくなるまでは、

AA は許されると考えてきた⁵³³。支持派の裁判官は、あくまでもカラーブラインドを達成するための一時的手段として AA を許容した⁵³⁴。そして、ステイグマ (劣等視) によって生じる敵意によって、人種的分断が生まれる危険を支持派の裁判官が認識していたことが、この背景にはある。

2 Brown 判決

Brown 判決は、初等学校での人種別学制について、それが黒人の生徒に劣等性の感情を抱かせ、有害だと主張して、違憲判断を下した⁵³⁵。Brown 判決は、人種別学制をはじめとする人種分離制度は形式的には平等だが、黒人へのステイグマが内在すると認識しており⁵³⁶、人種別学制は黒人が劣等な存在であるとのメッセージを伝えていると理解された⁵³⁷。人種別学制それ自体からはステイグマのメッセージは生じず⁵³⁸、マジョリティ (白人) が学生構成の多数を占める学校と比べて、マイノリティ (黒人) が多数を占める学校が、(施設、教員の質、教員と生徒の比率などの) 教育環境の観点から劣悪であるときに、ステイグマが生じると分析されている⁵³⁹。

だが、ステイグマ (劣等視) によって、黒人との接触は不快だと考えられてきたのであり⁵⁴⁰、人種分離主義者が学校での人種分離を求めた主たる理由の 1 つは、白人の女子生徒と黒人の男子生徒との性的接触の制度的遮断にあった⁵⁴¹。人種別学制は黒人を劣悪な教育環境に置く以上に、合衆国南部の白人の差別感情に基づいていた⁵⁴²。故に、人種分離制度には双方 (白人と黒人) の同意はなく、黒人が劣等であるとの認識に基づき、人種分離制度は修正第 14 条に違反すると主張されてきた⁵⁴³。

合衆国最高裁は Brown II 判決で、人種別学制の即時の廃止を求めず、「可及的速やかなスピード」で実施すべきと示し、人種別学制の即時廃止を求めなかった⁵⁴⁴。Brown 判決は南部での暴力を招来しており⁵⁴⁵、合衆国最高裁の判決の履行に慎重な態度は判決への反発の予測に基づいていた⁵⁴⁶。人種区分 (人種別学制) に内在するステイグマには、黒人が資質形成に不利な状況に置かれる以上に、暴力を伴う激しい差別感情が伴っていたと考えられる。

3 ステイグマを認めた上での Affirmative Action の是認

合衆国最高裁において、保守派 (中間派と否定派) の裁判官は、AA は人

種の劣等性に基づいているという懸念を示しており⁵⁴⁷、これらの裁判官がAAに反対する背景には、人種区分がスティグマを課すことがあった⁵⁴⁸。これに対し、受益者(マイノリティ)と負担者(マジョリティ)の構図での理解に基づき⁵⁴⁹、AAに肯定的な学説では、負担者が劣等視されないことから、スティグマをもたらしえないとする見解がある一方で⁵⁵⁰、AAが対象となるグループ全員へのスティグマ(劣等視)を生じさせる危険を認める⁵⁵¹。だが、AAにより生じるスティグマよりも、様々な機関でのマイノリティの過少代表から生じるスティグマの方が有害だと考える⁵⁵²。社会的資源の分配の際に人種を考慮しない場合(AAを実施しない場合)、人種間の社会経済的格差は拡大し⁵⁵³、人種的不均衡の放置は人種主義の是認につながる⁵⁵⁴。指導的な地位に占めるマイノリティの割合が少ないと、マイノリティの資格が劣っているという考えが生じ⁵⁵⁵、判断形成者はそれに基づいて政策形成を行うため、マイノリティは不利益を受ける⁵⁵⁶。社会の主要機関におけるマイノリティの過少代表の是正は、マイノリティへのスティグマを縮減すると理解される⁵⁵⁷。マイノリティへのスティグマはマジョリティにより構築されており、社会の主要機関での過少代表が是正され⁵⁵⁸、マイノリティが自己を定義する力を得ることで、スティグマはなくなるとされる⁵⁵⁹。マイノリティの相当数が存在することで、偏見に基づいた社会規範を変えようとする動きが生じ⁵⁶⁰、スティグマがなくなっていく⁵⁶¹。これらの見解にとっての問題は⁵⁶²、AAにより生じる利益(スティグマの縮減)が費用(AAによるスティグマの害悪)を上回るかであり⁵⁶³、利益が不利益を上回ると判断している⁵⁶⁴。

4 スティグマ(劣等視)がもたらすもの

多くの学説では、スティグマとはマイノリティへの劣等視を意味すると理解されている⁵⁶⁵。スティグマはマイノリティに劣等性の烙印を押すと認識され⁵⁶⁶、合衆国最高裁はスティグマを課す法制度を推定的に違憲だと考えてきた⁵⁶⁷。合衆国最高裁は、人種区分はスティグマをもたらし危険が高いとの考えから、その合憲性審査の際に厳格審査を適用する⁵⁶⁸。合衆国ではスティグマは危険視されており、AAの合憲性をめぐる議論では、否定派は、AAは資格の劣るマイノリティに社会的資源を付与するため、マイノリティは自力では成功できないという考えに依拠しており⁵⁶⁹、対象者は劣等視され⁵⁷⁰、ステ

イグマを課されると主張した⁵⁷¹。他方、肯定派は AA によってスティグマは生じず⁵⁷²、AA によって地位を得た者はその役割をこなす能力があるため⁵⁷³、対象者は劣等視されないと主張する⁵⁷⁴。また、肯定派の中には、AA がスティグマを生じさせ、マイノリティが劣等視される危険を認識しながらも、AA を縮減することもでき、AA による利益（スティグマの縮減）が負担（スティグマの発生）を上回るとの理由から、AA を正当化する見解もある（X 3）。AA の合憲性をめぐる議論では、否定派から肯定派に至るまでの立場でも、スティグマ（劣等視）を如何に避けるのかが重視されていた。

合衆国で、スティグマ（劣等視）が重視される理由として、劣等視による個人の評価の貶め⁵⁷⁵や個人の価値の切り下げ⁵⁷⁶が挙げられている。「スティグマ（劣等視）」「個人の評価の貶め」「個人の価値の切り下げ」という言葉だけを見ると非常に抽象的だが、合衆国ではこれらが具体的な害悪を生じさせてきた。例えば、人種区分による個人の価値の切り下げは、マイノリティに対して一定の基本的権利（選挙権や結社の自由など）の享受を否定する法制度の構築、あるいは公的機関及び民間によるその行使への妨害を生じさせた（VII 2, 3, 10）。人種別学制や異人種婚禁止法などの人種分離制度の基礎にはマイノリティへの劣等視があり、黒人との接触を嫌うマジョリティの差別感情を具現化した法制度であった（VII 5）。マイノリティへの劣等視が社会に浸透すると、社会的資源の獲得競争の場面で、評価者は無意識のうちにマイノリティを不利に取扱ひ、結果として、人種グループの間には大きな社会経済的格差が生じている（VII 1, 9）。これらの事実を考えると、言葉だけを見ると抽象的だが、「スティグマ（劣等視）」には具体的権利侵害に繋がるおそれや放置すべきではない（できない）社会状況が含意されている⁵⁷⁷。

XI おわりに

日本の学説は、判例が合理性の審査により立法裁量を広範に認めてほぼ無審査で合憲判断を下してきたことへの批判として、「司法審査基準論」の導入を提唱した（II 1）。婚外子法定相続分別異取扱をめぐるとの事例において、東京高決平成 3 年 3 月 29 日は単なる合理性の審査を適用し、ほぼ無審査で

合憲判断を下した(Ⅱ 2(1))。だが、東京高決平成5年6月23日は婚外子の地位が後段列举事由(「社会的身分」)に該当するとし、目的手段図式の枠組で「厳格な合理性の基準」を適用し、違憲判断を下した(Ⅱ 2(2))。東京高判平成6年11月30日は婚外子法定相続分別異取扱が不変の特性を理由に不利益を課すことを問題視し、婚外子の地位が後段列举事由(「社会的身分」)に該当するとした。同決定は目的手段図式の枠組で「合理性の審査」を用いて、審査の厳格度を上げないものの、目的と手段の関連性がないとして違憲判断を下した(Ⅱ 2(3))。東京高決平成5年6月23日と東京高判平成6年11月30日は学説の主張する「司法審査基準論」を意識していた。最大決平成7年7月5日の法廷意見は制度論的思考の下で、合理性の有無の判断を緩やかに行っている(Ⅱ 3(1))。これに対し、同決定の反対意見と追加反対意見は、婚外子法定相続分別異取扱が本人に帰責性のない不変の特性(婚外子の地位)を理由に不利益を課すこと、社会的差別を助長することを懸念して、「厳格な合理性の基準」を適用しており、学説の主張に沿っている(Ⅱ 3(2), (3))。だが、目的手段図式の枠組で憲法適合性判断をしているわけではない(Ⅱ 3(4))。最大判平成20年6月4日は立法裁量を認めながらも、「慎重に検討する」旨を示しており、学説からは審査の厳格度を高め、従来の審査枠組(合理性の審査)を維持しながらも実質的に憲法適合性審査を行ったと評価された(Ⅱ 4(1))。だが、取得できなかった資格(日本国籍)が「法的に重要な地位」であり、その取得の機会を妨げている条件が本人の「意思や努力」では如何ともし難い不変の特性であることが重なって、審査の厳格度を高めている(Ⅱ 4(2))。同判決は例示説をとり、国籍法3条1項が婚外子への社会的差別を助長する旨を述べていない(V 3)。最大決平成25年9月4日は例示説の立場を改めて確認し、従来の審査枠組を維持し、司法審査基準論を採っていない。同決定は目的審査の図式は採らず、立法事実を綿密かつ総合的に考察するという形(総合考慮の形式)で審査をしている(Ⅱ 5)。同決定は最大決平成7年7月5日と比べて慎重に審査をする姿勢を示している。同決定は法定相続分別異取扱による婚外子への社会的差別の助長を問題視しており、それが審査の厳格度を高める理由となっている(Ⅳ 5(2))。平等領域における最高裁判例は例示説を採り、従来の審査枠組(合理性の審査)を維持する。だが、最大決平成25年9月4日に見るよ

うに、区別の性質（差別を及ぼすこと）を考慮して審査の厳格度を高めており、学説の主張が一部反映されていると捉えることもできる。

日本の学説では、本人に帰責性のない不変の特性（婚外子の地位）を理由に不利益を課すのは許されないとの立場から、審査の厳格度を高めるべきという主張が展開された。最大判平成 20 年 6 月 4 日は、獲得を否定された資格（日本国籍）の法的重要性と、取得の機会を妨げる条件が本人の意思では変えられない不変の特性（婚外子）であることを理由に、審査の密度を高めた（Ⅱ 4 (2)）。最大決平成 25 年 9 月 4 日は婚外子法定相続分別異取扱が不変の地位を理由に不利益を課すことを問題視したが、当該別異取扱が婚外子への社会的差別を助長することへの懸念を表明しており、この 2 つが揃うことで審査の密度を高めた（Ⅳ 5 (2)）。合衆国でも不変の特性を理由に不利益を課すのは不道德だと考えられているが、すべての不変の特性が「疑わしい区分」だとは考えられていない。合衆国では、差別の危険を伴った特性が「疑わしい区分」だと考えられている。「疑わしい区分」の典型例である人種は不変性と差別の危険を併せ持っているが、不変性は「疑わしい区分」の必要条件ではない（Ⅵ 3）。婚外子法定相続分別異取扱は、不変性と差別の危険が揃った問題だと認識されているが、重視されるのは差別の危険であり、不変性はそれを補強するに過ぎない。

日本の学説は、婚外子法定相続分別異取扱が婚外子への差別を助長することを強調してきた（Ⅲ 1, 2）。そして、合衆国の憲法判例理論を参照して、平等保護条項の意義はスティグマ（劣等生の烙印）を課されず、二級市民に貶められないところにあると主張した（Ⅳ 3）。有力説は、スティグマの危険を課す危険が高いほどに、審査基準の厳格度が高められると考えた（Ⅳ 4）。

合衆国で人種は「疑わしい区分」の典型例であり、その背景には厳しい人種差別の歴史と現実がある。合衆国では、人種間の社会経済的格差が非常に大きい（Ⅶ 1）。マイノリティに対して、選挙権をはじめとする基本権行使への制度的な制限（Ⅶ 3）や暴力を伴う妨害が行われてきた（Ⅶ 10）。また、人種別学制や異人種婚禁止法に代表されるように、マイノリティへの嫌悪感情が法制度化されていた歴史がある（Ⅶ 5）。合衆国で人種が「疑わしい区分」とされるのは、人種区分が基本権の享受の否定やその行使の妨害を伴ってきた現実がある（Ⅷ 1）。故に、AA の支持派であっても、これを認識し、

AAは厳密にその憲法適合性を審査されるべきであり、一時的でなければならぬと主張する(Ⅷ2(3))。

合衆国では、平等保護条項の意義は、マイノリティを従属的立場に置かず、二級市民の地位に貶めないとあるとする見解が存在する(Ⅸ1)。人種的従属には、基本権の享受の否定やその行使の妨害などが該当する。また、人種分離制度は嫌悪感情によって構築されたものであるから、法制度による人種分離は勿論のこと、事実上人種分離された状態も従属が生じていると理解されている(Ⅸ2,3)。

合衆国において、スティグマは「個人の評価の切り下げ」や「個人の価値の貶め」をもたらすと理解されている。これらは非常に抽象的な言葉だが、合衆国ではスティグマが具体的に害悪を及ぼしてきた歴史があるために、スティグマの害悪が問題視された(X4)。また、合衆国で、スティグマは人種間の敵意を助長し、分断の危険をもたらすと理解されている。AAの否定派から肯定派に至るまで、すべての裁判官がAAによる分断の危険を認識する(X1)。支持派の裁判官でもAAは厳格に審査されるべきと主張する理由は、人種的分断の危険にある(X1(3))。

日本の学説は合衆国の司法審査基準論の導入を提唱し、婚外子法定相続分別異取扱の事例に見られるように、その別異取扱がもたらす社会的差別の助長を強調して、「疑わしい区分」や「スティグマ」の理論を受容した。だが、日本に合衆国のこれらの理論を受容する土壌は存在したのか疑問が残る。日本には、合衆国の人種差別と比肩する程の差別は存在しないからである。日本では、ある区分を用いた別異取扱によって基本権の享受を否定したり、その行使への暴力や脅迫を伴う妨害が存在し、その状況を公権力が容認するような事態はなかった。合衆国で人種が「疑わしい区分」とされる1つの理由は具体的な権利侵害と結びつく危険が非常に高いところにあるが、日本には合衆国の人種区分ほどに具体的な権利侵害と密接な結び付きを持つ事由があるとは考えられない。また、合衆国ではマイノリティへの嫌悪感情が法制度化(一連の人種分離制度)されたが、これに類似する状況も日本にはない。婚外子法定相続分別異取扱を婚姻家族の差別感情の法制度化だと認識する見解もある。当然ながら、相続に関わる婚姻家族は婚外子に反情を抱くが、それは相続に関わる婚外子に向けられたもので、婚外子一般に対するものでは

ない。法定相続分別異取扱は複雑な利害関係の調整の産物であり、嫌悪感情の具体化ではない (IV 6)。

合衆国でスティグマが危険視されるのは、差別の助長の他に、人種的分断を引き起こす危険が存在するためである。これは合衆国特有の事情であり、多種多様な人種グループから構成される移民国家である合衆国の永遠の悩みである。日本も (技能実習生などは移民ではないと政府は言うが) 多くの移民を受け入れている。とは言え、外国出身者が人口に占める割合はまだ低く、合衆国のような分断の危険は今のところはない。

以上の見解は、合衆国の司法審査基準論に関わる一連の理論の日本への導入の提唱が無意味だと言っているように聞こえるだろう。確かに、日本において社会的差別の助長やスティグマの危険を指摘して、列挙事由 (あるいはそれに類する事由) に基づく別異取扱に合衆国の人種区分と同じほどに厳密な審査基準を当てはめるのには無理がある。だが、日本の学説の多くは、列挙事由に対して合衆国ほどに厳密な審査基準を適用しようとするものではない。他の権利領域では緩やかだと理解される水準 (「厳格な合理性の基準」) にまで審査の厳格度を高めて、平等審査を実質的に行おうとしているにすぎない。最大決平成 7 年 7 月 5 日の反対意見・追加反対意見と最大決平成 25 年 9 月 4 日は社会的差別の助長を問題視して審査の厳格度を高めたが、他の権利領域では緩やかだと理解される水準にとどまっている。合衆国と比べると、日本での社会的差別の助長やスティグマの主張は非常に抽象的だが、裁判所が事例を詳細に検討する姿勢を示し、平等審査を実質的に行うところまで、審査の密度を高めていくことは可能だと考えられる。

(Endnotes)

260 鳥居淳子「国籍法上、認知に遡及効を認めないことの合憲性及び人権諸条約への適合性」ジュリスト 1197 号 (2001) 92 頁, 94 頁。このような考えから、国籍の得喪要件の憲法適合性審査に関して、目的と手段の合理性の審査は厳格であることが要求されると主張されてきた (藤井俊夫「判批」判例評論 273 号 (1981) 18 頁, 21 頁)。

261 民法上、認知は遡及効を有するが (民法 784 条)、最判平成 14 年 11 月 22

日判例時報 1808 号 55 頁は、国籍法に関して認知の遡及効を否定し、生来的取得は出生時に確定的に決定されることが望ましく、生後認知によって国籍法 2 条 1 号による日本国籍の取得がないことに合理的理由があるとしたため、当時、出生後に日本人父から認知された子が日本国籍を取得するには、子に準正となることを課す国籍法 3 条 1 項の届出によるか、あるいは帰化(国籍法 4～10 条)によるしかなかった。帰化の可否については、法務大臣の裁量が大きいため、法務大臣の許可を要しない届出によって日本国籍を取得することのできる国籍法 3 条 1 項の制度で日本国籍取得しうるか否かは、外国人母から生まれ日本人父から出生後に認知された子が我が国に安定的に居住できるか否かを定める死活問題だといえる(栗田前掲(105) 832 頁)。

262 内野前掲(100) 34 頁。

263 国籍は国家の「構成員としての資格」であり、外部との関係では、身分的性質を有し(原田央「最高裁平成 20 年 6 月 4 日大法院判決をめぐって—国際私法の観点から」法学教室 341 号(2009) 6 頁, 18 頁)、外交的保護(国民が受けた損害に関して外国に請求を行うこと)は国籍が前提となる。また、国民には入国を認めなければならないという国際法上の義務も生じる。国内法では、国民と外国人で憲法上の権利(参政権、公務就任権など)の保障で違いが生じる(高橋他前掲(75) 45 頁(岩沢))。

264 国友明彦「国籍法の改正—国際司法的観点から」ジュリスト 1374 号(2009) 15 頁, 18 頁参照。

265 長谷部前掲(33) 78 頁。外国人の権利保障について議論がなされているように、国籍のもつ意味は次第に変化しており、その意味では国籍を過大視することには問題があるかもしれないが、現時点では、国籍がなお様々な利益をもたらしていると指摘される(佐野寛「日本国籍の取得をめぐる諸問題」ジュリスト 1101 号(1996) 12 頁, 16 頁)。

266 秋葉丈志「裁判官たちのダイアログ: 国籍法違憲判決の文脈的分析」法社会学 76 号(2012) 259 頁, 264 頁。

267 大石前掲(14) 10 頁。ただし、多大な不利益があるというだけでは、国籍を取得させる十分な理由にはならず、何かの「国家の構成員」としての実質が必要である(栗田前掲(105) 841 頁)。

- 268 憲法が存立の基礎となる国家の同一性の基本にかかわる部分は、個人の側からみて、日本国籍を取得する権利として構成されうるのであり（樋口陽一・中村陸男・佐藤幸治・浦部法穂『註解法律全集憲法 I』（青林書院、1994）209 頁（佐藤）、憲法が政治的共同体に不可欠な構成員として「市民」を「国民」と想定しているため、国家がすべての市民に日本国籍を与える憲法上の義務があり、これらの市民の国籍を否定、剥奪することは、やむにやまれない政府利益を達成するために必要不可欠な場合でなければならないと主張された（松井茂記『日本国憲法〈第3版〉』（有斐閣、2007）139 頁）。
- 269 高橋他前掲（75）46-47 頁（高橋発言）。
- 270 内野前掲（100）34 頁。
- 271 内野前掲（100）34 頁。
- 272 近藤博徳「基調講演 原告代理人が語る本判決の意義と課題（特集 憲法訴訟を考える——国籍法違憲訴訟を通して）」Law and practice 3 号（2009）1 頁，15 頁。
- 273 近藤前掲（272）5 頁。
- 274 国籍から得られる利益の重大性が比較的厳密な違憲審査を導く考慮事由の 1 つとなるのであれば、国籍要件の設定については広い立法裁量が認められるという前提が脅かされると指摘される（市川前掲（77）4 頁）。
- 275 この点、合理的関連性のテストは恣意的判断を招く危険があり、区別事由の性質と国籍が「重要な法的地位」であることから、厳密な基準を適用すべきだと実務家から主張されている（伊藤前掲（90）74 頁）。
- 276 これら 2 つの要件が審査方法決定の重要なポイントとされ、審査の厳格度が高められたと評されている（山元一「国籍法違憲大法廷判決」ジュリスト 1376 号（2009）13 頁，14 頁）。
- 277 最大判平成 20 年 6 月 4 日は、これによって、合憲性審査に「やや厳密な姿勢で臨むべき」という意思」を表明し（藤井前掲（89）255 頁）、「比較的厳密な審査を行った」と評されている（市川前掲（77）4 頁）。
- 278 近藤博徳「最高裁・国籍法違憲判決を考える 報告①」憲法理論研究会編『憲法理論叢書 18 憲法学の未来』（敬文堂、2010）153 頁，155 頁。
- 279 安西文雄「『法の下での平等』に関わる判例理論」戸松秀典＝野坂泰司『憲

- 法訴訟の現状分析』(有斐閣, 2012) 210 頁。
- 280 駒村圭吾「家族と憲法—『個人の尊重』と『個人の尊厳』に寄せて」憲法研究 4 号(信山社, 2019) 133 頁, 137 頁。
- 281 佐々木前掲(170) 23 頁。
- 282 安西前掲(228) 76 頁。
- 283 蟻川前掲(234) 113 頁; 糖塚前掲(132) 87 頁。
- 284 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1)〈増補版〉』(有斐閣, 2000) 27 頁など参照。
- 285 宍戸常寿「法の下での平等」法学セミナー 649 号(2009) 76 頁, 78 頁。
- 286 小山前掲(77) 110 頁。
- 287 武田万里子「最高裁国籍法違憲判決の意義」国際女性 22 号(2008) 101 頁, 102 頁。
- 288 杉原編前掲(206) 77 頁参照。
- 289 最大判平成 20 年 6 月 4 日は、国籍が「重要な法的地位」であることに着目し、国籍立法に関する立法府の裁量を制約した(松井直之「判批 [最高裁判所大法廷平成 20.6.4 判決]」横浜国際経済法学 17 巻 3 号(2009) 325 頁, 342 頁参照)。
- 290 高橋他前掲(75) 60 頁(高橋)。
- 291 石川前掲(207) 42-43 頁。
- 292 野坂泰司「民法 900 条 4 号ただし書き前段と憲法 14 条 1 項」ジュリスト 1466 号(2014) 15 頁, 16 頁。
- 293 二宮前掲(144) 13 頁。
- 294 二宮前掲(144) 13 頁。
- 295 二宮前掲(144) 18 頁。
- 296 憲法判例研究会前掲(53) 67 頁。
- 297 棚村前掲(130) 36 頁)、法定相続分別異取扱は生来の偶然に基づく理不尽な差別だと捉える(君塚正臣「民法 900 条 4 号但書前段(非嫡出子の相続分)の合憲性」民商法雑誌 141 巻 4・5 号 115 頁, 119 頁)。
- 298 二宮前掲(138) 85 頁。
- 299 野山前掲(34) 56 頁。
- 300 常本前掲(92) 102 頁; 大石前掲(14) 10 頁。

- 301 二宮前掲 (23) 53 頁。
- 302 二宮前掲 (28) 66 頁参照。
- 303 近藤博徳, 木棚照一, 戸波江二「鼎談 国籍法 3 条 1 項から見える「日本」(特集 憲法訴訟を考える—国籍法違憲訴訟を通して)」Law and practice 3 号 (2009) 21 頁, 29 頁 (戸波発言)。
- 304 内野前掲 (44) 54 頁。
- 305 婚外子法定相続分別異取扱は婚外子差別の象徴的規定であり、社会的差別をもたらすことが強調されてきた (Ⅲ 2)。
- 306 高井前掲 (43) 45 頁。
- 307 長谷部恭男「それでも基準は二重である!—国家による自由の設定と規制—」同『比較不能な価値の迷路—リベラルデモクラシーの憲法理論』(増補新装版)(東京大学出版会, 2018) 99 頁, 110 頁 註 22。
- 308 高井前掲 (26) 178 頁。
- 309 水野紀子「子どもの平等権—非嫡出子問題を中心に—」家族〈社会と法〉10 号 (1994) 155 頁, 158-59 頁。
- 310 水野前掲 (237) 1 頁。相続制度は民事法の基本制度あり、社会の諸利益の調整を図った上で組み立てられるものであって裁量の幅が広く (野山前掲 (34) 56 頁)、相続権は財産権ではあっても人権概念の問題に含まれる可能性を認識しながらも、ストレートな人権問題というよりも、少なくとも、家族財産帰属・配分の観点から考えなければならないと主張される (水野前掲 (309) 169-70 頁)。
- 311 大石前掲 (14) 10 頁。
- 312 最大決平成 25 年 9 月 4 日では、婚外子の地位の性質 (自らの意思で変えることができない) ことを考慮しながらも、それを審査の厳格度を高める根拠とはしなかった (糖塚前掲 (132) 87 頁)。最大決平成 25 年 9 月 4 日は、自己の社会的地位 (婚外子) が「自らの意思や努力で変えることができない」ものであることと、その位置から「重要な法的地位」を得られないことの双方の要件が満たされたときに、平等違反審査の厳格度を高めるといふ最大判平成 20 年 6 月 4 日の立場を採り (蟻川前掲 (234) 113 頁)、婚内子と同等の法定相続分を得る地位は重要な法的地位ではないと判断した (蟻川前掲 (68) 16 頁)。

- 313 Eric K. Yamamoto, *Representing Race: Critical Race Praxis: Race Theory and Political Lawyering Practice in Post-Civil Rights America*, 95 Mich. L. Rev. 821, 847–48 (1997).
- 314 Richard D. Kahlenberg, *Getting Beyond Racial Preferences: The Class-Based Compromise*, 45 Am. U.L. Rev. 721, 728 (1996).
- 315 Adam Lamparello & Cynthia Swann, *The New Affirmative Action after Fisher v. University of Texas: Defining Educational Diversity through the Sixth Amendment's Cross-Section Requirement*, 69 SMU L. Rev. 387, 390 (2016).
- 316 Alexander Bickel, *The Morality of Consent* 133–34 (1975).
- 317 *Minnick v. Cal. Dep't of Corr.*, 452 U.S. 105, 128–29 (Stewart, J., dissenting) (1981) (quoting *Fullilove v. Klutzunick*, 448 U.S. 448, 525 (Stewart, J., dissenting) (1980)).
- 318 *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677, 686 (1973) (Brennan, J., for a plurality).
- 319 *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267, 277 (Powell J., jointed by Burger C.J, Rehnquist, O'Connor JJ., plurality).
- 320 Clark D. Cunningham, *After Grutter Things Get Interesting! The American Debate Over Affirmative Action Is Finally Ready for Some Fresh Ideas From Abroad*, 36 Conn. L. Rev. 665, 672 (2004).
- 321 *See Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U.S. 265, 310 (Powell, J. pinion)(1978); *Wygant*, 476 U.S. 276, 276 (Powell J., jointed by Burger C.J & Rehnquist, O'Connor JJ., plurality) (1986); *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 324 (O'Connor J jointed by Stevens, Souter, Ginsburg & Breyer JJ., majority) (2003).
- 322 Neal Devins, *Affirmative Action After Regan*, 68 Tex. L. Rev. 353, 375 (1989).
- 323 Jamie L. Baker, *Back to Basics A Functional Strict Scrutiny Solution to the Affirmative Action Controversy*, 22 Ohio N.U.L. Rev. 1363, 1364 (1996).
- 324 Adam Lamparellob, *The More Things Change, The More They Stay The Same: Why Fisher v. University of Texas at Austin Will Not Fundamen-*

- tally *Alter the Affirmative Action Landscape*, 24 U. Miami Bus. L. Rev. 1, 6 (2015).
- 325 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, 947 (2008).
- 326 City of Richmond v. J.A. Croson, 488 U.S. 469, at 497–498 (quoting Wygant, 476 U.S. at 275 (O'Connor jointed by Rehnquist C.J, White, Kennedy JJ., plurality) (1989).
- 327 Wygant, 476 U.S. at 274 (Powell J., jointed by Burger C.J, Rehnquist, O'Connor JJ., plurality).
- 328 Wygant, 476 U.S. at 286 (Powell J., jointed by Burger C.J & Rehnquist, O'Connor JJ., plurality).
- 329 See Lisa E. Chang, *Remedial Purpose and Affirmative Action: False Limits and Real Harms*, 16 Yale L. & Pol'y Rev. 59, 64 (1997).
- 330 顕著な不均衡を立証するためには、有資格者と問題とされた地位との間の不均衡の存在を立証する必要がある (Croson, 488 U.S. at 498–506 (O'Connor jointed by Rehnquist C.J & White, Stevens, Kennedy JJ., majority))。しかし、マイノリティが有資格者に占める割合が少なければ、顕著な不均衡はそもそも存在しない (Evan Gerstmann & Christopher Shortell, *The Many Faces of Strict Scrutiny: How The Supreme Court Changes The Rules in Race Cases*, 72 U. Pitt. L. Rev. 1, 19–20 (2010))。
- 331 Neil Gotanda, *A Critique of "Our Constitution is Color-Blind"*, 44 Stan. L. Rev. 1, 2 (1991).
- 332 See Paul W. Taylor, *Reverse Discrimination and compensatory justice*, 33 Analysis 177 (1973).
- 333 Paul Brest, *The Supreme Court 1975 Term, Foreward: in Defense of the Antidiscrimination Principle*, 90 Harv L.Rev 1, 10 (1976).
- 334 See Michael Klarman, *An Interpretive History of Modern Equal Protection*, 90 Mich. L. Rev. 213, 249 (1991)。もっとも、人種の定義は複雑であり (See Ian F. Haney Lopez, *The Social Construction of Race: Some Observations on Illusion, Fabrication, and Choice*, 29 Harv. C.R.-C.L. L. Rev.

- 1 (1994)、実際には、人種及びエスニック的アイデンティティは変わりやすいと指摘される (Chang, *supra* note 329, at 59)。法制度上の人種区分は変遷し (See Kenneth E. Payson, Check One Box: Reconsidering Directive No. 15 and the Classification of Mixed-Race People, 84 Calif. L. Rev. 1233, 1248-51 (1996))、人種区分は動的及び流動的な分類だとされている (John A. Powell & Stephen Menendian, *The Limits of Exhaustion and the Future of Race-Conscious University Admissions*, 47 U. Mich. J.L. Reform 899, 917 n.79 (2014))。
- 335 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, 1154 (2013)。AA は人種区分を用いてあるグループに社会的資源を獲得させる一方で、対象外のグループにそれを喪失させたり、その獲得のハードルを高める。AA はマイノリティに社会的資源を付与すると認識されてきたため、差別的な施策 (マイノリティに不利益を及ぼす) と同じように、疑わしいのかが問題となる (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, 275-76 (2015))。だが、AA の支持派の裁判官でさえも、人種による評価は不道德だと認識している (Adeno Addis, *Role Models and the Politics of Recognition*, 144 U. Pa. L. Rev. 1377 (1996))。
- 336 See Kahlenberg, *supra* note 314, at 728.
- 337 See Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, Foundation Press 1524 (1988); J.M. Balkin, *The Constitution States*, 106 Yale.L.J. 2313, 2366 (1997).
- 338 Cass R. Sunstein, *The Anticaste Principle*, 92 Mich L. Rev. 2410, 2443 (1994).
- 339 Balkin, *supra* note 337, at 2358; Reva B. Siegel, *Why Equal Protection No Longer Protects*, 49 Stan. L. Rev. 1111 (1997); Kenji Yoshino, *Assimilationist Bias in Equal Protection: The Visibility Presumption and the Case of "Don't Ask, Don't Tell,"* 108 Yale L.J. 485 (1998).

- 340 See William J. Wilson, *The Truly Disadvantaged: The Inner City, the Underclass, and Public Policy* 12–13, University of Chicago Press (1987).
- 341 Sheila Foster, *Difference and Equality: A Critical Assessment of the Concept of “Diversity”*, 1993 Wis.L.Rev 107, 136.
- 342 *Brown v. City of Oneonta*, 221 F.3d 329, 334 (2d Cir. 2000).
- 343 Albert W. Alschuler, *Racial Profiling and the Constitution*, 2002 U. Chi. Legal F.163, 179 (2002).
- 344 *Reitman v. Mulkey*, 387 U.S. 369, 370–71 (1967).
- 345 Kahlenberg, *supra* note 314, at 726–27.
- 346 Paul Brest & Miranda Oshige, *Affirmative Action for Whom?*, 47 Stan. L. Rev. 855, 878 (1995).
- 347 Klarman, *supra* note 334, at 264.
- 348 Michael Kagan, “*Unelected Faculty*”: *Schuetz v. Coalition and the Limits of Academic Freedom*, 5 Calif. L. Rev. Circuit 286 (2014).
- 349 See Richard D. Kahlenberg, *The Remedy: Class, Race, and Affirmative Action* 217 n.18, Basic Books (1996).
- 350 See Daniel A. Farber, *The Outmoded Debate Over Affirmative Action*, 82 Calif. L. Rev. 893, 925 (1994).
- 351 *Hunter v. Erickson* 393 U.S. 385 (1969).
- 352 *Washington v. Seattle School District No. 1*, 458 U.S. 457 (1982).
- 353 THE SUPREME COURT 2013 TERM: LEADING CASE: CONSTITUTIONAL LAW: *Fourteenth Amendment — Equal Protection Clause — Political-Process Doctrine — Schuetz v. Coalition to Defend Affirmative Action, Integration and Immigrant Rights and Fight for Equality By Any Means Necessary (BAMN)*, 128 Harv. L. Rev. 281 (2014).
- 354 *Gaston County v. United States*, 395 U.S. 285, 291 (1969).
- 355 Peter J. Rubin, *Reconnecting Doctrine and Purpose: A Comprehensive Approach to Strict Scrutiny After Adarand and Shaw*, 149 U. Pa. L. Rev. 1, 17 (2000).
- 356 Kahlenberg, *supra* note 349, at 156.
- 357 Gary Orfield & Chungmei Lee, *Historic Reversals, Accelerating*

- Resegregation, and the Need for New Integration Strategies 5 (2007). マイノリティが資質形成に劣悪な環境に置かれることは、成人になったときに資格の欠如を生じさせ、多くの利益へのアクセスを喪失させる (George Sher, *Justifying Reverse Discrimination in Employment*, 4 *Philosophy & Public Affairs* 159, 162 (1975))。
- 358 Barnes, Chemerinsky & Willig, *supra* note 335, at 301–02.
- 359 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, 104 (2016).
- 360 Carl L. Bankston III, *Grutter v. Bollinger: Weak Foundations?*, 67 *Ohio St. L.J.* 1 (2006). 他方、学校の事実上の人種分離も資源の違いも、黒人と白人の子どもの学力差とは無関係であるとの研究もなされている (David J. Armor, *The End of School Desegregation and the Achievement Gap*, 28 *Hastings Const. L.Q.* 629, 653 (2001))。
- 361 Grutter, 539 U.S. at 345 (Ginsburg, J., concurring).
- 362 Ronald D. Taylor *et al.*, *Explaining the School Performance of African-American Adolescents*, 4 *J. Res. on Adolescence* 21, 38 (1994).
- 363 Leon F. Bouvier, *Peaceful Invasions: Immigration and Changing America 184–85*, University Press of Amer (1992).
- 364 Rubin, *supra* note 355, at 20.
- 365 Peter J. Rubin, *Equal Rights, Special Rights, and the Nature of Antidiscrimination Law*, 97 *Mich. L. Rev.* 564, 590–91 (1998).
- 366 See Michael J. Klarman, *Brown and Lawrence (and Goodridge)*, 104 *Mich. L. Rev.* 431, 446 (2005).
- 367 Christopher W. Schmidt, *Essay, Brown and the Colorblind Constitution*, 94 *Cornell L. Rev.* 203, 222–23 (2008).
- 368 Klarman, *supra* note 334, at 243.
- 369 See *Naim v. Naim*, 350 U.S. 891 (1955).
- 370 *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).
- 371 *Oyama v. California*, 332 U.S. 633 (1948).
- 372 Bill O. Hing, *Beyond the Rhetoric of Assimilation and Cultural Plural-*

- ism: Addressing the Tension of SePtism and Conflict in an Immigration-Driven Multiracial Society*, 81 Cal. L. Rev. 863, 982 (1993).
- 373 Kevin R. Johnson, *Civil Rights and Immigration: Challenges for the Latino Community in the Twenty-First Century*, 8 La Raza L.J. 42, 80 (1995).
- 374 Iris M. Young, *Justice and the Politics of Difference* 204, Princeton University Press (1990). 既存の評価基準におけるメリットの定義の改善が主張されている (Adrian Liu, *Affirmative Action & Negative Action: How Jian Li's Case Can Benefit Asian Americans*, 3 Mich. J. Race & L. 391, 413 (2008))。
- 375 Kwame A. Appiah, *The Diversity of Diversity*, in *The Value of Diversity for Democracy and a Prosperous Society*, Edited by Earl Lewis and Nancy Cantor, 161, 164-66 Princeton University Press (2016). マイノリティは人種主義に直面し、社会的資源を獲得するために努力する動機を挫かれるとされる (Bruce P. Lapenson, *Affirmative Action and The Meanings of Merit* 38-39, University Press of America (2009))。
- 376 See James Rachels, *Are Quotas Sometimes Justified?* in *Affirmative Action and the University: A Philosophical Inquiry* 221, Temple University Press (1993) edited by Steven M. Cahn; 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, 785-86 (2004).
- 377 Lapenson, *supra* note 375, at 40-41.
- 378 Lapenson, *supra* note 375, at 52.
- 379 例えば、黒人所有の業者が公共事業を受注する割合が少なく (Earl M. Maltz, *Ignoring The Real World: Justice O'Connor and Affirmative Action in Education*, 57 Cath. U.L. Rev. 1045, 1050 (2008))、有色人種はロー・スクール
の教員に占める割合が少ない (Patrick M. Garry, *How Strictly Scrutinized?: Examining the Educational Benefits the Court Relied Upon in Grutter*, 35 Pepp. L. Rev. 649, 657-59 (2008)) 等である。
- 380 See Thomas Sowell, *Civil Rights: Rhetoric or Reality?* 42-48, HarperCollins e-books (1984).

- 381 Richard J. Herrnstein & Charles Murray, *The Bell Curve: Intelligence and Class Structure in American Life* 276–80, 320–22, Free Press (1994).
- 382 Lance Hill, *Nazi Race Doctrine in the Political Thought of David Duke*, in *The Emergence of David Duke and the Politics of Race* 94, 100–02, University of North Carolina Press (1992) edited by Douglas D. Rose.
- 383 T. Alexander Aleinikoff, *A Case for Race-Consciousness*, 91 Colum. L. Rev. 1060, 1101 (1991).
- 384 See Cass R. Sunstein, David Schkade, & Lisa Michelle Ellman, *Ideological Voting on Federal Courts of Appeals: A Preliminary Investigation*, 90 Va. L. Rev. 301, 340 (2004).
- 385 See Michelle Chase, *Gender Discrimination, Higher Education, and the Seventh Circuit: Balancing Academic Freedom with Protections Under Title VII*, *Case Note: Farrell v. Butler University*, 22 Wis. Women's L.J. 153, 160 (2007).
- 386 Aleinikoff, *supra* note 384, at 1101.
- 387 Foster, *supra* note 341, at 134–35.
- 388 See Barnes, Chemerinsky & Willig, *supra* note 335, at 294–95.
- 389 Devon W. Carbado & Cheryl I. Harris, *The New Racial Preferences*, 96 Cal. L. Rev. 1139, 1148–53 (2008).
- 390 Daniel P. Tokaji, *Asian Americans and Affirmative Action*, 1 Nexus J. Op. 47, 53–54 (1996).
- 391 Charles R. Lawrence III, *The Id, The 3Ego, and Equal Protection: Reckoning With Unconscious Racism*, 39 Stan. L. Rev. 317, 322 (1987).
- 392 Brest & Oshige, *supra* note 346, at 860; Richard Delgado & Jean Stefancic, *Critical Race Theory: An Introduction* 1–2, New York University Press (2d ed. 2012).
- 393 Lorin J. Lapidus, *Diversity Divergence: A Post Grutter Examination of Racial Preferences in Public Employment*, 28 W. New Eng. L. Rev. 199, 255 (2006). 伝統的な市民権の議論は、マイノリティの社会経済的に不利な状況を人種に基づく偏見に帰している (Payson, *supra* note 334, at 1286)。

- 394 Aleinikoff, *supra* note 384, at 1060.
- 395 Derrick Bell, *Faces at the Bottom of the Well: The Permanence of Racism 197–200*, Basic Books (1992).
- 396 Bell, *supra* note 395.
- 397 Benjamin L. Hooks, *Affirmative Action: A Needed Remedy*, 21 Ga. L. Rev. 1043, 1053 (1987).
- 398 Ivan E. Bodensteiner, *Although Risky After Ricci and Parents Involved, Benign Race-Conscious Action Is Often Necessary*, 22 Nat'l Black L.J. 1, 33 (2009). 例えば、マイノリティへの社会福祉の大幅な切り下げは、人種主義によって生じていると指摘される (Sunstein, *supra* note 338, at 2429)。
- 399 *See* Bakke, 438 U.S. at 400 (Marshall, J., dissenting).
- 400 Aleinikoff, *supra* note 384, at 1098.
- 401 Wygant, 476 U.S. at 276 (Powell J., jointed by Burger C.J, Rehnquist, O'Connor JJ., plurality) (1986); Croson, 488 U.S. at 527 (Scalia, J., concurring).
- 402 Richard L. Zweigenhaft & G. William Domhoff, *Blacks in the White Establishment? A Study of Race and Class in America*, 150, Yale University Press (1991).
- 403 Lapenson, *supra* note 375, at 69.
- 404 Marty B. Lorenzo, *Race-Conscious Diversity Admissions Programs: Furthering a Compelling Interest*, 2 Mich. J. Race & L. 361, 408 (1997).
- 405 Shelby Steele, *The Content of Our Character: A New Vision of Race in America* 109 (1990).
- 406 *See* August Meier & John H. Bracey, Jr., *The NAACP as a Reform Movement, 1909–1965: “To Reach the Conscience of America,”* 59 J.S. Hist. 3, 8–26 (1993).
- 407 Bertrall Ross, *Partisan Gerrymandering, The First Amendment, and The Political Outsider*, 118 Colum. L. Rev. 2187, 2194 (2018).
- 408 Bertrall Ross, *Partisan Gerrymandering, The First Amendment, and The Political Outsider*, 118 Colum. L. Rev. 2187, 2196 (2018).

- 409 NAACP v. Button, 371 U.S. 415 (1963).
- 410 See Bates v. City of Little Rock, 361 U.S. 516, 524 (1960) (「会員の開示から生じた共同体の敵意と経済的報復の脅威が、新しいメンバーの組織への加入を思いとどまらせ、既存のメンバーの退会を促したとする証拠」を認定している。) ; Patterson, 357 U.S. at 462-63 (NAACP の会員表の州による強制的な開示から生じる結社の行為に対する抑止を特定している。) .
- 411 See Gibson v. Fla. Legislative Investigation Comm., 372 U.S. 539, 557-58 (1963) (NAACP に対して会員表の開示を強制するフロリダ州議会の委員会の試みを違憲だとしている。) ; Bates, 361 U.S. at 525 (NAACP による会員名を開示を要求する地方の職業免許税条例を無効にしている。) ; Patterson, 357 U.S. at 466 (会員名の開示を NAACP に強いるアラバマ州の試みを無効にしている。) .
- 412 Gibson, 372 U.S. at 544.
- 413 Bates, 361 U.S. at 524.
- 414 See Alexander Keyssar, *The Right to Vote: The Contested History of Democracy in the United States* 195-202 (rev. ed. 2009) (1960 年において、投票行為への州の妨害によって、南部のほぼ 4 分の 3 の黒人が公民権を剥奪されていた事態を描いている。) .
- 415 See Patricia Sullivan, *Lift Every Voice: The NAACP and the Making of the Civil Rights Movement* 287-434 (2009).
- 416 See NAACP v. Button, 371 U.S. 415, 423-26 (1963).
- 417 Bertrall Ross, *Partisan Gerrymandering, The First Amendment, and The Political Outsider*, 118 Colum. L. Rev. 2187, 2198 (2018).
- 418 Button, 371 U.S. 415, 429.
- 419 See Baker, *supra* note 323, at 1367-68; Rubin, *supra* note 355, at 16.
- 420 Gotanda, *supra* note 331, at 4.
- 421 Ian Ayres, *Narrow Tailoring*, 43 UCLA L. Rev. 1781, 1795-96 (1996).
- 422 Charles R. Lawrence III, *Race, Multiculturalism, and the Jurisprudence of Transformation*, 47 Stan. L. Rev. 819, 836 (1995).
- 423 Lorenzo, *supra* note 404, at 409.
- 424 See Jed Rubenfeld, *Affirmative Action*, 107 Yale L.J. 427, 465 (1997); John

- A. Powell, *Racing to Justice: Transforming Our Conceptions of Self and Other to Build an Inclusive Society* 54, Indiana University Press (2012).
- 425 Randell Kennedy, *Racial Critique of Legal Academia*, 102 Harv.L.Rev 1745, 1780 (1989).
- 426 Jerome M. Culp, Jr., *Colorblind Remedies and the Intersectionality of Oppression: Policy Arguments Masquerading as Moral Claims*, 69 N.Y.U. L. Rev. 162, 166 n.15 (1994).
- 427 Gotanda, *supra* note 331, at 7.
- 428 Croson, 488 U.S. at 495 (citing *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 153 n.4 (1938)).
- 429 Stephanie Jackson, *The Curious Case for Fisher II & The Vanishing Diversity Interest*, 7 Wake Forest J. L. & Pol'y 59, 65 (2016).
- 430 Bakke, 438 U.S. at 357 (Brennan, White, Marshall, and Blackmun, JJ., dissenting).
- 431 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, 9 n.36 (1972).
- 432 *Kadrmas v. Dickinson Pub. Sch.*, 487 U.S. 450, 457–58 (1988); George R. La Noue, *Western States' Light: Restructuring The Federal Transportation Disadvantaged Business Enterprise Program*, 22 GEO. Mason U. Civ. Rts. L.J. 1, 5–6 (2011); 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, 708 (2014).
- 433 典型的には、厳格審査の適用は憲法適合性審査の結果を決定づけ、常に違憲になると理解されていたため、否定派と肯定派の間で司法審査基準を巡って議論がなされていた (Michelle Adams, *Searching for Strict Scrutiny in Grutter v. Bollinger*, 78 Tul. L. Rev. 1941, 1945 (2004))。だが、厳格審査には判断形成機関の判断を敬讓する敬讓型の厳格審査が存在し、厳格審査の適用によって AA が常に違憲と判断されるわけではない (拙稿前掲 (1) 参照)。
- 434 Powell & Menendian, *supra* note 334, at 914.

- 435 See Lamparello & Swann, *supra* note 315, at 387.
- 436 Croson , 488 U.S. 469, 494 (O'Connor J., jointed by Rehnquist C.J., White, Kennedy JJ., plurality) (1989).
- 437 Rubinfeld, *supra* note 424, at 434.
- 438 Stephen A. Siegel, *The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny*, 48 Am. J. Legal Hist. 355 (2006).
- 439 Yamamoto, *supra* note 313, at 847.
- 440 Liu, *supra* note 374, at 406.
- 441 See Chang, *supra* note 329, at 93–94.
- 442 Schmidt, *supra* note 376, at 779–80.
- 443 Culp, *supra* note 426, at 169.
- 444 See Thomas F. Pettigrew, *Advancing Racial Justice in Opening Doors: Perspectives on Race Relations in Contemporary America 173–76*, University of Alabama Press (1991) edited by Harry J. Knopke *et al.*
- 445 Elise C. Boddie, *Response: The Future of Affirmative Action*, 130 Harv. L. Rev. F. 38, 39 (2016).
- 446 Bodensteiner, *supra* note 398, at 33.
- 447 See Zoe Burkholder, *Color In The Classroom: How American Schools Taught Race 1900–1954* 178, Oxford Univ Press (2011).
- 448 Gotanda, *supra* note 331, at 49–50.
- 449 Bakke, 438 U.S. at 407 (Blackmun, J., dissenting).
- 450 Aleinikoff, *supra* note 384, at 1108–10.
- 451 Bernal v. Fainter, 467 U.S. 216, 220 n.6 (Marshall, J., majority) (1984).
- 452 Lamparellob, *supra* note 324, at 17.
- 453 See Fullilove, at 518–19 (Marshall, J., jointed by Brennan, Blackmun JJ., concurring).
- 454 Bakke, 438 U.S. at 357–60 (Brennan J., jointed by White, Marshall, and Blackmun, JJ., dissenting).
- 455 Croson, 488 U.S. at 551–52 (Marshall, J., jointed by Brennan, Blackmun JJ., dissenting).
- 456 Selena Dong, *“Too Many Asians”: The Challenge of Fighting Discrimina-*

- tion Against Asian-Americans and Preserving Affirmative Action*, 47 Stan. L. Rev. 1027, 1053 (1995).
- 457 Bakke, 438 U.S. at 360–61 (Brennan J., joined by White, Marshall, Blackmun JJ., dissenting).
- 458 Grutter, 539 U.S. at 346 (Ginsburg J., concurring).
- 459 Sheet Metal Workers, 478 U.S. at 480 (Brennan J., joined by Marshall, Blackmun, Stevens JJ., plurality); Paradise, 480 U.S. at 178 (Brennan J., joined by Marshall, Blackmun, Powell JJ., plurality).
- 460 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).
- 461 Wygant, 476 U.S. at 302 (Marshall J. joined by Brennan & Blackmun JJ., dissenting).
- 462 Brown, 347 U.S. at 494–95.
- 463 Joel K. Goldstein, *Justice O'Connor's Twenty-Five Year Expectation: The Legitimacy of Durational Limits in Grutter*, 67 Ohio St. L.J. 83, 136 (2006).
- 464 人種的従属によって、マジョリティは優位な地位にたってきたとされる (Young, *supra* note 374, at 151–57)。
- 465 Robin West, *The Meaning of Equality and the Interpretive Turn*, 66 Chi-Kent L. Rev. 451, 470–71 (1990).
- 466 Calvin Massey, *The New Formalism: Requiem for Tiered Scrutiny?*, 6 U. Pa. J. Const. L. 945, 975 (2004).
- 467 Schmidt, *supra* note 376, at 775.
- 468 Randall Kennedy, *Persuasion and Distrust: A Comment on the Affirmative Action Debate*, 99 Harv. L. Rev. 1327, 1335–36 (1986); Schmidt, *supra* note 376, at 778–89; Jack M. Balkin, *Abortion and Original Meaning*, 24 Const. Comment. 291, 315–16 (2007).
- 469 Sunstein, *supra* note 338, at 2411.
- 470 Scott Grinsell, *“The Prejudice Of Caste”: The Misreading Of Justice Harlan And The Ascendency Of Anticlassification*, 15 Mich. J. Race & L. 317,

- 325 (2010).
- 471 Kenneth L. Karst, *Citizenship, Race, and Marginality*, 30 Wm. & Mary L. Rev. 1, 1-2 (1988).
- 472 Beer v. United States, 425 U.S. 130, 141 (1976).
- 473 Rubinfeld, *supra* note 424, at 465..
- 474 Rubinfeld, *supra* note 424, at 435.
- 475 Brest & Oshige, *supra* note 346, at 880; Reva Siege, *Equality Talk: Anti-subordination and Anticlassification Value in Constitutional Struggles Over Brown*, 117 Har. L. Rev. 1470, 1501 (2004).
- 476 Rubinfeld, *supra* note 424, at 461,
- 477 Bertrall L. Ross II, *Democracy and Renewed Distrust: Equal Protection and the Evolving Judicial Conception of Politics*, 101 Calif. L. Rev. 1565, 1596 (2013).
- 478 Deborah C. Malamud, *Affirmative Action, Diversity, and the Black Middle Class*, 68 U. Colo. L. Rev. 939, 979 (1997).
- 479 Siege, *supra* note 475, at 1504.
- 480 人種別学制や異人種婚禁止法はマイノリティにスティグマを及ぼすことから、その合憲性は綿密に審査されたとする (Ross II, *supra* note 477, at 1596)。
- 481 Memphis v. Greene, 451 U.S. 100 (1981).
- 482 David Kairys, *Unexplainable on Grounds Other than Race*, 45 Am. U.L. Rev. 729, 733 (1996).
- 483 Kimberle W. Crenshaw, *Race, Reform and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law*, 101 Harv. L. Rev. 1331 (1988).
- 484 Foster, *supra* note 341, at 136.
- 485 See Brest & Oshige, *supra* note 346, at 873-74.
- 486 See Rubin, *supra* note 355, at 20.
- 487 Kennedy, *supra* note 468, at 1335-36.
- 488 Siege, *supra* note 475, at 1472-73.
- 489 Brest & Oshige, *supra* note 346, at 899.

- 490 See Neal Devins, *Adrand Constructors, inc. v. Pena and The Continuing Irrelevance of Supreme Court Affirmative Action Decisions*, 37 Wm. & Mary L. Rev. 673, 677–78 (1996).
- 491 Tokaji, *supra* note 390, at 65.
- 492 Crenshaw, *supra* note 483, at 1346–47.
- 493 Alexandra Natapoff, *Note, Trouble in Paradise: Equal Protection and the Dilemma of Interminority Group Conflict*, 47 Stan. L. Rev. 1059, 1059, 1062 (1995).
- 494 Tokaji, *supra* note 390, at 56–57. 人種的不均衡を作り出す構造（人種区分の禁止）が人種的従属を作り出すと理解されている（Robert L. Hayman, Jr., *Re-Cognizing Inequality: Rebellion, Redemption and the Struggle for Transcendence in the Equal Protection of the Law*, 27 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 9, 48–49 (1991)）。
- 495 Lawrence III, *supra* note 422, at 823–24 n.22.
- 496 Foster, *supra* note 341, at 107.
- 497 Barnes, Chemerinsky & Willig, *supra* note 335, at 289.
- 498 *City of Richmond v. J.A. Croson, Co.*, 488 U.S. 469, 493 (1989) (O'Connor J., joined by Rehnquist C.J. & White, Kennedy JJ., plurality).
- 499 学説でも、人種区分（AA）によって生じたスティグマ（劣等視）が人種的敵意を生じさせる旨が指摘されており、スティグマと敵意を結び付けて考えている（See Brest & Oshige, *supra* note 346, at 858）。
- 500 *Bakke*, 438 U.S. at 294 n.34 (Powell J., opinion); *Metro Broadcasting*, 497 U.S. at 636 (Kennedy, J., dissenting); *Croson*, 488 U.S. at 493–94 (O'Connor, J., joined by Rehnquist, C.J., White, J. plurality).
- 501 Reva B. Siegel, *Equal Divided*, 127 Harv. L. Rev. 1, 42 n. 205 (2013).
- 502 人種主義は支配的な人種の他の人種への排他的感情だと説明されている（Johnson, *supra* note 377, 82–88）。
- 503 Larry Alexander & Maimon Schwarzschild, *Grutter or Otherwise: Racial Preferences and Higher Education*, 21 Const. Comment. 3, 7 (2004); Peter N. Kirsanow, *Race Discrimination Rationalized Again*, 2016 Cato Sup. Ct. Rev. 59, 78.

- 504 See James H. Johnson, Jr. & Walter C. Farrell, Jr., *The Fire This Time: The Genesis of the Los Angeles Rebellion of 1992*, 71 N.C. L. Rev. 1403, 1409 (1993); Gerstmann & Shortell, *supra* note 330, at 48.
- 505 Edwin Meese III, *Civil Rights, Economic Progress, and Common Sense*, 14 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 150, 154 (1991).
- 506 Brest, *supra* note 333, at 17.
- 507 Young, *supra* note 374, at 200.
- 508 AA はマイノリティの中でも比較的優位な状況にある者に直接的に利益を与えるため、AA に伴う負担を負った個々のマジョリティの怒りと敵意をさらに増やし、それが人種的分断を助長するとされる (See Morris B. Abram, *Affirmative Action: Fair Shakers and Social Engineers*, 99 Harv. L. Rev. 1312, 1322-23 (1986); Wilson, *supra* note 340, at 125)。
- 509 Ivan E. Bodensteiner, *Affirmative Action — The Need for Leadership*, 39 How. L.J. 757, 759 (1996).
- 510 AA はマジョリティの敵意を生じさせる (Paul M. Sniderman & Thomas Piazza, *The Scar of Race* 109, Belknap Press (1993))。
- 511 Jared M. Mellott, *The Diversity Rationale for Affirmative Action in Employment After Grutter*, 48 Wm and Mary L. Rev. 1091 (2006).
- 512 Charles Fried, *Metro Broadcasting, Inc. v. Fcc: Two Concept of Equality* .104 Harv. L. Rev. 107, 111-12 (1990); Susan Sturm & Lani Guinier, *The Future of Affirmative Action: Reclaiming The Innovative Ideal*, 84 Cal. L. Rev. 953, 1027 (1996).
- 513 *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC*, 497 U.S. 547, 603 (1990) (O'Connor, J., joined by Rehnquist C.J, Scalia, Kennedy JJ., dissenting).
- 514 See Bickel, *supra* note 316, at 133.
- 515 Robert C. Post, *Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law*, 117 Harv. L. Rev. 4, 65 n.294 (2003).
- 516 Meese III, *supra* note 505, at 154.
- 517 多くの者は人種に基づく AA が本来的に不公正だと考えているが (Richard H. Fallon, Jr, *Affirmative Action Based on Economic Disadvantage*, 43 UCLA L. REV. 1913, 1949 (1996))、懐疑主義の背景には、人種区分 (AA)

- により生じたスティグマが敵意を生じさせ、分断を助長することがある。
- 518 Grutter, 539 U.S. at 388 (Kennedy, J., dissenting).
- 519 Siegel, *supra* note 501, at 42 n. 205. ケネディ裁判官は人々を個人ではなく人種で評価することになり、人種が自己の利益獲得の切り札として主張されることで、分裂を作り出す旨を指摘している (*See Parents Involved Community Schools v. Seattle School District*, 551 U.S. 701, 793–97 (Kennedy J., concurring) (2007))。
- 520 Grutter, 539 U.S. 306 (O'Connor J., jointed by Stevens, Breyer, Ginsburg & Souter JJ., majority)(2003); Fisher II, 136 S. Ct. 2198 (Kennedy J., jointed by Ginsburg, Breyer & Sotomayor JJ., majority).
- 521 *See* Angela P. Harris, *Equality Trouble: Sameness and Difference in Twentieth-Century Race Law*, 88 Cal. L. Rev. 1925, 2006 (2000).
- 522 Vikram Amar & Evan Caminker, *Constitutional Sunsetting? Justice O'Connor's Closing Comments in Grutter*, 30 Hastings Const. L.Q. 541, 549 (2003).
- 523 *See* Addis, *supra* note 335, at 1449.
- 524 Christopher Jencks, *Rethinking Social Policy* 26, HarperCollins (1993).
- 525 Jencks, *supra* note 524, at 26.
- 526 *See* Goldstein, *supra* note 463, at 138.
- 527 *See* Johnson & Farrell, *supra* note 504, at 1409.
- 528 Meese III, *supra* note 505, at 154.
- 529 J. Stephen Reinhardt, *Civil Rights and the New Federal Judiciary: The Retreat from Fairness*, 14 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 142, 145 (1991).
- 530 Jack Greenberg, *Affirmative Action in Higher Education: Confronting the Condition and Theory*, 43 B.C. L. Rev. 521, 611 (2002); 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); Goldstein, *supra* note 463, at 122.
- 531 *See* Kairys, *supra* note 482, at 730–31.
- 532 *See* Charles Fried, *Saying What The Law Is* 239 (2004).
- 533 *See* Goldstein, *supra* note 463, at 109.

- 534 Katz, *supra* note 460, at 319.
- 535 Brown, 347 U.S. at 494-95.
- 536 Brown, 347 U.S. at 495.
- 537 Rubin, *supra* note 355, at 39 n.98.
- 538 Alexander M. Bickel, *The Supreme Court and the Idea of Progress* 119-20, Yale Univ. Press (1978).
- 539 Rubin, *supra* note 355, at 41-42.
- 540 Rubin, *supra* note 355, at 20.
- 541 See Klarman, *supra* note 366, at 466.
- 542 「分離すれども平等」の法理(人種分離されていても施設が同等であれば平等保護条項に違反しないとする考え)は、黒人の地位の格下げの法的表明であった(Rubinfeld, *supra* note 424, at 453)。
- 543 Charles L. Black, Jr., *The Lawfulness of the Segregation Decisions*, 69 Yale L.J. 421, 425-28 (1960).
- 544 Brown v. Board of Education, 349 U.S. 294, 301 (1955).
- 545 早瀬勝明「ブラウン判決は本当にアメリカ社会を変えたのか(2・完)」法政論叢 36号(2006)1頁, 29頁。
- 546 勝田卓也「ブラウン判決再考」法学雑誌 53巻3号(2007)711頁, 729頁。
- 547 Croson, 488 U.S. at 493(O'Connor J., jointed by Rehnquist C.J. & White, Kennedy J.J., plurality); Adarand Constructor, Inc v. Peña, 515 U.S.200, 226 (quoting Richmond v. Croson, 488 U.S. 469, 493 (O'Connor jointed by Rehnquist C.J., White J., plurality) (1989)).
- 548 See Derek W. Black, *In Defense of Voluntary Desegregation: All Things Are Not Equal*, 44 Wake Forest L. Rev. 107, 108 (2009).
- 549 このような理解を示す見解として以下参照。Rubinfeld, *supra* note 424, at 443; Suzanne E. Eckes, *Diversity in Higher Education: The Consideration of Race in Hiring University Faculty*, 2005 BYU Educ. & L. J. 33, 49; Oluwole & Green III, *supra* note 432, at 712.
- 550 See Aleinikoff, *supra* note 384, at 1091-92; Robin D. Barnes, *Politics and Passion: Theoretically a Dangerous Liaison*, 101 Yale L.J. 1631, 1638 (1992); Nicolaus Mills, *Introduction: To Look Like America*, in *Debating*

- Affirmative Action, Race, Gender, Ethnicity, and the Politics of Inclusion
30, Delta Trade Paperbacks (1994) edited by Nicolaus Mills.
- 551 Kennedy, *supra* note 468, at 1330–31.
- 552 Kennedy, *supra* note 468, at 1331.
- 553 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, 153–54 (1996); Culp, *supra* note 426, at 171–72, 188.
- 554 See Kelsey Inouye, *Asian Americans: Identity and the Stance on Affirmative Action*, 23 Asian Am. L.J. 145, 155–56 (2016).
- 555 See Goldstein, *supra* note 463, at 130 n.245; Ross II, *supra* note 477, at 1596–97.
- 556 Lawrence III, *supra* note 422, at 823–24 n.23.
- 557 Anthony L. Antonio *et al.*, *Effects of Racial Diversity on Complex Thinking in College Students*, 15 Psychol. Sci. 507, 508 (2004); Christine Jolls & Cass Sunstein, *The Law of Implicit Bias*, 94 Cal. L. Rev. 969, 981 (2006).
- 558 中間派と肯定派の裁判官は、主要機関での人種的不均衡の解消がステイグマを無くすため、AA を支持している (Grutter, 539 U.S. at 322)。
- 559 Foster, *supra* note 341, at 107.
- 560 マイノリテグループのメンバーの非常に目に見える成功は、マイノリティの評価を高めるとされる (Brest & Oshige, *supra* note 346, at 871)。
- 561 See Adeno Addis, *The Concept of Critical Mass in Legal Discourse*, 29 Cardozo L. Rev. 97, 144–45 (2007).
- 562 AA はマイノリティへのステイグマを弱める場合も強める場合もあり、両刃の剣だと指摘される (Rubin, *supra* note 355, at 22)。
- 563 Goldstein, *supra* note 463, at 129–30.
- 564 Bodensteiner, *supra* note 509, at 763. 他方、社会的資源の分配の際に社会経済的地位の考慮(階層に基づく AA) を支持する見解は、人種区分がもたらすステイグマによる害悪の大きさを懸念して、人種に基づく AA に反対し (See Fallon, *supra* note 517, at 1949)、階層に基づく AA は対象者にステイグマを課さないと考える (Douglass C. Lawrence, *Does Diver-*

- sity Justify Race-Conscious Admissions Program ?*, 36 Suffolk U. L. Rev. 831, 109-10 (2002)。
- 565 Chang, *supra* note 329, at 79; Tung Yin, *Class-Based Affirmative Action*, 31 Loy. L.A. L. Rev. 213, 255 (1997); R. A. Lenhardt, *Understanding the Mark: Race, Stigma, and Equality in Context*, 79 N.Y.U. L. Rev. 803, 803 (2004).
- 566 Rubin, *supra* note 355, at 22; Roger Clegg, *Attacking “Diversity”: A Review of Peter Wood’s Diversity: The Invention of a Concept*, 31 J.C. & U.L. 417, 435-36 (2005).
- 567 John A. Powell & Stephen Menendian, *Parents Involved: Mantle of Brown, The Shadow of Plessy*, 46 U. Louisville L. Rev. 631, 632 (2007).
- 568 See Rubinfeld, *supra* note 424, at 449.
- 569 Stanley Crouch, *The All-American Skin Game* 21-32, 66-69 (1995).
- 570 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, 154; Shelby Steele, *The Content of Our Character* 116, St Martins Pr (1990).
- 571 Stephen L. Carter, *Reflections of an Affirmative Action Baby* 14-15 (1991); Lawrence III, *supra* note 422, at 836; Clegg, *supra* note 566, at 435.
- 572 Frank H. Wu, *Neither Black Nor White: Asian Americans and Affirmative Action*, 15 B. C. Third World L. J. 225, 275 (1995); Angela Onwuachi-Willig *et al.*, *Cracking the Egg: Which Came First — Stigma or Affirmative Action?*, 96 Cal. L. Rev. 1299, 1346 (2008).
- 573 Cass R. Sunstein, *Problems with Minimalism*, 58 Stan. L. Rev. 1899, 1903 (2006).
- 574 Lapenson, *supra* note 375, at 29-34.
- 575 Brest, *supra* note 333, at 8-12.
- 576 John E. Morrison, *Colorblindness, Individuality, and Merit: An Analysis of the Rhetoric Against Affirmative Action*, 79 Iowa L. Rev. 313, 342 (1994); Siege, *supra* note 475, at 1472-73.
- 577 スティグマには外的なスティグマ (他者からの劣等視) だけでなく、内的なスティグマ (マイノリティが自らを劣等視) があり、後者はマイノリテ

ィの自尊を害するとされる (Tung Yin, *Class-Based Affirmative Action*, 31 Loy. L.A. L. Rev. 213, 252-53 (1997))。自尊の侵害によって、マイノリティへの劣等視により生じる不利な状況について、マイノリティが自らの無能力が招いたと理解し、是認する可能性がある。

(もぎ・ようへい 桐蔭横浜大学法学部准教授)