

## アフーマティブ・アクションの憲法上の評価 (2・完)

茂木 洋平

### 目 次

I はじめに	(3) 中間派の裁判官の見解
1 問題の所在	3 支持派の裁判官の妥協〔以上、28巻1号〕
2 構成	XI 逆差別とAffirmative Action〔以下、本号〕
II 合衆国の議論を参照する意義	1 マジョリティに対する負担
III アフーマティブ・アクションの評価	2 社会経済的地位の低いマジョリティの負担
1 必要性の認識	3 カラーブラインドの理論との関係
2 慎重な態度	4 個人としての評価
IV 司法審査基準とアフーマティブ・アクションの許容性	5 人種主義の影響
V 社会権規定とアフーマティブ・アクションの憲法上の許容性	6 人種主義の是正の必要性
1 平等保護条項への社会権の意義の読み	7 人種グループの競争と逆差別
2 実質的平等の実現の根拠規定	(1) マイノリティの政治力
3 社会的弱者の保護の認識	(2) 自己取引の危険
4 社会権の意味の変遷	(3) マイノリティ同士の関係
VI 偏見・固定観念・ステレオタイプ	XII スティグマ(劣等性の烙印)とAffirmative Action
VII 逆差別とアフーマティブ・アクション	1 劣等性への懸念
1 アフーマティブ・アクションの差別的施策との共通性	2 Affirmative Actionによる能力主義の補完
2 時間的制約による逆差別の回避	3 スティグマ(劣等性の烙印)の害悪の認識
3 自己実現の妨害	4 自尊の侵害
VIII スティグマ(劣等性の烙印)とアフーマティブ・アクション	5 個別の評価
1 自己実現の阻害	6 資格の測定基準
2 日本と合衆国との状況の違い	7 劣等性を強める要因
IX 合衆国憲法における平等保護条項の解釈	XIII 憲法上の権利としてのアフーマティブ・アクション
1 カラーブラインド	1 反従属原理の参照
2 否定派の見解	2 マジョリティによる多様性の利用
3 中間派の見解	3 不利な状況にあるマイノリティの排除
4 支持派の見解	4 統合と分断の危険
X 司法審査基準とAffirmative Action	5 マジョリティとマイノリティの緊張関係
1 審査基準をめぐる争い	6 マイノリティ同士の緊張関係
2 司法審査基準とAffirmative Actionの憲法上の評価	(1) マイノリティの人口構成の変化
(1) 否定派の裁判官の見解	(2) マイノリティ同士の争い
(2) 支持派の裁判官の見解	7 マイノリティの不満
	XIV おわりに

## XI 逆差別と Affirmative Action

### 1 マジョリティに対する負担

AA の反対者は AA を「逆差別」<sup>269</sup>だと批判し<sup>270</sup>、それは AA の憲法適合性をめぐる主たる論点である<sup>271</sup>。「逆差別」論争に解決の兆候はなく<sup>272</sup>、AA の支持者と批判者の間では<sup>273</sup>、AA が逆差別か否かが争われてきた<sup>274</sup>。

AA は人種の考慮によって対象者（マイノリティ）に社会的資源を与え<sup>275</sup>、マジョリティ（白人）に社会的資源を喪失させ<sup>276</sup>、あるいはその獲得のハードルを高め<sup>277</sup>、逆差別だと批判される<sup>278</sup>。

AA はマジョリティに対して利用可能な機会を縮減し<sup>279</sup>、獲得を望む社会的資源を手に入れづらくするのであり<sup>280</sup>、人種差別だとされる<sup>281</sup>。「逆差別」という批判は、AA によってマジョリティは負担だけを被り<sup>282</sup>、得るところがないという考えから生じる<sup>283</sup>。

### 2 社会経済的地位の低いマジョリティの負担

AA にはマジョリティへの不利益が付随し<sup>284</sup>、AA によってマジョリティはいかりを抱き<sup>285</sup>、行き過ぎた AA は逆差別になると批判される<sup>286</sup>。逆差別はマジョリティの不満を募らせ<sup>287</sup>、マイノリティへのさらなる差別を生じさせるとされる<sup>288</sup>。

だが、AA が実施されても、マジョリティは多くの社会的資源を獲得し<sup>289</sup>、AA によってマジョリティが喪失する社会的資源はそれほど多くはない<sup>290</sup>。AA によってマジョリティは傷つけられておらず<sup>291</sup>、多くの指導的な地位を占め続ける<sup>292</sup>。

AA によって社会的資源を喪失するのは、マジョリティの中でも際にある者であり<sup>293</sup>、それらの者の多くはマジョリティの中でも社会経済的地位の低いグループであることが古くから指摘されている<sup>294</sup>。他方、AA の直接の受益者の多くが社会経済的に優位な状況にあり、資質形成に不利な環境になく<sup>295</sup>、そのことが AA が逆差別であるとの批判を高めたとされる<sup>296</sup>。AA は社会経済的に低い地位に不満を抱えているマジョリティ（白人）に無関心であるため、逆差別の批判がなされたと指摘される<sup>297</sup>。

### 3 カラーブラインドの理論との関係

従来、人種区分の使用によってマイノリティに様々な機会が制限され、マイノリティの社会経済的地位が低く抑えられた結果として、マジョリティが社会的資源を獲得したと理解される<sup>298</sup>。AAは従来の人種区分の使用とは逆の形式(人種を理由にマイノリティに社会的資源を付与し、マジョリティに対してその獲得のハードルを高める)をとる。故に、合衆国ではカラーブラインド(社会的資源を獲得する競争において人種を考慮しない)な社会の達成が目指されたのであり(IX 1)、AAの批判者はカラーブラインドの理論の下ではAAを含めてあらゆる人種区分が有害で違憲だと考え<sup>299</sup>、人種区分による社会的資源の付与によってどのグループが負担を負うにしても、利益を得るとしても、それは道徳的に不当であり<sup>300</sup>、平等と公正の原理に反すると批判される<sup>301</sup>。逆差別という批判には人種を理由とした権利の優劣があるべきではなく<sup>302</sup>、個人として権利を保護すべきであり<sup>303</sup>、AAによってマジョリティ(白人)が被る害悪と差別的な法によって(黒人などの)マイノリティが被ってきた害悪を同一視する<sup>304</sup>。歴史的に人種区分はマイノリティへの抑圧的手段として用いられてきたため、良性の目的が掲げられていても、人種区分は使用すべきではなく、AAは差別であるという考えが生じる<sup>305</sup>。

### 4 個人としての評価

「逆差別」の批判は人種を理由に個人に対して社会的資源の獲得のハードルを高めることが憲法上禁止され<sup>306</sup>、社会的資源の獲得の競争で人種ではなく個人として評価されるべきとの考えに基づく<sup>307</sup>。社会的資源の獲得の競争で、個人の資格ではなく人種によって評価されるときに<sup>308</sup>、逆差別の批判が生じる<sup>309</sup>。

AAに肯定的な見解では、人種主義が浸透している場合には、社会的資源の獲得の競争でマイノリティは資格を公正に評価されず<sup>310</sup>、マイノリティの社会経済的地位の向上が妨げられ<sup>311</sup>、結果として、社会的資源の獲得の競争で、マジョリティはマイノリティと比べて優位な状況にある<sup>312</sup>。AAを否定する議論では、白人(マジョリティ)がマイノリティへの抑圧によって社会的資源を獲得し続けても、人種が考慮されてなければ問題ないと考えている<sup>313</sup>。AAを支持する見解では、偏見をなくし、マイノリティが個人として

評価されるために AA が必要だと認識される<sup>314</sup>。

## 5 人種主義の影響

従来の（マイノリティに不利益を及ぼす）人種差別的な法は意識的にマジョリティ（白人）の優位性に基づき、人種区分を用いることで、社会的資源の獲得に際してマイノリティと比べてマジョリティ（白人）を優位な立場に置く<sup>315</sup>。公民権の実現が目指された時代に、リベラル派は、カラーブラインドの理論によって人種区分をなくすことで、（社会的資源の分配の際に人種による優劣の意識から、マイノリティと比べてマジョリティを優位な状況に置く）人種主義をなくすことを目指した（IX 1）。

AA は、人種を意識するためカラーブラインドの原理と抵触する（IX 1）。カラーブランドの原理が一切の人種区分を禁止すると理解すると<sup>316</sup>、人種区分の使用によってどのグループが利益を得るのか（あるいは負担を負うのか）に関係なく、人種区分は使用できなくなるため、AA は憲法上禁止される<sup>317</sup>。カラーブラインドの原則は、AA の批判者によって、逆差別の批判を展開するために用いられた<sup>318</sup>。

AA の批判者は、人種を意識しないことで、人種主義がなくなると考えた<sup>319</sup>。しかし、人種主義は無意識のうちに生じ、社会的資源の獲得の競争でマジョリティは自身では知らないうちに優位な状況にあるとされる<sup>320</sup>。人種の考慮を一切しないことは、マジョリティの特権を強めるとされる<sup>321</sup>。マジョリティにとって、社会的資源の獲得での自身の優位な現状は捨てがたく<sup>322</sup>、AA への反対は人種主義によって生じるとされる<sup>323</sup>。

人種主義に染まった（無意識のうちに社会的資源を獲得する競争で優位な状況にあることを認識していない）マジョリティは、マイノリティの社会経済的苦境は自己責任であり<sup>324</sup>、人種主義の結果であるとは考えないとされる<sup>325</sup>。これに対し AA に肯定的な見解からは、マジョリティがマイノリティの苦境を理解しない場合には、政策判断は疑わしく<sup>326</sup>、人種差別の歴史を考えると<sup>327</sup>、マイノリティの社会経済的苦境は個人の選択の結果ではないと指摘される<sup>328</sup>。

## 6 人種主義の是正の必要性

AA を支持する見解では、合衆国では、社会的資源の獲得に際し、マジョリティ(白人)とマイノリティの機会に大きな差があると認識される<sup>329</sup>。人種主義は合衆国に特有の問題であり<sup>330</sup>、合衆国は人種主義が根絶された状態からは程遠いとされる<sup>331</sup>。人種主義はすべてのマイノリティの社会経済的地位に悪影響を及ぼすことから<sup>332</sup>、人種主義の根絶はすべてのマイノリティに有益であり<sup>333</sup>。人種主義をなくすために、マイノリティの社会経済的地位の向上に焦点があてられたとされる<sup>334</sup>。

人種主義はそれを作り出す構造を変えることによってのみ<sup>335</sup>、なくすことができる<sup>336</sup>、AA は人種主義を縮減するため<sup>337</sup>、人種主義の克服には AA (人種の意識)が必要だと認識される<sup>338</sup>。AA はマジョリティであることで社会的資源の獲得に優位な状況を疑問視するものであり<sup>339</sup>、人種主義に抵抗する試みから生まれたとされる<sup>340</sup>。

AA の支持者は、人種主義を永続化する行為(マイノリティの社会経済的地位を低くし、マジョリティを利する行為)と AA とは異なるとする<sup>341</sup>。その見解によれば、AA による機会の付与の否定は人種的不均衡を放置し、人種主義を是正しないことから<sup>342</sup>、社会的資源の獲得の競争でのマジョリティの優位(マイノリティの不利な状況)を永続させる<sup>343</sup>。マジョリティ(白人)とマイノリティの社会経済的格差を是正しないことは、マイノリティが直面する人種問題を放置するとされる<sup>344</sup>。AA を支持する見解には、マジョリティにはマイノリティが直面している人種主義の問題はなく<sup>345</sup>、AA によってマジョリティが不当に獲得した社会的資源をマイノリティに分配し直すとの考えがある<sup>346</sup>。

## 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

AA の合憲性の問題は、特定のグループがその政治力を行使して不公正に社会的資源を獲得し、他者を排除しているのか否かにあるとされる<sup>347</sup>。一般的な憲法原理にしたがうと、平等保護条項は、グループの政治力だけに基づいて人種によって社会的資源を分配することを禁止すると解釈される<sup>348</sup>。AA の策定権限がそれにより社会的資源を受けるグループにないとき、不利益を

受けるグループは自ら利益を放棄しており、AA に問題はないとされる<sup>349</sup>。AA に肯定的な論者は、社会的資源の獲得に際し、マイノリティには政治力がなく敗れ続けると認識されてきた<sup>350</sup>。AA を支持する見解では、マジョリティ（判断形成者）がマイノリティに不利益を及ぼす場合、それは敵意に基づいた排除であり憲法上問題があるが<sup>351</sup>、判断形成者（マジョリティ）が AA によってマイノリティに社会的資源を付与する場合、AA によって社会的資源を喪失した者（判断形成者であるマジョリティ）は敵意によって排除されておらず<sup>352</sup>、逆差別ではないとされる<sup>353</sup>。

これに対し、各グループが優劣のない同等の立場で社会的資源の獲得を求めて競争しているという理解の下では<sup>354</sup>、マジョリティ（白人）は必ずしも政治的強者ではなく<sup>355</sup>、AA による社会的資源の分配によって、（自らの意思に反して）人種を理由に社会的資源を喪失する可能性がある<sup>356</sup>。逆差別の主張は、従来の人種主義の理解（人種を理由にマイノリティが社会経済的に抑圧され、社会的資源の獲得の競争でマジョリティ（白人）が利益を得る）を覆し、逆の枠組（人種を理由にマジョリティが社会的資源の獲得のハードルを高められ、マイノリティが利益を得る）で人種主義を理解する<sup>357</sup>。

## (2) 自己取引の危険

マジョリティはマイノリティの政治力の希釈に努めたが<sup>358</sup>、人口構成の変化によって、自治体や州のレベルでは、あるマイノリティが政治的多数派を占める地域が出ている<sup>359</sup>。AA の否定派は<sup>360</sup>、自治体の議会でマイノリティが多数派を占めている場合に自己に対する優先行為を行ったときには、それは自己取引だと認識し<sup>361</sup>、マイノリティが政治力を濫用したと懸念する<sup>362</sup>。政治的に多数を占めるマイノリティは、自らのグループの利益を確保するために政治的優位性を使用できると認識される<sup>363</sup>。

これに対し、AA に肯定的な見解は、自治体のレベルであるマイノリティが政治的に多数を占めることはあるが、経済力などを考慮すると、マイノリティの影響力はマジョリティをしのぐものではなく<sup>364</sup>、AA は政策形成で多数を占めるマジョリティが自らに不利益を課してマイノリティの社会経済的地位を向上させる施策であり、政治的に危険な判断ではなく、逆差別ではないと主張する<sup>365</sup>。また、マイノリティの自己取引への懸念は、マイノリティは社会全体ではなく自身の利益のためだけに動く想定していると批判され

る<sup>366</sup>。

AAに肯定的な見解では、合衆国議会などの国レベルの組織では、あるマイノリティが多数派を形成するのは難しく<sup>367</sup>、合衆国議会ではマイノリティは多数派を形成できないことから、自己取引の危険はないとされる<sup>368</sup>。他方、AAに否定的な見解では、あるグループが多数を形成していなくとも、政治力によって判断形成機関を動かすことができるとの見解が見られる<sup>369</sup>。国レベルの組織でもAAが策定されており、そのことからマイノリティは政治的影響力を持つと認識されている<sup>370</sup>。この見解では、国のレベルでもAAはマイノリティの政治力の行使による自己取引の結果であり、AAは逆差別となる。

### (3) マイノリティ同士の関係

AAの対象者を選抜する判断が政治力のあるマイノリティによって影響を受けている場合、判断形成者はマイノリティの中でもより政治力の強いマイノリティをAAの対象者とする可能性がある<sup>371</sup>。政治プロセスにおいて政治力のあるグループによってなされた人種に基づく判断は、違憲の疑いが強いとされ<sup>372</sup>。AAの合憲性判断の際に判断形成機関の判断への敬讓がなされる場合<sup>373</sup>、政治力のあるマイノリティが人種に基づいて他者を排斥し、自己に優位な判断形成をすることが許される危険がある<sup>374</sup>。裁判所による綿密な審査がなされない場合には、政治力のあるマイノリティは対立者に不利益(AAの対象者から外す)を及ぼすことが許される危険があるとされる<sup>375</sup>。合衆国のマイノリティは多様なグループから構成され、社会経済的に不利な状況のあるマイノリティの中にはAAによって社会的資源の獲得のハードルが高められるグループもいる(XⅢ3)。合衆国の人種関係はマジョリティ(白人)とマイノリティの枠組では捉えられなくなっており、AAはマジョリティに対して不利益を及ぼすだけでなく(あるいは利益を及ぼす)、マイノリティへの差別として機能する可能性もある(XⅢ2、3)。

## XII スティグマ (劣等性の烙印) と Affirmative Action

### 1 スティグマ (劣等性の烙印) への懸念

合衆国では、懸命に努力する個人は成功し<sup>376</sup>、人々はその資質と努力で評価されるべきと考えられてきた<sup>377</sup>。合衆国の歴史において、人種は資質の優劣を表し、人種区分はマイノリティにスティグマをもたらすと考えられた<sup>378</sup>。マイノリティは人種を理由にその資格を低く評価され<sup>379</sup>、人種はマイノリティに様々な社会的資源へのアクセスを否定するために用いられてきたため、人種が差別的に用いられないために、人種区分を用いるべきだとされる<sup>380</sup>。

AA は、人々に対し、マイノリティはそれがなければ社会的資源を獲得できず、劣等であるという考えを生じさせるという考えに基づき<sup>381</sup>、合衆国最高裁の中間派や否定派の裁判官は AA が人種の劣等性の概念を助長すると考えた<sup>382</sup>。否定派の裁判官は AA がスティグマを生じさせることを懸念し<sup>383</sup>、AA は一時的にも許されず、事実上、憲法上禁止されると示したと分析される<sup>384</sup>。

### 2 Affirmative Action による能力主義の補完

AA の支持者は、AA の禁止は指導的な地位でマイノリティを過少代表にし<sup>385</sup>、AA の禁止は差別の影響を終了させず、永続させると考えた<sup>386</sup>。合衆国最高裁において、AA 支持派の裁判官は、法的な人種分離の終了だけでは事実上の人種分離が継続し、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<sup>387</sup>。カラ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状況にあって、AA 支持派の裁判官はマイノリティの人種的劣等性を払しょくするために AA が必要だと認識した<sup>388</sup>。指導的な地位に占めるマイノリティの割合が少ないと、マイノリティは能力が低いという偏見が生じるため<sup>389</sup>、人種主義の否定的影響の克服は難しくなる<sup>390</sup>。マイノリティの社会経済的地位が向上すると<sup>391</sup>、マイノリティは劣った存在であるという偏見が縮減し<sup>392</sup>、平等の達成にはマイノリティの十分な参加がなされ<sup>393</sup>、過少代表を是正することが重要だと指摘される<sup>394</sup>。AA の支持者は、AA を実施しないことはマイノリティを不利な状態に置き続け<sup>395</sup>、人種主義的<sup>396</sup>だと考



える<sup>397</sup>。

平等保護条項は劣等なグループのメンバーとして個人を取扱うのを禁止しているとの解釈に基づく<sup>398</sup>、個人として評価される社会を達成するために、AAは憲法上許される<sup>399</sup>。この見解では、人種ではなく個人によって評価される社会を達成するために、AAが必要とされる<sup>400</sup>。AAを支持する見解は、AAが個人主義や能力主義に矛盾せず、それを補完すると理解する<sup>401</sup>。

### 3 スティグマ(劣等性の烙印)の害悪の認識

合衆国では、AAの反対者は、最も資格のある者が希少な社会的資源を獲得すべきであり<sup>402</sup>、試験や成績といった既存の基準<sup>403</sup>を絶対視し<sup>404</sup>、その基準で最も高い評価を獲得した者が社会的資源を獲得すべきと考える<sup>405</sup>。AAの直接の受益者は地位の役割を首尾よくこなす資格があるとの主張が学説<sup>406</sup>と判例<sup>407</sup>で主張され、場合によっては反対者もそれが妥当だと認めることもあったが<sup>408</sup>、反対者はAAがスティグマを生じさせる危険が高いと認識する<sup>409</sup>。合衆国では、AAの受益者が有資格者であるという主張は、AAがスティグマを生じさせる施策ではないことをAAの反対者に説得できていない。AAの支持者でも、AAはスティグマを生じさせる危険があると認識し<sup>410</sup>、AAが肯定的な結果を作り出していることをいくつかの研究が証明しているとの前提に基づき<sup>411</sup>、AAが平等達成のために必要であり、差別と同義ではないとし<sup>412</sup>、AAにより生じる利益はスティグマを上回り、それを縮減するとされる<sup>413</sup>。

### 4 自尊の侵害

AAの反対者によれば、マジョリティがAAの対象者の資格を疑問視し<sup>414</sup>、過小評価するだけでなく<sup>415</sup>、対象者は自身の能力を疑問視し<sup>416</sup>、自身の力では成功できないと考え、自尊を害される<sup>417</sup>。

対象者の中にもAAがなくとも社会的資源を獲得できる資格を持つ者がいるが、AAによってグループとして総称的に評価されるため、それらの者にもスティグマが課される危険がある<sup>418</sup>。AAに批判的な見解では、人々が個人として評価されていればスティグマは生じないとされ、個人として評価されることに、大きな関心がある<sup>419</sup>。

対象者の自己評価に対する AA の影響について、経験に基づく研究はほとんど行われていないとする見解も示されている<sup>420</sup>。AA の直接の受益者がスティグマ (劣等性の烙印) を認識しているのかは疑問であり<sup>421</sup>、AA による社会的資源の獲得が自尊を強化し<sup>422</sup>、AA がスティグマをもたらすとは考えられないとも主張される<sup>423</sup>。AA の受益者 (社会的地位の高い者) は共同体の活動で指導的役割を果たしており、自己の活動を自負しているため、自身を劣等視せず、AA のもたらす自尊心や自己評価への否定的影響はその肯定的影響によって打ち消されるとされる<sup>424</sup>。AA による採用者は業務をこなす資格があるが、民間企業の人事担当者はマイノリティの就業能力を疑っているとされる<sup>425</sup>。AA がなければ、マイノリティの採用人数は大幅に減少し、民間企業で指導的な立場に就くマイノリティも減少するため、労働市場での人種の偏見がさらに強化されるとされる<sup>426</sup>。

## 5 個別の評価

高等教育機関の入学者選抜の AA の合憲性が問題とされた文脈において、合衆国最高裁は合憲であるためには個別の考慮がなされていなければならないと示しており<sup>427</sup>、憲法が、大学が志願者を人種あるいはエスニックグループのメンバーとしてではなく個人として評価することを要求すると宣言したとされる<sup>428</sup>。個別の考慮がなされているか否かが、合衆国最高裁による AA の合憲性判断にとって非常に重要であった<sup>429</sup>。AA に肯定的な見解では、個別の評価を行う AA は能力主義と一致する旨が指摘されてきた<sup>430</sup>。また、AA の支持者は、個別の考慮が AA の直接の受益者が個人の資格を評価されたことを示すことから、彼らが劣等であるという概念を生じさせないと考えていると指摘されている<sup>431</sup>。

## 6 資格の測定基準

合衆国で広く支持されている正義の原理とは、地位と報酬は個人のメリットにしたがって分配されるべきというものであり、メリットの原理は、社会的資源は最も資格のある者に分配されるべきと示す<sup>432</sup>。メリットによる選抜の理由づけの重要な部分は、地位の役割を最も首尾よくこなす者が選ばれる価値があるというものである<sup>433</sup>。平等な機会とは、人々は、その資格に基づ

いて望ましい社会的資源を獲得することを要求するものだと認識される<sup>434</sup>。

AAは「個人のメリットが社会的に配分された報償と利益に唯一関連する考慮であるという最も基本的な考え」<sup>435</sup>を傷つける。グループのメンバーであることから生じる障害に直面しても、懸命に努力する個人は成功すると考えられ<sup>436</sup>、AAによる社会的資源の喪失者は不満を抱く<sup>437</sup>。個人は社会の基本的単位であり、各人の能力に応じて社会的資源を得ることが基本であり<sup>438</sup>、人々は「肌の色ではなく各人の才能や価値に基づいて判断される権利を約束されている」と主張される<sup>439</sup>。

AAの反対者は、公正な基準によって各人の資格を測り、メリットに従って最も資格の高い者に社会的資源を分配すべきだと考えるが、その想定は疑問視される<sup>440</sup>。メリットは判断形成者によって価値があるとされた文化的態度を候補者が共有している程度を測るに過ぎず<sup>441</sup>、社会がいかなる資格を要求し、評価するのは個人の統制を超える<sup>442</sup>。メリット自体が文化の産物であり、偏見等によって影響を受けるため<sup>443</sup>、評価者はときとして無意識の偏見を伴い、マイノリティを低く評価する<sup>444</sup>。故に、メリットによる評価が客観的で偏見のない基準によって行われるのは不可能だとされる<sup>445</sup>。AAの支持者は、資格の測定基準が偏見を伴うため、AAの直接の受益者の資格が劣っているという主張自体が成立しないと考える<sup>446</sup>。

## 7 劣等性を強める要因

AAを支持する見解には、AAの対象者は不利な資質形成環境になれば、通常の選抜過程で、社会的資源の獲得に要求される水準の評価を既存の基準で獲得していたとの主張が判例<sup>447</sup>と学説に見られる<sup>448</sup>。AAが社会的評価の高い地位を対象とする場合には、地位の獲得に要求される資格は高くなる<sup>449</sup>。故に、AAの直接の受益者はマイノリティの中でも自己投資が可能な社会経済的に優位な状況にあると認識する見解が学説<sup>450</sup>と判例で見られる<sup>451</sup>。故に、AAの直接の受益者は不利な資質形成環境ではなく、この主張は、合衆国の公衆には受け入れられなかった<sup>452</sup>。直接の受益者の多くがマイノリティの中でも比較的優位な資質形成環境にあったことは、AAの対象者がそれがなければ社会的資源を獲得できないとする考えを強めた。

AAは有資格者(既存の評価基準で一定評価を獲得し、地位の役割を果た

すことができると判断された者)に社会的資源を付与する施策だが(Ⅻ3)、通常の選抜過程における社会的資源の獲得者と AA による獲得者との間での既存の基準における評価の差も、対象者が劣等であるという考えを強める要因になっている。例えば、スカリア裁判官は、カリフォルニア大学デーヴィス校メディカル・スクールの入学者選抜の合憲性が問題とされた「Bakke 判決を読んだとき、最も印象に残った事実のデータは、Bakke が不合格とされた年度に、デーヴィス校メディカル・スクールに通常の入学者選抜による合格者と特別な入学者選抜による合格者(マイノリティ)との大学での成績とテストの平均点での顕著な差」だと述べる<sup>453</sup>。また、ミシガン大学ロー・スクールの入学者選抜の AA の合憲性が問題とされた Grutter 判決では、非マイノリティの合格者と AA の対象者の合格者との試験の点数の差が激しく<sup>454</sup>、当該ロー・スクールでは人種は非常に重要な要素として考慮されているとされる<sup>455</sup>。AA による社会的資源の喪失者は、自身よりも資格の劣者によって締め出されたと感じる時に不満を抱く<sup>456</sup>。既存の基準での評価の差が激しければ<sup>457</sup>、その不満は大きくなり、AA の対象者が劣等であるとの考えは強まる<sup>458</sup>。

AA の対象者は資質形成の不利な環境に置かれ、その環境が改善されれば、既存の評価基準で高い評価を獲得していたはずであるとも主張される<sup>459</sup>。理論的には、AA の直接の受益者は、差別によって公正な機会が害されていないければ、通常の選抜過程で地位を獲得するのに要求される既存の評価基準の水準に達していた、と主張できる<sup>460</sup>。しかし、実際には、大学入学後、AA の対象者(黒人をはじめとするマイノリティ)は成績下位者の多くを占め、マジョリティが成績上位者の多くを占めているとも指摘される<sup>461</sup>。このことも、対象者が潜在能力を有しているという議論が合衆国の公衆には受け入れられなかった原因である。

### 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

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、差別の禁止によっては「社会に事実上存在する差別を除去」できないとの認識から、憲法における平等の観念は、国家による不平等取扱いの禁止という消極的なものにとどまらず、国家による平等の実現という積極的な内容をもつものになったと解されている(V1)。

合衆国最高裁ではAAに肯定的な裁判官でも<sup>462</sup>、AAは人種間の緊張関係を高める危険性があるとの認識から<sup>463</sup>、AAは憲法上要求されず<sup>464</sup>、許容されるに過ぎないとの立場を採り<sup>465</sup>、AAが憲法上要求されるとの考えは急進的なものとして否定されている<sup>466</sup>。合衆国最高裁ではAAが憲法上許容されるかが争点となっており<sup>467</sup>、一般的に、学説ではAAは憲法上許容されると解されてきたと分析される<sup>468</sup>。日本の学説でも実質的な不平等に国家による是正がなされるべきと理解されても<sup>469</sup>、逆差別への懸念、対象者に劣等性の烙印を押す危惧などから、ほとんどの学説は憲法はアファーマティブ・アクションを許容するにとどまると解する(Ⅲ2)。

合衆国では、マイノリティを「二級市民」として劣等な地位に置くことを禁止する「反従属原理(anti-subjugation principle)」が展開された<sup>470</sup>。この議論は、マイノリティの「二級市民」への格下げを政府に禁止するだけでなく、マイノリティの従属状態を解消するために、AAを政府に要請する可能性を示唆した<sup>471</sup>。日本でも、合衆国の反従属原理を参照して、構造的差別の是正のために、憲法14条がアファーマティブ・アクションを憲法上の権利として含意する見解が示されている<sup>472</sup>。

この説の前提には、AAが差別の救済のために実施され、マイノリティに社会的資源が付与され、マジョリティの社会的資源獲得のハードルが高められるという理解があると考えられる。だが、この理解は合衆国のAAの現実を捉えきれていない。

## 2 マジョリティによる多様性の利用

従来、AAは差別の救済を理由に正当化されたが、現在では多様性のもたらす利益を理由に正当化される<sup>473</sup>。マジョリティが過剰代表のマイノリティを排除するために、多様性の達成が主張されることもある<sup>474</sup>。古くは、既存の評価基準に基づくと学生構成に占めるユダヤ系の割合が過剰となることから、ハーバード大学<sup>475</sup>とコロンビア大学<sup>476</sup>は、ユダヤ系の合格のハードルを

高めて学生構成に占めるマジョリティの割合を維持するために、入学者選抜で多様性を用いた<sup>477</sup>。

同じく、試験や成績などの既存の評価基準に基づく、アジア系の中でも成功を収めているグループ（日系や中国系など）が過剰代表となることから、ハーバード大学<sup>478</sup>、カリフォルニア大学バークレイ校<sup>479</sup>、ブラウン大学<sup>480</sup>などは、学生構成に占めるマジョリティの割合を維持するために、多様性の達成を求めることで、アジア系アメリカ人の入学者に上限を設けていたことを認めた<sup>481</sup>。多様性に基づく AA によって、上位の教育機関の入学者選抜の文脈では、アジア系が社会的資源を獲得するハードルはマジョリティよりも高くなった<sup>482</sup>。

AA はマイノリティに対する支援以外のなにものでもなく<sup>483</sup>、マイノリティの包含に積極的に努め、マジョリティに同じ利益と特権を与えない施策だと説明された<sup>484</sup>。しかし、上位の教育機関での入学者選抜の場面では、多様性に基づく AA は、マジョリティ（白人）が有限な社会的資源（上位の教育機関の入学枠）の獲得を最大化しようとする取組であるとも考えられる<sup>485</sup>。上位の教育機関での多様性に基づく AA はマイノリティに利益を及ぼすと説明されてきたが<sup>486</sup>、マイノリティではなくマジョリティを利する場合があり<sup>487</sup>、多様性の理論は、AA がマイノリティへの社会的資源の付与のために実施されるという考えを掘り崩す<sup>488</sup>。

### 3 不利な状況にあるマイノリティの排除

1960 年半ばに、被差別のマイノリティの中でも社会経済的に成功を収めたグループ（日系や中国系）は「モデルとなるマイノリティ」として言及された<sup>489</sup>。これは、社会経済的に不利な状況にあるマイノリティは成功を収めたグループに倣うべきであり、AA は不要であるという見解に用いられた<sup>490</sup>。アジア系アメリカ人は多様なグループから構成され<sup>491</sup>、「モデルとなるマイノリティ」として言及された日系や中国系以外の他のアジア系のグループの多くは言語的な障壁などから低学歴で、低賃金の仕事に就く者が多く<sup>492</sup>、社会経済的な地位が低い<sup>493</sup>。アジア系の中でも社会経済的に不利な状況にあるマイノリティは、成功を収めたグループと同じ枠組で捉えられ、AA の対象者から外されている<sup>494</sup>。異なる状況にあるグループの総称化によって、過小代

表のマイノリティは社会経済的に不利な状況に置かれ続ける<sup>495</sup>。

すべてのアジア系アメリカ人が成功を収めているわけではないが<sup>496</sup>、社会経済的地位の低いグループの状況は言及されず<sup>497</sup>、成功を収めたグループと同じアジア系アメリカ人として捉えられている<sup>498</sup>。そのため、合衆国では、社会経済的地位の低いグループも成功を収めたグループ(日系と中国系)と同じように、AAがなくとも社会的資源を獲得できると考えられた<sup>499</sup>。

社会経済的に不利な状況にあるアジア系はマジョリティ(白人)と比べても合格に要求される学力のハードルが高くなるため<sup>500</sup>、明かに差別的であり<sup>501</sup>、人種的不平等が無視されていると主張される<sup>502</sup>。AAの対象者から外されることで、社会経済的地位の低いアジア系は不利益を受けており<sup>503</sup>、成功を収めたグループ(日系や中国系)の存在によって、アジア系アメリカ人のすべてのグループがAAがなくとも成功すると考えられたのは不幸であったとされる<sup>504</sup>。AAの対象外とされたマイノリティは、AAによって減少した枠を求めて競争するため、AAによって侵害を受けており<sup>505</sup>、多様性の理論には、不利な状況にあるグループへの抑圧が隠されているともされる<sup>506</sup>。

#### 4 統合と分断の危険

AA支持派の裁判官は人種による評価が不道德であり<sup>507</sup>、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き、AAが永続すべきではないと考える<sup>508</sup>。支持派の裁判官は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<sup>509</sup>、AAが一時的に許容される手段として捉え、AAを憲法上の権利としてまでは位置付けなかった<sup>510</sup>。また、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<sup>511</sup>、憲法上要請されるとまでは示していない<sup>512</sup>。AAに肯定的な見解を採る多くの者たちがあくまでもAAは憲法上許容されるにすぎないとしてきたのは、従来のマイノリティ(受益者)とマジョリティ(負担者)の枠組では捉えることができない、AAの複雑な性質を理解していたからではないかと思われる。

社会的資源が有限である以上<sup>513</sup>、あるグループへの社会的資源の付与は他

者にそれを喪失させ、あるいはその獲得のハードルを高くする<sup>514</sup>。AA の性質としてそれは否定し難い事実であり<sup>515</sup>、不利益を被った者は AA の対象者に怒りを抱く<sup>516</sup>。

AA の合憲性をめぐる議論は合衆国の各人種グループの間に最も不和をもたらす問題だと認識される<sup>517</sup>。AA が合衆国の社会にもたらす影響力は大きく<sup>518</sup>、AA 自体に敵意はないと評価する場合でも<sup>519</sup>、人種間の争いを生じさせて社会を分断へと導くとされる<sup>520</sup>。

AA は、合衆国が無数の個人ではなく競合するグループから構成されていることを合衆国市民に伝え、各グループは AA の果実を求めて争うようになるとされる<sup>521</sup>。故に、どのような積極的効果をもたらすとしても、AA は、その果実を求めて各グループが人種やエスニックによって自身を組織化しようとする人々を駆り立てるおそれがあり、その組織化が政治プロセスを人種とエスニックに敏感にさせ、社会の分断と深刻な無秩序を生じさせる危険があると指摘される<sup>522</sup>。人種区分は人種政策（自身の所属する人種グループに報いる望み）に陥る危険が指摘される<sup>523</sup>。

法が特定の人種グループの利益となるのかどうかの判断は、裁判所に「人種にしたがった諸個人の定義」を要求し、同じ人種グループのメンバーが同じ政治的な利益を共有するといった「劣悪な固定観念」への依拠を要求するとされる<sup>524</sup>。このことから、AA は人種による分裂の危険を作り出し<sup>525</sup>、AA によって生じた人種間の反目は AA の利益では是正されないとされる<sup>526</sup>。

## 5 マジョリティとマイノリティの緊張関係

AA の 1 つの性質として、AA がなければ獲得できた社会的資源について、マジョリティの中でも際にある者にその獲得を否定することが挙げられる<sup>527</sup>。AA は人々が望む利益を奪うため<sup>528</sup>、負担者（マジョリティ）は受益者（マイノリティ）に敵意を抱き<sup>529</sup>。AA は両者の関係を悪化させる<sup>530</sup>。

合衆国最高裁は、AA によって生じるマジョリティの怒りを懸念する<sup>531</sup>。合衆国最高裁において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その対象者に敵意と怒りを抱く可能性を認識し<sup>532</sup>、中間派の裁判官は人種区分の使用が人種的分断を助長すると常に強調してきた<sup>533</sup>。

AA はマジョリティに負担をかけるため、マジョリティとマイノリティの



間に不和をもたらし<sup>534</sup>、社会を分断し<sup>535</sup>、人種間の平和的共存を壊すおそれがある<sup>536</sup>。AAの対象となる職は低給のものも多く<sup>537</sup>、それらの職は貧しい白人が占めており、その獲得を求めて、マジョリティの貧困層を含めて様々なグループが競合する<sup>538</sup>。マジョリティの中でも、AAの負担を背負うのは社会経済的地位の低いグループであり、それらのグループの不満が増えていることが古くから指摘されてきた<sup>539</sup>。

## 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

AAが開始された1960年代初頭、マイノリティの人口構成の大部分を構成したのは黒人であり<sup>540</sup>、合衆国は黒人と白人から構成される社会<sup>541</sup>として認識されていた<sup>542</sup>。当時、黒人は一定数の規模を持つ唯一のマイノリティで、黒人の地位の向上が合衆国の課題であり、AAの対象者を判断する際に、他のマイノリティの存在をあまり意識する必要がなかった<sup>543</sup>。黒人以外のマイノリティのAAの対象者への包含は黒人の枠を減らす<sup>544</sup>、その数は少なく、黒人が受ける影響は軽微であった<sup>545</sup>。

AAによる社会的資源の分配をめぐる、マイノリティ同士での争いはそれほど顕在化していなかったが、合衆国の人口構成は変化し続けている<sup>546</sup>。合衆国は移民国家であり、移民の流入<sup>547</sup>や各マイノリティの高い出生率によって<sup>548</sup>、人口に占めるマイノリティの割合が増加した<sup>549</sup>。

1960年代以降、ヒスパニックをはじめとする合衆国への有色人種の移民の大規模な流入が起こり<sup>550</sup>、1990年代初頭にはマイノリティ人口に占める黒人の割合は50%程度にまで低下した<sup>551</sup>。合衆国の人種構成は多様化し<sup>552</sup>、さらに、合衆国内では様々な人種グループ内での混血が進み、新しいグループが生まれている<sup>553</sup>。1990年代には、人種問題はもはや黒人と白人の枠組で考えることができない旨が指摘された<sup>554</sup>。その後も、黒人がマイノリティに占める割合は一貫して下がり続け、マイノリティの人口構成の変化によってAAによってどのマイノリティに社会的資源を分配するのかという問題が顕在化した<sup>555</sup>。この問題は、マイノリティ同士での暴力を伴う争いを生じさせた<sup>556</sup>。

### (2) マイノリティ同士の争い

社会経済的に不利な状況にあるグループは多数存在し、その中でどのグル

ープが AA の対象となるのかの判断は恣意的であり<sup>557</sup>、AA は非対象者に怒りを生じさせるとされる<sup>558</sup>。各マイノリティが限られた社会的資源の獲得を求め、AA の対象者となるための争いが生じた<sup>559</sup>。

不利な社会経済状況への政府の回答が不十分である場合には、マイノリティは限られた資源をめぐって分裂し争う<sup>560</sup>。特に不況時には社会的資源の総数が減るため、その争いは顕著になる<sup>561</sup>。マイノリティは AA を通じて限られた資源を得ようとするため、人種区分はむき出しの政治的争いを生じさせ、マイノリティ同士の反目を生じさせ<sup>562</sup>、社会を分裂させると指摘されてきた<sup>563</sup>。

AA によってあるマイノリティに社会的資源を付与する場合には、対象外のマイノリティが獲得するそれは減ることになる<sup>564</sup>。あるマイノリティが他のマイノリティから社会的資源を奪うために、自らを AA の対象者に含めるように主張することがあり<sup>565</sup>、AA は、各マイノリティが社会的資源を求めて分裂し争う状態を作り出す<sup>566</sup>。合衆国では、移民の増加によってマイノリティのグループの数が増えており<sup>567</sup>、マイノリティの中でも AA の対象者から外されているグループが多くある<sup>568</sup>。合衆国で、社会経済的に不利な状況にあるグループは多数存在し<sup>569</sup>、その中でどのグループが AA の対象となるのかの判断は恣意的で<sup>570</sup>、AA は非対象者にいかりを生じさせるとされる<sup>571</sup>。AA によってあるマイノリティに社会的資源が与えられた結果、他のマイノリティがそれを獲得するハードルは高くなる<sup>572</sup>。マイノリティの中でも、AA によって社会的資源を獲得する者がいる一方で、その獲得のハードルが高められ<sup>573</sup>、AA のコストを負担する者がいる<sup>574</sup>。それらのグループの中には AA が逆差別だと批判する者がおり<sup>575</sup>、AA による社会的資源の分配をめぐってマイノリティの間で緊張関係が生じている<sup>576</sup>。人種間の緊張関係の高まりは、AA の副作用である<sup>577</sup>。

## 7 マイノリティの不満

社会は「持つ者」と「持たない者」とで深く分断され、この分断が混乱と暴力を生じさせる可能性が高く、分断をなくすには人種的不均衡の是正が必要であり<sup>578</sup>、AA への支持が主張される<sup>579</sup>。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<sup>580</sup>、こうした敵意や不満が人種的分断を生

み<sup>581</sup>、合衆国に混乱と暴力をもたらす危険があると認識し<sup>582</sup>、AAによって人種的不均衡を是正する必要があると考える<sup>583</sup>。AAの支持者は、AAによる人種的不均衡の是正によって、人種的な抑圧をなくし<sup>584</sup>、カラブラインドな社会に近づくと考える<sup>585</sup>。

人種によって分断された社会では<sup>586</sup>、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ず<sup>587</sup>、努力に見合った地位を得られない場合には不満を抱く<sup>588</sup>。人種によって分断された社会(マイノリティが指導的な地位に占める割合が少ない社会)では<sup>589</sup>、統合のためにロールモデルの提供が必要だという議論がなされている<sup>590</sup>。この見解では、マイノリティがマイノリティに役に立つことをすると考えるのは不合理だが、マイノリティの成功者がいるという観点からマイノリティが世界を見ることが重要であり、人種が重視される<sup>591</sup>。

AAの支持者は人種的分断の防止と統合された社会の構築を重視し、そのためには、AAによって人種的不均衡を改善する必要があると考える<sup>592</sup>。AAの支持者によれば、AAは人種的不均衡の縮減を意図し<sup>593</sup>、それが是正されるまでは許される<sup>594</sup>。支持派の裁判官は、人種的不均衡がある限りはAAが必要だと示した<sup>595</sup>。この見解では、人種的不均衡がなくなり、人種的分断の危険がなくなるまでAAは続けられる<sup>596</sup>。

AAを批判する見解からは、AAによる人種的分断が強調されるが<sup>597</sup>、周縁に置かれたマイノリティが不満を抱く状態が解消されなければ、社会的資源の獲得の競争で人種が重要でない社会(カラブラインドな社会)を達成できないとされる<sup>598</sup>。合衆国最高裁では「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<sup>599</sup>、人種が重要でなくなった分断されていない国家の構築が合衆国の目標だと認識されている<sup>600</sup>。人種間での争いを鎮めるには、人種的不均衡が存在する状況にあってAAが禁止されることには問題があると考えている<sup>601</sup>。

#### XIV おわりに

日本の学説の多くは、構造的差別を是正し機会の平等を実質的に保障する

ために、アファーマティブ・アクションの必要性を認識していた (Ⅲ 1)。日本の学説の多くは、平等保護条項に社会権の意義を組入れ、国家が社会経済的不平等を是正すべきとして、平等保護条項が国家による平等の実現という積極的内容を持つようになったと解釈した (V 1)。だが、アファーマティブ・アクションには大きな副作用が伴い、その合憲性の検討は慎重にすべきとの見解が日本の学説では大勢を占めた (Ⅲ 2)。日本の学説の多くは、アファーマティブ・アクションは憲法上禁止されないが、それを要求する憲法上の権利としては確立せず、許容されるにとどまると解した。

合衆国では AA が禁止されるか否かが問題とされたが (IX)、日本ではアファーマティブ・アクションが憲法上禁止されるとは解されず、どのような場合に許容されるのが争点であった。合衆国では厳しい人種差別や複雑な人種関係の存在から、カラーブラインドが理想とされ、人種区分の使用禁止が差別の撤廃に有用だと考えられた時代があった (IX 1)。AA の否定派はこれを逆手にとって、AA は差別の是正に有害であり、憲法上禁止されると主張した (IX 2)。日本には合衆国ほど顕著な人種問題は存在せず (Ⅲ)、合衆国ほどに、(人種などの) 列挙事由やそれに類する事由に基づく区分の使用が絶対的に禁止されることで、差別の解消が前進した歴史はない (Ⅷ 2)。また、合衆国憲法とは異なり、日本国憲法には社会的弱者の保護が社会権に銘記されているため、アファーマティブ・アクションが憲法上禁止されるとは解されなかった (V)。

アファーマティブ・アクションの合憲性の検討への慎重な態度は、司法審査基準をめぐる議論に現れている。日本の多くの学説では、列挙事由やそれに類する事由による区別に本来適用される基準と比べて、中間審査を下回らない程度で、緩やかな基準を適用すると主張する (Ⅲ)。合衆国では、適用する基準によって AA の合憲性判断が大きく左右されるという状況がある (X 1)。否定派の裁判官は AA が憲法上禁止されると主張するために厳格審査の適用を主張し (X 2 (1))、支持派の裁判官は AA が許容される範囲を広く捉えるために、中間審査の適用を主張した (X 2 (2))。日本の学説がアファーマティブ・アクションの司法審査基準を論じた背景には、合衆国のこうした議論状況がある。

日本の学説は、アファーマティブ・アクションの合憲性の是認に慎重な理

由として、合衆国の議論を参照し、アフーマティブ・アクションが偏見・固定観念(Ⅵ)、逆差別(Ⅶ)、スティグマを生じさせる危険を挙げた(Ⅷ)。アフーマティブ・アクションが社会的評価の低い地位を対象とする場合には、対象者の社会経済的地位を低い地位にとどめ、差別的に機能するおそれがあるため、アフーマティブ・アクションの合憲性を慎重に判断する必要がある(Ⅳ)。合衆国では、逆差別の問題がAAの合憲性の是非をめぐる主要な論点であった(Ⅺ1)。逆差別の主張はAAと差別的な施策を同一視するが(Ⅺ2)、AAを支持する立場からは、AAは人種ではなく個人として評価される社会の実現と(Ⅺ3)、人種主義の影響の克服に必要なだと主張される(Ⅺ4, 5)。日本でも、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に必要な施策であり、差別的な施策と同一視すべきではないとされる(Ⅶ2)。だが、差別的な施策は対象者に社会的資源の獲得のハードルを高め、他方、アフーマティブ・アクションは対象外の者に社会的資源の獲得のハードルを高めており、この点が共通する(Ⅶ1)。アフーマティブ・アクションは対象外の者に自己実現の機会を妨げる可能性があり(Ⅶ3)、それ故、日本の学説の多くはアフーマティブ・アクションを時間的に制約することで、逆差別の批判を回避しようとした(Ⅶ2)。自己実現の機会を妨げる危険があり、アフーマティブ・アクションの合憲性を判断する際には、慎重になる必要がある。合衆国において、スティグマの問題はAAへの主たる批判の1つであった(Ⅻ1)。日本の学説でも、これを参考にして、アフーマティブ・アクションがスティグマを生じさせる危険が認識された(Ⅶ1)。だが、合衆国でスティグマが特に問題とされた人種間の激しい緊張関係にある(Ⅶ2)。AAによる不満の高まりは国家の分断を助長し、統合を妨げる(Ⅻ4～7)。日本には、合衆国ほどの人種問題はなく、スティグマの発生によって国家が分断される危険はない(Ⅶ2)。ただし、アフーマティブ・アクションによって対象者が劣等視される場合には、対象者の自己実現の機会が阻まれる(Ⅶ1)。合衆国で対象者への劣等視が生じた主たる原因は、対象者と対象外の者との既存の評価基準での評価の差が大きいところにあった(Ⅻ7)。しかし、日本では、対象者と対象外の者との間でこのような評価の差は生じておらず、日本で問題となるのは社会的資源の獲得の競争において対象者が充足しづらい基準を除去するところにあり、

対象者への劣等視が生じる可能性は低い (Ⅶ 2)。

日本では、アファーマティブ・アクションにより対象者が劣等視される危険は低いが、その合憲性を検討する際には、アファーマティブ・アクションが対象者の社会経済的地位を低く抑える可能性と、他者の自己実現の機会を妨げる懸念を考慮する必要がある。

近年、合衆国の反従属原理を参照し、国家にアファーマティブ・アクションを要求する憲法上の権利があると日本国憲法の平等保護条項を解釈する見解がある (XIII 1)。この見解は、AA が構造的差別是正のための施策であり、マイノリティに社会的資源を与え、マジョリティに社会的資源獲得のハードルを高めると理解する (XIII 1)。だが、合衆国の AA の現実を見ると、ときに AA はマジョリティの利益の最大化に使用され (XIII 2)、社会経済的に成功を収めているマイノリティだけでなく、社会経済的地位の低いマイノリティにも不利益を及ぼす (XIII 3)。AA によって社会経済的地位の低いマイノリティはさらに過小代表となり、AA が構造的差別の是正を目指しているとは言い難い。それでもなお、合衆国で AA が正当化されたのは、人種間の緊張関係を抑え、統合を促進する効果があるからである (XIII 4～7)。AA を分断を防ぎ、統合を促進する施策だと捉えたと、マジョリティの不満を抑えるために、AA がマジョリティの利益を最大化するために使用されることも正当化される。また、AA による社会経済的地位の低いマイノリティの排除が分断を助長しなければ、それも正当化される。故に、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として確立しようとする議論は、その前提が誤っている。当然ながら、合衆国の議論を参照せずに、日本独自の解釈を展開し、国家へのアファーマティブ・アクションの要求を憲法上の権利として解釈できる可能性はあるが、アファーマティブ・アクションが対象外の者の自己実現を妨げる可能性があることを考えると、従来の学説通り、アファーマティブ・アクションが憲法上許容されるか否かが問題になると考える。

(Endnotes)

- 269 AAに肯定的な見解からは「逆差別」とは批判者が用いるAAの歪曲表現だとされる(See Robert S. Whitman, *Affirmative Action on Campus: The Legal and Practical Challenges*, 24 J. Coll. & Univ. L. 637 (1998))。
- 270 Baker, *supra* note 250, at 1364; Stephan & Abigail Thernstrom, *Reflections on the Shape of the River*, 46 UCLA L. Rev. 1583 (1999).
- 271 Bruce P. Lapenson, *Affirmative Action and The Meanings of Merit*, University Press of America 78 (2009).
- 272 Daniel A. Farber, *The Outmoded Debate Over Affirmative Action*, 82 Calif. L. Rev. 893 (1994).
- 273 AAに厳格審査を適用すべきとの主張の基礎には、AAが逆差別であるという認識がある可能性が高いとされる(See Barnes, Chemerinsky & Onwuachi-Willig, *supra* note 168, at 280)。
- 274 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, 317 (1992).
- 275 現在では、AAが逆差別だと批判するのはマジョリティ(白人)だけではない。社会的資源(上位の教育機関の合格枠)の獲得に要求される既存の評価委基準(学力的指標)のハードルがマジョリティ(白人)と比べて高いことについて、アジア系は人種主義的だと批判する(Kelsey Inouye, *Asian Americans: Identity and the Stance on Affirmative Action*, 23 Asian Am. L.J. 145, 146 (2016))。
- 276 例えば、高等教育機関の入学選抜の文脈では、AAによって対象者と比べてマジョリティ(白人)に対して合格に要求される学力の水準のハードルは高い(See Joshua P. Thompson & Adam R. Pomeroy, *Desperately Seeking Scrutiny: Why The Supreme Court Should Use Fisher V. University Of Texas To Restore Meaningful Review To Race-Based College Admission Programs*, 7 Charleston L. Rev. 139, 141 (2012))。
- 277 See Jed Rubenfeld, *Affirmative Action*, 107 Yale L.J. 427, 443 (1997); 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 186, at 712.
- 278 Richard A. Posner, *Duncan Kennedy on Affirmative Action*, 1990 Duke L.J. 1157, 1157.
- 279 Heriot, *supra* note 254, at 228.
- 280 Paul Brest, *The Supreme Court, 1975 Term — Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle*, 90 Harv. L. Rev. 1, 17 (1976).
- 281 See Peter N. Kirsanow, *Race Discrimination Rationalized Again*, 2016 Cato Sup. Ct. Rev. 59 63 (2016).
- 282 他方で、AA による多様性の達成はマジョリティを含めてすべての者に利益を及ぼすと主張されている (See Gail Heriot, *Fisher v. University of Texas: The Court (Belatedly) Attempts to Invoke Reason and Principle*, 2012–13 Cato Sup. Ct. Rev. 63, 73 (2013))。
- 283 See Jonathan Alger, *When Color-Blind is Color-Bland: Ensuring Diversity in Higher Education*, 10 Stan. L. & Pol'y Rev 191, 195 (1999).
- 284 Rubin, *supra* note 69, at 31.
- 285 Reva B. Siegel, *From Colorblindness to Antibalkanization: An Emerging Ground of Decision in Race Equality Cases*, 120 Yale L.J. 1278, 1293–99 (2011); Elise C. Boddie, *The Sins of Innocence in Standing Doctrine*, 68 Vand L. Rev. 297, 324–30 (2015).
- 286 Kairys, *supra* note 224, at 730.
- 287 逆差別の批判はマジョリティが社会的資源を資格の劣るマイノリティに奪われたと考えるときに生じるため、AA の直接の受益者の資格が劣っていないと証明された場合には、逆差別の主張は葬られるとされる (Lapenson, *supra* note 271, at 42)。
- 288 Jared M. Mellott, *The Diversity Rationale for Affirmative Action in Employment After Grutter*, 48 Wm and Mary L. Rev. 1091, 1150–51 (2006).
- 289 Barnes, Chemerinsky & Onwuachi-Willig, *supra* note 168, at 293–94.
- 290 Goodwin Liu, *The Causation Fallacy: Bakke and the Basic Arithmetic of Selective Admissions*, 100 Mich. L. Rev. 1045 (2002).
- 291 Thomas J. Espenshade & Chang Y. Chung, *The Opportunity Cost of Ad-*



- mission Preferences at Elite Universities*, 86 Soc. Sci. Q. 293, 298 (2005).
- 292 Hooks, *supra* note 191, at 1043.
- 293 Rubin, *supra* note 69, at 44.
- 294 山口浩一郎「使用者の差別是正行為と逆差別—ウェーバー事件の紹介—」  
ジュリスト 716 号 (1980) 88 頁, 92 頁。
- 295 逆差別の主張は、マジョリティとマイノリティの社会経済的状況に大差がないという認識から生じているとされるが (See James P. Sterba, *Affirmative Action for the Future* 9, Cornell Univ Press (2009))、この認識は社会経済的に不利な状況にあるマジョリティが AA に伴う負担を負い、AA の直接の受益者の多くが社会経済的に優位な状況にあるという事実から生じていると考えられる。
- 296 Rubin, *supra* note 69, at 33–34.
- 297 See William J. Wilson, *The Truly Disadvantaged: The Inner City, the Underclass, and Public Policy* 12–13, University of Chicago Press (1987).
- 298 See Frederick A. Morton, Jr, *Class-based Affirmative Action: Another Illustration of America Denying the Impact of Race*, 45 Rutgers L. Rev. 1089, 1122–23 (1993).
- 299 Rubinfeld, *supra* note 276, at 459.
- 300 Daniel A. Farber, *Missing the “Play of Intelligence”*, 36 Wm. & Mary L. Rev. 147, 159 (1994); Farber, *supra* note 272, at 893.
- 301 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, 403 (2016).
- 302 Reynolds, *supra* note 158, at 1003.
- 303 See Michelle Adams, *Searching for Strict Scrutiny in Grutter v. Bollinger*, 78 Tul. L. Rev. 1941, 1944 (2004).
- 304 Stephen A. Siegel, *The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny*, 48 Am. J. Legal Hist. 355, 407 (2006).
- 305 See Marty B. Lorenzo, *Race-Conscious Diversity Admissions Programs: Furthering a Compelling Interest*, 2 Mich. J. Race & L. 361, 409 (1997).

- 306 Fullilove, 448 U.S. at 532 (Stewart, J., dissenting).
- 307 Gotanda, *supra* note 199, at 5.
- 308 社会的資源の獲得者の選抜で個別の評価を行うことで、逆差別の主張を回避できるとされる (See Lorenzo, *supra* note 305, at 410)。
- 309 See Lapenson, *supra* note 271, at 92–93.
- 310 See John Arthur, *The Limit of Equality* in *The Unfinished Constitution: Philosophy and Constitutional Practice* 249, Wadsworth Pub Co (1989).
- 311 Hooks, *supra* note 191, at 1053.
- 312 See Louis P. Pojman, *The Moral Status of Affirmative Action* in *Affirmative Action: Social or reverse discrimination?* edited by Francis J. Beckwith & Todd E. Jones, 176, 184, Prometheus Books (1997).
- 313 See T. Alexander Aleinikoff, *A Case for Race-Consciousness*, 91 Colum. L. Rev. 1060, 1076 (1991).
- 314 Ivan E. Bodensteiner, *Affirmative Action — The Need for Leadership*, 39 How. L.J. 757 (1996).
- 315 See Klarman, *supra* note 221, at 226–40.
- 316 「逆差別」への懸念は、AA による個人主義と能力主義の侵害の危険とカラーブラインドとの抵触と結びついている (See Morrison, *supra* note 208, at 315)。
- 317 See Yamamoto, *supra* note 178, at 861 n.191.
- 318 Yamamoto, *supra* note 178, at 845 n.117.
- 319 AA に肯定的な見解では、AA には (マイノリティに不利益を及ぼす) 人種区分と同様の懸念は存在せず (See Chang, *supra* note 188, at 81–82 n.128; Goldstein, *supra* note 216, at 112)、AA 支持派の裁判官たちは、平等保護条項が白人を優位にする差別と白人を不利にする差別を同等に疑わしいものとして取扱う原則を廃止しようとしていたとされる (Brian T. Fitzpatrick, *The Hidden Question in Fisher*, 10 NYU J.L. & Liberty 168, 175 (2016))。
- 320 See Charles R. Lawrence III, *The Id, The Ego, and Equal Protection: Reckoning With Unconscious Racism*, 39 Stan. L. Rev. 317, 322 (1987).
- 321 See Tanya K. Hernandez, “*Multiracial*” *Discourse: Racial Classifications*

- in an Era of Color-Blind Jurisprudence*, 57 Md. L. Rev. 97, 145 (1998).
- 322 *See Culp, supra* note 68, at 172.
- 323 *See Bill O. Hing, Beyond the Rhetoric of Assimilation and Cultural Pluralism: Addressing the Tension of SePtism and Conflict in an Immigration-Driven Multiracial Society*, 81 Cal. L. Rev. 863, 896-97 (1993).
- 324 もっとも、人種主義はマイノリティの社会経済的地位を低くする社会構造を作り出すと言われるが、明確な証拠でそれを説明するのは難しく (*See Wilson, supra* note 297, at 12-13)、AA に否定的な立場からは、単純にマジョリティに属することで社会的資源の獲得の競争において優位な状況にあるとは言えないとされる (*See Thomas Ross, Innocence and Affirmative Action*, 48 Vand. L. Rev. 297 (1990))。
- 325 *See Chang, supra* note 188, at 97-98; Sunstein, Schkade, & Ellman, *supra* note 227, at 340.
- 326 J. Harvie Wilkinson III, *The Law of Civil Rights and the Dangers of Separatism in Multicultural America*, 47 Stan. L. Rev. 993, 1007 (1995).
- 327 AA の反対者は個人の権利を重視し、支持者は歴史的な違いの考慮を重視すると指摘されている (Adams, *supra* note 303, at 1944)。
- 328 Aleinikoff, *supra* note 313, at 1101.
- 329 Committee on the Status of Black Americans, National Research Council, *A Common Destiny: Blacks and American Society* edited by Gerald D. Jaynes & Robin M. Williams, Jr., 312.
- 330 Derrick Bell, *Faces at the Bottom of the Well: The Permanence of Racism* 197-200, Basic Books (1992).
- 331 Kahlenberg, *The Remedy: Class, Race, and Affirmative Action* 155, Basic Books (1996).
- 332 *See Christopher Edley, Jr., Not All Black and White* 174, Farrar, Straus and Giroux (1996).
- 333 *See Charles R. Lawrence III, Race, Multiculturalism, and the Jurisprudence of Transformation*, 47 Stan. L. Rev. 819 (1995).
- 334 *See Hing, supra* note 323, at 894.
- 335 もっとも、人種主義の根絶は実現できないとも指摘されている (*See Bell,*

- supra* note 330)。
- 336 Culp, *supra* note 68, at 179.
- 337 Aleinikoff, *supra* note 313, at 1191–92.
- 338 See William V. Alstyne, *Rites of Passage: Race, The Supreme Court, and the Constitution*, 46 U. Chi. L. Rev. 775, 809 (1979); T Aleinikoff, *supra* note 313, at 1062; Robin D. Barnes, *Politics and Passion: Theoretically a Dangerous Liaison*, 101 Yale L.J. 1631, 1638 (1992).
- 339 Hernandez, *supra* note 321, at 145.
- 340 Lapenson, *supra* note 271, at 1.
- 341 Croson, 488 U.S. at 551–52 (Marshall, J., dissenting).
- 342 See Inouye, *supra* note 275, at 155–56.
- 343 Hooks, *supra* note 191, at 1058; Gabriel J. Chin, *Bakke to the Wall: The Crisis of Bakkean Diversity*, 4 Wm. & Mary Bill of Rts. J. 8811, 919–20 (1996).
- 344 See Shelby Steele, *The Content of Our Character: A New Vision of Race in America* 109, Harper Perennial (1990).
- 345 Charles R. Lawrence III & Mari J. Matsuda, *We Won't Go Back: Making the Case for Affirmative Action* 53, Houghton Mifflin Harcourt (1997).
- 346 See Morris B. Abram, *Affirmative Action: Fair Shakers and Social Engineers*, 99 Harv. L. Rev. 1312, 1322–23 (1986).
- 347 Adams, *supra* note 303, at 1949.
- 348 Cass Sunstein, *Naked Preferences and the Constitution*, 84 Colum. L. Rev. 1689, 1710–17 (1984).
- 349 Rubin, *supra* note 69, at 32.
- 350 See Rubin, *supra* note 69, at 21.
- 351 See Rubin, *supra* note 69, at 32.
- 352 AA がマジョリティによって採択された場合には、その政治的意思によって廃止される（西村裕三「多様性の価値と“Affirmative Action”」阪本昌成編『立憲主義—過去と未来の間—畑博行先生古希記念』（有信堂，2000）316 頁，341 頁参照）。
- 353 Goldstein, *supra* note 216, at 112.

- 354 Bakke 判決でのパウエル裁判官による「合衆国はマイノリティの国家である」とする主張(Bakke, 438 U.S. at 292)は、有名である。パウエル裁判官は様々なマイノリティによってマジョリティが構成され、「マジョリティ」と「マイノリティ」の概念は、必然的に、一時的な配列と政治的判断を反映すると示す(Bakke, 438 U.S. at 295-96)。パウエル裁判官は、合衆国にマジョリティはいないと考えた(Natapoff, *supra* note 181, at 1071)。この見解は白人がマジョリティを構成し、黒人がマイノリティを構成するという従来の人種グループの理解を揺るがし(Natapoff, *supra* note 181, at 1070)、パウエル裁判官は、白人から構成されるマジョリティに黒人が従属し隷属しているという理解は変わってきていると認識する(Bertrall L. Ross II, *Democracy and Renewed Distrust: Equal Protection and the Evolving Judicial Conception of Politics*, 101 Calif. L. Rev. 1565, 1598 (2013))。
- 355 合衆国最高裁で、AA に否定的な立場を採る裁判官は、各グループが社会的資源を求めて競争し、同等の立場にあると想定する(See Croson, 488 U.S. at 510-11(O'Connor jointed by Rehnquist C.J. & White, Stevens, Kennedy JJ., majority))。
- 356 この理解は、すべての競合グループを同じ立場に捉えることで、マジョリティ(白人)の優位を肯定していると批判されると(Natapoff, *supra* note 181, at 1071-72)。
- 357 Kairys, *supra* note 224, at 737.
- 358 Aleinikoff, *supra* note 313, at 1074.
- 359 Richard D. Kahlenberg, *supra* note 331, at 114-15, 217 n.18.
- 360 否定的な立場を採る中間派と否定派の裁判官は、マイノリティによる自己取引を懸念していたと分析されている(Ross II, *supra* note 354, at 1617)。
- 361 See Aleinikoff, *supra* note 313, at 1105.
- 362 See Dong, *supra* note 242, at 1054-55.
- 363 David E. Bernstein, "Reverse Carolene Products," *the End of the Second Reconstruction, and Other Thoughts on Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action*, 2013-14 Cato Sup. Ct. Rev. 261, 277.
- 364 See Aleinikoff, *supra* note 313, at 1105.

- 365 See Pillai, *supra* note 173, at 430.
- 366 Aleinikoff, *supra* note 313, at 1102.
- 367 Farber, *supra* note 272, at 925.
- 368 Ross II, *supra* note 354, at 1599.
- 369 See Ross II, *supra* note 354, at 1620.
- 370 Daniel A. Farber & Philip P. Frickey, *Is Carolene Products Dead? Reflections on Affirmative Action and the Dynamics of Civil Rights Legislation*, 79 Calif. L. Rev. 685, 687 (1991).
- 371 Ramirez, *supra* note 162, at 970.
- 372 Thompson & Schiff, *supra* note 221, at 481.
- 373 敬讓型の厳格審査については、拙稿「アメリカ合衆国における厳格審査と敬讓 (1) (2・完) —高等教育機関による人種区分と司法審査基準」桐蔭法学 24 卷 2 号 (2018) 1 頁, 25 卷 1 号 (2018) 1 頁参照。
- 374 See Thompson & Schiff, *supra* note 221, at 481–82.
- 375 Massey, *supra* note 263, at 952.
- 376 Chang, *supra* note 188, at 63 n.19.
- 377 See Morrison, *supra* note 208, at 346; Chan H. Chu, *When Proportionality Equals Diversity: Asian Americans and Affirmative Action*, 23 Asian Am. L.J. 99, 143–44 (2016).
- 378 Rubin, *supra* note 69, at 20.
- 379 Morton, *supra* note 298, at 1113.
- 380 David Strauss, *The Myth of Colorblindness*, 1986 Sup. Ct. Rev. 99, 114.
- 381 Baker, *supra* note 250.
- 382 Croson, 488 U.S. at 493 (O'Connor jointed by Rehnquist C.J. White J., plurality) (1989).
- 383 See Morton, *supra* note 298, at 1137; Ross II, *supra* note 354, at 1619–20.
- 384 Yamamoto, *supra* note 178, at 861 n 191.
- 385 See Culp, *supra* note 68, at 164.
- 386 Spann, *supra* note 210, at 261.
- 387 Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke, 438 U.S. at 394 (Marshall, J., dissenting) (1978).

- 388 Schmidt, *supra* note 203, at 779.
- 389 See Richard J. Herrnstein & Charles Murray, *The Bell Curve: Intelligence and Class Structure in American Life* 276–80, 320–22, Free Press (1994); Lorenzo, *supra* note 305, at 418–19; Christine Jolls & Cass Sunstein, *The Law of Implicit Bias*, 94 Cal. L. Rev. 969, 981 (2006).
- 390 Wilson, *supra* note 297, at 34.
- 391 AAの支持者は、マイノリティが低い社会経済的地位に置かれ続けるのを避けるために、AAには正当性があると認識する (Herbert O. Reid, Sr., *Assault on Affirmative Action: The Delusion of a Color-Blind America*, 23 How. L.J. 381, 427 (1980))。
- 392 See Adeno Addis, *Role Models and the Politics of Recognition*, 144 U. Pa. L. Rev. 1377 (1996); Jolls & Sunstein, *supra* note 389, at 981.
- 393 Sheila Foster, *Difference and Equality: A Critical Assessment of the Concept of “Diversity”*, 1993 Wis.L.Rev 107, 112.
- 394 See Adeno Addis, *The Concept of Critical Mass in Legal Discourse*, 29 Cardozo L. Rev. 97, 111–12, 145 (2007).
- 395 See Aleinikoff, *supra* note 313, at 1062; Feldman, *supra* note 203, at 153–54; Culp, *supra* note 68, at 188.
- 396 See Zoe Burkholder, *Color In The Classroom: How American Schools Taught Race 1900–1954* 178, Oxford Univ Press (2011).
- 397 AAがなくとも成功を収めるマイノリティは存在し、カラーブラインドな施策によって、必ずしもマイノリティが不利な状況に置かれるわけではないとも指摘される (See Gabriel J. Chin *et al.*, *Beyond Self-Interest: Asian Pacific Americans Toward a Community of Justice, A Policy Analysis of Affirmative Action*, 4 Asian Pac. Am. L.J. 129, 148 (1996); William C. Kidder, *Situating Asian Pacific Americans in the Law School Affirmative Action Debate: Empirical Facts about Thernstrom’s Rhetorical Acts*, 7 Asian L.J. 29, 34–35 (2000))。
- 398 Kenneth Karst, *The Supreme Court 1976 Term, Foreword: Equal Citizenship Under the Fourteenth Amendment*, 91 Harv. L. Rev. 1, 6 (1977).
- 399 Allan D. Freeman, *Legitimizing Racial Discrimination Through Antidis-*

- crimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine*, 62 Minn. L. Rev. 1049, 1054–56, 1067 (1978).
- 400 Goldstein, *supra* note 216, at 109.
- 401 西村裕三「シニョリティ制に基づく一時解雇とアファーマティヴ・アクション」判例タイムズ 564 号 (1985) 58 頁, 60 頁。
- 402 Pojman, *supra* note 312, at 191.
- 403 既存の基準での高さは重要だが絶対的ではなく、社会的目的により覆されることがある (Pojman, *supra* note 312, at 183)。
- 404 既存の基準による地位の役割の遂行の予測は完璧ではないが、現時点ではそれが最良の基準だと考えられている (Kahlenberg, *supra* note 331, at 17)。
- 405 Johnson v. Transportation Agency of Santa Clara County, 480 U.S. 616, 674–75 (Scalia J., dissenting) (1987).
- 406 Robert K. Fullinwider, *The Reverse Discrimination Controversy* 78, Rowman & Littlefield Pub Inc (1982); Michel Rosenfeld, *Affirmative Action and Justice: A Philosophical and Constitution Inquiry* 323, Yale University Press (1991); Cass R. Sunstein, *Problems with Minimalism*, 58 Stan. L. Rev. 1899, 1903 (2006); Lapenson, *supra* note 271, at 29–34.
- 407 Johnson, 480 U.S. at 641 (Brennan J. joined by Marshall, Blackmun, Powell & Stevens JJ., majority); Grutter, 539 U.S. at 315 (O'Connor J. joined by Stevens, Souter, Ginsburg & Breyer JJ., majority) (2003).
- 408 Johnson, 480 U.S. at 675 (Scalia J., dissenting).
- 409 See Morton, *supra* note 298, at 1137; Ross II, *supra* note 354, at 1619–20.
- 410 役割を十分にこなす資格のない者に地位が付与されると、自尊を害する (Rosenfeld, *supra* note 406, at 95)。
- 411 See Rupert Barnes Nacoste, *Sources of Stigma: Analyzing the Psychology of Affirmative Action*, 12 Law & Pol'y 175, 188 (1990).
- 412 See Bodensteiner, *supra* note 314, at 763.
- 413 See Lorenzo, *supra* note 305, at 409–11.
- 414 AA は、対象者の資格が劣るというメッセージを伝えると指摘されている (See Rubin, *supra* note 69, at 39)。



- 415 Morton, *supra* note 298, at 1137.
- 416 See Stephen L. Carter, *Reflections of an Affirmative Action Baby*, Basic Books (1991).
- 417 Stanley Crouch, *The All-American Skin Game* 21-32, 66-69, Vintage (1995). 他方で AA によってマジョリティが自尊を害されることはなく、AA に否定的な見解ではマジョリティによる自尊侵害の危険は主張されていない (See Rubin, *supra* note 69, at 32 n.83)。
- 418 See Morrison, *supra* note 208, at 342-43.
- 419 Chu, *supra* note 377, at 143-44.
- 420 Krieger, *supra* note 211, at 1259.
- 421 See Lorenzo, *supra* note 305, at 410-11.
- 422 Paul Brest & Miranda Oshige, *Affirmative Action for Whom?*, 47 Stan. L. Rev. 855, 868 (1995).
- 423 Frank H. Wu, *Neither Black Nor White: Asian Americans and Affirmative Action*, 15 B. C. Third World L. J. 225, 275 (1995).
- 424 See Lapenson, *supra* note 271, at 42-43.
- 425 See Lapenson, *supra* note 271, at 33-34.
- 426 See Lapenson, *supra* note 271, at 52-54.
- 427 Grutter, 539 U.S. at 337 (O'Connor J., jointed by Stevens, Breyer, Ginsburg & Souter JJ., majority).
- 428 Gerber, *supra* note 226, at 1189.
- 429 Ian Ayres & Sydney Foster, *Don't Tell Don't Ask: Narrow Tailoring After Grutter and Gratz*, 85 Tex. L. Rev 517 (2007); Bodensteiner, *supra* note 186, at 36.
- 430 Eastland, *supra* note 166, at 48.
- 431 Harpalani, *supra* note 176, at 494.
- 432 Iris M. Young, *Justice and The Politics of difference* 200, Princeton University Press (1990).
- 433 George Sher, *Predicting Performance* in Equal Opportunity edited by Ellen Farnkel Paul, Freed D. Miller, Jr, Jeffery Paul, John Ahrens 199 (1987).

- 434 Sher, *supra* note 433, at 188.
- 435 Lino A. Graglia, *Special Admission of the “Culturally Deprived” to Law School*, 119 U. Pa. L. Rev. 351, 352 (1970).
- 436 Chang, *supra* note 188, at 63 n.18.
- 437 Kirsanow, *supra* note 281, at 77.
- 438 See Daniel Bell, “On Meritocracy and Desert”40–41, *The Public Interests* (1972).
- 439 William B. Reynolds, *The Reagan Administration and Civil Rights: Winning the War Against Discrimination*, 1986 U. Ill. L. Rev. 1001, 1021.
- 440 Young, *supra* note 432, at 193.
- 441 Spann, *supra* note 210, at 235.
- 442 Sher, *supra* note 433, at 192–93.
- 443 Young, *supra* note 432, at 208–10.
- 444 Young, *supra* note 432, at 206.
- 445 Young, *supra* note 432, at 202.
- 446 Bodensteiner, *supra* note 186, at 33.
- 447 See Bakke, 438 U.S. at 355–56 (Brennan J., jointed by White, Marshall & Blackmun JJ., dissenting).
- 448 Fallon, *supra* note 213, at 1932.
- 449 See Tung Yin, *Class-Based Affirmative Action*, 31 Loy. L.A. Rev. 213, 249 (1997).
- 450 See Deborah C. Malamud, *Affirmative Action, Diversity, and the Black Middle Class*, 68 U. Colo. L. Rev. 939, 949 (1997).
- 451 See Fisher II, 136 S. Ct. at 2230 (Alito, J., dissenting).
- 452 Kahlenberg, *supra* note 331, at 17.
- 453 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.
- 454 Carl L. Bankston III, *Grutter v. Bollinger Weak Foundations*, 67 Ohio St. L.J. 1, 3–4 (2006).
- 455 Martin D. Carcieri, *The Wages of Taking Bakke Seriously: Federal Judicial Oversight of the Public University Admissions Process In the Begin-*

- ning, *there was Bakke*, 2001 BYU Educ. & L. J. 161, 163-65 (2001).
- 456 Bodensteiner, *supra* note 314, at 759; Baker, *supra* note 250, at 1364.
- 457 各人種グループには学力に大きな差がある旨が指摘されている (See Farber, *supra* note 272, at 913-14; Kirsanow, *supra* note 281, at 68-69)。
- 458 マジョリティの学力と比べて黒人の学力は低く (Derrick Darby, *A Lesson for the Reparations Debate in the Age of Obama*, 57 Kan. L. Rev. 755 (2009))、あらゆる収入のレベルで、マジョリティの学力が黒人を上回っている (Yin, *supra* note 449, at 233-35)。両者の学力差は縮まらず (Carcier, *supra* note 455, at 164-66)、むしろ拡大しているとも指摘されている (Bankston III, *supra* note 454, at 3-4)。
- 459 安西前掲 (41) 99 頁参照。
- 460 See Bakke, 438 U.S. at 355-56 (Brennan J., jointed by White, Marshall & Blackmun JJ., opinion).
- 461 See Heriot, *supra* note 254, at 231.
- 462 合衆国最高裁の多数の裁判官は、AA は憲法上許容され则认为しているとされる (横田耕一「アファーマティブ・アクションの判例動向」九州大学社会学論集 28 集 (1988) 175 頁, 198-99 頁)。
- 463 Chang, *supra* note 188, at 60.
- 464 See Thompson & Pomeroy, *supra* note 276, at 183.
- 465 See Pamela S. Karlan, *Compelling Interests/Compelling Institutions: Law Schools as Constitutional Litigants*, 54 UCLA L. Rev. 1613, 1624 (2007); Kirsanow, *supra* note 281, at 75-76.
- 466 Aleinikoff, *supra* note 313, at 1106.
- 467 横田耕一「平等原理の現代的展開—“Affirmative Action” の場合—」現代憲法学研究会編『現代国家と憲法の原理』(有斐閣, 1983) 645 頁, 665 頁; 吉田前掲 (10) 94 頁。
- 468 吉田仁美「高等教育におけるアファーマティブ・アクション」関東学院法学 13 卷 3 号 (2003) 49 頁, 18 頁。
- 469 諸外国の AA の動向に照らすと、平等保護条項がアファーマティブ・アクションを命じているという解釈に進んでいることも否定できないとされる (戸松前掲 (45) 186-87 頁)。

- 470 See Karst, *supra* note 398, at 53; Ruth Colker, *Anti-Subordination Above All: Sex, Race, and Equal Protection*, 61 N.Y.U.Rev 1003, 1014–15 (1986); Tribe, *supra* note 222, at 1543; Kenneth L. Karst, *Belonging to America* 9, Yale University Press (1989).
- 471 平地秀哉「市民的地位・平等保護・Affirmative Action (2) —合衆国憲法の『市民』像に関する予備的考察—」早稲田大学法研論集 97 号 (2001) 127 頁; 拙著前掲 (49) 42 頁以下。
- 472 高橋正明「憲法上の平等原則の解釈について (1)~(3・完)」法学論叢 178 卷 1 号 (2015) 85 頁, 第 178 卷 2 号 (2015) 105 頁, 第 178 卷 5 号 (2016) 95 頁。
- 473 拙著前掲 (49) 154 頁以下参照。
- 474 See Kahlenberg, *supra* note 331, at 76–77.
- 475 Marcia G. Synnott, *The Half-Opened Door: Discrimination and Admissions at Harvard, Yale, and Princeton, 1900–1970*, Routledge (1979); Natapoff, *supra* note 181, at 1059; Heriot, *supra* note 282, at 73.
- 476 Grace W. Tsuang, *Assuring Equal Access of Asian Americans to Highly Selective Universities*, 98 Yale L.J. 659, at 671 & n.81 (1989).
- 477 See Graham, *supra* note 475; Dan A. Oren, *Joining the Club: A History of Jews and Yale*, Yale University Press (1985).
- 478 Dana Y. Takagi, *The Retreat From Race: Asian American Admissions and Racial Politics* 30, Rutgers University Press (1992).
- 479 Karen K. Inkelas, *Caught in the Middle: Understanding Asian Pacific American Perspectives on Affirmative Action Through Blumer's Group Position Theory*, 44 J. C. Student Dev. 625, 626 (2003).
- 480 Camille Gear Rich, *Decline to State: Diversity Talk and the American Law Student*, 18 S. Cal. Rev. L. & Soc. Just. 539, 556 n. 49 (2009).
- 481 Inkelas, *supra* note 479, at 626.
- 482 See Dong, *supra* note 242, at 1059; Bryan T. Ikegami, *An Urgent Opportunity Unifying the Asian American Stance on Affirmative Action*, 17 UCLA Asian Pac. Am. L.J. 82, 92–93 (2012).
- 483 Rubinfeld, *supra* note 276, at 470–71.

- 484 Evan D. Carr, *By The Content of Their Character: Good-Faith Consideration of Race-Neutral Alternatives in Affirmative Action Under Fisher*, 49 Ind. L. Rev. 745, 747 (2016).
- 485 See Chu, *supra* note 377, at 130–31.
- 486 John Friedl, *Making A Compelling Case For Diversity In College Admissions*, 61 U. Pitt. L. Rev. 1, 25–26 (1999).
- 487 See Daria Roithmayr, *Tacking Left: A Radical Critique of Grutter*, 21 Const. Comment. 191 (2004).
- 488 See Kahlenberg, *supra* note 331, at 76–77.
- 489 See Wu, *supra* note 423, at 238; Denny Chan, *An Invisibility Cloak: The Model Minority Myth and Unauthorized Asian Immigrants*, 3 U.C. Irvine L. Rev. 1281, 1299 (2013); Christopher Atlee F. Arcitio, *Unraveling The Inequitable Nature of The Model Minority: Asian-Americans Deserve Affirmative Action*, 5 Tenn. J. Race, Gender & Soc. Just. 113, 119 (2016).
- 490 See Inouye, *supra* note 275, at 149.
- 491 K.G. Jan Pillai, *Affirmative Action: In Search of A National Policy*, 2 Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev. 1, 31 (1992).
- 492 Brest & Oshige, *supra* note 422, at 895.
- 493 Daniel P. Tokaji, *Asian Americans and Affirmative Action*, 1 Nexus J. Op. 47, 62 (1996).
- 494 Arcitio, *supra* note 489, at 121.
- 495 See Tokaji, *supra* note 493, at 62; Lorenzo, *supra* note 305, at 413–15.
- 496 Inouye, *supra* note 275, at 150.
- 497 Arcitio, *supra* note 489, at 119.
- 498 Lorenzo, *supra* note 305, at 412.
- 499 See Theodore H. Wang & Frank Wu, *Beyond the Model Minority Myth: Why Asian Americans Support Affirmative Action*, 53 Guild Prac. 35, 35 (1996); Adrian Liu, *Affirmative Action & Negative Action: How Jian Li's Case Can Benefit Asian Americans*, 13 Mich. J. Race & L. 391 (2008).
- 500 See Grace W. Tsuang, *Assuring Equal Access of Asian Americans to Highly Selective Universities*, 98 Yale L. J. 659.

- 501 Liu, *supra* note 499, at 415–16.
- 502 Tokaji, *supra* note 493, at 48–49.
- 503 Inouye, *supra* note 275, at 150.
- 504 Chu, *supra* note 377, at 116.
- 505 Chin, *supra* note 343, at 933.
- 506 Robert S. Chang, *Toward an Asian American Legal Scholarship: Critical Race Theory, Post-Structuralism, and Narrative Space*, 81 CALIF. L. REV. 1241, 1261 (1993).
- 507 Addis, *supra* note 392, at 1377.
- 508 Bakke, 438 U.S. at 360–61 (Brennan J. jointed by White, Marshall, Blackmun JJ., dissenting).
- 509 Grutter, 539 U.S. at 346 (Ginsburg J., concurring).
- 510 Sheet Metal Workers, 478 U.S. at 480 (Brennan J., Marshall, Blackmun, Stevens JJ., plurality); Paradise, 480 U.S. at 178 (Brennan J., jointed by Marshall, Blackmun, Powell JJ., plurality).
- 511 Greenberg, *supra* note 214, at 611; Johnson, *supra* note 217, at 182; Goldstein, *supra* note 216, at 122.
- 512 See Kairys, *supra* note 224, at 730–31.
- 513 See Chu, *supra* note 377, at 130–31.
- 514 See Harvey Gee, *From Bakke to Grutter and Beyond: Asian Americans and Diversity in America*, 9 Tex. J.C.L. & C.R. 129, 153 (2004).
- 515 久保田きぬ子「逆差別について—アメリカの判例を中心に—」成蹊法学 17 号 (1981) 47 頁, 50 頁。
- 516 有澤前掲 (10) 499 頁。
- 517 See Kathleen M. Sullivan, *Sins of Discrimination: Last Term's Affirmative Action Cases*, 100 Harv. L. Rev 78 (1986); Kahlenberg, *supra* note 331, at 110; Chu, *supra* note 377, at 101.
- 518 See Paul M. Sniderman & Thomas Piazza, *The Scar of Race* 103–04 (1993).
- 519 Kekes, *supra* note 212, at 148.
- 520 Ikegami, *supra* note 482, at 82.

- 521 See Rubin, *supra* note 69, at 20–21.
- 522 David E. Bernstein, *Schuetten v. Coalition to Defend Affirmative Action and the Failed Attempt to Square a Circle*, 8 NYU J.L. & Liberty 210, 226 (2013).
- 523 Rubin, *supra* note 69, at 20.
- 524 Schuetten, 134 S. Ct. at 1634–35 (Kennedy J., joined by Roberts C.J., Alito J., plurality).
- 525 Mellott, *supra* note 288, at 1157.
- 526 Mellott, *supra* note 288, at 1151.
- 527 Rubin, *supra* note 69, at 44.
- 528 Brest, *supra* note 280, at 17.
- 529 Baker, *supra* note 250, at 1364.
- 530 Abram, *supra* note 346, at 1318–23.
- 531 Siegel, *supra* note 285, at 1293–95.
- 532 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., and White, J.).
- 533 Siegel, *supra* note 181, at 42 n. 205.
- 534 See Boddie, *supra* note 285, at 324–25.
- 535 Mellott, *supra* note 288, at 1157.
- 536 Thomas Sowell, *Affirmative Action around the World: An Empirical Study* 93, Yale University Press (2004).
- 537 マジョリティの中でも AA による負担を負うのは、社会経済的地位の低い者だと指摘されている (Eastland, *supra* note 166, at 38)。
- 538 清水前掲 (150) 169 頁。
- 539 山口前掲 (294) 92 頁。
- 540 Ramirez, *supra* note 162, at 962.
- 541 もっとも、当時も合衆国には黒人以外のマイノリティが無数に存在し、白人と黒人から構成される社会という認識は幻想であったと評価されている (Ramirez, *supra* note 162, at 958 n.5)。
- 542 See Kevin R. Johnson, *Some Thoughts on the Future of Latino Legal*

- Scholarship*, 2 Harv. Latino L. Rev. 101, 110 (1997).
- 543 Ramirez, *supra* note 162, at 958.
- 544 Wilkinson III, *supra* note 326, at 1016.
- 545 Ramirez, *supra* note 162, at 959.
- 546 See Charles F. Abernathy, *Federalism and Anti-Federalism as Civil Rights Tools*, 39 How. L.J. 615, 628 (1996).
- 547 Bankston III, *supra* note 454, at 4.
- 548 清水前掲 (150) 166 頁。
- 549 吉岡宏祐「現代アメリカ合衆国におけるアファーマティブ・アクション廃止後の動向—高等教育機関における『多様性の確保』をめぐる—」歴史 115 号 (2010) 39 頁。
- 550 See Kevin R. Johnson, *The End of “Civil Rights” as We Know It?: Immigration and the New Civil Rights Law*, 49 UCLA L. Rev. 1481, 1499–1510 (2002).
- 551 Ramirez, *supra* note 162, at 960–62.
- 552 Susan Sturm & Lani Guinier, *The Future of Affirmative Action: Reclaiming The Innovative Ideal*, 84 Cal. L. Rev. 953, 1027 (1996).
- 553 Johnson, *supra* note 217, at 188.
- 554 Wilkinson III, *supra* note 326, at 1017; William R. Tamayo, *When the “Coloreds” Are Neither Black Nor Citizens: The United States Civil Rights Movement and Global Migration*, 2 Asian L.J. 1, 9–11 (1995); Kirsanow, *supra* note 281, at 77–78.
- 555 See Ramirez, *supra* note 162, at 962.
- 556 See Johnson, *supra* note 550, at 61–63.
- 557 See Kekes, *supra* note 212, at 151.
- 558 Siegel, *supra* note 285, at 1293–99.
- 559 Spann, *supra* note 210, at 309.
- 560 K. Anthony Appiah & Amy Gutmann, *Color Conscious* 148, Princeton, University Press (1996).
- 561 See Lapenson, *supra* note 271, at 63–64.
- 562 See Abram, *supra* note 346, at 1321–22.



- 563 Bickel, *supra* note 159, at 133.
- 564 See Alstyne, *supra* note 338, at 805–06; Gabriel J. Chin, *supra* note 343, at 933; Ronald Takaki, *Strangers From A Different Shore* 499, Little, Brown and Company (1998).
- 565 Scalia, *supra* note 453, at 152; Wilkinson III, *supra* note 326, at 1001 n.53; Kahlenberg, *supra* note 331, at 78–79.
- 566 K. Anthony Appiah & Amy Gutmann, *Color Conscious* 148, Princeton, University Press (1996); Spann, *supra* note 210, at 309.
- 567 See Ramirez, *supra* note 162, at 963.
- 568 See Wang & Wu, *supra* note 499, at 40; Inouye, *supra* note 275, at 154.
- 569 AA は、複数のマイノリティのうちのあるグループだけを恣意的に受益対象とする重大な危険を孕むと指摘されている(安西前掲(31) 18 頁)。
- 570 See Kekes, *supra* note 212, at 151.
- 571 Siegel, *supra* note 285, at 1293–99.
- 572 See Arcitio, *supra* note 489, at 134.
- 573 AA のコストを負担するマイノリティ(日系や中国系など)は、AA に対して好意的ではない(横田前掲(30) 40 頁)。
- 574 愛敬前掲(113) 49 頁。
- 575 高野良一「アフターマティプ・アクションとしての実験学校—チャーター学校の現実的な可能性」*教育学研究* 73 卷 4 号(2006) 54 頁, 57 頁。
- 576 See Ramirez, *supra* note 162, at 974; Kahlenberg, *supra* note 331, at 79; J.M. Balkin, *The Constitution of Status*, 106 Yale L.J. 2313, 2321 (1997).
- 577 安西前掲(41) 96 頁。
- 578 Meese III, *supra* note 160, at 154.
- 579 J. Stephen Reinhardt, *Civil Rights and the New Federal Judiciary: The Retreat from Fairness*, 14 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 142, 145 (1991).
- 580 Christopher Jencks, *Rethinking Social Policy* 26, Harvard University Press (1993).
- 581 See Goldstein, *supra* note 216, at 138.
- 582 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).

583 Reinhardt, *supra* note 579, at 145.

584 Morrison, *supra* note 208, at 315; Schmidt, *supra* note 203, at 779.

585 Morrison, *supra* note 208, at 322-23.

586 各グループには互いに共有する「常識」がなく（紙谷雅子「大学とアファーマティヴ・アクション」アメリカ法 [2004-1] 53 頁, 68 頁）、それがグループ間の争いの 1 つの原因である。人種相互の理解の構築は人種間の緊張関係の緩和にとって非常に重要であり（Cynthia Estlund, *Taking Grutter to Work*, 7 Green Bog 2d 215, 221 (2004)）、合衆国最高裁は、人種相互の理解が人種区分を正当化するやむにやまれぬ利益として認めてきた（Grutter, 539 U.S. at 329-30 (O'Connor J., jointed by Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer JJ., majority); Fisher II, 136 S. Ct. at 2211 (Kennedy J., jointed by Ginsburg, Breyer, Sotomayor JJ., majority)）。各領域が人種的に分断されていると互いを理解できないが、人種統合による各グループの接触が生じると、協力関係を構築せざるを得ないので相互理解が進むとされる（Cynthia L. Estlund, *Putting Grutter to Work: Diversity, Integration and Affirmative Action in Workplace*, 26 Berkeley J Emp & Lab L.J. 1, 26-27 (2005)）。人種相互の理解の促進は、マイノリティ同士の争いを鎮めることができることも指摘されている（See Hing, *supra* note 323, at 913）。

587 See Addis, *supra* note 392, at 1449.

588 Jencks, *supra* note 580, at 26.

589 指導的な地位で人種統合が出来ていないことは人種分離の遺産であり、マイノリティに対するマジョリティによる無視、偏見を永続させるのであり（Kahlenberg, *supra* note 331, at 6）、AA の批判者は AA が人種的分断を助長すると主張することで、マジョリティを優位な状況に置こうとしていると指摘される（Lawrence III, *supra* note 333, at 838）。

590 See Addis, *supra* note 392, at 1377.

591 Addis, *supra* note 392, at 1450.

592 See Heany, *Busing, Timetables, Goals, and Ratios: Touchstones of Equal Opportunity*, 69 Minn. L. Rev. 735, 819-20 (1985); Michel Rosenfeld, *Affirmative Action, Justice, and Equalities: A Philosophical and Constitution-*

- al Appraisal*, 46 Ohio St. L.J. 845, 856-67 (1985); Hooks, *supra* note 191, at 1044.
- 593 Ware, *supra* note 221, at 2112.
- 594 See Goldstein, *supra* note 216, at 109.
- 595 Grutter, 539 U.S. at 345 (Ginsburg J., jointed by Breyer J., concurring).
- 596 See Goldstein, *supra* note 216, at 143-44.
- 597 See Abram, *supra* note 346, at 1323.
- 598 See Goldstein, *supra* note 216, at 138.
- 599 Grutter, 539 U.S. at 332 (O'Connor J., jointed by Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer JJ., majority).
- 600 See Charles Fried, *Saying What The Law Is* 239 (2004).
- 601 See Natapoff, *supra* note 181, at 1061.

(もぎ・ようへい 桐蔭横浜大学法学部准教授)