

論文

Affirmative Action の意味 (1)

——Affirmative Action はどのように翻訳すべきか——

Meaning of Affirmative Action:
How Affirmative Action Should Be Translated [Part I]

茂木 洋平

桐蔭横浜大学法学部

(2022年1月27日 受理)

I. はじめに

1. 問題の所在

本稿の目的は、アメリカ合衆国における Affirmative Action (AA)¹⁾ に如何なる訳語を当てるべきかを明かにするところにある。AA の1つの性質として、対象者に対して社会的資源を付与し、対象外の者に対して社会的資源を喪失させる、あるいはその獲得のハードルを高めることが挙げられる。AA は主に人種問題を対象に行われており、人種グループ間の政治的対立を生じさせた²⁾。AA は合衆国市民に対して最も不和をもたらす問題だと認識されており³⁾、大きな政治的社会的争点となっていた⁴⁾。

合衆国において、AA は人種差別 (人種グループ間の社会経済的格差) を解消する施策として登場したと理解されている⁵⁾。マイノリティの社会経済的に不利な状況は差別の影響 (差別によってマジョリティが社会的資源を獲得し、マイノリティがそれを喪失する) によって生じたという理解に基づいて、AA は人種を理由に対象者 (マイノリティ) に社

会的資源を付与し、対象外の者 (マジョリティ) にその負担を負わせると理解されてきた⁶⁾。AA は、従来の差別とは逆の形式をとっている⁷⁾。AA は実質的平等を実現するために不平等な手段をとるという自己矛盾的な性質を内包しており⁸⁾、「差別解消のための差別行為」とも称されている⁹⁾。このような平等のための差別という AA の逆説的性質¹⁰⁾への純粹な理論的な関心から、日本の学説は外国法研究として AA を取り上げてきた。他方、それにとどまらず、日本社会の内部に差別の害が蓄積しているという認識から、アファーマティブ・アクションの導入の検討には合理性があり¹¹⁾、それが採用可能だと主張された¹²⁾。日本では男女共同参画の分野でアファーマティブ・アクションが導入されており、それは合衆国の AA や欧州の Positive Action を参照したとされる¹³⁾。日本の学説では、日本のアファーマティブ・アクションの制度設計のために、合衆国の AA の研究が盛んに行われてきた。

AA の訳語としては、直訳的に「積極的措置」¹⁴⁾や「肯定的活動」¹⁵⁾、「積極的行動計画」¹⁶⁾が見られるが、これらに対しては、AA が差別解消策であるとの認識に基づいて、誤訳だ

と主張されている¹⁷⁾。

AAという言葉自体には差別・救済・是正という言葉は含まれていないが、AAは人種差別を解消するための施策であるとの理解から、日本の学説は「積極的救済策」¹⁸⁾、「差別撤廃措置」¹⁹⁾、「差別解消策」²⁰⁾、「積極的差別解消策」²¹⁾、「積極的差別解消措置」²²⁾、「積極的是正行為」²³⁾、「積極的差別是正行為」²⁴⁾、「積極的差別是正措置」²⁵⁾、「積極的平等施策」²⁶⁾、「差別矯正政策」²⁷⁾、「積極的平等化行為」²⁸⁾という訳がなされた。この他、AAがマイノリティに一定の優先を与えるという理解に基づいて²⁹⁾、「優遇措置」³⁰⁾や「優先処遇」³¹⁾と訳されている。AAは被差別グループへの実質的平等の保障を目的としているとの理解から、積極的という語を加えて、積極的優遇措置という訳もなされている³²⁾。また、AAが人種間の社会経済的格差の是正を目的としているという理解から³³⁾、「積極的格差是正措置」³⁴⁾や「積極的格差改善措置」という訳もなされている³⁵⁾。

AAには多くの訳語が存在し、同じ論者が複数の訳語を用いることもあり、定訳はない。それぞれの訳語には「積極的」、「差別の「救済」「是正」「解消」、「平等」、「格差是正」といった語が用いられており、それらの翻訳はAAについての共通した理解に基づくと考えられる。即ち、AAは過去の差別を救済する施策であり³⁶⁾、その目的は人種差別の弊害に苦しむ人々の救済にあるという理解³⁷⁾である。日本の学説には、AAは被差別グループに社会的資源をもたらすことで³⁸⁾、マイノリティの社会経済的地位の向上を目指しており³⁹⁾、歴史的に形成された構造的差別を解消するための施策である⁴⁰⁾という認識がある。しかし、合衆国の判例と学説の議論を検討すると、日本の学説のAAの理解が当てはまる側面はあるものの、AAはそうした理解では捉えきれないところがある。以下、この点を明かにするために、AAに関する合衆国の判例と学説の議論を検討する。

2. 構成

本稿は以下のように考察を進める。AAは差別の救済を目的として登場したのであり、AAと差別の救済との関連を検討する(Ⅱ)。AAの正当化理由は差別の救済から多様性へと移り、その性質は変化しており、AAの性質の変容を考察する(Ⅲ)。AAの性質の変化により、AAはマジョリティが社会的資源を獲得するために用いられ、社会経済的に不利な状況にあるマイノリティが不利益を受ける場合があるが、合衆国最高裁はこうした性質を考慮してもなお、人種の統合の達成を理由にAAを正当化してきた。AAと統合をめぐる議論を検討する(Ⅳ)。最後に、議論をまとめる(Ⅴ)。

Ⅱ. 差別の救済のための Affirmative Action

1. 救済の必要性

黒人には奴隷制という特有の差別経験があり⁴¹⁾、それが社会的資源の獲得を妨げたとされる⁴²⁾。奴隷制による悪影響が主たる原因となり⁴³⁾、様々な分野の指導的な地位で黒人は過少代表となった⁴⁴⁾。特有の被差別経験によって黒人は不利な資質形成環境に置かれ⁴⁵⁾、合衆国の主流への参入は困難だと認識されていた⁴⁶⁾。

黒人が社会経済的に低い地位に置かれることで、黒人の資質が劣っているという偏見が生じた⁴⁷⁾。指導的な地位で黒人が過少代表であるのは、生来的に能力が劣り、社会で成功するために必要な主流の文化の習得ができていないためだと主張された⁴⁸⁾。また、過少代表の原因は、マジョリティと比べて黒人の認知能力が劣っているところにあるとも説明された⁴⁹⁾。

市民権運動の擁護者はマイノリティに対する差別を禁止し、人種的中立性を指向する社会の実現を目指していた⁵⁰⁾。しかし、市民権運動によって人種差別的な法制度が廃止され

た後も、黒人に対する偏見や差別は残存しており⁵¹⁾、人種中立的な法制度を実施するだけでは人種間の格差は固定化し⁵²⁾、人種差別の弊害（グループ間の社会経済的格差）を再生産し続けることになる⁵³⁾。

AA を支持する見解では、そのような社会では黒人に対して AA によって社会的資源を分配しなければ平等は達成されず⁵⁴⁾、人種間の格差の自然的治癒は不可能だと考えられた⁵⁵⁾。偏見が様々な分野への黒人の進出の足枷となっており⁵⁶⁾、それを取り払わなければ、黒人が主流へと入っていくことはできないとされた⁵⁷⁾。偏見は黒人に対して価値を切り下げており⁵⁸⁾、それは是正されなければならず⁵⁹⁾、黒人の社会経済的に不利な状況を放置することは修正第 14 条の原意に反すると主張された⁶⁰⁾。

2. 黒人に対する救済

裁判所と立法者が 1960 年代にはじめて人種を意識する救済を作り出したとき、黒人が人口の約 10% を構成し、白人が 90% 近くであり、合衆国は黒人と白人の社会として考えられていた⁶¹⁾。当時から合衆国には多様なグループが存在しており、実際には、1960 年代においても、黒人と白人の二分法は幻想であった⁶²⁾。しかし、1960 年代の現状について「我が国は分離され不平等な 2 つの社会（1 つは黒人、1 つは白人）に向かっている」と評価されており⁶³⁾、伝統的な市民権法の学説では白人と黒人の二分法が浸透していた⁶⁴⁾。

1960 年の時点で黒人はマイノリティの人口の 96% を構成しており⁶⁵⁾、合衆国には被差別のマイノリティが無数にいたが、黒人はそれなりの規模のある唯一の人種的マイノリティであった⁶⁶⁾。AA が開始された当初、AA は単一のマイノリティ（黒人）に機会を付与し⁶⁷⁾、社会的資源の獲得の競争における黒人のスタートラインを白人と同じにするために行われたのであり⁶⁸⁾、黒人を主たる対象としていた⁶⁹⁾。黒人の社会経済的地位の低さの原因はその特有の被差別経験だと認識されてお

り⁷⁰⁾、AA は黒人に対する差別の救済だと理解され⁷¹⁾、黒人に特有の問題（特有の被差別経験から生じる社会経済的地位の低さ）を解決する 1 つの方策として採用された⁷²⁾。AA は歴史的に差別されてきたマイノリティを救済するための施策であり⁷³⁾、差別を是正する施策として理解できた。

3. マイノリティの多様化

1960～90 年代にかけて、移民や人種間の出生率の差を受けて⁷⁴⁾、合衆国では人口構成に占めるマイノリティの割合が大幅に増加し、マイノリティの中でもヒスパニックが大幅に増え、1990 年代初頭にはマイノリティに占める黒人の割合は 50% 程度にまで下がった⁷⁵⁾。これにより、合衆国では、黒人だけが考慮に値する規模を持つマイノリティではなくなり⁷⁶⁾、白人と黒人の二分法で捉えられてきた人種問題は複雑な様相を呈してきた⁷⁷⁾。黒人以外にも合衆国は多くのマイノリティの問題を抱えることになり⁷⁸⁾、それ以外のグループを考慮する必要が出てきた⁷⁹⁾。合衆国に流入した新たなマイノリティの社会経済的地位が低いと、それらのグループの能力が劣っていると考えられ⁸⁰⁾、それらのグループに対する偏見を招き⁸¹⁾、それを強め⁸²⁾、それから生じる悪影響の克服は難しくなるとされる⁸³⁾。偏見や固定観念はマイノリティに不利益をもたらすため⁸⁴⁾、マイノリティは差別の影響から積極的に保護する必要があると認識された⁸⁵⁾。

黒人以外のマイノリティの被差別の経験は、AA の対象者として選抜されるに値する差別と従属の悲惨な歴史を伴うとの主張がなされていることが指摘されている⁸⁶⁾。各マイノリティが社会経済的に低い地位にある原因は、黒人と同じように、人種差別の歴史⁸⁷⁾と人種主義にあるとされた⁸⁸⁾。しかし、すべてのマイノリティに被差別経験があるとしても⁸⁹⁾、その程度や種類には差がある⁹⁰⁾。奴隷制のような黒人の被差別に匹敵するものはないとも評価されており⁹¹⁾、差別の救済を理由に AA

を正当化しようとする、黒人以外のマイノリティの AA への包含は難しくなる⁹²⁾。

4. 差別の発生の防止

黒人以外のマイノリティに対して、差別の救済を理由に AA の対象者とするのは難しい。しかし、それらのグループの社会経済的に低い地位を放置すると偏見が生じ、それにより悪影響を受ける。それらのグループを AA の対象者とするには、黒人とは異なる理由が必要とされた。

従来、AA は過去の差別の救済を理由に正当化されてきたが⁹³⁾、これに加えて、AA を支持する見解は、差別の発生を防ぐために AA が必要だと主張した⁹⁴⁾。合衆国最高裁では、多数の裁判官によって、マイノリティに対する固定観念や偏見の打破が AA の正当化理由として認められてきたが⁹⁵⁾、さらに、合衆国最高裁の AA 支持派の裁判官たちは、差別の発生を防ぐために AA が許容される旨を述べている⁹⁶⁾。AA を支持する見解では、修正第 14 条の原意は人種差別の防止にあり⁹⁷⁾、マイノリティに対する差別の防止を要求していると主張された⁹⁸⁾。AA は過去の差別の弊害からマイノリティを救済する施策だと理解されてきたが⁹⁹⁾、それとともに将来の差別を防ぐ手段でもあるとの主張が大勢を占めている¹⁰⁰⁾。

マイノリティに対する偏見は、それらのグループが指導的な地位に占める割合が少なく、社会経済的に低い地位にあることから生じる(Ⅲ 1)。この発生を防ぐためには、各マイノリティが指導的な地位で一定の割合を占める必要があると主張されている¹⁰¹⁾。修正第 14 条はマイノリティを不利な状況に置く法制度を禁止していることは明確だが、差別が発生しないように、マイノリティに社会的資源を分配する必要があるとされる¹⁰²⁾。

AA に肯定的な見解は、AA によって指導的な地位に占めるマイノリティの割合が増えると、マイノリティが劣った存在であるという偏見が縮減されるとする¹⁰³⁾。また、各マイ

ノリティが十分な社会的資源を得ていないと、それらのグループは合衆国で疎外されていると考えるが¹⁰⁴⁾、それを十分に得ると、各マイノリティは自身が排除されていないと感じるようになるとされる¹⁰⁵⁾。AA は固定観念や偏見をなくすために行われるとされ¹⁰⁶⁾、その見解を支持するために、指導的な地位へのマイノリティの包含が固定観念や偏見を縮減させることを示す社会学的証拠が援用された¹⁰⁷⁾。AA は、将来的に差別の標的にされる可能性が高いグループに対して合理的な救済だと評されている¹⁰⁸⁾。

AA は各マイノリティの社会経済的に低い地位を改善し¹⁰⁹⁾、差別の発生を防ぐために、積極的に格差を是正するための措置として行われると主張された。

Ⅲ. Affirmative Action の性質の変化

1. 成功を収めたマイノリティの Affirmative Action の対象者からの排除

日系や中国系は合衆国で法的な差別を受けてきたため¹¹⁰⁾、AA の対象者となりうるのであり¹¹¹⁾、AA によって補償を受ける資格があると主張される¹¹²⁾。他方で、それらのグループは AA がなくとも社会経済的に比較的成功を収めており、合衆国ではこれらのグループは「モデルとなるマイノリティ」だという考え方が浸透した¹¹³⁾。それらのグループは AA がなくとも社会経済的に成功を収めることができるとの認識から、それらのグループには AA は不要だと主張する見解が見られる¹¹⁴⁾。

大学の入学者選抜の担当者は、人口統計に基づいて、何らかの理想的な人種の均衡を念頭に置いており¹¹⁵⁾、合衆国の最上位の学校の入学者選抜の担当者は、アジア系の一部のグループ(日系や中国系など)は上位の高等教育機関の入学者枠の獲得で驚異的な成功を収めている状況を懸念した¹¹⁶⁾。日系や中国系アメリカ人は、AA がなくとも上位の高等教育

機関に合格でき¹¹⁷⁾、AA が終了すると、上位の高等教育機関の学生構成はマジョリティと一定のアジア系に占められると予測されていた¹¹⁸⁾。

カリフォルニア大学バークレイ校、同ロサンゼルス校、スタンフォード大学などの上位の高等教育機関ではアジア系アメリカ人が人口に占める割合と比べて過剰代表であることから¹¹⁹⁾、アジア系のすべてのグループが AA の対象者から外されていた¹²⁰⁾。1960年代にはアジア系アメリカ人は AA の対象者とされることが多かったが¹²¹⁾、その後は上位の高等教育機関の学生に占めるアジア系の割合が過剰代表であると判断され、AA の対象から外されていき¹²²⁾、1990年代には、アジア系アメリカ人が AA の対象者とされることはほとんどなくなったとも評されている¹²³⁾。日系や中国系などの成功を取めたマイノリティは上位の教育機関で過剰代表であることから、AA の対象者に値しないと考えられ¹²⁴⁾、AA の対象者から外された¹²⁵⁾。

希少な社会的資源（上位の教育機関の入学枠）が有限である以上、上位の教育機関の入学選抜における AA によって他のマイノリティに枠が与えられることで¹²⁶⁾、成功を取めたマイノリティは社会的資源の分配（上位の教育機関の入学枠）を減らされた¹²⁷⁾。成功を取めたマイノリティは AA によって社会的資源獲得のハードルを高くされており¹²⁸⁾、AA の犠牲者であり¹²⁹⁾、不当に差別されているとも主張されている¹³⁰⁾。AA はマイノリティに対する優遇措置であり¹³¹⁾、マジョリティの平等権を侵していないのが問題となると理解されてきたが¹³²⁾、このような AA の理解は崩れている。

AA を肯定する見解では、人種差別によってマイノリティは共通の関心を抱いており¹³³⁾、AA はマイノリティ全体に対する固定観念や偏見を縮減するため¹³⁴⁾、AA によって社会的資源を喪失したグループに対しても、AA は有益だとされる¹³⁵⁾。この議論は AA によって生じる「乗数効果」に依拠してお

り¹³⁶⁾、マイノリティ全体の社会経済的地位が向上することで、マイノリティ全体に対する差別が縮減し、社会的資源を喪失したグループに対しても利益が及ぼされることを理由に、AA を正当化している¹³⁷⁾。AA が成功を取めたマイノリティに対して社会的資源の獲得のハードルを高め、それを喪失させたとしても、それらのグループは上位の教育機関で一定の割合を占めており、それらのグループの資格が劣るという考えは生じない¹³⁸⁾。そして、AA がマイノリティ全体の社会経済的地位を向上させることから、AA は偏見や固定観念の発生を防ぎ、積極的に格差を是正していると捉えることができる。

2. 多様性の理論と差別の救済との関連

従来、AA は差別の救済を理由に正当化されてきたが、マジョリティ（白人）とマイノリティとの社会経済的格差の原因が差別だと証明するのは難しく¹³⁹⁾、AA の正当化理由は多様性へと移行した¹⁴⁰⁾。多様性の理論は、多様性から生じる利益が費用を上回る場合に AA を正当化しており¹⁴¹⁾、過去の出来事とは関係なく¹⁴²⁾、将来指向だと指摘されている¹⁴³⁾。多様性から生じる利益によって AA を正当化する場合、差別の実施者や犠牲者が特定されなくとも人種の考慮が許される¹⁴⁴⁾。多様性は、差別の認定がなくとも AA を正当化できるため、被差別の歴史のないマイノリティを AA に包含できる¹⁴⁵⁾。黒人以外のマイノリティの人種的不均衡を是正するために、多様性の価値が必要とされた¹⁴⁶⁾。

しかし、多様性の理論を純粋に社会効用論として理解した場合、人種的不均衡が拡大した方が社会に利益をもたらすときには、マイノリティの排除が正当化される¹⁴⁷⁾。故に、多様性の価値は差別の救済を抜きにして人種を考慮すべきではなく¹⁴⁸⁾、それと結びつけるべきとの主張がなされてきた¹⁴⁹⁾。多様性により AA を正当化する見解には、差別の是正が組込まれている旨が指摘されてきた¹⁵⁰⁾。合衆国最高裁は、様々な場面で人種が未だに重要だ

と認識し¹⁵¹⁾、多様性の欠如はマイノリティへの差別から生じているという見解に基づいて¹⁵²⁾、多様性の利益によって差別の影響が是正されるとして¹⁵³⁾、多様性の理論によるマイノリティの包含を許容した¹⁵⁴⁾。合衆国最高裁は、多様性を差別の救済と結び付けていたと評されている¹⁵⁵⁾。

(Endnotes)

- 1) アメリカ合衆国の AA をめぐる議論の全貌については以下参照。吉田仁美『平等権のパラドクス』(ナカニシヤ出版, 2015); 拙著『Affirmative Action 正当化の法理論—アメリカ合衆国の判例と学説の検討を中心に—』(商事法務, 2015)。合衆国の議論については AA を用い、日本の議論については、アファーマティブ・アクションと記す。
- 2) 石山文彦『「逆差別論争」と平等の概念』森際康友ほか『人間の秩序』(木鐸社, 1987) 292 頁; 大沢秀介「最近のアファーマティブ・アクションをめぐる憲法問題—クロソン判決を素材に一」法学研究 63 巻 12 号 (1990) 223 頁, 224 頁。
- 3) Kathleen M. Sullivan, *Sins of Discrimination: Last Term's Affirmative Action Cases*, 100 Harv. L. Rev 78 (1986); Richard D. Kahlenberg, *The Remedy: Class, Race, and Affirmative Action* 110, Basic Books (1996); Chan H. Chu, *When Proportionality Equals Diversity: Asian Americans and Affirmative Action*, 23 Asian Am. L.J. 99, 101 (2016)。
- 4) 大河内美紀「カリフォルニア州憲法修正案二〇九号差止訴訟—アンチ・アファーマティブ・アクション・イニシアティブに関する考察のために」法政論集 225 号 (2008) 463 頁。
- 5) 安部圭介「差別はなぜ禁じられなければならないのか」森戸英幸・水町勇一郎編『差別禁止法の新展開—ダイヴァーシティの実現を目指して』(日本評論社, 2008) 34 頁

参照。

- 6) 日本の学説では、AA の受益者はマイノリティで、負担者はマジョリティであるという理解が一般的である(佐藤司「少数民族優先入学は逆差別か—『バキ逆差別事件』米連邦最高裁判決の意義」法学セミナー 286 号 (1979) 16 頁; 西村裕三「アファーマティブ・アクションをめぐる三判決」判例タイムズ 642 号 (1987) 59 頁, 63-64 頁; 伊藤正巳『憲法〈第 3 版〉』(弘文堂, 1995) 250 頁; 粕谷友介・向井久了『憲法』(青林書院, 1995) 99-100 頁(吉川和宏); 棟居快行『憲法講義案 I 〈第 2 版〉』(信山社, 1995) 32 頁; 安西文雄「女性の社会参画—アファーマティブ・アクションを考える」月間司法書士 471 号 (2015) 14 頁, 17 頁等参照)。
- 7) 奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』(有斐閣, 1993) 126 頁。
- 8) 大屋雄裕「平等理論とポジティブ・アクション」田村哲樹・金井篤子編『ポジティブ・アクションの可能性』(ナカニシヤ出版, 2007) 64 頁。
- 9) 安西文雄「雇用の分野におけるアファーマティブ・アクション」戸波江二編『早稲田大学 21 世紀 COE 叢書 企業社会の変容と法創造 (第 2 巻)』(日本評論社, 2010) 165 頁, 167 頁。
- 10) 穴戸常寿・巻美矢紀・安西文雄『憲法学読本〈第 3 版〉』(有斐閣, 2018) 116 頁(巻美矢紀)。
- 11) 安西文雄「ミシガン大学におけるアファーマティブ・アクション—Grutter v. Bollinger, 123 S.Ct. 2325; Gratz v. Bollinger, 123 S.Ct. 2411 (2003)」ジュリスト 1260 号 (2004) 227 頁, 230 頁。
- 12) 安西文雄「平等」樋口陽一編『講座憲法学 3 権利の保障 (1)』(日本評論社, 1994) 76 頁, 96-97 頁。
- 13) 吉田仁美「アメリカにおける女性に対するアファーマティブ・アクションの動向」同志社アメリカ研究 38 号 (2002) 87 頁。日

- 本の実務では、ポジティブ・アクションという用語が用いられているが、これはアフーマティブ・アクションと同義だとされている（辻村みよ子「男女共同参画社会基本法後の動向と課題 - 男女共同参画とポジティブ・アクションの現実をめぐって - 」ジュリスト 1237 号（2003）2 頁, 7 頁）。
- 14) 山口浩一郎「使用者の差別是正行為と逆差別」ジュリスト 716 号 88 頁；大塚秀之「アメリカ合衆国における『逆差別』論叢に関する一考察」神戸市外大研究年報 15 号 64 頁。
 - 15) 森山真弓『各国法制にみる職場の男女平等』（1979）49 頁。
 - 16) 竹内一夫「米国における雇用差別の積極的是正」一橋論叢 96 巻 4 号（1986）402 頁, 403 頁。
 - 17) 横田耕一「平等原理の現代的展開—“Affirmative Action”の場合—」現代憲法学会編『現代国家と憲法の原理』（有斐閣, 1983）645 頁, 650 頁。
 - 18) 高橋一修「判批」アメリカ法 [1980-1] 153 頁, 158 頁；西村裕三「シニョリティ制に基づく一時解雇とアフーマティブ・アクション」判例タイムズ 564 号（1985）58 頁, 60 頁；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, 317 頁。
 - 19) 竹尾隆「アメリカ合衆国の Affirmative Action における価値系列の断層（1）」神奈川法学 30 巻 3 号（1995）151 頁, 152 頁。
 - 20) 横田前掲（17）645 頁。
 - 21) 佐藤前掲（6）16 頁。
 - 22) 藤井樹也「学校における人種統合とアフーマティブ・アクション（2・完）」筑波ロー・ジャーナル 3 号（2008）161 頁, 168 頁；芦部信喜『憲法学Ⅲ—人権各論（1）〈増補版〉』（有斐閣, 2000）；芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〈第 7 版〉』（135 頁（岩波書店, 2019）。
 - 23) 阪本昌成『憲法理論Ⅱ』（成文堂, 1993）295 頁。
 - 24) 西村裕三「積極的人種差別是正行為に関する一考察—ウェーバー事件を素材として—」大阪府立大学経済研究 25 巻 4 号（1980）1 頁, 2 頁；阪本前掲（23）295 頁。
 - 25) 長尾一紘『日本国憲法〈第 3 版〉』（世界思想社, 1999）151 頁；内野正幸『憲法解釈の論点〈第 3 版〉』（日本評論社, 2000）50 頁；大津浩・大藤紀子・高佐智美・長谷川憲『憲法四重奏』18 頁 註 1（有信堂, 2002）（大藤紀子）；辻村みよ子編『基本憲法』（悠々社, 2009）345 頁（辻村みよ子）；渋谷秀樹『憲法〈第 3 版〉』（有斐閣, 2017）204 頁。
 - 26) 有澤知子「合衆国最高裁判所の積極的平等施策に対する二つのアプローチ—メトロ対連邦通信委員会判決を中心にして—」大阪学院大学法学研究 19 巻 1・2 号（1993）1 頁。
 - 27) 土居靖美「憲法第一四条についての考察資料—とくにアメリカにおける差別禁止の Affirmative Action を中心として」317 頁, 320 頁『日本国憲法の再検討』（嵯峨野書院, 1980）。
 - 28) 阿部照哉・野中俊彦『平等の権利』（法律文化社, 1984）（阿部照哉）78 頁；阪本昌成「優先処遇と平等権」公法研究 45 号（1983）98 頁, 99 頁。
 - 29) 樋口陽一・佐藤幸治・中村陸夫・浦部法穂『憲法Ⅰ』313-14 頁（青林書院, 1994）（浦部法穂）。
 - 30) 吉田仁美「アフーマティブ・アクションの退潮」同志社アメリカ研究 36 号（2000）71 頁。
 - 31) 内野前掲（25）50 頁。
 - 32) 伊藤前掲（6）250 頁。
 - 33) 辻村編前掲（25）92 頁（田代亜紀）。
 - 34) 辻村みよ子「ポジティブ・アクションの手法と課題—諸国の法改革とクォータ制の合憲性—」法学 67 巻 5 号（2004）176 頁, 183 頁；辻村編前掲（25）345 頁（辻村み

- よ子)；安西前掲 (9) 165 頁。
- 35) 辻村みよ子『憲法とジェンダー —男女共同参画と多文化共生への展望』(有斐閣, 2009) 165 頁。
- 36) 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；横田前掲 (17) 650 頁；西村裕三「アファーマティヴ・アクションの任意の実施と差別の立証要件—Weber 判決以後の展開—」大阪府立大学経済研究 32 巻 3 号 (1987) 21 頁, 23 頁；伊藤正巳「アファーマティヴ・アクション」日本学士院紀要 48 巻 2 号 (1994) 83 頁；粕谷・向井前掲 (6) 99-100 頁 (吉川和宏)；棟居前掲 (6) 26 頁；江橋崇「国民国家の基本概念」『岩波講座 現代の法 1—現代国家と法』3 頁, 14 頁 (岩波書店, 1997)；大塚秀之「ピスカタウェイ事件考—いわゆるアファーマティヴ・アクション論争にかかわって—」研究年報 35 号 (1998) 1 頁, 4 頁；植木淳「平等保護原理と Affirmative Action」六甲台論集 46 巻 2 号 (1999) 17 頁, 53 頁等参照。
- 37) 西村前掲 (24) 3 頁。
- 38) 牛尾奈緒美「アメリカ型アファーマティヴ・アクションの日本への導入—日本的ジェンダー・マネジメントの構築に向けて—」三田商学研究 45 巻 5 号 (2002) 155 頁；安西前掲 (6) 14 頁。
- 39) 佐藤前掲 (6) 16 頁。
- 40) 辻村編前掲 (25) 345 頁 (辻村みよ子)；安西前掲 (9) 165 頁；宍戸常寿編『憲法演習ノート』107 頁 (弘文堂, 2015) (大河内美紀)。
- 41) Daniel P. Tokaji, *Asian Americans and Affirmative Action*, 1 Nexus J. Op. 47, 53-54 (1996).
- 42) Daniel P. Tokaji, *Asian Americans and Affirmative Action*, 1 Nexus J. Op. 47, 53-54 (1996).
- 43) Kahlenberg, *supra* note 3, at 3.
- 44) 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, 778-79 (2004).
- 45) 安西文雄「法の下での平等について (四・完)」国家学会雑誌 112 巻 3・4 号 (1999) 69 頁, 99 頁。
- 46) Richard H. Fallon, Jr., *Affirmative Action Based on Economic Disadvantage*, 43 UCLA L. Rev. 1913, 1938 (1996).
- 47) Adeno Addis, *Role Models and the Politics of Recognition*, 144 U. Pa. L. Rev. 1377, 1436 (1996).
- 48) See 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, The University of North Carolina Press (Douglas D. Rose ed., 1992).
- 49) See Richard J. Herrnstein & Charles Murray, *The Bell Curve: Intelligence and Class Structure in American Life* 276-80, 320-22, Free Press (1994).
- 50) 西村前掲 (18) 60 頁 (「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」)。
- 51) 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).
- 52) 木下智史「『批判的人種理論 (Critical Race Theory)』に関する覚書」神戸学院法学 26 巻 1 号 (1996) 199 頁, 212 頁。
- 53) 安西前掲 (12) 92 頁。
- 54) Kimberle W. Crenshaw, *Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law*, 101 Harv. L. Rev. 1331, 1345 (1988).
- 55) 有澤知子「積極的平等施策と合衆国裁判所—アダランド判決と積極的平等施策の今後—」法学新報 103 巻 2・3 号 (1997) 209 頁, 229 頁。

- 56) T. Alexander Aleinikoff, *A Case for Race-Consciousness*, 91 Colum. L. Rev. 1060, 1074 (1991).
- 57) See Bill O. Hing, *Beyond the Rhetoric of Assimilation and Cultural Pluralism: Addressing the Tension of SePtism and Conflict in an Immigration-Driven Multi-racial Society*, 81 Cal. L. Rev. 863, 870 (1993).
- 58) グループ間に顕著な格差は過少代表のグループに属する人々の評価を貶め（劣等だとみなされる）、それらの人々の機会や自由に悪影響を及ぼすとされる（安西文雄「自由・平等および公正な人権保障体系」法学教室 228 号（1999）84 頁，88 頁）。
- 59) Addis, *supra* note 47, at 1440–41.
- 60) Randall Kennedy, *Persuasion and Distrust: A Comment on the Affirmative Action Debate*, 99 Harv. L. Rev. 1327, 1335–36 (1986).
- 61) Deborah Ramirez, *Multicultural Empowerment: It's Not Just Black and White Anymore*, 47 Stan. L. Rev. 957, 958 (1995).
- 62) Ramirez, *supra* note 61, at 958 n.5.
- 63) Report of the National Advisory Commission on Civil Disorders 1 (1968).
- 64) Kevin R. Johnson, *Some Thoughts on the Future of Latino Legal Scholarship*, 2 Harv. Latino L. Rev. 101, 110 (1997).
- 65) See Ramirez, *supra* note 61, at 962.
- 66) Ramirez, *supra* note 61, at 958.
- 67) Ramirez, *supra* note 61, at 962.
- 68) 山内久史「アメリカにおける平等権の史的展開と司法審査」帝京法学 24 巻 1 号（2005）81 頁，106 頁。
- 69) 穂山守夫「逆差別と機会の平等」法学研究論集 1 号（1994）1 頁，4–5 頁。
- 70) Alexandra Natapoff, *Note, Trouble in Paradise: Equal Protection and the Dilemma of Interminority Group Conflict*, 47 Stan. L. Rev. 1059, 1059, 1065 (1995).
- 71) Paul Brest & Miranda Oshige, *Affirmative Action for Whom?*, 47 Stan. L. Rev. 855 (1995).
- 72) 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）29 頁。
- 73) 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).
- 74) 清水健太郎「アファーマティブ・アクションの展開—日本から見た米社会」東京大学大学院法学政治学研究科専修コース研究年報〈1993 年度版〉166 頁。
- 75) See Ramirez, *supra* note 61, at 960–62.
- 76) Ramirez, *supra* note 61, at 962.
- 77) 清水前掲（74）169 頁。
- 78) 吉田仁美「学校における人種差別撤廃の最近の動向」ジュリスト 1375 号（2009）119 頁，126 頁。
- 79) 大塚秀之「ブラウン判決から五〇年—アメリカ社会の人種的分裂の現在—」地理歴史教育 672 号（2004）98 頁，106 頁参照。
- 80) Hill, *supra* note 48, at 100–02; Herrnstein & Murray, *supra* note 49, t 320–22.
- 81) See Christine Jolls & Cass Sunstein, *The Law of Implicit Bias*, 94 Cal. L. Rev. 969, 981 (2006).
- 82) Kahlenberg, *supra* note 3, at 6.
- 83) William Julius Wilson, *The Truly Disadvantaged: The Inner City, the Underclass, and Public Policy* 34, University of Chicago Press (1987).
- 84) 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).
- 85) David Kairys, *Unexplainable on Grounds Other than Race*, 45 Am. U.L. Rev. 729, 730–31 (1996).
- 86) Natapoff, *supra* note 70, at 1065.

- 87) Tokaji, *supra* note 42, at 56–57.
- 88) Joel K. Goldstein, *Justice O'Connor's Twenty-Five Year Expectation: The Legitimacy of Durational Limits in Grutter*, 67 Ohio St. L.J. 83, 112 (2006).
- 89) Angela P. Harris, *Race and Essentialism in Feminist Legal Theory*, 42 Stan. L. Rev. 581, 588 (1990).
- 90) See 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); Johnson, *supra* note 64, at 111.
- 91) See Natapoff, *supra* note 70, at 1084.
- 92) Adrian Liu, *Affirmative Action & Negative Action: How Jian Li's Case Can Benefit Asian Americans*, 3 Mich. J. Race & L. 391, 398 (2008).
- 93) 植木淳「人種平等と批判の人種理論 (Critical Race Theory)」六甲台論集 44 巻 3 号 (1998) 19 頁, 23 頁。
- 94) See Heany, Busing, *Timetables, Goals, and Ratios: Touchstones of Equal Opportunity*, 69 Minn. L. Rev. 735, 819–20 (1985); Michele Rosenfeld, *Affirmative Action, Justice, and Equalities: A Philosophical and Constitutional Appraisal*, 46 Ohio St. L.J. 845, 856–67 (1985); Benjamin L. Hooks, *Affirmative Action: A Needed Remedy*, 21 Ga. L. Rev. 1043, 1044 (1987).
- 95) Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306, 329–30 (O'Connor J., jointed by Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer JJ., majority); Fisher v. University of Texas at Austin (Fisher II), 136 S. Ct. at 2211 (Kennedy J., jointed by Ginsburg, Breyer, Sotomayor JJ., majority).
- 96) See Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 249, 302 (Ginsburg J., dissenting jointed by Souter J., dissenting) (2003).
- 97) Donald E. Lively & Stephen Plass, *Equal Protection: The Jurisprudence of Denial and Evasion*, 40 Am. U. L. Rev. 1307, 1310 (1991).
- 98) See Schmidt, *supra* note 44, at 775–76.
- 99) 西村裕三「Affirmative Action をめぐる合衆国最高裁判例の動向」アメリカ法 [1989–2]237 頁, 256 頁。
- 100) 土居前掲 (27) 328 頁; 横田耕一「アファーマティヴ・アクションの判例動向」九州大学社会学論集 28 集 (1988) 175 頁, 203 頁。
- 101) Jolls & Sunstein, *supra* note 81, at 984–86; Adeno Addis, *The Concept of Critical Mass in Legal Discourse*, 29 Cardozo L. Rev. 97, 114–15, 145 (2007).
- 102) See Schmidt, *supra* note 44, at 778–79.
- 103) Jolls & Sunstein, *supra* note 81, at 981; Addis, *supra* note 101, at 123.
- 104) See Gates, Henry Louis Gates, Jr., *Thirteen Ways of Looking at a Black Man* 103, Vintage (1997).
- 105) Kelsey Inouye, *Asian Americans: Identity and the Stance on Affirmative Action*, 23 Asian Am. L.J. 145, 155 n.59 (2016).
- 106) See Goldstein, *supra* note 88, at 95.
- 107) Anthony Lising Antonio et al., *Effects of Racial Diversity on Complex Thinking in College Students*, 15 Psychol. Sci. 507, 508 (2004); Jolls & Sunstein, *supra* note 81, at 981.
- 108) 西村前掲 (18) 330 頁 (「多様性の価値と "Affirmative Action"」)。
- 109) 合衆国最高裁では、AA はマイノリティに対して能力や努力によって成功できないという偏見を強めるという見解が反対派の裁判官によって示されている (Bakke, 438 U.S. at 298 (Powell J., opinion))。また、AA の実施に慎重な見解では、AA が偏見や固定観念を強めるとしている (Peter Wood, *Diversity: The Invention of a Concept* 43 (2003))。
- 110) See L. Ling-chi Wang, *Trends in Admis-*

- sions for Asian Americans in Colleges and Universities: Higher Education Policy, in *The State of Asian Pacific America, A Public Policy Report: Policy Issues to the Year 2020* 49, 50 (Don T. Nakanishi & J.D. Hokoyama eds., 1993).
- 111) 安西文雄「アメリカ合衆国の高等教育分野におけるアフーマティヴ・アクション」立教法学 67 号 (2005) 1 頁, 4 頁。
- 112) Tyron J. Sheppard & Richard Nevins, *Constitutional Equality/Reparations at Last*, 22 U. West L.A. L. Rev. 105, 117-25 (1991).
- 113) Frank H. Wu, *Neither Black Nor White: Asian Americans and Affirmative Action*, 15 B.C. Third World L.J. 225, 238 (1995); Denny Chan, *An Invisibility Cloak: The Model Minority Myth and Unauthorized Asian Immigrants*, 3 U.C. Irvine L. Rev. 1281, 1299 (2013).
- 114) Victoria Choy, *Perpetuating the Exclusion of Asian Americans from the Affirmative Action Debate: An Oversight of the Diversity Rationale in Grutter v. Bollinger*, 38 U.C. Davis L. Rev. 545, 547-48 (2005).
- 115) Grace W. Tsuang, *Note, Assuring Equal Access of Asian Americans to Highly Selective Universities*, 98 Yale L.J. 659, 672 (1989).
- 116) Deana K. Chuang, *Power, Merit, and the Limitations of the Black and White Binary in the Affirmative Action Debate: The Case of Asian Americans at Whitney High School*, 8 Asian L.J. 31, 41 (2001).
- 117) Bill O. Hing, *Making and Remaking Asian America Through Immigration Policy 1850-1990*, 177 (1993).
- 118) Brest & Oshige, *supra* note 71, at 858.
- 119) 合衆国最高裁では、上位の高等教育機関でアジア系が過剰代表であることから、AA の対象者へのアジア系の包含を疑問視する見解が示されていた (Bakke, 438 U.S. at 309 n.45 (Powell J., opinion))。
- 120) Tsuang, *supra* note 115, at 660-61; L. Ling-chi Wang, *supra* note 110, at 52-53; Brest & Oshige, *supra* note 71, at 855-56; Sharon S. Lee, *The De-Minoritization of Asian Americans: A Historical Examination of Asian Americans in Affirmative Action Admissions Policies at the University of California*, 15 Asian Am. L.J. 129, 143 (2008).
- 121) Sharon S. Lee, *Over-Represented and De-Minoritized: The Racialization of Asian Americans in Higher Education*, 2 UCLA J. of Educ. & Information Stud. 5 (2006).
- 122) See Chu, *supra* note 3, at 110-11.
- 123) Selena Dong, "Too Many Asians": *The Challenge of Fighting Discrimination Against Asian-Americans and Preserving Affirmative Action*, 47 Stan. L. Rev. 1027, 1028-29 (1995).
- 124) 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, 132-33 (2016).
- 125) See Chu, *supra* note 3, at 110-12.
- 126) 大沢秀介「批判的人種理論に関する一考察」法学研究 69 巻 12 号 (1996) 67 頁, 83 頁; 安西前掲 (45) 93 頁参照。
- 127) See Thomas J. Espenshade & Alexandria W. Radford, *No Longer Separate, Not Yet Equal: Race and Class in Elite Admission and Campus Life* (2009).
- 128) Frank H. Wu, *Neither Black Nor White: Asian Americans and Affirmative Action*, 15 B. C. Third World L. J. 225, 267-75, 277-81 (1995).
- 129) Marty B. Lorenzo, *Race-Conscious Diversity Admissions Programs: Furthering a Compelling Interest*, 2 Mich. J. Race &

- L. 361, 415 (1997).
- 130) Selena Dong, *supra* note 123, at 1059.
- 131) 足立幸男「正義・効用から見たアメリカにおける優遇措置」京都大学教養部政法論集 5号 (1985) 1頁。
- 132) 樋口陽一『憲法〈第3版〉』(創文社, 2007) 160頁; 畑博行『憲法Ⅱ』(有信堂, 1998) 51-52頁参照。
- 133) Lisa E. Chang, *Remedial Purpose and Affirmative Action: False Limits and Real Harms*, 16 Yale L. & Pol'y Rev. 59, 92 (1997).
- 134) Jolls & Sunstein, *supra* note 81, at 981.
- 135) Liu, *supra* note 92, at 415-16; Inouye, *supra* note 105, at 160-61.
- 136) Brest & Oshige, *supra* note 71, at 856.
- 137) See Tokaji, *supra* note 42, at 49.
- 138) AAの対象となるグループと近似の状況にありながら、対象者から外れるマイノリティがいることが問題にされるが(愛敬浩二「リベラリズムとポジティブ・アクション」田村・金井編前掲(8)49頁)、日系や中国系などの成功を収めているマイノリティは被差別の歴史を持つが、AAがなくとも(あるいはAAによって社会的資源の獲得のハードルを高められたとしても)一定数が成功を収めるため、資質が劣っているとは見なされず、(AAがなければ様々な分野で過少代表となる)黒人などのマイノリティとはこの点が異なる。
- 139) Tokaji, *supra* note 42, at 54.
- 140) 拙著前掲(1)154頁以下。
- 141) Michelle Adams, *Searching for Strict Scrutiny in Grutter v. Bollinger*, 78 Tul. L. Rev. 1941, 1944 (2004).
- 142) Vikram Amar & Evan Caminker, *Constitutional Sunsetting? Justice O'Connor's Closing Comments in Grutter*, 30 Hastings Const. L.Q. 541, 543-44 (2003).
- 143) Golodstein, *supra* note 88, at 124.
- 144) See Katherine M. Planer, *The Death of Diversity? Affirmative Action in the Workplace After Parents Involved*, 39 Seton Hall L. Rev. 1333, 1344-45 (2009).
- 145) See Timothy L. Hall, *Educational Diversity: Viewpoints and Proxies*, 59 Ohio St. L.J. 551, 558 (1998); Planer, *supra* note 144, at 1344-45.
- 146) See Leland Ware, *Strict Scrutiny, Affirmative Action, and Academic Freedom: The University of Michigan Cases*, 78 Tul. L. Rev. 2097, 2099, 2212 (2004).
- 147) See Derrick Bell, *Diversity's Distractions*, 103 Colum. L.Rev 1622, 1625 (2003).
- 148) 植木前掲(36)65頁。
- 149) See Lee C. Bollinger, *A Comment on Grutter and Gratz v. Bollinger*, 106 Colum. L. Rev. 1589, 1591-92 (2003).
- 150) See Cynthia L. Estlund, *Putting Grutter to Work: Diversity, Integration and Affirmative Action in Workplace*, 26 Berkeley J Emp & Lab L.J 1, 17 (2005).
- 151) Grutter, 539 U.S. at 335 (O'Connor J., joined by Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer JJ., majority).
- 152) Tokaji, *supra* note 42, at 56-57.
- 153) 吉田仁美「多様性—Diversity」関東学院法学 14巻3・4号(2005)271頁, 282頁。
- 154) Ware, *supra* note 146, at 2099.
- 155) See 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); Paul J. Beard II, *The Legacy of Grutter: How the Meredith and PICS Courts Wrongly Extended the "Educational Benefits" Exception to the Equal Protection Clause in Public Higher Education*, 11 Tex. Rev. Law & Pol. 1, 5 (2006).