

マイノリティと Affirmative Action

——マイノリティの政治力と人種グループ間の緊張関係——

茂木 洋平

目 次

- I はじめに
- 1 問題の所在
 - (1) マイノリティの位置づけ
 - (2) Affirmative Action の受益者と負担者
 - (3) 本稿の議論と日本のアファーマティブ・アクションとの関連
- 2 構成
- II Affirmative Action をめぐるグループ間の緊張関係
 - 1 人口構成の変化
 - 2 マジョリティとマイノリティの争い
 - 3 マジョリティによるマイノリティの排除 (Lowell 高校事件)
 - 4 人種問題の複雑化
 - 5 マイノリティ同士の争い
 - 6 マイノリティ間の政治的争い (De Grandy 判決)
 - 7 否定派の裁判官によるグループ間の競争の使用
 - 8 二分法による Affirmative Action の正当化
- III マイノリティの捉え方
 - 1 Bakke 判決
 - 2 Fullilove 判決
 - 3 Croson 判決
 - (1) マイノリティの位置づけ
 - (2) 社会的差別による Affirmative Action の正当化の否定
 - 4 マイノリティの政治的影響力
 - 5 対象者の判断方法
- IV 合衆国最高裁による Affirmative Action の対象者からのアジア系の排除の容認
- V モデルとなるマイノリティ
 - 1 モデルとなるマイノリティの概念の登場
 - 2 アジア系アメリカ人の一元的理解の浸透
 - 3 不利な状況にあるアジア系の Affirmative Action 対象者からの排除
 - 4 一元的理解への批判
 - 5 Affirmative Action の反対者によるモデルとなるマイノリティの使用
 - (1) マイノリティの社会経済的成功の可能性
 - (2) 不利益を受けるマイノリティの存在
- VI 判断形成機関への敬讓の危険
 - 1 アジア系の Affirmative Action への包含に関する大学の判断
 - 2 過少代表のアジア系の排除
 - 3 敬讓型の厳格審査の危険
- VII マジョリティによるアジア系の排除
 - 1 上位の教育機関での成功を取めたマイノリティの排除
 - 2 多様性の理論
 - 3 合衆国最高裁で多様性に基づく Affirmative Action が許容された背景
 - 4 判断形成機関への裁判所による敬讓の危険
- VIII アジア系アメリカ人による Affirmative Action への批判
 - 1 社会的資源の獲得と Affirmative Action への反対
 - 2 中国系による Affirmative Action 復活への反対
 - 3 メリットシステムに基づく評価の要求
- IX アジア系アメリカ人への Affirmative Action の必要性
 - 1 成功を取めたマイノリティの苦境
 - 2 マイノリティ全体への利益の強調
 - 3 Affirmative Action と否定的な行為
- X おわりに

I はじめに

1 問題の所在

(1) マイノリティの位置づけ

Affirmative Action (AA) の1つの性質として、対象となったグループに社会的資源を付与する一方で、他のグループに対して社会的資源を喪失させ、その獲得のハードルを高めることが挙げられる。AA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¹。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²。従来の学説では、マイノリティには政治力がなく、社会的資源の獲得に際し、マイノリティは敗れ続けると認識された³。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、それは敵意に基づく排除であり、憲法上問題があるとされる⁴。他方、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、社会的資源の喪失者（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ず、憲法上問題ないとされる⁵。AAに肯定的な見解は、社会的資源を求める際に、マイノリティは競争で勝利する可能性はなく、AAによる社会的資源の付与はマジョリティが自ら決定したと理解する。

これに対し、アメリカ合衆国の最高裁（合衆国最高裁）では、（基本的にAAに反対だがその合憲性判断に際して事例ごとに判断を変える）中間派や（常に違憲判断を下す）否定派の裁判官は、マイノリティに政治力がいないとの理解を否定し、各マイノリティは社会的資源を求めて競争し、ときにそれらのグループが判断形成者となり、あるいは多数派を形成しなくとも判断形成に影響を及ぼすと考えた。それらの裁判官は、各マイノリティがAAによる社会的資源の分配の判断に関わるため、AAの対象者は社会的資源を不公正に獲得した可能性があるとして理解する。

マジョリティは自らの判断で社会的資源を放棄したのか。それとも、AAは各マイノリティが判断形成に関わり、自らに社会的資源を付与する自己取

引に過ぎないのか。この問題の考察が、本稿の1つの課題である。

(2) Affirmative Action の受益者と負担者

従来、AA は対象者 (マイノリティ) と負担者 (マジョリティ) という枠組で理解され、その1つの問題はマジョリティ (白人) の平等保護の権利が侵害されたかどうかにあるとされた⁶。AA の肯定的見解は、マジョリティは AA で社会的資源を喪失するだけで獲得はしないが⁷、マイノリティの包含により社会全体に利益がもたらされ、AA はマジョリティにも有益だと主張した⁸。そして、AA を廃止すると、マイノリティに不利益を及ぼす危険があるとされた⁹。だが、現在では、多様性に基づく AA は特定のマイノリティに不利益を及ぼし、マジョリティ (白人) が社会的資源を獲得する場合があることが指摘される¹⁰。アジア系の中でも成功を収めたグループ (日系や中国系など) は、AA で不利益を受けるため、AA に反対する (Ⅷ)。AA の従来の理解 (AA はマイノリティに社会的資源を与え、マジョリティにそれを失わせ、その獲得のハードルを高めるという理解) は、崩れている。本稿の2つ目の課題は、従来の理解 (AA によりマジョリティが社会的資源を喪失し、マイノリティがそれを獲得するという理解) が通用しなくなっていることを、アジア系アメリカ人と AA の関係を考察することで明らかにするところにある。

(3) 本稿の議論と日本のアフーマティブ・アクションとの関連

日本の学説では、アメリカ合衆国 (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¹¹。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捉えられてきた¹²。

日本の学説は合衆国の AA の参照価値が高いと考え¹³、日本社会の内部に差別の害が蓄積しており、日本の差別の歴史的文脈に照らすと¹⁴、アフーマティブ・アクションの導入の検討には合理性があり¹⁵、それが採用可能だと主張された¹⁶。

AA は「積極的差別救済措置」「積極的差別是正措置」「積極的差別解消措

置「積極的平等施策」「積極的格差是正措置」などと意識される。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、それらの意識は、AA は過去の差別の救済策であり、その目的は人種差別の弊害の救済にあるという理解に基づく。

日本の学説の多くは AA を肯定的に評価しているが、この背景には以上のような AA の理解がある¹⁷。この理解を前提に、日本の多くの学説は、逆差別の危険などからアファーマティブ・アクションの合憲性は慎重に検討されるべきだが、アファーマティブ・アクションに好意的な態度をとった¹⁸。だが、後述のように合衆国の AA の現状を見ると、マジョリティが利益の最大化のために AA を使用し、結果として（社会経済的に成功を収めたグループと社会経済的地位の低いグループを含めて）マイノリティに社会的資源獲得のハードルを高める場合（Ⅱ 3, V 1～3, VII 1～2）、AA が特定のマイノリティに社会的資源を付与する一方で、対象外のマイノリティに社会的資源獲得のハードルが高められる場合などがある（Ⅱ 1）。また、社会的資源の獲得（AA の対象者となること）を求めて、マイノリティ同士で争いが生じ（Ⅱ 4～6）、日本の学説が前提とする AA の理解は崩れている。

日本の学説では、これらの問題を意識されている。例えば、合衆国には複数のマイノリティが存在し、AA は特定のグループを対象者とし、被差別のグループでも対象者から外れるグループがあり¹⁹、AA によって対象者に付与される社会的資源は、社会経済的地位に一定程度の成功を収めたマイノリティ（ユダヤ系、日系、中国系）の持つ社会的資源から捻出され²⁰、被差別のグループであるにもかかわらず、AA のコストを負っていると認識する²¹。故に、特定のマイノリティへの社会的資源の付与は、他のマイノリティの社会的資源を喪失させるため、AA の害悪を警戒せざるを得ないとされる²²。

また、日系や中国系は AA によって社会的資源（上位の高等教育機関の入学枠）を喪失する危険があり、AA には好意的ではなく²³、これらのグループから逆差別の主張が提起されていることも認識される²⁴。また、社会経済的地位の低いアジア系が AA の対象者から外されている問題も指摘される²⁵。さらには、社会的資源の獲得（AA の対象者となること）をめぐり、マイノリティ同士での衝突が生じており²⁶、これが AA の批判者によってそれを否定するために用いられていることも古くから認識されていた²⁷。だが、日本

の学説は AA が社会の格差是正に果たす役割が大きいと認識に基づき²⁸、AA を肯定的に評価し、これらの問題を示唆しながらも詳細な検討はされなかった。

日本の学説は、差別的立法（マイノリティに不利益を課す立法）とは異なり、アファーマティブ・アクション（マイノリティを優遇する施策）は、多数派が民主的過程を通じて是正することは容易であるため、厳格審査を適用すべき理由はないとする²⁹。この理解の背景には、AA の策定に際して議会の多数派は自らに不利な判断を下し³⁰、AA が人種的敵意に基づいていないという想定があり³¹、政治力のあるマジョリティが自己の利益を放棄し、マイノリティには政治力がなく、AA は自己取引ではないと理解されている。

AA はマジョリティ（白人）の中でも社会経済的地位の低いグループにそのコストを負わせる³²。AA の対象となる職は低給のものも多く、それらの職は貧困なマジョリティ（白人）が占めており、AA を批判する³³。他方、マジョリティの中でも社会経済的地位の高い者は AA によって社会的資源の獲得を脅かされないため、AA に反対しないと分析される³⁴。また、アジア系の中でも社会経済的に成功を収めたマイノリティは AA に伴う費用を負うことからそれを批判しており（Ⅷ）、自発的に自己の社会的資源を放棄することなどあるのが疑問である。合衆国では州や自治体のレベルで、特定のマイノリティが政治的に多数派となる場合がある（Ⅲ 3）。合衆国ではマイノリティが社会的資源の獲得（AA の対象者となること）を求めて競争し（Ⅱ 4～6）、政治的に多数派を占めるに至らなくとも、政治力のあるマイノリティが判断形成機関に働きかけて自らを AA の対象者とし、他のマイノリティに社会的資源獲得のハードルを高めることがある（Ⅲ 4, 5）。マイノリティが常に政治的弱者である（政治的影響力を持たない）という理解は疑問視され、マイノリティの中でも政治力に差があり、その差によって AA の対象者に包含されるか否かが決まる場合がある（Ⅴ 9）。

AA の負担者と受益者、マジョリティとマイノリティの政治力の現状は、合衆国の複雑な人種問題から生じている（Ⅳ 2）。他方、日本には合衆国ほど顕著な人種問題はなく³⁵、合衆国ほどに多様な人種構成は存在せず、複雑な人種関係はない³⁶。日本では人種ではなく主に男女共同参画の分野でアファーマティブ・アクションが問題とされ、負担者と受益者、政治力の問題は

合衆国とは大きく異なり、本稿は合衆国特有の問題の考察にとどまる。だが、日本ではアファーマティブ・アクションの憲法問題を検討する際に合衆国の AA の議論が参照されており、日本で自明の前提とされてきた AA の議論が正しいのかを検討しておくことは、日本のアファーマティブ・アクションと合衆国の AA の体系的な比較検討をするための重要な作業となる。

2 構成

本稿は以下のように考察を進める。AA による社会的資源の分配をめぐるグループ間の緊張関係が存在し、マジョリティとマイノリティの争い、マイノリティ同士の争いに関する議論を考察する (Ⅱ)。次に、社会的資源の獲得を求める競争で、マイノリティがどのように位置づけられているのかを考察する (Ⅲ)。アジア系アメリカ人の中には社会経済的に成功を収めたグループが存在し、このことから多くの場合に AA の対象者から外されている。アジア系アメリカ人の中には、差別の歴史を経験したグループや社会経済的に不利な状況にあるグループがいるが、それにもかかわらず AA の対象者から外れていることについて、合衆国最高裁が如何に認識しているのかを考察する (Ⅳ)。アジア系を AA の対象者から外す発端となったのは、モデルとなるマイノリティの概念 (成功を収めたマイノリティが存在することから、AA が不要だとする考え) であり、この概念をめぐる問題点を考察する (Ⅴ)。合衆国最高裁では、AA の合憲性を認める際に、AA に敬讓型の厳格審査が適用され、AA の対象者を決定する際の判断形成機関の判断に対して敬讓がなされており、これがアジア系アメリカ人に及ぼす影響を考察する (Ⅵ)。マジョリティは多様性に基づく AA によってアジア系の中でも成功を収めているグループを排除し、自らが社会的資源を獲得している。AA が社会的資源を獲得するためにマジョリティに用いられている場合があることを明らかにする (Ⅶ)。故に、アジア系の中でも成功を収めているグループは AA に反対しており、どのような議論が展開されているのかを考察する (Ⅷ)。これに対しては、成功を収めているマイノリティにも AA が必要であるという議論が展開されており、その議論をめぐる問題を考察する (Ⅸ)。最後に、本稿の議論をまとめる (Ⅹ)。

II Affirmative Action をめぐるグループ間の緊張関係

1 人口構成の変化

裁判所と立法者が1960年代にはじめてAAを作り出したとき、黒人が人口の約10%を構成し、90%近くが白人であり、合衆国は黒人と白人から構成され³⁷、黒人と白人の2つの不平等な社会に向かっていると評された³⁸。1960年の時点で黒人はマイノリティの人口の96%を構成し³⁹、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⁴⁰。当時の合衆国で周縁に置かれて不満や怒りを抱き⁴¹、人種的分断を引き起こす可能性が高いマイノリティは黒人であった⁴²。故に、人種的分断を防ぎ、統合を進めていくために、AAが開始された当初、AAは単一のマイノリティ（黒人）を保護し⁴³、機会を与えるために行われた⁴⁴。

AAによるマイノリティ（黒人）への社会的資源の付与は、マジョリティ（白人）が獲得する社会的資源を減らすため、両者の間で緊張関係が生じた（II 2）。他方、黒人以外のマイノリティが小規模であったことから、AAの対象者に他のマイノリティを含めても、社会的資源の獲得に際して黒人に与える影響は軽微であり、黒人と他のマイノリティの間での緊張関係は生じなかった⁴⁵。

そこから1990年代にかけて、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え（特にヒスパニック）、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⁴⁶。合衆国では、黒人だけが考慮に値する規模のマイノリティではなくなった⁴⁷。合衆国に新たに流入したマイノリティが社会的資源を持たずに周縁に置かれる場合⁴⁸、彼らは敵意を抱き、ときに暴力に訴える危険さもあり⁴⁹、黒人以外のマイノリティの人種的不均衡の放置は合衆国に深刻な影響をもたらすとされた⁵⁰。人種的分断を避けるために、これらのマイノリティをAAに包含する必要があった⁵¹。これは黒人がAAによって獲得する社会的資源を減らし⁵²、黒人に大きな影響を及ぼした⁵³。また、黒人以外のマイノリティの増加によって⁵⁴、AAによって分配される社会的資源の総計は増え、社会的資源の獲得に関してマジョリ

ティにも大きな影響を及ぼし⁵⁵、マイノリティとマジョリティの間での摩擦が生じた⁵⁶。

2 マジョリティとマイノリティの争い

AA は合衆国市民にとって抽象的ではなく、具体的で⁵⁷、最も意識され⁵⁸、不和をもたらす人種問題である⁵⁹。AA は合衆国に非常に大きな影響を及ぼし⁶⁰、人種間の争いに火種をもたらし続けており⁶¹、その合憲性をめぐる争いは合衆国に人種的分断をもたらすとされる⁶²。AA 自体には敵意はないと評する場合も⁶³、AA のもたらす人種的分断の危険を考慮しなければならない⁶⁴。

誰もが獲得を望む希少な社会的資源は限られており⁶⁵、あるグループへの社会的資源の付与は他者からそれを奪う⁶⁶。この問題は、マイノリティとマジョリティの関係で捉えられてきた⁶⁷。

AA は、AA がなければ得ていた社会的資源の獲得について、マジョリティの中でも際にある者に否定する⁶⁸。AA は人々が獲得を望む社会的資源を奪うため⁶⁹、AA による社会的資源の喪失者は自身よりも資格の劣る者に締め出されたと感じるときに不満を述べ⁷⁰、AA の対象者に敵意を抱く⁷¹。AA から生じた敵意や憤慨は、マジョリティとマイノリティの関係を悪化させ⁷²、両者に緊張関係をもたらす⁷³。

合衆国最高裁では、(基本的に AA に否定的だが、AA の憲法適合性の審査につき、事例ごとに判断を変える) 中間派や (常に AA も違憲と判断する) 否定派の裁判官によって、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が認識され⁷⁴、中間派の裁判官は人種区分の使用が人種的分断を加速すると強調してきた⁷⁵。

人種的分断への懸念から、否定派の裁判官は AA と差別的な人種区分を区別せず⁷⁶、いずれの人種区分にも厳格審査の適用を要求し⁷⁷、何らの人種を意識する手法も許容しない立場を示す⁷⁸。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してきた⁷⁹。また、AA によって社会的資源の獲得を否定されていない者でも、自身や家族と隣人が将来的に不利益を受ける可能性を認識し⁸⁰、AA の対象者に敵意を抱くことがあるとされる⁸¹。

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⁸²、社会を分断し⁸³、人種間の平和的共存を壊し⁸⁴、統合さ

れた国家を分断するおそれがあるとされる⁸⁵。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⁸⁶、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⁸⁷、それが人種的分断を助長するとされる⁸⁸。

合衆国でマイノリティの人口は増加し続けており (II 1)、それがマジョリティに対する AA による社会的資源の喪失を拡大するとき⁸⁹、AA への政治的支持が失われるのは疑いなく、合衆国の人口構成の変化は AA を内側から破壊しているとされる⁹⁰。

さらに、マジョリティは、マイノリティの市民全員の資格が低いとみなす可能性があり⁹¹、AAは対象者に劣等性の烙印を押すことから⁹²、AAの受益者にも憤慨を生じさせて両者の分裂を強めると指摘される⁹³。

3 マジョリティによるマイノリティの排除 (Lowell 高校事件)

マジョリティとマイノリティの関係は、従来、AAによりマジョリティが社会的資源を奪われ、マイノリティにそれが付与されるという構図で語られた。だが、マイノリティの中でも比較的 success を収めたグループ (日系や中国系など) が登場すると、それとは逆の構図も見られた。

サンフランシスコの公立の Lowell 高校は、優秀な卒業生を輩出する評判を得ている。サンフランシスコの公立高校の人種分離に異議を申し立てる NAACP の訴訟に対応して、1983 年の同意判決は、Lowell 高校を含めて、サンフランシスコのすべての学校での厳密な人種的及びエスニシティによるクォータを設定した。特に、同意判決は、単一のグループが高校の 40% 以上を構成できないと示した⁹⁴。当該同意判決は、生徒を 9 つの人種的及びエスニシティによる区分 (スペイン系の名字の白人、他の白人、黒人、中国系、日系、韓国系、フィリピン系、アメリカ人ディアン、他の非白人) に分類した。

Lowell 高校の入学者選抜は、GPA と規格化された試験の点数に基づくが、当該高校は同意判決を守るために、人種及びエスニシティのグループごとに足切りを設定した。例えば、1993 年に、中国系の志願者は合格するために 69 点満点中 66 点を獲得しなければならなかったが、黒人とスペイン系の名字の子供は 56 点を獲得すれば有資格者となった⁹⁵。同意判決は、中国系アメ

リカ人の志願者の合格の可能性を減じた⁹⁶。中国系の指導者は、同意判決が中国系の子供に人種を理由に教育への平等なアクセスを否定すると主張し、サフランシスコの公立学校制度に訴訟を提起した⁹⁷。

Lowell 高校事件は、AA が過剰代表の成功を収めたマイノリティに不利益をもたらし⁹⁸、AA が包含ではなく天井として機能することを示している⁹⁹。白人の割合が一定の水準を下回る場合に、政治的制約がかけられるとされ¹⁰⁰、日系や中国系への現実的危険は、AA によって黒人にわずかな社会的資源を付与することではなく、多様性に基づいて、マジョリティ（白人）に対して人口に占める割合に応じた社会的資源を付与することで、不利益を被ることだと指摘されている¹⁰¹。

モデルとなるマイノリティの概念が浸透し、アジア系アメリカ人のすべてのグループが一括りに捉えられている状況にあって（V 1,2,4）、中国系の過剰代表に対する敵意¹⁰²は、ときとして、すべてのアジア系アメリカ人へのバックラッシュへと変わり、社会経済的に不利な状況にあるアジア系のグループの支援の必要性を無視することに繋がるため、Lowell 高校の争いで提起された問題はすべてのアジア系アメリカ人と関連するとされる¹⁰³。

4 人種問題の複雑化

マイノリティとマジョリティの関係は人種問題を議論する際に不可欠だが（II 2）、マイノリティ同士の関係も重要であり¹⁰⁴、マイノリティ同士の争いを考慮する必要がある¹⁰⁵。

ヒスパニックは特定の分野で過剰代表の黒人からその地位を奪うために、AA を用いるとされる¹⁰⁶。この例として、合衆国郵便公社（the United States Postal Service）での雇用をめぐる争いが挙げられる¹⁰⁷。合衆国郵便公社は、雇用判断の1つの基準として、人種を用いる自発的な AA を採用し¹⁰⁸、ヒスパニックを犠牲にして、不均衡な割合で黒人を雇用する¹⁰⁹。1993年のシカゴでは、黒人は市の労働人口33%を構成するが、郵政公社職員の80%以上を占める。他方、ヒスパニックは市の労働人口の18%を構成するが、郵政公社の職員の4%を占めるに過ぎない¹¹⁰。ロサンゼルスも状況は同じで、1993年に、黒人は市の労働人口に占める割合がヒスパニックと比べて小さいにもかかわらず、郵便公社の職員数でヒスパニックをはるかに上回り¹¹¹、

大都市では、公務員における黒人の過剰代表が特に顕著であった¹¹²。合衆国全体では、1994年の時点で、黒人は合衆国の労働人口の10.3%を構成したが、郵便公社の職員の20.8%を占めた¹¹³。

AAの目的が黒人の被った特有の差別の救済にある場合には、他のマイノリティをAAに包含せず、他のマイノリティと比べて黒人が過剰代表でも問題はない。他のマイノリティをAAに包含する場合には、多様性の利益によってAAを正当化する¹¹⁴。ヒスパニックは、公務員の分野での黒人の「過剰代表」をなくし、自らをAAに包含するために、多様性から生じる利益を主張した¹¹⁵。黒人が過剰代表の分野では、多様性に基づくAAは黒人の枠を減らす¹¹⁶。

この事例は、様々なマイノリティが有限な社会的資源を求めるときに¹¹⁷、マイノリティ同士での争いが生じる可能性を示しており¹¹⁸、人種問題はマジョリティ（白人）とマイノリティ（黒人）の枠組に収まらない¹¹⁹。また、アジア系アメリカ人の中でも日系や中国系のようなグループは、AAにより社会的資源を喪失し、その獲得のハードルが上がるため、AAに反対する者たちがいる（Ⅷ）。他方、黒人とヒスパニックの多くはAAに肯定的だとされる¹²⁰。

マジョリティ（白人）とマイノリティ（黒人）という枠組は人種問題を考慮する際に浸透し¹²¹、批判的人種理論も黒人に焦点を当てて、様々なマイノリティを黒人の枠組に当てはめて議論してきたとされる¹²²。だが、人口構成の変化に伴って、合衆国の人種構成は益々多様になっている（Ⅱ1）。マイノリティの中でも各グループの主張が競合し¹²³、人種問題は複雑になっており¹²⁴、社会的資源の獲得をめぐる競争は拡大し¹²⁵、その競争に関わるグループの数は増えている¹²⁶。マジョリティ（白人）とマイノリティ（黒人）という枠組は人種問題を狭く捉え¹²⁷、その理解を歪めており¹²⁸、上記のような人種問題を理解できない¹²⁹。AAにはマイノリティ同士を反目させる可能性があり、人種問題を解決するためには¹³⁰、マイノリティ同士で競合する主張に取組まなければならない¹³¹。

5 マイノリティ同士の争い

社会的資源の獲得の際に人種が重要な要素である場合、各グループは共通

の利益を求めて組織され¹³²、政治的に提携し¹³³、政治力の獲得を試みるとされる¹³⁴。各グループは社会的資源を獲得する特別な資格 (AA の対象者である資格) を人種に基づいて求めるようになり¹³⁵、人種は政治の切り札として使用される¹³⁶。人々は社会的資源にアクセスする際に人種が非常に重要な要素だと意識し¹³⁷、合衆国内の各グループには人種による線引きがなされる¹³⁸。AA による社会的資源の分配を認める場合には、各グループは AA の対象者となって社会的資源を獲得するために¹³⁹、むき出しの政治的争いに陥るとされる¹⁴⁰。各マイノリティが AA による社会的資源の獲得を求めて競合するとき、ゼロサムゲームとして他のマイノリティとの関係を捉え¹⁴¹、マイノリティ同士の緊張関係が高まり¹⁴²、AA は手に負えない政治的争いと人種的争いを導くとされる¹⁴³。

マイノリティ同士での争いは、文化的衝突ではなく経済的理由から生じるともされ¹⁴⁴、マイノリティ同士での経済的衝突はときに暴力をもたらす¹⁴⁵。誰もが得たいと考える希少な社会的資源は有限であり¹⁴⁶、AA は対象とされたマイノリティに社会的資源を付与するが、対象外のマイノリティが獲得する社会的資源は減少し、獲得のハードルは高くなるため¹⁴⁷、AA は対象外のマイノリティを不利な状況に置く¹⁴⁸。例えば、アジア系アメリカ人の AA への包含は、黒人への社会的資源の分配を減らすとされ¹⁴⁹、AA はマイノリティ同士の争いを助長する可能性がある¹⁵⁰。移民の増加や人口構成の変化から¹⁵¹、マイノリティの概念に含まれるグループ数が増えている状況にあって、マイノリティ同士での争いの危険が増しており¹⁵²、社会的資源の獲得の争いに敗れたマイノリティ (AA の対象外のマイノリティ) は不利益を被る¹⁵³。

AA の反対者は AA を批判するために、AA が対象外のマイノリティに不利益を与えており、AA が社会的資源の獲得を求める道具に過ぎないことを強調し¹⁵⁴、グループ間での争いは AA のアキレス腱だとされる¹⁵⁵。

かつて、マイノリティ同士の連帯で市民権運動は進展したが、マイノリティ同士の争いの増加によって緊張関係が増し¹⁵⁶、各マイノリティはあくまでも自身の社会的資源の獲得に繋がるために市民権運動を支持してきたにすぎなかったことから¹⁵⁷、この連帯は崩れているとされる¹⁵⁸。AA を支持する見解では、マイノリティの中でも AA によって社会的資源を得るグループと、その獲得のハードルを上げられてしまうグループがいることを認識しなが

らも、AA がマイノリティ全体に利益をもたらすと主張する (II 8, IX 2)。この見解では、マイノリティが協力して各グループの相違を乗り越える必要が指摘されるが¹⁵⁹、各グループが AA の是非を判断する際に、自身の社会的資源の獲得の有無に左右されることを考えると、マイノリティ同士の提携は難しい。

6 マイノリティ間の政治的争い (De Grandy 判決)

選挙の領域でも、マイノリティ同士での争いが見られる。De Grandy 判決で、ヒスパニックと黒人の2つのグループの原告は、フロリダ州の上院と下院の再選挙区割り計画が Dade 郡における黒人とヒスパニックの力を違法に希釈し、1965 年投票権法を侵害すると主張した¹⁶⁰。

地方裁判所は当該法律違反を認めたが、黒人とヒスパニックの原告を調整するように、上院の選挙区を救済できない¹⁶¹。当該裁判所によれば、黒人とヒスパニックへの救済は相互に排他的である。ヒスパニックをマジョリティとする選挙区の創設は黒人の投票力を希釈し、その逆もそのようになる¹⁶²。双方の原告の主張の正当性を認めるが、当該合衆国地方裁判所は、ヒスパニックをマジョリティとし、黒人をマジョリティとする上院の選挙区を加えるのは事実上不可能だと考える¹⁶³。

2つのマイノリティグループに影響を及ぼす立法者のゲリマンダリングの司法審査を本質的に放棄することで、De Grandy 判決で当該合衆国地方裁判所は、当該法律が政治力のないグループへのエンパワーメントを暗に意図するが、より政治力のあるマイノリティグループを暗に支持していると評される¹⁶⁴。

最終的に、De Grandy 判決で合衆国最高裁は、フロリダ州法が投票権法を侵害しなかったと述べた¹⁶⁵。合衆国最高裁は、マイノリティ同士の主張の衝突といった難しい問題に取組まなかった¹⁶⁶。各グループは選好する候補者の選出を求めて競争するため¹⁶⁷、マイノリティ同士の主張の抵触を如何に解決するのかという問題は確実に存在する¹⁶⁸。

7 否定派の裁判官によるグループ間の競争の使用

否定派の裁判官は、人種主義が生じる原因はマジョリティによる抑圧では

なく、合衆国では社会的資源を求めて各グループが争い、AA によって各グループは人種区分を用いて社会的資源を獲得できると認識しているところにあるとする¹⁶⁹。否定派の裁判官は、AA が各グループに人種を意識させ、争いを生じさせることから、AA は否定されるべきとする¹⁷⁰。

合衆国では、社会的資源を獲得するために各グループが競合していると理解すると、あるマイノリティが AA によって社会的資源を得ることは、マジョリティの競争での敗北と社会的資源の喪失を意味する。否定派の裁判官は、マジョリティが AA によって犠牲を被るイメージを構築し¹⁷¹、平等保護条項の下でマジョリティにマイノリティと同じ保護を与えているとされる¹⁷²。多くのグループが社会的資源を求めて競争するという理解を構築することで¹⁷³、マジョリティをマイノリティと同じに位置づけて、否定派の裁判官は AA への批判を展開する¹⁷⁴。否定派の裁判官は、数世紀にわたるマイノリティへの抑圧者から「多くの他者と競争するグループ」へとマジョリティを変えるために、合衆国が多くの人種グループから構成されていることと、社会的資源を求めるグループ間での競争の存在を用いたとされる¹⁷⁵。否定派の裁判官の意見では、マジョリティはマイノリティと「同じ道徳的及び法的な主張を持った犠牲者のグループ」として認識されている¹⁷⁶。

各グループが社会的資源の獲得を求めて競争していても、AA がなければ、周縁にあるマイノリティは社会の主流には入れないとされる¹⁷⁷。マイノリティが代表者を増やしている州議会と自治体の議会はあるが¹⁷⁸、州知事や合衆国議会ではそうではなく¹⁷⁹、マイノリティが主要機関を統制するのは稀である¹⁸⁰。社会の主要機関がマジョリティによって占められている限り、AA が必要だと主張される¹⁸¹。グループ同士での争いの強調は、マイノリティの社会経済的に不利な状況を改善するためではなく、マジョリティの優位を保護するのに役立っているとされる¹⁸²。

8 二分法による Affirmative Action の正当化

多様性と平等保護の理論について有力な論者であるカーストは、人種主義の原因はマジョリティ（白人）とマイノリティ（有色人種）の間での社会経済的不平等にあると特定し¹⁸³、各マイノリティが異なる社会経済的状况にあり、社会的資源を求めるマイノリティ同士での競争には言及しなかった¹⁸⁴。

カーストはマイノリティ全体の社会経済的地位の向上がマジョリティへの人種的従属を是正すると主張し¹⁸⁵、人種問題をマジョリティ（白人）とマイノリティの枠組で捉え¹⁸⁶、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を正当化した¹⁸⁷。

AAが特定のグループに利益を与えても、他のグループを犠牲にせず、公益に努めるのであれば、憲法上問題ない¹⁸⁸。カーストの議論は、AAによってマイノリティの中に社会的資源を喪失するグループがいても、マイノリティのすべてのグループが総体として獲得する社会的資源が増加し¹⁸⁹、マイノリティ全体の社会経済的地位が向上することで、固定観念や偏見が縮減し、社会的資源を喪失したグループにも利益が及ぼされることを理由に、AAを正当化する¹⁹⁰。

だが、マイノリティが抱える問題はグループごとに異なり、問題の相互理解はないとされる¹⁹¹。マイノリティの人口増加と多様化が進み、各グループが社会的資源の獲得を求めている状況で、ある特定のグループへの社会的資源の分配は他のマイノリティに社会的資源を喪失させ、その獲得のハードルを高めるため、マイノリティ同士の利益の共通性を強調するのは難しいとされる¹⁹²。ほとんどのAAの支持者は、様々なマイノリティの主張を区別せずに、マイノリティが平等保護の主張に同等の権利を持つとの立場をとるが、これは怠慢だとされる¹⁹³。

Ⅲ マイノリティの捉え方

1 Bakke 判決

Bakke 判決では、定員 100 人のうち 16 をマイノリティに留保するカリフォルニア大学デービス校メディカルスクールの入学者選抜策の適法性が問題とされた¹⁹⁴。当該判決では、メディカルスクールの入学者選抜での人種の考慮は憲法上許容され、問題とされたクォータ制が合憲だとするブレナン裁判官のグループ（ホワイト、マーシャル、ブラックマン裁判官同調）と、入学者選抜での人種の考慮は許されず、問題とされたクォータ制は市民権法違反だとするスティーヴンス裁判官のグループ（バーガー首席裁判官、スチュワ

ート、レンキスト裁判官)に分かれ、どちらのグループにも属さないパウエル裁判官の単独の意見が、クォータ制は違憲だが、入学者選抜での1つの要素としての人種の考慮は許されるとする判決を下した。

Bakke 判決でパウエル裁判官は合衆国での社会的資源の獲得をめぐるグループ同士の争いと、それに伴うマジョリティの地位の変化について基本的見解を示した¹⁹⁵。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」だとする主張¹⁹⁶は、有名である¹⁹⁷。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ており、「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¹⁹⁸。パウエル裁判官は、合衆国にはマジョリティはいないと考えた¹⁹⁹。

この見解は、各グループが社会的資源を求めて競合しているという考えに依拠する。パウエル裁判官は、様々なマイノリティが民主制の下で権力を求めて適切に競争し、いかなるときもマジョリティは存在せず、競争によって流動性がある社会として合衆国を描いたとされる²⁰⁰。また、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²⁰¹、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理解する²⁰²。

パウエル裁判官によるマイノリティの捉え方は、平等保護条項は個人への保障であるという理解に基づき²⁰³、「修正第 14 条の保障はすべての者に拡大される」と示す²⁰⁴。Bakke 判決で、パウエル裁判官は、歴史的に不利な状況に置かれてきたマイノリティと同じ保護に値する者としてマジョリティ(白人)を特徴づけ、各グループが社会的資源の獲得を求めて競争しているというイメージを展開した²⁰⁵。マイノリティは社会的資源を求めて競争し、他者よりも優位な状況に立とうとすると主張することで、パウエル裁判官は、平等保護の問題を歴史的差別ではなく、政治的獲得にあるとした²⁰⁶。

パウエル裁判官はマジョリティは直接的に差別を行っていないメンバーによっても構成されていると考え²⁰⁷、AA が差別行為を直接行っていない者に負担を課すことを懸念し²⁰⁸、その負担が彼らの怒りを招くことを問題視する²⁰⁹。この考えに基づき、パウエル裁判官は AA に厳格審査を適用し、AA

の合憲性判断に厳しい態度で臨む²¹⁰。AAの支持者はAAに厳格度の低い審査基準を適用すべきだとするが、その見解の背景には、マジョリティは自らの意思でAAを採択し、社会的資源をマイノリティに分配したという想定がある。だが、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、マジョリティ（白人）は必ずしも政治的強者ではなく、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²¹¹。

パウエル裁判官の意見は、入学者選抜委員会の構成員の多数がマイノリティであったという事実焦点を当てる²¹²。このことから、パウエル裁判官は、政治的に従属させられているグループを犠牲にしており、入学者選抜委員会の自己取引を監視する必要性があったと認識しているとされる²¹³。

2 Fullilove 判決

Fullilove 判決では、公共事業に対する連邦補助金の少なくとも10%をマイノリティの所有企業に使用することを義務付ける連邦公共事業法の合憲性が問題となった。パーカー首席裁判官相対多数意見は「人種あるいはエスニシティに基づく優先のいずれもが、憲法上の保障と抵触しないことを確実にするために、最も厳密な審査を必ず受けるべき」とし²¹⁴、問題とされた連邦法は厳格度の低い審査の下でも、厳格審査の下でも合憲になると示した²¹⁵。同相対多数意見は、あらゆる人種区分には「最も綿密な審査」を要求するが、合衆国議会には社会的差別を救済する権限があり、合衆国最高裁ではそれに対して敬讓がなされるべきであり²¹⁶、社会的差別によるAAの正当化を認め、問題とされた連邦法は厳格審査を通過する（合憲になる）として合憲判断を下した²¹⁷。マイノリティは合衆国議会では多数派を形成できないため、合衆国議会の判断は自己取引ではなく、同意見は合憲性の推定を働かせたとされる²¹⁸。

パウエル裁判官は同相対多数意見に加わったが、Bakke 判決での主張（AAには厳格審査を適用すべきこと、社会的差別の救済によるAAの正当化の否定）を改めて示すために²¹⁹、個別に同意意見を執筆した²²⁰。厳格審査を適用しながらも、Bakke 判決とは異なり、パウエル裁判官が合憲判断に至った1つの主たる理由は、Fullilove 判決ではマイノリティによる自己取引

の危険がなかったことにあるとされる²²¹。

3 Croson 判決

(1) マイノリティの位置づけ

Croson 判決では、リッチモンド市と公共事業の第一次契約締結者に対して契約総額の 30% をマイノリティ所有の業者に下請けさせる当該市の条例の合憲性が問題とされた。オコナ裁判官法廷意見は、AA に厳格審査を適用し、違憲判決を下した。Croson 判決は「マイノリティから成る国家」という Bakke 判決のパウエル裁判官意見の描写をより明確に描いたとされる²²²。

問題とされた AA を無効とする際に、合衆国最高裁は、各グループが社会的資源を求めて競争しており、同等の立場にあると想定した²²³。リッチモンド市議会は黒人が多数を占めており²²⁴、その市議会が「単純な人種政策」に従事していると認識し²²⁵、オコナ裁判官はマジョリティ（白人）による過去の抑圧（建設業界からのマイノリティの排除）と問題とされた AA を同一視し²²⁶、人種的排除の歴史を考慮せずに²²⁷、政治的獲得の概念によって平等保護を理解したとされる²²⁸。

合衆国最高裁は、リッチモンド市の黒人に対し、AA によって社会的資源の獲得を求める際に、人種的排除の歴史を主張できなくした²²⁹。合衆国最高裁は人種差別の歴史ではなく、一時的な政治力としてマイノリティとマジョリティを捉え²³⁰、平等保護を非常に形式的に理解していると評される²³¹。オコナ裁判官は、効果的に、マジョリティが政策形成における喪失から司法によって保護される新しい権利を作り出したとされる²³²。オコナ裁判官は、黒人の政治家は自身のグループへの社会的資源の分配に関心があり、自己取引を行っており、共同体の他のマイノリティの社会経済的状況の改善には関心がないと想定する²³³。即ち、黒人の政治家は公正な統治ができず、すべての者の最良の利益のために行動できないと考えていたと指摘される²³⁴。

AA に肯定的な学説では、AA はマイノリティによる自己利益のための効果的なロビー活動ではないと主張されるが²³⁵、問題とされた AA が採択された当時、リッチモンド市議会では黒人が多数を占め²³⁶、Croson 判決の事情は特殊である²³⁷。Croson 判決は、州および自治体のレベルで、マイノリティが大きな政治力を持つと予測される場では²³⁸、マイノリティの政治力の行使に

よって自身に社会的資源を分配する自己取引が行われており²³⁹、グループ間での社会的資源の獲得をめぐる競争の存在を AA の重大な欠点として解釈したと分析される²⁴⁰。Croson 判決で、合衆国最高裁は、あらゆる状況でマジョリティ（白人）が犠牲者となる可能性があるとは考えておらず、黒人の社会経済的地位が典型的なマイノリティとしての地位に位置付けられないほどに大きくなったときに場合にだけ、そのように考えることができると示している可能性も指摘される²⁴¹。

(2) 社会的差別による Affirmative Action の正当化の否定

リッチモンド市は社会的差別の救済による AA の正当化を主張したが、オコナ裁判官は、それにより AA を許容することは、人種的排除に繋がることを懸念した²⁴²。社会的差別は広範囲に及び、その立証も容易であり、どのグループでも主張できることから²⁴³、各グループが社会的資源を求めて競争している状況で、社会的差別の救済による AA の正当化を認めることは、各グループによる他者の排除を正当化することを懸念した²⁴⁴。

社会的差別とは、AA の実施機関が直接行ったわけではない差別をさす²⁴⁵。社会的差別の立証には、個別具体的な差別（AA の実施者が差別行為を行ったことと、AA の受益者が差別によって直接的に犠牲を受けたこと）の立証は必要なく、統計上の不均衡を示せばよい²⁴⁶。この見解の背景には、差別がなければ、グループ間での不均衡は存在せず、人口構成比通りになるはずとの考えがある²⁴⁷。ここでいう統計上の不均衡とは、地域の人口に占めるマイノリティの割合と問題とされる機関に占めるマイノリティの割合の差である。人口比と比べて不均衡であることを証明するのは難しくなく、社会的差別の立証は容易である²⁴⁸。マイノリティは差別の影響によって、社会的資源へのアクセスを制限されてきたと考えられているが²⁴⁹、その差別の立証が容易であれば、どのグループも社会的資源を獲得する資格がある（AA の対象者となる資格がある）と主張できる。マイノリティのすべてのグループが被差別者であり、AA の対象者となる資格があるとすると、どのグループに社会的資源を分配するのか（AA の対象者とするのか）、どのグループに社会的資源の獲得のハードルを上げるのか（AA の対象者から外すのか）について、無限定な操作が可能になるとされる²⁵⁰。

合衆国最高裁が社会的差別による救済を否定したのには、限られた社会的

資源の獲得に際して、複数のグループから社会的差別の救済を理由とした獲得の主張が提起されたときに、如何にこれに対処するのが問題であることを認識していたことが背景にある²⁵¹。力のあるグループが自身の社会的資源の獲得のために、AA を用いる危険があることから、合衆国最高裁は、具体的差別の認定がなければ、AA は許容されないと示したと指摘される²⁵²。

AA の支持派のマーシャル裁判官の反対意見は、問題とされた AA がリッチモンド市の建設業界での排除を経験していないマイノリティ（アリューシャン列島民、エスキモーなど）を対象者とし、「過度に広範」でも、法廷意見が黒人への救済を無効にする必要はなかった旨を述べる²⁵³。一定のマイノリティを対象外にできるとするマーシャル裁判官の見解は、特定の状況では、あるマイノリティが他のマイノリティと比べて強い救済の主張をできると想定する²⁵⁴。AA 支持派の裁判官は、社会的差別の救済によって AA が正当化されると考える²⁵⁵。AA の対象者を判断する際に、判断形成機関に多大な裁量を認め、容易に立証可能な社会的差別の救済の主張によって、どのグループが AA の対象者となるかが決定された場合、判断形成機関の恣意的選好や各グループの政治力で社会的資源が分配（AA の対象が決定）される²⁵⁶。逆に、救済の対象となる差別の範囲を狭く捉え、その立証に高いハードルを設けると、AA が恣意的になされた判断でない可能性を高める²⁵⁷。

4 マイノリティの政治的影響力

Metro Broadcasting 判決²⁵⁸では、連邦放送委員会（FCC）のマイノリティへの優遇策の合憲性が問題となった。この施策によれば、放送事業所有者の人種的多様性を確保するために、競合する新規免許申請者の選抜で、マイノリティが所有し経営に参加している点を選抜の1つの要素として考慮することでマイノリティ系企業を優遇し、免許の維持が難しくなった放送事業社がマイノリティ所有の企業に免許を売り渡す場合には、通常要求される審査を経ずに譲渡できる。ブレナン裁判官法廷意見は、中間審査を適用し、当該 AA を合憲とした。その際、同法廷意見は、Fullilove 判決パーガー首席裁判官相対多数意見を参照し、そして Croson 判決で否定派であるスカリア裁判官同意意見が小規模な判断形成機関では人種的な不正義が生じやすいと指摘していたことに言及し²⁵⁹、人種的マイノリティが合衆国議会を牛耳る可能性

はなく、AA が差別の手段とはならないとして、合衆国議会の判断に対して敬讓がなされた²⁶⁰。

Metro Broadcasting 判決までは、合衆国最高裁は、合衆国議会が AA を採択した場合、それは人種的マイノリティの自己取引でないことから、合衆国議会の判断に対して敬讓がなされるという立場をとった。合衆国最高裁の中間派や否定派の裁判官が、平等保護条項の下でマイノリティと同様にマジョリティが保護に値すると示したのは、マイノリティが市議会で多数を占めており、自己取引 (AA の採択) によって自らのグループに社会的資源を与え、マジョリティ (白人) に不利益を与えたという特殊な事情によるものだと考えることができた (Ⅲ 3 (1))。

だが、Adarand 判決²⁶¹で、合衆国最高裁は人種的マイノリティが多数を占めることがない合衆国議会による AA の採択の判断に対して敬讓がなされないという立場を示した。当該判決では、合衆国政府と公共事情契約を締結した第 1 次締結者が人種的マイノリティの所有する企業と下請け契約を締結した場合に、下請け金の 10% を追加的に報償として与える法律の合憲性が問題となった。オコナ裁判官法廷意見は、AA にも厳格審査を適用し、実体的判断せずに事例を差し戻した²⁶²。当該判決に至り、合衆国最高裁の多数の裁判官が合衆国議会による AA の採択の判断に敬讓を示さなくなった。同法廷意見は、平等保護条項がグループではなく個人を保護すると強調した²⁶³。

合衆国最高裁の中間派や否定派の裁判官は、マイノリティが多数を占めることがない判断形成機関 (合衆国議会) が AA を採択した場合も、AA によってマジョリティが侵害を受ける可能性がある²⁶⁴と示した。この背景には、各グループの政治力は議会などの判断形成機関で多数を占めているか否かだけでは、測れないとの考えがある²⁶⁴。マイノリティの各グループは重要な共通の利益を持つ傾向にあり、社会的資源の獲得 (AA の対象者になること) のために結束できる²⁶⁵。統治体の規模が大きくなると、マイノリティは政治権力を掌握するには至らないが²⁶⁶、その政治力を持って多数決のプロセスに影響を及ぼし²⁶⁷、自らの利益を獲得する可能性がある²⁶⁸とされる。

マイノリティは、自らの利益となる問題に大きな政治力を有するとも評される²⁶⁹。マイノリティが政治プロセスに十分に参加できる限りは、特に自身

のグループに特有の利益が問題とされたとき、マジョリティと比べて、ときとして大きな影響力を持つとされる²⁷⁰。

5 対象者の判断方法

複数のグループが社会的資源の獲得に強力な主張を展開した場合、どのグループに優先的に AA によって社会的資源を分配するのは難しい問題である²⁷¹。どのマイノリティを AA の対象者にするのは、各機関の任務と関わり²⁷²、機関ごとに結論は異なり²⁷³、判断形成機関の評価次第だとされる²⁷⁴。

どのグループを AA の対象者とするのかは判断形成の機関の地域の歴史を反映し、いくらか恣意的になる可能性が高く²⁷⁵、判断形成者に足枷がないと恣意的に判断される危険がある²⁷⁶。AA の対象者が恣意的によって決定されてしまう場合、それは人種に基づくスポイル制度になるとされる²⁷⁷。

IV 合衆国最高裁による Affirmative Action の対象者からの アジア系の排除の容認

Bakke 判決の事実によれば、メディカルスクールは「黒人」「チカノ」「アメリカンインディアン」「アジア人」をマイノリティとして捉えた²⁷⁸。1971年から1974年にかけて、特別な入学者選抜策による63名のマイノリティの入学者のうち12名のアジア系であり²⁷⁹、メディカルスクールはアジア系を AA の対象者としていた。他方、通常の入学者選抜策では、この期間における47名のマイノリティの入学者のうち37名がアジア系であった²⁸⁰。この事実から²⁸¹、他のマイノリティと比べて、アジア系アメリカ人が AA がなくとも合格する可能性が高いことが示されている²⁸²。

この事実から²⁸³、パウエル裁判官は AA へのアジア系の包含は「通常の入学者選抜を通じて入学するアジア系の実質的な人数に照らすと、非常に奇異である」と述べて²⁸⁴、アジア系の AA への包含を疑問視した²⁸⁵。パウエル裁判官の見解は大学に対して AA の対象者からのアジア系の排除を許したが²⁸⁶、アジア系の AA への包含を疑問視したのはパウエル裁判官だけであり²⁸⁷、脚注で簡潔に指摘されたに過ぎなかった²⁸⁸。パウエル裁判官はさしたる理由も示さずに、アジア系アメリカ人を AA の対象者から外したと批判される²⁸⁹。

Grutter 判決でも、アジア系アメリカ人の AA への包含にわずかながら言及された。その言及はミシガン大学ロー・スクールの入学者選抜策起草委員会の委員長の証言であり、当該委員長は、当該ロー・スクールは十分な人数のアジア系アメリカ人を既に入学させていることから²⁹⁰、人種的及びエスニシティの多様性を促進するこの施策にアジア系アメリカ人を包含していないと示した²⁹¹。合衆国最高裁は事実はこの証言を組込んだが、この意見に取組んだ裁判官はいなかった²⁹²。Bakke 判決と Grutter 判決において、合衆国最高裁はアジア系アメリカ人の状況が他のマイノリティグループのそれとは異なっていると認識していたが、それは非常に簡潔な格言か、脚注においてであり、さほど意識していなかった²⁹³。

アジア系の中には社会経済的に不利な状況にあり、上位の高等教育機関で過少代表のグループが存在するが、AA の対象者へのアジア系の包含について、合衆国最高裁はさほど関心を払わず、この無関心は多様性の基づく AA からアジア系アメリカ人を排除するとされる²⁹⁴。

V モデルとなるマイノリティ

1 モデルとなるマイノリティの概念の登場

マイノリティは差別の影響によって、社会的資源へのアクセスを制限されてきたと考えられているが²⁹⁵、合衆国には社会経済的に比較的 success を収めたマイノリティが現れた。1966 年のニューヨークタイムズの「サクセスストーリー：日系アメリカ人のスタイル」と題された記事は、第二次大戦中の日系人のキャンプへの収容などの苦境にもかかわらず、日系人の社会経済的状況は他のマイノリティと比べて良好であり、支援がなくとも社会経済的成功を達成できると結論付けて、「モデルとなるマイノリティ」の概念を示した²⁹⁶。この記事が「モデルとなるマイノリティ」という言葉を正式に作り出したとされ²⁹⁷、これが広がり、ニューヨークタイムズの記事から 1 年後、U.S. News and World Report は合衆国内で success を収めたマイノリティとして中国系アメリカ人を描き、彼らが努力によって社会経済的に高い地位を獲得したと描いた²⁹⁸。

これに続き、合衆国の様々な有力誌は、上位の高等教育機関に占めるアジ

ア系アメリカ人の総数などを引用して、モデルとなるマイノリティの概念を広め²⁹⁹、その概念は強化され³⁰⁰、異論のない想定として合衆国に浸透し³⁰¹、定着したとされる³⁰²。

2 アジア系アメリカ人の一元的理解の浸透

「モデルとなるマイノリティ」の概念によって、アジア系アメリカ人は経済的に合衆国で成功したマイノリティであるとの考えが引き出された³⁰³。「モデルとなるマイノリティ」は合衆国の主流への同化に成功し、社会的資源を獲得する際に³⁰⁴、経済的及び社会的障害から何らの被害も被っていないと考えられた³⁰⁵。日系や中国系など、合衆国で社会経済的に比較的成功を収めたグループは「勤勉で、教育水準が高く、成功を収めている」ことから、合衆国の社会の主流に十分に統合されていると認識された³⁰⁶。

アジア系アメリカ人は多様なグループから構成され³⁰⁷、「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³⁰⁸、社会経済的地位が低い³⁰⁹。

日系や中国系とは異なり³¹⁰、アジア系アメリカ人の中には社会経済的地位の低いグループが多数存在し、すべてのアジア系アメリカ人を他のマイノリティと異なるとは考えられない³¹¹。アジア系の中でも成功を収めていないグループの置かれた社会経済的地位は言及されず³¹²、合衆国では、モデルとなるマイノリティの概念（日系と中国系の成功）がすべてのアジア系アメリカ人に適用された³¹³。合衆国では、アジア系の社会経済的地位の向上の可能性について、一元的理解が広がった³¹⁴。

3 不利な状況にあるアジア系の Affirmative Action 対象者からの排除

社会経済的に成功を収めたグループ（日系、中国系など）も社会経済的に不利な状況にあるグループも同じ「アジア系アメリカ人」として一括りに捉えられ³¹⁵、社会経済的に成功を収めた均質な人種として描かれた³¹⁶。多くの白人と非アジア系のマイノリティはアジア系のグループを細分化せず³¹⁷、これは「モデルとなるマイノリティ」の固定観念を強めた³¹⁸。

モデルとなるマイノリティの概念は、アジア系アメリカ人のすべてのグル

ープは AA がなくとも社会経済的成功を収める可能性が高いことを含意しており³¹⁹、異なる状況にある様々なグループを一括りにする想定は非常に危険だとされる³²⁰。アジア系アメリカ人という枠組で一括りにされ、アジア系の中でも社会経済的に不利な状況にあるグループも「モデルとなるマイノリティ」として捉えられ、AA の対象から外された³²¹。

アジア系の中でも不利な状況にあるグループは、成功を収めているアジア系（日系と中国系）と同じに取扱われ、後者が上位の高等教育機関の学生に占める割合が高いことから³²²、大学の多様化に必要なグループだと判断されてしまう³²³。例えば、フィリピン系は上位の高等教育機関で過少代表だが、中国系や日系と同じ枠組で捉えられると³²⁴、AA の対象にはならず³²⁵、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³²⁶、明かに差別的だとされる³²⁷。アジア系の中でも社会経済的に成功を収めているグループ（日系や中国系など）とそうでないグループを一括りに捉えることは³²⁸、人種の不平等を無視すると主張される³²⁹。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評される³³⁰。AA の反対者が、AA は「不利な状況にあるグループの中でも支援を最も必要としている者を支援していない」³³¹と指摘する1つの理由は、この背景があると考えられる³³²。

4 一元的理解への批判

アジア系アメリカ人のすべてのグループを一括りに捉えることは、日系や中国系と同質に扱われることで、社会経済的に不利な状況にある他のアジア系グループの状況を無視し³³³、モデルとなるマイノリティというレンズを通じてアジア系アメリカ人全体を見ることで³³⁴、アジア系アメリカ人に対する抑圧が隠されると指摘される³³⁵。

合衆国市民が AA を考えるときに、その多くは、AA は黒人やヒスパニックに実施され³³⁶、アジア系アメリカ人が AA を必要としているとは考えないとされる³³⁷。モデルとなるマイノリティの概念が浸透したことで、アジア系アメリカ人のすべてのグループは AA がなくとも成功する可能性が高いと考えられ³³⁸、各グループの社会経済的状况を考慮せずに、アジア系アメリカ

人に含まれることを理由に、自動的に AA の対象者から外されているとされる³³⁹。

アジア系アメリカ人のいずれのグループがモデルとなるマイノリティだと想定することは、社会経済的に不利な状況にあるグループに不利益を及ぼすため³⁴⁰、この概念の盲目的適用はすべきではないとされる³⁴¹。アジア系アメリカ人の中には AA がなければ社会的資源の獲得が難しいグループが存在し、画一的に AA の対象者から外するのは誤りだとされる³⁴²。

社会経済的に不利な状況にあるアジア系に社会的資源を獲得する機会を開くため³⁴³、アジア系アメリカ人に AA は必要ないという想定は考え直されるべきだとされる³⁴⁴。「モデルとなるマイノリティ」の概念によって AA を廃止し、マイノリティの社会経済的地位を貶めることは許されないと主張される³⁴⁵。

5 Affirmative Action の反対者によるモデルとなるマイノリティの使用

(1) マイノリティの社会経済的成功の可能性

差別を受けてきたが³⁴⁶、AA がなくとも社会経済的に比較的成功を収めているグループ（日系と中国系など）の存在は、それらのグループに AA が不要だと主張されるだけでなく³⁴⁷、AA がなければ社会的資源を獲得できないマイノリティに対して、成功したマイノリティと同じように努力して、AA に頼らずに社会的資源を獲得すべきだという考えを生じさせる³⁴⁸。アジア系の一定グループの社会経済的成功によって、AA を支持する理論は批判にさらされている³⁴⁹。

AA の反対者は、アジア系アメリカ人の中に社会経済的に成功を収めたグループがいることを挙げて、各グループは努力によって社会的資源を獲得すべきであり、AA は必要ないとし³⁵⁰、すべてのマイノリティに AA は不要だと主張する³⁵¹。AA の反対者は、AA がなくとも成功を収めたマイノリティがいることから³⁵²、AA の廃止はマイノリティを必ずしも不利な状況に置かず³⁵³、AA の廃止によって一定のマイノリティが不利益を被ることもなくなると考える³⁵⁴。

すべてのマイノリティに AA が不要だと主張するために、AA の反対者によってモデルとなるマイノリティの概念が使用されることから、黒人の中に

は、アジア系アメリカ人が部分的には人種的ヒエラルキーの上位におり、白人の特権を維持し黒人の進展を遅らせる一方、白人の優越性に対する黒人の批判を掘り崩すグループ³⁵⁵あるいは「中間のマイノリティ」として、白人と黒人の緩衝として彼らを認識する者がいる³⁵⁶。AAの反対者によるモデルとなるマイノリティの概念の使用は、マイノリティ同士の緊張関係が高まる1つの要因となっている。

(2) 不利益を受けるマイノリティの存在

AAによって、日系や中国系などの比較的 success を収めたマイノリティは獲得する社会的資源を減らされ、その獲得のハードルが上がり、不利益を被る(Ⅶ1)。AA否定派であるトマス裁判官は、AAを批判するためにこの状況を用いた³⁵⁷。テキサス大学オースティン校の入学選抜のAAの合憲性が問題とされた Fisher I 判決で、トマス裁判官は、白人とアジア系アメリカ人がAAによって不利益を被っており、AAによる合格者よりも学力が高いにもかかわらず、不合格とされた者がいることを強調し、AAを違憲だとする³⁵⁸。

アジア系アメリカ人の各グループの状況が異なることを認識しておらず、トマス裁判官はAAに反対する武器として³⁵⁹、モデルとなるマイノリティの概念を用いているとされる³⁶⁰。AAの批判者は、比較的 success を収めた一部のグループ(日系や中国系)の存在を強調し³⁶¹、社会経済的に不利な状況にある他のマイノリティにAAが必要であるという議論を否定する³⁶²。

Ⅵ 判断形成機関への敬讓の危険

1 アジア系の Affirmative Action への包含に関する大学の判断

Bakke 判決でのパウエル裁判官意見は多様性によるAAの正当化を示唆したが、それは単独の意見であり、その重要性を認める学説³⁶³と先例としての拘束力はないとする学説に分かれた³⁶⁴。だが、Bakke 判決以降、合衆国の大学は多様性に基づくAAを展開し、パウエル裁判官の意見は社会に大きな影響を与えた³⁶⁵。

多様性に基づくAAの対象者にアジア系アメリカ人を含めるか否かは大

学ごとに分かれ、含める大学³⁶⁶とそうでない大学があり³⁶⁷、アジア系アメリカ人が多様性に貢献するのかどうかを判断する際に、各学校の判断は一致しなかった³⁶⁸。もっとも、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、アジア系のすべてのグループが AA の対象者から外された³⁶⁹。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³⁷⁰、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³⁷¹、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³⁷²。

2 過少代表のアジア系の排除

アジア系の中でも成功を取めているグループ（日系や中国系）には被差別経験があり、黒人と同じように、補償を受ける資格があるとも主張されるが³⁷³、上位の教育機関で過剰代表であることから、他のマイノリティとは異なり、AA の対象者から外された³⁷⁴。アジア系アメリカ人として一括りに捉えたと³⁷⁵、一定のグループが過剰代表であることから、人口に占める割合と比べて上位の高等教育機関でアジア系の総数は既に十分な割合を占めているため³⁷⁶、多くの大学が AA の対象者からアジア系のすべてのグループを外す³⁷⁷。多くの大学は上位の高等教育機関に占めるアジア系アメリカ人の総数に着目し、アジア系でも過少代表のグループがいるのにもかかわらず³⁷⁸、それらのグループに目を向けず、「モデルとなるマイノリティ」の神話に囚われているとされる³⁷⁹。成功を取めたグループ（日系や中国系など）とともに不利な状況にあるアジア系の各グループが一括りに捉えられ、AA の対象者から排除されることで、不利な状況にあるグループは社会経済的に低い地位に貶められる³⁸⁰。

ミシガン大学ロー・スクールも社会経済的に成功を取めたグループも過少代表のグループもアジア系アメリカ人として一括りに捉え³⁸¹、アジア系アメリカ人全体が学生に占める割合を考慮して、アジア系アメリカ人を AA の対象者から外した³⁸²。成功を取めた「モデルとなるマイノリティ」という考えは、アジア系の中でも社会経済的に成功を取めたグループと不利な状況に

あるグループを同じ枠組で理解し、後者であっても社会経済的成功を得る際に AA による手助けは必要なく³⁸³、AA の対象者たる資格がないという想定を作り出した³⁸⁴。

アジア系は1つの枠組で捉えられることで³⁸⁵、過少代表のアジア系の社会経済的に不利な状況は放置される³⁸⁶。合衆国最高裁がアジア系の中でも「過剰代表」と「過少代表」のグループを区別しない場合には、多様性の名の下に、「過少代表」のグループを不利な状況に置き続ける³⁸⁷。

3 敬讓型の厳格審査の危険

従来、合衆国最高裁は合憲性審査に際して人種区分に厳格審査を適用し、判断形成機関の判断に敬讓がないとの立場を示した³⁸⁸。Grutter 判決で、AA の合憲性を審査する際に、オコナ裁判官法廷意見は（人種区分を危険視し、違憲性を推定する）懷疑主義に依拠したが、目的審査と手段審査で、判断形成者（大学）の判断に対して敬讓がなされる敬讓型の厳格審査を適用した³⁸⁹。厳格審査が適用された際には、通常は違憲の推定がなされるが³⁹⁰、オコナ裁判官法廷意見では、修正第1条に基づき教育的任務に係るロー・スクールの判断に対して敬讓があり、反証がなければ、ロー・スクールの側に誠実さを推定すると示して³⁹¹、証明責任を移行させる³⁹²。同法廷意見は、多様な学生構成から生じる教育的利益がやむにやまれぬ利益であるのかを論じたが³⁹³、ロー・スクールの主張が単なる口実過ぎないのかどうかを審査していない³⁹⁴。

多様性を求める入学者選抜策でアジア系は不利に取扱われているにもかかわらず、Grutter 判決では、合憲性審査の際に判断形成機関への敬讓があり、厳密な司法審査がなされていない³⁹⁵。Grutter 判決において、合衆国最高裁はロー・スクールの主張を額面通りに認めて、ロー・スクールの自己統制能力に多大な信頼を寄せており³⁹⁶、判断形成機関（大学）には入学者を選抜する際に顕著な裁量を許された³⁹⁷。

入学者選抜での人種使用を正当化するやむにやまれぬ利益は、多様な学生構成によって生じる。多様な学生構成は、過少代表のマイノリティの学生が相当数在籍することで達成される。合衆国最高裁は、多様な学生構成の達成は、修正第1条の中核に関わるロー・スクールの任務にとって重要事項だと判断した。Grutter 判決では、相当数の判断（どのグループの学生が任務の

達成にとってどれだけ必要であるかの判断)は裁判所には審査できず、ロー・スクールに完全に委ねられた。

相当数の判断がロー・スクールに委ねられたことで、それが達成されている(あるいは達成されていない)と主張して、判断形成機関はあるグループを AA の対象者に包含(あるいは排除)できる³⁹⁸。敬譲によって実質的審査がなければ、判断形成機関は AA の対象者を何らの制限なしに決定でき³⁹⁹、どのグループが相当数に達しているか否かの判断はロー・スクールの独断となり⁴⁰⁰、ロー・スクールの主張がそのまま裁判所の結論になる⁴⁰¹。この点が敬譲型の厳格審査の最たる問題だとされており⁴⁰²、判断形成機関の主張を裁判所の結論と取り換える事態になっている⁴⁰³。

AA の対象者からの排除によってアジア系アメリカ人が不利益を被る場合でも、Grutter 判決は実質的な審査をせずに、その判断を大学に委ね、判断形成機関の判断への敬譲は、AA の対象者からアジア系アメリカ人を外す際に、大学の主張する基準の採用を許す⁴⁰⁴。敬譲型の厳格審査の下では、判断形成機関がアジア系アメリカ人を同質なグループとして一括りに捉えた場合(アジア系を一括りに捉える判断は、アジア系の中でも過少代表のグループを排除する可能性が高いと指摘される⁴⁰⁵。実質的な審査なしに、大学の判断を認めることになり、アジア系に重大な影響を及ぼす⁴⁰⁶。過少代表のアジア系のグループは過剰代表のアジア系と同列に扱われることで合格のハードルが高くなり⁴⁰⁷、不利に取り扱われるが⁴⁰⁸、敬譲型の厳格審査を適用する限り、裁判所はそれに関心である。不利な状況にあるマイノリティ(過少代表のアジア系)への無関心を大学に許容していることに、Grutter 判決の敬譲型の厳格審査の危険があるとされる⁴⁰⁹。

Ⅶ マジョリティによるアジア系の排除

1 上位の教育機関での成功を収めたマイノリティの排除

アジア系の一定のグループ(日系や中国系など)は上位の高等教育機関の入学者卒の獲得で驚異的成功を収めており、合衆国の最上位の学校の入学者選抜の担当者は、その状況を懸念した⁴¹⁰。一定のグループ(日系や中国系な

ど)が過剰代表であるため、アジア系アメリカ人は総数としての過剰代表であり、いくつかの上位の大学では、アジア系アメリカ人の合格者に上限が設けられ、アジア系アメリカ人に合格に要求される学力の水準はマジョリティを含めて他のグループと比べて高い⁴¹¹。

アジア系アメリカ人は差別行為を行っておらず、差別の犠牲者であるにもかかわらず (V 5 (1))、AA によって社会的資源の獲得のハードルを高くされており⁴¹²、AA の犠牲者であり⁴¹³、不当に差別されているとも主張される⁴¹⁴。希少な社会的資源 (上位の教育機関の入学枠) は有限であり、上位の教育機関の入学者選抜の AA によって他のマイノリティに枠が与えられることで、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者数) を減らされた⁴¹⁵。

2 多様性の理論

従来、AA は差別の救済を理由に正当化されたが、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⁴¹⁶、AA の正当化理由は多様性に移行した。多様性に基づく AA は、多様性によって生じる利益によって AA を正当化する。この多様性の理論は、アジア系の成功を取めたマイノリティに社会的資源の獲得のハードルを高め、マジョリティが社会的資源を獲得するためにも用いられた⁴¹⁷。成功を取めたマイノリティにとって、AA によって黒人などのマイノリティに枠を明け渡すのは些細なことであり、多様性の理論によってマジョリティと比べて社会的資源の獲得のハードル高められるのが大きな問題だと主張される⁴¹⁸。

大学の入学者選抜の担当者は、人口統計に基づき、何らかの理想的な人種的均衡を念頭に置いていたとされる⁴¹⁹。アジア系の一定のグループ (日系や中国系など) の学力は高いため、入学者選抜が厳密に学力に基づくとき、それらのグループが上位の教育機関の入学者に占める割合が大きく増え、マジョリティがそれに占める割合は減る (Ⅷ 3)。

AA によって理想の人種的均衡を求めると、アジア系の一定のグループ (日系や中国系など) の入学者は制限される⁴²⁰。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⁴²¹。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⁴²²、マイノリティではなく白人を利する場合があります⁴²³、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⁴²⁴。

アジア系が入学選抜で不利に取り扱われているとの主張がなされ⁴²⁵、そのような主張はいくつかの大学の内部調査と、州及び連邦の機関による入学選抜策の調査を導いた⁴²⁶。結果として、いくつかの大学は入学選抜の際にアジア系を不利に取り扱っていたことを認めた⁴²⁷。例えば、カリフォルニア大学バークレー校とブラウン大学による記録の開示によって 1980 年代に、学生構成に占めるマジョリティ（白人）の割合を維持しようとした結果、入学選抜でアジア系が不利に取り扱われていたことを認めた⁴²⁸。

いくつかの上位の高等教育機関は、入学者に占める白人の割合を維持するために、アジア系の入学者を制限した⁴²⁹。いくつかの研究は、ハーバード大学が、アジア系に合格に要求される学力水準を白人と比べて高く設定していたと示す⁴³⁰。

アジア系の一定のグループ（日系や中国系など）は、AA が自らにもたらす不利な状況にあまり注目が集まらない状況にあって⁴³¹、上位の高等教育機関の入学選抜で、マジョリティと同じ条件での競争し⁴³²、極端に合格のハードルが高くなることを求める⁴³³。

3 合衆国最高裁で多様性に基づく Affirmative Action が許容された背景

AA の合憲性に関して、合衆国最高裁では AA を常に違憲と判断する否定派と常に合憲と判断する肯定派が拮抗する状態が長く続き⁴³⁴、中間派の裁判官が AA の合憲性を左右する評決を下してきた⁴³⁵。中間派の裁判官は基本的には AA に否定的判断を下すが⁴³⁶、ときとして合憲判断を下しており、穏健な保守派だとされる⁴³⁷。

中間派の裁判官は、自らの判断が政治的に悪い結果をもたらすことを危惧し⁴³⁸、世論に敏感であり⁴³⁹、それを踏まえた判断を下す⁴⁴⁰。合衆国市民からの司法への信頼が、合衆国最高裁の正統性を支えており⁴⁴¹、合衆国最高裁の判断が公衆に受け入れられるものではないときに、公衆は合衆国最高裁に不信を抱くため、マイノリティの利益を保護するために、多数の者から激しい反対

を受けるときに、合衆国最高裁の正統性は揺らぐ⁴⁴²。中間派の裁判官は、合衆国最高裁の正統性を維持するために、判決が社会に受け入れられるのかを特に考慮する⁴⁴³。

AAには激しい政治的反対があったが⁴⁴⁴、それに対する揺り戻しから1990年代後半には弱まり、AAへの政治的支持が強くなったとされる⁴⁴⁵。多様性によるAAの正当化が認められたのには、それへの政治的支持があり、多様性の価値が公衆に受け入れられたことが背景にある⁴⁴⁶。

4 判断形成機関への裁判所による敬讓の危険

裁判所が厳密な合憲性審査をしない場合には、むき出しの人種的判断を行う危険があり⁴⁴⁷、平等保護条項の核心が侵害されると指摘される⁴⁴⁸。どの多様性が必要であるのかについて、大学の判断に多大な敬讓を認めることは、裁判所が憲法を後退させる手助けをすることになるとされる⁴⁴⁹。Grutter判決では敬讓型の厳格審査が適用され、合衆国最高裁では判断形成機関(大学)の判断に敬讓がなされることから、実質的審査なしに、過少代表のアジア系のグループが不利な状況に置かれ続ける危険があった(Ⅵ 2, 3)。同じように、判断形成機関がマジョリティ(白人)の割合を維持するために、アジア系の一定グループの合格者に上限を設けると決定した場合、敬讓型の厳格審査の下では、綿密な審査なしにこの判断が認められる。

公立大学は政治機関であり⁴⁵⁰、人種的選好に基づいて判断する誘惑にかられているとされる⁴⁵¹。裁判における政治機関への敬讓は、恣意的判断を許す危険があるとされる⁴⁵²。政治機関には、AAを通じて人種的不平等を是正する権限があるとされるが⁴⁵³、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、憲法上疑わしいとされる⁴⁵⁴。合衆国憲法は、公立大学を含めて、あらゆる政府機関への不信の上に成立しており⁴⁵⁵、憲法は各グループの政治力だけに基づく社会的資源の分配を禁止する⁴⁵⁶。断形成機関に人種考慮に関して多大な裁量を与えると、人種的選好に基づいて政治的対立者に不利益を課すために政治力が使用される危険があり⁴⁵⁷、そのような行為は人種区分を正当化する憲法上の利益を構成しないとされる⁴⁵⁸。

Ⅷ アジア系アメリカ人による Affirmative Action への批判

1 社会的資源の獲得と Affirmative Action への反対

モデルとなるマイノリティの概念の浸透によって、社会経済的に不利な状況にあるグループも含めて、すべてのアジア系は AA の対象者から外れた。AA の対象者からの排除によってアジア系アメリカ人は社会的資源へのアクセスのハードルを高くされているため、アジア系を AA の対象者にすべきとの議論が展開された (V 4)。だが、希少な社会的資源が有限である以上、AA の対象者へのアジア系の包含によって社会経済的地位の低いアジア系に社会的資源が付与される結果として、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) に社会的資源の獲得を難しくする。また、上位の教育機関の入学者選抜の多様性に基づく AA は、成功を収めているアジア系の入学者を抑えて、マジョリティ (白人) の一定の入学者数を維持するために行われている⁴⁵⁹。

AA に関する見解は自己の利益に基づき⁴⁶⁰、AA を支持するか否かは、AA が「希少な資源や物質的な利益への自身のアクセスに如何に影響を及ぼすのか」で決まるとされる⁴⁶¹。アジア系の中でも成功を収めたグループ (日系や中国系など) は、AA が自己の社会的資源の獲得を減らすことから⁴⁶²、AA に反対する⁴⁶³。AA がなければ、日系や中国系などのグループが上位の教育機関の入学者に占める割合は大きく増えると評されており⁴⁶⁴、成功を収めたグループ (日系や中国系) が AA に反対する主たる理由は、AA の廃止によって自己の獲得する社会的資源が増えるところにあり、それらのグループは上位の教育機関でより多くの枠を得ることを望む⁴⁶⁵。

成功を収めたグループは、自身が AA がなくとも成功を収め、AA の廃止によって自己の獲得する社会的資源が増えると考えており⁴⁶⁶、自身を「モデルとなるマイノリティ」だと考える⁴⁶⁷。これらのグループが AA に反対する議論は、モデルとなるマイノリティの内在化によって構築されていると指摘される⁴⁶⁸。

2 中国系による Affirmative Action 復活への反対

アジア系アメリカ人の AA への包含を支持する数多くの論稿が公刊されており⁴⁶⁹、世論調査でも、アジア系の多数は AA を支持しており、成功を収めたアジア系による AA への批判はこの点を見逃してはならないとされる⁴⁷⁰。

だが、AA の是非に関する見解は、各グループが自身が社会的資源を得ることができるかどうかによって決まると考えられる。アジア系の中で不利な状況にあり、AA の対象者となることで社会的資源を獲得するグループの人数が多ければ、アジア系全体では AA に好意的な者の割合は多くなる。また、アジア系が包含するグループは非常に広範囲であり、グループごとに社会経済的状況もアイデンティティも大きく異なることから⁴⁷¹、アジア系アメリカ人を一括りにして AA の是非を論じても、あまり意味はない。

カリフォルニア州では、高等教育機関での入学者選抜の AA を禁止するように州憲法を修正するイニシアティブが提案され、グループごとの賛否を見ると、賛成者が多かったグループは白人であり、黒人、ラテン系、アジア系は反対者が多かったとされる⁴⁷²。だが、この指摘ではアジア系は一括りとして捉えられており、各グループでの賛否の割合は言及されていない。このイニシアティブは採択され、その後、その禁止の廃止を提案する州議会の上院による憲法修正案 5 号 (SAC5) によって、州内で AA を復活させる試みがなされた。しかし、この提案は、アジア系の議員 (特に中国系) が強力に反対し、予期せずに停滞したとされる⁴⁷³。中国系はこのような州憲法修正を求めるロビー活動を展開し、カリフォルニア州憲法修正を覆す試みを押さえた⁴⁷⁴。アジア系の全体としては AA の支持者の割合が多かったが、グループを個別に分析すると、それにより不利益を受けるグループは AA に反対していたことが分かる。

3 メリットシステムに基づく評価の要求

アジア系の中で成功を収めているグループ (日系や中国系など) の中には、上位の教育機関の入学者選抜の多様性に基づく AA が自身の枠を奪っており、マジョリティを含めて、他のグループへのクォータであり、本来的に不公正だとして AA を批判する見解が見られる⁴⁷⁵。合衆国では、社会経済的成功には個人の能力と資格が重要であるという考えが支配的であり⁴⁷⁶、基本的な考

えとして⁴⁷⁷、人々は人種ではなく個人として評価されねばならず⁴⁷⁸、社会的資源の配分の決定に関して唯一関連する要素はメリットだと考えられている⁴⁷⁹。合衆国では、社会的資源の分配は才能と努力によってなされるのが理想だと考えられており⁴⁸⁰、これらの者たちは、グループ間の公正な競争を実現するために、厳格なメリットシステムによる選抜を支持する⁴⁸¹。

上位の高等教育機関の入学選抜の文脈では、厳格にメリットシステムに基づいた場合⁴⁸²、自身に有利に働く（不利に働かない）と考えることから、日系や中国系などのアジア系は AA を実施せずにメリットシステムを重視した選抜を行うべきだと主張する⁴⁸³。また、日系や中国系は差別を受けながらも成功を収めているため、それらのグループによるメリットシステムに基づく厳密な評価の要求の背景には、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いう想定があると考えられる⁴⁸⁴。

だが、上位の教育機関の入学選抜が厳密にメリットに基づいても、メリットの操作（どの項目の評価を重視するのか）によって高い評価を得られなくなる可能性がある旨が指摘される⁴⁸⁵。例えば、アジア系アメリカ人は数学と科学で優れているが、言語に関する能力が低く、1つの側面で優れているに過ぎないとされる⁴⁸⁶。上位の教育機関の入学選抜で用いられている学力の項目も変化しうるのであり、日系や中国系が得意な項目が使用され続ける保証はない⁴⁸⁷。既存の評価基準に基づく厳密なメリットシステムによる評価がマジョリティに不利益を及ぼす場合には、メリット自体がマジョリティによって変更される可能性がある⁴⁸⁸。

IX アジア系アメリカ人への Affirmative Action の必要性

1 成功を収めたマイノリティの苦境

AA の是非はアジア系アメリカ人の共同体内で意見の分かれる問題である⁴⁸⁹。多様性の理論や AA によって、上位の教育機関において、アジア系の中でも日系や中国系が地位を得るために要求されるハードルは高くなり（Ⅶ 1, 2）、それらのグループの中には、AA に対する批判を展開する者が現れ

(Ⅷ)、それらのグループにも AA が必要であるとの議論が展開されている⁴⁹⁰。

同じ学歴と職業の白人と比べて、日系や中国系の年収は低いとされていた⁴⁹¹。また、日系や中国系の学歴を考えると、それらのグループが行政機関の主要ポストや、大企業の役員の地位に占める割合は極端に少ないと指摘されてきた⁴⁹²。行政機関や大企業の上位の地位はマジョリティに占められており、マイノリティの中で成功を収めているグループ（日系や中国系）でさえも占める割合は少なく⁴⁹³、そこへの参入は難しいとされる⁴⁹⁴。

アジア系には指導者としての資質とコミュニケーションスキルが不十分であるという固定観念が存在し、それが原因で指導的地位に行き着かず⁴⁹⁵、「ガラスの天井」が存在している可能性が指摘される⁴⁹⁶。日系や中国系に対する社会経済的な成功への障壁の強さが確認されている⁴⁹⁷。成功を収めているグループ（日系や中国系）でも、指導的地位への進出を妨げる天井があり⁴⁹⁸、AA を実施しなければ日系や中国系に成功への障害が残るため⁴⁹⁹、それを取り除くためにアジア系への AA が必要だと主張される⁵⁰⁰。

2 マイノリティ全体への利益の強調

アジア系は、他のマイノリティに対する AA によって上位の高等教育機関から締め出されていると主張する場合がある⁵⁰¹。日系や中国系などによってなされる AA への批判は、AA を「ゼロサムゲーム」として理解することで、日系や中国系は AA から不利益を受けていると想定しているが⁵⁰²、この想定は誤りだと主張される⁵⁰³。その見解によれば、AA はアジア系アメリカ人のすべてのグループに対する偏見や固定観念を縮減するため⁵⁰⁴、アジア系の中でも成功を収めているグループから利益を奪わない⁵⁰⁵。

確かに、上位の高等教育機関の入学者選抜の多様性に基づく AA は、アジア系アメリカ人に合格のハードルを上げる一方で⁵⁰⁶、黒人やヒスパニックなどに社会的資源を与えてきた⁵⁰⁷。だが、上位の高等教育機関での多様性の達成は、学習環境を改善し、すべての学生は多様化する社会に適応するより良い準備ができるため⁵⁰⁸、すべてのグループが利益を得ると主張される⁵⁰⁹。AA の肯定的見解では、AA によるマイノリティの包含はすべての者に利益をもたらすと主張されてきた⁵¹⁰。

アジア系アメリカ人の AA への包含を支持する議論では、1つのマイノリ

ティグループとして、アジア系アメリカ人は AA の対象者となる資格があり⁵¹¹、AA はアジア系アメリカ人のすべてのグループに対して、同等に競争する機会を与える⁵¹²。この見解では、AA によってアジア系の中でも成功を収めたグループ（日系、中国系など）に社会的資源獲得のハードルを高めるが、AA によってアジア系アメリカ人全体の社会経済的地位が向上することから、AA を支持する⁵¹³。

他方、AA に反対する議論も、AA の廃止がアジア系全体に利益を及ぼすと想定しているとも考えることもできる。上位の高等教育機関で AA が廃止されると、日系や中国系などのグループの合格者が増加し、不利な状況にあるアジア系の合格者は減るが、アジア系アメリカ人の総計が増加する場合、アジア系アメリカ人の総計を重視する立場からすると、それがアジア系アメリカ人全体の地位を向上させるため、AA は実施されるべきではないと考える⁵¹⁴。

だが、アジア系アメリカ人には非常に広範囲に及ぶ国の出身者が含まれており、各グループは、言語、文化、エスニシティ、宗教、社会経済的状況の違いに従って、アイデンティティを有する⁵¹⁵。故に、AA がアジア系アメリカ人全体に利益を及ぼすと主張しても、共通性に乏しく、AA によって社会的資源へのアクセスのハードルが上がってしまうグループにとっては、説得的でないと考えられる⁵¹⁶。

3 Affirmative Action と否定的な行為

成功を収めたアジア系のグループ（日系や中国系など）による AA への批判に対して、AA を支持する学説は、AA と人種に基づく否定的行為を区別した⁵¹⁷。否定的行為は人種を 1 つの「マイナス要素」として考慮し、AA は人種を 1 つの「プラス要素」として取扱う⁵¹⁸。上位の高等教育機関で課されたアジア系への上限は、AA ではなく否定的行為が原因であり⁵¹⁹、AA に反対すべきではないと主張された⁵²⁰。だが、アジア系であることをマイナス要素としなくとも、他のグループに対して人種をプラス要素とすることは、アジア系アメリカ人の評価を相対的に下げて、社会的資源の獲得のハードルを高める。また、希少な社会的資源が有限である以上、あるグループに対する社会的資源の付与は他者が獲得する社会的資源を減らす。

X おわりに

移民の増加などによって合衆国のマイノリティの人口は大きく増加し、マイノリティの人口構成も大きく変化した。(Ⅱ 1)。AA によって対象となったマイノリティが社会的資源を獲得する一方で、マジョリティがその負担を負っており、中間派や否定派の裁判官は両者の間に緊張関係が生じることを懸念した(Ⅱ 2)。人口に占めるマイノリティの増加によって、マジョリティの負担は増しており、AA によって社会的資源を喪失した個々のマジョリティがマイノリティに不満を募らせる可能性が増している(Ⅱ 2)。AA はマジョリティ(社会的資源の喪失者)とマイノリティ(社会的資源の獲得者)という構図で語られてきたが、マイノリティの中でも成功を取めたグループ(日系や中国系)が上位の教育機関の学生構成に占める割合を大きく増やすと、マジョリティは自らの占める割合を守るために、多様性に基づく AA を用いて、それらのグループに対して社会的資源の獲得に必要なハードルを高めた(Ⅱ 3)。AA をめぐるマジョリティとマイノリティの争いには、従来とは違う構図(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)が見られるようになった。AA が開始された当初、合衆国で唯一の大規模なマイノリティは黒人であったが、人口構成の変化によって様々な大規模なマイノリティが存在するようになった(Ⅱ 1)。社会的資源が有限である以上、AA によるあるマイノリティに対する社会的資源の分配は、他の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る。大規模なマイノリティが多く存在する状況の下で、各マイノリティは社会的資源の獲得(AA の対象者になること)を求めて競争するようになった(Ⅱ 5)。ここでも、従来とは違う構図(各マイノリティが社会的資源を求めて争う)が見られるようになった(Ⅱ 5, 6)。否定派の裁判官は、各グループが社会的資源の獲得を求めて争うことで、人種主義が生じると認識し、AA を批判した(Ⅱ 7)。AA の支持者は、AA によってマジョリティが社会的資源を喪失したとしても、マイノリティ全体の社会経済的地位が向上し、社会全体に利益をもたらせば、AA はマジョリティにも有益だと主張した(Ⅱ 8)。これは、AA の問題を従来の構図で捉えており、更にはマイノリティに共通

の利益があると認識しているが、マイノリティは多様化し、各々で抱える問題も違うことから、この主張は否定派を説得する力を持たなかった。

中間派であるパウエル裁判官は、マジョリティもマイノリティも含めて、合衆国のすべての人種グループは社会的資源を求めて競争していると考えた(Ⅲ 1)。AA の合憲性を審査する際に、パウエル裁判官は自己取引の危険(判断形成者が自らのグループを利するために AA を使用すること)を認識し、AA が対象者自身による自己取引であるのかを注視した(Ⅲ 1, 2)。パウエル裁判官の立場は、中間派であるオコナ裁判官にも採られ、マイノリティが判断機関を統制する場合に、自己取引の危険があるとして違憲判断を下した(Ⅲ 3)。また、合衆国最高裁は、マイノリティが判断形成機関を統制していない場合でも、マイノリティが判断形成機関に及ぼす政治力を考慮して、自己取引がなされる危険を認識し、AA の合憲性を厳格に審査する姿勢を見せた(Ⅲ 4)。複数のグループが社会的資源の獲得を求めて主張を展開するとき、どのグループにそれを分配するのか(AA の対象者とするのか)を判断するのは難しい仕事であり、判断形成機関に足枷を設けていないと、恣意的判断を許す危険がある(Ⅲ 5)。故に、AA の合憲性審査の際には、厳格審査が適用される。

アジア系の中には、差別の歴史を持つグループや低い社会経済的地位にあるグループが存在するが、AA の対象者から外されてきた。合衆国最高裁はこの問題にほとんど言及せず、容認する(Ⅳ)。アジア系を AA の対象者から外す基になったのは、モデルとなるマイノリティの概念である(Ⅴ 1)。アジア系には社会経済的に成功を取めたグループ(日系や中国系)が存在し、社会経済的に不利な状況にあるグループがいるが、アジア系のすべてのグループは成功を取めており AA は必要ない(あるいは、現時点で成功していても勤勉であるから、AA がなくとも成功できる)と理解された(Ⅴ 2, 5)。結果として、社会経済的に不利な状況にあるアジア系のグループは AA の対象者から外された(Ⅴ 3)。そして、AA によって他のマイノリティに社会的資源が付与されることで、それらのグループは社会的資源の獲得のハードルをさらに高められた(Ⅴ 3)。多くの大学ではアジア系のすべてのグループを AA の対象者から外したが(Ⅵ 1, 2)、AA の合憲性審査に際して、判断形成機関の判断に対する敬讓によって、敬讓型の厳格審査を適用

すると、社会経済的な地位が低く AA を必要としていても、判断形成に影響を及ぼすことができないマイノリティは AA の対象者から外されていても、合憲性審査では特に問題にされない (VI 3)。

マジョリティは上位の教育機関の学生に自らが占める一定の割合を維持するために、多様性の理論を用いて、アジア系の入学者に上限を設けることで、アジア系の中でも成功を収めているグループを排除する (VII 1, 2)。AA の合憲性審査に際して敬讓型の厳格審査を用いると、成功を収めたアジア系の排除が恣意的であったとしても、それが容易に許容される危険がある (VII 3)。不利な状況にアジア系は AA への包含を主張するが、成功を収めたアジア系は、AA によって自らが社会的資源を獲得するハードルが高められることから、AA の廃止を主張する (VIII 1, 2)。それらのグループは、上位の教育機関の入学者選抜で人種の考慮がなければ、より多くの地位を獲得できると考えるため、入学者選抜は厳密にメリットに基づくべきだと主張する (VIII 3)。これに対し、AA を支持する見解からは主要機関の指導的地位では成功を収めたアジア系も苦境に置かれていること (IX 1)、それらのグループに不利益を及ぼすのは AA ではなく否定的な行為であることが主張された (IX 3)。また、AA によって成功を収めているアジア系に対して社会的資源を獲得するハードルが高まっても、AA によってマイノリティ全体の社会経済的地位が向上し、マイノリティへの偏見が縮減されるため、AA はそれらのグループにとっても有益だと主張された (IX 2)。だが、AA の是非に関する各グループの見解は、AA によって社会的資源を獲得するか喪失するかによって判断される (VIII 2)。故に、AA によって社会的資源の獲得のハードルが高まるグループに対して、社会全体やマイノリティ全体に利益をもたらすことからそのグループにとっても有益だと説得するのは難しい。

合衆国が移民の増加や人口構成の変化によって流動する中で、AA に関する従来の構図は崩れている。マイノリティは一元的に捉えられず、社会的資源の獲得 (AA の対象者になること) をめぐってマイノリティ同士での争いが生じており、更には、マジョリティが自らの社会的資源を守るために AA を用いている。AA の合憲性をめぐる問題を考察する際には、各グループの複雑な対立関係を踏まえる必要がある。

(Endnotes)

- 1 Michelle Adams, *Searching for Strict Scrutiny in Grutter v. Bollinger*, 78 Tul. L. Rev. 1941, 1949 (2004).
- 2 Peter J. Rubin, *Reconnecting Doctrine and Purpose: A Comprehensive Approach to Strict Scrutiny After Adarand and Shaw*, 149 U. Pa. L. Rev. 1, 32 (2000).
- 3 See Rubin, *supra* note 2, at 21.
- 4 See Rubin, *supra* note 2, at 32.
- 5 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).
- 6 See Jed Rubenfeld, *Affirmative Action*, 107 Yale L.J. 427, 429 (1997).
- 7 See Adrian Liu, *Affirmative Action & Negative Action: How Jian Li's Case Can Benefit Asian Americans*, 3 Mich. J. Race & L. 391, 403-04 (2008).
- 8 See 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, 109 (2016).
- 9 See Pamela S. Karlan, *Easing the Spring: Strict Scrutiny and Affirmative Action After the Redistricting Cases*, 43 Wm. & Mary L. Rev. 1569, 1578, 1594-98 (2002).
- 10 See Daria Roithmayr, *Tucking Left: A Radical Critique of Grutter*, 21 Const. Comment. 191 (2004).
- 11 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) 16 頁, 34 頁参照。
- 12 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; 伊藤正己『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。
- 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; 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; 大沢秀介「法の下での平等とアファーマティブ・アクション」大沢秀介・小山剛編『東アジアにおけるアメリカ憲法—憲法裁判の影響を中心に』(慶応義塾大学出版会, 2006) 169 頁, 178 頁。
- 14 高橋正明「アファーマティブ・アクションの正当化根拠に関する憲法学的考察

- (3) —『多様性の確保』と『差別の是正』という対立軸— 法学論叢 174 巻 2 号 (2013) 126 頁, 146 頁。
- 15 安西前掲 (13) 230 頁。
- 16 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。
- 17 拙稿「Affirmative Action の意味 (1) - Affirmative Action はどのように翻訳すべきか-」桐蔭論叢 46 号 (2022) 5 頁。
- 18 拙稿「アファーマティブ・アクションの憲法上の評価 (1)」桐蔭法学 28 巻 1 号 (2021) 125 頁, 128 - 29 頁。
- 19 安西前掲 (12) 17-18 頁。
- 20 黒人に向けられた人種主義と同様に、上位の高等教育機関でユダヤ系に入学者制限がかけられたのは、反ユダヤ主義に基づいていたと分析される (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」研究年報 15 号 (1977) 63 頁, 72 頁)。
- 21 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, 93 頁。
- 22 安西前掲 (21) 96 頁。
- 23 横田耕一『アメリカの平等雇用—アファーマティブ・アクション』(部落解放研究所, 1991) 40 頁参照。
- 24 高野良一「アファーマティブ・アクションとしての実験学校—チャータースクールの現実的な可能性」教育学研究 73 巻 4 号 (2006) 54 頁, 57 頁。
- 25 高橋前掲 (14) 131 頁。
- 26 有澤知子「合衆国におけるアファーマティブ・アクションについての議論」法学新報 108 巻 3 号 (2001) 483 頁, 499 頁。
- 27 横田前掲 (23) 38-39 頁。
- 28 安西前掲 (12) 18 頁。
- 29 松井茂記『日本国憲法 [第 3 版]』(有斐閣, 2007) 396-97 頁; 長谷部恭男『憲法 [第 8 版]』(新世社, 2022) 175 頁参照。
- 30 阪本昌成『憲法理論 II』(成文堂, 1993) 294 頁。
- 31 高橋正明「アファーマティブ・アクションの違憲審査の在り方について—「動機審査理論」と「成果主義理論」の検討を中心に—」帝京法学 30 巻 1 号 (2016) 107 頁, 152 頁。
- 32 山口浩一郎「使用者の差別是正行為と逆差別—ウエーバー事件の紹介—」ジュリスト 716 号 (1980) 88 頁, 92 頁。
- 33 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専攻専修コース研究年報 < 1993 年度版 > 166 頁, 169 頁。
- 34 伊藤前掲 (12) 97 頁参照。

- 35 勝田卓也「ミシガン大学ロー・スクールにおけるアファーマティヴ・アクションをめぐる連邦控訴裁判決—Grutter v. Bollinger, 288 F.3d 732 (6th Cir.2002).」ジュリスト 1229 号 (2002) 180 頁, 183 頁。
- 36 伊藤前掲 (12) 99-100 頁。
- 37 Deborah Ramirez, *Multicultural Empowerment: It's Not Just Black and White Anymore*, 47 Stan. L. Rev. 957, 958 (1995).
- 38 Report of the National Advisory Commission on Civil Disorders I (1968).
- 39 See Ramirez, *supra* note 37, at 962.
- 40 Ramirez, *supra* note 37, at 958.
- 41 AA は、黒人の問題を解決するために採用されたとされる (吉岡宏祐「現代アメリカ合衆国におけるアファーマティヴ・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)。
- 42 AA 実施の 1 つの理由は黒人の暴動の鎮静にあったと評される (阪本昌成「優先処遇と平等権—審査基準と実態的価値—」Law School 28 号 (1981) 27 頁, 33 頁)。
- 43 AA はマイノリティ (黒人) をマジョリティ (白人) と同じスタートラインに立たせる施策だと指摘される (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 卷 1 号 (2005) 81 頁, 106 頁)。
- 44 Ramirez, *supra* note 37, at 962.
- 45 Ramirez, *supra* note 37, at 959.
- 46 See Ramirez, *supra* note 37, at 960-62.
- 47 Ramirez, *supra* note 37, at 962.
- 48 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ている (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)。
- 49 See J. Stephen Reinhardt, *Civil Rights and the New Federal Judiciary: The Retreat from Fairness*, 14 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 142, 145 (1991).
- 50 David E. Bernstein, *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action and the Failed Attempt to Square a Circle*, 8 NYU J.L. & Liberty 210, 226 (2013).
- 51 See Leland Ware, *Strict Scrutiny, Affirmative Action, and Academic Freedom: The University of Michigan Cases*, 78 Tul. L. Rev. 2097, 2099, 2212 (2004).
- 52 J. Harvie Wilkinson III, *The Law of Civil Rights and the Dangers of Separatism in Multicultural America*, 47 Stan. L. Rev. 993, 1016 (1995).
- 53 See Ramirez, *supra* note 37, at 962-63.
- 54 移民や人種間の出生率の差を受けて (清水前掲 (33) 166 頁)、合衆国では、マイノリティ人口が増加し続けている (吉岡前掲 (41) 39 頁)。
- 55 Ramirez, *supra* note 37, at 974.
- 56 See Richard D. Kahlenberg, *The Remedy : Class, Race, and Affirmative Action*,

- 79, Basic Books (1996).
- 57 Kahlenberg, *supra* note 56, at 110.
- 58 Chan H. Chu, *When Proportionality Equals Diversity: Asian Americans and Affirmative Action*, 23 Asian Am. L.J. 99, 101 (2016).
- 59 Kathleen M. Sullivan, *Sins of Discrimination: Last Term's Affirmative Action Cases*, 100 Harv.L.Rev 78 (1986).
- 60 See Paul M. Sniderman & Thomas Piazza, *The Scar of Race*, 103-04, Harvard University Press (1993).
- 61 Thomas Sowell, *Civil Rights: Rhetoric or Reality?*, 118, William Morrow Paperbacks (1984).
- 62 Bryan T. Ikegami, *An Urgent Opportunity Unifying the Asian American Stance on Affirmative Action*, 17 UCLA Asian Pac. Am. L.J. 82 (2012).
- 63 John Kekes, *The Injustice of Strong Affirmative Action*, in *Affirmative Action and the University: A Philosophical Inquiry*, 44, 148, edited by Steven M. Cahn, Temple University Press (1993).
- 64 See Richard H. Fallon, Jr, *Affirmative Action Based on Economic Disadvantage*, 43 UCLA L. Rev. 1913, 1939 (1996).
- 65 See Chu, *supra* note 58, at 130-31.
- 66 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).
- 67 AA とは、各機関が歴史的に差別されてきたグループの割合と包含の改善に積極的に努め、マジョリティと同じ利益と特権を与えない施策だと説明されている (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))。
- 68 Rubin, *supra* note 2, at 44.
- 69 Paul Brest, *The Supreme Court, 1975 Term — Foreword: In Defense of the Anti-discrimination Principle*, 90 Harv. L. Rev. 1, 17 (1976).
- 70 Ivan E. Bodensteiner, *Affirmative Action — The Need for Leadership*, 39 How. L.J. 757, 759 (1996).
- 71 Jamie L. Barker, *Back to Basics A Functional Strict Scrutiny Solution to the Affirmative Action Controversy*, 22 Ohio N.U.L. Rev. 1363, 1364 (1996).
- 72 Morris B. Abram, *Affirmative Action: Fair Shakers and Social Engineers*, 99 Harv. L. Rev. 1312, 1318-23 (1986).
- 73 Lisa E. Chang, *Remedial Purpose and Affirmative Action: False Limits and Real Harms*, 16 Yale L. & Pol'y Rev. 59, 60 (1997).
- 74 Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke, 438 U.S. 265, 294 n.34(1978) (Powell, J.,

- opinion); *Metro Broadcasting v. FCC*, 497 U.S. 547, 636 (1990) (Kennedy, J., dissenting); *City of Richmond v. J.A. Croson*, 488 U.S. 469, 493-94 (1989) (O'Connor, J., joined by Rehnquist, C.J., & White, J., plurality).
- 75 Reva B. Siegel, *Equal Divided*, 127 Harv. L. Rev. 1, 42 n. 205 (2013).
- 76 *Parents Involved v. Seattle School District*, 551 U.S. 701, 748 (2007) (Thomas, J., concurring).
- 77 John E. Morrison, *Colorblindness, Individuality, and Merit: An Analysis of the Rhetoric Against Affirmative Action*, 79 Iowa L. Rev. 313, 320 (1994).
- 78 Kathleen M. Sullivan, *The Jurisprudence of the Rehnquist Court*, 22 Nova L. Rev. 743, 754 (1998).
- 79 Reva B. Siegel, *From Colorblindness to Antibalkanization: An Emerging Ground of Decision in Race Equality Cases*, 120 Yale L.J. 1278, 1293-99 (2011).
- 80 葉山明「アメリカにおける黒人（アフリカ系）と雇用平等問題—『フィラデルフィア計画』をめぐる—」東海大学文明研究所紀要 17 号（1997）37 頁, 51 頁。
- 81 Jared M. Mellott, *The Diversity Rationale for Affirmative Action in Employment After Grutter*, 48 Wm and Mary L. Rev. 1091, 1139-40 (2006).
- 82 See Elise C. Boddie, *The Sins of Innocence in Standing Doctrine*, 68 Vand. L. Rev. 297, 324-35 (2015).
- 83 Mellott, *supra* note 81, at 1157.
- 84 Thomas Sowell, *Affirmative Action around the World: An Empirical Study*, 93, Yale University Press (2004); Bernstein, *supra* note 50, at 226-27.
- 85 Wilkinson III, *supra* note 52, at 1008.
- 86 AA が人種間の敵意を高めることを示す社会学的証拠が提示されている (Tung Yin, *Class-Based Affirmative Action*, 31 Loy. L.A. L. Rev. 213, 255-56 (1997))。
- 87 受ける侵害の度合が高ければ、AA から生じる憤慨と敵意は激しさを増し (See Mellott, *supra* note 81, at 1141-42)、レイオフは生活に深刻な影響を及ぼすことから、そのどの度合いが高い (*Taxman v. Broad of Education of Piscataway*, 91 F. 3d 1547, 1564 (3d Cir.1996) (quoting *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267, 283 (1986)))。また、高等教育機関の入学者選抜の AA と比べて、雇用判断の AA によって影響を受ける者が多いため、後者の方が敵意を生じさせるともされる (Mellott, *supra* note 81, at 1142)。
- 88 See Abram, *supra* note 72, at 1322-23; William J. Wilson, *The Truly Disadvantaged: The Inner City, the Underclass, and Public Policy*, 125, University of Chicago Press (1987).
- 89 不況時には社会的資源の総計が減るため (Kevin R. Johnson, *Civil Rights and Immigration: Challenges for the Latino Community in the Twenty-First Century*, 8 La Raza L.J. 42, 60 (1995))、AA をめぐって、マジョリティとマイノリティ

- の緊張関係がさらに高まるとされる (See Kenneth L. Karst, *Paths to Belonging: The Constitution and Cultural Identity*, 64 N.C. L. Rev. 303, 310-11 (1986))。それを和らげるには社会的資源の拡充が必要だとされる (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, 889 (1993))。
- 90 Ramirez, *supra* note 37, at 974.
- 91 Chang, *supra* note 73, at 79.
- 92 Barker, *supra* note 71, at 1363.
- 93 Rubin, *supra* note 2, at 33.
- 94 San Francisco NAACP v. San Francisco Unified Sch. Dist., 576 F. Supp. 34, 53 (N.D. Cal. 1983) (人種分離解消を実施するための施策を宣言している。)
- 95 実際に、中国系の学生は最低 66 点を獲得しなければならなかったが、他のグループには 10 点以上低い点数で合格した者もいる (Selena Dong, “Too Many Asians”: *The Challenge of Fighting Discrimination Against Asian-Americans and Preserving Affirmative Action*, 47 Stan. L. Rev. 1027, 1032-33 (1995))。
- 96 中国系アメリカ人に合格に要求される学力のハードルは、他のグループと比べて非常に高かったとされる (Wilkinson III, *supra* note 52, at 1016)。
- 97 Lowell 高校の入学選抜プロセスは、サンフランシスコの異なる共同体の内外で多くの争いを生じさせ、中国系アメリカ人の共同体さえも分裂した。AA を支持する中国系 (Chinese for Affirmative Action) の長である Henry Der とサンフランシスコ教育委員会の委員である Leland Lee は、この上限が人種分離解消を達成するために必要であると考えた。対照的に、Chinese American Democratic Club は、この上限が中国系の生徒を差別しており、彼らは人口の規模と成長の結果として、同意判決による「非常に重い負担」を負わされていると批判した (Dong, *supra* note 95, at 1033)。
- 98 多様性があるマイノリティに不利益をもたらす場合があることから、紛争のラインがもはや厳密に黒人と白人にはないと指摘されている (Wilkinson III, *supra* note 52, at 1017)。
- 99 Ramirez, *supra* note 37, at 972.
- 100 Gabriel J. Chin, *Bakke to the Wall: The Crisis of Bakkean Diversity*, 4 Wm. & Mary Bill of Rts. J. 881, 919 (1996).
- 101 Frank Wu, *Neither Black nor White: Asian Americans and Affirmative Action*, 15 B.C. Third World L.J. 225, 226 (1995).
- 102 過剰代表のマイノリティは政治的に反発を受けるとされる (Deborah C. Malamud, *Affirmative Action, Diversity, and the Black Middle Class*, 68 U. Colo. L. Rev. 939, 965 (1997))。

- 103 Dong, *supra* note 95, at 1031.
- 104 Eric K. Yamamoto, *Rethinking Alliances: Agency, Responsibility and Interracial Justice*, 3 UCLA Asian Pac. Am. L.J. 33, 34-39 (1995).
- 105 Yamamoto, *supra* note 104, at 853-55.
- 106 Kahlenberg, *supra* note 56, at 78.
- 107 Wilkinson III, *supra* note 52, at 1001 n.53.
- 108 黒人はその人口構成比率と比べて非常に高い比率で公務員に採用されていると指摘されている (Kahlenberg, *supra* note 56, at 78-79)。
- 109 Ramirez, *supra* note 37, at 972-73.
- 110 Ramirez, *supra* note 37, at 973.
- 111 Ramirez, *supra* note 37, at 973. 多くのマイノリティが歴史上差別を受けてきたが、それでもなお黒人の特有の経験が無視できないとの主張も見られる (Alexandra Natapoff, *Note, Trouble in Paradise: Equal Protection and the Dilemma of Interminority Group Conflict*, 47 Stan. L. Rev. 1059, 1059, 1065 (1995))。黒人の被差別経験を特別視すれば、AA による黒人への社会的資源の付与によって、他のマイノリティが不利な状況に置かれることも正当化されうる。今日、AA の正当化理由は多様性の価値へと移行しており、各マイノリティは人種的多様性を求めており、多様性の理論は黒人を排除するために使用されうる (Kahlenberg, *supra* note 56, at 79)。
- 112 Kahlenberg, *supra* note 56, at 78.
- 113 Kahlenberg, *supra* note 56, at 78.
- 114 Ramirez, *supra* note 37, at 963.
- 115 Kahlenberg, *supra* note 56, at 78.
- 116 Kahlenberg, *supra* note 56, at 79.
- 117 都市部の黒人とヒスパニックは、社会的資源を求めて争っているとされる (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, 152)。
- 118 Ramirez, *supra* note 37, at 973.
- 119 Johnson, *supra* note 89, at 56-57.
- 120 Robert S. Chang, *The End of Innocence or Politics After the Fall of the Essential Subject*, 45 Am. U.L. Rev. 687, 690 (1996).
- 121 Kevin R. Johnson, *Some Thoughts on the Future of Latino Legal Scholarship*, 2 Harv. Latino L. Rev. 101, 110 (1997).
- 122 See Daniel A. Farber, *The Outmoded Debate Over Affirmative Action*, 82 Cal. L. Rev. 893, 932 (1994).
- 123 白人対黒人という構図で割り切れた合衆国の人種問題が、様々なグループが絡む極めて複雑な様相を呈してきたとされる (清水前掲 (33) 169 頁)。

- 124 Yamamoto, *supra* note 104, at 840.
- 125 Wilkinson III, *supra* note 52, at 1018.
- 126 Natapoff, *supra* note 111, at 1059.
- 127 Yamamoto, *supra* note 104, at 852.
- 128 Liu, *supra* note 7, at 398.
- 129 Ramirez, *supra* note 37, at 973-74.
- 130 1990年代には、人種問題を論じる際に、様々なグループに焦点を当てる議論が展開されるようになったとされる (Angela P. Harris, *Foreword: The Jurisprudence of Reconstruction*, 82 Cal. L. Rev. 741, 775 (1994))。
- 131 Ramirez, *supra* note 37, at 974.
- 132 Lani Guinier, *Eracing Democracy: The Voting Rights Cases*, 108 Harv. L. Rev. 109, 129-30 (1994).
- 133 Howard M. Shapiro, *Note, Geometry and Geography: Racial Gerrymandering and the Voting Rights Act*, 94 Yale L.J. 189, 199 (1984).
- 134 Tanya K. Hernandez, "Multiracial" Discourse: Racial Classifications in an Era of Color-Blind Jurisprudence, 57 Md. L. Rev. 97, 150 (1998).
- 135 Wilkinson III, *supra* note 52, at 1001.
- 136 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 (2014).
- 137 See Peter W. Wood, *Diversity: The Invention of a Concept*, 43, Encounter Books (2003).
- 138 Kenneth E. Payson, *Check One Box: Reconsidering Directive No. 15 and the Classification of Mixed-Race People*, 84 Cal. L. Rev. 1233, 1234 (1996).
- 139 マイノリティは、人種に基づいて、AAによる社会的資源の分配を求めてきた (Chang, *supra* note 73, at 93-94)。
- 140 Abram, *supra* note 72, at 1321.
- 141 Wilkinson III, *supra* note 52, at 1017.
- 142 See Hing, *supra* note 89, at 888-94.
- 143 Morrison, *supra* note 77, at 338.
- 144 Johnson, *supra* note 89, at 60.
- 145 拙稿「Affirmative Action とは何か—マイノリティ同士の関係の視点からの考察」成城大学共通教育論集 13号 (2021) 25頁, 30頁。
- 146 不況時には、特に分配可能な社会的資源に限られるため、人種及びエスニシティのグループの間での争いが激しくなると指摘されている (See Karst, *supra* note 89, at 310-11; Johnson, *supra* note 89, at 60)。
- 147 Wilkinson III, *supra* note 52, at 1016; Chin, *supra* note 100, at 933.

- 148 Kent Greenawalt, *Judicial Scrutiny of “Benign” Racial Preferences in Law School Admissions*, 75 Colum. L. Rev. 559, 599 (1975); Dong, *supra* note 95, at 919 n.158.
- 149 Bruce P. Lapenson, *Affirmative Action and The Meanings of Merit*, 80, University Press of America (2009).
- 150 See Malamud, *supra* note 102, at 965-66.
- 151 移民の流入は、AA によって社会的資源を獲得しようとするグループの数を増やし、合衆国におけるマイノリティ同士の緊張関係を助長する危険があると指摘されている (Wilkinson III, *supra* note 52, at 1001)。
- 152 Ramirez, *supra* note 37, at 963.
- 153 See Dong, *supra* note 95, at 1027.
- 154 これに対し、AA を支持する見解では、マイノリティ同士が社会的資源を求めて争う背景には、マイノリティに不利な構造的要素 (経済的に不利な状況、教育水準の低さ、偏見の存在) があり、マイノリティ同士の緊張関係を緩和するにはこれら要素の改善が必要で、AA に反対するために、マイノリティ同士の争いを誇張すべきはないとされる (James Jennings, *New Demographics and Ethnic Challenges to Racial Hierarchy in the United States*, 19 Sage Race Rel. Abstracts 19, 23, 26 (1994))。
- 155 Natapoff, *supra* note 111, at 1061.
- 156 See Peter H. Schuck, *The New Immigration and the Old Civil Rights*, 15 Am. Prospect 1 (1993).
- 157 Daniel B. Rodriguez, *Introduction: Civil Rights Politics as Interest-Group Politics*, 14 Harv. J.L. & Pub. Pol’y 1 (1991).
- 158 Johnson, *supra* note 89, at 56.
- 159 Johnson, *supra* note 89, at 63.
- 160 De Grandy v. Wetherell, 512 U.S. 997, 1004-05 (1994).
- 161 De Grandy v. Wetherell, 815 F. Supp. 1550, 1574, 1582 (N.D. Fla. 1992).
- 162 De Grandy, 815 F. Supp. at 1578.
- 163 De Grandy, 815 F. Supp. at 1577-1578.
- 164 Ramirez, *supra* note 37, at 970.
- 165 De Grandy, 512 U.S. at 1021-22.
- 166 Ramirez, *supra* note 37, at 970.
- 167 Natapoff, *supra* note 111, at 1060.
- 168 Ramirez, *supra* note 37, at 970.
- 169 Yamamoto, *supra* note 104, at 862.
- 170 See Natapoff, *supra* note 111, at 1061-62. 否定派の裁判官による人種関係の理解は、AA を徹底的に無効化することになるとも指摘されている (Yamamoto, *su-*

- pra* note 104, at 864)。
- 171 See *DeFunis v. Odegaard*, 416 U.S. 312, 337-40 (1974) (Douglas, J., dissenting); *Bakke*, 438 U.S. at 292-93 & n.32 (Powell, J., opinion).
- 172 Natapoff, *supra* note 111, at 1062.
- 173 AA の反対者は、AA の利益は公益ではなく、希少な政治的資源を求めて競争するグループの特別な利益にすぎないと考える (Richard A. Posner, *The DeFunis Case and the Constitutionality of Preferential Treatment of Racial Minorities*, 1974 Sup. Ct. Rev. 1, 26-31)。
- 174 Natapoff, *supra* note 111, at 1061-62.
- 175 Yamamoto, *supra* note 104, at 861.
- 176 Natapoff, *supra* note 111, at 1062.
- 177 See Hing, *supra* note 89, at 870.
- 178 マイノリティは、自治体や州のレベルで強い政治力を持ちうる (Kahlenberg, *supra* note 56, at 217 n.18)。
- 179 Farber, *supra* note 122, at 925.
- 180 Hing, *supra* note 89, at 900.
- 181 Bodensteiner, *supra* note 70, at 757.
- 182 Natapoff, *supra* note 111, at 1062.
- 183 Karst, *supra* note 89, at 341.
- 184 Natapoff, *supra* note 111, at 1084.
- 185 Karst, *supra* note 89, at 361-69. このような人種問題の捉え方では、AA へのマイノリティからの反対に取組むのは難しいとされる (Natapoff, *supra* note 111, at 1085)。合衆国では人口構成の変化や移民の増加などによって社会的資源の獲得をめぐる人種間の関係は非常に流動的であり、マジョリティとマイノリティという二分法ではこれに対応できないとされる (Natapoff, *supra* note 111, at 1094)。特に、アジア系アメリカ人アメリカ人が必要とするものや利益が見過ごされるとされる (Chu, *supra* note 58, at 100)。
- 186 この見解の背景には、黒人、ヒスパニック、アジア系など、どのグループでも同じマイノリティであるとの想定がある (See Angela P. Harris, *Race and Essentialism in Feminist Legal Theory*, 42 Stan. L. Rev. 581, 588 (1990))。
- 187 Natapoff, *supra* note 111, at 1084.
- 188 David A. Strauss, *Affirmative Action and the Public Interest*, 1995 Sup. Ct. Rev. 1, 25 (1995); Adams, *supra* note 1, at 1949.
- 189 AA を正当化する議論は、AA がマイノリティ全体に利益を及ぼすことを強調しているとされる (Susan Sturm & Lani Guinier, *The Future of Affirmative Action: Reclaiming The Innovative Ideal*, 84 Cal. L. Rev. 953, 1022 (1996))。
- 190 See Daniel P. Tokaji, *Asian Americans and Affirmative Action*, 1 Nexus J. Op.

- 47, 49 (1996). この議論は、AA によって生じる「乗数効果」に依拠している (Paul Brest & Miranda Oshige, *Affirmative Action for Whom?*, 47 Stan. L. Rev. 855, 856 (1995)). AA の反対者は、AA がどのような積極的効果をもたらすとしても、社会的資源の配分の決定の際に人種とエスニシティが重要な意味を持つと、その線引きに沿ってグループ化がなされ、結果として人種によって社会が分断される危険があるとする (Bernstein, *supra* note 50, at 226)。
- 191 Wilkinson III, *supra* note 52, at 1005.
- 192 Wilkinson III, *supra* note 52, at 1016.
- 193 Natapoff, *supra* note 111, at 1084.
- 194 Bakke, 438 U.S. 265. 当該判決については、高橋一修「Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978) — 州立大学入学選考者におけるいわゆる逆差別」アメリカ法 [1980-1] 153 頁等参照。
- 195 Natapoff, *supra* note 111, at 1070.
- 196 Bakke, 438 U.S. at 292.
- 197 Bertrall L. Ross II, *Democracy and Renewed Distrust: Equal Protection and the Evolving Judicial Conception of Politics*, 101 Cal. L. Rev. 1565, 1592 (2013).
- 198 Bakke, 438 U.S. at 295-96.
- 199 Natapoff, *supra* note 111, at 1071.
- 200 Natapoff, *supra* note 111, at 1070-71.
- 201 Natapoff, *supra* note 111, at 1070.
- 202 Ross II, *supra* note 197, at 1598.
- 203 Natapoff, *supra* note 111, at 1070.
- 204 Bakke, 438 U.S. at 289.
- 205 Yamamoto, *supra* note 104, at 861-62 n.194.
- 206 Natapoff, *supra* note 111, at 1070-71.
- 207 Natapoff, *supra* note 111, at 1071.
- 208 Bakke, 438 U.S. at 307-08.
- 209 Bakke, 438 U.S. at 294 n.34.
- 210 パウエル裁判官は、白人に対する負担ではなく、直接的に差別をしていない者への AA による負担に言及して AA への厳格審査の適用を主張したが、実際には AA が「白人を差別し、一定のマイノリティを優位にする」ことから厳格審査の適用を支持したという評価がなされている (Siegel, *supra* note 75, at 41 n 202)。
- 211 パウエル裁判官は、社会的資源を獲得する際のマジョリティ (白人) の構造的な優位に触れず、すべてのグループを競合する同じ立場にあると捉えることで、マジョリティ (白人) が優位な状況を肯定したと批判されている (Natapoff, *supra* note 111, at 1071-72)。
- 212 Bakke, 438 U.S. at 274.

- 213 Ross II, *supra* note 197, at 1599.
- 214 Fullilove v. Klutzunick, 448 U.S. 448, 491 (1980) (Burger, C.J., joined by White, Powell JJ., plurality).
- 215 Fullilove, 448 U.S. at 492(Burger, C.J., joined by White & Powell, JJ., plurality).
- 216 Fullilove, 448 U.S. at 472(Burger, C.J., joined by White & Powell, JJ., plurality).
- 217 Fullilove, 448 U.S. at 492 Burger, C.J., joined by White & Powell, JJ., plurality).
- 218 Ross II, *supra* note 197, at 1600.
- 219 Barker, *supra* note 71, at 1374 n.88.
- 220 Fullilove, 448 U.S. at 496 (Powell, J., concurring).
- 221 Ross II, *supra* note 197, at 1600.
- 222 Natapoff, *supra* note 111, at 1072.
- 223 Croson, 488 U.S. at 510-11(O'Connor, J., joined by Rehnquist C.J. & White, Stevens, Kennedy, JJ., majority).
- 224 マーシャル裁判官反対意見は、黒人が市議会で多数を占めている状況にあっても、マジョリティ (白人) の政治力はマジョリティを害する「人種的な政治」へのいづれの懸念を弱めると主張した (Croson, 488. U.S at 553-54 (Marshall, J., joined by Brennan & Blackmun, JJ., dissenting))。この点を指摘して、オコナ裁判官はこの国におけるマイノリティの政治力を過大評価しているとされる (T. Alexander Aleinikoff, *A Case for Race-Consciousness*, 91 Colum. L. Rev. 1060, 1105 (1991))。
- 225 Croson, 488 U.S. at 493 (O'Connor, J., joined by Rehnquist, C.J., & White, Kennedy, JJ., plurality).
- 226 Croson, 488 U.S. at 495-96 (O'Connor, J., joined by Rehnquist, C.J., & White, Kennedy JJ., plurality).
- 227 マイノリティは人口の多寡だけでは判断されないとされる (大沢秀介「最近のアファーマティヴ・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, 271 頁)。社会におけるマイノリティと政治過程におけるマイノリティが一致するとは限らず、差別の複雑な構造を無視して、AA を人口数や民主過程における数の問題に単純に帰着させられないとされる (松田聰子「人種差別解消のためのアファーマティヴ・アクションと逆差別— Croson 判決をめぐる—」帝塚山学院大学研究論集 25 集 (1990) 8 頁, 21 頁)。
- 228 Natapoff, *supra* note 111, at 1072-73.
- 229 Natapoff, *supra* note 111, at 1059, 1075.
- 230 黒人への歴史上の根深い偏見に照らすと、黒人が政治プロセスに十分に参加し、もはや政治力がないマイノリティではないと証明されても、あらゆる公的な人種差別行為が終了すると推定するのは全く非現実的であるとも指摘される (Rubin, *supra* note 2, at 17)。

- 231 Natapoff, *supra* note 111, at 1075. 人種の排除の歴史に注意を払わずに平等保護を理解すると、マジョリティ (白人) がマイノリティと同等に平等保護条項によって保護される資格を持ち、マジョリティの構造的優位をなくすための社会的資源の分配 (AA) が多数派による人種政策として正当化されず、マジョリティ (白人) の優位が続くことになることとされる (Natapoff, *supra* note 111, at 1075-76, 1079)。人種の排除の歴史への無関心は、マジョリティの構造的優位を持続させると批判される (Neil Gotanda, *A Critique of "Our Constitution Is Color-Blind,"* 44 Stan. L. Rev. 1, 2-3 (1991))。
- 232 Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, 1523 n.6, Foundation Press (2d ed. 1988). オコナ裁判官の立場に否定的な見解では、平等保護条項の下でマイノリティと同じ保護を受ける資格者としてマジョリティを取扱うのは誤りで、平等保護の理論はマイノリティに負担を課すヒエラルキーと構造的に不利な状況を認識すべきとされる (Natapoff, *supra* note 111, at 1063)。
- 233 Aleinikoff, *supra* note 224, at 1105.
- 234 Aleinikoff, *supra* note 224, at 1105-06.
- 235 See Daniel A. Farber & Philip P. Frickey, *Is Carolene Products Dead? Reflections on Affirmative Action and the Dynamics of Civil Rights Legislation*, 79 Cal. L. Rev. 685, 716 (1991).
- 236 人口構成の変化によって、自治体のレベルでは、マイノリティが政治的に多数派を形成する場合が出てきており、AA は政治力のないマイノリティに対する政治的なマジョリティによる支援であるため、AA は憲法上疑わしくないという概念を傷つけると指摘されている (Kahlenberg, *supra* note 56, at 114-15)。
- 237 これに対しては、リッチモンド市では、黒人に対する公的及び私的な差別の影響が蓄積し、黒人の経済的地位は非常に低く抑えられており (Aleinikoff, *supra* note 224, at 1074)、黒人が市議会で多数を占めていても、経済力でマジョリティを上回っている可能性は低く、マジョリティが支配的な州政府からの圧力に服しており、黒人は人種的な選好に基づいて政治力を行使し、自己取引を行うことはできなかったと指摘されている (Aleinikoff, *supra* note 224, at 1105)。
- 238 もっとも、黒人はマジョリティと同等の政治力と経済力を得ていないとも指摘されている (Johnny C. Parker, *Equal Protection Minus Strict Scrutiny Plus Benign Classification Equals What? Equality of Opportunity*, 11 Pace L. Rev. 213, 241 (1991))。
- 239 自己に対する優先行為を行った場合には、マイノリティが政治力を濫用した懸念があるとされる (See Dong, *supra* note 95, at 1054-55)。
- 240 Natapoff, *supra* note 111, at 1076.
- 241 Natapoff, *supra* note 111, at 1079.
- 242 Croson, 488 U.S. at 505-06 (O'Connor, J., joined by Rehnquist, C.J., & White,

Stevens, Kennedy, JJ., majority).

- 243 リッチモンド市の条例の対象者には、当該市の建設業界で過去に排除を受けていないマイノリティ（アリュेशन列島民、エスキモー）が含まれる。オコナ裁判官は、黒人が自己の擁護を隠すために、これらのマイノリティを AA の対象者に詰め込んだと考えていると分析されている (Chang, *supra* note 73, at 106 n.226)。黒人を利する施策のすべてが自己取引の結果だと捉えることは、カラーブラインドの原則を害するとも指摘される (Aleinikoff, *supra* note 224, at 1102)。
- 244 Natapoff, *supra* note 111, at 1073.
- 245 Wygant, 478 U.S. at 277.
- 246 See United Steelworkers of America v. Weber, 443 U.S. 193, 212 (1979).
- 247 See Note, *The Nonperpetuation of Discrimination in Public Contracting: A Justification for States and Local Minority Business Set-Aside After Wygant*, 101 Harv.L.Rev. 1797, 1809 (1988).
- 248 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).
- 249 See Adam Lamparellob, *The More Things Change, The More They Stay The Same: Why Fisher v. University of Texas at Austin Will Not Fundamentally Alter the Affirmative Action Landscape*, 24 U. Miami Bus. L. Rev. 1, 17-18 (2015).
- 250 Charles Fried, *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC: Two Concepts of Equality*, 104 Harv. L. Rev. 107, 125 (1990).
- 251 Natapoff, *supra* note 111, at 1074.
- 252 Natapoff, *supra* note 111, at 1074-75.
- 253 Croson, 488 U.S. at 550 n.11 (Marshall, J., joined by Brennan & Blackmun, JJ., dissenting).
- 254 Natapoff, *supra* note 111, at 1083. この他、スティーヴンス裁判官同意意見も、各グループの特徴（犠牲、競争能力など）に応じて、マイノリティの間での異なる取扱（AA の対象者とするか否か）を正当化できる旨を述べる (Croson, 488 U.S. at 514-15 (Stevens, J., concurring))。スティーヴンス裁判官はどのグループが AA の対象者としての資格があるのか判断について、文脈に応じた柔軟なアプローチを示す (Natapoff, *supra* note 111, at 1083)。
- 255 Jonathan Feldman, *Review Essay: Race-Consciousness Versus Colorblindness in the Selection of Civil Rights Leaders: Reflections upon Jack Greenberg's Crusaders in Courts*, 84 Cal. Rev. 151, 154 (1996).
- 256 オコナ裁判官は、社会的差別の救済による AA の正当化を許すことが市議会でも多数派を占めるマイノリティによる自己取引を認めることになるのを危惧していたとされる (Aleinikoff, *supra* note 224, at 1102, 1104)。

- 257 Aleinikoff, *supra* note 224, at 1102.
- 258 Metro Broadcasting, 497 U.S. 547.
- 259 Croson, 488 U.S. at 522(Scalia, J., concurring).
- 260 Metro Broadcasting, 497 U.S. at 493(Brennan, J., joined by White, Marshall, Blackmun & Stevens, JJ., majority).
- 261 Adarand Constructor, Inc v. Pena, 515 U.S. 200 (1995).
- 262 O'Connor 裁判官は、社会的に争いの激しい問題を審理したがる (Thomas W. Merrill, *The Making of The Second Rehnquist Court: A Preliminary Analysis*, 47 St. Louis L.J. 569, 637 (2003))。それは、それらの問題の審理が公衆による合衆国最高裁への批判を招き、合衆国最高裁の正統性が揺らぐためである (See Neal Devins, *Congress and The Making of The Second Rehnquist Court*, 47 St. Louis L.J. 773, 775 (2003))。
- 263 Adarand, 515 U.S. at 230 (O'Connor, J., joined by Scalia, Rehnquist, Thomas & Kennedy, JJ., majority).
- 264 Bruce A. Ackerman, *Beyond Carolene Products*, 98 Harv. L. Rev. 713, 717 (1985); David A. Strauss, *Is Carolene Products Obsolete?*, 2010 U. Ill. L. Rev. 1251, 1264 (2010).
- 265 Strauss, *supra* note 264, at 1264.
- 266 Strauss, *supra* note 264, at 1265.
- 267 1960 年代の AA の開始は、黒人の政治力の行使によって実現したと評されている (See Lapenson, *supra* note 149, at 2)。
- 268 Strauss, *supra* note 188, at 25.
- 269 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.
- 270 Bernstein, *supra* note 269, at 277.
- 271 Natapoff, *supra* note 111, at 1094; Wilkinson III, *supra* note 52, at 1017.
- 272 Vinay Harpalani, *Diversity Within Racial Groups and the Constitutionality of Race-Conscious Admissions*, 15 U. Pa. J. Const. L. 463, 482 (2012).
- 273 Brest & Oshige, *supra* note 190, at 900.
- 274 Brest & Oshige, *supra* note 190, at 897.
- 275 Brest & Oshige, *supra* note 190, at 856.
- 276 Natapoff, *supra* note 111, at 1084.
- 277 Wilkinson III, *supra* note 52, at 1017.
- 278 Bakke, 438 U.S. at 274.
- 279 Bakke, 438 U.S. at 275.
- 280 Bakke, 438 U.S. at 276. アジア系は通常の入学者選抜を通じてのマイノリティの

- 合格者の 84% を構成し、AA を通じてのマイノリティの入学者の 12% を構成する。
- 281 アジア系の中でも日系や中国系が成功を取めた背景には、それらのグループは教育が社会的な成功を導くと考えており (Kahlenberg, *supra* note 56, at 218-19 n.21)、合衆国の主流の考えを理解していたことがある (Karen K. Inkelas, *Diversity's Missing Minority: Asian Pacific American Undergraduates' Attitudes Toward Affirmative Action*, 71 J. of Higher Educ. 601, 606 (2003))。
- 282 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, 562 (2005).
- 283 パウエル裁判官のこの見解は、モデルとなるマイノリティの概念の浸透によって導き出されたと指摘されている (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))。
- 284 Bakke, 438 U.S. at 309 n.45.
- 285 Choy, *supra* note 282, at 567.
- 286 Kelsey Inouye, *Asian Americans: Identity and the Stance on Affirmative Action*, 23 Asian Am. L.J. 145, 154 (2016).
- 287 アジア系アメリカ人の AA への包含に疑問を提示したのはパウエル裁判官にとどまったが、この主張は人種主義の試金石であったとも主張される (Dong, *supra* note 95, at 1053-54)。また、この見解はアジア系アメリカ人は成功しており、もはや AA を必要としないことを効果的に述べたとも評される (Inouye, *supra* note 286, at 154)。
- 288 See Wu, *supra* note 101, at 250; Choy, *supra* note 282, at 562. パウエル裁判官は、日系や中国系を包含しても、他のグループが次々に訴訟を提起することになる危険性を指摘した (Bakke, 438 U.S. at 297 n.37)。
- 289 Chu, *supra* note 58, at 101.
- 290 ミシガン大学ロー・スクールは、1975 年からアジア系アメリカ人を AA の対象者としてこなかった。その理由として、大学に十分な数のアジア系アメリカ人が在籍し、共同体に十分な数のアジア系アメリカ人の法律家があったことが挙げられていた (See Symposium, *Rethinking Racial Divides-Panel on Affirmative Action*, 4 Mich. J. Race & L. 195, 202-03 (1998))。ミシガン大学では、アジア系アメリカ人は AA の対象者には値しないと考えられていた (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))。ミシガン大学はアジア系による多様性への貢献を見逃ごしてきたと批判される (Choy, *supra* note 282, at 545)。
- 291 Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306, 319 (2003).

- 292 Choy, *supra* note 282, at 563.
- 293 Choy, *supra* note 282, at 561.
- 294 Choy, *supra* note 282, at 563.
- 295 See Lamparellob, *supra* note 249, at 17-18.
- 296 William Pettersen, Success Story, Japanese-American Style, N.Y. TIMES, Jan. 9, 1966.
- 297 Inouye, *supra* note 286, at 149.
- 298 Pettersen, *supra* note 296.
- 299 Denny Chan, *An Invisibility Cloak: The Model Minority Myth and Unautho-
rized Asian Immigrants*, 3 U.C. Irvine L. Rev. 1281, 1299 (2013).
- 300 Arcitio, *supra* note 290, at 119.
- 301 Wu, *supra* note 101, at 238; Chan, *supra* note 299, at 1299.
- 302 See Robert S. Chang, *Toward an Asian American Legal Scholarship: Critical
Race Theory, Post-Structuralism, and Narrative Space*, 81 Cal. L. Rev. 1241,
1259 (1993).
- 303 Inouye, *supra* note 286, at 147.
- 304 他のマイノリティと比べて、アジア系が高収入であるのはカリフォルニア、ハワ
イ、イリノイ、ニューヨーク、ワシントン DC といった高収入の地域への集住が
部分的に反映されている (See Deborah Woo, *The Gap Between Striving and
Achieving: The Case of Asian American Women*, in *Asian Women United,
Making Waves*, 187, Beacon Press (1989))。
- 305 Inouye, *supra* note 286, at 149-50.
- 306 Pat K. Chew, *Asian Americans: The “Reticent” Minority and Their Paradoxes*,
36 Wm. & Mary L. Rev. 1, 24 (1994); Marty B. Lorenzo, *Race-Conscious Diversity
Admissions Programs: Furthering a Compelling Interest*, 2 Mich. J. Race &
L. 361, 412 (1997); Miranda O. McGowan & James Lindgren, *Testing the “Model
Minority Myth,”* 100 Nw. U. L. Rev. 331, 331 (2006)。だが、実際には、日系や中国
系も行政や大企業の指導的地位で過少代表であると指摘される (IX 1)。
- 307 アジア系アメリカ人には、20 を超える国の出身者が含まれ、それが包含する範
囲はヒスパニックよりも広いとも評される (K.G. Jan Pillai, *Affirmative Action:
In Search of A National Policy*, 2 Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev. 1, 31 (1992))。
- 308 Brest & Oshige, *supra* note 190, at 895.
- 309 Tokaji, *supra* note 190, at 62.
- 310 中国系アメリカ人の貧困率は合衆国全体の貧困率の平均を超えており、成功を取
めたとされるマイノリティの内部でも格差があるとされる (Kevin S. Hsu, *Em-
powerment, Discrimination, and the Facade of Leadership: Asian American Po-
litical Elites’ Failed Assimilationist Strategy*, 14 Asian Am. L.J. 85, 98 (2007))。

- 311 Inouye, *supra* note 286, at 150.
- 312 Arcitio, *supra* note 290, at 119.
- 313 Chan, *supra* note 299, at 1299.
- 314 Liu, *supra* note 7, at 391.
- 315 Lorenzo, *supra* note 306, at 412.
- 316 See Theodore H. Wang & Frank Wu, *Beyond the Model Minority Myth: Why Asian Americans Support Affirmative Action*, 53 *Guild Prac.* 35, 35 (1996).
- 317 See Chang, *supra* note 302, at 1246 n.7.
- 318 Brest & Oshige, *supra* note 190, at 893.
- 319 See Frieda Wong & Richard Halgin, *The “Model Minority”: Bane or Blessing for Asian Americans?*, 34 *J. of Multicultural Counseling & Dev.* 38, 47 (2006).
- 320 Arcitio, *supra* note 290, at 119.
- 321 Lorenzo, *supra* note 306, at 412; 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, 31-33 (2010).
- 322 Z.W. Julius Chen, *Note, Diverse Among Themselves: Critiquing Asian Americans’ Supposed Gains Under Percentage Plans*, 14 *Asian Pac. Am. L.J.* 86, 103 (2009); Ikegami, *supra* note 62, at 82-84.
- 323 Lorenzo, *supra* note 306, at 413.
- 324 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る (Bill O. Hing, *Making and Remaking Asian America Through Immigration Policy 1850-1990*, 177, Stanford University Press (1993))。AA が終了すると、上位の高等教育機関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 (Brest & Oshige, *supra* note 190, at 858)。
- 325 Lorenzo, *supra* note 306, at 413-15.
- 326 社会的弱者の救済策として AA を理解するならば、人種に基づく AA は限界にきていると評される (清水前掲 (33) 170 頁)。
- 327 Liu, *supra* note 7, at 415-16.
- 328 特に、モン族、ラオス系、ベトナム系、フィリピン系は「モデルとなるマイノリティ」という概念によって、最も被害を受けていると推定されている (Inouye, *supra* note 286, at 150)。
- 329 Tokaji, *supra* note 190, at 48-49.
- 330 Chu, *supra* note 58, at 116.
- 331 Abram, *supra* note 72, at 1323.
- 332 AA を支持する見解では、AA によってアジア系の一定のグループ (日系や中国系など) が被る不利益が、他のマイノリティを批判するために用いられることが危惧されている (See Mari Matsuda, *We Will Not Be Used*, 1 *UCLA Asian Am.*

- Pac. Islands L.J. 79, 80-81 (1994)。
- 333 Arcitio, *supra* note 290, at 121.
- 334 バウエル裁判官はアジア系アメリカ人を総称して評価し、註においてアジア系アメリカ人を AA の対象者とする事への疑義を簡潔に述べているにすぎず、アジア系の各グループを細分化して検討していないことから、アジア系アメリカ人は画一的に社会経済的に成功を取っていると想定していると指摘される (Gabriel J. Chin et al., *Beyond Self-Interest: Asian Pacific Americans Toward a Community of Justice, A Policy Analysis of Affirmative Action*, 4 UCLA Asian Pac. Am. L.J. 129, 151 (1996))。
- 335 Chang, *supra* note 302, at 1261.
- 336 上位での高等教育機関における日系や中国系などの成功 (過剰代表) を考慮して、AA の支持者であっても、高等教育の入学者選抜における AA の対象者からアジア系アメリカ人を外している者がいる (Linda C. Einsiedler & Todd A. DeMitchell, *Affirmative Action and the Model Minority in Higher Education Admissions: A Conundrum for Asian Americans*, 131 Educ. Law Rep. 877, 891 (1999))。
- 337 Harvey Gee, *Changing Landscapes: The Need for Asian Americans to be Included in the Affirmative Action Debate*, 32 Gonz. L. Rev. 621, 622 (1996-1997).
- 338 Wong & Halgin, *supra* note 319, at 46.
- 339 Wang & Wu, *supra* note 316, at 40.
- 340 Chin et al., *supra* note 334, at 162.
- 341 Wang & Wu, *supra* note 316, at 42.
- 342 Arcitio, *supra* note 290, at 133.
- 343 Arcitio, *supra* note 290, at 136-37.
- 344 Wang & Wu, *supra* note 316, at 42.
- 345 Tokaji, *supra* note 190, at 64.
- 346 1902 年、合衆国地方裁判所は、中国系と日系の子供に対する分離した公立学校を確立するカリフォルニア州の教育法の合憲性を支持し (Wong Him v. Callahan, 119 F. 381 (N.D. Cal. 1902))、合衆国最高裁は、アジア系アメリカ人の子供に対する「分離すれども平等」な教育を与える州の権利の承認を覆さず (Gong Lum v. Rice, 275 U.S. 78 (1927) (マイノリティの教育に分離した施設を提供するミシシッピ州法を支持している。))、1947 年までそうであった (Guey Heung Lee v. Johnson, 404 U.S. 1215, 1216 (1971))。特に、カリフォルニア州の教育制度は、Brown 判決に関連する古典的な人種分離を行っていたと示されている (Guey Heung Lee, 404 U.S. at 1215-16)。教育に関して、中国系や日系は、多くのカレッジと大学からの明確な排除と同様に、公立学校の法的な人種分離に直面してきた。

- 347 Choy, *supra* note 282, at 547-48.
- 348 See Tokaji, *supra* note 190, at 54.
- 349 Wu, *supra* note 101, at 225; Choy, *supra* note 282, at 549.
- 350 Lorenzo, *supra* note 306, at 412-13.
- 351 Matsuda, *supra* note 332, at 148; Choy, *supra* note 282, at 547-48.
- 352 AA の批判者は、AA は白人だけでなく、一定のマイノリティを害するとして、アジア系を挙げている (Janine Y. Kim, *Are Asians Black?: The Asian-American Civil Rights Agenda and the Contemporary Significance of the Black/White Paradigm*, 108 Yale L.J. 2385, 2409 (1999))。
- 353 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).
- 354 AA の否定派は、アジア系アメリカ人の被った不利益は「『他の』マイノリティ (つまりは、黒人とヒスパニック) に対する優先の論理的かつ不可欠な結果」であったと主張している (Ronald Takaki, *Strangers From A Different Shore*, 499, Little, Brown and Company (1998))。
- 355 Matsuda, *supra* note 332, at 79.
- 356 Yamamoto, *supra* note 104, at 858.
- 357 Arcitio, *supra* note 290, at 133-34.
- 358 Fisher v. University of Texas at Austion (Fisher I), 133 S. Ct. 2411, 2431 (2013) (Thomas, J., dissenting).
- 359 AA の特別な犠牲者としてのアジア系アメリカ人の描写は、白人の保守的な利益を促進するために単純にアジア系アメリカ人を使用する試みとして特徴づけられるとも指摘されている (Wu, *supra* note 101, at 226)。
- 360 Arcitio, *supra* note 290, at 134.
- 361 否定派の裁判官の見解に対しては、上位の大学の入学者選抜で不利益を受けたアジア系アメリカ人はそのグループの一例にすぎず、グループ全体の状況を示しておらず、すべてのグループが日系や中国系のように社会経済的に成功を取めることができるわけではないと批判される (Arcitio, *supra* note 290, at 136-37)。
- 362 Gee, *supra* note 337, at 622.
- 363 Joshua P. Thompson & Damien M. Schiff, *Divisive Diversity at the University of Texas: An Opportunity for the Supreme Court to Overturn Its Flawed Decision in Grutter*, 15 Tex. Rev. L. & Pol. 437, 444-46 (2011).
- 364 Terry Carter, *On A Roll(back): After Its Big Win in The Hopwood Case, Setting Aside Affirmative Action at the University of Texas Law School, The Center For Individual Rights Is On A Mission — To Do More of the Same at Other Public Universities*, 84 ABA J. 54 (1998); Timothy Hall, *Educational Diversity: View-*

- points and Proxies*, 59 Ohio St. L. J. 551, 592 (1998); Lino A. Graglia, *Professor Loewy's "Diversity" Defense of Racial Preference: Defining Discrimination Away*, 77 N.C. L. Rev. 1505, 1509-11 (1999).
- 365 Tribe, *supra* note 232, at 1529-30; Mark W. Cordes, *Affirmative Action After Grutter and Gratz*, 24 N. Ill. U. L. Rev. 691, 700 (2004); Oluwole & Green III, *supra* note 137, at 719-20.
- 366 DeFunis, 416 U.S. at 323 (ワシントン大学ロー・スクールの AA はフィリピン系を包含するが、他のアジア系アメリカ人はしていないと示している。); Bakke, 438 U.S. at 274 (カリフォルニア大学デーヴィス校メディカルスクールはアジア系アメリカ人をマイノリティグループに含める。); Johnson v. Bd. of Regents of the Univ. of Ga., 263 F.3d 1234, 1241 (11th Cir. 2001) (ジョージア大学はアジア系アメリカ人を AA の対象者にしてしていると指摘する。); DeRonde v. Regents of the Univ. of Cal., 625 P.2d 220, 222-23 (Cal. 1981) (カリフォルニア大学デーヴス校ロー・スクールの AA はアジア系をマイノリティに含めていると指摘する。).
- 367 DiLeo v. Bd. of Regents of the Univ. of Colo., 590 P.2d 486, 490 (Colo. 1978) (コロラド大学ロー・スクールが特別な入学支援策の対象者からアジア系アメリカ人を外していると示している。); Hopwood v. Texas, 861 F. Supp. 551 (W.D. Tx. 1994) (テキサス大学ロー・スクールは AA の対象者からアジア系を外していると指摘する。); Farmer v. Ramsay, 159 F. Supp. 2d 873, 882 n.30 (D. Md. 2001) (学校はアジア系アメリカ人を優先の対象とならないマイノリティだと考えていると示している。); Grutter, 539 U.S. at 316 (ミシガン大学ロー・スクールは多様性に基づく AA の対象者からアジア系を外したと指摘している。); Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244, 253-54 (2003) (ミシガン大学の学部の多様性に基づく AA はアジア系アメリカ人を過少代表のマイノリティに含めていないと指摘している。).
- 368 Choy, *supra* note 282, at 564 n.152.
- 369 Grace W. Tsuang, *Assuring Equal Access of Asian Americans to Highly Selective Universities*, 98 Yale L.J. 659, 660-61 (1989); L. Ling-chi Wang, *Trends in Admissions 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, 52-53; Brest & Oshige, *supra* note 190, at 855-56; Lee, *supra* note 283, at 143.
- 370 Lee, *supra* note 283, at 5.
- 371 See Chu, *supra* note 58, at 110-11.
- 372 Dong, *supra* note 95, at 1028-29.
- 373 Tyron J. Sheppard & Richard Nevins, *Constitutional Equality/Reparations at Last*, 22 U. West L.A. L. Rev. 105, 117-25 (1991).
- 374 See Chu, *supra* note 58, at 110-12.

- 375 アジア系アメリカ人は多様なグループから構成されるが、ほとんどの大学は単一のグループとして理解していたと指摘されている (Tsuang, *supra* note 369, at 678 n.3)。
- 376 See Grutter, 539 U.S. at 319, 321.
- 377 Choy, *supra* note 282, at 566.
- 378 Inouye, *supra* note 286, at 150.
- 379 Choy, *supra* note 282, at 566.
- 380 Choy, *supra* note 282, at 568.
- 381 Grutter v. Bollinger, 137 F. Supp. 2d 821, 832 (E.D. Mich. 2001).
- 382 *Supra* note 290, at 202-03; Choy, *supra* note 282, at 567.
- 383 Arcitio, *supra* note 290, at 115.
- 384 McGowan & Lindgren, *supra* note 306, at 336-37.
- 385 See Trina Grillo, *Anti-Essentialism and Intersectionality: Tools to Dismantle the Master's House*, 10 Berkeley Women's L.J. 16, 19 (1995).
- 386 Liu, *supra* note 7, at 428-29.
- 387 Choy, *supra* note 282, at 569-70.
- 388 Gail L. Heriot, *Strict Scrutiny, Public Opinion, and Affirmative Action on Campus: Should the Courts Find a Narrowly Tailored Solution to a Compelling Need in a Policy Most Americans Oppose?*, 40 Harv. J. on Legis. 217, 222 (2003); 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 (2013).
- 389 敬讓型の厳格審査については、拙稿「アメリカ合衆国裁判所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」桐蔭法学 24 巻 2 号 (2018) 1 頁, 25 巻 1 号 (2018) 1 頁参照。
- 390 See Croson, 488 U.S. at 500-01.
- 391 Grutter, 539 U.S. at 329 (O'Connor, J., joined by Stevens, Souter, Ginsburg & Breyer, JJ., majority).
- 392 Ozan O. Varol, *Strict in Theory, But Accommodating in Fact?*, 75 Mo. L. Rev. 1243, 1254 (2010).
- 393 Grutter, 539 U.S. at 328-33 (O'Connor, J., joined by Stevens, Souter, Ginsburg & Breyer JJ., majority).
- 394 Varol, *supra* note 392, at 1254.
- 395 Gerstmann & Shortell, *supra* note 321, at 34.
- 396 Kimberly J. Robinson, *Fisher's Cautionary Tale and the Urgent Need for Equal Access to an Excellent Education*, 130 Harv. L. Rev. 185, 199-200 (2016).
- 397 Adams, *supra* note 1, at 1950-51.
- 398 See Malamud, *supra* note 102, at 954.

- 399 Ian Ayres & Sydney Foster, *Don't Tell Don't Ask : Narrow Tailoring After Grutter and Gratz*, 85 Tex. L. Rev 517 (2007).
- 400 Thompson & Schiff, *supra* note 363, at 479.
- 401 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, 26 (2006).
- 402 Pamela S. Karlan, *Compelling Interests/Compelling Institutions: Law Schools as Constitutional Litigants*, 54 UCLA L. Rev. 1613, 1622 (2007). 敬讓型の厳格審査を肯定的に捉える見解でも、行き過ぎた敬讓には問題があるとされる (Erica Goldberg & Kelly Sarabyn, *Measuring a "Degree of Deference": Institutional Academic Freedom in a Post-Grutter World*, 51 Santa Clara L. Rev. 217, 246 (2011))。
- 403 Nelson, *supra* note 388, at 1153-54.
- 404 Choy, *supra* note 282, at 565.
- 405 David Crump, *The Narrow Tailoring Issue in The Affirmative Action Cases: Reconsidering The Supreme Court's Approval in Gratz and Grutter of Race-based Decision-Making by Individualized Discretion*, 56 Fla. L. Rev. 483, 526-27 (2004).
- 406 Choy, *supra* note 282, at 566.
- 407 Gerstmann & Shortell, *supra* note 321, at 1.; Bernstein, *supra* note 50, at 223-24.
- 408 See David E. Bernstein, *Lochner, Parity, and the Chinese Laundry Cases*, 41 Wm. & Mary L. Rev. 211, 217-69 (1999).
- 409 Choy, *supra* note 282, at 571.
- 410 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).
- 411 See Tsuang, *supra* note 369, at 659.
- 412 Wu, *supra* note 101, at 267-75, 277-81.
- 413 Lorenzo, *supra* note 306, at 415.
- 414 Dong, *supra* note 95, at 1059.
- 415 See Thomas J. Espenshade & Alexandria W. Radford, *No Longer Separate, Not Yet Equal: Race and Class in Elite Admission and Campus Life*, Princeton University Press (2009).
- 416 Tokaji, *supra* note 190, at 54.
- 417 Lorenzo, *supra* note 306, at 415.
- 418 Wu, *supra* note 101, at 226.
- 419 Tsuang, *supra* note 369, at 672.

- 420 Chu, *supra* note 58, at 109.
- 421 See Chu, *supra* note 58, at 130-31.
- 422 John Friedl, *Making A Compelling Case For Diversity In College Admissions*, 61 U. Pitt. L. Rev. 1, 25-26 (1999).
- 423 See Roithmayr, *supra* note 10, at 191.
- 424 See Kahlenberg, *supra* note 56, at 76-77.
- 425 Tsuang, *supra* note 369, at 660-65.
- 426 Wang, *supra* note 369, at 53.
- 427 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).
- 428 Inkelas, *supra* note 427, at 626.
- 429 Camille G. Rich, *Decline to State: Diversity Talk and the American Law Student*, 18 S. Cal. Rev. L. & Soc. Just. 539, 556 n. 49 (2009).
- 430 Dana Y. Takagi, *The Retreat From Race: Asian American Admissions and Racial Politics* 30, Rutgers University Press (1992).
- 431 See Peter N. Kirsanow, *Race Discrimination Rationalized Again*, 2016 Cato Sup. Ct. Rev. 59, 67.
- 432 アジア系アメリカ人に対して合格に要求される学力のハードルは、マジョリティ（白人）と比べても高いと指摘されている (Liu, *supra* note 7, at 414)。
- 433 Dong, *supra* note 95, at 1029.
- 434 溜箭将之「ロバーツコートの裁判官たち」大林啓吾・溜箭将之編『ロバーツコートの立憲主義』(成文堂, 2017) 41頁, 43頁。
- 435 See Ivan E. Bodensteiner, *Although Risky After Ricci and Parents Involved, Benign Race-Conscious Action Is Often Necessary*, 22 Nat'l Black L.J. 1, 8 (2009); Corey A. Ciocchetti & John Holcomb, *The Frontier of Affirmative Action: Employment Preferences & Diversity in the Private Workplace*, 12 U. Pa. J. Bus. L. 283, 342 (2010); Nelson, *supra* note 388, at 1138 n.27; Oluwole & Green III, *supra* note 136, at 739; Liliana M. Garces, *Lessons From Social Science for Kennedy's Doctrinal Inquiry in Fisher v. University of Texas II*, 64 UCLA L. Rev. Disc. 18, 20-21 (2016).
- 436 中間派であるオコナ裁判官とケネディ裁判官は基本的にはAAに否定的な立場をとる (愛敬浩二「リベラリズムとポジティブ・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) 41頁, 42頁)。
- 437 Merill, *supra* note 262, at 629-30.
- 438 Neal Devins, *Explaining Grutter v. Bollinger*, 152 U. Pa. L. Rev. 347, 351 n.18 (2003).

- 439 Paul H. Edelman & Jim Chen, *The Most Dangerous Justice: The Supreme Court at the Bar of Mathematics*, 70 S. Cal. L. Rev. 63, 96 (1996); Paul H. Edelman & Jim Chen, *The Most Dangerous Justice Rides Again: Revisiting the Power Pageant of the Justices*, 86 Minn. L. Rev. 131, 192 (2001); Lynn A. Baker, *Interdisciplinary Due Diligence: The Case for Common Sense in the Search for the Swing Justice*, 70 S. Cal. L. Rev. 187, 206-07 (1996).
- 440 Devins, *supra* note 438, at 351 n.18.
- 441 Devins, *supra* note 262, at 775.
- 442 Sullivan, *supra* note 78, at 749.
- 443 See Merrill, *supra* note 262, at 636-37.
- 444 Bernstein, *supra* note 50, at 220.
- 445 See Devins, *supra* note 438, at 364-65.
- 446 See Vikram Amar & Evan Caminker, *Constitutional Sunsetting? Justice O'Connor's Closing Comments in Grutter*, 30 Hastings Const. L.Q. 541, 548-49 (2003).
- 447 Tom Campbell, *Separation of Powers in Practice*, 125, Stanford Law and Politics, an imprint of Stanford University Press (2004).
- 448 Crump, *supra* note 405, at 525-26.
- 449 Varol, *supra* note 392, at 1263.
- 450 Bakke 判決においても、パウエル裁判官は問題とされた AA がマイノリティによる自己取引の結果であることを問題視していた (Ⅲ 1)。
- 451 Thompson & Schiff, *supra* note 363, at 480.
- 452 Ware, *supra* note 51, at 2109-11.
- 453 Cornelia T.L. Pillard, *The Unfulfilled Promise of the Constitution in Executive Hands*, 103 Mich. L. Rev. 676, 695 (2005).
- 454 Thompson & Schiff, *supra* note 363, at 481.
- 455 Varol, *supra* note 392, at 1263.
- 456 Cass Sunstein, *Naked Preferences and the Constitution*, 84 Colum. L. Rev. 1689, 1710-17 (1984).
- 457 これに対し、どの多様性が教育的利益を生じさせるのかの判断は、大学の学術的知識に基づいて行われるため、政治的にはなり得ないとも指摘される (See Gail Heriot, *Fisher v. University of Texas: The Court (Belatedly) Attempts to Invoke Reason and Principle*, 2012-13 Cato Sup. Ct. Rev. 63, 90 (2013))。
- 458 Calvin Massey, *The New Formalism : Requiem for Tiered Scrutiny?*, 6 U. Pa. J. Const. L. 945, 951-52 (2004).
- 459 AA は、成功を収めているマイノリティに悪影響を及ぼすと指摘されている (Kahlenberg, *supra* note 56, at 9-10)。
- 460 例えば、Fisher 判決で、the Asian American Legal Foundation (AALF) は入学

者選抜の AA が中国系に不利益を及ぼしているとして、大学の AA を批判する原告を支持する法廷助言書を提出した (Inouye, *supra* note 286, at 157)。AALF の設立の起源はカリフォルニア州の中国系アメリカ人にある (Caitlin M. Liu, *Beyond Black and White: Chinese Americans Challenge San Francisco's Desegregation Policy*, 5 Asian Am. L. J. 341, 343 (1998))。他方、様々なアジア系のグループと提携する Asian American Legal Defense and Education Fund (AALDEF) は、Fisher 判決で大学を支持する法廷助言書を提出した (Inouye, *supra* note 286, at 159-60)。AALDEF は AA によってマイノリティ全体の社会経済的な地位が向上し、偏見や固定観念が縮減されることで、すべてのマイノリティに利益がもたらされると主張した (Inouye, *supra* note 286, at 160-61)。

461 Inkelas, *supra* note 281, at 605.

462 AA は、黒人などのマイノリティへの支援以外のなものでもないといわれる (Rubinfeld, *supra* note 6, at 470-71)。

463 See Matsuda, *supra* note 332, at 162.

464 Thomas J. Espenshade & C.Y. Chung, *The Opportunity Cost of Admission Preferences at Elite Universities* *Chung*, 86(2) Social Science Quarterly 293-98 (2005).

465 Chu, *supra* note 58, at 130.

466 カリフォルニア州では高等教育機関の入学選抜での AA が憲法上禁止されたが (Ⅷ 2)、いくつかの研究は、その後、入学者に占めるアジア系の割合はほぼ横ばいであり、他のマイノリティの割合が減少し、その分白人の割合が増えたと示しており (Kidder, *supra* note 353, at 45)、このことは AA の終了の受益者は白人であって、アジア系でなかったことを示しているといわれる (Liu, *supra* note 7, at 423-24)。上位の高等教育機関では、マジョリティ (白人) の割合が一定水準を下回るのを防ぐ取組がなされるため、AA の対象者を拡大する場合には、現在 AA の対象となっているマイノリティへの社会的資源の分配を減らして、その分を新たな対象者に分配するため、既存の AA の対象者は不利益を受けると指摘されている (Dong, *supra* note 95, at 919-20)。

467 See Chan, *supra* note 299, at 1302.

468 Arcitio, *supra* note 290, at 116.

469 See Wu, *supra* note 101, at 225.

470 Nancy Leong, *Reflections on Racial Capitalism*, 127 Harv. L. Rev. F. 32, 34 (2013).

471 Pillai, *supra* note 307, at 31.

472 Girardeau A. Spann, *Proposition 209*, 47 Duke L.J. 187, 308-09 (1997).

473 Inouye, *supra* note 286, at 145-46.

474 Bernstein, *supra* note 269, at 273-74.

475 Lorenzo, *supra* note 306, at 415.

- 476 Inkelas, *supra* note 281, at 605-06.
- 477 AA の否定派や中間派の裁判官は、人々は人種ではなく個人として評価されなければならないと示してきた (Grutter, 539 U.S. at 271 (Rehnquist, C.J., joined by Scalia, Thomas & Kennedy, JJ., dissenting); Fisher I, 133 S. Ct. at 2418 (Kennedy, J., joined by Roberts C.J, Scalia, Thomas, Breyer, Alito & Sotomayor, JJ., majority))。
- 478 AA の否定派や中間派の裁判官は、人々は人種ではなく個人として評価されなければならないと示してきた (Grutter, 539 U.S. at 271 (Rehnquist, C.J., joined by Scalia, Thomas & Kennedy JJ., dissenting); Fisher I, 133 S. Ct. at 2418 (Kennedy J., joined by Roberts C.J, Scalia, Thomas, Breyer, Alito, Sotomayor, JJ., majority))。
- 479 See Lino A. Graglia, *Special Admission of the "Culturally Deprived" to Law School*, 119 U. Pa. L. Rev. 351, 352 (1970).
- 480 See John D. Skrentny, *The Ironies of Affirmative Action* 27, The University of Chicago Press (1996).
- 481 Lorenzo, *supra* note 307, at 415.
- 482 他方で、入学者選抜をメリットシステムに厳密に基づかせることは、アジア系の中でも成功を収めたグループ以外のマイノリティに対して、合格者を減らすことになる (Lapenson, *supra* note 149, at 80)。
- 483 Inouye, *supra* note 286, at 163.
- 484 Chang, *supra* note 73, at 63 n.18.
- 485 See Lorenzo, *supra* note 306, at 415-16. メリットは不変ではないと指摘される (Lorenzo, *supra* note 306, at 405-06)。
- 486 Lorenzo, *supra* note 306, at 412.
- 487 メリットについて、静的ではなく動的に捉えると、日系や中国系に不利に作用する可能性がある³と指摘されている (See Liu, *supra* note 7, at 410-12)。
- 488 See Iris M. Young, *Justice and The Politics of difference*, 208-10, Princeton University Press (1990).
- 489 Ikegami, *supra* note 62, at 83. 例えば、カリフォルニア州における提案 209 号 (AA を禁止するように州憲法を修正する提案) に関して、黒人やヒスパニックが反対票を投じた割合を下回るものの、アジア系の 61% が反対の投票をした (Ikegami, *supra* note 62, at 91)。この事例では、アジア系全体で見ると、AA への賛成の割合が多い。
- 490 AA はアジア系に付与される社会的資源を減らし、その獲得のハードルを高めて不利益をもたらす可能性があるが、他のマイノリティが社会的資源を獲得することで、マイノリティ全体に及ぼされる偏見や固定観念が縮減し、マイノリティ全体に利益が及ぼされるとする見解もある⁴ (Tokaji, *supra* note 190, at 49)、AA

が社会全体に利益を及ぼすという議論が社会的資源を喪失するマジョリティを説得できなかったように、この見解は日系や中国系などを説得できるものではないと考える。

- 491 Chang, *supra* note 302, at 1261-62.
492 Brest & Oshige, *supra* note 190, at 894.
493 Chew, *supra* note 306, at 64-66.
494 Tokaji, *supra* note 190, at 48.
495 Tokaji, *supra* note 190, at 47-48.
496 Brest & Oshige, *supra* note 190, at 894.
497 Tokaji, *supra* note 190, at 49.
498 Henry Der, *Asian Pacific Islanders and the “Glass Ceiling” — New Era of Civil Rights Activism? Affirmative Action Policy*, in *The State of Asian Pacific America*, A Public Policy Report: Policy Issues to the Year 2020, 215.
499 *See* Tokaji, *supra* note 190, at 61.
500 Dong, *supra* note 95, at 1048. 指導的地位を獲得するための障害の他に、AA がなければ、アジア系は公共事業契約を受注できないことが指摘される (Tokaji, *supra* note 190, at 63)。
501 *See* Liu, *supra* note 7, at 398.
502 Arcitio, *supra* note 290, at 134.
503 Liu, *supra* note 7, at 420-21.
504 偏見や固定観念はマイノリティに不利益をもたらすとされる (Bodensteiner, *supra* note 435, at 33)。
505 Liu, *supra* note 7, at 415-16.
506 Inkelas, *supra* note 427, at 640.
507 Ciocchetti & Holcomb, *supra* note 435, at 287.
508 1990年代までには、合衆国の人口統計と政治的影響力の変化によって、人種的多様性への強調を伴った多様の概念は、企業や公衆にも浸透していた (Mellott, *supra* note 81, at 1118)。
509 Jonathan R. Alger, *Unfinished Homework for Universities: Making the Case for Affirmative Action*, 54 Wash. U. J. Urb. & Contem. L. 73, 80-81 (1998); Liu, *supra* note 7, at 427.
510 *See* Elise C. Boddie, *Response: The Future of Affirmative Action*, 130 Harv. L. Rev. F. 38, 49-50 (2016).
511 Arcitio, *supra* note 290, at 116.
512 *See* Gee, *supra* note 337, at 636.
513 Ikegami, *supra* note 62, at 92; Inouye, *supra* note 286, at 162.
514 Ikegami, *supra* note 62, at 92.

- 515 Pillai, *supra* note 307, at 31.
- 516 See Inouye, *supra* note 286, at 162.
- 517 Jerry Kang, *Negative Action Against Asian Americans: The Internal Instability of Dworkin's Defense of Affirmative Action*, 31 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 1, 3 (1996).
- 518 William C. Kidder, *Negative Action Versus Affirmative Action: Asian Pacific Americans Are Still Caught in the Crossfire*, 11 Mich. J. Race& L. 605 (2006).
- 519 Matsuda, *supra* note 332, at 81; Kang, *supra* note 517, at 3-4; Kidder, *supra* note 353, at 33, 60.
- 520 Robert S. Chang, *Reverse Racism!: Affirmative Action, the Family, and the Dream That Is America*, 23 Hastings Const. L.Q. 1115, 1127 (1996); Kim, *supra* note 352, at 2408.

(もぎ・ようへい 桐蔭横浜大学法学部准教授)