

論文

## Affirmative Action の意味 (2・完)

——Affirmative Action はどのように翻訳すべきか——

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

茂木 洋平

桐蔭横浜大学法学部

(2022年5月13日 受理)

#### 3. マジョリティによるマイノリティの排除

AAによって理想の人種的均衡を求めると<sup>156)</sup>、上位の教育機関では、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<sup>157)</sup>。実際に、カリフォルニア大学バークレイ校<sup>158)</sup>やハーバード大学など<sup>159)</sup>、上位の高等教育機関は学生に占めるマジョリティの割合を維持するために、入学者選抜でアジア系を不利に取り扱ったことを認めた<sup>160)</sup>。

AAはマイノリティに対する支援以外のなものでもなく<sup>161)</sup>、マイノリティの包含に積極的に努め、マジョリティに同じ利益と特権を与えない施策だと説明されてきた<sup>162)</sup>。しかし、上位の教育機関での入学者選抜の場面では、多様性に基づくAAは、マジョリティ(白人)が有限な社会的資源(上位の教育機関の入学枠)の獲得を最大化しようとする取組であるとも考えられる<sup>163)</sup>。上位の教育機関での多様性に基づくAAはマイノリティに利益を及ぼすと説明されてきたが<sup>164)</sup>、マイノリティではなくマジョリティを利する場合があります<sup>165)</sup>、多様性の理論は、AAがマイノリティへの社会的資源の付与のために実施されるという考えを掘り崩している<sup>166)</sup>。

成功を収めているマイノリティ(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における多様性に基づくAAが自身の枠を奪っており、マジョリティを含めて、他のグループに対するクォータであり、本来的に不公正だとしてAAを批判する見解が見られる<sup>167)</sup>。これらの見解は、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求めている<sup>168)</sup>。

#### 4. 不利な状況にあるマイノリティの排除

アジア系アメリカ人は多様なグループから構成されており<sup>169)</sup>、「モデルとなるマイノリティ」として言及された日系や中国系以外の他のアジア系のグループの多くは言語的な障壁などから低学歴で、低賃金の仕事に就く者が多く<sup>170)</sup>、社会経済的な地位が低い<sup>171)</sup>。

アジア系アメリカ人の中には社会経済的に不利な状況にあるグループが多数存在し<sup>172)</sup>、すべてのアジア系アメリカ人が成功を収めているわけではない<sup>173)</sup>。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状況は言及されず<sup>174)</sup>、同じアジア系アメリカ人として捉えられ<sup>175)</sup>、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<sup>176)</sup>。合衆国では、すべてのアジア系アメリカ人はAAがなくとも成功を収めることができるとして、社会経済的な地位の向上の可能性について一元的な理解が広がった<sup>177)</sup>。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区別していなかったことから<sup>178)</sup>、この理解は強固になった<sup>179)</sup>。

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<sup>180)</sup>、大学の多様化に必要なグループだと判断され<sup>181)</sup>、AAの対象者から外された<sup>182)</sup>。社会的資源（上位の教育機関の入学枠）が有限である以上、AAによるあるマイノリティへの社会的資源の付与は対象外のマイノリティの獲得する社会的資源を減らし<sup>183)</sup>、その獲得のハードルを高める<sup>184)</sup>。

社会経済的に不利な状況にあるアジア系はマジョリティ（白人）と比べても合格に要求される学力のハードルが高くなるため<sup>185)</sup>、明かに差別的であり<sup>186)</sup>、人種的な不平等が無視されていると主張されている<sup>187)</sup>。AAの対象者から外されることで、社会経済的に低い地位にあるアジア系は不利益を受けており<sup>188)</sup>、成功を収めたグループ（日系や中国系）の存在によって、アジア系アメリカ人のすべてのグループがAAがなくとも成功すると考えられたのは不幸であったとされる<sup>189)</sup>。

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」と批判されるが<sup>190)</sup>、この批判の背景には不利な状況にあるマイノリティがAAによって社会的資源の獲得のハードルを高められていることがあると考えられる。AAによって不利な状況にあるマイノリティが不利益を受けており、AAは社会経済的に低い地位にあるグループに対してさらに格差を広げる可能性がある。偏見は過少代表から生じる可能性があるため、AAはそれを助長する危険があり、積極的に格差を是正するものでも、

差別の発生を防ぐものではないとも考えられる。社会的弱者としての被差別者を救済することがAAの目的だとするならば、「人種を基準とした」AAは既に限界にきているとの分析<sup>191)</sup>は的を得ている。

## 5. スティグマ

AAの合憲性は、スティグマの観点から以下のように回答されてきた<sup>192)</sup>。AAの実施は一定のマジョリティに社会的資源の獲得を妨げるが、AAを停止すると、人種的不均衡が拡大する。マイノリティは社会経済的に不利な状況に置かれ続け、社会経済的に成功できない劣ったグループだとみなされる。他方、マジョリティがAAによって社会的資源を失ったとしても、グループ全体が社会経済的に低い地位に置かれるわけではなく、マジョリティは劣等視されず、AAは憲法上許容される。

しかし、AAは社会経済的に不利な状況にある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、さらに過少代表にする危険がある。スティグマの観点からAAを正当化する議論は、AAが開始された当初の構図（AAによってマジョリティ（白人）が社会的資源を喪失し、単一のマイノリティ（黒人）が社会的資源を獲得するという構図）において成立する。だが、人口構成の流動性から、合衆国の人種構成は複雑になっており、この構図は人種問題を狭く捉え<sup>193)</sup>、その理解を歪めている<sup>194)</sup>。

マイノリティの構成が複雑になっている状況下では、AAはマイノリティ全体に対する偏見を縮減するため、AAによって社会的資源を喪失するマイノリティにとっても有益だと主張することになる<sup>195)</sup>。マイノリティが抱える問題はグループごとに異なり、相互理解がなされていないと指摘されている<sup>196)</sup>。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競争しており<sup>197)</sup>、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対して社会的資源

を減らし、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<sup>198)</sup>。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対して同等の権利を持つとの立場をとっており、これは怠慢だと指摘されている<sup>199)</sup>。

#### IV. 統合のための Affirmative Action

##### 1. 分断の危険

AAによって社会経済的地位の低いマイノリティが社会的資源を喪失し、不均衡が拡大したとしても、人種的な分断を防ぎ、統合を促進するためにAAが実施されると理解するとAAを正当化できる。合衆国では、統合された社会の構築の重要性が認識され<sup>200)</sup>、分断のない国家の形成が目指されていた<sup>201)</sup>。

周縁に置かれたマイノリティは不満を抱き、ときに暴力に訴えて社会を混乱させるため<sup>202)</sup>、マイノリティの人種的不均衡を放置することは合衆国に深刻な影響をもたらすことから<sup>203)</sup>、AAによってこれらのマイノリティに社会的資源を分配する必要が生じた<sup>204)</sup>。しかし、AAはマジョリティに負担をかけるため、マジョリティとマイノリティの間に不和をもたらし<sup>205)</sup>、社会を分断し<sup>206)</sup>、人種間の平和的な共存を壊し<sup>207)</sup>、統合された国家を分断するおそれがあると指摘された<sup>208)</sup>。

合衆国ではマイノリティの人種構成が多様化しており、AAによって生じる地位の獲得と喪失の問題はマジョリティとマイノリティとの関係だけに収まらない。AAによってあるマイノリティに社会的資源を付与する場合には、対象とならなかったマイノリティが得られるそれは減ることになる<sup>209)</sup>。各マイノリティが社会的資源を求めるとき、自身と他のグループが限られた地位を取り合っていると考えるため、AAはマイノリティを分断し<sup>210)</sup>、マイノリティ同士の争いを助長し<sup>211)</sup>、争いはときに暴力に至る<sup>212)</sup>。希少な社会的資源の獲

得に動機づけられて、各マイノリティは人種区分に基づいて特別な資格と特権を求めるとされる<sup>213)</sup>。AAによって人種差別を終わらせる試みはむき出しの政治的争いを助長し<sup>214)</sup>、手に負えない人種的な争いを導くと批判される<sup>215)</sup>。人種区分によって利益を分配すると、人々にとって人種が決定的な要素となり<sup>216)</sup>、各グループが利益を獲得する道具として人種区分を使用することで、合衆国は人種的な境界に沿って分断されると指摘される<sup>217)</sup>。

##### 2. 支持派の認識

AAを常に合憲と判断する支持派の裁判官は、合衆国の様々な領域で人種が重要である場合には、人種間の敵意の高まりによって国家が分断されることを認識し、人種が重要でなくなった分断されていない国家の形成を目標としており<sup>218)</sup>、人種的不均衡が是正されて人種が重要でなくなるまで一時的に<sup>219)</sup>、AAは許されると考えてきたとされる<sup>220)</sup>。

AAに肯定的な学説もマイノリティの歴史、現状、差別の継続する影響からマイノリティの積極的な保護が必要だとし、AAを許容するが、その多くはAAが人種間に敵意や反目をもたらし人種的分断を引き起こす危険を認識しており<sup>221)</sup>、憲法上要請されるとまでは示していない<sup>222)</sup>。

##### 3. 中間派や否定派の見解

合衆国最高裁において、事例ごとに合憲か違憲かの判断を変える中間派と、常に違憲判断を下す否定派の裁判官は、AAによって社会的資源を喪失した者がAAの対象者に敵意と怒りを抱く可能性を認識しており<sup>223)</sup>、人種区分の使用が社会的分断を加速することを常に強調している<sup>224)</sup>。

否定派の裁判官は、AAが新たに不正義を生じさせる旨を述べており<sup>225)</sup>、それによって民主的な社会が破壊される危険があることから<sup>226)</sup>、AAをなくさなければならないと認識している<sup>227)</sup>。人種的分断や敵意は深刻な無秩序を生じさせるのであり<sup>228)</sup>、否定派の裁判官

は、AAの禁止こそが人種差別とそこから生じる害悪を防ぐと主張した<sup>229)</sup>。

オコナ裁判官(中間派)はAAによる分断の危険を認識しながらも、ミシガン大学ロー・スクールの入学者選抜におけるAAの合憲性が問題とされたGrutter判決で、「隔たれることのない1つの国家という理想」を達成するために、指導者となる道がすべての人種の者に開かれている必要があり、当該ロー・スクールの使命が市民の目線において正統性のある指導者を輩出するところにあるとして、問題とされたAAを許容した<sup>230)</sup>。ケネディ裁判官(中間派)は、AAはそれが回避を意図する敵意を永続化させ、あらゆる政策の中で人々を最も分裂させる可能性があることを懸念しており<sup>231)</sup>、人種区分の使用が社会の分断を加速すると常に強調している<sup>232)</sup>。さらに、ケネディ裁判官によれば、人種によって個人をタイピングする計画は、各人の人種の政府による定義を要求し、結果として、個人が「政府が命令する人種的なラベルの下で生きる」ことを強要し、人々を個人ではなく人種で評価することになり、人種が自己の利益獲得の切り札として主張されることで、分裂を作り出す<sup>233)</sup>。だが、テキサス大学オースティン校の入学者選抜におけるAAの合憲性が問題とされたFisher II判決において、ケネディ裁判官は固定観念の縮減、人種相互の理解の促進、労働市場と社会の他の部分における多様性に学生を対応させること、「市民の目線において正統性」を持つ指導者の育成という当該大学の目的を肯定的に参照し、合憲判断を下した<sup>234)</sup>。

#### 4. 分断の防止と統合の促進

AAに肯定的な見解から否定的な見解に至るまで、AAによる人種的な分断の危険を認識している。肯定的な見解は、マイノリティの不均衡の放置が分断を招き、統合を壊すため、AAによるマイノリティへの社会的資源の分配が必要だと考えていたと思われる。他方で、否定的な見解は、AAによるマイノリ

ティへの社会的資源の分配がグループ間に緊張関係をもたらし、分断の危険があると考えているため、AAに否定的であったと思われる。AAの正当性を考える際には、AAによる人種的不均衡の是正に伴う弊害と、人種的不均衡を放置することで生じる弊害を考慮し、両者の間でバランスを取り<sup>235)</sup>、人種間での敵意を抑える必要があるとされる<sup>236)</sup>。

AAが開始された当初、合衆国において、周縁に置かれることで不満やいかりを抱き<sup>237)</sup>、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<sup>238)</sup>。故に、人種的分断を防いで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、機会を与えるために行われており<sup>239)</sup>、AAによって人種的分断を防ぎ<sup>240)</sup>、統合を促進することが、積極的に差別を是正することと同義であった<sup>241)</sup>。

その後、移民の増加等によって合衆国の人口構成は大きく変化し、黒人だけが考慮に値する規模を持つマイノリティではなくなった<sup>242)</sup>。黒人以外のマイノリティが社会的資源を持たず、周縁に置かれる場合には、彼らは敵意を抱き、ときに暴力に訴えて社会を混乱させることもあり<sup>243)</sup>、黒人以外のマイノリティの人種的不均衡を放置することは合衆国の社会に深刻な影響をもたらす危険があった<sup>244)</sup>。故に、AAによって黒人以外のマイノリティに社会的資源を分配し、分断を防ぐ必要が生じた。

マイノリティの中には、(特に上位の教育機関の入学者選抜で)大きな成功を収めたマイノリティ(日系や中国系など)が現れた。希少な社会的資源(上位の教育機関の入学者)が有限である以上、それらのグループが入学者の多数を占めると、マジョリティの獲得する枠が減少する。そのことから、マジョリティが不満を抱えるようになるため、それを抑えるために、成功を収めたマイノリティをAAの対象者から外し、さらには、マジョリティと比べて合格に要求される学力のハードルを高めることで、不利に取り扱った。

アジア系には成功を取めたグループがいる一方で、社会経済的地位の低いグループがおり、これらのグループは AA の対象者から外されている。AA が人種的分断を防ぎ、統合を促進する施策だと理解すると、不均衡が放置されても人種的分断を引き起こす危険が少なければ、AA によって社会的資源を分配しなくとも問題ない。人口規模が小さく、政治的影響力の弱いグループは判断形成者から重視されず、AA の対象者から外れることになる<sup>245)</sup>。

AA は社会統合のために行われ<sup>246)</sup>、その達成を目的としているとされる<sup>247)</sup>。AA は社会統合の側面に重心を移しつつあり、アメリカの主流に入れないマイノリティ（特に過去に差別の歴史のあるグループ）を積極的に社会に参加させる施策だと説明される<sup>248)</sup>。この説明では、社会経済的に低い地位にあるマイノリティが社会的分断を引き起こす危険が高いと考えられているが、実際には、AA はそれらのマイノリティ（例えば、日系や中国系以外のアジア系のグループなど）に対して社会的資源の獲得のハードルを高めており、この現象を説明できない。マジョリティ（白人）の中にも社会経済的地位の低いグループ（イタリア系や東欧系など）が存在しており<sup>249)</sup>、AA によってマイノリティに社会的資源が付与されると、それらのグループがその負担を負うことになり、不満を抱え、人種的緊張が高まる<sup>250)</sup>。

AA には、なぜそのグループを対象とするのか（あるいは対象外とするのか）といった問題がある<sup>251)</sup>。人種的分断の防止と統合促進の視点からこの問題を考察すると、AA によってマジョリティに利益がもたらされ、（社会経済的地位の高いあるいは低いグループを含めて）マイノリティに対して社会的資源の獲得のハードルが高められたとしても、それが分断を防ぎ統合を促進する場合には、AA は正当化される。

## V. おわりに

AA は被差別のマイノリティ（黒人）に対する救済策として登場し（Ⅱ 2）、まさに積極的な差別の救済策であった。その後、移民の流入や各グループの出生率の差などによって合衆国の人種構成は大きく変化し、黒人以外にも、被差別の経験のないグループがマイノリティを構成するようになった（Ⅱ 3）。偏見や固定観念は、あるグループがある地位に占める割合が少ないことから生じるため、過少代表のグループに差別が生じる可能性がある（Ⅱ 4）。その発生を防ぐために、AA による過少代表のマイノリティへの社会的資源の付与が必要になる（Ⅱ 4）。AA は差別の救済策であるとともに、社会経済的格差を是正し、差別の発生を防ぐ施策だと理解できた。

AA は、社会経済的に成功を取めたマイノリティに対して社会的資源獲得のハードルを高めることがあるが、それらのマイノリティは差別の影響を克服し、AA によって社会的資源獲得のハードルが高められたとしても、過少代表にはならないため、劣等だとみなされない（Ⅲ 1）。AA がマイノリティ全体の社会経済的地位を向上させ、マイノリティ全体に対する差別を救済（あるいは差別の発生を防止）していると理解すると、AA は差別の救済策（発生の防止策）であり、格差是正の施策だと理解できる。

差別の救済に代わり、多様性の利益が AA の正当化理由として主張された。多様性の利益は一見すると差別の救済とは無関係だが、AA を支持する見解からは、多様性の利益とは固定観念や偏見をなくす（あるいはその発生を防ぐ）ことにあり、差別と関連付けるべきだと主張された（Ⅲ 2）。この見解に従えば、多様性により正当化されても、AA は差別の救済（発生の防止）策であり、格差を是正する施策だと理解できる。しかし、多様性に基づく AA はマジョリティの社会的資源

を維持するために、成功を収めたマイノリティを排除することがある(Ⅲ3)。さらに、多様性に基づくAAは、社会経済的地位の低いマイノリティに対して社会的資源獲得のためのハードルを高める場合がある(Ⅲ4)。多様性に基づくAAは差別の救済(発生の防止)策や格差是正のための施策として理解できなくなっている。

差別の救済(発生の防止)や格差是正ではなく、人種的分断を防ぎ統合を促進する施策としてAAを理解すると、社会経済的に低い地位にあるマイノリティに対して社会的資源獲得のハードルを高める側面がありながらも、AAが憲法上許容されている理由を理解できる。合衆国最高裁において、AA支持派の裁判官はAAが人種統合を促進すると考えて、AAを支持した(Ⅳ2)。他方で、AAによる社会的資源の分配によって社会的資源を喪失あるいは獲得のハードルを高められたグループは不満を抱き、人種的分断をもたらす危険があるが(Ⅳ1)、中間派の裁判官はその危険を認識しながらも、AAが統合を促進する場合には憲法上許容されると判断した(Ⅳ3)。AAを意識するならば、「統合促進策」や「分断防止策」といった訳語が考えられる。

日本の学説は、日本において差別を是正し、機会の平等の実質的平等を達成するための施策の1つのモデルとして、合衆国のAAに注目した。日本の学説では、AAは実質的平等の達成のために、不平等に歪んだ社会的環境の是正という「光」輝く施策であり<sup>252)</sup>、AAの実施は合衆国の下した勇氣ある英断であったと評されており<sup>253)</sup>、AAに肯定的な評価が下されている。確かに、合衆国では、AAは黒人に対する差別の救済策として登場したのであり、日本の学説がAAを肯定的に評価することに理由はある。しかし、合衆国のAAの現実を見ると、日本の学説が理解してきたAAの枠組(AAによってマイノリティに社会的資源が付与され、マジョリティがその負担を負う)は崩れている。AAに

よって黒人などのマイノリティに社会的資源が付与されてきたことも、分断の防止と統合の促進の観点から捉えると、差別を救済すること(マイノリティの社会経済的格差の是正)と統合の促進が同義であったからだと理解できる。とすれば、過去において、AAは分断を防止し統合を促進するために行われ、結果として差別の救済(社会経済的格差の是正)がなされたと考えることができる。このようにAAを捉えれば、分断を防止し統合を促進するためにAAを行った結果として、過少代表のマイノリティに対して社会的資源の獲得のハードルが高められたと理解できる。この理解は日本の学説が参考にしようとしたAAの側面(差別の救済、差別の発生の防止、人種間の格差の是正)を完全に否定するものではなく、これらの側面は分断の防止や統合の促進とリンクする。しかし、合衆国のAAには、被差別のマイノリティ(社会経済的に比較的成功を収めている日系や中国系などのグループ)や社会経済的地位の低いマイノリティに対して不利益を及ぼす側面があり、日本の学説が合衆国のAAを参照する際には、これらの側面を認識して、冷めた目でAAを見ていく必要がある。

#### (Endnotes)

- 156) かつて、多様性はユダヤ人を上位の大学から排除し(大塚前掲(14)72頁)、上位の大学でマジョリティの割合を維持するために用いられたと指摘されている(See Marcia Graham Synnott, *The Half-Opened Door: Discrimination and Admissions at Harvard, Yale, and Princeton, 1900-1970* (1979); Dan A. Oren, *Joining the Club: A History of Jews and Yale* (1985); Natapoff, *supra* note 70, at 1059)。コロンビア大学はニューヨークとノースイースト出身のユダヤ人の学生数を減じる取組を正当化するために、多様性を用いていた(See Tsuang, *supra* note 115, at 671 &

- n.81)。
- 157) Chu, *supra* note 3, at 109.
- 158) 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).
- 159) Dana Y. Takagi, *The Retreat From Race: Asian American Admissions and Racial Politics*, 30, Rutgers University Press (1992).
- 160) 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).
- 161) Jed Rubenfeld, *Affirmative Action*, 107 Yale L.J. 427, 470-71 (1997).
- 162) Carr, *supra* note 73, at 747.
- 163) See Chu, *supra* note 3, at 130-31.
- 164) John Friedl, *Making A Compelling Case For Diversity In College Admissions*, 61 U. Pitt. L. Rev. 1, 25-26 (1999).
- 165) See Daria Roithmayr, *Tacking Left: A Radical Critique of Grutter*, 21 Const. Comment. 191 (2004).
- 166) See Kahlenberg, *supra* note 3, at 76-77.
- 167) Lorenzo, *supra* note 129, at 415.
- 168) Lorenzo, *supra* note 129, at 415. もっとも、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対して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 (See Iris M. Young, *Justice And The Politics of difference* 208-10, Princeton University Press (1990))。
- 169) K.G. Jan Pillai, *Affirmative Action: In Search of A National Policy*, 2 Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev. 1, 31 (1992).
- 170) Brest & Oshige, *supra* note 71, at 895.
- 171) Tokaji, *supra* note 42, at 62.
- 172) もっとも、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ことが指摘されている (Kevin Shawn Hsu, *Empowerment, Discrimination, and the Facade of Leadership: Asian American Political Elites' Failed Assimilationist Strategy*, 14 Asian Am. L.J. 85, 98 (2007))。
- 173) Inouye, *supra* note 105, at 150.
- 174) Arcitio, *supra* note 124, at 119.
- 175) Lorenzo, *supra* note 129, at 412.
- 176) Chan, *supra* note 113, at 1299.
- 177) See Theodore H. Wang & Frank Wu, *Beyond the Model Minority Myth: Why Asian Americans Support Affirmative Action*, 53 Guild Prac. 35, 35 (1996); Liu, *supra* note 92, at 391.
- 178) See Robert S. Chang, *Toward An Asian American Legal Scholarship: Critical Race Theory, Post-Structuralism, and Narrative Space*, 81 Cal. L. Rev. 1241, 1246 n.7 (1993).
- 179) Brest & Oshige, *supra* note 71, at 893.
- 180) 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); Bryan T. Ikegami, *An Urgent Opportunity Unifying the Asian American Stance on Affirmative Action*, 17 UCLA Asian Pac. Am. L.J. 82-84 (2012).
- 181) Lorenzo, *supra* note 129, at 413.
- 182) 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); 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).
- 183) J. Harvie Wilkinson III, *The Law of Civil*

- Rights and the Dangers of Separatism in Multicultural America*, 47 Stan. L. Rev. 993, 1016 (1995); Ronald Takaki, *Strangers from a Different Shore* 499, Little, Brown and Company (1998).
- 184) Takaki, *supra* note 183, at 499. 逆に、社会経済的に不利な状況にあるアジア系のAAへの包含は、黒人が獲得する社会的資源を減らす (Bruce P. Lapenson, *Affirmative Action and The Meanings of Merit*, 80, University Press of America (2009))。
- 185) See Tsuang, *supra* note 115, at 659.
- 186) Liu, *supra* note 92, at 415–16.
- 187) Tokaji, *supra* note 42, at 48–49.
- 188) Inouye, *supra* note 105, at 150.
- 189) Chu, *supra* note 3, at 116.
- 190) Morris B. Abram, *Affirmative Action: Fair Shakers and Social Engineers*, 99 Harv. L. Rev. 1312, 1323 (1986).
- 191) 清水前掲 (74) 170 頁。
- 192) 安西前掲 (45) 98–99 頁。安西は「アメリカにおける差別論を読み解くキーワードはスティグマ (stigma = 劣等性の烙印の押し付け) である」と述べている。
- 193) Eric K. Yamamoto, *Representing Race: Critical Race Praxis: Race Theory and Political Lawyering Practice in Post-Civil Rights America*, 95 Mich. L. Rev. 821, 852 (1997).
- 194) Liu, *supra* note 92, at 398.
- 195) See Kenneth L. Karst, *Paths to Belonging: The Constitution and Cultural Identity*, 64 N.C. L. Rev. 303, 306, 361–69 (1986); Tokaji, *supra* note 42, at 49; Susan Sturm & Lani Guinier, *The Future of Affirmative Action: Reclaiming The Innovative Ideal*, 84 Cal. L. Rev. 953, 1022 (1996).
- 196) Wilkinson III, *supra* note 183, at 1005.
- 197) See Ramirez, *supra* note 61, at 973 ; Kahlenberg, *supra* note 3, at 78.; Yamamoto, *supra* note 193, at 853–55.
- 198) Wilkinson III, *supra* note 183, at 1016.
- 199) Natapoff, *supra* note 70, at 1084.
- 200) Edwin Meese III, *Civil Rights, Economic Progress, and Common Sense*, 14 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 150, 154 (1991).
- 201) Charles Fried, *Saying What The Law Is* 239, Harvard University Press (2004).
- 202) 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).
- 203) 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).
- 204) See Ware, *supra* note 146, at 2099, 2212.
- 205) See Elise C. Boddie, *The Sins of Innocence in Standing Doctrine*, 68 Vand. L. Rev. 297, 324–35 (2015).
- 206) Jared M. Mellott, *The Diversity Rationale for Affirmative Action in Employment After Grutter*, 48 Wm & Mary L. Rev. 1091, 1157 (2006).
- 207) Thomas Sowell, *Affirmative Action around the World: An Empirical Study* 93, Yale University Press (2004); Bernstein, *supra* note 203, at 226–27.
- 208) Wilkinson III, *supra* note 183, at 1008.
- 209) See William V. Alstyne, *Rites of Passage: Race, the Supreme Court, and the Constitution*, 46 U. Chi. L. Rev. 775, 805–06 (1979); Gabriel J. Chin, *Bakke to the Wall: The Crisis of Bakkean Diversity*, 4 Wm. & Mary Bill of Rts. J. 881, 933 (1996); Takaki, *supra* note 183, at 499.
- 210) See Wilkinson III, *supra* note 183, at 1017.
- 211) Ramirez, *supra* note 61.
- 212) See Hing, *supra* note 57, at 889.
- 213) Wilkinson III, *supra* note 183, at 1001.
- 214) Abram, *supra* note 190, at 1321.
- 215) See Thomas Sowell, *Civil Rights: Rhetoric or Reality?*, 118, Blackstone Audio, Inc.



- (1984) : John E. Morrison, *Colorblindness, Individuality, and Merit: An Analysis of the Rhetoric Against Affirmative Action*, 79 Iowa L. Rev. 313, 338 (1994).
- 216) See Wood, *supra* note 109, at 43.
- 217) Kenneth E. Payson, *Check One Box: Reconsidering Directive No. 15 and the Classification of Mixed-Race People*, 84 Cal. L. Rev. 1233, 1234 (1996).
- 218) See Fried, *supra* note 201, at 239.
- 219) Lucy Katz, *Public Affirmative Action and the Fourteenth Amendment: The Fragmentation of Theory after Richmond v. J.A. Croson Co. and Metro Broadcasting, Inc. v. Federal Communications Commission*, 17 T. Marshall L. Rev. 317, 319 (1992).
- 220) See Goldstein, *supra* note 88, at 109.
- 221) Jack Greenberg, *Affirmative Action in Higher Education: Confronting the Condition and Theory*, 43 B.C. L. Rev. 521, 611 (2002); Kevin R. Johnson, *From Brown to Bakke to Grutter: Constitutionalizing and Defining Racial Equality: The Last Twenty Five Years of Affirmative Action?*, 21 Const. Commentary 171, 182 (2004); Goldstein, *supra* note 88, at 122.
- 222) See Kairys, *supra* note 85, at 730–31.
- 223) Bakke, 438 U.S. at 294 n.34 (Powell J., opinion); Richmond v. J.A. Croson Co, 488 U.S. 469, 493–94 (O'Connor, J., joined by Rehnquist, C.J., & White, J.); Metro Broadcasting, Inc. v. FCC, 497 U.S. 547, 603 (1990) (O'Connor, J., joined by Rehnquist C.J, Scalia, Kennedy, JJ., dissenting); Metro Broadcasting, 497 U.S. at 636 (Kennedy, J., dissenting).
- 224) Reva B. Siegel, *Equal Divided*, 127 Harv. L. Rev. 1, 42 n. 205 (2013).
- 225) See Croson, 488 U.S. at 521–28 (Scalia J., concurring).
- 226) See Alexander M. Bickel, *The Morality of Consent*, 133, Yale University (1975).
- 227) Robert C. Post, *Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law*, 117 Harv. L. Rev. 4, 65 n.294 (2003).
- 228) Bernstein, *supra* note 203, at 226.
- 229) See Scott Grinsell, “*The Prejudice of Caste*”: *The Misreading of Justice Harlan And The Ascendency Of Anticlassification*, 15 Mich. J. Race & L. 317, 327 (2010).
- 230) Grutter, 539 U.S. at 332 (O'Connor J., joined by Stevens, Souter, Ginsburg & Breyer JJ., majority).
- 231) Grutter v., 539 U.S. at 388 (Kennedy, J., dissenting).
- 232) Siegel, *supra* note 224, 42 n. 205.
- 233) See Parents Involved, 551 U.S. at 793-97 (Kennedy J., concurring).
- 234) Fisher II , 136 S. Ct. at 2211 (Kennedy J., joined by Ginsburg, Breyer & Sotomayor JJ., majority).
- 235) AA が登場した1つの背景には、人種的な敵意を抑えて社会秩序を維持するという側面があった (中條献「ポスト公民権運動器における人種と秩序—アフターマティヴ・アクションと『カラーブラインドな多様性』批判—」アメリカ史研究 32号 (2009) 69頁, 78頁参照)。
- 236) Lorenzo, *supra* note 129, at 418.
- 237) 社会経済的地位の低さから、黒人は大きな不満を抱えていたと分析されている (君島東彦「ブラウン判決の誕生」法の科学 17号 (1989) 180頁)。
- 238) 西村裕三「アメリカにおけるアフターマティヴ・アクションをめぐる法的諸問題」大阪府立経済学研究叢書 66冊 (1987) 93頁。
- 239) Ramirez, *supra* note 61, at 962.
- 240) AA は黒人の暴動を抑えるために、導入されたと分析されている (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)。

- 241) 当初、AA は人種間（白人と黒人）の緊張関係を緩和するために行われた（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』169頁, 195頁 註67（慶応義塾大学出版会, 2006））。
- 242) Ramirez, *supra* note 61, at 962.
- 243) See Reinhardt, *supra* note 202, at 145.
- 244) Bernstein, *supra* note 203, at 226.
- 245) See Chin, *supra* note 209, at 897.
- 246) 植木前掲（36）63頁。
- 247) 吉田前掲（30）84頁；吉田仁美「米国におけるアファーマティブ・アクションの合憲性審査基準の動向」同支社法学 53 卷7号（2002）566頁。
- 248) 大沢前掲（241）202-03頁。
- 249) 大塚前掲（14）94頁。
- 250) 山口前掲（14）92頁。
- 251) 横田前掲（17）667頁。
- 252) 安西前掲（12）93-94頁。
- 253) 西村前掲（24）28頁。