

合衆国最高裁判所裁判官による Affirmative Action の評価

茂木 洋平

目 次

I はじめに	3 オコナ裁判官の見解
1 問題の所在	4 時間的制約
2 構成	VI ケネディ裁判官による Affirmative Action の憲法上の評価
II 否定派の裁判官（スカリア裁判とトマス裁判官）の見解	1 ケネディ裁判官の役割
1 厳格審査の適用と Affirmative Action の正当化の限定	2 ケネディ裁判官の厳格審査
2 カラーブラインドとの抵触への懸念	3 ケネディ裁判官の見解
3 スティゲマへの懸念	VII 中間派の裁判官の判断
III 中間派の裁判官の見解	VIII 肯定派の裁判官の見解
1 中間派の裁判官の性質	1 否定派への反対
2 中間派が合衆国最高裁裁判官に就任した背景	2 懐疑主義への依拠
3 政治的批判への懸念	3 Affirmative Action の効用と危険の認識
IV パウエル裁判官	4 中間派への妥協
1 パウエル裁判官の人物像	IX 州憲法修正による Affirmative Action の禁止の合憲性
2 Affirmative Action の憲法適合性に関するパウエル裁判官の見解	1 州民発案による Affirmative Action の禁止
3 パウエル裁判官の意見の使われ方	2 Schuette 判決
4 パウエル裁判官の見解の性質	3 Affirmative Action 禁止の解除
V オコナ裁判官による Affirmative Action の憲法上の評価	X 分断の危険
1 オコナ裁判官の判断の重要性	1 マジョリティの敵意と分断の危険
2 オコナ裁判官の厳格審査	2 マイノリティ同士での争い
	3 人種的不均衡と分断
	XI おわりに

I はじめに

1 問題の所在

本稿の目的は、合衆国最高裁の裁判官が Affirmative Action (AA) を憲法上如何に評価しているのかを明らかにするところにある。AA の憲法上の

評価は、禁止、許容、要求の 3 つに分類できる。憲法学が日本へのアファーマティブ・アクションの導入を論じる際に、その合憲性判断について多くの蓄積のある合衆国の判例と学説を参照してきた。その上で、日本の憲法学は、一般的に、アファーマティブ・アクションは憲法上禁止されず、要求はされないが、許容されると解してきた。その際、日本の憲法学は、アファーマティブ・アクションが実施されずに、マイノリティの不利な状況が放置されると、マイノリティは社会経済的に低い地位に押し込まれ続けるため、平等達成のためにアファーマティブ・アクションは憲法上禁止されないとした。他方で、日本の憲法学は、アファーマティブ・アクションは機会の平等の実質的保障を意図するが、一時的に形式的平等に反するため、憲法上要求されず、許容されるにとどまるとしてきた。日本が参照する合衆国の判例理論は、一般的に、AA は憲法上要求されるまでには至らず許容されるにとどまると解するが、如何なる理由からその解釈をとるのか。

合衆国最高裁には、AA の合憲性判断に関して常に違憲判断を下す裁判官のグループ（否定派）、事例ごとに判断を変える裁判官のグループ（中間派）、常に合憲判断を下す裁判官のグループ（肯定派）が存在する。否定派は理論的には AA は憲法上許容されるが、事実上禁止されると解する。中間派は基本的には AA に否定的だが、憲法上許容されると解する。肯定派は AA に肯定的だが、憲法上要求はされず許容されるにとどまると解する。本稿では、各グループが AA の評価に至る際に、如何なる主張を展開したのかを網羅的に考察する。その際、各グループがその評価に至った思想的、政治的背景も併せて考察する。

また、近年の日本の学説では、アファーマティブ・アクションは憲法上要求されるという解釈をとることも可能であるとの見解が示されている。この学説は、AA が憲法上要求されるとの解釈を示唆する合衆国の少数派の学説を参照し、日本への応用を試みている¹。だが、本稿の考察で見ていくように、合衆国最高裁の判例では AA の否定派から肯定派に至るまで、すべての裁判官は AA が憲法上要求されるという解釈をとり、憲法上要求されるという見解は非常にラディカルな見解として否定されている。本稿での考察によって合衆国最高裁のすべての裁判官が憲法上要求されるという解釈を否定したのは何故かを解明することで、日本でアファーマティブ・アクションが憲

法上要求されるとの解釈を展開する際に、合衆国の議論を参照するのは無理があることが明らかになる。

2 構成

本稿は以下のように考察を進める。本稿では、まず、否定派の裁判官が AA を憲法上如何に評価しているのかを考察する (Ⅱ)。次に、中間派の裁判官について考察し、中間派の裁判官が事例ごとに判断を変えるのは何故かを考察する (Ⅲ)。中間派として、パウエル裁判官、オコナ裁判官、ケネディ裁判官が挙げられ、各裁判官が AA を憲法上如何に評価しているのかを考察する (Ⅳ～Ⅵ)。中間派の裁判官は穏健な保守派だと評されており、AA には基本的に反対だが、憲法上許容されるとの解釈に基づいて、ときに合憲判断を下す。AA に否定的な立場をとりながらも、ときに合憲判断を下すには如何なる背景があるのかを考察する (Ⅶ)。次に、肯定派の裁判官が AA を憲法上如何に評価しているのかを考察する (Ⅷ)。

以上の本稿の考察は、AA の合憲性が問題とされた判決を対象としている (Ⅱ～Ⅷ)。合衆国最高裁の裁判官が AA を憲法上如何に評価しているのかは、州憲法の修正による AA の禁止の合憲性が問題とされた判決にも見ることができる。そこで、それに関連する Schuette 判決をめぐる議論を考察する (Ⅸ)。

合衆国最高裁では肯定派であっても、AA が憲法上要求されるという解釈をとらないが、その理由は肯定派が AA の危険性を認識しているところにある。合衆国最高裁の裁判官が認識した AA の危険性とは何かを考察する (Ⅹ)。最後に、本稿の議論をまとめる (Ⅺ)。

Ⅱ 否定派の裁判官 (スカリア裁判とトマス裁判官) の見解

1 厳格審査の適用と Affirmative Action の正当化の限定

AA は人種を意識しカラーブラインドと抵触するため²、人種差別をなくす方法は人種区分を使用しないことであるという考えに基づいて³、否定派の裁判官は AA を否定する理論としてカラーブラインドを用いた⁴。合衆国最高裁

の中でも、スカリア裁判官やトマス裁判官といった AA の否定派は、人種区分は本来的に疑わしいと認識し⁵、AA には厳格審査⁶が適用されるとの立場をとってきた⁷。AA 否定派の裁判官は、AA とマイノリティの不均衡を助長する人種分離を道徳的に同じだと考えて、双方を「不当」だとしてきた⁸。トマス裁判官は、優先は人種ではなく、各人がおかれた不公正な状況に基づいて行われるべきという考えの下、あらゆる AA を違憲だと判断している⁹。スカリア裁判官も、その業績において、AA に対する反対する見解を明確に示している¹⁰。

もっとも AA の否定派の裁判官は、厳格審査の下ですべての人種区分が違憲になるとはしておらず、刑務所での人種暴動など生命身体に差し迫った危険が生じた場合等に、例外的に人種区分の使用が許容されると示してきた¹¹。合衆国最高裁で AA に最も批判的な立場をとるスカリア裁判官でさえも、直接に差別の弊害を被った犠牲者の救済には賛成しており¹²、これに該当する場合には、論理的には AA は厳格審査を通過して憲法上許容される¹³。厳格審査は人種区分に人種主義が存在するのかどうかの判断を助け¹⁴、許容できない人種区分の根絶を目的としており¹⁵、何がそれに該当するのかが争点になっている¹⁶。

否定派の裁判官は、AA が正当化されるためには犠牲者を特定できる差別の認定が必要であるとの意見に同調しており¹⁷、その証明には確固たる証拠が要求され¹⁸、差別の犠牲者だと特定されない者は AA の直接の受益者となる資格はないと論じる¹⁹。否定派の裁判官は、政府による人種区分が憲法上の重要原則を侵害するため、特定された差別の犠牲者への救済においてのみ、AA が許されると考えた²⁰。

差別の犠牲者を特定する確固たる証拠の証明によって、厳格審査の通過可能性は示されているが²¹、その証明には非常に重い負担が要求されるため²²、厳格審査の通過は不可能に近いとも評価されている²³。この見解の下では、差別の立証は困難であり、AA の正当化は非常に難しかった²⁴。否定派の裁判官は厳格審査の適用を通じて AA の制限を試み²⁵、厳格審査はカラーブラインドな憲法を体現しており²⁶、平等保護条項がカラーブラインドを要求していることを意味するとも評価された²⁷。否定派の裁判官は、厳格審査の通過可能性を示唆するものの²⁸、かなり限定的な AA についても違憲判断を下して

おり²⁹、AA を「事実上禁止」しており³⁰、その意見の中で AA が憲法上禁止されることを示唆している³¹。

2 カラーブラインドとの抵触への懸念

否定派の裁判官は、救済の対象を特定の差別の犠牲者に限定することが、カラーブラインドに忠実であると理解している³²。否定派の裁判官は、憲法はカラーブラインドであるべきであり、マイノリティへの利益付与を意図しているのであっても許容されるべきではないと考えているとされる³³。否定派の裁判官には、肌の色に基づいて人種主義の問題を解決するという考えがないと分析されている³⁴。

トマス裁判官は AA が「独立宣言と平等保護条項で具体化される平等原則を弱めるだけ」との懸念を表明し³⁵、AA に強力に反対する³⁶。トマス裁判官のカラーブラインドのアプローチは人種使用を常に違法にすると判例³⁷と学説で認識されている³⁸。トマス裁判官は、政府による意図的な人種分離に必要な場合には人種区分の使用が許されると考えているが³⁹、かなり限定された形式の AA についても違憲判断を下しており⁴⁰、学説では「合衆国最高裁の現在のメンバーの中では、おそらくは、トマス裁判官がカラーブラインドの強力な支持者」⁴¹だと評価されている⁴²。AA を否定する論理として、否定派の裁判官によってカラーブラインドは使用された⁴³。

AA 否定派の裁判官は、人種区分にはそれ自体として悪意があり、違憲であるという見解を擁護し⁴⁴、AA は人種を意識しカラーブラインドと抵触するため⁴⁵、AA を批判するためにカラーブラインドの原則を用いている⁴⁶。否定派の裁判官は、AA を差別だと捉え、差別に抗するための差別 (AA) の使用は法の下では常に批判され⁴⁷、AA によって統合は達成されないと考えている⁴⁸。

スカリア裁判官は、AA が新たに不正義を生じさせる旨を述べており⁴⁹、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⁵⁰、AA をなくさなければならないと認識しているとされる⁵¹。スカリア裁判官やレンキスト裁判官は、人種的な敵意と争いを助長する人種区分の危険性を認識していた⁵²。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⁵³、AA 否定派の裁判官たちは、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

ている⁵⁴。

3 スティグマへの懸念

トマス裁判官は直接差別行為をしていないにも関わらず AA によって不利益を受ける者への影響を強調せず、AA が受益者にスティグマを課すことを懸念している⁵⁵。AA に反対する際に、レンキスト首席裁判官⁵⁶ やスカリア裁判官⁵⁷ も、受益者に対して課されるスティグマを懸念しており⁵⁸、AA 否定派の裁判官は、AA はスティグマを生じさせると認識していた⁵⁹。AA の否定派は、AA により生じる害悪がマイノリティへの不利な状況を作り出すために⁶⁰、カラブラインドが人種的なカーストのない社会を作り出すと考え⁶¹、人種区分の使用に体系的に反対してきた⁶²。AA は人種区分が本来的に疑わしく、固定観念と偏見をあまりにも助長することから⁶³、禁止されるべきであり⁶⁴、法がすべてのグループを区別なしに取り扱うときにだけ⁶⁵、人種の偏見が真に取り払われていると回答する⁶⁶。

III 中間派の裁判官の見解

1 中間派の裁判官の性質

ここでは、中間派と評価されている 3 人の裁判官が、AA について憲法上いかなる評価を下しているのかを考察する。中間派は、基本的には AA に否定的立場をとる。だが、AA の適法性判断に関して、肯定派と否定派と比べると中間派の選好は弱く、裁判所の判断が社会に受け入れられず、政治的に悪い結果をもたらすことを危惧して、事例ごとに判断を変える。政治的争いを回避するために、中間派はそもそも AA のような争いの激しい問題の審理を拒否する傾向にある⁶⁷。

合衆国最高裁では支持派と否定派が拮抗する状況が長く続き、保守派だが AA に関しては中間派と呼ばれるパウエル裁判官、オコナ裁判官、ケネディ裁判官が AA の合憲性判断を左右してきた⁶⁸。強力な選好がなければ、それらの裁判官が政治的な争いの只中に自身を置く理由は乏しく⁶⁹、キャストイングボートを握っている中間派の裁判官は弱い選好しか持っておらず、社会的及び政治的な力が彼らの判断に大きな影響を及ぼしてきたのであり⁷⁰、公

衆の意見の変化に敏感であり⁷¹、それに最も反応するとされる⁷²。

2 中間派が合衆国最高裁判官に就任した背景

AA に関して中間派の裁判官は、保守派の中でも穏健だと評価されている⁷³。穏健な保守派が合衆国最高裁の裁判官に就任した背景には、合衆国最高裁裁判官の任命をめぐる政治的な争いがある。例えば、レーガン政権とジョージ・ブッシュ政権は、合衆国裁判所への裁判官の任命と司法省での議論を通じて、AA への反対を試みていたが、それらの取組は、合衆国議会や学界、ジャーナリズムから強い反対にあっており⁷⁴、こうした状況を考えると、極端な保守派が合衆国最高裁の裁判官に任命される可能性は低いとされる⁷⁵。

合衆国裁判所の任命は、大統領が自身の政権の指針の促進を司法によって「テコ入れ」するために行われる⁷⁶。AA の憲法適合性の判断の結果は、各事例が判断されたときの合衆国最高裁の人員構成次第であり、合衆国最高裁の判断は政治的に下されるとの考えから⁷⁷、歴代の大統領は、合衆国裁判所に自身の政党に属する者を数多く送り込んだ⁷⁸。裁判官の任命は、様々な短期および長期にわたる目的の達成に関する大統領と上院議員のギブアンドテイクを含んでおり、大統領の思惑通りに進まない場合がある⁷⁹。当初、レーガン大統領は保守派のロバート・ボークがレーガン政権の司法哲学を最も共有していると考えて合衆国最高裁の裁判官に指名した⁸⁰。ボークは女性の人工妊娠中絶の権利を確立した Roe 判決⁸¹ を覆す考えを持っているなど⁸²、リベラルに傾いた合衆国最高裁を保守的な考えに導こうと考えていた⁸³。ボークは非常に保守的な見解を有しているが故に、その任命をめぐるリベラル派の政治勢力から激しい反対がなされた。その結果、ボークの任命は拒否され、穏健な保守派であるケネディが合衆国最高裁の裁判官に指名され⁸⁴、その指名は全会一致で認められた⁸⁵。ボークが合衆国最高裁裁判官に就任していた場合には、AA の合憲性の問題も違う展開をたどっていた可能性があると言われている⁸⁶。この事例は、合衆国の政治的思考の主流から外れた考えを持つと認識された者が合衆国最高裁裁判官に就任するのを防ぐことに成功したプロセスの例だとされる⁸⁷。

3 政治的批判への懸念

1987 年から 1993 年にかけて、5 人の保守的な人物（レンキスト、ホワイ

ト、オコナ、スカリア、ケネディ) が合衆国最高裁の裁判官として務め、その間、Croson 判決で AA に違憲判断を下し、救済の対象となる差別の対象を狭めても、保守的な見解が合衆国最高裁の多数を占めることはなかったとされる⁸⁸。このような評価がなされるのは、中間派の裁判官は共和党の大統領によって任命されたが、社会問題についてのリベラルな憲法判断を破壊する意思がないことが背景にある⁸⁹。AA ではないが、人工妊娠中絶の権利という激しい争いを伴う社会問題について、中間派の裁判官はリベラルな憲法判断を覆さなかった。Casey 判決⁹⁰において、オコナ裁判官とケネディ裁判官は Roe 判決を再び支持し、それを覆す訴えを否定した⁹¹。当時、保守的な見解に反発する合衆国議会上院がトマス裁判官の任命に対して強く反対したのを見ており、Roe 判決を覆して人工妊娠中絶の権利を否定することは、リベラル派の強力な反対を招くことになるため⁹²、自らにその反発が向かうのを避けるために、人工妊娠中絶に関して、保守的な政治的指針に同意しておらず⁹³、裁判官の任命と司法省での人員配置を通じて憲法を再形成するレーガン政権とブッシュ政権の取組と合衆国議会が対峙する状況にあって、自らの持つ保守的な見解を貫徹しなかった⁹⁴。オコナ裁判官とケネディ裁判官は保守的な判決の政治的な影響を考慮しており、保守的な社会的アジェンダの強力な支持者ではなかった⁹⁵。

それらの裁判官は、人工妊娠中絶の権利の否定は、将来の裁判官任命者に否定的な影響を及ぼし、合衆国議会に対して合衆国議会の制定法解釈の判断の覆しを促すことを懸念し⁹⁶、Casey 判決の相対多数意見(オコナ、ケネディ、ソータ)は、「(政治的な)争いのある中での Roe 判決の覆し」の費用を強調し、人民の「司法への信頼」と合衆国最高裁の「正統性」を結びつけて考えていた⁹⁷。

人工妊娠中絶の権利をめぐる争いは、合衆国最高裁の穏健な保守派が憲法理論の急激な変化を好まない例を示しており⁹⁸、Casey 判決での中間派による Roe 判決を覆さない判断は、保守派による長年の取組を打ち砕いたとされる⁹⁹。

オコナ裁判官とケネディ裁判官は、保守派の社会的指針を促進するよりも、評判に関する費用を懸念していたと推測されており¹⁰⁰、その原因として、オコナは立法者(アリゾナ州上院議員)であったことがあり、ケネディの父は

ロビイストであることが挙げられている¹⁰¹。オコナ裁判官は、AA のもたらす費用と便益の比較によって、その憲法適合性について判断していると指摘されている¹⁰²。

IV パウエル裁判官

1 パウエル裁判官の人物像

パウエル裁判官は、ニクソン大統領に任命され、ウォーレンコートのリベラル派の裁判官と交代して、合衆国最高裁の裁判官に就任した。ニクソン大統領は、ウォーレンコートが合衆国最高裁を保守派にとって悪い方向に導いたと考えており¹⁰³、合衆国裁判所への裁判官の任命を通じてウォーレンコートの人種分離解消の判決を抑える意図があった¹⁰⁴。ニクソン大統領は、パウエル裁判官の他に合衆国最高裁に3人の裁判官（バーガー、ブラックマン、レンキスト）を任命する機会があり、合衆国最高裁におけるリベラルな司法積極主義者による多数派の形成を壊した¹⁰⁵。ニクソン大統領が保守的な考えを持つ者を合衆国最高裁の裁判官に任命することで、リベラルなウォーレンコートからより保守的なバーガーコートへと変化した¹⁰⁶。

ニクソン政権時に、合衆国裁判所の裁判官候補者の見解が政権の考えに適合するの否かをスクリーニングする方法が制度化されており¹⁰⁷、ニクソン大統領は合衆国裁判所の裁判官に党の指針に沿った考えを持つ保守的な人物を数多く任命した¹⁰⁸。結果として、ニクソン大統領による合衆国裁判所の裁判官任命者のほとんどは、共和党所属の保守的な人物となった¹⁰⁹。

しかし、AA のような合衆国を分裂させる大きな問題について、合衆国最高裁が極端に保守的な考えへ傾倒することは大きな政治的反発を招く¹¹⁰。ニクソン大統領にとって、選挙での勝利が、合衆国裁判所の保守主義のイデオロギーの促進よりも重要であり、彼の最も保守的な論理に合致した合衆国最高裁をつくるため意思を示さなかったとされる¹¹¹。こうした政治的状况において、穏健な保守派だとされるパウエルが合衆国最高裁の裁判官に任命された¹¹²。

パウエル裁判官は、AA に厳格審査を適用すべきとの立場をとり、いくつ

かの判決で違憲判断を下したが合憲判断も下しており、AA の厳格審査の通過の可能性を示し、AA の合憲性について事例ごとに判断を変えてきた¹¹³。合衆国最高裁には AA を常に違憲と判断する裁判官と合憲と判断する裁判官がおり、事例ごとに判断を変えるパウエル裁判官は、AA の合憲性について評決を左右する立場にあり¹¹⁴、合衆国最高裁が AA の憲法適合性の判断に取り組む際に、重要な役割を果たしてきた¹¹⁵。故に、AA の合憲性をめぐる議論において、パウエル裁判官意見は学説や判例で頻繁に参照されている¹¹⁶。

市民権に関連する事例において、パウエル裁判官は保守的な判断を下さなかったと評価されている¹¹⁷。また、Bakke 判決で、パウエル裁判官は違憲判断を下しながらも AA が憲法上許容される可能性を示唆しており、リベラル派を勝利させる決定的な判断をしたと評価されている¹¹⁸。他方で、AA に厳格審査を適用すべきとするパウエル裁判官の立場は、AA に否定的な判断を下す際に、他の裁判官から参照されてきた (IV 3 (1))。パウエル裁判官は AA の支持派から市民権の 1 人の擁護者として担ぎ上げられているが、市民権を促進する行動を一貫してとってきたわけではない¹¹⁹。Brown 判決が下された 1954 年以降に、パウエル裁判官はリッチモンド市の教育委員会の議長とヴァージニア州の教育委員会の委員を務めたが、人種分離解消を積極的には支持していない¹²⁰。

2 Affirmative Action の憲法適合性に関するパウエル裁判官の見解

(1) Bakke 判決

(a) リベラルな見解と保守的な見解の包含

Bakke 判決で、合衆国最高裁は、メディカルスクールの入学者選抜で人種を考慮でき、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ブンス裁判官のグループ (バーガー首席裁判官, ステュワート, レンキスト裁判官同調) で意見が大きく分かれた。この状況にあって、パウエル裁判官は 2 つのグループの間での停滞を壊し¹²¹、結論を左右する評決をした¹²²。キャストイングボートとなったパウエル裁判官は問題とされたクォータ制を違憲にする際にスティーブンス裁判官のグループに同意したが¹²³、

入学者選抜判断における1つのプラス要素としての人種の考慮を大学に許す際に¹²⁴、ブレナン裁判官のグループにも同意した¹²⁵。パウエル裁判官は違憲判断を下したという点では保守的な見解を示したが、AAの許容可能性を示しており¹²⁶、この点ではリベラルな側面も示した¹²⁷。

(b) 司法審査基準

ブレナン裁判官は、人種区分がマジョリティである白人に不利益を及ぼす場合、その目的が「良性」であれば疑わしくないと主張したが¹²⁸、パウエル裁判官は、人種区分が個人の機会や利益を否定するとき、それは「疑わしい」とする¹²⁹。「平等保護の保障は、ある個人に適用されたときにはあることを、他の肌の色の者に適用されたときには他のことを意味しない」のであり¹³⁰、マジョリティとマイノリティに異なる基準を課す平等保護条項の解釈に反対している¹³¹。

パウエル裁判官によれば、クォータがマイノリティに利益を与え、その不利な状況を改善することはなく¹³²、人種区分によって影響を受けるグループが憤慨を生じさせる可能性が高いとする¹³³。さらに、パウエル裁判官は、AAは「個人の価値と何ら関係ない要素に基づく特別な保護がなければ、[AAの対象となるグループに属する者は]成功できないという固定観念を強めるだけ」¹³⁴ だとする¹³⁵。

以上の見解に基づき、パウエル裁判官はAAには「最も厳密な審査 (the most rigid scrutiny)」が適用されるべきであり、「最も厳しい司法審査 (the most exacting judicial examination)」が要求されると判断した¹³⁶。Bakke判決でパウエル裁判官が示した「最も厳密な審査」とは、「厳格審査 (strict scrutiny)」¹³⁷ と同義だとされており¹³⁸、パウエル裁判官は、AAが合憲であるために厳格審査の充足を要求した¹³⁹。

「厳格審査」は手段審査と目的審査について、判断形成者に非常に重い合憲性証明の負担を課し、厳密に審査するのであり¹⁴⁰、厳格審査は「理論上厳格だが、事実上致命的」だという考えが多くの学説や裁判官の意見で支持され、厳格審査が適用された場合にはほぼ違憲になるという見解が示されてきた¹⁴¹。パウエル裁判官はAAに厳格審査を適用しながらも¹⁴²、特定された差別の救済 (IV 2 (1) (c)) や多様性によってAAが正当化される可能性を示唆しており (IV 2 (1) (d))、厳格審査の下でもAAが正当化される可能性を

示した¹⁴³。

(c) 社会的差別の救済による Affirmative Action の正当化の否定

Bakke 判決において、ブレンナン、ホワイト、マーシャル、ブラックマン裁判官は、州が常に人種の考慮を禁止されることはないことについて¹⁴⁴、パウエル裁判官に同意した¹⁴⁵。リベラル派の裁判官達は、過去の社会的な差別の影響の救済が人種を意識する入学者選抜策を正当化する重要な利益になりうると考えたが¹⁴⁶、パウエル裁判官は、AA が過去に差別を被ったマイノリティに対して平等を保障するものだと考えることに気が進まず¹⁴⁷、社会的差別の救済による AA が正当化を懸念した¹⁴⁸。パウエル裁判官は「この記録において、(メディカルスクールの) 特別な施策によって優先を受けたマイノリティグループの人々が社会的差別を受けてきたことから利益を受ける資格があると結論づけられた場合には、社会のいずれの分野において、『社会的差別』を被った数多くのいずれのマイノリティグループがそれを主張できないと判断するのは難しい」とし¹⁴⁹、社会的差別の救済は AA の正当化理由にはならないと結論づけた¹⁵⁰。パウエル裁判官は、社会的差別の救済による AA の正当化が救済の対象となるグループを際限なく拡大してしまうことを懸念し、AA の正当化理由としてそれを否定した。そして、パウエル裁判官は、AA が直接的に差別行為をしていない者に悪影響をもたらすことを懸念し¹⁵¹、州は「社会的差別」ではなく特定された差別を救済する正当な利益を有していると示し、具体的な侵害の立証を求めることで、その悪影響を抑えることができると考えた¹⁵²。

(d) 多様性の利益による AA の正当化可能性の示唆

パウエル裁判官は、多様な学生構成を達成する目的は、入学者選抜における人種の考慮を正当化するのに十分にやむにやまれぬものであり、メディカルスクールに対して「入学者選抜プロセスでのいずれの人種の考慮が覆されるべきことを」禁止しないとして¹⁵³、多様な学生構成の達成が「憲法上許容しうる目的」であることを明示し¹⁵⁴、AA が憲法上許容される可能性を示して¹⁵⁵、カリフォルニア州に対して人種の考慮を常に禁止できないと結論づけた¹⁵⁶。多様性が特定の者だけでなく、全員に利益を及ぼすことから、パウエル裁判官は多様性を AA の正当化理由として認めた¹⁵⁷。このように、パウエル裁判官は、いくつかの人種区分の合理性を認識していた¹⁵⁸。パウエル裁判

官は、社会的差別の救済による AA の正当化を否定したが (IV 2 (1) (c))、多様な学生構成の達成を促進するために大学による人種使用を認めた¹⁵⁹。

(e) 先例としての価値

Bakke 判決でのパウエル裁判官の意見は法廷意見ではなく¹⁶⁰、誰も同意しておらず¹⁶¹、このことが強調されるべきだとする見解が見られる¹⁶²。Bakke 判決が下された当時、パウエル裁判官の意見に拘束力があつたのかは不明確であり¹⁶³、先例としての価値があるとするには現実味がなく¹⁶⁴、それには拘束力がないと指摘される¹⁶⁵。

単独の意見であることは、Bakke 判決の先例としての価値に疑念を生じさせてきたが¹⁶⁶、メディカルスクールの入学者選抜で人種の考慮が許される場合があること、クォータ制が許されない点について、パウエル裁判官は多数を形成していることから¹⁶⁷、これらについては法廷意見として理解可能であり¹⁶⁸、合衆国最高裁の判断を宣言していると考えられた¹⁶⁹。

4人の裁判官から構成されるブレナン裁判官のグループは人種が本来的に疑わしいとする懐疑主義に依拠しながらも (VIII 2)、入学者選抜での人種考慮が許容されるとの立場を示している。ブレナン裁判官のグループとともに、パウエル裁判官は、入学者選抜の判断の1つの要素として人種を考慮することを入学者選抜の担当者に許す合衆国最高裁の意思を示しており¹⁷⁰、Bakke 判決では、AA を許容すると判断する裁判官が多数を構成している¹⁷¹。

Bakke 判決は大きく割れたが、憲法は入学者選抜判断の数ある「プラス」要素のうちの1つとしての人種の考慮を禁止しないと示した¹⁷²。カリフォルニア州最高裁は入学者選抜における1つの要素としての人種の考慮を禁止したが、パウエル裁判官はそれを覆しており¹⁷³、彼の判断がリベラル派を勝利させたと評価されている¹⁷⁴。しかし、パウエル裁判官による「疑わしい区分」としての人種の強調は、大学に対して、入学者選抜における人種の考慮の中止を許しているとも評価されている¹⁷⁵。

(f) Bakke 判決の影響

大学関係者の中には、Bakke 判決で示された多様性という理由が AA の正当化にとって十分に強力な議論であるのかを疑問視する者がいたが¹⁷⁶、合衆国の各大学は、パウエル裁判官の意見に従って、入学者選抜策を判断した¹⁷⁷。即ち、クォータ制が違憲であるのは明らかだが¹⁷⁸、多くの学校は、入学

者選抜のプロセスで考慮される多くの要素のうちの 1 つ (「プラス要素」) として人種を使用した¹⁷⁹。「プラス」要素がどの程度の重要性を持つのかについて明確な指針はなく、各機関はマイノリティに与えられる優先の許容される制限に収まるのが何かについての判断を委ねられた¹⁸⁰。Bakke 判決以降、パウエル裁判官の意見が社会に及ぼした影響が重要である旨が指摘されている¹⁸¹。

(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% をマイノリティ所有の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。バーガ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¹⁸²、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¹⁸³。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、合衆国最高裁はそれに対する敬讓があるべきだと示す¹⁸⁴。同相対多数意見は問題とされた連邦法は厳格審査を通過するとして合憲判断を下し、連邦法の合憲性が問題とされた文脈において、社会的差別の救済による AA の正当化を認めた¹⁸⁵。

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、個別に同意意見を執筆した¹⁸⁶。パウエル裁判官は社会的差別の救済による AA の正当化を否定し (IV 2 (1) (c))、特定された差別の救済によって AA が正当化される可能性を示すが、人種区分が合憲であるためには最も厳密な司法審査に服するべきだと指摘した¹⁸⁷。

厳格審査の下で、パウエル裁判官は、Fullilove 判決で問題とされた施策は、過去の差別の継続する影響の根絶を意図しているため、やむにやまれぬ利益に努めるとした¹⁸⁸。パウエル裁判官は、特定された差別の存在の立証が AA を許容するために決定的だと考えており¹⁸⁹、救済の対象の拡大 (社会的差別の是認) を否定した¹⁹⁰。しかし、パウエル裁判官は、合衆国議会は「私的な及び政府による差別がマイノリティ業者に与えられる公契約の著しく低い割合に寄与している」ことを合理的に判断し、裁判所と比べて広範囲にわたる

差別を救済する権限を持つことから、合衆国議会が差別の具体的な事実認定を欠いているが¹⁹¹、それを受け入れて合憲判断を下した¹⁹²。手段審査に関しても、パウエル裁判官は、最も制限的である利用可能な手段ではなく、同等に利用可能な手段の使用を合衆国議会に要求したにすぎない¹⁹³。パウエル裁判官は、救済に基づく AA の合憲性が問題とされた事例でも、厳格審査の通過可能性を示唆しており、憲法は一切の AA を禁止するとは宣言しなかった¹⁹⁴。

(3) Wygant 判決

Wygant 判決では、教員のレイオフの判断に際して、マイノリティであることを考慮する労働協約の合憲性と市民権法第7編との抵触が問題となった。ジャクソン市教育委員会と教員組合は労働協約を締結した。労働協約には「教育委員会がレイオフにより教員数を削減しなければならなくなったときには、学区で最もシニオリティの高い教員が在職する。ただし、いかなるときも、レイオフの時点で雇用されているマイノリティの教員の比率よりも高い比率でマイノリティの教員がレイオフされてはならない」という規定があった。

Wygant 判決でもパウエル裁判官は、人種区分は本来的に疑わしいとして懐疑主義に依拠し、AA への厳格審査の適用を支持した¹⁹⁵。AA に厳格審査が適用されるべきとする旨の見解は他の裁判官によって示されているものの、Bakke 判決と Fullilove 判決でのパウエル裁判官の主張は単独の意見だったが、Wygant 判決においてパウエル裁判官の意見にはレンキスト首席裁判官とオコナ裁判官が加わっており、一定の裁判官の直接の同意をもってパウエル裁判官の主張 (AA には厳格審査が適用されるべき) が展開された¹⁹⁶。

パウエル裁判官相対多数意見は、合衆国に深刻な人種差別が存在したことには誰も疑わないが、差別行為を直接的に行っていない者に対して「不利に作用する、差別的な法的救済を課す理由として、社会的差別は不十分であり、あまりにも広」く、差別に関する「特定の事実認定がない場合、期限なしに過去に達し、将来に無制約に影響を及ぼす救済を、裁判所は支持できることになる」と示して¹⁹⁷、社会的差別の救済による AA の正当化を否定した¹⁹⁸。パウエル裁判官は、政府機関による過去の差別が存在し、区分がそのような差別の救済を意図している場合に、政府に対して人種区分の使用を許すにすぎ

ないと主張した¹⁹⁹。そして、当該事例では具体的な差別の存在が立証されておらず、当該判決で問題とされた施策が違憲だと判断した²⁰⁰。

(4) Sheet Metal Workers 判決

Sheet Metal Workers 判決では、板金工組合が市民権法に違反して組合への加入の際にマイノリティを差別しているとの認定に基づき、マイノリティが板金工組合の組合員に占める割合が一定 (29.3%) に達するまで、当該組合に対して、マイノリティを優先的に組合に加入させる合衆国地方裁判所による命令の合憲性が問題となった。ブレナン裁判官相対多数意見は、合憲性審査に適用する審査基準は不明確だが、当該事例で問題とされた AA は厳格審査も通過する (合憲である) と述べた²⁰¹。パウエル裁判官は相対多数意見に加わらず個別の同意意見で AA への厳格審査の適用を主張し、問題とされた施策が厳格審査を通過することに同意した²⁰²。当該判決において、パウエル裁判官は、厳格審査の下で AA が許容される可能性を示した²⁰³。

(5) Paradise 判決

Paradise 判決では、アラバマ州公共安全局による州警察からのマイノリティの常習的な排除の認定に基づく、アラバマ州中部地区合衆国地方裁判所による公共安全局に対する命令 (警察の昇進手続における AA の実施の命令) の合憲性が問題となった。

ブレナン裁判官相対多数意見は合憲判断を下し、パウエル裁判官はこれに同調した。同相対多数意見は、「裁判所を含む政府組織が被差別の人種とエスニシティのグループに対する違法な取扱いの救済に必要な人種区分を使用しても合憲であることは、いまや十分に確立している」として、AA の憲法上の許容性を示唆する²⁰⁴。そして、人種区分には一定程度厳格な司法審査基準の適用が要請されるが、何が妥当な司法審査基準について合衆国最高裁の裁判官は同意していないが、問題とされた命令は厳格審査を通過するため²⁰⁵、どの審査基準が適用されるべきかを議論する必要はないとした²⁰⁶。パウエル裁判官は「修正第 14 条の平等保護の目的とまさにその明文に照らせば、裁判所が命令した、あるいは政府が採用した AA 計画は最も厳密に審査されなければならない」として²⁰⁷、厳格審査の適用を主張した上で、合憲判断を下した²⁰⁸。

3 パウエル裁判官の意見の使われ方

(1) Croson 判決

Croson 判決では、リッチモンド市との公共事業の第1次契約締結者が、契約総額の少なくとも30%をマイノリティ系企業に下請けさせねばならないとするリッチモンド市の条例の合憲性が問題となった。オコナ裁判官法廷意見は、懐疑主義に基づいて自治体のAAに厳格審査を適用し、違憲判断を下した²⁰⁹。

Croson 判決は、多くの部分で、パウエル裁判官の見解に依拠している²¹⁰。オコナ裁判官は、パウエル裁判官の見解に基づいて、人種区分はステイグマによる害悪を生じさせる危険があると示す²¹¹。オコナ裁判官は、Wygant 判決でのパウエル裁判官の見解を参照し、社会的差別の救済によるAAの正当化を否定し²¹²、特定可能な具体的差別の救済によってAAを正当化できる旨を示し²¹³、救済の対象となる差別の範囲を限定した²¹⁴。

Croson 判決は差別の立証に厳しい基準を設定しており²¹⁵、この基準の下での合憲判断は不可能に近く²¹⁶、ほとんどの法が違憲になると評価されている²¹⁷。Croson 判決では、AAに厳しい審査を展開し、違憲判断を下すために、パウエル裁判官の見解が使われた。

(2) Adarand 判決

Adarand 判決オコナ裁判官法廷意見は、最も厳密な司法審査からの後退は将来的に人種差別を肯定する危険を増やすだけだとして懐疑主義に基づき、AAへの厳格審査の適用を主張し²¹⁸、AAを含めてすべての人種区分への厳格審査の適用は、Fullilove 判決でパウエル裁判官が主張したこと(AAには厳格審査が適用されるべきとの主張)²¹⁹を明確にしたにすぎないと示した²²⁰。同法廷意見は、Bakke 判決に依拠することで、すべての人種区分への厳格審査の適用を明確にした²²¹。

同法廷意見は、AAへの厳格審査の適用を主張するが、「この国におけるマイノリティへの人種差別行為とそれの継続する影響が不幸にも存在しており、政府はそれに応じて行為する資格がないわけではない」²²²として、いくつかの形式のAAが許容されることを含意する²²³。また、同法廷意見は、厳格審査が「我々は『理論上厳格だが、事実上致命的』である」という概念を壊すことを欲する」と示し²²⁴、Guntherによる有名な一節²²⁵の否定に努める²²⁶。

Fullilove 判決でパウエル裁判官が述べたのは、AA の厳格審査の通過可能性だと評価されており²²⁷、オコナ裁判官は厳格審査通過可能性を示唆する意見としてパウエル裁判官の意見を参照した。

(3) Grutter 判決

(a) 合衆国裁判所の下級審と州裁判所による多様性の評価

Bakke 判決パウエル裁判官は一定の状況において学生構成の多様性を求める AA への許容を示唆しており²²⁸、学説ではその重要性が指摘されてきた²²⁹。高等教育の人種的多様性の重要性を認める、Bakke 判決におけるパウエル裁判官の意見は、広い範囲で影響力を及ぼしており²³⁰、合衆国裁判所の多くの判決ではその重要性が認識されてきたが²³¹、多様性による AA の正当化が認められるかどうかについて意見が割れ続けた²³²。

多様性の議論の批判者は、パウエル裁判官の意見は法廷意見ではなく、後の裁判所を拘束できず²³³、合衆国最高裁では多様性による AA の正当化は認められていないと主張した²³⁴。合衆国裁判所の下級審判決では、Bakke 判決パウエル裁判官意見には先例としての価値がなく、多様性による AA の正当化は認められないとする判断が見られた²³⁵。こうした判決が下される中で、パウエル裁判官の示した多様性の利益によっては、AA は正当化できなくなったという評価もなされた²³⁶。

他方で、Bakke 判決に基づいて、大学の入学者選抜の AA の合憲性が問題とされた文脈で、多様性による AA の正当化を認める合衆国裁判所の下級審判決もみられる²³⁷。また、組織内で多様性が必要であることを理由に、雇用判断の AA を正当化した州裁判所と合衆国裁判所の下級審判例がある。前者は大学教員の採用の AA に関する Farmer 判決²³⁸、後者は刑務官の採用の AA に関する Wittmer 判決²³⁹と警察官の昇進に関する Reynolds 判決²⁴⁰である。多様性による AA の正当化が認められるか否かについては、見解が定まらなかった。

(b) 多様性の承認

多様性による AA の正当化が認められるか否かについて合衆国裁判所の下級審や州裁判所の判断は割れており、合衆国最高裁の裁判官がパウエル裁判官の見解を支持するのかどうかは明らかではなかった²⁴¹。Grutter 判決オコナ裁判官法廷意見は、Bakke 判決のパウエル裁判官の意見に大きく依拠して、

学生構成の多様性による AA の正当化を認めており²⁴²、多くの点で、同法廷意見は Bakke 判決パウエル裁判官意見の復古であったとされる²⁴³。

オコナ裁判官法廷意見は大学の教育的任務は修正第 1 条の特別な関心であり²⁴⁴、「我々は、長きにわたり、公教育の重要な目的と大学の環境に伴う言論と思想の拡大した自由から、大学が我々の憲法上の伝統において特別なニッチを占めると長く認識してきた」とし²⁴⁵、「反証がなければ、大学側の誠実さは推定される」としており²⁴⁶、入学者選抜に関する大学の判断に対して敬讓がなされる。これについて、ケネディ裁判官は AA に厳格審査を適用すべきとするパウエル裁判官の見解は正しいルールだと認識するが²⁴⁷、オコナ裁判官は顕著な敬讓をするため、パウエル裁判官が要求したように、厳格審査を適用していないと評価した²⁴⁸。Bakke 判決において、パウエル裁判官は、多様な学生構成の達成は「高等教育機関にとって許容しうる目的であり」「特別に憲法上の権利として列挙されていないが、学問の自由は、修正第 1 条の特別な関心として長く考えられてきた。教育に関して自身で判断をする大学の自由は、学生組織の選抜を含む」と示し²⁴⁹、Grutter 判決でオコナ裁判官はこれに依拠しており²⁵⁰、ロー・スクールの判断への敬讓は Bakke 判決パウエル裁判官にルーツがある²⁵¹。

同法廷意見は Bakke 判決パウエル裁判官意見に依拠し、人種が入学者選抜で 1 つの考慮要素でありうるとする結論を支持するために²⁵²、同意見が学問の自由の原則に大きく依拠したと認識する²⁵³。同意見は、将来の指導者を育成するために、大学内部での活発な意見交換が必要であり、多様な学生構成がそれを促進するとしており²⁵⁴、大学での教育に多様性が重要だと認識している²⁵⁵。Grutter 判決がパウエル裁判官の意見に大きく依拠したのは、社会が Bakke 判決におけるパウエル裁判官のアプローチを受け入れる状況になったことが²⁵⁶、オコナ裁判官にとって重要であったと指摘されている²⁵⁷。

4 パウエル裁判官の見解の性質

(1) 肯定派と否定派からの参照

AA の合憲性が問題とされた判決において、パウエル裁判官は AA への厳格審査の適用を一貫して支持してきた²⁵⁸。パウエル裁判官は、AA は受益者を劣等視する考えと差別行為とは無関係な者に負担を生じさせ、人種間での

不和をもたらし、受益者と負担者に害悪を及ぼすことから、人種区分は本来的に疑わしく、違憲の推定がなされるとした。しかし、パウエル裁判官は AA の違憲性を推定しながらも、政府が AA に従事できる事例が存在する可能性を示した²⁵⁹。Bakke 判決では違憲判断を下すが、学生構成の多様性から生じる利益によって高等教育の入学者選抜における AA が許容される可能性を示した (IV 2 (1) (d))。差別的救済を理由とした AA の合憲性が問題とされた文脈では、社会的差別の是正による AA の正当化を否定するが、具体的な差別の存在を特定すれば、AA が許容される可能性を示唆した。パウエル裁判官は、救済に基づく AA の厳格審査の理論上の通過可能性を示唆しただけではなく、実際に、いくつかの判決では、判断形成機関の持つ差別を救済する権限に対して敬讓がなされ、合憲判断を下した。故に、パウエル裁判官の見解は、AA の許容性を示す際に肯定的に参照されている (IV 3 (2) (3))。他方で、パウエル裁判官は、救済の対象となる差別の範囲を狭く捉えて、違憲判断も下している (IV 2 (3))。Wygant 判決のパウエル裁判官の意見は、合衆国最高裁が AA に対する敵意を体系的に示した例として認識する見解も示されている²⁶⁰。このため、パウエル裁判官の見解は、AA を違憲にするために AA の否定派からも参照されている (IV 3 (1))。

(2) マイノリティの捉え方

パウエル裁判官は、AA への厳格審査の適用を一貫して主張してきた (IV 2)。この主張には、マジョリティとマイノリティについてのパウエル裁判官の捉え方が関連している。Bakke 判決においてパウエル裁判官による「合衆国はマイノリティの国家である」とする主張²⁶¹は、有名である²⁶²。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な判断を反映すると考えている²⁶³。この見解は、各グループが地位を求めて競合しているという概念に大きく依拠しており、パウエル裁判官は、様々なマイノリティが民主政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²⁶⁴。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ており²⁶⁵、パウエル裁判官は、白人から構成されるマジョリティに黒人が従属し

隷属しているという理解は変わってきていると理解している²⁶⁶。

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に対する保障であるという理解に基づいており²⁶⁷、「修正第 14 条の保障はすべての者に拡大される」と示している²⁶⁸。Bakke 判決において、パウエル裁判官は、歴史的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白人を特徴づけ、マイノリティが力を求めて競争しているというイメージを展開した²⁶⁹。

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ており²⁷⁰、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²⁷¹、その負担が彼らの怒りを招くことを問題視する²⁷²。こうした考えに基づいて、パウエル裁判官は AA に厳格審査を適用した²⁷³。

(3) 救済の対象となる差別の限定

パウエル裁判官は、社会的差別の救済による AA の正当化が AA の永続化を招くことを懸念し、AA の「一時的な」性質を強調した²⁷⁴。故に、パウエル裁判官は、人種を意識する救済を正当化するために救済すべき差別の存在について「確固たる証拠」を要求した²⁷⁵。パウエル裁判官は AA について必要性に迫られた一時的な逸脱として考えており²⁷⁶、時間的制約は AA が真に救済的であることを保証する 1 つの方法であることから²⁷⁷、AA には時間的制約がなければならぬと考えていた²⁷⁸。パウエル裁判官は一連の判決を通じて、社会的差別の救済による AA の正当化を否定した²⁷⁹。

(4) 両義性

パウエル裁判官は、広範囲にわたる AA が人種的に不和をもたらすことを明確にし²⁸⁰、人種区分は疑わしく、違憲性が推定されるとしており²⁸¹、AA の許容性を示唆しているが、積極的に肯定しているわけではない²⁸²。故に、Bakke 判決に基づいて、AA を推進する政治的な動きはパウエル裁判官の考えを誤って解釈しているとされる²⁸³。パウエル裁判官の見解は、AA を否定するために使われることもあり²⁸⁴、AA への反対を進めるために使用される可能性が高いとも指摘されている²⁸⁵。また、志願者の個別の考慮がなされていないとして大学の学部の入学者選抜における AA を違憲だと判断する際に、Bakke 判決パウエル裁判官意見が参照されている²⁸⁶。しかし、AA の許容可

能性を示唆するとき (IV 3 (2))、そして実際に合憲判断を下すときにもパウエル裁判官の見解が使用されている (IV 3 (3))。パウエル裁判官の意見には含みがあり、AA を肯定する判断にも否定する判断にも使用できる弾力と伸縮性がある²⁸⁷。

V オコナ裁判官による AA の憲法上の評価

1 オコナ裁判官の判断の重要性

オコナ裁判官は人種区分のもたらす害悪を懸念し²⁸⁸、公立学校の人種分離解消の事例に関しては、保守派の裁判官と連携して、人種分離解消の取組を縮減させる意見を執筆し²⁸⁹、AA に関しては、社会的差別の救済による正当化を否定し、特定された差別の存在がなければ正当化できないと示してきた²⁹⁰。結果として、オコナ裁判官は AA が合憲となる可能性を示唆するが (IV 3 (2))、Grutter 判決以前には AA を違憲だと判断してきた。しかし、Grutter 判決が下される以前から、パウエル裁判官の退任後、AA の憲法適合性判断に際しては、オコナ裁判官の判断が重要となり²⁹¹、オコナ裁判官がキャストリングボートを握っていたと評価されていた²⁹²。

Grutter 判決で、オコナ裁判官はリベラル派の裁判官に与し²⁹³、高等教育機関の入学者選抜における AA の憲法適合性を支持した。だが、AA は時間的に制約されていなければならないと示して²⁹⁴、AA 支持派の勝利を減じることに努めていたのであり²⁹⁵、AA の憲法上の許容性の扉を大きく開けることを懸念していた²⁹⁶。Grutter 判決を受けて、オコナ裁判官の判断が AA の憲法適合性を左右していると評価された²⁹⁷。

2 オコナ裁判官の厳格審査

(1) Croson 判決

Croson 判決オコナ裁判官意見には法廷意見と相対多数意見の部分があり、法廷意見の部分で、懐疑主義²⁹⁸に基づいて自治体の AA に厳格審査を適用し、自治体の判断への敬讓を否定した²⁹⁹。さらに、相対多数の部分では、AA の正当化理由として社会的差別による救済を否定し³⁰⁰、特定された差別の救済

だけを認めた³⁰¹。

しかし、同じく相対多数の部分で、州および自治体は修正第 14 条 1 項の範囲内で、私人による差別を根絶する権限を持つ旨を示す³⁰²。即ち、これは、自治体は、人種差別的な排除に直接係っていないくとも、それを肯定したのであれば、AA を実施できることを意味しており³⁰³、オコナ裁判官は AA を禁止する明確なルールを採択する意思が自身にないことを示していたとされる³⁰⁴。

厳格審査の通過可能性を示唆しながらも、オコナ裁判官は「人種区分はスティグマの害悪の危険をもたらす。それが救済的な状況に厳密に留保されていなければ、それらは実際には人種的劣等性の概念を助長し、人種的な敵意のある政策を導く」³⁰⁵と示す³⁰⁶。この見解の基底には、AA を通じて差別を終わらせる試みは、優遇された地位を求めるグループ間でのむき出しの政治的争いへと不可避免的に陥り³⁰⁷、スティグマを生じさせるため³⁰⁸、非常に危険であるとの認識がある³⁰⁹。厳格審査の通過可能性を示すが、AA に対する危険性の認識から、オコナ裁判官法廷意見は厳しい合憲性審査を展開しており、厳格審査の通過は非常に難しく³¹⁰、それを適用する場合にはほとんどの法が違憲になると評価された³¹¹。

(2) Adarand 判決

オコナ裁判官法廷意見は、最も厳密な司法審査からのいずれの後退は、将来的に、人種差別を肯定する危険を増やすだけだとして、懐疑主義に基づき、合衆国の機関の判断に対して敬讓がなされず、判断形成機関が州及び自治体であっても、合衆国であっても、すべての人種区分に厳格審査を適用するとした³¹²。これは、人種に関係なく、いずれの者が、政府に対して人種区分の使用の正当化を要求する権利（最も厳密な司法審査に従わせる）を持つことを示しているとされる³¹³。

同法廷意見は実体的な判断をせずに、事例を差戻しており、公共事業の AA については、Croson 判決が先例となるため³¹⁴、先述のように、Croson 判決では、厳しい合憲性審査が実施されたため、Adarand 判決後も、厳格審査が事実上致命的に機能するという見解が示された³¹⁵。

Adarand 判決後に民主党政権は AA の必要性を再び支持する姿勢を見せており、政治力によって厳格審査による AA の終了は妨げられ、その影響

力は限定されるという見解も示されたが³¹⁶、こうした政治的動きを考慮してもなお人種区分が厳格審査を通過するのは稀であるとの見解が示された³¹⁷。Adarand 判決は、カラーブラインドな社会の達成への合衆国最高裁の関心の高まりを示していると分析されている³¹⁸。

(3) Grutter 判決

ミシガン大学ロー・スクールの入学者選抜の AA の合憲性が問題とされた Grutter 判決で、オコナ裁判官法廷意見は、目的審査と手段審査で判断形成機関の判断に対して敬讓がある厳格審査の下で、合憲判断を下した。同法廷意見は、学生校の多様性が「教育的任務にとって本質的だとするロー・スクールの教育的判断は我々によって敬讓がなされる判断」だとするが、その審査は「まさしく厳格」だとする³¹⁹。厳格審査の「基本的な目的」は「関連する差異の考慮」にあり、それを適用する際には「文脈が重要」であり、厳格審査の下で、あらゆる人種区分が違憲にはならないとする³²⁰。

同法廷意見は厳格審査の「事実上致命的」という概念を否定し、厳格審査に敬讓を組み入れて「文脈に応じた柔軟な型」をとる³²¹。同法廷意見は厳格審査の厳格度を緩めていない旨を強調しているが³²²、「人種中立的な代替策を見つけた場合には」可能な限りすぐに人種を意識する入学者選抜策を終了させるとする、ロー・スクールの主張を額面通りに受け取ると示す³²³。同法廷意見の理解する厳格審査の通過は非常に容易であり³²⁴、合憲性審査の厳格度がかなり低下するほどにロー・スクールの判断を敬讓しているため³²⁵、もはや厳格審査ではないとも評されている³²⁶。

敬讓は厳格審査を骨抜きにしており³²⁷、Grutter 判決において敬讓型の厳格審査は、実質的な審査をせずに³²⁸、判断形成者の主張を鵜呑みにした³²⁹。合衆国最高裁による敬讓は、州の行使者に対してやむにやまれぬ利益の存在の証明を要求する、数十年にわたる平等保護法理と矛盾すると批判された³³⁰。

3 オコナ裁判官の見解

オコナ裁判官は Croson 判決とは一転して、Grutter 判決では厳格審査に敬讓の概念を組み入れて、厳格度の低い審査基準の下で AA を合憲とした。オコナ裁判官は Croson 判決と Adarand 判決で厳格審査の通過可能性を示唆していたが、学説では、オコナ裁判官は人種区分を許さないとも認識する

見解も示されていた (V 2 (1) (2))。Croson 判決の後、オコナ裁判官は人種区分の危険を明確に認識し、AA が「人種的な敵意と争いを助長する」ことから違憲判断を下している³³¹。こうしたオコナ裁判官の判断は、カラブラインドな憲法のモデルの下で、政府に対して人種の考慮を決して許さない立場にあると評された³³²。

他方で、オコナ裁判官は「我々は、人種が決して関連すべきではないという深い信念が、痛々しい社会的な現実を完全に乗り越えなかったことを忘れてはならない」と示していることから³³³、オコナ裁判官はカラブラインドが長期目標であり、人種の考慮の一切の禁止がその目標の達成を事実上防ぐことになる想定しているとも評価されていた³³⁴。この評価に従えば、Grutter 判決において、オコナ裁判官は長期目標達成のために AA が許されると考えたと言える。

オコナ裁判官が各判決で AA を違憲とした理由は、AA がスティグマや人種間の分断を生じさせ、人種間の敵意を増大させるところにあった (V 2 (1))。Grutter 判決でも、オコナ裁判官は人種区分が潜在的に非常に危険だと認識している³³⁵。Grutter 判決の文脈では、すべての人種に指導者としての道を開くことで、指導者の正統性の確保が確保されることで、マイノリティが排除を感じることなく、統合された「隔たれることのない1つの国家という理想」の実現することが重視されていた³³⁶。オコナ裁判官は、上位のロー・スクールの卒業生が社会で指導的な地位に就くことから、AA によってそれらの学校でマイノリティの卒業生が増えれば指導的な地位に占めるマイノリティの人数が必然的に増加し、それが「隔たれることのない1つの国家という理想」の実現に役立つことから合憲判断を下したと考えられる。各判決で問題とされた AA について、オコナ裁判官が、それが人種的分断を生じさせるのか、それとも分断のない1つの国家を促進すると考えるのかが判断を分けたと考えられる。

4 時間的制約

オコナ裁判官は高等教育機関の AA を違憲だと判断するとこの種の AA によって達成されてきた社会統合が大きく後退し、合衆国最高裁への社会的反発を招くことを懸念していたとされる³³⁷。即座の AA の廃止は人種的不均

衡の大幅な助長を招くため³³⁸、オコナ裁判官は AA 廃止の過渡期を設けることで、AA の廃止に伴う反発の影響を抑えようとした³³⁹。

Grutter 判決でオコナ裁判官が示した 25 年は単なる象徴的な数値であり、終了時期の明言によって自らの AA への否定的立場を明らかにした³⁴⁰。AA を即時に廃止すると、上位の高等教育機関の学生に占めるマイノリティの割合が大幅に減少し、それがマイノリティの不満を招くため、長すぎず短すぎない範囲で AA の終了期間を示した。それにより、オコナ裁判官は AA の即時の廃止や永続的な継続によって生じる弊害を回避しようとしたと考えられる。教育機関に関連する平等関連の重要判例 (Brown 判決 (1954 年)、Bakke 判決 (1978 年)、Grutter 判決 (2003 年)) がおよそ 25 年周期で出されてきたことも、オコナ裁判官の念頭にあったのかもしれない。

VI ケネディ裁判官による Affirmative Action の憲法上の評価

1 ケネディ裁判官の役割

2006 年のオコナ裁判官の引退に伴い、AA の合憲性判断に際してケネディ裁判官が判断を左右することになり³⁴¹、パウエル裁判官とオコナ裁判官が以前に担っていた役割を担うことになった³⁴²。

オコナ裁判官と比べて、AA の合憲性判断に際して、ケネディ裁判官がより保守的だと考えられており³⁴³、ケネディ裁判官は、人種区分が社会に混乱と争いをもたらすことを懸念していた³⁴⁴。実際に、ケネディ裁判官は Grutter 判決では違憲だと判断し、Parents Involved 判決では公立の初等中等学校の人種分離解消の取組を縮減させる判断を下した。故に、オコナ裁判官の引退によって、Grutter 判決が覆しを懸念する見解も示されていたが³⁴⁵、Fisher II 判決では高等教育機関の入学者選抜の AA の合憲性について、学生構成の多様性の利益による AA の正当化を認め、合憲判断を下している。ケネディ裁判官は、AA の合憲性判断について³⁴⁶、中道的な判断を下していると評価されている³⁴⁷。

Grutter 判決ケネディ裁判官反対意見は、オコナ裁判官法廷意見による敬讓は厳格審査を放棄していると示した³⁴⁸。2006 年のオコナ裁判官の退任後、

人種区分の合憲性判断を左右する役割はケネディ裁判官へと移り³⁴⁹、ケネディ裁判官の影響力が増し、退任に至るまでの間、キャストリングボートを握った³⁵⁰。

2 ケネディ裁判官の厳格審査

Fisher II 判決ケネディ裁判官法廷意見は、目的審査では大学の判断に対して敬讓があり、手段審査では敬讓がなされない厳格審査の下で合憲判断を下した。同法廷意見は、多くの部分で、大学は客観的に測ることができない無形の質によって定義されるのであり、学生構成の多様性のように、大学の教育的任務の中核にあるそれらの無形の特徴を定義する際に、大学の判断には相当程度の敬讓がなされるとする³⁵¹。

同法廷意見は、判断形成機関の判断を相当程度敬讓があるとしたが、盲目的な敬讓はないとの立場をとった³⁵²。大学には、入学者選抜判断で人種を考慮する必要性を継続的に再評価し、審査する義務があるが、平等保護条項の遵守と多様性から生じる利益の追求が均衡しているのを判断するのは、裁判所ではなく大学であるため、多様性から生じる利益という一定の決まり文句を描くだけで、目的は合憲となるとも指摘される³⁵³。

敬讓を示さないとした手段審査については、厳格度が高まっているとする評価もあるが、あくまでもオコナ裁判官の厳格審査と比べて厳しいにすぎず、判断形成機関に対して顕著な敬讓を示して厳密な審査をしていないという評価が大勢である。Fisher I 判決について、AA に否定的な見解から、Grutter 判決の敬讓を示す厳格審査が否定されたことで、合衆国最高裁は、高等教育の文脈において憲法の要求のより賢明な見解へと徐々に向かわせたとも評価されたが³⁵⁴、Fisher II 判決は否定派にとって期待外れであった。

3 ケネディ裁判官の見解

Fisher II 判決において、ケネディ裁判官は厳格審査を適用しながらも、実質的には厳格度の低い合憲性審査を行い、合憲判断を下した。しかし、AA や人種統合策の合憲性が問題とされた他の判決では一貫して違憲判断を下しており、AA に否定的な態度を示してきた。Grutter 判決ではオコナ裁判官の示す敬讓型の厳格審査の下で合憲判断が下されたが、ケネディ裁判官

は手段審査では判断形成機関の判断への敬讓がなく、オコナ裁判官と比べて厳しい合憲性審査を行う態度を見せていた (IV 2)。オコナ裁判官の退任によって、人種区分の合憲性判断のキャストリングボートはケネディ裁判官に移り (IV 1)、そのことが1つの背景となり、学説では Grutter 判決後も厳格審査は事実上致命的に機能し、その通過は簡単ではないとの見解が展開された³⁵⁵。

事実、初等中等学校での人種統合策の合憲性が問題とされた Parents Involved 判決では、ロバーツ首席裁判官法廷意見は厳格審査の下で違憲判断を下し、ケネディ裁判官もこれに同調した³⁵⁶。Parents Involved 判決を統制する意見に対して、学区による自発的な人種使用は今後認められなくなると評された³⁵⁷。Parents Involved 判決後に、学説では、AA が厳格審査を通過するのは難しい旨が示されており、ケネディ裁判官の態度次第では人種区分が利用できなくなる可能性がある旨が指摘される³⁵⁸。Fisher I 判決でテキサス大学オースティン校の AA の合憲性が問題とされたとき、ケネディ裁判官がオコナ裁判官よりも厳しい手段審査を行い³⁵⁹、厳格審査が AA にとって事実上致命的に機能するのではないかの予測もなされた³⁶⁰。

ケネディ裁判官が AA に対して否定的な態度を示してきた背景には³⁶¹、AA はその対象となったグループが「生来的に彼ら自身の力では十分に競争できないという偏見を助長する可能性」があり³⁶²、AA がその受益者にステイグマを課す危険性が高いという認識がある³⁶³。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を生じさせる可能性があることを懸念しており³⁶⁴、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³⁶⁵。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プングする計画は、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³⁶⁶。ステイグマや人種的分断の危険性を認識していることから、ケネディ裁判官は、人種的不平等の欠点と不正義が続かないことを確実にし、計画が救済的あるいは良性であるのかを判断するために、人種を意識する計画に厳格審査を適用すべきとの立場をとる³⁶⁷。

ケネディ裁判官は「永続的な願いは、人種は重要であるべきではない」が「現実には、頻繁にそうなって」いることを認識し、このことから生じる不正義に取り組むべきだとし、カラーブラインドの見解は非常に望ましいが、「現実の世界では、遺憾だが、それが不変の憲法原理ではありえない」と示す³⁶⁸。ケネディ裁判官は、合衆国の「最終目的はカラー・ブラインドな社会の達成にある」と考えるが³⁶⁹、事実上の人種分離がもたらす弊害を無視すべきではないと示しており³⁷⁰、人種的孤立から生じる害悪の是正が必要な場合に限って³⁷¹、人種区分の必要性を認めていた³⁷²。ケネディ裁判官はすべての AA が違憲になるとは示しておらず、AA の危険性を認識しながらも、カラーブラインドの達成に必要な場合には AA を許容している³⁷³。

Ⅶ 中間派の裁判官の判断

中間派の裁判官は AA に否定的な判断を下してきたが、オコナ裁判官は Grutter 判決において目的と手段審査で判断形成機関の判断に対して敬讓があり、中間審査よりも厳格度が低いと評される厳格審査の下で合憲判断を下した³⁷⁴。ケネディ裁判官は、オコナ裁判官の敬讓型の厳格審査を批判し、判断形成機関の判断に対して敬讓があるのは目的審査のみであり、手段審査では敬讓がない厳格審査を提唱したが、実際にはその提唱した司法審査基準は Fisher II 判決において判断形成機関に対して顕著な敬讓を示し、合憲判断を下した。

双方の判決に至るまで AA に否定的な態度を示してきた中間派の裁判官が、高等教育の入学者選抜の AA の文脈では AA の危険性を認識しながらも、厳格度の低い審査基準によって合憲判断を下した理由は、中間派の裁判官の性質にある。AA の適法性に関して、中間派の選好は弱く、裁判所の判断が社会に受け入れられず、政治的に悪い結果をもたらすことを危惧する。また、社会に受け入れられない判断を合衆国最高裁が下した場合、合衆国市民からの司法への信頼は低下し、合衆国最高裁の権威が失墜するため、中間派は自らの選好を控えて³⁷⁵、問題を慎重に判断する³⁷⁶。そのため、オコナ裁判官やケネディ裁判官は社会的な力や政治力によって判断を左右されやすいと指摘され

る³⁷⁷。

中間派の裁判官の性質に関する以上の分析を前提にすると、多くの判決で違憲判断を下していることから、中間派の裁判官は基本的には AA に否定的な態度をとるが、高等教育の入学者選抜の AA を違憲とすることで生じる弊害が大きく、人種的分断が助長され、裁判所の判断が社会に受け入れられず、合衆国最高裁の正当性が揺らぐため、合憲判断を下したのではないかと考えられる。社会が受け入れる範囲で、AA は憲法上許容されるため³⁷⁸、オコナ裁判官は高等教育機関の学生構成の多様性から生じる価値が社会に受け入れられていると考えて³⁷⁹、Grutter 判決で合憲判断を下したとの分析がなされている³⁸⁰。

Ⅷ 肯定派の裁判官の見解

1 否定派への反対

ブレナン裁判官が示したところでは、「『我々の憲法はカラーブラインドである』という短いフレーズは…平等保護条項の適切な意味として本法廷によって採用されてこなかった。実際に、我々は、多くの機会でこのような提案を明確に否定した。」³⁸¹ブレナン裁判官は、「憲法はカラーブラインドであるべきとする立場を採用した判決は本法廷にはない」と強調した³⁸²。

Bakke 判決において、合衆国最高裁の AA の支持派は、カラーブラインドが人種区分の禁止だとする理解に反対し³⁸³、ブレナン裁判官は、Plessy 判決ハーラン裁判官反対意見が人種区分の使用を全面的に禁止するという解釈を明確に否定した³⁸⁴。

もっとも、理論的には、否定派の裁判官はカラーブラインドをすべての人種区分を禁止するとは理解せず、スティグマを生じさせ、分断や分裂を助長する人種区分を禁止すると考えている (II 3)。しかし、否定派は AA の合憲性をめぐるすべての判決で違憲判断を下しており、カラーブラインドを用いることで事実上すべての AA を違憲と判断し、事実上、AA を憲法上禁止するという態度を示している。

人種的な従属の歴史を是正する意図をもつ AA を無効にすることは、マ

ジョリティの優位性が永続すると指摘される³⁸⁵。合衆国では多くの領域で人種が重要な判断要素となっており、決してカラーブラインドな社会ではなかったため、現在あるいは近い将来そのようにはなりえないとの考えに基づいて³⁸⁶、肯定派の裁判官は AA に対する厳格審査の適用に反対する。彼らは、すべての人種区分を事実上違憲にする審査基準の下では、合衆国最高裁が厳格審査の目的であると考えたこと（「区分の動機づけが違法な人種的偏見や固定観念である可能性」をなくすために「人種の違法な使用を『あぶりだす』」こと、「人種的劣等性の概念を助長し、人種の敵意の施策を導く」区分を無効にすること）を達成できないと認識している³⁸⁷。

2 懐疑主義への依拠

Bakke 判決ブレナン裁判官反対意見は、単に補償といった良性の目的が挙げられたとしても、法が実際にいかなる目的を持つのかを審査すべきだとする³⁸⁸。そして、『「性別による分類が許されない（方法で）固定観念を頻繁に使用し、社会の中で政治力のない者たちにスティグマを課してきた』のと、人種も同様」だとする³⁸⁹。「過去の差別の救済のために慎重につくられた法律はそれらの弊害を回避できる」が、合衆国最高裁は「過去の差別の影響の誠実かつ思慮深い承認とパターンリスティックな固定観念との線引きは明確ではない」ことを認めてきたと示す³⁹⁰。ブレナン裁判官反対意見は「懐疑主義」に依拠し、AA を厳密に審査すべきとの立場を明確にする³⁹¹。

マーシャル裁判官は「それ自体が人種主義的である政府の行為と、過去の人種主義の影響の是正を求め、あるいは中立的な政府の行為がそのような人種主義の影響を永続させるのを防ごうとする政府の行為には、重大な違いがある」と示す³⁹²。このように、あらゆる人種区分への厳格審査の適用は、AA を通じてマイノリティの割合を増やす組織的な取組に重大な影響を及ぼすことから問題があると認識し³⁹³、AA 支持派の裁判官は AA と人種差別の区別は難しいが可能だと認識している³⁹⁴。

3 Affirmative Action の効用と危険の認識

AA 支持派の裁判官は AA がスティグマをもたらす危険があるという認識に基づいて、AA が永続すべきではないと考えて³⁹⁵、人種間での平等の進展

が AA の必要性をなくし、AA が終了することが望ましい旨を述べており³⁹⁶、AA が一時的な手段だと示してきた³⁹⁷。AA の支持派の裁判官はカラブラインドを目標だと捉えて、AA はそれを達成するための一時的な手段であると考えてきた³⁹⁸。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³⁹⁹、人種的不均衡が是正されて人種が重要でなくなるまでは、AA は許されると考えてきた⁴⁰⁰。AA 支持派の裁判官は、AA が憲法上許容されるために、厳格審査の適用を否定するが、人種が差別的に用いられる可能性が高いことから、あくまでも厳密な審査基準を適用するとの見解を示している⁴⁰¹。

4 中間派への妥協

AA 支持派の裁判官は、厳格審査の通過の可能性を示唆することはあったが、その意見は中間審査の適用を主張するもの⁴⁰²、あるいはどの審査基準を適用しても通過するため、適用する審査基準を明らかにする必要がないというものであり⁴⁰³、厳格審査の適用を支持していない。AA 支持派の裁判官は、ウォーレンコートの平等保護分野での厳格審査の適用を考察し、厳格審査は「理論上厳格だが、事実上致命的」だと理解していた⁴⁰⁴。厳格審査を適用して合憲判断を下した意見はあるが、多数意見ではなく相対多数意見である⁴⁰⁵。この意見に対し、AA 支持派の裁判官は、結論には同意するが、AA には厳格審査よりも緩やかな審査基準を適用すべきとする⁴⁰⁶。

AA の支持派の裁判官の第 1 の選好は、AA に中間審査を適用し合憲判断を下すことだが、それが望めない状況では⁴⁰⁷、厳格審査を適用して違憲判断という最悪のシナリオを避けるために、中間派は厳格審査を用いるが (IV 2, V 2, VI 2)、文脈によっては合憲性審査の厳格度を低くして合憲判断を導いているため、中間派の意見に同意している⁴⁰⁸。

IX 州憲法修正による Affirmative Action の禁止の合憲性

1 州民発案による Affirmative Action の禁止

AA が採択されるか否かは議会や行政の政策判断形成プロセスの中で決定されるが、AA の反対者は、州憲法の修正による AA の禁止を通じて、入学者選抜判断における人種に基づく不平等な取扱の根絶を意図し⁴⁰⁹、合衆国のいくつかの州では⁴¹⁰、入学者選抜における AA などについて⁴¹¹、州民発案によって有権者自らが禁止する動きがみられた⁴¹²。例えば、カリフォルニア州の有権者は、大学の入学者選抜を含めて、1996 年の提案 209 号を承認して⁴¹³、州による AA を禁止した⁴¹⁴。この AA の禁止の合憲性が問題とされた事例で⁴¹⁵、第 9 巡回区合衆国控訴裁判所は、有権者の判断が修正第 14 条を侵害しないと示した⁴¹⁶。1990 年代中盤から後半にかけて⁴¹⁷、一連の裁判所の判決とイニシアティヴが AA を脅かしたとされ⁴¹⁸、有権者が州政府による AA を禁止する権限を持つことが是認されてきた⁴¹⁹。AA の反対者にとって、州憲法の修正による AA の禁止は効果的な手段であり⁴²⁰、AA に肯定的な判決の効力も無力化できた⁴²¹。この動きの背景には、各機関に対して AA の実施が憲法上要求されるものではないという認識があった⁴²²。

2 Schuette 判決

(1) ケネディ裁判官相対多数意見

(a) 有権者による Affirmative Action 禁止の容認

Schuette 判決⁴²³では、Grutter 判決後にミシガン州民発案によって採択された、ミシガン州憲法第 1 条 26 節の合憲性が問題とされた。当該憲法修正は、ミシガン州の各州立大学に対して、入学者選抜での人種の考慮を禁止する。

ケネディ裁判官は、当該事例で問題とされたのは入学者選抜での AA の合憲性ではなく、州の有権者がいかなる方法で、政府の判断、特に学校の入学者選抜での AA を禁止できるのかにあるとした⁴²⁴。合衆国憲法が AA を要求する場合には、AA の禁止は憲法違反となるため、州憲法修正による AA の禁止の憲法適合性の判断は、AA が合衆国憲法上要求されているか否かに

関わっている⁴²⁵。ケネディ裁判官は、AA が一定の場合に憲法上許容されるとの認識を示し⁴²⁶、以下の旨を示し、州憲法修正による AA の禁止は合憲だと示した⁴²⁷。当該州憲法修正によって、ミシガン州の有権者は自らの民主的な基本的権限を行使した。ミシガン州の有権者は、公的機関が AA に関して多数の有権者の関心に応えていないと考え、州民発案の制度を用いた。我が国の憲法制度は、意見を表明し、学び、合法的な投票プロセスを通じて行動する権利を認める。人種間の反目や争いがある問題についても、有権者によって議論がなされるべきである。このことは、マイノリティに侵害が生じたときに、憲法は裁判所による救済を要求するという原則と矛盾しない。

ケネディ裁判官は州憲法修正による AA の禁止を合憲と判断し⁴²⁸、AA は憲法上要求されないと結論づけて⁴²⁹、有権者が AA を禁止できる手段として⁴³⁰、反 AA の州民発案を支持した⁴³¹。これによって⁴³²、州憲法修正による AA の禁止が憲法上許容されることが明らかにされた⁴³³。当該判決によって、AA の否定派は AA を禁止する手段を保障されたとされる⁴³⁴。

(b) 大学の判断への敬讓の否定

ケネディ裁判官は、入学者選抜に関する判断について大学に対して敬讓がなされるが⁴³⁵、大学と比べて有権者の判断を優先し、合憲判断を下した。これに対し、Grutter 判決では、「教育について自身で判断をする自由は、学生組織の選抜を含んでいる」として⁴³⁶、入学者選抜の際に、大学は修正第 1 条によって根拠づけられた自由と教育的自律性を持つことが示された⁴³⁷。修正第 1 条は、憲法に従って、州立の高等教育機関の入学者選抜を含めて、その教育的任務を判断する州と判断形成者の権限と自由を保護するが⁴³⁸、ケネディ裁判官相対多数意見は専門性を持つ大学の判断よりも有権者の判断が勝ると示した⁴³⁹。ミシガン州での AA の禁止は、有権者がある問題について結集した場合に、大学教員に対して彼らの意思を強制出来ることを証明しており、大学教員に出来る唯一のことは、学問への介入が不当な政策だと有権者を説得することである⁴⁴⁰。公立大学の教員は、学問の自由が良き考えであることを有権者に説得し続ける必要がある⁴⁴¹、それが出来なければ、AA は有権者によって廃止される可能性がある⁴⁴²。

(2) ブライヤ裁判官同意意見

ブライヤ裁判官同意意見は、ミシガン州憲法修正が合憲だとする点でケネ

ディ裁判官多数意見に同意するが、その理由は異なるとする。ブライヤ裁判官は、ミシガン州憲法により禁止されている高等教育機関の入学者選抜での人種使用は憲法上要求されないが、許容されると明示する⁴⁴³。そして、教育の分野では、人種間の格差など深刻な状況が続き、高等教育機関の入学者選抜における AA の実施の是非やその効用については様々な議論があり、憲法はこの種の争いのある問題について、各人が自身の答えを探していくために民主的な政治制度を作り出したのであり、争いのある問題に関する意見の違いを解決する通常的手段は、通常は投票箱であって裁判所ではないとする⁴⁴⁴。

(3) ソトメイヨール裁判官反対意見

ソトメイヨール裁判官反対意見は、修正第 14 条は意図的な差別を禁止するものだと伝統的には理解されてきたが、それにとどまらず、政治に意義のある形で同等に参加する権利をすべての市民に保障するものであり、民主政の基礎である旨を示す⁴⁴⁵。

同反対意見によれば、ミシガン州憲法修正が採択される前は、ミシガン州の公立の大学の入学選抜策は、各大学の理事会から権限を委ねられた各機関の担当部署が作成していた。各大学の理事会の委員は州内の選挙で市民により選出されており、州内のマイノリティは入学者選抜における AA を採択するように各委員を説得してきた。同反対意見は、AA の反対者は選挙を通じて彼らの考えを共有する委員を送り込むことができたが、それをせず、ミシガン州憲法修正によって、マイノリティに負担を課す方法でミシガン州の既存の政治プロセスを再構成したと示す⁴⁴⁶。

同反対意見によれば、現在では、ミシガン州民には、まったく異なる 2 つのプロセス - AA に関心がある者に対するプロセスとそれ以外の者に対するプロセス - が存在する。同反対意見は、例えば、ミシガン大学の卒業生は、各委員に対して入学者選抜で卒業生の子弟であることを考慮に入れるように働きかけることができるが、AA を求めるマイノリティはそのような働きかけはできず、州憲法の修正という大変な仕事をしなければならないとする。同反対意見は、修正第 14 条は、すべての者を平等に取扱うが、マイノリティグループが利益となる法に到達する能力に特別な負担を課す方法で政治プロセスを巧妙に歪める政治構造を許容しないとする。同反対意見によれ

ば、この方法による政治プロセスの再構成は、厳格審査に服する⁴⁴⁷。

同反対意見は、合衆国最高裁の多数の裁判官は、当該州憲法修正を通じて、ミシガン州民の多数は「彼らの民主的な権限の基本的行使として法律を採択する自身の特権を行使した」と理解した。同反対意見は、入学者選抜における人種の使用の是非は、裁判所だけでなく有権者の間で議論されるべきだが、それは憲法上許容される方法で行われなければならないとする。同反対意見によれば、合衆国憲法はマイノリティに対して政治プロセスでの勝利を保障しないが、そのプロセスへの意義のある平等なアクセスを彼らに保障する。同反対意見は、憲法は、マイノリティに対して政治プロセスを不利に変えることで、マジョリティが勝利する政治プロセスを保障しないとする。同反対意見によれば、合衆国最高裁の多数の裁判官は、合衆国憲法が禁止することをミシガン州の多数の有権者に許すことで、先例に反するやり方で、ミシガン州の AA に関する議論を終わらせた⁴⁴⁸。

同反対意見は、やむにやまれぬ利益の促進に向けて密接に仕立てられているときに、AA が使用可能だと認識する⁴⁴⁹。ソトメイヨール裁判官によれば、AA には「マイノリティを利するという現実の共通認識」があり⁴⁵⁰、数世紀にわたる人種的不平等に向き合うために AA が必要だが⁴⁵¹、政治プロセスを通じて、高等教育機関の入学者選抜における AA が廃止されることには異論を唱えていない。同反対意見は、マイノリティは州憲法の修正を通じて AA の禁止をなくすことができず、ミシガン州憲法修正はマイノリティに対して AA の廃止を不可能にしているため、マイノリティに不利な形に政治プロセスを変更していることを問題にする⁴⁵²。同反対意見は、ミシガン州憲法修正はマイノリティを利する憲法上許容しうる施策を禁止したと捉えている⁴⁵³。同反対意見は、AA の使用の是非は有権者が決めるべきだと認識しており、ミシガン州憲法修正による AA の禁止がマイノリティに対して不利な政治プロセスへの変更であることから、当該州憲法修正が合衆国憲法に反すると示した。AA が憲法上要求されるという立場をとれば、AA の廃止自体が合衆国憲法に反することになるが、そうした見解を示していない。

3 Affirmative Action 禁止の解除

Schuette 判決では、合衆国最高裁のいずれの裁判官も AA は憲法上要求

されず、許容されるとの立場を示した⁴⁵⁴。ケネディ裁判官やブライヤ裁判官は、ミシガン州憲法修正は政治プロセスを歪めず、マイノリティは政治プロセスで AA の禁止をなくすことができると考えた。他方、ソトメイヨール裁判官はこの事例ではマイノリティが政治プロセスを通じて AA の禁止をなくすことができないと考えて、州憲法修正による AA の禁止を違憲だと判断した。言い換えると、ソトメイヨール裁判官は、AA 禁止を解除する可能性が確保されていれば、州憲法修正による AA の禁止は合憲だと考えている。AA が憲法上要求されるならば、AA は禁止できないはずであり、肯定派であるギンスバーグ裁判官は AA が憲法上許容されると考えている。

現実には、州民発案により AA を禁止しようとする動きと同時に、AA の禁止を排除する政治的動きもみられる。例えば、カリフォルニア州議会は、学校の入学者選別における人種の考慮への提案 209 号による禁止の廃止を提案する上院による憲法修正案 5 号 (SCA5) によって、州内で AA を復活させる試みをした⁴⁵⁵。AA の採否が有権者の判断を含めた政治プロセスに委ねられているとする合衆国最高裁の立場によれば、AA を復活させる試みは当然に憲法上許容される⁴⁵⁶。

X 分断の危険

1 マジョリティの敵意と分断の危険

合衆国では AA は非常に大きな社会的影響をもたらすと考えられており⁴⁵⁷、AA 自体には敵意はないと評価する場合でも⁴⁵⁸、AA の利益を考慮しても、分断と憤慨の脅威は、人々を AA に反対するように導きうる⁴⁵⁹。

AA の 1 つの性質として、AA がなければ得ていたであろう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ことが挙げられる⁴⁶⁰。AA は人々が望む利益を奪うことになり⁴⁶¹、AA によって地位の獲得を否定された者は自身よりも資格の劣る者によって締め出されたと感じるときに不満を述べ⁴⁶²、受益者に敵意を抱く⁴⁶³。AA によって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るとされる⁴⁶⁴。

合衆国最高裁では、中間派や否定派の裁判官によって、AA によって地位

を否定された者が、AA の受益者に対して敵意と怒りを抱く可能性が認識されており⁴⁶⁵、中間派の裁判官たちは人種区分の使用が社会的分断を加速すると常に強調している⁴⁶⁶。

人種的分断への懸念から、AA の否定派の裁判官は AA と差別的だとされる法を区別せず⁴⁶⁷、いずれの人種区分にも厳格審査を要求し⁴⁶⁸、何らの人種を意識する手法も許容しない立場を示す⁴⁶⁹。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⁴⁷⁰。また、AA によって地位を否定されていない者であっても、自身や家族と隣人が将来的に不利益を受ける可能性があるため、AA の対象者に敵意を抱く可能性がある⁴⁷¹。

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⁴⁷²、社会を分断し⁴⁷³、人種間の平和的な共存を壊すおそれがある⁴⁷⁴。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⁴⁷⁵、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⁴⁷⁶、そのことが分断を助長すると指摘される⁴⁷⁷。

2 マイノリティ同士での争い

AA は、合衆国が無数の個人ではなく競合するグループから構成されていることを合衆国市民に伝え、各グループは AA の果実を求めて争うようになると指摘される⁴⁷⁸。故に、AA がどのような積極的効果をもたらすとしても、AA は、その果実を求めて各グループが人種やエスニシティによって自身を組織化しようと人々を駆り立てるおそれがあり、その組織化が政治プロセスを人種とエスニシティに敏感にさせることで、社会の分断と深刻な無秩序を生じさせる危険があると指摘される⁴⁷⁹。人種区分は人種政策（自身の所属する人種グループに報いる望み）に陥る危険が指摘されている⁴⁸⁰。

法が特定の人種グループの利益となるのかどうかの判断は、裁判所に対して「人種に従って諸個人を定義」することを要求し、同じ人種グループのメンバーが同じ政治的な利益を共有しているといったような「劣悪な固定観念」への依拠を要求しうるとされる⁴⁸¹。このことから、AA は人種が分裂する危険を作り出し⁴⁸²、AA によって生じた人種間の反目は、AA の利益からは是正されないと主張される⁴⁸³。

人種間の反目は、マイノリティとマジョリティの間にとどまらず、マイノ

リティ同士にも生じる。一言にマイノリティといっても、様々なグループがあり、そのすべてが AA の対象になるわけではなく、AA によって利益を受けるグループとそうでないグループがいる。不利な状況に置かれているグループは多数存在し、その中でどのグループが AA の対象となるのかの判断は恣意的であり、AA は非対象者に怒りを生じさせる。各人種が限られた社会的資源の充足を争っているため、AA の争いは生じている⁴⁸⁴。

不利な社会経済状況への政府の回答が不十分である場合には、マイノリティは限られた資源をめぐって分裂し争う⁴⁸⁵。経済状況が悪く、劣悪な社会経済的状况にある者への政府による支援が十分でない場合、AA は支援を十分に受けられない者たちを分裂させる⁴⁸⁶。マイノリティは AA を通じて限られた資源を得ようとするため、人種区分はむき出しの政治的争いを生じさせ、マイノリティ同士の反目を生じさせ⁴⁸⁷、社会を分裂させると指摘されてきた⁴⁸⁸。

3 人種的不均衡と分断

指導的な地位で人種統合が出来ていないことは人種分離の遺産であり、マイノリティに対するマジョリティによる無視、偏見、敵意を永続させるのであり⁴⁸⁹、AA の批判者は、AA が敵意、憤慨、人種的分裂を作り出すと主張することで、マジョリティを優位な状況に置こうとしていると指摘される⁴⁹⁰。社会は「持つ者」と「持たない者」とで深く分断されており、この分断が混乱と暴力を生じさせる可能性が高く⁴⁹¹、分断をなくすためには人種的不均衡を是正する必要があるため⁴⁹²、AA への支持が主張されている⁴⁹³。

人種によって分断された社会では⁴⁹⁴、周縁に置かれたマイノリティは指導的な地位に自身のグループのメンバーを見ることでできず⁴⁹⁵、マイノリティが努力に見合った地位を得られない場合には、マイノリティは怒りと敵意を抱く⁴⁹⁶。人種によって分断された社会（指導的な地位においてマイノリティの割合が少ない社会）では、統合のためにロールモデルの提供が必要だという議論がなされている⁴⁹⁷。この見解では、マイノリティがマイノリティに対して役に立つことをすると考えるのは不合理だが、マイノリティの成功者がいるという観点からマイノリティが世界を見ることが重要であり、「人種は重要」だと指摘される⁴⁹⁸。

AA による社会的分断を強調し、AA を批判する見解からは、人種区分が永続化すると批判される⁴⁹⁹。しかし、人種間の不均衡による分断が解消されず、隔たれることのない1つの国家が達成される前に AA が停止されてしまうと、指導的な地位に占めるマイノリティの人数が減少し⁵⁰⁰、人種が重要ではない社会の達成をさらに遅らせることになる⁵⁰¹と指摘される。人種間での争いを鎮めるためには、各グループの違いを認識し、争いの原因をなくしていくことが必要となるため⁵⁰²、カラーブラインドなアプローチには問題があるとも考えられる⁵⁰³。

反区分の支持者は、人種区分は個人の価値を減じ、最終的には社会的なスティグマを強めるため、平等保護条項が懸念する害悪は個人のこのような区分に向けられており⁵⁰⁴、反区分が人種による分断の永続を防ぐと主張する⁵⁰⁵。この見解によれば、AA が長期にわたって継続する場合には、AA の支持者は AA を擁護し続ける中毒にかかっており、合衆国を「人種が重要でなくなったときに、分離されていない単一の国家」にする望みを挫くことになる⁵⁰⁶と指摘される。

社会的分断への懸念を表明することで、AA に肯定的な見解は、人種的不均衡が人種間の分断をもたらすため、AA による人種的不均衡の是正が分断のない1つの国家に必要なと主張した。他方、AA に否定的な見解は、人種区分が人種間に緊張関係をもたらす、社会的分断を生じさせるため、AA は分断のない1つの国家の達成を妨げると主張した。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、人種間での敵意を抑えていく必要がある⁵⁰⁷、AA が実際に社会全体を利していたとしても、地位を得られなかった個人が諦めたものを認識しておくことが今だに重要である⁵⁰⁸。

XI おわりに

否定派の裁判官は AA が憲法上許容される可能性を示唆しながらも (II 1)、スティグマの発生 (II 2) やカラーブラインドとの抵触への懸念から

(II 3)、AA に厳格審査を適用し、憲法上供される範囲を著しく限定した (II 3)。故に、否定派の裁判官は AA を憲法上実質的に禁止しているとも評された (II 1)。しかし、否定派の立場は合衆国最高裁で多数を占めることはなかった。

中間派の裁判官は合衆国最高裁の判断が社会に受け入れられるか否かを考慮し、公衆の意見に敏感であり、AA の合憲性判断について、事例ごとに判断を変えてきた (III 1)。中間派の裁判官は保守派の中でも穏健派だと評されている (III 2)。保守派の大統領は合衆国最高裁のリベラルな憲法判断の覆しを意図して、極端に保守的な人物の合衆国最高裁裁判官への就任を進めようとしたが、激しい政治的批判がなされ、穏健な保守派 (中間派) の任命に落ち着いた (III 2)。中間派は公衆の意見に敏感なため、AA の合憲性について、合衆国最高裁で極端に保守的な見解が多数を占めることはなかった (III 3)。

中間派としてパウエル裁判官が挙げられ、AA の合憲性に関する彼の判断は多くの判例や学説で参照されており、彼が AA を憲法上如何に評価しているのかの考察は非常に重要である (IV 1)。パウエル裁判官は AA に厳格審査を適用し (IV 2 (1) (b), (2)~(5))、社会的差別の救済による AA の正当化を一貫して否定し (IV 2 (1) (c), (2)~(5))、いくつかの事例で違憲判断を下して (IV 2 (1) (3))、保守的な見解を示してきた。他方で、パウエル裁判官は、多様性の価値による AA の正当化の可能性を示唆し (IV 2 (1) (d))、問題とされた AA が特定された差別の救済を意図しているとして合憲判断を下し (IV 2 (2))、厳格審査の下でもいくつかの合憲判断を下してきた (IV 2 (4), (5))。パウエル裁判官の意見には、リベラルな見解と保守的な見解が包含されていた (IV 2 (1) (a))。合衆国最高裁では、AA を違憲と判断するとき (IV 3 (1))、厳格審査の通過可能性を示唆するとき (IV 3 (2))、AA を合憲とするときに (IV 3 (3))、パウエル裁判官の意見は様々な主張を正当化するために使用された。パウエル裁判官の見解は両義的であり (IV 4 (4))、AA の肯定派からも否定派からも自身の主張を正当化するために用いられてきた (IV 4 (1))。

パウエル裁判官の退任後、AA の合憲性判断について、オコナ裁判官がキャスティングボートを担った (V 1)。オコナ裁判官は AA に厳格審査を適

用し、違憲判断を下したが (V 2 (1))、厳格審査の通過可能性を示唆し (V 2 (1), (2))、AA が憲法上許容されるとの見解をとった。そして、厳格審査の下で、実際に合憲判断を下した (V 2 (3))。オコナ裁判官は人種区分の潜在的な危険を認識していたが、カラーブラインドを長期目標として捉え、その達成のためには、人種区分の使用が許容されると考えていた (V 3)。オコナ裁判官は問題とされた AA が人種間の敵意を増大させる場合と判断した場合には違憲判断を下し、逆に、問題とされた AA がそれを抑制し、人種統合に役立つと判断した場合には合憲判断を下した (V 3)。オコナ裁判官は合憲判断を下す場合にも、人種区分の使用の潜在的な危険を認識していたことから、AA には時間的制約がかされることを明示した (V 4)。

オコナ裁判官の退任後、AA の合憲性判断を左右したのはケネディ裁判官であった (VI 1)。ケネディ裁判官は AA に厳格審査を適用しながらも、敬讓の概念を組み入れて、Fisher II 判決では合憲判断を下した (VI 2)。しかし、ケネディ裁判官は他の判決では違憲判断を下しており、AA に否定的な態度をとってきた (VI 3)。ケネディ裁判官は AA の危険性を認識し、AA がカラーブラインドの達成に必要だと判断するときだけに、その合憲性を認めてきた (VI 3)。

中間派の裁判官は AA の危険性を認識し、基本的には AA に否定的な態度をとる (VII)。しかし、問題とされた AA を違憲と判断することで生じる弊害が大きく、その判断が社会に受け入れられない場合には合衆国最高裁の正統性が揺らぐことから、その場合には、合憲判断を下しており、AA は憲法上許容されると判断していた (VII)。

肯定派の裁判官は AA への厳格審査の適用は AA を事実上禁止することになるため、厳格審査の適用に反対した (VIII 1)。だが、肯定派の裁判官は懐疑主義に依拠し、AA は憲法上疑わしいと考える (VIII 2)。肯定派の裁判官は、人種の意識は人種間の敵意の高まりを招く危険があると認識し、AA はカラーブラインドが達成されるまでの一時的な施策だと理解しており (VIII 3)、AA が憲法上要求されるという立場は示していない。

AA の合憲性が問題とされた判例を分析すると、AA の否定派から肯定派に至るまで、合衆国最高裁のいずれの裁判官も AA の危険性を認識するが、

理論的にはその許容可能性を示しており、AA は憲法上許容されるとの見解を示す。州憲法の修正による AA の禁止が問題とされた事例でも、この見解は示されている。州憲法の修正は、AA の反対派にとって AA を禁止するための効果的な方法として採用された (IX 1)。AA が憲法上要求されるという解釈をとる場合、州憲法の修正による AA の禁止は絶対的に違憲と判断されるはずである。しかし、Schuette 判決でそのように判断した裁判官はいない。ケネディ裁判官は州憲法の修正による AA の禁止を容認した (IX 2 (1))。プライヤ裁判官は AA が憲法上要求されず、許容されると明示し、AA の実施の是非は政治プロセスに委ねられると示した (IX 2 (2))。ソトメイヨール裁判官は違憲判断を下すが、マイノリティが政治プロセスによって AA の禁止を覆せないことを問題視しており、AA が憲法上要求されることからその禁止は違憲であるとは示していない (IX 2 (3))。ソトメイヨール裁判官は、AA 禁止を解除する可能性が確保されていれば、州憲法修正による AA の禁止は合憲だと考えている (IX 3)。

以上のように、合衆国最高裁の裁判官は、憲法上 AA は禁止されず、要求もされず、許容されると考えている。その理由はどこにあるのか。合衆国最高裁の裁判官は、AA が人種間の敵意を高め、社会的分断を引き起こすことを懸念していた。AA によって社会的資源がマイノリティに分配されると、それによってマジョリティは不利益を被り、両者の緊張関係は高まる (X 1)。また、AA によってあるマイノリティに社会的資源を分配すると、他のマイノリティが地位を奪われたり、社会的資源の獲得のハードルが上がる。それによって、マイノリティ同士での緊張関係が高まり、社会的分断が助長される危険がある (X 2)。しかし、AA を実施せずに、人種間の不均衡を放置すると、それによっても社会的分断が生じる危険がある (X 3)。AA による各グループへの社会的資源の分配は、社会的分断を抑える場合もあれば、それを助長する場合もある。合衆国の目標は分断のない統合された国家にあり、AA はそれに貢献する可能性もその逆の可能性もある。否定派から肯定派に至るまで、合衆国最高裁の裁判官はそれを認識していたからこそ、憲法上 AA は禁止されず、許容されるという解釈をとったと考えられる。そして、肯定派の裁判官は、AA がマイノリティとマジョリティ、あるいはマイノリティ同士の緊張関係を高めると理解していたからこそ、憲法上 AA

が要求されるというラディカルな解釈をしなかったと考えられる。

合衆国におけるこのような AA の性質を考えると、合衆国の議論を参照して、日本においてアファーマティブ・アクションが憲法上要求されると解釈するのは難しい。合衆国では、AA に弱者救済の側面があることも否定できないが、実際には、AA はマイノリティ間での社会的資源の分配に差をつけており、不利益を被っているマイノリティが存在する。AA が憲法上要求されるという解釈には、AA がマイノリティ全般を利する施策であるという前提があると考えられるが、AA は実際にはそのように機能していない。合衆国の議論を参照する際には、その点に十分に留意する必要がある。

(Endnotes)

- 1 高橋正明「憲法上の平等原則の解釈について (1) ~ (3・完)」法学論叢 178 巻 1 号 (2015) 85 頁, 第 178 巻 2 号 (2015) 105 頁, 第 178 巻 5 号 (2016) 95 頁。
- 2 Terry Eastland, *The Case Against Affirmative Action*, 34 Wm. & Mary L. Rev. 33 (1992).
- 3 *Parents Involved in Cmty. Sch. v. Seattle Sch. Dist. No. 1*, Parents Involved, 551 U.S. 701, 748 (2007) (Roberts, C.J. joined by Scalia, Thomas & Alito, JJ. plurality).
- 4 Mario L. Barnes, Erwin Chemerinsky & Angela Onwuachi-Willig, *Judging Opportunity Lost: Assessing the Viability of Race-Based Affirmative Action After Fisher v. University of Texas*, 62 UCLA L. Rev. 272, 280–81 (2015).
- 5 *Concrete Works of Colo. v. City & County of Denver*, 540 U.S. 1027, 1034–35 (2003) (Scalia, J. dissenting). 多くの者は人種に基づく AA が本来的に不公正だと考えている、と指摘されている (Richard H. Fallon, Jr., *Affirmative Action Based on Economic Disadvantage*, 43 UCLA L. Rev. 1913, 1949 (1996))。
- 6 中間派による敬讓型の厳格審査は合憲性審査の厳格度を希釈しており、トマス裁判官はカラーブラインドの否定だと考えている (*Parents Involved*, 551 U.S. at 772) と分析されている (Michael B. Rappaport, *Originalism and the Colorblind Constitution*, 89 Notre Dame L. Rev. 71, 79 (2013))。
- 7 See *Fisher v. University of Texas (Fisher II)*, 136 S. Ct. 2198, 2215(2016) (Thomas, J. dissenting). 理論上、カラーブラインドの支持者はいずれの人種による区分にも、厳格審査を要求する (John E. Morrison, *Colorblindness, Individuality, and Merit: An Analysis of the Rhetoric Against Affirmative Action*, 79 Iowa L. Rev. 313, 320 (1994))。否定派の裁判官は、中間派が示し肯定派が支持する敬讓型の厳格審査が先例にない敬讓を示していると批判するが (*Grutter v. Bollinger*,

- 539 U.S. 306, 387 (2003) (Rehnquist, C.J., joined by Scalia, Kennedy & Thomas JJ., dissenting))、刑事施設の人種区分の合憲性が問題とされた事例では、刑事施設の運営には在監者の安全に係る難しい判断が含まれており、裁判所は職員の詳細な専門知識に基づく判断に対して敬讓がなされるべきだとする (Johnson v. California, 543 U.S. 499, 528–31 (2005) (Thomas, J., joined by Scalia, J., dissenting))。そして、刑事施設での人種区分には緩やかな厳格度の基準が適用されるべきとする (*Id.* at 524)。この判断の背景として、受刑者間での暴力からの受刑者の保護は、道徳的だけでなく、法的に要求される可能性がある旨が指摘されている (Pamela S. Karlan, *Compelling Interests/Compelling Institutions: Law Schools as Constitutional Litigants*, 54 UCLA L. Rev. 1613, 1623–24 (2007))。AA の否定派は重大な社会事情に対応するための人種区分の使用を認めている (T. Alexander Aleinikoff, *A Case for Race-Consciousness*, 91 Colum. L. Rev. 1060, 1077 (1991))。厳格審査に敬讓の概念を組み入れないことは Grutter 判決での立場と一貫しているが、すべての人種区分に厳格審査が適用されるべきとする立場とは矛盾している。否定派は、すべての人種区分が憲法上禁止されるわけではなく、AA が人種的な従属、分断と争いを生じさせることから、厳格審査を適用し、憲法上禁止されると理解している。
- 8 Parents Involved, 551 U.S. at 748 (Thomas, J., concurring).
- 9 See Clarence Thomas, *Affirmative Action Goals and Timetables: Too Tough? Not Tough Enough!*, 5 Yale L. & Pol'y Rev. 402, 410–11 (1987).
- 10 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.
- 11 City of Richmond v. J.A.Croson, Co., 488 U.S. 469, 520–21(1989) (Scalia, J., concurring). スカリア裁判官は非常に例外的な場合にのみ人種区分が許容されると示して、カラープラインドの見解をとっており (Scott Grinsell, "*The Prejudice of Caste*": *The Misreading of Justice Harlan and the Ascendancy of Anticlassification*, 15 Mich. J. Race & L. 317, 331 (2010))、ほぼすべての人種区分を「理論上厳格だが、事実上致命的」に取扱うと評価されている (Alexandra Natapoff, *Trouble in Paradise: Equal Protection and the Dilemma of Interminority Group Conflict*, 47 Stan. L. Rev. 1059, 1080 (1995))。否定派の理解する厳格審査の下では、ほとんどの人種区分は憲法上許容されない (Gerald Torres, *Fisher v. University of Texas: Living in the Dwindling Shadow of LBJ's America*, 65 Vand. L. Rev. En Banc 97, 110 (2012))。
- 12 Croson, 488 U.S. at 526.
- 13 See K.G. Jan Pillai, *Phantom of the Strict Scrutiny*, 31 New Eng. L. Rev. 397, 422 n. 136 (1997).
- 14 Jed Rubenfeld, *Affirmative Action*, 107 Yale L.J. 427, 441–42 (1997).

- 15 Michelle Adams, *Searching for Strict Scrutiny in Grutter v. Bollinger*, 78 Tul. L. Rev. 1941, 1954 (2004).
- 16 カラーブラインドの憲法上の要求は、立法機関と行政機関だけでなく、裁判所も制限する。人種区分の一切の禁止は特定された差別の犠牲者の救済もできなくするが、否定派の裁判官はそのように考えない。合衆国最高裁には教育と他の領域の差別を根絶する重要な役割と権限があり、人種区分の一切の禁止は自身の権限の放棄に繋がるため (See William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey, *The Supreme Courts Term 1993: Foreward: Law as Equilibrium*, 108 Harv. L. Rev. 27 (1994))、合衆国最高裁には完全なるカラーブラインドを宣言する裁判官はいなかったのであり (Lisa E. Chang, *Remedial Purpose and Affirmative Action: False Limits and Real Harms*, 16 Yale L. & Pol'y Rev. 59, 63 n. 19 (1997))、憲法規範として明確なカラーブラインドの確立には至らなかった (See Kathleen M. Sullivan, *The Jurisprudence of the Rehnquist Court*, 22 Nova L. Rev. 743, 746 (1998))。
- 17 See Croson, 488 U.S. at 499-500, 505-09 (O'Connor, J., joined by Rehnquist, C.J., White, Stevens & Kennedy, JJ. majority) ; Wygant v. Jackson Bd. of Educ., 476 U.S. 267, 276 (1986) (Powell, J., joined by Burger C.J., Rehnquist & O'Connor JJ. plurality).
- 18 See 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, 709-10 (2014).
- 19 Sheila Foster, *Difference and Equality: A Critical Assessment of the Concept of "Diversity"*, 1993 Wis. L. Rev 105, 114.
- 20 Charles Fried, *Affirmative Action After City of Richmond v. J.A. Croson Co.: A Response to the Scholars' Statement*, 99 Yale L.J. 155 (1989). これに対しては、差別は特定の犠牲者だけではなくマイノリティ全体に影響を及ぼすため、マイノリティの全メンバーが AA の資格者であると反論されている (Benjamin L. Hooks, *Affirmative Action: A Needed Remedy*, 21 Ga. L. Rev. 1043, 1047 (1987))。
- 21 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. L. & Pol. 1, 5 (2006).
- 22 See Vinay Harpalani, *Diversity Within Racial Groups and the Constitutionality of Race-Conscious Admissions*, 15 U. Pa. J. Const. L. 463, 509 (2012).
- 23 See Erica J. Rinas, *A Constitutional Analysis of Race-Based Limitations on Open Enrollment in Public Schools*, 82 Iowa L. Rev. 1501, 1515 (1997); William L. Taylor & Susan M. Liss, *Affirmative Action in the 1990s: Staying the Course*, 523 Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci. 30, 35 (1992).
- 24 See Jared M. Mellott, *The Diversity Rationale For Affirmative Action In Em-*

- ployment After Grutter*, 48 Wm and Mary L. Rev. 1091, 1117-18 (2006).
- 25 Chang, *supra* note 16, at 63.
- 26 Rappaport, *supra* note 6, at 76.
- 27 Peter J. Rubin, *Reconnecting Doctrine and Purpose: A Comprehensive Approach to Strict Scrutiny After Adarand and Shaw*, 149 U. Pa. L. Rev. 1, 24 (2000).
- 28 否定派の裁判官は、あらゆる人種区分は厳格審査に服し、事実上それを通過する人種区分はないと主張しているとされる (Rappaport, *supra* note 6, at 74)。
- 29 Grinsell, *supra* note 11 at 331.
- 30 Eric K. Yamamoto, *Critical Race Praxis: Race Theory and Political Lawyering Practice in Post-Civil Rights America*, 95 Mich. L. Rev. 821, 861 n 191 (1997).
- 31 「憲法は人種に基づく政府による差別を禁止し、州により提供される教育も例外ではない」 (Grutter, 539 U. S. 306, 349 (Thomas, J., joined by Scalia, J., dissenting)) ; 「人種やエスニシティの出自以外の何ものでもない理由によって、いずれのグループのメンバーを優先することは、それ自体差別である。これは憲法が禁止している」 (Fisher v. University of Texas (Fisher I),133 S. Ct. 2411, 2424 (2013) (Thomas, J., concurring)) .
- 32 Charles Fried, *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC: Two Concepts of Equality*, 104 Harv. L. Rev. 107, 111 (1990).
- 33 Sullivan, *supra* note 16, at 754; Rappaport, *supra* note 6, at 74.
- 34 See Rappaport, *supra* note 6; Randall Kennedy, *Colorblind Constitutionalism*, 82 Fordham L. Rev. 1 (2013); Osagie K. Obasogie, *Can The Blind Lead The Blind? Rethinking Equal Protection Jurisprudence Through An Empirical Examination Of Blind People's Understanding Of Race*, 15 U. Pa. J. Const. L. 705 (2013).
- 35 Grutter, 539 U.S. at 378.
- 36 Grinsell, *supra* note 11, at 331.
- 37 Parents Involved, 551 U.S. at 862-63 (Breyer, J., joined by Stevens, Souter & Ginsburg, JJ., dissenting).
- 38 Oluwole & Green III, *supra* note 18, at 753.
- 39 Rappaport, *supra* note 6, at 79 (citing Parents Involved, 551 U.S. at 751(Thomas, J., concurring)) .
- 40 Fisher II, 136 S. Ct at 2215 (Thomas, J., dissenting). Fisher II 判決では、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。入学者選抜の際に、テキサス大学はトップ 10% プランを使用した。このプランによって、テキサス州内の各高校の上位成績上位 10% の卒業者はすべての州立大学に入学を許可される。成績上位 10% になく、このプランの対象とならない志願者は、このプランによってどの程度定員を埋めるのかは年度によって異なるが、

学力を指標とした Academic Index (AI) と大学への志願者の後見の可能性に関する全体的評価によって選抜された。全体的評価である Personal Achievement Index (PAI) の 1 つの要素として人種が考慮された。AI と PAI により評価され、不合格となったテキサス州民の原告が平等保護条項違反を主張して訴訟を提起した。トップ 10% プランが定員を埋める割合は年度ごとに異なるが、原告が不合格となった年度 (2008 年度) では、81% であった。さらにテキサス大学はテキサス州民以外に定員の 10% を割り当てており、AI と PAI によって評価される (人種の考慮が影響する) テキサス州民の枠はかなり少ない。

- 41 レーガン政権下で EEOC の議長であったとき、トマスは、合衆国議会に対して、数に基づく救済は「反差別という最終目的を掘り崩す可能性があり」、「差別が終了した後でさえも、女性とマイノリティが競争での優先的取扱を必要とする」という認識を導きうる」と述べた (*Equal Employment Opportunity Commission Policies Regarding Goals and Timetables in Litigation Remedies 1986: Hearings Before the Subcomm. on Employment Opportunities of the House Comm. on Education and Labor, 99th Cong., 2d Sess. 25-26 (1986)*)。
- 42 Grinsell, *supra* note 11, at 331.
- 43 Barnes, Chemerinsky & Onwuachi-Willig, *supra* note 4, at 280-81.
- 44 Rubenfeld, *supra* note 14, at 437.
- 45 Eastland, *supra* note 2, at 33.
- 46 Robert C. Post, *Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law*, 117 Harv. L. Rev. 4, 65 n.294 (2003).
- 47 William B. Reynolds, *The Reagan Administration and Civil Rights: Winning the War Against Discrimination*, 1986 U. Ill. L. Rev. 1001, 1017.
- 48 Edwin Meese III, *Civil Rights, Economic Progress, and Common Sense*, 14 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 150, 154 (1991).
- 49 See Croson, 488 U.S. at 521-28 (Scalia, J., concurring).
- 50 See Alexander M. Bickel, *The Morality of Consent* 133, Yale University Press (1975).
- 51 Post, *supra* note 46, at 65 n.294.
- 52 Metro Broadcasting, Inc. v. FCC, 497 U.S. 547, 603 (1990) (O'Connor, J., joined by Rehnquist C.J., & Scalia & Kennedy, JJ., dissenting).
- 53 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).
- 54 See Grinsell, *supra* note 11, at 327.
- 55 Jonathan L. Entin, *Justice Thomas, Race, and the Constitution Through the Lens of Booker T. Washington and W.E.B. Du Bois*, 88 U. Det. Mercy L. Rev. 755, 766 (2011).

- 56 Croson 判決オコナ裁判官法廷意見は「AA がスティグマの危険を生じさせる危険」がある旨を述べており (Croson, 488 U.S. at 493 (O'Connor, J., joined by Rehnquist, C.J., White, Stevens & Kennedy, JJ., majority))、これに同調するレンキスト首席裁判官は AA がスティグマを生じさせる危険があることを認識している。
- 57 トマス裁判官は以下のように述べ、スカリア裁判官もこれに同調する。「黒人の大多数は、差別によって当該ロー・スクールに合格させられる…。スティグマの問題は、スティグマを受けた者が実際に人種差別の「受益者」であるのかどうかに関する判断に依拠しない。黒人が政府、企業、学術界の高い地位に就いたとき、彼らの肌の色が彼らの進展に作用したのかどうかという問題が、今日では残っている。この問題それ自体がスティグマである」(Grutter, 539 U.S. at 373 (Thomas, J., joined by Scalia, J., dissenting))。
- 58 Entin, *supra* note 55, at 766.
- 59 Selena Dong, “Too Many Asians”: *The Challenge of Fighting Discrimination Against Asian-Americans and Preserving Affirmative Action*, 47 Stan. L. Rev. 1027, 1053 (1995).
- 60 否定派は AA がスティグマを生じさせることで、人種的ヒエラルキーを強化すると考える (Grinsell, *supra* note 11, at 326)。
- 61 Morrison, *supra* note 7, at 322-23.
- 62 Barnes, Chemerinsky & Onwuachi-Willig, *supra* note 4, at 280.
- 63 修正第 14 条の意味をめぐる議論において、反区分の支持者は、AA は個人の価値を減じ、最終的には社会的なスティグマを強めるため、平等保護条項が懸念する害悪は個人のこのような区分に向けられていると主張している (Reva B. Siegel, *Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown*, 117 Harv. L. Rev. 1470, 1472-73 (2004))。
- 64 Adrian Liu, *Affirmative Action & Negative Action: How Jian Li's Case Can Benefit Asian Americans*, 13 Mich. J. Race & L. 391, 405-06 (2008).
- 65 否定派の裁判官の見解では、AA の終了こそがマイノリティに対する構造的な差別を終了させる (See Jack Balkin & Reva Siegel, *The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?*, 58 U. Miami L. Rev. 9, 10-13 (2004))。
- 66 See William V. Alstyn, *Rites of Passage: Race, the Supreme Court, and the Constitution*, 46 U. Chi. L. Rev. 775, 808-10 (1979); Richard A. Epstein, *Tuskegee Modern, or Group Rights Under the Constitution*, 80 Ky. L. Rev. 869, 881-85 (1991).
- 67 オコナ裁判官とケネディ裁判官は社会的に争いの激しい問題を審理したがらず、裁量上訴を拒否しており (See Thomas W. Merrill, *The Making of The Second*

- Rehnquist Court: A Preliminary Analysis*, 47 St. Louis L. J. 569, 576, 637 (2003); Beard II, *supra* note 21, at 1)、AA の憲法適合性について判断を避けてきた。この証拠として、1990 年の Metro Broadcasting 判決から 2003 年の Grutter 判決に至るまで、合衆国最高裁は AA の合憲性に関して審理をしたのが 1 つだけ (Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U.S. 200 (1995)) であることが挙げられている (Neal Devins, *Explaining Grutter v. Bollinger*, 152 U. Pa. L. Rev. 347, 360 (2003))。
- 68 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。
- 69 Neal Devins, *Congress and The Making of The Second Rehnquist Court*, 47 St. Louis L.J. 773, 776 (2003).
- 70 Devins, *supra* note 69, at 782 n.39.
- 71 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) (公衆の意見に敏感な裁判官として、ケネディ裁判官を挙げている); 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) (公衆の意見に敏感な裁判官としてオコナを挙げている)。
- 72 William Mishler & Reginald Sheehan, *Public Opinion, the Attitudinal Model, and Supreme Court Decision Making: A Micro-Analytic Perspective*, 58 J. Pol. 169, 197 (1996).
- 73 Thomas W. Merrill, *The Making of the Second Rehnquist Court: A Preliminary Analysis*, 47 St. Louis L.J. 569, 629-30 (2003).
- 74 Devins, *supra* note 67, at 353-54.
- 75 See Daniel A. Farber, *The Outmoded Debate over Affirmative Action*, 82 Cal. L. Rev. 893, 916 (1994). 必ずしも極端な保守派が合衆国最高裁裁判官に就任できないわけではないが、トマス裁判官の任命の承認をめぐっては非常に激しい政治的争いが展開された。他方で、穏健な保守派と評されるオコナ裁判官については、全会一致で承認された (Sheldon Goldman, *Picking Federal Judges: Lowe Court Selection From Roosevelt Through Reagan* 317, Yale University Press, 1999)。レーガン大統領はオコナ裁判官に「卓越した資格」があるために合衆国最高裁の裁判官に任命したと述べたが、彼女はアリゾナ州以外では知られた存在ではなく、この任命は AA によるものであったとも評価されている (*Id.* at 329)。
- 76 Goldman, *supra* note 75, at 3.
- 77 See Girardeau A. Spann, *Proposition 209*, 47 Duke L.J. 187, 275-76 (1997).

- 78 See Michael J. Gerhardt, *Judicial Selection as War*, 36 U.C. Davis L. Rev. 667, 673 (2003).
- 79 See Gerhardt, *supra* note 78, at 670.
- 80 Goldman, *supra* note 75, at 314.
- 81 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).
- 82 See Robert H. Bork, *Coercing Virtue: The Worldwide Rules of Judges* 71, Vintage Canada (2003).
- 83 See Kevin J. McMahon, *Nixon's Court : His Challenge to Judicial Liberalism and Its Political Consequences* 5, University of Chicago Press (2011).
- 84 Devins, *supra* note 67, at 355.
- 85 Goldman, *supra* note 75, at 317.
- 86 See Sheldon Goldman, *Judicial Confirmation Wars: Ideology and The Battle for The Federal Courts*, 39 U. Rich. L. Rev. 871, 874-78 (2005).
- 87 Girardeau A. Spann, *Race Against The Court* 22, New York University Press (1993).
- 88 Devins, *supra* note 69, at 781.
- 89 Merrill, *supra* note 67, at 605-06.
- 90 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).
- 91 Pillai, *supra* note 13, at 439 n.246.
- 92 Merrill, *supra* note 67, at 620.
- 93 Devins, *supra* note 67, at 353.
- 94 Devins, *supra* note 69, at 774.
- 95 Devins, *supra* note 69, at 774.
- 96 Devins, *supra* note 69, at 775 n.9.
- 97 *Casey*, 505 U.S. at 867.
- 98 Farber, *supra* note 75, at 916.
- 99 Farber, *supra* note 75, at 916 n.140. ケネディ裁判官は、ブッシュの再選の可能性への Roe 判決の覆しによる影響について懸念していたとも推測されている (Merrill, *supra* note 67, at 635)。
- 100 Merrill, *supra* note 67, at 637.
- 101 Devins, *supra* note 67, at 352 n.26.
- 102 See Adams, *supra* note 15, at 1952-53.
- 103 McMahon, *supra* note 83, at 3.
- 104 See McMahon, *supra* note 83, at 209-11.
- 105 Goldman, *supra* note 75, at 199.
- 106 Adam Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, 59 Vand. L. Rev. 793, 805 (2006).

- 107 Goldman, *supra* note 75, at 205–06.
- 108 See Goldman, *supra* note 75, at 198–235.
- 109 Goldman, *supra* note 75, at 234.
- 110 AA の合憲性の多くの判断が多数意見ではなく相対多数意見によって下されているのは、AA の問題に関する公衆の分裂とコンセンサスの欠如を反映しているとされる (Neal Devins, *Adrand Constructors, inc. v. Pena and The Continuing Irrelevance of Supreme Court Affirmative Action Decisions*, 37 Wm. & Mary L. Rev. 673, 718 (1996))。
- 111 McMahon, *supra* note 83, at 6–7.
- 112 McMahon, *supra* note 83, at 6.
- 113 See Marty B. Lorenzo, *Race-Conscious Diversity Admissions Programs: Furthering a Compelling Interest*, 2 Mich. J. Race & L. 361, 374 (1997).
- 114 See 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, 554 (2005).
- 115 See Paul Brest & Miranda Oshige, *Affirmative Action for Whom?*, 47 Stan. L. Rev. 855, 857–58 (1995).
- 116 Spann, *supra* note 77, at 232.
- 117 See Merrill, *supra* note 67, at 627.
- 118 Richard D. Kahlenberg, *The Remedy : Class, Race, and Affirmative Action* 26, Basic Books (1996).
- 119 Gail Heriot, *Fisher v. University of Texas: The Court (Belatedly) Attempts to Invoke Reason and Principle*, 2012–13 Cato Sup. Ct. Rev. 63, 74 n.37 (2013).
- 120 See Jerome Karabel, *The Chosen: The Hidden History of Admission and Exclusion at Harvard, Yale and Princeton* 496 (2005) (quoting John C. Jeffries Jr., Justice Lewis F. Powell Jr., Fordham University Press, 2, 234, 172 (2001)).
- 121 Patrick M. Garry, *How Strictly Scrutinized?: Examining the Educational Benefits the Court Relied upon in Grutter*, 35 Pepp. L. Rev. 649, 651 n.12 (2008).
- 122 Farber, *supra* note 75, at 900; Karlan, *supra* note 7, at 1618; Earl M. Maltz, *Ignoring the Real World: Justice O'Connor and Affirmative Action in Education*, 57 Cath. U. L. Rev. 1045, 1046 (2008); Heriot, *supra* note 119, at 73.
- 123 Regents of the University of Cal. v. Bakke, 438 U.S. 265, 315–20 (1978).
- 124 パウエル裁判官は個別の考慮がなされていれば憲法上許容されると判断したが、合衆国の大学によって使用されるほとんどの AA を支持することになるとの理解から (Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* 1529–30, Foundation Press (2d ed. 1988))、個別の考慮がクォータよりも精緻であるのかを疑問視する学説もある (Deborah Ramirez, *Multicultural Empowerment: It's Not Just Black and*

White Anymore, 47 Stan. L. Rev. 957, 981 (1995))。パウエル裁判官は、ハーバード大学の入学者選抜策を参照し、競合する考慮要素の均衡をとり、公正に考慮すべきとしたが (Bakke, 438 U.S. at 316-17)、入学選抜の担当者にとって、それは物理的及び精神的に不可能だと論じられている (L. H. LaRue, *The Rhetoric of Powell's Bakke*, 38 Wash. & Lee L. Rev. 43, 55-58 (1981))。また、ハーバード大学の入学者選抜策は「志願者の入学者選抜を審査する際に人種が考慮される範囲を説明せず、毎年入学するマイノリティの割合が合衆国の人口構成に占めるマイノリティの割合をおおよそ反映していることから、疑わしい」とも指摘されている (Adolphus L. Williams, Jr., *A Critical Analysis of the Bakke Case*, 16 S.U. L. Rev. 129, 217-18 (1989))。合衆国最高裁で多数を形成する立場は、一貫して、人種的均衡それ自体を目的とした人種的優先は違憲だと述べてきた (Mark W. Cordes, *Affirmative Action After Grutter and Gratz*, 24 N. Ill. U. L. Rev. 691, 726 (2004))。政治の場でも、AA の強力な支持者でさえも、人口構成比に比例したマイノリティの割合の確保には反対している (Devins, *supra* note 67, at 380 n.158)。AA の支持者の中では、人種的均衡を支持する憲法上の根拠は薄弱だと考えられてきた (Adam Lamparello & Cynthia Swann, *The New Affirmative Action after Fisher v. University of Texas: Defining Educational Diversity through the Sixth Amendment's Cross-Section Requirement*, 69 SMU L. Rev. 387, 390 (2016))。

125 438 U.S. at 311-15.

126 See Liu, *supra* note 64, at 399-400.

127 See Choy, *supra* note 114, at 554.

128 Bakke, 438 U.S. at 357.

129 Bakke, 438 U.S. at 305.

130 Bakke, 438 U.S. at 289-91.

131 Bakke, 438 U.S. 265, 294-95.

132 Bakke, 438 U.S. at 298.

133 Bakke, 438 U.S. at 294-95 n.34.

134 Bakke, 438 U.S. at 298.

135 個人としての評価を脅かす可能性があるため、AA が憲法上許容されるためには高いハードルが課されると指摘されている (Joshua P. Thompson & Adam R. Pomeroy, *Desperately Seeking Scrutiny: Why The Supreme Court Should Use Fisher V. University of Texas to Restore Meaningful Review to Race-Based College Admission Programs*, 7 Charleston L. Rev. 139, 170 (2012))。

136 Bakke, 438 U.S. at 290-291.

137 マイノリティに不利益を及ぼす人種区分の合憲性が問題とされた事例においても、法廷意見が「厳格審査 (strict scrutiny)」という名称の基準を採用したのは、1984 年になってからだと指摘されている (Stephen A. Siegel, *The Origin of the*

- Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny*, 48 Am. J. Legal Hist. 355, 402 (2006)。
- 138 See Devins, *supra* note 110, at 705.
- 139 See Siegel, *supra* note 137, at 402; Kelly L. Claxton, *Fisher v. University of Texas at Austin* 136 S. Ct. 2198 (2016), 43 Ohio N.U.L. Rev. 219, 220 (2017).
- 140 Ozan O. Varol, *Strict in Theory, but Accommodating in Fact?*, 75 Mo. L. Rev. 1243, 1252 (2010).
- 141 Paul W. Kahn, *The Court, the Community, and the Judicial Balance: The Jurisprudence of Justice Powell*, 97 Yale L.J. 1, 6 (1987); Richard H. Fallon, Jr., *The Supreme Court, 1996 Term — Foreword: Implementing the Constitution*, 111 Harv. L. Rev. 54, 79 (1997).
- 142 他方で、ジェンダー区分に対して、パウエル裁判官は中間審査を適用しており、その合憲性を比較的穏健に判断していると評価されている (See Merrill, *supra* note 67, at 603)。
- 143 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, 131-32 (2016).
- 144 Bakke 判決において、合衆国最高裁は、問題とされた AA が憲法上許容しうるかどうかを検討したと評されている (Karlson, *supra* note 7, at 1617)。
- 145 Chang, *supra* note 16, at 65 (citing Bakke, 438 U.S. at 320).
- 146 Bakke, 438 U.S. at 362 (Brennan, J., joined by White, Marshall & Blackmun, JJ., dissenting).
- 147 Barnes, Chemerinsky & Onwuachi-Willig, *supra* note 4, at 279-80.
- 148 Heriot, *supra* note 119, at 72.
- 149 Bakke, 438 U.S. at 297.
- 150 Bakke, 438 U.S. at 310.
- 151 Bakke, 438 U.S. at 310.
- 152 Bakke, 438 U.S. at 307-08.
- 153 Bakke, 438 U.S. at 272.
- 154 *Bakke*, 438 U.S. at 311-12.
- 155 See Gabriel J. Chin, *Bakke to the Wall: The Crisis of Bakkean Diversity*, 4 Wm. & Mary Bill of Rts. J. 881, 902 (1996); Cordes, *supra* note 124, at 729; Liu, *supra* note 64, at 399-400.
- 156 Chang, *supra* note 16, at 65.
- 157 Heriot, *supra* note 119, at 73. もっとも、多様な学生構成が利益を及ぼすことから多様性による AA の正当化が認められており、人種多様性はそれ自体を目的として求めることができないのは自明だとされる (Jonathan W. Rash, *Affirmative*

- Action On Life Support: Fisher v. University of Texas at Austin and The End of Not-So-Strict Scrutiny*, 8 Duke J. Const. Law & PP Sidebar 25, 49 (2012))。
- 158 See Aleinikoff, *supra* note 7, at 1083.
- 159 Christopher J. Schmidt, *Caught in a Paradox: Problems with Grutter's Expectation that Race-Conscious Admissions Programs Will End in Twenty-Five Years*, 24 N. ILL. U. L. REV. 753, 756 (2004). 人種は多様性を構成する1つの要素にすぎず、様々な要素から多様性は構成されており (Bakke, 438 U.S. at 315)、パウエル裁判官は、多様性は許容しうる目的だが、そこから生じる利益は複雑だと主張している (Danielle H. Walker, *Defining Race-Conscious Programs in the Fisher Era*, 57 How. L.J. 545, 548 (2014))。
- 160 Drew S. Days, III, *Minority Access to Higher Education in the Post-Bakke Era*, 55 U. Colo. L. Rev. 491, 492 (1984).
- 161 Thompson & Pomeroy, *supra* note 135, at 146 n.37.
- 162 Pillai, *supra* note 13, at 400 n.4; John Friedl, *Making A Compelling Case For Diversity In College Admissions*, 61 U. Pitt. L. Rev. 1, 29 n.149 (1999).
- 163 Michael S. Paulsen, *Reverse Discrimination and Law School Faculty Hiring: The Undiscovered Opinion*, 71 Tex. L. Rev. 993, 999 (1993).
- 164 Ralph Smith, *Affirmative Action in Extremis: A Preliminary Diagnosis of the Symptoms and the Causes*, 26 Wayne L. Rev. 1337, 1346-47 (1980).
- 165 Chin, *supra* note 155, at 925-26. しかし、パウエル裁判官の意見に先例拘束性がなかったとしても、メリットに基づいて改めて支持されるべきだと指摘される (Lino A. Bloom, *Hopwood, Bakke, and the Future of the Diversity Justification*, 29 Tex. Tech L. Rev. 1, 65 (1998); Samuel Issacharoff, *Bakke in the Admissions Office and the Courts: Can Affirmative Action Be Defended?*, 59 Ohio St. L.J. 669, 693-94 (1998))。
- 166 Cordes, *supra* note 124, at 695.
- 167 James N. Robinson II, *Trying to Push a Square Peg Through a Round Hole: Why the Higher Education Style of Strict Scrutiny Review Does Not Fit When Courts Consider K-12 Admissions Programs*, 2004 BYU Educ. & L. J. 51, 65 n.101.
- 168 See Vincent Blasi, *Bakke as Precedent: Does Mr. Justice Powell Have a Theory?*, 67 Cal. L. Rev. 21, 23 (1979); Brest & Oshige, *supra* note 115, at 857 n.8.
- 169 John A. Powell & Stephen Menendian, *The Limits of Exhaustion and the Future of Race-Conscious University Admissions*, 47 U. Mich. J.L. Reform 899, 901 n.11 (2014).
- 170 Hooks, *supra* note 20, at 1044 n.5.
- 171 Michelle Adams, *Stifling the Potential of Grutter v. Bollinger: Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 88 B.U. L. Rev. 937, 944

- n.40 (2008).
- 172 Paul Horwitz, *Grutter's First Amendment*, 46 B.C. L. Rev. 461, 491 (2005).
- 173 Cordes, *supra* note 124, at 699 (citing Bakke, 438 U.S. at 319-20).
- 174 Kahlenberg, *supra* note 118, at 26.
- 175 Kelsey Inouye, *Asian Americans: Identity and the Stance on Affirmative Action*, 23 Asian Am. L.J. 145, 154 (2016).
- 176 See Tomiko Brown-Nagin, *Elites, Social Movements, and the Law: The Case of Affirmative Action*, 105 Colum. L. Rev. 1436, 1453 n.69 (2005).
- 177 Tribe, *supra* note 124, at 1529-30; Cordes, *supra* note 124, at 700; Oluwole & Green III, *supra* note 18, at 719-20.
- 178 Liu, *supra* note 64, at 400.
- 179 Friedl, *supra* note 162, at 10-11.
- 180 Friedl, *supra* note 162, at 17.
- 181 See Vikram Amar & Evan Caminker, *Constitutional Sunsetting? Justice O'Connor's Closing Comments in Grutter*, 30 Hastings Const. L.Q. 541, 548 n.18 (2003).
- 182 Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448, 491 (1980) (Burger, C.J., joined by White & Powell JJ., plurality).
- 183 Fullilove, 448 U.S. at 492 (Burger, C.J., joined by White & Powell, JJ., plurality).
- 184 Fullilove, 448 U.S. at 472 (Burger, C.J., joined by White & Powell, JJ., plurality).
- 185 Fullilove, 448 U.S. at 492 (Burger, C.J., joined by White & Powell, JJ., plurality).
- 186 Jamie L. Barker, *Back to Basics: A Functional Strict Scrutiny Solution to the Affirmative Action Controversy*, 22 Ohio N.U.L. Rev. 1363, 1374 n.88 (1996).
- 187 Fullilove, 448 U.S. at 496 (Powell, J., concurring).
- 188 Fullilove, 448 U.S. at 496 (Powell, J., concurring).
- 189 See Fullilove, 448 U.S. at 498 (Powell, J., concurring).
- 190 Thompson & Pomeroy, *supra* note 135, at 153.
- 191 Fullilove, 448 U.S. at 503 (Powell, J., concurring).
- 192 Chang, *supra* note 16, at 66-67.
- 193 Fullilove, 448 U.S. at 507-08 (Powell, J., concurring).
- 194 See Chang, *supra* note 16, at 59.
- 195 Wygant, 476 U.S. at 273-74 (Powell, J., joined by Burger, C.J., & Rehnquist & O'Connor, JJ., plurality).
- 196 Eric Schnapper, *Affirmative Action and the Legislative History of the Fourteenth Amendment*, 71 Va. L. Rev. 753 (1985).
- 197 Wygant, 476 U.S. at 276 (Powell, J., joined by Burger C.J., & Rehnquist & O'Connor, JJ., plurality).
- 198 社会的差別の測定は難しいと指摘されている (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)。
- 199 Wygant, 476 U.S. at 274(Powell J., joined by Burger, C.J., & Rehnquist & O'Connor, JJ., plurality).
- 200 Wygant 判決では、マイノリティの学生に対する「ロールモデル」としてのマイノリティ教員による利益では AA を正当化できないとしており、教員採用において人種が考慮可能な状況は広がらないとされる (Brest & Oshige, *supra* note 115, at 857-58)。
- 201 Sheet Metal Workers v. EEOC, 478 U.S. 421, 480 (1986) (Brennan, J., joined by Marshall, Blackmun & Stevens, JJ, plurality).
- 202 Sheet Metal Workers, 478 U.S. at 485 (Powell, J., concurring).
- 203 Winkler, *supra* note 106, at 835.
- 204 United States v. Paradise, 480 U.S. 149, 166 (1987) (Brennan, J., joined by Marshall, Blackmun & Powell, JJ., plurality).
- 205 Paradise 判決は AA の厳格審査の通過可能性を示していると評されている (Barker, *supra* note 186, at 1384)。
- 206 Paradise, 480 U.S. at 166-67 (Brennan, J., joined by Marshall, Blackmun & Powell, JJ., plurality).
- 207 Paradise, 480 U.S. at 189 (Powell, J., concurring).
- 208 当該判決で合憲性が問題とされた合衆国裁判所命令は「しばらくの間、(1) 昇進の資格を持つ黒人がいることを条件に、巡査部長昇進候補者の少なくとも 50% は黒人でなければならないこと、(2) 昇進資格を持つ黒人がおり、黒人がその職に占める割合が 25% 以下であり、黒人に不利益をもたらさない当該上級職への昇進計画を公共安全局が定立するまでの間とするとの条件で、その他の上級職についても 50% の昇進枠を設けること」を要求する。当該判決に多数意見はないが、スティーブンス裁判官同意意見も合憲判断を下しており (Paradise, 480 U.S. at 195 (Stevens, J., concurring)、マイノリティと非マイノリティの 1 対 1 での昇進のようなクォータについても、AA を命令する裁判所命令の正当性が明確に支持された (Adam Winkler, *The Federal Government as a Constitutional Niche in Affirmative Action Cases*, 54 UCLA L. Rev. 1931, 1941 (2007))。
- 209 Adams, *supra* note 171, at 946-47 (Croson 判決は、司法の AA に対する懐疑主義を反映していると評価している。).
- 210 Barnes, Chemerinsky & Onwuachi-Willig, *supra* note 4, at 281.
- 211 Croson, 488 U.S. at 493-94 (O'Connor, J., joined by Rehnquist C.J., & White & Kennedy JJ., plurality). オコナ裁判官の意見には多数意見と相対多数意見の部分がある。

- 212 救済の対象となる差別の対象を狭く捉える見解は、差別の憲法上の禁止を掘り崩し、逆に意図的な差別を容易にするとも批判されている (David Kairys, *Unexplainable on Grounds Other than Race*, 45 Am. U.L. Rev. 729, 734 (1996))。
- 213 Croson, 488 U.S. at 497 (O'Connor, J., joined by Rehnquist, C.J., & White & Kennedy, JJ., plurality).
- 214 Kenneth L. Karst, *The Revival of Forward-Looking Affirmative Action*, 104 Colum. L. Rev. 60, 64 (2004).
- 215 Evan Gerstmann & Christopher Shortell, *The Many Faces of Strict Scrutiny: How the Supreme Court Changes The Rules in Race Cases*, 72 U. Pitt. L. Rev. 1, 19–20 (2010).
- 216 Taylor & Liss, *supra* note 23, at 35.
- 217 John Galotto, *Strict Scrutiny for Gender, via Croson*, 93 Colum. L. Rev. 508, 517 (1993).
- 218 Adarand, 515 U.S. at 218, 226–27 (O'Connor, J., joined by Rehnquist C.J., & Scalia, Thomas & Kennedy, JJ., majority).
- 219 Fullilove, 448 U.S. at 496 (Powell, J., concurring).
- 220 Adarand, 515 U.S. at 236 (O'Connor, J., joined by Rehnquist C.J. & Scalia, Thomas & Kennedy, JJ., majority).
- 221 Ivan E. Bodensteiner, *Although Risky After Ricci and Parents Involved, Benign Race-Conscious Action Is Often Necessary*, 22 Nat'l Black L.J. 1, 2–3 (2009).
- 222 Adarand, 515 U.S. at 217 (O'Connor, J., joined by Rehnquist C.J., & Scalia, Thomas & Kennedy, JJ., majority).
- 223 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, 219 (2003).
- 224 Adarand, 515 U.S. at 237 (O'Connor J., joined by Rehnquist, C.J. & Scalia, Thomas & Kennedy, JJ., majority).
- 225 Gerald Gunther, *The Supreme Court, 1971 Term — Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, 86 Harv. L. Rev. 1, 8 (1972).
- 226 Cordes, *supra* note 124, at 712 n.124.
- 227 Pillai, *supra* note 13, at 439 n.249.
- 228 Fried, *supra* note 20, at 158.
- 229 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).
- 230 Adams, *supra* note 171, at 944–45.

- 231 Hopwood v. Texas, 78 F.3d 932, 942 (5th Cir. 1996) (「パウエル裁判官の意見は、『評決を決定する判断』を示しており、重要な部分において、他のどの裁判官も加わらなかったが、Bakke 判決の影響に関する後の議論に重要な役割を果たしている。); Wessmann v. Gittens, 160 F.3d 790, 794-800 (1st Cir. 1998) (学校の施策の合憲性の裁判所の分析を形作るためにパウエル裁判官の判断を使用している旨が指摘されている。).
- 232 Choy, *supra* note 114, at 554.
- 233 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).
- 234 Timothy Hall, *Educational Diversity: Viewpoints 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).
- 235 Hopwood, 78 F.3d at 944 (「Bakke 判決は多数の裁判官の見解を表明しておらず、先例として疑問がある」と述べている); Brewer v. West Irondequoit Cent. Sch. Dist., 32 F. Supp. 2d 619, 628 (W.D.N.Y. 1999) (「Bakke 判決でのパウエル裁判官の単独の意見は、この施策を正当化する説得的な権威にはならない」と述べている); Johnson v. Bd. of Regents, 106 F. Supp. 2d 1362, 1369 (S.D. Ga. 2000) (「大学の入学者選抜における学生構成の多様性に関するパウエル裁判官の意見は、いくらか重要だが、拘束力のある先例ではない」と述べている); Encore Videos v. City of San Antonio, 310 F.3d 812, 819 n.10 (5th Cir. 2002) (「Hopwood, 78 F.3d 932 において）我々は、Bakke 判決のパウエル裁判官の意見は彼の単独の意見であり、Bakke 判決や他の事例で合衆国最高裁の多数の裁判官の見解にはならなかったため、それに従わない。」と述べている)。
- 236 Chin, *supra* note 155, at 881.
- 237 Smith v. University of Washington Law School, 233 F.3d 1188 (9th Cir. 2000). 合衆国裁判所は、高等教育における多様性に関するパウエル裁判官の意見を適用する際に、慎重ではなかったと指摘されている (Martin D. Carcieri, *The Wages of Taking Bakke Seriously: Federal Judicial Oversight of the Public University Admissions Process*, 2001 BYU Educ. & L.J. 161, 163-64)。
- 238 University and Community College System of Nevada v. Yvette Farmer, 113 Nev. 90 (1997).
- 239 Wittmer v. Howard, 87 F.3d 916 (7th Cir. 1997).
- 240 Reynolds v. City of Chicago, 296 F.3d 524 (7th Cir. 2002).
- 241 Dong, *supra* note 59, at 1041.
- 242 Leland Ware, *Strict Scrutiny, Affirmative Action, and Academic Freedom: The*

- University of Michigan Cases*, 78 Tul. L. Rev. 2097, 2105 (2004); Harpalani, *supra* note 22, at 471; Powell & Menendian, *supra* note 169, at 902 n.13.
- 243 Cordes, *supra* note 124, at 712.
- 244 Grutter, 539 U.S. at 324 (O'Connor, J., joined by Stevens, Souter, Ginsburg & Breyer, JJ., majority).
- 245 Grutter, 539 U.S. at 329 (O'Connor, J., joined by Stevens, Souter, Ginsburg & Breyer, JJ., majority).
- 246 Grutter, 539 U.S. at 329 (O'Connor, J., joined by Stevens, Souter, Ginsburg & Breyer, JJ., majority).
- 247 Grutter, 539 U.S. at 392-93 (Kennedy, J., dissenting).
- 248 Grutter, 539 U.S. at 387 (Kennedy, J., dissenting).
- 249 Bakke, 438 U.S. at 311-12.
- 250 Grutter, 539 U.S. at 329 (O'Connor, J., joined by Stevens, Souter, Ginsburg & Breyer, JJ., majority).
- 251 Beard II, *supra* note 21, at 27.
- 252 Grutter 判決によって、多様性が憲法上許容しうる根拠であることは、十分に確立されたと評されている (Torres, *supra* note 11, at 103)。
- 253 Grutter, 539 U.S. at 329-30 (O'Connor, J., joined by Stevens, Souter, Ginsburg & Breyer, JJ., majority).
- 254 Bakke, 438 U.S. at 311-12.
- 255 Karlan, *supra* note 7, at 1625.
- 256 社会には人種分離が存在するため、多様性の価値は社会的差別の救済と結びつけるべきだと主張される (See Lee C. Bollinger, *A Comment on Grutter and Gratz v. Bollinger*, 103 Colum. L. Rev. 1589, 1591-92 (2003))。もっとも Bakke 判決パウエル裁判官意見は AA の正当化理由として社会的差別の救済を否定しており、多様性の価値は社会的差別の是正と結びついているため (See Friedl, *supra* note 162, at 25; Post, *supra* note 46, at 67-68 n.306)、パウエル裁判官は社会的差別を是正するための口実にすぎない多様性の価値を AA の正当化理由として否定する (See Peter N. Kirsanow, *Race Discrimination Rationalized Again*, 2016 *Cato Sup. Ct. Rev.* 59, 73)。
- 257 Amar & Caminker, *supra* note 181, at 548.
- 258 Foster, *supra* note 19, at 116 n 45; Barker, *supra* note 186, at 1373.
- 259 See Heriot, *supra* note 223, at 220.
- 260 See Barnes, Chemerinsky & Onwuachi-Willig, *supra* note 4, at 280.
- 261 Bakke, 438 U.S. at 292.
- 262 Bertrall L. Ross II, *Democracy and Renewed Distrust: Equal Protection and the Evolving Judicial Conception of Politics*, 101 *Cal. L. Rev.* 1565, 1592 (2013).

- 263 Bakke, 438 U.S. at 295-96.
- 264 Natapoff, *supra* note 11, at 1070-71.
- 265 Natapoff, *supra* note 11, at 1070.
- 266 Ross II, *supra* note 262, at 1598.
- 267 Natapoff, *supra* note 11, at 1070.
- 268 Bakke, 438 U.S. at 289.
- 269 Yamamoto, *supra* note 30, at 861-62 n.194.
- 270 Natapoff, *supra* note 11, at 1071.
- 271 Bakke, 438 U.S. at 307-08.
- 272 Bakke, 438 U.S. at 294 n.34.
- 273 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 (Reva B. Siegel, *Equality Divided*, 127 Harv. L. Rev. 1, 41 n 202 (2013))。
- 274 Kevin R. Johnson, *From Brown to Bakke to Grutter: Constitutionalizing and Defining Racial Equality: The Last Twenty Five Years of Affirmative Action?*, 21 Const. Comment. 171, 182 (2004).
- 275 Barnes, Chemerinsky & Onwuachi-Willig, *supra* note 4, at 281.
- 276 Joel K. Goldstein, *Justice O'Connor's Twenty-Five Year Expectation: The Legitimacy of Durational Limits in Grutter*, 67 Ohio St. L.J. 83, 115-16 (2006).
- 277 Post, *supra* note 46, at 67-68 n.306.
- 278 Goldstein, *supra* note 276, at 114.
- 279 Neal Devins, *Affirmative Action After Raegan*, 68 Tex. L. Rev. 353, 375 (1989).
- 280 Bakke, 438 U.S. at 294, n.34.
- 281 Bakke, 438 U.S. at 305.
- 282 See Elise C. Boddie, *The Sins of Innocence in Standing Doctrine*, 68 VAND. L. REV. 297, 324-25 (2015).
- 283 Alan J. Meese, *Bakke Betrayed*, 63 Law & Contemp. Probs. 479, 482 (2000).
- 284 See Inouye, *supra* note 175, at 154.
- 285 See Derrick Bell, *On Grutter and Gratz: Examining "Diversity" in Education: Diversity's Distractions*, 103 Colum. L. Rev. 1622, 1628 (2003). Bakke 判決でのパウエル裁判官の意見は、公立の初等中等学校の人種分離解消策を違憲にする判決の基礎にもなったと評価されている (Elise C. Boddie, *Response: The Future of Affirmative Action*, 130 Harv. L. Rev. F. 38, 49 (2016))。
- 286 Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244, 271-72 (citing Bakke, 438 U.S. at 317) (Rehnquist, C.J., joined by O'Connor, Kennedy, Scalia & Thomas, JJ., majority) (2003).

- 287 See Michael A. Olivas, *The Social Science and Common Law of Admissions Decisions in Higher Education*, 68 U. Colo. L. Rev. 1065, 1121 (1997).
- 288 「オコナ裁判官は、社会的な結合を促進し、社会的な結合を脅かす人種的な配列を避けるために、平等保護を解釈している。故に、バルカニゼーションへの関心は AA を許し、それを制限する理由を与える」と指摘されている (Reva B. Siegel, *From Colorblindness to Antibalkanization: An Emerging Ground of Decision in Race Equality Cases*, 120 Yale L.J. 1278, 1299 (2011))。
- 289 See Kairys, *supra* note 212, at 738–39.
- 290 See Devins, *supra* note 110, at 708–09 n.192.
- 291 Lorenzo, *supra* note 113, at 391.
- 292 Farber, *supra* note 75, at 900 n.43.
- 293 Amar & Caminker, *supra* note 181, at 541.
- 294 Grutter, 539 U.S. at 343 (O'Connor, J., joined by Stevens, Breyer, Ginsburg & Souter, JJ., majority).
- 295 See Goldstein, *supra* note 276, at 83.
- 296 Natapoff, *supra* note 11, at 1073.
- 297 Cordes, *supra* note 124, at 722; Goldstein, *supra* note 276, at 90.
- 298 Adams, *supra* note 171, at 946–47 (Croson 判決は、司法の AA に対する懷疑主義を反映していると評価している)。
- 299 Croson, 488 U.S. at 501 (O'Connor joined by Rehnquist, C.J., & White, Stevens & Kennedy, JJ, majority).
- 300 合衆国最高裁の判例の分析者の誰もが、社会的差別に救済による AA の正当性が否定されていることを知っていると言われる (Deborah C. Malamud, *Affirmative Action, Diversity, and the Black Middle Class*, 68 U. Colo. L. Rev. 939, 941 (1997))。
- 301 Croson, 488 U.S. at 496–98 (O'Connor, joined by Rehnquist C.J., & White & Kennedy, JJ., plurality).
- 302 Croson, 488 U.S. at 490–93 (O'Connor joined by Rehnquist C.J., & White, J, plurality).
- 303 Sullivan, *supra* note 16, at 746, n.25.
- 304 Merrill, *supra* note 67, at 606.
- 305 Croson, 488 U.S. at 493 (O'Connor, J., joined by Rehnquist, C.J., & White, J., plurality).
- 306 故に、オコナ裁判官は救済的な一時的区分としてのみ AA を許容している (Dong, *supra* note 59, at 1055)。
- 307 景気の低迷は分配可能なパイが減るため、非対象者の敵意を増大させる可能性が高まる旨が指摘されている (See William J. Wilson, *The Truly Disadvantaged*:

- The Inner City, the Underclass, and Public Policy 123, University of Chicago Press (1987)。
- 308 AA に対する批判は、オコナ裁判官のこの見解に依拠している旨が指摘されている (Robinson II, *supra* note 167, at 66)。
- 309 See Morris B. Abram, *Affirmative Action: Fair Shakers and Social Engineers*, 99 Harv. L. Rev. 1312, 1321 (1986).
- 310 Taylor & Liss, *supra* note 23, at 35.
- 311 Galotto, *supra* note 217, at 517. これに対し、Croson 判決で問題とされた施策は、市内で差別の対象となっていなかったマイノリティを対象者として包含していた恣意性を問題にしていたと解釈し、当該判決後も公共事業契約における AA は終わらなかつたとも指摘されている (See *Constitutional Scholars' Statement on Affirmative Action After City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 98 Yale L.J. 1711 (1989))。
- 312 Adarand, 515 U.S. at 226–27 (O'Connor, J., joined by Rehnquist, C.J., & Scalia, Thomas & Kennedy, JJ., majority).
- 313 Adams, *supra* note 171, at 945 n.45.
- 314 Gerstmann & Shortell, *supra* note 215, at 40.
- 315 See Rubin, *supra* note 27, at 4; Christina E. Wells, *Beyond Campaign Finance: The First Amendment Implications of Nixon v. Shrink Missouri Government PAC*, 66 Mo. L. Rev. 141, 160 (2001); Carol M. Swain, *The New White Nationalism in America* 269, Cambridge University Press (2002); Jack N. Rakove, *The Unfinished Election of 2000*, Basic Books 172 (2001).
- 316 Devins, *supra* note 67, at 360–62.
- 317 Richard D. Kahlenberg, *Getting Beyond Racial Preferences: The Class-Based Compromise*, 45 Am. U.L. Rev. 721, 724 (1996).
- 318 See Karen B. Dietrich, *Federal Affirmative Action After Adarand Constructors, Inc. v. Pena*, 74 N.C. L. Rev. 1259, 1292 (1996); Devins, *supra* note 110, at 674.
- 319 Grutter, 539 U.S. at 327 (O'Connor, J., joined by Stevens, Breyer, Ginsburg & Souter, JJ., majority).
- 320 Grutter, 539 U.S. at 326–27 (O'Connor, J., joined by Stevens, Breyer, Ginsburg & Souter, JJ., majority).
- 321 Eric K. Yamamoto, Carly Minner & Karen Winter, *Contextual Strict Scrutiny*, 49 How. L.J. 241, 248 (2006).
- 322 Grutter, 539 U.S. at 334 (O'Connor, J., joined by Stevens, Breyer, Ginsburg & Souter, JJ., majority).
- 323 Grutter, 539 U.S. at 343 (O'Connor, J., joined by Stevens, Breyer, Ginsburg & Souter, JJ., majority).

- 324 Ware, *supra* note 242, at 2111. 本来、厳格審査は非常に重要な利益の達成に必要な場合に限って、人種区分が許されるとするものであり (See Siegel, *supra* note 137, at 381)、通過が容易な厳格審査はそれに反する。
- 325 Gerstmann & Shortell, *supra* note 215, at 28.
- 326 Winkler, *supra* note 106, at 820.
- 327 Heriot, *supra* note 119, at 77.
- 328 裁判所は、社会学者と他の専門家に対する盲目的な敬讓があるときに、その証拠を即座に認め、平等保護条項における人種区分に対する一般的な禁止を無視すると指摘されている (Beard II, *supra* note 21, at 30)。
- 329 Calvin Massey, *The New Formalism : Requiem for Tiered Scrutiny?*, 6 U. Pa. J. Const. L. 945, 972 (2004).
- 330 Thompson & Pomeroy, *supra* note 135, at 179.
- 331 Metro Broadcasting, 497 U.S. at 603 (O'Connor J, dissenting).
- 332 See Neil Gotanda, *A Critique of "Our Constitution Is Color-Blind"*, 44 Stan. L. Rev. 1, 7 (1991).
- 333 Brown v. North Carolina, 479 U.S. 940, 941(1986) (O'Connor, J., concurring).
- 334 Jerome M. Culp, Jr., *Colorblind Remedies and the Intersectionality of Oppression: Policy Arguments Masquerading as Moral Claims*, 69 N.Y.U. L. Rev. 162, 168-69 (1994).
- 335 Grutter, 539 U.S. at 342(O'Connor, J., joined by Stevens, Breyer, Ginsburg & Souter, JJ., majority).
- 336 Grutter, 539 U.S. at 330-33(O'Connor, J., joined by Stevens, Breyer, Ginsburg & Souter, JJ., majority).
- 337 Amar & Caminker, *supra* note 181, at 549.
- 338 See Angela P. Harris, *Equality Trouble: Sameness and Difference in Twentieth-Century Race Law*, 88 Cal. L. Rev. 1925, 2006 (2000).
- 339 See Goldstein, *supra* note 276, at 103.
- 340 オコナ裁判官に肯定派の裁判官たちが同意しており、AA の反対者からは、肯定派の裁判官でさえも AA が一時的であるべきだと考えていることが強調されている (Thompson & Pomeroy, *supra* note 135, at 183)。
- 341 Rash, *supra* note 157, at 43; Oluwole & Green III, *supra* note 18, at 739; Barnes, Chemerinsky & Onwuachi-Willig, *supra* note 4, at 285.
- 342 Siegel, *supra* note 273, at 92.
- 343 See Lorenzo, *supra* note 113, at 390-91.
- 344 Siegel, *supra* note 273, at 42-43.
- 345 See Bryan T. Ikegami, *An Urgent Opportunity: Unifying the Asian American Stance on Affirmative Action*, 17 UCLA Asian Pac. Am. L.J. 82, 88-89 (2012).

- 346 ケネディ裁判官の同意意見は、AA が必要なときに、AA が憲法上許容されると明確に示しており (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, 102 (2016))、限定的な方法であれば、AA を許しているとされる (Kevin Brown, *Reflections on Justice Kennedy's Opinion in Parents Involved: Why Fifty Years of Experience shows Kennedy Is Right*, 59 S.C. L. Rev. 735, 743 (2008))。
- 347 Boddie, *supra* note 285, at 47.
- 348 Grutter, 539 U.S. at 387–88 (Kennedy, J., dissenting).
- 349 Bodensteiner, *supra* note 221, at 7.
- 350 溜箭将之「初中等教育機関における人種統合のゆくえ - The Story of Parents Involved Community Schools v. Seattle School District, 551 U.S. 701 (2007)」大沢秀介・大林啓吾編『アメリカ憲法判例の物語』(成文堂, 2014) 47 頁, 77 頁; 高橋正明「ケネディ裁判官の影響力の増加」大林・溜箭編前掲 (68) 89 頁, 127–29 頁。
- 351 Fisher II, 136 S. Ct. at 2214 (Kennedy, J., joined by Ginsburg, Breyer & Sotomayor, JJ., majority).
- 352 Eang L. Ngov, *Following Fisher: Narrowly Tailoring Affirmative Action*, 64 Cath. U. L. Rev. 1, 49 (2014).
- 353 Elizabeth Slattery, *Fisher v. UT-Austin and the Future of Racial Preferences in College Admissions*, 17 Federalist Soc'y Rev. 22, 25 (2016).
- 354 Heriot, *supra* note 119, at 63.
- 355 Massey, *supra* note 329, at 949.
- 356 Parents Involved, 551 U.S. 701 (Roberts, C.J. joined by Scalia, Kennedy & Thomas, Alito JJ., majority).
- 357 George B. Daniels & Rachel Pereira, *May It Please the Court: Federal Courts and School Desegregation Post-Parents Involved*, 17 U. Pa. J. Const. L. 625, 636 (2015).
- 358 吉田仁美『平等権のパラドクス』(ナカニシヤ出版, 2015) 44 頁。
- 359 Rash, *supra* note 157, at 42–45.
- 360 Walker, *supra* note 159, at 546. もっとも、テキサス大学の人種使用がケネディ裁判官によって一連の判決で示された合憲の指針に沿っているとの指摘もなされており (Torres, *supra* note 11, at 100; Jennifer M. McAward, *Good Faith and Narrow Tailoring in Fisher v. University of Texas*, 59 Loy. L. Rev. 77, 79 (2013))、実際に合憲判断が下された。
- 361 Parents Involved 判決でケネディ裁判官が初等中等学校の人種統合策を違憲とした背景には、人種区分が子どもにスティグマを課すという考えがあったと分析さ

- れている (Derek W. Black, *In Defense of Voluntary Desegregation: All Things Are Not Equal*, 44 Wake Forest L. Rev. 107, 108 (2009))。
- 362 Metro Broadcasting, 497 U.S. at 636 (Kennedy, J., dissenting).
- 363 Black, *supra* note 361, at 108.
- 364 Grutter v., 539 U.S. at 388 (Kennedy, J., dissenting).
- 365 Siegel, *supra* note 273, at 42 n. 205.
- 366 See Parents Involved, 551 U.S. at 793-97 (Kennedy, J., concurring).
- 367 Parents Involved, 551 U.S. at 783 (Kennedy, J., concurring).
- 368 Parents Involved, 551 U.S. at 787-88 (Kennedy, J., concurring).
- 369 Meese III, *supra* note 48, at 152.
- 370 Parents Involved, 551 U.S. at 788 (Kennedy, J., concurring).
- 371 Brown, *supra* note 346, at 743.
- 372 Negron, *supra* note 346, at 102.
- 373 ブライヤ裁判官反対意見は初等中等学校での人種的不均衡を縮減し多様性を達成するための人種統合策合憲性を支持しており (Parents Involved, 551 U.S. at 803 (Breyer, J., joined by Stevens, Souter & Ginsburg, JJ., dissenting))、「(Parents Involved 判決における) 5 人の裁判官は、初中等学校における人種の孤立を減じ、教育的多様性を促進するやむにやまれぬ利益を支持し、それらの裁判官の意見は、憲法上許容しうる施策を描く際に、学区が如何にして展開をすべきかについて指針を与えた」とされる (Angelo N. Ancheta, *A Constitutional Analysis of Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No.1 and Voluntary School Integration Policies*, 10 Rutgers Race & L. Rev. 297, 298 (2008))。
- 374 Varol, *supra* note 140, at 1280-81; Gerstmann & Shortell, *supra* note 215, at 43-44.
- 375 オコナ裁判官やケネディ裁判官は、社会的に争いの激しい問題について審理をしたがらないとの分析がなされている (Devins, *supra* note 69, at 776 n.15)。
- 376 See Merrill, *supra* note 67, at 636-37.
- 377 Devins, *supra* note 69, at 776.
- 378 See Kenneth E. Payson, *Check One Box: Reconsidering Directive No. 15 and the Classification of Mixed-Race People*, 84 Cal. L. Rev. 1233, 1288-89 (1996).
- 379 AA を要求する者を批判して、レーガン政権は激しい反対の動きを見せていたが (Devins, *supra* note 67, at 355-56)、ジョージ・ブッシュ政権は、「いずれの人種の考慮が許されないという主張とはかけ離れ、Bakke 判決を覆すことさえも裁判官に求めずに…1つの『プラス要素』として人種の使用が許される」とする法廷助言書を提出した。この助言書は、政府は「人種中立的な代替策を考慮せずに、人種に基づく手段を採用できず、人種中立的な手段が有効だと証明された場合には、それを採用する」と主張した。言い換えるならば、レーガン政権と第1期ブ

ッシュ政権の絶対的な AA の反対とは違って、ブッシュは AA に関して中道の立場をとった (Devins, *supra* note 67, at 371)。AA を禁止するように州憲法を改正するイニシアティブがいくつかの州で採択される反 AA の動きもみられるが、当時の保守派の政権が AA の合憲性について以前と比べて柔軟な態度をとったことは、高等教育機関での多様性が社会で受容されている傾向を示しているとも考えられる。

- 380 See Amar & Caminker, *supra* note 181, at 548.
- 381 Bakke, 438 U.S. at 355-56 (Brennan, J., joined by White, Marshall & Blackmun, JJ., dissenting).
- 382 Bakke, 438 U.S. at 341-42 (Brennan, J., joined by White, Marshall & Blackmun, JJ., dissenting).
- 383 See Grinsell, *supra* note 11, at 328-29.
- 384 Richard A. Primus, *Canon, Anti-Canon, and Judicial Dissent*, 48 Duke L.J. 243, 246 n.17 (1998).
- 385 Gotanda, *supra* note 332, at 49-50.
- 386 Adam Lamparello, *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 (2015).
- 387 Dong, *supra* note 59, at 1052.
- 388 Bakke, 438 U.S. at 358 (Brennan, J., joined by White, Marshall & Blackmun, JJ., dissenting).
- 389 Bakke, 438 U.S. at 360 (Brennan, J., joined by White, Marshall & Blackmun, JJ., dissenting).
- 390 Bakke, 438 U.S. at 360 (Brennan, J., joined by White, Marshall & Blackmun, JJ., dissenting).
- 391 Bakke, 438 U.S. at 357 (Brennan, J., joined by White, Marshall & Blackmun, JJ., dissenting).
- 392 Croson, 488 U.S. at 551-52 (Marshall, J., joined by Brennan & Blackmun, JJ., dissenting).
- 393 Dong, *supra* note 59, at 1053.
- 394 Dong, *supra* note 59, at 1052. AA 支持派の裁判官は、AA と悪意ある差別の区別が可能だと考え、AA は厳格審査に服するべきではないという立場をとる (Bakke, 438 U.S. at 356-62 (Brennan, J., joined by White, Marshall & Blackmun, JJ., dissenting))。
- 395 Bakke, 438 U.S. at 360-61 (Brennan, J., joined by White, Marshall & Blackmun, JJ., dissenting).
- 396 Grutter, 539 U.S. at 346 (Ginsburg, J., concurring).

- 397 Sheet Metal Workers, 478 U.S. at 480 (Brennan, J., joined by Marshall, Blackmun & Stevens, JJ., plurality); Paradise, 480 U.S. at 178 (Brennan, J., joined by Marshall, Blackmun & Powell, JJ., plurality).
- 398 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).
- 399 See Charles Fried, *Saying What The Law Is* 239, Harvard University Press (2004).
- 400 See Goldstein, *supra* note 276, at 109.
- 401 Wygant, 476 U.S. at 302 (Marshall, J., joined by Brennan & Blackmun, JJ., dissenting).
- 402 Wygant, 476 U.S. at 302-03 (Marshall, J., joined by Brennan & Blackmun, JJ., dissenting).
- 403 Sheet Metal Workers, 478 U.S. at 421 (Brennan, J., joined by Marshall, Blackmun & Powell, JJ., plurality); Paradise, 480 U.S. at 166-67 (Brennan, J., joined by Marshall, Blackmun & Powell, JJ., plurality).
- 404 Bernal v. Fainter, 467 U.S. 216, 220 n.6 (1984) (Marshall, J., joined by Burger, C.J., & Brennan, White, Blackmun, Powell & Stevens, JJ., majority).
- 405 Fullilove, 448 U.S. at 491-92 (Burger, J., joined by White & Powell, JJ, plurality).
- 406 Fullilove, 448 U.S. at 518-19 (Marshall, J., concurring).
- 407 リベラル派にとって、AA は神聖不可侵だとされる (Scott D. Gerber, *Clarence Thomas, Fisher v. University of Texas, and The Future of Affirmative Action in Higher Education*, 50 U. Rich. L. Rev. 1169 (2016))。
- 408 See Merrill, *supra* note 67, at 601-32.
- 409 See Erica Goldberg & Kelly Sarabyn, *Measuring a "Degree of Deference": Institutional Academic Freedom in a Post-Grutter World*, 51 Santa Clara L. Rev. 217, 262 (2011).
- 410 カリフォルニア州の事例は、いずれの領域における人種の考慮の禁止を求める他州の1つのモデルとなった。カリフォルニア州の先導に従って、反AAの住民投票は、ワシントンのイニシアティヴ200、ネブラスカ州のイニシアティヴ424、コロラド州の修正46条、ミシガン州の提案2号を含めて、他の州に拡大した (See Kimberly West-Faulcon, *The River Runs Dry: When Title VI Trumps State Anti-Affirmative Action Laws*, 157 U. Pa. L. Rev. 1075, 1088-1089 (2009))。各提案は、コロラド州以外の各州で採択された。入学者選抜におけるAAが禁止された州では、大学は人種中立的な施策を真剣に考慮し、実施した (See Curt A. Levey, *Troubled Waters Ahead for Race-Based Admissions*, 9 Tex. Rev. L. &

- Pol. 63, 96-97 (2004)。
- 411 See Michele Sherretta, *Note, An Alternative to Affirmative Action: Attributing Lack of Diversity in Undergraduate Institutions to a Failing Education System*, 65 U. Pitt. L. Rev. 655 (2004) (入学者選抜手続における人種の考慮を禁止するいくつかの州の中でも、カリフォルニア州、フロリダ州、テキサス州について検討している。)
- 412 Payson, *supra* note 378, at 1285-86.
- 413 提案 209 号は、州は「人種、性別、肌の色、エスニシティ、出身国」に基づいて、雇用、教育、契約においていずれの者に対して「差別せず、優先的取扱をしない」と宣言している (Erwin Chemerinsky, *The Impact of the Proposed California Civil Rights Initiative*, 23 Hastings Const. L. Q. 999, 1004 (1996))。
- 414 Anthony T. Caso, *California's SCA 5 and Racial Preferences in Education*, 16 Engage 13 (2015).
- 415 州民投票の以前に、カリフォルニア州では、AA を縮減させる動きが生じていた。カリフォルニア大学理事会は、1995 年に入学者選抜における AA を終了させ、高等教育におけるマイノリティへの考慮を縮減した (Linda Martin, *Note, Affirmative Action in University of California Admissions: An Examination of the Constitutionality of Resolution Sp-1*, 19 Whittier L. Rev. 373, 373 (1997))。また、1995 年に、当時のカリフォルニア州知事である Pete Wilson は、州政府の雇用での AA を終了させる行政命令を発した (See Michael D. Sumner et al., U.C. Berkeley Thelton E. Henderson Center for Social Justice, *Proposition 209 and Public Employment in California: Trends in Workforce Diversity* 3 (2008))。
- 416 Coalition for Econ. Equity v. Wilson, 122 F.3d 692, 709 (9th Cir. 1997).
- 417 「カラーブラインドな社会」の要求から、AA を禁止する州憲法の修正の動きが出てきたが (Devins, *supra* note 110, at 674)、AA に反対する動きは 1990 年代後半までには凍結し、それに対する揺り戻しがあり、結果として、AA は政治的に支持される傾向にあったとも評されており (See Devins, *supra* note 67, at 364-65)、オコナ裁判官が AA に肯定的な判決を下した背景には、こうした社会的事情があった。
- 418 Ikegami, *supra* note 345, at 84.
- 419 州憲法修正による AA の禁止の動きは、マイノリティの不利な状況が十分に是正されているという考えの社会への浸透を反映しているとされる (Bollinger, *supra* note 256, at 1590)。
- 420 Kirsanow, *supra* note 256, at 75.
- 421 Schuette 判決での州憲法修正の是認によって、ミシガン大学は AA を使用できなくなった (Thompson & Schiff, *supra* note 229, at 477)。
- 422 See Thompson & Pomeroy, *supra* note 135, at 183.

- 423 Schuette v. Coalition to defend Affirmative Action, 134 S. Ct 1623 (2014). 当該判決については以下の文献等参照。吉田前掲 (358) 141 頁以下；吉田仁美「Schuette v. Coalition to defend Affirmative Action, 134 S. Ct. 1623 (2014) —アファーマティヴ・アクションを禁止する州憲法の修正は、第 14 修正に違反しない」アメリカ法 [2015-1] 130 頁；岸野薫「大学入学選考における人種に基づく優遇措置を禁止する州憲法改正は合衆国憲法修正 14 条に反するか—Schuette v. Coalition to defend Affirmative Action, 134 S. Ct. 1623 (2014)—」香川法学 34 卷 3・4 号 (2015) 65 頁；井樋三枝子「アファーマティブアクション廃止容認連邦最高裁判決」外国の立法 No.260-1 (2014)；拙稿「Michigan 州憲法の修正による大学の入学者選抜での Affirmative Action の禁止は合衆国憲法に違反しないとされた事例—Schuette v. Coalition to defend Affirmative Action, 134 S. Ct 1632 (2014) —」桐蔭法学 22 卷 2 号 (2016) 46 頁。
- 424 Schuette, 134 S. Ct. at 1630 (Kennedy, J., joined by Roberts, C.J., & Alito J., plurality).
- 425 See Kirsanow, *supra* note 256, at 75-76.
- 426 Schuette, 134 S. Ct. at 1630 (Kennedy J., joined by Roberts, C.J., & Alito J., plurality) (2014).
- 427 Schuette, 134 S. Ct. at 1636-37 (Kennedy, J., joined by Roberts, C.J., & Alito, J., plurality).
- 428 Schuette, 134 S. Ct. at 1637-38 (Kennedy, J., joined by Roberts, C.J., & Alito J., plurality) (2014).
- 429 Kirsanow, *supra* note 256, at 76.
- 430 州憲法修正による AA の禁止の容認は、マイノリティに対する憲法上の保護を害するとの批判もなされている (Mark Strasser, *What's Next in Affirmative Action Jurisprudence: Fisher As Temporizing Rather Than Reflecting a New-Found Consensus*, 20 J. Gender Race & Just. 157, 174 (2017))。
- 431 Barnes, Chemerinsky & Onwuachi-Willig, *supra* note 4, at 273-74. 合衆国最高裁による判断に対しては、Schuette 判決はミシガン州に対して、マイノリティに損失を生じさせるように政治プロセスを変えるのを許しており (Morgan Mottley, *Taking a Step Back from Civil Rights: The Supreme Court's Approval of Affirmative Action Bans*, 44 J.L. & Educ. 155, 161 (2015))。人種的正義を破壊しているという見方を強めざるを得ないとも指摘されている (Mark Strasser, *Schuette, Electoral Process Guarantees, and the New Neutrality*, 94 Neb. L. Rev. 60, 100 (2015))。
- 432 AA の肯定的な学説からは、この判断は人種的正義を促進するコミットメント (AA) を大きく後退させたと評された (Strasser, *supra* note 430, at 173-74)。これに対し、否定派は AA が人種的正義を促進するコミットメントだとは考えず、

- 州憲法修正による AA の禁止は不平等な取扱の根絶を意味しているにすぎないとする (Goldberg & Sarabyn, *supra* note 409, at 262)。
- 433 Strasser, *supra* note 430, at 173-74.
- 434 Barnes, Chemerinsky & Onwuachi-Willig, *supra* note 4, at 273-74.
- 435 Stephanie Jackson, *The Curious Case of FisherII & The Vanishing Diversity Interest*, 7 Wake Forest J. L. & Pol'y 59, 72-73 (2016) (citing Schuette, 134 S. Ct. at 1630).
- 436 Grutter, 539 U.S. at 329 (O'Connor, J., joined by Stevens, Souter, Ginsburg & Breyer, JJ., majority).
- 437 Beard II, *supra* note 21, at 26.
- 438 Jackson, *supra* note 435, at 72.
- 439 この考えが、リベラル派であり、法学教授を務めたブライヤ裁判官によって是認されていることが印象的だとされる (Michael Kagan, "*Unelected Faculty*": *Schuette v. Coalition and the Limits of Academic Freedom*, 5 Cal. L. Rev. Circuit 286 (2014))。
- 440 Kagan, *supra* note 439, at 295.
- 441 入学者選抜における AA を禁止するミシガン州憲法修正は、中核的任務について判断する大学の修正第 1 条に基づく自由を掘り崩す危険があると指摘される (See Goldberg & Sarabyn, *supra* note 409, at 263)。
- 442 Kagan, *supra* note 439, at 296. Grutter 判決では、合衆国最高裁は修正第 1 条に基づいて中核的任務 (入学者選抜) に関する大学の判断に対して敬讓がなされ (Grutter, 539 U.S. at 328 O'Connor, J., joined by Stevens, Souter, Ginsburg & Breyer, JJ., majority)、合憲判断を下したが、州憲法修正による AA の禁止を認めることは大学の判断を敬讓しないことになり、一見すると奇妙である。州憲法修正による AA の禁止の是認した背景には、Grutter 判決で認められた学問の自由 (中核的任務に関する大学の判断の合憲性を審査する際に、大学の判断に対して敬讓があること) と Schuette 判決で問題とされた学問の自由 (州の法を無効にするために、州に対して用いられる学問の自由) とが区別されていると指摘される (See Goldberg & Sarabyn, *supra* note 409, at 230-31)。
- 443 Schuette, 134 S. Ct. at 1649 (Breyer, J., concurring).
- 444 Schuette, 134 S. Ct. at 1649-50 (Breyer, J., concurring).
- 445 Schuette, 134 S. Ct. at 1651 (Sotomayor, J., joined by Ginsburg, J., dissenting).
- 446 Schuette, 134 S. Ct. at 1652-53 (Sotomayor, J., joined by Ginsburg, J., dissenting).
- 447 Schuette, 134 S. Ct. at 1653-54 (Sotomayor, J., joined by Ginsburg, J., dissenting).
- 448 Schuette, 134 S. Ct. at 1654 (Sotomayor, J., joined by Ginsburg, J., dissenting).
- 449 Schuette, 134 S. Ct. at 1660 (Sotomayor, J., joined by Ginsburg, J., dissenting).
- 450 Schuette, 134 S. Ct. at 1660 (Sotomayor, J., joined by Ginsburg, J., dissenting).

- 451 Schuette, 134 S. Ct. at 1676 (Sotomayor, J., joined by Ginsburg, J., dissenting).
- 452 Schuette, 134 S. Ct. at 1653–54 (Sotomayor, J., joined by Ginsburg, J., dissenting).
- 453 Strasser, *supra* note 430, at 173–74.
- 454 Kirsanow, *supra* note 256, at 75–76.
- 455 Inouye, *supra* note 175, at 145. この提案は、アジア系アメリカ人の議員（特に中国系アメリカ人）が強力な反対をしたときに、予期せずに停滞したとされる (Inouye, *supra* note 175, at 145–46)。
- 456 マイノリティにも様々なグループがあり、必ずしも AA の復活に賛成するわけではない。SCA-5 は多くのアジア系アメリカ人からの猛烈な反対に直面したとされる (Chan H. Chu, *When Proportionality Equals Diversity: Asian Americans and Affirmative Action*, 23 Asian Am. L.J. 99, 124–25 (2016))。
- 457 See Paul M. Sniderman & Thomas Piazza, *The Scar of Race* 103–04, Belknap Press (1993). AA は黒人及び白人の労働者階層と中間層の合衆国市民を分断する問題となったと指摘されている (Bruce P. Lapenson, *Affirmative Action and the Meanings of Merit* 55, University Press of America (2009))。
- 458 John Kekes, *The Injustice of Strong Affirmative Action in Affirmative Action and the University: A Philosophical Inquiry* 144, 148, edited by Stevens M. Chann, Temple University Press (1993).
- 459 See Fallon, *supra* note 5, at 1939.
- 460 Rubin, *supra* note 27, at 44.
- 461 Paul Brest, *The Supreme Court, 1975 Term — Foreword: In Defense of the Anti-discrimination Principle*, 90 Harv. L. Rev. 1, 17 (1976).
- 462 Ivan E. Bodensteiner, *Affirmative Action: The Need for Leadership*, 39 How. L.J. 757, 759 (1996).
- 463 Barker, *supra* note 186, at 1364.
- 464 AA によって地位を奪われるおそれのあるマジョリティや成功を取めているマイノリティは、1990 年代以降、州民投票によって AA を禁止する州憲法の修正をカリフォルニア州やミシガン州などで実現した (See Spann, *supra* note 77, at 187; Bernstein, *supra* note 53, at 210)。
- 465 Bakke, 438 U.S. at 294 n.34 (Powell, J., opinion); *Metro Broadcasting*, 497 U.S. at 636 (Kennedy, J., dissenting); *Croson*, 488 U.S. at 493–94 (O'Connor, J., joined by Rehnquist, C.J., & White, J., plurality).
- 466 Siegel, *supra* note 273, at 42 n. 205. 差別の救済を理由に AA を正当化する場合に、救済の対象となる差別の存在の立証によって、AA がカラーブラインドからの一時的な逸脱であることをすべての合衆国市民に保障することになる (Croson, 488 U.S. at 511 (O'Connor, J., joined by Rehnquist, C.J., White & Kennedy, JJ., plurality))。逆に、過去の差別が慎重に立証されていないとき、ステイグマと憤

概の生じる危険が急上昇する (Kahlenberg, *supra* note 118, at 19-20)。中間派のオコナ裁判官は、AA による分断の懸念から、救済の対象となる差別として社会的差別を否定し、特定された差別だけを認めた (See Karst, *supra* note 214, at 64)。

467 Parents Involved, 551 U.S. at 748 (Thomas, J., concurring).

468 Morrison, *supra* note 7, at 320.

469 Sullivan, *supra* note 16, at 754.

470 Siegel, *supra* note 288, at 1293-99.

471 Mellott, *supra* note 24, at 1139-40。合衆国では AA によって暴力は生じていないが、インドでは AA によって暴力が生じており、AA によって人種間の平和的共存が壊れてしまう危険が指摘されている (Bernstein, *supra* note 53, at 226-27)。

472 See Boddie, *supra* note 282, at 324-25.

473 Mellott, *supra* note 24, at 1157.

474 Thomas Sowell, *Affirmative Action Around the World: An Empirical Study* 93, Yale University Press (2004).

475 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))。

476 受ける侵害の度合いが高ければ、AA によって生じる憤慨と敵意は激しさを増し (See Mellott, *supra* note 24, at 1141-42)、レイオフは生活に深刻な侵害を生じさせることから、その度合いが高い (Taxman, 91 F.3d at 1564 (quoting Wygant, 476 U.S. at 283))。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指摘されている (Mellott, *supra* note 24, at 1142)。

477 See Abram, *supra* note 309, at 1322-23; Wilson, *supra* note 307, at 125。人種区分は敵意を生じさせることから、階層に基づく AA が提案されている (See Yin, *supra* note 475, at 255-56)。さらに、マジョリティの市民は、マイノリティの市民全員に対して、有資格者というよりも、価値のない AA の受益者とみなす可能性があり (Chang, *supra* note 16, at 79)、AA は対象者に劣等性の烙印を押すことから (Barker, *supra* note 186, at 1363)、AA の受益者にも憤慨を生じさせ、マジョリティとマイノリティに生じた憤慨は両者の分裂を強めると指摘される (Rubin, *supra* note 27, at 33)。

478 See Rubin, *supra* note 27, at 20-21.

479 Bernstein, *supra* note 53, at 226.

480 Rubin, *supra* note 27, at 20.

481 Schuette, 134 S. Ct. at 1634-35 (Kennedy, J., joined by Roberts, C.J., & Alito, J., plurality).

482 Mellott, *supra* note 24, at 1157.

- 483 Mellott, *supra* note 24, at 1151.
- 484 Spann, *supra* note 77, at 309.
- 485 K. Anthony Appiah & Amy Gutmann, *Color Conscious* 148, Princeton, University Press (1996).
- 486 See Lapenson, *supra* note 457, at 63–64.
- 487 See Abram, *supra* note 309, at 1321–22.
- 488 Alexander M. Bickel, *The Morality of Consent* 133, Yale University Press (1975). 合衆国最高裁は、人種相互の理解が人種区分を正当化するやむにやまれぬ利益として認めてきた (Grutter, 539 U.S. at 329–30 (O'Connor, J., joined by Stevens, Souter, Ginsburg & Breyer, JJ., majority); Fisher II, 136 S. Ct. at 2211 (Kennedy, J., joined by Ginsburg, Breyer & Sotomayor, JJ., majority))。例えば、AA によって職場での人種統合がなされ、各人種が接触すると、協力関係を構築せざるを得ないので相互理解が進むとされる (Cynthia L. Estlund, *Putting Grutter to Work: Diversity, Integration and Affirmative Action in Workplace*, 26 Berkeley J Emp & Lab L.J. 1, 26–27 (2005))。人種相互の理解の促進は、マイノリティ同士の争いを鎮めることができるとも指摘されている (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, 913 (1993))。
- 489 Kahlenberg, *supra* note 118, at 6.
- 490 Charles R. Lawrence III, *Race, Multiculturalism, and the Jurisprudence of Transformation*, 47 Stan. L. Rev. 819, 838 (1995).
- 491 警察の昇進判断における AA の合憲性が問題とされた文脈では、巡査部長に占めるマイノリティの割合の増加によって警察へのマイノリティの市民の信頼が高まり、都市の人種的分断の防止に効果的であったため (Petit v. Chicago, 352 F.3d 1111, 1114–15 (7th Cir. 2003))、合衆国裁判所は公の秩序と安全を守るため、市の見解に対して敬讓がなされた (Ronald Turner, *Twenty: First Annual Carl Warns Labor & Employment Institutes: Grutter, The Diversity Justifications, and Workplace Affirmative Action*, 43 Brandeis L.J. 199, 221 (2004))。
- 492 合衆国民として統合された社会の構築の重要性が指摘されている (Meese III, *supra* note 48, at 154)。
- 493 Stephen Reinhardt, *Civil Rights and the New Federal Judiciary: The Retreat from Fairness*, 14 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 142, 145 (1991) (citing National Research Council, *A Common Destiny: Blacks and American Society* 31 (1989)).
- 494 各グループには互いに共有する「常識」がなく (紙谷雅子「大学とアフターマテイク・アクション」アメリカ法 [2004-1] 53 頁, 68 頁)、それがグループ間の争いの 1 つの原因である。人種相互の理解の構築は人種間の緊張関係の緩和にとつ

- て非常に重要だとされる (Cynthia Easlund, *Taking Grutter to Work*, 7 Green Bag 2d 215, 221 (2004))。
- 495 See Adeno Addis, *Role Models and the Politics of Recognition*, 144 U. Pa. L. Rev. 1377, 1449 (1996).
- 496 Christopher Jencks, *Rethinking Social Policy* 26, Harvard University Press (1992).
- 497 See Addis, *supra* note 495, at 1377.
- 498 Addis, *supra* note 495, at 1450.
- 499 See Abram, *supra* note 309, at 1323.
- 500 人種相互の理解の促進が分断を防ぎ、合衆国を1つの国家として成立させる旨が指摘されている (Estlund, *supra* note 494, at 218)。
- 501 Goldstein, *supra* note 276, at 138.
- 502 オコナ裁判官は「隔たれることのない1つの国家という理想」を重要視している (Grutter, 539 U.S. at 332 (O'Connor, J., joined by Stevens, Souter, Ginsburg & Breyer, JJ., majority))。パウエル裁判官とマーシャル裁判官 (中間派と肯定派の裁判官) は、人種が重要でなくなった分断されていない国家が目標であることに同意していると指摘される (See Fried, *supra* note 399, at 239)。
- 503 See Natapoff, *supra* note 11, at 1061.
- 504 Siegel, *supra* note 63, at 1472-73.
- 505 Grinsell, *supra* note 11, at 327.
- 506 See Fried, *supra* note 399.
- 507 Lorenzo, *supra* note 113, at 418.
- 508 Chu, *supra* note 456, at 137.

(もぎ・ようへい 桐蔭横浜大学法学部准教授)