

アメリカの大学入学制度における Affirmative Action について

井 上 一 洋

はじめに

第一章 Fisher 判決の概要

- 一 (控訴審判決) Fisher v. University of Texas at Austin, 631 F.3d 213 (5th Cir. 2011).
- 二 (上告審判決) Fisher v. University of Texas at Austin, 570 U.S. _ (2013).

第二章 Fisher 判決の意義

- 一 アメリカの大学入学制度における Affirmative Action をめぐる主要判例
- 二 Fisher 判決における厳格審査基準の適用について
- 三 Fisher 判決における目的審査および手段審査について

おわりに

はじめに

Michigan 大学の入学制度における Affirmative Action (以下において、AA と略する。)の合憲性が争われた 2003 年の Grutter 判決⁽¹⁾および Gratz 判決⁽²⁾から 10 年を経た 2013 年 6 月、連邦最高裁は大学入学制度における AA の合憲性をめぐる新たな事件⁽³⁾について判決を下した。この事件の原告である白人女性の Abigail Fisher は、Texas 州立大学 Austin 校 (以下において、UT と略する。)を受験したが不合格となった。UT は学生集団の多様性を実現するため、人種をさまざまな要素のうちの一要素として考慮するような入学制度を実施していた。そこで、原告である Fisher は、このような入学制度は人種

(1) Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003).

(2) Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003).

(3) Fisher v. University of Texas at Austin, 570 U.S. _ (2013).

に基づく差別にあたり、合衆国憲法の平等保護条項に違反するとして訴えを提起した。

当初、連邦最高裁の保守派の裁判官たちを中心に法廷意見が形成され、違憲判決が出されるのではないかという報道がなされたが、連邦最高裁は保守派およびリベラル派の裁判官たちが共に同調できる法廷意見を形成して、本件を第5巡回区連邦控訴裁に差し戻した。

本稿では、大学入学制度における AA が問題となった過去の連邦最高裁判決を概観した上で、Fisher 判決の意義について検討を行い、今後、どのような AA であれば、容認されうるのかという点について明らかにしたい。

第一章 Fisher 判決の概要

一 （控訴審判決）Fisher v. University of Texas at Austin, 631 F.3d 213 (5th Cir. 2011).

【事実の概要】

近年、UT は入学者選抜において、三つの異なる制度を採用していた。まず一つ目は、志願者の共通テスト（standardized test）の得点および高等学校での学業成績に基づく Academic Index（以下において、AI と略する。）と志願者の人種の二つの要素を総合的に評価する制度で、かかる制度は 1996 年以前に数年間採用されていた。ところが、1996 年の Hopwood 判決⁽⁴⁾において、第5巡回区連邦控訴裁は、過去の人種差別の弊害を被った被害者に対する AA の実施を除き、州立の教育機関はいかなる目的であろうとも人種的分類を利用してはならないと主張し、人種を考慮した入学制度は合衆国憲法の平等保護条項に違反すると判示した。二つ目の入学制度は、Hopwood 判決に対処するために採用された。この入学制度において、UT は志願者の人種を考慮するのを止め、その代わりとして、大学に貢献するような志願者の潜在能力を計る総合的な評価制度を採用した。そして、かかる評価制度は AI と併せて用いられた。この評価制度は、Personal Achievement Index（以下にお

いて、PAI と略する。) と呼ばれるものである。この PAI では、志願者の小論文 (essays) と “Personal Achievement Score” が併せて評価されるが、“Personal Achievement Score” の評価にあたり、UT は志願者のリーダーシップ、職業経験、受賞歴、課外活動、地域奉仕活動、その他、志願者の特別な状況を考慮する。志願者の特別な状況には、一人親家庭、母国語が英語以外であること、家庭内での志願者の役割、志願者家族の社会経済状況といったものが含まれる。UT は、この “Personal Achievement Score” を評価する際、さまざまな要素を総合的に考慮するため、特定の要素が点数として積極的に評価されることはない。

他方で、Texas 州議会もトップ 10 パーセント法 (Top Ten Percent Law) を成立させることで Hopwood 判決に対処した。このトップ 10 パーセント法は、Texas 州が定めた基準を満たす Texas 州内の高等学校の上位 10 パーセントの生徒に Texas 州立大学の入学許可を無条件に与えるというものである⁽⁵⁾。トップ 10 パーセント法の施行によって実施された入学制度と AI および PAI に

(4) Hopwood v. Texas, 78 F.3d 932 (5th Cir. 1996). Hopwood 判決では、UT のロー・スクールが実施していた人種的分類を利用した入学制度が合衆国憲法の平等保護条項に違反するとして問題となった。当該ロー・スクールでは、Texas 州内の全大学卒業生の人種構成に匹敵する、10 パーセントのヒスパニック系、5 パーセントの黒人という人種構成の学生集団を実現するために人種的分類を利用した入学制度を採用していた。第 5 巡回区連邦控訴裁は、本件に厳格審査基準を適用した上で、学生集団の多様性は、やむにやまれぬ政府の利益とはいえないと指摘し、それ故、当該入学制度は合衆国憲法の平等原則に違反し、容認できないと判示した。つまり、第 5 巡各區連邦控訴裁は、学生集団の多様性を、やむにやまれぬ政府の利益とした Bakke 判決の Powell 裁判官の相対的多数意見を覆したのである。右の点については、西村裕三「Hopwood v. Texas, 78 F. 3d 932 (5th Cir.), cert. denied, 116 S. Ct. 2581 (1996) — 州立大学ロー・スクールの入学制度上のアファーマティヴ・アクションが合衆国憲法修正 14 条の平等保護条項違反とされた事例」アメリカ法 1992 (2) 号 319 - 20 頁を参照。

(5) Texas 州の高等学校では人種的隔離が深刻なため、トップ 10 パーセント法に基づく入学制度は学生集団の多様性を実現するための人種中立的な手段として有効である。

基づく入学制度によって、UT はより人種的に多様な教育環境となった。

Grutter 判決後の 2004 年、UT は三つ目の入学制度を採用した。これが本件で問題となっている入学制度である。この入学制度は、UT における人種的マイノリティの学生数が未だ「意義ある数」(critical mass)⁽⁶⁾に達していないため、それを達成する必要があるとして実施された。UT はこの計画を 2004 年の秋の入学者選抜から実施したが、それは“Personal Achievement Score”の評価において、志願者の人種を他のさまざまな要素のうちの一要素として考慮するものであった。出願が受理されると、AI の評価を横軸、さらに、PAI の評価を縦軸に示した当該志願者に関する図表が作成される。そして、志願者たちは個々の得点に基づき、図表上に示される。そこで、図表上の一定のラインより上位に位置しているすべての学生は入学が認められるが、そのラインよりも下位に位置するすべての学生の入学は認められない。このような方法で、UT は Liberal Arts や工学といった各々の学部毎に学生の入学を許可している。Grutter 判決の後、UT が本件で問題となった入学制度 (AI および人種を考慮する PAI に基づく入学制度) とトップ 10 パーセント法に基づく入学者選抜方法を併せて実施した結果、UT における人種的マイノリティの割合は僅かに増加した。

原告の Fisher は、2008 年の UT の入学者選抜において、二つの学部を志願したが不合格となった。Fisher は UT に提出した自身の成績が UT に合格した人種的マイノリティの生徒のそれを上回っていたと主張した。そして、UT が採用している人種を考慮した入学制度は合衆国憲法の平等保護条項に違反していると主張し、連邦地裁へ訴えを提起した。連邦地裁は大学の主張を支持する略式判決を下したため、Fisher は第 5 巡回区連邦控訴裁に控訴した。

(6) 人種的マイノリティの学生が疎外感を感じることなくクラスでの議論に貢献できるだけの不確定な数。Grutter, 539 U.S. at 318 を参照。

【控訴審判決要旨】

[Higginbotham 裁判官による略式判決]

Higginbotham、King、Garza 三人の裁判官で構成される法廷 (panel) によって審理が行われ、Higginbotham 裁判官が略式判決を執筆した。

政府による人種的分類の利用は、本質的に「疑わしい」(suspect) ため、Grutter 判決に従い、本件には厳格審査基準を適用する。厳格審査基準が適用されると、当該入学制度の目的が、やむにやまれぬ政府の利益を実現するためであること、さらに、かかる目的とそれを達成するための手段との間に厳密な整合性があることを大学側が立証しなければならない。

Grutter 判決の法廷意見によれば、学生集団の多様性は、高等教育に欠かせない思索、経験、創造の雰囲気をも促進し、さらに、学生の視点、経験、考え方を豊かにすることで学生が社会のメンバーとなることを助けるとされた。そして、Grutter 判決の法廷意見は、このような教育的利益は、やむにやまれぬ政府の利益として認められると判示した。本件で問題となった人種を考慮する UT の入学制度は、Grutter 判決で容認された、かかる教育的利益を実現することを目的としたものである。同制度により、人種的に多様な学生集団が実現することによって、人種間の意見交換が促進され、人種に基づくステレオタイプを減らすことができる。さらに、このような経験によって、学生は人種的に多様な社会で生活する準備をすることができる。このようなことから、当該入学制度の目的は、やむにやまれぬ政府の利益として認められる。

右制度は、Grutter 判決で容認された入学制度を参考に計画された柔軟な制度であり、合衆国憲法上容認されない人種的均衡を実現することを目指したものではない。志願者の人種を考慮した同制度とトップ 10 パーセント法に基づく入学者選抜が大学における人種的マイノリティの入学者の増加に相当な影響を及ぼしているという UT の主張には同意できる。トップ 10 パーセン

ト法に基づく入学制度は人種を考慮した入学制度に代わる人種中立的な制度である。このような制度があるにもかかわらず、UT は法的なリスクを冒して人種を考慮した本件入学制度を再び採用した。それは人種中立的な入学制度（トップ 10 パーセント法、AI および人種を考慮しない PAI に基づく入学制度）では、人種を考慮した入学制度と同様な効果を得ることができないと判断したからである。さらに、このような UT の取り組みは、熟慮の上、学生集団の多様性を実現するという重要な目的を実現しようとするものであった。UT が採用した人種中立的な入学制度（トップ 10 パーセント法、AI および人種を考慮しない PAI に基づく入学制度）では、人種的マイノリティの学生の入学者を増加させることが困難であったというのは当裁判所も認めるところである。さらに、Grutter 判決では、トップ 10 パーセント法に基づく入学制度のようなパーセンテージ計画（percentage plans）は、多様な学生集団を実現するための人種を考慮した制度と同様な効果を有する人種中立的な代替手段とはいえないと判示された。なぜなら、パーセンテージ計画の下では、大学が目標とする人種的多様性を含むさまざまな資質を有する多様な学生集団を形成するために必要な志願者の個別的な評価が困難であるからである。また、人種を考慮した本件入学制度の実施を決定するにあたり、UT は大学における人種的マイノリティの数が「意義ある数」に達しているか否か判断するために、人種的マイノリティの入学者数について統計的調査を行ったが、かかる調査で人種的マイノリティの学生総数が「意義ある数」に達していないことが判明していた。

以上のようなことから、当該入学制度の目的は、やむにやまれぬ政府の利益を有するものであり、さらに、右目的とそれを達成するための手段との間に厳密な整合性を有する手段が採用されていることが認められる。それ故、志願者の人種を考慮した本件入学制度は、厳格審査基準を満たしている。他方で、トップ 10 パーセント法に基づく入学者選抜によって人種的マイノリティの入学者が絶えず増加しているという事実は、当該入学制度に影を落と

す。当裁判所は大学における永続的な人種を考慮した入学制度を祝福するものではない。

二 (上告審判決) *Fisher v. University of Texas at Austin*, 570 U.S. _ (2013).

第 5 巡回区連邦控訴裁による略式判決が出された後、Fisher は全裁判官による (en banc) 再審理を求めた。しかし、7 人の裁判官が異議を唱えたため、第 5 巡回区連邦控訴裁は、Fisher の要求を拒否した。そこで、Fisher は、原判決が *Grutter* 判決など先例に反しないか否かを判断するよう連邦最高裁に上告した。

【上告審判決要旨】

[Kennedy 裁判官による法廷意見]

Kennedy 裁判官が執筆した法廷意見に Roberts、Scalia、Thomas、Breyer、Alito、Sotomayo 各裁判官が同調した。また、Scalia、Thomas 各裁判官は、別に結果同意意見を執筆した。Kagan 裁判官は司法省時代にこの事件に関与したので本判決の審理に参加していない。

UT は学部の入学者選抜において、志願者の人種を他のさまざまな要素のうちの一要素として考慮している。UT は学生の人種について数値に基づく割当枠を設けなかったが、キャンパスで人種的マイノリティの数が「意義ある数」に到達するよう努力していた。教育機関による人種的分類の利用が問題となった事件のうち、大学の入学者選抜における志願者の人種の積極的な考慮が問題となった三つの事件がある。それは、*Bakke* 判決⁽⁷⁾、*Grutter* 判決、*Gratz* 判決である。本件を審理するにあたり、当裁判所はこれらの先例を参照する。

(7) *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

当裁判所は、まず、Powell 裁判官が執筆した Bakke 判決の相対的多数意見の検討から始める。Bakke 判決において、連邦最高裁は California 大学 Davis 校の医学校が採用していた特別入学制度の合憲性について審理した。かかる医学校が採用していた特別入学制度は、100 名の入学者定員のうち 16 名の定員を人種的マイノリティの志願者に割り当てるというものであった。Powell 裁判官は、このような割当制度 (quota system) に基づく制度は、合衆国憲法の平等保護条項の下で容認できないと判示した。次に Powell 裁判官は合衆国憲法の平等保護条項に照らし、州立大学が人種や民族に基づき判断を下すことの合憲性について審理した。そして、Powell 裁判官は、法の平等保護の理念は、白人と黒人という人種の違いに基づく任意の線引きに基づき資格を付与することで特別な保護を与えるような制度を容認していないと指摘し、それ故、人種に基づく優先入学制度は、たとえそれが良性 (benign) なものであっても容認できないと判示した。

個人の人種あるいは民族を考慮するような政府による人種的分類の利用には、厳格審査基準が適用さなければならない。そして、この厳格審査基準が適用されると、政府はかかる人種的分類の利用を正当化するために、当該立法の目的が、やむにやまれぬ政府の利益を実現するためであること、さらに、右目的との関係で厳密な整合性を有する手段が採用されていることを立証しなければならない。Powell 裁判官は学生集団の多様性を実現することで得られる教育的利益は、やむにやまれぬ政府の利益であると認めた。他方で、過去の人種差別による弊害を是正するために、裁判所、議会、行政機関は救済的な人種的分類の利用を正当化する必要がある。しかし、このような過去の人種差別の弊害を是正するという目的で人種的分類の利用を正当化することは、大学が有する幅広い教育的責務であるとはいえない。したがって、大学が過去の人種差別による弊害を是正することは、やむにやまれぬ政府の利益とはいえない。多様な学生集団を実現することで、大学の教室での人種間の対話が促進され、さらに、人種的隔離や人種に基づくステレオタイプを減ら

すことができる。大学の教育的責務は、合衆国憲法の修正 1 条に深く関連している。大学の教育的責務は、経験、創造の助けとなるような教育環境を提供することである。そして、これはどのような学生が大学に入学するのが望ましいのかという問いに結びつく。

Powell 裁判官は、学生集団の多様性を実現するという利益は、やむにやまれぬ政府の利益として認められると判示したが、かかる学生集団の多様性というのは、それに関するさまざまな要素を総合的に考慮することによって実現される。それは、学生集団内の一定の割合が特定の人種集団の構成員によって占められることを実質的に保障するような単純な人種的多様性を追求したものではない。学生集団の多様性とは、人種や民族よりも広範な多くの資質や特性を包含するものである。

Grutter 判決および Gratz 判決では、学生集団の多様性について、Bakke 判決における Powell 裁判官の相対的多数意見が支持された。Grutter 判決の法廷意見は、学生集団の多様性が教育的利益をもたらすという Powell 裁判官の主張を引用した上で、学生集団の多様性は、やむにやまれぬ政府の利益であると判示した。他方で、Grutter 判決および Gratz 判決の法廷意見が指摘したように、学生集団の多様性が、やむにやまれぬ政府の利益として認められるのは、厳格審査基準を満たす場合に限られる。Bakke 判決における Powell 裁判官の相対的多数意見は、厳格審査基準を満たしていないのにもかかわらず、大学は学生集団の多様性という目的を達成するために、どのような手段でも用いることができるとは判示しなかった。やむにやまれぬ政府の利益の実現という目的との関係で厳密な整合性を有する手段が採用されているというためには、人種を考慮した入学制度において、定員割当制度が採用されてはならない。そのため、入学制度において、大学は各々の志願者が人種や民族といった要素に基づかない方法によって評価されていることを保障するに足る十分な柔軟性を持つ制度を維持する必要がある。

単に血統を理由とする区別は、自由な人々にとって本質的に極めて不愉快

なものであり、それ故、それは我々の伝統に反し、違憲の疑いがある。合衆国憲法の平等保護条項は、政府による人種的分類の利用に対して、厳格審査基準を適用することを要求するので、政府が人種に基づいて差別的取り扱いをすることは希である。厳格審査基準を適用する際、裁判所は、どのような政府の行為であっても人種または民族に基づく別異取扱いは、本質的に「疑わしい」と推定することから始めなければならない。厳格審査基準は厳密な司法審査基準であり、さらに、この基準が適用されると政府側が当該人種的分類の利用が合憲であることについて立証責任を負わなければならない。

Grutter 判決は、政府による人種的分類の利用の目的が、やむにやまれぬ政府の利益を実現するためであり、さらに、かかる目的との関係で厳密な整合性を有する手段が採用されている場合にのみ人種的分類の利用が容認されると明確に判示した。したがって、先例である Grutter 判決の下、人種的分類を利用した入学制度には厳格審査基準が適用されなければならない。

Grutter 判決の法廷意見は、学生集団の多様性から得られる教育的利益を実現することは、大学にとって重要な使命であり、大学は学生集団の多様性を実現するための手段を講じることができると判示した。もちろん、裁判所は学生集団の多様性を実現するという目的について、大学側が適切な立証を行っているか否かを審理しなければならない。この点について、連邦地裁および第5巡回区連邦控訴裁は、Grutter 判決を引用し、適切な判断を下した。Grutter 判決は、学生集団の多様性の利益を、やむにやまれぬ政府の利益として容認したが、他方で、学生集団の多様性は、やむにやまれぬ政府の利益か否かという点について議論がある。しかし、当裁判所は第5巡回区連邦控訴裁に対して、Grutter 判決が容認した右の点について再審理するよう求めない。

UT が学生集団の多様性を実現するための人種を考慮した入学制度を採用しているならば、かかる制度は厳格審査基準を満たさなければならない。UT は学生集団の多様性を実現するために実施している入学制度において、右目

的との関係で厳密な整合性を有する手段を採用しているということを立証しなければならない。裁判所は大学が採用している入学者選抜のプロセスについて、合憲あるいは違憲の判断を下す際、かかる入学者選抜のプロセスに関する大学の認識や見解というものを考慮することができる。Grutter 判決で連邦最高裁が判示したように、大学側は常に人種的多様性を含む学生集団の多様性を実現するための入学制度を正当化しなければならない。他方で、裁判官は入学者選抜のプロセスにおいて、すべての志願者が彼等の人種や民族といった特性に基づかない方法によって、個人として評価されているか否かについて検討しなければならない。厳格審査基準が適用されると、裁判所は当該立法目的との関係で厳密な整合性を有する手段が採用されていることの立証を大学側に求めるが、そこには、大学が人種的分類を用いることなく、十分な学生集団の多様性を成し遂げることができるのか否かという慎重な司法審査が含まれている。しかしながら、それは、大学側にあらゆる人種中立的な代替手段を尽くすよう求めるものではない。

大学が人種中立的な代替手段を真剣に検討していたという事実は重要であるが、それだけでは厳格審査基準の適用による厳密な司法審査を満たすのには不十分である。大学は実施可能な人種中立的な代替手段では教育的利益を生み出すような多様な学生集団を実現することができないということを最終的に立証しなければならない。ところが、第 5 巡回区連邦控訴裁は、このような厳格審査基準に基づき司法審査を行っていない。本件において、第 5 巡回区連邦控訴裁は、UT が人種中立的な代替手段（トップ 10 パーセント法、AI および人種を考慮しない PAI に基づく入学制度）では、教育的利益を生み出すような多様な学生集団を実現することができないと判断したため、人種を考慮した入学者制度を再開したと認定した。そして、学生集団の多様性を実現するための UT の取り組みは、熟慮の上であり、さらにそれは重要な目的を実現するためのものであったことから、第 5 巡回区連邦控訴裁は、当該入学制度における人種的分類の利用は合憲であると判示した。

人種的分類の利用を正当化するために、大学が当該人種的分類の利用が良性であるということを主張しても、それだけでかかる分類の利用が合憲となることはないということを忘れてはならない。厳格審査基準が適用されると、裁判所は入学者選抜のプロセスが実際に学生集団の多様性を実現するために機能しているのか否かということを厳密に検討する。そして、裁判所はかかる厳密な審査を経ずに、当該入学者選抜のプロセスにおける人種的分類の利用が容認されるべきであるという大学の主張を認めることはない。

個別の事件ごとに厳格審査基準の適用の下での厳密な司法審査の内容が変わることはない。連邦地裁および第5巡回区連邦控訴裁は、UTが人種中立的な代替手段（トップ10パーセント法、AIおよび人種を考慮しないPAIに基づく入学制度）では、教育的利益を生み出すような多様な学生集団を実現することができないと判断したことに敬讓を示し、本件制度を容認する略式判決を下した。連邦地裁および第5巡回区連邦控訴裁は、厳格審査基準の適用の仕方を誤っている。当裁判所は原判決を退け、UTの入学者選抜のプロセスが厳格審査基準の適切な適用の下で審理されるよう事件を差し戻す。第5巡回区連邦控訴裁で略式判決が出された本件は、右裁判所において、通常の審理（trial）によって判決が下された Grutter 判決とは異なっている。本件でUTが採用する入学制度が合憲か否かを判断する際、第5巡回区連邦控訴裁は、当該入学制度の目的との関係で厳密な整合性を有する手段を採用しているというためにUTが十分な立証を尽くしたか否かという点に基づき判断を下さなければならない。

厳格審査基準は、理論上厳格であるが、事実上致命的な司法審査基準であってはならないが、他方で、厳格審査基準は、理論上厳格であるが、事実上緩やかな司法審査基準であってはならない。UTは厳格審査基準の適用の下、当裁判所が容認した、やむにやまれぬ政府の利益との関係で、それを実現する目的と厳密な整合性を有する手段を採用しているということを立証しなければならない。当裁判所は原判決を取り消し、さらなる審理をするため本件

を原審に差し戻す。

[Scalia 裁判官の結果同意意見]

原告は、原判決が Grutter 判決などの先例に反しないか否かを判断するよう連邦最高裁に求めたのみで、Grutter 判決を覆すよう求めてはいなかった。Grutter 判決では、合衆国憲法は州立大学においても人種に基づく差別を禁じているという見解が示されたが、私はこれを支持し、法廷意見に同調する。

[Thomas 裁判官の結果同意意見]

法廷意見に同調する。法廷意見は、UT の人種を考慮した入学制度に対して、第 5 巡回区連邦控訴裁が厳格審査基準を適切に適用しなかったと判示した。州立大学の入学制度において人種が考慮されることは合衆国憲法の平等保護条項に違反しており、禁止されるべきである。

[Ginsburg 裁判官の反対意見]

法廷意見は、Grutter 判決で確立した大学における AA の合憲性をめぐる司法審査の枠組みを放棄した。法廷意見は第 5 巡回区連邦控訴裁の判断を退けた。そして、法廷意見は本件入学制度の目的との関係で厳密な整合性を有する手段を採用しているというために UT が十分な立証を尽くしたか否かを審理するため、事件を原審に差し戻した。しかし、第 5 巡回区連邦控訴裁は、法廷意見が原審への差し戻しの根拠としている争点について既に十分な審理を尽くしている。

第二章 Fisher 判決の意義

一 アメリカの大学入学制度における Affirmative Action をめぐる主要判例

Fisher 判決の意義について検討するにあたり、まず、大学の入学制度における AA が問題となった主要な連邦最高裁判例である、Bakke 判決、Grutter

判決、Gratz 判決について検討を行いたい。Fisher 判決の法廷意見は、これら三つの主要判例を引用している。

1978 年の Bakke 判決は、AA の合憲性をめぐる判例のリーディングケースであると同時に、大学の入学制度における AA をめぐる主要判例の一つである。この Bakke 判決では、California 大学 Davis 校の医学校の黒人を優先的に入学させるための特別入学制度が問題となった。当該医学校では黒人を優先的に入学させるために特別枠を設けていた。原告である白人男性の Bakke は、一般選抜で右医学校を受験したが不合格とされた。Bakke の総合得点は特別入学制度で合格した黒人の平均点よりも高かった。そこで、Bakke が本件特別入学制度は、合衆国憲法の平等保護条項および 1964 年の公民権法第 6 編⁽⁸⁾に違反するとして訴えを提起した。

Bakke 判決において、連邦最高裁内部では、これを公民権法違反とする 4 人の裁判官とこれを合憲とする 4 人の裁判官とが対立したため、Powell 裁判官の意見が相対的多数意見となった。Bakke 判決において、Powell 裁判官は、政府による人種的分類の利用は、本質的に「疑わしい」ため、たとえ黒人に対する AA であっても、かかる人種的分類の利用に対しては厳格審査基準が適用されるべきであると判示した。当該医学校は本件 AA を正当化するためのさまざまな目的を主張したが、そのうち社会的差別 (societal discrimination) を是正するという目的の正当性について、Powell 裁判官は、当該医学校における過去の人種差別とそれに起因する弊害に関して、司法的、立法的、行政的な認定があれば、かかる目的は、やむにやまれぬ政府の利益として認められると判示した。しかし、Powell 裁判官は、本件医学校が過去の人種差別と

(8) 42 U.S.C 2000d et seq. 合衆国法典集第 42 編第 2000d 項「アメリカ合衆国内において、人種、皮膚の色、出身国を理由に、連邦政府の財政援助を受けるプログラムまたは活動への参加から差別、福利の拒否、または除外されてはならない。」

それに起因する弊害について、司法的、立法的、行政的な認定を受けておらず、さらに、右医学校はそれを認定する権限も有していないため、社会的差別を是正するという本件特別入学制度の目的は、やむにやまれぬ政府の利益として容認できないと判示した。他方で、本判決において、Powell 裁判官は、大学の自治 (freedom of a university) の範囲内で入学制度は実施可能であり、さらに、人種的多様性を含む教育機関における学生集団の多様性は、大学の教室における多様な討論をもたらし、学生が人種的に多様な社会で生活するための手助けとなるため、入学者選抜を通じて大学が学生集団の多様性を図るという目的は、やむにやまれぬ政府の利益として認められると判示した。次に、本件 AA の手段の整合性について、Powell 裁判官は、たとえば Harvard 大学の入学制度のように、さまざまな要素のうちの一要素として志願者の人種を考慮するという制度とは異なり、人種のみに基づいて特別枠を設けている点で、当該制度はあからさまな差別的意図が明確であり容認できないと判示した。つまり、Powell 裁判官は、人種が大学の入学制度における決定的要因 (tiebreaker) となるような定員割当制度ではなく、志願者のより広範な資質や特性を考慮した上で、学生集団の多様性を追求するような入学制度であれば、それを容認することを明らかにしたのである。

他方で、本件において、Brennan 裁判官を中心に White、Marshall、Blackmun 各裁判官で構成されたグループは、本件入学制度が過去の人種差別に対する救済にあたりと理解することができるため、「重要な政府の利益」(an important state interest) を実現するためのものであり、さらに、右目的とそれを実現するための手段との間に「実質的関連性」(substantially related) を有するものであることの立証に医学校側が成功すれば、かかる AA は容認されると判示した⁽⁹⁾。その上で、Brennan 裁判官のグループは、当該医学校は過去の人種差別の結果、医学界における黒人の数が少ないということ、さらに、黒人学生の医学校への入学者が少ないということを主張するが、このような過去の人種差別の弊害を是正するという目的は重要な政府の利益とし

て認められると判示した。次に、本件 AA の手段の合理性について、当該特別入学制度は、特定の人種的グループに対して stigma を押しつけるものではなく、重要な政府の利益の実現という目的との関係で実質的関連性を有するものであると判示した。

また、Burger 長官を中心に Stewart、Rehnquist、Stevens 各裁判官で構成されるグループの意見は、連邦から助成金を受ける事業における人種差別を禁止する 1964 年の公民権法第 6 編に本件特別入学制度が違反すると主張し、Powell 裁判官が執筆した相対的多数意見の結果に同意するのみであった。

この Bakke 判決における Powell 裁判官の相対的多数意見の主要な部分は、その後、連邦下級裁判所および各州裁判所、さらに、Rehnquist Court および Roberts Court で支持されるに至った。

2003 年の Grutter 判決では、Michigan 州立大学ロー・スクールの入学制度が問題となった。右ロー・スクールは、志願者の学力と併せ、志願者の経験、人種などを考慮した入学制度を採用していた。さらに、この入学制度では、特に黒人およびヒスパニック系などの人種的マイノリティは、入学者選抜において考慮されなければ、彼らが学生集団の中で「意義ある数」を占めることにはならないとされていた。原告である Grutter は、Michigan 州に居住する白人女性であり、当該ロー・スクールを受験したが不合格となった。そこで、Grutter が本件入学制度は、合衆国憲法の平等保護条項に違反するとして訴えを提起した。

O'Connor 裁判官が執筆した法廷意見に Stevens、Souter、Ginsburg、Breyer 各裁判官が同調し、さらに、Scalia、Thomas 各裁判官がその一部に同調した。

(9) Brennan 裁判官のグループは、本件 AA には中間審査基準が適用されるべきであると主張した。この中間審査基準が適用されると、政府側は当該立法目的が重要な政府の利益を実現するためであること、さらに、右目的とそれを実現するための手段との間に実質的関連性があることを立証しなければならない。

O'Connor 裁判官は、自身が執筆した *Adarand* 判決⁽¹⁰⁾の法廷意見を引用し、どのような人種グループを対象としたものであっても、政府による人種的分類の利用に対しては、厳格審査基準が適用されるべきであると判示した。その上で、O'Connor 裁判官は、自身が執筆した *Croson* 判決⁽¹¹⁾の法廷意見を引用し、厳格審査基準を適用しなければ、政府による人種的分類の利用が良性的救済目的のためであるのか、それとも人種的劣等性という道徳的に不正な概念あるいは、あからさまな人種的政治力学によって動機付けられているのか否かを判断することはできないと主張し、本件に厳格審査基準を適用した。本件 AA の目的の正当性について、O'Connor 裁判官は、*Bakke* 判決における Powell 裁判官の相対的多数意見を引用し、学生集団の多様性を実現するという利益は、やむにやまれぬ政府の利益であるということは明らかであると判示した。次に、本件 AA の手段の整合性について、O'Connor 裁判官は、当該

(10) *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995). *Adarand* 判決では、公共事業の元請業者が人種的マイノリティの所有する下請業者を選んだ場合、政府からの助成を受けることができるという連邦の制度が合衆国憲法の修正 5 条の適正手続条項に含まれる法の平等保護の要請に違反するとして問題となった。法廷意見を執筆した O'Connor 裁判官は、連邦法に適用される合衆国憲法の修正 5 条の下での合憲性判定基準は、州法に適用される修正 14 条の下での合憲性判定基準と同様であると主張し、先例である *Croson* 判決に従い、本件に厳格審査基準を適用するため事件を原審に差し戻した。

(11) *Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989). *Croson* 判決では、公共事業を請け負った業者がその契約額の 30 パーセントを人種的マイノリティが所有する下請業者に留保するよう求める *Richmond* 市の条例が合衆国憲法の平等保護条項に違反するとして問題となった。法廷意見を執筆した O'Connor 裁判官は、修正 14 条 1 項は州の権限に対する明示的な制約を規定したものであるため、州や地方自治体には連邦議会が有するような権限は認められないと主張し、それ故、州や地方自治体は、厳格審査基準の適用の下で AA の正当化につき過去の人種差別とそれに起因する弊害が存在することの立証を通じて当該 AA に道徳的に不正な動機が働いていないことを明らかにしなければならないと判示した。しかし、*Richmond* 市側は、その立証に成功しなかったため、かかる条例は合衆国憲法の平等原則に違反し容認できないと判示された。

入学制度では、人種的マイノリティの入学者数にある程度関心が払われているが、それは定員割当制度に該当するものではなく、さらに、右制度の下では、人種的マイノリティの入学者数が「意義ある数」に到達するようにロー・スクールが誠意ある努力をするのみであったと判示した。そして、O'Connor 裁判官は、厳格審査基準をクリアするために、大学は人種的分類を利用した制度と同様な効果を有すると思われる実施可能な人種中立的な代替手段を真剣に検討しなければならないが、他方で、それは大学側にあらゆる人種中立的な代替手段を尽くすことを求めるものではないと主張した。そして、当該制度では、人種の他に外国での居住経験や数カ国語の言語に通じていることなど学生集団の多様性を実現するためのさまざまな要素が考慮されているという点、さらに、本件制度の存続期間を 25 年としている点を指摘し、当該入学制度は「志願者を個人として考慮する」(individualized consideration) ものであり、容認されると判示した。

他方で、Rehnquist 長官が執筆した反対意見に Scalia、Kennedy、Thomas 各裁判官が同調した。Rehnquist 長官は、O'Connor 裁判官が採用した厳格審査基準の適用は、政府による人種的分類の利用が良性の動機 (good motives) に基づくものであれば、それを容認するものであり、このような厳格審査基準の適用の仕方は、先例にそぐわないと判示した。さらに、本件 AA の手段の整合性について、Rehnquist 長官は、当該入学制度の目的は、単に入学者の人種構成を志願者の人種構成と等しくするだけであり、それ故、右制度の目的は学生集団における人種的マイノリティの「意義ある数」を形成するためではなく、目的との関係で厳密な整合性を有していないと判示した。

Bakke 判決において Powell 裁判官が執筆した相対的多数意見は、学生集団の多様性を、やむにやまれぬ政府の利益として認めたが、多数意見を形成するには至らなかった。しかし、この Grutter 判決において法廷意見を形成した裁判官たちは、かかる Powell 裁判官の相対的多数意見を容認しており、その点について積極的な評価ができよう⁽¹²⁾。また、本件入学制度では、存続期間

を定めた上で人種が合否に関する決定的要因となることがないように学生集団の多様性に資する他のさまざまな要素と同じウェイトで志願者の人種が考慮されていた。そのため、法廷意見は、当該制度は「志願者を個人として考慮する」ものであると積極的に評価し、これを容認した。

2003 年の Gratz 判決では、Michigan 大学の学部の入学制度が問題となった。当該大学の入学制度では、人種的マイノリティである志願者に一律に 20 点が与えられていた。原告である Gratz は、Michigan 州に居住する白人女性であるが、本件大学の学部を受験したが不合格となった。そこで、Gratz は、人種的マイノリティの志願者に一律に 20 点を与える当該制度は、合衆国憲法の平等保護条項に違反するとして訴えを提起した。

Rehnquist 長官が執筆した法廷意見に O'Connor、Scalia、Kennedy、Thomas 各裁判官が同調した。Rehnquist 長官は、先例に従えば、政府による人種的分類の利用に対しては、厳格審査基準が適用されるべきであると判示し、本件に厳格審査基準を適用した。さらに、本件 AA の手段の整合性について、Rehnquist 長官は、Bakke 判決で相対的多数意見を執筆した Powell 裁判官が容認したのは、さまざまな要素のうちの一要素として志願者の人種を考慮するような柔軟なアプローチであったと指摘した。その上で、Rehnquist 長官は、人種だけを根拠に人種的マイノリティの志願者に対して一律に 20 点を与える当該入学制度は、志願者の人種が入学者選抜に関する決定的要因となるものであり、やむにやまれぬ政府の利益として認められる学生集団の多様性の実現という目的との関係で厳密な整合性を有する手段とはいえず、容認できないと判示した。

他方で、Ginsburg 裁判官が執筆した反対意見に Souter 裁判官が同調した。

(12) 安西文雄「ミシガン大学におけるアファーマティヴ・アクション」ジュリスト 1260 号 (2004) 230 頁参照。

Ginsburg 裁判官は、政府による人種的分類を利用した人種的排除政策 (policy of exclusion) と人種的統合政策 (policy of inclusion) とを区別すべきであると主張した。その上で、Ginsburg 裁判官は、実際には悪性であるにもかかわらず、良性であるかのように装っている人種的分類の利用を暴き出すために、本件入学制度は厳密な司法審査 (careful judicial inspection) に服すべきであると判示した。そして、当該入学制度で 20 点を与えられた人種的マイノリティは、人種グループとして歴史的に人種差別の弊害を被っており、さらに、同制度は入学定員枠を認定しているわけではないため、合衆国憲法の平等保護条項に違反するとはいえないと判示した。

Grutter 判決で問題となった制度においても人種的マイノリティであることが加点要素とされたが、それは学生集団の多様性に資する他のさまざまな要素のうちの一要素として志願者の人種が考慮されるものであった。他方で、この Gratz 判決で問題となった制度は、志願者が人種的マイノリティであれば、一律に 20 点が加点されるというものであった。それ故、本件において法廷意見は、当該制度は事実上、人種的マイノリティの志願者に対する割当制にあたりと判断し、これを違憲とした⁽¹³⁾。つまり、学生集団の多様性に資する他のさまざまな要素と同じウェイトで志願者の人種が考慮されるような柔軟な制度なのか、あるいは志願者の人種が合否に関する決定的要因となるような機械的な制度なのかという点で、Grutter 判決で問題となった入学制度と Gratz 判決で問題となった入学制度には大きな相違があるのである⁽¹⁴⁾。Fisher 判決で問題となった入学制度は、存続期間を定めてはいないものの Grutter 判決で容認された柔軟な入学制度を参考に計画された。

二 Fisher 判決における厳格審査基準の適用について

(13) 同論文、230 頁参照。

(14) Pauline T. Kim, *The colorblind Lottery*, 72 FORDHAM L. REV. 9, 22 (2003).

合衆国憲法の平等保護条項の下での伝統的な厳格審査基準の適用は、「基本的権利」(fundamental rights)に着目した理論と「疑わしき分類」(suspect classification)に着目した理論との二つに類型化することができる⁽¹⁵⁾。「疑わしき分類」とは、個人之力ではコントロールすることのできない先天的かつ不変的特性に基づいた分類とされる⁽¹⁶⁾。そして、政府がこれらの分類を利用した場合、「疑わしき分類」が対象とするクラスに対して stigma が押し付けられる結果がもたらされてきた。そのため、このような「疑わしき分類」に基づく立法には合憲性の推定が働かないと考えられるため、裁判所は右立法に対して厳格審査基準を適用するのである⁽¹⁷⁾。1973 年の San Antonio Independent School District 判決⁽¹⁸⁾における有名な定義によれば、「疑わしき分類」の対象とは、「疎外されていたり、歴史的あるいは意図的に不平等な取り扱いを受けてきたり、政治的に無力な地位に追いやられているために多数者支配的な政治プロセスから特別に守られるべき⁽¹⁹⁾」クラスとされる。したがって、あるクラスが厳格審査基準に服すべき「疑わしき分類」に属する否かを判断する際には、第一に、当該グループの有する属性が個人之力ではコントロールすることのできない不変的かつ偶然的なものであること、第二に、過去の当該グループに対する悲惨な差別の歴史が存在し、彼らに対する根強い偏見が存続していること、第三に、当該分類の対象となるグループが多数者支配の政治プロセスから疎外されていて、政治的に無力であるという三つの要素が考慮される⁽²⁰⁾。つまり、第一の要素は、個人の尊厳と人格価値の平

(15) 戸松秀典『平等原則と司法審査』(有斐閣、1990 年) 45 頁参照。

(16) 同書、47 - 48 参照。

(17) 同上参照。

(18) San Antonio Independent School District v. Rodriguez, 411 U.S. 1 (1973).

(19) *Id.* at 28.

(20) 西村裕三「平等保護条項とサスペクトな分類」判例タイムズ 611 号 (1986) 109 頁参照。

等という民主主義の根本原理に反しないかを、第二の要素は、不合理な偏見やステレオタイプに基づいた分類でないかを、第三の要素は、少数者の権利は、多数決原理が機能する政治プロセスを通じて救済することが困難なため、裁判所による救済の必要性が高いか否か、を検討しているのである⁽²¹⁾。そして、このような三つの要素のすべてがあてはまる人種的分類は、この「疑わしき分離」の代表とされる⁽²²⁾。

ところで、1960年代の Warren Court では、厳格審査基準が適用されると、どのような目的であれ、政府による人種的分類の利用は、ほぼすべて機械的に合衆国憲法の平等保護条項に違反すると判示された。Gerald Gunther は、Warren Court における厳格審査基準の適用について、それは「理論上厳格であるが事実上致命的」(strict in theory and fatal in fact) な司法審査基準であり、このような厳格審査基準が適用される当該立法は機械的に直ちに違憲とされてしまうと指摘した⁽²³⁾。しかし、1944年の Korematsu 判決⁽²⁴⁾において、法廷意見を執筆した Black 裁判官が、厳格審査基準の適用は特定の人種グループを対象とした、あらゆる政府の規制のすべてが憲法違反であることを意味するのではないと明確に述べていた⁽²⁵⁾ように、そもそも厳格審査基準とは政府側に厳しい立証責任を課した上での利益衡量的アプローチであると理解されている⁽²⁶⁾。Warren Court におけるこのような機械的な厳格審査基準の適用の仕方は、Rehnquist Court、さらに、その後の Roberts Court においても保守派の裁判官たちに支持されてきた⁽²⁷⁾。

(21) 同上参照。

(22) 戸松、前掲注(15) 139頁参照。

(23) Gerald Gunther, *The Supreme Court 1971 Term-Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model of for a Never Equal Protection*, 86 HARV. L. REV. 1, 8 (1972).

(24) *Korematsu v. United State* 323 U.S. 214 (1944).

(25) *Id.* at 216.

(26) 戸松、前掲注(15) 130頁参照。Richard H. Fallon, Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA. L. REV. 1267, 1306 (2007).

ところで、O'Connor 裁判官は、自身が執筆した Grutter 判決の法廷意見において、「厳格審査基準は理論上厳格であるが事実上致命的な司法審査基準ではない。…政府が人種的分類を利用した立法を行った場合、当該立法には厳格審査基準が適用されるが、政府によるすべての人種的分類の利用が厳格審査基準の適用によって無効とされるわけではない⁽²⁸⁾」と判示し、保守派の裁判官たちが支持する機械的な厳格審査基準の適用は行わないことを宣言した。O'Connor 裁判官によるこのような厳格審査基準の適用の萌芽は 1989 年の Croson 判決に認められる。1995 年の Adarand 判決における Ginsburg 裁判官の指摘によれば、O'Connor 裁判官によるこのような厳格審査基準の適用の仕方は、「実際には悪性であるにもかかわらず、良性であるかのように装っている政府による人種的分類の利用を暴き出すことを目的としている⁽²⁹⁾」点に特徴がある。つまり、政府による人種的分類の利用に対する違憲性の推定のレベルを幾ばくか緩和し、当該人種的分類の利用を正当化するための反証の機会を政府側に付与することで、より現実的かつ個別具体的な判断をしようというのが O'Connor 裁判官の立場であり、政府側がかかる反証に成功すれば当該人種的分類の利用は容認されるのである⁽³⁰⁾。Dworkin は O'Connor 裁判官によるこのような厳格審査基準の適用の仕方を「反証 (rebuttal) 理論」と呼び、これを積極的に評価する⁽³¹⁾。

他方で、Fisher 判決で法廷意見を執筆した Kennedy 裁判官は、2007 年の Parents Involved in Community Schools 判決⁽³²⁾ (以下において、PICS 判決と略す

(27) *Id.* at 1304-5.

(28) Grutter, 539 U.S. at 326-27.

(29) Adarand, 515 U.S. at 275.

(30) O'Connor 裁判官による厳格審査基準の適用の仕方の詳細については、拙稿「Affirmative Action をめぐる平等観の対立と厳格審査基準の適用方法」広島法学第 36 巻第 2 号 (2012 年) 50 - 51 頁を参照。

(31) RONALD DWORKIN, SOVEREIGN VIRTUE 417 (Harvard University Press 2002).

る。)で執筆した結果同意見において、時代錯誤的かつ機械的な厳格審査基準の適用を放棄することを明確に宣言し、その上で、同裁判官は、Croson 判決において O'Connor 裁判官が執筆した法廷意見を引用し⁽³³⁾、「本件に厳格審査基準を適用しなければ、政府による人種的分類の利用が良性の救済目的であるのか、それとも人種的劣等性という不正な概念あるいは、あからさまな人種的政治力学によって動機付けされているのかを判断することはできない⁽³⁴⁾」と判示した。

Fisher 判決において、Kennedy 裁判官は、「厳格審査基準は、理論上厳格であるが事実上致命的な司法審査基準であってはならない⁽³⁵⁾」と判示し、機械的な厳格審査基準の適用を批判している。したがって、この Fisher 判決においても同裁判官は、機械的ではない厳格審査基準の適用の仕方を支持しているように思われる。

(32) Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No.1, 551 U.S. 701 (2007). Parents Involved in Community Schools 判決では、Seattle 第一学区および Alabama 州 Jefferson 郡の公立学校における人種的分類を利用した生徒割当制度が合衆国憲法の平等保護条項に違反するとして問題となった。本件で法廷意見を執筆した Roberts 長官は、本件に厳格審査基準を適用した。そして、本件下級審は、Grutter 判決で明示された学生集団の多様性についての広範な理解と高等教育の特殊性を無視してその意味を拡張し、初等中等教育における人種的分類を利用した本件生徒割当制度を合憲としたが、Grutter 判決は本件の先例とはならないと判示した。また、両教育委員会が、やむにやまれぬ政府の利益の実現との関係で厳密な整合性を有している手段を用いているというためには、人種中立的な代替手段を真剣に検討することが求められるが、両教育委員会はそれを行っていないと指摘し、当該生徒割当制度は容認できないと判示した。

(33) Croson 判決において、Kennedy 裁判官は、同判決において O'Connor 裁判官が採用した厳格審査基準の適用の仕方を支持する見解を示していた。右の点については、Croson, 484 U.S. at 518-19 を参照。

(34) Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No.1, 551 U.S. at 783.

(35) Fisher v. University of Texas at Austin, 570 U.S. __.

三 Fisher 判決における目的審査および手段審査について

Fisher 判決において Kennedy 裁判官は、Grutter 判決で容認された学生集団の多様性から得られる教育的な利益について、下級審は Grutter 判決を引用した上で、適切な判断を下していると判示した。そして、Kennedy 裁判官は、Grutter 判決が容認した学生集団の多様性は、やむにやまれぬ政府の利益として容認されるという点について、第 5 巡回区連邦控訴裁に再審理を求めないと判示した。つまり、Kennedy 裁判官は本件の目的審査において、Grutter 判決を踏襲した判断を行い、当該入学制度の学生集団の多様性を実現するという目的は、やむにやまれぬ政府の利益として是認されるという見解を示したのである。

他方で、Kennedy 裁判官は、連邦地裁判決および第 5 巡回区連邦控訴裁判決について、「UT が人種中立的な代替手段（トップ 10 パーセント法、AI および人種を考慮しない PAI に基づく入学制度）では、教育的利益を生み出すような多様な学生集団を実現することができないと判断したことに敬讓を示し、本件制度を容認する略式判決を下した⁽³⁶⁾」と指摘した。その上で、Kennedy 裁判官は、「連邦地裁および第 5 巡回区連邦控訴裁は、厳格審査基準の適用の仕方を誤っている⁽³⁷⁾」と両裁判所を批判し、「本件で UT が採用する入学制度が合憲か否かを判断する際、第 5 巡回区連邦控訴裁は、当該入学制度の目的との関係で厳密な整合性を有する手段を採用しているというために UT が十分な立証を尽くしたか否かという点に基づき判断を下さなければならない⁽³⁸⁾」と判示した。つまり、Kennedy 裁判官は、本件の手段審査において、人種を考慮した入学制度を正当化するための大学側の立証が不十分であるため、その点について第 5 巡回区連邦控訴裁において審理を尽くすよう求めたのである。

(36) *Id.* at _.

(37) *Id.* at _.

(38) *Id.* at _.

Fisher 判決における Kennedy 裁判官の法廷意見は、PICS 判決の同裁判官の結果同意意見を想起させる。PICS 判決において、Kennedy 裁判官は、教育委員会に対し、公立学校における事実上の人種的隔離を是正するために、人種中立的な代替手段の利用を勧め⁽³⁹⁾、それらに効果が無く、人種的分類を利用した手段が唯一利用可能な手段であることを教育委員会側が立証した場合に限り、人種的分類を利用することを容認する見解を示した⁽⁴⁰⁾。つまり、この PICS 判決において、Kennedy 裁判官は、教育委員会側に当該人種的分類の利用を正当化するための事情について極めて厳格な立証責任を課したのである。

Jonathan W. Rash はキャスティング・ボートを握る裁判官が O'Connor 裁判官から Kennedy 裁判官に代わったことで、Fisher 判決では Grutter 判決とは異なる結論になることを予測していた⁽⁴¹⁾。Rash は、Grutter 判決では、第一に、当該入学制度は人種に基づく定員割当制度ではなく、人種的マイノリティの数が「意義ある数」に到達することを目的とするものであること、第二に、人種的マイノリティの数が「意義ある数」に到達するための実施可能な人種中立的な代替手段を真剣に検討したということ、第三に、当該入学制度では、人種の他に外国での居住経験や数カ国語の言語に通じていることなど学生集団の多様性に資する他のさまざまな要素が人種と同じウェイトで考慮されていること、そして、第四に、当該 AA の存続期間を定め、目標を達成すれば可及的速やかに人種を考慮した AA を終了するということ、をロー・スケー

(39) Kennedy 裁判官は、人種中立的な手段の例として、公立学校における人種的統合を促進するような観点から教師を採用すること、人種的に多様な生徒が得られるような地域に戦略的に学校を新設すること、人口統計に基づき人種構成に配慮した学区の再区割りを実施することなど、をあげる。

(40) *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No.1*, 551 U.S. at 790.

(41) 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. L. & PUB. 25, 43 (2012)

ル側が立証すれば人種を考慮した AA が容認されたが、Kennedy 裁判官はこの程度の立証では人種を考慮した AA を容認しないであろうと指摘していた⁽⁴²⁾。

実際、Kennedy 裁判官は、Grutter 判決において、O'Connor 裁判官による法廷意見は厳密な司法審査を行っておらず、厳格審査基準の適用を誤っていると考えたため、法廷意見が採用した厳格審査基準の適用の仕方は先例にそぐわないと判示した反対意見に同調した。Kennedy 裁判官は、厳格審査基準の機械的な適用の仕方に批判的ではあるが、他方で、政府による人種的分類の利用の正当化について、O'Connor 裁判官に比してより厳格な立証を政府側に求めていると考えることができよう。PICS 判決における Kennedy 裁判官の厳格審査基準の適用の仕方を踏まえると、同裁判官は、第一に、当該入学制度は人種に基づく定員割当制度ではなく、人種的マイノリティの数が「意義ある数」に到達することを目的とするものであること、第二に、人種的マイノリティの数が「意義ある数」に到達するための実施可能な人種中立的な代替手段を真剣に検討したということ、第三に、当該入学制度では、学生集団の多様性に資する他のさまざまな要素と同じウェイトで志願者の人種が考慮されていること、第四に、当該 AA の存続期間を定め、目標を達成すれば、可及的速やかに人種を考慮した AA を終了すること、第五に、人種的分類を利用した制度と同様な効果を有すると思われるさまざまな人種中立的な代替手段を実施したが、人種的マイノリティの数が「意義ある数」に到達しなかったということ、第六に、入学者選抜に関与する職員が入学者選抜の終了時まで入学定員の人種構成を知らなかったということ、という六つの要件について大学側が立証に成功すれば、人種的分類の利用を容認する可能性がある⁽⁴³⁾と考えているようである。ところが、Fisher 判決において、UT 側は第一から第三までの要件しか立証しなかった。

(42) *Ibid.*

(43) 要件については、以下の論文を参考に検討した。*Id.* at 45-47.

おわりに

Fisher 判決で法廷意見を執筆した Kennedy 裁判官が、人種を考慮した入学制度の正当化について、大学側に極めて厳格な立証責任を課したことで、今後、大学における AA の実施はより困難なものになることが予想される。しかし、大学側が当該 AA を正当化するための上記のような立証に成功すれば、大学における AA を実施する余地は僅かながら残されている。Kennedy 裁判官は、本件において UT は人種を考慮した当該入学制度を正当化するための十分な立証を尽くしていないとして、本件入学制度を違憲とすることもできたであろう。しかし、Kennedy 裁判官は、それをしなかった。

Princeton 大学の元学長の William G. Bowen と Harvard 大学の元学長の Derek Bok は、もしアメリカの主要大学が AA を実施しなかったならば、かかる大学における黒人の学生数は 50 パーセントから 75 パーセント少なくなったであろうと指摘する⁽⁴⁴⁾。多くのアメリカの大学は、人種的多様性を含む多様な学生集団は効果的な教育環境の創造に大きく貢献するものであり、それは、教員、図書館、あるいは実験設備に並ぶ重要性を有するものであると考えている⁽⁴⁵⁾。この Fisher 判決は保守派およびリベラル派の裁判官の双方が受け入れやすい判決であり、学生集団の多様性がもたらす教育的利益を重要なものと位置づけた Bakke 判決の精神を尊重し、その点につき Grutter 判決を覆さなかったという点で一定の評価ができよう。事件が差し戻された第 5 巡回区連邦控訴裁の今後の判断に注目したい。

(44) WILLIAM G. BOWEN AND DEREK BOK, THE SHAPE OF THE RIVER: LONG-TERM CONSEQUENCE OF CONSIDER RACE IN COLLEGE AND UNIVERSITY ADMISSION 350 (Princeton: Princeton University Press, 1998).

(45) 西村、前掲注 (4) 319 頁参照。