

人種中立的手段優先使用原則の理論的背景

——人種間の分断・対立の抑止と厳格審査——

西
條
潤

はじめに

第1章 Fisher事件の概要

第1節 Fisher事件と志願者の人種を加点要素として顧慮する入学者選抜制度

第2節 Fisher事件と成績上位10%法

第2章 Fisher IIにおける手段審査

第1節 証明責任をめぐる対立

第2節 Fisher IIにおける人種中立的手段優先使用原則の適用の厳格度

第3節 Fisher IIの意義

第3章 人種中立的手段優先使用原則とその理論的根拠

第1節 人種中立的手段優先使用原則に対する批判

第2節 人種中立的手段優先使用原則の理論的根拠——Kennedy裁判官と同原則——

第4章 人種間の分断・対立の抑止と手段審査

第1節 入学者選抜における Individualized consideration の意義

第2節 手段審査の担う役割

むすびに代えて

はじめに

アフアーマティヴ・アクション(以下、「AA」と略記する。^①)の是非ほど、論争を呼び、軋轢を生む問題は他にない。^②そう言われて久しいが、近時、Texas 大学の実施する AA の合憲性が争われた Fisher v. University of Texas at Austin^③においても、アメリカ合衆国連邦最高裁判所(以下、「連邦最高裁判所」と略記する。)の裁判官の間で激しい見解の対立がみられた。

Fisher 事件における争点は、志願者の人種を加点要素として顧慮する Texas 大学の入学者選抜制度がアメリカ合衆国憲法修正 14 条の平等保護条項に違反しないかという点であった。入学者選抜において人種を加点要素として考慮すれば、志願者はその人種により可否を左右されうる。この点において Texas 大学の入学者選抜制度は人種を基準にする区別を行っているため、^④当該制度は、「目的についても手段についても厳密な検証」を行う厳格審査に服せしめられることになる。^⑤このとき、当該制度は、「やむにやまざる政府利益(compelling governmental interests)を促進するために厳密に設けられている(narrowly tailored)場合に限り」合憲とされる。^⑥

最終的に合憲判断が下された本件において本稿が特に注目するのは、連邦最高裁判所が手段審査において、「人種を基準にする分類にたよる前に、利用可能な人種中立的手段では実効性がないことを証明する」よう Texas 大学に求めたことである。^⑦この一節は、人種を基準にする分類よりも人種中立的手段の使用を優先させようとする、人種中立的手段優先使用原則とも呼ぶべき原則を明確化したものである。本稿は、同原則の理論的背景につき若干の検討を行うものである。

第一章 Fisher 事件の概要

本件原告 Abigail Noel Fisher が Texas 大学への入学を認められなかった2008年の時点で、同大学の入学者選抜は2種類の制度を併用して行われていた。1つは、志願者の人種を加点要素として考慮しつつ人物の全体像の全人的評価 (holistic review) により合否判定を行うもので、もう1つが成績上位10%法 (Top Ten Percent Law) である。⁸⁾ 同法は、Texas 州の高等学校において成績が学年の上位10%に入る生徒すべてに、Texas 大学を含むすべての Texas 州立大学への入学を自動的に認めるものである。Texas 大学の入学者選抜制度は、学生集団の多様性を確保するためにこれらの制度を併用する点において、連邦最高裁判所がこれまでにその合憲性について判断を示したなどの入学者選抜制度とも異なっている。その意味において同大学の入学者選抜制度は「特異 (*sui generis*) である」¹⁰⁾。このため、連邦最高裁判所が先例をふまえるような判断を示すが注目を集めた。

2013年、連邦最高裁判所は、Texas 大学の入学者選抜制度は平等保護条項に違反しないとした下級審判決を破棄し、再審理を命じる判決を下した (以下、「Fisher I」と略記する。¹¹⁾。その後、連邦第5巡回区控訴裁判所が再び Texas 大学の入学者選抜制度を合憲としたところ、¹²⁾ 2016年、裁量上訴を認めた連邦最高裁判所は、上記制度は平等保護条項に違反しないとすする判決を下した (以下、「Fisher II」と略記する。¹³⁾。

第1節 Fisher 事件と志願者の人種を加点要素として顧慮する入学者選抜制度

連邦最高裁判所は *Grutter v. Bollinger* ¹⁴⁾ において、志願者の人種を加点要素として顧慮する Michigan 大学ロー・スクール (以下、「LS」と略記する。) の入学者選抜制度を合憲とした。

同大学LSは、学生集団の多様性が確保されることによって以下の教育効果が生まれるとする⁽¹⁵⁾。それは、第1に、人種に基づく偏見が解消され人種相互の理解が促進されること、第2に、教室における討議がより活発でより興味深いものになること、第3に、多様化の進む職場と社会にうまく適応するための訓練と、そこにおける専門家になるための訓練を学生に積ませられること、第4に、指導者へと続く途が人種・民族にかかわらずすべての個人に開かれているという確信をはっきりと誰もがもてるようにすることにより、「市民の目からみて正当性を有する一群の指導者を養成する」ことが可能になることである。Michigan大学LSは、これらの教育効果を生み出すために学生集団の多様性を確保するには、入学者選抜において志願者の人種を加点要素として考慮に入れ、マイノリティ集団に属する学生の数をクリティカル・マス、すなわち「有意義な数(meaningful numbers)」⁽¹⁶⁾に到達させる必要があるとする。というのは、マイノリティ集団に属する学生の数がクリティカル・マスに達してはじめて、「彼らに教室における参加を促し、彼らが孤独感を覚えずにすむ」ようになるとともに、「彼らが自分の人種を代弁しているかのように感じずにすむ」ようになり、「マイノリティ集団に属さない学生がマイノリティの観点(minority viewpoint)など存在せずむしろ彼らのなかにも様々な観点が存在することを学ぶために、人種に基づく偏見が影響力を失う」⁽¹⁷⁾からである。以上の主張につき、Grutter判決は、「Michigan大学LSは学生集団の多様性を確保することにつきやむにやまれざる利益を有している」としたうえで、「学生集団の多様性は教育目的にとって欠かせないものであるとするMichigan大学LSの教育上の判断は、当裁判所が敬讓すべきものである」とした⁽¹⁸⁾。

さらにGrutter判決は、「Michigan大学LSの入学者選抜制度は、目的達成に向けて厳密に設えられた制度の顕著な特徴(hallmarks)を備えている」とする⁽¹⁹⁾。同判決によれば、「目的達成にとって厳密に設えられている」というためには、志願者の人種を顧慮する入学者選抜制度は、「割当制を用いるものであつてはならない」が、「合格定員枠をめぐる他

のすべての志願者との競争からある特定の志願者を隔てることなく、人種または民族をもつばら当該志願者の合否判定に関する評価データにおける加点要素として顧慮することは許される」とされる⁽²⁰⁾。さらに Grutter 判決は、志願者の人種を加点要素として考慮に入れる入学者選抜制度は、「各志願者の個別の特性 (particular qualifications) を考慮に入れつつ多様性と直接関連するすべての要素を評価検討し、必ずしも同じ重みづけを与えるわけではないにせよそれらの要素を同じ評価検討の俎上に載せるほど十分に柔軟な」ものでなければならず、「各志願者が個人として評価され、その人種または民族が合格を決定づける特徴になるようなやり方で評価されないことを保証できるほど十分に柔軟な」ものでなければならぬとする⁽²¹⁾。これらの点につき Grutter 判決は、Michigan 大学 L S の入学者選抜制度は「マイノリティ集団に属する学生の数をクリティカル・マスに到達させることを目的にしているとはいえない——割当制として機能していないとし、さらに、当該制度は、志願者それぞれに備わる、多様性に富んだ教育環境に貢献しうる点をすべて真摯に評価検討するものであり、人種を含め加点に値する点があく1つあるだけで自動的に合格を決定づけるようなものではないとしている⁽²²⁾。そのうえで同判決は、「平等保護条項は、Michigan 大学 L S が学生集団の多様性によって生み出される教育効果を得ることに関するやむにやまれざる利益を促進するために合否判定において厳密に設えられたやり方で人種を考慮することを禁止していない」とし、Michigan 大学 L S の入学者選抜制度を合憲とした。

これに対し、連邦最高裁判所は *Gratz v. Bollinger*⁽²³⁾ においては、Michigan 大学の学部入学者選抜制度は「教育上の多様性に関するやむにやまれざる利益を実現するために厳密に設えられていない」とし、これを違憲とした。当該制度は、数少ない入学者しか輩出できていない人種的マイノリティ集団 (underrepresented minority) に属する志願者に対し、合格に必要な点数の5分の1を占める20点を機械的に加点するものであった。連邦最高裁判所は、Michigan 大学の学部入学者選抜制度はこの加点措置を講じるにあたり「志願者個人がこれらの人種的マイノリティ集団に属しているか

否か」という事実しか考慮していないうえに、当該加点措置は「当該マイノリティ集団に属する最低限の資質は備わっている志願者のほぼ全員にとって、人種という要素を…決定的なものにする効果を有している」と指摘する²⁷⁾。Michigan 大学の学部入学者選抜制度は、以上の点において L S のそれと異なっており、「各志願者を個人として考慮し、志願者の有する資質すべてを評価しつつ、当該志願者が高等教育特有の環境に貢献しうるか否かを検討する」ものではないために違憲とされた。²⁸⁾

Michigan 大学の 2 種類の入学者選抜制度につき連邦最高裁判所が示した以上の判断は、Texas 大学の入学者選抜制度に大きな影響を及ぼしている。Texas 大学の実施した調査により、①アフリカ系アメリカ人およびヒスパニックの学生数が著しく少ない講義科目が相当数にのぼること、②そのために彼らは大学内および教室内において孤立感を覚えており、多数の学生が、マイノリティ集団に属する学生が教室内に十分いれば生まれるはずの教育効果を実感できていないことが判明した。この調査結果を受けて Texas 大学は、Gutter 判決および Gratz 判決の翌年の 2004 年、望ましい教育効果を生み出すにはマイノリティ集団に属する学生数がクリティカル・マスに達しなければならず、そのためには入学者選抜において志願者の人種を考慮することが必要不可欠であると判断するに至った。こうして Texas 大学は、志願者に対する全人的評価により合否判定を行う際にその人種を加点要素として考慮に入れることとしたのである。

Texas 大学が志願者の人種を加点要素として顧慮する入学者選抜制度を導入した目的について、Fisher II は、同大学の掲げる目的は「一般的なことがらとしては、当裁判所が先例において認めてきたやむにやまれざる利益に倣ったものである」とし、学生集団の多様化により「人種相互の理解を促進し、人種に基づく偏見を打破する」ことが可能になる等の教育効果が生まれることを指摘したうえで、「マイノリティ集団に属する学生の入学率を高めることは、こ

これらの教育効果に資することになる」とする。⁽²⁹⁾ さらに Fisher II は、「大学が自らの経験および専門技術的判断に基づき下した、学生集団の多様性は教育目的に資するとする結論に対して敬讓が払われなければならない」とする。⁽³⁰⁾ このように、Fisher II は Grutter 判決同様に、望ましい教育効果を得るには学生集団の多様性が必要であり、これを確保するためであれば入学者選抜において志願者の人種を加味して合否判定を行うことも許されるとする。⁽³¹⁾

さらに Fisher II は、Texas 大学の入学者選抜制度のもとでは、「人種が志願者に対する全人的評価における考慮要素のなかの考慮要素のなかの考慮要素にすぎないこと」と、「志願者の人種は文脈に応じて考慮に入れられるものであって、数少ない入学者しか輩出できていないマイノリティ集団に属する志願者に関する機械的な加点要素として扱われるものではない」とことを指摘する。⁽³²⁾ これは、Texas 大学の入学者選抜制度が Grutter 判決において合憲とされた Michigan 大学 LSJ のそれと同様のものであり、Gratz 判決において違憲とされた同大学の学部入学者選抜制度とは異なるものであることを確認するものである。

このように、先例に照らせば、志願者の人種を加点要素として顧慮する Texas 大学の入学者選抜制度の合憲性は比較的容易に首肯されると思われる。

第2節 Fisher 事件と成績上位10%法

Texas 大学の入学者選抜制度の合憲性に影を落としているのは、成績上位10%法の存在である。⁽³³⁾ 同法は、Hopwood v. Texas⁽³⁴⁾ を契機に Texas 州議会により制定されたものである。Hopwood 判決において連邦第5巡回区控訴裁判所は、学生集団の多様性を実現することは平等保護条項によって要求されるやむにやまれざる利益ではなく、したがって Texas 大学ロー・スクールが学生集団の多様性を実現するために志願者の人種または民族を合否判定において考慮に

入れることは許されないと判断した。⁽³⁵⁾これにより Texas 大学は、同判決まで実施していた志願者の人種を顧慮した入学者選抜をとりやめざるをえなくなり、結果として、マイノリティ集団に属する志願者の同大への入学率は大きく低下した。そこで事態の改善を図るために Texas 州議会が制定したのが、成績上位 10% 法である。⁽³⁷⁾

同法は Texas 州立大学への合否を志願者の高等学校における成績にかからしめるものである。つまり志願者の人種が合否に直接影響を及ぼすわけではない。もつとも、同法はマイノリティ集団に属する志願者の Texas 州立大学への入学率を高めるために、志願者の人種が間接的に合否に影響を及ぼすように意図的に仕組んでいる。⁽³⁸⁾ Texas 州内の多くの地域さらには高等学校は依然として人種分離状態にある。そのため、このことを逆手にとつて、同州内の高等学校の成績上位 10% の生徒に Texas 州立大学への入学機会を与えれば、マイノリティ集団が多数を占める高等学校からは自ずと当該集団に属する数多くの志願者が Texas 州立大学に入学することになり、結果として学生集団の多様性は増すことになる。⁽³⁹⁾ 実際に成績上位 10% 法は Texas 大学における学生集団の多様性を増進させ、Hopwood 判決直後の 1997 年にはアフリカ系アメリカ人の学生は新入生全体の 2・7%、ヒスパニックの学生は新入生全体の 12・6% であったが、2004 年にはいずれも 4・5% と 16・9% まで上昇した。⁽⁴⁰⁾

この事実は重要な意味をもつ。なぜなら、Texas 大学はその時点まで既に、成績上位 10% 法と志願者の人種を顧慮しない全人的評価に基づき合否判定を行う制度 (race-neutral holistic review) によってマイノリティ集団に属する学生の数につきクリティカル・マスを確保しており、志願者の人種を加点要素として顧慮する入学者選抜制度を導入する必要はないのではないかとこの疑問が生じるからである。さらに、当該制度を通じて Texas 大学に入学を果たすマイノリティ集団に属する学生が新入生全体のなかでわずかでしかないことも、その疑問に拍車をかける。というのも、人種を基準にする分類が、学生集団の多様性を増進させて望ましい教育効果を生み出すことにとつてわずかな効果し

かないなら、そもそも当該分類を用いる必要はなく、人種中立的な代替手段によってもおおよそ同じ効果を生み出さうと考えられるからである。⁽⁴¹⁾

志願者の人種を加点要素として顧慮する入学者選抜制度の必要性に関連して、Fisher I は次のような判断を示している。手段審査は、「多様性のもたらす教育効果を得るために大学が人種を考慮することが必要不可欠か否か」、換言すれば、「大学が人種を基準にする分類を行うことなく十分な多様性を実現できるか否かを入念に審査する」ものである。⁽⁴²⁾ そのため裁判所は、「大学が実効性のある人種中立的な代替手段を真摯に誠実に検討したか否か」、さらには、「人種中立的手段を用いても、おおよそ満足ゆく程度に、許容しうる代償で (about as well and at tolerable administrative expense) 重要な利益を促進することができる」か否かを、「大学に敬讓せずに入念に吟味」しなければならない。⁽⁴³⁾ この判断枠組のもとでは、Texas 大学が「人種を基準にする分類にたよる前に、利用可能な人種中立的手段では実効性がないことを証明する責任」⁽⁴⁴⁾ を果たせなければ、志願者の人種を加点要素として考慮に入れる入学者選抜制度はその必要性を否定され、違憲とされることになる。

もともと、成績上位10%法が実効性のある人種中立的な代替手段たりうるかという点、Grutter 判決は次のように述べてこれを否定的に捉えている。「当該制度が仮に人種中立的なものであると仮定しても、当該制度は、大学が、人種的にみて多様なだけでなく、大学の評価するありとあらゆる資質に関して多様な学生集団を集めるために必要不可欠な志願者の全人的評価 (individualized assessments) を実施することを妨げかねない」。⁽⁴⁵⁾ この指摘どおり、成績上位10%法には、学力面以外で Texas 大学の求める多様性に貢献しうる志願者を排除するという側面がある。⁽⁴⁶⁾ このことに鑑みれば、望ましい教育効果を生み出すのに必要な学生集団の多様性を実現するために、志願者ごとに全人的評価を実施し、学力面以外で同大学における多様性に寄与しうる志願者を選抜する制度の必要性は失われていないともい

うる。

とは、こゝえ、Fisher Iの示した判断枠組のもとで、Grutter判決と同じ結論が導かれるとは限らない。なぜなら、Fisher IのGrutter判決は人種中立的な代替手段の存否の判断枠組を異にしており、前者は後者よりも厳格に人種中立的な代替手段の使用を求めているからである。⁴⁷⁾ Grutter判決は、志願者の人種を加点要素として顧慮する入学者選抜制度に代替しうる、実効性のある人種中立的手段の存否を真摯に誠実に検討するよう大学に求めるにすぎず、「人種中立的な入学者選抜制度を見つければ申し分なく、実行可能になればすぐに、人種を意識した入学者選抜制度を廃止するつもりである、とするMichigan大学LSの言葉を額面通りに受けとる」としてMichigan大学LSに敬讓している。⁴⁸⁾ これに対しFisher Iは、先述のとおり、裁判所が手段審査においてTexas大学に「敬讓を払うことはまったくない」としたうえで、実効性のある人種中立的な代替手段が存在しないことを証明することまで大学に求めている。⁴⁹⁾ こうして本件においては、志願者の人種を加点要素として顧慮する入学者選抜制度の必要性が、換言すれば、成績上位10%法等の人種中立的な代替手段の実効性が厳格に審査されるのかということが大きな注目を集めたのである。

第2章 Fisher IIにおける手段審査

Fisher IIは、「原告の主張する代替手段はいずれも—本件訴訟のなかで検討され、または議論された他の手段もまた—、それらを用いればTexas大学が2008年時点において解釈し明確にしていたその教育目標を達成しうるであろう利用可能な、実効性のありうる手段であるということが証明されていない」としたうえで、「このため、Texas大学は、原告が同大学に不合格になった時点において運営していた入学者選抜制度が目的達成のために厳密に設えられていることを証明する責任を果たしている」とした。⁵⁰⁾ これに対しAlito裁判官は、反対意見において、「この結論は驚くべき

もの「驚くべき誤りである」とし、Texas大学の入学者選抜制度は目的に沿った形で厳密に設えられてはいないとする。⁽⁵²⁾ 以下で検討するとおり、法廷意見と反対意見では手段審査のあり方が大きく異なっている。

第1節 証明責任をめぐる対立

法廷意見と反対意見は、厳格審査における証明責任の所在をめぐり対立している。⁽⁵³⁾ 法廷意見は、「すべての合理的推論を原告に有利になるように行いつつ、原告が、証拠の優越 (preponderance of the evidence) によつて、Texas大学への入学を認められなかった当時のその時点において平等な取り扱いを拒否されたということを示せているか否か、という論点のみを扱う」と述べ、⁽⁵⁴⁾ 「証拠を審査すると、原告がTexas大学に志願した時点においては、原告の提案する代替手段はいずれも同大学の求める多様性のもたらす教育効果を確保しうる実効的手段ではなかったことが明らかである」とする。⁽⁵⁵⁾ これに対しAlijo裁判官は、法廷意見は「原告が本件における証明責任を負うかのような審査のあり方を組み立てている」点において、通常の厳格審査のあり方から逸脱しているとする。⁽⁵⁶⁾ Alijo裁判官によれば、「厳格審査とは、厳密な審査であつて、証明責任を負うのは国家機関である」ため、⁽⁵⁷⁾ 原告に証明責任を負わせることは誤りであるとされる。

証明責任をめぐる両者の対立のなかでも特に目を引くのは、成績上位10%法が人種中立的な代替手段として実効的か否かを証明する責任に関する対立である。⁽⁵⁸⁾ 法廷意見は、「証拠上、成績上位10%法によつてTexas大学への入学を果たした学生に関する情報がほぼまったく存在しない」ため、「高等学校における成績が学年上位10%に入っていたことのみに基づきTexas大学への入学を果たした学生と、全人的評価を通じて同大学への入学を果たした学生との間で、多様性への貢献度がどのような点において異なっているかを判断することができない」とする。⁽⁵⁹⁾ しかしながら、成績

上位10%法等の人種中立的な入学者選抜制度のもとでTexas大学への入学を果たした学生よりも全人的評価によって入学した学生のほうが多様性に寄与する度合が大きく、望ましい教育効果を生み出すことに貢献するということを示す証拠がなければ、成績上位10%法のみでは教育効果を十分に得られず、したがって志願者の人種を顧慮する入学者選抜制度によってこれを補完することが必要不可欠であるとはいいい難いはずである⁽⁶¹⁾。Alito 裁判官は、上記の一節により、Texas 大学が提示すべき証拠を示せていないこと、すなわち同大学が志願者の人種を入学者選抜において考慮することが必要不可欠であることの証明責任を果たせていないことは明白であり、そのことをもって同大学の入学者選抜制度が違憲であるという結論が出るはずであると法廷意見を批判している。以上のことに鑑みれば、Texas 大学が「志願者の人種を加点要素として顧慮する入学者選抜制度に頼るのに先立ち、多様性によって生み出される教育効果を得られなかったことを証明する重い責任」を果たしていることには疑問が残る。

第2節 Fisher IIにおける人種中立的手段優先使用原則の適用の厳格度

法廷意見と反対意見では、人種中立的手段優先使用原則の適用の厳格さも異なっている。

法廷意見は、成績上位10%法により、「学年における成績順位という一面だけで入学者選抜を実施した場合には見いだすことのできない見地をもっている可能性のある」学生⁽⁶²⁾、例えば「日々の練習と鍛錬がもとで成績の悪かったスター選手や花形奏者」、「人文学系科目で平均以上の成績を維持するのに苦心した才能ある若き生物学者」等が排除される⁽⁶³⁾とする。法廷意見は、Grutter 判決に倣いつつ、成績上位10%法は学力面以外でTexas大学の求める多様性に貢献しうる志願者を排除してしまつたため、かえって同大学の求める学生集団の多様性を損ないかねないとする⁽⁶⁴⁾。くわえて法廷意見は、Gratz 判決における Ginsburg 裁判官反対意見を引用しつつ、「もっぱら学年における成績順位に依拠する

入学者選抜制度は、志願者に有害なインセンティブを生み出す」とし、成績上位10%法は、「両親が、人種分離状態にある実績のさほどふるわない学校に自分の子どもを通わせ続けることを助長し、さらには、GPAを低下させることになるかもしれない難しい科目を学生がとることを思いとどまらせる」と指摘する。⁶⁶これは、成績上位10%法が高水準の教育からマイノリティを遠ざけ、彼らの社会的地位の改善を阻害する効果を生んでいることを、すなわち無視できない代償をマイノリティに払わせていることを指摘するものである。⁶⁷これらの点を指摘する法廷意見は、成績上位10%法はのぞましい教育効果をもたらす多様性をおおよそ満足ゆく程度に促進できるものではなく、許容しえない代償を伴うものであると判断しているように思われる。これに対し反対意見は、法廷意見が成績上位10%法によって排除されてしまうとする志願者の唯一無二の特徴や彼らの個人的事情は、志願者の人種を顧慮しない全人的評価に基づき合否判定を行う制度のもとでも考慮に入れられるとする。⁶⁸反対意見からすれば、志願者の人種を顧慮しない人種中立的な入学者選抜制度だけではそのような志願者が排除されかねないとする法廷意見の懸念は杞憂であり、当該制度は学生集団の多様性を実効的に増進しうるとされる。このように、法廷意見と反対意見は、人種中立的な入学者選抜制度の実効性に対する評価を異にしており、その点において、人種中立的手段優先使用原則の適用の厳格度も異なっている。

法廷意見と反対意見はさらに、いわゆる *minimal effect* 理論を本件に適用するか否かをめぐっても対立している。両者が人種中立的手段優先使用原則の適用の厳格度を異にしていることは、このことにも表されている。*Minimal effect* 理論は、*Parents Involved* 判決における *Roberts* 首席裁判官法廷意見に端を発するものである。同判決は、学区が学校における人種比率を調節して人種統合を図るために人種を基準にして児童・生徒を各学校に割り振る制度を平等保護条項違反としたものである。同判決において *Roberts* 首席裁判官は、当該制度は「学校間で少数の児童・生徒を移

目的達成のために手段が厳密に設えられていることの顕著な特徴であるはずであって、違憲であることの証拠ではないはずである」。⁽⁷³⁾ 対照的に Alito 裁判官は、「人種を顧慮することが合否判定のわずかな部分においてしかその役割を果たしていない」にもかかわらず minimal effect 理論を適用しないことは先例と矛盾しているとし、次のように述べて本件においても同理論が適用されるべきであるとする。「人種を基準にする分類は、その合憲性のきわめて疑わしい手段であるため、最後の手段としてのみ使用されるべきである」ところ、「本件のように、人種優遇措置がマイノリティ集団に属する志願者の入学率に対してわずかな影響しか与えない場合には、人種中立的な代替手段によっても同じ結果がもたらされたであろう」。⁽⁷⁴⁾

Minimal effect 理論を本件に適用しなかった点において、Kennedy 裁判官は人種中立的な代替手段の使用を Texas 大学に強く迫っていないと評価することもできよう。とはいえ、以下の諸点に留意する必要がある。第1は、Parents Involved 判決において minimal effect 理論を採用した Roberts 首席裁判官自身が、次のように述べ、Gruiter 事件を同理論の適用除外例としてしていることである。「Gruiter 事件においては、志願者の人種を考慮することが、Michigan 大学LSにおけるマイノリティ集団に属する入学者の割合を—4%から14・5%へと—3倍以上に増加させるうえで必要不可欠であるとされた」。⁽⁷⁵⁾ このことに着目すると、Gruiter 事件のように3倍増とまではいかないにせよ、マイノリティ集団に属する志願者の入学率が少なくとも微増とはいえない程度に上昇した本件もまた、同理論の適用除外例として位置づけうる。第2は、Parents Involved 判決において Kennedy 裁判官が、「本件において問題になっている制度の文脈においては」と述べて、minimal effect 理論の適用に慎重に留保を付していることである。同理論がどのような文脈に於いて使分けられるのかは判然としないが、注目すべきは、Fisher II 法廷意見において Kennedy 裁判官が、人種を顧慮することにより「依然として限られたものではあるが有意義な効果」が生じていると指摘し、本件と Parents

Involved 事件を区別しようとしている点である。このことが、高等教育機関の文脈においてはマイノリティ集団に属する学生の数が微増するだけでも大きな効果が生じるということを意味しているのであれば、⁽⁸⁷⁾ 高等教育機関の実施する AA に minimal effect 理論が適用される余地は相当程度狭められることになる。

第 3 節 Fisher II の意義

Fisher I および Fisher II は、Texas 大学が「人種を基準にする分類にたよる前に、利用可能な人種中立的な手段では実効性がないことを証明する最終的な責任」を負うこと、⁽⁸⁸⁾ 換言すれば「志願者の人種を加点要素として顧慮する入学者選抜制度に頼るのに先立ち、多様性によって生み出される教育効果を得られなかったことを証明する重い責任」を負うこと⁽⁸¹⁾を明確にした。しかしながら、上述のとおり、Fisher II は、その重い証明責任を Texas 大学に果たさせているとも、人種中立的な代替手段の優先使用を Texas 大学に厳格に求めているともいい難く、Fisher I が示唆するほどの厳格な厳格審査が行われたとすることには疑問が残る。むしろ Fisher II の審査の厳格度は Grutter 判決とさほど異なっていないとすらいえる。⁽⁸⁹⁾

もつとも、Fisher II は、今後は厳格な厳格審査が行われることになると示唆しているようでもある。Fisher II は、Texas 大学をはじめ高等教育機関に警鐘を鳴らすかのように、以下のように述べている。「本日、当裁判所が Texas 大学の入学者選抜制度の合憲性を肯定したからといって、そのことは必ずしも、同大学が入学者選抜制度を改良することなく同じ制度に依拠してもかまわないということを意味しない。入学者選抜制度について不断に熟慮し内省を継続することは、Texas 大学が引き続き負い続ける責務である」。⁽⁹⁰⁾ さらに Fisher II は、以下のようにも述べている。「Texas 大学は、定期的にデータを評価し、学生が現に体験していること (student experience) を吟味することを通じて、人

種が同大学の主張するやむにやまれざる利益をみたすために必要不可欠である範囲を超えてその役割を果たさないことを保証しつつ、状況の変化に鑑み、その手法を目的達成のために厳密に設えなければならない。これらの理由により、Texas 大学は、平等保護条項によって課される制約を最大限尊重しつつ、原告が同大学を志願した時点で以降に取得したデータを吟味しなければならない。どのような種類のデータを収集するかということにくわえてそれらをどのように考慮するかということは、Texas 大学が今後厳格審査に耐えられる入学者選抜制度をどのように構築しなければならないかということに、重大な影響を及ぼすことになる⁽⁸⁴⁾。この部分は、裁判所が今後、成績上位10%法等の人種中立的な代替手段の実効性を証拠に基づき厳密に検証することを示唆するかのようである。多様性を実現するための手段がどのように、そしてどの程度厳格に統制されるのか、連邦最高裁判所の今後の動向が注目される⁽⁸⁵⁾。

第3章 人種中立的手段優先使用原則とその理論的根拠

Fisher I および Fisher II において連邦最高裁判所は、その要求の厳格さはさておくとして、実効性のある人種中立的な代替手段の優先使用を求める姿勢を明確にしたかにみえる。しかしながら、連邦最高裁判所の裁判官が一律に人種中立的手段優先使用原則を支持しているかという点、実はそうではない⁽⁸⁷⁾。Fisher I 反対意見において、Ginsburg 裁判官は同原則そのものに異論を唱えている。Ginsburg 裁判官は、マイノリティ集団に属する志願者の入学率を高めるといふ、特定の人種を利用する目的を達成するための「人種中立的」な手段など存在するのかわえ、上記目的の正当性を認めるのであればなぜ、これを達成するために人種中立的手段を優先的に使用しなければならないのかという問題を提起している。これは、同原則をどの程度厳格に適用すべきかということよりもはるかに根本的な問題である。以下、これらの問題について検討する。

第 1 節 人種中立的手段優先使用原則に対する批判

本件原告は、成績上位 10% 法の上限を撤廃すればマイノリティ集団に属する志願者をさらに Texas 大学へ入学させられるため、志願者の人種を加点要素として考慮する入学者選抜制度は不要であるとす⁽⁸⁸⁾。Alito 裁判官反対意見もこれに賛同し、成績上位 10% 法を実効性のある人種中立的な代替手段と位置づけている⁽⁸⁹⁾。たしかに成績上位 10% 法は、文面上人種を基準にする分類を行うものでない点においては人種中立的である⁽⁹⁰⁾。とはいえ、Fishel 法廷意見が指摘するように、同法の「基本的な目的がマイノリティ集団に属する志願者の入学率を高めることにある」こと⁽⁹¹⁾、そして、先述のとおり同法がそのことに奏功していることに鑑みれば、成績上位 10% 法には人種中立的とはいいがたい側面もある⁽⁹²⁾。

成績上位 10% 法の人種中立性が表面的なものにすぎないことは、既に指摘されている。Gruitz 判決反対意見において Souter 裁判官は、成績上位 10% 法は「特定の人種であることに対し加点を施す制度とまさしく同じく人種を意識した (race conscious) ものであるが、成績上位 10% 法のような制度は、それが何を行っているのか、またはそれがなぜそうするのかを直接表明することなく人種多様性を獲得するものである」と指摘する⁽⁹³⁾。たしかに成績上位 10% 法は、Texas 州内全域の高等学校の卒業生に同州立大学への入学機会を与えることにより学生集団の地域的多様性を高めようとしているようにも、高等学校において優れた学業成績を収めた生徒を報奨しようとしているようにもみえる⁽⁹⁴⁾。しかしながら、Souter 裁判官は、同法の真意はマイノリティ集団に属する志願者の入学率を高めることにあるとし、同法には「意図的にその真意が不明瞭にされているという難点 (the disadvantage of deliberate obfuscation)」があるとす⁽⁹⁵⁾る。

Ginsburg 裁判官も同様に、Fisher I 反対意見において、成績上位10%法について、「駝鳥のように現実を直視しない人物 (ostrich) でもないかぎり、人種中立的といわれているその手段を、人種を意識しない (race unconscionous) 手段と考えることはできない」とし、同法を人種中立的手段と捉えることの欺瞞性を痛烈に批判する。⁽⁹⁶⁾ そのうえで同裁判官は、マイノリティ集団に属する志願者の入学率を高めるという目的を達成するための憲法上許容されうる手段としては、「人種を考慮に入れていることを率直に明らかにする手段のほうがそのことを隠す手段よりものぞましい」とする。⁽⁹⁷⁾ ここで注目すべきは、Ginsburg 裁判官が、「人種間の不平等を維持するため」ではなく、「平等を実現するため」に人種が考慮に入れられる場合には、人種を基準にする分類を機械的に禁止することは適切ではない」としたうえで、⁽⁹⁸⁾ 入学者選抜において志願者の人種を加点要素として顧慮することはもちろん、⁽⁹⁹⁾ マイノリティ集団に属する志願者に対し機械的な加点を実施する入学者選抜制度すら許容されうるとしていることである。⁽¹⁰⁰⁾ Ginsburg 裁判官の見地からすれば、「明白に差別的であつた過去の残滓に、すなわち、何世紀にもわたり法が認めてきた不平等のもたらす遺産に州立大学を含む国家機関は目を瞑る必要がない」のである。⁽¹⁰¹⁾

第2節 人種中立的手段優先使用原則の理論的根拠—Kennedy 裁判官と同原則—

Fisher II 法廷意見において Kennedy 裁判官は、マイノリティ集団に属する志願者の入学率を高めることはやむにやまざる利益である種々の教育効果に資するとし、Ginsburg 裁判官と同じく、そうすることの正当性を認めている。⁽¹⁰²⁾ かわえて、Kennedy 裁判官は Fisher II 法廷意見において、原告の主張どおりに「Texas 大学がより一層成績上位10%法に依存するようになれば同大学の入学者選抜はより人種中立的なものになる」わけではないとする。⁽¹⁰³⁾ この一節は Ginsburg 裁判官の指摘を酌んだものである。⁽¹⁰⁴⁾ もっとも Kennedy 裁判官は、やむにやまざる利益を実現するためですら、

人種中立的手段の使用を優先させ、人種を基準にする分類の使用にきわめて謙抑的であろうとする点において、Ginsburg 裁判官と対照的である。⁽¹⁰⁾ Kennedy 裁判官はその理由を Parents Involved 判決において以下のように述べている。

Kennedy 裁判官は、「多様性は、その意味および定義にもよるが、学区が追求できる教育上のやむにやまざる目的である」と述べたうえで、「多様な背景をもつ児童・生徒および多様な人種の児童・生徒を集めるといふ目的」は、「学校を新設する際に戦略的に立地を選ぶこと、近隣区域の人口統計を概略的に認識しつつ通学区の線引きを行うこと」等の手段によっても達成できると指摘する。⁽¹¹⁾ たしかに、人種構成の多様な地域に学校を新設したり、児童・生徒の人種構成が多様になるように通学区を設定したりすれば、学校には自ずと多様な人種の児童・生徒が通学することになる。上記目的を達成するために、人種を基準にして児童・生徒を分類したうえでそれぞれの通学先を決定する制度を用いる必要性はないというわけである。⁽¹²⁾ さらに Kennedy 裁判官は、人種を基準にする分類は、個々の児童・生徒の地位を貶め、異なる取り扱いを受ける人種間における分断・対立を引き起こすおそれがあるため、当該分類を極力用いるべきでないとする。⁽¹³⁾ 同裁判官は、人種に基づき児童・生徒の通学先を決定するという「粗雑な分類方法は、子どもたちを、学校相互の需要と供給に応じて価値を重くまたは軽くみられ、取引される人種識別証明書 (racial chits) へと変えてしまうおそれがある」うえに、「国家機関が、人種による類型化に基づき人々を様々な方向へと歩ませる分類を行えば、新たな分断・対立が生じることになりかねない」とする。⁽¹⁴⁾ これに対し、Kennedy 裁判官は、自身の例示する人種中立的手段を用いればこのような害悪はさほど深刻化しないとす。⁽¹⁵⁾ この理由は明確に説かれていないが、それはおそらく、当該手段が個々の児童・生徒に通学先の変更を強いるものでないからであろう。学校における多様性を増進するために人種を基準にする分類に基づき特定の種類の児童・生徒の通学先を変更すれば、それに伴う代償は通学先の変更を余儀なくされる特定の種類の人々にはつきりと目に見える形で負わされることになる。⁽¹⁶⁾

のことは、意にそぐわない扱いを受ける人種の人々のなかに敵意を生み、やがては人種間の分断・対立を引き起こすおそれがある。くわえて、人種にに応じて通学先が変更されうる制度のもとでは、児童・生徒は特定の人種に過不足が生じている学校間で随意に取引される駒のように扱われかねない。だが、個々の児童・生徒に通学先の変更を迫ることのない人種中立的手段を用いれば、このような事態はさほど深刻化せずすむといえよう。

以上のことは、マイノリティ集団に属する志願者の「Texas 大学への入学率を高めるための手段についてもいえる。つまり、志願者の人種を加点要素として顧慮するよりも成績上位10%法によるほうが種々の害悪を生まずすむのである。

Texas 大学の入学者選抜制度のような人種を基準にする分類を用いたAAは、Thomas 裁判官によれば、「究極的には個人と社会に破滅的な影響を及ぼすものである」⁽¹⁰⁾。同裁判官は、AAは多くの人々に、マイノリティは「庇護のもとに恩恵を与えられなければ、自分たちと競争することができない」と考えさせるようになり、その結果としてAAは、「不可避的に、優越感を生み出すか、あるいは、人種に基づき不当な別扱いを受けたと考える人々のなかに敵意を生み出すことになる」とともに、「マイノリティに劣等の烙印を刻印し、彼らに依存心をもたせる原因になるか、または彼らに自分たちは優遇措置を受けるに値するという考えをもたせるおそれがある」とする。⁽¹¹⁾ Scalia 裁判官も同様に、「特定の人種集団に対して恩恵をもたらす施策を実施するという考え (concept of racial entitlement) を追求すれば、それが非常に賞賛されるべき、良性の目的のためであるとしても一人種奴隷制度、人種に基づく特別扱いおよび人種に基づく敵意を生み出した、災いのもとになる思想を、将来にわたって、増幅させ、残存させることになる」と述べ、AAは人種に基づく固定観念を強化し人種間の分断・対立を激化させかねないとする。⁽¹²⁾

対照的に、成績上位10%法のような人種中立的手段を用いれば、これらの害悪は緩和されうる。人種中立的手段の

もとでは、人種以外の基準によって画された様々な人種の人々が一樣に有利または不利に扱われることになる。このとき、有利に扱われる人々のなかにも不利に扱われる人々のなかにも様々な人種の個人が含まれるため、人種を基準にする分類により特定の人種の人々が有利に扱われる場合とは異なり、特定の人種の人々に劣等の烙印が押されるおそれはさほどなからう。^⑩くわえて、人種中立的手段のもとでは、利益を得る人々のなかにも不利益を被る人々のなかにも同じ人種の個人が含まれるため、人種を基準にする分類を通じ特定の人種の人々が有利に扱われる反面で他の人種の人々が不利に扱われる場合とは異なり、不利益を被った人々が特定の人種の人々に敵意を抱くようになることも、強くは懸念されまい。^⑪このように、人種中立的手段を用いれば、特定の人種の人々に利益を与えようとする場合でも、どの人種の人々が有利にまたは不利に扱われるかが不明瞭になり、特定の人種の人々が利益を得る反面で彼ら以外の人々が不利益を被ることは明瞭に認識されずにする。このおかげで、人種中立的手段は、人種を基準にする分類ほどはスティグマ、人種間の敵意等の害悪を生じさせずにするのである。以上のことを敷衍すれば、次のようにいえよう。成績上位10%法は、アフリカ系アメリカ人やヒスパニック等の志願者の入学率を高める反面で彼ら以外の志願者の入学率を低下させるため、人種によりTexas州立大学への合否を左右する側面を有している。^⑫とはいえ、同法は人種と合否を直接結びつけるものではないため、志願者の人種が合否に影響を及ぼしていることは特定の人種の志願者に加点を施す入学者選抜制度ほどは鮮明にならず、そのおかげで、同法は人種により合否を左右するものであると明瞭に認識されずにする。^⑬このために成績上位10%法は、志願者の人種を加点要素として顧慮する入学者選抜制度ほどはスティグマや人種間の分断・対立を生まずにするのである。

不利な境遇におかれ疎外されがちなマイノリティ集団にも「平等な機会を保障する統合された社会(Integrated society)」^⑭を実現するため、さらには「人種相互の理解を促進し、人種に基づく偏見を打破する」^⑮ための手段が人種間

の分断・対立等の害悪を生んでしまうのでは、これらの目的の達成は一層遠ざかることになる。⁽¹⁵⁾ しかしながら、人種中立的手段を用いれば、人種間の分断・対立を激化させることなくこれらの目的を追求することができる。Parents Involved 判決において Kennedy 裁判官は、「国家機関がある一定の手段によって様々な人種の児童・生徒がどのような影響を受けることになるかを考慮に入れるとしても、何ら憲法に違反するところはない」と述べ、学校に多様な人種の児童・生徒が集まるように人種中立的手段を通じて意図的に仕組むことを後押ししている。⁽¹⁶⁾ 成績上位10%法も同様に、表面的な人種中立性とは裏腹に、⁽¹⁵⁾ マイノリティ集団に属する志願者の入学率を高めるように仕組まれている。これらの人種中立的手段は、それが生み出す利益と人種を間接的な形で結びつけているために、人種を基準にする分類を用いる場合と同様の効果を生み出すことができる。同時に人種中立的手段は、それが生み出す利益と人種を直接的な形で結びつけることなく、マイノリティ集団の利害を考慮に入れて、⁽¹⁶⁾ 意図的に不明瞭にするからこそ、そのことを鮮明にする手段とは異なり、深刻な人種間の分断・対立を招かずにすむ。Kennedy 裁判官が人種中立的手段の優先使用を強調するのは、以上の理由による。⁽¹⁶⁾

第4章 人種間の分断・対立の抑止と手段審査

人種中立的手段優先使用原則は、連邦最高裁判所が人種間の分断・対立を回避しつつ社会統合を促進しようとしていることを象徴している。さらにいえば、連邦最高裁判所が人種間の分断・対立を重く受けとめこれを回避しようとしていることは、Grutter 判決と Gratz 判決にも表れている。⁽¹⁷⁾

第1節 入学者選抜における Individualized consideration の意義

既述のとおり、連邦最高裁判所は *Gutter* 判決と *Gratz* 判決において、Michigan 大学の 2 種類の入学者選抜制度の合憲性につき結論を異にした。いずれの制度も、マイノリティ集団に属する志願者の入学率を高め、人種面を含め学生集団の多様性を増進することを目的にするものであった。両者の明暗を分けたのは、それが志願者を個人とみなし全人的評価を行うものであるか否かということであった。連邦最高裁判所は、志願者の人種を加味して合否判定を行う入学者選抜制度は、「各志願者が個人として評価され、かつ、志願者の人種または民族が合否を決定することになる態様で評価されないことが保証されるほど十分に柔軟な」ものでなければならぬとし、志願者を個人とみなし全人的評価を行うこと (individualized consideration) がきわめて重要であるとする。連邦最高裁判所によれば、特定の人の志願者に既定の点数を機械的に加算する Michigan 大学の学部入学者選抜制度は、志願者が特定の人種であるという「1 つの特徴をもって無条件に大学における多様性にはつきりと目に見える形で貢献してくれるもの (specific and identifiable contribution) とみなしている」点において、「各志願者を個人として考慮し、志願者の有する資質すべてを評価しつつ、当該志願者が高等教育特有の環境に貢献しうるか否かを検討する」ものになっていない。¹²⁾ そればかりか、Michigan 大学の学部入学者選抜制度は、特定の人種の志願者に対し機械的に 20 点の加算を行うことによつて、「数少ない入学者しか輩出できていないマイノリティ集団に属する最低限の資質は備わっている志願者のほぼ全員にとつて、人種という要素を… 決定的なものにする効果を有している」。¹³⁾ 連邦最高裁判所は、以上の点において、Michigan 大学の学部入学者選抜制度は LS のそれとは異なり、志願者を個人として評価していないとする。¹⁴⁾

しかしながら、志願者の人種が合否を左右する決定的要素になっているか否かという点においては、Michigan 大学の 2 種類の入学者選抜制度はともに径庭ないように思われる。まず、ある志願者が自身の人種のおかげで他の志願者をおさえて合格を手にすることが起こりうる点においては、Michigan 大学 LS の入学者選抜制度も志願者の人種を合

否判定における決定的要素にするものである。さらに留意すべきは、志願者の人種を加点要素として考慮する Michigan 大学 L S の入学者選抜制度のもとでは、加点の度合を高めることによって特定の人種の志願者を随意に合格させることすら可能になるということである。⁽¹⁴⁾ 実際、Michigan 大学 L S は、志願者の人種を合否判定における決定的要素にするこのような操作を通じて特定の人種の志願者を一定割合合格させようとしていると、Gutter 判決反対意見により批判されている。反対意見を執筆した Rehnquist 首席裁判官は、Michigan 大学 L S が行っていることは人種間の均衡をとること (racial balancing) 以外のなものでもなく、明白に憲法に違反するそのような試みを法廷意見は看過しているとする。⁽¹⁵⁾ 同旨の批判は学説にもみられ、それによると、Michigan 大学 L S は公然と露骨には行えない人種間の均衡維持を秘密裡に巧妙に行っているだけで、Gutter 判決はこれを黙認しているとされる。⁽¹⁶⁾

以上のことからすれば、Michigan 大学の学部入学者選抜制度のみが違憲とされたのは、これが志願者の人種を合否判定における決定的要素にしているからではなからう。連邦最高裁判所が問題視したのは、当該制度が、特定の人種の志願者を無条件に多様性に寄与するものとみなし、当該志願者に既定の点数を機械的に加算するものであったことと思われる。

もっとも、これに対して Souter 裁判官は、Graz 判決反対意見において、特定の人種の志願者に与えられる加点の度合を予め数値化し明確化しておくことも許されるとする。なぜなら、人種的多様性に価値を見いだすということは、マイノリティ集団に属する志願者の入学率を高めるやり方で人種を顧慮してよいということを、すなわち特定の人種であること自体を加点に値するものとして扱うことが許されるということを意味するはずで、そうであるなら、人種を加点要素として扱うことはもちろん、加点の度合を予め数値化し明確化しておくことも必ずしも不適切とはいえないからである。Souter 裁判官は、特定の人種であること自体を価値あるものとして扱う点において、Michigan 大学の 2

種類の入学者選抜制度に本質的な差異はないとする⁽¹⁰⁾。さらに Ginsburg 裁判官は、Gritz 判決反対意見のなかで、「正直が最良の策であるならば、見て見ぬふりをし、口裏を合わせ、実態を隠して (through winks, nods, and disguises) 同程度の数のマイノリティ集団に属する学生を入学させることよりも、実態を的確に表し完全につまびらかにする Michigan 大学の学部入学者選抜制度を通じた A A のほうが、間違いなくのぞましい」と述べ⁽¹¹⁾、マイノリティ集団に属する学生の数を増加させる手段としては、特定の人種であること自体が加点に値するということを率直に公然と認める学部入学者選抜制度のほうが L S の入学者選抜制度よりものぞましいとする。このような見地からすれば、マイノリティ集団に属する学生の数を不明瞭な態様で半ば秘密裡に増加させようとする L S の入学者選抜制度が合憲とされ、同じことを公然と行おうとする学部入学者選抜制度が違憲とされることは不可解というほかならう⁽¹²⁾。

しかしながら、Michigan 大学の学部入学者選抜制度には以下の難点が指摘される。特定の人種の志願者に無条件に既定の点数を加算する当該制度のもとでは、当該人種の志願者と社会全体に向けて、当該人種であること自体に価値があるというメッセージが伝わることになる。そのことを通じ当該制度は、当該人種の人々のなかに自分は優遇に値する存在であるという観念を浸透させ、同時に当該人種以外の人々のなかに敵意を醸成しかねない。このとき人種間の分断・対立の激化するおそれはきわめて大きい⁽¹³⁾。これに対し、特定の人種であることを加点要素として考慮するにとどまる入学者選抜制度のもとでは、志願者の人種に基づく加点の有無も人種により志願者の評価にどの程度の差が生じているかも表面化しない不透明な過程を通じて合否判定が行われるため、そのおそれも幾分弱まるだろう。このように、Michigan 大学の 2 種類の入学者選抜制度を比較すると、人種間の分断・対立を激化させるおそれに程度差があることが分かる。特定の人種であること自体に加点に値する価値を無条件に認める学部入学者選抜制度は、志願者をもつばら特定の人種集団の一員として評価するものと受けとめられるために、人種間の分断・対立を招く危険性が

大きい。対照的にLSの入学者選抜制度は、志願者を特定の人種集団の一員としてではなく、当該集団とは別個独立の存在である個人として評価するものと受けとめられるからこそ、その危険性は小さい⁽¹⁰⁾。

以上のことから、入学者選抜において、特定の人種集団とは別個独立の存在である個人として志願者を評価させることには、ある重要な意義のあることが明らかになる。それは、特定の人種は優遇に値する存在であるという観念が社会全体に浸透し、人種間の分断・対立が生じることを抑止するというものである⁽¹¹⁾。連邦最高裁判所はこの観点から、Gutter 判決と Gratz 判決において、特定の人種であることを根拠に加点を施して当該人種の志願者の入学率を高めることは許されるが、その加点措置を機械的なものにし加点の度合を明確にすることは許されない、という具体的な判断枠組を示したのである⁽¹²⁾。連邦最高裁判所はこの枠組のもとで、露骨な態様で特定の人種の志願者の入学率を高めようとすることを制約しつつも、不透明な態様であればそうすることを許容しているのである⁽¹³⁾。

第2節 手段審査の担う役割

これまで連邦最高裁判所は、高等教育機関が学生集団の多様性を実現する一環として、入学者選抜におけるAAを通じマイノリティ集団の志願者の入学率を高めることを認めてきた。もともと、AAは人種間の分断・対立を招くおそれがあるため、これを抑止しつつマイノリティ集団を利するには、人種的に偏頗していると広く社会一般に受けとめられることが極力ないようにすることが肝要である⁽¹⁴⁾。そこで連邦最高裁判所が注目するのが、マイノリティ集団の利害を顧慮していることが表面化・顕在化しない手段である。

Fisher 判決において優先使用が求められた成績上位10%法のような人種中立的手段も、Gutter 判決において合憲とされた志願者の人種を加点要素として顧慮する入学者選抜制度も、いずれもマイノリティ集団を有利に扱うもので

あった。もつとも、これらがもたらす利益・不利益は人種と直接結びつけられたものではなく、両者の関連性は間接的ないし不透明なものにすぎない。それゆえ、これらの手段を用いてマイノリティ集団を有利に扱うとしても、彼らの利害が考慮されていることはさほど表面化・顕在化せず、そのことに伴う代償が彼ら以外の人種集団に負わされていることもさほど鮮明にならない。透明性が欠けているおかげで、深刻な人種間の分断・対立を呼ぶことなく、マイノリティ集団を利用する目的を追求することが可能になるのである。¹⁵⁾

このように、連邦最高裁判所は、それが深刻な人種間の分断・対立を招くものであるか否かという観点から、AA に用いられる手段を統制しようとしている。¹⁶⁾ 換言すれば、手段審査の主眼は、人種間の分断・対立を抑制することにおかれているのである。¹⁶⁾

むすびに代えて

西村裕三先生は、「教育上も雇用上も重要な利益をもたらし、ひいてはアメリカの民主的政治システムを機能させる上でも重要である」多様性の価値を実現するという目的は「*compelling*」であると、厳格審査基準の下で評価されてしかなるべきではないだろうか」と指摘されたうえで、裁判所は「目的と手段の整合性の審査に重点を置くべきではないか」という問題提起をされている。¹⁶⁾

多様性を実現するという目的は重要である。とはいえ、これを実現するための AA には、人種相互の理解を妨げ、民主政を蝕む (*democracy-destroying*) おそれのある、人種間の分断・対立という大きな代償が伴う。この代償が軽視し難いものであることは、連邦最高裁判所が手段審査において、人種間の分断・対立を深刻化させる手段の使用を制約しようとしていることに表れている。¹⁶⁾ 民主制が健全に機能すること等の諸々の社会的利益をもたらすことを根拠に

A A の正当化を図るならば、それらの利益を損なう社会の分断・対立を招かずにすむ態様で A A を実施する方が模索されるべきではなからうか。^④

〔付記〕 西村裕三先生は、路頭に迷いかけていた私を拾いあげ、博士課程後期よりご指導くださった。そのご学恩に深く感謝申し上げるとともに、恩師のご退職を記念する論文集に稚拙な論文を献呈させていただくことをお詫びしたい。

- (1) 本稿においてはさしあたり、A A とは、人種、民族その他の一定の集団に属する人々を対象に、当該集団の一員であることを顧慮する方策を通じてその深刻な過少代表状態 (significant underrepresentation) を是正するために実施される措置⁵と定義しておく。See Paul Brest & Miranda Oshige, *Affirmative Action for Whom?*, 47 Stan. L. Rev. 855, 856 (1995); see also Randall Kennedy, *For Discrimination* 20-21 (2013).
- (2) See Erwin Chemerinsky, *Making Sense of the Affirmative Action Debate*, 22 Ohio N.U.L. Rev. 1159 (1996).
- (3) Fisher v. University of Texas at Austin, 136 S. Ct. 2198 (2016).
- (4) *Id.* at 2207.
- (5) Adarand Constructors v. Peña, 515 U.S. 200, 236 (1995).
- (6) Fisher v. University of Texas at Austin, 570 U.S. 297, 310 (2013).
- (7) *Id.* at 312.
- (8) Texas 大学は、学業成績指標 (Academic Index) と個人業績指標 (Personal Achievement Index) を考慮しつつ入学者選抜を実施していた。

- 学業成績指標とは、志願者の受験したSATないしACTの得点および高等学校における学業成績をもとに算出される評価点であり、個人業績指標とは、志願者の執筆した小論文2本に対する評価と、志願者の統率力 (student's leadership)、職歴の有無、課外活動歴等のほか、志願者の人物像を把握できる特別な事情 (special circumstances) に対する評価をあわせて算出される評価点である。特別な事情の1つとして顧慮されるのが志願者の人種である。このほか、志願者が一人親家庭で成長したか、家庭で英語以外の言語が用いられているか、志願者の家族の置かれた社会的・経済的状況、志願者の出身高等学校の社会的・経済的地位等が特別な事情として考慮される。
- (9) Tex. Educ. Code Ann. § 51.803 (West 2009). 現在、成績上位10%法の適用を受けてTexas大学に入学できるのは新入生の75%に限られているため、高等学校において成績が上位10%に入る生徒であってもTexas大学への入学が保証されるわけではない。Tex. Educ. Code Ann. § 51.803(a-1) (West 2015).
- (10) Fisher, 136 S. Ct. at 2208.
- (11) 本判決においてはKennedy裁判官が法廷意見を執筆し、これにRoberts首席裁判官、Scalia裁判官、Thomas裁判官、Breyer裁判官、Alito裁判官、Sotomayor裁判官が加わっている。Scalia裁判官とThomas裁判官がそれぞれ結果同意意見を執筆しているほか、Ginsburg裁判官が反対意見を執筆している。Kagan裁判官は本件の審理および判決に加わっていない。本判決については以下の文献を参照されたい。有澤知子「大学入学とアファーマティブ・アクション」阪学41巻2号1頁以下(2015年)、井上一洋「アメリカの大学入学制度におけるAffirmative Actionについて」広法37巻2号230頁以下(2013年)、茂木洋平「Affirmative Actionの正当化の法理論—アメリカ合衆国の判例と学説の検討を中心に」69頁以下(商事法務, 2015年)、吉田仁美「平等権のパラドクス」129頁以下(ナカニシヤ出版, 2015年)、拙稿「Post-racialismの時代における平等保護法理—人種中立的手段優先使用原則を機縁として—」松井茂記、長谷部恭男、渡辺康行編『自由の法理 阪本昌成先生古稀記念論文集』635頁以下(成文堂, 2015年)。
- (12) Fisher v. University of Texas at Austin, 758 F.3d 633 (5th Cir. 2014).
- (13) 本判決においてはKennedy裁判官が法廷意見を執筆し、これにGinsburg裁判官、Breyer裁判官、Sotomayor裁判官が加わっている。これに対しThomas裁判官が反対意見を執筆しているほか、Alito裁判官も反対意見を執筆し、これにRoberts首席裁判官、Thomas裁判官が加わっている。なお、Kagan裁判官は本件の審理および判決に加わっておらず、Scalia裁判官は2016年2月に急逝したため、本件の審理および判決は7名の裁判官により行われた。本判決については以下の文献を参照されたい。石田若菜「大学入試とアファーマティブ・アクション」比叢51巻3号249頁以下(2017年)、大林啓吾「多様な学生を確保するために人種を考慮要素の一つとする

- テキサス大学の入試制度（アファーマティブアクション）を合憲とした事例」判時2304号19頁以下（2016年）、岡田高嘉「大学入学者選抜におけるアファーマティブ・アクションの合憲性」県立広島大学総合教育センター紀要2号1頁以下（2017年）、高橋正明「大学入試において人種を考慮して実施されたアファーマティブ・アクションの合憲性」帝京30巻2号299頁以下（2017年）、茂木洋平「大学の入学者選抜における Affirmative Action と厳密な厳格審査」桐蔭23巻1号49頁以下（2016年）、拙稿「州立大学が入学者選抜において実施するアファーマティブ・アクションの合憲性について」近畿大学工学部紀要46号19頁以下（2016年）。
- (14) *Gruiter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003). *Gruiter* 判決と後述する *Gratz* 判決については以下の文献を参照されたい。植木淳「アファーマティブ・アクションの再検討」『厳格審査』と『多様性』北九州32巻1号118頁以下（2004年）、大沢秀介「高等教育機関におけるアファーマティブ・アクション」大沢秀介、大林啓吾編『アメリカ憲法判例の物語』3頁以下（成文堂、2014年）、紙谷雅子「大学とアファーマティブ・アクション」米法2004年1号53頁以下（2004年）、安西文雄「ミシガン大学におけるアファーマティブ・アクション」ジュリ1260号227頁以下（2004年）、吉田仁美「高等教育機関におけるアファーマティブ・アクション」関東学院13巻3号49頁以下（2003年）。
- (15) *Gruiter*, 539 U.S. at 330-332.
- (16) *Id.* at 318.
- (17) *Id.* at 318-320.
- (18) *Id.* at 328. *Gruiter* 判決は、「学生集団の多様性を確保することは Michigan 大学 LS という組織固有の目的の核心部分にあり、反証のなされないかぎり (a showing to the contrary) Michigan 大学は誠実に (good faith) 行動しているものと推定される」としたうえで、Michigan 大学 LS は、「単にある特定の集団がその人種または民族的出自 (ethnic origin) のみを理由に学生集団のなかにある特定の割合を占めている状態を確保する」などということを行っていないとする。同判決によれば、「そのようなことを行えば、あからさまに人種均衡状態を生み出す」とする (outright racial balancing) のも同然であって、明白な憲法違反 (patently unconstitutional) である」。
Id. at 329-330.
- (19) *Id.* at 334.
- (20) *Id.*
- (21) *Id.*

- (22) *Id.* at 336-337.
- (23) *Id.* at 335-339.
- (24) *Id.* at 330-332.
- (25) *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003).
- (26) *Id.* at 270.
- (27) *Id.* at 271-272.
- (28) *Id.* at 271. Michigan 大学の 2 種類の 入学者選抜制度の明暗を分けたこの点については第 4 章第 1 節で検討する。
- (29) *Fisher*, 136 S. Ct. at 2210-2211. *Fisher II* は、「学部入学者選抜において志願者の人種を顧慮することを正当化するやむにやまれざる利益とは、マイノリティ集団に属する志願者を一定数入学させることに関する利益ではない」と注記している。
- (30) *Id.* at 2208.
- (31) 本件において連邦最高裁判所は、学生集団の多様性を確保して望ましい教育効果を得ることがやむにやまれざる利益といえるか否かという争点について、あえて新たな判断を示す必要はなかった。というのも、*Fisher I* が指摘するように、*Gutter* 判決が学生集団の多様性によって生み出される教育効果を「やむにやまれざるものと認めた点において平等保護の諸原理と矛盾しないか否かについては、見解の相違がある」が、「本件当事者らは、*Gutter* 判決の示した当該解釈を再考するよう、連邦最高裁判所に求めてはいない」からである。See *Fisher*, 570 U.S. at 311; see also Transcript of Oral Argument at 8, *Fisher v. University of Texas at Austin*, 133 S. Ct. 2411 (2013) (No. 11-345). しかしながら、*Fisher II* 法廷意見と反対意見は、*Gutter* 判決の示した上記判断の妥当性をめぐり対立している。法廷意見は、「Texas 大学の目的は、理解し難い、または不明確な (elusive or amorphous) ものであってはならない—Texas 大学の目的は、それを達成するべく採用されている入学者選抜制度に対する審査を可能ならしめる程度に評価可能な (measurable) ものでなければならぬ」としたうえで、同大学の掲げる目的にこれに反するところはないとした。*Fisher*, 136 S. Ct. at 2211. これに対して反対意見は、「人種に基づく偏見が十分に解消されたか、人種相互の理解が十分に進んだか、クリティカル・マスが確保されているか等の諸点について裁判所が明確に判断することができない以上、学生集団の多様性を確保して種々の望ましい教育効果を生み出すという Texas 大学の目的は、やむにやまれざる利益と認めうるほどの明確性をもちあわせてはいないとする。Alito 裁判官は、Texas 大学の掲げる目的が明確にならないかぎり、「多様性のもたらす教育効果を得るために大学が人種を顧慮することが必要不可欠か否か」、換言すれば、「大学が人種

を基準にする分類を用いることなく十分な多様性を実現できるか否かを入念に審査する「ことなど、そもそも不可能であるとする。Alito 裁判官の批判の最重要点は、次の点にある。それは、裁判所が手段審査において Texas 大学に敬讓を一切払わないとしたところで、曖昧模糊とした、AA を継続実施する必要があるか否かを判断するための基準すら見いだせないような目的を設定しこれを追求することを認めると、「裁判所は、大学の判断に敬讓することを余儀なくされることになり、AA は裁判所による審査が完全に及ばないもの」になりかねないところにある。See *id.* at 2222-2223; see also Fisher, 758 F.3d at 661-662, 666-667.」のことに関連して注目すべきは、Fisher II が次のように述べている点である。「大学は、その大部分が、客観的評価は不可能であるが、その素晴らしさを生み出している触知し難い固有の性質 (intangible qualities) によって特徴づけられる。学生集団の多様性のような、そのアイデンティティーおよび教育目的の中核にある触知し難い特質を定義することについては、大学に対し相応の敬讓が払われなければならない。とはいえ、多様性を追求することと憲法が平等な取り扱いおよび尊厳を保障していることを両立させることは、依然として、わが国の教育制度にとっての終わりのない挑戦であり続けている。この微妙な均衡をとることについて、州立大学は、州それ自体と同様に、実験の場 (laboratories for experimentation) としての役割を担うことが『必要』」。Fisher, 136 S. Ct. at 2214.」の部分は、「高等教育機関が様々な手段を実験的に用いて多様性を実現することに対し裁判所は敬讓すべきであると説くように理解しよう。See Ervin Chemensky, *The 2016 Election, the Supreme Court, and Racial Justice*, 83 U. Chi. L. Rev. Online 49, 54 (2016). 大林・前掲注 (13) 20 頁が指摘するように、「多様性の確保という目的が認定されれば、敬讓のスタンスがセットされた上で、手段審査につながっていく」ことの是非が重要な問題になる。

(32) Fisher, 136 S. Ct. at 2207.

(33) 連邦地方裁判所は、「成績上位 10% 法の存在を除けば、Texas 大学の入学者選抜制度は Michigan 大学 LS のそれと類似していると指摘したうえで、「Grutter 判決が現在においても妥当性を失っていないかぎり、Texas 大学の現行の入学者選抜制度は合憲である」とする。Fisher v. University of Texas at Austin, 645 F. Supp. 2d 587, 613 (W.D. Tex. 2009). 成績上位 10% 法が志願者の人種を加点要素として顧慮する制度の必要性を減じているとする連邦第五巡回区控訴裁判所もまた、「成績上位 10% 法をさておくとすれば、当該判断が正しい事は明白である」*White*. Fisher, 631 F.3d at 216-218.

(34) Hopwood v. Texas, 78 F.3d 932 (5th Cir. 1996). 本判決にこづつは、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ブ・アクションが合衆国憲法第 14 修正の平等保護条項違反と

された事例」米法 1999 年 2 号 313 頁以下 (2004 年) を参照されたい。

(35) *See Hopwood*, 78 F.3d at 934-935, 944, 948. *Hopwood* 判決は、人種そのものを合否判定における考慮要素にすることは許されないが、人種と相關関係のある要素を顧慮することは許されるとする。 *See id.* at 946, 948.

(36) 先述のとおり、同大学は後に、*Gruiter* 判決を受けて、志願者の人種を考慮に入れる入学者選抜を再開させた。

(37) *Texas* 大学もまた事態の改善を図るために、個人業績指標をもとに合否判定を行う制度を導入した。当初、個人業績指標を算出する際に志願者の人種は考慮されなかったが、そこで顧慮される特別な事情の多くは、アフリカ系アメリカ人やヒスパニック等のマイノリティ集団に属する志願者に有利な評価をもたらすものであるため、当該制度によりマイノリティ集団に属する志願者の入学率の回復が見込まれた。 *See Fisher*, 645 F. Supp. 2d at 592; *see also Fisher*, 136 S. Ct. at 2213. 先述のとおり、後に、個人業績指標を算出する際に志願者の人種が考慮されるようになる。

(38) *See Fisher*, 136 S. Ct. at 2213. このことが有する意義については第 3 章第 2 節で検討する。

(39) *See Fisher*, 570 U.S. at 335.

(40) *See Fisher*, 645 F. Supp. 2d at 592-593; *see also Fisher*, 631 F.3d at 224.

(41) 本件原告が *Texas* 大学への入学を認められなかった 2008 年、20501 名の志願者のなかから人種が加点要素として考慮されたおかげで *Texas* 大学への入学を果たしたアフリカ系アメリカ人およびヒスパニックの学生は 216 名で、彼らが新入生全体に占める割合はわずかであった。本件原告はこのことを根拠に、*Texas* 大学は人種中立的手段によって目的を達成できたはずであると主張する。 *See Brief for Petitioner at 46, Fisher v. University of Texas at Austin*, 136 S. Ct. 2198 (2016) (No. 14-981). この主張はいわゆる *minimal effect* 理論に依拠したものである。同理論については第 2 章第 2 節で検討する。

(42) *See Fisher*, 570 U.S. at 312.

(43) *Id.*; *see also Fisher*, 136 S. Ct. at 2208. *Fisher I* は、目的審査とは異なり、裁判所が手段審査において *Texas* 大学に敬讓を払うことはまったくないとし、手段審査において *Texas* 大学に敬讓を払った下級審判決を批判している。 *See Fisher*, 570 U.S. at 311-313. 連邦第 5 巡回区控訴裁判所は、「反証のなされないかぎり、大学は誠実に活動しているものと推定する」とした *Gruiter* 判決に依拠しつつ、*Texas* 大学は志願者の人種を考慮する入学者選抜制度を誠実に (*in good faith*) 構築し運用していると推定したうえで、当該推定に反証する責任を原告に課すとともに、「手段審査は—やむにやまれざる利益に関する審査と同じく—ある程度の敬讓を払いつつ行われる」として

- らる。Fisher, 631 F.3d at 231-232. *see also* Fisher, 645 F. Supp. 2d at 603, 611. 後にFisher IIが、連邦第5巡回区控訴裁判所による審査は「過度に敬讓的な Texas 大学が誠実に活動したか否かを問題にする審査基準 (overly deferential "good-faith" standard)」を適用する不十分なものであったと指摘したように、Fisher Iは、下級審判決が過度に敬讓的な審査を行ったことを問題視したのである。See Fisher, 136 S. Ct. at 2207. なお、Kennedy 裁判官の手にするFisher I 法廷意見の内容は、Gruiter 判決において法廷意見が過度に敬讓的であることを批判した自身の反対意見の内容と大きく重なり合っており、同裁判官はFisher Iにおいて、Gruiter 判決における自身の反対意見を法廷意見にしたといえよう。このことについては拙稿・前掲注(11)を参照されたい。差戻審の連邦第5巡回区控訴裁判所判決も同様の認識を示している。See Fisher, 738 F.3d at 642.
- (44) See Fisher, 570 U.S. at 312.
- (45) Gruiter, 539 U.S. at 340.
- (46) See Fisher, 645 F. Supp. 2d at 612-613. *see also* Fisher, 631 F.3d at 239. このことについては第2章第2節で検討する。
- (47) Fisher II 法定意見は「Fisher I は志願者の人種を顧慮する制度を採用している大学が厳格審査によって要求される責任が厳格なものであることを明確化」したとし、反対意見もまた、「Fisher I は厳格審査が厳格なものであることを明確化することによって本件に適用される法を大きく変更した」とする。Fisher, 136 S. Ct. at 2209, 2242.
- (48) See Gruiter, 539 U.S. at 339, 343.
- (49) See Fisher, 570 U.S. at 311-312. Tomiko Brown-Nagin は、このように「人種中立的な代替手段に重きが置かれるようになったことはもちろん、入学者選抜において志願者の人種を明示的に顧慮することから手を引くように大学を後押しする (nudge) ことを意図している」と指摘する。See Tomiko Brown-Nagin, *Rethinking Proxies for Disadvantage in Higher Education: A First Generation Students' Project*, 2014 U. Chi. Legal F. 433, 460-461 (2014).
- (50) Fisher, 136 S. Ct. at 2214.
- (51) *Id.* at 2243.
- (52) *Id.* at 2236.
- (53) See generally George Rutherglen, *Fisher II: Whose Burden, What Proof?*, 20 Green Bag 2d 19, 19-21, 30-31 (2016), くわんじ石田・前掲注(13) 274-275頁、高橋・前掲注(13) 276-277頁、茂木・前掲注(13) 58-59頁も参照されたい。

- (54) *Fisher*, 136 S. Ct. at 2210.
- (55) *Id.* at 2212.
- (56) *See id.* at 2238-2239.
- (57) *Id.* at 2222; *see also Fisher*, 570 U.S. at 300.
- (58) *See* *Rutberglen*, *supra* note 53, 19-21, 30-31. (59)については高橋・前掲注(13) 281頁も参照されたい。
- (59) *Fisher*, 136 S. Ct. at 2209.
- (60) もっとも法廷意見は、この証拠が欠けていても本件の結論は左右されないとする。See *id.* これに対し *Alito* 裁判官は、法廷意見は説得力を欠くとして詳細な反論を展開している。See *id.* at 2238-2242. 両者の議論の応酬については拙稿・前掲注(13) 44-51頁を参照された。
- (61) *See Fisher*, 136 S. Ct. at 2238.
- (62) *Id.* at 2211.
- (63) *Fisher*, 758 F.3d at 653.
- (64) *Fisher*, 136 S. Ct. at 2213.
- (65) *Id.* at 2213-2214; *see also Grutter*, 539 U.S. at 340. Texas 大学は、成績上位 10% 法によって同大に入学したマイノリティ集団に属する学生は、貧しく不遇な環境で育ち、学力的に劣っていることが多いため、同じ人種のなかでも恵まれた環境で育ち、学力に秀でた生徒を入学させるには、志願者の人種を顧慮しつつ全人的評価を行う入学者選抜制度が必要であるとす。See *Brief for Respondents at 31-34*, *Fisher v. University of Texas at Austin*, 133 S. Ct. 2411 (2013) (No. 11-345); *see also Brief for Respondents at 32-34, 43*, *Fisher v. University of Texas at Austin*, 136 S. Ct. 2198 (2016) (No. 14-981) [hereinafter *Brief for Respondents in Fisher II*]. (66) の同一人種内の多様性 (intra-racial diversity) については、岡田・前掲注(12) 12頁、拙稿・前掲注(13) 51-55頁を参照された。
- (66) *Fisher*, 136 S. Ct. at 2214; *see also Gratz*, 539 U.S. 244 at 303 n.10.
- (67) 成績上位 10% 法がマイノリティ集団に対してこのような効果をもたらすことは、脚注 98 で言及する反從属原理の見地からすれば大きく問題視されよう。
- (68) *Fisher*, 136 S. Ct. at 2236-2237.

- (69) *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. 701, 733-734 (2007). 本件については以下の文献を参照されたい。井上一洋「アメリカの公立学校における生徒制当制度の合憲性について」広法34巻号3号97頁以下(2011年)、芹澤英明「人種別学解消措置と合衆国憲法」樋口範雄ほか編『アメリカ法判例百選』86頁以下(有斐閣、2012年)、溜箭将之「初中等教育機関における人種統合のゆくえ」大沢ほか編『前掲注(14)』47頁以下(成文堂、2014年)、藤井樹也「学校における人種統合とアファーマティヴ・アクション(一)」、(二・完)筑波ロー2号69頁(2007年)、3号161頁(2008年)、吉田・前掲注(11)113頁以下。
- (70) *Parents Involved*, 551 U.S. at 735.
- (71) *Id.* at 789-790. Kennedy 裁判官の例示する人種中立的手段については第3章第2節で検討する。
- (72) *Fisher*, 136 S. Ct. at 2212.
- (73) *Id.* Texas 大学の入学者選抜制度のもとでは、志願者の人種は合否判定における考慮要素のなかの考慮要素にすぎず、人種を根拠になされる加点の度合いが制約されているため、志願者の人種が合否に及ぼす影響は比較的小さい。See *Fisher*, 136 S. Ct. at 2207; see also *Fisher*, 645 F. Supp. 2d at 596-598. Kennedy 裁判官の指摘は、「Texas 大学の入学者選抜制度が志願者の人種を根拠に大きな加点を行うものでなかったことが合憲判断に至った理由の1つであることを示すものといえよう。裏を返せば、Kennedy 裁判官の見地においては、Texas 大学のもの以上に志願者の人種を根拠にして大きな加点措置を講じる入学者選抜制度は、その合憲性を疑われる」とになりうる。See Kimberly Jenkins Robinson, *The Supreme Court, 2015 Term - Comment: Fisher's Cautionary Tale and the Urgent Need for Equal Access to an Excellent Education*, 130 Harv. L. Rev. 185, 203-204 (2016). 「*ワウ*」想起されるべきは、Kennedy 裁判官が *Gruiter* 判決反対意見において次のように述べ、志願者の人種が合否に過大な影響を及ぼしてはならないとしていることである。「多様性を実現するために適度に考慮されるべき要素(modest factor)の1つとして、他の考慮要素にくわえて人種を評価するという目的に対する憲法上の疑義はまったくないが、教育機関は、十分な手続を通じて、志願者それぞれが個人とみなされ全人的評価を受けられることとあわせて、人種が合否判定における決定的な要素(predominant factor)にならないことを保証しなければならない」。Gruiter, 539 U.S. at 392-393. Kennedy 裁判官は、Michigan 大学LSの入学者選抜制度の実態が、志願者の人種を過度に評価し、マイノリティ集団に属する志願者を一定数合格させようとするものであることを批判している。入学者選抜制度の現実の機能に目を向けるKennedy 裁判官は、Fisher I において次のように述べている。厳格審査は、「入学者選抜過程においては許容されうるやり方で人種を考慮しているとする教育機関の主張」の真偽を確かめるべく、「当該過程が実際にどのように機能している(works in practice)かということに関する証拠を厳密に

審査する」ものである。そのため裁判所は、「大学が誠実な検討を経た結果として人種を顧慮する入学者選抜制度を採用するという判断に至ったことを確かめようと試みる」だけでは不十分で、「入学者選抜過程が、各志願者が個人として評価され、志願者の人種または民族が可否を決定する役割を果たすやり方で評価されないことを保証するものであること」を確認するために、「当該過程が実際にどのように機能しているかということに関する証拠を厳密に審査」しなければならない。See *Fisher*, 570 U.S. 297 at 300; see also *Gruiter*, 539 U.S. at 330. もっとも、*Fisher II* は入学者選抜制度の実態に踏み込むこのような審査を行ってはいない。ただ、Texas 大学の入学者選抜制度についてそのような審査を行う必要性はさほどないと考えることもできよう。なぜなら、Texas 大学の入学者選抜制度は、志願者の人種を根拠になされる加点の度合いを制約し、人種によって合否が左右される余地を相当程度狭めているため、マイノリティ集団に属する志願者を一定数入学させて人種間の均衡をとる形で当該制度が機能するおそれは、Michigan 大学の入学者選抜制度ほどは強くないからである。

- (74) *Fisher*, 136 S. Ct. at 2237-2238.
- (75) *Id.*
- (76) *Parents Involved*, 551 U.S. at 734-735.
- (77) *Id.* at 790.
- (78) *Fisher*, 136 S. Ct. at 2212.
- (79) See Brief of Legal Scholars Defending Diversity in Higher Education as Amici Curiae in Support of Respondents at 22, *Fisher v. University of Texas at Austin*, 136 S. Ct. 2198 (2016) (No. 14-981). つれによろしく、マイノリティ集団に属する学生は比較的少ない数でも、大学内の多様な有意義な効果をもたらしうるとされる。このような見地からすれば、マイノリティ集団に属する学生の数がわずかに増加するだけでも望ましい教育効果が生じうるため、人種を加点要素として考慮する入学者選抜制度が学生集団の多様性を実現することにとつてわずかな効果しかもたないとはいえないであろう。See also Vinay Harpalani, *Diversity Within Racial Groups and the Constitutionality of Race-Conscious Admissions*, 15 U. Pa. J. Const. L. 463, 532 n.311 (2012).
- (80) See *Fisher*, 570 U.S. at 312.
- (81) *Fisher*, 136 S. Ct. at 2211.
- (82) See Elise C. Boddie, Response, *The Future of Affirmative Action*, 130 Harv. L. Rev. F. 38, 40 (2016); see also Kenneth Roosevelt III & Patricia

- Stoutemyer, *The Fight for Equal Protection: Reconstruction-Redemption Redux*, 83 U. Chi. L. Rev. Online 36, 41 (2016); see also Peter N. Kirsanow, *Race Discrimination Rationalized Again*, 2015-2016 *Cato Sup. Ct. Rev.* 59, 65-66, 77 (2016).
- (83) *Fisher*, 136 S. Ct. at 2215.
- (84) *Id.* at 2210.
- (85) See Robinson, *supra* note 73, at 188, 198-205.
- (86) 連邦最高裁判所は、*Fisher II* は将来における同種の事案の解決指針としては限定的な意義しかもたないとしている。See *Fisher*, 136 S. Ct. at 2209.
- (87) 高橋正明「平等—ケネディ裁判官の影響力の増加」大林啓吾、溜箭将之編『ロバート・コートの立憲主義』89頁（成文堂、2017年）は、「平等判例に限って言えば、『ケネディコート』なるものが成立しているといつてよい」としたうえで、「ケネディ裁判官の憲法解釈が説得的なものとして受容されているからこそ、このような状況が生まれているというのは早計で」、「ケネディを除くりベラルと保守派の裁判官の間で見解の相違が大きいかからこそ、中間的な立場をとり、事件の結論を左右することが多いケネディ裁判官の意見を尊重せざるを得ない結果となっているのではなからうか」と指摘する。この指摘どおりだとすれば、他の裁判官はKennedy裁判官の票欲しさに、同裁判官の強調する人種中立的手段優先使用原則を表面上受け入れているにすぎないことにならう。もともと、後述のとおり、人種間の分断・対立を抑制することが人種中立的手段優先使用原則の本義であること、くわえて、人種間の分断・対立の抑制はひとりKennedy裁判官だけが関心事とするものではなく、*Gutler* 判決と *Graz* 判決にも通底する関心事であることをふまれば、同裁判官の見解に説得力がないことには若干の疑問が残る。
- (88) See Brief for Petitioner, *supra* note 41, at 24; see also *Fisher*, 136 S. Ct. at 2213.
- (89) See *Fisher*, 136 S. Ct. at 2236.
- (90) 連邦地方裁判所もまた、成績上位10%法は、「マイノリティ集団に属する学生の入学率を高めることを意図しているため、実際には、人種を意識したものである」が、「文面上は人種中立的であるため」、同法を人種中立的のものとして扱おうと注記している。*Fisher*, 645 F. Supp. 2d at 592.
- (91) *Fisher*, 136 S. Ct. at 2213.
- (92) *Fisher II* は、*Fisher I* における Ginsburg 裁判官反対意見を引用し、「成績上位10%法が制定されたのは、人種を顧みなかったからでは

なく、人種を意識したからにほかならない」と指摘する。Id. なお、成績上位 10% 法の仕組みについては、第 1 章第 2 節で詳説した。

(93) See *Gratz*, 539 U.S. at 297-298.

(94) See Danielle Holley & Daria Spencer, *The Texas Ten Percent Plan*, 34 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 245, 253 (1999); see also Michelle Adams, *Isn't It Ironic? The Central Paradox at the Heart of "Percentage Plans"*, 62 *Ohio St. L.J.* 1729, 1737-1738 (2001).

(95) See *Gratz*, 539 U.S. at 297-298. Souter 裁判官は、「成績上位 10% 法のような制度には「何ら違憲の疑義は存在しない」が、それでもなおこの深刻な難点を抱えていると述べている。See id.

(96) See *Fisher*, 570 U.S. at 335. Ginsburg 裁判官の見地においては、「マイノリティ集団に属する志願者の入学率を高める」という人種を意識した目的を達成するために採用される手段は、文面上は人種中立的なものであるとしても、人種中立的手段たりえないということになる。この点につき、有澤・前掲注 (11) 34 頁は、「Fisher I」における「ギンズバーグ裁判官の反対意見に賛成する」としつつも、「Top Ten Percent Law は人種に中立的なのではないかとも思う」とする。

(97) See *Fisher*, 570 U.S. at 336. Ginsburg 裁判官は *Gratz* 判決反対意見において、高等教育機関は AA によって「マイノリティ集団に属する志願者の入学率にくわえ、卒業後の彼らに開かれるネットワークと機会」を維持しようと努めることができると述べ、マイノリティ集団に属する志願者の入学率を高めるといふ目的の正当性を強調している。Gratz, 539 U.S. at 304.

(98) *Gratz*, 539 U.S. at 301. Ginsburg 裁判官は、「裁判所はマイノリティ集団に利益をもたらし彼らの境遇を改善する AA のような法政策と彼らに不利益をもたらしその境遇を悪化させる法政策を区別するべきで、前者に対する審査の厳格度は後者に対するものよりも緩やかでよいとする。この立場の理論的背景には、「過去において広範な差別を被った黒人をはじめとするマイノリティ・グループの人々に対し機会の平等をより効果的に保障するためには、特別な努力と配慮が必要である」とするグループ指向的平等観がある。当該平等観については以下の文献を参照されたい。西村裕三「差別と救済—アメリカ社会と平等」阪本昌成、村上武則編『人権の司法的救済』28 頁(有信堂高文社、1990 年)；西村裕三「Affirmative action をめぐる合衆国最高裁判例の動向」米法 1989 年 2 号 237 頁以下(1989 年)；井上一洋「Affirmative Action をめぐる平等観の対立と厳格審査基準の適用方法」広法 36 卷 2 号 266 頁以下(2012 年)。

Ginsburg 裁判官の立脚する見地は学説上、「反従属原理と呼ばれ、同原理によれば、平等保護条項は、「州が、歴史上抑圧されてきた集団を劣等の社会的地位に留めおく (enforce the inferior social status) ことになる行為」を行うことを禁止するものと解釈される。See Reva B. Siegel, *Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown*, 117 *Harv. L. Rev.* 1470,

1472-1473 (2004)。同原理によれば、ある社会集団を従属させる目的または効果をもついかなる行為も許されないが、そのような目的も効果ももたない A A は許容されることになる。See Jack M. Balkin, What Brown v. Board of Education Should Have Said 56 (2002)。反従属原理について詳しくは、高橋正明「アファーマティブ・アクションの正当化根拠に関する憲法学的考察 (一)」、(二)、「(三・完)」論叢 173 巻 1 号 96 頁 (2013 年)、173 巻 4 号 129 頁 (2013 年)、174 巻 2 号 126 頁 (2013 年)、安西文雄「法の下での平等について (一)」国家 105 巻 5・6 号 1 頁以下 (1992 年) を参照されたい。これに対し、学説上、反分類原理と呼ばれる見地からすれば、人種を含め、一定の基準を用いる分類は、個人の価値を貶めステイグマを強めるため、平等保護条項は、そのような基準に基づいて人々を分類することを禁止するとされる。See Scott Grinsell, "The Prejudice of Caste": The Misreading of Justice Harlan and the Ascendancy of Anticlassification, 15 Mich. J. Race & L. 317, 318 (2010); see also Jack M. Balkin & Reva B. Siegel, The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?, 58 U. Miami L. Rev. 9, 10 (2003)。同原理によれば、A A は受益者に対するステイグマを強めることにも、彼らに対する敵意を深め人種間の分断・対立を激化させるため、許容されえない。Helen Norton, The Supreme Court's Post-Racial Turn Towards a Zero-Sum Understanding of Equality, 52 Wm. & Mary L. Rev. 197, 208 (2010)。以上の二つの原理については以下の文献を参照されたい。植木淳「平等保護原理と Affirmative Action」六甲台 46 巻 2 号 17 頁以下 (1999)、茂木・前掲注 (11) 34 頁以下、拙稿・前掲注 (13) 60-63 頁。

- (99) Texas 大学は、入学者選抜において志願者の人種を顧慮するべきでない (無視するべきである) とする「原告の立場は、個性を貶め、現実からかけ離れている」とする。同大学は、連邦最高裁判所が人種を基準にする分類の使用を厳格に制約してきたのは、当該分類が「自身の真価および本質 (merits and essential qualities) ではなく出自 (ancestry) によって判断されることになる個人の尊厳と価値を貶める」からであるとしたうえで、「不幸なことに人種が依然として問題になり続けている我々自身の社会において人種的マイノリティであるという特有の経験もまた、個人の見解に影響を及ぼす可能性が高い」ことに鑑みれば、「ある個人の人種が当該個人の経験および見解を形作っているかもしれないことを無視することも当該個人を貶める」ことになるとする。Texas 大学は、「入学者選抜において人種を顧慮することは、志願者それぞれを唯一無二のものにしているすべての要素を考慮に入れることによって、その個性を尊重しつづける」ことを。See Brief for Respondents in Fisher II, supra note 65, at 35-36.

(100) See *Gratz*, 539 U.S. at 305. 同大学については第 4 章第 1 節で検討する。

(101) See *Fisher*, 570 U.S. at 336.

- (102) See *Fisher*, 136 S. Ct. at 2210. Kennedy 裁判官は、*Grutter* 判決反対意見において、「人種を数多くの考慮要素のなかの 1 つとして適度に考慮して多様性を実現する」という目的に対しては、「憲法上の疑義は存在しない」と断言している。 *Grutter*, 539 U.S. at 392-393.
- (103) *Fisher*, 136 S. Ct. at 2213.
- (104) *Id.* Kennedy 裁判官が Ginsburg 裁判官と完全に見解を同じくしているとは思われない。このことについては拙稿・前掲注 (13) 63-66 頁を参照された。
- (105) Kennedy 裁判官は、*Parents Involved* 判決においては、「人種を基準にする分類は、「やむにやまれざる利益を実現するための最後の手段」として使用される場合に限り正当化されうるとし、それ以外の手段をまずは使い尽くさなければならぬ」としているが、*Fisher* 「および *Fisher II* においては、「手段審査は、考えうるありとあらゆる人種中立的な代替手段を使い尽くすことを求めるものではない」とする。 *Compare Parents Involved*, 551 U.S. at 790, 798 with *Fisher*, 570 U.S. at 312, and *Fisher*, 136 S. Ct. at 2208.
- (106) *Parents Involved*, 551 U.S. at 783.
- (107) *Id.* at 789.
- (108) See *id.* at 797-798. 第 2 章第 2 節で述べたとおり、Kennedy 裁判官は、「minimal effect」理論を適用し、当該制度の必要性を否定した。
- (109) See *id.* at 796-798. このことについては、拙稿・前掲注 (11) 648 頁以下を参照されたい。
- (110) *Parents Involved*, 551 U.S. at 796-798. Kennedy 裁判官は、「個人を、異なる取り扱いを受けることの根拠となる人種的アイデンティティーを与えられた存在へと格下げすることは、国家机关の行為のなかでもっとも有害なものである」とする。 *Id.* at 795, くわえて同裁判官は、「人種を基準にする分類が行われると、人種が多様性という財産の一部としてではなく政治過程における交渉を有利にする切り札として機能する、本来の姿をむしろむやりとり (corrosive discourse) が行われることになりかねない」とする。 *Id.* at 797.
- (111) See *id.*
- (112) See Richard A. Primus, *The Future of Disparate Impact*, 108 Mich. L. Rev. 1341, 1369 (2010).
- (113) *Adarand*, 515 U.S. at 240. Thomas 裁判官は、「人種に基づくパターナリズム (racial paternalism) とその意図せざる帰結が、他の形態のいかなる差別とも同じほど有害で致命的なものであることは、疑いようがない」とする。 See also *Fisher*, 570 U.S. at 333-334. A A が人種に基づく敵意を引き起こし人種間の分断・対立を助長するおそれがあることは学説においても指摘されつづいた。 See Michael J. Perry, *We the People: The Fourteenth Amendment and the Supreme Court* 104-105 (1999); see also Kim Forde-Mazrui, *The Constitutional Implications of*

Race-Neutral Affirmative Action, 88 Geo. L.J. 2331, 2356-2359 (2000). 人種を基準にする分類がステイグマ、人種間の敵意等の有害な効果を生み出すものであることは、脚注98で言及した反分類原理に立脚する裁判官の強調するところである。

(114) *Adarand*, 515 U.S. at 241.

(115) *Id.* at 239.

(116) *See Mazruj*, *supra* note 113, at 2371-2375. 人種中立的手段のもとでは、様々な人種の人々が利益を得ると同時に不利益を被るようになるため、人種を基準にする分類を通じたAAのように特定の人種の人々を利するものとは異なり、人種中立的手段によるAAを勝ち取ることを政治的目標にして様々な人種集団が政争を繰り広げるおそれはさほどないといえよう。以下で指摘することにくわえ、このことも重要である。

(117) このことに関連するThomas裁判官の以下の指摘は重要である。同裁判官は、「Texas大学に在学している黒人およびヒスパニックの学生の大部分は、差別されることなく、成績上位10%法の適用を受けて入学を認められているが、それらの学生と入学時に人種が役割を果たした学生を区別することは、誰にもできない」と指摘したうえで、Texas大学の入学者選抜制度は、「人種差別の結果として入学を認められた学生すべての業績に汚点を残す」だけでなく、「人種差別の結果入学を認められた学生と同じ人種の学生すべての業績に汚点を残す」とする。*Fisher*, 570 U.S. at 333-334. この指摘によると、成績上位10%法は、志願者の人種を加点要素として顧慮する入学者選抜制度とは異なり、ステイグマを生み出さないということになる。

(118) 人種中立的手段は、むしろ人種間の融和に資する可能性すらあると指摘する見解もある。これによると、人種中立的な基準によって画されて同じ取り扱いを受ける様々な人種の人々は、人種が異なれどおかれた状況が同じで同じ扱われ方することもあれば、人種が同じでもおかれた状況が違い扱われ方が異なることもあるという現実を前にして、人種が自分たちの置かれた状況に差異を生み出しているのではなく、人種に意味はないと考えるようになる可能性があると思われる。*See Mazruj*, *supra* note 113, at 2372.

(119) このことは、Fisher II 反対意見におけるAlito裁判官の以下の指摘をふまえれば明らかである。Alito裁判官は「志願者の人種を顧慮するTexas大学の入学者選抜制度が成功していることの証拠として同大学におけるアフリカ系アメリカ人およびヒスパニックの学生の数が増加していることを参照していること」をふまえ、「Texas大学の入学者選抜制度は明らかに、アフリカ系アメリカ人およびヒスパニックの志願者の合格率を他の志願者よりも高めることによってアフリカ系アメリカ人およびヒスパニックの学生の数を増加させることを意図している」と指摘する。そのうえでAlito裁判官は、「合格定員が限られていることを前提にすれば、ア

フリカ系アメリカ人およびヒスパニックの志願者の入学率を高めることは不可避免的に、同じだけ入学率を高められることはない他の志願者に対し、合格率を低下させることによって不利益を与えることになる」とする。See *Fisher*, 136 S. Ct. at 2227 n.4. 以上の指摘は、成績上位 10% 法にもあてはまるはずである。というのも、成績上位 10% 法もまた、それによる Texas 大学への合格定員が限られていることを前提にすれば、アフリカ系アメリカ人およびヒスパニックの志願者の入学率を高めることと引き換えに、不可避免的に、同じだけ入学率を高められることはない他の志願者に対し、合格率を低下させることによって不利益を与えているからである。脚注 145 で言及するように、このことを理由に、成績上位 10% 法自体が平等保護条項に違反するのではないかと指摘する見解もある。

(120) See *Primus*, *supra* note 112, at 1370.

(121) *Parents Invohed*, 551 U.S. at 797.

(122) *Fisher*, 136 S. Ct. at 2210.

(123) Kennedy 裁判官は、人種を基準にする分類は、「分断・対立を招くやり方で用いられると、Texas 大学が価値をおく教育効果を台無しにすることになりかねない」とする。See *id.* なお、Kennedy 裁判官は、*Schnette* 判決において、「人種を基準にして個人を分類する国家機関の行為は、本質的にみて合憲性の疑わしいものであって、人種間の分断・対立という、わが国が克服しようとしているものそのものを永続させる危険性をもつものである」と述べている。See *Schnette v. Coalition to Defend Affirmative Action*, 134 S. Ct. 1623, 1634-1635 (2014). 本判決については以下の文献を参照されたい。井上一洋「アメリカにおけるアフーマティヴ・アクションの現状と課題——Fisher 判決および Schnette 判決を素材にして——」人間福祉研究 14 号 17 頁以下 (2016 年)、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第 14 条に反するか」香川法学 34 巻 3・4 号 65 頁以下 (2015 年)、吉田・前掲注 (11) 141 頁以下、拙稿「Post-racialism 社会に臨む平等保護法理——Schnette v. Coalition to Defend Affirmative Action, 134 S. Ct. 1623 (2014) を機縁として——」近畿大学工学部紀要 45 号 39 頁以下 (2015 年)。

(124) *Parents Invohed*, 551 U.S. at 789.

(125) 成績上位 10% 法を通じて Texas 大学に入学を果たす志願者の数に上限を設けず、それが増加の一途をたどることになれば、同法は、アフリカ系アメリカ人およびヒスパニックの志願者の同大学への入学率をできるだけ高めようとしており、それと引きかえに彼ら以外の人種の志願者の合格率を低めることになるのはつきり認識されるようになるおそれがある。そうなれば同法は、表面的な人種中立性すら失い、人種間の分断・対立の火種になろう。このような事態は、第 4 章第 2 節で述べるように、同法の合憲性を危

- らへすることになりかねないものである。 See Fisher, 631 F.3d at 246-247; see also Richard A. Primus, *Of Visible Race-Consciousness and Institutional Role: Equal Protection and Disparate Impact after Ricci and Inclusive Communities*, in TITLE VII OF THE CIVIL RIGHTS ACT AFTER 50 YEARS: PROCEEDINGS OF THE NEW YORK UNIVERSITY 67TH ANNUAL CONFERENCE ON LABOR 295, 309-315 (2015).
- 「Texas 大学がより一層成績上位10%法に依存するようになれば同大学の入学者選抜はより人種中立的なものになると単純に主張することはできない」と述べるとともに、同法は「原告がTexas 大学に合格できた可能性にあまりに大きな影響 (outsized effect) をもたらしめているにもかかわらず、原告は、その適法性を争っていない」と指摘する Kennedy 裁判官もまた、このことを憂慮しているのではないだろうか。 See Fisher, 136 S. Ct. at 2208-2209, 2213. このことについては、拙稿・前掲注 (13) 96頁以下を参照されたこと。
- (126) Kennedy 裁判官は、自身の立場には「ふたかたし二面性 (frustrating duality)」があるとす。なぜなら同裁判官の立場は、多様性の実現という、マイノリティ集団の利害を意識した目的の正当性を認めながらも、当該目的を達成するために彼らの利害を顧慮していることを直接的な形で示す手段を極力使用させないようにするものだからである。 See *Parents Involved*, 551 U.S. at 797.
- (127) 以後の記述は次の文献に多くを負っている。 Robert C. Post, *The Supreme Court, 2002 Term - Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law*, 117 Harv. L. Rev. 4 (2003).
- (128) *Gutler*, 539 U.S. at 337. *Gutler* 判決は、「Powell 裁判官が *Bakke* 判決において明らかにしたように、真に志願者を個人とみなし全人的評価を行う (truly individualized consideration) なら、人種を柔軟で機械的ではない態様で顧慮することが求められる」とし、「*Bakke* 判決において Powell 裁判官の示した考え方が *Gutler* 判決および *Gratz* 判決の根底にあることを指摘する。 See *id.* at 334.
- (129) *Gratz*, 539 U.S. at 271.
- (130) *Id.*
- (131) *Id.* at 272.
- (132) *Id.* at 271-272.
- (133) See Cass R. Sunstein, *Problems with Minimization*, 58 Stan. L. Rev. 1899, 1904 (2006).
- (134) See *Gutler*, 539 U.S. at 379. Kennedy 裁判官も同様の指摘を行っていること。 See *id.* at 386-389.
- (135) See Lino A. Graglia, *Gutler and Gratz: Race Preference to Increase Racial Representation Held "Patently Unconstitutional" Unless Done Subtly Enough in the Name of Pursuing "Diversity"*, 78 Tul. L. Rev. 2037 (2004).

(136) See *Gruetz*, 539 U.S. at 295. 松井茂記「平等保護理論の展開とアフアーマティブ・アクション」米法 2009 年 1 号 41 頁 (2009 年) は、両者が「本質的に異なるのかどうかにも疑問の余地がありえよう」とする。

(137) See *Gruetz*, 539 U.S. at 305.

(138) See Robert P. George, *Gruetz and Grutter: Some Hard Questions*, 103 *Colum. L. Rev.* 1634, 1634-1635 (2003).

(139) See Post, *supra* note 127, at 74. 当該制度のもとで合格した当該人種の志願者は、特定の人種であることが加点要素として考慮されうるにとどまる入学者選抜制度のもとで合格した志願者以上に、自分は自身の能力・努力ではなく人種のおかげで合格できたのだという考えに苛まれるおそれがある。See Sunstein, *supra* note 133, at 1906. このとき、Thomas 裁判官の危惧するように、多くの人々がこの志願者と同じ人種の人々に対し劣等の烙印を押すとともに敵意を抱くようになるおそれもある。

(140) もちろん、Grutter 判決反対意見の見地からすれば、LS の入学者選抜制度をそのようなものとして受けとめることはできないであろう。もともと、Texas 大学の入学者選抜制度は、志願者を特定の人種集団の一員として扱っている（評価している）と受けとめられる側面を相当程度払しょくしており、Grutter 判決において反対意見を述べた Kennedy 裁判官の見地からすれば、当該制度と Michigan 大学 LS の入学者選抜制度の区別を図ることは可能であると思われる。Texas 大学の入学者選抜制度は、志願者の人種を加点要素として扱うにとどめているうえに、脚注 73 で述べたように、その実態においても、特定の人種集団に属する志願者を一定数合格させるように機能するものとは考えにくい。くわえて、当該制度は、「新入生の人種構成および民族構成を把握しこれを伝達する毎日の記録 (daily reports)」のような仕組みをもたない。See *Grutter*, 539 U.S. at 336. Grutter 判決反対意見において Kennedy 裁判官は、「Michigan 大学 LS の利用するこのような仕組みは、合否判定の最終段階において、マイノリティ集団に属する志願者を一定数入学させるために「人種」という考慮要素に与えられる加点度合を再調整する」ことを可能にするものであって、「人種以外の点で個人を評価しようとするさらなる試みはまったくなされていない」のではないかとの疑義を呈している。See *id.* at 392. これに対し Texas 大学の入学者選抜制度は、「最終的な合否判定において志願者の人種を顧慮することはなく、個人業績指標の算定時に人種を考慮に入れるにすぎない。See Fisher, 136 S. Ct. at 2206-2207. 以上の点に鑑みれば、Texas 大学の入学者選抜制度は Michigan 大学 LS のものと比べ、志願者を人種集団の一員として扱っていると受けとめられるおそれは弱まり、その分だけ人種間の分断・対立を深刻化させずにすむと思われる。

(141) See Post, *supra* note 127, at 75; see also Neil S. Siegel, *Race-Conscious Student Assignment Plans: Balkanization, Integration, and Individualized Consideration*, 56 *Duke L.J.* 781, 797-800 (2006); see also Michelle Adams, *Searching for Stricter Scrutiny in Grutter v. Bollinger*, 78 *Tul. L. Rev.*

- 1941, 1946-1947, 1952-1953 (2004).
- (142) See Ian Ayres & Sydney Foster, *Don't Tell, Don't Ask: Narrow Tailoring After Grutter and Gratz*, 85 Tex. L. Rev. 517, 519 (2007).
- (143) See David A. Strauss, *Fisher v. University of Texas and the Conservative Case for Affirmative Action*, 2016 Sup. Ct. Rev. 1, 7-10 (2017); see also *Adams*, *supra* note 141, at 1946-1947, 1950. David A. Straussによれば、連邦最高裁判所が問題視しているのは、割当制のような手段を用いてマイノリティ集団に属する志願者を一定数合格させようとする（こと）とそれ自体ではなく、それを露骨な態様で行うことであるとされる。このため、合否判定において志願者の人種を顧慮する入学者選抜制度は不透明な態様でそうするものほど合憲とされやすいとDavid A. Straussは指摘する。
- (144) See Reva B. Siegel, *From Colorblindness to Antibalkanization: An Emerging Ground of Decision in Race Equality Cases*, 120 Yale L.J. 1278, 1354-1355 (2011).
- (145) Robert C. Postは、人種間の分断・対立を抑止するには、AAが「どのような受けとめられ方をすることがまさに重要になる（appearance do matter）」とし、本来であれば重視されるべき透明性も一歩後退せざるをえないとする。See Post, *supra* note 127, at 75. しかしながら、人種中立的手段を用いたAAは、透明性を欠くがゆえに反民主的であると批判される。人種中立的手段は人種により有利不利が左右されることを意図的に不明瞭にするものであるため、当該手段を用いたAAの実態を正確に把握したうえでその是非を判断することは困難である。このため人種中立的手段を用いたAAには十分な民主的統制が及びにくくなる。See Ayres & Foster, *supra* note 142, at 568. 透明性をめぐる議論については、赤坂幸一「立法過程の合理化・透明化」法教40号36頁以下（2017）、赤坂幸一「統治機構論探訪11「透明性の原理」法セ（ミ）63巻2号53頁以下（2018）を参照されたい。同じく重要なこととして、人種中立的手段は人種によって有利不利を左右するものであるため、それ自体が差別的意図に根差しており平等保護条項に抵触するおそれがあるとする指摘もある。連邦最高裁判所によれば、「ある特定の集団に不利益な効果が及ぶにもかかわらずある特定の一連の行為がなされたということとどまらず、少なくとも部分的には、当該集団に不利益な効果が及ぶからこそ当該行為がなされた」場合、差別的意図の存在が認定される。Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney, 442 U.S. 256, 279 (1979). 脚注119で言及したように、アフリカ系アメリカ人やヒスパニック等の人種のマイノリティの入学者数を増加させることを意図して制定された成績上位10%法は、必然的に、少なくとも部分的には、彼ら以外の人種の入学者数を減少させることを意図しているのであって、その意味において同法は差別的目的に根差しているとするらしい。See Adams, *supra* note 94, at 1764. 以上の見地からすれば、成績上位10%法のような人種中立的手段を用いた

A A は、人種中立的手段優先使用原則のもとで推奨されるべきものなどではない。それはむしろ人種差別的意図の存在を不明瞭にして隠蔽するおそれのあるものとして、違憲な動機をあぶり出すことを期待される厳格審査に服せしめられるべきことになる。なお、厳格審査が「違憲な動機をあぶり出す (flushing out unconstitutional motivations)」役割を果たすことは、John Hart Ely によって体系的に論じられているところである。See John Hart Ely, *Democracy and Distrust* 146-153 (1980)。これに対して Kennedy 裁判官は、Parents Involved 判決において、自身の例示する種類の人種中立的手段は、「人種を意識したものではありませんが、自分は人種によって区別されることになっているのだと児童・生徒それぞれに認識させる (tells)、分類に基づく異なる取り扱い (different treatment based on a classification) を行うものではない」ため、厳格審査に服せしめられる必要はないとする。See *Parents Involved*, 551 U.S. at 789。Kennedy 裁判官は、「人種を意識して行われたものであるというだけで国家機関の行為が厳格審査に服せしめられることはないとしたうえで、国家機関は自身の行為が様々な人種の人々にどのような影響を及ぼすことになるかを考慮に入れてよく、そのことは何ら憲法に違反するものではないとしている。See *id.* しかしながら、上述の見地からすれば、Kennedy 裁判官の見解は、「違憲な動機をあぶり出す」ことを期待される厳格審査を潜脱するものにはかならないとされよう。See Ian Ayres, *Narrow Tailoring*, 43 UCLA L. Rev. 1781, 1795-1796 (1996)。付言すると、Kennedy 裁判官もすべての人種中立的手段を厳格審査から免れさせるわけではないと思われる。同裁判官の見地においても、人種によって有利不利のあることが人種間の分断・対立を引き起こしかねないほど明瞭に認識されるような人種中立的手段は、厳格審査に服せしめられるはずである。というのも、当該手段は多くの人々に、自分は人種によって区別されることになっているのだと認識させることになるからである。このことについては拙稿・前掲注(13) 66頁以下を参照されたい。

(146) See *Primus*, *supra* note 125, at 313。Richard A. Primus は、A A が人種間の分断・対立を抑制するものであるか、それともこれを激化させるものであるかを問うことが、その合憲性を判断するうえで有用であるとす。

(147) Ian Ayres は、A A の惹起する人種間の分断・対立を抑制することが手段審査の仕えるより高次の目的 (meta-purpose) であるとす。解釈の成立可能性を指摘したうえで、この解釈を批判的に検討している。See Ayres, *supra* note 145, at 1789-1790。手段審査に対するこのような捉え方には、A A の合憲性はそれにより実現される社会的利益とそれが生み出す害悪を勘案しつつ判断されるべきであるとす。比較衡量的発想をみてとることができ。連邦最高裁判所もまた、*Adarand* 判決において、人種を基準にする分類が個人のみならず「一国全体」にまで害悪を及ぼすことを強調したうえで、「厳格審査を行った結果として、当該害悪をもたらすことがやむにやまれざる政府利益によって正当化されるか否かが決まる」と述べ、このような比較衡量的発想を採用している。See *Adarand*, 515 U.S. at 229-230。

236. このような比較衡量的発想のもとでは、人種間の分断・対立等の害悪を生み出さずにすむ手段によってやむにやまれざる利益を実現できないかを検証する役割が厳格審査に求められることになる。*See* Jed Rubenfeld, *Affirmative Action*, 107 *Yale L.J.* 427, 437-439 (1997); *see also* Mazrui, *supra* note 113, at 2361. このことについては拙稿・前掲注(11)を参照されたい。一般的には、厳格審査の主眼は、このような比較衡量ではなく、違憲な動機をあまり出すことにあるとされる。連邦最高裁判所も *Parents Involved* 判決において、*Gruiter* 判決における厳格審査の主眼は、人種を基準にする分類が、明白な憲法違反である「人種均衡状態 (racial balance) を実現するための試みとして用いられているのではないことを確かめることにある」と述べている。*See Parents Involved*, 551 U.S. at 723. 井上一洋「差別的な立法目的をめぐる司法審査の方法について—*Gruiter* 判決および *Windsor* 判決を素材にして—」*広法* 38巻3号87頁(2015年)も、*Gruiter* 判決における厳格審査は「人種の均衡の実現を目的とするものであるか否かを炙り出す」ものであったとする。もともと、*Parents Involved* 判決が厳格審査を行うべき根拠として、人種を基準にする分類が重大な「代償 (cost)」を伴うものであることを強調していることには留意を要する。*See id.* at 742-746. *Michelle Adams* は、*Gruiter* 判決と *Graiz* 判決における厳格審査は単に違憲な動機をあまり出すために行われたものではないとする。*Michelle Adams* によれば、それらの判決における厳格審査は、A.A. が人種間の分断・対立を呼ぶ許容しえないメッセージを伝え、許容されえない態様 (*appearance*) のものになっていないかをあまり出すためのものであると同時に、A.A. のもたらす社会的利益とそれが副産物として生み出す社会的害悪を比較衡量するためのものであるとされる。*See Adams, supra* note 141, at 1946-1947, 1949, 1952-1953. *Michelle Adams* の見解については、今井健太郎「厳格審査基準と人種中立的規定の審査手法—アメリカにおける差別的意図の「権り出し」に関する一考察—」浅倉むつ子、西原博史編『平等権と社会的排除—人権と差別禁止法理の過去・現在・未来—』131頁以下(成文堂、2017年)を参照されたい。厳格審査の2種類の役割・機能については、植木淳「平等原則における厳格審査基準の再検討—厳格審査における「真意探求」と「費用便益分析」—」六甲台46巻3号1頁以下(2000年)、阪口正二郎「人権論Ⅱ—違憲審査基準の二つの機能—憲法と理由」辻村みよ子、長谷部恭男編『憲法理論の再創造』147頁以下(日本評論社、2011年)を参照されたい。

(148) 西村裕三「多様性の価値と『Affirmative Action』」阪本昌成編『立憲主義—過去と未来の間—』(有信堂高文社、2000年) 342頁。

(149) *See Adams, supra* note 141, at 1950.

(150) 西村裕三先生は、A.A.をめぐる問題には「その正当化根拠に係わる問題」と「その実施に伴うコストの配分をめぐる問題」があると指摘されている。西村裕三「アメリカにおけるアファーマティブ・アクションをめぐる法的諸問題」大阪府立大学経済研究書第66冊(昭

和 62 年) 96 頁。本稿で検討したことを後者の問題に関連づけると、A A に伴うコストを特定の人種集団にはつきりと目にみえる形で負わせる手段は深刻な人種間の分断・対立を招くおそれがあるため、当該手段の使用は避けられるべきであるといえよう。

(15) Reva B. Siegel は、人種別の極端な階層構造化 (racial stratification) が進み、これをそのまま放置しておく、マイノリティ集団に属する個人は、社会への愛着も自身がその一員であるという感覚 (attachment and sense of membership) ももてなくなるとする。人種間の分断・対立を招き社会連帯 (social cohesion) を脅かすこのような事態は、人種統合のための A A を正当化することになる。とはいえ、A A を通じて人種に基づき利益の再分配を行うこと (racial redistribution) は、不公正な扱いを受けたと感じる人々に敵意を植えつけ、やがては人種間の分断・対立を生み出しかねない。つまるところ、人種別の階層構造化ができあがることもそれを是正・解消することも、いずれも人種間の分断・対立を引き起こし、それにより社会連帯は危殆に瀕することになる。Reva B. Siegel によれば、Powell 裁判官、O'Connor 裁判官、Kennedy 裁判官のように、A A の合憲性の争われた事案において結論を左右する票を投じてきた裁判官は、人種間の分断・対立を抑止し社会連帯を維持するという観点から、A A を正当化すると同時にこれを制約する必要性を強調してきたとされる。See Siegel, *supra* note 144, at 1299-1303, 1308; 植木淳「現代アメリカカ平等保護法理の一断面―差別的効果法理(間接差別禁止法理)を中心に」門田孝、井上典之編『憲法理論とその展開 浦部法穂先生古稀記念』343 頁以下(信山社、2017 年)は、人種間の分断・対立の抑止 (Antibalcanization) を重視するこのような考え方のわが国への導入可能性については慎重な検討がなされるべきであるとする。