

保守化するアメリカ連邦最高裁と大学に おけるアフーマティヴ・アクション —Students for Fair Admissions, Inc. v. President & Fellows of Harvard College, 600 U.S. 181 (2023) を素材にして—

井 上 一 洋

はじめに

第一章 アフーマティヴ・アクションの合憲性をめぐる連邦最高裁判例の展開

- 一 アフーマティヴ・アクションの合憲性をめぐる主要判例
- 二 Students for Fair Admissions, Inc. 判決について

第二章 大学におけるアフーマティヴ・アクションと判例法理

- 一 大学におけるアフーマティヴ・アクションの合憲性をめぐる司法審査について
- 二 無自覚性と歴史修正主義について

はじめに

1978 年の Bakke 判決⁽¹⁾において、Powell 裁判官は、学生集団の多様性と
いう、やむにやまれぬ政府利益 (a compelling state interest) を実現するために、
大学は入学制度において人種を考慮することができると判示したが、それ以
降、大学入学制度におけるアフーマティヴ・アクション (以下、AA と略す。)
の合憲性は、激しい論争的となり、この問題は連邦最高裁で何度も争われ

(1) Regents of University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978). Bakke 判決については、久保田きぬ子「アメリカにおける『差別』判決の動向——バッキー判決を契機に(1)」ジュリスト 674 号 (1978 年) 83-87 頁、佐藤司「少数民族優先入学は逆差別か——『バキ逆差別事件』アメリカ連邦最高裁判決の意義」法学セミナー 286 号 (1979 年) 16-21 頁、高橋一修「Regents of The University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978)——州立大学医学校入学者選考制度におけるいわゆる逆差別」アメリカ法 1980—1 (1980 年) 153—159 頁、藤倉皓一郎・木下毅・高橋一修・樋口範雄編「逆差別」『別冊ジュリスト 139 号 英米判例百選〔第三版〕』(有斐閣、1996 年) 66-67 頁等参照。

てきた。

Fisher 判決⁽²⁾の原告の Abigail Fisher は、支援者である Edward Blum とともに保守系団体である「公平な入学制度を目指す学生団」(Students for Fair Admission) (以下、SFFA と略す。)を設立した⁽³⁾。SFFA は、ウェブサイトを通じてアジア系アメリカ人の志願者を募るとともに、彼らを SFFA に参加させ、訴訟を通じて人種を考慮した大学入学制度に異議を唱えた。つまり、Fisher らは Bakke 判決以降、原告が主張していた逆差別の問題を、白人に対する逆差別の問題から、アメリカ系アジア人に対する逆差別の問題に再構成したのである⁽⁴⁾。その背景には、近年のアメリカにおける人種的マイノリティ間の対立があるという指摘がある⁽⁵⁾。

2023 年、連邦最高裁は Students for Fair Admissions Inc. 判決⁽⁶⁾ (以下、SFFA 判決と略す。)において、Harvard 大学および North Carolina 大学 (以下、UNC と略す。)が実施する AA に対する訴訟を併合審理し、両大学が入学制度において人種を考慮することは、合衆国憲法修正 14 条の平等保護条項に違

(2) Fisher v. University of Texas, 570 U.S. 297 (2013), Fisher v. University of Texas, 579 U.S. 365 (2016). 前者の Fisher I 判決については、西條潤「高等教育機関におけるアフーマティヴ・アクションの合憲性に関する判例法理の現在：転換点としての Fisher v. University of Texas at Austin, 133 S. Ct. 2411 (2013)」近畿大学工学部紀要人文・社会科学編 43 巻 (2013 年) 13-141 頁等参照。後者の Fisher II 判決については、西條潤「州立大学が入学選抜において実施するアフーマティヴ・アクションの合憲性について：Fisher v. University of Texas at Austin, 136 S. Ct. 2198 (2016)」近畿大学工学部紀要人文・社会科学編 46 巻 (2016 年) 19-93 頁、石田若菜「大学入試とアフーマティヴ・アクション Fisher v. University of Texas at Austin, 136 S. Ct. 2198 (2016) (海外法律事情 英米法系公法の調査研究 (3))」比較法雑誌 51 巻 3 号 (2017 年) 249-77 頁等参照。

(3) Cara McClellan, *When Claims Collide: Students for Fair Admissions v. Harvard and the Meaning of Discrimination*, 54 LOY. U. CHI. L. J. 953, 956 (2023).

(4) *Id.* at 957.

(5) *Ibid.*

(6) Students for Fair Admissions Inc. v. President & Fellows of Harvard College, 143 S. Ct. 2141 (2023).

反すると結論づけた。この両事件において、原告の SFFA は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は合憲であるということ为先例として定着させた Grutter 判決⁽⁷⁾を連邦最高裁は覆すべきであると主張するとともに、Harvard 大学および UNC が学生集団の多様性を実現するための実施可能な人種中立的な代替手段について十分検討していないため、これらの大学の人種を考慮した入学制度は、目的との関係で厳密な整合性 (narrowly tailored) を有していないと批判した。

本稿では AA に関する主要判例を概観しながら、SFFA 判決の検討を通じて、保守化する連邦最高裁の AA に対する姿勢および同判決が大学における今後の AA に与えるインパクトについて検討を行いたい。

第一章 アファーマティヴ・アクションをめぐる連邦最高裁判例の展開

一 アファーマティヴ・アクションの合憲性をめぐる主要判例

AA の合憲性をめぐる議論は、過去数十年もの間、続けられており、連邦

(7) Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003). Grutter 判決については、吉田仁美「人種優遇策 (アファーマティブ・アクション)」樋口範雄・柿嶋美子・浅香吉幹・岩田太編『別冊ジュリスト 213 号 アメリカ判例百選』(有斐閣、2012 年) 84-85 頁、安西文雄「アメリカ新判例を読む—日本法へのインプリケーション (44) ミシガン大学におけるアファーマティヴ・アクション—Grutter v. Bollinger, 123 S. Ct. 2325 (2003); Gratz v. Bollinger, 123 S. Ct. 2411 (2003)」ジュリスト 1260 号 (2004 年) 227-30 頁、紙谷雅子「大学とアファーマティヴ・アクション Grutter v. Bollinger, 539 U. S. 306, 123 S. Ct. 2325 (2003) および Gratz v. Bollinger, 539 U. S. 244, 123 S. Ct. 2411 (2003) —州立大学および州立のロー・スクールにおける人種を意識した入学判定手続の合憲性—出願者の個人的な属性として人種を考慮することは、多様な学生集団を構成するという非常に重要な利益を促進する (ロー・スクールの手続は合憲) が、特定の人種、民族出身者に一律ポイントを加算することは、多様性を促進するという州の主張する非常に重要な利益を促進することにはならない (大学の手続は違憲) とされた 2 つの事例」アメリカ法 2004-1 号 (2004 年) 53-68 頁等参照。

最高裁判所は、人種を考慮した AA をめぐるいくつかの訴訟で違憲判決を下している。AA の合憲性をめぐる最初の事件は、California 大学 Davis 医学校の AA が問題となった 1978 年の Bakke 判決である。同判決で相対的多数意見を執筆した 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」(suspect) ため、本件には厳格審査基準 (strict scrutiny) が適用されると述べた。この厳格審査基準が適用されると、大学側は本件 AA の目的が、やむにやまれぬ政府利益を実現するためであること、さらに、当該目的とそれを実現するための手段との間に厳密な整合性があることを立証しなければならない。Bakke 判決で同裁判官は、本件医学校は過去の人種差別とそれ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、また同医学校はそれを認定する権限もないため、社会的差別を是正するという本件 AA の目的は、やむにやまれぬ政府利益として容認できないが、他方で、人種の多様性を含む教育機関における学生集団の多様性は、大学のクラスにおける多様な討論をもたらし、学生が多様な社会で生活していくための助けとなるため、入学制度を通じて大学が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利益として容認されると判示した。加えて、同裁判官は、本件 AA が採用していた定員割当制 (quota system) は違憲であると結論づけた。

その後、Michigan 大学ロー・スクールの AA が問題となった 2003 年の Grutter 判決で、法廷意見を執筆した O'Connor 裁判官は、Bakke 判決を再確認した。同判決において、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述べた。そして、同裁判官は、本件 AA が学生の学力に重点を置き、学生の経験や出願書類を柔軟に評価し、「意義ある数」(critical mass)⁽⁸⁾ に到達するものであったと指摘するとともに、当該 AA 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さまざまな要素が考慮されているという点、さらに、本件入学制度の存続期間を 25 年としている点も評価し、当該 AA 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。また、同日、連邦最高裁は、Michigan 大学学部の AA が問題となった Gratz 判決⁽⁹⁾も下したが、人種的マイノリティである志願者に一律に加点するシステムを採用した同 AA は、志願者の人種が入学制度における決定要因 (tiebreaker) となるものであり、志願者を個人として評価するものではないため、違憲であると結論づけた。

その 10 年後の 2013 年、さらに、2016 年の 2 度にわたり、志願者の人種を考慮した Texas 州立大学 Austin 校 (以下、UT と略す。) の入学制度の合憲性が連邦最高裁で争われた。UT の入学制度は、新入生クラスの 75 パーセントを Texas 州のトップ 10 パーセントプログラムの学生に割り当てる一方、残りの 25 パーセントは志願者の人種も考慮する“Personal Achievement Score”に依拠し、入学者を決定するものであった。2013 年の Fisher I 判決で法廷意見を執筆した Kennedy 裁判官は、連邦地裁および連邦控訴裁が厳格審査基準の適用の仕方を誤っていると述べ、UT の入学者選抜のプロセスについて、厳格審査基準の適切な適用の下、審理するよう事件を原審に差し戻した。その後、2016 年の Fisher II 判決においても Kennedy 裁判官が法廷意見を執筆したが、同裁判官は、厳格審査基準の適用の下、人種中立的な他の代替手段では大学における学生集団の多様性という、やむにやまれぬ政府利益を実現することができないことを UT 側は十分に立証していると判示し、当該 AA を容認した。

(8) Grutter 判決において、連邦最高裁は、「意義ある数」とは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と定義した。以上の点については、Grutter, 539 U.S. at 318 を参照。

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

二 Students for Fair Admissions, Inc. 判決について

(一) 事実の概要

本件では、Harvard 大学および UNC の入学制度が問題となった。Harvard 大学に提出された出願書類は、まず、第一次審査員 (first reader) によって審査され、学業成績、課外活動、スポーツ、学校支援 (school support)、人格、総合という 6つのカテゴリー毎に点数が付けられる。総合カテゴリーは、その他の 5つの評価の総合評価であるが、その評価にあたり、第一次審査員は志願者の人種を考慮することができる。次に、Harvard 大学の地域小委員会 (subcommittees) は、地域毎のすべての出願書類を審査する。これらの地域小委員会は、入学審査に関する全体委員会 (full admissions committee) に推薦書を提出するが、その際、志願者の人種が考慮される。40名からなる全体委員会の審議では、志願者全員について審議および投票が行われ、全体委員会の過半数の票を得た志願者が合格予定者となるが、人種のマイノリティの入学者が激減しないように志願者の人種構成が考慮される。その後の最終選考においては、合格予定者 (tentative applicant) のリストから最終的な合格者が絞り込まれる。その際、卒業生の子孫、リクルートされたスポーツ選手、学資受給資格者、人種という 4つ項目が考慮されるが、アフリカ系およびヒスパニック系アメリカ人の志願者の多くにとっては、人種が決定要因となる。他方で、UNC にも同様の入学制度があり、すべての出願書類は、まず、入学者選抜を担当する部署の委員 (reader) によって書類審査されるが、この書類審査においては、他のさまざまな評価要素のうちの一要素として志願者の人種を考慮することが義務付けられている。その後、当該委員は各志願者について推薦書を作成するが、志願者の人種によっては、大幅なプラス評価が与えられることもある。そして、最終的には、審査委員会が当該推薦書を審査し、合格者を決定するが、その際、志願者の人種を考慮する場合がある。

原告である SFFA は、Harvard 大学および UNC に対し、人種を考慮した入学制度がそれぞれ 1964 年の公民権法第 6 編⁽¹⁰⁾ および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。

(二) 法廷意見

Roberts 長官が執筆した法廷意見に、Thomas、Alito、Gorsuch、Kavanaugh、Barret の各裁判官が同調した。法廷意見は以下のように述べている。

大学側は SFFA が任意加入団体であり、スタンディングを有していないと主張する。しかし、SFFA は、第一に、その構成員自身にスタンディングがあること、第二に、保護しようとする利益が団体の目的に合致するものであること、第三に、主張される請求も要求される救済も個々の構成員の訴訟への参加を必要としないものである、という Hunt 判決⁽¹¹⁾ で示された 3 つの要件を満たすため、スタンディングを有する。

合衆国憲法の平等保護条項は、最も卑しく、最も貧しく、最も軽蔑される人種に、最も権力を持ち、最も裕福で、最も高慢な者に与えるのと同じ権利を与え、さらに、法の前でも同じ保護を与えた。それは黒人であろうと白人であろうと、すべての州の市民が平等でなければならないということを保障するものであり、その核心的な目的は、政府による人種に基づくあらゆる差別を撤廃するというものである。したがって、裁判所は合衆国憲法の平等保護条項を、人種、皮膚の色、国籍に関係なく、普遍的に適用している。公教育を受ける権利を保障するためには、すべての個人が平等に公教育を利用できるようにしなければならない。いかなる州も合衆国憲法の平等保護条項の下、国民に教育の機会を与える際に人種に基づく区分を利用する権限はない。Plessy 判決⁽¹²⁾ の後、連邦最高裁は半世紀以にわたり、「分離すれども平等」(separate but equal) の法理と格闘してきた。そして、Brown 判決⁽¹³⁾ において、連邦最高裁は Plessy 判決を永久に覆し、州および連邦のすべての領域におい

(10) 42. U.S.C. 2000d et seq.

(11) Hunt v. Washington State Apple Advertising Commission, 432 U.S. 333 (1977).

(12) Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

て、実質的な人種差別を無効とするとともに、その他の分野においても同判決の直後から、人種に基づくあらゆる州法を無効とする下級審判決を支持するようになった。その後、連邦最高裁は、人種間の平等という合衆国憲法の要請を正当化し続けた。**Brown** 判決を完全に遵守するためには、学校は人種差別なく志願者を入学させなければならない。公教育における人種差別は違憲である。法の平等保護の保障の例外は、厳格審査基準を満たす場合だけである。この厳格審査基準を満たすためには、人種的分類の利用の目的が、やむにやまれぬ政府利益を実現するためであること、さらに、当該目的とそれを実現するための手段との間に厳密な整合性がなければならない。連邦最高裁の先例に依拠すれば、政府による人種的分類の利用が、やむにやまれぬ政府利益とされるのは、憲法や法令に違反した過去の人種差別を是正する場合および人種暴動 (racial riot) など刑務所における個人の安全に対する差し迫った重大な危険を回避する場合に限られる。

連邦最高裁が人種を考慮した入学制度について最初に検討したのは、**Bakke** 判決である。**Bakke** 判決における **Powell** 裁判官の相対的多数意見は、人種的に多様な学生集団からもたらされる教育的利益に目を向けた。同裁判官は、入学者選抜を通じて大学における学生集団の多様性を実現することは憲法上容認されると判示した。しかし、同裁判官は、大学の自治が無制限ではなく、あらゆる種類の人種的・民族的な区別は本質的に「疑わしい」ものであると述べた。さらに、同裁判官は、特定の人種グループの志願者のためのクォータ制や人種を理由に志願者を不合格とするような入学制度は認められず、人種をプラス要因として考慮するような柔軟な制度のみが容認されると説示し

(13) **Brown v. Board of Education**, 347 U.S. 483 (1954), **Brown v. Board of Education**, 349 U.S. 294 (1955). 連邦最高裁は、前者の **Brown I** 判決において、公立学校における人種的隔離制度を違憲と判断した。また、連邦最高裁は、後者の **Brown II** 判決において、公立学校における人種的隔離を「可及的速やかに」(with all deliberate speed) 終わらせるべきであると判示した。

た。その後、Grutter 判決において、連邦最高裁は、初めて学生集団の多様性が入学制度において人種を考慮することを正当化し得る、やむにやまれぬ政府利益であるという Powell 裁判官の見解を支持した。また、Grutter 判決は、Powell 裁判官の相対的多数意見を踏襲しながら、入学制度における人種の考慮に制限を課しているが、それは人種に基づく政府の行為がもたらす 2 つの危険性から守るためのものであると同判決は説いている。それは、第一に、人種を考慮することによってもたらされるステレオタイプ化、第二に、人種がプラス要素としてではなく、人種に基づく優遇措置の受益者ではない人種グループを差別するために利用される、という危険性である。また、こうした危険性に対処するため、Grutter 判決は、人種を考慮した入学制度をある時点で終了しなければならないというもう一つの制限を課した。さらに、Grutter 判決は、Bakke 判決から Grutter 判決に至る 25 年を基準に、25 年後には、今日の判決で是認された利益の促進のために AA が必要とされなくなることを期待しているとの警告で締めくくられている。

Grutter 判決から 20 年が経過したが、人種を考慮した大学入学制度には終わりが見えない。連邦最高裁は、人種を考慮した入学制度を厳格審査基準を満たす範囲でのみ認めてきたが、そのような入学制度は、人種をステレオタイプやネガティブなものとして考慮してはならず、ある時点で終了しなければならないものであった。本件で問題となった入学制度は、これらを満たしていないため、合衆国憲法の平等保護条項に違反する。

Harvard 大学が追求している、やむにやまれぬ利益には、官民における将来のリーダーの育成、卒業生が多元化する社会に適応できるように準備すること、多様性を通じて学生をよりよく教育すること、多様な考え方から生まれる新しい知識を生み出すことなどが含まれており、さらに、UNC も活発な意見交換の促進、相互理解の拡大、革新と問題解決の促進、熱心で生産的な市民およびリーダーの育成、感謝、尊敬、共感、人種間の理解の促進、ステレオタイプの打破といった同様の利益を、やむにやまれぬ政府利益として主

張している。これらの利益を実現するという目標は称賛に値するが、いずれも抽象的なものであるため、裁判所がこれらの目標をどのように測定するのか、あるいは測定できたとしても AA を廃止できるような段階に到達したのか否かを見極めることができるのか不明確である。さらに、被告らの入学制度は、目的とそれを実現するための手段との間の関連性を明確に示していない。被告らは学生集団の多様性による教育的利益を実現するために、アジア系、ハワイ先住民または太平洋諸島出身者、ヒスパニック系、白人、アフリカ系アメリカ人、アメリカ先住民という不明確かつ恣意的な人種カテゴリーに基づきクラスの人種構成を決定している。このような人種カテゴリーに基づき、志願者を振り分け、入学者を決定することが大学の目標とする教育的利益をどのように促進するのかまったく明らかではない。当裁判所は、合衆国憲法の範囲内で大学に与えられた大学の自治に敬讓を示す一方で、その敬讓は司法審査の放棄を意味するものではないということを示しており、十分検証可能かつ具体的な極めて説得力のある反証なしに入学制度において志願者の人種を考慮することは許されない。これまで当裁判所が繰り返し確認しているように、人種に基づく分類は、その目的と人種的分类の利用との間に厳密な整合性がある場合を除き、それを認めるにはあまりにも「有害」(pernicious)であり、本件で問題となっている入学制度は、この基準を満たしていない。

第1巡回区連邦控訴裁は、Harvard 大学が人種を考慮した結果、アジア系アメリカ人の学生の入学が減少したと認定した。大学入試はゼロサム (zero-sum) であり、ある志願者には恩恵を与える一方で、他の志願者にはそれを与えないということは、必然的に後者を犠牲にして前者を利することになる。また、大学が人種に基づいて入学を認める場合、大学は特定の人種の学生がその人種であるがゆえに同じように考えるだろうという攻撃的で屈辱的な想定を行っている。このようなステレオタイプは、合衆国憲法の平等保護条項の「核心的な目的」(core purpose) に反する。

本件入学制度は、論理的な AA の終了時期も欠いている。Harvard 大学および UNC は、大学において意義ある学生集団の多様性が実現されれば、人種に基づく入学制度を終了することを示唆しているが、それは、たとえば、新入生の人種構成を、前回の新入生の人種構成や他の一般的な人種構成と比較するといった方法を通じて、ある割合の目標に達したかどうかを確認する程度のものに過ぎないであろう。合衆国憲法の平等保護条項の中核には、政府は市民を個人として扱わなければならないという命題が存在するため、このような人種的均衡を追求するアプローチは先例からも違憲と判断されてきた。学生たちが学生集団の多様性から教育上の便益を得る時という両大学が提唱する AA の終了時期は、さらにこれよりも劣っており、そのような目標を達成しているか否か、あるいはいつ達成するのかを裁判所が判断するのは困難である。さらに、両大学は、Grutter 判決に依拠すれば、少なくとも 2028 年までは人種を考慮した AA を継続することが認められなければならないと指摘している。しかし、Grutter 判決は、大学における人種的多様性の実現の観点から、2028 年までには人種を考慮した AA は不要になるだろうという予想を反映したものに過ぎない。最後に両大学は、AA の見直しを頻繁に行っていると主張するが、Grutter 判決は、定期的な AA の見直しが合衆国憲法に違反する行為を容認することを示唆するものではない。

Plessy 判決において、Harlan 裁判官は、「この国には優越的、支配的な市民階級は存在しない。カースト制も存在しない。我々の憲法は人種中立的であり、市民間の階級は存在せず、容認もしない」と指摘している。両大学の入学制度には、志願者の人種を考慮することを正当化するような十分に焦点を絞った検証可能な目的がない。さらに、それは否応なく否定的な私たちで人種的分類を利用するものであるとともに、人種的ステレオタイプを含み、意義のある終了時期も欠いているため、これらの入学制度は合衆国憲法の平等保護条項と調和することはない。他方で、本判決は志願者が自身の人種が自らの人生に与えた影響について語ることを考慮するのを禁止するものではない。

い。しかしながら、大学は小論文などを通じて、本判決が禁じる入学制度を実施することはできない。多くの大学は、あまりにも長い間、個人のアイデンティティに対する評価は、克服した課題や築き上げた能力、さらには、これまで学んできた教訓ではなく、皮膚の色でなされるという誤った判断をしてきた。我が国の憲法の歴史は、そのような誤った判断を容認しない。

(三) Thomas 裁判官による同意意見

南北戦争後、奴隷制が廃止され、合衆国で生まれた者はすべて同じ市民であり、市民としての特権または免除、法の平等保護を受ける権利があることを宣言するために、合衆国憲法修正 13 条および修正 14 条が成立した。これにより我々の憲法は人種中立的なものとなった。Grutter 判決において、私は人種を考慮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指摘し、さらに、それ以来数十年間にわたり、Grutter 判決は覆されるべきだと繰り返し主張してきた。Harvard 大学および UNC が採用する人種を考慮した入学制度に対し、厳格審査基準を適用し、それが違憲であると結論づけた多数意見に全面的に同調する。合衆国憲法は、AA を含め人種に基づくあらゆる形態の差別を禁止するとともに、人種間の平等も保障しており、皮膚の色に関係なく、合衆国市民は法の下に平等である。実際、初期の連邦最高裁判決は、合衆国憲法の平等保護条項を人種中立的に解釈していた。よって、合衆国憲法の平等保護条項が、黒人を害する法律だけを禁じるという「反従属的」(anti-subordination) な見解は、人種的中立性を求める合衆国憲法の平等保護条項の原意に反する。

法廷意見は、第一に、厳格審査基準を満たすために、大学は人種的 분류の利用と教育上の利益との間に関連性 (actual link) があることを立証しなければならない、第二に、人種に基づく分類を行う理由は敬讓に値しない、第三に、政府による過去の人種差別の弊害の是正は、その目的との関係で厳密な整合性 (closely tailored) を有していなければならない、という 3 つの点に言及し

ている。厳格審査基準を満たすために大学は人種分類の利用が、やむにやまれぬ政府利益に資することを立証しなければならない。Harvard 大学および UNC は、自らの入学制度を正当化するために、さまざまな利益を主張しているが、それらはあまりにも曖昧で不明確なものである。両大学は学生集団の多様性と教育との関連性を説明することすらできておらず、学生集団の多様性に資すると両大学が主張する利益は、人種を意識した制度に対する憲法上の制約を看過するほどの説得力を有するものではない。裁判所には、憲法を解釈し、擁護するという独立した責務がある。法廷意見は、今後、人種を考慮した入学制度の実施を試みる大学が、具体的な証拠に基づき、説得力のある検証可能な政府利益を明らかにし、それを正当化しなければならないことを明確にした。Harvard 大学および UNC にも人種差別の歴史がある。しかし、両大学とも現在の人種を意識した入学制度が、過去の人種差別的行為とどのように関係があるのか説明しようとしていない。

反対意見は、AA が黒人学生にとって「良性」(good) なものであると指摘するが、「良性」であるからといって、それは法的に許容されるものではない。合衆国憲法の平等保護条項は、政府によるあらゆる人種差別を禁止している。AA を行ったからといって高等教育を受けることのできる黒人やヒスパニック系住民の総数を増やすことにはならない。このような人種差別的な政策は、単に高等教育機関の間において、個人を再分配するものであるとともに、一部の人々を、いわゆるエリート校に入学させるものである。さらに、このような政策は、一部の黒人やヒスパニック系住民を、彼らが学業面で優秀な学生と評価される可能性の低い環境に振り分けるものであり、その結果、エリート校でなければ優秀な学生と評価される可能性があった黒人やヒスパニック系の学生の多くが、白人やアジア系の学生よりも学力的に劣っていると評価される可能性がある。また、他の人種グループのメンバーに害悪を与えることなく、特定の人種グループを救済することは、理論的に不可能である。法廷意見が指摘するように、大学入学制度のゼロサム的な性質、すなわち、志

願者が各大学の入学者枠を奪い合うという点は、これを端的に示している。アジア系アメリカ人に対する差別の歴史を考えると、アジア系アメリカ人の志願者の犠牲の下、黒人に対する過去の人種差別の弊害を是正すべきだというのは、特に不自然に思える。しかもこの問題はアジア系アメリカ人に限った話ではない。もっと広く言えば、大学の人種差別的な施策は、我が国の過去の汚点である人種差別に関して何の責任もない何百万人もの志願者に負担を強いているのである。特別な事情がない限り、人種の隔離に対する救済措置の中にその時代を生きていなかった若者に対する教育制度を含めるべきではない。今日の17歳は、ジム・クロウ法 (Jim Crow laws) の時代を生き抜いてきたわけでも、過去の人種差別の被害者に対して抑圧、あるいは奴隷化するような行動をとったわけでもない。皮膚の色がどうであれ、今日の若者には過去の人種隔離制度に対する責任はなく、先祖の道徳的負債を背負うこともない。我が国は、過去の罪のために今日の若者を罰するべきではない。AAは我が国の人種関係改善の大義を推進するどころか、人種間の相違を浮き彫りにし、悪質な効果をもたらしている。AAが人種を理由に入学を拒否された白人やアジア人の志願者を傷つけていることに疑う余地はない。AAが行き着く先は、人種間の調和や統合、あるいは法の下での平等でもない。むしろこのような政策は、あらゆる人々が、増え続ける権利や優遇を皮膚の色によって要求する社会へと導いているように見える。Jackson 裁判官の反対意見は、個人に焦点を当ててではなく、アメリカの黒人の歴史に焦点を当て、特定の人種グループ間の健康、富、幸福のレベルの相関関係に関する統計的な人種間格差を持ち出すとともに、人種に基づき個人を定義し、分類することを支持している。このような分類それ自体が人種に基づくステレオタイプである。また、同裁判官の反対意見は、UNCの志願者である John と James の例をあげるが、John は7世代前の罪を受け継ぐべきではなく、さらに、John や James がその人種を代表しているわけではない。このように人々を遺伝または先祖の特質から一括りにし、それに基づいて判断することは、ステレオタ

イプ化以外の何ものでもない。

California 州では、人種を考慮した入学制度が禁じられているのにもかかわらず、近年、California 大学は、これまでで最も多様な学生を入学させた。人種的多様性がそれほどない歴史的黒人大学 (Historically black colleges and universities) は、学生の生活を向上させる顕著な成果を上げている。法廷意見は、Grutter 判決を明確に覆すとともに、人種を意識した入学制度が人種に基づく優遇措置であり、特定の人種構成を確保するためのものであることを明らかにした。このような入学制度は、人種差別を禁じる合衆国憲法と我が国の平等の理想に反しており、明らかに違憲である。

(四) Gorsuch 裁判官による同意意見

Gorsuch 裁判官による同意意見に Thomas 裁判官が同調した。Gorsuch 裁判官は、以下のように述べている。

法廷意見は、本件入学制度が合衆国憲法の平等保護条項に違反すると述べるが、私は本件入学制度が 1964 年公民権法第 6 編にも違反していることを強調したい。公民権法第 6 編および第 7 編⁽¹⁴⁾ は、人種を問わない個人の平等という範疇的ルールを成文化したものである。Harvard 大学および UNC がその入学制度において人種を考慮していることに疑問の余地がないのと同様、両大学は人種を理由に一部の志願者を他の志願者よりも意図的に否定的に取り扱っている。合衆国憲法の平等保護条項は、州に対して適用されるが、私人の行為を規制するものではない。他方で、公民権法第 6 編は、連邦助成金の受給者に適用され、州の関係者だけでなく、多くの民間の関係者も対象となる。このように公民権法第 6 編は、合衆国憲法の平等保護条項が適用されない団体や組織にも適用される。公民権法第 6 編は、どのようなかたちであれ人種、皮膚の色、出身国によって差別することを禁じている。公民権法第 6 編は、

(14) 42 U.S. Code § 2000e.

191 - 保守化するアメリカ連邦最高裁と大学におけるアフーマティヴ・アクション (井上)
大学に優越的地位を与えておらず、いかなる目的であれ、人種に基づく区別は容認されない。私は法廷意見に全面的に同調する。

(五) Kavanaugh 裁判官による同意意見

私は法廷意見に全面的に同調する。厳格審査基準の適用の下では、やむにやまれぬ政府利益を促進するための厳密な整合性を有する手段でない限り、政府による人種分類の利用は憲法上禁止される。大学の入学制度における AA に対して Grutter 判決が課した 25 年という制限は、同判決の重要な部分であった。Bakke 判決から約 50 年間にわたり、多くの大学が AA を行ってきた。Grutter 判決は大学における AA がもう一世代だけ続く可能性があることを容認したが、この時間的制約は遵守すべきである。もちろん政府や大学は、人種中立的な方法で過去の人種差別の弊害を是正するための行動を取ることができる。

(六) Sotomayor 裁判官による反対意見

Sotomayor 裁判官による反対意見に Kagan、Jackson 各裁判官が同調した。Sotomayor 裁判官は、以下のように述べている。

多数意見は、もはや人種を考慮した入学制度が容認されないとするとともに、人種的中立性という憲法上の原則としての準則 (rule) を強固なものとした。合衆国憲法の平等保護条項の起草者は、白人と同様に黒人の市民としての基本的権利を保護することを、その重要な目的の一つとして宣言した。これを実現するため、連邦議会は、合衆国憲法の平等保護条項に広範な平等の保障を明記するとともに、同条項を人種中立的な内容とするのを拒否した。

Brown 判決の本質を理解している裁判官がいるとすれば、それは弁護士として人種的隔離撤廃を積極的に主導した Marshall 裁判官である。Bakke 判決において、同裁判官は、大学が入学制度において人種を考慮することを容認するという相対的多数意見の判断を称賛した。多数意見の Brown 判決の再定

義は、歴史修正主義に他ならず、Marshall 裁判官の生涯に対する冒瀆である。

学生集団の多様性という、やむにやまれぬ政府利益は、学問の自由にも根拠がある。合衆国憲法の平等保護条項の下、40 年以上にわたり、多様な学生集団からもたらされる教育的便益のために、限定的な方法で人種を考慮する入学制度が容認されてきた。しかし、法廷意見は、大学入学制度における人種間の平等を実現するためには、人種に無関心であることが、憲法上容認される唯一の手段であると結論づけている。このような合衆国憲法の平等保護条項の解釈は、先例や歴史的教訓に反するだけでなく、人種間の不平等が別の世代の問題であるという幻想に基づくものでもある。

SFFA は、学生集団の多様性という目的を実現するための人種中立的な代替手段が UNC には存在するため、同大学は人種を考慮した入学制度を実施することができないと主張する。しかし、SFFA の提案する人種中立的な代替案は非現実的である。UNC と同様、Harvard 大学も低所得層の学生に対する入学制度や経済援助の強化など SFFA が提案する多くの施策を実施するとともに、学生集団の多様性を実現するために人種中立的な他の代替方法を真剣に検討してきたが、どれも実行可能なものではなかった。志願者の人種が入学における決定要因となつてはならないが、Harvard 大学の入学制度はまさにその点に配慮している。本件で問題となった同大学の入学制度は、人種を形式的にプラス評価するものではなく、さらに、同大学が行っている志願者の人種構成の検討は、クォータ制を利用していることを示唆するものでも人種の均衡を図っていることを示唆するものでもない。また、同大学は入学制度の継続的な見直しを行っている。入学制度における限定的な人種的分類の利用は、合衆国憲法の平等保護条項および当裁判所の広範な法の平等保護の法理に合致しており、さらに、合衆国憲法の平等保護条項の条文と同条項をめぐる歴史は、同条項の下、人種を考慮した措置が容認されることを明らかにしている。

これまで連邦最高裁は、不確定な多くの利益を、やむにやまれぬ利益とし

て容認してきた。学生集団の多様性によって、学生は人種的マイノリティの視点といったものは存在せず、むしろ人種的マイノリティの学生の中にもさまざまな視点があることを学ぶ。したがって、人種的多様性を否定することは、ステレオタイプ化の助長につながる。法廷意見は、Grutter 判決が人種的分类を利用する際の具体的な終了時期を示すことを求めていると指摘しているが、連邦最高裁の判例を忠実に理解すれば、Grutter 判決はそのようなことに一切言及していないことがわかる。確かに Grutter 判決は、「25年」に言及したが、この恣意的な数字は、連邦最高裁が Bakke 判決で大学の入学制度における人種的分类の利用を初めて容認してからの経過期間を反映したに過ぎない。また、Thomas 裁判官は、人種を考慮した入学制度が人種的マイノリティに負担を強いるとされる理由について、多くの論拠を提示しているが、同裁判官が依拠する一握りの著者らによって提唱された数十年前の研究には方法論上の大きな欠陥がある。さらに、それらは信頼できないデータに基づいており、厳格な社会科学研究の基礎を欠いている。また、同裁判官は、何の根拠もあげずに、人種を考慮した入学制度がアジア系アメリカ人の学生を差別していることを示唆している。確かにアジア系アメリカ人のコミュニティが、社会における強力で非人間的なステレオタイプと闘い続けていることは間違いない。しかし、人種差別が根強く残る社会だからこそ、人種間の理解を深め、人種的ステレオタイプを打破するために、大学の入学制度において人種的分类を利用し、人種的に多様なクラスを実現することが重要なのである。また、法廷意見は、連邦最高裁判例が生み出してきた重要な「信頼利益」(reliance interests)をも認めようとしていない。人種を考慮した入学制度を実施している他の大学も連邦最高裁判例を遵守するための多大なリソースを費やしてきた。それゆえ、それらの大学は具体的な信頼利益を有している。1996年に California 州が州憲法を改正し、人種を考慮した入学制度を禁止した結果、同州の公立大学では、人種的マイノリティの入学者数が急激に減少した。法廷意見は数十年にわたって支持された連邦最高裁判例を覆し、人種差別撤廃と

いう表面的な準則を政府に課した。人種間の不平等は無視される限り存続し続けるため、この判決の破壊的な影響は、いくら強調してもしすぎることはない。

(七) Jackson 裁判官による反対意見

Jackson 裁判官の反対意見に Sotomayor、Kagan 各裁判官が同調した。Jackson 裁判官は、以下のように述べている。なお、Jackson 裁判官は、Harvard 大学の AA をめぐる事件には加わっていない。

Sotomayor 裁判官は、大学における人種的多様性を実現するために、大学が人種を考慮することを、合衆国憲法や公民権法第 6 編のいかなる規定も禁じていないということを立証した。私は彼女の反対意見に同調する。我が国は決して人種的に中立ではなかった。アメリカにおける人種的分類を利用した AA の長い歴史を考えると、アメリカでは世代を超えた不平等が継承されている。アメリカには、税制上の人種間格差、黒人コミュニティへ有毒廃棄物処理施設の設置、あるいは都市における黒人居住地を分断し隔離する州間高速道路の建設など形式的には人種中立的なさまざまな政策による人種差別が現存している。何世紀も前の人種間の格差は、世代を超え、いまだに歴然としている。たとえば、大卒の白人家庭は、大卒の黒人家庭よりも 30 万ドル以上多くの富を有している。このような黒人の社会的・経済的状况は教育にも影響を及ぼし、多くの州の大学における黒人学生の割合は、その州の黒人の高卒者の割合よりも低い。実際、20 代後半の黒人のアメリカ人が、大卒の学位を持っている割合は白人のアメリカ人の約半分である。さらに、収入や財産が少ないため、黒人の学生はより多くの借金をせざるを得ず、大学を卒業した黒人学生は、4 年後に約 5 万ドルの負債を抱えることになる。この経済的格差は、健康格差にも影響を及ぼしており、黒人の子どもたちの血中鉛濃度は白人の子どもたちの 2 倍である。

7 世代前の先祖が UNC を卒業した John と一族で初めて UNC に入学する

ことになる James の話を引き合いに出すと、7世代前の John の一族が UNC のキャンパスで知識の基盤と富の可能性を築き上げていた頃、James の一族は奴隷として North Carolina の野原で労働していただろう。さらに、南北戦争後のジム・クロウ法の制定など James の先祖が被った人種差別の弊害を考慮すると、人種により、James を取り巻く境遇は、John より少なくとも6世代は遅れている。今日の入学制度において、大学が人種を無視することを求めることは、一部の志願者が今日置かれている状況が人種によるものであったかもしれないという事実を無視することを意味する。

UNC は入学志願者を総合的に評価する入学制度を採用しており、出願書類で明らかになった個々の志願者の状況に応じて、志願者の人種や民族性がプラスになることもあれば、ならないこともある。さらに、UNC の入学制度においては、特定の人種的マイノリティの志願者が白人よりも優位にならない場合もある。志願者間の人種に起因する格差を無視するよう大学に要求することは、その格差を縮小するどころか拡大することにつながる。UNC のような入学制度は、より機能的な民主主義を確保するための真剣な取り組みである。法廷意見は、志願者の総合評価に基づく UNC の入学制度の健全性を立証する法的論拠が存在する以前の時代に時計の針を戻そうとするものである。

第二章 大学におけるアフーマティヴ・アクションと判例法理

一 大学におけるアフーマティヴ・アクションの合憲性をめぐる司法審査について

大学における AA の合憲性をめぐる事件において、これまで連邦最高裁は、厳格審査基準を適用し、判断を下してきた。そして、当該 AA の目的の正当性については、Bakke 判決における Powell 裁判官の相対的多数意見を踏襲し、学生集団の多様性から得られる教育的利益を、やむにやまれぬ政府利益として容認してきた。Bakke 判決において、Powell 裁判官は、「Idaho 州出身の農家の少年は、Boston 出身者には提供できない何かを Harvard 大学にもたらす

ことができる」⁽¹⁵⁾ という見地から、クォータ制ではない方法で学生集団の多様性を生み出すことを目指した Harvard 大学の入学制度を称賛したが、このような同裁判官の見解を、その後の判決にどのように適用すべきか明確ではなかった⁽¹⁶⁾。Grutter 判決では、Powell 裁判官が Bakke 判決で容認した学生集団の多様性という利益が、5 対 4 の僅差で支持されたが、同判決で法廷意見を執筆した O'Connor 裁判官は、人種の多様性がもたらす社会善 (social good) を特徴づける「共通善」(common good) アプローチを通じて、人種間の相互理解に関する利益、学習成果の向上と多様な社会で生活していくための準備、多様な文化に触れることで培われるビジネス関連のスキルの向上、多様な市民社会におけるリーダーシップの醸成など学生集団の多様性に関する広範な利益を容認した⁽¹⁷⁾。この Grutter 判決の法廷意見は、AA が必要か否かを判断するための定期的な検証を大学に求める一方、「ロー・スクールが主張する利益に対する我々の精査は、大学の専門性に関する複雑な教育的判断を考慮すると、それほど厳密なものではない。本日の我々の判決は、憲法に規定された範囲内で、大学の学問的判断を尊重するという我々の伝統に沿ったものである」⁽¹⁸⁾ と述べており、同判決の法廷意見は、入学者選抜における大学の自治に一定の敬讓を払ったものであると評することができる⁽¹⁹⁾。その後、O'Connor 裁判官が連邦最高裁を去った後の Fisher II 判決において、法廷意見を執筆した Kennedy 裁判官は、志願者の人種を意識した入学制度が厳格審査基準を満たすためには、大学が当該 AA の目的に関して、十分に測定可能な正確で具体的な目標を明示する必要があると指摘し、学生集団の多様性

(15) Bakke, 438 U.S. at 316.

(16) Asees Bhasin & Gergory Curfman, *Gutting Grutter: The Effect of the Loss of Affirmative Action on Diversity Among Physicians*, 20 IND. HEALTH. L. REV. 1, 7 (2023).

(17) Michelle Adams, *Stifling the Potential of Grutter v. Bollinger Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District* NO. UNIV. L. REV. 937, 948 (2008).

(18) Grutter, 539 U.S. at 328, 342.

(19) Asees Bhasin & Gergory Curfman, *supra* note 16, at 8.

185 - 保守化するアメリカ連邦最高裁と大学におけるアファーマティヴ・アクション (井上)

がもたらす教育上の便宜を大学が単に主張するだけでは不十分であると説示した⁽²⁰⁾。つまり、Fisher II 判決の法廷意見は、大学に対し、やむにやまれぬ政府利益を詳述するよう求めたのである⁽²¹⁾。その上で、同法廷意見は、ステレオタイプ化の打破、人種間の相互理解の促進、多様化する社会で生活していくための準備といった利益を、やむにやまれぬ政府利益とした UT の入学制度を容認した⁽²²⁾。一方、Harvard 大学および UNC が主張する利益は、これまでの連邦最高裁判例において、やむにやまれぬ政府利益として容認されてきたものであるにもかかわらず、SFFA 判決の法廷意見は、当該 AA を通じて両大学が追求している利益は称賛に値するが、いずれも抽象的なものであるため、裁判所がこれらの利益を測定することが不可能であると批判し、その抽象性を理由に両大学の主張する利益を、やむにやまれぬ政府利益として容認しなかった⁽²³⁾。

他方で、人種を意識した入学制度の目的を実現するための手段の整合性について、Grutter 判決の法廷意見は、特定の人種グループの構成員に対して不当に害悪を与える入学制度は、厳格審査基準を満たさないと述べるとともに、人種的マイノリティの学生が、どのような問題についても一貫して人種的マイノリティの特徴的な視点を表明しているというステレオタイプに基づき、大学は人種を意識した入学制度を実施してはならないと判示した⁽²⁴⁾。また、Rehnquist 長官が法廷意見を執筆した Gratz 判決において、法廷意見は、Michigan 大学学部の入学制度は人種的マイノリティの学生に対して一律に 20 点を与えるものであり、志願者の人種が決定的な要因となるため、厳格審査

(20) Fisher, 579 U.S. 381.

(21) Margaret Kruzner, *Redlining Reimagined: Exploring "Race-Neutral Alternatives" in the Likely Wake of Affirmative Action*, 18 DUKE J. CONST. LAW & PP SIDEBAR 323, 338-39 (2023).

(22) Asees Bhasin & Gergory Curfman, *supra* note 16, at 4.

(23) Patrick Hornbeck, *Implicit Bias Against Asian American: A Blind Spot in the Harvard Admission Cases*, 52 J.L. & EDUC. 123,149 (2023).

(24) Grutter, 539 U.S. at 341.

基準を満たさないと結論づけた⁽²⁵⁾。他方で、Fisher I 判決で法廷意見を執筆した Kennedy 裁判官は、人種を意識した入学制度が、実質的には人種の均衡を目指すものである場合、それは容認されないと述べるとともに、人種を形式的にプラス要素としたりするような入学制度は実質的にはクォータ制と変わらないため、このような入学制度も厳格審査基準を満たさないと判示した⁽²⁶⁾。また、Fisher II 判決の法廷意見は、大学が人種を考慮した入学制度を実施する場合、実施可能な人種中立的な代替手段を真摯かつ誠実に検討したという証拠を提出するだけでなく、それらの人種中立的な代替手段が、容認された教育目標を達成するのに十分でなかったか、あるいは人種中立的な代替手段を実施することで、大学の学問的卓越性に対する評価が犠牲になるといった場合でなければ、当該 AA は目的との関係で厳密な整合性を有しないと判示した上で、それらについて UT 側が十分立証を尽くしているとして当該 AA を合憲と結論づけた⁽²⁷⁾。一方、SFFA 判決の法廷意見は、Harvard 大学および UNC が、Grutter 判決で容認された Michigan 大学ロー・スクールと同様の方法で人種分類を利用しているにもかかわらず、本件 AA は不明確かつ恣意的な人種カテゴリーに基づきクラスの人種構成を決定しており、目的との関係で厳密な整合性を有していないと指摘した。さらに、法廷意見は、当該 AA が人種という要素を否定的かつ特定の人種グループに対するステレオタイプ化のために利用していると述べるとともに、論理的な終了時期も欠いているため、手段審査を満たさないと説示し⁽²⁸⁾、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結論づけた⁽²⁹⁾。

この SFFA 判決で法廷意見を執筆した Roberts 長官は、Grutter 判決や Fisher

(25) Gratz, 539 U.S. at 275.

(26) Fisher, 570 U.S. at 311.

(27) Fisher, 579 U.S. at 385., Asees Bhasin & Gergory Curfman, *supra* note 16, at 4.

(28) Patrick Hornbeck, *supra* note 23, at 149.

(29) *Ibid.*

I および II 判決の基本的な判断枠組みを踏襲しながらも、大学に対する敬讓の姿勢を相当排除した「正真正銘の厳格審査基準」(genuine strict scrutiny) を適用した上で、以下で検討を行う「無自覚性」(transparency phenomenon) と歴史修正主義の観点から、人種を意識した入学制度を正当化するための極めて厳しい立証責任を大学側に課したように思われる⁽³⁰⁾。

二 無自覚性と歴史修正主義について

SFFA 判決の法廷意見は、「人種」というものが人種的マイノリティだけが有するアイデンティティであるかのように述べている⁽³¹⁾。さらに、同判決の法廷意見や同意意見は、過去の人種差別の歴史や個々人の背景が AA の正当化とは関係ないと指摘するとともに、白人は黒人に対する過去の人種差別に起因する便益を得続けていないと説示した⁽³²⁾。このような法廷意見や同意意見の姿勢は、白人であることに付随する一般的な特権に対する無自覚さを反映しているという Angela Onwuachi-Willig の指摘がある⁽³³⁾。たとえば、Barbara J. Flagg は、このような無自覚さを、無自覚性と呼ぶ⁽³⁴⁾。Flagg は、それは社会における規範、行動、観点、期待が、いかに白人の経験を中心に構築され、定義されてきたのかを考えない傾向を指すと指摘するとともに、そのような社会における規範、行動、観点、期待が黒人に制度的な不利益をもた

(30) Grutter 判決が採用した厳格審査基準の適用方法に批判的であった Thomas 裁判官は、SFFA 判決の法廷意見が、「正真正銘の厳格審査」を行っている述べ、それを積極的に評価している。以上の点については、Students for Fair Admissions Inc., 143 S. Ct. at 2177 (Thomas, J., concurring) を参照。また、無自覚性という訳については、松垣伸次「ヘイトスピーチ規制と批判的人種理論」同志社法学 61 巻 7 号(2010 年)258 頁を引用した。

(31) Students for Fair Admissions Inc., 143 S. Ct. at 2175

(32) Angela Onwuachi-Willig, *The Supreme Court 2022 Term: Comment: Roberts's Revisions: A Narratological Reading of the Affirmative Action Cases*, 137 HARV. L. REV. 192, 202 (2023).

(33) *Ibid.*

(34) Barbara J. Flagg, "Was Blind, But Now I See": *White Race Consciousness and the Requirement of Discriminatory Intent*, 91 MICH. L. REV. 953, 957-58 (1993).

らすだけでなく、それらが白人に有利となるようなかたちで、いかに黒人に課せられているのかを理解しない傾向をも指すものであると説く⁽³⁵⁾。また、この無自覚性は、多元主義が明確な目標であるときでさえ黒人に同質化を要求するように作用すると Flagg は指摘する⁽³⁶⁾。

この無自覚性は、Roberts 長官が執筆した SFFA 判決の法廷意見において顕在化している⁽³⁷⁾。たとえば、法廷意見は、白人の経験を中心に構築され定義されてきた社会における規範、行動、視点、期待が黒人に制度的な不利益をもたらすとともに、それが白人に有利となるようなかたちで、どのように黒人に課せられているかを理解することなく、大学入学制度における AA は人種中立的であるべきであると述べているが、これは、SFFA 判決の反対意見において、Jackson 裁判官が指摘したような過去の人種差別に起因する不平等の世代間連鎖を無視するものであろう⁽³⁸⁾。また、法廷意見は、入学制度における人種分類の利用は、黒人やラテン系に対する選好以外の何ものでもないと思っているが、そもそも AA を優遇と捉える法廷意見の理解自体が誤りであり、AA の本質を理解していないように思われる。実際、黒人の学生は過去の人種差別の弊害により、社会のさまざまな領域で不利な状況に直面しており、大学入試もその例外ではない。そこで、過去の人種差別がなければ得たであろう大学入学制度における公平性を黒人に付与することで、各個人の学問的な可能性を公正かつ正確に評価する機会を与えるものが AA なのである⁽³⁹⁾。したがって、AA は特定の人種グループに対する優遇を生み出すものではないどころか、仮にアメリカの大学が AA を行わず、筆記試験の点

(35) *Ibid.*

(36) *Id.* at 597-58.

(37) Angela Onwuachi-Willig, *supra* note 32, at 202.

(38) Students for Fair Admissions Inc., 143 S. Ct. at 2264 (Jackson, J., dissenting).

(39) Devon W. Carbado, *Essay, Footnote 43: Recovering Justice Powell's Anti-preference Framing of Affirmative Action*, 53 U.C. DAVIS L. REV. 1117, 1121-22 (2019).

181 - 保守化するアメリカ連邦最高裁と大学におけるアフターマティヴ・アクション (井上)
数や GPA のような伝統的な能力基準のみに基づき志願者を評価した場合、それはむしろ黒人の志願者に対して差別的な結果をもたらすことになるように思われる⁽⁴⁰⁾。

また、SFFA 判決において、法廷意見は、黒人やラテンアメリカ系住民に対する人種的抑圧と従属というアメリカの歴史の一部のみを伝え、社会における人種差別の本質を全く伝えていない。南北戦争後、黒人は、ジム・クロウ法により長期にわたり事実上の奴隷状態にあったが、この SFFA 判決における法廷意見の理解によれば、連邦議会と州による合衆国憲法の平等保護条項の提案と批准により、黒人には、「最も権力を有し、最も裕福で最も高慢な者に与えるのと同じ権利を与えられるとともに、法の下にも同じ保護が与えられたのである⁽⁴¹⁾。このような法廷意見の姿勢に依拠すれば、人種と人種差別は今日のアメリカを語る上でほとんど無関係であると結論づけるしかないであろう。さらに、法廷意見は、Brown I 判決によって、Plessy 判決における「分離すれども平等」の法理が覆され、国家による人種的隔離が克服されるとともに、Brown II 判決の人種差別撤廃の完全遵守の要請が、直ちにこの国の公立学校に人種的統合と平等をもたらしたと示唆するが⁽⁴²⁾、実際のところ Brown II は非常に懐柔的 (conciliatory) な判決であったため、南部の白人からの抵抗をより大きく扇動したという指摘がある⁽⁴³⁾。また、Sotomayor、Jackson 各裁判官が、本判決の反対意見で人種差別がどのように変容し、法の平等保護の保障と権利を黒人が獲得するのを妨げてきたのかという点について詳述する一方で、本判決の法廷意見は、南北戦争後や Plessy 判決の後から

(40) WILLIAM G. BOWEN AND DEREK BOK, THE SHAPE OF THE RIVER: LONG-TERM COMESEQUENCE OF CONSIDER RACE IN COLLEGE AND UNIVERSITY ADMISSION 389 (Princeton University Press, 1998).

(41) Students for Fair Admissions Inc., 143 S. Ct. at 2159.

(42) Students for Fair Admissions Inc., 143 S. Ct. at 2160.

(43) Angela Onwuachi-Willig, *supra* note 32, at 205.

今日に至るまで黒人やその他の人種的マイノリティがいかに困難な境遇にあったのかということに焦点を当てることはなかった⁽⁴⁴⁾。つまり、本判決において、法廷意見は、教育、富、仕事、権利、賃金、良質な医療へのアクセスといった生活に直結するあらゆる要素に関する白人と黒人との実質的な差異を無視しているのである。また、法廷意見は、Sotomayor、Jackson 各裁判官が詳述している差別や従属の形態の多くを無視するだけでなく、ジム・クロウ法による「分離すれども平等」以外の差別の存在をも否定しており、このような法廷意見の姿勢は、アメリカの黒人が経験した人種差別の歴史をも消し去るものであるという指摘がある⁽⁴⁵⁾。さらに、Roberts 長官は、より説得力のある法廷意見にするために、コンテキストを無視するかのような先例の引用を行っているという指摘もある⁽⁴⁶⁾。たとえば、法廷意見は Plessy 判決の Harlan 裁判官の反対意見から、「この国には優越的、支配的な市民階級は存在しない。カースト制も存在しない。我々の憲法は人種中立的であり、市民間の階級は存在せず、容認もしない」⁽⁴⁷⁾ という文言を引用しているが、法廷意見は、この文言の直前にあった、白人種の優位性を Harlan 裁判官が指摘しているかのような「白人は、この国で支配的な人種であると自認している。名声、業績、教育、富、権力においてもそうである。この偉大な遺産に忠実であり続け、立憲的自由の原則を堅持するのであれば、今後もそうあり続けるだろう」⁽⁴⁸⁾ という文言は引用しなかった。

SFFA 判決の反対意見において、Sotomayor 裁判官が、法廷意見を執筆した Roberts 長官の姿勢は、歴史修正主義者に他ならないと指摘しているように、

(44) Students for Fair Admissions Inc., 143 S. Ct. at 2161.

(45) Angela Onwuachi-Willig, *supra* note 32, at 208.

(46) Students for Fair Admissions Inc., 143 S. Ct. at 2161 (Sotomayor, J., dissenting), *Id.* at 2225-35, 2264-70 (Jackson, J., dissenting).

(47) Plessy, 163 U.S. at 559 (Harlan, J., dissenting).

(48) *Ibid.*

本判決において、同長官は、無自覚性を背景とした歴史修正主義の観点から、アメリカの歴史を修正し、再定位あるいは再解釈することを通じて、先例を修正し、新たな判例法理を構築しようとしているように思われる。

おわりに

SFFA 判決の法廷意見は、志願者が自身の人種が自らの人生に与えた影響について語ることを大学が考慮するのを禁止するものではないと明言したにもかかわらず、人種が単にその個人の経験に影響を与える以上のものであることを全く理解していないという指摘がある⁽⁴⁹⁾。実際、本稿で検討したように、志願者の人種がその志願者の人生に及ぼす影響を大学がどのように考慮できるのかということに関する Roberts 長官のさまざまな見解には、無自覚性が明確に見てとれる。

ところで、Fisher II 判決では、Roberts 長官、Thomas、Alito 各裁判官が、UT の人種を意識した入学制度を違憲とする反対意見を述べたが、現在の連邦最高裁は、これら 3 名の裁判官に保守派の Gorsuch、Kavanaugh、Barret 各裁判官が加わっており、保守的な裁判官構成に傾倒している。そして、このように保守化した現在の連邦最高裁によって下された SFFA 判決は、人種を考慮した AA の終焉を告げるものであるとする見解もある⁽⁵⁰⁾。一方で、連邦最高裁が、どのような判決を下そうとも、いくつかの大学は、学生集団の多様性がもたらす教育的効果を強調しながら、人種を考慮した入学制度を維持することを表明している⁽⁵¹⁾。さらに、キャンパスにおける学生集団の多様性をどのように継続できるか戦略を練り始めている大学もある⁽⁵²⁾。今後、アメリカの大学における AA が、どのような展開を見せるのか注視していきたい。

(49) Students for Fair Admissions Inc., 143 S. Ct. at 2176.

(50) Asees Bhasin & Gergory Curfman, *supra* note 16, at 19.

(51) *Ibid.*

(52) *Id.* at 19-20.