

カラーブラインドと個人主義

茂 木 洋 平

I はじめに

1 問題の所在

本稿の目的は、Affirmative Action(AA)⁽¹⁾とカラーブラインドとの関係性について、個人主義の観点から明らかにするところにある⁽²⁾。カラーブラインドとは、簡単に言うと、公的施策の形成の際に人種を考慮すべきでないとの考えである。AAの否定派から肯定派に至るまで、カラーブラインドな社会の達成は合衆国の理想だと考えられている⁽³⁾。カラーブラインドは、人々は人種ではなく個人として評価されるべきとの考えに基づく⁽⁴⁾。AAは、人種を考慮して、高等教育機関の入学枠や雇用などの社会的資源を分配する。AAは選抜の際に人種を意識するため、個人主義と抵触し⁽⁵⁾、不道德だと批判される⁽⁶⁾。

日本の学説はアファーマティブ・アクションの憲法上の論点を考察する際に、議論の蓄積に厚みのある合衆国の議論を参照する価値が高く⁽⁷⁾、有力な手掛かりになると考えてきた⁽⁸⁾。日本と合衆国の議論の背景は大きく異なり⁽⁹⁾、日本に有用な部分を導くのは難しい⁽¹⁰⁾。特に、本稿の考察対象であるカラーブラインドの理論は激しい人種差別問題を経験している合衆国特有の議論であり、日本と直接的な結びつきはない。だが、個人主義との抵触は日本でも指摘されており、合衆国の議論の参照は日本にも一定程度有用ではある。とはいえ、本稿は合衆国特有の問題（カラーブラインドの理論）を取扱うことから、両国の本格的な比較検討ではなく、合衆国の議論を検討し、日本にいくらか有用な部分を指摘するととどめる。ただし、両国の本格的な比較検討の際には、合衆国の議論の全貌を理解する必要がある。本稿は、両国の比較検討の準備作業の1つに位置づけられる。

以下、本稿の主題と関連するアファーマティブ・アクションの議論を簡潔に述べておく。日本国憲法14条1項は、人種などの差別的に用いられてきた区分を

特に警戒して列挙する⁽¹¹⁾。被差別グループは、構造的差別の影響から社会的資源獲得の競争で不利な状況にある⁽¹²⁾。アフーマティブ・アクションは構造的差別の是正策として理解され⁽¹³⁾、後段列挙事由は歴史的に特定のグループを社会経済的に不利な状況に置くために用いられたことから、アフーマティブ・アクションの対象（人種や性別など）となる⁽¹⁴⁾。

後段列挙事由に基づく区別に人々は強い差別感を抱くため、基本的にその区別はされるべきでないが⁽¹⁵⁾、それらは憲法上禁止されず、差別を解消するための区分（アフーマティブ・アクション）は合理的範囲に収まる余地が十分であると解されてきた⁽¹⁶⁾。アフーマティブ・アクションは、憲法上許容されると解するのが学説の大勢である⁽¹⁷⁾。アフーマティブ・アクションの問題は具体的にいかなる施策が憲法上許容されるか否かにあり、絶対的に禁止されるとの主張はなされていない⁽¹⁸⁾。

合衆国では、カラーブラインドの理論の下でAAが憲法上禁止されるのか否かが問題となったが、日本ではアフーマティブ・アクションの絶対的禁止は主張されなかった。この理由は日本では合衆国ほどの深刻な人種問題が顕在化していないところにあり⁽¹⁹⁾、AAとアフーマティブ・アクションをめぐる議論の背景の違いは大きい⁽²⁰⁾。カラーブラインドの理論は合衆国特有の議論であり、そこから日本に直接的な示唆は得られない。

社会的資源の分配に際して、アフーマティブ・アクションは特定の個人よりも対象となるグループに着目し⁽²¹⁾、アフーマティブ・アクションは対象となるグループの属性を考慮する⁽²²⁾。個人の能力によって判断される社会は理想だが⁽²³⁾、アフーマティブ・アクションは社会的資源の獲得の競争で統制不能な特性を考慮する。日本と比べて合衆国では個人主義の伝統が強いが⁽²⁴⁾、日本でもアフーマティブ・アクションは人権保障を個人中心に捉えようとする個人主義に反する可能性が指摘される⁽²⁵⁾。

日本国憲法は社会権条項を通じて個人主義や能力主義に制約を課すことを認めているが⁽²⁶⁾、日本国憲法が自己の能力を信頼して自己実現する個人像と社会像を描いていることから⁽²⁷⁾、統制不能な要素によって自己実現を阻害する可能性のあるアフーマティブ・アクションが個人主義に反するか否かを考える必要が

あり、この論点をめぐる合衆国の議論を見ることは日本にもいくらか有益である。

2 構成

本稿では以下のように考察を進める。まず、人種区分と個人としての評価の関係性を考察する (II)。AA が実施される主要分野として、高等教育機関の入学者選抜が挙げられ、その合憲性が問題とされた判例で、合衆国最高裁が AA と個人主義の関係性を如何に示したのかを考察する (III)。人種区分は個人主義と抵触すると批判されるが、如何なる理由からそのように主張されているのかを考察する (IV)。如何なる司法審査基準を適用するのかが AA の合憲性をめぐる 1 つの主要な論点だが、個人主義が司法審査基準と如何なる関係性を持つのかを考察する (V)。AA はカラーブラインドと抵触し、人種的分断をもたらす危険があることから、一時的でなければならぬとされており、個人主義と時間的制約の関係性を考察する (VI)。

AA の肯定派からは、個人主義を達成するためには人種区分が必要であるとも主張されており、その理由付けを考察する (VII)。個人主義はメリットに基づいて人々を評価すべきという考えに基づいているが、AA の肯定派はメリットシステム自体がマイノリティを不利な状況に置き、個人主義を妨げていると主張しており、個人主義とメリットとの関係性を考察する (VIII)。現在、AA の主要な正当化理由は多様性の達成であり、多様性に基づく AA は人種を 1 つの要素として考慮する。多様性に基づく AA と個人主義が如何なる関係にあるのかを考察する (IX)。最後に、本稿の議論をまとめる (X)。

II 人種区分と個人としての評価

「分離すれども平等」の理論を除き、合衆国最高裁は常に平等保護につきリベラルで個人主義的な見解を支持してきたとされる⁽²⁸⁾。合衆国最高裁では、否定派や中間派の裁判官は、平等保護条項が個人の保護だと強調し⁽²⁹⁾、人種ではなく個人として評価されるべきと示した⁽³⁰⁾。カラーブラインドは、メリットによって個人が評価される社会が理想であるとの考えと結びつき⁽³¹⁾、AA が実際に差別

を受けてきた者に利益を与えるときに、もっとも争いが無い⁽³²⁾。本質的な個人主義は特定の個人が公然と差別をしているという証拠を要求し⁽³³⁾、それが充足される場合には、AAの否定派の裁判官でも、人種区分が特定された差別の犠牲者を救済するために使われることに反対しない⁽³⁴⁾。

事例によって合憲か違憲かの判断を変える中間派の裁判官は、合憲判断を下す際には、人々が個人として評価されていることを重視し⁽³⁵⁾、逆に違憲と判断する際にも、個人として評価されていないことをその理由とする⁽³⁶⁾。AA支持派の裁判官もまた、個人によって統制できない要素（人種）に基づく資源の配分は望ましくないと認識する⁽³⁷⁾。ミシガン大学ロースクールの入学者選抜の合憲性が問題とされた Grutter 判決では、ロースクールの入学者選抜が志願者を個人として評価していることを理由に合憲判断が下されており、当該判決は「労働市場のAAが機械的でなく、人種を含む個人の特性を当然に評価していれば、労働分野におけるAAを支持するという最高裁の意思を示している」と評される⁽³⁸⁾。

人種は統制不能な要素であり⁽³⁹⁾、人種に基づく判断から免れられないため、不利益を受けた者の不満を募らせる⁽⁴⁰⁾。人種は努力では変えられないため⁽⁴¹⁾、合衆国最高裁ではAAの支持派から否定派に至るまで、人種による評価を不道徳だと考える⁽⁴²⁾。個人として評価しないことはAAによって不利益を受けた者に明確かつ実質的な費用を課し⁽⁴³⁾、個人主義からの逸脱は激しく批判される⁽⁴⁴⁾。カラーブラインドの支持者は、人種区分は個人の価値を減じてスティグマを強めるとする⁽⁴⁵⁾。AAは個人としての評価を脅かす可能性があるため、それが憲法上許されるためには高いハードルが課されると指摘される⁽⁴⁶⁾。

III 高等教育機関の入学者選抜の Affirmative Action と個別の評価

カリフォルニア大学デーヴィス校メディカルスクールの入学者選抜のAAの合憲性が問題とされた Bakke 判決は、大学は単純に人種やエスニシティに基づいて志願者を優先できず、それ自体差別であるから⁽⁴⁷⁾、大学は（「一定の望まれた資質を持つ志願者の各区分を他の志願者との競争から切り離す」）クォータ制を採れないと示し⁽⁴⁸⁾、高等教育機関の入学者選抜の文脈で明確にクォータを禁

止する⁽⁴⁹⁾。個別の評価はクォータを禁止し、個人主義に一致するとされ⁽⁵⁰⁾、合衆国最高裁は、ある個人と他の志願者を競争させる方法で人種を1つの「プラス」要素として考慮できる⁽⁵¹⁾。AAには様々な方法があるが、クォータと同義だと理解されると、その受益者にスティグマを与えるとされる⁽⁵²⁾。

Grutter判決で、合衆国最高裁は、人種を意識する入学者選抜策が使用される時、個別の評価の重要性を強調した⁽⁵³⁾。個別の評価の本質は、単一の要素（人種）だけでは人々の可能性を測れず⁽⁵⁴⁾、志願者が個人として取扱われ、大学の多様性に貢献できるすべての要素を評価されることだとされる⁽⁵⁵⁾。

Grutter判決は志願者の個別の評価を1つ理由に合憲判断を下しており、個人としての志願者の取扱いが重視された⁽⁵⁶⁾。志願者の個別の審査はメリットにより行われ、個人主義に適合し⁽⁵⁷⁾、個別の評価がなされていなければ、合衆国最高裁は違憲判断を下す⁽⁵⁸⁾。

Grutter判決と同じ日に下され、学部の入学者選抜のAA（マイノリティの志願者に一律に20点を付与する施策）の合憲性が問題とされたGratz判決で、合衆国最高裁は、各学生は個別に評価されるべきであり、自動的な点数の付与は事実上人種を決定的要素にするとして、違憲判断を下した⁽⁵⁹⁾。他方で、AA支持派の裁判官は、人種によって点数が付与されていたとしても個別の考慮がなされていることを理由に、問題とされたAAが合憲だと主張した⁽⁶⁰⁾。支持派の見解では、20点の付与でも、個別の評価がされていると示されている。両判決の論点は個別の評価（人種が、多様性を求める際のいくつかある要素のうちの1つに過ぎない）をしているか否かであった⁽⁶¹⁾。合衆国最高裁は、憲法が、大学が志願者を人種やエスニックではなく個人として評価することを要求すると宣言しており⁽⁶²⁾、個別の考慮がなされているか否かが、AAの合憲性判断で重視された⁽⁶³⁾。AAに肯定的な見解では、個別の評価を行うAAが能力主義と一致する旨が指摘される⁽⁶⁴⁾。また、AAの支持者は、個別の考慮がAAの直接の受益者が個人の資格を評価されたことを示すことから、彼らへの劣等視は生じないと指摘する⁽⁶⁵⁾。

IV 人種区分の個人主義との抵触

1 人種区分の危険

平等保護条項は政府が人々を個人として取扱うことを要求するが、人種区分は、人々を肌の色で区分する⁽⁶⁶⁾。ケネディ裁判官によれば、人種区分は、人々の人種の政府による定義を要求し、結果として、人々が「政府が命令する人種的ラベルの下で生きる」ことを強要し、個人ではなく人種で評価し、人種が自己の利益獲得の切り札として主張され、グループごとの組織化によって分裂を作り出す⁽⁶⁷⁾。人々を個人ではなくグループとして評価することは、人種間の争いを生じさせる。カラーブラインドを支持する見解では、グループに根差した人種的優先の政府による使用は、社会を益々人種的に偏向させ⁽⁶⁸⁾、人種区分は個人の価値を肌の色に減じ、社会秩序を傷つけるとされる⁽⁶⁹⁾。グループ間での平等を求めることはカラーブラインドの放棄につながり、社会に深刻な費用を生じさせるとされる⁽⁷⁰⁾。「権限が人種と出身国に基づくグループ間で形式的に分配される社会は非常に抑圧的で、不平等で、不安定」だとされる⁽⁷¹⁾。

合衆国で重視されるのは、個人主義に基づく機会の均等であり⁽⁷²⁾、合衆国最高裁は個人としての評価が人種区分よりも重要だと示し⁽⁷³⁾、AAは合衆国の非常に重要な価値観（人々は個人として評価されるべき）の放棄を要求すると批判される⁽⁷⁴⁾。

合衆国では伝統的に社会の構成単位をグループではなく個人として捉え⁽⁷⁵⁾、個人の権利擁護を中心に考え⁽⁷⁶⁾、自己の成功や失敗に責任があるのは個人だと論じられた⁽⁷⁷⁾。この見解に基づく、AAは努力をしない者に社会的資源を付与している⁽⁷⁸⁾。AAの批判者は、AAは人種による猟官制度を作り出し⁽⁷⁹⁾、個人の評価ではなく、人種的価値に基づくと考える⁽⁸⁰⁾。合衆国では、個人の権利が、人種、ジェンダー、エスニック的出自を理由に、他者の権利よりも高いあるいは低い例はあるべきではないとされる⁽⁸¹⁾。

合衆国市民は「才能と努力によって達成されうるものに価値がある」と考えられるとされる⁽⁸²⁾。カラーブラインドは個人の自由を重視する社会で魅力的であり、合衆国の伝統的見解では、差別の結果として障害に直面しても、懸命に努力する個人は成功する⁽⁸³⁾。人種を考慮しないことで、人々は個人の資質を評価されるため、カラーブラインドは機会の平等と一致すると考えられている⁽⁸⁴⁾。この見

解の下では、人種区分の禁止が理想（人種ではなく、メリットに基づいて評価されるべきとする個人主義的原則）に適合し、人種区分は許容しうる目的とめったに関連せず、不合理かつ不道徳だとされる⁽⁸⁵⁾。

2 スティグマ

人種区分は個人としては何もできない要素を判断形成に組込むため⁽⁸⁶⁾、個人を後退させるしるしとして作用すると評される⁽⁸⁷⁾。後退のしるしは、個人として態度ではなく、しるしによって貶められた地位に従って、政府が判断形成する方向へと導く⁽⁸⁸⁾。カラーブラインドを支持する見解では、政府が人々を個人ではなく人種によって評価するときに、人種区分は個人の価値を減じ、スティグマを生じさせるため⁽⁸⁹⁾、修正第14条を侵害する⁽⁹⁰⁾。

AAの批判者によれば、AAは法制度において人種が重視されるべきではないという理想と抵触し⁽⁹¹⁾、マジョリティがAAの対象となったグループの能力を疑問視し⁽⁹²⁾、それらのグループの達成を過小評価するだけでなく⁽⁹³⁾、マイノリティに自身の能力を疑問視させ⁽⁹⁴⁾、自力では成功できないことを示している⁽⁹⁵⁾。この見解によれば、AAの受益者をグループの一員として見ることでその者にスティグマを課し、個人主義を大きく侵害するが⁽⁹⁶⁾、人々が個人として評価されていればスティグマは生じないとされ⁽⁹⁷⁾、個人として評価されることに関心が寄せられた⁽⁹⁸⁾。

他方、マイノリティの自己評価へのAAの影響について、経験に基づく研究はほとんど行われていないともされる⁽⁹⁹⁾。AAの直接の受益者がスティグマ（劣等性の烙印）を認識しているのかは疑問であり⁽¹⁰⁰⁾、AAにより機会の扉が開かれることで⁽¹⁰¹⁾、自尊を強化し⁽¹⁰²⁾、AAがスティグマをもたらすとは考えられないとも主張される⁽¹⁰³⁾。AAの受益者（社会的地位の高い者）は共同体で指導的役割を果たし、自己の活動を自負しているため、自身を劣等視せず、AAのもたらす自尊心や自己評価への否定的影響はその肯定的影響で打ち消されるとされる⁽¹⁰⁴⁾。AAによる採用者は業務をこなす資格があるが、民間企業の人事担当者はマイノリティの就業能力を疑っているとされる⁽¹⁰⁵⁾。AAがなければ、マイノリティの採用人数は大幅に減り、民間企業で指導的立場に就くマイノリティも減

少するため、労働市場での人種の偏見がさらに強まるとされる⁽¹⁰⁶⁾。「現代社会の差別のほとんどは、不合理さ、搾取、競争からの排除というよりも情報の費用から生じている」とも考えられている⁽¹⁰⁷⁾。この立場では、人種区分の不使用は結果としてマイノリティへの偏見を生じさせ、個人としての評価をできなくする。

V 個人主義と司法審査基準

個人主義の強調は、人々が個人として評価されることを保障するために、厳格審査を要求する⁽¹⁰⁸⁾。中間派と否定派の裁判官は、修正第 14 条の意図は、すべての者が人種ではなく、個人として取扱われることを保障するところにあるとする⁽¹⁰⁹⁾。この考えに基づいて形成された法廷意見で、合衆国最高裁は AA の合憲性は厳格審査の下で審査されるべきと示し⁽¹¹⁰⁾、個人としての評価を保障するために、AA の合憲性は厳密に審査されるとの立場をとったと分析される⁽¹¹¹⁾。

AA への厳格審査の適用は、AA が「個人のメリットと機会の平等という ... 中核的なアメリカの価値」を脅かし、マイノリティが「特別な権利」を主張することへの、裁判所によるバックラッシュの産物だとされる⁽¹¹²⁾。平等保護条項はすべての合衆国市民の個人として取扱われる権利を保障するという理解に基づき、中間派と否定派の裁判官は「すべての人種区分を厳格審査に服させるべき」と主張したとされる⁽¹¹³⁾。

VI 時間的制約

時間的制約の要求は、修正第 14 条の最終目的が、人々が人種グループのメンバーではなく個人として取り扱われる社会である、とする合衆国最高裁が主張してきた考えと綿密に関連し⁽¹¹⁴⁾、あらゆる人種区分が一時的であることは、最終目的の達成を助けるとされる⁽¹¹⁵⁾。

反対に、人種区分が永続化すると、最終目的の達成は不可能だと指摘される⁽¹¹⁶⁾。人種がメリットして捉えられると、人種の評価が永続化し、時間的制約の概念が崩される⁽¹¹⁷⁾。例えば、有能な専門家の育成に多様性が必要である場合には、そ

れはいつでも必要であり、多様性の必要性はなくなるならない⁽¹¹⁸⁾。

合衆国最高裁の中間派や AA 支持派の裁判官は、人種区分の永続は個人として評価される社会という理想を傷つけると認識する⁽¹¹⁹⁾。支持派の裁判官でも、人種区分の永続化が個人主義にもたらす危険を認識し、その合憲性判断は厳密に行われなければならないとする⁽¹²⁰⁾。支持派の裁判官はカラーブラインドを目標だと捉え、AA はそれを達成するための一時的な手段だと考えてきたと分析される⁽¹²¹⁾。だが、人種的不均衡が存在する状況では、マイノリティへの偏見が評価者に生じ、マイノリティはその資格を公正に評価されない (VII)。カラーブラインドの概念が目標であるという見解は、不均衡を是正する期間、AA を許す⁽¹²²⁾。

VII 人種区分の必要性

人々を個人として評価することが重要だとされるが (II)、そのためには人種区分の一切の考慮が禁止されるべきではなく、人種を考慮することで人種主義を乗り越える必要があると主張される⁽¹²³⁾。合衆国最高裁では、「人種が個人の機会や達成と無関係である社会」という理想が示されるが⁽¹²⁴⁾、その理想に達する前にカラーブラインドであるべきかに疑問が提起される⁽¹²⁵⁾。

人種は個人の機会に影響を及ぼし⁽¹²⁶⁾、社会構造的でもあるため、人種を意識することこそが、個人を個人として評価すると主張される⁽¹²⁷⁾。マイノリティは人種を理由にその資格を低く評価され⁽¹²⁸⁾、人種はマイノリティに様々な社会的地位へのアクセスを否定するために使用されてきたため⁽¹²⁹⁾、人種が差別的に用いられないために、人種区分を用いるべきとされる⁽¹³⁰⁾。構造的障害を克服するために AA が必要であり⁽¹³¹⁾、人種が彼らに公正な機会を与える方法でも使用できないならば、奇異だとされる⁽¹³²⁾。

AA に反対する見解ではマイノリティが社会経済的に低い地位にあるのは生来の能力に起因する旨が指摘されるが、AA の必要性を認める見解では、その原因は人種主義がマイノリティの社会的地位の向上を妨げてきたところにある⁽¹³³⁾。マイノリティの不均衡の原因は能力の欠如ではなく、人種差別の長い歴史から生じたと認識し⁽¹³⁴⁾、AA は人種的従属の歴史の文脈で評価されるべきとされる⁽¹³⁵⁾。

AAの支持派はマイノリティの歴史、現状、差別の継続する影響からマイノリティの積極的保護が必要だとし、AAを許容する⁽¹³⁶⁾。また、指導的地位に占めるマイノリティの割合が少ないと、マイノリティは能力が低いという偏見が生じるため⁽¹³⁷⁾、マイノリティの多くが低い社会経済的地位にあると、差別による否定的影響の克服は難しくなる⁽¹³⁸⁾。マイノリティへの差別は、彼らの社会経済的に低い地位から、マジョリティと比べて彼らが知的に劣っているという立場に基づいてきたとされる⁽¹³⁹⁾。マイノリティの社会経済的地位が向上すると、マイノリティは劣った存在であるという偏見が縮減する⁽¹⁴⁰⁾。そのためには、指導的地位に占めるマイノリティの割合が一定程度に達する必要がある⁽¹⁴¹⁾、その割合を達成するためにAAが必要だとされる⁽¹⁴²⁾。この見解では、人種区分全般を禁止するカラーブラインドな解釈は、マジョリティがマイノリティと比べて得てきた社会的、経済的、政治的優位を正当化し⁽¹⁴³⁾、マイノリティに不利な状況に耐えることを要求するとされる⁽¹⁴⁴⁾。

合衆国では、各個人の社会的地位はグループの地位に結びついていると指摘され⁽¹⁴⁵⁾、AAの反対者は、グループのメンバーであることの個人への影響を無視しているとされる⁽¹⁴⁶⁾。社会関係に言及せずに個人に関連づけることは、マイノリティが低い社会経済的地位に置かれているのは何故かについて、重要な部分を無視し⁽¹⁴⁷⁾、個人主義とは、マイノリティの社会経済的に不利な状況の原因を人種主義から個人へと転嫁する⁽¹⁴⁸⁾。平等保護条項は劣等なグループのメンバーとして個人を取扱うのを禁止しているという解釈に基づく⁽¹⁴⁹⁾、個人として評価される社会を達成するために⁽¹⁵⁰⁾、AAは憲法上許される⁽¹⁵¹⁾。

VIII メリット

AAは「メリット」システムを害するとの理由から、保守派により厳しく批判された⁽¹⁵²⁾。

合衆国で広く支持される正義の原理とは、地位と報酬は個人のメリットで分配されるべきというもので、メリットの原理は、地位は最も資格のある者に分配されるべきと示すとされる⁽¹⁵³⁾。メリットによる選抜の理由づけの重要な部分は、

仕事を最も首尾よくこなす者が選ばれる価値があるというものである⁽¹⁵⁴⁾。平等な機会とは、人々は、その資格に基づいて望ましい地位に選抜されることを要求するのだと認識される⁽¹⁵⁵⁾。AAは「個人のメリットが社会的に配分された報酬と利益に唯一関連する考慮であるという最も基本的な考えを傷つける」⁽¹⁵⁶⁾ことになる。グループのメンバーであることから生じる障害に直面したとしても、懸命に努力する個人は成功すると考えられているため⁽¹⁵⁷⁾、AAによって不利益を受けた者はいかりを抱く⁽¹⁵⁸⁾。

個人は社会の基本的単位であり、各人の能力に応じた地位に就くことが基本であり、人々は「肌の色ではなく各人の才能や価値に基づいて判断される権利を約束されている」と主張される⁽¹⁵⁹⁾。AAの反対者は選抜はメリットに基づくべきと考え⁽¹⁶⁰⁾、機会とは才能や勤勉さによって達成される能力主義的なのだと理解するため⁽¹⁶¹⁾、AAは個人主義への懸念とメリットに基づく報酬の分配への懸念をもたらす⁽¹⁶²⁾。

Bakke判決で、人種に基づくクォータを認めたブレナン裁判官でさえも、人種区分は「『法的な負担は個人的な責任や不正な行為と関連する者に課されるべき』であり、州により許され、支援され、あるいは承認された達成は個人のメリットや達成、少なくとも個人の統制内にある諸要素に理論上基づくべき、という我々の深い考えに反する」とする⁽¹⁶³⁾。

個人の地位はメリットによって配分されるべきであり⁽¹⁶⁴⁾、AAはメリットを害するという議論⁽¹⁶⁵⁾は、既存の評価基準で評価の高い者がより役割をこなすと想定していると分析される⁽¹⁶⁶⁾。だが、既存の評価基準で評価の高い者が地位の役割をよりこなし、より良い社会や組織を構築するわけではなく⁽¹⁶⁷⁾、既存の評価基準によって評価される権利は存在しない⁽¹⁶⁸⁾。メリットは判断形成機関の目的で変化し、不変ではない⁽¹⁶⁹⁾。AAは既存の評価基準とは異なる方法を提示したのであり、メリットとは矛盾しないと主張される⁽¹⁷⁰⁾。

AAの反対者は、各人の能力を測り、公正な基準で最も有能だと判断された者に地位を付与することで、それらの地位はメリットにしたがって分配されるべきとも考えるが、その想定は疑問視される⁽¹⁷¹⁾。メリットは、判断形成者により価値があるとされた文化的態度を候補者が共有する程度を測るに過ぎず⁽¹⁷²⁾、社会

がいかなる資格を要求し、評価するのは個人の統制を超えている⁽¹⁷³⁾。メリット自体が文化の産物であり、偏見等によって影響を受けるため⁽¹⁷⁴⁾、評価者はときとして無意識の偏見を伴っており、マイノリティを低く評価する⁽¹⁷⁵⁾。故に、メリットによる評価が客観的で偏見のない基準で行われるのは不可能だとされる⁽¹⁷⁶⁾。無意識の偏見に服せられるマイノリティは、個人として評価されず、この状況を是正するために、AAは正当化されると主張される⁽¹⁷⁷⁾。

合衆国の個人主義は個人の社会経済的地位が努力に比例し、低い地位は個人の責任にあると強調することで、マイノリティの不利な状況の構造上の原因を覆い隠したが、個々人の勤勉さ、動機づけ、忍耐では構造上の原因に抵抗できないとされる⁽¹⁷⁸⁾。社会経済的に不利な状況は、個人の資質だけに原因があるわけではなく⁽¹⁷⁹⁾、評価者に偏見が存在し⁽¹⁸⁰⁾、マイノリティがその能力を公正に評価されないことに原因があるとされる⁽¹⁸¹⁾。マジョリティは自身に優位に評価基準を確立してきたのであり⁽¹⁸²⁾、メリットの絶対的基準の確立⁽¹⁸³⁾は自己満足の成績主義だと批判される⁽¹⁸⁴⁾。故に、「メリットに基づく」選抜は真に個人を評価するものではないと批判される⁽¹⁸⁵⁾。

IX 多様性に基づく Affirmative Action と個人主義

1 多様性と個人主義の関係性

高等教育機関の入学者選抜のAAの合憲性が問題とされた事例では、Bakke判決以降⁽¹⁸⁶⁾、人種及びエスニックが重要だが1つの要素に過ぎず、広範囲にわたる要素を含む多様性の形式が描かれてきた⁽¹⁸⁷⁾。合衆国最高裁は、高等教育機関の入学者選抜のAAを合憲と判断する際に、多様性に基づくAAが志願者をグループではなく個人として評価していることを強調してきた(III)。

地位獲得の選抜の際に既存の評価基準を絶対視すると、多くのマイノリティグループについて、指導的な地位に占める割合が少なくなり(Ⅷ)、評価者はマイノリティが劣った存在だと想定する。結果として、評価者はマイノリティの資格を公正に評価せず、マイノリティは個人として評価されない(Ⅶ)。既存の評価基準の絶対視は一見すると個人主義に適合するが、実際には個人主義に反する

結果をもたらすとの考えに基づいて、多様性に基づく AA は個人主義という偽りから人々を自由にすると評される⁽¹⁸⁸⁾。

他方、多様性に基づく AA は、個人の達成以上に不変の特性を評価する主張を助長したと批判される⁽¹⁸⁹⁾。その見解によれば、例えば大学の入学者選抜の AA については、人種を重視しすぎると、大学の教育環境の多様性が減じられ、AA が避けようとするもの（個人が乗り越えた各人の環境というよりも、不変の特性に基づいて個人を固定観念化する）に向う⁽¹⁹⁰⁾。意図していなくとも、AA における不均衡な割合での人種の使用は、個人の特性よりも不変の特性に基づいて個人を評価し、判断する態度を助長し、このことは肌の色に基づく志願者の許容できない固定観念を導くとされる⁽¹⁹¹⁾。多様性に基づく AA が個人主義に適合するの否かは、肯定的影響（指導的な地位に占めるマイノリティの割合の増加による偏見の縮減）と否定的影響（人種を重視しすぎることによって個人の達成よりも人種が評価されること）を考慮して評価される。

2 個人としての評価とアジア系

多様性の達成を測る指標は、「相当数 (critical mass)」である。過少代表のマイノリティが相当数存在するときに、多様性は達成される。マイノリティの中でも、日系や中国系は社会経済的に成功を取っており、人口に占める比率と比べて、上位の高等教育機関の学生に占める割合が高い⁽¹⁹²⁾。

多様性を達成するために必要とされる「相当数」は人種構成に関わり、アジア系アメリカ人が人口構成に占める割合が低いことから、AA によって、アジア系アメリカ人は不利益を被り、個人として評価されていないと批判される⁽¹⁹³⁾。人種に基づく AA は、最終的には、各人種の適切な割合という事実上の目的を持っており、AA によって理想の割合を達成するために、上位の高等教育機関の在学生に占めるアジア系アメリカ人の割合を制限し、彼らの個人的価値の引き下げを及ぼすと指摘される⁽¹⁹⁴⁾。

日系や中国系は学力が高いが⁽¹⁹⁵⁾、AA によって上位の大学の入学者に占める割合が抑えられ、AA によって個人としての評価が害されており⁽¹⁹⁶⁾、それらのグループの諸団体は AA が個人主義を害し、不利益を及ぼされたグループのいか

りを生じさせると主張した⁽¹⁹⁷⁾。これに対し、日系や中国系はメリットに基づく基準だけで判断されれば、さらに成功を取めるという主張は誤りであり、メリット（既存の基準）も何を重視するのかによって、アジア系に不利に働くこともある。例えば、言語テストが重視されると、アジア系は既存の基準で高い評価を得られないとされる⁽¹⁹⁸⁾。

X おわりに

AAの否定派や中間派の裁判官は、AAは個人主義に抵触するため、それが憲法上許容されるには、非常に高いハードルが課せられると主張した（II）。高等教育機関の入学者選抜におけるAAの合憲性が問題とされた文脈では、それらの裁判官は入学者選抜が志願者を個別に評価していないことを問題視していた（III）。AAは個人ではなくグループによる評価を進めるため（IV 1）、スティグマを生じさせる危険があると認識されていた（IV 2）。故に、合憲性審査の際には、AAには厳格度の高い審査基準が適用され（V）、許容される場合でも、個人主義からの逸脱は一時的でなければならぬと認識されていた（VI）。

AAの肯定派は、カラーブラインドな社会が達成されることで人々が個人として評価される社会が理想だと考えるが、マイノリティの社会経済的地位が低い状態において、人種は個々の評価に悪影響を及ぼすため、その悪影響をなくすためにAAが必要だと捉える（VII）。彼らの主張によれば、メリットシステムは一見すると中立的だが、マイノリティに不利に作用している（VIII）。他方、AAの否定派は、社会経済的地位は個々人の能力や努力の結果であり、人種は機会に影響を及ぼさないと捉える（VIII）。AAが必要か否か、個人主義に反するのか否かの判断は、人種が個々人の機会に影響を及ぼしているか否かの認識の違いによる。

現在、多様性のもたらす利益の達成がAAの主たる正当化理由の1つである。偏見や固定観念によってマイノリティは個人として評価されていないと捉えると、多様性に基づくAAは、人種の考慮によって偏見や固定観念をなくすことで、個人主義を促進すると理解できる（IX 1）。他方、AAの否定派は、人種の考慮によって多様性に基づくAAは固定観念や偏見を助長し、個人主義を害すると理解する

(IX 1)。多様性に基づく AA が個人主義に反するか否かの判断は、人種の考慮が偏見や固定観念をなくすのか、助長するのかの認識の違いにある。一般的に、多様性に基づく AA はマイノリティに利益を与えると考えられているが、アジア系アメリカ人に不利益を及ぼしており、彼らの個人としての評価を妨げている可能性がある (IX 2)。AA が個人主義に反するか否かの問題は、マジョリティとマイノリティの枠組だけで論じるだけでなく、マイノリティの中でもグループを分類し、各グループにどのような影響が及ぼされるのかを考察する必要がある。

最後に、日本のアファーマティブ・アクションの議論と以上考察した合衆国の議論の関連する点について述べる。差別が無意識のうちに生じ⁽¹⁹⁹⁾、個人の責任とは無関係の区別指標による偏見が浸透している場合には、偏見を受けている者は社会的資源の獲得競争で不利に取扱われ、自己実現の機会を妨げられる⁽²⁰⁰⁾。アファーマティブ・アクションの目的は偏見によって能力を発揮できない者が努力できる環境を整え、その成果が正当に評価される社会を目指し⁽²⁰¹⁾、個人の権利実現に望ましくない客観的環境を変えるところにあるとされる⁽²⁰²⁾。自己実現を妨げる偏見や固定観念の是正を目的とする施策（アファーマティブ・アクション）は、直ちに個人主義に反するとは言えない⁽²⁰³⁾。個人主義の前提が機会の平等が実質的に保障されているところにあれば⁽²⁰⁴⁾、アファーマティブ・アクションは個人主義に反せず、それを実現する施策だと捉えられる。AA に肯定的な見解は、AA は偏見や固定観念を是正し、個人の資格を公正に評価する環境を整えることで、個人主義を補完する施策だと理解されたが(VII)、日本の学説もアファーマティブ・アクションを同様に理解している。

ただし、後段列挙事由が歴史的に差別的に用いられてきたことを注意しなければならず⁽²⁰⁵⁾、アファーマティブ・アクションが無期限に行われると、集団概念に基づく差別の存続を認めてしまう⁽²⁰⁶⁾。差別は偏見や固定観念を産み、それが個人の資格が公正に評価される環境（個人主義の前提）を害する。合衆国では個人主義に反しないために AA に時間的制約が必要だとされたが (VI)、同じ理由からアファーマティブ・アクションには時間的制約が必要である。

また、アファーマティブ・アクションは対象外のグループに社会的資源の獲得のハードルを高め、個人の権利実現を妨げる可能性があることは無視できな

い⁽²⁰⁷⁾。合衆国でも、AA が個人主義に反する可能性からその合憲性審査を厳密に行うべきとの主張がなされたが（V）、日本でもアファーマティブ・アクションが個人主義に反する（個人の自己実現を妨げる）可能性があることを認識し、その合憲性審査はある程度は厳密な態度をもって行うべきである。

註

- (1) 本稿では、日本と合衆国の議論を区別するために、日本の議論はアファーマティブ・アクション、合衆国の議論は Affirmative Action と記す。AA は広範囲に及ぶ施策であり、本稿では優先を伴う AA（社会的資源獲得の競争で対象者に社会的資源を付与し、対象外の者にその獲得のハードルを高める施策）を考察対象とする。
- (2) カラーブラインドの意味については、拙稿「カラーブラインドの意味と Affirmative Action(1)(2・完)」桐蔭法学 27 巻 1 号(2020) 73 頁、同 2 号(2021) 91 頁参照。
- (3) See Benjamin L. Hooks, *Affirmative Action: A Needed Remedy*, 21 Ga. L. Rev. 1043, 1043 (1987); Edwin Meese III, *Civil Rights, Economic Progress, and Common Sense*, 14 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 150, 156 (1991).
- (4) カラーブラインドは、個人の権利の尊重を前提にすると評される（山内久史「高等教育における人種的アファーマティブ・アクション—ミシガン州立大学 2 事件判決(2003 年)を契機として—」帝京国際文化 18 号(2005) 111 頁, 129 頁)。
- (5) Terry Eastland, *The Case Against Affirmative Action*, 34 Wm. & Mary L. Rev. 33 (1992).
- (6) Lino A. Graglia, *Racial Preferences, Quotas, and the Civil Rights Act of 1991*, 41 DePaul L. Rev. 1117, 1118 (1992).
- (7) 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—Grutter v. Bollinger, 123 S.Ct. 2325; Gratz v. Bollinger, 123 S.Ct. 2411 (2003)」ジュリスト 1260 号(2004) 227 頁, 230 頁。
- (8) 吉田仁美「アメリカにおける女性に対するアファーマティブ・アクションの動向」同志社アメリカ研究 38 号(2002) 87 頁。
- (9) 吉田仁美「アファーマティブ・アクションと平等保護の展望」比較法研究 66 巻(2004) 231 頁, 239 頁。
- (10) 勝田卓也「ミシガン大学ロー・スクールにおけるアファーマティブ・アクションをめぐる連邦控訴裁判判決—Grutter v. Bollinger, 288 F.3d 732 (6th Cir.2002).」ジュリスト 1229 号(2002) 180 頁, 183 頁参照。
- (11) 中村陸男『憲法 30 講』（青林書院, 1984）56 頁；安西文雄「平等」樋口陽一編『講座憲法学 3 権利の保障(1)』（日本評論社, 1994）76 頁, 87 頁；安西文雄「自由・平等および公正な人権保障体系」法学教室 228 号(1999) 84 頁, 87 頁。
- (12) 浦部法穂『憲法学教室<全訂第 2 版>』104 頁（日本評論社, 2006）。

- (13) 横田耕一『アメリカの平等雇用 — アファーマティブ・アクション』(部落解放研究所, 1991) 3頁; 有澤知子「積極的平等施策と合衆国裁判所 — アダラント判決と積極的平等施策の今後 —」法学新報 103 巻 2・3 号(1997) 209 頁, 212 頁註 7; 金城清子『法女性学 — その構築と課題 — <第 2 版>』(日本評論社, 1997) 79 頁; 安西文雄「法の下での平等について (四・完)」国家学会雑誌 112 巻 3・4 号(1999) 69 頁, 96 頁; 卷美矢紀「ポジティブ・アクションの目的と多様性 (1)」千葉大学法学論集 27 巻 3 号(2013) 1 頁, 13-14 頁。
- (14) 佐藤幸治編『憲法』(成文堂, 1988) 128 頁(鎌田泰介)。
- (15) 戸松秀典「平等原則」法学教室 18 号(1982) 6 頁, 8 頁。
- (16) 阿部照哉・野中俊彦『平等の権利』(法律文化社, 1984) (阿部照哉) 75-76 頁; 横田耕一「就職差別の禁止と積極的雇用促進」部落解放研究所編『憲法と部落問題』(解放出版社, 1986) 158 頁, 162 頁参照。
- (17) 棟居快行「平等保障の基礎的考察」樋口陽一・野中俊彦編『憲法学の展望 — 小林直樹先生古稀記念 —』(有斐閣, 1991) 581 頁, 588 頁; 樋口陽一『憲法<第 3 版>』(創文社, 2007) 203 頁; 辻村みよ子『憲法<第 6 版>』(日本評論社, 2018) 159 頁等参照。
- (18) 阪本昌成『憲法理論 II』(成文堂, 1993) 295 頁; 吉田前掲(8) 94 頁参照。
- (19) 勝田前掲(10) 183 頁参照。
- (20) 吉田前掲(9) 239 頁。
- (21) 浅倉むつ子『均等法の新世界』(有斐閣, 1999) 111 頁。
- (22) 横田耕一『『集団』の『人権』』公法研究 61 号(1999) 46 頁, 48 頁。
- (23) 木下智史『『批判的人種理論 (Critical Race Theory)』に関する覚書』神戸学院法学 26 巻 1 号(1996) 199 頁, 212 頁。
- (24) 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 — 畑博行先生古希記念』(有信堂, 2000) 316 頁。
- (25) 伊藤正己「アファーマティブ・アクション」日本学士院紀要 48 巻 2 号(1994) 83 頁, 97 頁。
- (26) 松田聰子「男女平等とアファーマティブ・アクション」現代公法研究会編『現代憲法の理論と現実』33 頁, 74 頁(青林書院, 1993)。
- (27) 安西前掲(13) 138 頁参照。
- (28) Charles Fried, *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC: Two Concepts Of Equality*, 104 Harv. L. Rev. 107 (1990).
- (29) Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265, 314 (Powell J., opinion) (1978); City of Richmond v. J.A. Croson, Co., 488 U.S. 469, 493-94 (O'Connor J., jointed by Rehnquist C.J, White, Stevens, Kennedy JJ., majority) (1989); Adarand v. Pena, 515 U.S. 200, 230 (O'Connor J., jointed by Rehnquist C.J, Scalia, Thomas & Kennedy JJ., majority) (1995); Grutter v Bollinger, 539 U.S. 306, 380 (Rehnquist C.J., jointed by Scalia, Kennedy, Thomas JJ., .dissenting) (2003).
- (30) Grutter, 539 U.S. at 271 (Rehnquist C.J., jointed by Scalia, Thomas, Kennedy JJ.,

- dissenting) ; Fisher v. University of Texas at Austin, 133 S. Ct. 2411, 2418 (Kennedy J., joined by Roberts C.J, Scalia, Thomas, Breyer, Alito, Sotomayor JJ., majority) (2013).
- (31) See John E. Morrison, *Colorblindness, Individuality, and Merit: An Analysis of the Rhetoric Against Affirmative Action*, 79 Iowa L. Rev. 313, 341-42 (1994).
- (32) Iris M. Young, *Justice And The Politics of difference* 194, Princeton University Press (1990).
- (33) Morrison, *supra* note 31, at 328.
- (34) Croson, 488 U.S. at 526 (Scalia, J., concurring).
- (35) Grutter, 539 U.S. at 336-37 (O'Connor J., joined by Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer JJ., majority).
- (36) Grutter, 539 U.S. at 392 (Kennedy J., dissenting).
- (37) Bakke, 438 U.S. at 360-61 (Brennan J., joined by White, Marshall, Blackmun JJ., dissenting).
- (38) Maria Hylton, *The Supreme Court's Labor and Employment Decisions: 2002-2003 Term*, 19 Lab. Law 247, 277-78 (2003).
- (39) Richard D. Kahlenberg, *The Remedy : Class, Race, and Affirmative Action* 53, Basic Books (1996).
- (40) Paul Brest, *The Supreme Court 1975 Term, Foreward: in Defense of the Antidiscrimination Principle*, 90 Harv L. Rev 1, 10 (1976).
- (41) See Richard D. Kahlenberg, *Getting Beyond Racial Preferences : The Class-Based Compromise*, 45 Am. U.L. Rev. 721, 728 (1996).
- (42) Adeno Addis, *Role Models and the Politics of Recognition*, 144 U. Pa. L. Rev. 1377 (1996).
- (43) Joshua P. Thompson & Adam R. Pomeroy, *Desperately Seeking Scrutiny: Why The Supreme Court Should Use Fisher V. University Of Texas To Restore Meaningful Review To Race-Based College Admission Programs*, 7 Charleston L. Rev. 139, 173 (2012).
- (44) See Reva B. Siegel, *Equal Divided*, 127 Harv. L. Rev. 1 (2013).
- (45) See Reva B. Siegel, *Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown*, 117 Harv. L. Rev. 1470, 1472-73 (2004).
- (46) Thompson & Pomeroy, *supra* note 43, at 170.
- (47) See Bakke, 438 U.S. at 307.
- (48) Bakke, 438 U.S. at 315.
- (49) Mark W. Cordes, *Affirmative Action After Grutter and Gratz*, 24 N. Ill. U. L. Rev. 691, 727 (2004).
- (50) Adam Lamparellob, *The More Things Change, The More They Stay The Same: Why Fisher v. University of Texas at Austin Will Not Fundamentally Alter the Affirmative Action Landscape*, 24 U. Miami Bus. L. Rev. 1, 8 (2015).
- (51) Ivan E. Bodensteiner, *Although Risky After Ricci and Parents Involved, Benign Race-Conscious Action Is Often Necessary*, 22 Nat'l Black L.J. 1, 35 (2009).
- (52) Jamie L. Barker, *Back to Basics A Functional Strict Scrutiny Solution to the Affirmative Action Controversy*, 22 Ohio N.U.L. Rev. 1363 (1996).

- (53) Grutter, 539 U.S. at 337 (O'Connor J., joined by Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer JJ., majority).
- (54) John A. Powell & Stephen Menendian, *The Limits of Exhaustion and the Future of Race-Conscious University Admissions*, 47 U. Mich. J.L. Reform 899, 915-22 (2014).
- (55) Cordes, *supra* note 49, at 726.
- (56) Michelle Adams, *Stifling the Potential of Grutter v. Bollinger: Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 88 B.U.L. Rev. 937, 980-81 (2008).
- (57) See Evan Gerstmann & Christopher Shortell, *The Many Faces of Strict Scrutiny: How The Supreme Court Changes The Rules in Race Cases*, 72 U. Pitt. L. Rev. 1, 29 (2010).
- (58) Lia B. Epperson, *True Integration: Advancing Brown's Goal of Educational Equity in the Wake of Grutter*, 67 U. Pitt. L. Rev. 175, 220 (2005).
- (59) Gratz v Bollinger, 539 U.S. 244, 268 (2003).
- (60) Gratz, 539 U.S. at 295 (Souter, J., dissenting).
- (61) Cordes, *supra* note 49, at 725.
- (62) Scott D. Gerber, *Clarence Thomas, Fisher v. University of Texas, and The Future of Affirmative Action in Higher Education*, 50 U. Rich. L. Rev. 1169, 1189 (2016).
- (63) Bodensteiner, *supra* note 51, at 36.
- (64) Morris B. Abram, *Affirmative Action: Fair Shakers and Social Engineers*, 99 Harv. L. Rev. 1312, 1316 (1986); Eastland, *supra* note 5, at 48.
- (65) Vinay Harpalani, *Diversity Within Racial Groups and the Constitutionality of Race-Conscious Admissions*, 15 U. Pa. J. Const. L. 463, 494 (2012).
- (66) Joshua P. Thompson & Damien M. Schiff, *Divisive Diversity at the University of Texas: An Opportunity for the Supreme Court to Overturn Its Flawed Decision in Grutter*, 15 Tex. Rev. Law & Pol. 437, 486 (2011).
- (67) See *Parents Involved Community Schools v. Seattle School District*, 551 U.S. 701, 793-97 (Kennedy J., concurring) (2007).
- (68) William B. Reynolds, *Individualism vs. Group Rights: The Legacy Of Brown*, 93 Yale L.J. 995 (1984).
- (69) Scott Grinsell, *"The Prejudice Of Caste": The Misreading Of Justice Harlan And The Ascendency Of Anticlassification*, 15 Mich. J. Race & L. 317, 327 (2010).
- (70) Abram, *supra* note 64, at 1317.
- (71) Brest, *supra* note 40, at 50.
- (72) Alan Freeman, *Antidiscrimination Law: The View from 1989*, 64 Tul. L. Rev. 1407, 1435 (1990); Lisa E. Chang, *Remedial Purpose and Affirmative Action: False Limits and Real Harms*, 16 Yale L. & Pol'y Rev. 59, 99-100, n.206 (1997); Christopher W. Schmidt, *Essay, Brown and the Colorblind Constitution*, 94 Cornell L. Rev. 203, 230-31 (2008).
- (73) See Harpalani, *supra* note 65, at 493.
- (74) See Eastland, *supra* note 5, at 46.

- (75) See Thomas R. Haggard, *Mugwump, Mediator, Machiavellian, or Majority? The Role of Justice O'Connor in the Affirmative Action Cases*, 24 Akron L. Rev. 47, 81 (1990).
- (76) J. Harvie Wilkinson III, *The Law of Civil Rights and the Dangers of Separatism in Multicultural America*, 47 Stan. L. Rev. 993, 1019 (1995).
- (77) Michael Lewis, *The Culture of Inequality*, University of Massachusetts Press (1978).
- (78) Bruce P. Lapenson, *Affirmative Action and The Meanings of Merit 21*, University Press of America (2009).
- (79) Abram, *supra* note 64, at 1320.
- (80) Antonin Scalia, *The Disease as Cure: "In Order to Get Beyond Racism, We Must First Take Account of Race"*, 1979 Wash. U. L.Q. 147, 154.
- (81) Reynolds, *supra* note 68, at 1003.
- (82) John D. Skrentny, *The Ironies of Affirmative Action 27*, The University of Chicago Press (1996).
- (83) Chang, *supra* note 72, at 63 n.19.
- (84) Morrison, *supra* note 31, at 346.
- (85) T. Alexander Aleinikoff, *A Case for Race-Consciousness*, 91 Colum. L. Rev. 1060, 1076 (1991).
- (86) Charles R. Lawrence III, *Race, Multiculturalism, and the Jurisprudence of Transformation*, 47 Stan. L. Rev. 819, 823 (1995).
- (87) Brest, *supra* note 40, at 8.
- (88) Lawrence III, *supra* note 86, at 823-24 n.22.
- (89) See Harpalani, *supra* note 65, at 468-69 n.12.
- (90) See Siegel, *supra* note 45, at 1472-73.
- (91) Walter E. Williams, *False Civil Rights Vision and Contempt for Rule of Law*, 79 Geo. L.J. 1777 (1991).
- (92) Reynolds, *supra* note 68, at 1003.
- (93) Frederick A. Morton, Jr, *Class-based Affirmative Action : Another Illustration of America Denying the Impact of Race*, 45 Rutgers L. Rev. 1089, 1137 (1993).
- (94) See Stephen L. Carter, *Reflections Of An Affirmative Action Baby*, Basic Books (1991).
- (95) Stanley Crouch, *The All-American Skin Game 21-32, 66-69*, Vintage (1995).
- (96) See Bakke, 438 U.S. at 298 (Powell J., opinion).
- (97) See Morrison, *supra* note 31, at 342-43.
- (98) Chan H. Chu, *When Proportionality Equals Diversity: Asian Americans and Affirmative Action*, 23 Asian Am. L.J. 99, 143-44 (2016).
- (99) Linda H. Krieger, *Civil Rights Perestroika: Intergroup Relations After Affirmative Action*, 86 Cal. L. Rev. 1253, 1259 (1998).
- (100) See Marty B. Lorenzo, *Race-Conscious Diversity Admissions Programs: Furthering a Compelling Interest*, 2 Mich. J. Race & L. 361, 410-11 (1997).

- (101) マイノリティが高い知識を必要とする業種の就業者に占める割合が低いことは、マイノリティの認識能力の低さから説明できるとの主張もなされている (Richard J. Herrnstein & Charles Murray, *The Bell Curve: Intelligence and Class Structure in American Life* 276-80, 320-22, Free Press (1994))。過小代表はマイノリティへの偏見を招く可能性があり (See Christine Jolls & Cass Sunstein, *The Law of Implicit Bias*, 94 Cal. L. Rev. 969, 981 (2006))、その是正によってマイノリティへの偏見が縮減するとされる (See Adeno Addis, *The Concept of Critical Mass in Legal Discourse*, 29 Cardozo L. Rev. 97, 111-12, 145 (2007))。
- (102) Paul Brest & Miranda Oshige, *Affirmative Action for Whom?*, 47 Stan. L. Rev. 855, 868 (1995).
- (103) Frank H. Wu, *Neither Black Nor White: Asian Americans and Affirmative Action*, 15 B. C. Third World L. J. 225, 275 (1995).
- (104) See Lapenson, *supra* note 78, at 42-43.
- (105) See Lapenson, *supra* note 78, at 33-34.
- (106) See Lapenson, *supra* note 78, at 52-54.
- (107) Richard A. Posner, *The DeFunis Case and the Constitutionality of Preferential Treatment of Racial Minorities*, 1974 Sup. Ct. Rev. 1, 21.
- (108) See Gerber, *supra* note 62, at 1173.
- (109) *Miller v. Johnson*, 515 U.S. 900, 911 (Kennedy J., jointed by Rehnquist C.J, O'Connor, Scalia, Thomas JJ., majority)(1995).
- (110) *Adarand*, 515 U.S. at 227 (O'Connor J., jointed by Rehnquist C.J, Scalia, Thomas & Kennedy JJ., majority); *Grutter*, 539 U.S. at 326 (O'Connor J., jointed by Stevens, Breyer, Ginsburg & Souter JJ., majority).
- (111) George La Noue & Kenneth L. Marcus, *Serious Consideration of Race-Neutral Alternatives in Higher Education*, 57 Cath. U.L. Rev. 991, 997-1003 (2008); Thompson & Pomeroy, *supra* note 43, at 153-54
- (112) Bertrall L. Ross II, *Democracy and Renewed Distrust: Equal Protection and the Evolving Judicial Conception of Politics*, 101 Calif. L. Rev. 1565, 1572 (2013).
- (113) Gerber, *supra* note 62, at 1173. 他方で、AA を支持する見解では、カラーブラインドな基準では、反差別の効用が得られないとの認識から、AA への中間審査の適用が主張される (Selena Dong, *"Too Many Asians": The Challenge of Fighting Discrimination Against Asian-Americans and Preserving Affirmative Action*, 47 Stan. L. Rev. 1027, 1051 (1995))。
- (114) See *Bakke*, 438 U.S. at 299; *Adarand*, 515 U.S. at 224-27; *Grutter*, 539 U.S. at 341.
- (115) Cordes, *supra* note 49, at 744..
- (116) Charles Fried, *Saying What The Law Is* 239, Harvard University Press (2004).
- (117) Eastland, *supra* note 5, at 45-46.
- (118) Robert C. Post, *Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law*,

- 117 Harv. L. Rev. 4, 67-68 n.306 (2003).
- (119) See Fried, *supra* note 116, at 239.
- (120) Sheet Metal Workers v. EEOC, 478 U.S. 421, 480 (Brennan J., Marshall, Blackmun, Stevens JJ., plurality) (1986); United States v. Paradise, 480 U.S. 149, 178 (Brennan J., jointed by Marshall, Blackmun, Powell JJ., plurality) (1987).
- (121) Lucy Katz, *Public Affirmative Action and the Fourteenth Amendment: The Fragmentation of Theory after Richmond v. J.A. Croson Co. and Metro Broadcasting, Inc. v. Federal Communications Commission*, 17 T. Marshall L. Rev. 317, 319 (1992).
- (122) Joel K. Goldstein, *Justice O'Connor's Twenty-Five Year Expectation: The Legitimacy of Durational Limits in Grutter*, 67 Ohio St. L.J. 83, 109 (2006).
- (123) See Lorenzo, *supra* note 100, at 418.
- (124) See Croson, 488 U.S. at 505-06.
- (125) See Goldstein, *supra* note 122, at 112.
- (126) See Neil Gotanda, *A Critique of "Our Constitution is Color-Blind"*, 44 Stan. L. Rev. 1 (1991).
- (127) Lorenzo, *supra* note 100, at 419.
- (128) Morton, *supra* note 93, at 1113.
- (129) 佐藤編前掲(14) 120 頁 (鎌田泰介)。
- (130) David Strauss, *The Myth of Colorblindness*, 1986 Sup. Ct. Rev. 99, 114.
- (131) Karen K. Inkelas, *Diversity's Missing Minority: Asian Pacific American Undergraduates' Attitudes Toward Affirmative Action*, 71 J. of Higher Educ. 601, 605-06 (2003).
- (132) Goldstein, *supra* note 122, at 112.
- (133) Daniel P. Tokaji, *Asian Americans and Affirmative Action*, 1 Nexus J. Op. 47, 53-54 (1996).
- (134) 平等保護の歴史的文脈を考慮すると、憲法が禁止するのは人種的従属を課すいずれの区分であるのは明確だとされる (Christopher J. Schmidt, *Caught in a Paradox: Problems with Grutter's Expectation that Race-Conscious Admissions Programs Will End in Twenty-Five Years*, 24 N. Ill. U. L. Rev. 753, 778-79 (2004))。
- (135) Tokaji, *supra* note 133, 56-57.
- (136) David Kairys, *Unexplainable on Grounds Other than Race*, 45 Am. U.L. Rev. 729, 730-31 (1996).
- (137) See Herrnstein & Murray, *supra* note 101, at 276-80, 320-22.
- (138) William J. Wilson, *The Truly Disadvantaged: The Inner City, the Underclass, and Public Policy* 34, University of Chicago Press (1987).
- (139) Addis, *supra* note 42, at 1436.
- (140) Jolls & Sunstein, *supra* note 101, at 981.
- (141) AA は個人主義を否定せず、それを補完するものとして捉えられる (西村裕三「シニョリティ制に基づく一時解雇とアフアーマティヴ・アクション」判例タイムズ 564号 (1985) 58 頁, 60 頁)。

- (142) See Addis, *supra* note 101, at 145.
- (143) Gotanda, *supra* note 126, at 2.
- (144) Chang, *supra* note 72, at 93. 他方、AA がなければ、指導的な地位に占めるマイノリティがいなくなるとの主張は、既存の基準で地位を獲得できるマイノリティの人数を過小評価しているとされる (Kahlenberg, *supra* note 39, at 165)。AA が必要だとする見解に対しては、大規模な人種分離や不均衡は法的介入を引き起こしたが、AA はマイノリティへの差別と同様に評判が悪いため、重要原則はカラーブラインドであり、人種差別の根絶に適切なルールだとされる (Freeman, *supra* note 72, at 1412)。
- (145) Owen M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 Phil. & Pub. Aft. 107, 148 (1976).
- (146) See Morrison, *supra* note 31, at 325-26.
- (147) Morrison, *supra* note 31, at 325.
- (148) Morrison, *supra* note 31, at 329. マイノリティの社会経済的に低い地位を個人の責任にすることは、その状況を是正する圧力から多くの政治的指導者を解放するとされる (Meese III, *supra* note 3, at 156)。
- (149) Kenneth Karst, *The Supreme Court 1976 Term, Foreword: Equal Citizenship Under the Fourteenth Amendment*, 91 Harv. L. Rev. 1, 6 (1977).
- (150) AA は個人の競争と平等を前提とした近代的自由主義国家の基本原理の上に立つとされる (佐藤司「少数民族優先入学は逆差別か — 『バキ逆差別事件』米連邦最高裁判決の意義」法学セミナー 286 号 (1979)16 頁, 21 頁)。
- (151) Allan Freeman, *Legitimizing Racial Discrimination Through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine*, 62 Minn. L. Rev. 1049, 1054-56, 1067 (1978).
- (152) Morton, *supra* note 93, at 1127.
- (153) Young, *supra* note 32, at 200.
- (154) George Sher, *Predicting Performance in Equal Opportunity* edited by Ellen F. Paul et al 199 (1987).
- (155) Sher, *supra* note 154, at 188.
- (156) See Lino A. Graglia, *Special Admission of the "Culturally Deprived" to Law School*, 119 U. Pa. L. Rev. 351, 352 (1970).
- (157) Chang, *supra* note 72, at 63 n.18.
- (158) Peter N. Kirsanow, *Race Discrimination Rationalized Again*, 2016 Cato Sup. Ct. Rev. 59, 77.
- (159) William B. Reynolds, *The Reagan Administration and Civil Rights: Winning the War Against Discrimination*, 1986 U. Ill. L. Rev. 1001, 1021.
- (160) Chang, *supra* note 72, at 79 ; Bodensteiner, *supra* note 51, at 49-50.
- (161) Skrentny, *supra* note 82, at 27.
- (162) Morrison, *supra* note 31, at 315. AA の否定派と中間派の裁判官は、人種区分の使用が禁止される理由はメリットと資格によって判断される人々の尊厳と価値を崩すとこ

- ろにあると示した(Rice v. Cayetano, 528 U.S. 495, 517 (Kennedy J., jointed by Rehnquist C.J., O'Connor, Scalia, Thomas JJ., majority) (2000))。
- (163) Bakke, 438 U.S. at 360-61 (Brennan J, jointed by White, Marshall, Blackmun JJ., dissenting).
- (164) 例えば、ロー・スクールの入学者選抜のAAの合憲性が問題とされたDeFunis判決で、ダグラス裁判官は、志願者は人種ではなく個人のメリットに基づき評価される憲法上の権利を持つ旨を述べる(DeFunis v. Odegaard,, 416 U.S. 312, 337 (Douglass, J., dissenting) (1974))。
- (165) Fullilove v. Klutzunick, 448 U.S. 448, 532 (Stewart, J., dissenting (1980)); Metro Broadcasting v. FCC., 497 U.S. 547, 604 (O'Connor, J., dissenting (1990)).
- (166) J.Arthur, *The Limit of Equality in The Unfinished Constitution :Philosophy and Constitution* 242, 252 (1989).
- (167) Arthur, *supra* note 166, at 254.
- (168) Leslile P. Francis, *In Defense of Affirmative Action in Affirmative Action and the University : A Philosophical Inquiry* (1993) 13, 37-38.
- (169) See Lorenzo, *supra* note 100, at 405-06.
- (170) See Adrian Liu, *Affirmative Action & Negative Action: How Jian Li's Case Can Benefit Asian Americans*, 3 Mich. J. Race & L. 391, 407-08 (2008).
- (171) Young, *supra* note 32, at 193.
- (172) Girardeau A. Spann, *Proposition 209*, 47 Duke L.J. 187, 235 (1997).
- (173) Sher, *supra* note 154, at 192-93.
- (174) Young, *supra* note 32, at 208-10.
- (175) Young, *supra* note 32, at 206.
- (176) Young, *supra* note 32, at 202.
- (177) Bodensteiner, *supra* note 51, at 33.
- (178) See Lapenson, *supra* note 78, at 66.
- (179) Richard H. Fallon, Jr, *Affirmative Action Based on Economic Disadvantage*, 43 UCLA L. Rev. 1913, 1926 (1996).
- (180) 例えば、学術業績の評価に人種的偏見が存在し、マイノリティの業績が評価されていない旨が指摘されている(See Randell Kennedy, *Racial Critique of Legal Academia*, 102 Harv.L.Rev 1745 (1989))。
- (181) See James Rachels, *Are Quotas Sometimes Justified ?* in *Affirmative Action and the University : A Philosophical Inquiry* 217, 221 (1993).
- (182) Daria Roithmayr, *Tacking Left: A Radical Critique of Grutter*, 21 Const. Comment. 191, 193, 215-16 (2004).
- (183) (LSAT や SAT などの) 既存の基準が個人の能力を正確に測定するのには疑いがあるが、ほとんどの判断形成者はそれに依拠する (Gabriel J. Chin, *Bakke to the Wall: The Crisis of Bakkean Diversity*, 4 Wm. & Mary Bill of Rts. J. 881, 882 n.6 (1996))。メリッ

- トに基づく選抜形式は、社会経済的に優位な状況にある学生に有利である (Powell & Menendian, *supra* note 54, at 926 n.116)。例えば、SAT の点数は、いずれの他の要素 (IQ でさえも) よりも祖父の財産と強い相関関係がある (Powell & Menendian, *supra* note 54, at 926)。既存の評価基準による人種の不平等の発生は、今後も続くことされる (Roithmayr, *supra* note 182, at 193)。
- (184) See Randall Kennedy, *Competing Conceptions of "Racial Discrimination": A Response to Cooper and Graglia*, 14 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 94, 100-01 (1991).
- (185) Susan Sturm & Lani Guinier, *The Future of Affirmative Action: Reclaiming The Innovative Ideal*, 84 Cal. L. Rev. 953, 968-97 (1996).
- (186) 438 U.S. at 315 (Powell J., opinion).
- (187) Staff Writer, *Non-Strict Strict Scrutiny: The Fifth Circuit and The Grutter Standard in Fisher v. University of Texas at Austin*, 32 B.C. J.L. & Soc. Just. 35, 39 (2012).
- (188) Peter Wood, *Diversity: The Invention of a Concept* 14, Encounter Books (2003).
- (189) Adam Lamparello and Cynthia Swann, *The New Affirmative Action after Fisher v. University of Texas: Defining Educational Diversity through the Sixth Amendment's Cross-Section Requirement*, 69 SMU L. Rev. 387, 389 (2016).
- (190) Lamparello & Swann, *supra* note 189, at 390.
- (191) Lamparello & Swann, *supra* note 189, at 395.
- (192) カラーブラインドな社会はマイノリティを必ずしも不利な状況には置かないと主張するために、社会経済的に成功を取めたアジア系アメリカ人の経験が用いられている (See William C. Kidder, *Situating Asian Pacific Americans in the Law School Affirmative Action Debate: Empirical Facts about Thernstrom's Rhetorical Acts*, 7 Asian L.J. 29, 34-35 (2000))。日系や中国系などは社会経済的に成功を取めた「モデルとなるマイノリティ」であり (Kelsey Inouye, *Asian Americans: Identity and the Stance on Affirmative Action*, 23 Asian Am. L.J. 145, 163 (2016))、彼らの成功は、AA が不要であることを示していると主張される (Gabriel J. Chin et al., *Beyond Self-Interest: Asian Pacific Americans Toward a Community of Justice, A Policy Analysis of Affirmative Action*, 4 Asian Pac. Am. L.J. 129, 148 (1996))。AA は、(黒人などの) 不利な状況に置かれているグループに限られるべきと古くから主張されてきた (See Guido Calabresi, *Bakke as Pseudo-Tragedy*, 28 Cath. U. L. Rev. 427, 432, 437-39 (1979))。
- (193) See Liu, *supra* note 170, at 391.
- (194) Chu, *supra* note 98, at 109.
- (195) メリットについて、既存の評価基準として狭く捉えるのではなく、動的に捉え、日系や中国系に不利に作用すると指摘される (See Liu, *supra* note 170, at 410-12)。
- (196) See Bryan T. Ikegami, *An Urgent Opportunity Unifying the Asian American Stance on Affirmative Action*, 17 UCLA Asian Pac. Am. L.J. 82, 92-93 (2012).
- (197) Ronald Takaki, *Strangers From A Different Shore* 498-500, Little, Brown and Company (1998)。だが、アジア系には様々なグループがおり、不利な状況に置かれているグループ

プはAAを支持していると指摘される (Nancy Leong, *Reflections on Racial Capitalism*, 127 Harv. L. Rev. F. 32, 34 (2013))。

- (198) See Lorenzo, *supra* note 100, at 415-16.
- (199) 石山文彦「『逆差別論争』と平等の観念」森際康友・桂木隆夫編『人間的秩序 — 法における個と普遍』291頁, 305頁 (木鐸社, 1987)。
- (200) 安西前掲 (13) 93頁参照。
- (201) 金城前掲 (13) 98頁参照。
- (202) 安西前掲 (13) 80-81頁。
- (203) 松田聰子「我が国におけるアファーマティブ・アクション (ポジティブ・アクション) 受容の経緯と課題 — 国会審議を通して」帝塚山大学教養課程紀要 6号 (1998) 29頁, 42頁。
- (204) 松田前掲 (26) 74頁参照。
- (205) 巻前掲 (13) 8頁参照。
- (206) 佐藤編前掲 (14) 128頁 (鎌田泰介)。
- (207) 辻村みよ子「ポジティブ・アクションの手法と課題 — 諸国の法改革とクォータ制の合憲性 —」法学 67巻 5号 (2004) 176頁, 177頁参照。