



## Osaka Gakuin University Repository

Title	大学入学とアファーマティブ・アクション — Fisher v. University of Texas at Austin — University Admission Plan and Affirmative Action — Fisher v. University of Texas at Austin —
Author(s)	有澤 知子 (Tomoko ARISAWA)
Citation	大阪学院大学 法学研究 (OSAKA GAKUIN LAW REVIEW), 第 41 巻 第 2 号 : 64-30
Issue Date	2015.3.31
Resource Type	Case Note/ 判例研究
Resource Version	
URL	
Right	
Additional Information	

〈判例研究〉

# 大学入学とアファーマティブ・アクション

## — Fisher v. University of Texas at Austin —

有 澤 知 子

1. はじめに
2. 事実の概要
3. 合衆国最高裁判所の判決
  - (1) 法廷意見
  - (2) 補足意見
  - (3) 反対意見
4. 解 説
5. おわりに

## 1. はじめに

大学入学とアファーマティブ・アクションについて、私は、合衆国最高裁判所の2003年の2つの判決、Grutter v. Bollinger 判決（以下 Grutter 判決という）<sup>1)</sup> と Gratz v. Bollinger 判決（以下 Gratz 判決という）<sup>2)</sup>、で既に決着がついているものだと思っていた。前者は、ミシガン大学ロー・スクールの入学に際して、受験生の総合的な個人への貢献（contribution）を考慮する入学プログラムの中で多くの「プラス要素」の一つとして人種の使用を是認したが、後者は、ミシガン大学の学部レベルの入学に際して一定の人種の少数者出身の受験生に自動的に20点を与える入学プログラムは割当制であるとして違憲と判断した。

1995年に下された Adarand Constructors, Inc. v. Peña 判決（以下 Adarand 判決という）<sup>3)</sup> で、合衆国最高裁判所は、すべての人種による分類を「疑わしい区別」とし、厳格審査が適用されると判示した。それは人種による分類を行う政府の側で次の2点を立証しない限り裁判所が違憲と判断するものである。まず、当該施策が「やむを得ない利益（compelling interest）」を目的としていなければならない。単に重要であるというのではなくそれが必要不可欠であることが求められる。次にその施策は「限定的に作られたもの（narrowly tailored）」でなければならない。他の人へ

---

1) Grutter, 539 U.S. 306, 123 S. Ct. 2325, 156 L. Ed. 2d 304 (2003).

2) Gratz, 539 U.S. 244, 123 S. Ct. 2411, 156 L. Ed. 2d 257 (2003).

3) Adarand, 515 U.S. 200, 227, 115 S. Ct. 2097, 132 L. Ed. 2d 158 (1995). この判決については、拙稿「積極的平等施策と合衆国最高裁判所—アダランド判決と積極的平等施策の今後—」209-232頁、法学新報103巻1・2号（1997年）参照。私はこの判決を読んで、厳格審査を使わなければならないなら、アファーマティブ・アクションはもうできないのではないかと思ってしまったが、樋口範雄『アメリカ憲法』（2011年）は、461頁で、オコナー裁判官の意見として、「厳格審査の適用がこれまで『理論上は厳格だが、実際は常に違憲』とされているのを過ちだと述べて、少数人種優遇については厳格審査を適用してなお合憲とされる余地があることを示唆した。」としている。

の人権侵害を必要最小限にするものでなければならない。この判決は5対4の僅差の違憲判決であったが、私は裁判官が代わらない限り人種に関するアファーマティブ・アクションはもう認められないのではないかと思ひ、しばらくアメリカのアファーマティブ・アクションの研究から離れ、ドイツの女性の積極的優遇策等を研究することにした。そして2003年に Grutter 判決が下され、まだアメリカでもアファーマティブ・アクションが容認されるのかと思ひ、その後の判決を静観することにした。

しかし、これから研究する Abigail Noel Fisher v. University of Texas at Austin 判決<sup>4)</sup> (以下 Fisher 判決という) では、第5巡回控訴裁判所が、Grutter 判決に従ひ、多様性に関する「やむを得ない利益」の判定と「限定的に作り上げられていること」の判断に関し、大学の決定が誠実な (in good faith) ものであれば裁量の範囲内にあるとして、大学の判断を尊重し、連邦ディストリクト裁判所の大学側の主張を認めた正式事実審理なしのサマリー・ジャッジメントを支持したが、合衆国最高裁判所は、「限定的に作り上げられていること」の認定が不十分であるとしてこの事件を控訴裁判所に7対1で差し戻した。この判決は Grutter 判決を覆すとは言っていないが、「限定的に作られている」という要件を厳しくすれば、大学入学における人種少数者の配慮が認められなくなるのではないだろうか。トーマス裁判官の補足意見は1954年の Brown V. Board of Education 判決 (以下 Brown 判決という)<sup>5)</sup> 以前の「分離すれども平等」という考え

4) Fisher, 133 S. Ct. 2411; 186 L. Ed. 2d 476; 2013 U.S. Lexis 4701. 2013年6月24日判決。「合衆国最高裁判所2012-2013年開任期重要判例外観」の201-205頁でこの判決についての座談会が行われている。「アメリカ法」2013-2、日米法学会、(2014年)。

5) Brown, 347 U.S. 483, 74 S. Ct. 686, 98 L. Ed. 873 (1954). この判決では裁判官全員一致で「分離すれども平等」法理の先例である Plessy 判決を覆し、公立学校への人種別学それ自体が平等保護条項に反すると宣言した。分離による心理的影響が黒人の子供たちに劣等感を与え、それが学ぶ意欲に影響する。そこには差別が存在する。従って、当裁判所は、公教育の場において分離すれども平等という法理はあってはならないと結論づける。樋口 前掲書注4) 449-450頁参照。

を当裁判所は認めないとしているが、トーマス裁判官のその後の意見を見ていると私には人種隔離政策の方が人種にとって望ましいと言っているように思える。このような考え方は、社会に多様な民族が存在しているのにかかわらず、大学における多様性による人種に関わりなく互いに尊重しあい理解するという人種融合の機会をなくしてしまうのではないかと懸念する。確かに人種という要素を安易に使うことには問題があるが、歴史的な差別は認められているし、未だに差別が継続しているのは事実である。厳格審査をより厳格にすることによって差別の解消はますますできなくなるのではないだろうか。まず、この判決に至る事実を紹介し、法廷意見と補足意見、反対意見を紹介することにする。

## 2. 事実の概要

テキサス大学オースチン校は、テキサス州立大学で最も有名なキャンパスで、州の高等教育の主要な機関の一つである。2008年に、申立人が大学の入学を求めたとき、彼女は29,501人のうちの1人の受験生であった。この中から12,843人が入学許可され、6,715人が受諾し、入学した。申立人は入学を拒否された。

テキサス大学オースチン校の学部の入学プロセスは様々な要素の一つとして人種を考慮している。人種は志願者に対して絶対的な価値を割り当てるものではないが、大学はキャンパスに人種的少数者の入学者を増やすことに関わり、「特定の結果を得るための十分な量 (critical mass)」としてその目標に言及している。近年、大学は入学について受験生を評価する3つの異なるプログラムを用いてきた。

第1のものは、1997年以前に用いられたプログラムで、大学は2つの要素を考慮する。受験生の試験の点数や高校における成績を反映する数

字で表した点数 (Academic Index 学問的指標 AI)、及び受験生の人種である。1996年に合衆国第5巡回控訴裁判所は Hopwood v. Texas 判決 (以下 Hopwood 判決という) で大学の人種の考慮を平等保護条項に違反すると判示した<sup>6)</sup>。「やむを得ない政府の利益」を促進していないからである。

第2のプログラムでは、大学は入学の際に人種を考慮するのをやめ、受験生の大学への貢献可能性を示す「個人の業績指標」(Personal Achievement Index - PAI と呼ばれる指標) と AI とを考慮する制度が導入された。学生の指導力及び職業経験及び経歴に洞察を与え、特別な状況を測るものである。Hopwood 判決以降の人種の少数者の入学における減少を妨げるため、大学はそのプログラムを拡大した。

テキサス州議会はまた Hopwood 判決に応じて、テキサス教育法典年報 (Ann.) § 51, 803 (West 209) で法典化された、Top Ten Percent Law として知られる法を制定した。Top Ten Percent Law は、総合大学を含める、すべての公立の州立大学に、一定の基準に適合するテキサス州の高校のクラスの上位10%にいるすべての学生に対して、自動的に入学許可を与えるものである。

大学の改訂された入学プロセスと Top Ten Percent Law の運用によって、大学はより人種的に多様な環境になった。Hopwood 判決後の人種を考慮しない AI/PAI 制度の下で、入学クラスでは、4.5%がアフリカ系アメリカ人、16.9%がスペイン系 (ヒスパニック) であった。

合衆国最高裁判所で下された Grutter 判決及び Gratz 判決に従って、大学は第3の入学プログラム、大学が人種を考慮する2004年プログラムを採用した。これがここで問題となっているプログラムである。

大学の人種を意識した入学を再開する計画には、「入学における人種や民族を考慮する提言」と題された内部文書に2004年6月に正式な表現が

6) Hopwood, 78 F. 3d 932, 955 (5<sup>th</sup> Cir. 1966).

与えられた。その提言は、大学は人種的少数者の学生の「特定の結果を得るための十分な量」を欠いており、不十分さを改善するために、学部  
の入学プログラムにおいて人種に対して明白な考慮を与えることが必要  
であると結論づけている。その提言を履行するために、大学は PAI の構  
成要素として学生の人種を包含し、2004年秋から、大学は学生に出席に  
関して5つのあらかじめ定義された人種カテゴリーの中から自分自身を  
分類するよう求めている。人種は明示的な数で表した価値に振り分けら  
れないが、人種が意味のある要素であるということに異論はない。

一度出席に評点がつけられると、それらは x 軸に学業成績の指標を、y  
軸に個人的な業績指標がグリッドの上に記入される。そのグリッドの上  
で学生は彼らの個人的なスコアに基づいていわゆるセルに割り振られる。  
一定の線の上にあるセルにいるすべての学生が入学を認められる。その  
線の下にあるセルは入学を認められない。そのような学生はまず一般教科  
目又は工学のような第一選択の学部について考察され、最後に一般的な  
入学のために考察される。なお Top Ten Percent Law も併用される。

申立人は、白色人種（カフカス人）であるが、大学の2008年の入学ク  
ラスへの入学許可を申請し、拒否された。彼女は、テキサス州西地区の  
合衆国ディストリクト裁判所に大学と大学職員を訴え、入学における人  
種の考察は平等保護条項に違反すると主張した。ディストリクト裁判所  
は大学側の主張を認めた正式事実審理なしのサマリー・ジャッジメント  
を支持した。それを第5巡回控訴裁判所は確認し、次のように判示した。  
Grutter 判決は裁判所に大学に実質的な敬意を与えることを要請している。  
多様性の利益におけるやむを得ない利益について、また具体的な計画が  
目標を達成するために限定的に作られているかどうかを判断する際にそ  
の基準を適用して、大学の入学計画を是認した<sup>7)</sup>。7人の裁判官の反対意

---

7) 631 F. 3d 213, 217-218 (2011).

見で、控訴裁判所は判事席で再び主張を聴くという申立人の要請を否定した<sup>8)</sup>。申立人はサーシオレイライを求め、その上訴が受理された<sup>9)</sup>。

### 3. 合衆国最高裁判所の判決

ケネディ裁判官が法廷意見を述べた、それにロバート長官、スカリア裁判官、トーマス裁判官、ブレイヤー裁判官、アリトー裁判官及びソトマイヤー裁判官が加わる。スカリア裁判官とトーマス裁判官は補足意見を述べた。ギンスバーグ裁判官は反対意見を述べた。ケーガン裁判官はこの事件の判断の審理に参加しなかった。

#### (1) 法廷意見

ケネディ裁判官の法廷意見の判決要旨は以下の通りである。

両当事者は、当裁判所に、大学の入学プログラムについて、下級審の判決が Grutter 判決<sup>10)</sup> を含む、修正第14条の平等保護条項を解釈する当裁判所の判決と一致するかどうか審査するよう求めた。

第5巡回控訴裁判所は、大学の Grutter 判決及び Regents of Univ. of Cal. v. Bakke 判決 (以下 Bakke 判決という)<sup>11)</sup> で示された厳格な審査が要請する厳しい挙証責任について判示していないので、ディトリクト裁判所の大学へのサマリー・ジャッジメントの賦与を是認する判決は正しくない<sup>12)</sup>。その判決は無効であり、当事件は更なる手続のために差し戻される。

(a) Bakke 判決、Gratz 判決及び Grutter 判決は、ここで検討されている

---

8) 644 F. 3d. 301, 303 (CA5 2011) (全裁判官一致)。

9) 132 S. Ct. 1536, 182 L. Ed. 2d 160 (2012)。

10) 539 U.S. 306, 123 S. Ct. 2325, 156 L. Ed 2d 304 (2003)。

11) Bakke, 438 U.S. 265, 98 S. Ct. 2733, 57 L. Ed. 2d 750 (1978)。

12) 186 l. Ed. 2d at 483-489。



問題を直接扱っているので、この事件を判断するために引き合いに出される。Bakke 判決において、法廷意見はカリフォルニア大学デービス校の医学部によって用いられた制度を検討した。医学部では、100人の学生の入学クラスのうち、マイノリティの受験生のために16席を取っていた。このプログラムを平等条項の下で許容できないと判示する際に、パウエル裁判官は一定の前提を述べた。第一に「州立大学の学部及び執行部による人種または民族的な出身に基づく判断は、修正第14条の下で審査される」。<sup>13)</sup> 平等保護原則は、「他の人に与えられるより大きく保護を与える特別の区分の承認を認めるものではない。」<sup>14)</sup> 入学における人種の優先は、親切 (benign) のように見えるかもしれないが、それゆえ不適切である。いかなる人種の分類も厳格審査に適合しなければならない。というのは政府の判断が「個人の人種または民族的背景に触れるとき、個人がその根拠に基づき耐えることを要請される負担がやむを得ない政府の利益に奉仕するよう正確精密に作り上げられているという司法判断を与えるからである<sup>15)</sup>。」次に、パウエル裁判官は人種の考察を正当化しうるやむを得ない利益を確認した、それは多様な学生集団から流れ出る教育的利益であるが、その利益は複雑で、人種又は民族的な出身が重要な要素なのではあるが、広く多くの資格や特徴を含んでいると述べている<sup>16)</sup>。過去の差別を回復することはやむを得ない利益とすべきでない、というのは大学の「教育の使命」は改善する人種的区別を正当化するために必要な「憲法上のまたは法令上の違反に司法的、立法的または行政的な認定」をすることと調和しないからである<sup>17)</sup>。

---

13) Bakke. at 287, 98 S. Ct. 2733, 57 L. Ed. 2d 750 (分離意見)。

14) Id. at 295, 98 S. Ct. 2733, 57 L. Ed. 2d 750.

15) Id. at 299, 98 S. Ct. 2733, 57 L. Ed. 2d 750.

16) Id. at 315, 98 S. Ct. 2733, 57 L. Ed. 2d 750

17) Id. at 307-309, 98 S. Ct. 2733, 57 L. Ed. 2d 750.

多様な学生集団の形成は、人種を超える価値に奉仕する。高められた教室の討論や人種の孤立及びステレオタイプの現象を含めて、大学のアカデミックな使命は「修正第1条の特別の関心」である<sup>18)</sup>。「大学の使命は推論、実験及び創造にもっとも資するその雰囲気を提供することであり」、このことが「誰を勉強するために入学させるか」という問題の検討へと導く<sup>19)</sup>。

しかしながら、パウエル裁判官の意見の中心は、多様な利益を確保するために許容されうる目的であるが、複雑である。「単純な民族的多様性には利益はない、そこでは学生集団の具体的な比率が結果において選ばれた民族グループの構成員であることを保障されているが、残りの比率には未分化の学生の集団がいる。やむを得ない州の利益を促進する多様性は人種または民族の出身がたとえ重要な構成要素でも単一のみである性質や性格よりさらに広いものを包含する<sup>20)</sup>。」

Gratz 判決<sup>21)</sup> と Grutter<sup>22)</sup> 判決において、当裁判所は、入学プロセスが司法審査の対象であり、厳格な審査に耐えなければならないことを認めながら、これらの指針を是認した。Grutter 判決においては、法廷意見は学生集団の多様性という教育的な利益を得ることは、大学の入学における人種の使用を正当化しうるやむを得ない州の利益であると再確認している<sup>23)</sup>。大学はその「目的又は利益が憲法上許容され、価値があること、またその分類の使用がその目的の達成のために必要であること」を明白に示さなければならない<sup>24)</sup>。厳格な審査は綿密な審査であり、政府は、「[人

18) *Id.*, at 312, 98 S. Ct. 2733, 57 L. Ed. 2d 750.

19) *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234, 263, 77 S. Ct. 1203, 1 L. Ed. 2d 1311 (1957) (フランクフェーター裁判官の判断における補足意見)。

20) *Bakke*, 438 U.S. at 315, 98 S. Ct. 2733, 57 L. Ed. 2d 750 (分離意見)。

21) *Gratz*, 539 U.S. 244, 123 S. Ct. 2411, 156 L. Ed. 2d 257.

22) *Grutter*, 539 U.S. 306, 123 S. Ct. 2325, 156 L. Ed. 2d 304 (2003).

23) *Id.* at 334, 123 S. Ct. 2325, 156 L. Ed. 2d 304.

24) *Id.* at 305, 98 S. Ct. 2733, 57 L. Ed. 2d 730.

種の] 分類に対する理由が明らかに確認され、疑いなく正当である」ことを証明する責任を負う。

しかしながら、Gratz 判決や Grutter 判決が述べているように、このことは明白な前提条件が適合する場合にのみ結果として生じる。人種は入学プロセスが厳格な審査に耐えうることなくして検討され得ない。「Bakke 判決におけるパウエル裁判官の意見は、大学が我々の厳格な審査の分析によって課された限界への配慮なくして多様性の目的を達成することを欲するどのような手段を用いることができるかを示していない<sup>25)</sup>。」「厳密に作られているということから、人種を意識した入学プログラムに割当制度を用いることができない<sup>26)</sup>。しかしそれに代わって「それぞれの受験生が、人種や民族を評価する方法ではなく、個人として評価されることを確保するのに十分な柔軟性を残して」おかなければならない<sup>27)</sup>。厳格な審査は大学に「その目的または利益が双方とも憲法上許容されるものであり、重要なものであること、及びその分類の使用がその目的の遂行のために必要であることを明確に示すこと」を要請する<sup>28)</sup> 平等保護条項は、人種の分類が「最も厳格な審査」に服することを求めている。<sup>29)</sup>

これらを満たすために、司法審査は「人種や民族の出身のために異なつて人を取り扱うすべての公的行為は本来的に疑わしいという立場から始めなければならない。<sup>30)</sup> 厳格な審査で、「[人種の] 分類のための理由が明白に確認され、疑いなく正当であること」を証明する責任を負うのは政府である<sup>31)</sup>。

25) Gratz, 539 U.S. at 275, 123 S. Ct. 2411, 156 L. Ed. 2d 257.

26) Grutter, 539 U.S. at 334, 123 S. Ct. 2325, 156 L. Ed. 2d 304.

27) *Id.*, at 337, 123 S. Ct. 2325, 156 L. Ed. 2d 304.

28) Bakke, 438 U.S. at 305, 98 S. Ct. 2733, 57 L. Ed. 2d 750 (パウエル裁判官の意見)。

29) *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 87 S. Ct. 1817, 18 L. Ed. 2d 1010 (1967).

30) *Fillilove*, at 523, 100 S. Ct. 2758, 65 L. Ed. 2d 902 (スチュアート裁判官の反対意見) ; *McLaughlin v. Florida*, 379 U.S. 184, 192, 85 S. Ct. 283, 13 L. Ed. 2d 222 (1964).

31) *Croson*, at 505, 109 S. Ct. 706, 103 L. Ed. 2d 854 (*Fullilove*, at 533-535, 100 S. Ct. 2758, 65 L. Ed. 2d 902 (スチーブンス裁判官の反対意見)。

(b) Grutter 判決は、人種の「分類はそれらがやむを得ない政府の利益を促進するために厳密に作られている場合のみ合憲である」ことを明らかにしている<sup>32)</sup>。厳密に作られていることは、審査している裁判所が、「大学が教育上の多様性の利益を達成するために人種を用いることが必要である」と証明することを要請する<sup>33)</sup>。このことは、大学が人種の分類を使うことなしに十分な多様性を達成できるかどうかについての注意深い司法審査に関係する。「厳密に作り上げられることはすべての考えられる人種に中立な選択肢を用いることを要請するのではない」けれども、厳格な審査は裁判所に、大学の「真面目で、誠実な作用しうる人種に中立な選択肢の考慮」に注意をもって審査することを要請し、敬意を払うことを要請しない<sup>34)</sup>。裁判所は結局作用しうる人種に中立な選択肢の何も多様性の教育上の利益を提供しないということに満足しなければならない。もし「人種に中立なアプローチが・・・なおそれについて実質的利益を、そして許容できる行政上の損失を促進するとしたら」<sup>35)</sup> その時、大学は人種を考察できない。原告は、もちろん、問題のアファーマティブ・アクション計画の大学の採用の有効性について挙証責任を負わされる。また、厳格な審査は作用しうる人種に中立な選択肢が十分でないことを証明する責任を課す。

裁判所は、「このような多様性とその教育的使命に不可欠であるという大学の判断に」敬意を与えることができる<sup>36)</sup>。Grutter 判決は、「学生集団の多様性から流れ出る教育的利益」を追求するその判断<sup>37)</sup> を大学がその

32) Grutter, at 326, 123 S. Ct. 2325, 156 L. Ed. 2d 304.

33) Bakke, at 305, 98 S. Ct. 2733, 57 L. Ed. 2d 750.

34) Grutter, 539 U.S., at 339-340, 123 S. Ct. 2325, 156 L. Ed. 2d 304.

35) Wygant v. Jackson Board of Education, 476 U.S. 267, 280, n. 6, 106 S. Ct. 1842, 90 L. Ed. 2d 260 (1986).

36) Grutter, at 328, 123 S. Ct. 2325, 156 L. Ed. 2d 304.

37) Id., at 330, 123 S. Ct. 2325, 156 L. Ed. 2d 304.

使命に不可欠であると考え、実質的な基準において、幾つかの、しかし完全ではない司法上の敬意を与えることが Grutter 判決の下で適切な判断であると結論づけた。そして Grutter 判決は Bakke 判決のパウエル裁判官の次の結論を確認している、「異なった学生集団の達成はより高い教育機関に対して憲法上許される目標である」<sup>38)</sup>。このように、Grutter 判決の下で、厳格な審査は人種の範疇または分類を用いるすべての入学に適用されなければならない。

多様性が単なる人種の均衡として定義されない、また、それがアカデミックな判断のために理由づけられた主要な説明であるとするれば、下級裁判所が、Grutter 判決がその教育的使命についての大学の経験と専門知識への敬意を要請していると考え、これは事実認定において正しい。しかしながら、いったん大学が、多様性の目的が厳格な審査と矛盾がないことを証明したなら、大学はその多様性を達成するために選択した手段がその目的に限定的に作り上げられていることを証明しなければならない<sup>39)</sup>。立証することは大学の義務であり、決定することは司法の義務である、入学プロセスは「それぞれの受験者が個人として評価されるのであって、受験生の人種や民族をその受験生の特徴を評価するのではない」<sup>40)</sup> 限定的に作り上げられているということは、大学が教育的な多様性の利益を達成するために人種を用いることが「必要」と立証することを裁判所が審査することを要請する<sup>41)</sup>。裁判所は究極的に、実行できる人種に中立な選択肢が教育の多様性の利益を提供することに満足しなければならない。

大学は「単に人種または民族の出身者による特定のグループの何らか

---

38) 438 U.S., at 311-312, 98 S. Ct. 2733, 57 L. Ed. 2d 750 (分離意見)。

39) Grutter, at 333, 123 S. Ct. 2325, 156 L. Ed. 2d 304.

40) Id, at 337, 123 S. Ct. 2325, 156 L. Ed. 2d 304.

41) Bakke, at 305, 98 S. Ct. 2738, 57 L. Ed. 2d 750.

の具体的な比率」として多様性を定義することは許されない。<sup>42)</sup>「それは明白な人種の均衡に帰するところなるであろうが、それは明らかに違憲である」。<sup>43)</sup>「人種の均衡は、単純に人種の多様性がそれにレッテルを貼ることによって、やむを得ない州の利益が『明白な違憲』から変形するのではない<sup>44)</sup>。」

しかしながら、いったん大学が多様性の目標が厳格な審査と一致していると証明したとしても、依然としてその入学手続きがその履行において厳格な審査と適合しているというさらなる司法的判断をしなければならない。大学は、多様性を達成するために大学によって選択された手段がその目的のために厳密に作られていることを証明しなければならない。この点について、大学はいかなる敬意も受けない。Grutter 判決は、裁判所が、「[政府の] 主張した目的を達成するために取られた手段が具体的に及び厳密にその目的を達成するために作られている」ことを確保することが必要であることを明白にしている<sup>45)</sup>。事実、裁判所は、一定の入学プロセスを採用するかまたは拒絶するかにおいて大学の経験や専門技術性を考慮することができる。しかし、当裁判所が Grutter 判決で述べたように、その入学プロセスがすべての受験生が個人として評価され、その受験生の人種や民族をその受験の明白な特徴とするというやり方でないことを、大学が証明する義務が残っているし、それを司法が判断する義務も残っている<sup>46)</sup>。

この審査を探求するよりむしろ、第5巡回控訴裁判所は申立人が大学入学の要素として人種を使用する大学の判断が「誠実である (in good faith)」

42) Bakke, at 307, 98 S. Ct. 2733, 58 L. Ed. 2d 750 (パウエル裁判官の意見)。

43) Grutter, at 330, 123 S. Ct. 2325, 156 L. Ed. 2d 304.

44) Parents Involved in Community Schools v. Seattle School Dist. No 1, 551 U.S. 701, 732, 127 S. Ct. 2738, 168 L. Ed. 2d 508 (2007).

45) Grutter, at 333, 123 S. Ct. 2325, 156 L. Ed. 2d 304.

46) Id., at 337, 123 S. Ct. 2325, 156 L. Ed. 2d 304.

かどうかのみを争うことができると判示した。「大学の努力は、研究されたものであり、真面目なそして高い目的をもつものである」からである、控訴裁判所は、入学プログラムにおける人種の使用は、裁量の憲法上保護される領域にあると判示した<sup>47)</sup>。第5巡回控訴裁判所は、大学は誠実に実行し、申立人にその認定の根拠を論駁する責任があると推定した。そして大学に「ある程度の敬意」をもって限定的に作り上げられているかという要件に取りかかった。支配的な基準のこれらの表現は、「政府によって課されたすべての人種の分類は厳格な審査の下で審査する裁判所によって分析されなければならない」という Grutter 判決の命令に合致しない<sup>48)</sup>。Grutter 判決では、当裁判所は、それは割当制ではなく、十分柔軟性があり、限定的であるという結論に基づいて問題の計画を承認し、人種に中立な選択肢の真面目で、誠実な考察が追随する<sup>49)</sup>。しかし、ここでこの当事者は当裁判所に Grutter 判決の解釈を再検討するように当裁判所に要請していない。当裁判所は第5巡回控訴裁判所の判断を無効にする。訴訟当事者及びこの事件を審理した裁判所への公正さは、それが差し戻されることを要請する、そのため入学プロセスは正しい分析の下で検討され判断されうる。大学に有利なサマリー・ジャッジメントが適切かを判断するために、第5巡回控訴裁判所は大学が多様性から教育上の利益を得るために入学プロセスが限定的に作られていることを証明する十分な証拠を提示しているかどうかを評価しなければならない。

第5巡回控訴裁判所の判断は不十分であるので無効であり、差し戻す。

## (2) 補足意見

スカリア裁判官とトーマス裁判官が補足意見を執筆している。

---

47) Id. at 231.

48) Id. at 326, 123 S. Ct. 2325, 156 L. Ed. 2d 304.

49) Grutter, 539 U.S. at 339, 123 S. Ct. 2324, 156 L. Ed. 2d 304.

## 1) スカリア裁判官の補足意見

私は、Grutter 判決で表明した見解を主張する。「憲法は人種に基づく差別を政府に禁じている、そして州が提供する教育は例外ではない<sup>50)</sup>。」この事件における申立人は我々に教育上の多様性の利益における「やむを得ない利益」が大学の入学における人種の優先を正当化できるという Grutter 判決の判示を覆すことを求めているなかった。私は従ってすべてにおいて法廷意見に参加する。

## 2) トーマス裁判官の補足意見

私は法廷意見に参加する。第5回巡回控訴裁判所が入学決定におけるテキサス大学オースチン校の人種の使用について厳格な審査を適用しなかったことに同意するからである。そして大学の入学決定における人種の使用が平等保護条項によって範疇的に禁止されていると判断する。

i (a) 修正第14条はいかなる州も「法の平等保護をすべての人に否定して」はならないと規定する。「この〔保障〕の核心には、政府が市民を人種、民族または宗教団体の構成員としてではなく、個人として、取り扱わなければならないという原則がある<sup>51)</sup>。」「我々がすべての人種の分類について厳格な審査に従わなければならないのはこの理由のためである<sup>52)</sup>。」

厳格な審査の下で、すべての人種の分類は「やむを得ない政府の利益を促進するために必要であり」、「その目的のために厳密に作り上げられていなければならない」<sup>53)</sup>。この最も厳しい基準はほとんどすべての事件で「自動的に (アファーマティブ・アクションに) 致命的であると証明

50) Id. at 306, 349, 123 S. Ct. 2325, 156 L. Ed. 2d 304 (2003).

51) *Missouri v. Jenkins*, 515 U.S. 70, 120-121, 115 S. Ct. 2038, 132 L. Ed. 2d 63 (1995) (トーマス裁判官の補足意見)。

52) Id., at 121, 114 S. Ct. 2038, 132 L. Ed. 2d 63.

53) *Johnson v. California*, 543 U.S. 499, 514, 125 S. Ct. 1141, 160 L. Ed. 2d 949 (2005) (Grutter 判決に言及、supra at 327, 123 S. Ct. 2325, 156 L. Ed. 2d 304)。



されてきた<sup>54)</sup>。憲法は人種に基づく分類を拒否する、というのは、政府は人種登録に基づいて市民を扱い、負担または利益に人種を使っているからである、それは我々すべてを貶める<sup>55)</sup>。

(b) 当裁判所は初めて *Korematsu v. United States* 判決<sup>56)</sup> (以下 *Korematsu* 判決という) で厳格審査を用いた。そこで、我々は「差し迫った公共の必要性があるときには『人種差別』の存在を正当化しうる。人種の敵対は決してできない」と判示した。当裁判所は、「差し迫った公共の必要性」が政府による人種差別を正当化しうる2つの事例を認めてきた。第1に、当裁判所は、国家の安全を保護することがこの厳しい基準を満たしうることを認めた。この事件では、当裁判所は、国が日本と戦争していたこと及びその命令が「スパイ行為と破壊活動予防が明確で密接な関係を持っている」という理由で「すべての日本人の祖先」に向けられた避難を確認した<sup>57)</sup>。第2に、当裁判所は、政府は過去の差別を改善することによむを得ない利益を持つことを認めたが、人種を使用する政府が、「改善する行為が必要であるという結論のための証拠に強い根拠」を提供しなければならないことを強調した<sup>58)</sup>。

(c) 「差し迫った公共の必要性の基準」は「やむを得ない政府の利益」としばしば互換される。人種差別を正当化しうるやむを得ない利益に對して、当裁判所はしばしば他の主張された利益を不十分であると認めてきた。たとえば、*Palmore v. Sidort* 判決<sup>59)</sup> において、当裁判所は、子ども

---

54) *Jenkins*, at 121, 115 S. Ct. 2038, 132 L. Ed. 2d 63 (トーマス裁判官の補足意見)。

55) *Grutter*, at 353, 123 S. Ct. 2325, 156 L. Ed. 2d 304 (トーマス裁判官の一部補足意見一部反対意見)。

56) *Korematsu*, 323 U.S. 214, 65 S. Ct. 193, 89 L. Ed. 194 (1944)。

57) *Id.*, 323 U.S. at 217-218, 65 S. Ct. 193, 89 L. Ed. 194。

58) *Richmond v. J. A. Croson Co.*, 488 U.S. 469, 500, 504, 109 S. Ct. 706, 103 L. Ed. 2d 854 (1989) (*Wygant v. Jackson Bd. of Ed.*, 376 U.S. 267, 277, 106 S. Ct. 1842, 90 L. Ed. 2d 260 (1986) (複数意見))。

59) 466 U.S. 429, 104 S. Ct. 1879, 80 L. Ed. 2d 421 (1984)。

の最善の利益は政府の人種差別を正当化することであるという訴えを棄却した。州裁判所は、その母が混血人種の婚姻にあったので、子どもの父に監護を認めた。子どもは混血人種の家庭で生活することによって刻印を与えられるかもしれないので、監護決定においてこの考えられる問題を回避するよう求めた。我々は刻印の可能性を認めたが、「個人の先入観や彼らが課されうる危害は」人種差別を正当化しないと結論付けた<sup>60</sup>。「憲法はこのような先入観を許容することはできない。個人の先入観は法の領域の外にあり、法はそれらに効力を与えることはできない」。

2年後、Wygant 判決<sup>61</sup>で、当裁判所は、社会的差別を改善し、マイノリティの学生のためのロールモデルを提供すると主張された利益でさえ政府によって課された人種差別を正当化できないと判示した。この事件においては、学校当局と教職員組合との間の労働協約が、「黒人、アメリカンインディアン、東洋人やスペイン語系の子孫」である教職員に好意的であった<sup>62</sup>。我々はマイノリティの学生へロールモデルを提供する利益を不適當であるとして棄却した。そして「黒人の学生には黒人の先生とが相応しいという概念は Brown 判決<sup>63</sup>において当裁判所が棄却したまさにその制度に導きうる」と付け加えた。

(d) Grutter 判決で、ミシガン大学ロー・スクールは人種に基づく分類にやむを得ない理由があると主張した。ロー・スクールは「多様な学生集団から流れ出る教育上の利益」を得るために入学審査で人種を用いることが必要であると主張する<sup>64</sup>。厳格な審査に反して、当裁判所は、この利益は人種差別を正当化するのに十分やむを得ないとしてロー・スクール

60) Id., at 433, 104 S. Ct. 1879, 80 L. Ed. 2d 421.

61) Id. at 325, 123 S. Ct. 2324, 156 L. Ed. 2d 304.

62) Id. at 270-271, 106 S. Ct. 1842, 90 L. Ed. 2d 260 and n. 2 (複数意見)。

63) Brown, 347 U.S. 483, 74 S. Ct. 686, 98 L. Ed. 873 (1954).

64) Grutter, 539 U.S., at 317, 123 S. Ct. 2325, 156 L. Ed. 2d 304.

の判断に敬意を払った<sup>65)</sup>。

私は判決のその部分に反対した。私は州が無秩序に対する砦を提供するという暴力を防ぐために取らなければならない措置のみが「差し迫った公共の必要性」を構成するであろうと説明した<sup>66)</sup>。教育的利益が人種の多様性から流れ出ることについて「差し迫った」又は「必要な」ものは存在しない。

ii (a) 大学は「多様な学生集団及びそのような多様性から流れ出る教育的利益」を達成することにやむを得ない利益をもつと主張する。大学は人種に基づく差別は2つの異なる利益を促進すると考えている。第一はそれ自身の目的のための多様性の達成における利益で、第二は主張する多様性から流れ出る教育上の利益の達成における利益である。

それ自身の目的のための多様性の達成は難しい。「人種のバランス」以上のものはないからである<sup>67)</sup>。「ロー・スクールの利益は、『単にその人種または民族出身の特定のグループの具体的な比率をその学生全体の中で確保しようとする』という単純なものではない。それは完全な人種のバランスに帰するところになるであろう。それは明らかに違憲である」<sup>68)</sup>むしろ。多様性は、大学が教育的利益を獲得する手段でのみありうる。したがって、多様性によって提供されるその教育的な利益が厳格な審査を生きながらせるためにはやむを得ない州の利益のレベルに高められな

---

65) *Id.*, at 325, 123 S. Ct. 2325, 156 L. Ed. 2d 304.

66) *Id.*, at 353, 123 S. Ct. 2325, 156 L. Ed. 2d 304. Cf. *Lee v. Washington*, 390 U.S. 333, 334, 88 S. Ct. 994, 19 L. Ed. 2d 1212 (1968) (ブラック裁判官の補足意見) (受刑者を暴力から守ることは厳密に作られた差別を正当化するかもしれない)、*J. A. Croson*, at 521, 109 S. Ct. 706, 102 L. Ed. 2d 854 (スカリア裁判官の判決における補足意見) (「少なくとも州または地方自治体の行為が問題になっている場合に、生命や手足への差し迫った危険のレベルに社会的な緊急事態が上昇するときのみ・・・[人種差別]を正当化できる」。)

67) *Id.*, at 329-330, 123 S. Ct. 2325, 156 L. Ed. 2d 304.

68) *Bakke*, 438 U.S. 265, 307, 98 S. Ct. 2733, 57 L. Ed. 2d 750 (1978)

ればならない。

大学の学生集団の多様性から流れ出る教育的利益はやむを得ない州の利益として認められない。事実、教育上の利益が人種差別を正当化するという論拠は1950年代の人種隔離を支持することになる。しかしそれは断固として当裁判所によって棄却されてきた。そしてまさに Brown 判決<sup>69)</sup> で主張される隔離の教育上の利益が人種差別を正当化するのに十分でないように、主張される教育上の多様性の利益は今日の人種差別を正当化できない。

差別撤廃判決は、差別が学校の存続に不可欠であったとしても、憲法が公立学校に人種に基づく差別を禁止することを確立していると判示する。Davis v. School Bd. of Prince Edward Cty 判決は、Brown 判決とともに判決されたが、教育委員会は、もし当裁判所が人種差別を憲法違反であると認めても、白人学生は私立学校へ転校するであろうし、公立学校への資金供給は少なくなるであろうと主張する<sup>70)</sup>。そして公立学校は質を落とすか又は全く存在を終わらせることになるであろうし、私立の人種の分離した学校は増大するであろう。多くの白人の親は、公立学校から子どもを退学させ、そして結果として、より良い学校に提供されるプログラムは捨てられてしまうであろう。差別撤廃の真の犠牲者は、黒人学生である。彼らには私立学校への費用を負担する経済力がないからである<sup>71)</sup>。「バージニアの公立学校制度を害するとすれば、その犠牲者は子どもたちであろう。我々は白人より黒人の方が悪い状況にあると考える、というのは、黒人はそれをより必要としているからである。もし黒人が当裁判所から即座の命令を手に入れるとしたら何を得るのであるだろうか、Prince Edward County における公立学校の制度を害するか傷つけるか破壊するで

69) 347 U.S. 483, 74 S. Ct. 686, 98 L. Ed. 873 (1954).

70) Davis v. School Bd. of Prince Edward Cty., O. T. 1952, No 191 p. 30.

71) Tr. of Oral Arg. In Davis v. Scol Bd. Of aprince Edward Cty., O. T. 1954, No 2, p. 208.

あろう」。

(b) 同様の論拠はなお他の判決においても存在する<sup>72)</sup>。「もし学生を分離する権限が終焉したら、私立の白人学校に良い結果をもたらすであろう。・・州に公立学校を混合にすることが求められるとしたら、大きな学生のグループが、公立学校の結果的な悪化によって私立学校へ転校するであろう」<sup>73)</sup>。ともかく公的教育を受ける同じ学校へ出席する混合グループの十分な受け入れは不可能であろう。州におけるコミュニティの多くにおいて公立学校を除去するであろう。

我々は、人種差別は修正第14条に規定する平等原則を侵害すると判示した<sup>74)</sup>。公教育の分野において、「分離すれども平等」の原理は出る幕がない。分離した教育施設は本質的に不平等である<sup>75)</sup>。「もしその命令が執行されたら学校が閉校になるかもしれないという事実は、それが執行されないとしたらなんら理由がない。」ほんの何年かの間に、その警告は現実になった。人種差別の廃止が命じられた後で、Prince Edward County は1959年の夏から1964の秋まで公立学校を閉鎖した<sup>76)</sup>。この事実にもかかわらず、当裁判所は平等保護条項の差別禁止原則の厳格な執行から決して後退しなかった。

もちろん、テキサス州は、人種に基づく差別が禁止されるなら大学を閉鎖するという主張をしていない。しかし、学生集団の多様性の教育的利益は人種差別を正当化できない。もし厳格な審査を適用したとしたら、テキサス州に大学を閉鎖するか人種に基づく受験生に対する差別をやめるよう要求するであろう。

---

72) Brief for Respondents in *Sweatt v. Painter*, O. T. 1949, No. 44 pp. 94-95.

73) *Briggs v. Elliott*, O. T. 1952 no. 101, p. 27における被控訴人の趣意書。

74) *Brown*, at 495, 74 S. Ct. 686, 98 L. Ed. 873.

75) *Allen v. County School Board*, 249 F. 2d 462, 465 (CA4 1957) (全裁判官一致)。

76) See R. Saratt, 人種差別撤廃の試練237 (1966)。

(c) 大学は、たとえば、その差別的な入学プログラムによって得られる多様性は学生が多様な社会において指導者になるための準備であると主張する。人種差別主義者は同様に黒人により指導的な機会を提供するという理由で人種差別を擁護する<sup>77)</sup>。「黒人は混合の大学で大学生活を保障されていないが、分離された大学は黒人に積極的な利益を提供している。」分離された大学で黒人のためのより正常な社会生活が存在する。黒人はその大学でより「保障されている」と主張する<sup>78)</sup>。「黒人の子どもは隔離されていない学校で与えられない参加の機会を隔離された学校で得る。」黒人の子どもは重要で、役割を持ち、仲間によって受け入れられ、運動競技のチームに関係している、隔離されている学校と混合学校のどちらがより良い指導者を輩出するかを修正第14条の下で論ずるのは不適切である。どの裁判所も、黒人の大学がBooker T. Washington, Thurgood Marshall, Martin Luther King, Jr, や他の有名な指導者を輩出したという理由で隔離が認められるという示唆を受け入れないであろう。

大学はまた学生の多様性が人種間の関係を改善すると主張する<sup>79)</sup>。学生集団の多様性は「人種間の理解」を促進し、人種及び民族のステレオタイプを打破するからである。「バージニア州は暴力を妨げ、憤りを減少させるためにその公共政策の一部として一定分野における隔離を確立した。その結果、異なる人種間の関係を改善するためになった。」「もし隔離が取り除かれたら、公共の福祉は確かに傷つけられるであろう・・・多くの展開した摩擦が存在するであろう」<sup>80)</sup>「その立法行為は両方の人種のために教育を提供することが一番良い方法であるという信念、及び分離した学校が公立学校に対する公的支援を維持することに必要であるという認

77) Brief for Respondents in Sweatt 96.

78) Brief for Appellees in Davis 25-26.

79) Brief for Respondents 6.

80) Brief for Respondents in Sweatt 93.

識だけでなく、公的秩序、調和及び福祉を維持するための必要性に基づいている。」<sup>81)</sup>「南部の黒人は、白人よりも人種差別の終焉を望んでいない。南部の黒人は差別が、増加しうるであろうことを知っている。」我々は *McLauren v. Okurahoma State Regents for Higher Ed.*<sup>82)</sup> 判決のこの一連の主張を棄却した。そこで人種の隔離は白人の学生が黒人を寛容に扱っていなかったとしても違憲になると判示した<sup>83)</sup>。

最後に、大学が入学における人種差別が理想でないと認めている一方で、大学は我々の社会の人種意識を啓発するため一時的に必要であると主張する<sup>84)</sup>。「確かにカラー・ブラインドな社会を全ての人は熱望している。・・・しかし、テキサス州においては、その熱望はまだ果たされていない」<sup>85)</sup>「我々は、人種差別が倫理的な又は政治的な理念でないと認めている。同時に我々は実践的な考察はその理念を妨げるかもしれないということを認めている。」<sup>86)</sup>「多くの人々の心の中に今日存在している人種の意識や感情は遺憾であり不正であるかもしれない。しかしそれらは、もし調和と平和（秩序）を保たなければならないとしたら、そして同時に両方のグループに平等な教育をあたえたとしたら、州によって取り扱われるかもしれない。」<sup>87)</sup>「人種差別は禁止される」、というのは白人と黒人を同じ機関に入学させるためである<sup>88)</sup>。「現在の状況下で同じ学校に2つの人種を混合することは、管理上の実務において賢くないであろう。」<sup>89)</sup>

---

81) Brief for Appellees in *Briggs* 32.

82) 339 U.S. 637, 70 S. Ct. 851, 94 L. Ed. 1149 (1950).

83) *Id.*, at 641, 70 S. Ct. 851, 94 L. Ed. 1149.

84) Brief for Respondents 53-54.

85) Brief of State of Kansas in Reargument in *Brown v. Board of Education*, O. T. 1953, No. 1, p. 56.

86) Brief for Respondents in *Sweatt* 94.

87) *Id.*, at 96.

88) Brief for Appellees in *Briggs* 26-27.

89) Brief for Appellees on Reargument in *Briggs v. Elliott*, O. T. 1953, No2, p79.

修正第14条は、人種の偏狭を、除去される悪と見なしている<sup>90</sup>。「平等保護条項は人種の障壁の根絶を推奨するのであって、社会が組織化されるべき理論を満足させるためではない。」大学のこの効果についての主張は同様に差別を正当化するために不十分である。

(d) 差別の防御のために大学によって示された論拠は人種差別論者によって示されたものと同じであるが、明白な違いは、人種差別論者が主張する利益を得るために必要な差別であるとするのに対して、大学はその多様性がその鍵であると主張する。

大学の主張は60年前よりわずかに説得力がある。Brown 判決で同一の論拠を棄却したのに関わらず、当裁判所は、Grutter 判決で人種差別によって得られる多様性は教育上の利益をもたらすという大学の決定に従った。大学の学生の多様性が教育上の利益をもたらすという主張と人種差別論者の人種差別が同じ利益をもたらすという主張との間になんら理にかなった差異は存在しない<sup>91</sup>。「多数意見の中に含まれているものは、私が棄却してきた－人種隔離－に対する新しい憲法の正当化の種である。」教育上の利益は従来人種の分類の使用を正当化するために要請した真にやむを得ない州の利益から離れている。

(e) 私の見解は Brown 判決で原告によって示されたものである。「いかなる州も修正第14条の平等保護条項の下で市民に教育上の機会を与える際の要素として人種を使う権限はない。」<sup>92</sup>「我々は、修正第14条が人種や有色人種に対して政府の行為の根拠を作る権限を完全に除去してきた」<sup>93</sup>。憲法がカラー・ブラインドであることは我々が捧げてきた信条で

90) See *Defunis v. Odeguard*, 416 U.S. 312, 342, 94 S. Ct. 1704, 40 L. Ed. 2d 164 (1974) (ダグラス裁判官の反対意見)。

91) *Grutter*, 539 U.S. at 365-366, 123 S. Ct. 2325, 156 L. Ed. 2d 304 (トーマス裁判官の意見)。

92) Tr. of Oral Arg. In *Brown v. Board of Education*, O. R. 1952, No. 8, p. 7; see also *Juris. Statement in Davis v. School Bd. Prince Edward Cty.*, O. T. 1952, No 191, p. 8.

93) *Brief for Appellants in Brown v. Board of Education*, O. T. 1952, N0 8, p. 5.



ある。全ての受験生は法の下に平等に取り扱われなければならない、どんな利益も人種差別を正当化できない。

この原則は新しいものでも難しいものでもない。1868年に、アイオワ州最高裁判所は、Clark v. Board of Directors 判決で、学校は肌の色に基づいて受験生を差別してはならないと判示した<sup>94)</sup>。学校は彼女が黒人であることで入学を拒否し、「公衆の感情が白人と有色人種の子どもを同じ学校で混ぜることに反対している」と述べた<sup>95)</sup>。アイオワ州最高裁判所はその浅はかな正当化を棄却した。「すべての若者が法の前に平等である。そして委員会もまた他の機関にも、平等に干渉するまたは平等を妨げる裁量は存在しない」<sup>96)</sup>「人種に基づいて人の権利や特権を制限する学校指導者の委員会を裁判所が正当と認めることは、単に法の精神の侵害を確認するだけでなく、国家が人々の差別を永久化する不断の争いを刺激することになるであろう。」<sup>97)</sup> この単純な、しかし基本的な真理は当裁判所で忘れられていない。

私は Grutter 判決を覆し、大学の入学プログラムは平等保護条項に違反すると考える。というのは、大学は人種差別を正当化する、やむを得ない利益を示していないからである。

iii (a) 私は大学による人種の使用は主張される多様性の教育上の利益を生み出さないように思われる。私は、大学のプログラムにおける、差別が人種の少数者を助けるよりも、むしろ傷つける、暗愚な概念に基づいているのではないかと疑う。政府の行為者は、州立大学も含めて、「明白に差別的な過去」、「何世紀も法が制裁を課してきた不平等」の遺産のな

---

94) 24 Iowa 266 (1868).

95) Id. at 269.

96) Id. at 277.

97) Id., at 276.

かなか消えない効果に対してカラー・ブラインドになる必要はない。しかし「歴史はより大きな謙虚さを教えるべきである」<sup>98)</sup>

(b) 奴隷所有者は、奴隷は、黒人を文明化し、生活のすべての範囲において彼らを高める「積極的な財産」であると主張した<sup>99)</sup>。「彼らは、神が最初に作った状態から、我々の奴隷にされることによって高められた」。

一世紀後、人種差別者は、人種差別は親切なだけでなく、黒人学生にとっても良いと主張した。分離した学校は黒人の子どもを人種主義者の白人学生や先生から守った<sup>100)</sup>。そしてこれらの子どもたちが、温かい、健全な雰囲気の中で、教育されることは議会による意図である。そして彼らは、多くの黒人は分離された学校が双方の人種の「最も利益」であることに同意しているとさえ主張した<sup>101)</sup>。「バージニアの人々と仕事をして、市民の慣習、気質及び伝統は分離した学校が白人と黒人双方にとって最良の利益であると信じているようであるというのが私の経験である」

大学は差別がまた親切であるということを私たちに信じさせようとしている。歴史の教訓は十分明白である。人種差別は決して親切ではない。当裁判所は、厳格な審査は、すべての人種の分類に適用すると判示してきた<sup>102)</sup>。「我々は、いわゆる『親切的な』人種の分類に対してさえも、すべての関係で厳格な審査を主張してきた」<sup>103)</sup>「人種の分類は疑わしい。その

---

98) Metro Broadcasting, Inc. v. FCC, 497 U.S. 547, 609, 110 S. Ct. 2997, 111 L. Ed. 2d 445 (1990) (オコナー裁判官の反対意見)。Metro 判決については、拙稿「合衆国最高裁判所の積極的平等施策に対する2つのアプローチ—メトロ対連邦通信委員会判決を中心にして—」大阪学院大学法学研究第19巻第1・2号、1～43頁(1993年)参照。

99) See e. g. Calhoun 上院におけるスピーチ、1837m in P. Finkelman, *Defending Slavery* 54, 58-59 (2003)。

100) Brief for Appellees in Briggs 33-34.

101) Brief for Appellees in Davis 24-25.

102) Johnson, 543 U.S., at 505, 125 S. Ct. 1141, 160 L. Ed. 2d 949.

103) Adarand, 515 U.S., at 227, 115 S. Ct. 2097, 132 L. Ed. 2d 158.

ことは単なる立法府の良い意図の確信では満足できないことを意味する」大学の公言した良い意図は奴隷保有者や人種差別者の現在糾弾されている主張を正当化する。そのような意図よりもその明白な人種差別を許すことはできない。

大学の差別は、人種を配慮することで入学を否定された白人やアジア系の受験生を不当に扱っている。しかし私は大学の差別的な入学プログラムの下で入学した学生への侵害はより有害でさえあると考える。人種差別の結果として大学へ入学を認められた黒人とヒスパニックは、概して、白人やアジア系の学生よりもかなり点数が劣る。例えば、2009年の大学の入学クラスの Top Ten Percent Plan の外で入学を認められた学生の中で、黒人は SAT<sup>104)</sup> の受験生の52%のスコアだった、他方アジア系の学生のスコアは93%であった<sup>105)</sup>。黒人は平均2.57の GPA で平均1524の SAT スコア、ヒスパニックは、平均2.83の GPA で平均1794の SAT スコア、白人は平均3.04の GPA で平均1914の SAT スコア、アジア系は平均3.07の GPA で平均1991の SAT スコアであった。

「実質上すべての選択された学校において・・・入学において人種の優先が実行されている、黒人の学生の多数はそのクラスの下の4分の1に  
いるのは事実である。」

さらに、大学の差別は適合する大学より選択されない大学にマイノリティの入学を認める。しかし、エリート学校でないところで卓越する多くの黒人とヒスパニックは、白人やアジア系の学生より学術的に劣ることが避けられない。

控訴裁判所は、大学はより多くの黒人とヒスパニックを入学させる必要があるとする。というのは、彼らは「一定のプログラムに群がって」

---

104) SAT の最も低い可能なスコアは600点であり最も高い可能なスコアは2,400点である。

105) Brief for Richard Sander et al. as Amici Curie 3-4, and n. 4.

いるからである<sup>106)</sup>。「大学の社会福祉関連学部の学生のおよそ4分の1はヒスパニックで、10%以上が黒人である。教育学部における学生の22.4%がヒスパニックで、10.1%が黒人である」人種差別は、この群生が原因であるかもしれない。人種差別の結果入学した学生は、科学者やエンジニアになる最初の志望を諦めるように思われる<sup>107)</sup>。これらの学生は入学における人種差別によって生じた不適合が専攻における競争を難しくするので、より競争的でない専攻に向かって押し流されている。

(c) 科学やエンジニアで卒業単位を獲得する卒業生を輩出する歴史的に黒人の大学の成功は、よく詳細に報道されている<sup>108)</sup>。1997-2006年に、Howard 大学はその他の学部よりも科学やエンジニアの学位を獲得するために進むより多くの黒人学生を有していたこと、また7つの歴史的に黒人の学部はトップ10にランクされていることを示している。医学部のアメリカ協会の雑誌は<sup>109)</sup>、Xavier 大学は他の学部の機関よりも医学の単位を獲得するために進むより多くの黒人学生を有する、また Howard 大学が二番であることを示している。

さらに、大学の差別は「黒人やヒスパニックに劣等の印を押す。」<sup>110)</sup> それは人種差別の結果として入学したすべての人の成績を汚す<sup>111)</sup>。例えば、大学に出席している多くの黒人とヒスパニックは、Top Ten Percent plan の下で差別なしに入学した、しかしだれもそれらの学生をその人種が入学に導びいた人と区別できない。「黒人やヒスパニックが政府、企業のまた

---

106) 631 F. 3d 213, 240 (CAS 2011).

107) Elliot, Stenta, Adair, Maier & Scott, The Role of Ethnicity in Choosing and Leaving Science in Highly Selective Institutions, 37 Reserch in Higher Educ. 681, 699-701 (1996).

108) National Science Foundation, J. Burelli & A. Rapopr, InfoBrief, Role of HBCUs as Bacalaureate -Origin Institution of Black S&E Doctorate Recipients 6 (2008) (Table 2).

109) Diversity in Medical Education Facts & Figures 86 (2012) (Table19).

110) Adarand, 515 U.S., at 241, 115 S. Ct. 2097, 132 L. Ed. 2d 158 (トーマス裁判官の意見)。

111) J. McWhomer, Loaing the Race: Self-Sabotage in Black America 248 (2000).

は学究的な世界で最も高い場所で地位を得る時に、その肌の色がその促進において役割を演じていたかどうかという未決問題がある。』<sup>112)</sup> 人種差別が役割を果たさない場合においては、「その質問を不公平に尋ねることは差別なく成功したで人々に刻印をつけることになる」

前述の理由のために、私は Grutter 判決を覆すであろう。しかしながら、当裁判所は控訴裁判所が厳格な審査を適用していないということを正しく結論付けている。私はその意見に参加する。

### (3) 反対意見

ギンスバーグ裁判官が反対意見を執筆している。

(a) テキサス大学オースチン校は率直に Bakke 判決<sup>113)</sup> におけるパウエル裁判官の意見で例示されたハーバード・プランに倣って作られた入学方針によって学生集団の多様性を達成しようとしている。大学は Bakke 判決で棄却された割当制度に明白に向かっている、それは固定された数の席に対する競争からすべてのマイノリティでない受験者を排除するものである<sup>114)</sup>。(「パウエル裁判官の Bakke rule における意見は、人種割当や取り置きを禁止する」)そして国家における非常に多くの教育機関のように、その大学は Grutter 判決<sup>115)</sup> において、当裁判所によって是認されたモデルに従うよう気をつけてきた。

申立人は Texas' Top Ten Percent Law や人種に中立な全体論的な審査は重要な多様性を達成すると主張する、そして大学はそれらの二者択一に満足しなければならない。私は過去にも述べたし、ここで繰り返すが、現

---

112) Grutter, 539 U.S., at 373, 1223 S. Ct. 2325, 156 L. Ed. 2d 304 (トーマス裁判官の意見)。

113) Bakke, 438 U.S. 265, 316-317, 98 S. Ct. 2733, 57 L. Ed. 2d 750 (1978)。

114) Id. at 272-275, 315, 319-320, 98 S. Ct. 2733, 57 L. Ed. 2d 750 (パウエル裁判官の意見)。See also Gratz, 539 U.S. 244, 293, 123 S. Ct. 2411, 156 L. Ed. 2d 257 (2003) (ソーター裁判官の反対意見)。

115) Grutter, 539 U.S. 306, 123 S. Ct. 2325, 156 L. Ed. 2d 304 (2003)。

実を直視しない人のみがおそらく中立的な二者択一が人種を意識しないものとしてみなすことができるであろう<sup>116)</sup>。ソウター裁判官が述べているように、示されている二者択一は「意図的な困惑の不利益」を受けることになる<sup>117)</sup>。

テキサスの Top Ten Percent Law は人種的に隔離された地区や学校で採用された<sup>118)</sup>。「多くの州の地域、学校区及びテキサス州の高校は未だに一つの人種または民族のグループから主として人々の構成がされている。この分離が根強いいため、すべての高校の上位10%を入学させることは異なる人々を提供するであろうし、マイノリティ学生の、大きな十分資格付けられた集団がテキサス州の大学に入学させられる。」このようなプランを行うことは人種を意識したものであり、人種に盲目であるのではない。全体論的な検討に関する限りでは、大学が明示的に一つの要素として人種を含むことができないなら、「マイノリティの入学を維持する」ために「ごまかしに頼って」いるのかもしれない<sup>119)</sup>。

(b) テキサス州の Top Ten Percent Law が人種に中立であるという観念は Thomas Reed Powell の有名な叙述を思い起こさせる：「それが所属するものについて考えることなしに、何か別のもので解決できなくて所属することについて考えることができると考えたら、その時リーガル・マインドをもつ」<sup>120)</sup>。本質的に人種の多様性を提供することを意図された入学プランは人種を意識していないとその種のリーガル・マインドのみが結論づけることができるであろう。

私は何度も、なぜ政府の行為者が、州立大学を含めて、「明白に差別的

116) Gratz, 539 U.S., at 303-304, n. 10. 123 S. Ct. 2411, 156 L. Ed. 2d 257 (反対意見)。

117) Id., at 297-298, 123 S. Ct. 2411, 156 L. Ed. 2d 257 (反対意見)。

118) House Research Organization, Bill Analysis, HB 588, pp. 4-5 (Apr. 15 1997)。

119) Gratz, 539 U.S., at 304, 123 S. Ct. 2411, 156 L. Ed. 2d 257 (ギンスバーク裁判官の反対意見)。

120) T. Arnold, The Symbols of Government 101 (1935)。

な過去」、「何世紀もの法が是認した不平等」の遺産、のいつまでも残る効果に盲目である必要がないか説明してきた<sup>121)</sup>。憲法上許容される選択の中に、私は依然として次のことを確信している、「率直に人種の考慮を明らかにする者はそれを隠す者より望ましい。」<sup>122)</sup>

よって、私はこの事件を2度目の審査のために第5巡回裁判所に差戻すべきでないとする。以下の詳細な意見が示すように<sup>123)</sup>、大学の入学方針を柔軟に人種を取り込んだシステムにおける「一要素」としてのみ考慮している。大学はおそらく人種に中立なイニチアチブは、適当な措置において、学生集団の多様性の教育上の利益を達成するのに、不十分であるという合理的な、正直な判断に達したことによって1年間続く審査に従っている。そして人種の考慮は依然として大学の教育的な目的を達成するために必要で適切であることを確保するために定期的な審査に服している。Bakke 判決におけるパウエル裁判官の意見や、Grutter 判決における当裁判所の判断はそれ以上の判断を要請していない<sup>124)</sup>。

(c) 当裁判所が Grutter 判決で<sup>125)</sup> 述べたように、「限定的に作り上げられることは・・・大学が求めている多様性を達成する実行できる人種に中立な選択肢の真面目で、正直な考察を要請する。」しかし、Grutter 判決はまた説明している、「大学に卓越のための評判を維持することとすべての人種のグループの構成員に教育的な機会を提供するコミットメントを果たすことを選択を要請するのではない。」私は当裁判所が別な風に述べていると読めない。人種を意識する入学方針が Grutter の限定的に作られて

121) Gratz., 539 U.S. at 298, 123 S. Ct. 2411, 156 L. Ed. 2d 237 (反対意見)。See also Adarand Constructors Inc. v. Peña, 515 U.S. 200, 272-274, 115 S. Ct. 2097, 132 L. Ed. 2d 158 (1995) (反対意見)。

122) Id., 539 U.S., at 305, n. 11, 123 S. Ct. 2411, 156 L. Ed. 2d 257 (反対意見)。

123) 631 F. 3d 213 (CAS 2011); 645 F. Supp. 2d 587.

124) Id., at 333-343, 123 S. Ct. 2325, 156 L. Ed. 2d 304; Bakke, 438 U.S. at 315-320, 98 S. Ct. 2733, 57 L. Ed. 2d 750.

125) Grutter, 539 U.S. 306, 339, 123 S. Ct. 2325, 156 L. Ed. 2d 304 (2003).

いるという要件を満たしているかどうかを判断する際に、「裁判所が一定の入学プロセスを採用するか棄却するかにおいて大学の経験と熟練の技を考慮に入れることができる」と承認している。

裁判所は当然 Grutter 判決で解決された平等保護枠組みを放棄することを拒否している。それに代えて、当裁判所は控訴裁判所の判決を無効にし、控訴裁判所が大学に対して「その入学プログラムが教育の多様性の利益を得るために限定的に作られているということを証明するために十分な証拠を示しているかどうかを評価する」ために差し戻した。控訴裁判所は既にその評価を完了しているし、その判示は当裁判所の Bakke 判決及び Grutter 判決にも合致する。

(d) 私の見解においては、大学の入学方針は Grutter 判決の下で合憲であるので、当裁判所がこの事件で「すべての政府の人種による分類がどうか、歴史的に不利益を課せられたグループに利益を意図しているか不利益を意図しているか、が司法審査の同じ基準に服するべきであるとするのを再考する」必要がない<sup>126)</sup>。「長い間完全な市民権の能力を否定してきたグループに不利益を課すために意図された行為は、固定化した差別やその遅れて表れる影響の根絶させられる日を急ぐために取られた措置によって分別よくランク付けされない」

述べられたその理由のために、私は控訴裁判所の判断を確認する。

## 4. 解 説

この事件は、テキサス州立大学オースチン校の入学プログラムの中で

---

126) Grutter, at 346, 123 S. Ct. 2325, 156 L. Ed. 2d 304, n. (ギンスバーグ裁判官の補足意見) See also Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244, 301, 123 S. Ct. 2411, 156 L. Ed. 2d 257 (2003) (ギンスバーグ裁判官の反対意見)。



教育の多様性のために多数のプラス要素の1つとして人種を考慮していたことに対して、白人の女子学生が大学の人種の使用を修正第14条の平等保護条項に違反するとして訴えたものである。原告の主張に対して、第5巡回控訴裁判所は、Grutter 判決<sup>127)</sup>に従い、大学の主張する教育の多様性について、厳格な審査を適用し、「やむを得ない利益 (compelling interest)」と「限定的に作り上げられていること (narrowly tailored)」の判定について、大学の判断を尊重し、連邦ディストリクト裁判所が大学の主張を認めたサマリー・ジャッジメントを支持した。

この判決に対し、ケネディ裁判所が執筆した7人の法廷意見は、Bakke 判決<sup>128)</sup>のパウエル裁判官の意見が、人種による分類に厳格審査を要求したこと、学生の多様性から生まれる教育上の利益がやむを得ない利益に当たるとしたこと、を認め、2003年の Gratz<sup>129)</sup> 判決 Grutter 判決がそれに従っていることを確認したものの、第5巡回控訴裁判所が大学の決定が「誠実な (in good faith)」ものであれば裁量の範囲内としており、正しく厳格な審査基準を適用していないのでその判決は正しくない。その判決は無効であり、当事件はさらなる手続きのために差し戻されるとした。

厳格な審査をこれ以上厳格に審査すると、今後人種を使用したアフーマティブ・アクションは認められなくなってしまう<sup>130)</sup>。今まで合衆国裁判所でアフーマティブ・アクションを取り扱った判決は、Johnson v. Transportation Agency 判決<sup>131)</sup>を除いてすべて人種に関するものである<sup>132)</sup>。

127) Grutter, 539 U.S. 306, 123 S. Ct. 2325, 156 L. Ed. 2d 304 (2003).

128) Bakke, 438 U.S. 265, 305, 98 S. Ct. 2733, 57 L. ed. 2d 750 (1978).

129) Gratz, 539 U.S. 244, 123 S. Ct. 2411, 156 L. Ed. 2d 257.

130) もともと、1961年のケネディ大統領の大統領令10925号は公的雇用及び政府契約において人種差別を禁じるものであったが、差別に立ち向かう行動施策の意味でアフーマティブ・アクションという言葉が使われた。

131) Johnson, 480 U.S. 616 (1987). この判決は女性の昇進に関するものである。

132) Metro Broadcasting Inc. v. FCC, 110 S. Ct. 2997 (1990) までの合衆国最高裁判所の判決については、拙稿「合衆国最高裁判所の積極的平等施策に対する2つのアプローチ-メトロ対連邦通信委員会判決を中心にして-」大阪学院大学法学研究第19巻第1・2号, 1~43頁 (1993年) 参照。

過去における人種差別そして現在も継続する人種差別について多くの施策がとられ、それについての修正第14条についての合憲性や公民権法についての合法性が合衆国最高裁判所で争われている。アファーマティブ・アクションについては未だに賛成論と反対論があり<sup>133)</sup>、1996年には総選挙でカリフォルニア州憲法が、人種、ジェンダー、民族または出身地に基づく雇用契約または教育における考慮を含むアファーマティブ・アクションによる優遇を禁じるよう改正され、1998年には Washington Initiative が州法としてワシントン州の有権者によって採択され、同様に公的契約の報奨金、仕事及び大学の入学において女性と少数者のための「優先処遇」を禁じている。

確かに修正第14条は個人の権利を保障するものである。しかしながら差別は、人種の少数者、女性などのグループに対して行われてきた。アファーマティブ・アクションについては、過去における差別の補償として認められるという考えと、現在も継続している差別を将来に向かってなくすために認められるという考え方がある。この事件で問題となっている人種の多様性という教育における利益はどのように考えたらよいのであろうか。本判決のトーマス裁判官の補足意見は非常に説得的であるが、Brown 判決における「分離すれども平等」という考えは認められないとしながら、分離した教育の方が黒人にとっても利益であると述べているように思われる。GPA や SAT の人種別の平均点を出して、人種的少数者を考慮することによって大学に入学することは、却って人種的少数者に劣等であるという烙印を押すことになるし、人種隔離された大学の方が人種的少数者にとって保護される領域であり、自由にのびのびと学問をすることができるとするが、GPA や SAT の平均値で民族によってこ

---

133) 拙稿「合衆国におけるアファーマティブ・アクションについての議論」法学新報108巻第3号(483～510頁)(2001年)参照。

れほど差があるということは、差別が未だにあるということなのでないだろうか。確かに人種は疑わしい分類であり、厳格な審査が必要なことは認めるが、差別の固定化は社会においては好ましくない。実際に人種が多様に存在するのに、分離教育をすることによって双方のことを知り、理解をし、寛容になることが阻害される。大学における教育は個人の能力によるのであって、平均値によって人種の優劣を心の中に植え付けることはどうかと思う。人種の多様性による教育的利益については大学の裁量を認めても良いのではないかと思う。ただし、割当とか取り置きといった固定的なものではなく、Bakke 判決でパウエル裁判官が述べたように、Harvard planと言われる、多数の要素の中で人種を考慮することまでは許されると思う。ただし、あくまで暫定的特別措置であって、将来平等になったらやめるべきであろうが、現在はまだ、差別が残っているので、アファーマティブ・アクションは認めるべきである。将来に向かって平等な社会の実現が望まれる。

従って、私は、ギンスバーグ裁判官の反対意見に賛成する。厳格な審査をより厳格にすることによって差別が固定化し、解消できないと考えるからである。テキサス州立大学オースチン校の入学プログラムは、Bakke 判決のパウエル裁判官が許容される例とした Harvard Plan に倣ったものであって、Grutter 判決に従ったものである。また、Top Ten Percent Law は人種に中立な方法なのではないかとも思う。

## 5. おわりに

最初の予定では、この Fisher 判決を訳してから、最初に大学入学についてのアファーマティブ・アクションについて判断した Bakke 判決をもう一度見直し、Grutter 判決についてもっと詳細に検討するつもりであっ

たが、判決の翻訳に時間がかかってしまい、最初の提出期限に大幅に遅れてしまった。そのため方向転換して、今回は Fisher 判決についてのみ検討することにした。それでも、トーマス裁判官の補足意見が難解で長文だったため非常に時間がかかってしまった。早くに論文を提出してくださった片山先生にお詫びしたい。

しかしながら、この差戻し判決は、アファーマティブ・アクションにとってとても重大で、危機的なものであると思う。人種に関する優遇施策については、Korematsu 判決や、Adarand 判決、そして今回判決で参照された、Bakke 判決、Gratz 判決、Grutter 判決においても厳格な基準が使われていた。人種の分類について厳格な基準を使うことについて異論はないが、それがあまり厳格に適用されると、差別を是正するために認められてきたアファーマティブ・アクションができなくなってしまうのではないだろうか。今まで人種についてのアファーマティブ・アクションは5対4の僅差で下されることが多く、それがまた裁判所のある意味での健全さを示していると思っていたが、今回は7対1の大差である。今回のアファーマティブ・アクションも人種優遇策であり差別的であるかもしれないが、今まで勉強する機会を十分に与えられなかった人種的少数者に良い大学で学問をする機会を与えることになるし、多様な意見が存在し、多様な民族が社会において存在することを理解することができると思う。人種対立、民族対立のない、(また最近では宗教対立が存在するが、) 平和で安全な社会形成においても、人種の多様性について理解をし、融合し、寛容になることが必要であると思われる。確かに、そのために、入学試験において自分より点数の悪い人種的少数者が入学し、差別もしていない白人等が落ちるということは好ましいことではないかもしれない。しかし割当ではなく、多くの要素の中の一つとして人種を考慮することは、現在まだ平等が実現されていない社会においては必要であり、暫定的に認められるべきではないかと思われる。