

# 表象の体系、交流の秩序

—アメリカの人種アファーマティブ・アクション  
判例における社会統合とその亀裂—

山羽 祥貴

1. 本稿の企図
2. 分断という主題
  - (1) 多元的社会と敵意の政治
  - (2) 正義の「見かけ (appearance)」
  - (3) 反分裂原理——裁判官たちのポリフォニー
3. 諸制度のコンシステンシー
  - (1) 指導者たちの交流——大学
  - (2) 制度のなかの個人——放送・選挙・陪審
  - (3) 矛盾あるいは限界

## 1. 本稿の企図

執筆時現在 (2022 年秋)、アメリカにおける人種・民族に基づくアファーマティブ・アクションは風前の灯となっているが<sup>1)</sup>、そうした現状とは距離をおいて、その憲法上の問題に関するこれまでの裁判例について振り返っておくこと

---

1) 2022 年秋の時点で、ノースカロライナ大学およびハーバード大学におけるアファーマティブ・アクションの憲法適合性等が連邦最高裁において争われており、先例を覆す強く否定的な判断が下される見込みが高いと予想されている。これを契機とした拙稿として、「危機に瀕するアメリカの人種アファーマティブ・アクション」法学館憲法研究所 2022 年 12 月 12 日 ([https://www.jicl.jp/articles/opinion\\_20221212.html](https://www.jicl.jp/articles/opinion_20221212.html))。

は意義のある作業だと思われる。もちろん、この対象については国内においていくつかの先行研究があるが<sup>2)</sup>、これらの多くは、「法の平等な保護」を保障した修正14条1項の平等保護条項（およびその解釈論を取り込んだ修正5条）に照準するアメリカの裁判例を題材にしつつも、その内容に対する規範的な評価を通じて、マイノリティに対する優遇措置の憲法上の許容性に関する望ましい解釈論のあり方を（時には日本国憲法14条1項の法の下での平等も射程に捉えつつ）探求するという目的に導かれていると思われる。これに対して本稿は、より文脈的な接近を行なう。アファーマティブ・アクションという手法に必然的に付随する政治社会の「分断」という問題系<sup>3)</sup>はアメリカの憲法言説においてどのように現れるのか、またそこでとりわけ司法はどのような位置価値を占めるのかを、統合的な諸原理によって説明可能な判例法理に還元されない錯綜体としての判決テキストをそれとして浮かび上がらせることを通じて、明らかにすることを試みたい。

以下本稿は、まず2.において、人種・民族に基づくアファーマティブ・アクションの憲法適合性を判断するにあたって連邦最高裁が厳格審査を適用すること（人種・民族に基づく区別であることを理由に、通常よりも厳しい審査を行うこと）の理由に主として焦点を当てた分析を通じて、人種・民族による優遇措置が社会に生じさせる分断への裁判官たちの関心を可視化する。そのうえで3.においては、優遇措置の行われる文脈（大学、初等中等教育、選挙、放送など）に応じて異なる判断が行われることに着目して、その背景となる制度

---

2) 茂木洋平『Affirmative Action 正当化の理論——アメリカ合衆国の判例と学説の検討を中心に』（商事法務、2015年）、吉田仁美『平等権のパラドクス』（ナカニシヤ出版、2015年）、高橋正明「アファーマティブ・アクションの正当化根拠に関する憲法学的考察（1～3・完）——「多様性の確保」と「差別の是正」という対立軸」法学論叢173巻1号96頁、173巻4号129頁、174巻2号126頁（2013年）、高橋正明「アファーマティブ・アクションの違憲審査の在り方について：「動機審査理論」と「成果主義理論」の検討を中心に」帝京法学30巻1号107頁（2016年）など。

3) 近年の関心を示すものとして、新井誠ほか編『<分断>と憲法——法・政治・社会から考える』（弘文堂、2022年）。

の論理が、社会の分断あるいは統合という主題とどのような関係に立つのかについて若干の考察を行う<sup>4)</sup>。

## 2. 分断という主題

### (1) 多元的社会と敵意の政治

連邦最高裁が人種的・民族的マイノリティへの優遇措置に対して厳格審査を行っているという事実は、人種・民族に基づく区別を憲法上特に問題的なものとする法理（疑わしい区別の法理）が、黒人に対する体系的差別を乗り越えようとする公民権運動期の判例の展開の中で生成したものだという事の経緯<sup>5)</sup>からすれば、これがひとまずパラドキシカルな事態であることは否定できない<sup>6)</sup>、連邦最高裁の裁判例においても当初から自明だったというわけではない。だがそれ以上に興味深いのは、法廷意見または裁判所としての結論を方向づけることになる意見を執筆する裁判官たちが、厳格審査を弁証するにあたって提

---

4) アファーマティブ・アクションの定義については当然議論があるが（e.g., Kasper Lippert-Rasmussen, *Making Sense of Affirmative Action* 1-13 (Oxford University Press, 2020)), 判例テキストの内在的分析を行う本稿においてはそれほど重要ではなく、人種的・民族的マイノリティに対して特に行われる優遇措置というごく一般的な意味に解して構わない。また、「人種」と「民族」についても、特に本稿では区別しない。

5) *McLaughlin v. State of Fla.*, 379 U.S. 184 (1964), *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967). それぞれ、白人と有色人種の同棲 (*McLaughlin*)、婚姻 (*Loving*) の禁止を違憲としたものである。特に後者は異人種間雑婚の禁止が白人の至上的優越性 (White Supremacy) に奉仕するものと述べることにより (388 U.S., at 11)、人種差別の歴史に対する明示的な参照が判決テキストにおいても行われていた。

6) 吉田・前掲注 2) 156 頁。解釈論上の分類としては、特定の属性に基づく区別それ自体を問題とする反別異原理とマイノリティの差別ないし従属に照準する反従属原理の差異に対応することになる。両原理に関する説明として、安西文雄「憲法 14 条 1 項後段の意義」論究ジュリスト 13 号 71 頁 (2015 年)。特にアファーマティブ・アクションとの関係については、高橋正明「憲法上の平等原則の解釈について (2) ——社会構造的差別の是正に向けて」法学論叢 178 巻 2 号 105 頁 (2015 年) を参照。

示する論理の不透明さである。そのなかで相対的に饒舌といえる（しかしひどく平板でもある）1989年の *City of Richmond v. J.A. Croson Co.* 判決<sup>7)</sup> のオコナー相対多数意見（一部法廷意見）に、まずは着目してみよう。自治体の行う建設の元請負契約者（prime contractor）について、契約受注額のうちの30%を人種マイノリティの経営する事業者のために確保することとしていたヴァージニア州リッチモンド市の条例を修正14条に反するとした本判決は、州政府が行う人種アファーマティブ・アクションに対して疑わしい区別の法理のもとでの厳格審査（「やむにやまれぬ政府利益（compelling governmental interest）」の達成を目的とする「厳密に仕立てられた（narrowly tailored）」手段である場合に限り合憲とされる<sup>8)</sup>）を初めて連邦最高裁の多数派の見解として確立したものである（相対多数意見の部分だが、審査基準に関する論証についてもう一人の裁判官が賛成したため、その点に関しては裁判官の多数による支持を得たことになる<sup>9)</sup>）。そのうえでオコナーは、市が行っていたと具体的に同定しうる差別ではなく、当該業界における過去の私的主体も含めた差別的慣行の効果を「是正（remedy）」<sup>10)</sup> するという目的は、あまりに「無定型（amorphous）」なものであり「やむにやまれぬ利益」とは言えないとして違憲判断を下してお

---

7) 488 U.S. 469 (1989).

8) 目的審査における「やむにやまれぬ利益」の要求は、注5)に挙げた判例における初期の厳格審査に含まれていたものではない。導入の経緯について、Stephen A. Siegel, *The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny*, 48 Am. J. Legal Hist. 355 (2006).

9) *See Croson*, 488 U.S., at 520 (Scalia, concurring in the judgement). Croson 判決に関する俯瞰的な説明として、高橋・前掲注2)「アファーマティブ・アクションの違憲審査の在り方について」122頁以下。

10) 公民権法第7編のもとで裁判所によって命じられる場合等を除けば、裁判所自身が行う対応ではないため、本稿では過去の差別の効果の除去を意味するこの言葉を「救済」ではなく「是正」と訳出することにする。Croson 判決も含め、ここでいう過去の差別についてどのような限定を行うかなど、「是正」の概念規定については大いに問題があるが、これについては、*see David A. Strauss, Affirmative Action and the Public Interest*, 1995 Sup. CT. REV. 1, 14-25 (1995). 注76)、77)に対応する本文も参照。

り<sup>11)</sup>、論証の内容からしてもこの審査基準の選択が重要な意義を持ったことは確かである。

厳格審査を行う理由としてオコナーが第一に述べるのは、厳格審査の意義が真の目的を「あぶり出す (smoke out)」こと、すなわち当該政策が人種的な偏見等によって動機づけられていないかどうかを確認することであり<sup>12)</sup>、それを行う以前に立法目的の評価を行うことはできないのだから、人種マイノリティを優遇することをもって「良性 (benign)」のものだと最初から決めてかかり、マイノリティを害する立法と区別して扱うべきではないということである<sup>13)</sup>。さらにオコナーは、マイノリティに対する優遇措置は、それらの人々が特別な保護なしに自らの能力だけで成功できないというステレオタイプを強化することによって、「人種的劣位の観念を促進し、人種的敵意の政治へと導く」危険があると述べている<sup>14)</sup>。優遇措置がマイノリティの能力に対する偏見をかえって強化しうる（「スティグマ」の強化につながる）という議論はしばしば行われるが<sup>15)</sup>、これをオコナーも援用していることになる（「人種的敵意の政治」は異なる含意を持ちそうだが、これについては後で扱う）。

これらの理由づけは、それぞれ容易に異論を提起することができるものであり<sup>16)</sup>、その記述の平板さも相まって、厳格審査の本当の理由と見てよいのか疑

---

11) *Croson*, 488 U.S., at 498-506.

12) 審査基準の機能一般についてこれを強調するものとして、長谷部恭男『憲法の理性 [増補新装版]』107-108 頁 (2016 年)。

13) *Croson*, 488 U.S., at 493 (O'Connor, J., plurality).

14) *Id.*, at 493-494 (O'Connor, J., plurality).

15) その他の連邦最高裁判例での言及として、後述する *Bakke* 判決のパウエル意見や、*DeFunis v. Odegaard*, 416 U.S. 312, 343 (1974) (Douglas, J., dissenting), *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200, 241 (1995) (Thomas, J., concurring) などがある。このほか、注 21) も参照。

16) まず第一の理由については、「疑わしい」真の目的をあぶり出すという法理的機構の作動においては、表層に掲げられた正当な立法目的の背後に悪しき意図——この場合は特定の人種グループへの敵意や従属構造の維持のような——が存在するという類型的な蓋然性が存在することが前提となるどころ、アフーマティブ・アクションに関してはそのような事情は認めがたいということを指摘することができ

いを生じさせるものである。しかしここではそれは一旦措いて、オコナー相対多数意見が執拗に用いている特徴的なレトリックに注意を払っておきたい。オコナーは違憲審査基準について判示する部分の冒頭で次のように述べている。「当裁判所がかつて指摘したように、『修正 14 条 1 項で創設された権利は、その文言からして、個人 (the individual) に保障された権利である。ここで確立された権利は個人の権利 (personal rights) である』」<sup>17)</sup>。引用されているのは 1948 年の *Shelly v. Kraemer* 判決であり、これは不動産の有色人種への譲渡や賃貸を制限する約款を裁判所が執行することが平等保護条項に反する政府行為にあたるかという問題について解答する際に、裁判所は白人を排除するような

---

る。このような蓋然性は、社会に偏在するマイノリティへの偏見や敵意が、政治過程においても支配的な要因として作動しているはずだという推論に依拠するはずだが、マイノリティを優遇する措置においてこのような推論を当てはめることには無理があるからである (John Hart Ely, *The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination*, 41 U. CHI. L. REV. 723, 734-736 (1974)). より詳細な検討として、高橋・前掲注 2) 「アフーマティブ・アクションの違憲審査の在り方について」131 頁以下)。ただし、*Croson* 判決のオコナー相対多数意見は、「人種の劣位性という正統でない観念」と並んで、「端的な人種政治 (simple racial politics)」による動機づけに言及しており、マジョリティー・マイノリティの図式から離れた議論の可能性を残す (488 U.S., at 493)。またこの事件における特殊事情につき、*id.*, at 495-496. 第二のマイノリティへのスティグマ付与ないし劣位の観念の促進という問題については、確かにそのような危険はありうるとしても、他方でマイノリティへの優遇措置自体はその社会経済的な地位の向上を狙って行われるものであり、その効果としてスティグマの除去を導く可能性もある以上、全体的な視点からみてアフーマティブ・アクションがマイノリティの地位を向上させるかどうかは、極度に経験的事実に開かれた問題である (See Ronald Dworkin, *Taking Rights Sereiously* 224 (Harvard University Press, 1978)). それにもかかわらず、こうした措置がジム・クロウ体制の諸立法のようなそれ自体としてマイノリティを劣位に止める政府行為と同程度に憲法上警戒すべきものと位置づけることに対しては、やはり疑問を提起することができる。その他学説での議論として、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 285 頁、314-316 頁 (1999) などを参照 (ただし安西は優遇措置から外れる別のマイノリティに留意して、厳格審査の余地も残す)。

17) *Croson*, 488 U.S., at 493 (O'Connor, J., plurality) (quoting *Shelly v. Kraemer*, 334 U.S. 1, 22 (1948)).

約款であっても同様に執行するだろうから人種間での不平等はないという主張を退けるにあたって、「個人の権利」を保障するものとしての平等保護条項という定式を示したものである<sup>18)</sup>。そのうえでオコナーは、この Croson 判決で問題となった優遇措置が、この自治体との契約を得るために競争する機会を人種のみを理由として一部の市民に拒否するものである以上、機会を奪われる市民がいかなる人種グループに属していようと、このような規律によって「平等な尊厳と尊重をもって扱われる『個人の権利』」が問題となるのだと述べる<sup>19)</sup>。ここにおける「個人」の強調は、Shelley 判決と相当に異なる文脈ではあるとはいえ、人種的区別によって不利益を受ける者がたとえマジョリティに属していても、マイノリティの利益が害される場合と同様に憲法上問題だということを述べるものとして機能している。

別の言い方をすると、ここでオコナーは平等保護条項の解釈からマジョリティ・マイノリティの非対称性を放逐しようとしているわけであり、それがアフーマティブ・アクションへの厳格審査の適用を正当化する論証の全体を駆動するモチーフだということがまずは示されていることになる。これが実質的な論証になっているのかについては疑いが拭えないし、その後が続く（すでに扱った）厳格審査の理由づけとどのように関わるのかも明らかでない。しかしこの空虚にも思われる「個人」の強調は、人種的優遇措置の合憲性に関する多くのケースにおいて、繰り返し現れるものである。

1978 年の Regents of University of California v. Bakke 判決<sup>20)</sup> は、連邦最高裁がアフーマティブ・アクションの合憲性について判断した初めての事件である。この事件において問題となったのは、カリフォルニア大学デイヴィス校のメディカル・スクールが、入学者選考において黒人やアジア系などのいくつか

---

18) 同判決を含め公民権運動期以前における平等保護条項解釈上の「個人の権利」の用法について、拙稿「抗争の場としての association——「分離すれども平等」が主題化していたものについて」法学会雑誌 62 巻 1 号 409 頁、429-431、435-436 頁 (2001 年) で検討した。

19) *Croson*, 488 U.S., at 493 (O'Connor, J., plurality).

20) 438 U.S. 265 (1978).



の人種マイノリティのグループのために特別枠を設けていたことの合憲性であり、原告であるバッキは、人種を考慮した入学者選考の差止および自身の入学許可の命令を求めていた。この判決では法廷意見は形成されることがなく、結果として、人種マイノリティへの優遇措置について相対的に緩やかな審査（中間審査基準）を提唱して原告の主張の棄却を導く別の4人の裁判官の見解（ブレナン、ホワイト、マーシャル、ブラックマンによる共同意見）<sup>21)</sup>と、憲法判断を回避しつつ、連邦の援助を受けたプログラムにおける人種差別を禁止する1964年公民権法第6編のもとで違法として原告の主張の認容を導く別の4人の裁判官の見解（バーガー、スチュワート、レーンキストが同調したスティーブンス意見）<sup>22)</sup>との間で板挟みになったパウエル判事が裁判所としての結論——入学許可の命令および（人種を考慮する場合一般ではなく）本件で行われた入学審査制度が違憲であることの宣言——を言い渡している。その際にパウエルは自らが提示した結論の理由づけにおいて、人種に基づく優遇措置に対する厳格審査の適用を支持している。実質的に連邦最高裁の結論を方向づけたこのパウエル意見に着目してみよう<sup>23)</sup>。

パウエルもまた、マジョリティー・マイノリティの非対称性を拒絶し、「個人の権利」を保障するものとしての平等保護条項解釈をここで強く主張しているのだが、この点に関しては上述したCroson判決におけるオコナーを遥かに凌駕する厚みをもった論証が展開される。ひとまずパウエルは、裁判所の能力の限界に着目する。彼が言うことには、修正14条が制定されて以降、アメリカは更なる移民の流入により、「複数のマイノリティからなる国家（a Nation of

21) *Bakke*, 438 U.S., at 356-362 (Brennan, J. et al., concurring in the judgment in part and dissenting in part). 厳格審査が支持されてきた人種差別事案とは異なるとしつつ、マイノリティへのスティグマの強化等に配慮して、性に基づく区別に関する憲法上の統制において展開されてきた中間審査基準を適用すべきとする。

22) *Bakke*, 438 U.S., at 408-421 (Stevens, J., concurring in the judgment in part and dissenting in part).

23) 下級審となったカリフォルニア州最高裁の判断やパウエル意見以外の意見の内容を含め、より詳しくは高橋・前掲注2)「アフーマティブ・アクションの違憲審査の在り方について」116頁以下を参照。



minorities)」へと変貌した。実際それまでの連邦最高裁判例における平等保護条項の解釈においても、黒人のみならずアイルランド系、中国系、オーストラリア系、日系、ヒスパニック系といった多様なマイノリティに対する保護を認めてきたところであり<sup>24)</sup>、Brown 判決や Loving 判決<sup>25)</sup>のような公民権運動期の記念碑的な裁判例が奴隷制の残滓である黒人の抑圧という問題に関わるものであったことは事実だとしても、これを白人という「マジョリティ」による黒人の「マイノリティ」への差別という図式で捉えることは必然的なものではなく、むしろ血筋 (ancestry) に基づく区別を一様に忌むべきものとする思考を示すものと理解したほうが適切である。実際、白人という「マジョリティ」にしても、上述したもののほか東欧・中欧・南欧出身者やユダヤ系、カトリック、イタリア系、ギリシャ系やスラブ系など様々な属性の人々によって構成されているのであり<sup>26)</sup>、こうした白人内部の細分化されたグループのほとんどは、国家あるいは私人による過去の差別の歴史を主張することができる。これら全てを憲法上特別の保護に値するものと扱うならば、「残される唯一の『マジョリティ』は、白人かつプロテスタントであるアングロサクソンという新たなマイノリティ」であるという明らかな不条理が生じるだろう。これを避けるためには、裁判所としてはこれら様々なマイノリティの中から、特別に保護に値するグループを選別することになるが、それを見分けるための「原理的な基礎 (principled basis)」は存在しないため、裁判所としては現実の社会の人種的・民族的編成を常に注視しながら、一定の閾値を超えて社会的差別の対象になっているグループをその都度特定しなければならない。だがそのような「流動的な社会学のおよび政治的分析」を行うことは、司法の能力を超える<sup>27)</sup>。

ここでは、人種に基づく差別ないし従属を直接に主題化しようとする憲法解釈論が、現実の社会における人種的・民族的編成に対して直接的に開放的な

24) それぞれについて先例が挙げられるが、詳細はパウエル意見の原文に譲る。

25) Loving 判決については注 5) を参照。Brown 判決については拙稿・前掲注 18) 438 頁以下などを参照。

26) *Bakke*, 438 U.S., at 292, n. 32 (opinion of Powell, J.).

27) *Id.*, at 292-297 (opinion of Powell, J.).

らざるをえず、それが裁判所に過大な重責を担わせることになるという事態への懸念が率直に表明されている。著名な *Carolene Products* 判決の脚注 4<sup>28)</sup> で示されたような「識別可能な隔絶されたマイノリティ (distinct and insular minority)」に対する特別の司法的保護というパラダイムは、アメリカ社会の現実に照らして運用可能なものではなく、むしろそうした現実から距離をとることを可能にする憲法解釈の枠組みが探求されるべきということになる。

注意すべきなのは、一定の説得力を備えたこの論証自体は、人種マイノリティへの優遇措置について厳格審査を行うこと自体を正当化するものではないということである。従属的な地位に立つマイノリティの保護という任務を司法が放棄せざるをえないのであれば、その最も素直な帰結は、人種に基づく区別について、他の場合と同様の緩やかな審査を行う（立法目的との関係で合理的な関連性のみを求める）ことであり、厳格審査の適用を正当化するためには、差別や従属との関連以外で人種に基づく区別がもつことになる特別の問題性について独立の論証を行う必要がある。この点パウエルは、アメリカ社会の現実をてこにしてマジョリティ-マイノリティの図式を拒絶した上述の部分の後に、「優遇という着想それ自体につきまとう深刻な正義の問題」として、特定の人種グループの社会的地位を増進するために行われる区別が無条件に「良性 (benign)」のものとは言い難いこと、優遇されるグループがそれなしには成功できないというステレオタイプを強化しうることを述べており<sup>29)</sup>、これらは上述した *Crosby* 判決のオコナーが述べるのと概ね同じである。

しかしパウエルはさらに第三の問題として、「自分たちが作り出したのではない不正のために償うという負担を、被上訴人 [=バッキ] のような立場にある罪のない個人に負わせることには、何ほどかの不公平さがある」と述べている<sup>30)</sup>。さらに（段落をかえつつ）続けて、司法審査のあり方をその時々

---

28) *U.S. v. Carolene Products*, 304 U.S. 144, 152, n.4 (1938). これがもつ憲法理論上の意義について、松井成記『二重の基準論』（有斐閣、1994年）などを参照。

29) *Bakke*, 438 U.S., at 298 (opinion of Powell, J.).

30) *Id.*, at 298 (opinion of Powell, J.).

的諸力の状況に応じて可変的とした結果、人種に基づく区別について憲法上の許容度が不均等になることは、「人種的・民族的敵意 (racial and ethnical antagonisms) を和らげるというよりも、むしろ悪化させるということは十分にありうる」<sup>31)</sup>とも述べる。こちらは違憲審査基準を変動させることの問題性という文脈に戻っているのであるが<sup>32)</sup>、Croson 判決のオコナーが厳格審査を弁証するにあたって「人種の劣位の観念の促進」と並べて指摘した「人種の敵意の政治」という主題が、次元を異にしつつも現れていることに注目すべきだろう。さらにパウエルは、審査基準の選択においてマジョリティ・マイノリティの非対称性から決別することを述べる部分に付された脚注で、次のようにも述べている。

「人種に基づいて負担と利益を再編成する州によって課される全ての区別は、そこで負担を課せられる個人に深い怒りをもって受け止められる可能性が高い。罪のない個人に平等の権利と機会を拒絶することは、そのように剥奪された人々を憤慨させ、その結果許し難いものとして感じとられうる。こうした個人にとって、自らが耐えるよう要請されている剥奪が、支配的なマジョリティに属していることの対価でしかなく、それを課されていることが他人を助けるという良き目的と考えられているものに動機づけられているといったことは、慰めとはなりがたいだろう。肌の色や民族的出自に基づいて利益や特権を分配するシステムの本質的な不公正さを、またそれに伴う不当な扱いを受けているとの感覚を、軽々しく無視するべきではない。」<sup>33)</sup>

ここにおいては、政府による人種を指標とした利益分配がマジョリティの感情の水準においてもたらず弊害が極めて率直に述べられている。Croson 判決

31) *Id.*, at 298-299 (opinion of Powell, J.) (citing *United Jewish Organizations*, 430 U.S., at 173-174, (Brennan, J., concurring in part)).

32) これに加えて、裁判所が運用する憲法法理が文脈に応じて可変的であることそれ自体の問題も述べられている。*Id.*, at 298-299 (opinion of Powell, J.).

33) *Id.*, 438 U.S., at 294, n. 34 (opinion of Powell, J.). 強調は原文。

のオコナー相対多数意見にさりげなく埋め込まれた「人種的敵意の政治」との共鳴は疑いのないところであり、これらの裁判官による厳格審査の採用を貫いている一つの重要な問題関心——あるいは厳格審査の真の理由——をここに見出すことができそうに思われる。

ところでパウエルもまた、上述した一連の論証の締め括りの部分において、オコナーと同様、修正 14 条が保障するのは「個人」の権利であるという定式を提示したうえで、違憲審査基準を一貫させるべきことを改めて強調している<sup>34)</sup>。これは矛盾を抱えた定式である。上述した「敵意」を持つことが想定される主体は、この文脈においては罪のない白人 (innocent white) というそれ自体特定の属性を備えた人種グループである以上、ここにいう個人の権利とは、アファーマティブ・アクションというグループに着目した利益分配を抑制することを通じて、その分配の恩恵に与れないグループの感情的反発を防止するという規律に対して最終的に与えられた符牒以外の何ものでもなく、そうであればここでの個人は人種・民族によるカテゴライゼーションあるいは「差別」から自由に自己の生を展開する主体などではなくて、人種的・民族的多元性を抱えたアメリカ社会という具体的な布置のもとで潜在的な敵対性を相互に抱えた諸グループに埋め込まれた存在だということは、否定しようがないからである。このような「個人」のパラドキシカルな二重性は、本稿がこれ以降検討するテキスト群においても基調をなすだろう。

## (2) 正義の「見かけ (appearance)」

以上の通り、Croson 判決のオコナー相対多数意見も、Bakke 判決におけるパウエル意見も、人種グループ間の「敵意」への問題関心を重要な動因としていることは確かなのだが、判決テキストにおいて十全に表現されているわけではなく、最も決定的な記述はパウエル意見の脚注に埋め込まれていた。裁判官たちは、この主題を全面的に展開することに一種のためらいを見せているよう

34) *Id.*, at 299 (opinion of Powell, J.) (citing *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S., at 22; *Missouri ex rel. Gaines v. Canada*, 305 U.S., at 35).

に思われる。同じ主題は、同意見がその厳格審査を用いてそこで問題となっていた優遇措置の合憲性を審査するという文脈では、より徹底して隠蔽されながら作用することになる。

本件でパウエルが用いた厳格審査の具体的定式は、Croson 判決のオコナーと同様、そこで用いられている人種的区別が「やむにやまれぬ政府利益」に仕えるために「厳密に限定されている」ことが必要だ、というものである<sup>35)</sup>。前者について、「社会的差別 (societal discrimination)」の影響を和らげるということ目的が Croson 判決と同様に退けられる一方で、学生集団の多様性の確保による教育上の利益という目的が、「やむにやまれぬ利益」の達成を目指すものとして承認されたことが特筆すべき点であるが、このことの意義については 3. (1) で検討することにして、ここではこの学生集団の多様性を確保するための手段について、パウエル意見が具体的にどのような制約を課したのかに着目しておきたい。

あらかじめ簡単に述べておくと、パウエルがこの手段審査の水準で課した制限（「厳密に仕立てられた手段」と言いうるための条件）は、入学審査において一定の人種・民族グループに属することを加点要素とすることは許されるが、特定の人種・民族のための別枠を設けることは許容されないというものである。こうした限定は比較的有名なものであり<sup>36)</sup>、本件で問題となったカリフォルニア大学デイヴィス校の優遇措置はまさにこの別枠を設けるものであったため、違憲という結論が下されている。

このような制限を課すにあたってパウエルが強調しているのは、「個人」による「競争」という性質を入学者選考において維持することの重要性である。教育の質を高めるために意義をもつ「多様性」は、民族的出自に限られるわけではなく、特殊な才能や職歴、年齢や慈善活動の経験など様々なものが含まれる。それにもかかわらず人種・民族のみに着目してマイノリティを別枠で選考するカリフォルニア大学の入学審査は、真の意味での多様性を遠ざけるもの

35) *Id.*, at 299 (opinion of Powell, J.)

36) 樋口範雄『アメリカ憲法』459-460 頁（弘文堂、2011 年）などを参照。

である。もちろんだからといって、これら評価の対象となりうる属性のそれぞれについて別枠を設ける仕組み（multi-track system）は、入学者選考における競争それ自体を破壊することになるだろう。これに対して、すでに別の大学（ハーバード大学）で行われていたプログラムのように、教育上重要な多様性に資する様々な属性のそれぞれを——人種・民族的マイノリティへの帰属を含め——選考における加点要素とする方式であれば、そこでは各受験者が、多様性への貢献度を含めた各自の能力ないし適正において「公正かつ競争的に（fairly and competitively）」比較されることになるのであり、このような手法は人種・民族グループへの帰属のみを理由として一定の者を審査から排除するのではなく、入学希望者を「個人」として扱うものといえる<sup>37)</sup>。

手段審査における当初の定式との関係でいえば、このようなより望ましい代替手段があるがゆえに、本件で用いられた別枠の確保という手法が、学生集団の多様性の確保という目的を達成するために「必要（necessary）」なものと言いがたい（「厳密に仕立てられた手段」と評価できない）と判断されている<sup>38)</sup>。パウエルは結論部分で、「上訴人〔カリフォルニア大学当局〕の優遇措置の致命的な欠陥は、修正14条によって保障されたものとしての個人の権利を無視していることである」と述べており<sup>39)</sup>、違憲審査基準の設定において用いられた「個人の権利」という修辭が、手段審査の水準においても繰り返して作用していることになる。

しかしこのような議論は、実質的には何を志向するものなのだろうか？ ポール・J・ミシュキンは *Bakke* 判決から比較的近い時期の論稿において、加点要素にとどめるならば入学希望者が「個人」として共通の土台で競争しようというパウエルの論理に対して明晰な批判と分析を行っている。加点方式の運用にあたって、人種的・民族的マイノリティであるという属性に与えられるべき加点量は客観的には存在していない以上、これに関する大学当局の決定は、それ

37) *Bakke*, at 438 U.S., at 315-318 (opinion of Powell, J.).

38) *Id.*, at 316 (opinion of Powell, J.).

39) *Id.*, at 320 (opinion of Powell, J.).

を通じて達成されるであろうマイノリティの入学者数を睨んだものにならざるをえない——つまり加点量の設定は、間接的かつ精緻さを欠いたかたちではあれ、優先的な入学を認められるマイノリティ学生の割合を決める作業だということになるのであり、別枠方式と加点方式の差異は実質 (substance) というよりも形式 (form) の水準のものである<sup>40)</sup>。

そのうえでミシュキンは、このような形式における違いが現実に果たしうる機能について検討している。加点方式のようにあくまで他の要素と並んで人種を考慮するかたちであれば、マイノリティの学生が「隔てられ異なった (separate and different)」存在として特別な施しを受けているという印象を弱めることができるのであり、こうした印象の差異は、学生間の関係性の発展や、学生たち (特に、その自己イメージが左右されうるマイノリティ学生) への教育効果にも影響を及ぼす。さらに社会一般の受け止め方という水準においても、別枠を設ける手法は過去の人種に基づく差別的実践についての記憶を呼び起こすといった象徴的な効果をもつとともに、入学審査において人種が意義をもっているという意識を明瞭な状態に保ち、本件のような入学プログラムを含めた、過去の差別の影響を乗り越えようとする措置一般への「敵意」を促進することになるだろう。これに対してハーバード大学のような個別考慮における加点要素にとどめる手法であれば、こうした感情的軋轢を抑制することが可能となる<sup>41)</sup>。つまり別枠方式と加点方式は、入学審査において人種・民族的属性が果たす実質的な役割においては違いがなくても、まさにその形式の差異に

---

40) Paul J. Mishkin, *Uses of Ambivalence: Reflections on the Supreme Court and the Constitutionality of Affirmative Action*, 131 U. PA. L. REV. 907, 925-927 (1983). 同様の指摘として、Samuel Issacharoff, *Can Affirmative Action Be Defended*, 59 Ohio St. L.J. 669, 673-674 (1998). ただしその後、連邦最高裁は、「無視できないほどの量 (critical mass)」のマイノリティの入学を目標として設定することを許容しつつも、あらかじめ固定された人種割合の達成を目指すことは許されないとし、実質的なクォータ制との差別化を明示的に要求しており (Grutter v. Bollinger, 539 U.S., 306, 335-337 (2003))、より微妙な境界画定が行われることになる。この点については、注 124) も参照。

41) Mishkin, *supra* note 40, at 928.



応じて、関係する学生および社会一般に与える心理的影響を異にするということになる。こうしたミシュキンの議論は、優遇措置のための複数の手法について、学生の多様性の確保という目的との関係での道具的合理性の問題とは異質の次元における差異を、すなわち、その外形がもたらす「象徴的・文化的効果」<sup>42)</sup>の水準における差異を問おうとするものだと言える。

特別枠を設ける方式の象徴的効果の問題に重点をおくミシュキンの議論には、加点要素にとどめる方式が保持しうる能力主義（メリトクラシー）との結びつきを付け加えることができるだろう。「個人」の「競争」を重視するパウエル意見がこの点に重視していることは確実である<sup>43)</sup>。ただしここで重要なのは、能力主義そのものを守るのではなく（それが幻想であることはミシュキンが指摘する通りである）、その外観を保つことであり、人種・民族はあくまで一つの考慮要素にすぎず全体としてはあくまで個人がそれぞれの価値に応じた判断されているという信を維持することこそが<sup>44)</sup>、優遇を受けられない者の敵意を和らげるものと期待されているのだということである。

ミシュキンの議論それ自体は、パウエル意見の論証の内的な綻びから出発して、それが果たす現実的機能を探ろうとするものである。だが実際のところパウエル意見には、問題があくまで外形およびそれが公衆に与える印象にすぎないことを、執筆者自身が認めるかのような言辞が含まれている。パウエルは手段審査を終えようとするパラグラフに付された脚注で、次のように述べた。

42) Robert C. Post & Neil S. Siegel, *Theorizing the Law/Politics Distinction: Neutral Principles, Affirmative Action, and the Enduring Legacy of Paul Mishkin*, 95 Calif. L. Rev. 1473, 1494 (2007).

43) Croson 判決のオコナー相対多数意見との関係でメリトクラシーの要素に着目するものとして、高橋・前掲注2)「アファーマティブ・アクションの違憲審査の在り方について」126-127頁を参照。

44) アファーマティブ・アクションにおける能力主義の保持と分断の制御の関係につき、see Issacharoff, *supra* note 40, at 691. ただし、Bakke 判決で問題となった加点方式よりも、さらにマイノリティ属性の意義を弱める方式のメリットについて述べる文脈である。

「上訴人 [カリフォルニア大学当局] のプログラムは、州の大学の入学希望者だけでなく、公衆一般によって、本質的に不公正なものと思なされるだろう。機会のための個別的な競争、とりわけ州によって与えられるそうした競争における公正さは、広く愛でられたアメリカ的倫理である。さらに言えば、より広義の意味における法の支配の根底をなす想定は、公正さに依拠した司法のシステムが個人にとって価値あるものだけということである。フランクファート裁判官が別の文脈で述べたように、『司法 (justice) は正義 (justice) の見かけ (appearance) を満たさなければならない。』<sup>45)</sup>

正義それ自体とは明瞭に区別された、正義の外観を志向する司法——疑わしい区別の法理は、当初の文脈とは全く異なった人種的マイノリティへの優遇措置という状況において、このような独特の次元での再出発を遂げたことになる。このことを確認したうえで、Bakke 判決以外の裁判例の検討に移ることにしたい。

### (3) 反分裂原理——裁判官たちのポリフォニー

Bakke 判決のパウエル意見において、それが問題意識の根幹をなすことは確かであるにもかかわらず、敵意の抑制という主題がテキスト上で全面的には展開されていないのは、それほど不思議なことではない。パウエルが行っている議論を実質的にみると、それはアフーマティブ・アクションがその恩恵を受けられない階層——つまり「マジョリティ」である白人——に生じさせる感情的な反発それ自体を憲法上の制限の根拠にするものであり、その際にこうした反発の内容上の正当性<sup>46)</sup>は問わないということであるから、このようなことを正面から述べることは、何よりもこのマジョリティに対して侮蔑的である。ま

45) *Bakke*, 438 U.S., at 319, n. 53 (opinion of Powell, J.) (quoting *Offutt v. U.S.*, 348 U.S. 11, 14 (1954)). 強調は本稿筆者による。この箇所に着目するものとして Reva B. Siegel, *Foreward: Equality Divided*, 127 Harv. L. Rev. 1, 46 (2013).

46) そもそも能力主義それ自体を平等保護条項で保障される権利の内実を含めることが困難であることについて、Dworkin, *supra* note 16, at 225.

たそもそも、およそ一般に隠蔽する作用は、そこで隠蔽が行われているという事実それ自体が隠蔽されてはじめて完遂されるものである以上、特定の人種・民族の者を優遇する意義をもつという誰にも否定しようのないアフーマティブ・アクションの實質をなるべく覆い隠すべきだということを論拠として正面から提示するということは、本質的にパラドキシカルな側面を含んでいる。

そして繰り返しになるが、Bakke 判決においてパウエルの議論を駆動していたような思考が、連邦最高裁のアフーマティブ・アクションに対する態度を排他的に示すものと考えられるわけではない。これについては、パウエル意見と類似の問題関心に立つものとしてこれから紹介する他の裁判官の(別の判例における)諸意見についても、基本的に同様のことが言える。しかしこのことは、法廷意見としての地位を確立しなかったものを含む裁判官の見解を拾い上げることの意義を少しも減じるものではない。そもそもアメリカの連邦最高裁判所の判例というものは、常に多様な思想と傾向を裁判官たちの複数の声の合成としてのみ成り立つものであり、とりわけアフーマティブ・アクションのように政治的な対立の顕著な主題について、裁判所そのものの多元性を無視した観察を行うのであれば、議論の貧困さは避けがたいだろう。いずれにせよ、こうした問題関心に立つ裁判官たちが、アフーマティブ・アクションに寛容な立場をとるリベラル派とその反対の保守派の間に挟まれた中道派として、結果として(Bakke 判決のパウエル意見がまさにそうであるように)人種に基づく優遇措置に関する連邦最高裁の判断を最終的に方向づける役割をしばしば果たしたことは確かである。

つまり公民権運動以後の「破碎の時代」<sup>47)</sup>において人種政治を統御する憲法的思考は、アメリカ国制史における特権的な秩序変動を開始しようとした Brown 判決のウォーレン法廷意見が人種別学の違憲性を裁判官全員一致のワンボイスで公衆に語りかけようとしたのと全く逆に<sup>48)</sup>、様々な「意見」のポリフォ

47) Daniel T. Rogers, *Age of Fracture* (Harvard University Press, 2012).

48) これについて、*see e.g.*, Michael J. Klarman, *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality* 302 (Oxford University Press,

ニーの中に辛うじて聞き取られるものとならざるをえない。以下に見るとおり、その思考は「個人」というそれ自体としては実体を欠いた形象を伴いながら変奏されていくことになるだろう。

実際、アファーマティブ・アクションの憲法上の扱いは、Bakke 判決以降しばらく見解の一致をみない状況が続き、その後 2. (1) で扱った 1989 年の Croson 判決において州政府が行う人種的アファーマティブ・アクションに対する厳格審査が連邦最高裁の多数の意見として確立されたあと、連邦政府が行う優遇措置についても（修正 5 条のデュー・プロセス条項の解釈として）、1995 年の *Adarand Constructors, Inc. v. Peña* 判決<sup>49)</sup>において厳格審査の適用が判例として定着する。ここに至るまでの過程において、人種に基づく利益配分がもたらす敵意に対する懸念が見られるものとしては、Croson 判決のオコナー意見における「人種の敵意の政治」へのさりげない言及のほかは<sup>50)</sup>、公共事業に関する州および地方政府への連邦補助金の一部をマイノリティが所有する企業に使用するべきことを定める連邦法を（厳格審査の適用を否定したうえで）合憲とした 1980 年の *Fullilove v. Klutznick* 判決があり、そこでは一人の裁判官（スティーブンス判事）の反対意見が、「出生に基づいて取得される特徴に基づく優遇は、優遇されるクラス全体に対する不寛容と敵意（antagonism）を促進する」と述べていた<sup>51)</sup>。他方で、審査基準のレベルでは判例法理を確立したも

---

2004). *Brown* 判決の経緯や意義については別稿を予定している。

49) 515 U.S. 200 (1995). この事件では、連邦の公共事業について、マイノリティの運営する下請業者を用いる元請業者に付加的な補償を与えることにより、そのような下請業者を用いるインセンティブを生じさせる政策の合憲性が問われた。

50) この箇所を、後に述べる *Shaw* 判決におけるオコナーの問題意識と結びつけるものとして、T. Alexander Aleinikoff & Samuel Issacharoff, *Race and Redistricting: Drawing Constitutional Lines after Shaw v. Reno*, 92 Mich. L. Rev. 588, 613-615 (1993).

51) 448 U.S. 448, 547 (Stevens, J., dissenting) (1980). さらに、*Id.*, at 532-533 (Stevens, J., dissenting) は 18 世紀ヨーロッパ以来生まれに基づく区別がもたらしてきた「敵意と不満 (animosity and discontent)」について言及する。また、後に述べる「保守派」の裁判官によるものであるが、*Adarand*, 515 U.S., at 241 (Thomas, J., concurring in part and concurring in the judgement) も、人種的区別が引き起こ

のである（同じく公共事業におけるマイノリティ優遇が問題となった）Adarand 判決の法廷意見を執筆したオコナー判事はこのような主題には言及せず、疑わしい区別の法理を確立したかつての判例や、アファーマティブ・アクションに関するそれまでの判決の中で厳格審査の適用を支持した諸意見——Croson 判決において自身が述べたことを含む——の断片を淡白にまとめあげるかたちで、マイノリティへの優遇措置の厳格審査を正当化している<sup>52)</sup>。

もっともオコナーは、Adarand 判決より少し前に、典型的なアファーマティブ・アクションとは異なるものの人種マイノリティの利益を促進するものであるには違いない州の政策が問題となった 1993 年の Shaw v. Reno 判決<sup>53)</sup>において、人種に基づく区別がもたらす（マイノリティの劣位の観念の強化とは別の）象徴的・文化的な効果に明示的に注意を向けている。この事件では、人種マイノリティの過少代表を改善するために、人種の居住パターンに合致するかたちで選挙区割りを変更することの合憲性が問われたが、これを違憲と結論づけたオコナー法廷意見は、「選挙区割りの再編成（reapportionment）は、見かけ（appearances）が重要な分野の一つである」としつつ、人種の属性のみを共有する諸個人を一つの区域に収めるような区割りが「政治的アパルトヘイトとの不穏な類似性を持つ」と述べ<sup>54)</sup>、パウエルと同じく国家の制度的実践の外見へ着目する姿勢を明らかにする。そのうえでオコナーは次のように述べる。

---

す怒り（resentment）に言及する。

52) *Adarand*, 515 U.S., at 223-237. その他、これら過渡期に属する裁判例として *Wygant v. Jackson Bd. of Educ.*, 476 U.S. 267 (1986) がある。公立学校の教師のレイ・オフについて、解雇される教師においてマイノリティが占める割合が現存するその割合を上回らないことを定める組合と教育委員会の合意について、パウエルによる相対多数意見は厳格審査を適用して違憲との結論を下しているが、ここでは裁判官の多数意見は形成されなかった。

53) 509 U.S. 630 (1993). この事件の背景および意義に関する詳しい検討として、吉川智志「アメリカにおける人種ゲリマンダリング訴訟の最前線——アメリカ選挙法の近時の動向の一断面として」選挙研究 34 巻 1 号 66 頁、69-70 頁（2018 年）。

54) *Shaw*, 509 U.S., at 647.

「あらゆる種類の人種的区別は、我々の社会に持続的な害を及ぼす。それらは、我々の歴史のあまりに長きにわたって・あまりに多くの人によって保持されてきた、個人が肌の色によって判断されるべきであるという信念を強化する。投票に関する人種的区別は特別の危険をもたらす。人種的グリマンダリングは、たとえ是正的目的 (remedial purposes) であっても、我々を競合する人種的諸党派へと分裂させる (balkanize)。」<sup>55)</sup>

ここでは、投票という文脈における人種的区別を、マイノリティの抑圧とは別の次元において問題視するべき理由が比較的明瞭に表現されている。それはより端的に言い直すならば、人種という属性と政治的傾向性の連合関係を強化するこのような政策が、政治社会を分断へと導く効果<sup>56)</sup> だということになるだろう。こうした懸念の表明は政治参加の文脈に限られるものではなく、公立学校の事実上の分離を学校当局が自主的に (過去の人種別学のような憲法違反に対する是正ではなく) 解消しようとする措置の合憲性が問題となった 2007 年の *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1* 判決<sup>57)</sup> で、キャストリングボートを握り違憲という結論を決定づけたケネディ裁判官の一部同意・一部結論同意意見にも見出すことができるものである。ここでも人種に基づく区別が、公立学校の人種的統合という (ひとまず一般的な考え方からは) マイノリティの従属構造の解消を志向する政策の一環として行われるわけだが、ここに見出されるべき憲法上の問題についてケネディは次のように述べている。

「州によって押しつけられた人種的ラベルのもとで生きることを強制されることは、我々の社会における個人の尊厳と両立しない。そして、そのラベルは、

---

55) *Id.*, at 657.

56) Aleinikoff & Issacharoff, *supra* note 50, at 613-614.

57) 551 U.S. 701 (2007). この判決を扱う邦語文献として吉田・前掲注 2) 113 頁以下。

個人が変更しようのないものである。人々が人種的類型によって異なる方向へと歩いていく [=異なる学校へと通う] ことを命ずる政府による分類は、新たな分断 (new divisiveness) を生み出しうる。そのような実践は、そこで人種が我々の多様な遺産の一つではなく、むしろ政治プロセスにおける取引要素として意義を持つような、腐食的なディスコース (corrosive discourse) へと導く。]<sup>58)</sup>

これらの諸意見における「分断」への懸念は、Bakke 判決のパウエル意見が着目した白人の「怒り」や Croson 判決のオコナー相対多数意見が仄めかした「人種的敵意の政治」への問題関心を、より抽象度を増した次元において引き継ぐものと言ってよいだろう。Shaw 判決および Parents Involved 判決で問題となった政府行為は、大学の入学や公共事業における優遇措置と異なり人種に基づく利益分配という実質が希薄であることからすると、不利益を被るマジョリティの「怒り」や「敵意」などと比べてより抽象的な水準での象徴的・文化的効果に焦点があたるとともに、より率直な問題化が行われていることは不自然ではない。そのうえで、以上の諸意見において示された裁判官たち（特にパウエル・オコナー・ケネディ）の懸念が、人種的区別を用いたシステムの改良によって結果として政治社会の統合が掘り崩されてしまうという共通の事態に向けられていたことは明らかであり、そこで問題となっていたのは、人種に基づく区別という外観が社会に対してもたらす広範な表象作用である。

主として中道派に属する裁判官たちの言説において時として断片的なかたちで現れるこうした問題意識は、2. (2) で注目したミシュキンの議論以来、従来

---

58) *Parents involved*, 551 U.S., at 797 (Kennedy, J., concurring in part and concurring in the judgement). この記述については、Siegel, *supra* note 60, at 1305-1306. このほかケネディの同種の問題意識がうかがえる箇所として、いずれも大学入試におけるアファーマティブ・アクションが問題となったものであるが *Fisher v. University of Texas at Austin*, 579 U.S. 365, 380 (2016); *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 388 (Keneddy, J., dissenting) (2003).



からアメリカの論者によってしばしば注意を向けられてきた<sup>59)</sup>。レヴァ・シーゲルはそうした分析を包括して、人種的区別がもたらす敵意や分断への懸念をもとにして優遇措置への憲法上の統制を行おうとする視角を、(Shaw 判決のオコナー 法廷意見の語彙を借用しながら) 反分裂原理 (anti-balkanization principle) と名づけている<sup>60)</sup>。反分裂原理を特徴づけているのは、人種に基づく優遇措置に対して人種・民族グループ間の対立を抑制して「社会的結合 (social cohesion)」<sup>61)</sup>を維持するという観点から一定の制限を加えるというプラグマティックな思考であり、教条的なカラーブラインドへのコミットメントからあらゆる人種的区別に対して呵責ない態度をとる保守派裁判官<sup>62)</sup>と、マジョリティ・マイノリティの非対称性を保持したうえでアファーマティブ・アクションについてはより緩やかな基準を適用することを主張するリベラル派裁判官<sup>63)</sup>との間に挟まれながら、しばしばキャスティングボートを握り連邦最高裁としての結論を方向づけてきたのがこの裁判官たちである<sup>64)</sup>。

実際上の帰結の面からいうと、この反分裂原理の立場にたつ裁判官たちは、人種アファーマティブ・アクションに対して厳格審査を行いながらも、(保守派の裁判官たちと異なり) 文脈に応じてこれを緩やかに適用し、一定の範囲で

59) Issacharoff, *infra* note 40, Aleinikoff & Issacharoff, *supra* note 50, Post & Siegel, *supra* note 42 など。

60) Reva B. Siegel, *From Colorblindness to Antibalkanization: An Emerging Ground of Decision in Race Equality Cases*, 120 Yale L. J. 1278 (2011). この主題に着目する邦語文献としては、茂木洋平「アメリカ合衆国における多様性の価値の意味 (1・2) ——人種的分断の防止と統合の促進の視点から」桐蔭論叢 42 号 17 頁、43 号 5 頁 (2020 年)、西條潤「人種中立的手段優先使用原則の理論的背景：人種間の分断・対立の抑止と厳格審査」広島法学 42 卷 1 号 19 頁 (2018 年) がある。

61) Siegel, *supra* note 60, at 1281.

62) See e. g., Croson, 488 U.S., at 520-528 (Scalia, J., concurring in the judgement) (過去の差別のは正も含めて、人種的区別を用いることは許されないとする)。大学におけるアファーマティブ・アクションに関しては、注 66 を参照。

63) 注 21 のほか、Gratz v. Bollinger, 529 U.S. 244, 298-302 (Ginsburg, J., dissenting) (2003) (無審査でよいとするわけではないが、マイノリティの包摂のための施策についてまで一貫して厳格審査を適用することに疑問を呈する)。

64) Siegel, *supra* note 60, at 1293-99.

こうした措置の合憲性を認める結論を支持してきた。それは具体的には、既に見た *Bakke* 判決のパウエル意見や、後に検討する 2003 年の *Grutter v. Bollinger* 判決<sup>65)</sup> のオコナー法廷意見が、大学の学生集団における人種的・民族的多様性の確保を「やむにやまれぬ利益」と位置づけ、そのうえで手段に関する一定の制限のもとに、大学の入学審査におけるアファーマティブ・アクションを認めてきたという点に現れている<sup>66)</sup>。これにより、アメリカにおけるアファーマティブ・アクションは、少なくとも高等教育という文脈においては命脈を保ってきたことになる。

注目すべきことにシーゲルは、これら中道派の裁判官たちがアファーマティブ・アクションを一定の範囲内で支持する理由も、政治社会の人種的・民族的分断の回避、すなわち「社会的結合」の維持への問題関心によるものだと分析している。その手がかりとしてシーゲルが指摘するのは、このパウエルやオコナーの言説において、高等教育が政治社会の「指導的階層 (leaders)」を育成する場であり、将来そのような地位を占める者が教育の過程において多様な属性の人々と交流することに「国家 (Nation) の未来がかかっている」とする言明や (*Bakke* 判決のパウエル意見)<sup>67)</sup>、こうした階層への道が多様な人種・

65) 539 U.S. 306 (2003).

66) *Grutter*, 539 U.S., at 327-333. これに対してトーマス一部同意一部反対意見は、「やむにやまれぬ政府利益」の範囲を、*Korematsu v. U.S.*, 323 U.S. 214 (1944) で問題となった国防上の利益や *Crosby* 判決の裁判官多数の意見の部分が認めた政府が行った過去の差別に対する救済 (*Crosby*, 488 U.S., at 504) へと厳密に絞ったうえで、学生集団の多様性による教育上の利益はこれに当たらないとする。539 U.S., at 351-356 (Thomas, J., concurring in part and dissenting in part). スカーリア一部同意一部反対意見も、人種横断的な相互理解や人種的多様性を備えた外部環境への適応は、教育上の利益とは言い難く、仮にこのような目的を「やむにやまれぬ政府利益」として承認するならば、公務員採用など他の文脈に及び際限がなくなることを指摘する。*Grutter*, 539 U.S., at 346-348 (Scalia, J., concurring in part and dissenting in part).

67) 「複数の人種・民族からなるこの国家と同じくらい多様である学生たちの思想および習慣に『晒される中で訓練された導き手たちに、国家の未来はかかっている』と述べても言いすぎではない。」*Bakke*, 438 U.S. at 313 (opinion of Powell, J.) (quoting *Keyishian v. Board of Regents of University of State of N.Y.*, 385 U.S. 589,

民族に偏りなく開かれていることへの信頼を保つことが政治システムの正統性の維持のために必要だという考え (Grutter 判決のオコナー法廷意見<sup>68)</sup> を示している部分である<sup>69)</sup> (これらの判示については、本稿も 3. において詳しく検討することになる)。

このようなシーゲルの見立てからすれば、分断の回避はアファーマティブ・アクションを制限すると同時に支持する理由ともなりうるものであり、これに関する憲法的統制を行う裁判所の役割は、もはや一つの憲法的価値としての地位を得たかのような「社会的結合」を実現しようとする政策が、その付随的弊害 (典型的にはマジョリティの「怒り」) によってかえってこの目的を損ねてしまわないよう方向づけること、端的にいえばこの文脈における「憲法政治」のチャネリング機能だということになる<sup>70)</sup>。ここにおいて、単に差別や従属の解体といった人権上の課題を実現するというのとは異なる、裁判所による違憲審査の新たな次元が開かれていることは、それとして注目すべき事態である。

もっとも、シーゲルによるこのプリリアントな分析には、反分裂原理に依拠する中道派の裁判官たちにおいて、なぜ大学だけがこれほどに特別視されているのかについての考察を補う余地がある。人種・民族に基づく優遇措置がどの程度において社会の分断を防止または悪化させるかは、極めて多様な因果連鎖に開かれた経験的な問題であり、「指導的階層」への道としての高等教育がマイノリティに開かれていることが「社会的結合」の維持にとって重要であることは確かだとしても、同様に選挙などの他の制度的文脈においてマイノリティの代表性を高めることが、やはり政治社会の統合の維持に資するというある種の多文化主義的な<sup>71)</sup> 論理を組み立てることは不可能ではない。それにもかかわ

---

603 (1967))。

68) *Grutter*, 539 U.S., at 332. 注 126) に対応する本文を参照。

69) Siegel, *supra* note 60, at 1298-99.

70) *Id.*, at 1302-03.

71) アファーマティブ・アクションと多文化主義の関係に関する検討として、高橋・前掲注 2) 「アファーマティブ・アクションの正当化根拠に関する憲法学的考察

らず、なぜ後者のような文脈において、オコナーのような裁判官は人種の属性を考慮した施策を拒絶するのだろうか？

「社会的結合」の維持という抽象的な水準に議論をとどめる限り、こうした問題に解答を与えることは難しい。ポール・ミシュキン<sup>72)</sup>は、Bakke 判決のパウエル意見に伏在する敵意への懸念を分析する際に、この種の考慮は「賢明かつ実効的な統治が時折要求する」ものとして支持しうるとしても、事案の特殊性を超えて一般的に適用されうる明晰に定式化可能な原理 (articulable principle) として扱うことの困難なものであることを指摘していたが<sup>73)</sup>、こうした問題は、シーゲルのように反分裂原理と名を与えたとしても、変わらず残り続けることになる。ここで必要なのは、憲法的価値としての「社会的結合」と人種の・民族的属性を扱う実際の政策の間を結ぶ媒介項であるが、それを見出すためには、さらにテキストの襞へと入り込む必要があるだろう。

### 3. 諸制度のコンシステンシー

#### (1) 指導者たちの交流——大学

2. (2) でも言及したように Bakke 判決のパウエル意見は、大学における人種に基づくアファーマティブ・アクションを正当化する目的として、学生集団の多様性の確保という利益を達成しようとするのであれば自らの課した厳格審査を通過するものと認めた。人種の・民族的な多様性が教育効果を促進すると常に言えるかについては異論もあるが<sup>73)</sup>、ここではこのような目的だけを「やむにやまれぬ利益」の達成に関わるものとして承認する理由について、いかにパウエルが雄弁に語っていたかを見ておこう。

大学の側が人種に基づく優遇措置を正当化するものとして主張していた目的

(2) 129-133 頁。

72) Mishkin, *supra* note 40, at 928-929.

73) Samuel Issacharoff, *Law and Misdirection in the Debate over Affirmative Action*, 2002 U. Chi. Legal F. 11, 37 (2002), Elizabeth S. Anderson, *Integration, Affirmative Action, and Strict Scrutiny*, 77 N.Y.U. L. Rev. 1195, 1221 (2002).

には「社会的差別 (societal discrimination)」の影響の抑制も含まれていた<sup>74)</sup>。様々な文脈における (不特定の私的主体によるものを含めた) 差別の累積的效果によってマイノリティが一般的に不利な地位に置かれていることに着目するものであり、マイノリティの差別ないし従属への対応を憲法解釈において重視する立場からはアファーマティブ・アクションの主要な意義として位置づけられるこの目的は<sup>75)</sup>、当時のリベラル派の裁判官によっても人種に基づく優遇措置を正当化するものとして是認されていたのであるが<sup>76)</sup>、パウエル意見はこれを認めていない。ここでパウエルが持ち出すのは権限分配上の論拠である。政府が人種的区別を用いてまで差別の影響を是正するのは、例えば公立学校における分離解消や 1964 年公民権法が禁止する雇用差別のケース、さらには 1965 年投票権法が認めた司法長官による州政府における選挙の監督のように、憲法上の要請として、または公民権法のような法律上の規律のもと適切な手続で認定を行いつつ、「法的権利の実現」として救済を与えるような場合に限られる<sup>77)</sup>。これに対して今回行われた措置を行ったのは、本来は教育を自らの「使命 (mission)」とするはずの大学にほかならず、「広大な統治構造の独立した一部分」であるこのような主体は、社会に存在する差別のうち法的な救済を与えるべきものを選別する作業を適切になしうる機関ではなく、そのような判断はあくまで「統治権力を持つ機構 (government body)」に留保されなければならない<sup>78)</sup>。

つまりここでは、人種によって区分された社会経済的集団編成そのものに直面し、これに改善を加えるような政策的判断を行う制度的能力ないし正統性を一介の教育機関が持つものではないということが主張されており、そのために「社会的差別」を是正するための大学のアファーマティブ・アクションが否定

---

74) *See Bakke*, 483 U.S., at 306 (opinion of Powell, J.).

75) 注 6 に挙げた文献を参照。

76) *Bakke*, 438 U.S., at 362-369 (Brennan, J., concurring in the judgment in part and dissenting in part).

77) *Bakke*, 483 U.S., at 308-309 (opinion of Powell, J.).

78) *Id.*, 309-310 (opinion of Powell, J.).

されたことになる。他方において、学生集団の多様性の確保という教育目的が「やむにやまれぬ利益」の追求にあたることを認める論理は、大学の制度的特性に着目したこの論拠の裏返しの構造をもつものである。この目的が「明らかに高等教育という制度にとって憲法上許容しうるもの」であると述べるパウエルは、学生集団の多様性こそが大学に必要な「挑戦的思考、実験的試みおよび創造の空気」を促進し、「闊達な諸意見の交換」を通じて真理の発見へと導くという認識を示しており<sup>79)</sup>、「指導的階層」がそうした多様な人々との交流の中で育成されることに「国家の未来がかかっている」というシーゲルが着目した言明も、このような文脈で語られたものである。この抽象度の高い命題は、本件で問題となっているメディカル・スクールとの関係では、人種民族的少数者であることを含む「特殊なバックグラウンド」を備えた者が学生集団に含まれることによって、「学生集団における訓練を豊かにするとともに、人類にとって死活的なものである自分達の奉仕についての理解へと卒業生をより良く準備させる経験、展望、思想」を医療教育の場にもたらしうるという認識へと具体化されているのだが、パウエルはこれらのことを述べるにあたって、「法に関する思考の相互作用や見解の交換から切り離された象牙の塔の空虚(academic vacuum)において」教育を受けることの意義は乏しいと述べてロースクールにおける人種別学を違憲とした「分離すれども平等」期の判例である *Sweatt v. Painter* 判決を引用している<sup>80)</sup>。別稿において検討したように<sup>81)</sup>、高等教育という制度の中の交流という契機を「分離すれども平等」の解体を推し進めるうえで導入したこの判決が、高等教育における人種アファーマティブ・アクションが問題となった *Bakke* 判決において持ち出されていることは、注目すべき事実である。

さらにパウエルは、学生集団の選別に関する教育的判断が、修正1条で解釈

79) *Id.*, 312-313 (opinion of Powell, J.). (quoting *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234, 263 (1957) (Frankfurter, J., concurring in result); *Keyishian*, 385 U.S., at 603)

80) *Id.*, 314 (opinion of Powell, J.) (quoting *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629, 634 (1950)).

81) 拙稿・前掲注18) 433-438頁。

上保障された「学問の自由 (academic freedom)」の一環であるとも述べて、人種的・民族的多様性が教育上重要な意義をもつという判断に関する大学の裁量を強調している<sup>82)</sup>。このように大学という制度の論理を執拗にまで強調するかたちで行われるアファーマティブ・アクションの擁護は、他の文脈における人種の優遇措置の違憲性が反分裂原理に依拠する裁判官たちによって語られる場面でも、そこで問題となる制度の特性を注視した論証が行われることを予想させるものである。本来であれば Bakke 判決の延長線上にあるはずの Grutter 判決へと向かうところだが、このような制度的思考を読み取る準備をしながら、それらの文脈へと迂回することにした。

## (2) 制度のなかの個人——放送・選挙・陪審

大学という制度の論理に特化した Bakke 判決にとって興味深い比較対象となるのが、まだ言及していなかった 1990 年の Metro Broadcasting, Inc. v. F.C.C. 判決<sup>83)</sup>である。放送ライセンスの新規付与等にあたってマイノリティの事業者を優遇する連邦通信委員会 (FCC) のプログラムが問題となったこの事件において、ブレナン法廷意見は、放送制度の運用を方向づける原理が最終的には修正 1 条に結びつけることのできる視聴者の権利であるとともに、放送局は「公衆からの信託を受けた存在 (fiduciaries for the public)」だとする先例の命題から出発しつつ<sup>84)</sup>、この優遇措置は放送事業にマイノリティの参加を促し、それをもって視聴者が多様な観点からの放送を享受する機会を得ることに資するものとして、合憲と結論づけた<sup>85)</sup>。この判決の時点では連邦政府によるアファーマティブ・アクションについて厳格審査を適用することは判例として確立しておらず、ブレナンも参加した Bakke 判決の共同意見と同様に中間審査

---

82) *Id.*, at 312.

83) 497 U.S. 547 (1990).

84) *Id.*, at 566-568 (quoting *FCC v. League of Women Voters of Cal.*, 468 U.S. 364, 377 (1984)).

85) *Id.*, at 600-601.



基準が用いられているのだが<sup>86)</sup>、多様性の実現が教育の質的向上に資するとした Bakke 判決のパウエル意見が援用されているところからも<sup>87)</sup>、論証の実質的中身としては、枠組みとしては厳格審査を採用したこのパウエル意見の論理とひとまず共振するものとして捉えらることができる。

しかしここでは、この時点においては主導権を握ることができたりベラル派の判事の法廷意見よりも、パウエルの反分裂原理の路線を引き継ぐことになるオコナーの反対意見に着目するほうが、興味深い比較の視座を得ることができるだろう。アフーマティブ・アクションに関する司法審査について根底的にはパウエルと同じ基盤にたつと目されるオコナーが、ここでは放送の多様性を実現するための優遇措置を違憲とした主な理由は、事業者の人種的・民族的構成の多様性の促進によって放送内容の多様性を実現すること、別の言い方をすれば、マイノリティなりの「観点 (viewpoints)」なるものが優遇措置を通じてより良く「代表 (representation)」<sup>88)</sup>されることを目指すこのプログラムが、事業者の人種的属性がその行動（どのような内容の放送を行うか）と密接に結びつくという想定に基づくものであり、このような人種に基づく一般化は、平等保護条項のもとでは許容されない人種に基づく「ステレオタイプ」の体現にほかならないというものである<sup>89)</sup>。審査基準としても厳格審査を採用するオコナー反対意見は、実質的にはこのような理由から、放送内容の多様性の実現という目的を「やむにやまれぬ利益 (compelling interest)」として仮に認めたとしても<sup>90)</sup>、本件のプログラムが用いた人種という基準は「厳密に仕立てられた

---

86) *Id.*, at 563-566.

87) *Id.*, at 568.

88) *Id.*, at 618 (O'Connor, J., dissenting) (quoting *1978 Policy Statement*, 68 F. C.C.2d, at 981).

89) *Id.*, at 618-620 (O'Connor, J., dissenting). ケネディも同様の問題を指摘する。*Id.*, at 632 (Kennedy, J., dissenting)

90) オコナー自身は、そもそも放送制度の運用において特定のタイプの見解を増幅させようとする事自体にすでに問題があるという立場をとる。*Id.*, at 617 (O'Connor, J., dissenting).

(narrowly tailored) 手段ではないとしている<sup>91)</sup>。

この反対意見において重要なのは、そこで展開される「ステレオタイプ」に関するオコナーの問題意識が、マイノリティの差別や従属とは異なる水準に位置している（マイノリティの無能力という偏見の強化とも無関係である）ということである。実際オコナーは、本件で問題となったような人種的区別が体现するステレオタイプについて、「諸個人をその属する人種の産物 (product) として扱うものであり、彼ら・彼女らの思想や努力——これこそ市民としての価値にほかならない——を、歴史および憲法によって政府に禁止された基準 [= 人種] によって扱う」ものとして問題視しており<sup>92)</sup>、マジョリティー・マイノリティの権力勾配という図式からはやはり距離をとった記述となっている。オコナーはこの引用部のすぐ前の部分で、「人種に基づく推論 (race-based reasoning) および人種的ブロックに分断された国民=国家 (Nation) という観念を推奨 (endorse) し、それにより人種的敵意及び衝突の悪化に寄与する」ことが人種的区別のもたらす危険であると述べており<sup>93)</sup>、オコナーが他の文脈でも示してきた反分裂原理の問題関心が明確に表現されている。

そのうえで、すでに言及した Shaw 判決に改めて着目しよう。2. (3) で述べた通り同判決のオコナー法廷意見も、黒人の過少代表を改善するための選挙区割りの引き直しをもたらす分断的效果を問題視して違憲判断を下したのであるが、ここでもオコナーは人種的区分が体现する（と同時に促進する）「ステレオタイプ」の問題を強調している。[[人種に基づく選挙区割り]は] 同じ人種のメンバーが、年齢、教育、経済的状況、自らが生活するコミュニティにかかわらず、同じように考え、同じ政治的利益を共有し、投票において同じ候補者を好むという感覚を強化する。我々は・・・そのような感覚を、許容されない人種的ステレオタイプであるとして拒絶してきた。]<sup>94)</sup> この問題意識が反分裂原

91) *Id.* (O'Connor, J., dissenting).

92) *Id.*, at 604 (O'Connor, J., dissenting).

93) *Id.*, 603 (O'Connor, J., dissenting).

94) *Shaw*, 509 U.S., at 647 (citing *Holland v. Illinois*, 493 U.S. 474, 484, n. 2 (1990) ; *Edmonson v. Leesville Concrete Co.*, 500 U.S. 614, 630-631 (1991)). 参照されている

理の関心事である政治社会の分断への懸念とつながっていることは、2. (3) で既に引用した次の記述から明瞭である。「人種的区別は、我々の歴史のあまりに長きにわたって・あまりに多くの人によって保持されてきた、個人が肌の色によって判断されるべきであるという信念を強化する。投票に関する人種的区別は特別の危険をもたらす。人種的グリマンダリングは、たとえ是正的な目的であっても、我々を競合する人種的諸党派へと分裂させうる。」<sup>95)</sup>

たとえ論理的には独立の事柄でありえても、これらの判決におけるオコナーの記述は、「ステレオタイプ」および「分断」という二つの問題を密接に関連させて捉える思考の所在をはっきりと示しているように思われる。個人の人種的・民族的属性がその思想と行動を規定するという想定に基づく政府の行為は、政治社会が相互に隔絶された人種・民族集団の寄せ集めでしかないという意識を醸成し、国民国家としての統合を決定的に阻害する——政治社会に関する表象 (*representation*) の水準において人種的分類が与える影響に対するこうした懸念が、放送制度および選挙区割りという文脈におけるマイノリティの代表 (*representation*) の促進に対するオコナーの忌避を駆動していたのだと、ひとまず整理することが可能だろう。

そのうえで重要なのはこれらにおけるオコナーの諸意見が、人種グループの代表を促進するための介入について、今述べたような政治社会全体の水準での表象の体系への悪影響だけでなく、そこで行われている制度的実践の構造との緊張関係ないし衝突に関する懸念を同時に表明していることである。Metro Broadcasting 判決のオコナー反対意見は、放送において多様な見解が反映されることに政府が努めること自体は（この制度の特別に公共的な意義に照らして）正統な目的であるとしても、「特定の見解群または特定の階層の話者の見解」を増幅させるための介入を行うことは、修正1条解釈に関する先例が許容するものではなかったとして、ある意味では上述したブレナン法廷意見を反転させるかたちでの制度の論理（あるいは端的に表現の自由論）を展開してい

---

判例は、陪審の構成に関して人種を考慮することが問題となった事件である。

95) *Id.*, at 657.

る<sup>96)</sup>。さらに Shaw 判決におけるオコナー法廷意見は、次のように述べて、より率直に制度の論理との矛盾を明言している。「このような選挙区割り当選した代表者に送るメッセージも、同様に有害なものである。ある選挙区が、ある人種グループが共通してもつものと想定された利益を実現するためだけに作られたことが明白であるならば、選挙された公務員たちはその分、自らの主要な義務を、全体としての有権者 (constituency as a whole) というよりも、そのグループのメンバーだけを代表することであると考えられるようになる可能性が高い。これは、我々の代表民主政のシステムにとって全く対立するものである。」<sup>97)</sup>

同じ方向の問題関心はオコナーのみならず、上述した通りやはり反分裂原理を継承する裁判官であるケネディ判事による同時期の言説においても見出すことができる。直接には性に基づく区別が問題となった事例であり、またアフーマティブ・アクションに関連する判例とは言い難いものだが、1994年の *J.E.B. v. Alabama ex rel. T.B.* 判決<sup>98)</sup>を紹介しておこう。婚外子の母親である女性 (T.B.) による申し立てを受けて、その婚外子の父親と考えられる男性 (J.E.B.) に関して、父親であることの確認及び子供の養育費を求めてアラバマ州が訴訟を提起したものであるこの事件において、当事者である州政府は、同州の裁判所でのトライアル (正式事実審理) における専断的忌避 (peremptory challenge) の手続き (当事者はこれにより陪審候補者から一定数を忌避しうる<sup>99)</sup>) で、男性 9 名を、その性別からして父性の確認の相手方となっている男性に同情的でありうることを理由に陪審から排除し、結果として陪審は全員女性となった<sup>100)</sup>。このように性別に基づいた専断的忌避が平等保護条項に反する

---

96) *Metro Broadcasting*, 497 U.S., at 616-617 (1990) (O'Connor, J., dissenting) (quoting *National Broadcasting Co. v. United States*, 319 U.S. 190, 226 (1943)).

97) *Shaw*, 509 U.S., at 648.

98) 511 U.S. 127 (1994).

99) 関連する判例の検討を含め、参照、松田正照「陪審員候補者に対する専断的忌避権行使の制限根拠——『共同体を代表する陪審』と *Batson* 判決の射程拡大」東洋法学 59 巻 163 頁 (2015 年)。

100) *See J.E.B.*, 511 U.S., at 129-130.

のではないかというのがここでの憲法上の問題である。法廷意見が、このような専断的忌避は陪審員の行態がその性別によって規定されるというステレオタイプに由来するものであり、司法への信頼を失わせる不公正なもの（「カードに細工がされている」という印象を与える）として違憲であるというやや平板な論証に終始しているのに対して<sup>101)</sup>、ケネディ結論同意意見は、陪審という制度の特性に着目しつつ明確な論理を示すものである。ケネディによれば、「陪審システムとはそれによって裁判官から陪審へと権力が移譲される一種の協約(compact)」なのであり、そのうえでどのような事柄が評決にあたってレヴェアントかに関する裁判官の説示に従いながら判断しなければならないはずの個々の陪審員が、自らの人種ないしジェンダーから生じるバイアスをその判断に影響させることは、この協約を破ることにほかならない<sup>102)</sup>。別の言い方をすると、陪審員は自らが属する「人種的ないし性的グループの代表者(representative)」としてではなく、「個人としての市民」の資格においてその地位につくということであり<sup>103)</sup>、陪審員をその属性に基づく傾向性を理由として排除することは、このような陪審というシステムが作動するうえでの根本的な約束事を破壊することになる。そこから生じるのは「背景を異にする人々が自らの偏見を口にするために陪審室に行くと社会が想定する」という事態であり、陪審システムにとってこれほど有害なことはないのだと、Metro Broadcasting 判決のオコナー反対意見が連邦通信委員会の（事業者の人種的属

101) *Id.*, at 140. ブラックマン法廷意見は、20世紀の前半に至るまで女性の政治的無能力ないし脆弱さを理由に陪審から排除してきた歴史に言及しつつ (*Id.*, at 132-133.)、今回の専断的忌避の根拠となった偏見は、こうしたかつての陪審からの女性の排除を正当化してきた理由と同一ないし「思い起こさせる (reminiscent)」ものだとも述べているが (*Id.*, at 138-139.)、反対意見が述べる通り、この事件における男性の排除はそれ自体としては男女間の非対称の権力勾配(女性の男性への従属)と結びつくものではなく(陪審から排除されたのも、それによって不利益を受ける可能性が高い当事者も男性の側である)、今回の事案と齟齬を生じさせている (*Id.*, at 159-160 (Scalia, J., dissenting).)

102) *Id.*, at 153 (Kennedy, J., concurring in judgement).

103) *Id.*, at 153-154 (Kennedy, J., concurring in judgement).

性と放送内容が連関するという)「ステレオタイプ」を論難した部分を参照しながらケネディは述べている<sup>104)</sup>。

ケネディはこのように陪審員の活動が「個人」の資格で行われることを強調するに先立って、自らの議論はこの判決の「意図された内容」を明確化するために述べるものであることを宣言しつつ、「我々が陪審の選定における人種やジェンダーのバイアスを禁止するのは、結局そうしたバイアスを陪審での議論において推奨することに帰着してしまうといったことのためではない」と述べている<sup>105)</sup>。ここからすると、ケネディが上述のような議論を展開した趣旨は、必ずしも明晰な議論を展開していない法廷意見において問題とされている不正さが、陪審が全て女性で占められることになった結果、父性を確定する訴訟の当事者である男性の J.E.B. にとって不利な帰結をもたらす蓋然性があまりに高いといったような事態を指しているわけではないことを確認することにあると思われる。仮に今述べたような前提にたつならば、逆に全員が男性によって構成された陪審も当然不適切である以上、本当の意味で「バイアス」のない認定が行われるためには、男女同数の陪審を可能な限り構成するべきということになるだろう。しかしこのような論理の道筋は、陪審という制度の公式の運用において、それを構成する個人の性別に由来する特性を当然に前提とすることを意味するものであり、(現実には性別に応じた一定の傾向性が生じることは否定しえないとしても<sup>106)</sup>) 結果として陪審での議論においてそうした個々のバイアスが野放図に作動することを公認する——あるいは、そのようなことを「社会が想定する」——という帰結に至りかねない。ケネディ結論同意意見はこうした含意を否定して、陪審として議論・評決を行う者は所属するグループの代表者ではなく、あくまで「個人」として活動するという建前を堅持するべきということを強調するものであり、オコナーが Shaw 判決の法廷意見で人種

---

104) *Id.*, at 154 (Kennedy, J., concurring in judgement) (citing *Metro Broadcasting*, 497 U.S., at 617 (O'Connor, J., dissenting)).

105) *Id.*, at 153 (Kennedy, J., concurring in judgement).

106) 法廷意見を書いたブラックマン自身はこの点に留意している。*Id.*, at 139, n.11.

グループの「多様性」を意識的に追求することの憲法上の許容性を否定したのと同じ論理に立つことは明らかだと思われる。

他方でこうしたケネディの議論は、「ステレオタイプ」に依拠した政府行為が政治社会全体に及ぼす分断の効果という Metro Broadcasting 判決および Shaw 判決でオコナーが懸念していた問題に直接には及んでおらず<sup>107)</sup>、むしろ (Metro Broadcasting 判決のオコナー反対意見では十分に前景化していなかった) 制度の内在的論理を保持すること——当該制度に参加してこれを駆動するのはそのような属性から脱却した「個人」であるという規範的前提が、人種ないし性別に基づいた操作によって掘り崩されることを防止すること——への関心によって占められている (Shaw 判決では、双方の関心が明確に表現されていたといえる)。とはいえこうした言説の錯綜体は、反分裂原理に依拠する裁判官たちが、一定の制度的文脈 (選挙、放送、陪審) においては、人種ないしグループといった属性と個人的特性の結びつきという「ステレオタイプ」を前提として「多様性」を実現しようとする事への拒絶を共有しており、かつその態度は当該制度において立ち現われる「個人」の表象のあり方に関する懸念に支えられていることを示している。

ところがオコナーは、すでに 2. (3) で若干言及したように 2003 年の Grutter v. Bollinger 判決の法廷意見において、まさにこうした「多様性」を実現するためのアファーマティブ・アクションの合憲性を承認している。そこで示される論理は Bakke 判決のパウエル意見の基本的方向性を保持しながら、さらにその構想を膨らませるものだということができる。最後にこれについて見ておこう。

---

107) ただし法廷意見は、社会全体に対する影響にも言及する。「共同体は、集団に基づく許しがたいステレオタイプの永続化に州が参加することによって、また、法廷における州に承認された差別によって生じる我々の司法システムへの不可避的な信頼喪失によって、害されることになる。」*Id.*, at 140.



### (3) 矛盾あるいは限界

この Grutter 判決が出されるまで、大学における人種に基づくアファーマティブ・アクションの憲法上の位置づけは不安定なものだった。厳格審査を適用しながら、大学の学生集団の多様性の追求を「やむにやまれぬ利益」にあたるとし、そのうえで特別枠を設けるのではなく人種を個別考慮のうちの一要素とする措置の合憲性を承認した Bakke 判決のパウエル意見の事実上の影響は確かに大きく、判決後は多くの大学がこの「多様性」という目的の承認に依拠して、自らのアファーマティブ・アクションのプログラムを正当化するようになったのだが<sup>108)</sup>、他方ですでに述べた通り、ここでのパウエルの言説はあくまで単独の意見であり、その先例としての意義は不確かな面があった<sup>109)</sup>。その後の判例の展開において、人種的優遇措置への違憲審査基準を厳格審査とすること自体は、1980 年代から 1990 年代にかけて確立するものの、学生集団の多様性を追求するための大学のアファーマティブ・アクションが憲法上認められるかは（学生集団の多様性の実現が「やむにやまれぬ利益」といえるかは）、なお流動的であった<sup>110)</sup>。

こうした中で 2003 年の Grutter 判決は、学生集団の多様性を実現するための大学のアファーマティブ・アクションに関して、Bakke 判決のパウエル意見と同じく手段について一定の留保を付しながらも、それが合憲でありうることを連邦最高裁の法廷意見として承認したという点で、重要な意義をもつもの

---

108) Charles R. Lawrence III, *Two View of the River: A Critique of the Liberal Defense of Affirmative Action*, 101 Colum. L. Rev. 928, 934 (2001) at 934. See also, Grutter, 539 U.S., at 323.

109) See, Grutter, 539 U.S., at 325.

110) Lawrence III, *supra* note 108, at 955-956. See also Grutter, 539 U.S., at 328. 本文で述べたように、Metro Broadcasting 判決におけるオコナーの「多様性」を目的としたアファーマティブ・アクションの拒否は反対意見として述べられたものにすぎず法廷意見は合憲としているし、また Shaw 判決におけるオコナーの法廷意見についても、定義の問題であるが典型的なアファーマティブ・アクションとは言い難い、少なくとも選挙という制度的文脈に限定された判示である。

だった<sup>111)</sup>。Grutter 判決で問題となったのは、アフリカ系、ヒスパニック系、ネイティブ・アメリカン系といった人種・民族的出自を、他の様々な属性と並んで（いかなる要素が・どの程度の加点要素として考慮されるかはあらかじめ特定されていない<sup>112)</sup>）「多様性」に貢献する要素として考慮するミシガン大学のロースクールの入学審査基準の合憲性である。これを平等保護条項に反しないという法廷意見を執筆したのが、放送制度や選挙において「多様性」を実現することに対して強い忌避感を示してきたオコナーであることからすると、その論証の内容にこそ、反分裂原理と制度の論理の連関について何かしら本質的な思考が示されていると期待することは許されるだろう。

学生集団の多様性を確保するという目的が「やむにやまれぬ利益」の追求と評価できることを論証するにあたってオコナーは、Bakke 判決のパウエル意見と同様に、修正 1 条解釈に基礎づけられた大学の教育に関する自主的決定の尊重を土台としながらも<sup>113)</sup>、人種的・民族的に多様な学生を抱えることが、高等教育という制度の作動にとって具体的にいかなる積極的意義をもつかについては、パウエルを上回る緻密さをもって論じている。まずオコナーは、上訴趣意書の付加書面を引用しながら、「・・・本件のロースクールの入学審査ポリ

111) その後、大学におけるアファーマティブ・アクションに関する連邦最高裁判例としては、テキサス大学オースティン校におけるプログラムの合憲性を扱った Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. 365 (2016) がある。厳格審査を適用したうえで、学生集団の多様性という目標決定について大学の判断に敬讓を示しつつ、手段については、テキサス州内の公立高校の各クラスの成績上位 10 パーセントは希望する州立大学を選択して進学できるとする従来のプラン（居住区および初等中等教育における事実上の分離を前提とすると、学力試験に比べてマイノリティを取り込みやすい）のみでは多様性を実現できていないことなどをもって合憲としたものであり、Grutter 判決および Gratz 判決の方向性を継承するものといえる。詳細について、高橋正明「大学入試において人種を考慮して実施されたアファーマティブ・アクションの合憲性——Fisher v. University of Texas at Austin, 136 S. Ct. 2198 (2016)」帝京法学 30 巻 2 号 259 頁 (2016 年)、西條・前掲注 60)。

112) これが同じ大学の学部レベルにおけるアファーマティブ・アクション（こちらは加点量を特定）を違憲とした同日の Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003) との違いとなる。注 124) を参照。

113) Grutter, 539 U.S., at 328-329.

シーは、『人種横断的な理解』を促進し、人種的ステレオタイプを解体することに寄与するとともに、『[学生が] 異なる人種の人々をよりよく理解することを可能とする』という認識を提示し<sup>114)</sup>、優遇措置による人種的多様性の実現と人種に基づく「ステレオタイプ」の関係について、自身が Shaw 判決（法廷意見）および Metro Broadcasting 判決（反対意見）で示したものと正反対に見える認識から出発する。

そのうえでオコナーは、目的審査に関する論証の末尾において、学生集団の多様性を実現するための優遇措置が、マイノリティの学生がその属性に特徴的な観点 (viewpoint) を示すものであるとの前提に立つという主張に対して、「その逆に、そうしたステレオタイプを減少させることがロースクールの使命の重要な一部であるとともに、これはマイノリティの学生が少しばかりいるだけでは達成できないものである」と応答している<sup>115)</sup>。つまりオコナーはこの Grutter 判決において、多様性を実現するための操作がマイノリティの思想および行動に関する先入観を前提とするという自身が援用としてきた論理を突きつけられながら、そのうえで、この文脈におけるアファーマティブ・アクションが「ステレオタイプ」の解体につながるものであり、しかもそれこそが高等教育という制度の（あるいは少なくともロースクールの）目的の一つとまで位置づけていることになるが、学説においてこうしたオコナーの身振りは気づかれないか、単に矛盾として片付けられているようである<sup>116)</sup>。確かにオコナーは、放送や選挙の場合と高等教育を異なって扱う理由を明示的に示してはいない。

---

114) *Grutter*, 539 U.S., at 330 (quoting App. To pet. For Cert. 246a). 傍点による強調は筆者。引用部における二番目の追加箇所（[学生が]）はオコナーによる。

115) *Grutter*, 539 U.S., at 333.

116) Robert Post, *Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law*, 117 Harv. L. Rev. 4, 62, n. 287 (2003)（それ以前のオコナーの諸意見と緊張関係にあるとする）。修正 1 条にとって重要な諸「制度」という観点から分析する Paul Horwitz, *Grutter's First Amendment*, 46 B.C. L. Rev. 461 (2005) は本稿と比較的着眼点に近いが、Grutter 判決と Metro Broadcasting 判決の関係については（法廷意見の）結論レベルでの一致を見出すのみであり、オコナーのステレオタイプ論における相違には着目しない (*Id.*, at 568, n. 490)。

とはいえオコナーは、ステレオタイプの解体について述べる第一の引用部のすぐ後に、「これらの利益 [=人種間の相互理解やステレオタイプの解体] は、学生が『可能な限り多様なバックグラウンド』を持つ場合には、『教室における議論がより生き生きとした活気のある、そして何よりもより啓蒙的かつ興味深いものとなる』」がゆえに、「『重要かつ高く評価すべきもの』である」と述べており<sup>117)</sup>、ステレオタイプの解体との論理的関係は必ずしも明確ではないものの、オコナーの注意が、人種的な多様性を備えた学生が同じ空間を共有して相互に言語的な交流を行いながら学ぶ高等教育の場という具体的な環境へと向けられていることは明らかである。つまりここでは、Bakke 判決のパウエル意見が「分離すれども平等」期の判例に即して述べたのと同様に、高等教育という制度の中の交流という要素が重要視されており、そのうえでオコナーにおいては、多様な他者とのこの交流が異なる思想に触れる機会を与えるということを超えて、人種的なステレオタイプの解体の促進という意義を与えられていることになる。そうだとするとオコナーが「ステレオタイプ」を論じた他の文脈との差異は、当該制度に参加する主体する体験の質の相違——教育においては他の参加者との相互的なコミュニケーションが日常的に行われるという特質が認められること——を根拠とするものと理解しても差し支えないと思われる。

この後に続くオコナーの論述は、このような意義をも教育という営みが、政治社会全体において果たす機能に着目するものである。オコナーは多様な学生集団のもとでの教育が、学習の成果を促進するとともに、ますます多様となる労働力および社会へより良く適応させることにつながることで、グローバルになりゆく市場において必要とされるスキルが広く多様な人々・文化・思想・見解にさらされることによるのみ発達すること、各大学の予備役将校訓練課程においても人種を意識した採用を行なっており、それにより実現される人種的な多様性によって軍隊が自らの使命をより良く果たすことができると考えられるこ

117) *Grutter*, 539 U.S., at 330 (quoting *App. To pet. For Cert.* 246a, 244a).

とを述べる教育学の学術団体や企業、軍関係者のアマカス・ブリーフを立て続けに引用しており<sup>118)</sup>、ここでは大学という制度における人種的多様性が、多様性を増していく(アメリカ国外を含む)外部環境へと適応した人材を供給することにつながり、それこそが教育機関としての大学が社会全体へともたらす貢献であるという認識が示されている。ここでは制度の自律性を正面から否定することなく、そのうえで大学という場が政治社会全体との連関の中で果たしうる役割が重視されており、制度にとって内在的な論理と外在的な論理を巧みに組み合わせるこの論理操作が、Grutter 判決におけるオコナーの論証の核心をなしていると言ってよい<sup>119)</sup>。

実際オコナーは、教育という営みの意義に関する先例上の言説によって彩ることを通じて、この連関に最大限の意味を与えようとしている。「我々は教育について、社会の連関の構造 (fabric) を維持するうえで基幹的な役割を与えられており、『我々の政治的および文化的遺産を支える』ための枢軸となるものとして描写することを通じて、学生たちを労働および市民としての状態 (citizenship) へ向けて準備させることの卓抜した重要性を繰り返し承認してきた。当裁判所は、『教育が良き市民であること (good citizenship) のまさしく基礎である』ことを長らく承認してきたのである。」<sup>120)</sup> このうち第一の引用は、不法移民の子供を州の公立学校から排除するテキサス州の政策について、自らの責めによらずに不法滞在となっている子供から教育の機会を奪いその従属的状况を固定化させるものであるとして平等保護条項に反するとした 1982

---

118) *Grutter*, 539 U.S., at 330-331. これらのアマカス・ブリーフの詳細につき、高橋・前掲注 2) 「アフーマティブ・アクションの正当化根拠に関する憲法学的考察 (2)」133-134 頁。

119) *Post*, *supra* note 116, at 60 は、*Bakke* 判決のパウエル意見と異なり *Grutter* 判決のオコナー法廷意見が「教育過程の内在的価値」についての見解を提示せず、専門性、市民性、指導者性といった「外在的な社会的財の達成にとっての道具的なもの (instrumental)」として教育を捉えていると述べて、両者の切断面のみを捉えるが、本文で述べたことからすると一面的な理解である。

120) *Grutter*, 539 U.S., at 331 (quoting *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, 221 (1982); *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, 493 (1954)).

年の Plyler v. Doe 判決である。そして第二の引用こそは、公立学校の人種別学の違憲性を述べるにあたって教育の民主主義社会にとっての重要性を強調した 1954 年の Brown v. Board of Education 判決からのものにほかならない。この歴史的な判決もまた、異なる人種の人々が空間を共有することを通じて実現されるステレオタイプの解体のために、交流の「自由」ではなく（積極的な）交流の「秩序」を支持したのだ<sup>121)</sup>と述べるかのようであるオコナーは、ここから「高等教育のための公的機関を通じた知識と機会の伝播は、人種や民族によらず全ての個人へと開かれていなければならない」という命題を導いたうえで、アミカス・ブリーフに示された連邦政府の立場も同じであることを確認する<sup>122)</sup>。こうした先例への接続を通じて、高等教育における人種の多様性が、社会そのものの多様性に接続して調和を達成するという論理に憲法上の意味づけが与えられたことになる。

さらにオコナーは、高等教育の汎社会的効果について述べるパラグラフを、次のようなパッセージで締めくくっている。「全ての人種・民族グループが我々の国家の市民生活に実際に参加することが、単一にして不可分の国民国家 (one Nation, indivisible) という夢が現実のものとなるためには不可欠である。」<sup>123)</sup> 印象深さを狙ったこの叙述をもって、大学における人種アファーマティブ・アクションに対する憲法上の承認は、反分裂原理の問題関心に順接するものとしての意義を明瞭に与えられることになるわけだが、重要なのは、ここで認められた統合効果の連関を根底で支えているのが、これまで述べてきたことから明らかなように、教育の場における交流を通じたステレオタイプの解体という過程だということである。

それでは、現実空間における交流の帰結と異なる、より広い社会空間における人種・民族に関する表象の体系への関心は、Grutter 判決が扱ったような高

---

121) Brown 判決とこの主題に関する具体的検討として、拙稿・前掲注 18) 436-437 頁を参照。

122) *Grutter*, 539 U.S., at 331-332.

123) *Id.*, at 332.

等教育の場においては姿を消すのだろうか。まず思い出すべきなのは、人種の属性をあくまで考慮要素の一つにとどめるべきという Bakke 判決のパウエル意見が課した制限が、入学審査をあくまで「個人」の競争という形式を維持するためのものだったということであり (2. (2))、この限りでは、当該制度的文脈に参加する者をグループの代表者として扱わないという表象作用への関心が現れていることができる。Grutter 判決の法廷意見がアフーマティブ・アクションの手段審査において課した制限も、この方向性を引き継ぐものである<sup>124)</sup>。しかし同時に、目的審査においてアフーマティブ・アクションの意義を論証する局面では、オコナーは入学を認められた者がむしろ当該人種グループの代表者として現れることを積極的に承認する姿勢も見せている。オコナーが「単一にして不可分な国民国家」の実現に多様な人種の参加が必要であることを述べた後に着目するのは、大学とりわけロースクールでの教育が、アメリカ社会における指導的階層 (leaders) の地位と密接に結びついているという事実である<sup>125)</sup>。2. (3) で既に少し言及した部分であるが、改めて詳しく紹介しよう。法学の学位を取得した者が州および連邦の議会議員等の地位の相当数を占めていることを指摘したうえで、オコナーは次のように述べる。

「市民の目から見て正統性を備えた指導的階層を育成するためには、指導者たる地位への道が、全ての人種及び民族の才能・能力を備えた個人にとって可視的なかたちで (visibly) 開かれていなければならない。我々の多元的な社会

---

124) *Grutter*, 539 U.S., at 333-340. 具体的には、別枠確保ではなく考慮要素にとどめるのであれば許されるという Bakke 判決のパウエル意見を出発点としつつ、その際の加点量について個別の考慮の余地が認められていたことが手段審査をクリアする際の分水嶺になっていた。これに対して、同日の *Gratz* 判決で問題とされた措置は、固定的な加点 (bonus) を認めていたことを理由に違憲とされている (*Gratz*, 539 U.S. at 271-276)。この相違を反分裂原理の観点から説明するものとして、西條・前掲注 60) 41-44 頁、Neil S. Siegel, *Race-Conscious Student Assignment Plans: Balkanization, Integration, and Individualized Consideration*, 56 *Duke L. J.* 781, 798-799 (2006), Post, *supra* note 116, at 74.

125) *Grutter*, 539 U.S., at 332



における全てのメンバーは、指導的階層となるための訓練を提供する教育諸機関の開放性と純潔性 (openness and integrity) に信頼をもっていなければならない。」<sup>126)</sup>

確かにここでもオコナーの関心は、大学におけるアファーマティブ・アクションが国民統合を促進する効果へと向けられているわけだが、そこで働いている具体的な論理の内実は、ここまで展開されてきたような（そして、Bakke 判決が「指導的階層」の育成について述べる際に関心を向けていたような）大学という場での身体的な交流という実践に照準した論証とは別の次元に位置づけられるべきものである。むしろここでオコナーが着目しているのは、指導的階層の地位が多様な人種・民族の参加へと等しく開かれているという事態、より正確には、そうした地位が開放されているという外面ないしそうした開放性への被治者の信頼である。換言すればここでオコナーが意義を認めているのは、マイノリティを含めた人種・民族グループが政治的な指導者層において等しく代表されているという観念をアファーマティブ・アクションが導くという可能性であり、そうした指導者が当該グループの利益または見解そのものを代表することまでを是認するかは別にしても、ここで鍵を握っているのが、「指導的階層」がそのグループのメンバーを取り込みつつ公共空間において可視的なかたちで現れることの象徴的・文化的効果であることは否定しようがない。人種の・民族的属性から切り離された「個人」像に重きをおく Shaw 判決や Metro Broadcasting 判決におけるオコナー自身の言説とは根底的なところで対立する論理が——“representation”の描出的次元および象徴的次元<sup>127)</sup>の交錯のもとで——ここでは作動しているのである。

これは矛盾だろうか？それとも、制度的文脈に応じたこのような差異を説明

---

126) *Id.*

127) Hanna F. Pitkin, *The Concept of Representation* ch. 4,5 (University of California Press, 1967). *See also* Anne Phillips, *The Politics of Presence: the Political Representation of Gender, Ethnicity, and Race* 39-41 (Oxford University Press, 1995).

する何らかの整合性を備えた論理の探求を、さらに続けるべきだろうか？少数の中道派の裁判官の断片的な言説のみを材料としながら、「代表」および「表象」へと二重化された“representation”という、公法学上の根本問題をなすにもかかわらず正面からの検討を与えられることが稀であるこの概念を基点とした本格的な探求を、ここで完遂することなど期待しうるものではないだろう。ひとまずここでは、このような主題が、「個人」の代表=表象と「グループ」の代表=表象という相克する論理に引き裂かれながら、この文脈における連邦最高裁の平等言説を規定していること、またそれと並行して、Brown 判決以前の平等保護判例において確かなプレゼンスを与えられていた「交流」という主題が<sup>128)</sup>、教育制度という枠をなおはめられながらも、人種に基づくアフーマティブ・アクションを生きながらえさせた重要な判決の底流をなしていることの二点が明らかにされたことをもって満足しておくことにしたい。

言うまでもなく連邦最高裁は、後者の可能性、すなわち教育という制度中の交流を通じた「社会的結合」の実現への志向を、十分に生かきすることはなかった。異人種間の交流を通じて相互理解を促進するという観点からは、初等中等教育における「多様性」の実現こそが喫緊の課題であるはずだが、公立学校における自主的な隔離状態の解消の試みが問題となった Parents Involved 判決においてキャストینگ・ボートを握った反分裂原理に依拠するケネディの一部同意一部結論同意意見は、(2. (3) ですでに引用した部分の通り) この文脈で人種的区別を用いることが社会の分断を悪化させるという懸念を述べつつ<sup>129)</sup>、意図的な隔離を行なってこなかった学区における人種間統合は、学校の新設や通学区域の設定における配慮のような人種的区別を用いない手法によって追求されるべきであるとして、生徒の人種を学校の割り当てにあたって考慮要素とすることを否定するものであった<sup>130)</sup> (これにより、居住地域の分離を乗

---

128) 拙稿・前掲注 18) を参照。

129) *Parents Involved*, 551 U.S., at 797 (Kennedy, J., concurring in part and concurring in the judgment.).

130) *Id.*, at 789 (Kennedy, J., concurring in part and concurring in the judgment.).

り越えるかたちで公立学校の隔離状態を解消することは困難となる)。ここでは人種的属性から個人を切り離そうとする表象の論理が、人種の垣根を超えた現実空間での交流の要請を明確に凌駕している。このような衝突や亀裂——あるいは限界——は、差別および闘争の歴史をまとった人種的・民族的多元性を与件としたアメリカにおいて「社会的結合」ないし「統合 (integration)」を志向する憲法的思考においておそらく不可避である。マジョリティの「怒り」という非合理的な次元を背景とするがゆえに、その根底を駆動する論理が相克する諸意見の断片へと必然的に拡散してゆくこの異様な言説空間は、法解釈としての「純一性 (integrity)」を素朴に追求する態度によっては決して到達できないものであり、この事実そのものが、分裂を抱えたアメリカの政治的現実の司法的な描出なのだとと言ってもよい。