

大学入学者選抜におけるアファーマティブ・アクションの合憲性

岡田 高嘉

I はじめに

今日、国家が明白な差別的行為を行い、社会に害を及ぼすという事態はあまり想定できない。しかし、過去の差別に起因する種々の不平等状態は、なお継続している。社会において差別の害が蓄積されていることを前提に、国家がそれいかに対処するのかということが、今日的な課題といえる。

国家が不平等状態を是正しようとする場合、積極的な差別改善措置、いわゆるアファーマティブ・アクション（Affirmative Action, 以下では「AA」と略する。）が必要とされることがある。これは、あるグループを優遇的に取り扱うことでもあるから、いわゆる「逆差別」の問題は避けられない。つまり、「毒をもって毒を制する」型のやり方であるから、新たな社会問題を生じさせることがある。憲法の観点からは、AAは、個人主義の原理や平等原則に反する疑いがつきまとう。したがって、このような憲法問題をいかにして克服するのか、AAの憲法上の限界点はどこにあるのか、が問われる必要がある。

AAの合憲性をめぐる問題は、アメリカにおいて最も論争的な憲法問題の1つである。本稿では、アメリカの公立大学の入学者選抜制度におけるAAの合憲性が争われたFisher II判決（2016）¹を取り上げ、判決の意義や問題点を検討する。本判決は、Fisher I判決（2013）²に続く、合衆国最高裁判所のAAに関する重要判決である。

II 事件の背景

1 1997年以前の入学者選抜制度

テキサス州立大学オースティン校（University of Texas at Austin, 以下「テキサス大学」と略する。）は、全米上位の高等教育機関である。同大学の入学者選抜制度は、複雑な経緯を経て構築されてきた。1996年まで、同大学は、志願者の「学業成績指標」（Academic Index, 以下「AI」と略する。）を基本としつつ、その「人種」（race）をも考慮に入れて、入学者を決定していた。AIは、志願者が受験したSAT（Scholastic Assessment Test）の得点と、高等学校における学業成績とを組み合わせる算出される。人種を考慮するということは、人種のマイノリティの志願者を優遇的に取り扱うということである。

ところが、1996年、第5巡回区合衆国控訴裁判所がHopwood判決³において、志願者の人種を考慮に入れる当該入学者選抜制度は、合衆国憲法第14修正の平等保護条項に違反するとして、違憲無効と判示した。この判決を受けて、翌1997年、テキサス大学は、志願者の人種の考慮を中止し、その代わりに、AIと共に、「個人業績指標」（Personal Achievement Index, 以下「PAI」と略す

¹ Fisher v. University of Texas, 136 S. Ct. 2198 (2016) (Fisher II).

² Fisher v. University of Texas, 133 S. Ct. 2411 (2013) (Fisher I).

³ Hopwood v. Texas, 78 F. 3d 932 (5th Cir.1996).

る。)に基づいて入学者を決定することとした。PAIは、志願者の全体的な評価を数値化したものである。ここでは、志願者の小論文、リーダーシップ、職務経験、課外活動、地域活動及びその他の特別な事情が評価対象となる。同大学は、Hopwood 判決に従い、志願者のAI又はPAIを算出する過程で、人種は一切考慮要素としなかった。

以上のテキサス大学の対応とは別に、テキサス州議会も、Hopwood 判決への対応策として、1997年に、いわゆる「成績上位10%法」(Top Ten Percent Law)⁴を制定した。同法は、その名が示すとおり、テキサス州内の高等学校の各クラス成績上位10%以内で卒業した生徒に、テキサス大学への入学を認めるというものである。テキサス州内の高等学校は、事実上、人種によって大きく分断されていた。したがって、すべての高等学校から成績上位10%の生徒を入学させることができれば、相当数の人種的マイノリティの入学が期待できたのである。

2 Grutter判決に起因する入学者選抜制度の再検討

テキサス大学は、1998年に成績上位10%法に従った入学者選抜を実施した。まず同法の下、条件を満たしたあらゆる志願者に入学を認め、その後、残余枠につき、AI及びPAIを利用した選抜を行った。テキサス大学は、このような入学者選抜制度を2003年まで利用した。というのも、同年、大学入学者選抜制度におけるAAの合憲性に関して、合衆国最高裁判所が重要な判決、すなわちGratz判決⁵とGrutter判決⁶を下したからである。Gratz判決は、相当な得点を機械的に人種的マイノリティという理由だけで当該志願者に加算する、ミシガン大学の「学部」の入学者選抜制度を違憲無効とした。一方、Grutter判決は、ミシガン大学の「ロースクール」(大学院)の入学者選抜制度に関して、それが志願者の人種を理由に機械的に得点を加算するのではなく、幅広い「全体的評価」の中で、多様性の教育的利益を達成するための関連ある一要素として、志願者の人種を部分的に考慮するに過ぎないものであると認定し、当該入学者選抜制度を合憲と判示した。つまり、Grutter判決は、志願者の人種の微妙な利用を認容することで、黙示的に第5巡回区合衆国控訴裁判所のHopwood 判決を覆したのである。

Grutter判決を契機に、テキサス大学は、あらゆる学部生が多様な学生集団がもたらす教育的利益(多様性の利益)を享受しているか否か、すなわち当該入学者選抜制度が多様性の教育的利益を生み出すよう制度設計されているか否かにつき、調査研究を開始した。そして、当該入学者選抜制度は、多様性の教育的利益を十分にもたらしていないと結論づけた。

そこで、テキサス大学は、当該大学の学生として適性ある個々人が、豊かで多様性のある挑戦的な教育環境の醸成に貢献しうると同時に、そのような教育環境から利益を享受しうるためには、志願者の人種を考慮要素の1つとすることが必要であると、その許可を求めて大学役員会(Board of Regents)に提案書を提出した。大学役員会がこれを承認したため、同大学は新しい入学者選抜制度を構築し、今日に至るまでそれを維持している。

3 今日の入学者選抜制度の概要

今日のテキサス大学の入学者選抜制度はおおむね次のとおりである。まず、テキサス州議会の意

⁴ Tex. Educ. Code Ann. § 51.803.

⁵ Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003).

⁶ Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003).

向、すなわち成績上位10%法に従い、学部入学定員の大部分を充足する。今日、入学定員の75%が、これによって確保されている。75%という割合は州議会が定めた上限であり、よって成績上位10%法といえども、実際は各クラス成績上位7ないし8%以内で卒業しなければ、同法の下、入学資格は認められないことになっている。

残りの25%という枠につき、テキサス大学は、ミシガン大学ロースクールと類似する、すなわち Grutter判決で合憲とされた入学者選抜方法に近い、「全体的評価制度」(holistic review process)を採用した。つまり、この25%の定員枠は、基本的にAI及びPAIの点数によって評価、選抜されるのであるが、PAI算出の過程で志願者の人種が考慮要素の1つとなり、重み付けの対象となったのである。PAIは、大きく2つの要素からなり、その評点は1から6(6が最高)の数値で示される。第1の構成要素は、2本の必須小論文(各々6点満点)の平均点である。第2の構成要素は、志願者の人物像を全体的に評価する、「個人業績得点」(Personal Achievement Score, 以下では「PAS」と略する。)であり、これも6点満点で評価される。双方の採点者は異なる。PASの採点者は、①必須小論文を再読して、②志願者が提出した追加資料(推薦書、履歴書、追加選択小論文、美術・工芸品など)を審査し、③志願者のリーダーシップの発揮経験、課外活動、受賞歴、地域活動及びその他の「特別な事情」に基づき、多様な学生集団への貢献可能性を評価する。「特別な事情」の項目では、具体的に、(a)志願者の家庭や学校の社会経済的地位、(b)志願者の家族的責任、(c)ひとり親家庭での生活、(d)学校平均と比較した場合の当該志願者のSATの点数、(e)志願者の家庭で用いられている言語(英語以外)、(d)志願者の人種などが考慮される。

すべての志願者のAI及びPAIの点数が算出されると、各学部の入試担当者らが、合格基準点として、ある特定のAI及びPAIの点数の組合せを設定する。そして、これを上回る全ての志願者が合格となる。この合格基準点の設定に際して、入試担当者らは、当該合格基準点によって、何人合格するのかという情報しか知らされない。入試担当者らは、志願者の評点の算出にいかなる要素が考慮されたのかは何も分からない。つまり、入学者の最終判定を行う彼らには、志願者の人種に関する情報は全く与えられていないのである。志願者の人種は、考慮要素として選抜過程に組み込まれているものの、それは一場面の中の一場面、すなわちPAS算定の場面においてだけである。

入学者選抜過程の中で、人種的マイノリティに属する志願者の人種が積極的(プラス)要素として考慮されるが、それはあくまで志願者の人物像を全体的に評価する際に考慮される、「1要素の中の1要素の中の1要素」(a factor of a factor of a factor)に過ぎない。しかも、志願者の人種は、状況的文脈において考慮されるのであり、機械的な加点要素ではない。とはいえ、実際に志願者の人種が他の要素と関連して考慮されるに至った場合、PASの点数が変化するというのも事実である。つまり、志願者の人種が、副次的とはいえ、合否判定に影響を及ぼしうるのである。

4 憲法訴訟の提起

Abigail Fisherは、テキサス大学の2008年度入学者選抜に志願した。彼女は、成績上位10%の枠に入らなかったため、全体的評価の対象となったが、結局不合格となった。そこで、Fisherは、全体的評価の過程において大学が志願者の人種を考慮に入れることは、自分やその他の白人種の志願者に対する差別的行為にあたり、合衆国憲法第14修正の平等保護条項に違反すると主張し、訴訟を起こした。しかし、合衆国地方裁判所は、テキサス大学勝訴の略式判決を下し、第5巡回区合衆国控訴裁判所もそれを支持した。⁷

大学の実施する人種を用いたAAに対しては、かつてBakke判決⁸が示したとおり、司法審査基準としては、厳格審査基準が適用される。この場合、大学側は、まず①目的審査の段階において、AAの目的が「やむにやまれぬ利益」(compelling interest)の実現にあるということを立証し、次いで②手段審査の段階において、目的との関係でAAが「綿密に仕立てられた」(narrowly tailored)手段であるということを立証しなければならない。Bakke判決で相対多数意見を執筆したPowell裁判官は、大学が実施するAAの目的に関して、過去の人種差別の弊害を是正するという目的は、高等教育機関たる大学が担うべき役割とはいえないため、そのような目的はやむにやまれぬ利益であるとは認められないと判示した。しかし、その一方で、学生集団の多様性を実現することで得られる教育的利益は、大学にとってやむにやまれぬ利益として認められうる可能性を示唆した。⁹

Grutter判決は、Bakke判決のPowell裁判官の説示に依拠しつつ、学生集団の多様性の実現は、やむにやまれぬ利益であると認定した。法廷意見を執筆したO'Connor裁判官は、①大学の学術的な任務と教育の自律性の重要性に鑑み、学生集団の多様性を追求しようとする大学の目的又は判断は尊重されるべきであり、②反証がない限り、大学は真剣かつ誠実にAAを策定したものと推定しようと判示した。¹⁰これは、大学側に敬謙的な「誠実性の基準」とでも表現できるかもしれない。これに対して、Scalia裁判官は、反対意見において、大学への敬謙は司法審査の放棄に等しく、「厳格審査」の名に値しないと批判した。¹¹

本件Fisherの主張に対して、合衆国地方裁判所及び第5巡回区合衆国控訴裁判所が、テキサス大学勝訴の判決を下した背景には、Grutter判決の「誠実性の基準」が存在していたと考えられる。Fisherは判決を不服として、合衆国最高裁判所に上訴した。

5 合衆国最高裁判所の判断 (Fisher I 判決)¹²

合衆国最高裁は、本件に適用されるべき相当な司法審査基準につき下級裁判所の判断に誤りがあったと指摘し、原判決を破棄したものの、テキサス大学の入学者選抜制度の合憲性について自ら判断を示さず、事件を第5巡回区合衆国控訴裁判所に差し戻した。

法廷意見の執筆を担当したのは、Kennedy裁判官である。この法廷意見にRoberts長官、Scalia裁判官、Thomas裁判官、Breyer裁判官、Alito裁判官及びSotomayor裁判官が同調した。Scalia裁判官とThomas裁判官は、個別にそれぞれ結果同意意見を執筆している。唯一Ginsburg裁判官が反対に回った。Kagan裁判官は本件の審理及び判決に加わっていない。よって、7対1の破棄差戻し

⁷ Fisher v. University of Texas, 645 F.Supp.2d 587 (W.D. Tex. 2009), 644 F.3d 301 (5th Cir. 2011).

⁸ Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978).

⁹ *Id.* at 315-318.

¹⁰ 本判決につき、紙谷雅子「大学とアファーマティブ・アクション Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306, 123 S. Ct. 2325(2003)およびGratz v. Bollinger, 539 U.S. 244, 123 S. Ct. 2411(2003)」アメリカ法2004-1号53頁、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(2003); Gratz v. Bollinger, 123 S.Ct. 2411(2003)」ジュリスト1260号227頁(2004年)を参照。

¹¹ Grutter, 539 U.S. at 335.

¹² 133 S. Ct. 2411 (2013). 本判決につき、西條潤「高等教育機関におけるアファーマティブ・アクションの合憲性に関する判例法理の現在-転換点としてのFisher v. University of Texas at Austin, 133 S. Ct.2411 (2013).-」近畿大学工学部紀要43号13頁(2013)、井上一洋「アメリカの大学入試制度におけるAffirmative Actionについて」広島法学37巻2号230頁(2013)、茂木洋平「Fisher v. University of Texas at Austin, 133 S. Ct.2411 (2013)-大学の入学者選抜手続における人種の使用は正しく理解された厳格審査の下で合憲性を審査されるべきとされた事例」アメリカ法2014-1号192頁(2014)を参照。

判決であった。以下、Fisher I 判決が示した3つの基本原理について簡単に述べる。

第1に、人種という属性は、異なる取扱いを正当化する合理的根拠となりうるものがほとんどない。よって、テキサス大学は、その入学者選抜制度が厳格審査に耐えうる場合を除き、志願者の人種を考慮することは許されない。厳格審査基準に照らせば、大学は、①その目的が憲法上許容されるものであり、なおかつ実質的なものであること、そして②入学者選抜制度上、人種的分類を利用することが当該目的の達成に必要な不可欠であることを、明確に立証しなければならない。

第2に、多様な学生集団から生じる教育的利益を追求するという大学の判断には、完全ではないにせよ、相応の敬讓を払う必要がある。とはいえ、大学側が主張する目的を盲目的に認容したり、単純にそれに依拠するべきではない。しかし、大学がその目的につき詳細な理由を付して、理に適った説明を尽くせば、その経験と専門性に照らし、多様な学生集団が教育上の目的に仕えるという大学の当該判断には敬讓が払われるべきである。

第3に、人種の利用が当該目的の実現のために厳密になされているか否かの大学の判断については、裁判所は敬讓を払ってはならない。大学は、人種中立的な方法では、相応の運営費をかけても、同程度の多様性の利益を生み出せないということを立証しなければならない。人種の利用方法が綿密に仕立てられねばならないという命題は、想起しうるあらゆる中立的な代替策を出し尽くさねばならないということではない。しかし、大学は、利用可能かつ実用的な人種中立的代替策では不十分であることを立証せねばならない。最終的な立証責任は大学側にある。

Fisher I 判決は、以上3点の基本原理を示す一方で、本件テキサス大学の入学者選抜制度の合憲性については、判断を示さなかった。あくまで、下級裁判所が大学の誠実性に対して不相応に敬讓を払った点で、厳格審査基準の適用を誤ったと指摘したにとどまる。Fisher I 判決は、正しい厳格審査基準の下で審理をやり直すよう、第5巡回区合衆国控訴裁判所に事件を差し戻したのであった。

先例であるGrutter判決との関係では、Fisher I 判決はどのように理解されるであろうか。Fisher I 判決は、学生集団の多様性から生じる教育的利益はやむにやまれぬ利益であり、目的審査の段階においては、大学の判断は尊重されるとした。この点は、Grutter判決を踏襲している。しかし、手段審査の段階においては、裁判所の審査密度が高まることを明確に示した。ここでは、大学の判断は尊重されず、大学は厳しい立証責任を果たさなければならない。この点、Grutter判決は、原則として大学は誠実に行為したと推定されうると述べ、手段審査の段階においても、大学側に敬讓的な姿勢を示していた。Fisher I 判決は、厳格審査は「理論上厳格であるが事実上寛大」(strict in theory but feeble in fact)であるべきではないと述べ、¹³ この部分を変更したものと考えられる。¹⁴ 立証責任の厳格化により、大学の入学者選抜制度において志願者の人種を考慮するAAの実施は、より困難になると予想された。¹⁵

¹³ 133 S. Ct. 2411, 2421-2422.

¹⁴ Fisher I 判決は、Grutter判決の枠組みを変更又は否定したというよりも、その不明確であった点を補ったという理解も可能である。というのも、Grutter判決は、大学が掲げる目的への敬讓は明言したものの、その実現手段にまで敬讓を払うべきであるとは明言しておらず、この点は判然としていない。そこで、この不明確な点につき、Fisher I 判決が明確化したというのである。つまり、人種中立的な手段を真剣かつ誠実に模索したと主張するだけでは、Grutter判決の基準を満たしたことにはならず、人種中立的な手段では多様性の実現にとって不十分であるということを立証せねばならない。このことを明らかにしたという理解である。以上の点につき、西條・前掲書12、97頁参照。

¹⁵ 井上・前掲書12、148頁。

Ⅲ Fisher II 判決

第5巡回区合衆国控訴裁判所は、差戻しを受けて、合衆国最高裁判所が示した厳格審査基準に則って、再度当事者の主張を吟味し、改めてテキサス大学勝訴の略式判決を下した。¹⁶ Fisherはこれを不服とし、再び合衆国最高裁に上訴した。以下、Fisher判決Ⅱの概要を述べる。

1 法廷意見要旨（4対3で原判決支持）

Kennedy裁判官が法廷意見を執筆し、これにGinsburg裁判官、Breyer裁判官及びSotomayor裁判官が同調した。判決の要旨は以下のとおりである。

(1) テキサス大学のやむにやまれぬ利益 (compelling interest)¹⁷

Fisherは、テキサス大学がやむにやまれぬ利益を十分な明確性をもって立証しなかったことを論難する。Fisherによれば、大学は「不可欠な規模」(critical mass)に相当する、人種的マイノリティの入学者数を明示する必要がある。大学の究極的な目的が何であるのかが判然としなければ、裁判所は、大学の入学者選抜制度が当該目的の達成のために綿密に仕立てられているのかどうか、吟味のしようがないと主張する。

しかし、人種的マイノリティの特定数の入学それ自体がテキサス大学の「目的」なのではない。大学は、多様な学生集団がもたらす教育的利益を獲得する「手段」として、人種を意識した入学者選抜制度を採用している。多様な学生集団は、人種間の相互理解を促し、人種的ステレオタイプの克服を後押しし、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にすると同時に、ますます多様化する労働環境や社会に学生が適応しうる、よりよい学修環境を提供するのである。

人種的マイノリティの入学は、このような教育的利益に仕える「手段」かもしれないが、Fisherが指摘するように、純粹に数字に還元されうる、又はされるべき「目的」それ自体ではない。実際、大学は特定の数を追及すること、すなわち人種的マイノリティのための割当制の導入が禁止されている。したがって、多様性の利益が得られるであろうと信じる人種的マイノリティのある特定水準の入学者数を明確にしないからといって、それを責めることはできない。

しかし、多様性の教育的利益を抽象的に主張するだけでは不十分である。テキサス大学の目的が曖昧模糊であってはならず、司法審査を可能にする程度に十分具体的である必要がある。この点、同大学は具体的かつ正確な目的を示している。同大学は、2004年の「入学者選抜制度において志願者の人種及び民族を考慮することについての提案」1頁に、入学者選抜制度を通じて、実現すべき教育的価値を確認している。つまり、ステレオタイプの克服、人種間の相互理解の促進、ますます多様化する労働環境や社会に適合するための事前準備、民主的正統性のある指導者の養成である。その提案書の別の部分においては、思想の健全な交換、異なる文化に触れること、将来の指導者に求められる能力の獲得といった教育目標を掲げ、それらに資する教育環境の醸成に努めると大学は説明している。これらの目標のすべては、一般的な問題として、当裁判所が過去の事件で同意した、やむにやまれぬ利益と関係している。

¹⁶ 758 F.3d 633 (5th Cir.2014).

¹⁷ 136 S. Ct. 2198, 2210-2211 (2016).

(2) 志願者の人種を考慮する必要性¹⁸

Fisherは、テキサス大学は成績上位10%法の運用により、2003年までに、人種的マイノリティの学生数が「不可欠な規模」に達していたため、もはや志願者の人種を考慮する必要性はなかったと主張する。しかし、同大学が提出した統計データに鑑みれば、人種的マイノリティに属する学生の入学者数は、1996年から2002年にかけて、一貫して沈滞していたことがわかる。たとえば、1996年、266人のアフリカ系の学生が入学したが、これは全入学者の4.1%に相当する。2003年には、267人のアフリカ系の学生が入学したが、これも全体の4.1%である。ヒスパニック系及びアジア系の入学者数についても同じことが指摘できる。もちろん、統計データだけが決定的な意味を持つわけではない。しかし、同大学にとっては、多様性に貢献しうる学生を確保する上で、統計データは評価基準として一定の価値を持つ。

また、テキサス大学は、このような状況にある人種的マイノリティの学生が、各クラスにおいて孤独感と疎外感に苛まれていたという証拠を示している。2002年において、5人以上の学生が在籍するクラスのうち、アフリカ系の学生が1人も在籍していなかったクラスの割合は、52%である。1人だけ在籍していた割合が27%である。つまり、2人以上のアフリカ系の学生が在籍していたクラスは、全体のたった21%に過ぎないのである。同大学は志願者の人種を考慮することの必要性につき不断の調査を行う必要がある。しかし、本件では、その必要性の審査が、注意深く実施されてきたと見ることができる。多様な学生集団を実現するという目的をいまだ果たすに至っていなかったという同大学の判断には合理性がある。

(3) 志願者の人種を考慮することの実際的な効果¹⁹

Fisherは、テキサス大学が志願者の人種を考慮したところで、多様性の教育的利益を実現する上で最小限度の効果しか発揮しないため、人種を考慮する必要性はなかったと主張する。しかし、2003年、全体的評価で合格となった者のうち、11%がヒスパニック系であり、3.5%がアフリカ系であった。対照的に、2007年では、ヒスパニック系が16.9%、アフリカ系が6.8%であった。この増加に照らせば、志願者の人種の考慮は、限定的であったにせよ、有意義な効果をもたらし、多様な学生集団の実現につながったと評価できる。

いずれにせよ、志願者の人種を考慮したことによる効果が小さいからといって、制度の緻密な策定に失敗しているということにはならない。入学者選抜制度上、人種という要素の果たす役割が極めて小さいという事実は、むしろ当該制度が綿密に仕立てられているということの証左であり、憲法違反の証左ではない。

(4) 代替可能な人種中立的手段の存在²⁰

Fisherは、学生集団の多様性を実現する人種中立的な代替手段は様々ありうると主張する。しかし、Fisherの提案する代替手段が、その出願時に、同大学の求める多様性の利益を達成する上で有用であったというわけではない。たとえば、成績上位10%法による入学定員枠の上限を外し、全てではないにせよ、それによって、より多くの入学を認めることを提案している。同法は、一見する

¹⁸ *Id.* at 2211-2212.

¹⁹ *Id.* at 2212.

²⁰ *Id.* at 2212-2214.

と確かに人種中立的な手段であるが、その基本的な目的から離れてこれを理解することは相当ではない。つまり、同法は、人種的に偏っている地域や学校の存在を念頭に、人種的マイノリティに属する学生の入学を活性化させるために制定されたのである。Fisherは、この事実を見落としている。人種への配慮が、同法の制定を促したのである。同法は、人種に盲目なのではない。したがって、同法への依存度を高めることが、入学者選抜制度の人種中立性を高めることにつながるのではない。

さらに、そのような方法は、多様性の他の側面を犠牲にすることにもなる。すべての入学者を成績上位10%法によって確保するとなれば、日々の練習のため学業を犠牲にしてきた、運動選手や音楽に秀でた生徒を排除することになるであろう。クラスにおける成績の順位は、1つの評価基準に過ぎない。特定タイプの志願者を捕捉するものの、それ以外のタイプは見逃される。特定タイプの学生にのみ焦点を当てることは、多様な学生集団の実現につながらない。この点で、成績上位10%法は、大学が人種的に多様であるにとどまらず、他のあらゆる素質において多様な学生集団を実現するための個別的審査の実施を阻害する側面がある。本質的に、成績上位10%法は、学生集団の多様性を損なう可能性を持つ、手荒な手段でもある。

このような本質的な問題の他に、クラスの成績の順位にのみ依拠した入学者選抜制度は、志願者に倒錯した動機を与えることにもなりかねない。つまり、当該制度は、親がその子女を人種的に隔離された程度の低い学校に通わせる誘引となる。また、生徒本人も、自身の成績を悪化させるかもしれない挑戦的なクラスに参加する意欲を削がれる。

以上のとおり、Fisherが提案する代替手段は、2008年の時点において、テキサス大学の教育上の目的と合致する利用可能かつ実用的な手段であったとはいいがたい。よって、同大学は、2008年の時点において、当該入学者選抜制度が、綿密に仕立てられたものであったとの立証責任を果たしたと認めるのが相当である。

2 Thomas裁判官反対意見要旨

今日の当裁判所の判断は、厳格審査と相容れないだけでなく、人種にまつわる不当な想定に依拠し、これまでの先例とも乖離するものである。公立大学による人種を利用した入学者選抜は、平等保護条項によって絶対的に禁止される。いかなる時でも、政府が人種によって市民を分類し、その人種を義務や権利の付与に関連あるものとするならば、それは我々すべてを侮辱するものである。よって、憲法は人種による分類を許さない。この憲法上の要請は、人種分類が教育的利益をもたらすという気まぐれな理論の登場によって、変化することはない。私ならGrutter判決及び第5巡回区合衆国控訴裁判所の判断を覆したであろう。²¹

3 Alito裁判官反対意見要旨（Roberts長官、Thomas裁判官が同調）

(1) やむにやまれぬ利益（目的）の不明確性²²

テキサス大学は、人種優遇措置（AA）によって達成しようとする利益を明確に定義していない。よって、入学者選抜制度が当該利益を達成するために綿密に仕立てられたか否かの審査は不可能である。同大学によれば、多様な学生集団がもたらす教育的利益を獲得するには、相当数の人種的マ

²¹ *Id.* at 2215.

²² *Id.* at 2222-2223.

イノリティが必要であるという。それを「不可欠な規模」と表現するが、これが具体的にどの程度なのか判然としない。同大学は、教育的利益が生じたと確認できたときに初めて「不可欠な規模」に達したと知ることができるだろうと述べるが、それは要するに「我々を信じろ」と主張するに等しい。厳格審査を回避するために、意図的に正確性を欠いた利益を主張していると見るができる。「不可欠な規模」とは何か、いかにしてそれが達成されたと評価できるのか、これらの点が判然としなければ、裁判所は慎重な司法審査、すなわち厳格審査を実施することは不可能である。もちろん、法廷意見が指摘するとおり、必要とされる人種的マイノリティの学生数の特定が必要であるというわけではない。しかし、当該入学者選抜制度が綿密に仕立てられているか否かを審査するためには、具体的な利益をある程度明確にする必要がある。

この点に関して、テキサス大学は、ステレオタイプの克服、人種間の相互理解の促進、ますます多様化する労働環境や社会に適合するための事前準備、民主的正統性のある指導者の養成といった教育目標を掲げ、それに資する教育環境を醸成する必要性を説く。法廷意見は、これらがやむにやまれぬ利益であると認める。しかし、これらは確かに殊勝な目的であるものの、なお具体性や正確性を欠いており、人種優遇措置の利用に対する制限原理として機能することは期待できない。たとえば、裁判所は、いかにしてステレオタイプが十分に克服されたと判断できるのだろうか。また、人種間の相互理解が十分に深まったと判断できるのか。もし、大学の一部の職員がこれらの不明確な目的を達成するために人種優遇措置が必要であると述べるだけで、大学による人種差別が正当化されるなら、厳格審査は無意味なものとなる。裁判所は、大学当局の判断への敬讓を余儀なくされ、人種優遇措置は完全に司法審査の埒外に置かれるであろう。

(2) 人種考慮の不必要性²³

仮に多様性の教育的利益を引用するだけでよいと仮定したとしても、当該入学者選抜制度は、綿密に仕立てられていないため、なお厳格審査に耐えることができない。手段審査の段階では、人種の考慮なくしては十分な多様性を実現できないかどうか、慎重に吟味される。もし人種中立的な方法によっても、同程度の多様性の利益を生み出すことができるのであれば、テキサス大学は志願者の人種を考慮することは許されない。本件では、人種を考慮しない全体的評価が、同大学の目的を同程度に達成し得ないとする証拠はない。また、同大学の目的に仕えるその他の方法、すなわち受験支援サービスの活性化、成績上位10%法による入学定員枠上限の撤廃、志願者の家庭の経済状況の重視といった方法が採用できたはずである。同大学は、志願者の人種を考慮した全体的評価の方が、多様性の教育的利益をより効率的に実現できるという証拠を示していない。よって、厳格審査基準の下で課された重い立証責任を果たしたと認めることはできない。

(3) テキサス大学の不誠実性²⁴

テキサス大学は、成績上位10%法によって入学した人種的マイノリティの学生に不足している資質を認識し、人種を考慮した全体的評価がその不足分を補うものであることを立証しなければならない。そうでなければ、当該入学者選抜制度は綿密に仕立てられたものであると立証したことにならない。この点で、同大学には、成績上位10%法によって入学した学生に関するデータを集積及び

²³ *Id.* at 2236-2237.

²⁴ *Id.* at 2239-2240.

保存しておく理由があったはずである。そのようなデータ分析をなさずして、大学の教育的利益又は目的を実現するためには、志願者の人種を考慮せねばならないという判断はなし得ないはずである。このようなデータ分析がなされなかったという事実は、同大学が志願者の人種を考慮することの実際上の必要性を十分に検討せず、軽率に人種の考慮を決定したことを示唆している。

法廷意見はテキサス大学の誠実性を疑っていないようだが、その不誠実性は記録によって十分立証されている。独立調査によれば、2014の内部告発があるまで、いわゆる裏口入学制度が維持されてきた。長年続くこの制度の下、大学は通常の手続を無視して、学業成績が十分でないにもかかわらず、寄付者、卒業生、議員、そして大学関係者の子女などに入学を認めてきた。裏口入学に関係した職員らは、わざと記録を残さず、それらをすべて廃棄してきたのである。公共や当裁判所を欺いているにもかかわらず、法廷意見は、同大学の誠実性に満足しているのである。

(4) 結論²⁵

最後に、本件の争点は何であるのか、また何でないのかを理解することが重要である。本件の争点は、人種や民族的に多様な学生集団を作り出す入学者選抜制度を公立大学が採用することができるか否か、ではない。本件の争点は、多様性の教育的利益を達成するためには組織的に志願者の人種を考慮する必要があると単純に主張するだけで、公立大学がそのような組織的な人種差別を正当化することができるか否か、である。テキサス大学は、人種の考慮が必要不可欠であるという根拠を何ら示していない。にもかかわらず、法廷意見は、同大学の主張を支持した。この結論は、驚くべきものであり、重大な問題をはらんでいる。

IV Fisher II 判決の検討

1 Kennedy 裁判官による初のAA合憲判決

アメリカ合衆国最高裁判所は、4対3で、テキサス大学が実施するAAを合憲と判示した。Abigail Fisherによる8年にわたる法廷闘争は、彼女の敗訴ということで決着したことになる。Fisher I 判決（2013）に続き、Fisher II 判決もKennedy裁判官が法廷意見の執筆を担当したわけであるが、これが同裁判官28年の在職期間の中で初めてのAA合憲判決となる。Kennedy裁判官は、近年のAA及びそれに関係する事件において、厳しい姿勢を示してきた。たとえば、ミシガン大学のAAを合憲と判示したGrutter判決では反対意見を執筆し、Seattle Scholl District No.1判決²⁶では相対多数意見で小学校の人種統合を目指すAAを違憲無効と判断した。また、Ricci判決²⁷では、人種的マイノリティに不利な結果となった消防士の昇進試験について地方自治体はその結果を認証せず、昇進試験のやり直しを決定したことに対して、これを公民権法第7編に反する許されない差別であると判示した。しかし、その一方で、Kennedy裁判官は、教育現場における多様性の教育的利益を承認してきた。また、露骨かつ安易なAAが人種間の対立を悪化させるため、より穏当な手段が採用されるべきことを強調していた点が注目される。

Reva Siegelは、Kennedy裁判官のこのような姿勢を、「反分裂原理」(antibalkanization) に基づ

²⁵ *Id.* at 2242-2243.

²⁶ *Parents Involved in Community Schools v. Seattle Scholl District No.1*, 551 U.S. 701 (2007).

²⁷ *Ricci v. DeStefano*, 557 U.S. 557 (2009).

くと説明している。²⁸ 国家が人種に基づき露骨に権利義務を配分するならば、それによって不利益を甘受せねばならない無辜の者は、当然に強い憤りを覚える。この憤怒の念は、人種間の対立を悪化させ、分裂を引き起こしかねない。したがって、この問題を避けるためには、極力穏当な手段を用いなければならない。Kennedy裁判官は、人種的多様性がもたらす教育的利益を認識し、大学におけるAAの「目的」を承認してきた。しかし、その達成「手段」については、それが人種的な対立や分裂を惹起しないかを厳しく吟味してきたといえる。対立や分裂を回避するという思わくは、Bakke判決のPowell裁判官の相対多数意見にも見受けられた。よって、Fisher II 判決とBakke判決との強い結びつきも指摘される。²⁹

Fisher II 判決は、テキサス大学がFisher I 判決で示された基準に適合した立証をなしたか否かを吟味したものである。判決は、最終的に同大学がその立証責任を果たしたと判断し、本件AAを合憲と判示した。ここでKennedy裁判官は、志願者の人種を全体的評価の文脈で若干考慮するという方法は、多様性の教育的利益を実現するという「目的」に仕える、綿密に仕立てられた「手段」であると認めたのである。以下、本判決が提起するいくつかの論点を取り上げ、若干の検討を行う。

2 不可欠な規模 (critical mass)

大学において、多様性の教育的利益という、やむにやまれぬ利益を生み出すには、人種的マイノリティを含め様々な背景を持つ学生が相当数在籍している必要がある。それが「不可欠な規模」のマイノリティの学生と表現されている。これは、一見、すでに決まった数値的な目安が存在しているかのような印象を与える。しかし、そもそも大学は特定の数を追及すること、すなわち人種的マイノリティのための「割当制」(Quota) の導入が禁止されている。したがって、大学は、多様性の教育的利益を生み出すであろうと考える、人種的マイノリティのある特定水準の入学者数を設定し、それを明確に示すことはできない。

かつてKennedy裁判官は、Grutter判決の反対意見において、「不可欠な規模」という概念が「割当制」に等しく、それが人種的な対立や分裂を引き起こしかねないと懸念していた。³⁰ しかし、Fisher II 判決でKennedy裁判官は、「不可欠な規模」について、定義することになじまない、流動的な概念であると位置づけた点が注目される。テキサス大学も、多様性の教育的利益が生じたと確認できたときに初めて「不可欠な規模」に達したと知ることができると主張した。

これに対して、痛烈な批判を浴びせているのがAlito裁判官の反対意見である。Alito裁判官は、仮に、テキサス大学が主張するとおり、多様性の教育的利益が生じたと確認できたときに初めて「不可欠な規模」に達したと知ることができるとしても、そもそもいかにして多様性の教育的利益が生じたと大学は確認できるのか、という問題を指摘する。多様性の教育的利益として、ステレオタイプの克服や人種間の相互理解の促進などが挙げられる。これらは確かに殊勝であるものの、なお具体性や正確性を欠くという。いかにしてステレオタイプが十分に克服されたと判断できるのか。また、人種間の相互理解が十分に深まったと判断できるのか。もしこのように具体性や正確性を欠く利益が容易にやむにやまれぬ利益とされるのであれば、露骨な人種的均衡の実現を自ら表明

²⁸ Reva Siegel, *From Colorblindness to Antibalkanization : An Emerging Ground of Decision in Race Equality Cases*, 120 YALE L.J. 1278, 1281(2011).

²⁹ Yuvraj Joshi, *Bakke to the Future: Affirmative Action After Fisher*, 69 STAN. L. REV. Online 17, 23-26 (2016).

³⁰ Grutter, 539 U.S. at 388 (Kennedy, J., dissenting).

しない限りは、あらゆる利益がやむにやまれぬ利益とされるのではないか。³¹ Alito裁判官は、大学の目指す目的及び利益が不明確である以上、厳格審査の実施は不可能であると論難する。

3 同一人種内における多様性 (intra-racial diversity)

本判決の注目すべき点として、Kennedy裁判官の法廷意見が、同一人種内における多様性の利益を認めた点を挙げることができる。多様性の教育的利益を実現するには、単に異なる人種の学生が必要であるというだけでなく、同一人種内においても多様な背景を持つ学生が必要というわけである。テキサス大学によれば、成績上位10%法の下で入学してくる人種的マイノリティの学生には、やはりある程度の同質性が認められる。よって、志願者の人種を意識した全体的評価の下で、異質の人種的マイノリティを選び出す必要があり、それが多様性の教育的利益に仕えるという。

成績上位10%法の下で入学してくる人種的マイノリティの学生の多くは、アフリカ系又はヒスパニック系の生徒が圧倒的多数を占める人種的に偏った高校に通っていた、貧困家庭出身の学生である。それゆえ、テキサス大学は、多様性をいっそう促進するために、「ダラスに住んでいる成功したアフリカ系、ヒスパニック系の専門職の子女が必要である」と主張していた。³²

この点に関しては、そもそもAAとは、過去の人種差別が原因で、不利な状況に追いやられている人種的マイノリティを救済するという目的で考案されたものであるから、そのような状況になり、比較的恵まれた者のためにAAを用いるのは自己矛盾であると指摘される。³³ ここに「多様性の利益」によってAAを正当化することの難しさがある。多様性という観点であれば、現実に人種を理由とした差別を経験していない、又は不利な状況にない人々も優遇されることになる。結果的に、本当に不利な状況にある人々が救済されないことにもなりかねず、この点でAAの効力又は射程範囲が限定的なものとなる可能性がある。Alito裁判官は、反対意見において、経済的に不利な状況にあるすべての人種の生徒にチャンスを与える制度こそが、AAの本来の形であるとして、これと矛盾する法廷意見の論理を厳しく批判する。

4 多様性の教育的利益

AAは本来、過去の人種差別に起因する現在の不利益状況を是正するという目的で実施されてきた。しかし、Bakke判決、Grutter判決、そしてFisher判決を経て、少なくとも高等教育の文脈においては、多様性の教育的利益の実現がAAを正当化する最も有力な根拠として確立した。これに対して、多様性の教育的利益を理由とするAAが、実際には人種的マイノリティの学生に何ら教育的利益をもたらさず、むしろ苦悩を与えるとする、いわゆる「不釣り合い理論」(mismatch theory)がある。自身の学力に比して不釣り合いの大学に入学した人種的マイノリティの学生は、クラスの授業についてゆけず、自信を喪失し、結局退学を余儀なくされる。このような事態は、ス

³¹ Peter Kirsanow, *Race Discrimination Rationalized Again*, 2016 CATO SUP. CT. REV. 59, 64 (2016).

³² Brief for Respondents, O. T. 2012, No. 11-345, p. 34.

³³ Richard Kahlenberg, *Symposium: A win for wealthy students*, SCOTUSblog (Jun.23,2016),

<http://www.scotusblog.com/2016/06/symposium-a-win-for-wealthy-students/>,

Todd Henderson, *Symposium: What proof should we demand to justify racist policies?*, SCOTUSblog (Jun.24,2016), <http://www.scotusblog.com/2016/06/symposium-what-proof-should-we-demand-to-justify-racist-policies/>.

テレオタイプを克服するどころか、むしろそれを強化するというものである。³⁴ AA否定論者が古くから指摘していた点であるが、本件の口頭弁論において、Scalia裁判官がこの問題に言及したことで、いっそう耳目を集めた。³⁵ しかし、Fisher II 判決の法廷意見及び反対意見において、不釣り合い理論への言及は見られなかった。この点は注目されてよいと思われる。

さて、多様性の教育的利益という場合、マイノリティが不足して「過少代表」であるものの、人種的に多様な観点や見解が一般的に必要なと考えられる領域、たとえば科学、技術、工学、数学の学問領域（Science, Technology, Engineering and Mathematics – STEM）では、AAを正当化することが困難とはならないか、という問題もある。

2015年12月9日の口頭弁論において、Roberts長官は、テキサス大学に対して、「物理学の授業において、人種的マイノリティの学生が提供できるユニークな観点とはどのようなものか」と問い、さらに「あなたたちは人種的マイノリティの学生が存在しない授業（クラス）の数を問題にしているが、物理学の授業でどのような多様性の教育的利益がもたらされるのか、私には見当がつかない」と述べた。これに対して、テキサス大学代理人Gregory Garreは明確に答えることができなかった。多様な学生集団によって恩恵を受ける授業とは何か。Roberts長官は、人種や民族によって見方や見解が分かれるような問題が多く扱われる授業だけを想定しているのかもしれない。そうすると、人種的マイノリティの存在は、主として人文社会系の授業において、多様な思想交換を促すという教育的利益しかもたらさないのか。Garreの沈黙は、そのような印象を与えた。³⁶

しかし、いわゆる理工系の授業においても、多様性は極めて重要であるという指摘がある。たとえば、AAPT (American Association of Physics Teachers) は、物理学の分野では、教育及び研究の双方の場面で、人種差別や性差別が存在していると明言する。³⁷ 物理学分野の同質性、すなわち当該分野が白人男性によって支配されている状況は、人種差別や性差別の副産物であるという。具体的な問題として、たとえば、①女性、とりわけ有色人種の女性に対する性的嫌がらせが多い、②アフリカ系、ヒスパニック系及びアメリカ先住民系の人々は怠惰、アジア系の人々は数学が得意、女性は数学が苦手というようなステレオタイプが根強く存在している、③女性や人種的マイノリティも自身のグループに関する否定的なステレオタイプを承認し、それを内面化してしまうことで、実際に成績に悪影響が出る、④学問的傾向として、画一的な共通テスト（standardized test）を重視し過ぎることを指摘する。これらが物理学の分野から女性や人種的マイノリティを排除する原因となっているという。³⁸

実際、このような事情を背景に、アメリカにおいて、物理学の学士号を取得するのは、大半が白人男性であり、全体の約80%を占める。有色人種の女性は、このうち4%に満たない。近年、この不均衡な傾向はさらに顕著となっている。2010年のデータによると、物理学の学士号の取得者の内訳は、女性が20%、アフリカ系の人々が2.5%、そのうちアフリカ系の女性は1%以下であった。³⁹

この状況を克服するために、理工系の授業においても、多様性を促進し、異なる文化を尊重する

³⁴ Kirsanow, *supra* note 31, at 67-78. 「不釣り合い理論」に依拠して、Fisher II 判決を批判する。

³⁵ Anemona Hartocollis, *With Remarks in Affirmative Action Case, Scalia Steps Into 'Mismatch' Debate*, N.Y. TIMES (December 11, 2015).

³⁶ Rachel Godsil, *Why Race Matters in Physics Class*, 64 UCLA L. REV. DISCOURSE 40, 42 (2016).

³⁷ The Physics Teacher 54, 326 (2016).

³⁸ *Id.*

³⁹ *Id.*

ということが重要視されつつある。それが効果的かつ友好的、そして協働的な学びの場を醸成し、このような場に参加する人種的マイノリティの学生は、自身のグループに関する否定的なステレオタイプを克服し、専門家又はリーダーとしてのアイデンティティを形成しうるとされる。また、多様性の利益は研究の分野にも及び、研究者コミュニティーも、合意形成力、問題解決力及び創造力が増し、革新的な研究が期待できるという。⁴⁰

以上のことから、理工系の分野においても、種々の差別をなくし、多様性を促進するために、AAは重要な手段であるとの考えが強くなっている。Fisher II 判決の法廷意見は、この点について特に言及していない。しかし、テキサス大学は、理工系を含め、各授業（クラス）単位での多様性の利益を強く主張していた。したがって、Kennedy裁判官は、Roberts長官と異なり、理工系の授業における多様性の教育的利益を承認していると考えられる。

5 雇用の場における多様性の利益

多様性の利益は、教育の場においてのみ意味を持つのであろうか。雇用の場において、AAの正当化根拠として、多様性の利益を主張することは可能であろうか。

大学などの高等教育機関においては、教育上、思想交流や相互理解が重要であり、それを達成するために学生集団の多様性が是非とも必要とされ、これがやむにやまれぬ利益とされている。このような多様性の利益は初等中等教育においても重要であり、高等教育に特有のものではないと考えられるが、同じ理屈が雇用の領域にそのまま妥当するとは考えにくい。もちろん、雇用の場においても、人種間の相互理解や、人種的ステレオタイプの克服は重要な課題である。しかし、Bakke判決、Grutter判決、そしてFisher判決は、一貫して、多様性の「教育的利益」がやむにやまれぬ利益の基礎をなすという理解を示している。知的交流や異文化交流を通じて、相互理解や人間的成長を促すことは、教育機関が担うべき重要な社会的使命の1つと評価できる。一方、民間企業や官公署は、担うべき役割が全く異なっている。教育の場を離れて、多様性の利益をやむにやまれぬ利益であると捉え、AAを正当化することは一般的に困難であると考えられる。

例外的に、警察官や矯正局の職員採用における人種的多様性を、やむにやまれぬ利益であるとした合衆国控訴裁判所の判決が注目される。⁴¹ 人種的に多様な警察は、地域社会の信頼の獲得につながり、警察職務の効率性が増進される。つまり、捜査に対する市民の協力、情報提供が得やすくなるというメリットがあるということである。しかし、同じ理屈が通用する職域はそう多くない。たとえば、消防局の業務は消火活動であり教育ではないので、多様性という利益は、消防士採用の文脈では通用しないとした判決がある。⁴² 以上の点も、多様性の利益をAAの正当化根拠とするものの限界を示すものと考えられる。

V おわりに

合衆国最高裁判所の裁判官は、憲法問題に関して、しばしば保守派（共和党寄り）とリベラル派

⁴⁰ *Id.* at 327.

⁴¹ *Petit v. City of Chi.*, 352 F.3d 1111, 1115 (7th Cir. 2003); *Patrolmen's Benevolent Ass'n of N.Y. v. N.Y.*, 310 F.3d 43, 52 (2nd Cir. 2002); *Wittmer v. Peters*, 87 F.3d 916, 919-21(7th Cir. 1996).

⁴² *Lomack v. City of Newark*, 463 F.3d 303, 310 (3rd Cir. 2006).

(民主党寄り)に大きく分類されることがある。一方、Kennedy裁判官は、どちらにも与しない、いわゆる中間派であるとされ、保守とリベラルが拮抗したときは、同裁判官の判断が判決を大きく左右することになる。つまり、Kennedy裁判官の票が決定票となる。それゆえ、憲法上の難題に関しては、Kennedy裁判官の動向が最も注目を集めることになるのである。

判例を振り返れば、Kennedy裁判官のAAに対する態度は複雑であった。少なくともAAを積極的に推進するという立場ではなかった。むしろ、AAに対してはやや懐疑的であり、仮にそれを認めるにせよ、極めて限定的な範囲でしか認めないという立場であるように思われた。合衆国最高裁が再度、Fisherの上訴を受理したとき、テキサス大学勝訴の原判決は覆され、AAは今後さらに厳しく抑制されるのではないかと予想された。というのも、もし合衆国最高裁が原判決を支持しているのであれば、再び上訴を受理する必要はないであろうと考えられたからである。

このような経緯からして、原判決を支持し、テキサス大学のAAを認容したFisher II判決は、大きなインパクトをアメリカ社会に与えるものであった。

Richard Primusによれば、Fisher判決 II の法廷意見でKennedy裁判官が示した論理は、合衆国最高裁で最もリベラルな裁判官であるGinsburg裁判官が過去に示した論理に近似している。この点から、AAに関して、Ginsburg裁判官の見解が、合衆国最高裁において多数派を形成したと評する。⁴³

Fisher II判決において、Kennedy裁判官は、成績上位10%法の性質について言及しているが、これはGinsburg裁判官の見解に一致するものである。成績上位10%法の要諦は、人種を明確に考慮する伝統的なAAを用いることなく、テキサス大学において人種的多様性を促進することにある。テキサス州内の高等学校は、事実上、人種によって大きく分断されている。したがって、すべての高等学校から成績上位10%の生徒を入学させることができれば、相当数の人種的マイノリティの入学が期待できる。

Ginsburg裁判官によれば、成績上位10%法も伝統的なAAも、人種的マイノリティの大学入学を促進することが目的であるから、両者は「人種意識的」(race-conscious)であるという点で全く同じである。したがって、両者を異なるものとして分けて理解するのは不自然であるという。Ginsburg裁判官は、成績上位10%法を「人種中立的」(race-neutral)であると理解するのは、現実を直視しない者(ostrich)だけであると批判してきた。そして、大学が「人種意識的」な方法を採用できるならば、入学者選抜制度上、志願者の人種を考慮するということを明確にしても問題ないはずであると主張した。

本件では、成績上位10%法の合憲性は一切争われていない。しかし、Kennedy裁判官の法廷意見が、Ginsburg裁判官の見解に沿って、成績上位10%法を人種意識的であると明言したことは注目に値する。これにより、人種意識的な入学者選抜制度が、憲法上一律に禁止されるわけではないことが改めて明確となった。もちろん、人種への依存度が高すぎれば、違憲となる可能性は十分にある。今後は、その限界点、すなわち人種意識的な決定に関して憲法上許容されうる場合と、許容されえない場合の境界線をめぐって、議論が続くことになる。

Fisher II判決は、AA推進派にとって歓迎するべき判決であるといえる。一方、反対派は、Fisher II判決が7人の裁判官によって下された点に救いを求めるかもしれない。合衆国最高裁の中で最も保守的で、AAの廃止を主張してきたScalia裁判官は、2016年2月13日に逝去した。後任人

⁴³ Richard Primus, *Affirmative Action in College Admissions, Here to Stay*, N.Y. TIMES (June 23, 2016).

事がObama大統領によって始められ、コロンビア特別区合衆国控訴裁判所のMerrick Garland裁判官がその候補となった。合衆国最高裁裁判官の任命には、合衆国議会上院の助言と同意を要する。しかし、共和党が多数を占める上院では、同意をうることが叶わず、後任人事は「凍結状態」となった。また、Kagan裁判官は、Obama政権の訟務長官（Solicitor General）としてFisher事件に関与していた経歴を持つため、本件の審理には加わらなかった。結果として、9名ではなく、7名の裁判官だけで審理を行い、4対3の判決となった。

このような事実から、Fisher II 判決は合衆国最高裁判決としては不完全であるとされ、その意義が過小評価される可能性もありうる。AA反対派は、将来の訴訟でこれが覆されることを期待するかもしれない。しかし、Kagan裁判官は、明確にAA支持の立場である。今後の訴訟において、Fisher II 判決の枠組みに適う限り、合衆国最高裁で5人は当該AAを支持するであろうことから、多数を維持しうる。

2016年11月8日の合衆国大統領選挙において、共和党大統領候補のDonald Trump氏が民主党大統領候補のHillary Clinton氏を破り、次期大統領になることが決まった。これにより、Scalia裁判官の後任として、Garland裁判官が就任する可能性はなくなった。おそらく、Trump大統領がAAに否定的で保守的な裁判官を上院の助言と同意に基づき任命することが予想される。⁴⁴ 今後、すでに高齢の域に達したりベラル派のGinsburg裁判官（1933年生まれ）及びBreyer裁判官（1938年生まれ）又は中間派のKennedy裁判官（1936年生まれ）がTrump政権中に退官すれば、その後任もTrump大統領が任命することになる。こうなれば、AAは将来的に厳しく抑制される可能性がある。

⁴⁴ 2017年1月31日、Trump大統領は、Scalia裁判官の後任として、第10巡回区合衆国控訴裁判所のNeil Gorsuch裁判官（1967年生まれ）を合衆国最高裁裁判官に指名すると発表した。Gorsuch裁判官は、憲法を原意に沿って厳格に解釈する、いわゆる原意主義の立場に立つことで知られる。