

学校における人種統合と アフーマティヴ・アクション (2・完)

——アメリカ連邦最高裁ロバーツ・コートの新たな動向——

藤 井 樹 也

はじめに

1 *Seattle School District No. 1* 判決の内容 (以上、2号)

2 *Seattle School District No. 1* 判決の検討

おわりに (以上、本号)

2 *Seattle School District No. 1* 判決の検討

(1) 概要

前章でその内容を概観した *Seattle School District No. 1* 判決は、アメリカ連邦最高裁 2006-2007 年開廷期最終日に判決が言い渡された直後から、各種メディアによって大きく報じられた。なかには、同判決によって *Brown* 判決が後退したのかどうかという点を問題とする報道も少なからず見られたように思われる。このような問題提起は、反対意見を執筆した Breyer 判事が、同判決の言い渡し当日に 21 分間という異例の長時間をあてて反対意見を読みあげ⁴²⁾、本件プランを無効にすると *Brown* 判決の約束を危うくするとして Roberts 相対多

42) Joan Biskupic, *School Diversity Programs in Doubt*, USA TODAY, http://www.usatoday.com/news/washington/2007-06-28-scotus-schools-race_N.htm (2007 年 12 月 16 日最終確認)。

数意見を批判したことからみても⁴³⁾、決して的外れな捉え方だとはいえない。また、同判決で問題になった人種による分類を使用する学校割り当てプランは、初中等教育における人種統合を目的とする制度であったが、*Brown* 判決以降もっぱら是正の対象とされてきたのが初中等教育を含む公立学校における人種分離の問題であったことを考えると⁴⁴⁾、問題の共通性を指摘することが出来る。アファーマティヴ・アクションの是非が争われた *Bakke* 判決や *Grutter* 判決、*Gratz* 判決において、とくに高等教育における入学制度の合憲性が問題となっていたと理解すれば、その対比が明瞭になるう。

しかし、本件プランを過去における差別的な人種別学制度に対する救済としての人種統合施策の一つと理解して、*Brown* 判決や *Swann* 判決などの諸先例の延長線上に位置づけるか、あるいは、ひろく教育制度における人種的多様性を現実化する施策の一つと理解して、*Bakke* 判決や *Grutter* 判決、*Gratz* 判決などのライン上に位置づけるかという問題は、同判決に対する法的評価にかかわるだけでない。この問題は、アメリカ社会における人種問題をどのように理解するか、奴隷制以来のアメリカの歴史における人種問題の現状をどう認識するかという、社会的、歴史的な根本問題にかかわっているように思われる。

2007年8月に改版された SULLIVAN & GUNTHER のケースブック（第16版）は、はやくも *Seattle School District No.1* 判決を収録している⁴⁵⁾。同書は、同判決を *Brown* 判決や *Swann* 判決の直後には配置せず、*Grutter* 判決および *Gratz* 判決の次に配置し、両判決で決定的な票を投じた O'Connor 判事の交代に言及しつつ、以下のような内容の問いを発している。*Grutter* 判決と *Gratz* 判決の理論は、公

43) 127 S.Ct. at 2837 (Breyer, J., dissenting).

44) *Brown* 事件で併合された4事件のうち、同事件の象徴となった *Kansas* 事件の原告 Linda Brown が小学生であったことから、同事件はとりわけ初等教育における人種別学問題をひろく認識させたといえる。See RICHARD KLUGER, *SIMPLE JUSTICE : THE HISTORY OF BROWN V. BOARD OF EDUCATION AND BLACK AMERICA'S STRUGGLE FOR EQUALITY* 408-410 (1975). なお、*South Carolina* 事件の原告は小学生と高校生、*Virginia* 事件の原告は高校生、*Delaware* 事件の原告は小学生と高校生であった。*Brown*, 347 U.S. at 486 n.1.

45) KATHLEEN M. SULLIVAN & GERALD GUNTHER, *CONSTITUTIONAL LAW* 552 (16th ed. 2007).

立学校区が生徒を割り当てる唯一の基礎として、人種的アイデンティティを用いる場合にも妥当するか。このような文脈でも、多様性がcompelling interestとなるか。かりにそうなるとしても、この利益を実現するためのさらに人種中立的な手段はないか。K-12（幼稚園から高等学校まで）のコンテキストでは、選抜プロセスと違って、すべての生徒が包含され学校割り当てがゼロ・サム・ゲームになるので、大学のコンテキストとは異なるのではないか⁴⁶⁾。たしかに、ケースブックの章立ては、教育上の配慮や編集上の便宜などの諸事情によって左右されるので、これのみを手がかりに同判決の学問的な位置づけを軽々に論じることは出来ない。ただ、これらの設問から、少なくとも同判決とGrutter判決およびGratz判決との関係に大きな関心が寄せられていることをうかがうことはできよう。

以上のような諸問題を考えるため、まず、同判決と二系統の先例、すなわち、Brown判決～Swann判決などの諸先例、および、Bakke判決～Grutter・Gratz判決などの諸先例との間に、どのような関係があるのかを考察する必要がある。

(2) Brown判決との関係

- (a) 連邦最高裁の変遷 アメリカの連邦裁判所は、ウォーレン・コート初期にあたる1954年のBrown判決以降、学校における人種分離の撤廃と人種統合の実現という困難な課題と格闘してきたが、強制バス通学のように平等な状態を人為的に創出しようとする手段については、賛否両論がつきまとった。Brown判決から2007年のSeattle School District No.1判決にいたる50年余りの間に、ウォーレン・コート（1953～1969）、バーガー・コート（1969～1986）、レンキスト・コート（1986～2005）、そして、ロバーツ・コート（2005～）と、連邦最高裁のメンバーは変遷をかさね、その姿勢も少しずつ変容を遂げてきた。
- (b) 社会科学的数据への依拠 Brown判決では、公立学校における人種別学

46) Ibid.

制度の是非が問題になったが、全員一致の意見をまとめた Warren 法廷意見は、「公立学校における白人児童と有色人種児童の分離は、有色人種児童に有害な影響を与える」、「法的に強制された人種分離は、黒人児童の教育的・心理的発達を遅らせる傾向がある」という Kansas 事件下級審による認定を引用して、*Plessy* 判決がこの認定と矛盾する部分を否定し⁴⁷⁾、「公教育の分野では、『分離すれども平等』法理の適用の余地はない」、「分離された教育施設は本質的に不平等である」と述べ、平等保護条項違反の主張が認められた⁴⁸⁾。

このように、心理学等の成果を引用して差別を認定する根拠としたことが⁴⁹⁾、*Brown* 判決の大きな特徴であったが、*Seattle School District No.1* 判決においても、社会科学的データの信頼性が一つの争点となっている。すなわち、Breyer 反対意見は、compelling interest の民主的側面を説明する文脈において、「人種分離されていない学校の黒人および白人の生徒は、人種分離された学校の生徒よりも人種的偏見が少ない」、「人種分離されていない学校での異人種との交流により、異人種間の社会性および友情の増大がもたらされる」という研究結果、人種的に統合された学校の出身者は、卒業後に人種分離されていない職場で働く傾向があるという研究結果、学校における人種分離の解消が、居住における人種分離を減少させるという研究結果を例示した⁵⁰⁾。これに対して、Thomas 同意意見は、生徒の学業成績などに応じてグループ分けをした結果、特定の人種が集中してしまう可能性があること、異人種の混合により人種的態度が改善するかどうかは不明とする調査結果や人種的態度がむしろ悪化するという研究

47) *Brown*, 383 U.S. at 494-495.

48) *Brown*, 383 U.S. at 495.

49) *Brown*, 383 U.S. at 494 n.11. 社会科学の成果の引用による判決正当化をめぐる議論については、毛利透「人種分離撤廃の現実と法理論（二）—憲法訴訟における事実解釈の研究—」国家学会雑誌 107 巻 7・8 号 1 頁、30～45 頁（1994）を参照。また、*Brown* 判決に対する社会科学からの批判については、以下の文献を参照。JOHN P. JACKSON, JR., SCIENCE FOR SEGREGATION: RACE, LAW AND THE CASE AGAINST BROWN V. BOARD OF EDUCATION 118-178 (2005).

50) *Seattle School District No.1*, 127 S.Ct. at 2822 (Breyer, J., dissenting).

結果の存在などを指摘して、Breyer 反対意見のいう *compelling interest* の民主的側面を否定したのである⁵¹⁾。このように、*compelling interest* の有無という異なる文脈においてではあるが、人種分離に関する社会科学の成果をめぐる議論が現在でも依然としておこなわれていることは興味深い。ただ、社会科学的な仮説について、科学的に確実な証明がそもそも可能であるのかという問題があり、とりわけ人種問題のような社会的な論争については複数の仮説が並立するのがむしろ普通であると考え、社会科学的な真偽を法的議論の決め手にすることは依然として容易ではないように思われる。

(c) 連邦裁判所の救済権限 つぎに、*Brown* 事件の救済について、連邦最高裁は、1955 年の *Brown II* 判決において、連邦裁判所がエクイティ権限に基づき、「可及的速やかに (*with all deliberate speed*)」、当事者を人種差別なしに公立学校に入学させるための必要かつ適切な手続をとるべく、事案を連邦地裁に差し戻した⁵²⁾。その後、連邦裁判所は人種分離の解消作業への関与を強いられる。バーガー・コート初期にあたる 1971 年の *Swann* 事件で問題になったのは、人種を考慮して学校区の区割りをおこない、都心と郊外との間で強制バス通学を実施する連邦地裁による救済プランであった。全員一致の Burger 法廷意見は、エクイティ救済権限をひろく認め、当該プランの合理性を否定できないとする一方で、*Brown (I)* 判決の要求が完全に満たされれば、制度は「一元的 (*unitary*)」となり、連邦地裁による救済が不要になると述べ、救済が無限に継続するわけではないことを付言したのである⁵³⁾。

このように、*Swann* 判決のうちに、連邦裁判所による広範な救済権限を承認する要素と、際限のない人種統合に歯止めをかける要素とが内在しており、そこにバーガー・コートのアンビヴァレントな性格をみる見方もあろう。そして、

51) *Seattle School District No. 1*, 127 S.Ct. at 2780-2781 (Thomas, J., concurring).

52) *Brown II*, 349 U.S. at 301. なお、1954 年判決を *Brown I* 判決、1955 年判決を *Brown II* 判決と表記して両者を区別することが多いが、本稿ではとくに混同のおそれがある場合を除いて、1954 年判決を単に *Brown* 判決と表記する。

53) *Swann*, 402 U.S. at 31-32.

*Seattle School District No.1*判決において、*Swann*判決に対する理解もまたその争点の一つとなっており、その一因として*Swann*判決そのものに内包された両面性を指摘することも可能であろう。一方で、Breyer 反対意見は、教育政策の遂行に関して学校当局には伝統的に広範な権限が付与され、黒人生徒と白人生徒の比率を学校区全体の人口比を反映したものにすることも可能であり、これが教育政策として学校当局のひろい裁量権に含まれるという*Swann*判決の一節を引用した⁵⁴⁾。そして、この裁量権を根拠に、裁判所による人種分離解消の命令が存在していない場合や、法的な人種分離制度の存在が証明できていない場合でも、人種に基づく人種分離解消施策の遂行が可能であることを基礎づけようとした。他方で、Roberts 相対多数意見は、Breyer が引用する*Swann*判決の一節が傍論にすぎないこと、*Swann*判決当時、本件で問題になっているような人種による分類に厳格審査が適用されることが確定していなかったこと、*Swann*判決が許容される手段について何も明らかにしていないこと、Breyer が補強証拠として引用する下級審判決が本件とは無関係なものであることを指摘したのである⁵⁵⁾。*Swann*事件はNorth Carolina州における過去の人種別学制度に対する救済命令の合理性をめぐる事件であり、*Seattle School District No.1*事件との事案の相違を考慮すると、*Swann*判決に依拠するためには事案から離れた一般化を余儀なくされるという問題が生じる。たしかに、Seattleでは、1978年にNAACPとの合意により強制バス通学が実施され、Jefferson Countyでも、1975年の裁判所による統合命令ののち、強制バス通学が実施されていたが⁵⁶⁾、本件両プランが過去の人種別学制度と直接対応していない点で、*Swann*判決からダイレクトに結論を導き出すことには相当な困難が伴わざるをえないのである。

(d) バーガー・コートからレンキスト・コートへ その後、バーガー・コート

54) *Seattle School District No.1*, 127 S.Ct. at 2811-2812 (Breyer, J., dissenting) (quoting *Swann*, 402 U.S. at 16).

55) *Seattle School District No.1*, 127 S.Ct. at 2762 (opinion by Roberts, C.J.).

56) *Seattle School District No.1*, 127 S.Ct. at 2804, 2807-2808 (Breyer, J., dissenting).

は、1974年の *Milliken I* 判決で学校区をまたがる救済を原則として否定しつつ⁵⁷⁾、1977年の *Milliken II* 判決で差戻後の連邦地裁による公金支出命令を伴う学校区内での救済を肯定した⁵⁸⁾。さらに、レンキスト・コート期になると、重点的な予算配分をうけるマグネット・スクールの創設などの間接的な手段による人種統合命令の是非が争われるようになったが、1990年の *Jenkins I* 判決では、連邦地裁による直接の課税命令が救済権限を越えるとされ⁵⁹⁾、1995年の *Jenkins II* 判決では、教職員の給与増額命令を含む教育改善プログラムの命令が連邦地裁の救済権限を越えるものと判断された⁶⁰⁾。*Jenkins II* 判決では、Rehnquist 法廷意見に O'Connor、Scalia、Kennedy、Thomas が同調したのに対して、Souter 反対意見に Stevens、Ginsberg、Breyer が同調し、5対4に分かれたが、Kennedy が法廷意見に同調していることと、反対意見が *Seattle School District No.1* 判決の反対意見とまったく同一の4名であったことが注目される。ただし、*Jenkins II* 事件では、過去の人種別学制度の救済として、人種との直接の関連性が希薄なプログラムを連邦裁判所が命令することが問題になったのに対して、*Seattle School District No.1* 判決では、過去の人種別学制度の直接の救済とは別個に、人種に基づくプランを学校区が実施したことが問題になった点で、両事案は好対照をなしており、両事件における Kennedy 判事の微妙なスタンスは、このような事案の違いにも由来しているように思われる。

以上のように、連邦最高裁は、*Brown* 判決以降50年以上にわたって、法的あるいは事実上の人種分離の解消という社会的課題に向きあってきた。しかし、1970年以降人種統合の成果はあがっておらず、むしろ分離が進行していると

57) *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717 (1974).

58) *Milliken v. Bradley*, 433 U.S. 267 (1977).

59) *Missouri v. Jenkins*, 490 U.S. 33 (1990).

60) *Missouri v. Jenkins*, 515 U.S. 70 (1995). *Brown* 判決から同判決にいたる40年間に生じた社会的背景の変化については、藤倉皓一郎「裁判所による人種別学解消措置の限界」藤倉皓一郎＝木下毅＝高橋一修＝樋口範雄編『英米判例百選（第3版）』70頁、71頁（1996）を参照。

いう調査もある⁶¹⁾。また、*Brown* 判決によって、連邦裁判所が直接・間接に人種統合を促進したというテーゼに疑問を投げかける議論もある⁶²⁾。さらに、*Brown* 判決の正しさ自体を疑問視し、「分離すれども平等」法理を徹底したほうが、アメリカの黒人の地位がより向上したはずだという見解もあり⁶³⁾、*Brown* 判決以降の人種統合の努力の成果について、現状では評価がわかれている。もっとも、裁判所の役割や判決の意義が社会を良い方向に変革させることにあるという見方自体にも、そもそも疑問の余地があろう。いずれにせよ、*Seattle School District No.1* 判決が、*Brown* 判決後の積極的な差別解消措置の意義についての評価が不確実となり、人種統合施策が際限なく継続することへの不安が入り交じる状況のなかで下されたことを、認識しておく必要がある。

(e) Color-Blind な憲法の観念 *Seattle School District No.1* 判決の Thomas 同意

61) *The Supreme Court, 2006 Term — Comment, Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No.1 : Voluntary Racial Integration in Public Schools*, 121 HARV. L. REV. 98, 98-99 (2007), Gary Orfield & Chungmei Lee, *Racial Transformation and the Changing Nature of Segregation* 10 tbl.3 (2006), http://www.civilrightsproject.ucla.edu/research/deseg/Racial_Transformation.pdf, Gary Orfield & Chungmei Lee, *Historic Reversals, Accelerating Resegregation, and the Need for New Integration Strategies* 24 tbl.8 (2007), http://www.civilrightsproject.ucla.edu/research/deseg/reversals_reseg_need.pdf.

62) GERALD N. ROSENBERG, *THE HOLLOW HOPE : CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE?* 70-71, 155-156 (1991), MICHAEL J. KLARMAN, *FROM JIM CROW TO CIVIL RIGHTS : THE SUPREME COURT AND THE STRUGGLE FOR RACIAL EQUALITY* 344-364 (2004). Rosenberg の問題提起を詳細に検討するものとして、早瀬勝明「ブラウン判決は本当にアメリカ社会を変えたのか (一)、(二・完)」山形大学法政論叢 35 号 61 頁、75～94 頁、36 号 1 頁、2～27 頁 (2006) を参照。Klarman の著書については、勝田卓也「著書紹介 マイケル・J・クラーマン『ジム・クロウから公民権へ』(1)、(2・完)」法学雑誌 52 巻 1 号 182 頁、2 号 384 頁 (2005) を参照。また、*Brown* 判決の意義を評価するものとして、勝田卓也「ブラウン判決再考」法学雑誌 53 巻 3 号 711 頁 (2007) を参照。

63) DERRICK BELL, *SILENT COVENANTS : BROWN V. BOARD OF EDUCATION AND THE UNFULFILLED HOPES FOR RACIAL REFORM* 20-28, 196-197 (2004) (1954 年の時点で *Plessy* 判決を再確認することにより平等を追求する代替的選択肢があったことを示しつつ、*Brown* 判決は分離すること自体が不平等であると見なしたが、人種差別をより広い文化的条件のなかで理解する可能性を閉ざす結果となり、同判決の実現は失敗に終わったと指摘する)。

意見は、「われわれの憲法は color-blind である」という *Plessy* 判決 Harlan 反対意見の考え方を支持し、Breyer 反対意見を批判している⁶⁴⁾。Color-blindness の観念により人種による分類を一切否定する考え方は、一面で *Brown* 判決と同じ「分離すれども平等」法理の否定をもたらすが、他面で人種による優遇措置であるアファーマティヴ・アクションの否定につながる。*Plessy* 判決当時と現在とにおける、color-blind 理論の意味が異なることを重視し、その否定的側面を“color-blind racism”と呼びこれを批判する立場も見られるところである⁶⁵⁾。つまり、*Brown* 判決の結論の正当性を前提とするにしても、その理由をどのように考えるかにより、*Seattle School District No.1* 事件に対する理解が異なってくる可能性があるものであり、この点でも、同判決と *Brown* 判決との関係が単純ではないことに注意が必要である。

(3) *Bakke* 判決および *Gratz & Grutter* 判決との関係

(a) *Bakke* 判決 バーガー・コート中期にあたる 1978 年の *Bakke* 判決では、高等教育機関（メディカル・スクール）への入学におけるマイノリティ優遇措置、すなわち、入学定員 100 名のうち 16 名をマイノリティの特別枠とする、いわゆるクォータ制の合憲性が問題とされた。連邦最高裁では、これを合憲とする 4 判事と連邦法違反とする 4 判事とが対立し、折衷的な Powell 意見が結論を左右することとなった。ここから、バーガー・コートの両面性とともに、二派が分裂し中間派がキャスティング・ヴォウトを投じるという、レンキスト・

64) *Seattle School District No.1*, 127 S.Ct. at 2782-2788 (Thomas, J., concurring) (citing *Plessy*, 163 U.S. at 559 (Harlan, J., dissenting)).

65) EDUARDO BONILLA-SILVA, RACISM WITHOUT RACISTS : COLOR-BLIND RACISM AND THE PERSISTENCE OF RACIAL INEQUALITY IN THE UNITED STATES 25-49 (2003)(①抽象的リベラリズム、②本性論、③文化的レイシズム、④レイシズムの軽視という、4 類型の“color-blind racism” の典型的な考え方があることを指摘する)。See also Keith R. Walsh, Book Review : *Color-Blind Racism in Grutter and Gratz : Racism without Racists : Color-Blind Racism and the Persistence of Racial Inequality in the United States*. By Eduardo Bonilla-Silva, 24 B. C. THIRD WORLD L.J. 443, 446-449, 465-467 (2004).

コートで一般化した図式の原形を見出すこともできようが、連邦法違反と考えた4判事のうちに、RehnquistとStevensが同居していたことも興味深い。Powell意見は、人種的マイノリティの利益となる区分にも厳格審査を適用すべきだとして、①過去の差別の救済と、②多様性の確保を正当かつ実質的な利益であると認めつつ、前者はこの事例に無関係であるとした。また後者によっては、特別枠を設定する硬直的な入試システムを正当化できないとしてこれを違憲としつつ、人種をプラス評価の一要素とする入試制度が許容される余地を認めたのである⁶⁶⁾。

後述するように、*Bakke*判決当時の連邦最高裁において他の同調者がいなかったPowell意見の立場の主要部分は、その後、レンキスト・コートで多数の判事によって支持されるに至った。*Seattle School District No.1*判決でも、Roberts法廷意見は、厳格審査を適用しつつ、①過去の意図的差別の効果を是正する利益と、②高等教育における多様性の利益とがcompelling interestにあたるとして、本件両プランの合憲性判断をおこなっているが、この枠組みはPowell意見によって示されたものを基本的に踏襲するものである。そして、Roberts法廷意見は、(i)目的審査においてcompelling interestと認められる多様性を高等教育における多様性に限定し、(ii)手段審査においてもnarrowly tailoredであると認められるためには人種による分類の使用が多様性の幅広い考慮の一部であることが要求されるとして、(i)については後述の*Grutter*判決を、(ii)については*Grutter*判決が*Bakke*判決Powell意見を引用している部分をその根拠として援用した⁶⁷⁾。しかし、このような理解が*Bakke*判決Powell意見から一義的に導かれるとは必ずしもいえない。むしろ、後の事例における先例解釈を通じて明らかにされた判例理論が、*Seattle School District No.1*判決の結論を左右したと理解するほうが自然であろう。

(b) バーガー・コートからレンキスト・コートへ バーガー・コート末期から

66) *Bakke*, 438 U.S. at 269 (opinion by Powell, J.).

67) *Seattle School District No.1*, 127 S.Ct. at 2751-2754 (opinion by Roberts, C.J.).

レンキスト・コート中期にかけての連邦最高裁では、主として公共事業の請負や事業免許の付与などの分野におけるマイノリティ業者優遇施策の合憲性が争われた諸事例をつうじて、徐々に多数派が形成され、アファーマティヴ・アクションに関する判例理論が固められていった⁶⁸⁾。バーガー・コート末期にあたる1980年の*Fullilove*判決では、マイノリティ企業を優遇する予算支出を義務づける連邦プログラムの合憲性が争われ、修正14条5項に基づく連邦議会の救済権限を根拠に当該プログラムを合憲とするBurger意見が判決となった⁶⁹⁾。さらに、レンキスト・コート期にはいると、1989年の*Croson*判決において、公共事業の請負に関してマイノリティ企業を優遇する市条例の合憲性が問題になり、依然として各判事の意見が多岐に分かれたが、厳格審査を適用して当該条例を違憲とする立場に、結果的には6名の判事が賛成した⁷⁰⁾。しかし、1990年の*Metro Broadcasting*判決では、放送免許の付与に際してマイノリティ企業を優遇する連邦の措置の合憲性が問題となり、Brennan法廷意見は、事案が*Croson*判決とは異なるとして、中間審査を適用して合憲判断を下した⁷¹⁾。けれども他方で、厳格審査の適用を主張するO'Connor反対意見に3名が同調し、連邦の措置にも原則として厳格審査を適用すべきだという立場を支持する判事は4名となった⁷²⁾。そして、1995年の*Adarand*判決では、公共事業の下請業者

68) *Bakke* 判決以降のアファーマティヴ・アクション判例については、吉田仁美「アメリカにおけるアファーマティヴ・アクションの合憲性審査基準の動向」同志社法学53巻7号566頁、577～624頁(2002)を参照。

69) *Fullilove*, 448 U.S. at 453 (opinion by Burger, CJ., joined by White, J. and Powell, J.). なお、この事件でも、RehnquistとStevensが違憲の結論を支持するグループに属していた。*Id.* at 522 (Stewart, J., dissenting, joined by Rehnquist, J.), at 532 (Stevens, J., dissenting).

70) *Croson*, 488 U.S. at 507-508 (opinion of the court by O'Connor, J., joined by Rehnquist, CJ., White, J., Stevens, J. and Kennedy, J.), *id.* at 520 (Scalia, J. concurring in the judgment). なお、相対多数意見は、連邦議会の権限が問題になった事例である*Fullilove*判決を区別している。*Id.* at 490 (opinion by O'Connor, J., joined by Rehnquist, CJ. and White, J.).

71) *Metro Broadcasting*, 497 U.S. at 552 (opinion of the court by Brennan, J.).

72) *Id.* at 602-610 (O'Connor, J., dissenting, joined by Rehnquist, CJ., Scalia, J. and Kennedy, J.).

の選定の際にマイノリティ企業を優遇する連邦プログラムの合憲性が問題になり、O'Connor 法廷意見（Rehnquist、Kennedy、Thomas、Scalia が同調）は、連邦、州、地方政府のいずれによって課される人種による分類に対しても厳格審査が適用されるとして、*Metro Broadcasting* 判決を明示的に変更し⁷³⁾、事案を原審に差し戻した。これにより、5 対 4 の僅差ではあったが、あらゆるアフーマティヴ・アクションに厳格審査を適用する連邦最高裁の立場が明確になったといえる。*Seattle School District No.1* 判決の Roberts 法廷意見も、この立場を前提に厳格審査を適用した⁷⁴⁾。

これらレンキスト・コート期の諸判例と *Seattle School District No.1* 判決の関係を考える上で、Kennedy 判事の立場に注目しておきたい。Kennedy は、Powell 判事の退任の後、Reagan 大統領による Robert Bork の指名とその失敗などの紆余曲折を経て、1988 年 2 月に連邦最高裁入りした。これは、Rehnquist 長官就任のわずか 1 年半後のことであり、連邦最高裁における Kennedy は、これまでほとんどレンキスト・コートとともにあったということもできよう。Kennedy は当初、Bork の華々しさと対比により、地味な実務家のイメージが強かったが、連邦最高裁における在職期間が長くなるにつれ、徐々にその個性を発揮しはじめたように思われる。

Kennedy は、*Croson* 判決においては一部同意・一部結論同意意見を執筆し、連邦によるアフーマティヴ・アクションと州によるアフーマティヴ・アクションとを区別する考え方に反対し、州の権限を軽視すべきでないこと、最も厳格な審査を適用すべきことを指摘した⁷⁵⁾。また、*Metro Broadcasting* 判決においては反対意見を執筆し、厳格審査の適用を主張する O'Connor 反対意見に同意しつつ、*Plessy* 判決の「分離すれども平等」と「不平等だが好意 (benign)」を対比させ、合憲判決を下した法廷意見を強く批判した⁷⁶⁾。そのうえで、

73) *Adarand*, 515 U.S. at 227.

74) *Seattle School District No.1*, 127 S.Ct. at 2751-2752.

75) *Croson*, 488 U.S. at 518-520 (Kennedy, J., concurring in part and concurring in the judgment).

Adarand 判決では O'Connor 法廷意見に同調したのであった。このうち、*Metro Broadcasting* 判決 Kennedy 反対意見だけをみると、color-blind 論者であるかのような印象を抱かせる部分もある。しかし、*Croson* 判決以降の意見を総合すれば、Kennedy は当初から、厳格審査を満たすアファーマティヴ・アクションがあり得るという立場をとっていたと理解することも可能であり、*Seattle School District No.1* 判決 Kennedy 同意意見によって、その考えの一端が表明されたと理解することも可能であろう。

(c) *Gratz & Grutter* 判決 つぎに、レンキスト・コート末期にあたる 2003 年の *Gratz* 判決と *Grutter* 判決では、Michigan 大学の学部およびロー・スクールにおける入学者選抜手続の合憲性が争われ、結果的には O'Connor 判事の立場が両事件の結論となった⁷⁷⁾。*Gratz* 事件では、学部における入学者選抜方法の合憲性が問題とされ、Rehnquist 法廷意見 (O'Connor、Scalia、Kennedy、Thomas が同調) は、厳格審査を適用し、人種のみを理由として自動的にポイントを付与する方法が、compelling interest として主張されている多様性を実現するために narrowly tailored である手段だとはいえず違憲だと判断した⁷⁸⁾。他方で、*Grutter* 事件では、ロー・スクールにおける入学者選抜方法の合憲性が問題とされ、O'Connor 法廷意見 (Stevens、Souter、Ginsberg、Breyer が同調) は、厳格審査を適用し、*Bakke* 判決 Powell 意見に言及して学生集団の多様性が compelling interest であることを認め、さまざまな多様性の考慮の一つとして人種をプラス評価の対象とする方法は、narrowly tailored だということができるとして合憲と判断したのである⁷⁹⁾。

Seattle School District No.1 判決において、両先例との関係は詳細に検討され、Roberts 法廷意見は、人種の考慮は多様性の一要素でなければならないこと、問題となった割り当てプランが *Gratz* 事件の硬直的な学部入学者選抜方法により近いこと、高等教育の特殊性の考慮が必要であることを、両先例から導き出した⁸⁰⁾。これに対して、Breyer 反対意見は、*Grutter* 判決から、初中等教育に

76) *Metro Broadcasting*, 497 U.S. at 631-638 (Kennedy, J., dissenting, joined by Scalia, J.).

おける多様性も当然 *compelling interest* だといえること、問題となった割り当てプランが *Grutter* 事件の柔軟なロー・スクール入学者選抜方法により近いことを、両先例から導きだしたのである⁸¹⁾。

ここでも、両事件における Kennedy 判事の立場を確認しておくことが有益である。一方で、*Gratz* 判決で Kennedy は Rehnquist 法廷意見に同調した。他方で、*Grutter* 判決でも Kennedy は Rehnquist 反対意見に同調したが、個別に反対意見を執筆し、厳格審査を適切に適用されていないとして法廷意見を批判した⁸²⁾。このことからすると、同じく厳格審査とされていても、*Seattle School*

77) *Gratz*, 539 U.S. 244, *Grutter*, 539 U.S. 306. 両判決についてはすでに多くの優れた検討がある。さしあたり、紙谷雅子「大学とアファーマティヴ・アクション *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 123 S.Ct. 2325 (2003) および *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244, 123 S.Ct. 2411 (2003) — 州立大学および州立のロー・スクールにおける人種を意識した入学判定手続の合憲性—出願者の個別的な属性として人種を考慮することは、多様な学生集団を構成するという非常に重要な利益を促進する（ロー・スクールの手続は合憲）が、特定の人種、民族出身者に一律ポイントを加算することは、多様性を促進するという州の主張する非常に重要な利益を促進することにはならない（大学の手続は違憲）とされた2つの事例」アメリカ法2004年1号53頁、56～65頁（2004）、吉田仁美「高等教育におけるアファーマティヴ・アクション」関東学院法学13巻3号49頁、63～113頁（2003）、吉田仁美「アファーマティヴ・アクションと平等保護の展望」比較法研究66号231頁、235～237頁（2004）、植木淳「アファーマティヴアクションの再検討—『厳格審査』と『多様性』—」北九州大学法政論集32号1頁、2～18頁（2004）、賀川真理「アメリカの高等教育におけるアファーマティヴ・アクション論争—カリフォルニア州とミシガン州の比較考察—」阪南論集社会科学編40巻1号1頁、10～12頁（2004）、日吉和子「米国高等教育機関におけるアファーマティヴ・アクションについて—ミシガン大学、同ロースクールの入学者選考に関する最高裁判決—」城西大学語学教育センター研究年報創刊号27頁、30～36頁（2005）、安西文雄「アメリカ合衆国の高等教育分野におけるアファーマティヴ・アクション」立教法学67号1頁、11～14頁（2005）、山内久史「高等教育における人種的アファーマティヴ・アクション—ミシガン州立大学2事件判決（2003年を契機として—）」帝京国際文化18号111頁、119～123頁（2005）、小林富久子＝出野由紀子＝杉本香織＝田村亮＝中垣垣太郎「アメリカ高等教育におけるアファーマティヴ・アクションの経緯—ブラウン判決50周年にあたって—」早稲田教育評論20巻1号313頁、321～328頁（2006）を参照。See also ROBERT ZELNICK, SWING DANCE: JUSTICE O'CONNOR AND THE MICHIGAN MUDDLE 166-178 (2004), BARBARA A. PERRY, THE MICHIGAN AFFIRMATIVE ACTION CASES 135-156 (2007).

District No.1 判決 Kennedy 同意意見の厳格審査基準は、Breyer 反対意見の厳格審査基準よりも厳しい基準であったという見方も可能であるように思われる。

(d) **人種的ゲリマンダリング** さらに、1990年代半ば以降のレンキスト・コート中後期における一連の人種的ゲリマンダ事件と、*Seattle School District No.1* 判決との関係を看過することができない⁸³⁾。連邦最高裁は、1993年の *Shaw I* 判決で、異常な形状のマイノリティ多数選挙区 (majority-minority district) を含む州による選挙区割り為人種を理由とする選挙区割り以外のものとは考えられないとして、その合憲性を厳格審査で判断すべきだとして事案を連邦地裁に差し戻した⁸⁴⁾。また、1995年の *Hays* 判決では、選挙区内に居住する者のスタンディングを肯定する一方で、選挙区外に居住する者には、特別な個人的損害を証明しないかぎりスタンディングが認められないと判断し⁸⁵⁾、*Miller* 判決では、原告によって人種が支配的なファクターであることの立証がなされているとして厳格審査を適用した連邦地裁の判断を支持し、当該選挙区割りを違憲と判断した⁸⁶⁾。さらに、1996年の *Shaw II* 判決で連邦最高裁は、厳格審査を適用し、主張された利益 (過去の差別の是正、Voting Rights Act § 5の遵守、同法 § 2の適用の回避) による正当化ができないとして当該選挙区割りを違憲とし⁸⁷⁾、*Vera* 判決でも、厳格審査を適用して当該選挙区割りを違憲

78) *Gratz*, 539 U.S. at 249 (opinion of the court by Rehnquist, C.J.).

79) *Grutter*, 539 U.S. at 311 (opinion of the court by O'Connor, J.).

80) *Seattle School District No.1*, 127 S.Ct. at 2753-2754 (opinion of the court by Roberts, C.J.).

81) *Seattle School District No.1*, 127 S.Ct. at 2822, 2825 (Breyer, J., dissenting).

82) *Grutter*, 539 U.S. at 387 (Kennedy, J., dissenting).

83) Voting Rights Actの成立以来の歴史と人種的ゲリマンダリングをめぐる諸問題については、木下智史「合衆国における人種的少数者の投票権保障 (一)～(四)・完」神戸学院法学25巻3号83頁、4号95頁 (1995)、27巻1・2号111頁 (1997)、29巻2号41頁 (1999)、倉田玲「ゲリマンダリングと合衆国の投票権法制 (上)、(下) 一代表を選出する機会の平等」立命館法学268号1323頁 (1999)、269号24頁 (2000)を参照。

84) *Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630 (1993).

85) *United States v. Hays*, 515 U.S. 737 (1995).

86) *Miller v. Johnson*, 515 U.S. 900 (1995).

とした⁸⁸⁾。その後、2000年の*Sinkfield*判決では、マイノリティ多数選挙区に隣接する白人多数選挙区に居住する者のスタンディングを否定したが⁸⁹⁾、2001年の*Easley*判決では、*Shaw I・II*事件で問題になった選挙区の再区割りについて、人種が支配的なファクターであるとは認められないとして連邦地裁の違憲判断を覆した⁹⁰⁾。そして、ロバーツ・コート初年度にあたる2006年の*LULAC*判決で連邦最高裁は、ラテン系多数選挙区を解体し代替選挙区を新設する再区割りをVoting Rights Act § 2違反であると認定し、修正1条および平等保護条項違反の問題の判断を回避する一方で、他の選挙区の変更によるアフリカ系住民の投票権の希釈が違法であるという主張をしりぞけた⁹¹⁾。

これらの人種的ゲリマンダ事件におけるKennedy判事の立場は、以下のとおりである。*Shaw I*判決でKennedyは、人種を理由とする選挙区割りに厳格審査で判断すべきだというO'Connor法廷意見に同調した。また、*Hays*判決でも、スタンディングを否定するO'Connor法廷意見に同調した。さらに、*Miller*判決では、人種を理由とする選挙区割りに厳格審査を適用して違憲とする結論を支持する法廷意見を自身が執筆した。さらに、*Shaw II*判決Kennedyは、厳格審査を適用して選挙区割りを違憲とするRehnquist法廷意見に同調し、*Vera*判決でも厳格審査を適用して選挙区割りを違憲とするO'Connor相対多数意見に同調したが、後者では独自の同意意見を執筆し、マイノリティ多数選挙区を創設するすべてのケースに厳格審査が適用されることを強調した⁹²⁾。そ

87) *Shaw v. Hunt*, 517 U.S. 899 (1996).

88) *Bush v. Vera*, 517 U.S. 952 (1996).

89) *Sinkfield v. Kelley*, 531 U.S. 28 (2000).

90) *Easley v. Cromartie*, 532 U.S. 234 (2001). 同判決にいたる諸事例については、東川浩二「合衆国における90年代の人種的ゲリマンダリング訴訟の展開(1)、(2・完)—*Easley v. Cromartie* (2001)を契機として」金沢法学45巻1号1頁(2002)、2号1頁(2003)、東川浩二『『合憲の』人種的ゲリマンダリングを定義する—最高裁が語らなかった合憲性の基準—』選挙研究19号73頁(2004)を参照。

91) *League of United Latin American Citizens v. Perry*, 126 S. Ct. 2594 (2006).

92) *Vera*, 517 at 999 (Kennedy, J., concurring).

の後、*Sinkfield* 判決は *per curium* であったが、*Easley* 判決では、連邦地裁の違憲判断を支持した Thomas 反対意見に同調し、Breyer 法廷意見に同調した O'Connor との立場の違いを印象づけた。そして、*LULAC* 判決では、厳格審査を適用して選挙区割りを一部合憲・一部違憲とする意見を自ら執筆した。このように Kennedy は、人種的ゲリマンダ事件においても一貫して厳格審査の適用を主張し、違憲判断を支持してきたが、2006 年の *LULAC* 判決にいたって、はじめてマイノリティ多数選挙区の解体に反対したのである。ただし、*LULAC* 事件は政治的動機が濃厚なマイノリティ多数選挙区の解体と代替選挙区の新設の違法性が問題となった事例で、主として政治的ゲリマンダリングの合法性が争点となっており、人種的ゲリマンダリングの合憲性が正面から争われた従来の諸事件とは事案が異なる。したがって、*LULAC* 判決を境に Kennedy が人種的ゲリマンダリングに寛容な姿勢に転じたと断定することは容易ではないが、*LULAC* 判決における Kennedy 意見のなかに、*Seattle School District No. 1* 判決における Kennedy 同意意見の予兆を読み取る見解があるので、これについては後述する。

(4) ロバーツ・コートの新たな動向

(a) 人種分離制度の撤廃かアファーマティヴ・アクションか *Seattle School District No. 1* 事件に関しては、論者による評価がさまざまに分かれるが⁹³⁾、問題となった人種に基づく割り当てプランの許容性を考えるうえで一つのカギと

93) 本稿で紹介する諸見解のほか、以下のものを参照。Recent Case, *Constitutional Law - Equal Protection - Ninth Circuit Holds That High School Racial Balancing Plan Does Not Violate the Equal Protection Clause*. - *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District, No. 1*, 426 F.3d 1162 (9th Cir. 2005) (en banc), 119 HARV. L. REV. 1915, 1922 (2006) (*Grutter* 判決の硬直的な厳格審査を無理に適用するのではなく、強度の合理性審査を適用すべきだという), Samuel Estreicher, *Equal Protection: The Non-Preferment Principle and the "Racial Tiebreaker" Cases*, 2006-2007 CATO SUP. CT. REV. 239, 242-250 (2006-2007) (人種による目的を人種中立的な手段によって実現しなければならないという厚遇禁止原則 (non-preferment principle) によって、連邦最高裁判例の立場を説明できるという)。

なるのが、当該プランを過去の人種分離制度を撤廃するための方策の一環と理解するか、アファーマティヴ・アクション施策と理解するかという点である。

この点について、*Seattle School District No.1*判決のRoberts法廷意見は、①Seattleでは過去の人種分離制度も裁判所による人種統合命令もなかった、②Jefferson Countyでは過去の人種分離制度があり裁判所による人種統合命令が下されたが、後に裁判所によって一元化の達成が認定され人種統合命令が解除されたとして、過去の差別を是正する利益による正当化を否定した。この立場は、当該プランを新たなアファーマティヴ・アクション施策と理解する考え方だといえよう。これに対して、Breyer反対意見は、歴史的文脈を重視して法的な人種分離と事実上の人種分離との区別を相対化し、compelling interestの一要素として過去の人種分離を是正する利益が認められることを指摘した。この見解は必ずしも明瞭ではないが、当該プランに過去の差別の救済手段として正当化される面があることを濃厚に示唆する考え方だと思われる。

もっとも、この問題はアファーマティヴ・アクション概念の理解の仕方にも左右される。アファーマティヴ・アクションを広義に理解し、過去の人種分離制度を撤廃するための方策をも含むと考えれば、上記の区別は相対化されるからである。安西文雄教授は、アファーマティヴ・アクション概念を以下のように分類する。すなわち、①学生集団の多様性の実現など、将来に向けて望ましい社会を実現する目的で実施される「前向き」のアファーマティヴ・アクションと、過去の差別の救済する目的で実施される「後向き」のアファーマティヴ・アクションとの区別、②「後向き」のアファーマティヴ・アクションに関して、「具体的な特定の差別」に対する救済としてのアファーマティヴ・アクションと、「一般的な社会的差別」に対する救済としてのアファーマティヴ・アクションとの区別、③手段に関して、限定的な手段による「弱い」アファーマティヴ・アクションと、プラス方式（マイノリティであることをプラス要素として加点する方法）、クォータ方式（一定割合をマイノリティに割り当てる方法）など、積極的・直接的な手段による「強い」アファーマティヴ・アクションとの区別、そして、④教育分野、雇用分野などの分野ごとに区別して考え

る「混合的方策」と、そうでない方法との区別である⁹⁴⁾。

ここにいう「具体的な特定の差別」に対する「後向き」の救済（上記①②）をアファーマティヴ・アクション概念に含める場合、平等権侵害に対する救済とアファーマティヴ・アクションとの区別が相対化され、*Brown II*判決以降の連邦裁判所の命令による人種統合と*Seattle School District No.1*事件で問題となった割り当てプランとの区別も相対化されよう。しかし、Roberts法廷意見はこのような考え方をしりぞけ、個人的権利の侵害に対する救済と多様性を実現するための社会的施策との間に一線を画した。また、厳格審査の適用により、特定分野における「弱い」アファーマティヴ・アクション（上記③④）だけが、最小限度の手段として具体的文脈のなかで例外的に正当化される余地が認められるにすぎない。これによりロバーツ・コートは、人種分離制度撤廃の延長上に人種グループ間の平等を無制限に追求する集団主義的な立場を否定し、人種差別の問題を個人主義的に理解する立場を示したといえることができる⁹⁵⁾。

*Seattle School District No.1*事件で問題となった割り当てプランをアファーマティヴ・アクションとして正当化するためには、人種グループ間の平等を重視する集団主義的な平等観に立脚する必要がある。しかし、人種グループ間の平等という観念そのものに、困難な問題が内包されている。*Seattle School District No.1*事件で問題となった割り当てプランにおいては、①Seattleでは非白人（nonwhite）と白人（white）を、②Jefferson Countyでは黒人（black）とその他（other）を区別してそれぞれ前者を優遇したが、それによりラテン系、アジア系など、白人でも黒人でもない人種グループの処遇に相違が生じることとなった。ある観点からはマイノリティまたは弱者だといえるが、別の観点からは弱者だとはいえないような人種グループをどのように位置づけ、歴史的・文化的背景の異なる多様な人種グループをどのように分類し、どのような

94) 安西・前掲注（77）3～6頁。

95) 人種分離制度の撤廃と人為的な人種統合との間に、個人主義と集団主義の相違を指摘するものとして、嶋津格「法における平等の発展—その論理と歴史—」アステイオン58号69頁、76～86頁（2002）を参照。

優遇を実施すれば人種グループ間の平等が達成されるのかを客観的に判定することは容易ではない⁹⁶⁾。*Seattle School District No.1*事件は、際限のない人種統合政策が、人種による分類の困難性やマイノリティの同定不可能性といった袋小路で行き詰まる可能性を暗示しているように思われる。学説においても、Breyer 反対意見の立場が、①修正 14 条を侵害して法の支配を危うくし、②人種を理由に権利を決定して市民個人を危うくし、③際限のない人種的対立をもたらして社会を危うくすると指摘し、人種による分類の限界を指摘する見解がある⁹⁷⁾。また、際限ない人種統合政策は、アメリカ社会の人種的分断という新たな問題を生じさせる危険と背中合わせであり、この点を基準に施策の合憲性を考慮すべきだとする見解もある⁹⁸⁾。

(b) **Kennedy 判事の動向** ロバーツ・コートにおいて今後カギを握る可能性があるのは、Kennedy 判事の動向である。*Seattle School District No.1* 判決において、4 対 4 に二分された他の 8 判事の立場を、Kennedy の中間的な意見が緩和する役割を演じた⁹⁹⁾。すなわち、かりに Kennedy 結論同意意見が許容されると認める一般的なやり方で人種を考慮した方法の合憲性が問題になれば、反対意見の 4 判事に Kennedy を加えた 5 名の多数によってそれを合憲とする余地

96) 多人種化や人種混合が教育現場において生じさせる困難な状況については、以下の文献を参照。Simon Cheng, *Interracial Status as a Double-Edged Sword: The Educational Experience of Interracial Children*, in LESSONS IN INTEGRATION: REALIZING THE PROMISE OF RACIAL DIVERSITY IN AMERICAN SCHOOLS 145 (Erica Frankenberg & Gary Orfield eds., 2007).

97) J. Harvie Wilkinson III, *The Supreme Court, 2006 Term — Comment, The Seattle and Louisville School Cases: There is No Other Way* 121 HARV. L. REV. 158, 181-182 (2007).

98) Neil S. Siegel, *Race-Conscious Student Assignment Plans : Balkanization, Integration, and Individualized Consideration*, 56 DUKE L. J. 781, 851-858 (2006) (人種的分断への影響を基準に判断すると、Jefferson County のプランはこの基準を満たす可能性が高いが、Seattle のプランは微妙だと指摘する)。

99) なお、Goodwin Liu は、手段の最小限度性 (narrow tailoring) の審査を人種が支配的ファクターであるかどうかという基準によって行うべきだとして、別の観点からの中間的な解決を主張していた。Goodwin Liu, *Seattle and Louisville*, 95 CALIF. L. REV. 277, 313-317 (2007)。

が残されたのである。Kennedy 結論同意意見がこのような余地を残したことから、同判決のインパクトが小さいことを指摘する見解がある¹⁰⁰⁾。少なくとも厳格審査を適用するのであれば、人種に基づく割り当てプランが違憲とされることはある程度予測されたことでもあった¹⁰¹⁾。

前述のように Kennedy は、アファーマティヴ・アクションに関する先例において、早期から厳格審査の適用を主張してきたが、*Grutter* 事件において厳格審査を適用しつつ合憲とする O'Connor 法廷意見に反対しつつ、個別の反対意見を執筆したように、他の 8 判事と一線を画する独自のスタンスを示してきた。また、人種的ゲリマンダリングに関する先例においては、Kennedy は一貫して厳格審査の適用を主張してきた。このことから Kennedy は、人種に基づくアファーマティヴ・アクションに厳格審査を適用し、合憲となる場合を例外的にしか認めない立場を一貫してとり、*Seattle School District No.1* 事件においてもその立場を継続したという理解が自然であるように見える。

しかしこれに対して、Kennedy 判事の立場のなかに微妙な変化を読みとる見解がある。Heather K. Gerken は、*Bakke* 判決や *Grutter* 判決でなく、前述の *LULAC* 判決の Kennedy 意見のなかに、*Seattle School District No.1* 判決における Kennedy 同意意見の予兆を認め、両意見をつうじて、Kennedy の立場が、あらゆる人種的ゲリマンダリングを否定する color-blind アプローチから、教育分野において人種を意識した政策の採用を容認する立場へと変化したと指摘して、この新たなアプローチを積極的に評価する¹⁰²⁾。そして、アイディアリストである Kennedy とプラグマティストであった Powell や O'Connor との違いを

100) James E. Ryan, *The Supreme Court, 2006 Term — Comment, The Supreme Court and Voluntary Integration*, 121 HARV. L. REV. 131, 133 (2007).

101) Eboni S. Nelson, *Parents Involved & Meredith : A Prediction Regarding The (Un) Constitutionality of Race-Conscious Student Assignment Plans*, 84 DENV. L. REV. 293, 324-328 (2004) (最高裁判決に先立ち、厳格審査の適用による違憲判決を予測した)。

102) Heather K. Gerken, *The Supreme Court, 2006 Term — Comment, Justice Kennedy and the Domains of Equal Protection*, 121 HARV. L. REV. 104, 108-122, 130 (2007)。

指摘し、Kennedy の立場が、教育以外の分野における柔軟な妥協には直結しないことを指摘するのである¹⁰³⁾。

もっとも、*Seattle School District No.1* 判決における Kennedy の立場を従来の延長上に位置づけることも十分に可能であり、Gerken の仮説が成立すると直ちに断定することは困難である。ただ、他の8判事が4対4に二極化するなかで Kennedy が決定票を投じる状況は、*Seattle School District No.1* 判決に先立つ連邦一部出産妊娠中絶禁止法の合憲判決¹⁰⁴⁾ など、他の社会的争点をめぐる重要判決においても生じており、ロバーツ・コートにおいて今後、Kennedy の動向が重要なカギとなることは否定できない¹⁰⁵⁾。

おわりに

ロバーツ・コートは、判事たちが厳しく対立するなかで、人種に基づく学校割り当てプランに違憲判断を下すことによって、際限のない人種統合施策に一応の歯止めをかけた。このことは、平等の問題を集団主義的ではなく個人主義的に理解しようという志向を、アメリカ社会がなお持ちつづけていることを示している。この点は、個人主義よりも集団主義の傾向が強く、平等の問題を禁忌視して優遇措置の永続化や既得権化を放任する傾向があるとされる日本においても、注目すべきことである。Kennedy の結論同意意見は、連邦最高裁における両極の立場を緩和する位置にあり、その今後の動向が注目される¹⁰⁶⁾。

103) *Id.* at 105, 121.

104) *Gonzales v. Carhart*, 127 S. Ct. 1610 (2007).

105) Charles Whitebread, *The Conservative Kennedy Court ? What a Difference a Single Justice Can Make: The 2006-2007 Term of the United States Supreme Court*, 29 WHITTIER L. REV. 1, 64-74, 145 (2007) (諸分野の先例における Kennedy の動向を分析し、連邦最高裁の顕著な右傾化傾向が持続するかどうかのカギを Kennedy が握っていると指摘する)。

106) 本稿は、平成 18・19 年度文部科学省科学研究費補助金（萌芽研究）「IT 化時代における英米 5 カ国の権利救済法制の比較研究」の助成研究の成果の一部である。