

資 料

アメリカ法判例研究 (23)

アメリカ最高裁研究会
(代表者 宮川 成雄)

I テキサス大学の入試制度と
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) (*Fisher II*) ——

宮川 成雄

II 議員定数配分の基礎数として選挙区人口または
有権者数を利用することと投票権の平等
—— Evenwel v. Abbot, 136 S. Ct. 1120 (2016) ——

吉田 仁美

III デザイン特許侵害の損害賠償額を
製品自体の販売利益総額とする下級審判決を見直した事例
—— Samsung Elecs. Co. v. Apple Inc., 137 S. Ct. 429 (2016) ——

藤野 仁三

I テキサス大学の入試制度と 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) (*Fisher II*)—

1 事実

本件原告（上訴人）の白人女性は、テキサス大学オースティン校（以下、「UT」とする。）の人種を考慮するアファーマティブ・アクションを組み込んだ学部入試のゆえに、合衆国憲法修正第14条の平等保護条項に違反した不合格決定を受けたと主張して、2008年に合衆国テキサス南部地区地方裁判所に提訴した。

原告が不合格決定を受けた当時のUTの入試制度は、テキサス州が1997年に制定した上位10%法（Top Ten Percent Law）と呼ばれる法律に基づき、同大学の学部入試の全定員の約80%が、テキサス州内の高校の上位10%の学生によって充当されるものであった。高校の難易度は顧慮されず、学力が低い高校であっても、当該出願者が上位10%内の成績であればUTへの合格決定が与えられる。したがって、この上位10%法によって、UTの学生の人種的多様性は、人種を直接に考慮することのない入試制度によって一定程度達成されたと考えられる。

残る約20%については、州内出願者に約10%と州外出願者（留学生を含む）に約10%の合格決定が与えられた。出身高校の上位10%に該当しない州内出願者については、高校の学業成績と個人達成指標によって合否が決定された。後者の指標は2つの小論文の点数（各1～6点の配点）と個人達成点（Personal Achievement Score, PAS）（同1～6点）によって構成された。PASは、リーダーシップ、受賞歴、職業経験、課外活動、地域奉仕、出身高校、家庭の社会的経済的状況、本人の家庭での役割等が考慮され、2004年度からは人種の考慮が復活した。人種の考慮は特定の少数人種の考慮ではなく、全ての人種が考慮の対象とされた。

上位10%法は、1996年に人種を考慮したUTの入試判定基準が合衆国控訴裁判所のHopwood v. Texas判決（78 F. 3d 932（5th Cir.））の判示により違憲と

されたことをうけて、人種を直接考慮しない入試制度として導入されたものであった。しかし、2003年の合衆国最高裁判所の *Grutter v. Bollinger* 判決 (539 U.S. 306) が、ミシガン大学ロースクールの入試制度について、人種を一要素として考慮することを、学生集団の多様性を実現するために合憲と判断したことを踏まえて、その約1年後に、上位10%に該当しないテキサス州出身の受験生に適用される制度において再開された。

原告が願した2008年の合格者数の実績は、次の通りであった。上位10%法による入学許可が入学者全体の81%を占め、州内合格者の88%を占めた(10,200人の内、8,984人)。トップ10%法に該当しない州内者の出願は約1万6千人であり、そのうち上記の非該当者の選抜方法による入学者は1,216人であった。さらに、このうち個人達成指標を考慮した入学者は841人であった。このように2008年当時の UT の学部入試における人種の考慮は、学業成績以外の合否判定の考慮要素にすぎず、さらにその要素の中でも人種要素の考慮は1要素に過ぎない。このように人種は、「1要素の1要素の1要素のそのまた1要素」(a factor of a factor of a factor of a factor) (*Fisher v. University of Texas at Austin*, 133 S. Ct. 2411, at 2434 (Ginsberg, J.,) (2013) (*Fisher I*)) に過ぎないと評される。

原告の訴えは、合衆国地方裁判所では斥けられ (*Fisher v. University of Texas*, 645 F. Supp. 2d 587 (2009)), 合衆国第5巡回区控訴裁判所でも斥けられたが (*Fisher v. University of Texas*, 631 F. 3d 213 (2011)), 2013年に合衆国最高裁は原審が平等保護条項の厳格審査 (strict scrutiny) を過度に大学に敬讓して行ったとして、審理を控訴裁判所に差戻した (*Fisher I*, 133 S. Ct. 2411 (2013)). 控訴裁判所は差戻し審においても UT の入試制度を、平等保護条項に違反せず合憲と判示 (*Fisher v. University of Texas*, 758 F. 3d 659 (5th Cir. 2014)) した。この判決について本件上訴がなされた。

2 争点

UT の学部入試で用いられた人種を考慮するアファーマティブ・アクションの入学選考は、平等保護条項の厳格審査基準によって、合憲と判断されるか。

3 判決

UT の人種を考慮する入試制度は、合憲と判示された。
Kennedy 裁判官執筆の法廷意見 (Ginsburg 裁判官, Sotomayor 裁判官, およ

び Breyer 裁判官が同調)。判決は 4 対 3 であったが、「the opinion of the Court」として位置付けられている。Alito 裁判官執筆の反対意見 (Roberts 首席裁判官および Thomas 裁判官が同調)、および Thomas 裁判官単独の反対意見がある。

Kagan 裁判官は、最高裁裁判官への就任前に、合衆国訟務長官としてアミカス・ブリーフを提出した経緯があり審理を回避した。Scalia 裁判官は本判決が下される前、2016年2月に死去した。

4 判決理由

〔Kennedy 裁判官の法廷意見〕

本法廷は、Fisher I 判決で判示された大学のアフーマティブ・アクションの合憲性を判断するための3つの原則を確認する。第1は、大学はアフーマティブ・アクションの「目的または利益が憲法上許容され実質的なものであり、[人種の]区分がその目的を達成するために必要である」ことを明確に立証しなければならないことである。第2に、特定の人種グループへの人数やパーセントの割り当ては許されないが、学生の多様性から得られる教育上の利益は大学の学術的判断に委ねられ、「相当程度の敬讓」(considerable deference)を裁判所が払わなければならないことである。第3は、人種の考慮方法が大学の目的とする利益の実現について綿密に仕立てられているかどうかの判断に、裁判所は敬讓をしてはならないということである。大学には、人種を考慮しない方法では、大学の目的とする利益を十分に実現できないことを立証する責任がある。*Fisher II*, at 2208.

本件では、すでに上訴人が他の大学を卒業しており、上訴人は違憲の入試判定による損害賠償を求めているに過ぎない。法廷意見は、UTの入試制度が上訴人の出願した2008年以来変更が加えられており、本件について判断することに将来的価値がほとんどないことに言及しながらも、入試制度は継続的に改善されねばならず、その一助として本件の判示がなされる。

本件の審理は、上訴人が2008年に不合格決定を受けたUTの入試制度が、修正第14条の平等保護条項に違反したものであったかどうかという問題に限定される。事実審理を経ないサマリー・ジャッジメントの立証基準は、「証拠の優越」の基準であり、上訴人の主張立証に有利な合理的推定の上で、裁判所は上訴人が被上訴人よりも説得力をもって、UTの入試制度の違憲性を立証しているかを判断する。*Fisher II*, at 2210.

上訴人は、4つの主張を行う。第1は、UTが実現しようとする人種の少数者の「有意義な集団」(critical mass)とは何かをより明確に定義しなければならないことである。それが出来なければ、人種を考慮した入試制度がその目的の実現のために「綿密に仕立てられた」(narrowly tailored)手段であるかについて裁判所が判断できない、と上訴人は主張する。第2の主張は、UTがすでに上位10%法という人種に中立的な方法によって、人種の少数者の「有意義な集団」を達成しており、これに加えて人種を考慮する入試制度を採用する必要がないということである。第3の主張は、UTの人種を考慮する総合判定制度(holistic review)が、学生集団の多様性を実現するという、「やむにやまれぬ利益」(compelling interest)を実現するためにほとんど効果を持たず、このような方法は不必要であることである。第4の主張は、学生集団の多様性を実現するために人種を考慮しなくとも、他の方法が多数存在することである。

本法廷は上訴人のこれらの主張を検討し、いずれも否定する。第1に、これまでの先例判決により、人種を考慮する入試制度では特定の人数枠や割合で人種の少数者が合格決定を受けることは、平等保護条項の下で許されない。人種の少数者の学生数を増やし学生集団を多様化することは、教育の利益に資するものであるが、それは人数の問題に帰すことはできない。したがって、どれだけのレベルで人種の少数者が入学すれば多様性を持つ「有意義な集団」となるかをUTが明確にしていないことは責められるべきことではない。しかし、多様性を一般的に教育上の利益として主張するだけでは不十分である。教育上の利益は、司法審査が可能なほど十分に測定可能でなければならない。

UTは人種を考慮する選考基準を設定したときに、具体的で明確な目的を説明してきた。2004年にUTが人種の考慮を再導入したときに、人種の偏見の打破、多人種間理解の促進、多様性の進行する職場環境と社会に学生を準備すること、そして、市民の目で正当と評価される指導者の養成が目的とされていた。これらは先例判決で承認されてきた「やむにやまれぬ利益」を反映するものである。また、UTは人種を考慮する選考基準を導入する前に約1年に及ぶ調査を行い、人種に中立な入試制度がこれらの目的を達成することに成功していないことを、理由を付した報告書で説明していた。したがって、上訴人の主張は反証されている。

第2に上訴人は、上位10%法という人種に中立的な手段によって、人種の少数者の「有意義な集団」が達成されていると主張する。UTは、人種を考慮する選考基準を採用する前に、人種に中立な入試制度では教育効果のある学生集

団の多様性を実現できていなかったことにつき重い立証責任を負担する。しかし、上訴人が出願した時点で、UTはこの点につき批判されるべき立場にはなかった。訴訟記録に明らかなように、UTは約1年に及ぶ調査と検討を行った後に、人種に中立な入試制度では学生集団の多様性を達成できなかったと結論付けている。上訴人はUTが誠意ある努力をして代替手段の検討をしたことを否定しているわけでもない。また、UTは反対意見の指摘するような訴訟記録外のデータに依拠して、批判されるべきではない。

訴訟記録にはUTの立場を支持する統計的にも挿話的にも十分な証拠が存在する。員数動向のデータは、1996年から2002年まで人種の少数者の在籍数の停滞を示している。例えば、1996年には1年生に占めるアフリカ系アメリカ人学生は266人であり全体の4.1%であったが、Grutter判決が下された2003年には267人で4.1%にとどまっていた。ヒスパニック系とアジア系アメリカ人の新入生の数も同様のものであった。また、UTは人種の少数者の学生が寂しさや孤立感を経験していたであろうことを示す証拠を提出している。2002年には、学部授業の52%でアフリカ系アメリカ人の学生が1人もいなかったし、27%の授業では1人しかいなかった。5人以上が受講する科目で2人以上のアフリカ系アメリカ人の学生がいるのは21%であった。同じく5人以上が受講する科目の12%でヒスパニック系アメリカ人は1人もいなかったし、この比率は1996年には10%であった。UTは学生集団の多様性を実現するための努力を行ってきたが、まだ目的を達成していないという結論は合理的であるといえる。

第3に上訴人は、人種を考慮した入試制度がUTの目的とするやむにやまれぬ利益の達成にほとんど影響をもたず、そのような人種の考慮は不必要であると主張する。しかし、この主張も訴訟記録によって支持されていない。2003年に人種の考慮を再開する前に入学した者の内、ヒスパニック系住民は11%、アフリカ系アメリカ人は3.5%であった。この比率は、人種の考慮を再開した後の2007年には、前者は16.9%、後者は6.8%に増加しており、限定的ではあるが、増加率はそれぞれ54%と94%であり有意な増加であるといえる。また、人種を考慮した入試制度が入学許可数の増加に小さな役割しか果たしていないことは、手段が目的に綿密に仕立てられていることを示しているのであり、効果が少ないことを理由に平等保護条項の下で違憲となることはない。

第4に上訴人は、他にも人種を考慮しない方法が多数存在することを主張する。しかし、訴訟が提起された当時、上訴人が提案する人種を考慮しない方法で有効に機能するものはなかった。UTは、人種の少数者の志願者を増加させ

るために様々な方法を試みた。例えば、新しい3つの主要奨学金制度の創設、地域入試相談センターの設置、受験生増加のために予算を50万ドル増加すること、千回を超える新入生募集行事の開催などである。しかし、いずれも UT が目標とする学生集団の多様性を達成することはできなかった。

上訴人は、入学選考基準で、学生の家庭環境の社会的経済的要素を、学業成績よりも重視する形に変更することを示唆するが、UT はこれを既に試みて効果が上がらなかった。また、先例判決である Grutter 判決は、修正第14条の平等保護条項が、学生の学業成績を軽視してまで学生の多様性を実現すべきことを大学に要求しているわけではないと判示している。上訴人は、上位10%法での入学許可の配分を増加すべきことを主張するが、この主張は上位10%法が人種を間接的に考慮する入試制度であることを見逃している。さらに、上位10%法での入学者を増加させることは、学業の全分野での平均的上位成績を重視することになり、学生集団の他の多様性の要素、例えば、運動能力、芸術的才能、特定の自然科学分野での才能を見逃してしまう弊害がある。また、学生が特定の年に家庭の経済問題で学業に力を入れられなかったが、後年に好成績を挽回するなどの要素を考慮することが出来なくなる。さらには、高校での学業成績の重視は、好成績を取りやすい科目の選択を促し、より挑戦的な科目の回避につながることもある。上訴人が提案する代替方法は、学生集団の多様性を実現するために「利用可能で機能しうる」(available and workable) 代替手段であるとの証明はなされていない。

UT は、上訴人の不合格決定に用いた選考基準が、多様性の実現のために綿密に仕立てられたものであったことにつき立証責任を果たしている。大学の偉大さは測定不可能な非物的な特質によって構成されている。学生集団の多様性は大学の特徴と使命の中心に関わる非物的特質である。その特質が何に反映されているかを判断するときに、大学には相当程度の敬讓が認められる。高等教育において、学生集団の多様性と、憲法の約束する個人の平等と尊厳を整合させることは継続的な課題である。UT は、アフーマティブ・アクションを組み込んだ入試制度について、人口動態の変化を踏まえて、長所と短所を継続して検討すべきである。

〔Thomas 裁判官の反対意見〕

本件法廷意見は、厳格審査基準と整合していない。修正第14条の平等保護条項は、州が高等教育の入学判定について人種を用いることを禁止している。憲法は人種による区分を嫌悪する。なぜなら政府が市民の人種を用いて不利益を

課したり利益を与えることは、個性ある人の尊厳を侮蔑することであるからである。その意味で先例の Grutter 判決は覆されるべきであり、原審判決は破棄されるべきである。

〔Alito 裁判官の反対意見〕

UT は、厳格審査基準の手段審査につき、人種を考慮する入試基準が綿密に仕立てられていることを立証する責任を負う。UT はその立証責任を果たしておらず、法廷意見は UT が手段審査を満足させる立証をしていないにもかかわらず、誤った判断をしている。

人種を理由とする異なった取扱いは「疑わしい区分」(suspect classification) であるから、その区分が差別に用いられるものであれ、優遇に用いられるものであれ、その区分によって実現される利益は強い公益性をもち、やむにやまれぬ利益でなければならない。UT は学生集団の多様性の実現が、そのようなやむにやまれぬ利益であると主張するが、学生集団の多様性の実現がどのように測られるのかは、明確に説明されていない。UT は、学生集団の多様性の実現について、人種の偏見の打破、人種間理解の促進、多様性の進行する職場環境や社会に学生を準備すること、および市民の目で正当と評価される指導者の養成を、抽象的に説明するのみであり不十分である。

人種を考慮する入試制度によって実現しようとする学生集団の多様性の説明が不明確であるゆえに、その目的の実現のために用いられる手段が綿密に仕立てられているかを判断することは出来ない。UT の主張から、その意図する学生集団の多様性は、次の 4 つが推測されうる。第 1 に、テキサス州人口において少数人種が占める割合を反映する形で、UT の学生集団において人種の少数者の学生数が反映されることである。しかし、居住地域の人種比率と学生集団の人種比率を均衡させることは、本法廷が憲法違反であると判示してきた。第 2 に、UT は具体的科目の教室内での人種の多様性の実現を主張しているようであるが、どのレベルで少数人種の学生が登録していれば教室内での多様性が実現していると考えられるのかについて説明がされていない。また、教室内での学生の人種的多様性の欠如は、学生集団全体に人種的多様性が欠けているから生じるものではなく、学生の科目選択の自由によって左右される。第 3 に、UT は少数人種内での多様性を主張しているようである。すなわち、上位 10% 法で入学する少数人種の学生は貧しく恵まれない家庭環境の学生が多く、社会的経済的により広範な家庭環境の少数人種の学生が必要と主張しているようである。しかし、この主張は後付けの正当化理由に過ぎず、Fisher I の審理とそ

の差戻審で主張し始められたものである。第4に、UTは人種的多様性の実現は、少数人種の学生が孤立感や疎外感をもつことを防止する意味において重要であると主張するが、そのような感覚については実証データの裏付けがなく、挿話的な説明しかなされてない。

目的審査について、学生集団の多様性をやむにやまれぬ利益として説明することで十分であるとしても、その目的を実現するための手段が綿密に仕立てられているかどうかの審査については、UTは人種を考慮しない制度では同じ目的が達成できないことを立証しなければならない。しかし、UTは上位10%法によって入学した学生と、人種を考慮する総合評価基準で入学した学生が、質的にどのように違うかを証明していない。UTの人種を考慮する総合評価基準で入学する少数人種の学生数は極めて限られている。人種を考慮しない代替方法が、財政負担の許容範囲内で同程度の効果を実現できるのであれば、UTは人種を考慮することは許されない。UTは人種を考慮しない代替手段の検討を真剣に誠意をもって行っていない。

上訴人と被上訴人の主張について裁判記録上の証拠が十分でないのであれば、サマリー・ジャッジメントではなく、事実審理を命じるべきであった。本件では事実審への差戻しの上、十分な証拠に基づいて、UTの人種を考慮する入試制度について、平等保護条項の下での厳格審査がなされるべきであった。

5 判例研究

(1) 高等教育におけるアフーマティブ・アクションに関する厳格審査の判断枠組み

高等教育の入試制度におけるアフーマティブ・アクションについての憲法審査の判断枠組みは、修正第14条の平等保護条項の下で、厳格審査を行うことが先例判決により固まっている。すなわち、人種の区分は合憲性が「疑わしい区分」であり、不利益を与える悪性の(malign)ものであれ、優遇する良性の(benign)ものであれ、違憲性の強い推定が働き、異なった取扱いを正当化する強い公益性をもった「やむにやまれぬ利益」についての目的審査と、その目的を実現する手段が「綿密に仕立てられている」ことについての手段審査が行われる。したがって、アフーマティブ・アクションの合憲性を擁護する立場から見れば、人種の区分を用いて人種の少数者を優遇するもので、白人から見れば逆差別(reverse discrimination)となるものも、「やむにやまれぬ利益」で正当化され、その利益の実現のために「綿密に仕立てられた」手段が用いら

れていれば、平等保護条項の下で、合憲と判断されることになる。

この判断枠組みでは、人種を決定的な判断要素とする入学定員の一定数や一定割合を少数人種へ割り当てること (quota) は、平等保護条項違反とされる。代表的判例は、メディカル・スクールの1学年100人の定員のうち、16名を人種の少数者に割り当てた Bakke 事件 (Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1976))⁽¹⁾ で、そのような優遇は違憲とされた。しかし、同判決の傍論で、人種を決定的要素としてではなく、判断の一要素としてのみ扱うことは憲法上許容されるとされた。その後、政府契約分野のアファーマティブ・アクションの判決ではあるが、Adarand Constructors, Inc. v. Peña 判決 (515 U.S. 200 (1995))⁽²⁾ において、少数人種を優遇する「良性」の差別であっても、人種を用いた区分には厳格審査が行われることが明確にされた。そして、再び高等教育の分野で、入試制度において人種を考慮することが、学生集団の多様性を実現するための「やむにやまれぬ利益」に該当し、厳格審査の目的審査を満たすものとして位置づけられる。これを明確にした判例がミシガン大学ロースクールのアファーマティブ・アクションを合憲とした Grutter v. Bollinger 判決 (539 U.S. 306 (2003))⁽³⁾ である。

しかし、平等保護条項の下で許容される「一要素」として人種の考慮とはどの程度のものなのかは困難な問題である。合憲判断が下された Grutter 判決では、出願者個人の様々な特性、例えば、家庭環境の逆境の克服や、長期の外国居住経験、他分野での職業経験等と並んで人種が考慮されたにすぎなかった。これに対し、同日に同じミシガン大学ではあるが学部入試における少数人種の優遇について判断を下した Gratz v. Bollinger 判決 (539 U.S. 306 (2003)) は、150点満点の内、20点が自動的に加算されるものであったので、加点の程度が大きく違憲の結論をもたらした。

本稿でとりあげた Fisher 事件も⁽⁴⁾、まさに、人種を大学入試制度において

(1) Bakke 判決については、例えば、高橋一修「Regents of the University of California v. Bakke 逆差別」英米判例百選〔第3版〕66頁 (1996) 参照。

(2) Adarand 判決については特に、吉田仁美『平等権のパラドクス』(ナカニシヤ出版、2015) 65頁以下参照。

(3) Grutter 判決および Gratz 判決については、例えば、紙谷雅子「大学とアファーマティブ・アクション」アメリカ法2004-1号53頁参照。

(4) Fisher 事件の各審級の邦語の判例評釈として次の文献を参照、吉田仁美「大学におけるアファーマティブ・アクションの基準の厳格化」比較法学48巻1号192頁 (2014)、茂木洋平「手段審査の厳格化と Affirmative Action」桐

一つの判断要素として考慮することについての憲法審査の事例であり、人種をどの程度考慮するかという厳格審査における手段審査が争点になった事例である⁽⁵⁾。

(2) サマリー・ジャッジメントでの証拠の優越の立証基準

本件判決に3年先立つ Fisher I 判決において、合衆国最高裁は、厳格審査における目的審査について、Grutter 判決で示されたとおり学生集団の多様性の実現が、「やむにやまれぬ利益」に該当することを認め、学生集団の多様性にもどのような内容を反映させて理解するのかについては、大学の判断に「相当程度の敬讓」が認められると判示した。しかし、手段審査については、大学への敬讓は認められず、裁判所は大学がとる手段が「綿密に仕立てられた」ものであるかについて独立した判断をしなければならないとした。そして、原審の控訴裁判所が手段審査において大学の判断に敬讓を行った誤りがあるとして、人種を考慮しない代替方法の検討について大学が「真剣で誠実な努力」(serious and good faith efforts) を行ったかを審理するように指示をして、原審の控訴裁判所に事件を差戻した。そして同控訴裁判所は再度、UT の入試制度を合憲とする判断を下した。

ここで事件の差戻しが第一審の事実審ではなく、控訴審であることが、本件 Fisher II 判決の理由付けの特徴となって現れる。本件では原告の損害賠償請求が争われており、訴答手続を経て原告・被告の主張立証が行われ、第一審では正式事実審理なく判決が下された。したがって、原告・被告の主張についての

藤法学21巻2号1頁(2015)、大林啓吾「多様な学生を確保するために人種を考慮要素の1つとするテキサス大学の入試制度(アファーマティブアクション)を合憲とした事例」判例時報2304号19頁(2016)、茂木洋平「大学の入学者選抜における Affirmative Action と厳格な厳格審査」桐蔭法学23巻1号49頁(2016)。アファーマティブ・アクションに関する審査基準論について、茂木洋平『Affirmative Action 正当化の法理論—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)。

(5) 本判決について、アメリカのロー・レビューの次の論稿を参照、Liliana M. Garces, *Lessons from Social Science for Kennedy's Doctrinal Inquiry in Fisher v. University of Texas II*, 64 UCLA L. REV. DISC. 18 (2016); Scott D. Gerber, *Clarence Thomas, Fisher v. University of Texas, and the Future of Affirmative Action in Higher Education*, 50 U. RICH. L. REV. 1169 (2016); Vinay Harpalani, *Victory is Defeat: The Ironic Consequence of Justice Scalia's Death for Fisher v. University of Texas*, 164 U. PA. L. REV. 155 (2016)。

立証基準は、証拠の優越の基準が適用され、訴訟当事者のどちらの主張立証がより説得力をもつかが判断されたのである。本件の Fisher II 判決においても、上訴人・被上訴人の主張立証の成否の判断基準は、証拠の優越の基準が適用された。Fisher II 判決の理由付けの構造は、上訴人側の違憲主張として、合憲性の「疑わしい区分」である人種を考慮した不合格決定であったことを単に主張立証すれば、違憲性の推定が働き、被上訴人側に合憲性についての立証責任が転換するというものではなく、上訴人側も相対的な説得力（証拠の優越）をもって、学生集団の多様性という抽象的な主張だけでは、「やむにやまれぬ利益」に該当しないことを主張立証しなければならず、また人種の考慮方法が「綿密な仕立て」となっていないことにつき主張立証しなければならないという構造になっている。そのことが、法廷意見における上訴人側の主張についての評価として、「上訴人は UT が人種を考慮しない代替手段の検討を真剣に誠実にやったことを否定していない」との判断になっている。この論点については、Alito 裁判官の反対意見が、UT の代替手段の検討を「真剣で誠実な努力でない」と評価していることと対照的である。

(3) Fisher II 判決における「厳格審査」の緩和——何が緩和されたのか——

Fisher II 判決は、アファーマティブ・アクションについて厳格審査を用いながら、合憲判決を下している。これまで厳格審査は、「理論において厳格だが、実際には致命的」⁽⁶⁾と評され、厳格審査がなされれば、結論は違憲判断が下されると考えられてきた。しかし、Grutter 判決や Fisher II 判決では、厳格審査で合憲判決となっている。では、何が厳格審査を緩和しているのであろうか。Fisher II 判決について検討すると、第 1 に、最大の理由は、Alito 裁判官の反対意見が指摘するように、目的審査において、「やむにやまれぬ利益」に該当する利益を、学生集団の多様性の実現という抽象的説明で十分としていることである。人種の考慮によって実現すべき利益が曖昧なものとなれば、それを実現する手段も曖昧とならざるを得ない。第 2 に、法廷意見が述べるように、

(6) Gerald Gunther, *The Supreme Court, 1971 Term — Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, 86 HARV. L. REV. 1, 8 (1972). しかし、1990年から2003年までの期間で、合衆国裁判所が厳格審査を適用した事例で約30%が基準を満たすと判示されており、人種の区分の事例でも同程度の割合とされる。Adam Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, 59 VAND. L. REV. 793, 814-16 (2006).

人種中立的な代替手段を検討し尽くす必要がないとされたことである。第3に、本件の事実関係の特殊性として、UT自身は変更をする権限をもたない州立法である上位10%法によって、入学許可の大部分が決定されていることである。そして、第4に、(2)で述べたように、人種を考慮した方法が「綿密に仕立てられているか」についての主張立証が、上訴人・被上訴人双方に課される証拠の優越の基準で判断され、違憲性を主張する側にも相対的な立証責任が課されていることである。違憲性を主張する側は、人種という合憲性が「疑われる区分」が用いられていることを証明すれば、その合憲性の主張立証の責任が政府側に転換されるという構造にはなっていないのである。つまり、憲法訴訟における政府側の権力行使に違憲性の強い推定は働いていないことに、「厳格審査」の緩和の重要な原因があるといえるのではなかろうか。

(宮川成雄)