

【論説】

# アメリカにおける階層に基づく（class-based） Affirmative Action の正当性（二）

茂木 洋平

## 目次

### 序章 問題の所在

#### 第一章 階層に基づく Affirmative Action が登場した背景

##### 第一節 過去向きの Affirmative Action への批判

##### 第二節 多様性に基づく Affirmative Action への批判

#### 第二章 階層に基づく Affirmative Action の性質

##### 第一節 反貧困策との違い

##### 第二節 どの文脈で実施されるのか

###### 第一項 高等教育機関の入学選抜

###### 第二項 雇用

###### 第三項 公共契約

#### 第三章 階層に基づく Affirmative Action が注目されるのは何故か

##### 第一節 階層に基づく Affirmative Action への支持

##### 第二節 人種に基づく Affirmative Action への移行

##### 第三節 人種に基づく Affirmative Action への支持が困難となったのは何故か

###### 第一項 政治的反対

###### 第二項 司法審査基準の影響

###### 第三項 理論的問題

#### 第四節 階層に基づく Affirmative Action の再登場

第五節 裁判官の認識

第一項 リベラル派の裁判官の認識

第二項 中間派の裁判官の認識

第三項 保守派の裁判官の認識 (以上 19 卷 1 号)

第四章 階層に基づく Affirmative Action は人種的多様性を維持するのか

第一節 階層に基づく Affirmative Action が支持される理由

第二節 階層に基づく Affirmative Action は人種的多様性を維持しない  
との批判

第三節 階層の精巧な定義による批判の回避

第四節 精巧な定義に基づく主張への批判

第五章 階層に基づく Affirmative Action と能力主義との関係

第一節 能力主義への適合

第一項 人種に基づく Affirmative Action と能力主義

一 過去向きの Affirmative Action と能力主義

二 多様性に基づく Affirmative Action と能力主義

第二項 階層に基づく Affirmative Action と能力主義

一 階層の多様性がもたらす利益

二 潜在能力

第二節 対象枠の拡大による悪影響

第三節 連鎖的影響

第四節 保守派の裁判官の姿勢

一 既存の評価基準の重視

二 既存の評価基準の絶対視

第五節 潜在能力の特定とその不明確性

第六章 階層に基づく Affirmative Action の問題点

第一節 階層に基づく Affirmative Action は公正か

第二節 階層に基づく Affirmative Action の限界

結章 階層に基づく Affirmative Action の議論のまとめ

## 第四章 階層に基づく Affirmative Action は人種的多様性を維持するのか

### 第一節 階層に基づく Affirmative Action が支持される理由

階層に基づく AA の支持者には2つのタイプがある。まず、それを差別解消のための最良の施策として支持する者。次に、人種に基づく AA が差別解消のための最良の施策だと考え、それを次善の代替策として支持する者である。

AA の一つの性質は、自身の才能を十分に発展させることができない不利な状況にある者に対して、その原因となっている要素を考慮して優先することである。前者は、その原因となっている要素を主として社会・経済的な状況だと理解する。後者は、その原因となっている要素を主として人種だと理解する。前者にとって、階層に基づく AA が人種的な多様性を達成するのかどうかは重要ではない。彼らにとっては、自身の才能を十分に発展させることができない不利な状況にある者に救済がなされているかどうか重要であり、人種はそのような不利な状況を測ることができる指標ではない。

他方、後者は、人種的多様性の達成が平等にとって重要だと考える。これは、ある分野である人種・エスニック・グループの占める割合が著しく少ないと、そのグループに対してスティグマが生じ、それに起因する害悪からそのグループに属する者は自身の才能を十分に発展させることができない不利な状況に置かれることになる、との理由に依る。しかし、人種に基づく AA を維持するのが法的および政治的に困難な状況にあって (三章三節)、彼らは、少しでも人種的多様性を維持する施策として、階層に基づく AA に注目する。Fallon は、人種に基づく AA が差別解消のための最良の施策であるとし、「一般的な観点から、歴史的に不利な状況にある人種的マイノリティが上位の教育機関から排除されることには、道徳的および社会的に非常に費用がかかる」と述べて、人種的多様性の減少がマイノリティの平等保障に重大な影響を及ぼすと懸念する<sup>158</sup>。そして、

Fallon は、階層に基づく AA の欠点を指摘しながらも、それがあつた程度の人種的多様性を維持することから、「人種に基づく AA の実施が不可能な文脈では、経済的な条件に基づく AA が不完全であつたとしても、その施策が [何も優先をしない場合にもたらされる人種的多様性の程度を] 改善することをそのような施策を支持する一つの重要な考慮として加えている」と述べる<sup>159</sup>。

前者は、社会・経済的に不利な状況が機会の平等を形骸化させ、実質的平等の保障を侵害すると考えており、彼らにとっては、社会・経済的に不利な状況にある者が救済されることが重要である。しかし、彼らは、階層に基づく AA がマイノリティに対して不均衡な割合で利益を与え、人種的多様性をある程度維持すると主張する<sup>160</sup>。彼らがこのような主張をするのは、人種に基づく AA を最良の施策だと考える者に対して、階層に基づく AA を支持するように説得する意図がある<sup>161</sup>。人種に基づく AA の維持が法的小よび政治的に困難な状況においては、これは効果的な説得であつた。階層に基づく AA はマイノリティに不均衡な割合で利益を与え、人種的多様性を維持するのか。

## 第二節 階層に基づく Affirmative Action は人種的多様性を維持しないとの批判

階層に基づく AA が黒人に対して不均衡な割合で利益を与える、とする理由の一つは、黒人は白人に比して不均衡な割合で貧困であることにあつる。AA が開始される以前と比べて「人種に基づく AA によって、黒人の社会経済的地位が大きく向上したのは否定できない事実」である<sup>162</sup>。だが、AA の開始からその維持が困難となつた 1990 年代までにマイノリティの社会・経済的地位は進展したが、「彼らはグループとして不均衡な割合で貧困であり続けている」のである<sup>163</sup>。階層に基づく AA が黒人をはじめとするマイノリティに不均衡な割合で利益を与え、人種的多様性を維持するという主張は、これを理由としている。

マイノリティが不均衡な割合で社会・経済的に不利な状況にあること

を考えると、一見すると、階層に基づく AA は黒人をはじめとするマイノリティに不均衡な割合で利益を与え、人種の多様性を維持することになりそうである。しかし、社会・経済的に不利な状況の指標を世帯収入とすると、低収入である者の数は白人のほうが圧倒的に多い<sup>164</sup>。そのため、階層に基づく AA は黒人よりも多くの白人を対象とすると批判される<sup>165</sup>。

また、能力主義の観点からも批判される。階層に基づく AA とは、社会・経済的に不利な状況にある者に無条件で利益を与えず、「ある者の不利な状況がある特定の役割における将来の遂行の期待と関連し、経済的に不利な状況にある志願者が、[AA がなければ地位を獲得していた]志願者と事実上同等の[地位の役割を]遂行するとの期待を保障する場合にのみ」正当化される<sup>166</sup>。階層に基づく AA により利益を受けるのは、社会・経済的に不利な状況にある者の中でも将来的には地位の役割を十分に遂行できる潜在能力があると判断された者であり、それを判断する際には、既存の評価基準における評価が重要となる。社会・経済的に不利な状況の定義として、まず、考えられるのは親の収入である。規格化されたテストの点数は、親の収入とともに上昇する<sup>167</sup>。収入は「数ある経済的な不平等な要素（劣悪で困難な学習環境）の十分な代用品」となる<sup>168</sup>。そして、「あらゆる収入のレベルにおいて、SAT のような規格化されたテストの点数で、白人は黒人の点を上回っている」のである<sup>169</sup>。このことから、階層に基づく AA に対して、「入学選抜の主たる基準として高校の成績と規格化されたテストの点数が使用され続けていることを考えると、レース・ブラインドである階層に基づく AA の受益者は、圧倒的に白人になりそうだ」と批判される<sup>170</sup>。

この批判に対して、階層に基づく AA の支持者はどのように答えるのか。Kahlenberg は、同じ収入の区分にある白人と黒人の間には、SAT といった規格化されたテストの点数に差があることを認めるが<sup>171</sup>、それでもなお、上位の教育機関にある程度の割合でマイノリティが在籍すると主張する。Kahlenberg は、「当然ながら、高い学力のマイノリティの学生の多くは、階層あるいは人種に基づきいずれの優先がなくとも、大学に入学を許可される」のであり、「白人のリベラル派が、AA がなければ、[上位

の教育]機関が『すべて白人』で構成されることになると述べる時、非常に有能な有色人種[黒人]はレース・ブラインドな基準に基づいて諸機関への入学を許可されるのであり、彼らはその人数を過小評価している」と述べる<sup>172</sup>。そして、Kahlenberg は、法的な人種分離が解消され、AA の実施から時が経ち、黒人と白人の SAT の点数の差が縮まっていることを指摘する<sup>173</sup>。

Kahlenberg は、AA がなくとも入学を許可されるマイノリティの人数が過小評価されているとするが、どの程度の人数が上位の教育機関に入学を許可されるのかについて、何か証拠を提示して、具体的な人数を示していない。Kahlenberg の主張するように、規格化されたテストの点数の黒人と白人の間の差が以前と比べて縮まっているのは真実であるかもしれないが<sup>174</sup>、それでも双方のテストの点数の差には依然として開きがある。階層に基づく AA が不均衡な割合で白人を利することになるとの主張は、規格化されたテストにおいて黒人と白人との間に依然として点数に差があることを根拠としており、Kahlenberg の主張はそれに対する反論になっていない。階層に基づく AA の支持者は、地位の付与における選抜に際して、規格化されたテストといった既存の評価基準を重視する。とすれば、階層に基づく AA は不均衡な割合で白人を利する。

### 第三節 階層の精巧な定義による批判の回避

社会・経済的に不利な状況を収入だと定義すると、高等教育機関の入学選抜の文脈において、階層に基づく AA は不均衡な割合で白人に利益を付与する。しかし、Kahlenberg は「…大学は、有色人種の者にとって、収入よりも公正でより利益をもたらす、階層の洗練された定義を用いることで、入学を許可されるマイノリティの数を増やせる。黒人は、同じ収入の白人よりも SAT の得点が悪いとしばしば指摘されているが、何故そうなるのかについて、その問題を深め、[その理由の解明]に取組むことが重要である」と述べる<sup>175</sup>。Kahlenberg に依れば、「黒人の貧困者と白人の貧困者の総体的な違いを正確に反映する『階層』の定義が採用されて

いる場合には、多くの [黒人] が [上位の教育機関に] 入学を許可される」ことになる<sup>176</sup>。つまり、Kahlenberg は、黒人が同じ収入の区分にある白人と比べて規格化されたテストの点数が低いのは何故かについて考え、黒人の貧困者と白人の貧困者の相対的な違いが反映されるように、AA の対象者を区分する階層について、「施策が慎重かつ思慮深く描かれている場合には、人種的多様性は [階層に基づく AA の] 批判者の懸念の及ばない程度にまでなる」と考えている<sup>177</sup>。階層の定義が貧困な黒人と貧困な白人の違いを総体的に反映すれば、階層に基づく AA の対象者は不均衡な割合で黒人が占める。そして、Kahlenberg は「[階層に基づく AA により] 新たに教育的に豊かになった学生構成の多様性は、人種的多様性のいずれの後退を十分に相殺する」と述べる<sup>178</sup>。

Kahlenberg は、どのような階層の定義が、貧困な黒人と貧困な白人の総体的な違いを反映しているのか。Kahlenberg は「我々は、ダイヤモンドの原石～即ち、並はずれた才能を有し、その者の潜在能力が伝統的な能力主義の基準によって分からなくさせられている者～の発見を妨げる障害の定義を欲する」と述べる<sup>179</sup>。最も単純なのは、収入によって階層を定義する方法である。前述のように、この方法による階層の定義では、貧困な黒人と貧困な白人の総体的な違いを反映できない。前述のように、階層に基づく AA の批判者は、同じ収入の区分にある黒人と白人の規格化されたテストの点数の差を指摘して、階層に基づく AA は不均衡な割合で白人を利すると主張した。故に、Kahlenberg は、収入だけを考慮するのではなく、他のいくつかの要素を考慮して、階層を精巧に定義する。Kahlenberg による階層の定義の精巧さは、収入だけを考慮した定義を含めて、三段階に分けられる。

二番目に精巧な階層の定義は「社会学者が人生の可能性について判断する 3 つの重要な要素～親の収入、親の学歴、親の職業～を考慮するもの」である<sup>180</sup>。California 州において 1996 年に住民投票により人種に基づく AA が州憲法上禁止されてから、California 大学 Berkeley 校では人種に基づく AA が廃止され、志願者の社会・経済的な状況を考慮する施策が実施されており、Kahlenberg の二番目に精巧な階層の定義が使用されてい

る。この定義で考慮されている親の学歴という要素は、「[子供の]学力と人生の可能性と非常に関連して」おり、「いくつかの研究が、親の学歴が親の収入よりも子供の学力を予測する、と示している」とされる<sup>181</sup>。また、親の職業についても、「子供の成功についての重要な判断要素」であり、「父親の職業上の地位は、父親の財産よりもその子供の職業上の地位をより予測する」のであり、「職業は、部分的には、学歴と収入と結び付くため、[子供の将来を]より十分に予測する」とされる<sup>182</sup>。Kahlenberg に依れば、世帯収入が同じであっても、父親が年収 60000 ドルの弁護士であり母親が主婦である家庭の出身の方が、父親が年収 40000 ドルの板金工で母親が年収 20000 ドルの秘書である家庭の出身者よりも、社会的に地位の高い職業に就く可能性が高いとする<sup>183</sup>。親の職業が子供の地位に影響を与えるのかについて疑問視する見解も存在するが、「成人者は親の収入を減多に思い出せないため、流動性に関する社会学者の研究は、通常、親の職業に焦点を当て」ており、親の職業は時間の経過に左右されない要素であるとされる<sup>184</sup>。

最も精巧な階層の定義は、二番目に精巧な定義で考慮された 3 つの要素に加えて、初・中等教育の質、隣人の質、家族構成といった要素を考慮する<sup>185</sup>。Kahlenberg に依れば、「同級生の質も含めて、子供の受ける初・中等教育の質は、その者の人生の可能性に大きな影響を及ぼすことを示す広範な証拠が存在」し、「家庭の環境は学力の向上にとって非常に重要だが、高い割合で貧困者が集中している学校は、貧困な家庭の出身者以外にも深刻な影響を及ぼす」のである<sup>186</sup>。事実、「貧困率の高い学校に在籍する貧困でない子供が、貧困率の低い学校に在籍する貧困な学生よりも平均して成績が悪い」ことが示されている<sup>187</sup>。黒人は貧困率が高い地域に居住する傾向にあり、学習環境は白人と比べて劣悪であると考えられる<sup>188</sup>。高等教育機関の入学選抜の担当者が在籍者の貧困率の高い学校出身の志願者に特別な考慮を与える場合には、黒人が不均衡な割合でその対象者となる<sup>189</sup>。

家族構成についても、「シングルマザーの世帯は、他のすべてのアメリカの世帯と比べて、貧困に陥る確率が 6 倍であるため、片親の世帯で成

長した者は、明らかに、世帯収入に不利な影響を及ぼされている」とされる<sup>190</sup>。規格化されたテストの点数は収入の増加に伴って向上するため、片親の世帯の出身者は不利な学習環境に置かれる。片親の世帯で生活する黒人の子供の比率は、白人と比べて圧倒的に高い<sup>191</sup>。また、世帯の規模も学力に大きな影響を与えるとされる。統計的に見ると、大規模な世帯の子供は経済的に困窮しており、低い学歴しか得られない。黒人をはじめとするマイノリティは白人と比べて出生率が高く、大規模な世帯を構成する可能性が高い<sup>192</sup>。社会・経済的に不利な状況を定義する際に、家族構成という要素を考慮すると、階層に基づく AA の対象者は不均衡な割合で黒人となる<sup>193</sup>。

#### 第四節 精巧な定義に基づく主張への批判

以上の Kahlenberg による階層の精巧な定義は、貧困な黒人と貧困な白人の総体的な違いを反映すると思われる<sup>194</sup>。しかし、これを用いてもなお、階層に基づく AA は不均衡な割合で黒人に利益を与えないと批判される。Kahlenberg による階層の精巧な定義には親の学歴が考慮されていたが、Yin は「グループとしての黒人は白人よりも学歴が低く、黒人は不利な状況についての Kahlenberg による定義から、不均衡な割合で利益を受けられる」とも思えるが、「黒人は、大学で教育を受けていないが高卒であるグループにおいてのみ過剰代表であり、「高校を卒業していない最も学歴の低い者の中で意義のあるほど過剰代表でなく、「学歴の低い者の中で意義のあるほど割合で過剰代表ではない」と述べる<sup>195</sup>。そして、Yin は「学歴の低い世帯での [黒人と白人の規格化されたテストにおける] 点数の差は、世帯の収入だけが考慮されるときと同じ程に厳しいものではない」が、「その差は、階層に基づく AA の受益者が学歴の低い世帯出身の白人学生である、と予測するのに十分なほど大きい」と述べる<sup>196</sup>。Yin は、「人種と収入 [という要素による不利な状況の定義の] 欠点のように、[親の学歴] という基準に依拠する階層に基づく AA は、学歴の低い世帯の出身の黒人というよりも、学歴の低い世帯出身の白人を利する可能性が高い」と結

論づける<sup>197</sup>。Yin の批判は、Kahlenberg による階層の二番目に精巧な定義への批判にとどまっておらず、さらに、学歴という要素だけを検討しており、批判として十分ではない。

Yin は以上の批判を展開するが、「…人種に基づく優先が完全に廃止された場合には、階層に基づく優先がいくらか緩やかな程度の人種的多様性を維持できる」とも述べる<sup>198</sup>。

Yin は以下の旨を述べる。各学校でその数値は異なるが、現行の人種に基づく AA が実施されている場合には、上位の学校に入学を許可される者に占める黒人の割合は 6% である。いずれの優先がなくとも、上位の学校に入学を許可される者に占める黒人は 1% である。現行の AA の対象は、志願者の 20% である<sup>199</sup>。低収入の区分にある黒人の中で、収入について同じ区分の白人の SAT の平均点を超えるのは 15% である<sup>200</sup>。AA の対象者となるためには、既存の評価基準においてある水準の評価を獲得していなければならない、Yin は、その水準を、同じ収入の区分の白人の平均点を超える者と定義する。現行の AA の枠を変えずに階層に基づく AA を実施した場合には、20% の 15% は 3% である。いずれの優先がなくとも入学を許可される黒人は 1% であるため、それを足した数値は 4% となる。

以上は仮定であり、階層に基づく AA が実施された場合に、入学を許可される黒人の割合は文脈ごとに異なる。ただ、階層に基づく AA は人種に基づく AA と比べて人種的多様性を減少させるものの、ある程度の割合は維持することになりそうである。ただ、階層に基づく AA によって達成されるこの数値は、入学許可者であり、入学者ではない。Yin は階層に基づく AA をさらに批判する。

Yin は、階層に基づく AA がある程度の人種的多様性を維持するという想定は「特定の機関に入学を許可された黒人のすべてがその機関への在籍を選択する」としているが、「現実には、入学を許可された学生が他の学校からも入学を許可されているように、入学許可者のすべてを入学させることができる学校はないため、単純に、このようなことは生じそうにない」と述べる<sup>201</sup>。そして、Yin は「マイノリティの構成が相当数をはるかに下回る機関は、入学を許可されたマイノリティの学生に [入学を]

説得するのが困難である」とする<sup>202</sup>。Yin に依れば、マイノリティは自身の人種に属する者がその機関にわずかしかが在籍しない場合には、その機関への進学を選択せず、また、その機関に志願しないことにさえなる<sup>203</sup>。

Yin は、階層に基づく AA は相当数を下回る人種的多様性しか維持できないことから、「階層に基づく AA は、人種的多様性のさらなる減少や消滅により、最終的には、マイノリティの比率を低下させ、場合によってはゼロになるまで低下させる」と主張する<sup>204</sup>。階層に基づく AA は、その支持者も認めるように、人種に基づく AA と同程度の人種的多様性を維持できない。しかし、階層に基づく AA がある程度の人種的多様性を維持することは、階層に基づく AA を批判する者によっても認められている。階層に基づく AA に対する批判は、その批判者が十分だと考える人種的多様性を確保できていないところにある。しかし、人種に基づく AA が完全に廃止された場合、階層に基づく AA を実施しなければ、階層に基づく AA が維持する人種的多様性さえも維持できない<sup>205</sup>。故に、人種に基づく AA の支持者は、階層に基づく AA に引き付けられている。

## 第五章 階層に基づく Affirmative Action と能力主義との関係

### 第一節 能力主義への適合

AA の一つの性質として、通常の選抜過程において、地位を獲得するのに要求される既存の評価基準の水準よりも低い評価しか獲得していない者に対して、その原因だと考えられる特性を考慮することで、優先して地位を付与する、ということが挙げられる。人種に基づく AA は、その原因を人種だと考え、階層に基づく AA はその原因を AA の対象者の社会・経済的に不利な状況だと考える。両者とも、既存の評価基準において評価の劣る者に地位を付与する。それ故、人種に基づく AA に対しては、能力主義に反するとの批判が提起された。階層に基づく AA に対しても、この批判は当然に提起される。階層に基づく AA が既存の評価基準において評価の劣る者に地位を付与する以上、「メリットに基づいて分配する施策

が [ 地位の役割を ] 最も首尾よく果たす者への職業と地位の付与を意図しているという想定に照らすと、経済的な条件に基づく AA は [ 地位を付与された者が地位の役割を ] 首尾よく行うことを推定的に侵害する」からである<sup>206</sup>。

## 第一項 人種に基づく Affirmative Action と能力主義

### 一 過去向きの Affirmative Action と能力主義

階層に基づく AA は能力主義と如何なる関係にあるのか。この点について考察するにあたり、まず、人種に基づく AA が能力主義の観点からの批判に如何に答えてきたのかについて、簡単に概観する。

人種に基づく AA の支持者は、選抜に際して既存の評価基準を無視せずに重視する<sup>207</sup>。それは、既存の評価基準が、地位の役割を遂行する能力を完璧に測ることができないにしても、地位の役割を遂行する能力を予測するのに重要だからである。人種に基づく AA の支持者は、地位の役割を十分に果たすことができると考えられる水準の評価を既存の評価基準において獲得した者に地位を付与するものでなければ、AA は能力主義に反する、とする。人種に基づく AA の支持者は、その水準の評価に達している者の中から誰を選抜するのかは選抜者の裁量に委ねられる、と考えている。これに対しては、「社会における高い地位は、最も能力のある者に与えられるべき」と能力主義の観点からさらなる批判が提起される<sup>208</sup>。人種に基づく AA の支持者はこの批判に回答しており、その回答は過去向きの AA と多様性の価値という理由に代表される将来志向の AA とで異なる。

能力主義の観点からの批判に対して、過去向きの AA は、過去に差別がなければ、AA により地位を獲得した者は、AA により地位を獲得できなかった者よりも既存の評価基準において高い評価を獲得しており、AA により地位を獲得できなかった者は競争に敗れていたと主張するが<sup>209</sup>、これは説得的ではない<sup>210</sup>。地位の獲得に既存の評価基準における評価が相

当程度要求される分野では、AA の直接の受益者となるのは経済・教育的に過去の差別の影響をほとんど受けていない者が多数である。また、AA の開始から時間が経過し、対象者の既存の評価基準における評価の低さと過去の差別の影響との関係が不明確になってきている。AA の直接の受益者の中でも、特に、経済・教育的に優位な状況にあった者については、差別がなければ地位の獲得に通常要求される水準にまで既存の評価基準における評価を獲得できる潜在能力を有している、と考えるのは難しい。

## 二 多様性の基づく Affirmative Action と能力主義

多様性に基づく AA は過去の差別を意識する場合と将来における差別の発生の防止を意識する場合がある。近年では、過去に差別を受けていない移民が増加し<sup>211</sup>、それらの者が多様性に基づく AA の対象となっていることから、多様性に基づく AA は将来における差別の発生の防止を意識するケースが多い。将来における差別の発生の防止という理由に基づく、多様性に基づく AA は、直接の受益者が過去に差別を受けておらず、何らの不利な状況を克服していないことから、その直接の受益者が潜在能力を有していると主張できない。多様性に基づく AA の支持者は、人種自体を地位の役割の遂行に必要な要素として捉えることで、能力主義の観点からの批判への回答を試みる。例えば、雇用の分野では、労働には各労働者が個別に行うものと、相互に連携して行うものがあり、後者の場合、労働の能率はいくつかの要素が複合的に絡み合うことで向上し、人種的な多様性は労働の効率を向上させる、と主張される<sup>212</sup>。また、高等教育機関の入学選抜の文脈では、学生構成の多様性が学生に教育的利益をもたらし、それにより社会に必要な人材が供給される、との主張がなされる<sup>213</sup>。既存の評価基準における評価の高さだけが、その地位の役割を果たす能力を測ることに十分な分野は数多く存在するとされる<sup>214</sup>。しかし、これらの利益が実際にもたらされるのか否かについては、双方の立場を裏づける社会学的証拠が存在し、予測が困難である<sup>215</sup>。

## 第二項 階層に基づく Affirmative Action と能力主義

以上のように、能力主義の観点からの批判に対して、過去向きの AA は潜在能力の観点から、多様性に基づく AA は人種的な多様性をもたらす利益の観点から回答を試みた。筆者が判例と学説を分析したところでは、階層に基づく AA は、能力主義の観点からの批判に対して、それら 2 つの観点から回答できる。

### 一 階層の多様性をもたらす利益

階層に基づく AA は、社会・経済的に不利な状況の出身であることが地位の役割を首尾よく遂行するために必要であるとの議論を展開できる。階層に基づく AA の代表的論者である Kahlenberg は、社会・経済的に不利な状況が地位の役割の遂行に役立つと主張することで、能力主義の観点からの批判への回答を試みる。Kahlenberg は「階層に基づく施策は、怠惰な施策 [人種に基づく AA] よりも、教育的観点から人種多様性を生じさせるだけでなく、人種に基づく AA よりも階層の多様性を生じさせる」のであり、「少なくとも、階層が、教育的観点から人種多様性と同じくらい重要である、と示す強力な議論が存在する」と述べる<sup>216</sup>。Kahlenberg に依れば、「真に異なる社会階層の者を集めることは、様々な人種の上層や中間層といった同じような階層の者を集める、うわべの多様性よりも、機関の多様性を強化できる」のであり、「貧困な白人に入学を許可することは、中間層の黒人に入学を許可するよりも、大学にさらなる多様性を加える」とされる<sup>217</sup>。Kahlenberg は、社会・経済的に不利な状況にある者の存在が教育機関にとって重要である具体例として、Pennsylvania 大学ロー・スクールの教授である Clyde Summers の主張を参照する。Summers は、自身が黒人と白人の学生を受け持っているが、労働者階層の出身者がおらず、労働法の議論をしたときに、無益な議論が行われる、と主張する<sup>218</sup>。

Fallon は、Bakke 判決 Powell 裁判官意見が「それがエスニック的なもの、地理的なもの、文化的に優位な状況にあること、あるいは文化的に不利な状況にあることであっても、特有の背景を持つ、有能なメディカル・スケー

ルの学生は、メディカル・スクールの学生組織の教育を豊かにし、卒業生に博愛による奉仕をより理解させる、経験、見解、考えをメディカル・スクールにもたらすことができる」<sup>219</sup>と判示する部分を註に挙げて、「ある者の不利な環境が職務の遂行に貢献し、教育環境を豊かにする、あるいはその他の点で社会的な利益を促進する異なる見解の展開を助ける場合がある」と示す<sup>220</sup>。Fallon は、「それぞれの経済的地位にある人々の間では、政治の見解が多様である」ことから、社会・経済的に不利な状況の出身であることが地位の役割の遂行に役立つとする<sup>221</sup>。しかし、Fallon は「AA によって経済的な利益をもたらされた受益者は、貧困でなくなるだけでなく、世間に浸透している見解～経済的な条件に基づく AA の支持者が、不正にゆがめられていると批判する、中間層と上層の価値観～を即座に認める」と指摘する<sup>222</sup>。社会・経済的な地位は人種とは違って流動的であり、社会・経済的な地位が向上あるいは下降した者が、自身の元の社会・経済的な地位の立場を採ることは少ないと思われる。一つの階層として貧困者を結びつけるものは壊れやすい、と考えられる。故に、能力主義の観点からの批判に対して、社会・経済的に不利な状況の出身であることが地位の役割の遂行に役立つという観点から回答することは、階層に基づく AA においては説得的でない。

## 二 潜在能力

階層に基づく AA は、能力主義の観点からの批判に対して、潜在能力の観点から回答することもできる。階層に基づく AA の支持者は、階層に基づく AA の直接の受益者が社会・経済的に不利な状況にありながらも、既存の評価基準において地位の役割を十分に果たすことができる水準の評価を獲得したということは、その者が将来において地位の役割を十分に果たす能力を有していることを示しており、社会・経済的に不利な状況になれば、AA により地位の付与を否定された者よりも、既存の評価基準において高い評価を獲得していた、と主張する。Fallon は「ある者が不利な環境の出身であり、それに伴う不利な状況を実質的に克服したという事実は、比較的、信頼しうるメリットの指標となる」と述べる<sup>223</sup>。そ

して、Fallon は「貧困に伴う不利な状況を克服してきた者は、その者が将来において地位の役割の卓越した遂行を助けることになる、特に賞賛すべき特性、勤勉さ、自己教育への態度を有する、ということを示す」と述べる<sup>224</sup>。

人種に基づく AA が潜在能力の観点からの回答を説得的に展開できなかったのは、人種に基づく AA の直接の受益者の多くが、社会・経済的に不利な状況になかったことに理由があった。人種に基づく AA の直接の受益者は人種差別を受けているが、彼らの受けている種の人種差別が、既存の評価基準における評価の獲得に影響を及ぼすものであるのかは疑わしい(三章三節三項)。他方、階層に基づく AA は社会・経済的に不利な状況にある者を対象としており、社会・経済的に不利な状況は既存の評価基準における評価の獲得に悪影響を及ぼす。階層に基づく AA の直接の受益者は、既存の評価基準において地位の役割を果たすことができる水準の評価を獲得しており、既存の評価基準において高い評価を獲得するのが困難な状況にありながらも、その水準の評価を獲得しているということは、潜在能力を示している。

階層に基づく AA は、社会・経済的に不利な状況の出身であることが機関に利益をもたらすという主張を説得的に展開できていない。しかし、階層に基づく AA の直接の受益者が潜在能力を有しているという主張は説得的であり、その観点から階層に基づく AA は能力主義に適合している。

## 第二節 対象枠の拡大による悪影響

階層に基づく AA は、将来において地位の役割をより十分に果たすことができる潜在能力を有する者を直接の受益者とし、受益者を判断するにあたり、既存の評価基準における評価を重視する。そうすることで、階層に基づく AA は能力主義の観点からの批判の回避に努める。既存の評価基準が重視されるのは、既存の評価基準が完璧ではないにしても、地位の役割の遂行を予測するのに重要な要素であるからである<sup>225</sup>。

階層に基づく AA が能力主義の観点からの批判を回避し、高い潜在能力

を有している者に地位を与えたと主張するには、階層に基づく AA の直接の受益者が、通常の選抜過程において、地位を獲得するのに要求される既存の評価基準の水準よりも低い評価しか獲得していないにしても、AA により地位を獲得した者と AA なしに地位を獲得した者との既存の評価基準において獲得した評価の差が最小限である必要がある。人種に基づく AA の支持者は、階層に基づく AA は、人種に基づく AA と比べて、AA の直接の受益者が既存の評価基準において獲得する評価の水準を下げる、と批判する。

人種に基づく AA の支持者は、マイノリティに対して、機会の平等が形骸化せず、実質的平等が保障されているためには、人種的多様性が必要だと考える。修正一四条は、ある分野においてあるグループの占める割合が著しく少ないと、そのグループに属する者は当該分野には不向きであるとの差別や偏見が生じる、と解釈する<sup>226</sup>。人種に基づく AA の支持者は、人種に基づく AA が生じさせる程度には達しないが、階層に基づく AA がある程度の人種的多様性を達成させることを認める (四章)。しかし、人種に基づく AA の支持者は、階層に基づく AA が人種に基づく AA と同じ規模で行われた場合には、人種的多様性が、マイノリティに対して、形骸化した機会の平等を実質的に保障し、実質的平等を保障するのに必要なところまで達しない、と考えている (本章三節)。そのため、人種に基づく AA の支持者は、人種に基づく AA が生じさせるのと同程度の多様性を生じさせるために、階層に基づく AA がどの程度の規模で実施されねばならないのかについて論じる。

Yin は以下の旨を述べる。各学校でその数値は異なるが、現行の人種に基づく AA が実施されている場合には、上位の学校に入学を許可される者に占める黒人の割合は 6% である。いずれの優先がなくとも、上位の学校に入学を許可される者に占める黒人は 1% である。現行の AA の対象は志願者の 20% である<sup>227</sup>。低収入の区分にある黒人の中で、収入について同じ区分の白人の SAT の点数を超えるのは 15% である<sup>228</sup>。この 15% の黒人を階層に基づく AA の対象とすると、現行の人種に基づく AA と同じ規模 (志願者の 20%) で階層に基づく AA を実施した場合、階層に基づく

AA により入学を許可される黒人は 3% であり、いずれの優先がなくとも入学を許可される黒人の割合 (1%) を足すと、上位の教育機関に黒人の占める割合は 4% となる。階層に基づく AA によって人種に基づく AA と同程度の人種的多様性を達成するためには、階層に基づく AA の対象となる枠を人種に基づく AA の規模 (志願者の 20%) よりも拡大しなければならない。階層に基づく優先の対象となる枠を志願者の 35% に拡大した場合、階層に基づく AA は 4.5% の黒人に上位の教育機関への入学を許可し、いずれの優先がなくとも入学を許可される黒人の割合 (1%) と足して、上位の教育機関において黒人の占める割合は 5.5% となり、人種に基づく AA が生じさせる黒人の割合 (6%) に近い水準を達成できる。

以上のように、階層に基づく AA によって、人種に基づく AA が生じさせる規模の人種的多様性を達成しようとする、AA の対象枠を拡大しなければならない。AA の対象となる枠を拡大するということは、当然ながら、AA の直接の受益者となる者が既存の評価基準において獲得する水準は低下する。そのため、人種に基づく AA の支持者は、人種に基づく AA と比べて、階層に基づく AA は能力主義に適合するのが困難となる、と主張する。

しかし、階層に基づく AA の支持者は、自らの潜在能力を十分に発展させることができない者への救済が必要であると主張しており、人種的多様性の達成は各人が自らの潜在能力を発展させることができるようにするために必要な要素だと考えていない。階層に基づく AA の支持者が、人種に基づく AA が生じさせるのと同程度の規模の人種的な多様性を達成するために、階層に基づく AA の対象となる枠を拡大するということは考えにくい。

### 第三節 連鎖的影響

Yin は、人種に基づく AA に反対し、階層に基づく AA を支持する者が「能力主義に対して、人種に基づく優先と同じくらい有害な AA を支持するかもしれない、ということは皮肉である」と述べる<sup>229</sup>。Yin は、人種に

基づく AA のもたらす連鎖的影響が能力主義に悪影響を及ぼすと主張する Robert Klitgaard の議論が、階層に基づく AA にも当てはまると述べる。

Klitgaard は、上位の学校は、マイノリティの志願者に対して地位を獲得するのに必要な既存の評価基準における水準を下げることにより、本来であれば、自校よりも下位の学校の枠を求めて競争するはずであったマイノリティの学生を入学させることになる旨を述べる<sup>230</sup>。上位の学校がマイノリティに対して地位の獲得に必要な既存の評価基準の水準を下げた結果、下位の学校は、人種的多様性を維持するために、地位の獲得に必要な既存の評価基準の水準をマイノリティに対してさらに下げることになる。結果として、「各学校の黒人の学生は、白人の学生よりも [既存の評価基準において] 低い水準で入学を許可されるため、学年の成績下位を不均衡な割合で占める」ことになる<sup>231</sup>。

学校において成績の下位を不均衡な割合で黒人が占める事態になると、黒人は劣等であると他者から認識される。また、自身の能力によっては地位の役割を果たせない地位を与えられた場合には、地位を付与された者の自尊をも害する。黒人が成績の下位を占める事態は、内的にも外的にもスティグマを生じさせる<sup>232</sup>。

Yin は、人種に基づく AA の及ぼす連鎖的な影響が「階層に基づく AA も悩ませる可能性がある」と指摘する<sup>233</sup>。Yin は、Kahlenberg による階層に基づく AA は、人種に基づく AA と同様に、通常の入学選抜の場と貧困者の入学選抜の場を作り出す、とする。Yin は、年収 30,000 ドル未満の世帯の出身者を貧困と定義して、階層に基づく AA が実施された場合を想定して以下のように述べる。SAT の点数は世帯収入の増加に応じて上昇する。年収 30,000 ドル未満であるが、その中でも高収入の世帯の学生が最も高い得点を獲得する。その者たちは、収入とメリットに基づいて、上位の大学に入学を許可される。そして、そのようにして入学を許可された学生の点数と高校の成績は、彼らが、優先なしに入学を許可された者よりも能力がなく、学校で十分な学力に達しないことを示唆している。経済的に不利な状況にある学生の中でも、成績とテストの点数の最も良いグループは最上位の学校において下位でもがき、経済的に不利な状況に

ある学生の中で彼らに次いで成績とテストの点数の良いグループはより下位の学校に入学を許可される。それらのグループは、三番目の層の学校で競争してきたが、二番目の層の学校に入学を許可されたことで、二番目の層の学校でもがいている<sup>234</sup>。

以上から、Yin は「あらゆるレベル[の学校]で、Kahlenberg の提案は、社会・経済的に不利な状況にある学生を、彼らの客観的な能力では、彼らが苦しむことになる」と予測される教育機関に入学させる」と述べる<sup>235</sup>。Yin に依れば、「このことは、人種に基づく優先に対する『基準の引き下げ』という同じ批判を招き、階層に基づく AA は[人種に基づく AA と]装いだけが異なっている」のであり、「テストの点数と高校の成績が大学での[学業の]遂行を予測すると人々が考えていると想定すると、Kahlenberg による階層に基づく AA は、志願者の異なるグループ～マイノリティというよりも貧困者～に対して基準を下げるに過ぎない」のである<sup>236</sup>。

以上の批判に対して、Kahlenberg は「このような批判にはいくらか真実がある」と認める<sup>237</sup>。階層に基づく AA の直接の受益者が将来的に地位の役割を十分に果たす潜在能力を有していたと言うためには、AA の直接の受益者が学校で下位の成績にあることは望ましくない。そのため、Kahlenberg は、階層に基づく AA の直接の受益者は入学に備えるための厳しいサマープログラムをこなすことが要求される、との解決策を提示する<sup>238</sup>。

これに対して、Yin は「Kahlenberg はこの批判に対して簡潔な回答しか示していないため、それを詳細に分析するのは難しい」が、「厳しいサマープログラムが第一学年から高校までの 12 年にわたる教育的に不利な状況を相殺しようというのは疑わしい」のであり、「教育的に不利な状況が容易に是正されるのであれば、現在、AA を通じてマイノリティの学生を入学させている大学と専門職大学院は偉大な成功を収めている『厳しいサマープログラム』を実施するだろう」と批判する<sup>239</sup>。詳細なデータを参照したわけではないが、夏合宿によって教育の格差を解消できるとする Kahlenberg の提案よりも、短期間のうちに教育の格差を是正すること

は困難だとする Yin の指摘の方が説得力を持つことは、容易に想像できる。

階層に基づく AA の直接の受益者が入学した学校で成績の下位を占める事態が生じた場合には、階層に基づく AA の直接の受益者が将来的には地位の役割を十分に遂行できる潜在能力を有していると主張するのは困難になる。在学期間中は潜在能力を示すことができないが、階層に基づく AA の直接の受益者が卒業後に卓越した遂行を実施すると主張することも可能ではある<sup>240</sup>。しかし、潜在能力を示す期間をそこまで長期に捉える主張は説得力を持たない。階層に基づく AA の直接の受益者が入学を許可された学校で下位の成績を占める事態に陥らないためには、階層に基づく AA により地位を獲得した者といずれの優先なしに地位を獲得した者との点数の差があまり開いていないことが必要となる。階層に基づく AA の支持者は、地位の役割を十分に果たす能力のある者でなければ、階層に基づく AA の直接の受益者としない。階層に基づく AA の支持者と批判者との違いの一つは、地位の役割を十分に果たせる者であると判断する既存の評価基準の水準の違いにあるのだろう。

#### 第四節 保守派の裁判官の姿勢

AA の直接の受益者を決定する際には社会・経済的に不利な状況を考慮すべきであるとの見解を採る論者には、リベラル派として知られる Douglass 裁判官から Rehnquist 首席裁判官と Scalia 裁判官といった保守派まで幅広い。階層に基づく AA の直接の受益者は、AA なしに地位を獲得した者よりも既存の評価基準で獲得した評価が低い。階層に基づく AA の支持者はこれを受け入れねばならないが、保守派の支持者がこのことに厳しい見解を示していることに注意が必要である。

#### 第一項 既存の評価基準の重視

Morton が指摘するように、「マイノリティおよび非マイノリティも同様に、社会・経済的に不利な状況にある志願者は、不利な状況にない者よ

りも客観的な基準における評価が低いのが現実」である<sup>241</sup>。AA は、その対象となる者がいずれの優先がなければ既存の評価基準の下では地位を獲得できないために実施されるのであり、AA の直接の受益者がいずれの優先なしに地位を獲得した者よりも既存の評価基準における評価が低くなるのは必然である。故に、階層に基づく AA の支持者は「伝統的な基準への強調が弱まるのを覚悟せねばならない」のである<sup>242</sup>。Morton は「伝統的な基準 [ への強調 ] のいくらかの緩和がなければ、人種から階層への [ 優先の要素の ] 移行は、学部と専門職大学院の入学選抜において、マイノリティあるいは非マイノリティであっても、貧困者に対して確実に利益を与えない」と述べる<sup>243</sup>。

階層に基づく AA の支持者は、その直接の受益者が AA なしに地位を獲得した者よりも既存の評価基準における評価の水準が低いことを認めねばならないが、階層に基づく AA の保守派の支持者はそれに厳しい見解を採る。Morton は、Scalia 裁判官による Bakke 判決への批評がそのような見解を示しているとする。Bakke 判決ではマイノリティに一定の枠を与える California 大学 Davis 校メディカル・スクールの入学選抜施策が憲法と市民権法に違反しないかが問題とされた (一章一節)。当該施策の対象となるマイノリティはマイノリティの中でも社会・経済的に不利な状況にあり、AA の対象者の決定に際し社会・経済的に不利な状況が考慮されている<sup>244</sup>。Scalia 裁判官は、Bakke 判決当時、裁判官に任命されていなかったため Bakke 判決で直接意見を執筆していないが、Bakke 判決について批評している。Scalia 裁判官は「Bakke 判決を読んだとき、最も印象に残った事実上のデータは、Bakke が入学を拒否された年度に、Davis 校メディカル・スクールに通常の入学選抜において入学を許可された者と特別な入学選抜により入学を許可された者 (マイノリティ) との大学での成績とテストの平均点における顕著な差である」と述べる<sup>245</sup>。以上の批評について、Morton は「このことは、伝統的な基準への強調の弱まりが階層に基づく AA の効果的な運用にとって本質的であるとしても、Scalia 裁判官が伝統的な入学選抜基準への強調を弱めることに反対である、ということを確認にしている」と評する<sup>246</sup>。

階層に基づく AA の目的が真に潜在能力を有する者の救済にあり、既存の評価基準がその潜在能力を測る重要な指標となることを考えると、階層に基づく AA の支持者が、その直接の受益者の獲得している既存の評価基準における評価の水準が低いことを認めるにしても、それはある一定の程度であり、「顕著な差」までも認めるわけではない。

## 第二項 既存の評価基準の絶対視

上記の Scalia 裁判官の批評は「顕著な差」を問題としており、これによって能力主義の観点から厳しい批判を採っていると結論づけられない。Scalia 裁判官が階層に基づく AA に能力主義の観点から厳しい批判をしていることは、Johnson 判決<sup>247</sup> から推測できる。当該事例では、性別に基づく AA が市民権法に違反するのかが問題とされており、人種に基づく AA の文脈とは異なるが、保守派の裁判官の AA への能力主義の観点からの厳しい批判を推測できるため、参照する。

当該事例は以下の通りである。Santa Clara 群交通局は、マイノリティ(女性も含む)の割合が顕著に少ない伝統的に差別が存在する職種に関し、採用および昇進に際して、マイノリティであることの考慮を認めていた。そのため、昇進に際し、男性である Johnson は女性である Joyce よりも面接試験で高い点数を獲得したが、昇進を拒否され、Joyce が昇進した。Johnson は当該昇進施策が市民権法第七編に違反するとして提訴した。Brennan 裁判官法廷意見 (Marshall, Blackmun, Powell, Stevens 裁判官同意) は、当該職種に就く資格のある者に占める女性の数と当該職種に占める女性の数との間に不均衡があれば、昇進の際に性別を一要素として考慮できるとし、当該施策は合法であると判示した。

Brennan 裁判官法廷意見は、問題となった職種では最も有能な者を選抜するのは困難であり、当該職種をこなす能力があると判断された者のいずれを昇進させるのかは人事担当者に認められている旨を判示する<sup>248</sup>。これに対し、Scalia 裁判官反対意見は、『「能力の差を考慮に入れることで」本法廷が意味するのは、志願者の競争能力が常に考慮されることではな

く、当該職種 [ の役割を果たす ] 最低限の能力さえない者を除くにすぎない」<sup>249</sup> のであり、「使用者が『能力を考慮に入れる』のを要求することは、志願者の競争能力が常に考慮されるだろうということではなく、人種や性別のみを理由に、他の志願者に優先して選抜される志願者に全く無能力の者はいないことを保証するにすぎない」<sup>250</sup> と批判する。これに対し、**Brennan** 裁判官法廷意見は、**Johnson** と **Joyce** の間に能力差があるとしてもそれは最小限のものであり、最低限の能力さえない者を昇進の対象から除くにすぎないとする **Scalia** 裁判官の批判は誤りだとする<sup>251</sup>。

**Brennan** 裁判官法廷意見と **Scalia** 裁判官反対意見のやり取りを見ると、**Brennan** 裁判官法廷意見は、地位を与えられたのは有能な者であったとしている。**Scalia** 裁判官反対意見は法廷意見を批判するが、法廷意見が地位の役割を果たすことができる者への地位の付与は保証していることを認めている。しかし、**Scalia** 裁判官反対意見は「一度、昇進を決定する者が自身の前にいるすべての志願者が『M.Q's』(最低限の能力のある者)であることに納得すると、複数いる最低限の能力のある志願者よりもいくらか能力のある者がいるだろうに、その次には、本件で人事担当者がそうしたように、AA の『目標』が達成されるまで、人種や性別のみを理由に母集団からの任命を行うことができる」<sup>252</sup> と判示する。この「複数いる最低限の能力のある志願者よりもいくらか能力のある者がいるだろうに」という部分が示すように、**Scalia** 裁判官反対意見は、地位を得るのはより能力のある者でなければならないとする。実際には、面接試験で 70 点以上獲得した者が当該職種の適格者とされ、**Johnson** と **Joyce** はそれぞれ 75 点と 73 点を獲得していた。**Scalia** 裁判官はわずか 2 点の差から当該 AA に反対しており、このことから、**Scalia** 裁判官は既存の評価基準において最も評価の高い者が地位を獲得するべきと考えていることが分かる。

以上のように、**Scalia** 裁判官は、**Johnson** 判決で、AA の直接の受益者が既存の評価基準において低い評価を獲得することに厳しい見解を示している。**Johnson** 判決で問題とされた施策は、人種ではなく性別に基づく AA であり、また AA の受益者の選抜にあたり社会・経済的に不利な状況が考慮されたわけではなく、階層に基づく AA とは文脈が異なる<sup>253</sup>。し

かし、Scalia 裁判官が AA に対して常に否定的な立場を採っていることから考えると、階層に基づく AA についても、能力主義の観点から厳しい批判をすると考えられる。

## 第五節 潜在能力の特定とその不明確性

Kahlenberg は「都市部の出身で、SAT で 1000 点を獲得している、貧困な志願者は、家庭教師の助けを借りて 1050 点を獲得した、裕福な志願者よりも、確実に潜在能力がある」と述べる<sup>254</sup>。そして、Kahlenberg は「実際に、ある研究は、最も成功を収めている Harvard の卒業生はブルー・カラーの出身で、SAT の点数の低い者であった」と述べている<sup>255</sup>。社会・経済的に不利な状況は、既存の評価基準における評価の獲得に悪影響を及ぼす。社会・経済的に不利な状況に置かれながらも、既存の評価基準において一定の水準の評価を獲得している者は、将来的に、与えられた地位の役割を十分に遂行する潜在能力を有する、という議論は説得的である (五章一節)。

しかし、以上の主張に対して、Yin は、SAT で 1000 点を獲得した貧困な志願者が 1050 点を獲得した裕福な志願者よりも潜在能力を有するということは「真実であるが、人種に基づく AA に反論するために用いられている能力主義的な観点と [Kahlenberg の主張は] 特に関連しない」と述べる<sup>256</sup>。人種とは異なり、「社会・経済的な地位は二項対立で」はなく、「中間層の学生は貧困な学生に比して優位な状況にあるが、裕福な学生に対しては不利な状況」にある<sup>257</sup>。Yin は SAT での 50 点の差は潜在能力を予測するのに重要な意義を持つと認識し、「中間層の学生により達成された 1050 点は、裕福な学生により達成された 1050 点よりも偉大な達成を示しており、おそらくは、貧困な学生によって達成された 1000 点よりも偉大な達成である」とする<sup>258</sup>。そして、Yin は「Kahlenberg の提案が、中間層と上層の間での財産の関連する差異を考慮していない」と批判する<sup>259</sup>。

Yin が指摘するように、Kahlenberg は下層と上層、あるいは下層と中間層との社会・経済的な状況の差については考慮するが、中間層と上層の

間の社会・経済的な状況の差が既存の評価基準の獲得に影響を及ぼすのにも関わらず、その差について言及していない。Kahlenberg が中間層と上層の社会・経済的な状況の差について言及していないのは、Kahlenberg の関心が、自身の生来の能力を十分に発展させることができない者に対して、その機会を保障し、実質的平等を達成するところにあるからだと思われる。Kahlenberg は、能力主義的な制度とは、各人が、人種、ジェンダー、出身国、出身階層といった「無関係」な要素ではなく、「メリット」に基づいて判断されるという点で形式的な機会の平等を付与する制度であり、「この制度は、階層の違いに備わっている『不公正な背景』の矯正に失敗して」おり、「能力主義的な制度は『才能に対して開かれたキャリア』として言及されるが、要求されるのは開かれた道ではなく、平等な出発点」だとする<sup>260</sup>。Kahlenberg は、中間層と上層との社会・経済的な状況の差は「不公正」ではなく、中間層は平等な出発点が保障されている、と理解していることになる。

以上の理解では、中間層と上層の社会・経済的な状況の差が考慮されないのは何故かについて、Kahlenberg は十分に説明できていない。中間層の者が、自身の生来の能力を発展させる機会を保障されているというのであれば、階層に基づく AA の対象者となる下層の者は、中間層の地位にまで引き上げる必要があるだけであり、指導的な地位や上位の教育機関において地位を付与する必要はないのではないか、と思われる。社会・経済的な地位は人種とは異なり二項対立でないため、どの階層を AA の対象とするのかについての判断は非常に難しい。

## 第六章 階層に基づく Affirmative Action の問題点

### 第一節 階層に基づく Affirmative Action は公正か

階層に基づく AA に対しては、人種とは異なり、階層は変化しうるのであり、一時的な性質に過ぎないとの観点に基づいて、以下の批判がなされる。社会・経済的に不利な状況にあっても成功者は存在し、それは

階層が本人の選択の問題であることを示している。既に、政府は、毎年、平等な出発点を各人に付与する施策に数百万ドルを費やしており、そのことから公教育は充実し、州立大学は拡充されており、社会的流動性は増している。それ故、階層に基づく AA は不平等な出発点の修正として必要ない<sup>261</sup>。

社会・経済的に不利な状況が本人の責任によって生じたのであれば、その者の社会・経済的に不利な状況が既存の評価基準における評価の獲得に悪影響を及ぼしていたとしても、それは不公正ではない。しかし、この批判に対して、Kahlenberg は「統計的には、社会的な流動性は限定されており、特権がそれ自体として永続する傾向があるとの証拠は非常に強固」だと述べる<sup>262</sup>。そして、Kahlenberg は「我々は、何も持たずに出発し、成功を取めた者、教育を受けず、資力を持たずにアメリカにやって来て、大きな成功を取めた子や孫を持つ移民について常に耳にしてきた」が、「我々はありふれた失敗よりも例外的な成功の話の方を聞いている」と述べる<sup>263</sup>。

アメリカで社会的流動性が低いのか高いのかについては、おそらく、双方を支持する社会学的な証拠が数多く存在する。どちらの証拠が正しいのかについて検討するのは筆者の能力を超えるが、社会・経済的に不利な状況にある者はそれが本人の責任であるにしてもないにしても、雇用や教育について一定の機会が保障される。

Fallon は、階層に基づく AA は「誰もが自身の才能を発展させ、それを行行使する際に、貧困によって不合理に不利な状況に置かれるべきでない」との前提に基づくとする<sup>264</sup>。Fallon は「誰しもが自らの才能を発展させ、それを行行使する際に、不利な状況におかれるべきでないという前提は、すべての者が身体と知性の発展にとって基本的なものを受け取ることの要求として好意的にも解釈される」と述べる<sup>265</sup>。アメリカ合衆国憲法には日本国憲法における社会権に相当する規定はない。しかし、修正一四条は各人が共同体に参加し、共同体の一員として扱われることを保障するものとして解釈されており<sup>266</sup>、各人は共同体に参加し、共同体の一員として扱われるために必要な教育の機会や雇用の機会を保障されている。

そのため、社会・経済的に不利な状況が共同体に参加できず、共同体の一員として扱われない程度にまで達している場合には、社会・経済的に不利な状況が不合理な理由により生じたのでなくとも、その状況に置かれている者は共同体に参加し、共同体の一員として扱われるのに必要な教育や雇用の機会を保障される。

しかし、階層に基づく AA は上位の高等教育機関の入学選抜もその実施の範囲に含めており、その機会は共同体から排除されないのに必要な機会の範囲を超えている。この点につき、Fallon は「貧困者を含めて、すべての者が最低限の水準の基本的な教育の機会を受ける権利を有するとしても、Harvard や UCLA といった上位の教育機関に在籍するために、優先的な入学選抜を受ける道徳的な権利はない」と述べる<sup>267</sup>。そして、Fallon は「要するに、自らの才能を実現し、行使する際に、不合理な状況におかれぬ権利とは、上位の教育機関に在籍し、望ましい職種に就く権利を含んでない」のであり、「それに関連する権利は、いくらか競争力の要求されない教育や雇用の機会である」と述べる<sup>268</sup>。

以上のように、Fallon は、社会・経済的に不利な状況にある者は上位の高等教育機関に在籍し、指導的な地位に就く道徳的な権利を有しないとす。しかし、社会・経済的に不利な状況が不合理な理由により生じたのであれば、その状況にある者は、共同体から排除されないのに必要な機会を保障されるだけでなく、既存の評価基準において一定の水準の評価を獲得していれば、優先的な施策によって上位の高等教育機関への入学を許される場合があると考え。階層に基づく AA に対しては、社会・経済的に不利な状況にある者が上位の高等教育機関に在籍し、指導的な地位に就く道徳的な権利を有しないと批判されている。人種に基づく AA に対しては、AA の直接の受益者が受益者たる資格があるのかについて批判が提起されるが、マイノリティのメンバー全員が受益者たる資格がないという批判はほとんど見られない。この違いが生じる理由はどこにあるのか。

Kahlenberg は階層が本人の責任ではないとしており、これに従えば、本

人の責任ではないという点で階層から生じる不利な状況と人種から生じる不利な状況は同じである。双方の違いは、人種が原因となり生じた不利な状況は差別という不合理な理由により生じたものであるが、社会・経済的な地位が原因となって生じた不利な状況は不合理な理由によって生じたものかについて疑問が残るところにある。しかし、人はどの人種に属するのであっても、生まれる環境を選べない。社会・経済的に不利な状況に生まれた者は本人の責任のない不当な理由から資質形成に不利な状況にある。その状況にありながらも、高等教育機関の入学選抜試験で一定の水準を充足した者は、自身の潜在能力を証明している。この者は社会・経済的な理由から資質形成に不利な状況になれば、通常の選抜過程で合格する水準の評価を既存の評価基準で獲得していた、との主張を説得的に展開できる。故に、社会・経済的に不利な状況にありながらも、一定の水準の評価を獲得した者に対し、高等教育機関の入学選抜で優先的に取扱うことは公正である。

しかし、階層に基づく AA によって指導的な職種で試験の点数などについて優先的取扱をするのは公正でない。その職種に就こうとする者は、上位の高等教育機関に在籍しており、資質形成に不利な状況にはない。指導的な職種における階層に基づく AA の直接の受益者は、上位の高等教育機関に入学するまでは資質形成に不利な状況にあったが、その機関に在籍したことで資質形成に不利な状況は改善された。階層に基づく AA の代表的な支持者である Kahlenberg は、階層に基づく AA が実施される文脈として、大卒・院卒者に対する雇用の文脈について言及していない (二章二節二項)。

以上のように、階層に基づく AA は、高等教育機関の入学選抜の文脈において AA の直接の受益者の潜在能力の観点から公正である。ところで、人種に基づく AA では、将来志向の AA の文脈において、偏見の打破やその発生の防止という AA の正当化の議論が展開された。例えば、差別の影響から黒人が 1 人あるいは少数しかいない高等教育機関の教室で AA の賛否について議論した場合に、1 人の黒人がそれに賛成の意見を表明する

と、白人の学生は黒人が AA に賛成だと感じる。AA の賛否について黒人の中でも意見が多様であるが、教室に黒人が少ない状況では白人学生に黒人の意見の多様性を分からせることはできず、偏見が生じる。偏見の打破とそれの発生を防止するためには、一定数の黒人の在籍が必要となり、そのために AA が必要だという議論である<sup>269</sup>。

しかし、階層に基づく AA の直接の受益者は AA によって高い社会・経済的な地位を得ることにより、階層が変わる。階層に基づく AA によって階層が変わった者が元々どの階層にあったのかについては分からず、階層に基づく AA は社会・経済的に不利な状況にある者に対する差別や偏見の発生を防止しない。故に、階層に基づく AA は、偏見の打破や差別の発生防止という観点から正当化の議論を展開できない。

## 第二節 階層に基づく Affirmative Action の限界

階層に基づく AA は、高等教育の入学選抜の文脈と雇用の文脈で実施される。Kahlenberg に依れば、階層に基づく AA が実施される雇用の文脈は高卒者の採用であり、昇進や大卒・院卒者の採用ではない（二章二節二項）。

階層に基づく AA は、資質形成に不利な状況にありながらも、既存の評価基準において一定の評価を獲得し、潜在能力を有すると証明された者に対し、機会の平等を実質的に保障することを目的とする。階層に基づく AA が正当であるか否かの 1 つの焦点は、AA の直接の受益者が資質形成に不利な状況にあるのかどうかにある。各人の状況に差はあるが、在職者は同じ職場で働いている同僚と同じ状況にある。そのため、上の階級に就くために必要な能力を身につけるのに、不利な状況にない。故に、階層に基づく AA は昇進の場で実施されないのである。また、上位の高等教育機関に入学した者は、地位の高い職種に就くのに必要な能力を身につける機会を得たと言える。その者は上位の職種に就く資質を形成するのに不利な状況にない。故に、大卒・院卒者の就職の場では、階層に基づく AA は実施されないのである。

階層に基づく AA によって資質形成に不利な状況にある者は救済できるが、不当な理由から地位の獲得に不利な状況にある者はそれだけではない。資質形成に不利な状況にないが、その能力が公正に評価されていないことから地位の獲得に不利な状況にある者を救済できない。例えば、ある職種の役割を果たす能力のある者に占める黒人の割合と新規採用者や昇進者に占める黒人の割合との間に不均衡があったとする。これは、黒人の能力が不公正に評価されたと言える。というのも、黒人の能力が公正に評価されていれば、有資格者に占める黒人の割合とその地位に新たに就く黒人の割合に不均衡は生じないとも考えられるからである。

## 結章 階層に基づく Affirmative Action の議論のまとめ

人種に基づく AA は、政治的な反対が強まったことや AA への典型的な厳格審査の適用が確立した影響から、維持するのが困難となっていた (三章三節)。これに対し、社会・経済的に不利な状況にある者への救済は誰しもが否定しえないことから、階層に基づく AA は政治的な支持を確立し、さらに、階層に基づく AA は人種中立的な手段であり、階層は疑わしい分類ではないため、典型的な厳格審査は適用されない (三章四節)。また、階層に基づく AA は、人種に基づく AA には及ばないが、何らの優先を実施しなかったときよりも人種的多様性を維持するのであり、人種に基づく AA の維持が困難な状況にあっては、人種に基づく AA の支持者を引きつけており、そのことが階層に基づく AA への政治的な支持をより強固にしている (四章)。そして、階層に基づく AA は、能力主義の観点からの批判に対して、その直接の受益者が潜在能力を有するという観点から回答している。社会・経済的に不利な状況が既存の評価基準における評価の獲得に悪影響を及ぼすことは明白であり、階層に基づく AA による潜在能力の観点からの回答は説得的である (五章一節)。

階層に基づく AA は、人種とは異なり、社会・経済的な地位が二項対立でないため、対象とする範囲の特定が困難であるという問題はあるものの (五章五節)、人種に基づく AA と比べて、説得的に正当化の議論が展開で

きているように思える。社会・経済的に不利な状況にある者が、指導的な職種に就くための資質を形成するために上位の高等教育機関に入学を許可されることは公正であるが、指導的な職種の採用については、その志願者は上位の教育機関の在籍者であり、その地位に就くために必要な資質を形成するのに不利な状況にないため、階層に基づく AA の実施は公正でない (六章一節)。しかし、資質形成に不利な状況になくとも、不当な理由から地位の獲得に不利な状況にある者は存在する。不公正な評価体系に置かれ、自身の能力を公正に評価されていない者がそれに該当するが、階層に基づく AA はこのような者を救済できていない (六章二節)。

最高裁の何人かの裁判官は人種に基づく AA に階層に基づく AA の議論を結びつけていた (三章五節)。人種とともに社会・経済的な状況を考慮すると、過去向きの AA と多様性に基づく AA はどのように考えることが出来るのか。上述のように階層に基づく AA が正当化の議論を説得的に展開できるとされるのは高等教育の入学選抜の文脈であるから、その文脈について考えてみる。

人種に基づく AA には過去向きの AA と将来志向の AA があるが、その直接の受益者が社会・経済的に優位な状況にあるマイノリティであることに変わりはない。そのため、過去向きの AA に対しては、資質形成に影響を及ぼす社会・経済的状況について、差別の影響をほとんど受けていない者が AA の直接の受益者になっていると批判される。過去向きの AA の支持者は、マイノリティであれば誰しもが差別の影響を受けていると主張するが、社会・経済的に優位な状況にあるマイノリティが受ける差別とは、入学選抜試験で高い評価を獲得する資質を形成するのに悪影響を及ぼすものではない (三章三節三項)。これに対し、過去向きの AA の対象者を選抜する際に、社会・経済的な状況を考慮する場合には、AA の直接の受益者は社会・経済的に不利な状況にあるマイノリティとなる。階層に基づく AA では、社会・経済的に不利な状況が不当な理由から生じたものである必要はないが、過去向きの AA では、差別の救済を理由としているため、その状況が差別から生じたのか否かが問題となる。過去に差別を

受けてきたグループに属する者が AA の直接の受益者となった場合には、すべてではないが、その者の社会・経済的に不利な状況は差別という不合理な理由から生じたと考えることができる。もっとも、AA が開始されるようになってから時が経過したことを考えると、過去に差別を受けてきたグループに属する者が社会・経済的に不利な状況にあったとしても、その状況が差別によって生じたと判断するのは困難であるかもしれない。また、移民が増加し、過去に差別を受けてこなかったグループが AA の対象となっているが、それらのグループの社会・経済的に不利な状況にある者が AA の直接の受益者となる場合、それらの者の社会・経済的に不利な状況が差別という不合理な理由によって生じたと主張できない。過去向きの AA に関しては、AA の対象者の選抜の際に社会・経済的な状況を考慮したとしても、正当化するのには困難である。

多様性に基づく AA は、その直接の受益者が社会・経済的に優位な状況にあるマイノリティであることには変わりなく、真に救済の必要な者が AA の直接の受益者となっていないとの批判が提起される (一章二節)。将来志向の AA の対象者を選抜する際に社会・経済的な状況を考慮することで、真に救済の必要な者が AA の直接の受益者となっていないとの批判を回避できる。ただし、将来志向の AA の直接の受益者が社会・経済的に不利な状況に置かれていたとしても、その受益者のすべてが既存の評価基準において評価を獲得するのに不利な状況に置かれていたわけではない<sup>270</sup>。しかし、社会・経済的に不利な状況にある者が、既存の評価基準において評価を獲得する能力を発展させるのに不利な状況にある可能性が高いことに疑いはない。将来志向の AA の対象者を選抜する際に社会・経済的な状況を考慮することは、完全ではないにしても、真に救済の必要な者が AA の直接の受益者になっていないとの批判を回避するのに役立つ。

AA に対する批判の中核は、真に救済の必要な者を救済していないところにある。これを回避するには、不当な理由から地位の獲得に不利な状況にある者を特定する必要がある。以上のように、AA の対象者を選

定する際に、人種に加えて階層を考慮することは、限られた場合ではあるが、不当な理由から地位の獲得に不利な状況にある者を特定し、真に救済の必要な者が直接の受益者になっていないという批判を回避するのに役立つ。

【註】

158 Fallon, *supra* note 16, at 1948.

159 *Id.* at 1948 - 49.

160 DeFunis 判決 Douglass 裁判官反対意見は、階層に基づく AA は「実際には、黒人、チカノ、フィリピン系、アメリカン・インディアンといったグループが主たる受益者になるのは疑いないが、[その受益者は]それらのグループに限定されない」と述べる (416 U.S. at 332)。

Scalia は「おそらくは、[階層に基づく AA といった]施策により利益を受ける者の多く、あるいはそのほとんどは、既存の施策[人種に基づく AA] が排他的に支持している人種的マイノリティのメンバーである」と述べる (Scalia, *supra* note 147, at 156)。

Kahlenberg は「奴隷制と人種分離の結果として過去の経済的な遺産が残存している限りで、黒人は不均衡な割合で貧困であり、階層に基づく優先から不均衡な割合で利益を受ける」と述べる (Kahlenberg, *supra* note 117, at 724)。

161 階層に基づく AA の代表的な支持者である Kahlenberg は、「理論的に重要な施策であり、実施可能な施策であっても、政治的に採択される可能性がなければ、単なる空想のおしゃべりである」と述べている (Kahlenberg, *supra* note 3, at 122)。Kahlenberg は「我が国の共和党の統治形態において実際に用いられる施策を欲する」としており (Ibid)、現在では人種に基づく AA に反対する者への政治的な説得が必要である旨を述べる。

162 Kahlenberg, *supra* note 3, at 46. Kahlenberg は黒人の社会・経済的な地位の向上について以下のことに言及している。1965 年には、黒人は 10 分の 1 しか中間層に属しなかったが、1990 年には黒人の 3 分の 1 が中間

層に属するようになった。1960年代から80年代にかけて、黒人男性が経済的なエリートになる可能性は10倍となった。1967年から1991年の間に、年収50000ドルを得る可能性が黒人に関して2倍以上になった。就業についても、1970年代から1990年の間に、黒人の経営者は138%、黒人の大学教員は45%、黒人医師は64%、黒人の法律家は162%増加した (See *Id.* at 45 - 46)。

この年代における上位の職種での黒人の増加については、「より上位の職種で採用されている黒人の割合は、白人よりも早い速度で増加しているということ、そして、このような上昇が1970年代から80年代にかけて続いていること」が指摘されている (William Julius, *The Truly Disadvantaged: The Inner City, the Underclass, and Public Policy* 75 (1987))。法的および政治的にAAが否定される傾向が1980年から90年代にかけて強まっていったのには、AAが開始されてから、一部の黒人の社会・経済的な地位が上昇したという背景がある。

- 163 Kahlenberg, *supra* note 3, at 102. 黒人がグループとして貧困である証拠として、Kahlenberg は以下のことに言及する。1990年において、黒人の世帯収入の中央値は白人の世帯のその58%である。1990年において、黒人の子供の貧困率 (44.8%) は白人の子供の貧困率 (15.3%) の3倍である (See *Ibid.*)。
- 164 例えば、1995年において、白人世帯の6.8%に比して、黒人世帯の21%が年収10000ドル未満の世帯に属する。しかし、この収入のカテゴリーにある白人の世帯の数は黒人の数の2倍である (Yin, *supra* note 7, at 231 - 32)。
- 165 Fallon, *supra* note 16, at 1947.
- 166 *Id.* at 1933.
- 167 Yin, *supra* note 7, at 249 .
- 168 Kahlenberg, *supra* note 3, at 128.
- 169 Yin, *supra* note 7, at 233. 規格化されたテストにおける点数の黒人と白人との差について、Yin は以下のことに言及する。年収10000ドル未満の世帯では、白人の平均点は977点であり、黒人の平均は798点であ

る。この収入の区分にある黒人の中で同じ収入の区分にある白人の平均点を超えるのは 15% に過ぎない。そして、この収入の区分にある白人の中で白人の平均点を超える人数は、黒人の 5 倍以上である (See *Id.* at 233 - 34)。

潜在能力を有していると判断するのに必要な点数をどの水準にするのかにより、階層に基づく AA の対象となる黒人と白人の比率は異なってくるが、Yin の分析によれば、収入を不利な状況の定義として用いている、階層に基づく AA の対象となる黒人の数はかなり少なくなる。

- 170 *Id.* at 235. Paul Brest と Miranda Oshige は、「優先を付与する唯一の理由が社会・経済的に不利な状況であるならば、ロー・スクールは、おそらくは 10 対 1 から 8 対 1 の比率で、不利な状況にあるアフリカ系アメリカ人の学生に比して、白人の多数の学生を入学させることになる」ということが証明されているとする (Paul Brest & Miranda Oshige, *Affirmative Action for Whom?*, STAN. L. REV. 855, 898 (1995))。Brest と Oshige は、どのような状況が社会・経済的に不利な状況であるのかについて詳細に述べていない。ただ、Brest と Oshige が、階層に基づく AA が圧倒的な割合で白人を利することが証明されていると述べる際に、貧困者の約 45% が白人、30% が黒人、20% がラテン系、4% がアジア系やアリューシャン列島出身者、1% がネイティブ・アメリカンである事実を示しているだけである (*Id.* at 898 n.278)。このことから、Brest と Oshige による社会・経済的に不利な状況とは、貧困であるかどうかだけによって判断されていると考えられる。

171 Kahlenberg, *supra* note 3, at 298 n.66.

172 *Id.* at 165 - 66.

173 *Id.* at 166.

174 もっとも、AA が開始されてから、白人と黒人の間での規格化されたテストにおける評価の差は縮まっていないとの指摘もなされている (Carl Bankston III, *Grutter v. Bollinger: What Foundations?*, 67 Ohio St. L.J.1, 3 - 4 (2006))。

175 Kahlenberg, *supra* note 3, at 167 (emphasis omitted).

- 176 Kahlenberg, *supra* note 117, at 728.
- 177 Kahlenberg, *supra* note 3, at 165 (citation omitted).
- 178 *Ibid.*
- 179 *Id.* at 128. Kahlenberg は人種的多様性の達成ではなく、真に不利な状況にある者への救済の付与に関心がある。Kahlenberg は、貧困な黒人と貧困な白人の総体的な違いを反映するように階層を定義しようとしているのではなく、真に不利な状況を明らかにしようとしているのであり、結果として、そのような状況に黒人が不均衡な割合を占めると言っているのである。
- 180 *Ibid* (citation omitted).
- 181 *Ibid.*
- 182 *Id.* at 130 (citation omitted).
- 183 *Id.* at 130.
- 184 See *Ibid.*
- 185 *Id.* at 128.
- 186 *Id.* at 132.
- 187 *Id.* at 133.
- 188 法的な人種分離が廃止されて以降、事実上の人種分離が問題となり、その解消のために様々な取組がなされた。初・中等学校における人種分離の解消のために、生徒の割当に人種を考慮する施策などはその例であり、現在でも裁判で問題とされている (三章三節三項)。事実上の人種分離解消の取組がなされる背景には、黒人をはじめとする人種的マイノリティが在学者の貧困率の高い学校に在籍し、結果として学力が低くなるという現状がある (Kahlenberg, *supra* note 3, at 169, 214 n.43)。
- 189 Kahlenberg は『『質』により学校を順位づけるのは不可能であるように思われるが、エリート大学の入学選抜の担当者は、様々な高校について詳細な知識を有している』と述べる (*Id.* at 133 (citation omitted))。California 大学 Berkeley 校は、卒業率の低い高校の卒業生に特別な考慮を与えている (*Ibid.*)。
- 190 *Id.* at 134 (citation omitted).

191 See *id.* at 218 n.21.

192 See *Ibid.*

193 Fallon は、AA は利益と伴にその費用が考慮されなければならない、とする。Fallon は、その費用には、「特定の志願者の背景への詳細な調査の費用と〔地位の役割の〕将来における遂行とその背景との関連を評価する費用」が含まれる、とする (Fallon, *supra* note 16, at 1933)。Fallon は「ある文脈においては、〔志願者の背景への〕詳細な調査が既に実施されており、上位の教育機関での入学選抜がその例であり、志願者の経済的な背景を調べるのに追加的にかかる費用は比較的わずかである」とする (*Id.* at 1933 - 34)。しかし、Fallon は「他の文脈においては、そのような調査の費用は、メリットに基づく選抜をわずかながらに改善するに過ぎない利益を正当化するのには、あまりにも大きい」と述べる (*Id.* at 1934)。志願者の背景への詳細な調査に非常に費用がかかるとする他の文脈について Fallon は具体的に述べていないが、志願者の背景への詳細な調査が困難な文脈も存在すると考えられる。

194 Christopher Jencks は「黒人と白人の親が、学歴、社会的な地位、収入、家族構成について同じであっても、白人の子供が規格化されたテストにおいてよりよい成績を取めている」と述べる (Christopher Jencks, *Rethinking Social Policy, and the Underclass* 138 - 39 (1992))。Jencks に依れば、その違いは、平均的に、黒人が質の悪い学校に在籍しているということ、黒人に対する教員の態度からいくらか説明される、とされる (*Id.* at 140)。Jencks はそれらの理由に加えて、「同じ社会・経済的な背景の出身である黒人と白人は、彼らが学校に入ったときに、〔黒人と白人とで異なる卒業後の〕到達点を知っている」ことが、その違いを引き起すことになる、とする。親の学歴、社会的地位、収入、家族構成、在籍する学校の質といった要素は、階層に含めることができる。しかし、Jencks が最後に挙げた理由については、階層によっては黒人と白人の違いを反映させることはできないのであり、この違いを反映させるためには優先の要素として人種を考慮することが必要となる。

195 Yin, *supra* note 7, at 235 - 36 (citation omitted).

196 *Id.* at 236.

197 *Ibid.*

198 *Id.* at 242.

199 *See Id.* at 243.

200 *See Id.* at 234 - 35.

201 *Id.* at 244 (citation omitted).

202 *Ibid.*

203 Yin は、Texas 大学と California 大学を例に挙げて以上の主張を論証する。Texas 大学の人種を意識する入学選抜施策の市民権法違反と違憲性が問題とされた、Hopwood 事件の一審 (78 F.3d 932 (1996)) において、人種に基づく AA が違憲だと判断された後、当該ロー・スクールは人種に基づく AA を廃止し、階層に基づく AA を採用した。判決の翌年、当該ロー・スクールには、黒人学生が 11 人だけ入学を許可された。Texas 大学ロー・スクールは一学年約 500 人で構成されており、11 人全員が進学を選択したとしても、学年の 2% を超えるに過ぎない。結果として、3 人だけが進学を選択した。11 人のうち 1 人は Texas 大学に問い合わせ、その時に進学を決定している黒人の学生が自分 1 人であることを聞いた後、考えを変えて他の学校へ進学した。

1996 年に、California 州では住民投票により人種に基づく AA の廃止が決定した。California 大学ロー・スクールは、人種に基づく AA を廃止し、階層に基づく AA を実施した。1997 年の入学選抜において、当該ロー・スクールは 14 人の黒人に入学を許可したが、全員が他の学校へ進学した。そのことについて語ったマイノリティの学生は、どれくらいの数の黒人に入学が許可されていたのかについて自身が知りたがっていたこと、進学した場合に、自身が唯一の黒人になるのではないかと懸念していたこと、を述べた。また、当該ロー・スクールに進学しなかった者は、入学許可者のレセプションの日に、黒人が少なく、人種に基づく AA の禁止が自らの判断に決定的な影響を及ぼした、と述べている。ラテン系についても、入学を許可された 48 人のうち、当該ロー・スクールへの進学を選択したのは 18 人にすぎない (Yin, *supra* note 7, at 244 - 45)。

Yin は「Texas 大学と California 大学の経験に基づくと、人種に基づく AA を階層に基づく AA にとって替わらせた学校は、伝統的な AA を存続させている学校へとマイノリティの学生を流出させる危険を冒す」と述べる (Id. at 245)。

204 Id. at 245.

205 California 大学 Berkeley 校では、人種に基づく AA を実施していた 1994 年において、黒人は入学者の 6.4% を占めていた。人種に基づく AA が廃止され、階層に基づく AA が実施された場合には、その割合は 1.4 ~ 2.3% に低下する。いずれの種の AA を実施しなかった場合には、0.5 ~ 1.9% に低下する、とされる (Fallon, supra note 16, at 1947 - 48)。

206 Id. at 1923.

207 See Grutter, 539 U.S. 306, 315 (O' Connor J jointed by Stevens, Souter, Ginsburg & Breyer JJ., majority opinion).

208 Louis P. Pojman, *The Moral of Status of Affirmative Action in Affirmative Action : Social or reverse discrimination ?* 176, 191 (1997).

209 See DeFunis v. Odegaard, 416 U.S.312, 341 (Douglass J., dissenting opinion ) (1974) ; Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265, 365 - 66 (Brennan J jointed by White, Marshall & Blackmun JJ., opinion) (1978).

210 See Kahlenberg, supra note 3, at 18.

211 註 84 参照。

212 Robert K. Fullinwider, THE REVERSE DISCRIMINATION CONTROVERSY 85 (1982).

213 539 U.S. at 338 (O' Connor J jointed by Stevens, Souter, Ginsburg & Breyer JJ., majority opinion).

214 Louis P. Pojman, *The Moral of Status of Affirmative Action in Affirmative Action : Social or reverse discrimination ?* 176, 192 (1997).

215 拙稿前掲 (8) 三章二節一項。

216 Kahlenberg, supra note 3, at 171.

217 Ibid (citation omitted).

218 Ibid.

- 219 438 U.S. at 314. Bakke 判決 Powell 裁判官意見は学生組織に利益をもたらす特有の背景として、文化的に不利な状況にあることを挙げており、社会・経済的に不利な状況が地位の役割の遂行に役立つ要素であるとしている。しかしながら、Bakke 判決 Powell 裁判官意見は、学生構成の多様性が AA の正当化理由であるとする際に、差別を意識していない。このことは、Bakke 判決 Powell 裁判官意見が、学生組織に利益をもたらす背景として、文化的に優位な状況を挙げていることから明らかである。Bakke 判決 Powell 裁判官意見は、マイノリティに不利益を及ぼす危険性を内包している。
- 220 Fallon, *supra* note 16, at 1932. Randell Kennedy もまた、階層が各人の見解を形成するのに重要な変数となるとする。Kennedy は、マイノリティは階層に関係なく差別の経験があるとの理由から、差別の問題に関して共通した観点を有するとし、マイノリティの間での階層に基づく見解の相違についてほとんど意識しない見解に対して (Mari Matuda, *Looking to The Bottom : Critical Legal Studies And Reparations*, 22 HARV. C.R.-C.I. 1.REV. 323 (1987))、その見解が「人種的な犠牲を装って、65000 ドルの給与を得ている中間層の法学教授と、失業しゲッターに囚われている黒人とをひとまとめにしている」と批判し、「奴隷制の時代や法的な人種分離 [ が実施されていた ] 時代でさえも、人種的な抑圧の構造と経験は、黒人の共同体の階層ごとに様々であった」と述べている (Randell Kennedy, *Racial Critique of Legal Academia*, 102 HARV.L.REV 1745, 1782, 1783 (1989))。
- 221 Fallon, *supra* note 16, at 1937.
- 222 Ibid.
- 223 Id. at 1932.
- 224 Ibid.
- 225 黒人をはじめとするマイノリティが既存の評価基準において非マイノリティよりも高い評価を獲得できないのは、既存の評価基準がマイノリティに対して文化的にバイアスがかけられているからだと主張が、ときとしてなされている。確かに、「文化から解放されている社会は存在

せず、あらゆる行為がある一定の文化の中にあるため、[地位の役割の] 遂行を予測しようとする試みは、ある特定の文化の文脈で生じること を予測する」のである (Thomas Sowell, *Race and Culture* 179 (1994))。このことから、Kahlenberg は、「規格化されたテストは、重要であるすべての事柄～創造性、特性、指導性～を測るものではなく、「良き法律家、医師、企業人となる者を確実に予測するわけではない」と認める (Kahlenberg, *supra* note 3, at 157)。しかし、Kahlenberg は「誰かが [確実に予測できる] テストを考案するまで、我々は何とかやっていき、我々が有することを持って、我々ができる最良のことを行うのである」と述べて、既存の評価基準によって能力を測ることが現時点で可能な最良なことであるとしている (Id. at 157 - 58)。

226 拙稿「Affirmative Action と平等保護」東北法学 31 号 107 頁 (2008) 二章参照。

227 See Yin, *supra* note 7, at 243.

228 Id. at 234 - 35.

229 Id. at 249.

230 Robert Klitgaard, *Choosing Elites* 174 (1985).

231 Id. at 175.

232 例えば、ロー・スクールにおいては、黒人の卒業生は白人の卒業生よりも一回目の司法試験に落ちる確率が高く、学習の達成度が低いとの指摘もなされている (Carl Bankston III, *Grutter v. Bollinger: What Foundations?*, 67 Ohio St. L.J.1, 10 (2006))。AA が能力主義に反するとの批判には、このような背景がある。

233 Yin, *supra* note 7, at 249.

234 See Id. at 249 - 50.

235 Id. at 250.

236 Ibid.

237 Kahlenberg, *supra* note 3, at 180.

238 Ibid.

239 Yin, *supra* note 7, at 250 - 51.

240 DeFunis 判決 Douglass 裁判官反対意見は、人種を優先の区分として用い

る場合には、社会・経済的な状況を結び付けて考慮しなければならないとの立場を採っており、「[差別により不利な社会・経済的な状態に置かれている] 黒人志願者がロー・スクールの初年度、あるいは[在学する] 3年間でさえも、自らの能力を示すことができなかつたとしても、長きにわたる法的職業の中でのその者の業績は、伝統的な基準によって優秀であると早い段階で示した同級生をはるかにしのぐ」と判示する(416 U.S. at 331)。Douglass 裁判官反対意見がこのように判示しているのは、AAにより入学した者の在学中の成績が良くないことを考慮してのことであろう。

241 Morton, *supra* note 106, at 1127.

242 *Ibid.*

243 *Id.* at 1128. この点について、Stephen L. Carter は以下のように述べる。「この点はときとして見過ごされているが、大学の入学選抜の分野における人種や階層に基づく AA の消滅は、最も不利な状況にある白人を助けない。というのも、最も不利な状況にある黒人と同様に、彼らは高等教育を受けられる境遇にないからである。…最高裁が優先的な入学選抜に制限を課すとき、現実の勝利者はこの国で経済的あるいは教育的に優位な状況にある者であった。」(Stephen L. Carter, *Affirmative Action Baby* 80 (1996)) Carter は AA に否定的な見解を採る保守派として知られるが、その Carter でさえ、以上のように認識していることに Morton は注目している (Morton, *supra* note 106, at 1128)。

244 *See id.* at 1127.

245 Scalia, *supra* note 147, at 154.

246 Morton, *supra* note 106, at 1127 - 28.

247 *Johnson v. Transportation Agency of Santa Clara County*, 480 U.S.616 (1987). 当該判決における AA と能力主義との関係について考察した文献として、中林暁生「アフーマティヴ・アクションとメリット」辻村みよ子編『世界のポジティブ・アクションと男女共同参画』（東北大学出版会、2004）321頁参照。

248 *Id.* at 641.

- 249 *Id.* at 674 (emphasis omitted).
- 250 *Id.* at 675.
- 251 *Id.* at 641 n.17.
- 252 480 U.S. at 675.
- 253 ただし、Scalia 裁判官は、当該判決で問題とされた施策が社会・経済的に不利な状況にある者を犠牲にしたことを批判している (*Id.* at 677)。
- 254 Kahlenberg, *supra* note 3, at 100.
- 255 *Ibid.* (citation omitted).
- 256 Yin, *supra* note 7, at 252.
- 257 *Ibid.*
- 258 *Ibid.*
- 259 *Ibid.*
- 260 Kahlenberg, *supra* note 3, at 84.
- 261 *See Id.* at 86 - 87.
- 262 *Id.* at 88.
- 263 *Id.* at 90. この点について、Morton も以下のように述べる。「社会は、伝統的にしてこなかったやり方で貧困者を見るようにすべきである。我々は、アメリカの貧困者が自らの選択で貧困になったという浸透している態度を止めるべきである。無一文の者が金持ち（あるいは中間層）になるのは、アメリカでは望みが薄い。」(Morton, *supra* note 106, at 1139) .
- 264 Fallon, *supra* note 16, at 1941 - 42.
- 265 *Id.* at 1942.
- 266 拙稿前掲 (226) 三・四章参照。
- 267 Fallon, *supra* note 16, at 1942.
- 268 *Ibid.*
- 269 拙稿 (8) 三章四節参照。
- 270 この点につき、Fallon は以下のように述べる。「貧困に伴う不利な状況のすべてが、貧困が原因となり、それによって構成されたのではない。貧困、あるいは極度に貧困な状況にあるかもしれないが、良き個性を力強く発展させる環境で育った者もいる。対照的に、貧困のうちに育って

アメリカにおける階層に基づく (class-based) Affirmative Action の正当性 (二) (茂木洋平)

いないが、貧困に共通して関連する最も不利な状況のうちのいくつかに直面する者もいる。」(Fallon, *supra* note 16, at 1926) .

[付記] 本稿は東北大学博士学位論文「Affirmative Action の正当化法理 - アメリカの判例と学説を中心に - 」(2010年9月学位授与)の第六章「階層に基づく Affirmative Action」に加筆・修正を加え、ひとつの論稿としてまとめたものである。

(もぎ・ようへい 桐蔭横浜大学法学部講師)