

【論説】

アメリカにおける階層に基づく (class-based) Affirmative Action の正当性 (一)

茂木 洋平 著

— 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 反貧困策との区別

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

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

第一項 既存の評価基準の重視

第二項 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

(本稿は第三章、五節、三項まで)

序章 問題の所在

本稿の目的は、アメリカの Affirmative Action (AA)¹ をめぐる議論の中でも、社会・経済的に不利な状況にあることを理由に優先を与える階層に基づく (class-based) AA に関する議論を考察し、その利点と問題点を明らかにすることにある²。

アメリカでは人種に基づく AA が問題とされ、従来、それは過去の差別の救済を理由に正当化されてきた。しかし実際には、AA の直接の受益者のほとんどは社会・経済的に不利な状況にない者であり、社会・経済的に差別の影響をほとんど受けていなかった。これが一因となり、過去の差別の救済を理由に AA を正当化するのは困難になった (一章一節)。そのため、将来の利益の達成を理由に AA を正当化する将来志向の AA が注目を集めるようになった。将来の利益は、主に多様性のもたらす利益として主張された。多様性に基づく AA の関心は人種的多様性にあり、社会・経済的状況にはない。故に、その直接の受益者が社会・経済的に不利な状況にないという点で、過去向きの AA と変わらない。社会・経済的に不利な状況は、高等教育機関に入学するための資質や

指導的な地位に就くための資質を形成するのに不利な影響を及ぼすが、AA の直接の受益者はこの状況にはない。そのため、過去の差別の犠牲者が AA の直接の受益者になっていないという過去向きの AA に向けられた批判は、不当な理由から地位の獲得に不利な状況にある、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に形を変えて、多様性に基づく AA に向けられる (一章二節)。

人種に基づく AA は、過去向きあるいは将来志向であっても、その直接の受益者の多くが社会・経済的に優位な状況にあるマイノリティである限り、AA に向けられた批判から免れることはできない。如何にしたら、そのような批判を回避できるのか。本稿はその点について検討するために、階層に基づく AA に着目する。

階層に基づく AA とは、不利な社会・経済的状況にある者の中でも、既存の評価基準において一定の評価を獲得した者に対し、地位の選抜の際に優先を付与する施策である。社会・経済的に不利な状況は、地位の獲得に必要な資質を形成する際に、不利な影響を及ぼす。階層に基づく AA の支持者は、資質形成に不利な状況にありながらも既存の評価基準で一定の評価を獲得した者は、その状況になれば、通常の選抜過程で地位を獲得できる潜在能力を有していることを証明している、と主張する。人種に基づく AA は各人の社会・経済的な状況を考慮していないために、その直接の受益者は社会・経済的に不利な状況にないマイノリティとなり、AA の反対者からは資質形成に不利な状況にない者が直接の受益者になっていると批判される。階層に基づく AA はこの批判に答えるひとつの方法である。

階層に基づく AA は、1960 年代において市民権運動の指導者や当時の大統領によって支持されており、その後、リベラル派の支持は人種に基づく AA に移行したが、人種に基づく AA の維持が法的および政治的に困難になった 1990 年代に再び注目を集めた。階層に基づく AA は、その直接の受益者が社会・経済的に不利な状況にあり、人種に基づく

AA に伴う問題点を回避できるが、階層に基づく AA には問題もある。

本稿では、以下の手順により階層に基づく AA の利点とそれに伴う問題点について考察を進める。まず、階層に基づく AA が主張されるようになった理論的背景を明らかにするために、過去向きの AA と多様性に基づく AA の理論的問題につき概観する (一章)。次に、階層に基づく AA の法的な性質について考察する (二章)。そして、1960 年代にリベラル派により支持されていた階層に基づく AA が 1990 年代に再び注目を集めるようになった経緯を概観することで、階層に基づく AA の利点について明らかにする (三章)。階層に基づく AA の支持者は、その利点として、人種に基づく AA により達成される人種的多様性のある程度維持すると主張するが、階層に基づく AA は人種的多様性を維持しないとの批判も提起される。双方の主張を検討することで、階層に基づく AA が人種的多様性を維持するののかについて考察する (四章)。階層に基づく AA は人種に基づく AA と同じく、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ことがあり、階層に基づく AA に対しても能力主義の観点からの批判が提起される。故に、階層に基づく AA が能力主義と如何なる関係にあるのかについて考察する (五章)。階層に基づく AA は人種に基づく AA で生じた問題を回避できているが、それには問題と限界がある。階層に基づく AA に如何なる問題があるのかにつき、明らかにする (六章)。最後に、一～六章で考察した議論についてまとめ、階層に基づく AA をめぐる議論が示唆することについて示す (結章)。

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

憲法の保障する平等のひとつの意味は、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ことである。即ち、各人が、自身の生来の才能を十分に発展させることができるようにすることである。³

従来、人種に基づく AA は過去の差別の救済を理由に正当化されてきた。過去の差別の救済を理由に AA を正当化する、過去向きの AA は、過去の差別の影響によって自身の生来の才能を十分に発展させることができない者に対して、過去の差別の影響を是正することで、形骸化した機会の平等を実質的に保障し、実質的平等の達成を目的としている。過去向きの AA は、過去の差別の影響がマイノリティを不利な資質形成環境に置いてきたという前提に立つ。

例えば、⁴Bakke 判決 Brennan 裁判官意見はその前提に立つ。

California 大学 Davis 校メディカル・スクールは入学定員枠 100 のうち 16 をマイノリティに留保していた。そのため、別枠で合格となったマイノリティよりも試験の点数の良い白人志願者である Allan Bakke が不合格となった。Bakke は修正一四条および市民権法違反を理由に提訴した。Bakke 判決では、最高裁は、メディカル・スクールの入学選抜施策で人種を考慮することができ、当該判決で問題とされたクォータ制が合憲だとする Brennan 裁判官 (White, Marshall, Blackmun 裁判官同意) と、メディカル・スクールの入学選抜施策において人種を考慮することは許されず、当該判決で問題とされたクォータ制は市民権法に違反するとする Stevens 裁判官 (Burger, Stewart, Rehnquist 裁判官同意) のグループで意見が分かれ、どちらのグループにも属さない Powell 裁判官が、クォータ制は違憲だが、入学選抜判断で人種を一要素として考慮できるとの判決を下した。

Brennan 裁判官意見は、「我々が示したように、通常の入学選抜過程の下でマイノリティが Davis 校医学部に入学する資格がないようにしたのは過去の差別のせいであり、それ故、浸透した差別がなければ、被上訴人 [Allan Bakke] は Davis 校の特別な入学選抜施策がなかったとして

も、入学する資格がなかっただろう、というひとつの合理的な見込みが存在する」と判示する⁵。Richard D.Kahlenberg に依れば、Brennan 裁判官意見は「過去に差別がなければ、それらのマイノリティの志願者は Bakke をメリットに基づいて打ち負かしていたため、[Bakke は自身の権利が侵害されたと] 主張できない」としている⁶。

Bakke 判決 Brennan 裁判官意見の主張は、AA の直接の受益者は AA により地位の獲得を否定された者よりも潜在能力を有する、というものである。この主張には、AA の直接の受益者が資質形成に不利な状況にあったということが前提にある。しかし、上位の高等教育機関の入学枠や社会的に地位の高い職種では、地位を獲得するのに既存の基準における評価が相当に必要となるが、AA の直接の受益者のほとんどは経済・教育的に不利な状況にはない。例えば、大学の入学選抜試験では、親の経済状態によって点数の差が出る⁷。故に、AA の直接の受益者のほとんどは、不利な資質形成環境にない。

これに対し、マイノリティであればその社会・経済的地位に関係なく誰しもが被る不利益があり、それがマイノリティを不利な資質形成環境に置いているとの主張もある。しかし、そこで挙げられている種の不利益は、ローンや保険などにおける差別的取扱であり、既存の評価基準における評価を引き下げる直接的な原因ではない(三章三節三項)。

AA に反対する主張の主たる焦点のひとつは、AA の直接の受益者のほとんどが経済・教育的に差別の影響を受けておらず、資質形成に不利な環境にないことにある。資質形成に不利な環境にない者が AA の直接の受益者となるのに、AA の直接の受益者が差別がなければ資質形成に不利な環境に置かれず、既存の評価基準においてさらに高い評価を獲得していた、と主張するのは困難である。最高裁の裁判官の多数は、過去の差別の救済により AA を正当化するには、AA の直接の受益者が差別の事実上の犠牲者であることが相当程度明確でなければならないと考えており、過去の差別の救済により AA を正当化するのは困難となった⁸。

第二節 多様性に基づく Affirmative Action への批判

過去向きの AA の正当化が困難となったことから、将来の利益の達成により AA を正当化する、将来志向の AA が注目され、将来の利益とは、主に、人種的多様性がもたらす利益として主張された。そして、高等教育機関の入学選抜の文脈において、多様性の価値は典型的な厳格審査 (strict scrutiny)¹⁰ の下で、最高裁の多数の裁判官により AA の正当化理由として認められた¹¹。現在では、過去の差別の救済を理由に AA を正当化するのが困難なことから、AA の正当化理由は多様性の価値を中心とする、将来の利益の達成に移行している。

先述のように、憲法における平等保障のひとつの意味は、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ことである。即ち、各人が、自身の生来の才能を十分に発展させることができるようにすることにある。しかし、多様性に基づく AA は、各人に対して形骸化した機会の平等を保障し、実質的平等を達成することに関心がないのではないかと批判される。

Kahlenberg は以下のように述べる。「人種的多様性の理論は、機会の平等に関心があるということをお口にさえ出していないため、グループの結果の平等を意図している。多様性の理論の下では、選抜過程が完全に公正であったとしても、文化的な理由から、あるグループが問題とされた地位において均衡のとれた数を占めていなければ、その過程は傷つけられている。…加えて、この種の多様性が求めるものは、経済的なものよりも人種的なものであるため、真の機会の平等に接近すること [を内包している] 方法すら与えていない。大学が高収入の黒人、アジア人、ラテン系、ネイティヴ・アメリカン、白人で充足された場合には、人種的多様性は充足される。」¹²

上記の引用箇所において、Kahlenberg は、多様性に基づく AA は機会の平等に関心がないと批判している。この批判は、多様性に基づく AA が社会効用論に理論的根拠を置く場合には妥当する。社会効用論は、人種的多様性が必要な理由について、人種的多様性が社会全体に利益をもたらすことにのみ関心があるからである。Kahlenberg は、多様性に基づく AA がその理論的根拠を社会効用論に置いていると考えている¹³。しかし、最高裁が AA の正当化理由として認める多様性の価値は、その理論的根拠を社会効用論に置かず、分配的正義論に置く。分配的正義論に理論的根拠を置く、多様性に基づく AA は、あるグループがある分野で過小代表であるとスティグマが生じ、スティグマの害悪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ことになるとの理解から人種的多様性が必要であると考えている。最高裁において AA の正当化理由として認められる多様性の価値が、過去の差別の救済と将来における差別の発生の防止を意識している¹⁴。多様性に基づく AA は、各人が生来の才能を十分に発展させることを保障することに関心があり、Kahlenberg による批判は妥当でない。

しかし、Kahlenberg による多様性に基づく AA への批判には重要な点がある。Kahlenberg は、多様性に基づく AA が真の機会の平等に関心がないと批判する理由として、「大学が高収入の黒人、アジア人、ラテン系、ネイティブ・アメリカン、白人で充足された場合には、人種的多様性は充足される」ことに触れていた。AA の正当化理由を過去の差別の救済としても、多様性の価値としても、AA 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り、社会・経済的に不利な状況にあるマイノリティが AA の直接の受益者とならないことに変わらない。このことは過去向きの AA にとって致命的な事実となったが、多様性に基づく AA にとっても意識せねばならない事実である。

過去向きの AA は、AA 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ったことから、差別の影響をほとんど受けてい

ない者が AA の直接の受益者となるとの批判を受けた。過去向きの AA の支持者は、社会・経済的な地位にかかわらず、マイノリティはマイノリティであるが故に差別の影響を受けているとの理由から、その批判に応えようとしたが、法的にも政治的にも成功していない（三章三節）。

多様性に基づく AA は過去の差別を意識しないこともできるため、過去の差別の影響をほとんど受けていない者が AA の直接の受益者となるという批判を回避できる。しかし、その批判は、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いう批判に形を変えて、多様性に基づく AA に向けられる。多様性に基づく AA は、グループ全体に発生する差別を防止するために人種的多様性が必要であるとの理由から、社会・経済的に優位な状況にあるマイノリティへの利益の付与を正当化するだろう。多様性に基づく AA は、社会・経済的に不利な状況にあるマイノリティが AA から直接に利益を受けなくても、人種的多様性の達成により将来における差別の発生が防止されることで、それらの者に対して、機会の平等が形骸化するのを防止し、実質的平等を保障すると理解している。しかし、人種的多様性の達成により人種的偏見の発生を防止できるとしても、社会・経済的に不利な状況に置かれているマイノリティはその社会・経済的状況から機会の平等が形骸化させられ、実質的平等が保障されていない。多様性に基づく AA は、不利な状況にあるマイノリティに対して、十分な関心を払っていない。

多様性に基づく AA もその直接の受益者が社会・経済的に不利な状況にないことに変わりない。過去の差別の影響をほとんど受けていない者が AA の直接の受益者となっているという、過去向きの AA に対して向けられた批判は、不当な理由から地位の獲得に不利な状況にない者が AA の直接の受益者となっており、真に救済の必要な者が救済されていない、との批判に形を変えて将来志向の AA に向けられる。

この批判を回避する試みとして、階層に基づく AA が登場した。階層

に基づく AA は各人の社会・経済的な状況に基づき、AA の対象者を判断するため、その直接の受益者は社会・経済的に不利な状況にある。以下、階層に基づく AA をめぐる議論につき考察する。

第二章 階層に基づく Affirmative Action の性質

第一節 反貧困策との区別

人種に基づく AA は、優先の対象を人種により判断し、社会・経済的に優位な状況にあるマイノリティもその対象となる。他方、階層に基づく AA は、優先の対象を社会・経済的地位により判断し、社会・経済的に不利な状況にある者を優先の対象とする。ここで、階層に基づく AA は反貧困策と異なるのか、といった疑問が生じる。階層に基づく AA の目的は、各人が自身の生来の能力を十分に発展させることができるようにすることにある。¹⁵ 階層に基づく AA は、社会・経済的に不利な状況が各人の生来の能力の十分な発展を阻害している原因だと考え、そのような状況にある者を優先の対象とする。他方、反貧困策の目的は、自身の生来の能力を十分に発展させることができるようにすることにある。反貧困策は、社会・経済的に不利な状況が各人の生来の能力の十分な発展を阻害している原因だと考え、社会・経済的に不利な状況にある者に利益を付与する。この点で、両者は同じである。

しかし、Richard H. Fallon Jr は、階層に基づく AA と反貧困策は区別できるとする。Fallon は「この区別はある場合にはぼやけるが、教育の機会や職業の機会といった財を分配するときでさえも、反貧困策はいくつかの重要な点で [階層に基づく] AA とは典型的に異なる」と述べる。¹⁶

Fallon は、階層に基づく AA と反貧困策の違いについて、「反貧困策は、

ほぼ必要性だけに基づいて貧困者を支援しようとしてお」り、「メリットに基づく評価は二次的な関心である」と指摘する¹⁷。アメリカでは、食糧、医療、住居、教育の機会、職業訓練等々に関わる多くの反貧困策が実施されてきた¹⁸。反貧困策が問題としてきた利益は、最低限の教育、医療、栄養、住居、地位の役割の遂行にあまり高い能力を要求しない雇用機会、といった人間が生活する上で最低限必要だと思われる基本的な財である。このような利益の分配は、それを必要としているか否かによって判断され、メリットに基づいて判断されない。他方、階層に基づく AA が問題とする利益は、政府契約、地位の役割の遂行に高い能力を要求する教育や雇用の機会といった希少な機会の分配に関わる（二章二節）。これらの機会は必要性に基づいて分配されず、AA はメリットに基づいて利益を分配する。Fallon の指摘のように、階層に基づく AA は、「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、少なくとも代わりとなる志願者と事実上同等の遂行をする、との期待を保障する場合にだけ」利益を付与する¹⁹。そのため、階層に基づく AA は「潜在能力を特定できない、優先の対象となる [グループに属する] 志願者に対しては、利益の付与を否定する結果をときとしてもたらず。」²⁰

以上のように、Fallon は、階層に基づく AA と反貧困策の違いとは、地位や利益を付与する者の選抜の際に、メリットか必要性のどちらに基づくのかにある、とする。Fallon による階層に基づく AA と反貧困策との区別は、階層に基づく AA の代表的な支持者である Kahlenberg によっても採られている。Kahlenberg は、階層に基づく AA を実施する際に、各人が生来の才能を十分に発展させられる制度の提供という目的をしっかりと念頭に置くべき旨を述べる²¹。Kahlenberg は、各人の生来の才能の十分な発展を妨げている原因は、社会・経済的に不利な状況にあると考える。しかし、Kahlenberg は「様々な障害にかかわらず、個人が首尾よく行為をこなした場合、その者は非常に才能があり（を有しているか）、

非常に努力したのであり、それ故、その者は優先を受けるに値する」と述べる。²² Kahlenberg は、階層に基づく AA により利益を受ける者は、社会・経済的に不利な状況にあるだけでなく、社会・経済的に不利な状況にありながらも、ある一定の評価を獲得している者である、とする。階層に基づく AA の目的は「[階層に基づく AA によって地位を受けるに値する]特別な価値を有する者を明らかにする」ことにあり、「それは、その者達が深刻な障害に直面しながらも、比較的成功的なことを理由に」判断される。²³ Kahlenberg は、階層に基づく AA は、反貧困策のように「不利な状況にある者への施しではなく、努力した場合に自身 [の才能] を証明する可能性を与える」ものだとし、²⁴ 階層に基づく AA と反貧困策とを区別する。

第二節 どの文脈で実施されるのか

Kahlenberg に依れば、階層に基づく AA は高等教育の入学選抜の文脈、採用段階における雇用の文脈、公共契約の文脈で実施される。以下、各々、項を改めて見ていく。

第一項 高等教育機関の入学選抜

Kahlenberg は「我々が結果の平等よりも、真の機会の平等の付与を試みる場合、階層に基づく AA は比較的人生の早い時期の『能力主義を危険にさらす時点』で強力な力を持って適用する」と述べる。²⁵ 階層に基づく AA は各人が自身の生来の能力を十分に展開できるようにすることを目的とし、Kahlenberg に依れば、「大学に志願、あるいは職業の応募段階にある 10 代後半の者にとって経済的に不利な状況にあることは、彼らの失敗などではなく、彼らの真の潜在能力を隠す」ことになる。²⁶

Kahlenberg は、階層に基づく AA が大学や専門職大学院の入学選抜の場で実施できると述べており、その理由について、志願者が若く、その志願者の置かれている社会・経済的な状況が本人の責任ではなく、「大学が志願者の背景にある財産に関する情報にアクセスしている」ことを挙げる²⁷。そして、Kahlenberg は「大学と大学院は、現在では、多くの点で出世する者とそうでない者とを判断する門番であるから、階層に基づく AA の多くの議論は大学の入学選抜に焦点を当てている」と述べる²⁸。

高等教育機関では、階層に基づく AA が実際に実施されている²⁹。しかし、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において獲得している評価が低いため、能力主義の観点から批判される。そのため、Kahlenberg は、階層に基づく AA が高等教育機関の入学選抜の文脈で実施される場合には、階層に基づく AA の直接の受益者と AA なしに地位を獲得した者との既存の評価基準における差を縮めておくために、「第一学年の始まる前のサマープログラムといった救済的な何らかの施策を伴うことが必要である」とする³⁰。さらに、Kahlenberg は、高等教育の入学選抜の文脈で階層に基づく AA が効果的に実施されるためには、社会・経済的に不利な状況にある者を入学させる動機づけを大学に与える必要がある、とする³¹。社会・経済的に不利な状況にある者は授業料を負担する資力が乏しく、大学に寄付をする資力などないからである。社会・経済的に不利な状況にある者を入学させることで政府からの支援が増額されれば、階層に基づく AA は効果的に実施される³²。

第二項 雇用

先述のように、Kahlenberg は、階層に基づく AA が入学選抜だけでなく雇用の場でも実施されうる、と述べていた。ただし、Kahlenberg は、「使

用者は応募者の「社会・経済的な」背景に必ずしもアクセスしないため、大学の入学選抜よりも採用段階での「階層に基づく」優先の適用はいくらか困難である」とする。しかし、「階層に基づく優先を大学の入学選抜に限定することは、高校からすぐに就職するすべての者を無視すること」になる。³⁴「大学は、上層への流動性の鍵となるため、大学の入学選抜における優先の付与は必須であるが、優先は採用段階で適用されるべき」としている。³⁵

上記のように、Kahlenberg は、階層に基づく AA は採用段階で実施されるべきとし、昇進の段階の AA には触れていない。これは、採用者はすべて同じ階層となり、同じ機関の就業者間では社会・経済的な状況に差はなく、資質形成環境に差が生じないことにある。また、Kahlenberg は高卒者に言及するが、大卒者や院卒者の採用には言及していない。おそらく、Kahlenberg は、高等教育機関で教育を受けた時点で、資質形成に不利な状況にあった者は自身の才能を伸ばす機会を与えられ、もはや資質形成に不利な状況にない、と考えていると思われる。

第三項 公共契約

高等教育の入学選抜や雇用の文脈に加え、Kahlenberg は公共契約の文脈でも、階層に基づく AA が実施されうると述べる。Kahlenberg が述べるように、「一見すると、下層と中間層の下位を利するという一般的な概念は、入札する会社の経営者のほとんどが下層や中間層の下位でないため、[公共契約の文脈で] 採用するのは困難である」と思われる。³⁶しかし、Kahlenberg は「人種中立的な階層に基づく優先は、[公共契約を求めて] 競争するのに比較的不利な状況にある者によって経営されている会社であり／あるいは不利な状況にある者を採用する会社であり／あるいは不利な状況にある地域に所在する会社と契約する際、かさ上げをするように作られている」と述べる。³⁷

人種に基づく AA に代わって、このような施策が実施されるべきとする見解が、最高裁にでも見られる。例えば、Croson 判決³⁸でこの見解が示される。当該判決では、市と公共事業の第一次契約を締結した者が契約総額のうち少なくとも 30% をマイノリティ系企業に下請けさせねばならないとする Richmond 市の条例の合憲性が問題となった。

O'Connor 裁判官法廷意見 (Rehnquist, White, Stevens, Kennedy 裁判官同意) は、人種に基づく AA に典型的な厳格審査 (strict scrutiny) を適用し、救済の対象となる差別を特定化された差別 (identified discrimination) に限定し、その認定を厳格に行い、当該施策が救済を目的としていないとして違憲の判決を下した。

Scalia 裁判官同意意見は AA に対して典型的な厳格審査を適用しており、この審査の下で AA が合憲であるためには、目的がやむにやまれぬ州の利益を促進するためのものであり、目的達成のために採られた手段が目的達成に向けて密接に仕立てられていなければならない。公共契約に関する人種に基づく AA の文脈で、人種に基づく AA が密接に仕立てられているためには、当該 AA が目的達成のために必要最小限の手段でなければならない。Scalia 裁判官は当該判決で問題となった施策が密接に仕立てられていないとしており、その理由として、人種に基づく AA に代わって、「小企業、さらには新しい企業～差別により以前に排除されていた者に対して、当該分野への参入をより容易にする優先～」を採用できると述べる³⁹。そして、Scalia 裁判官同意意見は、「そのような施策は、おそらく人種的に不均衡な影響を及ぼすが、それらは人種に基づいていない」と述べる⁴⁰。

また、同判決 O'Connor 裁判官法廷意見 (Rehnquist, White, Stevens, Kennedy 裁判官同意) は Scalia 裁判官同意意見よりも人種的に中立な施策についてさらにより広範に述べており、「入札の単純化、足枷となる要求の緩和、すべての人種の不利な状況にある企業家への訓練と財政支援は公共契約市場を過去の社会的差別や [マイノリティに対する] 無視

の影響を被ってきたすべての者に対して「市場への参入の機会を」開くことになると判示する。⁴¹

Kahlenberg に依れば、多くの連邦の施策は既に小企業に優先を付与しており、実際に、公共契約における人種に基づく AA はその対象者を判断するひとつの基準として不利な状況にあるということを用いている。⁴²そして、「社会・経済的に不利な状況にある」者により所有されている会社を判断する要素として、人種は Adarand 判決の後になくなるが「小企業への支援策は残った」のである。⁴³

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

Kahlenberg は、市民権運動の従来の流れは、人種に基づく AA ではなく、社会・経済的に不利な状況を意識する施策を支持するところにあったと指摘する。以下、主として、Kahlenberg の記述に沿って、その点について考察していく。

1965 年 6 月 4 日の Howard 大学での Lyndon B. Johnson 大統領による演説は、現在では、人種に基づく AA を支持するものとして言及されているが、Kahlenberg に依れば、Johnson は人種のみに基づく AA を実施する可能性について言及していなかった、とされる。Johnson は、その演説において「自由は「人種の平等の達成にとって」十分ではない」と述べることで、⁴⁴「人種的平等を達成するのに「1964 年市民権法の」役割では不完全であった」と明確に認識している。⁴⁵そして、Johnson は「あなたは長年にわたって鎖につながれてきた者を自由にし、ある人種のスタートラインにまで彼を持っていかないで、その次には、まさに、あなたは「鎖につながれた者を自由にすることが」公正であったと信じてい

る」と述べる⁴⁶。Kahlenberg に依れば、Johnson は「『市民権に関する論争の次の、そしてより重要な段階』をアメリカ人が『まさに法的な平等ではなく人間の能力、まさに権利と理論としての平等ではなく、事実上の平等と結果としての平等』を求める段階として定義」している、とされる⁴⁷。

この Howard 大学での Johnson の演説は、Richard Goodwin と Daniel Patrick Moynihan 労働副大臣によって執筆されたと言われている。そして、この演説の内容は、1965 年 3 月に書かれた、The Negro Family と題される Moynihan による報告書に依拠していると言われている⁴⁸。この報告書で、Moynihan は、反差別法とは異なる特別な取組がなければ、各人種グループに平等な結果は生じない旨を述べている。Moynihan は「個人的には、黒人のアメリカ人の達成は頂点に達している」が「グループ的には…アメリカのエスニック、宗教、地域的なグループの場で、黒人は最も弱いところにある」とする⁴⁹。そして、Moynihan は、その理由として「黒人に対して、300 年にわたって、ときとして想像しえない誤った取扱がなされており、黒人が犠牲になってきた」ことを挙げる⁵⁰。Moynihan の報告書のこのような記述について、Kahlenberg は「Moynihan は、黒人の進展の主たる障害を、アメリカのゲットーにおける貧しい黒人の家族の劣悪な状態であると特定」しており、「Moynihan が考えるように、奴隷制と人種分離が貧しい黒人をひとつのグループとして公正に競争できなくさせていたことが問題である」と評した⁵¹。

社会・経済的に不利な状況が黒人の進展を阻害したとの考えは、Johnson の演説でも述べられている。Johnson は「能力はまさに生来の産物ではない」のであり、「能力は、あなたが生活する家族および隣人～あなたが通う学校とあなたの周りにいる貧困者や裕福な者～によって、伸びもするし阻害されもする」と述べている⁵²。Kahlenberg は、この「能力はまさに生来の産物ではない」との考えは、Moynihan によって書かれた Johnson 演説の下書きにより明確に示されているとして、そ

の下書きを引用する。その下書きで、Moynihan は「ある者の能力はまさに生来のものではなく、「それらは社会が発展させることができ、阻害することもできる性質のもの」である。そのように述べたうえで、Moynihan は、同等の潜在能力を有するが、その能力が完全に異なる環境で発展させられた2つのグループを比較する。Moynihan に依れば、「我々が、十分な範囲の才能と能力を有する若者のグループを可能な限り育て、家を与え、心配し、教育する気になれば、彼らは当初よりも能力のある人間となる」が、同じグループに対して反対の行動を採れば、その者達は当初よりも能力が低くなる。そして、Moynihan は「このプロセスの終わりに、あなたが各グループに同じ試験を課し、同じ市場で競争させる平等な機会を与えた場合には、あなたは平等な結果を得」ず⁵³に、「あなたは不平等な結果を得る」と述べる。

Johnson は、反差別法では人種的平等を達成できず、過去の差別により黒人が社会・経済的に不利な状況に置かれていることがその原因だと考えている。このことから、Kahlenberg は「Johnson は、様々な人種のメンバーが異なる基準によって判断される優先の制度というよりも、すべての人種のメンバーが競争する公正な機会を有する、ということを実にするために、使用者が応募者の母集団を拡大する反差別的な取組を伴った、社会を流動させる施策として『AA』を見ていた」と述べる⁵⁴。事実、Johnson は、人種のみに基づく AA に否定的な態度を示していた、とされる⁵⁵。Kahlenberg は、Johnson の中核的な狙いは「不平等な出発点を是正するところにあった」とする。Kahlenberg は「彼 [Johnson] が『能力』は隣人、家族、学校によって形成されると述べる時、当然ながら、彼は階層に基づく不利な状況について描いていた」のであり、「Johnson は、すべての黒人が不利な状況にある家族と悪い隣人と生活しているわけではないということ、何人かの白人がそうであったということを知っている」と述べる⁵⁷。

Johnson と同じく、Moynihan もまた平等な出発点に関心がある、と

Kahlenberg は指摘する。Moynihan は、*The Negro Family* で「平等な機会を与えると、[黒人家庭の] 子供は、彼らと同じ地位にある白人と同等あるいはそれ以上にことをなすだろう」と述べる。このことから、Kahlenberg は、Moynihan の関心は「形式的な機会の平等では [自身の能力を発展させるのに] 十分ではないだろう、崩壊した家庭に育った貧困な黒人にある」と述べる。⁵⁸

Kahlenberg は、市民権運動の指導者であった Martin Luther King, Jr. もまた、Johnson や Moynihan と同じ見解を採っている、とする。King は、過去の差別のある種の補償は必須であると考えを明確に示しており、その著書である *Why We Can't Wait* で、インドにおける不可触賤民への大学の入学選抜での優先の付与といった例に言及している。⁵⁹しかし、King は黒人への権利の章典を提案せず、不利な状況にある者への権利の章典を提案している。⁶⁰そして、King は「黒人のほとんどは不利な状況にあるアメリカ人であるが、[不利な状況にある者のための権利の章典] から利益を受け取る数百万の白人も存在する」のであり、「遅れから黒人を向上させる施策を取り扱う際に、アメリカが、忘れ去られている白人の貧困者の大規模な階層もまた扱うべきであるということは正義の単純な一つの事柄である」と述べる。⁶¹このことから、Kahlenberg は、King は「人種に基づく優先を決して支持しておらず、その代わりに、過去の人種に基づく不正を救済する非人種的な方法が存在した、と論じている」とする。⁶²そして、Kahlenberg は「King もまた、真に平等な出発点の創造を意図する補償的な取扱いには階層に基づく必要がある、と見ている」と述べる。⁶³

第二節 人種に基づく Affirmative Action への移行

1960 年代において、大統領や市民権運動の指導者は、人種だけに基

づく AA ではなく、社会・経済的な地位を意識する施策を支持していた。King と Johnson は人種差別の影響を認識していたが、「偉大な社会を創造する取組に関する広範な文脈でアメリカの黒人への補償について述べていた」のである⁶⁴。しかし、その後採られた道は、「King が結合することに努めたまさにそのグループをお互いに向き合わせ、多くのアメリカ人が承認しなかった補償の理論に従って、狭義のゼロサム的な取組に焦点を当てていった」と、Kahlenberg は指摘する⁶⁵。

Kahlenberg に依れば、社会・経済的な地位を意識する施策から人種のみに基づく AA への移行は、King の暗殺と Nixon 大統領の当選がひとつの契機であったとする。Kahlenberg は「彼 [King] の死と続いている暴動に対応して、アメリカの大学、新しい大統領 [Nixon]、市民権の指導者は、King の Poor Campaign の要求に答えず、むしろ、人種を明確に意識する制度の実施を決定した」と述べる⁶⁶。例えば、「大学は、都市の暴動者の大多数が貧困者であるという事実を無視して、ときとして、暴動とは完全に距離を置いていた [人種的マイノリティの] 中間層のメンバーを利することにしかならない施策」を実施し、「連邦政府は、白人労働者の利益と黒人労働者の利益を対立させることになる、雇用における人種に基づく優先の制度を推し進め始めたため、この施策の下での各黒人の獲得は各白人の犠牲を生じさせた」のである⁶⁷。

Johnson の後任として大統領に就任した保守派の Nixon 大統領は、Johnson によって否定された Philadelphia Plan を支持した。Johnson 大統領命令は労働省内に連邦平等雇用委員会 (Office of Federal Contract and Compliance) を新設し、連邦政府との契約者に対して AA を採り、黒人雇用の増進を図るように努めた⁶⁸。連邦平等雇用委員会がその具体策として示したのが Philadelphia Plan であり、それはあくまでも民間企業の自主的な努力の要請を強調しつつも、黒人雇用率の達成目標値と期限を決めさせるもので、実質的には「半強制的なものであった」とされる⁶⁹。1968 年秋に会計検査院から当該計画が市民権法に違反するとの見解が

示されると、Johnson は 1969 年 1 月に引退を決めていたこともあり、その反対を覆す熱意をもち合わせておらず、当該計画は廃案となったように思えた。⁷⁰

しかし、Nixon 大統領は 1969 年 6 月 29 日に Philadelphia Plan を正式に発表し、9 月 29 日に発効した。その内容は、黒人が市の労働人口の 30% を占めている Philadelphia 市において、建設業の特に黒人排除が顕著な 6 業種に関し、1 年ごとの黒人雇用率引き上げ目標を設定し、4 年間でどの種目でも黒人が 20% を占めることを達成しようとするものであった。当該計画では、厳格な定数枠と受け取られないように、目標値に幅をもたせるという配慮もされていたとされる。⁷¹

保守派の大統領が人種に基づく AA を支持したことは、現在では、疑問に感じられる。そのひとつの背景は、George Schulz 労働長官の強い支持があったことにある。労働経済学者であった Schulz は、アメリカの経済発展にとっては、インフレや生産性低下よりも、10 代の黒人の失業率の方がより深刻な問題であるとの認識を持っていたとされる。⁷² もうひとつの背景は、民主党の支持基盤である黒人と労働者階層の分断にあったとされる。⁷³ AA により地位を失うことになるのは白人の労働者であり、地位を獲得するのは黒人である。それにより両者は反目しあう。Philadelphia Plan により地位を獲得した黒人は共和党の支持者となる、Nixon にはこのような政治的思惑があった。⁷⁴

Nixon が人種に基づく AA を支持したことに対して、当初、リベラル派は疑いの目を向けており、Philadelphia Plan への支持が黒人への支持獲得には必ずしも結びつかなかったとされる。⁷⁵ しかし、リベラル派は、徐々に、人種に基づく AA を支持するようになる。⁷⁶ 他方、リベラル派が人種に基づく AA を支持するようになっていたのとは反対に、Nixon は Philadelphia Plan への支持を縮小していき、1972 年には、一転して人種に基づく AA に反対するようになった。⁷⁷ この時から、リベラル派が人種に基づく AA を支持し、保守派が人種に基づく AA に反対するという一

一般的な図式が成立した。⁷⁸

第三節 人種に基づく AA への支持が困難になったのは何故か

人種に基づく AA を支持するのが困難になったのには数多くの背景がある。ここでは、階層に基づく AA が注目に値するのは何故かについて考察する際に、関連する点について述べる。ここでは、政治的な反対、審査基準の影響、理論的な問題点について述べる。⁷⁹

第一項 政治的反対

Kahlenberg は、「AA の支持者のほとんどは、AA が終了する日を定めおらず、実際には、優先が永続するのではないかと疑うことへと多くの者が導かれている」とする。⁸⁰ 例えば、Carter 政権における AA の熱心な支持者である Joseph Califano は、AA を一時的な施策として支持しており、1989 年には、AA を実施すべきときは過ぎ去ったとする旨を述べている。⁸¹ また、Nixon 政権の労働副大臣であり、Philadelphia Plan を支持した George Shultz は、1995 年に、AA を終わらせるのは今である、とする旨を述べている。⁸² そして、Kahlenberg は、人種分離の遺産といった不平等を AA の正当化理由とすることに、若い世代のアメリカ人は飽き飽きしていることを指摘する。また、1996 年には、California 州で州民投票により人種に基づく AA の廃止が決定された。⁸⁴

学歴の高い上層や中間層の白人は、人種に基づく AA に比較的寛容であったが、人種に基づく AA への政治的な激しい反対が白人の労働者階層によりなされた、とされる。⁸⁵ 白人の労働者階層は民主党の支持基盤であったが、1980 年代には、「労働者階層の白人の多くが、市民権法に反対の Regan 政権に投票し、[人種に基づく AA を支持する] 民主党を永

続的に捨て去った」とされる⁸⁶。人種に基づく AA への政治的に強い反対は「保守的な大統領の選出を助け、それにより最高裁に保守派の裁判官が任命されること」になった⁸⁷。そのことから、Kahlenberg は「最高裁は、従来、人種に基づく優先の補償的な概念に寛大であったが、ときを経て益々慎重になった」と示す⁸⁸。

第二項 司法審査基準の影響

Kahlenberg が指摘するように、最高裁は人種に基づく AA に対して慎重になっていったのであり、司法審査基準に関する問題がそれを最もよく示している。人種に基づく AA に対して緩やかな厳格審査を適用するのか、それとも典型的な厳格審査 (strict scrutiny) を適用するのかについて、最高裁では争いがあった⁸⁹。市との公共契約をマイノリティに留保する条例の合憲性が問題となった Croson 判決と連邦との公共契約をマイノリティに留保する連邦法の合憲性が問題となった Adarand 判決⁹¹を通じて、典型的な厳格審査を適用することが法廷意見により確立した⁹²。Adarand 判決以前に、人種に基づく分類を用いる施策がこの審査基準の下で合憲とされたのは、第二次大戦中の日系人の強制収容の合憲性が問題とされた Korematsu 判決のみである⁹³。その後、市民権運動が盛んな時代において、典型的な厳格審査はマイノリティに不利益を課す差別的な施策を違憲とするために用いられたのであり⁹⁴、「理論上厳格であるが、事実上致命的」な審査基準であると評された⁹⁵。その後、典型的な厳格審査は、それが適用されるとすべての施策を違憲とするものだと理解は否定されたが、例えば、Croson 判決では、典型的な厳格審査の下で、救済の対象となる差別の範囲として AA の実施者が直接に行ったわけではない社会的差別が否定され、AA の実施者が直接に関わった特定化された差別に限定され、差別の認定が非常に厳格に行われた⁹⁶。Kahlenberg は、典型的な厳格審査は Adarand 判決の文脈を超えて AA の核心を脅か

すことになる⁹⁷と指摘するが、これは以上のような背景を念頭においてのことだと思われる。そして、Kahlenberg は「かつて、最高裁は市民権の活動家が向かう避難所であったが、今日では、人種に基づく優先に敵意ある反応を示しそうである⁹⁸」と述べる。

しかし、Adarand 判決の後、マイノリティを優遇する入学選抜施策の合憲性が問題となった Grutter 判決⁹⁹で、O'Connor 裁判官法廷意見(Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer 裁判官同意)は典型的な厳格審査を適用しながらも当該判決で問題とされた入学選抜施策を合憲とした。O'Connor 裁判官法廷意見は学生構成の多様性がもたらす利益を AA の正当化理由として認め、人種を一要素として考慮する入学選抜施策が密接に仕立てられたもの¹⁰⁰とした。

しかし、O'Connor 裁判官法廷意見に同意した 4 人の裁判官は、当該判決の結果に同意したのであり、AA への典型的な厳格審査の適用には反対している。これらの裁判官は、典型的な厳格審査が人種に基づく AA を合憲にするのに、非常に厳しいもの¹⁰¹となると理解する。また、当該判決において、典型的な厳格審査の下で、当該判決で問題とされた入学選抜施策を違憲と判断した裁判官(Rehnquist, Scalia, Kennedy, Thomas 裁判官)は、O'Connor 裁判官法廷意見の採る典型的な厳格審査は、典型的な厳格審査の従来の意味を歪めている¹⁰²、と批判した。O'Connor 裁判官のように、典型的な厳格審査を緩やかに解する裁判官は最高裁において多数を占めていない¹⁰³。AA に典型的な厳格審査が適用される限り、人種に基づく AA に対して、否定的な判決が下される可能性が高いと考えられる。

Grutter 判決後、初等・中等学校での人種を意識した生徒の割当施策の合憲性が問題とされた Parents 判決¹⁰⁴で、Roberts 裁判官法廷意見(Scalia, Kennedy, Thomas, Alito 裁判官同意)は典型的な厳格審査を適用し、Grutter 判決で AA の正当化理由として認められた多様性の価値は初・

中等学校における人種を意識する生徒の割当策を正当化しないとした。当該判決を受けて、多くの学説は AA の正当化が困難になったと認識している。¹⁰⁵

第三項 理論的問題

過去向きの AA は、過去の差別の影響をほとんど被っていない者が AA の直接の受益者になってしまう、と批判された。他方、多様性に基づく AA に代表される将来志向の AA は、将来における差別の発生の防止を意識することで、過去向きの AA に伴う理論的な問題点を回避した。しかし、将来の利益の達成を AA の正当化理由としても、人種に基づく AA の直接の受益者のほとんどが社会・経済的に優位な状況にあることには変わりなく、真に救済の必要な者が AA の直接の受益者になっているのか、との批判を受ける（一章）。人種に基づく AA への政治的な反対や法的な障害が生じたのには、人種に基づく AA の直接の受益者の多くが社会・経済的に優位な状況にあるということが背景にある。

人種に基づく AA が真に救済の必要な者を直接の受益者としていないとの批判に対しては、社会・経済的な地位に関係なく、黒人をはじめとするマイノリティに属するすべての者は差別を受けており、白人と比べて不利な状況に置かれており、真に救済の必要な者であるとの反論がなされる。Frederick A. Morton, Jr. は「アメリカにおける人種の影響についての歴史上の証拠と現在の証拠について考えると、人種から階層に強調を移行させる提案は、非常に疑わしく、特に、その支持者が歴史上の人種の平等や階層の平等に関心がなかったときにはそうである」と述べる。¹⁰⁶ Morton は、階層以上に人種が異なる取扱の基準として機能してきたという証拠を示す近年の明確な証拠として、「環境の清浄や廃棄物について、マイノリティで構成される共同体が不均衡な割合で負担を負っているという現象」を挙げる。¹⁰⁷ Morton は「National Law Journal の調査

によれば、マイノリティから構成される共同体は貧困層から構成されていたとしても、中間層の上位から構成されていたとしても、連邦の環境法の下で、白人から構成される共同体よりも一貫して低く評価されている」と示す¹⁰⁸。そして、Morton は「この研究は、人種はアメリカ人の生活の質を判断する際にもはや重要な役割を果たさないと主張する何人かの現代の学者と反対のことを示すため、重要である」と述べる¹⁰⁹。

マイノリティの共同体が白人の共同体と比べて不利な状況に置かれているとしても、このことから、すべてのマイノリティが不利な状況に置かれていると結論づけることはできない。Morton は「すべての黒人が同じ状況にあるわけではない」として、このことを認める¹¹⁰。しかし、Morton は「黒人の中間層は、白人の中間層と比べて様々な分野で不均衡な割合で社会的な問題に直面している」ことを理由に、「中間層の黒人は、人種に基づく優先を受けるカテゴリーから外されるべきという一般化は否定されるべき」とする¹¹¹。Morton に依れば、「黒人の中間層の進展は非常に過大に述べられてきた」のであり、「中間層出身の黒人の子供は優位な状況にあり、人種主義の厳しい現実から免れているか、保護されていると示されるとき、このことは痛々しいほどに無視されている」のである¹¹²。

以上のように中間層出身の黒人を AA の対象とすると、社会・経済的に優位な地位にある黒人が社会・経済的に不利な状況にある白人に比して優先を受ける事態が生じる。Morton は「重大な困難だと思われるものに直面している白人の子供に比して、[中間層出身の黒人の] 子供が利益を受けるべきかどうかについては疑問が生じる」と述べており、この問題について認識している¹¹³。しかし、Morton は「中間層の出身であることを理由に、黒人の子供は過去および現在の人種差別の犠牲となっていないという想定の下で、この問題を考えるのは重大な誤り」だと述べている¹¹⁴。Morton は、黒人の中間層が人種差別の犠牲となっている例として、上記に挙げた連邦の環境法の下でのマイノリティの共同体への

不利な取扱の他に、ローンや保険における黒人の中間層への差別を挙げている。¹¹⁵

以上のように、Morton は階層に基づく AA の支持者が黒人の中間層に対する人種差別の影響を軽視していることを批判した。しかし、階層に基づく AA の代表的な支持者である Kahlenberg は、Morton が指摘していた種の差別が黒人の中間層にもたらされていることを認識しており、「私の議論は、人種主義がアメリカ人の精神からなくなったというわけではない」と述べている。¹¹⁶ Kahlenberg は「人種差別が、我々の社会において、[社会・経済的に優位な状況にあるマイノリティに対して] 悲劇を残存させていることに疑いはない」¹¹⁷ であり、「黒人、特に [社会・経済的に] 高い地位にある黒人が白人から、あるいは黒人からさえも、共通の一定のサービスを受け取れない」ことがある、とする。¹¹⁸ そして、Kahlenberg は、黒人に対するタクシーの乗車拒否の事例をその典型的な例として挙げている。¹¹⁹

以上のように、Kahlenberg は、社会・経済的に優位な状況にあるマイノリティが差別の影響を受けていることを認識している。しかし、Kahlenberg は「人種主義が存在し続けているということは、人種に基づく優先を広範囲にわたって正当化しない」とする。¹²⁰ Kahlenberg はタクシーの乗車拒否の事例について、「タクシードライバーによる差別の救済はそれらの者の免許の取消であり、新たなタクシードライバーの採用の際に、人種的な優先を適用することではない」と述べる。¹²¹ それは「差別を持って差別とたたかうという概念は、差別が過去において生じ、反差別法を通じて訂正されえないという範囲でしか意味をなさない」という考えに、Kahlenberg が依拠しているためである。¹²²

以上で考察してきたように、人種に基づく AA を支持する者もそうでない者も、社会・経済的に優位な状況にあるマイノリティが差別を受けていると認識している。しかし、社会・経済的に優位な状況にあるマイノリティが受けている差別として挙げられているものは、タクシーの乗

車拒否の事例に代表されるように、生来の能力を発展させることを阻害する種のものではない。それらの差別を受けていることをもって、例えば、高等教育の入学選抜の文脈で、差別の影響から規格化されたテストにおいて十分な点数を採ることができなかつたと主張することはできない。その種の差別が規格化されたテストの点数に影響を与えていたとしても、それはあまりにも間接的な要因である。また、AA の直接の効用はその対象者の社会・経済的な地位を向上させることであり、その種の差別が社会・経済的な地位に関わらず生じていることを考えると、AA によってその種の差別をなくすことはできないと考えられる。

第四節 階層に基づく Affirmative Action の再登場

市民権運動の初期には、階層に基づく AA が支持されていたが、1960年代後半には人種に基づく AA が支持されるようになった。しかし、人種に基づく AA に対する政治的反対、典型的な厳格審査の適用が確立した影響、人種に基づく AA に伴う理論的問題点から、人種に基づく AA を支持するのは困難となってきた(三章三節)。これに対し、階層に基づく AA はそれらの問題点を回避することができる手段として、再び主張されるようになった。

AA を実施するためには、現実的な問題として、政治的な同意の形成が必要となる。Kahlenberg に依れば、「政治的には、人種に基づく優先の運命は非常に壊れやすいのであり、穏健なエリート間での党派を超えた同意によってのみ努められうる。¹²³」1990年代には人種に基づく AA が州民投票によって廃止されるまでになっており、このような政治状況においては、「[人種に基づく AA に向けられた] 弾丸をよける日々は過ぎ去った」¹²⁴のである。1980年代から人種に基づく AA に対する政治的批判は強まっていったが、1990年代になるまで人種に基づく AA が維持

されてきた原因については、人種に基づく AA の批判者がその支持者に対して説得的な代替策を提示することができなかったからだと指摘される。¹²⁵ 人種に基づく AA の反対者が「AA の代替策を提示したとしても、市民権運動を支持するグループが「人種に基づく AA の反対者から提示された」代替策について疑うのは明らか」であり、「AA の建設的な代替策を生じさせる超党派の取組は、簡単には描くことができない」とされる。¹²⁶

しかしながら、人種に基づく AA に否定的な立場を採る論者が階層に基づく AA を提示した場合、人種に基づく AA の支持者は否定的な見解を示さない。1991 年、Clarence Thomas の連邦最高裁の裁判官への任命が問題とされ、上院の司法委員会で公聴会が開かれた際、Thomas は、上院の司法委員会に対して、自身は人種に基づく優先には反対であるが、すべての人種の不利な状況にある者に対する優先を支持していると説明した。これに対し、民主党は彼への批判を試みず、沈黙した。¹²⁷

このように、階層に基づく AA に対し、人種に基づく優先を支持する者とそうでない者との間に政治的合意が形成されたのは、階層に基づく AA が道徳上公正であるということ、人種的多様性のある程度維持することができるということ、社会・経済的に不利な状況にある者の中でも不均衡な割合で白人を利することから、人種に基づく AA の主たる反対者であった労働者階層の白人に利益をもたらすということである（四章）。

「良くも悪くも、人種に基づく優先は本来的に道徳上不公正であると広くみなされてきた」が、「今まで、社会・経済的な条件に基づく優先が本来的に道徳上不公正であると論じる者は事実上いなかった」のであり、多くの者にとって、この点で、人種に基づく AA と階層に基づく AA は異なっているように見える。¹²⁸ 多くの者にとって、人種に基づく AA と階層に基づく AA が異なって見えた一つの理由は、階層に基づく AA が「自身の経済的な立場について道徳的に批判されない貧しい若者

に向けられている」ことにある¹²⁹。人種に基づく AA の直接の受益者の多くが社会・経済的に優位な状況にある者となるのとは異なり、階層に基づく AA の直接の受益者は社会・経済的に不利な状況にある。そのことから、階層に基づく AA に対しては、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いう批判は生じない。社会・経済的に不利な状況にある者に利益を与えることは道徳上不公正ではないからである。

人種に基づく AA の支持者は、人種的平等の達成のためには人種的多様性が重要であると考えている。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少ないと、そのグループに対して差別や偏見が生じ、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生来の才能を十分に発展させることができないという理由に依る。階層に基づく AA の支持者は、階層に基づく AA が不均衡な割合でマイノリティを利することから、人種に基づく AA 程ではないが、ある程度の人種的多様性を維持すると主張する。人種に基づく AA の支持者は、階層に基づく AA がマイノリティではなく、下層の白人を不均衡な割合で利することになるとするが、なんらの優先を実施しない場合よりも、人種的多様性を確保できると認める。人種に基づく AA の実施が困難な状況にあっては、人種的多様性を少しでも維持するため、人種に基づく AA の支持者は階層に基づく AA を代替策として支持することになる (四章)。また、人種に基づく AA の主たる反対者は、下層の白人であった。階層に基づく AA がそれらの者を直接の受益者とするという事実は、それらの者からの政治的な支持を加えることになる。

以上のように、階層に基づく AA は超党派的な政治的な同意を形成し、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いう批判を回避することができる。これに加え、階層に基づく AA は、司法審査基準によって、その実施が困難な状況に置かれない。

Kahlenberg は「法的問題として、[人種に基づく]AA の支持者でさえも、

異なる救済に目を向ける必要があり、「新たな理論に向かい、最高裁の裁判官の多数を説得する無駄な期間を待つよりも、階層に基づく施策を真剣に考慮する必要がある」と述べる。¹³⁰ Kahlenberg は、その理由について、「人種に基づく優先のほとんどが最高裁による攻撃に傷つきやすいが、最高裁は階層に基づく AA の合憲性を確実に支持するから」だと述べる。¹³¹ ここで言う最高裁による攻撃とは、人種に基づく AA に対して典型的な厳格審査が適用されていることである。人種は疑わしい分類であるために、典型的な厳格審査が適用された。他方、かつて、左翼の法律家は疑わしい分類のリストに階層を加えようとしたが、失敗した。¹³² そして、「人種が疑わしい分類であることは明らかであるが、階層がそうでないことが明らかであるのは、憲法上の問題として十分に確立されている」のである。¹³³ 最高裁は人種に基づく AA に対して典型的な厳格審査を適用するとしているため、「有色人種への支援を求める者は、人種に基づく救済を回避する強力な動機づけを持つことになる」のである。¹³⁴ 人種は疑わしい分類とされたため、マイノリティに不利益を及ぼす施策を違憲とするのには有効であったが、AA に関しては逆にそれが仇となった。他方、階層は疑わしい分類ではないため、「保守派が貧困者に対する利益を無効にすることができる両刃の剣はない」のである。¹³⁵

第五節 裁判官の認識

優先を与える際に社会・経済的な状況を考慮するという考えは、学説や政治的な言説だけでなく、裁判官によっても採られている。最高裁においては、リベラル派、中間派、保守派の裁判官に至るまで、この考えが認識されている。

第一項 リベラル派の裁判官の認識

リベラル派で知られる Douglass 裁判官は、DeFunis 判決で、¹³⁶優先付与の考慮要素として社会・経済的な状況を認めている。白人である DeFunis が Washington 大学ロー・スクールに志願したが拒否され、当該ロー・スクールが人種的マイノリティを積極的に取扱う入学選抜施策を採用していたため、DeFunis よりも点数の低いマイノリティが入学を許可された。DeFunis は、当該入学選抜施策が修正 14 条に反するとして提訴した。DeFunis は、その後大学側によって、Washington 大学ロー・スクールへの入学が認められた。裁判の係争中、彼は既に卒業を迎える学年となっており、大学側も裁判の結果がどのようなものであったとしても彼の卒業を認めるとしていたので、最高裁は訴えの利益なしと判断した。しかし、それでもなお Douglass 裁判官反対意見は論じておくべき重要なことがあるとして意見を示した。

Douglass 裁判官反対意見は次のように述べる。「憲法的な基準に依れば、優位な者などいない。白人である DeFunis は、[白人が黒人を差別してきたという] 以上のような事実を理由に、不利益を受けない理由を持つ。即ち、彼 [DeFunis] は、どのような人種であっても、いずれの弊害に従わせられない。彼がどのような人種であっても、彼は、人種中立的な方法によって自身の個人的なメリットに基づいて志願を評価される憲法上の権利を有する。¹³⁷」

以上のように、Douglass 裁判官反対意見は、DeFunis が「人種中立的な方法によって自身の個人的なメリットに基づいて志願を評価される憲法上の権利を有する」と判示するが、LSAT と学部評定平均が入学選抜の際の唯一の考慮要素ではないとも判示する。¹³⁸そして、Douglass 裁判官反対意見は、その理由について、「入学選抜委員会にとって、[法学で成功する] 可能性を確実に予測できるテストは一般的にはない」と述べる。¹³⁹ただ、Douglass 裁判官反対意見は、現在ある基準の中ではそれらの基準が法学で成功する者を予測するのに最良の基準であると判示し、既

存の評価基準の重要性を認める。¹⁴⁰

Douglass 裁判官反対意見は既存の評価基準の重要性を認めながらも、「平等保護条項は、ロー・スクールが入学選抜の唯一の基準として LSAT と学部評定平均に基づく定式を要求しておらず、志願者が過去に克服した障害を考慮して、志願者の過去の業績を評価することを、ロー・スクールに対して禁じていない」と判示する。¹⁴¹このように、Douglass 裁判官反対意見は、入学選抜の考慮要素として、志願者が過去に克服した障害を認めているが、その具体的内容とは何か。Douglass 裁判官反対意見は、この点について、「自らの力によってゲットーから抜け出し、2 年制大学に進学した黒人の志願者は、そのことによって、Harvard 大学で優秀な成績を収めた裕福な同窓生の子よりも、法学教育で [成功する] 約束を証明したと、公正な入学選抜委員会を導く熱意、忍耐、能力の水準を論証できる」と判示する。¹⁴²そのような黒人の志願者が Harvard 出身の裕福な同窓生の子よりも法学で成功する潜在能力を有しているのかについては分からず、Douglass 裁判官はこれら 2 人の志願者を象徴的な例として挙げたに過ぎないと思われる。ただ、上記の引用部分において、社会・経済的に不利な状況にある志願者と優位な状況にある志願者とを対比していることから、Douglass 裁判官反対意見の言う「志願者が過去に克服した障害」とは、志願者の置かれていた社会・経済的に不利な状況だと分かる。

しかし、Douglass 裁判官反対意見の言う「志願者が過去に克服した障害」が社会・経済的な地位のみを指し、志願者の人種を一切考慮していないのかについて疑問が残る。この点、Morton は、Douglass 裁判官反対意見の 2 人の志願者について論じた判示部分について「このような志願者は、彼が黒人であることを理由としてではなく、Harvard 大学 [出身の裕福な] 者がその者に与えられた非常に優越的な機会を利用してきていないが、[そのような志願者は] 個人として、自身の潜在能力を証明している」ことを理由に、Douglass 裁判官反対意見は AA の直接の受益

者となることを認めたとする。¹⁴³ 即ち、Morton は、Douglass 裁判官反対意見が、志願者の人種に関わらず、既存の評価基準において一定の評価を獲得することで、自身の置かれている不利な状況を克服したと証明した者が AA の直接の受益者となる資格を有すると判示したと理解している。しかし、Douglass 裁判官反対意見は、黒人に対する差別が黒人の社会・経済的な地位の前進を大きく遅らせてきたことを認めている。¹⁴⁴ Douglass 裁判官は人種差別が各志願者の能力の発展にとっての障害であると認めており、志願者の人種を一切考慮しないわけではない、と理解できる。

第二項 中間派の裁判官の認識

人種に基づく AA を支持するかしないかについて、事例ごとに異なる判断を採っている O'Connor 裁判官も、優先を付与する考慮要素として社会・経済的な状況を考慮することができるという考えを示している。市と公共事業契約を締結した一次契約者が、その下請け契約の 30% をマイノリティ系の業者に留保しなければならないとする Richmond 市の条例の合憲性が問題とされた、Croson 判決で、O'Connor 裁判官法廷意見 (Rehnquist, White, Stevens, Kennedy 裁判官同意) は「差別の証拠がなくとも、市は、あらゆる人種の者によって所有されている小企業に対して、市と契約する機会へのアクセスを増加させる広範囲にわたる人種中立的な手段を有する」と判示する。¹⁴⁵ そして、O'Connor 裁判官法廷意見は「入札の単純化、[不利な状況にある者による参入への] 足枷となる要求の緩和、すべての人種の不利な状況にある企業家への訓練と財政支援は、公共契約の市場における過去の社会的な差別や [不利な状況にある者への] 無視の影響を被ってきたすべての者に対して [公共契約の機会を] 開く」とする。¹⁴⁶ O'Connor 裁判官法廷意見は、公共契約の文脈では、人種に基づく AA ではなく、社会・経済的に不利な状況にある者に対する優先策が救済策として適切であると述べる。

第三項 保守派の裁判官の認識

Scalia 裁判官、Thomas 裁判官、Rehnquist 首席裁判官といった人種に基づく AA に否定的な立場を採る、保守派の裁判官もまた、優先を付与する考慮要素として社会・経済的状况を考慮できるとの考えを採る。Scalia 裁判官は、最高裁の裁判官に任命される以前に公刊した Bakke 判決について考察した論稿で、「私は、原理上および事実上の理由から、人種に基づく AA に反対する」と述べる¹⁴⁷。そして、Scalia 裁判官は「他方で、私は、AA という語が過去に用いられた文脈において要求された色合いではなく、貧困者や不利な状況にある者への多くのタイプの支援が AA と呼ばれる場合には、それに反対せず、実際に、強く支持する」と述べる¹⁴⁸。

Thomas 裁判官は、最高裁裁判官に任命される以前に人種に基づく AA について検討した論稿で、「いずれの優先の付与は、人種やジェンダー、あるいはときとして真に不利な状況にあるということの代用品にするには乏しい他の特性に基づくというよりも、各人の人生に不公正に課されてきた障害と直接的に関連すべきである」と述べる¹⁴⁹。Thomas 裁判官の最高裁裁判官への任命については連邦議会で争いが生じ、上院の司法委員会で公聴会が開かれた。この公聴会で、Thomas 裁判官の Yale 大学への入学が AA によるものであったのではないかとの疑問が呈された。Thomas 裁判官は、当該公聴会で、この疑問に対して、「社会・経済的な不利な状態にかかわらず、[既存の評価基準において] 十分な [水準の評価を獲得した] 志願者を対象とする」施策としての AA の使用を支持する、と答えた。そして、Thomas 裁判官は、「[AA の直接の受益者となる] 子供は、Appalachia 出身の白人、Louisiana 出身の Cajun であるかも知れず、あるいは都市部や Barrio 出身の黒人やヒスパニックであるかもしれない」として、不利な状況にある志願者の人種は重要でな

い、と主張した。¹⁵⁰

Rehnquist 首席裁判官は、マイノリティであることを理由に自動的に加点する、Michigan 大学文芸科学部の入学選抜施策の合憲性が問題となった、Gratz 判決で、優先の対象者を判断する際に社会・経済的な状況が考慮される、という考えを明らかにしている。¹⁵¹ Gratz 判決 Rehnquist 首席裁判官法廷意見 (O'Connor, Scalia, Kennedy, Thomas 裁判官同意) は典型的な厳格審査の下で当該入学選抜施策が密接に仕立てられていないとして違憲とした。そして、Rehnquist 首席裁判官法廷意見は「[Bakke 判決で] Powell 裁判官が描いていた入学選抜施策は、いずれのただひとつの特性が大学の多様性への具体的かつ特定化する貢献を自動的に保障するとは考えていなかった」と判示する。¹⁵² このことから、「Rehnquist 首席裁判官にとっては、いずれのひとつの特性 ~少なくとも、その特性が人種であるときには~ は、一定した考慮を事前に決定しえない」と考えられる。¹⁵³ 即ち、Gratz 判決 Rehnquist 首席裁判官法廷意見は、人種は各人の有する他の特性と関連する文脈においてのみ考慮されるとしている。

Gratz 判決 Rehnquist 首席裁判官法廷意見は、人種は他の特性と関連づけて考慮されなければならないとするが、人種と関連づけて考慮される各志願者の差異とは具体的にどのようなものか。Gratz 判決 Rehnquist 首席裁判官法廷意見は、マイノリティの志願者に 100 の定員枠のうち 16 を留保する California 大学メディカル・スクールの入学選抜施策の合憲性が問題とされた Bakke 判決の Powell 裁判官意見で示された 2 人の仮想の志願者に関心がある。即ち、成功を収めている黒人医師の子供であり、学術的な共同体において優れた学業上の遂行を約束する志願者 A と、学歴の低い親を持つが、自発性や指導力を論証しており、ゲッターで育った黒人志願者 B である。Rehnquist 首席裁判官法廷意見は、当該判決で問題とされた入学選抜施策が A と B の「異なる背景、経験および特徴」を考慮せず、「それらの志願者が、自らがアフリカ系アメリカ人である

ことを理由に、A と B に 20 点を与えるにすぎない」との理由から、当該施策は「個別化された選抜過程」を与えていない、とした。¹⁵⁴ Gratz 判決 Rehnquist 首席裁判官法廷意見が示した 2 人の仮想の志願者は、同じ人種に属するが、親の学歴、親の職業の社会的地位、世帯の収入等で差異がある。Rehnquist 首席裁判官は、人種とともに考慮すべき要素が階層であると考えている。¹⁵⁵

Gratz 判決 Rehnquist 首席裁判官法廷意見は、高等教育の入学選抜の文脈で、社会・経済的な状況と関連づけられている場合には、AA の対象者を判断する一要素として人種を考慮できると判示する。当該意見には、Scalia 裁判官と Thomas 裁判官が同意しているが、上記に引用した両裁判官の主張を見ると、AA の対象者を判断する要素として人種は考慮できず、社会・経済的地位だけに基づいて AA の対象者は判断されるべきと示しているように見える。しかし、例えば、先の Scalia 裁判官の主張を見てみると、「人種に基づく AA に反対する」と述べてはいるが、「許容されない行為とは、単純に人種を理由として選抜あるいは否定すること」である、と述べている。¹⁵⁶ Scalia 裁判官による「人種に基づく AA に反対する」との主張と、Gratz 判決 Rehnquist 首席裁判官法廷意見に同意したことに整合性があるとすると、Scalia 裁判官は人種に基づく AA のすべてに反対すると主張しているのではなく、社会・経済的な状況という要素を無視して、AA の対象者が人種だけで決定される施策に反対している、と考えることができる。¹⁵⁷ また、Gratz 判決 Rehnquist 首席裁判官法廷意見には O'Connor 裁判官も同意している。上記のように、O'Connor 裁判官は Croson 判決で人種に基づく AA を違憲とし、その理由として、社会・経済的に不利な状況にある者への人種中立的な救済策が代替策として存在することを挙げていた。しかし、例えば、O'Connor 裁判官は、マイノリティを優遇する Michigan 大学ロー・スクールの入学選抜施策の合憲性が問題となった Grutter 判決では、当該判決で問題とされた施策を合憲と判示する。それ故、O'Connor 裁判官は、高等教

育の入学選抜の文脈では、社会・経済的状况に基づく人種中立的な救済策だけを支持しているわけではない。

階層に基づく AA の代表的な支持者である Kahlenberg は、人種を一切考慮せず、社会・経済的に不利な状況にある者への救済策を支持していた。最高裁でも、公共契約の文脈では、人種に基づく AA を認めず、社会・経済的に不利な状況にある者への人種中立的な救済策を示す意見が見られる。しかし、最高裁の裁判官は、高等教育の入学選抜の文脈では、AA の対象者を判断する際に人種の考慮を一切認めないのではなく、社会・経済的に不利な状況を考慮する場合には、人種の考慮を認めている。社会・経済的に不利な状況にある状況を AA の対象者を判断する際の要素として意識する裁判官は、人種のみに基づく AA に反対しており、人種に基づく AA のすべてに反対しているわけではなく、Kahlenberg の支持する階層に基づく AA とは異なると考えられる。

【註】

- 1 AA とは非常に広範な施策であり、一義的に定義できない。しかし、ある特性に基づく分類を用いて、他者に比してその分類に属する者に積極的に機会を付与する、ということでは各論者の意見は一致する。
まず、AA は積極的な機会の付与の際に優先を伴う施策と伴わない施策とに分類できる。例えば、後者には初等学校における人種を意識した生徒の割当などの施策も含まれ、AA により地位の獲得を否定される者はおらず、憲法との抵触はそれほど問題とならない。しかし、前者は AA により地位の獲得を否定される者を生じさせるため、憲法との抵触が問題となる。本稿で考察の対象とする AA は前者の AA とする。
優先を伴う AA はその実施手段の強弱により、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能力主義に抵触する「強い」AA と、評価の劣る者に地位を付与せず能力主義との抵触が問題とならない「弱い」AA に分類できる。典型的な例として、「強い」AA は加点制、「弱い」AA はタイ・ブレーカー等が挙げられる。
また、AA はその実施分野も多様であるが、階層に基づく AA の主張が展

- 開されるのは、高等教育機関の入学選抜、雇用（採用）、公共契約の文脈であり（二章二節）、本稿はこれらの分野の AA を考察対象とする。
- 2 筆者が見た限りでは、階層に基づく AA をめぐる議論について論じた日本の業績は見当たらない。階層に基づく AA について認識している文献として、清水健太郎「アフーマティブ・アクションの展開～日本から見た米社会～」東京大学法学政治学研究科専修コース研究年報〈1993年度版〉166頁；高橋正明「新しいアフーマティブ・アクションの台頭～アフーマティブ・アクションの法の生成と展開を素材に～」同志社アメリカ研究 47 号 95 頁、111 頁（2011）が挙げられるのみである。
 - 3 Kahlenberg は、真の機会の平等とは「各人に対して、自身の生来の才能を十分に発揮することを許すこと」であると述べる（Richard D. Kahlenberg, *The Remedy : Class, Race, and Affirmative Action* 43 (1996)）。
 - 4 *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978). 当該判決については以下の文献を参照。佐藤司「少数民族優先入学は逆差別か」法学セミナー 286 号 16 頁（1979）；阪本昌成・西村裕三「バッキー事件における主要なブリーフ（一）～（五）」広島法学 3 巻 2 号 69 頁（1979）、4 号 71 頁、5 号 51 頁、4 巻 1 号 55 頁、2 号 69 頁（1980）；『英米法判例百選』〈第三版〉（有斐閣、1996）66 頁（高橋一修）。
 - 5 *Id.* at 365-66.
 - 6 Kahlenberg, *supra* note 3, at 17-18.
 - 7 Kahlenberg, *supra* note 3, at 128 ; Tung Yin, *Class-Based Affirmative Action*, 31 *LOY. L.A. L. REV.* 213 , 249 (1997).
 - 8 拙稿「Affirmative Action の正当化理由（一）（二）～過去向きの Affirmative Action と将来志向の Affirmative Action ～」東北法学 33 号 49 頁、34 号 249 頁（2009）二章参照。
 - 9 同論文、三章参照。
 - 10 典型的な厳格審査の意味については、註 89 参照。
 - 11 *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).
 - 12 Kahlenberg, *supra* note 3, at 229 n.4.
 - 13 Kahlenberg に依れば、社会効用論に基づいて主張される将来の利益は、差別や偏見に基づかない客観的なデータに依拠する（Kahlenberg, *supra* note 3, at 56）。しかし、Kahlenberg は「一度、我々が [地位の付与の] 選考の判断に顧客の人種に基づく見解を認めたならば、我々は、最終的には、白人よりも黒人にとってさらにより危険である複雑で困難な問題を開くことになり、人種という特性が「例えば、『消費者』との関係に良いものであることを理由に、永続的な意味において関連するという概念については、事実上、警鐘を鳴らすべきである」と主張する（*Id.* at 59 (citation omitted)）。その理由について、Kahlenberg は「人種に基づく優先が過去の不当な行為への補償というよりも、むしろ社会効用を理由に正当化される時、もっともらしく同様の議論をすることを白人に止めさせるものはない」と述べる（*Ibid.*）。そして、Kahlenberg は「多様性が業務にとって有害だと考え、労働力の類似性を維持するために、白人に対して人種的な優先

を用いる使用者についてはどうか?使用者がアフリカ系アメリカ人に対しては不利益を及ぼさないが、混血の黒人と白人の労働者が人種的緊張関係の増加と生産の減少を導くと考える使用者についてはどうか?」と問いかける (Ibid)。つまり、差別や偏見に基づかず、客観的な分析の結果から想定された固定観念がマイノリティに対して不利に作用する危険性があることを指摘している。Kahlenberg は、マイノリティに不利益を及ぼす施策を正当化する、客観的な分析の結果から想定された固定観念が、実際に存在する旨を述べている (Id. at 56)。

以上のように、Kahlenberg は雇用の文脈において、多様性に基づく AA が社会効用論に基づき、マイノリティを排除する危険があることを指摘している。

- 14 拙稿前掲(8) 三章四節。
- 15 Kahlenberg, supra note 3, at 43.
- 16 Richard H. Fallon, Jr. *Affirmative Action Based on Economic Disadvantage*, 43 UCLA L. REV. 1913, 1918 (1996). 本文の引用文中において、Fallon が「[階層に基づく AA と反貧困策の] 区別はある場合にはばやけるだろうが」と但書をしているように、Fallon による区別は完全ではないだろうが、大筋は妥当していると考えられるため、Fallon の議論を参照した。
- 17 Ibid.
- 18 Ibid.
- 19 Id. at 1933.
- 20 Id. at 1918.
- 21 Kahlenberg, supra note 3, at 122.
- 22 Ibid.
- 23 Ibid.
- 24 Id. at 120.
- 25 Id. at 123.
- 26 Ibid.
- 27 Ibid.
- 28 Ibid.
- 29 階層の基づく AA が実際に実施されている例として、Kahlenberg は以下を挙げる。

1991 年以来、California 大学 Berkeley 校では「人種やエスニックにかかわらず、社会・経済的に不利な背景の出身」の志願者に特別な考慮を与えている。1990 年代中頃では、新生生の 16 ~ 18% が、親の収入、学歴、職業によって測られる指標に基づいて、入学選抜でかさ上げされた。Temple 大学ロー・スクールは、1970 年代から、経済的に不利な状況を克服して既存の評価基準において一定の水準に達した学生に対して入学選抜において優先を与えた。Hasting 大学ロー・スクールは、Legal Equal Opportunity Program を通じて定員の 20% を社会・経済的に不利な状況にある者に留保した。また、Bakke 判決で問題とされた California 大学 Davis 校メディカル・スクールのマイノリティを優先する入学選抜施策の対象者は、社会・経済

- 的に不利な状況にあるマイノリティであった (See id. at 123-24).
- 30 Id. at 124.
- 31 Ibid.
- 32 アメリカのいくつかの大学では、入学選抜の際に、同窓生の子への優先が行われている。この優先は社会・経済的に不利な状況にある者を傷つける傾向にあるため、廃止されるべき、と Kahlenberg は主張する。そのために、社会・経済的に不利な状況にある者を入学させる大学への政府による支援を増加させるだけでなく、同窓生の子への優先を実施する大学には、政府による支援を減額する必要がある、とする (Ibid.)。
- 33 Id. at 125.
- 34 Ibid.
- 35 Ibid.
- 36 Id. at 126.
- 37 Ibid.
- 38 *City of Richmond v. J.A.Croson, Co.*, 488 U.S. 469 (1989)。当該判決については以下の文献を参照。中川徹「マイノリティの建設請負業者に一定の割合の契約額を保留する市条例にもとづくアファーマティブ・アクションが平等保護条項に違反するとされた事例」アメリカ法 1990-1341 頁；大沢秀介「最近のアファーマティブ・アクション ～クロソン判決を素材に～」法学研究 63 巻 12 号 223 頁 (1990)；松田聡子「人種差別解消のためのアファーマティブ・アクションと逆差別 ～Croson 判決をめぐる～」帝塚山学院大学研究論集 25 号 8 頁 (1991)。
- 39 488 U.S. at 526.
- 40 Ibid.
- 41 Id. at 509-10.
- 42 Kahlenberg, supra note 3, at 126.
- 43 Ibid. Adarand 判決 (515 U.S. 200 (1995)) では、連邦政府と第一次契約を締結した企業が、「社会・経済的に不利な立場にある個人によって管理されていると証明された小企業」と下請け契約をした場合に、下請け金の 10% が追加的報奨金として支払われるとする「小企業法」の合憲性が問題となった。当該法律では、アフリカ系アメリカ人、ヒスパニック、ネイティブ・アメリカン、アジア系アメリカ人、その他のマイノリティが「社会的に不利な立場にある者」として推定されていた。
- O'Connor 裁判官法廷意見 (Scalia, Rehnquist, Thomas, Kennedy 裁判官同意) は、連邦の実施する AA にも典型的な厳格審査が適用されるとし、当該施策が救済手を目的としていないとして違憲とした。当該判決については以下の文献参照。君塚正臣「人種のアファーマティブ・アクションと審査基準」東海大学文明研究所紀要 17 号 27 頁 (1997)；横田耕一「アファーマティブ・アクション」『アメリカ憲法判例研究』(有斐閣、1998) 240 頁；吉田仁美「アメリカにおけるアファーマティブ・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 (2002)。
- 44 Lyndon B. Johnson, commencement address at Howard University, June 4, 1965,

- Public Papers of Presidents : Lyndon B. Johnson 636 (1965).
- 45 Kahlenberg, *supra* note 3, at 3.
- 46 Johnson, *supra* note 44, at 636.
- 47 Kahlenberg, *supra* note 3, at 3 (quoting Johnson, *supra* note 28, at 636).
- 48 See *Id.* at 6.
- 49 Daniel Patrick Moynihan, *The Negro Family* 3 (1981).
- 50 *Ibid.*
- 51 Kahlenberg, *supra* note 3, at 4.
- 52 Johnson, *supra* note 44, at 638.
- 53 Kahlenberg, *supra* note 3, at 6 (citing Daniel Patrick Moynihan, rough draft of President Lyndon Johnson's Howard University commencement address, June 2, 1965).
- 54 Kahlenberg, *supra* note 3, at 9.
- 55 Philadelphia の建設業界における連邦契約に関する人種のみに基づくクォータが、Johnson 政権の労働大臣である Willard Wirtz によって提案されたが、Johnson はこの提案に否定的な見解を採り、この提案は Johnson が政権を去る前に事実上廃案となった。
また、Johnson 大統領命令 11246 号は、連邦との契約者に対して「応募者の人種、信条、肌の色、あるいは出身国を考慮することなしに、応募者が採用され、被雇用者が採用期間中差別なく取扱われることを確実にするために、AA」の実施を要求するが、それは時を経て人種のみに基づく AA を要求するものへと変化した、とされる (*Ibid.*).
- 56 *Id.* at 12.
- 57 *Ibid.* (citing Johnson, *supra* note 44, at 638-39).
- 58 *Ibid.*
- 59 Martin Luther King, *Why We Can't Wait* 135 (1964).
- 60 *Id.* at 137.
- 61 *Id.* at 138.
- 62 Kahlenberg, *supra* note 3, at 10.
- 63 *Id.* at 13.
- 64 *Id.* at 16.
- 65 *Ibid.*
- 66 *Ibid.*
- 67 *Id.* at 16-17.
- 68 葉山明「アメリカにおける黒人(アフリカ系アメリカ人)と雇用平等問題－『フィラデルフィア計画』をめぐって－」東海大学文明研究所紀要 17号 37頁、41頁(1997)。
- 69 同論文、41-42頁。
- 70 同論文、42頁。
- 71 同論文、42頁。もっとも、Kahlenberg は Nixon 大統領の支持した Philadelphia Plan は公共契約分野におけるクォータ制であったと評する(Kahlenberg, *supra* note 3, at 22)。

- 72 葉山前掲 (68) 42 頁。
- 73 Kahlenberg, *supra* note 3, at 22. Kahlenberg は、「皮肉を言えば、AA の支持者の何人かは、超党派的な支持として Nixon の役割を誇らしげに参照している」と述べている (Id. at 222 n.34)。民主党の支持基盤を分断するという Nixon の試みは、労働者層をベトナム戦争の支持派に取り込むことで一定の成功を収めたとされる (Id. at 23)。
- 74 葉山前掲 (68) 42 頁。
- 75 同論文、56 頁註 17。
- 76 Ibid.
- 77 See Id. at 24-25. Kahlenberg は、Nixon が人種に基づく AA を支持したのは何故かについては民主党の支持基盤の分断という理由を述べているが、その後、一転して人種に基づく AA を否定した理由については述べていない。また、リベラル派が当初は人種に基づく AA への支持に疑いを持っていたが、その後、それを支持するようになったのは何故かについても詳細には述べていない。また、Kahlenberg は 1972 年に Nixon が一転して人種に基づく AA への支持を縮小していったとするが、何を根拠にそう述べているのかは彼の著作からは明らかでない。この点の考察については、他日に行う。
- 78 「[人種に基づく AA の] 支持者が階層の重要性を無視することで、古典的な左翼の最も基本的な想定を無視している」ことを考えると、「AA がひとつの施策として左翼により伝えられている」ことは異常である、との指摘もなされている (Richard Rodriguez, *Hunger of Memory : The Education of Richard Rodriguez* 151 (1981))。
- 79 本文中に挙げた人種に基づく AA への支持が困難となった 3 つの理由のうち、政治的な反対については Kahlenberg が指摘している。その他の理由については、判例と学説を分析して、筆者が独自に示したものである。
- 80 Kahlenberg, *supra* note 3, at 112-13.
- 81 See *id.* at 113.
- 82 See Ibid.
- 83 Ibid. 例えば、1992 年に実施された 15 ～ 24 歳を対象とする調査において、10 代の白人は、黒人が古いタイプの差別の犠牲者となるのよりも、自身が逆差別の犠牲者になる確率が高いと考えている、ということが示されたとされる (Ibid)。
- 84 AA は形式的平等を犠牲にする施策であるため一時的な施策でなければならず、不平等な状況がなくなったときには廃止されなければならない。以上のように、人種に基づく AA に政治的な批判がなされた背景には、人種に基づく AA が開始されて以降、黒人の社会・経済的地位が大きく向上した事実がある (後掲註 (162))。また、AA が開始されて以降、多くのマイノリティがアメリカに移住してきた。アメリカでは、差別の救済について考える際、長年にわたって黒人と白人とに区分してきた。AA が開始されて間もない 1970 年には、黒人は他のマイノリティに数的に勝っており、その割合はほぼ 2 対 1 であったが、1990 年には既に他のマイノリティ

の数が黒人を上回っていた(Andrew Hacker, *Two Nations: Black and White, Separate, Hostile, Unequal* 15 (1992))。この傾向はその後も続き、黒人がマイノリティに占める割合は低下し続けている。移民は過去に差別を受けていないのにもかかわらずAAの対象となっており、差別を救済するというAAの正当化理由が疑わしいものになったのは、そのような背景がある。

85 Kahlenberg, *supra* note 3, at 186.

86 *Id.* at 187.

87 *Id.* at 106.

88 *Ibid.*

89 アメリカの最高裁の裁判官達は人種に基づく分類は本来的に差別的に用いられる可能性があるとする「懐疑主義」に依拠し、AAの合憲性審査に関して厳しい態度で臨む。「懐疑主義」に依拠する以上、最高裁においてAAへの合理性の基準の適用は主張されていない。最高裁の裁判官は、例外的な場合を除いて(*Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267, 292 (O'Connor J concurring in part and concurring in the judgement) (1986); *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 330 (O'Connor J joined by Stevens, Souter, Ginsburg & Breyer JJ., majority opinion) (2003))、AAに対して違憲性の推定を働かせ、AAを策定・実施する側にAAが合憲であることを立証する責任を課すことではほぼ意見が一致している。争いがあるのは、立証責任の厳格度についてである。即ち、「立法目的がやむにやまれぬ利益を促進するものであり、選択された手段がこの目的の達成に向けて密接に仕立てられていること」を立証する責任(立証責任①)を課すのか、「立法目的が重要であり、その目的と規制手段との間に実質的関連性があること」を立証する責任(立証責任②)を課すのか、について争いがある。立証責任①を課す審査は、立証責任②を課す審査のAAへの適用を主張する裁判官から、「理論上厳格であるが、事実上致命的」な審査であると分析されている(*Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 362 (Brennan J joined by White, Marshall & Blackmun JJ., opinion) (1978); *Fullilove v. Klutzunick*, 448 U.S. 448, 491-92 (Burger C.J., joined by White, Powell JJ., plurality opinion) (1980))。所謂、マイノリティに不利益を課す差別的な施策を違憲としてきた、典型的な意味での厳格審査である。立証責任②を課す審査は、AAへのその適用を主張する裁判官から、「理論上厳格であるが、事実上致命的」ではない審査であり、それにもかかわらず厳密かつ厳格な審査であると分析されている(438 U.S. at 362-63)。当該審査が懐疑主義に依拠し、違憲性を推定しており、厳格な審査であると言える。そこで、本稿では、AAを策定・実施する側に立証責任を課す審査を「厳格審査」、その中でも立証責任①を課す審査を「典型的な厳格審査」、立証責任②を課す審査を「緩やかな厳格審査」と呼ぶ。

90 *City of Richmond v. J.A. Croson, Co.*, 488 U.S. 469 (1989).

91 *Adarand Constructor, Inc v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995).

92 人種に基づくAAに如何なる審査基準が適用されるのかに関する判例展開について、吉田前掲(43)参照。

- 93 Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944). 当該判決では、市民の安全の確保を理由に、日系アメリカ人の強制収用を合憲と判断された。
- 94 See *Loving v. Commonwealth of Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).
- 95 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).
- 96 社会的差別と特定化された差別の概念について、拙稿前掲 (8) 二章六節参照。
- 97 Kahlenberg, *supra* note 3, at 106.
- 98 *Ibid.*
- 99 *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003). 当該判決については以下の文献を参照。勝田卓也「ミシガン大学ロー・スクールにおけるアファーマティヴ・アクションをめぐる連邦控訴裁判決」ジュリスト 1229 号 180 頁 (2002)；吉田仁美「*Gruuter v. Bollinger*, 288 F.3d. 732 (2002) — Bakke 判決の基準をめぐって」関東学院法学 12 巻 1・2 号 177 頁 (2003)；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 (2003)；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』～」北九州市立大学法政論業 32 巻 1 号 (2004)；紙谷雅子「大学とアファーマティヴ・アクション」アメリカ法 2004-1 153 頁；安西文雄「ミシガン大学におけるアファーマティヴ・アクション」ジュリスト 1260 号 227 頁 (2004)；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 ～ミシガン州立大学二事件判決 (2003 年) を契機として～」帝京国際文化 18 号 111 頁 (2005)；宮原均「不平等に対する積極的は正策と司法審査 (二・完) ～高等教育の入試制度に関する合衆国最高裁判例を中心に～」法学新報 113 巻 1・2 号 315 頁、344 頁 (2006)。
- 100 拙稿「Affirmative Action の司法審査基準」GEMC Journal 3 号 158 頁 (2010) II -3 参照。
- 101 539 U.S. at 378 (Rehnquist C.J. jointed by Scalia, Kennedy & Thomas JJ., dissenting)；*Id.* at 387 (Kennedy J., dissenting)。
- 102 O'Connor 裁判官による典型的な厳格審査の理解は、AA への緩やかな厳格審査の適用を支持する学説でも批判されている。Libby Huskey に依れば、O'Connor 裁判官が典型的な厳格審査の意味を不明確にしており、それは「典型的な」厳格審査が存在しなかった時代、即ち、平等保護の存在にもかかわらず、最高裁が悪意ある差別的な施策のいくつかを支持していたときに逆戻りするため、恐ろしい概念である」とする (Libby Huskey, *Constitutional Law-Affirmative Action-Strict in Theory, Intermediate in Fact? Grutter v. Bollinger* 123 S.Ct. 2325 (2003), 4 WYO. L. REV 439, 472 (2004))。Huskey に依れば、「[典型的な] 厳格審査は悪意ある差別から [マイノリティを] 効果的に保護する力を失う」ことになる (*Ibid.*)。
- 103 Kahlenberg は、人種に基づく AA への典型的な厳格審査の適用が最高裁において確立し、AA に否定的な判決が下される可能性が高くなったことで、人種に基づく AA への政治的な支持が減少することについて以下のように

言及している。

1991年市民権法の下では、使用者は、採用あるいは昇進したマイノリティの数があまりにも少ないという結果を統計的に生じさせる行為を正当化する負担を負っているが、何人かの使用者は、それらの雇用行為を擁護するよりも、数による採用に単純に依拠する。企業は、不利な状況に基づく優先がマイノリティの採用者を増加させるという積極的な異なる効果を持つことから、異なる効果という縛りから解き放たれる新たな方法として階層に基づくAAを見ることになる。企業は人種に基づくAAを正当化する負け戦を戦わずに、階層に基づくAAに焦点を当てる。要するに、AAへの企業からの政治的な支持は、裁判所からの法的な支持に依拠しており、法的な支持が弱まれば、人種に基づくAAへの企業による政治的な支持は弱まる (Kahlenberg, supra note 3, at 116)。

- 104 Parents Involved Community Schools v. Seattle School District, 551 U.S. 701, 724-25 (2007). 当該判決については、藤井樹也「学校における人種統合とアフアーマティヴ・アクション(1)(2)」筑波ロー・ジャーナル 2号 69頁、3号 161頁 (2007) 参照。
- 105 See Katherine M. Planer, *The Death of Diversity? Affirmative Action in the Workplace After Parents Involved*, 39 Seton Hall L. Rev. 1333 (2009) ; Corey A. Ciocchetti & John Holcomb, *The Frontier of Affirmative Action: Employment Preferences & Diversity in the Private Workplace*, 12 U. Pa. J. Bus. L. 283 (2010).
- 106 Frederick A. Morton, Jr., *Class-based Affirmative Action : Another Illustration of America Denying the Impact of Race*, 45 Rutgers L. Rev. 1089, 1114 (citation omitted) (1993).
- 107 Id. at 1113.
- 108 Ibid (citation omitted).
- 109 Ibid (citation omitted).
- 110 Id. at 1130.
- 111 Id. at 1130-31 (citation omitted).
- 112 Id. at 1131 n.183, 1131 (citation omitted).
- 113 Id. at 1131-32.
- 114 Id. at 1132 (citation omitted).
- 115 Id. at 1091 n.6.
- 116 Kahlenberg, supra note 3, at 155.
- 117 Richard D. Kahlenberg, *Getting Beyond Racial Preferences : The Class-Based Compromise*, 45 AM. U.L. REV. 721, 726 (1996).
- 118 Kahlenberg, supra note 3, at 162.
- 119 Kahlenberg, supra note 3, at 155, 162 ; Kahlenberg, supra note 117, at 726.
- 120 Kahlenberg, supra note 117, at 727.
- 121 Ibid.
- 122 Kahlenberg, supra note 3, at 154.
- 123 Kahlenberg, supra note 117, at 725.
- 124 Ibid.

- 125 Kahlenberg, *supra* note 3, at 117.
126 *Ibid.*
127 *Id.* at 117-18.
128 Fallon, *supra* note 16, at 1923.
129 Kahlenberg, *supra* note 3, at 120.
130 Kalenberg, *supra* note 3, at 107.
131 *Ibid.*
132 John Hart Ely は「特別な憲法上の保護を貧困者に拡大するといつかつては輝いていた運動は壊滅した」と述べている (John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* 148 (1980) (邦訳として、佐藤幸治・松井茂記訳『民主主義と司法審査』(成文堂、1990) 242 頁))。
133 Kahlenberg, *supra* note 3, at 108 (citing *James v. Valitierra*, 402 U.S. 137 (1971); *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297, 316-17).
134 *Ibid.*
135 Kahlenberg, *supra* note 117, at 725.
136 DeFunis v. Odegaard, 416 U.S.312, 337 (1974).
137 *Id.* at 337.
138 *Id.* at 331.
139 *Ibid.*
140 *Id.* at 331-32.
141 *Id.* at 331.
142 *Ibid.*
143 Morton, *supra* note 106, at 1115.
144 416 U.S. at 336.
145 488 U.S at 509.
146 *Id.* at 510.
147 Antonin Scalia, *THE DISEASE AS CURE: "In Order to Get Beyond Racism, We Must First Take Account of Race"*, 1979 WASH. U. L.Q. 147, 156.
148 *Ibid.*
149 Clarence Thomas, *Affirmative Action Goals and Timetables: Too Tough? Not Tough Enough!*, 5 YALE L. & POLY REV. 402, 410-11 (citation omitted) (1987).
150 Hearing of the Senate Judiciary Committee, Federal News Service, Sept. 10-13, 1991. Thomas 裁判官の親は農夫であり、社会・経済的に不利な状況にある家庭の出身であると考えられる。
151 Michigan 大学文系科学部では、入学選抜の際に、志願者を 150 満点で評価し、そのうち 110 点を学力、40 点を学力以外の要素により評価した。非学力的な要素には志願者の人種が含まれ、人種的マイノリティの志願者には自動的に 20 点が付与された。Michigan 大学文芸科学部への合格が確実に保障されるには 100 点が必要であり、志願者が人種的マイノリティであることによって自動的に付与される 20 点は合格を確実にするのに必要な点数の 5 分の 1 である。
152 539 U.S. at 271.

- 153 Ian Ayres & Sydney Foster, *Don't Tell Don't Ask : Narrow Tailoring After Grutter and Gratz*, 85 TEX. L. REV 517, 550 (2007).
- 154 539 U.S. at 273.
- 155 Ayres & Foster, *supra* note 153, at 551 n.125.
- 156 Scalia, *supra* note 147, at 156.
- 157 実際には、Scalia 裁判官は、人種に基づく AA に関連するすべての事例において否定的な判断を下している。

[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)