

逆差別と正義

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学大学院 公開日: 2010-03-09 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 穠山, 守夫 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/7660

逆差別と正義

一 序

逆差別とは、一定の資格取得にとって一般的には相当な要件であると考えられない人種等の特性を基礎として一定の個人・集団に対して他の個人・集団よりも優先して一定の資格を与える処遇（優先処遇）である。そして、ここにいう「個人」・「集団」とは、一般的に人種的マイノリティおよび女性に限定され、また、そこにいう「優先処遇」においては、雇用や高等教育の入学の機会がめざされる。そして、この逆差別における優先処遇の点を強調するならば、逆差別は、優先処遇と把握し得るし、また、その積極的平等化行為の面に着目すれば、それは、マファーマティブ・アクションと見得る。

一般的には黒人を典型とする人種的マイノリティと白人女性とが一律に論じられるが、それは、両者の相違を軽視するものであり妥当でない。白人女性は、マジョリティであり、投票箱と民主政の過程を通じて、積

種 山 守 夫

極的な平等化を推進できる立場であるという点で黒人と異なる。さらに、白人女性の場合、黒人のように奴隷制度に基づく隷属状態におかれなかつたし、したがって、それに起因する事実上の隷属状態のもとにおかれしていない。そのうえ両者は家庭環境・教育環境等において異なる。この差異からして、黒人に妥当する逆差別が、同様に白人女性に妥当するとは考えるべきではない。

以上から、優先処遇は一律に論じられず、それが黒人等のマイノリティ・白人女性いずれに対してなされるかを考慮してその当否が検討されるべきである。いずれにせよ、優先処遇による利益は、抽象的には、黒人等の集団に与えられるが、現実には、集団構成員のうちの特定の個人が利益をえ、多面マジョリティ構成員のうちの特定の個人が損失を蒙るが、ここにおいて、個人の能力・功績とは関連性のない要素（人種等）を理由に黒人等を優遇することが、個人は能力・功績に応じて扱われるべきであるという平等の理念と対立することになる。そこで、この対立

をいかに調整し逆差別を根拠付けるかが問題になる。この点につき、その問題点が最も鮮明に現れる黒人に対する優先処遇に焦点をあてながら、その根拠付けを検討する。この逆差別の根拠づけとして、①補償的正義論、②社会的効用論、③配分的正義論、④契約論的正義論、⑤入学試験の文化的偏向論、⑥人種的比例代表論、⑦他の関連性ある非人種的特性の代替物としての人種論が唱えられているが、本稿では順次それらの根拠づけと問題点を検討することにする。

二 逆差別と正義

(一) 補償的正義論

この理論は、過去の不正な差別行為ないし不正な状況に焦点をあてるものである。まず個人主義的理念に忠実な理論から検討する。

1 個人主義的補償的正義論 (compensatory justice theory)

(1) 不法行為的構成

逆差別は差別者の故意・過失に基づく不法行為（広義）により損害を蒙った被害者に対する補償である。この構成は通常、契約関係にない差別者と被害者との関係に不法行為理論を援用して被害者の損害賠償請求権を優先処遇を受ける権利と位置付けるのであると思われる。逆差別は不法行為的不正を是正するものとして正当化される。

かかる不法行為的構成は個人主義的市民法法理の援用により逆差別を基礎付けるものであるが、特定の加害者の特定の差別行為により特定の被害者の利益を害したということを確認することは困難であるから、実

際上優先処遇を受ける権利を基礎付けることができない。しかしこの点については公平の観点から立証責任を転換することにより一応、対応し得るであろう。しかしこの構成によると第一に差別を受けなかった者に補償することになりはしないかという点、第二に差別をしなかった者に不利益を与えないかという点が問題となる。

第一の点については、黒人は人権差別主義の犠牲者であったから問題がないともいえる。しかしその犠牲者でない黒人が存在することは否定できず、これを無視することはできない。もっともある黒人に対する差別行為は、他のすべての黒人の自尊心を傷つけるものであり、この点からしてすべての黒人は被害者だとすることもできるように思える。

しかしすべての黒人の自尊心が傷つけられるとは限らないし、仮に傷つけられたとしても、かような自尊心の侵害を補償に値する被害と考えるのは、余りにも被害概念を拡大するものであり不当である。結局、被害者でない黒人に対する補償の余地はなくなる。この立場に立つ以上この問題は解決されない。

次に第二の点に対しては、犯罪被害者保障制度の精神を採用して、不可避の差別による損害を社会全体に分散させる方法が考えられる。しかしその方法は余分な社会的地位を作出する。またその費用は国民が負担する税金によって賄われるから、未だ責任のない者に不利益を与えるという結果は解消されない。更に財政上問題があり、納税者が負担の増加に同意するかどうか問題だし、たとえその合意が得られたとしても、その増額は優先処遇を効果あらしめるほどのものではなからう。そこで財政上の問題を無視して、それを効果あらしめるほど行なうと社会的必要

を大幅に越えて余分の位置が生み出されることになる。結局この立場では第二の点に対して有効に対応できない。

(2) 不当利得的構成

逆差別は不法行為には基づかないが、特定の差別行為により結果的に享受された不正の利益を公平の観点から受益者から損失者に返還する方法である。たとえば過去の差別により黒人は不利益を蒙り、他方白人は不正な利益を得たが、その不利益・利益はそれぞれ黒人・白人に承継されるので、現在、白人の有している不正の利益を除去するのは、公平の観点から正義にかなう。逆差別は、そのような不正の利益を除去する方法と考えられる。

この構成は優先処遇によって利益・不利益を受ける者が不正の差別の直接の被害者・加害者であることを要しないという点で不法行為的構成の難点を回避し得る。もっともこの点は不法行為的構成の場合に相統法理を援用すれば問題はないといえる。ところで不当利得的構成の場合、まず受益者の利得と損失者の損失との因果関係を確定できるかが問題となるが、通常それを確定することは困難であろう。したがって優先処遇を有効なものにするためには公平の観点から立証責任の転換を図る必要がある。次に受益者が、直接、不正を働いて有利な立場を得たのならともかく、そうでないのにその立場に基づく利益を奪ってよいのかが問題となる。この点につき例えば白人は不正な利益を承継すると共にそれを返還する義務をも承継するから、その利益を奪っても不当とはいえないと思われる。しかしすべての白人が受益者とはいえないから、受益者

でない白人から不当に利益を剝奪するという事態が生じる。他方損失者でない黒人に不当に利益を与える恐れがある。したがって、この点からしてこの構成も問題がある。

2 団体主義的補償的正義論

この正義論は個人主義的補償的正義論の欠点を是正すべく不法行為者ないし不当利得者と犠牲者ないし損失者は、共に個人ではなく団体であるとする事によって差別を個人間ではなく団体間の関係とし、かくして補償と責任は、自分自身の行為および状況によってではなくその集団の構成員であるということによって配分されうるとするものである。この立場の代表的な論者たるTaylor¹⁾によると、黒人集団はこれまで不当に差別され損害を蒙ってきたが、他方白人集団は黒人集団を差別することにより不当に利益を受けてきたので白人集団は黒人集団に対して補償する義務があるとされる。

確かに逆差別は個別的な個人間の補償問題ではなく社会的差別に基づく社会問題だから団体的構成で対応したほうが、その実態に即応するものともいえよう。しかしこの立場は次の理由により妥当でないといふべきである。まず、問題の白人・黒人集団は、実際、「団体」として機能しない。団体の本質的特性は、団体の行為とその構成員の行為および団体に對する行為とその構成員に對する行為とが明確に区別されうるといふことである。ところが白人・黒人集団自体の行為を觀念することはできないから、両集団は団体の本質的特性を持たない。したがって黒人・白人集団は団体として機能しない。

もつとも白人集団は団体として機能しないといえるが、補償的正義論の立場から黒人集団を団体として扱うことが可能かが問題となる。この点に関して、Els³²の集団に関する理論が参考になる。

彼によると、団体とは次の2つの特性をもつものとされる。①団体とは個々人の総和以上の存在物であり、それ特有のアイデンティティをもつもの（したがって構成員に言及しなくても、その団体について語りうることになるもの）。②団体と構成員とは相互依存性をもつ。団体のアイデンティティと福祉は、同時に構成員のそれである。つまり、構成員は、自己の属する団体のアイデンティティを通して自己のアイデンティティを知り、自己の地位と福祉は、団体のそれによって一定程度決定される。ところで黒人の場合、このアイデンティティは、数世紀にわたって最下層におかれ、政治的パワーも極度に制約されてきたという事実を通して形成されたのである。したがって黒人は団体と見られるのである。Elsは、第十四修正との関係で黒人に団体としての特性を認めているのであるから、憲法的観点から、黒人の団体性を認めているのであるが、修正一四条が、平等という正義を基盤としている以上、その議論は、正義論においても妥当しよう。しかしかかる議論が伝統的な個人主義的理念と調和しうるかは問題とされよう。

次にたとえ集団を団体として差別をした者・受益者と差別を受けた犠牲者・損失者と把握しえたとしても、このことから団体自体に対しては格別、団体の構成員に対して不利・有利な行為を正当化することが、帰結されるわけではない。白人団体と黒人団体自体を不法行為者と被害者ないし不当利得者と損失者として扱うのなら、それとともに責任を負う

者等と補償を受ける者等とみる必要がある。しかし逆差別によって不利益・利益を受けるのは、明らかに個人であるからそうみることは困難である。さらに人種集団の構成員であることは出生に基づくものであり明らかに意志に基づくものではないのであるから、個人がその集団の行為に対して責任を負うのは、近代法の原則である個人責任・意志責任の原則に反する。このような点は団体的アプローチの難点であろう。これに対しStrikeの理論はこの難点を回避しうる。そこで次にStrikeの理論を検討する。

3 Strikeの補償的正義論

Strike³³は個人主義的補償的正義論を評価しつつもその不充分さを認めおそらくこれに白人集団を白人優位の社会・国家とみる団体的方策を加味することによって、社会・国家を加害者・利得者、被害者・損失者を黒人個人と見る国家賠償的・国家補償的構成を構築しているように思われる。

彼によるとまず補償されるべき犠牲者である黒人は団体としてではなく、個人として把握されるべきである。この黒人は損害を受け補償に値する者である。次に不正義は社会という団体によって犯されてきた。ここにいう社会とは、政府と行政機関を通じて団体的に行動（作為と不作為＝黙認）するものである。社会は、それ自身行動する団体として考えられる。さらに社会は黒人に対して差別をなした者であると考えられる。差別が社会の作為または不作為のために生じた以上、社会はそれに対して責任がある。そして社会が個人たる黒人に不利に行動してきたと

いう不正義が今も存在しているといえるので、黒人は補償に値するし、他方、社会は補償すべきである。そして究極的には、その補償は社会の構成員の負担となるとする。

そうすると責任のない者が不利益を受けるといふ問題が生じるが、これはどう対応するべきか。彼は二つの対応が可能だとする。まず、社会は、納税者とは別個に自分自身の資源のプールを有すると考える。そして社会はそのプールから補償をするから、その補償は社会の資源の源である納税者の不利益とはならない。次にたとえその不利益が社会の構成員に転嫁されるとしても、それは非常に広範に拡散されている。したがってそれをそれほど問題とする必要はない。このようにして逆差別は補償責任ある社会の犠牲者たる黒人に対する補償として正当化される。

結局、彼によると逆差別は次の要件がある場合には妥当とされよう。まず責任のない特定の者が不利益を受けることがないように、地位を余分に増加させる必要がある。次にその地位の増加の費用は、社会が負担する必要がある。それは、責任のある社会の補償であるとともに、その構成員のレベルにおいては、できるかぎり構成員の不利益を拡散するものである。

大雑把にみるとStikeの主張は個人主義的な補償的正義論を片面的・団体的に修正したものであり、基本的には逆差別を国家賠償的補償および損失補償的補償と性格づけることにより、責任のない白人に不利益を与えない逆差別を正当化するものといえよう。

かかるStikeの主張は説得力を有するが、国家行為（作為・不作為）・国家の利得と特定の被害者の被害・損失との因果関係の確定の問

題や財政上の問題等を解決するものでない点で不十分なものである。

4 逆差別と能力主義

逆差別政策は、通常、能力の劣る者に能力の勝る者に優先して社会的地位を与える結果となると思われるので、能力主義と衝突するのではないかが問題となる。この点につき、優先入学を想定して検討する。伝統的な能力主義の観点からすると、能力と試験の点数とは比例すると考えられているから、白人Xは、実際、受験時において黒人Yより高得点をとったならば、Yよりも入学資格があるということになる。しかしかかる能力主義的観点はXおよびYが同じスタート・ラインに立っている場合には問題はないが、そうでない場合には不平等な結果をもたらす。出発点における不平等が存在する場合には能力主義的適用を限定しても、Yが最低限度の資格を有すればXより劣っていたとしても資格を有することはかわりがないのであるから、あながち不当とはいえないであろう。もっとも生命・健康等に関わる資格の場合には国民の生命・健康等の保護の観点から厳格に解するべきであるが、入学資格の場合は医学部の場合でも直接に国民の生命・健康等に関わるものではないから厳格に考える必要性はより小さいといえ、この点に鑑み入学資格を人種を考慮して決することは不当とはいえない。なお能力とは単に知力とか体力を意味するものではなく社会にとって有用な資質を意味するとも思われる。そうすると当該社会との関係において何が能力かが決定されることとなる。ところで人種統合が要請される社会においては入学資格において人種を考慮することは社会的に有用である。したがってこの人種統合との関係

においては入学試験において黒人であるという属性は一種の能力であるといえないこともない。そうだとすると優先入学はこの属性をプラスして能力を判定した場合にはより資格ある黒人に入学資格を認めたとはい得るのであるから、能力主義に適合するとも考えられる。もっともかように能力をかなり相対的にとらえるのは、能力の概念を曖昧化するものであり、その点で問題はあはる。

5 逆差別による裕福な黒人の競争上利益と貧乏な白人の競争上の不利益

優先処遇を一律に黒人に与える場合、最もその処遇が必要とされる慢性的な貧困にあえいでいる黒人ではなく、よりその必要性のない裕福な黒人に競争上利益を与え、他方裕福な白人ではなく貧乏な白人に競争上不利を与え、その結果、不当な事態がもたらされる可能性はある。しかし前者の可能性が大きいとしても、貧困な黒人の競争上の利益を全面的に奪ったものではないし、また裕福な黒人の入学資格の取得ないし専門家への道を拓くことは、黒人はレベルの低い仕事に向いているという黒人自身の意識および白人の黒人に対する意識を変革し人種的ステレオタイプを解消するのに寄与し人種統合を促進する可能性があり、また高い社会的地位に対する動機づけを黒人にあたえ、間接的であるが貧しい黒人を包含した黒人全体の人生における機会の不平等を公正に再調整するといえなくもないから、この点で選抜の基準として人種を用いることは、許されなくともできよう。仮にこれが許されないとすれば、所得制限を設けて、社会的差別に基づく不利益を受けていない蓋然性が

高い裕福な黒人を排除すべきである。

次に貧乏な白人の場合、不相応に損害を受ける蓋然性が高いという問題が生じる。この問題につき次のような方法で対応することが考えられる。まず、その損害が恵まれない白人に苛酷なものにならないように貧困者に対する社会保障を充実することである。次に白人であるにもかかわらず社会的差別により不利益を受けた貧乏な白人にそのことを文書等の一定の証拠方法を用いて証明することにより優先処遇を受け得ることを認めることによつて対応することもできよう。

6 総括

個人主義理念に忠実に修正されない補償的正義論を展開すれば、補償とは差別に関して責任のある人物（差別に基づく受益者）が被差別者（損失者）に対して一定の負担を負うことである。そうすると差別行為（利得）の特定性や差別（利得）と被害（損失）との因果関係が問われることになるが、それらを確定することはできないので、人種に配慮した優先処遇を理論上根拠付けることは困難であろう。そこでこの難点を回避するために白人集団・黒人集団をそれぞれ加害者（受益者）・被害者（損失者）と把握する団体的構成によつて対応することが考えられるが、この場合まず団体とは通常統一的行動をするものであるから、そのような行動をとらない白人および黒人を団体と把握することは困難である。もつとも、黒人の場合はその特殊な歴史に鑑みて、正義論の観点から団体の概念を拡大することは可能であろう。だが、仮に黒人集団に対する補償を論じるのなら、理論上現実の犠牲は白人集団が負担し、補償

は不利益を受けた黒人集団が受けるべきであるが、そうではなくその犠牲は特定の白人が負い、補償は特定の黒人が受けるとするのは、理論的飛躍があるといふべきである。また団体的構成は個人主義理念との調和が問題とされよう。更に黒人の中には犠牲者でない者もいるが、集団全体に向けられる逆差別はその政策の対象を広げすぎることになる。その点、Stirnerが、片面的に集団的構成を導入し被差別者を団体と見ないが、差別者（利得者）を団体と把握し、かつ差別者（利得者）を白人集団ではなく社会（政府）と構成することによって、右の難点のある程度回避しているのは、巧みな構成といえよう。そして、社会の作為又は過去の不正義を是正しないという不作為と犠牲者（損失者）の損害（損失）との間に因果関係を考えることによって因果関係の確定を容易にしようとしているように思われる。この場合不利益を受ける者を減少・消滅させるべく余分な社会的地位を提供するため、財政上の負担が増え究極的には納税者に損害が拡散されるとともに、損害を受けなかった黒人に不当な利益を与えることになり、逆差別の正当性は充分には根拠付けられない。結局、補償的正義論だけでは逆差別を正当化できないといえよう。

(11) 効用論 (utility theory)

効用論は、一般的には過去志向的な補償的主義論とは異なり将来志向的である。この効用論は大別すると三つに分けられる。第一のものは効用（選好）を最大限尊重する純効用論、第二のものは個人の権利を尊重しつつ効用を考慮する限定された効用論、第三のものはDworkinの効用論である。以下順次検討する。

1 純効用論

これは、過去の差別を問題にせず、単に優先処遇のもたらず①将来の人種統合、②人種的ステレオタイプの打破、③学生集団の多様化による教育効果等の効用を強調して、その正当性を効用（選好）の最大化の観点から根拠づけるものである。この立場からするとFullinwider³⁾が指摘するように優先処遇を運用していく場合に発生する個別的利益・不利益は、社会的なコスト・ベニフィットの考量に解消され、優先処遇の犠牲となる白人の主張する平等権の侵害は、コストとして扱われ、それが社会全体の効用と考量されることになる。したがって優先処遇はそれがもたらす社会的利益（より急速な労働力の人種の統合、人種間の緊張の緩和、望ましい役割モデルの展開、高等教育機関における学生集団の多様性の確保、マイノリティ社会に対するサービスの向上等）がそれによって惹起される弊害を上回れば正当化される。

しかし実際問題として利益と弊害を正確に考量することは困難である。したがってその考量が恣意的なものにならないかが問題となる。この点を黒人の優先雇用についてみると、その優先雇用による黒人の経済上の利益と白人の経済上の損失とは等しいから、社会全体としては純利益はないともみられ得る。しかし、Fullinwider³⁾が主張するように白人の経済上の損失は個人的な損失（他の白人の心理的ダメージを含むが、白人の自尊心が傷つけられるとは考えられない。）にすぎないが、黒人の経済上の利益は黒人に貧困が集中している以上、強度の積極的效果（他の黒人の心理的利益を含むが、黒人の自尊心は高められるだろう。）を有し、社会的利益をもたらすものであり、その点からして社会全体では純利益

があるとも考えられる。この場合、論者の価値観が利益・損失の考量に反映するからどちらの考量が正しいかは客観的に断言することは容易でない。この価値観は恣意的なものと結合し易いから、この考量過程から恣意を完全に排除することはできない。

次に最も資格ある者に希少な地位が与えることが、効用の最大化をもたらすものである以上、純効用論の観点から最も資格ある者に希少な地位を与えない優先処遇が肯定されるかが問題となる。

この点を優先雇用についてみるに、最も資格ある者を雇うことは最大限の効率を実現することにつながる。そして効率は最大量の望ましい財の生産をもたらす。そのことは最大多数の人々の最大限の充足の充足をもたらす。したがって、かかる最大限の充足の充足をもたらさない恐れのある優先処遇はこの立場からすると認めづらい。そこでこの立場から優先処遇を肯定するにはそれが効率を低下させないこと又は効率が低下するとしても社会全体の効用は減少しないということを論証する必要がある。その効率の低下の点についてはRosenthal⁽⁶⁾が述べるように優先処遇は、労働人口における黒人の割合を高めることにより労働者集団の構成を多様化し、人種間の協働・融和を高め、ひいては高い水準の技術が要請されない場合には各労働者の技術に基づく効率の総和以上に効率を高める傾向がある。したがってこの限度で純効用論の立場からしても優先処遇を基礎付けることは可能である。

しかしこの立場は人種を理由にして黒人を採用しないことを正当化し得るといふ大きな欠点を有する。たとえばRosenthal⁽⁷⁾が指摘するように、白人が黒人に対してたいそう敵意を有しているので黒人の雇用が効率の

純減少をもたらすような人種間の緊張等を生じさせる場合にはこの立場からすると人種を理由に黒人を採用しないことが正当化されると思われる。この点で純効用論は問題がある。この問題を解決する方法として、個人特に黒人の権利擁護の観点から限定された効用論的アプローチを採ることが考えられる。そこで次にこのアプローチを検討する。

2 限定された効用論

Thomson⁽⁸⁾によると、限定された効用論的立場からすると、優先処遇は第一に権利侵害を伴わないで効用の最大化をはかる場合、第二に権利侵害を伴ってもその侵害が効用の単なる増加ではなくより大きな利益の達成によってカバーされる場合には正当化される。そして第一の場合、白人と同等の資格ある黒人の優先雇用が効用の最大化をはかることになる。この場合希少な地位を獲得する競争において優劣がない以上いずれもこの地位を獲得する資格がない。したがってどちらにその地位を与えてもその地位に就任する権利を侵害することにはならない。この状況において黒人に対する優先処遇が効用の純増加をもたらすかぎり、効用の最大化をはかりつつ、それを用いることができる。しかしこの場合白人の平等権が侵害されるから権利侵害を伴わないで効用の最大化をはかることはできない。したがって第一の場合には肯定されない。

次に第二の場合であるが、これが肯定されるかどうかは特に重要な利益のために白人の権利侵害が妥当とされるかによる。この点につきThomson⁽⁹⁾は次のように主張する。白人男性は業務に就任する機会均等の権利を有するが、社会はより大きな利益のためにその権利を制限し得

る。また不当な扱いを受けた黒人に補償をすることは大きな利益を生む。そうだとすると過去において黒人に対して不正をし、黒人に補償する義務がある社会が、その義務の履行として優先処遇を行なうことは大きな利益のために白人の機会均等の権利を制限するものであり、正当化されると。

このThomsonの限定された効用論は一応説得的であるが、Rosenfeld⁶⁾が指摘するように、次のような看過し得ない欠点がある。すなわちその理論は一定の大きな利益を達成するために又は一定の大きな害悪を防止するために、黒人の機会均等の権利を制限することを許容することになってしまふ。たとえば、人種対立が極めて激化しているので、労働者の人種的統合を強行することが人種間の暴力的衝突をもたらしたり、社会に不安を与える場合には、それを避けるために黒人に対する差別が認められよう。したがってかかる差別を正当化する可能性がある以上、この立場も問題があるといえよう。そこで次にその可能性を排除するDworkinの効用論を検討する。

3 Dworkinの効用論

Dworkin⁷⁾は、最大の効用といえども、機会・負担の平等処遇に対する権利より、むしろ個人の平等な尊重・配慮を図る平等者として処遇される権利を侵害できないことにより、人権差別の正当化の論拠を与えない優先処遇の正当化を図る。功利主義的に考えると、優先処遇は白人の損失（コスト）を考慮に容れても、現在異なった人種グループ間に存在する富と権力の差異を減少し、社会の総体としての平等化（大き

な利益）をもたらすものとして、または総体としての人々のより多くの選好を満足させるものとして正当化される。

しかし、この論法によると、人種隔離が社会全体の福祉を促進する場合、または総体としての人々のより多くの選好を満足させる場合、人種隔離が正当化されてしまふという不都合が生じてしまふ。そこでこの不都合を回避するため、Dworkinは人種隔離政策により社会が功利主義的な意味で向上したとしても、このことは、この政策により不利益を受ける黒人に認められた平等者として処遇される権利と両立するような正当化根拠を与えることはないだろうとする。

これに対して、黒人の優先入学の論証は、功利主義的であると同時に理想論的な論証である。理想論的論証は選好には少しも依拠しておらず、むしろ将来のより平等な社会はたとえ現在の社会成員が反対してもより良い社会である、という独立の論証に依拠し、各人の平等者として処遇される権利を否定することはない。この観点からすると入学選抜方法は、平等者として処遇される社会の全成員の権利を尊重するかぎりにおいて正当化され、そうでない場合には正当化されない。そうだとすると黒人の優先入学は、理想論的論証にも依拠しており、それ故、正当化されるといえる。

このようにDworkinの理論は他の効用論の難点を克服するものであるが、その理論にはいくつかの弱点があるので、それを指摘しよう。

第一に、平等権を平等者として処遇される権利と平等処遇に対する権利に二分しているが、そうすることが可能であるか問題となる。人間は、事実上生まれながらに能力等において異なっているが、正義の理念が人

間の平等取り扱いを規範的に要請し、そこから人間は平等の権利と機会をもつ資格（平等権）があるということになるのであって、平等権を二分することはできないはずである。それをあえて二分したのは、平等者として処遇される権利を定立することにより黒人の優先入学を肯定するためであると考えられる。平等者として処遇される権利とは、個人は等しく最大限尊重されるという個人尊重の原理を便宜的に権利と称したにすぎないとみることができ、そうだとすると、個人の尊重といつても、公共の福祉によって制約されるのであるが、黒人の場合は平等な社会の実現という公共の福祉の観点から、優遇が是認されるが、その反面白人が不利益を受けることは許容されるという趣旨であろう。そして、この場合白人が不利益を受けたとしても、なら白人を個人として尊重していないことにはならないというのであろう。これは単なる公共の福祉論であり、それを平等権の問題として扱うのは不当である。

第二に、かりに平等権の二分論を認めたとしても、その所論は一貫性に欠ける。彼によると優先入学は白人の平等者として処遇される権利を害することはないとするが、デフニス・ケースにおいて白人の平等者として処遇される権利が害されたことを否定することはできないというべきである。

第三に、黒人の優先入学を功利論的論証では正当化できないとしながら、それに理想論的論証を接木することによりただちに正当化しているが、それは結論先取的論証である。

(三) 配分的正義論 (distributive justice theory)

Rawls¹³⁾によると、配分的正義とは権利、功績、能力、貢献度、ニーズの程度等関連性ある要素すべてを考慮しつつ、公正に利益と負担とを分配することである。この立場からすると、優先処遇は不平等な配分は是正という観点から収入および他の重要な利益の再配分を図るものである。その再配分の際には、以前に教育や雇用の機会を奪われた者にそうでない者と比較して、より多くの分け前を与える。例えば、統計に示されている白人と黒人との賃金の格差は、黒人が自己の能力を十分に発揮したり、能力から得られるはずの利益を充分にうけたりするのを妨げる差別に由来しているというべきであるから、優先処遇によりその格差を是正することが要請されるのである。この理論は、補償的正義論と異なり、過去の特定の差別行為を問題とするものではないから、過去の差別と不平等な現状との因果関係を問う必要がないという点で利点を有する。しかし、この格差自体は直ちに優先処遇を根拠付けるものではない。なぜなら、優先処遇をなす場合には黒人が過去において社会的不正を被ったことが条件となるからである。また個々人の能力や適性等からもたらされる利益と負担のアンバランスは、この立場からは正義にもとるとはいえないからである。そうすると、そのアンバランスが差別という要因によって生じたことが明らかにされなければならないが、差別要因と能力等の本来関連性のある要素とは複雑に結び合っているので、そうすることは困難である。この困難を考慮してか、統計上不平等が甚だしい場合に差別との関連性を推定しているようであるが、差別行為とアンバランスとの関連性を推定するならば、その理由を明らかにすべきである。また、この立場からすると、社会的効用論となり、優先処遇を受ける者の

公正な分け前を受け取る権利を一応根拠付けることができるが、過去の黒人差別の責任を凝視するものではないから、その権利性は、補償的正義論の場合と比べると弱いものとなり、「優先」処遇を十分に根拠付けることは困難であろう。

(四) 契約論的正義論

契約論によれば正義の諸原理が正当化されるためには、その原理に倫理的に拘束される者の同意に基づかなければならない。そしてその契約が個人間の権利義務の創設ではなく、多数の構成員によって構成される社会を基礎付ける場合、それは社会契約となる。この社会契約は自由・平等な個人が将来の個人間の関係を規制する規範的諸原理につき合意することによって成立する。かかる社会契約の目的は社会協働の達成と個人の権利擁護との最適な調整をする政度的枠組みを樹立することである。

1 Rawlsの理論に立脚する契約論的正義論

社会契約説はロック・ルソー等によって基礎づけられたものであるが、Rawls¹³⁾はこの理論を一般化し、高度に抽象化する。そして社会契約の当事者は無知のベールの下において正義の観念に基づいて一定の合意に到達する。この無知のベールのために当事者は社会的地位・天賦の才能・幸福観ないし心理的傾向に関し情報を有しない。したがって当事者はこの点で平等の立場に立ち、かかる情報に基づいて契約を締結することができるから、交渉力の差による契約上の利益を受けない。このようにして無知のベールは当事者が構成な正義の諸制度的原理に合意すること

を担保する。この正義の諸原理を選択する際、当事者はマキシミム・ルールに準拠して最悪の結果を避けるように選択を行なう。これらの制約の下に当事者は優先順位の問題を考慮して次の逐次の順序の正義の二原理に同意する。第一の原理は基本的自由を規定するルールが万人に平等に適用され、各人は他者の基本的な自由と両立し得るかぎり最も広範に基本的な自由に関する平等の権利を有すべきであるとする。基本的な自由を制限するのは、そうしないと各人の相互の自由が侵害されるからである。次にこの第一の原理を踏まえて第二の原理（差異原理）は社会・経済的不平等は正義に適う貯蓄原理（正義に適う社会を実現・維持するための負担の公正な分配を担う世代の了解事項）と矛盾しないで最も恵まれていない者の利益を最大化し、また公正な機会の均等という条件下で、万人に開放されている職務や地位に付随している場合に認められるとする。この原理は、効率性の原理や利益の総計の最大化という原理に、辞書的な意味で優先する。そして、公正な機会は格差原理（有利な立場の者と不利な立場にある者との効率性原理の観点から正義に適う分配がいろいろと考えられる場合に、共に有利な分配がないならば、平等な分配を愛好すべきという原理）に優先する。これには二つの場合がある。第一に、機会の不平等はそれが機会に恵まれない者の機会を高めるときには認められるという場合であり、第二に過剰な貯蓄率がある。この困難に直面する者の負担を考慮して緩和される場合であるとする。

契約論の観点から優先処遇の正当化を考える立場からすると、差異原理を適用することにより黒人に対する優先処遇が認められる可能性がある。なぜなら優先処遇は白人に機会の不平等をもたらすものであるが、

機会に恵まれない黒人の機会を高めるものであるからである。もつとも Rawls¹⁴は正義の原理はあらゆる社会問題に適用されるわけではなく、基礎的社会構造にのみ妥当とする。それは基本的な権利義務を分配し、また社会協働によつて獲得された利益の分配を決定する社会制度に関連するものである。そこで優先処遇がかかる基礎的社会構造ないし制度に関するかが問題となる。

この点につき、Roentfeld¹⁵は肯定的に解する。Rosenfeldによると国ない州が行なう優先処遇はアメリカ社会において憲法問題を提起するばかりでなく、基本的な権利の平等の分配にも影響をあたえ、さらに社会協働による利益の分配にも重要な影響を与えるとされる。しかし優先処遇は実質的機会の均等を達成するために一時的に認められるものにすぎず、永続的に権利・利益の分配を決定する基礎的社会構造とはいえないと思われる。したがつてRawls的正義の観点から優先処遇を根拠付けるのは困難ではないかと考へる。

2 Goldmanの契約論的正義論

(一) 部分的に無知のベールをあげた場合の問題点

Goldman¹⁶はRawlsとは異なり当事者を完全な無知のベールの下におかない。当事者は社会構造・知性や肉体能力のような天賦の才については情報を有しているが、社会的地位・人種・性については無知なのである。当事者が社会構造に関する情報を有することを認めるのはRawlsとは異なりGoldmanは現代アメリカ社会が抱える社会問題の解決に関心があ

はこの社会問題の解決策につき合意することになる。かかる情報を当事者に与えるのは優先処遇が現代アメリカ社会が抱える人種問題等の社会問題の解決策である以上問題はない。

では当事者に天賦の才に関する情報を与えるのは問題はないか。この点につきGoldman¹⁷は、こう考えるようである。才能のない者は他者の才能について固有の権利を有しないから、社会は生まれつきの能力の差異に基づく地位等の配分を無視することを要請されないし、おそらく許容することもできないだろうと。

これに対して、Rosenfeld¹⁸は次のように反論する。確かに自給自足経済の下においては財の再配分は各人がその努力によつて獲得した果実を享有する権利を侵害するものであり、Goldmanの立場は妥当であろう。しかし資本と労働とが結合された集团的協業に立脚する交換経済の下においては生産物は集団の努力によるものであるから、個々人の才能に依じた配分は望ましくない。また当事者は天賦の差異に関する情報を有するならば最も才能に恵まれている者は自己にとつて不利益な必要に応じた配分に同意しないであろう。他方最も才能に恵まれていない者はその配分を志向するであろう。ただし最も才能に恵まれている者が才能に依じた配分でなければ一切の社会的協業を拒否するなら、最も才能に恵まれていない者はその立場が弱いから才能に応じた配分に同意せざるをえないであろう。かかる結果はGoldmanが無知のベールにより当事者間の交渉力の格差を是正しようとする趣旨に反するものである。

またかかる情報を与えると、才能の差異が異なる利益をもたらす以上当事者の利害・得失が異なるから、優先処遇に関する契約について全員

一致の合意に達することはできないだろうと。

このようにRosenfeldが指摘するようにGoldmanの立場は問題がある。

2 補償的正義論

Goldmanによると、過去において希少な地位の配分のルールの違反があった場合、その違反者は責任を負うべきであり、他方その違反により犠牲を蒙った者はできるかぎり本来そのルールに基づいて得られた配分を回復するべく補償されるべきである。契約当事者が配分に関する基本的なルールを約定する場合、その違反の場合の責任および補償についても合意していると考えられるからである。この補償の観点から一定の制約の下で優先処遇は正当化されるのである。この正当化は市民法レベルの債務不履行に基づく損害賠償の論理の援用によるものと見ることができ、この点でこの構成は債務不履行的構成といえよう。

確かに権利・義務関係は原則として契約法の法理で基礎付けるべきであらう。しかし契約の拘束力は契約を締結した者に及ぶが、それに関与しなかった者には及ばない。ところで優先処遇により利益を受ける者と不利益を受ける者とは、通常、その契約概念を拡張したとしても契約に関与したとはいえない。したがって優先処遇を契約法理で基礎付けるのは困難といえよう。

次に仮にこの契約的構成を認めたとしても、Goldmanは優先処遇の²⁰⁾妥当範囲を狭く限定するので、この点が問題となる。Goldmanによると、優先処遇は一定の地位に関し実際に差別を受けた犠牲者に対してそ

れと同様な地位が空席になった場合に補償としてなされる。その理由は次のとおりである。黒人に対する差別行為があったためにある白人が一定の地位に就任した場合、本来ならその黒人がその地位につくべきであるが、その白人がその地位の要請する任務を適切に遂行しうる以上、その身分の安定に配慮してその地位を奪わずにそれと同様な地位が欠員になった場合にその黒人に対して優先処遇によりその地位を与えることができるのである。この際この黒人より資格のある白人がいたとしても差別がなければその位置は当該黒人に占められていたのであり、その地位の安定を尊重すべきであるからである。

かようにGoldmanの補償的正義論の下では一定の地位につき黒人を差別した機関はそれと同様な地位が空いたとき、補償としてその位置にその黒人を付ける義務を負うにすぎない。しかしこのように限定するならば優先処遇が認められる場合はほとんどないから、優先処遇を認めたとしても、それは実効性のないものである。優先処遇の意義ないし効用を考慮すると、Goldmanの立場を是認することはできない。

3 配分的正義論

長い歴史の過程において公正な機会の均等原理が合理的な財の配分を担保しないようになり、財の配分の極端な不平等をもたらす場合、Goldmanは競争手段の実質的平等化の観点から慢性的貧困者に対する²¹⁾優先処遇を正当化する。慢性的貧困者は社会的な剝奪を受け社会的に不利な立場に固定されるし、またそのため社会的に向上しようという意欲を失う。この状況の下で慢性的貧困者のハンディキャップを克服するに

は学校教育等では不十分であり、機会の実質的平等化を図る優先処遇を行なう必要がある。

しかし慢性的貧困は資本主義の基本的経済構造から基本的にはもたらされるものであるから、その克服は資本主義の矛盾の緩和を図る社会政策の課題であると考えべきである。またGoldmanの枠組みでは慢性的貧困者たる白人に対しても優先処遇が可能となるが、他面、慢性的貧困者でない黒人に対する優先処遇は否定される。これは黒人に対する長い差別の歴史やそれに起因する黒人に対する不当な偏見等を看過するものであり不当である。そこで次に黒人に対する優先処遇をも基礎付けるThalbergの契約論的正義論を検討する。

3 Thalbergの契約論的正義論

Thalbergは⁽²³⁾主張する。アメリカの人種差別は富や地位にかかわらずすべての黒人とその痕跡を残しているだけでなく、自信喪失・自己嫌悪・否定的自己イメージをももたらした。この自信喪失等から生じる劣等感や動機づけの欠乏と同様に労働市場における大きなハンディキャップである。そうだとするならば配分的正義の観点からこのハンディキャップを克服し実質的機会の均等を図る黒人に対する優先処遇は正当化される。

しかし前に述べたようにそもそも契約論の構成には問題がある。かりに契約論の立場に立つても問題がある。すなわちRosenthalが指摘するように黒人に対する優先処遇を契約論の立場から正当化できない。当事者に天賦の才に関する情報が与えられると、最も才能のある者は、白人な

ら不利益を受けないし、黒人なら最も利益を受けるから、黒人に対する優先処遇に少なくとも反対しないだろう。他方余り才能のない者は、黒人ならほとんど利益を得ないし、白人なら不利益が大きいからそれに反対するだろう。したがってそれにつき合意に達することはできないだろう。これに対しその情報が与えられない場合、黒人に対する優先処遇が採用されるかどうかはそれによる白人の不利益に黒人の利益が勝かによるが、その優劣の基準を契約論は提供しない。

結局いずれの立場も問題があり、その立場を是認できない。

4 入学試験の文化的偏向論

これは、デフニス事件⁽²⁴⁾におけるダグラス裁判官の少数意見において述べられた、緩和化された優先処遇の合理化論である。ロー・スクールの伝統的な入学試験は文化的に偏向しており、そのため恵まれない少数派集団の構成員の能力を正当に評価しないから、それを埋め合わせる優先処遇は肯定されるというのである。

しかしロー・スクールのプログラムが支配的文化の中で発展した技術等を要求するという意味において文化的に偏向している以上、恵まれない少数派集団の構成員の能力を正当に評価できる試験を実施するのは、試験技術上疑問である。そうであるならば試験制度においてある程度の文化的偏向はやむをえないと見て対応を考えるべきである。例えば文化的に白人の方に偏っていた場合、通常黒人は白人ほど点数がとれず入学が認められないのであろう。そうするとより高い教育的地位そしてより高い職業的地位したがってより高い文化的地位をうることができず悪循環

に陥ることになる。そこで、この悪循環を絶つために優先処遇が要請されることとなる。結局、入学試験の文化的偏向論は悪循環論（不当利得論）に解消され独立に論ずる必要がなくなるであろう。

5 人種的比例代表論

Posner²⁵⁾によれば、この理論は、少数派集団が全人口中に占める割合を一定の職業たとえば法曹において占めさせるべく優先処遇を合理化するものである。その根拠は、次の四つである。第一は、少数派グループに対する過去の差別を償うことであり、第二はその集団が、過去の差別によってその構成員に強いられたハンディキャプがなかったなら、占めるであろう立場にその集団を立たせることであり、第三は、その集団の受ける専門的サービスのレベルをアップすることであり、第四は、適切な「役割モデル」を提供することによって、構成員の向上意識を鼓舞することである。

この理論は、社会的効用論、補償的正義論²⁶⁾ないし配分的正義論に立つた場合にどの程度優先処遇をなすべきかの基準を明らかにしたにすぎないと見ることができ、独立して論ずる価値がないといえる。仮にこれを独立に論じたとしてもこの立場を採用することはできない。なぜならPosnerも述べているように、各人種の集団の構成員の職業の選好等が異なるから、完全な各集団間における比例代表は不可能であり、そうであるのにそれをなくそうとすると、政府が労働市場・教育過程へ限りなく介入せざるをえないが、それは労働の配分を大いに歪め、また個人の能力と経済的・専門的成功とを齟齬させ、自由な社会がよって立つところ

のインセンティブの体系を徹底的に破壊するからである。

6 他の関連性ある特性の代替物としての人種論

Posner²⁷⁾によれば、人種という特性は、身長等の身体特性と同様に、例えば教育的観点から学生の経験を実り多いものにしよとする学生集団の多様性という価値とは関連性がない。しかし一般的には、黒人の入学出願者の方が白人の場合よりも貧困や偏見をじかに体験し、それをより深く理解している可能性があり、その経験が他の学生や教師に伝達されることにより教育過程は内容豊かなものとなる。したがって人種は教育過程にとって関連のある貧困等の経験という特性の代替物にすぎず、関連性のある特性とたまたま相互に関連するだけである。そうすると例えば入学決定に際し人種という特性を用いると学生集団の多様性に貢献する特性を欠く黒人が入学を認められるという問題が生じるが、かかるコストはそれを用いない場合に生じるコストより大きくないのでその使用が認められるのである。

かようにPosnerはこの見解が逆差別を一応合理化することを認めるが、その難点を次のように指摘する。今日の差別は黒人集団内の有能な者の識別費用が、その識別に基づく利益を上回る場合に生じるのであるから、このアプローチは黒人に不利益な差別を正当化する難点を有する。また人種の優先処遇は黒人を教育上の経験にとつて関連性があると思われ、また貧困・被差別等の経験等の特性を有する者と擬制するが、そうするとかかる特性を有するが人種的アイデンティティを有しない者は優先処遇を受けられないという不公平が生じる。

確かに単に黒人だということだけで直ちに優先処遇を導くことができず、人種は単なる、関連性ある特性の代替物にすぎないといえる。しかし差別の犠牲者等と黒人とは、人種差別の歴史に鑑みると、たまたま相互に関連するだけであると見るのは妥当ではなく、高度の相関関係を有していると考えるべきである。そうだとすると、人種が関連性ある特性の代替物であるとしても、それを用いることは、客観的識別可能性および効率性を考慮すれば、優遇処遇制度の運用上許容できないほど不当であるとはいえないであろう。もっとも他の場合より識別可能性があるとしても、それが容易であるとはいえない場合がある。そこで例えば黒人であるという証拠の問題が生じるが、この場合体色等により容易に分からない場合には、差別またはその影響が少なくと思われるので、出願者に黒人であることに関し証拠の提出責任を認めるべきである。また、人種的アイデンティティを有しない者の差別の問題が生じることは否定できないが、黒人には、関連性ある特性を有する者がずっと多いことに鑑み、制度の運用上やむをえないというべきである。もっとも、将来においては、そのような者にも優遇を及ぼすべきである。

三 結び

逆差別は、今まで見てきたようにどの説によっても十分に根拠付けることは困難であるが、以下において一応の正当化を試みたいと思う。

逆差別は過去における白人の黒人に対する社会的差別に基づく現在の黒人の機会の不均等の解消を目指すものであるが、それを政策論や技術論でなく法理論的に基礎付けるためには、契約関係にない白人の黒人に

対する差別行為を重視する不法行為的・補償的正義論が市民的アプローチからすると妥当であろう。しかしこの構成によると差別行為の特定性又は、差別と損害の因果関係、ないし責任のない者の不利益や差別を受けなかった者の思いがけない利益の問題が生ずる。そこでこの問題性を軽減すべく、*UNESCO*が指摘するように加害者を白人個人ではなく社会ないし国家と見るべきである。そうだとするならば国家は黒人に対する差別をしたことにより、あるいは社会的差別を放置したことにより黒人に對して補償をする責任を負うことになる。この場合近代法の過失責任の原則からすると国家は過失がない限り責任を負わないが、被害者救済の観点から国家の無過失責任を認めるべきである。また同じ観点から因果関係の推定も認めるべきである。そしてこの社会ないし国家は多数派たる白人が支配しているから、社会的差別による利益はおそらく大抵の白人が享受していると考えられる。またこの国家の差別行為等により利益を受けた者は公平の観点から不利益も受けるべきである。そうだとするならば、本来一つの独立の団体とは見られない白人集団を代表する国家の实体を考慮して、組合理論ないし合名会社理論を援用して実質的構成員たる白人の責任を認めるべきである。

しかしこの立場では責任のない白人の不利益や差別をうけなかった黒人の偶然的利益の問題は残る。そこでこの点を解消すべく効用論的アプローチを加味すべきである。

- (1) Taylor, Reverse Discrimination and Compensatory Justice, 33 Analysis. 177(1973).
- (2) Fiss, Groups and The Equal Protection Clause, 5 Phil & Aff. 107 126(1976).
- (3) Strike, Justice and Discrimination, 84SCH. Rev. 516ff.
- (4) Fullinwider, The Reverse Discrimination Controversy, 90ff(1980).
- (5) ibd. 68ff.
- (6) Rosenfeld, Affirmative and Justice, 98ff(1980).
- (7) ibd. 99ff.
- (8) Thomson, Preferential Hiring. In Equality and Equality and Preferential Treatment, ed. Cohn, Nagel, and Scanlon, 31ff(1977).
- (9) ibd. 33ff.
- (10) Rosenfeld, ibd. 104.
- (11) Dworkin, Taking Rights Seriously, 223ff(1977).
- (12) Nickle, Preferential Policies in Hiring and Admissions: A Jurisprudential Approach, 75 Colum. L. Rev. P. 534ff(1975). *た' Greene, Affirmative Action And Principles of Justice, 170(1989)参照。
- (13) Rawls, A Theory of Justice, 11ff, 152ff, 302ff(1971).
- (14) ibd. 7.
- (15) Rosenfeld, ibd. 67.
- (16) Goldman, Justice and Reverse Discrimination. 12(1979).
- (17) ibd.
- (18) Rosenfeld, ibd. 68ff.
- (19) Goldman, ibd. 65ff.
- (20) ibd. 69ff, 125.
- (21) ibd. 78ff, 173, 191ff.
- (22) Thalberg, Themes in The Reverse Discrimination Debate. Ethics 91: 143ff(1980).
- (23) Rosenfeld, ibd. 93.
- (24) Defunis v. Odegaard, 416 U.S. 312(1974).
- (25) Posner, The Defunis Case And The Constitutionality of Preferential Treatment of Racial Minorities, The Supreme Court, 15ff(1974).

- (26) Fiscus, The Constitutional Logic of Affirmative Action(1992). Fiscusは配分的正義により人種的比例代表論を正当化する。Fiscusによると配分的正義とは個人が公正な条件の下で与えられたのであろう地位や利益をえる権利を個人に与えるものである。この立場からすると、黒人も白人も生まれながらの知的能力において差異がないから、理想的な競争条件の下においては、黒人が全人口中に占める割合と同じ割合を大学・職業等において占めるのは当然であることになる。したがって一定の大学・職業等においてその割合が反映されていないときは、それは人種差別に基づくものとされる。そこでその人種的割合を回復する優先処遇は社会的差別がなかったら黒人が得たであろう割合を黒人に補償するにすぎず、白人の権利を侵害するものではない。たとえばデニフス・ケースにおいて優先入学により入学した黒人は、人種差別のない公正な条件の下では合格者と認められるから入学を認められたのであり、他方デニスには人種差別のある不公正な条件の下では優先入学により入学した黒人よりも成績は良いが、公正な条件の下では彼らにより成績が悪いとみなされるから不合格とされることになるのである。このように、この割合を担保する比例代表的優先処遇は、無罪の白人男性を犠牲にせずに、また優先処遇の目的の正当性や社会的重要性を強調したりせずに根拠付けられることになる。しかし黒人も白人も生まれながらの知的能力において差異がないと断定することはできないし、仮にそう擬制しても大学・職業の選好等において個人差があるから能力が同じでも同じ大学・職業等を選択するとは限らないから、黒人が全人口中に占める割合と同じ割合を大学・職業等において占めるのは当然であるとはいえないことになる。したがってFiscusの論証には無理があるといえよう。
- (27) Posner, ibd 7ff.