

「異なる効果型差別」の概念と 憲法上の平等保護条項の抵触をめぐる問題(1)

岡 田 高 嘉

- I はじめに
- II 公民権法第 7 編における 2 つの異なる差別概念
- III 異なる効果型差別の禁止と平等保護条項の抵触をめぐる下級裁判例 (以上本号)
- IV Ricci v. DeStefano 判決の概要
- V Ricci 判決の意義と異なる効果型差別禁止の合憲性
- VI おわりに

I はじめに

Brown 判決⁽¹⁾が「分離すれども平等⁽²⁾」の法理を公教育の領域で放棄したことを嚆矢として、他の公共的施設における人種隔離政策も次々と平等保護条項の下でその命運を絶たれた。隔離政策を崩壊させた後、真に平等な社会の実現に向けた本格的な取組みが始まり、1964 年公民権法に代表される種々の立法措置が講じられるに至る。この 1964 年公民権法は 1950 年代から本格的に始まった公民権運動の成果として制定された差別禁止立法であり、その第 7 編は人種等を理由とする雇用上の差別を包括的に禁じている⁽³⁾。雇用は人間の生存に直結する問題であり、他のすべての自由や幸福の実現の前提をなすと同時に、個人の尊厳、自律性にも深い関わりを持つ。雇用上の人種差別を禁じることは、過去の差別の残滓を払拭して、真に平等な社会を実現する上でも必要不可欠であり、第 7 編の存在意義はこのほか大きかったといえる。

第 7 編の特徴の 1 つは、差別意図に基づかず、外見上中立的であるが、結果としてマイノリティに不均衡な効果をもたらす雇用上の行為を規制している点にある。第 7 編の下では、そのような行為が「異なる効果型差別」

207- 「異なる効果型差別」の概念と憲法上の平等保護条項の抵触をめぐる問題 (1) (岡田)
(disparate impact discrimination) と称され⁽⁴⁾、意図的差別にあたる「異なる取扱い型差別」(disparate treatment discrimination) と共に禁止対象となっている。異なる効果型差別を禁止するという法理は判例法により形成されたものであるが、1991年に第7編が改正され、現在では同差別の禁止が明文化されている⁽⁵⁾。

異なる効果型の差別を禁止するというルールは、マイノリティに不利な雇用上の制度を改善させる機能を持つ。これは特定のグループに対する雇用上の不利な効果を減殺するよう使用者に求め、人種グループ間での資源配分のあり方に修正を施そうと企図するものといえる。したがって、これはアファーマティブ・アクションと同じ機能を有するものといえ、そうであれば、それと類似する憲法上の問題を提起する可能性がある。しかし、異なる効果型差別の禁止が判例上確立し、やがて明文化される過程で、その憲法上の根拠が疑問視されることはほとんどなかった⁽⁶⁾。この問題について初めて本格的に論じたのが、ミシガン大学ロー・スクール教授の Richard A. Primus である⁽⁷⁾。Primus は異なる効果型差別の禁止と憲法上の平等保護条項との緊張関係が認識されずにいた理由につき次の点を指摘する。まず第1に、異なる効果型差別の禁止が世間であまり知られていなかったことである。これは、アファーマティブ・アクションや投票権法上の人種を意識した選挙区割が類似の問題を提起し⁽⁸⁾、しかもより政治的に複雑な問題を孕むため、それらが注目を一手に引き受けたということでもある。第2に、Washington v. Davis 判決の存在である。同判決は、憲法上の平等保護条項は平等な結果ではなく、平等な機会を保障しており、政府による意図的な差別のみを禁止していると判示した。そして、傍論において差別意図と関係なくマイノリティに不均衡な効果をもたらす行為を規制するか否かは、議会の政策的判断に委ねられると判示した⁽⁹⁾。

しかし、Davis 判決以後、憲法上の平等保護条項の解釈をめぐる判例も変化している。近年の最高裁は人種グループ間での資源配分の修正を企図した

政策に対して厳格な姿勢を示している⁽¹⁰⁾。Rehnquist Court およびそれに続く Roberts Court が、人種や性別など個人の能力と無関係な要素の考慮を一切禁止することにより機会の平等と自由な競争による公平な結果が保障されるとする個人主義的平等観⁽¹¹⁾を強く推進するにつれて、異なる効果型差別の禁止と平等保護条項との緊張関係が浮き彫りとなり、その合憲性に疑問の目が向けられ始めてきたといえる。

近年の最高裁が指向する個人主義的平等観に照らした場合、異なる効果型差別の禁止は次の点で問題になると考えられる。第 1 に、異なる効果型差別の禁止を遵守しようとするれば、使用者は被用者や求職者を人種で分類し、その実施する雇用上の行為がそれぞれのグループに与える効果を検証しなければならない。つまり、使用者は常に人種に配慮した行動が求められることになる。第 2 に、異なる効果型差別と異なる取扱い型差別との概念上の矛盾である。異なる効果型差別を禁止するというルールの下では、もしある雇用上の行為がマイノリティに不利に作用することが判明すれば、当該行為は中止あるいは修正しなければならない。しかし、人種的不均衡を理由とするこのような救済措置は、当初の行為によって利益を得る立場にあった者（多くは白人）からすれば、不利な措置であるといえる。これは、いうなればマイノリティに対する異なる効果型差別を回避するために、白人に対する異なる取扱い型差別を行うことを意味する。政府が使用者であれば、憲法上の平等保護条項の問題も発生する。つまり、法を遵守して異なる効果型差別を回避しようとする決定は、相対的に白人グループを不利に扱う結果になるが、これは平等保護条項が禁止する意図的な差別にあたらないか、という問題である。第 3 に、人種による割当制 (quota) の問題である。異なる効果型差別の禁止が突き詰められれば、人種的均衡を目指すことになり、事実上の割当制を容認することにならないか、という問題である。

本稿では、統計上の人種的に不均衡な結果のみを理由に昇進試験の結果を破棄した事件を素材にして、異なる効果型差別の禁止と憲法上の平等保護条

205- 「異なる効果型差別」の概念と憲法上の平等保護条項の抵触をめぐる問題 (1) (岡田)
項をめぐる問題を検討したい。以下では、まず公民権法第7編上で異なる効果型差別の概念が形成されてきた経緯を概観する。

II 公民権法第7編における2つの異なる差別概念

公民権法第7編⁽¹²⁾は雇用分野における人種、皮膚の色、宗教、性別、または出身国を理由とする差別を包括的に禁止した連邦法である。その中核的な規定である§ 703 (a) は、以下に掲げる行為を使用者に禁じている。

- (1) 人種、皮膚の色、宗教、性別、または出身国を理由に、個人の採用を拒否したり解雇したりすること、または報酬、労働条件、雇用上の特典について個人を差別すること。
- (2) 人種、皮膚の色、宗教、性別、または出身国を理由に、個人の雇用機会を奪ったり、または被用者としての地位に不利な影響を与える方法で、被用者または求職者を制限、分離、区別すること。

このように第7編が差別を包括的に禁止したのは、議会が差別問題の複雑さを認識し、ますます巧妙になる雇用上の差別行為をも規制しようとしたからである。それゆえ第7編は「差別」について明確に定義する規定をおいていない。どのような行為が差別にあたるのかという差別の実質的な意味についての判断は、裁判所に委ねられたのである。

そこで裁判所は、これまでに§ 703 (a) の包括的文言を解釈して、次の2つの異なる型の差別行為が禁止されることを明らかにしてきた。すなわち、第1に、人種、皮膚の色、宗教、性別、または出身国を理由として意図的に個人を雇用上差別する行為であり、「異なる取扱い型差別」と呼ばれるものである。第2に、それ自体として差別意図を含まない中立的な制度や基準であっても、結果として特定の人種、皮膚の色、宗教、性別、または出身国といった属性を有する人々に対して不均衡に不利な効果を与える雇用上の行為であり、「異なる効果型差別」と呼ばれるものである⁽¹³⁾。以上の2つの差別

概念の成立には、平等保護条項の下での差別禁止法理が深く関わっている。したがって、平等保護条項の下での差別概念と関連づけながら、第7編の2つの差別概念の成立経緯を以下に検討したい。

1 第7編における2つの差別概念の成立

アメリカでは、差別というものを「動機」(motive)、「外観」(form)、「効果」(impact)の3つの観点からそれぞれ分析し、禁止されるべき差別について議論が展開されてきた⁽¹⁴⁾。動機とは、目的や意図ともいい換えることができ、これは外からは探知できない行為者の内面に関わる事柄である。外観とは、当該行為の露骨な外的側面に関わる事柄である。効果とは、結果ともいい換えることが可能であり、当該行為がもたらす結果に関わる事柄である。これらの3つの要素は互いに関連性を持ち、社会で生起する種々の差別問題は、他を廃して1つの要素だけで理解することは不可能である⁽¹⁵⁾。しかし、法はしばしばこれらの要素を互いに区別しようと試みてきた。

歴史的にはまず「動機」が問題となる。第14修正は黒人を従属的な地位から解放することを目的に制定されたため、最高裁は黒人に対する抑圧の動機が同修正の禁ずるものと理解していた。たとえば、**Strauder** 判決は、黒人が陪審員になることを禁じる州法は黒人を劣等の種族であるとみなし、社会的に従属させることを意図した法であって無効であると判示した⁽¹⁶⁾。他方、露骨な人種的分類、つまり差別的な「外観」を備えていても、抑圧の動機が存在せず、劣等の烙印を刻むものでないと判断されれば、平等保護条項に抵触しないとされた。その典型例が「分離すれども平等」の法理を展開した **Plessy** 判決⁽¹⁷⁾である。同判決によれば、人種別に区分された車両は必然的に黒人の劣等性を示すものではなく、仮にそのような効果があるにせよ、それは黒人がそのように受け取っただけのことである⁽¹⁸⁾。同判決が人種隔離政策をこのように承認したことにより、真に平等な社会の理想は形骸化していった。そして、これを克服しようとしたのが、抑圧の動機に基づく政府の行為

203- 「異なる効果型差別」の概念と憲法上の平等保護条項の抵触をめぐる問題 (1) (岡田)
を禁じるには、人種隔離政策つまり外観上明白な分類それ自体を禁止することが必要であると判断した **Brown** 判決である⁽¹⁹⁾。

Brown 判決以後、真に平等な社会に仕える平等保護法理が議論され、差別意図に基づかない不均衡な「効果」の取扱いについて本格的に論じられる。1970年代には、マイノリティに不均衡な効果を与える政府の行為は、平等保護条項に反するという見解が主張されていた⁽²⁰⁾。しかし、**Davis** 判決は、平等保護条項の射程範囲が差別的な「効果」に及ばないことを明らかにする⁽²¹⁾。同判決は、憲法上で不均衡な効果を規制する法理が採用されれば、明らかに正当とされるべき数ある通常の政府の行為が訴訟の危機に晒されることを懸念した。この点について同判決は次のように論じた。

「ある法律が特定の人種グループにより重い負担を課すことにより、それがやむを得ざる理由により正当化されない場合には、たとえその立法目的が人種中立的であっても、違憲無効とされるとなれば、その影響はとてつもなく広範に及び、重大な問題を惹起する。つまり、税制度や福祉制度、公共サービス、経済規制その他営業許可制などの全体体系は、平均的に裕福な白人層よりも、貧困な黒人層により重い負担となっているかもしれず、これらがすべて無効とされる可能性がある⁽²²⁾。」

こうして単に不均衡な効果が存するという事実は、平等保護条項の下では問題とはならないことになった。**Feeny** 判決⁽²³⁾によれば、効果の算定は司法府ではなく立法府の仕事であり、平等保護条項違反は、政策決定者が当該行動を特定の属性「にもかかわらず」(in spite of) 採用するのではなく、まさにその属性を「理由に」(because of) 採用するときのみ成立する。

ところで、公民権法第7編上の2つの差別概念の成立経緯についての一般的な説明は次のとおりである。すなわち、元来の第7編は、通常の典型的な差別、つまり意図的差別として理解される異なる取扱い型差別のみを禁じていた。しかし、それが1971年になって最高裁が **Griggs** 判決⁽²⁴⁾で、差別意図に基づかない不均衡な効果の問題も射程に収めるよう同法を解釈した。つま

り、より直接的で単純な差別形態である異なる取扱い型差別の禁止が先に登場して、より複雑で巧妙な差別形態である異なる効果型差別の禁止がその後登場した。

しかし、Primus によれば、この一般的な説明は、異なる取扱い型差別と呼ばれる差別概念の内部的多義性と、同概念が異なる効果型差別に対応して形成されたという事実を覆い隠しているという。Griggs 判決の当時、今日知られている異なる取扱い型差別の法理は存在していなかった。第 7 編の執行を監督する機関である EEOC (Equal Employment Opportunity Commission) は「異なる取扱い」という文言を用いていたが、それは今日の定義よりもより限定的な意味であった。すなわち、異なる取扱い型差別とは、外観上明白な差別のみを意味し、差別的な動機を胚胎した一見中立的な行為は、その概念に含まれていなかった。1970 年代半ばに、最高裁が異なる取扱い型差別の範囲を拡大し、差別的な「外観」だけでなく、そのような「動機」の問題も含めたのである。それはいわば、異なる効果型差別の法理によってカバーされない、第 7 編の下で争いうるすべての差別類型を 1 つにまとめる作業であった。ゆえに、異なる取扱い型差別の概念は、異なる効果型差別に先行する概念ではなく、両者は同時期に形成されたというのである⁽²⁵⁾。

EEOC が「異なる取扱い」という文言を第 7 編の解釈上で用いたのは 1960 年代後半のことである。この文言は元来、使用者が人種や性別によって被用者を外観上明白に区別し、その異なるカテゴリーの被用者に対して、それぞれ異なる利益を与え、異なる負担を課すという露骨な差別行為をさす。このような行為は「異なる取扱い」という通常の言語的意味に適っている。異なる取扱い型差別がこのように限定的に解されていたため、外観上平等に扱ってさえいれば、たとえその背後に差別意図が潜んでいたとしても、それは異なる取扱い型差別に該当しなかった。したがって、EEOC は異なる取扱い型差別を限定的に解する一方で、雇用上の行為が外観の上では平等であっても、第 7 編に反する意図的差別に該当する場合があることを明確にした。

たとえば、すべての客室乗務員を33歳で定年退職とするアメリカン航空の規則が争われた1968年の性差別事件がある⁽²⁶⁾。この規則は女性だけでなく、客室乗務員一般に適用される。しかし、アメリカン航空は男性の客室乗務員を採用しておらず、それゆえ EEOC は、この規則の背後には性に起因する差別的な動機が潜んでいると考えた。当該規則の中立的な文言に照らせば、外観上露骨な男女差別、つまり厳密な意味での異なる取扱いは存在しない。しかし、その動機に照らせば、当該規則は第7編に抵触する意図的差別を構成するとされた。

次に、意図的差別と不均衡な効果の問題が互いに整然と区別されていなかったという点も重要である。McDonnell Douglas 判決⁽²⁷⁾は、第7編の下での意図的差別の主張に適用される挙証責任転換ルールを展開したことで知られている。今日、差別意図に基づかない不均衡な効果を争う場合は Griggs 判決が先例になると考えられているように、第7編の下で意図的差別を争う場合は、McDonnell Douglas 判決が先例になると考えられている。しかし、McDonnell Douglas 判決自体は、今日のように意図的差別と不均衡な効果の問題を明確に区別する手法を用いていない。その理由は McDonnell Douglas 判決が下されたとき、意図的差別と不均衡な効果の問題の区別がまだ明確になっていなかったからであった⁽²⁸⁾。

変化の兆しが見えるのはそれから3年後である。Davis 判決が憲法レベルの差別禁止法理から効果の問題を対象外とした1976年に、Stevens 裁判官が異なる取扱い型差別の範疇に、外観上は明白ではない巧妙な意図的差別を含めるべく、その概念を拡大したことが契機となる⁽²⁹⁾。最高裁の多数派がこれに与するのはその1年後である。Teamsters 判決⁽³⁰⁾で最高裁は初めて今日なじみの「異なる取扱い」と「異なる効果」という文言を、McDonnell Douglas 判決と Griggs 判決を引用しつつ用いた。翌年の Furnco 判決⁽³¹⁾においては、McDonnell Douglas 判決の「異なる取扱い」法理 (“disparate treatment” theory)、Griggs 判決の「異なる効果」法理 (“disparate impact” theory) という形で、単

純明確に述べられるに至った。

以上を要するに、最高裁は 1970 年代半ばに、差別意図に基づかない不均衡な効果の問題を憲法上の差別禁止法理から除外すると同時に、第 7 編の解釈上で動機、外観、効果の 3 つの要素を再分類し、露骨な差別（外観）と巧妙な意図的差別（動機）の問題を「異なる取扱い型差別」と定義し、差別意図に基づかない不均衡な効果の問題を「異なる効果型差別」と定義したといえるのである。そうすると、第 7 編における 2 つの差別概念が Davis 判決と同時期に成立したということは単なる偶然と考えることはできない。この時期の最高裁は差別禁止法理上の「効果」の取扱いについて一般的な原則を打ち出し、その結論を憲法上および公民権法上のレベルに適用したといえる。つまり、最高裁は、一般的な原則として、差別意図に基づかない不均衡な効果を法的に規制することは相当ではないと判断したのである。それゆえ憲法上の平等保護条項の文脈では不均衡な効果だけを問題とする主張は認められないとされた。他方、7 編の下では、このような主張は一応は認められるが、それは同法の核心的な問題ではないとされた。平等保護条項および第 7 編において核心的な問題はあくまで典型的な差別を構成する 2 要素、つまり差別的な「動機」と「外観」とされたのである。したがって、憲法上および第 7 編上において、争いうる核心的な差別形態として一般的に考えられている意図的差別および異なる取扱い型差別は、「効果」の問題が差別禁止法理から除外された後に残った、残余部分であるという点で共通しているのである⁽³²⁾。

2 異なる取扱い型差別の立証プロセス

以上のような経緯を経て、今日知られている 2 つの差別概念が形成された。以下では、それぞれの差別の立証プロセスを簡単に整理しておきたい。

異なる取扱い型差別を争う場合、使用者の差別意図の証明が最も重要な作業となる。使用者の差別意図を直接的に示す、いわゆる直接証拠が存在する場合は、その直接証拠をもって立証責任が使用者の側へと転換される。使用

199- 「異なる効果型差別」の概念と憲法上の平等保護条項の抵触をめぐる問題 (1) (岡田)
者は、当該行為が他の正当な理由によること、または法の例外規定⁽³³⁾に該当することなどを証明しなければ、敗訴となる。

しかし、使用者が差別の直接証拠、すなわち明白な差別意図を表面に出すことはまれである。使用者が被用者や求職者を差別しようとする場合、そのような差別意図を巧妙に隠そうとするからである。したがって、異なる取扱い型差別を争う場合、必然的に間接証拠に基づいた証明手法が必要となる。McDonnell Douglas 判決によると、原告は次の4点を立証することで差別意図の存在が推定される、いわゆる *prima facie case* を成立させることができる。

- ①原告はある人種的マイノリティに属する。
- ②原告は使用者が募集する職に応募し、かつ応募資格を有する。
- ③その応募資格にもかかわらず不利な雇用上の行為が行われた。
- ④マイノリティの一員ゆえに差別を受けたと推定させる状況がある（たとえば、原告の採用が拒否された後も、当該職種に空きがあり、使用者は引き続き原告と同等の資格を有する者を募っているなど）。

以上の諸点は、個々の事案に即して柔軟に修正される。原告が以上の4点につき立証に成功すると、差別の存在が一応推定されることになる。あくまで差別の一応の推定であるから、当然、使用者には反駁する機会が与えられる。使用者は、差別的とされる行為につき「正当かつ差別的でない理由」を明らかにすれば、当該差別の推定を覆すことができる。これに対して、原告はさらに、使用者の主張する「正当かつ差別的でない理由」が単なる差別の「口実」に過ぎないとして、その真実性を争うことができる。

以上のように McDonnell Douglas テストは3段階から成る。第2段階において使用者がなす「正当かつ差別的でない理由」による反駁とは証拠提出責任である。それは、使用者が明確な事実を提供することによって、原告に差別の「口実」を立証する完全かつ公正な機会を与えるためである。使用者が意図的な差別を行ったという最終的な説得責任は原告側に存する。

3 異なる効果型差別の立証プロセス

異なる効果型差別の禁止を初めて理論的に説明したとされるのが、Griggs 判決である。Griggs 事件では、第 7 編が施行される以前までは最も賃金が安い職種に黒人の採用を限定するなどして、露骨に人種差別を行ってきた使用者が、同法の施行以降、① 2 つの適性テストに合格すること、② 高校卒業資格を有することを、採用および他の職種（以前まで黒人が締め出されていた職種）への応募要件として設定したことが問題となった。これらの条件は一見すると人種中立的であるものの、大多数の黒人が門前払いとなる効果を有していた。最高裁は以下のように論じて、本件の応募要件が第 7 編に反することを宣言した⁽³⁴⁾。

「第 7 編は、露骨な差別だけでなく、一見すると中立的であっても差別的に機能する雇用慣行も禁じているのである。ここで基準となるのが、業務上の必要性である。黒人を排除する雇用慣行と実際の職務との間に相当な関連性があると立証できなければ、当該雇用慣行は容認されない。本件では、① 適性テストに合格すること、② 高校卒業資格を有することが、職務遂行能力と関連しているとの立証がなされていない。」

このように最高裁は、たとえ人種に関して中立的な雇用ないし昇進の要件であり、その適用に差別意図がなかったとしても、その効果において黒人に著しく不利であれば、それが当該職務の遂行能力の測定に役立つとの立証がない限り、許されないと結論したのである。

さて、この異なる効果型差別の立証プロセスは次のような経過をたどる。まず原告は統計資料などにより、使用者の雇用上の行為が特定のグループに不均衡な効果を有していることを立証する。たとえば、異なるグループ間で各グループの応募者が相対的にどのくらい採用されたかを調べ、その採用率を示すことにより、不均衡な効果を立証する。どの程度の不均衡が必要かが問題となるが、この点につき EEOC のガイドラインは、法的保護を受けるグループの合格（採用）率が、最も高い合格率を達成したグループの 4/5

197- 「異なる効果型差別」の概念と憲法上の平等保護条項の抵触をめぐる問題 (1) (岡田)
(80%) 以下である場合、このような結果をもたらす選考方法は差別的な効果を有するとしている⁽³⁵⁾。原告がこれを立証すれば、差別の存在が一応推定される、prima facie case が成立する。

次に、原告の成立させた差別の推定に対して、被告は当該推定を覆す立証責任を負う。被告は、当該行為を「業務上の必要性」(business necessity) によって正当化する必要がある。すなわち、当該行為と職務との明白な「職務関連性」(job-relatedness) を立証しなければならない。

しかし、被告がこれらを立証して差別の推定を覆すことに成功したとしても、原告はさらに、差別的な効果を与えることなく、被告の正当な利益を実現できる他の手段が存在することを立証する機会が与えられる。原告がこの立証に成功すれば、被告の当該行為は異なる効果型差別として禁止されることとなる⁽³⁶⁾。

4 異なる効果型差別の法理の危機と 1991 年公民権法の制定

このように異なる効果型差別の禁止は判例の蓄積により形成されてきたわけであるが、最高裁が Wards Cove 判決⁽³⁷⁾において従来の理解を覆すような判断を示したため、一時波紋が広がった。同判決は、原告の立証責任を厳格化し、使用者による反証を容易にするべく判例を変更した。たとえば、使用者が当該行為は正当な業務上の目的にある程度適うものであるとする証拠を提出すれば、差別の推定は覆るとされ、差別の最終的な立証責任は原告が負うものとされた。これは従来の「業務上の必要性」の要件を大幅に緩和するものであった。これに対して議会は、立法によって同判決を無効とする措置に出た。それが 1991 年公民権法である。同法§ 105 により、第 7 編§ 703 に (k)⁽³⁸⁾ 項が新設されると同時に、「異なる効果」という文言が初めて法文上明記され、従前の異なる効果型差別の法理が復活することとなった⁽³⁹⁾。

新たに追加された§703 (k) (1) (A) によれば、異なる効果ゆえの違法な雇用上の行為は、次の条件を満たす場合に限り、本編の下で成立する⁽⁴⁰⁾。

- (i) 人種、皮膚の色、宗教、性別または出身国に基づく異なる効果の原因となる特定の雇用上の行為を被告が行ったことを原告が立証し、それに対して被告は問題とされる行為が当該職種の業務と関連しており、業務上の必要性と合致していることを立証できないこと⁽⁴¹⁾。
- (ii) 原告が相当な代替的措施の存在を立証し、かつ被告が当該措置の採用を拒否したこと。

このような議会の対応は、単純に Wards Cove 判決以前の異なる効果型差別の法理を復活させるにとどまらず、第 7 編における異なる効果型差別の禁止につき、議会が積極的に支持していることを明確に示唆するものといえよう。

Ⅲ 異なる効果型差別の禁止と平等保護条項の 抵触をめぐる下級裁判例

以上のように、公民権法第 7 編における異なる効果型差別の法理は、最高裁判例の変更により一時危機に陥ったものの、1991 年公民権法の制定により条文上、確固たるものとなった。結果的に、異なる効果型差別の禁止は、注目度ではアファーマティブ・アクションに劣るものの、歴史的な人種差別に起因する現在の人種的階層構造（ヒエラルキー）を解消しうる法理として、その重要な役割を果たすことができた。

近年まで異なる効果型差別の禁止が憲法上の平等保護条項との関係でほとんど問題視されなかったのは、Davis 判決の影響があったものと推察される。Davis 判決の趣旨は、平等保護条項は特定のグループに対し不均衡な効果を有する政府の行為を禁じていないが、議会がそのような効果を有する行為を法律によって規制しようと思えば、それは可能であるということであった。厳密にいうと、この論理の前段部分が Davis 判決の判決理由であり、後段部分は傍論である。この傍論の部分が所与のものとして受け入れられ、異なる

195- 「異なる効果型差別」の概念と憲法上の平等保護条項の抵触をめぐる問題 (1) (岡田)
効果型差別の禁止が憲法上の平等保護条項に抵触する可能性があるという考えは排除されてきた。しかし、Rehnquist Court および Roberts Court の保守的多数派が個人主義的平等観を強く表明するにつれて、異なる効果型差別の禁止と平等保護条項との緊張関係が徐々に意識され始めてきたといえる。

以下では、公民権法第7編の遵守などを理由に、マイノリティに不利な昇進手続を修正しようとしたところ、白人に対する意図的な差別にあたるとして争われた事件に関する一連の下級裁判決を取り上げる。

1 Byers v. City of Albuquerque 事件 (1998 年⁽⁴²⁾)

【事実の概要】

Albuquerque 市警察における巡査部長への昇進試験は、筆記試験と口述試験から構成されるが、前者で一定の点数を獲得した者だけが後者に進むことができる。市警は、筆記試験を実施する前に、その成績上位 35 名が口述試験に進むことができること、そして総合得点の上位 25 名が昇進候補者リストに掲載されることを公表していた。

1993 年 8 月に筆記試験が実施されたが、その 2 週間後になって、市警が最終候補者リストに掲載される者を 25 名から 30 名にし、口述試験に進む者も 35 名から 40 名に増員することを発表した。そして筆記試験の 37 番目の得点者が 6 名存在したため、結果的に計 42 名が口述試験に進むこととなった。この変更によって恩恵を受けた者の半数が人種的マイノリティや女性、もしくはその両方の属性を持つ者であった。これに対して 3 名の白人男性が原告となり、昇進プロセスの変更は人種を理由とするものであり、憲法上の平等保護条項違反にあたることを主張して訴訟を提起した。地裁は事実審理なしで被告勝訴の判決を下したので、原告らが控訴した。

【判旨】

本件で主張されている差別的な行為とは、口述試験に進むために必要な筆

記試験の得点を切り下げたことである。しかし、合格点の引下げは人種的マイノリティであるか否かにかかわらず、すべての者に実施された。筆記試験の合格点の引下げによって、より多くの者が口述試験に進むこととなったが、人種や性別がそれぞれの得点に影響を及ぼしたわけではない。あらゆる候補者は人種に関わりなく同じ試験を受け、採点方法もすべて同じであったのであり、その上、より総得点の高い白人男性をさしおいてマイノリティが候補者リストに掲載されたわけでもない。実際に作成されたリストは、総得点の上位 30 名の者により構成されている。たとえ候補者の増員が不当な理由によるものだとしても、原告らは対等な立場でマイノリティと競争する機会を否定されていたわけではない。本件昇進プロセスの変更の動機は、昇進候補者の人的構成を修正したいということであったが、合格点を引き下げるという手段は、表面上人種に中立的であり、それゆえ平等保護条項に反しない。

2 Hayden v. County of Nassau 事件 (1999 年⁽⁴³⁾)

【事実の概要】

Nassau 郡警察はマイノリティおよび女性に対して雇用上差別を行っていることを理由に合衆国司法省から提訴されていたが、後に両者は同意判決によって和解し、互いに協力してマイノリティや女性に差別的な慣行を根絶するべく、1990 年に TDAC (Technical Design and Advisory Committee) を設立した。1994 年、TDAC は Nassau 郡警察官の採用試験を実施し、同年 7 月と 10 月に 25,000 人以上の志願者が受験した。試験が実施された後、TDAC は試験内容が職務遂行能力を適切に測定するものであったか、マイノリティに不利な効果を与えていないかを分析したが、そのさい実施された試験の全 25 の設問 (section) のうちで異なる組合せがいくつか検討された。その目的は試験内容の妥当性を十分に担保しつつ、マイノリティに対する不利な効果を最小限に抑えることにあった。TDAC の報告書は実施された 25 の設問のうち、9 つの設問を 1994 年の試験として用いるよう Nassau 郡に勧告した。

司法省と Nassau 郡はそれぞれ TDAC 報告書を検討した上で、共に地裁に対して同報告書が勧告する組合せの採用を許可するよう申し立てた。地裁はその申し立てを受け、1994 年の試験を許可した。

これに対し William Hayden らは、マイノリティに対する不均衡な効果を最小限に抑えるべく考案された警察官の採用試験は事実上、白人に対する差別であり、平等保護条項と公民権法第 7 編に違反するとして、クラス・アクションを提起した。地裁は、本件試験は人種別の成績結果に基づき再構成されたものの、試験自体は人種中立的に実施・採点されたので、平等保護条項および第 7 編に反しないと判示した。これを不服とし Hayden らが控訴した。

【判旨】

Nassau 郡警察は、マイノリティに不利な試験の実施を禁じる同意判決に従って行動したに過ぎない。したがって、人種別の試験結果に基づき採点対象を判定することは違法ではない。マイノリティに対する不利な効果を最小限に抑えるべく試験を構成しても、すべての志願者が同じ試験を受け、同一に取り扱われるのであるから、それは白人に対する意図的な差別とならないのである。過去における試験の不均衡な効果を救済する意図は、非マイノリティに対する差別意図と同じではない。あるグループに対して差別的な試験が検証されて、そのような差別的な効果を解消するために修正が施される場合、そこに違法な意図的な差別は全く存在しないのである。

試験を再構成する過程で人種別の試験結果が考慮されたものの、試験自体は完全に人種中立的な方法で実施され、また採点がなされた。採用試験における不均衡な効果を是正しようとする人種中立的な努力は、平等保護条項および第 7 編に違背する非マイノリティに対する差別にあたらないと解するのが相当である。

3 Williams v. Consolidated City of Jacksonville 事件 (2003 年⁽⁴⁴⁾)

【事実の概要】

Jacksonville 市の消防局長 Alfred は、新たな役職を創設したり、局内における役職の空席を補充する権限を有する。しかし、人事に関して完全な裁量を持っているわけではなく、消防士司令や消防士司令補、あるいは救急隊長への昇進に関しては、筆記試験の結果に基づき作成された昇進候補者リストの順位に従わなければならなかった。

1999 年、救急隊長である McCrone は Alfred 局長に消防士司令に相当する 4 席の役職を新設するよう提案し、1997 年作成の昇進候補者リストから補充するよう進言した。このリストの有効期限は 9 日後に迫っていた。局長は新たなポストを創設する意義は認めたものの、新たな候補者リストの作成を待つべきであると結論した。その理由は、1997 年の同リストで既に 8 人の白人が昇進しているにもかかわらず、今回の昇進候補者すべてが白人であったからである。原告は昇進候補者であったこの 4 人の白人である。彼らは局長の当該決定は公民権法第 7 編に抵触する意図的な人種差別にあたるとして訴訟を提起した。被告 Alfred は局長として有する裁量には「限定的免責」(qualified immunity) が適用されると主張し、正式事実審理を経ない判決を求めたが、地裁がそれを退けたため、被告が中間上訴 (interlocutory appeal⁽⁴⁵⁾) した。

【判旨】

限定的免責は、政策決定者が下した権限内の正当な決定を訴訟から保護するものである。しかし、それは、実定法および憲法上確立された権利を明白に侵害していない場合に限られる。要するに、限定的免責の法理は、単純な無権限や故意による法違反を除いて、政策決定者を訴訟から保護することにより、訴訟の脅威に神経を使うことなく、その裁量に基づき政策を実行することを担保するものである。

政策決定者が限定的免責を受けるか否かを判断するのに、次の2つの審査が必要である。第1に、原告の主張が憲法違反を立証するものであるか否か。もし原告の主張どおり憲法違反が認められる場合、第2に、その違憲性は判例上、明確に確立されているといえるか否か、が審査される。

本件で消防局長は既存の役職に関して昇進拒否決定をしたのではない。本件で問題となったのは、部下から提案された4つの新たな上級職を創設するか否かの決定である。この部下からの提案を局長が退けたに過ぎないという点で、これまで違法とされてきた典型的な差別形態と異なる。しかし、このような決定も本質的に人種に依拠した意図的な差別行為であることに違いはない。ゆえに、次の昇進候補者の人種のみを理由にして新たな上級職を創設しないと決定することは、平等保護条項に違背するものである。

このように憲法違反が確認されたので、次に、局長が当該決定を下したとき、その違憲性が判例上明確に確立されていたか否かを検討する。この点を考えるに、先に述べた本件の特殊な事情を考慮する必要がある。意図的な差別が違法であるという原理が確立されていることに疑いはない。しかし、この一般的な原理が、部下からの提案を退ける当該決定は違法であると、明確かつ公正に Alfred 局長に対して警鐘を鳴らしていたと考えることはできない。つまり、本件の特殊な事実背景に照らせば、先例によって確立している差別禁止原理によって、局長の本件決定が違憲であると十分な明確性をもって結論づけることはできなかったのである。

原告らは局長の決定が平等保護条項に違反していることを立証したが、同決定が下された当時に、その違憲性が判例上明確になっていたとはいえない。ゆえに、Alfred 局長に限定的免責が与えられると解するのが相当である。

4 Biondo v. City of Chicago 事件 (2004 年⁽⁴⁶⁾)

【事実の概要】

Chicago 市消防局では、昇進は能力試験によって判定される。1986年に消

防士司令補への昇進試験が実施され、その試験の作成にあたっては必要な能力を正確に審査し、人種的に不均衡な効果が生じないように注意が払われた。しかし、試験の結果を見ると、受験者の 29 % がマイノリティであったにもかかわらず、マイノリティの合格点到達者は 12 % に過ぎなかった。市消防局は、1986 年の試験結果の順位に従って昇進を決するのは公平でないと判断し、「標準化リスト」(standardized lists) を作成したが、これは俗に「人種別リスト」(segregated lists) とも呼ばれた。つまり、白人のためのリストとマイノリティのためのリストの 2 つが存在したのである。そして全昇進者の 29 % がこのマイノリティ・リストから任命された。市消防局はこれらのリストを 1991 年まで使用し、総計 209 名が消防士司令補に昇進した。

市のこのような対応により、相対的に得点の高い白人候補者の昇進が遅れたり、また昇進が拒否される者も発生した。自分よりも得点の低いマイノリティが昇進したにもかかわらず、自身が昇進できないことに失望した白人らが、市の対応は公民権法第 7 編に反する差別であると主張して出訴した。

【判旨】

Chicago 市消防局は、人種を用いた一連の行為が、やむにやまれぬ利益によって正当化される場合にのみ、認容されることを認識していた。市消防局は、やむにやまれぬ利益として、過去の差別を救済すること、あるいは人種的多様性を達成することを主張していない。市消防局が主張するのは、不均衡が著しい試験結果の利用を制限する連邦法を遵守するという利益だけである。しかし、採用ならびに昇進における不均衡な効果それ自体は平等保護条項に反しないという Davis 判決の趣旨に照らせば、そのような主張を行うことは困難であるといわざるを得ない。もし不均衡な効果の回避がやむにやまれぬ利益であるならば、使用者としての政府は人種的均衡がノルマとして課され、実際問題として、Davis 判決の論理と矛盾することとなる。

平等保護条項および公民権法第 7 編は、マイノリティに対する不均衡な結

189- 「異なる効果型差別」の概念と憲法上の平等保護条項の抵触をめぐる問題 (1) (岡田)
果に対処することを目的として、人種に依拠したリストを用いて白人候補者の昇進を遅らせたり、拒否したりすることを容認しないのである。

5 下級裁判決の検討

以上の事件について共通している点は、マイノリティに差別的に機能する行為を中止する、あるいはその効果を最小限に抑えようとする行為が、白人に対する逆差別にあたるとして争われたということである⁽⁴⁷⁾。すなわち① Byers 事件では筆記試験の合格者を増員して口述試験の受験機会を拡大することで、マイノリティの昇進可能性を高めようとした決定、② Hayden 事件では実施された試験の 25 の設問のうちマイノリティに対する差別的な効果が少なく、かつ職務内容との関連性の強い 9 つの設問が厳選され、それを採点対象とする行為、③ Williams 事件では新たな役職を創設し、適任者数人を昇進させるべきであるとする部下からの提言を、当該昇進対象者すべてが白人であることを理由に退ける決定、④ Biondo 事件ではマイノリティの合格率が著しく低かったことから、「標準化リスト」を作成してそれに依拠して昇進者を判定する行為が、それぞれ白人に対する逆差別であるとして争われた。いずれの事件においても、公民権法第 7 編の異なる効果型差別の禁止が意識され、マイノリティに不利な雇用慣行は避けるべきである、という考えがあったものと推察される。したがって、これらの事件で採用された具体的措置は、白人に対する差別意図とは本来無関係であったといえる。

Byers 事件および Hayden 事件では使用者側が勝訴した。Byers 事件は、昇進プロセスが確定し、その概要が受験者に公表され、そして試験が実施された後になって、昇進プロセスに修正が施されたものである。これは、受験者にとっては想定外のことであったかもしれないが、採用された手段は合格者を増員する、つまり単純に最低合格基準点を引き下げるといって、人種中立的な手段であった。判決が指摘するとおり、その恩恵はマイノリティや女性だけでなく、白人男性も享受した。筆記試験の合格者は結果的に 6 名増員され

たわけであるが、その内訳はヒスパニックの男性1名、ヒスパニックの女性1名、アメリカ先住民の女性1名、そして白人男性3名であった。これらの措置により、白人男性らが不利な立場でマイノリティと競争することを余儀なくされたわけではなかった。

Hayden 事件では、試験として実施された25の設問のうち、9つの設問しか採点対象とされないことが争われた。この措置には差別慣行の改善に関する同意判決 (consent decree) が強い影響を及ぼしている。1977年に合衆国司法省は Nassau 郡がマイノリティおよび女性を採用上で差別していることを理由に提訴し、1982年に同意判決によって両者は和解した。この同意判決により、同郡は第7編および EEOC のガイドラインを誠実に遵守し、マイノリティに不利な採用試験を実施せず、職務に関連した妥当な内容の試験を実施することが義務づけられた。しかし、その後1983年と1987年にマイノリティに不利な採用試験を実施したとして再び司法省が提訴し、1990年の同意判決に至った。このような経緯で本件の措置が採用されたのである。採点対象となる設問の取捨選択には人種別の成績結果が考慮されたものの、試験自体は中立かつ公平に実施されたといえる。本判決は差別的雇用慣行の改善に関する同意判決が影響しているとはいえ、不均衡な効果を是正しようとする人種中立的な努力は、平等保護条項に違背する差別に全くあたらないとしている点は注目される。

Williams 事件は他の3つの事件と異なり、採用もしくは昇進試験が修正されたという事案ではない。本件は、部下からの提案がマイノリティに不利であることを理由に、それを拒絶する決定が差別として争われた特殊な事例である。本判決は、このような決定であっても人種が決定的要素であれば、平等保護条項に反する意図的な差別行為にあたるとした。しかし、判決は部下からの提案につき人種を理由に拒否することが当時の平等保護法理上、明確に差別を構成するとは考えられていなかったとして、使用者側の責任を免除した。既存の役職への昇進につき人種を理由に拒否すれば、憲法に反する差

187- 「異なる効果型差別」の概念と憲法上の平等保護条項の抵触をめぐる問題 (1) (岡田)
別にあたることは当然であるが、新たな役職の創設につき人種を理由に創設自体を拒否することが差別にあたるか否かは、先例もなく判断が困難であったというわけである。しかし、本判決は、このような拒否決定も人種に基づいていることには違いはないとし、当該決定が平等保護条項に反する意図的差別にあたるとの立場を示した点で注目される。

最後に、Biondo 事件は、マイノリティの合格率の低さを補正するために「標準化リスト」を作成して、これに基づき昇進者を判定したという事案である。本件の顕著な問題は、白人とマイノリティが別々のリストに掲載され、しかも 29 % というマイノリティ受験者の比率を昇進者のそれにまで反映させようとした点である。この点は、これまでみた事件と大きく異なるものである。これまでの事件は、人種が考慮されているものの、実際に用いられた手段は形式的には人種中立的であった。すなわち、①合格基準点を引き下げる、②全員が一律に受けた試験の中から、差別的な効果が少なく、職務との関連性の強い設問を厳選する、③役職の新設自体を行わない、というものであった。本件は、候補者をリストの上で人種別に分類し、そのうえ露骨に人種的均衡を目指したものとして、強い反発を受けたのであった。

6 異なる効果型差別の禁止の特質

以上のように、異なる効果型差別であるとの批判を誠実に回避しようとするれば、基本的には人種中立的な措置の採用が求められる。これはアファーマティブ・アクションと大きく異なる点である。Croson 判決⁽⁴⁸⁾や Adarand 判決⁽⁴⁹⁾などで明らかなように、典型的なアファーマティブ・アクションでは必然的に人種分類が用いられ⁽⁵⁰⁾、人種間での別扱いが問題となる⁽⁵¹⁾。ここでもう少し詳しく異なる効果型差別を禁止する法理とアファーマティブ・アクションとの類似点と相違点を明確にし、前者の特質を明らかにしておきたい。まず類似点は、その背後に存する動機ないし目的である。両者は、グループ間で雇用機会を再配分することによって社会における人種の階層構造を解体す

ることを目的とする。両者は、既存の資源配分状況に修正を施そうとする点で、共通しているのである。

次に、相違点は、上記の目的のために採用される手段である。異なる効果型差別を回避しようとする措置は、個人の人種によって異なる扱いがなされるというプロセスを含まない点で、典型的なアファーマティブ・アクションと決定的に異なる。これは、当該措置が実行される段階においては、すべての者が同じ基準に服していることを意味する。

Primus は、次の筆記試験を用いた採用プロセスの例を用いて、異なる効果型差別を回避しようとする措置がいかに機能するかを明らかにしている⁽⁵²⁾。この例において使用者はすべての志願者に 2 つの筆記試験、それぞれ満点が 100 点の試験 A と B を課したとする。使用者は合計 150 点以上の者を採用するとした。ところが、試験 A が白人と比較して黒人に不利な効果を発揮しており、しかも試験 A を「業務上の必要性」によってその妥当性を立証できなかったため、使用者は試験 A を排除することとした。結果的に、使用者は試験 B だけを用いて 75 点以上の志願者を採用することとした。

そこで 2 人の志願者（白人 X と黒人 Y）がいかにしてこの基準の下で採用されるかを考えてみる。白人 X は試験 A が 90 点、試験 B が 70 点であったとする。X は元々の採用基準であれば、合計得点が 160 点であるから、採用されたことになる。しかし修正後の基準では、試験 B の合格基準点は 75 点であるため、70 点しか取れなかった X は採用されないこととなる。次に、試験 A が 60 点、試験 B が 80 点の黒人 Y の場合を考えてみる。Y は合計得点が 140 点しかないので、当初の基準では採用されない。しかし、試験 B の得点が 80 点であるので、修正後の基準では採用となる。

この例から、異なる効果型差別の法理は、白人志願者から黒人志願者へ雇用機会を再配分する機能を有していることが窺える。したがって、白人 X は、異なる効果型差別の法理のこのような機能がなければ得たであろう雇用機会を求めて提訴することになる。しかし、修正後の採用基準それ自体は、人種

185- 「異なる効果型差別」の概念と憲法上の平等保護条項の抵触をめぐる問題 (1) (岡田)
を理由に黒人Yと白人Xとを別扱いしているわけではない⁽⁵³⁾。白人Xは黒人Yと異なる試験を受けたわけではなく、採点方法が異なっていたわけでもない。修正採用基準は、当初の採用基準と同じく、双方の志願者に全く同じように適用されている。この点に照らせば、異なる効果型差別を回避する措置は、アファーマティブ・アクションにつきものの「グループ間での別扱い」を回避しているといえる。したがって、異なる効果型差別の法理は、人種グループ間で雇用機会を再配分し、既存の資源配分状況に修正を施すという目的を、表面上中立的な措置を用いることによって達成するルールとして理解されるのである。

ところで、このような表面上中立的な措置の例として、州内の高校を成績上位10%で卒業したあらゆる生徒に州立大学の入学許可を与える、「テキサス州10%計画」(Texas Ten Percent Plan)が挙げられよう。この計画は、1996年に第5巡回区控訴裁判所が州立大学のアファーマティブ・アクションの実施を禁じたことに対応して、考案されたものであった⁽⁵⁴⁾。同計画の背後にある意図は、アファーマティブ・アクションと同様に、マイノリティの大学入学率を高めようとするものである。

Kim Forde-Mazruiは、グループ別の結果に着目して、その既存の資源配分状況に修正を施す、中立的な措置の略語として、「オルターナティブ・アクション」(Alternative Action)という語を推奨している。Forde-Mazruiはオルターナティブ・アクションの定義につき、人種中立的な措置を用いて、アファーマティブ・アクションの目的、つまり過去の差別の残滓を救済し、人種の多様性を促進するといった目的を追求するものと定義する⁽⁵⁵⁾。

テキサス州10%計画などに代表されるオルターナティブ・アクションではあからさまな人種分類は用いられない。ここでは、いかなる制度を構築するかを決定する過程で政府は人種別の結果に着目するが、いったん制度が構築されれば、政府の職員は候補者の人種を気にかけることなく粛々と当該制度の運営を行うことができる。このように政府が人種に配慮していること

を巧妙に隠すことによって、アファーマティブ・アクションに伴いがちな人種間対立を回避することに役立つ。

以上の点から、異なる効果型差別を禁止するという法理は、アファーマティブ・アクションよりも、オルターナティブ・アクションにより親和的であるといえるのである⁽⁵⁶⁾。

-
- (1) Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U. S. 483 (1954).
 - (2) Plessy v. Ferguson, 163 U. S. 537 (1895). 後掲注 17 参照。
 - (3) 42 U. S. C. § 2000e et seq.
 - (4) わが国では「差別的効果」あるいは「差別的インパクト」とも紹介されている。
 - (5) 42 U. S. C. § 2000e-2 (k) (1) (A).
 - (6) Deborah Malamud, *Values, Symbols, and Facts in the Affirmative Action Debate*, 95 MICH. L. REV. 1668, 1693 (1997).
 - (7) Richard A. Primus, *Equal Protection and Disparate Impact : Round Three*, 117 HARV. L. REV. 493 (2003).
 - (8) Shaw v. Reno, 509 U. S. 630 (1993).
 - (9) Washington v. Davis, 426 U. S. 229, 248 (1976).
 - (10) City of Richmond v. J. A. Croson Co., 488 U. S. 469 (1989), Shaw v. Reno, 509 U. S. 630 (1993), Adarand v. Constructors, Inc. v. Pena, 515 U. S. 200 (1995), Gratz v. Bollinger, 539 U. S. 244 (2003), Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1, 551 U. S. 701 (2007).
 - (11) 個人主義的平等観に対立する概念として、グループ指向的平等観がある。これは、過去において広範な差別を被ったマイノリティや女性に対し、機会の平等をより効果的に保障するためには、単に差別を禁止するだけではなく、過去の差別に由来する現在の弊害を除去する積極的努力と特別な配慮が必要であるとの認識の下、グループごとの結果に着目し、不利な結果に置かれたグループの地位を改善しようとする平等観である。現在のアメリカ最高裁のイデオロギー的対立はこの 2 つの平等観の対立ともいえる。両平等観については、西村裕三「差別と救済—アメリカ社会と平等」阪本昌成・村上武則編『人権の司法的救済』（1990 年、有信堂）20 頁以下を参照。
 - (12) 42 U. S. C. § 2000e et seq. 第 7 編につきマック・A・プレイヤー [井口博訳]『アメリカ雇用差別禁止法』（木鐸社、1997 年）、藤木茂『米国雇用平等法の理念と法理』（かがわ出版、2007 年）等を参照。
 - (13) 2 つの差別概念につき、西村裕三『アメリカにおけるアファーマティヴ・アクション

183- 「異なる効果型差別」の概念と憲法上の平等保護条項の抵触をめぐる問題 (1) (岡田)

ンをめぐる法的諸問題』1-20 頁 (大阪府立大学経済研究叢書第 66 冊、1987 年) を参照。

- (14) Kathleen M. Sullivan, *After Affirmative Action*, 59 OHIO ST. L. J. 1039, 1046 (1998).
- (15) たとえば、公教育における人種別学制についていえば、まずその差別的な外観が問題になるが、同時にそれは差別的な動機によって裏付けられているものと推測され、さらにそれが不当な効果を惹起することは明白である。
- (16) *Strauder v. West Virginia*, 100 U. S. 303, 308 (1879).
- (17) *Plessy v. Ferguson*, 163 U. S. 537 (1895). ルイジアナ州法は、州内の鉄道会社に対して乗客のために白人用とその他の有色人種用の対等ではあるが、分離された施設を設けるべきことを要求し、かつ、何人も車両内において、自己の人種に割り当てられた座席以外につくことは許されず、自己の人種以外の車両に立ち入った者は 25 ドルの罰金または禁固に処すべきものと規定した。このような状況の下、白人と黒人の混血であった Plessy が当該規定に違反したとして起訴された。そこで、そもそも当該規定が憲法に抵触する違憲無効のものであるか否かが争いとなり、最高裁は、当該規定が第 14 修正に違反するものではない、と判示した。判決は、両人種の接触を生ずる場所において、その分離を強制する法律は決して 1 人種の劣等性を示すものではなく、州立法府の裁量の下に制定され得べきところであって、現に白人と黒人の児童のために別個の学校を設けることは一般にみられる事例であり、両人種間の通婚を禁じる法律も制定されているから、本件のルイジアナ州法も合理性を欠くものとは解し得ない、と説いた。
- (18) *Id.* at 551.
- (19) John Hasnas, *Equal Opportunity, Affirmative Action, and the Anti-Discrimination Principle: The Philosophical Basis For the Legal Prohibition of Discrimination*, 71 *Fordham L. Rev.* 423, 458-65 (2002).
- (20) Owen M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 *PHIL. & PUB. AFF.* 107 (1976).
- (21) *Washington v. Davis*, 426 U. S. 229 (1976).
- (22) *Id.* at 248.
- (23) *Personnel Adm. of Massachusetts v. Feeny*, 442 U. S. 256, 279 (1979).
- (24) *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U. S. 424 (1971).
- (25) Richard A. Primus, *The Future of Disparate Impact*, University of Michigan Law School Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Working Paper No. 172, 20-21 (October 2009).
- (26) *June Dodd v. American Airlines, Inc.*, Case No. 6-6-5762 (SF 6-12-57), June 20, 1968.
- (27) *McDonnell Douglas Corp. v. Green*, 411 U. S. 792 (1973).
- (28) 後に公民権法第 7 編の下で差別を争う弁護士らが、異なる効果型差別や異なる取扱

い型差別と呼ばれる 2 つの異なる差別概念の源泉として、Griggs 判決と McDonnell Douglas 判決に注目することになる。

- (29) General Electric Co. v. Gilbert, 429 U. S. 125, 161 (1976) (Stevens, J., dissenting).
- (30) Int'l Bhd. of Teamsters v. United States, 431 U. S. 324, 335 n. 15 (1977).
- (31) Furnco Construction v. Waters, 438 U. S. 567 (1978).
- (32) Primus, *supra* note 25 at 21-25.
- (33) たとえば、「真正な職業資格要件」(bona fide occupational qualification-BFOQ) の例外規定がある。宗教、性別、または出身国が特定業務の通常の運営に合理的に必要な真正な職業資格要件に該当する場合は、例外的に異なる取扱いが許される。ただし、人種については BFOQ として認められない (42 U. S. C. § 2000e-2 (e))。See Jane Wells May, *Recent Development: The Bona Fide Occupational Qualification Exception-Clarifying the Meaning of Qualification*, 38 VAND. L. REV. 1345, at 1347-1354 (1985).
- (34) Griggs v. Duke Powr Co., 401 U. S. 424, 429-431 (1971).
- (35) 29 C. F. R. § 1607.4
- (36) 西村、前掲注 13、4-12 頁。
- (37) Wards Cove Packing Co. v. Atonio, 490 U. S. 642 (1989)
- (38) 42 U. S. C. § 2000e-2 (k).
- (39) 長谷川珠子「アメリカは何をしてきたか」森戸英幸・水町勇一郎編『差別禁止法の新展開』(日本評論社、2008 年) 58-59 頁参照。
- (40) 42 U. S. C. § 2000e-2 (k) (1) (A).
- (41) 使用者の立証責任につき § 701 (m) は「『立証』という文言は証拠提出と説得の責任 (burdens of production and persuasion) を満たすことを意味する」と規定する。Id. § 2000e-(m).
- (42) 150 F. 3d 1271 (10th Cir. 1998).
- (43) 180 F. 3d 42 (2d Cir. 1999).
- (44) 341 F. 3d 1261 (11th Cir. 2003).
- (45) 28 U. S. C. § 1292 (b). 訴訟中に実体上、手続上の中間的争点についてなされた決定に対して行う上訴である。これが許される例は限られており、中間的決定をした裁判官が異なる見解がありうる問題であって中間上訴を認めた方が事件の最終的解決に資するとした場合には、上級裁判所は裁量によって上訴を許すことができるとする。田中英夫編『英米法辞典』(東京大学出版会、1991 年) 462 頁。
- (46) 382 F. 3d 680 (7th Cir. 2004), cert. denied, 543 U. S. 1152 (2005).
- (47) Lauren Klein, *Ricci v. DeStefano: "Fanning the Flames" of Reverse Discrimination in Civil Service Selection*, 4 Duke J. Const. Law & PP Sidebar 391 (2009).
- (48) 488 U. S. 469 (1989). 本件は、マイノリティの建設請負業者に一定割合の契約額を保

留する Richmond 市条例に基づくアフーマティブ・アクションが平等保護条項に違反するとされた事例である。

- (49) 515 U. S. 200 (1995). 本件は、公共事業の元請けの建設会社がマイノリティに所有された業者を下請に選んだ場合に助成を受けられるという連邦のアフーマティブ・アクションが平等保護条項に違反するとされた事例である。
- (50) Croson 事件のアフーマティブ・アクションは、優遇される人種集団を「黒人、スペイン語を母国語とする者、東洋人、インディアン、エスキモー族、アリュート人」と定義した。Adarand 事件では、小規模事業局が黒人、ヒスパニック、太平洋の東洋人、亜大陸の東洋人、アメリカ原住民を「不利な状況におかれた人々」と定義した。
- (51) 両判決につき中川徹「City of Richmond v. J. A. Croson Co., 109 S. Ct. 706 (1989)」アメリカ法 1990-2 号 335 頁、君塚正臣「人種のアフーマティブ・アクションと審査基準：Adarand Constructors, Inc. v. Pena, 115 S. Ct. 2097 (1995)」東海大学文明研究所紀第 17 号 27 頁 (1997 年)、吉田仁美「アフーマティブ・アクションの退潮」同志社アメリカ研究第 36 号 71 頁 (2000 年) 参照。
- (52) Primus, *supra* note 7, at 562-65.
- (53) 白人 X と同じ立場にある者は、典型的なアフーマティブ・アクションを争う訴訟の原告が直面する状況と全く逆になる。アフーマティブ・アクションの原告は、もし自分たちが優遇される側の集団であれば、自分たちは採用されたであろうと主張することは容易である。しかし、もし当該アフーマティブ・アクションがなければ、自分たちは当然に採用されたと説得力をもって主張することは容易なことではない。他方、白人 X は異なる効果型差別を回避する行為がなければ採用されたであろうが、本人の人種は不採用決定と関係がない。白人 X はたとえ黒人であっても採用されなかったであろう。
- (54) Hopwood v. Texas, 78 F. 3d 932, 934 (5th Cir. 1996). 同判決につき西村裕三「Hopwood v. Texas, 78 F. 3d 932 (5th Cir.), cert. denied, 116 S. Ct. 2581 (1996) 州立大学ロー・スクールの入学制度上のアフーマティブ・アクションが合衆国憲法第 14 修正の平等保護条項違反とされた事例」アメリカ法 1999-2 号 313 頁、同「多様性の価値と“Affirmative Action”」阪本昌成編『立憲主義—過去と未来の間 畑博行先生古希記念』(有信堂、2000 年) を参照。
- (55) Kim Forde-Mazrui, *The Constitutional Implications of Race-Neutral Affirmative Action*, 88 GEO. L. J. 2331, 2335 (2000).
- (56) Primus, *supra* note 7 at 564.