

「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(2・完)

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 34 卷 1 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 (以上本号)

IV Ricci v. DeStefano 判決の概要

前節で取り上げた下級裁判例からうかがえるように、異なる効果型差別を救済するための措置が平等保護条項もしくは公民権法第 7 編に反する意図的差別 (異なる取扱い型差別) にあたるか否かは、複雑な問題を提起している。ここで差別として争われた点は、使用者が差別的な制度を構築したということではなく、そのような制度を修正したという点であった。憲法が差別的な制度の構築を禁じていることは明らかである。しかし、図らずも差別的な制度が構築された場合に、それを是正することが憲法上いかなる問題を提起するのか。

以下では、アメリカの最高裁が初めてこの問題に取り組んだ消防士の昇進試験に関する Ricci v. DeStefano 判決を検討する。

1 【事実の概要】

2003 年 11 月から 12 月にかけて、コネチカット州 New Haven 市の消防局は、消防司令および消防司令補の空席を補充するため、昇進試験を実施し、総勢 118 名が受験した。New Haven 市はこのような昇進試験を定期的 to 実施

145- 「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(2・完)(岡田)

しているわけではないので、同市の人事委員会が試験結果を認証すると、その結果(成績順位表)は2年間有効なものとして扱われる。昇進試験は、筆記試験と口述試験からなるが、消防職員組合との労働協約により、試験配点の内訳は筆記が60%、口述が40%と定められていた。また、市の憲章(Charter)により、任命権者は、順位表の上位3名の中から任命を行うという、いわゆる「3のルール」(rule of three)が実施されていた。

New Haven 市は Industrial / Organizational Solution, Inc. (以下 IOS と略する。)というイリノイ州の会社と契約し、試験問題の作成を委託していた。IOS 社は警察や消防分野の試験問題の作成を専門とする会社である。IOS 社は職務に関するデータ収集を行い、そのデータを基に筆記試験を作成した。

同様に口述試験についても、IOS 社は収集されたデータを基に指揮技術、消火戦術、リーダーシップ、管理能力など、職務に関連する資質を審査するための仮想状況に基づく問題を作成した。候補者は、3名で構成される審査団の前で、この仮想状況に基づく問題が与えられ、その対処法を答えねばならない。なお、全審査員の66%はマイノリティであり、各々の審査団には2名のマイノリティが含まれていた⁽⁵⁷⁾。

消防司令補への昇進試験には77名が受験した。その内訳は白人が43名、黒人が19名、ヒスパニックが15名であった。合格者は34名であり、その内訳は白人が25名、黒人が6名、ヒスパニックが3名であった。昇進試験が実施されたとき、消防司令補の空席は8つであった。ここで前記「3のルール」に従い、各々の空席につきそれぞれ上位3名から補充するとすれば、最後の8番目の席にも、既に昇進が決まった者以外の、上位3名の候補者が必要になる。したがって、理論上は上位10名に昇進の可能性が生じたが、そのすべてが白人であった。ただし、その後の空席の発生により、少なくとも3名の黒人候補者が昇進対象として考慮されることとなった。

次に、消防司令への昇進試験には41名が受験した。内訳は、白人が25名、黒人が8名、ヒスパニックが8名であった。合格者は22名であり、その内

訳は白人 16 名、黒人 3 名、ヒスパニック 3 名であった。消防司令の空席は 7 つであったため、「3 のルール」に従えば、最後の 7 番目の席にも 3 人の候補者が存在しうるため、結果として 9 名に昇進の可能性が生じたが、その内訳は、白人が 7 名で、ヒスパニックが 2 名であった。つまり、人事委員会が以上の昇進試験結果を認証すれば、だれひとり黒人は昇進対象として考慮されない事態となった。

このように人種的に不均衡な試験結果が公表されると、大きな議論が巻き起こった。人事委員会は、試験結果を認証してそれに基づき成績上位者を昇進させるべきか、もしくは試験結果の人種的不均衡を理由に認証を拒否すべきかを判断するため、5 度にわたる会議を開催した。これらの会議の間、人事委員会は、試験の公正さや差別的な効果が発生した理由などにつき、多方面の専門家や政府の職員から意見を聴取した。人事委員会は最終的に試験結果を認証するか否かにつき投票を行い、5 名の委員のうち、1 名は忌避され、評決は 2 対 2 で拮抗し、結果的に試験結果は認証されないことが決定した。

Ricci は、失読症のため他人に金銭を支払って教材を読んでもらい、それを録音して試験勉強を行った結果、消防指令補への昇進試験に好成績で合格した。彼を含む 17 名の白人と 1 名のヒスパニックが原告となり、試験結果の認証拒否は人種を理由とする措置であり、公民権法第 7 編および合衆国憲法第 14 修正の平等保護条項に違背する、意図的差別（異なる取扱い型差別）にあたるとして訴訟を提起した。

2 第 1 審連邦地裁の判決要旨⁽⁵⁸⁾

(1) 公民権法第 7 編違反の主張について

原告らは、試験結果を認証しないという被告の決定は、非マイノリティの候補者に対する意図的差別にあたりと主張するので、本件の事実には McDonnell Douglas 判決⁽⁵⁹⁾の挙証責任転換ルールが適用されるべきである。このルールの下、原告らは差別の存在を一応証明する、いわゆる *prima facie*

caseの成立に必要な4要件を満たしている。すなわち、原告らは①自分たちが保護されるグループの一員であること、②当該職種に対する適格性を有すること、③それにもかかわらず不利益をもたらす雇用上の行為が行われたこと、④保護されるグループの一員(つまり白人であるが)ゆえに差別がなされたこと、といった点をそれぞれ立証することに成功した。

いったん *prima facie* case が成立すると挙証責任が転換され、原告に対する不利な措置に差別的な理由がないことを被告は立証せねばならない。この点につき被告は公民権法第7編を誠実に遵守することが、試験結果の認証を拒否する理由であったと主張する。これは正当で差別的でない理由であり、*McDonnell Douglas* テストの下で被告の立証責任を果たしたといえる。被告に有利なこの推定を覆すには、原告はこの説明が単なる口実であり、根底にある差別意図を覆い隠すための手段にすぎないことを立証せねばならない。しかし、原告は被告の説明が口実にすぎないとの立証に成功していない。公民権法第7編は職場におけるマイノリティや女性の比率を高めるために中立的な手段を用いることを容認している。人種的に不均衡な効果を是正する意図は、非マイノリティに対する差別的意図ではないのである。

New Haven 市は、人種によって得点を調整したわけではなく、本件試験結果の不均衡な効果を是正するために新たな試験を実施する決定をしたにすぎない。人事委員会は試験結果を認証しないという決定を行うにあたって、確かに人種を考慮したものの、あらゆる試験結果が放棄され、すべての候補者が別の選定プロセスに参加するという事実を鑑みると、市の行為の結果は人種に中立的であったといえる。したがって、原告は公民権法第7編の下で逆差別を受けたと主張することはできない。

(2) 平等保護条項違反の主張について

原告は、被告が昇進決定につき人種分類を用いたことにより平等保護条項に違反したと主張する。しかし、人事委員会の試験結果の認証を拒否した

とき、あらゆる候補者が同じ取扱いを受けたのであるから、被告は人種的分類を用いたことにならない。本件では、すべての候補者が同じ試験を受けて、その試験結果は廃棄され、だれ 1 人昇進しないのであるから、結果はすべての者に対して同じである。これは人種的分类に相当しない。

また、原告は被告が差別的意図に基づいて行動したことを立証できていない。差別的意図に基づく行為とは、特定グループに対する不利な効果にもかかわらず (in spite of) ではなく、まさにその不利な効果の故に (because of) 政策決定者が特定の行為を行うことを意味する⁽⁶⁰⁾。本件において、New Haven 市もしくは人事委員会が、原告その他の非マイノリティに対する差別的意図に基づいて行動したと思わせる証拠は存在しない。

以上の理由により、正式事実審理を経ずに被告勝訴の判決 (summary judgement) を下すのが相当である。

3 第 2 審連邦控訴裁判所の判決要旨⁽⁶¹⁾

(1) 裁判所全体の意見 (per curiam)

我々は、綿密で思慮深い、そして説得力ある原審の判断を支持する。本件では、人事委員会には不運にも他に良い選択肢がなかった。我々は控訴人の不満に同情しないわけではない。たとえば、Ricci 氏は失読症でありながら相当な忍耐と努力により、試験において好成績を収めたにもかかわらず、それが無効とされたのである。しかし、だからといって、彼が公民権法第 7 編に基づく主張を正当に提起できることにはならない。人事委員会は、試験結果の認証を拒否するにあたり、人種的に不均衡な効果を示す試験結果に直面し、公民権法第 7 編の義務を果たすべく行動したのであるから、当該行動は保護される。連邦地裁の判断は正当である。

(2) 全員法廷での再審理拒否 (7 対 6) に対する Cabranes 裁判官の反対意見

本件は一見すると、当裁判所そして実際にはアメリカにとって、合衆国憲

141- 「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(2・完)(岡田)
法第14修正および公民権法第7編の解釈に関する極めて重要な問題を提起している。つまり、使用者としての自治体は、人種中立的になるよう注意深く作成された試験について、特定人種のみが成績上位を占めたことを理由に、その試験結果の認証を拒否することが許されるか否かである。地裁はこれを肯定し、当裁判所も *per curiam* でその判断を支持した。

しかし、*per curiam* の利用は通常、当裁判所による詳細な分析を要しない、単純な事件に限られる。本件で提起された問題は明らかに複雑で、およそ決着のついた問題とはいえないので、これに該当しない。問題は次の点にある。①憲法上の平等保護条項は、特定人種のみが試験において成績上位を占めたことを理由に、政府がその試験結果の認証を拒否することを禁じているか否か。②そのような認証拒否は、違憲とされる人種による割当てや留保につながらないといえるか。③公民権法第7編を遵守するために人種に依拠した行動をとったと主張するなら、使用者はその主張を立証するためにいかなる論証が求められるのか。この極めて重要な問題を全員法廷で審理する機会がめぐってきたにもかかわらず、当裁判所はそれを逸してしまった。最高裁がこの重要な問題を解決することを望む。

4 上告審最高裁の判決要旨⁽⁶²⁾ 5対4で原判決破棄・差戻し

(1) Kennedy 裁判官の法廷意見 (Roberts 長官、Scalia、Thomas、Alito 裁判官が同調)

①本件試験結果の認証拒否は原則として異なる取扱い型差別にあたる

我々は次の前提から分析を始める。すなわち、統計上の人種的不均衡を理由として、試験結果の認証を拒否することは、人種に基づく決定であり、何らかの正当な事由がない限り、公民権法第7編の異なる取扱い型差別の禁止に抵触する。すべての証拠は、統計上の人種的不均衡を理由に、New Haven 市が試験結果の認証を行わなかったことを示している。究極的な目的が何であろうと、つまりいかにそれが善意によるものであろうと、市は人種を考慮

して決定を行ったといえる。市は成績上位者が白人で占められていたという理由だけで、試験結果の認証を拒否したのである。問われるべき問題は、当該人種に依拠した決定に正当な事由が存するか否かである。

したがって、我々は、異なる効果型差別を回避するという目的が、一般に禁止される異なる取扱い型差別を容認するものであるか否かについて検討する。公民権法第 7 編は異なる取扱い型差別と異なる効果型差別の双方を禁止しており、各々の要請は本件のごとくときとして衝突することがある。当裁判所の任務は、同法の基本的な目的と合致するように、両者を調和させることである。このような観点に立つと、たとえ異なる効果型差別の回避が目的であったとしても異なる取扱い型差別は絶対に許されないとか、異なる効果型差別を回避しようと誠実に努力しているならば異なる取扱い型差別の禁止に抵触しないと考えることは、いずれも適切ではない。

② 「証拠上の強固な基盤」 (strong basis in evidence) の基準が相当である

よりバランスのとれた基準を見つけるにあたって、合衆国憲法第 14 修正の平等保護条項違反に関する当裁判所の先例が参考となろう。当裁判所の Croson 判決⁽⁶³⁾によると、過去の人種差別を救済する政府の行為 (それ自体人種的区分に基づく行為) は、当該措置が必要であるという「証拠上の強固な基盤」 (strong basis in evidence) が存する場合にのみ、憲法上容認される。この憲法上の原理は、本件における公民権法第 7 編の法解釈にあっても、有用な指針を提示する。

この「証拠上の強固な基盤」の基準を公民権法第 7 編の解釈に適用することで、異なる取扱い型差別と異なる効果型差別の双方を調和させることができる。そして、異なる効果型差別の禁止を遵守するために、異なる取扱い型差別の禁止に違反するという事態を、適切に限定することができるのである。この基準は、雇用上の差別を根絶するという公民権法第 7 編の目的に欠かせない、使用者による自発的法令遵守の余地を否定するものではない。しかし、

その一方で同基準は、人種に基づく決定を行う使用者の裁量を適切に限定する。つまり、使用者は試験の作成段階で、あらゆる者に公正な機会を与えるよう種々の工夫をこらすことが可能であるが、いったん試験が完成すればその結果を無効とすることはできず、人種によって判断されないという志願者の正当な期待を裏切ってはならないのである。

以上の理由により、公民権法第7編の異なる取扱い型差別禁止と異なる効果型差別禁止との対立を解消する法解釈として、「証拠上の強固な基盤」の基準を採用することが適当である。使用者は、異なる効果型差別の法的責任を回避するためには救済措置が不可欠であるという「証拠上の強固な基盤」が存する場合にのみ、異なる取扱い型差別が許されるのである。

③被告人は「証拠上の強固な基盤」の基準を満たしていない

本件試験結果の人種的不均衡が相当程度に達しており、差別の存在が一応推定される *prima facie case* が成立していることは事実である。消防司令の試験においては、白人の合格率が64%であったのに対し、黒人およびヒスパニックはそれぞれ37.5%に過ぎなかった。消防司令補の試験では、白人の合格率が58.1%であったのに対し、黒人は31.6%であり、ヒスパニックは20%であった。マイノリティの合格率は白人の半分程度(約50%)であり、EEOCが差別的な効果の目安として設定している80%の基準を下回っている⁽⁶⁴⁾。

しかし、異なる効果型差別の *prima facie case* が成立したからといって、それが同差別の法的責任を負う「証拠上の強固な基盤」となるわけではない。なぜなら、統計上の不均衡に加えて、試験内容が実際の職務内容と無関係であること、もしくは差別的効果の少ない他の手段が存在するにもかかわらず、New Haven 市がその採用を拒否したという事実が認められなければ、異なる効果型差別は成立しないからである。我々は、本件試験内容が実際の業務内容と関連しており、そして差別的効果の少ない他の手段も存在しなかったと認める。したがって、市には異なる効果型差別の法的責任を負うであろうこ

とを確信する「証拠上の強固な基盤」は存在しなかったといえる。

以上の理由により、正式事実審理を経ずに上诉人勝訴の判決を下すことが適切であり、本件の基底にある憲法問題に踏む込む必要はない。連邦控訴裁判所の判決を破棄し、当裁判所の判断に適った審理が尽くされるよう、本件を差し戻す。

(2) Scalia 裁判官の同意意見

異なる効果型差別禁止違反が実際に発生しうるとき、公民権法第7編が人種に基づく救済措置を容認するだけでなく、積極的にそれを要請していることは明らかである。しかし、もし政府が人種差別を行うことが禁じられているのであれば、民間企業や使用者としての自治体に人種差別の実施を強制するような法律の制定もまた当然に禁止される。異なる効果型差別を禁止する規定は、使用者に対して当該行為の人種別の効果を検証し、その結果に基づき雇用上の判断を行うよう求めている。この種の判断は差別的である。

確かに異なる効果型差別の禁止は割当制を直接的に強制していない。しかし、民間の使用者が採用につき露骨に人種的割当てを行うことは差し控えたものの、人種的均衡を達成する意図をもって採用制度を設計したとき、彼は違法な差別を行ったことにならないのであろうか。否、当然、違法な差別を行ったことになろう。それゆえ政府が人種的均衡を奨励することは、表面上、平等保護条項の原理に反する。政府は市民をあくまで個人として取り扱わねばならず、ある特定グループの一員として取り扱ってはならない。そして、もちろん異なる効果型差別を禁止するという立法者の動機が良性であるからといって、その例外として扱われるわけではない。

公民権法第7編上の異なる効果型差別の禁止と憲法上の平等保護条項の抵触は、遅かれ早かれ、避けられない。我々はいかにして決着をつけるかにつき考え始めねばならない。

(3) Alito 裁判官の同意意見 (Scalia および Thomas 裁判官が同調)

反対意見は New Haven 市の真意を見誤っている。不均衡な効果を回避するという市の理由づけは偽装された口実にすぎず、試験結果の認証を拒否した市長らの真意は、(被告の1人である) Kimber 牧師を中心とする同市の有力なアフリカ系の指導層の反発を恐れたにすぎない可能性がある。市長らはこのような意図を秘匿して、試験結果を認証すれば法に抵触すると人事委員会に吹聴した可能性がある。したがって、仮に当裁判所が反対意見の基準を採用するにしても、法的責任を回避するためという市の主張がこのような口実にすぎないのかどうかを判断するため、事件を差し戻すことが適当である。

(4) Ginsburg 裁判官の反対意見 (Stevens、Souter、Breyer 裁判官が同調)

①人種差別の歴史を念頭に審査されるべきである

法廷意見は重要な歴史的事実を無視している。消防士は、人種差別の負の遺産がとりわけ長い影を落としてきた職業である。公民権法第7編の適用範囲を使用者である州や自治体にまで拡大しようとした議会は、自治体による雇用上の人種差別は民間部門以上に深刻であるという「公民権に関する合衆国委員会」(U. S. Commission on Civil Rights、以下では USCCR と略する。)の報告を重視していた⁽⁶⁵⁾。この報告によれば、露骨な人種主義も部分的に存在するが、それ以上に深刻だったのが、能力主義的な雇用制度が採用されていないことであった。採用や昇進を決定するにあたり、自治体の責任者は身内びいきをしたり、政治的な介入を認めるなど、職務内容と関連性を有する採用基準を確立してこなかった⁽⁶⁶⁾。このように瑕疵ある選定方法が人種的階層構造の固定化の一因となっていたのである。USCCR の報告書は、とりわけ警察および消防部門において他の部門以上に、平等な雇用に対する障壁があり、アフリカ系アメリカ人が上級職に就くことが困難になっていることを指摘していた。そして New Haven 市もその例外ではなかったのである。このような固定化した不平等状態を念頭において、本件は審査されるべきである。

② 「十分な理由」 (good cause) の基準を採用することが妥当である

異なる取扱い型差別の禁止と異なる効果型差別の禁止が矛盾することを示唆する、立法および当裁判所の先例は存在しない。いずれの差別概念も雇用上の差別を根絶し、真に平等な機会を達成するという公民権法第 7 編の目的に仕えるものである。したがって、両者は相互補完的に解釈されるべきである。公民権法第 7 編に異なる効果型差別の概念を導入する際、議会はマイノリティに不利な選考基準は「業務上の必要性」によって正当化されるときのみ許されることを明確にした。この立法意図に従えば、選考基準の信頼性に疑いがあると合理的に考えて、使用者がそれを放棄することは人種を「理由として」(because of) 差別したことにはならないはずである。したがって、人種的に不均衡な効果が明らかとなり、当該選考方法が「業務上の必要性」の審査に耐えることができないと思われる「十分な理由」(good cause) があれば、当該選考方法を放棄することは、公民権法第 7 編の異なる取扱い型差別の禁止に抵触しないと考えるのが相当である。

③ 被告人は「十分な理由」の基準を満たしている

私が適切と考える基準を適用すれば、New Haven 市には、その選考方法に欠陥があり「業務上の必要性」によって正当化することができないと信じる十分な理由があったと考えられ、試験結果を認証しなかったことは公民権法第 7 編の異なる取扱い型差別の禁止に抵触しないと解するのが相当である。

V Ricci 判決の意義と異なる効果型差別禁止の合憲性

Ricci 判決は、Obama 大統領からヒスパニック系女性として初めて最高裁判官に指名された、Sotomayor 裁判官の任官承認に関する上院の公聴会で取り上げられたということもあって、2008-2009 年開廷期の最高裁判決の中でもとりわけ社会的に耳目を集めた。Sotomayor 裁判官は本件第 2 審判決に

加わっていた。本件最高裁判決は2009年6月29日に下され、上院の公聴会は同年7月中旬から開始された。公聴会では共和党議員から、「経験豊富で賢明なラテン系女性の方が、白人裁判官よりも良い判決を出せる」という過去の発言とならんで、本件第2審において白人原告らの控訴を退けたこと、しかもそれが極めて簡略な判決文でなされたことが、Sotomayor裁判官が白人に対する偏見を持っているかもしれないと疑われ、批判の材料とされたのであった⁽⁶⁷⁾。本判決は、いわゆる個人主義的平等観を信奉する最高裁の保守派がまたしても反リベラル色の濃い判決を下したということ⁽⁶⁸⁾、そして最高裁裁判官の後任人事をめぐる議論にも影響を及ぼしたという2つの点で、大きな注目を浴びたのである⁽⁶⁹⁾。

1 本判決の意義

本件の争点は、使用者としての自治体の実施した昇進試験がマイノリティに不利に作用し、異なる効果型差別を発生させていると思われる場合に、同差別を禁じている公民権法第7編に基づき、試験結果の認証拒否という救済措置を実施することができるか、という点である。しかし、この問題が複雑なのは、そのような人種を考慮した救済措置もまた公民権法第7編あるいは憲法上の平等保護条項によって一般的に禁止されていると考えられることである。すなわち、そのような救済措置は、形式上、異なる取扱い型差別（意図的差別）に該当するのである。異なる取扱い型差別の禁止は人種を考慮した決定を禁じているが、異なる効果型差別を禁止するには人種を考慮した決定を行わざるを得ない。これが両差別概念の形式上の矛盾抵触である。しかし、本件の使用者の動機は、人種的な敵意ではなく、不利な立場にあるマイノリティの境遇を改善したいという、いわば良性的動機である。本判決以前は、異なる効果型差別の禁止は、マイノリティに対する不利な雇用慣行を改善する有力な手段として広く理解されていたため、使用者は同禁止規定を根拠にして、種々の改善策を実施することが許されると考えられてきた。した

がって、本件の第 1 審判決が述べるとおり、マイノリティに不利な試験結果の認証を拒否することは、公民権法第 7 編および平等保護条項に違背する差別にはあたらないと考えることが一般的であった⁽⁷⁰⁾。

要するに、公民権法第 7 編の禁止する異なる取扱い型差別と異なる効果型差別という両差別概念は、確かに形式上は矛盾抵触するものの、異なる効果型差別禁止を遵守してマイノリティに不利な雇用制度を改善する行為は原則として異なる取扱い型差別にあたらないと理解することで、これまでは両差別概念の抵触をうまく調整してきたのである⁽⁷¹⁾。本判決はこの立場を大きく転換したという点で重大な意義を有する。

法廷意見の論理を要約すると次のとおりである。第 1 に、法廷意見は、「統計上の人種的不均衡を理由として、試験結果の認証を拒否することは、人種に基づく決定であり、何らかの正当な事由がない限り、公民権法第 7 編の異なる取扱い型差別の禁止に抵触する」ことを言明する。これは、異なる取扱い型差別と異なる効果型差別が本来的に矛盾抵触する関係にあることを前提にして、公民権法第 7 編の下では異なる取扱い型差別の禁止が原則であり、異なる効果型差別の禁止は例外的にのみ機能することを示している。すなわち、人種を考慮した措置は異なる取扱い型差別として原則的に禁じられるが、異なる効果型差別の禁止を優先する正当な事由がある場合にのみ、例外的に人種を考慮した措置をとることが許されるということである。

第 2 に、法廷意見は、平等保護条項に関する先例から、正当な事由の指標となる「証拠上の強固な基盤」という基準を導き、これを満たす場合に限り、異なる取扱い型差別としての法的責任を免れうるとする。すなわち、もし人種的に不均衡な試験結果に基づき昇進者を決定すれば、マイノリティから公民権法第 7 編に基づく異なる効果型差別の訴えが提起されるということ。「証拠上の強固な基盤」によって立証した場合にのみ、New Haven 市はマイノリティを救済するため、当該試験結果の認証を拒否するという措置を行うのである。

第3に、法廷意見はこの「証拠上の強固な基盤」の基準を本件の事実に適
用し、New Haven 市は異なる効果型差別の法的責任を負うであろうことを
「証拠上の強固な基盤」によって立証できなかつたと結論づけた。異なる効
果型差別が成立するには、試験結果に人種的不均衡が存在するだけでは不十
分であり、さらに試験内容が実際の職務内容と無関係であること、ならびに
差別的効果の少ない他の手段が存在するにもかかわらず、同市がその採用を
拒否したという事実が認められなければならない。法廷意見は、試験結果に
人種的不均衡が見られるのは確かであるが、試験内容は職務内容と関連して
おり、差別的効果のより少ない代替手段も存在しなかつたと認定し、同市に
マイノリティからの訴訟が現実味を帯びる「証拠上の強固な基盤」は存在し
なかつたと結論づけたのである。

以上のように、Ricci 判決は公民権法第7編の下では異なる取扱い型差別の
禁止が原則であり、異なる効果型差別の禁止がその例外であることを明らか
にした点で重大な意義を有する。これまでは、使用者に修正措置を行う機会
を与えず、裁判の場に引きずり出して法的責任を負わせるよりは、彼らに自
発的法令遵守を促すことが公民権法第7編の趣旨であると考えられてきた。
しかし、本判決以後、異なる効果型差別禁止についての自発的法令遵守は、
他方で異なる取扱い型差別として法的責任を追及される可能性が高まった。
使用者は「証拠上の強固な基盤」に基づいて、異なる効果型差別の法的責任
を負う可能性について立証すれば、理論上、異なる取扱い型差別の法的責任
を免れうるが、この条件を満たすことは実際上は困難と予想される⁽⁷²⁾。使用
者にとって、人種的に不均衡な結果をもたらす雇用上の制度を事後的に修正
することは極めて困難となったのである。

2 本判決における審査方法の特質

Ricci 判決は、公民権法第7編上の解釈を示すにとどまり、本件が憲法上の
判断を示すものではないと明確に断っている⁽⁷³⁾。すなわち、本件は、憲法上

の意図的差別禁止と公民権法第 7 編上の異なる効果型差別禁止の概念上の抵触関係について、何ら判断を示すものではないということである。しかし、Primus によれば、最高裁は、公民権法第 7 編上の異なる取扱い型差別と憲法上の意図的差別を、少なくとも異なる効果型差別との関連では、概念的に同一のものと解しており、本件は憲法上の判断としても理解できるという⁽⁷⁴⁾。それを裏付けるのが法廷意見の審査方法である。①原告らの被った損害、② New Haven 市の動機および試験結果の認証拒否という行為、③「証拠上の強固な基盤」の基準の導入方法について論じるにあたり、最高裁は憲法上の平等保護条項違反の審査方法を採用している⁽⁷⁵⁾。

まず原告らの被った損害に対する審査方法である。公民権法第 7 編の下では、原告は救済に値する「不利益をもたらす雇用上の行為」(adverse employment action) を具体的に立証しなければならない⁽⁷⁶⁾。不利益をもたらす雇用上の行為の典型例は解雇、降格、不採用、昇進の拒否、賃金の引下げなどである。ところで、本件の原告らが訴訟を提起した当時、彼らの昇進は終局的に拒否されておらず、昇進の可能性は残されていた。新たな昇進試験によって、少なくとも原告の何人かは昇進できたはずである。そうであれば、試験結果の認証拒否という決定が、公民権法第 7 編の目的に照らし、不利益をもたらす雇用上の行為のレベルに達するか否かは検討を要する問題であったといえる。

ところが、最高裁は、試験結果の認証を拒否し、改めて再試験を実施するという決定が、公民権法第 7 編上の不利益をもたらす雇用上の行為にあたるか否かの分析を行っていない。この点における最高裁の対応は、公民権法第 7 編上の審査としては不自然であるが、もし本件を憲法上の平等保護条項違反の問題として理解すれば筋が通る。平等保護条項違反を主張する場合、「不利益をもたらす雇用上の行為」を具体的に立証する必要はない。原告は公的機関による人種を考慮した決定により、自身が不利益を受けたことを立証するだけで足りる。本件で Ricci 側が立証したのはこの点であり、最高裁

131- 「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(2・完)(岡田)
はそれを認容したのである⁽⁷⁷⁾。

次に New Haven 市の動機と試験結果の認証拒否という行為に対する審査方法である。異なる取扱い型差別は通常 McDonnell Douglas 判決で⁽⁷⁸⁾示された挙証責任転換ルールに基づいて立証される。同ルールによれば、裁判所は、①原告が被告の違法な動機について一応の証明を行ったか否か、②被告が「正当で差別的でない理由」を主張しうるか否か、③原告が被告の当該理由が口実にすぎないことを立証しうるか否か、を問うことが求められる。このような順序をたどって差別の存在が立証されるのが、異なる取扱い型差別に関する事件の典型例である。実際、第1審はこの McDonnell Douglas テストを用いて、異なる取扱い型差別の問題を分析している⁽⁷⁹⁾。ところが、最高裁判決は、同テストについて特に触れていない。

他方、平等保護条項の下では、原則として当該分類の「疑わしさ」の程度に応じて審査基準の厳格度が判断されるが、さらに行為の態様(中立的であるか)や動機の性質(良性であるか)も重要である⁽⁸⁰⁾。本件試験結果の認証拒否という救済措置は、マイノリティに不利な昇進試験制度を是正することを企図した表面上中立的な措置であった。試験結果の認証拒否という決定は、それがあらゆる者の試験結果の認証が拒否されるという点で、表面上中立的な措置である。したがって、これが違法な差別にあたるというのであれば、当該決定の動機を問題とせねばならない。先例に照らせば、このような事件の審査において最も重要な争点の1つは、人種という要素が当該決定の「支配的な動機」(predominant motive)であったか否かである⁽⁸¹⁾。本件最高裁は、New Haven 市による試験結果の認証拒否決定が違法であると結論するにあたり、人種という要素が当該決定の「支配的な動機」、つまり決定的要素であったと判断している⁽⁸²⁾。

最後に「証拠上の強固な基盤」の基準の導入方法である。公民権法第7編を遵守するために行動したという New Haven 市の主張を審査する上で、最高裁は、法違反を未然に防止するという使用者の裁量に関する問題に直面した。

使用者の自発的法令遵守を促すことが公民権法第7編の趣旨ではあるが、だからといって使用者の法令遵守という名の行動を全面的に信頼するわけにはいかない。そこで、平等保護条項違反に関する先例から解決策が導き出された。最高裁によれば、使用者は修正措置をとらねば異なる効果型差別の法的責任を負わされるであろうことを「証拠上の強固な基盤」に基づいて立証しなければならない。この「証拠上の強固な基盤」の基準は、過去の差別を救済する意図をもって行われた自発的なアファーマティブ・アクションの合憲性が問題となった判例から導き出された⁽⁸³⁾。この点で最高裁は明確に平等保護条項違反の分析を用いている⁽⁸⁴⁾。

以上のように、本件の最高裁の審査方法を注意深く検討すると、憲法上の平等保護条項違反の審査方法を用いていたことが分かる。これは、最高裁が公民権法第7編上の異なる取扱い型差別と憲法上の意図的差別を、少なくとも異なる効果型差別との関連では、概念的に同一のものと理解していることを示している。

3 試験結果の認証拒否決定の合憲性

以下では、Ricci 判決の論理と審査方法を手がかりにして、公民権法第7編上の異なる効果型差別禁止と憲法上の平等保護条項の抵触をめぐる問題を検討する。まず、試験結果の認証拒否決定の合憲性をめぐる問題である。本判決の論理から考えると、公民権法第7編に基づく試験結果の認証拒否という決定には厳格審査基準が適用されることが想定される⁽⁸⁵⁾。

本判決は「究極的な目的が何であろうと、つまりいかにそれが善意によるものであろうと、市は人種を考慮して決定を行った」ことを指摘する⁽⁸⁶⁾。この一節は、たとえ原告らに対する敵意がなくとも、そしてその行為の外観が中立的であっても、試験結果を採用しないという決定の主たる理由が、成績上位者が白人で占められていたことにあるのであれば、当該決定は違法な人種差別にあたることを示唆している。人種的な要素こそが、当該決定の背後

129— 「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(2・完)(岡田)にある「支配的な動機」であったと認定したのである。この判断過程において、被告の動機が良性であるか否かは問題とならないことも明確にしている。これは、政府はいかなる動機であろうとも、人種のみに基づいて個人を取り扱うことは許されないという、いわゆる個人主義的平等観に基づいているようにみえる。個人は能力主義的な指標によってのみ判断されるべきであるという考え方が、個人主義的平等観の核心である。

すでに述べたとおり、試験結果の認証拒否という人種中立的な決定の背後にある動機がマイノリティを救済することにあつたとしても、人種という要素が当該決定の決定的要素として機能していれば、厳格審査基準が適用される⁽⁸⁷⁾。したがって、それが合憲とされるためには、やむにやまれぬ政府の利益によって正当化されねばならない。

New Haven 市が提示した唯一の利益は、異なる効果型差別禁止規定⁽⁸⁸⁾を遵守するという利益である⁽⁸⁹⁾。このような主張を行うには、まず異なる効果型差別禁止規定それ自体が合憲であることが条件となる。しかし、仮に異なる効果型差別禁止規定が合憲であるとしても、同禁止規定の遵守がやむにやまれぬ利益と認められるわけではない。というのも、異なる効果型差別の禁止を厳格に追求すると、結果的に単なる人種的均衡を目指すことにつながる可能性がある。あからさまな人種的均衡の維持は違憲であり、したがって、異なる効果型差別を回避することそれ自体をやむにやまれぬ利益と認めることは困難であるという指摘がある⁽⁹⁰⁾。

では、これまでの判例において、やむにやまれぬ利益として認められてきた「多様性の利益」を本件で主張しうるであろうか⁽⁹¹⁾。Grutter 判決⁽⁹²⁾は、多様な学生集団は思想の自由闊達な交流を促し、大きな教育的成果をもたらすことを強調した上で、学生集団の多様性を維持することは、ロー・スクールのような高等教育機関が担うべき社会的使命であるとした。高等教育機関においては教育上、思想交流や相互理解が重要であり、それらを達成するために学生集団の多様性がやむにやまれぬ利益とされるのであれば、そのような

論理が公務員採用の文脈、とりわけ消防士などの公共の安全に関わる職種にそのまま妥当すると考えることは困難である⁽⁹³⁾。また、思想交流や相互理解の観点から、初等教育においても人種的に多様な生徒集団が望ましいという議論があり、多様性の利益は高等教育に特有のものではないと考えることもできるが、それでも本件のような消防士の採用や昇進について、多様性の利益を主張することは容易ではない。この点につき Ricci 側は次の点を指摘する。

「教育の場面で思想の交流を促すという多様性の価値は、いったん個人が教育を受けることを終了すると、その重要性は著しく逓減し、雇用の文脈では喪失する。消防司令（補）に必要なのは、火事や自然災害、その他の大災害に対処し、指揮する能力や資質であり、思想の多様性は特に重要ではない。来るべき『現実世界』での競争に備えて、異なる人種の子供たちに平等な教育機会を与える利益は、その『現実世界』において大人同士の競争を人種的に調整することと根本的に異なる⁽⁹⁴⁾。」

他方、警察官や矯正局の職員採用における人種的多様性の利益をやむにやまれぬ利益として認容した連邦控訴裁判所の判決がある⁽⁹⁵⁾。しかし、これらの文脈において、人種的多様性がやむにやまれぬ利益と認められたとしても、その論拠を容易に消防局の文脈で応用できるわけではない。人種的に多様な警察は、地域社会の信頼の獲得につながり、警察職務の効率性が増進される。つまり、捜査に対する市民の協力、情報提供が得やすくなるというメリットがある。これと対照的に、消防局の人種的構成は、社会を火事から守るという任務と無関係のように思われる。

以上のように、本件試験結果の認証拒否という救済措置の実施につき「やむにやまれぬ利益」を導き出すことができないのであれば、個人主義的平等観に立つ限り、当該措置が合憲とされることはない。もっともそれが正当化できたとしても、次に手段審査として本件措置が当該利益を実現するために整合的に考案されたものか否かが問われねばならない。むしろ司法審査にお

いては、目的と手段との整合性の審査がより重要なのである⁽⁹⁶⁾。

他方、いわゆるグループ指向的平等観に立脚する反対意見の観点に立てば、本件試験結果の認証拒否決定は、憲法上の平等保護条項に反しないと考えられている。グループ指向的平等観とは、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境遇を改善しようとする平等観である⁽⁹⁷⁾。この観点では、人種的な敵意もしくはマイノリティを従属させる行為のみが禁じられることになる。異なる効果型差別の禁止を誠実に遵守する試みは、人種的な敵意と無関係である。本件第1審が結論するように、試験の差別的な効果を是正しようとする意図は、非マイノリティの候補者に対する差別的意図と同じものではないということになる。また、試験結果の認証拒否決定はマイノリティを従属させることにはならず、New Haven市は単にマイノリティに昇進の機会を拡充したいという良性の目的を達成するために、人種を考慮した措置を採用したにすぎないことになる。

4 公民権法第7編の異なる効果型差別禁止規定の合憲性

(1) 厳格な個人主義的平等観と異なる効果型差別禁止規定

本判決において Scalia 裁判官は、公民権法第7編上の異なる効果型差別の禁止と憲法上の平等保護条項の抵触は避けられないと指摘する。つまり、この2つの差別概念は両立しえないという。確かに、政府はいかなる目的であろうとも、人種に依拠して個人を取り扱うことは絶対に許されないという個人主義的平等観に立てば、平等保護条項と異なる効果型差別禁止との緊張関係は深刻となる。ここでは、動機が良性であるとか、マイノリティが不利な影響を受けないといった点は考慮事項ではない。この観点に立てば、異なる効果型差別の禁止は、必然的に人種を考慮した措置を要請するものであるから、それ自体違憲の疑いが生じるのである。ある論者は、Ricci 判決により最高裁は、憲法上の平等保護条項に関する解釈原理としての個人主義的平等観

を放棄するか、あるいは議会が長年承認してきた異なる効果型差別禁止規定を違憲と判断するか、という厄介なジレンマ状況に陥ったと評する。そして、仮に異なる効果型差別禁止規定を本当に違憲としようものなら、それは *Lochner* 判決⁽⁹⁸⁾の再来と批判されるかもしれないという⁽⁹⁹⁾。*Lochner* 判決は、被用者を長時間労働から保護する社会経済立法に対して、使用者の経済的自由を侵害しているという理由で違憲無効と判断した 20 世紀初頭の判決である。この *Lochner* 判決は、社会的弱者を保護する議会の裁量に干渉するものであるとして、強い批判を浴びた⁽¹⁰⁰⁾。21 世紀になり、再び最高裁が社会的弱者を保護するための議会の立法裁量に容喙干渉し、公民権法第 7 編の規定を違憲と判断すれば、同じような批判を浴びることは必至であろう。

ところで、もし最高裁が公民権法第 7 編上の異なる効果型差別禁止規定を平等保護条項に反し違憲であると判断すれば、同様の規定を盛り込む他の連邦法や州法はいかなる影響を受けるのか。たとえば、「障害をもつアメリカ人法」(Americans with Disabilities Act、以下では ADA と略する。)は、「求職者または被用者を障害があることを理由に個人の雇用機会や職務上の地位に不利な影響を及ぼす方法で制限、分離、区別すること⁽¹⁰¹⁾」、「障害者差別という効果をもたらす要件、基準、管理方法を用いること⁽¹⁰²⁾」、などを禁じている。最高裁は ADA の下での異なる効果型差別の主張を認めている⁽¹⁰³⁾。障害者に対する差別は、彼らに対する敵意や悪意ではなく、無思慮や無関心など人々の傍観的な態度 (benign neglect) によって引き起こされる。障害者差別の文脈では、異なる効果型差別の概念はことのほか重要であるといえる。

また、「雇用上の年齢差別禁止法」(Age Discrimination in Employment Act、以下では ADEA と略する。)も、公民権法第 7 編に倣って、「年齢を理由に、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、被用者を制限、分離、区別すること⁽¹⁰⁴⁾」を禁じている。最高裁は同規定を根拠に ADEA の下での異なる効果型差別の主張を認めている⁽¹⁰⁵⁾。

これらの異なる効果型差別の概念の憲法上の問題を考える場合、平等保護

125- 「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(2・完)(岡田)

条項の下での審査基準は、当該差別の「疑わしさ」の程度によって異なるということを思い起こす必要がある⁽¹⁰⁶⁾。仮に最高裁が人種差別の文脈に適用される異なる効果型差別禁止規定が違憲であると判断したとしても、性差別の文脈に適用される異なる効果型差別禁止規定が当然に違憲となるわけではない。人種差別には厳格審査基準が適用されるが、性差別には中間審査基準が適用されるからである⁽¹⁰⁷⁾。つまり、人種差別の文脈では、厳格審査基準が適用されるがゆえに、異なる効果型差別禁止規定の合憲性が疑われ、平等保護条項との緊張関係がとりわけ表面化するのである。したがって、厳格審査基準が適用されない性差別や年齢差別、そして障害者差別の文脈においては、異なる効果型差別の概念と平等保護条項との矛盾抵触は、人種差別の文脈ほど深刻な問題とはならないといえる。しかし、その反面で、平等保護条項の下での審査基準に照らしていえば、憲法上もっとも保護されるべき必要性の高い人種的マイノリティから異なる効果型差別禁止規定による保護を奪う一方で、憲法上保護されるべき必要性の相対的に低いグループが異なる効果型差別禁止規定によって保護されるという矛盾を抱えることになるのである⁽¹⁰⁸⁾。

(2) Kennedy 裁判官の穏健な個人主義的平等観の特質

異なる効果型差別禁止規定それ自体が違憲と判断されるという結末は、あくまで例外を認めない厳格な個人主義的平等観に立った場合である。平等保護条項の解釈に関する現在の最高裁の立場は、比較的穏健な個人主義的平等観に立つと評される、Kennedy 裁判官に大きく左右されているのである⁽¹⁰⁹⁾。いわゆる Seattle 判決の Roberts 長官の相対多数意見は、生徒の学校割当てにおいて人種を考慮することが憲法上の平等保護条項に反するか否かにつき、厳格な個人主義的平等観に立脚した判断を示している。すなわち、Roberts 長官によると、「人種を理由とする差別をなくす方法は、人種を理由に差別することを止める」しかない⁽¹¹⁰⁾。しかし、この一節は、Ricci 判決が指導理念

とした個人主義的平等観と若干異なっている⁽¹¹¹⁾。Roberts 長官のこの一節が相対多数意見となり、つまり 3 人の支持しか得られず法廷意見とならなかった理由は、Kennedy 裁判官がこの一節に同調しなかったためである。したがって、Seattle 判決における Kennedy 裁判官の同意意見が、事実上、最高裁の法廷意見に相当するのである。Kennedy 裁判官は、Roberts 長官が信奉する徹底した個人主義的平等観ではなく、相対的に穏健な個人主義的平等観に立っているとみることができる。Seattle 判決で Kennedy 裁判官は次の点を指摘していた⁽¹¹²⁾。

「州や自治体による公立学校の運営においては、各々の学校の人種構成を考慮したり、生徒の人種的多様性を促進する中立的な方法を採用することが容認される。ある学校の人種構成があらゆる生徒に平等な教育機会を付与するという理念に反していると懸念される場合、教育委員会はその問題に対処するべく、人種によって機械的に個人を分類する方法で個々の生徒を別異に取扱うことは許されないが、中立的な方法で人種に配慮した措置を考案することは妨げられない⁽¹¹³⁾。」

要するに、人種への配慮が中立的な制度の設計段階においてなされる限り、平等保護条項に抵触しないとされるのである。この論理は Ricci 判決でも継承されている。すなわち、Kennedy 裁判官によると、使用者は、新たな雇用上の制度を設計する段階においては、それが採用された場合に生じる影響を調査し、その調査結果を基にして、あらゆる者が人種に関係なく公正な機会が与えられるよう創意工夫することは許される。制度や試験の設計段階ですべてのグループが公正な条件で昇進にチャレンジできるよう、使用者が積極的な努力を実施することは、公民権法第 7 編に反しないというのである⁽¹¹⁴⁾。

Kennedy 裁判官の解釈は、ある雇用上の制度が実際に運用される前の段階であれば、異なる効果型差別の訴えを未然に防止するために、そしてあらゆる者に公正な機会を付与することを目指し⁽¹¹⁵⁾、望ましい人的構成を考慮しても、使用者は公民権法第 7 編に反する違法な差別を行ったことにはならない、

123- 「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(2・完)(岡田) というものである⁽¹¹⁶⁾。これは、個人がその人種ゆえにいわゆる逆差別の被害を受けたと認識する前の段階においては、人種を考慮することそれ自体は禁止されないという意味で、「被害者の顕在化を問題とする解釈」(visible-victims readings⁽¹¹⁷⁾) ということができる。Primus によれば、この解釈は平等保護条項の基本的価値を反映したものである。平等保護条項は、政府が「公然と人種を考慮すること」(public salience of race) を極力避けて、人種を考慮していることを曖昧にすることを求めている。すなわち、「人種的考慮の非公然性」を要請しているというのである⁽¹¹⁸⁾。

人種の考慮に公然性があるか否かを判断するには、人種を考慮した政府の介入が社会における人種的対立を解消するものか、あるいは悪化させるものかを問うことが有益である。ある個人が、自身が人種に依拠した決定によって不利益を受けたと認識すれば、社会における人種的対立を縮小あるいは解消するどころか、むしろ助長してしまう。ある生徒が自分たちの人種ゆえに第1希望の学校ではなく、別の学校へ割り当てられ、別の人種の生徒がその人種ゆえに第1希望の学校へ容易に割り当てられていることが知れ渡れば、社会における人種的対立は悪化する。同様に、消防士が昇進試験を受けて、その試験結果を基に昇進が判定されると期待していたにもかかわらず、特定人種グループへの不利な効果を理由に、試験結果に基づく昇進が中止されると公表されたとき、市民は政府が公然と人種を考慮したと認識する。人種の考慮が公になれば、社会における人種的対立が高まるといえよう⁽¹¹⁹⁾。

他方、どこに学校を建設するか、どのように到学校区の線引きを行うかを決める段階と同様に、昇進制度の設計段階では、個人を人種によって識別したり、不利益を課したりすることはない。いったん新学校が建設され学校区の線引きが決まれば、たとえ設計段階において人種が考慮されたとしても、個々の生徒の特定学校への割当ては当該計画に則って粛々と行われていると受け取られ、個々の生徒の「人種を理由に」行われているとは受け取られない。同様に、昇進制度についても、その設計段階においては、たとえ人種的

な考慮があったとしても、人種に依拠したあからさまな差別的な取扱いはなされず、それゆえ人種の考慮が公になることはない。いったん昇進制度が実行段階に入れば、昇進試験の受験者は試験結果に従って昇進されることを期待し、この段階以後に実施される異なる効果型差別の是正措置は人種に依拠したものとみなされるだろう。したがって、個々の生徒が学校を割り当てられる段階、および昇進制度が実行に移される段階においては、これ以後の人種的不均衡に対する救済措置は原則として禁止されるべきことになる。この時点において、あらゆる者は人種によって判断されないという正当な期待をもつに至り、人種的に不均衡な結果を認識した上での救済措置は、識別する「被害者」を生み出すがゆえに、平等保護条項に違反すると解されることとなる⁽¹²⁰⁾。

平等保護条項あるいは公民権法第7編は、真に平等な社会を実現するために、政府が人種を考慮して行動することを容認するが、人種の考慮を公然と行えば人種的対立を惹起してしまう。それゆえ「人種的考慮の非公然性」が肝要である、というのが Kennedy 裁判官の立場である。「被害者」が顕在化しない限りで人種の考慮を認めている点で、いかなる場合も個人の能力以外の要素を考慮するべきではないとする、厳格な個人主義的平等観に立脚する他の保守派の裁判官と一線を画しているのである。

(3) 穏健な個人主義的平等観と異なる効果型差別禁止規定

以上のように、Kennedy 裁判官は、マイノリティに不利な制度を改善することを企図した中立的な制度に関して、①被害者を顕在化させる制度と、②人種の考慮を曖昧にして被害者を巧妙に拡散する制度とを峻別し、後者の採用を支持していると考えられる。後者に類する例として、州内の各高校の成績上位者 10% に州立大学への入学を認める、いわゆる「テキサス州 10% 計画」がある。これは州立大学の学生の人種構成を是正することを目的に採用されたものである。しかし、この措置によって被害者が顕在化するわけでは

121- 「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(2・完)(岡田)
ない。確かに、同計画が黒人学生の割合を増加させるなら、それに応じて他人種の学生の割合は減少する。結果として、ここに「被害者」が存在するわけであるが、彼らを特定することは困難であるから、人種的非難を生むこともない。

この穏健な個人主義的平等観に立てば、公民権法第7編の異なる効果型差別禁止規定それ自体が違憲とされる可能性は回避しうる。しかし、異なる効果型差別禁止規定が合憲とされるには、いくつかの条件が必要となる。

Ricci 判決によれば、使用者は異なる効果型差別禁止規定に基づき、雇用上の制度の設計段階で望ましい人種構成のあり方を検討し、それを実現するために工夫をこらすことは許される。しかし、当該制度が完成し運用される段階に入れば、もはや自らの判断でそれ以後に生じた不均衡な効果に対する救済措置を執行することは原則としてできないことになる。

理論上は「証拠上の強固な基盤」の条件を満たせば、使用者は救済措置を執行しうる。しかし、そうすると、救済措置によって被害を被った者らは、最後の手段として、異なる効果型差別禁止規定それ自体が憲法上の平等保護条項に反すると主張することになる⁽¹²¹⁾。こうなった場合、人種を公然と考慮の上、差別の被害者を顕在化させることを認めている異なる効果型差別禁止規定は、憲法上の平等保護条項に反するとされる可能性がある⁽¹²²⁾。したがって、このような違憲判断を回避するためには、制度完成後の事後的な救済は、それによる識別しうる「被害者」の発生が避けられないがゆえに、使用者自らは救済措置が実行できず、救済を与えることができるのは裁判所だけである、と解する必要がある⁽¹²³⁾。すなわち、マイノリティからの異なる効果型差別禁止違反の主張に対して、裁判所が公民権法第7編に基づく司法的救済を与えることだけが許されるということである。裁判所が異なる効果型差別の主張を認容した場合、当該差別的制度は将来に向かって利用が差し止められるが、当該制度の下ですでになされた採用もしくは昇進決定が覆されることはない。また、原告は賃金の遡及的支払いその他のエクイティ上の救済を求

めることができるが、これらの救済措置は使用者に対してのみ不利益に働くため、いわゆる「被害者」を発生させることはないのである⁽¹²⁴⁾。

要するに、裁判所が異なる効果型差別の訴えを認容した場合、使用者だけが制度の改善や金銭的賠償などの法的責任を負うのである。しかし、マイノリティに不利な制度の利用が今後禁じられれば、マイノリティの採用や昇進など雇用上の資源配分に関する状況は改善されるはずである。これにより間接的に特定グループが不利益を受けるかもしれないが、その被害は特定できず、それゆえ人種的非難も生まれまいであろう⁽¹²⁵⁾。

以上のように、異なる効果型差別禁止規定は、①使用者が制度完成後にマイノリティに対する救済措置を実行しないこと、②その救済は裁判所に委ねること、という条件を満たせば、いわゆる逆差別を主張する「被害者」の顕在化を防止することができ、それゆえ憲法違反の問題は回避しうるといえよう⁽¹²⁶⁾。

VI おわりに

異なる効果型差別の禁止は、ある雇用上の行為がもたらす人種グループ別の結果に着目した上で、人種を考慮した措置を要請するものである。政府はいかなる目的であろうとも、人種に基づいて個人を取り扱うことは絶対に許されないという個人主義的平等観に立てば、異なる効果型差別禁止規定それ自体に違憲の疑いが生じる。

他方、Kennedy 裁判官は、Seattle 判決に続き Ricci 判決でも、表面上人種中立的であるが人種を考慮した措置は、それが露骨に人種のみを理由に個人を取り扱う場合は許されないという立場を明確にした。本件では、試験結果の認証拒否という表面上中立的な決定が、成績上位者の人種のみを理由に実行されたといえる⁽¹²⁷⁾。Kennedy 裁判官の視座は、New Haven 市の人種を考慮した決定それ自体にあるのではなく、当該決定が何ら責任のない第三者（つま

119- 「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(2・完)(岡田
り白人消防士)に明らかに不利益を及ぼし、識別しうる「被害者」を顕在化
させているという点に向けられている。そして、マイノリティに不利な制度
を改善することを企図した中立的な制度に関して、①被害者を顕在化させる
制度と、②人種の考慮を曖昧にして被害者を巧妙に拡散する制度とを区別し
た上で、後者であれば平等保護条項に反しないとされる。公民権法第7編の
異なる効果型差別禁止規定が被害者を顕在化させず、人種の考慮を曖昧にし
て被害者を巧妙に拡散する制度に適合する規定であれば、Kennedy 裁判官の
理論の下、平等保護条項違反の問題は生じないのである。

そして、そのためには、異なる効果型差別禁止規定を次のように限定的に
解釈せねばならない。すなわち、使用者は異なる効果型差別禁止規定に基づ
き、雇用上の制度の設計段階では、望ましい人種の構成を考慮して種々の工
夫を凝らすことができるが、いったん制度が構築されれば、異なる効果型差
別を理由とする、それ以後の自発的な救済措置は、それによる「被害者」の
発生が避けられないため実行することができず、制度構築後の救済は裁判所
だけがなし得る、と解することである。異なる効果型差別禁止規定の射程範
囲をこのように限定的に解釈することにより、同規定の平等保護条項との抵
触は回避しうると考えられる。

Ricci 判決以後は、異なる効果型差別禁止規定を遵守して、マイノリティに
不利な雇用上の制度を修正しようとする、同規定自体の違憲性が主張され
る可能性がある。したがって、雇用上の制度が構築された後は、たとえそれ
がマイノリティに不利な効果を及ぼすものであったとしても、使用者自らが
救済に着手することはできず、マイノリティから異なる効果型差別禁止違反
で訴えられるのを座して待つしかないことになる。これは異なる効果型差別
禁止規定の効力を大幅に減殺するものであるが、アファーマティブ・アクシ
ョンと同じく、社会における人種的階層構造を解体し、真に平等な社会を实
現するという理想を影ながら支えてきた異なる効果型差別禁止規定が違憲無
効とされることに比べれば、まだ穏当な解決策といえるかもしれない⁽¹²⁸⁾。

最後に、わが国では 2006 年の男女雇用機会均等法の改正において、アメリカの異なる効果型差別に相当する、いわゆる「間接差別」の禁止が盛り込まれた⁽¹²⁹⁾。男女雇用機会均等政策研究会の報告書によると、「間接差別とは、外見上は性中立的な規定、基準、慣行等（以下「基準等」という。）が、他の性の構成員と比較して、一方の性の構成員に相当程度の不利益を与え、しかもその基準等が職務と関連性がない等合理性・正当性が認められないもの」と定義されている。性別を理由とする明白な差別行為は減少する傾向にある一方で、一見したところ性中立的な制度としてのコース別雇用管理や、パート・派遣・有期雇用など非正規雇用の形態などを通じて、男女差別は温存されているとの批判が強い。そこで間接差別禁止規定は、このような目に見えない巧妙な差別を解消する有力な手段として期待されている。しかし、均等法で禁止される間接差別は、労働省令で定める 3 つの措置に限定された。労働省令によると、①募集・採用における身長・体重・体力要件、②コース別雇用管理制度の下での総合職の募集・採用における全国転勤要件、③昇進における転勤経験要件が間接差別として禁止される。間接差別として禁止される措置をこのように限定することは、その実効性を弱めるものであるとして、疑問が呈されている⁽¹³⁰⁾。

以上のように、わが国では間接差別の概念が性差別の文脈でしか議論されず、その対象事案や適用範囲が労働省令に定めるものに狭く限定されているのが特徴である。したがって、わが国の間接差別の概念と憲法上の平等原則との抵触問題は未だ顕在化していないと考えられる。しかし、間接差別の規制には、常に憲法問題が存在していることは、近い将来認識される日が来るであろう。

117- 「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(2・完)(岡田)

- (57) 本稿でマイノリティとは、黒人やヒスパニックなど人種的マイノリティをさす。
- (58) 554 F. Supp. 2d 142 (D. Conn. 2006).
- (59) *McDonnell Douglas Corp. v. Green*, 411 U. S. 792 (1973).
- (60) *Personnel Administrator v. Feeney*, 442 U. S. 256 (1979).
- (61) 530 F.3d 87 (2d Cir. 2008). 本判決には、2009年8月に最高裁の裁判官に就任した Sotomayor 裁判官が加わっていた。
- (62) 129 S. Ct. 2658 (2009).
- (63) *City of Richmond v. J. A. Croson*, 488 U. S. 469 (1989).
- (64) 公民権法第7編の執行を担当する EEOC 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(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。29 CFR § 1607.4.
- (65) H. R. Rep. No. 92-238, p. 17 (1971).
- (66) 118 Cong. Rec. 1817 (1972).
- (67) Peter Wallsten, *More in GOP Make Race Focus of Sotomayor Nomination; They Allege She Wouldn't Be Fair to White Men*, Boston Globe, June 1, 2009.
- (68) 個人主義的平等観とグループ指向的平等観の対立をめぐる議論については、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。
- (69) Ricci 判決の邦語評釈として、永野秀雄「1964年公民権法第7編における差別的取扱いと差別的効果を禁ずる諸条項の調整」労働法律旬報1710号38頁(2009年)、根本猛「差別的効果と差別的取扱: 差別禁止法の難問?」静岡大学法政研究14巻3・4号1頁(2010年)参照。
- (70) 554 F. Supp. 2d 142, 158-159 (D. Conn. 2006).
- (71) Ricci, 129 S. Ct. at 2700-2703 (Ginsburg, J., dissenting).
- (72) *Id.* at 2702.
- (73) Ricci, 129 S. Ct. at 2676. この点について法廷意見は次のように述べる。「我々の法解釈は、公民権法第7編を遵守した本件救済措置の憲法適合性の問題を解決するものではない。すなわち『証拠上の強固な基盤』の基準を満たせば、平等保護条項違反の問題は生じないと判断しているわけではない。被上告人は公民権法第7編の下で同基準を満たすための立証ができなかったのであるから、異なる効果型差別の法的責任を負わされるといふ真の脅威によって、憲法で禁じられる差別的な取扱いが容認されるか否かにつき、我々がこれ以上判断する必要はない。」
- (74) Richard Primus, *The Future of Disparate Impact*, 108 MICH. L. REV. 1341, 1356-1363 (2010).
- (75) 憲法と公民権法第7編それぞれの射程範囲は当然に異なっている。たとえば、平等保護条項は、使用者に該当するか否かにかかわらず、あらゆる政府の行為を対象とす

る一方、私人には適用されない。他方、公民権法第 7 編は、民間部門あるいは公的部門を問わず、一定規模以上のあらゆる使用者に適用される。すなわち、公民権法第 7 編の規制対象となる使用者は、州際通商に影響を与える産業に従事し、当年あるいは前年に週 20 時間以上働く 15 人以上の従業員を雇用しているものとされる。See 42 U.S.C. § 2000e-(b).

- (76) Burlington Northern & Santa Fe Ry. Co. v. White, 548 U. S. 53 (2006).
- (77) Primus, *supra* note 74, at 1356-1359.
- (78) McDonnell Douglas Corp. v. Green, 411 U.S. 792 (1973).
- (79) 554 F. Supp.2d 142, 151 (D. Conn. 2006).
- (80) また Ortiz によれば、平等保護条項の下での審査基準の厳格度は、同じ人種差別でも、住宅供給、雇用、陪審員の選定、投票権、学校における人種隔離など、扱われる問題に応じて異なる。Daniel R. Ortiz, *The Myth of Intent in Equal Protection*, 41 STAN. L. REV. 1105 (1989).
- (81) Miller v. Johnson, 515 U.S. 900, 911-13 (1995). Miller 事件では、当該選挙区に黒人議員が選出されるよう区画が行われたことが争われたが、ここで最高裁は、人種に依拠した良性の動機がその他の正当な動機を覆い隠し、それが当該決定の支配的な動機と認められる場合は、厳格審査基準が適用されると判示した。
- (82) Primus, *supra* note 74, at 1358-1361.
- (83) City of Richmond v. J. A. Croson, 488 U. S. 469 (1989).
- (84) Primus, *supra* note 74, at 1361-1363.
- (85) たとえ表面上は人種中立的な決定であっても、それに人種という要素が決定的な影響を及ぼしていれば、厳格審査基準が適用される。本件認証拒否決定には人種という要素が決定的な力を発揮していた。The Supreme Court, 2008 Term: Leading Cases, 123 HARV. L. REV. 282, 292 (2009); Kenneth L. Marcus, The War between Disparate Impact and Equal Protection, 2008-09 CATO SUP. CT. REV. 58, 61-62 (2009).
- (86) 129 S. Ct. at 2674.
- (87) Miller v. Johnson, 515 U. S. 900, 911-13 (1995).
- (88) 42 U. S. C. § 2000e-2 (k) (1) (A).
- (89) 本件において過去の差別を救済する利益を New Haven 市側は主張していない。これを主張する場合、過去の差別についての一般的な社会的事実 に依拠することができず、救済の対象となる特定の職業あるいは産業などについて、現在の不均衡を生み出した過去の具体的な差別行為を特定しなければならない。
- (90) Biondo v. City of Chicago, 382 F. 3d 680, 684 (7th Cir. 2004) (Easterbrook, J.).
- (91) 多様性の価値について、西村裕三「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。

- (92) *Grutter v. Bollinger*, 539 U. S. 306 (2003). 本判決につき紙谷雅子「大学とアファーマティヴ・アクション *Grutter v. Bollinger*, 539 U. S. 306, 123 S. Ct. 2325 (2003) および *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244, 123 S. Ct. 2411(2003)」アメリカ法 2004-1 号 53 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— *Grutter v. Bollinger*, 123 S. Ct. 2325 (2003); *Gratz v. Billinger*, 123 S. Ct. 2411 (2003)」ジュリスト 1260 号 227 頁 (2004 年) を参照。
- (93) 消防局の業務は消火活動であり教育ではないので、多様な学生集団による教育的利益という *Grutter* 判決が説くやむにやまれぬ利益は、消防士採用の文脈では不適切であるとされる。 *Lomack v. City of Newak*, 463 F. 3d 303, 310 (3d Cir. 2006).
- (94) *Brief for Petitioners*, at 38, *Ricci v. DeStefano*, 129 S. Ct. 2658 (2009).
- (95) *Petit v. City of Chi.*, 352 F. 3d 1111, 1115 (7th Cir. 2003); *Patrolmen's Benevolent Ass'n of N. Y. v. N.Y.*, 310 F. 3d 43, 52 (2d Cir. 2002); *Wittmer v. Peters*, 87 F. 3d 916, 919-21 (7th Cir. 1996).
- (96) 西村、前掲注 91、342 頁。
- (97) 西村、前掲注 68、20 頁。
- (98) *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).
- (99) *The Supreme Court, 2008 Term: Leading Cases*, 123 HARV. L. REV. 282, 292 (2009).
- (100) 1930 年代に最高裁は経済的自由を絶対視する姿勢を変更し、1938 年以降は社会経済立法にほとんど干渉しない立場に転じた。この転換は「憲法革命」とも呼ばれる。松井茂記『アメリカ憲法入門 (第 4 版)』(有斐閣、2000 年) 6 頁参照。
- (101) 42 U. S. C. § 12112 (b)(1).
- (102) *Id.* § 12112 (b) (3). このほか、障害者もしくは障害者集団を排除し、または排除しようとする資格要件の基準、採用試験その他の選抜方法を用いることも禁じている。ただし、その基準、試験その他の選抜方法が、当該ポストの職務と関連性を有し、業務上の必要性と合致している場合は、その限りではない。 *Id.* § 12112 (b) (6).
- (103) *Raytheon Co. v. Hernandez*, 540 U. S. 44, 53 (2003).
- (104) 29 U.S.C. § 623 (a) (2).
- (105) *Smith v. City of Jackson*, 544 U.S. 228, 232 (2005). ただし、最高裁は、人種差別と年齢差別の本質的な違いに鑑み、ADEA の下で異なる効果型差別が成立する要件を厳格化し、使用者側の経営上の合理的裁量に配慮している。
- (106) いわゆる「疑わしい分類」(suspect classificaiton) の理論については、西村裕三編『判例で学ぶ日本国憲法』(2010 年、有信堂) 27-29 頁参照。
- (107) *Clark v. Jerter*, 486 U. S. 456, 461 (1988).
- (108) *Patrick O. Patterson, Ricci v. DeStefano: Does It Herald an "Evil Day," or Does It Lack "Staying Power" ?*, 40 U. MEM. L. REV. 705, 784-794 (2010).

- (109) Kennedy 裁判官は一般的に保守派に属すると考えられているが、時としてリベラル派に加わることもある。
- (110) *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1; Meredith and McDonald v. Jefferson County Board on Education et al.*, 551 U. S. 701, 748 (2007).
- (111) Michael J. Zimmer, *Ricci's Color-Blind Standard in a Race Conscious Society: A Case of Unintended Consequences?*, Loyola University Chicago School of Law, Public Law & Legal Theory Reserch Paper No. 2009-0020, 27 (2009).
- (112) Seattle 判決につき藤倉皓一郎「Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1; Meredith and McDonald v. Jefferson County Board on Education et al.,_U.S._, 127 S. Ct. 2738 (2007)」アメリカ法 2008-1 号 132 頁、藤井樹也「学校における人種統合とアフターマティヴ・アクション (1)・(2) 完：アメリカ連邦最高裁 ロバーツ・コートの新たな動向」筑波ロー・ジャーナル 2 号 69 頁 (2007 年)、同 3 号 161 頁 (2008 年)、吉田仁美「学校における人種差別撤廃の最近の動向——Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1, 127 S. Ct. 2738 (2007)」ジュリスト 1375 号 119 頁 (2009 年) を参照。
- (113) その例として、新設校の建設場所の選択、地域の人口動態に配慮した通学区の線引き、生徒や教員を個別的に勧誘すること、その他人種ごとの入学状況、成績、その他の統計資料の考慮などがあげられる。551 U. S. at 788-789.
- (114) Ricci, 129 S. Ct. at 2677.
- (115) 消防局においては、人種的マイノリティだけでなく、女性も相当不利な立場にあり、制度の設計にあたっては女性に対する不利益効果の減殺も課題であるとされる。Ann C. McGinley, *Ricci v. DeStefano: A Masculinities Theory Analysis*, 33 HARV. J. L. & Gender 581 (2010).
- (116) Scalia 裁判官はこの考えに同意していないと考えられる。同裁判官は、「使用者が採用につき露骨な人種的割当てを行うことは差し控えたものの、その目的を達成する意図をもって採用制度を設計したとき」当該使用者は「当然、違法な差別を行ったこととらう」と述べる。129 S. Ct. at 2682 (Scalia, J., concurring).
- (117) Primus, *supra* note 74, at 1369.
- (118) *Id.* at 1371-1372.
- (119) *Id.* at 1372-1373.
- (120) Zimmer, *supra* note 111, at 29.
- (121) 異なる効果型差別禁止規定それ自体が違憲であるとする主張は、民間の使用者が実施した救済措置に対してなされることが想定される。たとえば、地方自治体が実施した昇進試験が人種のマイノリティに差別的な効果を発揮し、当該試験内容が実際の業務内容と全く無関係であり、よって法的責任を負わされるおそれについて

113- 「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(2・完)(岡田)

「証拠上の強固な基盤」があると認められる場合には、試験結果の認証拒否などマイノリティに対する救済措置が許容される。そして、これによって不利益を受けた自治体の被用者は、当該措置が憲法上の平等保護条項に反するとして、その合憲性を争う途が残されている。他方、民間の被用者は、その使用者の行為それ自体の合憲性を争うことはできない。したがって、仮に民間の使用者が「証拠上の強固な基盤」要件を満たし、救済措置を実行した場合、それによって不利益を受けた「被害者」は、最後の手段として、公民権法第7編上の異なる効果型差別禁止規定それ自体の違憲性を主張することになる。

(122) Primus, *supra* note 74, at 1384-1385.

(123) *Id.* at 1374-1375.

(124) 42 U. S. C. § 2000e-5 (g) (1) によれば、「被告が意図的に違法な行為を行った場合… …、裁判所はその行為を差し止めることができ… …、適切であると思料されるアファーマティブ・アクションを命じることができる。それには賃金の遡及的支払いを伴うもしくは伴わない被用者の地位の回復または採用、… …または裁判所が適切と認めるその他エクイティ上の救済等を伴うことができる」。§ 2000e-5 (g) (1) に「意図的に違法な行為」という文言があるからといって、同規定が異なる取扱い型差別にしか適用されないというわけではない。同規定に基づく救済は、異なる効果型差別の事件でも利用可能であると解されている。See *In re Employment Discrimination Litigation*, 198 F. 3d 1305, 1316 (11th Cir. 1998).

(125) Primus, *supra* note 74, at 1383.

(126) *Id.* 1385-1387.

(127) これと対照的に、人種に配慮した通学区の線引きは、人種的要素と特定生徒の通学区との関連性は明白でなく、曖昧にされている。

(128) Primus, *supra* note 74, at 1375.

(129) 2006年改正均等法7条は、間接差別について、「事業主は、募集及び採用並びに前条各号に掲げる事項に関する措置であつて労働者の性別以外の事由を要件とするもののうち、措置の要件を満たす男性及び女性の比率その他の事情を勘案して実質的に性別を理由とする差別となるおそれがある措置として厚生労働省令で定めるものについては、当該措置の対象となる業務の性質に照らして当該措置の実施が当該業務の遂行上特に必要である場合、事業の運営の状況に照らして当該措置の実施が雇用管理上特に必要である場合その他の合理的な理由がある場合でなければ、これを講じてはならない」と規定する。

(130) 朝倉むつ子「間接差別」法学教室315号2頁(2006年)、阪本福子「改正雇用機会均等法の問題点－間接差別禁止規定」労働法律旬報1628号27頁(2006年)参照。