



アファーマティヴ・アクションの任意の実施と差別
の立証要件：
Weber判決以後の展開(村上義弘教授還暦記念号)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2009-08-25 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 西村, 裕三 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.24729/00001702

アフアーマティヴ・アクションの任意の実施と差別の立証要件

——Weber 判決以後の展開——

西 村 裕 三

- 一 はじめに
- 二 Weber 判決
- 三 Johnson 判決
- 四 Janowiak 判決
- 五 問題点の検討

一 はじめに

「アフアーマティヴ・アクション」(affirmative action) という語を最初に用いたのは、一九六一年にケネディ大統領が発した大統領命令一〇九二五号であるといわれる。⁽¹⁾ 同命令は次のような条項を政府調達契約中に挿入するよう命じた。

「人種、信条、膚の色あるいは出身国にかかわりなく、求職者が雇用され、または被用者が遇されることを保障するため契約者は『積極的措置』(affirmative action) を講ずるものとする。⁽²⁾」

同条項は現在有効な大統領命令一一二四六号に引き継がれており、⁽³⁾ またその後、性別による差別の禁止を新たに付け加え

ている。⁽⁴⁾そして、同命令の下では政府契約企業は被用者の各職種別にマイノリティあるいは女性の占める比率を算出し、それらが当該地方の労働人口に占める同比率を下回っている場合には（そのような状態は“underutilization”と呼ばれる。）⁽⁵⁾マイノリティあるいは女性を積極的に雇用するために一定の数的目標の設定とその達成のための予定表を作成しなければならない。こうして、政府契約企業は、被用者構成上の不均衡が認められれば、その是正のためマイノリティあるいは女性を積極的に雇用するアファーマティヴ・アクション・プログラムを実施しなければならないのである。⁽⁶⁾もともと、それは政府契約上の一附款として課せられた義務であり、契約企業が任意に実施するものである。⁽⁶⁾

これに対し、法律の規定として「アファーマティヴ・アクション」という語を用いているのは、雇用上の差別を包括的に禁止している一九六四年の公民権法第七編の§706(b)であり、次のように規定する。⁽⁷⁾

「被告が訴えの対象とされた違法な雇用上の行為を実施してきた、あるいは〔現に〕実施していると裁判所が認定した場合には、裁判所は被告によるそのような違法な雇用上の行為の実施を禁止し、さらにバック・ペイ（賃金の遡及的支払い）を伴う、あるいは伴わない被用者の復職……を含むがそれに限定されない適当な『積極的措置』（affirmative action）を命じ、あるいは裁判所が適当と考える他のいかなる衡平法上の救済をも命じることができ。……」

以上のことから明らかのように、同じ「アファーマティヴ・アクション」という語ではあるが大統領命令にいうそれは政府契約企業の被用者構成上の不均衡を是正するための措置であり、他方、公民権法にいうそれは同法違反の具体的差別行為に対する裁判上の救済であり両者は異なるのである。しかし、一般に「アファーマティヴ・アクション」という語は明確な定義をすることなく広範な意味に用いられており、それは「人種的優遇措置」（racial preference）と呼ばれたり、あるいは非難の意を込めて「人種的割り当て制」（racial quota）あるいは「逆差別」（reverse discrimination）と呼ばれたりする。⁽⁸⁾

あえて定義をすれば次のようになる。それは典型的には過去における人種差別（あるいは女性差別）の現存する弊害を是正するために、人種（あるいは性別）を考慮して積極的に被差別グループを救済する行為である。具体的には主として雇用あるいは大学等の高等教育機関への入学の面で、被差別グループ出身者に対して何らかの優遇措置が講じられるのである。そして、このようなアファーマティヴ・アクションは違法な差別行為の認定を前提にしてそれに対する裁判上の救済としてのみ認められるのか、それとも広範な社会的差別の存在を前提として任意に実施しうるのかという問題が有名な *Bakke* ⁽⁹⁾ 事件以来、アファーマティヴ・アクションをめぐる訴訟上の中心的争点として争われてきた。本稿は、使用者が任意に実施する雇用上のアファーマティヴ・アクション・プログラムを正当化するための要件とその立証方法に関する問題を *Weber* 判決とそれ以降の下級裁判例の展開を踏まえて検討するものである。

注

- (1) Exec. Order No. 10, 925, 3 C.F.R. 448(1959-1963 Compilation).
- (2) *Id.* §301, at 450.
- (3) Exec. Order No. 11, 246, 3 C.F.R. 339 (1964-1965 Compilation).
- (4) Exec. Order No. 11, 375, 3 C.F.R. 320 (1967).
- (5) See 41 C.F.R. §§60-1 to 60-60 (1983). 詳しくは拙著『アメリカにおけるアファーマティヴ・アクションをめぐる法的諸問題』大阪府立大学経済学部研究叢書第六六冊第三章参照。
- (6) しかし、右義務を誠実に履行していないと OFCCP (the Office of Federal Contract Compliance Programs) により認定された企業に対しては、当該契約の全部あるいは一部の破棄、さらには将来の政府契約入札から除外されるなどの制裁が科せられる。See Exec. Order No. 11, 246, §§202(6), 209. したがって、有利な取引である政府契約を維持したい企業にとっては、同命令によるアファーマティヴ・アクション・プログラムの実施は事実上、半ば強制されているとも評価しうる。
- (7) 42 U.S.C. §2000e-5(g). 公民権法第七編の諸規定の邦訳としては「資料アメリカ一九七二年雇用機会平等法」日本労働協会雑誌一八五号四九頁参照。

アフアーマティヴ・アクションの任意の実施と差別の立証要件

(8) アフアーマティヴ・アクションに関する論文としては、阪本昌成「優先処遇と平等権」『公法研究』四五号九八頁、横田耕一「平等原理の現代的展開」『現代国家と憲法の原理』(有斐閣)六四三頁参照。

(9) Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978). 高橋一修「州立大学医学校入学者選考制度におけるいわゆる逆差別」『アメリカ法』(日米法学会刊)一九八〇—一五三頁参照。

11 Weber 判決⁽¹⁾

事案の概要

本件は前述の大統領命令一一二四六号と公民権法第七編との不調和が原因となって持ち上がった事件であるといえる。つまり、そこでは労働大臣 (the Secretary of Labor) により右命令の執行機関として設けられた OFCCD (the Office of Federal Contract Compliance Program) の指導の下に上告人カイザー・アルミニウム化学会社が同上告人全米鉄鋼労働 (USWA) との労働協約に基づいて設立した熟練工養成のための現場訓練プログラムが問題となった。右プログラムへの参加者は同一人種グループ内ではシニョリテイに基づいて選ばれたが、熟練工に占める黒人の比率を高めるために参加定の員の五〇パーセントは、右比率が当該地方の労働人口に占める黒人の比率と同等になるまで黒人被用者のために割り当てられた。⁽²⁾そこで、参加を許された黒人被用者よりもシニョリテイ⁽³⁾が高いにもかかわらず参加申請を却下された白人被用者の一人である被上告人ウェーバー氏は連邦地域にクラス・アクションを提起し、当該プログラムは雇用および訓練プログラムへの参加等の面で人種による差別を禁止している一九六四年の公民権法第七編 §703 (a) and (d)⁽⁴⁾ に違反すると主張した。

連邦地裁は、人種を考慮したアフアーマティヴ・アクション・プログラムを設立しうるのは裁判所だけであり、そのための前提となる被告会社による過去の差別行為の存在が認められないと判示し、当該プログラムの実施を差し止めた。⁽⁵⁾

これに対し被告会社ならびに USWA は、当該プログラムの設立は大統領命令一一二四六号に基づいており、公民権法第

七編に違反しない、また過去において被告会社による差別行為が存在しなくとも黒人に対する広範な社会的差別の存在により当該プログラムの実施が正当化されると主張して控訴した。

第五巡回区控訴裁判所は、過去における具体的差別行為を前提としてその特定された被害者を救済するものでなければ、人種的割り当て制は衡平法上の救済としての性格を失うのでそれは公民権法第七編 §703 (a) and (d) により禁止されると判示した。⁽⁶⁾そして、同連邦控訴裁は、本件において被告会社による過去の差別行為は認定されていないとして連邦地裁の差止め命令を是認し、また、もし大統領命令一一二四六号が過去における雇用上あるいは昇進上の差別行為を前提にしないで人種的割り当て制を命じているのであれば、同命令は公民権法第七編 §703 (d) に違反することになると判示した。

これに対し最高裁は、五対二で原判決を破棄して次のように判示した。

「伝統的に人種隔離されてきた職域における」(in traditionally segregated job categories) 被用者構成上の顕著な人種的不均衡を排除するために私企業がアフアーマティヴ・アクション・プランを任意に実施することは、公民権法第七編に違反せず、私企業の裁量に任されている。」

判決内容とその問題点

以上のところから明らかなように本件の中心的争点は、アフアーマティヴ・アクション・プログラムの任意の実施のための前提要件をめぐるものであった。つまり、私企業および労働組合が労働協約に基づきアフアーマティヴ・アクション・プログラムを任意に実施するためには、当該企業による過去の具体的差別行為の存在を要するか否かが争われた。

被上告人ウェーバー側は、使用者による過去の差別について直接に責任のない白人被用者が不利に扱われるおそれが非常に大きく、また、人種を雇用上の基準として用いることに対するわれわれの本能的嫌悪が非常に強いので、裁判所によって当該使用者による特定の差別行為が認定された場合にかぎり、衡平法上の救済としてアフアーマティヴ・アクション・プロ

アフアーマティヴ・アクションの任意の実施と差別の立証要件

グラムの実施が許されると主張した。⁽⁷⁾ 他方、上告人カイザー社側は、ルイジアナ州全域に人種差別が蔓延していることが認識できれば(つまり、社会的差別が存在していれば)、私企業はそのような差別の弊害を是正するためのアフアーマティヴ・アクション・プログラムを実施しうると主張した。⁽⁸⁾

これに対し、ブレナン裁判官による法廷意見は「伝統的に人種隔離されてきた職域」における被用者構成上の顕著な人種的不均衡を排除するためであれば、私企業は適当なアフアーマティヴ・アクション・プログラムを自由に実施しうると判示した。右の「伝統的に人種隔離されてきた職域」について法廷意見は明確な定義をしなかったので、後述のようにその解釈をめぐり下級裁判例が対立することになった。ただブラックマン裁判官はその同意意見の中で次のように補足している。

「ある職域が『伝統的に隔離されている』と考えられるのは、当該職域から黒人を意図的に排除してきた社会的歴史が存在し、その結果として当該(地方の)労働人口に占める黒人の比率と当該職域の在職者に占めるそれとの間に恒常的不均衡が認められる場合をさすようである。⁽⁹⁾」

そのような社会的差別が存在する場合には、私企業はその是正のためのアフアーマティヴ・アクション・プログラムを任意に実施しうるとするのが法廷意見の立場のようである。

ところで、ブラックマン裁判官は法廷意見に同調しつつも、独自の見解を表明した。彼は原審におけるウィズダム裁判官の反対意見を援用して、当該使用者が「公民権法第七編に違反したと主張されうる場合」(arguable violation of Title VII)には、白人被用者に対する差別責任を問われるおそれなく、任意にアフアーマティヴ・アクション・プログラムを実施しうるとの立場を採った。そして、アフアーマティヴ・アクション・プログラムの任意の実施が許されるための要件として、法廷意見のいう「伝統的に隔離されてきた職域」との要件は「公民権法第七編に違反したと主張されうる場合」との要件に比べて広範に過ぎるとし、両者の差異について次の点を指摘した。⁽¹¹⁾

一、法廷意見の要件は、使用者のアファーマティヴ・アクション実施資格の有無を単に被用者構成上の統計的不均衡によって決定している。そこでは当該使用者が過去において差別行為を行ったことは必要でない。他方、公民権法第七編の下では、被用者構成上の単なる統計的不均衡は使用者による差別行為の存在を一応推定させる *prima facie case* を成立させるが、それだけでは同法違反を立証したことはならない。⁽¹²⁾

二、法廷意見の要件は、公民権法第七編によって救済されえない同法施行前になされた差別行為の弊害を是正するためのアファーマティヴ・アクション・プログラムをも許容することになる。⁽¹³⁾ というのは、「伝統的に隔離されてきた職域」を創り出した意図的差別はほとんど同法施行前になされたものであろうから。

三、公民権法第七編違反を一応推定させる *prima facie case* の成立のためには、被用者の構成と有資格求職者のそれが比較される。しかし、ある職域が伝統的に隔離されている場合には、有資格者の構成は隔離による影響を受けているであろうから、マイノリティの比率がより高いはずの当該地域全体の労働力の構成と被用者の構成が比較されることになろう。以上の差異を指摘するものの、ブラックマン裁判官は実際上の差異は大きくないと考えて法廷意見に同調した。特に右の差異の第一点については次のように述べている。

「〔公民権法第七編に〕『違反したと主張されうる場合』との要件は観念上満足されうるにすぎず、実際には『違反』という点よりもむしろ『主張されうる』という点に力点が置かれることになろう。地裁の直面した困難は誰もカイザー社が公民権法第七編に違反したことを立証しようとしなかったということである。カイザー社も全米鉄鋼労連も同社における同法違反の事実を立証しなくなかったし、ウェーバー氏側もそうであった。差別の被害者である黒人は訴訟を提起しておらず、したがって黒人側の正式の代表者もない。EEOC (the Equal Employment Opportunity Commission) は本件への介入を拒否しており、本件のような事件のすべてにその介入を期待することもできない。⁽¹⁴⁾」

したがって、カイザー社の過去における差別行為を裁判所が認定することは事実上、不可能であったといえよう。そこで、

アファーマティヴ・アクションの任意の実施と差別の立証要件

ブラックマン裁判官は「当該使用者の被用者の人種構成と当該地方の労働人口に占める有資格者の人種の構成との間に不均衡が認められれば、『公民権法第七編に違反したと主張されうる』」と認定し、そのことのみで使用者は過去の差別行為に対する法的責任を嫁せられることなく任意にアファーマティヴ・アクション・プログラムを実施しうるとした。

したがって、法廷意見のいう「伝統的に人種隔離されてきた職域」という要件も、またブラックマン裁判官のいう「公民権法に違反したと主張されうる場合」との要件も、結局のところは「存在したことがほぼ確定的な過去における人種差別の残滓」⁽¹⁵⁾の徴憑として被用者構成上の統計的不均衡を位置づけて、そのような不均衡を是正しようとする私企業による任意のアファーマティヴ・アクションの実施を許容する点で実際上の差異はあまりないと評価された。

ところが、私企業がアファーマティヴ・アクション・プログラムを任意に実施することが許されるための前提要件として法廷意見が提示した「伝統的に隔離されてきた職域」との要件はいかなる場合に満たされるのか、またその立証方法はどうかあるべきかについて不明確であったので、本判決以後の下級裁判例の展開においては以下に検討する二つの判決に代表されるように相対立する解釈を生み出すこととなった。

注

- (1) *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979). 本件に関する評釈としては、拙稿、日米法学会刊「アメリカ法」一九八一—二、三三〇頁以下。同「積極的人種差別是正行為に関する一考察—ウェーバー事件を素材として—」、大阪府立大学経済研究二五巻四号一〇四頁。山口浩一郎「使用者の差別是正行為と逆差別—ウェーバー事件の紹介」ジュリスト七一六号八八頁参照。See, e.g., *The Supreme Court, 1978 Term*, 39 HARV. L. REV. 60, at 243-254 (1979); Neuberger, *Essay, Observations On Weber*, 54 N. Y. UNIV. L. REV. 546 (1979); Meltzer, *The Weber Case: The Judicial Abrogation of the Antidiscrimination Standard in Employment*, 47 U. CHI. L. REV. 423 (1980).

- (2) 本件原告(被上告人)が就労するグラマーシィ工場(ルイジアナ州)では、熟練工に占める黒人の比率は一・八三%にすぎず、他方、当該地方の労働人口に占める黒人の比率は約三九%であった。

- (3) シニヨリティには次の二種類のものがある。一つは“benefit seniority”と呼ばれ、当該会社における通算の在職期間の長短によって有給休暇や年金などの諸利益が配分される制度である。もう一つは“competitive status seniority”といわれ、それは各職種毎の在職期間によって昇進、配転、昇給あるいは一時解雇が決定されるものである。See *Development in the Law, Employment Discrimination and Title VII of the Civil Rights Act of 1964*, 84 Harv. L. Rev. 1109, 1156 (1971). なお、公民権法第七編 §703 (h) は「差別意図のなく」(bona fide) シニヨリティ制の運用を保護している。42 U.S.C. §2000e-2(h) (1982).
- (4) §703 (a) は次のように規定する。「使用者による以下の行為は違法な雇用上の行為とされる。(1) 人種、膚の色、宗教、性別、または出身国を理由に雇用を拒否すること、解雇すること、あるいは給与、雇用期間、労働条件、または雇用上の特権の面で差別すること。あるいは、(2) 人種、膚の色、宗教、性別、または出身国を理由にいかなる個人の雇用機会を奪う、または奪うおそれのある、もしくは被用者としての地位に不利益をもたらす方法で被用者ないし求職者を制限し、隔離し、あるいは分類すること。」42 U.S.C. §2000e-2(a). また、§703 (d) は次のように規定する。「使用者、労働団体、または徒弟制度ないし現場訓練制度を含めたその他の訓練、再訓練を管轄する労働合同委員会が、徒弟制度またはその他の訓練のために設立されたプログラムへの参加ないし採用の面で、個人の人種、膚の色、宗教、性別、または出身国を理由に差別することは違法な雇用上の行為とされる。」42 U.S.C. §2000e-2(d).
- (5) *Weber v. Kaiser Aluminum & Chem. Corp.*, 415 F. Supp. 761 (E. D. La. 1976).
- (6) *Weber v. Kaiser Aluminum & Chem. Corp.*, 563 F.2d 216 (5th Cir. 1977).
- (7) Brief for Respondent at 76-78, 83-89.
- (8) Brief for Petitioner *Kaiser Aluminum & Chem. Corp.* at 46-48.
- (9) 443 U.S. at 212.
- (10) 563 F.2d at 230.
- (11) 443 U.S. at 213-14.
- (12) この点については、後述の第五節で説明を加える。
- (13) See *Hazelwood School District v. United States*, 443 U.S. 299, 309-310 (1977).
- (14) 443 U.S. at 213-14.
- (15) See *Neuborne*, *supra* note 1, at 552.

三 Johnson 判決⁽¹⁾

事案の概要

被告サンタ・クララ郡交通局は一九七八年一二月以来、すべての主要な職種における被用者構成を同郡の労働市場に占める女性、マイノリティおよび身体障害者の比率を反映したものとするためにある。長期的目標を設定したアフアーマティヴ・アクション・プランを設けていた。同交通局の熟練技術職の二三八のポストはすべて男性で占められていたが、あるポスト (a road dispatcher) に欠員ができたので右プランに基づき、ある女性被用者が登用された。そこで、当該ポストへの昇進試験の成績が彼女よりも優秀であった男性被用者が性別により差別されたとして同交通局を公民権法第七編違反で訴えた。連邦地裁は、被告交通局が Weber 判決の示した基準の下で当該プランが正当化されることを立証しなかったと判示した。特に当該プランが永続的で被用者構成上の一定の均衡を維持しようとするのではなく、むしろ一時的救済措置であることを交通局が立証しなかった点を指摘し、原告白人被用者の利益を不必要に侵害し、原告の昇進に対する絶対的障害を設けることになる結論した。そして、連邦地裁は原告を遡及的に昇進させ、バック・ペイの支払いを認め、将来にわたり原告を差別しないよう交通局に命じた。そこで交通局は控訴した。

判決要旨 (原判決破棄)

Weber 判決において最高裁は、私企業たる使用者ならびに労働組合が伝統的に隔離されてきた職域における「被用者構成上の」人種的不均衡を排除するためにアフアーマティヴ・アクション・プランを任意に採用することは公民権法第七編によって禁止されていないと判示した。そして、そこでは許容しうるアフアーマティヴ・アクション・プランと許容しえない

それを区別する基準について詳細に画定する必要はないとしながらも、当該プランが許容しうるものであることを示す上で次の点を指摘した。⁽²⁾

- (1) 当該プランは旧来の人種隔離および人種の階層制の解体を目的としている。
- (2) 当該プランは白人被用者の利益を不必要に侵害していない。
- (3) 当該プランは白人被用者の昇進に対する絶対的障害を設けているわけではない。
- (4) 当該プランは一時的措置であり、人種的均衡を維持しようとしているのではなく、単に顕著な人種的不均衡を排除しようとしているにすぎない。⁽³⁾

La Riviere v. EEOC, 682 F.2d 1275 (9th Cir. 1982) において、当裁判所は右の *Weber* 判決の基準を使用者としての公的機関の実施する積年の被用者構成上の性的不均衡を是正するためのアフアーマティヴ・アクション・プログラムに適用した。そして、カリフォルニア・ハイウェイ・パトロールの交通警察官に女性を雇用し訓練するためのプランを *Weber* 判決に照らし是認した。したがって、右プランは性別のみを理由に排除された求職者に対する法的責任を生ずることなく、公民権法第七編に適合するものとして実施しえたのである。

本件において交通局が実施するアフアーマティヴ・アクション・プランも *Weber* 判決の指摘した前記の諸特徴を有している」と当裁判所は結論する。

地裁は当該プランが存続期間あるいは優遇措置の終了について規定していない点を問題にした。しかし、それは当該プランの許容性を検討する上での一要素にすぎない。

当該プランの長期的目標はすべての主要な職種における被用者構成がサンタ・クララ郡の労働人口に占める女性、マイノリティおよび身体障害者の比率を反映したものとなるようにすることであり、そのために百分比による数的目標が設定され

ている。したがって、右目標の達成により女性に対する優遇措置は終了することになると考えられるので、当該プランは十分に一時的なものである。⁽⁴⁾

また、当該プランは固定化した差別パターンの打破を意図する救済措置である。

当該プランが救済目的であることを立証するために、使用者は自らの意図的差別の歴史について立証する必要はない。^{(原注(4))}

原注(4) 地裁は当該プランが一時的なものであることが立証されていないとの理由で当該プラン「の正当性」を否認したが、さらに当該プランが救済目的であることにも疑念を表明している。この疑念は、「交通局が雇用一般ならびに特に昇進に関して女性差別を行なったことは過去においても現在においてもない」との地裁自身の認定に基づいている。地裁が使用者は自らの差別の歴史について立証しなければならぬと考えているのは明らかである。「しかし」使用者はそのような立証をする必要はない。したがって、当該使用者による女性差別は過去ならびに現在においても存在しないとの地裁による事実認定は、当該アファーマティヴ・アクション・プログラムの正当性の問題とは無関係である。⁽⁵⁾

「∴差別についての裁判所による認定は、公民権法第七編を遵守しつつ使用者が性別を考慮した救済措置を任意に実施しうるための前提要件ではない。」*Bushy v. New York State Civil Service Commission*, 733 F.2d 220, 228 n.11 (2d Cir. 1984), *cert. denied*, 105 S. Ct. 803 (1985).

使用者は被用者構成上の顕著な不均衡について立証するだけでよい。*See Setser v. Novack Investment Co.*, 657 F.2d at 968.

統計資料は被用者構成上の顕著な不均衡を立証する上で有用である。社会規範にまでなってしまうている差別を是正しようとするアファーマティヴ・アクション・プランを実施する使用者が直面するであろう困難についてわれわれは認識すべきである。ある種の差別はあまりに巧妙であまりに社会に受け入れられてしまっているために統計的証拠以外にはそのような

差別を立証する術はないのである。Weber 事件においても、熟練工組合からの黒人の排除は裁判所が認定するに十分なほどに普遍的なことであった。⁽⁶⁾

当該プランに含まれる統計資料は、交通局における二三八名の熟練職被用者のうち、女性は一名もないことを示している。女性が一般に熟練職に雇用されておらず、女性を雇用することに反対する社会的圧力が大きいことを立証するのに他の多くの証拠はほとんど必要ない。当該女性被用者を昇進させたことは、そのような顕著な不均衡是正のための合法的措置であった。⁽⁷⁾

本件は訓練プログラムへの多数の志願者の選抜に係わるものでない点で、Weber 判決ならびに「前記の」La Riviere 判決の場合と明白に異なる。本件は一名の欠員を補充するために一名の候補者を選択することに係わる。欠員が一名分しかないのであるから、一名の候補者が選抜されれば他の者は当然に排除されることになる。マイノリティでない志願者を当該職種から排除する明確なパターンについて立証されないかぎり、たった一度の雇用上の決定を他の被用者の利益を不必要に侵害する障害と見なすことはできない。当該欠員を補充する上で性別が決定的要素であったという事実は、男性が常に排除されることを意味するものではない。

当該プランに従い、交通局が女性被用者を昇進させたことは、「被用者構成上の」固定化した明白な不均衡を是正するための合法的措置であった。⁽⁸⁾

注

(1) Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara County, 770 F.2d 752 (9th Cir. 1985).

(2) 443 U.S. at 208.

(3) 以上の点は結局、当該アフーマティヴ・アクション・プランがそれにより何らかの不利益を被る白人被用者に過重な負担を強いていないかどうかを検討しているものといえよう。See Comments, *Beyond Strict Scrutiny; The Limits of Congressional Power to*

アファーマティヴ・アクションの任意の実施と差別の立証要件

Use Racial Classifications, 74 Nw. U.L. Rev. 617 (1979). 拙稿「積極的人種差別是正行為に関する一考察—ウェーバー事件を素材として—」大阪府立大学経済研究二五巻四号一〇四頁、八〇頁参照。

(4) 770 F.2d at 755-757.

(5) *Id.* at 758 n.4.

(6) 443 U.S. at 198 n.1. Weber 判決のこの脚注(1)の意義に(1)としてこの Johnson 判決と次節で取り上げる Janowiak 判決とで解釈が異なる点に注意を要する。本稿第五節1参照。

(7) 770 F.2d at 758.

(8) *Id.* at 759.

四 Janowiak 判決⁽¹⁾

事案の概要

サウス・ベンド市の「公安委員会」(Board of Public Safety)は、警察ならびに消防部門におけるマイノリティの雇用状況を改善するためのアファーマティヴ・アクションとして次のような措置を講じた。つまり、採用試験において一定の基準点の成績を修めた志願者をマイノリティ出身者とそうでない者とに分けて順位をつけてそれぞれに採用予定者リストを作成し、それに従って採用者を決定するというのであった。一九八〇年一月、右制度に従い、四人のマイノリティ出身者と一人のマイノリティでない者が消防部門に採用された。原告は白人男性であり、同消防部門に採用応募し、マイノリティでない者のための採用予定者リストにおいて二名中二番目に位置づけられたが結局、採用されなかった。

連邦地裁は、市の人口に占めるマイノリティの比率と当該消防部門の被用者に占める同比率との間に存する統計的不均衡を是正するためのアファーマティヴ・アクション・プログラムを設立することは公民権法第七編ならびに合衆国憲法修正一

四条に違反しないと判示した。

判決要旨⁽³⁾ (原判決破棄)

1. 公民権法第七編について

Weber 判決において問題のアファーマティヴ・アクション・プランを是認する際に、最高裁は、熟練工に占める黒人の比率と当該地方の労働人口に占める黒人の比率との間の顕著な統計的不均衡だけに依拠したのではない。事実、最高裁は黒人が熟練工組合から排除されてきた歴史に関する裁判所の認定について言及している⁽⁴⁾。443 U.S. at 198 n.1.

公民権法第七編の下で許容しうるアファーマティヴ・アクション・プランと許容しえないそれを区別する一般的基準を定立することを拒みつつも、最高裁は、当該プランの合法性は「伝統的に隔離されてきた職域における顕著な人種的不均衡」の認定によって決まることを強調した。

アファーマティヴ・アクション・プログラムは過去の差別の認定に基づくかねばならないので、当裁判所は本件における統計的不均衡が過去の差別の認定とみなしうるか否かを決定しなければならない。あるアファーマティヴ・アクション・プログラムの採用を正当化するためには、使用者は被用者に占めるマイノリティの比率と当該地方におけるそれとの間の統計的不均衡の認定以上のことを立証しなければならない。

本件にいくぶん類似した事件において第六巡回区控訴裁判所は、デトロイト市警察において黒人被用者が少ないことを示す統計資料は差別の証拠となると判示した。Detroit Police Officers' Association v. Young, 608 F.2d 671, 687 (6th Cir. 1979), cert. denied, 452 U.S. 938 (1981). しかし、同判決は過去の差別に関するその他の証拠の存在を前提にしている。つまり、同判決は当該市警察が黒人を慣行的に差別してきたとする黒人警察官の証言、採用試験が黒人を差別していること、ならびに求職者の身辺調査が黒人差別の機会を創り出していることを示す証拠を指摘していた。

本件においては、公安委員会は消防局におけるマイノリティの比率とサウス・ベンド市の人口に占めるマイノリティの比率との間の統計的不均衡にのみ基づいて過去の差別の認定を行なっている。実際には、同委員会により任命されたマイノリティ雇用特別班 (the Minority Recruitment Task Force) は、従来の採用基準は合理的であり、保持すべきであると認定している。⁽⁵⁾ また、公安委員会のある会議において右特別班の長は、従来の雇用慣行は差別的ではなかったと述べている。過去の差別の立証のためには統計的資料だけで十分であるか否かについては判例上一致した見解があるわけではないが、多くの判例は付加的証拠を要求しているようである。See, e.g., Bratton, 704 F.2d 878; Local 35, International Brotherhood of Electrical Workers, 625 F.2d 416; Detroit Police Officers' Association, 608 F.2d 671.

いずれにしろ、Weber 判決ならびに当裁判所の先例である Lehman v. Yellow Freight System, Inc., 651 F.2d 520 (7th Cir. 1981) (「使用者が正当にアフアーマティヴ・アクション・プランを設立したか否かを検討する際には、統計的資料はその第一の手懸り (the first step) となると判示。’) に照らし、原審の判断は誤りである。原審は、単なる統計上の不均衡にのみ基づいて過去の差別を認定し、アフアーマティヴ・アクション・プログラムを採用した被告が公民権法第七編に違反していないとは判示すべきでなかった。⁽⁶⁾

2. 合衆国憲法修正一四条について

一般に、他の理由により当該事件を処理しうるならば、裁判所は憲法問題に介入すべきではないが、本件においては当裁判所は右の立場を採らない。アフアーマティヴ・アクション・プランが公民権法第七編ならびに「合衆国憲法修正一四条の」平等保護条項に違反するとして争われた事件を審理した裁判所は、事実上すべて両方の問題を検討している。

See, e.g., Bratton, 704 F.2d 878; Local 35, International Brotherhood of Electrical Workers, 625 F.2d 416. あるプランがより厳格な合憲性の審査をパスしたならば、それは必然的に公民権法第七編の下でも合法とされたとある裁判所は述べている。Bratton, 704 F.2d 878.

最高裁は、アファーマティヴ・アクション・プログラムの用いる人種分類に適用される審査基準について今だ明確にしていない。Bakke 判決 438 U.S. 265 (1978) ならびに Fullilove 判決 448 U.S. 448 (1980) は、いずれも、アファーマティヴ・アクション・プログラムのために用いられる人種分類と他の場面で用いられる人種分類の双方に同じ審査基準が適用されるべきかをめぐり最高裁が分裂していることを示している。⁽⁷⁾ これら二つの判決に示された一一の個別意見を検討した上で、当裁判所は、それらの多様な意見に共通する唯一の明確なコンセンサスとして次の二点を指摘する第六巡回控訴裁判所に同意する。

- (1) いかなるアファーマティヴ・アクション・プログラムもある政府の利益の実現を目的としなければならない。
- (2) そして当該プログラムはともかくも右目的の達成に向けられたものでなければならない。 Bratton v. City of Detroit, 704 F.2d at 885.

Bakke 判決において最高裁は、黒人の被った社会的差別を是正するために大学が採用した割り当て制を禁止したが、五人の裁判官は特定された差別に救済を与える上で政府が実質的かつ重要な利益を有することを認めた。

公民権法第七編違反を争う場合と同様、修正一四條違反が主張される場合にも、当該救済措置が過去の差別の認定に対応したものであることを政府は立証しなければならない。過去の差別についての認定がなければ、当該アファーマティヴ・アクション・プランの基礎に在る実質的または重要な政府の利益を明らかにしなければならぬとする合憲性のテストの第一要件を政府側が満たすことはできない。⁽⁸⁾ 政府があるアファーマティヴ・アクション・プログラムを合憲的に採用するには、政府は事前に過去の差別について認定しなければならないとする理由について第八巡回控訴裁判所は次のように述べた。

「過去の差別についての認定がなければ、裁判所は当該アファーマティヴ・アクション・プログラムの目的が正当なものであることを確認できない。そのような事実認定があつてこそ、裁判所は、救済のためのアファーマティヴ・アクションであるとの偽装の下に新しい型の悪質な差別が是認されないようにすることができるのである。」 Valentine v. Smith,

654 F. 2d 503, 508 (8th Cir. 1981), *cert. denied*, 454 U.S. 1124 (1981).

より厳格な合憲性の審査においては、統計的不均衡を示す証拠だけでは過去の差別を立証したことになるし、また、マイノリティでない者を差別することになる救済措置の採用を正当化しえないと当裁判所は結論する。被告は統計的不均衡を示す証拠以外のいかなる証拠も提出せず、また被告自身が従来の雇用慣行は合理的であり差別的でない⁽⁹⁾と認めているのであるから、被告は差別について必要な立証をしていないと言わざるをえない。

注

- (1) *Janowiak v. Corporate City of South Bend*, 750 F.2d 557 (7th Cir. 1984).
- (2) サウス・ベンド市の人口に占めるマイノリティの比率は一四・一％であるのに対し、当該消防部門の被用者に占めるマイノリティの比率は五・三％にすぎなかった。*Id.* at 558.
- (3) 本判決にはEEOCへの不服申立期間の徒過をめぐる争点があるが、省略する。*See* 42 U.S.C. §2000e-5(e).
- (4) 前節注(6)参照。なお本稿第五節1参照。
- (5) 750 F.2d at 562.
- (6) *Id.* at 563.
- (7) アファーマティヴ・アクション・プログラムの用いる人種的あるいは性的分類の合憲性審査基準をめぐる問題については、阪本昌成「優先処遇と平等原則—審査基準と実体的価値—」ロー・スクール二八号二七頁参照。
- (8) 750 F.2d at 563.
- (9) *Id.* at 564.

五 問題点の検討

1. 社会的差別の認定

以上に紹介した二つの連邦控訴裁判決は、Weber 判決の解釈をめぐって対立している。つまり、私企業であれ、公的機関であれ、⁽¹⁾使用者がアフーマティヴ・アクション・プログラムを任意に実施することが公民権法第七編の下で許容されるための要件として、Weber 判決は「伝統的に隔離されてきた職域における「被用者構成上の」顕著な不均衡を排除するため」でなければならぬと判示した。そこで右の要件を満たすためには、使用者は統計資料により被用者構成上の不均衡の存在について立証するだけでよいのか、それともそれに加えて当該使用者自身による過去の差別行為の存在を立証する他の証拠をも提出しなければならないのかをめぐって両判決は結論を異にした。

Johnson 判決は、当該プランが救済目的であることを立証するために使用者は自らの意図的差別の歴史について立証する必要はなく、単に被用者構成上の顕著な不均衡について立証するだけでよいと判示した。そして、「社会規範にまでなってしまうている差別」⁽²⁾について立証する術は、統計的証拠以外にはないとした。

これに対し Janowiak 判決は、Weber 判決のいう「伝統的に隔離されてきた職域」との要件を満たすためには、単に被用者構成上の統計的不均衡の存在が立証されただけでは不十分であり、それに加えて「過去の差別」に関するその他の証拠を要するとの立場を採った。ここで同判決のいう「過去の差別」(past discrimination)⁽³⁾という語が当該使用者による過去の差別行為を指すのか、あるいは「過去の社会的差別」(past societal discrimination)を意味するのか明らかではない。しかし、同判決は Weber 判決のいう「伝統的に隔離されてきた職域」との要件について解釈しているのであるから、それは過去における社会的差別を意味すべきものと思われる。ところが、Janowiak 判決が単なる統計資料以外に必要とされる付加的証拠として例示しているのは、当該使用者による過去の差別行為に関する証拠ばかりである。

また Janowiak 判決は、Weber 判決がカイザー社によるアフーマティヴ・アクション・プランを是認する際に統計的不均衡の存在だけに依拠したのではないとし、その理由として Weber 判決法廷意見の脚注(一)において黒人が熟練工組合から排除されてきた歴史についての裁判所の認定に言及していることを指摘する。しかし、右脚注(一)は「人種を理由として

〔黒人を〕熟練職から排除した事例はあまりにも多いので、そのような差別について裁判所は十分に認識している」と述べた後で六つの下級裁判例を列挙し、さらに United States Commission on Civil Rights の報告書や他の書籍を参考文献としてあげているにすぎない。⁽⁴⁾つまり、それらは黒人に対する社会的差別が広く存在することを示す証拠ではあるが、当該使用者であるカイザー社による過去の具体的差別行為に関する証拠ではないのである。

さらに Janowiak 判決は、マイノリティ雇用特別班が従来の採用基準や雇用慣行は差別的ではないと認定している点を指摘して、当該使用者たるサウス・ベンド市消防局による過去の差別行為が存在しない点を強調している。しかし、それもマイノリティに対する社会的差別が存在しないことの証拠とはなりえないのである。

結局、Janowiak 判決の根底に在る考え方は、当該使用者による過去の差別行為の存在を前提にしなければ、アファーマティヴ・アクション・プログラムは単なる新たな逆差別になってしまうので、それは公民権法第七編の差別禁止規定に違反することになるということであろう。

しかし、Weber 判決にいう「伝統的に隔離されてきた職域」とは「当該職域から黒人を意図的に排除してきた社会的歴史が存在する場合」⁽⁵⁾、つまり過去における社会的差別の存在を意味していると解されるべきである。そして、この点が前述のブラックマン裁判官のいう「公民権法第七編に違反したと主張されうる場合」との要件とのもっとも大きな相違点であると思われる。ブラックマン裁判官の右要件は、当該使用者が行なった過去における公民権法第七編違反と見なしうる差別行為の存在を問題としているのである。

したがって、社会的差別の存在の立証と当該使用者による差別行為の存在の立証とは、被用者構成上の統計的不均衡の意味するところが異なっている。当該使用者による差別行為を立証するにはより具体的な因果関係の証明が求められるので、単なる被用者構成上の統計的不均衡の存在だけからそれを認定することは他の補強証拠がないかぎり難しいであろう。

このような考えが Janowiak 判決には働いているようである。⁽⁶⁾

ところで、以上の論点は単に立証方法の問題にとどまらず、アファーマティヴ・アクション・プログラムの本質に係わる問題であると思われる。つまり、アファーマティヴ・アクションを個別具体的な差別行為の特定の被害者に対する法的救済として限定的に捉えるのか、それとも被害者グループに対する社会的差別の弊害是正のための積極的措置として考えるのかという本質的問題につながっている。⁽⁷⁾そして、公民権法第七編 §706 (b) についてアファーマティヴ・アクションは前者を意味し、また、大統領命令一一二四六号の下でのアファーマティヴ・アクションは後者を指向しているようである。

前述の公民権法第七編 §706 (b) は、使用者による差別行為の特定された被害者に対する衡平法上の救済として裁判所が適当なアファーマティヴ・アクションを命じることができるとしている。⁽⁸⁾さらに同法 §703 (i) は、被用者構成上の単なる統計的不均衡を理由に人種を考慮した優遇措置を命じていると同法を解釈してはならないと規定している。⁽⁹⁾この二つの規定に鑑れば、公民権法第七編は具体的な同法違反の差別行為の認定を前提として、それに対する衡平法上の救済として裁判所だけが適当なアファーマティヴ・アクション・プログラムの実施を命じうるとしているとの解釈が出てこよう。⁽¹⁰⁾ Weber 事件の控訴審判決は正にこの解釈を採って次のように判示した。

「過去の差別が存在しなければ、人種の割り当て制は衡平法上の救済 (remedy) としての性格を失うので、それは公民権法第七編 §703 (a) and (d) に違反する違法な人種的優遇制 (preference) として禁止されねばならぬ」⁽¹¹⁾

しかしながら、Weber 判決法廷意見が指摘するように公民権法第七編が雇用上の人種差別を禁止したのは広範な差別により経済的苦境にある黒人を救済するためであり、したがって、最も重要なことは伝統的に黒人が締め出されてきた職域を黒人に開放し雇用の機会を与えることであった。とすれば、黒人の境遇を改善するための法律が同時に同じ目的を自発的に実現しようとする試みを阻止していると解することはあまりにも「皮肉なこと」⁽¹²⁾となる。それゆえ、Weber 判決は「伝統的に隔離されてきた職域」、つまり「当該職域から黒人を意図的に排除してきた」社会的差別の存在が認められれば、その是正のためのアファーマティヴ・アクション・プログラムの任意の実施が許されるとしたのである。

2. 統計的証拠の役割

以上のように社会的差別の存在がアファーマティブ・アクション・プログラムの任意の実施のための前提要件であるとするなら、そのような社会的差別の存在を認定するには、被用者構成上の不均衡を示す統計的証拠だけで十分なのか、それともその他の付加的証拠が必要なのかを再検討してみよう。そして、そのために公民権法第七編に違反する差別行為の立証上、統計的証拠の果している役割について概観することから始めることにする。同法自体はその禁止する「差別」概念について明確な定義を設けていないが、⁽¹³⁾判例は「異なる処遇型差別」と「異なる効果型差別」という二つの異なる差別概念を明らかにしてきた。

a. 異なる処遇型差別

「異なる処遇型差別」(disparate treatment discrimination)とは、いわば伝統的な差別概念であり、最高裁は *Teamsters* 判決において次のように定義している。

「異なる処遇とは、もっともわかりやすい形の差別である。使用者が、人種、膚の色、宗教、性別あるいは出身国を理由に、ある人々を他者よりも不利に扱うことである。それはある場合には処遇上の差異という事実だけで推定されうるが、差別意図の立証が重要である。⁽¹⁴⁾」

つまり、それは差別意図に基づく行為、意図的差別である。しかし、このような意図的差別の禁止を実際に執行することには多大な困難が伴う。というのは、差別意図に基づく「異なる処遇型差別」が裁判上、争われる場合に、使用者の差別意図を直接に立証することは使用者自身が告白しないかぎり事実上、不可能に近いからである。したがって、右立証は状況証拠と裁判所による推論に基づいてなされるか、あるいは立証の困難さの故に救済を放棄せざるをえなくなるであろう。そこで最高裁は *McDonnell Douglas* 判決⁽¹⁵⁾において、ある特定の使用者の行為から差別意図を推定する事実認定の手法を採用

したのである。最高裁は、差別の存在が一応推定される、いわゆる *prima facie case* が成立するための要件について次のように判示した。⁽¹⁶⁾

- (i) 原告はある人種的マイノリティに属する。
- (ii) 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。
- (iii) 原告は当該職に対する資格があるにもかかわらず採用を拒否された。
- (iv) 原告が採用を拒否された後も当該職に欠員があり、使用者は原告と同等の資格を有する者を募集している。

以上の四点について原告側が立証したなら使用者が原告の採用を拒否したのは人種を理由に差別する意図に基づいていたと一応推定される *prima facie case* が成立するというのである。⁽¹⁷⁾ 要するに以上の差別意図を推定する事実認定の手法は経験則に基づく推論であるということができる。つまり、それは使用者の当該行為が通常の正当な動機に基づく行為と矛盾しないか否かを検討しているものといえよう。

ところで、このような経験則に基づく差別意図の推定方法は、使用者の内心に接近する手段を持たない原告をしてその内心を争うことができるようにするだけである。つまり、差別の存在を一応推定させる *prima facie case* はいうまでもなく反証に服されるのである。つまり、いったん原告が意図的差別の推定のための立証責任を果たしたなら、今度は立証責任は被告である使用者側に移り、使用者は当該行為を正当化しうるある差別的でない理由を明らかにしなければならない。もし使用者が右立証をなしたならば、差別の推定は覆えされるのである。問題はここで終るのではなく、さらに原告は使用者の主張する理由は単なる「口実」(*pretext*) にすぎないことを立証して右理由の真实性を争うことになる。⁽¹⁸⁾

さて、以上の説明はある個人に対する個別的差別行為が争われている場合であるが、公民権法第七編は組織的な差別行為についても対処する規定を設けている。つまり、同法 §707 (a) は、同法の保障する権利の完全な享受を妨げる「パターン化し、慣行となった行為」(*a pattern or practice*) が存在すると考えうる合理的理由が認められれば、司法長官 (*the*

Attorney General) はそのような行為の是正を求める訴訟を提起しようと規定している。⁽¹⁹⁾ 「パターン化し、慣行となった」差別行為とは、一回限りの、あるいは突発的なものではなく、反覆され恒常的になされている差別行為を意味する。⁽²⁰⁾ そのような組織的な差別行為について差別意図を立証する際には、被用者の人種的（あるいは性的）構成と近隣地域社会のそれとの間に不均衡が存在することを示す統計資料が重要な役割を果たすことになる。そのような統計上の不均衡が差別意図の推定のための重要な証拠とされるのは、それが意図的差別の明白な徴憑である場合が多いからである。つまり、差別的雇用をしなければ、被用者の人種的（あるいは性的）構成は近隣社会のそれを多かれ少なかれ反映したものになるはずだと考えられるからである。⁽²¹⁾

これに対し被告使用者側は、そのような統計上の不均衡から「パターン化し、慣行となった」差別行為の存在を推定すること自体を争うこともできるが、この種の訴訟では政府側は統計資料のみに依拠しているのではなく、それに加えて被告によるこれまでの差別行為の歴史や具体的な差別事例を挙げて立証している。⁽²²⁾ したがって、被告側は統計上の不均衡から差別意図の推定をすること自体を争うのではなく、政府側の示した統計上の不均衡の妥当性を争うことになる。つまり、統計上の不均衡は比較する対象いかんによるので、たとえば、被用者の人種構成と比較すべきは当該地域社会のそれとではなく、当該職の求職者におけるそれであると主張する。または、公民権法第七編の下で違法とされる差別行為は同法施行後になされたものだけとされているので、当該差別行為は同法施行前の行為によるものであると主張する。あるいは、「パターン化し、慣行となった」差別行為の存在を推定するには問題とされる使用者の雇用上の決定はあまりに数が少なすぎると主張して争うのである。⁽²³⁾

以上に述べた「異なる処遇型差別」、つまり意図的差別をめぐる事実認定の手法は、使用者の精神状態の立証という不可能に近いことが要求される差別事件を解決する一貫性のある手続を確立するものであり、その立証責任の転換の構造は、当該事件の決定的争点を明らかにする分析手法として機能すると評価される。⁽²⁴⁾ そして、差別意図の存在を一応推定させる

prima facie case の成立上、統計的証拠が重要な役割を果たしているのである。また、次に説明する「異なる効果型差別」の立証においては、統計的証拠はより決定的な役割を果たすことになる。

b. 異なる効果型差別

「異なる効果型差別」(disparate impact discrimination) とは、異なるグループを表面上、中立的に扱っているが、結果としてあるグループを他のグループより不利に扱うことになり「事業上の必要性」(business necessity) により正当化されえない雇用上の行為であると定義されよう。⁽²⁵⁾

そのような行為は使用者の主観的動機とは無関係に、つまり、差別意図の立証がなくても、公民権法第七編の下では違法とされるのである。このような差別行為が禁止されることを最高裁が明らかにしたのが、Griggs 判決⁽²⁶⁾である。それは、使用者が雇用あるいは昇進のための要件として高校卒業資格と二つの適性テストに合格することを要求し、その結果、黒人が雇用あるいは昇進の機会を奪われることになったという事案である。そして、最高裁は次のように判示した。

「公民権法は、あからさまな差別だけでなく、形式的には公平であるが、運用上、差別的な行為をも禁止している。その試金石は『事業上の必要性』(business necessity) である。黒人を排除するように機能するような雇用上の行為は、職務上の能力と関連があることが立証されないかぎり、禁止される。⁽²⁷⁾」

「議会は公民権法の矛先を雇用上の行為の動機にだけでなく、その結果にも向けたのである。さらに、議会は使用者に對し、いかなる「採用上の」要件も当該職務と明白に関連していることを立証する責任を嫁したのである。⁽²⁸⁾」

こうして、最高裁は、たとえ人種に対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的意図がなくても、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予測に役立つことが立証されないかぎり禁止されると結論した。

このような「異なる効果型差別」をめぐる訴訟では、原告と被告は次のような形で争うことになる。まず原告は、当該行

為がある。非常に差別的な形で不利な効果を原告に及ぼすことを立証することにより、差別の存在が一応推定される *prima facie case* が成立する。この場合の証拠は主に統計資料であり、当該行為が大まかに差別的効果を有することを示すものでなければならない。⁽²⁹⁾

これに対し被告側からは次の二つの反証が可能である。

一、原告の援用する統計資料は不正確あるいは不備であるとして「異なる効果」の存在自体を否定する。あるいは、
二、右の立証が不可能な場合には、異なる効果の存在について認めたと上で、当該行為を「事業上の必要性」により正当化する。つまり、当該行為と当該職務との明白な関連性を立証する。

これに対し、さらに原告は、差別的効果を与えず「能率的で信頼に足る人材」に対する使用者の正当な利益に適う他の選択的手段があることを立証する。⁽³⁰⁾ 右立証がなされれば、使用者の当該行為は差別のための単なる「口実」にすぎないことが証明されたことになる。原告が右立証をなしえない場合には、当該行為はその「異なる効果」にもかかわらず、差別的なものでないといわれる。なぜなら、それは事業の性質上、必要な行為だからである。

このような「異なる効果型差別」は、前述の「異なる処遇型差別」と本質的に異なる。通常、われわれは差別を意思に基づく行為、すなわち、ある排斥すべき理由による意図的行為として理解している。ところが、「異なる効果型差別」の概念は、その動機を全く度外視している点で、伝統的な差別概念と比べれば変則的なものといえよう。

いずれにしろ、そこでは、当該行為がもたらす差別的な結果を示す統計資料が、この型の差別の存在を一応推定させる *prima facie case* の成立上、決定的な役割を果しているのである。

c. 逆差別訴訟における統計的証拠の役割

以上に見てきたように、公民権法第七編に違反する差別行為の存在を一応推定させる *prima facie case* の立証上、統計的証拠は重要な役割を果している。このことに鑑み、使用者が任意に実施するアフアーマティヴ・アクション・プログラム

を正当化する社会的差別の存在を認定する上で統計的証拠の果すべき役割について、その類似性を認める下級裁判例が存在する。

たとえば、*Tangren* 判決は、⁽³¹⁾違法な差別を一応推定させる *prima facie case* を立証するのに統計的証拠で十分であるとすれば、使用者ならびに労働組合が任意に実施するアファーマティヴ・アクション・プログラムを正当化する社会的差別の立証についても同様に統計的証拠で十分とすべきであると判示した。⁽³²⁾

また、*Setser* 判決も同様の立場を採り、⁽³³⁾*Weber* 判決法廷意見がブラックマン裁判官の提唱した「当該使用者が公民権法第七編に違反したと主張されうる場合」との要件を採用しなかったことに鑑れば、たとえ被用者構成上の「顕著な人種的不均衡」を示す統計資料だけでは同法違反の差別についての *prima facie case* を立証したことにならないとしても、そのような統計的証拠は *Weber* 判決のいう「当該職域が伝統的に隔離されてきた職域」とのより緩かな要件を満たすと判示している。⁽³⁴⁾

さらに、前述の *Johnson* 判決は、当該職に就いている二三八名がすべて男性であり女性は一人もないことを示す統計資料は、*Weber* 判決の要件ならびにブラックマン裁判官の要件の立証にも十分であり、さらには差別についての *prima facie case* の立証のためにも十分であるとしている。⁽³⁵⁾

以上の判例に照らして考察するならば、使用者が任意に実施するアファーマティヴ・アクション・プログラムに対し、それにより不利益を被る被用者（典型的には白人男性の被用者）が当該プログラムは公民権法第七編に違反する逆差別であるとして争う訴訟においては、訴訟当事者間で次のように立証ならびにそれに対する反証がなされるべきであると考えられる。当該プログラムが公民権法第七編に違反するとの原告の主張に対し、被告使用者側は、被用者構成上の顕著な不均衡の存在について統計資料に基づき立証する。これにより、「当該職域が伝統的に隔離されてきたこと」を一応推定させる *prima facie case* が成立する。

これに対し原告側は、右の統計的証拠の妥当性を争うことができる。つまり、統計上の不均衡は比較対象いかによるで、たとえば、被用者の人種的構成と比較すべきは当該地方労働人口全体のそれではなく、当該地方労働人口に占める当該職に対する有資格者の人種的構成であると主張する。あるいは、Weber 判決は「顕著な」不均衡の存在を問題としているので、その程度の不均衡では「顕著」とまではいえない、つまり、社会的差別の存在を示す徴憑としては不十分であるとして争うことができる。⁽³⁶⁾ 結局、原告側は、当該統計的証拠が被用者構成上の顕著な不均衡を正確に示していないことを立証して争うことになる。そして、原告側が右立証に成功しないかぎりには、統計的証拠により当該職域が伝統的に隔離されてきたものと推定され、そのことにより当該使用者の任意に実施するアファーマティヴ・アクション・プログラムは正当化されることになるのである。⁽³⁷⁾

換言すれば、使用者が任意に実施するアファーマティヴ・アクション・プログラムを正当化するための社会的差別の存在を一応推定させる *prima facie case* を立証するには、被用者構成上の顕著な不均衡を示す統計的証拠で十分であるということである。そして、右推定は前述のように反証に服されるのであるから、社会的差別に対する救済のためのプログラムとの偽装の下に新たな型の差別が行なわれる危険を阻止することができるプロセスを提供するものとして評価されよう。

注

(1) Weber 判決は私企業によるアファーマティヴ・アクション・プログラムに関する判断であり、これに対し、ここで取り上げた二つの連邦控訴裁判決は使用者たる公的機関によるアファーマティヴ・アクション・プログラムが問題となっているという違いがある。しかし、公民権法第七編は一九七二年の改正により同法にいう「使用者」の中に公的機関をも含ましめている。42 U.S.C. § 2000e (b) (1982). また、前記二判決以外にも多くの判例が Weber 判決の示した基準を公的機関によるアファーマティヴ・アクション・プログラムに係わる事件に適用している。See, e.g., Bratton v. City of Detroit, 704 F.2d 878, 884 (6th Cir. 1983), cert. denied, 464 U.S. 1040 (1984); La Riviere v. EEOC, 682 F.2d 1275, 1279 (9th Cir. 1982).

(2) 770 F.2d at 758.

- (3) 750 F.2d at 562.
- (4) 443 U.S. at 198 n.1.
- (5) 443 U.S. at 212.
- (6) また、社会的差別の存在に加えて当該使用者自身による過去の差別行為が存在する場合の方が、当該使用者が任意に実施するアフーマティヴ・アクション・プログラムをより強力に正当化しうると考えられているようである。
- (7) 抽稿「シニョリティ制に基づく一時解雇とアフーマティヴ・アクション——Firefighters Local Union No.1784 v. Stotts, 104 S. Ct. 2576 (1984)」判例タイムズ五六四号五八頁、六二頁参照。
- (8) 42 U.S.C. §2000e-5(g).
- (9) 42 U.S.C. §2000e-2(f).
- (10) See *The Supreme Court, 1978 Term*, 93 HARV. L. REV. 60, at 250 (1979).
- (11) 563 F.2d at 224.
- (12) 443 U.S. at 204.
- (13) 公民権法第七編 §703 (a) は、同法の禁止する差別行為について包括的に規定している。本稿第二節注(4)参照。しかし、同条以外には「差別」について定義している規定は見あたらない。このように包括的な差別禁止規定を設けたのは、議会が差別問題の複雑さを十分に認識し、もともと巧妙な差別的行為をも規制対象に含ませようとしたためといわれている。See Brody, *Congress, The President, and Federal Equal Employment Policymaking: A Problem in Separation of Powers*, 60 B. U. L. REV. 239, at 241 & n.4. (1980).
- (14) *International Bhd. of Teamsters v. United States*, 431 U.S. 324, 335 n.15 (1977).
- (15) *McDonnell Douglas Corp. v. Green*, 411 U.S. 792 (1973).
- (16) *Id.* at 802.
- (17) もともと、これは差別についての prima facie case を立証する方法の一例示であり、事実関係の異なるあらゆる事例に適用しうるものではない。See *id.* n.13. なお、釜田泰介「雇用差別意図の推定と使用者の反証責任——アメリカ公民権法第七編と裁判所」『同志社アメリカ研究』二二号一一九頁参照。
- (18) *Id.* at 804-05.
- (19) 42 U.S.C. §2000e-6(a).

- (20) 431 U.S. at 336 n.16.
- (21) *Id.* at 339-340 n.20.
- (22) *See* Hazelwood School Dist. v. United States, 443 U.S. 299, at 303 (1977); International Bhd. of Teamsters v. United States, 431 U.S. 324, at 337-339 (1977).
- (23) 431 U.S. at 360.
- (24) Brody, *supra* note 13, at 250.
- (25) 431 U.S. at 335 n. 15.
- (26) Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1970).
- (27) *Id.* at 431.
- (28) *Id.* at 432.
- (29) *See* Dothard v. Rawlinson, 433 U.S. 321, at 329-31 (1977).
- (30) Albemarle Paper Co. v. Moody, 422 U.S. 405, 425 (1975).
- (31) Tangren v. Wackenhut Services, 480 F. Supp. 539 (D. Nev. 1979), *aff'd*, 658 F.2d 705 (9th Cir. 1981), *cert. denied*, 456 U.S. 916 (1982).
- (32) 480 F. Supp. at 547.
- (33) Setser v. Novack Investment Co., 657 F.2d 962 (8th Cir. 1981).
- (34) *Id.* at 938.
- (35) 770 F.2d at 758 n.5.
- (36) 被用者構成上の不均衡を立証する上で統計上のいかなる比較をするべきか、あるいは、どの程度の不均衡が認められれば「顕著な不均衡」といえるのかという点は、今だ未解決の問題として残されているが、これらの点の検討は別の機会に譲りたい。なお、これらの問題については *See* Boardman & Vining, *The Role of Probative Statistics in Employment Discrimination Cases*, LAW & CONTEMP. PROBS., Autumn 1983, at 189.
- (37) 以上の点については Epstein, *Walking a Tightrope Without a Net: Voluntary Affirmative Action Plans After Weber*, 134 U. Pa. L. REV. 457 (1986) より多くの示唆を受けた。

〔追記〕

連邦最高裁は一九八五―八六年度開廷期において、アファーマティヴ・アクションに関する三つの判決⁽¹⁾を新たに付け加えた。それらの判決の紹介については、拙著「アメリカにおけるアファーマティヴ・アクションをめぐる法的諸問題」(大阪府立大学経済研究叢書第六六冊)第八章を参照されたい。

注

- (1) Wygant v. Jackson Bd. of Educ., 106 S. Ct. 1842 (1986); Local 28 of Sheet Metal Workers' International Association v. EEOC, 106 S. Ct. 3019 (1986); Local Number 93, International Association of Firefighters v. City of Cleveland, 106 S. Ct. 3063 (1986).