

論 説

アメリカにおける雇用平等法制の展開 —公民権法第七編訴訟における差別概念と アファーマティヴ・アクションの変容—

勝 田 卓 也

- 1 はじめに
- 2 公民権法（1964年）成立以前の状況
- 3 1964年法の成立
- 4 結果の平等の重視へ
- 5 第七編訴訟における差別理論—「異なる効果」理論の確立
- 6 大統領令に基づくアファーマティヴ・アクションの変容
- 7 その後の展開
- 8 おわりに

1 はじめに

本稿は、1960年代から1970年代の初め頃にかけてのアメリカにおける雇用平等法制の展開の一端を明らかにしようとする一つの試みである。この時期には、連邦レベルで初めての包括的な雇用差別禁止法である公民権法第七編が成立し、同法に基づく訴訟に関する重要な法理を最高裁が打ち出した。それと平行して、現在行われているアファーマティヴ・アクションの基本的な枠組みが確立された。この時期は、アメリカにおける雇用平等法制の出発点であり、重要な転換期でもあると考えられる¹。

四
七
四

1 日本においてもアメリカの雇用差別禁止法、アファーマティヴ・アクションについてはすぐれた研究が数多くある。しかし、管見の限り、第七編訴訟における法理とアファーマティヴ・アクションが具体的にどのように形成、発展してきたのかについて、社会的・政治的な動向に配慮した上で、総合的に理解しようとする研究は必ずしも十分では

本稿では、「機会の均等」(equal opportunity)という言葉の下で、「統計的証拠」や「数的結果」がどのように用いられてきたのかという問題を軸に考察を進めていきたい。その理由は、雇用差別の分野における基本的な問題点に関連する。

法は差別的な行為を禁止する。しかし、特定の使用者が差別的な意図をもって行為したことを直接証明することは困難である。また、統計資料上の差異があるからといって、それが必ずしも差別の結果であるとは言えない²。統計的な差異が存在するとしても、それはその職に対する、人々の能力や関心を反映しているだけなのかもしれないからである³。つまり、差別が存在するのかどうか、存在するとしてどの程度のものなのか、といった問題を測るために有用な物差しが存在しないのである。

このため、同一の統計資料について解釈が分かれることは当然ありうる。たとえば、会社役員に就いている女性の数が少ないという雇用統計について二つの見方が対立する。一方では、数的差異は差別の結果であるとし、数的な目標の設定を主張する者がおり、逆に、そのような雇用統計は、女性の職業上の能力と関心を正しく反映しているに過ぎないと考える者もいる⁴。

ないように思われる。とりわけアフーマティヴ・アクションが具体的にどのように変容し、現在のような形になったのかについての研究は十分ではないように思われる。アメリカでは近年、雇用平等法制の発展についての優れた研究が幾つか発表されている。本稿は特に次の研究から多くの示唆を得た。HUGH DAVIS GRAHAM, *THE CIVIL RIGHTS ERA: ORIGINS AND DEVELOPMENT OF NATIONAL POLICY 1960-1972* (1990), HERMAN BELZ, *EQUALITY TRANSFORMED: A QUARTER-CENTURY OF AFFIRMATIVE ACTION* (1991); JOHN DAVID SKRENTNY, *THE IRONIES OF AFFIRMATIVE ACTION: POLITICS, CULTURE, AND JUSTICE IN AMERICA* (1996)。

2 拙稿「雇用差別訴訟における統計的証拠の利用について—アメリカにおける「系統的な異なる取扱い」訴訟を中心に—」早稲田法学74巻2号27頁(1999)参照。

3 雇用差別は、歴史や社会における様々な問題と複雑に絡み合っており、一般的な統計資料から、差別があるとかないとか、簡単に結論を引き出すことはできない。統計資料を利用するならば、特定の職種における必要な能力や実績を厳密に検証した上で、人種・男女などの集団について比較するべきであろう。

4 高給を得られる職に就いている女性が少ないということは、社会・経済制度、家庭内での役割分担など、非常に広い意味での「差別」の結果であると主張することができるか

差別的な行為の禁止が目標であることには誰も異論を挟まないであろう。それゆえ、法文上は「雇用機会の均等」(equal employment opportunity)や「差別の禁止」といった当たり障りのない文言が用いられる⁵。しかし、法が純粹に形式的な障害やあからさまに差別的な言動しか問題としないなら、巧妙な差別を（もし存在するなら）抑止することはできないし、実際の雇用統計に変化が生じないことも十分にありうる。それゆえ、「機会の均等」が目標であるという建前を取りつつ、実際にはある程度数的な結果を考慮に入れることになる。

アメリカは、世界の中でも先進的な雇用平等法制を有するとされる。アメリカの現在の雇用平等法制には二つの柱がある。一つは雇用差別を包括的に禁止する公民権法（Civil Rights Act）第七編であり、被害者は同法に基づいて訴訟による救済を求める。もう一つは、大統領令11246号であり、連邦政府との契約者に、アフーマティブ・アクションを行う義務が課される。第七編訴訟には、差別的な意図の立証を要する訴訟類型と、差別的な意図の立証を必要とせず、テストのような特定の基準が黒人や女性などの保護される集団に対して著しく不利に働くことで差別の成立が認められる訴訟類型とがある。大統領令に基づいて課される

もしれない。しかしながら、法がどのような形でそのような現状に関していくべきなのかは意見の分かれるところであろう。雇用差別訴訟における統計的証拠の意義を過度に重視するならば、たとえ使用者が差別的な雇用方針を採っていなくても、労働者の人種・性別構成に基づいて法的な責任を問われることになるかもしれない。言いかえるならば、使用者は自身がコントロールできない事柄について法的責任を負わされることになるかもしれない。現在支配的な社会構造を変革するために法がどのような役割を果たすべきなのかは、議論の分かれるところであろう。ここでは、本稿の問題関心として、差別禁止法の適用そのものが必ずしも（誰の目にも明白な差別行為しか抑止できず、基本的な社会構造そのものの変革にはつながらないという意味で）中立的なものでなく、統計的証拠に基づいて差別を認定し、人事制度そのものの変革を促しうるものであることだけを指摘しておきたい。

5 日本においても、雇用機会均等法（略称）という文言が用いられている。なお、「機会の平等」という概念の曖昧さを指摘した上で、雇用差別禁止法について否定的な見解を打ち出す文献として、桑原靖夫「雇用平等立法の効果と限界—欧米の経験に学ぶもの—」ジュリスト819号47頁（1984）がある。

アファーマティヴ・アクションの場合には、裁判における差別の認定なしに、使用者は数値目標を設定することが要求される。アメリカの現行法には、「結果の平等」の要素が存在する。

アメリカでは長く悲惨な人種差別の歴史の後に公民権運動が盛り上がり、連邦レベルで雇用差別を規制することになった。しかし、一方では逆差別や割当 (quota) に対する強固な反対論があり、他方では人種間の緊張が高まり都市暴動が頻発するという問題があった。このような状況の中で、ときの裁判所や行政機関は、「機会均等」や「平等」という言葉の中に具体的な中身を盛り込むという困難な役割を担うこととなった。

本稿では、このような時代において、アメリカの裁判所や行政機関がどのようにして数的結果の平等を追求するようになったのかを描き出したい。そうすることにより、アメリカの現在の法的状況への基礎的な理解を深め、雇用平等の問題の難しさの一端を理解できるのではないかと思われるからである⁶。

2 公民権法 (1964年) 成立以前の状況⁷

1964年公民権法 (Civil Rights Act) の成立に至るまで、雇用差別の問題の中心は性差別ではなく、人種差別であった。

6 本稿の目的は、歴史を遡って、特定の法解釈が正しいとか間違っているとかいうことを立証することではない。また、当然のことながら、本稿で言及する法律や行政命令、判例のすべてが現行法として有効なものであるわけではない。

なお、差別問題の理論的な側面については、横田耕一「平等原理の現代的展開—“Affirmative Action”の場合—」現代憲法学研究会編『現代国家と憲法の原理』643頁 (有斐閣, 1983年)、横田耕一「性差別と平等原則」『現代の法11 ジェンダーと法』71頁 (岩波書店, 1997年) などを参照。

7 奥山明良「アメリカ雇用差別禁止法制の生成と発展 (一), (二)」成城法学14号67頁, 15号83頁 (1983) 参照。藤本茂「米国における雇用平等法立法化の背景—一九七二年法制定に至る社会的背景—」法学志林87巻1号1頁 (1989) は、「社会的公正」の概念を軸に公民権法立法化への動向を描き出す。

合衆国憲法制定時には奴隷制の存在が容認されており⁸，合衆国最高裁も，1857年の *Dred Scott Case*⁹において北緯36度30分以北での奴隷所有を禁止したミズーリ互譲法を違憲と判断した。南北戦争後，憲法第14修正（1868年成立）によってようやく連邦憲法上人種平等が保障された。しかし，これにより人種間の法的平等が完全に達成されたわけではない。その理由は，連邦議会の立法権の範囲に関係する。

南北戦争後1865年から1875年にかけて，連邦議会は人種平等を実現するために一連の公民権法（Civil Rights Acts）を制定した。なかでも1875年法は，旅館，交通機関，劇場など一般に公開されている場所における人種差別を禁止した。同法の適用をめぐって，合衆国最高裁は1883年の *Civil Rights Cases*¹⁰において，第14修正が禁止するのは「州の行為」（state action）であり，連邦議会が私人による差別行為を直接規制することはできないとして，1875年法を無効とした。このため私人による雇用差別に対しては，連邦議会は有効な対処をしないままだった¹¹。

しかしながら，第二次大戦により労働力不足が生じ，雇用差別に対する黒人運動が活発となった。ランドルフらがワシントン行進を提唱したことがきっかけとなって，ルーズベルト大統領は1941年に大統領令8802号¹²を発した¹³。この命令は，政府雇用における差別を禁止し，すべての労働者を人種などによる差別なしに国防産業に十分かつ公平に参加さ

8 U.S. CONST. art. I, § 2, cl 3 (amended 1868).

9 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).『英米判例百選』別冊ジュリスト54頁（第三版，1996）。

10 109 U.S. 3 (1883).『英米判例百選』別冊ジュリスト38頁（第三版，1996）。この判決の他にも，最高裁は *Plessy v. Ferguson* 事件（163 U.S. 537 (1896)）において「分離すれども平等（separate but equal）の法理を打ち出すなど，人種差別を容認するような立場を取っていた。

11 大恐慌後のニュー・ディール立法の中には，人種などによる差別を禁止する文言を含むものがあったが，包括的な差別禁止法の制定には至らなかった。James E. Jones, Jr., *The Origins of Affirmative Action*, 21 U.C. DAVIS L. REV. 383, 392 (1988)

12 Exec. Order No. 8802, 1941 U.S.C.C.A.N. 860.

13 なお，ワシントン行進は実際には行われなかった。有賀貞他（編）『アメリカ史（2）』311頁（山川出版，1993）参照。

せることが使用者および労働組合の義務であるとした。第二次大戦という特殊な状況において発令されたこの命令は実際には大きな影響を及ぼさなかったが、連邦政府による後の立法・行政命令のさきがけとなった¹⁴。

この後、ルーズベルト、トルーマン大統領の下でも大統領令が発せられたが、執行権限の欠如などにより、いずれも十分な成果を得られなかった。

他方で、州レベルでの雇用差別への対応もあった。1945年から1964年までに、26の州が雇用差別を禁止する州法を制定し、その執行のための委員会を設置している¹⁵。しかしながら、これらの州法もまた、実効性は不十分であったと言われる¹⁶。

3 1964年法の成立¹⁷

前述のように、アメリカでは白人と黒人を区別することが判例法理上許容されており、このような人種による区別を廃止することが黒人運動の切実な目標であった。1950年代に入ると、人種間の平等を求める黒人運動は活発化する。このような状況の下、合衆国最高裁は1954年の有名な Brown 事件において「分離すれども平等」の法理¹⁸を覆し、公立学校における人種分離教育を憲法第14修正の平等保護条項違反とする画期的な判決を下した¹⁹。

14 BELZ, *supra* note 1, at 14.

15 *Id.*

16 奥山, 前掲(註7), 15号106頁参照。

17 64年法および72年改正法の成立に関する邦語文献としては、奥山明良「アメリカにおける雇用差別とその法的救済(一〜三・完) — 公民権法第七編を中心に —」成城法学 4号1頁, 5号145頁(1979), 6号29頁(1980), 花見忠『現代の雇用平等』57-77頁(三省堂, 1986) 参照。

18 註10参照。

19 Brown v. Board of Education of Topeka (Brown I), 347 U.S. 483 (1954). 英米判例百選』別冊ジュリスト62頁(第三版, 1996)。

しかし、この判決により、人種分離が直ちに撤廃されたわけではない。南部では依然として、食堂、乗物など様々な場面で人種分離が行われており、また、人種間の経済格差は大きかった²⁰。このため、1960年代に入ると、公民権運動はますます活発化し、雇用差別を禁止する連邦法の制定が真剣に主張されるようになる。

公民権運動が高揚し、とりわけ南部において社会不安が募る状況の下、ケネディ大統領は1961年に大統領令10925号²¹を発令した。この命令の中で、公民権の文脈では初めてアフーマティヴ・アクションという文言が用いられた²²。連邦政府との契約者に対して、志願者が人種などに拘わらずに雇用されることを確保するためにアフーマティヴ・アクションを行うことを要求したのである。連邦による包括的な差別禁止法の制定よりも先にアフーマティヴ・アクションという文言が用いられていることは意外に思われるかもしれない。しかし、この時期のアフーマティヴ・アクションという文言は、現在日本で一般に考えられているように、数的な割当や目標を迫及するものとして理解されていたのではなかった²³。アフーマティヴ・アクションという言葉が具体的にどのような内容を指すのかは大統領令においては明確に定義されていなかったが、現在のような、連邦政府との契約者へ数的目標を課すものではなく、積極的な差別行為を撤廃するという伝統的な枠組みの中で理解されていた。具体的には、黒人に対して積極的に募集活動をしたり、黒

20 雇用差別の問題としては、使用者による差別ばかりでなく、労働組合による黒人差別も深刻であった。

21 Exec. Order No. 10,925, 1961 U.S.C.C.A.N. 1274

22 連邦の制定法においてアフーマティヴ・アクションという文言を初めて用いたのは、1935年の National Labor Relations Act である。SKRENTNY, *supra* note 1, at 6.

23 この時期の目標は、個人をその人種ではなく、その者自身の能力によって評価すること（カラー・ブラインドの要求）であり、過去の黒人の悲惨な歴史に鑑みて黒人を優遇しようという主張は少かった。キング牧師のような公民権運動の有力な指導者も優遇措置を提唱するものではなかった。むしろ、結果の平等を追求することは政治的に正当な考えとはみなされていなかった。Id. at 28-35.

人の職業能力向上のためにトレーニングをするということが想定されていた²⁴。

その後、1963年春には有名な「バーミンガム闘争」が発生し、ケネディ大統領はついに抜本的な公民権法の提案を表明する(6月11日)。同年8月にはワシントンで20万人以上の参加者(連邦議員も100名近く参加)を集めて大規模な行進が行われた。この集会で、キング牧師が「私には夢がある」という言葉で有名な演説を行い、全国の人々に大きな感動を与えた。

1963年の第88連邦議会には、数多くの公民権法案が提出された²⁵。なかでも、6月20日には政府原案である法案第7152号(H.R. 7152)がCeller議員により下院に提出された。この法案には、当初雇用差別に関する規定は含まれていなかったが、次第に大幅に修正され、雇用差別に関する禁止規定を含むものとなった。雇用差別に関する限り、下院における修正としてとくに重要なのは、EEOC²⁶の停止命令(cease and desist order)を発する権限がなくなったことである。雇用差別に最も迅速かつ効果的に対処する方法としては、行政機関であるEEOCが違法な雇用差別が行われていたかどうかを認定し、違法な場合には救済を与えるという方法が考えられる。しかし、下院ではこの案は修正され、

24 GRAHAM, *supra* note 1, at 28, 42.

25 1964年法の立法経過だけでも、研究対象として一つの論文を執筆するべき大きな問題である。また、複雑な政治的妥協をへて成立する法律の立法経過をたどることによって、唯一の正しい立法者意図が確定できるとは限らない。現在の問題を扱う裁判所が、過去の立法者意図に絶対的に従わなければならないかどうかとも明確ではない。本稿は、1964年公民権法の立法経過そのものを詳細に検討しようとするものでもないし、立法経過から、個々具体的な状況における特定の法解釈を引き出そうとするものでもない。同法の立法過程においては、個人がその能力に応じて評価されるべきであるという考え方が中心であったこと、あるいは少なくとも、集団に注目する異なる効果型理論や数的目標を内容とするアフターマティヴ・アクションがはっきりと容認されていたわけではないことを示すに過ぎない。

なお、それまでも雇用差別を禁止する法案は何度が提出されたが、南部出身議員による議事妨害(filibuster)により阻止されてきた。

26 註40参照。

EEOC には調停が不調に終わった場合に連邦地裁に民事訴訟を提起する権限が与えられた²⁷。

1963年11月22日には、テキサス州ダラスにおいてケネディ大統領が凶弾に倒れた。大統領職を引き継いだジョンソンは議会において、公民権法をできるだけ早く成立させることがケネディ大統領への追悼になると訴えた。

H.R. 7152は1964年2月10日、290対130という圧倒的な差で下院を通過し、上院で審議されることとなった。上院では、EEOCの権限のような手続的な問題について修正が施されただけでなく、平等・差別をどのように捉えるかという実質的な問題についても議論がなされた。

下院を通過した段階ではEEOCは民事訴訟を提起する権限を与えられていたが、上院における修正により、EEOCは自ら民事訴訟を提起することはできなくなった。EEOCは個人から差別の申立を受けた場合に、調査し、必要なら調停する。EEOCによる調停が失敗したならば、個人が裁判所に民事訴訟を提起する。ただし、差別の「傾向または慣行」(pattern or practice)が存在する場合には、司法長官 (Attorney General) が民事訴訟を提起することができるとされた。

他方、平等についての実質的な側面についても議論があった。このころには、公式には表明しないものの、実際には人種優遇措置をとっている企業があり²⁸、人種優遇策や割当制度は、保守派の攻撃材料となった²⁹。法案の支持者であるHumphrey上院議員は、人種のバランスに

27 下院における修正としてもう一つ注目すべきなのは、性差別を禁止する文言が付け加えられたことである。1964年2月8日、下院本会議においてSmith議員が、保護される集団に「性」を追加する提案をなした(110 CONG. REC. 2577 (1964))。Smith議員には、ラディカルな提案をなすことにより法案自体の成立を阻止するねらいがあったと言われるが(BELZ, *supra* note 1, at 270 n 36)、この修正案はたった2時間の議論の末(GRAHAM, *supra* note 1, at 138)、168対133で承認された。

28 GRAHAM, *supra* note 1, at 116.

29 割当の事例ではないが、イリノイ州のFair Employment Practice Commission (FEPC) がMotorola社に対して下した停止命令が有名である。1963年の秋、一人の

関する703条(j)は、第七編が使用者に対して、優遇措置によって労働力の人種的なバランスを達成するよう要求するものではないことを明確にするために追加されたと述べた³⁰。

同議員はまた、706条(g)において、救済を得るために差別意図が立証されなければならないという要件が追加されたことについて、その目的は、不慮のまたは偶発的な差別は第七編に違反するものではなく、裁判所の救済命令につながらないことを完全に明確にすることであると述べた³¹。

このような修正を経た後の6月19日、法案は73対27で上院を通過した。下院は7月2日に、修正された法案を可決した。ジョンソン大統領がその日のうちに署名することにより、公民権法が正式に成立した³²。

以上のような経過を経て成立した公民権法第七編は、人種、性別、体色などを理由とする雇用差別を禁止する、初めての包括的な連邦レベルでの法律であった³³。立法経過に照らしてみると、第七編の意義は、カ

黒人青年がシカゴのMotorola社の生産ライン職への雇用を志願した。同社の一般能力を測る選択式テストの結果、彼は不採用となった。彼はイリノイ州のFEPCに人種差別の訴えを申し立てた。FEPCは、テストそのものが、文化的に恵まれない人々に対して不公平であるとして、同社に対して、申立人の採用とテストの廃止を命じた。Id. at 149.

30 110 CONG. REC. 12,723 (1964). Williams 上院議員もまた、「白人しか雇用していない使用者は、たとえ最も能力の優れた者が全員白人であり、かつ50%を黒人が占める地域に使用者の工場があるとしても、最も優れた者だけを雇用し続けることができる」と述べた。Id. at 14,331.

31 Id. at 12,723-24. この他、Clark 上院議員と Case 上院議員が提出したメモには次のような記述がある。「第七編には、使用者がその労働力において人種的なバランスをとる要件はない。反対に、人種的なバランスを維持しようという意図的な試みはすべて、そのようなバランスがいかなるものであれ、第七編違反となるであろう。なぜならば、人種的なバランスを維持することは、使用者に対して、人種を理由として雇用したりまたは雇用しないことを要求するからである。いかなる個人に対しても差別が禁止されることが強調されなければならない。」Id. at 7213.

なお、第七編の立法経過から、差別意図が要件であると考えられていたとする詳細な研究として、Michael Evan Gold, *Griggs' Folly: An Essay on the Theory, Problems, and Origin of the Adverse Impact Definition of Employment Discrimination and a Recommendation for Reform*, 7 INDUS. REL. L.J. 429, 491-503 (1985) 参照。

32 Pub. L. 88-352, 78 Stat. 241 (1964). なお、施行はその1年後からである。

33 州際通商に従事する、25名以上の被用者を有する使用者が適用対象となった。

ラー・ブラインドの原則を確立したところにあると言えそうである。少くとも、黒人を優遇することや、数的目標を内容とするアフーマティヴ・アクションを、この時点で連邦議会がはっきりと容認していたとは考えられない。

しかし、その後の動向をたどってみると、人種、性別のような集団を重視する考え方が強くなっていった。このような展開は、裁判所による第七編の解釈・適用と、大統領令によるアフーマティヴ・アクションの要件の中に見られる。

4 結果の平等の重視へ

1964年法により、雇用差別が禁止されることとなった。しかし、当然のことながら、第七編の施行により直ちに雇用差別の問題が解決したわけではない。むしろ、第七編の制定によって、法理論としては、より根本的でより複雑な問題が生じる結果となった。カラー・ブラインドの原則に則って中立的に法を適用するだけではなく、法は、結果の平等を実現しようとする方向へ変容していった。

伝統的な個人主義的な原則を超えて結果の平等への変容を促した社会的要因としては、第一に、雇用差別が社会構造に根ざした現象であるということが指摘できるであろう。とりわけ人種差別の場合には、貧困な家庭に育った黒人の子が裕福な白人の子と同等の教育や資格を備えることは困難である。法がカラー・ブラインドの原則に従い明白な差別しか抑止しないとしたら、社会構造に根ざした人種間の差異は容易に縮まるものではなからう³⁴。

34 また、雇用差別に密接に関わる問題として先任制（seniority system）の問題がある。先任制の差別的な影響については、西村裕三『アメリカにおけるアフーマティヴ・アクションをめぐる法的諸問題』13-16頁（大阪府立大学経済学部，1987年）参照。

第二に、60年代のアメリカ諸都市では人種問題をめぐる暴動が頻発し、社会的な不安が高まったことがあげられる。特に、1964年の夏から68年の夏までは、「長く暑い夏」(long hot summers)として有名である³⁵。このような社会不安に対処するために、裁判所や行政府は目に見える結果を出すことを求められた。

このような社会的な状況は別としても、カラー・ブラインドの原則を忠実に守りながら雇用機会の均等を確保することは、法理論上困難である。伝統的な個人主義的な考え方に基づいて差別を立証しようとするならば、原告は、被告使用者の特定の雇用行為が、差別的な意図により行われたことを立証しなければならない。白人のみ、男性のみを募集したり、あるいは明示的な制限はしなくても面接の場で差別的な言動をなすようなあからさまな差別行為が存在すれば、差別意図の立証は容易かもしれない。しかし、このような明白な差別行為は別として、使用者は、仮に差別意図を有しているとしても、差別の存在を直接示す証拠を容易に隠すことができる。意図は人の内心の問題であり、直接証明することは難しい。また、人事には様々な要素が関係する。人事が客観的な基準に基づいて行われていない場合には、個人の裁量の余地が大きく、どのような理由で採用・昇進が決定したのかを部外者が知ることは困難である³⁶。

差別を直接証明する証拠が利用できないなら、原告は訴訟においては間接的な証拠を利用せざるを得ない。雇用差別訴訟において有用な間接証拠は、統計的なデータである。採用されたり昇進した人種の少数者や女性の数・割合が著しく低い場合に差別の存在が推定されるのであ

35 1964年にはニューヨークのハーレムで黒人少年が白人警官に射殺された事件をきっかけとして5日間にも及ぶ暴動が発生した。1965年のロサンゼルス Watts 地区での暴動の際には、鎮圧のため州兵が出動した。1967年のデトロイトでの暴動では、連邦軍の戦車までが出動した。

36 差別を立証することの難しさについては、桑原、前掲(註5)、51頁参照。

る³⁷。統計的なデータを利用することには、直接的な証拠を入手できない被害者が勝訴するという利点だけではなく、原告が団結して組織的な差別を争うことができるという利点もある。雇用差別が組織的な問題であるとすれば、一人一人の原告が、自分が差別されたことをバラバラに主張するだけでは問題の根本的な解決にはつながりにくい。個別的な事件を一つ一つ解決していくのでは、あまりにも時間と費用がかかりすぎる³⁸。被害者が団結し、使用者による組織的な差別を争うことによって、企業の人事制度そのものが見直される契機になるかもしれない。使用者が組織的に差別を行ってきたことを立証するためには、統計的なデータがもっとも有用な証拠である。公民権法第七編に基づく訴訟において、アメリカの裁判所は統計的なデータを用いて差別を認定してきたが、このことは当然、結果の平等の実現と密接な関係にある。どれだけ黒人や女性が採用され、昇進したかが重視されるからである³⁹。

また、裁判所による差別の認定なしに、数的結果の平等を求める方法がある。企業による自主的なアフーマティブ・アクションや政府との契約者に課せられるアフーマティブ・アクションである。たとえ裁判において組織的な差別が認定されとしても、裁判には多大な費用がか

37 公民権法第七編に基づく雇用差別訴訟は、差別意図の立証を要する「異なる取扱い」(disparate treatment) 訴訟と「異なる効果」(disparate impact) 訴訟に大別される。前者はさらに、個別的な差別行為を争う訴訟類型と、組織的な差別行為を争う「系統的な異なる取扱い」(systemic disparate treatment) 訴訟に分けられる。「系統的な異なる取扱い」訴訟においては、統計的な証拠が被告使用者の差別意図を立証するための証拠として用いられる。「異なる効果」訴訟においては差別意図の存在は必要とされない。学歴、テストのような特定の基準が保護される集団に対してかなり不利に働いていれば差別の存在が推定される。そのような場合、被告はそのような基準が職務上必要であることを立証しなければならない。「系統的な異なる取扱い」訴訟における統計証拠の利用については、拙稿、前掲（註2）参照。第七編訴訟に関する邦語文献は数多いが、比較的最近の判例の動向も含めてわかりやすく整理している文献として、中窪裕也『アメリカ労働法』182頁以下（弘文堂、1995）参照。

38 アメリカのEEOCも、膨大な数の差別の申立を受けたが、十分に対処することができなかった。GRAHAM, *supra* note 1, at 235, 239

39 他方で、このような統計証拠を重視する方法には、本当に差別していない使用者に責任を負わせる危険が伴う。

かるし、勝訴の保障はない。裁判によって社会全般に存在する差別的な現状を変革していくのはやはり困難である。具体的な差別の立証のない場合にも従業員の人種・性別構成をバランスのとれたものにしていこうとする点で、この方法は画期的なものであり、それだけに、伝統的な個人主義的見地からの批判は少ない。

このようにして、個々の使用者による具体的な差別行為が問題とされるのではなく、マイノリティが少いことが差別の結果であるという認識が強くなっていく。以下において、EEOCやOFCCのような行政機関⁴⁰や裁判所が具体的にどのようにして結果の平等を重視する方向へ転換していったのかを見て行く⁴¹。

5 第七編訴訟における差別理論 —「異なる効果」(disparate impact)理論の確立

公民権法が施行された1965年7月以降、EEOCは数多くの差別の申立を受けたが、予算・人員などの関係から、限られた部分しか処理することができず、その中でも、調停が成功したのは少数であった。司法省も、707条に基づく「傾向または慣行」(pattern-or-practice)訴訟を提起することに積極的ではなかった。

しかし、EEOCは他方で、人種によって雇用状況がどのように異なるのかを調査するようになる⁴²。1966年3月、EEOCはその管轄内の使用者に対して、すべての被用者の人種の記録を要求する「人種報告様

40 EEOCは1964年公民権法により設置された行政機関であり、同法第七編を実現するために、ガイドラインを作成したり、被害者の申立により調査・調停を行う。OFCCは労働省内の部局であり、大統領令11246号の実施について政府との契約者を監督する。

41 裁判所の判例法理の展開を先に記述するが、これは雇用差別禁止法がアファーマティヴ・アクションに時間的に先行したからではなく、説明の便宜のためである。むしろ、公民権法第七編の解釈の展開と、大統領令に基づくアファーマティヴ・アクションの形成とは、時代的に重なる部分があると思われる。

42 このような手法は、限られた資源の中で最大限の効果をあげようとする行政機関としては、当然考え付くものであったのかもしれない。

式」(EEO-1)を送付した。このような調査により具体的な差別行為の存在が直ちに認定されるわけではないが、黒人労働力が白人と比べて数的に均等に活用されているのかを知ることができる。EEOCは、黒人が十分に活用されていないと認定された特定の地域・産業を対象として、聴聞会(forum)⁴³を行い、世論の関心を喚起した⁴⁴。ここでは、差別意図の立証を要する伝統的な考え方から、統計的な数値の差異を重視する集団的な平等観への転換が見て取れる。

差別の立証に関する法理論について見てみよう。公民権法が成立した当時は、差別的な意図の立証が必要であり、統計証拠により差別が認定されるものではないと広く理解されていた。このような考え方は、コモン・ローの伝統的な法理論にも、公民権法の立法経過における議論とも調和するものであった。しかし、雇用差別の問題に有効に対処するためには、集団的な平等の概念に根差した新しい法理論を構築する必要があった。

当時、使用者は採用に際して一般的な知能テストを用いることが多かった。第七編には、職業能力テストが差別的な目的で用いられない限り、使用者はそのようなテストを行うことができるとする規定(703条(h))があった。このようなテストに合格する黒人の割合が低いために黒人の雇用が進まなくとも、第七編違反とはならないと考えられていた。そこでEEOCは、1966年8月24日に、この規定に関するガイドライン⁴⁵を発行し、EEOCの解釈を示した。このガイドラインによれば、使

43 EEOCは、当事者を聴聞会に召喚する(subpoena)権限を有していなかったため、当事者が出席しないこともあった。他方、聴聞会により調停が成立することもあった。

44 このような手法は、議会がEEOCに明示的に委任したわけではなく、EEOCのスタッフが発展させたものである。EEO-1と聴聞会については、GRAHAM, *supra* note 1, at 193-97, 239-44; SKRENTNY, *supra* note 1, at 127-33参照。

45 このガイドラインはパンフレットの形で発行された。短い抜粋が、EEOCのアナウンスメントとして、35 U.S.L.W. 2137 (1966)に掲載されている。行政機関の発行するガイドラインは直ちに法的拘束力を持つものではないが、多くの場合裁判所は行政機関の裁量を尊重する。

用者の課すテストがすべて保護されるわけではなく、特定の職務を遂行する能力を正当に評価するものでなければならない。EEOCは、このガイドラインを武器として使用者との調停に望んだ。調停が成立しない場合には、裁判所に訴訟が提起されることとなった⁴⁶。

このような事件が裁判所に持ち込まれると⁴⁷、白人よりも黒人に対して著しく不利に働く雇用慣行は、使用者が業務上の必要性を立証しない限り違法であると判断されるようになる⁴⁸。下級審は比較的早い段階から、公民権法の立法目的を広範に解釈していた⁴⁹。合衆国最高裁も、1971年の *Griggs v. Duke Power Co.* 事件判決⁵⁰において、「異なる効果」の法理を確立するに至る。「異なる効果」の法理によれば、特定のテストや基準がそれ自体差別的な目的で用いられているわけではなくても、人種や性別によって著しく不均衡な効果をもたらすものであれば、違法な差別となりうる。つまり、数的な結果が重視されるわけである。

この訴訟は、被告電力会社の発電所（ノース・キャロライナ州）に雇用されていた13名の黒人によって提起されたクラス・アクションである。地裁は、公民権法施行以前に、採用と配属について被告が差別していたと認定した。当該の発電所では、黒人は五つの部のうち最も低賃金な労

46 Alfred W. Blumrosen, *Strangers in Paradise: Griggs v. Duke Power Co. and the Concept of Employment Discrimination*, 71 MICH. L. REV. 59, 60-61 (1972).

47 このような訴訟活動の遂行に際しては、EEOCのような行政機関だけでなく、NAACPのような人権擁護団体が訴訟を支援し、法廷助言者 (amicus curiae) のような形で法理の展開に重要な役割を果たした。

48 たとえば、*Hicks v. Crown Zellerbach Corporation*, 319 F. Supp. 314 (E.D. La. 1970)がある。

49 連邦裁判所は、第七編の適用において、手続的にも実体的にもリベラルな解釈をすることによって、雇用差別の問題に積極的に取り組んだ。とりわけ第4巡回区、第5巡回区といった南部の連邦控訴裁判所は、第七編訴訟において原告に有利な判断を示したとされる。詳しくは、Alfred W. Blumrosen, *The Law Transmission System and the Southern Jurisprudence of Employment Discrimination*, 6 INDUS. REL. L.J. 313, 340-44 (1984) 参照。

50 401 U.S. 424 (1971). この判決については、山田卓生教授による判例紹介がある ([1975] アメリカ法102頁)。

働部（labor department）にしか配属されていなかった。昇進はそれぞれの部局内で先任順により決定され、部局を移ると先任順位は最後位になるのが普通であった。

1955以降、労働部以外の部への新規採用には高校卒業が要件とされるようになり、1965年には、労働部から他の部への移転にも高校卒業が要件とされることとなった。さらに、1965年以降、新規採用者については、労働部以外の部に配置されるためには、高校卒業に加えて二つの適性テストで満足すべき点数を取ることが必要であるとされた。高校を卒業していない被用者については、労働部または石炭処理（Coal Handling）部から他の内部職種に転属するために、一般的な知能を測定するための二つのテストに合格することを要件とした。いずれのテストも、特定の職務を学習する能力を測定するためのものではなかった。

連邦地裁は、被告は公民権法施行以前には差別的な方針をとっていたが、その後その方針は改められたと認定した。地裁はまた、第七編は将来に対してのみ向けられたものであり、それゆえ過去の不平等の影響は第七編の適用範囲外であると判断した。

控訴裁判所は、過去の差別的な雇用慣行から生じた影響は救済されないとする地裁の判断を覆した。しかし、高校卒業と知能テストを要件としたことについて差別的な意図が立証されておらず、これらの基準が白人にも黒人にも公平に適用されたとする地裁の判断は支持された。控訴裁は、これらの要件が著しく高い割合の黒人を排除しているので職務関連性が立証されない限り違法であるという主張を退け、差別的な意図がなければこれらの要件は違法ではないと判示した。

合衆国最高裁は裁量上訴の申立を受理し、控訴審の判断を覆した。バ

51 本件の判断に参加しなかったブレンナン裁判官を除き全員一致。

公民権法第七編を制定した連邦議会の目的は、法の文言から明らかである。それは、雇用機会 (employment opportunity) の平等を達成し、かつて白人に有利に働いた障害を除去することである。同法の下では、表面上中立的な——そしてたとえ目的についても中立的なものであっても——慣行 (practices), 手続 (procedures), またはテストは、過去の差別的な慣行による現状を「凍結する」(freeze) ものであるならば、維持されるものではない。

本件の記録によれば、被告の課した要件について白人は黒人よりもはるかに有利な状況にある⁵²。原告は黒人であるために分離された学校で劣悪な教育を長年にわたり受けてきた。しかしながら、第七編は、すべての人に能力に関係なく職業を保障することを意図したものではない。つまり、第七編は、ある者がかつて差別を受けていたというだけの理由で、あるいはマイノリティに属するというだけの理由で、その者を雇用するように命じるものではない。マイノリティに対してであれ、マジョリティに対してであれ、差別的な優遇こそが、議会が禁止しているものなのである。議会が要求しているのは、人種などを理由として差別的に機能する、雇用への人為的、恣意的、不必要な障害を除去することである。

第七編は、あからさまな差別だけでなく、表面上公平であっても差別的に機能する慣行を禁止している。この点で基準となるのは、業務上の必要性である。黒人を排除する雇用慣行が職務遂行能力と関連していることを立証できないのであれば、その雇用慣行は禁止される。本件の記録によれば、高校卒業の要件も、一般的な知能テストも、職務遂行能力

52 1960年の調査によれば、ノース・キャロライナ州では白人男性の34%が高校を卒業しているのに対して、黒人男性は12%しか高校を卒業していない。同様に、EEOCによれば、この種のテストの合格率は、白人58%、黒人6%であった。401 U.S. at 403 n.6.

ば、高校を卒業していないかテストを受けていない被用者は、それらが必要とされるようになった職場において十分に職務を遂行している。

控訴裁は、被告がこれらの要件を差別的な意図なしに採用したと判示した。会社に差別的な意図のないことは、会社が、高校を出ていない従業員のために学費の三分の二を負担していることによって示される。議会は、動機だけでなく、雇用慣行の「結果」を問題としたのである。議会はまた、特定の基準が職務に明白な関連性を有することを立証する責任を使用者に負わせた。

被告は、知能テストが公民権法703条(h)により許されると主張する。703条(h)は、差別のために意図され、または利用されるものではない、専門的に開発された能力テストの利用を認めている。EEOCのガイドラインによれば、この条文の下では、職務関連性のあるテストのみが許容される。公民権法の執行に当たる行政機関の解釈は、大いに尊重されなければならない。立法経過からみても、703条(h)の下ではテストが職務に関連していなければならないというEEOCの解釈は、議会の意図と一致する⁵³。

53 最高裁は、立法経過について次のように説明している。第七編には、下院を通過した段階では、703条(h)は含まれていなかった。上院では、Motorola社の事件（註29参照）に関連して、雇用差別禁止法の成立により、すべてのテストが禁止され、かつて雇用差別を受けていた集団に属するという理由だけで、使用者が資格のない者を雇用しなければならないという議論があった。このような懸念から、Tower上院議員は、「専門的に開発された能力テスト」を許容する修正案を提出した。これに対して第七編の支持者であるCase上院議員は、そのような修正は、テストが良いものであれ悪いものであれ、専門的に開発されたのであれば、すべてのテストが許容されることになるとして、修正案に反対した。「制定法に従っているような外観であっても差別は存在する」というのである。結果、この修正案は否決された。二日後、Tower上院議員は代案を提出し、その修正案はそのまの文言で採択され703条(h)として成立した。第七編の支持者であるHumphrey上院議員は、最初の修正案に強硬に反対していたが、第七編に重大な関心を有する上院議員達が、後の修正案が第七編の目的に添うものであることを認めたと述べた。最高裁は、このような経過に鑑みて、テストには職務関連性が必要であるというEEOCの解釈を支持した。401 U.S. at 434-36.

公民権法制定時の議会意図についてはそれ自体本格的な研究が必要であろう。本稿では、二つの疑問点を指摘するに止めたい。第一に、Motorola社の事件に関しては、そ

第七編はテストの使用を禁止していない。議会は職務遂行能力を測るための合理的な方法でない限り、テストなどを決定的に重視することを禁止した。議会はマイノリティであるという理由だけで、能力の低い者を高い者より優遇することを命じたのではない。議会は能力を決定的な判断材料としたのである。

以上のような理由で、最高裁は控訴裁判決を破棄し、「異なる効果」理論⁵⁴を確立した。この法理は次のように整理できよう。第一に、保護される集団に対して著しく不利な結果を招くテストなどは、違法であると推定される。第二に、そのようなテスト・基準を用いている使用者の差別的な意図の立証は必要ない。第三に、使用者はそのようなテストが合法であることを主張するためには、当該の職務について必要性があることを立証しなければならない。

このような法理は、雇用差別についての従来の考え方とは異なるものであった。最高裁は、差別意図ではなく結果を重視し、職務関連性を立証する厳しい責任を使用者に負わせた。このような法理の是非について論ずることは本稿の目的ではない。しかし、最高裁が、差別意図を中心とする伝統的な考え方から、結果の平等の方向へ大きく踏み出したことだけは確かであろう。

こで採用された一般的な知能テストが第七編の下で合法であることが共通の理解であったと思われる。Case 上院議員と Humphrey 上院議員が最初の修正案に反対した理由の一つは、それが不必要であるからであった。Humphrey 議員は、「これらのテストは合法である」とはっきりと述べている。(地裁は、テストが特定の職務を測るものでなければならないとする EEOC の解釈に反対し、一般的な知能テストが容認されると述べている。292 F. Supp. 243, 250 (M.D. N.C. 1968). 控訴裁の法廷意見も、一般的な知能テストが合法的であると述べている。420 F.2d 1225, 1234-35 (4th Cir. 1970). 他方で、控訴裁の少数意見は、EEOC の解釈を支持する。Id. at 1239-44.) 第二に、同議員は「これらのテストは、差別の目的で用いられない限り合法である」(傍点筆者)と述べている。110 CONG. REC. 13504 (1964). これらの発言を考慮に入れると、最高裁の立法経過の解釈には疑問の余地があるように思われる。テストについての議会での議論については、Gold, *supra* note 31, at 533-49が詳しい。

54 連邦憲法に基づいて人種差別を争う場合には、異なる効果があるだけでは不十分であり、差別意図の存在が必要である。Washington v. Davis, 426 U.S. 229 (1976).

6 大統領令に基づくアファーマティヴ・アクションの変容

アファーマティヴ・アクションは、その法的根拠に応じて幾つかに分類することができる⁵⁵。大雑把に言ってしまうと、第七編訴訟において被告の差別行為が認定された場合に裁判所が命じるアファーマティヴ・アクション⁵⁶、大統領令11246号に基づいて実施されるアファーマティヴ・アクション、そして使用者が自発的に行うアファーマティヴ・アクションに分けられよう⁵⁷。なかでも、大統領令11246号に基づき連邦政府との契約者に対して課されるアファーマティヴ・アクションは、連邦政府が関与していることから、そしてその適用範囲の広さからも、大きな影響力を持つ⁵⁸。ここでは、この類型のアファーマティヴ・アクションがどのようにして現在のような形⁵⁹になったのかを考察してみたい。

すでに述べたように、アファーマティヴ・アクションという言葉は、ケネディ大統領が1961年に発した大統領令10925号においてすでに用い

55 西村裕三「Affirmative actionをめぐる合衆国最高裁判例の動向」[1989] アメリカ法240-42頁。

56 このような場合に、優遇措置や、特定の割合または数のマイノリティを雇用することを命じる判決が下されることがある。初期の判決については、Martin Slate, *Preferential Relief in Employment Discrimination Cases*, 5 Loy. U. L.J. 315, 318-20 (1974) 参照。

57 アファーマティヴ・アクションが第七編に違反するかどうかという問題については、大統領令に基づくアファーマティヴ・アクションも、自主的なアファーマティヴ・アクションとして分類される。なお、この他に、制定法や条例によってマイノリティ出身者の所有する企業が優遇される場合もあり、憲法の平等保護条項の違憲審査基準など複雑な法的問題を伴うが、本稿では雇用差別に直接関係する分野を対象を絞る。

58 適用範囲については、第七編が一定数以上の被用者を雇用する使用者を対象とするのに対して、大統領令は、連邦政府と契約を締結する企業に適用される。

59 現在アファーマティヴ・アクションが実際にどのように行われているかについては、奥山明良他『諸外国のアファーマティブ・アクション法制』[第二章 アメリカ]（山川隆一）（1996年）参照。なお、これら的大統領令について説明する邦語文献として、奥山、前掲（註7）、14号91-97頁参照。

られている⁶⁰。また、ジョンソン大統領が1965年に発した大統領令11246号は、現在のアファーマティヴ・アクションの直接的な起源であるとされる。これらの大統領令の文言は、基本的にはカラー・ブラインドの原則に基づいていると言えよう⁶¹。また、すでに述べたように、これらの大統領令が発せられた当時には、アファーマティヴ・アクションという言葉ははっきりと定義されていなかった⁶²。しかし、黒人の雇用率に注目することは比較的早くから行われていた。

大統領令10925号は、雇用機会均等のための大統領委員会 (President's Committee on Equal Employment Opportunity (PCEEO)) を設置した。政府との契約者には、差別禁止のために様々な義務が課せられたが、そのような義務に違反した場合、PCEEO には、違反者名の公表、契約の破棄などを含む制裁権限が与えられた。しかし、PCEEO は差別の申立のあった個々の事例へ対応するだけでなく、大企業による自発的な努力

60 アファーマティヴ・アクションという言葉を考えついたのは、大統領令10925号の起草に携わった Hobart Taylor, Jr. という黒人の青年法律家であった。この言葉を選んだことについて彼は次のように述べている。「私は、この大統領令の下で遂行されることについて、積極的な意味 (a sense of positiveness) を与える言葉を捜して、ポジティブ・アクションとアファーマティヴ・アクションのどちらを選ぶべきか迷っていました。…そして、頭韻を踏んでいたのでアファーマティヴ・アクションを選んだのです。」Nicholas Lemann, *Taking Affirmative Action Apart*, NEW YORK TIMES MAGAZINE (June 11, 1995), reprinted in AFFIRMATIVE ACTION: SOCIAL JUSTICE OR REVERSE DISCRIMINATION? 34, 39 (Francis J. Beckwith & Todd E. Jones eds., 1997)

61 いずれの大統領令も、使用者が被用者を人種などにより差別してはならないと述べた直後に「契約者は、人種…に関係なく志願者が雇用され…ことを確保するためにアファーマティヴ・アクションを行う」と規定している。Exec. Order No. 10,925, 1961 U.S.C.C.A.N. 1274; Exec. Order No. 11,246, 1965 U.S.C.C.A.N. 4416. なお、これらの大統領令には、性差別を禁止する文言は含まれていなかった。1967年の大統領令によって性差別も含まれるようになった。Exec. Order No. 11,375, 1967 U.S.C.C.A.N. 3519.

62 非差別的な方法で募集活動を行うことなどが内容であったと考えられる。「『アファーマティヴ・アクション』は当初、…応募してきた者を差別することなく扱うだけでなく、応募してこないであろう者を探し出すべきであるということを意味していた。」具体的には、黒人の多い学校での募集活動を活発に行うことなどが考えられる。NATHAN GLAZER, AFFIRMATIVE DISCRIMINATION: ETHNIC INEQUALITY AND PUBLIC POLICY 46, 58 (Harvard University Press 1987) (1975).

を骨子とする Plans for Progress というプログラムを重点的に推し進めた。このプログラムは、PCEEO と合意した企業については義務違反への制裁が免除されるが、企業が差別撤廃のために自発的な努力を払うというものであった。労働力の人種構成を調査し、機会均等のために雇用慣行を改革することについて PCEEO と合意した企業は250以上に上る。個別的な差別事例ではなく、労働力の人種構成に着目する点で、この方法は結果を重視するアプローチの初期の一例と言えよう。しかしこのプログラムは十分な成果をあげることができないとして、自発的な努力に期待する方法が批判されることとなった⁶³。

ジョンソン大統領が1965年に発した大統領令11246号を執行する責任を担ったのは、労働省内の連邦政府契約遵守監督局（Office of Federal Contract Compliance (OFCC)）⁶⁴であった。使用者は差別をなくすためにアファーマティブ・アクションを行う義務を負い、OFCC は違反者に対して契約の破棄を含む制裁権限を有していたが⁶⁵、アファーマティブ・アクションが具体的に何を意味するのかは、はっきりとしていなかった。このような状況の中で、OFCC は、数的目標を内容とするアファーマティブ・アクションを導入していった。数的結果を追及するアファーマティブ・アクションへの転換は、建設業者に対する規制から始まった⁶⁶。

ここで注目すべきなのは、OFCC は、決して一貫した方針の下に数的な結果を追求する方法をとってきたのではないということである。数

63 Plans for Progress については、SKRENTNY, *supra* note 1, at 117-18; BELZ, *supra* note 1, at 19参照。

64 後に、Office of Federal Contract Compliance Programs と改称された。

65 OFCC は、1969年までに一度も契約を破棄しなかった。SKRENTNY, *supra* note 1, at 134.

66 建設業界は、雇用差別について特に困難な問題を抱えていた。建設作業が一時的なものであることが多いという性質上、労働者は、組合の雇用周旋所（hiring hall）によって供給される。組合が、組合への加盟とシニョリティによって、候補者を選出するのである。

的な結果を追求することにより、割当という批判が当然に予想されたからである。現在行われているような数値目標を設定するアフーマティヴ・アクションへの変容は、一方において、各地で人種暴動が頻発する社会情勢の中で目に見える成果が求められ、他方において、伝統的な実力主義、カラー・ブラインドの立場からは割当や逆差別が批判されるという困難な状況の中で、試行錯誤を繰り返しながら進められていったのである。

OFCC は、1966年以降、四つの都市における建設契約について、政府との契約者に対する「特定地域計画」(special area plans) という新しいプロジェクトを開始した⁶⁷。1966年にはセントルイスにおいて、OFCCは建設会社に対して、マイノリティが少い職種においてマイノリティを活発に雇用する(recruit) ように指示した。ある会社が AFL-CIO のメンバーではない黒人配管工を3名採用したところ、組合はストライキをもって応じた。2月6日には司法省が組合を相手取って第七編に基づいて「傾向または慣行」(pattern-or-practice) 訴訟を提起した⁶⁸。ストライキや訴訟といった複雑な状況が生じたために、OFCCの指示についてははっきりしないまま終わった。同年サンフランシスコにおいて、同じようにあいまいなアフーマティヴ・アクションが命じられた。政府との契約者はこれに応じて、見事な計画を立てたが、結果として採用されたマイノリティはほとんどいなかった⁶⁹。これらのプログラムは、数的結果を重視する OFCC の立場からは、ほとんど成果をあげなかったものと考えられた。

1967年のクリーブランド・プランでは、OFCCは結果をより一層重

67 これらのプログラムについては、James E. Jones, Jr., *The Bugaboo of Employment Quotas*, 1970 Wis L Rev. 341, 343-48, SKRENTNY, *supra* note 1, at 136-39; GRAHAM, *supra* note 1, at 285-91参照。

68 被告の組合員の圧倒的多数が白人であった。United States v. Sheet Metal Workers Int'l Ass'n Local Union No. 36, 280 F. Supp. 719 (E.D. Mo. 1968)。

69 Jones, *supra* note 67, at 346。

視した。OFCCは低額入札者に対して、契約締結までの交渉中に、アフーマティヴ・アクション・プランを提出することを要求した。このプランは、作業のすべての段階において、すべての職種でマイノリティが代表（representation）されることを確保するものでなければならなかった。1967年の6月には、ある企業がこの要求に応じて、人員計画表（manning table）の中で、すべての職種において採用されるマイノリティの数を明示することを申し出た。OFCCはこの方法を採用し、他のすべての契約者に対しても同様の計画表の提出を求めた。その結果、クリーブランドの契約者達は、特定数のマイノリティの労働者を雇用することを約束した。

同年のフィラデルフィア・プランは、当地において契約するそれぞれの政府機関の高級官僚によって構成される Federal Executive Board (FEB) によって開始された。このときまでには過去の経験が蓄積されており、フィラデルフィア・プランは、慎重に準備された初めてのプログラムとなった。このプランの下では、入札者は契約締結前に詳細なアフーマティヴ・アクション・プログラムを提出し、FEBの審査を受けることになる。雇用されるべきマイノリティの数に関連して、当地における労働力の中でのマイノリティの割合など、基本的な情報が企業に提供された。これを受けて契約者は特定数のマイノリティを雇用することを約束した。

ただし、FEBは、契約のための要件として、数値や人員計画表には直接言及しなかった。つまり、マイノリティ労働者を何名雇用しなければならないとは言わずに、「方法は契約者の自由であるが、プログラムは、建設プロジェクトのすべての段階において、そしてすべての職種において、マイノリティ集団が代表（representation）⁷⁰される結果をもた

70 代表（representation）という言葉には、雇用されるマイノリティが申し訳程度の数であってはならないという意味がある。Id. at 348.

らさなければならない」という表現を用いた⁷¹。FEBは、このようなあいまいさこそが長所であると考えた。詳細で厳格な要件が存在しないことで、最大限の創造性が確保されるというのである⁷²。

しかしながら、このような曖昧さが、このプランの最大の問題点でもあった。競争原理を重視する会計検査院 (General Accounting Office) の立場からは、入札前に入札者に何が要求されているのかがはっきりしないアフーマティヴ・アクションは不公正なものであった。1968年5月には、クリーブランド・プランは、アフーマティヴ・アクションを認めるかどうかを判断するための最低限の基準が明示されていないので不適切であるとされた。同年11月には会計検査院長 (Comptroller General) は、同様の理由でフィラデルフィア・プランが違法であると宣言した。この結果、これらのプランは暗礁に乗り上げることになってしまった⁷³。

その後1969年にフィラデルフィア・プランはニクソン政権の下に復活し、大きな関心を集めることになる。このころには、かつて当然と考えられていたカラー・ブラインド・モデルが動揺しており⁷⁴、実際に黒人の雇用を促進することが強く求められていた。1969年6月、労働省は新しいフィラデルフィア・プランを発表した。新しいプランの下では、入札者は、政府が設定する一定の範囲内で、雇用すべきマイノリティ労働者の数値目標を設定しなければならない。目標とされる数値の幅は、現在雇用されているマイノリティの数、雇用される資格のあるマイノリティの数、訓練プログラムの必要性、既存の労働力への影響などに基づいて決定された。

このプランでは、マイノリティの雇用率が低いことを差別によるもの

71 *Id.*

72 GRAHAM, *supra* note 1, at 290

73 Jones, *supra* note 67, at 359-61; SKRENTNY, *supra* note 1, at 138.

74 SKRENTNY, *supra* note 1, at 194-95.

とみなし、政府が契約者に一定の数値目標を課するという結果志向のアプローチが明白にとられている⁷⁵。このような数値目標に対しては、当然割当との批判が考えられる。しかし、新フィラデルフィア・プランにおいて、契約者は数値目標を絶対に達成しなければならないわけではない。契約者が目標を達成できなかった場合には、目標達成のために「誠実な」(good faith) 努力をなしたことを立証する機会が与えられる。新フィラデルフィア・プランの支持者はこの点を強調して、厳格な割当との批判をかわそうとした。また、数値目標は、有資格のいかなる志願者または被用者に対しても、差別する目的のものではないし、そのように利用されてはならないとされた⁷⁶。

新しいプランは、入札者に対して必要な情報が事前に与えられなければならないという要件を満たすものであった。しかし、今度は逆に、数値目標を課することが、公民権法第七編に違反するとして批判されることになった。会計検査院長は8月5日に、新しいプランが第七編違反であると判断した。これに対して、ニクソン政権は、数値目標を内容とする新フィラデルフィア・プランを強く支持した。

1968年までの「長く暑い夏」が終わったばかりの不安定な社会状況の中、公表された新フィラデルフィア・プランは大きな論争の的となり、連邦議会でも取り上げられることとなる。反対者は、数値目標が実際には割当に他ならないとして新プランを攻撃した。しかしながら、議会においては、新プランが公民権法第七編に違反するかどうかという問題が真正面から議論されたわけではない。会計検査院が立法府に属する機関であることから、権力分立のあり方がいかにあるべきかという角度から問題が議論されることになった。新プランを支持する司法長官と、反対

75 ただし、厳密には特定の数値が直接契約者に課されるのではなく、政府が示す一定の範囲内で契約者が目標を選択するという形になっている。

76 新しいフィラデルフィア・プランについては、115 CONG. REC. 39,951-56 (1969); GRAHAM, *supra* note 1, at 326-29; Jones, *supra* note 67, at 364-73参照。

する会計検査院と、いずれの権限が優先させるべきなのかという問題として争われたのである。

1969年12月に、合衆国会計検査院長が連邦の制定法に違反すると判断する契約などへの支出については、歳出承認 (appropriation) を許さないとする付加条項 (rider) が討議されることとなった。民主党が多数を占める上院では、付加条項は52対37で通過した⁷⁷。しかし下院では、拒否権行使を示唆するなど、ニクソン大統領の積極的な働きかけもあり、付加条項は156対208で否決された⁷⁸。上院はこれを受けて、先の条項を退ける決定を下した (39対29)⁷⁹。この結果、議会における新フィラデルフィア・プランを止めさせようという試みは失敗に終わった。しかし、議会は新プランが第七編に違反するかどうかを、必ずしも真正面から扱ったわけではない。新プランが公民権法第七編違反かどうかについて議論をした議員もいることはいたが、会計検査院の権限を巡る問題として処理されたことは注意されるべきであろう。

裁判所においても新フィラデルフィア・プランの合法性が争われた。建設業者が、新プランが公民権法第七編に違反するなどとして、連邦裁判所に訴訟を提起したのである。連邦地裁は、新プランは契約者に対して特定の割合のマイノリティを雇用することを要求しているのではなく、誠実な努力を払うことを要求しているとして、新プランが違法な「割当」であるという原告の主張を退けた⁸⁰。原告は上訴したが、控訴裁は地裁判決を維持し、新プランの合法性を認めた⁸¹。控訴裁判決によれば、新プランは人種を意識したものであるが、それ自体公民権法に違

77 115 CONG. REC. 39,969 (1969).

78 *Id.* at 40,921.

79 *Id.* at 40,749.

80 *Contractors Ass'n of Eastern Pa. v. Secretary of Labor*, 311 F. Supp. 1002 (E.D. Pa. 1970).

81 442 F.2d 159 (3d Cir. 1971), *cert. denied*, 404 U.S. 854 (1971). 本判決については、西村、前掲(註34)、35-41頁参照。

反するものではない。第七編は、行政府がマイノリティ労働者の欠如を救済することを禁止していないとして、新プランは公民権法に違反しないと判示された。これにより、数的結果を志向する OFCC のアファーマティヴ・アクションが裁判所によって容認されることとなった⁸²。

他方で労働省は、結果志向のアファーマティヴ・アクションを建設業界のみならず、連邦との一定額以上の契約者すべてに要求するようになる⁸³。労働省は早くも1969年11月20日に、採用されるマイノリティの割合が、それぞれの地域における応募者の中のマイノリティの割合に近いものとなることを要求する Order No. 4 を発した⁸⁴。この命令は翌年2月に改正されたが⁸⁵、連邦政府との契約者に対して結果志向のアファーマティヴ・アクションを要求する点では同じである。すなわち、契約者はマイノリティを活用するために目標を設定しなければならないが、マイノリティの不活用（under-utilization）は、合理的に予測されるよりもマイノリティが少いことであると定義される。マイノリティが十分に活用されているかどうかは、当地におけるマイノリティの人口、マイノリティの失業率、必要な資格を有するマイノリティの割合などの要素によって決定するものとされる。この命令は当然、厳格な割当を要求する

82 なお、控訴裁判決は、フィラデルフィアにおける六つの特定の職のマイノリティの割合が著しく低いことが、差別の結果であると労働省が認定したことを強調している。「言いかえれば、白人の職人の雇用機会を排除することなく、マイノリティの職人を雇用することができる。」442 F.2d at 173 このことは、後に数的目標を内容とするアファーマティヴ・アクションが非常に広範に行われるようになったことと照らし合わせて考えると示唆的である。

83 1969年の夏から秋にかけて、新フィラデルフィア・プランが論議の対象となっていた時に、労働省は、数的な目標を要件とするアファーマティヴ・アクションは特に建設業界のために工夫されたものであると主張していた。すなわち、新プランは、フィラデルフィアにおける6種類の特定の熟練を要する職（フィラデルフィア市における建設労働者の10%以下）のような少数の職種を対象とするものでしかないと考えた。GRAHAM, *supra* note 1, at 341.

84 この命令は Federal Register にさへ記載されず、これを発見した Ervin 上院議員により攻撃された。BELZ, *supra* note 1, at 91.

85 35 Fed. Reg. 2586 (1970).

ものではないし、「機会の均等」が目的であるとされる。しかし、アフアーマティヴ・アクションは「結果を志向する」手続であることが明確に述べられている⁸⁶。

このようにして、大統領令11246号に基づくアフアーマティヴ・アクションは、結果の平等を志向する方向性を備えることとなった。しかしながら、すでに述べたように、決して政府が一貫した方針に基づいて現在のようなアフアーマティヴ・アクションを生み出したわけではない。政府は割当と非難されることを恐れていた。皮肉なことに、数的な目標を初めて用いたのは連邦政府との契約を欲した民間業者であったし、数的な基準を要件としないあいまいなアフアーマティヴ・アクションは、会計検査院の批判を受けた。アフアーマティヴ・アクションは、まさに試行錯誤の末に現在のような内容を備えるに至ったと言える。

7 その後の展開

前述のように、1964年の公民権法第七編は、カラー・ブラインド、個人主義の原則の上に立脚していた。数的な結果を重視する方向への変容を推し進めたのは行政機関や裁判所である。しかし、連邦議会は結果の平等へ傾いた秤を修正する機会を持たなかったわけではない。

1964年法が差別の禁止に向けて十分に機能していないこと、とりわけEEOCの強制権限が弱いことは早くから批判されていた。EEOCには差別の申立が数多くなされたが、EEOCはそれら进行处理する予算・人員を十分に持っていなかった。1964年法の下では私人による訴訟により法を実現することが期待されていたが、第七編の施行以降4年間で、司法長官が当事者として介入することなく私人当事者が勝訴した訴訟はわ

86 *Id.* § 60-2.10.

ずかに4件であった⁸⁷。EEOCの強制権限を強化すること、とりわけ、EEOCに停止命令（cease and desist order）を出す権限を与える必要が主張された。

第92連邦議会において第七編の改正が議論され、1972年3月に、雇用機会均等法（Equal Employment Opportunity Act）として成立した⁸⁸。改正された主要な点は次のとおりである。第一に、適用範囲が、25名以上の従業員を有する使用者から、15名以上の従業員を有する使用者にまで拡大された。また、州および地方自治体ならびに教育機関に雇用されている従業員へ適用が拡大された。第二に、EEOCの強制権限が強化された。EEOCに停止命令を出す権限を与えるところまでは行かなかったが、EEOCは調停・説得が不調に終わった後に民事訴訟を提起する権限を与えられた。また、「傾向または慣行」訴訟を提起する権限は、司法長官からEEOCに移されることとなった⁸⁹。

第七編改正に際しては、政府との契約者に課されるアファーマティヴ・アクションについても議論がなされた。Ervin 上院議員は、合衆国のいかなる省、機関、公務員も、使用者に対して、人種などを理由として割当、目標などによって逆差別（discrimination in reverse）すること

87 GRAHAM, *supra* note 1, at 422.

88 Pub. L. No. 92-261, 86 Stat. 103 (1972). 1972年法については、詳しくは奥山、前掲（註17）参照。

89 裁判所の救済権限も強化された。裁判所の救済権限を規定する706条(g)において、1964年法では、裁判所は、「被用者の復職または採用を含むアファーマティヴ・アクション」を命じることができると規定されていたが、1972年法では、「被用者の復職または採用を含むが、それに限定されないアファーマティヴ・アクション」を命じることができるとされた。また、1972年法において裁判所は、「裁判所が適切と考えるすべてのエクィティ上の救済」を命ずる権限を有するものとされた。

なお、Griggs 事件判決により確立された「異なる効果」理論については、明示的に承認したり否認したりする修正はなされなかった。1972年改正法の立法経過からして、議会がGriggs 判決を承認したと言えるかどうかについては、Katherine J. Thomson, *The Disparate Impact Theory: Congressional Intent in 1972—A Response to Gold*, 8 INDUS. REL. L.J. 105 (1986); Michael Evan Gold, *Reply to Thomson*, 8 INDUS. REL. L. J. 117 (1986) 参照。

を要求してはならないとする修正案を提出した⁹⁰。この修正案は、OFCCが64年法に違反して使用者に逆差別を要求しているとして、新フィラデルフィア・プランのような規制をやめさせるねらいを持つものであった⁹¹。1972年1月に、この修正案は22対44で否決された⁹²。

このような修正案が否決されたことにより、数的結果を追求するOFCCのアファーマティヴ・アクションに議会がお墨付きを与えたと言えるかどうかについては、理論的には争いのあるところである⁹³。しかしながら、実際上の問題としては、OFCCのアファーマティヴ・アクションの合法性については立法府では一応の決着が付けられたと言えるよう。

この後、アファーマティヴ・アクションはアメリカ世論を二分する最も困難な問題として議論の対象となった。数多くの逆差別訴訟が提起され、裁判所はアファーマティヴ・アクションについて判断を求められた⁹⁴。アファーマティヴ・アクションについて最高裁が初めて判断を示した1978年のBakke事件⁹⁵では、州立大学における割当が問題とされた。憲法の平等保護条項違反なのか、公民権法第六編違反なのかについて裁判官の意見が分かれ、多数意見を形成することはできなかったが、結論としてマイノリティのための特別枠を設ける入試制度は許されないとした。合衆国憲法の下での審査基準については、最高裁はその後多数意見を構成することができないでいたが、最近の判決では、州によるものであれば連邦によるものであれば、人種的少数者を優遇する目的のア

90 118 CONG. REC. 1662 (1972).

91 *Id.* at 1663.

92 *Id.* at 1676. 2月にも同様の修正案が否決されている。*Id.* at 4917-18.

93 西村, 前掲(註34), 41-45頁参照。

94 本稿では代表的な判例に簡単に触れるに止める。アファーマティヴ・アクションについての判例分析は数多いが、ここでは比較的最近の研究として、山川, 前掲(註59), 60-72頁をあげるに止める。

95 *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978). 『英米判例百選』別冊ジュリスト66頁(第三版, 1996)。

ファーマティヴ・アクションには、厳格な審査基準（strict scrutiny）が適用されることが明確にされた⁹⁶。

自主的なアフーマティヴ・アクションが第七編に違反するかどうかという問題については、最高裁は1979年のWeber事件⁹⁷と1987年のJohnson事件⁹⁸において判断を示した。Weber事件ではマイノリティを、Johnson事件では女性を優遇するアフーマティヴ・アクションが問題とされた。最高裁によれば、伝統的に人種や性別による分離が存在していた職で明白な不均衡が存在すること、白人男性などを解雇するなど、それらの者を不必要に不利に扱わないこと、などがアフーマティヴ・アクションが適法であるための要件であるとされる。

このように、最高裁は数的結果を追求するアフーマティヴ・アクションについて、一定の要件の下で認められるとの判断を示してきた。しかし最近、憲法の平等保護条項の下での審査基準について厳格な判断が示されている。また、カリフォルニア州において、公的な優遇措置を禁止する州憲法改正が行われるなど、政治的な状況においてもアフーマティヴ・アクションに対する反対が強まっていると言えよう⁹⁹。

8 おわりに

本稿ではアメリカにおいて「数的結果の平等」が追求されるようになった経過を見てきた。当時の複雑な政治的、社会的状況の中で雇用平等

96 Richmond v. J.A. Croson Co., 488 U.S. 469 (1989); Adarand Constructors, Inc. v. Pena, 515 U.S. 200 (1995).

97 United Steelworkers v. Weber, 443 U.S. 193 (1979).

98 Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara County, 480 U.S. 616 (1987).

99 アフーマティヴ・アクションに対する反対論としては、白人男性への逆差別になるという有力な論拠の他にも、受益者である黒人自身からの反対論がある。そのような問題については、拙稿「STEPHEN L. CARTER, REFLECTIONS OF AFFIRMATIVE ACTION BABY (1991)」(書評) 早稲田法学73巻2号191頁(1997) 参照。

法制がどのように変容したのかという大きな問題の全貌を明らかにしたとはとても言えないが、本稿で検討してきたことから、次のような点が指摘できるのではないであろうか。

第一に、雇用差別の問題に対しては、連邦議会や政府が当初から強力なイニシアチブを発揮して、明確なビジョンを持って平等法制を整備していったわけではない。むしろ、今日の平等法制は、試行錯誤の末に結果的にこのような姿になったように思われる。とりわけ、フィラデルフィア・プランに対する会計検査院の批判が、明確な数的目標を設定する新プランをもたらした経緯は皮肉ですらある。

第二に、そのような試行錯誤を経て平等法制の具体的な内容を形成していったのは決して議会ではなく、EEOCやOFCCといった行政機関が果たした役割が大きい。そして、そのような行政機関の打ち出した政策・法解釈・法理論を裁判所が容認したり、取り入れていったと言える。数的結果を追求する政策の是非を論じる点では、議会は必ずしも有効に機能しなかったように思われる。しかしながら、法理の内容そのものもそれほどはっきりしない段階で、政治家によって構成される議会に、明確な指針を示したり、行政機関が行った政策を法的に真正面から議論することを期待するのは、非現実的であろう¹⁰⁰。

第三に、数的結果の平等を追求する政策を擁護するためでも、あくまでも「機会の均等」という、すべての人が受け入れやすいレトリックが用いられた。公民権法第七編も、大統領令のアファーマティヴ・アクションも、そもそもはカラー・ブラインドであり、あるいは雇用機会の均

100 議会において、カラー・ブラインド、差別禁止といった当然の前提と考えられる原則に反する議論をすることは難しい。政治家は多数者の支持を必要とするが、人種差別は、基本的には少数者の問題であるからである。人種問題についてはっきりとした見解を示すことにより、政治的なリスクを負うことになりかねない。また、多数の議員によって構成される議会にそのような問題についての明確な意思決定を求めるのは困難かもしれない。

等を達成することを基本的な目的としていた。数的結果を追求するプランであっても、誠実な努力を求めるものであり、厳格な割当ではないという点が強調された。

第四に、数的結果を追求する法理論なり政策は、公民権法制定後、比較的早くから採用・実施されてきた。時間の流れを追ってみれば、雇用差別禁止法の解釈論の展開と、数的結果を追求するアファーマティヴ・アクションの形成は、ほぼ同時期に行われたのであり、前者では不十分であるから後者を導入したとは言えないように思われる。機会均等の原則を実現しようという試みは実際には行われなかったと主張する者さえいる¹⁰¹。

第五に、アメリカの雇用平等法制の展開に際して中心的な問題は人種問題であり、女性問題ではなかった。性を理由とする差別を禁止する規定は、公民権法第七編においても大統領令においても、人種差別を禁止する規定に付随する形で取り入れられた。性差別も人種差別と同様に深刻な問題ではあるが、人種による差別の構造と性別による差別の構造は、基本的に異なる点が少くない。歴史的、政治的には、この点についての十分な議論なしに、一般的に差別を禁止する文言が採用されたように思われる¹⁰²。

以上、本稿ではアメリカにおける雇用平等法制の展開を見てきた。当時の社会的・政治的な動向の中で法理・政策の変容を理解しようとする点で、本稿は最近のアメリカにおける研究¹⁰³に大いに依拠した。これらの研究には、当時の政治的・社会的な動向を非常に丹念に説明するものもあれば¹⁰⁴、結果の平等を追求するようになったことに対して批判

101 BELZ, *supra* note 1, at 40.

102 アメリカにおける性別を理由とする雇用差別については、さしあたりジョージ・ラサグレン（安部圭介訳）「アメリカ法におけるフェミニズムの影響・雇用差別の分野を例として」[1998] アメリカ法28頁参照。

103 註1 参照。

104 GRAHAM, *supra* note 1; SKRENTNY, *supra* note 1

的な見解を打ち出すものもある¹⁰⁵。本稿は、時代の状況を見直すことによって、現在の法的な状況への理解を深めようとするものである。変容の過程そのもの、そしてその結果もたらされた法理論・政策について、批判的見地から何らかの見解を導き出すものではない。歴史的偶然により意図しなかった結果が生じることは、決して珍しいことではない。きちんとした議論なしに法が変容したからといって、その結果もたらされた法理論・政策が不当であるとは言えない。法律学の観点からはむしろ、雇用平等の問題の特殊性が強調されるべきであると考ええる。本稿で述べたような過程を経て平等法制が変容した原因の一つは、平等法理・法制の特殊性そのものにあると思われる。

理論的にはともかく、訴訟の現実の運用や政策形成に際して、「機会の均等」と「結果の平等」を厳格に区別することは困難であると思われる。すでに述べたように、「機会の均等」が達成されているかどうかを直接知ることはできない。各人がその能力に応じて公正に取り扱われているかを厳密に測定する手段は現時点では存在しない。「機会の均等」が達成されているかどうか、個人がその能力に応じて公正に扱われているかどうか、という問題を論じるときに、統計的なデータは非常に大きな説得力を持つ。「機会の均等」を確保するという目的を掲げても、「数的な結果」が一人歩きしてしまう危険は常に存在する¹⁰⁶。

105 BELZ, *supra* note 1

106 現在の日本でも、統計上の男女格差から、女性が差別を受けているという結論を引き出す態度が見られるように思われる。このような論者は、多くの女性が伝統的な役割を強いられていることを批判し、男女格差がより小さくなることを目標としているように思われる。しかし、このような目標は、伝統的な役割を望む女性に、革新的な役割を強いることにつながるかもしれない。(桑原、前掲(註5)は、労働市場だけを対象範囲とする雇用機会均等法が、「市場に働きに出ていないのは無能力者」というイメージを創り出す危険を指摘する(54頁)。)個人の願望が世の中の一般的な風潮の影響を受けることは当然と言えば当然なのであるが、一般的な統計資料を根拠に何か主張しようとする、個々の女性の願望を軽視することにつながる危険があるように思われる。

筆者としても、現在の日本においては、伝統的な役割を強いられている女性が多いということは認識しているつもりである。それゆえ、一般的な統計資料を差別の判断材料

「数的な結果」からは、各人が公正に扱われているかどうかを直接知ることとはできない。にもかかわらず、雇用差別の問題に真剣に取り組もうとすれば、結果の問題を避けて通ることはできない。アメリカの雇用平等法制は、「機会の均等」と「結果の平等」との微妙なバランスの上で変容を遂げていったと言えよう。

付記

本稿は、早稲田大学特定課題研究助成費（1998年度、1999年度）による研究成果の一部である。

とせざるを得ないし、女性の所得や就業率の上昇を目標とせざるを得ない。にもかかわらず、何%の女性が男性と同じように働いていれば差別のない社会と言えるのか、という問題に対する自明の解答が存在しないことは指摘しておかなければならない。結局、いかなる法であれ、無色透明・中立的ということとはありえない。法が一定の方向性を持つという事実を認めた上で議論を積み重ねることが必要であるように思われる。

なお、応募してきた女性の数や割合を基準にしたり、一定の資格をコントロールすれば適切な母集団を特定できるという議論があるかもしれないが、応募するかどうかの判断に際しては社会的な影響を受けるだろうし、そもそもどのような資格が必要なのか明確でない場合が多い。また、弁護士や医者のように資格が明確であっても、その集団の中で能力差をどのようにコントロールするかは困難な問題である。アメリカにおける雇用差別訴訟でのこのような問題については、さしあたり、拙稿、前掲（註2）参照。