

判例研究

差別的効果と差別的取扱 ― 差別禁止法の難問?

― Ricci v. Destefano, 129 S.Ct. 2658(2009) ―

根 本 猛

一 はじめに

雇用などでの差別禁止法において、差別的取扱（意図的差別）を禁止することと同様に、いやそれ以上に差別的効果をもつ使用者の行為を規制することの重要性は、われわれ日本人の常識に合致するように思われる。

このことは、間接差別をも禁止の対象とした2006年（平成18年）の男女雇用機会均等法の改正⁽¹⁾にも表れていると言ってよいだろう。

そして、アメリカ合衆国においても、人種、性別などに基づく雇用上の差別を禁止する公民権法「第7編の2本の柱（意図的差別禁止条項と差別的効果禁止条項）は、雇用の差別を終わらせ真の平等を増進するという同じ目的を促進するものである」（リッチ判決、ギンズバーグ反対意見）という理解が一般的だったのではなかろうか。

2009年、この争点に関して、そうした理解を覆す非常に論争的な判決が下された。多くの事件で両者（意図的差別禁止条項と差別的効果禁止条項）は同じ結論に至る異なる道だったが、リッチ判決では衝突した⁽²⁾。

本稿では、リッチ判決の判旨を紹介するとともに、判決の意義や将来への影響などを素描してみたい。

① 次のように規定する第7条を加えた。

「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」

わが国では、これまで、合衆国の判例のようにパターン化せず、労働基準法や男女雇用機会均等法にいう差別の有無を総合的に検討・判断しているようである。すなわち、基本的には、差別的意志が鍵になるが、その立証をすべて原告に求めるのではなく、立証責任の配分で調整し、差別的効果・結果が生じているときは使用者側がそのことが合理的理由に基づいていることの立証が必要とされる。一例を挙げれば、三陽物産事件で、社会的現実を照らせば当該基準の適用が女性に著しく不利益となることを容認して制定したとして、形式的には性中立的な「世帯主基準」なども一定の要件下では男女差別にあたると判断した（東京地裁平成6年6月16日判決、判例時報1502号32頁）。

② Dorf, The Supreme Court Decides the New Haven Firefighter Case, <http://corporate.findlaw.com/dorf/20090701.html>

二 リッチ判決

1 事案の概要

本件はコネチカット州ニューヘブンの市の消防士の昇任試験にかかわる

ものである。昇任試験の結果、黒人・ヒスパニックの合格者が少なかったため、市当局は結局、その試験結果を認証しないことにした。白人を中心とする試験合格者から、公民権法第7編が禁止する差別にあたるとして提訴された。

昇任試験は2003年11月と12月に実施された。副隊長の試験を受けた77人（白人43人、黒人19人、ヒスパニック15人）中、34人（白人25人、黒人6人、ヒスパニック3人）が合格した。当時副隊長の空席は8つだったので、上位10人がただちに昇任できる有資格者だが、すべて白人だった。

隊長については、41人（白人25人、黒人8人、ヒスパニック8人）中、22人（白人16人、黒人3人、ヒスパニック3人）合格で、当時隊長の空席は7つだったので、上位9人が有資格者だが、7人が白人、2人がヒスパニックだった。

連邦地裁も連邦控訴裁判所も原告敗訴の判決を下した。また連邦控訴裁判所は、全裁判官による再審理請求を7対6の多数決で退けた。

2 法廷意見（ケネディー裁判官）

A 第7編は、人種などに基づく意図的差別（差別的取扱）だけでなく、差別的意図はないが少数派に対して不当に悪影響を与える行為（差別的効果）をも禁止している。原告が差別的効果を立証すると、使用者は当該行為が争点となっている地位に関連し業務上の必要性と両立することを証明する抗弁ができる。使用者がこの立証責任を果たすと、原告は、差別的効果が少なく使用者の正当なニーズに資する選択可能な行為を使用者が拒否したことを立証すればよい。

B 第7編の下で、使用者が意図しない差別的効果を回避したり救済する目的で意図的差別をするには、人種を意識した差別的行動をとらないと

差別的効果による損害賠償責任を負うという証拠上の強力な根拠が必要である。当裁判所は、何らかの正当な抗弁がないかぎり、市の行動は第7編の差別的取扱禁止に違反するという前提から出発する。いずれの証拠も、市が試験結果を拒否したのは成績上位者が白人だったことであることを示している。何らかの正当化理由がなければ、こうした明らかに人種に基づく決定は禁止されている。したがって、問題は、差別的効果による損害賠償責任を回避するという目的が、禁止された差別的取扱の理由になるかである。

当裁判所は、本件に似た事件 (Richmond v. Croson, 488 US 469 (1989)) を、平等保護条項の文脈で検討したことがある。それは、本件についても有用なガイドとなる。Croson 判決で、当裁判所は、過去の人種差別を救済するための政府の行動——それ自体は人種に基づく行動——は、救済的な行動が必要とされる『証拠上の強力な根拠』があるときのみ合憲であると判断した。この基準を宣言するにあたって、相対多数意見は、差別を除去することと人種に基づく政府の差別をすべてやめてしまうこととの間の衝突を認識した。さらに救済プログラムが裁判所で少数派ではない被用者から攻撃されているときは『支持する証拠が不可欠 (crucial)』と理由づけた。

同様の利益が、第7編の差別的取扱と差別的効果の規定の相互作用のなかにもある。証拠上の強力な根拠の基準を第7編にも適用することがどちらの規定にも有効である。すなわち、限定された状況においてのみ他方に従うという名目の片方の違反を許容する。また、他の第7編の規定と矛盾しないように差別的効果の禁止を機能させることもできる。したがって、当裁判所は、第7編の差別的取扱と差別的効果の規定の衝突を解決するために、法の解釈として証拠上の強力な根拠 (strong basis in evidence) の基準を採用する。

C 市が、試験結果を人種に基づき拒否したことは、証拠上の強力な根拠の基準を満たさない。

本件における人種的効果は有意だし上诉人も市が差別的効果の損害賠償責任の一応の事件に直面していることは争っていない。問題は、そうした一応の立証は、本質的に統計的に有意な差があるという入口の証明にすぎないのであって、試験結果を認証すると市が第7編に基づき損害賠償責任ありとされる証拠上の強力な根拠には程遠いことである。なぜなら、市が損害賠償責任を負うのは、問題の試験が職務と関連せず業務上の必要性もないことか、同様に有効でより差別的でない他の試験方法があることが立証されたときだけだからである。両当事者が提出した記録によれば、本件の試験がいずれかの点で欠陥があるという実質的な根拠は存在しない。

1 本件の試験が職務と関連せず業務上の必要性もないという市の主張は、記録と明らかに矛盾する。記録によれば、試験を実施するために詳細な手順がとられ、質問と隊長・副隊長の職との関連性を保証するために、労を惜しまぬ分析があった。また、証言によれば、試験に関する苦情は十分に対応がされており、試験の有効性を支持する証拠に市が目をつけたことを示している。

2 また、同様に有効でより差別的でない他の試験方法の立証でも、市は証拠上の強力な根拠を欠いている。第1に、試験の配点比率を変えれば市は黒人の候補者の昇任を検討できたという証言があるが、実際の配点比率が恣意的であるとか別の配点比率が昇任資格の判定に有効な方法であるとかの証拠は提出されていない。第2に、市は試験の成績を四捨五入し整数にして昇任候補者を増やせばより差別的でない結果を生んだ（この方法によれば4人の黒人と1人のヒスパニックが昇任の可能性があった）

と主張する。しかし、このアプローチは、試験結果を人種に基づき修正するものであり第7編の禁止に違反する。第3に、筆記試験ではなく典型的な職務のなかで候補者の行動を評価する評価センターの利用がより差別的でないという証言があるが、評価センターの利用は本件では不可能だったという別の証言と矛盾する。

3 訴訟の恐れだけでは、市が人種に依拠して、試験に合格し昇任の資格を得た個人に損害を与えることは正当化されない。本件試験結果を拒否することは、第7編の下で許されない。

本日の我々の判決は、差別的取扱と差別的効果規定の間で相矛盾する予想を解決するために第7編がどのように適用されるかを明らかにしている。試験結果を認証すると、市が差別的効果訴訟に直面するなら、本日の判示に照らして、市は、試験結果を認証しなかったら差別的取扱による損害賠償を命じられたという証拠上の強力な根拠に基づき、差別的効果による損害賠償を免れることは明白である。

3 個別意見

(一) スカリア裁判官の同意意見

法廷意見に全く賛成であるが、本件をこのように解決することは、公民権法第7編の差別的効果規定が憲法の平等保護の保障に矛盾しないのかという厄介な問題を先送りしただけであることを指摘しておきたい。(具体的には、差別的効果が発生するときに第7編は人種に基づく救済的な活動が求められるが——本件は差別的効果が発生しないからそうした活動は許されない——、同様のケースで連邦政府などが主体の場合に平等保護保護条項に反しないか?)

(二) アリトー裁判官の同意意見 (スカリア、トーマス各裁判官同調)

反対意見は、法廷意見の事実認定がストーリーの重要な部分を抜かしていると主張するが、反対意見こそニューヘブンの試験結果拒否決定につながった出来事の不完全な記述である。反対意見の法的分析が正しいと仮定しても、下級審の判断は維持できない。

連邦地裁でさえ、試験結果が認証されると、市長がキンバー師やニューヘブンの黒人コミュニティの他の有力者の怒りを買うことを知って、採用試験を妨害したという背景があることを認めていた。この認定は、記録上十分な支持がある。

すなわち、市が試験結果をスクラップした真の理由は、第7編の差別的効果規定違反の懸念ではなく、政治的に重要な後援者を喜ばせようという希望にすぎない。主要な法的争点については反対意見と大筋同じ立場の合衆国訟務長官も、被上訴人が主張する目的は意図的な人種差別の口実ではないかという真の争点の存否を、下級審が適切に検討していないと結論している。

(三) ギンズバーグ裁判官の反対意見 (スティーブンズ、スーター、ライヤー各裁判官同調)

I A 法廷意見の事実認定は、ストーリーの重要な部分を抜かしている。消防は、人種差別の伝統が特に長い影を投影している職種である。

ニューヘブンの市も例外ではなかった。1970年代初め、アフリカ系アメリカ人とヒスパニックの人口比率は30%だったが、消防士ではわずか3.6%、役職者107人中1人だけが黒人だった。その後改善がみられるが、管理職については、なお有意な不均衡が存在している (市の人口のうち、40%近くがアフリカ系、20%以上がヒスパニックであるのに、管理職に占める割合は、それぞれ9%)。

B 記録によれば、ニューヘブンの市は、労働組合との20年来の合意に基

づく試験（筆記60%、口述40%）を実施したもので、志願者の適性・能力を比較するのに、どんな試験が実際的か子細に検討していない。

選考試験の結果には有意な人種の不均衡がみられた。副隊長の試験では、アフリカ系の合格率は白人の約半分で、ヒスパニックはさらに低い。隊長の試験では、どちらも合格率は白人の約半分であった。もっと顕著なのは、77人の副隊長志願者のうち半分近くがアフリカ系かヒスパニックだったのに、1人も8つの空席に昇任できないことと、隊長についても、7つの空席に、2人のヒスパニックは昇任できるがアフリカ系は1人も昇任できないことであった。

こうした著しい不均衡は、第7編の差別的効果条項の「一応の根拠」(a prima facie case) となることから、市は、選考試験結果を認証する責任がある市の人事委員会に、問題を委ねた。

人事委員会は5回の会議を重ねたが、投票の結果は2対2となり、規則により試験結果は認証されないことになった。

C 省略（事実経過と下級審）

II A 第7編は1965年に施行され、使用者は人種的少数者を排除する規則・慣行を廃止した。しかし、明示的な人種差別をなくすだけでは、真の平等は実現されなかった。

1971年のグリッグス判決 (Griggs v. Duke Power, 401 US 424 (1971)) は、第7編の使命と範囲に重要な指針を補充した。この画期的判決は、連邦議会は「差別的取扱」だけでなく「差別的効果」もターゲットにしており、第7編は元々、形式的には公正だが実際には差別的な慣行をも禁止しているとした。意図的差別だけが第7編の元々の禁止であり差別的効果は後知恵にすぎないという主張は、グリッグス判決を無視するものである。

当裁判所は、全員一致で、連邦議会は「第7編の中心を、単に動機ではなく雇用慣行の結果に向けた」と判断した。つまり、「雇用への不必要な障害は、たとえ文面上中立で意図においても中立であっても、許されない」。試験や条件が第7編の要件を満たすかの規準は、業務上の必要性である。

1975年のAlbemarle判決 (Albemarle Paper v. Moody, 422 US 405 (1975)) は、再び全員一致で、採用試験や昇任試験の結果に人種的偏差があるときは、試験と仕事との「明白な関連性」を立証しなければならない、また、この立証は、必ずしも使用者勝訴を意味するものではなく、第7編違反を主張する当事者が、望ましくない人種的效果を伴わない他の試験や選考方法で、使用者の正当な利益が実現されることを立証する機会が残されている、とした。

1989年のWards Cove判決 (Wards Cove Packing v. Atonio, 490 US 642 (1989)) で、ぎりぎりの多数意見は、グリッグス判決—Albemarle判決の差別的効果禁止を相当修正し「業務上の必要性」についての使用者の立証責任を緩和した。しかし、1991年、連邦議会は、Wards Cove判決などに対抗する法改正をおこない、第7編の差別的効果の部分明文の規定とした。この改正によって、連邦議会は、グリッグス判決などに回帰させた。

B 議会制定法にも、当裁判所の先例にも、使用者の義務が、意図的差別条項と差別的効果条項の間で衝突するというヒントすらない。第7編の2本の柱は、雇用の差別を終わらせ真の平等を増進するという同じ目的を促進するものである。

ひとつの法律の別個の条項を解釈するには、立法目的に照らして可能な、最も調和的で包括的な意味を与えることである。連邦議会は、グリッグス判決などを取り込んで、少数派グループに不利に作用する選考基

準が許されるのは、業務上の必要性によって正当化されるときだけだと宣言した。連邦議会の意図からすれば、そうした選考基準を退けた使用者が、人種を理由に差別したと認定されることはほとんどあり得ない。つまり、使用者には、当該選考手段が業務上の必要性の審査に耐えられないと考えるもっともな理由 (good cause) があればよいと判断する。EEOCのガイドラインも、第7編を遵守している者を、自らが実現しようとしている同じ法律に違反しているという非難に晒す意図はなかった、と述べている。

本件は、アファーマティブ・アクションにかかわるものではないが、ジョンソン判決 (Johnson v. Transportation Agency, 480 US 616 (1987)) で、自発的なアファーマティブ・アクションが第7編違反の差別にあたらないとすれば、疑わしい行動を控えることで、第7編の差別的効果条項に従おうとする使用者の合理的努力も同じく差別にはあたらない。

C 意図的差別と差別的効果との間の「衝突」なるものを「調整」するために、法廷意見は謎の基準を提唱している。法廷意見によれば、「証拠上の強い根拠」があるときにのみ、第7編の差別的効果条項に従っても構わない。この基準は、平等保護についての先例から不適切に引用されたもので、どのような事件でこれが満たされどうして本件はそうでないのか不思議である。

1 第7編の解釈に、平等保護の原理は限定的な有用性しかない。平等保護条項は、意図的差別だけ禁止し、差別的効果の禁止を明記していないからである。これに対して、第7編は、意図的であろうがなかろうが、すべての雇用上の差別を禁止している。

法廷意見が、証拠上の強い根拠の基準を引き出した先例は特に不適切である。というのは、それらは、人種に基づく絶対的な優先処遇の合憲

性に関するもので、人種はひとつの考慮要素どころか決定的なファクターだった。本件は、人種による優先処遇を求めているのだから、ほとんど類似性がない。

2 当裁判所は、第7編を、自発的な遵法の努力を阻害するものと読むべきではないと繰り返し強調してきた。自発的な遵法は、『第7編の目的を達成するための望ましい手段』である。しかし、証拠上の強い根拠の基準は、自発的な遵法を危険な冒険にするものである。

本日の判決の結果、疑わしい選考過程を破棄する使用者には、勝訴の可能性が大いに疑問の、意図的差別を理由とする高額な訴訟が待ち受けることになる。差別的効果による損害賠償に晒される懸念では——十分に根拠があっても、使用者を訴訟から保護するには不十分である。

3 証拠上の強力な根拠の基準の正当化理由は説得的ではない。第1に、法廷意見は、試験結果を否定するには高い基準が必要である理由として、被用者の正当な期待を害することを挙げる。期待の正当性は選考方法の正当性に基づくのであって、本末転倒の理由づけである。

第2に、証拠上の強力な根拠の基準に拠らないと、事実上の割当制になる危険があるという。しかし、合理性の基準でも、使用者は、統計上の不均衡のみに基づいて選考方法を捨てられるわけではない。

D 法廷意見は、被上訴人に、新しく宣言された証拠上の強力な根拠の基準を満たす機会を否定している。当裁判所が新たな法的ルールを編み出したときは、事件を差し戻し下級裁判所にそのルールを適用させるのが通常である。

III ニューヘブブン市が、その選考過程に問題があり業務上の必要性によ

って正当化されないと考えたことには十分な理由がある。上訴人は、試験結果の不承認が第7編違反の意図的差別であることを立証しなかった。

最も問題なのは、昇任試験の性質そのものであった。筆記試験と口頭試問が60対40という比率を選択するのに、市は単に労働組合の意向に従っただけで、この比率で最適格候補者を見つけられるかには何の考慮もしていないことは明らかである。

三 解説

1 判決への一般的評価

法的な論点は後述するが、一般的には、保守的な最高裁判所が下した、またしても反リベラル色が濃い判決という受け止め方が主流である。

グリーンハウスは、「現在の雇用差別禁止法は（判決が下された6月29日）月曜午前10時以前の法とは異なっている」という衝撃的な書き出しで始まっている。グリーンハウスによると、1970年代まで、最高裁判所と連邦議会は、差別的効果も禁止されるべきだという社会的合意を具体化してきたが、1990年代に始まる最高裁判所の裁判官構成の変化が、この合意に手をつけ始めた。すなわち、最高裁判所の多数派は、どんな目的にせよ政府が市民を人種によってカウントすることは一切許さないとする政策（a zero-tolerance policy）に近いものを要求し始めている、と評している⁽³⁾。

この背景には、オバマ大統領の誕生やヒスパニック女性裁判官の最高裁判所への登用で、アメリカは十分に変化したのでありアフターマティヴ・アクションはもう不必要という右派の声があるという。このワシントンポストのコメントも「アフターマティヴ・アクションの早すぎる死亡記事」という衝撃的なタイトルである（なお、書き出しも「アフター

マティブ・アクションは、45歳で死亡)。このコメントは、本判決を、アファーマティブ・アクションには不可欠な人種考慮の全否定と読むのである。

その要旨は、現在も黒人やヒスパニックの失業率は白人の2～3倍であり、弁護士や医師などの専門職に占める割合はわずか4～6%にすぎないのに、白人だけだった上院も共和党大統領も支持していた差別解消に、最高裁判所が待ったをかけ、ついにリッチ判決で、アファーマティブ・アクションを事実上亡きものにした、とする⁽⁴⁾。リッチ判決の事実関係はかなり特殊なケースであり、そこまで広い判旨と読むべきか、あまりに悲観的すぎるのでは、と疑問がなくはないが。

マイアミヘラルドの解説も、クォータ制はもう必要ないという最高裁判所のメッセージであり、アメリカ初のマイノリティー大統領と連邦議会に対して、人種を操作するのではない新しい手法を提案し、「人種」後のアメリカに国民を導くよう求めている、としている⁽⁵⁾。

「リッチ判決の謎と法の限界」と題するクリスチャンサイエンスモニターのコメントは、現行法が答えを出せない困難な問題であり、市がどちらを選んでも許されると考えられそうなものだが、片方を選びたがるのは、裁判官も含めて人々の思考方法が論理や法ではなく世界観によって形成されていることを示しているという冷めた見方をしている⁽⁶⁾。

2 いくつかの論点について

(一) 2つの差別

アメリカ合衆国憲法第14修正の平等保護条項をめぐるのは、その審査のきっかけとなるのが、差別的意志であるのか差別的効果なのかが、1970年代、議論的的となっていた。この論争に決着をつけたのが1976年のデービス判決⁽⁷⁾と1977年のアーリントン・ハイツ判決⁽⁸⁾で、差別的効果自体は憲法違反となるものではなく、平等保護条項違反には差別的意志・目

的が必要であると判断した。

一方、公民権法 (Civil Rights Act) など差別を禁止する法律に関しては、1971年のグリッグズ判決⁽⁹⁾が、「公民権法は、公然たる差別ばかりでなく、形式においては公正であっても作用においては差別的である行為をも禁止している」とするなど、憲法解釈とは異なる見解を示した⁽¹⁰⁾。

これらに対して、リベラル派の憲法学は、デービス判決などにみられる憲法判断が不平等是正には不十分であると批判した。つまり、ここまでの議論には、「議会制定法にも、当裁判所の先例にも、使用者の義務が、意図的差別条項と差別的効果条項の間で衝突するというヒントすらない」というギンズバーグ反対意見の指摘は正しい。

ところが、平等保護をめぐる判例は逆方向に変化し、「より個人主義的で、より形式的なものになり、そして歴史と社会構造に関心を示さなくなった」⁽¹¹⁾。ここに、リッチ判決の舞台は用意されたと言えよう。

(二) 判決の分岐点

法廷意見は、何らかの正当な抗弁がないかぎり、市の行動は第7編の差別的取扱禁止に違反するという前提から出発する。いずれの証拠も、市が試験結果を拒否したのは成績上位者が白人だったことであることを示しており、何らかの正当化理由がなければ、こうした明らかに人種に基づく決定は禁止されていると判断した。

結局、法廷意見が言うように、試験結果を破棄することによってすべての人種を同一の方法で扱っていたとしても人種を意識した (race-conscious) 意図や効果を有する使用者の決定によって意図的差別の分析が必要なのか、反対意見や連邦地裁が言うように「すべての試験結果は破棄され誰も昇任しなかった。どの人種の消防士も次の選考には参加する」のだから意図的差別の分析はその必要すらないのか、が本判決の鍵だったのである⁽¹²⁾。

本判決まで、最高裁判所が基本的に差別的効果に軸足を置いて判例を展開させてきた⁽¹³⁾。そこをとらえてリベラル派の論調は、最高裁判所は変化したとみるのだろう。

ただ、後述のような近年の平等保護に関する判例の傾向からすれば、市側勝訴の原判決破棄の可能性を高いという予想もあったようである⁽¹⁴⁾。

(三) 意図的差別は許されるか — 法律解釈と憲法解釈

しかし、法廷意見は意図的差別は一切許されないという主張は退け、「証拠上の強力な根拠」(strong basis in evidence)を採用した。すなわち、限定された状況においてのみ他方に従うという名目の片方の違反を許容する。また、他の第7編の規定と矛盾しないように差別的効果の禁止を機能させることもできる。したがって、第7編の差別的取扱と差別的効果の規定の衝突を解決するために、法の解釈として証拠上の強力な根拠の基準を採用する。第7編の下で、使用者が意図しない差別的効果を回避したり救済する目的で意図的差別をするには、人種を意識した差別的行動をとらないと差別的効果による損害賠償責任を負うという証拠上の強力な根拠が必要である。

その点では、ある論者が指摘するように、法廷意見は「色盲憲法の穏やか版」(a moderate version of the colorblind Constitution)⁽¹⁵⁾と言えよう。

市や政府による、第7編の差別的効果禁止規定を遵守するために必要であるという「使用者の善意の確信」(an employer's good-faith belief)があれば十分であるという主張は退けた。差別的効果のごくわずかの可能性があれば差別的取扱を許すことになって、事実上のクォータ制につながるというのである。

法廷意見は、憲法上の論点についてはその必要がないとして判断を留保した。制定法の解釈としては許容するが、憲法判断を迫られれば別の

判断もありうるという意思表示であろう。

差別的効果と平等保護の齟齬の可能性を初めて指摘したのは、皮肉にも本判決で反対意見を述べたギンズバーグ裁判官のロークラークを務めたことがあるPrimusである。2003年に発表された「平等保護と差別的効果——第3ラウンド」は、アファーマティブ・アクションと同様、差別的効果禁止法も、人種を意識して機会や利益を、ある人種グループから他のグループに再配分するメカニズムゆえに、平等保護との衝突が生ずるとしている⁽¹⁶⁾。

具体的には、アダランド判決などのアファーマティブ・アクションに厳しい憲法判断にみられるように、平等保護が、過去の差別救済を意図したときであっても、人種グループ間で善を配分する政府の活動に対して敵対的になってきた結果、差別的効果が平等保護に違反するかという従来の論点から、差別的効果禁止法が平等保護に違反するかという新しい論点に変化したというのである⁽¹⁷⁾。

ただし、Primus自身は、差別的効果禁止法に好意的であり、これが現実に違憲と判断される可能性は小さいとみていた⁽¹⁸⁾。

（四）論争の行く末は？

リベラル派が望むように戻るか、逆に差別的効果に対する違憲判断まで進むか。多くの論調は、後者を懸念している。

ハーバード・ロー・レビューの判例解説⁽¹⁹⁾によれば、最高裁判所は、平等保護についての昨今の色盲アプローチから撤退するのか、歴史、先例、そして連邦議会の承認に確固とした差別的効果の理論を違憲と判断するかという面倒なジレンマに直面することになるだろう。

差別的効果禁止法を厳格審査にかける可能性大で、先例からは合憲判断は難しいのではないかとみる。しかし、最高裁判所と連邦議会が40年にもわたってその正当性を認めてきた差別的効果禁止条項の違憲判決と

なれば、ロクナー判決の再来との批判は必至であろう。だが、別の判断は、最高裁判所の色盲憲法観に重大な妥協を迫ることになる、と結ばれている⁽²⁰⁾。

Marcusも、違憲判決を下すのは全く妥協しない最高裁判所だけだろうが、合憲判断できるのは無責任な最高裁判所だけ、と手厳しい。平等保護は、任意の人種を考慮しない活動 (the voluntary, non-preferential efforts) は禁じていないと提案するが⁽²¹⁾、そうした措置の実効性には疑問がなくはない。

前述の「アフーマティブ・アクションの早すぎる死亡記事」というワシントンポストの論評⁽²²⁾は最も悲観的な観測だろう。グリーンハウスは、いずれにせよ将来の裁判官構成次第で、逆にギンズバーグ反対意見の「法廷意見は持久力をもたない」という予想が実現する可能性もあるとみている⁽²³⁾。

おそらく人工妊娠中絶論争と同様、何らかの妥協がはかられるのではなかろうか。Dorfも、ケネディー裁判官は、第7編の差別的効果禁止規定が違憲と攻撃されたら、合憲とする何か別の根拠をたぶんみつけるだろうというが、予断は許さないと述べている⁽²⁴⁾。

⁽³⁾ Greenhouse, The Court Changes the Games, New York Times, June 30, 2009, Pg.21.

⁽⁴⁾ Williams, Affirmative Action's Untimely Obituary, Washington Post, July 26, 2009, Pg.B01.

⁽⁵⁾ Yoo, Supreme Court message: No more quotas, Miami Herald, July 12, 2009, Pg.1.

⁽⁶⁾ Roosevelt, The Ricci riddle and the law's limits, Christian Science Monitor, June 30, 2009, Pg.9.

⁽⁷⁾ Washington v. Davis, 426 U.S. 229(1976).

- ⁽⁸⁾ *Arlington Heights v. Metro Housing Corp.*, 429 U.S. 252(1977).
- ⁽⁹⁾ *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424(1971).
- ⁽¹⁰⁾ 公民権法第7編についての差別概念は、通常、「差別的取扱」と「差別的効果」の二つとされる。相澤美智子「雇用差別訴訟における立証責任に関する一考察—アメリカ公民権法第7編からの示唆—」都立大法学会誌 39巻2号609頁、619頁 (1999年)。
- ⁽¹¹⁾ *Primus*, *infra note 16*, at 498.
- ⁽¹²⁾ *Marcus*, *Voting Rights and Equal Protection: The War between Disparate Impact and Equal Protection*, 2008-09 *Cato Sup.Ct.Rev.* 53, 70.
- ⁽¹³⁾ *Marcus*によれば、ギンズバーグ反対意見は、リッチ判決以前、最高裁判所でこの問題が問われたことはなかったというが、本当のところは、両者の衝突は、大方差別的効果に有利に、すなわち、不調和に見えることを避けるために差別的取扱を狭く解釈してきたのだろう、とする。 *Ibid.*
- ⁽¹⁴⁾ *Klein, Ricci v. Destefano: "Fanning the Flames" of Reverse Discrimination in Civil Service Selection*, 4 *Duke J.Const.Law & PP Sidebar* 391, 406-07(2009).
- ⁽¹⁵⁾ *Infra note 19*, at 289.
- ⁽¹⁶⁾ *Primus*, *Equal Protection and Disparate Impact: Round Three*, 117 *Harv.L.Rev.* 493(2003). 憲法の平等保護が差別的効果禁止できるかが第1ラウンド、次に差別的効果禁止の連邦法の憲法上の根拠が第2ラウンド、その次がこの争点というわけである。
- ⁽¹⁷⁾ *Id.* at 496.
- ⁽¹⁸⁾ *Id.* at 495.
- ⁽¹⁹⁾ *The Supreme Court, 2008 Term: Leading Cases*, 123 *Harv.L.Rev.* 282, 283(2003).
- ⁽²⁰⁾ *Id.* at 290-92.

⁽²¹⁾ Marcus, *supra* note 12, at 83.

⁽²²⁾ Williams, *supra* note 4.

⁽²³⁾ Greenhouse, *supra* note 3.

⁽²⁴⁾ Dorf, *supra* note 2.

