

整合と統合

— アメリカ合衆国の雇用構造改革訴訟に於る
コンセント・デクリーの手続と解釈 —

小川水尾

序

一章 公民権法七編に基づく雇用構造改革訴訟とコンセンスト・デクリー

二章 積極的差別是正措置とコンセンスト・デクリー

三章 コンセンスト・デクリーの法性質と手続

四章 コンセンスト・デクリーの解釈

序

「権利の時代」である今日、最も二〇世紀的な権利と特徴づけられる平等権が、法文化、訴訟社会をもって任ずるアメリカ合衆国に於て特異かつ急進的な展開を見てきたのは、何ら驚くに値しない自明の理と言えるかもしれない。ニューディール、第二次大戦を通して対外的にも民主主義のチャンピオンとして君臨し、国際関係の場にバックス・アメリカーナを実現したわけだが、その国家イメージは力と人権を双頭とする驚である。経済・軍事的基盤を根拠として資本主義・帝国主義的拡大という強力なムチをしならせる一方、冷戦期を経てソ連邦との対立競争関係に於て、人権・ヒューマニティというアメを標榜することは国益に適ったことであった。ソ連邦・共産主義との差異を創出し、国家のアイデンティティを力から人権（法的道徳主義）へと力点転換する政策は、カーター政権期に明確になったが、一九七六年以来の人権外交の根底は、一七七六年アメリカ共和国成立以来、一七八八年連邦憲法制定以来のアメリカ東部の理念の再表現^{リステイメンツ}であり、伝統的な憲法主義的理念を温故知新し国際化したものに他ならない。が、時間を一八世紀から二〇世紀に移し、空間を一連邦共和国から世界へと拡大しようとした人権というアメリカ的理念が現実的政策として機能するには、アメリカは先ず「陋^{くわ}より始め」なくてはならなかった。積年のアメリカのジレンマであった人種差別を連邦政策として積極的には是正し、自国の連邦公民権を実効化しないことには、世界に向って基本的人権を称揚する説得力を有さないことになる。

一章 公民権法七編に基づく雇用構造改革訴訟とコンセンスト・デクリー

現代公民権法の雄である七編⁽¹⁾は、一五名以上の従業員を擁する事業主、労働組合及び職業紹介業者が、人種、宗教、性もしくは出身国ゆえに、従業員並びに求職者に対し不公平な雇用人事慣行に従事することを違法化し、特にアメリカの夢をみることから歴史的に排除され続けてきた黒人⁽²⁾に、基本的人権の中核であり、社会参加の核心とも言える雇用機会平等を実定法をもって保障したものであり、一九六四年というバックス・アメリカカーナの頂点期の樂觀、ベトナム軍需景気による経済的強気並びに民主党ジョンソン政権の政治的強気を背景に制定され、翌六五年七月二日の発効をみたのである。

一体、アメリカの法体系は判例法への傾きが強く、法令が制定・発効をみたからといって、規定されている権利、違反、救済の具体的な内容、状況、程度は想定はされていても未だ確定はしていない。訴訟⁽³⁾を数事例経て、議定⁽⁴⁾の文言が裁判所の判決(司法解釈)により特定訴訟の特定事実及び法律関係に適用され、権利、救済の外郭が漸次画線されてゆく。判例法による制定法の実効化であり、立法者である議会の原意図を、第三府である司法府が事例の中で確認し、構築し、脱構築する司法立法のプロセスである。制定法の発効からテストケース数件が確定し、判例法が形成されるまで、通常かなりの時間を必要とする。七編の場合、制定は六四年一月一日、発効は六五年であったが、七〇年の声を聴いてグリッグズ事件⁽³⁾の最高裁判決があり、七二年に雇用機会平等法⁽⁴⁾という修正・強化法案を加え、判例法上、独自の法の形成・実現期に入るのは七九年のウェーバ事件⁽⁵⁾以降である。

尤も七編の上位法規には、連邦憲法修正第五條一四項(二七九一年確定、連邦政府に対する適正手続請求権は法の下の平等的側面を含む)、南北戦争終結後の一八六五、一八六八、一八七〇の各年に確定した同修正第一三、第一四、及び第

一五各条、なかんずく同修正第一四条の法の下での平等条項があるし、連邦権力の拡大の武器であった州際通商条項(同憲法第一条八節三項、一七八八年)や、ニューディール期の労使関係法の反差別条項にも遡及できる。上位法令ではないが、一八六六年確定の公民権法(合衆国連邦法典二編一九八一条や一八七一年確定の公民権法(同四二編一九八三条、俗にK・K法)も連邦雇用平等権の重要な法源であり訴因である。

一九五四、五年のブラウンI、II事件(公立学校に於る人種隔離の違憲性と、可及的速やかな人種統合を判示)を端緒とする連邦平等権は、八〇年代中葉に到る迄、大勢は法源に於て修正第一四条を頼む憲法訴訟であった。憲法訴訟は象徴性、インパクトの強さ、現行規範の基本的在り方の確認、見直しもしくは方向転換と、その全社会に及ぶ価値設定機能には圧倒的なものがあるが、ある権利(価値、規範)が人口に膾炙し、きめ細かい履行、執行をみるには、特殊立法及び政令を待たなくてはならない。雇用機会平等権の場合は上述のごとく、歴史的な連邦諸立法を踏まえての六四年公民権法七編と、七二年修正の雇用機会平等法が特殊立法の大動脈である。

特に七二年の雇用機会平等法は、雇用機会平等委員会(EEOC、大統領任命の五人の委員により構成、上院の助言と同意が任命に際して要件、任期五年)という連邦独立委員会を発足させ、更に右雇用機会平等委員会と司法省に違法な差別慣行(パターン・オブ・プラクティス)を職権で訴追させることを規定した。雇用機会平等権の保障は、実質的には雇用機会平等委員会及び司法省が七〇六、七〇七両条の行政要件、管轄要件、訴訟手続要件に法⁽⁶⁾で提起する公訴に拠っている。「差別」という言辞からして情動性の濃厚なもので、法構成が難しく、六三―六四年の制定の段階で定義に難渋した。「排除」「不均衡」「白人との偏差値二―三以上」「白人選抜率の八〇%以下」といった定義も、業務上の必要能力、善意の年功制の防衛に対して証拠能力が不十分であることも少なくない。加害者個人対被害者個人、過失対救済が妥当する直接差別の法理で把握できない氷山の潜在部分こそが、アメリカのジレンマたる人種差別現象の圧倒的な部分といえる。社会性、公益性の視点から雇用機会平等委員会及び司法省が公共事業体(地方自治体たる市・郡)

及び大企業を被告に公訴権を發動するパターン・オア・ブラックティス訴訟は、積極的差別是正^{アフェイティブ・ディスタンス}という意味での雇用平等権を可視的に実現するものである。それはマイノリティの現従業員もしくは求職者の集団に代って提起され、雇用機会平等委員会もしくは司法省が自治体や大企業の差別的人事行為・慣行を連邦地方裁判所に申し立て、従業員集団全体に及ぶ差止救済と、従業員個人に与えられる損害賠償救済を請求するものである⁽¹⁴⁾。

特にカーター政権時の司法省は、七編の執行に熱心で、雇用機会平等委員会と同等もしくはそれ以上の執行権限が七八年の行政再組織計画一号五節⁽¹⁵⁾により同省に付与されている。司法省によるパターン・オア・ブラックティス訴訟は、七二年の修正以前も私企業に対しては提起されていたが、当該再組織計画によって、州や市の地方自治体に対する訴訟提起の権限が司法長官に集中的に与えられることになる。雇用機会平等委員会から公共団体訴追権限を移譲されたことにより、七二年から七八年まで同委員会が果してきた訴訟開始に必要な要件、「調査、事実決定、被告への通知、和解の試み」を司法省が果すことになる。右要件を充足する手続として、コンセント・デクリーが司法省の七編執行戦略の主流になってくる。

全面訴訟で敗訴のリスクを負うより、訴訟開始に必要な右要件を充足しつつ、訴訟上の和解たるコンセント・デクリー締結にもちこむ訴訟経済政策である。因みに司法省が地裁に訴訟を提起したケースのうち三分の二が、提起と同時か少し後れて、当該デクリーで和解されている、との司法省のデータがある⁽¹⁶⁾。

また七二年から八三年の間に司法省は一〇六の地方自治体に対して公訴を提起し、八八%に当る九三件をデクリーで和解しており、九三件中一三件は、本案判決後にデクリー締結が交渉されたものである。デクリー手続が介入せず全面訴訟に終始したのは一〇六件中一三件に過ぎない⁽¹⁷⁾。

特に財政年度八七年は、司法省公民権部雇用訴訟課にとってデクリー締結数が史上最多であった。一年で二九件の公訴をし、二八件のデクリー締結という執行成果をあげた。損害賠償として遡及的^{レトロスペクティブ}給与が総額三億四千万ドル、四億

六千万円以上、マイノリティ従業員に支給されたとある。⁽¹⁸⁾

立法沿革も、行政命令も、行政指導方針も、心理及び経済的な誘因をいつつ雇用構造改革の手段、手続としてのデクリーを支持する。

学説も公民権訴訟に於るデクリー手続の将来性を指摘する。⁽²²⁾

二章 積極的差別是正措置とコンセント・デクリー

雇用構造改革の手続としてコンセント・デクリーに訴える点に於てのみ各界の総意の結集がある。改革の**実体**、最も典型的に雇用・昇進割当及び差支給のための地裁の管轄権保持である。⁽²³⁾

本稿が注目するのは、雇用構造改革の**実体**といってもよいアフアーマティヴ・アクション・プラン(積極的差別是正措置、以下AAP)と、履行手続としてのコンセント・デクリーの親和性である。雇用構造改革の**長期性**と、既得利益をしばしば「引き下げ」によって逸失しなくてはならない白人従業員・求職者集団からの**抵抗**という**事実上の与件**に対抗して如何なる司法政策的な配慮がなされるかの**説明**でもある。改革の**長期性**、**抵抗**の**事実上の与件**に対する政策上の**与件**は、自主的な和解努力が連邦政策たることである。⁽²⁴⁾この**事実上及び政策上の与件**を踏まえて、本稿は次の二点に論及する。

(一) コンセント・デクリーの私法契約的側面(自主的和解)と司法執行的側面(差止・裁判所侮辱罪)の混合が、正にその硬と軟の両面性ゆえに、雇用改革の先鋭的な部分たるAAP推進・履行手続として選ばれている。

(二) デクリーの**解釈問題**は、デクリーの履行段階、改革の進行段階で起るが、地裁の判事は、改革の**事実・法律関係**を七編の制定目的及び原被両当事者の合意に整合させる。判事は、**解釈の幅**ともいべき可能な**選択の上限・下限**を

明示すべきである。判事が解釈の幅を明示する義務は、司法の裁量権による関与が多大な雇用構造改革にあって、デクリー手続を補綴すると共に、改革の動向に相当な規整を及ぼすべきものである。

二点の論旨を提示したところで、七編の構図全体を俯瞰すると、それは平等権の表と裏とでもいえる情況である。

七編は過去の差別の痕跡を払拭しようとする、反差別原則と、そのコストとして現在・将来に白人労働者を逆に引き下げる逆差別現象を実践的に包摂していかねばならない使命を負う。積年のジレンマを解決しようとして別のジレンマに陥らなくてはならないアメリカ社会の平等権実現上の苦境である。事業主が差別是正のために、マイノリティ人員を積極的に雇用し昇進させ、レイオフの対象にしない等のA A Pを施行した結果、マイノリティ従業員、白人従業員(25)の両方から「過去の差別」「現在・将来の差別」の申し立てをされ狭み狭み撃ちになる「事業主のジレンマ」も珍しいことではない。

複数のジレンマを孕んだ七編であるが、その両義的な制定目的が公平に実施されていく進行のプロセスが雇用構造改革である。雇用構造改革にあって即効性の高いのはA A Pである。A A Pは平等概念の中で特異な位置を占める一価値、一実体であり、機会平等に対する処遇平等、個人正義に対する集団正義、矯正分配的正義に対する再分配的正義に立脚するものである。(26)

諸論争の焦点であるA A P——人種的特恵措置としての持ち上げ比率の使用——という実体的価値の是非は、寧ろ政治・倫理の問題で、七編法理にあっては、A A Pを規定するコンセント・デクリーの肯認手続の公平さ、肯認阻止権、阻止権行使の時宜性、判決効、解釈の一貫性といった手続及び解釈の土俵で論争が展開する。勿論A A P是非の実体論はコンセント・デクリーの手続・解釈論に連動している。

論旨(一)のデクリーの手続的混合性は、正にA A P是非両論の妥協と合成の反映である。論旨(二)の目的整合的解釈に

よる改革の動向の規整も、実体(AAP)、手続(コンセント・デクリー)が解決しそとなった間隙を、司法解釈が履行段階で補充、釈明、解決することに他ならない。

三章 コンセント・デクリーの法性質と手続

コンセント・デクリーの法性質の最たるものは、混合性と集団性である。社会的悪徳とされる市場独占、環境汚染、国家諜報機関によるプライバシー侵害、病院や監獄等の社会施設の荒廃といった反価値を治癒するために、裁判所が被害者の集団と、推定上の加害者の集団に和解契約⁽²¹⁾の取下げ・放棄と、違法行為停止・救済の約因の交換を締結させる手続である。推定上の加害者の自覚症状・有罪意識を利用して、加害者自らに契約履行・制度改革のイニシアティブを取らせ、反価値とされる独占、環境汚染、人種差別などの現象を、加害者の意識性にのって自己治療してゆかせる手続である。被害者集団が約束を受け、加害者集団が約束を寄せるという契約的な当事者相互の交換関係に加えて、地裁の裁判官がデクリー締結・履行・修正・取消しの各局面で肯認・否認をなしたり、履行監視をなしたり、デクリーに上訴の根拠となる判決効を生じさせたり⁽²²⁾の積極的かつ持続的な司法関与をなす手続である。裁判官は七〇三条(j)、(h)両項、七〇六条(g)項の司法抑止の制定法の文言で禁止されている事業主の経営の自由・営業特権の侵害を辛うじて避け、エクイティ(衡平法)上許されている裁量権を最大に行使して、雇用構造改革に執行力を絡ませる。コンセント(両当事者の合意)という契約の精髓に、デクリー(司法命令)という公権力による強制を掛け合わせた混合、中間手続がコンセント・デクリーである。コンセント・デクリーの法性質をめぐる⁽²³⁾、伝統的に契約説、命令説、及び混合説が対立するが、混合説の妥当性が高い。契約説は、差別をしないこと、マイノリティを積極的にリクルート・採用・訓練・昇進することを自主的に約定する事実を強調し、命令説は、事業主が現行の差別的慣行を改めないとき

の裁判所の差止支給権、デクリーが請求遮断効・争点遮断効の既判効を帯びる点、上訴の根拠になる点を強調するが、雇用平等訴訟のコンセント・デクリーは混合説へ、司法政策的に傾斜している観が強い。

改革の長期性と白人従業員集団からの予定抵抗が事実上の与件であり、自主的和解が連邦政策上の与件であることは既述したが、改革が充足しなくてはならない右三与件を考慮すると、混合説に則したコンセント・デクリーは自動的に浮び上る感もある。私人の集団であれ、司法省、地方自治体、企業であれ、約因交換に関する意思表示を、あくまで手続の根底に据え、修正・取消しの申し立て、履行遅延、不履行の抵抗にあつたら司法行為に頼ませ、或いは再訴訟を許して両当事者を徹底的に闘わせる余地も残してある。

雇用構造改革は公益性が高いことが多く、優れて公法である七編の実効化のプロセスであるので、司法行為が集団的私法行為を補綴するのは妥当である。原告集団側は、個人レベルでの損害賠償、地位保全、年功の請求の他に、集団レベルで構造改革推進の強力な潤滑油として集団和解に利益を見出せるし、被告事業主も経営権が維持される限度内で、雇用慣行を自己評価し、連邦の人種統合政策に帰順しているという企業の倫理姿勢を集団和解で示威できるなら損にはならない。訴訟で過失を認め敗訴するリスクを避け、七編の自主的遵守としての集団和解と抱き合わせで連邦の建設契約や補助金を得る経済的な誘因もある。

この陰と陽を併せ持つ訴訟手続は、七二年雇用機会平等法が立法された時点で、ニューヨーク州ジャヴィッツ上院議員発言により、雇用構造転換の為の数量割当が訴訟化したときの司法省の対応策として確認されている。⁽³⁰⁾

ジョンソン政権下の原七編制定以来、ニクソン、フォード、カーター、レーガン各政権を経て、AAP対策も変遷を余儀なくされている。特にレーガン政権の司法省は、黒人も白人も一律に機会平等で、差別の具体的事実のないところに持ち上げも引き下げもない、という額面通りの反差別原則をとり、AAPに否定的であったので公民権団体の危機感が強かった。しかし実際は司法省による雇用差別の訴追件数は財政年度八七年、レーガン政権期に史上最高の

二九件に達しており、そのうち二八件がコンセント・デクリー締結で集団和解されている⁽³¹⁾。過去の差別の事実認定に基づいた矯正的正義は許せるが、人種という集団的徴表を用いての分配的正義は許されないとする保守の論点⁽³²⁾、機会平等は許しても処遇平等は職業的能力の差異の現実からすると逆差別であるとする伝統的な保守共和党の論点は、それでも分配正義、処遇平等を許そうとする構造改革の潮流をせきとめきれないというのが本稿執筆時の平等権の現状である。

雇用構造改革の手段として、割当条項を含むコンセント・デクリーの手続的混合性が、正にその二重性質ゆえに効果的であるのだが、当該手続が好まれる理由はまだある。それは当該手続が、連邦民事訴訟規則、裁判所法から一歩遠のいた周縁的手続だからである。法性質に於る契約性と命令性の混合と並んで、(a)正式の確定判決として既判効を帯び、再訴に於て同一の請求及び争点を遮断する不再理の審理手続なのか⁽³³⁾、(b)中間判決として上級裁判所に控訴、上告されうるのか、(c)デクリーを肯認する際、地裁の判事は、正式の訴訟と比べてどの程度の事実認定を行うか、の各点に於て手続としての体系化が希薄であり、両当事者に対する公平さ(通知、反対権、審理の機会)という適正手続の基本原則があるばかりである。そもそも七編下の雇用構造改革訴訟は、地裁の判事の裁量権を大幅に許す「司法立法」の圏域であり⁽³⁴⁾、その中でも制定法及び民事訴訟法上の直接の体系化のないコンセント・デクリーが使われると、判事の恣意性の幅はかなり広範になる。例えば、コンセント・デクリーが締結されるのは、長期にわたる訴訟と綿密な和解交渉を経た後のこと⁽³⁵⁾もあるが、両当事者に通知をし、一日か二日の和解ヒアリングで、デクリー締結に反対する関係者の異議を名目的に斟酌したのち直ちに肯認されるゴム印であることも少なくない⁽³⁶⁾。一方、反対者がいなくとも否認の憂き目にあうデクリーもある⁽³⁷⁾。

デクリーは自主的和解契約としての存在意義が第一であるから、訴訟と違って、原告団に被告事業主の過失を拳証させることは避け、被告も差別的慣行に対する過失を明言的には認めない⁽³⁸⁾。ディスカバリ(証拠開示)は、被告の人権

防衛上も訴訟経済上も避けることが望ましい。和解ヒアリングで証拠調べをすることでどうかの決定権も、判事の裁量で、判事は両当事者が和解する動機を損うことがないよう、裁判にならぬよう配慮する。両当事者が和解することに各々の利益を見出せるよう指導、調停し、デクリー肯認か否かについて本案判決を下すことはタブーである。基本的に、割当条項及び割当不履行の際の差止条項を含むデクリーは、始めから「有効性の推定」⁽³⁹⁾を享受するのである。

ヒアリングでの証拠調べの要不要、デクリーを肯認するか否かの二要衝地点に於て、全面的な裁量権を行使する判事を規整するのは判例による肯認の規準であり、肯認をほぼ前提とした「公平さ、適切さ、妥当さ」⁽⁴⁰⁾であるにすぎない。判事による司法立法、越権行為を抑止し、恣意性の幅を狭めるために手統的公平さへの体系的アプローチが提案される由縁である。⁽⁴¹⁾

手統の公平化への提案とは、一に公告の必要である。集団和解が地裁の肯認を受けて最終化する前に、地方紙、社内報、社内掲示を通して、和解の内容を、影響を受けるかもしれない第三者関係者へ通告する。独占禁止訴訟の場合⁽⁴²⁾は、連邦登録紙^{フエドラルレジスター}により通告を公報化する義務があったが、雇用構造改革訴訟の和解の通告は、被告事業主の現在及び将来の従業員、と的を絞れるので、連邦公報掲載にまで及ぶ必要はない。当該提案一は、連邦民事訴訟規則二三条(e)項を進用したもので、コンセント・デクリーが集団訴訟(クラス・アクション)の和解形態、クラス・セトルメントとして発想されていることが窺える。

手統の公平化への提案二は、予定抵抗者(白人従業員集団の構成員で、デクリーの第三者、非当事者)に連邦民事訴訟規則二四条(b)項規定の限定的訴訟参加を許し⁽⁴²⁾、彼らにとっても公平な和解ヒアリングを経ることである。和解成立を阻害する第三者関係人集団も公平な審理に与るわけである。非当事者である白人集団に、限定的であれデクリーへの参加を許し、ヒアリングに与らしめることは、彼らからの将来の上訴を予定していることである。上訴の根拠という点から訴訟参加をさせ、そこにデクリー手統の公平化が提案されるのは、デクリー命令説への傾斜であろう。上訴に必要な

な^{スタンディング}当事者適格は、デクリー肯認を管轄する事実審への参加を要件としている。

デクリー手続公平化への提案三は、上訴の根拠として第三当事者にヒアリングへの限定参加を許す、という提案二と連結している。和解ヒアリングで原告団に挙証させるかどうかは判事の裁量による決定であること、デクリーの肯否について判事は本案判決を回避すべきことは既述したが、公平さの要請、特に後日の上訴の根拠という点に鑑るとヒアリングの調書は差別の統計的証拠を含むべきである、とする提案である。つまり事業主の過失は敢えて不問に付させるが、間接証拠、傍証はかためておく微妙なヒアリングを為すわけである。事業主の具体的な差別行為もしくは慣行に対する過失の認定をする代りに、「歴史的差別」というボカシの効いた事実認定をデクリーの規定で為し、その根拠として就業人口統計上のマイノリティ代表率の少なさを使う。差別の事実認定をデクリーの規定そのもの、つまり過去に差別のあった事実に関し被告事業主が原告団に同意する旨の規定、だけで十分とするケースもあるが、後日の白人の第三当事者からの抵抗、特にデクリー修正・不履行・履行遅延・取消しといった事情変更の申し立てに備えて、差別の事実を客観的に支持する数字が、認定、ヒアリングに含まれていることは手続整備上、圧倒的に望ましい。過失の申し立てをもろにはさせない、また挙証させるにしても間接的な統計数字で婉曲的にさせる、という審理に於る間接化によって、さし当っての全面訴訟を回避しつつも同時に上訴への布石を打つことがデクリーの制度目的とされるべきとの提案である。

公平化への提案四は、判事が自らの為す司法行為を説明できることである。疎明することにより、第三当事者からの反対と意見提示に対し、筋道の通った対応ができるべきとの提案である。

デクリー肯認の手続公平化への体系的アプローチとして四提案を紹介したが、それらは司法関与、司法立法が不可欠な制度改革訴訟で、裁量権の幅を規整しつつも改革の現実に接近する為の弛みと暈し(間接性)を維持することで、契約・命令の混合・中間・両義を意図的に方向付けたものといえる。手続的に命令一辺倒、契約一辺倒を拒んだとこ

ろ、そもそも公法訴訟に私法手続を不可分に絡ませたところから雇用構造改革のダイナミズムが生じ、持続する。

四章 コンセント・デクリーの解釈

解釈とは解釈者の誰彼を問わず、テキスト(文言)とコンテキスト(情況)の間隙を意味充填する意欲の行為である。テキストは解釈域の下限であり、コンテキストは解釈域の上限である。この上・下限の間に介在する複数の解釈の中から、解釈者の解釈する目的に整合することを要件に、特定の解釈が選ばれる。雇用構造改革訴訟にあって、解釈者は、先ず誰よりも、コンセント・デクリー肯認時及び履行時の連邦地裁の判事であり、次にそれを審査する控裁、最高裁の判事である。判事は、原被両当事者の各々の解釈を、七編に基づいた原告の人権保障(差別からの救済)という目的と整合させながら、中和的に或いは意欲的に合成する。

七編の構造改革訴訟で解釈問題が明確に浮かび上ってくるのは、AAPを含むデクリーの履行段階、七〇六条(8)項規定の救済の幅をめぐってである。一般的に「制度改革訴訟」と呼ばれている刑務所、病院の改革と同じように、雇用構造改革にあっては過失と救済の直結性が十分でなく、伝統的な民事訴訟手続に於る「過失の証明」→「勝訴の判決」→「救済の付与」という図式が失当寸前になる。⁽⁴⁾ 公益性、集団性に特徴づけられる公法訴訟に私法的な訴訟形態が十全に対応できないのである。

七〇六条(8)項は四文より成っており、第一文が司法に許容する救済権限と、第四文の司法救済を抑止・限定する文言内容が、立法沿革的にも論理的にも整合しない。第一文は「被告が訴状の述べるような不法な雇用慣行に意図的に従事したり、しつつかあることを地裁が認定するとき、地裁は当該不法雇用慣行を差し止め、適当なアフーマティヴ・アクション及び地裁が適当と認めるエクイティ上のあらゆる救済を命令することができる」とし、「適当なアフ

「アーマティヴ・アクション」とは例えば「適及的給与の有無を問わず、従業員の地位保全もしくは採用の強制」をなすことを含むとする。一方、第四文は「前条七〇三及び七〇四(a)違反という特段の事情がない限り、地裁は地位保全や適及的給与支給の命令をしてはならない」とする。

マイノリティ従業員採用、昇進、地位保全や適及的給与支給を地裁が事業主に命令したり、年功順にレイオフするのを禁じたり、組合にマイノリティ人員の加入を命令するのは事業主の就業構造に将来的な効果を及ぼすばかりでなく、人種という集団単位で、職業上の欠格者にまでも司法救済を許してしまうことになるので、六四年の原七編制定前から懸案の争点であった。「就業人口の人種の不均衡」を「差別」の定義として、右不均衡是正を割当て連邦省庁、連邦裁判所が事業主に強いる、という攻撃的なAAPの是非が第一文と第四文の不整合の中に現れる。

第一文はエクイティ(衡平法、慣習法、判例法)上のあらゆる救済が許されるとし、第四文は前条制定法違反があったときに限って救済命令が許されるとする。救済の幅を広く解釈する第一文に重きを置いて、AAPを肯定する統一的理解が七〇年代から八〇年代初めに、連邦一二巡回区的全控訴裁判所の判決に現れたが、それらは「目もあてられない法外な差別」を救済の対象とする例外的な事件であった。⁽⁴⁶⁾

救済の幅を狭義に解釈するには、司法抑止の文言「地裁は……命令してはならない」で始まる第四文を援用する。七〇六条(8)項の第一文と第四文の対立、不整合に加えて、同条第四文の解釈を争点とする立場が三つある。

その一は、憲法、制定法違反があったとき以外、地裁は将来的に事業主の就業構造に効果を及ぼす差止をなしてはならない、経営者の人事決定権を連邦裁判所が現在・将来にかけて侵害することまかりならぬ、とする解釈である。「過失なくして救済なし」の法理⁽⁴⁸⁾として、地裁が強制するアファーマティヴ・アクションに強い歯止めをかけてきた。連邦司法が、特に白人従業員の既得利益を「不必要に拘束する」ことは許しがたいとする。⁽⁴⁹⁾年功、年功順のレイオフ及び昇進のケースで白人従業員の当事者とレーガン司法省が頻繁に援用した解釈で、過失という救済の根拠が確定不

能な「社会的差別」の情況で、事業主及び白人従業員が割当の負担を担うことに異議を唱える立場である。

七〇六条(8)項第四文の解釈その二は、混雑動機の場合に限って、司法による強制的救済を禁ずるもので、解釈一の縮小解釈である。原告側が被告事業主の人事決定の違法な動機を舉証しえたものの、被告側が同時に、右人事決定の違法性阻却事由を証明しえた場合で、事実関係からすると「差別行為がなかったとしても、原告側の職業的欠格性により、不採用・不昇進という同一の結果」になってしまった場合の情況特定の解釈である。違法な動機と合法的な動機が同一の人事決定行為に混在したことが両当事者から証明された特定情況にあって、地裁は差止命令で原告救済をなしてはならないとする⁽⁵⁰⁾。

同条同文の解釈上の争点その三は、AAPの強制を地裁に許す差止支給権と、差止支給の為の管轄保持を規定するコンセント・デクリーは、同文の禁止する司法命令に該当するかどうかである。ロー(制定法)とエクイティ(非制定法)が併合されている筈の現代アメリカ法で、共に司法命令を指示する「オーダー」と「デクリー」の、七〇六条(8)項第四文にあっての両者の整合性と示差性が、一九八六年の最高裁判決、クリーヴランド消防夫事件⁽⁵¹⁾で主位的に問われていることに先ず驚くわけである。次に、このクリーヴランド消防夫事件で何故、「オーダー」と「デクリー」を峻別し、七〇六条(8)項第四文のキー・ワードになった「オーダー」の圏域から、「デクリー」を追放する必要があるのかという司法配慮に心が向く。クリーヴランド消防夫事件の最高裁判決(六一三、ブレナン判事法廷意見)は、制定法たる同条同文の言う「オーダー」から、コンセント・デクリーを政策的に排除する解釈をすることにより、非制定法、慣習法、判例法の領域での司法救済を確保しようとしたと思われる。制定法域での救済の限界は、同条同文の解釈その一に記したように、救済の根拠として過失と特定被害者個人を前提としており、黒人・ヒスパニックスといった人種の集団の一員というだけで被害を受けなかった個人にまで司法救済を及ぼしてはならないことである。雇用構造改革にAAPが用いられ集団救済が許されると、実際に被害を受けたわけではない個人の便乗問題が必ず起ってくるが、

AAPの付帶的費用ともいえる便乗組の救済を、七編制定法の枠組から外れた慣習法、判例法というエクイティの領域で許容しようとする配慮が窺われる。この配慮は、AAPを規定するコンセント・デクリー手続の法性質を、従來の命令説に近い混合説から、混合説を維持した契約説へと転換させようとするものである。七編の公法性を盾に、差止を始めとする司法関与に助けられたAAPなしで就業構造の人種統合はありえなかったが、AAPの付帶的費用として便乗組までも持ち上げ、そのぶん事業主の人事決定権を侵し、白人従業員に負担を強いてきた雇用構造改革の現状に対し司法謙抑の姿勢が示されている。司法関与による強制の程度を下げ、事業主とマイノリティ従業員集団との私法的な合意を、より強調する方向に向っている。八〇年代の関連判例の態様は、(i)アメリカ的な法理としてのAAPを、当事者の自主的合意、自主的努力を根拠に防衛、維持してゆく方向と、(ii)私法訴訟で救済の限界を見極めさせる意味で、いっそのこと和解を離脱してAAPを本案で判決しようとする方向の二方向を向いており、長期にわたる悪質な事例⁽⁵⁴⁾の処理を除いて、総意は存在しない。

総意不在の論争ゆえに、しかも職場の人種統合という切迫した連邦及び各州の人権上の利益ゆえに、雇用構造改革は進行しなくてはならず、白人従業員の既得利益侵害に触発されて起る統合に対する長期的な抵抗が与件であることから、司法関与もまた程度の差こそあれ必須である。必須であるにせよ、また必須であるからこそ相当の規整と謙抑が並行して必須になるわけである。

右司法関与の相当の規整と謙抑を具体化したものが、参考文献(3)六二八頁以下の公民権コンセント・デクリーの解釈モデルであり、三章に既述した参考文献(2)九二九頁以下の手続的公平化への体系的アプローチの四提案と共に、相互補充的にデクリー整備への課題を示唆するものである。

AAPは人種統合の手段として許されるが、更にAAPの手段としてのコンセント・デクリーが許容されるためには、解釈・履行段階で原告の基本的人権が挫折せしめられぬよう原告救済という目的と整合する解釈がなされなくては、

はならない、とするのがアンダーソン論文のデクリー解釈モデルの前提である。デクリーの目的整合的解釈という点で不整合は起らないが、「目的」をデクリーの上位制定法たる七編の立法目的と整合させるのか、アンダーソン論文の言う原告・マイノリティ市民の人権保障という目的と整合させるのか、被告・事業主の人事決定権とどの程度調和させるのか、複数の解釈が可能である。過失認定と救済が直結していないぶんだけ、救済の具体案は、裁判所が将来的に何を公平、有効と解釈するかに拠る。例えば、採用・昇進割当は人種統合に適切か否か、割当の高低はどの程度で、目標達成度、実施期間について、どのくらい柔軟であるべきか、マイノリティ従業員の募集、訓練にどの位の金額を計上すべきか、人事決定の際の職業適格の有効化にどの程度の力点をこめるべきか、等の決定は、裁判所の選択であり、裁判所から見て「受容できる選択幅・解釈域」の中から特定救済が選ばれる。「多くの可能性の中から一つの救済を選ぶのは裁量である。それは必然的に、概算、近似値でしかないし、ある程度の不正確さを伴う」(Turtl Brotherhood of Teamsters v. U. S., 431 U. S. 324, 372 (1977))。

「受容できる選択幅・解釈域」の概念は、広範な司法裁量に支えられ、司法関与・司法立法なしでは進行しない雇用構造改革とその手続たるコンセンスト・デクリーを履行段階で規整する点で評価に価する。それは解釈域の上限(救済の上限でもある)を、原告側が請求し且つ和解に達した救済までとすることである。和解していない法律問題は救済のらち外であり、勝訴可能性が高くとも、デクリーの上限を突破して失当してしまう。解釈域の下限(救済の下限である)は、被告側の違法行為がデクリーで認められてはならないことである。勝訴時の救済とまではいえないが、被告との和解に達した救済が、デクリー解釈の際の原告に対する救済の上限であり、被告は合法行為に限りて和解できる、とする。⁽⁵⁷⁾「受容できる解釈域」の概念は、原告側の人権保障を意図しつつも原被告両当事者の合意との整合を地裁に義務付けている点で評価できる。

デクリー手続(三章)とデクリー解釈(四章)の二段階に於る体系化が、辛うじて雇用構造改革の一貫性、整合性、釈

明可能性を維持さしめるもので、手続・解釈の二段階に於る体系化・整備が七編雇用構造改革・職場の人種統合を促進することを論じて結語とする。

- (1) PL 88-352, 78 Stat. 241, 42 U. S. C. 2000e (1982).
- (2) 110 Cong. Rec. 6548 (1964) (コンナリー上院議員の発言)。
- (3) *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U. S. 424, 91 S. Ct. 849 (1971). 連邦最高裁全員一致の判決。電々公社が業務上必須の技術とは認められない入社テストを行って、白人求職者より黒人求職者を落とす傾向が明らかなる場合、当該入社テストは七編違反であるとした。黒人原告が白人被告の人種差別的意図・目的を証明する直接差別の法理から離れ、白人被告集団が長年従事してきた雇用・人事慣行が黒人原告集団に法外なマイナス効果を与えるという間接差別の結果証明の法理を初めて認容した。間接差別の統計学的証明を認めることにより、雇用差別訴訟の間口を広げると共に、善意の職業上の適性要件 (b f o q) という事業主側への公平な配慮もなされ、七編雇用差別訴訟の法理上の緻密化が、原被両当事者の立場からなされた。直接・間接差別の区別については下掲注(13)参照のこと。
- (4) PL 92-261, 86 Stat. 103, 42 U. S. C. 2000e-5 (1982).
- (5) *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U. S. 193, 20 FEP 1 (1979). 全米鉄鋼労連とカイザー・アルミ化学工業の積極的差別是正措置 (アファーマティブ・アクション・プラン、以下 A A P) が五対二で最高裁に支持された。私企業が自主的に就業構造の人種的均衡をはかるのは、七編、特に七〇三条(d)、(j) 両項と抵触しないとされた。ルイジアナ州グラマーシー所在のカイザー・アルミ化学工業では、地域の就労人口の三九%が黒人であるが、七四年以前は、二七三名の熟練工のうち五名 (一・八三%) のみの黒人代表率であった。この三九%と、一・八三%の不均衡是正のために、七四年に A A P が同工場で実施され、一三名の熟練職訓練生のうち七名を黒人、六名を白人の訓練生に割当てた。年功権の高かった白人労働者ブライアン・ウェーバ等数名が、人種割当ゆえに年功権の低い黒人労働者に熟練職訓練生のポジションを奪われたとして集団訴訟提起。一審、二審とも原告ウェーバ側の勝訴であったが、最高裁で逆転した。本件での A A P は、コンセント・デクリーでなく、カイザー

(会社)側と労働組合との団体協約で規定されていた。

次に雇用割当ではないが、A A Pが全米の注目を浴びたバッキ事件の判旨を記す。Regents of Univ. of California v. Bakke, 438 U. S. 265, 98 S. Ct. 2733 (1978).

カリフォルニア大学(州立)デイヴィス校医学部の入学割当が争点となった。マイノリティ人口の専門職に於る代表率を増やそうとする余り、入試得点の高かった白人受験生アラン・バッキが逆差別され入学を拒否された。州裁での一審、二審ともに原告バッキ支持で、一六名の入学割当は、連邦憲法修正第一四条、公民権法六編、カリフォルニア州憲法に違反するとした。

連邦最高裁は、前審判決を部分肯認、部分否認し、九人の判事が四・一・四と連携し、逆差別論争の縮図と化した。入学割当は六編違反であるが、州立大学が公共政策上、マイノリティの専門職人口を増やすために人種を考慮することは違憲ではないと判示。A A Pの持ち上げと引き下げの功罪が最も尖鋭化した事件であったが、バッキは差止により同校に入学し卒業してまったので、本件はムートとなり司法判断適合性は霧消した。バッキ事件の最大のインパクトは、ブレナン、マーシャル、ブラックマン、ホワイト四判事の反対意見で、それは歴史的差別の痕跡を払拭するためには人種的特恵措置の大幅な使用をも辞さないというものである。加えてパウエルの同意別意見が、人種の割当を多様性の視点から限定的に許容したとあって、割当の許否に関しては五対四で肯定されたと読める。

(6) §10(c), 29 U. S. C. §160(c), 1976; §8(a)(3), 29 U. S. C. §158(a)(3), 1976.

(7) A A Pの最高裁でのテストケースには、ドフェニス事件(七四年)、バッキ事件(七八年、前掲注(5)参照)、フリラヴ事件(八〇年)があるが、いずれも訴因は憲法修正第一四条であり、雇用平等を直接問う七編が最高裁の専権解釈に付されるのは、(七九年のウェーバ事件(前掲注(5)参照)、八四年のメンフィス消防夫事件、八六年の鉸金工事件及びクリーヴランド消防夫事件と、八〇年半ば以降で、七編法理は現在進行中である。

(8) 七〇六条準拠の雇用機会平等委員会公訴と、七〇七条準拠の司法省公訴は、七〇七条(e)項によって同一の訴訟開始要件を充足することになった。

(9) 文献(2)八九〇―八九一頁参照。

- (10) *Castaneda v. Partida*, 430 U. S. 482, at 496, 96 S. Ct. 1272, at 1281, n. 17 (1977).
- (11) *Connecticut v. Teal*, 457 U. S. 440, 102 S. Ct. 2525, FN 4 (1982); 29 CFR § 1607.4(D) (1981).
- (12) 七〇三条(b)項は「合法的差別」である善意の年功制及び業績主義を違法性阻却事由として確認す。 *Teamsters v. U. S.*, 431 U. S. 324 (1977); *Franks v. Bowman Transportation Co.*, 424 U. S. 747 (1976). 年功制は差別の歴史性に鑑みて、「インリテ」当事者から差別の永続化を媒介する制度として攻撃を受けることが多い。七〇三条(a)項(1)目の直接差別、同条項(2)目の間接差別の申立てと結合して、その善意性が鋭く問われることもある。 *Firefighters Local Union 1784 v. Stotts*, 679 F.2d 541 (CA 6, 1982), 104 S. Ct. 2576 (1984). 昇進「レイオフ」、配属換えなど雇用の中期以降に、白人従業員の年功権がマイノリティ従業員に平等権と抵触をきたすことが多く、七編訴訟の代表的な場面になっている。
- (13) 七編の実定条項として、七〇三条(a)項(1)目は俗に直接差別と説明される違法な雇用行為を規定する。「事業主が従業員の入種、膚の色、宗教、性もしくは出身国ゆえに雇用しないこと、解雇すること、或いは給料・雇用の諸条件・特権に関して等の差別をすることは違法な雇用行為に該当する」とある。白人の事業主Aが黒人の従業員Bを黒い膚ゆえに解雇したり、他の白人従業員に対してよりも厳しい懲戒処分をなしたりの悪意の処遇をなす情況である。訴訟化してAの過失(悪意)がBに証明されれば、Bの救済に比例し直結する伝統的な訴訟の態様が予想されている。但し、違法な雇用行為の内容を説明するのに「差別をする」の言辭が使われており、肝心の「差別をする」の定義の具体性が希薄である。判事による司法立法の介入する拠点の一である。立法する議会も法令が実施される段階で起ってくる事実・法律上の争点を裁判所の判決に委ね、司法立法を公けに許している側面もある。118 Cong. Rec. 7167 (1972).
- 七〇三条(a)項(2)目は俗に間接差別と説明される一連の不法な雇用行為に向けられる。「雇用機会を奪ったり奪う傾向のある方式で、従業員もしくは採用志願者を、当該個人の人種・性・宗教・出身国ゆえに、事業主が制限、分離、分類したり従業員としての地位に悪影響を及ぼす等の行為は違法な雇用行為に該当する」とある。事業主及び経営管理層が白人により構成されている企業もしくは自治体が採用に当って、高校卒業証書を要件としたり、身長・体重の上下限を設定したり、適正テスト、口頭・筆記テストを行う場合である。志願者の得点を予想しようとするもので、テストの内容と職務の内容が十分に関

- 連しており、採点が公平であれば客観的であると考えられる場合である。ところが志願者の人種構成に照らして、採用者のマイノリティ人員が極度に少ない場合である。マイノリティ志願者の採用率が低いと、業務上必要な善意の適性要件からはずれ、人種ゆえのマイナス効果が疑われ、悪影響を蒙ったとするマイノリティ集団から企業・自治体に対して訴訟が提起される。が、差別行為の主体は組織であり人事慣行であり非人稱の制度である。人事慣行手続に潜む差別的意図の摘出、証明は容易でなく、潜在的な差別的意図を統計数字で傍証したり、顕在するテストを、アメリカ心理学協会、アメリカ教育研究協会、教育に於る測定問題審議会等の専門機関設定による規準に合わせて「有効化」するに留まる。テストの有効化と直結する間接差別訴訟では、雇用機会平等委員会、連邦公務員委員会、労働省、司法省の共同採択した「従業員選抜手続に関する統一指導方針」(29 C. F. R. § 1607)があり、行政指導方針として司法府の熟慮を受けるが、方針自体は規準設定機能以上に法の拘束力は有さなく。
- (14) General Telephone Co. v. EEOC, 446 U. S. 318 (1980); Int'l Brotherhood of Teamsters v. U. S., 431 U. S. 324, 364 (1977); Albemarle Paper Co. v. Moody, 422 U. S. 405, 412-22 (1975).
- (15) 5 U. S. C. § 906 (1978).
- (16) 参考文献(5)一一八二頁、脚注三〇。
- (17) 参考文献(2)八九四頁、脚注四二。
- (18) Fair Employment Practices, Summary of Latest Developments, Vol. 24, No. 1, p. 2 (Jan. 7, 1988).
- (19) 雇用目標が%で明示されている七編訴訟の場合、司法省は慣行としてコンセンタ・デクリー締結にのり出すことになってくる(ニューヨーク州ジャヴァイツ上院議員の議会発言, 118 Cong. Rec. 1675 (1972))。
- また七編七〇六条(i)項により雇用機会平等委員会に与えられた強制執行請求権限、「本条で提起された民事訴訟で出された地裁の命令に事業主が従わないとき、同委員会は右命令への従順を強制する手続を始めることができる」があるが、文言中の命令が「コンセンタ・デクリーを含むか否か、七〇六条(b)項中の命令(オーダー)と共に解釈の余地は多し。
- (20) E. O. 11246, 3 C. F. R. 339 (1965). 労働省の下部機関である連邦契約遵守局が五〇名以上の従業員を擁し、年間五万ドル以上の連邦契約を請負う建設業者に、商契約と抱き合わせで、人材活用分析をし、マイノリティ及び女子を積極雇用するこ

- とを義務づけた。ジョンソン政権以来、行政の超党派的伝統であり経済的に反差別を誘導しようとする。
- (21) 29 C. F. R. § 1608 (1985). 雇用機会平等委員会の指導方針は自主的な A A P の適切な形態としてコンセント・デクリーの使用を想定しているが、指導方針は法の拘束力を帯びない。
- (22) 文獻(2)八八九頁、及び(3)五八二頁。
- (23) 文獻(2)八九五頁以下。コンセント・デクリーの規定内容を二二項目に類別する。
- (24) Carson v. American Brands, Inc., 450 U. S. 79, 88 n. 14 (1981).
- (25) W. R. Grace and Co. v. Rubber Workers Local Union 759, 103 S. Ct. 2177 (1983); McAleer v. A. T. T., 416 F. Supp. 435, 440 (D. D. C. 1976).
- (26) 文獻(1)一八一―二八頁。実際に差別の被害を蒙っていない者にも、集団のメンバーというだけで、集団的利益(割当・差止)への便乗を許す立場。八〇年代中期以降の代表的判示に: Wygant, 106 S. Ct. at 1853 (1986) (オコナー判事、判決同意別意見); クリーヴランド消防夫事件, 106 S. Ct. at 3072 (1986) (ブレンナン判事法廷意見); 鋳金工事件, 106 S. Ct. at 3054 (1986) (ブレンナン判事多数意見)がある。後掲注(22)の立場と対立する。
- (27) 契約説: 両当事者の意思表示に基づく約因の交換を絶対視し、司法関与を潔しとしない。規定文言を厳密に履行することを主眼とする私法行為理論。Swift and Co. v. U. S., 276 U. S. 311, 323-24 (1928); U. S. v. Armour and Co., 402 U. S. 673, 681-82 (1971).
- (28) 命令・判決説: 両当事者の合意以上に司法関与、特に司法執行への傾斜を強調する司法行為理論。コンセント・デクリーは連邦民事訴訟規則五四条(a)項の言う判決、命令であり上訴の根拠となるとする。Carson v. American Brands, 450 U. S. 79, 86-87 (1981) (高い公益性ゆえに連邦議会の和解奨励政策——前掲注(24)——が講じられた訳で、それは司法関与を釈明するが、同時に両当事者の合意が存在したのに肯認されなかったデクリーは、中間判決として即時上訴が認められており、公益、私益の両面からの手続を保証する。28 U. S. C. § 1292(a)(1)).
- (29) デクリーの集団性であるが、デクリーの締結、履行により、直接影響を受ける従業員、求職者の数が数十万人に及ぶこと

がある。EEOC v. American Tel. and Tel. Co., 556 F. 2d 167 (3d Cir. 1977), cert. denied, 438 U. S. 915 (1978) (全米最大の私企業を司法省と雇用機会平等委員会が訴追、和解した)；U. S. v. Allegheny-Ludlum Indus., 517 F. 2d 826 (5th Cir. 1975), cert. denied, 425 U. S. 944 (1976) (全米鉄鋼業界の大手九社を司法省が訴追、和解した。九社の市場占有率は七三%で、三〇万人の従業員を擁していた)；Luevano v. Campbell, 93 F. R. D. 68 (D. D. C., 1981) (連邦公務員採用テスト廃止を含む連邦政府の雇用構造改革を七編下のデクリーで履行しようとしたもので、七六年から八〇年にかけて、七〇万人が当該採用テスト——P A C E——を受験していた)。

(30) 前掲注(19)参照。

(31) 前掲注(18)参照。

(32) 「過失なくして救済なし」の法理。救済の根拠として過失証明を前提とする立場で、A A P が訴訟化すると白人当事者から定率的に援用される。レーガン政権の司法次官レイノルズ氏は、各地の市当局のA A P とその司法執行を当該法理で挫折せしめようとした。ブッシュ新政権の公民権政策も当該法理を基軸とする点では前政権と実質に於て同じ様子である。集団救済が現在及び将来に涉って効力を有するときの根拠の問題は、コンセント・デクリーの判決効の操作及び規整の問題になる。デクリーの請求・争点遮断効については、紙幅上、別紙に譲らざるをえない。

(33) コンセント・デクリーは、実質的にはA A P を防禦する論理で、デクリーに既判効(争点遮断効)ありとする命令説である。一度締結されたデクリーは、再訴にあって訴え却下の訴訟判決を喰ふ。Dennisson v. City of L. A. Dept. of Water and Power, 658 F. 2d 694 (CA 9, 1981)；Thaggard v. City of Jackson, 687 F. 2d 66 (CA 5, 1982), cert. denied 464 U. S. 900 (1983)；Marino v. Ortiz, 806 F. 2d 1144 (CA 2, 1986), 108 S. Ct. 586 (1988)。本年六月二二日付 Martin v. Wilks 事件の最高裁判示があり、現在激変中の法域である。

(34) 上掲注(9)(13)及び四章を参照されたし。

(35) Officers for Justice v. Civil Service Comm'n, 688 F. 2d 615 (CA 9, 1982), cert. denied, 459 U. S. 1217 (1983) (ハンフマンシスコ市警の差別的人事が、六年の訴訟、四件の差止申し立てについて本案判決が出された後、デクリー和解された)。

- (36) U. S. v. City of Jackson, 519 F. 2d 1147 (CA 5, 1975) (デクリー申立てと提訴が同時に、金曜日になされ、月曜日にデクリーが肯認された)。
- (37) In re Traffic Executive Ass'n, 627 F. 2d 631, 633 (CA 2, 1980).
- (38) EEOC v. American Tel. and Tel. Co., 556 F. 2d 167, 176 (CA 3, 1977), cert. denied, 438 U. S. 915 (1978).
- (39) U. S. v. City of Miami, 614 F. 2d 1322, 1333-34 (CA 5, 1980).
- (40) 前掲(35)のシスコ市警事件、688 F. 2d at 624-25 (CA 9, 1982) (和解を肯認するとき、地裁はそれが、公平、適切、妥当で、事実関係と照らしても適當であることを決定せねばならぬ)。
- (41) 参考文献(2)九二九—九三四頁。
- (42) 白人従業員集団及び白人組合員を多数派とする労組に、マイノリティ集団と事業主の間及び司法省、雇用機会平等委員会と事業主の間の合意形成を阻止させる機会を与える訴訟上の権利。連邦民事訴訟規則二四條(a)項、(b)項に各々、権利的訴訟参加、許容(限定)的訴訟参加と規定されており、関連利益の高低により阻止力に段階がある。また七編七〇六條(f)項(1)目は被告が地方自治体・省庁であって、雇用機会平等委員会もしくは司法省が原告であるとき、被差別当事者の訴訟参加権を規定する。七編コンセント・デクリーは司法の保護の厚い分野で、「有効の推定」を受ける慣例であるので、民事訴訟規則二四條(b)項の許容(限定)的訴訟参加のみが許され、それもデクリー肯認前に、公告のあった時点で訴訟参加してはならない。クリーヴランド消防夫事件(106 S. Ct. 3063 (1986))；Marino v. Ortiz, 806 F. 2d 1144 (CA 2, 1986), 108 S. Ct. 586 (1988)。
- (43) 参考文献(5)八五四頁、脚注四四。Culbraith v. Dukakis, 630 F. 2d 15 (CA 1, 1980)；U. S. v. City of Alexandria, 614 F. 2d 1358 (CA 5, 1980)；U. S. v. City of Miami, 614 F. 2d 1322, rehearing granted, 625 F. 2d 1310 (CA 5, 1980) (en banc)；Baker v. City of Detroit, 504 F. Supp. 841 (E. D. Mich. 1980)。
- (44) O. Fiss, Injunctions, pp. 415-81 (1972)。
- (45) メンフィス消防夫事件のブロックマン判事反対意見脚注10 (Firefighters Local Union 1784 v. Stotts, 104 S. Ct. 2576, 2606 n. 10 (1984))。

(46) 例えは U. S. Electrical Workers, IBEW, Local 38, 428 F.2d 144 (CA 6), cert. denied, 400 U.S. 943 (1970) では、組合員一三一人中、黒人組合員は二人で、三四八七人の電気工事労働者が就労あっせんを受けたうち、黒人は二名だけであった。対白人比率は〇・一五%である。また、Kaplan v. I. A. T. S. E., Local 659, 525 F.2d 1354 (CA 9, 1975) では、女性写真家の組合参加が悉無であった。

(47) 参考文献(5)三七章一三九五—一四一七頁。将来的に効果を及ぼす差止の淵源は連邦民事訴訟規則六五条(d)項、七編七〇六条(g)項及び七〇六条(f)項(2)目である。七〇六条(f)項(2)目は、雇用機会平等委員会及び司法長官が、地方自治体及びその関係省庁を、訴訟関係を凍結する意味で係争中、暫定的に差し止める。

(48) 前掲注(32)参照。

(49) United Steelworkers of America v. Weber, 443 U.S. 193, 208 (1979).

(50) メンフィス消防夫事件のブラックマン判事反対意見(104 S. Ct. 2576, 2607 (1984)).

(51) Local 93, Int'l Ass'n of Firefighters v. City of Cleveland, 106 S. Ct. 3063 (1986).

(52) 前掲注(33)参照。

(53) Ashley v. City of Jackson, 104 S. Ct. 255, 256-59 (1983) (ハンクウィースト判事反対意見に、ブレナン判事同意)。

(54) 前掲注(46)及び鋳金工事件(478 U.S. —, 106 S. Ct. 3019 (1986))、ブラダイス事件(478 U.S. — (1987))を参照のこと。

(55) System Federation 91 v. Wright, 364 U.S. 642, 651 (1961).

(56) 参考文献(3)六三一頁、脚注二四八。

(57) メンフィス消防夫事件の最高裁法廷意見(ホワイト判事は、七〇三条(h)項の許す善意の年功制に違反して、マイノリティ消防夫のレイオフ禁止を強制した第六巡回区控訴裁判所判決を本案で取消した。それに対しクリーヴランド消防夫事件の最高裁多数意見(ブレナン判事)は、AAPを規定するクリーヴランド市のデクリーが七〇六条(g)項違反でないとする。デクリーが七〇六条(g)項の指示する制定法上の司法命令ではないとする解釈で、デクリーをコモン・ローの彼岸へ解放し、「過失なくして救済なし」の法理による制定法上の違法性を阻却し、AAPを守った。解釈域の下限への司法の固執が窺われる両事件では

参考文献

- (1) Fallon and Weiler, *Firefighters v. Stotts: Conflicting Models of Racial Justice*, 1 S. Ct. Rev., 1984.
- (2) Schwarzschild, *Public Law by Private Bargain: Title VIII Consent Decrees and the Fairness of Negotiated Institutional Reform*, Duke L. J., p. 887 (1984).
- (3) Anderson, *The Approval and Interpretation of Consent Decrees in Civil Rights Class Action Litigation*, Univ. of Ill. L. Rev., Vol. 3 (1983), p. 630.
- (4) Rutherglen, *Notice, Scope, and Preclusion in Title VIII Class Actions*, Vol. 69 (1983), p. 11.
- (5) Schlei and Grossman, *Employment Discrimination Law*, 2d Edition, BNA (1983), and 1983-84 Cumulative Supplement (1985).