

# 社会的課題と平等保護条項 ——基本的権利と疑わしい区分を中心に——

元甲南大学企業法務研究所客員研究員 高橋 靖

## はじめに

本稿は、アメリカ合衆国における社会的課題と平等保護条項の関係を考察するものである。第1章では、前半部分で合衆国憲法と人種問題の関わりをまとめる。司法審査の手順を簡潔に記載し、あわせて予備的に審査の対象となる権利の概念を整理する。第14修正を含む合衆国憲法における個人の権利の体系に関して論ずる。後半部分では、司法審査における合理性の基準とその平等保護事例への適用を考える。またウォーレン・コート期での平等保護審査の変化にも言及する。第2章においては、司法審査の基準の厳格化と平等保護事件に関連して、基本的権利によるアプローチと疑わしい区分によるアプローチを総体的に考察する。前者については類似する概念を整理し、憲法に規定があるものとそうでないものを判例により比較し、その意義を議論する。後者については、人種という区分をBrown Iから検討をはじめ、性差別に関連し中間審査にもふれる。第3章では第1章と第2章を受け、実質的平等への試みとして人種という区分に関わる人種別学解消措置とアファーマティブ・アクション問題に対し、判例がどのようにあつてきたかを分析する。そのうえで、社会的課題の改善に関して平等保護条項が有する可能性と課題をあげる。

## 1 平等保護条項について

### 1.1 平等保護条項の意味

#### 1.1.1 概念に関する予備的整理

アメリカ合衆国にも多くの社会的課題があるが、合衆国憲法との関係でいえば、人種問題は最も大きなものであるとよい。アメリカに多くの影響をあたえたロックは、1690年の『市民政府論』において自然状態につき「完全に自由な状態であって…また、平等の状態でもある<sup>1)</sup>」と自由と平等を並置した。さらに自然法は「一切平等かつ独立であるから、何人も他人の生命、健康、自由または財産を傷つけるべきでない<sup>2)</sup>」と教えるという。また、1776年の独立宣言も「すべての人間は生まれながらにして平等であり、その創造主によって、生命、自由、および幸福の追求を含む不可侵の権利を与えられている<sup>3)</sup>」と述べ、やはり個人の自由と平等に言及している。ところが、にもかかわらず、1787年の合衆国憲法では、よく知られているように平等という表現はまったくもちいられていない。合衆国憲法第1編9節1項に記載される「現に存在する州が入国を適当と認める人物」とは（黒人）奴隷を意味すると解されており、合衆国憲法は、南部を中心に奴隷制度が存在していることを前提としたものであった<sup>4)</sup>。奴隷制度が他人の生命、自由、および幸

1) ロック（鶴飼訳）[1968] 10頁。

2) ロック（鶴飼訳）[1968] 12頁。

3) 合衆国政府文書の訳文は、アメリカンセンター JAPAN のものを使用している。独立宣言は以下の URL のものを用いた。https://americancenterjapan.com/aboutusa/translations/2547/ なお、合衆国憲法の条文の URL は次のとおりである。https://americancenterjapan.com/aboutusa/laws/2566/

福の追求を侵害することは自明であり、合衆国憲法は、独立宣言の趣旨を生かすことができず、前文でも「われらとわれらの子孫のために自由の恵沢を確保する」と記載することが限界であった。人種問題が合衆国憲法自体へも影響をあたえるような最大の社会的課題の一つであったことは明らかであろう。

次に、本稿における司法審査とは、州法や州の行為などが合衆国憲法の条項に違反しているかどうかを判断することである。戸松は裁判所が憲法上の争点に対して判断をくだす方法をいくつかに類型化した<sup>5)</sup>、そのなかに「立法目的について」おこなう目的審査と「立法目的達成のために規定されている手段について」おこなう手段審査があるとした。たとえば、ある州法が「(Aのために) Bとする」と規定すれば、A(法令の文面に記載されていることもあれば、明示的でないこともある)を立法目的、Bを採用手段と解する。目的・手段審査であれば、この立法目的Aが正当なものか、採用手段Bが正当なものかを判断していくことになる。アメリカ合衆国においては、州の立法目的Aが正当かどうかは憲法上州に認められているかどうかである。事件が1868年の第14修正1節4項の「いかなる州も、その管轄内にある者に対し法の平等な保護を否定してはならない」という平等保護条項に関連したものであれば、条文は「(Aのために) B1の場合はB2(B1でない場合はB2としない)とする」となる。B1とB2をあわせて採用手段とするが、あえてわければ手段審査に、採用された区分B1、州法により侵害された個人の権利B2に対する判断が追加されると

みなせる。2.1で侵害された個人の権利B2に関わる基本的権利について、2.2で区分B1に関わる疑わしい区分について考察する。

さらに、平等保護条項と個人の権利B2の関係が複雑になりやすく、また合衆国憲法に明記されている個人の権利はきわめて少ないため、個人の権利を一定のやり方であらかじめ分類しておくほうがわかりやすい。そこで、本稿で参照する個人の権利を分析する枠組みを提示する。そもそも個人の権利の体系化には限界があり<sup>6)</sup>、必要以上に詳細なものを考えるべきではないが、ここでは便宜上わが国の憲法をベースに整理していきたい。1包括的基本権(幸福追求権)、2法の下での平等(平等権)、3自由権、4受益権(国務請求権)、5参政権、6社会権の六つにわけ、さらに3自由権は、3①精神的自由、3②経済的自由、3③人身の自由に分割した。この分類によれば、1包括的基本権14項目、2法の下での平等(平等権)1項目、3自由権は3①精神的自由5項目、3②経済的自由7項目、3③人身の自由21項目の計33項目、4受益権5項目、5参政権4項目、6社会権6項目で合計63項目になる<sup>7)</sup>。これがここで使う権利の枠組みである。なお、33項目ある自由権はそれぞれ自由の対象が明らかであるが、平等権についてはそれが示されていない。2法の下での平等について芦部は「個人権であるとともに人権の総則的な意味をもつ重要な原則<sup>8)</sup>」としている。すなわち、2法の下での平等は、平等権でありかつ平等保護原則であると解され、個人権は平等保護原則の対象が明らかになった時点で確定すると考える。また、この枠

- 4) 阪口 [2010] 阪口は第1編9節1項に加えて、「憲法の改正について規定した第5条(編)において、「1808年以前に行われる修正によって、第1条(編)第9節第1項および第4項の規定に変更をきたすことはできない」と定めて、1808年以前には憲法を改正して奴隷の輸入を禁止することができないようにしたことを、下院議員の定数に関わる第1編2節3項の「[自由人]とは奴隷ではない人間のことであり、「自由人以外のすべての人」は奴隷を意味し、「奴隷ではない人は1と数えられるのに対して、奴隷はその5分の3としてしか数えられない」ことを指摘した。iv-vi頁。
- 5) 戸松 [2008] 217頁。戸松は、憲法判断の結論に結びつけた類型として「①合憲解釈の方法と違憲解釈の方法…、②厳格な審査方法と緩やかな審査方法、③文面審査と適用審査、④目的審査と手段審査、⑤動機の審査」をあげた。
- 6) 辻村 [2008] 131頁。辻村は、わが国では戦前からのドイツ公権論は「国家に対して不作為を請求する権利」である自由権、「国家に対して作為を請求する権利」である受益権、「国家に対して具体的な給付を請求する権利」である社会権、「国民が国家活動に参加する権利」である参政権を想定した、一方、戦後は「以上の分類を基本的に承認しつつ、社会権的基本権と自由権的基本権とを対置させる修正論が展開されてきた」が、「自由権の性格と社会権の性格の両者をもった権利も存在するため、類型論は相対的とならざるをえない」ため、「今日でも確固とした統一的な類型論は確立されるに至ってはならず…といえよう」とする。

組みで4c 裁判を受ける権利（日本国憲法32条）は4 受益権とされているが、芦部は「刑事事件における裁判を受ける権利は、自由権の一種である<sup>9)</sup>」といい、本稿における裁判を受ける権利に関する事件も大半が刑事事件に関わるから、一部を除き3③ n8 人身の自由として付番する。

なお、憲法における平等概念は国によって異なるが、ここでは形式的平等（機会の平等）と実質的平等（条件の平等）について、辻村<sup>10)</sup>や佐藤<sup>11)</sup>がいうように、形式的平等保障を原則であるとする。

### 1. 1. 2 第14修正と包括的人権規定

1868年の第14修正は、第13（1865）、第15修正（1870）とともに南北戦争（1861-1865）の後処理として制定された。第13修正は奴隷制度の正式な廃止、第14修正は解放された黒人奴隷の権利を明確にすることをめざす1866年公民権法の憲法上の根拠、第15修正は1867年以降の軍事再建法で南部の黒人にあたえられた選挙権の確定を意図したものとされる。ところが、第14修正1節<sup>12)</sup>はのちに米国憲法史においてきわめて重要な議論をいくつも生みだした。第14修正1節を素直に読むと、州は、合

7) 本稿においてもちいる分類は、次のようなものである。なお、( ) 内は日本国憲法の該当条文番号を示し、用語に関しては芦部/高橋補訂 [2011] 118-269頁を参考にしている。

1 包括的基本権（幸福追求権）（13条）：1①プライバシーの権利：1①a肖像権、1①bその他私生活をみだりに公開されない権利、1②自己決定権：1②a出産の権利（24条）、1②b避妊の権利、1②c中絶の権利、1②d結婚の権利（24条）、1②e離婚する権利（24条）、1②f家族構成を決める権利（24条）、1②g子供の養育権、1②h医療拒否する権利、1②i尊厳死する権利、1②jライフスタイルを決める権利、1②kその他自己決定権、1③その他の幸福追求権

2 法の下での平等（平等権）（14条）

3 自由権：3①精神的自由：3①a思想の自由（19条）、3①b信教の自由（20条）、3①c表現の自由（21条）、3①d学問の自由（23条）、3①eその他精神的自由、3②経済的自由：3②a職業の自由（22条）、3②b移転の自由（22条）、3②c居住の自由（22条）3②d財産所有の自由（29条）、3②e経済的適正手続の保障（29条）3②f公用収用の保障（29条）、3②gその他経済的自由、3③人身の自由：3③a奴隷的拘束・苦役の禁止（18条）、3③b生命・自由の保障と科刑の制約（31条）、3③c逮捕の制約（33条）、3③d拘留・拘禁の制約（34条）、3③e侵入・捜索・押収の制約（35条）、3③f拷問・残虐な刑罰の禁止（36条）、3③g迅速審理（37条）、3③h刑事事件の公開審理（37条）、3③i対決権（37条）、3③j証人喚問権（37条）、3③k弁護士依頼権（37条）、3③l自己負罪拒否特権（38条）、3③m一事不再理（二重起訴の禁止）（39条）、3③n1個人の武器保有、3③n2軍の舎営の制限、3③n3刑事事件の大陪審による起訴の保障、3③n4刑事事件の陪審審理、3③n5モノロー裁判の陪審審理、3③n6過剰な保釈金の禁止、3③n7過重な罰金の禁止、3③n8裁判を受ける権利（32条）

4 受益権（国務請求権）：4a請願権（16条）、4b公務員不法行為による損害賠償（17条）、4c裁判を受ける権利（32条）、4d刑事補償を受ける権利（40条）、4eその他受益権

5 参政権（15条）：5a議席配分、5b選挙権、5c投票制度、5dその他参政権

6 社会権：6a生存権（福祉等受給権）（25条）、6b教育を受ける権利（26条）、6c勤労の権利（27条）、6d労働基本権（27条）、6e労働三権（28条）、6fその他社会権

8) 芦部/高橋補訂 [2011] 126頁。

9) 芦部/高橋補訂 [2011] 250頁。芦部は裁判を受ける権利について「民事事件と行政事件においては、自己の権利または利益が不法に侵害されたとき、裁判所に対して損害の救済を求める権利、すなわち裁判請求権または訴権が保障されること…を意味する。また、刑事事件においては、裁判所の裁判によらなければ刑罰を科せられないことが保障されることを言う」と述べた。

10) 辻村 [2008] 185頁。辻村は「ただし、実質的平等をも保障していると解する場合にも形式的平等の原則が放棄されたわけではない。理論上はあくまで形式的平等保障が原則であり、法律上の均一的な取扱いが要請されるが、一定の合理的な別異取扱いの許容範囲内で実質的平等が実現される…と解するのが筋であろう」という。

11) 佐藤 [2011] 196-197頁。佐藤は「『機会の平等』ないし『形式的平等』観念の下で生み出された不平等が、社会政治的緊張の主要な原因をなしていることが自覚されるようになって、ここに『条件の平等』ないし『実質的平等』観念が招来されるに至った。…ただ、現代立憲主義憲法は、『条件の平等』観念に全面的に転換したのではなく、むしろ『機会の平等』を実際に確保するための基盤の限りでの部分的転換にとどまっているものと解される」という。

12) 合衆国憲法修正は、以下のURLに基づく。https://americancenterjapan.com/aboutusa/laws/2569/ 第14修正1節条文は「合衆国内で生まれまたは合衆国に帰化し、かつ、合衆国の管轄に服する者は、合衆国の市民であり、かつ、その居住する州の市民である（『合衆国市民の定義条項』）。いかなる州も、合衆国市民の特権または免除を制約する法律を制定し、または実施してはならない（『特権免除条項』）。いかなる州も、法の適正な過程によらずに、何人からもその生命、自由または財産を奪ってはならない（『デュープロセス条項』）。いかなる州も、その管轄内にある者に対し法の平等な保護を否定してはならない（『平等保護条項』）」（カッコ内は筆者による）である。

衆国市民の定義（同節1項）に基づき特権免除条項（同節2項）で規定された合衆国市民の「特権または免除」を、デュープロセス条項（同節3項）で定められた適正手続と平等保護条項（同節4項）で定められた平等保護原則にしたがい、制約してはならない、と規定しているように思われる。しかしながら、「第14修正により保護される権利」がどのようなものであるかを含めて激しい議論が重ねられるのである。ただ、この権利を検討する前に、権利章典（個人の権利が追加規定された1791年の第1から第10修正）と合衆国憲法本文で規定される権利を整理したい。

まず、権利章典の権利を前節の分類で記載する。第1修正は二つで、3①c表現の自由、3①b信教の自由である。第2修正は3③n1その他人身の自由（個人の武器保有）、第3修正は3③n2その他人身の自由（軍の舎営の制限）、第4修正は3③e侵入・捜索・押収の制約となる。第5修正は六つにわかれ、3③n3その他人身の自由（刑事事件の大陪審による起訴の保障）、3③m一事不再理（二重起訴の禁止）、3③l自己負罪拒否特権、3②e経済的適正手続の保障、3③b生命・自由の保障と科刑の制約、3②f公用収用の保障とできる。第6修正は七つで、3③g刑事事件の迅速審理、3③h刑事事件の公開審理、3③n7刑事事件の陪審審理、3③c嫌疑を知らされる権利、3③i対決権、3③j証人喚問権、3③k弁護士依頼権である。第7修正は3③n5モンロー裁判の陪審審理となり、第8修正は三つにわけられて、3③n6過剰な保釈金の禁止、3③n7過重な罰金の禁止、3③f拷問・残虐な刑罰の禁止といえる。すでに明らかかなように、権利章典は22項目のすべてが3自由権であり、内訳は3①精神的自由が2、3②経済的自由が2、3③人身の自由が18

である。4受益権も、5参政権も、6社会権もなく、当然ながら、1包括的基本権もない。いかに権利章典が明文で保障する権利が少ないかわかる。

次に、憲法本文第4編2節1項<sup>13)</sup>で規定する、州市民の「特権および免除」について検討する。すでに述べたように第14修正は1868年に制定されており、それ以前には合衆国市民の特権免除条項は憲法に存在しないが、1823年のCorfield判決<sup>14)</sup>において、この州市民の「特権および免除」の詳細な考察がなされている。同判決は「それら基本的権利は、しかしながら、すべて以下の共通項にしたがい把握されるかもしれない：(州)政府による保護があること；すべての種類の財産を取得し保有し、幸福と安全を追求して獲得する権利による、生命および自由の享受であること；にもかかわらず、(州)政府が公共善のため妥当に定めるかもしれない制約にしたがうものであること<sup>15)</sup>」とする。すなわち、その特徴を、公共の制約にしたがう、政府による保護、財産所有、幸福と安全追求権、生命・自由の享受だという。そして、基本的とみなされる、州市民の特権および免除の想定列举として、「1.取引、農業、専門的職業その他のため他の州を通過・居住する権利、2.人身保護令状の利益を主張する権利、3.州裁判所における法的手続を提起し主張する権利、4.不動産・動産を取得し保有し処分する権利、5.他の市民の支払額より高額の税金・過料を免除される権利（番号は引用者が付した：注）<sup>16)</sup>」をあげる。これを同じ基準により整理すると、1は3②b居住の自由、3②c移転の自由の二つ、2は3③c逮捕の制約、3③d拘留・拘禁の制約の二つ、3は3③n8(4c)裁判を受ける権利、4は3②c財産所有の自由、5は3②gその他経済的自由で、州市民の「特権および免除」は、3自由権ばかり7項目である<sup>17)</sup>。

13) 条文は「各々の州の市民は、他州において、その州の市民が享有するすべての特権および免除を等しく享有する権利を有する」である。

14) Corfield v. Coryell, 6F. Cas. 546 (No.3230) (C.C. E.D. Pa. 1823).

[https://www.biicl.org/files/1700\\_corfield\\_v\\_coryell\\_\(fed\\_dist\\_ct\).pdf](https://www.biicl.org/files/1700_corfield_v_coryell_(fed_dist_ct).pdf)

15) Corfield, 6F. Cas. at 551-552.

16) Corfield, 6F. Cas. at 552.

これを踏まえて第一に、第14修正で保護される権利としての、合衆国市民の「特権または免除」について述べる。1873年のSlaughter-House判決<sup>18)</sup>は、第14修正で保護される権利について分析し、1) 合衆国の市民権と州の市民権は別個であること、2) 州市民の特権および免除と合衆国市民の特権または免除は別であること、3) “特権および免除”という用語の初出は、旧連合規約の第4条であること、4) 旧連合規約の第4条は、州の市民は他の州に立ち入り、退出する自由を有し、他の住民と同等の税などにしたがうことで、取引および通商の特権を共有すると規定していること、5) 合衆国憲法第4編2節1項は連合規約第4条を引き継いでいること、6) 第14修正で保護される権利は、第4編2節1項に規定される州市民の特権および免除とは異なることと判示した<sup>19)</sup>。では、第14修正で保護される権利とはどのようなものであろうか。

第二に、そこで、第14修正で保護される権利としての「一定の基本的権利」を考える。クラーマンは「憲法史学者のある者は、第14修正は一定の基本的権利に関してのみ人種差別を禁止することを意

図されていたこと、すなわち、とくに財産の所有権、契約当事者権、裁判を受ける権利、および人身と財産の法的保護における平等権を黒人に1866年公民権法で保障するため憲法にむすびつけることを意図されていたこと、という見解を拒絶する」といい、「(憲法史学者のある者は) 第14修正は、人種差別を根絶することを意図されていたと論じている<sup>20)</sup>」とする。ここでは第14修正の意図に関する論争には関与しないが、クラーマンが言及している「一定の基本的権利」を確認するため1866年公民権法を調べる。1866年公民権法(a) 平等権の表明は「合衆国の司法管轄に服するすべての者は、白人市民によって享受されているように、人身と財産の安全のため契約を締結および履行し、訴訟提起し、訴訟当事者となり、証拠を提出し、およびすべての法と法的手続の完全で平等な利益のためのあらゆる州および領域において同等の権利を有し、処罰、刑罰、罰金、税金、ライセンス料、およびすべての種類の取立てにしたがい、それ以外の処罰等にはしたがわなれないものとする<sup>21)</sup>」と規定する。権利部分を枠組みにあてはめてみると、3③ n 其他人身の自由、3②

17) 松井 [2008] 134-135頁は、この特権・免除について、1871年から1998年までの9判例を具体例としてあげている。参考までに本稿においてもちいている枠組みで示すと、1 包括的基本権1、2 法の下での平等0、3 自由権2、4 受益権0、5 参政権0、6 社会権2、の計5項目となる。

18) Slaughterhouse Cases, 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1873).

19) *Slaughterhouse*, 83 U.S. at 74-75. 該当箇所訳出は以下のとおり。合衆国の市民権と州の市民権があり、これらは互いに別個で…あることはきわめて明確である。…(第14修正1節の特権免除条項の) 条文は“いかなる州も、合衆国市民の特権または免除を制約する法律を制定し、または実施してはならない”である。…それぞれどのようなものであろうと、合衆国市民の特権または免除と、州市民の特権および免除について当裁判所は、今考察するが、合衆国憲法の保護にしたがうこの条項によって規定される、前者についてのみ言明したく、後者(州市民の特権および免除)は、いかなるものであれ、この第14修正(1節2項)でいかなる追加的な保護を有するとも意図されていないと表明したい。そこで、州市民に帰属する特権および免除と合衆国市民に帰属する特権または免除の間に差異があれば、後者(州市民に帰属する特権および免除)は、この(第14)修正の条項によって影響されないところの、それらの保障と保護を維持しなければならない。合衆国憲法史における“特権および免除”という用語の初出は、旧連合規約の第4条においてみられる。当該条項は、“連合の異なる州の人民の間での相互の友好および交流、これらの州のいずれでも居住する自由、貧困者、放浪者、逃亡者への望まれる正義(に基づく取扱い)を保障し継続させるよりよき措置が、複数の州における自由市民のすべての特権および免除とみなされ、それぞれの州の人民は、他の州に立ち入り、退出する自由を有し、もともとの住民と同等の税、負担、および規制にそれぞれしたがうことにより、すべての取引および通商の特権を共有するものとする。”と規定する。合衆国憲法は連合規約を引き継いでおり、(上記に) 対応する条項は、第4編2節にあって、以下のような文面である：“各々の州の市民は、他州において、その州の市民が享有するすべての特権および免除を等しく享有する権利を有する”。

20) Klarman (1991) at 235 n. 95.

21) <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/1981>: 42 U.S. Code § 1981. Equal rights under the law

なお、(b) “Make and enforce contracts” defined は、次のように訳出される。「定義された“契約締結および履行”本条項の目的のために、“契約を締結および履行する”という用語は、契約の作成、遂行、修正、および解除、ならびに契約関係のすべての便益、特権、期間および条件の享受を含む。」

d 財産所有の自由、3② e 経済的適正手続の保障、3② g その他経済的自由、3③ n8 裁判を受ける権利(4c 裁判を受ける権利) 二つ、2法の下での平等となる<sup>22)</sup>。かなり限られたものになるが、これが「一定の基本的権利」の内容と考えられる。第14修正のデュープロセス条項が連邦の権利章典を州に適用するかどうか、すなわち、権利章典は第14修正で保護される権利に該当するのかは2.1.1で考察する。

## 1.2 平等保護審査の変遷

### 1.2.1 伝統的な平等保護審査

芦部は、違憲審査において裁判所は「審査対象である国家行為が、憲法上の権限に属するかどうか、その権限を付与された目的を実現するのに合理的に適切といえるかどうか、という問題に直面する<sup>23)</sup>」と述べた。引用部分の前半は目的審査に、後半は手段審査に相当するともいえる。そののち芦部は、伝統的な合理性の基準による違憲審査を「①立法目的の憲法的正当性の探索、②規制手段…の立法目的との合理的関連性の審査、という二つの側面を含む<sup>24)</sup>」とした。ここでは合理性の基準における目的審査と手段審査の内容が明確に記載されている。この合理性の基準を平等保護関連の事件に適用した場合の原則について、1911年のLindsley判決<sup>25)</sup>は「1. 平等保護条項は、ポリス(パワー)法の採用に

おいて州から区分する権限を奪わず、広い範囲の裁量での行使を許し、合理的な根拠なしでまったく恣意的なときのみ無効にする。2. 合理的な根拠をもつ区分は、数理的に完璧までなされず、実践上はいくらか不平等をもたらしても、平等保護条項を侵害しない。3. 区分が問題とされるとき、いかなる状態でも区分を支持する事実が妥当に考えうるなら、法の施行時点でその事実の存在が推定される。4. 区分を批判する者は、区分はいかなる合理的な根拠によっても支えられず、本質的に恣意的なことを証する責任を負う<sup>26)</sup>」とまとめた。1は、第14修正は、立法目的Aがポリスパワーの範囲内で、採用手段BもAに対して合理的な根拠があれば、立法目的Aと採用手段Bを州に認められたポリスパワーの行使と認める、という合理性の基準をみだす州法に関する第14修正の見方を示している。2は、1の場合、区分の厳密性はゆるやかでよいことを述べる。これはこの時期に平等保護は、それほど重要視されていなかったことの反映でもあろう。3は、区分を支持する事実(立法事実)に対する推定(合憲性の推定)を述べている。合憲性の推定は、1931年のO'Gorman判決<sup>27)</sup>、1934年のBorden's Farm判決<sup>28)</sup>によって「法律問題として「法律が憲法に違反していないという推定」ではなく<sup>29)</sup>」、事実問題として「立法を支える事実状態の存在の…推定<sup>30)</sup>」に

22) 具体的なあてはめは、次のとおり。人身の安全のための契約締結の権利⇒3③ n その他人身の自由、財産の安全のための契約締結の権利⇒3② d 財産所有の権利、3② e 経済的適正手続の保障、訴訟提起する権利⇒3② g その他経済的自由、訴訟当事者となる権利⇒3③ n8 裁判を受ける権利(4c 裁判を受ける権利)、証拠を提出する権利⇒3③ n8 裁判を受ける権利(4c 裁判を受ける権利)、法と法的手続における平等な便益を受ける権利⇒2法の下での平等(平等権)

23) 芦部 [1973] 43頁。

24) 芦部 [1981] 100頁。なお、芦部はここで経済的事件に関する「差別的措置が平等保護条項に違反するかどうかを争点とする憲法訴訟」を想定しており、「実際には、「想定された立法目的と想像上の立法事実に対する極端な尊敬」によって司法の無干渉を招来した」と続けて、1961年のMcGowan v. Maryland, 366 U.S. 420の判例を紹介したうえで、伝統的な合理性の基準が「最小限度の合理性」(minimum rationality)のテストと呼ばれる手法を採用したという。

25) Lindsley v. Natural Carbonic Gas Co., 220 U.S. 61 (1911)。なお、戸松 [1990] 30頁参照。また、戸松 [1990] 102頁は、本事件を参照しながら「合理性の基準のもとでは、法目的が許容されるもの、あるいは、禁止されていないものであることが求められ、それは結果として政府の広い裁量を認める審査であった」と説明する。

26) Lindsley, 220 U.S. at 78-79.

27) O'Gorman & Young, Inc. v. Hartford Fire Insurance Co., 282 U.S. 251 (1931).

28) Borden's Farm Products Co. v. Mahon, 293 U.S. 194 (1934).

29) 新 [2008] 523頁。新は、芦部 [1973] 134頁以下参照と付記している。

30) 芦部 [1973] 132頁。芦部は、この引用箇所をBorden's Farm判決、Borden's Farm, 293 U.S. at 209からとり、O'Gorman判決については、134頁で言及した。

変化した。ただし、芦部が指摘しているように<sup>31)</sup>、O' Gorman 判決の法廷意見を書いたブランダイス裁判官が、弁護士として大半が社会学的、科学的な資料に基づき論じ立法事実の重要性を知らしめた、(ブランダイス・ブリーフとして知られる) 準備書面を提出したのは1908年のMuller判決<sup>32)</sup>であるから、Lindsley判決もその影響を受けていたのかもしれない。また4は、区分の違憲性を立証する責任は違法性を主張する当事者にあることを示す。

さらに1920年のRoyster判決<sup>33)</sup>は、区分と合理性の基準につき「しかし、区分は、同様の事情にあるすべての者が同様に取り扱われるため、合理的であって恣意的でなく、かつ(立法目的に)公正で実質的な関連を有する一定の差異の根拠に支えられていなければならない<sup>34)</sup>」と判示した。区分B1の要件としては、第一に、合理的であって恣意的でないこと、第二に、立法目的Aと公正で実質的な関連を有する根拠に支えられていることがあげられる。これが伝統的な合理性の基準と平等保護の関係とってよい。なお平等保護事案は人権に関するものよりも、むしろ法人の経済的事案に関するものが圧倒的に多かったが、この傾向は1930年代以降も続

いていた。戸松は1947年のKotch判決<sup>35)</sup>、同年のGoesaert判決<sup>36)</sup>、1949年のDaniel判決<sup>37)</sup>を検討し、それらの判例では「いずれも容認しうる目的を州法が設けており、目的と分類との関係に合理性が認められるとされた<sup>38)</sup>」という。さらに法律と平等保護原則の審査における共通点として、第一に、きわめて抑制的な態度をとること、第二に、法律の設けた分類(区分)と立法目的との関係に広く合理性を認めること、第三に、立法目的の分析について、立法者意思を尊重し立法目的の実質的検討を控えること、第四に、社会的利益あるいは優遇された団体の経済的便宜を個人的利害より優先させることをあげた<sup>39)</sup>。第一点は合憲性の推定、第二点は手段審査、第三点は目的審査、第四点は社会的利益などと個人的利益の比較衡量に関連するが、いずれも厳格でない審査をしていることを裏づける。またクラーマンは、1948年のSipuel判決<sup>40)</sup>、1950年のMcLaurin判決<sup>41)</sup>、同年のSweatt判決<sup>42)</sup>について「単に人種的に分離された公共施設が合憲であるためには、平等なものでなければならないと推定していた<sup>43)</sup>」という。

31) 芦部 [1973] 137-138頁、注(3)。

32) Muller v. Oregon, 208 U.S. 412 (1908).

33) Royster Guano Co. v. Virginia, 253 U.S. 412 (1920).

34) Royster, 253 U.S. at 415. なお、この部分について芦部 [1981] 101頁、戸松 [1990] 29頁参照。

35) Kotch v. Board of river Port Commissioners, 330 U.S. 552 (1947). ルイジアナ州の水先案内人法における、現職などを優遇する任命の方式に関する事案である。

36) Goesaert v. Cleary, 335 U.S. 464 (1948). 女性に対して制限を加えた、ミシガン州法のバーテンダー免許に関する事案である。

37) Daniel v. Family Security Life Insurance Co., 336 U.S. 220 (1949). サウスカロライナ州の生命保険会社の代理店と葬儀屋に関する法律をめぐる事案である。

38) 戸松 [1990] 32頁。

39) 戸松 [1990] 33-34頁。Karst, *Invidious Discrimination: Justice Douglas and the Return of the "Natural-Law-Due-Process Formula,"* 16 UCLA L. REV. 716, 723 (1969).

40) Sipuel v. Board of Regents of the University of Oklahoma, 332 U.S. 631 (1948). オクラホマ州の州立大学への入学を拒否された黒人学生が提訴した事案である。per curiam で決定がくだされた。

41) McLaurin v. Oklahoma State Regents, 339 U.S. 637 (1950). オクラホマ州の大学院における人種隔離の合憲性が争われた事案である。

42) Sweatt v. Painter, 339 U.S. 629 (1950). 統合教育を州憲法が禁止しているテキサス大学法科大学院から入学を拒否された黒人学生が提訴した事案である。“分離すれども平等”法理に挑戦した。

43) Klarman (1991) at 228. この箇所は、ミズーリ州が自州の法科大学院に黒人の入学を認めない代わりに、近隣州の法科大学院の授業料を支給していたことが平等保護条項に違反すると判決された、Missouri ex rel. Gaines v. Canada, 305 U.S. 337 (1938) とその後継判決 (successors) について論ずるなかで記載されている。なお、これらの訴訟は、分離された現実の段階的な改善をはかろうとする、1909年に設立された全国有色人種地位向上協会 (NAACP) の試みであったとされる。

## 1. 2. 2 平等保護審査の変化

1953年から開始されたウォーレン・コートの判例について芦部は「二重基準の考え方を平等保護条項の違憲審査…にも推し及ぼし…厳格な司法審査に…5投票権、3③刑事手続上の諸権利のような基本的権利をすべて含めるようになったこと、…新しい基本権<sup>44)</sup>…に対しても、60年代の判例によって厳格な審査が及ぶようになったこと（注：付した番号は引用者による）<sup>45)</sup>」を指摘した。また松井は、ウォーレン・コート期の状況を、第一に、最高裁は、人種的少数者など「切り離され孤立した」少数者に厳格審査を適用しはじめたこと、第二に、この（穏やかな審査と厳格審査の）区別はきわめて厳密になったこと、第三に、人種差別を厳格審査に該当する「疑わしい区分」とみて、さらに、この区分を人種から拡大する動きがあったこと、第四に、第三点に加えて「基本的権利」を侵害される場合も厳格審査に該当するとしたこと、第五に、そのため従来からの手段審査に加えて、目的審査もおこなわれたこととまとめた<sup>46)</sup>。さらに、戸松は「新しい平等保護原則における審査基準は、法律の目的との関係で分類（区分：引用者注）の合理性を単に問うだけではなく、…基本権侵害に着目した「基本権益規準型」とその他の分類特性に着目した「疑わしい規準型」の二つの類型化をみることができる<sup>47)</sup>」という。

これらを1.1.1で述べた例にしたがって記すと、条文は「(立法目的Aのために)区分B1の場合は

B2(区分B1でない場合はB2としない)とする」で、B1と州法により侵害された個人の権利B2はあわせて採用手段となる。ここで、厳格な審査の基準を、第一に、区分B1が「疑わしい区分」にあたるか、侵害された個人の権利B2が「基本的権利」にあたる場合、合憲性の推定が成立しないこと、第二に、このため厳格な審査がとられること、第三に、立法目的Aについて、やむにやまれぬ州の利益を、また採用手段Bについて、立法目的Aのために必要不可欠であることを、州が立証しないかぎり、当該州法は第14修正の平等保護条項違反となること、とできる。1967年のウォーレン首席裁判官によるLoving判決<sup>48)</sup>を例にとると、同判決は「当裁判所は、…平等保護条項の要件は、違反行為における白人と黒人の関与者が同様に処罰されるかぎりにおいて、人種的区分に基づく違反行為を定義する刑法によってみだされる、という主張を否定した<sup>49)</sup>」と切りだす。そして、「第14修正の明確で中心的な目的は、すべての州法から州における不快な人種差別の源を除去することであった<sup>50)</sup>」が、「バージニア州の雑婚法が人種にしたがって描かれた区分のみに支えられていることは、疑問の余地がない<sup>51)</sup>」と述べて、「少なくともまさに、平等保護条項は、とくに刑事法制において疑わしい、人種的区分は“最も厳格な審査”にしたがうことを要求する<sup>52)</sup>」とした。また「婚姻は、いうまでもなく人間の存在と残存にとって基本的(fundamental)で、“人の基本的市民権”の

44) 芦部 [1981] ここで芦部は、新しい権利の例としてプライバシー権をあげて(72頁)、Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965)を示し、厳密にはウォーレン・コート期(1953-1969)でない参考例として Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972); Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)を提示した(76頁)。

45) 芦部 [1981] 72頁。

46) 松井 [2008] 304-305頁。

47) 戸松 [1990] 45頁。

48) Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967)。バージニア州の雑婚法(黒人白人婚姻禁止法)が、第14修正に違反するかどうか争われた事案である。

49) Loving, 388 U.S. at 10。ここで最高裁は、2.2.1で述べる1964年のMcLaughlin判決に言及している。また、その前の部分(Loving, 388 U.S. at 9)で1954年のBrown I判決(Brown I, 483 U.S. at 489)を引用し、次のように否定された主張の背景事情を説明した。「南北戦争後の(3件の)憲法修正の最も熱心な提唱者は、間違いなくそれらの修正で、合衆国で生まれたか帰化したすべての人びとの間のすべての法的区別を取りのぞくことを意図していた。提唱者の反対者たちは、まさに明らかのように、修正の文面および精神の双方に対して反対であり、憲法修正が最も限定された影響をもつにとどまることを望んでいた。」

50) Loving, 388 U.S. at 10。

51) Loving, 388 U.S. at 11。



一つである<sup>53)</sup>」と述べた。すなわち、区分B1は、人種という区分であり、侵害された個人の権利B2は、1②d結婚の権利であって、それぞれ疑わしい区分と基本的権利にあたる。

## 2 審査の厳格化と平等保護

### 2.1 基本的権利について

#### 2.1.1 基本的権利の概念規定

基本的権利 (fundamental rights) につき認識を深めることは、本稿における主な目的の一つである。ところが、合衆国憲法には基本的権利という用語は記載されていない。個人の権利のうち基本的なものを意味することは理解できるので、これを出発点として考察をはじめたい。なお、権利章典や憲法本文の権利は、明文で規定されたもののみで黙示されるものは含まない。

まず、基本的権利と類似する概念を検討してみる。類似する概念とは、1.1.2で考えた「権利章典<sup>54)</sup>」(第1から10修正まで: 1791年採択)、「州市民の特権免除<sup>55)</sup>」(本文第4編2節1項: 1823年のCorfield判決による解釈)、「合衆国市民の特権免除<sup>56)</sup>」(第14修正1節2項: 1873年のSlaughter-House判決による解釈)、「第14修正のいう一定の基本的権

利<sup>57)</sup>」(1866年公民権法による解釈)である。合衆国市民の特権免除は具体性にとほしいため割愛し、権利章典、州市民の特権免除、1866年公民権法による一定の基本的権利をみると、いずれも圧倒的に3自由権が多く、1包括的基本権、6社会権は一つもない。松井は「アメリカにおいては、福祉国家化・生存権保障は、平等の実質化、すなわち実体的な平等の実現として理論構成された<sup>58)</sup>」というが、時代の進展で平等保護条項に焦点があたらざるをえない理由は、この構成にもともと示されている。次に、権利章典と第14修正で保護される権利の関係について整理する。これらは、いずれも個人の権利であるが、本来連邦法に対し適用される権利章典に規定される権利が、どの程度、州(法)に対し適用される第14修正のデュープロセス条項<sup>59)</sup>(および平等保護条項)によって保護される権利に含まれるのかという編入論争につながる。しかし松井は「この論争は、今日ではほとんど実際上の意味を持っていない<sup>60)</sup>」といい、「州への適用が認められていないのは、…3③n3大陪審による起訴の保障とおそらくは3③n6過剰な保釈金に対する権利の保障のみであろう(番号は引用者による)<sup>61)</sup>」という。一方、野坂は「今日、編入が認められていないのは、…3③n2軍隊の営舎の制限、…3③n3大陪審による起訴の保障…、

52) Ibid. この部分でLoving判決は、疑わしい区分に関して2.2.1で述べる1944年のKorematsu判決(Korematsu, 323 U.S. at 216)を引用した。

53) Loving, 388 U.S. at 12. この部分でLoving判決は、基本的権利に関して2.1.1で述べる1942年のSkinner判決(Skinner, 316 U.S. at 541)を引用した。

54) 1.1.2 第2段落を参照。権利章典は、1包括的基本権0、2法の下での平等0、3自由権22、4受益権0、5参政権0、6社会権0、の計22項目となった。

55) 1.1.2 第3段落を参照。州市民の特権免除(1823年のCorfield判決による解釈)は、1包括的基本権0、2法の下での平等0、3自由権7、4受益権0、5参政権0、6社会権0、の計7項目となった。

56) 1.1.2 第4段落を参照。

57) 1.1.2 第5段落を参照。第14修正がいう一定の基本的権利(1866年公民権法による解釈)は、1包括的基本権0、2法の下での平等1、3自由権6、4受益権0、5参政権0、6社会権0、の計7項目となった。

58) 松井[2008]132-133頁。

59) 第14修正のなかで平等保護条項が目目されたのはウォーレン・コート(1953-1969)の時期であり、それまでは、Lochnerの時代(20世紀初頭-1938)を含めて、デュープロセス条項が州に対して適用される第14修正の中心であった。しかし、平等保護条項は平等保護原則、デュープロセス条項は適正手続原則としての一般原則の性格も有し、どちらの原則も主張にもちいることができるとして併用されることも多かったが、裁判所は併用された場合、意図的に主にデュープロセス条項について判示してきた。本稿では「第14修正により保護される」とまとめて考えることにする。

60) 松井[2008]137頁。

61) 松井[2008]137頁 脚注3)。

3③ n5 第7修正の民事事件における陪審審理の保障、…3③ n7 過重な罰金の禁止…のみとなっている（番号は引用者による）<sup>62)</sup>」と述べる。本稿ではこれら見解を参考にし、権利章典の22項目から4項目<sup>63)</sup>を除いた18項目<sup>64)</sup>を、州に適用される第14修正で保護される権利とした。この合衆国憲法第14修正で保護される権利が、基本的権利の有力な候補であろう。

ここからは判例を参照する。基本的権利が問題とされたのは主にウォーレン・コート期だが、それに先立つ1942年のSkinner判決<sup>65)</sup>に関連する記述がある。最高裁は、オクラホマ州法の平等保護条項違反を指摘する際「ここで人の基本的市民権（the basic civil rights）の一つを含む法律をあつかっている」として基本的な個人の権利に言及し、「1② d 婚姻と1② a 子孫を残すことはまさに種の存在と残存にとって基本的（fundamental）なものである（番号は引用者による）<sup>66)</sup>」と続けて、fundamentalという用語も用いた。そして、「当裁判所は、州が断種法において作成した区分への厳格審査（strict scrutiny of the classification）は、本質的であり、うっかり見過ごさないようにすべきで、さもないと、不快な差別が、個人の集団やタイプに対し、正確で

平等な法の憲法上の保障違反においてなされる、という見解を強調する<sup>67)</sup>」として、基本的市民権に関して平等保護条項に違反するような区分により不快な差別がなされないよう、厳格審査が適用されるべきだと判示したのである。生物の定義<sup>68)</sup>からして生殖能力が基本的でないということは難しいが、ここでは、1② a 子孫を残す権利は合衆国憲法に規定されておらず、憲法に明記されていない権利も基本的権利に含まれる可能性があることを指摘したい。

次にあげたいのは、Brown事件の核心だった6b教育を受ける権利がともに論点になった、1973年のRodriguez判決<sup>69)</sup>と1982年のPlyler判決<sup>70)</sup>である。Rodriguez判決は「被上告人は同様に、州の制度は許されないかたちで“基本的”権利の行使を妨げ、したがって、当裁判所の以前の判決は厳格審査の適用を要求する、と主張する<sup>71)</sup>」と切りだし、「自由社会における教育のきわめて重要な役割に対する尊重の表明という、このテーマは…当裁判所の裁判官の多数の意見にみられるかもしれない<sup>72)</sup>」としながらも、「しかし、州によって遂行される行政サービスの重要性は、平等保護条項のもとでの審査目的に対して基本的であるとみなされるかどうかを決定しない<sup>73)</sup>」と述べて、教育の重要性と平等保護条

62) 野坂 [2012] 49頁。

63) 4項目とは、3③ n2 第3修正の軍の舎営の制限、3③ n3 第5修正の刑事事件の大陪審による起訴の保障、3③ n6 第8修正の過剰な保釈金の禁止、3③ n7 第8修正の過重な罰金の禁止、である。

64) 州に適用される第14修正により保護される権利は、1 包括的基本権0、2 法の下での平等0、3 自由権18、4 受益権0、5 参政権0、6 社会権0、の計18項目となる。

65) Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535 (1942).

66) Skinner, 316 U.S. at 541. なお、この“人の基本的市民権”と“基本的（fundamental）”という部分は、1.2.2のLoving判決でも引用（Loving, 388 U.S. at 12）されている。

67) Ibid.

68) 確定したものはないが、多くの生物学者が認めている生物の定義は、(1) 外界と仕切る膜をもつこと、(2) 代謝（エネルギー変換）能力があること、(3) 生殖（自己増殖）能力があること、である。

69) San Antonio Independent School Dist. V. Rodriguez, 411 U.S. 1 (1973). テキサス州の小中学校の財政はその学区の資産税を原資とする州の資金拠出などによってなされるため、貧困者の多い学区の者たちは不利益をこうむるとして、この区分は貧困を根拠とする疑わしい区分か、教育を受ける権利は基本的権利にあたるかが争われた。

70) Plyler v. Doe, 457 U.S. 202 (1982). テキサス州の、(不法移民の子どもなど) 合衆国に法的に認められていない児童への教育に対する資金拠出を差し控え、学区にそのような児童の登録否定を許諾していたことが、平等保護条項に違反するかが争われた事案である。

71) Rodriguez, 411 U.S. at 29.

72) Rodriguez, 411 U.S. at 30.

73) Ibid.

項のもとでの審査における（合憲性の推定が成立しない）基本的権利かどうかの判定は、必ずしも連動しないとされた。そして、被上告人の主張を考察したのち「当裁判所は、教育は基本的権利または自由である、という地裁の事実認定の裏づけとなる議論のいずれも注意深く検討し、それらの議論は説得力をもっていない<sup>74)</sup>」と結論した。一方、Plyler 判決は「当裁判所は“疑わしい区分”に不利益をもたらすか、“基本的権利”の行使を妨げるそれらの区分を、仮定的に不快なものとして取りあつてきた<sup>75)</sup>」と述べることからはじめ、対象となるテキサス州法を分析し、Rodriguez 判決にも言及して「公教育は、憲法によって個人にあたえられる“権利”ではない<sup>76)</sup>」と述べたが、「しかし、同様に（公教育は）社会福祉法制的他の手段から区別がつかない、単なる政府の“利益”でもない<sup>77)</sup>」と反駁した。そして、「まとめれば、教育は社会の骨組みを維持することにおいて基本的な役割を有している<sup>78)</sup>」から、「当裁判所は、選別された集団が、社会秩序はそれを頼りとしている価値や技術を吸収する方法（教育）を否定されるとき、国家によって負担される重大な社会コストを無視できない<sup>79)</sup>」と結論した。これ以上両判決を分析しないが、同じ Brown 事件で問題になった教育につき、Rodriguez 判決は、教育は重要だが個人の権利ではないといい、Plyler 判決は、

教育は社会の維持に関して最重要で、単なる政府の“利益”ではなく、特定の集団からそれを奪うことは認めがたいという。つまり、ある判決はあるものを基本的権利ではないとし、別の判決は同じものを基本的権利であるという可能性が大いにあり、基本的権利の認識を深めるには、基本的権利として認められた判例だけではなく、主張したが認められなかった判例も考慮したほうがよいということである。

これら考察を前提にして、第14修正で保護される権利とは別に、判例において筆者が確認できた基本的権利と主張されているものをまとめると、1包括的基本権9、2法の下平等0、3①精神的自由0、3②経済的自由3、3③人身の自由0、の3自由権3、4受益権1、5参政権3、6社会権2、という計18項目になる<sup>80)</sup>。前者と合計すると、1包括的基本権9、2法の下平等0、3①精神的自由2、3②経済的自由5、3③人身の自由14、の3自由権21、4受益権1、5参政権3、6社会権2、の計36項目が、想定される基本的権利である。ただし、知られているように、バーガー・コート（1969-1986）以降、基本的権利に対する評価は厳しく、きわめてわずかなものしか認められていない。

## 2.1.2 具体的な基本的権利

基本的権利のうち古くから主張されているもの

74) *Rodriguez*, 411 U.S. at 37.

75) *Plyler*, 457 U.S. at 217.

76) *Plyler*, 457 U.S. at 221.

77) *Ibid.*

78) *Ibid.*

79) *Ibid.*

80) 次の18項目である。1包括的基本権(幸福追求権):1②自己決定権:1②a出産の権利(*Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535(1942)); 1②b避妊の権利(*Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972)); 1②c中絶の権利(*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)); 1②d結婚の権利(*Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978)); 1②e離婚する権利(*Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371 (1971)); 1②g子供の養育権(*Parham v. J.R.*, 442 U.S. 584 (1979)); 1②h医療拒否する権利(*Cruzan v. Director, Mo. Dept. of Health*, 497 U.S. 261 (1990)); 1②i尊厳死する権利(*Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997)); 1②kその他自己決定権(*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003)); 3自由権:3②経済的自由:3②a職業の自由(*Schwabe v. Board of Bar Examiners*, 353 U.S. 232 (1957)); 3②b移転の自由(*Edwards v. California*, 314 U.S. 160 (1941)); 3②c居住の自由(*Lindsey v. Normet*, 405 U.S. 56 (1972)); 4受益権(国務請求権):4c裁判を受ける権利(*Griffin v. Illinois*, 351 U.S. 12 (1956)); 5参政権:5a議席配分(*Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964)); 5b選挙権(*Harper v. Virginia State Board of Elections*, 383 U.S. 663 (1966)); 5dその他参政権(*Williams v. Rhodes*, 393 U.S. 23 (1968)); 6社会権:6a生存権(福祉等受給権)(*Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969)); 6b教育を受ける権利(*San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973))。

が、3②経済的自由としての、3②b移転の自由である。この権利は、1.1.2で述べたように、1823年のCorfield判決により憲法本文第4編2節1項で規定する、州市民の特権免除に含まれると解釈され、1872年のSlaughter判決でもこのことは確認されて、また旧連合規約の第4条から継承されたことが明らかである。これだけでも強固な根拠といえるが、さらに1941年のEdwards判決<sup>81)</sup>のダグラス裁判官同意意見は「結論は、移転の自由は強固な歴史的根拠のうえに立つ(州を越えた)国民的市民権である、ということである<sup>82)</sup>」という。1969年のShapiro判決の法廷意見はこの判示を受けて<sup>83)</sup>「当裁判所はずっと以前に、連邦の性質と個人の自由の憲法的概念が、すべての市民は、この動きに不合理に負担を課したり抑制したりする法、規則、規制によって禁じられることなく、国土全体を自由に旅行できるべきである、と要求したと認識した<sup>84)</sup>」とまとめている。そして同判決は、次のように詳細かつ明確に6a福祉受給権、州による受給の申請に対しての1年間の居住待機要件、3②b移転の自由に関わる平等保護条項事件に見解を示した。居住待機要件の目的を四つ記載し<sup>85)</sup>、「雇用を促進するという州の目的は、新居住者のみに1年間の待機期間の規制を課するための何ら合理的な根拠を規定しない<sup>86)</sup>」として、「それゆえ、伝統的な平等保護基準のもとでさえも、当該州に1年居住していたかどうかによる福祉給付申請の区分は、合理性がなく、憲法違反であるように見える<sup>87)</sup>」と合理性の基準でさえも違

憲判定できると述べた。そのうえで、「しかし、もちろん、伝統的な基準はこれらの事件において適用されない。ここでの区分が州を超える移動という基本的権利に抵触しているため、その合憲性はそれがやむにやまれぬ州の利益を促進するものかという厳格基準によって判断されなければならない<sup>88)</sup>」と、3②b移転の自由という基本的権利に抵触しているため厳格基準によることを示した。そして、「この(厳格)基準にしたがい、申請待機期間の要件は明らかに平等保護条項に違反する<sup>89)</sup>」と判示したのである。すなわち、採用手段B1とB2は、州の立法目的Aと合理的な関連をもたないため、合理性の基準をみただけで違憲とすることもできる。しかし、採用手段のうち区分と関わるB1待機要件(本件の場合B2は6a福祉受給権)は、3②b移転の自由という基本的権利に抵触しているため、厳格審査が採用される。州は、州の立法目的Aはやむにやまれぬ利益であることを立証しなければならないが、立証は成立せず、当該州法(のB1待機要件)は平等保護条項に違反する、となる。

二番目は、3③人身の自由または4受益権としての、3③n8裁判を受ける権利で、1956年のGriffin判決<sup>90)</sup>が代表的なものである。法廷意見ははじめに「ここで提示されている問題は、イリノイ州は、第14修正のデュープロセス条項および平等保護条項に調和して、他のすべての被告に許可しているにもかかわらず、貧困者に十分な控訴検討を否定するようにこの州法を管理してよいかということであ

81) *Edwards v. California*, 314 U.S. 160 (1941).

82) *Edwards*, 314 U.S. at 181 (Douglas J., concurring opinion).

83) *Shapiro*, 394 U.S. at 630 n. 8. Edwards判決は、第14修正の特権免除条項に依拠しており、(判決に際し)州際通商条項を採用しているとした。

84) *Shapiro*, 394 U.S. at 629.

85) *Shapiro*, 394 U.S. at 634. 四つの目的とは「福祉予算の計画を促進すること；居住の客観的テストを提供すること；一つの業務管轄からより多くの支払を受けとる不正受給者の可能性を最小化すること、および労働力にいれられる新居住者の早期申請を奨励すること」であるとした。

86) *Shapiro*, 394 U.S. at 638.

87) *Ibid.*

88) *Ibid.*

89) *Ibid.*

90) *Griffin v. Illinois*, 351 U.S. 12 (1956).

る<sup>91)</sup>」と述べて、上告人がイリノイ州に対して無償の裁判資料を要求している背景について説明した<sup>92)</sup>。そのうえで、「イリノイ州代理人弁護士は、同州がデュープロセス条項または平等保護条項に違反していることは否定したが、同州が、上告人に無料の裁判記録を有する資格があるとするイリノイ州有罪後審問法に違反していることは認めた。当裁判所が判示すべき唯一の問題は、それゆえ、デュープロセス条項が侵害されているかどうかである<sup>93)</sup>」と論点を明示した。そして、「公判において貧困者に自らを守る権利を否定する規則と、先立って費用を支払うための資金を有するすべての者に認められている、じゅうぶんな控訴検討を、効率的に貧困者に否定する規則の間に意味のある区別はない<sup>94)</sup>」と上告人の主張に理解を示した。また、「州は、合衆国憲法によって、(上告人に)控訴審や控訴検討する権利を提供するよう要求されていないことは事実である。しかし、(前述は)控訴検討の許可をあたえる州が、貧困のため有罪の被告のある者に対して差別するような方法でできる、といているわけではない。控訴検討はいまや、最終的に被告が有罪

か無罪かの裁定をくだす、イリノイ州公判制度の不可欠な部分となっている。したがって、公判手続のすべての段階においてデュープロセス条項と平等保護条項は、不快な差別から上告人のような人びとを保護する<sup>95)</sup>」として、イリノイ州の有罪後審問法違反は、イリノイ州によるデュープロセス条項と平等保護条項の侵害を意味すると判示したのである。解釈すれば、採用手段のうち貧困者に無償の裁判資料を提供しないという運用Bは、3③n8裁判を受ける権利という基本的権利に抵触しているため、厳格審査が採用される。州は、運用は州のやむにやまれぬ利益<sup>96)</sup>からでたことを立証しなければならないが、立証は成立せず、当該運用はデュープロセス条項および平等保護条項に違反する、ということである。3③n8裁判を受ける権利は、1963年のDouglas判決<sup>97)</sup>、1996年のM.L.B.判決<sup>98)</sup>など刑事、民事手続の諸権利に関する事件においても提示されている。

三番目は5参政権である。5a議席配分と5b選挙権があるが、ここでは5b選挙権の判例として1966年のHarper判決<sup>99)</sup>と1969年のKramer判決<sup>100)</sup>を

91) *Griffin*, 351 U.S. at 13.

92) *Griffin*, 351 U.S. at 13-15. 背景の概略は次のとおり。(強盗の)有罪判決後直ちに、異議申立人(上告人)GriffinとCrenshawは、公判法廷において、公判手続の速記録を含む、認証された完全な裁判記録の写しが費用なしに上告人に提示されるべきであるという動議を申立てた。上告人は、自らは“…控訴を遂行するため必要とされる、速記録と裁判記録をえるため必要な手数料を支払う方法がない貧困者”であると申し立てた。上告人の申立は拒絶されなかった。イリノイ州法にしたがえば、誤審令状によって誤審被告のじゅうぶんで直接的な控訴検討をするためには、被告が、公判担当裁判官によって認証された異議趣意書または公判議事録を、控訴裁判所に提出することが必要である。イリノイ州が認めたように、ときとして公判手続の速記録なしには当該異議趣意書または公判議事録を準備することが不可能になる。…公判法廷は、審問をすることなく動議を棄却した。GriffinとCrenshawは、イリノイ州有罪後審問法にしたがう動議を申し立てた。…関連州法は、有罪後審問法にしたがう、何らかの状況において貧困な申立者は、無料の裁判記録の写しを入手できると規定している。効果は、貧困者は控訴するための憲法上の問題点をじゅうぶん検討するため、証拠能力あるじゅうぶんな証拠として、無料の裁判記録の写しを入手できるが、他の誤審被告はできないということである。…これらの申立は棄却されていない。

93) *Griffin*, 351 U.S. at 16.

94) *Griffin*, 351 U.S. at 18.

95) *Ibid.*

96) やむにやまれぬ利益 (compelling interest) のテストは1969年のShapiro判決で明確にされたが、横田 [1987] 169頁 注(6)は「[どうしても必要な利益(やむにやまれぬ利益:引用者注)]という言葉は、*Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234 (1957)のフランクファーター判事の同意意見の中にみられる」と指摘した。*Sweezy*判決の前年にくだされたGriffin判決は、やむにやまれぬ利益という用語をもちいていないが、論理的な考察においてはこの概念を使って説明することが理解しやすい。

97) *Douglas v. California*, 372 U.S. 353 (1963). カリフォルニア州の刑事訴訟において貧困な被告による控訴審での代理人申請を控訴裁判所が州法にしたがう拒否したことが、第14修正に違反するか争われた。

98) *M.L.B. v. S.L.J.*, 519 U.S. 102 (1996). ミシシッピ州における、親権の永久停止命令に対する控訴のための、法廷資料の閲覧に要する手数料が払えない女性の扱いをめぐる事案である。

とりあげる。Harper 判決は、1886年の Yick Wo 判決<sup>101)</sup>を引用し「ずっと前に、Yick Wo 判決において当裁判所は、“投票する権利”を、“すべての権利を保持するためのものであるから、基本的参政権(fundamental political right)”として参照した<sup>102)</sup>」と述べた。また、「州は市民から多くの異なる種類の許認可として手数料を取りたててもよいということ；州が運転免許としてすべての平等な手数料を要求できるならば、州は投票にすべての平等な選挙権税を要求できるということが論じられている」と論争を整理し、区分につき「(しかし、) 富貴や貧困の根拠に基づき引かれた線引きは、人種に基づく線引きと同じく、伝統的にうとんじられている<sup>103)</sup>」と判示した。さらに基本的権利について「長い間、基本的権利および自由が平等保護条項のもとで主張されるとき、それら権利および自由を侵害または抑制するかもしれない区分は、厳密に審査され、注意深く制限されなければならない、とこころがけてきた<sup>104)</sup>」とし、「富や手数料を支払うことは、当裁判所の見解によれば、投票資格とは何の関係もなく；投票権はきわめて貴重で基本的であるから重荷を課せられたり条件づけられたりできない<sup>105)</sup>」と結論したのである。一方、Kramer 判決のウォーレン首席裁判官による法廷意見は、選挙権とやむにやまれぬ利益の関係について「仮に対象となる州法が選挙権を、必要な年齢と市民権を有する真正な居住者の

ある者に許諾し、他の者には否定するならば、当裁判所は、除外はやむにやまれぬ州の利益を促進するため必要なものであるかどうかを決定しなければならない<sup>106)</sup>」と判示した。さらに、選挙権に関する区分と、合憲性の推定、および合理性の基準による承認について、Harper 判決に言及し「当裁判所が一定の居住者に投票権を否定する法律を審査するとき、一般的な州法にあたえられる合憲性の推定および、仮に当裁判所がつくられた区分について“合理的な根拠”を考へる場合、州の区分にあたえられる伝統的な承認は、適用されない<sup>107)</sup>」と裁判所の立場を明確に表明したのである。Harper 判決と Kramer 判決により、5b 選挙権が基本的権利であるという見解は強固なものになったといえる。

四番目がプライバシー権である。これは、1 包括的基本権の 1②自己決定権に該当する。1②a 出産の権利は 1942年の Skinner 判決で、1②b 避妊の権利は 1972年の Eisenstadt 判決で、1②c 中絶の権利は 1973年の Roe 判決で認められた。ただし、1②c 中絶の権利は今にいたるもなお議論されている。1②d 結婚の権利は 1978年の Zablocki 判決で認められたが、1②f 家族構成を決める権利には 1986年の Lyng 判決<sup>108)</sup>で、1②g 子供の養育権には 1988年の Bowen 判決<sup>109)</sup>でそれぞれ否定的な判示がされている。この分野はケース・パイ・ケースであるといわざるをえない。なお、筆者は以前、Roe

99) Harper v. Virginia State Board of Elections, 383 U.S. 663 (1966).

100) Kramer v. Union Free School Dist., 395 U.S. 621 (1969).

101) Yick Wo v. Hopkins, 118 U.S. 356 (1886). カリフォルニア州サンフランシスコ市の洗濯業許可条例の運用において、中国系の業者のみが異なるあつかいを受けたことが、第 14 修正に違反するかどうか争われた。人種、膚の色、国籍などによる区分の合憲性が問われた初期の事案である。

102) Harper, 383 U.S. at 667.

103) Ibid.

104) Harper, 383 U.S. at 670.

105) Ibid.

106) Kramer, 395 U.S. at 627.

107) Kramer, 395 U.S. at 627-628.

108) Lyng v. Castillo, 477 U.S. 635 (1986). 連邦食料スタンププログラムは、支給単位が個人ではなく家計ごと (household) になっている点が、第 5 修正のデュープロセス条項における平等取扱いの保障に反するかどうか争われた。

109) Bowen v. Gilliard, 483 U.S. 587 (1987). 養育費を支給されている場合、支給の対象外とした連邦の児童手当プログラムが、第 5 修正の平等取扱いの保障に違反しているか問われた事案である。1②g 子どもの養育権が家族の生計を選ぶ基本的権利にあたる、という主張は認められなかった。

判決に関連して「①第14修正のデュープロセス条項で保護された「自由」は、②「基本的な権利」とみなせる③プライバシーの権利を含み、③プライバシーの権利は、④中絶するか否かの女性の決定権を含む<sup>110)</sup>」と述べたことがある。これは、第14修正で保護された「自由」はプライバシーの権利を含み、プライバシーの権利は（中絶するか否かの）女性の決定権を含むこと（第一文）と、プライバシーの権利は基本的権利とみなせること（第二文）、の二つに分解できる。同じく以前、ルーズヴェルトの「ロー事件は、痛ましいほどに説得力のない判決である」という見解を引用したが<sup>111)</sup>、1992年のCasey判決<sup>112)</sup>は、基本的権利とプライバシーの権利に言及しなかった。Casey判決の判断によると、先の第一文は、第14修正で保護された「自由」は女性の決定権を含むこととなり、第二文は消滅する。つまり、基本的権利とプライバシーの権利の部分がルーズヴェルトのいう「痛ましいほどに説得力のない」主張であり、Casey判決はこれを除外したとも解釈できる。では、なぜ基本的権利とプライバシーの権利に説得力がないのであろうか。本稿における枠組み<sup>113)</sup>では、1包括的基本権（幸福追求権）は、1①プライバシーの権利、1②自己決定権、1③その他の幸福追求権にわけられるが、1①を狭義のプライバシーの権利、1①と1②をまとめて広義のプライバシーの権利とすると、広義のプライバシーの権利は1②（女性の）自己決定権を含み、1②自己決定権は1②c中絶の権利を含む、と構成できる。つまり、問題視されたのは、第14修正で保護された「自由」はプライバシーの権利を含むという部分かもしれない。プライバシーの権利は、2.1.1で述べた、

権利章典の22項目から4項目を除いた18項目で構成される、州に適用される第14修正で保護される権利に該当しないということである。たしかに、権利章典のなかにプライバシーの権利は規定されていないが、同じく2.1.1で1②a子孫を残す権利に関連して述べたように、憲法に明記されていない権利も基本的権利に含まれる可能性がある。そこで、これまであげた基本的権利の分野を確認すると、3②経済的自由、3③人身の自由または4受益権、5参政権である。いずれも権利章典に含まれていないが、本来重要であると考えられる権利である。厳しい評価を受ける可能性があるのは、1包括的基本権（幸福追求権）と6b教育を受ける権利でも言及した6社会権であろう。1幸福追求権と6社会権に厳しいことが、アメリカにおける社会的課題につながっているとも考えられる。

## 2.2 疑わしい区分について

### 2.2.1 人種差別と疑わしい区分

社会的課題の解決をはかる立場からみても、1954年のBrown I判決<sup>114)</sup>は最も重要な判決の一つである。先例である1896年のPlessy判決<sup>115)</sup>の法廷意見は、第14修正1節のほぼ全文を記載し<sup>116)</sup>、「第14修正の目的は、疑いもなく二つの人種の絶対的な平等を強いるものであったが、事項の性質において（第14修正の目的は）膚の色に基づく区別を廃止すること、または、政治的平等から識別された、社会的平等または、不満足な条件に関して二つの人種の混合を強いることを、意図されたものではなかった<sup>117)</sup>」とした。すなわち、第14修正の目的は人種的な平等を強いることで、人種的区分を廃止す

110) 高橋 [2020] 62頁、高橋 [2021] 75頁。

111) 高橋 [2020] 63頁。

112) *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

113) 注7)を参照。

114) *Brown v. Board of Education of Topeka (Brown I)*, 347 U.S. 483 (1954).

115) *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). ルイジアナ州法による交通機関での人種隔離が、第14修正に違反しないか争われた事案である。

116) *Plessy*, 163 U.S. at 543.

117) *Plessy*, 163 U.S. at 544.

ること、人種的統合をはかることではなかったとして、このように平等と区分（分離）の関係を判示している。さらに、同判決は南北戦争以前の1849年のRoberts判決<sup>118)</sup>に言及し、「マサチューセッツ州最高裁は、ボストン総学校委員会は、有色人種の子供たち専用として設立された分離された学校におけるかれらの教育のための条項を作成し、他の学校に有色人種の子供たちが通学することを禁止する権限を有すると判決した<sup>119)</sup>」と述べた。人種別学の事例を示し、分離と平等が平穩に並立しようとしたのである。

このPlessy判決に対し、施設などが平等かどうかではなく、分離されていること自体をはじめて問題としたのがBrown Iである。別の機会にBrown I判決について「結論は妥当だが、その法的論理には問題もあるとされる<sup>120)</sup>」と述べたが、藤倉はこの点に関連して「別学が違憲とされたのは、(一) 黒人が心理学的被害を受けるからか… (二) …人種に基づく分類を使ったからか… (三) …目的を果たすについて、…別学にしなければならない合理性を欠くからか… (四) …黒人は其学校に学ぶ憲法上の権利を認められたのか<sup>121)</sup>」を同判決はじゅうぶん検討していないとした。本稿の用語を使うと(二)

は疑わしい区分に、(三)は合理性の基準における採用手段Bの合理性に、(四)は基本的権利に該当する。クラーマンは「Brown判決は、教育は近代社会において、それを人種差別から遮断することを保障するためにじゅうぶんに重要であるということ、および教育における分離は差別であり、なぜならば切り離された施設は本質的に不平等であること、のみを判決した<sup>122)</sup>」ため、理論的正当性の不足とともに、「(その)狭い理論的根拠は、教育より基本性が劣る内容、すなわち、大半の生活分野における分離の合憲性を未解決のままで残した<sup>123)</sup>」という。

では、人種的区分の法理(racial classification rule)はどのようにして確立されたのであろうか。クラーマンは1964年のMcLaughlin判決<sup>124)</sup>がその法理を確定したという<sup>125)</sup>。そこで同判決を確認すると、法廷意見は1954年のBolling判決<sup>126)</sup>、1944年のKorematsu判決<sup>127)</sup>、1943年のHirabayashi判決<sup>128)</sup>を引用し<sup>129)</sup>、「ここには、人種(区分)に基づく不快な公的差別から憲法上保護される自由を侵害する、州のポリスパワーの行使が含まれている」が、「当裁判所がいつてきたように、たとえ正当な州の利益にしたがって規定されていても、そのよう

118) Roberts v. City of Boston, 5 Cush. 19 (1849). マサチューセッツ州ボストン市に対し、不法に公立学校教育から排除された、いかなる児童も当該教育が維持されている都市や町に対し損害を回復請求できる、と規定する州法にしたがい、父親など支援された5歳の有色人種児童によって提起された事件である。

119) Plessy, 163 U.S. at 544.

120) 高橋 [2020] 55頁。

121) 藤倉 [1977] 137頁。

122) Klarman (1991) at 247.

123) Ibid.

124) McLaughlin v. Florida, 379 U.S. 184 (1964).

125) Klarman (1991) at 255. 具体的には次のように述べた。「裁判官個人としてはもっと早い時点でその結論に到達していたかもしれないが、裁判所全体としては(1964年の)McLaughlin判決においてはじめて、未婚の人種間カップルによる同棲を犯罪としている州法を平等保護の根拠において打破するという、人種的区分に対する推定に基づく法理を表明した。」

126) Bolling v. Sharpe, 347 U. S. 497 (1954). コロンビア特別区の公立学校における人種別学は、第5修正で保障されているデュープロセス条項に違反するかが争われた。「第5修正は平等保護条項を有していないが、第5修正のデュープロセスと平等保護の概念は相互に排他的ではない」として、事実上第5修正にも平等保護の概念があることを認めた。Bolling, 347 U.S. at 499. また「人種のみに基づく区分は、米国の伝統に反し、それゆえ、憲法上、疑わしいので、とくに注意深く審査されなければならない」と判示した。Ibid. Brown Iと同時に判決がなされた。

127) Korematsu v. United States, 323 U. S. 214 (1944). 第二次世界大戦中の日系人の強制収容の合憲性について争われた事案である。人種的区分に関する事件の審査基準について「単一人種集団の市民権を縮小するすべての法的規制は、直接的に疑わしい」ため、「裁判所はそれら法的規制を最も厳格な審査にしたがわせなければならない」と判示した。Korematsu, 323 U.S. at 216. また1.2.2で述べたLoving判決でも「最も厳格な審査」は引用(Loving, 388 U.S. at 11)されていた。



な（州）法は正当化の重い負担を有し、仮に（当該州法が）許される州の政策の達成のため必要とされており、単に合理的に関連しているだけでないときにも、支持されるであろう<sup>130)</sup>と判示している。このことをクラーマンは「McLaughlin 判決において最高裁ははじめて、“最も重要な”州の目的を正当化するものとして、区分は単に合理的に関連しているのではなく、提示された州政府の利益に対して“必要”であると示すことを要求するという、より厳格な人種的区分の審査基準を明瞭に表現し、適用した<sup>131)</sup>」という。McLaughlin 事件は、白人と黒人の同棲<sup>132)</sup>を処罰するフロリダ州法の合憲性が争われた事案である。州側は、黒人が黒人と同棲した場合には処罰の対象にならず、黒人が白人と同棲した場合には黒人も白人も処罰される、つまり黒人の同棲対象が黒人の場合と白人の場合は区分（分離）されるが、対処は平等であるという論理を主張した。クラーマンのいう、未解決であった「大半の生活分野における分離の合憲性」を争う事案であったといえる。本稿における方法で記載すると、条文は「（立法目的 A のために）区分 B1 黒人間の同棲の場合は B2 合法（区分 B1 でない黒人と白人の同棲の場合は B2 合法としない）とする」で、B1 と B2 をあわせて採用手段となる。すると、厳格審査の基準を、第一に、区分 B1 が疑わしい区分である人種にあたる場合、区分が疑わしいから、合憲性の推定が成立し

ないこと、第二に、このため厳格審査がとられること、第三に、立法目的 A について、“最も重要な”州の利益を、また採用手段 B について、立法目的 A の達成のため“必要”であることを、州が立証しないかぎり、当該州法は第 14 修正の平等保護条項違反となること、とできる。合憲性の推定については明確に言及されていないが、いちおうの定式化はできたと判断してよい。

## 2. 2. 2 性差別と中間審査

ウォーレン・コートは、Carolene 判決<sup>133)</sup>脚注 4 の方針に忠実に「切り離され孤立した少数者（discrete and insular minorities）」を救済するため、厳格審査に該当する疑わしい区分の対象を拡大しようとし、黒人、貧困者とならんで女性もその候補であったと考えられる。1971 年の Reed 判決<sup>134)</sup>は、1911 年の Lindsley 判決などに言及し「平等保護条項を適用するにおいて、第 14 修正は州に対し異なる者の部類を異なる方法で取り扱う権限を否定していないと、一貫して認識してきた<sup>135)</sup>」が、「同条項は、しかしながら、州に対し法令により定められた、当該法令の目的とまったく関連しない基準に基づき、人々に異なる区分をあたえ異なる取扱いをするよう立法する権限を否定する<sup>136)</sup>」とした。また同判決は、1. 2. 1 で述べた 1920 年の Royster 判決を引用し「区分は“同様の事情にあるすべての者が同様に取りあつかわれるため、合理的であって恣意的

128) *Hirabayashi v. United States*, 320 U. S. 81 (1943). 第二次世界大戦中の日系人の強制収容の合憲性について争われた事案である。

第 5 修正と平等保護条項の関係について「第 5 修正は平等保護条項を含んでおらず、デュープロセスの否定に等しいような議会による差別的な法制に対してのみ第 5 修正は規制する」と判じた。*Hirabayashi*, 320 U.S. at 100. また「人種差別は大多数の状況において不適切であり、および、それゆえ、禁止されている」と述べた。Ibid.

129) *McLaughlin*, 379 U.S. at 192. 訳出すると、次のようになる。「この強い政策は、人種的区分を“憲法上、疑わしい(区分)”とし(*Bolling*, 347 U.S. at 499)、(よって、人種的区分を)“最も厳格な審査”にしたがわせ (*Korematsu*, 323 U.S. at 216)、および、(人種的区分を)いかなる憲法上受けいられる立法目的に対しても“大多数の状況において不適切である”とする (*Hirabayashi*, 320 U.S. at 100)。」

130) *McLaughlin*, 379 U.S. at 196.

131) Klarman (1991) at 255.

132) *McLaughlin*, 379 U.S. at 184. フロリダ州法は次のように定義した。「未婚の人種が異なるカップルが常に (いっしょに) 住み、夜に同じ部屋にいること」

133) *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 58 S.Ct. 778, 82 L.Ed. 1234 (1938).

134) *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971). 遺言検認法について養子の遺産管理人の地位を、養父と養母が争ったアイダホ州の事件である。

135) *Reed*, 404 U.S. at 75.

136) *Reed*, 404 U.S. at 76.

でなく、かつ立法目的に公正で実質的な関連を有する一定の差異の根拠に支えられていなければならない”<sup>137)</sup>」と判示した。この部分、すなわち、採用手段は立法目的と単なる「合理的な関連」ではなく、「公正で実質的な関連」を有するという部分が、手段審査の強化であると解されている。そして Reed 判決は「重大な問題は、(アイダホ州遺言検認法) § 15-314 が平等保護条項の命令と一貫性がある方法による目的を上回るかである<sup>138)</sup>」が、「当裁判所は、上回らないと考える。メリットとして聴聞手続を削減するだけのためにいずれかの性の申請者に、他方の申請者より強制的な優先権をあたえることは、まさに第14修正の平等保護条項によって禁じられている、恣意的な法的選択をすることになる；…この文脈での選択は、性に基づくだけでは法的に権限をあたえられていない<sup>139)</sup>」として違憲とした。ただし、同判決には合憲性の推定の有無に関する言及はなく、したがって厳格審査ではなく合理性の基準の範囲内での違憲判定とされている。法廷意見はバーガー首席裁判官によって書かれたが、性に基づく区分は合憲性の推定を排除する疑わしい区分に該当するのか、あいまいなままであった。

1973年の *Frontiero* 判決<sup>140)</sup>は「対象となる(連邦)法が、第5修正のデュープロセス条項に違反する<sup>141)</sup>」という結論を8対1でくだすことができた。しかし「性に基づく区分は、人種、外国人、または出身国のように、本質的に疑わしく、それゆえに厳

格審査に服さなければならないと結論できるだけかもしれない」が、「当該厳格審査によってあたえられた分析を適用すれば、今、当裁判所の前にある法制は憲法上無効であることは明らかである<sup>142)</sup>」という理由づけに同意したのは、ブレナン裁判官を含めて4人しかいなかった<sup>143)</sup>。つまり *Frontiero* 判決において、性別が疑わしい区分であるという最高裁の見解を確立することはできなかつたのである。女性は端的に少数者ではないという見解をもつ裁判官もおり、疑わしい区分にすることには障害があった。さらに、1975年の *Ballard* 判決<sup>144)</sup>でブレナン裁判官は「当職は、しかしながら、性差のみを根拠とする法制上の区分は、綿密な司法審査(close judicial scrutiny)にしたがうべきであると信ずる<sup>145)</sup>」という反対意見をだしたが、多数意見を構成するにはいたらなかった。

これらの経過を経たのちに、1976年 *Craig* 判決<sup>146)</sup>がだされた。ブレナン裁判官による同判決の法廷意見はまず「上告人は、年齢性区分の違憲性というみずからの主張を確立するために、18-20歳の男性の平等保護の異議に依拠できるかという問題が生じる。当裁判所は、上告人はできると結論する<sup>147)</sup>」とはじめる。次いで、その前の箇所で Reed 判決に言及したうえで<sup>148)</sup>、「合憲性の議論に耐えるために、以前の事件は、性差による区分は、重要な政府目的に仕えなければならない、かつ、政府目的の達成に実質的に関連していなければならない、とい

137) Ibid. 引用部分は、Royster, 253 U.S. at 415 である。

138) Ibid.

139) Ibid.

140) *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973).

141) *Frontiero*, 411 U.S. at 691.

142) *Frontiero*, 411 U.S. at 688.

143) ブレナン裁判官以外に同調したのは、ダグラス、ホワイト、マーシャル各裁判官で (Ibid. at 682-691 (Brennan, J., the Court's judgment and an opinion, Douglas, White, and Marshall, JJ., joined))、ステewart裁判官は結論同意を表明 (Ibid. at 691 (Stewart, J., concurring in the judgement))、パウエル裁判官は(性別を疑わしい区分とする必要はないという)結果同意意見をだした(バーガー首席裁判官、ブラックマン裁判官同調) (Ibid. at 691-692 (Powell, J., concurring in the judgement, Burger, C. J., and Blackmun, J. joined))。

144) *Schlesinger v. Ballard*, 419 U.S. 498 (1975).

145) *Ballard*, 419 U.S. at 511.

146) *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976).

147) *Craig*, 429 U.S. at 193.

うことを確立している<sup>149)</sup>」として、目的審査について、立法目的は重要なものでなければならないこと、および手段審査について、採用手段としての性差による区分は立法目的の達成に実質的に関連していなければならないこと、という中間審査とされる審査基準の二つの要件を提示したのである。そして「ゆえに、Reed 判決における、“遺言検認裁判所に関する業務量を減少させる”という、および“家族内の争訟を回避する”という（政府）目的は、遺言のない故人の遺産管理人の任命における、明白な性別の基準の使用を支えるには、重要性がじゅうぶんでないとみなされた<sup>150)</sup>」と Reed 判決を二か所引用し、Reed 判決と立法目的は重要なものでなければならないという要件をむすびつけた。これで中間審査の枠組みは明らかになったといえる。ただ、人種以外の疑わしい区分としては、貧困、性別、外国人、年齢、精神的障害者などがあげられたが、結局バーガー・コート以降明確に認められたものはなく、性別と非嫡出子などのみに中間審査を適用しているのが現状である。

### 3 社会的課題と実質的平等

#### 3.1 人種別学とアファーマティブ・アクション

##### 3.1.1 疑わしい区分と人種分離の是正

2.2.1で1896年のPlessy判決の「分離すれども平等」法理を、1954年のBrown I判決が判例変更したことは述べた<sup>151)</sup>。また1955年のBrown II判決<sup>152)</sup>は「人種的に差別がない原則により、可及的速やかに（with all deliberate speed）公立学校を導くことが必要で適切<sup>153)</sup>」と判示したが、人種差別の是正が容易でないことは最高裁も自覚していた。そこで最高裁は、Brown II判決に先立ち一定の質問を訴訟当事者にしている<sup>154)</sup>。すなわち、1) 学区区内で黒人児童をすべて白人校に通学させる、2) 最高裁が制度変更の процедуруを規定する、3) 制度変更のための特別な専門官を任命する、4) 最高裁が制度変更の枠組みを定め、地裁にその procedure を任せる、という四つの選択肢を提示した。そして、最終的に4)を採用した最高裁は、あたえる影響の大きさを考えてか、Brown II判決のあとしばらく沈黙し、1964年公民権法の可決のころからやや積極的な意見を述べはじめた。

1964年のGriffin判決<sup>155)</sup>は、「公立学校は閉鎖され、私立学校が州と郡の支援によりその場所で運営されたが、その理由は一つで、かつ一つだけ：（す

148) *Craig*, 429 U.S. at 197. 訳出したものは、次のとおり。Reed 判決が、男性と女性の間を区別する法定区分は“平等保護条項にもとの審査にしたがう”と強調したことを思い出せば、分析は適切に開始できる。

149) *Ibid.*

150) *Craig*, 429 U.S. at 198.

151) 判決文だけをみれば、「分離すれども平等」法理が公立学校教育の分野においては適用されないという解釈も可能であるが、そのあとの判例によれば、人種による区分に基づく法による分離は分野を問わず厳しく審査されることになっている。なお、安部 [2012] 81頁参照。

152) *Brown v. Board of Education of Topeka (Brown II)*, 349 U.S. 294 (1955).

153) *Brown II*, 349 U.S. at 301.

154) *Brown II*, 349 U.S. at 298 n. 2. 具体的には、「公立学校における人種別学は第14修正に違反すると判決されるという仮定」の場合、1) 「通常の地理的学区区劃の範囲内で、黒人児童はその選択した学校（への通学）を許されるべきか」、または、2) 「本裁判所に、エクイティの権限の行使において、現存の人種別学制度から人種区分に基づかない制度へとするべく、効果的で暫時的な調整を許す」場合に、「本裁判所は、これらの事件の詳細まで判決で規定すべきか」、3) 「本裁判所は、当該判決の特定の条件を推奨するという見解のもとで、証拠を審問する専門官を任命すべきか」、4) 「本裁判所は、これらの事件における判決の枠組みの方向で地裁に命令すべきか、もしそうであれば、本裁判所の判決はどのような一般的な方向づけを含むべきか、および、……地裁はどのような手続にしたがうべきか」というものである。この質問はもともと Brown I 判決 (*Brown I*, 347 U.S. at 495-496 n. 13) に記載されている。

なわち) 郡と州によりとられる方法を通して、プリンスエドワード郡における白人と有色人種の子どもたちは、いかなる状況のもとでも、同じ学校に行かないようにすることである」と本件の状況をまとめ、「いかなる非人種的な根拠が州に郡の公立学校を廃止することを許すとしても、その目的は合憲性あるものでなければならず、かつ、人種を理由にする根拠と人種差別待遇廃止への異議は、合憲性の資格をあたえられない<sup>156)</sup>」として、郡の行為を違憲と断じた。また1968年のGreen判決<sup>157)</sup>は、生徒に学校選択させる形式をとり学校統合化に消極的だった郡の教育委員会に対し「学区の割りなおし、(よりスピーディで効率的な)学校の合併、組み合わせなど合理的で利用可能なほかの方法があれば、“自由選択”制度は許されない」から、「ニューケント教育委員会の“自由選択”制度は統合システムへの“過渡期を遂行する”ための手段として受け入れられない<sup>158)</sup>」と判示し、「同教育委員会は、新計画を作成し、通学区域のような、使用可能に思われる他の手段の観点から、“白人”学校や“黒人”学校のない単一の学校制度へと速やかに転換させる手法をつくりあげることが要求されなければならない<sup>159)</sup>」と結論した。生徒の自由な選択にまかせることを理由にした放置は認めないと明言したことになる。さらに1969年のAlexander判決<sup>160)</sup>では、全裁判官一致の意見(per curiam)として「控訴審の1969年8月28日付命令は無効とされ、本件は、控訴裁判所に、

それぞれの学区はもはや人種や膚の色に基づく二重学校制度を運営することをゆるされない、と宣言し、および、同学区は、だれも人種や膚の色のためにいかなる学校からも事実上排除されないという範囲で、ただちに統合学校制度として運営しはじめよ、と指示する、判決および命令をただちに発行するよう再命令される<sup>161)</sup>」とした。Brown判決から15年余り経って、人種分離学校制度はなんとしても統合されなければならないという最高裁の決意を示したといえる。

この決意を具体的にしたもののが1971年のSwann判決<sup>162)</sup>である。同判決はまず、「今日の目的は、公立学校から、Brown I判決による平等保護保障の侵害であると判示された州に強要された人種分離のすべての痕跡を消去することである<sup>163)</sup>」とした。次に、「適切で受け入れられる救済への積極的義務の、学校当局による不履行において、地裁は統合学校制度を保障する救済をつくる広い権限を有する<sup>164)</sup>」と、地裁がエクイティの救済権限を有することを改めて示した。そして、地裁の教員の任命権限を認めた<sup>165)</sup>、「法的に強制された人種隔離を消去する救済策を工夫することにおいて、地方当局と地裁は、将来の学校建設と廃止はもちいられず、二重学校制度を永続化したり再構築したりできないことを理解しなければならない<sup>166)</sup>」と述べて、学校の新設と廃止については消極的な姿勢を示した<sup>167)</sup>。そのうえで、本質的な問題として「(1) 人種分離制度を是正

155) Griffin v. School Board, 377 U.S. 218 (1964). バージニア州プリンスエドワード郡の公立学校を閉鎖し、設立された私立学校に郡や州が援助をあたえた事実である。

156) Griffin, 377 U.S. at 231.

157) Green v. County School Board of New Kent County, 391 U.S. 430 (1968).

158) Green, 391 U.S. at 441.

159) Green, 391 U.S. at 442.

160) Alexander v. County School Board of New Kent, 391 U.S. 430 (1969).

161) Alexander, 391 U.S. at 19,21.

162) Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education, 402 U.S. 1 (1971).

163) Swann, 402 U.S. at 15.

164) Swann, 402 U.S. at 16.

165) Swann, 402 U.S. at 19-20. 具体的な文面は次のとおり。「憲法は、地裁が一定の人種隔離の解消機能を獲得するため、教員の任命を命令するエクイティの権限を使用することを禁じていない。」

166) Swann, 402 U.S. at 20-21.

する救済命令における手段として、どの程度まで人種的バランスや人種的割当がもちいられるべきか（人種割当）、(2) すべての全員黒人および全員白人の学校は除去されなければならないのか（単一人種の学校）、(3) 救済方法としての、学校区および通学区域の再編成における限界はどこまでか（通学区域の変更）、(4) 人種分離是正のための輸送機関の使用における限界はどこまでか（生徒の輸送）<sup>168)</sup>の四つを示した<sup>169)</sup>。そして、「地裁は(1)(2)および(3)の観点から、あらゆる輸送計画の健全性を比較検討しなければならない<sup>170)</sup>」と示した。Swann判決は、前述のように、学校の新設と廃止について消極的であり、学校の位置と生徒の居住地を変更することなく、正当な理由がない単一人種の学校の人種構成を修正し、通学区域を変更すれば、生徒の通学距離と時間は増大するから（バス）輸送を実行していくしかない。このロジックでSwann判決は強制的バス通学制度を提唱したとされ、これに対する反発が生じることになる。紙幅に余裕がないため、以降の人種別学解消措置については3.2.2で一部ふれるにとどめたい。

### 3.1.2 アファーマティブ・アクションをめぐる考察

そもそもアファーマティブ・アクション（特別優遇措置）とは何であろうか。芦部は「歴史的に差

別を受けてきたグループ、とくに黒人や女性に対し…優先的な処遇を与える積極的差別解消措置<sup>171)</sup>」とした。山内は「かつての人種差別が生み出した構造的格差を是正・救済し実質的平等を実現しようとするもの<sup>172)</sup>」という。松井は端的に「過去の差別を償うための黒人に対する優遇措置<sup>173)</sup>」と規定した。いずれの研究者の定義にも、①過去の差別の存在、②その差別の影響に対する是正・補償、③差別を受けた集団<sup>174)</sup>に対する優遇措置、という要素がある。ファロンは「人種的少数者が、仕事の割当、大学入学のための選抜、政府との契約において優遇される<sup>175)</sup>」ことという。ルーズヴェルトは「人種的マイノリティに便益または優先的処遇を付与すること<sup>176)</sup>」と述べる。これらであれば、人種的少数者には当然①②があるという想定のもとでの、③'人種的少数者の集団に対する優遇措置、ということになる。特別優遇措置が注目を集めるようになった時期だが、山内は、1967年のジョンソン大統領の行政命令第11375に言及し「(特別優遇措置は、)60年代後半から70年代にかけて雇用の分野をはじめとして相当の進捗をみた<sup>177)</sup>」という。これは人種別学が、1964年公民権法に基づく1965年の初等・中等教育法によって改善措置をとる州に補助金がだされるようになり、部分的にせよ是正の動きがみえはじめた時期と重なる。すなわち、特別優遇措置は、

167) 消極的である理由につき判決は、次のように述べた。「過去において、この観点における選択は、州の人種分離学校制度をつくりあげ維持するための有力な武器として使用されてきた。黒人や白人生徒だけを意図した学校を建築するという古典的なパターンに加えて、学校当局は、Brown判決以降、ときとして近隣の居住パターンにおける変化を通して、人種的に混在しそうだと思われる学校を閉鎖してきた。これは、「近隣区域」の公式な原則にしたがい離脱を最小限とすることで人種の分離を維持するために、ときとして白人の郊外に進出した地域において新学校を建設することで達成されてきた。」Swann, 402 U.S. at 21.

168) Swann, 402 U.S. at 22.

169) それぞれの考察箇所は次のとおり。人種割当 (Swann, 402 U.S. at 22-25)、単一人種の学校 (Ibid. at 25-27)、通学区域の変更 (Ibid. at 27-29)、生徒の輸送 (Ibid. at 29-31)。

170) Swann, 402 U.S. at 31.

171) 芦部 / 高橋補訂 [2011] 130頁。

172) 山内 [2005] 106頁。

173) 松井 [2008] 313頁。

174) 芦部 / 高橋補訂 [2011] 130頁には「グループ」という用語があり、松井 [2008] 313頁にも「黒人」という用語があって、いずれも集団を連想させる。しかし、判例には「集団」としての黒人ではなく、「個人」としての一人一人の状況を検討する事案があり、これのみが限定された (narrowly tailored) という要件をみたとする見解がある。集団が個人かについては議論があると述べておく。

175) ファロン (平地ほか訳) [2010] 130頁。

176) ルーズヴェルト (大沢訳) [2011] 184頁。

177) 山内 [2005] 107頁。

黒人や有色人種の分離による公教育での差別や社会進出の遅れを改善しようという流れにおいて加速化したと判断できる。

次に、特別優遇措置は、合衆国憲法第14修正の平等保護条項とどのような関係にあるのだろうか。第一に、平等保護条項は特別優遇措置を促進または推奨していると解釈することは可能かを考える。これは1.1.1で述べたように、憲法の条文では実質的平等（条件の平等）ではなく形式的平等（機会の平等）保障が原則であるから、平等保護条項が実質的平等につながる特別優遇措置を促進または推奨していると解釈することは困難だろう。第二に、では、平等保護条項は特別優遇措置を禁止していると解釈することはどうか。ファロンは「平等保護条項についてより実体的な解釈を行い、同条項はとりわけ不公正あるいは社会的に危険ないし不和をもたらすあらゆる差別を禁止している（あるいは少なくとも「疑わしい」ものとみなしている）と理解することも不可能ではない<sup>178)</sup>」という。そのうえでファロンは、次のように考察する<sup>179)</sup>。1) 前述の状況でのポイントは、特別優遇措置は道徳的に疑義あるか、厳格審査が必要なほど疑わしいかであること、2) 立場には、すべての人種的区分は不公正で疑わしいとするもの

（保守派）と、人種的区分が品位をさげたり抑圧したり烙印を押す場合にのみ疑義があるとするもの（リベラル派）があること、3) 保守派は、Carolene判決脚注4)に基づく理論<sup>180)</sup>も、第14修正制定時の当初の理解<sup>181)</sup>も援用できないこと、4) リベラル派はどちらも援用できること、5) 結果として、保守派が使えるのは基本的公正に対する司法判断のみであること、である。

第三に、となれば、平等保護条項は特別優遇措置について促進も禁止もしていないと解釈することはできるのか。いちおう中立的な見解に思えるが、関連して平等保護条項は膚の色に着目していないかどうかという議論がある。これは1896年のPlessy判決のハーラン裁判官の反対意見における「合衆国憲法は膚の色に着目せず（color-blind）、市民の間に階級（区分）を知らず、黙認もしない<sup>182)</sup>」という見解からはじまっている。反対意見のその前後の文脈をみると<sup>183)</sup>、ハーラン裁判官の意図は州による人種のみに基づく規制を論難することであったと思われる。ただ、山内は、③の優遇措置とは「人種…をもって人間を区分し、黒人たる属性をもつ被差別集団に対して差別是正の積極的措置」だが、これは「多かれ少なかれかつて人種隔離を生み出したのと

178) ファロン（平地ほか訳）[2010] 131頁。

179) ファロン（平地ほか訳）[2010] 130-131頁。

180) ファロン（平地ほか訳）[2010] 131頁。ファロンはこの理論と解釈について、第一に、厳格審査は「[分離され孤立した]少数者集団を政治過程における「偏見」の影響から保護するために必要とされる」こと、第二に、「平等保護条項のもとでの厳格審査の目的は、偏見からの少数者集団の保護とされるので、アフターマティヴ・アクション計画は司法の関心を喚起すべきものではないこと」、第三に、第二点の理由は、「このような計画は、少数者集団に属する者を害するのではなく利するものであり、白人多数者への「偏見」によって動機づけられたものであるとは言えそうもない」ためであること、と説明している。

181) ファロン（平地ほか訳）[2010] 132頁。ファロンは制定当初の議会の理解について、第一に、「起草者や採択者が人種の少数者への優遇を不公正であるとか憲法上許されないと理解していたことを示すものは何も存在しない」こと、第二に、「第14修正の制定後間もない数年間、連邦議会は繰り返し、「有色人種の」兵士や水兵、女性や子どもに利益を与える法律を制定していた」ことを指摘した。

182) *Plessy*, 163 U.S. at 559 (Harlan, J., dissenting).

183) *Ibid.* ハーラン裁判官反対意見の関連部分は次のとおり。この国において白人は、自らを支配的な人種であるべきだと思っている。そして、威信において、業績において、教育において、富においておよび権力においてそうである。そうであれば、当職は疑われないが、仮にそれが偉大な遺産にとって事実であり続け、憲法上の自由の原則にとって色褪せないことを保てば、永久に続くであろう。しかし、憲法の見解において、法の目において、この国において上位であったり、支配的であったり、優勢な市民の階級はない。この国にカースト制はない。合衆国憲法は膚の色に着目せず（Our Constitution is color-blind）、市民の間に階級（区分）を知らず、黙認もしない。市民権に関しては、すべての市民は法の下に平等である。最も謙遜な者は、最も力量のある者の同等者である。法は、国土の最高法規によって保障された市民権が関わる時、人（男性）を人（男性）としてみなし、その人の背景事情や膚の色を考慮しない。それゆえに、国土の根本的な法の最終的な説明者である、この最高裁の法廷が、州は人種の根拠のみに基づき市民による市民権の享受を規制しうる、という結論に達したことは惜しまれるべきである。

同じ color-conscious（膚の色に着目すること：引用者注）の立場」と重なり、「color-blind（膚の色に着目しないこと：引用者注）の立場から、個人の市民的自由尊重を前提に平等保護を実現してきた従来の流れとはやはり異なる<sup>184)</sup>」という。つまり特別優遇措置が color-blind といいきることは、やはり困難である。とすると、color-blind が憲法の基本であれば、特別優遇措置は憲法の基本に反していると主張することで、中立的な見解のはずが、第二点の平等保護条項は特別優遇措置を禁止しているという解釈を間接的に支援してしまう。紙谷は「(color-blind という概念のため：引用者注) 社会的経済的な格差をもたらしている現実への対応策（特別優遇措置：引用者注）が厳格審査の対象となり、実質的な平等の実現に対する障碍となっている<sup>185)</sup>」と懸念する。また芹澤は、PICS 判決を論じるなかで、color-blind という思想の理解をめぐり「後者（リベラル派のブライア裁判官：引用者注）は、人種排除と人種統合を区別し、人種を考慮する民主的任意的な人種統合政策（人種別学解消措置：引用者注）の合憲性を広く支持するのに対し、前者（保守派のトーマス裁判官：引用者注）はそれでは違憲の人種差別と区別ができないうして真っ向から批判している<sup>186)</sup>」と指摘する。紙谷の懸念と芹澤の指摘は、color-blind という概念の一人歩きの問題性を示している。

さらに、実質的平等や比較衡量、時間の経過による救済の困難性などの問題がある。前述の山内の定義には実質的平等ということばがあるが、これに関連して藤倉は「最高裁判所は…差別されることになりやすい少数グループの権利を保護する役割を担っ

ている<sup>187)</sup>」としたうえで、「しかし…救済面に限るとはいえ、平等の実質的内容に立ち入…るほど…(裁判所が) 政治のプロセス…の分野に踏み込むことになる<sup>188)</sup>」と問題点を明示した。先ほど述べたように、憲法が実質的平等ではなく形式的平等(機会の平等)保障を原則とするかぎり、これは裁判所にとって負担となる。一方、芦部は「行きすぎると「逆差別」となり、平等保護の問題が生じるが、そうでないかぎり、機会の平等を回復し実態に応ずる合理的な平等を実現するものとして、容認されている<sup>189)</sup>」という。芦部のいう「逆差別」とは、③の優遇措置と②の差別に対する是正・補償のバランスがくずれた状態をさすと思われるが、そのような状態になったとき平等保護の問題が生じることは感覚的に理解できる。しかし、どこまでが容認できるもので、どこから行きすぎかの判断は決してたやすくはない。場合によれば、その判断は比較衡量に頼ることになるかもしれないが、これが個別的比較衡量 (ad-hoc balancing) にならない保証はない。加えて吉田は、②の是正・補償について「差別の「救済」が、時間が経つごとに困難になること」を指摘し、③の優遇措置について「差別に起因する問題を避ける観念的な「中立性」(膚の色に着目しないこと：引用者注) への傾き」がみられるため、判断する者にとって「困難が凝縮される<sup>190)</sup>」という。特別優遇措置は、劇薬であり難問であるといえよう。

## 3.2 アファーマティブ・アクションの展開

### 3.2.1 審査基準の未確定

芹澤は2007年のPICS判決<sup>191)</sup>を論ずる際、「判例の展開は過去の違憲の人種差別の残存をどのように

184) 山内 [2005] 107頁。

185) 紙谷 [2012] 77頁。

186) 芹澤 [2012] 87頁。

187) 藤倉 [1977] 146頁。

188) 藤倉 [1977] 147頁。

189) 芦部/高橋補訂 [2011] 130頁。

190) 吉田 [2012] 85頁。

191) Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No.1 (PICS), 551 U.S. 701, 127 S. Ct. 2738 (2007).

解消すべきかという点をめぐり、ここ30年で大きな変貌をとげた<sup>192)</sup>」という。2007年から30年前は1970年代後半を示すが、本稿では1978年から2007年までの主要な判例の基本的な分析にとどめる。

本格的な特別優遇措置の議論は、1978年のBakke判決<sup>193)</sup>からはじまるとされる<sup>194)</sup>。Bakke判決は、適用する審査基準について「いかなる種類の人種のおよび民族的区別も本質的に疑わしい区分であり、ゆえに、最も厳格な司法審査を必要とする<sup>195)</sup>」として厳格審査を主張するパウエル裁判官と、「さらなる救済目的のために設定された人種的区分は重要な政府の目的に仕え、かつ、それら目的の達成と実質的に関連していなければならぬ<sup>196)</sup>」として中間審査を主張する、一部同意一部反対意見のブレナン裁判官ら4名のグループ<sup>197)</sup>と、公民権法違反だけを述べて審査基準には言及しない、結果同意意見のステーブンス裁判官ら4名のグループ<sup>198)</sup>にわかれ、基準を決定できなかった。前述の三つの要素に則してパウエル裁判官の見解を考えると、第一に、一般的な②の是正・補償と③の優遇措置には言及していないこと、第二に、②③の欠落のため、審査基準は先例と同じ厳格審査を主張していること、第三に、同じく②③の欠落のため、「逆差別」と従来の差別事件の審査基準の異同については説明されていないことがあげられる。一方、ブレ

ナン裁判官らの見解は、第一点について、①②③の論点を強く意識していること、第二点について、本件では先例と異なる中間審査を主張していること、第三点について、なぜ厳格審査ではなく中間審査なのかという点を含めて、パウエル裁判官と同様にじゅうぶんに説明されていないことがあげられる。第一点について両者には大きな認識の差があり、これが第二、第三点に影響したうえに、第三点につき両者ともに説明不足であることを考えると、裁判所としての統一された見解をだせなかったこともやむをえない。ステーブンス裁判官らは三点ともに見解を明らかにしなかった。それだけ難問であったともいえる。これらに明確な見解を提示したのは、1995年のAdarand判決<sup>199)</sup>のオコナー裁判官による法廷意見であるが、これを述べる前にBakke判決やその他の判決を概観する。

パウエル裁判官は、厳格審査の目的審査で要求される、やむにやまれぬ利益の候補として、1) 黒人の少ない医学校に黒人を補うこと<sup>200)</sup>、2) 社会的な差別を是正すること<sup>201)</sup>、3) 現在医者が少ない地区に対して医者を増加させること<sup>202)</sup>、4) 民族的に多様な学生集団を確保すること<sup>203)</sup>をあげた。そして、1) と3) は否定し、2) について「州は確実に、特定された差別による(人の)能力への悪影響を、実行可能な場合は、改善または除去することにおいて、

192) 芹澤 [2012] 87頁。

193) Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978). カリフォルニア州立医学校(ディビス校)の特別入学者選抜制度が、合衆国憲法の第14修正の平等保護条項に違反しないか争われた。

194) この点についてクラーマンは、特別優遇措置に関するはじめの事件はDefunis v. Odegaard, 416 U.S. 312 (1974)で、二番目はUnited Jewish Organizations v. Carey, 430 U.S. 144 (1977)であると述べている。Klarman (1991) at 309.

195) Bakke, 438 U.S. at 291.

196) Bakke, 438 U.S. at 359.

197) ブレナン、ホワイト、マーシャル、ブラックマンの各裁判官。いわゆるリベラル派裁判官とされる。Bakke, 438 U.S. at 324-379 (Brennan, White, Marshall, and Blackmun, JJ., concurring in the judgment in part and dissenting in part).

198) ステーブンス、バーガー首席、スチュアート、レンキスト各裁判官。保守派または中間派裁判官とされる。Bakke, 438 U.S. at 408-421 (Stevens, J., concurring in the judgment in part and dissenting in part, Burger, C.J., and Stewart and Rehnquist, JJ., joined). 一般に共和党の大統領によって推薦された者を保守派、民主党の大統領によって推薦された者をリベラル派と称するが、実際には任官してから見解を変えることも多く、一概に判断はできない。

199) Adarand Constructors, Inc. v. Pena, 515 U.S. 200 (1995).

200) Bakke, 438 U.S. at 307.

201) Bakke, 438 U.S. at 307-310.

202) Bakke, 438 U.S. at 310-311.

203) Bakke, 438 U.S. at 311-315.



正当で実質的な利益を有する<sup>204)</sup>」として、やむにやまれぬ利益であることを認めたが、本件では特定された差別はないとしてこれを否定した。一方、4)は「明確に高等教育機関にとって憲法上許される目的である。学問の自由は、列挙された憲法上の権利ではないが、第1修正の特別な関心事として長くみられてきた」とした。そして、1957年のSweezy判決でのフランクフェーター裁判官の結果同意意見<sup>205)</sup>を引用し「“推定、実験および創造”のための環境—高等教育の質にとって本質的に重要な—は、多様な学生集団によって促進されると広く信じられている<sup>206)</sup>」と述べて、民族的に多様な学生集団の確保は大学にとってやむにやまれぬ利益であると結論した。またパウエル裁判官は、厳格審査の手段審査に関し「残された問題は、プログラムの人種的区分がこの利益を促進するために必要かどうかである<sup>207)</sup>」として分析した。そして、ハーバード大学の入学選抜プログラムを参照し「(ハーバード)プログラムにおいて人種や民族的な背景は、一定の入学申請者の記録において“加点”とみなされるかもしれないが、入学定員のすべての他の候補者と比較して申請者個人を隔離するわけではない<sup>208)</sup>」こと、および「(ハーバード)プログラムは、入学選抜過程において各申請者を個人として取りあつかう<sup>209)</sup>」ことを述べた。そのうえで、「非差別的入学方針を

明言する(デビビス校のような)大学が、その方針をクォータ(人数割当)制と同等物の口実として運用することを、当然と思わない<sup>210)</sup>」と、黒人などの特別枠をもつデビビス校のプログラムは第14修正の平等保護条項に違反するとしたのである。目的がやむにやまれぬ利益からでたものでも、採用手段は、少数者への特別枠の設定や黒人などへの一律加点ではなく、個人評価のなかの一要素として加点もあるなど限定されたものでなければならないことになる。このBakke判決の見解がそのあとの判例に影響をあたえていく。ただ、この考え方は、②の差別に対する是正・補償、③の差別を受けた集団に対する優遇措置を、個別事実がなければ認めないとしており、すでに1978年のBakke判決の時点で芹澤のいう変貌をとげているのかもしれない。

Bakke判決のあとの1980年のFillilove判決<sup>211)</sup>では、バーガー首席裁判官による相対多数意見が厳格審査と中間審査のいずれも可能としたが、1986年のWygant判決<sup>212)</sup>、同年のEEOC判決<sup>213)</sup>ともに特別優遇措置にもちいる審査基準を確定するにはいたらなかった。ただし、Fillilove判決は、前述の人種的区分に関する審査基準である第二点について「いかなる人種や民族基準に基づく優先も、それが憲法による保障に抵触しないことを確実にするため、最大級の嚴重な審査を必ず受けなければならない<sup>214)</sup>」

204) *Bakke*, 438 U.S. at 307.

205) 引用部分を訳出すると次のとおり。「推定、実験および創造のために最も資する環境を提供することは、大学の務めである。だれが教えるのか、なにが教えられるのか、どのように教えられるのか、およびだれが学ぶことを許されるのか、という学術的な基盤に関して自身のために決定することが、大学の“四つの本質的な自由”を勝ち取る環境である」*Sweezy*, 354 U.S. at 263 (Frankfurter, J., concurring in the result).

206) *Bakke*, 438 U.S. at 312.

207) *Bakke*, 438 U.S. at 314-315.

208) *Bakke*, 438 U.S. at 317.

209) *Bakke*, 438 U.S. at 318.

210) *Ibid.*

211) *Fillilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448 (1980). 連邦の1977雇用事業法における、工事の10%をマイノリティにとりおくというプログラムが第14修正の平等保護条項に違反するかどうか争われた。

212) *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267 (1986). ミシガン州ジャクソン市の教育委員会と教員組合のあいだの労働協約における、一時解雇(レイオフ)でのマイノリティへの優遇措置が争われた。

213) *Local 28 of Sheet Metal Workers' International Association v. EEOC*, 478 U.S. 421 (1986). 労働組合の構成員加入に関する有色人種差別を公民権法違反とする是正命令において、有色人種構成員の割合をNY市全体の関連有色人種労働者の割合にあわせるとしたこと、およびその割合達成を地裁の監督のもとでおこなうとしたことの合憲性が争われた。

と述べ、また②の救済に③の人種の区分をもちいる優遇措置の場合の手段審査の要件について「過去の差別による現在の影響を救済する目的達成のため、人種または民族基準をもちいるいかなる…プログラムもその目標を達成する限定されたものであること、を確実にする慎重な司法評価の必要を認識する<sup>215)</sup>」と判示した。Wygant 判決は、厳格審査につき Fillilove 判決の前者を引用し、目的審査の要件を「第一に、いかなる人種的区分も“やむをえない政府の利益によって正当化されなければならない”」と述べた。また手段審査の要件は、Fillilove 判決の后者を引用して「第二に、その目的をはたすため州によって選択された手段は“その目標を達成する限定されたもの”でなければならない<sup>216)</sup>」とした。

### 3. 2. 2 厳格審査の採用と実質的平等の考察

1989年のCroson判決<sup>217)</sup>は、審査基準について、州には特別優遇措置にもほかの差別事件と同じように厳格審査を適用すると判示した。また目的審査につき、リッチモンド市にはみずから関与する人種差別はなかったと認定し、そのためこの契約制度でのマイノリティ優遇措置に関わり市にはやむにやまれぬ利益はないとした。さらに手段審査でも、人種による数値設定は、差別是正のため限定的とはいえないと述べ、市の制度は第14修正の平等保護条項に違反し無効であると結論した。ところが、1990年のMetro判決<sup>218)</sup>の法廷意見は審査基準に関し、連邦議会はその権限に基づいて優遇措置を制定することができるとし、Croson判決と異なり、連邦には

よりゆるやかな基準が適用されたとした。そして中間審査を適用し、目的審査における立法目的は、過去の差別の是正ではなく、放送番組の多様性を促進することであるとして、これは重要な利益にあたりと述べた。また手段審査では、優遇措置は当該立法利益と実質的関連性をもつと認定し、合憲であるとしたのであった。これに対し1995年のAdarand判決は、審査基準につき連邦にも厳格審査を適用するとしてMetro判決を明示的に覆した。具体的には第5修正における平等保護の概念のもとでも特別優遇措置は、第14修正のもとにおけると同様に厳格審査となるとしたのである。同判決で法廷意見を書いたオコナー裁判官は、次の定式化を提示した。第一に、人種区分に関わる審査基準に対し「懐疑論として：いかなる人種や民族基準に基づく優先も、（それが憲法による保障に抵触しないことを確実にするため、）最大級の厳重な審査を必ず受けなければならない<sup>219)</sup>」こと、第二に、逆差別にもちいられる審査基準に対し「一貫性として：第14修正のもとの再吟味の標準は、特定の区分により負担を課せられる、または便益をうける、人種に応じない<sup>220)</sup>」こと、第三に、連邦と州に適用される平等保護の異同に対し「統一性として：第5修正における平等保護の分析範囲は、第14修正におけるそれと同じである<sup>221)</sup>」ことである。また、スカリア裁判官は目的審査に関連し、一部結果同意意見のなかで「政府は、反対方向における過去の人種差別を“うめあわせる”ための、人種を基礎とする差別（優遇）に“やむにやまれぬ利益”はけっしてもちえない<sup>222)</sup>」と

214) *Fillilove*, 448 U.S. at 491.

215) *Fillilove*, 448 U.S. at 480.

216) *Wygant*, 476 U.S. at 279-280.

217) *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989).

218) *Metro Broadcasting Inc. v. FCC*, 497 U.S. 547 (1990). 連邦の放送局の免許認可制度の運用において、免許更新が困難な場合、少数者集団企業に売却するときは市価以下で売却可能としたこと、免許付与審査で少数者集団に一定の優先を認めたことが、合憲かどうか争われた。

219) *Adarand*, 515 U.S. at 223.

220) *Adarand*, 515 U.S. at 224.

221) *Ibid.*

222) *Adarand*, 515 U.S. at 239 (Scalia, J., concurring in part and concurring in the judgment).

いい、過去の人種差別の影響を是正することをやむにやまれぬ利益と認めないとした。これらをあわせると、特別優遇措置の合憲性が認められる範囲はきわめて限定されたものになる。

このあと2003年にだされたGratz判決<sup>223)</sup>とGrutter判決<sup>224)</sup>は、前者がミシガン大学で後者がミシガン大学ロースクールの入学選抜手続に関するものであった。レンキスト首席裁判官によるGratz判決は、入学選考に際し少数者に対して100ポイント中20ポイントを一律加点するやり方に厳格審査を適用した。そして、学生集団の多様性を確保するという目的は認められるが、一律加点は限定的手段とはいえないとして平等保護条項に違反すると判決した。Bakke判決を踏襲したことになる。一方、Grutter判決のオコナー裁判官による法廷意見は、Bakke判決を引用して「政府の意思決定が“個人の人種や民族的背景にふれるとき、当人は、みずからがその根拠により耐えることを求められる負担は、やむにやまれぬ政府の利益に仕えることに正確に適合している、という司法的決定をえる権利がある”<sup>225)</sup>」と、厳格審査を適用すると判示した。た

だ「厳格審査は“理論上厳格だが、事実上致命的(strict in theory, but fatal in fact)”ではない<sup>226)</sup>」と述べて、厳格審査における柔軟な対応を模索する立場も示したのである。そして、「多様な学生集団は、大学入学選考において人種を使うことを正当化できる、やむにやまれぬ州の利益であるというパウエル裁判官の見解を是認(endorse)する<sup>227)</sup>」と、目的審査において多様な学生集団<sup>228)</sup>はやむにやまれぬ利益に該当することを認めた。また「人種に着目した入学選考プログラム文脈において、個人別の考慮の重要性は最優先である<sup>229)</sup>」として、人種中立的手段<sup>230)</sup>についても考察した<sup>231)</sup>。そのうえで「法科大学院の計画は限定的手段ではない、なぜならば法科大学院が求める、学生集団の多様性の教育的便益をえるための中立的手段が存在するからである<sup>232)</sup>」という見解につき、「当裁判所はこれに同意しない。限定的手段は、すべての考えうる人種中立的代替案の使いつくしを要求しない<sup>233)</sup>」と結論した。そして、手段審査において当該入学選考プログラムは限定的手段であるとしたのである。さらに、「当裁判所は、今から25年間で、人種的優先の利用

223) Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003).

224) Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003).

225) Grutter, 539 U.S. at 323.

226) Grutter, 539 U.S. at 326. オコナー裁判官は、この部分をみずからによるAdarand判決の法廷意見(Adarand, 515 U.S. at 237)より引用した。

227) Grutter, 539 U.S. at 325.

228) 多様な学生集団を支える要素についてGrutter判決は、次のように述べている。「1992年採用の方針は、“多様な入学選抜にとって多くの可能な根拠がある”ことを明らかにし、広く外国に住んだか旅行した、いくつかの言語に堪能な、個人的な逆境および家族の問題を克服した、広範な地域社会活動で例外的に高い記録を有する、(法律以外の)他の分野で卓越した職歴を有する、といった入学許可者の例を提示する」Grutter, 539 U.S. at 338。「法科大学院は、それぞれの“特定の強み、才能、特徴、たとえば、並みでない知的才能、雇用経験、学術分野以外での実績、または個人的な背景、により学級に著しい貢献をなすという志願者の約束”を、真剣に考慮する」Ibid. ここであげられている、海外での居住経験、海外旅行の経験、複数の言語能力、逆境の克服体験、地域活動での貢献経験、卓越した職業実績などが多様な学生集団の個別要素の候補と考えられる。

229) Grutter, 539 U.S. at 327.

230) Grutter, 539 U.S. at 339-340. Wygant判決を引用し、人種中立的手段として“法的代替手段やより制限的でない他の選びうる手段(LRA)”を示した。また具体的には地裁が、法科大学院は検討できていないと指摘した“抽選制度をもちいること”や“すべての志願者の学部でのGPA(評価点に単位数を乗じたものを総単位数で除した数値、成績平均値:引用者注)およびLSAT(法科大学院入学テスト:引用者注)得点の強調を減少させること”をとりあげた。Grutter, 539 U.S. at 340.

231) Grutter, 539 U.S. at 340. 「そのようなプランが人種中立的だと仮定しても、それらプランは大学が、単に人種的に多様なだけでなく、大学によるすべての価値ある資質でも多様な、学生集団を集めるために必要な個人的評価をすることを妨げるかもしれない」と懸念し、また「限定的手段は、それゆえ、人種を意識した入学選抜プログラムはいかなる人種集団のメンバーも不当に傷つけないことを要求する」Ibid. と、人種に着目した手段が限定的手段と認められる要件についても考察している。

232) Grutter, 539 U.S. at 339.

233) Ibid.

は、現在認められた利益を促進するためには必要でなくなるだろうことを期待する<sup>234)</sup>」と表明して、入学選考における優先的措置の期限を限定する意向を示した。

一方、PICS 判決のロバーツ首席裁判官による法廷意見は、「政府が個人別の人種的区分の根拠に基づき負担や便益をあたえるとき、当該行為は厳格審査のもとで審査されることは、よく確立されている<sup>235)</sup>」として厳格審査を適用した。そして、目的審査におけるやむにやまれぬ利益について、「第一のものは、過去の意図的な差別の影響を救済する<sup>236)</sup>」ことであるが、「シアトル公立高校は、法によりかつて人種別学されたことを示せておらず、また裁判所による人種隔離解消命令にしたがったこともない<sup>237)</sup>」、また2000年に地裁の解消命令の達成完了となった「ジェファーソン郡は…生徒割当における人種の現在の利用を防御することにつき、過去の意図的な差別の影響の救済による利益を、当てにはできない<sup>238)</sup>」として否定した。次いで、「第二の政府の利益は、Grutter 判決で判示された高等教育における多様性の利益である<sup>239)</sup>」とし、「Grutter 事件での当裁判所の制限は、Grutter 法理を初級および中級教育で人種を基本とする割当を支持するよう拡大することで、下級審により広く無視された<sup>240)</sup>」が、「現在の事件は Grutter 判決によって支

配されない<sup>241)</sup>」としてこれも明確に否定した。手段審査では「学校登録者に関する両学区の人種の区分の最小限の影響は、人種的区分をもちいる必要性に疑問をなげかける<sup>242)</sup>」として、手段が必要不可欠(限定的手段)であるという立証はないとした。PICS 判決は両学区の生徒割当プログラムを違憲としただけでなく、「学区はまた、その目標をえるため明示的な人種的区分以外の手段を検討したと示せなかった<sup>243)</sup>」と判示することで、人種中立的代替手段でなければ生徒調整そのものが問題となると受けとれるような見解も示した。

Grutter 判決と PICS 判決を論じるなかで吉田は、平等保護や平等権の解釈について「洗練の方策も、八方丸くいく方策もないが…地道で継続的な調整によるほかない<sup>244)</sup>」といい、芹澤は PICS 判決のケネディ裁判官の一部結論同意意見<sup>245)</sup>に言及し、「やむにやまれぬ政府の目的(と)…狭い手段として人種を意識した学校運営も合憲とされる可能性…の中にこそ…結論を分ける理由づけの境界線がある<sup>246)</sup>」という。誠実な意見であると思うが、ここで少し異なる立場から見解を述べてみたい。人種問題を社会的課題とみてその解決に資する司法の役割を考える場合、判断ポイントとして次の三点が想定される。第一に、措置はどこまで立法、行政の範囲にたちいるか、第二に、第一点の措置はどの程度の問題まで

234) *Grutter*, 539 U.S. at 343.

235) *PICS*, 551 U.S. (Opinion of Roberts, C. J.) at 11.

236) *PICS*, 551 U.S. (Opinion of Roberts, C. J.) at 12.

237) *Ibid.*

238) *Ibid.*

239) *PICS*, 551 U.S. (Opinion of Roberts, C. J.) at 13.

240) *PICS*, 551 U.S. (Opinion of Roberts, C. J.) at 16-17.

241) *PICS*, 551 U.S. (Opinion of Roberts, C. J.) at 17.

242) *PICS*, 551 U.S. (Opinion of Roberts, C. J.) at 27.

243) *Ibid.*

244) 吉田 [2012] 85頁。

245) *PICS*, 551 U.S. (Opinion of Kennedy, J.) at 8. 訳出すると次のとおり。「州および地域当局による公立学校の管理運営において、学校の人種構成を考慮すること、および人種構成のひとつの局面である生徒集団の多様性を促進する一般的な方針を採用することは許される。」さらに、「学校当局は、新学校の場所の戦略的な選択;近隣地区の人口統計の一般的な認識により通学区域を設定すること;特別プログラムの資源を割り当てること;目標とするスタイルにあった生徒および教職員を募集すること;および人種による登録者、成績、その他の統計を記録観察することを含む、ほかの方法を通して、生徒たちの多様な背景や人種を用いた目標を追求してもよい。」*Ibid.*

246) 芹澤 [2012] 87頁。

対象とするか、第三に、第一点の措置はいつまでやるか、という点である。第一点は当初から最も懸念され、考慮されていたことであった。3.1.1で紹介したように、最高裁の関与の方法は熟考されており、かつ楽観視されていたわけではない。その意味では、1974年のMilliken事件<sup>247)</sup>で、市中と郊外の学校区をこえたバス通学はできないと判示し、1990年のJenkins II事件<sup>248)</sup>で、地裁による直接の課税命令が救済権限をこえるとし、1995年のJenkins III事件<sup>249)</sup>において、教職員の給与増額命令を含む教育改善プログラムの命令について救済権限をこえたことは、ある程度やむをえないかもしれない。第二点は人種問題に奴隷制度、政府による意図的な人種差別、結果的な人種による不利益がある場合、奴隷制度は万難を排して廃止するが、平等保護条項の事案として裁判所が関与するのは意図的な人種差別のみとする方針である。これは、あらゆる不利益を裁判にする訴訟の乱発は避けたいということで、いくらかは納得できる。ただ、第三点は予想が困難であったろう。Brown II判決の1955年から20年後（1975年）、30年後（1985年）、50年後（2005年）の現状を考える。まず、20年後は1971年のSwann判決の方針にしたがい、南部から北部、西部にまでバス通学の範囲を広げ、有色人種を社会に受けいれようとしていた時期である。懸命に努力していたといえる。では30年後はというと、1978年にBakke事件によって特別優遇措置の問題が提起され、1982年のSeattle判決<sup>250)</sup>によって住民投票によるバス通学の禁止を違憲としたときである。思いがけない展開にさらなる対応を迫られていたといえなくもない。さらに50年後には2007年のPICS判決により、特別優遇措置のGrutter判決に多く言及したうえで、人種別学解消措置と逆の方向が示されたとさえ

いえよう。50年以上経過して元にもどったのだろうか。ただし、PICS判決は50年以上努めたのだから、このあたりで改善活動に一区切りつけようという解釈も可能だ。Grutter判決で特別優遇措置はあと25年としたのも、特別措置はそもそも時限立法措置であることと同じ発想ともとれる。つまり、措置の結果は第一点、第二点、第三点ともある意味で理解できる。では、なぜ今なお激論が続いているのだろうか。結局それはあるべきでない格差、不平等がなおなくなる現実があるためであり、とりもなおさず、社会的課題としての人種問題の根本的な原因を把握しきれていないためであるというほかない。きわめて重い課題であり、国際的な課題としての南北問題に類似した構造があるのかもしれない。

## ■ 今後の課題

合衆国憲法にも影響をあたえた人種問題を社会的課題ととらえ、その解決、改善に向けた司法の模索をみてきた。社会的課題としての人種問題は、奴隷制度、政府による意図的な差別、およびそれ以外の人種に起因する少数者の不利益にわけられる。司法は二番目のものを取りあつかい、三番目のものは濫訴を避けるため積極的にはあつかわないようにみえる。またウォーレン・コート（1953-1969）は、差別の救済のため第14修正の平等保護条項をもちい、基本的権利と疑わしい区分という要件を設定して審査の厳格化をはかった。単に違憲と指摘するだけでなく、疑わしい区分をもちい人種別学解消措置など実質的平等をめざすための実行策にも踏みだした。これらは勇気ある試みであるが、反発もまた大きく、ウォーレン・コートによる二つの要件の適用対象を拡大させる動きは、バーガー・コート（1969-

247) Millikan v. Bradley, 418 U.S. 717 (1974).

248) Missouri v. Jenkins (Jenkins II), 495 U.S. 33 (1990). ここでは、Missouri v. Jenkins, 491 U.S. 274 (1989) を Jenkins I とした。

249) Missouri v. Jenkins (Jenkins III), 515 U.S. 70 (1995).

250) Washington v. Seattle School District, 458 U.S. 457 (1982).

1986)、レンキスト・コート (1986-2005)、ロバーツ・コート (2005-) によって縮小された。さらに実質的平等の実現も数かずの困難に直面している。ただ、社会的課題の改善とはこのようなものであり、今後ともねばり強く続けていくほかはない。

そこで、基本的権利を考えるなかで明らかになった、合衆国憲法に規定された個人の権利の少なさをおぎなう方策を考察することを第一の課題とする。この問題は、根本的な変革をしないかぎり、どこまでもついてまわる性質のものである。また今回、実質的平等を分析する際とりあげた、人種別学解消措置やアファーマティブ・アクションに関する判例は、重要なものでもじゅうぶんと言及することができなかった。この継続的な検討を第二の課題としたい。さらには、アファーマティブ・アクションの判例で激論が続く理由の一つは、一番目を廃止し、二番目を司法・立法により是正してきたにも関わらず、看過できない人種的少数者の不利益がいつまでもなくなるためである。困難ではあるが、この是正策を第三の課題とする。

## 参考文献

- 芦部信喜 [1973] 『憲法訴訟の理論』有斐閣  
芦部信喜 [1981] 『憲法訴訟の現代的展開』有斐閣  
芦部信喜 / 高橋和之補訂 [2011] 『憲法学 第五版』岩波書店  
安部圭介 [2012] 「公立学校における人種別学制度の違憲性」『アメリカ法判例百選』有斐閣 80-81頁  
新 正幸 [2008] 『憲法訴訟論』信山社  
紙谷雅子 [2012] 「分離すれども平等の法理」『アメリカ法判例百選』有斐閣 76-77頁  
阪口正二郎 [2010] 「本書を手にしたみなさんへ」ファロン (平地ほか訳) 『アメリカ憲法への招待 —— The Dynamic Constitution』三省堂  
佐藤幸治 [2011] 『日本国憲法論』成文堂  
芹澤英明 [2012] 「人種別学解消措置と合衆国憲法」『アメリカ法判例百選』有斐閣 86-87頁  
高橋 靖 [2020] 「アメリカ合衆国における応用倫理学と司法審査 —— 社会的課題の解決をめぐる」甲南法務研究 No.16 41-68頁  
高橋 靖 [2021] 「アメリカ合衆国における社会的課

題と司法審査——比較衡量を中心とした考察——」甲南法務研究 No.17 75-104頁

- 辻村みよ子 [2008] 『憲法 [第3版]』日本評論社  
戸松秀典 [1990] 『平等原則と司法審査』有斐閣  
戸松秀典 [2008] 『憲法訴訟 [第2版]』有斐閣  
野坂泰司 [2012] 「人権規定の編入理論」『アメリカ法判例百選』有斐閣 48-49頁  
藤倉皓一郎 [1977] 「平等条項と連邦最高裁判所」川又良也編 『総合研究アメリカ 第4巻 平等と正義』研究社出版 120-148頁  
松井茂記 [2008] 『アメリカ憲法入門 (第6版)』有斐閣  
山内久史 [2005] 「アメリカにおける平等権の史的展開と司法審査」帝京法学 24 (1), 81-139, 2005-03. 帝京大学法学会  
横田耕一 [1987] 「合理性の基準」芦部信喜編 『講座憲法訴訟 (第2巻)』有斐閣 161-196頁  
吉田仁美 [2012] 「人種優遇策 (アファーマティブ・アクション)」『アメリカ法判例百選』有斐閣 84-85頁

リチャード・H・ファロン・Jr. (平地秀哉 / 福嶋敏明 / 宮下 紘 / 中川 律訳) [2010] 『アメリカ憲法への招待 —— The Dynamic Constitution』三省堂

Michael Klarman (1991), 'An Interpretive History of Modern Equal Protection', "Michigan Law Review", Vol. 90, p. 213

ジョン・ロック (鶴飼信成訳) 『市民政府論』岩波書店

カーミット・ルーズヴェルト三世 (大沢秀之訳) [2011] 『司法積極主義の神話 —— アメリカ最高裁判決の新たな理解』慶応義塾大学出版会

本稿におけるインターネットサイトの URL の最終アクセス日は、すべて 2021年8月13日である。