

意図せざる差別の憲法的規制 (2・完)

岡 田 高 嘉

- I はじめに
- II 平等保護理論の歴史的進展
- III 「差別的意図」を基軸とする平等保護理論—差別的意図理論の確立—
- IV 差別的意図理論の変容 (以上・第 34 卷 3 号)
- V 差別的意図理論の検討
- VI 学説の状況—「異なる効果」への視座—
- VII おわりに (以上・本号)

V 差別的意図理論の検討

今日、アメリカの裁判所は、外見上中立的な制度に関しては、たとえ不均衡な効果、すなわち「異なる効果」があったとしても、政治部門（立法部と執行部）の裁量を尊重し、合憲の推定を働かせる。これを覆すのが差別的意図の存在であるが、いわゆる「悪意的意図」のアプローチが支配する今日の差別的意図理論の下では、この立証は困難を極める。他方、明白な分類に関しては、立法者の意図がどのようなものであれ、すなわち仮にマイノリティその他の社会的弱者の救済を意図したものであれ、立法者の裁量は尊重されず、違憲の推定が働き、司法的介入が行われる可能性が極めて高い。以下では、今日の差別的意図理論が胚胎する問題点について述べる。

1 差別的意図理論の問題点

差別的意図理論に関して、次の 2 点がまず問題である。第 1 に、立証責任が重すぎる。立法者の悪意は、現実的に考えて、ほとんど立証不可能である。第 2 に、「異なる効果」は、しばしば無意識の偏見によっても生じうる。差

別的意図とは全く無縁のところ「異なる効果」が発生する可能性があるにせよ、無意識の偏見がその発生に影響している場合も少なくない。差別的意図について、①「意識的な悪意」（conscious animus）、②「無意識の偏見」（unconscious bias）、③「無責任な無関心」（reckless indifference）という3つの分類が可能であるが、今日の差別的意図理論は、①「意識的な悪意」だけを標的にしており、射程範囲に問題がある。

無意識の偏見に関しては、社会学的・心理学的研究が豊富である。これらの研究によれば、①人種的偏見は、白人の生活規範の中にいまだ存在すること、②偏見は意識的に抑制することは可能であるものの、人は自分の判断が無意識のうちに人種的偏見の陥穽に嵌っていることに全く気付くことができない、とされる。つまり、自分が意識しうる人種的偏見は、意識することで抑制しうるが、人種的偏見は意識の外で存在することもあり、人はそれに気づくことができない、ということである⁽¹⁴⁷⁾。したがって、無意識の中に存在する偏見を含めて考えると、差別的意図というものは、社会学的・心理学的研究によれば、そもそも立証しうるものではないことになる。差別的意図理論を厳格に貫けば、意識の外に存在する人種的偏見の影響を受けた政策決定が、司法審査の網をすり抜けてしまう危険性があるといえる。

このような問題があるにもかかわらず、裁判所は、なぜ無意識の偏見に関心を向けていないのか。Reva Siegelによれば、差別的意図理論は原理的に異なる関心に基づいていると考えることができる⁽¹⁴⁸⁾。つまり、判例は、裁判所とその司法審査に服する対等の政府機関との関係性によって、差別的意図理論を正当化しているということである。この考え方によれば、差別的意図という概念は、無意識的な偏見に関する一般的な考え方を包摂するものではなく、単なる司法上の概念であり、それは司法審査に服する各々の政府機関の

(147) Siegel, *supra* note 11, at 1137.

(148) *Id.* at 1137-1138.

権限に対する「敬讓」として機能する⁽¹⁴⁹⁾。

事実、Davis 判決は、差別的意図の要件がなければ、「異なる効果」を理由に多くの立法政策が平等保護条項違反の訴えに晒されることを懸念していた⁽¹⁵⁰⁾。このことが Feeney 判決による、原告がほとんど立証不可能な差別的意図の定義（悪意的意図）につながったと評価できる。McClesky 判決でも、死刑判決に人種的な偏りが出ているから死刑制度を廃止するべきであるという原告の主張を認容すれば、刑事司法制度の構築についての立法裁量に脅威を与えることが懸念され、人種的不均衡の主張は司法部ではなく、立法部に提議されるべきものとしたのである。

ところが、連邦最高裁は、ごくまれに、より緩やかな基準で差別的意図の存在を認定することもある。これは、いわゆる「状況的意図」のアプローチへの回帰を示唆するものである⁽¹⁵¹⁾。たとえば、Rogers v. Lodge は、大選挙区の区割りに関する平等保護条項違反の事件であるが、ここで連邦最高裁は不均衡な結果から差別的意図を認定している⁽¹⁵²⁾。問題となったジョージア州の Burke 郡は、5 人の代表委員が統治しており、それは住民の選挙によって選出されていた。しかし、住民の約 4 割が黒人であるにもかかわらず、1911 年以来、黒人が代表委員に選出されることは一度もなかった。連邦最高裁は、このような結果に依拠して、本件では十分な差別的意図の立証があったとした

(149) 憲法上で中立的な政策を争う場合、原告は差別的意図を立証せねばならないとするのが判例である。雇用差別の事件で用いられている、差別的意図の立証を要しない、いわゆる「異なる効果理論」(disparate impact theory) の採用は、明確に否定されたことになる。言うなれば、公民権法第 7 編上の審査は、「異なる効果」を及ぼす中立的な行為に対して、厳しい審査、すなわち立法部の裁量を尊重しない審査である。他方、憲法上の審査は、差別的意図がない限り、立法部の裁量が尊重される、緩やかな審査とすることができる。

(150) 426 U.S. at 248 n.14.

(151) Haney-López, *supra* note 49, at 1839.

(152) 458 U.S. 613 (1982).

が、そこでは Feeney 判決が示した厳格な差別的意図の定義には触れていない。この点に関して、Daniel Ortiz は、原告と政府の立証責任の配分の仕方は、文脈ごとに異なっていると指摘している。投票権や陪審員の選択、そして時に教育に関連する問題については、Ortiz によれば、連邦最高裁は司法的介入がより発生しやすい方法で立証責任を配分する⁽¹⁵³⁾。連邦最高裁は、差別的意図理論の適用につき、いわゆる「基本的権利理論」に依拠しているわけではないが、それに近いアプローチを行っているとも評価しうる⁽¹⁵⁴⁾。仮にそうであれば、外見上中立的な政府の行為が、平等保護条項に反するか否かについては、問題となる権利の性質に大きく左右されるということになる。これはある意味、かつての「市民的・政治的権利」と「社会的権利」との区分論を想起させるものである。いずれにせよ、中立的な行為が平等保護条項に反するか否かについては、裁判官に相当な裁量が委ねられているといえる⁽¹⁵⁵⁾。

2 Reva Siegel の批判とグループ指向的平等観

差別的意図理論の下、ある特定グループに「異なる効果」を及ぼす外見上中立的な行為は、まさにそのような効果を意図していたものでない限り、憲法上の問題を提起せず、それゆえ厳格審査基準に服することもない。Reva Siegel は、厳格審査基準が人種や性に由来する伝統的な身分関係（上下関係）を固定化する法制度の解体に必要であったとすれば、その射程範囲を明白な分類に限定する必要はないはずであると説く。伝統的な身分関係を固定化する典型が人種的分类（人種隔離政策）なのであって、分類を伴わず外見上は

(153) Daniel Ortiz, *The Myth of Intent in Equal Protection*, 41 STAN. L. REV. 1105, 1107 (1989).

(154) 連邦最高裁は、1960年代以降、一定の実体的権利を基本的権利であるとして、それに関する差別に厳格審査基準を適用し始めた。具体的には、投票権、裁判所へのアクセス権、居住移転の自由、プライバシー権がそれにあたるとされる。樋口・前掲注(75)、491-510頁、松井・前掲注(104)、404-412頁参照。

(155) Siegel, *supra* note 11, at 1139.

中立的であっても、伝統的な身分関係を固定化するものは存在する。マイノリティを従属させうる規制態様は、多様かつ可変的であり、それが裁判上で争われる度に、その外観や正当化論理は進化する。この点に関する無理解が、外見上中立的な政策に対しては、それが誠実に策定されたという前提を遅疑せず受け入れる要因となり、その結果、敬讓的な司法審査（合理性の基準）につながっている。その一方で、形式的分類を伴うアファーマティブ・アクションに関しては、それを要する歴史的背景を考慮に入れず、一律に厳格審査を実施する。Siegel は、連邦最高裁の厳格審査論に対する「誠実さ」(fidelity) は、硬直的で柔軟さがなく、規制態様の変化に適った審査手法を採用しきれていないと批判する⁽¹⁵⁶⁾。

ところで、差別的意図理論は、憲法上の基本的価値である個人主義や形式的平等を徹底しようとする点で、いわゆる「個人主義的平等観」に立脚するものといえる。個人主義的平等観は、人種や性別など個人の能力と無関係な要素の考慮を一切禁止することにより、機会の平等と自由な競争が保障されると考える。この観点に立てば、平等保護条項は、あくまで「個人」の平等な「機会」を保障しており、平等な「結果」を保障するものではない。差別的意図理論は、個人の尊厳を傷つける意図的な差別を禁止して、これをもって機会の平等を保障しようとするものである。

他方、「グループ指向的平等観」は、過去の差別に由来する現在の弊害を除去する積極的努力と特別な配慮が必要であるとの認識の下、グループごとの結果に着目し、不利な結果に置かれたグループの地位を改善しようとする考え方である⁽¹⁵⁷⁾。「グループ」と「結果」の平等を指向する点で、「個人」と「機会」の平等を基本的価値とする、個人主義的平等観と対立する。

しかし、ここでいう結果の平等は、あくまで機会の平等に仕えるものであ

(156) *Id.*

(157) 両平等観につき、西村・前掲注(9)、20頁以下参照。

り、両者は相互補完的に理解することが可能である。過去に広範な差別を被ってきたグループに対して、機会の平等を実質的に保障するためには、単に意図的な差別のみを禁止するだけでは十分ではない。あるグループに差別的な結果が見られる場合に、もしそれが過去の差別に由来するのであれば、当該グループには、そもそも機会の平等が保障されていなかったと考えることも可能である。この意味において、「グループ」と「結果」に着目するということは、機会の平等を回復するための営為といえる。

この2つの平等観は、司法が果たすべき役割に関して、異なる立場を導く。個人主義的平等観は、特定の禁止された差別的行為の排除のみを裁判所の役割とする。他方、グループ指向的平等観は、社会的平等の実現を旗印に、裁判所の専門的能力を活用し、その役割を拡大的にとらえる⁽¹⁵⁸⁾。前者は、憲法は政府が中立的であることのみを要請しているとらえている。権利という観点からみれば、政府の人種や性別などを考慮した行為から自由である権利を意味する。後者は、平等の実現について憲法は積極的な取組みを期待しているととらえる。この観点の下では、保障されるべき権利とは、特定グループが直面している従属的な境遇から自由である権利である⁽¹⁵⁹⁾。

また、各々は、差別をもたらす原因につき異なる観点に立っている⁽¹⁶⁰⁾。個人主義的平等観は、差別の損害が個人や一部の者らによってもたらされたものととらえている。他方、グループ指向的平等観は、差別の損害が社会全体によって惹起されたものととらえている。したがって、個人主義的平等観は、現存する個別の損害の救済を目的とするが、グループ指向的平等観は、グループ単位の不平等の救済を目指す。

(158) Kimberle Williams Crenshaw, *Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law*, 101 HARV. L. REV. 1331, 1342 (1988).

(159) Owen M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 PHIL. & PUB. AFF. 107 (1976).

(160) Charles R. Lawrence III, *Race, Multiculturalism, and the Jurisprudence of Transformation*, 47 STAN. L. REV. 819, 822 (1995).

上述の Siegel の批判は、グループ指向的平等観に立脚している。グループ指向的平等観の観点は、差別的意図理論の問題点を考察する上で、有益な視点を提供するものである。以下では、個人主義的平等観と対比しつつ、グループ指向的平等観の内容を考察する。

3 グループ指向的平等観の示唆

(1) 基本的な立場

グループ指向的平等観は、個人主義的平等観が社会に残る階層構造の実態を視野に入れていない点で、真の意味での平等が達成できないと考える。人種は、人が目にすることができる単なる身体的事実ではない。人種はそれ自体複雑な社会的意味を有している⁽¹⁶¹⁾。人種という概念は、人種主義の観念が支配していた歴史や文化の中で構成されてきた。このような社会構造の中では、あらゆる自由と権利を余すことなく享受しうる完全な人間、つまり支配的な多数派グループと、生まれながらに劣っているとされる不完全な人間たる「その他の者」、すなわち少数派グループが存在していた。歴史的・文化的に根付いた人種の呪縛は、とてつもなく広範に及んでいる。したがって今日、法の制定や政策の実行において、単に人種の利用を禁じるだけでは、何も解決しない⁽¹⁶²⁾。

そこで、グループ指向的平等観は、平等というものを異なる枠組みで考える。つまり、平等を個人の権利としてではなく、実体的な社会的状況として考える。それは、不平等の固定的状況の解消を至高の目的とする。この考え方によれば、不平等を再生産するシステムの解体は、個人の尊厳や人格的平等にとって欠くことのできない大前提である⁽¹⁶³⁾。

(161) Neil Gotanda, *A Critique of "Our Constitution Is Color-Blind,"* 44 STAN. L. REV. 1, 18 (1991).

(162) Lawrence, *supra* note 160, at 836.

(163) *Id.* at 824.

(2) 差別的意図について

差別的意図理論の下では、憲法上禁止される差別とは、ある属性を理由に差別をしようとする意図をもってなされた行為である。他方、偶然にもマイノリティに不均衡な負担を及ぼす外見上中立的な行為は、特定グループに不利な影響を与えることを意図してなされたとの立証がない限り、差別的な行為とは認められない⁽¹⁶⁴⁾。厳格審査基準は、このような意図的な差別の存在が明らかになったときに適用されることになる。

これに対して、グループ指向的平等観は、差別的意図を要求することはマイノリティが強いられている社会生活上の不平等を改める上で効率的でないばかりか、そのような不平等を固定化してしまうことを問題とする⁽¹⁶⁵⁾。この平等観によれば、今日の社会で露骨な差別はもはや社会的に受け入れられないために希な現象であるが、社会において差別的なメッセージはなお残っている。たとえば、差別的な偏見は、知らず知らずのうちに、人々の行動規範に影響を及ぼしており、社会において強い力を保持している。

差別的偏見は、現代社会に内部化されており、人々の思考や理念、信念に介入し続ける。政策決定者を含む多くの人々は、これから必ずしも自由であるとはいえない。差別的意図を自覚せずに決定がなされたとしても、当該決定は偏見の影響から逃れられない⁽¹⁶⁶⁾。この文化的に根深い無意識の偏見は、意図的な差別に劣らず、今日もマイノリティを苦しめている。それゆえ、こ

(164) *Arlington Heights v. Metro. Hous. Dev. Corp.*, 429 U.S. 252, 269-70 (1977)は、当該ゾーニングが意図的に黒人を排除する目的で採用されたと原告らが立証できていないことを理由に、本件で憲法上の問題は生じないと判示した。

(165) *Flagg*によれば、真の人種的平等に貢献しないことが明白であるにもかかわらず、「差別的意図の要件」を課することは、支配層だけが受益者となる現状に満足することに他ならない。Barbara J. Flagg, "Was Blind, But Now I See": White Race Consciousness and Requirement of Discriminatory Intent, 91 MICH. L. REV. 953, 969 (1993).

れに影響された行為も規制される必要があるとされる⁽¹⁶⁷⁾。

(3) 従属の意味について

個人主義的平等観の要諦は、マイノリティの政治的、社会的平等を形式的に否定する、「象徴的従属」(symbolic subordination)の根絶にあると考えられる。そのような従属状態は、マイノリティは劣っており、それゆえコミュニティから排除してもよいというような差別的イデオロギーを助長する。人種隔離政策は、個性というものを無視し、個人を劣ったグループのメンバーとして処遇するものである。したがって、それは個人を格下げして、劣等の烙印を刻む象徴的なものである。個人主義的平等観は、「白人専用」(white only)という標識など、従属をもたらす象徴的な示威行為を否定し、そして中立的な社会の構築を目指す⁽¹⁶⁸⁾。

他方、グループ指向的平等観は、象徴的従属だけでなく、マイノリティが依然として被り続けている「物質的従属」(material subordination)をも視野にとらえる。物質的従属とは、マイノリティを経済的に従属させるような差別や排除をさす⁽¹⁶⁹⁾。人種隔離政策に代表される象徴的従属の根絶は、疑いようもなくマイノリティの社会的、文化的、政治的な生活の進展をもたらしたが、これで問題がすべて解決したわけではない。象徴的従属の根絶は、現実

(166) 人種的偏見は、広く組織的、構造的、文化的に根付いており、グループ指向的平等観は、この人種的偏見が所得、健康、住宅、教育、政治的代表(議員の数)、刑事罰などに関する現在のあらゆる人種的不均衡の大きな原因であると想定している。Yousef T. Jabareen, *Law, Minority, and Transformation: A Critique and Rethinking of Civil Rights Doctrines*, 46 SANTA CLARA L. REV. 513, 523 (2006).

(167) Lawrence によれば、憲法上の平等保護原理は、人種的に不均衡なインパクトを有する政策の根底に潜む、無意識的な人種主義に対処するべきであるとする。この点の詳細については、後述する。Charles R. Lawrence III, *The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism*, 39 STAN. L. REV. 317, 355-381 (1987).

(168) Crenshaw, *supra* note 158, at 1377-78.

の生活状況の改善および社会経済的従属の根絶に向けた出発点に過ぎない。

（4）差別のとらえ方について

グループ指向的平等観は、差別の「被害者」の観点に立って、差別概念を構成する。Alan David Freemanによれば、人種差別の文脈における被害者とは、歴史的に差別の被害を受けてきたグループの現在のメンバーである。つまり、その被害に対応する個々の加害者あるいはその後継者を今日認識するか否かに関係なく、被害者グループの現在のメンバーとして生活を続け、差別や抑圧の歴史的経験と結びついた状況を今日も経験し続けている人々のことである⁽¹⁷⁰⁾。被害者の観点は、歴史的な被害者グループの現在のメンバーの期待を説明しようとするものである。

被害者の観点からは、差別は現実に社会に存在する「状況」を意味する。被害者の観点は、失業、貧困などの客観的な生活状況と、このような状況から想起される偏見、つまり個人としてではなく当該グループのメンバーとして把握されることから生じる選択肢や個性の欠如の双方が問題となる。この被害者の観点に立てば、差別の問題は、それによって惹起される状況が改善されないかぎり、解決されることはない⁽¹⁷¹⁾。

(169) Crenshawによれば、このような従属は、白人と同じ仕事をやりながら黒人が安い賃金しかもらえない場合、一定水準の住宅へのアクセスが制約される場合、貧困とそれに起因する不十分なヘルスケアゆえに黒人の平均余命が白人よりも5歳から6歳ほど短い場合に発生するという。Id. at 1377.

(170) Freemanは、人種差別の概念は被害者あるいは加害者の観点から考察することが可能であり、連邦最高裁は主として加害者の観点から差別を考察していることを指摘する。Alan David Freeman, *Legitimizing Racial Discrimination Through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine*, 62 MINN. L. REV. 1049, 1052-53 (1978).

(171) Freemanによれば、このような状況とは、特定の人種だけが粗末な住宅に集中したり、過酷な仕事に従事すること、あるいは社会的な資源にアクセスすることができないことなどである。Id. at 1052.

他方、個人主義的平等観は、加害者の観点から差別概念を構成する。この観点は、差別を「状況」としてではなく、加害者によってもたらされた「特定の行為」ととらえる。それは、被害者グループ全体の生活状況ではなく、特定の加害者が特定の被害者に行ったこと、あるいは行っていることに着目する。結果的に、個人主義的平等観は、差別の問題は加害者の侵害行為を阻止することで解決すると考える⁽¹⁷²⁾。

ところで、加害者の観点から差別を構成する考え方においては、次の2つの要素が重視される。つまり、有責性 (fault) と因果関係 (causation) である。第1に、有責性は、差別的意図をもって行動したという点で非難すべき加害者個人に、差別の問題を独占的に帰属させる要素である。平等は、社会から社会通念に違反した非難すべき個人を排除するだけで、達成される。この要素は、非難に値する者と、現在の不平等な状況に責任のない者との間に、明確な線引きを行うものである。

第2に、因果関係は、差別という結果を、特定の非難すべき加害者の行為と有機的に結びつける要素である。つまり、特定の差別行為から生じた結果と、単なる偶然あるいは現代に生きる人間が負うことのできない過去の人間が行った差別行為から生じた差別的な状況とを区別するものといえる⁽¹⁷³⁾。

他方、グループ指向的平等観は、特定の加害者が特定の被害者に行った、あるいは行っていることよりも、被害者グループの全体的な生活状況に着目する。この平等観の背後には、被害者グループの生活状況を改善させることは、社会全体の責任であり、そうすることであらゆる人間が完全な市民となる、との考え方が存する⁽¹⁷⁴⁾。

(172) Paul Brest, *In Defense of the Antidiscrimination Principle*, 90 HARV. L. REV. 1, 49-52(1976).

(173) Freeman, *supra* note 170, at 1053-56.

(174) Lawrence, *supra* note 160, at 846.

（5）格差社会について

個人主義的平等観は、現在社会におけるマイノリティの苦境は能力主義的な自由競争の結果であると考えられる。独立独行の精神が支配する自由な社会は、能力主義的な競争社会であるから、マイノリティの多くが低い社会経済的地位に甘んじているという事実は、そのような自由競争の自然な結果として正当化される。現代社会において存在する不平等な状況は、個人の能力や資格の欠如によって説明される。

他方、グループ指向的平等観は、現在の格差は歴史的な抑圧的行為の結果であり、この格差を能力主義から正当化することは、差別の歴史を無視するものであると考えられる。この平等観は、個人主義的平等観がばらばらに分裂した個人によって構成された世界を前提とし、個人の行為は社会組織とは無縁であり、また歴史的連続性もないと考えていることに反対する⁽¹⁷⁵⁾。また、個人主義やカラー・ブラインドというレトリックが、格差社会の責任の所在をあいまいにして、自己責任の問題に矮小化していると考えられる⁽¹⁷⁶⁾。個人主義的レトリックは、強者の利己的な活動を合理化し、そのような活動が誰にでも可能であることを強調する。したがって、マイノリティが形式的に平等に取り扱われてさえいけば、仮に彼らが社会経済的に最下層に取り残されようとも、彼らはそのような境遇につき自分たち以外、誰も非難することができないとされる。しかし、このような合理化は、まやかしの機会均等システムの中で成功できなかったマイノリティの一部に、自責の念や自暴自棄的な態度などに示される、負の心理的効果を生むとされる⁽¹⁷⁷⁾。グループ指向的平等観は、マイノリティの経済的な苦境を歴史的差別の文脈でとらえているといえる。

(175) Freeman, *supra* note 170, at 1054.

(176) Lawrence, *supra* note 167, at 325

(177) Crenshaw, *supra* note 158, at 1383.

VI 学説の状況－「異なる効果」への視座－

グループ指向的平等観が示唆する諸点から考察すると、差別的意図理論は、射程範囲が狭く、過小包摂であると考えられる。政府がマイノリティを従属させようとする場合、常にグループに基づく分類を採用するとは限らない。政策決定にはしばしば無意識のうちに偏見が入り込むが、このような偏見が資源や機会の不平等を固定化する制度やルールに関係している。差別的意図理論は、このような無意識の偏見の問題に対処できていない。それは、立法部が今日もはや制定しそうにもない露骨な差別立法のみを禁止対象とする一方で、外見には露骨に出ないものの、偏見が無意識的に込められた立法を容認することとなっている。差別的意図理論は、構造的不平等を固定化する法に免罪符を与えていると批判される。以下では、差別的意図理論が胚胎する問題点を踏まえて、これに代わる学説について考察する。

1 因果原理

Theodore Eisenberg は、原告に多大な負荷をかける差別的意図理論に代わり、因果原理 (causation principle) を提唱する⁽¹⁷⁸⁾。Eisenberg によれば、「異なる効果」が、何らかの形で過去の公的差別に由来することを原告が立証すれば違憲になるとする考え方もあり得る。しかし、アメリカにおける人種差別の不幸な歴史からして、「異なる効果」のほとんど全ては、過去になされた公的な差別行為に何らかの関係がある。したがって、平等保護条項違反の成立を差別的意図の存在にかからしめることは、「異なる効果」に対する政府の責任を限定することに仕える。しかし、その反面、差別的意図理論の下では、原告が救済されるケースが極めて限定されることが問題となる。そこで因果

(178) Theodore Eisenberg, *Disproportionate Impact and Illicit Motive : Theories of Constitutional Adjudication*, 52 N.Y.U.L.REV. 36 (1977).

原理は、凶らずも発生した「異なる効果」が「人種に合理的に帰属する」（reasonably attributable to race）場合には、疑わしい差別となり、厳格審査基準が相当すると考える⁽¹⁷⁹⁾。

因果原理は、不法行為法の法理を参考にしており、次の2点の立証が平等保護条項違反にとって不可欠となる。第1に、「事実上の因果関係」（causation in fact）を証明しなければならない。これは不法行為法における、いわゆる「なかりせば」テスト（“but for” test）によって審査される。つまり、人種差別的な行為がなかったならば、現在の「異なる効果」も発生しなかったであろうことを立証しなければならない⁽¹⁸⁰⁾。

第2に、「近因」（proximate cause）であることを立証しなければならない。これは因果関係の直接性、すなわち他の要因が介在しているか否かを審査する。近因性を求めることは、政府の責任を限定することにもつながる。たとえば、刑事司法制度上の問題として、黒人の有罪率が高く、人種的に「異なる効果」が存在している。Eisenbergによれば、この種の「異なる効果」は、仮に過酷な人種差別が存在しなければ、発生しなかったかもしれない。この点で、第1の「事実上の因果関係」の要件を充足している。しかし、そのような差別の存在と特定の犯罪との関連性は、あくまで間接的である。行為者には意思決定の自由があり、犯罪への意思決定は、自分自身で直接的にコントロールすることができる。過去の差別行為と現在の犯罪行為には因果関係の直接性はなく、その間には、犯罪を犯すという意思的な側面が、他の要因として介在している。したがって、刑事司法制度上の「異なる効果」が「人種に合理的に帰属する」ことにはならない⁽¹⁸¹⁾。

他方、たとえば、投票者リストから陪審員を選抜する法律が、人種的に

(179) *Id.* at 57-58.

(180) *Id.* at 58.

(181) *Id.* at 66-67.

「異なる効果」を発揮している場合はどうか。過去において黒人が投票者として登録される際には差別があった。結果として、投票者リストに黒人が圧倒的に少ない場合に、当該リストから陪審員選抜を行えば、当然に黒人の陪審員の数は極めて限られることになる。ここでは、登録上の差別行為と陪審員に黒人が少ないこととの間に近因性が認められよう⁽¹⁸²⁾。

さらに、Eisenberg によれば、Davis 事件に因果原理を適用すれば、平等保護条項違反の可能性があるという。過去に行なった差別のために、人種的に隔離された居住パターンが形成され、かつ黒人が居住する地区に所在する学校の教育環境は劣悪であった。このため黒人は警察官の採用試験に合格することが難しくなった。このように見ると、過去の人種別学と黒人の合格者が少ないこととの間に、近因性を認める余地もある⁽¹⁸³⁾。

2 公的行為が発するメッセージの害悪

Charles Lawrence は、人種的に不均衡な効果を及ぼす政府の行為には無意識の偏見が混在していることを前提に、そのような偏見のある行為を見分ける指標として、「文化的意味」(cultural meaning) というキーワードを用いる。Lawrence によれば、人種主義はアメリカ社会において歴史的あるいは経験的にみれば、ごく一般的な現象であり、それゆえアメリカ文化の一部であった⁽¹⁸⁴⁾。政策決定者自身もこの文化の一部であるから、たとえ彼らがその人種主義的な信条の存在を意識していなくとも、当該政策決定はその影響を受けている可能性がある⁽¹⁸⁵⁾。それゆえ、Lawrence は、人々が直接的に感知できない無意識の差別的偏見を探知するために、当該行為の「文化的意味」に着目する基準を提唱する。この基準は、政府の行為がアメリカの人種主義的文化を象徴

(182) *Id.* at 48-49. 安西・前掲注 (83)、43-45 頁参照。

(183) *Id.* at 74-75.

(184) Lawrence, *supra* note 167, at 322-23.

(185) *Id.* at 322-24.

するメッセージを伝達しているかどうか、を審査するものである。もし裁判所が証拠の優越によって、市民の相当程度が当該政府の行為を「人種的条件」(racial term) で考えると認定すれば、社会に拡散した無意識の偏見が政策決定者に影響を及ぼしたと想定しうる。そうすれば、厳格審査基準が適用されうる⁽¹⁸⁶⁾。

いくつか例を挙げてみよう。Lawrence によれば、Brown 判決は文化的意味のテストで容易に説明できる。人種別学が何を意味するのかは、容易に想像がつく。これは黒人の劣等性を示すものに他ならず、当時の人々はその意味を理解していた。人種別学は、黒人が劣等の種族であるという文化的意味(メッセージ)を伝達するものであるからこそ、違憲無効とされねばならなかったのである⁽¹⁸⁷⁾。

次に、City of Memphis v. Greene⁽¹⁸⁸⁾ についても、文化的意味のテストを用いて、当該行為を無効とすることのできる、簡単な事件であったという。Memphis 市は、他の南部の都市と同様に、1965 年頃まで人種主義が支配しており、法的な人種隔離も存在していた。つい先頃までこのような状態であったとすれば、黒人と白人の居住地域を結ぶ公道の閉鎖決定が、何ら特別なメッセージを発しないとは到底考えられない。つまり、両地域をつなぐ公道に設けられた障壁は、黒人の劣等性を示すものに他ならない。Lawrence によれば、このようなメッセージは、まさにその障壁の上に書かれているかのごとく、誰の目からも明らかである。したがって、障壁の設置は平等保護条項に反する考えるのが相当であった⁽¹⁸⁹⁾。

判断の少し難しい事件が Washington v. Davis⁽¹⁹⁰⁾ である。Lawrence によれば、

(186) *Id.* at 355-56.

(187) *Id.* at 362-63.

(188) 451 U.S. 100 (1981). 本件では、白人居住区と黒人居住区とを結ぶ公道の閉鎖が、憲法上許されないとして争われた。

(189) Lawrence, *supra* note 167, at 364.

ここでも、文化的意味のテストを適用すれば、当該採用試験の実施は平等保護条項違反の結論になるという。コロンビア特別区が実施した警察官採用試験は人種中立的である。しかし、黒人の不合格者は白人の 4 倍であるという、そのもたらされた結果は、黒人の劣等性を示すメッセージとして、人々に訴える力があり、実際に多くの人々がそのとおりに受け取るものであるから、平等保護条項に違反すると考えられる⁽¹⁹¹⁾。

以上の理論は、「異なる効果」を惹起するすべての公的行為に厳格審査基準を適用しようとするものではない⁽¹⁹²⁾。たとえば、Davis 事件で連邦最高裁が懸念を示していたところであるが、社会生活を営む上で負担せねばならない公共料金が値上がりした場合、貧しい者が多いマイノリティ集団が相対的に不利な立場に置かれる。しかし、この種の「異なる効果」までもが許されないかという、そういうわけではない。というのも、一般市民がこれらの効果を「人種的条件」で考えることはない。かつて公共交通機関の運賃を手段にマイノリティを劣位の者として処遇した歴史はなく、よって公共料金の値上げを「人種的条件」で考えることもない⁽¹⁹³⁾。

他方、低所得者向けの住宅を建設するべく、裕福な白人が多数を占める郊外のゾーニングの変更を土地開発業者が申請したものの、当該自治体がそれを拒否したという Arlington Heights 事件⁽¹⁹⁴⁾の場合はどうか。一般に、白人が黒人から離れて居住したいと考えるのは、自分たちの社会的な地位を守りたいからである。居住場所は、当人の社会的な地位を示すものであり、黒人と一

(190) 426 U.S. 229, 248 (1976).

(191) Lawrence, *supra* note 167, at 369-76.

(192) Karst は、不均衡な効果を及ぼす一定の公的行為には厳格審査基準が相当すると論じるが、貧困層の相当程度が黒人によって占められていることを考慮すれば、人種的に不均衡な効果を及ぼしうるすべての公的行為に厳格審査基準を適用することは困難であるとする。Kenneth L. Karst, *Why Equality Matters*, 17 GA. L. REV. 245, 275 (1983).

(193) Lawrence, *supra* note 167, at 364-65.

(194) 429 U.S. 252 (1977). 安西・前掲注 (83)、54-55 頁参照。

緒の空間に居住すれば、地位の格下げを受けると考えるからである。そうすると、当該自治体の拒否決定の「文化的意味」に関して、人々は「人種的条件」で考えることになる。つまり、この拒否決定から、黒人に対する否定的なメッセージを読み取るであろう⁽¹⁹⁵⁾。

3 より差別的でない代替手段の選択可能性

（1）Michael Perry

Perry によれば、人種差別は次の3つに分類することが可能である⁽¹⁹⁶⁾。第1に、法律の文面上あるいは適用において人種を区別の指標に用いる場合である。人種を法律の規定にそのまま盛り込むことが典型例である。第2に、区別の指標は人種以外のものであるが、それが機能的には人種を指標にするのと同じになる場合である。たとえば、投票権者を制限するために読み書きテストを行なう一方、その例外として、いわゆる「祖父条項」(grandfather clause) を盛り込むことが典型である。祖父条項とは、一定時期以前に投票権を有した者の子孫は、読み書き能力の条件にかかわらず投票権が付与されるというものである。もちろん、このような条項は、黒人から投票権を剥奪する、その機能ゆえに採用されたものである。以上のような意図的な差別に加えて、第3に、政府の行為がそれ自体として中立的で、明示的にも機能的にも人種を区別指標としていない場合であっても、過去における激しい差別の結果、人種的マイノリティが不均衡な人種的效果 (disproportionate racial impact) を受ける場合である⁽¹⁹⁷⁾。

Perry は、この第3の差別が正当化されるか否かにつき、裁判所は次の諸要素を吟味するべきであるとする。つまり、①不均衡な効果の程度、②個人が

(195) Lawrence, *supra* note 167, at 367.

(196) Michael J. Perry, *The Disproportionate Impact Theory of Racial Discrimination*, 125 U. PA. L. REV. 540 (1977). 安西・前掲注 (83)、42頁以下参照。

(197) *Id.* at 550-554.

被る不利益の性質、③目的を達成するうえでの法律の有効性、④不均衡な効果がより少ない他の選択肢の有効性、⑤達成しようとしている政府の利益の性質について、裁判所は慎重に検討を行う必要がある。Perry によれば、政府の行為が差別的でなく完全に中立的である以上、単に不均衡な人種的效果が発生したからといって、厳格審査基準を適用することは相当ではない。しかし、だからといって、もっとも緩やかな合理性の基準を適用することも、過去の差別が原因で不均衡な人種的效果が生じるという現実を考えれば、相当ではない。裁判所にはより慎重な審査が求められる⁽¹⁹⁸⁾。

(2) Gayle Binion

Binion は、まず差別的意図理論の問題として、次の 3 点を指摘する⁽¹⁹⁹⁾。第 1 に、裁判所が差別的意図を認定することは、不適切かつ反生産的である。原告が勝訴するには、政府（政治部門）の主張している動機が現実を示すものでないのみならず、不当な差別的意図が当該政策を採用する重要な要因であったことを立証しなければならない。要するに、原告は、政府が嘘をついていることを立証せねばならないわけである。しかし、裁判所がこのようなことを認定することは、立法者と裁判所との間に不毛なあつれきを生じさせることになりかねず、不適切かつ反生産的である。第 2 に、差別的意図の要件は、マイノリティに不利である。裁判所が公権力側の意図のみに関心を払うことは、社会的事実としての人種間の不平等を無視することになる。第 3 に、差別的意図の要件は、政府の法的責任のあり方を歪める。つまり、政府はその意図したことに責任を負うのであって、その行なった結果に責任を負うのではないことになってしまい、問題がある⁽²⁰⁰⁾。

(198) *Id.* at 559.

(199) Gayle Binion, "Intent" and Equal Protection: A Reconsideration, 1983 SUP. CT. REV. 397. 安西・前掲注 (83)、46 頁以下参照。

(200) *Id.* at 442-44.

このように差別的意図理論が孕む諸問題を指摘した上で Binion は、平等保護条項違反かどうかは、政府が何を意図したかによってではなく、何をなしたかによって判断されるべきであり、保護されるグループに対する害悪は「真剣に」(seriously) 審査されるべきであると主張する。Binion によれば、この「真剣な審査」とは、主として目的達成手段に向けられる。すなわち、重要で正当な利益を達成するために最も差別的でない選択肢 (least discriminatory option) が採用されているか否かを審査するのである⁽²⁰¹⁾。

(3) Derek W. Black

Black は、差別的意図理論が平等保護条項の起草者の意志、そして合理的な解釈と矛盾している点で不適當であり、代わりに「意図的な無関心」(deliberate indifference) のテストを提唱する⁽²⁰²⁾。このテストは4つの段階で構成される。裁判所は順に次の諸点を審査していく。まず原告は、①公的行為が人種的な損害あるいは効果を生じさせ、資源や機会を奪っていることに政府が気づいていた、あるいは気づくべきであったこと、そして②合理的な代替手段が存在することを立証する。これらの条件が満たされれば、裁判所は、③当該代替手段をなぜ採用しないのか、④当該損害を正当化するほどの利益が存在するのかを問う。③と④の段階では、代替手段が利用可能である中、被告たる政府は、なぜ人種的な損害をもたらす手段の採用にこだわるのかが問題とされる。政府が当該損害を上回る公的利益によって正当化できない場合、平等保護条項違反が成立する⁽²⁰³⁾。

Black によれば、差別的意図理論と異なり、意図的な無関心のテストは、

(201) *Id.* at 445-57.

(202) Derek W. Black, *The Contradiction Between Equal Protection's Meaning and Its Legal Substance: How Deliberate Indifference Can Cure It*, 15 WM. & MARY BILL RTS. J. 533 (2006-2007).

(203) *Id.* at 575.

差別的意図の立証というほとんど実現不可能な負担をマイノリティに課すことなく、差別的な現状 (status quo) を改善することに貢献する。意図的な無関心のテストは、現状それ自体の正当化を求めるものである。

(4) 公民権法第 7 編の「異なる効果理論」との類似性

Perry の「不均衡な人種的効果の理論」(disproportionate racial impact theory)、Binion の「真剣な審査」(serious scurtiny)、そして Black の「意図的な無関心」(deliberate indifference) の考え方は、公民権法第 7 編の下で既に認められている「異なる効果理論」(disparate impact theory) に近い理論であると考えられる。

公民権法第 7 編は、雇用の文脈において、意図的差別にあたる「異なる取扱い型差別」(disparate treatment discrimination) と共に、「異なる効果型差別」(disparate impact discrimination) を規制している。公民権法第 7 編の下では、「異なる効果型差別」は以下のプロセスによって立証されることになる。

まず原告は、統計資料などにより、使用者の雇用上の行為が特定のグループに「異なる効果」を及ぼしていることを立証する。たとえば、異なるグループ間で各グループの応募者が相対的にどのくらい採用されたかを調べ、その採用率を示すことにより、「異なる効果」を立証する。どの程度の不均衡が必要かが問題となるが、この点につき EEOC (Equal Employment Opportunity Commission) のガイドラインは、法的保護を受けるグループの合格(採用)率が、最も高い合格率を達成したグループの 4 / 5 (80 %) 以下である場合、このような結果をもたらす選考方法は差別的な効果を有しているとしている⁽²⁰⁴⁾。原告がこれを立証すれば、差別の存在が一応推定される、prima facie case が成立する。

次に、原告の成立させた差別の推定に対して、被告は当該推定を覆す立証

(204) 29 C.F.R. § 1607.4.

責任を負う。被告は、当該行為を「業務上の必要性」（business necessity）によって正当化する必要がある。つまり、当該行為と職務との明白な「職務関連性」（job-relatedness）を立証しなければならない。

しかし、被告がこれらを立証して差別の推定を覆すことに成功したとしても、原告はさらに、「異なる効果」を及ぼすことなく、被告の正当な利益を実現できる他の手段が存在することを立証する機会が与えられる。原告がこの立証に成功すれば、被告の当該行為は「異なる効果型差別」として禁止されることとなる。

上述の3つの学説、そして公民権法第7編の下で認められている「異なる効果理論」は、たとえ当該行為が中立的であっても、過去の差別が原因でマイノリティに負担が集中することがあるという現実を照らし、もしマイノリティに不利益が集中しない他の選択肢があるならば、政府はその利用可能性を真剣に検討するべきであるという点で共通している。この考え方は、公的行為が「異なる効果」を発生させないように、政府に絶え間ない省察を促すものである。

4 原告負荷型「意図的な無関心」のテスト

多くの学説が差別的意図理論を批判し、それに代わる理論を提示してきたが、実際に判例法理に影響を及ぼすまでには至っていない。そこで、より現実的な解決策として、Brando S. Starkey は、既述の Black の「意図的な無関心」のテストを参考にして、「原告負荷型の意図的な無関心」（plaintiff-burdened deliberate indifference —以下 PBDI）のテストを提唱している⁽²⁰⁵⁾。

(205) Brando S. Starkey, *A Failure of The Fourth Amendment & Equal Protection's Promise : How The Equal Protection Clause Can Change Discriminatory Stop and Frisk Policies*, 18 MICH. J. RACE & L. 131 (2012).

(1) PBDI の内容

PBDI の下、裁判において、原告はまず①「異なる効果」を及ぼす法、政策、事業の存在につき、政府に対して注意を喚起したこと、②「異なる効果」を相当程度減殺しうる、またはそれによる不平を解決しうる代替的手段を政府に提示したこと、③政府がその代替的手段を採用しなかったことを立証する。これら 3 点につき、立証責任を果たすと、今度は被告たる政府が、④代替的手段の不採用、すなわち現状を維持することが、やむにやまれぬ政府の利益に仕えることを立証せねばならない。もし政府がやむにやまれぬ利益を提示できず、この責任を果たすことができなければ、平等保護条項違反が成立する⁽²⁰⁶⁾。

Starkey によれば、PBDI は差別的意図理論に取って代わるものではなく、原告が平等保護条項違反を争う場合には、この 2 つの選択肢が与えられるべきであるという。もし原告が政府の差別的意図を実際に立証できるならば、PBDI に従うことは、かえって負担となり、効率的ではないからである。

さて、立証プロセスを詳しく見ていこう。まず①の段階では、原告は政府に対して「異なる効果」の問題を警告していたことを立証せねばならない。ここで、誰にどのように警告しておかねばならないのかという問題がある。Starkey によれば、原告は弁護士などを通じて、訴訟となった場合に被告として名を連ねるであろう者に対して、書面にて申立てを行うだけで足りるとする。Black の「意図的な無関心」のテストは、政府が「異なる効果」の問題を認識していなくとも、それを認識すべきであった場合には、責任の可能性があるとする。この点で Starkey の PBDI と異なる。PBDI では、政府が「異なる効果」の発生を認識していたか否かという問題を回避するために、予め政府に対して警鐘を鳴らしておくよう原告は求められるのである⁽²⁰⁷⁾。

(206) *Id.* at 179.

(207) *Id.*

次に、②の段階では、原告は「異なる効果」自体を減殺するか、あるいはそこから生じる不平を解決する代替的手段を提示せねばならない。原告は弁護士を通じて、代替案を被告となりうる者に送付することになる。この代替案は、問題を実際に改善しうる内容のものでなければならない。これは原告に対する相当な負荷であり、これが「原告負荷型」と称される所以である⁽²⁰⁸⁾。

では、一体どの程度の代替案を提示する必要があるのか。一方では、たとえば、他の地域で制度化されており、それゆえ機能しうることが実証済みの代替案を提示せねばならないという考え方がある。他方、機能するかどうかは定かではないが、とにかく政府に何らかのアイデアを提示するだけで足りるという考え方もある。Starkey は、両極の中庸をとり、十分に練られた代替案（a fully-formed substitute）が必要であると説く。この点で、代替案のモデルが存在すること、その成功が実証済みであることまでは要しない。しかし、代替案は、政府の全体的な目的に合致する一方で、「異なる効果」の問題を解消しうるという、十分支えとなる確証が必要である⁽²⁰⁹⁾。

ここで当然、原告が果たす立証責任が重く、特にコストがかかるという問題が指摘できる。原告は「異なる効果」の問題を警告し、さらに解決策を提示せねばならない。これはかなり煩瑣な手続きであり、差別的意図理論の下で原告が負う責任と大差はないと考えられる。

これに対して Starkey は、もし PBDI の考え方が裁判所によって受け入れられたならば、人権擁護を目指す非営利組織、非政府組織が大きな役割を担うはずであると主張する。これらの団体は、全国的に数多く展開して、公権力に対抗しうる力を持ち、弱者が直面する問題の解決に貢献する。Starkey によれば、マイノリティが直面する種々の問題の解決策を実際に練り上げるのは、このような団体であり、立場の弱いマイノリティが個人でこれを行わねばな

(208) *Id.* at 179-80.

(209) *Id.*

らないというわけではない⁽²¹⁰⁾。

さて、③の段階では、原告は代替案を提示したにもかかわらず、政府は何ら対応しなかったことを立証する。政府は、必ずしも当該代替案を採用する必要はないものの、何らかの対応をとることが必要である。ここでは、「異なる効果」の是正のために、政府はどれほどの時間を要するかという問題がある。Starkey は、状況が千差万別である以上、安易な期限設定は賢明ではなく、政府に新たな計画を実施する時間的余裕があったか否かの判断は、裁判所に委ねるべきであるとする⁽²¹¹⁾。

以上の 3 点を原告が立証すると、立証責任が政府の側へと転換される。政府は、「異なる効果」の是正を行わず、現状を維持せねばならない、やむにやまれぬ利益を立証しない限り、平等保護条項違反が成立する。この④の段階は、現状維持を選択することの正当性を、政府が積極的に主張・立証するわけである⁽²¹²⁾。

PBDI は主として、差別的意図や無意識の偏見は立証が困難であるという問題に対処するものであり、次のような問題意識がある。つまり、ある公的行為が「異なる効果」を惹起しているとの警告があり、さらに、提示された代替案がその問題を解消しうる可能性がある場合に、政府は当該代替案の採用を拒み、差別的な行為を続ける理由がどこにあるのか、ということである。政府は通常、差別的意図はもちろん、無意識の偏見の存在も認めない。そこで、PBDI は、問題を意識的なレベルに引き上げることを目指す。差別的ではない選択肢があるにもかかわらず、それを採用しないとすれば、政府は意識的に差別的行為を選択したことになる。差別的でない方法がある中で差別的な方法を採用することと、差別をする意図との間には、法的に有意な差は

(210) *Id.* at 181-82.

(211) *Id.* at 180.

(212) *Id.*

存在しないと考えられる⁽²¹³⁾。

（2）PBDI の適用

Starkey は、「呼び止めと身体検査」（Stop & Frisk）の問題に PBDI が適用されれば、平等保護条項違反が成立すると述べる。「呼び止めと身体検査」とは、不審な通行人を呼び止め、銃器などを持っていないかの所持品検査を行う、警察の職務手法のことである。New York 市警（NYPD）では、これが人種差別的に運用されており、かねてより問題となっていた。2004 年 1 月から 2012 年 6 月までの約 440 万件の「呼び止めと身体検査」に関する統計によると、対象者の 52 % が黒人、31 % がヒスパニック、10 % が白人だった。一方、2010 年の New York 市内の人種比率は黒人 23 %、ヒスパニック 29 %、白人 33 % である。このように見れば、「呼び止めと身体検査」が人種的に不均衡な効果、すなわち「異なる効果」を及ぼしていることは明らかである⁽²¹⁴⁾。

他方、NYPD は、強盗、銃撃、重窃盗などの凶悪犯罪を犯す加害者のうち、70 ~ 75 % が黒人であり、現実には犯罪は有色人種のコミュニティで起きていると主張し、「呼び止めと身体検査」の対象とされる 52 % が黒人であることは、犯罪加害者の割合に基づいていると反論した⁽²¹⁵⁾。

さて、PBDI の第 1 の要件は、「呼び止めと身体検査」が人種的に「異なる効果」を及ぼしていることを市警関係者に告知することである。原告は、統計データ上の人種的不均衡を示すことで、この要件を満たすことができる⁽²¹⁶⁾。

第 2 の要件は、NYPD の職務目的を損なうことなく、「異なる効果」を減殺しうる代替的手段を提示することである。ここでは、まず「呼び止めと身

(213) *Id.* at 181.

(214) Joseph Goldstein, Judge Rejects New York's Stop-and-Frisk Policy, *New York Times*, Aug. 12, 2013.

(215) *Id.*

(216) Starkey, *supra* note 205, at 183.

体検査」によって実際に逮捕につながるのは全体の 6 % 以下であり、この数値は「無作為一斉検問」(random checkpoint) 以下の成果であるという点が重要である⁽²¹⁷⁾。その上で Starkey は、解決手段として、たとえば、職務の検証制度 (officer tracking) の導入を挙げる。これは、NYPD が各々の警察官の職務行動を追跡し、同様の状況にあった者 (同じ時期に同じエリアを担当した者) 同士でその実績を比較検討することである。この制度は、人種的プロファイリングがいかにか非効率的かつ不合理であるかということ、現場の警察官に認識させることを目的とする。これにより、NYPD は、①不適切な行動をとる警察官をあぶり出し、②カウンセリングや指導・訓練の必要性を迅速に決定し、③事後的に当該警察官の行動に改善が見られるかの監視を続けることが可能となる⁽²¹⁸⁾。

その他の解決策として、人種的プロファイリング禁止法の制定を指摘する。オハイオ州 Cincinnati 市は、2001 年にそのような条例を制定し、効果を上げており、参考になるという⁽²¹⁹⁾。

以上のとおり、「呼び止めと身体検査」が及ぼす「異なる効果」の減殺に貢献する方法を提示すれば、次に、第 3 の要件として、New York 市が何の対応も行わなかったことを原告は立証する。これにより、被告たる市に立証責任が転換される。第 4 の要件は、市が差別的な「呼び止めと身体検査」を維持することに、やむにやまれぬ理由が存在することを立証することである。

この点、「呼び止めと身体検査」は、①市の治安の維持、犯罪の減少に貢献している、②対象の 8 割以上がマイノリティであったとしても、それは犯罪加害者の割合に基づいている、という反論が考えられる。つまり、マイノリティによる犯罪が多いので、マイノリティに対する「呼び止めと身体検査」

(217) *Id.*

(218) *Id.* at 184-85.

(219) *Id.*

が多くなるというわけである。しかし、マイノリティによる犯罪が相対的に多いとしても、それだけで、「呼び止めと身体検査」に遭う者の8割以上がマイノリティであるという、この異常な数値が正当化されるわけではない。この異常な高さは、「合理的な疑い」のない者までを、その人種を理由に呼び止めて、身体検査を行っている実態を示すものに他ならない。たとえあるグループの一部に犯罪者がいたとしても、だからといって、当該グループのメンバー全てに疑いをかけることは許されないはずである。無作為一斉検問の方が逮捕の成果を上げているという事実を勘案すれば、差別的な「呼び止めと身体検査」を維持することに、やむにやまれぬ利益は存在しないと考えられる⁽²²⁰⁾。

5 政治部門との協働

以上の理論は、現存する差別的な状況をより積極的に改善しようとするグループ指向的平等観に立脚するものであり、個人主義的平等観に立脚する差別的意図理論よりも射程範囲が広い。つまり、政治部門（立法部と執行部）の裁量に対する積極的な憲法的統制を司法部に期待する。しかし、それが司法部による過度の介入にあたるのではないかという懸念も当然にある。判例が、憲法上の平等保護条項違反の試金石として、差別的意図の要件を採用するのは、この点が大きいと考えられる。そこで、最後に、平等な社会の実現に向けて、司法部門と政治部門とが緊密に連携する必要性を説く、Jack Balkin と Reva Siegel の議論を紹介する⁽²²¹⁾。

Balkin と Siegel によれば、特定グループに「異なる効果」を及ぼすなど、階層的な社会構造を維持する政策に対しては合憲の推定を及ぼすのではなく、裁判所は立法部にその判断についての責任を負わせて、憲法上の平等の価値を推進・実行する責任感を与えるという方法の採用が考えられる。裁判所は、政治部門の政策が不平等を助長したり、マイノリティや女性に不均衡な負担を課す場合は、政治部門に揺さぶりをかけて、その理由を求めるとい

う、いわば「触媒」(catalyst)のはたらきをするのである。具体的な方法として、以下の点が考えられるという⁽²²²⁾。

(220) *Id.* at 186. 「呼び止めと身体検査」は、Floyd v. City of New York で、実際にその合憲性が争われ、2013 年 8 月 12 日に連邦地裁は憲法違反の判決を下した。

判決によれば、「呼び止めと身体検査」という一見中立的な職務手法が差別的に運用され、それゆえ第 14 修正に違反すると主張する場合、原告は NY 市警の当該手法につき、①差別的な効果だけでなく、それが②差別的な目的によって動機づけられていることを立証せねばならない。まず、原告が提示する「呼び止めと身体検査」の実施における人種的不均衡の統計資料は、差別的な効果を立証するに十分なものであった。次に、原告は差別的意図の存在を立証せねばならない。この点、市警幹部は、犯罪データ上、黒人とヒスパニックの若者による犯罪が多いという理由で、彼らを「呼び止めと身体検査」の標的にするよう現場の警察官に指示していたことが認められる。市警のこの方針の下、マイノリティは「怪しい連中」とされ、その人種を理由に呼び止められた。つまり、「呼び止めと身体検査」上の人種的に不均衡な結果は、意図的に仕組まれたものであった。また、市警幹部が、犯罪データに基づき、一般的な方針として、14 歳から 21 歳の黒人男性を標的にするよう指示したとき、その「黒人」への言及は、明らかに、厳格審査基準に服する人種的分類であるといえる。他方、市警は、黒人その他のマイノリティの若者を標的とする本件方針が、やむにやまれぬ公益達成のために是非とも必要で、なおかつ、人権侵害の程度が最小限度の手段であるということを主張していない。よって、市警の方針は、厳格審査に耐えることができず、平等保護条項に反する。判決は、2 人の若者が、一方が黒人で他方が白人であるという事実を除き、同じ状況にあったとすれば、同じように扱われなければならないとして、平等保護条項は、犯罪データを理由に、両者を別異に扱うことを容認するものではないと判示した。F.Supp.2d ----, 2013 WL 4046209, S.D.N.Y.,2013.

連邦地裁は、改善策として、①行動を検証するために警察官の身体にカメラを装着すること、②第三者機関の設置(独立した監査役)、③市民を交えた地域ミーティングの開催を命じた。しかし、市警側は上訴し、連邦地裁の Scheindlin 裁判官に裁判官行為規程違反、すなわち「公平性の外観」(appearance of impartiality)を損ねる行為があったという理由で、当該判決の執行停止を求め、第 2 巡回区連邦控訴裁判所はこれを認容している。In re Reassignment of Cases, 736 F.3d 118, C.A.2 (N.Y.), 2013.

(221) Jack Balkin & Reva Siegel, *Remembering How to Do Equality*, in THE CONSTITUTION IN 2020, at 93 (Jack Balkin & Reva Siegel eds., Oxford University Press, 2009).

(222) *Id.* at 101.

第1に、ある法政策が相当程度「異なる効果」を及ぼして、過去から続く不平等状態を助長している場合に、雇用差別の文脈で用いられている「反証を許す推定」(rebuttable presumptions)⁽²²³⁾の法理を活用することが考えられる。⁽²²⁴⁾ 裁判所は、このような傾向を有する政策を無効とする必要はないが、不平等を助長する当該政策をなぜ採用したのかについて、立法部に説明（反証）を求める。これにより立法部の責任を免除したり、あるいは非難することなく、裁判所は現政策の是非をめぐる議論を立法部に促すことが可能となる。

第2に、裁判所は既存の政策が違憲であることを宣言して、関連する憲法原理を説明し、そのような憲法原理に沿った救済政策を政治部門に構築させることが考えられる。たとえば、*Baker v. State*においてバーモント州最高裁は、同州の婚姻に関する法律が同性愛者を差別していることを宣言したが、同性愛者の婚姻の権利を司法上で認めるのは相当とせず、立法部に対してこの問題を解決するよう促した⁽²²⁵⁾。結果的に、2009年からバーモント州では同性婚が合法化されている⁽²²⁶⁾。

(223) 推定とは立証済みの事実から、別の事実を引き出すことである。前者が「基本事実」(basic fact)、後者が「推定事実」(presumed fact)と呼ばれる。基本事実は既に立証済みの事実である一方、推定事実は特に立証されていない。したがって、推定事実は事実と一致するものとは限らない。そこで、このような推定を働かせるためには、その推定事実に対する反対証拠の提出を認め、反証がなされれば、推定事実を否定する道が開かれている。これが「反証を許す推定」と呼ばれる。田中・前掲注(13)、700頁参照。

(224) 公民権法第7編の雇用差別事件の下で発展した立証責任転換ルールが参考になる。公民権法第7編の下、原告が「異なる効果」の存在を立証すれば、差別の存在が一応推定される、prima facie caseが成立する。これが「反証を許す推定」であり、被告は当該推定を覆す立証責任を負うことになる。被告は、当該行為を「業務上の必要性」によって正当化する必要がある。しかし、被告が差別の推定を覆すことに成功したとしても、原告はさらに「異なる効果」を及ぼすことなく、被告の正当な利益を実現できる他の手段が存在することを立証する機会が与えられる。

(225) 170 Vt. 194 (1999).

以上の手法は、平等を実現する責任を裁判所と政治部門とで共有し、両者のいわば対話を通じて平等を実現しようとするものである。刑事司法制度の文脈でこれがいかに機能するかを考えてみよう。厳格審査基準は、刑事司法制度における人種や貧困を理由とする不平等を救済するには、不適切であるとされる。しかし、刑事司法制度上、事実として、貧困者やマイノリティに対する不平等な効果が見受けられる。たとえば、前述した人種差別的なプロファイリングなどが、その典型である。刑事司法手続の一見中立的なルールには明らかに差別的な効果が見られる。これに対して、判例が繰り返すように、そこに憲法上の平等の問題は存在しないと主張するのは相当ではない。そのようでは、法の執行にあたる公務員に白紙委任状を与え、政治部門が問題から逃れることを許してしまう。裁判所が憲法上の問題を提起すれば、政治部門が平等の問題を真剣に考えるようになる。裁判所は、政治部門に対して、その下した決定に政治的責任を持つよう働きかけるわけである⁽²²⁷⁾。

次に、社会福祉政策についても考えてみよう。Dandridge v. Williams では、子どものいる貧しい家庭への社会保障給付について、家族の規模にかかわらず、上限を月額 250 ドルと定めるメリーランド州法が平等保護条項に違反するとして争われた⁽²²⁸⁾。このような上限規制は、大家族に不利に作用するわけだが、それを甘受せねばならないのは主として貧困なマイノリティ層である。これに対して、貧困層を厳格審査基準が適用される「疑わしいクラス」の範疇に入れることは困難である。他方、貧困層に対する基本的な経済援助を制約する立法が、ニュー・ディール期に合憲とされた企業の経済活動を制約する立法と、根本的に異なることは明らかである。しかし、Stewart 裁判官は、「両者が全く次元の異なるものであることは認めるが、だからといって異な

(226) 井樋三枝子「アメリカの州における同性婚法制定の動向」外国の立法 250 号 (2011 年 12 月) 5 頁以下参照。

(227) Jack Balkin & Reva Siegel, *supra* note 221, at 102-03.

(228) 397 U.S. 471 (1970).

る憲法上の基準を適用す合理的根拠も存在しない」と述べ、最小限度の「合理性の基準」を適用して当該州法を合憲とした⁽²²⁹⁾。

この判決に対して、Balkin と Siegel は、Stewart 裁判官が「硬直的な憲法理論の罫にはまって、身動きが取れなくなった」と評している⁽²³⁰⁾。Stewart 裁判官は、争われている立法に合理的な根拠が存するか否かを立法部に質すという手段は、裁判所の職務放棄に等しいと考えていた。しかし、Balkin と Siegel によれば、裁判所は「反証を許す推定」の考え方を用いて、マイノリティに不利に作用する当該立法がなぜ必要とされるのか、その根拠につき、立法部に反証させることが相当であったという⁽²³¹⁾。

以上の理論は、判例上の平等保護理論が、現存する不平等を温存、助長する中立的な公的行為の統制に無力である一方で、不平等を是正しようとする公的行為（典型的にはアファーマティブ・アクション）には強い統制を働かせているという問題を踏まえて、司法部門と政治部門との対話を促進することで、その解決の糸口を探ろうとするものである。ここには、憲法上の価値を実現することにつき、三権すべてに権限と責任があり、相互の協働が欠かせないという認識がある。しかし、現時点で、第14修正の意義について、司法部と政治部門との対話を促進する契機はほとんど存在しない⁽²³²⁾。Balkin と Siegel は、異なる政府機関同士で、憲法が保障する平等の実現に向けて、各々の固有の権限や能力を発揮することが、社会改革の実現に必要であると説くのである。

VII おわりに

わが国の平等に関する判例は、①当該立法の目的が正当か否か（目的審査）、

(229) *Id.* at 485.

(230) Balkin & Siegel, *supra* note 221, at 103.

(231) *Id.*

②立法目的が正当な場合に、採用された差別的取扱いが当該目的の達成に仕えるものか否か（手段審査）を吟味し、平等原則違反か否かを判定する。わが国の目的審査においては、必ずしも立法者の差別的意図の存否が重視されているわけではない。学説も、公的行為の有効性を公的機関の差別的意図の有無という主観的な事情にかからしめることは、そもそも妥当ではないと指摘する。立法目的はあくまで客観的に構成することが可能であり、そのような目的と当該手段との関連性が問題とされる⁽²³³⁾。たいていの立法目的は正当に構成することが可能であるから、手段審査の重要性が極めて高くなる。手段審査とは、主として採用された手段の形式に着目するものであり、それが差別的でなく中立的であれば、たとえそれが「異なる効果」（不利な効果）を惹起していても憲法上の問題とはならない。

では、一見中立的な公的行為が「異なる効果」を惹起している場合、それを憲法上の問題として把握するにはどうすればいいのか。アメリカの議論を参考にすると、まず目的審査において「差別的意図」を重視するというアプ

(232) かつて 1960 年代は、各部門の相互の協働により、社会改革が進み、平等の促進が図られた時代であったとされる。連邦議会は 1964 年公民権法、1965 年投票法、そして 1968 年公正住宅法などの立法を通じて、差別を禁止した。またそれと同時に 1965 年初等中等教育法やヘッドスタート（1964 年に連邦政府が実施した低所得層の幼児を対象とする教育福祉事業）を通じて、貧困層を救済し、平等の実現を目指した。1972 年には、1964 年公民権法の適用を政府の使用者にまで拡大し、さらに人種差別と同様に性差別の根絶も目指すという連邦議会の強い意思を示して、男女平等に関する合衆国憲法の修正条項を各州に提案した。他方、執行部においては、1965 年の大統領命令 11246 号が連邦政府と契約関係にある使用者に対してアフーマティブ・アクションの実施を義務づけ、また独立行政委員会 EEOC は、各種の雇用差別禁止のガイドラインを策定し、差別の撤廃と平等の促進に貢献した。そして、裁判所もこのような政治部門と歩調を合わせ、種々の立法をその趣旨に照らして柔軟に解釈した。連邦最高裁は、平等の促進について、大統領や連邦議会に期待を寄せ、その動向を注意深く見守っていたのであった。Id. at 98.

(233) 木村草太『憲法の急所』（羽鳥書店、2011）265 頁。

ローチが考えられる。政府の差別的意図が認められれば、厳格審査基準が適用されることになる。これには、次の2つのアプローチがあった。つまり、①差別的意図の存在を問題状況の全体性から柔軟に推定する「状況的意図」のアプローチと、②立法者にあるグループを害する明確な意図、すなわち「悪意」が存在していたとする直接的な証拠を求める「悪意的意図」のアプローチである。アメリカでは、社会改革の気運が下火になるにつれ、悪意的意図のアプローチが支配的となり、現在に至っている。このため、中立的な公的行為が特定グループに「異なる効果」を及ぼしたとしても、立法者がまさにそのような効果を狙って当該行為を採用したというのでない限り、平等保護条項違反とはならない。原告に課される立証責任が極めて重く、救済の可能性は乏しいと考えられる。それゆえ、学説からは、「状況的意図」のアプローチへの回帰が求められている点が参考になろう。

さらに、差別的意図（悪意的意図）の立証が事実上困難であるという事実を受けて、これに代わる新たな枠組みも提示されている。いわゆるグループ指向的平等観に立ち、「異なる効果」を重視の上で、①それが社会にもたらす否定的かつ差別的なメッセージ、②より差別的でない他の選ぶ手段の可能性、③無関心かつ傍観的な態度による問題の放置といった点を考慮して、政府の責任を認める諸学説である。これらの学説は、「異なる効果」があるからといって、それだけで厳格審査基準が適用され、当該行為が無効とされるべきであるというのではない。たとえ公的行為が一見中立的であっても、過去の差別が原因でマイノリティに負担が集中することがあるという現実に照らして、①マイノリティに対する偏見を助長するメッセージが含まれていないか、②マイノリティに不利益が集中しない他の選択肢が存在しないか、③他の選択肢がある中で、政府はなぜ傍観的な態度に終始するのかという観点から、裁判所が注意深く、慎重に審査すべきであることを説いており、傾聴に値する。

最後に、司法部・立法部・執行部がそれぞれ平等を推進する責任を負うこ

とによって、平等保護理論の発展が見込まれるという前提に立ち、相互の協働、対話を促進することで問題を漸進的に克服するという考え方も注目されよう⁽²³⁴⁾。社会的差別の残滓が一掃され、政府の行為による不平等状態の固定化や悪化という現象が消滅することが、究極の目的である。この目的に仕えるため、裁判所は必ずしも厳格審査基準を適用して政府の行為を違憲無効と宣言する必要はない。裁判所は、特定の制度改革を命じることはできないが、政治部門が憲法上の価値を考慮に入れるような誘因を設けることによって、そのような改革を促すことができる⁽²³⁵⁾。政治部門との間で交わされる意見交換、つまり「対話」を促進することで問題を漸進的に克服するという考え方も注目されよう。

※本研究は、平成 24 - 25 年度科研費（研究課題番号 24730024）の助成を受けたものである。

(234) この点に関する邦語文献として、佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』（三省堂、2013）参照。

(235) Balkin & Siegel, *supra* note 221, at 104.