

# 意図せざる差別の憲法的規制 (1)

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・本号)
- 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

## I はじめに

日本国憲法 14 条 1 項は、法令が合理的な区別を設けることを許容しており、合理的理由のない差別を禁止するものと解されている。同条は「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」といった事由を列挙し、これらを理由とする差別を明示的に禁止するが、これは例示であって、これら以外の事由による差別も合理的理由がなければ、当然に禁止される<sup>(1)</sup>。もっとも今日では、列挙事由による差別については、原則的に不合理な差別と解し、裁判所はその合憲性の審査において、より厳格な審査基準を適用すべきであるとの説が有力である<sup>(2)</sup>。

さて、差別とは、典型的には、政府が人種や性別などを基準に、人々を別異に処遇し、その結果として特定グループに不利益をもたらすものといえる。しかし、あるグループに不利益を課す行為は、典型的な差別行為に限られない。外見上は決して差別的ではない、一見中立的な法律が、結果として特定

---

(1) 最大判昭和 39・5・27 民集 18 卷 678 頁。

グループに不利に作用することもあり得る。卑近な例は、民法 750 条の「夫婦同氏の原則」である。同条は、「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称する」と規定する。文言上は、男女を区別することなく、差別的な条文ではない。しかし、現実として、夫の氏を選ぶ夫婦が圧倒的多数であり、氏変更による負担が女性に集中している。また、近年では廃止される傾向にあるが、いわゆる「世帯主要件」も女性に不利に作用する。もちろん女性も世帯主となれるわけであるが、わが国では圧倒的に男性が住民票上の世帯主になることが多い。このような社会的実態の下で、諸手当の支給が住民票上の世帯主を基準になされれば、女性にとって不利である<sup>(3)</sup>。さらに、小選挙区制度は、当該選挙区で当選するのが 1 名であり、制度上は完全に中立的であるが、実際は、女性その他のマイノリティが国会議員に当選することは困難な状況となっている。

以上のように、外見上は中立的であり、かつ特定グループに不利になるよう意図して制度設計がなされたものでなくとも、結果として、当該グループにのみ負担が集中し、不平等状態が固定化されることがある。このような事態について、すべての個人を法的に均等に取り扱い、その自由な活動を保障

---

(2) 芦部信喜『憲法 [第 5 版高橋和之補訂]』（岩波書店、2011）132 - 133 頁、伊藤正己『憲法 [第 3 版]』（弘文堂、1995）249 - 250 頁。いわゆる「平等原則についての二重の基準論」というべき見解であるが、これが逆に列举事由以外の事由の場合には合理性を簡単に認めてしまうことにつながるおそれが指摘される。たとえば、議員定数の不均衡は、列举事由による差別ではないが、選挙権の重要性に照らせば、不合理性が推定される。したがって、列举事由以外にも、区別の事由やそれに関わる権利の性質に応じて、不合理性が推定される余地を残しておく必要がある。野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法 I [第 4 版]』（有斐閣、2006）278 - 279 頁。

(3) 西村裕三「家族手当等の受給資格と性差別—岩手銀行女子貸金差別事件」平成 4 年度重要判例解説 [ジュリスト臨時増刊 1024 号] 14 ~ 15 頁 (1993 年)。大阪高裁平成 14 年 7 月 3 日判決・判時 1801 号 38 頁。本件は、阪神・淡路大震災復興基金の被災者自立支援金をめぐる事件で、「世帯主が被災していること」を支給要件とすることは、合理的な理由のない差別で、公序良俗に反し無効であるとされた。

するという、形式的平等（機会の平等）の観点からいえば、特に問題はない。他方、社会的弱者に対して、より手厚い保護を与え、それによって他の人々と同等の自由と生存を保障しようとする、実質的平等（結果の平等）の観点からいえば、このような不平等状態を放置しておくことが適切か、疑問がある。しかし、実質的平等の理念を斟酌して、社会に存在する不平等状態をどの程度是正するかは、主として立法政策の問題であり、国会に広範な裁量が認められる<sup>(4)</sup>。現時点で事実上の不平等状態を固定化する法制度を、それだけで実質的平等に反するとして、憲法違反を主張することは困難である。憲法が直接的に国民に保障しているのは、あくまで形式的平等である。しかし、今日では、政府が明白に差別を推進して社会に差別の弊害を及ぼすということは過去のものとなりつつある。むしろ、社会において差別の害が蓄積されていることを前提として、政府がそれがいかに対処するのかということが、今日的な課題といえる。

ところで、アメリカ合衆国憲法の平等保護条項に関する判例においては、政府の「差別的意図」が重視される。つまり、一見中立的な制度が特定のグループにのみ不利な効果を及ぼす、いわゆる「異なる効果型差別」(disparate impact discrimination) については、原告が政府の差別的意図を立証できなければ、裁判所は平等保護条項違反を認定できないのである<sup>(5)</sup>。しかし、これには学説上、種々の疑問点が挙げられてきた。たとえば、第 1 に、平等以外の人権の分野では、当該人権に対していかなる侵害が生じたかが問題にされるのであって、政府がいかに意図していたかは特に重要ではない。そうするとなぜ平等についてだけ政府の意図を問わねばならないのか。第 2 に、差別

---

(4) 同様に、憲法 14 条を根拠として、現実の経済的不平等の是正を求める権利が認められるわけではない。これは社会権の保障にかかわる問題であり、社会権を通じて具体化されることを憲法は予定している。実質的平等の実現は、国家の政治的責務にとどまる。芦部・前掲注(2)、127 頁。

(5) *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229, 248 (1976).

的意図を平等保護条項違反の要件とすると、政府はその意図したことに対してのみ責任を負うのであって、その行った結果に対しては責任を負わないということにならないか<sup>(6)</sup>。

このような問題点を背景に、差別的意図ではなく不利な効果（結果）、すなわち「異なる効果」<sup>(7)</sup>に着目して平等保護条項違反を考えるべきであるという学説も存在する。アメリカでは、奴隷制度に由来する、激しい人種差別が存在していたことは周知のとおりであり、その後遺症で現在も事実として不平等状態が解消されずに続いている。たとえ差別的意図がなくとも、ある中立的な政策が、かつての被差別集団に不利に作用し、図らずも不平等状態の固定化に寄与することがある。アメリカでは、雇用の文脈で発生する「異なる効果型差別」について、公民権法第7編が規制を及ぼしている<sup>(8)</sup>。果たして、憲法上の平等保護理論として、雇用の領域に限らず、「異なる効果型差別」を規制するというアプローチが成り立つのであろうか<sup>(9)</sup>。

このアプローチは固定化した不平等状態を是正する強力なものであるが、

---

(6) 安西文雄「法の下での平等について（1）」国家学会雑誌 105 巻 5 = 6 号（1992 年）17 - 18 頁。

(7) わが国では、「差別的効果」や「差別的インパクト」として紹介されることが多い。しかし、本稿では、“disparate impact”の原意に従い、「異なる効果」と称しておきたい。以下では、「不利な効果」や「不均衡な効果」などという文言を同義語として互換的に用いる。

(8) 42 U.S.C. § 2000e-2 (k). わが国でも、2006 年の男女雇用機会均等法の改正において、アメリカの「異なる効果型差別」に相当する、いわゆる「間接差別」の禁止が盛り込まれた（同法 7 条）。

(9) この点に言及する研究として、西村裕三「差別と救済—アメリカ社会と平等」阪本昌成＝村上武則編『人権の司法的救済』（有信堂、1990 年）19 頁、植木淳『障害のある人の権利と法』（日本評論社、2011 年）、白水隆「憲法上の間接差別法理に関する予備的考察」憲法理論研究会編『政治変動と憲法理論』（敬文堂、2011 年）207 頁、白水隆「憲法上の平等権概念と間接差別—カナダにおける議論を素材として—（1）～（3・完）」法学論叢 170 巻 3 号（2011 年）89 頁、171 巻 4 号（2012 年）67 頁、171 巻 5 号（2012 年）66 頁がある。

それがグループ別の結果に着目して、差別の有無を問うものであるため、個人主義的な平等観に立脚する立場からは強い批判が予想される。この立場によれば、個人はその能力によってのみ評価されるべきであり、その他の属性は一切捨象されるべきであって、個人をあるグループの一員として処遇することは、憲法上の基本的価値である個人主義に違背し、許されない<sup>(10)</sup>。この批判にいかに応えて、それと折り合いをつけていくのかが重要な問題である。

本稿は、アメリカの憲法理論を参考にしつつ、「意図せざる差別」の憲法的規制の可能性を考察するものである。アメリカの判例は、「差別的意図」を憲法違反の指標として、規制対象を意図的な差別に限定している。それゆえ、偶発的に発生した「意図せざる差別」と、それによって助長される不平等の固定化が問題となる。本稿では、まず、アメリカの判例において、「差別的意図」が重視されるに至った経緯を振り返り、その理論上の意義と問題点を考察する。その上で、「異なる効果」を基軸とした平等保護理論の可能性を探りたいと考える。

## II 平等保護理論の歴史的進展

アメリカでは、裁判所が平等保護条項違反を認定する際には、政府の差別的意図が非常に重要な要素となる。この差別的意図を基軸とする理論は、判例上形成されてきたものであるから、まずその判例の流れを整理する必要がある。しかし、その前に、差別的意図の要件が誕生する以前の、平等の概念をめぐる 19 世紀から 20 世紀初頭の議論を概観しておきたい。

### 1 南北戦争後の再建期

---

(10) 西村・前掲注(9)、20頁以下参照。

19世紀の平等概念は、極めて不明確で矛盾を抱えた概念であった<sup>(11)</sup>。当時、アメリカにおいて、黒人を奴隷から解放するということは何を意味するのか、という問題が盛んに議論された。これは、奴隷から解放された黒人にいかなる権利が保障されるべきか、という問題である。

### （1）3つの権利概念

奴隷から解放された黒人が享受する権利の内容について、種々の議論があったことは、南北戦争後の連邦議会の一連の対応からも看取できる。

南部諸州がいわゆる「黒人法」(black codes)<sup>(12)</sup>を制定したとき、これに対抗する形で連邦議会は、公民権法 (Civil Rights Acts)<sup>(13)</sup>を制定した。1866年公民権法は、財産を所有・相続・賃貸・売買する権利、訴訟の当事者となり証拠を提出する権利など、合衆国市民として基本的な権利が、新たに解放された黒人に対しても与えられることを明確にした。合衆国内のすべての者は、契約の締結および執行などすべての法的利益について、白人市民が享受している権利と同じ権利を有するということである<sup>(14)</sup>。ところが、単に奴隷制を禁止するに過ぎない合衆国憲法第13修正が、連邦議会に1866年公民権法のような法律を制定して、黒人市民の権利の内容を定義したり、それを保護す

---

(11) Reva Siegel, *Why Equal Protection No Longer Protects : The Evolving Forms of Status-Enforcing State Action*, 49 STAN. L.REV. 1111, 1119 (1997).

(12) 南北戦争後、南部諸州において制定された、黒人の市民としての基本的権利、すなわち移動の自由、職業選択の自由、所有権、投票権などを制限する諸法を指す。

(13) 「市民的権利に関する法律」や「人権法」という訳語もあるが、本稿では最も一般的な訳語として「公民権法」と称する。これは、人種、皮膚の色、宗教、出身国にかかわらず、市民としての個人の基本的な権利を平等に保護、実現することを目指した法律である。ここでは、南北戦争後、連邦議会が1866年から1875年までに制定した一連の法律を指す。田中英夫『英米法辞典』（東京大学出版会、1991年）148頁。

(14) Act of April 9, 1866, ch. 31, § 1, 14 Stat. 27 (codified as amended at 42 U.S.C. 1981-82 (2006)).

る権限を付与しているのかが問題となった。これは第 13 修正が公民権法制定の根拠となり得るのかという問題である。そこで連邦議会は、公民権法制定の根拠を明確にするため、新たに第 14 修正を制定した。そうすると今度は、第 14 修正が保護している権利の範囲についても同じような議論が起こり、これに応じて連邦議会は、第 15 修正を制定することで、解放された黒人に投票権を保障したのである<sup>(15)</sup>。

以上のとおり、奴隷制廃止後、人種的平等とは何かについて種々の見解の相違があった。このような論争が憲法の修正条項や連邦法の制定を促したのであるが、これらの制定後、今度はそれらの解釈をめぐって、さらに激しい論争が繰り広げられた。ここでは、異人種間での婚姻を禁止した法律をめぐる論争について見てみよう。

南北戦争の終結後、南部諸州では、異人種間での婚姻を禁じる法律が制定された。そこで婚姻は 1866 年公民権法が市民に平等に保障する「契約」にあたるか否かが問題となった。婚姻は広く契約の一種と考え得る一方で、公民権法上の契約とは、典型的には「物」の売買契約などを示し、「人間」同士が結びつく婚姻は、そもそも同法が予定する契約とは異なるとも解し得る。しかし、当時の裁判所は、仮に婚姻が公民権法上の契約に含まれるとしても、同法の差別禁止条項は、「市民的権利」に関する契約にのみ適用されて、「社会的権利」に関する契約には適用されないという解釈に立ち、異人種間での婚姻は社会的権利に関係すると考えた。この解釈の前提として、権利はその性質に従って、以下の 3 つに分類されると考えられたのである<sup>(16)</sup>。

第 1 に、「市民的権利」(civil rights) とは、満足と不満足もしくは利益と不利益とを比較し、その余剰を最大にしようとして合理的に行動する人間であ

(15) Siegel, *supra* note 11, at 1120-21.

(16) Michael W. McConnell, *Originalism and the Desegregation Decisions*, 81 VA. L. REV. 947, 1014-23(1995) ; Joseph William Singer, *No Right to Exclude : Public Accommodations and Private Property*, 90 NW. U. L. REV. 1283, 1349-50 (1996).

る、いわゆる経済人が行使する権利であり、ここには、主として①財産を取得する権利、②契約を締結する権利、そしてこれらの権利を守るため③裁判を提起する権利などが含まれる。

第2に、「政治的権利」(political rights)とは、政治や統治活動に参加する権利であり、主として投票権を指すが、その他、公務員や陪審員、そして民兵(militia)としての職務に就く権利もここに含まれる。

第3に、「社会的権利」(social rights)とは、市民同士が社会生活上で人種に関係なく交流・連帯し、相互に結合(結社)する権利である<sup>(17)</sup>。

このような権利上の区別を行う背景には、白人の優位性を確認する意図があったと考えられる。つまり、奴隷制の廃止は、社会生活上あらゆる局面において、黒人と白人とが平等に扱われることを決して意味しないということである。解放された黒人に保障されるのは、せいぜい市民的権利か政治的権利であり、白人と共に対等な関係で社会生活を営むという、社会的権利は保障されないと考えられた。この区分論は、奴隷制廃止後の法制度や法解釈のあり方に大きな影響を及ぼし、人種的な階層構造を正当化し続ける要因として機能する<sup>(18)</sup>。

たとえば、ノースカロライナ州最高裁は、次のとおり判示して、1866年公民権法の射程範囲を限定しつつ、異人種間通婚禁止法を擁護した。

「公民権法の目的は、人種や肌の色に関係なく、すべての市民が、契約の締結、裁判の提起、証拠の提出、財産の取得等について、平等であることを宣言するものである。しかし、公民権法や州憲法は、社会的な平等を強要することを意図するものではない。あくまで市民的権利や政治的権利における平等の実現をめざしたのである。このことは法の文言から明らかである。仮

---

(17) この権利は、社会において同等の立場で交流するという意味で、「社交的権利」(社交権)と言い換えることが可能かもしれない。もちろん、20世紀以後の積極的権利としての社会権とは全く別の概念である。

(18) Siegel, *supra* note 11, at 1120.



に法の文言があいまいであったとしても、異人種間での通婚を禁じる政策は理に適ったものであり、またそれが両人種の希望でもある。たとえ法の文言から異なる解釈が可能であったとしても、この政策の実施をためらうべきではない。」<sup>(19)</sup>

さらに、アラバマ州最高裁も、次のとおり判示して、異人種間通婚禁止法を支持した。

「合衆国憲法の修正条項は、市民に対して、人種の区別なく、市民的・政治的権利のみを保障するために制定されたことは明らかである。他方、単純に社会的なもの、なかんづく純粹に家庭的性質 (domestic nature) に関する権利を保障するものではない。この種の権利の規制は州政府に委ねられている。」<sup>(20)</sup>

婚姻は男女の共同生活を予定し、家族形成の出発点であり基礎となる。婚姻の権利それ自体は、紛れもなく市民的権利であろうが、異人種間での婚姻となると、社会的権利であるとされる。このように、市民的権利と社会的権利は、相対的な権利概念であり、両者の線引きは決して容易ではない。しかし、公民権法の適用をめぐる事件の中で、両者の区別は形成されていく。そして、公共の交通機関や宿泊施設における隔離政策を実行する上で、この区分論がしばしば利用されることになる<sup>(21)</sup>。

## (2) 1875 年公民権法と社会的権利の概念

1870 年代に共和党が中心となって、公共交通機関や宿泊施設を対象とする差別禁止法を制定しようとする動きが出てきた。共和党の議員らは、これらの施設への平等なアクセス権は、コモンロー上で伝統的に市民的権利とされてきたと考えた<sup>(22)</sup>。しかし、共和党の法案は、学校や教会、墓地、映画館そ

---

(19) State v. Hairston, 63 N.C. 439, 441 (1869) (per curiam).

(20) Green, 58 Ala. at 196 ; see also Francois v. State, 9 Tex. Ct. App. 144, 146 (1880).

(21) Siegel, *supra* note 11, at 1123.

(22) McConnell, *supra* note 16, at 1029-36.

他の公共施設を広く包含しており<sup>(23)</sup>、それゆえに、連邦議会が私的な空間に規制を及ぼし、社会的な平等を法律で強制しようとしているとして痛烈に批判されたのであった<sup>(24)</sup>。

結局、連邦議会は、適用範囲を縮減し、公共の交通機関、宿泊施設、映画館における人種差別を禁止する、1875年公民権法を制定した<sup>(25)</sup>。しかし、社会的な平等の強制であるとの上記の批判が、その後の法解釈に影響を及ぼすことになる。当時の裁判所は、公民権法が人種を理由に当該施設から排除することを禁止していると解釈する一方で、黒人が白人と実質的に同等の施設が利用可能であれば、両人種の隔離を行うことは許されると解した。このような解釈の正当化に寄与したのが、社会的権利の概念である。たとえば、ノース・カロライナ州控訴裁判所は、以下のような公民権法の解釈を示している。

「社会的な平等ということで、白人と有色人種との融合を強制する法は、我々の直感や自然感情に反するものであり、忌むべきものである。市民的権利を平等に保障するという名目で、すべての人間に社会統合への参加を求めるといふ法原理は存在しない。公民権法はこのような義務を課したりするものではない。同法は、すべての市民の法的権利を実現することのみを目的とするものであり、市民同士の私的な交流を内実とする社会的権利は、これまでそうであったように、社会の慣習や風習によって制約を受けるのである。」<sup>(26)</sup>

要するに、公共の交通機関にアクセスする権利それ自体は市民的権利であるが、人種的に統合された交通機関にアクセスする権利は、社会的権利と構成することができ、そうであれば保障の対象ではないということである。この解釈の背後には、社会的権利は奴隷制によって形成された身分関係に変容を迫るものであり、認めがたいという思惑があったと考えられる<sup>(27)</sup>。

---

(23) *Id.* at 1049-50.

(24) *Id.* at 1014-23.

(25) 18 Stat. 335 (1875).

(26) 30 F. Cas. 999, 1001 (C.C.W.D.N.C. 1875).

1875 年公民権法は、一般公開施設の利用における人種平等を規定し、もって社会的権利の保障を目指したものであったが、最終的に同法は 1883 年のいわゆる公民権事件 (Civil Rights Cases) で連邦最高裁によって違憲無効と判断される<sup>(28)</sup>。連邦最高裁は、合衆国憲法第 13 修正および第 14 修正は、私人所有の一般公開施設における人種差別の規制権限を連邦議会に付与するものではないと判示した。連邦最高裁によれば、第 14 修正は州が行う差別を禁止するもので、私人による差別には及ばず、また私人が黒人の施設利用を拒否する行為は、奴隷制にも意に反する苦役にもあたらないから、第 13 修正にも反しない。Reva Siegel によれば、この判断の背後には、社会的権利の概念が影響を及ぼしていたという<sup>(29)</sup>。公民権事件は、言わば、連邦議会に社会的権利を擁護する権限がないことを明確にするものであった。これ以後、およそ 80 年余りにわたって、この分野における連邦法の制定は途絶えることになる。

## 2 1880 年代から 1960 年代

### (1) 人種隔離政策の正当化

社会的権利の概念は、*Plessy v. Ferguson*<sup>(30)</sup> において顕著な役割を果たしたが、ここで連邦最高裁は、公共交通機関における人種隔離を強制する法が、なぜ第 14 修正の下で認容されるのかについて、次のとおり判示した。

「第 14 修正制定の目的は、疑いようもなく、両人種に対する法の前の完

(27) Siegel, *supra* note 11, at 1124.

(28) 109 U.S. 3 (1883). 本件は、5 件の同様の事件を併合して連邦最高裁が審理したもので、各々、劇場やホテル等の利用を拒否された黒人が、公民権法に違反するとして争ったものである。しかし、連邦最高裁は、連邦議会の立法権限を超えているとして、8 対 1 で公民権法それ自体を違憲と判断した。

(29) Siegel, *supra* note 11, at 1125.

(30) 163 U.S. 537 (1896).

全な平等を実現するものであった。しかし、それは事の性質上、肌の色の区別をなくしたり、政治的権利における平等とは異なる、社会的な平等を実現したり、または両者が不満を持つ条件で、両人種の統合を実現することを意図するものではない。」<sup>(31)</sup>

しかし、人種隔離を強制する法は、有色人種に「劣等の烙印」を刻む不当な差別的立法であると批判された。この点について、連邦最高裁は、人種隔離による差別問題を、好みや感性の自由な発露の問題として構成した。人種隔離それ自体が黒人の劣等性を世に示すための仕掛けであるという *Plessy* の主張を退ける際、連邦最高裁は次のとおり判示した。

「社会的偏見は立法によって克服でき、平等の実現は両人種の統合によってしかあり得ないとの見解に我々は与することができない。もし両人種が社会生活上、平等な条件で向き合うとすれば、それは両者の間に親近感が生まれ、相互尊重が進んだ結果に他ならない。両人種の市民的・政治的権利が同等であれば、どちらか一方が他方に比して市民的・政治的に劣等であることはあり得ない。もし一方の人種が他方の人種に比して社会的に劣っているのであれば、それを憲法が同じ平面にまで引き上げることは不可能である。」<sup>(32)</sup>

以上のとおり、*Plessy* 判決によれば、人種隔離それ自体が劣等性を暗示するものではなく、仮にそうであったとしても、この種の劣等性は、憲法の力によって解決できる問題ではない。これに対して、*Harlan* 裁判官は、「有色人種はかくも劣等で身分が卑しいので、公共交通機関において白人と席を共にすることができない」ということが「人種隔離の真の意味」であるから、人種隔離それ自体が有色人種に劣等の烙印を刻むものであると判示した<sup>(33)</sup>。

連邦最高裁は、広く人種隔離政策を支持してきたが、市民的権利が直接的に制約を受ける場合は、それを違憲無効と判示した。たとえば、*Buchanan v.*

---

(31) *Id.* at 544.

(32) *Id.* at 551-552.

warley<sup>(34)</sup>がその例である。本件は、大多数の住居が白人によって占められている区域で黒人が居住することを禁じたケンタッキー州 Louisville 市条例の合憲性が問題となった事件である。ここで同市は、Plessy 判決に依拠して、黒人と白人とを隔離することは、州の正当な規制権限に属する事柄であり、これまで一貫して是認されてきたと主張した<sup>(35)</sup>。しかし、連邦最高裁は、以下の理由により、Plessy 判決と本件とを峻別の上で、当該条例を違憲と判断している。

「本条例で制約を受けるのは、財産を自由に譲渡するという市民的権利である。つまり、白人が黒人に財産を譲渡することを望んだ場合の、白人の財産処分権であり、また逆に、黒人が白人に財産を譲渡することを望んだ場合の、黒人の財産処分権である。」<sup>(36)</sup>

第 14 修正や 1866 年公民権法は、すべての人種の市民に平等に帰属する財産上の基本的権利を保障している。それゆえ本件条例は、この市民的権利を直接的に侵害するものであり、違憲無効と宣言された。他方、不動産取引について異人種間取引を制限した契約は、州政府が関与するものではない、あくまで私的な差別の一形態であるから、法的問題は生じないとされた<sup>(37)</sup>。

---

(33) Harlan 裁判官の論旨は次のとおりである。「誰もが知っていることであるが、問題の法律は、黒人用の車両から白人を締め出すのではなく、白人用の車両から有色人種を締め出すことを目的として制定されたものである。白人はこの国において、自らを優位に立つ人種とみている。たしかに、信望、業績、教育、富と権力において、その見方はあたっているとさえいえる。しかし、憲法の見地からすれば、法律の目からみれば、優位にあり優越し支配する市民の階級はこの国に存在しない。ここにカースト制度は存在しない。わが憲法は色盲 (color blind) であり、市民のあいだに階級の存在を認めない。人種に基づいて市民を恣意的に分離することは、公共交通機関でなされる場合、劣等の烙印となる。これは憲法によって確立された法の下での平等と相いれない。」 *Id.* at 559-560.

(34) 245 U.S. 60 (1917).

(35) *Id.* at 65.

(36) *Id.* at 81.

## （2）社会的権利の保障へ

以上のとおり、奴隷から解放された黒人に保障される権利は、市民的・政治的権利に限定され、白人と交流して社会生活を送る「社会的権利」はこの限りではないと長らく考えられてきた。南北戦争後に制定された種々の差別的立法は、この市民的・政治的権利と社会的権利という区分論に基づいて理解することができる。

市民的・政治的権利に関わるとされる領域については、政府は、明白な人種的分類を伴わない手法によって、人種的な身分関係（上下関係）を統制してきた。解放された黒人から投票権を奪いたいと考えた州政府は、祖父条項、<sup>(37)</sup> 居住要件、識字要件などの外見上中立的な要件を課した。他方、政府が露骨に人種的分類（人種隔離）を実行したのが、社会的権利に関わる領域であった。この領域は最終的に結婚、教育、公共の交通機関・宿泊施設にまで及ぶこととなった<sup>(39)</sup>。

しかし、20世紀中葉から、市民による抵抗運動が始まる。いわゆる公民権運動の指導者たちによって組織された集団は、非暴力の戦略を用いて、彼らを従属させようとする行為に正面から反対し、それを阻止しようとした。この抵抗運動は、平等を促進するための法廷闘争と連動して行われた。法廷闘争は、20世紀初期に設立された「全米有色人種地位向上協会」（National Association for the Advancement of Colored People-NAACP）が指導した。この

---

(37) Corrigan v. Buckley, 271 U.S. 323, 330-31 (1926).

(38) 祖父条項（grandfather clause）は、南北戦争後、第15修正の保障にもかかわらず、実際上黒人から投票権を奪う意図をもって、いくつかの州憲法に付け加えられた。これらの条項は、土地所有、あるいは連邦・州憲法を読み書きできる能力を投票権行使の要件としたが、南北戦争に従軍した兵士については例外を設け、さらに1866年以前に投票権を有していた兵士の子孫は要件を問われることなく、投票を認めるものとした。田中・前掲注（13）、388頁。

(39) Siegel, *supra* note 11, at 1127-1128.

組織は、人種隔離政策を法的に攻撃する、最大の組織となった。

中心的な課題は、Plessy 判決の「分離すれども平等」の法理を無力化することである。そのため、彼らは、攻撃の的をまず初めに同法理の「平等」の部分に絞った。この戦略が奏功し、隔離された教育施設が平等でない場合、もしくは黒人が利用できる教育施設が全くない場合は、「分離すれども『平等』』とはいえず、違憲とされた。人種隔離政策に対するこのような法的攻撃は、当初はロー・スクールなどの高等教育機関を標的とした。たとえば、Missouri ex rel. Gaines v. Canada は、州内における法学教育の機会を認めないことは黒人に対する差別であり、州内の白人のためのロー・スクールに黒人の入学を許可するよう命じた<sup>(40)</sup>。Gaines 判決は、「分離すれども平等」の法理を切り崩す第一歩となった<sup>(41)</sup>。McLaurin v. Okla. State Regents for Higher Educ. は、黒人の学生が大学内の隔離された場所で着席する、食事する、学習することを強制されれば、彼らの平等保護は明らかに否定されたことになる<sup>(42)</sup>。そして、Sweatt v. Painter は、黒人のために急遽立ち上げたロー・スクールは、物理的施設や大学の名声という観点から不平等であり、原告にテキサス大学ロー・スクールへの入学を認めるよう命じた<sup>(43)</sup>。これらの事件は、「分離すれども平等」を貫徹することが財政的に困難な試みであることを明確にしたといえる。というのも、有形・無形の資産を含めて、真に平等な施設を提供することは財政的にほとんど不可能だからである<sup>(44)</sup>。

NAACP は、「分離すれども平等」の法理を直接攻撃するべく徐々に外堀を埋めていくことに成功した。そして、このような努力は、Brown v. Board of

---

(40) 305 U.S. 337, 352 (1938).

(41) 332 U.S. 631, 632-33 (1948).

(42) 339 U.S. 637, 640-42 (1950).

(43) 339 U.S. 629, 634 (1950).

(44) 藤倉皓一郎「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 4 - 平等と正義 -』(研究社、1977) 132 - 33 頁参照。

Educ.で実を結ぶ<sup>(45)</sup>。Brown 判決は、公教育における人種別学は本質的に不平等であるがゆえに、第 14 修正の平等保護条項に反すると宣言した。人種隔離政策は、地域社会における黒人児童に自身の地位について劣等の感情を植え付け、彼らの心に取り返しのできない方法で悪影響を及ぼす。Brown 判決は、Plessy 判決が展開した論理を明確に否定したといえる。

以上のとおり、1954 年の Brown 判決は、公教育において児童を人種に基づき分離することが黒人児童に劣等の烙印を刻むことになることを認め、以後ようやく人種隔離政策は解体に向かう。10 年後、Brown 判決の精神は、教育、雇用、住宅供給、そして公共的施設における差別行為を禁ずる連邦の公民権法に受け継がれた。1964 年公民権法<sup>(46)</sup>は、この時期の最も注目すべき法的成果の 1 つである。1967 年には、Loving v. Virginia<sup>(47)</sup>が、異人種間通婚を禁じたヴァージニア州法について、白人至上主義の表出であり、違憲無効であると宣言する。この判決は、社会的権利を侵害する立法が第 14 修正に照らして容認されないことを明確にするものであった。Brown 判決から 13 年を経て、ようやく社会的権利の平等な保障が実現したことになる<sup>(48)</sup>。

---

(45) 347 U.S. 483 (1954).

(46) Civil Rights Act of 1964, Pub.L.No.88-352, 78 Stat.241, codified as amended at 42 USC § 2000e et seq.

(47) 388 U.S. 1 (1967).

(48) 白人の「結社の自由」（結社しない自由）を保障する伝統が強かったために、Brown 判決から 13 年を経て、ようやく社会的権利の平等な保障が実現した。Brown 判決直後、連邦最高裁は 2 度ほど、異人種間通婚禁止法の合憲性を審査する機会があったが、結局それを回避している。この理由に関して、Klarman は、連邦最高裁が Brown 判決直後に、「別の蜂の巣をつついて騒ぎを起こすこと」を恐れていたと分析している。Michael Klarman, *An Interpretive History of Modern Equal Protection*, 90 MICH. L. REV. 213, 242-43 (1991).



### 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 —

1967 年の Loving 判決が「市民的・政治的権利」と「社会的権利」との区分論を否定し、異人種間通婚禁止法を無効と判示したとき、人種隔離政策を憲法上擁護する論拠は喪失した。これ以後、憲法上の重要な争点は、いかなる方法で、いかなる程度、人種的不平等を是正するべきか、という問題へと移っていく。具体的には、①アファーマティブ・アクションの合憲性、②「異なる効果」を及ぼす外見上中立的な制度の合憲性の問題である。双方とも、人種グループ間の資源配分状況を人為的に修正することの是非が争われるという点で、共通している。要するに、1960 年代までの人種隔離政策の合憲性に関する事件では、不当な差別からの自由という意味で「消極的権利」が問題の中心であったが、この決着がついてからは、「平等の保護」というものが、それを積極的に保障するための財源と支出を求め得る「積極的権利」といえるかどうか、が問題となったのである<sup>(49)</sup>。

平等な社会を目指すという社会改革において、裁判所の果たすべき役割とはいかなるものであろうか。人種隔離政策を廃止したからといって、平等な社会がすぐに実現するわけではない。根深い人種主義は、物質的な不平等を助長し、有色人種を劣った学校、貧民街、低賃金の労働へ追いやり、他方で、白人の豊かで影響力ある地位は維持される。早い段階で、連邦最高裁はこれが真実であり、容易に変えることができないことに気づいた。単に人種別学を禁じただけでは、黒人に白人と一緒にの学校で学ぶ機会を与えることはでき

---

(49) たとえば、Palmer v. Thompson, 403 U.S. 217 (1971) では、ミシシッピ州 Jackson 市の公営プールを人種統合するよりも閉鎖するという決定の合憲性が争われた。Jackson 市は、プールの閉鎖は財政的な理由によるという弁明を行い、連邦最高裁は当該閉鎖決定を支持した。Ian Haney-López, *Intentional Blindness*, 87 N.Y.U.L. REV. 1779, 1800 (2012).

なかった。そこで、連邦最高裁は、「隔離の禁止」から「統合の要請」へと考え方を变化させる。しかし、この微妙な変化が、社会改革に対する激しい抵抗を生む原因となったことは否定できない。というのも、連邦最高裁が人種隔離政策に終止符を打つだけでなく、全ての生活領域において平等な結果の促進を目指すかのように見えたからである。

1968年と1972年に、Richard Nixonが大統領に選出されたが、とりわけ、2期目の大統領選において、社会改革の方向転換を掲げたことが、白人有権者の支持を集める1つの要因となり、圧倒的勝利へとつながった<sup>(50)</sup>。社会改革に対する市民の抵抗が政治に反映されたといえる。任期中、Nixon大統領は4名の連邦最高裁裁判官を任命する機会を得た。その4人の裁判官は、順に、Warren Burger、Harry Blackmun、Lewis Powell、William Rehnquistであった。以後、平等保護理論の形成に彼らが大きな役割を果たすことになる<sup>(51)</sup>。

## 1 差別的意図への内在的な関心

平等保護条項違反を争う場合、政府の「差別的意図」の立証を要するという法理は、1976年のWashington v. Davisで確立したと一般的に理解されている<sup>(52)</sup>。では、それ以前、裁判所が政府の差別的意図に無関心であったかという点、必ずしもそういうわけではない。「意図」(intent)という文言を用いるか否かは別として、そもそも政府がいかなる目的の達成を目指しているのかということに全く無関心で、司法審査を行うことは事実上困難であろう。

ここで、類義語である「目的」(purpose)や「動機」(motive)との関係について、簡単に述べておきたい。かつて、司法審査において、立法部の動機を詮索することは、裁判所の権限を超えるものと考えられていた。当時は、

---

(50) ジェフリー・トゥービン（増子久美＝鈴木淑美訳）『ザ・ナイン アメリカ連邦最高裁の素顔』、19頁（河出書房新社、2013年）。

(51) Haney-López, *supra* note 49, at 1799.

(52) 426 U.S. 229 (1976).

Lochner v. New York<sup>(53)</sup> の教訓として、立法部に対する裁判所の権限には、歯止めをかけておかねばならないと考えられていた。そこで、法学者らは、立法目的と立法動機とを区別することで、それを実現しようとした。

まず立法目的とは、立法部の想定したところの目的ではなく、解釈者が法文の解釈により構成するものである。解釈者は、立法部がいかなる目的の達成を目指しているのかを客観的に構成する。他方、立法動機とは、立法者がそのような立法行為（投票）を行った主観的な理由である。立法者の動機は、党議拘束や有権者へのアピールなど、種々あり得る<sup>(54)</sup>。

一般的に、裁判所の審査対象は、立法目的であり、立法動機はそうではないと考えられていた<sup>(55)</sup>。投票についての道徳的誘因とも理解しうる、立法者の動機は、議会における各々の立場によって異なり、多様である。そのような動機の多様性、そして人々の内心の深奥を見抜くことや、真実を確認することの困難性から、立法動機は違憲の根拠となり得ないということである。

このような区別の下では、「意図」は「動機」に近似すると考えられる。しかし、「目的」と「動機・意図」という区別が鮮明なのは、あくまで理論上のことであり、実際これに拘泥する必要はない。この区別は、極めて相対的なものである<sup>(56)</sup>。よって、本稿においては目的、動機、そして意図は同義語であり、それらを互換的に用いることとしたい<sup>(57)</sup>。

さて、Ian Haney-López によれば、公民権運動の時期から、連邦最高裁は平

(53) 198 U.S. 45 (1905). 本件では、パン製造工場で働く労働者の労働時間の上限を定めたニューヨーク州法が争われた。連邦最高裁は、経済自由主義（自由放任主義）の下、同法が第 14 修正で保障される「契約の自由」を不当に制約するとして憲法違反と判断した。この判決は、社会的弱者を保護する立法部の裁量に干渉するものであるとして、強い批判を浴びた。

(54) 木村草太『平等なき平等条項論』（東京大学出版会、2008 年）147 頁。

(55) Note, *Legislative Purpose and Federal Constitutional Adjudication*, 83 HARV. L. REV. 1887, 1887 n.1 (1970).

(56) *Id.*

等保護条項違反に関する事件で差別的意図に着目し始めたという<sup>(58)</sup>。しかし、それは公式のルールではなく、いわば黙示的に、人種隔離政策を無効とする判決に底流するものであった。たとえば、**Brown** 判決は、立法目的あるいは動機について、表面上は無視しているように見えるが、実は厳しくそれを批判していると考えられる<sup>(59)</sup>。**Brown** 判決は、人種別学がもたらす負の効果に着目して、論理を構成したように見えるが、その背後には、人種別学がもたらす効果だけではなく、その目的が侮辱的で許し難いからこそ、それを廃止するべきであるというメッセージが潜んでいた<sup>(60)</sup>。

政府の目的の不当性が考慮された事件として、その他、**Gomillion v. Lightfoot**<sup>(61)</sup>がある。これは、アラバマ州議会が **Tuskegee** 市の選挙区割の改正を実施し、事実上全ての黒人から投票権を奪った事件である。州議会は、**Tuskegee** 市の境界線につき、かつては四角形（square）であったものを、28本の辺から成るいびつな形状（uncouth 28-sided figure）に変更し、およそ400名の黒人有権者を、数名（4、5名）を除いて、ほぼすべて市の選挙区から排除して地方参政権を剥奪した。このような事実からは、州議会の関心が、市から黒人市民を排除することで、人種隔離を推進することにあったと考え

---

(57) 立法目的は、いかなるものであれ、たいていの場合、何らかの合理的なものとして客観的に構成しうる。極論すれば、人種別学ですら、その目的は、子どもたちに余計なストレスを与えないための教育的配慮であり、教育の質を高めて、子どもたちの福祉につながるものと構成されるかもしれない。一見中立的な制度であれば、たとえマイノリティの排除を意図したものであったとしても、いっそう容易にもっともらしい立法目的を構成することが可能である。したがって、説得力ある目的を構成するためには、立法者の「動機・意図」と分類される領域に踏み込まねばならない場合もある。立法目的を構成する場面で、立法行為の背後にある動機にも関心が及ばざるを得ない。よって、「目的」と「動機・意図」を特に区別する必要はないと考えられる。

(58) *Haney-López, supra note 49, 1779-1802.*

(59) 347 U.S. 483 (1954).

(60) *Id.* at 492, 494.

(61) 364 U.S. 339 (1960).

ることが相当である。連邦最高裁は、州議会の選挙区割の改正の実際上の目的について、これらの数字が示すとおり、市から黒人市民を排除することで、人種隔離を推進することにあつたと判断し、当該州法を無効とした<sup>(62)</sup>。

また、*Griffin v. County School Board of Prince Edward County*<sup>(63)</sup>も、政府の目的の不当性が考慮され、違憲判決につながった事件と考えられる。本件は、人種統合に反対し公立学校を閉鎖する一方で、私立学校に通う生徒に助成金を支給するバージニア州の政策が争われた事件である。公立学校が閉鎖される一方で、私立学校が公的支援の下で存続しうる理由は、1つしか考えられない。つまり、*Prince Edward County* の白人と有色人種の子どもが、いかなる状況の下においても、同じ学校に通うことがない状態を維持するためである。連邦最高裁は、このように当該政策の背後にある目的の不当性を指摘して、平等保護条項違反の判決を下した<sup>(64)</sup>。

以上のとおり、「差別的意図」の文言が明確に用いられずとも、平等保護条項違反の判断には、少なくとも「不当な動機」の存在が前提とされていたとも考え得る。しかし、この法理が、先例拘束性が与えられる「判決理由」(*ratio decidendi*)で用いられることがなかった。動機に対する度重なる言及は、裁判官の思考の中で、それが重要な要素であったことを示唆するが、連邦最高裁は、「不当な動機」ないし「差別的意図」それ自体が判決の基礎であるということを決して明確にしなかったのである<sup>(65)</sup>。

## 2 差別的意図の要件化

---

(62) *Id.* at 341.

(63) 377 U.S. 218 (1964).

(64) *Id.* at 231. さらに、異人種間通婚を処罰対象とした州法の合憲性が争われた *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) において、連邦最高裁は同州法が白人至上主義を維持することを目的とした不当な立法であるとして、無効とした。

(65) *Haney-López, supra note 49*, 1793.

人種隔離政策を無効とする上で、連邦最高裁は、すでに黙示的に差別的意図を考慮していたと考えられる。しかし、差別的な意図や目的が平等保護条項違反の決定的要素であるという原理を確立するには至らなかった。これが以下の3つの事件を経て確立されていく。

（1）*Keyes v. School District No.1* (1973) <sup>(66)</sup>

*Brown* 判決後、公教育における差別問題は、人種に基づくあからさまな入学許可基準（人種別学）から、人種中立的な基準の合憲性の問題へと移り変わる。これは、中立的な基準が差別的に運用された結果、人種別学状態が形成されたことに起因する問題である<sup>(67)</sup>。アメリカ北部を中心に、南部以外の学校区は、法律で人種別学を強制することはなかったが、事実として人種別学は存在していた。*Keyes v. School District No.1* は、コロラド州 Denver 市の「事実上」（*de facto*）の別学教育が問題となった事件である。

ここで連邦最高裁は、学校区全体の人口統計と比較して、当該学校の人種の構成に相当の偏向がある場合、すなわち事実上の別学状態である場合、政府が意図的にその状態を作りあげたことが立証されれば、平等保護条項違反が成立し、別学解消・共学実施の義務が生じると判示した<sup>(68)</sup>。判決の主導権を握ったのは、いわゆるリベラル派であり、*Brennan* 裁判官が法廷意見を執筆し、*Marshall* 裁判官がそれに同調している。*Brennan* 裁判官は、意図的な人種別学（人種隔離）があったか否かを判定する要素として、次の3点を挙げている。第1に、単一人種の学校の存在、他の学校区における意図的な別学の推進など、全体としての教育状況である<sup>(69)</sup>。第2に、当該地域における意図的な人種別学の歴史も重要となる。たとえ遠い過去の出来事であったとし

---

(66) 413 U.S. 189 (1973).

(67) *Green v. County Sch. Bd.*, 391 U.S. 430 (1968).

(68) 413 U.S. 189, 205-13 (1973).

でも、その歴史と現在の別学状態との関連性は否定できない<sup>(70)</sup>。第 3 に、教育政策と住環境政策との相互関係である。教育委員会の決定は、新たな学校の生徒の人種構成に短期的な影響を与えるにとどまらない。それが隔離的居住パターンを促進し、ゾーニング規制と相まって、人種別学状態を長期にわたって固定化する<sup>(71)</sup>。

以上のとおり、Brennan 裁判官は、隔離する意図、すなわち差別的意図を見極めるために、種々の「状況」(context) に依拠した点が注目される。Haney-López は、これを「状況的意図」(contextual intent) と定義する<sup>(72)</sup>。「状況的意図」のアプローチは、①差別的意図を可能な限り柔軟に捉え、②当該公的行為を取り巻く全体的状況、歴史的意義を考慮して、③政府の差別的意図を客観的かつ多角的に評価するアプローチといえよう。

Haney-López によれば、Brennan 裁判官が「意図」に言及したのは、そこに利点・必要性があったからであるという。つまり、差別的意図という文言は、政治的・文化的な共鳴が期待できると考えられた。1973 年の時点で、社会改革に対する抵抗が強まり、潮目が変わったのは誰の目からも明らかであった。特に、公衆そして連邦最高裁の多数派は、社会改革に対する熱意を失っていた。このような社会を取り巻く環境においては、南部以外でも「意図的」な別学・隔離が続いているという、説得力ある政治観念に訴えることが重要であったように見受けられる。差別的意図に訴えることが、現在の状況と過去の差別とを結びつけ、差別と戦う裁判所に正当性を与えることにつながった

---

(69) *Id.* at 209. 本件の原告は、ある地区について教育委員会が意図的に人種別学を推進してきたことは立証できたが、他の地区について立証できなかった。しかし、Brennan 裁判官は、ある地区について意図的な隔離行為が立証できた場合は、他の地区についても隔離する意図を推定できると判示した。

(70) *Id.* at 210-11.

(71) *Id.* at 203.

(72) Haney-López, *supra* note 49, at 1804-1805.

のである。社会改革に対する抵抗が強まるにつれ、「差別的意図」という文言を用いることが、なお不平等な社会と向き合う上で、政治的・文化的に必要であった<sup>(73)</sup>。

（2）Washington v. Davis(1976)<sup>(74)</sup>

コロンビア特別区の警察官採用試験は、標準的な公務員試験であり、主として言語力や読解力を問うものである。試験の結果、黒人の不合格者は、白人のその4倍に達した。Washington v. Davis では、この「異なる効果」を及ぼす、一見中立的な試験制度の合憲性が争われた<sup>(75)</sup>。White 裁判官の法廷意見は、Keyes 判決に依拠して、まず次のように述べる。

「人種差別的であると非難される法の不当性は、その根源をたどれば、結局は人種差別的な目的に行きつく。公教育における人種統合に関する事件も、この基本的な平等保護原理に依拠している。ある地域に人種的に偏った学校があるからといって、その事実だけで平等保護条項違反となるのではない。決定的な問題は、州の意図的な行為によって、その別学状態が作り上げられたか否かということである。」<sup>(76)</sup>

差別の認定につき「分離する目的あるいは意図」(purpose or intent to segregate)、すなわち差別的意図が最も重要な要素となるとした上で、White 裁判官は、それらが「関連する諸事実の全体性」(totality of the relevant facts)から推定されると判示する<sup>(77)</sup>。さらに、「関連する諸事実の全体性」には、あ

---

(73) *Id.* at 1805.

(74) 426 U.S. 229 (1976).

(75) 本件は、連邦政府による差別をめぐる事件であるから、直接的には第5修正のデュー・プロセス条項違反の問題である。連邦最高裁は、第5修正が保護する自由は第14修正の平等保護条項を読み込むことによって、連邦政府に対する関係でも平等保護条項が存在すると解釈している。樋口範雄『アメリカ憲法』（弘文堂、2011）440頁。

(76) 426 U.S. 229, 240 (quoting *Keyes v. School Dist. No. 1*, 413 U.S. 189, 205 (1973)).

(77) *Id.* at 242.



る法が特定グループに不利益を及ぼしているという事実も含まれ、それゆえ、差別の存在が「異なる効果」によっても推定される場合があると判示した<sup>(78)</sup>。

White 裁判官は、*Keyes* 判決を踏襲して、いわゆる「状況的意図」の審査方法を採用したと評価できる。もっとも、本件では、黒人警察官を増やすための当局の積極的な募集活動、職員全般の人種的構成の変容、試験と職務との相関関係が認められ、諸事情を総合的に勘案すると、警察部門が人種に基づいて意図的に差別を行っているという推定は成り立たないと結論づけた<sup>(79)</sup>。

*Davis* 判決は、一見中立的な制度の合憲性を争う場合、原告は差別的意図の立証が求められることを明確にしたといえる。しかし、ここで重要な点は、特定の政策決定者の主観的な差別的意図を立証するよう求めているわけではないということである。公的行為を取り巻く状況の総合的な評価を通じて、差別的意図の有無を客観的に判断するアプローチといえる。

### (3) *Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.* (1977)<sup>(80)</sup>

*Arlington Heights* 事件では、低所得者向けの住宅を建築するべく、裕福な白人が多数を占める Chicago 市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ことが問題となった。土地開発業者は、この拒否行為が人種差別にあたるとして争ったのである。

法廷意見を執筆した *Powell* 裁判官は、状況的意図のアプローチを基軸としつつ、主観的な意図の直接的な証拠も入手可能な範囲で審査に加える、よりきめ細やかな審査方法を提唱した。*Powell* 裁判官によれば、証言拒絶権によって阻まれる可能性が高いものの、政策決定者を法廷に召喚し、当該政策の

---

(78) *Id.* at 242.

(79) *Id.* at 246.

(80) 429 U.S. 252 (1977).

目的について、証言を求めることも許されないわけではない<sup>(81)</sup>。主観的な意図の直接的な証拠も含めて、総合的に差別的意図の有無を評価するわけである。考慮されるべき諸要素まとめると、以下のとおりである<sup>(82)</sup>。

第1に、本件拒否決定が人種的に不均衡な効果を及ぼすか否か。第2に、当該決定の歴史的背景が重要となる。第3に、当該決定に至る一連の出来事が判断者の目的を明らかにする可能性がある。たとえば、もしこれまで集合住宅用のゾーニングとしていたところ、土地開発業者が低所得者向けの集合住宅を建設することを自治体が察知して、急遽、一戸建住宅用に変更した場合などである。第4に、通常の手続きからの逸脱行為は、不当な目的が存在していたことを示す証拠となる。第5に、判断結果に異常な点が認められれば、それも考慮に入れられる。通常、決定者にとって重要と思われる要素からすれば、現実になされた決定と逆の決定に至ると考えられる場合などである<sup>(83)</sup>。第6に、立法上あるいは行政上の経緯もまた関連要素である。特に判断を行った機関の構成員が発した声明あるいは報告書などが重要である。

以上の諸要素を総合的に検討して、Powell 裁判官は、ゾーニングの変更拒否がマイノリティ<sup>(84)</sup>に「異なる効果」を及ぼしていることは認められるものの、変更申請の拒否決定に至る中で不自然さを示す証拠は存在しないこと、地域集会の議事録に差別的な声明が存在しないこと等を理由に、本件では差別的意図は認められないと結論づけた<sup>(85)</sup>。

---

(81) *Id.* at 268.

(82) *Id.* at 266-68.

(83) たとえば、学校跡地に低所得者用建物を建てようとした原告が、市側に対して、当該跡地について公共施設用のゾーニングから居住区用のゾーニングへの変更を求めたとする。当該学校跡地周辺はすべて居住区用のゾーニングであるのに、市側はそのゾーニングの変更を拒否した。ここから、マイノリティが流入することを避けようとする当局側の差別的意図が認められよう。安西文雄「法の下での平等について（3）」国家学会雑誌 110 巻 7・8号 37 - 39 頁。

(84) 本稿において「マイノリティ」とは、主として人種的・民族的マイノリティを指す。

Arlington Heights 判決は、Keyes 判決や Davis 判決を踏襲して、「状況的意図」の審査を採用しつつ、先行判決よりも丁寧に、差別的意図の存否につき、考慮すべき諸要素を提示したといえる。しかし、このような考慮要素の限定的な列挙は、それら以外の要素の排除を意味するのかが問題となる。とりわけ、Davis 判決では、Stevens 裁判官が、公的行為の自然かつ予見可能な結果を考慮要素とするよう提案していた点が注目される<sup>(86)</sup>。一般的に、行為者はその行為の自然な結果を意図していると想定しうる<sup>(87)</sup>。Arlington Heights 判決は、予見可能性を考慮要素の 1 つとして提示しておらず、これは裏を返せば、差別的意図を立証するための手法として、それは相応しくないと判断したとも考えられる。しかし、その一方で、連邦最高裁は、考慮要素を網羅的に提示したわけではないから、後の事件において考慮要素の改訂もしくは追加の可能性を残していたともいえる<sup>(88)</sup>。

### 3 状況的意図のアプローチ

Keyes 判決、Davis 判決、そして Arlington Heights 判決を経て、差別的意図理論は確立されたといえる。差別的意図の有無は、公的行為を取り巻く状況の総合的な評価を通じて、客観的に判断される。いわゆる「状況的意図」(contextual intent) の審査である。以下では、この理論が適用された 1977 年の 2 つの事件を検討する。

---

(85) Arlington Heights, 429 U.S. 252, at 270.

(86) Washington v. Davis, 426 U.S. 229, 253 (Stevens, j., concurring).

(87) Perry は、「自然かつ予見可能な結果」の基準の方が Arlington Heights 判決の基準よりも出色であると論じている。See Michael J. Perry, *Modern Equal Protection: A Conceptualization and Appraisal*, 79 COLUM. L. REV. 1023, 1038-39 (1979).

(88) Julia Kobick, *Discriminatory Intent Reconsidered: Folk Concepts of Intentionality and Equal Protection Jurisprudence*, 45 HARV. C.R.-C.L.L.REV. 517, 525-26 (2010).

（1） United Jewish Organization v. Carey（1977）<sup>(89)</sup>

United Jewish Organization（UJO）事件は、ニューヨーク州議会が、連邦投票権法を遵守して、<sup>(90)</sup> 2つの「マイノリティが多数を占める選挙区」（majority-minority districts）を創設したことが問題となった、アファーマティブ・アクションに関する事件である。原告らは、人種の利用はたとえ救済目的であったとしても、第14修正に違背すると主張して、当該計画を争った。

判決では、多様な論拠が示されたものの、結果的に本件のアファーマティブ・アクションは支持されている<sup>(91)</sup>。法廷意見を執筆した White 裁判官は、政府が意図的な方法で、計画的に人種を用いたことに疑いの余地がないとしながらも、「本件計画は、白人その他の人種に対する敵意やステイグマを示すものではなく、よって、第14修正に反する許されない差別と認めることができない」と判示した<sup>(92)</sup>。

Stewart 裁判官の同意意見は、Davis 判決を引用して、「第14修正の下、問題は本件の再区割計画が白人有権者に対する意図的な差別といえるかどうかである」と述べ、証拠記録を精査の上で、本件において違法な差別的意図は存在しないと結論づけた<sup>(93)</sup>。この意見には、Powell 裁判官が同調している。

Brennan 裁判官は、基本的に White 裁判官の法廷意見に同意しているが、差別的意図の分析方法について別途、個別意見を執筆している。Brennan 裁判官は、法廷意見が、差別的意図がなければ、単なる合理性の審査で十分であるとしている点に疑問を呈する。つまり、アファーマティブ・アクションに対して差別的意図理論を適用することは、事実上、無審査になってしまうので

---

(89) 430 U.S. 144 (1977).

(90) 4 and 5 of the Voting Rights Act of 1965, 79 Stat. 439, as amended, 42 U.S.C. 1973c.

(91) Burger 長官は単独で反対意見を執筆した。UJO, 430 U.S. at 180 (Burger, C., J., dissenting). Marshall 裁判官は本件の審理に加わっていない。Id. at 168.

(92) Id. at 165.

(93) Id. 179-80 (Stewart, j., concurring).

はないか、という懸念である。Brennan 裁判官は、①一見すると良性に見られる人種的分類にも、不当な目的が介在する危険性があること、②真に良性の人種的分類でも、その恩恵を受けるグループに対して劣等の烙印を刻む危険性があること（逆効果）、③良性であれ、人種に基づいた資源再配分は、社会の多くの者が不公正なやり方であると見ていることを指摘し、救済を目的とした人種の利用であっても、より慎重な審査が求められるとした<sup>(94)</sup>。

差別的意図理論は、Davis 事件のように、一見中立的な法制度の合憲性が問題となった文脈で、形成されてきた。しかし、UJO 事件は、アファーマティブ・アクションの合憲性に関する事件であり、それにも差別的意図理論が適用された点が注目される。差別的意図への視点が、救済を目的とした措置と、隔離を促進する抑圧的措置との識別を可能にしたものと考えられる。

## (2) Castaneda v. Partida (1977)<sup>(95)</sup>

Castaneda 事件は、メキシコ系アメリカ人を陪審員から不均衡に排除する行為が違憲とされた事件である<sup>(96)</sup>。しかし、この事件は、典型的な陪審員差別の事例ではない。というのも、メキシコ系アメリカ人は、Hidalgo 郡におけ

---

(94) 430 U.S. 144, 170-75 (Brennan, j., concurring). UJO 判決の直後に、連邦最高裁は、老齢年金額の基礎になる平均収入額の計算について、男性よりも女性を優遇する連邦法の合憲性を支持している。ここで連邦最高裁は、差別的意図の存在を問い、それがなければ自動的に合理性の審査を適用するという手法ではなく、性に基づく異なる取扱いを正当化するほどの重要な政府の利益が存在するか否かを問題にした。この手法は、UJO 判決の Brennan 裁判官が提案した手法に近い。連邦最高裁は、当該措置は労働条件に関する長い間の女性差別の影響を減少させるためであり、重要な政府目的であるとした。Califano v. Webster, 430 U.S. 313 (1977) (per curiam).

(95) 430 U.S. 482 (1977).

(96) 連邦最高裁は、原告が大陪審手続においてマイノリティの陪審員選出が相当少ないこと、選出手続に職権濫用の危険性があることを証明した場合、差別的意図の存在が推認される、いわゆる prima facie case が成立し、これにより、証明責任が転換され、政府は反証が求められることになると判示した。Id. at 492-95.

る陪審員資格者の半数（50％）を占めるからである。これは、同郡においてメキシコ系アメリカ人が全人口の80％を占めているという事実からすれば、不均衡な感はあるが、それでもなお相当の多数である。

法廷意見を執筆した **Blackmun** 裁判官は、本件を取り巻く全体的な状況から差別的意図の有無を客観的に探る、いわゆる「状況的意図」の審査を行った。法廷意見は、陪審員資格者や人口統計などの客観的証拠に加えて、メキシコ系アメリカ人が低賃金の仕事にしか就けず、粗末な家屋に住み、低水準の教育しか受けていないこと等、全体としてその権利が剥奪されている種々の実態を強調している<sup>(97)</sup>。

他方、反対意見を執筆した **Powell** 裁判官は、メキシコ系アメリカ人が当該地域で8割を占めており、当該地域の政治組織に影響力を及ぼしうる優位な地位にあったことを重視する<sup>(98)</sup>。**Powell** 裁判官は、政治権力を握ったメキシコ系アメリカ人が自分たちの首を絞めるような行動はしないであろうと主張する。

「メキシコ系アメリカ人が、陪審員候補者の選定および政治プロセスの双方を支配しているとすると、民主主義社会において、この基本的な事実から合理的に推定できるのは、意図的な差別が自分たちあるいは他のメキシコ系アメリカ人にあったという主張には、根拠がないということである。」<sup>(99)</sup>

これに対して、**Marshall** 裁判官は、**Powell** 裁判官の反対意見が示した見解に対する強い不同意を表明するため、別途、同意意見を執筆している。**Marshall** 裁判官の反論は、社会科学に依拠しており、差別的意図の認定作業における科学的知見の有用性を強調するものといえる。

「人間性についての **Powell** 裁判官の想定は、もっともらしく聞こえるが、

---

(97) *Id.* at 487- 88.

(98) *Id.* at 514 (Powell, J., dissenting).

(99) *Id.* at 515 (Powell, J., dissenting).

社会科学理論や調査の主流から逸脱している。社会学者らによれば、マイノリティの一部はしばしば差別や偏見を避けるために、自分の属するグループに対する偏見を容認するかの如く、そのグループから距離を置くことがある。このような行動は、経済的あるいは政治的な成功を収め、それゆえに支配的なグループの間で信頼を得たマイノリティのメンバーの中で顕著に見受けられる。」<sup>(100)</sup>

Powell 裁判官と Marshall 裁判官は、差別の主張を審査する上で、陪審員の選定に携わった実際の責任者の主観的意図を特に問題にしていない。状況的意図の審査方法を採用し、特定個人の主観的意図には言及せず、差別的意図の有無を客観的に探ろうとした。しかし、両者のとったアプローチは大きく異なる。Marshall 裁判官は、社会科学の研究成果が、差別的意図を理解するための、信頼に足る貴重な資源であると考えた。対照的に、Powell 裁判官は、民主主義社会における基本的な事実からの合理的な推論に訴えたといえる。

本件は、典型的な差別事件ではない。本件では、形式的な分類が存在しないだけでなく、陪審員から排除されたグループは地域の多数派であるがゆえに、地方政府に政治力を反映しうる立場にあった。この意味において、Castaneda 判決は、状況的意図の分析を通じて、より巧妙な差別形態を探知して、それを無効としうる可能性を示唆していたと考えられる<sup>(101)</sup>。

#### IV 差別的意図理論の変容

1977 年の UJO 判決や Castaneda 判決は、差別的意図理論がマイノリティの置かれた不平等な状況の改善に貢献しうる可能性を示唆した。Haney-López によれば、これらの判決は、いわゆる保守派の裁判官に警鐘をならすもので

---

(100) *Id.* at 503 (Marshall, J., concurring).

(101) Haney-López, *supra* note 49, at 1822.

あったという<sup>(102)</sup>。UJO 判決は、差別的意図理論に基づけば、アファーマティブ・アクションが容易に支持されることを示唆した。この懸念が顕在化したのが、1978 年の *Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke*<sup>(103)</sup> であり、結果的に 5 人の裁判官がアファーマティブ・アクションの制限に票を投じた。連邦最高裁の意見は、4 : 4 : 1 に分かれて、Powell 裁判官がキャスティング・ボートを握るかたちとなった。ここで Powell 裁判官は、人種の利用がそれだけで自動的に無効とされるわけではないが、最も厳格な審査基準に服することを宣言した<sup>(104)</sup>。

Powell 裁判官がこの結論に至るためには先例を否定せねばならなかった。UJO 判決の Stewart 裁判官の同意意見に与した Powell 裁判官にとっては、アファーマティブ・アクションの合憲性を審査する上で Davis 判決が鍵となる<sup>(105)</sup>。Davis 判決に照らせば、人種の救済的利用は、不当な差別的意図を欠いているため、厳格な審査は不適切であると考えられた。ところが、Bakke 事件の Powell 裁判官は、政府によるあらゆる人種の利用は、「本質的に疑わしく」(inherently suspect)、それゆえ、最も厳格な審査が適用されると宣言した<sup>(106)</sup>。厳格審査基準が良性の動機による救済措置にも適用されるか否かという問題

---

(102) *Id.* at 1826.

(103) 438 U.S. 265 (1978). 本件は、州立の医学校への入学を拒否された白人の原告が、黒人のための特別枠は平等保護条項に反するとして争った事件である。Powell 裁判官は、多様性のある学生集団を保持する目的で人種を考慮に入れた合否判定をすることは正当であるとする一方で、本件のように、その手段として明確に数字で枠を定めることは違憲の措置となると判示した。樋口・前掲注 (75)、460 頁。

(104) 合憲派の Brennan 裁判官、Marshall 裁判官、White 裁判官、Blackmun 裁判官は中間審査基準の適用を主張した。違憲派の Burger 長官、Stewart 裁判官、Stevens 裁判官、Rehnquist 裁判官は審査基準について判断を示さなかった。したがって、この時点で厳格審査基準の適用を宣言したのは、Powell 裁判官ただ 1 人だけであった。松井茂記『アメリカ憲法入門 [第 7 版]』（有斐閣、2012）398 頁。

(105) UJO, 430 U.S. 144, 179 (1977) (Stewart & Powell, JJ., concurring).

(106) *Bakke*, 438 U.S. at 290-91 (Powell, J.).



につき、Powell 裁判官は、人種の利用に対して一貫した姿勢をとらない、いわば二重の基準は、第 14 修正それ自体を書き換えるものに他ならないと論じた<sup>(107)</sup>。

Bakke 判決の Powell 裁判官の意見は、以下で検討する Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney に影響を及ぼし、この時期を境にして、平等保護理論はマイノリティの救済、差別的社會構造の变革という観点から理論的に後退していくことになる。

## 1 Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney (1979)<sup>(108)</sup>

### (1) 平等保護理論の二分化

Feeney 事件では、公務員の採用に関して退役軍人を優遇することを定めるマサチューセッツ州法が、女性に対して「異なる効果」を及ぼし、事実上、採用を阻害しているということが問題となった。この優遇制度により、退役軍人は採用において圧倒的に優位な立場に立つ。あらゆる職種に関して、州は試験結果に基づき候補者に順位づけを行うが、退役軍人はそれ以外の者の上位に必ず位置づけられた。つまり、最も点数の低い退役軍人は、最も点数

---

(107) *Id.* at 294. Powell 裁判官のこのような見解については、当初だれも賛同しなかった。しかし、2 年後、連邦の補助を受けた地方の公共事業の実施につき、マイノリティのための特別枠を定めた連邦法の合憲性を支持した Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448 (1980) で、Stewart 裁判官と Rehnquist 裁判官が Powell 裁判官の切り開いた道を歩み始めた。Stewart 裁判官は、Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896) で Harlan 裁判官が述べた「わが憲法はカラー・ブラインドである」という有名な一節を引用し、アファーマティブ・アクションの違憲性を主張したのである。しかし、この見解は、Burger コートの他の裁判官にとっては、まだ受け入れられるものではなかった。この考えが連邦最高裁で多数派を形成したのは、City of Richmond v. J.A. Croson Co., 488 U.S. 469 (1989) においてである。ここでは、Fullilove 判決で合憲とされた制度をモデルにして州政府が考案したアファーマティブ・アクションが違憲と判断された。Croson 判決以降、連邦最高裁ではカラー・ブラインドの考えが支配的になる。

(108) 442 U.S. 256 (1979).

の高い非退役軍人の上位に位置づけられたのである。退役軍人の 98 % は男性であるから、当該優遇制度が女性の公務就任の機会に及ぼす影響は、かなり深刻であった。Helen Feeney は、Davis 判決の Stevens 裁判官の同意意見（行為者はその行為の自然な結果を意図していたと想定される）に依拠して、<sup>(109)</sup> かつて女性が軍務に就くことは容易でなかったこと、実際、退役軍人の 98 % が男性であることを考えれば、当該州法が女性に不利に作用することは容易に予見できたと主張する<sup>(110)</sup>。こうして、雇用上の退役軍人優遇制度は、女性に対する意図的な差別であると訴えた。

Stewart 裁判官の法廷意見は、Bakke 判決の Powell 裁判官の個別意見に依拠しつつ、第 14 修正の解釈論から展開する<sup>(111)</sup>。Stewart 裁判官によれば、ほとんどの法には何らかの分類が伴う。ごく一般的な分類は合理性の審査に服する。これは、政府に何らかの正当な利益が存在するか否かを問う審査基準に過ぎない。しかし、「ある一定の分類に関しては、その分類自体が憲法違反の疑念を生じさせる場合がある。人種がその典型である。」<sup>(112)</sup> この考え方は、人種の単純な利用は、憲法上の疑義を生じさせることを示している。判決は、さらに、次のように続く。

「人種的分类は、その称するところの動機に関係なく、違憲の推定が働き、やむにやまれぬ正当化根拠なくしては、およそ支持することはできない。他方、Davis 判決や Arlington Heights 判決で明らかのように、たとえ中立的な立法が人種的マイノリティに不均衡に不利な効果を与えたとしても、当該不利な効果が差別目的に起因するものでない限りは、平等保護条項に反するものではない。」<sup>(113)</sup>

---

(109) Washington v. Davis, 426 U.S. 229, 253 (Stevens, j., concurring).

(110) 442 U.S. at 278.

(111) Stewart 裁判官の法廷意見には、Burger 長官、Blackmun 裁判官、Powell 裁判官、Rehnquist 裁判官といった Nixon 大統領が指名した面々が同調した。

(112) 442 U.S. at 272.

本件はあくまで性差別に関する事件である。しかし、Stewart 裁判官の以上の説示は、差別的意図理論を修正したという点で重要である。つまり、Stewart 裁判官は、人種利用は違憲の推定を受けるという論理を逆手にとり、人種利用がなければ、たとえ不利な効果があったとしても、合憲の推定を受けると構成したと考えられる。

ここに、人種的分類の利用が、決定的に重要な意味を持つことがうかがえる。人種が形式的に用いられれば、当該立法は自動的に違憲の推定を受ける。差別的意図理論は、「良性の分類」と「悪性の分類」とを峻別することを可能にするものであった。ところが、人種的分類に良性も悪性もなく、それ自体違憲の推定を受けるとすれば、もはや差別的意図の有無を検討する意味がなく、差別的意図理論は不要のものとなる。Feeney 判決は、人種的分類の文脈では、それ自体違憲の推定を受けるがゆえに、差別的意図理論の適用がないことを示唆したといえる。したがって、差別的意図理論の射程範囲は、明白な分類が存在しない中立的な法律の合憲性が争われる領域に限定されることとなった。ただし、そのような中立的な法律は合憲の推定を受けるがゆえに、これを差別として争う場合は、重い立証責任を負うことになる。

以上のとおり、Feeney 判決は、Bakke 判決の Powell 裁判官の意見を基礎にして、平等保護条項違反の審査をその領域に応じて二分化し、それぞれ異なる審査の枠組みを提示したと考えられる<sup>(113)</sup>。第 1 は、明白な人種的分類に関する領域であり、ここでは違憲の推定が働くがゆえに、厳格審査基準が適用される。今日の人種利用を許さないという姿勢は、結局は救済措置に対する敵対姿勢である。したがって、標的は主としてアフーマティブ・アクションである<sup>(114)</sup>。第 2 は、「異なる効果」を及ぼす中立的な法制度の領域であり、ここでは合憲の推定が働くがゆえに、合理性の審査基準が適用される。一般

(113) *Id.* at 271-72.

(114) Haney-López, *supra* note 49, at 1828-33.

に、中立的な法制度が、白人差別と見なされることはない。したがって、ここでは、マイノリティに対して「異なる効果」を及ぼす法制度が問題となり、それには緩やかな合理性の基準が相当することになる<sup>(116)</sup>。以下で見るとおり、Feeney 判決の重大性は、中立的な法制度に合憲の推定を及ぼす一方、これを争う原告に対して、立法者の「悪意」ともいうべき、極めて重い立証責任を課したことにある。

## （２）悪意の要件

Halen Feeney は、差別的意図は予見可能な結果から推定しうることを前提に、退役軍人優遇制度を争った。法廷意見は、当該制度がもたらす女性に対する不利な結果について、政府がそれを意識することはなかった、あるいはその結果を予想できなかったという意味において、意図されたものでなかったと主張するのは、不誠実であると認める<sup>(117)</sup>。しかしながら、法廷意見は、このアプローチで差別的意図の存在を評価することを拒否する。この点に関して、次のように述べる。

「差別的意図とは、意識作用としての意図、結果についての認識としての意図を超えるものを意味している。それは、政策決定者が特定グループに対する不利な効果『にもかかわらず』(in spite of) 当該政策を採用するというのではなく、少なくとも部分的には、まさにその不利な効果を『理由に』(because of) 当該政策を採用するということを意味している。』<sup>(118)</sup>

---

(115) 例外として、Johnson v. California, 543 U.S. 499 (2005) を挙げることができる。ここでは、刑務所の相部屋に収容する際に人種に基づき隔離政策をとるカリフォルニア州の方針が平等保護条項に反するとして争われ、下級審では、厳格審査基準ではなく合理性の基準に基づいて支持されたが、法廷意見を執筆した O'Conner 裁判官は、人種による分類である以上、厳格審査基準が必要であると判断している。

(116) Haney-López, *supra* note 49, at 1832-33.

(117) 442 U.S. at 278.

(118) *Id.* at 279.

つまり、法廷意見は、差別的意図の定義について、損害の発生を完全に認識していただけでなく、そのような損害の発生をまさに望んで行為に及んだことと定義したのである。Reva Siegel が指摘するとおり、「Feeney 判決は、女性やマイノリティに予見可能な損害を与える政策を実施した立法者に、彼(女)らを害する明白な目的があったこと、すなわち悪意 (malice) に類似する立法者の心的状況の立証を原告に求めている」と評価しうる<sup>(119)</sup>。

なぜこのように差別的意図を厳格に解したのか。この点、法廷意見を執筆した Stewart 裁判官は、本件で差別が存在しなかったという彼の直感に合う形で、差別的意図の概念を構成した可能性がある<sup>(120)</sup>。退役軍人優遇制度で不利益を受けるのは何も女性だけではない。男性・女性にかかわらず、すべての非退役軍人が不利な立場に置かれる。「多くの男性も不利な影響を受けるという事実を照らせば、当該制度が女性よりも男性を優遇するための口実に過ぎないと推定することは困難」とも考え得る。確かに退役軍人は圧倒的に男性によって占められているものの、退役軍人優遇制度は、退役軍人ではない全ての男性をも不利に扱うのであるから、女性であるがゆえの差別とはいえないというわけである<sup>(121)</sup>。

女性に対する不利な結果をあえて望んでいたという意味で、立法者の「悪意」を立証せねばならないとすれば、原告側にとっては大きな負担となる。

(119) Siegel, *supra* note 11, at 1135.

(120) Haney-López, *supra* note 49, at 1833-34.

(121) 同じような論理は、Geduldig v. Aiello, 417 U.S. 484 (1974) でも用いられた。この事件では、州の傷害保険から、妊娠と出産に伴う傷害が除外されていることが争われた。ここで Stewart 裁判官は、妊娠・出産を理由とする差別は、女性差別そのものではないとする。確かに妊娠と出産は、女性にしかあり得ないが、すべての女性が経験するわけではない。よって、妊娠・出産という身体的状況に基づく区別は、女性であるがゆえの差別ではない。判決は、合理性の審査が相当であるとして、この法律を支持した。これに対して学説は、女性のみにはかない、妊娠・妊娠中絶・出産に関する制約は厳格審査に服すべきだという批判もある。松井・前掲注 (104)、418 頁。

他方、このように厳格な差別的意図の解釈は、政府の側が正当な目的を1つでも主張することができれば、悪意の推定を崩すことを可能とする。これは、1つの差別的でない正当な目的の存在が、他の差別的な目的の存在の可能性を払拭するという考えであり、動機の競合の可能性を否定するものといえる。退役軍人優遇制度についていえば、州政府は、ただ単に退役軍人をその功績により優遇することを意図していたに過ぎないという結論に至る<sup>(122)</sup>。この点を考えれば、公務の就任機会から女性を排除する意図は、当該制度上存在しなかったことになる<sup>(123)</sup>。

## 2 悪意的意図のアプローチ

Feeney 判決は、政府の「悪意」ともいうべき高度の差別的意図の立証を原告側に求める一方で、1つの自明の正当な目的が認識できれば、違法な差別的意図はなく、政府は免責されるという理論を示した。Haney-López は、この手法を「悪意的意図」(malicious intent) のアプローチと称して、これまでの伝統的な「状況的意図」(contextual intent) のアプローチと区別する。悪意的意図のアプローチの要諦は、①差別的意図をかなり厳格に捉え、②当該公的行為を取り巻く全体的状況、歴史的意義を考慮せず、③他者を害する意図、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、といった点にある<sup>(124)</sup>。以下では、悪意的意図のアプローチを確立していった3つの事件を紹介する。

---

(122) 442 U.S. at 275-78.

(123) これに対して、Marshall 裁判官は、「立法者がある集団を有利に扱おうと意図することは、論理的問題あるいは常識的問題として、その他の集団を不利に扱うよう意図している可能性を排除するものではない」と反論する。Id. at 282 (Marshall, J., dissenting).

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

(1) *City of Mobile v. Bolden* (1980)<sup>(125)</sup>

アラバマ州 Mobile 市は、代表委員 (commissioner) の選出に関して、<sup>(126)</sup> 市全域を 1 つの選挙区とする大選挙区制度 (at-large electoral structure) を採用していた。黒人は同市の人口の約 35 % を占める。しかし、長らく続いた人種差別のために、黒人候補者が市の代表委員に選出されることは 1911 年の市の創設以来、一度もなかった。連邦地裁は、Mobile 市が事実上、地方自治の仕組みから黒人を恒久的に排除する選挙制度を維持していると認定し、憲法違反の判断を下し、控訴裁判所もこの判断を支持した<sup>(127)</sup>。実際、この選挙制度は、市の人口の 3 分の 1 を占める黒人に親和的な白人の候補者ですら当選することを阻んでいたとされる。

法廷意見を執筆した Stewart 裁判官はまず、いわゆる大選挙区制度がアメリカ全土の多くの地方自治体で採用されている事実を指摘し、本件で差別的意図が存在していたという主張に対して、懐疑的な姿勢を示す<sup>(128)</sup>。

次に、差別的な結果だけでは憲法違反の権利侵害を立証したことにはならないと繰り返した上で、差別的意図を示唆する種々の事実を、本件との関連性が希薄であるとして退けた。これは、諸事実を全体的・総合的に考察する、これまでの手法と異なる。他方、連邦地裁は、①黒人を代表委員会から長年にわたって排除し、②低賃金の公職に限定すること、さらに、③白人が警察・消防署を支配し、④その白人警察官による不当な暴力 (mock lynchings) の報告が多発していることなど、客観的事実を総合的に勘案し、Mobile 市における黒人に対する差別的慣行の存在を認めて、本件で差別的意図を認定した<sup>(129)</sup>。ところが、Stewart 裁判官は、「Mobile 市の公職にある白人による差別

(125) 446 U.S. 55 (1980).

(126) Mobile 市は 3 名で構成される代表委員会 (commission) によって統治されており、同委員会が市の立法権、行政権を行使する。

(127) 423 F. Supp. 384, 387-89 (S.D. Ala. 1976).

(128) 446 U.S. 55, 70 (1980).

の証拠は、彼らにその地位をもたらした選挙制度の違憲性を示す、極めて薄弱で偶発的な証拠としてのみ、妥当性をもつに過ぎない」と述べ、これらの客観的証拠の有用性を否定する<sup>(129)</sup>。Stewart 裁判官によれば、連邦地裁の誤りは、Mobile 市の統治制度の違憲性を審査する上で、だれの意図を関連あるものとして考慮したのか、その公人を特定していないところにある<sup>(131)</sup>。これは、特定の公人の悪意を直接的な証拠によって立証することを求めるものといえる。

さらに、アラバマ州の公的な人種差別の歴史についても、以下のとおり述べて、その証拠としての有用性を否定する。

「過去の差別に基づいて、今日それ自体何ら違法ではない政府の行為を非難することはできない。究極的な問題は、差別的な意図が本件において立証されたか否かである。本件と直接関係しない歴史的な差別の事実は、本件の解決に限定的な役割しか果たさない。」<sup>(132)</sup>

Mobile 判決は、一見中立的な制度の違憲性が問題となる事件においては、特定の意思決定者の主観的な悪意を立証せねばならないとした点で、重要な意義を有する。Davis 判決で法廷意見を執筆した White 裁判官は、状況的意図の分析から乖離した本判決について、次のような批判をしている。

「今日の判断は、平等保護条項は意図的な差別のみを禁じているという Davis 判決における我々の認識から導かれたと理解することはできない。地方裁判所と控訴裁判所は適切にも、不当な差別的意図が本件の諸事実の全体性から推定されると判断していた。」<sup>(133)</sup>

Mobile 判決は、Feeney 判決に引き続き、状況的意図のアプローチを放棄し、

---

(129) 423 F. Supp. at 388-92.

(130) 446 U.S. at 74.

(131) *Id.* at 74 n.20.

(132) *Id.* at 74.

(133) *Id.* at 94-95 (White, J., dissenting).



そして悪意的意図のアプローチを確立していったと評価しうる。以後、差別的意図理論は、この悪意的意図のアプローチが支配することになる。

(2) *City of Memphis v. Greene* (1981)<sup>(134)</sup>

Memphis 市の Hein Park 地区は、第 2 次世界大戦前に設立され、住民全員が白人であった。1970 年、同地区の住民らは、黒人が大多数を占める隣接地区につながる道を閉鎖するよう求めた。閉鎖支持派は、子供の安全、近隣の静穏、治安の維持などを強調した。他方、反対派は、公道の閉鎖は明白な人種侮辱的な行為であるとして、その合憲性を争った。連邦最高裁は、本件閉鎖決定に差別的意図はなく、平等保護条項に反しないと結論づけている。

法廷意見を執筆した Stevens 裁判官はまず、本件で悪意が存在していたという主張に対して、閉鎖についての正当な目的、すなわち近隣住民の安全と平穏を守るという目的の存在を強調する。この目的は、当該閉鎖決定に人種が無関係であったこと、すなわち悪意が存在しなかったことを示唆する。Stevens 裁判官によれば、「急ブレーキの音を聞いて、窓に駆け寄る母親にとって、車の運転手の人種が関心事であろうはずがない。」<sup>(135)</sup>

次に、Stevens 裁判官は、状況的意図のアプローチではなく、悪意的意図のアプローチを採用し、閉鎖を支持する白人の有権者ではなく、特定の市の意思決定者の動機だけが、考慮されるべきであると強調する。

「我々は、被上訴人が市、市長、そして市議会および議長に対して訴訟を提起していることに留意する必要がある。それゆえ、Hein Park の住民の意思や行動ではなく、これら公的機関の決定に注目すべきである。」<sup>(136)</sup>

さらに、Stevens 裁判官は、Hine Park と Memphis 市に人種的偏見が広く存在していたとしても、それが本件において何らかの指針となるわけではない

---

(134) 451 U.S. 100 (1981).

(135) *Id.* at 117.

(136) *Id.* at 114 n.23.

とする。まず次のとおり認定する。

「Memphis 市は遅くとも 1963 年まで市の公園やレクリエーション施設における迅速な人種統合に抵抗し続けていた。さらに、第 2 次世界大戦以前に設立された Hein Park が、当時一般的であった人種隔離政策に強く影響されているかもしれないこと、その他種々の記録には人種的偏見がなお Memphis 市に存在している証拠が含まれている。」<sup>(137)</sup>

しかし、Stevens 裁判官は、「そのような証拠があったとしても、本件における市議会の決定が人種によって動機づけられたという事実認定を、裁判所に求めるものではない」とする<sup>(138)</sup>。

Memphis 判決も、Mobile 判決と同様に、事件から社会的・歴史的諸要素を切り離し、本件では差別的意図が存在しないと結論づけたといえよう<sup>(139)</sup>。

### （3）McCleskey v. Kemp (1987)<sup>(140)</sup>

この事件は、持兇器強盗（armed robbery）と白人警察官の謀殺（felony murder）の罪で死刑宣告を受けた黒人の Warren McClesky が、死刑の適用に人種的な偏りがあること、すなわち①白人を殺害した被告人は黒人を殺害した被告人によりも死刑判決を受ける可能性が高いこと、②黒人の被告人の方が白人の被告人よりも死刑判決を受ける可能性が高いことを示す統計分析に基づいて、ジョージア州の死刑制度の合憲性を争った事件である。ここでは、

---

(137) *Id.* at 116 n.27.

(138) *Id.*

(139) *City of Cuyahoga Falls v. Buckeye Community Hope Foundation*, 538 U.S. 188 (2003). この事件で連邦最高裁は全員一致で Memphis 判決の基本分析を再確認し、有権者の人種的敵意は、特定の政策決定者による意図的な差別を認定する上で、無関係であると判示した。同判決は、「市民主導型の請願において私人が発した声明は、それ自体、第 14 修正の審査対象となる、ステイト・アクションを構成するものではない」とする。*Id.* at 196.

(140) 481 U.S. 279 (1987).

アイオワ大学の法学者 David C. Baldus らによる研究が人種的不均衡を示す証拠として用いられた<sup>(141)</sup>。

Baldus の研究は、1970 年代のジョージア州で発生した 2,000 件以上もの殺人事件について、統計分析を行ったものである。それは、死刑適用に関する顕著な人種的不均衡の存在を報告している。まず、検察官が死刑を求刑したのは、被告人が黒人で被害者が白人の事件で 70 %、被告人が白人で被害者も白人の事件で 32 %、被告人が黒人で被害者も黒人の事件で 15 %、被告人が白人で被害者が黒人の事件で 19 %であった。次に、ジョージア州の裁判所が実際に死刑判決を下したのは、被告人が黒人で被害者が白人の事件で 22 %、被告人が白人で被害者も白人の事件で 8 %、被告人が黒人で被害者も黒人の事件で 1 %、被告人が白人で被害者が黒人の事件で 3 %であった。以上の数値を簡単に図示すると以下のとおりである<sup>(142)</sup>。

**【検察官の死刑求刑】**

	黒人 (被告人)	白人 (被告人)
白人 (被害者)	70 %	32 %
黒人 (被害者)	15 %	19 %

**【裁判所の死刑判決】**

	黒人 (被告人)	白人 (被告人)
白人 (被害者)	22 %	8 %
黒人 (被害者)	1 %	3 %

連邦最高裁は 5 対 4 の判決で、McCleskey の主張を退けた。法廷意見を執

(141) *Id.* at 291. See David C. Baldus et al., *Equal Justice and the Death Penalty* (1990).

(142) *Id.* at 286-287.

筆した Powell 裁判官は、Mobile 判決や Memphis 判決と同様に、悪意的意図のアプローチに依拠する。Baldus の統計分析については、その分析で示される差別的な傾向を認めつつも、それらは McCleskey の事件に携わった陪審員や検察官が人種を理由に死刑を選択したことを立証するものではなく、本件の差別的意図を推定させる証拠としては甚だ不十分であるとする<sup>(143)</sup>。必要なのは、本件の刑事手続に携わった者らが、実際に人種的な悪意をもって決定したという証拠である。

ジョージア州の人種差別の歴史についても、同じ立場に立つ。Powell 裁判官によれば、かつてジョージア州が積極的に黒人を処刑していた時代があったからといって、今日の死刑制度の存続が、憲法上の人権侵害を発生させていることにはならない。Powell 裁判官は、「アメリカにおける人種差別の歴史は否定することができないが、過去の公的行為を現在の差別的意図の証拠として受け入れることはできない」と述べ、歴史の果たす役割は極めて限定的であるとする<sup>(144)</sup>。結果的に、ジョージア州議会が人種差別的な目的を助長するために、死刑制度を維持しているという証拠は存在しないとする一方、刑事司法制度における政府の裁量の必要性と、McCleskey が犯した罪の重大性を指摘して、差別の存在を認めなかった<sup>(145)</sup>。

以上の3つの判決を検討すれば、悪意的意図のアプローチの下では、差別的意図の立証が極めて困難であり、結果的に、このような差別的意図理論は、政府の裁量を保護することに貢献していることがうかがえる。とりわけ McCleskey 判決では、統計上の人種的不均衡を理由に死刑の適用を平等保護条項違反と認定すれば、刑事司法制度全体の合憲性が争われることになるという、連邦最高裁の強い懸念があったものと推察される。

今日の差別的意図理論は、悪意的意図のアプローチが支配しており、原告

---

(143) *Id.* at 308.

(144) *Id.* at 298.

(145) *Id.* at 294-95.

たるマイノリティに厳格な立証責任を課す一方で、被告としての政府を擁護する機能を果たしている。

### 3 小括

差別的意図理論の確立と変容に関して、簡単にまとめておきたい。1970 年代の *Keyes* 判決や *Davis* 判決、そして *Arlington Heights* 判決を通じて、平等保護条項違反の成立につき、政府の差別的意図の立証が要件化された。これ以前にも、連邦最高裁は、差別的意図ないし不当な動機について関心を寄せていたと考えられるが、明確な形で理論化したのがこの時期である。この 3 判決は、差別的意図を比較的柔軟に解して、公的行為の歴史的意義を含めて、種々の状況を客観的かつ多角的に考察して、差別的意図の存否を判定するアプローチを採用していた。いわゆる「状況的意図」のアプローチである。*Davis* 判決と *Arlington Heights* 判決については、結果として平等保護条項違反を認めておらず、その点で、原告に重い立証責任を課した判決として強い批判もある。確かに、「状況的意図」のアプローチは、裁判官個人の価値判断に大きく左右され、とりわけ、人種主義や差別の問題を単純かつ限定的に理解する場合には、差別的意図の認定が困難となる。しかし、このような問題にもかかわらず、*Haney-López* によれば、このアプローチ自体は、柔軟性があり新たな差別形態にも対処しうる可能性を秘めていた<sup>(146)</sup>。実際、*UJO* 判決では、アファーマティブ・アクションが合憲とされ、*Castaneda* 判決では、大陪審手続においてマイノリティを陪審員から不均衡に排除した行為が違憲と判断され、新たな可能性を示唆していた。

ところが、このような差別的意図理論は、*Feeney* 判決によって修正される。*Feeney* 判決は、明白な人種的分類は、その意図にかかわらず違憲の推定を受けられることを示唆した。他方、外見上中立的な制度は、たとえ「異なる効果」

---

(146) *Haney-López*, *supra* note 49, at 1822.

があったとしても、合憲の推定を受ける。ゆえに、まさにその「異なる効果」こそが狙いであったという、立法者の「悪意」が立証されない限り、当該中立的な制度は平等保護条項に反するものではない。以後、この「悪意的意図」のアプローチが差別的意図理論を支配することになる。

以上の2つのアプローチの特徴を簡単に図示しておこう。

**【差別的意図理論に内在する2つの異なるアプローチ】**

状況的意図のアプローチ Keyes 判決（1973年）～	①差別的意図の柔軟な解釈 ②全体的状況、歴史的意義を考慮 ③諸事実の全体性から推定
悪意的意図のアプローチ Feeney 判決（1979年）～	①差別的意図の厳格な解釈 ②全体的状況、歴史的意義を無視 ③悪意の直接的な証拠が不可欠

今日のアメリカの平等保護理論は、社会的弱者の救済、差別的社會構造の  
 変革という観点から、理論的に後退したものと考えられる。「異なる効果」  
 を及ぼす中立的な施策が争われた場合は、司法部は立法部の判断に敬讓を示  
 す一方で、マイノリティの機会を拡充するためのアファーマティブ・アクシ  
 ヨンが争われた場合には、立法部の判断に敬讓を示すことはほとんどない。  
 前者には厳格な差別的意図理論（悪意的意図のアプローチ）が適用され、後  
 者には、いわゆる「疑わしい分類」（suspect classification）のアプローチがそ  
 のまま適用されるからである。

※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。