

差別的な立法目的をめぐる司法審査の方法について — Grutter 判決および Windsor 判決を素材にして —

井 上 一 洋

はじめに

第一章 Grutter 判決における司法審査

- 一 Grutter 判決の概要について
- 二 Grutter 判決および Fisher 判決における司法審査の方法について

第二章 Windsor 判決における司法審査

- 一 Windsor 判決の概要について
- 二 Windsor 判決および Romer 判決における司法審査の方法について

第三章 差別的な立法目的をめぐる司法審査の方法

- 一 隠された差別的立法目的と厳格審査基準について
- 二 露骨な差別的立法目的と合理性の基準について

おわりに

はじめに

2003 年の Grutter 判決⁽¹⁾では、Michigan 大学ロー・スクールが実施した人種的分類を利用した入学制度が合衆国憲法の平等保護条項に違反するとして争われた。また、2013 年の Windsor 判決⁽²⁾では同性間の婚姻を婚姻と認めない連邦の結婚防衛法⁽³⁾ (以下において DOMA と略する。) が合衆国憲法の修正 5 条の適正手続条項に含まれる法の平等保護の要請に違反するとして争われた。Grutter 判決で法廷意見を執筆した O'Connor 裁判官は、厳格審査基準

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

(2) United States v. Windsor, 570 U.S. _ (2013).

(3) Defense of Marriage Act, Pub. L. No. 104-199, 110 Stat. 2419 (1996).

の適用の下、当該入学制度は合衆国憲法の平等保護条項に抵触するような人種的均衡の実現を目的とするものではなく、「志願者を個人として考慮する」(individualized consideration) ものであり、かかる入学制度は合衆国憲法の平等保護条項に違反しないと判示した。他方で、Windsor 判決で法廷意見を執筆した Kennedy 裁判官は、合理性の基準の適用の下、DOMA の目的が同性婚をしたカップルに不利益、差別的地位、stigma を課すものであると判示し、当該立法の合理性を否定し、右立法を違憲とした。

ところで、Grutter 判決および Windsor 判決は、いずれも連邦最高裁が差別的な立法目的に着目し、司法審査を行った判決であると評価されている⁽⁴⁾。しかし、その一方で、両判決で連邦最高裁が採用した司法審査の方法には大きな相異点が認められる。そこで、本稿では Grutter 判決および Windsor 判決、さらに、両判決に類する司法審査に基づいて判決が下された 2013 年の Fisher 判決⁽⁵⁾および 1996 年の Romer 判決⁽⁶⁾についても検討を行い、Grutter 判決および Windsor 判決で連邦最高裁が採用した司法審査の特徴を明らかにすることを試みた。

第一章 Grutter 判決における司法審査

一 Grutter 判決の概要について

Grutter 判決では、Michigan 州立大学のロー・スクールの入学制度が問題となった。同ロー・スクールは志願者の学力と併せ、志願者の経験、人種など

(4) Sarah Erickson-Muschko, *What is the Purpose? Affirmative Action, DOMA, and the Untenable Tiered Framework for Equal Protection Review*, 101 GEO. L. J 44, 45 (2013). Sara Erickson-Muschko は、このような判決として Fisher 判決および Windsor 判決をあげるが、Fisher 判決では Grutter 判決を踏襲した司法審査が行われているため、本稿では Grutter 判決および Windsor 判決を中心に挙げた。

(5) *Fisher v. University of Texas at Austin*, 570 U.S. __ (2013).

(6) *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

を考慮した入学制度を採用していた。さらに、この入学制度では、特に黒人およびヒスパニック系などの人種的マイノリティが、入学者選抜において優遇されなければ、彼らが学生集団の中で「意義ある数」(critical mass)⁽⁷⁾を占めることにはならないとされていた。原告である Grutter は、Michigan 州に居住する白人女性であり、当該ロー・スクールを受験したが不合格となった。そこで、Grutter は本件入学制度が合衆国憲法の平等保護条項に違反するとして訴えを提起した。

法廷意見を執筆した O'Connor 裁判官は、本件に厳格審査基準を適用した。厳格審査基準が適用されると、政府はかかる人種的分類の利用を正当化するために当該立法目的が、「やむにやまれぬ政府の利益」(a compelling state interest)を実現するためであること、さらに、右立法目的との関係で「厳密な整合性」(narrowly tailored)を有する手段が採用されていることを立証しなければならない。本件入学制度の目的の正当性について O'Connor 裁判官は、Bakke 判決⁽⁸⁾における Powell 裁判官の相対的多数意見を引用し、学生集団の多様性を実現するという本件入学制度の目的は、やむにやまれぬ政府の利益であるということは明らかであると判示した。次に右目的を達成するための手段の整合性について O'Connor 裁判官は、当該入学制度では、人種的マイノリティの入学者数にある程度の関心が払われてはいるが、それは定員割当制(quota system)に該当するものではなく、さらに、右入学制度の下では人種的マイノリティの入学者数が「意義ある数」に到達するようにロー・スクー

(7) Grutter 判決において、連邦最高裁は critical mass とは人種的マイノリティの学生が疎外感を感じることなくクラスでの議論に貢献できるだけの不確定な数と定義した。Grutter, 539 U.S. at 318 を参照。

(8) Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978). Bakke 判決では、California 大学 Davis 校の医学校の黒人を優先的に入学させるための特別入学制度が合衆国憲法の平等保護条項および 1964 年の公民権法第 6 編に違反するとして訴訟が提起された。連邦最高裁は、当該入学制度が人種のみに基づいて特別枠を設けている点で、あからさまな差別の意図が明確であり、容認できないと判示した。

ルが誠意ある努力をするのみであったと判示した。そして、O'Connor 裁判官は、厳格審査基準をクリアするために大学は人種的分類を利用した制度と同様な効果を有すると思われる実施可能な人種中立的な代替手段を真剣に検討しなければならないが、他方で、それは大学側にあらゆる人種中立的な代替手段を尽くすことを求めるものではないと指摘した。そして、当該入学制度では人種の他に外国での居住経験や数カ国語の言語に通じていることなど学生集団の多様性を実現するためのさまざまな要素が考慮されているという点、さらに、本件入学制度の存続期間を 25 年としている点も O'Connor 裁判官は指摘し、当該入学制度は「志願者を個人として考慮する」ものであり、合衆国憲法の平等保護条項に違反するような人種的均衡の実現を目的とするものではなく、容認されると判示した。

二 Grutter 判決および Fisher 判決における司法審査の方法について

Grutter 判決で O'Connor 裁判官は、自身が執筆した Croson 判決⁽⁹⁾の法廷意見を引用し、厳格審査基準を適用しなければ、政府による人種的分類の利用が良性の救済目的のためであるのか、それとも人種的劣等性という道徳的に不正な概念あるいは、あからさまな人種的政治力学によって動機付けされているのか否かを判断することはできないと主張し、本件に厳格審査基準を適用した。他方で、本件で O'Connor 裁判官は、自身が執筆した Adarand 判決⁽¹⁰⁾の法廷意見を引用し、厳格審査基準が Gerald Gunther の指摘するような「理論上厳格であるが、事実上致命的」(strict in theory but fatal in fact) な司法審査基準ではないと指摘し、議会が人種的分類を利用した立法を行った場合、

(9) Richmond v. J.A. Croson Co., 488 U.S. 469 (1989). Croson 判決では、公共事業を請け負った業者がその契約額の 30 パーセントを人種的マイノリティが所有する下請業者に留保するよう求めた Richmond 市の条例が合衆国憲法の平等保護条項に違反するとして問題となった。連邦最高裁は、かかる Richmond 市の条例には、あからさまな人種的政治力学に基づいているという疑念があると指摘し、右条例を違憲とした。

当該立法には厳格審査基準が適用されるが、すべての人種的分類の利用が厳格審査基準の適用によって違憲とされるわけではないと判示した⁽¹⁰⁾。つまり、O'Connor 裁判官は人種的分類を利用した立法を形式的に違憲とするような厳格審査基準の適用の仕方を否定しているのである。したがって、O'Connor 裁判官は Grutter 判決において、人種的分類を利用した当該入学制度に人種的均衡を実現するという合衆国憲法の平等保護条に抵触するような目的があるのか否かを炙り出すために厳格審査基準を適用したと考えることができよう。このような厳格審査基準の適用の仕方については、第三章第一節で検討を行いたい。

次に、この Grutter 判決における司法審査の方法を踏襲した近時の連邦最高裁判例として Fisher 判決があげられる。この Fisher 判決では学生集団の多様性を実現するために志願者の人種を他の様々な要素の一要素として考慮するような Texas 大学 Austin 校（以下において UT と略する。）の入学制度が合衆

(10) Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U.S. 200 (1995). Adarand 判決では、公共事業の元請業者が人種的マイノリティの所有する下請業者を選んだ場合、政府からの助成を受けることができるという連邦の制度が合衆国憲法の平等保護条項に違反するとして訴訟が提起された。連邦最高裁は、連邦法に適用される合衆国憲法の修正 5 条の下での合憲性判定基準は、州法に適用される修正 14 条の下での合憲性判定基準と同様であると指摘し、本件に厳格審査基準を適用するため事件を原審に差し戻した。

(11) Gerald Gunther は 1972 年の論文 “*The Supreme Court 1971 Term-Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model of for a Never Equal Protection*, 86 HARV. L. REV. 1(1972)” において、Warren Court における厳格審査基準の適用について、それは「理論上厳格であるが、事実上致命的」な審査基準であり、この厳格審査基準が適用されると、当該立法は直ちに形式的に違憲とされてしまうと主張した。なぜなら、Warren Court においては「疑わしき分類」の対象となるクラスに対して stigma を押し付けるといった不利益 (disadvantage) を課すことを正当化するほどのやむにやまれぬ公的利益はほとんど存在しないと考えられたからである。以上の点については、井上一洋「Affirmative Action をめぐる平等観の対立と厳格審査基準の適用方法」広島法学第 36 巻第 2 号 (2013) 49 頁を参照。

国憲法の平等保護条項に違反するとして争われた。本件で法廷意見を執筆した Kennedy 裁判官は、大学の入学制度における Affirmative Action が問題となった判例として Bakke 判決、Grutter 判決、Gratz 判決⁽¹²⁾の三つの判例をあげ、本件を審理するにあたり、当裁判所はこれらの先例を参照すると判示した。司法審査基準の適用について Kennedy 裁判官は、個人の人種あるいは民族を考慮するような政府による人種的分類の利用に対しては、厳格審査基準が適用されなければならないと指摘したが、他方で、かかる厳格審査基準が Gunther の指摘するような「理論上厳格であるが事実上致命的」な司法審査基準であってはならないと判示した。Kennedy 裁判官は本件入学制度の目的の正当性について、Grutter 判決の法廷意見は、学生集団の多様性から得られる教育上の利益を実現することは大学にとって重要な使命であり、かかる学生集団の多様性は、やむにやまれぬ政府の利益として容認できると判示したと指摘する。その上で Kennedy 裁判官は、学生集団の多様性を実現するという本件入学制度の目的について、裁判所は大学側が適切な立証を行っているか否かを審理しなければならないが、この点について連邦地裁および第5巡回区連邦控訴裁は、Grutter 判決を引用し、正しい判断を下したと判示した。次に本件入学制度の手段の整合性について Kennedy 裁判官は、厳格審査基準が適用されると裁判所は当該立法目的との関係で厳密な整合性を有する手段が採用されていることの立証を大学側に求めるが、そこには大学が人種的分類を用いることなく、十分な学生集団の多様性を確保することができるか否かという慎重な判断が含まれると判示した。しかし、他方で Kennedy 裁判官は、それは大学側にあらゆる人種中立的な代替手段を尽くすよう求めるもの

(12) Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003). Gratz 判決では、人種的マイノリティである志願者に一律に 20 点が与えられていた Michigan 大学の学部の入学制度が合衆国憲法の平等保護条項に違反するとして問題となった。連邦最高裁は、人種だけを根拠に人種的マイノリティの志願者に対して一律に 20 点を与える本件入学制度は、志願者の人種が入学者選抜に関する決定要因となるものであり、容認できないと判示した。

ではないとする。その上で Kennedy 裁判官は、大学が人種中立的な代替手段を真剣に検討していたという事実は重要であるが、それだけでは厳格審査基準を満たすには不十分であると判示し、UT は実施可能な人種中立的な代替手段では教育的利益を生み出すような多様な学生集団を十分に実現することができないということを最終的に立証しなければならないが、第5巡回区連邦控訴裁は、このような司法審査を行っていないと指摘した。そして、本件において第5巡回区連邦控訴裁は、UT が人種中立的な代替手段では教育的利益を生み出すような多様な学生集団を実現することができないと判断したため、人種を考慮した入学制度を再開したと認定したと Kennedy 裁判官は指摘し、さらに、同裁判官は UT が当該入学制度において誠実さをもって (good faith) 人種的分類の利用を再開しており、それは重要な目的を実現するためのものであったことから、同連邦控訴裁は本件制度を容認する略式判決を下したが、大学が誠実さをもって当該分類を利用したことを主張してもそれだけでかかる分類の利用が合憲となることはないということを忘れてはならないと述べ、連邦地裁および第5巡回区連邦控訴裁は、厳格審査基準の適用の仕方を誤っていると判示した。そして Kennedy 裁判官は、原判決を退け、UT の入学者選抜のプロセスが厳格審査基準の適切な適用の下で審理されるよう本件を第5巡回区連邦控訴裁へ差し戻した。

Grutter 判決では、第一に当該入学制度は人種に基づく定員割当制度ではなく、人種的マイノリティの数が「意義ある数」に到達することを目的とするものであること、第二に人種的マイノリティの数が「意義ある数」に到達するための実施可能な人種中立的な代替手段を真剣に検討したということ、第三に当該入学制度では、人種の他に外国での居住経験や数カ国語の言語に通じていることなど学生集団の多様性に資する他のさまざまな要素が人種と同じウェイトで考慮されていること、そして第四に当該 Affirmative Action の存続期間を定め、目標を達成すれば可及的速やかに人種を考慮した Affirmative Action を終了するという、以上の四点について Michigan 大学側が立証し

たため人種的分類を利用した入学制度が容認された。ところが、Fisher 判決で問題となった UT の入学制度は、存続期間を定めてはいないものの Grutter 判決で合憲とされた入学制度を参考に計画されたものであったにもかかわらず、当該 Affirmative Action を正当化するための UT 側の立証が不十分であるとして、Kennedy 裁判官は右入学制度を容認しなかった⁽¹³⁾。つまり、Kennedy 裁判官は Fisher 判決において、第一に大学における学生集団の多様性を、やむにやまれぬ政府の利益として認定している点、第二に政府による人種的分類の利用を直ちに違憲とするような厳格審査基準の形式的な適用の仕方に批判的で、人種的分類の利用を正当化するための立証に政府側が成功すれば、それを容認するという点、で Grutter 判決を踏襲した司法審査を行っているといえるが⁽¹⁴⁾、他方で政府による人種的分類の利用の正当化について、Grutter 判決で Michigan 大学側に求められた以上の厳格な立証を UT 側に課したと考えることができよう⁽¹⁵⁾。

第二章 Windsor 判決における司法審査

一 Windsor 判決⁽¹⁶⁾の概要について

(13) 井上一洋「アメリカの大学入学制度における Affirmative Action について」広島法学第 37 巻第 2 号（2013）146-47 頁を参照。

(14) 同論文 206-7 頁を参照。

(15) Jonathan W. Rash は、Grutter 判決で Michigan 大学が立証した四点に加え、第一に人種的分類を利用した制度と同様な効果を有すると思われるさまざまな人種中立的な代替手段を実施したが、人種的マイノリティの数が「意義ある数」に到達しなかったということ、第二に入学者選抜に関与する大学職員が入学者選抜の終了時まで入学定員の人種構成を知らなかったということ、という以上二点について UT 側が立証に成功すれば、Kennedy 裁判官は人種的分類の利用を容認する可能性があるとして指摘する。以上の点については、Jonathan W. Rash, *Affirmative Action on Life Support: Fisher v. University of Texas at Austin and the End of Not-So-Strict Scrutiny*, 8 DUKE J. CONST. L. & PUB. 25, 43 (2012)を参照した。

(16) *United States v. Windsor*, 570 U.S. __ (2013).

原告の Windsor と Spyer は 1963 年頃から共同生活を始め、2007 年、同性婚を認めていた Canada の Ontario 州で結婚した。2009 年、Spyer が死亡した際、New York 州に居住していた Windsor は Spyer の遺産を相続した。その際、Windsor は配偶者に認められている連邦相続税の免除を申し立てたが、州法により認められた同性婚の配偶者を連邦法令の下においては配偶者として認めないとする DOMA の 3 条⁽¹⁷⁾を根拠に拒否された。New York 州は Canada における婚姻を承認していたが DOMA によって配偶者に対する連邦相続税の免除が認められるのは異性間の夫婦の場合に限定していた。そこで、Windsor は DOMA が合衆国憲法の修正 5 条の適正手続条項に含まれる法の平等保護の要請に違反すると主張し、支払った相続税 363,053 ドルの還付を求めて訴えを提起した。

法廷意見を執筆した Kennedy 裁判官は、政治的に不人気な (politically unpopular) 特定のグループに害悪を与えたいという政府のむき出しの敵意に基づく差別的取扱いを合衆国憲法の平等保護条項は容認しないと指摘した。そして、Kennedy 裁判官は、当該立法が政治的に不人気な特定のグループに対する敵意によって動機づけられているのか否かを裁判所が判断する際には特に慎重な審査を必要とするが、DOMA はこれをクリアできないと判示した。さらに、Kennedy 裁判官は DOMA が婚姻によって与えられる利益と責任とを同性婚をしたカップルから奪っていると認定し、これは DOMA が同性愛者を認めないという目的を有しているということの有力な証拠であると指摘し、かかる DOMA の目的は同性婚をしたカップルに不利益、差別的地位、stigma を課すものであると判示した。また、Kennedy 裁判官は DOMA の制定プロセスにおいて、下院では伝統的な異性間の婚姻制度を守る必要があると

(17) DOMA3 条は次のような規定であった。「議会が制定したすべての法律または合衆国のさまざまな行政機関のすべての裁定、規則、もしくは解釈の意味を決定する際、『婚姻』という言葉は、夫と妻としての一名の男性と一名の女性との間の法的結合のみを意味し、『配偶者』という言葉は夫または妻である異性の者だけを意味する。」

いう主張がなされ、さらに、このような考えに基づく立法を行うことで異性愛という伝統的なモラルが促進されると結論付けられたと指摘し、州政府による同性婚の法制化を阻むと共に、もし同性婚が法制化されたとしても、かかる立法の下で婚姻したカップルの自由と選択の余地を制限することに DOMA の目的があると判示した。さらに、Kennedy 裁判官は DOMA が社会保障、住宅、税、犯罪に対する制裁、著作権、退役軍人給付金といった 1,000 以上の法律および多くの連邦規則に影響を及ぼしており、同法は本件で問題となった相続税の還付に関することだけではなく、同性婚のカップルに対して広範に不利益を課していると認定した。また、Kennedy 裁判官は DOMA の主要な目的は、同性婚をしたカップルに対して不平等を課することであると指摘し、さらに、同性婚を認めている州法の下では、同性愛者は同性婚のカップルとして生活することが容認されるが、他方で連邦法である DOMA の下では、同性愛者は婚姻していないカップルとして生活することが強制されており、それ故、DOMA は同性婚のカップルを異性間の婚姻とは異なる二級の婚姻（second-tier marriage）という不安定な地位に置くことを意味すると判示した。そして、Kennedy 裁判官は DOMA が同性婚をしているカップルを貶めることを目的としていると指摘した上で、DOMA は合衆国憲法の修正 5 条が保障している自由を侵害し、さらに、同条が保障する法の平等保護の要請にも違反していると判示した。

二 Windsor 判決および Romer 判決における司法審査の方法について

Windsor 判決において反対意見を執筆した Scalia 裁判官は、法廷意見が 1973 年の Moreno 判決⁽¹⁸⁾で採用された合理性の基準に基づき判断を下していると指摘している。Moreno 判決で採用された合理性の基準の適用の仕方については第三章第二節で検討を行うが、同判決で連邦最高裁は、合理性の基準

(18) Department of Agriculture v. Moreno, 413 U.S. 528 (1973).

の適用の下、政治的に不人気な特定のグループに害悪を与えようという連邦議会の露骨な願望は、正当な政府の利益 (a legitimate governmental interest) を促進しないと判示した。また、Scalia 裁判官とは別に反対意見を執筆した Alito 裁判官も Scalia 裁判官と同様、法廷意見は本件に厳格審査基準や中間審査基準ではなく、合理性の基準を適用していると主張している。

他方で、この Windsor 判決のように Moreno 判決で採用された合理性の基準に基づき司法審査が行われた連邦最高裁判例として、1996 年の Romer 判決があげられる。この Romer 判決では Colorado 州で実施された憲法修正により誕生した憲法修正条項 (この州憲法修正は「修正 2」として知られているため、以下において州憲法修正 2 と略する。)⁽¹⁹⁾ が合衆国憲法の平等保護条項ならびに修正 1 条に違反するとして争われた。法廷意見を執筆した Kennedy 裁判官は、国家およびその機関が保護を求めるあらゆる個人に対して常に開かれていなければならないという原則が、合衆国憲法の平等保護条項にも妥当すると指摘し、このような原則に照らせば、ある特定のグループが国家に対して保護を求めることを困難にさせるような立法は、合衆国憲法が保障する法の平等保護に違反していると述べた。また、Kennedy 裁判官は、同性愛的指向あるいは両性愛的指向を有するグループがその性的指向という特徴を差別の根拠として主張することを州憲法修正 2 は禁じており、これは合衆国憲法の平等保護条項で保障されている法の平等保護を否定するものであり、容認できないと判示した。さらに、Kennedy 裁判官は、Moreno 判決を引用した上で合衆国憲法の法の平等保護という概念上、政治的に不人気な特定のグル

(19) Colorado 州憲法修正 2 は以下のような内容であった。「Colorado 州はその部門、部局あるいはその機関、政治的機関、地方公共団体、学区においてホモセクシャル、レズビアン、バイセクシャルな性向、行為、活動、関係が、マイノリティの地位、quota 制、保護されるべき地位、差別といった主張を正当化するための根拠となったり、さらに、そのような権利を付与することになったりするような制定法、規則、条例、政策を制定、採用、執行してはならない。」

ープに害悪を与えたいという願望が正当な政府の利益として正当化されることはないと指摘した。そして、Kennedy 裁判官は州憲法修正2の目的として Colorado 州は、土地所有者や雇用主が同性愛に対して抱く嫌悪感の自由や他の市民の結合の自由の尊重といったことを主張するが、州憲法修正2は性的指向という一つの特徴により、その対象となる同性愛者あるいは両性愛者を特定するだけでなく、広範に渡り同性愛者に対し不利益を課していると指摘し、容認できないと判示した。さらに、Kennedy 裁判官は他のすべての人々に対して、ある特定のグループにつき政府の保護を求めることを困難にすることを宣言する法は、それ自体がまさに法の平等保護の否定であると指摘し、そのような法の目的を説明できるとすれば、それはかかる法の影響を唯一被る特定のグループに対する敵意から生まれたということのみであり、合理性の基準の適用において求められる正当な政府の利益という要件を欠き、合衆国憲法の平等保護条項に違反すると判示した。このように Kennedy 裁判官は Romer 判決において、Moreno 判決で採用された合理性の基準の適用の下、司法審査を行っている。

第三章 差別的な立法目的をめぐる司法審査の方法

一 隠された差別的立法目的と厳格審査基準について

Grutter 判決で法廷意見を執筆した O'Connor 裁判官が採用した厳格審査基準の適用方法は、1989年の Croson 判決で同じく法廷意見を執筆した O'Connor 裁判官自身が採用した厳格審査基準の適用の仕方を踏襲したものである。この Croson 判決で O'Connor 裁判官は、「黒人であろうと白人であろうと政治的マジョリティを形成した側が不当な憶測や不十分な事実に基づいて人種的マイノリティにさまざまな負担や不利益をもたらしかねないという事実は、より厳格な司法審査基準の適用を促す⁽²⁰⁾」と指摘すると共に、「厳格

(20) Croson, 488 U.S. at 481.

審査基準を適用しなければ、政府による人種的分類の利用が良性の救済目的のためであるのか、それとも人種的劣等性という合衆国憲法が容認し得ない道徳的に不当な概念あるいは、あからさまな人種的政治力学によって動機付けされているのか否かを判断することはできない⁽²¹⁾」と判示し、厳格審査基準を適用した。また、1995 年の *Adarand* 判決で法廷意見を執筆した O'Connor 裁判官は、同判決において厳格審査基準が「理論上厳格であるが、事実上致命的」な司法審査基準であるという Gunther の指摘を払拭したいと主張し、政府による人種的分類の利用を形式的に違憲とするような厳格審査基準の適用の仕方を行わないことを宣言した。さらに、O'Connor 裁判官は *Grutter* 判決においても「厳格審査基準は『理論上厳格であるが、事実上致命的』な審査基準ではない。・・・政府が人種的分類を利用した立法を行った場合、当該立法には厳格審査基準が適用されるが、政府によるすべての人種的分類の利用が厳格審査基準の適用によって無効とされるわけではない⁽²²⁾」と指摘した。Ginsburg 裁判官によれば、O'Connor 裁判官によるこのような厳格審査基準の適用の仕方は、「実際には悪性であるにもかかわらず、良性であるかのように装っている政府による人種的分類の利用を炙り出すことを目的としている⁽²³⁾」点に特徴がある。つまり、O'Connor 裁判官は当該立法に隠された合衆国憲法が容認し得ない違法な動機、換言すれば、市民としての地位を脅かすような違法な立法動機を炙り出すために厳格審査基準を適用すべきであると指摘したのである。Croson 判決以降の事件で O'Connor 裁判官が採用した、このような厳格審査基準の適用の仕方は、その後、リベラル派の裁判官を中心に支持され、現在に至っている。

ところで、このような厳格審査基準の適用の仕方は、John Hart Ely がその

(21) Croson, 488 U.S. at 493.

(22) Grutter, 539 U.S. at 326-27.

(23) Adarand, 515 U.S. at 275.

著書“Democracy and Distrust”において主張した厳格審査基準固有の機能に着目したものであるといえる。Elyは「疑わしき分類」が対象とするクラスに向けられた立法に対して適用される「特別な審査」(special scrutiny)、つまり、厳格審査基準は特にそれが当該立法目的とそれを実現するための手段との間で「本質的に完全な整合性」(essentially perfect fit)を要求する点で合衆国憲法が容認し得ない違法な立法動機を炙り出すものとしての機能を有すると説く⁽²⁴⁾。すなわち、Elyは当該立法目的とそれを実現するための手段との間に「本質的に完全な整合性」があるか否かについて、裁判官は右立法に関するさまざまな事実に基づき精査を行うため、もしそれが合衆国憲法の容認し得ない違法な立法動機に基づくものであるのならば、かかる司法審査のプロセスでそれが炙り出されるというのである。このようなElyの説に着目した厳格審査基準の適用の仕方は、手段審査を重視する厳格審査の適用方法と理解することができよう⁽²⁵⁾。

他方で、Ronald Dworkinは、合衆国憲法の平等保護条項との抵触が問題となるようなハードケースにおいて、裁判官は道徳的な判断にまで掘り下げた上でかかる問題について法的判断を下さなければならないと説く⁽²⁶⁾。そして、Dworkinは、このような立場に立った上で、Croson判決でO'Connor裁判官が採用したような厳格審査基準の適用の仕方について、「合衆国憲法の平等保護条項は、政府による人種的分類の利用を明示的に禁止していないため、すべての人種的分類の利用が合衆国憲法上、完全に禁止されるとする理由は存

(24) JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST; A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* 146 (Harvard University Press 1980).

(25) Elyの主張の解釈については、Sarah Erickson-Muschko, *supra* note 4, at 49も参考にした。Sarah Erickson-Muschkoは、Elyが指摘するような手段審査を重視する厳格審査基準の適用方法は、当該立法の真の目的を炙り出すことを目的としたものであり、それは立法の目的指向的(purpose oriented)な厳格審査基準の適用方法であると主張する。

(26) RONALD DWORKIN, *TALING RIGHTS SERIOUSLY* 83 (Gerald Duckworth & Co. Ltd. 2009).

在しない。しかし、合衆国憲法の平等保護条項は政治道德の一般原則を定めており、現代の憲法解釈者たちはこの一般原則に忠実であろうとする限り道德的な判断を下さねばならず、もし仮に人種的分類の利用が道德的に不正であるとすれば、それ故に憲法違反と考えられるのも当然である。ところが、政府による身体的あるいは遺伝的特性に基づく他のあらゆる分類の利用が本質的に不正でないのと同様、あらゆる人種的分類も本質的に不正であるとはいえない。よって実際には悪性であるにもかかわらず良性であるかのように装っている人種的分類の利用を炙り出すことを目的とする、このような厳格審査基準の適用の仕方は、合衆国憲法の平等保護条項の趣旨と合致する最も説得力のある法理である」と説き、これを積極的に評価する⁽²⁷⁾。

二 露骨な差別的立法目的と合理性の基準について

Windsor 判決において連邦最高裁は、Moreno 判決で採用された合理性の基準に基づき、違憲判決を下した。ところで、そもそも合理性の基準とは議会に対して敬讓的な司法審査基準であるとされる。しかし、極めて例外的であるが、ある立法に対して合理性の基準が適用された場合であっても当該立法が違憲とされる場合がある。この合理性の基準の基本的枠組みは、1911 年の Lindsley 判決⁽²⁸⁾において連邦最高裁が示した四つの定理 (rule) で説明される⁽²⁹⁾。それは、第一に合衆国憲法の平等保護条項は、ポリス・パワーに基づく立法が採用する区分に対し広範な立法裁量を認めており、右立法が採用する区分が何らかの合理性 (reasonable basis) も有さず、明らかに恣意的な根拠に基づく区分であると認められる場合に裁判所はそれを違憲とする。第二に当該立法が採用する区分が何らかの合理性を有している場合、それが数的

(27) RONALD DWORKIN, SOVEREIGN VIRTUE 417 (Harvard University Press 2002).

(28) Lindsley v. Natural Carbonic Gas Co., 220 U.S. 61 (1911).

(29) 戸松秀典『平等原則と司法審査』(有斐閣、1990 年) 30 頁、常本照樹『『経済・社会立法』と司法審査 (3)』北大法学論集 43 卷 5 号 886 頁 (1993) を参照。

な正確さを有していないとか、あるいは実際にはそれが何らかの不平等を間接的にもたらすという理由だけで合衆国憲法の平等保護条項違反になることはない。第三に当該立法が採用する区分の合理性が問題となる場合、当該立法を正当化するような事実が合理的に推定できるならば、既にその制定時にかかる事実が存在していたとみなされなければならない。第四に当該立法が採用する区分の合理性を争う者は、かかる区分が何らかの合理性を有するものでなく、さらに当該立法が恣意的であるということを立証しなければならない⁽³⁰⁾。つまり、Lindsley 判決において連邦最高裁が合理性の基準に関するかかる四つの定理を示したことで、当該立法が採用する区分が明らかに恣意的でない何らかの合理性を有する限り、右立法は合憲とされるということ、さらに、政府側が当該立法の有する何らかの合理性を立証できないような場合であっても裁判所はかかる合理性を推定できるということが判例法理として確立したのである⁽³¹⁾。したがって、合理性の基準が適用されると当該立法には合憲性の推定が働くため、たとえば当該立法に政治的に不人気な特定のグループに対する露骨な差別的立法目的が認められるといった極めて例外的な場合にしか、かかる立法は違憲とされることはないのである。

ところで、Richard H. Fallon は連邦最高裁が政治的に不人気な特定のグループに対する露骨な差別的立法目的に基づく立法に対して違憲判決を下したりーディングケースとして Moreno 判決をあげる⁽³²⁾。Moreno 判決では血縁関係のない者を含む世帯をフード・スタンプ制度の受給資格から除外した連邦法⁽³³⁾が問題となり、訴訟が提起された。司法審査基準の適用について、法廷意見を執筆した Brennan 裁判官は、Lindsley 判決を引用した先例をあげた。その

(30) Lindsley, 220 U.S. at 78-79.

(31) 常本、前掲注 (29) 886 頁参照。

(32) RICHARD H. FALLON, JR., THE DYNAMIC CONSTITUTION 114 (Cambridge University Press 2004).

(33) The Food Stamp Act of 1964, amended in 1971.

上で Brennan 裁判官は、本件連邦法の目的の正当性について、血縁関係の無い者を含む世帯をフード・スタンプの受給資格者から除外するという当該立法目的は、ヒッピーおよびヒッピーの共同体をフード・スタンプの受給資格者から除外することであったと指摘し、さらに、このようにヒッピーという政治的に不人気のグループを不利に扱おうという連邦議会の露骨な願望は、正当な政府の利益とはいえ、合衆国憲法の修正5条の適正手続条項に含まれる法の平等保護の要請に違反しており、容認できないと判示した。さらに、Brennan 裁判官は、連邦議会はヒッピーおよびヒッピーの共同体を狙い撃ちにするために当該立法を成立させたとして指摘し、その上で、血縁関係のない者を含む世帯をフード・スタンプ制度の受給資格者から除くという右立法によって、多くの世帯がフード・スタンプを受給できなくなっており、それ故、実際の運用において、当該プログラムを悪用する人たちではなく、援助が必要な人たちにかかる立法は排除しているため、当該立法は合理性を有しないと判示した。つまり、Moreno 判決で連邦最高裁は、合理性の基準の適用の下、当該立法の目的自体に露骨な差別的意図が認められるため、右立法は合衆国憲法の修正5条の適正手続条項に含まれる法の平等保護の要請に違反しており、許されざるものであったと断じると共に、当該立法目的とそれを実現するための手段との間の関連性についても右立法は合理性を有しないとしたのである。

連邦議会は国家財政に関する広範な裁量を有している。そのため、当然、連邦議会はフード・スタンプの受給資格についても広い裁量を有しており、それ故、合理性の基準が適用された場合、血縁者で構成されない世帯が不利に扱われるような立法上の区別は容認されそうである。ところが、連邦最高裁は当該連邦法の立法目的は明らかに恣意的なものであり、容認できないと判示したのである。Fallon はほとんどの立法が合理性の基準をクリアする範囲に収まっているものの例外的にそうではないものが存在すると指摘すると共に、その典型例がこの Moreno 判決で問題となった連邦法のような政治的

に不人気な特定のグループに対する敵意から生まれた立法であると説く⁽³⁴⁾。Fallon と Roberts C. Farrell は、Moreno 判決では、当該立法目的に合衆国憲法の修正5条の適正手続条項に含まれる法の平等保護の要請に違反するような露骨な差別の意図が容易に推定されたため、連邦最高裁は合理性の基準の適用の下、右立法に関する立法事実の検証を通じた実質的な司法審査を行ったと指摘する⁽³⁵⁾。つまり、当該立法が政治的に不人気な特定のグループに対する敵意に基づく立法であると容易に推定できるものであったため、連邦最高裁は中間審査基準や厳格審査基準といったより厳格な司法審査基準を適用するまでもなく、かかる立法には合理性が無く、違憲であると判示したと理解することができよう。さらに、Moreno 判決を引用した上で、合理性の基準を適用し、司法審査が行われた Romer 判決および Windsor 判決においても、連邦最高裁は同様の法理に基づき、司法審査を行ったと考えることができよう。

おわりに

Grutter 判決において連邦最高裁は、当該入学制度が合衆国憲法の平等保護条項に違反するような人種的均衡の実現を目的とするものであるか否かを炙り出すような司法審査を行った。他方で、Windsor 判決において連邦最高裁は、政治的に不人気な特定のグループに対する露骨な差別の意図が容易に推定できるような立法が定める区分を実質的に吟味するような司法審査を行った。このように、Grutter 判決および Windsor 判決は、いずれも連邦最高裁が差別的な立法目的に着目し、司法審査を行ったという点で類似性が認められるが、両判決で連邦最高裁が採用した司法審査の方法には大きな相異が認められる。

(34) RICHARD H. FALLON, *supra* note 32, at 114.

(35) Roberts C. Farrell, *Successful Rational Basis Claims in the Supreme Court from the 1971 Term Through Romer v. Evance*, 32 IND. L. REV. 373-75 (1999), RICHARD H. FALLON, *supra* note 32, at 114.

そして、かかる相異の要因は、問題となっている立法の立法目的に露骨な差別の意図が容易に推定されるのか否かという点にあるように思われる。

Grutter 判決で問題となった入学制度の目的は、学生集団の多様性を確保するというものであったが、このような Affirmative Action の目的は、外観上、良性なものであり、露骨な差別の意図というものを容易に認めることはできない。他方で、連邦最高裁は Croson 判決以降、アメリカ社会の変化に伴い、実際には悪性であるにもかかわらず、良性であるかのように装っている Affirmative Action を炙り出すための司法審査を指向するようになった。それが Croson 判決で O'Connor 裁判官が採用した厳格審査基準の形式的ではない適用の仕方である。たとえば、Croson 判決の被告である Richmond 市では、当時、市の人口の 50 パーセントが黒人であり、市議会の 9 議席のうち 5 議席が黒人によって占められていた。このように、当時の Richmond 市では、かつての人種的マイノリティが議会で多数派を形成しているという事実があったため、Croson 判決において O'Connor 裁判官は、Richmond 市が実施した Affirmative Action には、人種的マイノリティである白人に対して負担や不利益を課しているという現実的な疑念が存在すると認定し、厳格審査基準の適用の下、Richmond 市側にその正当化に関して極めて厳格な立証責任を課したのである⁽³⁶⁾。つまり、Ely が厳格審査基準は特にそれが当該立法目的とそれを実現するための手段との間で「本質的に完全な整合性」を要求する点で合衆国憲法が容認し得ない違法な立法動機を炙り出すものとしての機能を有すると指摘しているように、厳格審査基準の適用に基づく司法審査は真の立法目的を炙り出す機能を有するのである。このような司法審査の方法は、外観上、良性であると認められる Affirmative Action の性質に着目したものである

(36) O'Connor 裁判官は、「黒人であろうと白人であろうと、政治的マジョリティを形成したほうが不当な憶測や不十分な事実に基づいて人種的マイノリティにさまざまな負担や不利益をもたらしかねないという事実はより厳格な司法審査の適用を促す」とも指摘している。この点については、Croson, 488 U.S. at 481 を参照。

ということができよう。

他方で、Grutter 判決で問題となった Affirmative Action とは異なり、Windsor 判決で問題となった DOMA は、立法目的に政治的に不人気な特定のグループに対する露骨な差別の意図が容易に推定されるものであった。それ故、Windsor 判決において連邦最高裁は、DOMA は政治的に不人気な特定のグループに対する敵意がむき出しの立法であるため、厳格審査基準を適用することで真の立法目的を炙り出すまでもなく、その違法性が明白であると判断したと考えることができよう。このような司法審査の方法は、政治的に不人気な特定のグループに対する敵意から生まれたような立法が問題となった事件において完全に消失することなく、時折予期せぬ事案において突然現れると Fallon は指摘する⁽³⁷⁾。

(37) RICHARD H. FALLON, *supra* note 32, at 114.