



Title	平等保護における動機審査の意義
Author(s)	中曾, 久雄
Citation	阪大法学. 2009, 59(1), p. 153-182
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/54955">https://doi.org/10.18910/54955</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

# 平等保護における動機審査の意義

中 曾 久 雄

## 一 問題の所在

前稿では、Mark Niles の所説を手がかりに、アメリカ合衆国憲法修正九条の解釈から権限アプローチを導出し、権限アプローチは日本国憲法二三条の解釈に有効であるということを提示した。<sup>(1)</sup>すなわち、それは憲法上列举されていない権利の解釈について、権利の側面からではなく、政府の権限からアプローチすることにより、民主主義の下での司法審査の問題を克服しようとするものである。

では、この権限アプローチは、その他の権利の解釈にはいかなる示唆を与えるのであろうか。ひとつの問題は、権利の内容が空虚とされ憲法二三条の解釈と同じ問題を抱える憲法一四条の平等権である。すなわち、憲法一四条の解釈について、通常は「ある法律の目的を達成するために、別異の取り扱いが合理的関連性をもつかどうか問われる」とされ、合理性のテストが妥当する。他方、一四条一項の後段列举事由は、「平等思想の根源と過去の経験に鑑み」れば、「疑わしい範疇」に属するとされ、これらの事由による別異の取り扱いには厳格審査が妥当する<sup>(2)</sup>、といわれる。しかし、後段列举事由の中には「社会的身分」といった、内容が一義的でないものも含まれ、また、後段列举事由以外に厳格審査を適用すべき区分があるのかどうかという問題もある。これらの問題は、明文で規定

されていない基本的権利の保護のための厳格審査の正当性の問題と関連しており、<sup>(3)</sup> 列挙されていない権利と同様に、民主主義のもとでの司法審査の観点から考察する必要がある。

この点、日本の一四条の後段列挙事由の解釈と同様の問題が、アメリカ合衆国憲法修正一四条の平等保護の解釈において議論されている。すなわち、人種差別は「疑わしい区分」であり厳格審査が妥当することは判例・通説ともに一致しているが、人種差別以外のどのような場合に合理性の審査ではなく厳格審査を適用するかが問題となっている。そこにおいて、この問題に対し、民主主義のもとでの司法審査の観点から、一つの解答を提示したのが、*Carolene* 判決の脚注四にいう「切り離され孤立した少数者」<sup>(4)</sup> (discrete and insular minority) という概念に着目した *Ely* の偏見理論と動機審査である。

後に詳しく見るように、偏見理論については批判が多いが、動機審査については判例においても用いられ、それを受けて、学説も動機審査を支持し、活発に議論している。そこで、本稿では、日本国憲法一四条の解釈への問題関心を背景としつつ、修正一四条の平等保護条項における動機審査をめぐってアメリカにおいて展開された議論を、民主主義の下での司法審査の観点から検討することにする。動機審査は、政府の規制理由が問題となるものであり、その点で上述の権限アプローチと親和性がある。実際、*Wells* の修正九条解釈も平等保護における動機審査を参考にして展開している。すなわち、このアプローチは、政府の規制理由に着目するという点で平等保護における動機審査と共通する<sup>(5)</sup>。

本稿では、「二」で、*Ely* のプロセス・アプローチに基づく平等保護理論の中核である偏見理論と動機審査を概観する。次に「三」で、*Ely* のプロセス・アプローチに基づく平等保護理論の意義とそれに対する批判を検討する。さらに「四」で、動機審査に関する学説および判例を検討し、動機審査の意義およびその発展の可能性を考察する。

最後に「五」で、それまで検討してきた平等保護における動機審査が、日本国憲法一四条の解釈にいかなる示唆を与えるのか考察することにする。

## II Ely のプロセス・アプローチ

### 二一 平等の捉え方

平等保護の解釈について、人種差別をはじめとして「疑わしい区分」には厳格審査が及び、これ以外の区分については、法律の目的と手段の合理的関連性の審査が要求されるということでは、判例・学説とも一致している。<sup>(6)</sup>

このように、平等保護は、伝統的に、実体的権利としてではなく、形式的に理解されており、その目的は、政府の差別をチェックするというものであった。<sup>(7)</sup>しかし、一九六〇年代以降、平等保護のもとで、選挙権、裁判所へのアクセス、移転の自由が基本的権利とされ、厳格審査がおよぶことが認められた。<sup>(8)</sup>これに対して、平等保護に関する伝統的理解は、実体的デュー・プロセスとは異なり、基本的権利を特定するものではなかったから、区分ではなく実体的権利に重点を置く基本的権利論は実体的デュー・プロセスと変わらないという批判を招いた。

そこで、民主主義のもとでの司法審査の観点から平等保護の理論を展開したのが、Ely である。Ely は、まず、「平等」を以下のように捉える。立法は、その性質上、ある者に一定の利益を与え、あるいは、一定の行動を要求し、他の者に対しては、そのようなことを要求しないものである。したがって、財を得ていない、あるいは、剝奪されたということを、平等保護違反であると主張したならば、財を得ている人、あるいは、剝奪を受けていない人を特定し、その理由の合憲性を問えばよいことになる。<sup>(9)</sup>

このように、平等保護は、集団間 (groups) の差別を取り扱っており、そして、いかなる区分が許されるのか、

許されないかを問題とする<sup>(10)</sup>。その判断にあたっては、合理性の審査と厳格な審査の二つがある。すなわち、基本的には立法に対して合理性の審査が妥当し、対処しようとした害悪と区分の根拠として用いられた特徴との間に合理的関連性が見出せる限り合憲となる。しかしながら、平等保護の問題はそれだけではない。Elyは、修正一四条の起草者の意図から人種差別に対して厳格審査が妥当することを認める。他方、人種に類似する区分については、平等保護が開かれた規定であるために、文言からはいかなる区分に対して厳格審査が及ぶかは導かれない<sup>(11)</sup>。そこで、人種以外に厳格審査が妥当する根拠として、Carlene 判決の脚注四の「切り離され孤立した少数者」が持ち出される。そして、「切り離され孤立した少数者」に対する「偏見」には厳格審査が妥当するという。Elyは、「配分の合憲性は、誰がどうなったかに注目するのではなく、むしろ問題の配分をもたらしプロセスに留意することで判断することが可能となる」とし、平等保護の目的は区分をもたらしプロセスの欠陥を是正することにあると考えている。そして、Elyは、平等保護を「プロセス中心の審査システム」<sup>(12)</sup>であると位置付けている。以下では、Elyの平等保護理論の中核であるこの偏見理論と動機審査の内容を概観する。

## 二二 偏見理論

Elyは、偏見が現実を歪曲するレンズであるという。多元主義(pluralism)のもとでは、偏見は、重なり合う利益を見えなくしてしまうという<sup>(13)</sup>。そして、Elyによれば、偏見には「第一級の偏見」と「第二級の偏見」の二種類存在する。

まず、第一級の偏見は、「現に広範な敵意があるかどうか」の問題である。それは、ある少数者集団を不利に取り扱う場合に、何らかの正当な目的に資するのではなく、直接的な目的として、少数者に不利益を課すというもの

である。<sup>(14)</sup>

次に、第二級の偏見は、ステレオタイプによる区分である。ただ、ステレオタイプによる判断は立法の不可避免的な所産であり、問題は何が平等保護のもとで許されないステレオタイプによる区分かである。平等保護のもとで許されないのは、「我々―彼ら」という自分達と同じ集団に属さない集団への立法の場合である。人間は、自らの属する集団については、与えられる利益を過小評価し、不利益を過大評価するが、逆に自らの属さない集団については、与えられる利益を過大評価し、不利益を過小評価しがちである。このような場合に立法上の区分に合致しない具体的実例が生じる可能性がある。これは明らかに政治プロセスの歪みであり、裁判所にはこれを是正するための特別の役割が与えられるという。<sup>(15)</sup>

四は偏見の具体例として、外国人、貧困、同性愛、性別を考察する。まず、外国人については、投票権がないこと、外国人に対する敵意はアメリカの伝統であったこと、そして立法者のほとんどがアメリカ国民であることから、人種と同種の疑わしい区分であるという。次に貧困による差別である。<sup>(16)</sup> 貧困の差別で問題となるのは、政府による貧困者に対する積極的施策が不十分なことである。しかし、政府の施策の問題は税金支出の問題であり、貧困者をその状態にとどめておくというステレオタイプが問題となるのではない。<sup>(17)</sup> 他方、同性愛者には、これに対する差別が昔から存在するものであり、偏見と「我々―彼ら」型立法の両方の被害者であるとして、「疑わしい区分」であるとする。<sup>(18)</sup> 最後に性差別については、女性の仕事に向かず家庭に属するというステレオタイプが存在してきたことは事実である。しかし、女性には投票権があり、Carlene 判決脚注四の「切り離され孤立した少数者」ではないという。<sup>(19)</sup>

## 二一三 動機審査

Elyにとって、偏見理論の重要性は、「違憲の動機を洗い出すという疑わしい区分の機能的意義」に関連していることにある。Elyは、偏見のようなプロセスの欠陥を洗い出すために動機審査を導入する。<sup>(20)</sup> Elyによれば、動機審査は、Carolene Products 判決の脚注四から導かれるという。脚注四における宗教・民族および人種への言及は、動機分析を示そうと意図したものであるという。<sup>(21)</sup> また、動機審査にいう動機は、客観的に理解される目的とは異なり、主観的なものとして理解される。<sup>(22)</sup>

ただ、Elyは、動機審査の射程を限定しようとする。すなわち、憲法上列举されていない権利利益が問題となっている事例において、動機審査が重要という。なぜならば、憲法的な権利利益ではないからといって、それが違憲な根拠に基づいて配分されてよいことにはならないからである。これに対して、拒否された権利利益が憲法上の権利である場合には、それが拒絶された理由（動機）は無関係であり、動機審査は妥当しないという。<sup>(23)</sup>

動機審査において重要なのは、どのような理由で政府がそのような行為をおこなったかということである。Elyは動機審査を以下のように理論化する。「人種、宗教、政治を基礎にして、あるいは、選択をおこなう公務員が、自らが好きではないということを理由にして、人々を選別し重大な利益の剝奪を行うことは、憲法に一致しない。このような選別原理が用いられたとき、システムは誤作動を起こしている」。<sup>(24)</sup> そして、動機審査は、平等保護条項の中立的義務と関連するという。平等保護条項の中立的義務とは、平等保護条項が、積極的に不平等を解消する義務を伴うものではなく、法律が人種的な少数者を差別してはならないという意味で、中立的な義務を課すものである。そして平等保護は、「立法者や他の公務員の動機への依拠が適切であるような憲法裁判の実質的領域」であるという。また、Elyは、裁判所が実際の事件で動機審査を用いている事例が存在するといふ。<sup>(25)</sup>

## 二一四 動機審査と疑わしい区分

「E」は、このような動機審査の特徴は「疑わしい区分」の理論に密接に関連している、という。すなわち、「疑わしい区分」は、動機分析の助けとなるのである。もし区分に際して立法者が現実には抱く目標（動機）が直接的に特定され、それが違憲であるならば、その区分は違憲である。しかし、たとえそのような動機の完全な証明ができなくとも、疑わしい区分理論のもとでは、違憲な動機に基づく区分を明らかにすることができるといえる。つまり、疑わしい区分に加えられる厳格審査は、問題の区分がそれを擁護するために援用される目標と、他のいかなる区分よりも一層密接に適合していることを要求する。そのような区分に最も密接に適合する目標こそが立法者が現実には抱く目標であるからである。<sup>(27)</sup> もし援用される目標が問題となっている区分と最も密接に適合していないならば、真の目標は別のところにあると考えざるを得ず、その目標が違憲であるがゆえに援用できないならば、問題の区分は排除されなければならない。このようにして、「E」は、機能的に、動機審査と疑わしい区分の理論を結合させるのである。<sup>(28)</sup>

動機審査と疑わしい区分の結合の利点は、疑わしい区分が、機能的に、違憲な動機を洗い出す手段として捉えられることにある。また、法律に対する実体審査は、たとえ合理性の審査であっても、民主主義プロセスを信頼しえない特別の理由がない限り正当化されない。ただ、立法に何らの合理的目的が存在しない場合には違憲の動機が推定されるために、合理性の審査は間接的に違憲の動機を排除する手段として正当化されるという。<sup>(29)</sup> このように違憲の動機を洗い出す手段として動機審査を捉えるということについては、他の学説によっても支持されている。<sup>(30)</sup>



## III Elyのプロセス・アプローチの意義とそれに対する批判

## 三―一 プロセス・アプローチの意義

Elyのプロセス・アプローチのもとでは、疑わしい区分に対して、政治プロセスを歪めるものとして、積極的な司法審査の行使が認められることになる一方、判例で認められてきた基本的権利は否定される。ただし、このアプローチのもとでも基本的権利の中核であった投票権は政治参加に不可欠な権利として認められるし、旅行の自由についても共同体における少数者が多数者の決定から逃れるためのものとして認められる<sup>(31)</sup>。このように、基本的権利として認められてきた権利も、政治プロセスに不可欠な限りにおいて認められることになるのである。

## 三―二 Elyのプロセス・アプローチに対する批判

しかし、問題は、このElyのアプローチにより、はたして実体的価値判断を回避し民主主義の下での司法審査の問題を克服できたかである。Elyのアプローチに対しては、実体的であるとし、多くの学説から批判が投げかけられている<sup>(32)</sup>。とりわけ、偏見理論には、様々な批判がなされている。

まず、「第一級の偏見」があるかないかの問題は、当該立法のなす区別が道徳的に正当化可能かということになる。しかし、そのような判断は、結局、プロセス理論が否定しているはずの実体的価値判断を含んでしまう。例えば、強盗に対して特別な不利益を課すことが正当化されるかについてはプロセスの欠陥ではなく、実体的価値に基づいてのみ判断することが可能であるといわれる<sup>(33)</sup>。

次に、第二級の偏見であるステレオタイプに基づく判断には、人々の現実の行動や能力にかかわる記述的なステ

レオタイプと、いかに人々が行動し、社会においていかなる役割が与えられるかという規範的なステレオタイプの二種類が存在する。このようなステレオタイプに基づく判断は、実体的な価値を抜きには判断できない、ということが指摘される<sup>(34)</sup>。

このように偏見理論に関しては、「いかなる非実体的な理論もありえない」とされており、そうであるならば偏見理論を持ちこんでしまうと実体的価値を排除したプロセス理論が首尾一貫しないものになってしまうことになる<sup>(35)</sup>。

#### 四 動機審査の展開とその意義

##### 四―一 判例における動機審査の展開

先に見たように、平等の固有の問題は、区分の根拠を問うことであり、基本的権利のような実体的権利が問題となるのではない<sup>(36)</sup>。そうだとすると、政府が当該区分をどのような理由（動機）で行ったか、政府の側に差別的意図があったかどうかが重要となる。この点、アメリカにおいて古くから、立法の合憲性の審査において、動機を考慮することが適切か否かが議論されてきた<sup>(37)</sup>。では、先に見た<sup>(38)</sup>が指摘した動機審査の事例以外に、動機審査は、判例においてどのように展開されているのだろうか。実際、平等保護における判例は、一九七〇年代以降、政府の目的ないし意図を問題とする形で展開している。このような判例の動きを受けて、学説においても動機審査が活発に議論されている<sup>(38)</sup>。以下では、判例・学説を検討し、平等保護における動機審査の意義を追求することにする。

平等保護における動機審査が活発に議論されるようになったのは一九七〇年代であるが、連邦最高裁はそれ以前にも、動機審査を用いて法律を違憲としていた<sup>(39)</sup>。一九七〇年代において動機審査の議論を活発化される契機となったのが、白人と黒人の分離方式であった市のプールについて、連邦地裁からの人種統合の命令を受けた後に、市に

よって公共ブルが閉鎖されたことについて争われた一九七二年の *Palmer v. Thompson* <sup>(40)</sup> である。連邦最高裁は、本件では、動機は問題とはならず、法の現実的な効果が問題となったとした。その上で、「立法府の行為について、単にそれを支持した人の動機のみを理由にして、平等保護に反すると判決したことはない」、<sup>(41)</sup> として動機審査を否定した。

しかし、*Palmer* 判決の後に、一九七六年の *Washington v. Davis* <sup>(42)</sup> において、動機審査の審査方法は、意図的差別の証明へと変化することになる。<sup>(43)</sup> 本件では、ワシントン特別区の警察官の採用に際して、言語能力試験の結果、黒人が高い割合で不採用となったことが、平等保護に反するかどうか争われた。判決は、まず、平等保護の中心的な目的が、人種に基づく公務員の差別を防ぐことにあるということを確認する。そして、これまで、平等保護のもとで争われている法律や公務員の行為が平等保護に反するかどうかについて、人種差別目的を反映しているかを考慮することなく、差別効果だけで違憲としたことはない、<sup>(44)</sup> という。そこで、人種統合の事例で示された「人種差別であると主張される法の不快な性質は、究極的に、人種差別目的にたどりつくものでなければならぬ」として、差別意図や差別目的を重視する原理に着目する。<sup>(45)</sup> 「すなわち、人種的に不釣り合いなインパクトだけでは、厳格審査に付されるというルールを導出しないとしたのである」<sup>(46)</sup>。

この *Davis* 判決で示された、平等保護違反とするには意図的差別の証明が必要であるという準則は、後の判決で確認されている。すなわち、一九七七年の *Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.* <sup>(47)</sup> では、低所得の黒人でも住むことのできる、多数の家族が同居可能な住宅の建設に際して、ゾーニング条例が建設予定地のゾーニングを単一家族としていたため、ゾーニングを複数家族へ変更するように申請したが拒否され、そのことが平等保護に反するかどうか争われた。本判決においては、*Davis* 判決で示された意図的差別の証

明の準則が確認され、「平等保護違反を証明するには、人種差別意図ないし目的の証明が要求される<sup>(48)</sup>」とした。もっとも、*Arlington Heights* 判決<sup>(46)</sup>、*Davis* 判決の射程として、争われている行為がもっぱら人種差別を目的とすることを証明することを要求するものではない、とした。法律が一つの要因で動機づけられているということあるいは、特定の目的が支配的あるいは直接的であることはまれであるとして、「差別目的が、決定における動機づけ要因であることを証明することで足りる<sup>(49)</sup>」とした。判決は、差別目的の証拠となる要因を列挙し、動機審査の具体的方法を提示した。すなわち、(a) 公務員の行為の差別的効果、(b) 決定の歴史的背景、(c) 問題となった行為に到った一連の出来事、(d) 決定に関する立法上および行政上の記録、である。なかでも政府の決定の歴史的背景は、不快な差別の目的が動機的な要因となっているかどうかの決定のための重要な証拠になるという。そして、「差別目的が、決定における動機づけ要因となっており、政治部門の行為に対する通常の司法の敬讓は正当化されない<sup>(50)</sup>」とした。

また、退役軍人に優先的に公務員に就任させることを定めた州法について、マサチューセッツ州にいる退役軍人のなかで女性の占める割合（一・八％）が男性（九・八％）に対して低いことから、この法律が平等保護に反するかどうか争われた一九七九年の *Personnel Administrator of Mass. v. Feeney*<sup>(51)</sup> では、性差別の事例においても文面上中立な法律は差別効果だけで平等保護違反にはならないとされ、意図的差別の証明が必要であるということが確認された。さらに本件判決では、意図的差別を特定するために二段階審査が提示された。第一段階では、法律が実際文面上中立的であるかどうかを審査し、もし、中立的であるならば、第二段階で、不利益の効果が差別目的を反映しているかどうかを審査するというものである<sup>(52)</sup>。本件判決では、問題となっている州法は、文面上中立であって、かつ、女性の退役軍人の公務員就任を妨げる差別意図はないとして、平等保護に反しないと判示した<sup>(53)</sup>。

また、陪審の忌避に関する事例でも意図的差別の問題が論じられている。陪審員の選択に際して人種差別を証明するには、意図的差別の証明が必要とされている。<sup>(54)</sup> 黒人の刑事被告人の事件で、検察官が専断的忌避を用いて陪審員から黒人を排除したことが争われた一九八六年の *Batson v. Kentucky*<sup>(55)</sup> では、人種のみを理由とした忌避は許されない<sup>(56)</sup>とされた。ラテン系被告人の事件で、ラテン系陪審員候補に対する忌避の理由として、証人の証言を通訳なしに理解することができるとどうかということが挙げられたことが争われた一九九一年の *Hernandez v. New York*<sup>(57)</sup> では、それが結果としてラテン系陪審員を排除したとしても、意図的差別の証明がない限り、平等保護違反にならないことが認められた。<sup>(58)</sup> また、白人の刑事被告人の事件で弁護人が陪審員の候補者から黒人を忌避することが争われた一九九二年の *Georgia v. McCollum*<sup>(59)</sup> では、「連邦憲法は、刑事被告の忌避権の行使において、意図的に人種差別を行うことを禁止している」とし、この解釈に反する州の最高裁の判決を覆した。<sup>(60)</sup> さらに、民事事件における陪審の裁判で弁護人が無条件忌避の行使で陪審員から黒人を排除したことが争われた一九九一年の *Edmonson v. Leesville Concrete Co.*<sup>(61)</sup> では、刑事事件のみならず、民事事件においても、人種差別に基づく方法で無条件忌避ができないことが認められている。<sup>(62)</sup>

確かに、意図的差別の証明は必ずしも容易ではないが、判例で示されたように外的な事実から違憲の動機の特定は可能である。

その典型例が、差別意図の認定に際して差別の歴史的背景が重要な意味を持つということが示された一九八二年の *Rogers v. Lodge*<sup>(63)</sup> である。この事件では、郡を統治する委員会の選挙に際して、選挙区ではなくそれぞれの職業について郡全体で選ばれる選挙方式が採られていたために、黒人が郡の人口の約四割であったにもかかわらずこれまで黒人が委員に選出されなかったことが平等保護に反するかどうか争われた。最高裁判所は、これまで長い間黒

人を差別してきたことが、政治過程への参加をさまたげてきたことは明らかであり、「歴史的差別の証拠が、意図的差別を推認することに関連する」と述べ、このような差別は意図的な差別であるとする地裁の判断を支持した。

また、道徳的に卑劣な犯罪を犯した人に対する選挙権の剥奪を定めた州憲法の合憲性が争われた一九八五年の *Hunter v. Underwood* <sup>(65)</sup> では、州憲法は文面上中立であるとしながらも、明確に人種差別の効果および人種差別の動機があることを認めた。まず、差別の効果について、統計によって本件で問題となっている州憲法の規定が適用された白人の数と黒人の数を比較した場合、白人の一〇倍の数の黒人に適用されており、そのことが黒人に対する差別効果になることを認定した。次に差別の動機について、動機審査の困難さを認めながらも、本件ではそれが当てはまらないとした。すなわち、立法過程での議論から、州憲法は明確に白人優位ということを示しており黒人に対する差別する動機があったことを認定した。そして、州憲法の規制は、何ら州の正当な目的に資するものではないとして、州の憲法の規定を違憲としている。<sup>(66)</sup> このように、意図的差別と差別の歴史的背景は、必ずしも排他的関係にはなく、差別の結果から意図的差別を導くことは可能であるということがいえる。<sup>(67)</sup>

以上、動機審査の判例の概観によれば、動機審査が展開されているのは、*Feeney* 判決を別として、いずれも人種差別が問題となっている事例である。連邦最高裁は、人種差別が問題となっている事例では、動機に着目し動機に立ち入って審査することを容認している。<sup>(68)</sup> 次節では、このような判例の流れを受けて、学説がどのように動機審査を捉えているかを概観することにする。

#### 四―二 学説の動向

動機審査の判例の流れを受けて、学説においても動機審査が活発に議論されている。そこで、学説が動機審査を

いかに捉えているのかを検討すべく、以下では、動機審査に関する学説を概観することとする。

まず、平等保護と動機審査の關係であるが、動機審査が平等保護の領域で妥当するということは支持されている。<sup>(69)</sup>しかし、いかなる差別が意図的差別になるかということ、および、その理由付けは、論者により異なる。

Sunstein は、平等保護の中心的目的を人種差別の禁止であるとしながらも、平等保護はより広い意味を持ち、政府の裸の好み (naked preference) に基づく区分を禁止しているという。Sunstein は、このような考えを正当化するために、憲法制定当初の共和主義原理である討議民主主義を援用する。この観点からすれば、平等保護において、人種などの「疑わしい区分」は、裸の好みの結果であるという。すなわち、「疑わしい区分」は、公共の利益を促進しないだけでなく、私的集団 (private group) によって政府のプロセスが支配された結果によるものであるとする。また、人種差別のみならず、人種の少数者のように政治過程で自己を守ることのできないその他の集団への差別についても厳格審査が妥当するという。<sup>(70)</sup>そして、このような考えは動機審査と結びつく。Sunstein によれば、政府が違法な動機に基づいて行動しているということは、結局のところ、政府が公益に基づかないで、特定の集団の利益のために行動しているということなのである。<sup>(71)</sup>

Brest も、平等保護の目的は、人種差別の禁止であるとしながら、その根底には、反差別 (antidiscrimination) 原理があるという。Brest によれば、反差別原理は、人種や民族などの少数者を不利に扱う立法を禁止するものである。そして、Brest は、反差別原理の具体的な内容として、差別を生み出すプロセスの欠陥を是正すること、および、差別による害悪を防ぐことの二つを挙げる。<sup>(72)</sup>まず、プロセスの欠陥の是正である。人種に依拠した立法はプロセスの欠陥であるとし、反差別原理はそのようなプロセスの欠陥を是正することを要求する。このプロセスの欠陥には、差別が法律の文面上明らかなでない場合も含まれる。このような法律が問題となる場合、反差別原理は立法

者の動機を考慮することを要求する。そして、Brest 及び Ely 同様に、厳格審査の目的を差別の動機を洗い出すための手段として理解する。<sup>(73)</sup>

次に、差別によりもたらされる害悪の防止である。Brest によれば、差別によりもたらされる害悪とは、差別されている人が享受すべき利益の機会が奪われることである。害悪の防止の特性は、結果志向 (result-oriented) というところにあるが、反差別原理は、人種差別立法がもたらす害悪の直接的結果だけでなく、人種差別立法がもたらす間接的な害悪が認められる場合にも及ぶとされる。<sup>(74)</sup>

また、Tribe は、反従属 (antisubjugation) 原理を主張する。Tribe によれば、意図的差別の審査は、問題の焦点を、差別を行っている者の心理 (動機) に置こうとするものである。しかし、Tribe は少数者が害されるのは差別意図によるものに限られないという。つまり、政府の少数者に対する無関心も差別につながるということを指摘する。そこで、Tribe は、被差別者を二級市民として扱うことを問題とする反従属原理を提示する。反従属原理は、政府が少数者に無関心でその従属状態が永続化する場合も考慮することを要求するという。つまり、歴史、文脈、起源、効果が、ある集団の従属状態を永続化している場合には、歴史的に劣位におかれた集団に対する偏見や無視を反映しているような政府の行為は厳格審査に付されるべきであるとしている。この見解は、差別意図に加えて、さらに差別されている状況を客観的に捉えるべきことを強調するものである。<sup>(75)</sup>

さらに、Karst は、平等保護の中核を「平等な市民権原理」であるとすると、この「平等な市民権原理」とは、各個人に、尊重され責任ある社会の構成員として扱われることを保障するものである。そして違憲の動機は、差別されている人の自尊を侵害し、市民的地位を格下げすることであるという。市民的地位の格下げの禁止は、共同体において平等な配慮と尊重 (equal concern and respect) を以って取り扱うべきことを要求するものと理解される。



このように学説は、動機審査を支持し、さらに、Tribeの見解のように、意図的差別を超えて差別の客観的状況を見ていくところまで拡大している。

しかし、他方で、動機審査には様々な批判が寄せられている。<sup>(17)</sup> 批判の第一は、それが唯一の支配的な動機であるかの特定が困難であるということである。その第二は、法律の内容や効果ではなく動機のみが違憲の理由となった場合、合憲の目的や動機により同じ法律が制定されたならば、前に行った違憲の判断は無益になるということである。その第三は、立法の動機を立証する過程で政治プロセスに対して侵害が生じる可能性があり、さらに動機の証索が立法者への侮辱となるというものである。

しかしながら、第一の批判に対しては以下のように応答できよう。確かに、動機審査の困難性は示されているが、だからといって、それが動機審査をおこなうべきではないということにはならない。また、立法者の動機を特定することは困難ではあるが、不可能ではない。<sup>(78)</sup> 第二の批判には以下のように応答することが可能であろう。違憲とされた法律が、動機の変化で再び合憲とされることはない。仮に合憲になるとするならば、それは当該立法に合理的な理由があるからである。また、仮に違憲とされた法律が異なる動機で合憲になるとするならば、それは当該立法に合理的な理由があることを政府が証明しなければならないということである。<sup>(79)</sup> 第三の批判に対しては以下のとおりである。裁判所が、違憲な動機で立法が制定されたことが明確であるとき、その法律を違憲とすることはやむをえないものである。このことは、連邦最高裁も「一般的に合法的な行為であったとしても、それが不法な目的を達成するために行われたならば、不法となる」<sup>(80)</sup> としているのである。

#### 四―三 動機審査の意義

これまで行ってきた動機審査に関する判例・学説の概観をもとに、動機審査の意義を確認したい。

第一に、動機審査において重要とされるのは権利ではなく、それを行った「政府の選択」にある。つまり、政府が当該行為をどのような理由で行ったかに基づいて、それについての違憲／合憲の結論が導かれるということである。<sup>(87)</sup>これまで検討してきた判例における動機審査は、人種差別の事例を中心として積極的意味を持っていたといえる。つまり、人種差別の事例では、たとえ文面上差別が行われていなくても、政府側の意図あるいは動機を問題としてきたのである。

動機審査は、これまで検討したように人種差別のような「疑わしい区分」のカテゴリーに用いられてきたが、「疑わしい区分」ではない区分にも用いられている。すなわち、差別意図が明確であれば、たとえ緩やかな審査であっても違憲とされることがある。その典型例は、フード・スタンプに関する詐欺を防止するために、親戚関係にも婚姻関係にもない者をふくむ家庭をフード・スタンプの資格から排除したことが争われた一九七三年の *U.S. Dept. of Agriculture v. Moreno* <sup>(88)</sup> である。ここで問題となっているフード・スタンプ法が、その制定過程からみて、フード・スタンププログラムから「ヒッピー」を排除する意図しかないとされた。そして、フード・スタンプ法は政治的に人気のない集団に対して害悪を与えることを目的としており、正当な政府の利益に資するものではないとして、フード・スタンプ法を違憲とした。<sup>(89)</sup> また、知的障害者 (mentally retarded) のためのグループ・ホームの運営について特別の許可を要求する市のゾーニング条例のもとで、知的障害者のための集合住宅の運営の拒否が争われた一九八五年の *City of Cleburne v. Cleburne Living Center* <sup>(84)</sup> では、最高裁は、控訴裁が知的障害者を「疑わしい分類に準じる区分 (quasi-suspect classification)」と判示したことは誤りであるとした上で、このような立法は

一般的な社会経済立法に適用される、合理性の審査に服する<sup>(85)</sup>とした。しかし、合理性の審査にもかかわらず、最高裁は、特別の許可の根拠を検討し、その根拠が不合理な偏見であるとして、条例の本件への適用は違憲であるとした。さらに、一九九六年の *Romer v. Evans*<sup>(86)</sup> では、州や地方の政府機関が同性愛者を差別から保護することを禁止した州憲法の改正が争われた。判決では、「特定の集団だけが政府の助力を求められないとするのは、文字通り法の平等保護を否定している<sup>(87)</sup>」とする。また、制定された法律の目的が特定の集団に対する敵意に基づく場合は、正当な目的に資するものではなく、たとえ緩やかな審査に基づいても、平等保護違反となることが認められている<sup>(88)</sup>。この点、学説は、これらの判決は、「ヒッピー」や知的障害者や同性愛者のように、これまでの判例で「疑わしい区分」とは認められていないが、政治的に人気のない集団に対する偏見や悪しき動機に基づく立法であることが明確な場合には、たとえ緩やかな審査を適用しても憲法上正当でない目的を積極的に見出すことで違憲とされることを示したという<sup>(89)</sup>。ただし、学説では、これらの判決において裁判所が用いたのは単なる合理性の審査ではなく実際には中間基準である、とも指摘されている<sup>(90)</sup>。

これらの判決の妥当性の根拠について、学説は、平等保護条項のもとで特別の保護を受けている集団かどうかにかかわらず、いかなる集団をも社会から除外することを禁止することを要求する原理<sup>(91)</sup>、あるいは、政府があらゆる個人や集団を、価値の上で差別することなく平等な配慮をもって取り扱うことを要請する平等保護の原理に求めている<sup>(92)</sup>。これらは、いずれも平等保護条項が要請する原理であるとされる。そこには、主として、「疑わしい区分」は当然のことながら、たとえ「疑わしい区分」に属さないとしても、不合理な偏見や悪しき動機によって政治的に人気のない集団を差別することは平等保護に最も反する差別であり、そのような差別を排除することが裁判所の役割であるとの考えが窺える<sup>(93)</sup>。

また、政治的に人気のない集団を裁判所が保護することは、民主主義との関係においても正当化されている。この点、Ackermanは、現代において問題となるのは、「切り離され孤立した少数者」の保護ではなく、現在多数者を構成する集団であっても政治過程で自己を守ることができない匿名の拡散した集団の保護であるという<sup>(94)</sup>。つまり、過去においてはそれまで政治プロセスから排除されてきた少数者を保護することが重要な意味をもったが、現代において問題となるのは、性差別や貧困による差別を受け、形式的には政治参加が認められているが、偏見ゆえに政治過程において交渉力が弱く自己を守ることができない多数派の保護である。したがって、このような考えからすれば、政治的に人気のない集団を裁判所が保護することは、民主主義との関係においても正当化できるということになる<sup>(95)</sup>。

さて、動機審査の意義の第二の要点は、それが平等の価値を否定することにはならない、ということである。先に検討した判例における動機審査の目的は、違憲な動機を排除し、これらの価値を保障しようとするものである。また、これまで検討してきた動機審査に関する学説は、平等な配慮と尊重や平等な市民権原理といった平等保護の価値を否定するものではないのである。

第三に、動機審査は、民主主義のもとの司法審査の観点からも妥当であるといえる。動機審査は、立法における実体的な判断に踏み込むものではない。もし、差別結果（インパクト）のみを重視して、立法における実体的判断に裁判所が踏み込んでしまえば、本来立法の行うべき福祉や公共サービスなどの社会的利益に関する分配を裁判所が行うことになり、民主主義との関係において重大な疑義を生じさせることになる。それゆえに、動機審査における裁判所の役割は、立法の実体的判断を審査し積極的に平等を保障するものではなく、法律の動機あるいは目的に焦点を当てて、意図的差別の排除の結果として平等を保障することである。つまり、動機審査は、裁判所の役割

を意図的差別の排除に限定することで、裁判所の実体的価値判断を回避しようとするものである。したがって、動機審査は民主主義のもとでの妥当な司法審査の役割であるといえよう。<sup>(96)</sup>

## 五 日本国憲法の解釈への示唆

これまで見てきた動機審査の理論は、日本国憲法一四条一項後段列挙事由の解釈にいかなる示唆を与えるのだろうか。先に見たように、日本でもアメリカ同様に合理性の審査と嚴格審査と二分論が妥当している。ただし、性別による区分は中間基準が妥当するとされている。問題は「疑わしい区分」や一四条一項後段列挙事由をいかに考えるかである。この点、日本では、「切り離され孤立した少数者」に対する偏見の場合は「疑わしい区分」に属するという説や、<sup>(97)</sup>「不快な差別」に該当する場合が「疑わしい分類」に属するという説が有力である。<sup>(98)</sup>しかし、先に見た<sup>(94)</sup>の偏見理論に対する批判などを考えると、実体的価値判断ぬきに「疑わしい区分」を画定できるのかどうか、後段列挙事由が果たして「切り離され孤立した少数者」なのかどうか、また、後段列挙事由以外に「疑わしい区分」があるのかどうかについては、さらに検討が必要であるように思われる。しかし、これらの点をいわずに考えるにせよ、動機審査の観点からすれば、後段列挙事由に該当するかどうかにかかわらず、問題となるのは差別的な意図（動機・目的）であるように思われる。また、動機からアプローチすることで、実体的価値判断が回避できるように思われる。

なお、平等に関する判例で動機審査が使える場合があるかどうか、<sup>(99)</sup>また、平等に関する判例以外で動機審査が使える場合があるかどうか、<sup>(100)</sup>さらに、従来の「手段審査」を違憲の動機を洗い出す手段<sup>(101)</sup>として位置づけることは可能かどうかについては今後の課題としたい。

- (1) 中曾久雄「列挙されていない権利の構図——アメリカ合衆国憲法修正九条における権限アプローチの展開——」〔阪大法学五七巻一〇七三頁（二〇〇七年）〕。
- (2) 佐藤幸治『憲法 第三版』四七一、四七七―四七八頁（青林書院、一九九五年）。同様の見解として、野中俊彦「平等原則の審査基準」『芦部信喜先生古希祝賀・現代立憲主義の展開（上）』（有斐閣、一九九三年）三八一頁以下、阿部照哉・野中俊彦『平等の権利』（法律文化社、一九八四年）、芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論①〔増補版〕』（有斐閣、二〇〇〇年）二二―二四頁、野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅰ 第四版』（有斐閣、二〇〇六年）二七八―二七九頁、浦部法穂『全訂 憲法学教室』（日本評論社、二〇〇六年）一〇八頁、松井茂記『日本国憲法 第三版』（有斐閣、二〇〇七年）三七三―三七六頁、渋谷秀樹『憲法』（有斐閣、二〇〇七年）一九二―一九三頁。ただ、学説は、必ずしも一四条一項後段列挙事由が疑わしい区分であるかどうかは一致していない。この点、奥平康弘教授は、財産や教育による差別の方が、基本的価値の享有を妨げているということを示唆する。奥平康弘『憲法Ⅲ』（有斐閣、一九九三年）二二九―一三〇頁。また、阪本昌成教授は、性差別は厳格な合理性の基準が適用されるという。阪本昌成『憲法理論Ⅱ』（成文堂、一九九四年）二七三頁。後段列挙事由の問題について判例（最大判昭和四八年四月四日刑集二七巻三号、二六五頁）は、「同項後段列挙の事項は例示的なものであること、およびこの平等の要請は、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでないかぎり、差別的な取扱いをすることを禁止する趣旨」であるとし、何が「事柄の性質に即応した合理的な根拠」であるかは明らかにしていない。
- (3) 芦部信喜教授は、アメリカの基本的権利理論の影響を受けて、平等の審査基準を展開されている。芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法 第四版』（岩波書店、二〇〇七年）二二七頁。同様の見解として、高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（有斐閣、二〇〇五年）一三七―一三八頁。
- (4) United States v. Carolene Products Co., 304 U. S. 144, 152 n. 4 (1938).
- (5) See Mark Niles, *Ninth Amendment Adjudication: An Alternative to Substantive Due Process Analysis of Personal Autonomy Rights*, 48 UCLA L. REV. 85, 133-34 (2000).
- (6) KATHLEEN SULLIVAN & GERALD GUNTHER, CONSTITUTIONAL LAW 641 (15th ed. 2004); JOHN ELY, DEMOCRACY AND DISTRICT: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 30 (1980). シェン・H・イリィ〈佐藤幸治＝松井茂記訳〉『民主主義と司法

審査」三八頁(成文堂、一九九〇年)。なお本稿では、必ずしも訳本に従っているわけではない。ただし、判例上、性差別については中間審査基準が及ぶとされている。性差別全般については、君塚正臣『性差別司法審査基準論』(信山社、一九九六年)一一―六三頁。

(7) See Michael Klarman, *Interpretive History of Modern Equal Protection*, 90 MICH. L. REV. 213, 264 (1991).

(8) Harper v. Virginia State Board of Election, 383 U.S. 663 (1966) (選挙の際の州の人頭税 (poll tax) の合憲性が争われた事案で、最高裁は選挙権が基本的権利であるとし貧困による差別は許されないと判示した) ; Griffin v. Illinois, 351 U.S. 12 (1956) (貧困が原因で訴訟記録が得られず控訴できないことが平等保護に反するかどうか争われた事案で、最高裁は州は貧困を理由に差別することは、修正一四条に反するとした) ; Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969) (その場所に一年以上住んでいない人に福祉受給金の支払いを拒否した法律の合憲性が争われた事案で、最高裁は旅行の自由 (right to travel) は基本的権利であるとし、福祉受給金の支払いを拒否した法律は違憲であるとした。判例の要旨については、松井茂記『アメリカ憲法入門』(第六版) (有斐閣、二〇〇八年) 三二五―三二九頁を参照。

(9) ELY, *supra* note 6, at 30-1 (邦訳三八―三九頁)。

(10) Id. at 32 (邦訳四〇―四二頁)。この点、平等が比較の上に成立する権利である点を指摘する論稿として、Kenneth Simons, *Equality as a Comparative Right*, 65 BOSTON U. L. REV. 387 (1985)。See also Skelly Wright, *Judicial Review and the Equal Protection Clause*, 15 HARV. C. R. - C. L. L. REV. 1 (1980)。

(11) ELY, *supra* note 6, at 32 (邦訳三九―四〇頁)。ただし、アフーマティヴ・アクションの問題は別である。この点、ELY 46、多数者が自ら不利益を課して少数者を保護する場合、厳格審査は正当化されなくとも。John Hart Ely, *Constitutionality of Reverse Racial Discrimination*, 41 U. CHI. L. REV. 723 (1974)。

(12) ELY, *supra* note 6, at 136 (邦訳一二三頁)。ELY と同様、平等保護の目的をプロセスの是正と捉える見解として、Michael W. Dowdle, *Descent of Antidiscrimination: On the Intellectual Origins of the Current Equal Protection Jurisprudence*, 66 N. Y. U. L. REV. 1165 (1991) ; Suzanna Sherry, *Selective Judicial Activism in the Equal Protection Context: Democracy, Distrust, and Deconstruction*, 73 GEO. L. J. 89 (1984)。

(13) ELY, *supra* note 6, at 153 (邦訳一四八頁)。

- (14) *Id.* at 153-54 (邦訳二四九頁).
- (15) *See Id.* at 159-160 (邦訳二五五―二五六頁).
- (16) *Id.* at 161-62 (邦訳二五九頁).
- (17) *Id.* at 162 (邦訳二五九―二六〇頁).
- (18) *Id.* at 162-164 (邦訳二六〇―二六二頁).
- (19) *Id.* at 164-170 (邦訳二六一―二七〇頁).
- (20) *Id.* at 153 (邦訳二四八頁).
- (21) *Id.* at 139 n. 17 (邦訳二二六頁).
- (22) ただし、近時「動機」と「目的」は同じ意味で使用されている。SULLIVAN & GUNTHER *supra* note 6, at 686-87. 邦語文献でアメリカにおける動機審査を紹介するものとして、市川正人『表現の自由の法理』（日本評論社、二〇〇五年）一三八―二四〇頁。
- (23) *ELY, supra* note 6, at 136 (邦訳二二六頁). *See also* John Hart Ely, *Centrality and Limits of Motivation Analysis*, 15 SAN DIEGO L. REV. 1155, 1161 (1977).
- (24) *ELY, supra* note 6, at 137 (邦訳二二八頁).
- (25) John Hart Ely, *Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law*, 79 YALE L. J. 1205, 1248-61 (1969).
- (26) *ELY* が動機審査と紹介する事例は、平等保護の事例に限られない。広告収入の二パーセントを免許税として要求する州法が争われた *Grosjean v. American Press Company*, 297 U.S. 233 (1936) では、新聞課税の歴史を精査し課税方式自体が疑わしいとし、州法を違憲とした。また、州の公立学校で、人類が他の生命種から進化した理論を教えることを禁止した州法の合憲性が争われた *Epperson v. Arkansas*, 393 U.S. 97 (1968) でも、州法が、特定の宗教理論を促進するために制定されたものであるとし、州法を違憲としている。また、徴兵義務を免除された神学校の学生がベトナム戦争への反対を理由にして徴兵カードを送り返したために、義務不履行を理由に徴兵免除が取り消されたことが争われた *Oesterreich v. Selective Service Board*, 393 U.S. 233 (1968) によれば、特定の信念あるいは見解に基づく政府の選択は許されない。



と、<sup>20</sup>

- (27) ELY, *supra* note 6, at 145–46 (邦訳 三八―三九頁).
- (28) Id. at 146–47 (邦訳 三九―四〇頁).
- (29) Id. at 153, 156 n. 69 (邦訳 四九―五一頁).
- (30) Cass Sunstein, *Public Values, Private Interests, and the Equal Protection Clause*, 1982 SUP. CT. REV. 127, 131.
- (31) ELY, *supra* note 6, at 177–79 (邦訳 七九―八〇頁).
- (32) See, e.g., Michael Klarman, *Puzzling Resistance to Political Process Theory*, 77 VAL. L. REV. 747 (1991); Laurence Tribe, *Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*, 89 YALE L. J. 1063 (1980); Paul Brest, *Fundamental Rights Controversy: The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship*, 90 YALE L. J. 1063 (1980); Lawrence Sager, *Rights Skepticism and Process-Based Response*, 56 N. Y. U. L. REV. 417 (1981).
- (33) Klarman, *supra* note 32, at 787.
- (34) Id. at 785 n. 162. ㏐㏑㏒㏓㏔㏕㏖㏗㏘㏙㏚㏛㏜㏝㏞㏟㏠㏡㏢㏣㏤㏦㏧㏨㏩㏪㏫㏬㏭㏮㏯㏰㏱㏲㏳㏴㏵㏶㏷㏸㏹㏺㏻㏼㏽㏾㏿㏰㏱㏲㏳㏴㏵㏶㏷㏸㏹㏺㏻㏼㏽㏾㏿ 「我々彼ら」という枠組みは操作されつつ危険性を指摘<sup>㏰㏱㏲</sup>. Mark Tushnet, *Darkness on the Edge of Town: The Contributions of John Hart Ely to Constitutional Theory*, 89 YALE L. J. 1037, 1052–53 (1980). 同様<sup>㏰㏱㏲</sup>の指摘<sup>㏰㏱㏲</sup>と<sup>㏰㏱㏲</sup> Lea Brilmayer, *Conflicts, and the Fate of the Inside Outsider*, 134 U. PA. L. REV. 1291 (1986).
- (35) Klarman, *supra* note 32, at 784.
- (36) 佐々木弘通「平等原則」安西文雄他著『憲法学の現代的論点』(有斐閣、二〇〇六年) 三〇三頁以下、安西文雄「平等」樋口陽一編『講座憲法学3』(日本評論社、一九九四年) 七六頁以下。
- (37) 時国康夫「立法の動機目的を憲法判断に当たり考慮に入れることの適切性——司法審査の一考察——」下山瑛二ほか編『アメリカ憲法の現代的展開と統治構造』(東京大学出版会、一九七八年) 一九三頁以下。
- (38) See, e.g., Note, *Legislative Purpose and Federal Constitutional Adjudication*, 83 HARV. L. REV. 1887 (1970); Gayle Binion, *Intent and Equal Protection*, 1983 SUP. CT. REV. 397. 動機審査をめぐ<sup>㏰㏱㏲</sup> Symposium, *Legislative Motivation*, 15 SAN DIEGO L. REV. 925 (1977). Symposium のなか<sup>㏰㏱㏲</sup> 平等保護に関連<sup>㏰㏱㏲</sup>の論稿<sup>㏰㏱㏲</sup>と<sup>㏰㏱㏲</sup> Morris Clark, *Legislative*

*Motivation and Fundamental Rights in Constitutional Law*, 15 SAN DIEGO L. REV. 953 (1977); Larry Simon, *Racially Prejudiced Governmental Actions: A Motivation Theory of the Constitutional Ban against Racial Discrimination*, 15 SAN DIEGO L. REV. 1041 (1977); Kenneth Karst, *Costs of Motive-Centered Inquiry*, 15 SAN DIEGO L. REV. 1163 (1977).

(39) まずリーディングケースとしてあげられるのが、木造の建築物でクリーニング店を営むことについて許可制にした条例のもとで、中国人の申請が拒否されたことが争われた *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886) である。本件判決では、市の条例の運用に関する統計的な記録から、法の適用に差別を認めた。その後、市の境界線を四角形から二八面形に変え、その結果、市から黒人の人口を少なくした州法の改定が争われた *Gomillion v. Lightfoot*, 364 U.S. 339 (1960) は、市の境界線を変更した理由を「もともと黒人の市民が有していた選挙における投票権を奪うため」であること、白人と黒人の有権者を分離することだけを達成しようとしているとした。また、人種統合に反対する郡がすべての公立学校を閉鎖したことが争われた *Griffin v. County School Board of Prince Edward County*, 377 U.S. 218 (1968) では、公立学校を閉鎖し、私立学校を開校することの唯一の理由は、「白人の子供と黒人の子供が、いかなる状況の下でも、同じ学校に通わせないようにすることである」とした。そして、「その目的は、合憲でなくてはならず、人種差別や白人と黒人を分離させないことに対する反対は、合憲の理由ではない」とし、公立学校の閉鎖を違憲とした。また、市が公正な住宅販売に関する条例を制定した後に、人種、宗教などに基づく不動産取引を規制するあらゆる条例は、有権者による承認が必要という改正の合憲性が争われ *Hunter v. Erickson*, 383 U.S. 385 (1966) では、市の条例は明示的に差別をしているとし、条例を違憲とした。

(40) 403 U.S. 217 (1971).

(41) *Id.* at 224.

(42) 426 U.S. 229 (1976). 本稿で詳しく検討できなかったが、Davis 判決以前より、下級審では意図的差別の基準が採用されていた。Bronson v. Board of Educ., 525 F.2d 344 (6th Cir. 1975); *Soria v. Oxnard School Dist Bd. of Trustees*, 488 F.2d 579 (9th Cir. 1973). Davis 判決前後の動機審査の判例の動向を紹介するものとして、Robert Schwenn, *From Washington to Arlington Heights and Beyond: Discriminatory Purpose in Equal Protection Litigation*, 1977 U. Ill. L. F. 961.

- (43) Klarman 著、意図的差別を「立法過程における特定の考慮 (certain consideration) にあてまつる」とし、この意図的差別の証明は「政府の恣意的な差別のチェックという平等保護の伝統的な理解とも自致するところ」。Klarman, *supra* note 7, at 295-308.
- (44) Washington, 426 U. S. at 239.
- (45) Id. at 240.
- (46) Id. at 242. Perry によれば、連邦最高裁は「明示的に意図的差別のルールを採用したが、その合理性は不明確である」とし、Perry 著、意図的差別の証明が負担が重く、修正を必要とする。Michael Perry, *The Disproportionate Impact Theory of Racial Discrimination*, 125 U. P. L. REV. 540, 547-49 (1977).
- (47) 429 U. S. 252 (1977).
- (48) Id. at 265.
- (49) Id.
- (50) Id. at 265-66.
- (51) 422 U. S. 256 (1979).
- (52) Id. at 274. 本件判決で示された「段階審査」という Note, *Discriminatory Purpose and Disproportionate Impact: An Assessment after Feeney*, 79 COLUM. L. REV. 1376 (1979).
- (53) 422 U. S. at 279. 同点で Fullilove v. Klutznick, 448 U. S. 448, 484 (1979) で確認された。
- (54) 陪審手続全体については、藤田浩「陪審裁判と陪審員の選出——アメリカにおける陪審選出手続をめぐる諸問題——」広島経済大学論集一二巻四号三七頁（一九九二年）。近時のアメリカにおける陪審をめぐる差別の事例を紹介する論稿として、勝田卓也「アメリカ合衆国における刑事陪審の人種構成について」早稲田法学会雑誌四七巻五四頁（一九九七年）。
- (55) 476 U. S. 79 (1986).
- (56) Id. at 87-94.
- (57) 500 U. S. 352 (1991).

- (58) Id. at 362.
- (59) 505 U. S. 42 (1992). 同事件を紹介する文献として、遠藤比呂通「陪審選出手続における人種問題——Georgia v. McCollum, 112 S. Ct. 2348 (1992)」シヤリスト一〇二七号一二二頁（一九九三年）、藤田浩「判例紹介 Georgia v. McCollum, 112 S. Ct. 2348 (1992)」広島経済大学論集一六巻一頁七九頁（一九九三年）。
- (60) 505 U. S. at 59.
- (61) 500 U. S. 614 (1991). 同事件を紹介する文献として、紙谷雅子「研究ノート 民事陪審における絶対的忌避——法廷における私人による差別の一考察——」北大法学論集四三巻五号四〇八頁（一九九三年）、紙谷雅子「最近の判例」アメリカ法 [1992-2] 三三三頁。
- (62) 500 U. S. at 630-31.
- (63) 458 U. S. 613 (1982).
- (64) Id. at 624-27.
- (65) 471 U. S. 222 (1985).
- (66) Id. at 231-32.
- (67) 差別的意図と差別的インパクトの関係について、Gates 46, Davis 判決およびそれ以降の差別意図に関する事例に「かつ」連邦最高裁は必ずしも差別的インパクトを否定しつづけたこと指摘する。John Gates, *Supreme Court and the Debate over Discriminatory Purpose and Disproportionate Impact*, 26 LOY. L. REV. 567, 604-21 (1980).
- (68) Paul Brest, Palmer v. Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive, 1971 SUP. CT. REV. 95, 118.
- (69) See Theodore Eisenberg, *Disproportionate Impact and Illicit Motive: Theories of Constitutional Adjudication*, 52 N. Y. U. L. REV. 36 (1977). Eisenberg 46, 動機審査46修正一条の事例に「かつ」を適用するべきことを主張する。
- (70) CASS SUNSTEIN, THE PARTIAL CONSTITUTION 24-31 (1993).
- (71) Id. at 20-23.
- (72) Paul Brest, *The Supreme Court 1975 Term——Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle*, 90

HARV. L. REV. 1, 2-12(1976).

(73) Id. at 15.

(74) Id. at 9-11. 違憲の動機が及ぼす害悪について Clark が「不快な動機」は、ステイグマを与えると主張する。Clark, *supra* note 38 at 964.

(75) LAURENCE H. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 1514-21 (2nd ed. 1988).

(76) Kenneth Karst, *The Supreme Court 1976 Term—Foreword: Equal Citizenship under the Fourteenth Amendment*, 91 HARV. L. REV. 1, 4-6, 48-9 (1977); Clark, *supra* note 38, at 964-65; Brest, *supra* note 72, at 8.

(77) Note, *Developments in the Law—Equal Protection*, 82 HARV. L. REV. 1065, 1102-03 (1969).

(78) Brest, *supra* note 68, at 130-34.

(79) Id. at 126.

(80) Gomillion, 364 U. S. at 347.

(81) ELY, *supra* note 6, at 137 (邦訳二八頁).

(82) 413 U. S. 528 (1973).

(83) Id. at 534.

(84) 473 U. S. 432 (1985).

(85) Id. at 439.

(86) 517 U. S. 620 (1996).

(87) Id. at 633.

(88) Id. at 634.

(89) Cass Sunstein, *The Supreme Court 1995 Term—Foreword: Leaving Things Undecided*, 110 HARV. L. REV. 4, 59-61 (1996). 同義の邦訳として John Neal, *Striking Batson Gold at the End of the Rainbow: Revisiting Batson v. Kentucky and Its Progeny in Light of Romer v. Evans and Lawrence v. Texas*, 91 IOWA L. REV. 1091, 1113-1114 (2005).

(90) Note, *Romer v. Evans: Heightened Scrutiny Has Found a Rational Basis - Is the Court Tacitly Recognizing Quasi-*

- Suspect Status for Gays, Lesbians, and Bisexuals*?, 45 U. KAN. L. REV. 953 (1996); *The Supreme Court 1984 Term—Leading Cases*, 99 HARV. L. REV. 120, 172 (1985).
- (16) Daniel Farber & Suzanna Sherry, *The Pariah Principle*, 13 CONST. COMM. 257, 267 (1996).
- (17) Deborah Hellman, *Expressive Dimension of Equal Protection*, 85 MINN. L. REV. 1, 13-14 (2000).
- (18) See Andrew Koppleman, *Romer v. Evans and Invidious Intent*, 6 WM. & MARY BILL RTS. J. 89, 133-137. Koppleman 26. Romer 判決で連邦最高裁が同性愛者を「疑わしき区分」に準ずるものとみなすことについて示唆する。
- (19) See Bruce Ackerman, *Beyond Carolene Products*, 98 HARV. L. REV. 713, 718, 745-46 (1984).
- (20) この批判に関連して、Baker 26. Ely の前提とする政治プロセスが、現在権力を持つ者を組織的に有利に取り扱うという問題がもたらす指摘する。See Edwin Baker, *Impact, Neutrality, Process, and Rationality: Flawed Interpretations of Equal Protection*, 58 TEX. L. REV. 1029, 1056, 1061 (1980). 26-27. Brilmayer 26. Carolene Products 判決26.ロヤス志向で、この「プロセス・アプローチ」に対して純粹な実定法アプローチ (purely positive law approach) を提唱する。この Brilmayer のアプローチが、裁判官に対し、欠陥のある政治プロセスから生み出された立法はすべて厳格に審査する必要があるものではない。Brilmayer, *supra* note 34, at 1322. これらの批判が、結局のところ、Ely の多元的民主主義観の批判につながるものではない。Ely の多元的民主主義観に関する批判として、J. Balkin, *The Footnote*, 83 NW. U. L. REV. 275 (1989); Einer Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 YALE L. J. 31 (1991).
- (21) See Barry Miller, *Proof of Racially Discriminatory Purpose under the Equal Protection Clause*: Washington v. Davis, Arlington Heights, Mt. Healthy, and Williamsburgh Comments, 12 HARV. C. R. -C. L. L. REV. 725, 738 (1980).
- (22) 松井茂記『二重の基準論』(有斐閣、一九九四年)三二五頁。
- (23) 戸松秀典『平等原則と司法審査』(有斐閣、一九九〇年)三二五頁。差別を客観化する試みとして、棟居快行『人権論の新構成』(信山社、一九九二年)一五一―一七二頁。
- (24) 尊属殺違憲判決(最大判昭和四八年四月四日刑集二七卷三二六五頁)では、手段の合理性が問題とされ刑罰の加重の程度が「著しく不合理」であるがゆえに尊属殺規定が違憲とされた。また、定数訴訟(最大判昭和六〇年七月一七日民

集三九卷五号一一〇〇頁）では、合理的期間内には正しなかった不作為を違憲とした。また、非嫡出子相続差別事件（最大決平成七年七月五日民集四九卷七号一七八九頁）では、「本件規定の立法理由にも合理的な根拠がある」とし、非嫡出子の法定相続分を嫡出子の二分の一としたことについて合理的根拠があり、民法九〇〇条四号ただし書きは、憲法一四条に反しないとした。さらに、国籍法違憲判決（最大判平成二〇年六月四日）では国籍法三条一項の規定について、「我が国を取り巻く国内的、国際的な社会的環境等の変化に照らして……前記の立法目的との間に合理的関連性を見いだすことがもはや難しくなっている」とし、立法事実の変動を問題としている。これらの判決では、いずれも立法目的を違憲とはしておらず、動機審査が行われているとは言い難い。ただ、尊属殺違憲判決の場合、田中二郎意見において「旧家族制度的倫理観に立脚するもの」と示されているように、本来ならば立法目的における身分制秩序の名残である家制度的な動機の存否が問題とされるべきではなかっただろうか。

〔100〕 同性愛者に対する公共施設宿泊拒否が争われた事案（東京高判平成九年九月一六日判タ九八六号二〇六頁）では、「一般的に性的行為に及ぶ可能性があることをみを重視して、同性愛者の宿泊利用を一切拒否したものであって……同性愛者の利用権を不当に制限し、結果的、実質的に不当な差別的取扱いをしたもの」とした。なお、本件に関して君塚教授は「〔東京〕都側に差別的意図がなかったと言えるか、疑わしい」と指摘する。君塚正臣「同性愛者に対する公共施設宿泊拒否」高橋和之他編『憲法判例百選Ⅰ 第五版』（有斐閣、二〇〇七年）六九頁。また、ピラ張りの差押さえ（最判平成二年二月一三日判地八五号九三頁）のように特定の見解の狙いうちが問題となる場合も動機審査の観点からの検討は有用であるように思われる。

〔101〕 長谷部恭男『憲法の理性』（東京大学出版会、二〇〇六年）一〇七―一〇八頁。