

カリフォルニア州憲法修正提案二〇九号差止訴訟

—— アンチ・アファーマティヴ・アクション・イニシアティヴに関する考察のために

大河内 美 紀

はじめに

アファーマティヴ・アクションの是非は、アメリカ合衆国においてこの数十年間、常に大きな政治的・社会的争点となってきた。しかし、とりわけ近年、アファーマティヴ・アクションに関する議論は一層の「盛り上がり」を見せている。その一因は、連邦最高裁によるアファーマティヴ・アクションに関する判決の動向にある。バック判決⁽¹⁾以降、連邦最高裁はアファーマティヴ・アクションについて基本的には比較的緩やかに合憲性を認める判断を示してきたが、一九八九年に初めてアファーマティヴ・アクション立法について厳格審査基準をもってその違憲性を認める判決⁽²⁾が下された。その後複数の違憲判決が出される中で、連邦最高裁がアファーマティヴ・アクションを実施する法令について新しい判断枠組を提示するのではないかという関心が高まったからである。こうした注目の中、二〇〇七年六月三〇日には再度アファーマティヴ・アクションを違憲とする判決⁽³⁾が下されたこともあり、判例の動向やその読み方については文字通り議論の最中にあると言ってよい⁽⁴⁾。

それと同時に、各州においてこれまでのアフアーマティヴ・アクション政策を政治的に見直す動きがでてきていることも、議論を招来する要因となっている。その最たるものがアフアーマティヴ・アクションを行うことを実質的に禁止するための州憲法改正である。カリフォルニア州において住民発案（イニシアティヴ）という形で実現され注目を集めたこの動きは、ワシントン州へと波及し、先頃ミシガン州においても同様の州憲法改正が行われた⁵⁾。これらのアンチ・アフアーマティヴ・アクション・イニシアティヴは政治的・社会的関心と呼び、そして遂にはその合憲性をめぐって裁判所においても議論の俎上に載せられることとなった。

本稿は、こうした状況を踏まえつつ、カリフォルニア州憲法修正提案二〇九号の合憲性をめぐって提起された訴訟を紹介し、その分析を試みるものである⁶⁾。その作業を通じて、アフアーマティヴ・アクションに関する現代的諸問題、とりわけ、いわゆるアンチ・アフアーマティヴ・アクションへのシフトがイニシアティヴによる憲法改正という形で展開されることによって惹起される問題について考える一助としたい。

一 カリフォルニア州憲法修正提案二〇九号差止訴訟

(一) 訴訟の概要

本件訴訟は、一九九六年十一月五日にカリフォルニア州住民投票によって可決・成立したカリフォルニア州憲法第一条第三一項の改正条文の連邦憲法適合性をめぐって提起されたものである。この州憲法改正は、住民投票時の名称をとって「カリフォルニア州憲法修正提案二〇九号」略して「提案二〇九号」と通称されている⁷⁾。提案二〇九

号の中心的内容は、新たに成立したカリフォルニア州憲法第一条第三二項（a）の規定に示されている。すなわち「州は、公的雇用、公教育または公共事業契約において、いかなる個人または集団も、その人種、性別、肌の色、エスニシティまたは出身国（national origin）に基づいて差別してはならない。」この規定は反差別的表現を用いた文言上中立なものとなっており、その言葉づかいは連邦公民権法第七編などに見られる反差別規定と同様である。

カリフォルニア州では一九一一年以降さまざまな住民投票の手続が導入され、また実際に利用されてきている。⁸⁷⁾今回問題となっている州憲法の改正にかかわる住民投票の場合、住民からの発案が住民投票に付されるためには、提案提出後一五〇日以内に、有権者の八％に相当する数の署名を集めることが必要となる。イニシアティヴが必要署名を集めることに成功した場合、直近の選挙時に住民投票に付されることになる。なお、可決にあたって特別多数は要求されていない。⁸⁸⁾

今回訴訟となった提案二〇九号は一九九五年八月に提出された。その後の署名活動や住民投票におけるキャンペーンなどを通じて、提案二〇九号はこれまでの州のアファーマティヴ・アクション政策に転換を迫るものとして非常に大きな社会的・政治的注目を集めることとなる。そして、一九九六年一月五日に行われた住民投票の結果、賛成五四・六％、反対四五・四％という僅差で提案二〇九号は可決された。⁸⁹⁾

この投票結果を受けて、NAACPなどの組織を中心としたアファーマティヴ・アクション支持派は、翌日、提案二〇九号が連邦憲法修正一四条の平等保護条項に反するとして、北カリフォルニア連邦地区裁判所に対し提案二〇九号の執行差止めを求める訴訟を提起した。地区裁判所は原告らの主張を容れて、一九九六年一月二三日、州に対して提案二〇九号の施行を差し止める仮処分を認める。⁹⁰⁾しかし翌年八月二日、控訴審となった連邦第九巡回区裁判所は原審を破棄、提案二〇九号の連邦憲法適合性を認める判断を下す。連邦最高裁は一九九七年一月三日、

コメントなしでサーシオレイライを否定、控訴審判決が確定することとなった。¹⁰³

以下、結論を異にした第一審判決および第二審判決を簡単に紹介する。

(二) 第一審・連邦地区裁判所判決の概要

この裁判において、原告らが提案二〇九号と連邦憲法との抵触として指摘したのは、平等保護条項および連邦憲法の最高法規性条項¹⁰⁴の二点である。このうち議論の中心となったのは第一点目であり、原告らは、提案二〇九号は中立的な文言であるにもかかわらず、それがコミュニティの政治への完全な参加の権利を保障していないがゆえに連邦憲法修正一四条の平等保護条項を侵害すると主張した。なぜなら、提案二〇九号の成立後は人種・性別に基づくアフアーマティヴ・アクションを要求しようとする者が「憲法改正」という方法しかとりえなくなるのに対し、その他のグループ障がい、年齢などに基づく特惠を求める人々¹⁰⁵は、憲法改正以外の政治的ツールを利用することが引き続き可能だからである。それゆえ「それ〔提案二〇九号〕は政治過程を中立的ではない方法に再編成して」¹⁰⁶（「」内は筆者による。以下同じ。）おり、これは連邦最高裁が一九六九年に下したハンター判決¹⁰⁷および一九八二年のシアトル判決¹⁰⁸において認められた「コミュニティの政治への完全な参加の権利」を侵害している、というのである。

① 先例との関係

これを受けた地区裁判所は、まず原告らが主張するようにシアトル／ハンター判決を先例としうるか否かから検討を始める。地区裁判所は、提案二〇九号にかかる今回の事案と両判決とに共通した特徴として、次の三つを指摘

する。曰く、「これら三つのイニシアティヴは全て文言上は中立である。これら三つは全て、特定の人々が被っていた歴史的差別に対する救済を意図した立法の成果を巻き返すことを目的とした論争的な試みだった。そして、おそらくもっとも重要なことに、これら三つの手法のいずれによっても、こうした救済を求める人が最早同様な政治的メカニズムを利用できなくなった¹⁸⁾。また、異なる点としてはシアトル／ハンター判決が対象としているのは人種に関するアファーマティヴ・アクションであるのに対して、今回の事案は人種のみならず性別に基づくアファーマティヴ・アクションもその射程に入っていることを挙げる。しかし、この相違から直ちにシアトル／ハンター判決で用いられた理由づけが今回の事案には適用されることが帰結されるわけではなく、むしろ、シアトル／ハンター判決のアプローチは性別の場合にも適用可能であるとしている¹⁹⁾。

これに対し被告らは、本件はシアトル／ハンター判決とは事案を異にすると述べ、今回の事案の先例としては同じく連邦最高裁が一九八二年に下したクロフォード判決を用いるべきである、と主張している。しかし地区裁判所は次のように反論する。第一に、被告らは提案二〇九号が明示的に人種・性別による分類を禁止した規定になっている点でシアトル／ハンター判決の対象となったイニシアティヴとは異なり、何らかの「分類」を創設するものと読むことはできないと述べるが、シアトル／ハンター判決の主眼は対象となる法令が「文言上中立」であるもの、実際には特定の集団にのみ負担を課している場合にどのような判断をすべきかにあり、その点で今回の事案と共通している²⁰⁾。第二に、当該イニシアティヴが成立することによって禁止されることになるアファーマティヴ・アクション立法の性質が異なることをもってシアトル／ハンター判決と今回の事案を峻別すべき、と被告らは主張するが、シアトル／ハンター判決は「いかなるアファーマティヴ・アクションの制限が違憲となるか」についての先例ではなく、「いかなる政治過程への参加の権利の疎外が違憲となるか」に関する先例と読むべきであり、この観点から

すれば事案には共通性がある²⁰⁾。そして、被告らが先例とすべきとするクロフォード判決については、その効果がこれまでマイノリティ集団に与えられていた特惠を単に撤回するだけにとどまる事案であるのに対し、提案二〇九号は「単なる撤回」ではなく「人種および性別に関する問題についての権限を、新たな、より住民から離れた政府のレベルへと移し替える」²¹⁾ものであるため、クロフォード判決とは事案を異にすると判示している。

② シアトル／ハンター・ドクトリンの適用

これをふまえて、地区裁判所は、シアトル／ハンター判決によって定式化されたドクトリンが今回の事案にも適用されるとして、その内容を明らかにしていく。裁判所は、シアトル判決における「もし、あるイニシアティヴが、マイノリティの利益に負担を課するような形で、ある人種問題を扱う権限を既存の決定機関から奪う場合、それは人種による分類と同様に平等保護の目的によって審査されねばならない」との言及を摘示し、これをシアトル／ハンター・ドクトリンと呼ぶ。これは二つの内容を含む。第一に、当該法令が実質的に人種にフォーカスしているかどうか、すなわち、表面上は中立であってもマイノリティの特別な利益を抽出しているかどうか。第二に、当該法令が政治過程を再編成しているか否か、である。これらの要件を充足する場合、そのイニシアティヴは「人種による分類」を用いた法令に対する司法判断のケースーイワゆる「疑わしい分類」と同様の基準で審査される²²⁾。

では、今回問題となっている提案二〇九号についてはどうか。まず「人種にフォーカスしているか否か」について、地区裁判所は、シアトル判決で焦点となった提案三五〇号について「人種にフォーカスしている」と連邦最高裁が判断した根拠を、有権者の意識とそのイニシアティヴがもたらす実質的效果に求める。そして、前者については提案三五〇号の成立過程で行われた政治的キャンペーンにおける言説を、後者については現に実施されているア

ファーマティヴ・アクション・プログラムがどういった影響を受けるかを検討することによって判断した、と指摘する。⁸³そして、提案二〇九号についてもこれに倣い、前者についてはレフェレンダムの過程で配布された提案二〇九号推進派のパンフレットの記載などを参照し、後者については契約や雇用、教育といった分野で現にカリフォルニア州が行っているアファーマティヴ・アクションが被る影響について詳細な事実認定を基に検討する。結果、それはシアトル判決で問題となった提案三五〇号と同様に人種にフォーカスしたものであると認定している。⁸⁴

次に「政治過程を再編成しているか否か」の認定について、地区裁判所は比較アプローチを採用すると言う。これはシアトル判決において連邦最高裁が採用したアプローチであり、「人種に基づくバス通学を模索する人々が直面する政治的負担を非人種的な理由によってその政策を模索する人々の直面する負担と比較⁸⁵」して判断することを指す。「提案三五〇号が成立する以前には、州は、人種統合を達成するためのバス通学を含む、ほぼすべての教育政策の問題を、地区教育委員会に委ねてきた。提案三五〇号成立以降は、『学校における事実上の人種分離をなくしたい人々は、いまや、州の立法府または州全域の有権者に助力を求めなくてはならない』と裁判所は言う。逆に、その他の目的でバス通学を求める人々は引き続き地区教育委員会にそれを要求することができる。最高裁は、この政治権限の再配分は『マイノリティの政治過程への参加に……コンパラティヴな負担』を課したと結論付けた。⁸⁶」そして、今回問題となっている提案二〇九号についても同じことが言える、と裁判所は判断する。「提案二〇九号成立以前は、人種であれ、性別であれ、障がいであれ、退役軍人たる地位であれ、経済的困難であれ、年齢であれ、居住地であれ、その他いかなる理由に基づくものであれ、公契約や雇用、教育における何らかの特恵を求める者は、直接に、州および地方自治体の諸機関にそうした特恵的取り扱いを要求することができた。提案二〇九号成立以降、人種および性別に基づくアファーマティヴ・アクションを求める者は、州憲法を改正する州レベルでのキャンペー

ンをまず始めなくてはならない。他方、その他の理由に基づく特恵的取扱いを求める者には何の新たな政治的ハードルも付け加えられていない。²⁸³。そして、憲法改正のイニシアティブを提起するのに必要な署名数や可決に必要な投票数などの事実認定を基に、提案二〇九号成立後はマイノリティ集団の利益を求める団体にとって「サンフランシスコ政府のドアは閉ざされてしまう」とし、提案二〇九号は政治過程を再編成するものと判断する。²⁸⁴「こうした政治的再編成がマイノリティや女性の特定の利益を対象とすることを目的としている場合、それは特に問題含みなものであり、平等保護条項はそれを高度の司法審査の対象とすべきことを要求する。²⁸⁵」。結果、地区裁判所は、この立法がいかなる重要な政府の利益にも、況ややむにやまれぬ国家利益にも仕えるものではなく、それゆえにマイノリティおよび女性に対する法の平等保護を否定している、と結論づけた。

(三) 控訴審・連邦第九巡回区裁判所判決の概要

これに対し、控訴審となる連邦第九巡回区裁判所は、全く異なる判決を下した。巡回区裁判所はまず、「『伝統的な』平等保護の検討の問題として、提案二〇九号が合憲であることは疑いない。²⁸⁶」と述べるところから筆を起す。なぜなら「平等保護条項は、政府が個人々人を許容されない基準によって分類しないことを保障している」のであり、「提案二〇九号はカリフォルニア州が人種または性別によって人々を分類することを禁止している」のであるから、「提案二〇九号は法／論理の問題として、平等保護条項を侵害しない²⁸⁷」からである。

とはいえ、巡回区裁判所もここで判断を打ち切るわけではない。引き続き、原告らが主張する「政治過程の再編」についても、裁判所としての判断を加えている。そこで中心となるのは、「政治過程の再編」を取り扱ったハンター判決の解釈である。巡回区裁判所は、これに関して二つの角度から第一審判決を批判している。

一つ目は、「有権者の多数派を構成する者に対して差別的に政治過程を再編成することがありうるのか」という点である。ハンター判決において連邦最高裁は「州のやむにやまれぬ利益なしに、州は『ある人の投票権を希釈したり、またはある特定のグループからの代表を同規模の他のグループの代表よりも少なくしたりしてはならないのと同様に、ある特定のグループが自らの利益のために立法をなすことをより困難にすることによっても、いかなるグループをも不利益に取り扱ってはならない。』」ことを示した。しかし、これは提案二〇九号の場合には該当しない、と巡回区裁判所は述べる。なぜなら「女性とマイノリティは共にカリフォルニアの有権者の多数派を構成している」⁶⁵からである。裁判所曰く、「ハンター／シアトル判決のような『政治構造』にかかる平等保護の訴訟は、少数派が不平等な取扱いからの保護を獲得しようとする過程に多数派が設ける政治的障害物の憲法適合性を対象としてきた。……「中略」……特別な政治的負荷に直面していると主張するグループが自ら有権者の多数を構成する場合、『政治構造』の平等保護原則を適用するのは無意味であるように思われる。」と。

二点目の批判は、ハンター判決の射程に関わる。ハンター判決は文言上中立な法令が人種に基づく分類を採用していると認められるケースを示しているが、だからといって、人種問題に関わる法令全てが「人種に基づく分類」を採用した憲法上許容し得ないものと解されるわけではない。そこで巡回区裁判所が着目するのが、クロフォード判決である。クロフォード判決において連邦最高裁は「カリフォルニア州の憲法修正は」ハンター事件における市憲章修正とは異なり、『反分離・反差別立法を単に撤回または修正するだけのものであり、それ以上のものではなく、妥当でないとの推定をうける人種に基づく分類を決して含むものではないと考えられる。』⁶⁶と述べ、ハンター事件との峻別を行っている。巡回区裁判所はこのようにクロフォード判決を引用しつつ、シアトル／ハンター・ドクトリンが適用されるためには、単に政治過程が再編されているだけでなく差別的な形でそれがなされることが

必要である、と指摘する⁸⁸⁾。そして、シアトル事件の場合には、既存のアフアーマティヴ・アクション政策の決定過程の分析から明らかにその差別性を認定することができた、としている⁸⁹⁾。また、仮に当該立法が政治過程を再編している場合であっても、それが個々人の平等取扱いの権利を害しないならば憲法との抵触の問題は生じない。憲法との抵触を主張するためには「不平等な取扱い」が要件となる⁹⁰⁾。では提案二〇九号の場合はどうか。巡回区裁判所は、提案二〇九号がマイノリティおよび女性に対して課している負荷とは「不平等な取扱いからの保護に対する障害ではなく、特惠的取扱いを受けることに対する障害」なのであり、それはそもそも憲法自らが「平等取扱い」の要請として設けているものである、とする⁹¹⁾。したがって、提案二〇九号は既存の「特惠」を「単に撤回」しただけであり、シアトル／ハンター・ドクトリンの適用には相当しない事案である、と巡回区裁判所は判断している。

二 若干の検討

(一) 先例との関係

第一審と第二審で判決が分かれた理由は何か。それはまずもって先行するアフアーマティヴ・アクション関連の諸判決の内どのカテゴリーに今回の訴訟を位置づけたかにあると言える。アフアーマティヴ・アクション政策に関して市憲章または州憲法を改正するイニシアティヴについての訴訟はすでに複数提起されているが、今回の訴訟で特に論じられたのはハンター判決⁹²⁾、シアトル判決⁹³⁾としてクロフォード判決⁹⁴⁾についてであり、第一審ではハンター判決およびシアトル判決が、第二審ではクロフォード判決がそれぞれ先例とされている。しかし、二つの裁判所によ

るこれらの判決の「読み方」には複数の点で違いが見られる。そしてそれが先例として引用する判決の違い、そして両裁判所の結論の違いを導き出していると思われる。

ここで、焦点となっているハンター判決、シアトル判決およびクロフォード判決について概観しておこう。

①ハンター判決 *Hunter v. Erickson*, 393 U.S. 385 (1969).

ハンター判決は、オハイオ州アクロン市における市憲章改正に関する事案である。ここで問題となった改正の内容は、「アクロン市議会が制定するいかなる条例も、それが人種、肌の色、民族的出自または血統に基づいて不動産の使用、売買、宣伝、移転、譲渡のリスティング、賃貸、転貸または融資を規制する場合には、当該条例が発効する前に通常選挙時になされる住民投票で過半数によって承認されなければならない。この条項が採択された時点で有効であったこの種のいかなる条例も、それらに関して有権者による承認がなされるまでは、その効力を停止する。」⁸⁶ というものであった。この憲章改正によって、それ以前に制定されていたフェア・ハウジング条例⁸⁷ には人種、肌の色、民族的出自または血統の如何にかかわらず整備された住宅施設に住むことに対してあらゆる人に平等な機会を保障するための施策が定められていた⁸⁸ が効力を失い、その結果として黒人であることを理由に売買リストに掲載されている住宅の内覧を拒否されたハンターらが、当該市憲章修正は連邦憲法の定める平等保護条項を侵害するとして提起したのがこの訴訟である。連邦最高裁は、八対一⁸⁹ で、当該改正は平等保護条項を侵害しないとした州最高裁の判断を覆した。

その理由として、連邦最高裁は次のように述べている。「この条項『改正条項である市憲章一三七条』が人種集団および宗教集団間にいかなる差別も設けていないことは確かである。黒人も白人もユダヤ教徒もキリスト教徒も、

もし住宅供給における差別があり、彼らがそれを終わらせたいと望んでいるならば、すべて同じことが要求されることになる。しかし、それにもかかわらず、市憲章一三七条は人種、宗教または血統による差別を禁止する法によって利益を得るだろう人々を、その他の理由による差別を禁止しようとする人々または自身のお好みに応じて不動産市場においてその他の規制を求める人々と比べて不利益に取り扱っている。」⁶⁰と。連邦最高裁は、市憲章改正が企図した「自動レフレンドラム・システム」が性別や政治的立場といった人種以外の理由に基づく区別には及ばないことを理由に、これを平等保護条項に反すると判示した。

②「アントル判決 Washington v. Seattle School District No.1, 458 U.S. 457 (1982).

一九八二年に出されたシアトル判決は、学区間における人種差別を是正するために地区教育委員会が策定したシアトル・プランと呼ばれる強制バス通学を含む人種統合施策に反対する団体によって提起されたイニシアティブ、通称提案三五〇号に関するものである。この提案三五〇号は、州法として「いかなる教育委員会も、生徒に対し、その居住区の直近またはそれに隣接するもの以外の学校に通うことを要求してはならない」ことを定めるものであったが、同時にこれには例外規定が設けられていた。その例外とは「生徒が特別な教育、配慮、ガイダンスを望む場合……〔中略〕……その生徒の居住区とその直近またはそれと隣接する学校との間に自然的人為的な健康または安全上の障害があったり、物理的障壁が存在したりする場合、居住区の直近またはそれに接する学校が過密であったり、安全でない環境であったり、物質的な受入可能性が欠如していることによって当該生徒に適切でないまたは不適切であるような場合には、生徒を隣の学区を越えて入学させることができる。」という広範なものである。連邦最高裁は、五対四で、同イニシアティブが連邦憲法の定める平等保護条項を害するものであり違憲であるとした原

審を維持した。

その理由として、連邦最高裁はこのイニシアティブが一般的効果を超えてシアトル・プランを名指しで禁ずるものであること、そしてそれが対象としているものが実質的に人種だけであることを挙げている。連邦最高裁はまず、提案三五〇号が特定の列挙事由についてはバス通学を認めるもののそれ以外の理由については全てに中立的にバス通学を禁じているため人種だけを理由として指定したハンター判決とは事案を異にする、との被告らの主張を退け、当該イニシアティブがただ単に人種統合のためのバス通学にとって不利な影響がある「にもかかわらず」制定されたのではなく、不利な影響がある「がゆえに」制定されたものである、とその立法目的を認定する⁵⁰。したがって、ハンター判決で採用されたドクトリンが今回の事案にも適用されるとし、提案三五〇号の実質的效果はハンター判決で批判されたものと同種の権限の再配分効果である、とする⁵¹。すなわち、「このイニシアティブは人種問題を人種問題のみを取り扱う権限を、マイノリティの利益に負担を課すような形で既存の政策決定機関から剥奪するものである。学校における事実上の人種分離の是正を支持する人々は今や州の立法機関または州全域の有権者の助力を求めなくてはならない。しかし、それ以外の生徒の就学に関する決定権限は、他の分野の教育政策に関する権限と同様に、地区教育委員会に与えられたままである。実際に、非人種的理由に基づく直近の学校以外の学校への生徒の入学は、その大部分が提案三五〇号による禁止から明らかに除外されており、このイニシアティブは明らかに同様な立法行為を摸索する人々よりも高いハードルを乗り越えることを、人種統合を支持する人々に要求している⁵⁰。」と。これによって、連邦最高裁は、当該イニシアティブが平等保護条項を害するものと認めた。

③ クロフォード判決 *Crawford v. Board of Education*, 458 U.S. 257 (1982).

しかし、このシアトル判決と同日に出されたクロフォード判決では、連邦最高裁は、強制バス通学を禁じるカリフォルニア州憲法改正について、原審を維持し、八対一で合憲であると判断している。⁵⁵⁾ここで問題となった州憲法改正提案一号は、カリフォルニア州憲法第一編七節を改正し、「連邦裁判所による裁判所命令がない場合に、州裁判所が強制バス通学を命じる裁判所命令を発することを禁止する」との規定を追加するものである。⁵⁶⁾

連邦最高裁は、「州が一旦連邦憲法修正一四条の要求するもの『以上』のものを選択したからには決してそれを後退させることはできない、と解することはできない」とした上で、提案一号が成立したとしても尚カリフォルニア州憲法には連邦憲法以上に多くの人種分離是正のための義務が課されているのであり、提案一号はいかなる連邦法の執行または連邦憲法の実施をも禁ずるものではない、としている。⁵⁷⁾そして原告らが主張するハンター・ドクトリンの適用―提案一号は、明らかに「人種による分類」を採用しており、州が創設した権利を支持するマイノリティに「人種に基づく特別の」負担を課しているから、文言上違憲である―については、以下のように否定する。第一に、提案一号は、人種に基づいて人に異なる取扱いをすることを記してもいなし含意してもおらず、「人種による分類」を採用しているとは言えないことである。⁵⁸⁾ここで連邦裁判所は、ハンター事件では「実際にはその法のインパクトがマイノリティに及ぶ」ことから判断しているが、今回の事案にはハンター判決の基礎となつたような要素は存在しないとしている。⁵⁹⁾第二に、中立的な法がマイノリティに不利な効果をもたらすときであつても、それが全て連邦憲法修正一四条を侵害するわけではないからである。連邦最高裁は、平等保護条項違反と認められるのは当該法令に差別的目が見られるときだけであり、連邦憲法によって第一次的に要求されていない立法や政策を「単に撤回する」だけである場合には平等保護条項の侵害には当たらないとしている。⁶⁰⁾曰く、「我々は、

ハンター判決において審査に付されている法は『既存の反差別法の単なる撤回』を越えたものである、と注意深く記した。要するに、反分離・反差別法を単に覆すまたは修正する以上のものではないものは、妥当でないとの推定をうける人種による分類を採用したものとは看做されないのだ。」と。

（二）「人種による分類」

これらの先例のうち、一連の流れとして位置づけられるハンター判決およびシアトル判決の両判決から、シアトル／ハンター・ドクトリンと称される法理が導かれる。このシアトル／ハンター・ドクトリンには、次の二つの要素が含まれるとされる。第一に対象となる法が文言の中立性にもかかわらず人種による分類を行っていると看做しうること、第二にその法がマイノリティに不利益を課すような形で政治過程を再編していること、である。しかし、これらの要素の内容やその判断基準は、それぞれの判決で少なからず振幅があるように思われる。

まず、人種による分類について見ていこう。第一審では、文言上は中立であってもマイノリティの利益を特に取り上げている場合には人種にフォークスしていると考えることができる、とする⁸⁶。その際の判断要素として、対象となる法の文言だけではなく、それが採択されるまでの過程やそこでの政治的キャンペーン、それがもたらす効果などを挙げている。また、第一審では、この手法をシアトル事件に依拠しているとす。すなわち「提案三五〇号が人種にフォークスしていると結論付けるにあたり、最高裁は部分的にワシントンの有権者の認識に依拠した。提案三五〇号の中立的文言にもかかわらず、その支持者たちはそれを人種に基づくバス通学のみに作用するものであると有権者に確信させた、と裁判所は考えた。それが通過するまでの政治的キャンペーンやその手段の政治的効果の性質に照らし、提案三五〇号が『効果的に人種的目的を描き出している』と結論付けることは、地区裁判所や控

訴審裁判所と同様、最高裁にとっても何も難しくなかった。⁶⁵⁾ よって、今回の判断にあたってその住民投票に至るまでの政治的キャンペーンなどの立法事実を仔細に示し、提案二〇九号が人種にフォーカスしている、との結論を導いている。

これに対し、第二審では比較的シンプルに、提案二〇九号はカリフォルニア州が人種または性別によって人々を分類することを禁止しているのであるから、提案二〇九号は法／論理の問題として平等保護条項を侵害しえない、とした。⁶⁶⁾ 「人種による分類」の判断に際して第二審の取ったこの枠組みはあまりに形式的で、法の文言のみに着目しており、「文言の中立性にもかかわらず」判断しているとは言えないようにも思われる。しかし、第二審のこのアプローチの原型はクロフォード判決の中に既に存在している。クロフォード判決は、提案一号について極めて簡単に、「人種に基づいて人に異なる取扱いをすることを記してもいないし含意してもおらず」人種による分類を採用していない、としている。⁶⁷⁾ 「含意」という文言から明文規定の有無のみを判断材料としてはいないことは読み取れるものの、第一審が採用したような立法事実等までを含むものではないこともまた確かであろう。

ここで、本件およびそこで取り上げられた三つの先例においてそれぞれ審査対象となったレフェレンダムおよび法の文言について、振り返っておく。ハンター判決で問題となった市憲章改正以外の三つのレフェレンダム―提案三五〇号、提案一号および提案二〇九号―は、いずれも「文言」上は一切人種に関する言及は無い。ただし、シートル判決で取り上げられた提案三五〇号については、法文上広範な例外規定が置かれていた。連邦最高裁が同日に「下したシートル判決とクロフォード判決との分水嶺としたのは、この点と見ることはできないだろうか。すなわち、連邦最高裁が合憲とした二つのレフェレンダム―提案二〇九号および提案一号―はいずれも文字通り「文言上」人種に触れていない。他方、違憲と判断した二つのレフェレンダムのうち提案一三七号は人種に言及しており、提案

三五〇号は人種以外の「例外」について言及することでいわば消極的に人種に言及している。これにクロフォード判決に見られる「文言の中立性」に関する判断の形式性を重ね合わせると、連邦最高裁は、「実際のインパクト」について判断するとしつつも、実際には法文のみに基づいて「人種による分類」の有無を判断しているようにも思われる。

しかし、仮にそうであるとすると、二つの疑問が生じる。一つは、シアトル判決の理解についてである。シアトル判決において連邦最高裁は「人種による分類」について次のように論じている。曰く、「地区裁判所『シアトル判決の第一審』は、イニシアティブのテキストは人種分離は正だけを妨げるように注意深く造られている、と解した。イニシアティブの支持者は率直に『人種分離は正目的のバス通学以外については教育委員会の自由は何も妨げられない』と宣言した。そして、先述のように、提案三五〇号は実際に教育政策で要求される人種統合以外の目的による生徒のバス通学を、『全部ではないにしろ大部分』認めている。ワシントンの有権者は、確かにこのことを知っていた。なぜなら、CIVIC「同提案の提出にかかわった団体」によって〈州の教育委員会の九九％〉は提案三五〇号の通過によって影響を受けない―ただし人種統合命令については欠くことになるが―ということが宣言されていたからである。それゆえ、このイニシアティブが人種統合のためのバス通学に不利な影響を与える『にもかかわらず』ではなく『からこそ』制定された、ということは合理的な疑いを超えている。⁸⁸」と。この記述からすれば、本件第一審判決において地区裁判所が指摘したようにシアトル判決は立法事実を一つの根拠としていと解しうるが、同時に提案三五〇号の構造をもその根拠としているようにも読める。提案三五〇号は、先に見たように、法文上広範な例外規定を設けることと言わば「明示的に」人種にフォーカスしていると解することも可能だからである。他方、クロフォード判決においては立法事実等について何の言及もなく、法文・法構造のみを理由に判断をしてい

るように見うけられる。連邦最高裁はシアトル判決においても実際には法文・法構造に基づいて判断したのか、それともやはりクロフォード判決とは異なり立法事実を含むより広い観点から判断したのか、同日に下された両判決の関係は必ずしも明確ではない。

もう一つは、連邦最高裁がクロフォード判決においてハンター判決との峻別を行う際に、ハンター判決には存在してクロフォード事件には存在しなかった要素として、ハンター判決のうち次の箇所を引用していることである。すなわち「多数派は差別からの保護を必要とせず、また仮に必要であるとしても、レフェンダムは面倒ではあるが、それ以上のもではない。選挙において候補者の人種の特定を要求する法と同じく、一三七条は人種的マイノリティに政治過程において特別の負担を課すものである⁸⁸⁾」。しかし、これは立法事実や法文の構造についての指摘ではなく、むしろマイノリティの定義やレフェンダムの性質に関する記述である。これがいかなる意味を持つのかについては後ほど触れてみたい。

(三) 政治過程の再編

次に、政治過程の再編についてである。提案二〇九号が「政治過程の再編」に該当するか否かについて、地区裁判所は、人種および性別に基づくアフアーマティヴ・アクション政策を支持する人びとは提案成立以前は州および地方自治体にそれらを訴えることが可能であったが、成立以降はまず州憲法改正を求めなくてはならなくなったことを取り上げ、これをもってマイノリティに対し「新しい政治的ハードル」を付け加えた、としている⁸⁹⁾。このアプローチは比較アプローチと呼ばれ、シアトル判決で用いられたものとされる。

これに対して、控訴審である巡回区裁判所は、二つの点から提案二〇九号はこれに該当しない、としている。一

つは、カリフォルニア州において「マイノリティ」および女性は有権者の多数を構成しており、たとえ州憲法改正のためのレフェレンダムを課したとしても「多数派」である彼らにとつては政治的障壁とならないこと。⁷⁰⁾ もう一つは、提案二〇九号のもたらす変化は、新しいハードルを付け加えることではなく、「単なる撤回」にすぎないことである。

ここで巡回区裁判所が言及した新たな政治的ハードルの創出と「単なる撤回」との区別は、クロフォード判決に由来するものである。⁷¹⁾ そのクロフォード判決においては、この区別はハンター事件によってすでに行われていたと述べられている。⁷²⁾ 第一審が先例としたシアトル判決もまた「政治過程の再編」についてはハンター判決を先例とするとしており、ハンター判決の理解が改めて問題となる。⁷³⁾

ハンター判決を振り返ってみよう。連邦最高裁は、問題となった市憲章一三七条は事実上人種的マイノリティがアフアーマティヴ・アクションを求める場合にのみレフェレンダムを要求しているとした上で、「一三七条は、選挙において候補者の人種の特定を要求するのと同じく、政治過程において人種的マイノリティに特別の負担を課すものである。」⁷⁴⁾ としており、この部分が後の諸判決においてハンター・ドクトリンの一つとされた「政治過程の再編」を示した箇所である。では、どのような立法がなされた場合に政治過程に特別の負担を課すことになるのか。シアトル判決における多数意見とパウエル反対意見との間には、この読み方を巡る対立が存在する。

先に述べたように、シアトル判決多数意見は、教育委員会が人種統合を目的としたバス通学を求めることを提案三五〇号が禁止したことをもって「政治過程の再編」であるとしている。しかし、パウエル判事はこれに疑義を唱える。彼は、提案三五〇号は政治過程を再編したのではなく、州が元々有している権限を自ら再配分したに過ぎないとする。公教育に関して州はそもそも完全な権限を有しており、実際の政策策定権限を教育委員会に委ねるのか

それとも立法府または住民投票に委ねるのかは、民主主義の問題であって裁判所が関与すべき事項ではない、というのがその主張である。⁸⁶⁾

これに対して多数意見は反論を試みている。そこで登場するのが、「コンパラティヴな構造的負荷⁸⁷⁾」というロジックである。多数意見は、特定の政治的障害を課すことが問題なのではなく、マイノリティに対して他の人々に比較してより大きな構造的負荷を課すことが問題なのだと強調し、ハンター判決も当該事案も同じようにマイノリティの利益を政治的に達成することにのみより大きな負荷を課しているのだと説明する。

他方でその連邦最高裁は、同日に下したクロフォード判決において、ハンター判決を引用しつつ、反分離・反差別法を単に撤回または修正したにすぎないものは平等保護条項を侵害しないとし、「単なる撤回」とその他の場合とを峻別している⁸⁸⁾。そして、提案一号の事例が政治過程の再編にあたるか否かについては「憲法を通じてカリフォルニアの人々が得たものを、同じプロセスを通じて撤回した「だけである」として、否定的な判断を示している。ここには二つの問題がある。第一に、政治過程の再編と権限の再配分とを区別しうるか否かという点である。シアトル判決パウエル反対意見はこの点を重視しているが、これに対しては噛み合った応答はなされていない。しかし、政治過程が再編されればそれに伴って権限が再配分されることも充分想定しうることであるし、またその逆も成り立つ以上、この両者を厳密に区別することは難しい。また、シアトル判決多数意見もハンター判決のドクトリンを「政治過程の再編」ではなく「権限の再配分」という用語で表現している。したがって、シアトル判決の事例を「権限の再配分であるから」という理由のみでハンター判決と峻別することは困難であるように思われる。また実際に、パウエル反対意見もこの点のみに依拠して二つの事案を峻別しているわけではない。そこで次に問題となるのが、「単なる撤回」とその他の場合とをどのように峻別するのかということである。

クロフォード判決もシアトル判決パウエル反対意見も、問題となっている法案は既存の法の「単なる撤回」に過ぎず、新しい政治的ハードルを課すことではない、とする。しかし現代社会においてはあらゆる領域が様々な法的規制に服していると言っても過言ではなく、立法行為は須らく先行する法規制の撤回または修正であると看做すこともできる。したがって一般的・抽象的に新設か撤回・修正かを論じることにはほとんど意味はない。そしてクロフォード判決およびシアトル判決パウエル意見も、この意味で「撤回」か否かを論じているのではないだろう。

クロフォード判決が「撤回」を論じる場合、それは単に先行する法規制の「撤回」一般ではなく、一定の起点を想定しているのではないか。クロフォード判決は「連邦憲法によって第一次的に要求されていない立法や政策を『単に撤回する』だけである場合にも平等保護条項の侵害には当たらない」としており、連邦憲法の要請―許容ではなく―をその起点としていることが伺える。連邦最高裁は、アフアーマティヴ・アクションが連邦憲法の要請ではないという前提に立った上で、州のアンチ・アフアーマティヴ・アクション立法については原則平等保護条項の侵害を判断する余地はないとの判断を示しているのではないか。そして、先に見たように、シアトル判決が提案三五〇号の違憲性を認めたのは立法事実の審査による目的の人種差別性によってではなく、法構造上人種に基づく政策のみが名指しされていることを重視した結果であるのだとすれば、州のアンチ・アフアーマティヴ・アクション立法に対して連邦最高裁は極めて形式的な観点からこれを判断しているように思われる。

既に述べたように、今回訴訟となったカリフォルニア州以外でも、ミシガンやワシントンにおいて同様の包括的なアンチ・アフアーマティヴ・アクション規定を州憲法に盛り込む改正が行われている。これらのアンチ・アフアーマティヴ・アクション・イニシアティヴについても同様の枠組みで判断するとすれば、その結論は、個別のアフアーマティヴ・アクション政策の違憲性を争う訴訟以上にアフアーマティヴ・アクション支持派にとっては厳しいもの

となるだろう。

(四)「マイノリティ」とは何か

さて、今回の判決でもうひとつ着目すべき論点として、「マイノリティ」とは誰を指すのか、という問題を指摘することができる。巡回区裁判所では、「女性とマイノリティ」がともにカリフォルニアの有権者の多数を構成していることを、提案二〇九号を合憲とする大きな根拠のひとつとしている。これはクロソン判決オコナー意見において既に指摘されているところでもあり、確かに、カリフォルニア州の人口構成比で言えば、非白人系の人々は既に数字の上では多数派となっている。しかしながら、アファーマティヴ・アクションを必要とする「マイノリティ」が単に数的少数者だけを意味するものではないことはよく知られている通りであり、女性に対するアファーマティヴ・アクションが連邦憲法上許容されてきていることから、「マイノリティ」とは数的少数者を意味するのではなく、文字通り、権力構造上「マイナー」な存在を指してきたと言いうことができよう。⁸³⁾

だが、それにもかかわらず第二審が人口構成をもって提案二〇九号を正当化しようとした理由はどこにあるのだろうか。むしろ、焦点となっている提案二〇九号に前後してカリフォルニアにおいていわゆるバック・ラッシュの動きが加速していたという政治的背景とも無縁ではないだろう。しかし、今回の事案においては、それが州憲法の改正に関わるイニシアティヴという直接民主制とダイレクトに結びつくものであったことも要因の一つではないか。実際、第二審では、ハンター事件から「多数派は差別からの保護を必要とせず、また仮に必要であるとしても、レフェレンダムは面倒ではあるが、それ以上のもではない。」⁸⁴⁾という部分を引用した上で、「投票権者の多数に負担を課すとされるレフェレンダムが選挙で勝利してもしなくても、多数派のメンバーが選挙権を侵害されたとは考え

にくい」⁸⁴と述べている。これは、レフェレンダムという制度を文字通りの多数決民主主義と捉え、多数派が自らを不利にするようなレフェレンダムを可決したとしてもそれは言わば自業自得であり、またその結果生じた不利益についても再度レフェレンダムで改正の可決をすれば足りるのであるから、その政治的ハードルは相対的に高くはない、と述べているように思われる。

しかし、それはいくつかの重要な論点を見落とした議論であろう。第一に、提案二〇九号のようなイニシアティヴまたはレフェレンダムにおいては、人口構成上の多数派が必ず勝利するわけではないことである。イニシアティヴに付するために必要な署名集めをはじめ、その選挙運動には非常にコストがかかることはよく知られており、カリフォルニア州の場合も勿論例外ではない。⁸⁵そうした資源の利用可能性や選挙運動の基盤となる組織の規模の格差が構造的な政治的障壁となることも考えられる。第二に、より理論的に見た場合、果たしてイニシアティヴまたはレフェレンダムがそもそもその他の民主的な立法形式に比較して数的優位が多数者にとって有利な結果を直接もたらしやすい法形式と言えるのかどうか、ということについても検討を要するだろう。そして、仮に制度ないし構造上そうであるのだとすれば、そのような法形式においてアンチ・アファーマティヴ・アクション立法を行うことの意味についても、別途論ずる必要がでてくる。

（五）レフェレンダムという法形式

提案二〇九号は、州憲法改正のイニシアティヴという形で提起されたアンチ・アファーマティヴ・アクション立法である。その結果、提案二〇九号成立以降において人種または性別に基づくアファーマティヴ・アクションを要求する人々は、まずはイニシアティヴによって勝利し憲法を再改正することが必要となった。しかし、巡回区裁判

所が指摘するように、レフェレンダムにおいてマイノリティ単なる少数者という意味ではなく、が勝利することが構造上困難であるのだとすれば、レフェレンダムを要求することそれ自体がマイノリティに対して不利益な形で政治過程を再編することになりはしないだろうか。

この点については、アンチ・アファーマティヴ・アクション・イニシアティヴを平等保護条項違反としたシアトル判決および本件第一審判決ともに、慎重にその可能性を排除しようとしている。シアトル判決では、「ハンター判決で当裁判所が否定したのは、命令的レフェレンダムという特定の政治的障壁をアクロン市憲章修正が付加したことではない。それは、マイノリティの利益を政治的に達成することに對して課せられた他に比して重い構造的負荷に對してである。」と述べ、レフェレンダムを課すことそのものが問題なのではなく、事実上マイノリティに對してのみレフェレンダムを課すことが問題なのだと強調している。また、本件第一審においても、原告の主張はあくまでもこのシアトル判決を踏襲、他の集団との比較の問題としてマイノリティへの負荷を論じている。

しかし、シアトル判決のこの試みは必ずしも成功しているとは言えないのではないか。例えば、C・サンスティンは、ハンター判決およびシアトル判決が提案二〇九号をめぐる今回の事案の先例となつた上で、レフェレンダムという手続そのもののリスクからアファーマティヴ・アクションに関するイニシアティヴである提案二〇九号を違憲と判断することも不可能ではないと論じている。彼は「熟慮に基づく民主主義」(デリバレイティヴ・デモクラシー)を強調する自己の憲法理論の立場から、まずは、アファーマティヴ・アクションの問題を司法的ではなくそもそも政治過程によって決定すべき問題であると捉える。⁸⁰⁾しかし同時に、その政治過程が「熟慮によらない」場合には逆に大きな危険が生じてしまうと、人種に基づくアファーマティヴ・アクションに関する問題は合衆国においては政治過程における議論には馴染みにくいものであるとする。実際、個々のアファーマティヴ・アクション

ン・プログラムはそれぞれ手法や効果などが複雑で多岐にわたっているにもかかわらず、これまで政治過程においてはそれが不必要に批判的かつ概括的に論じられ、その詳細や結果に関する重要な論点には光があてられてこなかった。⁸⁸⁾そして、この危険は直接民主制のひとつであるレフェレンダムの場合には一層高まる。「政治的熟慮は代議制を通じたときに最も促進される、という判断があったことも、アメリカの政治制度が直接民主制よりも間接民主制に近いことの一因である」⁸⁹⁾からである。よって、彼は「あるいはレフェレンダムという手続のリスクについての暗黙の了解によって、連邦最高裁がカリフォルニアのイニシアティブを妥当でないとすることも不可能ではない。」とする。

提案二〇九号に関するサンステインのこの議論は、直接民主制に対する司法審査のあり方についてのJ・エールの見解をふまえたものである。エールは、合衆国憲法が代議制を採用しているのは「多数者の意思」にフィルタをかけるためであり、議会というフィルタを通過しない「多数者の意思」に対しては厳格な司法審査を行うべきであるとして、直接民主制に対する司法審査のあり方そのものの見直しを説いている。民主制過程と司法審査との関係については、合衆国の憲法学において広く論じられているところであるが、エールは、その代表的な主張のひとつであるJ・H・イリーの代議制補完モデル⁹⁰⁾を「修正」して、司法が積極的に関与すべき場合として「政治」構造それ自体が多様な声に耳を傾けることを保障したり、党派の支配を妨げたりすることを不可能ならしめている場合⁹¹⁾を追加すべき、と主張する。そしてその例として挙げられるのがプレビシットの場合である。

しかし、伝統的な司法審査基準の枠組みはこのようなプレビシットに対する司法審査に対応するようにはできていない。エールは人種差別立法を例に挙げて、次のように論じる。すなわち、伝統的な司法審査の枠組みによれば、人種差別的立法に対して厳格な審査基準が適用されるのは、文言上差別的である場合か、または文言上中立であっ

でもそれが差別的目的に基づいて制定された場合に限られる。しかし、差別的目的を要件とする場合、住民投票によって成立した法からそれを「発見」するのは非常に困難である。なぜなら、住民投票の場合、その差別的目的を認定することは投票の意図を問うことにつながるが、有権者の投票行動はたとえ憲法上正当化できない理由に基づくものであっても憲法上禁止されているとは言えず、また秘密投票の保障という観点からもその意図を詮索することは避けるべきと考えられているからである。⁸³これに対してエールは、二つの解決策を提示する。ひとつは差別的目的の立証負担を軽くすることであり、もうひとつは対象となる法令がプレビシットによるものである場合には例外的に差別的目的を要求することなく厳格審査基準の適用を認めることである。⁸⁴

ここで興味深いのは、エールが人種差別のおそれのある住民投票すべてについて厳格審査基準の適用を要求しているのではない、という点である。エールは、連邦最高裁がシアトル判決とクロフォード判決とで結論を異にした背景には、これらの事案において審査対象となった住民投票の性質が異なっていたことがあるのではないかとの解釈を示す。⁸⁵その違いは、シアトル判決の対象となった提案三五〇号とクロフォード判決の対象となった提案一号との立法過程の相違である。提案三五〇号は住民からの発案が住民投票にかけられ成立したものであるのに対し、提案一号は州議会の両院において三分の二以上の多数の賛成に基づいて可決された草案が住民投票によって批准されたものである。エールは、前者のように議会による判断を排除する形で行われるものを「代替的プレビシット」、議会と有権者との意思の合致によって成立する後者のようなものを「補完的プレビシット」と区別し、特に代替的プレビシットの場合にはそれが連邦憲法の保障する代議制のフィルターを回避しているがゆえに、司法の積極的な監視がより必要だとするのである。

エール自らが述べているように、「レフェレンダム」という法形式そのものがマイノリティに対して過度の負担

を課すものであると判断した先例としてシアトル判決を読むことには無理があるだろう。しかし、その読み方を排除しようとするシアトル判決の試みもまた、成功しているとは言いがたい。パウエル判事による多数意見批判はこのことを鋭く指摘するものと言える。そしてその困難さは、逆説的に、アファーマティヴ・アクションとレフェレンダムという法形式との関係に潜む固有の問題を浮き彫りにしているように思われる。

今回審査の対象となった提案二〇九号は、エールの主張に則った場合、代替的プレビシットと位置づけられる。これに対し、第一審はイニシアティブの文言のみではなく、選挙キャンペーンを含むそれが採択されるまでの過程を取り上げてそれが人種にフォーカスしたものと認めているが、これはエールが指摘するように、投票行動における差別的目的を認定することが困難であるからこそ、それ以外の場において実質的にその「意図」を測ろうとしたものと考えられる。しかし、そうした意図を測る試みが既存の司法審査の枠組みにはなじみにくいこともまた確かである。レフェレンダムという法形式によって人種差別的立法が行われる場合にも伝統的な違憲審査基準をそのまま用いるのか、だとするならば代議制の立法過程よりもその「意図」を特定しにくいことをどのように判断するのか、それとも例外的に新たな違憲審査基準を創設するのか、より緻密な議論が必要であろう。

むすびにかえて

以上、提案二〇九号の連邦憲法適合性に関する二つの裁判所の判決を概観してきた。冒頭で述べたように、近年連邦最高裁はアファーマティヴ・アクションに関して重要な判決を出しているが、それらの事実との関係で見た場

合には、本件はその対象となった事案について二つの特徴を挙げることができる。第一に、現在実施されているアファーマティヴ・アクションの合憲性についてではなく、将来にわたりアファーマティヴ・アクションを禁止する立法についての合憲性に関する審査であるという点である。これは、アダランド判決⁸⁾以降のアファーマティヴ・アクション立法に対する厳格審査基準による司法審査という定式がアンチ・アファーマティヴ・アクション立法に関する審査に対してはいかなる影響を及ぼすのか、という問題と言い換えてもいい。

もう一つは、本件が議会制定法についてではなくレフェレンダムにかかる、しかも憲法改正に関する司法審査であるという点である。このうち、レフェレンダムという手続によって成立した法に対する審査であるという点は重要な意味を持つ。これまで連邦最高裁が採用してきたアファーマティヴ・アクションに関する司法審査については、対象となる法令の成立形式―それが議会の手によるものか、レフェレンダムによるものか―を基軸として議論することはあまり行われてこなかった。しかしながら、先の検討において触れたように、間接民主制の過程を経た議会制定法と直接的な「民意」の表出であるレフェレンダムを通じた立法とは、その性質を異にすることは十分に考えられる。「マイノリティ」をその深刻な利害対象者とするアンチ・アファーマティヴ・アクション・イニシアティブの場合には、民主主義のあり方とも関わってより一層その問題は先鋭化すると言えるだろう。であるならば、レフェレンダムという法形式を司法審査の場面においていかに評価すべきなのか。今後の検討課題とするところである。

注

- (1) *Bakke v. University of California*, 438 U.S. 265 (1978).
- (2) *Richmond v. Croson*, 488 U.S. 469 (1989).

- (3) *Parents Involved In Community Schools v. Seattle School District No.1*, 127 S. Ct. 2738 (U.S. 2007).
枠組みにおいては従来のものを踏襲していること、ブレアー判事による反対意見が付されていることなどから、連邦裁判所の動向については尚注意深く見守る必要があるだろう。
- (4) 日本において合衆国のこの間の判例動向を整理・分析した業績としては、吉田仁美「米国におけるアフアーマティブ・アクションの合憲性審査基準の動向」同志社法学五三巻七号（二〇〇二）が挙げられる。
- (5) ワシントン州はカリフォルニア州とほぼ同様の内容を持つ州憲法修正提案二〇〇号を一九九八年に、ミシガン州は二〇〇六年に、それぞれ成立させている。カリフォルニア、ワシントン両州の採択後しばらくは他の州が追随するようなことはなかっただけに、直近のこの動きは注目に値する。ミシガン州における州憲法修正提案（M C R I）の発案から採択に至る経緯およびその内容等については以下を参照のこと。
See, Khaled Ali Beddydown, Without Color of Law: The Losing Race Against Colorblindness in Michigan, 12 Mich. J. Race & L. 465 (2007); Jocelyn Friedrichs Benson, *Election Fraud and the Initiative Process: A Study of the 2006 Michigan Civil Rights Initiative*, 34 FORDHAM Urb. L. J. 889 (2007).
- (6) *Coalition for Economic Equity v. Wilson*, 522 U.S. 963 (1997).
同判決に関する邦語による紹介・評釈としては、毛利透「Coalition for Economic Equity v. Wilson, 122 F.3d 692 (9th Cir. 1997), cert. denied, 118 S.Ct. 397 (1997)」州による人種・性に基づく優遇措置を禁止する州憲法改正は連邦憲法に違反しない」アメリカ法二〇〇〇—一〇一〇号（二〇〇〇）、「吉田仁美「アフアーマティブ・アクションの退潮」同志社大学アメリカ研究三六号（二〇〇〇）」などがある。
- (7) 本稿においても、以下、特段の断りのない限りこの改正条項を「提案二〇九号」を記す。
- (8) カリフォルニア州におけるイニシアティブの手続については多くの問題が既に指摘されている。その問題点は、可決方法や

イニシアティブから住民投票に至るまでの手続上の問題、法技術的な観点から見るとイニシアティブの文言には問題含みのものが多いこと、住民投票運動にかかる費用の増加やその「産業化」といった現実の運用にかかわる問題まで多岐に及んでいる。なお、カリフォルニアにおいては検討委員会が設置され、イニシアティブにかかる手続の見直しが提言されているものの、改革は進んでいない。

See, P. K. Jameson and Marsha Hoseak, *Citizen Initiatives in Florida: An Analysis of Florida's Constitutional Initiative Process, Issues and Alternatives*, 23 Fla. St. U. L. Rev. 417 (1995).

(9) See, LYDIA CHAVEZ, *THE COLOR BIND - CALIFORNIA'S BATTLE TO END OF AFFIRMATIVE ACTION*, 70 n.80 (1998).

(10) この間の経緯については注(9)の文献に詳しい。拙稿「マイノリティ問題の一面—カリフォルニア州憲法修正提案二〇九号をめぐる議論を素材に—」名古屋大学法政論集二二三号(二〇〇六)も併せて参照されたい。

(11) *Coalition for Economic Equity v. Wilson*, 946 F. Supp. 1480 (1996).

(12) *Coalition for Economic Equity v. Wilson*, 122 F.3d 692 (1997).

(13) *Coalition for Economic Equity v. Wilson*, 522 U.S. 963 (1997).

(14) *Coalition for Economic Equity v. Wilson*, 946 F. Supp. 1480, 1490.

(15) *Id.*, at 1489.

(16) *Hunter v. Erickson*, 393 U.S. 385 (1969).

(17) *Washington v. Seattle School District No.1*, 458 U.S. 457 (1982).

(18) *Coalition for Economic Equity v. Wilson*, 946 F. Supp. 1480, 1501.

(19) *Id.*, at 1501.

ただし、性別の場合にはいわゆる中間審査基準である「高度の審査」基準が適用されるとする。

カリフォルニア州憲法修正提案二〇九号差止訴訟（大河内）

- (20) *Id.*, at 1502.
- (21) *Id.*, at 1502-1503.
- (22) *Id.*, at 1508.
- (23) *Id.*, at 1504.
- (24) *Id.*, at 1504.
- (25) *Id.*, at 1504.
- (26) *Id.*, at 1504-06.
- (27) *Id.*, at 1506.
- (28) *Id.*, at 1506.
- (29) *Id.*, at 1506.
- (30) *Id.*, at 1506-07.
- (31) *Id.*, at 1510.
- (32) Coalition for Economic Equity v. Wilson, 122 F.3d 692, 702.
- (33) *Id.*, at 702.
- (34) *Id.*, at 703.
- (35) *Id.*, at 704.
- (36) *Id.*, at 704.
- (37) *Id.*, at 705-706.
- (38) *Id.*, at 706.

- (39) *Id.*, at 706-707.
- (40) *Id.*, at 707.
- (41) *Id.*, at 708.
- (42) *Hunter v. Erickson*, 393 U.S. 385 (1969).
- (43) *Washington v. Seattle School District No.1*, 458 U.S. 457 (1982).
- (44) *Crawford v. Board of Education*, 458 U.S. 257 (1982).
- (45) *Akron City Carter* 20137.
- (46) 法廷意見はホワイノ判事による。なお、ブランク判事による反対意見が付されている。
- (47) *Hunter v. Erickson*, 393 U.S. 385, 390-91.
- (48) *Id.*, at 392.
- (49) *Washington v. Seattle School District No.1*, 458 U.S. 457, 462.
- (50) *Id.*, at 462.
- (51) 法廷意見はブラックマン判事による。なお、パウエル、バーガー、レンキスト、オコナーの四判事による反対意見が付され
 ところ。
- (52) *Washington v. Seattle School District No.1*, 458 U.S. 457, 471.
- (53) *Id.*, at 474.
- (54) *Id.*, at 474.
- (55) 法廷意見はパウエル判事による。マーシャル判事による反対意見が付されているが、これは州司法権の侵害に関するものであり、今回取り上げている平等に関する理解、違憲審査基準などに関するものではない。

- (56) Crawford v. Board of Education, 458 U.S. 257, 529.
 当該改正によって追加された規定は、以下のとおり。
 カリフォルニア州憲法第一編七節（a）「いかなる州裁判所も、州、その他の地方公共団体、行政委員会または公務員に対して、バス通学の利用に関する義務または責任を課することはできない。ただし、それらの機関または人が、連邦憲法一四条平等保護条項の侵害にもなりうるような特定の侵害に対する救済としてそれを行う場合、および特定の平等保護条項の侵害についてそれらの機関または人に対して連邦裁判所が救済としてそれを義務付けることを、連邦の決定の下で許可した場合を除く。」
- (57) *Id.*, at 535.
 (58) *Id.*, at 535-36.
 (59) *Id.*, at 537.
 (60) *Id.*, at 538 n.14.
 (61) *Id.*, at 537-38.
 (62) *Id.*, at 538.
 (63) *Id.*, at 538-39.
 (64) Coalition for Economic Equity v. Wilson, 946 F. Supp. 1480, 1504.
 (65) *Id.*, at 1504.
 (66) Coalition for Economic Equity v. Wilson, 122 F.3d 692, 702.
 (67) Crawford v. Board of Education, 458 U.S. 257, 537.
 (68) Washington v. Seattle School District No.1, 458 U.S. 457, 471.
 (69) Hunter v. Erickson, 393 U.S. 385, 391.

- (70) *Coalition for Economic Equity v. Wilson*, 946 F. Supp. 1480, 1506.
- (71) *Coalition for Economic Equity v. Wilson*, 122 F.3d 692, 705.
- (72) *Id.*, at 705-706.
- (73) *Crawford v. Board of Education*, 458 U.S. 257, 538 n.20.
- (74) なお、ハンター判決およびシアトル判決は先例性をすでに失っているとの批判もあるが、連邦最高裁によって明示的に覆されたわけでもなく、むしろ本件の理解においては非常に大きな意味を持つものと思われる。この点について毛利はやや異なる捉え方をしている。毛利・前掲注(6)、一三三頁。
- (75) *Hunter v. Erickson*, 393 U.S. 385, 391.
- (76) *Washington v. Seattle School District No.1*, 458 U.S. 457, 496/499.
- (77) *Id.*, at 475 n.17.
- (78) *Crawford v. Board of Education*, 458 U.S. 257, 538-39.
- (79) この点については毛利の解釈と基本的に同様である。しかし、そこからただちに『人種的性質をもつ』問題に関する実質的規範を、人種的マイノリティに不利に働く方向に強化することはできない』ことを帰結するわけでもないと思われる。後述のように、「連邦憲法の要請」と「人種的マイノリティに不利に働く」こととは必ずしも一致しないからである。毛利・前掲注(6)、一三三頁。
- (80) *Crawford v. Board of Education*, 458 U.S. 257, 538.
- (81) *Richmond v. Croson*, 488 U.S. 469, 493-498.
- (82) しかし、こうしたマイノリティの定義にあたって「政治的無力性」をその要素として重視する見解には、今日異論が提起されてきている。これに関する合衆国における議論状況については、志田陽子『文化戦争と憲法理論』（法律文化社、二〇〇六）

第四章を参照された。

- 83 Hunter v. Erickson, 393 U.S. 385, 391.
- 84 Coalition for Economic Equity v. Wilson, 122 F.3d 692, 705.
- 85 See, P. K. Jameson and Marsha Hosack, *supra* note 9, at 439.
- 86 Washington v. Seattle School District No.1, 458 U.S. 457, 475 n.17.
- 87 Cass R. Sunstein, Causistry, in RACE AND REPRESENTATION: AFFIRMATIVE ACTION 309-310 (Robert Post ed. 1998).
- 88 *Id.*, at 324.
- 89 *Id.*, at 324.
- 90 *Id.*, at 326.
- 91 イリーの代議制補完モデルについては松井茂記『司法審査と民主主義』（有斐閣、一九九一）をはじめ広く日本でも紹介されている。
- 92 Julian N. Eule, *Judicial Review of Direct Democracy*, 99 YALE L. J. 1503,1559.
- 93 エールは、以下の判決における裁判所の判断などをその例として示している。
See, Arthur v. City of Toledo, 782 F. 2d 565 (6th Cir. 1986); Kirksey v. City of Jackson, 663 F. 2d. 659 (5th Cir. 1981), *Id.*, at 1561.
- 94 *Id.*, at 1562.
- 95 なお、エールは、シアトル判決そのものは非常に曖昧であり、それゆえに多様な読み方・解釈が可能であると指摘している。最高裁がこのような曖昧な判決を示したのは先例—厳格審査基準が適用できるのは「差別的意図」がある場合に限定される—を明示的に変更することを躊躇したからであり、実質的にはプレビシットに対する司法審査のあり方を摸索していると解釈す

事例研究

ることも不可能ではないとエールは論じている。

Id., at 1564-65.

⁹⁶ *Id.*, at 1566-67.

See also, Washington v. Seattle School District No.1, 458 U.S. 457, 463 n.4; Crawford v. Board of Education, 458 U.S. 257, 532 n.5.

⁹⁷ *Id.*, at 1560.

⁹⁸ Adarand Constructors v. Peña, 515 U.S. 200(1995).