

〔論 説〕

イニシアティヴによる州憲法修正と
人種的優遇の禁止

藤 井 樹 也

アメリカ連邦最高裁は、Bakke 判決（1978）、Grutter 判決（2003）、Gratz 判決（2003）、Fisher I 判決（2013）、Fisher II 判決（2016）などを通じて、大学における人種的優先入学の合憲性審査を行い、厳格審査を満たした柔軟な人種考慮に限って、例外的に許容する判例法理を形成してきた。他方で、この傾向に批判的な人々は、イニシアティヴを受けた州民投票によって、優遇措置を禁止する州憲法改正を企てた。このような州憲法改正が成立した州では、州民投票のような困難な手段によって再度の州憲法修正を成功させない限り、人種的優先入学制度を復活させることができなくなった。これは、連邦憲法修正 14 条の平等保護条項違反なのだろうか。Schuette 判決（2014）は、数々の困難な問題に関連する重要な判決である。

I 背景

1 Michigan 州立大学の入学者選抜と人種的優遇の歴史

本稿の主題である Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action 連邦最高裁判決⁽¹⁾（以下 Schuette 判決）の背景には、Michigan 州の公立大学が実施する入学者選抜における、長年にわたる人種差別と人種的優遇の歴史がある。Sonia Sotomayor 裁判官の反対意見（V）が、この点を簡潔にまとめている。

Michigan 州の公立大学では、もともと人種隔離がなされていた。1868

(1) Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action, 572 U.S. 291 (2014). 後掲の諸文献のほか、以下の文献を参照した。Note, *The Supreme Court 2013 Term — Leading Case*, 128 HARV. L. REV. 281 (2014).

年に最初の黒人2名が Michigan 大学 (University of Michigan)⁽²⁾ に入学したが、1960年代になっても黒人の比率は低く、例えば、1966年には在学学生約3万2500名のうち黒人は約400名に過ぎず、1960年代の Michigan 大学ロー・スクールの卒業生3041名のうち黒人は9名に過ぎなかった。また、学生寮や課外活動から黒人を排除する慣行も継続していた。

その後、入学者選抜での人種の考慮が開始された。1970年に、学生グループからの抗議を受け、Michigan 大学理事会 (Board of Regents) は、1973年までに入学生に占める黒人の比率を10%とする目標を設定した。1970年代に、入学者選抜方法の改善が進められ、例えば、1973年にはロー・スクールの卒業生466名のうち黒人は41名となり、はじめてラテン系の卒業生を輩出した。また、1976年には、はじめて先住民系の卒業生が誕生した。1970年代のロー・スクールの卒業生のうち黒人は262名、ラテン系は41名となり、1960年代の数値と比較して改善がみられた。

この間、1978年に、Regents of University of California v. Bakke 連邦最高裁判決⁽³⁾が下され、限定的な人種の考慮が許容されるという判断が示された。すなわち、入学者選抜においてマイノリティ人種の人数枠(クォータ)を設定した措置につき、この判決の結論となった個別意見は、多様性確保の利益が「やむにやまれぬ利益」(compelling interest)にあたること、これを目的とする人種考慮が許されることを一般論として承認した。しかし、この事例では、当該措置が唯一の効果的手段であることの立証が不十分であるとして、当該クォータ制は違憲とされた。また、この判決の結論となった Lewis F. Powell Jr. 裁判官の意見が単独意見であったため、その先例としての効力は浮動的であったが、同判決により、多様なバックグラウンドをもつ学生たちが共存する多様な学生集団を形成することが、大学にとって正当な目的であるとの考えが一般化していった。

2000年には、Michigan 大学ロー・スクールの入学者選抜において人種

(2) Michigan 州には、1963年 Michigan 州憲法8条5節所定の州立大学として、Michigan 大学のほか、Michigan 州立大学 (Michigan State University)、Wayne 州立大学 (Wayne 州立大学) がある。また、この3校のほか、地域の大学、専門の大学、コミュニティ・カレッジなど、多くの州立・公立大学が存在している。

(3) Regents of University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978).

を考慮した結果、少数人種の比率は、入学許可を受けた者の35%（人種の考慮がなければ10%）、入学者の14.5%（人種の考慮がなければ4%）になっていた。

これに対して、2003年の2件の連邦最高裁判決が、Michigan大学の入学者選抜における人種の優遇制度を部分的に違憲としたため⁽⁴⁾、同大学は人種を考慮する方法の見直しを迫られることになった。一方で、*Grutter v. Bollinger* 連邦最高裁判決⁽⁵⁾は、多様性確保のため人種を一要素として考慮するロー・スクールの入学者選抜について、大学によるクォータの採用は許されないが、個別考慮に際して人種をプラス要素として柔軟に考慮することは許されるとして、本件制度は人種考慮が限定的であって平等保護条項に反しないと判断した。他方で、*Gratz v. Bollinger* 連邦最高裁判決⁽⁶⁾は、諸要素の考慮に際して人種的・民族的マイノリティに20/100ポイントを付与していた学部の入学者選抜について、本件制度は多様性確保のため狭く限定されたものではないので平等保護条項違反にあると判断した。以上の結果、人種的優先入学制度のうち、クォータ制のほか、人種を理由に機械的に加点する制度も許されないこととなった。そこで、Michigan大学は学部の入学者選抜方法を変更し、人種的優先入学制度をGratz判決の要求に沿った方法に限定した。

以上の背景のもと、2006年11月に州民投票によって成立したのが、州立大学での人種的優遇を禁止した本件州憲法修正であり（その内容については後述）、その合憲性がSchuette判決で問題となった。

その後、連邦最高裁は、Schutte判決と相前後して、Texas大学における人種的優先入学制度に関する合憲性判断を示している。2013年の*Fisher v. University of Texas at Austin* 連邦最高裁判決⁽⁷⁾（Fisher I判決）は、諸要素の一つとして人種を柔軟に考慮していたTexas大学Austin校の学部の入学者選抜について、多様性確保の目的が厳格審査基準を満たすことが立証されたとしても、大学はさらに、本件手段が狭く限定されたものであることを立証しなければならないと判断した。そして、差戻後の

(4) 大沢秀介「高等教育機関におけるアファーマティブ・アクション」大沢秀介＝大林啓吾編『アメリカ憲法判例の物語』3頁（成文堂、2014年）。

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

(6) *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003).

(7) *Fisher v. University of Texas at Austin*, 570 U.S. 297 (2013).

Fisher v. University of Texas at Austin 連邦最高裁判決⁽⁸⁾ (Fisher II 判決) は、人種に中立的な以前の選抜制度 (Top Ten Percent Plan) が十分な成果をあげていなかったことを指摘し、本件人種的優先入学制度は狭く限定されたものであることを認め、平等保護条項に反しないと判断した。

以上をまとめると、連邦最高裁判例は、厳格審査のもと、狭く限定された手段であると認定可能な人種的優先入学制度を例外的に許容する姿勢を明らかにしてきたが、そのような流れの中で、本件で問題となった Michigan 州憲法修正は、州立大学での人種的優遇を禁止したのであった。

2 Hunter / Seattle 法理の形成

Schuette 判決のもう一つの重要な背景となるのが、1960年代以降連邦最高裁が形成した「Hunter / Seattle 法理」である。この法理は、住民投票により州憲法修正などの形式をとって成立した、マイノリティに不利益を課す措置の合憲性に関する判例理論である。

まず、1967年の Reitman v. Mulkey 連邦最高裁判決⁽⁹⁾は、不動産取引を拒否できる所有者の権利を保護した、住民投票で成立した州憲法修正を、平等保護条項違反と判断した。また、1969年の Hunter v. Erickson 連邦最高裁判決⁽¹⁰⁾は、不動産取引における人種差別を規制する市条例を無効とし、住居差別禁止条例の制定には住民投票を要するとした、住民投票で成立した市憲章修正を、平等保護条項違反とした。さらに、1982年の Washington v. Seattle School District No. 1 連邦最高裁判決⁽¹¹⁾は、教育委員会が開始した強制バス通学を禁止した州民投票を、平等保護条項違反とした。

こうして、以上の3先例は、住民投票によって成立したマイノリティに不利益を課すと思われる措置を、いずれも平等保護条項違反とした。ここから、政治プロセスの再編によりマイノリティに不利益を課す措置には、厳格審査を適用してその合憲性を判断しなければならないという、「政治プロセス理論」を読みとる考えが生じることになったのである。

(8) Fisher v. University of Texas at Austin, 136 S.Ct. 2198 (2016).

(9) Reitman v. Mulkey, 387 U.S. 369 (1967).

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

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

II Schuette 判決

1 事実

Michigan 州では、2006 年に、州政府機関による差別および優先処遇を禁止する州憲法修正案 (Proposal 2)⁽¹²⁾ が、イニシアティブを受けた州民投票により 58% 対 42% で可決され、州憲法が改正された。成立した Michigan 州憲法 1 条 26 節 (以下「§ 26」、タイトルは“Affirmative action programs”) の規定は、以下のとおりである。

(1) Michigan 大学、Michigan 州立大学、Wayne 州立大学、および、その他の公立のカレッジおよび大学、コミュニティ・カレッジ、学校区は、人種、性別、肌の色、民族、出身国を理由に、公的雇用、公教育、公的契約において、いかなる個人・集団も、差別または優遇してはならない。

(2) 州は、人種、性別、肌の色、民族、出身国を理由に、公的雇用、公教育、公的契約において、いかなる個人・集団も、差別または優遇してはならない。

(3) 本節の目的のため、「州」とは、Michigan 州の、または、Michigan 州内の、州そのもの、および、あらゆる市、カウンティ、あらゆる公立のカレッジおよび大学、コミュニティ・カレッジ、学校区、その他の政治的下位組織および政府機関を包含し、必ずしもこれらに限られない。

人権団体 BAMN (Coalition to Defend Affirmative Action, Integration and Immigrant Rights and Fight for Equality By Any Means Necessary)⁽¹³⁾ などが、§ 26 の違憲性を主張して連邦裁判所に訴えを提起したのが本件である。連邦地裁で併合された 2 事件で、いずれも公教育に適用さ

(12) 2006 年 11 月 7 日投票、2006 年 12 月発効。この提案は、California 州で同様のイニシアティブを推進した Ward Connerly と、前述の Gratz 訴訟の原告であった Jennifer Gratz が推進した。

(13) 同団体のウェブ・ページ (<http://www.bamn.com/>) を参照 (2018 年 8 月 27 日確認)。

れる限りでの違憲の主張がなされた。なお、連邦最高裁段階で上訴人として表示されている Michigan 州訟務長官 Bill Schuette は、裁判初期に被告としての参加を請求し、連邦地裁によってこれが許可された

2008年に、連邦地裁⁽¹⁴⁾は、州勝訴のサマリ・ジャッジメントを下した。これに対して、連邦控訴裁（第6巡回区）⁽¹⁵⁾は、2011年に、§ 26がSeattle判決および同判決が依拠する諸先例によって形成された原則に反するとして、原判決を破棄した。そして、連邦控訴裁の全員法廷⁽¹⁶⁾は、2012年に、8対7で小法廷判決（panel decision）を支持する判断を下した。以上を経て、連邦最高裁が裁量上訴を受理したのが本件である。

2 Kennedy 相対多数意見

(1) 概要

Anthony M. Kennedy 裁判官の相対多数意見に、John G. Roberts, Jr. 長官、Samuel A. Alito, Jr. 裁判官が同調した。後述のように、相対多数意見の3裁判官と、結論同意意見の3裁判官、反対意見の2裁判官が異なる立場をとり、Elena Kagan 裁判官が不参加だったため、結論は6対2となった。

(2) 本件の争点

本件の争点は、人種的優先入学の合憲性ではない。人種的優先入学の合憲性については、連邦最高裁はすでに、一定の要件を満たした人種的優先入学が許されると判断している（Fisher I判決）。本件の争点は、人種的優遇の禁止を有権者が選択できるのか、そして、どのように選択できるのかである。人種的優先入学が禁止された州では、各大学がさまざまな代替手段を試行している（Grutter判決）。連邦制度とは、このような改革と実験を許容し、民主政プロセスを通じた市民の関与を可能にする制度である。Michigan 州民による本件決定も、高等教育における人種的優先入学

(14) BAMN v. Regents of University of Michigan, 539 F.Supp. 2d 924 (E.D.Mich. 2008).

(15) BAMN v. Regents of University of Michigan, 652 F. 3d 607 (6th Cir. 2011).

(16) BAMN v. Regents of University of Michigan, 701 F. 3d 466 (6th Cir. 2012) (en banc).

の賢明さと有用性に関する全米での論議を反映したものである。Michigan 州憲法 8 条 5 節は、Michigan 大学、Michigan 州立大学、Wayne 州立大学の独立の理事会に入学者選抜等の決定権限を付与しているが、理事会が教員組織に入学者選抜に関する決定権限を委任したという証拠も存在する。理事会の決定か教員組織の決定かはともかく、Michigan 州の公立大学で、2006 年まで人種が入学者選抜の一要素として考慮されていたことは確かである。

(3) § 26 は Seattle 判決のもと違憲となるか？

原判決は、Seattle 判決を適用して § 26 を違憲と判断したが、これは、Seattle 判決を異なる事例に拡張するものであって、誤りである。

① 3 先例の意味 第一の Mulkey 判決は、州民投票による州憲法修正は、差別をする私人の権利を州憲法で保障する意図によるものであり、本件差別により現実の損害が発生したとして、平等保護条項違反を認定した。第二の Hunter 判決は、原判決がいう「政治プロセス理論」を定式化したものである。同判決によると、住民投票による本件市憲章修正は、人種差別が蔓延する状況下で成立したもので、差別禁止条例を狙い撃ちし、人種的マイノリティに特別な負担を負わせるものである。そして、人種的マイノリティを侵害する加害意図による行為であるとして、平等保護条項違反を認定した。Mulkey 判決・Hunter 判決は、いずれも、州の関与により人種を理由とする侵害が大きくなった事例に関する判断である。第三の Seattle 判決によると、強制バス通学制度は主としてマイノリティの利益になるという。そして、州民投票による強制バス通学の禁止は、人種問題に関する決定権を教育委員会から奪い、州議会・州民投票への訴えかけを強いられるマイノリティへの不利益効果があるとして、平等保護条項違反を認定した。

② Seattle 判決の理解 3 先例は、人種にもとづく損害を生じさせる意図がないとしても、その重大な危険がある州行為に関する事例である。その後、2007 年の Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1 連邦最高裁判決⁽¹⁷⁾は、法的分離の認定がないと教育

(17) Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1, 551 U.S. 701 (2007). 溜箭将之「初中等教育機関における人種統合のゆくえ」大沢 = 大林編『アメリカ憲法判例の物語』前掲注 (4) 47 頁。

委員会の救済措置（Seattle Plan）は許されないと判断した（Stephen G. Breyer 裁判官の反対意見は、差別的運用による法的分離があったと認定している）。これに対して、1982年のSeattle判決の時点では、人種統合目的の生徒再配分の合憲性に争いがなく、先行する法的な人種分離の認定も不要だった。Seattle判決は、＜ある政策がマイノリティの利益となり、マイノリティもそれを自身の利益だと考えるなら、その政策の決定権を異なるレベルに移動させる州行為には、厳格審査を適用する＞としたものである。原判決は、Seattle判決を拡張し、＜ある人種的マイノリティの利益となる立法を困難にするような、人種に注目（racial focus）したあらゆる州行為には、厳格審査を適用する＞としたが、この理解は否定すべきである。

③ Seattle判決拡張論の問題点 どの政策が特定人種の利益になるかを裁判所が決定すべきだという、原判決によるSeattle判決拡張論は誤りである。拡張論には先例による裏づけがなく、憲法上も疑義がある。つまり、同じ人種の人は同じ考えをもつという想定は、許されない人種的ステレオタイプである。また、裁判所が人種集団の政治的利益に関わる政策判断を強いられ、人種的分裂を招くなどの問題も生じる。有権者の政策選択を、裁判所が妨げてはならない。本件では、3先例と異なり、人種にもとづく損害は発生していない。本件の問題は、州の有権者が人種的優遇政策を継続するかどうかを決定してよいかである。§ 26は、州の有権者による民主的権力の基本的行使である。州民がイニシアティヴにより、人種的優遇政策に関する州民の懸念に応じない公務員をバイパスした。連邦憲法は、投票プロセスを通じて行動する市民の権利をも保障している。困難な政策問題に関する有権者の決定権を剥奪すると、修正1条や民主政の理念に反することになり、デモクラシーの試行錯誤のプロセスが妨げられる。また、3先例は人種的マイノリティへの侵害を裁判所が救済した事例だったが、本件は、人種的優遇が賢明ではないと有権者が判断した事例だと考えるべきである。反対に、有権者が優遇措置を採用したとしても合憲である。さらに、本件は、人種的優遇の是非に関する事例ではない。有権者に政策決定を委ねる州法を違憲とする裁判所の権限は、憲法上も先例上も認められない。民主主義は、意見の分裂や深刻さが激しい問題に関しても、その公的討論を否定するものではない。

3 Roberts 同意意見

Sotomayor 裁判官の反対意見には、以下のような問題点がある。①人種を考慮した大学入学が政策的に望ましいと力説するが、これにより本件の法的問題が左右されないことを認めている。②大学の入試選抜部局が人種の考慮が望ましくないと決定するのは許されるというが、他の機関が同じ結論を下すと人種を考慮しないのは不当だという。③人種問題をオープンに議論すべきだというが、人種的優遇の弊害が大きいという見解も、人種問題のオープンな議論である。

4 Scalia 結論同意意見

Antonin Scalia 裁判官の結論同意意見に、Clarence Thomas 裁判官が同調した。その概要は、以下のとおりである。

まず、本件では、平等保護条項がその明白な要求を禁止するかという奇妙な問題が発生している。Michigan 州民は、教育における人種差別の禁止という平等保護条項の内容を州憲法に規定したにすぎない。

つぎに、Kennedy 意見が政治プロセス理論を退けた部分に同調するが、Hunter 判決・Seattle 判決の再解釈には反対する。両先例は変更すべきである。両先例が違憲とした政策は、少数者だけでなく多数者の利益でもあった。両先例は、社会を人種ブロックに分断する仕事に裁判所を引き込み、同じ人種は同じ思考をするという人種的ステレオタイプングに至り、平等保護条項が個人でなく集団を保護するという誤りを生じさせる。また、両先例は、州主権原理を害する。修正14条が成立した1868年時点の州内政治プロセスを固定し、地方自治体が決定権を先占する点で問題である。州憲法修正が政治プロセスだと考えられないのは奇妙なことである。これにより優遇措置の安全地帯が生まれる。さらに、両先例は人種差別的インパクトを理由に中立的な法を違憲としたが、違憲とするには差別的意図が必要である。

以上、憲法はカラー・ブラインド (color-blind) であって、Michigan 州の有権者もそれを望んだのである。

5 Breyer 結論同意意見

§ 26 は平等保護条項違反ではないという点で Kennedy 意見に同調するが、以下のように、理由が異なる。

まず、多様性がもたらす教育上の便益のための人種の考慮（Grutter 判決）は、裁判官が要求したり禁止したりすることはできない（Parents Involved 判決での Breyer 反対意見）。§ 26 が禁止した人種の考慮は、憲法が許容しているにすぎない。その評価は投票箱に委ねられる。つぎに、Hunter 判決・Seattle 判決は、政治プロセスを変更した事例だったが、本件理事会は非公選の教職員に権限を委任し、実際には非公選職員が人種的優先入学を決定した。本件はマイノリティが参加していた政治プロセスが変更された事例ではないので、両先例を適用することはできない。両先例を適用すると、民主的プロセスにより決定すべきだという理論とも矛盾する。

6 Sotomayor 反対意見

Sotomayor 裁判官の反対意見に、Ruth Bader Ginsburg 裁判官が同調した。その概要は、以下のとおりである。

まず、各大学の入試選抜委員は政党が指名し州規模で公選されるので、従来は民主的プロセスを通じて選抜方法を変更できた。ところが、§ 26 によって、遺贈やスポーツ等の考慮と異なり、人種の考慮を求めるには州憲法改正が必要になった。Hunter 判決・Seattle 判決の政治プロセス理論によると、少数人種のみを負担を課す政治プロセスの変更は、厳格審査の対象となる。憲法は、マイノリティによる有意味かつ平等な手続参加を保障している。§ 26 はマイノリティだけに特別な負担となるので、裁判官は平等保護を守るため積極的に介入すべきである。

つぎに、有意味かつ平等な政治参加権が否定された歴史に照らすと、政治プロセス理論をよく理解することができる。政治プロセス理論によると、以下の場合に平等保護の剥奪になる。すなわち、①人種に注目しマイノリティの利益になる政策を狙い撃ちにし、②政治プロセスを変更してマイノリティに負担を課す場合である。§ 26 は、①「人種を理由に」優先処遇をすることを禁止したが、人種的優先入学は多様な学生集団を実現

し、少数人種の利益となる。また、§ 26 は、②州憲法により入学者選抜に関する全権を付与され委員が公選される理事会から人種の優先入学に関する権限を剥奪し、政治プロセスを変更して少数人種に負担を課した。

さらに、州憲法改正は容易ではない。改正手続を開始するためには、州議会両院の3分の2の賛成、または、直近の州知事選挙の投票総数の10%の署名(約32万人)を要し、無効署名・重複署名を考慮すると、さらに25~50%余分の署名が必要となる。署名集め運動には、多額の費用が必要である。実際に、1914年から2000年までの間に、州憲法改正が成立したのは、20回のみにすぎない。

また、Breyer 意見は、本件が任命職員から権限を剥奪した事例だとし、両先例と区別した。しかし、理事会には入試選抜の最高決定権があり、理事選挙でも人種的優先入学への賛否が中心争点になっている。

つぎに、政治プロセス理論の根拠は先例だけではない。民主制プロセス理論から、理論的に意味ある政治参加権を導くことができる。そこから導きだされるのは、①投票権の保障、②マイノリティの投票権制限の禁止と、③マイノリティの利益の実現を困難にする政治プロセスの変更の禁止である。

また、Scalia 意見は、マイノリティのみを保護する政治プロセス理論は誤りだという。しかし、マイノリティが多数者に対抗して政治プロセスを再編することはできない。Scalia 意見が重視する州主権は絶対的でなく、平等保護条項による制限に服する。人種差別をなくすためには、人種問題のオープンで率直な議論が必要である。

Ⅲ 検討

1 本件州憲法修正は Hunter / Seattle 法理に反しないか？

(1) 本件と先例との関係

まず、本判決の各意見は、先例によって形成されたとされる Hunter / Seattle 法理と本件との関係を、どのように理解していたのだろうか。簡潔にまとめると、以下のように整理することができよう。すなわち、① Kennedy 意見は、本件と先例とを区別した。② Scalia 意見は、先例の変更を主張した。③ Breyer 意見は、本件と先例とを、Kennedy 意見とは別の理由で区別せよと主張した。そして、④ Sotomayor 意見は、原判決と

同様、本件に先例を適用せよと主張した。

まず、① Kennedy 意見は、原判決が先例のうちとくに Seattle 判決を拡張解釈して本件に適用したという理解から出発する。しかし、Kennedy 意見は、この拡張解釈に無理があると考え、Kennedy によれば、本来の Seattle 判決の射程はもっと狭く、人種を理由とする損害が生じた事例に限られるものであって、人種に関わる政策的問題に関する決定権を有権者に委ねたにすぎない本件には適用されないとされたのである。

これに対して、② Scalia 意見は、Kennedy による先例解釈には無理があると考え、すなわち、Scalia によれば、先例は本来であれば本件に適用される射程をもつが、そもそも違憲とすべきでない政策判断を違憲とした誤った判断であったので、先例自体を変更すべきだと主張したのであった。したがって、かりに先例に従えば本件でも違憲判断が導かれるという点では、結論的に対極的な Sotomayor 意見と、理論的に共通していることができる。

他方で、③ Breyer 意見は、本件では政治プロセスが変更されていないと考え、政治プロセスが変更された事例に関わる先例が本件に適用されないと主張した。Breyer によれば、本件ではもともと、公選職員（Michigan 州の公立大学の理事会メンバー）による決定権が存在していなかったから、そもそもその決定権が奪われた事例にあたらないので、先例と異なるというのである。

これに対して、④ Sotomayor 意見は、本件も先例と同様に、政治プロセスを変更して少数人種に負担を課した事例であるとして、本件と先例とを区別せず、先例に従って違憲判断を下すことを主張した。そして、Sotomayor を批判したのが Roberts 意見であり、先例に従った違憲判断によって、裁判所が人種にかかわる政策問題に介入することを指摘している。

ところで、連邦控訴裁（第 6 巡回区）による本件原判決についても、これを先例の過剰な拡張解釈とする Kennedy 意見と、先例に従った妥当な判断だとする Sotomayor 違憲との間に理解の相違があった。もっとも、この争点に関する各控訴裁による判断が一致していたわけではなく、1997 年の *Coalition for Economic Equity v. Wilson* 連邦控訴裁（第 9 巡回区）判決⁽¹⁸⁾は、イニシアティヴを受けた州民投票によって成立した、公教育での人種差別および人種的優遇を禁止する California 州憲法修正（Propo-

sition 209)⁽¹⁹⁾を合憲と判断していた。

このように、先例は人種に基づく侵害救済事例だが、本件は有権者に政策選択を委ねた事例にすぎないという Kennedy 意見と、本件 § 26 もマイノリティに特別な負担を課したとする Sotomayor 意見との間に、先例の位置づけに関する見解の相違が生じた。この点について、Kennedy 意見による先例理解にやや無理があるとみる論者も存在する。例えば、Mark Strasser は、先例と本件とは、人種を理由として選挙における特別な負担が課された事例だという点で共通すると理解し、Kennedy 意見による先例の誤解のため、Schuette 判決がカオスを生じさせることになると批判している⁽²⁰⁾。

(2) Hunter 判決・Seattle 判決の理解

それでは、先例の具体的論点について、各意見の理解はどのように異なっていたのだろうか。まず、Hunter 判決について、Kennedy 意見が、これを「加害の意図 (invidious intent)」が認定された事例だと理解したのに対して、Scalia 意見と Sotomayor 意見は、そこでは差別的意図が認定されていなかったと主張した。たしかに、Hunter 判決 Byron R. White 法廷意見の原文を参照する限り、平等保護の「悪質な否定 (invidious denial)」があったという表現があるのみで、この部分を手がかりに差別的意図が認定されたとするのは、やや強引な読み込みであるように感じられる。

つぎに、Seattle 判決について、Kennedy 意見は、これをマイノリティにとって利益となる政策決定権の変更事例であったと理解した。Seattle 判決と本件の異同を論じるためには、そこで問題となっていた強制バス通学が、憲法上の権利の救済措置だったのか、多様性確保のための政策選択であったにすぎないのかという点を、明確にする必要がある。前者なのであれば、本件と異なる先例ということになるからである。2007年の時点で、前述の Parents Involved 判決は、強制バス通学を違憲行為（法的分離）に対する救済措置だと位置づけた。また、1982年の Seattle 判決のコ

(18) Coalition for Economic Equity v. Wilson, 122 F.3d 692 (9th Cir. 1997).

(19) 現在の California 州憲法 1 条 31 節。

(20) Mark Strasser, Schuette, *Electoral Process Guarantees, and the New Neutrality*, 94 NEB. L. REV. 60 (2015).

ンパニオン・ケースである *Crawford v. Board of Education* 連邦最高裁判決⁽²¹⁾は、連邦裁判所が平等保護条項違反の救済措置をとる場合を除き、州裁判所による生徒の強制バス通学を禁止したイニシアティヴによる California 州憲法修正を合憲と判断した。ただ、ここでは、強制バス通学を権利侵害に対する救済措置とみる考えが前提とされていたという見方と、州政府による多様性実現のための政策決定が有権者に委ねられたという見方の、いずれもが成り立つ余地がある。

論者のなかには、両先例について異なった角度から説明を試みるものがある。例えば、David E. Bernstein によると、Hunter 判決・Seattle 判決は、政治プロセスにおけるマイノリティの政治力の欠如を裁判所が補強するとした *United States v. Carolene Products Co.* 連邦最高裁判決⁽²²⁾の脚注4と異なり、政治プロセスを通じて制限されたマイノリティの政治力を裁判所が回復した「逆キャロリーン・プロダクツ」(Reverse Carolene Products)の事例だったという。そして、Bernstein によると、*Crawford* 判決は、政治プロセスでなく裁判所命令に由来する政策に関する事例であったので、マイノリティの政治力を裁判所が回復する必要がなかったというのである⁽²³⁾。

2 本件州憲法修正は政治プロセスの変更にあたるか？

Schuetz 判決の各意見は、先例との関係をめぐって見解を異にしたが、前述のように、保守派に分類される Scalia は、リベラル派に分類される Sotomayor・Ginsburg の反対意見と、先例自体を誤りとする点で結論を異にしたものの、理論的には共通する立場をとっていた。他方で、リベラル派に分類される Breyer も、反対意見と異なる結論を導いた。その原因は本件事実に関する理解の相違であった。すなわち、Breyer によれば、かりに先例で政治プロセス理論が適用されていたとしても、本件はそもそも政治プロセスを変更した事例でなかったというのである。

(21) *Crawford v. Board of Education*, 458 U.S. 527 (1982).

(22) *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

(23) David E. Bernstein, "Reverse Carolene Products," *the End of the Second Reconstruction, and Other Thoughts on Schuetz v. Coalition to Defend Affirmative Action*, 2013-14 CATO SUP. CT. REV. 261 (2014).

Breyer と Sotomayor の見解の相違は、理事会・教員組織の位置づけにある。つまり、Breyer によると、理事会決定は任命職員による決定だとされたのに対して、Sotomayor によると、それは公選委員による決定だとされた。つまり、Sotomayor によると、本件は、公選委員による小規模な会議体の決定権限を全州民という大規模な団体に移行させた点で、自治体議会または州議会の決定権限を全州民に移行させた先例と共通するとされたわけである。つまり、Sotomayor が理解する政治プロセス理論の前提には、小規模な会議体に決定権があればマイノリティに勝ち目があるが、大規模団体ではマイノリティに勝ち目がないから、後者はマイノリティにとって不利益な制度であるという理解であったといえよう。

これに対して、政治プロセス理論には、異なったとらえ方も考えられる。つまり、地方議会や州議会議員の地方選挙区においては、マイノリティが局地的に多数を占めている場合があるのでマイノリティに勝ち目があるが、全州においては人口比で劣勢のマイノリティが州民投票で勝つ可能性はほとんどないから、決定権限を前者から後者に移行するとマイノリティに不利な政治プロセスの再編になるという理解である。すなわち、この考えからは、ローカル規模の会議体から全体規模の会議体に決定権限を移行させることが、政治プロセスの再編だということになる。かりにこの考えをとると、Sotomayor の事実認識を前提としても、本件州憲法修正は、州立大学理事会という小規模だが全体規模の会議体から、全州民という大規模かつ全体規模の会議体に決定権限を移行させたにすぎないので、政治プロセスの再編にあたらぬことになる。すなわち、Breyer と Sotomayor の結論の相違の背後には、理事会の位置づけという事実認識の相違のみならず、政治プロセス理論に関するとらえ方の相違があったということになる。

3 Schuette 判決は Romer 判決に反しないか？

Schuette 判決においてほとんど論じられていない問題として、1996年の Romer v. Evans 連邦最高裁判決⁽²⁴⁾との関係をあげることができる。Romer 判決は、同性愛者保護立法を禁止する住民投票による州憲法修正

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

は、特定集団に対する「敵意 (animus)」に基づくものであるから、ゆるやかな基準を適用しても正当目的との合理的関連性が認められないとして、平等保護条項違反を認定した。この事例も、マイノリティにとって有利な立法を行う権限を自治体議会または州議会から全州民に移動した政治プロセス変更の例といえ、そうだとすれば、本件への適用関係が論じられるべき先例なのではないだろうか。

ここで、Romer 判決が違憲判断の根拠として認定した特定のマイノリティに対する「敵意」と、1976年の Washington v. Davis 連邦最高裁判決⁽²⁵⁾によって平等保護条項違反の一般的要件とされた「差別的意図」との関係が問題になる。この点で、差別の主観的意図を、以下のように分類しておくことが有用である。

第一に、Davis 判決が要求した、平等保護条項違反の要件としての差別的意図が、主観的意図のミニマムな要求であったと考えられる。Schuette 判決 Scalia 意見が Kennedy 意見との見解の相違を指摘するのは、この意図についてである。すなわち、Kennedy 意見が、Hunter 判決・Seattle 判決などの3先例を、人種に基づく損害を生じさせる重大な危険があれば、差別的意図がなくても平等保護条項違反となった事例だと理解したのに対して、Scalia 意見はそのような先例は誤りで差別的意図が必要だと主張したのである。他方で、Sotomayor 意見は、Seattle 判決が Davis 判決よりも後の事例であったことを根拠に、差別的意図の一般的要件の例外を承認しようとした。

第二に、Kennedy 意見が Hunter 判決を理解する際に使用した、「加害の」(invidious) 意図なる概念がある。この主観的意図は、平等保護条項違反のミニマムな要件とされる差別的意図よりも強度な差別的意図であると考えられ、「加害の意図」があれば当然にミニマムな差別的意図が存在することになると思われる。もっとも、Romer 判決が認定した「敵意」とは、あえて異なる用語により区別される概念であるようにみえる。また、この概念は、マイノリティにとって利益となる人種的優遇を「親切な (benign)」な差別ないし区別と表現し、マイノリティにとって不利益となる人種差別を「悪質な (invidious)」差別ないし区別と表現することによって両者を分類する場合の用語法にも類似している。ただ、Hunter 判

(25) Washington v. Davis, 426 U.S. 229 (1976).

決は差別禁止立法の決定権限の所在を変更した事例であったので、この種の事例で人種の優遇と人種差別の区別概念としての「加害の意図」があったということは、要するに差別からの保護を困難にすることがすなわち人種差別にあたるということ、を、わかりやすく表現したにとどまるようにも思われる。

第三に、Romer 判決が認定した「敵意」という概念がある。この主観的意図も、平等保護条項違反のミニマムな要件とされる差別的意図よりも強度な差別的意図であると考えられ、「敵意」があれば当然にミニマムな差別的意図が存在することになると思われる。ただ、Romer 判決では、「敵意」の認定によって、合理性審査のもとでも平等保護条項違反が認定された。このことから、この概念には、上述の「加害の意図」と異なり、違憲審査基準の確定プロセスをバイパスし、どの審査基準のもとでも平等保護条項違反となることを正当化する特別な機能があると考えられる。この点に、この概念は有用性があるといえよう。それでは、Romer 判決で認定された敵意が、本件ではなぜ認定されなかったのだろうか。Romer 判決で州憲法修正によって禁止された同性愛者の保護が、連邦憲法上の要請であるか否かによって、この点に対する評価は異なるであろう。つまり、かりに連邦憲法上の平等保護の要請を州憲法修正によって否定したのであれば、これが平等保護条項違反となることを論理的に説明できるからである。裏を返すと、Schuette 判決は、人種の優遇が政策上許容される一施策にすぎず、連邦憲法の要請であるとはまではいえないことを、当然の前提としていたといえよう。

以上のような差別的意図の認定を省略して平等保護条項違反の判断が可能だという、「差別的インパクト」の理論と本件との関係について、Steve Sanders は、以下のように説明している。すなわち、Hunter 判決・Seattle 判決は差別的インパクトだけで違憲性を肯定した事例ではない。つまり、「Hunter / Seattle 法理」ないし「政治プロセス理論」と呼ばれる法理論が、平等保護条項違反を認定するために差別的意図を不要とする理論なのであれば、そのような先例はそもそも存在しなかったという。さらに、§ 26 には差別的意図はなかったとして、Kennedy 意見の結論を支持するといっているのである⁽²⁶⁾。また、差別的インパクト理論と Schuette 判決

(26) Steve Sanders, *Race, Restructurings, and Equal Protection Doctrine*

の関係について、Reva B. Siegel は、バーガー・コートが連邦裁判所による介入に肯定的なマイノリティ保護的平等保護を差別的意図理論によって縮減し、レンキスト・コートが優遇措置に否定的なマジョリティ保護的平等保護を厳格審査理論によって拡張したという⁽²⁷⁾。そして、連邦雇用差別禁止法の差別的インパクト条項に適合させるため、人種間の不均等効果を生じさせていた競争試験の結果を破棄した New Haven 市の措置を違法とした Ricci v. DeStefano 連邦最高裁判決⁽²⁸⁾と、Fisher I 判決、Schuette 判決とを比較し、これらの諸事例には、人種を意識した目的を達成するために人種中立的な手段が採用されたという共通点があることを指摘しつつ、Ricci 判決で問題になった競争試験結果の破棄という手段がイレギュラーであったことが、他の 2 判決と異なる結果を生んだと分析した⁽²⁹⁾。

4 裁判所は直接民主制プロセスによる決定を尊重すべきか？

最後に、デモクラシーの位置づけという大きな問題に関わっているという点が、Schuette 判決の特記すべき意義だといえよう。民主主義との関係について、Kennedy 意見は、有権者による政策選択が民主主義や修正 1 条を根拠とするものであること、それに基づく人種的優遇政策の採用も可能であることに言及した。また、Roberts 意見は、Sotomayor 意見への反論という文脈において、人種的優遇の否定もオープンな議論の結果であることを指摘した。これらの意見の背後には、直接民主制プロセスを通じて決定された政策選択には、特別に強い民主的正当性が認められるので、裁判所による違憲審査権の行使は抑制的でなければならないという観念があると推察される。本件州憲法修正は、イニシアティブを受けた州民投票によって成立したものであったことから、直接かつ強度の民主的正当性が認められてしかるべきという考えにも、十分な理由があったといえよう。イニシアティブの民主的意義を根拠に、住民投票による決定の合憲性判断

Through the Lens of Schuette v. BAMN, 81 BROOKLYN L. REV. 1393 (2016).

(27) Reva B. Siegel, *The Supreme Court—2012 Term: Foreword*, 127 HARV. L. REV. 1, 6 (2013).

(28) Ricci v. DeStefano, 557 U.S. 557 (2009).

(29) Reva B. Siegel, *Race-Conscious But Race-Neutral: The Constitutionality of Disparate Impact in the Roberts Court*, 66 ALA. L. REV. 653, 678-686 (2014).

にゆるやかな審査を適用すれば足りるとする Kerrel Murray の見解⁽³⁰⁾も、このような文脈において理解可能である。

もっとも、近年多用されている州民投票による州憲法修正が、必ずしも民意を十分に反映したものではないのではないかという疑問も提起されている。例えば、毛利透は、プロの署名コレクターが法案の中身について正確で十分な説明や議論をすることなく、効率的に大量の署名を集めているという、イニシアティブの「産業化」の実情を指摘している⁽³¹⁾。このような問題の背後には、署名集めで有給運動員を使うことを禁止した Colorado 州法を連邦憲法違反とした、Meyer v. Grant 連邦最高裁判決⁽³²⁾の存在があるという。イニシアティブの産業化は、投票結果と民意の乖離を生じさせ、「民主政との緊張」を引き起こすことになる。また、多数者の人種的敵意への歯止めが失われ、しばしば差別的意図に基づく投票がダイレクトに投票結果に反映される事態を生むことになる。近時各州で多用されている直接民主制的な諸制度が孕む、このような問題を指摘した毛利は、公共での議論の重要性を強調するのである。

また、Daniel P. Tokaji は、①直接民主制が多数者専制につながるという見解と、②マイノリティに不利でないという見解の両方の立場があることを指摘している⁽³³⁾。①の例として、代表民主制におけるような多数者専制に対する歯止め、あるいは、少数者保護のための制度的装置が、イニシアティブに欠如していることがあげられている。実際に、2015年の Obergefell v. Hodges 連邦最高裁判決⁽³⁴⁾によって各州が同姓婚を否定することが連邦憲法違反とされる以前には、州民投票による州憲法改正によって同姓婚の合法化が禁止されていた例があり、California のようなリベラル色が強いとされる州でもそのような提案が可決されたことは、驚きをもって受け止められていたのである。

(30) Kerrel Murray, *Good Will Hunting, How the Supreme Court's Hunter Doctrine Can Still Shield Minorities from Political-Process Discrimination*, 66 STAN. L. REV. 443 (2014).

(31) 毛利透『民主政の規範理論 憲法パトリオティズムは可能か』「第4章 国民に直接の決定を求めうるか」237～286頁（勁草書房、2002年）。

(32) Meyer v. Grant, 486 U.S. 414 (1988).

(33) DANIEL P. TOKAJI, *ELECTION LAW IN A NUTSHELL* 231-237 (2d ed. 2017).

(34) Obergefell v. Hodges, 135 S.Ct. 2584 (2015).

このように、直接民主制のプロセスによる政策決定が、かならずしも強度の民主的正当性を伴っているとはいえ、多数派専制や情報操作、あるいは、有権者の政治的無知⁽³⁵⁾によって民意が歪められる危険があることが知られるようになってきた。また、直接民主制の制度には、共和政体保障条項（4条4節）との緊張関係があることも指摘されている⁽³⁶⁾。このような観点からは、イニシアティブを受けた住民投票による決定の合憲性判断には、むしろ厳格審査を適用すべきだという Julien Eule の見解にももっともな部分があるように感じられる⁽³⁷⁾。もっとも、草の根民主主義を理想化して、全州規模の政策決定よりもローカルな決定のほうが民主的であると断言できるかどうかは疑わしい。局所的な党派支配の問題が生じるからである。このように、直接民主制的な決定であることを根拠に、合憲性判断基準を厳格化すべきなのか緩和すべきなのかという問題自体が、両面性を孕んでいるということができよう⁽³⁸⁾。

(35) イリヤ・ソミン（森村進訳）『民主主義と政治的無知 小さな政府の方が賢い理由』（信山社、2016）（なお、本訳書は2013年版原書の日本語訳であるが、その後、原書は2016年に改版されている）。

(36) 慶應義塾大学三田キャンパスで開催された、アメリカ憲法判例研究会（第3期）における、二本柳高信報告「直接デモクラシーの司法判断適合性 Pacific States Tel. & Tel. Co. v. Oregon, 223 U.S. 118 (1912)」でご教示いただいた。

(37) Julien Eule, *Judicial Review of Direct Democracy*, 99 YALE L. J. 1503 (1990).

(38) 本稿は、2017年11月18日に慶應義塾大学三田キャンパスで開催されたアメリカ憲法判例研究会（第3期）での報告をもとに、ご参加の先生方からいただいたさまざまなご教示を踏まえて執筆したものである。本来は、大沢秀介先生の退職記念刊行物の分担執筆部分として提出した原稿であったが、その後同書の刊行可能性がきわめて不透明となったため、一部を補正したうえで、本紀要を通じてとりあえず公表するものである。以上の事情は、君塚正臣「合衆国憲法修正の承認に州民投票を課すことの合憲性 — The Story of Hawke v. Smith, 253 U.S. 221 (1920)」横浜法学 28 卷 3 号 28 頁〔付記〕(2020)と同様である。大沢先生のご退職を惜しみつつ、遅ればせながらお祝い申し上げます。