

ステイト・アクション法理にみる「国家」

榎 透

はじめに

第1章 「国家からの自由」の想定する「国家」

第2章 「国家」像の変化とステイト・アクション

第1節 巨大な私的権力の出現

第2節 積極国家の登場

第3節 人種差別の打破

第4節 「国家」像の変化と憲法理論への影響？

第3章 統治の構造と自由な統治への参加

第1節 統治の構造

第2節 自由な統治への参加

むすびにかえて

はじめに

ステイト・アクション法理 (State Action Doctrine) とは、私的行為に州の重大な関わり合い (involvement) がある場合に、または私的行為に公的な性格や機能 (public function) がある場合に、私人の行為を政府の行為あるいは州の行為と見なし、その行為が憲法に拘束される、という理論である。このような理論が存在するのは、「裁判所はときおり、政府の領域がどこで始まり、私的領域がどこから始まるかを考えなければならない。私人の行為は多くの場合に憲法の射程外にあるけれども、その行為者が政府の権威でもって行為をしたと考えられ、その結果憲法に服するという程度において、政府の権限はその行為を支配する」¹⁾からである。換言すれば、「私的領域とすべて憲法上の義務が伴う公的領域の間の『基本的な二

分法』を探求するもの²⁾として、ステイト・アクション法理が存在する。

この法理の適用の様相を見ると、憲法の拘束する「公」の範囲は純粹に政府の行為に限定されてきたわけではなかった。その範囲は、私人による人種差別、また会社町やショッピングセンター内の人権侵害の事例などで、1960年代後半まで「拡大」・「発展」した。それ以後は、「縮小」・「後退」傾向にあるとされ、憲法の拘束する「公」の範囲にあると新たに認められた領域は少ないものの、ショッピングセンターの事例を除けば「拡大」の判断を示した諸判決は覆されていない³⁾。こうした変遷を辿るステイト・アクション法理について、筆者は以前に以下の3つのことを指摘した。

第1に、ステイト・アクション法理は、人権の「国家からの自由」という性格を維持する役割を持つ理論ということである。私的な人権侵害がステイト・アクション法理の適用によって憲法の制約に服す「公」的領域にあると判断されるためには、私人がそもそも公的な機能を遂行していたこと、州が反憲法的価値の実現を希望する私人に対して完全に強制的な統治権力を利用させたこと、私的行為者と政府との間に共生の関係があったこと、私的選択が実質的に政府の選択と評価できるほど私的行為に対して政府の強制などの影響が存在していたこと、政府が本来私人の選択に委ねられるべき事柄にまで権力を行使したこと等の要素のいずれかを満たす必要があった⁴⁾。

第2に、ステイト・アクション法理は、実際には一定の要件を満たす私人の行為が憲法の制約を受ける理論であるため、「国家からの自由」に言う「国家」の意味を拡大し、憲法に実質的な「私的権力からの自由」の役割を担わせていることである。この意味で、私的な選択が憲法上の制約を受けないわけではないし、人権の「国家からの自由」という性格が厳格に維持されているわけでもない。そして国家は権利を保護すべき積極的な憲法上の義務を負わないとする *DeShaney v. Winnebago County Dept. of Social Services*⁵⁾ から言えば、憲法が一定の要件を満たす私的行為を制御する

理由は、国家（州）が積極的な権利保障義務を負うことに求められるのではなく、あくまでステイト・アクション要件を満たす私人すなわち国家権力を制御するという考え方に求められる⁶⁾。

第3に、裁判官がステイト・アクション法理の存在を認める際に、憲法と私人の選択との関係をどう理解するかという問題についてである。ステイト・アクション法理の適用を限定すべきだと考える裁判官は、同法理の適用を「拡大」することに対して、憲法が本来適用されるべきではない私人にまで拡大して適用され、その結果として私人が自立的に選択できる領域が縮減するおそれのあること、また私的な選択の領域について調整の役割を担う統治機構の原則——連邦制と権力分立——が崩れる危険性のあることをたびたび指摘してきた。つまり「憲法」概念が崩れることに対する危惧を表明してきたと言える。反対にステイト・アクション法理を拡大して適用をすべきだと考える裁判官は、ステイト・アクションの存在を認めないことに対して、私的領域の価値多元性について限界のあることや、公私二元論と私的領域の多様性という形式的な考え方では社会的弱者を救済できないことなどを批判していると思われる⁷⁾。

ステイト・アクション法理は、当初、字義どおり「州の行為」に限定して適用されたが、「憲法の拘束を受ける公権力行為の意味を定めることによって、公権力が私人に対して義務を課することを制約する機能を営むもの」として判例法上発展してきた⁸⁾。しかし、裁判所のステイト・アクション判断が「ステイト・アクション」を字義どおり「州の行為」に限定しなかったことは、私的領域の多様性を維持するために、「憲法」や「国家」がどのような役割を担うべきかという問題を想起させた⁹⁾。

そこで本稿は、「憲法」や「国家」の役割が議論の対象とされる日本の現況¹⁰⁾を考察する上での手掛かりを得るべく、ステイト・アクション法理の想定する「国家」像に照準を合わせて考察する。すなわち、第1に、ステイト・アクション法理を字義どおりの「国家」に限定する理由とその意

味を確認し、第2に、ステイト・アクション法理がそれを超えて、拡大して適用されるに至った理由とその憲法上の意味について考察する。第3に、ステイト・アクション法理が統治機構に関する原則と国民の統治への関わりにとって持つ意味を考察する。

第1章 「国家からの自由」の想定する「国家」

「国家からの自由」とは、国家の恣意的な権力行使から個人を防禦する自由である。そして憲法は、国家の権力行使を規制する規範であって、「国家からの自由」を意味する自由権を規定する。「憲法により保護される多くの権利は、政府による侵害に対してのみ保護される」¹¹⁾、また「個人の自由や平等についての憲法上の保障は、通常、政府の行為のみに適用される。……修正第13条のようなわずかな例外を除いて、個人の自由や平等についての憲法上の保障は私人の行為に適用されない」と言われるように¹²⁾、ステイト・アクション法理を適用した連邦最高裁の諸判決によると、少なくとも文言上は、公私区分を維持し、「国家からの自由」に基づいた「人権」観・「憲法」観を維持してきた。連邦最高裁は実際に、私人の人権侵害を憲法上直接評価するのではなく、人権侵害を行った私人が公的機能を遂行していたか、または州がその私人との関わりを持っていたかを精査しており、公権力の行使をチェックしてきたとも言える。それでは、憲法の規定が国家のみを制限すると考えられてきた理由は、いったい何であるのか。それには、「国家からの自由」の想定する「国家」像を解明する必要がある。

ステイト・アクション法理の「拡大」期の事件で、*Reitman v. Mulkey*¹³⁾ というものがある。これは、人種のみを理由にアパートの賃貸を拒否された原告が、私的な住居の販売および賃貸における人種差別を禁止した州法の規定（1959年成立）に基づいて、賃貸拒否の差止めと損害賠償を求めて

提訴した事件である。この事件の起こる前の1964年にカリフォルニア州憲法の改正によって、自己の不動産を売却もしくは賃貸借したり、またはそれらを断る権利を、州は否定、制限または剥奪できない旨の規定が州憲法に設けられたため、それ以前に制定された州法の有効性と州憲法改正の連邦憲法適合性が裁判における争点であった¹⁴⁾。この事件で法廷意見を執筆したホワイト裁判官は、州が私的な人種差別に中立的な立場を取れたにもかかわらず、州憲法の改正によって私的な人種差別を奨励し、それに重要な関わりを持つことになったと評価した¹⁵⁾。これに対して、反対意見を執筆したハーラン裁判官は、本件憲法修正によって州は単に憲法上中立的な政策を実施したにすぎないと評価した上で、人種差別行為をするかどうかは各人の自由に任されているし、また私的人種差別行為へのそれ以上の州の関わりが存在しないとした¹⁶⁾。この結果、法定意見は州憲法の改正が連邦憲法修正第14条に違反し、ゆえに問題の州法を有効とするが、これに対して反対意見は州憲法の改正が同条に違反せず、ゆえに問題の州法は効力を持たないと判断した。結論を分けたのは、州が私的な人種差別に対して中立の立場を取ったと評価するかどうかである。ここには私人の行為に対して、州は中立的立場を取るべきであるとの考え方が根底にある¹⁷⁾。

これは、私的領域において国家が積極的な価値判断を行うことは認められないこと、すなわち国家が私的領域内の問題について特定の判断を押しつけることなく中立であるべきことを示す。国家がその中立的立場を超えて私的領域内で積極的な価値判断をした場合は、憲法違反となる可能性がある。反対に、国家が私的領域内で中立的立場を保てば憲法に反しない。言い換えれば、自己の持つ思想・信条を表明するといった「個人の自律」の確保、「善き生」の追求に関して、国家が積極的な判断を行ってはならないということである¹⁸⁾。連邦最高裁は、「政府は……人びとに対して、その意思に反して社会的交流をさせることはできない。ある人が別の人との社会的な関係に同意したり、その関係を維持するかどうかは、政府と関

係のない問題である」とか¹⁹⁾、修正第1条の意義を述べる文脈で「政府は、表現にあるメッセージ・思想・主題・内容を理由に表現を制限できない」²⁰⁾と述べ、政府が私人の行為について積極的な評価を行ってはいらないことを示している。

しかし、連邦最高裁はその判決の中で、なぜ国家の中立性が必要とされるのか、なぜ憲法は国家のみを制限すべきであるのかという問題について、国家の側面からは十分な説明をしない。この問題については、ステイト・アクション法理を論ずる学説が次のように説明する。第1の理由は、政府(government)が莫大な権力を持ち、強大な人権侵害をしうる存在だからである。政府による人権侵害と私的権力による人権侵害との間には質的な差異がある。つまり、政府は、立法権、司法権、執行権といった広範かつ極度に強大な制度上の力を持ち²¹⁾、私的権力に比べてマイノリティの権利やプライバシーのような「非常に多様な憲法的価値を強大にそして潜在的に破壊する」存在である。しかも、政府の莫大な権力が常に人びとに対して適切な形で行使されることなど、どこにも保障されていない。したがって、憲法は、憲法的価値の破壊を避けるために、政府の強大さに縛りをつける規範として存在する²²⁾。

第2の理由は、政府は「模範としての政府(Government as Exemplar)」という役割を担うからである。この役割の点で、政府と私的権力の間には質的な違いがある。政府の持つ特殊な性格により、政府が提示・許容する価値は類のないほど強化される。それゆえ人びとは自分の立場が政府により承認されると、自己の人種的あるいは性的な見解の正当性について疑問に思わない傾向があると考えられる。政府の偏見が人びとに与える強大な影響は、いかなる種類の私的行為も匹敵しえない。それゆえ、「模範としての政府」という考え方が登場し、この考え方が憲法に規定される人権の対公権力性を正当化する²³⁾。

以上から、「国家からの自由」の想定する「国家」とは、広範かつ強大

な権力を持ち、私的権力に比べて「非常に多様な憲法的価値を強大にそして潜在的に破壊する」存在である。またそれは、人びとに対して甚大な影響力を与えうる存在であり、その影響力はいかなる私的権力の比でもない。そのため、国家にひとたび不当な権力行使をされた者は致命的な害を被る。国家はその性格のゆえに、憲法によって規制されるべき存在となったのである。

第2章 「国家」像の変化とステイト・アクション

ステイト・アクション法理は、憲法上の人権規定の対公権力性をその前提とするが、それにもかかわらず1960年代後半まで、私的な人種差別や修正第1条に関わる問題の領域で「拡大」・「発展」して適用された²⁴⁾。そのため「国家からの自由」に言う「国家」の意味が拡大し、憲法は実質的に「私的権力からの自由」の役割を担うことがあった。アメリカの学説によれば、これには、①巨大な私的権力の出現、②積極国家・福祉国家観の登場、③人種差別の積極的な排除といった背景があると指摘される²⁵⁾。本章では、ステイト・アクション法理が字義どおりの「国家(州)」を超えて「拡大」・「発展」した背景を確認することで、「国家からの自由」の想定する「国家」像がどのように変化したのか、またそうした変化が憲法理論にどのような影響を与えようとしたのかを考察する。

第1節 巨大な私的権力の出現

1 巨大な私的権力の出現

第1は、巨大な私的権力の出現である。20世紀に入ると、政府の強制的権力に匹敵した、強大な私的権力と言える私的な団体が登場した²⁶⁾。企業、労働組合、財団、病院、同業組合(同業者団体)や大学は、その規模や結果として生じる権力という点で、それまでの私的行為者と異なる。例えば、

企業は納入業者、加盟店および従業員に対しては様々な種類の強制的な力行使できるし、労働組合も組合員たる労働者に対してはかなりの権力を持つに至った²⁷⁾。

こうした状況は、一方で、私的権力の性格を踏まえた上でもなお、「非常に多様な憲法的価値を強大にそして潜在的に破壊する」国家²⁸⁾と、そうでない私的権力との区別を維持できるという立場を生む。しかし、他方で、公私区分に対する攻撃を生じさせ、人権侵害を行う主体としては公権力と私的権力との間に質的な差異が存在しないと考えるか、あるいは両者の差異を重視しないという立場を生むことにもなった²⁹⁾。後者の立場に立てば、現代においては、私人による人権侵害は取るに足らないものではなく「政府による侵害と同じように有害である」し破壊的であって、私的支配における富と権力の集中によって、私的行為の効果は政府によるものと事実上区別が付かない場合もあると考えられよう³⁰⁾。とすれば、私的権力の登場によって、国家は「非常に多様な憲法的価値を強大にそして潜在的に破壊する」唯一の存在ではなくなった³¹⁾。

2 私的権力に対する制約——ステイト・アクション法理のこだわり

巨大な権力を持つ私人の行為が他者の権利を侵害する状況は、これへの適切な対処を求めることにつながる³²⁾。私的権力が国家と同様の人権侵害をしようとする存在と捉える場合、私的権力に対する防禦は国家に対するものと同様であるべきだという主張を生む³³⁾。連邦最高裁判所の判決も、実際には、国家と自由の極端な侵害者である私人とを分けて扱う必要のないことを示しているとも読める。会社町でも通常の自治体の町でも、人びとはコミュニケーションの手段がコミュニティの中で自由に機能することについて同一の利益を持つので、会社町で印刷物の配布が禁止される場合にも自治体のときと同様に憲法の制約に服するという裁判所の判断³⁴⁾は、その例である。また、独占公共事業を営む企業に対しては、国営でなくとも、多様

性・多元性の名の下にその企業の行為が憲法上の諸要件から免れているとは言えないという考え方³⁵⁾も、同様である。それゆえ、「人権」侵害から被侵害者を効果的に救済するためには、権力が公的か私的かによってではなく、行為者の権力行使の効果によって判断することが必要であり³⁶⁾、そのため「国家」のみを制限する「人権」観・「憲法」観を放棄すべきであるとの主張まで登場する。

しかし、ステイト・アクション法理の発想は、州が私的権力に関わることによって、弱者たる個人から権利を奪うことのできる付加的な力を与えた、というものである³⁷⁾。つまり、着目すべきは公権力である。実際に、ステイト・アクション法理が私的権力と個人に対するその影響に着目して拡大してきたと言うことは、困難である。また、私的権力の存在が明らかでない事例において、ステイト・アクションの適用を確認することも困難である³⁸⁾。もっとも公的機能の理論は、州との結びつきから離れて、主として形式的に私的行為者とその属性に焦点を当てるものなので、先に述べたことの例外と言えるが³⁹⁾、それでも私人が「伝統的かつ排他的に州に留保された権限」を行使したのかどうかを審査するものであるから⁴⁰⁾、公権力と無縁ではない。このように裁判所はこれまで、憲法の中に大企業のような私的権力を組み込むという試みをしてこなかったのである⁴¹⁾。

第2節 積極国家の登場

1 積極国家がステイト・アクションに与えたインパクト

第2は、積極国家の登場である。1930年代のアメリカでは1929年の世界恐慌を受け、政府が富の配分や私的権力の代表格である企業の制御を行うべく、ニューディール政策の実現を企図した社会経済立法を制定した。この立法について、連邦最高裁は当初レッセ・フェール思想に基づき違憲と判断したものの、後にそれを覆して合憲と判断するに至り、その姿勢を大きく転換した——「憲法革命」と呼ばれることがある——。それまでのア

アメリカは、Lochner v. New York⁴²⁾に見られるように自由放任の哲学が貫徹する社会であったので、政府の社会領域への介入は公私区分観と国家観の転換と言える大きな出来事であった。

もっとも、ニューディール期の社会経済立法の合憲性を争う裁判では、必ずしもステイト・アクション法理の適用が争点とされたわけではない。しかし、この時期の公私区分観と国家像の転換が、ステイト・アクション法理に対して一定の影響を及ぼしたとは言えよう。1つは、私的権力の登場とそれに対する規制の必要性によって積極国家が登場した側面を重視すれば、私的権力の「人権」侵害に対して、私的領域での自律調整機能のみに依存した解決を目指すのではなく（依存するのは「国家からの自由」の下での考え方）、国家が被侵害者を救済すべく積極的な責務を担うというものである。ステイト・アクション法理は、純粋な政府機関からの自由を超えて、その射程を拡大することになる。

ステイト・アクション概念の拡張に対する積極国家のもう1つのインパクトは、規制、財政的支援、許可、独占的地位の付与という形で、州と私的行為者との関係に焦点を当てた諸判決に反映された⁴³⁾。立法府や執行府の積極主義によって生じた私的領域における政府の浸透は、個人の権利を否定する私的決定に対して、それ以上の支持を与える。政府はその権力ゆえに憲法上の精査の対象とされるが、その一方で私的団体に対する政府の役割の増大によって、その団体はますます政府と同様に扱われ易くなった。というのは、団体の活動が政府によって生じるからであり、または団体の受け取る政府の支援が弱者に対する自己の権力を高めるからである⁴⁴⁾。

2 2種類のスイト・アクション？——国家の活動領域の変化

積極国家がステイト・アクション法理に与えたインパクトについては、さらに検討する手掛かりがある。それは、公私区分のシステムティックな除去をその中心要素とする憲法革命がステイト・アクションの領域にも影

響を与えたと説明する、サイドマン (Seidman) とタシュネット (Tushnet) の理解である⁴⁵⁾。彼らは、ステイト・アクションと言っても、現代版ステイト・アクションと、そうでないものとを区別し、前者は憲法革命によって登場したと言う。そして2種類のステイト・アクションの特徴を理解する上で、2つの事例——1883年の Civil Rights Cases⁴⁶⁾と、1989年の DeShaney 事件⁴⁷⁾——の検討を行う。

Civil Rights Cases は、交通機関、ホテル、劇場や宿屋等における人種を理由とする差別的取り扱いの禁止を定めた1875年制定の公民権法の連邦憲法適合性が問われ、直接私人の行為を禁止しているために連邦憲法修正第10条に違反するとされた事件である。また DeShaney 事件は、州の社会福祉事務所が親による児童の虐待を知らながら適切な措置を講じなかったことが問題となり、私人による権利侵害を防止する憲法上の義務を認めなかった事件である。サイドマンとタシュネットによれば、両者の差異は「ステイト・アクション要件の意味と正当化にとって重要な含意を持つ」。ステイト・アクション法理を、前者は連邦政府の政治部門の権力を制限するものと捉えるのに対し、後者はこれらの権力がすでに拡大されてきたことを踏まえ、連邦裁判所の権力のみを制限するものと捉える。すなわち、第1に、Civil Rights Cases での問題は連邦裁判所によって政府が活動できない領域を明確にすることであったが、DeShaney 事件でのそれは連邦裁判所の介在なしに政府が活動できる自由裁量の領域を明確にすることであった。実際に、前者では、連邦政府が公共交通機関等における私的差別を禁止する権限を持つかどうか問われたのに対して、後者では、連邦憲法が州および連邦議会に対して児童を虐待から守る権限の行使を要求するかどうか問題とされた。第2に、Civil Rights Cases は作為・不作為の区別の問題に直面しないが、DeShaney 事件は作為・不作為の問題が裁判の中心的争点であった。すなわち、前者は、州が私人の違法行為に対する救済策を用意する限り、連邦憲法上の権利は侵害されないと考えるのに対し、

後者は州が憲法上の権利を脅かす私人に対して行為する積極的義務を持たないとされる⁴⁸⁾。このように2人は、1880年代と今日とでは、政府の活動についての問題領域が変化したことを指摘する。

それでは、ステイト・アクション法理の変化を生んだ憲法革命とは何か、言い換えれば、積極国家の登場によって何がどのように変わったのであろうか。これについて、サイドマンとタシュネットは次のようにまとめる。第1に、Lochner時代の自然権イデオロギーが崩壊し、政府の介入の範囲が政治と裁量の問題になったことである。これは、経済的自由に対する政府の規制を正当化する上で、憲法上の障害を除去するためには必要なものであった。ただし、こうした規制は司法の審査による制約を受け入れざるを得なくなった。第2に、作為／不作為二分論が批判されるに至り、裁判所が不作為を作為の一種と捉えるようになり、したがって政府は責任・利益を再配分すること、あるいは何もしないことを選択できるようになったことである。そのため、政府が再配分をしないことも、憲法の制約に服すべき政府の決定となる。第3に、政府の規制が例外ではなく標準になった場合は、ほとんどすべての行為が政府の生み出した権利 (entitlement) に依存すると捉えられるようになったことである。これは、公私区分が我々にとって信じられないものとなり、政府の活動が私的な選択に介入することを示すものであった⁴⁹⁾。

例えば、Moose Lodge No.107 v. Irvis⁵⁰⁾では、私的な飲食施設において、黒人に対するアルコール飲料の提供の拒否が憲法の平等条項に抵触するかどうかの問題となった。この飲食施設は、公的な補助を受けていなかったものの、ペンシルヴァニア州によって発給されるアルコール販売の免許を得ており、様々な州の規制に服していた。私的な飲食施設の開設を希望する者は州の求める様々な条件をクリアしなければならない。例えば、州が建物の変更および会員や従業員の名簿の提出を要求した場合に、飲食施設の開設希望者はそれに従わなければならない。また飲食施設の開設希望

者は、「悪い評判の人」を施設に通わせてはならないし、そこでは常時「わいせつ、不道徳かまたは不適當な娯楽」を許可してはならない。また施設に客がいる場合でも、州アルコール飲料管理局やその代理人にその施設をいつでも検査する権利を与えなければならないなど広範な規制に服す。「アルコール販売の免許は、同性愛者の存在や活動、トップレスのダンサーによるパフォーマンス、わいせつなダンス、騒々しく乱雑に神を侮辱するような、幅広い道徳上の行為を規制するためにペンシルヴァニア州で使われてきた」⁵¹⁾。これは、政府が私人の開設する飲食施設に介在し、施設の免許保持者が「できること」と「できないこと」は政府の行為の結果に依存する状況にあると言えよう。

3 個人の決定と国家の存在

積極国家の登場によって、一方では、公私区分は不要になったと考える立場がある。憲法革命と言われるニューディール期の政治を契機に、ステイト・アクション法理に関する裁判例はすでに公私区分を打破したとも言えよう⁵²⁾。国家が私的領域の中で活動する上で、公私区分という障壁はもはや存在しない。そればかりか、この立場に立てば、国家に帰責されずに個人が決定できる領域も存在しないことになる⁵³⁾。すなわち、個人の行為は禁止や許可といった国家の行為の結果であり、なかんずく私人の行う法的侵害は国家の黙示の決定の結果と考える。この禁止・許可といった行為には国家の理解が反映されるのであるから、善悪の判断基準の測定者になった国家が保障されるべき権利・自由を決定することにつながる。「自由、正義、公正および平等的取り扱いの促進や、社会生活を営む上での行為の価値のある規準および目的の設定を求める、我々の社会にいるすべての人びとにとって、政府は社会的機関である」⁵⁴⁾と言われるように、政府が社会生活に対して積極的な価値判断を示す。これは、「国家からの自由」の想定する「国家」像と齟齬を来すものと言えよう。以上のように考えた場

合、私人の行為も国家による行為を通すことになるので、憲法の制約を受けるという理解の仕方も出てくる⁵⁵⁾。

他方で、公私区分なしでは個人の権利のシステムを再構築できないとして、公私区分の必要性を主張する立場もある。この立場は、ステイト・アクションを否認しようと思っても、国家により破壊されるであろう個人の空間があることを考えれば、私的領域——国家に帰責されずに個人が決定できる領域——を維持しなければならないと考える⁵⁶⁾。それは、公の機関が「それは悪い」と忠告するとき介入を試みるよりも、不幸な私的決定を受け入れるのが良いという態度である。ただし、ある決定の公の評価は私的領域の境界を引くことを必ず伴う（私的領域の境界は公の決定により明確になる）と考えるとしても、保護される私的領域を明確にするための公の決定と、私的領域内の私的決定とは異なることに留意すべきである⁵⁷⁾。

第3節 人種差別の打破

第3は、人種差別の打破である。1960年代後半まで見られるステイト・アクション法理の顕著な拡張は、黒人による平等条項の主張との関係で、しばしば説明されてきた⁵⁸⁾。ある裁判官も「ステイト・アクション法理は、平等的取り扱いの否定、とりわけ人種や肌の色に基づく否定に対して、政府が責任を持っているか共有するときに、非常にゆゆしきことである、という深遠な判断を反映する。……コミュニティの諸価値についての信頼すべき賢人である政府が人種差別それ自体に関わる社会では、この上なく不適当なことがある。したがって、……人種差別に対して州の重要な関わりを非難してきた今までの事例は、……人種差別という汚い事柄に対して、州がどんな意味を持つ方法によってもその権威を貸してはならないという、憲法上の原理にきわめて忠実であることを示している」と述べて、ステイト・アクション法理が人種差別への対処に資することを説明する⁵⁹⁾。

連邦最高裁は、連邦下級裁判所に対して人種差別の破壊的なインパクト

を緩和する道具を提供し、またこの目的を達成するために、州の行為と見られる私的活動の範囲を拡大した。連邦最高裁の人種差別に対する嫌悪は、私人の選択の自由や連邦制の原理にまさると言えよう⁶⁰。大統領の予備選挙を巡る人種差別が次々に問題となった White Primary Cases⁶¹、住居における人種差別への関心を示す Shelley v. Kraemer⁶²や Reitman v. Mulkey⁶³、レストランによる黒人へのサービスの提供の拒否が問題となった Burton v. Wilmington Parking Authority⁶⁴、黒人に公園の利用を認めることが問題となった Evans v. Newton⁶⁵など、ステイト・アクション法理は現実に生じた人種差別に対応するために適用されたことを確認できる。

ステイト・アクション法理によって人種差別が打破されることは、被差別者が裁判所によって自己の自由を確保されたことも意味する。例えば、民間のレストランは客を選ぶ自由があり、それゆえ本来は私的な差別は許容されるが、それにもかかわらず、裁判所がこの私的な人種差別を認めないことで差別の被害を受けた客を救済することは、裁判所という国家機関が私的権力からの自由を確保したとも言える⁶⁶。このように人種差別の打破には裁判所の活躍が大きかった。なお、この構造は人種差別の事例に限らない。会社町や私的なショッピングセンターは、本来は国家の積極的介入を受けない私有財産であるはずだが、裁判所という国家機関の判断によって、私有財産権を制限してそこにおけるビラの配布やピケを認めることも同様である⁶⁷。

もっとも、当初は修正第14条以外に人種による不正義を撃退する手段が無い場合、ステイト・アクション法理の拡大が必要であったが、1964年の公民権法の制定等によって私的な人種差別が禁止され、ステイト・アクション法理の適用に依るよりも広範で確実な救済が可能となった⁶⁸。

第4節 「国家」像の変化と憲法理論への影響？

ステイト・アクション法理の「拡大」・「発展」によって「国家」像は、

どのように変化したのか、また憲法理論にどのような影響を与えたであろうか。これまでの記述をまとめてみよう。まず第1に、私的権力の出現の意味についてである。私的権力の登場はそれによる人権侵害を増大させることになったものの、そうだからと言って、国家が強大な権力を持ち個人の人権を侵害する存在であることには変わりがない。しかし、私的権力が国家と同様に莫大な権力を持っていると考える場合は、権力を持つ存在としての国家の地位が相対化されたことになる。そうであれば、憲法は「国家からの自由」だけでなく、「私的権力からの自由」のための規範でもあるとの考えが導かれよう。ただし、この考えは、少なくとも連邦最高裁判所の採るところではない。

第2に、積極国家の登場の意味についてである。積極国家の登場は公私区分にも影響を与え、国家が私的権力による人権侵害から被侵害者を救済する役割も担うことになった。分岐点となるのはその先である。すなわち、個人の決定に国家が介在しているとの見方を重視するかどうかである。重視した場合、個人の行為は禁止や許可といった国家の行為の結果であるとの理解は、国家が善悪の判断基準を測定して保障されるべき権利・自由を決定するという国家像を想起させる。つまり国家は国民に「個人の自律」の確保・「善き生」の追求に資する一定の価値を提供することが任務となる。この考え方から、私人の行為も国家の行為を通すゆえに、「国家からの自由」という意味での憲法の制約に服すとの理解もあるが、このように言ったところで、憲法は実質的に「私的権力からの自由」を意味する規範になる。これは、従来の伝統的な憲法観とは異なるはずである。人種差別の事例は、裁判所が積極的に人種差別は悪だという判断を示すとともに、ステイト・アクション法理を拡大したことで「憲法とは何か」という問題を惹起したのである⁽⁶⁹⁾。

第3章 統治の構造と自由な統治への参加

これまで、ステイト・アクション法理に関する議論から想定できる国家像について検討してきた。憲法の想定する基本の国家像如何によっては、国家が私人間の問題に適切に対処するための枠組に差異が生じうる。そこで、ステイト・アクション法理の目的に関する議論——「個人の自律」との関係を踏まえた「連邦制」および「権力分立」の問題——を手掛かりに、ステイト・アクション法理が国家の統治構造に対してどのような意味を持つのかを考察する。その上で、同法理を巡る議論から、国民の国政への関わりについて何が言えるのかを検討する⁷⁰⁾。

第1節 統治の構造

ステイト・アクション法理の目的またはその存在理由は、「個人の自律」「連邦制」「権力分立」のいずれかあるいはそれらの組み合わせであると考えられている。「個人の自律」については、これまでの「自由」を巡る議論がこれに該当すると言えよう。しかし、ステイト・アクション法理の目的は「個人の自律」の確保にだけあるのではない。この法理は、「連邦制」と「権力分立」というアメリカ合衆国の統治の基本構造の維持に資する理論である。

1 連邦制

アメリカ合衆国は連邦制を採用している国であり、それに合致した法構造を備えている。すなわち、連邦政府が行使できる権限は合衆国憲法に列挙されるものに限定され、人権に関する事項は基本的に州政府の管轄とされた。しかし、連邦の権限と州の権限とのバランスをとることは、アメリカ合衆国にとって建国以来⁷¹⁾、大きな課題であり続けた。ステイト・アクシ

ョン法理もこの課題を解決するための法理論の1つであると考えられる⁷²⁾。

ステイト・アクション法理は「私人の行為をコントロールする連邦政府の権限を制限する」ことで⁷³⁾、連邦制という重要な制度的利益を保護する理論とされる⁷⁴⁾。連邦最高裁は *Peterson v. City of Greenville* で、憲法上の人権規定の私人間適用は自由を蹂躪する危険があることを指摘した上で「ステイト・アクションの概念に固有なものは連邦制という価値であり、それは連邦の権力が重要な手段を持つべきではなく、…地方当局の機関に適切に残されるべき私的権利の領域がある」と述べている⁷⁵⁾。そのため、ステイト・アクション法理が私的な人種差別に対処すべく「拡大」適用される中で、連邦制の観点から、「憲法修正第14条が関わる限り、私的な人種差別行為の縮減は……許されたのポリス・パワーの範囲で行動する州に残される事柄であ」って⁷⁶⁾、「それ（私的施設の公的機能に依拠して当該施設に憲法の適用があるとする考え方）は、連邦憲法によって賢明にも州に残されてきた規制事項の広大な領域を連邦に移すことにつながる」⁷⁷⁾との批判が出された。

具体的に言えば、ステイト・アクション法理によって、連邦議会の私人を規制する立法権限は連邦憲法に列挙された領域に限定され、州は私人の行為を直接制御することのできる一般的な法律制定権を持つことを保障される。したがって、有効な議会制定法が無く、ある私的行為が州に帰属させられるかどうかを決定しなければならないときには、裁判所は連邦制の原理に敏感になるべきであり、州の主権を修正第14条による私的行為の精査を通して侵害することを自制すべきであると考えられている。ただし、ステイト・アクション要件は、私的行為に関する基本的な法律を制定するという州の主要な責任に連邦裁判所が過度に介入することを防ぐだけでなく、市民の取り扱いに関する一般的な法律の制定において州に対しても最小限の明確な基準を課しているのである⁷⁸⁾。

2 権力分立

ステイト・アクション法理がその目的とする権力分立は2つある。第1に、連邦制の問題と重なることであるが、連邦と州との間にある権限の配分の問題である。ステイト・アクション法理は、憲法の規定によって連邦裁判所が私人の活動を直接規律することを認めず、私人の活動を規律することは州に留保されるものとする。第2に、執行権・立法権と司法権の間にある権限の配分の問題である。ステイト・アクション法理は、憲法が執行・立法機関に委ねた権限を司法機関が濫用することを防止する。すなわち、私的行為の規律に関する事項は主として代表部門である議会が担うのであって、裁判所は立法の指導が無い場合に私的行為を評価してはならない。つまり、ステイト・アクション法理は、裁判所が私的行為の問題に介入する前に、立法機関がその領域において活動することを保障する⁷⁹⁾。ある論者曰く「連邦最高裁判所は、市民の自由の保護を拡大するための主要な責任が、修正第14条の下でのステイト・アクション法理の拡張を通して裁判官に存在するのではなく、立法権の執行によって議会に存在する、という重要な制度的な判断をしてきたと思われる」との評価がなされる⁸⁰⁾。

もっとも、実際には立法機関と司法機関の権限配分は、簡単に解決する問題ではなかった。例えば、先に見た *Reitman v. Mulkey*⁸¹⁾では、法廷意見が住宅を巡る私的な人種差別の中に州による憲法上の権威の付与を見出したのに対して、ハーラン裁判官が執筆した反対意見は、「法定意見を支えている理論は、立法過程を通して微妙で面倒な人種関係に関する問題を処理する試みを阻害しうるものである」と批判する。ハーランはつづけて、このような領域の中でラインを引くことは、「人種や信条ということであれば何であれ、人間の感情やもろさを伴うものなので、困難である。それらの線引きは、理解、忍耐および妥協を要求するものであり、司法によってではなく立法部によって最も良く行われものである」と述べて、人種や信条などの人間関係の調整は立法府が適任であって、司法府がそうした事

項にまで担当することの問題性を指摘する⁸²⁾。ハーラン裁判官によれば、有権者は、住宅の販売・賃借等における所有者の権利を認める憲法修正を認め、住宅における差別を禁止する州法を否定することによって、「連邦憲法では留保された問題について立法部を極度に支配し抑制することを望んだ。カリフォルニア州の人びとの決定の受け入れを拒否することによって、また連邦司法権の介入を認めるために新たにまずい憲法上の概念を考案することによって、裁判所は憲法でどこか他のところに残された権限と責任を持つことになったと考えられる」とする⁸³⁾。このように、連邦最高裁が裁判所と他の統治機関との間の権限配分について適切な判断をしてきたかどうかは、評価が分かれる。人種差別に関する事件において、裁判所が積極的に差別に対処する判断を示してきたウォーレン・コートは、とりわけこのことが当てはまるであろう⁸⁴⁾。

3 「個人の自由」と「連邦制」・「権力分立」との関係

ステイト・アクション法理の「個人の自律（個人の自由）」・「連邦制」・「権力分立」という目的は、相互に関連している。Lugar v. Edmondson Oil Co. 連邦最高裁判決の次の一節は、3つの目的の関係を見事に説明する。「ステイト・アクション要件を注意深く守ることは、連邦法と連邦裁判所の権限の範囲を制限することによって、個人の自由の領域を維持することである」⁸⁵⁾。つまり、連邦裁判所により私人の人権侵害行為がステイト・アクションと判断された場合には、その領域では、人権侵害をしたとされる個人の自由が抑制され、また州は憲法上の制約が存在することになるので自由に活動することができない。反対に、私人の人権侵害行為がステイト・アクションと判断されなかった場合には、その領域において、人権を侵害したと訴えられた個人の自由が確保されるとともに、州は憲法上の制約が無いことになるので自由に活動することができる。

3つの目的が結びついてステイト・アクション法理を支えていることに

関しては、ハーゲットの見解が興味深い。ハーゲットは、ステイト・アクション法理を支える基礎理論として「個人の自由」、「単純多数決ルール」、「連邦政府と州政府との間の権限配分、連邦政府は憲法により列挙された権限のみを有すること、三権の分立、及び政府のある種の活動が憲法により明示的に禁止されたこと」という意味での「制限政府」の3つを挙げた上で、ステイト・アクションについて以下のように説明する。各個人は「個人の自由」を有するが、一方で政府が各個人を規律する法を執行することは「社会契約」により正当化される。「社会契約」により正当化される政府とは、法定立権者が選挙過程により選出され、特別多数決が少数者に拒否権を認めることになるがゆえに「単純多数決ルール」を採用する代表民主主義政府のことである。さらに憲法は多数者の独裁を防ぐために「制限政府」という原理を作り出した。この「制限政府」に関する憲法の規定を議会の単純多数では修正できないようにするため、特別多数による修正規定を設ける必要があった。この特別多数による修正は、憲法の諸規定が個人に対して直接に作用しないことで正当化される。つまり、憲法の諸規定は個人に対して直接その効力を及ぼすものではなく、ただ政府の権限を制約するものとすることによって、個人の自由の保護に資するものとなる。この3つの原理は、憲法の諸規定が政府に対してのみ適用されると解することで、初めて相互に調和するように把握できる⁸⁶⁾。

このハーゲットの説明を参考にして、次の3つを指摘できる。第1に、「個人の自由」を確保するためには、政府の権力を制限する仕組みを備えることが必要である。「連邦制」や「権力分立」といった統治機構内のバランスを確保するための仕組みは、憲法の政府に対する授権・禁止の明示の規定と合わせて、政府の権力の濫用を防ぐ「制限政府」としての役割を担う。第2に、「個人の自由」を制約する法の制定は、裁判所ではなく代表機関たる議会に任せるべきである。個人を規律する法を作る組織に必要なことは、民主的な選挙過程でその構成員が選出されることと、「単純多

数決のルール」の原理を採用することである。第3に、これら2つのことは、憲法の名宛人が国家でなければ成立しない。ハーゲットの理論は、個人の規律は通常の法で、国家の規制は憲法で、という役割分担を示す。もし憲法の名宛人を私人にまで拡張すれば、議会の制定法が無くても憲法の条文を使うことで私人間の問題を解決することになり、議会の役割とその構成員を選出する民主的な選挙過程の意義は希薄化する。そうであれば、「個人の自由」を制約する規範を定立する段階に、諸個人は関与できない危険性が生じる。ステイト・アクション法理は、少なくとも表向きは人権の対公権力性を護持し続けることで、「個人の自由」「制限政府」「単純多数決ルール」という諸原理の関係を壊さないように努めてきたと言える。

第2節 自由な統治への参加

これまでの議論から「個人の自由」を確保する上で、民主的な選挙過程の存在が必要なことは理解できよう。次の問題は、その過程に各個人がどのような形で参加をするのか、ということである。ステイト・アクション法理はこの問題に対してどのような判断をしてきたのだろうか。

しばしば20世紀の前半に起こった *White Primary Cases*⁸⁷⁾ は、黒人を排除して実施された大統領予備選挙の効力が争われた一連の事件である。政府が公職の選挙を実施する際に、人種を理由に黒人を投票から排除することは憲法に違反する⁸⁸⁾。しかし、ここで問題とされたのは、公職の選挙過程において、純粋な政府機関の関与が無く、憲法上は私的機関である政党等の組織が決定的な役割を果たしている場面で行われた人種差別であった。そのため、本来私的な結社である政党やその他の私的組織が、ステイト・アクション要件を満たして憲法の制約に服すかどうか訴訟上の争点であった。

*Nixon v. Condon*⁸⁹⁾ では、テキサス州法が政党の州執行委員会に対して、党員資格と予備選挙での投票資格を決定する権限を委任したのを受けて、

州民主党がその権限に基づき黒人に予備選挙での投票を認めなかったことが問題となった。この事件において、マックレノルズ裁判官が執筆した反対意見は、州執行委員会が党の意見であって、憲法上の権利の問題を惹起しないという結論を導く中で、次のように述べる。「政党は自発的活動の産物である。不法な目的が無ければ、市民は意のままに政党を創設してもよいし、思慮深く見えるようにその構成員を制限してもよい。州はそうした政党の行為を妨げてはならない。白人が組織的に団結するかもしれないし、黒人も同様にするかもしれない。女性の政党は男性を排除するかもしれない。このことは自由な統治にとって不可欠なことである」と⁹⁰⁾。すなわちマックレノルズ裁判官は、人種や性別に関する意見が政治的見解と結びつくことを考えれば、大統領の予備選挙という公職の選挙過程に参加できない者がいる代償を払ったとしても、国家がその過程に関与することの問題性を指摘する。すなわち、民主主義が機能するためには、多様な考え方を持った政党の存在が肯定されるべきであり、またそうした政党の活動に対して国家が介入することは認められるべきではないという。換言すれば、国民の統治への参加を意味のあるものとするためには、「国家からの自由」の保障が必要なのである⁹¹⁾。

Smith v. Allwright⁹²⁾では、テキサス州民主党の党大会が大統領予備選挙での投票を白人の党員に限定したことの憲法適合性が問われた。この事件で連邦最高裁は、結論としては、憲法の射程を実質的に拡大し、私的組織であっても州法に従うことから州の代理に当たると評価できるとして、党大会の措置を違憲と判断した。その中で、リード裁判官が執筆した法廷意見は、「合衆国は立憲民主主義の国である。合衆国の法は……選挙で選ばれる公務員の選択に参加する権利をすべての市民に認めている。このような公職を選択する機会は、州が私的組織の行った人種差別を許容する形で無にされるべきではない。憲法上の権利が間接的に否定されるのであれば、それは全く価値の無いものになるだろう」と述べる⁹³⁾。大統領予備選挙は、

政党の大統領候補者を指名するための予備的な選挙であるから、大統領の選出過程において重要な意味を持つ。そのため、この予備選挙に参加する権利を奪われた者は、合衆国の大統領を選挙する過程の中できわめて重要な選択の場面に関われない。このように自由な統治に不可欠な公職の選挙過程への参加が保障されないことは、「国家への自由」の侵害と言える。確かに Smith 事件では、州の機関ではない政党が予備選挙を実施したので、それが直ちに憲法問題を惹起しない。しかし、連邦最高裁は州法が予備選挙に種々の規制を課すことから政党を州の代理と解すことで、州が人種を理由に公職の選挙過程への参加を拒否することは認められないという理論の筋道を開発した。これは、「国家への自由」が保障されるためには、国家から差別されないことが不可欠なことを示すものである。

マックレノルズ裁判官とリード裁判官の両者とも、選挙過程における国家の不介入を言う。そして国家が某かの問題で善悪の判断を行わないことによって（この意味で「国家からの自由」という発想を重視することで）、自由な統治とそれに連なる「国家への自由」が確保できると考えているように思われる。両者の違いは、前者が私的存在の多様な見解に対する国家の介入を拒否することで自由な統治が実現できると考えたのに対して、後者が本来は私的存在であるはずの者を国家と同視し、結果的にその者の自由を制約することで、国民の自由な統治を実現できると考えたところにある。ただし、リード裁判官も、あくまでも民主党とテキサス州との関係からして、公権力が民主的な選挙過程を阻害したことを決め手にしたと言えよう。

むすびにかえて

本稿では、ステイト・アクション法理の想定する「国家」像の解明を試みた。第1に、「国家からの自由」の想定する「国家」とは、広範かつ強

大な権力を持ち、非常に多様な憲法的価値を強大にそして潜在的に破壊する存在である。そのため、国家にひとたび不当な権力行使をされた者は致命的な害を被る。第2に、「私的権力からの自由」の確保のために「国家」像にも変化が生じ、国家が私的権力による人権侵害から被侵害者を救済する役割も担う存在となった。もっとも、ここから、善悪の判断基準を測定して保障されるべき権利・自由の決定者という「国家」像を想起するかどうかは意見の分かれるところである。第3に、「個人の自由」を確保するためには、それにふさわしい統治機構のあり方と自由な統治が必要である。ここでのポイントは、憲法の名宛人が国家であること、国民を規律する法の定立に国民自身に関わること、またある特定の問題で善悪の判断をしない国家の存在が自由な統治に必要なことであった。

このような本稿での検討が現代の日本社会において某かの意味を持ちうるとすれば、それは、ささやかであるが、「国家」という存在を考察する上で1つの視点を提供することであろう。国民には国家を縛るという基本的な観点が定着せず⁹⁴⁾、「国に守ってもらおう」「国家は私たち国民の保護者である」という発想が受け入れられている。しかし、国家による「私的権力からの自由」が重要であるとしても、「国家からの自由」という発想が不要なはずはない。むしろ、国家権力の役割が増大している今日こそ、これまで以上に「国家からの自由」の重要性が高まってきたとも言える。いま一度、国家による「私的権力からの自由」の想定する「国家」像と対比しつつ、「国家からの自由」の想定する「国家」像を検討することも必要ではないだろうか。

さらに、このことは憲法の役割をどのように理解するかという問題と関係する。憲法学の理解では憲法は国家を縛るものであったが、昨今の議論では、憲法のこうした基本的性格に異論が出されるようになった。しかし、「私的権力からの自由」を確保する必要があるとしても、それは直ちに憲法にその役割を担わせることにはならない。しかも、憲法に新たな役割を

担わせることは、権力分立などの統治機構の原則や「国家への自由」に対して大きな変更を迫る可能性をはらむ。このように憲法の基本的性格に変更を加える発想には、克服すべき課題が存在するのである。

註

- 1) Edmonson v. Leesville Concrete Co. Inc., 500 U.S. 614, 620 (1991).
- 2) *Id.*
- 3) 拙稿「ステイト・アクション法理と人権の対公権力性」比較社会文化第9巻(2003年)1頁以下。
- 4) 前掲13頁。
- 5) 489 U.S. 189 (1989). なお、拙稿・前掲注3)12頁で、この事件の一方の当事者を「ワイオミング州の社会福祉事務所」と記したが、正しくは「ウィスコンシン州の社会福祉事務所」の間違いである。ここに、お詫びして訂正する。
- 6) 拙稿・前掲注3)13頁。
- 7) 同上。
- 8) 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』(有斐閣, 1981年)365-366頁。それゆえステイト・アクション法理を「憲法上の諸々の保障を援用するための前提条件」と理解することもできる。J.NOWAK & R.ROTUNDA, CONSTITUTIONAL LAW 549 (7th ed. 2004); J・E・ハーゲット(渡辺賢訳)「アメリカ憲法における State Action 法理の展開」北大法学論集35巻6号(1985年)747頁。ただし、このような見方をする場合でも、裁判で「ステイト・アクション」の存否が問題となるのは、主として人権侵害をした者が私人の場合である。
- 9) 筆者は、ステイト・アクション法理を巡る議論から、「憲法」と「自由」の関係について簡単な分析を試みたことがある。拙稿「ステイト・アクションの法理にみる『自由』」比較社会文化研究5号(1999年)1頁以下。また、同様の問題意識から日本の私人間効力論を分析したものに、拙稿「人権規定を私人間に直接適用しないことの意味」比較社会文化研究7号(2000年)1頁以下がある。
- 10) 例えば、私人間効力論や国の保護義務論に関する議論を想起されたい。また現在、日本国憲法改正を巡る議論の中でも、この種の議論が登場している。
- 11) Lugar v. Edmondson Oil Co., 457 U.S. 922, 936 (1982).
- 12) Edmonson v. Leesville Concrete Co. Inc., 500 U.S. 614, 619 (1991). 連邦最高裁は他の判決でも、例えば、「どんなに差別的あるいは不正な行為であっても、修正第14条は単なる私人の行為に対して防禦するものではない」(Shelley v. Kraemer, 334 U.S. 1, 13 [1948]), 「修正第1条が政府による表現の自由の侵害を禁止することは、基本的なことである」(Rendell-Baker v. Kohn, 457 U.S. 830, 837 [1982])と説明す

る。

- 13) 387 U.S. 369 (1967).
- 14) *Id.* at 370-373.
- 15) *Id.* at 373-381.
- 16) *Id.* at 387-396.
- 17) 政府の中立性の概念は、ステイト・アクション法理に関する他の判決でも言及される。例えば、民事訴訟の当事者が人種を理由に理由不要の陪審員忌避権 (peremptory challenge) を行使できるかどうか問われた Edmonson 事件において、それはステイト・アクション要件を満たさないと立場から反対意見を執筆したオコナ裁判官は、次のように述べる。500 U.S. at 632-644 (O'Connor, J., dissenting). 無条件忌避の本質は、陪審員候補者の排除を、完全に訴訟当事者の裁量に委ねていることである。そのため「無条件忌避は、政府が管理する手続の中に含まれる私的領域である」。 *Id.* at 633-634. 本件では、無条件忌避の行使の際、政府からの強制・促進・援助が存在しないので、先例に照らして政府は責任を負わない。 *Id.* at 634-638. 「政府は私的当事者の無条件忌避の行使に関して中立である。それが重要であると言える。政府は、これらの忌避の行使を促進または是認しない。また政府は、特定の方法でそれらが行使されることを、または、それらがとにかく行使されることさえも、指示しないのである」。 *Id.* at 643.
- 18) もっとも、「国家の中立性」概念は決して単一の意味ではないため、概念それ自体およびそれが憲法学で持つ意味は、別途に考察されるべきテーマである。例えば、阪口正二郎『リベラリズム憲法学と国家の中立性』序説』法律時報72巻12号(2000年)97頁以下などがある。
- 19) Civil Rights Cases, 109 U.S. 3, 59 (1883) (Harlan, J., dissenting).
- 20) *Hudgens v. NLRB*, 424 U.S. 507, 520-521 (1976).
- 21) 文脈は異なるが、R・H・ジャクソン(久保田きぬ子訳)『アメリカの最高裁判所』(有斐閣, 1957年)92頁は、「政府は強制の面において競争者をもつことはありえない」と述べる。
- 22) Jakosa, *Parsing Public from Private: The Failure of Differential State Action Analysis*, 19 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 193, 222-224 (1984).
- 23) *Id.* at 224-225. なおストーンも、ステイト・アクション法理は“moral Exemplar”理論であると主張する。彼によれば、公的組織体は、私人の模範となるので、より高度の基準に従わなければならない。Stone, *Corporate Vices and Corporate Virtues: Do Public / Private Distinctions Matter?*, 130 U. PA. L. REV. 1441, 1492-1506 (1982).
- 24) 拙稿・前掲注3) 3-7頁。
- 25) *Schneider, State Action—Making Sense Out of Chaos—An Historical Approach*, 37 U. FLA. L. REV. 737, 739-741 (1985); Phillips, *The Inevitable Incoherence of Modern State Action Doctrine*, 28 ST. LOUIS U. L. J. 683, 725-733 (1984).

- 26) Schneider, *supra* note 25), at 739.
- 27) Phillips, *supra* note 25), at 726.
- 28) Jakosa, *supra* note 22), at 222.
- 29) See Horwitz, *The History of the Public / Private Distinction*, 130 U. PA. L. REV. 1423, 1428 (1982).
- 30) Chemerinsky, *Rethinking State Action*, 80 NW. U. L. REV. 503, 510-511 (1985). なお、拙稿・「ステイト・アクションの法理にみる『自由』」前掲注9) 9-10頁で、Chemerinskyを「ケメリンスキー」と記したが、正しくは「チェメリンスキー」の間違いである。ここに、お詫びして訂正する。
- 31) このことは「会社は、竜頭蛇尾、統治である。……例えば絞首刑のような政治的統治に用いられる技術的手段は、概して、会社によって用いられないが、それは些細な事である。」という評価までなされることになる。A・F・ベントリー（喜多靖郎・上林良一訳）『統治過程論』（1994年、法律文化社）334頁。
- 32) この問題を「私的統治とはなにか」という観点から分析した論稿に、ウォルター・ゲルホン（早川武夫・山田幸男訳）『基本的人権——日米憲法の比較法的研究のために——』（有斐閣、1959年）第九章。
- 33) Chemerinsky, *supra* note 30), at 510-511. See Schneider, *supra* note 25), at 739.
- 34) *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946).
- 35) *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345 (1974) (Marshall, J., dissenting). See Choper, *Thoughts on State Action: The "Government Function" and "Power Theory" Approaches*, 1979 WASH. U. L. Q. 757.
- 36) See Jakosa, *supra* note 22), at 223. 例えば、アレクサンダーの見解がこれに当たる。どのような種類の行為が憲法上の義務を侵害すると言えるのか——立法またはそれ以外の行為なのか、公務員または私人による行為なのか、合法なあるいは違法な行為なのか——は、被侵害の救済などの具体的問題を解決する上であまり重要ではない。Alexander, *The Public / Private Distinction and Constitutional Limits on Private Power*, 10 CONST. COMMENTARY 361, 365 (1993).
- 37) Schneider, *supra* note 25), at 739.
- 38) Phillips, *supra* note 25), at 728.
- 39) *Id.* *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946) や *Amalgamated Food Employees Union Local 590 v. Logan Valley Plaza, Inc.*, 391 U.S. 308 (1968) では、私的行為者が政府機関と機能上の類似性を有することに裁判所の関心はあり、そのことは行為者が用いる実際上の権力への関心の代用物として特徴づけられる。
- 40) *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345 (1974).
- 41) Phillips, *supra* note 25), at 728.
- 42) 198 U.S. 45 (1905).
- 43) Schneider, *supra* note 25), at 740.

- 44) Phillips, *supra* note 25), at 729.
- 45) L.M.SEIDMAN & M.V.TUSHNET, REMNANTS OF BELIEF—CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL ISSUES (1996). なお、阪口正二郎『『国家・規制・市場』再考——ニューデール再考と憲法学の可能性』法律時報71巻6号(1999年)112頁以下を参照。
- 46) 109 U.S. 3 (1883).
- 47) 489 U.S. 189 (1989).
- 48) SEIDMAN & TUSHNET, *supra* note 45), at 63–66.
- 49) *Id.* at 66–68. なお、ステイト・アクション法理と公私区分については、宮下紘「ステイト・アクション法理における公私区分再考(1)(2・完)」一橋法学第5巻第3号(2006年)961頁以下、第6巻第1号(2007年)157頁以下が参考になる。
- 50) 407 U.S. 163 (1972).
- 51) *Id.* at 187–188 (Brennan, J., dissenting).
- 52) See Nerken, *A New Deal for the Protection of Fourteenth Amendment Rights: Challenging the Doctrinal Bases of the Civil Rights Cases and State Action Theory*, 12 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 297, 347–363 (1977).
- 53) これは、「すべての行為をステイト・アクション」と考える見解である。拙稿・前掲注9)「ステイト・アクションの法理にみる『自由』」8–9頁を参照。なお、この見解が、建前として憲法上の人権は「国家からの自由」であるという考え方を維持しても、ここで言う「国家からの自由」の「国家」とは、「国家」が生み出した私的権力をも含むものであり、本文第1章で検討した「国家からの自由」の言う「国家」とは異質なものである。
- 54) *Adickes v. Kress & Co.*, 398 U.S. 144, 190 (1970) (Brennan, J., concurring in part and dissenting in part).
- 55) 前掲注53)を参照。なお、概念の問題としてのステイト・アクションの遍在は、憲法上の権利・義務の内容に影響するものではなく、公私区分があるとしても、「私」が「公」と同じ憲法的制約の基準を課されることにはならない。例えば、*Shelley v. Kraemer*の問題は、私的な人種差別契約の司法的執行をステイト・アクションとすることではなく、そこから直ちに私的な人種差別の司法的執行が州による差別と憲法上同等であると飛躍することである。それは、州が憲法上することを禁じられている種類の私的選択を許容・執行するステイト・アクションは必ずしも非憲法的なステイト・アクションにはならないからである。つまり、ステイト・アクションの遍在は私人に憲法上の制約を必ずしも与えるものではない。Alexander, *supra* note 36), at 362–366.
- 56) SEIDMAN & TUSHNET, *supra* note 45), at 70.
- 57) *Id.* at 63.
- 58) *Schneider*, *supra* note 25), at 740–741. See also Black, Jr., *The Supreme Court 1966 Term—Foreword: “State Action,” Equal Protection, and California’s Proposition 14*,

- 81 HARV. L. REV. 69, 97–98 (1967) ; Esper, *Some Thoughts on the Puzzle of State Action*, 68 S. CAL. L. REV. 663, 665–668 (1995) ; Phillip, *supra* note 25), at 731–733 ; A・コックス『ウォーレン・コート——憲法裁判と社会改革』(日本評論社, 1970年) II章。
- 59) *Adickes v. Kress & Co.*, 398 U.S. 144, 190–191 (1970) (Brennan, J., concurring in part and dissenting in part) .
- 60) *Schneider*, *supra* note 25), at 740–741.
- 61) *See, e.g.*, *Nixon v. Herndon*, 273 U.S. 536 (1927) ; *Nixon v. Condon*, 286 U.S. 73 (1932) ; *Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649 (1944) ; *Terry v. Adams*, 345 U.S. 461 (1953).
- 62) 334 U.S. 1 (1948).
- 63) 387 U.S. 369 (1967).
- 64) 365 U.S. 715 (1961).
- 65) 382 U.S. 296 (1966).
- 66) *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715 (1961).
- 67) *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946) ; *Amalgamated Food Employees Union Local 590 v. Logan Valley Plaza, Inc.*, 391 U.S. 308 (1968).
- 68) *Schneider*, *supra* note 25), at 741–742.
- 69) 本稿の課題から言えば、第2章の課題は「国家からの自由」の想定する「国家」と対比できる、「私的権力からの自由」の想定する「国家」を解明することであった。このため、重要と思われる課題に取り組んでいない。その中でも筆者が気になるのは、アメリカ合衆国における新保守主義勢力の台頭を受けた国家の役割を縮小する動きである。こうした状況で、ステイト・アクション法理がどのように機能しているのか、それを理論的にどう評価するのかは、きわめて興味深いテーマである。こうした文脈から言えば、民営化の問題を取り上げてステイト・アクション論を検討する、宮下紘「民営化時代における憲法の射程——ステイト・アクション法理に対する新たな挑戦——」一橋法学第3巻第3号(2004年)1317頁以下は参考になる。
- 70) 公/私区分という観点からは、第1章はこの区分を維持すべきであるという考え方の持つ意味について、第2章はそれを無意味なものと理解することの意味について検討したと言える。第3章の考察は、公/私区分が意味あるものと考えた場合に、公と私を取り結ぶものは何か、という点の解明につながると思われる。
- 71) *See* A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *THE FEDERALIST PAPERS*.
- 72) ステイト・アクション法理が生まれたのは、元来、「州内の問題で第一次的には州法の規制を受ける問題のときには、『州の行為』があったといわないと、合衆国憲法第一四修正違反という形で連邦法の次元にのせることができない」からである(田中英夫「State Action——州の行為」『英米法のことば』(有斐閣, 1986年)26頁)。連邦最高裁のステイト・アクション判断は、初期の段階で州の直接的行為が要件とされていたが、その後の法理の「拡大」に伴ってこの要件があまり意識されなくなった。しかし、1970年代以降、「州」を重視する要件が復活した。とりわけ、*Jackson*

- v. Metropolitan Edison Co., 419 U.S. 345 (1974) で示された「伝統的かつ排他的」の限定が付された「公的機能論」や, Lugar v. Edmondson Oil Co., 457 U.S. 922 (1982) で示されたテストでは, 州, すなわち連邦制を意識したステイト・アクション判断が行われていると評価できる。例えば Jackson 判決で, 州の制約に服す私企業の電力会社が顧客に電力供給を停止することは, 連邦憲法の制約に服さないとされた。このことは, 連邦最高裁が連邦憲法の制限なしにその企業の規制を州に任せることを示したものであり, 州主権を保護ひいては「連邦制」を保護するものである (Topol, *Union Shops, State Action, and the National Labor Relations Act*, 101 YALE L. J. 1135, 1143 [1992])。ステイト・アクション法理の「拡大期」は連邦制への関心が減少し, 同法理の「後退期」には連邦制への関心が増大したと考えられよう (Schneider, *supra* note 25), at 737)。
- 73) Leedes, *State Action Limitations on Courts and Congressional Power*, 60 N. C. L. REV. 747, 747 (1982).
- 74) Jakosa, *supra* note 22), at 228-229; Burke & Reber, *State Action, Congressional Power and Creditors' Rights: An Essay on the Fourteenth Amendment*, 46 S. CAL. L. REV. 1003, 1012 (1973); Nolte, *State Action After Jackson v. Metropolitan Edison Co.: Analytical Framework for a Restrictive Doctrine*, 81 DICK. L. REV. 315, 344 (1977); L. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 1691 (2d ed.1988); Topol, *supra* note 72), 1143; Barak-Erez, *A State Action Doctrine for an Age of Privatization*, 45 SYRACUSE L. REV. 1169, 1185 (1995); Westerman, *The Promise of State Constitutionalism: Can It Be Fulfilled in Sheff v. O'Neill?*, 23 HASTINGS CONSTITUTIONAL L. Q. 351, 383 (1996); Buchanan, *A Conceptual History of the State Action Doctrine: The Search for Governmental Responsibility*, 34 HOUSTON L. REV. 333, 339 (1997).
- 75) 373 U.S. 244, 250 (1963).
- 76) Evans v. Newton, 382 U.S. 296, 316 (1966) (Harlan, J., dissenting).
- 77) *Id.* at 322.
- 78) Burke & Reber, *supra* note 74), at 1014-1016.
- 79) Burke & Reber, *supra* note 74), at 1017; Jakosa, *supra* note 22), at 225-226; L. TRIBE, *supra* note 74), at 1691; Cole, *Federal and State "State Action": The Undercritical Embrace of a Hypercriticized Doctrine*, 24 GEO. L. REV. 327, 347 (1990); Topol, *supra* note 72), at 1144; Strickland, *The State Action Doctrine and the Rehnquist Court*, 18 HASTINGS CONSTITUTIONAL L. Q. 587, 595-596, 660-661 (1991). なお「権力分立」を重視したものに, Leedes, *supra* note 73)。
- 80) Burke & Reber, *supra* note 74), at 1012. *See Id.* 1017.
- 81) 387 U.S. 369 (1967).
- 82) *Id.* at 395-396.
- 83) *Id.* at 396.

- 84) コックスの記述が参考になるので、長くなるが次に引用する。「政府に対する憲法上の諸制約はどれも私的団体には絶対に適用すべきでないとか、これらの制約を適用するのが適当な場合と適当でない場合との間に境界線を引く」ことについて、こうした「仕事が、[議会または裁判所の] どちらの場所で行われるかには、大きな違いがあるのである。裁判所が立法的に右の境界線を引くのは適当とはいえない。その理由は、一つには、厳密にどこに境界線を引くのかの決定はえてして恣意的なものになるからであり、もう一つには、仮に筋の通った決定がなされたとしても、その決定の底にある特定の立場というものは外在的な手がかりによって知ることもできないし、また多少とも客観的に適用しうるような基準として表わすこともできないからである。このような決定を行う仕事は、人種差別の問題よりも、他の憲法上の保障の問題の場合に、いっそう司法的要素が薄くなるのである」。コックス・前掲注58) 56-57頁。
- 85) 457 U.S. 922, 936 (1982). *See, e.g., National Collegiate Athletic Ass'n. v. Tarkanian*, 488 U.S. 179, 191 (1988); *Strickland, supra* note 79), at 595.
- 86) ハーゲット・前掲注8) 748-750頁。
- 87) 前掲注61) を参照。
- 88) *Nixon v. Herndon*, 273 U.S. 536 (1927).
- 89) *Nixon v. Condon*, 286 U.S. 73 (1932).
- 90) *Id.* at 104 (McReynolds J., dissenting).
- 91) 同様の文脈は別種の事件にも見られる。*Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946) は、造船会社に所有されている点を除いて他の都市の持つすべての特徴を有する会社町で、宗教上の内容が記載されている印刷物を町の許可なく配布しようとした者が、制止を聞かずに他人の土地に侵入・残留する行為を犯罪とする州法を侵したとして訴追された事件である。連邦最高裁は、本件会社町の果たすコミュニケーションの機能は他のいかなる町とも異ならないので、会社町の支配人は人びとの出版と信教の自由を制限することはできないと判示した。その中で連邦最高裁は、「我々の認識によれば、自由な社会を維持することは、地方自治体が個人の重要な自由を危険にさらさずには各戸ごとへの配布を禁止できないようなビラを、各市民が受け取ることのできる権利というものに、これまで依存してきたのである」と述べて、自由な社会にとってビラの配布という表現手段が重要である旨を説く。*Id.* at 505. その上で法定意見は、修正第1条によって保障される自由は「自由な市民による自由な統治の基礎であ(っ)」て、「会社町に住む人びとも、自治体の居住者と同様に……善き市民として行動するために情報を与えられなければならない。それらの情報が適切に与えられるために、それらは無検閲でなければならない」と述べた。*Id.* at 508. 会社町の機能と自治体のそれとを同視し、自由な統治にとって、情報の流通が遮断されないことの重要性を示している。
- 92) 321 U.S. 649 (1944).

93) *Id.* at 664.

94) 横田耕一『戦後民主主義』と憲法学」憲法問題18号（2007年）33-34頁。