

ステイト・アクション法理における公私区分再考(1)

宮 下 紘[※]

- I. 序文
- II. Shelley v. Kraemer の論理
- III. 公私区分の変遷（以上本号）
- IV. リアリズムによる公私区分批判
- V. 結びに代えて

I. 序文

合衆国のステイト・アクション法理¹⁾に関連して1つの論争誘発的な判決がある。Shelley v. Kraemer²⁾である。

1948年5月3日に下されたShelley判決とは、州裁判所が人種差別に基づく合意契約を執行することが、平等保護の条項に反すると合衆国最高裁判所によって判断された判決である。人種差別が後を絶たない当時の合衆国において、州の公的機関である裁判所が、私人間における人種差別行為に加担することは決して珍しくなかった。そのような背景の中、合衆国最高裁は、Shelley判決において合衆国市民のみならず、各州の公的機関に対して人種差別の根絶という明確なメッセージを示した。にもかかわらず、なぜこの判決が批判に晒されなければならない

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第5巻第3号2006年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科後期博士課程・日本学術振興会特別研究員

本稿は、平成18年度文部科学省科学研究費補助金（日本学術振興会特別研究員奨励費）に基づく研究成果の一部である。

- 1) ステイト・アクション法理の判例について、判例をある程度網羅的に紹介、分析をしているものとしては、菅見の限りでは、安部圭介「州憲法の現代的意義（四）・（五）」法学協会雑誌121巻8号（2004）1071頁，11号（2004）1831頁，榎透「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9巻1号（2003）1頁，君塚正臣「アメリカにおけるステイト・アクション理論の現在」関大法学論集51巻5号（2001）1頁，榎透「ステイト・アクションの法理にみる『自由』」比較社会文化5巻1号（1999）1頁，木下智史「私人間における人権保障と裁判所」神戸学院法学18巻1・2号（1987）80頁，鶴飼信成『司法審査と人権の法理』（有斐閣・1984）183頁，芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣・1981）361頁，同『現代人権論』（有斐閣・1974）3頁，がある。
- 2) 334 U.S. 1 (1948).

いのか。Shelley判決の含意は、人種差別の解消を導いた平等の勝利だけではなかった。Shelley判決において問題視されたこととは、最高裁が、私人間で合意に至った契約を憲法により無効とした点である。つまり、Shelley判決は、私人相互間の行為を憲法によって規律することの是非を問う、いわゆるステイト・アクション法理に内在するある矛盾を露呈させてしまったゆえに批判されたのである。本稿では、Shelley判決から生じた論争、すなわちステイト・アクション法理における公私区分の論争を扱うこととする。

II. Shelley v. Kraemer の論理

1. Shelley v. Kraemer

ステイト・アクション法理とは、①私人の行為が政府の援助と恩恵に依存している場合、②私人の行為が伝統的な政府の機能を果たしている場合、あるいは③私人による侵害行為が政府の権力によってさらに重いものとされている場合には、裁判所が私人の行為を憲法によって規律する法理である³⁾。この法理は、1883年 Civil Rights Cases において確立した原則、すなわち憲法の人権規定は「州の行為 (State action)」⁴⁾のみを拘束するという原則⁵⁾に対する例外として1940年代以降に発展してきたのである。

Shelley v. Kraemer において最高裁が示したステイト・アクション法理とは、第3の要件に該当するものである。以下ではまず Shelley 判決におけるステイト・アクション法理の要件を分析し、その批判について検討を行っていく。

3) See *Edmonson v. Leesville Concrete Co.*, 500 U.S. 614, 621-2 (1991).

4) Civil Rights Cases においては、文字通り「州の行為 (State action)」という要件が争点にされていたが、ステイト・アクション (state action) 法理における state とは、連邦、州、地方自治体のあらゆる公的機関及びこれらの公的機関に属している公務員をさしていることには注意を要する。See LAURENCE H. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 1688 (2d. ed. 1988).

5) Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883) において、最高裁は次の点を明らかにしていた。「禁止されているのは、特定の州の行為 (State action) である。個人の諸権利に対する個人による侵害は、修正14条の主題ではない。…修正14条は、合衆国市民の特権と免除を侵害する、いかなる州の立法もあらゆる州の行為も無効とし、存在してはならないとしている」(*Id.* at 11)。つまり、「州の権威とは無関係な個人の不法行為は、単に私的な不正ないしはその個人の犯罪にすぎないのである」(*Id.* at 17)。

Shelley 判決では、ミズーリ州最高裁からの事案とミシガン州最高裁からの事案が併合審理された。ミズーリ州最高裁からの事案であるが、Fitzgerald が、ミズーリ州セントルイスの白人専用居住区域にある土地を黒人の Shelley に売却したため、その区域に住む白人の Kraemer が、その区域において黒人には土地を売却しない約款が34年前から存在していたことを根拠に、Shelley によるその土地の占有無効を求めて提訴した。ミズーリ州最高裁は、事実審の判断を覆して、その契約の有効性を認めた。他方で、ミシガン州最高裁からの事案についても、土地の利用を白人のみに限定する契約に反して、土地を購入し、占有している黒人に対して、契約を締結している同地域の土地の所有者が、その占有の無効を主張した。ミシガン州最高裁は、この主張を受け入れ、この契約が修正14条の平等保護条項には反しないことを認めた。合衆国最高裁は、サーシオレーライによって、本件の審理を行った。最高裁は、まず一般論として、Civil Rights Cases を引用して次のとおり述べる。

「修正14条1節によって抑止されている行為とは、州の行為であると公正に評価しうる行為のみである。この原理は、Civil Rights Cases における当裁判所の決定以来、われわれの憲法において確実に埋め込まれている。同条項は、たとえどれほど差別的であろうとも、あるいはどれほど不当なものであっても、純粋な私的行為のみに対しては何の保障も創設していない」⁶⁾。

しかし、合衆国最高裁は、州裁判所が人種差別に基づく制限的契約を執行した点に注目した上で、「州裁判所と公的資格における司法公務員の行為が、修正14条の意味における州の行為であるとみなすことができる」⁷⁾と述べたのである。そのため、本件においては、人種に基づく制限的契約を裁判所が執行することにより、州が被告の権利を侵害したことを理由に、もはや「州裁判所の行為は受忍することができない」⁸⁾と最高裁は結論を出した。

以上のとおり、Shelley 判決において、最高裁は、制限的契約を用いて白人が黒人を差別していた当時の慣習を明確に拒絶したのである。本判決に至るまでの

6) *Shelley*, 334 U.S. at 13.

7) *Id.* at 14.

背景について言及すべき経緯がある。第1に、本判決は、6対0であった。つまり、最高裁における3名の裁判官が、判決に加わることができなかったのである⁹⁾。なぜなら、これら3名の裁判官自身が、人種に基づく制限的契約によって自らの財産を保有していたためである¹⁰⁾。1948年当時、最高裁の裁判官自身も制限的契約を履行するほど、人種に基づく制限的契約は公然と履行されていたのである。このような身内の状況にもかかわらず、最高裁の6名の裁判官は、人種差別に対して毅然とした態度をとったのである。第2に、Shelley判決を執筆したヴィンソン裁判官は、かつて下級審の裁判官を務めていた時に、人種に基づく制限的契約が合憲であることを明らかにしていた。にもかかわらず、人種に基づく制限的契約を糾弾するShelley判決はヴィンソン裁判官の手によって執筆された。確かに、第二次大戦中からトルーマン大統領が軍隊における人種差別の解消に積極的な策を講じていたことにヴィンソン裁判官が配慮したのかもしれない。しかし、コート・パッキング・プラン¹¹⁾がまだ記憶に新しい当時、合衆国最高裁の首席裁判官としてヴィンソン裁判官は、最高裁内部の分裂を危惧し、裁判官全員一致の意見(one voice)を作り上げたかったために、かつての自らの判断を覆したと考えることは大きな誤りではなからう¹²⁾。

8) *Id.* at 20. 判決においては、「もしも、州裁判所が、州の権力の完全な鎧兜(panoply)に支えられて、積極的な介入をしなかったのであれば(but for)、原告たちは、問題の財産を何の制約もなく自由に占有していたであろう」(*Id.* at 19)と述べられている。最高裁のこの一節から、「もしも～がなければ(but for～)」という仮定こそが、ステイト・アクション法理の重要な要件である、という指摘もある。See MICHAEL J. KLARMAN, FROM JIM CROW TO CIVIL RIGHTS 138 (2004).

9) ヴィンソン首席裁判官が執筆した法廷意見には、ブラック裁判官、フランクファーター裁判官、ダグラス裁判官、マーフィー裁判官、パートン裁判官が同調した。リード裁判官、ジャクソン裁判官、レットレッジ裁判官はいずれもShelley判決の審理に加わらなかった。

10) See C. HERMAN PRITCHETT, CIVIL LIBERTIES AND THE VINSON COURT 142 (1954).

11) 司法改革法(Judiciary Reform Act of 1937)は、1937年2月5日に、70歳を超えても6ヶ月間引き続き最高裁の裁判官を続ける者に対しては、大統領がそれらの裁判官と同じ人数だけ、新たに裁判官を任命できる権限を認めたものであった(当時6名の裁判官が、すでに70歳を超えていた)。この法案には、ニュー・ディール政策に反対する最高裁の裁判官たちの勢力を相対的に弱める狙いがあった。

12) Francis A. Allen, *Remembering Shelley v. Kraemer: Of Public and Private Worlds*, 67 WASH. U. L. Q. 709, 721 (1989).

このように、最高裁の裁判官さえも制限的契約による人種差別の社会の風潮を反映していたにもかかわらず、Shelley判決を下した裁判官たちは、人種差別を助長していた制限的契約に対して“ノー”という明確な姿勢をとったのである。そのため、Shelley判決が、Great Caseであると評される理由はここにある¹³⁾。

2. Shelley判決後の判例の展開

Shelley判決は、人種差別の是正という合衆国における大きな社会変革をもたらした。Shelley判決の同日に下されたHurd v. Hodge¹⁴⁾では、土地売買が「公序 (public policy)」に関係することを示して、Shelley判決の射程が、コロンビア特別区においても当てはまると判断され、Shelley判決の妥当性が合衆国全土にまで拡張した。そして、その判決の5年後Barrows v. Jackson¹⁵⁾では、人種制限契約に違反した者に対しては法によって損害賠償を強制できないことが明らかにされたため、人種制限契約の実効性はなくなった。また、居住空間における人種差別の是正を命じたShelley判決の射程は、人種差別禁止の空間についても拡大していった。合衆国における20世紀最も賞賛された判決と言われるBrown v. Board of Education¹⁶⁾において、最高裁は、公立学校における「分離しても平等 (separate but equal)」という原則が無効であることを宣言した。このように時代の流れを見てみると、Shelley判決は、政府の規制の領域を拡大したニュー・ディールと人種別学を違憲と判断したBrown判決との「架け橋」¹⁷⁾となったと言える。このように、Shelley判決によって確立したステイト・アクション

13) *Id.* at 710.

14) 334 U.S. 24 (1948).

15) 346 U.S. 249 (1953). なお、Shelley判決で法廷意見を述べた、ヴァインソン首席裁判官が唯一反対意見を提出しているが、本件はShelley判決のように州裁判所の執行がなく、「強制力」が働いていないユニークな事案であることを理由に、法廷意見に反対している。
See id. at 261-8 (Vinson, C.J., dissenting).

16) 347 U.S. 483 (1954).

17) CASS SUNSTEIN, *THE PARTIAL CONSTITUTION* 56 (1993). 「Shelley判決は、ニュー・ディールによるコモン・ローの脱自然化によって初めて実現可能になり、そしてShelley判決は、人種分離の世界の脱自然化によってBrown判決を可能にさせた」とサンスティン教授は述べている。

ョン法理における執行理論は、活性化し始めたCivil Rights運動と共に人種差別問題の解消に対して大きな影響を及ぼしてきたと評価することができる¹⁸⁾。

しかしながら、Great Caseと称されるShelley判決ではあるが、その判決の帰結ではなく、その判決において展開された論理、すなわちステイト・アクション法理の執行理論については疑問が残されていた。その疑問は、Shelley判決後のステイト・アクション法理に関する最高裁の判断の仕方においてみてとることができる。いわゆる座り込み事件(sit-in cases)―私人が経営するレストランなどにおいて、黒人であることを理由にサービスを断られたために、その黒人が座り込みを続け、不法侵入で起訴された事件―が多発していた1950年代後半から1960年代前半においても、最高裁は、ステイト・アクション法理の執行理論を巧みに用いて一貫して人種差別の是正の方向に結論を導いてきた。たとえば、町の条例によって、私的なレストランにおいて人種差別が実質的に強制される場合は、条例を正当化する「州の機関」の行為が平等保護条項に反すると判断され¹⁹⁾、また、条例によらなくても、公務員の強制力を用いたレストラン内の人種差別は、「州の影響力(the voice of the State)」によってなされた違憲なステイト・アクションであると評価された²⁰⁾。ところが、奇妙なことに、これらの事案において最高裁は、Shelley判決の論理を展開しておらず、Shelley判決そのものを引用さえしていないのである。確かに、これらのいずれの事案も、政府あるいは公務員の執行としてのステイト・アクションに関する事例であるため、司法の執行理論を認めたShelley判決とは事案の性格が異なっている、と考えることも無理なわ

18) See, e.g., David A. Strauss, *State Action After the Civil Rights Era*, 10 CONST. COMMENT. 409, 410 (1993); Michael J. Phillips, *The Inevitable Incoherence of Modern State Action Doctrine*, 28 ST. LOUIS U. L. J. 683, 732-34 (1984); Martin A. Schwartz & Erwin Chemerinsky, *Dialogue on State Action*, 16 Touro L. Rev. 775, 780 (2000); Sarah Rudolph Cole, *Arbitration and State Action*, 2005 BYU L. REV. 1.8; Kenneth L. Karst & Harold W. Horowitz, *Reitman v. Mulkey: A Telophase of Substantive Equal Protection*, 1967 SUP. CT. REV. 39, 57. もっとも、今日、Shelley判決の執行理論は、もはや人種差別問題の解消には必ずしも有効ではなく、人種差別を是正する立法や裁判所による権利の衡量などによって、人種問題は解決されていく、という指摘もある。See Shelley Ross Saxer, *Shelley v. Kraemer's Fiftieth Anniversary*, 47 KANSAS L. REV. 61, 65 (1998).

19) See *Peterson v. City of Greenville*, 373 U.S. 244 (1963).

20) See *Lombard v. Louisiana*, 373 U.S. 267 (1963).

けではない²¹⁾。

しかし、座り込み事件が問題となった1964年Bell v. Maryland²²⁾の同意意見と反対意見において、Shelley判決に対する最高裁の評価は、2つに割れてしまった。本件は、レストランにおいてサービスを拒否された黒人が座り込みをしたため、住居侵入の罪で起訴された事案である。Shelley判決を擁護する立場として、ダグラス裁判官の同意意見によれば、レストランにおける人種差別政策を州裁判所が執行することは、居住地域における人種差別政策を州裁判所が執行するのと同じように違憲なステイト・アクションに当たる²³⁾。他方で、ブラック裁判官の反対意見では、Shelley判決は、州裁判所の執行をステイト・アクションとして認めたわけではなく、州裁判所が連邦法上保障されている権利を剥奪したことが違

21) また、人種差別とは無関係な事案であった、New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)では、表現の事前抑制が問題とされており、司法の執行がステイト・アクションであるという論理が認められたが、Shelley判決は援用されていなかった。New York Times v. Sullivanの判旨は、次の論理から始まっている。

「[問題]は、『修正14条が、州の行為に対して向けられており、私人の行為には向けられていない』という州最高裁に依拠する命題である。この命題は、本件には当てはまらない。本件は、民事訴訟であり、また私人間の訴訟であるが、アラバマ州裁判所は、申立人が、言論とプレスの憲法上の自由に対する無効な抑制を課したと主張する州の法ルールを適用した。憲法が、民事訴訟において適用されたから問題となったわけではなく、また制定法によって補完されているけれども、コモン・ローのみが適用されていることが問題となっているのではない。基準は、州の権限が適用されている形態ではなく、どんな形態であれ、そのような権力が実際に行使されていることにある。」*Id.* at 265.つまり、Sullivan判決は、「州の権力が実際に行使されていること」から、たとえ私人間の訴訟においても、憲法上の主張を審理することができるという論理を採った。そのため、最高裁の論理は、アラバマ州裁判所の「権力が実際に行使されていること」を問題としているため、Shelley判決の論理と変わらないと考えられている。See William W. Van Alstyne, *Mr. Justice Black, Constitutional Review, and the Talisman of State Action*, 1965 DUKE L. J. 219.

もっとも、Sullivan判決は、公人によって提起された名誉毀損訴訟におけるコモン・ロー上の救済手段に関する手続き上の欠陥の問題に関係していたが、Shelley判決では、平等保護条項が政府の中立性を要求しているところ、その中立性にしがたい、州裁判所が、土地売買に関する契約を執行したに過ぎない。つまり、Sullivan判決とShelley判決が、同じ司法執行の理論を採っていると解されても、後者が、より論争を誘発させてきたのは、それぞれの事案における憲法上の権利の捉え方に問題があったためである、という指摘がある。See *TRIBE, supra* note 4, at 1714.

22) 378 U.S. 226 (1964).

23) *Id.* at 259 (Douglas, J., concurring).

憲なステイト・アクションと評価されたに過ぎない、と理解された²⁴⁾。つまり、最高裁内部では、一方ではShelley判決における司法の執行理論をそのまま擁護する見解があり、他方でShelley判決は連邦と州の管轄問題に過ぎなかったと限定的に捉える意見があったのである。このように、Shelley判決の解釈が二分してしまい、その先例としての意義が不明確な中、1967年、*Reitman v. Mulkey*²⁵⁾の法廷意見においても、司法の執行理論について言及したものの、Shelley判決は引用されなかった²⁶⁾。このように、Great Caseと言われたShelley判決が、先例として残っているのかは明らかにされなかったのである。むしろ、最高裁はあたかもShelley判決を引用することを避けているようにも思えるのである。

結局、1968年連邦公正住宅法（The Fair Housing Act）²⁷⁾が制定され、人種差別を許容する住宅条例は司法の執行理論を用いることなく違憲とされるようになっていった²⁸⁾。つまり、この制定法によって、Shelley判決のように、司法が直接

24) *Id.* at 330 (Black, J., dissenting). なお、1964年Civil Rights Act (The Civil Rights Act of 1964, Pub. L. No. 88-352)が制定されたことに伴い、黒人が、レストランにおけるサービスを拒否されたことを理由に座り込みをした場合に、その行為を不法侵入として起訴することが認められなくなった。See *Hamm v. City of Rock Hill*, 379 U.S. 306 (1964).

25) 387 U.S. 369 (1967).

本件では、カリフォルニア州のレファレンダムの結果を受けて、州が付け加えた州憲法1条26節の合憲性が問われた。その条項は、自己の不動産の売却、もしくは賃借を各人の絶対的な裁量に委ね、州が制限し、また禁止してはならない旨規定してあった。カリフォルニア州最高裁は、この州憲法の条項を平等保護条項に反し違憲であると判断し、合衆国最高裁の多数意見もまたこの結論を支持するものであった。多数意見によれば、カリフォルニア州憲法1条26節は、もはや個人の選好によって実現されるものではなく、「人種を根拠とする差別を含む差別をする権利は、州政府のいかなるレベルにおいても、立法、執行、司法の各規制から免れることなく、いまや州の基本的憲章において組み込まれている」(*Id.* at 377)。このように「州が私人による差別に重大な関与を行っていることは、違憲なステイト・アクションに匹敵するものである」(*Id.* at 375)と判断されたのである。

26) See *id.* at 381 (Douglas, J., concurring).

27) Title VIII of the Civil Rights Act of 1968 (The Fair Housing Act of 1968), Pub. Act No. 112.

28) *Hunter v. Erickson*, 393 U.S. 385 (1969)において、最高裁は、オハイオ州アクロンにおける差別を許容する住宅条例を違憲と判断した。最高裁は、*Reitman*判決と明示的に区別して、本件条例は、「他の人種問題や住宅問題とは異なる人種に関する住宅問題を扱う、明示的に人種の分類」であり、アクロン側は、この分類を正当化する条例改正について正統な利益を立証していないため、平等保護に反すると判断した。

私人間の人種差別問題を取り扱うのではなく、実質的には立法を介して人種差別を解消する方向へと転換していった²⁹⁾。そのため、Shelley判決は、もはやその先例としての意義を試すことすら難しくなってしまったのである。

では、なぜ最高裁はShelley判決を先例として尊重し、引用することを避けてきたのだろうか。Shelley判決以前には、人種差別による制限的契約に対して多くの批判的な声が寄せられていたが、いざShelley判決が出されると、司法の執行理論に対する風向きは変わっていたのである。

Shelley判決は、ステイト・アクション法理に関する判決としては例外的に反対意見が存在していないにもかかわらず、ステイト・アクション法理に関する判決の中で最も論争を提起してきた判決である。Shelley判決において「ステイト・アクションとは、…あらゆる形態の州権力の行使を指している」³⁰⁾と宣言してしまったため、何がステイト・アクションとはなり得ないか、という疑問に最高裁は答えていない。Shelley判決の執行理論では、「何が『ステイト』・アクションであり、何がそうでないかを決定するための基準が存在していない。…『司法』の行為のみであれば、多くの事案において[ステイト・アクションの]要件を満たしてしまうと考えられてきた」³¹⁾。つまり、州裁判所の判決をステイト・アクションであるとみなしてしまえば、私人間の紛争について多くの場合、裁判所が判決を下すため、その結果、ほぼすべての私人間の紛争においても、ステイト・アクションが存在してしまうことになる、という大きな欠陥をShelley判決は抱えていたのである³²⁾。結局、Shelley判決は、私人のあらゆる行為を憲法によっ

29) Shelley判決によって、議会が平等な土地売買に関する連邦法を制定する20年も前に、最高裁自らの手によって問題解決が先取りされていたと考えることができる。つまり、Shelley判決については、司法が個人の権利を保障するために、議会を「迂回」すること、すなわち、議会が立法を制定する前に裁判所が人権保障の立法の領域に立ち入ったことと等しいのである。See Strauss, *supra* note 18, at 413.

30) *Shelley*, 334 U.S. at 20.

31) *Bell*, 378 U.S. at 256-7.

32) Shelley判決に対するこの批判には枚挙に暇がない。See, e.g., Louis Michael Seidman, *The State Action Paradox*, 10 CONST. COMMENT. 379, 392 (1985); Saxer, *supra* note 18, at 61-2; Allen, *supra* note 12, at 725; Strauss, *supra* note 18, at 410; William W. Van Alstyne & Kenneth L. Karst, *State Action*, 14 STAN. L. REV. 3, 5 (1961); Comment, *The Impact of Shelley v. Kraemer on the State Action Concept*, 44 CAL. L. REV. 718, 732 (1956).

て規律しうる契機を認めてしまったとも解釈されたのであった。そして、このことは、Civil Rights Casesで確立したステイト・アクションの要件が無意味なものになり、私人のあらゆる活動が裁判所によって精査される可能性があることを示している。そのため、Shelley判決によって示されたステイト・アクション法理については、「修正14条が私生活に侵入する」³³⁾とか、「私生活を国営化する」³⁴⁾という皮肉が投げかけられたのである。

他方で、司法執行理論が問題とされたというよりはむしろ、州が制限的契約を執行することをあえて「選択」したことが問題であり、「Shelley判決における真の『ステイト・アクション』とは、コモン・ロー及び制定法によるミズーリ州の表面的な差別の構造にあった」ことを理由に、Shelley判決の執行理論を正当化しようとする立場も有力に唱えられていたのであった³⁵⁾。すなわち、Shelley判決におけるミズーリ州最高裁の決定は、契約を白人に有利なように執行し、「中立性」³⁶⁾を欠いていたと考えられたのである。また別の見方としては、Shelley判決では、両当事者の権利の衡量が問題とされており、最高裁は、特定の居住区域の白人たちが主張する結社の自由よりも平等保護を重くみたと考えることもできる³⁷⁾。

このように、Shelley判決は、「答え以上に疑問を提起してきた」³⁸⁾のであり、「憲法

33) Charles L. Black Jr., "State Action", *Equal Protection, and California's Proposition 14*, 81 HARV. L. REV. 69, 100 (1967).

34) JOHN H. GARVEY, WHAT ARE FREEDOM FOR?, 251 (1996).

35) See LAURENCE H. TRIBE, CONSTITUTIONAL CHOICES 260 (1985).

36) Herbert Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 71 HARV. L. REV. 1, 29-31 (1959).

37) Louis Henkin, *Shelley v. Kraemer: Notes for a Revised Opinion*, 110 U. PA. L. REV. 473, 496-7 (1962). ステイト・アクション法理は、本質的に両当事者の権利の衡量によって適切に解決しようと論じるものとしては、See, e.g., Robert J. Glennon, Jr. & John E. Nowak, *A Functional Analysis of the Fourteenth Amendment "State Action" Requirement*, 1976 SUP. CT. REV. 221, 229; Erwin Chemerinsky, *Rethinking State Action*, 80 NW. U. L. REV. 503, 540 (1985); Frank I. Goodman, *Professor Brest on State Action and Liberal Theory, and A Postscript to Professor Stone*, 130 U. PA. L. REV. 1331, 1340 (1982); Karst & Horowitz, *supra* note 18, at 75-6. また、最高裁は、初期のステイト・アクション法理の判例において、私人間の対立している権利を「衡量」することによって、結論を導き出している。See *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501, 509 (1946).

38) Alstyne & Karst, *supra* note 32, at 44.

におけるフィネガンズ・ウェイク (Finnegan's Wake)」³⁹⁾—あまりに難解で、仮に理解できたとしても、論者ごとに受け止め方が異なってしまう小説—であると形容されたのである。そのため、最高裁は、Shelley判決における司法の執行理論の再考を迫られていた。そのような中、Evans v. Newton⁴⁰⁾の差戻し審であるEvans v. Abney⁴¹⁾において、最高裁はShelley判決の執行理論の射程に歯止めをかけた。一連の問題の事実、次のとおりである。人種統合の動向に伴い、自治体が管理していた白人専用の公園の管理を新たに私人に委ねた。しかし、長年の間、自治体はその公園を管理していたことにかんがみて、その公園はもはや「性格上市営」であると考えられ、自治体と公園管理を行う私人との間に「関わり合い」が認められた。その結果、人種差別に基づく本件公園管理は憲法14条に違反すると判断されたのがEvans v. Newton判決である。そして、Newton判決の差戻し審であるEvans v. Abneyにおいては、州裁判所が本件公園の私人への遺贈の決定を支持したため、その決定が違憲な司法の執行であるかどうかが争われたのである。そして、最高裁は、州裁判所のこの決定が違憲な司法の執行ではないと述べて、以下のとおり判断した。まず、本件の事案では、黒人に対する差別を「積極的に執行した」州裁判所の判決を違憲なステイト・アクションであると判断したShelley判決の事案と異なっていることが確認される⁴²⁾。そして、本事案では、公園を遺贈した者の遺言には、人種統合を行うくらいであれば、公園を閉鎖することを望んでいた旨記されていることを受け止めた上で、「当裁判所の責任は、…憲法と土地に関する法をありのまま解釈し、執行することであって、われわれ各裁判官の個人的好みに基づき社会政策を立法化することではない」⁴³⁾

39) Phillip B. Kurland, *Equal in Origin and Equal in Title to the Legislative and Executive Branches of Government*, 78 HARV. L. REV. 143, 148 (1964).

40) 382 U.S. 296 (1966).

41) 396 U.S. 435 (1970).

42) *Id.* at 445. これに対して、本件で問題となっているジョージア州最高裁の判決は、執行理論におけるステイト・アクションに相当し、本件にもShelley判決と同様のステイト・アクションが構成されている、とブレンナン裁判官は反対意見で述べている。なお、本判決において、Shelley判決について言及したのは、ブレンナン裁判官1人であった。*Id.* at 457 (Brennan, J., dissenting).

43) *Id.* at 447.

と続ける。そして、「遺言制度の創設は、本質的に州法の事柄であり」⁴⁴⁾、その州法の内容が、人種に対して中立的 (neutral) である以上、州裁判所は、その信託法を執行する他ない。このように述べて、最高裁は、遺言に基づいて公園を相続人に返還することを決定した⁴⁵⁾。つまり、Abney判決では、裁判所が中立的な州法を執行する分には、司法の執行理論とはならないことが示されたため、Shelley判決の趣旨が骨抜きにされてしまったのである⁴⁶⁾。

Abney判決以降、正面から執行理論を展開した判例は、Civil Rights Actの制定に伴い1970-80年代にはみられなくなってしまった。Shelley判決における執行理論は、裁判所がしばらくの間Shelley判決を先例として取り上げることもなかったため、もはや死文化したと考えられていた⁴⁷⁾。しかし、人種差別を度々是正してきた執行理論は、久しぶりに人種差別に関する事案であるEdmonson v. Leesville Concrete Co.⁴⁸⁾において、姿を変えて再び登場した。最高裁は、Edmonson判決において「政府の権威がもたらした方法のみによって侵害が重いものとなったかどうか」という要件を執行理論として示した。最高裁は、この要件の先例としてShelley判決をあげている。もっとも、Edmonson判決において、「政府の権威がもたらした方法のみによって侵害が重いものとなったかどうか」という要件の本件への当てはめについては次のように述べているに止まっている。人種を理由とする陪審員忌避が問題とされた本件においては、「政府が裁判所自体の中で差別を行うことを許容しているために、その差別による侵害がさら

44) *Id.* at 444.

45) 本判決のポイントは、「中立的かつ非差別的な州の信託法」(*Id.* at 446) というベースラインを設定したところにある。このベースラインは、カリフォルニア州法の規定が「中立な立場 (a neutral position)」ではないとしてしりぞけたReitman判決のそれとは異なるものと評価しうる。

46) Abney判決では、連邦制の観点から、信託法の制定と運営が「州の伝統的役割」(*Id.* at 447) であると判断された点において、州に対する連邦司法の権限が制限されたものと読むことができる。

47) Shelley判決をめぐる、下級審では困惑が見られた。下級審においては、Shelley判決を忠実に解釈し、運用する判決がある一方で、制限契約を宗教上の理由で用いることにはShelley判決の執行理論が適用されないという判決もある。See Saxer, *supra* note 18, at 98-100.

48) 500 U.S. 614 (1991).

に耐え難い (severe) ものとなっている」⁴⁹⁾。つまり、Edmonson判決では、裁判所の行為そのものがステイト・アクションと成り得るかどうか、という問題設定をしていない。Shelley判決においては、裁判所の行為そのものがステイト・アクションと認定されたが、Edmonson判決においては、裁判所の行為が私人による侵害行為を「さらに耐え難いもの」としているかどうか、ということが問われているのである。すなわち、裁判官自身が人種差別に加担することと裁判官が私人間の人種差別的な契約を執行することとは異なる。Shelley判決の本質的含意は、私人が本来自由に締結する契約がもはや私的領域ではないということにある。Shelley判決において追究すべきこととは、裁判官自身が人種差別をすることではなく、裁判所が私人間の人種差別的な契約を執行することが私的領域の外にあるとする最高裁の論拠である。ここに、Edmonson判決における執行理論は、Shelley判決において認められたその理論からの微妙な逸脱があると言える⁵⁰⁾。このように、Shelley判決における執行理論は、一貫して限定的に解釈されてきた、あるいは時には最高裁からはあえて無視されてきたとさえ言うことができるのである。

3. Corrigan v. Buckley との比較

Shelley判決は、ステイト・アクション法理の歴史的側面から興味深い問いを提供してくれる。つまり、なぜステイト・アクション法理が生じたのか、という疑問に対して、Shelley判決が一定の手掛かりを与えてくれている。ここでは、ステイト・アクション法理が生誕したと考えられる1940年代以前に出された

49) *Id.* at 628.

50) また、Edmonson判決の翌年、Georgia v. McCollum, 505 U.S. 42 (1992)でも、裁判所が「私人である訴訟当事者の差別行為の侵害の効果を強めた」ことが、執行理論として認められた。このように、McCollum判決においても、裁判所の判決そのものをステイト・アクションと捉えたShelley判決における執行理論とは異なる論理で執行理論を展開した。オコーナー裁判官の反対意見に示されるとおり、Shelley判決における執行理論は、陪審員忌避の手続きの執行についても当てはまるとは思われない。「Shelley判決における州裁判所は、差別することを望まない当事者に対して合意遵守の強制力を用いている。他方で、忌避の『執行』は、誰に対しても差別を強要するものではない。つまり、差別は全くの私的選択の事柄である」。 *Id.* at 635 (O'Connor, J., dissenting).

Corrigan v. Buckley⁵¹⁾の判決とShelley判決を比較する必要がある。

Corrigan v. Buckleyとは、白人が黒人に対して財産を売買する契約に関して、人種に基づく制限契約の差止め訴訟を黒人が提起した事案である。コロンビア特別地区の上訴裁判所は、制限契約が平等保護に違反するという黒人側の主張をしりぞけた⁵²⁾。合衆国最高裁もまた、本件が憲法訴訟としての要件を満たしていないとして差止めの主張をしりぞけた。Corrigan判決で、最高裁は、憲法によって禁止されているのが特有の性質を持った州の行為のみである、というCivil Rights Casesの一部を再確認した上で、憲法の規定は、私人間における財産の所有や処分に関する契約の執行を当然に規律するものではないと述べる。そして、私人がそのような契約の申し込みを無効としたこと自体について、裁判所は、何の立場(color)もとれないと判断した⁵³⁾。

Corrigan判決とShelley判決との関係は、どちらも人種制限契約を州裁判所が執行した事案である。しかし、Corrigan判決においては、州裁判所による人種制限契約の執行を合憲としたのに対して、Shelley判決においては、ステイト・アクション法理における執行理論によって、人種制限契約を執行した州裁判所の行為が違憲であると判断された。問題は、何がCorrigan判決とShelley判決との結論を分けたのか、ということである⁵⁴⁾。別の言い方をすれば、なぜShelley判決の結論を導くための重要な論拠として用いられたステイト・アクション法理が1940年代に入ってから認められるようになったのか、ということがここでの問題である。確かに、Corrigan判決とShelley判決との結論の違いについては、この約20年間における人種差別に対する意識の変化を要因として指摘することができるのかもしれない。しかし、そうであれば、人種差別是正のメッセージを明確に示したはずのShelley判決は、なぜその後ほとんどの類似の事案において無視され、そして先例としての意義が軽視されてきたのだろうか。そして、なぜス

51) 271 U.S. 323 (1926).

52) 299 F. ed. 899 (1924).「白人であろうと黒人であろうと、個々の市民は、特定の個人や一定の階級の人に自らの財産を売却しあるいは譲渡することを拒むことができる」。Id. at 901.

53) *Corrigan*, 271 U.S. at 330.

テイト・アクション法理において *Shelley* 判決の存在は縮小化していったのだろうか。 *Shelley* 判決そのものは、単に人種差別是正の観点から説明することができるわけではなく、ステイト・アクション法理の本質的課題と関係しているように思われる。したがって、以下では、単に人種差別に対する意識の変遷という理由ではなく、ステイト・アクション法理の本質的課題を考察することによって 1926 年 *Corrigan* 判決から 1948 年 *Shelley* 判決に至るまでの最高裁の姿勢の変化について考えることとする。

Ⅲ. 公私区分の変遷

本章では、*Shelley* 判決においても示されたステイト・アクション法理の生誕の歴史的経緯について考察し、*Corrigan* 判決と *Shelley* 判決との違いを論証していく。つまり、歴史的な分析からこれらの事柄を解明していくと同時に、ステイト・

54) 執行理論に関しては、*Buchanan v. Warley*, 245 U.S. 60 (1917) と *Reitman* 判決を比較することにより、同様の疑問も提起しうる。*Buchanan v. Warley* においては、人種に基づく居住制限を目的としたケンタッキー州ルイスビルの条例が憲法修正 14 条に違反するかが問われた。この条例により、地域区画の 8 割以上に白人が居住している場合、黒人はその地域に住むことが禁止されていた。黒人の *Buchanan* は白人の *Warley* から白人が 8 割を超える地域の土地の購入をしようとしたが、たとえその土地を購入しても条例によって *Buchanan* は居住できないため、条例の無効と購入した土地の保障を主張した。この事案において、合衆国最高裁は、白人は黒人に対して土地を売却する憲法上の権利を有しており、黒人への土地売買を禁止した条例は修正 14 条が定める「合衆国市民の特権と免除 (the privileges and immunities)」に反して違憲であることを認めた。判決の理由は、白人と黒人を差別による平等保護違反ではなく、財産権を侵害するというものであった。つまり、問題とされた条例は、人種差別を根拠として、「個人が獲得した物の自由な使用、収益、処分」の財産権を侵害するものと判断された (*Id.* at 74)。

ステイト・アクション法理の観点から注目すべき事柄は、本件の条例をステイト・アクションであるとみなさなかつたことである。州の条例をステイト・アクションとみなして、それにより黒人と白人の不合理な契約内容を平等保護条項に照らして判断することも可能であるように思われるが、判決において平等保護の議論は排除されている。*Buchanan* 判決において、私人間の契約を規制する条例はステイト・アクションと認定されなかつた。*Buchanan* 判決と *Reitman* 判決については、いずれも、立法が、私人間の人種差別を実質的に許容していた事案である。両者の違いは、*Buchanan* 判決においては、条例が、*Reitman* 判決においては、州憲法が、私人間の人種差別について消極的に容認していた。いずれの事案においても、最高裁は違憲判決を下したものの、前者においては、ステイト・アクションの存在を認定せず、後者については違憲なステイト・アクションの存在を認めた。

アクション法理が、1940年代以降になるまで登場することができなかった理由を、2つの立憲主義のかたちにおける公私区分の観点から考察していく。その2つの立憲主義とは、合衆国の憲法史において、重要な転換期をなした2つの立憲主義—ロックナー型立憲主義とニュー・ディール型立憲主義—である。両者は、公私区分の観点からは、対照的な立憲主義のかたちであると評価することができる。また、これらの立憲主義の下での公私区分の変遷によって、ステイト・アクション法理の判例が登場することになった⁵⁵⁾。

1. ロックナー型立憲主義

Corrigan判決が出された当時、最高裁は憲法解釈の前提として、ある立憲主義のかたちにコミットしていた。1987年から1937年までの期間を指すロックナー期において、合衆国最高裁は「契約の自由」を公に賞賛し、私人間の契約に対して州が介入することには消極的であったため、私人間の契約関係にステイト・アクションの存在を容易に認定しようとはしていなかった。1905年、*Lochner v. New York*⁵⁶⁾は、労働者と雇用者の「契約の自由」を理由に、ニュー・ヨーク州が規定する労働時間の制限条項を無効とし、州のポリス・パワーを限定した判決である。ニュー・ヨーク州の労働法⁵⁷⁾は、週60時間あるいは一日10時間以上の労働を禁止していた。本件において、最高裁は、5対4で同法が修正14条で定められたデュー・プロセスに反し、違憲であると判断した。

最高裁の立論は次のとおりである。修正14条は、「自らの営み (business) に

55) なお、ステイト・アクション法理における「公」の概念の考察については、榎・前掲注4、を参照。また、憲法学における公私区分の意義については、樋口陽一『近代国民国家の憲法構造』(東京大学出版会・1994)164頁、渡辺康行「憲法の役割についての考え方—公私区分論の現在」横田耕一・高見勝利編『ブリッジブック憲法』(信山社・2002)18頁、巻美矢紀「公私区分」法学セミナー581号(2003)28頁、がそれぞれ参考になる。

56) 198 U.S. 45 (1905).

57) 1897 N. Y. Laws art. 8 ch. 415, § 110. 「パン屋及び菓子屋における労働時間：ビスケット、パン、ケーキあるいは菓子の製造店舗において、州の最後の日に労働を短くする目的でなければ、いかなる労働者も週60時間以上または一日10時間以上労働を要求され、あるいは許容されてはならない…」。

関して契約を締結する一般的な権利」⁵⁸⁾を保障している。そして、本件の州の規制立法は、個人のこの権利、換言すれば、この権利の核心にある「契約の自由(freedom of contract)」⁵⁹⁾を侵害するかどうか争われた。「契約の自由」を規制しうる州の立法は、目的それ自体が適切かつ正統であり、またその目的が手段と直接に関係していなければならない。労働者の保護と公衆衛生の保持という2つの目的について、最高裁は以下のとおり判断した。労働者の保護という目的については、パンの製造業者などの一部の労働者たちを特別視しており、規制の目的として適切でもなければ、正統でもない。後者の公衆衛生の保持という目的については、合理性を欠いているし、仮に目的が認められても労働時間の規制によってかかる目的が達成される保証はない。したがって、州の規制法は、州の正統なポリス・パワー（州の規制権限）を超えており、雇用者と労働者との間の「契約の自由」を侵害するものと考えられる。

ロックナー判決の法廷意見は、次のことを明らかにしたといえる。第1に、「契約の自由」が修正14条のデュー・プロセスにおいて保障された権利の内容をなしていることである。第2に、公衆衛生や公衆の安全を保護する適当かつ正統な目的と、その目的と直接関係する手段がある場合にのみ、政府は「契約の自由」に干渉しうることを明確に示した。このように、ロックナー判決において示された「契約の自由」という抽象的な概念を理由として、州の権限（ポリス・パワー）は著しく限定されたと考えられてきた⁶⁰⁾。

では、最高裁の「契約の自由」法理を支えていたものとは何であったのか。それは、公私区分（public-private distinction）である。公私区分は、19世紀から20世紀初頭におけるアメリカ法の最も基本的な概念の1つであったと言われる。そして、公私区分という根幹（tendrils）は、日常の生活に関わる一般法やcivil

58) *Lochner*, 198 U.S. at 53.

59) *Id.* at 57, 60.

60) 本稿では、ロックナー判決及びロックナー期の諸判決の分析を対象としていないことから、これらの判決については古典的な理解に従っている。もっとも、ロックナー判決及びロックナー期の諸判決については、いわゆる修正論（revisionism）を無視し得ない。この点についての邦語論文として、常本照樹「ニュー・ディールと最高裁」アメリカ法1997-1（1997）23頁、を参照。

rightsに関係する法さらには、契約条項の法理そのものにまで影響を及ぼしていた⁶¹⁾。つまり、ロックナー判決以降は、州が干渉できる領域と契約の自由の領域との間に公私区分の境界線が設定されたのである。このように、公私区分という概念そのものは憲法典に書かれざる事柄であるが、その区分こそが、この時期の憲法解釈の帰結に大きな影響力をもたらししていた。だからこそ、以下で見るリーガル・リアリズムは、契約の自由そのものを批判するのみならず、より根本的な公私区分にも批判の矛先を向けていたのである。したがって、Civil Rights Cases以降、デュー・プロセス法理に関する最高裁の「高慢さ (a pride of place)」⁶²⁾を支えていたものは、公私区分であったことになる。そして、ロックナー期の公私区分は、価格制限、黄犬契約規制及び賃金規制の場面で見受けられる⁶³⁾。ロックナー判決それ自体において示されているとおり、労働時間制限立法については「公衆衛生 (public health)」が保持されているかどうか、ということが審査の対象となっていた⁶⁴⁾。このようなロックナー期を象徴する事例の類型として、第1に、価格制限の規制法があげられる。最高裁は、契約の自由を理由として、映画のチケットの値段⁶⁵⁾、雇用機関が搾取する手数料⁶⁶⁾、ガソリン価格⁶⁷⁾、を規制する各立法をすべて違憲と判断した。これらのいずれの事案においても、最高裁は、規制の対象となっているビジネスが、先例において示された「公的利益に付着するビジネス (affected with a public interest)」⁶⁸⁾にあたるかどうか、ということを検討している。つまり、価格制限立法については、問題とされているビジネスが公的か、私的か、という点において、公私区分の思想がロックナー期においては貫かれていたのである。

61) See BARRY CUSHMAN, RETHINKING THE NEW DEAL COURT 47 (1998).

62) *Id.* at 48.

63) *Id.*

64) ロックナー期の例外的事例として掲げられる、女性の労働時間規制立法を合憲と判断した *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908)については、「健康な母親が、健全な子孫にとって不可欠であり、女性が身体的に健康であることは、公的利益の目的に適っている」と最高裁は述べている。

65) *Tyson & Bro.-United Theatre Ticket Offices v. Banton*, 273 U.S. 418 (1927).

66) *Ribnik v. McBride*, 277 U.S. 350 (1928).

67) *Williams v. Standard Oil Co.*, 278 U.S. 235 (1929).

第2に、「黄犬契約」の禁止立法については、労働者と雇用者は、「対等な権利を有しており、この平等性を妨げるいかなる立法も、契約の自由に対する恣意的な干渉である」と述べ、最高裁は契約の自由重視の明確な態度を示している⁶⁹⁾。ここにおいても、ポリス・パワーは、公の安全、健康、道徳及び一般的な福利に関係する際に発動されるという前提から、労働組織の構成員になることは、労働者の「個人的かつ私的な事柄」⁷⁰⁾であるため、そのような規制は契約の自由に対する恣意的な干渉であるという結論が導かれている。

第3に、賃金規制に関する立法を違憲と判断する際にも、最高裁は、公私区分に則っている。たとえば、*Adkins v. Children's Hospital*⁷¹⁾において、最高裁は、本件で合憲性の審査対象となった女性労働者に関する最低賃金法が、「公的利益ないしは公的労働 (public work) に相当するビジネスを扱う法律ではない」⁷²⁾ことを理由に、この立法を違憲無効と判断した。つまり、*Adkins* 判決によって、最低賃金の規制立法が対象とできるビジネスとは、「公的利益ないしは公的労働に相当するビジネス」に限られていることが示されたのである。

このように、ロックナー期においては、市場における私的性格が強調されてお

68) 「公的利益と付着した」契約ないしは財産という概念それ自体は、19世紀前半のいくつかの判決文からも読み取ることができた。たとえば、*Civil Rights Cases*の6年前には、*Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113, 126 (1877)において、最高裁は、「財産が、公的帰結を生み出すときに用いられたとき、そして、共同体全体に作用するときには、公的利益の衣を着るようになる (clothed with a public interest)」と述べているし、*Chicago, Burlington & Quincy R.R. Co. v. Iowa*, 94 U.S. 155, 161 (1877)において、最高裁は、鉄道が、「公的利益に影響を及ぼす公的雇用に従事する」ものであると判断した。See also *Railroad Commission Cases*, 116 U.S. 307 (1886); *Dow v. Beidelman*, 125 U.S. 680 (1888); *Winona & St. Peter R.R. Co. v. Blake*, 94 U.S. 180 (1877)。また、ロックナー期の *German Alliance Ins. Co. v. Lewis*, 223 U.S. 389 (1914)においては、保険が「公的利益と付着した」ビジネスであることを認めている。なお、「公的利益に付着するビジネス」についての検討は、See, e.g., Breck P. McAllister, *Lord Hale and Business Affected with a Public Interest*, 43 HARV. L. REV. 759 (1930); Walton H. Hamilton, *Affection with Public Interest*, 39 YALE L. J. 1089 (1930); Maurice Finkelstein, *From Munn v. Illinois to Tyson v. Banton: A Study in the Judicial Process*, 27 COLUM. L. REV. 769 (1927)。

69) *Adair v. United States*, 208 U.S. 161, 173 (1908)。

70) *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1, 19 (1915)。

71) 261 U.S. 525 (1923)。

72) *Id.* at 554。

り、食料雑貨店、乳製品販売業者、肉屋、パン屋、靴屋、洋服仕立屋などは、性質上規制に服さない本質的に私的なビジネスであるとみなされていた⁷³⁾。その私的なビジネス内における権利侵害行為は、原則として「契約の自由」として雇用者と労働者との間で解決されるべきであり、この契約に干渉する経済規制立法は次々と違憲と判断されたのである⁷⁴⁾。

このように考えると、レッセ・フェール立憲主義の体系において、公私区分は、不可欠 (critical) な役割を果たしていた⁷⁵⁾。そして、ロックナー型立憲主義の下での最高裁は、Civil Rights Casesにおいて確立したステイト・アクション (州の行為) という要件を堅持し、契約の自由によって保障される私的領域は実質的に規制から放置されていた⁷⁶⁾。このように考えると、ロックナー型立憲主義は、実体的デュー・プロセス論ではなく、むしろ、公私区分を根拠に、「ステイト・アクター」でない者は、憲法の拘束を受けないと判断する最高裁の姿勢において象徴されていると考えることができるのである⁷⁷⁾。つまり、ロッカー期においては、憲法によって拘束を受けるステイト・アクションと、私人間の契約の自由によって実現される私人の行為との間には厳格な区分があったのである⁷⁸⁾。本稿では、「契約の自由」を根拠とする公私区分に象徴される立憲主義をロックナー型立憲主義と呼ぶことにする。そして、Corrigan判決は、厳格な公私区分を基

73) See *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262, 277(1932).

74) ロックナー期に最高裁は、デュー・プロセス条項を根拠として、約200もの違憲判決を下している。See BENJAMIN F. WRIGHT, *THE GROWTH OF AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 148, 154 (1942); MICHAEL J. PHILLIPS, *THE LOCHNER COURT, MYTH AND REALITY* 36 (2001).

75) CUSHMAN, *supra* note 61, at 7.

76) 最高裁の判例の流れを分析する限り、ロックナー期の諸判決を支えていた「契約の自由」法理が、Civil Rights Casesの「遺産」の上に成り立っていた、という指摘を否定することは難しい。すなわち、Civil Rights Casesでは、ステイト・アクションと私的行為との区分をし、前者のみが憲法による拘束を受けると判断され、ロックナー判決では、後者は憲法によって護られた圏域であると判断されたのであり、両判決をもって、公私区分は確固たるものになったと考えられている。See Ira Nerken, *A New Deal for the Protection of Fourteenth Amendment Rights*, 12 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 297, 304 (1977).

77) See Cass R. Sunstein, *Lochner's Legacy*, 87 COLUM. L. REV. 873, 875 (1987).

78) たとえば、ロックナー判決の翌年、最高裁は、*Hodges v. United States*, 203 U.S. 1, 10 (1906)において、「修正14条と修正15条は、…ステイト・アクションに対する制約を課して、州に構成されない行為は、お咎め無しである」と述べている。

とするロックナー期において下された判決であった。

2. ニュー・ディール型立憲主義

ロックナー型立憲主義の崩壊は、コート・パッキング・プランが現実味を帯びてきた中、9人の裁判官を救った時代の変化とも形容される1937年憲法革命 (constitutional revolution) によってもたらされた。しかし、憲法革命以前にも最高裁内部において公私区分についての変化が見られ、その例が1934年に下された *Nebbia v. New York*⁷⁹⁾ である。*Nebbia* 判決では、牛乳の最低・最高価格を規制していた法律⁸⁰⁾の合憲性が問題とされていたところ、最高裁は、次のように述べて、この規制立法が憲法に反しないことを認めた。

「財産の使用及び契約の締結は、通常私的な事柄であって、公的な事柄ではない。一般的なルールとして、どちらも政府の干渉を受けることはない。しかし、財産権も契約の権利も絶対的ではない」⁸¹⁾。もはや、「公的利益 (a public interest)」に影響を与えるビジネスに等級も類型もない。そして、本件規制には、規制目的の合理性と目的と手段の関係性が認められ、また州は、公的利益に影響を与えるビジネスに対して、一定の政策を採用することを認められた。確かに *Nebbia* 判決において、「契約の自由」法理そのものが言及されていたが、最高裁は、「契約の自由」法理を認める前提となるビジネスの性格に変化をもたらした。すなわち、従来であれば私的ビジネスの一種であると考えられていた牛乳の販売は、公衆衛生と密接に関連しているため、牛乳販売を公的なビジネスとみなしたのである。*Nebbia* 判決は、「契約の自由」法理そのものについてこれまでの先例を覆したのではなく、「契約の自由」法理を認める前提となるビジネスの私的性格を狭く理解したものと解するのが相当である⁸²⁾。さらに、*Nebbia* 判決の中で最

79) 291 U.S. 502 (1934).

80) Chap. 158 of the Laws of 1933.

81) *Nebbia*, 291 U.S. at 524.

82) 当然、法廷意見のようにビジネスの私的性格を狭く解する論理には先例に照らせば異論がある。マクレイノルズ裁判官は、先例を参照しつつ、法廷意見では私的ビジネスと公的なビジネスとの「肝要な区別 (the vital distinction)」が無視されていると批判している。*Id.* at 542.

高裁は、「公的利益 (a public interest)」という言葉を用いている他、public welfare, public business, public utility, public grant, public use, public controlなどpublicという言葉を繰り返し用いている点から、ロックナー期の判決と同じ性格の判決であると認識することはできない。

したがって、端的に述べれば、Nebbia判決は、ロックナー型立憲主義の公私区分の崩壊を宣言した判決である⁸³⁾。公私区分のこの崩壊に伴い、契約の自由の前提とされた私的領域が非常に縮小してしまった。そのため、契約の自由そのものの意義も以前に増して弱いものとなっていくた。そして、自由な市場によって造られた「自然な領域」が前国家的に保障されていると考える古い自然権思想は、もはや受け入れ難くなった。すなわち、経済活動を自由に営む領域は、もはや権利の領域ではなく、政府の裁量と政策に基づいて規制可能な領域と考えられてきたのである。

そして、ロックナー期を象徴する「契約の自由」の法理は、ニュー・ディール政策が進行する中、1937年 West Coast Hotel v. Parrish⁸⁴⁾において終焉を迎えた。最低賃金に関する法域において、West Coast Hotel判決は、ロックナー期を象徴する「契約の自由」を擁護した Adkins判決を明示的に覆して政府の規制を正当化した点で「革命的」と言われている⁸⁵⁾。そして、この「革命的」な判決

83) CUSHMAN, *supra* note 61, at 155.

84) 300 U.S. 379 (1937). 本件は、West Coast Hotelに勤務していた女性が、女性の最低賃金法に定められた最低賃金と、実際に支払われた賃金の差額の支払いをホテルに対して請求した争訟である。

「それぞれの事案において女性に対する最低賃金の規制を非難する者によって主張される違反は契約の自由である。この自由とは何であろうか。憲法は契約の自由について何も言っていない。憲法は自由とデュー・プロセスの法によらない自由の剥奪の禁止について言っている。この剥奪の禁止において、憲法は絶対的かつ無制限な自由を認めるものではない。その文言における自由は歴史と含み (connotation) を有している。しかし、保障された自由とは、人民の健康、安全、道徳、福利を脅かす悪に対抗するために法の保障を必要とする社会の組織における自由である。それゆえ、憲法の下での自由は必然的にデュー・プロセスに服するのであって、その服従と関係する合理的な規制及び共同体の利益のために用いられた規制こそがデュー・プロセスなのである」。Id. at 391.

85) See EDWARD S. CORWIN, CONSTITUTIONAL REVOLUTION, LTD. 7 (1941). 「ニュー・ディールが最高裁にやってきた (The New Deal Comes to the Supreme Court)」ことにより、既存の憲法解釈と概念の崩壊が始まったことを論じている。

によって、公私区分のベースラインはずたずた (tatters) にされてしまったのである⁸⁶⁾。別言すれば、ロックナー期の最高裁は、私的領域における規制に異を唱えていたが、1937年の革命を期に、最高裁は、立法への介入を自制し、連邦の権限が飛躍的に拡大し、「積極的な政府の新たな憲法上の基礎を築き始めた」⁸⁷⁾のである。この革命によって、ステイト・アクションの概念が変容し、従来の公私区分はもはや維持できなくなった。つまり、「ステイト」と「アクション」の概念がそれぞれ変容したために、政府の立ち入ることのできる「公」の領域が拡大したのである⁸⁸⁾。「ステイト」の概念については、ニュー・ディールの福祉政策により、積極的な自由の保障をするために必要な政策も「ステイト」の役割であると考えられてきた。「アクション」の概念については、作為と不作為の区別が相対化し、一部の政府の不作為までもが政府が対処すべき「アクション」であると理解されるようになってきた。このように、憲法革命は、ロックナー期における「ステイト・アクション」の概念そのものを拡大させた。それと同時に、ニュー・ディール後の立憲主義は、明確な公私区分のベースラインが喪失したため、「公」の「私」への介入の可能性を拓いた。

このように、ニュー・ディール型立憲主義の下での公私区分に関しては、「公」的領域が広く捉えられてきた。そのために、その拡張した「公」を憲法によって拘束するためにステイト・アクション法理も拡大してきた。すなわち、ステイト・アクション法理の発展は、「積極国家の体現」⁸⁹⁾なのである。そして、Shelley判決もまた「積極国家の体現」として登場したのである。

86) See LOUIS MICHAEL SEIDMAN & MARK V. TUSHNET, REMNANTS OF BELIEF 67 (1996).

87) BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS 49 (1991). See also G. EDWARD WHITE, THE CONSTITUTION AND THE NEW DEAL 225 (2000).

88) See John H. Garvey, *Private Power and the Constitution*, 10 CONST. COMMENT. 311, 314 (1993). また、Daphne Barak-Erez, *A State Action Doctrine for an Age of Privatization*, 45 SYRACUSE L. REV. 1169, 1183 (1995)は、伝統的で排他的特権、という言い回しの公的機能理論における「ステイト」の概念は、ロックナー主義的な古典的なものであると評価している。

89) Mark Tushnet, *The Issue of State Action / Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law*, 1 INT'L J. CONST. L. 79, 90 (2003).

3. ステイト・アクション法理の起源についての検討

以上のようなロックナー型立憲主義からニュー・ディール型立憲主義への変遷において看取しうる公私区分のベースラインの変動が認められれば、本章の冒頭の問題提起に対する回答が示されそうである。Civil Rights Casesにおけるハーラン裁判官の反対意見が存在していたにもかかわらず、なぜ1883年から1940年代までの間、最高裁においてステイト・アクション法理は展開されなかったのだろうか。そして、同種の事案であるにもかかわらず、ステイト・アクション法理を認めなかったCorrigan判決とステイト・アクション法理の基礎を形成したShelley判決との間には何があったのか。以下では、2つの立憲主義の下でのそれぞれの公私区分の観点から、ステイト・アクション法理の判例及びその変遷について検討を試みる。

そもそもステイト・アクション法理は、私的権力よりも政府の権力に対する懐疑の上に成り立っているものであり、それゆえ、一面においてはロックナー判決の名残があると言える⁹⁰⁾。たとえば、ロックナー型立憲主義を反映したステイト・アクション法理は、レンキスト裁判官が示した排他性テストにおいてよく示されている。排他性テストとは、ステイト・アクション法理の1理論である公的機能理論を満たすための要件であり、ある私人が「州に留保されている伝統的に排他的な権限」を手に行っている場合にのみ、その私人をステイト・アクターとして考えることができる、というものである。そして、Jackson v. Metropolitan Edison Co.⁹¹⁾とFlagg Bros. Inc. v. Brooks⁹²⁾に示されたとおり、「排他性」のない私的な商取引分野において、ステイト・アクションの存在を肯定することは特に不適切である。つまり、「私的な商取引の分野」あるいは「商業の世界における…私的協定」が機能する分野においては、これらの分野における州の規制や認可は公的な問題ではなく、私的な問題として位置づけられることになる⁹³⁾。実際、

90) See Mark Tushnet, *Shelley v. Kraemer and Theories of Equality*, 103 N. Y. L. SCH. L. REV. 383, 391 (1988). また、巨大な社会権力の登場により、ステイト・アクション法理が不可欠になったと論じるものとして、See, e.g., Note, *State Action, Theories for Applying Constitutional Restrictions to Private Activity*, 74 COLUM. L. REV. 656 (1974); Adolf A. Berle, *Constitutional Limitation on Corporate Activity*, 100 U. PA. L. REV. 933 (1952).

Jackson 判決では、電力供給が「公的利益に付着するビジネス」であるという主張が提起されたが、最高裁は、「公的利益に付着するビジネス」に携わる職務を遂行する者の行為が、すべてステイト・アクションになるわけではないことを指摘している⁹⁴⁾。つまり、排他性のない商取引においては、憲法によって規律すべき事柄はなく、私人間の「契約の自由」に委ねる、という論理のもと、Jackson 判決（と Flagg Brothers 判決）におけるステイト・アクションの概念は、ロックナー型立憲主義を反映したものと解することができる⁹⁵⁾。この論理は、「契約の自由」を私的事柄として捉え、公的な介入を禁止するロックナー型立憲主義の趣旨と合致するものと言える。その他にも、私的なショッピングモールにおける

91) 419 U.S. 345 (1974).

レンキスト裁判官が言い渡した本判決は、「州に留保されている伝統的に排他的な権限 (powers traditionally exclusively reserved to the State)」(*Id.* at 353) を有している場合にのみ、私人の行為が公的機能を果たすステイト・アクションであるという要件を確立した。

Catherine Jackson という女性が電気料金を支払わなかったため、Metropolitan Edison という私企業である電力会社が事前の告知なくして Jackson の住居への電力供給を停止した。Jackson は、Metropolitan 社が州の規制を受けていること、州で唯一の電力会社であり、独占状態にあること、そして電気の供給が公共サービスであることを理由として、Metropolitan 社の行為はステイト・アクションに相当し、デュー・プロセスを定めた修正 14 条違反であると主張した。Jackson 判決では、Metropolitan 社が「州に留保されている伝統的に排他的な権限」を行使していたわけではないと解されたため、Jackson の主張をしりぞけている。

92) 436 U.S. 149 (1978).

Flagg Brothers 判決においては、ニュー・ヨーク州法に従い、保管料の未納者に対して倉庫業者がその者に告知をした上で、倉庫業者が倉庫に保管されている物を売却する行為が、デュー・プロセスを保障する修正 14 条に違反するステイト・アクションに該当するかが争われた。本件では、自治体職員が斡旋してくれたために、原告の Brooks 夫人は、Flagg Brothers 社の倉庫を利用していた。しかし、自治体職員は強制力を発動したわけでもなく、また倉庫業者 Flagg Brothers 社の行為が、「排他的に州に留保されている」機能を果たしていないため、最高裁はステイト・アクションの存在を認めなかった。

93) 同様のことは、Jackson 判決についても当てはまる。Jackson 判決において、最高裁は、「ビジネスが州の規制を受けるという単なる事実それ自体によって、その行為が修正 14 条の趣旨である州の行為に変化したことにはならない」、と述べている。*Jackson*, 419 U.S. at 350.

94) *See Jackson*, 419 U.S. at 354.

95) *See Barak-Erez, supra* note 88, at 1186.

ピケッティング活動としての表現の自由を認めなかったHudgens v. National Labor Relations Board⁹⁶⁾は、雇用者と労働者との間の典型的な「契約の自由」を連想させる判決である。雇用関係についての争議は、雇用者と労働者との間の「契約の自由」によって解決されるべき事柄であり、Hudgens判決における最高裁は、その「契約の自由」によって保護された「私」的領域の侵害を原則として避けたにすぎない。また、州からの援助と規制を受けている私的機関の行為をステイト・アクションではないと判断したRendell-Baker v. Kohn⁹⁷⁾とBlum v. Yaretsky⁹⁸⁾は、ロックナー期の小さな「ポリス・パワー」の理解に基づき、「ステイト・アクション」の概念を狭く捉えた典型的な判決であろう。以上のように考えれば、この時期に下されたCorrigan判決もまた、人種差別に基づく不動産売買契約は、「公的利益に付着したビジネス」そのものではないため、「契約の自由」に委ねられたものだ、と最高裁が解釈したと考えることができる。つまり、憲法が「たとえどれほど差別的であろうとも、あるいはどれほど不当なものであっても、純粋な私的行為のみに対しては何の保障も創設していない」⁹⁹⁾というShelley判決が示した原則は、「契約の自由」の遺産であったのである。ロックナー型立憲主義は、厳格な公私区分の下、「公」の「私」への介入を抑制した立憲主義のかたちであり、ステイト・アクション法理の縮小期は、この立憲主義のかたちを反映していた、と言って大きな誤りはないだろう。

96) 424 U.S. 507 (1976).

Hudgensの事案は、ショッピングセンター内でピケッティング活動をしている労働組合が、経営者の代理人によって不法侵入として逮捕する旨脅迫をされたことが表現の自由を侵害するかどうか争点であった。最高裁は、本件において、自由な表現の憲法上の保障は、何の役割も果たすことはないことを肯定し、労働組合がストライキを告知する目的でショッピングセンターに入る権利を認めることができないと結論付けた。

97) 457 U.S. 830 (1982). 本件では、90%以上の運営費用を州と連邦が負担し、そして公的機関の規制に服している私立学校の行為が「州法の名の下に (under color of state law)」になされた行為であるかどうか問われたが、最高裁は、関係性理論と公的機能理論のいずれの主張もしりぞけた。

98) 457 U.S. 991 (1982). 本件も、Rendell判決と同じように、90%以上の治療費用を州が負担し、州の認可を受けている養護施設の行為がステイト・アクションとみなせるかが問題となっていたが、最高裁は、養護施設の専門的な判断を尊重し、関係性理論と公的機能理論のいずれの主張もしりぞけた。

99) *Shelley*, 334 U.S. at 13.

他方で、ニュー・ディール型立憲主義における公私区分は、ステイト・アクション法理に決定的な影響を及ぼした。この点を踏まえたうえで、Corrigan判決とShelley判決との帰結の違いの原因について考えてみる。Shelley判決と同種の事案であるCorrigan判決は、ロックナー期の「契約の自由」の影響を強く受けており、広く見積もられた私的領域に公が介入することを避けた判決である。したがって、Corrigan判決は、「契約の自由」に基づく公私区分と連結したロックナー型立憲主義を反映した典型的な判決である。それに対して、Shelley判決では、憲法革命をもたらしたWest Coast Hotel判決において女性の最低労働時間が公的利益に関係するという論理と同様に、人種制限契約もまた公序に制約される事柄として捉えられたのである。つまり、私人の自発的な締結によって成立した人種制限契約は、純粋な私的問題ではなく、「新たな社会問題」¹⁰⁰⁾として認識されるようになったのである。そして、特にShelley判決以降、Nebbia判決を意識して「公的な人種差別 (public racial discrimination) に関する利益」¹⁰¹⁾の考慮であるとか、「公的空間において差別する権利」¹⁰²⁾の禁止といった主張が最高裁に受け入れられるになってきたのである¹⁰³⁾。Shelley判決のコンパニオン・ケースであるHurd判決において、私人間による人種差別的な制限的契約が、もはや私的な事柄ではなく、「合衆国の公序」¹⁰⁴⁾に制約される事柄であることを指摘したヴィンソン裁判官の論理は公私区分のベースラインが変動したことの証左である。このように、憲法革命のベースラインの変動によって、たとえ私人間における差別行為であっても、その差別行為が公序による制約に服することになったのである。つまり、Corrigan判決からShelley判決への変遷は、ロックナー型立憲主義からニュー・ディール型立憲主義への変遷でもある¹⁰⁵⁾。

100) Brief of American Civil Liberties Union, Amicus Curiae, *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948) at 9.

101) Brief for Petitioners, *Barr v. City of Columbia*, 378 U.S. 146 (1964) at 37.

102) Brief for Petitioners, *Griffin v. Maryland*, 378 U.S. 130 (1964) at 11.

103) See Kenneth L. Karst & William W. Van Alstyne, *Sit-Ins and State Action- Mr. Justice Douglas, Concurring*, 14 STAN. L. REV. 762, 773 (1962).

104) *Hurd*, 334 U.S. at 35.

105) See Louis H. Pollak, *Racial Discrimination and Judicial Integrity*, U. PA. L. REV. 1, 10 (1959).

同様のことは、ステイト・アクション法理の生誕期に争点となった白人予備選挙に関する訴訟—南部諸州では、黒人が政治団体の選挙に参加することが認められていなかったことを理由に選挙権侵害に関する訴訟—についても当てはまる。テキサス州の一定地域では、政党の代表を実質的に決定している政治団体が黒人を選挙から排除していたため、繰り返し訴訟が提起されていた。最高裁は、その政治団体の白人予備選挙を認めるテキサス州の法律について、1935年以前は、政治団体が州とは無関係で構成員を自由に定義できることを認めていた。しかし、1944年 *Smith v. Allwright*¹⁰⁶⁾ では、1935年 *Grovey v. Townsend*¹⁰⁷⁾ を明示的に覆して、その政治団体が「州の行為」を果たしていると認められた。つまり、1935年には、その政治団体の差別行為が憲法には拘束されない私的行為であると認定されたが、1944年には「州の行為」であると宣言されたのである。端的に述べれば、1937年憲法革命によって、その政治団体が予備選挙から黒人を排除することはもはや「契約の自由」の事柄ではなくなったのである¹⁰⁸⁾。結局のところ、*Smith* 判決と *Grovey* 判決の区別は、事案の違いではなく、公私区分のベースラインの変動に起因して導かれた。このように、ステイト・アクション法理の生誕を公私区分の変遷を概観する過程においてみることができるのである。

これらの判決の変遷についての説明は、ステイト・アクション法理が1940年代になるまで展開されなかった理由についても当てはまる。つまり、ステイト・アクション法理の発展を妨げていた理由は、ロックナー期の「契約の自由」を擁護する立憲主義のかたちに最高裁がコミットしていたためである¹⁰⁹⁾。ニュー・ディールの憲法革命による立憲主義のかたちの変化に伴い、「契約の自由」を根拠とする公私区分の崩壊が、ステイト・アクション法理の発展に寄与したのであ

106) 312 U.S. 649 (1944). また、1953年 *Terry v. Adams*, 345 U.S. 461 (1953)において、最高裁は、この政治団体の差別行為が、選挙権の剥奪を禁止する修正15条に反すると判断している。

107) 295 U.S. 45 (1935).

108) したがって、1935年の段階はまだロックナー型立憲主義からニュー・ディール型立憲主義への移行期であったため、先ほど紹介した *Nebbia* 判決が、公私区分を崩壊させたという指摘は部分的なものにとどまる。

109) *SEIDMAN & TUSHNET, supra* note 86, at 70-1.

る。そして、ロックナー型立憲主義と公私区分の崩壊に伴い、ステイト・アクション法理は誕生した。実際に、レッセ・フェールの時代が過ぎ去ってからは、公的機関からの規制や援助を受け、公衆に対して扉を開いているビジネスが公的領域に含まれることを理由として、ステイト・アクションの存在が肯定されるようになったのである。ロックナー判決の射程を限定させるのに大きな役割を果たした、かの有名なブランダイス上告趣意書の結論において、政府が制定しうる規制立法は、「公的衛生、公的安全性、及び公共の福祉」に関係するビジネスに対するものであることが述べられている¹¹⁰⁾。この上告趣意書の結論が示しているとおり、ロックナー型立憲主義からニュー・ディール型への変遷は、規制立法の対象となっているビジネスが、裁判所の認識において、私的なものから公的なものへと転換した帰結である。そして、Shelley判決の事案は、伝統的には「契約の自由」によって私人相互間に委ねられていたが、公私区分のベースラインの変動によって、居住空間における人種差別に基づく契約は、多かれ少なかれ公的利益に関係するものとして捉えられたのである。

もっとも、本稿が確認してきたこの転換によって、ステイト・アクション法理はいっそう困難なものになってしまった。第1に、ニュー・ディールは、司法の抑制を導いたため、ステイト・アクション法理の発展に前提とされる司法による私人間の権利侵害の解決という論理と、司法の抑制の原理との間に、裁判所はディレンマを抱えることになった。このことは、次のように言い換えることができる。「ステイト・アクションの事案はいっそう困難なものになった。なぜなら、ニュー・ディール革命によって、司法の権力を抑制させるような新たに形成され

110) Brief for the Defendant, *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908) at 113. ロックナー判決の3年後、*Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908)における、(1916年に合衆国最高裁判所裁判官になった) ルイス・ブランダイス弁護士の上告趣意書は、ロックナー判決に歯止めをかけた。*Muller v. Oregon*においては、女性の労働時間を規制していた州法の合憲性が問題となっていた。ブランダイス弁護士は、116頁にもわたる上告趣意書で、いくつかの外国における女性労働時間規制立法、現実が生じた帰結、影響力、統計、および女性の労働時間に関する膨大な量の文献を参照し、本件立法が、「公衆衛生、公的安全性、および、公共の福祉」(*Id.* at 113)を促進していることを論証し、本件規制立法を合憲判断に導いた。この現実を直視したブランダイス弁護士の上告趣意書に始まり、実は、一見自律的であると思われていた市場が、「公衆衛生、公的安全性、および、公共の福祉」と密接に関わっていることが指摘され始めていた。

たステイト・アクションの要件が必要となり、また同時に、同法理の要件を明確にさせるために用いられてきた分析的道具が崩壊してしまったからである」¹¹¹⁾。

そして、第2に、連邦制のあるべき姿に関する立場、すなわち連邦主義にも関係する。最高裁が確認しているとおり、「『ステイト・アクション』の要件に忠実に従うことは、連邦法と連邦司法の権限の射程を制限することを通して、個人の自由の領域を維持する (preserve) ことを意味する」¹¹²⁾。ステイト・アクション法理は、憲法革命以降の連邦の権限を拡大する連邦主義と密接に関係して発展してきたため、どのような連邦主義が「個人の自由の領域を維持」しうるか、という課題に改めて取り組む必要ができたのである¹¹³⁾。

そして最も重要なこととして、第3に、憲法革命が従前のステイト・アクションの概念を崩壊させてしまったため、「ステイト」と「アクション」のそれぞれの概念が崩壊し、新たな「ステイト」・「アクション」と私的行為との関係があいまいなものになってしまったのである。そのため、最高裁は、新たなステイト・アクションの概念を形成する必要があった。そして、Shelley判決によって、憲法の拘束を受ける公的行為 (ステイト・アクション) と憲法の拘束から自由な私的行為との区分が崩壊し、最高裁はその区分を行うことが「不可能な任務 (impossible task)」¹¹⁴⁾であるということを認めざるを得なくなった。

そして、ニュー・ディールによる公私区分の崩壊は、ストーン、ヴィンソン、そしてウォーレンの各コート期においても継続していた。特にウォーレン・コー

111) SEIDMAN & TUSHNET, *supra* note 86, at 68.

112) *Lugar v. Edmonson Oil Co.* 457 U.S. 922, 936 (1982).

113) Civil Rights Casesにおいて確立した「二重の主権 (dual sovereignty)」を基礎とする連邦主義は、1937年の憲法革命と同時に終わり、最高裁は、1937年から1997年までの間、修正14条5節に基づく連邦主義を根拠として、違憲判決を一件たりとも下したことがなかった。もっとも、後期レンキスト・コートの特徴は、連邦主義革命 (federalism revolution) にあり、信教の自由復興法 (The Religious Freedom Act) が、修正14条5節で定められた連邦議会の権限を超えたとして、1937年以来初めて同条を根拠とした違憲判決を下した1997年 *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997) や2000年に下された *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000) があり、今後これらの連邦主義の動向がステイト・アクション法理にどのような影響を及ぼすかはさらなる検討が必要になる。

114) *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715, 722 (1961).

ト期においては、公私区分をあいまいなものにさせてきたまま、ステイト・アクション法理を発展させてきた¹¹⁵⁾。

以下では、ここまで見てきた2つの立憲主義の転換期に、憲法学に大きな影響を及ぼしたリーガル・リアリズムの議論について分析を行うことにする。そして、ステイト・アクション法理に係るリアリズムの公私区分批判について検討を進め、そこから生じるステイト・アクション法理の再構成論について考察を進めていく。

(以下次号)

115) See Kenneth L. Karst, *State Action- Beyond Race*, in ENCYCLOPEDIA OF THE AMERICAN CONSTITUTION 2491 (2d ed. 2000).