



黒人の生命の金銭的評価：不法行為損害賠償算定における人種に基づく統計表の使用に対する憲法上の異議

ユラッコ, A. キンバリー[著]

アブラハム, ローネン[著]

角松, 生史[翻訳]

尾下, 悠希[翻訳]

饗庭, 未希子[翻訳]

(Citation)

神戸法學雑誌, 71(3):99-174

(Issue Date)

2021-12-23

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLDOI)

<https://doi.org/10.24546/81013045>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81013045>



神戸法学雑誌第七十一巻第三号二〇二一年十二月

黒人の生命の金銭的評価： 不法行為損害賠償算定における人種に 基づく統計表の使用に対する憲法上の異議^(*)

キンバリー・A・ユラッコ^{*}／ローネン・アブラハム^{**}

(翻訳：角松生史／尾下悠希／饗庭未希子)

本稿は、損害賠償額を計算する際に人種に基づく賃金、平均余命、就労可能年数表を使用するという、一般的であるにも関わらずほとんど注目されていない不法行為法の実務に対して、異議を唱える。この実務は、黒人被害者の損害賠償額を白人被害者よりも著しく低いものとし、潜在的な不法行為者が、マイノリティ・コミュニティに対して不釣り合いに大きいリ

* ノースウェスタン大学法科大学院教授 (Judd and Mary Morris Leighton Professor of Law)。

** テキサス大学法科大学院教授 (Thomas Shelton Maxey Professor of Law)、テルアビブ大学教授。Michael Barsa、David Dana、Charlotte Crane、Jide Nzelibe、そして、特に Mark Kelman からのコメントや提案に感謝している。また、ノースウェスタン大学法科大学院、テキサス大学法科大学院及びジョージ・ワシントン大学法科大学院 (George Washington Law School) でのワークショップでの議論やコメントからも多大な恩恵を受けた。Yuracko 教授は、多くの貢献をした図書館リエゾンである Jesse Bowman に感謝するとともに、Rodriguez 学部長及び Judd and Mary Morris Leighton Chair の支援に感謝する。Avraham 教授は、Farnsworth 学部長の支援に感謝の意を表する。

スクを割り当ててするようなインセンティブを生み出している。本稿は、このような統計表の使用は不公正であるのみならず違憲であると論じる。具体的には、不法行為損害賠償を計算するために人種に基づく統計表を使用することは、修正第14条の平等保護条項に違反すると論じる。ついで本稿は、この議論のより広い含意を検討し、真に人種中立的な損害賠償への移行のためには現在の不法行為制度に対するより根本的な変更を必要とすること及びその理由を説明する。

目次

はじめに	101
I. 人種に基づく統計表はどのように用いられているか	108
II. 人種による分類 (racial classification) としての人種に基づく統計表	118
A. 生物学的指標 (biomarker)	119
B. 複数の要因のうちの1つ	122
C. 人種中立的な方針	132
III. ステイト・アクションとしての、人種に基づく統計表への司法の依拠	135
A. 州による執行としてのステイト・アクション	139
B. 重要な利益を促進するものとしてのステイト・アクション	141
C. 象徴的な奨励としてのステイト・アクション	146
D. 容易化としてのステイト・アクション	149
IV. 人種に基づく統計表への依拠を厳格審査の対象とする	151
A. ほぼカテゴリーカルな禁止としての厳格審査	152
B. 「燻り出し」装置としての厳格審査	153
C. 衡量テストとしての厳格審査	156
V. 含意	169
結論	171

はじめに

2011年、第一子の誕生を心待ちにしていた若い夫婦が、成長する家族のために新しい家を手に入れようと、ニューヨークのブルックリンにあるアパートに引っ越してきた。その後すぐに健康な息子が誕生した。しかし、その1年後、定期健康診断で息子の血液中に鉛が検出されたという衝撃的な知らせが夫婦に届いた。新居の鉛塗料の粉塵が乳児を静かに蝕んでいたのである。家族はすぐに引っ越したが、乳児の中枢神経系に対する永久的な損傷が既に生じていた。今後数年間で、彼には重大な認知遅延だけでなく、重度の社会的および感情的機能障害が示されるだろう。乳児の母親は訴訟を提起し、建物所有者の過失が認められた。⁽¹⁾

損害賠償額を算定する上での陪審員にとって重要な問題は、もしこの幼い子どもが傷害を負っていなければ生涯でどれだけの収入を得ていたかということだった。この問いに答えるために、原告と被告の双方の専門家は、程度の違いはあれ、乳児がヒスパニックだという事実を考慮に入れた。彼らはこの事実を用いて、乳児が白人である場合よりも低い損害算定額を提示した。⁽²⁾ 結局のところ、不法行為による損害賠償額の算定のため人種に基づくデータに依拠することは、標準的慣行である。⁽³⁾ しかし、この事件で唯一変わっていたのは、ニュー

-
- (1) See Kim Soffen, *In One Corner of the Law, Minorities and Women Are Often Valued Less*, WASH. POST: WONKBLOG (Oct. 25, 2016), <https://www.washingtonpost.com/graphics/business/wonk/settlements> [perma.cc/F2RC-MVV2].
 - (2) G.M.M. *ex rel. Hernandez-Adams v. Kimpson*, 116 F. Supp. 3d 126, 131-35 (E.D.N.Y. 2015).
 - (3) See, e.g., *Smith v. United States*, No. 08-2375-JWL, 2009 WL 5126623, at *8 (D. Kan. Dec. 18, 2009) (30歳黒人女性の平均余命を将来の医療費を計算するための適切な基準として認める). *Rhoades v. Walsh*, No. 08-368-P-H, 2009 WL 2600094, *11 n.24 (D. Me. Aug. 19, 2009) (現在就労中の26歳白人男性に関する労働統計局の就労可能年数表を、将来の稼得損失の算定のための適切な基準として使用). *Zuchowicz v. United States*, No. 2-91-CV-1033, 1996 WL 776585, at

ヨーク東部地区連邦地方裁判所の Jack Weinstein 判事がそれを認めなかったことである⁽⁴⁾。

不法行為訴訟では、原告も被告も、裁判所による損害賠償額算定を補助する専門家に依拠する。これらの専門家は、被害者の平均余命、就労可能年数、予想賃金の見積もりのために保険数理表に依拠する。専門家が一般的に依拠している余命表と就労可能年数表は、人種と性別の両方に基づいて個人を分類する⁽⁵⁾。専門家が依拠する賃金表は性別で分類されているが、専門家は一般的に人種も

*2 (D. Conn. Nov. 25, 1996) (31 歳白人女性の平均就労可能年数を将来の稼得能力損失の算定のための適切な基準として認める), *aff'd*, 140 F.3d 381 (2d Cir. 1998). *Morrison v. State*, 516 P.2d 402, 404-05 (Alaska 1973) (アラスカの白人女性のデータを支持). *Powell v. Parker*, 303 S.E.2d 225, 228 (N.C. Ct. App. 1983) (逸失収入算定のための人種に基づく統計を支持). *Johnson v. Misericordia Cmty. Hosp.*, 294 N.W.2d 501, 528 (Wis. Ct. App. 1980) (逸失利益算定のための人種に基づく統計を支持), *aff'd*, 301 N.W.2d 156 (Wis. 1981); *see also United States v. Bedonie*, 317 F. Supp. 2d 1285, 1315 (D. Utah 2004) (この事件の裁判所任命の専門家は、「何千もの逸失利益の分析を行ってきたが、誰も不法行為による死亡事件において人種や性別 (sex) によらない算定を依頼したことがない」と指摘した。), *rev'd on other grounds and remanded sub nom.*, *United States v. Serawop*, 410 F.3d 656 (10th Cir. 2005).

- (4) *Kimpson*, 116 F. Supp. 3d at 134 (「その男の子を平均的なヒスパニックとして取り扱ってはけません。母親の学歴、居住地、出身家庭の状況等の、彼固有の特徴に関連してのみ [取り扱うことができます]。... 他方、例えば、ヒスパニックは一般的に他より大学への進学率が低いから、[ヒスパニックに関する] 統計・分析・チャートを使いとは言えません」)。(陪審への説示からの引用。変更は原文 [判例集] のまま)
- (5) アメリカの余命表は、性別と人種 (白人、黒人、ヒスパニック、非ヒスパニック白人及び非ヒスパニック黒人) に基づいた平均余命の統計を提供している。See Elizabeth Arias, Melonie Heron & Betzaida Tejada-Vera, *United States Life Tables Eliminating Certain Causes of Death*, CDC NAT'L VITAL STAT. REP., May 31, 2013, at 1; *see also Bedonie*, 317 F. Supp. 2d at 1315 (弁護士や専門家が不法行為による損害賠償額を算定するための標準的方法は、人種に基づいた将来稼得の推定値を用いることであると指摘する。)

考慮してデータを特殊化している。⁽⁶⁾このような表や統計の使用は、被害者が学歴や職歴を持たない子どもである場合の損害賠償額計算に際して特に重要であり、それによって専門家が将来収入をより個別化して予測できる。結果として、人種を理由として、黒人やヒスパニックの少年は、同じ傷害を負った白人の少年よりも、失われた可能性に対する補償額が大幅に少なくなる。人種的地位ゆえに、そもそも人生の可能性に恵まれないと思われる少年の人生は、傷害を受けた後には、損害賠償額の低さゆえにさらに悪くなることが確実だ。性別の相違は、賠償額の相違をさらに複雑に増大させる。

人種に基づく統計表やデータの使用は、個々の不法行為被害者に人種を原因とする不利益を与えるだけでなく、より一般的に人種的マイノリティのコミュニティにも不利益を与える。人種に基づく統計表の使用は、将来の潜在的な不法行為損害を最小限に抑えるために、マイノリティのコミュニティに企業が不釣り合いにリスクを配分するようなインセンティブを生み出す。

このような統計表の使用がこれまで全く注目されなかったり批判されなかったりしたわけではない。実際、法律学者の Martha Chamallas と Jennifer Wiggins は、過去 20 年間にわたり、このような慣行に対する強力かつ説得的な批判を執筆している。⁽⁷⁾公平性や公序を理由に、人種や性別に基づく統計表

-
- (6) See, e.g., *Wheeler Tarpeh-Doe v. United States*, 771 F. Supp. 427, 455 (D.D.C. 1991) (原告の逸失利益は「すべての男性の平均稼得ではなく、黒人男性の平均稼得」を参照することによって算定すべきであるという被告側の専門家の証言を引用しているが、それには依拠していない。), *rev'd on other grounds*, 28 F.3d 120 (D.C. Cir. 1994) (被告は不法行為責任を負わないという理由で破棄)。
- (7) See, e.g., MARTHA CHAMALLAS & JENNIFER B. WRIGGINS, *THE MEASURE OF INJURY: RACE, GENDER, AND TORT LAW* (2010); Martha Chamallas, *Civil Rights in Ordinary Tort Cases: Race, Gender and the Calculation of Economic Loss*, 38 LOY. L.A. L. REV. 1435 (2005) [hereinafter Chamallas, *Civil Rights in Ordinary Tort Cases*]; Martha Chamallas, *The September 11th Victim Compensation Fund: Rethinking the Damages Element in Injury Law*, 71 TENN. L. REV. 51 (2003) [hereinafter Chamallas, *September 11th Fund*]; Martha Chamallas, *The Architecture of Bias: Deep Structures in Tort Law*, 146 U. PA. L. REV. 463 (1998);

の使用を拒否した裁判所もある。⁽⁸⁾ 9月11日犠牲者補償基金の特別管理人である Kenneth Feinberg は、9.11 同時多発テロの被害者である男性と女性の経済的損失を計算するために、男性の就労可能年数表を使用することを選択した。彼は、女性の労働定着性の歴史的な弱さから、女性であれ男性であれ不利益を被らないように、混合表の使用も避けたのである。⁽⁹⁾ 2008 年、Jack Weinstein 判事は、上記の *G.M.M. v. Kimpson* 事件に先立つ *McMillan v. City of New York* 事件の判決を下し、憲法上の理由で人種に基づく統計表の使用を否定した最初の連邦判

Martha Chamallas, *Questioning the Use of Race-Specific and Gender-Specific Economic Data in Tort Litigation: A Constitutional Argument*, 63 *FORDHAM L. REV.* 73 (1994) [hereinafter Chamallas, *Questioning the Use of Race-Specific and Gender-Specific Economic Data*]; Jennifer B. Wriggins, *Constitution Day Lecture: Constitutional Law and Tort Law: Injury, Race, Gender, and Equal Protection*, 63 *ME. L. REV.* 264 (2010) [hereinafter Wriggins, *Constitutional Law and Tort Law*]; Jennifer B. Wriggins, *Damages in Tort Litigation: Thoughts on Race and Remedies, 1865-2007*, 27 *REV. LITIG.* 37 (2007); Jennifer B. Wriggins, *Whiteness, Equal Treatment, and the Valuation of Injury in Torts, 1900-1949*, in *Fault Lines: TORT LAW AS CULTURAL PRACTICE* 156 (David M. Engel & Michael McCann eds., 2009); see also August McCarthy, *The Lost Futures of Lead-Poisoned Children: Race-Based Damage Awards and the Limits of Constitutionality*, 15 *GEO. MASON U. C.R. L.J.* 75 (2004).

- (8) See, e.g., *Bedonie*, 317 F. Supp. 2d at 1319 (損害賠償額算定における人種及び性別の使用に対する Martha Chamallas による憲法上の議論は「真剣に注意を払う価値がある」と指摘しているが、公平性というより狭い論拠に基づいて人種及び性別の区別の使用の拒否を選択している。); *Wheeler Tarpeh-Doe*, 771 F. Supp. at 455 (損害賠償額算定における人種及び性別による区別の使用を拒否する理由は、「男女間又は人種間の賃金差をもたらす現在の差別、又は将来的にそのような差別が発生する可能性を、賃金喪失に起因する損害賠償額の算定に組み込むことは不適切である」というものである。); *Reilly v. United States*, 665 F. Supp. 976, 997 (D.R.I. 1987) (「特に女性の労働力参加率の現在進行中の変化に照らし、21世紀の女性の雇用パターンに関するこのような統計の証明力」に疑問があるため、性別に基づく就労可能年数表の使用を拒否した。).
- (9) Chamallas, *September 11th Fund*, *supra* note 7, at 71.

事となった⁽¹⁰⁾。「この文脈での平等保護は、『人種』の分類のみに基づいて、原告が不利益な平均余命推定を受けないことを要求している」と Weinstein 判事は説明した。⁽¹¹⁾7年後の *Kimpson* 事件では、Weinstein 判事は、不法行為による損害賠償を計算するために人種に基づく統計を使用することを憲法上の理由から再び拒否し、*McMillan* 事件も参照した。⁽¹²⁾Weinstein 判事は、「損害賠償額の減額を得るために人種に基づく統計を使用すること—今では将来の経済的損失を計算するために民族別の統計を使用することにまで拡大されている—は違憲である⁽¹³⁾」とした。

それにもかかわらず、不法行為による損害賠償の計算に人種に基づく統計表を使用することは、いまだに標準的であり、ほとんど注目されていない⁽¹⁴⁾。Chamallas 教授と Wriggins 教授を除けば、法学界においてこの慣行はほとんど見過ごされている。⁽¹⁵⁾*McMillan* 判決と *Kimpson* 判決で Weinstein 判事が提示した

(10) *McMillan v. City of New York*, 253 F.R.D. 247, 248 (E.D.N.Y. 2008).

(11) *Id.* at 255. Weinstein 判事はまた、デュー・プロセスを理由に人種に基づく平均余命統計表の使用を拒否した。*Id.* at 256 (「不適切な『人種』に基づく統計の適用を通じて、ある種の訴訟当事者が訴訟で過度に負担を強いられている場合、法制度は公正かつ適切なプロセスをもって機能しない。」).

(12) *G.M.M. ex rel. Hernandez-Adams v. Kimpson*, 116 F. Supp. 3d 126 (E.D.N.Y. 2015) (人種に基づく予想教育到達度と予想賃金の推定値の使用を拒否。).

(13) *Kimpson*, 116 F. Supp. 3d at 152.

(14) *See supra* note 3.

(15) 実際、不法行為法と救済法を扱った 16 冊のケースブックを概観したところ、不法行為法のケースブックは 7 冊、救済法のケースブックは 2 冊だけが損害賠償額算定における人種とジェンダーの役割について言及していることが明らかになり、それら 9 冊のケースブックのほとんどが、この問題について、数文を費やす程度の関心しか認めない。概観したケースブックは、以下である。GEORGE C. CHRISTIE, JOSEPH SANDERS & W. JONATHAN CARDI, *CASES AND MATERIALS ON THE LAW OF TORTS* 1000 (5th ed. 2012) (原告が能力の低下を被る期間を確定するために、非決定的余命表または就労可能年数表を使用することを説明し、この点に関する典型的な陪審員の指示の例を示した 1 段落); DAN B. DOBBS ET AL., *THE LAW OF TORTS* 23-24 (2d ed. 2011) (損失期間を確定するためのベースラインとして使用される余命表や就労可能年数表は、「人種や

憲法上の議論は洞察力に富み大胆であるが、簡潔であり、他の裁判所はまだそ

ジェンダーによって統計的期待値が異なるため、論争を引き起こす可能性がある」と説明する1段落); MEREDITH J. DUNCAN & RONALD TURNER, *TORTS: A CONTEMPORARY APPROACH* (2d ed. 2012); RICHARD A. EPSTEIN & CATHERINE M. SHARKEY, *CASES AND MATERIALS ON TORTS* 858-59 (10th ed. 2012) (McMillan v. City of New York, 253 F.R.D. 247 (E.D.N.Y. 2008)における人種及びジェンダーに基づく統計に対する司法の対応を報告する1頁及びCA 100064/02 Migdal Ins. Co. v. Agu-Hana (3) TakSC 3932 (2005) (Isr.)); *id.* at 859 (9月11日犠牲者補償基金の特別管理人が、攻撃のすべての犠牲者について白人男性ベースの統計表を使用したことに言及する1段落); WARD FARNSWORTH & MARK F. GRADY, *TORTS: CASES AND QUESTIONS* (2d ed. 2009); JOHN C. P. GOLDBERG, ANTHONY J. SEBOK & BENJAMIN C. ZIPURSKY, *TORT LAW: RESPONSIBILITIES AND REDRESS* 478 (2d ed. 2008) (人種又はジェンダーに特化した統計の使用が平等保護条項に違反するかどうか、又は違反しない場合、裁判所が統計の偏りを調整すべきかどうかを問う2段落); JAMES A. HENDERSON, JR. ET AL., *THE TORTS PROCESS* 558-71 (7th ed. 2007) (実際の稼得損失と稼得能力喪失の違いについて、裁判例や平均余命表・就労可能年数表を用いて説明し、女性や若年層の稼得能力の喪失を算定する際の課題を検討している数頁); CANDACE S. KOVACIC-FLEISCHER, JEAN C. LOVE & GRANT S. NELSON, *EQUITABLE REMEDIES, RESTITUTION AND DAMAGES: CASES AND MATERIALS* (8th ed. 2011); DOUGLAS LAYCOCK, *MODERN AMERICAN REMEDIES: CASES AND MATERIALS* 211 (4th ed. 2010) (不法行為の裁判では、ジェンダーと人種に基づくデータが異議なく導入されることが多いことを指摘する1段落); *id.* at 211-12 (人種に基づく保険料と給付金は一般的に放棄されたが、ジェンダーに基づく保険料と給付金は存続している保険業界についての1段落); DAVID I. LEVINE, DAVID J. JUNG & TRACY A. THOMAS, *REMEDIES: PUBLIC AND PRIVATE* 528-35 (5th ed. 2009) (女性原告に関するジェンダー中立的な統計の使用が誤りとなるかどうかについてカナダの裁判所が判断した *Walker v. Ritchie*, 2003 CarswellOnt 10 (Can. Ont. Super. Ct. J.) (WL) を分析する4頁); *id.* at 531-33 (カナダの裁判所とアメリカの裁判所が稼得能力の喪失を決定する際のアプローチを対比させた2頁。1つの裁判所は、ジェンダーに基づく賃金の使用を決定した *Caron v. United States*, 410 F. Supp. 378, 398 (D.R.I. 1975) であり、二つの裁判所は *Walker*, 2003 CarswellOnt 10 に歩調を合わせた (*United States v. Serawop*, 505 F.3d 1112, 1126 (10th Cir. 2007) 及び *Wheeler Tarpeh-Doe v. United States*, 771 F. Supp. 427, 455 (D.D.C. 1991))。そして、子どもの稼得能力の喪失を「地域社会の人々の平均的収入」を基準にするようにとの上訴裁判

れに従っていない。不法行為賠償額計算におけるこのような統計表の使用の合憲性についての持続的かつ包括的な分析が必要である。⁽¹⁶⁾ 本稿は、不法行為による損害賠償額計算において人種に基づく統計表の使用を拒否するという点で Weinstein 判事に続こうとする他の判事を力づけるために、上の点に関する議論を提供しようとするものである。

本稿は、5章に分かれる。第1章では、不法行為訴訟における人種に基づく統計表の使用（状況）とその効果の両方を説明する。第2章から第4章では、修正第14条の平等保護条項の下での人種に基づく統計表の使用の憲法上の許容性を分析する。具体的には、第2章で、人種に基づく統計表の使用は、平等保護条項分析の上でまさに「人種による分類」に当たると主張する。第3章では、裁判官や陪審員が不法行為の賠償額を計算にあたってこのような統計表の使用に依拠することは、ステイト・アクションを構成すると主張する。第4章では、人種

所の命令を覆した *Greyhound Lines, Inc. v. Sutton*, 765 So. 2d 1269, 1276 (Miss. 2000) (en banc) (quoting the court below)); *id.* at 534-35 (*McMillan*, 253 F.R.D. at 247 における Weinstein 判事の理由付けをレビューする3段落); EMILY SHERWIN, THEODORE EISENBERG & JOSEPH R. RE, AMES, CHAFEE, AND RE ON REMEDIES (1st ed. 2012); ELAINE W. SHOBEN ET AL., REMEDIES CASES AND PROBLEMS (5th ed. 2012); ROBERT S. THOMPSON ET AL., REMEDIES: DAMAGES, EQUITY, AND RESTITUTION (4th ed. 2009); AARON D. TWERSKI & JAMES A. HENDERSON, JR., TORTS: CASES AND MATERIALS 667-68 (2d ed. 2008) (特に若年女性原告の将来の損害賠償額の算定の困難さを論じている2段落); FRANK J. VANDALL, ELLEN WERTHEIMER & MARK C. RAHDERT, TORTS: CASES AND PROBLEMS (3rd ed. 2011). 注目すべき例外として、DOMINICK VETRI ET AL., TORT LAW AND PRACTICE (5th ed. 2016) があり、これにはこの問題についての広範な議論が含まれている。

- (16) See Anthony J. Sebok, *Judge Jack Weinstein's Ruling Barring the Use of Race in Calculating the Expected Lifespan of a Man Seeking Tort Damages: An Isolated Decision, or the Beginning of a Legal Revolution?*, FINDLAW (Oct. 22, 2008), <http://writ.news.findlaw.com/sebok/20081022.html> [<https://perma.cc/A5F2-SG3G>] (「Weinstein 判事の『憲法上の』議論への簡潔な言及は、一彼は複数のロー・レビュー論文を引用しているが、一より一層展開される必要がある」との指摘)。

に基づく統計表の使用は厳格審査の要求を満たさないと主張する。人種に基づく統計表の使用は違憲であると結論づけた後、本稿は、人種に基づく統計表を拒否した場合に起こりうる結果について、少々冷徹な表現で (sobering terms) 検討する第5章に移る。同章では、人種に基づく統計表からの脱却によってどのような人種的不平等はおそらく解消されるが、どのような人種的不平等はおそらく解消されないかを探る。我々の結論は、人種に基づく統計表の使用を拒否することは憲法上必要だが、そのような拒否だけでは、損害賠償額に人種差別を反映させることもそれを奨励することもない不法行為制度を実現するためには十分ではないというものである。

I. 人種に基づく統計表はどのように用いられているか

不法行為による損害賠償を計算する際、裁判官や陪審員は専門家、一般的には法廷経済学者の証言に依拠する。専門家は、被害者を全きものにするためにはいくら必要かを裁判所のために推計するのである⁽¹⁷⁾。被告が責任を負うべきことの証明に成功した原告は、被告の過失によって生じた逸失稼得、医療費、苦痛を補償される権利がある。この計算に重要なのは、期待賃金、就労可能年数、平均余命という3つの要素である。経済学者は、この3つの要素すべての推計値に到る際に、人種に基づいて人々を明確に区別・定義している統計表やデータに依拠している。

賃金データが、被害者の失われた将来の収入を計算する上で非常に重要な

(17) See Thomas R. Ireland, *The Role of the Forensic Economist in Damage Assessment for Personal Injuries, in Measuring Loss, in MEASURING LOSS IN CATASTROPHIC INJURY CASES* 15 (Kevin S. Marshall & Thomas R. Ireland eds., 2006); see also *Ruzzi v. Butler Petroleum Co.*, 588 A.2d 1, 10 (Pa. 1991) (原告の稼得能力の喪失を算定する際の陪審員に対する支援として専門家証言を示すことが適切であると判断。); *Moody v. Blanchard Place Apartments*, 793 So. 2d 281, 300-01 (La. Ct. App. 2001) (損害賠償額が通常法廷でどのように提示されるかの例を示している。).

は言うまでもない。予測収入を反映するような収入記録を原告が持っていない場合、つまり原告が収入記録を全く持たない子どもであるとき又は現在の仕事で最終的なキャリアを反映しているとは言えない若い成人であるときは、専門家が出発点として依拠するのは、労働統計局 (Bureau of Labor Statistics, BLS) の年間賃金表である。賃金表は、男性と女性の全国平均賃金統計を職業別に分類したものである。⁽¹⁸⁾ その後専門家は、当たり前のように原告の人種に基づいて賃金率の推定値を調整する。⁽¹⁹⁾

就労可能年数予測データも、失われた将来の稼得を計算するために重要である。合衆国には定年がないため、裁判所は通常、原告の就労可能年数期間中の将来稼得額を決定するように陪審員に指示する。ここでも統計表が、専門家による就労可能年数判断の出発点となる。⁽²⁰⁾ 様々な統計表が利用可能であるが、多⁽²¹⁾

-
- (18) See U.S. DEP'T OF LABOR, BUREAU OF LABOR STATISTICS, MEDIAN WEEKLY EARNINGS OF FULL-TIME WAGE AND SALARY WORKERS BY DETAILED OCCUPATION AND SEX (2017), <http://www.bls.gov/cps/cpsaat39.pdf> [<https://perma.cc/U24R-4S76>].
- (19) See, e.g., Wheeler Tarpeh-Doe v. United States, 771 F. Supp. 427 (D.D.C. 1991) (被告側専門家は、出生直後に傷害を負った原告の将来の逸失稼得を、すべての男性ではなく、黒人男性の平均的な稼得に注目して算定した), *rev'd on other grounds*, 28 F.3d 120 (D.C. Cir. 1994); Athridge v. Iglesias, 950 F. Supp. 1187, 1193 (D.D.C. 1996) (原告側専門家は、商務省国勢調査局の白人男性大卒者の平均給与の統計に基づいて、15歳白人男性の将来の稼得を算定した), *aff'd*, Nos. 96-7261, 89CV01222, 1997 WL 404854 (D.C. Cir. June 30, 1997).
- (20) 平均余命の計算と同様、どちらの当事者も、その個人に特有の特性に応じて、統計的な就労可能年数を上下に調整する証拠を提示することができる。See, e.g., Earl v. Bouchard Transp. Co., 735 F. Supp. 1167, 1176 (E.D.N.Y. 1990) (原告が事故前の退職予定日を証言したため、原告の就労可能年数を統計的就労可能年数から短縮した)。
- (21) 代替的な統計表として、see Thomas R. Ireland, *Why Markov Process Worklife Expectancy Tables are Usually Superior to the LPE Method*, 16 J. LEGAL ECON. 95, 100-01 (2010); VOCATIONAL ECON., INC., CALCULATION OF WORKLIFE EXPECTANCY USING THE LIFE, PARTICIPATION, EMPLOYMENT METHOD (2006), <http://www.vocecon.com/resources/ftp/data/lpecalc.pdf> [<https://perma.cc/HE79-KEP4>].

くの専門家は、BLSが提供する労働余命表や、経済学者のGary Skoog、James Cieccka、Kurt Krueger が作成した統計表に依拠している。BLS の表は、白人、「黒人その他」などの特定の人種カテゴリー毎の、またそれら人種カテゴリー内の各性別毎の就労可能年数平均値を提供している⁽²²⁾。Skoog, Cieccka, Krueger による表は、学歴レベル別の各性別の就労可能年数予測を示している⁽²³⁾。

そして平均余命データは、原告の将来の医療費や苦痛に対する賠償額を計算する上で、非常に重要である。専門家が原告の平均余命を判断する上で出発点となるのは、一般的に連邦政府の合衆国生命表 (US Life Tables) の最新版であり、人口全体、ジェンダー別、特定の人種別 (白人、黒人、ヒスパニック、非ヒスパニック白人、非ヒスパニック黒人) の余命統計を提供している⁽²⁴⁾。専門家が陪審員に提供する推定値は、伝統的に、これらのカテゴリーを反映するもの

(22) U.S. DEP'T OF LABOR, BUREAU OF LABOR STATISTICS, BULLETIN 2254, WORKLIFE ESTIMATES: EFFECTS OF RACE AND EDUCATION tbls.A-2, A-5 (1986), <https://www.bls.gov/opub/reports/worklife-estimates/archive/worklife-estimates-1986.pdf> [<https://perma.cc/HEP9-YRYV>].

(23) See, e.g., Edward M. Foster & Gary R. Skoog, *The Markov Assumption for Worklife Expectancy*, 17 J. FORENSIC ECON. 167 (2004); Kurt V. Krueger, Gary R. Skoog & James E. Cieccka, *Worklife in a Markov Model with Full-Time and Part-Time Activity*, 19 J. FORENSIC ECON. 61 (2006); Gary R. Skoog, James E. Cieccka & Kurt V. Krueger, *The Markov Process Model of Labor Force Activity: Extended Tables of Central Tendency, Shape, Percentile Points, and Bootstrap Standard Errors*, 22 J. FORENSIC ECON. 165 (2011); Gary R. Skoog & James E. Cieccka, *The Markov (Increment-Decrement) Model of Labor Force Activity: Extended Tables of Central Tendency, Variation, and Probability Intervals*, 11 J. LEGAL ECON. 23 (2001).

(24) See Elizabeth Arias, Melonie Heron & Jiaquan Xu, *United States Life Tables, 2012*, CDC NAT'L VITAL STAT. REP., Nov. 28, 2016, at 1; see also T.W. ANDERSON, *LIFE EXPECTANCY IN COURT: A TEXTBOOK FOR DOCTORS AND LAWYERS* 21 (2002) (合衆国生命表を平均余命計算の基礎として使用); Richard B. Singer, *How to Prepare a Life Expectancy Report for an Attorney in a Tort Case*, 37 J. INS. MED. 42, 43 (2005) (合衆国生命表を平均余命計算の基礎として使用)。

であった。⁽²⁵⁾

場合によっては専門家は、原告の特定の傷害や健康状態を考慮して余命推定値を精緻化しようとする。そのために多くの法廷経済学者が「相対死亡率」(relative mortality ratios)⁽²⁶⁾を適用し、例えば対麻痺や喫煙などの障害や健康要因による平均余命の減少を反映させている。これらの相対死亡率もまた、しばしば人種や性別に特化したものであり、損害賠償額の計算における人種や性別に基づく格差をさらに悪化させている。⁽²⁷⁾

このような統計表の使用は、専門家の慣行というだけでなく、いくつかの州では公式に優先されている。実際、ジョージア州とロードアイランド州の2つの州では、人種や性別に基づいて人々を区別する特定の余命表や就労可能年数表が法廷で認められることを実際に保障する法律が可決されている。⁽²⁸⁾さらに、5州では、人種的線引きによる余命表が望ましいと表明したパターン陪審説示がある。⁽²⁹⁾

公序と社会正義の観点から見て、不法行為損害賠償額を計算する際に人種に基づく統計表を使用することは問題である。最も直接的には、人種に基づく統

(25) See Singer, *supra* note 24, at 43 (平均余命計算のために合衆国生命表を使用していることの説明)。

(26) 相対死亡率は、一般人口集団と比較して、ある人がある年に死亡する可能性がどの程度高いかの相対的可能性を表す。例えば、RMRが2の場合、その人がある年に死亡する可能性が2倍であることを意味し、RMRが3であれば、その人がある年に死ぬ可能性が3倍であることを意味する、等。See Robert J. Thornton & Frank Slesnick, *New Estimates of Life Expectancies for Persons with Medical Risks*, 10 J. FORENSIC ECON. 285, 285 (1997)。

(27) See *id.*

(28) See GA. CODE ANN. § 24-14-44 (2017); 9 R.I. GEN. LAWS § 9-19-38 (2017)。

(29) これらの州は、カンザス州、ケンタッキー州、ミシガン州、ノースダコタ州及びテネシー州である。See Kan. Civil Pattern Jury Instructions § 171.45 (2016); Ky. Wrongful Death Actions § 13:3 (2012-13 ed.) (平均余命表); N.D. Civil Pattern Jury Instructions § 70.47 (2012) (人身傷害); 8 Tenn. Civil Pattern Jury Instructions, app.C (2012)。

計表の使用は、不法行為被害者個人のレベルでの人種格差につながる。黒人被害者は、白人だったら受けたであろう損害賠償額よりも低い賠償額を受けている。⁽³⁰⁾このような影響の大きさは、裁判所が標準的処理を逸脱し、人種に基づく統計表ではなく人種混合表を使用することを選択した場合に、最も顕著に示されることになる。

例えば、*United States v. Bedonie* 事件について考えてみよう。⁽³¹⁾*Bedonie* 事件では、飲酒運転の運転手に殺された高卒の21歳のネイティブアメリカンの男性と、父親に殺された生後3ヶ月のネイティブアメリカンの少女という、無関係の2つの殺人事件について、必要的被害弁償命令法(Mandatory Victim Restitution Act)に基づく被害弁償請求が争われた。⁽³²⁾異例なことに、裁判所は、自らが依頼した専門家に、原告の人種と性別を考慮した標準的な方法と、人種と性別で区別せず混合した表を使用した方法の両方で、損害賠償額を計算するように命じた。⁽³³⁾2つの計算結果の違いは、啓発的である。

上記男性について、専門家は、高卒者の人種と性別に即して調整し、予想収益を433,562ドルと計算した。これと比較して、当該専門家が高卒の資格を持つ

(30) ただし、完全に混合された期待賃金表への移行が必ずしも黒人男性の助けになるとは限らないことは注目に値する。白人男性を含めることは黒人男性に利益をもたらすが、女性労働者を含めることは黒人男性に不利益をもたらす可能性がある。例えば、*Wheeler Tarpeh-Doe v. United States* 事件において、裁判所は、アフリカ系と白人系の人種ミックスの男児の逸失利益の算定に際して、人種に基づく統計表の使用を拒否した。裁判所は、黒人男性の平均収入が被害者の将来の収入の適切な尺度であるという被告の主張を却下し、代わりに人種と性別を調整していない、すべての人の平均賃金を使用した。ただし、そうすることによって、人種と性別で調整した場合の予測収益1,008,434ドルから、人種と性別で調整していない場合の予測収益882,692ドルへと、被害者への裁定額が引き下げられることになった。See 771 F. Supp. 427, 455 (D.D.C. 1991), *rev'd on other grounds*, 28 F.3d 120 (D.C. Cir. 1994).

(31) 317 F. Supp. 2d 1285 (D. Utah 2004).

(32) *Id.* at 1288-92.

(33) *Id.* at 1315.

米国人労働者全員（人種と性別を考慮しない）を対象に予想稼得を計算した場合、その結果は約72%高い744,442ドルであった。⁽³⁴⁾ 女兒については、当該専門家は、高卒未満の労働者について人種・性別に即して調整した後、予想収益を171,366ドルで計算した。これと比較して、当該専門家が高卒未満者すべての予想稼得を計算した場合、結果は308,633ドルとなり、約80パーセント高くなった。⁽³⁵⁾ 裁判所は、人種や性別に基づく統計表の使用について詳細な憲法上の分析は行わなかったが、被害者の逸失稼得計算にあたり「人種や性別に基づく想定に依拠することには、憲法上の問題やその他の問題が生じる可能性があることを懸念した」と指摘している。⁽³⁶⁾ これらの懸念の結果、裁判所は人種と性別に基づく統計表の使用を却下した。裁判所が認めた男性死亡への賠償額は446,665ドルであったが、この数字は、当該男性が選んだ職業である芸術には典型的である比較的低い賃金と不規則な労働パターンを考慮に入れて、未調整の推定値から大幅に減額したものである。女兒死亡への賠償額については、325,751ドルを裁定したが、これには裁判所の専門家による推定額308,633ドルに加えて原告が部族から受けとれたはずの給付金（stipend）の額が含まれている。⁽³⁷⁾

本稿冒頭で述べた事件である、*G.M.M. v. Kimpson*についても考えてみよう。この事件では、男児が自宅アパートにおける鉛中毒に苦しんだ。*G.M.M.*の民族的帰属は、2つの別の方法で、専門家による損害額計算において役割を果たすこととなった。第一に、ヒスパニック系の男性の期待稼得は、すべての学歴レベルにおいて白人男性のそれよりも低かった。⁽³⁸⁾ 第二に、ヒスパニック系男性は白人男性に比べて高度な学位を取得する可能性が有意に低かった。原告が依頼した専門家は、*G.M.M.*自身の家族・親族の特徴、特に彼らの学歴の高さに重点を

(34) *Id.* at 1314–15 and 1315 n.132.

(35) *Id.* at 1314–116, 1321, 1322, 1316 n.134.

(36) *Id.* at 1314.

(37) *Id.* at 1314–15, 1321–12, 1316 n.134.

(38) *See G.M.M. ex rel. Hernandez-Adams v. Kimpson*, 116 F. Supp. 3d 126, 145 (E.D.N.Y. 2015).

置くことで、一般的な民族別のデータの⁽³⁹⁾影響を緩和した。対照的に、被告が依頼した専門家は、ヒスパニック系男性のうち修士号以上の学位を持つ者はわずか2.1%であるという事実を重視した。これらの選択の結果、原告はG.M.M.の逸失利益を340万ドルと見積もったのに対し、被告はG.M.M.の逸失利益を150万ドルと見積もることになった。⁽⁴¹⁾Weinstein 判事は、*McMillan v. City of New York* 事件における自らの意見に基づき、⁽⁴²⁾結局は双方の専門家及び陪審員に対してG.M.M.の民族的帰属を考慮することを禁止したが、⁽⁴³⁾このケースは、人種や民族の考慮が個別事例における賠償額にどれほど大きな影響を与えるかを示している。⁽⁴⁴⁾

さらに、人種に基づく統計表の使用は、賠償額への事後（ex post）効果があるだけでなく、リスク配分に対する事前（ex ante）効果がある。具体的には、人種に基づく統計表の使用は、将来の潜在的な賠償責任を最小化するために、人種的マイノリティのコミュニティに対して不均衡にリスクを配分しようとする公的主体・私的主体のインセンティブを生み出す。例えば、アメリカの近隣地域に毎日何千台ものトラックを送り込む配送会社を想定してみよう。同社

(39) *Id.* at 132.

(40) *Id.* at 135.

(41) *See Soffen, supra* note 1.

(42) *McMillan v. City of New York*, 253 F.R.D. 247 (E.D.N.Y. 2008).

(43) *Kimpson*, 116 F. Supp. 3d at 134.

(44) 陪審員は最終的にG.M.M.に200万ドルの損害賠償金を認め、被告の控訴後、本事件は190万ドルで和解した。*See Soffen, supra* note 1.

(45) *See Chamallas, Civil Rights in Ordinary Tort Cases, supra* note 7, at 1441 (「貧しいマイノリティの子どもを傷つけた方が安価であるから、鉛塗料の影響を最も受けた地域で有毒な危険を取り除くための措置を講じる被告のインセンティブは少ない。」); Michael I Meyerson & William Meyerson, *Significant Statistics: The Unwitting Policy Making of Mathematically Ignorant Judges*, 37 PEPP. L. REV. 771, 808 (2010) (「マイノリティグループの構成員を負傷させた場合の損害賠償額が引き下げられると、法体系は彼らに対する不法行為を奨励するという矛盾をもたらす。」).

は、統計的に言って、1日に5件の事故の発生が予想されることを知っている。加えて、どの運転手が事故に関わる可能性が高いか、どの運転手がトラック運転歴5年未満か、55歳以上であるか等も知っているかもしれない。そうすると、同社にとって、ルートを可能な限り白人地域よりも黒人地域に集中させ、最もリスクの高いドライバーを黒人地域に不均衡に配置することが、経済合理的であろう。その結果、白人居住区よりも黒人居住区において活動水準が高く、事故も多いことになる。

危害によって生じる経済的費用の期待値に基づいてリスクを配分しようとするインセンティブに、もちろん権力者が気づかないわけがない。実際、1991年に流出した世界銀行のメモの中で、当時のチーフエコノミストであったLawrence Summersは、公害による健康被害に対する損害賠償額は逸失稼得を反映するものであるから、世界銀行は、「汚い産業」を後発開発途上国において実際により多く奨励すべきであると説明している。Summersは、以下のように書いている。

ここだけの話だが、世界銀行はLDCs〔後発開発途上国〕への汚い産業の移住をもっと奨励すべきではないだろうか？…健康を害する公害の費用測定は、罹患率と死亡率の増加から得られる逸失利益に依存する。この観点から見ると、健康を損なう汚染量を一定とすれば、それは最もコストの低い国で行われるべきであり、それは最も賃金の低い国になるだろう。賃金の低い国に有毒廃棄物を大量に投棄することの背後にある経済的論理は反論の余地がないものだから、我々はそれを直視すべきだ。⁽⁴⁶⁾

マイノリティや貧困層のコミュニティをターゲティングするこれほどあからさまな姿勢を米国の企業や地方自治体が示すことはないが、マイノリティ・コ

(46) Memorandum from Lawrence Summers, Chief Economist for the World Bank, to the World Bank (Dec. 12, 1991), <http://www.whirledbank.org/ourwords/summers.html> [<https://perma.cc/5CBW-YLYH>].

コミュニティとリスクとの間に相関関係があることを示す証拠は、そのようなターゲティングが実際に行われている可能性を示唆している。例えば、2004年の研究では、アフリカ系アメリカ人の多い郡の化学施設の事故リスクは、他の郡のリスクの2倍であることが判明し⁽⁴⁷⁾、また、1990年にニューヨーク市について実施されたハーバード大学の研究では、マイノリティ・コミュニティにサービスを提供している病院について、過失によって引き起こされる有害行為の数がより多いことが報告されている⁽⁴⁸⁾。また、立法府がマイノリティ・コミュニティに有害廃棄物を不釣り合いに配置してきた歴史もある⁽⁴⁹⁾。

これまでの例ほど自明とは言えないが、人種に基づく統計表の使用は、人種差別の影響を個々の不法行為の判決に埋め込むと同時に、過去の人種差別の水準を将来予測へと橋渡ししてしまうことになる。例えば、交通事故で負傷した3歳の少年を考えてみよう。この少年は、年齢が若いことを考えると、まだ職場で直接的な人種差別を受けておらず、人種差別は、継続するにしても生涯にわたって減少していくことが期待される。しかし彼の将来の稼得、平均余命と就労可能年数の予測には、彼よりも前の世代の黒人男性が受けた人種差別の水準

(47) See M.R. Elliott, Y. Wang, R.A. Lowe & P.R. Kleindorfer, *Environmental Justice: Frequency and Severity of US Chemical Industry Accidents and the Socioeconomic Status of Surrounding Communities*, 58 J. EPIDEMIOLOGY & COMMUNITY HEALTH 24 (2004).

(48) この研究は、「有害事象」(医療介入による傷害)に苦しむことに関連するさまざまな危険因子を分析し、「黒人は有害事象〔全体〕及び過失による有害事象の発生率が高かった」ことを明らかにする。*Issues Relating to Medical Malpractice: Hearing Before the Subcomm. on Health of the H. Comm. on Ways and Means*, 103d Cong. 29 (1993) (citing HARVARD MED. PRACTICE STUDY, PATIENTS, DOCTORS, AND LAWYERS: MEDICAL INJURY, MALPRACTICE LITIGATION, AND PATIENT COMPENSATION IN NEW YORK (1990)). 同研究では、「これらの違いは全体として有意ではなかった」とする一方、「マイノリティ患者の割合が高い病院では、有害事象や過失事象の発生率が高かった」ことを指摘している。*Id.*

(49) See generally, Robert D. Bullard & Beverly Wright, *Disastrous Response to Natural and Man-Made Disasters: An Environmental Justice Analysis Twenty-Five Years After Warren County*, 26 UCLA J. ENVTL. L. & POL'Y 217 (2008).

が組み込まれることになる。その結果、少年の補償は〔実際に受けるかもしれない〕人種差別によって汚染されるだけでなく、少年が怪我をしなければ実際には受けなかったであろう人種差別の水準によっても汚染されることになる。^{(50)(iv)}

最後に、人種に基づく統計表の使用は、人種に基づいて個人を本質化(essentialize)する。さらに、その本質化は、共有された身体的属性や共有された過去の文化的経験という観点によるだけではなく、より根本的に厄介なものである。人種に基づく統計表を使用することで、裁判所は個人の将来の傾向、すなわち職業的関心、個人的な健康習慣、仕事への定着性などを、すべて人種集団への同定に基づいて推測することが可能になる。正確性に関する懸念が当然生じる。集団の構成員であることに基いて個人の行動を予測することは、必然的に不正確である。しかしこれは、個人に対して個別的に適用されるすべての保険数理データの場合について言えることである。ここで提起されるべきより特別で強力な懸念は、人種の顕現性(salience)とスティグマに関連するものである。人種に基づく傾向予測は、社会的にあまり好ましくない態度、適性、行動の特徴を帰せられている集団の構成員に対して、スティグマを与える恐れがある。また、人種の顕現性を強化することで、傾向予測は、統計的問題として必ず多数存在するはずの個別の外れ値を認識することをより困難にし、⁽⁵¹⁾個人レベルおよび社会レベルにおける人種差別の可能性を増大させる。

要するに、不法行為の損害賠償額を計算するために人種に基づく統計表を使用することは、遍在的現象である。政策的観点からも社会正義の観点からもその影響は厄介なものであり、人種差別の遺産を解体しようとする社会のコミッ

(50) しかし、第4章で後述するように、例えば時間の経過とともに人種差別が減少する予測を数理モデルに含めることにより、不法行為表の機能に関するこの実態が「修正」されたとしても、人種に基づく統計表の使用によって引き起こされた憲法上の欠陥は解決されないだろう。

(51) See *infra* note 215 and accompanying text. どのような人種の場合も、ごくわずかな割合の個人は、人種に関連した予測と一致する。しかし、このような人種に基づく予測は、人種内における変動性を不明瞭にし、個人差の程度を限定してしまうやっかいなベースラインになる。

トメントに直接逆行する。しかし、人種に基づく統計表の使用が違憲でもあるかどうかは、なお疑問が残る。以下の3章では、人種に基づく統計表の使用が〔合衆国憲法〕修正第14条の平等保護条項に違反するかどうかを論じる。平等保護条項はステイト・アクションにのみ適用される。問題とされるステイト・アクションに適用される審査の水準は、問題となっている分類の性質に依存し、人種による分類は必然的に最高水準の審査の対象となる。その結果、平等保護条項の分析においては、第一に、人種に基づく統計表の使用が人種による分類を構成するかどうか、第二に、人種に基づく統計表に依拠することがステイト・アクションを構成するかどうか、第三に、そのような統計表の使用が、それが必然的に服すべきと我々が主張するところの厳格審査を通過できるかどうかを検討する必要がある。以下では、これらの問いに焦点を当てる。

II. 人種による分類 (racial classification) としての人種に基づく統計表

Albert Alschuler 教授は、容疑者に関して警察が人種に依拠して描写することを検討し、「普通に英語を使う人には、白人ではなく黒人を尋問することは、まさに人種によって分類しているように見える」と指摘する。⁽⁵²⁾しかし、裁判所の実務上、人種に依拠した容疑者の描写に警察が依拠することを、憲法上の分析において、人種による分類として扱うことは⁽⁵³⁾ない。⁽⁵⁴⁾不法行為事件で死亡または重傷を負った子どもの適切な補償を決定するために裁判所が人種に依拠する

(52) See Suzanne A. Kim, Suzette Richards & Rachel L. Jensen, *Equal Protection*, 1 GEO. J. GENDER & L. 213, 218-224 (2000).

(53) Albert W. Alschuler, *Racial Profiling and the Constitution*, 2002 U. CHI. LEGAL F. 163, 185 (2002).

(54) See *Brown v. City of Oneonta*, 221 F.3d 329, 337-38 (2d Cir. 2000); see also R. Richard Banks, *Race-Based Suspect Selection and Colorblind Equal Protection Doctrine and Discourse*, 48 UCLA L. REV. 1075, 1077-78 (2001) (「どの裁判所も、法執行機関が人種に基づく容疑者の描写に依存することを、平等保護条項に基づく厳格審査が保障される人種による分類としては扱っていない」。)

場合も、常識的に見て人種による分類があると考えられる。本章では、不法行為の賠償額算定に人種を使用することが、平等保護分析の上では人種による分類として扱われるべきではないとすればそれはなぜか、いくつかのありうべき論拠を検討し、この文脈においても法律と常識を乖離させることにもっともな理由があるかどうか判断する。具体的に本章では、人種に基づく統計表が人種による分類としての審査を回避できるかもしれない以下の3つの理由を検討する。身体的バイオマーカーの記述に過ぎない、損害賠償額計算において人種以外の情報が人種に基づく指標と一緒に使用されている、人種に基づく統計表への司法の依拠は人種に関係なくすべての不法行為の被害者に適用される、というものである。

A. 生物学的指標 (biomarker)

人種に基づく容疑者に関する記述が、平等保護の観点から人種による分類に該当しないという法的結論を出すために重要と思われるのは、容疑者に関する記述が、特定の個人について、関連性のある客観的な身体的真実を反映しているという認識である。それは、集団の構成員一般について、その傾向性や将来の行動を予測するものではない。⁽⁵⁵⁾ その結果、人種に基づく容疑者の記述は、人種集団をステレオタイプ化・スティグマ化したり、そのグループのメンバーに対する将来の差別を助長したりする可能性は低いと考えられている。

Sheri Lynn Johnson教授の説明によれば、「特定の犯人を同定するために人種を使用すること」は、憲法上の人種による分類には当たらない。「勾留する決定においては被疑者の人種が述べられ考慮されるが、当該人種グループの特徴、行動、それに対する適切な処遇に関する一般化は用いられない」⁽⁵⁶⁾ からである。

(55) See, e.g., *Oneonta*, 221 F.3d at 337 (容疑者に関する人種に基づく記述の結果として尋問された黒人住民は、「犯罪の被害者によって与えられた身体的記述という全く正当な根拠に基づいて」尋問されたと説明している), *reh'g denied*, 235 F.3d 769 (2d Cir. 2000).

(56) Sheri Lynn Johnson, *Race and the Decision to Detain a Suspect*, 93 Yale L.J. 214,

R. Richard Banks 教授も同様に、「身体的記述は、目や髪の色と同様、視覚的には重要だが道徳的には無関係な特徴をカタログ化したものであり全く問題ないとみなされている。その点で、単に人がどのように見えるかではなく、人がどのような人物であるかを判断し、個人のより深い資質を指し示すものとされる人種プロファイルとは区別される⁽⁵⁷⁾」と指摘している。

人種に基づく容疑者の記述に警察が依拠することを違憲審査から免除すべきかについては、裁判所とは異なる見解も確かにあり得よう⁽⁵⁸⁾。実際、Banks 教授

237, 243 (1983). 統計的証拠と個別化された証拠とを比較して、両者が確率論的には同じである場合においても、裁判所や法律学者が前者をより疑わしいと考える理由に関する広範な議論として、see David Enoch & Talia Fisher, *Sense and “Sensitivity”: Epistemic and Instrumental Approaches to Statistical Evidence*, 67 STAN. L. REV. 557 (2015).

(57) Banks, *supra* note 54, at 1092-93.

(58) あるいは、容疑者に関する人種に基づく記述の扱いは、妥当な法的議論というべきものではなく、実際の必要性に由来する「やむを得ない」法的逸脱であると結論づけることもできる。See *United States v. Waldon*, 206 F.3d 597, 604 (6th Cir. 2000) (「犯罪行為の容疑者として誰に対して接近すべきかを決定する際に、警察官に知られているところの加害者に関する記述に人種が含まれている場合には、警察官は合法的に人種を要因として考慮できるということが常識的である」と説明している)。see also *Cartnail v. State*, 753 A.2d 519, 530 (Md. 2000)。 (「人種、ジェンダー、民族、髪の色、顔の特徴、年齢、体格、服装などといった疑いなく身体的な特徴に関する容疑者の記述を見ることで、無実の通行者を排除することが可能になる」と説明する)。もちろん、容疑者に関する人種に基づく記述が人種による分類として扱われたとしても、その使用が自動的に憲法違反になるわけではないが、それは厳格審査の対象となるだろう。Calabresi 判事は、第 2 巡回区控訴裁判所が *Oneonta* 事件において合議体再審理を求める原告の申立てを却下したことに對して反対意見を述べ、法廷意見が、容疑者に関する人種に基づく記述を人種による分類だと認めた上で厳格な審理の対象とするのではなく、容疑者に関する人種に基づく記述が人種による分類であるという考え方を全面的に否定したのは、厳格審査を弱めることを避けるためではないかと指摘した。Calabresi は、「ある行為が人種による分類とみなされた場合、最高裁判例の下でそれを正当化することは非常に困難である」と説明した。警察が被害者の説明に従った場合における正当化は比較的容易だとしても、人種

は、容疑者に関する記述描写に人種の生物学的指標を使用すると人種に基づく不平等な負担が生じるため、そのような生物学的指標の使用は厳格審査の対象とすべきであると主張している。⁽⁵⁹⁾ Alschuler教授は、警察が人種に基づく容疑者の描写に依拠することが現実的な相対的負担を生むことを強調している。「目撃者による描写に警察官が依拠することで、緑のコートを着た黒人の自由を制限するが、緑のコートを着た白人の自由は制限しない場合」、Alschulerは、「この警察官は人種に基づいて分類している」と説明する。⁽⁶⁰⁾

身体的生物学的指標の描写は人種による分類ではないという議論は、それ自体の一般的説得力はさておいて、人種に基づく不法行為表に司法が依拠できるかという点についての憲法上の盾にはならない。容疑者の特定とは異なり、人種に基づく統計表は特定の個人を記述してはいない。人種に基づく統計表は、集団について記述するだけである。さらに、人種に基づく統計表は、客観的な真実を記述するのではなく、まさに集団の一員であることに基づいて将来の行動や選好を予測するためのものである。そのため、それらの使用は、集団のメンバーをステレオタイプ化し、集団の構成員に対する差別を将来に向けて橋渡しする可能性が高い。例えば、人種に基づく賃金表や就労可能年数表は、人々がどのような仕事を選ぶか、その仕事でどのような成功を収めるか、その仕事にどれだけ定着するかについて、集団の構成員であることと、過去にその集団の構成員が持っていた機会に基づいて予測する。このように、これらの統計表は人種集団に対するステレオタイプを強化し、特定の不法行為被害者が受ける損害やマイノリティ・コミュニティへの社会的リスクの配分を通じて、過去からの差別を未来に向けて流しこむ。

に基づく区別の他の文脈への波及は非常に望ましくない」と説明する。Brown v. City of Oneonta, 235 F.3d 769, 786 (2d Cir. 2000)。

(59) See Banks, *supra* note 54, at 1080 (容疑者に関する人種に基づく記述と人種のプロフィールは、「特定の人種のマイノリティ集団の無実のメンバーに不均衡な負担をかけるような形で、意図的な人種の利用である」と論じている); see also Alschuler, *supra* note 53, at 183.

(60) Alschuler, *supra* note 53, at 183.

一見すると、平均余命のデータは、明らかに何らかの生物学的・遺伝的真實を反映するより「客観的」なものに見えるかもしれない。⁽⁶¹⁾しかし実際には、平均余命の人種差は、少なくともある程度は、隔離と差別の社会的歴史を反映している。⁽⁶²⁾さらに、仮にそのようなデータが過去についての正確な記述であったとしても、それを将来の予測に利用することは、必然的に不確実性が高い。最後に、仮にそのようなデータが将来の平均余命の正確な記述を提供することができたとしても、そのデータは特定の個人を記述しているのではなく、集団を記述している。その結果、このデータは、集団のメンバーシップに基づく差別を必然的に助長することになる。その集団のデータによる予測が成り立たない個人についてさえも。

人種に基づく容疑者の記述を憲法上問題のないものとする論理は、不法行為事件における人種に基づく統計表の使用には全く当てはまらない。人種に基づく統計表は、社会的な意味や社会的な影響から解放された、関係する個人の生物学的指標を記述するものではない。それどころか、人種に基づく統計表は、特定の不法行為の被害者については何も明らかにせず、まさに平等保護条項が対象としているところの、集団に基盤をおく社会的意味やステレオタイプを反映し、補強するものである。

B. 複数の要因のうちの1つ

司法が人種に基づく統計表に依拠することが人種による分類を構成しないとされる第二の理由は、統計表は単に、他の多くの要因を含む全体的な分析の中の一つの要因として人種を挿入しているに過ぎないというものである。確か

(61) 実際、*McMillan* 判決において、*Weinstein* 判事は人種に基づく余命統計の使用を拒否したが、性別に基づく余命統計の使用を認めた。おそらくそれは、彼が性別による差異は現実の生物学的差異を反映するものであり、人種に基づく差異はそうではないと考えていたからだろう。*McMillan v. City of New York*, 253 F.R.D. 247, 249-55 (E.D.N.Y. 2008).

(62) *See infra* note 128.

に、不法行為損害賠償額は、被害者の人種のみに基づいて判断されるものではない。⁽⁶³⁾ この見解によれば、社会経済的地位や家族の学歴などの他の要因を考慮していれば、人種を考慮することも、平等保護条項の下で厳格審査の引き金となりうる人種による分類には当たらないというのである。

2つの初期の人種プロファイリング事件は、修正第4条の文脈でこの議論を後押しした。例えば、*United States v. Brignoni-Ponce* では、メキシコから不法入国した人々のために国境警備隊が日常的に巡回捜索を行っていたが、乗員がメキシコ人のように見えるという理由だけで被告の車を停止させた。⁽⁶⁴⁾ 最高裁は、車両捜索に対する修正第4条に基づく被告人の異議を肯定し、人種だけでは、南カリフォルニアの州間高速道路を北上している車の警察による停止を正当化することはできないとした。⁽⁶⁵⁾ しかし裁判所は、人種—この場合にはメキシコ系の外見—は、尋問のために停車させる車を国境警備隊が決定する際に、運転手の行動、車の構造、乗客の数などの他の要因と一緒に考慮しうる関連要因ではあるとした。⁽⁶⁶⁾

United States v. Martinez-Fuerte で、最高裁はこの議論をさらに推し進めた。⁽⁶⁷⁾ *Martinez-Fuerte* 事件では、国境警備隊が停車した車を、さらなる尋問のために二次検査場⁽⁶⁸⁾に選択的に差し向けていた。最高裁は、このような検問所での停車

(63) Martha Chamallas が説明するように、不法行為による死亡に関する訴訟では、「この問題に関する陪審員に対する典型的な説示は、『子どもの年齢、性別、身体的・精神的特徴を考慮し、入手可能な場合には、両親の生活上の地位や稼得能力、未成年者による家事提供があったかどうかの証拠を用いて補足する』というものである」。Chamallas, *Questioning the Use of Race-Specific and Gender-Specific Economic Data*, *supra* note 7, at 95 (quoting *Eakelbary v. Nipper*, Summit App. No. 9476 (May 21, 1980)).

(64) *United States v. Brignoni-Ponce*, 422 U.S. 873, 875 (1975).

(65) *Id.* at 884-87 (被上告人の「メキシコ系の外見」だけでは、修正第4条の下で停止を正当化するために必要な合理的な理由にはならないと判示)。

(66) *Id.* at 885-86.

(67) *United States v. Martinez-Fuerte*, 428 U.S. 543, 556 (1976).

(68) *Id.* at 546-47.

は、*Brignoni-Ponce* で問題となった巡回パトロールの停車とは異なり、運転者にとって負担や恐怖感がより小さいとした。⁽⁶⁹⁾ 続けて裁判所は、警察が「主にメキシコ系の出自が明らかであることに基づいて」運転者を二次検査エリアに差し向けることは、人種による分類ではなく、憲法違反でもない⁽⁷⁰⁾と判断した。

しかし、プロファイリングに関するその後の判例は、人種に加えて他の要因を考慮すれば、警察が人種プロファイルを使用することは厳格審査を免れるという考えを否定している。*United States v. Montero-Camargo* では、第9巡回区控訴裁判所は、ヒスパニック系の外見と他のいくつかの要因を考慮することが、被告人の車を停止させるために必要な合理的な疑いを国境警備隊員に与えるのに十分であるかどうかという点が問われた。⁽⁷¹⁾ 裁判所は人種的外見の使用は適切ではないと判示し、人種を考慮することは、単に人種以外の考慮事項と混ざり組み合わせられるだけでは、憲法上問題があるという性質を失うものではないことを明らかにした。⁽⁷²⁾

Montero-Camamargo 事件において裁判所は、国境警備隊員による人種的外見の考慮が、常に自動的に修正第4条の下で違憲であるとも、修正第14条の下での厳格審査の引き金になるとも言っていない。⁽⁷³⁾ しかし裁判所は、修正第4条の下での合理的な疑いには、被告人に対する特定のまたは個別の疑いが必要であることを強調した。⁽⁷⁴⁾ 停車が行われた南カリフォルニア地域にはヒスパニック系の人々が多く住んでいることを考えると、ヒスパニック系であるという事実

(69) *Id.* at 558.

(70) *Id.* at 563.

(71) *United States v. Montero-Camargo*, 208 F.3d 1122, 1129–31 (9th Cir. 2000).

(72) *Id.* at 1135.

(73) *Id.*

(74) *See id.* at 1132 (*United States v. Rodriguez*, 976 F.2d 592, 596 (9th Cir. 1992) を引用。変更は原文ママ) (我々が *Rodriguez* 判決で述べたように、「我々は、その人が犯罪活動に従事していることを示す特定の、個別化された、客観的に観察可能な要因に基づいた十分な根拠のある疑いがない場合には……種々雑多な人からの包括的押収を承認する用意はない」)

は、被告人を停車させるために必要な特定の疑いに寄与することも補強することもできない。「スティグマによる危害の危険」と「人種の劣等性の観念」を強化するリスクがあまりにも大きすぎる。⁽⁷⁵⁾法執行機関が人種を考慮できるのは、過去の行為のために搜索されている特定個人に関する記述を限度とする⁽⁷⁶⁾。単独にであれ、あるいは他の要因と一緒にであれ、特定のグループの個人の傾向を⁽⁷⁷⁾予測するために人種を使用することはできないとされた。

第6巡回区控訴裁判所による *United States v. Taylor* は、法執行機関のプロファイルに人種を含めることに反対する姿勢をさらに強めているようだ。⁽⁷⁸⁾*Taylor* は、テネシー州メンフィス空港での麻薬所持の疑いでの取り締まりを扱った事件である。第6巡回区控訴裁判所は、連邦地裁が原告の証拠排除の申し立てを棄却したことを支持したが、もし原告が「メンフィス空港の法執行官が、任意の職務質問において主に少数民族を標的にした一般的な慣行やパターンを実施していたか、あるいは薬物の運び屋に関するプロファイリングに人種的要素を組み込んでいた」ことを示す証拠を提示していたならば、原告の申立ては「当裁判所にとって、適正手続条項と平等保護条項の憲法問題を生じさせ

(75) *Id.* at 1135 (引用部分の引用符は省略)。

(76) *Id.* at 1132.

(77) *Id.* at 1135 (わが国の歴史における現時点においては、また、民族的・人種の構成が継続的に変化していることに鑑みれば、ヒスパニック系の外見は一般的には証拠価値が低く、特定の・個別的の疑いが必要とされる場合には、それを関連する要因として考慮することはできない。) 第9巡回区控訴裁判所は、*Brignoni-Ponce* 事件最高裁判決と本件とを区別し、最高裁判例の重要性を最小限に抑えている。「民族的外見が関連しうることを示唆する わずかに一文の半分からなる傍論を導く際に、最高裁は、今では時代遅れとなった人口統計的情報に大きく依存している」というのである。see also *United States v. Taylor*, 956 F.2d 572, 582 (6th Cir. 1992) (en banc) (Keith, J., dissenting) (「犯罪行為の疑いの根拠として不変的特性を使用することは明らかに違憲であり、DEAの捜査官や州の職員が任務を遂行する際に人種を考慮できるという考えは、言語道断であり、許されるものではない」)。

(78) *Taylor*, 956 F.2d at 578-79.

たであろう」と指摘している。⁽⁷⁹⁾人種が捜査を進める他の構成要素のうちの一つに過ぎないという事実は、人種による分類が行われたことが憲法上問題になり得ることを否定するものではないとされたのである。

人種に関する考慮が人種以外に関する考慮と混ざり合っている場合には憲法上の問題がより少なくなるという考え方は、投票権訴訟においても足場を有している。O'Connor判事による *Shaw v. Reno* における判示を皮切りとして、最高裁は、意図的に人種に基づく選挙区の線引きは、人種が選挙区の線引きに用いられた優勢な要因であることを原告が証明した場合にのみ、厳格審査の対象となると判示してきた。⁽⁸⁰⁾例えば *Hunt v. Cromartie* では、最高裁は、原告の人種のゲリマンダリングの主張に対して、厳格審査は、人種が「立法府の区割り決定の動機となった『優勢な要因』」であることを原告が証明できた場合にのみ適用されると説明している。⁽⁸¹⁾*Shaw v. Hunt* と *Miller v. Johnson* の先行事例を引用して、裁判所はさらに、「『立法府は、伝統的な人種中立的な区割原則—これにはコンパクト性、連続性、現実の共同的利益によって定義された政治的細分化やコミュニティの尊重を含むがそれらに限定されるものではない—を、人種の配慮に従属させた』ことを示すべき義務が被控訴人にある」と説明した。⁽⁸²⁾⁽⁸³⁾⁽⁸⁴⁾

(79) *Id.*

(80) *Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630, 642 (1993) (引用部分は省略) (「人種を意識した〔選挙区の〕再編成が常に違憲とは限らないと上告人は認めているように見える。この譲歩は賢明である」)。see also Samuel Issacharoff, *The Constitutional Contours of Race and Politics*, 1995 SUP. CT. REV. 45, 45 (1995) (「[*Shaw v. Reno* で O'Connor 判事が示した] この新しい基準の正確な輪郭はかなりの程度隠れていたが、それには明らかに、グロテスクに編成された選挙区割を通じて明らかになった、人種への過度の依存の概念が含まれていた」)。

(81) *Hunt v. Cromartie*, 526 U.S. 541, 547 (1999)。

(82) *Shaw v. Hunt*, 517 U.S. 899, 905 (1996)。

(83) *Miller v. Johnson*, 515 U.S. 900, 916 (1995)。

(84) *Hunt*, 526 U.S. at 547; see also *Bush v. Vera*, 517 U.S. 952 (1996) (選挙区に関する計画において、選挙区線引きの作成において人種が主な考慮事項であったため、平等保護条項に違反すると判断した)。

優勢要因テストは、州議会議員にとって人種を全く考慮せずに選挙区の線引きを行うことは現実的に困難であり法的にも許されないため投票の文脈は特殊であることに対する、プラグマティックな対応だと思われる。*Miller* 判決の多数意見が説明するように、「例えば、区割り変更の立法府は、区割り変更の過程で、ほぼ常に人種別人口統計を意識している⁽⁸⁵⁾。さらに、投票権法 (Voting Rights Act) の第2条と第5条は、実際に選挙区の線引きを行う際に人種に注意を払うことを立法者に要求している⁽⁸⁶⁾。実際、*Shaw* 判決で訴訟のきっかけとなった、黒人が多数を占める2つの選挙区を作る再編成計画は、マイノリティが多数を占める1つの選挙区だけを設定する以前の区割り図に対する第5条に基づく司法長官の事前承認が拒否された後に策定されたものである⁽⁸⁷⁾。

優勢要因テストを充足するためにどのような証拠が必要かは不確かなままであるが、同テストがどのような弊害からの保護を意図したものであるかは明確に説明されている⁽⁸⁸⁾。*O'Connor* 判事は *Shaw* 判決で、平等保護条項がそれからの保護を意図した人種に関する弊害とは、集団の本質化とステレオタイプ化に起因するものであると説明した⁽⁸⁹⁾。最高裁が *Miller* 判決で詳述したように、「州が人種に基づいて有権者を割り当てることは、特定の人種の有権者は、その人種

(85) *Miller*, 515 U.S. at 916.

(86) 1965年投票権法第5条 (52 U.S.C.A. § 10304 (West 2017)) は、同規定の対象となる法域に対して、「人種や肌の色を理由として投票権を否定または縮減する目的を持たず、またそのような効果も有しない」と宣言するコロンビア特別区合衆国地方裁判所の判決、または司法長官による行政的事前承認のいずれかを取得せずに、その投票慣行を変更することを禁止している。*Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630, 634 (1993)。「投票権法の第2条は、人種や肌の色を理由に投票権を否定したり縮減したりする結果となるような特定の仕組みや手続きを州が課することを禁じている」。

(87) *Id.* at 642.

(88) See Issacharoff, *supra* note 80, at 53.

(89) *Reno*, 509 U.S. at 647 (人種の違いだけから、同じ人種に属する個人が同じ政治的利益や選好を共有していると想定することは「許されない人種のステレオタイプ」であると説明している)。

を理由として『同じような考えを持ち、同じ政治的利益を共有し、投票で同じ候補者を選好するだろう』という攻撃的で人を貶めるような思い込みに他ならない⁽⁹⁰⁾。平等保護条項は、まさにこのような弊害からの保護を意図したものである。

選挙権の文脈では、人種の考慮は許されるが、異なる人種グループのメンバーに関する本質化的思考を反映したり強化したりするやり方での考慮は許されない。他の要因が単に存在することではなく、人種がどのように考慮され、どのように影響を与えたかこそが、ステイト・アクションに対して厳格審査が適用されない理由になりうるのである。

しかし、選挙権以外の文脈では、最高裁は優勢要因テストには従わず、人種に関するいかなる考慮も厳格審査の対象となることを明らかにしている。例えば、*McCleskey v. Kemp* では、ジョージア州の死刑判決プロセスに対する平等保護条項及び修正第8条に基づく上告人の異議を最高裁は却下した⁽⁹¹⁾。被告人は被害者の人種と被告人の人種が、被告人が死刑判決を受ける可能性に影響を与えていることを示す統計に依拠していた⁽⁹²⁾。*McCleskey* の被告人は、自らの特定のケースにおいて人種が役割を果たしていることを示していないと裁判所が判断したため、敗訴した⁽⁹³⁾。しかし、裁判所が明らかにしたように、被告人の証明責任は、死刑判決にとって人種が「それがなければ〔死刑にはならなかった〕」と

(90) *Miller*, 515 U.S. at 911-12 (*Reno*, 509 U.S. at 647 の引用)。

(91) *McCleskey v. Kemp*, 481 U.S. 279, 320 (1987)。

(92) *Id.* at 286.

(93) *Id.* at 292-93. Julian A. Cook, Jr. and Mark S. Kende は、死刑事件よりも投票事件において、統計を用いて差別的な目的を推測することに裁判所が積極的だったと主張している。これは確かに事実のようだが、我々の目的にとって最も重要なのは、投票権事件と死刑事件では人種による因果関係に関する立証負担が異なり、後者ではより低かったということである。See Julian A. Cook, Jr. & Mark S. Kende, *Color-Blindness in the Rehnquist Court: Comparing the Court's Treatment of Discrimination Claims by a Black Death Row Inmate and White Voting Rights Plaintiffs*, 13 T.M. COOLEY L. REV. 815 (1996)。

いえるような原因であったことを示すのではなく、死刑判決にとっての優勢要因であったことを示すことでもなく、ひとつの要因であったことを示すことである。⁽⁹⁴⁾「平等保護条項に基づいて勝訴するためには、被告人は自分の事件において、決定権者が差別的な目的で行動したことを証明しなければならない」と裁判所は説明する。「被告人は、人種的考慮が彼の刑期に影響を与えたという推論を支持するような、彼自身の事件特有の証拠を何も提示していない」というのである。⁽⁹⁵⁾ Samuel Gross教授と Katherine Barnes教授が強調するように、「部分的には被告人の人種を理由に死刑を求めたことを検察官が認めた場合、その決定に人種以外の要因が加わったかどうかを問わず、平等保護条項の下で、アメリカの裁判所が死刑判決を支持することはあり得ない⁽⁹⁶⁾」。

アフーマティブ・アクション事件においても、裁判所は、人種の考慮が、厳格審査の対象となる人種による分類に該当することを明確にしている。Alschuler教授が指摘しているように、政府請負業者の事例については、「最高裁が厳格審査の対象とし、無効としたアフーマティブ・アクション計画の下において、人種のみを理由に政府出資の契約を締結した者はいなかった⁽⁹⁷⁾」。教育におけるアフーマティブ・アクション計画に関する裁判所の分析も同様である。例えば、*Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke*において、カリフォルニア大学デービス校医学部は、人種的マイノリティの入学者を増やすために特別の入学プログラムを設定した。⁽⁹⁸⁾このプログラムでは、入学許可の決定に際して、他の要因の一つとして人種が考慮されていた。⁽⁹⁹⁾しかし、人種が特別入学プログラムに参加者への入学許可の決定を支配する多くの要因のうちの一つに過ぎなかったにもかかわらず、裁判所は、「あるひとつの人種集団の市民的権利を制限

(94) *McCleskey*, 481 U.S. at 292-93.

(95) *Id.*

(96) Samuel R. Gross & Katherine Y. Barnes, *Road Work: Racial Profiling and Drug Interdiction on the Highway*, 101 Mich. L. Rev. 651, 740 (2002).

(97) Alschuler, *supra* note 53, at 179.

(98) *Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U.S. 265, 277 (1978).

(99) *Id.* at 275.

するすべての法的制限は直ちに疑わしい」とし、「裁判所は最も厳格な審査に従わなければならない」ことを明確にした。⁽¹⁰⁰⁾

最高裁は、25年後の *Grutter v. Bollinger* において、ミシガン大学法科大学院のアファーマティブ・アクション計画を検討した際に、同じ分析を行った。⁽¹⁰¹⁾ 同校は、入学許可の決定を行う際に、他の様々な要因とともに人種を考慮していた。⁽¹⁰²⁾ 原告の専門家でさえ、公判では「人種はロースクールの入学選考において優勢要因ではなかった」と認めた。⁽¹⁰³⁾ それにもかかわらず、裁判所は入学許可プロセスを厳格審査の対象とした。⁽¹⁰⁴⁾ 実際、裁判所が争点としたのは、人種による分類があったかどうかではなく、入学手続が、やむにやまれぬ州の利益を達成するために厳密に狭く仕立てられたものであること (narrowly tailored) を法科大学院が示しうるかどうかであった。⁽¹⁰⁵⁾

(100) *Id.* at 291 (引用中の引用符は省略した) (*Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 216 (1944) を引用). その翌年のゾーニングに関する最高裁判決である *Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.* では、同裁判所は、平等保護条項は「原告が異議を申し立てた行為が人種差別的な目的のみに基づいていることを原告が証明することは要求しない」と強調している。そうではなく、「差別的な目的が決定の動機となったという証明がある場合には、司法的敬讓はもはや正当化されない」とされた。429 U.S. 252, 265-66 (1977).

(101) *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 322 (2003).

(102) *Id.* at 318-20.

(103) *Id.* at 320.

(104) *Id.* at 327.

(105) *Id.* at 322. 最高裁は最終的に、同法科大学院の入試計画を容認した。法科大学院には多様な学生を確保することに対してやむにやまれぬ利益を有しており、入試プログラムはその関心に応えるように厳密に狭く仕立てられていると判断したのである。*Id.* at 343. 対照的に、*Gratz v. Bollinger* では、最高裁は、同じ大学の学部のアドミッション・ポリシーに人種が使用されていることについて、それが厳密に狭く仕立てられていないことを理由に、厳格審査に耐えられないと判断した。裁判所は、「人種のみを理由として 20 点、つまり入学を保障するために必要な点数の 5 分の 1 を、『少数しか存在しないマイノリティ』の志願者全員に自動的に配分するという大学のアドミッション・ポリシーは、被上告人が

不法行為事件における人種に基づく統計表は、人種プロファイルによく似た機能を営むものである。この表は個人をステレオタイプ化し、集団の構成員であることに基づいて個人の選好や傾向性を予測する。人種プロファイリング事件に関して最近とられている論理に従えば、不法行為の文脈で人種以外の要因も考慮しているからと言って、人種的考慮が憲法問題となることを否定する理由はない。

同様に、優勢要因テストを選挙権の文脈から不法行為法に輸入する理由はない。人種的考慮は、不法行為事件においては、選挙権事件の場合のような社会的必需品ではない。不法行為賠償額を計算する際に人種を意識することは、国家が伝統的な人種のヒエラルキーを強化せず解体するように行動していることを確実にするために必要ではない。それどころか、人種に基づく統計表やデータが使用されると、まさに投票権事件で裁判所が懸念したようなやり方で、不法行為被害者を本質化することになる。

不法行為の損害賠償額を計算するために人種に基づく統計表を使用することは、同じ人種の個人が同じ職業的利益を共有し、同じ生活習慣を採用し、仕事や家庭の優先順位を同じように設定することを前提としている。これらはまさに、裁判所が選挙権事件において、人種による分類に該当すると明言した、個人に関する「攻撃的で人を貶めるような想定」⁽¹⁰⁶⁾である。その結果、不法行為事件における人種的考慮は、死刑判決やアフーマティブ・アクション事件の場合と同様、人種が他の要因と一緒に考慮されている場合であっても、人種による分類を常に構成するものとして扱われるべきである。

その入試プログラムを正当化すると主張するところの教育の多様性に関する利益を達成するために厳密に狭く仕立てられたものとは言えない」と判示した。Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244, 270 (2003). 同様に、Fisher v. University of Texas at Austin, 136 S. Ct. 2198 (2016) では、最高裁は、テキサス大学の入試手続が、クラスの約25%のみに関して、1つの要因としてのみ人種を使用したにもかかわらず、それを厳格審査の対象とした。

(106) Miller v. Johnson, 515 U.S. 900, 912 (1995).

C. 人種中立的な方針

不法行為における人種に基づく統計表の使用が人種による分類に該当しないものとする第三の論拠は、統計表の使用が人種中立的な方針を反映しているということである。不法行為損害賠償は、少なくとも部分的には、被害者の人種を余命表、就労可能年数、賃金表に当てはめて出てくる数字を見ることによって、すべての被害者に対して計算されている。これらの表の使用の実務及び過程は人種中立的であり、それゆえに人種による分類ではない、というのがその主張である。

Brown v. Oneonta の第2巡回区控訴裁判所は、容疑者に関する人種に基づく記述に依拠した警察の捜査を厳格審査の対象とすることを退けた際、上のような論拠にある程度依拠していたようである。⁽¹⁰⁷⁾ 同裁判所によれば、容疑者の記述に依拠して警察の捜査を構成するという被告側の方針は、「外見的には人種中立的だった。即ち、被害者から事情聴取して得られた加害者に関する描写に合致する人物を探し出すことで犯罪を捜査するという方針である」⁽¹⁰⁸⁾ としている。*Oneonta* では、警察は黒人のみをターゲティングして尋問したが、そのターゲティングを導いた捜査手法自体は人種中立的なもの、つまり容疑者に関する描写に従ったものだったのである。

この議論は、実質的には、異議を唱えられた実務について、裁判所がどの程度一般化して分析するのが適切かという問題である。個人に対する個別レベルで見ると人種により分類する方針であるものの多くは、抽象度を上げれば、一般的な適用可能性を持つ中立的な方針としてフレーミングすることができる。しかし、特定の実務について、国家がそれをどのレベルまで一般化してフレーミングし記述するかによって、平等保護審査の厳しさが上下するということがあるとはならないし、〔実際の判例も〕そうではない。

実際最高裁は、被告による一見中立的なフレーミングの背後に、人種による

(107) *Brown v. City of Oneonta*, 221 F.3d 329, 338 (2d Cir. 2000).

(108) *Id.* at 337.

差別的取扱をたびたび見いだしている。例えば *Loving v. Virginia* では、最高裁は、同州の異人種間婚姻禁止法はすべての人種グループのメンバーに同じ制限と罰則を課しているため人種による分類を構成しないというバージニア州の主張をあっさりと棄却した⁽¹⁰⁹⁾。そのような主張に替えて裁判所は、婚姻を希望する個々人にとって同法が実際にどのような意味を持つのかを検討し、「バージニア州の異人種間婚姻禁止法が、人種による区別 (distinctions) にのみ基づいていることは、疑いの余地がない」と結論付けた⁽¹¹⁰⁾。問題となっている法律は、人種に基づき個人を異って扱い、「一般的に受け入れられている行為を、異なる人種構成員間で行われる場合には禁止する」機能を有すると裁判所は指摘する⁽¹¹¹⁾。すべての人種集団にとって異人種婚姻が禁止されていたとしても、個人レベルで言えば、異人種婚姻防止法は、白人は白人と結婚できても、黒人は白人と結婚できないことを意味していた。個人レベルでは同法は、明確な人種による区別に関係しているため、厳格審査の対象となったのである⁽¹¹²⁾。

Shelley v. Kraemer においても被上告人は、この事件を、私人間の約款を執行するという州の中立的な方針に関するものとしてフレーミングしようとした⁽¹¹³⁾。被上告人は裁判所に対して、「州裁判所は、約款の対象となる不動産の所有権や占有権から白人を排除する制限約款 (restrictive covenant) を執行する用意があるのだから、有色人種を排除する約款の執行は、それによって影響を受ける有

(109) *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 7-8 (1967) (「[バージニア] 州は、憲法起草者の発言に照らした平等保護条項の意味は、州の刑法が犯罪の定義の一部に間人種的要素を含む場合、各人種の構成員が同程度の処罰を受けるという意味で、白人と黒人に平等に適用されなければならないと主張している」)。実際のところは、バージニア州法は、白人が白人以外の人と婚姻することを禁ずる一方で、他の人種集団のメンバーが白人以外の人種集団の人と婚姻することを認めていたため、同法がすべての人種グループを平等に扱っていたとは言えない。See *Loving*, 388 U.S. 1.

(110) *Id.* at 11.

(111) *Id.*

(112) *Id.*

(113) *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948).

色人種に対して法の平等な保護を否定するものとはみなされない」という結論を求めた。⁽¹¹⁴⁾しかし、裁判所は、このような中立的フレーミングを修正第14条に基づく異議に対する盾として扱うことを拒否した。⁽¹¹⁵⁾それに替えて裁判所は、州による執行が個人の権利と機会とに与える影響をより具体的に見るべきと主張した。「[修正第14条によって] 確立された権利は個人の権利である」と裁判所は強調した。⁽¹¹⁶⁾適切な審査密度を決定するために最も重要なのは、州の行為が個人の実際の権利と機会にどのような影響を与えるかということだとされた。⁽¹¹⁷⁾「これら上告人の人種や肌の色のために、彼らは、人種や肌の色が異なる他の市民が当たり前のように享受している所有権や占有権を否定されている」。⁽¹¹⁸⁾その結果、人種的制限約款を州が執行したことに對して厳格審査が行われ、それは「申立人に対する法の平等な保護の否定」だとされたのである。⁽¹¹⁹⁾

不法行為法の文脈でも同様に、個人レベルでは、人種に基づいた統計表を使用することで、被害者の人種によって損害賠償額が異なってくることが明らかである。保険数理表に依拠する慣行は、中立的用語で説明することができるが、保険数理表は、人種に基づいて個々の被害者を特定し、分類し、判断するものである。法律的に言って、これは人種による分類を構成している。

要するに、不法行為の賠償額を計算するために人種に基づく統計表を使用することは修正第14条の目的から見て人種による分類を構成するという常識的な結論から、逸脱すべき法律学的な理由はない。もちろん、このような人種による分類が厳格審査の対象となるためには、それがステイト・アクションの産物でなければならない。次章では、人種に基づく統計表を用いた専門家の証言に司法が依拠することがステイト・アクションに該当するかどうかという問題

(114) *Id.* at 21.

(115) *Id.* at 21-22.

(116) *Id.* at 22.

(117) *Id.*

(118) *Id.* at 20-21.

(119) *Id.* at 20.

に焦点を当てる。

Ⅲ. ステイト・アクションとしての、人種に基づく統計表への司法の依拠

修正第 14 条の平等保護条項は、「いかなる州も、その管轄内にある何人に対しても法の平等な保護を拒んではならない。」と規定している。^{(120)(v)} 同条項は、私人による分類・区別には適用されない。⁽¹²¹⁾

ステイト・アクション理論は明確でも単純でもない。⁽¹²²⁾ 合憲性審査が発動されたり回避されたりするためのオン・オフのスイッチは一つもない。ステイト・アクション理論は、むしろ泥沼 (morass) ともいえる、個別の事件毎の文脈と結論に依存する度合いが高い、かなり緩い理論と規則のセットなのである。⁽¹²³⁾ 最

(120) U.S. CONST. amend. XIV, § 1.

(121) Henry C. Strickland, *The State Action Doctrine and the Rehnquist Court*, 18 *HASTINGS CONST. L.Q.* 587, 592-93 (1991) (以下で *Shelley*, 334 U.S. at 13 の引用で「州」と変更されているのは原文のママ) (「[修正第 14 条の] 保護を求める原告は、違憲だと主張する行為が『[州] のものであると言うのが公正だ』ということ立証しなければならない。もしそれが州のものでないならば、合衆国憲法は州の行為に対してのみ適用されるのだから、それがどんなに不正なものであっても、違憲とすることはできない; see also *Flagg Bros. Inc. v. Brooks*, 436 U.S. 149, 157 (1978) (引用典拠省略) (「事実上の問題として、十分な物理的実力を持つ者は誰でも人の財産を奪うことができるが、『修正第 14 条の保護の範囲に含まれる利益』を奪うことができるのは、国家であるか、又はその行為が『国家そのものの行為として扱われるのが公正である』ところの私人のみである。

(122) 実際、Charles Black が、ステイト・アクション理論を「概念上の壊滅地帯 (disaster area)」と表現したことは有名である。Charles L. Black, Jr., *The Supreme Court 1966 Term Foreword: "State Action," Equal Protection, and California's Proposition 14*, 81 *Harv. L. Rev.* 69, 95 (1967); see also G. Sidney Buchanan, *A Conceptual History of the State Action Doctrine: The Search for Governmental Responsibility*, 34 *Hous. L. Rev.* 333, 338 (1997) (ステイト・アクション理論の「多面的現れにおける概念史」を提供している)。

(123) そのためステイト・アクション理論の輪郭について多くの研究、批判、意見

高裁は *Burton v. Wilmington Parking Authority* で、「平等保護条項の下で州^(vi)の責任を認めるための正確な公式を策定し適用することは、『当裁判所がこれまでに一度も試みたことがない』ような『不可能な作業』である。事実を選別し、状況を衡量することによってのみ、私人の行為に対する、明白とはいえない州の関与の真の意味を明らかにすることができる」と説明した。⁽¹²⁴⁾

それにもかかわらず、裁判官が、不法行為の黒人被害者に対して不法行為の白人被害者よりも低い損害賠償額を裁定した場合、その行為がステイト・アクションを構成することは明らかである。⁽¹²⁵⁾ 陪審員もまた、「私的行為者としての属性を有さず、本質的に政府機関である」⁽¹²⁶⁾。結果として、平等保護の観点から、民事訴訟における人種的偏見の原因が判事か陪審員かは問題ではない。いずれ

の不一致が生まれたことは驚くに値しない。See, e.g., Lawrence A. Alexander, *Cutting the Gordian Knot: State Action and Self-Help Repossession*, 2 HASTINGS CONST. L.Q. 893, 893-95 (1975) (「ステイト・アクションを見つけだそうとすることは根本的に見当違いの探求である。州の法律が適用される以上、すべての訴訟においてステイト・アクションが存在することになってしまう」)。Don Herzog, *The Kerr Principle, State Action, and Legal Rights*, 105 MICH. L. REV. 1, 41 (2006) (「判例法における耳慣れた定型的区切り (cadence) に惑わされて、ステイト・アクションの探求と法的な権利侵害の有無の評価が2つの別の問いであり、前者の入口を通過して初めて後者が問題になるものと考えたら、それは誤解だ。同じ者がある目的のためには州の行為者であって別の目的のためにはそうではないことがあることはそのためだ」); Erwin Chemerinsky, *Rethinking State Action*, 80 NW. U. L. REV. 503, 505-07 (1985) (その不整合を一つの理由として、ステイト・アクション理論の放棄を提案する)。

(124) *Burton v. Wilmington Parking Auth.*, 365 U.S. 715, 722 (1961) (引用典拠省略)。

(125) 裁判官がその公的職能において行動する場合は明らかに州の行為者であり、その決定は平等保護条項の下でステイト・アクションを構成する。See, e.g., *Edmonson v. Leesville Concrete Co.*, 500 U.S. 614, 614 (1991) (裁判制度は「裁判官を含む公務員のみによって行われており、裁判官自身も州の行為者である」と指摘する); *Pulliam v. Allen*, 466 U.S. 522, 540 (1984) (「その後の当裁判所が示した公民権法の解釈は、裁判官を含むすべての州の行為者による違憲行為に対して適用しようとするのが議会意図だと認めている」)。

(126) *Edmonson*, 500 U.S. at 624.

の場合も、ステイト・アクションである。

不法行為事件で人種に基づく統計表に依拠する場合により難しい問題になり得るのは、黒人被害者に対して同様の傷害を受けた白人被害者よりも少ない損害賠償額を与える際に、裁判官や陪審員が自らの偏見に基づいて行動しているわけではないということである。その代わりに、不法行為被害者の平均余命、期待稼得、予想される就労可能年数についての専門家の証人の証言に依拠している。さらに、このような証言は、個々の専門家の私的な偏見ではなく、保険数理表によって明らかにされた社会的現実を反映している。

それにもかかわらず、保険数理表の社会的現実は、少なくとも部分的には私的・公的な人種バイアスを反映していると考えるのが妥当である。例えば、賃金データに関しては、使用した方法によって調査結果は大きく異なるが、ほとんどの研究において、人種に基づく賃金の差分の少なくとも一部は意図的な差別によるものであるとされている。⁽¹²⁷⁾ 平均余命及びそれに対応する就労可能年数

(127) See, e.g., Marianne Bertrand & Senhil Mullainathan, *Are Emily and Greg More Employable than Lakisha and Jamal? A Field Experiment on Labor Market Discrimination*, 94 AM. ECON. REV. 991, 992 (2004) (「白人らしい名前の求職者がコールバックを受け取るためには約 10 枚の履歴書を送る必要があるのに対し、アフリカ系アメリカ人らしい名前の求職者は約 15 枚の履歴書を送る必要がある」という調査結果); Kevin Lang & Michael Manove, *Education and Labor Market Discrimination*, 101 AM. ECON. REV. 1467, 1495 (2011) (統計的差別のモデルを用いて、「本稿における結果は、黒人と白人の賃金差分の起源が労働市場要因ではなく市場前の要因にあるという生成中のコンセンサスに対して疑問を投げかけている」ことを見いだしている); Derek A. Neal & William R. Johnson, *The Role of Premarket Factors in Black-White Wage Differences*, 104 J. POL. ECON. 869, 871 (1996) (統計的差別モデルに基づいて、「労働市場での差別の証拠を見つけることができるが……若い黒人労働者が現在労働市場で直面している不利は、彼らが生産的な人的資本を獲得する上で子どもの頃に直面した障害に起因するものがほとんどである」と結論づけている); Devah Pager, Bruce Western & Bart Bonikowski, *Discrimination in a Low-Wage Labor Market: A Field Experiment*, 74 AM. SOC. REV. 777, 785 (2009) (監査調査法による「黒人の求職者は、雇用主からコールバックや仕事のオファーを受けるまでに、同

における人種格差の少なくとも一部は、白人に提供されるヘルスケアと黒人に提供されるヘルスケアの間の人種差別に起因している可能性が高い。⁽¹²⁸⁾したがって、裁判官や陪審員が、専門家の人種に基づく賃金、生命、仕事の平均余命のデータに依拠し、同様の傷害を受けた白人被害者よりも低い損害賠償額を黒人被害者に対して授与する場合、自分自身や専門家の私的偏見や専門家の偏見ではなく、より一般的な社会的偏見を実現し、それを強化してしまうのである。

そこで問題となるのは、歴史的な人種差別に汚染された社会的現実を反映し報告する専門家の証言に判事や陪審員が依拠した場合、平等保護分析の目的から見てステイト・アクションが存在するかどうかということである。ステイト・アクションの理論の泥沼⁽¹²⁹⁾にもかかわらず、私的な偏見を国家が執行する場合、少なくともそのうちの一定のものが、修正第14条の目的から見たステイト・アクションとなることは明らかである。*Shelley v. Kraemer*において、最高裁は、人種を制限する私的約款を州が執行することは、連邦憲法の平等保護条項に違反すると判断した。⁽¹³⁰⁾*Shelley* 判決の射程についても、⁽¹³¹⁾そもそもそれが未だ

等の資格を持つ白人の求職者の2倍の時間検索しなければならない」という知見)。

(128) See Sidney D. Watson, *Race, Ethnicity and Quality of Care: Inequalities and Incentives*, 27 AM. J.L. & MED. 203 (2001) (ヘルスケアシステムにおける歴史的な隔離と差別について記述し、ヘルスケアにおける公式で公然な人種差別が1960年代初頭に終焉を迎えた後も、医療処置や保健上の結果において人種格差が持続する事実と結びつけている)。INST. OF MED. OF THE NAT'L ACADS., *UNEQUAL TREATMENT: CONFRONTING RACIAL AND ETHNIC DISPARITIES IN HEALTH-CARE* 5 (Brian D. Smedley et al. eds., 2003) (「大多数の研究において……社会経済的差異やヘルスケアへのアクセスに関連するその他の要因を調整した後も、人種的・民族的格差が残るとされている」)。

(129) See *Burton*, 365 U.S. at 722; see also *Black*, *supra* note 122, at 95.

(130) *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1, 20 (1948) (「本件で制限約款の司法的執行を認めることは、州が上告人に法の平等な保護を否定したことになり、……したがって州裁判所の行為を維持することはできない」)。

(131) See, e.g., *United Egg Producers v. Standard Brands, Inc.*, 44 F.3d 940, 943 (11th Cir. 1995) (*Shelley* の射程を「人種差別の文脈」に限定する); *Golden Gateway*

に維持されているかについても、⁽¹³²⁾同判決後多くの議論がなされてきたが、この判決の核心的な主張である、国家が憲法上免責して単純に承認したり執行したりすることができないようななんらかの私人の行為の形態があるという点は、多くの判決で実際に繰り返されてきたものである。⁽¹³³⁾以下の章では、人種に基づく統計表に司法が依拠することがステイト・アクションに当たるかどうかを判断するために、*Shelley*とそれに続く判例に関する最も一般的な4つの解釈を検討する。

A. 州による執行としてのステイト・アクション

最も広く読めば、*Shelley*は、州の行為と私人の行為の間の区別を排除し、すべての私人の行為（少なくとも州が認容し執行するよう求められているものはすべて）を憲法上の制約の対象とするものと見ることができる。⁽¹³⁴⁾いくつかの裁判

Ctr. v. Golden Gateway Tenants Ass'n, 29 P.3d 797, 810 (Cal. 2001) (引用典拠省略) (「合衆国最高裁は、人種の制限約款を司法的に実現することはステイト・アクションを構成するとしてきたが、裁判所はこの判断をこれら事件の事実関係に限定している」); *see also* Edward Brunet, *Arbitration and Constitutional Rights*, 71 N.C. L. REV. 81, 111 (1992) (*Shelley* は「その事実関係に限定されるものと解釈されている」); Frank Askin, *Free Speech, Private Space, and the Constitution*, 29 RUTGERS L.J. 947, 948 (1948) (「*Shelley v. Kraemer* の理論は多くの裁判所によって人種差別的条項に限定されている」と説明している)。

(132) *See* Mark D. Rosen, *Was Shelley v. Kraemer Incorrectly Decided? Some New Answers*, 95 CALIF. L. REV. 451, 454 (2007) (*Shelley* は「生き残っていない」と論じている)。

(133) *See* Herzog, *supra* note 123, at 46 (裁判所が、完全に私的な偏見に対して州が敬讓しそれを執行することを違憲なステイト・アクションとした膨大な数の判決を列挙している)。

(134) 州が単に特定の私的権利を承認しただけなのか、裁判所において権利を執行することを実際に要求されたのかは重要ではないように思われる。権利を有することは、定義上、国家がその権利の表現を保護することを意味するからである。*See* Maimon Schwarzschild, *Value Pluralism and the Constitution: In Defense of the State Action Doctrine*, 1988 SUP. CT. REV. 129, 135 (1988) (「禁止されていないいかなる行為をも行う『権利』をあなたは有している。そしてあな

所や研究者は、必ずしもそれらを支持しているわけではないが、*Shelly* をこのように解釈する可能性を認めている。Ronald Krotoszynski が説明するように、「*Shelly* は、本質的に私的な紛争に対して裁判所が関与することがステイト・アクションの要件を満たすことを意味すると読み取れるため、論争の的となっている。*Shelly* のこのような解釈では、裁判所の関与が、私的な契約や財産に関する紛争を、政府の行動に適用される憲法上の制限の対象となる問題へと変容させることになる⁽¹³⁵⁾」。*Edwards v. Habib* における Skelley Wright 判事も、*Shelley* の判示の同様の拡大解釈を示している。⁽¹³⁶⁾ Wright 判事の見解では、「私人間の訴訟であっても、州のコモン・ローを裁判所が適用することは、政府を制約する憲法上の拘束に適合しなければならない州の行為を構成しうることは疑いの余地がない。裁判所が単に私的交渉の結果である契約を執行している場合であっても、そうなり得る⁽¹³⁷⁾」。

Shelly のこのような広義の読み方が、現実の法状況ではないことは明らか⁽¹³⁸⁾だ。実際上の問題として、国家は、国家が直接関与することは許されないよう

たが何かを行う『権利』を有しているならば、国家はあなたの『権利』を尊重すべき義務を他のすべての人に対して課すことになる」。

- (135) Ronald J. Krotoszynski, Jr., *Back to the Briarpatch: An Argument in Favor of Constitutional Meta-Analysis in State Action Determinations*, 94 MICH. L. REV. 302, 316 (1995); see also Robert W. Gordon, *The Elusive Transformation*, 6 YALE J.L. & HUMAN. 137, 148 N.26 (1994) (「*Shelley* は、「契約上の権利は国家権力の授権だ」という Robert Hale の見方を採用しているように見える」); Shelley Ross Saxer, *Shelley v. Kraemer's Fiftieth Anniversary: "A Time for Keeping; A Time for Throwing Away"?*, 47 U. KAN. L. REV. 61, 65 (1998) (「*Shelley* は、執行を求めて裁判所に持ち込まれた事実上すべての私人の行為に対してステイト・アクションというラベルを貼ることによって、憲法上の制約を受ける公的行為と、それらの制約を受けない私人の行為との間の区別を曖昧にしている」)。
- (136) *Edwards v. Habib*, 397 F.2d 687 (D.C. Cir. 1968)。
- (137) *Id.* at 691 (引用典拠省略)。
- (138) See generally William W. Van Alstyne & Kenneth L. Karst, *State Action*, 14 STAN. L. REV. 3, 53 (1961) (「(“ほとんどの裁判所は、*Shelley v. Kraemer* の潜在的な適用可能性を究極的なものにするには抵抗してきた); Louis Henkin, *Shelley*

な行為を私人が行うことを承認することができる。カトリック学校はカテキズムを教えることができるが、公立学校は教えることができない⁽¹³⁹⁾。私人は、自分の敷地内に訪問者を受け入れるかどうかを人種に基づいて差別することができるが、国家はしてはならない⁽¹⁴⁰⁾。したがって、陪審員が不法行為に関する人種に基づく統計表に依拠することができないとすれば、それは単に国家はいかなるときも私人の偏見を執行したり反映したりしてはならないからというわけではない。不法行為事件において人種に基づく統計表に司法が依拠することが、実際にステイト・アクションに当たるかを判断するためには、*Shelley* をより繊細な形で (nuanced) 理解する必要がある。

B. 重要な利益を促進するものとしてのステイト・アクション

第二の、*Shelley* とその後の判例に関するより現実的な解釈は、私人の行為が社会的・経済的参加に関する第三者の重要な利益を含意している場合にのみ、私的差別の国家による執行は違憲となるというものである。この見解によれば、保護された集団の構成員の社会的・経済的参加権を実質的に損なうような私人の行為を国家が承認する場合に限り、憲法上の制約の対象となる。差別的な私人の行為の国家による承認が合憲性審査の引き金となるためには、影響を受ける利益が非常に重要でなければならない。Harold Horowitz教授は、*Shelley* に関するこのような見解を示している。Horowitzによれば、「私人間の法的関係を州が定義し、執行することが違憲なステイト・アクションであるかどうか」決定する上での「主要な問いは、それぞれの事例において当該ステイト・アクション

v. Kraemer: *Notes for a Revised Opinion*, 110 U. PA. L. REV. 473, 477 (1962) (*Shelley* は「国家自体が行うことができないような差別については、私的差別を執行することも裁判所はできないという一般的な命題を支持するものではない」)。

(139) See, e.g., *Evans v. Newton*, 382 U.S. 296, 300 (1966) (「州は公立学校から一つ以上の宗教団体を排除することはできないが、各宗派は教区経営の教育システムを維持することができる」)。

(140) See Herzog, *supra* note 123, at 40.

ンが個人に及ぼす正確な影響を判断することである⁽¹⁴¹⁾」。

確かに *Shelly* には、このような読み方を支持する文言がある。裁判所は、問題となっている市民的権利、すなわち、経済市場において白人と対等な立場で参加する権利の重要性を強調している。少なくとも、問題となっている権利の重要性がより低かったとすれば、同じ結論には至らなかったも知れないとしている。裁判所は次のように説明する。

差別的な州の行為から保護されることを意図した修正第 14 条の市民的権利の中に、財産権を取得し、享受し、所有し、処分する権利が含まれていることは疑う余地がない。財産権の享有の平等は、修正第 14 条の起草者

(141) Harold W. Horowitz, *The Misleading Search for “State Action” Under the Fourteenth Amendment*, 30 S. CAL. L. REV. 208, 221 (1957). Horowitz は説明を続ける。

これまで議論された事例は、私人間の法的関係を国家が定義し執行することが違憲なステイト・アクションであるかどうかを判断する際に考慮されるだろう要素のいくつかを示している。例えば、人種差別に関連する問題の領域では、ステイト・アクションは、ある人の人種を理由とするその人に対する差別を強いているのか、それとも許しているだけなのか。人種に基づく差別はどのような文脈で生じるのか。それは、土地を購入または使用する機会、または特定の民間墓地に埋葬される機会、または公共宿舍や劇場といった施設を享受する機会、民間または非営利信託によって利益を受ける機会、公的選挙において投票する機会に関係しているだろうか。

Id.; また、Alexander, *supra* note 123, at 902 (「ステイト・アクションの存在ではなく、その合理性が、ある行為が許されるかに関するすべての事件で問題となる」と説明する)；Henkin, *supra* note 138, at 490 (州が私人の行為を執行する場合には、州がその行為を直接行った場合と全く同様に平等保護の要求に服するわけではない、ある種の事例では私的なプライバシー利益が州の平等保護義務を上回るほど強いことがあるためだ、と主張している)。Herzog, *supra* note 123, at 45-46 (一見パラレルな事例で州が同じようなことをなす場合でも、「私人の場合には」憲法違反はないと説明し、例として「黒人が遊園地に『侵入』する場合と、個人住宅に侵入する場合とで、不法侵入に関する法の合憲性の問題は全く異なる」と指摘する)。

たちによって、修正第14条が保障すべく意図した他の基本的な市民的権利と自由の実現にとって不可欠な前提条件とみなされていた。⁽¹⁴²⁾

実際、*Shelly* 事件の最高裁は、人種の制限約款を州が執行することを禁止するという財産権に関するコモンローの伝統的原則に依拠することで、裁判所が望む結果を得ることがおそくできただろう。*Carol Rose* 教授が指摘しているように、約款の土地への随伴性に関するコモンロー上の要件としての水平的直接保有関係 (horizontal privity) 及び接触・関連 (touch and concern)^(vii) の両方が、*Shelly* では疑わしかったのである。⁽¹⁴³⁾ [しかし] 裁判所は [上記の要件を問題にする] 替わりに、事件を憲法問題としてフレーミングし、問題になっている財産権の基本性を強調することを選択した。⁽¹⁴⁴⁾

驚くべきことではないが、いくつかの下級裁判所が *Shelly* に関するこの見解を採用している。例えば、*West Hill Baptist Church v. Abbate* では、原告教会は、私的約款の対象地の利用が住宅用と農業用に限定されていて、その結果礼拝堂の建設が禁止されている場合、当該約款の執行は違憲であるとする宣言的判決

(142) *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1, 10 (1948). 同様に最高裁は、「我々は、財産権の享受における国家による差別からの自由が、修正第14条の起草者たちが実現しようとした基本的な目的の一つであることを認めた。このような差別が本件で生じていることは明らかである。これら上告人の人種や肌の色のために、異なる人種や肌の色を持つ他の市民が当たり前のように享受している所有権や占有権を、彼らは否定されてきたのである」と強調した。 *Id.* at 20-21.

(143) See Carol M. Rose, *Property Stories: Shelley v. Kraemer*, in *PROPERTY STORIES* 169, 180-84 (Gerald Korngold & Andrew P. Morriss eds., 2004). Rose が説明するように、「『水平的直接保有関係』の理論は、約束や約款が土地の賃貸借や売買に伴って作成された場合でない限り、土地に随伴して将来の所有者を拘束することができないことを要求していた」。 *Id.* at 180. 「『接触・関連』の理論は、約款が土地に随伴するためには土地に『接触・関連する』必要があるとしていた」 *Id.* at 182.

(144) *Shelley*, 334 U.S. at 20 (「本件で制限約款の司法的執行を認めることで、上告人に対する法の平等な保護を州は否定したのであり、したがって州裁判所の行為は維持できない」と判示している)。

を求めた⁽¹⁴⁵⁾。裁判所は、私的約款の執行が教会の修正第1条の権利を侵害するという点で教会に同意した⁽¹⁴⁶⁾。このような執行を違憲と判断するにあたり、裁判所は、問題となっている利益の原告にとっての重要性を強調した。裁判所は、「もちろん、このような約款の影響が小さく、また、保護されるべき公共の利益が重要なものである場合には、そのような自由が公共の利益に譲らねばならない⁽¹⁴⁷⁾というのは正しいが、本件ではそのような状況は存在しない」と述べている。同様に、*Franklin v. White Egret Condominium, Inc.*において、フロリダ州裁判所は、12歳未満の子どもが敷地内に住むことを禁止するコンドミニアムの約款の執行を拒否した⁽¹⁴⁸⁾。同裁判所も、州による同約款の執行が違憲であるとした際、約款によって負担を負わされる権利—婚姻する権利と子どもをもうける権利—の重要性を強調した⁽¹⁴⁹⁾。

私的差別を国家が強制することによって負担を負わされる権利の重要性に焦点を当てるこのような *Shelly* の理解は、*Palmer v. Thompson*⁽¹⁵⁰⁾ や *Moose Lodge v. Iris*⁽¹⁵¹⁾ の事例において、裁判所が憲法上疑わしいステイト・アクションは存在しないと判断したことの意味を理解するのに役立つ。*Palmer* 事件で最高裁は、ミシシッピ州ジャクソン市が、人種隔離を廃止するよりも公共プールを廃止し、民間人が人種差別的に運営することを許したことは、黒人市民の平等保護

(145) 261 N.E.2d 196, 202 (Ohio C.P. Summit Cty. 1969).

(146) *Id.* at 202 (「原告及び相上告人が自分たちの財産を礼拝堂を建てるために使用することを禁止する結果となる本件制限約款の執行は、宗教活動の自由に関する修正第1条の規定に違反するステイト・アクションを(当裁判所を通じて)構成することになるだろう」).

(147) *Id.* at 201-02.

(148) 358 So. 2d 1084 (Fla. Dist. Ct. App. 1978).

(149) *Id.* at 1088 (「本件制限は、本件被告が婚姻し子どもをもうける権利に対する違憲な侵害である。さらに、12歳未満の子どもをマンションに住まわせることを拒否するためのやむを得ない理由は示されていない」).

(150) 403 U.S. 217 (1971).

(151) 407 U.S. 163 (1972).

権を侵害するものではないと判断した。⁽¹⁵²⁾ *Moose Lodge* 事件で最高裁は、個人が自分のプライベート・クラブの会員を選ぶことを州が承認したことを認めた。たとえそれが人種差別的なやり方で行われたとしても、⁽¹⁵³⁾ である。どちらの事件においても、裁判所は、私的差別の結果として問題となる第三者の利益の些細な、あるいは限定的な性質に焦点を当てた。例えば、*Moose Lodge* では、裁判所は「*Moose Lodge* は民間の建物内にある民間の社交クラブである」と指摘した。⁽¹⁵⁴⁾ *Palmer* で *Blackmun* 判事は、プールの閉鎖を許容する法廷意見に彼が加わった理由を「プールは市の教育システムの一部ではない。それは一般的な市のサービスであるが必要不可欠ではなく『あればよいもの』に過ぎない。多くの地域社会が享受していない、おそらく贅沢とも言えるサービスなのである」⁽¹⁵⁵⁾ 。

人種に基づく賃金表、余命表、就労可能年数表を経由した私的偏見を国家が執行することは、まさに、*Shelly* のこの読み方の下でステイト・アクションとして認められるべき重要な社会的・経済的利益に関わるものである。第一に、このような表の使用は、人種による分類である。人種による分類は、平等保護の理論の関心の中核をなすものである。人種による分類は、*Shelley* でも、その後の多くの事件でも問題となっており、裁判所は *Shelley* のような推論を適用して、私的な偏見を州が執行することがステイト・アクションであると判断した。⁽¹⁵⁶⁾ 第二に、不法行為事件で争われている実質的な利益は、経済圏に個人が完

(152) 403 U.S. at 226 (強調省略) (「ここでの問題は、ジャクソン市が市民プールを黒人と白人の両方に対して等しく閉鎖したときに、ジャクソン市の黒人市民が憲法上の権利を否定されているかどうかということである。修正第 14 条の歴史や文言、そして我々のこれまでの判例には、ジャクソン市が市民全員に対してプールを閉鎖することが『法の平等な保護』を否定することになると納得させるものは何もない」)。

(153) 407 U.S. at 164-65.

(154) *Id.* at 175.

(155) 403 U.S. at 229.

(156) See Herzog, *supra* note 123, at 40-41 (ステイト・アクションの分析に関しては、「人種の場合は別である」と指摘している)。

全かつ平等な条件で参加する能力に直接関係する。人種に基づく統計表を使用した結果、黒人の被害者がより低い賠償額を得ることは、白人の被害者と同程度には自分の傷害を克服したり、補償を受けることができないことを意味している。同じような傷害を受けた白人被害者と同じようなりハビリテーションケア、同じような技能訓練、同じような施設利用ができないかもしれない。その結果、白人の不法行為による被害者よりも健康状態が悪く、仕事の見通しが限定され、住居の選択肢が狭くなってしまう。要するに、過去からの差別が未来に向けて推進され、黒人の不法行為被害者の社会的・経済的成功を無力化し、妨げているのである。不法行為事件における人種差別的な損害賠償で問題となる経済的・社会的参加権が、*Shelley*事件で問題となった人種制限的な住宅約款によって疑問視された社会的・経済的参加権と同じくらい重要であることは確かである。

C. 象徴的な奨励としてのステイト・アクション

*Shelley*に関する第三の、より狭義の読み方は、私的差別にあたる個別の行為を州が執行することではなく、重要な社会的財に関する広範な社会的差別を奨励し促進する役割を州が果たすことに焦点を当てる。この見解によれば、私人の行為の州による承認に起因する平等保護違反を認定するために重要なのは、州の承認がなされなかった場合に存在したであろう私的差別と比較して、より広範な種類の私的差別を州が奨励し可能にしたということである。*Shelley*における奨励の観点から見たステイト・アクションは、州がそうでなければ存在し得なかったかもしれない私的差別を奨励するメッセージを送ったときに、私人の行為の州による承認を違憲と認める。州は、純粹に象徴的な手段による場合も含めて、私的差別を奨励することは許されないし、また、差別が発生したときに国家権力によってそれを執行することも許されない。

この見解によれば、*Shelley*で問題となったのは、単に黒人の社会参加を著しく損なう差別の私的な形態を強制することを州が求められたということではなく、コミュニティ全体による人種隔離の取り組みを州自身が奨励していたとい

うことであった。人種的制限約款を執行しようとする州の意志は、そのような差別を容認し、奨励する象徴的役割を果たしたのである。州は、修正第14条に違反することなく、自分たちが奨励してきた私的な差別を執行することはできないとされた。

このような象徴的奨励としての *Shelly* の理解は、*Reitman v. Mulkey* 事件の最高裁が、住宅地の販売における私的な人種差別を州が許可することは違憲であるとした理由を説明する⁽¹⁵⁷⁾。*Reitman* でカリフォルニア州は、不動産所有者が任意の要素に基づいて売買や賃貸の決定を行うことを認める州憲法改正案を可決し、これにより、人種に基づく住宅差別を禁止していた州の既存の法律が無効となった⁽¹⁵⁸⁾。この憲法改正は、人種に基づく住宅差別を州が承認したシグナルであり、この承認は一種の人種差別奨励であった。カリフォルニア州最高裁判所は、憲法改正は、人種に基づく住宅差別が禁止されていた現状を、「それが奨励されている現状」へと変えたのだと指摘した⁽¹⁵⁹⁾。そのような奨励は、たとえ象徴的なものに過ぎないとしても、違憲である。同裁判所が説明したように、「禁止されている州の関わり合いは、国家が差別を命じたことではなく『奨励したことだけで責任を問われている場合であっても』認められ得る⁽¹⁶⁰⁾。合衆国最高裁は、カリフォルニア州最高裁による平等保護条項の特徴付けに対しても、違憲という結論に対しても同意した⁽¹⁶¹⁾。同裁判所によれば、「第26条は、住宅市場に

(157) 387 U.S. 369, 373 (1967)。

(158) *Reitman* 事件で争われたカリフォルニア州憲法修正は次のように規定する。「州、州の一部、州の機関のいずれであっても、その不動産の一部又は全部を売却、賃貸又は貸与する意思があるか若しくはそれを希望する者が、その絶対的な裁量で自らが選ぶ相手方に対してその不動産を売却、賃貸又は貸与することを拒否する権利を、直接的または間接的に否定、制限、又は妨害してはならない」。 *Id.* at 371.

(159) *Id.* at 375 (*Mulkey v. Reitman*, 64 Cal. 2d 529, 542 (Cal. 1966) の引用)。

(160) *Id.* at 375 (*Mulkey*, 64 Cal. 2d at 540 の引用)。

(161) *Id.* at 376 (同修正が差別を違憲的に奨励しているとするカリフォルニア州最高裁判決について「この判決を退ける正当な理由はない」と述べる)。

合衆国最高裁は、次のように説明してカリフォルニア州最高裁の判決を是認

における人種差別を承認することを意図したものであり、実際にそのように承認している。これによって、差別する権利が、州の基本政策の一つとされているのである。カリフォルニア州最高裁判所は、この条項が私的な差別を著しく奨励し、私的差別に対する国の関わり合いを生み出すと考えている。我々に対して、これらの判断を覆すべき説得力を有する考慮事項は提示されていない。⁽¹⁶²⁾

このような象徴的奨励という *Shelly* 理解の下でも、不法行為の損害賠償額を設定する際に人種別の統計表に依拠することは、ステイト・アクションである。不法行為の損害賠償額を設定する際に人種による区別に依拠することで、裁判所は人種的マイノリティのコミュニティにリスクを不釣り合いに配分することを奨励してきた。企業さらには産業全体に対して、リスクを黒人コミュニティに集中させることで、社会全体にリスクが分散していた場合に比べて潜在的な責任を軽減しようとするインセンティブを与えてきたのである。このような不均衡なリスク配分は、個人の健康、長寿、そして潜在的にはキャリアの見通しに影響を与える。結果として裁判所は、人種に基づくデータへの歴史的依存を通じて、今日証拠として提出されている人種に基づく統計表に反映されて

している。

「[カリフォルニア州最高裁は] 当裁判所の判例についても、修正第14条についても、住宅における人種差別を禁止する既存の法律の廃止に対する自動的な憲法上の障壁だと理解しているわけではない。また同裁判所は、州が、私的差別に対する既存の中立的方針を制定法の形で規定することが決して許されないとやっているわけでもない。……第26条の意図は、住宅市場における私的人種差別を承認すること、*Unruh* 法と *Rumford* 法を廃止すること、不動産の売却と賃貸において人種を理由に差別する憲法上の権利を創設することであるというのが同裁判所の判示である。つまり同裁判所は、第26条を、私人が差別する権利を明示的に承認し憲法化したものとして扱ったのである。第三に、裁判所は、カリフォルニア州の状況における第26条の最終的な影響を評価し、第26条は、合衆国憲法修正第14条に違反して私的人種差別を奨励するものであり、州の著しい関わり合いを生ぜしめると結論付けたのである。」

Id.

(162) *Id.* at 381.

いるところの、まさにこのような私的人種差別を少なくとも象徴的には実際に奨励してきたのである。

D. 容易化としてのステイト・アクション

最後の、そして最も狭い *Shelley* の読み方は、州による象徴的な差別の奨励ではなく、差別を州が機能的・実質的に容易化したこと（*facilitation*）に焦点を当てる。この見解によれば、*Shelley* における州による私的差別の承認と執行を違憲にしているのは、州が具体的な措置を執ったことで、それがなければ本件の差別的協定を効果的でないものにしたであろう組織化問題（*organizational problem*）が克服されたということである。

契約の権利は約束を交わす力を中核とするが、それに加えて、より高いレベルにおける州の関与として、参加者に対して当該約束を履行させるために州を呼び出す権利をも含んでいる。当初約束を交わした際に参加していなかった承継人による、または承継人に対する、契約の国家的執行は、私的契約への州の関与の度合いをはるかに大きくし、中核的な契約の権利を超えたものになる。人種的制限約款がこれほど強力なものとなったのは、伝統的な契約の権利を拡大したことによる。承継所有者に対して私的協定を第三者が執行することを認めなければ、個人が集団を組織しようとする試みの多くを悩ませるフリーライダー問題を克服することはできなかつたであろう。個人の住宅所有者は、十分に高い買取価格に直面した場合、人種的制限約款に違反する可能性が高い。承継土地所有者に対して人種的制限約款を第三者が執行することは、約款の力とそれが及ぼす影響にとって非常に重要であった。制限約款を執行することで、州は事実上、私的な組織化問題を克服するために権力を行使することを選択したのである。そうすることで、州は、そうでなければこれほどの深さと持続性をもって現れることのできなかつた人種差別のパターンを容易化したのである。⁽¹⁶³⁾

(163) ここで重要なのは、国家が意図的な私的差別を容易化する方法で行動しているということである。国家自体にそのような差別を容易化し奨励する意図があつたかどうかは問題ではない。これは *Reitman* をさらに狭く理解することになる。

この見解の下でも、人種に基づく不法行為表を通じて私的な偏見を司法が執行することは、ステイト・アクションを構成することになる。実際、*Shelly* 以前に人種的制限約款を執行したことが、人種的に隔離された居住区や学校のシステムを確立するのに役立った。その〔負の〕遺産は、合衆国最高裁が *Shelly* においてその執行を停止してから長いこと継続している。言い換えれば州は、*Shelly* 以前の人種的制限約款の執行を通じて、州の支援がなければ存在し得なかったであろう、社会的隔離のより広範で定着的な形態を容易化したのである。州は確かに、50年以上にわたって住宅、学校、医療における差別を禁止してきたが、黒人の賃金・平均余命・就労可能年数が低いことを反映するデータはすべて、少なくともある程度は、州が人種的制限約款を執行することによって奨励のみならず容易化したところの、近隣、学校、職場における人種隔離の歴史を反映している。⁽¹⁶⁴⁾

同事件では、州は〔憲法改正によって〕州や地方の立法府が、将来通常の立法手段を使ってそのような差別を禁止することを不可能にし、その意味で人種による住宅差別を容易化したのである。*White* 判事の法廷意見は次のように説明する。

「住宅における私的差別は、今では〔既存の差別禁止法〕から自由になっただけでなく、それらはまた、差別禁止法制定以前における状態とも全く異なる状態に置かれた。人種を理由に差別する権利を含む『差別する権利』〔『は訳者による補充〕は、今や州の基本憲章に具現化され、あらゆるレベルの州政府の立法・行政・司法的規制から免除されたのである。人種差別を実践する人々は、もはや個人の選択だけに依拠する必要はない。彼らは公的部門からのいかなる問責や干渉からも解放され、明示的な憲法上の権限を行使することができるようになったのである。」

Id. at 377; see also *Black*, *supra* note 122, at 75 (*Reitman* における憲法修正は「州の機関や州内政府のすべてに対して、即ち州議会のみに対してではなく、住宅不動産の購入希望者や賃借人居者の中における特定の対象との取引を拒否することについての所有者の絶対的な裁量に制限をかけるようなことを何もしてはならないという包括的な禁止を定めるものだ」と主張する)。

(164) See e.g., Christopher Ramos, *The Educational Legacy of Racially Restrictive Covenants: Their Long Term Impact on Mexican Americans*, 4 SCHOLAR 149, 165-66 (2001) (「1910 年代から 1940 年代にかけて、全国の裁判所は人種的制限約

ステイト・アクションの理論の輪郭は、特に私人の行為の州による執行に関しては、決して明確なものではない。にもかかわらず、もっとも妥当と思われる *Shelley* の複数の解釈及び現在のステイト・アクション法理の下では、不法行為損害賠償額の算定のために賃金、余命、就労可能年数に関する人種に基づく統計表に司法が依拠することは、ステイト・アクションを構成している。したがって、このような行為が許容されるとすれば、その行為は厳格審査に耐えるものでなければならない。

IV. 人種に基づく統計表への依拠を厳格審査の対象とする

「連邦政府、州政府、または地方政府の行為者によって課せられた人種による分類はすべて、厳格審査の下で裁判所によって審査されなければならない」⁽¹⁶⁵⁾。良く言われるように、厳格審査の下で人種による分類が合憲性審査を通過するためには、「やむにやまれぬ」国家利益を促進するように「厳密に狭く仕立てられて」⁽¹⁶⁶⁾ いることが必要である。これが実際にはどのようなことになるかについては、

款を支持した。1910年代、1920年代、1930年代、1940年代の間に行われたこれらの人種的制限約款の執行は、多くのメキシコ系アメリカ人コミュニティに永続的な影響を与え、これらの人種的制限約款の影響は今もお目に見える形で残っている。Leland Ware, *The Demographics of Desegregation: Residential Segregation Remains High After the Civil Rights Act of 1964*, 49 Stl155, 1166 (2005) (人種的制限約款や差別の執行に起因する住宅隔離の根強い影響を説明し、「差別的慣行によって隔離された地域に閉じ込められた家族は、学校が劣悪で、住宅価格が低く、食料品店や薬局などの日常的なサービスが不足している地域に住んでいる」と指摘している)。

- (165) *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200, 227 (1995); *see also* *Hunt v. Cromartie*, 526 U.S. 541, 546 (1999) (「人種に基づいて市民を分類する法律は…憲法上疑わしいものであり、厳格に審査されなければならない。」)。
- (166) *See, e.g., Johnson v. California*, 543 U.S. 499, 505 (2005) (*Adarand*, 515 U.S. at 227を引用) (「厳格審査の下では、政府は、人種に基づく分類が『やむにやまれぬ政府の利益を達成するために、厳密に狭く仕立てられた (narrowly tailored) 手段である』ことの立証責任を負う。」); *see also* *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505

不一致や様々な解釈がある。

A. ほぼカテゴリーカルな禁止としての厳格審査

弁護士や一般人の間での最も一般的な厳格審査理解は、おそらくそれが「ほぼカテゴリーカルな禁止」だというものである。⁽¹⁶⁷⁾この見解の下では、厳格審査は、「差し迫った壊滅的な危害を回避する」⁽¹⁶⁸⁾ために必要な場合を除き、人種による分類を無効化することになる。厳格審査は「理論的には『厳格』であるが、実際には致命的である」⁽¹⁶⁹⁾という Gerald Gunther 教授の指摘は有名である。

確かに、厳格審査の対象となる法律の大多数がいわば「それ自身の重みで落下する」⁽¹⁷⁰⁾のは事実であり、裁判官たちも時折、厳格審査についてこのようなカテゴリーカルな用語で語ってきた。例えば Scalia 判事は、*City of Richmond v. J.A. Croson Co.* における同意意見の中で、「少なくとも州や地方政府の行為が問題となっている場合には、生命と身体への差し迫った危険のレベルにまで上昇した社会的緊急事態でなければ、修正第14条に具現化されている『我々の憲法はカラーブラインドである』という原則の例外を正当化することができない」と

U.S. 377, 395-96 (1992) (「St. Paul 市のやむにやまれぬ利益を達成するために、合理的な必要性のあるもの」ではなかったため、条例を違憲とした)。

(167) Richard H. Fallon, Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. REV. 1267, 1302 (2007).

(168) *Id.* at 1303.

(169) See Gerald Gunther, *Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for Newer Equal Protection*, 86 HARV. L. REV. 1, 8 (1972).

(170) See Adam Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Scrutiny in the Federal Courts*, 59 VAND. L. REV. 793, 796-97 (2006). (厳格審査が適用される場合の70パーセントは法律が無効にされる結果となっていることを見た上で、「厳格審査の対象となる法律の大部分が敗れ去り、政府は通常、この基準の下で法律を弁護するために大変な作業に直面することは事実であるが、厳格審査は、何世代にもわたる法律家が教えられてきたほど致命的なものではない」とする)。

説明している。⁽¹⁷¹⁾ Thomas 判事は、「無政府状態からの防波堤を提供するため、または暴力を防止するために国家が講じなければならない措置のみが、厳格審査を満たす『差し迫った公共の必要性』を構成する⁽¹⁷²⁾」とし、厳格審査を同様に極端な用語で説明している。

確かに、不法行為事件の損害賠償額を計算するために裁判所が人種に基づく統計表に依拠することは、そのような高いハードルをクリアすることにはならないだろう。もし裁判所が不法行為の損害賠償額を計算するために人種別の統計表ではなく人種混合の統計表に頼ったとしても、「社会的緊急事態」は起こらないし、暴力も起こらないだろう。しかし、厳格審査の基準は常にそれほど高く設定されているわけではない。⁽¹⁷³⁾

B. 「煙り出し」装置としての厳格審査

第二の、厳格審査のより狭い理解は、国家の忌まわしい (invidious) な動機を「煙り出す」(smoke out) ための装置として設計されたもの理解するものである。この見解の下では、厳格審査の目的は、不法 (illegitimate) な動機を明らかにすることである。州の行為を違憲とするのは、人種による区別そのものではなく、伝統的に保護されてきた集団への影響でさえもなく、忌まわしい動機である。⁽¹⁷⁴⁾

(171) *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469, 521 (1989) (Scalia, J., Concurring).

(172) *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 353 (2003) (Thomas, J., concurring in part and dissenting in part).

(173) *See* Fallon, *supra* note 167, at 1305 (「良くも悪くも ... 裁判所は、優越的権利は激変的な脅威にのみ譲歩しなければならないことを立証するものとして、厳格審査テストを一貫して解釈してきたわけではない」と指摘している)。

(174) *Jed Rubenfeld, Affirmative Action*, 107 *YALE L.J.* 427, 443 (1997) (「厳格審査はこれまでそれが常にそうであったところのものであるべきだ。つまり、隠された、憲法に反する国家の目的を煙り出すための審査である。」); *see also* Fallon, *supra* note 167, 1308-10 (「厳格審査は不正な動機のテストであり、政府が保護された集団を意図的に標的にしたり、優越的権利に負担をかけたりしてい

合衆国最高裁はこれまでに何度も、厳格審査の目的と適用をこのように説明してきた。例えば、*Richmond v. J.A. Croson Co.* では、O'Connor 判事の相対多数意見は、「このような人種に基づく措置の正当化のために司法による調査を行わなければ、どのような分類が『良性』または『救済的』であって、どのような分類が実際には人種的劣等視という不正な概念に動機づけられているのかを判断する方法は、とにかく存在しないのである」と説明している。⁽¹⁷⁵⁾ 同様に、*Johnson v. California* では、裁判所は次のように説明する。「厳格審査を適用すべき理由は、よく知られたものである。人種による分類は、それが忌まわしい目的によって動機付けられているのではないかという特別な懸念を抱かせるのである」。⁽¹⁷⁶⁾

Jed Rubenfeld 教授は、「関連する国家利益が合法か不法かを判断することは、審査密度の強化に先立って行われなければならない」、「人種による分類の有無のみに着目する」分類主義 (classificationism) は「極めて重要なこの点の探求を排除する」ものであるから、厳格審査を「燻り出し」とみなさなければ不合理だとする。⁽¹⁷⁷⁾ 彼は結論として、「審査密度の強化は燻り出し装置としては賢明であるが、費用便益の正当化のテストとしては、それは擁護され得ない」とする。⁽¹⁷⁸⁾ Rubenfeld は、大学による人種に基づくアフーマティブ・アクションの

ないことを確認するために適切に適用される」との見解を説明する。); Kermit Roosevelt III, *Constitutional Calcification; How the Law Becomes What the Court Does*, 91 VA. L. REV. 1649, 1678-79 (2005) (「…高められた審査は、不公正である可能性が最も高い分類に司法審査を割り当てる方法である」)。

(175) *J.A. Croson*, 488 U.S. at 493 (相対多数意見)。

(176) *Johnson v. California*, 543 U.S. 499, 505 (2005)。

(177) Rubenfeld, *supra* note 174, at 437 (強調省略)。

(178) *Id.* at 428. Rubenfeld は続けて、「現在では厳格審査は、明示的かつ自覚的に、国家の重要な利益が承認された憲法的価値の毀損を上回ることを認めることを正当化するテストとして機能している」という理由で、裁判所が厳格審査の「燻り出し」の考え方から費用便益の考え方へとシフトしたことを批判している。*Id.* at 440. 実際、Rubenfeld は、平等保護条項の費用便益の解釈はそれ自体が違憲であると主張している。*Id.* at 428.

合憲性に焦点を当てている。Rubenfeld は、そのような計画の効果は、たとえ人種的マイノリティ自体にとって有害なものであったとしても、厳格審査の目的にとっては重要ではないと主張している。⁽¹⁷⁹⁾ アファーマティブ・アクション計画は、白人志願者に対する忌まわしい動機の産物ではないので、⁽¹⁸⁰⁾ そのような計画を違憲とする根拠はないというのである。⁽¹⁸¹⁾

もし裁判所が、不法行為事件における人種に基づく統計表の使用に、専ら動機にのみ焦点を当てたこのような厳格審査のバージョンを適用したとしたら、同様の結論が下されるであろう。白人志願者を傷つけようとする忌まわしい動機が大学のアファーマティブ・アクション計画を後押ししていると結論づけることには無理があると Rubenfeld が主張しているように、裁判所やそれに依拠する専門家証人が、黒人被害者を貶め一段低いものと位置づける目的や意図を持って人種に基づく統計表を使用していると結論づけることには無理がある。動機がすべての問題であり、分類とその効果が厳格審査による分析とは無関係であるとすれば、不法行為損害賠償額を決定する際に裁判所が人種に基づく統計表を使用することは、憲法上問題ないことになる。しかし、Rubenfeld 自身が認めるように、最高裁が厳格審査をもつばら不正な (illicit) 動機の探索と同一のものとは見ていないことは明らかである。⁽¹⁸²⁾ 不正な動機は、厳格審査によって人種による分類を違憲とすることについての十分条件

(179) *Id.* at 445 (「アファーマティブ・アクションの意図しない結果—例えば、マイノリティのスティグマ化など—は、たとえそれが有害であっても、憲法上は無関係である」。).

(180) *Id.* at 461 (「名門公立大学の白人学生の割合が 95 % から 85 % に減少したときに、白人は意図的に下層カーストの地位に落とされるといふもっともらしい議論が仮にあるとしても、私はまだそのような議論を聞いたことがない」。).

(181) *Id.* at 445 (強調省略) (「アファーマティブ・アクションの理論が平等保護法の他の部分と一致している場合、人種に関する不法な目的のみが、アファーマティブ・アクションを違憲とすることができる」。).

(182) Rubenfeld 自身も、裁判所の意見書の中で、このような厳格審査の型を認識している。*See id.* at 428 (「今日のアファーマティブ・アクションの理論の下では、厳格審査は…費用便益テスト…となっている」。).

かもしれないが、必要条件ではない。⁽¹⁸³⁾

C. 衡量テストとしての厳格審査

最高裁は、これまで何度も一特にアファーマティブ・アクションを扱った事例においてだがそれには限られない一、厳格審査を一種の衡量テストとして説明し、適用してきた。⁽¹⁸⁴⁾ この見解の下では、人種による分類は、たとえ忌まわしい動機によって促されたものでなくてもそれ自体が害であり、その害に勝る、重要で確かにやむにやまれぬ社会的利益が存在する場合でなければ、違憲であるとされている。⁽¹⁸⁵⁾

例えば、*Adarand Constructors, Inc. v. Peña* では、連邦政府の請負業者がマイノリティが所有する企業を下請業者に使う場合に金銭的なインセンティブを提供している連邦法に対して、合衆国最高裁は厳格審査を適用した。⁽¹⁸⁶⁾ 裁判所は厳格審査に際して、単に忌まわしい動機を探す一この事件でそれが存在しないことは明らかである一だけではなく、問題とされる分類の費用便益を衡量することが必要であることを明らかにした。⁽¹⁸⁷⁾ O'Connor 判事が説明したように、

(183) *See, e.g., Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244, 275 (2003) (ミシガン大学の新入生に対する人種に基づくアファーマティブ・アクションの方針は、平等保護条項に違反していると判示する)。

(184) *See, e.g., Emp't Div. v. Smith*, 494 U.S. 872, 883 (1990) (一般的な適用可能性のある法律に対する信教の自由からの異議という文脈での、衡量テストとしての厳格審査を示す); *Brown v. Socialist Workers'74 Campaign Comm.* (Ohio), 459 U.S. 87, 92-98 (1982) (修正第1条の結社の自由の主張を評価するための一種の衡量テストとして厳格審査を適用する); *Nixon v. Adm'r of Gen. Servs.*, 433 U.S. 425, 467-68 (1977) (修正第1条の文脈での厳格審査を衡量テストとして示す)。

(185) *See Fallon, supra note 167*, at 1306 (引用典拠省略) (「第二の解釈によれば、厳格審査は確かにあらゆる点を考慮する衡量テストである。それを他の衡量テストと区別するのは、天秤の権利の側にある利害が著しく重く、それゆえに政府利益の側はそれを上回るだけ重くなければならないという前提がある点だ」)。

(186) *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200, 226 (1995)。

(187) *Id.* at 229-30。

政府が人種を理由に人を不平等に扱う場合、その人は、憲法が保障する平等保護の文言と精神に明確にあてはまる損害を被ったことになる。…厳格審査の適用は、政府のやむにやまれぬ利益がそのような損害を与えることを正当化するかどうかを判断するものである。⁽¹⁸⁸⁾

不法行為事件において人種に基づく統計表を使用することで得られるところのやむにやまれぬ利益は、損害賠償額の正確性である。⁽¹⁸⁹⁾ 裁定額の正確さは、不法行為の被害者に適切な補償を保障し、不法行為加害者の不当な負担を回避するため、個人レベルにおいて重要である。さらに重要なのは、社会的注意水準とリスク回避行動の最適化（経済的に最も効率的という意味で）を促進するための、社会的レベルにおける重要性である。

個人レベルのみから見た場合、特定の不法行為加害者や被害者に対する賠償額の正確性を促進することに対する州の利益は、特に重要とは言えない。人種に基づく統計表を使用することは、過去および将来の人種差別の影響を反映

(188) *Id*; see also *Johnson v. California*, 543 U.S. 499, 507–08 (2005) (受刑者の当初の配置を人種に基づいて行うという刑務所の方針に対する厳格審査は、人種間暴力を回避するという観点から、そのような実務の利益が費用を上回るかどうかを検討する必要があることを示唆している); *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24, 78 (1974) (Marshall, J., dissenting) (『やむにやまれぬ州の利益』は、基本的権利に抵触する分類に直面したときに裁判所が着手しなければならない、個人の利益と州の利益のバランスをとる困難なプロセスのことを短縮した表現にすぎない。).

(189) そのような統計表が完全な精度を提供するものではないのは確かだ。そうとまで主張する人はいないだろう。せいぜいこの表は、不法行為被害者が将来どれくらい稼得したであろうか、その人がどれくらい生きていただろうかについて、被害者の人種集団の構成員が過去にどのように働き、どのように生活していたかについて的一般論に基づいて、粗い推測を提供しているだけである。See Chamallas, *Civil Rights in Ordinary Tort Cases*, *supra* note 7, at 1452–53 (就労可能年数表は多くの場合時代遅れのものであるが、仮に訴訟時点においては最新のものだとしても、被害者の生涯にわたって起こりうる社会と労働力人口の変化を反映し説明することは不可能であることを説明する)。

して、不法行為者が人種的マイノリティの不法行為被害者に支払わなければならない損害賠償額を減少させることになる。私人である不法行為加害者が被害者に対して実際に引き起こした損害以上の賠償額を支払わないようにすることは、例えば、国家安全保障、⁽¹⁹⁰⁾「未成年者の身体的・心理的な幸福の保持」⁽¹⁹¹⁾、過去の差別の是正、⁽¹⁹²⁾生存可能な胎児及び妊婦の健康の保護、⁽¹⁹³⁾高等教育におけるダイバーシティ、⁽¹⁹⁴⁾「被逮捕者による犯罪の防止」⁽¹⁹⁵⁾などの、厳格審査分析において裁判所が「やむにやまれぬ」とこれまで判断してきたすべての利益と同じくらいやむにやまれぬものとは、到底思えない。これらの利益それぞれのやむにやまれぬ程度やその重みは様々かもしれないが、それらはすべて、私人である不法行為者が人種的マイノリティの被害者に対して、当該人種集団の構成員が歴史的に有していたところの人生の可能性の乏しさや機会の少なさを反映した損害賠償額〔のみ〕を支払うことを保障するという利益と比べれば、より社会的で公共性の高い目標と優先順位を反映している。

人種に基づく統計表から人種混合表への移行は、個々の白人被害者への賠償額を低下させることになるのは事実である。白人被害者がわずかに過小補償されないようにするという州の利益は正当なものかもしれないが、それもまた、裁判所がこれまでやむにやまれぬものとして扱ってきたより広範な社会的利益の重要性のレベルには達していないように思われる。さらに、白人被害者に対する個別の補償額の妥当性について州が正当な利益を有するとすれば、それは白人被害者が過小補償されないようにする限りにおいてであって、白人被害者

(190) *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 219–20 (1944).

(191) *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747, 756–57 (1982) (*Globe Newspaper Co. v. Superior Court*, 457 U.S. 596, 607 (1982) を引用している).

(192) *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995); *City of Richmond v. J.A. Croson Co.* 488 U.S. 469 (1989).

(193) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 162–63 (1973).

(194) *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 328 (2003); *Regents of Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

(195) *United States v. Salerno*, 481 U.S. 739, 749 (1987).

が黒人被害者よりも大きな補償を受けるようにすることにはない。しかし、人種に基づく統計表の使用は、後者を保障するだけである。損害賠償額予測の個別性を高めること、あるいはすべての被害者に白人基準の統計表を採用することのような代替メカニズムは、憲法上疑わしい人種による分類を使用しなくても、前者の利益をもたらすであろう。⁽¹⁹⁶⁾

人種に基づく統計表の使用における州の利益をより強くフレーミングするやり方は、個々の不法行為加害者や被害者に対する公平性ではなく、経済的に最適なレベルの注意行動を奨励することによって社会に一般的にもたらされる利益に焦点を当てることである。このようにフレーミングされた場合、人種に基づく不法行為表の使用に関わる州の利益は、少なくとも名目上は、裁判所がやむにやまれぬものとして扱ってきた他の利益と同じような公共志向性（public spiritedness）⁽¹⁹⁷⁾を有している。しかし、このような州の利益が「やむにやまれぬ」ように見えるとしても、人種に基づく統計表を使用することで得られる利益が厳格審査に耐えるためには、弊害を上回る必要があるだろう。それどころか〔実際には〕、人種に基づく統計表を使用することの弊害は、利益を上回るだけでなく、やむにやまれぬ、あるいは正当な州の利益としての経済的に最適な注意の価値そのものを損なってしまうのである。

厳格審査の目的から弊害を評価する際、合衆国最高裁は、人種による分類とその社会的に有益な目的との間の適合性に最も明確に焦点を当ててきた。合憲であるためには、人種による分類は州のやむにやまれぬ利益に資するものでなければならないが、同時に、その適用範囲が過大包摂であったり、過小包摂であったりしてはならない。⁽¹⁹⁸⁾例えば、特定の人種に基づくアフターマティブ・ア

(196) 本稿は、人種に基づく統計表の使用が違憲であることのみを主張し、それにとって代わるべき統計表の性質についての見解は示さない。

(197) ここで「名目上」と言っているのは、人種に基づく統計表によって奨励される最適なレベルの注意行動が、潜在的に危険にさらされている人の人種に基づいて区別されていて、この理由から、統計表の効果は、我々の見解では実際にはまったく公共志向ではないからである。

(198) See Ian Ayres, *Narrow Tailoring*, 43 UCLA L. REV. 1781, 1786 (1996) (「救済措置

クション・プログラムが提供する利益が過去の差別を克服することであるとすれば、そのプログラムは、過去の差別によって被害を受けた個人のみを適切に捕捉し、利益を与えるように構成されなければならない。⁽¹⁹⁹⁾

不法行為の文脈では、人種に基づく統計表は、特定の被害者が被った実際の損失について非常に悪い推定値しか提供しない。使用されている統計表はしばしば古いものである。⁽²⁰⁰⁾しかし、たとえ最新のものであっても、集団の構成員が過去に持っていた選択や選好に関するデータは反映されているが、将来的に集団の構成員の異なる選好や慣行につながる可能性のある社会的変化を取り入れたり、考慮に入れたりすることはできない。⁽²⁰¹⁾

は政府の立法の利益を促進するものである必要があるという考え方は、例外的なものではなく—また、救済的な分類は過大包摂であったり、過少包摂であったりするべきではないという考え方によっても得られる。』。

- (199) *See, e.g., City of Richmond v. J.A. Croson Co.* 488 U.S. 469, 506 (1989) (「仮に30%を確保することが黒人請負業者に対して過去の差別を補償するために『厳密に狭く仕立てられた』ものであったとすれば、なぜ彼らは、明日 Richmond に引っ越してくるアレウト族の市民ともその『救済』を共有することを余儀なくされるのかと問うことが正当ではないか?」)。〔訳注：本件では、Richmond 市と建設請負契約を締結する元請業者が、契約受注額の30%以上を『マイノリティ経営企業』による下請に用いることを義務づける同市条例の平等保護条項適合性が問題とされたが（参照、高橋正明「憲法上の平等原則の解釈について（1）社会構造的差別の是正に向けて」法学論叢 178 巻1号（2015年）85-103頁（97-100頁））、そこでの「マイノリティ経営企業」とは、少なくともその51%がマイノリティ集団構成員によって所有・支配されている経営体と定義され、また、『マイノリティ集団構成員』とは、合衆国市民であるところの黒人、スペイン語話者、東洋系、インディアン、エスキモー、アレウト族と定義されていた。〕。
- (200) *See Chamallas, Civil Rights in Ordinary Tort Cases*, *supra* note 7, at 1451-53 (労働統計局の就労可能年数の見積もりに使用されたデータは、数十年前のものであることを説明する)。
- (201) *See Wriggins, Constitutional Law and Tort Cases*, *supra* note 7, at 274-75. しかし、仮にこれらの保険数理上の問題が解決され、社会的差別の減少傾向を正確に反映した統計表になったとしても、そのような表の使用は厳格審査を満足さ

人種に基づく統計表と賃金との適合性は、社会経済的地位の高い若い黒人の場合には特に小さいだろう。多くの黒人の子どもの不法行為被害者、特に社会経済的地位の高い者たちが得るであろう賃金は、人種差別がはるかに顕著であり一般的であった時代の黒人祖先の賃金や、同世代で社会経済的地位の低い黒人の賃金よりも、同世代の白人の賃金により近いものであるはずである。例えば、社会学者 Jeremy Pais の研究によると、黒人男性と白人男性の間の人種的賃金格差は、幼少期に下層中産階級や労働者階級の背景を持つ人々の方が、上層中産階級の人々の場合よりも大きいことがわかった。⁽²⁰²⁾ 実際、幼少期に上層中産階級の背景を持つ人々の間には、人種的な賃金格差は見られなかった。⁽²⁰³⁾ Pais は、「階級的特権を与えられて育った子どもたちの場合、人種的立場は、成人になってからの稼得達成にほとんど影響を与えないようだ」と結論づけている。⁽²⁰⁴⁾ 同様に、経済学者の Jonathan Fischer と Christina Houseworth は、2004年の看護師全国サンプル調査のデータについて研究し、この教育を受けた人口集団の中で、黒人女性の収入は白人女性の収入と「同等」であることを明らかにした。⁽²⁰⁵⁾ 実際のところ、著者らは、黒人女性看護師は白人女性看護師より

せることができないだろう。

- (202) Pais は、1979年の全国青少年縦断調査 (NLSY79) の回答者を幼少期の社会経済的地位に基づいて社会経済的層に割り付け、各幼少期の社会経済的層内での黒人男性と白人男性の賃金格差を評価した。See Jeremy Pais, *Socioeconomic Background and Racial Earnings Inequality: A Propensity Score Analysis*, 40 Soc. Sci. Res. 37 (2011).
- (203) *Id.* at 47 (「この調査から明らかなように、慎ましい社会経済的出自の黒人男性は、同じような社会経済的出自の白人男性よりも、下層中産階級や労働者階級の背景を超えることが困難であることがわかる。上位中産階級の黒人男性と白人男性の間には、収入の格差を示す証拠はない」)。
- (204) *Id.*
- (205) Jonathan D. Fisher & Christina A. Houseworth, *The Reverse Wage Gap Among Educated White and Black Women*, 10 J. ECON. INEQ. 449, 449 (2012); see also JONATHAN JACOBSON ET AL., NAT'L CTR. FOR EDUC. STATISTICS, EDUCATIONAL ACHIEVEMENT AND BLACK-WHITE INEQUALITY (2001) (同様の教育水準の人たちでは、黒人女性は白人女性と同じ程度に稼得することを示す); Dan Black et al.,

も9%多くの収入を得ていることを見出した。⁽²⁰⁶⁾

また、人種に基づくデータと平均余命との適合性も低い可能性が高く、ここでも予測においては階級が人種に対して優位にあるようだ。⁽²⁰⁷⁾例えば、Arline Geronimus 教授と共著者は、「恵まれた都市部に住むアフリカ系アメリカ人は、貧しい都市部の居住者よりも実質的に平均余命が高く、場合によっては、その平均余命は白人の全国平均に近づいている」⁽²⁰⁸⁾ことを見出している。さらに、多くの白人の子どもの不法行為被害者、特に社会経済的地位の低い者たちは、その人種的特権にもかかわらず、平均余命は黒人相当である可能性が高い。実際、Geronimus によれば、「都市の貧困地域の白人住民の死亡プロフィールは、貧困地域の黒人住民や全国の黒人住民のそれに相当し、比較的恵まれた都市部の黒人住民よりもやや悪い」⁽²⁰⁹⁾。

Why Do Minority Men Earn Less? A Study of Wage Differentials Among the High Educated, 88 REV. ECON. & STAT. 300 (2006) (南部以外の地域で生まれた大学教育を受けた男性の中での人種間の賃金格差は、ほぼゼロであることを示す); cf. Dan A. Black et al. *Gender Wage Disparities Among the High Educated*, 43 J. HUM. RESOURCES 630, 656 (2008) (労働定着度が高く、教育水準の高いアジア系およびヒスパニック系女性の場合、白人男性と比較したジェンダー賃金格差は基本的にゼロであることを示す)。

- (206) Fisher & Houseworth, *supra* note 205, at 461. 著者らはまた、教育程度や地理的な場所のような異なる素因を制御した場合でも、黒人女性看護師は白人女性看護師よりも約7.1パーセント多く稼いでいることを示した。 *Id.* at 458.
- (207) *McMillan v. City of New York*, 253 F.R.D. 247, 252 (E.D.N.Y., 2008) (「全体的統計表は、富裕なあるいは中産階級の『アフリカ系アメリカ人』の平均余命は、貧しい『アフリカ系アメリカ人』のそれと比べて、いかほど違うのかという疑問に答えない」.); Arline T. Geronimus et al., *Inequality in Life Expectancy, Functional Status, and Active Life Expectancy Across Selected Black and White Populations in the United States*, 38 DEMOGRAPHY 227, 241 (2001).
- (208) Geronimus, *supra* note 207, at 241; *see also* *McMillan*, 253 F.R.D. at 252 (「社会経済的地位 (SES) が平均余命に与える影響は以前から認識されていた」と指摘する)。
- (209) Geronimus, *supra* note 207, at 234-35; *see also* *McMillan*, 253 F.R.D. at 250 (引用典拠省略) (「ヘルスケアの質における『人種』間格差及び『民族』間格差は、

純粹に統計的な理由からも、人種に基づく統計表は、特定の不法行為被害者の正確な損失額の推定値を提供することは期待できない。人種に基づく統計表は、大規模な母集団の分析に基づいて、特定の特徴を有する不法行為被害者が全きものとされるために必要な額の平均に関する推定を提供するものである。しかし、統計学者の David Cooke と Christine Michie が説明するように、「集団の傾向に関する知識は、たとえ正確なものであっても、個々の事例に関する正確な評価の助けにはならないかもしれない。分布の平均値はすべての人について教えてくれるが、誰についても教えてくれないというのが統計学上の真理である」⁽²¹⁰⁾。実際、サンプルサイズが大きくなるにつれて、実際の母集団の平均についての予測の強さが増し、平均の 95 % 信頼区間が狭くなる⁽²¹¹⁾。しかし、狭くなったことで元の母集団の平均に対する信頼度は高くなるが、信頼区間が狭い⁽²¹²⁾からといって次の個人の値に関する予測をよりよくできるわけではない。

Sonja Starr 教授は、犯罪者の再犯率予測の文脈でこの現象を説明した。女性と男性の身長を予測する例を用いて、400 人という大規模なサンプルサイズを使用すれば、元の母集団の真の平均について高いレベルの信頼性が得られることが示される⁽²¹³⁾。実際、男性の平均値の 95 % 信頼区間は、真の平均 70 インチを中心とする 69.6 ~ 70.4 インチであり、女性の 95 % 信頼区間は真の平均 64.9 イン

例えば、広範囲の医療サービスにわたって、依然として相当なものである。しかし、これらの『格差は社会経済的な相違と関連しており、社会経済的な要因をコントロールすると、大幅に減少し、いくつかのケースでは完全に消滅する傾向がある』⁽²¹⁴⁾。).

(210) David J. Cooke & Christine Michie, *Limits of Diagnostic Precision and Predictive Utility in the Individual Case: A Challenge for Forensic Practice*, 34 LAW & HUM. BEHAV. 259, 259 (2010) (citations omitted).

(211) See Sonja B. Starr, *Evidence-Based Sentencing and the Scientific Rationalization of Discrimination*, 66 STAN. L. REV. 803, 844 (2014).

(212) *Id.* at 845 (「サンプルが大きくなるにつれて平均の信頼区間はかなり狭くなるが、個体に関する予測区間はそうではない」と説明している)。

(213) *Id.* at 844.

チ中心とする 64.5 ～ 65.3 インチであった。⁽²¹⁴⁾ Starr は、これらの信頼区間は、元の母集団の真の平均の強力な推定値を提供しているが、元の母集団から次に取り出される女性や男性の身長 of 正確な予測を提供しているわけではないと説明する。実際、Starr は、400 人のサンプルの中で、平均の 95 % の信頼区間である 64.5 ～ 65.3 の間の身長の女性は、サンプルの女性の 13.5 % しかいなかったことを示している。⁽²¹⁵⁾ 上記の真理を少し違う形で再掲すると、平均は個人ではなく集団についての真実を予測するのに適しているということだ。⁽²¹⁶⁾

このような問題の結果、個人レベルで人種に基づくデータと損害賠償額の正確さとの適合性が低いだけでなく、人種に基づくデータと社会的な注意行動の最適化というより広範な目標との間にも不適合が生じている。損害賠償額は真の損害を過大評価したり過小評価したりする可能性が高いため、どの事例においても不法行為者が危険な行動の真の費用を負担する可能性は低い。その結果、事例横断的に、リスクがある行動の過大抑止も過小抑止も生じうる。

しかし、仮に人種に基づく平均に依拠することで社会的損失を正確に反映した全体的な損害額の水準が得られるとしても、そのような手段を使うべきではない。人種に基づく統計表が被害者を個人としてではなく集団の構成要素としてステレオタイプ化して扱うことで生じる弊害は、最適な注意水準を達成するという社会的な目標を上回り、それを損なってしまうのである。⁽²¹⁷⁾

(214) *Id.*

(215) *Id.*

(216) Starr は、次の女性の身長を 95 % の信頼度で実際に予測するためには、平均の 95 % の信頼区間ではなく、95 % の予測区間を使用しなければならないと説明したが、その結果は、59.9 インチから 70.3 インチの間のはるかに大きな範囲になる。*Id.* これらすべての適合性問題は、人種が混在している世界では、特定の犠牲者をどのように人種的に分類すべきかを決定することの難しさ（おそらく不可能性）によってさらに難しくなっている。See *McMillan v. City of New York*, 253 F.R.D. 247, 249 (E.D.N.Y. 2008)（「損害額の算定をするための平均余命の算定に当たって『人種』に基づく統計表に依拠することは、我々の現在の不均一人口集団においては科学的に受け入れられない。」）。

(217) すぐ後で述べるが、人種に基づく統計表を使用することは、注意行動を最適化

合衆国最高裁の *City of Los Angeles, Department of Water and Power v. Manhart* ⁽²¹⁸⁾ 判決は、それで結果が定まる (controlling) わけではないが、示唆的である。*Manhart* において最高裁は、集団のステレオタイプに基づいて個人を扱うことに伴う危険は、社会的便益の提供プログラムにおける経済的な正確さと最適化の価値を上回ると判断した。⁽²¹⁹⁾ *Manhart* では、死亡率表によると平均的な女性従業員は平均的な男性従業員よりも数年長生きしていることが示されていることから女性従業員に男性従業員よりも多額の年金拠出を義務付けるロサンゼルス水道・電力局の慣行に対して、女性従業員が異議を唱えた。⁽²²⁰⁾ 女性の退職者に対する月額支払額の増加を賄うために、水道・電力局は「女性従業員に対して、比較可能な男性従業員よりも 14.84 % 高い月額拠出を義務づけていた」のである。⁽²²¹⁾ 年金支払額が高い結果、女性従業員は、同程度の賃金の男性従業員に比べて手取り額が少ない結果となっていた。⁽²²²⁾

Manhart で最高裁は、公民権法第 7 編が「『いかなる個人⁽²²³⁾ に対しての差別も』違法としている」ことを強調した。この文言は、たとえ集団に関するデータが正確だったとしても、個人を単に集団の「構成要素」として扱うことはできないことを明らかにしていると最高裁は説明する。⁽²²⁴⁾ 女性労働者は個人として扱われるか、あるいは *Manhart* におけるように、個別の女性従業員の寿命についてのデータが雇用期間中に把握できない場合は、女性従業員を男性従業員と同じように扱う必要がある。*Manhart* は、年金制度の正確性と効率性を最適化するという雇用主の利益が、従業員を「単に人種的、宗教的、性的、民族的分類

する唯一の方法でも、最も正確な方法でもない。

(218) 435 U.S. 702, 705 (1978)。 *Manhart* 判決は 1964 年公民権法第 7 編に基づいて下されたものであり、平等保護条項に基づいて下されたものではない。

(219) *Id.* at 708-09.

(220) *Id.* at 705.

(221) *Id.*

(222) *Id.*

(223) *Id.* at 708 (42 U.S.C. § 2000e-2 (a) (1) (1976) を引用)。

(224) *Id.* at 707-08.

(class) の構成要素として」ではなく、個人として扱うことを求める第7編の要求に劣後することを明らかにした。⁽²²⁵⁾ 個別化されたデータが存在しない場合でも、性別に基づく集団データを使用することは許されないとされたのである。⁽²²⁶⁾

平等保護条項の文言は第7編とは異なるが、州が「いかなる人に対しても…法の⁽²²⁷⁾ 平等な保護を否定してはならない」ことを強調している。平等保護を受ける権利があるのは個人である。⁽²²⁸⁾ さらに、第7編同様、平等保護条項は、特定の種類の集団的分類、すなわち人種や性別に基づく分類から最も強く個人を保護している。⁽²²⁹⁾ よって平等保護条項の下では、第7編と同様、人種的ステレオタイプを助長する弊害は、集団に関する正確なデータを用いて不法行為による傷害からの経済効率的な回復システムを促進するという州の利益を上回ると言える。

平等保護条項適合性の分析には、「最も制限的でない手段」(least restrictive means) のテストも含まれており、州は、同様の州の利益を実現するために人種中立的な現実的手段が存在しないことを示す必要がある。⁽²³⁰⁾ 不法行為の文脈

(225) *Id.*

(226) *See* *Ariz. Governing Comm. for Tax Deferred Annuity and Deferred Comp. Plans v. Norris*, 463 U.S. 1073, 1081 (1983) (雇用主に対して、性別に基づく保険数理表に基づいて、女性に男性よりも月々の給付額が低い退職給付を提供することを禁止し、「性別に基づいて従業員を区別することが退職金制度における支払いの局面で許容されないのは、払い込みの局面で許容されないのと同じである」と説明する)。

(227) U.S. CONST. amend. XIV, § 1.

(228) *See* *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200, 227 (1995) (「憲法第5条と修正第14条は、集団ではなく個人を保護する」と説明する)。

(229) *See, e.g., Kenji Yoshino, The New Equal Protection*, 124 HARV. L. REV. 747, 757 (2011).

(230) *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 339 (2003) (「厳密に狭く仕立てることは、考えられるすべての人種中立的な代替手段を使い果たすことを要求しているわけではない 厳密に狭く仕立てることは、しかし、実行可能であるすべての人種中立的な代替手段を真剣に誠実に検討することを必要とする」); *Wygant v. Jackson Bd. of Educ.*, 476 U.S. 267, 280 n.6 (1986) (「我々の判例で頻繁に使われている『厳密に狭く仕立てられた』という用語は、派生的な意味を持つよう

では、ほぼ確実にそうではない。被害者が子どもであっても、両親の教育レベル、家族の社会経済的レベル、住んでいる地域に基づいて一般化することで、子どもの将来の稼得、余命、就労可能年数の期待値予測が可能である。逸失賃金⁽²³¹⁾を評価する上でのこれらの形式的に人種中立的な手段は、損害賠償額の正確性という狭い目標、ひいては社会的注意水準を最適化するというより広い目標を、少なくとも人種に基づく統計表の使用と同程度に達成する可能性が高いだろう。⁽²³²⁾これら人種中立的な統計表の使用は、アクセスが容易な人種に基づく統

になった。より具体的には、評釈者が指摘しているように、この用語は、合法的な代替手段であってより制限的でないものが使用できたかどうかの検討を要求するために使用されることがある」.); *Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U.S. 265, 357 (1978) (Justices Brennan, White, Marshall & Blackmun, JJ., concurring in the judgement in part and dissenting in part) (『『基本的権利』を制限したり、『疑わしい分類』を含んだりする政府の実務や法律は、『厳格審査』の対象となり、それがやむにやまれぬ政府の目的を促進する場合にのみ正当化され、その場合でも、より制限的でない代替手段が利用できない場合にのみ正当化される」.); *see also Ayres, supra* note 198, at 1787 (「要するに、人種による分類を実行する前に、*Croson* は、政策立案者に、人種中立的な手段は政府のやむにやまれぬ利益を達成することができないと判断することを要求しているのである」.); *Fallon, supra* note 167, at 1326 (「厳密に狭く仕立てることの要件の第一の要素は、保護された権利の侵害が正当化されるためには、それが必要でなければならないと主張している。最高裁が、政府が選択した手段は、その目標を達成する『最も制限的でない選択肢』でなければならないと言うときには、本質的に同じ要求を表現している。政府が保護された権利により少ない負担を課しながら同じ結果を達成できるのであれば、法律はその目的を達成するために必要ではない」.)。

- (231) *See McMillan v. City of New York*, 253 F.R.D. 247, 252 (E.D.N.Y. 2008) (「社会経済的要因の重要な影響を考慮すると、教育や居住区、雇用のような重要な特徴を無視して『人種的な』集団のすべての成員を一個人に圧縮 (collapse) する平均余命表を用いることに対して裁判所が懸念を持つことは、自然である」.)
- (232) *See Fisher & Houseworth, supra* note 205, at 449; *Pais, supra* note 202; *see also McMillan*, 253 F.R.D. at 252 (*Geronimus, supra* note 207, at 227 を引用) (「信頼できる研究は、『社会経済的地位または人種／民族性と健康との関係は、地理的な影響や、これらの関係を文脈化し、構造化する地域社会の条件によって

計表の使用よりも、管理が複雑で費用がかかるかもしれないが、そのような負担の増加を、可能な限り人種に基づかない手段を使用すべき義務からの盾として州が用いることはできない。実際、合衆国最高裁が *Gratz v. Bollinger* で説明したように、「個別化された考慮を提供することが可能なプログラムの実施が管理上の困難を招く可能性があるという事実は、その他の点で問題のある制度〔の利用〕⁽²³³⁾を合憲とするものではない。

要するに、人種に基づく統計表の使用は、厳格審査のほぼカテゴリーカルな禁止⁽²³⁴⁾の見解で要求されるような「差し迫った壊滅的な危害を回避する」ために必要とは言えない。また、このような表の使用は、厳格審査を衡量とみなすより控えめな解釈を充たすものでもない。注意水準を経済的に最適化することがやむにやまれぬ州の利益だと考えられたとしても、人種に基づく統計表と賠償額の精度との間の適合性はあまりにも悪く、同じ目標を達成するためのより制限的でない手段が多く利用可能なことからすれば、人種に基づく統計表の使用は厳格審査を乗り切ることとはできない。

修正される可能性がある』ことを見出している。); Geronimus, *supra* note 207, at 244 (「我々の分析は、黒人と白人の各母集団内部において、彼らのコミュニティの経済的特徴に応じた、またある程度は居住区にも応じた、余命及び生活の質の不均一性があることを明らかにした」。)

(233) *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244, 275 (2003). しかし、たとえより制限的でない代替手段が利用できなかったとしても、そのような統計表の使用は、その過大包摂及び過少包摂からすれば、厳密に狭く仕立てることの要求を充たさないうずである。See Fallon, *supra* note 167, at 1328 (「最も制限的でない選択肢の定式 (the least restrictive alternative formulation) は、やむにやまれぬ政府の利益を促進するために必要な規制は、それゆえ、より狭い規制では十分でない限りにおいて、厳格審査を満足させるという結論を導き出すのに対し、過剰包摂の禁止は、法令が厳密に狭く仕立てられていないために非難される可能性があることを示唆している」。)

(234) Fallon, *supra* note 167, at 1303.

V. 含意

我々は、ここまでの3章で、人種に基づく統計表の使用は違憲であると主張してきた。本章では、第1章で提起された中核的政策と社会正義に対する懸念に立ち返って、裁判所が人種に基づく統計表を拒否することによってこれらの懸念が実際にどの程度排除されるか、あるいは緩和されるかについて評価する。人種に基づく統計表がない世界では個々の賠償額がどのように異なるのか、社会的インセンティブがどのように変化するのかを考えるのに役立つように、一連の仮想例を提示してみよう。

まず、交通事故で重傷を負った3歳の黒人少女アンのことを考えてみよう。アンはロサンゼルス郊外の裕福な街であるブレントウッドで両親と一緒に暮らしている。両親はともに医師で、2人のきょうだいは私立学校に通っている。傷害を負う前、アンは地元のプリスクールに在籍しており、きょうだいと同じ私立のK-12学校に通うことになっていた。^(viii) 裁判所は、アンの損害賠償額を計算するにあたり、人種に基づく不法行為表の使用を拒否する。その結果、彼女の損害賠償額は、彼女の前の何世代にもわたる黒人が経験したレイシズムや差別に汚染されて抑制されることはないだろう。人種は、損害賠償額計算の上で、彼女にとって顕現的でも予測的でもない。そうではなく、彼女の損害賠償額は、同じような傷害を負った白人の隣人が受けるだろうものに匹敵する可能性が高い。

同じく交通事故で、衰弱してしまう傷害を負った3歳の黒人の少女バスとアンとを比較してみよう。バスはロサンゼルススの貧しい地域であるコンプトンに住んでいる。彼女は母親と祖母と一緒に暮らしている。バスの母親は16歳の時に妊娠し、結果として高校を中退した。彼女は仕事を探すのに苦労している。バスの父親も彼女が生まれた時に高校生だったが、同じく高校を中退した。父親は建設業で断続的に働いている。父親は月に1度ほどバスを訪ねてきて、大抵は服やぬいぐるみを持ってきてくれるが、それ以外の経済的な援助はしていない。損害賠償額を計算する際、バスの裁判官も人種に基づく不法行為表の使

用を否定した。ベスにとっても、アンと同様に、人種に基づく統計表の使用を拒否することは、彼女の将来の傾向についての予測が、人種自体に基づいては行われないことを意味する。

にもかかわらず、ベスに対する賠償額は、彼女の両親が高校を卒業していないこと、彼女が貧しい地域で育っていること、そして彼女の地元公立学校が失敗校であることを考慮に入れることになる。さらに、彼女の両親や祖父母が受けた人種差別は、彼らの学歴や仕事の実績がベスの賠償額予測における指標として用いられることで、ベスの賠償額に組み込まれていくことになる。結果としてベスは、たとえ傷害が同じであったとしても、アンよりもはるかに少ない損害賠償を受けることになる。

次に、アンやベスと同じく、衰弱してしまう傷害を交通事故で負った21歳の黒人男性チャーリーについて考えてみよう。事故当時、チャーリーはエリート大学で化学工学を専攻しており、工学博士号を取得するために大学院に進学する予定だった。チャーリーの事例での裁判官は、人種に基づく統計表の使用を却下した。その結果、チャーリーの人生の見通しは、彼がどのようなキャリアを歩んだだろうか、どのような人生を歩むだろうかということについて、人種に基づく予測に左右されることはない。そうではなく、チャーリーの損害賠償は、彼の明るい未来と野心的なキャリアの見通しを反映したものとなるだろう。

最後に、交通事故で負傷したもう一人の21歳の黒人男性、デビッドのことを考えてみよう。デビッドはチャーリーと同じように、エンジニアになることを望んでいた。彼が通っていた田舎の大きな高校は、まともな学校だったが人種分離が厳しく、高度な科学の授業を受けることはできなかった。デビッドは4年制大学に通う代わりに、地元のコミュニティカレッジで準学士号を取得した。事故当時、デビッドは病院の雑役係として働いていた。デビッドの事例の裁判官も、人種に基づく統計表の使用を拒否した。したがって、デビッドの選好、気質、可能性に関する予測が、彼の人種自体に基づいて行われることはない。にもかかわらず、デビッドの賠償額は、彼自身が幼少期および若年成人期に受

けた人種差別を反映し、それによって抑制されることになるだろう。⁽²³⁵⁾ デビッドが人種隔離された学校に通い、科学の授業を受けることを思いとどまらされ、その結果として彼のキャリアの見通しが狭くなったという事実は、彼の損害賠償額を減少させるだろう。デビッドは、受けた傷害が同じであっても、チャーリーよりもかなり少ない損害賠償額を受け取ることになる。

今の議論の目的は、損害賠償額を計算する際に人種に基づく統計表を廃止することの重要性を弱めることではない。確かに、人種に基づく統計表の使用をなくすことは、不法行為事件における人種の直接的な顕現性を低下させ、傾向性予測と人種自体との関連性を弱めることになるだろう。しかし、このような変更が何をもたらし、何をもたらさないのかについてリアリスティックでなければならぬと言いたいだけである。不法行為損害賠償額を計算する際に人種に基づくデータを除外することは、医療、教育、富の世代間格差という形で現れているような、あるいは不法行為の被害者が過去に受けた差別や排除の形で個人レベルで受けたような、人種差別の影響を完全に排除した損害賠償にはつながらない。その結果、人種に基づく統計表の使用を廃止すること自体が、不法行為損害賠償における人種格差をなくすことになるとは考えにくい。同様に、人種に基づく統計表の使用を廃止することで、マイノリティ・コミュニティにリスクを不釣り合いに配分する社会的インセンティブがなくなる可能性も低いと考えられる。

結論

本論文では、ほとんど不可視なほどに不法行為訴訟に深く定着している実務を対象とした。しかし、それは広くて深い有害な結果をもたらす実務である。それはまた、憲法違反でもある。

(235) また、彼の両親や他の祖先が直接被った人種差別の影響も彼への賠償額に反映されるだろう。

本稿は、Weinstein 判事の導きに従って不法行為事件における人種に基づく統計表の使用を違憲と宣言しようとする裁判官に対して、豊富な憲法上の議論を提供することを直接の目的としている。しかし、本稿の意味合いは、人種を超え、伝統的な不法行為訴訟を超えたものである。ここで行われた憲法上の議論は、性別に基づく賃金表、余命表、就労可能年数表の使用も、*United States v. Virginia* で示された最高裁の高められた中間審査基準の下では違法となることを強く示唆している⁽²³⁶⁾。この議論は、民間保険会社による人種・性別に基づく統計表の使用を認める州法が、違憲性の異議に対して脆弱であることも示唆している。直接的にも黙示的にも、求められる変化は深刻である。

しかし、別のレベルでは、ここで行われている理論上の議論は、ごく控えめなものでもある。これらの議論は、人々の傷害の価格、もっと言えば彼らの生命の価格が、彼らの潜在稼得によって異なるという考えには異議を唱えていない。また、特定の特徴に基づいて個人をグループ化し、将来稼得や平均余命に関するそれらの特徴からの予測に基づいて損害賠償を割り当てる実務にも異議を唱えていない。言い換えれば本稿の議論は、少なくとも直接的には、不法行為法の基本的根幹に異議を唱えるものではない⁽²³⁷⁾。その結果、不法行為の損害額算定に人種に基づく統計表を使用することを排除するこ

(236) 518 U.S. 515, 531 (1996) (「ジェンダーに基づく政府の行動を弁護しようとする当事者は、その行動のための「非常に説得力のある正当化」を立証しなければならない」)。

(237) See generally Richard L. Abel, *A Critique of Tort*, 37 UCLA L. REV. 785, 803 (1990) (「不法行為法は、資本主義社会の階級構造を明らかにするものである。つまり、あなたは、あなたが所有するものであり、あなたが稼ぐものであり、あなたが行うものである」); Ellen S. Pryor, *Rehabilitating Tort Compensation*, 91 GEO. L. J. 659, 660–61 (2003) (補償とは何を意味するのかについては理論的には多様な見解があるが、「理論的な領域と不法行為法の日常的な実務の両方で支配的なテーマ」は、補償とは「原告を従前の状態に回復させる金額を支払うこと」であると説明する); Mark A. Glick, *The Law and Economics of Tort Damages*, UTAH B.J. 1996, Aug.-Sept. 1996, at 8, 9 (「ほとんどの事故の事案における損害賠償段階での焦点は、逸失収入である」ことを指摘する)。

と自体では、不法行為制度から人種格差や人種差別を排除するのには十分ではない。しかし、これは必要な第一歩であり、我々の議論は憲法上要求されたものなのである。

[訳注]

- (i) 本稿は Kimberly A. Yuracko & Ronen Avraham, *Valuing Black Lives: A Constitutional Challenge to the Use of Race-Based Tables in Calculating Tort Damages*, 106 CALIFORNIA LAW REVIEW, Vol. 106, pp.325-372 (2018) の翻訳である。機械翻訳サービス DeepL 翻訳 (<https://www.deepl.com/translator>) を用いて生成した訳文をベースに訳者 3 名で分担して修正した。頁末の脚注は原注、以下の注は訳注である。原文にはないが理解の便宜等のために訳者が補充した箇所を〔 〕(亀甲括弧)で示した。斜体強調は原文のままとした。翻訳を快諾頂いた両著者に謝意を表したい。本論文に関する訳者(尾下)による紹介として、尾下悠希「不法行為訴訟の損害賠償額算定における人種差別」(アメリカ法 2021-1 号(2021 年)掲載予定)がある。また、同じ著者達の関連論文として、Ronen Avraham/Kimberly Yuracko, *Torts and Discrimination*, OHIO STATE LAW JOURNAL, Vol. 78, No. 3, pp.661-731 (2017)(角松生史／饗庭未希子／尾下悠希訳「不法行為と差別」神戸法学雑誌 71 巻 2 号 193-299 頁)がある(参照、後記「訳者解題」)。本稿は、JSPS 科研費 18H00796 の助成を受けたものである。
- (ii) 原文には「4 州」とあるが、著者に確認の上誤記を修正した。
- (iii) 原文は大文字による強調。
- (iv) 「不法行為表」(tort table) は耳慣れない語だが、本稿では不法行為損害賠償額算定のために用いられる統計表を指している。
- (v) 訳文は高橋和之編『新版世界憲法集(第 2 版)』(岩波書店、2012 年) 81-82 頁(土井真一訳)に従った。
- (vi) state action は、修正第 14 条の文脈と思われる場合は原則として「州の行為」と訳した(「コロンビア特別区のようにすべての問題が連邦法によって規制されるところなら、わざわざ裁判所の判決が政府の行為であるというようなことをいわなくてもよいが、州内の問題で第一次的には州法の規制を受ける問題の時には、『州の行為』があったといわないと(合衆国憲法第 14 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、こういうテクニックを用いたのである」田中英夫『英米法のことば』(有斐閣、1986 年) 26 頁)。他方、理論的概念として用いられていると思われる場合は「ステイト・アクション」とした。
- (vii) これらについて参照、瀧圭吾「アメリカ合衆国の土地利用法(Land Use)(上)」神戸法学雑誌 65 巻 3 号(2015 年) 81-172 頁(105 頁)、板持研吾「アメリカ不動産取引法概説」神戸法学雑誌 67 巻 3 号(2017 年) 203-253 頁(213-217 頁)。
- (viii) K-12 とはアメリカにおける幼稚園および 12 年間の初等中等教育課程を指す語である。