



Title	アメリカ憲法における State Action 法理の展開
Author(s)	ハーゲット, ジェームズ・E; 渡辺, 賢//訳
Citation	北大法学論集, 35(6), 59-85
Issue Date	1985-03-29
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16466
Type	bulletin (article)
File Information	35(6)_p59-85.pdf



[Instructions for use](#)

アメリカ憲法における State Action 法理の展開

ジェームズ・E・ハーゲット

渡辺 賢 訳

第一章 基礎理論

第二章 state action に当るものは何か

第三章 最近の判例と将来の展望

憲法上の諸々の保障を援用するための前提条件として state action の存在が要求される^①ということがはじめて合衆国連邦最高裁判所により明示されたのは、一八八三年の Civil Rights Cases^{(1)②}である、といわれることがある^{(2)③}。確かにそれは事実ではあるが、このような表現は誤解をまねくものといえる。というのも、このように表現すると、state action とは、第一四修正の文言に裁判所により付加された、解釈上もしくは理論上の産物である、という意味内容が含まれてしまうからである。実際には state action という要件は合衆国憲法と不可分一体のものであり、代表民主制政府の諸原理を支えるに不可欠な柱石なのである。

説 たしかに第一四修正その他の憲法の文言は“no state shall……”というような、州を名宛人とする表現を用いている

論 にはあるが、しかし憲法の保障を政府の行為に限定することには、このような明示の表現よりもより深い理由がある。state action という要件は民主主義に基づく制限政府 (limited democratic government) というシステムのコロラ

リーなのである。それゆえ state action 理論について、本稿の議論はその理論的基礎の明確化から始めなくてはならない。

第一章 基礎理論

憲法定定者達は三つの原理に基づいた政府の枠組を確立したものと考えられる。その根底にある思想であり、かつこの統治構造の出発点となるものは個人の自由という原理である。個人は自らの望むようにできる限り自由に行動できなければならない。つまり個人はいかなる他人ないし集団による強制からも自由でなければならないのである。このことを逆の立場から、しかしより厳密にいうならば、ある人が他人に対して物理的・心理的強制力を用いるについてはいかなる正当化事由も存在しない、ということである。

しかし、ロックが三〇〇年前に説得力をもって論じたように⁽⁶⁾、人間の中には、正当なものといえるかどうかにかかわらず、他人をいじめ、騙し、利用する人々がいる、ということは経験則上明らかである。それゆえ大部分の社会は自らを守るために法による規律に同意するのである。加えて、法による規律は、場合によっては自由を十分実現するために不可欠であることもある。政府や法の存在はもろろん個人々の自由を制約する。しかし、法の執行という形で政府が強制力行使する、ということは、人民により与えられた同意、つまり「社会契約」により正当化される。しかし社会契

約というものにより正当化されるのは、社会の中のすべての人ないし一般的公益に資する正統な権威のみである。

正統な政府とは、その法定立権者が何らかの選挙プロセスを通して人民により選定される政府をいう。これには一人の国王による政府ないし少数エリートによる政府は含まれず、また特別多数による政府も除外される。なぜなら、法律を通過させるにつき議員の特別多数を要求することは、その結果として少数者に拒否権を与えることになり、人々の大多数が不用と考えるようになった法ないし政策の継続の可能性を生ぜしめるからである。このように、代表民主主義政府が正統たりうるためには、単純多数決ルールの採用が不可欠である。こうしてみると、憲法の二つの基本的な礎石は単純多数決ルール及びそれにより修正された個人の自由の承認であることがわかる。もし制憲者がここで満足したとすれば、その結果生まれた政府は、多数決原理によってのみ制約されるほかはきわめて強力な議會を有する現在のイギリス式のものに極めて近いものとなっていたであろう。

しかし制憲者達はこれだけでは満足しなかった。彼らは多数派の独裁の可能性を認め、統治権能の行使に制約を課す政治的な道具立てを作り出した。一七八九年憲法の採択の結果生まれたシステムは四つの異なった方法で政府の権限行使に制約を課した。その四つとは、連邦政府と州政府との間の権限分配、連邦政府は憲法により列挙された権限のみを有すること、三権の分立、及び政府のある種の活動が憲法により明示的に禁止されたこと、である。これらの制約のための手段すべては、憲法典に明文で規定された。⁽⁵⁾しかし、この憲法典の文言を議會の単純多数意思により変更されないようにすることが必要であり、そのためには、特別多数決による修正過程が定められねばならなかった。なぜなら、憲法のいろいろな制約規定が連邦議會ないし州議會の単純多数決により変更されることを認めれば、それら憲法規定はよくても勧告的なものにとどまり、悪ければ完全に画餅と化してしまふであろうからである。

かくして論理矛盾が発生するように見える。憲法の修正が少数者により妨げられてしまふ可能性があるからである。

一見すると、このことは、合衆國憲法という建物の礎石である個人の自由及び單純多數決ルールという二つの原理を掘り崩すように思われる。いかにすればこの少數者の独裁は正当化できるのか。

よりくわしく分析すれば、特別多數という修正要件は他の諸原則と調和することがわかる。憲法の諸規定が、政府の官吏の権限はこれとこれである、と定めている限り、憲法の諸規定は個人に対して直接には作用を及ぼさない。つまり、個人間の権利義務を創設することもなければ、選択の自由を侵害するものでもない。すなわち、既に述べたような憲法上のさまざまな手段を通して政府の権限を制約することは、直接個人に影響を与えるものではなく、ただ、政府の官吏の権限行使のあり方を規制するのみである。このような憲法による諸制約は個人の自由を制限するものではなく、むしろ個人の自由という原理を補強するものであるといえる。なぜなら、これら憲法上の諸制約は政府の為し得る事項を限定するものだからである。このような次第で、憲法システムの第三の大きな原理―それを我々は制限政府 (limited government) の原理と呼ぶこともあるが―は、他の二つの原理を補強しその実現を可能にするものといえるのである。

さて、我々はこの憲法に関する分析の中で鍵を握る条件を一つ強調しておかなくてはならない。憲法に含まれている三つの原理―個人の自由、單純多數決ルール及び制限政府―は、憲法の諸規定が政府に対してのみ適用されるものである。初めて相互に調和するように把握できる、ということである。もし、憲法の諸々の規定が、個々の市民の権利義務を直接規定する、という作用を有するものでもあるとすれば、個人の自由及び單純多數決ルールという原理が侵され、統治構造全体の調和が掘り崩されるのである。

簡単な例をあげてみよう。ひとつの仮想社会を想定し、そこで代表民主主義に基づく立法部が長子相続制のルール、つまり最年長の息子が両親の死亡した時両親の財産のすべてを相続するというルールを多數決により採用したとする。時代を経て、人々はこのルールが不公平だと感じるようになり、他の選択肢が提案されたとする。おそらく、改正に必

要とされている単純多数が得られればこのルールは変更されることになる。しかし、逆に長子相続制のルールが憲法に規定されており、この憲法修正には投票数の七五パーセントが必要とされていたとする。さらに世論が変化し、市民や議員の七四パーセントがこのルールを不公平であると考へるようになったとする。にもかかわらず当該ルールを変更しようとする努力は、古くからのルールになお固執する二六パーセントの市民により阻まれることになる。この状況には正当化事由は何もない。なぜなら基本的な諸々の原理がすべて侵されているからである。

第二三修正という例外を除いて、現行連邦憲法に規定されている制約はすべて最高裁判所により、政府の行為のみに適用があるものと判示されてきている。従来、市民の諸行為を直接規定しようとした連邦憲法の条文は唯一、第八修正⁽⁸⁾—酒類の製造・販売・輸送を禁止したもの—だけであった。第八修正はその後、周知の如く、第二一修正により廃棄された。⁽⁹⁾州憲法の諸規定も、本来は州の活動を画定し限界づけるために作成されたものであるが、⁽¹⁰⁾残念ながら現在ではこの目的を離れた規定を多数取り込んでおり、⁽¹¹⁾このことからして、個人の自由及び単純多数決ルールという原理を侵害しているものといわなければならぬ。

第二章 state action に当るものは何か

二件の例外⁽¹²⁾はあるものの、連邦最高裁判所は、state action をめぐる事件についてはすべて、既に述べた基礎理論と一致するような形で、判決を下してきたものといえる。そして最高裁は state action という要件の一般的な有効性についてはこれを承認し続けてきている。にもかかわらず、近年まさに何が state action を構成するかについて相当数の訴訟が提起されている。換言すれば、表面上は私人ないし私的団体のものとみえる行為が、政府の行為と類似したもの

となり、その結果憲法上の制約を課すことが要求されることとなる、というのはいかなる場合であるか、が問われているのである。

この問題は、当該行為者が、現に政府の官吏であつて、公の権限に基づき行為しているか否か、ないしは、争われている行為が立法部の行為、行政府の処分等といった政府の公的行為であるか否か、を判断することにより、あるいは機械的に答えを得ることができるかもしれない。しかしそのような解釈をすれば、政府の官吏が自己の活動を私人の行為とみえるように装つたり、政府の責務を私人に移譲したりすることにより、憲法上の諸々の制約は容易に免れられるであろう。例えば、ある小さな町が自ら警察を設けるかわりに、パトロールし被疑者を逮捕し、被告人を法廷に送るといった法執行機能について、民間の探偵会社と委託契約を結んだとする。果してこの私人たる探偵会社の活動は第四修正及び第五修正（不合理な捜査・押収及び自己帰罪の禁止）の手続的制約に服するであろうか。state action という要件を機械的に解釈すれば、その答えは否定的なものとなる。しかし憲法はこの状況において適用されることが予定されており、また適用されるべきことは明らかである。そして実際にも裁判所は、憲法上の諸制約がそれほど容易に逸脱されてはならない、という立場をとつてきている。

最高裁はこの機械的なアプローチを拒否してはいる。しかし他方では、state action と私的行為とを区別するための理論ないし一連の原理を、明確かつ完全に満足できるものとするには、不幸にも失敗している。判例がこの問題にアプローチするに際しては三つの異なった概念のいずれかを用いてきている。その三つとは公的機能 (public function) という概念、相互利益行為 (a mutually beneficial enterprise) であるという認定、私的行為に対する州の促進行為 (state encouragement of private action) という考え方^④である。

公的機能概念が最初に用いられたのは、黒人を州の選挙の投票から排斥しようとすることが第一五修正に反するか否

か、が争われた一連の事件においてである。⁽¹³⁾ これらの事件で採られていた選挙方法は、その実際の運営を私人たる当事者の手に委ねるものであった。このような状況にもかかわらず最高裁は、第一五修正がこれら当事者にも適用される、と判示したが、その理由は、政府の活動が有している特性すべてを当該作用は帯びており、本来は州の果すべき機能であつて、そのような機能をこれらの事件の私人たる当事者は果たしていたのだ、という点にあつた。公的機能という概念を最も強く打ち出したのは Marsh v. Alabama ⁽¹⁴⁾ である。この事件ではパンフレット執筆者が「会社町」の道路でパンフレットを配布することを妨害されたことが第一修正に反するか否か、が争われた。この「会社町」とはすべての道路や歩道を含めて全体が会社の私有財産である町のことをいう。公的統治機関はここでは無関係である。にもかかわらず最高裁は再び、第一修正の適用あり、とした。その理由とするところは、私人たる会社といえども、道路・歩道その他の施設を設置管理することにより、伝統的に市や町の機能とされてきたものを営んでいる、ということであつた。Evans v. Newton ⁽¹⁵⁾ では最高裁は、私人たる受託者が市を元受託者とする公園を管理運営することは公的機能の行使といえるものであり、それ故第一四修正の平等保護条項の諸制約に服さなければならない旨判示した。

公的機能という考え方を拡張して、外観上私的当事者の行為とみえるものに憲法上の制約を課する可能性を簡潔に実現してみせたのが Amalgamated Food Employees Union v. Logan Valley Plaza ⁽¹⁶⁾ である。結論を先にいえば最高裁は、本件ショッピング・センターの所有者たる私人は第一修正により保護されている平和的なピクティングを規制できない、とした。というのも本件では最高裁は、私人たるショッピング・センターは Marsh v. Alabama ⁽¹⁷⁾ における「会社町」と同一の事件類型に当たるものと考えたからである。しかしこの判決は四年後、Lloyd Corp. v. Tanner ⁽¹⁸⁾ により崩された。Lloyd Corp. 事件では最高裁は、反戦デモを行う人々は私人たるショッピング・センターの中で抗議活動を行う権利を有していない、と判示した。⁽¹⁹⁾ そして、Logan Valley 判決を変更する旨を明示したものが Hudgens v.

説 NLRB⁽¹⁹⁾である。ここでは最高裁は、私人がショッピング・センターを管理運営することと、私人が公的機能を遂行する

ことは同一のものということはできない、と判示したのである。その後の判例の流れを決定づける判決となった Jackson v. Metropolitan Edison Co. で、最高裁は更に、⁽²⁰⁾公的機能に該当するか否かの判断基準を相当厳格にした。

本判決では、独占的な公益企業が電気の供給を打ち切ったことにつき、state action とは全く無関係であるという理由により、手続的デュー・プロセス違反の主張が斥けられたのだが、その際最高裁は、公的機能概念の適用があるのは唯一「伝統的に専ら州に留保されている権限を私人が行使している場合」についてのみである、と判決した。⁽²¹⁾その後の諸判決はこの用語を繰り返しており、特に「専ら州に留保されている」という要件を強調している。⁽²²⁾

state action を認定する第二の理由づけとしては、私人たる行為者の活動が政府当局の活動と表裏一体をなしており、その程度が双方の相互利益を生ずるに至っている、というものがある。この領域での主要な判決は Burton v. Wilmington Parking Authority⁽²³⁾である。本件の事案は、私人が州当局の所有・管理の下にある駐車場ビル内でレストランを経営していた、というものである。本判決では、両者の間の各種の契約の存在、その複雑な相互関係並びに一方の利益から他方の利益が生じているということに照らして、一方の行為を他方の者の行為として扱わざるを得ない、と認定された。こうして黒人の利用者に対する私人たるレストラン経営者の差別行為は state action を構成し第一四修正により禁止される、と判断されたのである。初期の事例ではあるが、Evans v. Newton⁽²⁴⁾にも、私人から公園の遺贈を受けた元受託者たる市当局が私人たる新たな受託者と共に当該公園の運営及び管理に関与した場合の、両者の結び付き及び相互利益は如何に、という問題があった。Evans 判決は「公的機能」の事件として一般に考えられているが、相互利益という理由づけも行っていた。しかし最近の判例は相互利益というアプローチを新しい事案に拡張することは消極的である。⁽²⁵⁾

最高裁が state action の存在を認定する方法として、更に第三のアプローチを用いた一連の事例がある。これは、私的行為に対する州の促進行為と呼ばれる方法である。これらの事件では、外観上私人の行為とみえるものが実は州によって命ぜられ、指導され、その他何らかの形で促されており、その程度が、私人たる当事者が憲法上の諸制約により制約されなければならない程にまで至っている、と判断されたのである。州が私人の行為を促すことができる方法は極めて多様であり、それ故またこのカテゴリーに当たる事件も極めて多様である。便宜上本稿では、促進行為を四つの類型に分けて考察する。つまり、立法、差別的政策の司法的執行、補助金、及び許認可である。

まず、立法⁽²⁶⁾がある一定の行為を行うよう私人たる行為者に対して命じもしくは禁止している場合には、当該私人の行為が state action に変化する、と最高裁が判示した事例が、過去に数例見られる。⁽²⁷⁾例えば、州法が第一四修正に反してレストランでの人種差別を要求している場合、最高裁は、私人たるレストラン所有者が黒人に給仕することを拒否した行為は state action に当たる、と判決したことがある。⁽²⁸⁾この立場をさらに一歩進めたのが *Reiman v. Mulkey* ⁽²⁹⁾ である。本件では州の憲法が住宅供給につき、すべての人種による平等なアクセスを命ずる法律を無効にし、将来の同種の法律を禁止するように修正された。その結果として当該修正は、従来禁止されていた、住宅売買の際の人種差別を許容するという効果を生んだ。これに対し最高裁は、当該州憲法修正条項が私的当事者による人種差別—州政府自身としては第一四修正により行ない得ないもの—を直接促進した、と認定した。それ故私人による人種差別行為は当該修正条項の「権威」の下になされたのであって、state action に該当するものとされたわけである。この判例には注釈者達により重大な疑義が提出されたもの⁽²⁹⁾の、その理由⁽³⁰⁾は最近 *Washington v. Seattle School District* ⁽³⁰⁾ という同様の事件で踏襲された。この事件の事案は人種統合を達成するための強制バス通学に関するものであった。しかし *Seattle School District* 判決の先例としての権威にはすべて、*Crawford v. Board of Education* ⁽³¹⁾ という同じ開廷期の判決により疑問が投げか

説 けられた。これらの事件の間にはいくつかの点で事案に差異がある旨を最高裁の数名の判事は述べており、またこれら

の事件で何が「促進行為」に該当するのかという問題は従来より不明瞭であったと思われるが、にもかかわらず *Reitman* 判決の立てた広範な原理—私人による人種差別を促進する立法は、その結果生じた私人の差別行為を *state action* とする、ということ—もまた、十分確立したものとしてみなすことができる。⁽³²⁾

「立法による促進行為」には他の側面があるのだが、この点を最高裁が考察した事件として *Flags Bros., Inc. v. Brooks* ⁽³³⁾ がある。この事件ではニューヨーク州法が倉庫業者に対して、未払いの保管料についての留置権を実施するために、保管されている商品を売り払う権原を与えていた。本件は、この法律により原告の商品を処分しようとした倉庫業者に対して、原告が損害賠償及び差止を求めて、市民権法に基づく訴訟を連邦裁判所に提起した、というものであった。そして本件においては、倉庫業者が採ろうとした手続は手続的デュー・プロセスに反するものであり、違法に商品の所有者たる原告の権利を侵害するものである、という議論が展開された。このデュー・プロセスという憲法上の要件の適用がある旨を立証するためには、その前提として倉庫業者の行為が *state action* であることが立証されなくてはならないわけである。この点につきまず、「紛争の解決」がすべからず公的機能である旨の主張を拒否し、続いて最高裁は、デュー・プロセス違反である旨主張されている行為を法律自体が促進しておりそれ故私人たる当事者の行為は州の行為となる、という議論も斥けた。最高裁は次のようにいう。「本法廷の判例によれば、州法が私人の行為を強制している場合には州は当該私人の行為につき責任を負っている、ということにはなる。しかしながら本法廷は、私人の行為を州が単に黙認しているというだけであっても当該私人の行為が州の行為に変わる、と判示したことは従来ない」と。⁽³⁴⁾

もちろん見方によっては、本件で問題とされた法律は、実際には、争われている行為に着手するよう倉庫業者にまさしく強制するものであった、ともいえよう。しかし最高裁はこのような視点を採らなかった。つまり原告の主張は、私

人の自力救済が州法上認められるということは州自身が何らかの措置を採ることを事実上拒否したということであり、そのような形で州の行為は存在しているのである、と主張したものと最高裁は解したのである。他方、私人の行為を州が強制した場合にのみ私人の行為は state action となるという最高裁の判旨は *Reisman v. Mulkey* 判決⁽³⁵⁾に反する、ということもできるように思われる。

最後に、もう一つの判決について、立法による促進行為との関係で触れておくべきであろう。その判決とは *Lugar v. Edmondson Oil Co.*⁽³⁶⁾であるが、ここで最高裁は、私人が州裁判所で仮差押手続を求めることが state action に該当するものと判示した。本件では当該仮差押手続がデュー・プロセス違反であると争われたのであるが、この手続は州の立法により定められたものであった。またこの仮差押手続は、裁判所の執行官 (sheriff)、書記官 (clerk) 及び私人の参加を要件としている点で、*Flagg Bros.* 事件⁽³⁷⁾とは区別されるものであった。この *Lugar* 事件の分析については第三章を参照されたい。

政府による促進行為の第二のタイプは、政府自らの手によっては遂行できない政策を裁判所が執行する、というものである。この考え方によれば、政府機関としての裁判所自身の行為が state action の源である、ということになる。この理由づけを用いた主たる事例が *Shelly v. Kraemer*⁽³⁸⁾である。この事件では、一部地域の不動産の売買契約に、不動産の処分を制約するための制限的約款が付されていた。そしてその約款のうちの一つは黒人への不動産の売買を禁止していたところ、ある黒人が当該地域の白人所有の家の売買につき合意し購入しようとした。ところが当該地域の他の家の所有者が、彼自身及びその他の当該地域の住民のために訴訟を提起し、当該売買の取消と当該約款の執行を求めた。本件においては、市、カウンティその他の公共団体や政府の規制といったものは無関係であった。にもかかわらず、最高裁は、州の裁判所が人種差別約款を執行すればそれは state action になり第一四修正に反することになる、と判示し

た。この判決に従ったのが *Barrows v. Jackson* であるが、この事件で原告らが請求したのは、人種差別約款の履行を求めたものではなく、人種差別約款違反を理由とする損害賠償であった。最高裁は本件においてもまた、損害賠償請求の認容判決という方法によって約款の効力を認める場合であっても *state action* となることに変わりはなく、第一四修正に反する、と判示した。

これらの事件で最高裁が採用したアプローチは強い批判を浴びてきている。⁽⁴⁰⁾ *state action* の認定のためのこの最高裁の手法はゆき過ぎのように見えるからであろう。というのも、この手法によれば、私人の権利関係を裁判所が執行することと *state action* とを同等視する結果、私的当事者が自己の権利を裁判所で実現することを必要と考えた場合には、常にすべての私的行為が *state action* に移し変えられることになるからである。例えば、*Shelly* 判決の論理に従えば、土地への単純な不法侵入を土地所有者が防止する権利は、当該所有者が裁判に訴えれば *state action* となってしまうのである。いく人かの学者達は *Shelly v. Kraemer* 判決の結論は良しとする法律論を展開しているが、⁽⁴¹⁾ 最高裁自身の判決における単純な理由づけは、極めて不適切であるように思われ、個人の自由及び単純多数決ルールという原理を明確に侵害するものであると思われる。その後 *Barrows* 判決以外にも、*Shelly* 判決の論理を採用しようと思えば可能であった事件がいくつもあったが、最高裁はそれらにおいても *Shelly* 判決の如き理由づけを用いなかったのである。⁽⁴²⁾ *Shelly* 判決は他方、広い意味で比較的最近の判例の精神とも矛盾していると思われる。⁽⁴³⁾ しかしながら *Shelly* 判決は変更されそうにはない。なぜなら、州及び連邦レベルでの市民権立法が今や多くのコンテキストでの私人による人種差別を禁止するに至っており、それ故この領域での *state action* の問題はもはや重要性を失っているからである。かくして *Shelly* 判決は、*state action* という見通しのきかない憲法の領域の中の主要な特異事例とでもいふべきもののみま取り残されているのである。

第二に、私人に対する政府の補助金と state action との関係をめぐり、最高裁はいくつか判決を下している。これらの事件での論点は、補助金から生ずる促進効果によって、補助金の受領者たる私人の諸活動が state action となるか否か、である。Norwood v. Harrison⁽⁴⁴⁾で最高裁は、州は人種差別を行なっている私立学校に通う生徒に教科書を支給してはならない、と判示した。反対に、かつて Board of Education v. Allen⁽⁴⁵⁾では最高裁は、州は宗教教育が行なわれている教区学校の生徒に教科書を支給することができる、としたこともある。この二つの事件の結論が分かれた理由は、第一修正の信教の自由条項が教区学校を保護しているものであるのに対して、人種差別を保護するような憲法の規定はない、ということにあった。いずれの事件でも、補助金という援助行為があることにより私立学校の行為が state action となるか否かについては、最高裁は判断していない。これらの関連判例のひとつで最高裁は、市は人種差別を受けている集団に対して公共施設を独占的に使用する許可を与えることは許されないが、しかし当該施設がすべての集団に公平に利用できるものとすれば、そのような集団も該施設を使用できる、と判示したことがある。

以下で詳論する二件の最近の事件は「補助金による促進行為」という問題の解答を示唆してくれる。その二件とは、州が私立学校に対しその生徒の授業料を支払うだけでは、学校の行為が state action となるには不十分である、と判示した Rendell-Baker v. Kohn⁽⁴⁷⁾及び、療養施設の医療患者に対する州の扶助（医療扶助）があり、また当該扶助が療養施設の収入の主要な部分を占めているとしても、それによって当該療養施設及びその医者の行為が州の行為となるわけではない旨判示した Blum v. Yaretsky⁽⁴⁸⁾である。最高裁の判示するところによれば、「学校が公の財源から金員を受領するものであるからといってそれにより（争われている）諸々の決定が state action となるわけではない」というのである。

州が私人の行為を促進するタイプとして、最後に許認可ないしそれと類似の州による規制を検討する。ここでは、許

説 認可等を受けた私人の行為が state action となることもあり得る、といわれている。最高裁がこの種の主張を検討した判例としては主要なものが二件あるが、いずれにおいても state action の存在は認定されなかった。まず Jackson v. Metropolitan Edison Co.⁽⁴⁹⁾ では公益企業（電力会社）が州法により強い規制を受けており、加えて地域独占権を享受していた。本件での原告の主張内容は、当該会社は、原告の手続的デュー・プロセス上の権利を侵害するような方法で、原告への電気の供給を打ち切った、というものであった。しかしながら、供給関係を会社側が終了させることについては州法上の規制は及んでいなかった。これに対して最高裁は、争われている行為とは無関係な事項について単に許可その他の規制があるからといって、それだけでは私企業の活動を state action と認定するには不十分である、とした。同様に、Moose Lodge v. Iris⁽⁵⁰⁾でも、私人たるクラブが黒人に対して差別行為を行なったことにつき、最高裁

は、州が当該クラブへ酒類免許を付与した事実が存在するからといって、当該クラブの行為が州の行為とされるものではない、と判示した。つまり、酒類免許に付されている諸条件が「何らかの形で人種差別を育んだり促進したりしたものと⁽⁵¹⁾いえない」というわけである。

第三章 最近の判例と将来の展望

何が state action に該当するか、という問題について従来最高裁が用いてきたアプローチを以上簡単に考察したのであるが、最後に、極く最近の諸判決の教えるところ及びそれらが将来につき示唆するものについて、若干綿密に考察する、という問題が残されている。ここでは一九八二年に最高裁が下した三件の state action についての判決⁽⁵²⁾を検討する。その際、既に第二章で概説した伝統的なカテゴリーに対してそれら判決が与えたインパクト、という視点から考

察してゆく。

公的機能理論は Rendell-Baker 事件及び Yaretsky 事件で主張されたのであるが、これら二件の判決いずれにおいても、七対二でその存在は認められなかった。それぞれの法廷意見は、問題となった一定の機能が伝統的に専ら州に留保された権限であったことを立証する必要性を強調した。Rendell-Baker 事件で争点となった機能である教育は、もちろん伝統的に専ら州に留保された権限事項ではなかったし、また Yaretsky 事件で問題とされた医療扶助や療養施設もまたそのような権限事項ではなかったのである。このようにして最高裁は公的機能理論について自ら採用し続けてきた、限定的な解釈方法を再確認したのであり、この理論が近い将来、警察、消防、上下水道、課税、道路、公益施設、電気事業といったもの以外の機能に適用される蓋然性はないように思われる。

相互利益の理論の Rendell-Baker 事件及び Yaretsky 事件で提起され、これまた七対二でその存在が否定された。Rendell-Baker 事件では、州は学校を広範に規制しており、(授業料という形での)学校の収入のすべてが州から支払われており、さらに州は当該学校の子供を含めて全ての子供の無償教育を強制していた。つまり、明らかに、学校の運営につき当該学校と州とは相互利益の関係に立っていたのであり、学校と州との間には相当強度の結びつき及び密接な関係が存在していたものといえる。にもかかわらず最高裁は、教師を解雇するという行為が州の責に帰せられるのは公平とはいえない、と結論づけた。この理論の下でいかなる程度の相互利益ないし共生の関係が要求されるのかは、未解決のままである。この理論の源である Burton v. Wilmington Parking Authority⁽⁶³⁾もこの点を明確にはおろさず、個々の事案毎に検討する必要性がある旨を強調していた。Yaretsky 判決もまた、私人の行為を state action と認定できるように必要とされるだけの関係が存在するものとは認めなかった。この事件では、州は療養施設の患者の九〇パーセントにつき医療費を支出しており、当該施設に許可を付与し、監察を行ない、施設の運営を強く規制していたのであ

説
論
るが、にもかかわらず、それだけでは state action と認定するには不十分であるとされたわけである。つまり、以上のように州の関与が広範に認められるにもかかわらず、最高裁は、ある種の患者を移すという決定（これがデュー・プロセス違反として争われた）は、あくまでも私人たる医者及び療養施設の管理者によりなされた医療上の行為であつて、州の命じたところではない、と判断したのである。先例たる *Burn* 判決ないし相互利益理論のこれら二件の事件への適用関係からすると、我々は、この理論はもはやほとんど死滅したものである、と結論を下しても過言ではあるまい。

私人の行為が政府の促進行為を理由に state action になりうる、という考え方はなお命脈を強く保つてはいるものの、しかし、その射程が限定されてきていることもまた確かである。数年前、既に *Jackson* 判決及び *Moose Lodge* 判決は、州による許認可の付与だけで当該許認可の相手方の行為を州の行為とするには十分である、という考え方を斥けたわけであるが、最近の判決もまたこの点を再確認している。即ち、*Rendell-Baker* 事件及び *Yaretsky* 事件においては、許認可の付与に基づき state action が認められるという主張、及び政府の補助金を手がりとして私人の行為である諸活動が州の行為となるという主張がなされたのであるが、いずれも最高裁の容れるところとはならなかったのである。これら二件の事件いずれにおいても、補助金と許認可の両者が付与されていたという事実及びそれにもかかわらず state action と認定されなかったという事実からすると、以上のような視角を用いて state action を認定しようとする手法はもはや有効性を失い、もしくは命脈を断たれつつある、ということが示唆されよう。

state action とされる政府の促進行為の一つのタイプとして、*Shelly v. Kraemer* ⁽⁵⁶⁾ は司法的執行の理論を用いたのであるが、この理由づけは、その後の判例により踏襲されることもなかったが、変更されることもなかった。表面的にだけ見れば、*Lugar* 事件の判決は *Shelly* 判決の理由づけを支持するかのように見えるかもしれない。*Lugar* 事件で最高裁は、法律により定められた裁判所手続——これを当事者は違憲と主張していたのだが——を援用した私人の行為が

state action である、と認定した。つまり、州の促進行為を手がかりとすることにより、私人たる当事者の行為は州の行為とされたのである。しかしながら、Shelly 判決とのこの類似性は単に副次的なものにすぎない。Lugar 事件では侵害された主張された憲法上の権利は手続的デュー・プロセスについてのそれであった。最高裁が解釈したように、争われたのは、法律により定められ、裁判所の書記官、執行官、究極的には州裁判所自身により執行される仮差押手続についてであったのである。それゆえ、この事件類型は本稿のカテゴリーでは「立法による促進行為」に入れた方がより適切である。そして、実際にも、Lugar 事件ではホワイト判事の法廷意見は、Shelly 判決の理論にいかなる形であれ依拠することを拒否する旨明らかにしている。⁽⁸⁸⁾

以上のことから最後に、state action の根拠としての「立法による促進行為」を考察しなくてはならない。Crawford v. Board of Education 判決の文言は、Reisman v. Mulky 判決⁽⁶⁰⁾がなお依拠しうる法であることを示唆しており、また Flaggs Bros. 判決は再度確認されているが、他方 Lugar 判決は立法による促進行為に対する最高裁のアプローチが変化しつつあることを示しているといえる。Lugar 判決の多数意見（ホワイト、ブラックマン、ステイブンス、ブレナン及びマッシュナル判事より成る）は、いかなる場合に私人の行為を原因として state action が生ずるかという問題について、いわば「二段階」アプローチとでもいうべきものを提示している。このアプローチによれば、憲法上の権利の侵害があるとの認定のための第一段階は、当該侵害が州によって創設された権利の行使の結果生じたかあるいは州によって課された行為規範に従うことにより生じた、ということの確定作業である。⁽⁶³⁾ Lugar 事件自体でいえば、法律が仮差押手続を規定していたということがこれに当たる。第二の要件は、ホワイト判事によれば、当該権利侵害の責を負う個人が州の官吏であるか、州の官吏とともに行動したか、あるいは「その他責を負うべき」(otherwise chargeable)ものでなくてはならない、ということである。Lugar 事件ではエドモンソン石油会社は裁判所の書記官及び執行官と

説もに行動していたのである。

論

この新しいアプローチは、state action という領域で最高裁が従来用いてきた理論が実は不満足なものでしかなかったということを反映している。しかしながらこの新しいアプローチは、先例に照らして支持しうるものというところはきかない。むしろ「坐り込み事件」(Sit-in Cases)⁽⁶⁵⁾及び *Reitman v. Mulkey*⁽⁶⁴⁾とも矛盾するようにみえるし、また *Flag Bros.* 判決⁽⁶⁶⁾の文言とも矛盾するように思われる。というのは *Flag Bros.* 判決は、州が私人の行為を強制した場合にのみ state action と認定することを認めたからである。state action という領域では、有効な理論を編み出そうとした従来の試みは予測可能性を与えることができなかったわけであるが、ホワイト判事が示した新しいアプローチは、この領域での新たなスタートを約束しているという点で、アピールする部分もある。しかし、だからといって明快な解答を引き出せる理論が考案されるであろうと考えることには理由がないのである。実際、問題が解決される蓋然性より新しい問題が提起される蓋然性の方が高いように思われる。⁽⁶⁶⁾

要するに、何が state action に該当するか、という問題に対して現在の最高裁は限定的に答えるようになってきている、といつてよいであろう。公的機能理論は伝統的に専ら州により留保されてきた機能に限定されている。相互利益理論の有効性は失われている。政府による促進行為の理論が適用される局面も限定されており、本質的には、私人たる当事者が法律・行政規則・コモンロー上のルールといったものにより、ある一定の方法で行為することを強制されている場合に限られている。あるいはホワイト判事のアプローチに従えば、法的なルールにより促進された私人の行為が、さらに州の官吏の協力を受けて行なわれた場合でなければ、state action とは認定されないのである。

私人の行為が state action とされうる状況を制限するということは、最近の最高裁の、合衆国憲法体制において自らが果たすべき適切な役割に忠実であろうとする努力のあらわれとみることができるとは、最高裁裁判官の多数は、state

action という概念の拡張を通して正義についての自己の考えを押しつけたという大いなる誘惑に負けなかったという意味で称賛されてしかるべきである。政府を相手方とする憲法の諸制約を私人にまで拡張することを拒否することが、合衆国の統治機構の二つの主要原理、つまり個人の自由と単純多数決ルールを維持する所以なのである。最高裁は、私人の行為を制約する諸ルールを適正に定めることにつき多数決手続に敬讓してきたのであり、またそれに対し連邦議会や州議会も自己の責任を怠ることはなかったのである。同時に最高裁は、政府自らは為し得ないことを私人を通して行なうことにより憲法上の制約を巧妙に逸脱することがないよう、効果的な方策を講じてもいるのである。

〔注〕

- (1) 109 U. S. 3 (1983).
- (2) See, J. NOWAK, R. ROTUNDA & J. YOUNG, CONSTITUTIONAL LAW 499 (2nd ed. 1983).
- (3) J. LOCKE, TWO TREATISES OF CIVIL GOVERNMENT: BOOK II (1690), in C. MORRIS, THE GREAT LEGAL PHILOSOPHERS 137 (1969).
- (4) 道路の制限速度を時速四〇マイルと定める法律が制定されたとする。多数決のルールによれば、選挙人及びその代表者の過半数が他の選択肢を望めば、この法律は改正できる。しかし、立法制定につき投票の六〇%とか七〇%あるいは全員一致が要求されているならば、少数派は強力な全体の反対を押しきって、この法律をそのままにしておくことができるのである。かくして、特別多数決が法律の制定等で必要とされることとなると、民意を代表するものとはいえないエリートによる統治という病理現象が発生することとなる。
- (5) この、理論に関する議論において、「憲法」(constitution) ということとはは連邦及び州の憲法典により定められた統治構造全体を含むものとする。
- (6) 制限政府 (limited government) という原理はまた、司法審査 (judicial review) の原理も含んでいるともいえる。この点については本稿では扱わない。

- (7) See, *Jones v. Alfred H. Meyer*, 392 U. S. 409 (1968). 前述で示された分析の結果として、*Jones* 事件の最高裁判決は誤ったものである、といえよう。「奴隷制」(slavery)とは人間を所有することを法律が(それゆえ政府が)承認することである、という議論も成りたさうだが、本稿ではこの問題は扱わない。
- (8) U. S. Const., Amend. XVIII.
- (9) U. S. Const., Amend. XXI.
- (10) B. POORE, *FEDERAL AND STATE CONSTITUTION (1878)* に収められている初期の諸憲法参照。
- (11) 例えばオクラホマ州憲法は灯油の発火点が華氏一五〇度でなければならない旨規定していた。Okla. Const. art. 22, sec. 2. いかにして通常の立法が州憲法において憲法と同等の地位を付与されるに至るか、についての興味深い説明については、See, W. HURST, *THE GROWTH OF AMERICAN LAW* 237-46 (1950).
- (12) *Jones v. Alfred H. Meyer*, supra note 7, and *Shelly v. Kraemer*, 334 U. S. 1 (1948), discussed infra.
- (13) *Terry v. Adams*, 345 U. S. 461 (1953); *Smith v. Albright*, 321 U. S. 649 (1944); *Nixon v. Condor*, 286 U. S. 73 (1927).
- (14) 326 U. S. 496 (1946).
- (15) 382 U. S. 296 (1966).
- (16) 391 U. S. 308 (1968).
- (17) 326 U. S. 496 (1946).
- (18) 407 U. S. 551 (1972).
- (19) 424 U. S. 507 (1976).
- (20) 419 U. S. 345 (1974).
- (21) Id. at 353.
- (22) *Flagg Bros. v. Brooks*, 436 U. S. 149 (1978); *Blum v. Yaretsky*, 457 U. S. 991 (1982). いく最近の判例をめぐって議論については後述するところを参照。
- (23) 365 U. S. 715 (1961).

- (24) Supra note 15.
- (25) Blum v. Yaretsky, 457 U. S. 991 (1982); Rendell-Baker v. Kohn, 457 U. S. 830 (1982).
- (26) ここでの議論において「立法」とは、州憲法の修正及び地方公共団体、州、連邦レベルでの通常の立法の両者を指す。
- (27) Peterson v. City of Greenville, 373 U. S. 244 (1963); See also Robinson v. Florida, 378 U. S. 153 (1964). 注意すべきは、本稿の目的との関係では、これらの事件の主たる争点は、人種差別立法が第一四修正に違反するか否か、ということではなくて、第一四修正が私人による差別行為にも適用されるか否か、ということである。この争点は、私有地への不法侵入を理由とする黒人の訴追事件において提起された。争い方として、もし黒人がレストラン所有者を相手方として白人と同じサービスを黒人に対しても行なうことを命ずる injunction 差止命令を求めて出訴したものであったとすると、最高裁が state action と認定したかどうかは疑わしい。
- (28) 387 U. S. 369 (1967).
- (29) See, Black, "State Action", *Equal Protection, and California's Proposition 14*, 81 HARV. L. REV. 69 (1967); Horowitz and Karst, *The California Supreme Court and State Action*, 21 U. C. L. A. L. REV. 1421 (1974); Note, *State Action: Theories for Applying Constitutional Restrictions to Private Activity*, 74 COLUM. L. REV. 656 (1974).
- (30) 458 U. S. 457 (1982).
- (31) 458 U. S. 527 (1982).
- (32) Crawford 事件及び Seattle School District 事件では実は state action 自体はあまり重要な争点ではなかった。なぜならこれらの事件で争われた行為は州の組織自体つまり裁判所及び教育委員会の行為だったからである。
- (33) 436 U. S. 149 (1978).
- (34) 436 U. S. at 164.
- (35) Supra note 28.
- (36) 457 U. S. 922 (1982).
- (37) Supra note 33.
- (38) 334 U. S. 1 (1948).

- (39) 346 U. S. 249 (1953).
- (40) Van Alstyne, *Mr. Justice Black, Constitutional Review, and the Talisman of State Action*, 1965 DUKE L. J. 219; Henkin, *Shelly v. Kraemer: Notes for a Revised Opinion*, 110 U. PA. L. REV. 473 (1962); Pollak, *Racial Discrimination and Judicial Integrity*, 108 U. PA. L. REV. 1 (1959); Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 HARV. L. REV. 1 (1959); Comment, *The Impact of Shelly v. Kraemer on Ming, Racial Restriction and the fourteenth Amendment: The Restrictive Covenant Cases*, 16 U. CHI. L. REV. 203 (1949).
- (41) 前掲注(40)の文献参照。
- (42) See, e. g. Peterson v. City of Greenville, 373 U. S. 435 (1970). 後掲注(58)引用の Lugar v. Edmondson Oil Co. 事件における最高裁判決の文言も参照。
- (43) 後述第三章の議論参照。Shelly 判決については、その結果及び判決が下された時期ゆえに、現在の最高裁も、神聖なものとして手を触れずにおきたい、と考えるも無理はない、という現実もまた認識すべきである。
- (44) 413 U. S. 455 (1973).
- (45) 392 U. S. 236 (1968).
- (46) Gilmore v. City of Montgomery, 417 U. S. 556 (1974).
- (47) 457 U. S. 830 (1982).
- (48) 457 U. S. 991 (1982).
- (49) 419 U. S. 345 (1974).
- (50) 407 U. S. 163 (1974).
- (51) 407 U. S. at 176. See also CBS v. Democratic National Committee, 412 U. S. 94 (1973); 初期においてこれと対立する見解を表明するものとして Public Utilities Commission v. Pollak, 343 U. S. 451 (1952).
- (52) Rendell-Baker v. Kohn, 457 U. S. 830 (1982); Lugar v. Edmondson Oil Co., 457 U. S. 922 (1982); Washington v. Seattle School District, 458 U. S. 457 (1982) 事件及び Crawford v. Board of Education, 458 U. S. 527 (1982) 事件は state action が大きな争点となったものではない。なぜなら、当該行為者のすべてが政府の組織であったからである。

- (53) 365 U. S. 715 (1961).
- (54) Jackson v. Metropolitan Edison Co., 419 U. S. 345 (1974).
- (55) Moose Lodge v. Irvis, 407 U. S. 163 (1972).
- (56) 334 U. S. 1 (1948).
- (57) Supra note 52.
- (58) 「権利侵害の責を負うべき当事者は、州の行為者であるというにふさわしいものでなくてはならない。そのためには、彼が州の官吏であること、彼が州の官吏とともに行動したり相当程度の援助を得ていたこと、あるいは彼の行為がその他州に責を負わせるべきものであることが必要である。このような制約がなければ、私的当事者は、彼らをとりにまく社会との相互関係を支配してこの州のルールに依拠しようとするは常に憲法訴訟 (Constitutional litigation) に直面することになってしまおうであろう。」
Lugar v. Edmondson Oil Co., 457 U. S. 922, 937 (1982) 事件におけるホワイイト判事の法廷意見。
- (59) 458 U. S. 527 (1982).
- (60) 387 U. S. 369 (1967).
- (61) Flagg Bros. v. Brooks, 436 U. S. 149 (1978).
- (62) 本文中で議論した Lugar 事件参照。
- (63) かつて最高裁は、行為規範は立法によって創設されることもあろうし、州憲法の修正、行政規則、あるいは裁判所によって創り出されたコモンロー上の規則により創設されることもあろう、と述べたことがある。Flagg Bros., supra note 61.
- (64) Supra note 60, 前述第二章における議論参照。
- (65) Supra note 61.
- (66) 実際問題としてはホワイイト判事の見解が支配的となるであろう蓋然性はないように思われる。state action をめぐる諸問題について、最高裁には三つのブロックがあるといえよう。ブレナン及びマーンシャルは通常、先例を無視してでも state action を認定しようとする。レーンキスト、バーガー、パウエル及びオコナーは私人の行為が state action になる前提として法規範が当該私人の行為を強制していなくてはならない、という理論に好意的である。ホワイイトとステイブンスは新しいアプローチを支持しているが、ブラックマンの態度は一貫していない。従って最高裁がある事件で state action の存在を認定するような場合に

はホワイイトとブレナン一派が多数意見となる蓋然性が高い。最高裁が *state action* の存在を認定しない場合は、レーンキスト一派が勝利を収めた結果ということになろう。その結果、矛盾した理由づけとおそらくは矛盾した判決結果が出される、ということになる。それぞれの裁判官相互の立場の違いが多かれ少なかれ多数意見及び反対意見の中で明瞭に現われているのが、*Flagg Bros. v. Brooks*, 436 U. S. 149 (1978) であらう。

〔訳注〕

① このテーマについては芦部信喜教授が多くの成果を出されている。例えば、参照 芦部信喜「人権保障規定の私人間における効力」『私人間における基本的人権の保障』(『現代人権論』有斐閣 一九七四)「私人間における人権の保障」(『芦部信喜編』憲法Ⅱ 人権(1) 有斐閣 一九七八)「私人間における人権の効力」『私的団体に対する人権規定の効力』(『憲法訴訟の現代的展開』有斐閣 一九八一)。その他詳しい論稿としては鶴飼信成「人権保障の私人間における効力—平等権をめぐって—」(『司法審査と人権の法理』有斐閣 一九八四)がある。さらに、若干古いが、ゲルホン(早川武夫・山田幸男訳)『基本的人権』(有斐閣 一九五九)二一八頁以下、あるいはエマソン(木下毅訳)『現代アメリカ憲法』(東大出版会 一九七八)二五二頁以下においても、触れられている。なお、短いながら、田中英夫「英米法のことば(3) *State Action*—州の行為—」(『法学教室』No.21 九八四年三月号)八六—七頁がある。

② 詳しくは「英米判例百選Ⅰ」(『ジュリスト』有斐閣 一九七八)58事件の藤倉皓一郎教授の解説参照。

③ 例えば鶴飼 前掲注① 二〇七頁は、次のように述べる。

(*Civil Rights Cases* において)裁判所の意見として、ブラッドレー判事は次のようにいった。「禁止されているのは、一定の国家行為であって、私人が他の私人の権利を侵害する行為は修正(二四条)の対象ではない。」これに対してハーラン判事は、その激しい反対意見の中で、こういう意見を述べた。「仮に右の憲法修正条項の定めている、個人の権利を侵害する差別的行為が国家行為であることは必要であると解されるにしても、問題の一八七五年市民権法は違憲ではない。何故なら、鉄道や旅館や公開の娯楽施設は、『国家の代理人あるいは機関』(agents or instrumentalities of the State)で、これらのものは公共に対する義務を負い、その義務および機能に関して、政府の規制に服しなければならないからである。」

ハーラン判事のこの理論は、第一に、憲法の基本権条項のうち少なくとも平等権条項は直接に私人を拘束するという解釈で

あり、第二に、かりに直接に適用されないとした場合でも、旅館や交通機関のような公共的事業は、国家の機関として活動しているから、それは国家の行為である、とするわけで、後のいわゆる国家行為説の最初の形態である。

なお芦部信喜『一九六七—』アメリカ法『Evans v. Newton, 382 U. S. 296 (1966)』の解説 一三三頁参照。

④ わが国では state action の類型化として、(a) 国有財産の理論、(b) 国家援助の理論、(c) 特権付与の理論、(d) 司法的執行の理論、(e) 統治機能の理論、とするのが通例のようである。参照 芦部編『憲法Ⅱ』一〇〇頁以下、及び中村睦男「私人相互関係と人権」(清宮||佐藤||阿部||杉原編『憲法演習1 (新版)』有斐閣 一九八〇) 一五八頁以下。なお樋口陽一「社会的権力と人権」(『基本法学6—権力』岩波書店 一九八三) 三六二頁以下参照。

⑤ なお、政党がその規約で黒人を予備選挙から排除することが state action に該当するか、については、田中英夫『英米法総論』(東大出版会 一九八〇) 三二八頁に略述されている。

⑥ 詳しくは「英米判例百選(旧版)」(『ジュリスト』有斐閣 一九六四) 51事件の芦部信喜教授の解説参照。その他本件については、芦部『現代人権論』三一頁以下、芦部編『憲法Ⅱ』一〇四頁、鶴飼 前掲注① 二〇九頁以下、ゲルホン 前掲注① 二四〇頁以下、エマソン 前掲注① 一四八頁以下で略述されている。

⑦ 詳しくは芦部信喜『一九六七—』アメリカ法』一三〇頁の本件解説参照。その他本件については、芦部『現代人権論』八三頁以下、同『憲法訴訟の現代的展開』三九二頁以下、芦部編『憲法Ⅱ』一〇五頁、鶴飼 前掲注① 二〇九頁以下で略述されている。

⑧ この公園は上院議員 Baugh 氏の遺言により、白人だけが使用できる公園として市に遺贈されたものであった。ところが市側は公共施設での人種差別は許されないという立場から黒人にも利用を認め始めたため、公園の管理機関が新たに私人たる受託者を任命し、市側も結局譲歩し、自ら受託者たる地位を退いた。詳しくは前掲注⑦『アメリカ法』の解説参照。

⑨ 本件については芦部編『憲法Ⅱ』一〇五頁、芦部『憲法訴訟の現代的展開』三七〇頁以下、エマソン 前掲注① 一四九頁で略述されている。

⑩ 本件については芦部編『憲法Ⅱ』一〇五頁、芦部『憲法訴訟の現代的展開』三九七頁以下、エマソン 前掲注① 一四九頁で略述されている。

⑪ ここまでの一連の判例の流れについてはなお、エマソン(木下毅訳)「合衆国憲法判例の最近の動向(第五回)」(『ジュリス

- ト』六〇六号 一九七六〇一〇九頁以下、「同(第二〇回)」「ジュリスト」六二二号 一九七六〇一五〇一—五一一頁参照。
- ⑫ 詳しくは畑博行『一九七六—二〇アメリカ法』二五五頁の本件解説参照。その他本件については、芦部編『憲法Ⅱ』一〇二頁、芦部『憲法訴訟の現代的展開』三八六頁以下及び四〇八頁以下で略述されている。
- ⑬ 本件については、芦部編『憲法Ⅱ』一〇〇頁以下、芦部『現代人権論』二五頁以下で略述されている。
- ⑭ 詳しくは田中英夫『一九六八—二〇アメリカ法』二九八頁の本件解説参照。その他本件については鶴飼 前掲注① 二二三頁で略述されている。
- ⑮ 本件及び Crawford v. Board of Education につづいては横田耕一「Affirmative Action 計画の制限」(『ジュリスト』八二五号—九八四)八七頁以下参照。
- ⑯ 詳しくは木下智史「合衆国法典四二編一九八三条に基づく訴訟とステート・アクション論——Jugar v. Edmondson Oil Co., 102 S. Ct. 2744 (1982)」(『判例タイムズ』五〇八号 一九八三)二五頁参照。
- ⑰ 詳しくは「英米判例百選(旧版)」(『ジュリスト』有斐閣 一九六四)50事件の芦部信喜教授の解説参照。その他本件については田中 前掲注① 八六頁、芦部編『憲法Ⅱ』一〇三頁以下、芦部『現代人権論』四〇頁以下、鶴飼 前掲注① 二二一頁以下、エマソン 前掲注① 二六二頁以下、ゲルホン 前掲注① 二三四頁以下、エマソン(木下毅訳)「合衆国憲法判例の最近の動向(第一四回)」(『ジュリスト』六一六号 一九七六)一三六頁、橋本公亘『基本的人権』(有斐閣 一九七五)一二五頁以下など多数の紹介がある。
- ⑱ 制限的約款 (restrictive covenant) とは、「ある一定の地域の不動産所有者が集まって、その地域の土地の利用について(一戸建の家しか建てない、一戸の最低面積は……以上とする等々の)協定をしたもの。登記・登録すれば物権的効力をもつ」(田中英夫『英米法総論』(東大出版会 一九八〇)三三三頁 注(56))ものである。
- ⑲ 本件については、ゲルホン 前掲注① 二四二頁 注(18)で略述されている。
- ⑳ 本件については、芦部編『憲法Ⅱ』一〇一頁で略述されている。
- ㉑ 詳しくは「英米判例百選Ⅰ」(『ジュリスト』有斐閣 一九七八)59事件の酒井吉栄教授の解説参照。その他芦部編『憲法Ⅱ』一〇二頁、芦部『憲法訴訟の現代的展開』三七三頁以下及び四〇七頁以下、エマソン 前掲注① 三二八頁も参照。
- ㉒ 参照 前掲注⑬。

⑳ 参照 前掲注⑯。

㉑ 参照 前掲注⑭。

㉒ 鵜飼 前掲注① 二二二頁及び注(57)参照。この注(57)で掲げられている例に依れば、例えば黒人など自己の好まない人種の者がコーヒー・ショップに入って坐り込みを行ったので、警察を呼んで排除した場合、これは私的行為としての差別か、あるいは state action と認定される行為による差別か、という問題である。これに関する代表的な判例のひとつに *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U. S. 715 (1961) があげられる。

付記 ハーゲット教授は、フルブライト・プログラムによる外国人教師として、一九八三年一〇月より一九八四年六月まで、北海道大学法学部において教育に従事された。本稿は、ハーゲット教授が、私と共同で行った「日米憲法判例の比較法的検討」と題する演習のテーマの一つである「憲法の私人間における効力」のために用意した原稿を大幅に加筆して、論文として作成したものである。

(中村陸男)

Developments in American Constitutional Law: State Action

James E. HERGET*

- I. Basic Theory
- II. What Amounts to State Action
- III. Recent Cases and Future Prospects

* * * *

It is said that, according to the theory of American Constitutional law, the requirement of state action is prerequisite to the invocation of constitutional guarantees. In this Article, the author clarifies the theoretical basis of state action, examines the framework of the United States Supreme Court's holdings on the requirement, and suggests future prospects of state action theory.

In Part I, the author outlines three basic principles of the American Constitution, namely, individual freedom, majority rule, and limited government, and points out that these principles can be harmoniously integrated only when constitutional provisions are applied to the governmental activities.

In Part II, the author classifies the Court's cases on the state action requirement into three categories, namely, the public function concept, a mutually beneficial enterprise, and state encouragement of private activities which is subclassified into four types: legislation, court enforcement of disfavored policies, subsidy, and licensing. The author examines cases in each category, and points out that some approaches have been narrowed and others are all but dead.

In Part III, the author considers cases decided in 1982 and their impact on the categories above, and concludes that the Court's decisions can be said to reaffirm its former approaches

* Professor of Law, University of Houston Law Center

except for “the encouragement by legislation”. In regard to limiting the circumstances in which private action can be converted to state action, the Court has remained true to its proper role in the American constitutional system.