

資 料

とりもどせ 憲法の精神を (2・完)

——アメリカ社会の権利状況——

エリク・ナイサー著

外国憲法研究会訳

(代表 浦田賢治)

訳者はしがき

「エリク・ナイサー著、とりもどせ 憲法の精神を——アメリカ社会の権利状況」の原題は、Eric Neisser, *Recapturing the Spirit—Essays on the Bill of Rights at 200* (Wisconsin: Madison House, 1991) である。本誌に掲載する翻訳はこの書物の一部であって、つぎの各論文を全訳したものである。

- ① *Embodying the Spirit—Justice William Brennan*
- ② *Can We Risk a Constitutional Convention ?*
- ③ *Mother England's Not-So-Free Press*
- ④ *How Can You Petition When the Doors Are Closed ?*
- ⑤ *Legal Roadblocks to Traffic Roadblocks*
- ⑥ *What Ever Happened to Probable Cause ?*
- ⑦ *Mount Laurel : Government Action for Affordable Homes*
- ⑧ *Advocates' Zeal Is Threatened by Court Contempt Power*
- ⑨ *Law v. Justice : A Twisted Case*
- ⑩ *Why Can't Love and Justice Coexist ?*

本誌前号では、このうち①から④までの論文の全訳を掲載した。本号では、⑤から⑩までの論文を掲載する。なお、前号で *Going Too Far : Police Strip Searches* も全訳掲載すると予告したが、これは誤記であった。記して謝意を表したい。

この書物の 8 割以上にあたる部分は、すでに邦訳され、単行本として出版されている。エリク・ナイサー著、浦田賢治＝菅野昭夫＝諸根貞夫共訳、とりもどせ 憲法の精神を——アメリカ社会の権利状況（日本評論社、1993年）が、それである。この書物の著者紹介や書評にあたるものは、簡単ではあるが、上記単行本の「訳者あとがき」に記してある。したがって、ここでは繰り返さない。どうぞ、上記単行本の御参照をお願いしたい。この書物についての本格的な検討と、それにもとづく書評は、別の機会にゆずらざるをえない。

「外国憲法研究会（代表・浦田賢治）」は、ここに掲載する翻訳の主体を明らかにするために、つくられたものである。菅野昭夫（弁護士）、諸根貞夫（愛媛大学助教授）、小竹聡（愛知教育大学助手）、別府智子（朝日新聞記者）の皆さんに、私を加えた 5 名で構成されている。ただし、翻訳の責任を明らかにするため、各論文の末尾に、翻訳担当者の氏名を明記してある。翻訳担当者の方々が、私の依頼に快くこたえ、集中的に仕事をしてくださったことにたいして、私はこの機会をかりて、心から感謝の意を表したい。この「外国憲法研究会」が、今後新たなメンバーを加えつつ、新しい成果を発表してゆくことができるならば、私にとって望外の幸せである。

（浦田 賢治）

交通検問は合法的検問に限られるべきだ

空港の金属探知機の次に、広く周知された法執行のひとつで普通の市民が最もよく出くわすのは、交通検問である。その目的が、飲酒運転者の摘発であることはよく知られている。しかし最近では、麻薬撲滅戦争の一環として、警察当局は薬物使用者とその売人を逮捕するために交通検問を利用するようになっている。交通検問一般、そして飲酒運転取締りという本来の目的を超えた交通検問は、市民的自由に対し深刻な問題を突き付ける。私はまず、この方策に関する憲法上の一般的反論に目を向けたい。その反論は、プライバシー理論に立脚し、さらに検問が犯罪人を逮捕する有効な手段ではないという事実に基づを置くものである。次に、交通検問の細部に目を向けよう——その場所と時間と手続きについてである。プライバシー侵害の懸念や乱用の危険の故に、多くの州の裁判所は、交通検問にいくつかの制約を課してきている。そのような制約

は州憲法の解釈に基づいている。遺憾ながら連邦最高裁は、最近、憲法第4修正が一般的に飲酒運転摘発の交通検問を許容していると判示したのだが、それに比べると、州の憲法は個人の権利をより強く保護する内容となっている。

まず、交通検問はどこが問題なのだろう？金属探知機による検査や無作為の薬物検査(参照、「尿検査ではなく、職務遂行能力の検査こそなされるべきである」、原書98頁)と同様に、交通検問や固定された検問所は、特定人物に関する嫌疑がまったくないのに、その検問を受ける者のなかに存在するかもしれない犯罪人を捕まえようとするために、当該関係者全員のプライバシーと自由とを侵害することになる。そのようなことは、いくつかの市が1960年代の騒動のなかで実施したように、武器の発見のため隣近所のすべての家々を搜索することと何ら異なるところはないし、紛失した時計を見つけ出すために、すべての生徒の机やカバンやハンドバックを搜索するのとは本質的に同じことである。われわれは、そのような概括的な搜索によって何かが見つかるということを知っている。なぜならば、いかなる集団の中においても、法や規則を破る者が必ず存在するからである。しかし、憲法第4修正は、犯罪の証拠収集にあたる警察活動を明示的に制限している。それは、憲法起草者たちが犯罪の発見に反対していたからではなく、権力の抑制されない政府を恐れていたからなのである。これに関連して、わが建国者たちを独立革命へと駆り立てる原因のひとつとなった、国王の慣行を想起することが重要である。その慣行とは、関税違反のかどで商事会社を搜索するために一般令状や援助令状を常用したことである。そのような令状は、何らかの特定の犯罪が犯され、その特定の場所が搜索されるべきだという嫌疑がないのに発行されたのである。

最近では、犯罪の恐怖が増大するにつれて、人々は、治安が良くなるのであれば、憲法第4修正の権利を躊躇なく放棄してもよいと考えているように思われる。空港において金属探知機の型通りの検査を広く受け入れているのは、その一例である。その検査は一般的に普及してきており、ふたつの理由から憲法上適切とされてきている。第一の理由は、それによる権利侵害が最小限であることだ。すなわち、何も質問されることがなく、器械が金属のみを検索し、一定量の金属を持っているときにのみ警報音がなる。警報音がならない場合には、通路歩行を邪魔されることはまったく無い。警報音がなったら、器械に反応したかもしれない非禁制品の小物(鍵や時計やコインのようなもの)を取り除く機会が与えられる。それでも金属探知機がなり続けた場合、手動の金属探知機を使った次の検査が行なわれる。いずれにしても、人は何も曝け出す必要はな

いし、どんな種類の搜索をも認めずにすむ。たとえ最初の金属探知機の検査でさえ然りである。なぜならば、空港の安全保護区域に立ち入らずに、ただそこを離ればよいからである。第二の理由は、金属探知機の検索が非常に効果的であって、ごく小さな武器でさえも容易に検知されることだ。その結果、これらの搜索が実行されて以来、航空機のハイジャックは実際に防止されてきているのである。

これと対照的に、飲酒運転検問は金属探知機よりもはるかに権利侵害が大きく、それにもかかわらず、金がかかり非生産的である。運転者や同乗者の高速移動が止められ、自動車内部の搜索が実施され、車両の占有者は、警察の質問に答えたり、警察による不利な推測や様々な身体的検査に対応しなければならない。これらのことを行なうために、警察はかなりの時間を費やす必要がある。通常交通監視ならばいざしらず、こんなことをひとりや二人の警官でできるはずがない。安全上の理由から、区域が明確にされ、交通が遮断されなければならない。日常の検問を支障なく遂行しながら、最初の取り調べで疑わしいとみなされた運転者を道路の片側に寄せて尋問したり、飲酒を発見された者を逮捕して必要な手続きを行なうには、十分な数のスタッフが必要となる。

その結果が、投下されたコストにみあったことはこれまでなかった。対照実験として、メリーランド州のあるカウンティがDWI(飲酒運転)検問を実施し、他方、同じくらしいの人口と交通形態をもつ隣のカウンティは、検問のかわりに警察による従来の交通監視を実施した。検問を実施したカウンティにおけるアルコール関連の事故は、10パーセント減少した。しかし、対照の交通監視のみを実施したカウンティは、同じ時期で11パーセントの減少を見た。事実、対照の監視実施カウンティの死亡事故は10から3に減ったけれども、検問実施カウンティのその数は、同じ年に3から8へ増加したのである⁽¹⁾。

連邦最高裁判所に係属したミシガン州の交通検問事件では、全国の飲酒検問所で停止させられた運転者の中で、飲酒運転で逮捕された者は、約1パーセントにすぎないという事実が証明された⁽²⁾。裁判事件の前にミシガン州が検問ブ

(1) James B. Jacobs and Nadine Strossen, "Mass Investigations Without Individualized Suspicion: A Constitutional and Policy Critique of Drunk Driving Roadblocks," 18 *Univ. of Cal. Davis Law Rev.* 595, 640 n. 200 (1985).

(2) Michigan Dep't of State Police v. Sitz, 110 S. Ct. 2481 (1990), rev'ing 429 N. W. 2d 180, 184 (Mich. Ct. App. 1988). Some major programs show an even lower rate. For example, in New York City between 1983 and 1985, 1,107,945 people were stopped at roadblocks, but only 4,823 or .4% were arrested for drunk driving.

プログラムを実施したときには、検問所に19名の警官を勤務させることによって、126名の運転者を停止させ、2名のDWI違反者を逮捕した。同じ時に、19名の警官によって通常のハイウエー・パトロールが行なわれたなら、平均していったい何人のDWIやその他の犯罪者が監視され起訴されるかに関しては、何ら概数が示されてはいない。まさしく、ミシガン州の認めたところではあるが、その検問所の目的は、多数の逮捕者を出すことではなく、むしろ逮捕されるリスクが大きいと社会に認識させることによって、飲酒運転を思い止まらせることにあったのだ。しかし、証拠が示すように、広く周知させた交通検問の予防効果は長くは続かない。飲酒運転の数はすぐに以前の水準に戻ってしまう。全国高速道路交通安全局の研究や多くの警官をはじめとして、多数の専門家の結論は、飲酒運転検問はコストにみあう効果があがらないというのである⁽³⁾。

連邦最高裁は、ミシガン州のDWI検問を合憲としたのであるが、その数の当否については論じなかった。ただ、1パーセントの「逮捕」率が、他の手段によって実現可能であったか否かは別にして、憲法第4修正を満足させるに十分効果的であると判示した。これと対照的に、多くの州の裁判所は、通常の交通パトロールに比べ、かなり高額の出費を要することや検問による検挙率が低いことなどを考慮し、令状なしの交通検問は、不合理な搜索や押収に対する州憲法の保障を侵害すると結論してきた⁽⁴⁾。

たとえ統計的な証拠を割り引いて考え、最高裁のようにDWI検問を一般に認めたとしても、検問が行なわれる時間、場所、そしてその方法に関する多くの問題が考慮されなければならない。検問を認めたいいくつかの州裁判所は、警察の計画や監視を慎重に行なうことを要求することにより、権利侵害や裁量権濫用の危険性を最小限に留めようとしている。それらは、特に納得のいく場所と時間の選択、一般に対する事前の告知、機械的対応の維持（たとえば、10ないし20台ごとに車を誘導すること）、それ拘束時間の限定を確実にするための厳格な監視と司法審査のための正確な記録保管等を求めるものである⁽⁵⁾。

Jacobs and Strossen, *supra* note 1, at 645.

(3) Jacobs and Strossen, *supra* note 1, at 638-45; Hugh L. Ross, *Detering The Drinking Driver: Legal Policy and Social Control* (Lexington Books 1982).

(4) See, e. g., *Seattle v. Meslani*, 110 Wash. 2d 475, 755 P. 2d 775 (1988); *State v. Henderson*, 114 Idaho 293, 756 P. 2d 1057 (1988); *State v. Olgaard*, 248 N. W. 2d 392 (S. D. 1976).

(5) See, e. g., *State v. Jones*, 482 So. 2d 433 (Fla. 1986); *State v. Martin*, 145 Vt. 562, 496 A. 2d 442 (1985); *State v. Deskins*, 234 Kan. 529, 673 P. 2d 1174 (1983).

要求の中心は、飲酒運転検問の場所と時間の選択理由を当局が説明すべきだということである。その正当化にあたっては、検問の実施予定場所が、昼夜とも、他の場所や他の時間帯よりも違反行為が顕著に発生する所だということを、特別な証拠の形で示さなければならない。だが、閉店時の飲み屋に非常に近接したところで検問がなされる場合ならいざしらず、こんなことを示すことはほとんど不可能である。

適当な事例研究がある。数年前、ニュー・ヨーク州とニュー・ジャージー州が接するジョージ・ワシントン橋に設営された交通検問の実施がそれである。公式の目的は、運転者が薬物を服用しているかを見分けることにあった。その場所は、多くの者が、「クラック」や他の薬物を買うために、ニュー・ジャージー州からマンハッタン北端のワシントン・ハイツに行き、それらをすぐ服用してから家路につくという推論に基づいて選択されたのであった。

しかしながら、その推論は事実に根拠をもつものではなかった。もちろん、つねに大量の車がその橋を通行しているのだから、われわれの社会の実態からすると、どんなときでも、橋を通行する運転者の何人かは酒を飲み、薬物を服用し、あるいは別の形で心身を害している可能性がある。しかし、警察は、その橋のところで薬物を服用している運転者が突然増加するとか、あるいは現に彼らにかかわる重大問題が生じているというような証拠を持ち合わせてはいなかった。実際、警察はすべての車を徐行させることによって、自分の手からその犯罪の最良の証拠——すなわち蛇行運転を目視すること——を奪っているのである。警察当局がその橋を検問場所として選択したことについて、マスコミや後には裁判所の支持を得ようとする場合、その唯一の理由は、ワシントン・ハイツでのクラック購入が広く行なわれていることと、薬物で逮捕されるニュー・ジャージー州ナンバーの車の数が増加していることくらいであった⁽⁶⁾。実際問題、検問はひどい交通渋滞を引き起こし、一晚だけでも100万人近い州間通行者に影響を与えた。ところが、たった9人が逮捕されただけで、しかも全員が全員、飲酒ないし薬物服用運転ということではなかったのである⁽⁷⁾。そのような交通渋滞の繰り返しを避けるために、次の夜、当局はその橋の北1マイルの高速道路上に検問所を移動した。裁判において、警察当局は、訳ありの運転者の割合がその場所で高いことや、またその橋を通行する大半の運転者がその道路

(6) State v. Barcia, 228 N. J. Super. 267, 271, 272, 277, 283, 549 A. 2d 491, 492, 493, 495, 498 (Law Div. 1988), affirmed, 235 N. J. Super. 311, 562 A. 2d 246 (App. Div. 1989).

(7) 228 N. J. Super. at 273, 281, 549 A. 2d at 493, 497.

を利用することを示す証拠がないことを認めた⁽⁸⁾。

交通検問一般が非効率的であること、その橋が飲酒ないし薬物服用運転の多く見られる場所であることを特に示す証拠が存在しないこと、そのような運転を探知するためにはより安価な直接的な効果的方法が利用できることを考えると、論理的には、当局が、飲酒や薬物服用運転の危険を予防すること以外の理由で、これらの検問を利用しているという結論に至るのである。おそらく、当局は、検問手続きが格好の広報活動になると考えていたのだろう。あるいは、実際に悪質運転者を探し出すのではなく、薬物売人を発見しようとしていたのであろう。しかし、その時点から現在に至るまで、どの裁判所も、交通検問がそうした目的のために正当化されたり是認されるとは判断してこなかった。事実、ニュー・ヨークとニュー・ジャージー州間の橋上交通検問の数年後、1990年6月と7月に、カリフォルニア州の二人の連邦裁判官は、連邦当局が薬物犯罪人を発見するためにサン・クレメンテの出入国検問所を拡充しようとした時、たとえその場所での薬物取引の証拠がかなり有力であるとしても、その拡充措置は違憲であると判示したのである⁽⁹⁾。これらの判示は、憲法第4修正が刑事犯罪人を発見するための概括的な搜索を容認してはいないという事実から導き出されるのである。

たとえ交通検問が薬物犯罪人に向けられることができるとしても、その場所の選択は依然不適切であった。仮にワシントン・ハイツが、過去現在ともに「クラック」取引の中心地であるとしてみよう。そのことは、ジョージ・ワシントン橋を通行するたいていの者あるいは多くの者が、その薬物を所持していることを示唆するものではまったくない。そのことは、常識的にも交通調査によっても論駁できることである。というのも、その橋を通過する車の大多数は、ワシントン・ハイツから来るのではない。また、いったん売人や買い手が検問を知ってしまうと、彼らは明らかに他の道を利用するであろう。すでに見たように、いずれにしても、交通検問は、交通事犯を探知するために、警察の財源が効率的に使われていないことを示してきている。薬物所持に関しては、交通検問は論理的にいて非効率的であろう。何故ならば、一時停止の間の検索で、そのような犯罪の証拠を見つける可能性はおよそありえないからである。さらに、たとえワシントン・ハイツで多くの薬物取引が現実に行なわれているとしても、買い手はその取引の後どこかに逃走しているのだから、橋の上で検問を

(8) State v. Encarnacion. No. A-99-88T6 (N. J. App. Div. July 27, 1989).

(9) San Diego Tribune, July 3, 1990, B1.

行なったとしても、高い確率で彼らを逮捕することにはならないであろう。

他方、薬物売買の場所を直接に監視することは、薬物事犯をより多く逮捕することになるだろう。ちょうどそれは、自分の車に千鳥足で乗り込む酒場の客を監視する方が、酒場近くのハイウエーで5台ごとに車を停止させるより、はるかに多くのDWI容疑者を逮捕することになるのと同じことであろう。裁判所が橋上交通検問を違法無効とした時に、ニュー・ジャージー州の警察がそのような監視を始めたのは驚くにあたらない。彼らは、橋の向こう側にいる同僚に車のナンバープレートをあらかじめ教え、そこで該当車両のみを停止させ、適切に逮捕することができたのである。

結局、たとえ交通検問が一定の場所や時間を限れば正当化されると納得したとしても、依然としてその方法が考慮されなければならないのである。交通検問が社会に対して事前に告知されるであろうか？交通検問を受ける時間と煩わしさを避けるために、Uターンをすることができるだろうか？運転者と同乗者にどんな質問がされるだろうか？誰が車を降りるようにと言われるだろうか？いつ真っすぐに歩くよう言われたり、自分の鼻をさわるように言われるだろうか？誰の車が搜索されるだろうか？誰が、酒気探知器、尿、血液の検査を受けるようにと言われるだろうか？

私が市民の側の弁護人をつとめたデラウェア州対ブルース事件⁽¹⁰⁾で、連邦最高裁は、免許証や登録証の検査のため無作為に自動車を停止させることを違法として退けた。判決の認めるところでは、現場の警官に広範な裁量権が与えられているために、たとえば、アフリカ系アメリカ人、長髪のヒッピー、あるいは若者だけを停止させるというように、差別的ないし選択的適用の危険性が生じるというのである。同様に、警官たちは、本当に検問所できっちりと10ないし20台ごとに停止させているだろうか。あるいは、車や運転者の外観に影響されてはいないだろうか。おそらく、警察の車に搭載されたビデオカメラをおおいに利用することが、あらかじめ予定された型通りの検問の実施を助けることになろう。

しかし、たとえ検問所での停止が本当に型通りであったとしても、車をどの位の時間停止させるか、どんな質問をするか、どの時点で運転者に対し車外に出よう求めるか、どの時点で強制的採血を含む酒気検査を求めるかといったような判断に関しては、依然として、個々の警官による裁量権の濫用の危険性が存在するのである。たとえば、車を停止させる検問は蛇行運転の目視を不可

(10) 440 U. S. 648 (1979).

能にさせるから、警官は、採血を求めるべき酔っ払い運転者を停止させるかどうかを判断する場合、開いた瞳孔や意を尽くさない答えのほかには、頼りとすべきものをほとんど持たないものである。だが夜は暗いから、たいていの運転者の瞳孔は開いているだろう。憲法第4修正の本来の趣旨によれば、どのような権利侵害が各個人に対し正当化されるかを判断するのは、逮捕者数を気にするその場の警官ではなく、客観的な第三者である裁判官でなければならないのである。第4修正は、警官が、直感に基づいて、逮捕の証拠を明らかにするために強制的な採血というような侵害的手段を使用するのを認めていない。むしろ、当条項によれば、要するに、犯罪の発生を信じるに足る相当な理由になる独自の客観的な証拠——典型的には、令状の形をとった裁判官の同意判断——が、憲法上保護されるべきプライバシーの侵害の後ではなく、その前に必要とされるのである。

車を運手する人々、良心的な警察当局、そして州裁判所は、それぞれ、連邦最高裁の憲法第4修正解釈とは別個に、州憲法の人権保障の解釈をすることができるのであるが、それらの人々はいずれ、交通検問に内在する危険性を理解して、薬物事犯と同様に飲酒運転の取締りにそれらを利用しなくなるであろうと、私は確信している。もしこれまでに試練を経てきた本来の方法に立ち戻り、停止させた個人に特定の犯罪で有罪になると信じるに足る確実な理由がある場合にのみ、警官が市民の行動を監視し、その者の自由、旅行、そしてプライバシーに干渉しようということにすれば、われわれすべての権利が守られ、犯罪人をもっと首尾よく逮捕することができることになるであろう。

(諸根貞夫)

相当な理由にいったい何が生じたか？

前章の指摘にもかかわらず、従業員に対する一定の尿検査が適切であるとみなされるならば、いかなる場合にそのような検査が許されるべきかを考慮しなければならない。薬物検査に関する法的ないし社会的論議の多くは、検査が無作為のまたは定型的に——すなわち、雇い主に対して、検査のために選択した特定の人物が最近薬物を使用しており、その使用による影響が出ている可能性があると信じる一定の根拠を立証させることなしに——実施されうるか否かに焦点を当ててきている。ほとんどの裁判所は、公共安全に重大な影響を与える仕事の場合以外には、当人に関係するそのような何らかの証拠が必要である

と結論づけてきている⁽¹¹⁾。ほぼ同様に私が懸念するのは、その論議が、どの程度の証明で十分といえるかの問題に焦点を当ててきていないことである。その問題には、薬物検査をはるかにこえる意味合いがある。

薬物検査を審査してきた連邦最高裁を含むすべての裁判所は、政府がその被雇用者に対し化学検査のために尿サンプルの提出を命じる場合には、連邦憲法第 4 修正ならびに州憲法の同様の規定にいう「搜索」にあたることを認めている。にもかかわらず、有名な例外として最終的には連邦最高裁まで係属した事件の事実審裁判所判決がひとつあるけれども⁽¹²⁾、薬物検査プログラムを無効としてきた裁判所のほとんどすべては、政府が薬物検査を要求するためには、当該人物が薬物の影響下にあるという「合理的な疑い」を示すだけでよいと判断してきている。しかしながら、第 4 修正のどこにも「合理的な疑い」とは書かれていない。むしろ、その条項は、捜査されている証拠が発見されると信じるための「相当な理由」に基づいて発行され、かつ「搜索される場所および逮捕押収されるべき人物ならびに物件を特定した」「令状」について述べているのである。

私の疑問は、いったい相当な理由をめぐって、つまり、それに関係する搜索令状に関して何が生じたのかということだ。その答は次のようである。連邦最高裁は、過去数年間を通して、第 4 修正の根本的書き替えに乗り出してきたのである。そのことについては、個人のプライバシー権や政府の恣意的な侵害からの自由を大事にしている人であるなら誰でも、きっと無関心ではいられないはずである。

これまでは、法律で「緊急事態」として知られている非常時によって令状の申請と入手が实际的でないかあるいは危険であるような場合を除いて、裁判官が警察の宣誓供述書を審査した後に発行する搜索令状が要求されてきた。これらの事件では、現場の警察によって知られている情報が、裁判官が要求するだろうこと、すなわち、禁制品や犯罪の証拠それに犯罪のその他の証拠が、搜索される場所や身体から発見されるであろうと信じるための相当な理由を満足させるならば、それで十分であった。簡単に言うと、相当な理由とは、求められ

(11) See, e. g., *Transportation Institute v. United States Coast Guard*, 727 F. Supp. 648 (D. D. C. 1989) (invalidating random testing of nearly all crew members on commercial vessels, because relationship to safe operation of ships is too attenuated).

(12) *National Treasury Employees Union v. Von Raab*, 649 F. Supp. 380 (E. D. La. 1986).

てる証拠が、搜索されるべき場所で発見される蓋然性があるとする情報のことである。しかしながら、最近になって、連邦最高裁はこの憲法上の組みたてを放棄してしまった。そのかわりに、最高裁は、警察当局が個人のプライバシーの利益に対して特定の形態の搜索を行なう理由を比較考量し、それに基づいて、政府が、第4修正に規定された「相当な理由」の基準を援用しなければならないか、それとも最高裁によって緩和された「合理的な疑い」の準則だけを適用すればよいのかを、一種類の搜索で同時に判断することに関心を示しはじめていたのである。いっそう大きな重要事項に関して、最近になって最高裁は、そのようなよりわずかの正当化理由さえ不要としてしまったのである。

この問題のそもそものは、皮肉にも、警察権を拡大するのではなくむしろ制限しようとした、市民的自由に敏感であったウォーレン・コートの1968年判決にある。テリー対オハイオ判決⁽¹³⁾において最高裁は、逮捕に至らない被疑者を短時間の取り調べのために警察が「停止させること」、および武器を探すために衣服の内側ではなく衣服の上から身体を軽く「撫でること」は、それぞれ、第4修正によって禁止されている「逮捕押収」ならびに「搜索」に当たると結論した。しかし、そのような行為が完全な逮捕や搜索ではないという理由で、最高裁は、特定的かつ必要的令状や相当な理由の要件ではなく、第4修正のより一般的な警告——そのようなすべての行為は「合理的」でなければならないという——の適用を選択した。最高裁は、警察がこのようなより侵害的でない街頭での尋問を行なう場合、犯罪行為の「合理的な疑い」が存在しさえすればよいとする新しい準則を作り上げた。そのように制限された警察権限をさらに抑制しようとして、最高裁は、「合理的な疑い」は「単なる直感」より厳格でなければならないと説明したが、そのことは、市民に対する取り調べや搜索を抑制するのではなく、もっと正当化することになるかもしれない。テリー判決は、最高裁が相当な理由なしでの搜索を初めて認めたものである。しかし、最高裁が初めて警察の低いレベルの捜査に憲法上の制約を課したため、その判決は多くの者によって一步前進とみなされた。

しかしながら、バーガー・レーンキスト・コートは、この新しく見いだされた保護を個人のプライバシーの制約のために悪用した。第一に、警察は、何らかの交通事故ない刑事犯に関する合理的な疑いを根拠にして、自動車や通行人を停止させる権限を与えられた⁽¹⁴⁾。そして、1985年に、公立学校の生徒の搜索

(13) 392 U. S. 1 (1968).

(14) Florida v. Royer, 460 U. S. 491 (1983) (investigative stop of airport passenger

に関する最初の事件において、連邦最高裁は、学校管理者が警察としてではなく教育者ないし両親の代役として行動しているという理由と、刑法ではなく何よりも学校の規則を執行しているという理由を挙げて、第 4 修正は、学校の規則が刑法のいずれかを侵害しているという「証拠が、その捜索によって発見されると疑うための合理的な根拠」のみを要求すると判断した⁽¹⁵⁾。刑法を執行しているのではないからという理由付けは、驚くべきものであった。何故ならば、その事件の当事者である少女のイニシャルをとって TLO 事件として知られている本件において、当該捜索はその少女が普通の煙草を吸っていたとの確信のもとに実施されたのであるけれども、実際には教頭がマリファナを発見し、その結果彼女は青少年非行犯罪で有罪とされ、最高裁による審査に付されたからである。TLO 事件は生徒のハンドバックの捜索に関わるものであったが、生徒の財産ではなく、学校の財産であるロッカーや机の捜索には合理的な疑いの立証さえ要求されないかもしれないという可能性に関しては、最高裁は明確な判断を下さなかった。

おそらく、憲法上の権利が大人に比べてより制約される子供たちに関わるものであるという理由によって、最高裁のその判断は弁明されることができよう。しかし、1987年に、州公務員の事務所の捜索に関する最初の事件において⁽¹⁶⁾、最高裁は、捜索を必要とする証拠のレベルを判断するために比較考量審査を明確に採用した。最高裁は、職務関連の非行を明らかにし、かつ当人の事務所不在中に事務書類を取り戻すことに関する州政府の利益の方が、事務所設置に関する個人のプライバシーの利益より重く評価されると結論した。したがって、この事件ではオフィス・コンピューターの横領が問題とされたのであるが、そのような重大な非行の嫌疑をかけられている場合でさえ、最高裁は、単に「合理的な疑い」に基づいてのみ事務所の机の引き出しや書類棚の捜索を認めたのである。同様の準則が、従業員が事務所にいるときに、書類カバンやハンドバックのような従業員の所有物の捜索に適用されるかどうかについては、最高裁は明確な判断を下さなかった。

1989年に、最高裁は、その比較考量審査を使用したうえで、経営者は、誰か

based on “drug courier profile”); *Pennsylvania v. Mimms*, 434 U. S. 106 (1977) (driver ordered out of car after stop for expired plates and frisked when “bulge” in pocket observed).

(15) *New Jersey v. TLO*, 496 U. S. 325, 342 (1985).

(16) *O'Connor v. Ortega*, 480 U. S. 709 (1987).

特定の個人による薬物使用を疑う理由がなく、ただ労働者の誰かが誤りを犯したとの直感だけであっても、事故に巻き込まれた列車に勤務しているすべての鉄道従業員に対して定型的な薬物検査を行なうことができるとした⁽¹⁷⁾。最高裁は、さらに踏み込んで、拳銃を携帯したり麻薬取り締まりを行なう地位にあるすべての合衆国税関職員に対して、そのような職員の薬物使用を防止することは政府の重要な利益であるという理由を根拠に、薬物検査の実施を認める判断を示した。当局には税関職員の多くが薬物に関わりがあると信じる理由を示す証拠がまったくないにもかかわらず、最高裁はそのような判断を下したのであった⁽¹⁸⁾。政府当局の立場があまりに説得力がなかったので、積極的な市民的自由主義者とは程遠いアントニン・スカリア判事さえ、反対意見を書かなければと感じたほどである。彼は次のようにいった。政府は、「推測された何か恐ろしいことが現実を生じる事例、すなわち、収賄、さもしい目的、法執行への非協力、そして秘密情報に関する弱腰の原因がすべて薬物使用にあるという事例をひとつさえ」列挙することはできない、と。彼は、最高裁を非難し、人々に、「象徴は、たとえ違法な薬物を根絶するための価値ある象徴であっても、他の理由で不合理とされる搜索を有効なものにすることはできない」⁽¹⁹⁾ことを想起させたのである。

これらの判決が出されてもなお、「合理的な疑い」要件にまで緩和されたこの比較考量審査が、雇用や教育的懲戒のような私人間の事項に使用されるだけであって、伝統的な警察の犯罪捜査には使用されないだろうと考える人が、おられるかもしれない。残念ながら、これが希望的観測にすぎなかったことが判明した。鉄道と税関事件のたった一年後の1990年に最高裁は、飲酒運転の刑事犯罪人を判定しようとする警察は、その者の運転の仕方に関係なく、すべての運転者を交通検問で停止させることができると判示したのである。(参照、「交通検問は合法的検問に限られるべきである」, 原書81頁) もっと重要なのは最高裁の無頓着なコメントである。それによれば、当該比較考量審査は、それぞれの状況でどのくらいの保護が各個人に与えられるべきかの判断を最高裁に許容するものであるが、その審査は、おそらくより重大な刑法上の非行の嫌疑に基づく者たちを含む、警察によるあらゆる停車命令の合憲性判断に利用されうる

(17) *Skinner v. Railway Labor Executives Ass'n*, 489 U. S. 602 (1989).

(18) *National Treasury Employees Union v. Von Raab*, 489 U. S. 656, 673 (1989) (only 5 of 3,600 employees tested positive).

(19) *Id.* at 670.

というのである。薬物検査と交通検問の判決が示すように、最高裁は、令状と相当な理由だけでなく、「合理的な疑い」という限られた保護さえも考量の外に置くつもりでいるのだ。

ある者は正当にも次のように問うであろう。すなわち、何が大事なことなのか？「合理的な疑い」と「相当な理由」の間には実際にどんな違いがあるというのか？いずれにしても、法執行が効果的になされるべきだとすれば、プライバシー権が絶対的になり得る方法などあるのだろうか？、と。

私はその用語を厳密に定義するのが難しいことは認める。しかし明らかに違いはある。典型的な殺人ミステリーを考えてみよ。登場人物の全員を疑う理由がある。しばしばきわめて十分な理由があるのだ。彼らは被害者に対し強い殺意を抱いて、最近接触していたかもしれないし、殺人用の武器を携帯していたかもしれないのである。しかしながら、まさにその結末になって初めて、「相当の可能性をもって」彼らのうちのひとりが殺したと信じる根拠が出されるのである。

同様に、たとえば、遅刻や無断欠勤の増加、仕事上の疲労やぼんやりした態度、集中力やまとめる力量の欠如のような——多種多様の状況が存在することによって、薬物使用の嫌疑や、たぶん合理的な疑いさえかけても良い場合があるだろう。しかし、仕事遂行力減退の原因が身体的病気や家庭不和や酒にあるのではなく、「相当の可能性をもって」薬物にあると言うことができるには、身体的不調の実質的証拠——たとえば、歩いたり、話したりあるいは真直ぐかがんだりできないこととか、それに加えて、生気のない眼差しあるいは薬物取引の目撃者とか——が必要となるであろう。警察と裁判所は、蛇行運転をした車を検問のために道路の片側に寄せることが正当化される合理的な疑いと、酒気を帯び不明瞭な言葉を発し命じられた歩行や計算ができない者に対して、飲酒の証拠検査のために強制的な採血をすることが正当化される相当な理由とを、日常的に区別しているのである。そして明らかに誰でも、特定の個人が何か悪いことをしたという何らかの証拠——どう定義しようとも——を要求することと、労働者や運転者を一括りにしその全体の行為に関してただ一般的な推定を働かすこととの間の違いは理解できるのである。

もちろん私的権利は絶対ではない。法執行の必要性和個人のプライバシーの間に一定の均衡がなければならない。しかし、最高裁はその均衡がすでに決定済みであることを明らかに忘れていて——起草者たちによって！。令状と相当な理由の要件によって、プライバシーへの介入は許容される。ただし、その介

入は、非行を探索するなかで、ある人物がもっとも怪しいと信じこむ現場の雇用者や校長や警察官ではなく、中立的な裁判官の目で明確に正当化される場合にのみ限られるのであるが。

実はそのような権利などないのだが、たとえ最高裁がその均衡を再定義する権利を有するとしても、最高裁の行動はせいぜい移り気な行動を示したにすぎない。体液の摂取とその化学的検査は、相当な理由が依然要求される自動車に対する従来の搜索や、令状が依然要求される手荷物に対する搜索と同じくらい権利を侵害するものであると、多くの者によって考えられている。明らかにその検査は、テリー判決で最初に認められた合理的な疑いの基準に基づいて単に停止させ着衣のうえから身体検査を行なうことよりも、はるかに権利を侵害するものである。それにもかかわらず、最高裁は、警察に対しアルコールのレベルを検査するための採血には相当な理由の基準を使用するよう求めてきたが、しかし、薬物検査に関しては、合理的な疑いがあれば許されるし、個別的な理由はまったく不要であるとしてきたのである。薬物使用や他の緊急的な現代的害悪に対する社会的関心がいかに正当であっても、そのことを理由に、われわれは、観念的な司法上の比較考量を受容すべきではないし、その結果第4修正で明示的に保障されている個人のプライバシーが希薄化されることを甘受すべきではない。

(諸根貞夫)

マウント・ローレル判決：入手可能な住宅供給に向けた政府の行動

憲法がホームレス問題にどんな影響を与えうるかを理解するためには、ある州の経験を検討することが重要である。その州は、すべての町村に対して、貧困者が手に入れることのできる住宅を供与するように憲法上の義務を実際に課してきた。その結果は、建設戸数や計画の進展が当初の期待どおりにはいかず、裁判所が政治的多数者に抗して実質的な経済的再配分を課すには、能力的に限界のあることを示した。それにもかかわらず、その実験によって、高度に統制された住宅市場に起因する住宅取得の機会の不均等を減少させるために、われわれの憲法は重要な役割を果たすことができるということが確証されたのである。

1975年に、ニュー・ジャージー州最高裁判所は、南バーリントン・カウンティ・NAACP 対マウント・ローレル町⁽²⁰⁾と呼ばれる事件で画期的な判断を示し

た。地方の NAACP 支部と多くの貧困者がケイムデンの郊外地区を訴えた。その訴えは、狭い土地区画にアパート、タウンハウス(長屋式集合住宅)、モービル・ホーム(移動式自動車住宅)、そして小規模住宅の建設を禁止するゾウニング条例が、憲法に違反する態様で貧困者を排除しているというものであった。この事件では、州最高裁がその審理を行なったということだけでも注目される。なぜならば、連邦裁判所や多くの州においては、特定の事業の認可が拒否された開発業者しかゾウニング条例を裁判所に訴えることができないとされているからである⁽²¹⁾。

州最高裁を含めすべての者は、アパートの建設禁止と郊外地区における広域区画化の要求の影響が、また不幸にしてある場合にはその目的が、都市中心部から移動しようとするマイノリティを排除するためのものであることを認めていた。しかし、州最高裁は、その事件の判断をするにあたって、人種的マイノリティの平等な取り扱いを求める連邦ないし州憲法の要件を根拠とはしなかった。むしろ、州最高裁はその事件をニュー・ジャージー州憲法の以下の条項に基づいて判断したのである。その憲法の最初の条項はまさに次のように述べている。

すべての者は生まれながらに自由かつ独立しており、一定の自然的かつ不可譲の権利を有する。その権利には、生命と自由を享受し、守る権利、財産を取得し、所有し、保護する権利、および安全と幸福を追求し、手に入れる権利が含まれる⁽²²⁾。

州最高裁の理由付けは、州憲法と州のゾウニング法の双方の下で、政府は「一般の福祉」に対し責任を有するというものであった。すなわち、ゾウニングの権限を通じて、州は公有私有を問わずすべての土地の用途を統制するのであるから、州はその権限を経済的に下層に属する者を含むすべての者の福祉のために使わなければならない。政府が住宅のような基本的な事項を扱う場合には、その責任は特に重くなるというのである。

州がゾウニングの権限を地方の町に委譲する場合には、州最高裁の説明によれば、その町は、当該地域全体の市民の利益のためにその権限を使わなければ

(20) 67 N. J. 151, 336 A. 2d 713 (1975).

(21) See, e. g., Warth v. Seldin, 422 U. S. 490 (1975).

(22) N. J. Const. Article I, paragraph 1.

ならないとされる。この地域性の強調は非常に重要である。もしそれが強調されない場合には、州は、その権限を地方に委任することによって、住民全体の福祉に配慮すべき義務の履行を怠ることができるし、その結果、裕福な人々が貧しい人々をその地域から排除するのを許してしまうだろう。さらに、州最高裁は、住宅需要が一般に雇用問題と結びついていることを認めた。すなわち、人々は職場に近いところに住みたがるしそれを必要としているからだ。企業が郊外に移転するにつれ、たいていの郊外では公共交通機関が十分に発達していないので、都会に居住する者は仕事に就くことがより難しくなる。地方の町は、その地域の別の場所から移転してきて地方税を支払ってくれる企業の恩恵を受けることになるのだが、それらの町は、守衛から社長に至るすべての従業員が手に入れることのできる住宅について、その地域の必要性に応じた「公正な分担」(州最高裁の命名であるが)を行なう義務がある。

州最高裁の結論によれば、政府は住宅を建設したり資金を調達する積極的な義務を負うものではないけれども、ニュー・ジャージー州の「開発途上にある」すべての町は、そのゾウニング条例を通じて、「もちろん低所得層や並みの所得層を含むのだが、そこに住みたいと願っているかもしれないあらゆる種類の人々が、住宅の適切な種類と選択の機会を現実的に持つことができるようにする」⁽²³⁾義務を負うというのであった。このことは、町がそのゾウニング条例を修正しなければならないことを意味した。すなわち、たとえば最低面積や家屋の大きさの要件、それにアパートやタウンハウスやモービル・ホームの禁止に関する条項を廃棄することによる修正などである。それらの条項は、健康や安全に影響を与えるのではなく、ただ建設費を高騰させたり、伝統的な単一家族用住宅に代わる家屋の建設を排除しているだけであるからだ。

当然のこととして、多くの町がこの判決に抵抗をし、「開発途上にある」町、関連の「地域」、「公正な分担」の性格、そして必要とされるゾウニング変更の種類とは何かなどをめぐって、多くの訴訟が提起された。多くの訴訟にもかかわらず、最初のマウント・ローレル判決後の8年にわたって、低所得者用住宅施設が少しではあるが建設されたのであった。

その展開が緩慢なので、1983年にニュー・ジャージー州最高裁は、一般にマウント・ローレルII判決⁽²⁴⁾として知られている、さらに一層特別で劇的な判決

(23) 67 N. J. at 187, 336 A. 2d at 731.

(24) Southern Burlington County NAACP v. Township of Mount Laurel, 92 N. J. 158, 456 A. 2d 390 (1983). That ruling actually decided five other lawsuits involving

を下した。第一に、州最高裁は、「開発途上にある町」という制限を撤廃しすべての町にその義務を課した。この変化は、十分に開発された地域においても今後新しい建設が行なわれ、すべての地方都市が、健全で安い費用の住宅を必要とする貧困な居住者を抱えることになるという認識に由来する。

第二に、州最高裁はマウント・ローレル I 判決の立場をはるかに超え、憲法上の義務は、低所得者用住宅の建設に対するゾウニング上の障害を廃棄するだけではなく、むしろ積極的にそのような建設を助長する刺激策を作り出すところにあると明言した。そうした刺激策は何もあからさな補助金だけに限定されるものではない。刺激策には、もしある宅地開発業者の建設する住宅の何戸かが低所得世帯用に建設されるのであれば（「包容力あるゾウニング」）、その開発業者に対して 1 エーカーあたりの基準戸数よりも多く住宅を建設する機会を与えること（「密集度基準の緩和」）も含まれている。第三に、州最高裁は、住宅に関する連邦上の指針を採用して、「低所得世帯」を平均的世帯収入の 50 パーセント以下の者、「並の所得世帯」を平均の 50 から 80 パーセントの間の収入がある者と定義した。

第四に、そしてもっとも劇的なのであるが、州最高裁は、町のゾウニングが違憲であると訴えかつ証明できる建設業者には、収益事業を行なう資格がある」と判示した。「建設業者の救済策」は、——当該町当局は、開発業者に対して、現存のゾウニングによって許される以上の住宅を自分の土地に建設することを許可し、その土地が適切であれば、たとえゾウニングがその場所に居住用住宅の建設を禁止している場合であっても、開発業者が低所得者や並みの所得者にその住宅の 20 パーセントを供用するという条件で（「マウント・ローレル判決の特例」として知られている）、住宅の建設を許可することができる——という裁判所命令である。

この救済策の経済効果は単純明快である。ゾウニング条例では 1 エーカーあたり最大 4 戸の住宅建設が許容されているが、仮に裁判所がその条例を無効とし 1 エーカーあたり 10 戸の住宅の建設を許可したならば、開発業者は、市場価値を下回る価格で住宅の 20 パーセントすなわち 2 戸を販売するよう求められたとしても、それでもなお実利益を得ることができるであろう。このマウント・ローレル判決の特例を使った、より密集度を増した住宅建設から得られる大きな利益は、開発業者に、州最高裁が憲法的義務の履行に必要となるだろうと認めた地方のゾウニング条例に対する金と時間のかかる異議申し立てを提起させ

many other towns in addition to the case against Mount Laurel.

るに十分なものである、と州最高裁は考えたのである。最初のマウント・ローレル訴訟は NAACP によって提起され、私が後に共同弁護人となった別のカウンティの23の町に対する訴訟は都市連盟という組織によって提起されたけれども、州最高裁は、ほとんどのコミュニティー組織がそのような複雑な訴訟を遂行する財源を持っていないことを知っていたのである。

その結果はドラマティックなものであった。二年以内に、70の町に影響を与える100の訴訟が、マウント・ローレル判決を根拠にしてゾウニング条例に異議を唱える開発業者らによって提起された。多くの複雑な計画理論をどうにか切り抜けて、そのような事件の審理のために任命された三人の裁判官は、1984年に、ニュー・ジャージー州では1990年までに新たに24000戸の低所得者用住宅が必要であると判断した！その裁判官たちが採用した配分定式の結果、ある町は2000戸以上の低所得者用住宅の「公正な分担」を求められた。もしそのような町で20パーセント特例条項が住宅建設に適用されたならば、10000戸を超す住居用住宅が建設されなければならないであろう。これらの町のいくつかではかなりの住宅建設がされつつあったが、いまだに小さな町なので、しばしば現存する家屋の数が、マウント・ローレル判決によって義務付けられる新しい住宅建設計画戸数よりも少ないことがあった！

これに対する町村の反対の嵐が、立法部の介入を促進した。1985年7月、マウント・ローレル判決を実行しかつ抑制するという両方の目的で公正住宅法が制定された⁽²⁵⁾。わが国でもかなりユニークなその法律はふたつのことを確認した。第一に、州のあらゆる町は、低所得者および並の所得者用住宅建設のために、その現実的な機会を提供すべき憲法上の義務があるということ、第二に、町は、そこに住む貧困者に対してだけでなく、その地域の低所得者用住宅の必要性を公正に分担する責任があるということである。さらにその法律は、州最高裁の手法を維持して、憲法上の義務を低所得者用住宅の建設戸数と定義し、低所得および並の所得をその地域の中間的な所得に対する割合で測定するとした。

しかしながら、過度の司法介入と見られないようにするために、その法律は、将来においてそのような紛争は裁判所ではなく新しい州機関によって審理される必要があるとした。その機関は住宅供給評議会 (COAH) と呼ばれ、その構成員は、市町村、カウンティ、そして州の職員が多数を占めるように前以て決められた方式に基づいて、政治的に選任されるのである。COAH が町村の「公

(25) N. J. Statutes Annotated 52: 27D-301 *et seq.* (West 1986).

正な分担」数を決めてしまえば、町はその義務を充足するような住宅計画を提出しなければならないことになる。町の計画に反対する個人および団体は、COAH による調停を求めることができ、それが功を奏せず不調に終わった場合には行政法審判官の判断を仰ぐことができる。しかしながら、その法律は、調停で主張の認められた開発業者に対する救済策は規定しなかった。計画に関する COAH の確認を受ければ、その町は 6 年間は訴訟される心配がないことになる。主たる新基軸は「地域間分担協定」であった。その条項によると、ある町は建設義務戸数を、その上限半分まで他の町に「移転する」ことが認められているが、その際、「移転先の町」においてその住宅の建設と修理の補助に必要とされる金銭を支払わなければならないのである。

実際にはマウント・ローレル町にまったく関わりなかったのであるが⁽²⁶⁾、1986年のいわゆるマウント・ローレルⅢ判決において、ニュー・ジャージー州最高裁は住宅問題の領域から撤退した。州最高裁は——その法律は「文面上」合憲であると判示して——立法部が努力を傾注した方が適切のように思われると述べ、裁判所に係属しているすべての事件を、それらが判決の下される直前であろうと、係争中の町が以前に悪意で裁判所の命令に抵抗していたことがあろうと、COAH に移送するように命じた。しかしながら、州最高裁は、法律が合憲的方法で履行されているかどうかを観察するために COAH の進捗具合を監視し、必要があれば再度介入するだろうと警告した。

COAH は必要戸数を低めに定義し、1986年には、1993年までに新しい低所得者用住宅が145000戸「だけ」必要であると判断した。COAH は、どの町でも引き受けることのできる公正な分担数を最大1000戸と設定し、空き地の不足や上下水道設備の許容能力を根拠に、あるいは特殊な歴史的配慮や農地を確保する必要性などを考慮して、特定の町の引き受け数を減じたのである。

行政過程の作業はこれまで緩慢でむらのあるものであった。2年後に、州の567町のうちの161町だけが COAH に住宅計画を提出していたが、そのうちの107町のみが承認の申請を行ない、最終的な確認を受けたのはたった58町にすぎなかった。COAH に自発的に提示して町が建設した住宅の平均戸数は、州の平均的な公正分担数をはるかに下回るものであった⁽²⁷⁾。

(26) Hills Development Co. v. Township of Bernards, 103 N. J. 1, 510 A. 2d 621 (1986).

(27) Lamar, Mallach, and Payne, "Mount Laurel at Work: Affordable Housing in New Jersey, 1983-88," 41 *Rutgers Law Rev.* 1197 (1989). At points, I have also relied on public reports by COAH.

計画への参加が限られているのは、応諾を促す刺激策が欠如しているからである。誰かが提訴したとしても、それでもなお町当局は、COAH に対し以前に提出しておいた計画を確認するように求めることができる。調停手続きは引き伸ばされてきた。何故ならば、COAH は、裁判所の命令があるまでは、いずれの紛争も行政法審判官に付託し拘束的な判断を求めることを拒否してきたからである。さらに、特別な例外がひとつあるが、COAH はこれまで、調停で主張が認められた開発業者に対し建設業者の救済策を提供してこなかった。かくして、たとえ町当局が不適切極まりない計画を提出したとしても、それでもなお当局は COAH においてその適切性を証明するための機会を引き伸ばしてもらえらうし、もし証明ができない場合には、その欠陥を証明するためにわざわざ金と時間を費やしてきた開発業者を肩すかしして、当局はその計画を単に書き直すことさえできるのである。これらの状況下で、ほとんどの開発業者は、COAH に異議調停を提起する価値がないと思うようになってきている。

立法の限界、司法の撤退、それに行政の遅滞にもかかわらず、いくつかの進捗が見られるようになった1988年5月現在で、もっとも積極的な54町において2830戸のマウント・ローレル型住宅が実際に完成されており、さらに11133戸が建設中であった。すべてのマウント・ローレル型住宅の77パーセントが売りに出され、わずかな賃貸住宅のうちのほとんどが高齢者用に建設されている。驚くべきことに、特例住宅の49パーセントには寝室が2部屋あり、その22パーセントには3つの寝室がついている。大きな家族に対し実際に手に入れる機会を与えているのである。価格は、世帯規模と収入、住宅の大きさ、そして地方税によって決まるが、一般に、低所得者用住宅は3万から4万5千ドル、並の所得者用住宅は5万から7万ドルの間に設定されている。現在の目的のためにもっとも重要なことであるが、中間の所得の45パーセント以下の家族が手に入れることのできる住宅が、ほとんど建設されていない。その収入のレベルの申請者でさえ、実際上譲渡抵当権の資格問題がある。非常にたやすく資格を獲得する者は、以前の住宅を売ることによってかなりの資産を持つ高齢者と、両親から頭金贈与の援助を受けながら初任給レベルの給料をもらっている若い夫婦である。

完成した事業の住宅に住んでいる者に関するデータはもっと意外である。いろいろな家族構成が混在していることは一般の人々とまったく同じであるけれども、マウント・ローレル型住宅の家族は、若い人々のうちの一般的に低い所得層を反映して、35歳以下の者が異常に多い（29パーセントの全国平均に比べ

て64パーセント)。90パーセントは初めて家を持つ者で、以前は賃貸住宅や親などの家族と同居していた者である。その点ではこの法律は本当の必要性を充足していることを示している。マウント・ローレル型住宅に住んでいる少なくとも71パーセントの者は、現在、職場から10マイル以内の場所に居住している。そのことは、裁判所の最初の判決で主要な目標とされていた。しかし、町に居住したはそこで働く者に対してほとんどの町によって与えられている優先権のために、典型的にマウント・ローレル型住宅の購入者の70パーセントは、以前にその町かその自治体の10マイル以内に住んでいた。裁判所の当初の期待に反し、ごくわずかな人々が都会や遠隔地から来たにすぎない。また、住宅所有者の構成——39パーセントが専門職や管理職、24パーセントが販売業や事務職だが、わずか22パーセントがブルー・カラーの労働者と15パーセントが役務提供労働者——の示すところによれば、収入と販売価格のレベルが示すように、一般的にいて、われわれは貧しい労働者にまで手を伸ばしきれていないのである。もっとも失望させられることは、ほとんどの住宅に人種的マイノリティが住んでいないこと、そのマイノリティのなかでも、アフリカ系アメリカ人がほとんど住んでいないという事実である。

このデータからわれわれはどんな結論を導き出すのか。明らかに一定の前進が見られつつある——数千戸の住宅がこれまで建設され、さらに多くの住宅が近く建設される。そして現実の必要性が満たされつつある——借屋暮らしや家族と共に住んでいた人々がいま初めて自分の住宅を買い求め、固定した収入のある高齢者が安全で手ごろな賃貸住宅を探し、そしてちょっとばかり体裁のよい手ごろ価格の住宅が職場の近くで手に入れられるようになりつつある。

しかしわれわれがマウント・ローレル諸判決に安住することができないのは明らかだ。進展の速度、量、そして性格には失望させられる。マウント・ローレル I 判決は15年以上前に下され、公正住宅法は5年以上前に制定された。1984年に裁判所は、1990年までに低所得者用住宅が新たに240000戸必要となると見積もり、1986年に COAH は、1993年までに145000戸「だけ」必要になると述べた。現在計画されている住宅のすべてが完成したとしても、いずれの目標にもはるかに及ばない。また深刻な景気後退に入っているのも、その計画が完成する可能性はほとんどない。ほとんどの住宅は、賃貸用ではなく売りに出されているが、それは、専ら平均収入の45パーセント以上の人々に対してである。明らかに、大部分の貧しい労働者たちは住宅が供給されておらず、供給されるかもしれない者は、しばしば譲渡抵当権の資格を有しておらず、そのことが障害

となっている。「移送」協定によって、郊外地域は、都市部の住宅建設用資金を送付することによって自らの義務の一部を履行するのであるが、都市中心部や人種的マイノリティは、そのごくわずかな「移送」協定によってのみ恩恵を受けるにすぎない。マウント・ローレル判決の目標であった経済的、人種的差別の解消はいずれも実現しなかった。

特筆すべきことは、政府がかなりの努力をしている最中に、本当に貧しい者の多くがホームレスになってしまったことである。ニュー・ジャージー州だけでも25000人以上が見積もられている。このことは驚くにあたらない。ニュー・ジャージー州の4人家族に対する基本的な福祉給付は、必要生活費の60パーセント以下であって、1975年から1985年にかけてインフレが130パーセント増加したときに、たった三分の一程度引き上げられただけだった⁽²⁸⁾。わが国の最低賃金は1981年から1989年にかけてまったく増加せず、その結果、独身の労働者までが政府の定義によると確実に貧困者に該当する水準なのである。このように、憲法の平等原則を住宅問題に適用しようとした州の意義ある取り組みは、もっとも助けを必要とする者の必要性を満たすことに失敗したのであった。

この憲法的実験からわれわれはいかなる教訓を引き出し得るか。第一に、それは公正な試行ではなかった。マウント・ローレルⅡ判決の数年後になって現実的な進展が見られるようになったときに、立法部それから裁判所が圧力をかけるのをやめた。さらに、誰も実際の貧困者——最低賃金を得ている者や福祉受給者——や、あるいは住宅の頭金に必要な貯金のない貧しい労働者にさえ目を向けなかった。

第二に、より重要であるが、多数者は公正な試行を欲していないことである。平等実現に向けたいかなる動きも、より裕福な多数者になにがしかの金銭的負担を課することになる。これが、マウント・ローレルⅡ判決でいう建設業者の救済策が私企業の事業推進意欲に依存していたにもかかわらず、ニュー・ジャージー州のトーマス・キーン知事をして、その判決を「共産主義的」とレッテルを貼らせた理由であり、また、町が悲鳴をあげ立法部が反応を示した理由でもある。事実、多くの人々は、自分が脅威にさらされた場合のみ憲法上の権利に対し現実の関心を示し、自分に何も負担がかからない場合にのみその権利を他人に適用するのに寛容になるのだ。たいていの憲法上の権利は、多数者から少数者を保護するために意図されたものであり、平等取り扱いの権利は、住宅

(28) In the Matter of Petitions for Rulemaking N. J. A. C. 10: 82-1, 2 and 10: 85-4, 1, 117 N. J. 311, 316-17, 566 A. 2d 1154, 1156-57 (1989).

とか他の有形の便益供与に適用される場合には金がかかるものなのであるから、これらの権利保障のために政府に積極的な役割を果たさせようとしても、それに対する政治的支持はほとんど期待できないのである。

第三に、裁判所は独力でそのような義務を現実的に強行することができない。技術的にいえば、裁判所はそれに従うことを命じる権限を有し、ちょうどサンド裁判官がヨンカーズ市住宅総合事件で行なったように、裁判所侮辱罪や罰金によってその命令を強行する権限を有する。しかし、もし社会の大多数の支持や少なくとも他の政府部門の支持がないならば、裁判所の権威は非常に限られたものになる。明らかに、リトル・ロック事件における学校の人種統合は、もしアイゼンハワー大統領が連邦最高裁の命令を軍隊を動員してまで強行しようとしなかったならば実現しなかったことであろう。マウント・ローレルII判決が実現に向かいつつあったときに、地方の政治家たちは、リトル・ロック事件でのアーカンソー州オーバル・ファウバス知事と同じような精神でもって、その地域での事業を中止させるためにいまにもブルトナーの前に自らの身を投げ出そうとしていた。学校財政をめぐる経験と同様に(参照、「今こそ学校財政に投資すべきである」, 原書234頁), 基本的な社会的期待を動揺させる非常に論争的な事項においてしばしばわれわれが期待しうことは、一進一退の進展だけであるということを、マウント・ローレル判決の経験は示している。そのことから私は次のように言いたい。すなわち、裁判所がまず原則を確立しそれへの服従を要求する、政治部門が部分的に応答し、裁判所が信頼を回復するために撤退する。そしてやがて、官僚の不安が始まりあるいは部分的な社会的合意が作られるときには、裁判所が再びわれわれを前進させるために、遅れることなくその争いに再介入することができる、と。

それにもかかわらず、われわれはその努力を放棄することはできない。憲法は、暗い社会のトンネルを通ってもっと公正な社会へわれわれを導く光明である。マウント・ローレル判決によって、その光は輝きを増した。われわれは、その光にもっと近づく努力をしながら前進し続けなければならない。州憲法一般がそうであるように、マウント・ローレル判決の法理は、開発業者や法律家に金儲けをさせたり、あるいは官僚が照合表を完成するのを助けるために意図されたものではない。そのことを忘れないならば、われわれは前進のための方法を容易に理解できることであろう。この法理は、実際にもっと思い遣りのある優しい国民になるために創造されたのである。

(諸根貞夫)

弁護人の熱弁は、裁判所侮辱罪の脅威にさらされている。

近頃は、法律家の中で礼節がすたれてきたことが、法曹界において喧伝されるようになった。公正、平等、あるいは正義にまっこうから異議をとなえる者がいないのと同様に、礼儀を否定する者はほとんどいない。しかし、いかなる政策もコストが全くなからないわけではないし、あらゆる目標が同等の価値を持つというわけでもない。1990年に、コネティカット州とニュー・ジャージー州の最高裁は、熱心に弁護したにもかかわらず、依頼人の刑事被告人に不利な決定を下した事実審判官に対し、不満と怒りを表した弁護人が、裁判所侮辱に処されたという事件の原判決を維持し、法律家に対して品位を保つ義務があることを思い出させる強い口調の判決を言い渡したが、このことは、またもやこの論争に火をつけることとなった。弁護士に対する裁判所侮辱の事件を20年以上も取り扱っていない合衆国最高裁判所は、この2件についての上訴をいずれも取り上げなかった。しかし、私が恐れるのは、裁判所が期待するような、より従順で紳士的な法律家などというものは、その依頼人に対してより献身的でなく、権力と闘うことにより消極的であり、したがって権利章典の中のあらゆる権利を実現するために効果的な弁護を保障した合衆国憲法第6修正の約束に、より忠実でないであろう、ということである。

ダニエルズ事件⁽²⁹⁾では、ニュー・ジャージー州の公費選任弁護人が、2日間の拘置と500ドルの罰金を科された。この事件では、依頼人自ら行ったポリグラフ・テストで明白に白という結果が出た後、当人も同意した検察官による嘘発見器によるテストにつき、自己に不利な結果が出たところ、それを証拠として利用されることを排除しようとして、その弁護人が、審理の前日に、いくつかの困難な申立を行っていた。その日、これらの申立について裁判官が行った一番最後の決定に対して見せた弁護人の表情が裁判官の感情を害したが、短い休憩の後ダニエルズはそのことを陳謝した。翌日いくつかの新たな申立も斥けられた。そして、陪審員が選出された直後、しかし、まだその宣誓手続きがすまず、陪審員が法廷の外にいますとき、陪審員からすべての黒人の女性を排除するために検察官により理由不要の忌避が用いられたことを理由として、ダニエルズは新たな陪審員の選出を要求した。ダニエルズの申立は遅きに失するものであると、裁判官は決定した。

(29) 118 N. J. 51, 570 A. 2d 416, cert. denied, 111 S. Ct. 371 (1990).

ダニエルズ、それに後に裁判所に宣誓供述書を提出した当該裁判官付き調査官と訴訟手続記録者の証言によれば、その決定を聞くやいなや、ダニエルズは椅子に深く座り、頭を垂れ、目をつむったまま、一言も発しなかった。ところが、その裁判官が主張したことには、ダニエルズは笑い、首を回し、椅子にそり返ったというのである。裁判官は、直ちに審理無効を宣言し、ダニエルズの弁解も聞かず、その法廷にいた目撃者の話も聴取せず、弁護人と接触することも認めないまま、ダニエルズを裁判所侮辱と認定し、その場でダニエルズを拘置所に拘置してしまった。

もう一つの事件は、依頼人に対する刑の宣告を不公正と感じたコネティカット州の私撰弁護人であったグドソンについての事件⁽³⁰⁾であった。記録によれば、裁判官が刑を宣告した直後、次のようなやり取りが交わされている。

- グドソン このような刑の宣告は全く異常だと思います。言語道断といわざるをえません。裁判所にこのような権限が……
- 裁判官 君は被告人に教えればいいのだ……
- グドソン 同種の犯行ばかりなのに30年以上の刑とは、私には……
- 裁判官 君は被告人に上訴する権利があると教えればいいのだ。
- グドソン こんな刑を言い渡す根拠などありません……
- 裁判官 君は法廷の秩序を乱している。
- グドソン 存じています。しかし、この刑の宣告は根拠を欠いています。
- 裁判官 弁護人を裁判所侮辱で拘置する。
- グドソン 私の発言を陳謝します。
- 裁判官 被告人に対し上訴の権利があることを教示した旨記録に止めおくように⁽³¹⁾。

数日間この問題の処理を延期することに同意した後に、裁判官はグドソンを裁判所侮辱で有罪と認め、100ドルの罰金を言い渡した。

この二つの事件について、州最高裁はそれぞれ、これらの弁護人の言動が法廷侮辱罪に該当することを全員一致で肯定し、原審の有罪の判断を維持した。ニュー・ジャージー州の事件では、裁判所侮辱に当たる行為とは、「裁判所を困惑させ、その業務の進行を妨げ、その機能を阻害し、制度の失敗をもたらし、その活動を妨害することになる……または、裁判所の権限や権威を損なう効果を持つ」すべての行為であると州最高裁は述べ、こうして、「全ての者」⁽³²⁾

(30) 214 Conn. 344, 572 A. 2d 328, cert. denied, 111 S. Ct. 247 (1990).

(31) *Id.* at 347-48, 572 A. 2d at 330-31.

に対して礼儀正しく振る舞う義務があることを忘れないようにと、弁護士たちの注意を喚起したのであった。コネティカット州の事件では、州最高裁は、「裁判所の威厳や権限に齒向かう」行為を厳しく非難するとともに、「正しい礼儀作法を保ち……法廷にいる〔すべての人〕⁽³²⁾に対し職業的な品位を保持する義務」を要求している弁護士会の倫理基準の重要性を改めて強調した。どちらの事件においても、州最高裁は、裁判官の訴訟指揮に今後繰り返してはならない誤りのあったことを認めた。しかし、そのことは、ニュー・ジャージー州の事件ではたんに拘留刑の宣告のみを取り消す理由となっただけであり、有罪認定や罰金刑は維持されたし、コネティカット州の事件では、一人の裁判官がそのことを理由に反対意見を書く結果となっただけであった。どちらの事件においても、依頼人の利益を徹底して擁護するという倫理上の責務を果たしたいと望む刑事弁護人の熱意に対して、あるいは、合衆国憲法第6修正の定める弁護人による効果的な援助の保障に対して、そのような判断がいかなる影響を及ぼすことになるかについては、裁判官は全く言及しなかった。

これらの判決の問題点は、弁護士の品位の向上を強調したいがために、依頼人である刑事被告人の利益を熱心に、しかしややエキサイトして、そして多分節度を越えた形で擁護していた弁護人の熱情に冷水を浴びせかけていることである。これらの弁護士は、証人の知性や誠実さや、あるいは教育程度を侮辱したわけではない（そうしたことは、しばしば多くの全く合法的な反対尋問で陪審員に強く印象づけられるにちがいないことではあるが）。彼らは、陪審員や書記官に嫌がらせをしたわけでもない。また彼らは、人種差別的言葉を浴びせかけたわけでもなければ、性差別的な当てこすりをしたわけでもない。相手方の弁護士がその言葉で被害をこうむったこともないのである。

むしろ、そうした言動の的となったのは、当該裁判官の、判決を下す一般的な権限ではなく、具体的な判示事項であった。誰でも、自分のいったことに対し、聞き手が不快げに首を振ることを好む人はいない。同様に、自分の判断が「言語道断である」などと言われるのを、好きな人もいない。しかし、弁護士は、自分の依頼人の利益に反する判断には、異議を唱えることを奨励されているだけでなく、そうすることを義務づけられているものなのである。したがって、弁護士を含めて自分の面前にいる人々に対し絶大な権力を有している裁判官は、合衆国最高裁判所がかつてそう述べたように、どっしり構え、強い自制心

(32) 118 N. J. at 68, 74, 570 A. 2d at 425, 428.

(33) 214 Conn. at 352, 358, 572 A. 2d at 333, 336.

をもって行動しなければならず⁽³⁴⁾、審理を妨害する行為のみを排除すべきであって、自分の判示事項に対する異議まで排除してはならないのである⁽³⁵⁾。

裁判官は、自分の感情と判示事項を峻別するだけでなく、弁護人たちも人間であり、時には感情的になるということを理解する必要がある。熾烈に争われる刑事裁判においては、ほとんどの場合被告人側は死に物狂いで闘っているのであるから、礼儀作法が時にはかなぐり捨て去られることもほとんどやむを得ない。弁護人といえども、落胆したり、怒り心頭に発したり、時には適切さを欠く言葉を用いることさえあるのである。

もちろん、われわれはそうした度を越した言動を許容すべきではない。しかし、ダニエルズ事件の弁護人であるルイス・ラペーソン教授が、彼の明快な論文「弁護と裁判所侮辱」⁽³⁶⁾の中でいみじくも述べているように、弁護を逸脱する行為と可罰的な裁判所侮辱行為との間にはある種の休憩室が必要なのである。このことについては、例えば、合衆国憲法第1修正に関する法理にも類似点が見られる。われわれは、新聞記事の意図的でない誤りまで処罰するものではなく、ただ、故意にか、または真実を「乱暴に無視」することによる虚偽のみを処罰すべきと考えるが、その理由は、われわれが嘘を愛するからではなく、公共の利害に関することについてのたくましい論争を保障し、そのことによって合衆国憲法第1修正の精神を実現しようとするのが故に、誤りに寛容であろうとするからである。それと同様に、われわれは、たとえわれわれが奨励したり、教えたり、敬愛できないような言動であっても、弁護人の言動のすべての誤りを処罰すべきではなく、直ちに矯正することが必要な、審理を故意に、そして悪質に妨害する行為のみを処罰すべきであると、ラペーソン教授は主張している。

そうすることによってのみ、弁護人たちが何ら恐れを抱くことなく合衆国憲法第6修正の義務に従って刑事被告人を熱心に弁護することが可能となる。そして、そのような、恐れを知らない、一途な弁護人の援助によってのみ、犯罪

(34) Craig v. Harney, 331 U. S. 367, 376 (1947) ("The law of contempt is not made for the protection of judges who may be sensitive...Judges are supposed to be men of fortitude, able to thrive in a hardy climate").

(35) In re McConnell, 370 U. S. 230, 236 (1962) ("The arguments of a lawyer in presenting his client's case strenuously and persistently cannot amount to a contempt of court so long as the lawyer does not in some way create an obstruction which blocks the judge in the performance of his judicial duty").

(36) 65 Univ. of Washington Law Rev. 477 and 743 (1990).

の嫌疑を受けた市民たちは権利章典が定めるあらゆる権利を保障されるのであり、社会もまた、政府が適切に行動し、罪ある者のみが有罪となり、刑の宣告が適正であることを保障されるのである。裁判官に対し多少礼儀を欠く行為があっても、そのことは、こうした万人のための実質的な利益から考えれば、小さな損害といわねばならない。

(菅野昭夫)

法対正義——ある歪められた事件

南アフリカ共和国の人種的不正義をテーマにした「乾いた白い季節」という最近の感動的な映画の中で、マーロン・ブランドは市民的権利の擁護を仕事とする経験豊かな弁護士を演じている。警察署での勾留中に死亡したある黒人庭師の雇い主であるドナルド・サザランドに対し、公式の死因審問が何故無意味なのかを説明するシーンで、マーロン・ブランドは次のような台詞を話している。「法と正義はせいぜい遠縁のいとこみたいなものだ。しかし、この国では親戚でさえない。」

わがアメリカでも、裁判所が罪を犯した人々を「専門技術的理由」で無罪にしてしまうという理由で、法と正義は無関係だという不満をよく耳にする。「専門技術的理由」という言葉は、有罪を認定するにあたり、公正で正確な手続きを保障するために定められている憲法上の諸権利を裁判所が実行するときに、しばしば使われる用語である。何故われわれがこれらの権利を必要とするのかを想起するためには、その映画にあるような、無実の人が不当にも起訴され有罪にされてしまうような多くの事件について知ることが、重要である。そのようなことは、不注意や能力のなさに起因するばかりではない。犯罪の極悪非道さ、検察官や警察官の政治的野望や出世欲、山積みされている未解決の事件の存在などが、犯人を見つけ出し有罪にしてしまえとか、迅速に処理をしろ、などというプレッシャーを生み出すことも、その原因になる。こうしたプレッシャーのために、警察官や検察官は、手抜きの仕事をしてしまうことになる——つまり、容疑と矛盾する弾丸を無視したり、実験で確かめることを省略したり、他の人物を犯人と名指ししている証人のことを弁護人に告げることを怠ったりなどである。彼らは、また、時には、起訴の取消や有罪決定の破棄などを避けるために、裁判官が法を無視したりねじ曲げて解釈するように仕向けることもする。われわれが厳格なルールを持って、それを厳しく執行していかなければ

ならない理由は、刑事手続きを司る当事者がいずれも人間であり、善意または悪意で、もしくは不純な理由で、過ちを犯しがちであるということに帰着する。

これからお話す事件は、警官殺しを有罪にし、そしてその有罪判決を守り抜けという圧力が、正義に基づく思考を無力にしまったために、政府がその被告人の無実と他の人間こそ犯人であることを示す証拠を握り潰している数えきれないほどの事実が暴露されているのに、なお14年以上もの長きにわたり依然として獄に繋がれているある無実の男の物語である*。

1976年8月、ニュー・ジャージー州カーニー市の小切手両替所強盗事件の最中に非番の警察官が射殺された事件で、ビンセント・ジェイムス・ランダーノは、1977年に謀殺罪で有罪を宣告された。この犯罪の事実関係は明白であった。それぞれ黒っぽい髪と赤毛の髪の二人の男が、午前中の遅い時間にその現場にやって来た。一人は金を強奪するためにトレーラーの中に入り、もう一人は外の駐車場にいた。その両替所に現金を運んできたスノウという名の警察官が自動車を取り付けたとき、外にいた男は彼の車に近づき銃を乱射し、たちまちスノウをその場で殺害した。そして、その二人の男は、銃を撃った男の運転で、トレーラーからの略奪品とともに、逃走してしまった。

審理において検察側の主要な証人となったのは、現場の近くで仕事をしていて銃撃を目撃したジョセフ・パスクイティ、逃走した車の助手席に乗っていた赤毛の共犯者で、検察側の証人になることを交換条件として、重罪謀殺の起訴事実を争わずに30年の刑を受け、8年間服役をしたアレン・ローラー、被害に遇った小切手両替所の持ち主のジャコブ・ロス、殺人犯が逃走車を運転しているのを目撃したトラック運転手のレイモンド・ポルトスらであった。

パスクイティの証言によれば、その殺人犯は黒っぽい縮れた髪の男で口髭はなかった。彼は、審理では、ランダーノをその犯人とは確認できなかった。ローラーは、ブリードと呼ばれている暴走族の一員であり、その暴走族のもう一人のメンバーであるビクター・フォニーとこの強盗事件を計画したこと、またフォニーの拳銃がこの殺人に用いられたことを認めた。しかし、警察官を射殺したもう一人の共犯はフォニーではなく、その暴走族のメンバーではないラン

※〔原著者註〕

ここに詳述されている事実は、注記の州および連邦裁判所の判決および他の裁判所の記録に記載されている。しかしながら、読者にお知らせしておくが、私は、1987年から、最初はアメリカ自由人権協会ニュー・ジャージー支部の法律部長として、この事件が市民的自由についての多くの重要な争点を提起したために、この事件の弁護を援助し、続いて行われた不正義に我慢ができなくなり、自分自身の事件としてこの事件に取組んでいる。

ダーノであると、ローラーは主張したのである。彼の証言によれば、ブリードは、仲間同志で「うろちょろすること」を禁止する厳しい掟を持っているとのことであった。ローラーは、また、これまでフォニーと一緒に他の犯罪を犯したことはないとも供述した。このローラーの証言とは逆に、ロスは、ランダーノは両替所の窓で銃を突きつけホールド・アップを命じていた男であり、駐車場で警官を射殺した男ではないと、主張した。トラック運転手のポルトスは、犯罪の8カ月後に検察官の事務所で見せられた写真の中から逃走車を運転していた男としてランダーノの写真を選び、審理でも彼をその男と確認した。

ランダーノは、彼が無実であり、犯行当日はニュー・ジャージー州にさえいなかったと証言した。その日彼は居住地のステイトン・アイランドの診療所に午前6時30分ごろに行っていたことを、受付の署名を提出して立証した。(ランダーノは麻薬中毒の前歴があり、以前に暴力犯罪ではないが麻薬関連の罪で有罪判決を受けたことがあった。) また、その日の12時50分ごろに彼がステイトン・アイランドで失業者用の小切手を換金したときに撮られた写真も証拠として提出した。その写真によれば、その時彼は縮れけのない長い髪をしており、口髭をたくわえていた。彼の女友達と、その友達も、ランダーノがその日の朝9時から11時までとは彼らと一緒にいたことを証言した。ランダーノとその日の午前中にカード遊びをしたことを認めるある男の供述のメモを検察官は持っていたが、その男は審理では喚問されなかった。ランダーノは、また、犯行当時付着したことが証明されている一条の返り血が付いている殺人犯の着ていた上着を、陪審員の前で試着してみせた。ランダーノは身長が6フィート1インチであり、ファスナーを締めることさえできず、袖も6インチ短かったのである。

陪審員にたいする最終弁論の際に、検察官は、「この事件の全経過の中で、警察官が誤った捜査を行ったり、写真による犯人識別を強要した事実をうかがわせるものはまったく無い」ことを強調した。

陪審員は、2日間にわたって合議を行った後、どの訴因についても、「有罪または無罪のいずれの結論についても12人全員一致にいたることはないというのが、われわれの正直な感触である」と裁判官に告げた。すると、裁判官は、陪審員に対して、いわゆる「補足的説示 (supplemental charge)」として知られている次のような付加的説示を行った。「われわれは、この事件の裁判で5週目に入っており、この裁判のために、時間や金やその他の点でどれだけのものが費やされているかは、ご存じのことと思います。」「この事件は、いずれは、結

論を見なければなりません。しかし、その結論を決めるために、この事件が、みなさん方よりももっと知性があり、公平で、能力のある12人の方々の前で将来審理されると予想できる理由は何もありません。」これが裁判官の補足的説示であった。それから53分後に、陪審員は合議を終了して、すべての訴因について全員一致でランダーノを有罪と評決し、ランダーノは終身刑を言い渡された。

その後、フォニーについて言えば、彼はニュー・ヨーク州からの身柄引渡に18ヶ月間抗争した後、重罪謀殺を含む全ての犯罪について審理を受けたが、たんに強盗を計画しただけであり、実行現場にはいなかったとのローラーの証言のおかげで、持凶器強盗の共同謀議についてのみ有罪となった。フォニーは、3年の刑を受けたが、実際には8ヶ月服役しただけであった。

そして、ほとんど間なしに検察官による事件の脚色が露見することとなった。審理が終了して間もなく、ローラーの証言とは逆に、フォニーとローラーが他の数件の持凶器強盗と一緒に犯したことがあることを示す指紋と弾道鑑識の証拠があること、および、ランダーノの事件を担当していた検察官はそのことを審理の前に知っていたことを、ランダーノは知るに至った。二人の被拘禁者が名乗りを上げ、ローラーが、暴走族ブリードの仲間以外の人物の名前を出さなければならなかったので、ランダーノを偽って犯人に仕立てあげた旨彼らに房の中で話していたことを供述した。審理を担当した裁判官は審理やり直しの申立を拒絶したが、その理由は、同房者の証言は信用できないし、ローラーがフォニーと他の犯罪を犯したことがあるという証拠は、審理においてローラーが証言したことで矛盾するけれども、陪審員の心証を変えるのに十分とは言えないというものであった。「無罪証拠」⁽³⁷⁾という名で知られているように、州には被告人に有利な一切の証拠を被告人側に提供しなければならず、そのことは長年にわたって確立されてきた州政府の憲法上の義務である。しかし、もし、被告人側がそのような証拠のあることを審理が終わってから初めて知った場合には、その証拠が被告人に有利であることのみならず、その証拠それ自身によって有罪判決が変わっていたであろうことを、被告人側は立証する必要があるとされている⁽³⁸⁾。問題は、どのような新証拠があれば少なくとも一人の陪審員の心証に合理的な疑いを抱かせたであろうかを、陪審員の評議を聞いていなかった裁判官が判断することが、極めて困難であるということである。上訴審において、上位裁判所控訴部も、ランダーノの有罪判決と審理やり直し拒絶の結論

(37) Brady v. Maryland, 373 U. S. 83 (1963).

(38) United States v. Agurs, 427 U. S. 97 (1976).

を支持し、ニュー・ジャージー州最高裁も審理を開くことを拒絶した。

1981年に、この事件に興味を持ったある教授の招待を受けて、担当検察官が、ある州立大学で講演を行った。その講演の中で、検察官は、強盗の被害を受けた両替所の持ち主であるジャコブ・ロスが、ある組織的な犯罪に関与し、殺されたスノウ警察官に賄賂を贈っていた容疑で、当時捜査中の人物であったと述べた。ロスは検察側に非協力的な証人であり、ランダーノに不利な証言をするように「われわれは彼を言わば強要しなけりばならなかった」とも述べたのである。また、検察官は、彼が当時感じた彼のキャリアに対する猛烈な圧力についても説明した。要するに、警官殺し事件で有罪判決を獲得できないような検察官の落ちつく先など無いということであった。

それから間もなくその教授は、この事件のことをある雑誌に投稿した。(ランダーノは刑務所にいる間に、犯罪人生活の危険性について若者に教育するためのプログラムとして全国的に有名となった「ショック矯正法」プログラムを造ったので、一般の関心をかなりひくようになっていた。)この記事は、ランダーノを犯人と識別したトラック運転手の証言を除いては、ランダーノを有罪とする証拠は薄弱であることを明らかにしたが、その記事を読んだ後間もなく、そのトラック運転手のポルトスが、事件の審理中に彼がランダーノを犯人として確認したことに実はいくつかの問題があったことを供述するに至った。

1982年の州裁判所での審理でのポルトスの証言によれば、彼は、検察官の事務所で複数の写真の中から最初はランダーノとは別な男の写真を犯人として選んだところ、その写真は取り除かれ2度とその写真を見ることはなかった。その後検察官とのやりとりで、ポルトスは、「もしこの男が(この時彼はランダーノの写真を示しながら)こんなに肥っていなかったら、俺はこの男の写真を選んでいただろう」と言った。すると検察官は、「こいつがわれわれの本命のホシだ」と言い、その写真に頭文字で署名するようポルトスに求めた。ポルトスは、もしその検察官のランダーノこそ本命であるとの発言がなければ、写真に頭文字で署名することはなかっただろうと、証言している。

やはりポルトスの証言によれば、審理の行われた日彼が裁判所の廊下で待機しているとき、身なりの立派な二人の男が彼の側を通っていった。彼がトイレに行ったとき、刑事とおぼしき男がこう言った。「今行った二人が誰か知っているかね。あいつがわれわれのホシなんだ。」実はポルトスは、廊下では誰がランダーノかを識別することはできなかったし、法廷の中に入った時も、刑事の話した二人の男のうちどちらがランダーノであるかは、そのうちの一人が自分が

弁護人であると述べたので、初めて分かったのである。

ランダーノの裁判で証言した後、ポルトスは激しい不安の念に襲われたので、そのことを裁判官に告げようと思ったが、最初に牧師に相談したところ、警察が間違いを犯す筈はないから心配するには及ばないとその牧師に忠告されたことも、彼は供述した。前述の雑誌の論文を見て、ポルトスはまず検察官の事務所に行ったところ、やはり心配する必要はないと言われたが、今度は初めて被告人側と接触してこのことを知らせたのである。

ランダーノ事件の審理を担当した裁判官とは別の裁判官がこのときの審理の担当となったが、この裁判官は有罪決定を無効とすることを拒否した。彼は、ポルトスを「前言を取り消した証人」（前に証言したことは嘘で今度の証言こそ本当だと主張する証人のこと）として扱い、そのような証人を信用すべきではないと推定し、その推定に反証をほとんど許さないニュー・ジャージー州の判例に基づいて、裁判官はポルトスの新証言の信用性を否定したのである。もちろん、ポルトスは前言を取り消しているわけではなく、彼にランダーノ事件の審理でそう証言させることとなった警察の圧力があったことを説明しただけなのである。第2に、この担当裁判官は、ロスがそのような容疑で捜査中の身であり、そのことを利用しての証言の強要がロスに対してなされたことは、被告人側にとっては有利な証拠ではあるが、それによっても陪審員の心証が変わりうるとは考えられないと結論した。

最後に、その裁判官は、ランダーノの最初の上訴が斥けられてからわずか数週間後に出されたニュー・ジャージー州最高裁のある判決をランダーノ事件に適用することも認めなかった。その判決は、ランダーノ事件で合議がデッド・ロックの状態であることを陪審員が告げた時なされた、裁判官による「ダイナマイツ的説示」として知られるような類の補足的説示は、他の多くの州および連邦裁判所が述べているように、あまりにも強要的で二度と許容されるべきではないと述べていた。しかし、その判例はそれが言い渡された時まだ上訴審に係属している事件についてのみ適用されると、このランダーノの審理を担当した裁判官は結論づけた。つまり、その判例の出る前にランダーノの控訴部に対する上訴は結論を見ており、州最高裁への上訴は（裁判所の規則に従って）その数週間後になされているのだから、その新しい判例が出された時、ランダーノは「裁判の土俵には上がっておらず」、したがってその判例の利益を享受できないと、その裁判官は述べたのである⁽³⁹⁾。

(39) State v. Landano, No. 73-76, letter-opinion. 2 (Law Div., Hudson Cty., July 13,

1984年に、控訴部はまたもやその有罪決定に介入することを拒否した。もっとも、「ダイナマイト的説示」についてのその判例を適用しないことについては、別の理由づけをしている。そして、州最高裁は審理を開くことを再び拒絶した。

熱心で疲れを知らないランダーノ事件のネイル・ムリン弁護士は、実は審理当時はまだ彼の弁護人ではなく、1980年に本件と関わるようになり、それ以来手弁当で弁護活動を行ってきたが、次の段階として、1985年に連邦裁判所に人身保護令状の申立を行った。

「人身保護令状」とは、ラテン語で「われわれに身柄を与えたまえ」という意味である。それは、イギリスの古い法的令状であり、1220年にイギリスの裁判用文書の中で初めて使われ、囚人に対する拘禁が合法が否かを審査するために、保安官に対し、その囚人の身柄を裁判所に連れてくるように命じたものであった。それは、市民を逮捕し勾留する執行権力の裁量権に対し、司法が行った最初の最も重要な制限のひとつであった。人身保護令状は自由を保障するものとして1787年まで重要視されてきたため、憲法の起草者は、合衆国憲法本体の中に、次のような条項を挿入した。すなわち、「人身保護令状を求める権利は、内乱や侵略の如き事態において公共の安全のために必要とされる場合以外は、停止されてはならない。」という条項である。この権利は、わが国の歴史では、ただ一回だけ、すなわち南北戦争時に停止されたのみであった。1867年に、連邦裁判所が、人身保護令状の手続きを通してある個人に対する拘禁が合衆国憲法に違反してなされているか否かを審査する権限を与えられた。ブレンナン裁判官が主導的な役割を果たして出された1960年代の一連の合衆国最高裁判決は、連邦裁判所には、州裁判所における有罪決定による拘禁について、それが憲法第14修正の保障するデュー・プロセス条項に「編入されてきた」憲法第5修正、第6修正、第8修正条の諸権利に違反してなされたものか否かを審査する権限があるという法理論を確立した。人身保護令状手続きを司どる連邦裁判所は、審理手続に憲法上の誤りがある旨結論したときは、州の上訴裁判所と同様に、その有罪決定を無効とする権限を有する。しかし、その場合、州はその被告人を再び刑事裁判にかけることができる。何故ならば、有罪決定が被告人によって申立られた不服手続きにより取り消されたときは、いわゆる二重の危険を禁止する法理論は適用されないからである。

連邦裁判所のH・リー・サロキン裁判官は、検察官の手持ち記録のいくつかについて、記録閲覧の機会をムリン弁護人に与えた。ムリンは、トラック運転

手のポルトスが写真を見せられてランダーノ以外の人物の写真を犯人として選んだと証言したその日に、ビクター・フォニーの2枚の写真が他の写真を貼った数枚の用紙とともに警察の金庫室から移動されたことを示す警察官の報告書を発見した。ムリンはまた、捜査の過程で「トラック運転手」に示されたものと同じと刑事が供述しているフォニーの一枚の写真を含む8枚綴りの写真貼付用紙の入っているマニラ紙の書類篋みも見つけ出した。そのフォニーの写真によれば、彼は短く黒く縮れた髪の毛をしており、口髭もなく、その風貌は、パスクイティの証言した殺人犯の風貌や、証人たちに示された警察の人相書きにマッチしていた。サロキン裁判官は、審理を開き、ポルトスの証言を直接聴き、証言態度を観察した。

1987年9月に言い渡した意見の中で、サロキン裁判官は、ポルトスの証言は十分に信用できるとの判断を示した。ポルトスは当初はフォニーの写真を犯人のそれと判断した蓋然性が高く、そしてそのフォニーの写真が取り除かれ、ランダーノを犯人と供述したポルトスのその後の法廷内外での犯人識別は、警察官による不当な示唆の産物であり、それ故憲法的にみても許容できないと、サロキン裁判官は結論づけたのである⁽⁴⁰⁾。しかしながら、同裁判官は、憲法上の権利をそれまで勇気をもって実現してきた彼の業績からみると、ショッキングで理解に苦しむ転身を見せ、ランダーノを救済することは自分にはできないと宣言した。彼の説明によれば、人身保護令状に関する制定法は、もし州裁判所の審理が不公正であったり、十分な事実調べをしなかったと彼が判断しない限りは、連邦裁判所は州裁判所の事実認定——この事件では、ポルトスの証言が信用できないという認定——に「従う」義務を連邦裁判所に負わせており、そのことは、たとえその事実認定に連邦裁判所裁判官が同意できない場合も同様である、と言うのである。この事件の州裁判所の審理の段階で被告人側はこれまで見てきたような警察官の報告書やフォニーの写真の入った書類篋みを発見する機会を奪われてきたとはいえ、適用可能な例外を、この事件に見いだすことはできないと、サロキン裁判官は判断した。それ故、自らは救済策を否定せざるを得ないと感じたが、しかし、「大きな不正義があったこと」に関心を抱いている旨表明するとともに、非常に異例なことではあるが、上級裁判所が彼の判決を破棄することを期待すると明言したのである。同裁判官はまた、審理の後に発見されたローラーとロスに関する無罪証拠は、ポルトスの新証言なしに陪審員の心証を変えるとは考えられず、また、陪審員に対する補足的説示は、

(40) Landano v. Rafferty, 670 F. Supp. 570 (D. N. J. 1987).

憲法違反と断ずるに十分なほど強要的だとは言えないとも判示した。

第3巡回区連邦控訴裁判所は、人身保護令状による救済の申立を否定したこの判決を支持した。その理由は、やはり連邦裁判官には州裁判官の事実認定に従う義務があるというものであったが、サロキン裁判官をしてこのような「苦悶」をさせた不正義の可能性については言及することさえしなかった。合衆国最高裁判所は、1989年2月に、事実認定に従うというこの準則に対する憲法違反の主張について、審理を開くことを拒絶した⁽⁴¹⁾。

この事件はそれで終焉したかに見えたが、しかし、またもやもうひとつの重要な証拠が発見されるに至った。センチュリオン・ミニストリーという名の、有罪とされたが無実と信ずる者に関する事件の調査を行う組織を創設したジェイムス・マクロフスキー弁護士が、フォニーの弁護人の事件記録の中から、ジョセフ・パサパスという人物が、「ホールド・アップを命じた現場から自動車を運転して逃げていった男」、すなわちすべての目撃者が殺人犯と一致して述べている男として、1977年1月に示された17組の写真綴りの中から、ビクター・フォニーの写真を選んでいた旨の警察官の報告書を発見したのである。そのような証人の存在を述べた人は、これまで一人もいなかった。それどころか、州裁判所の最初の上訴審の段階では、州政府は裁判所に、「フォニーの写真を殺人犯の写真として選んだ者はいなかった」と、説明していた⁽⁴²⁾。

この新証拠に基づいて、サロキン裁判官は特別な命令を発した。すなわち、検察官および関与している警察署の所持するランダーノ事件に関するあらゆる事件記録を、州政府に予告することなく、連邦保安官が押収することを命じたのである。次に、同裁判官はまた、ムリン弁護人が州の弁護士の立会いの下で、事件記録の中のあらゆる文書を調査することを認めた。こうして発見された他の証拠は次のようなものであった。ジョセフ・パサパスがフォニーを犯人と識別した旨の手書きのメモ、殺人犯は口髭がない縮れ毛の男であったと証言したバスクイティが「髪は直毛ではなく、容疑者は縮れ毛であった」と供述した旨記載されている「ランダーノに関する犯人識別」というラベルのうたれている記録、「ジャコブ・ロス……この事件の最大の難点——8/26——ランダーノについての暫定的犯人識別」と記載された「民間人の証人たち」というラベ

(41) Landano v. Rafferty, 856 F. 2d 569 (3rd Cir. 1988), cert. denied, 489 U. S. 1014 (1989).

(42) State's Brief on Appeal from Denial of Defendant's Motion for New Trial and Petition for Post-Conviction Relief, State v. Landano, A-2649-82T4, at 12.

ルの貼ってある手書きの記録、ロスがランダーノを犯人と識別した8月31日の午前中に、彼がニューアーク警察署のスノウ刑事に賄賂を贈った嫌疑でニューアーク警察署内部監察部の尋問を受けていたことを示す警察報告書、「フォニーは運転して逃亡した男に似ている；Det. Rose；(3) 3人の被疑者の写真」という手書きのメモ書きとともに、その上に検察官の氏名と住所の記載のある空の茶封筒などである。

ランダーノの無実とフォニーの有罪を示しているこの新しく発見された証拠に基づいて、1989年7月にサロキン裁判官はとうとう人身保護令状を発し、ランダーノに対する有罪決定を無効と宣言した⁽⁴³⁾。バサパスがフォニーを犯人と識別した旨の警察報告書と「髪は縮れ毛」だったというパスクイティの供述をきわめて有効であると認定して、同裁判官は、検察官が、確立している憲法上の義務に違反して、重要な無罪証拠を再三にわたり開示せず隠匿した旨、結論づけた。彼は、13年間拘留されていたランダーノを、上訴審またはやりなおし審理の間、無担保の保証証書により保釈した。連邦上訴裁判所は、ランダーノに対し、所在を常にモニターできるようにと、エレクトロニクスのプレスレットの装着を命じた。

これと前後するころ、最初の審理の陪審員の一人が、自分は結論を出せずに悩んでいたのだが、裁判官の「ダイナマイト的説示」を聞いたため、有罪認定には疑問を持ちながらも、他の陪審員の有罪の結論に与してしまったと、マスコミに発言した⁽⁴⁴⁾。しかしながら、州および連邦の裁判所規則によれば、陪審員の評議に関する一人の陪審員の証言は、陪審の任務になかった人物によって賄賂の提供や脅迫があったなどの不当な影響がその証言によって立証された場合を除いては、考慮されないことになっている。したがって、そのような事実の開示が、裁判所の記録に留められることはなかった。

州の次の上訴審において、究極の法技術的問題が登場することとなった。1990年に、連邦控訴裁判所は、憲法に違反する証拠不開示があったとするランダーノの主張を、2対1で斥けた。多数意見は、人身保護令状に関する連邦法によればすべての主張はまず州裁判所に申立られなければならないと、述べたのである。当該法におけるこの考え方は、「州裁判所の救済前置主義」という法理論として知られている。ランダーノは、検察官が無罪証拠を開示しなかったことを、数多くの州裁判所の審理の中で主張し、それぞれの段階で入手できた証拠

(43) Landano v. Rafferty, 126 F. R. D. 627 (D. N. J. 1989).

(44) *Star-Ledger*, June 27, 1989, 25.

はその段階の州裁判所にすべて提出してきた。そして、もちろん、バスパスとバスクイティに関する報告書は、終始検察官の手持ち記録の中にあつたのである。ところが、連邦控訴裁判所は、州裁判所がそれら二つの証拠をまだ見ていないから、ランダーノは州裁判所の手続きを一から始めなければならないと言うのである！1990年10月に合衆国最高裁判所は、またもや上告を却下した⁽⁴⁵⁾。

州裁判所の手続では、当初の審理担当の裁判官が、またランダーノの事件を担当した。(その裁判官は、州裁判所で1982年に行われた手続きでは、一時的に除外されていた。)その裁判官の初仕事は、ランダーノの保釈を取り消したことであった。その時ランダーノは職に就いており、釈放後の15か月間すべての保釈条件を誠実に遵守していたにもかかわらずである。1週間もたたないうちに、ニュー・ジャージー州最高裁は、その決定を取り消し、州裁判所の審理の間ランダーノを保釈することを命じた。1991年3月に、この審理担当裁判官は、ランダーノ事件の審理を開く必要はないとの判決を下した。その理由は、連邦控訴裁判所の述べたことに反して、州裁判所の規則によれば、被告人が争点——この事件では、証拠を隠匿したという検察官の違法行為——を蒸し返しすることは許されないということであった。その争点に関係する新証拠が後日発見されているにもかかわらずである！この裁判官は、また、いずれにしても、そのような新証拠が陪審員の心証を変えることはないとも述べた。ランダーノは、この州裁判所の判決に対して、州裁判所に上訴するか、または連邦裁判所にまた戻って闘うかのどちらかの道をとるであろう。想起すべき重要なことは、州裁判所または最終的には連邦裁判所がランダーノに有利な判決を再び出すとしても、州当局はいつでも陪審に提出するのが適当と考えるあらゆる証拠を用いてランダーノを再び裁判にかけることができるということだ。

この試練から、どんな教訓を引き出すべきであろうか？もっとも重要なことは、われわれがその価値を尊び、時には有罪と思われる者を守ってしまうという不平のもととなるあらゆる憲法上の保護にもかかわらず、刑事司法制度が無実の人間を、すなわち州当局にとってもっとも寛大な見方をしてもきわめて不公正な裁判を受けて13年も獄につながれてきた者を、守ってやれなかったことである。まことに、もしランダーノがニュー・ジャージー州で死刑制度が法的効力を有している1971年以前か1982年以後にこの犯罪で起訴されていたならば、1982年2月にこの裁判の最終の上訴と考えられた審理を合衆国最高裁判所が拒絶した段階で、すぐに死刑が執行されていたであろう。ランダーノが前科

(45) 897 F. 2d 661 (3rd Cir.), cert. denied, 111 S. Ct. 46 (1990).

者であったということが、この事件の関係者に、開示された証拠がどうであれ、彼が犯人に違いないという推定を助長し、手続き上の過誤があったかどうかについての関心を低めてしまったことは、疑いのないことである。犯人識別が誤っていたことが記録されている多くの歴史的事例や、犯人識別が信頼出来ない事を実証した科学研究⁽⁴⁶⁾から考えると、ランダーノ事件が残念ながら例外的な事件ではないと認めざるをえない。

憲法上の権利を擁護するに際して、実際にはいくつもの困難があることを、この事件によって知ることも、また大切なことであろう。審理の始まる前にすべての無罪証拠を検察官が弁護人に開示する義務のあることは、どの裁判官も最初から認めてきたことである。ランダーノが早期に釈放されず、まだ起訴された罪から解放されていない唯一の理由は、検察官が審理終了まで何とかして証拠を隠しとおすことに成功した場合には、隠匿された証拠が陪審員の心証を変えるほどに強力なものであることについて、弁護人は裁判官を説得しなければならないということにある。弁護人の援助がなかったら、そのような負担を充足させ、すべての無罪証拠を提供させることができるという憲法上の明白な権利を擁護することは、ほとんど不可能である。しかも、勾留されている貧困な刑事被告人のために、最初の上訴の後のすべての手続きに弁護人を無料でつける憲法上の義務があるとは解釈されていないし、大部分の州および連邦裁判所では、そのような弁護人はつけられていない⁽⁴⁷⁾。ランダーノは、彼の事件と10年間も精力的に取り組み、彼の憲法上の明白な権利を守りきろうとしたムリンのような一流の弁護人にめぐりあえただけでも、幸運だったといわねばならない。しかし、あまりにも多くの証拠が隠匿されていたために、それらが陪審員の心証を変えるに十分なものであると、とうとうムリンが裁判所を説得することに成功した時でさえも、彼は、州裁判所がその証拠を再審査する機会を保障されなければならないといわれたのである。検察官が憲法に違反して不当にも証拠を開示せず、そんな証拠はないと何年間も言いづけてきたことが、州裁判所からそうした機会を奪ってきた唯一の理由であるにもかかわらずである！

検察官の頑迷なまでの責任回避、これを正すべき裁判所の消極的姿勢、汚点が出るみにさらされたにもかかわらずその被告人の有罪に固執する政府の態度

(46) Stephen A. Saltzburg, *American Criminal Procedure* 544-57 (3rd ed. West Publishing 1988).

(47) *Murray v. Giarratano*, 109 S. Ct. 2765 (1989).

などは、警官殺しというこの犯罪の特質と、真犯人がすでにこの犯罪と関連する罪で裁判にかけられ無罪となっているために殺人者を州政府が起訴することはもはやできないという事情に、おそらく由来していると思われる。しかし、これらの憲法上のきまりを守らせる意義が最も大きいときにこそ、そのきまりを執行する必要性もまた最も大きいのである。というのも、そのときにこそ、権力は手抜きの仕事を最もしたがるからである。

この次に、裁判所が「専門的技術的理由」を持ち出して犯罪人を甘く扱っているという非難を聞いたときには、われわれは、ジミー・ランダーノのことを思い浮かべて、何故に刑事被告人が権利章典にあるすべての保護を必要とするのかを、思い出す必要がある。

(菅野昭夫)

愛と正義は何故両立できないのか？

愛は規則などには盲目である。ところが、裁判所は規則しか知らない。これは、愛が裁判所の規則に陥れられた物語である。

1977年に、ニュー・ジャージー州最高裁は、もしその配偶者または両親または子供が同じ町の警察官である場合は、なんびとも交通違反や条例違反や軽罪を管轄する市や地方の裁判所の書記官になることはできないという規則を定めた。この規則には、いわゆる祖父母条項があり、その規則が施行されたとき既に書記官として採用されているか、または既にそのような関係の生じている場合には、そのままその職にとどまることを許されている。その場合には、その書記官は親族が関係している事件から、除斥すること（参加してはならないこと）を要求される。1988年に、ニュー・ジャージー州最高裁は、その規則を、「婚姻関係と実質的に同視できる同棲関係」にある場合にも適用すると修正した。その規則の適用拡張以前から「同棲関係」にある者に対しては、今度は何の例外規定も定められなかった。

二人の書記官が、連邦裁判所に、この規則の合憲性を問題にする訴訟を起こしている。1988年の夏に、ニュー・ジャージー州ノース・アーリントンの裁判所の書記官を1981年からしているマリー・ウイリアムズという女性が、ジョセフ・ヒューズという1971年から同じ町の警察官をしていて今は刑事をしている男性と結婚した。彼らは市町村裁判所から、その規則は既に雇用されている書記官には適用されないとアドバイスされてから、結婚したにすぎない。ところ

が、州の裁判所事務局の見解はそれとは異なり、マリー・ヒューズに対し、もし夫が警察官を辞めなければ、退職するようにと命じた。その夫婦は、ACLUの援助で提訴した。その町と裁判所事務局は、裁判の結論が出るまでは彼女が職に留まることに同意したが、もし夫がその裁判所の事件にいかなる意味でも出頭する場合には、彼女は職から除斥されると申し渡した。

ニュー・ジャージー州ミリービルの市裁判所の書記官であるジャーニー・デュボアは、その町の警察官と1985年から個人的な関係を持っていた。その規則を知っていたため、彼らは結婚しなかったのである。職を守るために、彼女は非嫡出子を出産することまでしたのである。1988年6月に、彼女は、内縁の配偶者にまでその規則の適用が拡張されたこと、および、それには既存の関係を除外するいわゆる祖父母条項はないことを、知らされた。出産休暇から復帰したときにその規則の適用受けると予告されて、彼女も裁判を起こしたのである。まだ提訴はしていないが、その規則の適用を予告されている者の中には、その息子が警察官になることを最近決めたという別の町の書記官も含まれている。

その規則は、裁判所公務員による利益相反の外観までも防止しようとしたものであった。逮捕を執行する警察官の便宜を図るために、逮捕状や搜索令状に署名をしたり、期日延期を許可したり、期日を変更したりした書記官が、その警察官の配偶者や子供である場合には、被告人が疑念をもつのは無理からぬところである。このことについては、異論はあるまい。利益相反の概念や、あるいはより洗練された概念である利益相反の外観の理論は、法の中にも十分取り入れられ、またそれなりの合理性を有している。しかし、その解決の手段は、利益相反の恐れのある特定の事件について、その裁判所の公務員を除斥すれば良いのである。書記官よりもはるかに大きな権限および裁量を有している裁判官でさえ、警察官と結婚しているからといって、その職を辞める必要はなく、ただ、配偶者の関与している特定の事件の裁判を担当することだけ回避しなければならないとされているのであるから、書記官も、警察官と結婚しているからといって、その職を取り上げられるべきではない。

この規則が、より目立つ強い権限の裁判官よりも、書記官をはるかに厳しく扱っているということはさておくとしても、この規則は、結婚する自由のような基本的な権利を政府が規制するについてわれわれが許容できない二つの欠点を持っている。すなわち、その規則は、利益相反を防止するという州の利益に影響を及ぼさない状況にまで適用されるという意味で、あまりにも広範（または憲法学にいわゆる包括的または過剰）であると同時に、州が同じ利益を有し

ている他の状況には適用されないという意味であまりにも狭い(または限定的)ということである。

その広範さについてまず考えてみると、この規則が適用される場合で、そこには利益相反のない多くの例を指摘できる。例えば、ヒューズ刑事は、ニュー・ジャージー州の上位裁判所として知られるカウンティ裁判所のレベルの捜査や関連する仕事を割り当てられており、彼の妻が働いている町の裁判所の事件に関与することはまったく無いのである。夫の仕事が彼女とはまったく交差することがないのに、夫が警察で働いているというただそれだけの理由で、なぜその妻が職を失わねばならないのであろうか？その規則は、配偶者が地方の警察官であれば、配偶者と長期間別居している場合や、離婚手続きの最中の場合でさえも、その書記官は解雇されることになっている。また、規則の出来る前からの配偶者は除外されるのに、規則の出来る前からのデュボアのような同棲者はなぜ解雇されねばならないのであろうか？

驚くべきことに、この規則は、同時に、あまりにも適用範囲が狭すぎるのである。何故ならば、この規則が適用される場合と同じように利益相反の恐れのある場合には、適用されないからである。ある人との密接な個人的関係が、その人が法的に関与している特定の事件にとどまらず、あらゆる点で、業務上の客観性ないしその外観を損なうと、州当局が本当に信じているのであれば、兄弟、姉妹、叔母叔父、従兄弟、甥姪、婚約者、それにまだ同棲していないボーイフレンドやガールフレンドなどが、同じ町の警察官になった場合に、その書記官はなぜ解雇されないですむのであろうか？同じ室にいる同性の友達については、どうであろうか？近所に30年もの間住んでいる最も親しい生涯の友の場合はどうか？

常識にも適い、司法の公正な運用という重要な利益を目的とし、少数の人にはしか適用されない規則のあら捜しを何故するのかと言う人もいるかもしれない。これに対する最初の答えは、このケースでは、結婚する自由、親しい関係を持つ自由、一緒に住む人を選択する自由という基本的な権利について、われわれは論じているからである。これらの権利は、裁判所書記官にとってのみならず、あらゆる人にとって、重要性を持っている。どのような状況においても憲法上の基本的な権利を守るために、われわれは、こうした権利を侵害するあらゆる場合はつねに、政府は注意深い検討を行い、そして、やむにやまれない政府目標があるときでも、それを達成するための強制的手段は最小限に留めるべきことを、正当に要求できるのである。第2に、この規則は直接的には、少

数の人についてしか適用されないとはいえ、わが国の政府は何百万人もの人を雇用しているのである。もし公務員に対する規則を制定するについて政府に自由裁量を許すならば、他の領域における基本的な権利を危うくするばかりか、社会における重要なグループに直接的な打撃を与え、ひいては公務労働の魅力をも奪ってしまうことになる。これを例証しているのは、何百万人という連邦、州、その他の地方公務員の政治活動を制限しているいわゆるハッチ法と呼ばれる種々の立法を修正させようとして繰り返して行われている法廷闘争と、最近の議会の動きである⁽⁴⁸⁾。

われわれは公務員の基本的な権利を擁護する義務があるが、しかし、結婚の自由や同棲の自由などは権利の章典に明文の規定がないのであるから、それらが基本的な憲法上の権利とどうしていえるのかと言う人がいるかもしれない。この点については、権利を制限的に認めるかより広く認めるかで区別されている合衆国最高裁の保守派とリベラル派の双方とも、いくつかの権利は、権利章典の中に明文がなくとも、わが憲法に内在するものであり、厳格な司法的保護を受けることを長年承認してきた。われわれは、このことを既にプライバシー分野で経験してきており、そこでは、憲法第 9 修正の包括条項と、憲法第 5 修正および第 14 修正の適正手続き条項の中の「自由」という概念の拡大解釈の双方を用いることにより、妊娠中絶をし、または医学的治療を拒否する選択に関して、合衆国最高裁はこれを保護する理論を発展させてきた。同様に、道路検問や夜間外出禁止令の双方に関係するものとして、旅行の権利を、憲法に明文がなくとも、最高裁は承認してきている。これと同じ重要な展開は、家族生活について見られる。

この点に関して最も注意すべきものは、祖母が二人の孫と住むことを、その孫が兄弟ではなく従兄弟（つまり彼女の二人の息子の子供）であることを理由に禁止している市条例を違憲と断じた、いわゆるムーア対イースト・クリーブランド事件⁽⁴⁹⁾についてのパウエル判事の意見である。この事件で、合衆国最高裁は、適正手続き条項にもとづいて、同居したい家族を選択する自由を認めた。概して保守的な裁判官と見られていたパウエル判事は、4 人の裁判官の相対多

(48) See, e. g., *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U. S. 601 (1973) (upholding the federal Hatch Act against a First Amendment challenge); H. R. 20, 101st Cong. (modifying the Hatch Act to permit greater political activity by federal employees), vetoed by President Bush on June 15, 1990. *Cong. Index* 35, 002 (December 7, 1990).

(49) 431 U. S. 494 (1977)

数意見を執筆したが、その中で、権利章典に明文がない権利についても、「歴史上の教訓にのっとり〔かつ〕わが社会の根底にある確固とした価値を尊重している」とときには、裁判官は、憲法を主観的な解釈で変性させているなどという心配をすることなく、そうした権利に対する保護を広めることが出来ると説明している。核家族ばかりでなく、大家族も「わが国の歴史と伝統に根ざしている」と指摘したうえ、「市当局がこのような家族の権利を侵害する法令を制定したときには、立法に対し通常払うべき司法的謙抑は不適當である」と、パウエル判事は述べた⁽⁵⁰⁾。

子供に対する養育看護の責任を負っていない親が再婚するときに裁判所の許可を要するとしたウイスクンシン州法を、翌年合衆国最高裁は、同様の手法で違憲と断じた。その州法によれば、扶養義務のある子供か「その時点においても、その後においても公共の生活保護を受ける可能性がないことを」申請人が立証した場合に限って、この許可が与えられることになっていた⁽⁵¹⁾。このような準則は、結婚の権利を不必要に侵害しており、州の公益は、より制限的でない準則によっても達成されると、合衆国最高裁は判断している。同様に、二家族同居や学友同士の同居や雑居家族のような血縁や婚姻のつながりのない家族の同居を禁じた地域地区規制条例を、ニュー・ジャージー州を含むいくつかの州の裁判所は、それぞれの州憲法に照らして違憲と判決している⁽⁵²⁾。

連邦裁判所は、結婚という基本的な権利についてこうした厳格な違憲審査の手法を適用して、書記官と警察官の関係に関する規則についてニュー・ジャージー州の最高裁判所が十分精密に起案することを怠ってきたと判示し、それ故、その規則を違憲であると結論した⁽⁵³⁾。控訴審では、連邦巡回裁判所は、その条例の違憲審査をする必要がないと判定した。その理由は、ヒューズの住んでいる町の裁判所の裁判官がそう考えたのと同じく、警察官と結婚する前に任命されている書記官にはその規則は全く適用されないというものであった。この事件が提訴されたのは、この規則はヒューズ夫婦にも適用されると、州の裁判所事務当局と司法長官の双方とも判断したことが唯一の理由であるにもかかわらず、控訴裁判所は先のような結論に達したのである。そのため、ニュー・ジャージー州最高裁がこの規則の適用されるべき人的範囲について正確な解釈を確

(50) *Id.* at 503, 499.

(51) *Zablocki v. Redhail*, 434 U. S. 374, 375 (1978).

(52) *State v. Baker*, 81 N. J. 99 (1979).

(53) *Hughes v. Lipscher*, 720 F. Supp. 454 (D. N. J. 1989).

立する機会を得るまでは、違憲審査を留保すると、控訴裁判所は述べた⁽⁵⁴⁾。

私は、この規則を廃止し、警察官と結婚したばかりかまたは長く同棲または結婚している書記官に対しても、書記官と裁判官に対する除斥という長い間利用されてきた制度を適用すべきであると考えている。公務員の基本的な権利を保障しながら、他方で裁判所による救済を求める当事者が、裁定の公平で公正であることを確信するような手段を取り入れることが重要である。要するに、今こそ、愛と正義が両立することを明らかにする時なのである。

(菅野昭夫)

(54) Hughes v. Lipscher, 906 F. 2d 961 (3rd Cir. 1990).