

講 演

レーンキスト・コートを評価する

ローレンス・M・フリードマン
宮川 成雄 訳

アメリカの政治生活における最高裁
最高裁と世論
人種関係
刑事被告人の権利
プライバシーとセクシュアリティ
市民的自由
世論に抗する
結 論

合衆国最高裁判所（以下、「最高裁」）は、レーンキスト首席裁判官の下でかなり保守的と評価されてきた。その評価は正しいと思われる。レーンキスト首席裁判官は強い保守的傾向を持った人物であった。2005年に80歳で彼は死去し、レーンキスト時代は幕を閉じた。

2004年、非常に保守的なジョージ・W・ブッシュが、大統領の2期目に選出された。その2期目の最初の年に、サンドラ・デイ・オコナー最高裁裁判官が辞任し、レーンキスト首席裁判官が死去した。新首席裁判官となったジョン・ロバーツは、強い保守的意見をもつ人物と目されている。本稿の執筆時（2006年1月）において、オコナー裁判官の空席は未だ埋められてはいないが、大統領はサムエル・アリトウを後任に指名した。もしアリトウが承認されれば*、最高裁の保守陣営は強化されることになる。また、ブッシュ大統領は、もう一人の最高裁裁判官を任命する機会を持つこともありうる。

ともかく、レーンキストが退場した現時点は、レーンキスト・コートの業績

*（訳注）Samuel Alitoは、2006年2月1日、合衆国最高裁判所陪席裁判官に就任した。

について何らかの評価を行う良い時期である。私は最高裁判例の専門家ではないが、アメリカ法の社会史とアメリカ法文化の性質について関心を持っている。このような関心からレーンキスト・コートの歴史的重要性について、少なくとも何らかの意義を見出すことができるであろう。

アメリカの政治生活における最高裁

アメリカの法的小および社会的な生活における一つの顕著な事実は、最高裁の政治的重要性である。最高裁はアメリカの社会と政治において特徴的地位を占める。このような状況はもちろん多年にもわたる進化の結果である。最高裁は常に重要で強力な制度であるが、その権力と重要性は何年もかかって着実に形成されてきたものである。最高裁の判決はしばしば新聞のトップニュースになり、大統領の最高裁裁判官の任命権（上院の同意を必要とするが）は、選挙運動の一つの争点にもなる。

アメリカの最高裁は、読者がよくご存知のとおり、ドイツ連邦憲法裁判所のような意味で憲法裁判所ではない。最高裁は一般的管轄権をもつ裁判所であり、連邦裁判所に提起される全ての事件を管轄する最上級の裁判所である。また、この最高裁は連邦の憲法問題に関わる州裁判所からの上訴事件を審理する管轄権も有している。十九世紀の殆んどの間、最高裁は通常の事件について多数の上訴事件を審理しており、連邦の下級審で判決が出された事件や、未だ州に昇格する前の準州からの事件、そして、訴訟当事者が異なった州民である事件について審理してきた。

それらの事件には不法行為訴訟、契約訴訟、遺言訴訟なども含まれていた。しかし、最高裁は現在もはやそのような事件について審理することはない。今日では、最高裁はどのような事件を審理するかをほぼ完全にコントロールしている。最高裁は慎重に事件を選び、最高裁の審査を求めてくる数千の事件のうち、数少ないものだけを審理する。最高裁は、その判決に値し重要と考える事件のみに審理の同意を与える。それらの事件の多くは憲法問題に関わるものである。それらの事件のかなりの数が論争をよぶものであり、新聞紙上で取り上げられたりテレビの夕刻のニュースで議論されたりする。

最高裁の評価は時代とともに変化する。スキャンダルの影はないが、判決の傾向や重要な事件の結論により、最高裁の評判は良かったり悪かったりする。十九世紀後半と二十世紀初頭には、組織労働者や左翼の人間が最高裁を疑いの

目で見ていた時期もあった。それは、この時代の極めて重要な事件について、最高裁が非常に保守的な判決を下したからである。その最もよく知られた判決が1905年のロックナー対ニューヨーク判決⁽¹⁾である。ロックナー判決はパン工場での最長労働時間などの労働条件を規制するニューヨーク州法を違憲無効と判示した。最高裁の多数派の裁判官の見解によれば、そのような法律は労働者と雇用主が労働条件を決定する契約の自由を奪うと考えられた⁽²⁾。他の多く判決も最高裁が統治についてのレッセフェールの厳格な立場をとっていることを示した。例えば、1918年のハンマー対デイゲンハート判決⁽³⁾で、最高裁は児童労働を規制する連邦法を違憲無効と判示した。この判決が労働組合とその政治的支持者に不人気であったことは想像に難くない。

実際のところは、最高裁は一般にこれまで考えられてきたほど一方の側に偏っていたわけではない。最高裁の業績は常により複雑で曖昧なものである。しかし、最高裁は少なくとも外観では資本の側につき労働者の利益と敵対したように見えた。1930年代にも最高裁はルーズベルト大統領のニュー・ディール立法に反対の態度を示した。実際にニュー・ディールの中心的立法を違憲無効と判示した⁽⁴⁾。しかし、ルーズベルトは長期にわたり大統領に在職し、彼の信念と哲学を共有する裁判官を最高裁に送り込むことができた。1930年代末から最高裁は、経済社会立法の領域では、政府が行うことはおよそ何でも認めるようになった。最高裁のより明確な役割は、1950年代以降、少数者の権利擁護となった。

1950年代初めに首席裁判官に就任したアール・ウォーレンのリーダーシップにより、最高裁は数多くの大胆な判決を下すことになる。それらは、人種分離、刑事被告人の権利、市民的権利や自由の分野についての判決である。ま

-
- (1) *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45 (1905). この判決でホームズ裁判官は有名な反対意見を書いている。
 - (2) 判決の法的論拠は、合衆国憲法修正第14条である。同条は、いかなる州も「法の適正な手続なくして」市民から生命、自由、または財産を奪うことはできないと規定する。この条項をニューヨーク州法に適用することは、少なくとも拡張解釈であるといえる。
 - (3) *Hammer v. Dagenhart*, 247 U. S. 251 (1918). この判決でもホームズは反対意見を書いた。
 - (4) 例えば、最高裁は1933年全国産業復興法 (*National Industrial Recovery Act of 1933*) を違憲無効と判示した。 *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U. S. 495 (1935).

た、最高裁はベイカー対カー判決⁽⁵⁾においては、選挙過程にさえ踏み込むことになる。多くの州においては、都市部が農村地域よりも人口を急増させているにもかかわらず、州議会は選挙区割りの再編を拒んでいた。その結果、小都市や農村地域の住民が大都市とその近郊の住民よりも、議会代表の選出で大きな力を持つようになった。しかし、最高裁はベイカー判決で先例を破って、著しい選挙区不均衡が憲法違反となり、連邦裁判所はこの問題を審理し救済を命じる管轄権を持つと判示した。

ウォーレン・コートを観るれば、これまで例を見ない多くの大胆な新判決が下された。後続のバーガー・コートとレーンキスト・コートは保守的な最高裁ではあるが、憲法判例においてはウォーレン・コートの主要判決を実際に覆したものはない。少なくとも、ニュー・ディール以前に逆戻りさせるような判決は一つもない。1930年代以来、最高裁は、企業活動の規制に関する限り、連邦議会による規制を思うがままにさせてきた。最高裁はこれを連邦議会の州際通商権限を広く解釈することによって行ってきた。しかし、レーンキスト・コートは、いくつかの判決で、この権限にも限界があること示す意表をつく見解を打ち出した。1995年の合衆国対ロペツ判決⁽⁶⁾でレーンキスト・コートは、連邦議会には学校区域への銃の持ち込みを連邦犯罪とする権限がないと判示し、学校区域銃禁止法 (Gun-Free School Zones Act) を違憲と判示した。この判決は法学者の世界にある種の波紋を生じさせたが、当該法律は連邦規制の一部分を構成するだけであり、連邦規制法の大きな体系に何ら影響を与えるものではなかった。

レーンキスト・コートは、ウォーレン・コートの業績を真正面から覆すような試みをしたことはない。いくつかの判例はその射程が多少なりとも限定されたが、主要判決は一つとして覆されなかった。後に検討するように、最高裁の最も大胆な判決の一つであるロー対ウエイド判決⁽⁷⁾は、バーガー・コートの判決でありウォーレン・コートのものではない。またレーンキスト・コートが驚ほど前向きな判決を下した例もある。

ウォーレン・コートの主要判決が覆されていない一つの理由は、現在に至るまで最高裁の多数派は、リベラルであるか穏健な保守であったからである。レーンキスト・コートの判決は全体的には右寄りであったが極端な右ではなかつ

(5) Baker v. Carr, 369 U. S. 186 (1962).

(6) United States v. Lopez, 514 U. S. 549 (1995).

(7) Roe v. Wade, 410 U. S. 113 (1973).

た。そのいくつかの判決を以下で検討する。将来、ロバーツ首席裁判官の下で、最高裁はさらに右寄りになるか、今日と同じ程度の右にとどまるであろうが、極右にはならないであろう。これは、ロバーツ・コートの裁判官構成に関わることであり、現時点で、この問題に答えを与えることはできない。

最高裁と世論

法学者は最高裁に焦点をあて、ときにその著述は、最高裁が完全に独立して活動しており世論や政府の期待等に全くあるいは殆ど注意を払わずに判決を下しているかのように書く傾向がある。しかし、もちろんこれは厳密には正確ではない。まず第一に、最高裁は9人の人間、男女で構成されており、彼等は日々新聞を読みテレビを見、現代アメリカ人の価値観と意見をもつ存在である。彼等の価値観と意見は最高裁の判決に特色を与える。

また、彼等の中には「保守」もいれば「リベラル」もいる。しかし、これらの用語は定まった意味を持つものではない。これらの意味は時代と共に変化する。ある時代に「保守」であったことが、次の時代には「リベラル」となる。逆もまた然りである。1850年代の「保守的」裁判官は奴隷制を認めていたが、現代ではこの考え方は礼節ある社会から完全に消え去っている。

最高裁裁判官達は体制から独立しており、それは実際に真実である。彼等は終身任命である。彼らは退職を強要されないし、選挙戦を戦うこともない。しかし、独立とは自律を意味していない。彼等は閉ざされ封印された世界で活動しているわけでもない。彼等は周囲で生じていることに影響される。彼等は政治に関わっているわけではないが、政治に大いに興味を持っている。彼等の多くは政治生活に深く関わった経歴を持っており、知的活動の範囲でアメリカ政治とのつながりを維持しており、それはアメリカ文化とのつながりの維持でもある。

最高裁の仕事とその社会における位置づけは、二十世紀の展開のなかで大きく変化した。しかし、そのさまざまな変化は、より広い意味で社会の根本的な変化と対応している。最高裁はそもそも事件を作るわけではない。事件は最高裁に持ち込まれる。最高裁の係属事件簿は社会における人間の思考と行動のあり方を必ず反映する。それゆえ、最高裁の仕事は社会的政治的文脈で理解されねばならない。社会全体で生じていることの知識なしに、最高裁の歴史に意味を見出すことは不可能である。なるほど、最高裁は大胆で驚かされるような前

衛的判決を下すこともある。しかし、全体的に見れば最高裁は世論を先導することはない。最高裁は世論に従う傾向を持つ。もちろん、必ずではないが、通常はそうなのである。最高裁が支配的な世論に従わないときがあっても、注意深く徐々にそうなってゆく。

「世論」そのものが流動的概念である。世論とは誰の意見なのか。世論とはどのように測られるのか。世論調査で判断すれば、最高裁が世論を先行する争点もある。しかし、後にみるように問題は複雑である。以下に最高裁が進取性を示したいくつかの領域について論ずる。レーンキスト・コートを含めて、最高裁はかなり大胆な判決を下す場合があり、私はそのような事例についてより大きな社会との関連で論ずることにする。

人種関係

人種関係についての最高裁の業績は、特に社会の態度の変化が最高裁に影響を与えた明白な例である。約一世紀と少し前に、最高裁はブレッシー対ファーガソン判決⁽⁸⁾で、人種の分離は法的に受け容れうると判示した。これは「分離すれど平等」の法理である。州は分離された学校を運営することができ、列車の客車やバスの座席を分離することができた。牢獄や墓地も分離することができた。ただし、もちろん施設は「平等」でなければならない。しかし、事実は決して平等な施設ではなかった。アフリカ系アメリカ人が南部の諸州において従属的な地位に置かれていたことは極めて明白であった。彼等は投票することも公職に就くこともなく、陪審員になることもなかった。1900年当時、白人一般はこの状態を自然であり、むしろ望ましいものとして受け容れていた。

一世紀後に状況は全く異なったものとなっている。人種問題について今日の最も保守的な最高裁裁判官は、十九世紀の最もリベラルな裁判官よりもリベラルである。実際に、現在の最も保守的な裁判官はアフリカ系アメリカ人であるクラレンス・トーマス裁判官である。1900年において、黒人が最高裁裁判官を務めることなど考えられもしなかった。それゆえに、トーマス裁判官と同僚裁判官の幾人かは「保守」であるけれども、「保守」という語の二十一世紀における意味は、過去における意味とは深い次元で異なる。

例えば、現代の「保守」は全般的に、アフターマティブ・アクションに反対

(8) Plessy v. Ferguson, 163 U. S. 537 (1896).

する。彼等は「憲法は肌の色を問わない」⁽⁹⁾ というスローガンを引用することを好み、アファーマティブ・アクションが人種を理由として白人を不利に扱うものであり人種差別であると主張する。彼等はこれを人種の少数者に対する不利な取り扱いと同じように、法的意味において受け容れ難いと主張する。しかし、最高裁はこの立論を完全には認めていない。2003年に最高裁は幾分ためらいがちながらも、公立大学が人種的によりバランスのとれた学生集団を構成するために、入学選考において人種を考慮することを認めた。ただし、人種割り当てを設定することは認めなかった⁽¹⁰⁾。全体的にはアファーマティブ・アクションは論争の対象であり続けている。しかし、人種分離は過去の問題となっており、これは今日では全く受け容れられないものとなっている。最高裁裁判官に一人たりとも人種分離を認める者はいないし、過去に用いられた人種の少数者を不利に扱う法的措置を認める者はいない。

アメリカ社会そのものが人種的平等に向かって驚くべき進化を示しており、最高裁はそれを反映しているに過ぎない。最高裁はこの社会の動きの前衛に立っていたわけではないという議論もある。重要な鍵となる最高裁判決は、有名なブラウン対教育委員会事件⁽¹¹⁾である。この判決は人種別学を違憲と判示した。この判決が公民権運動にどのような役割を果たしたか、またどれだけの影響を与えたかは、学者の間で議論のあるところである。しかし、この判決が社会的文脈を離れて下されたものでないことは明らかである。社会はこの判決が判示した内容に向かって、ゆっくりとではあるが確実に動いていたのである。ハリー・トルーマン大統領は、ペンの一筆でもって、最高司令官としてアメリカの陸軍、海軍、および空軍の人種別部隊編成を解消した。これは、最高裁が人種別学の違憲判決を下す何年も前のことである。最高裁が決定的な判決を下す前に、社会生活の他の分野でも、アフリカ系アメリカ人に向けてドアは開かれるようになった。プロ野球メジャーリーグでは、1947年に初めての黒人選手

(9) この表現は、Plessy v. Ferguson 判決の反対意見の中で John Marshall Harlan 裁判官が用いた。

(10) ミシガンの事件は、次の2件である。Grutter v. Bollinger, 539 U. S. 306 (2003) (ロースクールの入学選抜について、最高裁はロースクールの仕組みを承認)、および Gratz v. Bollinger, 539 U. S. 244 (2003) (学部生の入学選抜について、最高裁は学部の仕組みを非承認)。

(11) Brown v. Board of Education, 347 U. S. 483 (1954). その後続判決である同名の判決 Brown v. Board of Education, 349 U. S. 294 (1955) は、1954年判決の実施を連邦地方裁判所に委ねた。

ジャッキー・ロビンソンが雇用された。

公民権運動は1950年代と60年代に活発に展開され、カリスマ的指導者、マルティン・ルーサー・キング牧師を得ることができた。連邦裁判所は全般的に公民権運動を支持していた。しかし、この運動は基本的に草の根運動であり、北部の諸州ではこの運動に一層の共感が示された。明らかに1950年代と60年代の公民権運動が、強力な公民権法諸法を成立させる上で重要な影響を与える要素であった。おそらく、この運動は最高裁を含めどの裁判所の判決よりも大きな意義とインパクトを持っていた。もちろん、このように言っても、最高裁の判決が何らかの違いをもたらしたことを決して否定するものではない。

人種の平等は、より大きな社会潮流の一部である。多くの集団—さまざまな少数者集団や社会的集団—は、一層の権利とさらなるエンパワーメントを要求するようになった。いわゆる「権利革命」の多くの局面における裁判所の役割は、人種問題以外の分野ではさらに限られている。この「革命」の局面で最も重要なのはフェミニスト運動である。1964年公民権法は、教育、住宅、雇用、および公共施設の利用について人種差別を禁止しただけでなく、性差別のほとんどをも禁止した。1971年には最高裁は初めて、合衆国憲法そのものが性差別を禁止していると判示した。最高裁は、憲法修正14条に性差別の禁止を読み込んだのである⁽¹²⁾。この修正14条を1860年代に起草し決議したのは全て男性であり、彼等がこのような内容を想定していたとは極めて考えにくい。そもそも1860年代には女性は選挙権も公職に就く資格も有していなかった。公的生活は男性だけのものであった。ジェンダー差別の領域は、変化する規範価値にしたがって、最高裁が憲法を再解釈していることを示す数多くの例の一つである。進化する憲法という観念に歴史的または規範的根拠があるか否かについては、活発な学者の議論が存在する。しかし、議論はさておき、実践は明らかである。最高裁裁判官はどの世代においても、彼らの価値観と経験に基づいて憲法を解釈してきたのである。

ところが、性差別問題に最高裁が対応したのは、連邦議会が女性に対する教育、住宅、雇用、およびその他の生活領域における差別を禁止したようやく7年後のことであった。最高裁は、この分野においては法と社会をリードしたというより、後を追っていたのである。この分野においてレーンキスト・コートは、過去に達成された判例法を逆転させることもせず、ジェンダーの平等に向

(12) その判決は Reed v. Reed, 404 U. S. 71 (1971) である。

けた進歩の障害となったわけでもない。この分野でも基本的争点について、意見の不一致は殆んどあるいは全くなかったと思われる。最高裁の最も保守的な裁判官でも、1971年の判決が間違っていると示唆することはなかった。また、女性に男性より低い給与が支払われることや、一定の職業に女性が就くことを禁止することが認められると示唆する者もない。そして、9人の裁判官で構成される最高裁に2人の女性がその職に就いた。このようなことは黒人が最高裁裁判官になるのと同様に、もちろん、過去には考えられもしなかったことである。全体的にみれば、最高裁の判決は、女性の解放に一定の役割を果たしたが、しかし、法制度で鍵となった要素は、連邦の法律および連邦平等雇用委員会の規則である。最高裁は小さな役割しか果たしていない。そして、女性の運動そのものと、社会における女性の役割の変化がより一層重要である。

既に指摘したように、公民権やフェミニズムはより大きな社会潮流の一部にしか過ぎない。これら全てに共通の性質は、弱い立場におかれた者や少数者が、かつて当然視されていた階層秩序を受け容れなくなったことである。人種や性別にかかわらず、また宗教や民族にかかわらず、全ての者が社会において平等な機会を持つべきことが広く受け容れられている。しかし、この社会潮流はこれらのカテゴリーの人々にあてはまるだけではない。たとえば、雇用における年齢差別に反対する強力な連邦法がある。著名な企業は、40歳を超えた男女に対し雇用と労働条件について差別的取り扱いを法的に実行することはできない。労働者が働く能力と働く意思を持つ限り、企業も大学も決まった年齢で労働者を退職させることはできない。もう一つの例は、連邦議会が雇用市場において障害者の権利を伸長する重要かつ徹底的な法律を1990年代に成立させたことである。もちろん、これらの立法は最高裁や下級審の判決の成果ではない。

刑事被告人の権利

ウォーレン・コートは、刑事被告人の権利を拡大すると思われる数多くの判決に責任を持っている。ある意味で、これらの判決は大多数の者の感覚とかけ離れていると思われたし、現在でもそうであると思われる。第二次世界大戦後の時代には、犯罪発生率が顕著に上昇した。犯罪は全国的にも地域的にも重要な政策上の争点となった。社会全般に犯罪に恐れを感じ警戒心が高まった。政治家も、世論に押されて刑事司法制度を次々と強化した。しかし、最高裁は逆

の方向に動いているように思われた。ギデオ対ウエイナイト判決（1963年）⁽¹³⁾では、最高裁は、重大な犯罪で訴追された者が自らの資力で弁護人を任用できなければ、州の費用で弁護人を任用する権利を持つと判示した。ミランダ対アリゾナ判決（1966年）⁽¹⁴⁾では、最高裁は「ミランダ警告」として有名なルールを樹立した。このルールは、犯罪の容疑で逮捕され捜査対象となった人物を、警察がいかに扱わねばならないかに関するものである。容疑者は、黙秘権があり尋問に答えなくともよいこと、尋問に先立ち弁護士に相談する権利があり、尋問には弁護士が同席することを要求することができることを告知されねばならない。ミランダ警告が警察活動にどのような影響を与えたかは明らかではない。それが警察を人間的なものにし警察暴力を減少させる重要な一歩であるとする者もある。しかし、それはまた警察の仕事を不当に邪魔するものとして批判されてもきた。保守派はレーンキスト・コートがこれを覆すことを期待したが、レーンキスト・コートはそれを拒んできた。

その一方で、レーンキスト・コートは刑事被告人の権利を拡大しなかったことも確かである。レーンキスト・コートは全般的に警察の権限に有利な判決を下してきた。その一例は、日常の交通事案と見える場合でも、自動車を停車させ麻薬捜査を行う権限である。レーンキスト・コートはウォーレン・コートよりも一層、法の強制の側に立つ判断を示してきた。しかし、それは社会全般の意見でもある。

レーンキスト・コートは、死刑反対論者が望むところとは逆に死刑制度に同情的である。レーンキスト・コート初期の1987年に、僅差の多数意見はマックレスキー対ケンプ判決⁽¹⁵⁾で死刑制度を支持した。マックレスキーは黒人男性であり、ジョージア州で白人男性を殺害した廉で死刑判決を受けた。彼の弁護人は、黒人が白人を殺した場合の方が、白人が黒人を殺した場合よりも、はるかに死刑判決を受ける確率が高いことを示す統計資料を裁判所に提出した。それにより弁護側は、マックレスキーの死刑判決は人種差別の影響によると主張したのである。最高裁はマックレスキーの主張を退けた（その後、彼の死刑は執行された）。最高裁裁判官の過半数は全般的に死刑制度に賛成である。ある事例では、有罪判決と死刑執行の間に終わりの無い人身保護令状請求や、上訴がなされ、遅延が果てしなく続くことに、我慢できない感情を示す最高裁裁判

(13) Gideon v. Wainwright, 372 U. S. 335 (1963).

(14) Miranda v. Arizona, 384 U. S. 436 (1966).

(15) McCleskey v. Kemp, 481 U. S. 279 (1987). 判決は5対4であった。

官もあった。この点でも、最高裁は社会全般の感覚を正確に反映していたといえる。

しかし、最近数年の間に全米の状況はゆっくりとはあるが確実に変化してきている。死刑制度に対する支持が少なくとも幾分減少している。その理由の一つとして、大きく報道されたいくつかの死刑事件で、DNA 鑑定が死刑囚の無実を証明したことが挙げられる。イリノイ州知事は死刑執行のモラトリアムを宣言した。アメリカ法曹協会も懸念を表明した。これらの出来事や世論が最高裁に影響を与えたのであろうか。おそらく、そうであろう。2002年のアトキンス対バージニア判決⁽¹⁶⁾で、最高裁は知恵遅れの者への死刑執行が違憲であると判示した。2003年のウィギンズ対スミス判決⁽¹⁷⁾では、メリーランド州で死刑判決を受けた男について、弁護人による陪審への証拠提示がまずかったゆえに、もしかすると死刑とすべきでなかったかもしれないことを理由に、最高裁が死刑判決を破棄するということがあった。これらの事件は風向き次第で結論が変わったのかもしれないし、そうでないかもしれない。少なくとも確かに言えることは、最高裁は死刑制度を少しは考え直していることである。

プライバシーとセクシュアリティ

二十世紀のアメリカ法で、「プライバシー」に関する憲法上の権利ほど驚くべき発展をしたものは他にないであろう。この用語そのものが幾分か誤解を招くものである。不法行為法の分野では、プライバシー侵害と呼ばれる不法行為が存在し、これは十九世紀後半に遡ることができる。人の名前や肖像が商業目的で本人の許可無く使用された場合、民事訴訟により侵害者を訴えることができる。これはいままで重要な意義をもつ法分野となったことはないが、今日では私的領域への侵害に対して一定程度の保護を提供する。

プライバシーにはまた憲法の次元もある。それは、ウォーレン・コート時代の判決である1965年のグリズウォルド対コネチカット判決⁽¹⁸⁾に遡ることができる。この事件の要点は、コネチカット州法が避妊と家族計画を禁止していたことである。最高裁はその法律を違憲と判示したのである。最高裁裁判官の過半数は、憲法の文言は少なくとも「プライバシーの権利」を含意すると考えた

(16) *Atkins v. Virginia*, 536 U. S. 304 (2002).

(17) *Wiggins v. Smith*, 539 U. S. 510 (2003).

(18) *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965).

わけである。もっとも、憲法のどこにそのような権利が位置づけられるかに合意があったわけではなかった。(憲法の条文が明確にプライバシーに言及しているわけではもちろんない。) その後の判決がこの権利を拡大したが、その明確な輪郭は決して明らかではなかった。根底のところでは諸判決が示唆していることは、個人が政府の干渉なしに結婚、生殖、および性行動について基本的決定をする自由が法的に保護されるということである。一連の諸判決で頂点となるのは1973年のロー対ウェイド判決⁽¹⁹⁾である。これはバーガー・コート時代の判決である。この有名な判決で、最高裁はプライバシーの権利を妊娠中絶の問題に拡大した。少なくとも妊娠初期の数ヶ月の間、妊娠を継続するか否かは女性の自由な判断であるとされた。この判決は論争をよぶものであり、現在も政治的争いの中心であり続けている。最高裁裁判官の中にもこの判決が間違っていると考える者が常におり、強力な宗教勢力はロー判決をなきものとしようと際限ない攻撃を行っている。レーンキスト自身はこの判決を覆すことを望んでおり、一時はそれが実現すると思われたこともあった。しかし、1992年の南東部ペンシルバニア家族計画所対ケイシー判決⁽²⁰⁾において、最高裁は明確にそれを拒否した。その後クリントン大統領による最高裁裁判官の任命により、この判決はより安定したものとなったといえるが、ブッシュ大統領の下でどれだけ継続されるかは別の問題である。

プライバシーのもう一つ別のグループの諸判決は、一定の性行為を処罰するソドミー法に関するものである。これらの法律が適用される多くは、男性の同性愛者に対するものである。1986年のバウアーズ対ハードウィック判決⁽²¹⁾はバーガー・コートの後期の判決であるが、最高裁はジョージア州のソドミー法が合憲であるか否か、すなわち、同性愛の男性である被告人マイケル・ハードウィックのプライバシーの権利が侵害されたか否かの判断を求められた。最高裁は5対4の僅差でジョージア州法の合憲性を支持した。皮肉なことに、ジョージア州最高裁判所は、数年後に当該州法を連邦憲法ではなくジョージア州憲法に違反すると判示した⁽²²⁾。そして、バウアーズ判決の17年後に、レーンキスト・コートがこの判決を覆した。その事件はローレンス対テキサス⁽²³⁾であ

(19) *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973).

(20) *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Case*, 505 U. S. 833 (1992).

(21) *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186 (1986).

(22) *Powell v. State*, 270 Ga. 327, 510 S. E. 2d 18 (1998).

る。問題となった法律はテキサス州法であるが、最高裁多数派の意見は、同意による成人同性愛者の性行動を処罰する全ての法律を違憲無効とするほどに広範な内容であった。（大多数の州は既にソドミー法と決別していたが、主として南部のいくつか州ではそのような法律が残っていた。）この判決でもレーンキストは反対意見に与したが、多数派の裁判官に通常は保守と分類される裁判官（その評価は正当である）も含まれていた。

ここでも通例通り、これらの判決は社会背景を考慮して理解されねばならない。二十世紀の初めには性行動の多くの形態が、同意に基づく成人同士のものであっても禁止され重く処罰された。禁止されていたものには、姦通、私通、ソドミ等があった。妊娠中絶は多くの州で違法か、厳しい規制の下に抑制されていた。避妊具すら全米の多くの地域で禁止されていた。郵便で避妊に関する情報を送ることは、1870年代以来違法であった。

十九世紀末から二十世紀初めにかけて「被害者なき犯罪」を禁ずる法律は強化された。性行動に関する規範はより強いものであった。連邦法であるマン法は、州境を越えて女性を不道德な目的で輸送することを犯罪としていた。その法律は商業化された悪徳行為を規制の対象にし、最高裁は同法を幅広く解釈した。その当時、ギャンブルと飲酒に対して強い反対運動が展開されていた。実際に、第一次世界大戦直後には、飲酒に反対する運動は、酒の販売を禁止する憲法修正条項の採択を導いた。これはいろいろな意味で、悪徳行為や不道德な行動に対する反対運動の中核をなすものであった。しかし、多くのアメリカ人は禁酒が間違いだと考えていた。現実には、法律は実施困難なものであり、徐々に支持を失っていった。1930年代初めには、憲法の新しい修正条項が禁酒を憲法から除外したのである。

多くの複雑な理由から、いわゆる被害者無き犯罪をめぐる状況は、二十世紀後半には劇的に変化した。東部、中西部、および西部の多くの州では、姦通、私通および同性愛行動を禁ずる諸法律は廃止された。わいせつ図画やギャンブルに対する非難は緩やかになり、あるいは全く姿を消した。古い体制の名残としてより強くなったのは麻薬禁止の法律である。

ローレンス対テキサスのような事件で最高裁は、ある意味で、より大きな社会の意見の動向に回答しているだけである。それは、同性愛者の権利獲得運動とといった激しい論争をよぶ運動についてもそうである。しかし、あたかも全米の

(23) *Lawrence v. Texas*, 539 U. S. 558 (2003).

なコンセンサスが存在するかのように考えて、最高裁が社会の意見を映す単なる鏡にしか過ぎないと断じるのは誤りである。ローレンス対テキサス判決は、テキサス州だけでなく、その他の保守的な南部諸州で多数者の意思に反していることは確かであろう。しかし、アメリカの他の地域においてはおそらく受け容れられるであろう。この事例で、最高裁は世論の大きな地域的差異がある争点について、全国的基準を適用したのである。このような機能は最高裁の重要な役割として多年にわたり存在してきた。1960年代のギデオンの判決が州の費用負担による弁護人の任用を憲法上の権利であると宣言したとき、最高裁はフロリダなどの州に一つのルールを課したのだが、州費による弁護人任用はアメリカの大部分の州の規範になっていた。実際、市民的権利に関する全ての判決は、全米的には多数者に支持されているけれども、全ての地域で支持されているわけではない。最高裁は、地域的には不支持の残る規範を、全国化する役割を果たしたと考えることができるかもしれない。

最高裁は別の意味で、文字通りには「世論」を代表しているとはいえない。最高裁裁判官はそもそも教育程度の高い男性と女性であり、相対的に裕福であり、法律学の厳しい訓練を受けてきた者達である。彼らが最も正確に反映させているのは、教育を受けたある程度のエリートの意見である。若い年齢層の高等教育を受けた人達や、都市部の住民は、南部の諸州の小さな町に住む信仰的な人達より、ローレンス対テキサス判決が良い判断であると考えられる傾向がある。

市民的自由

最高裁は二十世紀において市民的自由の保護に積極的であったが、しかしここでも歴史は複雑であり裁判の実績はかなり混沌としている。興味深い事実は、歴史の大部分において最高裁は言論出版の自由について判断する機会が殆んどなかったに等しいことである。言論の自由に関する最初の重要な諸判決は、第一次世界大戦中から戦後の時代に下された。これら諸判決は戦時における反政府活動や反対意見を規制する議会立法に対する判断として下された。また、最高裁は、1950年代のいわゆるマッカーシー時代において、表現の自由、結社の自由、あるいは忠誠宣誓の有効性といった多くの問題に直面した。この時代は冷戦のピークの頃であり、共産主義と共産主義者による政府転覆へのパラノイアの時代でもあった。全体的みれば、魔女狩りに対する最高裁の態度は

かなり臆病であった。たとえば、共産党の指導者を政府転覆の容疑で裁判にかけようとする政府の試みは、政治裁判であり、政府は被告人の言論の自由を侵害しているという強力な批判があったにもかかわらず、最高裁は政府の態度に抵抗しなかった⁽²⁴⁾。

2001年以降、市民的自由の問題は、ある局面について、いわゆる対テロ戦争と密接に関わりを持っている。政府はこの「戦争」を、政府が敵あるいは潜在的敵と定義する者達に対して、過酷な措置をとることの口実としてきた。この領域は、レーンキスト・コートが予想されたほど保守性を示さなかったもう一つの例である。2004年に下されたラズル対合衆国判決⁽²⁵⁾では、最高裁の多数派はキューバにあるグアンタナモ基地での被拘禁者の問題に取り組んだ。この被拘禁者の大部分はアフガニスタンで拘束され、数年にわたりキューバのアメリカ軍基地で何らの裁判も受けないまま拘束されていた。政府は連邦裁判所には「敵戦闘員」に関する管轄権がないと主張した。しかし、最高裁判所の意見は異なり、被拘禁者は彼等の状況について連邦裁判所に訴えを提起する権利を持つと判断された。おそらく最高裁は自らの権限を守ることに関心があったのであろう。これに対し、政府はそもそも「敵戦闘員」をその裁量のみにより処遇する権限があることを主張した。このような主張は司法部の権限を弱めるものであり、司法部の抵抗は当然であった。しかし、この判決はブッシュ政権にとって大きな敗北であり、しかも判決は、保守的といわれる最高裁裁判官達によって下されたのである。

世論に抗する

これまで見てきたように、通常、最高裁の判決は、社会の支配的な世論と調整しうるものであり、また最高裁の判決は支配的な世論を反映するという基本的な傾向がある。しかし、このことは最高裁の判決が社会のコンセンサスを反映するものとして、いつも暖かく歓迎されていることを意味するわけではない。むしろ、全くそうではない。その顕著な例をあげれば、人種別学に関する最高裁判決は、大規模なときには暴力的な抵抗を招いた。何年にもわたって、

(24) 被告人は第一審で有罪判決を受け、最高裁は力または暴力による政府の転覆を唱導することを犯罪とする法律に基づき、アメリカ共産党指導者の有罪判決を支持した。Dennis v. United States, 341 U. S. 494 (1951).

(25) Rasul v. United States, 542 U. S. 1; 124 S. Ct. 2686 (2004).

深南部の諸州はその判決を受け容れることを明確に拒絶した。それらの諸州は判決が正当でないとして公然と抵抗した。最高裁の判決が「支配的な世論」を反映しているか否かは、しばしば不明確である。グアタナモ基地の被拘禁者について、大部分のアメリカ人は何らの強い意見も持っていない。おそらく、そのような非拘禁者の存在は知っているが、それが突きつける法的な（そして社会的な）問題について何の考えも持っていないであろう。一般人は全体的には対テロ戦争を支持するであろう。彼らは監視の強化を受容し、空港や公共の建物の金属探知装置をおとなく通過している。世論調査が示すとおり一般人は法律家が心配しているほどには市民的自由に関心を持たない。しかし、一般人はあまり知識を持たないことも確かである。（この点については、後ほど再論する。）

いくつかの判決では、最高裁の判断が世論と真っ向から対立することがはっきりしているものもある。数の上では多くはないがそれらは重要な事例であり、最高裁と世論との関係をしっかりと捉えるために注目に値する。次にこれから重要な諸判決を検討する。

第一は公立学校での祈りに関する諸判決である。リーディング・ケースは、エンジェル対ビタール判決⁽²⁶⁾である。これはニューヨーク州の事件であった。同州では公立学校で、どちらかといえば当たり障りのない祈りを読み上げることが命じられていた。しかし、最高裁は公立学校でいかなる祈りを命じることも違法であると判示した。合衆国憲法は教会と国家を分離する壁を保障すると判断した。その一年後に、アビントン学校区対シェンプ判決⁽²⁷⁾で、最高裁はバイブルからの聖句を公立学校で読み上げることを要求する州法を違憲無効と判示した。反対意見を書いた最高裁裁判官は一人だけであった。

エンジェル対ビタール判決は広範囲の人々の間で不人気であった。この判決は議会で厳しく非難され、共産主義的とまでいわれた。百を超える憲法修正案が判決を覆すために提出された。世論調査では76パーセントのアメリカ人が学校礼拝判決に反対した。しかし、最高裁は立場を変えることはなく、その意見を維持した。シェンプ判決ではその意見を広げ、後の事件ではさらに広範な見解をとるようになった。1985年のウォレス対ジャフリー判決⁽²⁸⁾では、公立学校で瞑想のための沈黙の時間あるいは任意の祈りを認めるアラバマ州法を違憲

(26) *Engel v. Vitale*, 370 U. S. 421 (1962).

(27) *Abington School District v. Schempp*, 374 U. S. 203 (1963).

(28) *Wallace v. Jaffree*, 472 U. S. 38 (1985).

無効と判示した。（この判決で反対意見を書いたレーンキストは、最高裁判官であったが未だ首席裁判官ではなかった。）その間、最高裁判決を覆すためにさまざまな憲法修正案が提出されたけれども、議会において必要な票数を集められず、公立学校での礼拝の諸判決は維持されている。これらの判決はいまなお不人気なままである。

これらの事件でなぜ最高裁は世論に対抗しようとしたのか。私の考えるところでは、裁判官達が他の選択肢がないことを意識しているのがその理由の一つである。アメリカ合衆国は宗教的に極めて多様な国家である。キリスト教には数十の宗派があり、数百万人のユダヤ教徒、イスラム教徒、仏教徒などが存在し、不可知論者もいれば無神論者もいる。彼ら全てに宗教の自由が保障されている。公立学校で全ての者を満足させることはできないのであり、この単純な事実から、最高裁は教会と国家を厳格に分離することにより、問題を除去することを選択しているのである。

私の表現を用いれば、最高裁は構造的な変数を意識しているのである。彼等は法律家としてトレーニングを受けているのであり、一般人が意識しない構造的な問題を理解している。彼等は公立学校での礼拝の構造的な問題を理解している。誰の宗教観にも反しない礼りの言葉は果たして起案しうるであろうか。そもそもいかなる形態の祈りにも反対する人にどのように対処すべきであろうか。構造的な問題は、わいせつ文書についても考えられる。一般人にわいせつ文書の規制について是非を問えば、多くの人（おそらく大部分の人）は肯定的な答えを出すであろう。しかし、裁判官や弁護士はもっと慎重であり、このような質問に彼等は否定の答えを出すであろう。その理由は、必ずしも彼らが「リベラル」であるからではなく、構造的変数を理解しているからである。彼等は、一般人が求めていることを行えば、問題を解決する以上に問題を生じさせることを知っているのである。わいせつ物の禁止は具体的にどのように行うのか。検閲委員会のようなものが必要なのか。誰がその委員会のメンバーになるのか。わいせつの概念は誰が定義するのか。これらの問題は公立学校での礼拝と同じく厄介な問題であり、そもそも取り扱わない方が良くと法律家は考えるのである。

もう一つの例はいくぶん性質が異なっている。レーンキスト・コート初期の1989年に、最高裁はアメリカ国旗を保護するテキサス州法を審理した。その法律は「公衆に嫌悪を催させる仕方」人が故意にアメリカ国旗を汚したり毀損することを犯罪としていた。ジョンソンという男性が、反政府示威行為の一部

として国旗を焼却した。彼は逮捕され有罪宣告を受け、連邦最高裁に上訴した。最高裁は 5 対 4 の表決で、言論の自由を根拠として有罪宣告を覆した⁽²⁹⁾。判決に抗議する夥しい郵便物が連邦議会に殺到した。世論調査では 80 パーセントの人々が判決に反対した。判決を覆すための憲法修正を求める声が上がった。議会は国旗保護法を制定したが、最高裁は同じ 5 対 4 の表決でこの法律を違憲無効とした⁽³⁰⁾。さらに多くの抗議の手紙が連邦議会に送り込まれ、憲法改正を求める声は一層強くなった。しかし、一年ほど経過した後には、非難は沈静化し何事もなかったかのようになった。

このような出来事を我々はどうのように解釈すべきであろうか。国旗焼却は一般人の反対の感情を高めたが、それはほんのしばらくの間であった。激昂した反対は、公立学校での礼拝の場合よりも長続きせず、世論の対立もそれほど厳しいものではなかった。結局、国旗の問題は誰の重要な利益も害さず、宗教や経済的地位に関わるものでもなかった。そのような事件の場合、最高裁は一般人には幅広い支持がないような理論や利害を自由に展開することができる。

重要な利害が現実に関わる場合、論争をもたらす不人気な判決の運命を予測することはより難しい。そもそも最高裁裁判官は将来を予測する方法など持たない。ブラウン判決の場合、抵抗や暴力、そしてそれを覆すことを求める強い要求があったが、人種関係の諸判決は全体として長期的にみれば成功であったといえる。アフーマティブ・アクションについては未だかなりの論争があるが、人種的平等の中心的価値はもはや誰も争わない。この点について、現在では全く異論は存在しない。歴史と時間がウォーレン・コートとその人種別学違憲判決の正しさを証明している。

ロー対ウェイド判決の妊娠中絶論争がその後たどった運命は大きく異なっている。多数意見を占めた裁判官達は判決直後の騒ぎが、ブラウン判決の場合がそうであったように、いずれ収束すると期待していた。しかし、ロー判決の場合はそうはならなかった。判決以来 30 年が経過したが、論争はいまなお戦わされている。アメリカ社会では、おそらく多数派は妊娠中絶の権利を支持しているであろう。特に強姦の被害者や近親相姦、あるいは母親の生命を救う場合などは支持されるであろう。しかし、信念を持つ怒れる少数者はロー判決に強く

(29) *Texas v. Johnson*, 491 U. S. 1989 (1989). この問題は次の書物で論じられている。ROBERT JUSTIN GOLDBERG, *BURNING THE FLAG: THE GREAT 1989-1990 AMERICAN FLAG DESECRATION CRISIS* (1997).

(30) *United States v. Eichman*, 486 U. S. 310 (1990).

反対しており、判決が覆されることを求めている。これからこの問題がどのように収束するかは全く知る由もない。論争は収まる兆しすらない。論争は選挙運動のとき、また、連邦下級審と最高裁の裁判官の選任のときに現れる。ブッシュ大統領の再選と最高裁裁判官の補充人事は、宗教心の強い多くの人達に、ロー判決がいつか最終的かつ決定的に覆されるという新しい希望を与えている。レーンキスト・コートは覆すことを拒否したが、ロバーツ・コートがそうするかどうかは今のところ予断を許さない。今後の最高裁裁判官の交代がどれだけの数で発生し、誰がその席に任命されるかによってロー判決の今後は決まってくる。

結 論

歴史がレーンキスト・コートをどのように評価するかは、もちろん誰も予想することはできない。レーンキスト・コートは過渡的な最高裁であったと評価されるかもしれない。次の時代の最高裁を導く重要な裁判所であり、重要な業績のある最高裁ではあるが、決して新機軸を打ち出した裁判所ではない。しかし、そのような最高裁となったのは、より広い社会的文脈に原因があると思われる。この国が全体として政治的にも文化的にも停滞していることがその背後にある。私がこの講演で試みたことは、レーンキスト・コートを歴史的な文脈におくことであり、その業績と最高裁の業績全般をアメリカの主要な社会潮流と関係付けることである。特に私が意を用いたのは、最高裁の業績を、流動的に変化する世論との関係で考察することである。私が描いたことは、最高裁が世論に従うということであるが、それは微妙で複雑な形でそうになっている。最高裁は大胆に行動する自由があると考えるときもあり、また、そうはできないと考えるときもある。私が提示しようとしたのは、最高裁の応答の仕方に影響を与える考慮要素は何であるかであり、論争的な判決が下された後にその判決はどのように社会に受け容れられるかである。最高裁判決の影響と、法と世論の関係は複雑であり、今後より一層研究されるに値する。