

アメリカ最高裁の判決を読む

（2008-09年開廷期）

宮 下 紘

正義とはケースブックの抽象的な法理論や脚注ではない⁽¹⁾。

—バラク・オバマ

はじめに

なぜ書くのか。

学術論文は、単なる記述行為と異なり、その研究者にとっての学理という営みの成果である。もっとも、学理の営みの目的は、各研究者によって異なるかもしれない。真理の探究を目的として学術論文を執筆する者は多くいるであろう。他方で、自らの学術的名声を高めるために学術論文を書く者もいれば、また、他者への義理や恩義を理由に書かざるを得ない者もいるのかもしれない⁽²⁾。

合理的に考えて、誰も読まないことが分かっていたら、自らが読み返すような日記や記録でない限り、論文を書く労力を費やすことなどしない。では、何を目的として、誰に読んでもらうために書くのか。法学の世界におけるいわゆる紀要論文は、一般に、抽象的な理論やその法分野における法理の解説を含む法の分析と理解のための独創的な考え方を示すため、自らの専門領域に近い研究者を対象として執筆される場合が多い⁽³⁾。学術論文は、学生が手にする基本

(1) Barack Obama, The President's Remarks on Justice Souter (May 1, 2009).

(2) Erwin Chemerinsky, *Why Write?*, 107 MICH. L. REV. 881, 893 (2009). 大学教授 (professor) の職務が、学理を profess することに疑いはない。この点については、松田浩「法・審理・プロフェッション」駿河台法学17巻2号289頁(2004)、参照。

(3) 法律学における学説には、解釈論的な学説(法の創造)と理論的な学説(法の科学)があるという指摘がある。宮沢俊義『法律学における学説』(有斐閣・1968)69頁、参照。

書と異なり、学問の繁栄の基礎にある学者共同体に捧げられてきた。しかし、現実に読まれるかどうかは別として、学術論文は、ごく一部の法律の専門家集団のみならず、もっと多くの読者を想定することが可能ではないか⁽⁴⁾。

本稿は、既存の理論枠組みに対して一定の分析と検討を加えることを目的としているのではない点においていわゆる論説として位置づけられるものとは考えていない。本稿は、あくまで筆者にとって興味深い合衆国最高裁の判決をいくつかピックアップし、それらの判例をより多くの人たちに紹介する、というのが目的である。本稿の目的が平凡であることは、アメリカ憲法に精通している研究者から指摘されることは承知の上である。しかし、アメリカ憲法に少しでも興味のある読者—法曹関係者、政府関係者、学生、一般の市民—にとって、たとえ小さなものであっても、さらにアメリカ憲法の魅力を感じ取ることができるとは思えない。

これが筆者の起稿したささやかな目的である。

1. 2008-09年開廷期の概観

合衆国最高裁の2008-09年開廷期は、2008年10月6日（10月最初の月曜日）に始まり2009年6月29日に終わり、78件の判決を下している⁽⁵⁾。合衆国最高裁はここ数年70件程度の事案について口頭弁論を開き、判決を下してきたが、これは1950年代からみればもっとも数として少なく、毎年150件程度の事案を処理していたおよそ20年前に比べればその数は半数程度にまで落ち込んでいる。約8,000件⁽⁶⁾の事案が合衆国最高裁に上訴される一方で、判決が下される事案

(4) 「日本の法律学界は、専門学科ごとに構成された一種のギルドないしカルテル」であるという手厳しい指摘がある（安念潤司「憲法と憲法学」樋口陽一編『ホーンブック憲法〔改訂版〕』（北樹出版・2000）67頁、参照）。

ちなみに、1990年、バラク・オバマ（当時28歳）は、黒人として初めて、Harvard Law Reviewの編集長に選ばれたとき、法学紀要のことを「討議のフォーラム」と呼び、「新たな著者をもたらし、またより活気のある、利用しやすい原稿を後押し」したいと述べていた。See *First Black Elected to Head Harvard's Law Review*, N. Y. TIMES, Feb. 6 1990 at A20.

(5) *The Supreme Court—The Statistics, Table I (C)*, 123 HARV. L. REV. 382, 387 (2009).

はその1%にも満たない状況がここ数年続いている。このような一開廷期における事案件数が減少する一方で、各判決における意見の分量が増加していることが指摘されている⁽⁷⁾。事案件数と判決文の長さに関連関係があるかは別にして、裁量上訴（certiorari）における個々の裁判官の戦略や裁量上訴判断に伴う近年のロークラーク（最高裁判官の調査官）の消極的な姿勢などの理由も指摘されているところである⁽⁸⁾。

いずれにせよ、このようにごく限られた事案にしか判断を下さない合衆国最高裁において、そこで選定された事案は、その多くが合衆国憲法に関わる重大な問題が多く含まれる。たとえば、2007-08年開廷期には、第2修正における銃を所持する権利、軍事委員会法の核心部分に関する解釈、人身保護令状の請求の延長の可否、児童の性的暴行に対する死刑判決などの極めて重要な憲法問題に判断を下してきた。

2005年開廷期からジョン・ロバーツ首席裁判官のもと合衆国最高裁—ロバーツ・コート—は新たな幕開けを告げたわけであるが、実際には、ケネディ裁判官が決定票を握る「ケネディ・コート」となっているとしばしば指摘される⁽⁹⁾。今開廷期もまたケネディ裁判官の投票結果の89.8%が多数意見に属していること⁽¹⁰⁾、また以下で見るような論争的な問題についてはケネディ裁判官が決定票を握っていることから、現在でも「ケネディ・コート」が続いていると評価することは決して大きな間違いではない。

また、現在の最高裁が「ケネディ・コート」であるとしても、9人の裁判官が5対4で割れる事案は、今開廷期では、すべての判決の3分の1近くの25件

(6) *Id.* at Table II (A) & (B).

(7) Erwin Chemerinsky, *The Roberts Court at Age Three*, 54 WAYNE L. REV. 947, 953 (2008).

(8) *Id.* See also Kenneth W. Star, *The Roberts Court at Age Three: A Response*, 54 WAYNE L. REV. 1015, 1018 (2008).

(9) See e.g., Erwin Chemerinsky, *When It Matters Most, It Is Still Kennedy Court*, 11 GREEN BAG 2D 427 (2008); Neil S. Siegel, *The Virtue of Judicial Statesmanship*, 86 TEX. L. REV. 959, 1002 (2008); Akhil Reed Amar, *Heller, Hlr, and Holistic Legal Reasoning*, 122 HARV. L. REV. 145, 179 (2008); Mitchell N. Berman, *Supreme Court Review Symposium Foreword*, 44 TULSA L. REV. 467, 467 (2009).

(10) See *supra* note 5, at Table I (D).

あったものの、ロバーツ首席裁判官、スカリーア、ケネディ、トマス、アリーの各裁判官の5名が一致する件数が13件となっている⁽¹¹⁾。このように、5対4という僅差の事案の半数以上がいわゆる保守的な裁判官としてみられる陣容によって形成されていることから、現在の合衆国最高裁が「保守的」な傾向にあると言われている⁽¹²⁾。

2. 主要な判決

以下では、2008-09開廷期において筆者にとって興味深いと感じられた合衆国最高裁の判決をピックアップし、それらを紹介していくこととする。

(1) 人種差別 (Ricci v. DeStefano)

今開廷期でもっとも注目を集めた判決は、1964年公民権法第7編 (Title VII of the Civil Rights Act of 1964) と平等保護条項に関するRicci v. DeStefano⁽¹³⁾であった。公民権法第7編は、雇用の場面における人種、肌の色、宗教、性別、国籍に基づく差別的取扱い (disparate treatment) と差別的効果 (disparate impact) をそれぞれ禁止している⁽¹⁴⁾。すなわち、一方では、使用者の人種等による意図的な差別 (差別意思をもった差別的取扱い) を禁止し、労働者に実質的な平等の雇用機会を保障している。他方で、使用者の差別意思に関係なく、特

(11) See *supra* note 5, at Table I (E).

なお、ロバーツ首席裁判官は、可能な限り満場一致の判決を下すことを考えていると言われる。See Mark Tushnet, *The First (And Last?) Term of the Roberts Court*, 42 TULSA L. REV. 495, 495 (2007).

しかし、今のところレンキスト・コート (たとえば、2004-05年開廷期では75件のうち18件が5対4の判決) と比べて大きな変化が見られない。レンキスト・コートの分析として、藤倉皓一郎・小杉丈夫編『衆議のかたち』(東京大学出版会・2007) 2頁、参照。

(12) See Erwin Chemerinsky, *Moving to the Right, Perhaps Sharply to the Right*, 12 GREEN BAG 2D 413, 414 (2009). 現在の合衆国最高裁は、ニュー・ディール以前の1930年代以降、もっとも事業者・経営者支持の判決を出す傾向にあるという指摘がされる。See Chemerinsky, *supra* note 7, at 962; Jonathan H. Adler, *Getting the Roberts Court Right: A Response to Chemerinsky*, 54 WAYNE L. REV. 983 (2008).

(13) 129 S. Ct. 2658 (2009).

定の人種や性別の集団が不利益な取扱いの効果をもたらした場合（たとえば、身長〇〇〇cm以上、体重〇〇kg以上という要件は、形式的には性別に中立な要件であるが、実質的に男性を優遇する効果を有している）、その差別的効果ゆえに公民権法第7編違反となる。たとえば、雇用における採用試験の結果、点数のみを重視し、一定の人種のみを優遇することとなれば、たとえ差別意思がないとしてもその試験自体が「マイノリティ集団にとっての仕組まれた向かい風」⁽¹⁵⁾となり、差別的な効果を生み出してしまう。

問題は、差別的効果を回避するための措置が、結果として差別的取扱いとなってしまう場合である。そこで、最高裁は、このような公民権法第7編における「差別的取扱いと差別的効果の関係が対立する場合、両者をどのように調和しうるか」⁽¹⁶⁾という争点を検討することとなった。

本件では、コネチカット州ニュー・ヘブーン市における消防署職員の昇任試験が問題となった。消防司令（fire captain）と消防司令補（fire lieutenant）になるためには、それなりの時間と費用をかけて、市が実施する客観試験（筆記試験60%、口頭試験40%）に合格する必要があった。この試験を受験した消防署職員のうち、白人の受験者に比べ、マイノリティの得点は概して低かったが、19名が昇任の資格を得ることとなった。その内訳は、17名が白人であり、2名がヒスパニック系であった（消防司令9名のうち7名が白人、2名がヒスパニック系、消防司令補10名はすべて白人）。黒人の昇任該当者はいなかった。試験に合格したが昇任の機会を逸した17人の白人と1人のヒスパニック系の消防士が市を相手に訴訟を提起した。

最高裁は、5対4で本件試験による昇任の決定が公民権法第7編違反であると判断した。法廷意見を執筆したケネディ裁判官（ほかロバーツ首席裁判官、スカリーア、トマス、アリーの各裁判官）は、市の昇任決定が人種を理由として行われていることから公民権法第7編で禁止された差別的取扱いに当たる

(14) 公民権法第7編に関する紹介としては、藤本茂『米国雇用平等法の理念と法理』（かもがわ出版・2007）、安部圭介「差別の禁止の基礎にあるもの」法律時報79巻3号37頁（2007）、相澤美智子「雇用差別訴訟における立証責任に関する一考察(1)～(3)」東京都立大学法学会雑誌 39巻2号609頁（1999）、同40巻1号483頁（1999）、同40巻2号443頁（2000）、参照。

(15) *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424, 431 (1971).

(16) *Ricci*, 129 S. Ct. at 2674.

と判断した。

その上で、市が採った差別的効果の措置が禁止された差別的取扱いに該当するかどうかの判断枠組みを次のように示した。差別的効果を生じさせてしまうことが証拠の上で強力な根拠がある場合についてのみ、使用者は差別的効果を回避するために人種に基づく差別的取扱いを行うことが認められると判断した。すなわち、ケネディ裁判官は、差別的取扱いと差別的効果との緊張関係について、「証拠上の強力な根拠の基準 (strong-basis-in-evidence)」⁽¹⁷⁾という解釈論を示したのである。そして、本件では、市が実施した試験によって特定の人種に対する差別的効果をもたらすという証拠に強力な根拠がない以上、市は人種に基づく差別的取扱いを行ったと認められたのであった。

他方で、4裁判官（ギンズバーグ、スティーブンス、スーター、ブライヤーの各裁判官）による反対意見は、ニュー・ヘブンの消防署におけるマイノリティに対する差別の歴史を詳細に論じた上で、市には昇任の選考過程に欠陥があり職務の必要性からは正当化され得ないと信じる相当な要因があったことを指摘した⁽¹⁸⁾。

本件では、公民権法第7編の合憲性それ自体が問われたわけではないが、同意意見を述べたスカリア裁判官は、1964年公民権法第7編の差別的効果に関する規定自体が憲法の平等保護に違反するかどうかの問題提起を行った⁽¹⁹⁾。今後、差別的効果の要件の合憲性を検討するに当たっては、人種差別の解消のきっかけをつくったBrown v. Board of Education⁽²⁰⁾以降積み上げられてきた平等保護に関する諸判決とどのような整合性を図っていくのか注目される論点である。

(2) 政府言論 (Pleasant Grove City v. Sumnum)

政府言論と私的言論はどこで線引きされるのかが問題となった事例がある。この線引きは、表現の自由にとっては決定的に重要な要素である。なぜなら、表現の自由は、政府による私人の表現の規制を制限しているのに対し、政府言

(17) *Id.* at 2676.

(18) *Id.* at 2703 (Ginsburg, J., dissenting).

(19) *Id.* at 2682 (Scalia, J., concurring).

(20) 347 U.S. 483 (1954).

論それ自体は第1修正の表現の自由条項の審査の範囲外となるためである⁽²¹⁾。問題は、いつ政府が言論行為（speaking）に及んだか、ということである。

ユタ州のある市（Pleasant Grove City）における公園（Pioneer Park）には、私人から寄付された十戒を含む11つのモニュメントが展示されていた。ユタ州ソルト・レイク・シティに拠点を置く宗教団体であるSummumが、この公園を管理する市に対し、「the Seven Aphorisms of Summum」⁽²²⁾等のモニュメントの展示を求めたが、①市の歴史と直接関係がないこと、②市のコミュニティと長く結び付いている団体ではないことを理由として、市はこれを拒否した。市のこの決定が表現の自由を侵害するものとしてSummumは訴訟を提起した。

最高裁は、全員一致で表現の自由に関するSummumの主張を退けた。表現の自由の観点からは政府言論とパブリック・フォーラムが問題となった。まず、政府言論について、法廷意見を執筆したアリート裁判官は、表現の自由条項が政府による私的な言論を規制しているため、政府言論それ自体は問題とならないことを前提とする。そして、政府が管理したり財政支出を行うモニュメントが政府のために発言を行うのと同様に、私人から寄付されたものであっても、政府がその場所に適切なものになるよう選定し、公共の場に永続的に展示するモニュメントは政府言論となることを認めた。公園等の公共の場に展示されるモニュメントは、それを寄付した私人による言論であるとみなすことが困難なためである。すなわち、本来、モニュメントとはなんらかの表現を行うための手段であることから、公共の場所で政府の権限のもと管理されるモニュメントは、政府のメッセージを伝える効果を有するため、政府言論であると評価する

(21) 政府言論（government speech）については、蟻川恒正「政府と言論」ジュリスト1244号91頁（2003）、阪口正二郎「芸術に対する国家の財政援助と表現の自由」法律時報74巻1号30頁（2003）、中林暁生「『表現の自由』論の可能性（一）（二・完）」法学67巻2号228頁、同67巻3号338頁（2003）、森脇敦史「言論活動への政府資金助成に対する憲法上の規律」阪大法学553巻1号113頁（2003）、横大道聡「言論市場における『発言者』としての政府」法学政治学論究72号215頁（2007）、参照。また、法と政府の表現的次元に着目した考察として、福嶋敏明「法・政府行為の表現的次元とその問題性に関する一考察」早稲田法学会誌54号215頁（2004）、がそれぞれ参考になる。

(22) Summum教会はグノーシス主義派のキリスト教に基づく宗派である。See 129 S. Ct. 1125, 1129 n. 1（2009）。

ことができる。そして、ひとたびモニュメントが政府言論として認定されるならば、表現の自由条項の適用はされないこととなる⁽²³⁾。

次にパブリック・フォーラムについて、アリート裁判官は、その場所の本質的機能が損なわれない限りにおいて、表現の時・所・方法に対する規制の歯止めとなるパブリック・フォーラム法理が認められることを前提とした。その上で、彼は、公立公園には限られた数の永続的なモニュメントしか展示できないため、すべての人・団体からのモニュメントを受け入れることができないと判示した⁽²⁴⁾。

アリート裁判官の法廷意見については、次の2点について疑問が残る。1つは、観点差別的な政府言論が広く認められる可能性を残していることである。つまり、芸術性、歴史、地域の文化に関する言論の内容に基づき (content-based factors)⁽²⁵⁾、政府は特定の言論を選び出すことができる。スーター裁判官の同意意見は、政府がある宗教団体よりも別の宗教団体に好意的な立場を採り、好意的な宗教団体のモニュメントの受け入れを選別することができることを憂慮している⁽²⁶⁾。アリート裁判官は、政府言論を観点に基づく差別を行うための「口実」⁽²⁷⁾にはできないと述べているが、表現の自由条項が適用されない政府言論について、観点差別を認めないのであれば、どのような法的論理を展開するのか述べられていない。たとえば、公立公園において、戦争支持者のデモ行進は認められるが、戦争反対者のデモ行進が認められない、という観点に基づく差別が行われることも想定されうる。もっとも、法廷意見は、公立公園に展示されるモニュメントの「永続性 (permanent)」を重視し、政府言論と私的言論とを区別している。しかし、この永続的なモニュメントと一時的な言論 (たとえば、デモ行進) との線引きが、表現の自由の法理にとって重要な役割を果たし得るのか疑問を禁じ得ない⁽²⁸⁾。

いま1つは、本件では当事者が主張していないが、国教樹立条項に関する争

(23) *Id.* at 1132-34.

(24) *Id.* at 1137.

(25) *Id.* at 1134.

(26) See *id.* at 1142 (Souter, J., concurring). スーター裁判官は、政府がモニュメントの受け入れを自由に選定できるとすれば、政府はある宗教上の言論よりも別の宗教上の言論に好意的な立場を容易に示すことができるようになる、と指摘した。

(27) *Id.* at 1134.

点に関する疑問である。仮に当事者が国教樹立条項に関する争点を取り上げていたならば、政府言論の一步奥にある政教分離という「毒牙」⁽²⁹⁾にかかってしまっていた。すなわち、仮に公立公園内に置かれている十戒を含むモニュメントが政府言論であるならば、政府は宗教的なメッセージを送り続けていることとなり、このようなメッセージが政教分離違反となるのではないか、という疑義が生じることとなる。十戒を裁判所施設内部や裁判所と州庁舎との間の通路に設置することが国教樹立条項に違反するかどうかがかつて問われており、合衆国最高裁は、それぞれ5対4の僅差で、前者の事案⁽³⁰⁾については違憲と判断したが、後者の事案⁽³¹⁾については合憲と判断している。このように、十戒のモニュメントが政府言論としてみなされる場合、それが国教樹立条項のもとで許容されるか否か、という別の問題が生じることとなる。

本件では、多くのことが答えられていないままであり、Summun判決の効果は限定的なものである⁽³²⁾。もし政府言論が表現の自由条項の規制を受けないのであれば、国教樹立条項や平等保護条項から政府言論を規制することができるのか今後問題となろう。

(3) DNA鑑定を求める権利 (District Attorney of the Third Judicial District v. Osborne)

DNA情報は、自己の情報としてのプライバシー権の文脈において議論されるが、刑事事件における被告人の権利の1つである適正手続の場面において問題になることもある⁽³³⁾。合衆国最高裁は、被告人がデュー・プロセスの基本原

(28) See Erwin Chemerinsky, *A Dangerous Free Speech Ruling*, TRIAL 45 (2009) at 61.

(29) Transcript of Oral Argument at 4, *Summun*, 129 S. Ct. 1125 (Nov. 12, 2008).

(30) See *McCreary County v. ACLU of Kentucky*, 545 U.S. 844 (2005).

(31) See *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677 (2005). *McCreary County*判決とVan Orden判決とで異なる立場を示したのはプライバシー裁判官であった。プライバシー裁判官は、十戒が宗教上の分裂 (divisiveness) をもたらしていないこと理由に合憲判断を行っている。See *id.* at 704 (Breyer, J., concurring). 分裂の程度を判断基準としたプライバシー裁判官の意見に批判的な見解として、See e.g., Erwin Chemerinsky, *Why Justice Breyer Was Wrong in Van Orden v. Perry*, 14 WM. & MARY BILL. RTS. J. 1 (2005).

(32) See *Summun*, 129 S. Ct. at 1139 (Stevens, J., concurring).

則としてDNA鑑定を求める憲法上の権利を有しているかどうかの問題に直面した。5対4で意見が割れる中、最高裁はDNA鑑定を求める憲法上の権利を認めなかった。

法廷意見を執筆したロバーツ首席裁判官（ほかスカリーア、ケネディ、トマス、アリーの各裁判官）は、DNA鑑定を求める権利を連邦憲法上の権利として容認しないために、権力分立制と連邦制を根拠に用いた。第1に、DNA鑑定を求める権利を裁判所が新たに創設することは、立法の判断を待たない「近道（short-cut）」⁽³⁴⁾にほかならない。DNA鑑定を求める独立した権利を認めることは、DNA情報の保存期間や管理の在り方等の問題が生じることとなり、裁判所が「政策立案者」として機能することを意味してしまう。このような問題は、裁判所の役割を超えたものであり、立法府の義務であること示している。

第2に、連邦裁判所は州の刑事手続が不十分であることを前提に介入するのは適切ではなく、州には刑事手続を決定する柔軟性があり、また州憲法が「安全装置」として機能しうることを指摘した。そして、本件事件の舞台となったアラスカ州の手続は、伝統に根ざした正義の原則や公正さの原理などを脅かすようなものではなく、無罪を立証しうるのに十分な手続を被告人に付与していると判断した⁽³⁵⁾。

これに対し、4裁判官（スティーブンス、ギンズバーグ、ブライヤー、スーターの各裁判官）の反対意見では、被告人のDNA鑑定を求める憲法上の権利が正面から認められた。彼らによれば、DNA鑑定は、簡易な鑑定であり、安い費用で、正確な結果を得られるため、正義に適っているものである。そして、審理された時点で、46の州と連邦政府において、被告人にDNA鑑定を認める立法措置が採られていることを引き合いに出し、裁判所が作り出したルールに基づく運用が行われているアラスカ州が恣意的に被告人のDNA鑑定を拒んだのではないかと指摘した⁽³⁶⁾。

本件では、かねてから最高裁において論争的となった実体的デュー・プロ

(33) この点については、山本龍彦『遺伝情報の法理論』（尚学社・2008）、参照。

(34) *Osborne*, 129 S. Ct. at 2322.

(35) *Id.* at 2320.

(36) *Id.* at 2333-34 (Stevens, J., dissenting).

セス条項における権利の創設（たとえば、中絶の権利、同性愛者の権利、死ぬ権利）の問題について、法廷意見と反対意見との間で対立が見られることとなった。もっとも、法廷意見は、デュー・プロセス条項の権利の解釈論よりもむしろ権力分立制や連邦制の観点からDNA鑑定を求める権利を拒否している点を強調しているところが特徴的である。

(4) 投票と連邦議会の権限 (Northwest Austin Municipal Utility District Number One v. Holder)

1965年に制定された投票権法 (the Voting Rights Act of 1965) は、合衆国の歴史における公民権運動の象徴となった連邦法の1つである。同法第5節は、かつて読み書き能力テスト（実質的には黒人の選挙権を奪うために用いられたテスト）等の選挙制限を行った州または政治区域が選挙慣行を変更する場合、司法省または連邦裁判所の事前承認の要件を課している。本件では、テキサス州自体が投票権法第5節の規制を受ける州であったため、同州における政治区域もその選挙慣行の変更には第5節の要件を満たす必要があった。この投票権法第5節が、第15修正で認められる連邦議会の適切な執行権限を超えているかどうか争われた⁽³⁷⁾。

しかし、最高裁は8対1で正面からこの憲法上の問題には答えなかった。ロバーツ首席裁判官執筆の判決は、次のような論理を展開し、最高裁の謙抑的な「制度上の役割」⁽³⁸⁾を理由に憲法判断を回避した。すなわち、本件において問題となったテキサス州のある地区は、かつて人種差別的な選挙制限を行ったことのない「政治区域」であるため、投票権法の規定に基づき、事前承認の要件から「抜け出す (bailout)」ことを求めることができると判断した。このように、すべての政治区域が投票権法第5節の事前承認の要件から「抜け出す」ことを求めることができる以上、そもそも第5節の要件が連邦議会の適切な執行権限かどうか、という憲法上の判断を回避できたのである。

もっとも、今後、事前承認の要件から「抜け出す」ことを求める政治区域が、

(37) かつて最高裁は、*South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301, 308 (1966) において1965年投票権法の制定が「歴史的な経験」に照らし、連邦議会の適切な権限行使であることを認めた。

(38) 129 S. Ct. 2504, 2513 (2009).

司法省または連邦裁判所によって拒否されれば、本件において避けた憲法上の問題、すなわち、投票権法第5節の要件が第15修正における連邦議会の執行権限を超えているかどうか、という問題と向き合わざるを得なくなるであろう。なお、トマス裁判官の一部同意、一部反対意見では、意図的な差別がない状態においても事前承認の要件を定める1965年投票権法第5節は、もはや第15修正の連邦議会の適切な執行権限として正当化できないことが示されている⁽³⁹⁾。

3. ソニア・ソトマイヤー最高裁裁判官の誕生

(1) ソトマイヤーの指名

2008-09年開廷期(後)におけるもっとも大きな出来事は、合衆国最高裁の裁判官の交代があったことである。スーター裁判官が引退を表明したことにもない、2009年5月1日、オバマ大統領が次のように述べて新たな裁判官の選定に入ったことを明かした。

「私は、正義とはケースブックの抽象的な法理論や脚注ではないことを理解している者を探すこととなる。正義とは法がどのように人々の生活の日々の現実に影響を及ぼすかに関するものである。」⁽⁴⁰⁾そして、「この国の礎となっている憲法上の価値に対する私の敬意を共有し合える者」⁽⁴¹⁾を合衆国最高裁の裁判官として指名することを宣言した。

その後、指名される可能性のある裁判官や大学教授の名前が報道される中、オバマ大統領は、ホワイトハウスで裁判官や現政権の閣僚メンバーとの面談を行った⁽⁴²⁾。そして、2009年5月26日、オバマ大統領は、第2巡回連邦控訴裁判所ソニア・ソトマイヤー(Sonia Sotomayor)裁判官を合衆国最高裁裁判官に指名することを公表した。

⁽³⁹⁾ See *id.* at 2517 (Thomas, J., concurring in judgment in part dissenting in part).

⁽⁴⁰⁾ See *supra* note 1.

⁽⁴¹⁾ *Id.*

⁽⁴²⁾ オバマ大統領は、合衆国最高裁裁判官の指名に向けて、ホワイトハウスでソトマイヤー裁判官のほか、第7巡回連邦控訴裁判所Diane P. Wood裁判官、Elena Kagan訟務長官、Janet Napolitano国土安全保障省長官とそれぞれ個別面談を行ったと報道されている。See *Riskiest Choice on Obama's List Embodies His Criteria*, WASH. POST, May 27, 2009 at A7.

ソトマイヤーは、名門イエール・ロースクールを卒業後、弁護士、検察官を行い、その後6年間の連邦地方裁判所裁判官として、また11年ほどの連邦控訴裁判所裁判官としての法律家のキャリアを積んできた。これだけを聴けば苦勞のないエリートを進んできたと思われがちであるが、実はそうではない。ソトマイヤーの両親はプエルトリコ人であり、第二次大戦中にニュー・ヨークに移住してきて、低所得者用の公営住宅団地に住んでいた。英語を話すこともできず、工場働きをしていた父を9歳のときに亡くし、彼女は母親に育てられてきた。オバマ大統領は、彼女の知識や経験のみならず、「奮闘する人生の旅で積み重ねてきた英知」を最高裁にもたらしてくれることを期待していると述べた⁽⁴³⁾。

ソトマイヤーのこれまでの裁判官としての経歴においてもっとも注目すべき判決は、1995年4月3日に下したSilverman v. Major League Baseball Player Relations Committee, Inc.⁽⁴⁴⁾、であるといっても過言ではなからう。この判決は、メジャー・リーグ野球の球団等に対し、雇用条件の見直しや善意の交渉を行うことを求めるものであったため、実質的に長期間に渡る選手側のストライキが終わることとなり、メジャー・リーグ野球が再開することとなった。クリントン元大統領による球団と選手との間の調停すら失敗に終わったが、ソトマイヤーはメジャー・リーグを救った裁判官であると言われている。

ソトマイヤーが、今後、「ひとりの人として、また法律専門家としての豊かな経験」⁽⁴⁵⁾をどのように意見に反映させていくかについて注目すべきであろう。

(2) 上院の助言と承認

合衆国最高裁の裁判官になるには、大統領の指名のほかに、上院の「助言と承認」の手続を経る必要がある。オバマ大統領がソトマイヤーを指名したことは、仮にオバマ大統領自らが敬意を払う憲法上の価値、さらには政治的な信条を彼女と共有できることを理由に指名していたとしても、次の2点について上院でこの指名は批判されにくいものであった。第1に、ソトマイヤーは、かつ

(43) Barack Obama, Remarks by the President in Nominating Judge Sonia Sotomayor to the United States Supreme Court (May 26, 2009).

(44) 880 F. Supp. 246 (1995), S.D.N.Y., 1995.

(45) See *supra* note 43. (Response by Judge Sonia Sotomayor).

て民主・共和両党の大統領から指名を受けていた（連邦地方裁判所にはブッシュ（父）元大統領に、連邦控訴裁判所にはクリントン元大統領によってそれぞれ指名された）。そのため、かつての指名の正当性を覆すような証拠がない限り、共和党陣営はソトマイヤーの指名を拒否できなかった。より実質的な理由として、第2に、ヒスパニック系のソトマイヤーの指名を拒否する上院議員は、その後の選挙でヒスパニック系の票を多く失うことにつながりかねないことから、この指名を正面から批判することができなかった。

2009年7月13日から4日間にわたり上院で行われたソトマイヤーからのヒアリングにおいて、まず問題とされたのは、裁判官の役割であった。裁判官が野球の審判と同じである、という2005年のロバーツ首席裁判官の上院での承認手続の応答が初日から議論の話題となった。すなわち、野球の審判はルールを作るのではなく、ストライクかボールかを判定するように、裁判官もまた法を作るのではなく、法を適用するのが役割である。これに対し、仮に裁判官が野球の審判のように機械的な役割しか有しないのであれば、9人もの裁判官が合衆国最高裁には不要であって、裁判官の役割は、ストライク・ゾーンを確定する役割、すなわち憲法の原理の本質を決定することにあるのではないか、という指摘がされた⁽⁴⁶⁾。裁判官には意見を述べる過程において価値判断を避けることができず、上院での助言と承認の手続においては裁判官の政治的イデオロギーを含む様々な価値についても追及されることがある⁽⁴⁷⁾。ちなみに、ソトマイヤーはベンジャミン・カードーズ裁判官をもっとも尊敬する裁判官として名前を挙げつつ、自らの経験の豊かさが裁判官としての職務に役立つのであり、政治的なイデオロギーによって賢明な判決を導くことはできないと述べた。

また、共和党を中心とするソトマイヤーの指名を批判する論者にとっては、「豊富な経験をもつ賢いラテン系の女性の方が多くの経験を積んでこなかった白人男性よりも良い結論にたどり着くことができる」⁽⁴⁸⁾という彼女の過去の発

(46) See Senate Judicial Committee, *Statement of the Honorable Sheldon Whitehouse*, July 13, 2009.

(47) See LEE EPSTEIN & JEFFREY A. SEGAL, *ADVISE AND CONSENT: THE POLITICS OF JUDICIAL APPOINTMENTS* 119 (2007); CHRISTOPHER L. EISGRUBER, *THE NEXT JUSTICE: REPAIRING THE SUPREME COURT APPOINTMENTS PROCESS* 9-10 (2007). 裁判官が価値判断を避けることができないと指摘するものとして See e.g., ERWIN CHEMERINSKY, *INTERPRETING THE CONSTITUTION* (1987).

言を取り出すことができた。そして、ソトマイヤーが「人種差別主義者（racist）」であると批判した。しかし、ソトマイヤーは「いかなる民族、人種、性別の集団も賢明な判断をする利点を有していないと思う」と答え、「男性でも女性でも賢明で公正な裁判官になることができる」というオコーナー裁判官のかつての言葉を引用した⁽⁴⁹⁾。

さらに、ソトマイヤーは、今開廷期の判決として紹介したRicci判決の控訴審判決に関与した裁判官の一人であった。控訴審判決では、最高裁とは逆の結論、すなわちニュー・ヘブン市側の主張を認めていたため、Ricci判決における原告本人（Frank Ricci）も登場して上院のヒアリングにおいてソトマイヤーを追及した。ソトマイヤーは、人種差別的な判断をしたわけではなく、差別的効果を和らげる意図と、マイノリティではない集団を差別する意図とは異なるものであるという法解釈論を示したすぎないと述べた⁽⁵⁰⁾。

上院でのヒアリングが終わり、2009年8月6日、ソトマイヤーは上院議員の投票において68対31（民主党58人と共和党9人の支持）で承認された。これにより初のヒスパニック系裁判官が誕生した。ソトマイヤー裁判官は、合衆国最高裁の歴史における3人目の女性の裁判官であり、現在9人いる裁判官の中で民主党大統領から指名を受けた3人目の裁判官であり、そしてそこに至る過程で民主・共和両党の3人の異なる大統領から指名を受けた裁判官である。

(48) The annual Judge Mario G. Olmos Law and Cultural Diversity Lecture the University of California, Berkeley in 2001. Available at <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/package/supremecourt/graphics/sototimeline/2001Lecture.pdf>.

(49) Senate Judicial Committee, *Continuation of the Nomination of Sonia Sotomayor to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States*, July 14, 2009.

(50) Senate Judicial Committee, *Continuation of the Nomination of Sonia Sotomayor to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States*, July 16, 2009. この点については、彼女の判断を覆した最高裁のRicci判決について追及することで、ソトマイヤーの政治的な原理を見出そうとしていたが、彼女は法解釈論を展開して上手く応答したと指摘するものとしてSee Ronald Dworkin, *Justice Sotomayor: The Unjust Hearings*, THE NEW YORK REVIEW OF BOOKS, Sep. 24, 2009 at 38-9.

4. ま と め

2008-09年開廷期における主要な判決には正面から憲法問題の判断を行ったものが少ないものの、関連する重要な法律の解釈を導いてきた。これらの多くについて5対4で割れた判断は、いわゆる保守派の裁判官たちの方が優勢であり、今開廷期の最高裁はいっそう保守的な方向へと舵を切ったと評される⁽⁵¹⁾。

そして、スーター裁判官が引退し、ソトマイヤー裁判官が最高裁に入ったことで、裁判官の構成による変化も期待されるところである。現在、いわゆるリベラル派の裁判官として知られているスティーブンス、ブライヤー、ギンズバーグの各裁判官は、いずれも70歳を超えている。さらに、ギンズバーグ裁判官は、開廷期中である2009年2月には病による手術を受けている。

合衆国最高裁の歴史においてもっとも著名な首席裁判官であると考えられるのが、司法審査権を確立させたジョン・マーシャンであることに大きな異論はない。彼の人格と裁判官としての気質があったからこそ、マーシャル首席裁判官の功績が生み出されたのであると指摘される⁽⁵²⁾。ひとりの人間である合衆国最高裁の個々の裁判官が執筆する意見の背景にも注目しつつ、判決文を分析するのも有益であろう。今後、裁判官の引退等によるオバマ大統領による更なる追加の指名が行われることも予想されており、新たに加わったソトマイヤー裁判官の意見も含め最高裁の動向を注視する必要がある。

(51) See e.g., *Term Saw High Court Move to the Right*, WASH. POST, July 1, 2009 at A1, A4; *Roberts Court Shifts Right, Tipped by Kennedy*, N. Y. TIMES, July 1, 2009 at A1.

(52) See JEFFERY ROSEN, *THE SUPREME COURT: THE PERSONALITIES AND RIVALRIES THAT DEFINED AMERICA* 240 (2007).