

アメリカ最高裁の判決を読む

（2009-10年開廷期）※

宮 下 紘

最高裁判所は実に優れた機関である。

しかし、私が他の政府機関で仕事をしてきたことが、最高裁判所が穏健な機関でなければならないことを気づかせてくれた¹。

—エレナ・ケーガン

はじめに

テレビカメラの立ち入りを認めず、裁判官しか出席できない会議が週2回あり、その会議の内容は秘密のまま。合衆国最高裁のしきたりはすべて19世紀のままであると言われる。9人の裁判官の人間の要素が最小限化されるように組織されたものが合衆国最高裁である²。

しかし、合衆国最高裁の裁判官も人間であり、現在の地位に至るまでの生き様はそれぞれの裁判官によって異なる。したがって、個々の裁判官の「個性（personalities）」に着目しつつ、判決を読むことは決して不当ではなからう。他方で、現在の首席裁判官であるジョン・ロバーツが述べたとおり裁判官はストライク・ボールの判定をする野球の審判にたとえられ、裁判官は自分を出す

※ 本稿の執筆にあたり、Erwin Chemerinsky教授、Jeffrey Rosen教授、Daniel Farber教授からそれぞれ有益な示唆をいただいたことに謝意を記す。

1 Elena Kagan, *Opening Statement*, Senate Judicial Committee, The Nomination of Elena Kagan to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States (June 28, 2010)

2 JEFFREY ROSEN, THE SUPREME COURT: THE PERSONALITIES AND RIVALRIES THAT DEFINED AMERICA 5 (2007).

べきではない (impersonal) としばしば言われる³。そのため、1つの判決において、なぜ裁判官によって結論や理由付けが異なり、対立するのか、ということ考察することは決して容易な作業ではないが、それに挑戦する価値はある。

合衆国最高裁の裁判官は、その時代の政治的、経済的、社会的、知的動向に特に影響を受ける⁴。そのため、合衆国最高裁の判決を読むことは、その時代のアメリカの政治的、経済的、社会的、知的動向を知ることにもなる。そこで、この動向をたとえ大まかなものであったとしても、それを注視することは決して無駄な作業ではないと考え、2009—10年開廷期における最高裁の判決を読み、その動向を分析する。

I. 2009—10年開廷期の概観

2009年10月5日に開廷した2009—10年開廷期において、合衆国最高裁が口頭弁論を経て下した判決が73件あった⁵。この数は2005年10月に始動したロバーツ・コートにおいてこれまでとほぼ同じ数となった。8,000件を超える事案が上訴される中、連邦憲法の問題となる事案や国民が関心を寄せる事案のみを取り上げ、わずか0.9%しか正式に審理しない状況となっている⁶。1970—80年代には年間150件ほどの判決を下していたことを考慮すれば、レンキスト・コート (1986—2005年)、そしてロバーツ・コート (2005年—現在) が審理する判決の数は、表1のとおり、減少化していることが分かる。これは前首席裁判官であったウィリアム・レンキストが、一つの事案を州と連邦のそれぞれの裁判所で何度も審理することを「無用な重複労働」であると考え、「一般的に関心の高い連邦憲法と連邦法に関する未解決の問題に関わる事案」のみを裁量上訴

3 *Id.* at 234.

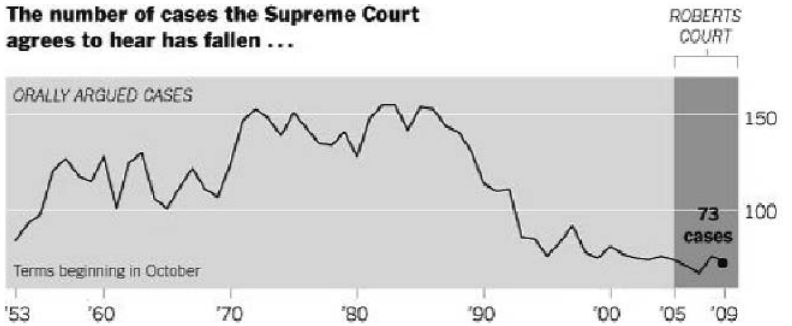
4 LUCAS A. POWE, JR., *THE SUPREME COURT AND THE AMERICAN ELITE, 1789—2008* ix (2009).

5 *The Supreme Court—The Statistics, Table I (A)*, 124 HARV. L. REV. 411 (2010).

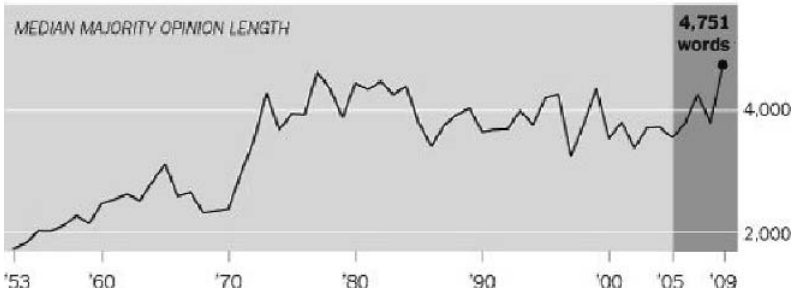
6 *Id.* at 418 (Table II (A)).

7 WILLIAM H. REHNQUIST, *THE SUPREME COURT: HOW IT WAS, HOW IT IS* 269 (1987).
ウィリアムHレンクィスト著／根本猛訳『アメリカ合衆国最高裁』(心交社・2987) 317頁。

表1 最高裁の一開延期あたりの判決の数と個々の判決文の単語数
 (Justices Long on Words but Short on Guidance, N.Y. TIMES
 (Nov. 18, 2010) at A24.) 上が判決の数, 下が判決文の単語の数



... and the Roberts court has set records in the length of its opinions.



(certiorari) として認めてきた結果である。ロバーツ・コートもまたこのような事案の選別に伴い、審理する判決数の減少化傾向を維持してきている。

他方で、興味深いことに、ロバーツ・コートにおいては、1件当たりの判決文の長文化の傾向が顕著である。1950年代は1つの判決文あたり2,000語程度であったにもかかわらず、1970年代以降その数が急激に増加し、ロバーツ・コートにおいては特にその傾向が目立つ。たとえば、今開延期に下されたCitizens United v. Federal Election Commissionは183頁にもわたり、単語数は4,800を超えている。表2のとおり、これまで長文となった10件のうち4件がロバーツ・コートの判決であることが理解できる。この点、第7巡回連邦控訴

表2 最高裁の長文（単語数の多さ）トップ10

(*Justices Long on Words but Short on Guidance*, N.Y. TIMES (Nov. 18, 2010) at A24.)

年	判決名	単語数
1976	Buckley v. Valeo (選挙活動)	76,639
2003	McConnell v. Federal Election Commission (選挙活動)	70,228
1972	Furman v. Georgia (死刑)	66,233
2010	McDonald v. Chicago (銃規制)	58,597
1961	Communist Party v. Subversive Activities Board (治安維持)	58,404
1970	Oregon v. Mitchell (選挙権)	51,628
2006	Hamdan v. Rumsfeld (軍事法廷)	50,096
1992	Planned Parenthood v. Casey (中絶)	48,878
2010	Citizens United v. Federal Election Commission (選挙活動)	48,686
2007	Parents Involved v. Seattle (平等保護)	47,235

裁判所のリチャード・ポズナー裁判官は、判決文を実質的に執筆しているロー・クラーク（最高裁裁判官の調査官）が優秀であることを認めつつも、法律家としての経験の浅さから、文量の調整不足を指摘している⁸。他方で、そもそも最高裁内部におけるリベラル派と保守派との根深い分裂、さらには保守派内部における分裂から、裁判官の個別意見の増加につながっていると推測することもあながち不当ではなからう⁹。

もっとも、ロバーツ・コートは2005年10月から開廷し、まだ5年が経過しただけであること、この5年間に9人のうちロバーツ首席裁判官を含め4人の裁判官交代があったことから、緻密な評価をすることは困難である。ただし、5対4で意見が分かれる判決においては、リベラル派（スティーブンス裁判官、ギンズバーグ裁判官、ブライヤー裁判官、ソトマイヨール裁判官）と保守派（ロバーツ首席裁判官、スカリア裁判官、トマス裁判官、アリート裁判官）の構成はほぼ固定化しており、多くの場合ケネディ裁判官が決定票を握っている。

8 See Richard A. Posner, *The Courthouse Mice*, NEW REPUBLIC, June 5 & 12 (2006) at 32. See also RICHARD A. POSNER, HOW JUDGES THINK 217 (2008).

9 See MARK TUSHNET, A COURT DIVIDED 49 (2005).

2009-10年開延期においても、5対4で割れた判決は16件あり、そのうち12件についてケネディ裁判官が多数派に属している¹⁰。

今開延期では、次節で紹介するように表現の自由をめぐる重要な判決のほか、政教分離、プライバシー、銃規制といったアメリカ憲法にとって重要な多くの問題について判断が下された。以下では、その中でも特に重要な意義を有していると思われる判決をピックアップし、読んでいく。

II. 判決を読む

(1) 選挙活動と表現の自由 (Citizens United v. Federal Election Commission)

今開延期で最も注目を集めた判決が、Citizens United v. Federal Election Commission¹¹であることに大きな異論はないであろう。Citizens United判決において、最高裁は、選挙活動に関する2つの先例を覆し、第1修正のもと、団体や個人が候補者への投票を呼び掛けるために好きなように金銭を直接支出することを認めた。判決が下された当日にオバマ大統領がこの判決を直接批判したことから注目を集めたのみならず、選挙活動における制限が表現の自由、そして究極的にはアメリカの民主主義をどう捉えるべきか、という大きな問題にまで関わることから重要な判決であるとみなされてきた。

選挙活動における規制については、表現のための経済的な力を制約する方向と経済的な力による表現を統制する方向という2つの選択肢があり、いずれも企業の経済力と金銭が表現の自由と民主主義に対して害悪を及ぼすと考えられ

10 See *The Statistics*, *supra* note 5, at 417 Table I (E). リベラル派と保守派による5対4の事件について、保守派にケネディ裁判官が属した件数は8であるのに対し、リベラル派にケネディ裁判官が属したのは3件にとどまる。今開延期もケネディ裁判官が重要な役割を果たしたという指摘として、See Erwin Chemerinsky, *Roberts and Kennedy were most often in the Supreme Court Majority in Term 2009*, THE CALIFORNIA BAR JOURNAL (Aug., 2010).

11 130 S. Ct. 876 (2010). 本判決のいち早い紹介として、辻雄一郎「選挙活動と表現の自由に関する考察：2010年シティズンユナイテッド判決を中心に」駿河台法学24巻1・2号(2010)57頁、落合俊行「アメリカ連邦選挙運動資金における『選挙広告支出制限』規制の憲法学的考察」北九州市立大学法学論集38巻3号(2010)247頁、参照。また、2010年9月11日に開催された日米法学会判例研究会において東川幸二「Citizens United v. Federal Election Commission」の報告があった。

てきた。これに対し、そもそも企業の支出と利益追求の表現に対する政府の恣意的な規制こそが表現の自由と民主主義の価値を損ねるという立場もある¹²。アメリカ憲法の歴史の中で選挙活動については、1907年のティルマン法 (Tillman Act) に始まり、1世紀にわたって企業の支出に関する特別の規制が存在してきた。そのような中、1976年Buckley v. Valeo¹³において、最高裁は、金銭の性格に着目し、選挙活動の資金規制について選挙用の広告への金銭の支出に対する制限を無効とした。Buckley判決は、選挙活動における候補者やその選挙運動委員会への金銭贈与としての「寄付 (contribution)」と、政治広告などを通じた選挙活動の結果に影響を及ぼすための直接的な金銭の利用としての「支出 (expenditure)」を区分し、前者に対する規制を認め、後者に対する規制を無効としたのである。その後も、選挙活動をめぐる規制については、Buckley判決の定式をもとに、1991年Austin v. Michigan Chamber of Commerce¹⁴において、政治的言論は話し手の企業の性格に基づき禁止されうること認めた。さらに、2003年McConnell v. Federal Election Commission¹⁵において、合衆国最高裁はAustin判決に依拠して、選挙活動用の通信に対する制限を課した立法を合憲と判断した。このような選挙活動と表現の自由に関する判例の流れがある中、2010年1月21日、合衆国最高裁はAustin判決とMcConnell判決の一部を覆し、選挙活動における表現の自由について新たな方向性を示した。本件の概要は次のとおりである。

Citizens Unitedは非営利企業であり、約1,200万ドルの予算のうちのほとんどが個人献金からなっている。アメリカ大統領選挙を11月に控えた、2008年1月Citizens Unitedは“Hilary: The Movie”というタイトルの映画を公表した。

12 See MARTIN H. REDISH, MONEY TALKS: SPEECH, ECONOMIC POWER, AND THE VALUES OF DEMOCRACY 1-2 (2001).

13 424 U.S. 1 (1976). 契約の自由を根拠に政府の介入を限定したLochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905) にBuckley判決をたとえ、自由市場が政府の中立性に依拠しているという前提をBuckley判決は踏襲し、政治の平等性を拒否した、という指摘として、See CASS R. SUNSTEIN, DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH 97-8 (1995).

14 494 U.S. 652 (1990).

15 540 U.S. 93 (2003). アメリカの選挙法の動向については、東川浩二「アメリカ選挙法の最近の動向 (2)」選挙研究24巻1号 (2009) 97頁、参照。

この映画には90分間にわたり政治評論家等とのインタビューが含まれており、当時上院議員（現在、国務長官）であり、民主党大統領候補として活動していたヒラリー・クリントンを批判的に取り上げていた。この映画は各地で上映され、そのDVD販売がされていた。さらに、Citizens Unitedはオンデマンド放映を計画し、そのためのコマーシャルも準備していた。

しかし、本件で問題とされた2002年超党派選挙運動改革法（Bipartisan Campaign Reform Act）は、選挙前の一定期間に「選挙活動のための通信（electioneering communication）」¹⁶として定義されるいかなる形態のメディアを通じて、企業や組合が候補者に対し直接寄付するために一般資金または候補者の当選・敗北を明示的に唱導する独立支出を用いることを禁止していた。そこで、Citizens Unitedは、選挙管理委員会（Federal Election Commission）に対しこの立法が“Hillary: The Movie”に適用されることが、表現の自由の侵害にあたり、違憲であると主張し、救済を求めた。コロンビア特別区連邦地方裁判所は、本件立法を合憲と判断し、Citizens Unitedの請求を棄却した。

これに対し、合衆国最高裁は2009年3月に口頭弁論を開いたが、2009年6月29日、両当事者に対し、異例のかたちで再度口頭弁論を開くことを決定した¹⁷。その理由は本件規制立法の文面審査をするに際し、Austin判決とMcConnell判決の一部を覆すべきかを審理するためであった。これを受け、2009年9月9日、引退したデイビッド・スター裁判官の代わりにソニア・ソトマイヨール裁判官が新たに加わり、再度口頭弁論が開かれた。本件立法を擁護する立場から、当時訟務長官（Solicitor General）（現在、最高裁裁判官）であったエレナ・ケイガンが政府側の弁論に立った。彼女は、第1に、100年以上にわたって議会が選挙活動において特別の規制を行ってきたこと、第2に、本件立法の背景には裁判所が無効とすべきではない政府の必要不可欠な利益があること、そして、第3に、本来営利企業に縛りをかけるための立法について、本件は非営利団体が原告であり、変則的な事案であること、を大きな柱として主張し、Austin判決もMcConnell判決も覆すべきでないと主張した¹⁸。

16 2 U.S.C. § 441 (b) (2) (2006 ed.).

17 See http://www.fec.gov/law/litigation/citizens_united_sc_08_order_rearg.pdf (last visited Jan. 31, 2011).

〈法廷意見〉

ところが、2010年1月21日、合衆国最高裁は、5対4で本件立法が表現の自由を保障する第1修正に違反し、無効であることを宣言するとともに、Austin判決とMcConnell判決の一部を覆した。ケネディ裁判官が法廷意見を執筆し、保守派の裁判官4名（ロバーツ首席裁判官、スカリア裁判官、アリート裁判官、トマス裁判官）がこれに加わった。本件の争点は、他にもあるが、主要なものとしては次の3点（①個人の表現と企業の表現の区分論、②選挙活動を規制する政府の利益、③適用違憲と文面違憲）を指摘することができる。

① 個人の表現と企業の表現の区分論

法廷意見によれば、表現の自由の保障において個人と企業との区別は必要ない。まず多くの先例を引用しながら、「第1修正の保障は企業にも及ぶ」¹⁹ことを前提とする。その上で、次とおり立論をする。「当裁判所は、先例の矛盾する境界に直面している。すなわち、話し手の企業の性格に基づき政治的言論に対する規制を禁止したAustin判決前の先例と、その規制を認めたAustin判決後の先例との境界である」²⁰。そして、Austin判決を境に政治的言論の「弾圧」され、政治的言論を「萎縮 (chilled)」させてきたと診断するのが法廷意見である²¹。

その上で、法廷意見は言論の「源 (source)」²²—個人であるか、企業であるか—によって表現の自由の保障が失われることがないことを論証する。すなわち、憲法制定時以降、アメリカにおいて言論は誰にでも開かれたものであり、「言論と知識の源に対する制約は存在しなかった」のである。そして、何が真実であり、何が虚偽であるかの判断は、人民に委ねられ、「対抗言論 (more

18 Transcript of Oral Re-Argument at 39-40, *Citizens United v. Federal Election Commission*, 130 S. Ct. 876 (2010) (No. 08-205). ロバーツ首席裁判官がケーガン訟務長官とのやり取りにおいて、すでに政府側の敗訴の可能性やAustin判決を覆すべきことを指摘している。

19 *Citizens United*, 130 S. Ct. at 899. アメリカにおける法人の享有しうる憲法上の権利に関する考察として、木下智史『人権総論の再検討』（日本評論社・2007）257頁、参照。

20 *Id.* at 903.

21 *Id.* at 892.

22 *Id.* at 900.

speech)こそが支配的なルール」である。このように、「第1修正の保障は、公的討議に従事する話し手の財政能力に依拠すべきものではない」のであり、主体から「から生じた言論 (resulting speech)」を保障していることが確認される²³。以上のとおり、法廷意見は、選挙活動における企業の資金の支出が第1修正で保障された政治的言論であり、企業は市民と同等の自由な言論の権利を享受していることを明らかにした。

② 選挙活動を規制する政府の利益

本判決における最大の争点は、選挙活動を規制するための立法を正当化するための政府の利益であった。すなわち、なぜ連邦議会は選挙活動における特定の通信を用いることを禁止できるのか、という根拠である。この点、1976年 Buckley判決において、企業からの金銭支出に対する公職者による財政的見返り (quid pro quo) としての「腐敗と腐敗の外観の防止」²⁴という「十分に重要な」政府の利益を認めた。しかし、Austin判決では少数派であったが、本件で法廷意見を執筆したケネディ裁判官は、政府が主張した企業の支出制限を合憲とする他の2つの利益が擁護できないことと言う。すなわち、政治過程の歪曲防止 (antidistortion) の利益と株主保護の利益である。歪曲防止の利益とは、選挙活動を通じて、企業が金銭支出をして特定の候補者を支持・支援することで政治過程が歪曲されることの防止を意味する。広い意味では腐敗防止に含まれると理解できるものの、選挙前の大企業等による金銭支出によって「富の巨大な集積による腐敗と歪曲の効果」²⁵の防止することが政府の利益となるというのである。他方、株主保護の利益とは、企業として行う特定の選挙活動に反対する株主（企業内における少数派構成員）を保護する利益のことである。

これらの利益を擁護することは、選挙活動における規制を正当化する政府側にとっては決定的に重要であった。しかし、2度目の口頭弁論に立ったケーガン訟務長官（当時）の主張に対しては、保守派の裁判官から、政府の必要不可欠な利益については先例にない「新奇な弁論である」²⁶、あるいは「議会には自

23 *Id.* at 884.

24 *Buckley*, 424 U.S. at 32.

25 *Austin*, 494 U.S. at 660.

26 Transcript of Oral Re-Argument at 61, *Citizens United v. Federal Election Commission*, 130 S. Ct. 876 (2010) (No. 08-205).

己利益があるため、議会の規制には懐疑的な態度をとらざるを得ない』²⁷といった手厳しい指摘がなされた。そして、ケネディ裁判官もまたこれらの政府の利益を認めなかった。まず歪曲防止の利益については、そもそも話し手が選出された議員に対する影響力を有していたり、アクセスすることができるからといって、これらの公職者が腐敗しているとは限らない。Buckley判決における腐敗防止の原理とは、公職者からの政治的見返り腐敗を防止することに限定されているが、政府はそれよりも広く政治過程の歪曲防止を主張している。そもそも、「選好主義と影響力は代表政治において避けることができない。…民主主義は（人民と公職者との）応答を前提としている」²⁸のである。さらに、実際に非営利企業による独立支出が認められている26州において政治が腐敗した証左はない。そのため、本件規制のように企業の独立支出に対する制限は、特定の公職者からの見返りによる歪曲防止という政府の利益は腐敗防止の利益を超えており、言論に対する萎縮効果をもたらすこととなり認められない。同時に、これを前提としたAustin判決における政府の利益もまた「危険で受容することができない」²⁹。

次に株主保護の利益については、政府は異を唱える株主保護の利益を主張するが、企業内の民主的手続を通じて問題解決を図ることができ、またこの手続が乱用される証拠があるわけでもない。したがって、株主保護の利益は企業の

27 *Id.* at 50. スカリア裁判官のこの質問は、シカゴ大学で教鞭をとっていた頃のケーガン教授の論文に基づく批判であると推測ができる。ケーガン教授は、選挙活動の規制を一定程度認めたBuckley判決の原理が、不適切な動機 (improper motive)、すなわち、立法府の「自己利益」から思想への敵意や同情から生じた考え方に基づいており、このような不適切な動機に基づく規制を行う場合、裁判所が立法府を信頼しない、と論じていた。See Elena Kagan, *Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine*, 63 U. CHI. L. REV. 413, 467-8 (1996).

28 *Citizens United*, 130 S. Ct. at 910. このような法廷意見の「腐敗」概念の狭い理解に対する批判として、See Samuel Issacharoff, *On Political Corruption*, 124 HARV. L. REV. 118 (2010).

29 *Id.* at 905. Austin判決は選挙活動の支出制限についての極めて重要な先例としての意義を有しており、この判決を覆したことが民主主義に対する大きなダメージとなると言われる。See Ronald Dworkin, *The Decision that Threatens Democracy*, N.Y. REV. BOOKS, May 13, 2010 at 63.

独立支出の制限するための根拠として正当化することができない³⁰。

このように、法廷意見は政治的見返りによる「腐敗と腐敗の外観の防止」というBuckley判決における政府の利益のみを認め、その他の政府が主張する利益をすべて退け、同時に政府が依拠する利益を前提としたAustin判決とその判決に依拠したMcConnell判決の一部を覆すこととなった。

③ 適用違憲と文面違憲

本件は、上訴人が文面違憲の主張を前面に押し出していないにもかかわらず³¹、合衆国最高裁が2つの先例を覆し、文面違憲を展開した点にも注目すべきであろう。法廷意見は、選挙管理委員会の機能が事前抑制に等しいことから、本件規制立法がもたらす萎縮効果を強調している。そして、文面違憲と適用違憲の区分の不明確さを指摘しつつ、「司法の責任を果たすため」³²という断りをして、本件の規制立法の判断に立ち入ったのである。ここで法廷意見においても反対意見においても引用されたのが、リチャード・ファロン教授の論文³³であった。反対意見はこの論文について憲法裁判における適用違憲の主張こそが基本的構造であると読むのに対し³⁴、法廷意見は適用違憲の事例の無効の射程を拡張するための一般的・類型的境界があるわけではないと理解する³⁵。いずれにせよ、Citizens Unitedは当初から適用違憲を全面的に主張し、Austin判決の再考を含む文面違憲の主張がわずかであるが指摘されている以上、「主張が狭いからといって狭い範囲での判断を擁護することはできないのである」³⁶。

また、McConnell判決においてすでに「Austin判決が誤った前提に基づいている」³⁷としてAustin判決を覆すべきと主張していたケネディ裁判官の意見がそのまま反映されたことにも注目すべきであろう。すなわち、Citizens United判決に至るまでの間Austin判決が覆されなかったのは、Austin判決を擁護し

30 *Id.* at 911.

31 See Supplemental Brief for Appellant, *Citizens United v. Federal Election Commission*, at 3; Supplemental Reply Brief for Appellant, *Citizens United v. Federal Election Commission*, at 3.

32 *Citizens United*, 130 S. Ct. at 894.

33 Richard H. Fallon Jr., *As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing*, 113 HARV. L. REV. 1321 (2000).

34 *Citizens United*, 130 S. Ct. at 936 n10 (Stevens, J., dissenting).

35 *Id.* at 937.

てきた5裁判官が在職していたためであり、2006年1月、サンドラ・デイ・オコーナー裁判官に代わってサミュエル・アリート裁判官が新たに入ったことでAustin判決を覆す機会ができたのである。このように、Citizens United判決において初めて選挙活動の規制立法に対する文面違憲に立ち入ったわけではなく、すでにMcConnell判決においてケネディ裁判官と彼に同意してきたレンキスト裁判官に代わったロバーツ首席裁判官、スカリア裁判官、トマス裁判官は今回の文面違憲の機会を待っていたと捉えることができよう。その意味で、Citizens United判決は、政治過程への敬讓を無視した、保守派による「司法積極主義」の体现であったと評価しうる³⁸。

〈反対意見〉

以上のとおり、本判決によって、Buckley判決以降の選挙活動における規制の方向とは逆に、選挙活動における企業による独立支出という形態の政治的言論が手厚く保障されることとなった。これに対し、強い口調で異例の長さの反対意見を執筆したのがジョン・ポール・スティーブンス裁判官であった。その論調は極めて厳しく、法廷意見が「全くもって誤っている」³⁹、「ひどく過ちを犯している」⁴⁰、「多くの意味において後退である」⁴¹といった言葉が散見される。

まず、法廷意見が踏み込んだ法令違憲の判断と2つの先例を覆した点について

36 *Id.* at 919 (Roberts, C.J., concurring). ロバーツ・コートにおける適用違憲と文面違憲に関する態度に一貫性を欠いているという指摘として、See Gillian E. Metzger, *Facial and As-Applied Challenges under the Roberts Court*, 36 FORDHAM URB. L.J. 773 (2009). 合衆国最高裁の適用違憲と文面違憲に関する考察として、青井未帆「憲法判断の対象と範囲について(適用違憲・法令違憲)」成城法学79号(2010)41頁、市川正人「文面審査と適用審査・再考」立命館法学2008年5・6号(2008)21頁、参照。

37 *McConnell* 540 U.S. at 327. Citizens United判決においても、「Austin判決はそれが下されたときから…その土台が揺らいでいた」とケネディ裁判官は述べた。*Citizens United*, 130 S. Ct. at 912.

38 Erwin Chemerinsky, *The Most Important Decision of the Term*, 46 TRIAL 54 (2010).

39 *Citizens United*, 130 S. Ct. at 929 (Stevens, J., dissenting).

40 *Id.* at 930.

41 *Id.* at 979.

て、どの適用違憲の主張について法令そのものまで審査するかについては、司法の決定であり、本件のように連邦議会が制定した重要な立法を無効とすることは、同時に多くの州法まで無効とすることを意味する。そして、先例を覆すには「特別の理由」が必要とされるが、法廷意見にはその理由が示されておらず、先例拘束性（*stare decisis*）の原理の核心部分を無効としている⁴²。

次に、スティーブンス裁判官は「第1修正の解決済みの法であったものから根本的に逸脱したのが今日の判断である」⁴³と切り出し、表現の自由論について説明する。まず、起草者の理解にまで遡り、企業は公共の福祉のために包括的な規制が課せられ、1907年以降、選挙における金銭支出について企業と個人の区別がなされてきたことを指摘する。企業の言論はあくまで派生的なものではないため、自律、尊厳、政治的平等が損なわれる恐れがないと言う。そして、1世紀にわたる連邦議会の選挙活動における企業の関与に対する規制の正当性を詳細に論じた。

さらに、スティーブンス裁判官は本件において主張された政府の3つの利益がいずれも相互補完の関係にあり、民主主義が機能する前提をなしていると言う。そして、今日から選挙活動における企業の「競い合い資金（*war chests*）」と「特別利益」をつぎ込むことによる腐敗と歪曲の弊害が生じると述べる⁴⁴。いずれの利益も連邦議会が企業の選挙活動の支出に制限を設けるべきであるという1世紀ほど前のセオドラ・ルーズベルト大統領の演説以降守られてきたものであるというのである⁴⁵。

最後に、スティーブンス裁判官は、訴訟当事者の主張よりも裁判官の多数派のアジェンダを、適用違憲の主張よりも文面違憲を、狭い法令上の根拠よりも広い憲法理論を、先例の決定よりも個々の反対意見を、伝統よりも主張を、経験主義よりも絶対主義を、現実よりもレトリックをそれぞれ優越させたのである、と法廷意見を非難した⁴⁶。

42 *Id.* at 942.

43 *Id.* at 948.

44 *Id.* at 955.

45 *Id.* at 937-4.

46 *Id.* at 979.

〈判決後—最高裁VS大統領〉

スティーブンス裁判官と同じくらい判決を厳しく批判したのは、オバマ大統領でもあった。オバマ大統領はCitizens Untied判決が下された当日、「われわれの政治において特別利益の金銭の新たな押し寄せに青信号を示した。これはアメリカ市民の声をかき消すためにワシントンで日々影響力をまとめている大規模石油会社、ウォール・ストリート街の銀行、医療保険会社、その他の巨大利益の大勝利である」⁴⁷と皮肉を込めて判決を批判した。批判はさらに続いた。判決の2日後、オバマ大統領は新たに「判決は、われわれの民主主義に制限のない特別利益の金銭をつぎ込む水門を開けた」⁴⁸と非難した。そして、1月27日、連邦議会での一般教書演説において、オバマ大統領は、来賓として座っていた6人の合衆国最高裁裁判官を目の前にして「先週、最高裁は1世紀にもわたる法を覆した」⁴⁹と切り出した。そして、「アメリカの選挙がアメリカの巨大な力を持った利益、ましてや外国企業から融資を受けるべきではない。アメリカの選挙はアメリカ人民によって決定されるべきである。だからこそ私はこれらの問題を是正するための法案を民主・共和両党に呼びかけたい」⁵⁰と公言した。

この演説を目の前で聴いたアリート裁判官は「それは違う (Not True)」という口を動かしながら、首を振る動作が大きな問題となった⁵¹。さらに、ロバーツ首席裁判官がアラバマ大学ロースクールにおける講義⁵²において反論と思われる発言をした。誰もが最高裁を批判することができるという前置きをした上で、「境遇、状況、礼儀作法という問題がある。文字通り最高裁判所を取

47 Barack Obama, Statement from the President on Today's Supreme Court Decision (Jan. 21, 2010). 実際2010年11月2日に行われた中間選挙では企業の多額の支出が選挙結果に影響を及ぼしたと言われる。See Ronald Dworkin, *The Historic Election: Four Views*, N.Y. REV. BOOKS, Dec. 9, 2010 at 56.

48 Barack Obama, Weekly Address: President Obama Vows to Continue Standing Up to the Special Interests on Behalf of the American People (Jan. 23, 2010).

49 Barack Obama, Remarks by the President in State of the Union Address (Jan. 27, 2010).

50 *Id.*

51 *Was the Remark Rude, or the Response Inappropriate*, WASH. POST, Jan. 29, 2010 at A6.

52 Chief Justice John G. Roberts, Jr. Albritton Lecture, at University of Alabama, School of Law (Mar. 9, 2010).

り囲んで、他の政府機関が立ちあがり、喝采し、叫ぶ中、裁判所は儀礼に従い無表情でそこに座っているというイメージは極めて悩ましい（very troubling）と思う⁵³と述べたのであった。このように大統領が最高裁批判を正面からしたのは1930年代のフランクリン・ルーズベルト大統領の裁判所囲い込み計画（Court-packing Plan）—ルーズベルト大統領が推進するニュー・ディール政策をことごとく憲法違反として立ちはだかった最高裁に対し、裁判官の定員を増やし、大統領が自らの政策に好意的な立場の裁判官を指名することで、最高裁を実質的に変えてしまう計画—の以来のことであるとまで言われ、Citizens United判決を契機に最高裁と大統領の対立構図が浮き彫りになった⁵⁴。

結局、その後、Citizens United判決に対抗するため、法人の支出に関する開示義務を定めた法案が連邦議会に提出され、下院を通過したものの、7月と9月に上院で(再)否決され、オバマ大統領の意向は一時的に途絶えた形となった。

いずれにせよ、Citizens United判決は、選挙活動における支出制限に関する重要な分岐点をなし⁵⁵、この問題についての最高裁の憲法判断の在り方や大統領・連邦議会との調整、ひいては表現の自由の原理論そしてアメリカの民主主義像にまで遡る重大な課題を憲法学に提起しているとみることに大きな間違いはなからう⁵⁶。

(2) 表現の自由と補助金 (Christian Legal Society v. Martinez)

公立大学における表現の自由と補助金についてはかつて何度も大きな問題に

53 *It's Obama vs. the Supreme Court, Round 2, over campaign finance ruling* WASH. POST, Mar. 11, 2010 at A1.

54 See Jeffrey Rosen, *Obama's War With the Court Just Escalated*, NEW REPUBLIC, Jan. 27, 2010. See also Jeffrey Rosen, *Supreme Court Justice Barack Obama?*, WASH. POST, Feb. 21, 2010 at B1. 今回のオバマ大統領の主張は連邦議会の味方につけて最高裁の態度変更を迫ることを意図していたと考えられるのに対して、1930年代の裁判所囲い込み計画は、裁判官の構成を替えることで最高裁を再組織化すること（reorganization）を意味していた。See JEFF SHESOL, *SUPREME POWER: FRANKLIN ROOSEVELT VS. THE SUPREME COURT* 291 (2010).

55 いわゆるソフト・マネーに対する連邦議会の応答が「なお混沌としている」ため、Citizens United判決の射程をどのように見積もるかは容易なことではない。この点については、平地秀哉「選挙運動資金の規制」ジュリスト1401号（2010）99頁、参照。

まで発展してきた。たとえば、Rosenberger v. Rector and Visitors of Univ. Va.⁵⁷において、最高裁は、キリスト教の観点から発行された新聞を配布するために大学の学生活動費の補助金を支出することが、宗教上の編集の観点に不利益を与える扱いをし、観点による差別を大学が行ったと認めた。Widmar v. Vincent⁵⁸では、宗教に対する州の援助を避けるため、公立大学が宗教上の崇拜や議論をするための大学の施設を利用することを求めた学生団体の利用を禁止することは、宗教的言論に対する観点による差別を正当化するためのやむにやまれぬ大学の利益が十分にあったとは言えない、と判断した。そして、Healy v. James⁵⁹において、Democratic Societyの学生支部を形成しようとした学生団体に大学の加盟を認めないことは、その団体によって表明された見解がいやでたまらない (abhorrent) という理由のみによって言論ないし結社を規制し、憲法上の限界を超えている、と判示した。今回問題となった事件は、公立大学のロースクールが学生団体を公認するためにすべての学生を受け入れるという要件 (all-comers requirement) について申請団体の同意を条件として付すことができるかどうか、という新たな問題を提起した。

Hastingsは、1878年に設立され、カリフォルニア公立学校制度の下では最初にできた公立大学のロースクールである。大学は、「登録学生団体 (Registered Student Organization)」を通じて学生団体への公認を広げていった。学生団体は、公認されることで、①学生活動に必要な資金を用いたイベントについてロースクールからの財政援助を受けることができ、②ロースクールの学生との対話のためのニュースレターなどの媒体を用いることができ、③ロースクールの施設を利用でき、④大学の名前とロゴを用いることができる。登録学生団体への申請を行ったChristian Legal Societyはすべての学生を受け入れるという

56 この点、Austin判決におけるスカリア裁判官の反対意見における「腐敗 (corruption)」と「腐食 (corrosion)」の類義性を読み解き、「受け手」論と「送り手」論の双方の観点から選挙言論における「表現の自由の原理論」を明らかにした、蟻川恒正「会社の言論」長谷部恭男・中島徹『憲法の理論を求めて』(日本評論社・2009) 121頁、の示唆を手掛かりにCitizens United判決を改めて読み直すことは本稿の射程を超えているが、極めて有意義であろう。

57 515 U.S. 819 (1995).

58 454 U.S. 263 (1981).

59 408 U.S. 169 (1972).

政策に同意できなかった。なぜなら、すべての学生を受け入れるという政策は、宗教と性的志向についてこの団体の中核的な信念を共有しない者を受け入れることとなるため、自由な言論、表現的結社（expressive association）、信教の自由への第1修正の権利を侵害するためであった。そこで、大学がChristian Legal Societyの登録を拒否したことが第1修正に違反するかどうか争われた。最高裁は5対4で、大学側のすべての学生を受け入れるという要件は合理的かつ観点中立的であり、第1修正には違反しない、と判断した⁶⁰。

すでに紹介したRosenberger判決、Widmar判決、Healy判決から、最高裁は第1修正のもと公立の大学が学生団体の観点を理由として学校が財政援助をしているフォーラムへのアクセスを拒否することを禁止してきた⁶¹。ここで「フォーラム」とは、表現の自由を行使するための「場所」であり、公立大学は「限定的パブリック・フォーラム（limited public forum）」として位置づけられてきた。そして、このようなフォーラムにおいて、大学は財産所有者であり、かつ教育施設として利益に配慮し、合理的かつ観点に中立的である言論に対する制限を課すことができると理解されてきた。

そして、法廷意見はRosenberger判決、Widmar判決、Healy判決の3つの判決と本判決を区別する。すなわち、これらの3つの判決では観点に基づき特定の学生団体選び出してきた。いずれの判決も大学が特定の学生を選び出すこと

60 130 S. Ct. 2971 (2010).

判決当日Hastings College of LawのDeanであったLeo Martinez教授は、最高裁の決定を受け、平等と公正さに根ざしたわれわれの政策が支持されたことを嬉しく思う旨のコメントを公表している。U.S. Supreme Court Affirms UC Hastings' Policy in Christian Legal Society v. Martinez, et al. Decision (June 28, 2010), available at <http://www.uchastings.edu/news/docs/clsvmartinez-release-6-28.pdf> (last visited Jan. 31, 2011).

61 限定的パブリック・フォーラムにおける表現に関する考察として、たとえば、松田浩『『パブリック』『フォーラム』』長谷部恭男編『人権の射程』（法律文化社・2010）181頁、横大道聡「公的言論助成・パブリックフォーラム・観点差別」法学政治学論究65号（2005）165頁、参照。また、観点に基づく政府の表現の分析については、たとえば、阪口正二郎「芸術に対する国家財政援助と表現の自由」法律時報71巻1号（2002）30頁、巖川恒正「政府と言論」ジュリスト1244号（2003）91頁、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、法学67巻3号338頁（2003年）など参照。

がフォーラムの目的に照らし合理的ではなかったか、あるいは観点に基づき差別してきたことが問題とされた。これに対し、本件における事情は異なる。

まず、大学という限定的パブリック・フォーラムにおいて、すべての学生にアクセスを開放することが学生の寛容、協調性、学習意欲を高めることにつながることから、すべての学生を受け入れるという大学の要件の合理性が認められる。そして、観点到中立的であるかどうかの判断について、法廷意見によれば、何らかの行動を要求する政策とただ恩恵を与えない政策とを区別することが重要になる。すなわち、「大学は、禁止のムチ振り回すのではなく、登録学生団体を通じて補助金というニンジンをおぼらさげている」⁶²にすぎないのである。では、そもそも「観点による差別」とは何に起因するか。Christian Legal Society側の弁論を引き受けたマイケル・マコーネル教授は、「行為 (conduct)」と、行為が間違っていないという「信念 (belief)」の連結に基づく区別の許容性を主張する⁶³。すなわち、特殊な性的志向によって特定の「身分 (status)」を区別するのではなく、特殊な性的志向が間違っていないという宗教上の「信念」それ自体は憲法上保障されるべきであり、その「信念」から生じる「行為」であれば、「信念」と「行為」は依然として憲法で保障される、というのである。しかし、法廷意見は「信念」と「行為」の連続性に着目するのではなく、「身分」と「行為」とを区別すること拒否してきた先例と矛盾することを指摘している⁶⁴。たとえば、Lawrence v. Texas⁶⁵において、同性愛の「行為」それ自体を処罰することは、同性愛「者」という「身分」の差別につながることを認められてきた。このように「観点による差別」とは、「行為」と「身分」の

62 *Christian Legal Society*, 130 S. Ct. at 2975. 本判決については、積極的な規制（行為を強制すること）と消極的な規制（恩恵の拒否）の区分論が問題となっており、権利 (right) と特権 (privilege) の区分の線引きが曖昧であるのと同様に線引きが困難であるといった批判がある。See Richard A. Epstein, *Church and State at the Crossroads*, in *CATO SUPREME COURT REVIEW* 2009–2010, 121 (2010).

63 Transcript of Oral Argument at 18, *Christian Legal Society v. Martinez* 130 S. Ct. 2971 (2010) (No. 08–1371). なお、反対意見を執筆したアリート裁判官は、宗教上の表現的結社が認められ、話し手の宗教上の観点を理由に学生の言論を規制することが観点差別につながることを指摘する。*Christian Legal Society*, 130 S. Ct. at 3009 (Alito, J., dissenting).

64 *Christian Legal Society*, 130 S. Ct. at 2990.

65 539 U.S. 558 (2003).

不可分性を前提として判断されることが示された。何をもって観点到に中立的であり差別的であるかの根拠を示すことは困難な課題であるが、本件ではすべての学生を受け入れる政策それ自体が、たとえ特定の集団には異なる効果をもたらしたとしても、表現の内容を審査していない以上は中立性を維持していると判断された。

判決の決定票を握ったケネディ裁判官は、本件の大学の政策がすべての集団と見解に対して等しく適用されることを理由にRosenberger判決と本判決を区別した。そして、ケネディ裁判官は、特に法律を学ぶ学生は異なる視点から遮断されてしまえば活気ある議論が不可能となるため、ロースクールにおける「広い多様性」⁶⁶を強調している。Rosenberger判決においても大学の「学生生活の多様性と創造性」⁶⁷について言及しており、「多様性（diversity）」の理解がケネディ裁判官の立場を変えたとも捉えることができよう。

いずれにせよ、特に公立大学において話し手は、どのような宗教に関する言論であれ、人種差別に関する言論であれ、表現する権利を一般的に有しており、内容に基づく沈黙や罰則を強いることは第1修正の原理に反することとなる。しかし、大学側は、これを無制限に認めているわけではなく、大学の制度的使命に照らし、表現の時・所・方法に関する制限を課すことが認められるのである⁶⁸。

66 *Christian Legal Society*, 130 S. Ct. at 2999 (Kennedy, J., concurring).

67 *Rosenberger*, 515 U.S. at 840. また、*Christian Legal Society*判決においてケネディ裁判官が多様性の根拠として引用した判決が*Regents of Univ. Cal. v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978)におけるパウエル裁判官の脚注（様々な利益、能力、視点をもった学生の討議を通じて…学習の多くは行われる…。という箇所）であった。

68 この点、2009年8月に開校したカリフォルニア大学アーバイン校ロースクールにおいてヘイト・スピーチの規制に関する是非が問題とされ、表現の自由や学問の自由の観点から議論されてきた。See Erwin Chemerinsky, *Unpleasant Speech on Campus, Even Hate Speech, is a First Amendment Issue*, 17 WM. & MARY BILL RTS. J. 765 (2009); Kenneth L. Marcus, *Higher Education, Harassment, and First Amendment Opportunism*, 16 WM. & MARY BILL RTS. J. 1025 (2008). 大学における表現の自由の問題については、See Paul Horwitz, *Universities as First Amendment Institutions: Some Easy Answer and Hard Questions*, 54 UCLA L. REV. 1497 (2007). また、邦語による分析として、松田浩『「修正一条制度」論と学問の自由』浦田一郎ほか編『立憲平和主義と憲法理論』（法律文化社・2010）304頁、参照。

(3) テロリズム対策と表現の自由 (Humanitarian Law Project v. Holder)

アメリカの建国以来「外国からの危険に対するセキュリティは…アメリカ連合の明白かつ不可欠な目的である」⁶⁹と言われてきた。9・11後のテロ対策によって、「自由より安全」という市民の感覚が広がるとともに、テロリスト容疑者の拘留に対する憂慮が増していった⁷⁰。政府は「外国のテロリスト組織に対して承知の上で物資援助または資金を提供する」⁷¹ことを連邦法で処罰していた。1997年に国務長官が外国テロリスト組織として指定した組織のうち2つに対して人道的・政治的活動を支援するため資金提供を希望する団体がいた。しかし、これらの6つの団体は、連邦法の処罰規定があるためこのような支援活動が妨げられ、同法が表現の自由や適正手続などに違反するとして訴訟を提起した。

最高裁は6対3で物資援助を禁止する連邦法が本件に適用される限り合憲であると判断した⁷²。法廷意見を執筆したロバーツ首席裁判官は、連邦議会の判断に敬讓を払いつつ、それぞれの主張について説明した。まず、連邦法の規制文言が曖昧であることから適正手続を欠いているという主張については、連邦議会が物資援助に関する規定をしないで狭く解釈してきたことに配慮し、文言の解釈に裁判官の主観的な判断を要求するほど曖昧さが残っていないことを指摘する⁷³。

また、表現の自由の違反に関する争点については、テロリズム対策が国の喫緊の至上命題であることにかんがみ、外国の団体への物資援助という外交問題については「政府の結論を尊重することが適切である」ことから、「連邦議会

69 JAMES MADISON, ALEXANDER HAMILTON, & JOHN JAY, THE FEDERALIST PAPERS 267 (No. 41) (1788, PENGUIN BOOKS, 1987).

70 See Daniel Farber, *Introduction*, in SECURITY v. LIBERTY 3 (DANIEL FARBER ed. 2008). アメリカのテロ対策法制に関する憲法上の問題については、たとえば、阪口正二郎『「自由からの逃走」と『自由のための闘争』』ジュリスト1260号(2004)92頁、阪口正二郎『戦争とアメリカの『立憲主義のかたち』』法律時報74巻6号(2002)50頁、参照。また、日本における公衆等脅迫目的の犯罪行為のための資金の提供等の処罰に関する法律を素材にした憲法問題の解説として、松井茂記『Law In Context憲法』(有斐閣・2010)32頁、参照。

71 18 U.S.C. § 2339B (a) (1).

72 130 S. Ct. 2705 (2010).

73 *Id.* at 2718-20.

は特定の行為がどのような憲法上の問題を含むこととなるかの検討をする責任を意識的に負っている」⁷⁴と述べる。これに対し、反対意見は国土の安全という利益と矛盾する可能性のある国際人権法を大学で教授することすらできなくなると主張し、外国のテロリスト組織に人道的な援助を認める可能性を示唆する⁷⁵。しかし、法廷意見がこれを拒否する理由は、連邦議会と執行府がそれとは異なる世界に住んでいるという事実認定に依拠する。すなわち、指定された外国のテロリスト組織は連邦議会と執行府の認定によれば、人道支援がかえってテロ活動の温床になっているというのである⁷⁶。

Humanitarian Law Project判決は、リベラルと保守の5対4ではなく、保守派の5人にさらにスティーブンス裁判官が加わった。この構成をどう評価するかは困難であるが、連邦議会の事実認定に忠実に判断を行った法廷意見であれば、本判決の射程は狭いこととなるため、スティーブンス裁判官が法廷意見に加わったとみられる。

(4) 労働者のプライバシー（City of Ontario v. Quon）

アメリカにおいて職場は私的空間ではなく、公的な場であると捉えられてきたため、労働者のプライバシー権の絶対的な保障が及ぶとは考えられてこなかった⁷⁷。一方で、職場における規律ある環境の下での効率的な労働を担保することが重要であるが、他方では、「労働者のインターネット利用やEメールの監視という労働者への圧力」⁷⁸が問題となる。公務に従事する労働者のプライバシー保護に関する先例としては、O'Connor v. Ortega⁷⁹において、①公務の

74 *Id.* at 2728.

75 *Id.* at 2738 (Breyer, J., dissenting).

76 *Id.* at 2729.

77 See Alan F. Westin, *Privacy in Workplace: How Well Does American Law Reflect American Value?*, 72 CHL.-KENT L. REV. 271, 275 (1996), Matthew W. Finkin, *Menschenbild: The Conception of the Employee as a Person in Western Law*, 23 COMP. LAB. & POL'Y J. 577, 577 (2002). アメリカにおける労働者のプライバシー問題の考察については、石田信平「アメリカSOX法の内部通報制度とEU個人情報保護原則の衝突」比較法文化18号（2010）169頁、魏倩「アメリカにおける労働者の電子メール監視についての法的研究」人文社会科学研究所21号（2010）187頁、参照。

78 JEFFREY ROSEN, UNWANTED GAZE: THE DESTRUCTION OF PRIVACY IN AMERICA 90 (2000).

79 480 U.S. 709 (1987).

中には公衆に開かれているものがあるため、プライバシーへの期待が合理的ではないとされる場合があり、職場の運用の現実的場面ごとにプライバシーへの合理的な期待があるかどうかを審査すべきであり、②職務上の目的や職務に関連する違法行為の調査については、あらゆる状況を考慮して合理性の基準に従って判断されるべきである、という2つの要件があった。職場における様々な通信手段が存在する今日Eメール等を上司が監視することがプライバシー侵害となるかが争われた。

原告(被上訴人)はカリフォルニア州オンタリオ市の警察署に勤務する職員(police sergeant)であり、特殊火器戦術部隊(SWAT)の一員であった。警察署では、SWATの活動や緊急事態に備え、原告を含むSWATの隊員にテキスト・メッセージ(携帯電話やPHSにおいて送受信される短文(本件では20文字まで))を認めた。同市では、Eメールやインターネットの利用を含むあらゆるネットワークの利用を監視する権利を有している旨コンピューターの利用に関する指針を打ち出していた。この指針には、テキスト・メッセージが対象となることが明確にされていなかったが、同署の警部補からテキスト・メッセージがEメールと同様に取り扱われることが原告に告げられていた。テキスト・メッセージの利用には限度額が設けられており、それを超えた場合、各自の負担となっていた。原告は利用料金を何回か超えることがあり、その都度限度額を超えた分の支払いをしていた。

この警部補は署長にテキスト・メッセージの超過分の請求書の整理が大変であることを伝えたところ、署長は既存の文字制限が少なすぎるのか、あるいは超過分のメッセージが個人的に利用されているか調査することとした。そして、限度額を超過する者について、2か月分のテキスト・メッセージの本文を調査した。その結果、原告のメッセージには職務と無関係なもの(性表現も含む)が含まれていることが判明した(一月に456通のメッセージのうち、職務と関係するものは57通に過ぎず、職務中に一日で80通の送受信がある日もあった)。原告のこれらの行為が警察署の規則に反するため、処分された。これを不服とした原告らが不合理な搜索・押収を禁止する合衆国憲法第4修正に相当するなどと主張して、オンタリオ市、同市警察署及び警察署長を訴えた。

本件について合衆国最高裁は全員一致でプライバシー侵害の主張を退けた⁸⁰。まず、一般論として、民間の労働者の代わりに政府の労働者であるからといっ

て、各人が職場においてプライバシーの権利を失うものではないことを確認する。そして、新たに登場する技術の役割が社会において明らかになる前に、先んじて技術がもつプライバシーの権利について言及することは司法を危うくするおそれがある。そこで、本件においては先例に照らして狭く最低限の判断をするのが望ましいとして、仮の命題を次のとおり想定する。すなわち、第1に、原告が市によって与えられている無線呼出し機における送信したテキスト・メッセージについてプライバシーの合理的な期待を有しているかどうか、第2に、警察署長の調査が捜索にあたるかどうか、第3に、政府の労働者の捜索について、電子領域への侵入が職場における物理的な捜索と等しい力を持っているといえるかどうか、についてそれぞれ検討することができる⁸¹。

本件については、仮に原告がプライバシーへの合理的な期待を有していたとしても、警察署等は第4修正に違反していない、と判断する。市と警察署は、同市の公務員が職務に関連する費用を自己負担させないという正当な利益を有していた。そして、その捜索の範囲についても十分なサンプルを取り出すために2ヶ月のメッセージのみを調査したこと、勤務時間外に送信されたメッセージは処分の対象外とされていることから行き過ぎた侵入があるわけではない。さらに、原告は監視される可能性があることをすでに伝えられていたこと、また法執行官としての立場からは職務に関する通信の分析が伴う可能性があることを予期しえた。仮により侵入の度合いが低い方法で捜索が可能であったとしても、実際に行われた捜索が不合理であったとは言うことができないと結論づけた⁸²。

本判決はSWATという特殊な組織におけるプライバシーが問題とされたため、この判決が他の公的機関や民間の会社にまで及ぶかどうか、またメール以外のインターネットの利用については同様のことが言えるかどうかなど労働者のプライバシー保護に関する更なる判例の積み重ねが待たれるところである。

80 130 S. Ct. 2619 (2010).

81 *Id.* at 2630.

82 *Id.* at 2631.

Ⅲ. ジョン・ポール・スティーブンスの引退とエレナ・ケーガンの指名

(1) ジョン・ポール・スティーブンスの引退

今開廷期中の最大の出来事は、約35年にわたって合衆国最高裁判官を勤めてきたジョン・ポール・スティーブンス裁判官の引退であった。2010年4月9日、スティーブンス裁判官が、今回開廷期が終わった翌日に引退することを表明した書簡をオバマ大統領に宛てた。実は、スティーブンス裁判官の引退は、Citizens United判決の90頁、20分間にわたって言い渡した反対意見（「法廷意見はアメリカ人民の常識の拒絶である」⁸³という指摘）においてすでに表れていたという指摘もあった⁸⁴。そして、オバマ大統領は、スティーブンス裁判官のことを「法の中立的守護者」と形容し、彼の「リーダーシップ」を称えた。そして、「スティーブンス裁判官の経験と英知に代わる者はいないものの、独立した精神、優れて高潔な功績、法の支配への熱心な献身、そして法がアメリカの人々の日常生活にどのように影響を及ぼしているかについて鋭い理解を持ち合わせた者」⁸⁵を指名することを公言した。

スティーブンス裁判官は、共和党フォード大統領からの指名を受け、1975年に最高裁判官になり、2010年6月29日まで約35年間にわたり、その職を全うしてきた。最高裁に入ったばかりの頃は、穏健な保守派として位置づけられていたものの、引退時の最高裁の裁判官の中では最もリベラルな立場にあり、リベラル派の取りまとめ役として健在してきた。スティーブンス裁判官は歴代3番目に長く最高裁判官として在職していたこととなる。在職の後半では、特にスティーブンス裁判官は「反対意見を述べることにはすさまじかった」と言われるよう、多くの反対意見を執筆してきたのは、彼自身がリベラル派の裁判官に意見を割り振る立場としての自覚を見せていたとも受け取ることができよう⁸⁶。

83 *Citizens Untied*, 130 S. Ct. at 979.

84 *Stevens Era, Nearing End, Takes on an Edge*, N.Y. TIMES, Jan. 26, 2010 at A12. また、引退を表明する5日前の新聞では、「自らの心の平穏のために釣りをどうしてもしたい」と引退をほのめかしていたことが報道されていた。At 89, *Stevens Contemplates The Law, and How to Leave It*, N.Y. TIMES, April 4, 2010 at A1.

85 Barack Obama, Remarks by the President on the Retirement of Justice Stevens and on the West Virginia Mining Tragedy (April 9, 2010).

スティーブンスは、1920年シカゴ生まれで、裕福な家庭に生まれ育った。他方で、大恐慌の中、彼の父親が経営していたホテルが倒産することも体験している。そして、彼はアメリカ海軍隊員として日本軍が攻撃を仕掛けた翌年、1942年12月にパール・ハーバーに行き、そこで暗号解読に従事していた⁸⁷。ちなみに、スティーブンスは、日本の連合艦隊司令長官であった山本五十六をターゲットにした米軍の戦略について、重要な任務であることを認識しながらも特定の個人を狙い撃ちすることに「複雑な感情」を持っていたことを明らかにしている⁸⁸。いずれにせよ、このような自らの戦争体験を経て、たとえば、人身保護令状の請求を認めた*Rasul v. Bush*⁸⁹の法廷意見を執筆し、9・11後の危機の時代における憲法と法が果たすべき役割の重要性を指摘してきたとも見ることができるといえる⁹⁰。

(2) エレナ・ケーガンの指名

2010年5月10日、オバマ大統領はエレナ・ケーガン訟務長官をスティーブンス裁判官の代わる裁判官として指名した⁹¹。ケーガンは、1960年ニューヨーク

86 Jeffrey Rosen, *The Dissenter, Justice John Paul Stevens*, N.Y. TIMES, MAGAZINE, Sept. 23, 2007 at 51.

87 スティーブンス裁判官の幼少時代については、彼のロークラークによる論文が参考になる。See Diane Marie Amann, *John Paul Stevens and Equally Impartial Government*, 43 UC DAVIS L. REV. 891 (2010).

88 BILL BARNHART & GENE SCHLICKMAN, JOHN PAUL STEVENS: AN INDEPENDENT LIFE 50 (2010). ちなみに、スティーブンスが最高裁Rutledge裁判官のロークラークを務めていた際の判決の中でも日系アメリカ人への差別に関する事件でRutledge裁判官が「人種差別こそが最も敵意に満ちた体制のひとつである」と述べている。See *Oyama v. California*, 332 U.S. 633, 673 (1948) (Murphy, J., concurring, joined by Rutledge, J.).

89 542 U.S. 466 (2004).

90 Erwin Chemerinsky, *The Vision of John Paul Stevens*, 46 TRIAL 48 (2010). See also Daniel A. Farber, *Justice Stevens, Habeas Jurisdiction, and the War on Terror*, 43 UC DAVIS L. REV. 945 (2010).

91 報道レベルではエレナ・ケーガンを指名する可能性は早くから指摘されていた。このほかに、Merrick B. Garland(ワシントンDC特別区巡回連邦控訴裁判所裁判官)やDiane Wood(第7巡回連邦控訴裁判所裁判官)などの名前が挙がっていた。See *Possible Replacements for Justice John Paul Stevens*, WASH. POST, April 10, 2010 at A8.

生まれで、ハーバード大学ロースクール初の女性研究科長 (Dean) であり、初の女性訟務長官であった。訟務長官としてCitizens United判決やHumanitarian Law Project判決などの重要事件の政府側弁論に立ってきた。しかし、彼女はサーグッド・マーシャル裁判官のロー・クラークを務めたことがあるものの、裁判官としてのキャリアがない。また、彼女の残してきた論文等も極めて限られていることから、どのような立場であるかは必ずしも明らかではなかった⁹²。

しかし、オバマ大統領は、「憲法に関する深い理解を備え喝采を受けてきた法学者」であり、「法に対する彼女の情熱は決して学術的なものにとどまらない」と紹介する。そして、オバマ大統領はケーガンが「コンセンサス形成者の公正な精神と技術」⁹³を持ち合わせており、自らの能力をこれまで企業法務に傾注することで快適な生活を選択するのではなく、奉仕の人生を歩んできたことを指摘した。すなわち、それは学生に対する奉仕であり、母国に対する奉仕であり、法に対する奉仕、そして、法が形成するすべて人の生活に対する奉仕であった。

そして、オバマ大統領の指名を受け入れる彼女のスピーチには公職等の実績のみならず、「教えることの無邪気な喜び、すなわち学生たちになぜ私がそれほど法を愛するのかを伝えようとする喜びを味わってきた」ことが示されていた。それは「挑戦的であり、絶えることのない面白さがあるからというだけで

92 ケーガンの同僚たちからは実践を重んじる「プラグマティスト」であるという評価がある。Kagan Considered Pragmatist by Colleagues, WASH. POST, May 11, 2010 at A6. ハーバード大学ロースクールの同僚であり、憲法学者であるローレンス・トライブ教授は「現代のアメリカのロースクールにおいてケーガンが行ってきたほどの研究科長はいない」と高く評価していた。See *High Court Nominee Never Let Lack of Experience Hold Her Back*, WASH. POST, May 10, 2010 at A5. また、Citizens United代表のDavid N. Bossieは、Citizens United判決における弁論からケーガンが表現の自由に敵対的な立場であると評している。See David N. Bossie, *Elena Kagan, Hostile to Free Speech*, WASH. POST, May 21, 2010 at A17. なお、ケーガンを「一般にリベラル派に分類される学者」とであると評するものとして、横大道聡「アメリカ政治のダイナミズム」法学セミナー663号 (2010) 31頁。

93 Barack Obama, Remarks by the President and Solicitor General Elena Kagan at the Nomination of Solicitor General Elena Kagan to the Supreme Court (May 10, 2010).

はない。確かにそうであるかもしれないが、それ以上に、法が重要であり、法が私たちの生活を安全なものにしているのであり、法が多くの人権を保障しているものであり、そして、民主主義の基盤をなしているからである』⁹⁴と言う。

昨年のスーター裁判官の引退に代わりソトマイヨール裁判官が指名されたのと同様に、大統領の指名を受けた最高裁裁判官の候補者は上院へと舞台を移し、上院の「助言と承認（advice and consent）」が必要となる。その手続の前に、興味深いことに、スタンフォード大学ロースクール研究科長であるラリー・クレイマーが代表して、ケーガンの最高裁裁判官の指名について支持表明を内容とする69校のロースクール研究科長の共同書簡を上院に宛てている⁹⁵。書簡には、ケーガンの憲法、行政法分野での業績を称えるとともに、彼女が反対の立場を含む多様な意見を聴く能力に長けていることが記述されている。

2010年6月28日から7月1日にかけて上院での助言と承認の手続が行われた。ケーガンは冒頭での挨拶において「最高裁判所は実に優れた機関である。しかし、私が他の政府機関で仕事をしてきたことが、最高裁判所が穏健な機関でなければならないことを気づかせてくれた」⁹⁶ことを述べた。このような司法の敬讓については、かつて訟務長官への指名手続における上院議員からの回答書面においても同様の姿勢を示していた⁹⁷。

そして、ケーガンが上院での聴聞において議会の執行権限が問題として取り上げられた際にオリバー・ウェンデル・ホームズ裁判官に習うべきことを示した。すなわち、20世紀初頭に多くの規制立法が成立する中、たとえホームズ裁判官自身がそれを嫌っていても、アメリカ人民がそのような立法を必要とするのであれば、それを政治機関へ実質的に委ねるべきである、という思想に基づくべきである、というのである⁹⁸。

94 *Id.*

95 Letter from Larry D. Kramer to Senator Patrick Leahy (June 7, 2010). Available at <http://judiciary.senate.gov/nominations/SupremeCourt/upload/060710JointLetter.pdf> (last visited Dec. 20, 2010).

96 Kagan, *supra* note 1.

97 Written Questions for Solicitor General Nominee Elena Kagan from Senator Specter, Transcript of Confirmation Hearing on the Nominations of Thomas Perrelli Nominee to be Associate Attorney General of the United States and Elena Kagan Nominee to be Solicitor General of the United States (Feb. 10, 2009) at 167.

しかし、このようなケーガンの他の機関への敬讓の姿勢はリベラル派から疑問の声が上がっている。たとえば、ケーガンが参照すべき裁判官はホームズではなく、彼女の裁判官席に座っていたルイス・ブランドイス—多くの進歩的な規制立法に好意的な立場であり、憲法の条文のみに固執するのではなく技術の進展と政治的動向に応じた憲法解釈を行った裁判官—である、というものである⁹⁹。もっとも、上院での聴聞においては、最高裁裁判官の指名を受けた者は自らの見解を出すほど、承認されない可能性が高まるため、その意味において、ケーガンの穏当な発言は正しかったとも言われる¹⁰⁰。

結局、2010年8月5日、63対37で上院において承認され、8月7日、ケーガン自らの宣誓とともに第112代合衆国最高裁裁判官として就任した。

IV. ま と め

今開廷期の最大の出来事は、ジョン・ポール・スティーブンスの引退である。同時に90歳に至るまでの約35年間にわたって最高裁裁判官として在職してきたことは多くの法律家に勇気を与えてきたであろう。90歳最後の開廷期においても最も多くの判決文（法廷意見6件、同意意見13件、反対意見14件）¹⁰¹を執筆したのがスティーブンスであった。彼が残してきた多くの判決文は、彼が最高裁を去ったとしても、今後多くの判決において引用され、将来にわたって影響を持つこととなる。

98 Senate Judiciary Committee, Continuation of the Nomination of Elena Kagan to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States (June 29, 2010). See also Written Question for the Record for Elena Kagan Submitted by Senator Jeff Sessions, Nominee to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States at 159.

99 Jeffrey Rosen, *Brandeis's Seat, Kagan's Responsibility*, N.Y. TIMES, July 2, 2010. また、ホームズ裁判官は道徳論を法解釈に用いなかったのに対して、ブランドイス裁判官は宗教や道徳を法の代替物であると考え、法律とは直接関係しない素材を多く取り入れてきた点で両者は異なるともいわれる。See MELVIN I. UROFSKY, LOUIS D. BRANDIES: A LIFE 564-70 (2009).

100 Ronald Dworkin, *The Temptation of Elena Kagan*, N.Y. REV. BOOKS, Aug. 19, 2010 at 36.

101 See the Statistics, *supra* note 5, at 411 (Table I).

スティーブンスが引退したことに伴い、合衆国最高裁の保守化は依然として続き、その傾向は強まる可能性がある。これは憲法それ自体が保守的であるからではなく、憲法を解釈する裁判官の価値判断に起因する。すなわち、憲法の解釈に中立的な方法などなく、いかなる裁判官であれ、憲法の意味とその適用に関する価値判断をせざるをえないのである¹⁰²。

102 ERWIN CHEMERINSKY, *THE CONSERVATIVE ASSAULT ON THE CONSTITUTION* 252 (2010).