

アメリカ最高裁の判決を読む

(2010-11年開廷期)

宮 下 紘

言論は強力である。それは人々を行動に駆り立て、
喜びと悲しみの両方の涙をもたらす……¹。

—ジョン・ロバーツ首席裁判官

はじめに

2010年10月に開廷したアメリカ最高裁判所は、クラス・アクション、表現の自由、納税者訴訟、選挙活動、在監者の人権、情報公開、弁護士費用といった非常に幅広い問題を扱った。これらのすべての判決を網羅的かつ詳細に検討することは困難であるものの、個々の判決を考察する前に、現在の最高裁の動向について知っておくことは重要な意義を有する。9人の個性を持つ裁判官が、先例に照らし、憲法や法を解釈する作業は決して容易ではないが、「市民の感情」²と上手く調和させてきた。

本稿は筆者が担当する英米法の講義の教材資料の域を出ない平凡な内容であるものの、アメリカの最高裁の「現実の世界」³の動向を理解し、そこから更に判決を再読する上で少しでも読者の役に立つことができれば幸いである。

1 *Snyder v. Phelps*, 131 S. Ct. 1207, 1220 (2011).

2 ROBERT G. McCLOSKEY, *THE AMERICAN SUPREME COURT* 14 (2005).

3 See Erwin Chemerinsky, *The Ideal Law School for the 21st Century*, 1 UC IRVINE L. REV. 1, 15 (2011).

1. 2010-11年開廷期の概要

2010年10月4日から2011年6月27日まで開廷した2010-11年開廷期では、アメリカ最高裁は口頭弁論を経て75件の判決を下した⁴。昨年は73件の判決が下され、ここ数年はほぼ判決を下す数は75件程度になっている。しかし、一開廷期に150件程度の判決を下していた1970-80年代に比べると、判決の数が半数程度にまでなっていることが分かる。

今開廷期に下された75件の判決のうち、5対4の一票差の判決は16件あった。そのうち14件について多数派に属し、同時に意見が割れる場合に多数派に最も高い割合(89.5%)で属しているのはケネディ裁判官である⁵。この傾向は2005年にロバーツ・コートが始動してから変わらず、論争的な争点についてはケネディ裁判官が決定票を握っている「ケネディ・コート」⁶が継続していると言われる。そして、5対4で意見が割れた16件の判決については、そのうちの10件に、ケネディ裁判官が、保守派と位置づけられる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4裁判官に同調しているのに対し、リベラル派とみなされる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、ケーガン裁判官の4裁判官に投票したのは4件にとどまっている⁷。同様の傾向はロバーツ・コートが始動してから続いており、現在の最高裁の保守化が指摘されているところである⁸。

ところで、ロバーツ・コートにおける最高裁の「保守化」とは何を意味しているのだろうか。伝統的な意味では、妊娠中絶の禁止、同性愛者の権利の否定、国教樹立条項の緩やかな解釈、アフターマティブ・アクションへの反対、連邦に対する州の優位といったことが挙げられる。しかし、現在のアメリカ最高裁の保守化の象徴は消費者よりも企業側に有利な判決を下す傾向である。そ

4 *The Supreme Court- The Statistics, Table I (A)*, 125 HARV. L. REV. 362 (2011).

5 *Id.* at 367-8.

6 Erwin Chemerinsky, *Closing the Courthouse Doors*, 14 GREEN BAG 375, 375 (2011).

7 *The Statistics, supra* note 4, at 368. なお、9人の裁判官の投票行動をみても、今開廷期から新たに加わったケーガン裁判官が、ギンズバーグ裁判官と最も一致しており(90.9%)、次いでソトマイヨール裁判官と同じ投票結果となっている(88.7%)。 *Id.* at 364.

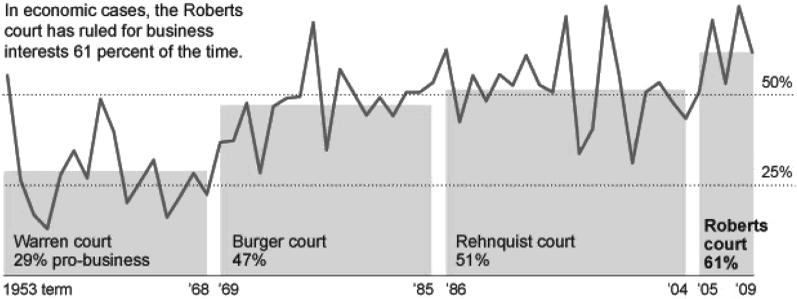
8 See ERWIN CHEREMINSKY, *THE CONSERVATIVE ASSAULT ON THE CONSTITUTION* (2010).

表 経済問題について、企業側が勝訴した割合

(*The Roberts Court: Justices Offer Receptive Ear to Business Interests*, N.Y. TIMES, Dec. 19, 2010 at A26)

Corporate Victories

In economic cases, the Roberts court has ruled for business interests 61 percent of the time.



Source: Analysis of the U.S. Supreme Court Database by Lee Epstein (Northwestern), William M. Landes (University of Chicago) and Richard A. Posner (University of Chicago)

THE NEW YORK TIMES

の証左として、レッセフェールの終焉を迎えた「1930年代中期以降で最も企業寄り（pro-business）の最高裁である⁹という指摘に注目すべきであろう¹⁰。ある調査結果¹¹によれば、1953年から2009年の判決の中から、経済活動に関する争点においてアメリカ最高裁がどれだけ企業側に有利な判決を下したかを示した表がある。表のとおり、1953年から始まったウォーレン・コート期は組織よ

9 Erwin Chemerinsky, *The Roberts Court at Age Three*, 54 WAYNE L. REV. 947, 962 (2008).

10 たとえば、米国商工会議所が提出してきた意見書が企業優位の判決を導き出してきているという指摘がある。See David L. Franklin, *What Kind of Business-Friendly Court?: Explaining the Chamber of Commerce's Success at the Roberts Court*, 49 SANTA CLARA L. REV. 1019 (2009). 他方で、一定の分野ではロバーツ・コートが必ずしも企業寄りの判決を下しているわけではなく、先例をもとにした法原理の忠実な適用の帰結であるという分析もある。See e.g., Russell L. Weaver, *The Roberts Court and Campaign Finance: "Umpire" or "Pro-Business Activism?"*, 40 STETSON L. REV. 839 (2011); Thomas A. Lambert, *The Roberts and the Limits of Antitrust*, 52 B.C. L. REV. 871 (2011).

11 See Lee Epstein, William M. Landes & Richard A. Posner, *Is the Roberts Court Pro-Business?*, December 17, 2010. Available at <http://epstein.usc.edu/research/RobertsBusiness.pdf>. (last visited Dec. 10, 2011).

りも個人に好意的な判決が最も多く下されていたのに対し(企業側の勝訴29%),現在のロバーツ・コートでは企業側が消費者に勝訴する確率が高くなっている(企業側の勝訴61%)。さらに、この調査結果によれば、1953年以降で企業側に有利な判決を執筆した最も保守的な裁判官の10人の中に、現職のロバーツ首席裁判官、アリート裁判官、スカリア裁判官、トマス裁判官の4人が入っている¹²。このように、ロバーツ・コートでは、伝統的な道德問題から生じるリベラル・保守の分裂とは異なったかたちで、市場と規制の問題について「最高裁には一定のイデオロギーの偏り」¹³が存在しているように考えられている。

そして、上記の分析のように、2010-11年開廷期は、「最高裁による強者の継続的な擁護」¹⁴を行った、「アメリカ最高裁はここ数十年で最も企業寄りである」¹⁵、あるいは「巨大ビジネスの大勝利とともに、最高裁が第1修正の拡大を示した2件の重要な自由な表現の判決に特徴づけられる」¹⁶と評される。この指摘をもとに、以下に今開廷期を象徴したと思われる判決について読んでいくことにする。

2. 判決を読む

(1) クラス・アクション (AT&T Mobility v. Concepcion/Wal-Mart Stores v. Dukes)

2010年10月開廷期の最高裁の多くの判決は訴訟要件を厳格化し、「裁判所の入り口を閉鎖した」¹⁷ものと理解される。たとえば、Arizona Christian School

12 *Id.* at 4.

13 Jeffrey Rosen, *Big Business and the Roberts Court*, 49 SANTA CLARA L. REV. 929, 934 (2009).

14 *Courting the Powerful*, WASH. POST, June 30, 2011 at A19.

15 *Corporations and the Court: America's Supreme Court is the most business-friendly for decades*, THE ECONOMIST, June 25, 2011 at 65.

16 American Civil Liberties Union, *Supreme Court Ends Pro-Business Term with Important First Amendment Rulings*, June 27, 2011. Available at <http://www.aclu.org/organization-news-and-highlights/supreme-court-ends-pro-business-term-important-first-amendment>. (last visited Dec. 10, 2011).

17 Chemerinsky, *supra* note 6.

Tuition Organization v. Winn¹⁸において、かつてFlast v. Cohen¹⁹において認められた国教樹立条項の違反を主張する納税者訴訟の範囲について、Flast判決と区別し、税額控除については原告適格が認められないと判示した²⁰。このような訴訟要件の厳格化が顕著になった今開延期を最も象徴した判決がAT&T Mobility v. ConcepcionとWal-Mart Stores v. Dukesであろう。いずれもクラス・アクションに関する判決である。クラス・アクションによって、原告または被告たりうる利害関係者がクラス代表者として名乗り出て、自分自身のためだけでなくあらかじめ確定される他の利害関係者—クラス構成員—のためにも原告ないし被告として訴訟遂行をして、その結果としての判決や和解などの効果が、有利不利にかかわらずすべてのクラス構成員に及ぶことになる²¹。

AT&T Mobility v. Concepcion²²では、消費者契約における仲裁合意によって、消費者にクラス・アクションを認めない仲裁条項を合意に含め、消費者が企業に対しクラス・アクションを放棄させる仲裁合意の是非が問題となった。最高裁は、5対4でクラス・アクションを放棄させる仲裁合意の有効性を認めた。本件では、原告が被告AT&T（当時Cingular Wireless、後にAT&T Mobility LLCに買収）との携帯電話の購入・通信サービスの契約を締結し、同契約

18 131 S. Ct. 1436 (2011).

19 392 U.S. 83 (1968).

20 本判決に対しては、2011年9月10日開催された日米法学会判例研究会において、青山豊「Arizona Christian School Tuition Organization v. Winn et al, 563 U.S., 131 S. Ct. 1436, (2011) — 宗教系も含む私立学校の生徒に修学補助を行っている団体への寄付金と同額分の税額控除を認めるアリゾナ州の措置に対し国教樹立禁止条項違反に基づく訴えを合衆国裁判所で提起する当事者適格は州納税者に認められない」の報告があった。See also Ronald Dworkin, *The Court's Embarrassingly Bad Decisions*, *The New York Review of Books*, May 26, 2011 at 40.

21 アメリカのクラス・アクションに関する解説として、浅香吉幹『アメリカ民事手続法〔第2版〕』（弘文堂・2008）35-6頁、上原敏夫『団体訴訟・クラス・アクションの研究』（商事法務研究会・2000）、大村雅彦・三木浩一編『アメリカ民事訴訟法の理論』（商事法務・2006）、参照。

22 131 S. Ct. 1740 (2011). 本判決の紹介として、芹澤英明「アメリカ合衆国最高裁判所・コートの司法的ミニマリズム分析(一)」法学75巻2号(2011)1頁、関戸麦・ジョアン・若菜「Concepcion事件米国連邦最高裁判決と仲裁条項によるクラスアクションの回避」NBL975号(2011)33頁、ジェームズ・ドナート・宇野伸太郎「米国クラスアクション最新実務」国際商事法務39巻6号(2011)791頁、参照。

には紛争を仲裁に付する場合には個人の資格で行うこととされ、クラス・アクションやクラスによる仲裁が禁止される条項が含まれていた。本件の携帯電話本体は無料で販売する広告を出しておきながら、AT&Tは消費税30.22ドルを課していた。そこで、原告はAT&Tの虚偽広告と詐欺を理由にクラス・アクションを提起した。

カリフォルニア州最高裁の先例 (Discover Bank v. Superior Court²³) では、非良心的な契約条項の適用を制限する法理—本判決において連邦最高裁はこの判決のルールを“Discover Bank rule”と呼んでいる—がある。すなわち、少額の損害が予見されるような消費者契約において、クラス・アクションを放棄させた上で、優位に交渉を進め、多数の消費者から少額な金銭の搾取を意図的に計画実行しているような場合、非良心的な仲裁合意であると認定し、クラス・アクションを容認してきた。

そこで、一定の場合に仲裁合意の強制を免除している連邦仲裁法2条がDiscover Bank ruleに専占する (preempt) かどうかが争点となった。法廷意見を執筆したスカリア裁判官は、連邦仲裁法を制定した「議会の十分な趣旨と目的の実現と執行に対する障害となる」²⁴ことを指摘し、クラス・アクションを放棄させる本件仲裁合意の有効性を認めた。その理由は次のとおりである²⁵。第1に、クラス・アクションは、時間とコストがかかり、より複雑な手続をもたらしてしまい仲裁がもつ略式 (informality) という利点を失わせてしまう。第2に、クラス・アクションには手続的の形式 (formality) を要求しており、クラスの代表がクラスの構成員を十分に代表できるとは限らない。最後に、仲裁における限定された原告に対して過失に対するコストが受け入れられるが、クラス・アクションは本件では被告である企業にリスクを増大させてしまう。このように、法廷意見は「紛争の類型に応じて効率的かつ合理的な手続」という仲裁がもつメリットが「望ましい」としたのであった²⁶。結論として、「仲裁はクラスによる訴訟という大きな賭けにはそぐわないのである」²⁷。

23 36 Cal. 4th 148, 113 P. 3d 1100 (2005).

24 *Concepcion*, 131 S. Ct. at 1753.

25 *Id.* at 1751.

26 *Id.* at 1749.

27 *Id.* at 1752.

これに対し、ブライヤー裁判官は、「カリフォルニア州の完全に合理的な見解」が連邦仲裁法と整合的であることを述べた上で、「どんな合理的な弁護士であれば30.22ドルの主張から生じる報酬の可能性のためにConcepcionsの訴訟代理人としてサインするであろうか。クラス・アクション以外の現実的な選択肢は、1700万人による個別の訴訟ではなく、30ドルのために異常で熱狂的な訴訟を提起にすぎず、結局1件も個人による訴訟はないものとなる」と法廷意見に疑問を投げかけた²⁸。

Concepcion判決が下されて2か月も経たないうちに、全米史上最大規模のクラス・アクションに関する最高裁判決が下された。Wal-Mart Stores v. Dukes²⁹では、全米およそ3400店舗を運営しており、全米最大規模である100万人以上の従業員を抱えるWal-Mart Storesに対するクラス・アクションの是非が問われた。本件では、Wal-Mart店舗における従業員の賃金と昇進に関する性差別について、1998年12月26日以降Wal-Martの国内店舗で働いた元・現女性従業員約150万人がクラスとして承認されるかが争われたのである。Concepcion判決同様5対4の判断のもと、法廷意見を執筆したスカリア裁判官は、異なる店舗での別々の支店長による性差別についてはクラス・アクションが認められるための4要件のうち共通性の要件を満たしていないと判断した。これに対し、ギンズバーグ裁判官は訴訟の「入り口」でクラスの認定をしなかった法廷意見に対し反対意見を述べている。なお、全員一致で、連邦民事訴訟規則23条(b)(2)項によるクラス・アクションによる損害賠償訴訟が認められないとも判示している。

法廷意見は、クラス・アクションが認められるための①多数性、②共通性、③典型性、④適切性・十分性のうち、本件では②の共通性 (commonality) を充足していないことを指摘する。すなわち、「クラスに共通する法的又は事実上の問題」がある「共通性」とは、共通の「問題 (question)」を提起することではなく、クラス規模での訴訟という解決によって共通の「答え (answer)」をもたらすことを可能とするものでなければならない³⁰。言い換えれば、同一

28 *Id.* at 1761 (Breyer, J., dissenting).

29 131 S. Ct. 2541 (2011). 本判決の紹介として、永野秀雄「一九六四年公民権法第七編にもとづく大規模クラスアクションの限界」労働法律旬報1754号（2011）42頁、参照。

企業の労働者が同一の法規定である公民権法第7編に違反するという主張では足りず、同一の監督者の任務に基づく差別がなければ、共通性があるとは認定されないのである。このように、救済に向けた原告の主張を統合するための「接着剤 (glue)」³¹を必要とする場合は、共通性があるとは評価できないのである。

本件では、Wal-Martの就業規則それ自体が差別的であったわけではなく、労働者に関する事項について大部分を主観的な方法で行使しうる各支店長の裁量に委ねていたWal-Martのポリシーと慣行が問題視されていた。そこで、賃金格差や昇進差別などを主張する3名の女性が従業員を代表して、①Wal-Martにおける賃金と昇進に係る従業員の男女間の不均衡に関する統計資料、②約120名の女性従業員からの具体的な話、③Wal-Martが差別を助長する文化と慣行があるという社会学者の証言をクラス認定のための証拠として提出している。しかし、法廷意見によれば、Wal-Martは労働者に関する事項を各支店長の裁量に委ね、企業全体として性別の偏見に基づく共通の評価方法を採用しておらず、そして証拠として提出された社会学者の分析があるものの、先例に照らしても共通性を肯定するための「重大な証拠」があったとは認定できない。

これに対し、反対意見は、「性別の固定観念を永続させる企業文化 (corporate culture)」³²こそが各支店長の裁量行使に共通に影響を及ぼしうることを指摘する。反対意見は地裁の事実認定を引き合いに出し、Wal-Martでは時給労働者の70%が女性であるにもかかわらず、管理職には33%を占めるにすぎないことや、男性は仕事をしに来ているが女性はそうでない、というある管理職の発言などから、企業の文化として性別に対する固定観念があったことに言及している。そして、各支店長の裁量行使は「白紙で」これを行うわけではなく、このような性別に対する固定観念が深くしみ込んでいた企業文化によって支配されており、よって各支店長に労働者に関する事項の権限移譲をしていたことがまさに不当な性差別をもたらす原因となっていたことを論じている³³。

Wal-Mart判決で法廷意見からも反対意見からも引用された論文を執筆した

30 *Id.* at 2551.

31 *Id.* at 2552.

32 *Id.* at 2564 (Ginsburg, J., dissenting).

33 *Id.* at 2563-64 (Ginsburg, J., dissenting).

学者は、かつて「和平の守護神としてのクラス・アクション」³⁴と述べていた。ところが、Concepcion判決とWal-Mart判決からクラス・アクションが訴訟当事者のみならず、最高裁裁判官の間にも和平をもたらす道具ではなくなった。そして、ここで紹介したクラス・アクションに関するConcepcion判決、Wal-Mart判決、そして納税者訴訟を退けたArizona Christian School Tuition Organization判決のいずれもが同じ裁判官構成の5対4で下されている。伝統的には憲法上の実体問題についてしばしば保守・リベラルの対立が見られたが、今開廷期のように訴訟要件に関してもまた保守派5裁判官の立場が優位に立っている。訴訟要件の問題については、たとえば、訴訟に要するコスト、クラス・アクションによる企業の潜在的リスク、さらには消費者の救済といった政策的技術的な判断が必要となってくることもある。しかし、クラス・アクションは、単に訴訟要件や手続の問題を提起しているわけではない。クラス・アクションの判決を読むにあたり重要なことは、誰しもが公正な裁判を受ける権利が保障されることを念頭に置きつつも、民主主義的に正統性のない裁判所が集団への政策決定に関与することが、民主主義という実体的価値との緊張関係を孕んでいることを忘れてはならない³⁵。

(2) 暴力ビデオゲームと表現の自由 (Brown v. Entertainment Merchants Ass'n)

今開廷期は表現の自由について重要な判決が多く下された。中でも、今開廷期を締め括る判決となったBrown v. Entertainment Merchants Ass'n³⁶である。本件では、未成年者に対する「暴力ビデオゲーム」の販売またはレンタルを禁止し、18歳以上の指定がされるよう表示を義務付けていたカリフォルニア州法が表現の自由に違反するかどうか争われた。最高裁は7対2で本件州法が第1修正に違反すると判断した。

本件州法は、映画俳優でもあったシュワルツネッガー・カリフォルニア州知事（当時）が主張したように「未成年者の物理的・心理的福利と倫理的・道徳

34 RICHARD A. NAGAREDA, MASS TORTS IN A WORLD SETTLEMENT 74 (2007).

35 See generally MARTIN H. REDISH, WHOLESALE JUSTICE: CONSTITUTIONAL DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF THE CLASS ACTION LAWSUIT (2009).

36 131 S. Ct. 2729 (2011).

的發展の保護³⁷を目的として、「殺害、傷害、切断または性的暴行をさせる人間の画像を含む」暴力ゲームが対象とされており、「共同体における一般的な基準からして明らかに不快であり (patently offensive)」、「合理的な人が…未成年者の利益から逸脱させ (deviant)、不健全なもの (morbid) へと訴えかけるものであると認定するであろう」かどうかが基準として示され、これに違反した場合に1,000ドルの民事罰が課されることとなっていた³⁸。

スカリア裁判官が執筆した法廷意見は、本件州法が厳格審査により第1修正に反し無効であると結論付けた。まず、「ビデオゲームよりも先に存在してきた保障を受ける書籍、演劇、映画と同様に、ビデオゲームもまた思想と社会的なメッセージさえも伝達する。…このことは第1修正の保障を受けるのに十分なものである。」³⁹ここで、スカリア裁判官は子どもたちが読む童話を引き合いに出す。「たとえば、『グリム童話』はまさに残忍である。白雪姫を毒で殺そうとした当然の報いとして、王妃は真っ赤な靴をはいて死ぬまで踊らされた、という恨みと嫉妬の悲しい例である。…また、(子どもでもある!) ヘンゼルとグレーテルは魔女をかまどで焼き殺している」⁴⁰。グリム童話にも「流血の争い (gore)」⁴¹が見られるように、ビデオゲームが暴力的な行為をもたらすかどうかは「種類ではなくむしろ程度の問題」⁴²となるのである。

そして、第1修正の審査について、本件立法が言論の内容に対する規制である以上、厳格審査が妥当する。すなわち、本件立法がやむにやまれぬ政府の利益によって正当化されるものであり、かつその利益のために小さく引き出されたものとなっていることをカリフォルニア州が立証できない限り、同法は無効となる。まず、政府の利益について、カリフォルニア州が依拠した暴力的なビデオゲームと未成年者に対する有害な効果との関連性についての心理学の研究からは、「暴力的なビデオゲームによって未成年が攻撃的な行動に出る原因と

37 Brief for the Petitioners, at 6, *Brown v. Entertainment Merchants Ass'n*, 131 S. Ct. 2729 (2011) (08-1448). See also *Game Over*, L.A. TIMES, Aug. 13, 2007 at 16.

38 Cal. Civ. Code Ann. § § 1746-1746. 5.

39 *Brown*, 131 S. Ct. at 2733.

40 *Id.* at 2736. さらに、高校の教材でもオデュッセウスが木の杭を用いてポリュペーモスの目をつぶした暴力的な行為の例もまた挙げられている。

41 *Id.*

42 *Id.* at 2738.

なることを立証したもとはならないのである」⁴³。たとえば，“explo_e”という単語の下線部に暴力的なビデオゲームをしたばかりの子どもは，“r”（explore：探検する）ではなく，“d”という語を入れ，“explode”（爆発させる）という単語を作る傾向にある⁴⁴。しかし、「このような現象の防止…は政府のやむにやまれぬ利益ではない」⁴⁵のである。

つぎに、政府の利益実現のための最小限の手段について、本件でカリフォルニア州は特定の話者や観点に不利益を与えるようにビデオゲームの利用者に不利益を与えるために選び出している点で規制は過少であり、また親の同意がある限り暴力的なビデオゲームの利用を認めているものの、結局は州が考えたことを親にすべきように支援している点で過大な規制である。

以上のとおり、厳格審査のもと、本件カリフォルニア州法は違憲無効と判断された。法廷意見については、次の3点で検討すべき課題があると考えられる。第1に、未成年者に対する規制の是非である。この点、法廷意見では、「比較的狭く、十分に定義された状況においてのみ」⁴⁶未成年者に対する表現の自由が規制できることを前提にして、未成年者に対する性表現を規制したニューヨーク州法を合憲とした先例（Ginsburg v. New York）⁴⁷と比較し、「本件カリフォルニア州法はまったく異なるものである」⁴⁸ことが指摘されている。特に本件立法は、性表現のように保障されない言論の類型にあるわけではないため、「内容に基づく規制のまったく新たな類型を作り出そうとしようとしており」、「これは先例に反し、誤りである」⁴⁹。これとは対照的に、プライヤー裁判官は反対意見で本件「カリフォルニア州法とGinsburg判決において支持されたニューヨーク州法との漠然性に関する重大な違いを見出すことができない」⁵⁰と指摘する。プライヤー裁判官は未成年者に対する性表現を禁止した立法と本件暴力的ビデオゲームを禁止した立法との文言の異同を分析し、本件立法が「かなり

43 *Id.* at 2739.

44 *Id.* at 2739 n 7.

45 *Id.*

46 *Eiznoznik v. Jacksonville*, 422 U.S. 205, 212-213 (1975).

47 390 U.S. 629 (1968).

48 *Brown*, 131 S. Ct. at 2735.

49 *Id.*

50 *Id.* at 2763 (Breyer, J., dissenting).

強力な証拠によって有害性の主張」に支えられていることを論証する。そして、プレイヤー裁判官には「なぜ『裸』という言葉以上に『殺害』、『傷害』そして『切断』という言葉の理解が困難であるのか」⁵¹また、「縛られ、口をふさがれ、拷問され、殺害された女性がさらにトップレスである場合にかぎって極端な暴力的なビデオゲームの販売の禁止を規制することによって政府が子どもを保護することを認めている第1修正とはどのようなものなのか」⁵²という疑義が生じるのである。このようなプレイヤー裁判官の論理の背景には、表現内容が性表現であれ、暴力的なものであれ、それが未成年者に対する規制である限り「教育」に関する問題となる思考がある。すなわち、「本件は究極的には検閲に関する問題ではなく、むしろ教育に関する問題である。…教育は選択に関するものである。…私の見解では、第1修正のもとで両親のそのような選択を政府が援助することを禁じているものとはならない。その選択とは、子どもが極端に暴力的で対話型ビデオゲームを購入させない選択である…」⁵³。このように、表現の自由の内容規制に関する「類型」論から本件立法を合憲とした法廷意見と、未成年者に対する表現が「教育」の観点から本件立法を違憲としたプレイヤー裁判官の反対意見との間には本件の見方についての隔りがある⁵⁴。

第2に、暴力的ビデオゲームが未成年者に与える影響の判断に関して、最高裁内部で意見が割れている。法廷意見では、暴力的ビデオゲームがもたらす悪影響の指摘を否定し、「共同体における平均的な未成年者 (an average minor)」⁵⁵による基準ではあまりに漠然としており、表現の自由を脅かすものとなると判断している。それに対し、反対意見を述べたプレイヤー裁判官は、心理

51 *Id*

52 *Id* at 2771.

53 *Id*

54 このほかに、トマス裁判官は、原意に基づく解釈から第1修正が未成年者の発言する権利が認められないことを論じている。*Id* at 2751 (Thomas, J., dissenting).

55 ちなみに、スカリア裁判官は、平均的な未成年者が定義されていないことから、0歳から18歳のあいだをとった9歳の子どもの意味しているのか、と疑問を投げかけている。Transcript of Oral Argument at 11, *Brown v. Entertainment Merchants Ass'n*, 131 S. Ct. 2729 (2011) (08-1448). また、実際に暴力的ビデオゲームの単価は50～60ドル程度であり、実質的には親の許可とともに子どもが購入していることも背景にあることを忘れてはならない。*Id* at 13.

学の研究等を含むおよそ150本もの暴力ビデオゲームが未成年者に及ぼす影響の是非をまとめた論文を提示しつつ、本件で厳格審査が適用されたとしても、政府の利益がやむにやまれぬものであり、かつその規制方法もまた必要最小限のものであることを首肯する⁵⁶。その中間に位置づけることができるであろう、同意意見を執筆したアリート裁判官は、暴力的ビデオゲームのような新たな技術については、古典的な書籍や映画と同様に扱うのではなく、「当裁判所は警戒して前進すべきである」⁵⁷ことを進言する。アリート裁判官は、ゲームの中にはColumbine高校、Virginia Techでの銃乱射事件やケネディ大統領の暗殺事件を素材としているものがあり、文学的作品とビデオゲームから体得する残酷さについて、「多くの人にとって、2つの経験は同じのものとはならない」⁵⁸と結論付けている。このように「重大かつ進化する社会問題」⁵⁹に対して、表現の自由の基本原則がどこまで応用できるか、という問題について裁判官の間でも議論が分かれた。

最後に、後に紹介する判決とも関わるが、昨年の開廷期に下されたUnited States v. Stevens⁶⁰の位置づけをめぐり、興味深い論点が提起された。法廷意見は、動物虐待の描写の商品化や販売等を禁止した連邦法の特定の条文を広範な規制であることから違憲と判断したStevens判決が「本件を支配する」⁶¹と述べる。これに対し、アリート裁判官の同意意見ではこれを「誤り」⁶²であると主張する。アリート裁判官によれば、まず、Stevens判決で違憲とされた立法は「すべての人」が対象となっていたのに対し、本件では「未成年者」が対象となっている。つぎに、Stevens判決は必ずしも厳格審査があらゆる場面に適用されることを示してはいない。さらに、Stevens判決は特定の条文のみを違憲と判断する狭い解釈方法を採用している。これらの理由から、Stevens判決が本判決では参照すべきではないとする。しかし、興味深いことにStevens判決で

56 *Brown*, 131 S. Ct. at (Breyer, J., dissenting).

57 *Id.* at 2742 (Alito, J., concurring).

58 *Id.* at 2750.

59 *Id.* at 2751.

60 130 S. Ct. 1577 (2010).

61 *Brown*, 131 S. Ct. at 2734.

62 *Id.* at 2747 (Alito, J., concurring).

唯一反対意見を述べたアリート裁判官の本件での意見について、これに同調したのがStevens判決で法廷意見を執筆したロバーツ首席裁判官であった。およそ1年前、動物虐待に関する表現の規制立法を違憲としたロバーツ首席裁判官と、ロバーツ首席裁判官に反対の意見を述べたアリート裁判官が、本件においてStevens判決の解釈について一致していることは、現在の最高裁が表現の自由一特に厳格審査をどのように理解しているのか新たな問題を残したように思われる⁶³。

(3) 葬儀場近隣における表現の自由 (Snyder v. Phelps)

Brown判決のほか、今開廷期で注目を集めた表現の自由に関する判決であるSnyder v. Phelpsは、直前で紹介した2010年4月のStevens判決と同様の構成で8対1となった。Snyder判決は、教会の構成員による葬儀場に近接する場でのピケ活動が表現の自由として保障されるかどうか争点であった。最高裁は、ロバーツ首席裁判官の法廷意見により8対1でこれを認め、本件ピケ活動の不法行為責任が問われないと判断した⁶⁴。Snyder判決はStevens判決が下される直前—Brown判決はSteven判決の直後に裁量上告が認められていたことから⁶⁵、判決が下される前からも同様の結論が出るものと予想されていた。

63 この点、Brown判決のみからの理解では、アリート裁判官は、常に競合する社会的価値が存在することを前提とする表現の自由が暴力的ビデオゲームという新たな社会問題を引き起こしていることを強調していると考えられる。Id. at 2742. 他方、ロバーツ首席裁判官は、カリフォルニア州法全体を違憲とする文面違憲の主張をより狭く解釈すべきであるという点に力点を置いているように理解することができるように思われる。Transcript of Oral Argument at 33, Brown v. Entertainment Merchants Ass'n, 131 S. Ct. 2729 (2011) (08-1448).

64 本件の紹介については、日米法学会における判例研究(9月10日・大阪市立大学)として、東川浩二「Snyder v. Phelps, 562 U.S., 131 S. Ct. 1207 (2011) —イラク戦争で死亡した軍人の葬儀において、軍が同性愛者に寛容である事を理由に、激しく軍を非難する行為が、遺族に対して強い精神的苦痛を惹き起したとしても、言論の内容が公の関心事を含む限り、第1修正によって保護されるとした事例」、また、憲法理論研究会月例報告(10月9日・名城大学)駒村圭吾「『意味の秩序』と自由」があり、両報告を参考にさせていただいた。

65 2010年3月8日付裁量上告。Available at <http://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/030810zor.pdf>. (last visited Dec. 10, 2011).

そして、Stevens判決でもSnyder判決でも法廷意見を執筆したロバーツ首席裁判官は「社会の費用と便益のアド・ホックな比較衡量」⁶⁶を避けており、その意味で、両判決を一貫して捉えることができる⁶⁷。

Westboro教会（the Westboro Baptist Church）は、カンザス州トピカに本拠を置き、神が同性愛に対して寛容であることについてアメリカを憎み、罰を与えていると信奉する組織であり、これまでに600件以上の葬儀でのピケ活動を行ってきた。イラクで殉職したMatthew Snyderの父はメリーランド州にあるキリスト教の教会で開催したところ、葬儀当日に葬儀が執り行われた教会から約1,000フィート離れた場所において、Westboro教会のPhelepsほか6名がピケ活動を行った。彼らは、「God Hates the USA/Thank God for 9/11（神はアメリカを憎んでいる、9/11を与えてくれ神に感謝する）」、「Thank God for Dead Soldiers（死んだ兵士に感謝する）」、「God Hates Fags（神はホモを憎んでいる）」などのプラカードを掲げ、警官の指示に従い、叫ぶことなくピケ活動を行った。Matthewの父は、葬儀当日はピケ活動自体を見かけたものの、葬儀当日の夜のニュースとインターネット上の掲示板からプラカードに書いてある内容を知り、名誉を毀損されたとして、Westboro教会を訴えた。

ロバーツ首席裁判官が執筆した法廷意見は、公的場所において公的関心事の言論の強力さを説きこの訴えを斥けた。まず、「第1修正が本件における言論によってWestboroに責任を負わせることを禁止しているかどうかは、事案のあらゆる状況によって決せられるけれども、公的な関心事であるか私的な関心事であるかに大きく依拠する」⁶⁸。なぜなら、公的な争点に関する討議は「抑制されない、強固で、広く開かれて」おり、第1修正の価値の階層の最高峰を占めているためである。そこで、言論が公的な関心事であるか、私的な関心事であるかを決定するために、何が発言されたか、どこで発言されたか、またどのように発言されたかといった諸事情を評価しつつ、その言論の「内容、形態、そして文脈（content, form, and context）」⁶⁹を精査することが求められる。そ

66 Stevens, 130 S. Ct. at 1585.

67 See Stanley Fish, *Sticks and Stones*, N.Y. TIMES, March 7, 2011. Available at <http://opinionator.blogs.nytimes.com/2011/03/07/sticks-and-stones/> (last visited Dec. 10, 2011).

68 Snyder, 131 S. Ct. at 1215.

して、「内容」については、「Westboroが強調した争点は、アメリカ合衆国と市民の政治的・道徳的行為、この国の運命、軍隊における同性愛、そしてキリスト教聖職者に関するスキャンダルであって、いずれも公的に重要な問題である」⁷⁰。そして、その「文脈」もまた、現代社会を非難するためにWestboroのプラカードは公的な通りに近接した公的な土地において表示されていたのであって、このような公的な関心事の言論をなすピケ活動について葬儀が執り行われていた事実のみをもってこの結論を左右することはできない。このように、Westboroが行ったピケ活動は「公的な場所で公的な関心事に関する者であった以上、このような言論は第1修正の下での『特別の保障』を受ける資格を与えられるのである」⁷¹。

ロバーツ首席裁判官は、本件が特定の事実のもとにおける判断であるため狭いことを強調し、皮肉交じりにも次のように続ける。「Westboroはアメリカが道徳的に欠落していると信じている。多くのアメリカ人はWestboroについても同様に道徳的に欠落していると感じるかもしれない。Westboroの葬儀に対するピケ活動は確かに痛ましいものであり、その公的討議への貢献はとるに足らないものかもしれない。しかし、Westboroは、平穏な方法で地元警官の指導に全面的に従い、公的な財産において公的な重要性の問題について話していた」⁷²。最後に、次のように述べる。「言論は強力である。それは人々を行動に駆り立て、喜びと悲しみの両方の涙をもたらし、そして、本件のごとく、大きな痛みを負わせる。我々の前にある事実の下では、我々は話し手を処罰することによってその痛みに応じることはできない。1つの国家として、われわれは別の道を選択してきた。それは、公的討議を窒息させることがないよう公的争点に関するたとえ痛ましい言論であっても保護するという選択である」⁷³。

Synder判決は、表現の自由の力強さを改めて認識させる判決となったが、その意義は、まず、第1修正の保障の核心にある公的言論と、「一段低い厳格さ (less rigorous)」⁷⁴で保障される私的言論の区分にあると考えられる。本件

69 *Id.* at 1216.

70 *Id.* at 1217.

71 *Id.* at 1219.

72 *Id.* at 1220.

73 *Id.*

の口頭弁論において、表現の自由における公と私についてソトマイヨール裁判官は特にこだわりを見せた⁷⁵。彼女にとって、表現の自由における公と私は「主体」、すなわち公人であるか私人であるかであるかどうかが重要ではない。むしろ、言論の「文脈」、すなわちその状況下で公的な内容の言論を形成しているか、あるいは私的な内容の言論を形成しているか、という争点こそが表現の自由の核心を支える公私区分論である⁷⁶。

次に、Synder判決は、表現の内容が相手を不快にさせるような痛ましいものであっても厳格審査の下第1修正によって保障される、という従来の表現の自由論を改めて確認した。他方で、Stevens判決でもSnyder判決でも唯一反対意見を述べたアリート裁判官は、表現の自由が「もろい (venerable)」⁷⁷存在であるにもかかわらず、法廷意見が主張するような法理がときに「劇薬」⁷⁸になることを特に意識しているように思われる。そして、アリート裁判官は、原告が「公人ではない」事実に着目し、Westboroの戦略的なピケ活動によってこのような私人に対する意図的な感情侵害をすることまで表現の自由で保障されていないことを反対意見で論じている⁷⁹。この点、「『異論』は『公共的なもの』に貢献するから許容されなければならないのではない。『異論』を許容することは国家が公共性を標榜しうるための条件なのである」⁸⁰という指摘のとおり、「Westboroは公共財産のもとでの公共的関心事に言及していた」⁸¹ことのもつ意義を決して過小評価してはならないように思われる。

これら2件については伝統的な表現の自由の法理を用いて新たな問題に対処

74 *Id.* at 1215.

75 Transcript of Oral Argument at 16-19 & 50-52, Snyder v. Phelps 131 S. Ct. 1207 (2011) (No. 09-751).

76 表現の自由における自己統治論 = 公と自己実現 = 私の関係性を論じるものとして、阪口正二郎「表現の自由の原理論における『公』と『私』」長谷部恭男・中島徹編『憲法の理論を求めて』（日本評論社・2009）39頁、参照。

77 Dan M. Kahan, *Foreword: Neutral Principles, Motivated Cognition, and Some Problems for Constitutional Law*, 125 HARV. L. REV. 1, 43 n245 (2011).

78 *Stevens*, 130 S. Ct. at 1539 (Alito, J., dissenting).

79 *Synder*, 131 S. Ct. at 1222. (Alito, J., dissenting).

80 阪口正二郎「異論の窮境と異論の公共性」阪口正二郎編『自由への問い 3 公共性』（岩波書店・2010）40頁。

81 *Synder*, 131 S. Ct. at 1220.

してきたが、今開廷期には昨年Citizens United v. Federal Election Commissions同様の、公金を受領した候補者に対する政治資金を規制した州法が政治的言論に負担を課し、自由な表現活動に違反するという判決を下している⁸²。このように、表現の自由の分野においても消費者よりも企業側に有利な判決を下した例がある。これらの表現の自由の判決やこの6年間に下された関連する判決から果たしてロバーツ・コートが表現の自由に対してどのような態度で臨んでいるかについても引き続き分析が必要となろう⁸³。

3. 医療改革法の違憲判決

2010-11年開廷期には、連邦地方裁判所や控訴裁判所において、いわゆる医療改革法⁸⁴の合憲性が審査され、注目を浴びた。医療改革法は、連邦レベル(州レベルではマサチューセッツ州のみ皆保険制度がある。)での国民皆保険制度が存在していなかったことを省み、アメリカ国民の保険加入の義務付け(individual mandate)を実現させた。このような試みは、これまでも20世紀初頭から何度かの挫折を経て、ようやく2010年3月23日、「およそ1世紀にわたる試みを経て」、オバマ大統領は最後の日も保険会社と口論をしつつガンで亡くし

82 *Arizona Free Enterprise Club's Freedom Club PAC v. Bennett*, 131 S. Ct. 2806 (2011). 本判決でケーガン裁判官が、「民主主義はゲームではない」と法廷意見を批判し、「第1修正の核心にある目的は、強力な議論と討議に満ちた健全で、活気ある政治制度の昂揚である」という反対意見を付している。Id. at 2830, 2846 (Kagan, J., dissenting).

83 この点、Synder判決とBrown判決はいずれも表現の自由を手厚く保障しているものの、ロバーツ・コートは全体として、話し手としての政府の表現の自由を広く認めており、また、政治資金規正に関する訴訟から企業や富裕層の表現の自由を保障しており、必ずしも自由な表現を擁護しているとは評価できない、という指摘がある。See Erwin Chemerinsky, *Not a Free Speech Court*, 53 ARIZ. L. REV. 723 (2011).

84 Patient Protection and Affordable Care Act, Pub. L. No. 111-148, 124 Stat. 119 (2010), amended by Health Care and Education Reconciliation Act of 2010, Pub. L. No. 111-152, 124 Stat. 1029 (2010). Available at <http://www.healthcare.gov/law/resources/authorities/patient-protection.pdf> (last visited Dec. 10, 2011). 同法の紹介については、樋口範雄「医療へのアクセスとアメリカ医療保険改革法の成立」岩田太編『患者の権利と医療の安全』(ミネルヴァ書房・2011) 101頁、参照。

た「母親の代わりに」と言って2409頁にも及ぶ医療改革法に署名し、同法が成立した⁸⁵。

もつとも、医療改革法は、公的医療保険ではなく民間の保険を重視した共和党の激しい抵抗に直面した。上院では異例のクリスマス・イブ（2009年12月24日）の採決で60対39で、下院では219対212の僅差でそれぞれ法案が通過した。上院・下院のいずれでもすべての共和党議員が反対している。そして、オバマ大統領が医療改革法に「署名した数分後」⁸⁶のうちにフロリダ州訟務長官をはじめとする13州（2011年11月現在では26州）が連邦保健福祉省等に対して連邦地裁に同法の違憲性を主張して訴訟を提起した。その主張は、2014年1月1日までに保険加入の義務付けをする同法の全面施行を阻むべく、州の市民に保険加入を義務付け、さもなければ罰則を科す制度が、合衆国憲法が限定的に列挙した州際通商条項（1条8節3項）や課税権限（1条8節1項）等で認められた連邦議会の権限を越え、憲法が想定する連邦主義（federalism）によって認められないというものである。

これまでのところ、複数の連邦地裁において訴訟が提起され、そのうちの4件が連邦控訴裁判所での審理を受け、3件が合憲⁸⁷、1件が違憲⁸⁸となっている。違憲判断を下した第11巡回連邦控訴裁判所は、2対1に判断が割れ、判決文は291頁に及んでいる。多数意見は、まず、アメリカ国民への保険加入の義務付けが課税ではなく、規制に伴う民事罰であると解しうることから課税権限を逸脱している点を憲法違反と指摘する⁸⁹。すなわち、「立法の明白な文言と法解釈による確固たる原則によって、国民の保険加入義務付けは、税金ではなく、む

85 Remarks by the President and Vice President at Signing of the Health Insurance Reform Bill, March 23, 2010. Available at <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/remarks-president-and-vice-president-signing-health-insurance-reform-bill> (last visited Dec. 10, 2011).

86 *Florida ex rel. Bondi v. U.S. Dept. of Health and Human Services*, 780 F. Supp. 2d 1256, N.D. Fla. 2011.

87 *Thomas More Law Center v. Obama*, 651 F. 3d 529, C.A. (Mich.), 2011; *Liberty University, Inc. v. Geithner*, _F. 3d _, 2011 WL 3962915, C.A. 4 (Va.), 2011; *Susan-Sky v. Holder*, 661 F. 3d 1, C.A.D.C., 2011.

88 *Florida ex rel. Atty. Gen. v. U.S. Dept. of Health and Human Services*, 648 F. 3d 1235, C.A. 11 (Fla.), 2011.

89 *Id.* at 189.

しる罰則が屹然と確立されたのである」⁹⁰。そして、1990年代の連邦主義に関する最高裁の変遷過程⁹¹を分析した上で、州際通商条項は列挙された制限的な条項であるにもかかわらず、保険加入の義務付けにはそのような制限がないことから、違憲であると判断した⁹²。このように、「憲法がもつ二重の主権構造」の下で、「市場の参入を待つことなく」永続的に保険を購入させることで国民への保険加入を義務づける「連邦政府の権限行使は…先例になく、裁判権の制限を欠き、我々の連邦構造を危険にさらすこととなるのである」⁹³。以上のとおり、フロリダでの訴訟は、保険加入義務付けに関する規定と法律のその他の規定が相互に切り離すことができるとする可分性の法理 (severability doctrine)⁹⁴を用いて、医療拡充の規定は合憲であるとしながらも、各人に保険加入の義務づけを規定する部分は違憲であるという結論になった。

このフロリダ州から提起された訴訟を受け、Bush v. Gore同様フロリダ州を震源とする憲法の根幹を揺るがす訴訟は、アメリカ最高裁判所に舞台を移すことになった。2011年11月14日、アメリカ最高裁はオバマ政権からの裁量上告の申立を受け、5時間半(通常1時間)に及ぶ口頭弁論を決定するとともに、本件を審理することを決定した⁹⁵。口頭弁論は2012年3月26日から28日の3日間に予定されており、判決は同年6月30日に下されると予想されている。最高裁

90 *Id.* at 174.

91 1937年以降連邦の権限の拡大を認めてきたものの、1990年代にアメリカ最高裁はこれまでの連邦政府の役割に限定をかける方向へと転換しつつあると考えられる。たとえば、1937年以降初めて州際通商条項を根拠とした1995年の違憲判決である *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995) や同様に連邦の権限に歯止めをかけた *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000) がある。最新の動向をまとめたものとして、See ERWIN CHERMERINSKY, ENHANCING GOVERNMENT: FEDERALISM FOR THE 21ST CENTURY (2008)。また、邦語による紹介としては、松井茂記「レーキンスト・コートと連邦主義」佐藤幸治先生古稀記念論文集『国民主権と法の支配』(成文堂・2008) 103頁、安部圭介「レーキンスト・コートと連邦主義」宮川成雄編『アメリカ最高裁とレーキンスト・コート』(成文堂・2009) 126頁、辻雄一郎「連邦主義と州際通商条項」関西大学法学論集59巻3・4号(2009) 417頁、土屋孝次「アメリカ議会の支出権と連邦主義」近畿大学法学47巻1号(1999) 77頁、参照。

92 *Florida ex rel. Atty. Gen.*, 648 F.3d at 166.

93 *Id.* at 167-171.

94 ある条項が別の関連する条項の違法性や無効の影響を受けないとする法理である。田中英夫編『英米法大辞典』(東京大学出版会・1991) 773頁、参照。

での審理を前に、リベラル派からはトマス裁判官の妻が医療改革法の反対運動に従事していた事実が明らかになったためトマス裁判官の忌避を求めている⁹⁶。これに対し、保守派からはケーガン裁判官がオバマ政権の訟務長官時代にハーバード・ロースクール・司法省の同僚である憲法学者に対し法案通過の喜びのメッセージを送信していた事実が公になり、ケーガン裁判官の忌避を主張する⁹⁷。また、学者の中でも、通商条項、課税権限等から医療改革法が憲法違反であると主張するもの⁹⁸と、医療改革法が合憲であることを論じるもの⁹⁹との対立がすでにくつも見られる¹⁰⁰。さらに、2011年1月には、ロースクールの100名を超える教授らが医療改革法を「およそ2世紀にわたる憲法によって決着済みの法」¹⁰¹であるとして同法を支持する共同声明を発表している。そして、

95 The Supreme Court of the United States, *Order List: 565 U.S.*, Nov. 14, 2011. Available at <http://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/111411zor.pdf> (last visited Dec. 10, 2011). オバマ政権は、医療改革法が合憲であり、最高裁もそれに同意することに自信を見せている。See *Statement by White House Communications Director Dan Pfeiffer on the Supreme Court and the Affordable Care Act*, Nov. 14, 2011. Available at <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/11/14/statement-white-house-communications-director-dan-pfeiffer-supreme-court> (last visited Dec. 10, 2011). 他方、最高裁が医療改革法の合憲性の事案を受理したことは「同法の死の凶兆」とであるという指摘もある。See *Obama Care and the Limits of Government*, WALL STREET J., Nov. 15, 2011 at A19.

96 *Health Care and the High Court*, WASH. POST, Dec. 5, 2011 at A18. See also *Supreme Court Agrees to Hear Legal Challenge on Health Care Next Year*, N.Y. TIMES, Nov. 15, 2011 at A20.

97 *What did Kagan do?*, WASH. POST, Dec. 2, 2011 at A21.

98 See e.g., Randy E. Barnett, *Commandeering the People: Why the Individual Health Insurance Mandate is Unconstitutional*, 5 N.Y.U. J. L. & LIBERTY, 581 (2010); Richard A. Epstein, *Bleak Prospects: How Health Care Reform Has Failed in the United States*, 15 TEX. REV. L. & POL. 1 (2010).

99 See e.g., Jack M. Balkin, *The Constitutionality of the Individual Mandate for Health Insurance*, 362 NEW ENG. J. MED. 482 (2010); Neil S. Siegel, *Four Constitutional Limits that the Minimum Coverage Provision Respects*, 27 CONST. COMMENT. 591 (2011); Mark A. Hall, *Commerce Clause Challenges to Health Care Reform*, 159 U. PA. L. REV. 1825 (2011).

100 合憲違憲の立場からの討論として、See David B. Rivkin Jr., Lee A. Casey, & Jack M. Balkin, *Symposium: A Healthy Debate: The Constitutionality of an Individual Mandate*, 158 U. PA. L. REV. PENNumbra 93 (2009).

確かに1990年代からの最高裁の連邦主義をめぐる態度変容が見られるものの、ロバーツ・コートになり新たに加わった裁判官ら—ロバーツ首席裁判官、アリート裁判官、ソトマイヨール裁判官、ケーガン裁判官—がどのような態度を表明するかについても注目されるべきであろう。この点、伝統的に保守的な裁判官は、州の権限を広く認め、連邦の活動範囲を狭く解釈する傾向があるものの、ロバーツ・コートから加わった3人の裁判官が過去に連邦レベルでの裁判官以外の職務経験があり、また1人は長年の連邦裁判官としての経験があり、このような連邦レベルでの職務経験がどのように連邦主義に対する評価に影響するかも注目に値しよう¹⁰²。

いずれにせよ、オバマ政権の最大の功績とも評価しうる医療改革法が最高裁によって合憲か、違憲かの判断が下されることは、判決の数か月後(2012年11月6日)に待ち構える大統領選挙のレースの行方に大きく左右することは否定しえない。その意味で、本件はBush v. Goreと同様に、連邦主義というアメリカ憲法の根幹にかかわる争点への判断に立ち入るのみならず、大統領選挙の結果そのものに影響を及ぼしかねない極めて注目すべき判決になるであろう。

101 *Statement Reaffirming the Constitutionality of the Affordable Care Act*, Jan. 18, 2011. Available at http://www.acslaw.org/files/Legal%20Scholars_Health%20Care_Constitutional.pdf (last visited Dec. 10, 2011). この点、著名な憲法学者が医療改革法の訴訟において意見書(amicus briefs)を提出しているものがあるが、その多くが学術的でないという批判もある。See Richard H. Fallon, *Scholar's Briefs and the Vocation of a Law Professor*, Oct. 29, 2011 at 9. Available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1959936 (last visited, Dec. 10, 2011).

102 現に保守的と言われるロバーツ首席裁判官はホワイトハウスと連邦司法省での職務経験を、またアリート裁判官は連邦司法省での職務経験をそれぞれ有しており、彼らが政権に好意的ではあるものの、必ずしも連邦の権限それ自体に敵対的であるとは見られない、という指摘がある。See Jeffrey Rosen, *Disorder in the Court: Legal conservatism goes to war with itself*, THE NEW REPUBLIC, July 14, 2011 at 8.同時に、一貫した保守派であるスカリア裁判官もまたこれまでの判決から中央権力の一定の意義を認識してきた傾向があると指摘される。See Panel Discussion (Remark by Jeffrey Rosen), *The Roberts Court and Federalism*, 4 N.Y.U.J.L. & LIBERTY, 330, 346 (2009).

4. 今後の展望

本稿の分析においても示したとおり、現在の最高裁は「保守化」の方向へと進んでいると言われる。ここでの「保守化」意味は経済問題について消費者よりも事業者に好意的な判断を下してきていると言われる。他方で、表現の自由やその他の伝統的な道德問題について、果たして現在の最高裁がどこまで保守的であるかどうかについては今開廷期の判決から必ずしも明らかにはなっていない。

また、次の開廷期に待ち構える医療改革法の判断については、建国以来の争点である連邦と州の関係を問い直す問題であり、この問題についてリベラル・保守との対立がみられるかどうかについても注目すべきであろう。この点、医療改革法の是非をめぐっては、議会での民主・共和の党派による投票結果が、裁判所における判断にも一定の類似性を見出すことができる。すなわち、医療改革法を合憲と判断した裁判官は、1名を除きすべて民主党大統領によって任命されているのに対し、1名を除き同法を違憲と判断した裁判官はすべて共和党大統領によって任命されている¹⁰³。したがって、最高裁が医療改革法を審理するに際しては、個々の裁判官が憲法判断と政治的イデオロギーをいかに峻別しているかについても分析が必要となろう¹⁰⁴。いずれにせよ、2011-12年開廷期は、*Bush v. Gore*以来の重大な判決になると言われる医療改革法の合憲性が最高裁で審理をされることとなり、同時にまた、最高裁裁判官を指名する権限を有している次期大統領が選出される年でもあり、「真に重要な」¹⁰⁵1年となるであろう。

103 第6巡回連邦控訴裁判所のJeffrey Sutton裁判官はブッシュ大統領に任命されたが合憲と判断し、第11巡回連邦控訴裁判所のFrank Hull裁判官はクリントン大統領に任命されたが違憲と判断している。

104 See Erwin Chemerinsky, *Political Ideology and Constitutional Decision-Making: The Coming Example of the Affordable Care Act*, LAW & CONTEMP. PROBS. (forthcoming). Available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1952028## (last visited, Dec. 10, 2011).

105 Erwin Chemerinsky, *October Term 2010: The Conservatives Triumph*, CALIFORNIA BAR JOURNAL (August 2011). Available at <http://www.calbarjournal.com/August2011/TopHeadlines/TH1.aspx>. (last visited Dec. 10, 2011).