

表現行為としての座り込み

——Garner v. Louisiana におけるハーラン結果同意意見の位置

塚田 哲之

目次

はじめに

- 一 争点の設定——対抗の萌芽
 - 二 ウォーレン法廷意見の形成
 - 三 二つの違憲論——ダグラス、そしてハーラン
- むすびにかえて——または中間考察

はじめに

一九六〇年二月一日、ノース・キャロライナ州グリーンズバラのデパートの簡易食堂において四名の黒人学生が人種隔離への抗議を示すために白人用ランチ・カウンターに座り、サーヴィスを要求した（が、拒否された）こと

から始まった座り込み (sit-in) という運動形態は、瞬く間に南部諸州を中心に広がり、従前の全国有色人種地位向上協会 (National Association for the Advancement of Colored People. 以下 NAACP と略記する) を中心とする法廷闘争からフリーダム・ライド、大規模デモなどを含む直接行動 (direct action) への移行を示す公民権運動史における「真の画期」¹⁾となった。南部諸州は、これらの座り込み行為が治安紊乱 (breach of the peace)、不法侵入 (trespass) 等の犯罪にあたるとして続々と有罪とし、それらの事案は合衆国最高裁に持ち込まれることとなる。そこでの最大の論点は、私人が経営するレストラン等の公共施設 (Public accommodation) における人種隔離の合憲性であり、*Civil Rights Cases*²⁾ 以来のステイト・アクション法理を媒介とした合衆国憲法第一四修正の平等保護条項の適用が問題とされることとなった。しかも問題を厄介にしていたのは、これらの隔離は州法や条例に基づくものもあったものの、座り込みの多くは人種隔離という「地域的慣習」(local customs) に従っていた私人が経営する施設において行われたという事情であり、したがってその処罰の可否を判断するに際しては、私人による隔離のうちにステイト・アクションの認定に必要な州権力の関与を見いだすことができるかという難問が控えていた。最高裁は、一九六一年開廷期から六三年開廷期にかけて一連の sit-in cases に判断を下すことになるが、結論としてはいずれも州裁判所の有罪判決を破棄したものの、「極度の困難」³⁾をほらむ上記論点については結局正面から答えることがなく、しかも sit-in cases のクライマックスともいえる一九六四年の *Bell v. Maryland*⁴⁾ の一〇日後に成立した一九六四年公民権法の第二編が座り込みの舞台となった公共施設における人種隔離を禁止したことによって、座り込みにかかる訴訟はムートとなり、最高裁の判断が示される機会も失われることとなった⁵⁾。以上の経緯は、しかし、最高裁が座り込みが提起する憲法上の論点について完全に判断を回避したことを意味しない。むしろ、最高裁内部においては憲法上の論点について対立する複数の立場が存在し、かついずれの立場も多数派を占め

るには至らず、州裁判所の有罪判決破棄という結論についてかろうじて多数が形成されたというのが実情である。

本稿は、最高裁が初めて直接に座り込みの問題を扱った一九六一年の *Garner v. Louisiana*⁸⁾ における最高裁内部の対抗を素描する。本稿が *Garner* 判決に着目するのは、一連の *sit-in cases* に対して最高裁が初めて判断を示したという理由にはとどまらない。先述のように、同時代においても私人が経営する施設における隔離の合憲性が *sit-in cases* の中心的な問題と認識され、憲法論としてはステイト・アクション法理が主要な関心の対象となっていた。⁹⁾ しかし、座り込み行為が、南部においてなお残存する事実上の人種隔離への抗議とその撤廃を求めて行われたということからすれば、そこに表現行為としての性質を見て取ることも十分可能であり、実際に多くの訴訟では、被告人側による無罪主張の根拠として第一四修正に基づく公共施設における差別禁止に加え、言論の自由を保障する第一修正違反も挙げられていた。もちろん、公共施設における人種隔離自体が第一四修正あるいは連邦法違反と判断されるのであれば、それ以上にあえて第一修正違反を問う必要性は乏しく、第一修正による座り込み参加者の保護という主張が副次的なものにとどまったことには相応の理由がある。¹⁰⁾ そうではあるが、*Garner* 判決においては、ハーラン裁判官のみがその結果同意意見において座り込みを第一修正の保障する表現の一形態と認める判断を示しており、同時代において公民権運動と第一修正の法理との連関を考究したハリー・カルヴェンがこれに注目したのは当然であるばかりでなく、このハーラン結果同意意見はその後最高裁が示すことになる第一修正による大衆示威運動 (*mass demonstration*) の保護についての判断の先駆ともなるものであった。¹¹⁾ しかも、すでにハーラン結果同意意見を含む *Garner* 判決の形成過程自体に、その後の *sit-in cases* で顕在化する裁判官間の対立が萌芽的ではあれ示されており、その対立は後に大衆示威運動をめぐって明白になるブラック裁判官のリベラル派からの「離反」¹²⁾ にも繋がることになる。こうして、*Garner* 判決が始まる一連の *sit-in cases* は、ウォーレン・コート一般の研究と

の関係でも、さらにはウォーレン・コートにおける表現の自由法理研究との関係でも重要な検討対象とされてよいはずのものである。日本では、ステイト・アクション法理との関連で *stare decisis* cases に言及されることはあるものの総じて簡単な言及にとどまり、表現の自由保障との関連で言及されることはさらに少ない。本稿は、*Garner v. Louisiana* とそこにおけるハーラン結果同意意見の位置を検討する作業を通して、当時の最高裁がその置かれた環境のものでいかに問題を処理しようとしたのか、その最高裁の対応が何をもたらすことになったのかを考える一素材を提示しようとするものである。反面、*stare decisis* cases の全体を検討するものでもないし、それらが提起する憲法上の問題について規範的評価を行うことそれ自体を目的とするものでもない。近時の日本においては、ビラ配布行為が住居侵入容疑で摘発されるなどの事案が生じており、そこには *stare decisis* cases において提起されたものと共通する問題が含まれてもいるが、かかる問題状況への関心を持ちつつも、ひとまず本稿においては当時の合衆国の文脈における一判決の歴史的検討に徹することとしたい。

一 争点の設定——対抗の萌芽

まず、*Garner v. Louisiana* の事案を確認しておく。本件を含む多くの座り込み事案の事実関係は、細部の相違や適用法条の差異は別として、基本的に同一であるが、本件はルイジアナ州バトン・ルーージュで発生した三件が併合されたものであり、それぞれ一九六〇年三月二十九日のドラッグストアのランチ・カウンターにおける黒人学生二名の座り込み（*Garner* 事件）、三月二十八日のグレイハウンドのバス・ターミナルのレストランにおける黒人学生七名

の座り込み（*Briscoe* 事件）、三月二九日のクレス・デパートのランチ・カウンターにおける黒人学生七名の座り込み（*Hoston* 事件）である。最高裁判決においては、後述のようにハーランのみが *Briscoe* 事件に他の二件との相違を見いだしているものの、ウォーレン首席裁判官による法廷意見は、三件のわずかな事実の相違は重要でないとして、本文では *Hoston* 事件についてのみやや詳細に事実関係を述べている。それによれば、クレス・デパートでは黒人は「非常によい顧客」とされており、食事のサーヴィスについてのみ白人との隔離が行われていた。当日、デパートの支配人がランチ・カウンターで食事中に七名の学生たちがランチ・カウンターの座席に座ったため、支配人は、通路の反対側のカウンターであればサーヴィスが受けられる旨を学生たちに伝えるようウェイトレスに言い、彼女はするように伝えたが、学生たちはそのまま静かに着席し続けた。食事を終えた支配人は警察に電話をかけ、黒人たちが白人用のカウンターの席を占めている旨伝えた。警察官が到着し、学生たちに席を離れるよう命じたが、誰も席を離れるそぶりを見せなかったため、身柄を拘束され、警察署に連行された。警察官の証言によれば、学生たちの一人がアイズ・ティールを注文したほかには誰も何もせず、言葉も発しなかったが、警察官は彼らがそこに着席していることによって治安が乱されていると判断したものである。学生たちは治安紊乱罪（*disturbance of the Peace*）を規定するルイジアナ州法違反で起訴され、四ヶ月の禁固刑（うち三ヶ月分については一〇〇ドルの罰金を支払うことで執行停止）の有罪判決を受け、州最高裁もこれを維持した。他の二事件も、同じ州法違反に問われたものであり、量刑も全く同じである。⁸⁰

南部を中心に爆発的に広がった本件を含む座り込みに対して、南部諸州は続々と逮捕、起訴へと持ち込んだが、従来の法廷闘争を中心とした公民権運動の担い手たる NAACP、とくにその法廷弁護教育基金（NAACP Legal Defense & Educational Fund, Inc. 以下 LDF と略記する。一九五七年に NAACP 本体とは別法人となっている）

の首席弁護士であったサーゲッド・マーシャルは、当初、学生たちによる直接行動という運動形態への懸念と嫌悪すら示したという。⁹⁹しかし、かかる直接行動の前面化を受けて、新たな運動組織として一九六〇年四月に学生非暴力調整委員会 (Student Nonviolent Coordinating Committee, SNCC) が結成されるなどの変化も現れる中、LDFも正式に sit-in cases を含む直接行動の支援・弁護に取り組む方針を決定し、マーシャル自身 Garner 事件の弁護人となり、合衆国最高裁に提出した上告趣意書にも名を連ねることとなった。¹⁰⁰

一方、すでに最高裁は、非暴力抵抗運動の先駆である一九五五年のアラバマ州モントゴメリにおけるバス・ボイコットに関し、Gayle v. Browder¹⁰¹ において隔離を定める市条例を違憲と判断していた。また、各種公共施設における隔離についても Boyton v. Virginia¹⁰² においてグレイハウンドのバス・ターミナル内の飲食施設における隔離を連邦法たる州際通商法違反としており、さらに Burton v. Wilmington Parking Authority¹⁰³ では、公営駐車場の敷地を賃借して営業していたコーヒー・ショップにおける隔離をステイト・アクションと認定していた。また、ステイト・アクション法理の適用に関しては、企業が所有する町の歩道における宗教的な内容のビラの配布の処罰を違憲と判断した Marsh v. Alabama¹⁰⁴ として土地取引にかかる人種制限約款の司法的執行をステイト・アクションと認めた Shelly v. Kraemer¹⁰⁵ が存在しており、とりわけこの Shelly 判決を先例としうるのであれば、慣習に基づくものも含めた人種隔離の違憲性、そして座り込みを処罰することの違憲性を認定することが可能となり、当然、座り込み参加者・弁護士側はこれらの判例を挙げ、処罰の違憲性を攻撃することになる。さらに、かかるステイト・アクション法理を媒介とした平等保護条項違反の主張に加え、被告人側がしばしば無罪主張の根拠として援用したのが、Thompson v. City of Louisville¹⁰⁶ である。“Shuffling Sam” Case と呼ばれる同判決は、サム・トムソンという黒人男性（ただし、最高裁の判決文中ではトムソンが黒人であることには一切触れられていない）が、バスを待つ間カフェ

で音楽に合わせて踊っていたこと、そして警官に対して非常に論争的な態度をとったことが徘徊および治安紊乱にあたるとして、警察裁判所において市条例に基づき各一〇ドルの罰金を受けたという事案である。トムソンの弁護人を務めたのは、ルイス・ラスキイ——ストーン合衆国最高裁判官のロー・クラークとして、かの *United States v. Carolene Products Co.* 判決脚注四の起草に関わったルイス・ラスキイその人——であり、州法上このような軽罪の場合には警察裁判所の判決に対する上訴が認められていなかったため、直接合衆国最高裁に裁量上訴認容を求めた。最高裁は、裁量上訴を認容した上で、座り込み運動が開始されて間もない一九六〇年三月二日に全員一致でトムソンの処罰は全く証拠を欠いており、これを処罰することは第一四修正のデュー・プロセス条項に違反するとした（ブラックが法廷意見を執筆）。このように同判決自体は、直接人種差別が問題となつたわけではなく、公民権運動との関係もない事案であつた。しかし、仮に座り込みによって何ら治安の紊乱が発生していないのだとすれば、同判決に依拠して有罪判決を破棄することが可能となる。現に *Garner* 事件においても、被告人側は、有罪判決破棄を求める一つの根拠として、同判決を援用しつつ本件座り込みによって治安紊乱は生じておらず、したがって同罪で処罰することはできないはずだと主張しており、かつ、州側もその趣意書の半数以上の頁を費やして当時のルイジアナ州を含む南部諸州における人種間関係とそれを背景とした座り込みという「戦鬪的運動」の引き起こす治安紊乱の不可避性を主張し、本件でも十分な証拠があるとして被告人側に反論していることからすれば、本件座り込み行為は治安紊乱にあたるとする州最高裁の有罪判決が証拠に照らして維持しうるかが一つの論点となつたことは十分理解可能であり、そして先回りしていえば、*Garner* 判決法廷意見は、まさにこの *Thompson* 判決に依拠しつつ、本件座り込みは証拠に支えられておらず、その処罰は第一四修正のデュー・プロセス条項違反であると判断することになるのである。

かつ、*Garner* 事件における *Thompson* 判決の援用は、かかる刑事処罰の可否についての連関にはとどまらない。*Garner* 事件の弁護人として口頭弁論も行った LDF のグリーンバークの回想によれば、*Thompson* 判決は暗にこの程度の行為は合憲的に処罰しえないことを示したのであり、そうであればランチ・カウンターで座り込むこともまた憲法上処罰に値しないということを座り込み参加者の弁護人たちに示唆したのだということになるのであって、*Garner* 事件における有罪判決破棄の主張の根拠として *Thompson* 判決が援用されたのはごく自然であったことになる。さらにグリーンバークは、クラーク裁判官が *Thompson* 判決の少し後でナブリット⁵⁴ (当時ハーワード大学教授。自身公民権運動に関わる弁護士であり、*Garner* 事件弁護団の一員であるナブリット三世の父親でもある) に対して、*Thompson* 判決に触れながら「あなたたちの *stip cases* は片付いた」と軽口をたたいたというエピソードを紹介している。この発言の真偽は、後述の裁量上訴申立て審理でのクラークの対応から見ただちには判定しがたいが、最高裁内部でも *stip cases* における同判決の利用可能性が意識されていたことを示すものとしては注目に値する。さらにこれまた先回りすれば、この *Thompson* 判決の射程をめぐる対抗こそが、*Garner* 判決においてハーラン結果同意意見を生むことになったという消息にも留意しておく必要がある。

さて、*Garner* 事件についての州裁判所有罪判決に対し、被告人側はその破棄を求めて合衆国最高裁に裁量上訴認容の申立てを行い、最高裁は一九六一年三月一七日の合議で認容の可否について審理した。⁵⁵ 三件とも裁量上訴を認容すべきかについては若干の対立があったものの、認容すべきとした裁判官のうち、ダグラス裁判官は明示的に *Shelby* 判決に依拠して、すなわちステイト・アクションを認定して平等保護条項違反とする立場を表明し、これにブレナン裁判官が賛同している。一方、ウォーレンは、本件は *Thompson* 判決と同種であるとして認容すべきとした。他方、三件とも裁量上訴を拒否すべきとしたのはフランクファーター、クラーク、ハーランの三裁判官であるが、

フランクファータは、本件では証拠は十分であって *Thompson* 判決は妥当せず、州が隔離を要求した場合であれば別としつつ、経営者が一つの人種にのみ食事を提供することを望むのであればそれに従うことになる」と発言し、クラーク、ハーランもこれに同調している。こうした経営者の財産権行使への配慮は、他の裁判官の発言にもうかがえる。ブラックは、南部においては座り込み行為自体が治安紊乱を引き起こす可能性を指摘しつつ、店舗の所有者は、制定法による禁止がない限り自らの店舗に誰を入れるかを決定する権利があり、所有者の警告があった後の不法侵入の事案であれば本件とは別であるとしている。また、ホイテッカ裁判官も裁量上訴を認容すべきとしつつ、*Carter* 事件ではドラッグストア側が無限定に入店を認めており、立ち去るよう告げてもいないとしている。こうして、この段階では、端的に平等保護条項違反とする立場（ダグラス、ブレナン）、*Thompson* 判決に依拠する立場（ウォーレン）に加え、治安紊乱に問われた本件とは区別しつつ、隔離が経営者・所有者の財産権行使に基づく場合の処罰の可能性を承認する立場（ブラック、フランクファータ、クラーク、ハーラン、ホイテッカ）が存在していたことになるが（ステュワート裁判官は、理由はうかがえないものの裁量上訴認容の立場を示している）、ともかく最高裁は、三月二〇日に三件とも裁量上訴を認容し、併合して審理することとした。

裁量上訴認容後、合衆国政府——ロバート・ケネディ司法長官とアーチバルド・コックス訟務長官を擁する発問もないジョン・F・ケネディ政権——とニュー・ヨーク市弁護士会権利章典委員会がそれぞれ *amicus brief* を提出されている。このうち後者による *brief* は、州による逮捕および処罰は商業施設における人種差別にあたるとして、正面からステイト・アクションを認定して平等保護条項違反と判断すべきと主張するものであった。⁵⁶ 一方、合衆国政府の *brief* は、本件では、すべての座り込みの合憲性およびステイト・アクション法理についての判断という被告人側が主張した論点について判断することなく、より狭い論点に即して解決することが容易かつ可能であ

るとして、*Thompson* 判決も挙げつつ、有罪判決を支える事実の欠如ゆえに第一四修正のデュー・プロセス条項違反として有罪判決は破棄されるべきと主張している。⁸³ 合衆国政府によるかかる限定的な主張は、端的に座り込み参加者を保護すべきというケネディ司法長官の意向に対して、コックスがその問題の広がりゆえに懸念を示し、個別の事案ごとに対処するという路線を採用したことの反映であった。

そして、一〇月一八―一九の両日にわたり口頭弁論が行われた。被告人側の弁護人グリーンバーグは、上告趣意書ではステイト・アクションの認定を第一の主張とし、*Thompson* 判決に依拠した無罪論は第二の主張としていたが、口頭弁論の直前に同判決に依拠した議論を第一にしたと回想している。その理由は、「私の口頭弁論の戦略は、ホームランを狙うというより、どんな理由であっても勝利を得ることにあつた」⁸⁴ からだといい。こうしてみると、本件における被告人側および *amicus* から提示された有罪判決破棄の理由のうち *Thompson* 判決に依拠すべきとするそれは、最高裁内部からのこれに呼応する声を意識しつつ争点として設定されたのであり、最高裁によるその受容への強い期待とともになされた主張であつたといえる。

最高裁は、口頭弁論翌日の一〇月二〇日の合議において本案審理を行った。⁸⁵ 審理においては、有罪判決破棄の結論では全員一致したものの、理由づけは分かれた。ダグラスは、*Shelby* 判決をふまえつつ、州は制定法によつても判決によつても公共の場における人種差別をしてはならないという理由で原判決破棄の立場を表明した。一方、ウォーレンは、本件では憲法問題に立ち入らず、*Thompson* 判決に依拠して有罪判決を破棄すべきとし、これにホイテックとステュアートが留保なく賛同した。また、ブラックは、ウォーレンに賛同しつつ文言の漠然性をも指摘し、一方で人種差別ゆえに無効とされるべきかには立ち入らないことを明示している。さらにクラークは、ダグラスには同意しえないとしつつウォーレンに賛同し、ブレナンは逆に、ダグラスに同意すると述べつつも本件では

Thompson 判決に依拠しようとした。他方、フランクファータは、Thompson 判決との区別を示唆しつつ、本件では証拠上刑事処罰を相当とするだけの証明がなされていないとし、さらにハーランは、本件では証拠がないとはいえず、Thompson 判決に依拠することはできないとし、またダグラスの理由でも破棄できないとしたが、*Cantwell v. Connecticut*⁴³ に従い、本件では所有者の同意がある上での示威運動の自由が問題であり、州は包括的な法令ではこの自由を制約することができず、明確かつ限定的に起草された規定によらねばならないが、本件規定は適用上漠然性ゆえに無効とすべきとしている。こうして裁判官たちの判断は、有罪判決破棄という結論で一致しつつもその理由づけでは分かれたが、ウォーレンの示した Thompson 判決に基づく原判決破棄という立場を明示的に支持する者が六名となり、これによって判決の基本的方向性が決定された。

二 ウォーレン法廷意見の形成

合議後、ウォーレンは法廷意見執筆を自らに割り当て、意見作成に取りかかる。Earl Warren Papers⁴⁴ には、ロー・クラークが準備したメモ等も含む草稿類が残されているが、そこに残された資料で確認する限り、回覧された法廷意見草稿と最終的に公表された法廷意見との差異は字句・表現の修正にとどまるので、以下判決文に即してその内容を概観しておく。

ウォーレンはまず、上告人および amici が提起した違憲の主張を四点列挙する。それぞれ、(a) 州裁判所の有罪判決は有罪を証明するいかなる証拠にも基づいておらず、Thompson 判決に従い第一四修正のデュー・プロセス条項

に違反する、(b) 上告人は、彼らへの適用上、漠然、不確定、不明確な州法によって有罪とされており、デュー・プロセス条項に違反する、(c) 州裁判所の有罪判決は表現の自由の保障に反する、(d) 州裁判所の有罪判決は人種差別的な州刑法の執行は第一四修正の平等保護条項に違反するという最高裁判例に反する、というものである。その上でウォーレンは、本件では記録に現れた事実から必要とされるよりも広い憲法上の問題について示す必要はないという慣行に従い、本件有罪判決は証拠による裏づけを全面的に欠いており、それゆえ第一四修正のデュー・プロセス条項に違反すると言う。ここで *Thompson* 判決を引き、本件では同判決と同様に、有罪を支えるに足りる十分な証拠があるかが問題ではなく、州裁判所の有罪判決は上告人らの行為が治安を紊乱したという認定を支える事実に基づくものであるかが問題であるとす。さらに、証拠上不法侵入罪が成立するとの州の主張についても、記録上ここでは問題にならないとして斥け、本件での問題を、上告人が商業施設のランチ・カウンターでの行為によってルイジアナ州刑法典の「治安紊乱罪とは、以下の各号の行為のいずれかを公衆を騒がせ、または不安にさせることが予見できるような方法で行うことをいう。(7) 無分別に公衆を騒がせ、または不安にさせるような方法で、その他の「(1) ないし(6) で個別的に列挙された以外の」行為を行うこと。」という規定に違反したことを示す何らかの証拠が記録上存在するか否かであると設定した上で、本件規定が禁止するのは、それ自体暴力的もしくは乱暴な行為または予見しうる物理的妨害を引き起こすという意味での挑発的な行為に限定され、平和的または整然とした行為には及ばないとして、本件規定に該当するとして処罰するためには外形的にも乱暴かまたは荒々しい行為であることの認定が必要であると言う。もともと、ルイジアナ州裁判所がより広い解釈を採用し、差し迫った公衆の騒乱を避けるための警察の介入を許容する可能性があるため、かかる差し迫った危険の証拠があれば、本件行為が予見しうるような紊乱または不安を引き起こするという認定が支持されうるものとして扱おうとする。

そして、ルイジアナ州法のもとで治安紊乱の認定を支持するためにはいかなる証拠が必要であるかを決定した上での究極の問題は、『Thompson 判決と同様に記録がそのような証拠を含んでいるかであるとする。各事件の証拠に照らせば、いずれにおいても上告人らが「ただそこにいること」(mere presence)によって治安紊乱を引き起こしている、または引き起こそうであったという証言はなく、また経営者側からカウンターまたは施設から立ち去るよう求められたという証言もないとし、有罪を支えるに足りる証拠は認められないとする。さらに、州が主張するような南部における人種関係の歴史および強度の人種隔離についても、事実審において裁判所による確知がなされていない以上、裁判所で行うことはできず、結局、記録上上告人らが外形上乱暴な行為によるかまたは公衆の暴動を引き起こしそうな消極的な行動によって治安を紊乱したとの認定を支える証拠は存在せず、したがって上告人らを有罪とすることは第一四修正のデュー・プロセス条項に違反すると判断した。⁵⁰⁾

こうして上告人らの行為が治安紊乱を引き起こしたという証拠の欠如を理由として州裁判所の有罪判決を破棄するとしたウォーレンの法廷意見草稿は、一月一三日に他の裁判官に回覧され、直後にブラック、ブレナン、ステュアートが留保なく賛同し、ホイテッカ、クラークは文言の修正を求めつつ賛同を表明した。⁵¹⁾

一方、フラン克福ァータは、ウォーレンの法廷意見草稿にしばらく賛否を表明しなかったが、一月四日付のウォーレン宛の手紙⁵²⁾において、その理由をハーランが何を書こうとしているかを待っていたためであると述べ、本件のように「州と連邦との関係、州の強制的権力に対峙する個人の諸権利についての憲法上の諸見解のまさに核心に迫る」問題を含む「一連の訴訟の出発点」においてははかかると自制的態度が適切だと釈明する。そして自身は、ハーラン結果同意意見草稿が提示する深刻な問題について熟考した上で、ウォーレンが提示した『Thompson 判決』に依拠した解決に同意すると表明した。その上でフラン克福ァータは、「本件が、もつれて絡み合った座り込みの諸状況を法的

に解きほぐすことが我々に求められている一連の事件の始まりにすぎないというまさにその理由ゆえに、私は判決の望ましい限定的な根拠を、その根拠を表明するよう限定的に執筆された意見で述べることが重要であると思えます。私にとっては、そのことは可能な限り最小限に判断することだけでなく、判断に際して可能な限り最小限に語ることをも意味します」と述べ、具体的には、*Thompson* 判決が六頁の判決であったという事実に触れつつ、一六頁にわたるウォーレン草稿の縮減——上告人らが提示した憲法問題への言及、詳細な事実関係、さらには「有色人種」への言及などの削除——を求めた。それは、フランクファーターによれば、「我々がいま踏み込もうとしているような繊細な領域——非常に注意深い漸進的な発展を必要とすることに同意していただけだと思いますが——では、可能な限り将来起きることを隔離しておくことが非常に重要」であり、「これは長い物語の始まりにすぎないという事実を我々がみな十分意識しているというまさしくその理由ゆえに、私は本件を重要でない事件にしたいのです」という考慮に基づくものであった。そしてさらにフランクファーターは、もしウォーレンがこのままの形で法廷意見を公表する場合には同意意見として付されるであろう三頁の覚書——「重大な問題のこの些細な側面を扱う『重要でない事件』の例を示すためのもの」——を同封している。

ウォーレンの法廷意見草稿ですら書き過ぎるとするこのフランクファーターの意見と提案に対し、ウォーレンは二月六日付の返信⁵⁵で、本件が一連の事件の最初の事例にすぎず、何を書き何を書かないかが重要であることには同意するとしつつ、*Thompson* 判決による処理そのものが限定的な根拠に基づく判断であることを示していると応答する。そして、フランクファーターの提案については、我々のうち二人（ダグラスおよびハーラン）が証拠があると考えるがゆえに広い憲法上の問題に触れる意見を執筆している以上、提起された問題を挙げた上でなぜそれらに触れないかを示さないわけにはいかないとし、また、上告人らが自分たちが黒人であるがために訴追されていると

主張している以上それを削除することもできないとして基本的に斥けた。この返信に接したフランクファータは、ウォーレンの草稿が「冗長」だというのではなく、判決が扱うべき主題についての見解の相違である旨ウォーレンに書き送り⁸⁵、先の覚書が結果同意見として付されることとなった。

こうしてフランクファータが付した結果同意見は、公式判例集でも三頁とごく短く、かつ通常の刑事事件として処理しようとする志向が前面に出たものとなった。フランクファータはまず、州法の解釈は州裁判所に委ねられていることを確認しつつ、本件規定に関する州最高裁の判決においては禁止の範囲が十分説明されていないものの、私営の店舗における非暴力的、非宗教的行動も、それが公衆を紊乱し、不安にさせる傾向を有するときには禁止されるという解釈は十分引き出しうるとする⁸⁶。そして、公衆の不安または紊乱を引き起こす傾向を有する非暴力的活動を禁止する制定法の合憲性を仮定したとしても、刑事罰の決定的な要素であるかかる傾向は、有罪判決を維持するためには記録上明らかな証拠によって支えられていなければならず、*Thompson* 判決を引きつつ、被告人に提示される訴追原因に含まれない裁判官の個人的な知識や「顕著な事実」は、デュー・プロセスの見地からはいかなる行為が犯罪として処罰されるかについての本質的要素の適切な根拠とはならないと言う⁸⁷。フランクファータによれば、正式の証明までは不要であるとしても、推論が全く疑わしいときに何らかの立証もなしで済まされてはならず、本件州法の下での有罪判決は単に一般的な場合にありうる帰結に依拠することによって維持されてはならないのであって、特定の個人が特定の状況の下である特定の時に特定の効果を持つとされる行為のゆえに刑務所に送られようとしているがゆえに、提示された証拠が示す特殊性によって当該行動と効果を評価することが必要であるが、各事件の記録はいかなる公衆に対しても紊乱や不安を与えたという証拠を含んでおらず、上告人らが「ただそこにいること」と要約しうるものを示すのみであって、証拠が示す「ただそこにいること」はルイジアナ州法によって

犯罪とされておらず、有罪判決は破棄されねばならないのである。⁶⁰⁾

以上の経緯から読み取ることができるのは、ウォーレンもフランクファーターも本件においては憲法上の論点に立ち入るべきでないという立場を共有しつつ、フランクファーターは、最高裁の判断が外部に与える影響を強烈に意識しつつ何を語るかを考えねばならないというその志向ゆえに、本件においては、通常行動をとにもすることの多いハーランでなくウォーレン法廷意見により近接した立場——本件の文脈に触れることすら極力避け、より徹底して「重要でない事件」として扱う立場——をとりえたという事情である。そうだとすれば、ウォーレン法廷意見およびフランクファーター結果同意意見の意味するところは、実体的憲法判断に踏み込んだ意見を執筆した二名の裁判官——ダグラスとハーラン——との対比において理解されねばならず、逆にこの二名の意見の意図および射程もかかる対比においてこそ理解されるべきことになろう。以下で節を改めて、ダグラス同意意見およびハーラン結果同意意見を見ることとする。

三 二つの違憲論——ダグラス、そしてハーラン

こうして最高裁の多数派が、公共施設における人種隔離自体の合憲性についての判断を回避する意見を形成する一方で、ダグラスは、最初の合議以来表明していた立場に基づく同意意見草稿を執筆し、回覧する⁶¹⁾。これも最終的に同意意見として公表されたものと内容の大きな相違は見られないので、判決文に沿ってその内容を概観しておく。ダグラスは、もし本件が太平洋岸北西部——ダグラスの出身地——で起きた事件であれば法廷意見に同意する、

と述べるところからその同意意見を書き起こす。しかし、本件はルイジアナ州——あの *Plessy v. Ferguson*⁶² の舞台でもあった——で発生したのであり、人種差別的コミュニティという環境においては、白人用カウンタートに黒人がただいること自体がある種の人々をいかに刺激するかを理解しうるのであって、ハーラン結果同意意見に言及しつつ本件州法の規定は公衆の紊乱を引き起こしうる平和的活動を含むとする⁶³。そして、もし憲法問題をすべて脇に置いて単に治安紊乱の見地から処理されるのであれば本件有罪判決を破棄するのは難しいだろうが、「私は、憲法問題を扱うべきであり、かつそのことが破棄には不可欠であると考える。レストラン等は、我々のコミュニティのほとんどにおいて公的生活の一部である。それらは私企業によるものであるが、州が人種隔離という政策を執行してはならない公共施設なのである」と言う⁶⁴。

もちろんダグラスも、第一四修正の平等保護条項は州が偏見や不寛容の政策をとり、それを執行することを禁ずるものであることを認めるが、第一四修正が禁止する州の政策は、立法、行政、司法部の行為だけでなく慣習を通じても現れるのであり、本件においても被告人が白人用の座席でサーヴィスを求めた黒人であったことよって逮捕されたという全体の状況からかかる推論が引き出されうるとし、隔離にかかるルイジアナ州法の各種規定を列挙して、レストランにおける人種隔離を文言上要求する州法または条例の規定は存在しないものの本件の経営者はルイジアナの慣習に従い隔離を行っていたことは明白であり、「隔離は、コミュニティとしてのルイジアナ州の構造にとって基本的なものであり、それを維持する慣習は少なくとも法と同程度に強力なものである」と述べ、経営者による隔離の選択によって当該隔離が「州の」ではなく「私的な」行為となるのではなく、隔離政策が州の政策なのであれば、その執行が私企業によることは問題にならないとする⁶⁵。

そして、ダグラスによれば、州はその隔離政策をレストランの施設において合憲的に執行できないのであり、憲

法上の権利が問題となる場面では個人の財産上の権利はそれに道を譲らねばならないとして、公益上の理由から私企業の規制が認められた先例を列挙しつつ、ルイジアナ州法上レストランは公益に関わる私有財産の一形態として各種規制に服しており、州が人種隔離を認めるような形態でその許可権限を行使することは憲法上許されず、許可を受けた企業においてはすべての人々がそれにかかる権利を有するのであって、州のすべての権限はいかなる集団にも平等保護を否定するような形態で行使されてはならないという憲法上最も重要な要件が存在すると言う。こうしてダグラスは、ステイト・アクションの存在を認め、レストランにおける人種隔離自体の違憲を宣言した。

カーストとヴァン・アルステインは、*Garner* 判決直後の論説で、「予測は禁物ではあるが、もし *Garner* 判決がなにかし記憶されるとすれば、ダグラス裁判官の同意意見のゆえということになりそうである」と述べているが、かかる正面からの違憲論は、しかし、合議では賛同の意を示したブレナンも含め他の裁判官の同意を得ることはできず、また、翌開廷期以降最高裁が判断することになる *still in cases* において過半数を制することもなかった。しかし、かかる立場は、以降の最高裁内部における対立の一方の極を形成することになり、ダグラス自身 *Garner* 判決の約一年後の段階で、ブラックとフラン克福ォータが、所有者が望むのであれば黒人へのサーヴィスを拒むことができ、警察および州司法部の助力を求めようという財産権重視の立場をとっており、これにハーランとクラークが同調している一方、自分に同意するのはウォーレンとブレナンだけだと理解していたという。

他方、ハーランは、ウォーレンが回覧した法廷意見草稿には同意できないとして、自らの結果同意意見を準備する旨伝え、一月三〇日に合議での発言をもとにした草稿を回覧する。その内容は、法廷意見が *Thompson* 判決に依拠して証拠の欠如を有罪判決破棄の根拠としたことを批判しつつ、第一修正に基づく違憲論を提示するものであった。まずは最終的に結果同意意見として公表されたその見解を概観する。

ハーランは、法廷意見が本件州法が禁止するのは暴力的もしくは乱暴な行為または予見しうる物理的妨害を引き起こしうる外形上挑発的な行為に限定され、上告人らが行ったような平和的または整然とした行為がこれらに該当するという証拠がないとする点につき、このような解釈はルイジアナ州最高裁の解釈に反するとする。すなわち、本件において州最高裁が地区裁判所の有罪判決を維持したのは、上告人らの行為は本件州法に違反するという解釈を示したものと理解すべきであり、法廷意見の理解とは異なり、本件州法は予見しうる治安紊乱を引き起こすような平和的行為を含みうるものとするべきであって、*Thompson* 判決のように当該行為を処罰しうるものと憲法上解釈することができない規定が問題となった事案とは異なるとする。ハーランによれば、*Thompson* 判決は最高裁の歴史においても唯一無二の状況にかかる事案として理解されるべきであり、同判決の教訓を最大限の慎重さと最高裁の審査権限に課された制限についての正しい理解とをもって適用しない限り、危険な領域へと足を踏み入れることになってしまふのである。⁸³

ハーランは続けて、法廷意見が当該州法が治安紊乱を引き起こしうる他の行為を含む可能性を認めつつ、やはり証拠上上告人らの行為がかかる治安紊乱を引き起こす傾向を有していたとは認められないとする点につき、上告人らの行為を含む座り込みのプログラムがルイジアナを含む多くの州で少なからぬ人種の緊張を引き起こしたことは疑いない事実であり、上告人らの行為が治安紊乱を引き起こしたか否かを認定するためルイジアナ州裁判所が確知を行ってしかるべき人種の緊張の存在は、コミュニティおよび合衆国のこの地域全体においては周知であったとして、法廷意見がかかる裁判所による確知を否定したことを批判する。⁸⁴

以上のように法廷意見が *Thompson* 判決に依拠したことを厳しく批判するハーランは、しかし、*Cantwell* 判決に照らして本件有罪判決は破棄されるべきとする。法廷意見だけでなく、フランクファーターもダグラスも三事件を基

本的に同一の事実関係のものと理解し、一括して扱っているが、ハーランによれば、*Garner, Hoston* 両事件においては上告人らが白人用ランチ・カウンターに居続けたことには所有者の黙示の同意があったのに対し、*Briscoe* 事件にはかかる事情はなく、他の二件とは区別される。そしてハーランは、*Cannell* 判決で示された諸原則を適用すれば三件いずれについても有罪とすることは第一四修正に違反するとするが、上記事案の区別からすれば、*Garner, Hoston* 両事件については、被告人らの行為は第一四修正の保護対象に含まれる表現の一形態であり、包括的に治安紊乱を定める州法によっては処罰しえないとする一方、*Briscoe* 事件についてはかかる保護は及ばないものの、なお本件州法は本件に適用される限り漠然不明確であり違憲であるため、やはり有罪判決は維持しえないとする（これは他の二件については有罪判決破棄の追加的な理由となるとしている）⁹⁶。

すなわち、*Cannell* 判決は、第一修正によって保障される自由（第一四修正によって州による侵害からも保護される）については、行政および司法による適用に際し広範な裁量を認めることの危険ゆえに、包括的な治安紊乱の規定ではなく、個別的かつ限定的な規定によらねば合憲的に規制できず、「州の実質的な利益に対する明白かつ現在の危険を構成するものとして特定の行為を定義し、処罰するよう限定的に定められた制定法がない以上、上告人らのコミュニケーションは有罪とするに足るだけの治安および秩序に対する明白かつ現在の脅威を示すものではない」と判示したのであって、ハーランは、*Garner, Hoston* 両事件についてはこの原則に従うべきとする⁹⁷。両事件においては、上告人らの行為は単に白人用ランチ・カウンターに居続けるという欲求および警察による移動の要求の拒否以上のものがあり、「我々は、上告人らがこの国のこの地域において食事をとる施設で彼らの人種が差別されているということを示すために、サーヴィスを受けられないことを知りながらカウンターに座っていたのだということ認めないよう目を閉ざすべきではない⁹⁸」。そしてハーランは、両事件の状況のもとでは、かかる表明は言語

による表現と同様に「思想の自由な交換 (free trade of ideas)」の一部であって、街角の演説台から発せられる演説と同程度に良識と「公共の討論を通して示される理性の力」に訴えかけるものであり、先例を引用しつつ当裁判所は第一四修正によって保護される「自由」である話す権利は言語的表現に限定されないことを示してきたとする。ハーランによれば、もし *Shromberg* 判決で認められたように組織された政府への反対のシンボルとして赤旗を掲出することが第一四修正の保障する自由な言論なのであれば、人種隔離への反対の表明として私人の所有するランチ・カウンターにその所有者の同意を得て座る行為も保護対象に含まれるのであり (*Briscoe* 事件のように所有者の異議がある場合には別とする)、州が治安維持についての利益を有することは否定できないものの、第一四修正が保障する表現の自由の範囲に含まれる行為に対して刑事制裁を科そうとするときには、一般的かつ包括的な治安紊乱の禁止という手段で行うことはできないのであって、「州の実質的な利益に対する明白かつ現在の危険を構成するものとして特定の行為を定義し、処罰するよう限定的に定められた」規定によらねばならない。⁸⁰ ルイジアナ州立法院は、上告人らが座り込み行為を行う以前には他の面では保護される行為が刑事的に規制しうるだけの明白かつ現在の危険をもたらすという判断を示しておらず、一般条項である本件当時の規定のもとでは上告人らの行為を合憲的に規制できないのである。⁸¹

さらにハーランは、*Cumwell* 判決には、他の面では憲法上保護される行為に触れる意図を有するかにつきあいまいさを残す制定法は、第一四修正が要求する被告人への適切な警告を与えるものではないとの前提が含まれており、さらに先例は州立法院に対し表現の自由を侵害する立法につき特段の明確性を要求しているが、本件行為は表現行為にかかる本件州法の規定違反としては起訴されていないと言う。⁸² コミュニティの福祉への明白かつ現在の危険にあたるとして上告人らの行為を禁止する州の優越的利益を示そうとする制定法が存在していない以上、公道および

所有者の同意を伴う私有財産上での平和的な示威運動は表現の一形態として憲法上保護されるが、ルイジアナ州の治安紊乱に関する規定は、刑事不法侵入にかかる同州法の規定とは異なり、憲法上の保護が推定される活動と *Briscoe* 事件における上告人らの行為との間に明確な区別をしておらず、かかる規定はいかなる行為がその適用対象に入るかについて何ら警告を与えないものとして、漠然性のゆえに無効とされなければならない。⁸³ こうしてハーランは、本件規定を第一修正に違反するとして、法廷意見の理由づけへの反対を明示しつつも結論において同意することとした。

それにしても、これほど率直に第一修正による座り込み行為の保護を語り、カルヴェンをして、ウォーレンでもブレナンでもブラックでもダグラスでもなく「思いもかけない方向からもたらされた」と言わしめ、「なぜハーランがこれを書いたのか驚くほかない」とまで記しせしめたこのハーラン結果同意意見は、いかなる考慮から生み出されたのか。上述の合議の経緯やハーラン結果同意意見の行論自体からもある程度うかがい知ることができるように、ハーランにとってこの結果同意意見の意図は二つの限定にあった。

ハーランによる第一の限定は、もちろん、ウォーレン法廷意見による *Thompson* 判決への依拠に向けられていた。*Thompson* 判決自体はハーランを含む全員一致の判断であったが、同判決の法廷意見執筆を割り当てられたブラックが回覧した草稿に対して、ハーランは、将来単なる証拠不十分の事案に利用されることがないよう、本件が証拠を全く欠くものであることを強調する文章を付加するよう求め、ブラックもそれに応えたという。⁸⁴ そのハーランにとって、本件についてまで同判決の射程を拡大することは許されないことであり、同判決の影響力を限定することが結果同意意見執筆の一つの意図であった。

一方、ハーランが *Cumwell* 判決——実は、同判決は上告趣意書および *amicus brief* では引用されていない——

に依拠しつつ第一修正違反を明示した結果同意意見草稿を回覧した後、これに接したフランクファータは、ハーラン宛の手紙で「ひどく困惑しました」と述べたという。フランクファータは、「もし私が、ウォーレン―ダグラス―ブレナンによる座り込みについての極端な憲法上の見解を抱いているのであれば、熱烈にあなたの意見を支持することでしょう」と述べつつ、「これまで『私的な』土地とみなされてきた場所に退去要求後もとどまり続けることが憲法上保護された自由な言論の一形態であるという前提から出発すれば、いかなる『不法侵入』の規定も、それがいかに限定的に定められていようとも、当裁判所の少なくとも五名が、いつか——私はもう間もなくだと思いますが——かかる憲法上保護された権利は不合理な差別的な方法での財産権行使のいかなる主張をも覆すと判断するのを止められないことになるでしょう」として、この種の主張が人種間の不平等解消に向けた政策へ悪影響をもたらす可能性への懸念をも示しつつ、ハーランにその意見を撤回しよう説得を試みた。これに対してハーランは、「もちろん私は、第一四修正によって保護される『自由』が、所有者が排除し、または異議を申し立てる権利を持つ私有財産上での諸活動を含むというばかげた法理を支持しようとするものではありません」と応じつつ、かかる判断が *Thompson* 判決の拡張よりは困難が少ないとして、「私には、これらの事件が処理されつつあるやり方うちに、一群の『黒人』法の早咲きの種が見えます——それは最高裁にとって非常に悪いものであり、かつ少くともあなたと私がしっかり肩を組んで反対してきたものです。これが、私がかくも強くこの重大事に抵抗し、将来に向け、この種の事件で *Thompson v. Louisville* を用いる誘惑への警告を発するよう駆り立てられた理由です。将来この領域での極端な憲法判断の可能性を防ぐために *Thompson* 判決を拡張すること、このような判断が生じることの危険を冒すこととの間であれば、私は後者の途をとるでしょう。もしそのような判決が生じたとしても、それは少なくとも率直さという美德を持つでしょうから」と書き送っている。こうした応答からは、ハーランが示

した第一修正に基づく本件座り込みの保護という論理は、Thompson 判決による処理への抵抗に加え、ダグラス流の違憲論への異議およびその限定という考慮から生み出されたものと理解できよう。

しかも、ハーランによるその結果同意意見草稿の修正の経緯を見ると、注目されるのは、最初に回覧された草稿（一月三〇日付）においては所有者の同意の有無に基づき Garner, Hoston 両事件と Briscoe 事件との区別は明示されず、座り込み行為が表現の一形態として保護され、包括的な治安紊乱罪の規定では処罰できず、かつ当該規定は漠然性ゆえに違憲という有罪判決破棄の根拠は三件に共通するものとして提示されていた⁸⁰が、二月八日に回覧された第五草稿において、明確に Garner, Hoston 両事件と Briscoe 事件との事案を区別した上で、前二者については表現の一形態と認めつつ包括的な規定による処罰を否定し、Briscoe 事件については規定の漠然性という理由のみによる有罪判決破棄という理由づけの区別が明示されたことである⁸¹。第五草稿での事案の区別が、最初に回覧された草稿に含まれていた「本件は『不法侵入』による訴追ではないことを強調することが重要である⁸²」という文を削除した上でなされていること、さらに最終草稿の段階で、Sromberg 判決等を挙げつつ座り込み行為を表現の一形態と認めた箇所の直後に「このことは、もちろん、(Briscoe 事件におけるように)所有者の意思に反して私有財産上で行われる示威行為にまで第一四修正の保障が及ぶというものではない」という文章が追加されていること⁸³、さらにこの修正が先のフランクファーターとの意見交換の後に行われていることを勘案すれば、ハーランの意図が、第一修正による座り込み行為の保護も所有者の同意にかからしめられるということを示し、自らの第一修正に基づく違憲論の射程自体をもより限定しようとしたことを読み取るのは十分可能であり、より直接に所有者の意思が問題となる不法侵入の事案につき、これとは異なる処理の可能性を残す意図は明白であろう。すなわち、ハーランにとっては、座り込みが表現行為としての保障を受けるとしても、それはあくまで所有者の同

意（黙示的ではあれ）がある限りにおいてのことであり、包括的な治安紊乱罪の適用が問題となった本件では座り込み参加者を保護する結果を生み出したものの、不法侵入での処罰が問題となる事案においてまで座り込み行為が第一修正に基づいて保障されることを意味するものではない。カルヴェンの言を借りれば、「ハーラン裁判官は、彼の見解によれば、その使用が適切であるような他の事案は決して存在しないような刺激的、拡張的な新概念を提示したのである」⁸⁹。そうだとすれば、このハーラン結果同意意見を第一修正の法理に対する重要な貢献として彼の利益衡量論とともに称揚する見解⁹⁰も、少なくとも本件当時の文脈においてそれを額面通りに受け取ることはできないというべきであろう。

むすびにかえて——または中間考察

以上のような経緯を経て形成された *Gannett* 判決は、一九六一年二月一日に下された。最高裁は、座り込み行為の処罰を初めて直接に扱ったこの事件において、裁判官間の意見対立を背後に置きつつ、ともかくも全員一致で有罪判決破棄という結論を導いた。とはいえ、法廷意見は「地雷原を無事切り抜けた」⁹¹とも評される類の対応ではあり、本件においては有罪判決を破棄しえた証拠の欠如という判断手法が不法侵入の事案の場合にまで利用可能であるかまで含めれば、座り込み参加者の保護にとっては必ずしも有利にはたらかない可能性を残すものであった。⁹²

一方で、かかる法廷意見の対応を肯定的に評価することもまた可能ではある。ビッケルは、かの *counter-*

majoritarian difficulty という問題を提起したことであまりにも有名な一九六二年——Garner 判決の翌年——の著書において、裁判所が当事者に苦難を与えることなく憲法判断を回避しうる「消極の美德」(passive virtues)の意義を説く素材として Garner 判決を取り上げている。彼は、本判決が座り込みにかかる最初の事案であったことに触れて、かかる場合には、正面から問題を扱わずに確定的な結論を示さないことを通して後のより永続的な解決へと接近しうると述べて「観測気球」としての意義を見出しつつ、憲法判断を回避する各種手法を検討した上で、本判決においては証拠の欠如という手法と漠然性ゆえ無効の手法とでは前者の方が後者より限定された判断を示すことになったとしている。フランクファーターの志向とも共通するかかる議論の一般的な妥当性はともあれ、法廷意見の判断手法は、本件を含む *stare decisis* においても最高裁の全員一致の判断が優先されたという事情のもと、全員一致を獲得しうる理由づけが追求されたことの反映でもあったろう。それはまた、座り込みという新しい運動形態に対して最高裁が有罪判決維持という判断を示した場合に想定されるインパクトとの対比において、本判決の意義を考える必要があることをも示唆する。すなわち、正面からの憲法判断を回避しつつも最高裁が全員一致で有罪判決を破棄したことは、少なくともある種の直接行動は保護されうるとのメッセージとして機能したのであり、それが公民権運動の展開に一定の力を与えたことを軽視することはできない。グリーンバーグは、Garner 判決のメッセージを端的にこう表現している。「運動に参加している若者に、裁判所は君たちを保護すると示唆した。運動は勇気づけられた」のだと。

そうであれば、Garner 判決は、座り込みを含む直接行動の前面化という公民権運動の新たな展開の中で示された「主体的・自覚的『民意』」への、当時の最高裁なりの回答であったと見ることも可能であろう。もちろん、浦部法穂による「主体的・自覚的『民意』」への着目は違憲判断「積極主義」の民主的正当性にかかる文脈でのもの

ではあるが、にもかかわらず、時に本判決法廷意見のような手法を通じて裁判所が「主体的・自覚的『民意』」に
 応答する可能性はあるのであり、かかる手法が当時の文脈において持ちえた意味を過小に（そしてもちろん過大に
 も）評価すべきではなからう。加えて、南部諸州による直接行動の弾圧——とくに凄惨な暴力を伴うそれ——が
 メディアを通して北部に伝えられることによって、一九六四年公民権法の制定へとつながる公民権運動への支持を
 獲得しえたという連関においては、最高裁の判断はかかる動向に棹さすものとして機能したとも理解しうる。同時
 代の観察者カルヴェンは、直接には *still in cases* が提起した第一修正法理への課題を語る中で「黒人の抵抗運動の
 もっとも恐るべき皮肉は、それが北部の聴衆にのみ向けられた言論であるということであろう」と述べているが、
 その意味するところはきわめて深長であるといわねばなるまい。

その一方で、本判決が二重の意味での転換期に下されたものであるという事情にも留意しておかなければならな
 い。一つは、冒頭でも触れたように、座り込み運動が公民権運動の展開における転換点であったことに関わる。最
 高裁は、*Garner* 事件口頭弁論後の一九六一年一月六日にサーグッド・マーシャルの弁護士辞任を認めている。¹⁰⁰

これは、直接にはマーシャルがケネディ大統領によって第二巡回区連邦控訴裁判事に指名されたことに伴うもので
 あり、マーシャルの辞任後もLDFは座り込みを含む多数の直接行動にかかる事案の弁護活動を行っている。しか
 し、マーシャルの後任としてLDFの首席弁護人となったグリーンバークは、かつてLDFが採用し、*Brown v.*
Board of Education を獲得しえた、周到にテスト・ケースを準備し、漸進的に隔離撤廃を獲得するという戦略が、
 座り込みにおいては通用しなかったことを率直に告白している。¹⁰¹ かかる従来の訴訟戦略の中心にいたマーシャルの
 退場は、公民権運動の形態と担い手の変化を象徴するエピソードではある。

もう一点は、本判決が一九六二年以降の「真のウォーレン・コート」¹⁰²の直前に下されたことに関わる。ホイテッ

カ、そして本判決の形成過程においても重要な役割を果たしたフランクファータは、この一九六一—六二年開廷期を最後に最高裁を去り、後任としてホワイト、ゴウルドバーグが最高裁入りする。こうした最高裁の構成の変化は、その後の *stare decisis* の処理にも影響を与え、内部の意見対立が顕在化することにもなる。¹⁰⁰ ハーラン自身、一九六四年の *Bell v. Maryland* ¹⁰¹ においては、「表現の自由への権利は、見解を表明する権利なのである——他者に舞台や演壇を提供するよう強いる権利ではない」と明示したブラック反対意見——「絶対主義者」として知られるあのブラックがかかる立場を表明したことに注目せねばならないが——に留保なく賛同するに至り、さらには公共図書館における座り込み行為の処罰が問題となった一九六六年の *Brown v. Louisiana* ¹⁰² においても、*Garner* 判決ハーラン結果同意意見を引きつつ座り込み行為に第一修正の保障が及ぶことを承認したフォータス意見（ウォーレン、ダグラスが同調）¹⁰³ には賛同することなく、かえって処罰を認めるブラック反対意見に加わっているが、表現の自由法理への波及をも含め、かかる展開の検証は今後の課題とするほかない。*Garner* 判決を対象とした本稿が中間考察にとどまるゆえんである。

注

- (1) 川島正樹『アメリカカ市民権運動の歴史』（名古屋大学出版会、二〇〇八年）三六頁。座り込み運動の最初期の展開については Daniel H. Pollitt, *Dime Store Demonstrations: Events and Legal Problems of First Sixty Days*, 1960 DUKE L.J. 315 が ¹⁰⁴ 述べている。また、非暴力抵抗運動、市民的不服従との関連ではさしあたり寺島俊穂『市民的不服従』（風行社、二〇〇四年）一二二頁以下を参照。
- (2) 109 U.S. 3 (1883).

- (3) ALEXANDER M. BICKEL, POLITICS AND THE WARREN COURT 170 (1965); Mark Tushnet, *The Warren Court as History: An Interpretation, in THE WARREN COURT IN HISTORICAL AND POLITICAL PERSPECTIVE* 1, 10 (Mark Tushnet ed., 1993).
- (4) 同世代の書籍より見れば、see, e.g., Thomas P. Lewis, *The Sit-In Cases: Great Expectations*, 1963 SUP. CT. REV. 101; Momrad G. Paulsen, *The Sit-In Cases of 1964: "But Answer Came There None"*, 1964 SUP. CT. REV. 137.
- (5) 378 U.S. 226 (1964).
- (6) Civil Rights Act of 1964, July 2, 1964, Pub. L. No. 88-352, 78 Stat. 241.
- (7) See *Hamm v. City of Rock Hill*, 379 U.S. 306 (1964); *Georgia v. Rachel*, 384 U.S. 780 (1966).
- (8) 368 U.S. 157 (1961).
- (9) 最初期の反応より見れば、see, e.g., William W. Van Alstyne & Kenneth L. Karst, *State Action*, 14 STAN. L. REV. 3, 52-57 (1961); Earl Lawrence Carl, *Reflections on the "Sit-Ins"*, 46 CORNELL L.Q. 444 (1961); Frank E. Schwelb, *The Sit-In "Demonstration: Criminal Trespass or Constitutional Right?"*, 36 N.Y.U.L. REV. 779 (1961).
- (10) See MARTIN SHAPRO, FREEDOM OF SPEECH: THE SUPREME COURT AND JUDICIAL REVIEW 147 (1966).
- (11) HARRY KALVEN, JR., THE NEGRO AND THE FIRST AMENDMENT 123-172 (Phoenix ed. 1966) (1965). なお、象徴的表現論との関係より見れば、see, e.g., MELVILLE B. NIMMER, NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH § 3.06[B] [1] (1984). See also THOMAS I. EMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION 296 (1970).
- (12) 同書より見れば、*Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536, 546 (1965) が *Garner* 判決のノーラン結果同意意見を引用している事実を指摘するに当たっては、see also KALVEN, *supra* note 11, at 144, 184. ようなことは、現在ではもっぱら名誉毀損にかかる事実として理解されているかの *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) で問題となった意見広告も、座り込み運動開始直後の一九六〇年三月二十九日付紙面に掲載され、南部諸州における座り込みとそれに対する弾圧の事例を挙げつつ支援を呼びか

けたものであった。Id. at 256-259, Appendix. 公民権運動と Sullivan 判決の連関について see, e.g., Lillian R. BeVier, *Intersection and Divergence: Some Reflections on the Warren Court, Civil Rights, and the First Amendment*, 59 WASH. & LEE L. REV. 1075, 1081 (2002). 大衆示威運動と表現の自由法理との連関については see id. at 1086-1090.

- (13) See, e.g., MORTON J. HORWITZ, *THE WARREN COURT AND THE PURSUIT OF JUSTICE* 37-49 (1998); LUCAS A. POWE, JR., *THE WARREN COURT AND AMERICAN POLITICS* 272-280 (2000). 毛利透『表現の自由』(岩波書店、二〇〇八年)一五五頁以下も参照。
- (14) その意味で本稿は、拙稿「前期ウォーレン・コートにおける表現の自由法理の形成」法政論集二二三号(二〇〇六年)の続編としての性格を有する。

- (15) 若部信喜『現代人権論』(有斐閣、一九七四年)八〇―八四頁のほか、近時のものとしては、木下智史『人権総論の再検討』(日本評論社、二〇〇七年)九二―九三頁、君塚正臣『憲法の私人間効力論』(悠々社、二〇〇八年)一〇七―一〇八頁、榎透『憲法の現代的意義』(花書院、二〇〇八年)二八―三三頁、宮下紘「ステイト・アクション法理の理論構造」一橋法学七卷二二号(二〇〇八年)二六六頁、同「ステイト・アクション法理の根底にあるもの」憲法理論研究会編『憲法変動と改憲論の諸相』(敬文堂、二〇〇八年)二二頁など。

- (16) 紙谷雅子「表現の自由(一)」国家学会雑誌一〇一巻一・二号(一九八八年)三〇頁、同「象徴的表現(一)」北大法学論集四〇巻五―六号(一九九〇年)一八五四―一八五五頁、長峯信彦「象徴的表現(一)」法研論集六七号(一九九三年)一七〇頁、奥平康弘『表現の自由』を求めて』(岩波書店、一九九九年)二三九―二四一頁参照。

- (17) さしあたり、「ピラによる政治的意見の表明が言論の自由により保障されるとしても、これを投函するために、管理権者の意思に反して邸宅、建造物等に立ち入ってよいということにはならないのである。つまり、・・・何人も、他人が管理する場所に無断で侵入して勝手に自己の政治的意見等を発表する権利はないというべきである。したがって、本件各立入り行為について刑法一三〇条を適用してこれを処罰しても憲法二二条に違反するということにもならないと解される」と言い放つ立川反

- 戦ビラ事件控訴審判決（東京高判二〇〇五年二月九日判時一九四九号一六九頁）、さらに二〇〇八年二月に予定されていた日教組教研集会にかかるグランドプリンスホテル新高輪による会場使用拒否事件（斎藤貴男「プリンスホテルの恐るべき『善意』」世界七十七号（二〇〇八年）参照）のみ挙げておく。
- (18) *Garner v. Louisiana*, 368 U.S. 157, 158-161 (1961).
- (19) MARK V. TUSHNET, MAKING CIVIL RIGHTS LAW: THURGOOD MARSHALL AND THE SUPREME COURT, 1936-1961, at 309-310 (1994); JACK GREENBERG, CRUSADERS IN THE COURTS: HOW A DELICATED BAND OF LAWYERS FOUGHT FOR THE CIVIL RIGHTS REVOLUTION 273 (1994). *40-52 Brown 判決* (Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954)) と直接行動との連関を論ずる。see MICHAEL J. KLARMAN, FROM JIM CROW TO CIVIL RIGHTS: THE SUPREME COURT AND THE STRUGGLE FOR RACIAL EQUALITY 377-384 (2004).
- (20) See, e.g., JACK M. BLOOM, CLASS, RACE, AND THE CIVIL RIGHTS MOVEMENT 155-173 (1987).
- (21) TUSHNET, *supra* note 19, at 310; MICHAEL D. DAVIS & HUNTER R. CLARK, THURGOOD MARSHALL: WARRIOR AT THE BAR, REBEL ON THE BENCH 218-219 (Updated & Revised ed. 1994).
- (22) Brief for Petitioners, *Garner v. Louisiana*, 368 U.S. 157 (1961) (Nos. 26-28), 1961 WL 102281. *なぜ GREENBERG, supra* note 19, at 272-273, 293 *で* 種の直接行動の事案をめぐると NACCP 本体と I D E F の温度差を伝えている。
- (23) 352 U.S. 903 (1956).
- (24) 364 U.S. 454 (1960). 本判決がフリーダム・ライツに与えた影響については see POWER, *supra* note 13, at 172-174.
- (25) 365 U.S. 715 (1961).
- (26) 326 U.S. 501 (1946).
- (27) 334 U.S. 1 (1948).
- (28) 362 U.S. 199 (1960).

- 62) United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, 152 n.4 (1938). See Louis Lusk, *Footnote Redux: A Carolene Products Reminiscence*, 82 COLUM. L. REV. 1093 (1982); LOUIS LUSKY, OUR NINE TRIBUNES: THE SUPREME COURT IN MODERN AMERICA 123-127, 177-190 (1993). 邦語文献としては、阪口正二郎「政治過程と司法審査」社会科学研究四二巻三三号（一九九〇年）一二九頁、松井茂記『二重の基準論』（有斐閣、一九九四年）二二―二六頁参照。
- 63) Thompson v. City of Louisville, 360 U.S. 916 (1959).
- 64) 裁量上訴申立書は未見であるが、裁量上訴認容後に提出された上告趣意書にその主張が登場している。See Brief for Petitioners, *supra* note 22, at 24-28.
- 65) Brief on Behalf of Respondent State of Louisiana at 8-40, Garner v. Louisiana, 368 U.S. 157 (1961) (Nos. 26-28), 1961 WL 102282.
- 66) Jack Greenberg, *In Memoriam—Louis Lusk*, 101 COLUM. L. REV. 977, 979 (2001); GREENBERG, *supra* note 19, at 274.
- 67) Greenberg, *supra* note 33, at 979; GREENBERG, *supra* note 19, at 274.
- 68) 以下の雑誌は、THE SUPREME COURT IN CONFERENCE (1940-1985), at 709-710 (Del Dickson ed., 2001) に掲載。See also Brad Ewin, Note, *Result or Reason: The Supreme Court and the Sit-In Cases*, 93 VA. L. REV. 181, 195-198 (2007).
- 69) Garner v. Louisiana, 365 U.S. 840 (1961); Briscoe v. Louisiana, 365 U.S. 840 (1961); Hoston v. Louisiana, 365 U.S. 840 (1961).
- 70) Brief Amicus Curiae for the Committee on the Bill of Rights of the Association of the Bar of the City of New York, Garner v. Louisiana, 368 U.S. 157 (1961) (Nos. 26-28), 1961 WL 102283.
- 71) Brief for the United States as Amicus Curiae at 3, 16-17, Garner v. Louisiana, 368 U.S. 157 (1961) (Nos. 26-28), 1961 WL 101909.

- (39) KEN GORMLEY, ARCHIBALD COX: CONSCIENCE OF A NATION 155-158 (1997).
- (40) GREENBERG, *supra* note 19, at 307. 本件の口頭弁論の録音は、以下のウェブサイトに入手可能。The Oyez Project, Garner v. Louisiana, 368 U.S. 157 (1961), available at http://www.oyez.org/cases/1960-1969/1961/1961_26/. See also LUCIUS J. BARKER & TWINLEY W. BARKER, JR., FREEDOMS, COURTS, POLITICS: STUDIES IN CIVIL LIBERTIES 217-218 (1965).
- (41) 以下の経緯を、THE SUPREME COURT IN CONFERENCE (1940-1985), *supra* note 35, at 710-711 以下を。See also Note, *supra* note 35, at 195-198; McKonzie Webster, Note, *The Warren Court's Struggle with the Sit-In Cases and the Constitutionality of Segregation in Places of Public Accommodations*, 17 J.L. & Pol. 373, 376-79 (2001).
- (42) 310 U.S. 296 (1940). エホヴァの証人による公道上の布教活動を治安紊乱罪で処罰する判決を第一修正違反とした事例である。
- (43) ウォーレンの首席裁判官在任中の関係文書は合衆国議会図書館 (Library of Congress) の Manuscript Division に所蔵されており、Finding Aid が <http://hdl.loc.gov/loc/mss/eadmss.ms000012> で閲覧可能。本稿で参照したのは、LexisNexis 社が UPA Collection の一部分として提供しているマイクロフィルム版 (Papers of Supreme Court Justices: Earl Warren) であり、その一部 (Part 1, Opinions as Chief Justice, Series A, 1952-1961; Part 2, Conference Memoranda, Series A, 1953-1955; Part 3, Correspondence, 1953-1974) が神戸学院大学図書館ポートアイランド館に所蔵されている。Garner 判決関係資料 (Box 600, Folder "Nos. 26, 27 & 28: Garner, etc v. Louisiana") は、マイクロフィルム版では Part 1: Opinions as Chief Justice, Series A: 1952-1961 の Reel 22, ff. 00001-00334 に収録されており、以下の引用はすべてこのマイクロフィルム版の Part 1, Reel 22 からのものである (以下 Warren Papers (microfilm) と表記する)。なお、この神戸学院大学所蔵のマイクロフィルム版は二〇〇八年度文部科学省私立大学等研究設備整備費補助金 (大学等分) を受けて購入されたものであり、申請段階から、尽力いただいた関係各位、そして閲覧に多大の便宜を図っていただいた図書館スタッフの方々に厚くお礼申し上げます。

- (44) *Garner*, 368 U.S. at 162-164.
- (45) *Id.* at 164-165 (quoting LSA-R.S. 14:103(7)).
- (46) *Id.* at 165-168. 本件行為の直後に本件規定が改正され、経営者の指示に反した不退去を治安暴乱とすることが明記されたこと、も上記解釈を補強するものとする。 *Id.* at 168-169 (quoting LSA-R.S. 14:103.1 (1961 Supp.)).
- (47) *Id.* at 169.
- (48) *Id.*
- (49) *Id.* at 170-172.
- (50) *Id.* at 173-174.
- (51) Brennan to Chief, Nov.15, 1961, Warren Papers (microfilm); Stewart to Chief, Nov.13, 1961, Warren Papers (microfilm); Black to Chief, Nov.16, 1961, Warren Papers (microfilm).
- (52) Whitaker to Chief, Nov.13, 1961, Warren Papers (microfilm); Clark to Chief, Nov.14, 1961, Warren Papers (microfilm)。このことも、逮捕にあたった警察官自身の偏見を示唆するウォーレン法廷意見末尾の文章 (*Garner*, 368 U.S. at 173-174) を削除することをいうクラークの提案は取り入れられていない。
- (53) Frankfurter to Chief, Dec.4, 1961, Warren Papers (microfilm).
- (54) Memorandum of Mr. Justice Frankfurter, No Date, Warren Papers (microfilm).
- (55) Warren to Frankfurter, Dec.6, 1961, Warren Papers (microfilm).
- (56) Frankfurter to Warren, Dec.7, 1961, Warren Papers (microfilm).
- (57) See also Note, *supra* note 41, at 377-378.
- (58) *Garner*, 368 U.S. 174-175 (Frankfurter, J., concurring in the judgment). 本件行為後に州法が改正されたという事情について

は考慮しなかつた。 *Id.* at 175.

(59) *Id.*

(60) *Id.* at 175-176. フランクファータは、サーヴィスが拒否された後も静かに座り続けることは感情を沸騰点まで悪化させうるかもしれないが、隔離の方針をとる経営者が非暴力的にそれへの異議申立てを受けたときにその方針を変えるかもしれないというのは突飛な憶測ではないと述べ、さらに注を付して、もし経営者が方針を変更し、上告人らが居続けることに同意を与えた場合は本件とは別であるとして、後述のハーランの見解との差異を示している。 *Id.* at 176.

(61) 最初の同意意見草稿は十一月二日に回覧され、十二月六日に修正版が回覧されている。 Concurring Draft by Douglas, Nov. 21, 1961, Warren Papers (microfilm); Concurring Draft by Douglas, Dec. 6, 1961, Warren Papers (microfilm).

(62) 163 U.S. 537 (1896).

(63) *Garner*, 368 U.S. at 176-177 (Douglas, J., concurring). このハーラン結果同意意見への言及は、十二月六日付の草稿 (Concurring Draft by Douglas, Dec. 6, 1961, *supra* note 61) には見られず、判決言い渡し直前に追加されたものと思われる。

(64) *Garner*, 368 U.S. at 177.

(65) ダグラスは、本件が発生した一九六〇年の州法前文で隔離政策がこれまで維持されてきたこと、そして今後とも維持されるべきことを表明していることにも言及している。 *Id.* at 179-180 (quoting La. Acts 1960, p.1200).

(66) *Id.* at 177-181.

(67) 筆頭に挙げられた *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946) による。 *Garner*, 368 U.S. at 181.

(68) *Garner*, 368 U.S. at 181-185.

(69) Kenneth L. Karst & William W. Van Alstyne, *Comment: Sit-ins and State Action—Mr. Justice Douglas, Concurring*, 14 STAN. L. REV. 762, 763 (1962). この論説はダグラス同意意見の内容についてはきわめて批判的である。菅部・前掲注(5)八

〇一八一頁、八五頁注(6)参照。

- (70) Note, *supra* note 35, at 198-199.
- (71) Memorandum for the Conference by Harlan, Nov. 14, 1961, Warren Papers (microfilm).
- (72) *Garner*, 368 U.S. at 186-190 (Harlan, J., concurring in the judgment).
- (73) *Id.* at 190. ホーランは明らかに、法廷意見による州最高裁判決の理解についても疑義を呈してゐる。*Id.* at 191-192.
- (74) *Id.* at 193-196. 人種間緊張の証拠欠如を理由として有罪判決を破棄することは、結果として最高裁が証拠の十分さを審査するべきであると述べられてゐる。*Id.* at 196.
- (75) *Id.* at 196-199.
- (76) *Id.* at 199-201 (quoting *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, 311 (1940)).
- (77) *Id.* at 201.
- (78) *Id.* at 201-202 (quoting *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931); *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940); *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, 633-634 (1943); *NAACP v. Alabama*, 357 U.S. 449, 460 (1958)). *Id.* ねんねれ、赤旗の掲出、労働争議中のピケッティング、国旗への敬礼、構成員リストの提出にかかる事案。
- (79) *Garner*, 368 U.S. at 202.
- (80) *Id.* at 202-203 (quoting *Cantwell*, 310 U.S. at 311).
- (81) *Garner*, 368 U.S. at 203-204. ホーランは、上記説示は、ルイジアナ州が明確に特定された制定法によって本二件と同種の行動を禁止しうるかについて、さらには最近州が制定した法律の合憲性についての見解を示すものではない旨付言している。*Id.* at 204.
- (82) *Id.* at 205-206.

- 83) *Id.* at 206-207.
- 84) KALVEN, *supra* note 11, at 131.
- 85) *Id.* at 132.
- 86) TINSLEY E. YARBROUGH, JOHN MARSHALL HARLAN: GREAT DISSENTER OF THE WARREN COURT 242 (1992). *See* Thompson v. City of Louisville, 362 U.S. 199, 204, 206 (1960). ノーランは「同判決によつて州裁判所の事実認定が後から連邦の裁判官によつて批判されることの懸念をまじつたもの」。YARBROUGH, *supra*, at 242.
- 87) 以下は「YARBROUGH, *supra* note 86, at 243-244」を参照。 *See also* MICHAEL R. BELKNAP, THE SUPREME COURT UNDER EARL WARREN, 1953-1969, at 161 (2005); BERNARD SCHWARTZ, SUPER CHIEF: EARL WARREN AND HIS SUPREME COURT—A JUDICIAL BIOGRAPHY 403 (1983).
- 88) Draft of Concurring in the Judgment by Harlan at 12-20, Nov. 30, 1961, Warren Papers (microfilm). これは第三章稿では「草稿冒頭頁の記載(268)」第一「第三章稿はWarren Papersでは確認できなく。(草稿冒頭頁の記載(268))」第一「第三章稿はWarren Papersでは確認できなく。」稿も残されているが、残念ながらマイクロフィルム版(注(4)参照)の画像が不鮮明であり、回覧の日付が特定できない。本文の記述にかかる点については、第三章稿と第四章稿とで変更はなく、第五章稿での修正が決定的である。
- 89) Draft of Concurring in the Judgment by Harlan, *supra* note 88, at 12.
- 90) Draft of Concurring in the Judgment by Harlan at 12, Dec. 9, 1961, Warren Papers (microfilm); *Garner*, 368 U.S. at 202 (Harlan, J., concurring in the judgment).
- 91) KALVEN, *supra* note 11, at 132-133.
- 92) Daniel A. Farber & John E. Nowak, *Justice Harlan and the First Amendment*, 2 CONST. COMMENT. 425, 447-449 (1985).

④ 奥平・前掲注⑥二四〇頁。

⑤ SHAPIRO, *supra* note 10, at 147.

⑥ ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* (2nd ed., Yale University Press 1986) (1962).

⑦ *Id.* at 175-183. ユッケルは、後年の著書でも、その後の *stare decisis* cases をめぐり、最高裁が正面からの憲法判断を回避したことへの肯定的評価を示している。BICKEL, *supra* note 3, at 169-171.

⑧ 比較的最近の *stare decisis*。BICKEL, *supra* note 3, at 169-171.

⑨ & Pub. POLY 1, 15-18 (1998-99); Christopher J. Peters & Neal Devins, *Alexander Bickel and the New Judicial Minimalism, in THE JUDICIARY AND AMERICAN DEMOCRACY: ALEXANDER BICKEL, THE COUNTERMAJORITY DIFFICULTY, AND CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL THEORY* 45 (Kenneth D. Ward & Cecilia R. Castillo eds., 2005). トンハントマーとユッケルの親密な交際については、*see* Edward A. Purcell, Jr., *Alexander M. Bickel and the Post-Realist Constitution*, 11 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 521 (1976).

⑩ Michael Klarman, *An Interpretive History of Modern Equal Protection*, 90 MICH. L. REV. 213, 273-274 (1991). なお、拙稿・前掲注④二六七—二七〇頁も参照。

⑪ Jack Greenberg, *The Supreme Court, Civil Rights and Civil Dissonance*, 77 YALE L.J. 1520, 1529 (1968). *See also* BARKER & BARKER, *supra* note 40, at 227; Mark V. Tushnet, *Commentary, in THE CIVIL RIGHTS MOVEMENT IN AMERICA* 117, 122 (Charles W. Eagles ed., 1986).

⑫ 浦部法穂「違憲審査制の構造と機能」樋口陽一編『講座憲法学 6 権力の分立【2】』（日本評論社、一九九五年）八七頁。

⑬ POWE, *supra* note 13, at 173-174, 221-234; KLARMAN, *supra* note 19, at 421-442.

- (93) KALVEN, *supra* note 11, at 160.
- (94) *Garner v. Louisiana*, 368 U.S. 892 (1961).
- (95) 347 U.S. 483 (1954).
- (96) GREENBERG, *supra* note 19, at 277-278.
- (97) 阪口正二郎「上昇する期待と下降する期待」棚瀬孝雄編『司法の国民的基盤』（日本評論社、二〇〇九年）六八―六九頁、拙稿「ウォーレン・コートをめぐる最近の議論について」福井大学教育学部紀要第三部社会科学五四号（一九九八年）一七一―一九頁参照。
- (98) See generally Klarman, *supra* note 99, at 274-279; Note, *supra* note 35, at 200-228; BELKNAP, *supra* note 87, at 159-166.
- (99) 378 U.S. 226 (1964).
- (100) *Id.* at 345 (Black, J., dissenting).
- (101) 注⑬参照。
- (102) 383 U.S. 131 (1966).
- (103) *Id.* at 141-142 (Fortas, J., announcement of the judgment of the Court).
- (104) *Id.* at 164-168 (Black, J., dissenting).