

前期ウオーレン・コートにおける表現の自由法理の形成

塚田 哲之

- 一 はじめに
- 二 マッカーシズムと最高裁
- 三 NAACPと表現の自由法理の生成
- 四 むすびにかえて

一 はじめに

筆者は、前稿において、合衆国における議論を素材として、裁判所による法の宣明が「公共圏」における討議の対象となることを通して「公論」形成に果たしうる役割についての検討を試みたが、「公共圏」とそこにおける「公論」の形成に不可欠な権利である表現の自由との関連については、近時の日本の憲法学においても萎縮効果論に着目する毛利透の一連の研究や松本和彦による「公共の福祉」論の再構成の方向性⁽³⁾など、注目すべき理論動向が見ら

れる。そして、「公共圏」との関わりではとりわけ政治的表現の自由の保障が重大な関心となるが、「表現の自由」という法制度は、一方で市民の側に対する価値づけと、かかる価値を実現しようとする闘いがはじまるとともに、他方で、それに対応した権力の側からのあれこれの思惑や対策が生じ、その脈絡のなかで一定の形と内容をもって、その時点、時点で実定的に定着する⁽⁴⁾ものであるとすれば、政治的表現の自由に関する裁判所の態度表明そのものが、その時々々の環境の中での「公共圏」と裁判所との関わりを示しているはずである。本稿では、ウォーレン・コートにおける表現の自由法理の形成過程の一断面を検討することによって、「公共圏」との関連での表現の自由保障と裁判所の役割についての検討を試みることにしたい。

さて、旧稿でも触れたように、近時の研究では一九六二年開廷期以降の合衆国最高裁を「真のウォーレン・コート」とする見解が多く見られ、ウォーレン・コートの表現の自由判例の中でもっとも著名な *New York Times, Co. v. Sullivan* ⁽⁶⁾ が下されたのも六四年のことである。しかし、本稿は、その直前、五六年一〇月に最高裁入りしたブレナンが間もなくウォーレン最高裁の対応を主要な検討対象とする。この時期は、五六年一〇月に最高裁入りしたブレナンが間もなくウォーレン、ブラック、ダグラスとともにリベラル・ブロックを形成することになったものの、なお確実な多数派形成には至らず、六二年のフランクファーター引退に伴うゴルドバーグの最高裁入りによってリベラル・ブロックが過半数を占める状況が生まれるまでの過渡期にあたる。しかし、「膠着期」(stalemate)とも呼ばれるこの時期にこそ「真のウォーレン・コート」における表現の自由法理の萌芽が見いだされるのであり、表現の自由規制に関する厳格審査基準として日本の憲法学においても広く承認されている「やむにやまれぬ政府利益」(compelling governmental [state] interests) という定式が判例上登場したのもこの時期なのである。以下、この「やむにやまれぬ政府利益」定式が、当時の政治的自由保障をめぐる最重要論点であったマッカーシズムおよび公民権運動に関わる諸問題への最高

裁の対応の中から生み出される過程を追うこととする。

二 マッカーシズムと最高裁

「冷戦」の中、一九五〇年代に合衆国を吹き荒れたマッカーシズムは、共産党を直接の対象とした刑事罰を伴う規制にとどまらず、連邦公務員の忠誠審査、議院による調査、各種専門職にかかる忠誠宣誓の要求といった多様な規制手段を生み出した⁽⁹⁾。かつ、ウォーレン着任以前に最高裁は、「明白かつ現在の危険」基準を實質的に放棄してこの種の規制を合憲と判断していた⁽¹⁰⁾。

こうした中、ウォーレン着任後の最高裁は、これらの規制に「少しづつブレーキをかける作業」「軌道修正」⁽¹¹⁾にあたることになる。最高裁は、ウォーレン着任後ただちに「軌道修正」を開始したわけではないが、五五年開廷期に入ると技術的論点を手がかりとして結果的に自由を認めるといふ対応を示し、「最高裁は一つの歴史的危機を脱した」⁽¹²⁾とも評された。かつ、着任後初期の判決ではこの種の規制を合憲とする多数意見に加わっていたウォーレンが、同開廷期にはブラック、ダグラスと歩調を同じくするようになり⁽¹³⁾、さらにブレナンの最高裁入りによって四名のリベラル・ブロックが形成される。

こうして迎えた五六年開廷期は、ようやく「赤狩り」の雰囲気緩和され、五一年の *Dennis* 判決においてブラックが現在の「絶望」とともにわずかに将来への「希望」をつないだ「より静穏な時」⁽¹⁴⁾ (*in calmer times*) が訪れたかに思われた。そして、同開廷期における最高裁の判断の中でもとりわけ五七年六月一七日の月曜日に下された四判決は、連邦議会等による激しい最高裁批判を呼び起こし、「赤い月曜日」 (*Red Monday*) の名とともに記憶されること

になる。以下では、そのうち議院調査権を扱った二判決を検討する。⁽¹⁴⁾

まず、労働組合の幹部が下院非米活動委員会に召喚され、自身の共産党との関係については証言したものの、他の証人が示したリスト中の人物が共産党員であるか否かという質問への回答を拒否したことが議会侮辱罪に問われた *Watkins v. United States* ⁽¹⁵⁾ において、最高裁は六対一で有罪判決を破棄した。ウォーレン法廷意見は、調査の濫用が、証言を強制される証人だけでなく、証人によって名を挙げられた者、さらには正当かつ論争的でない見解を持つ者に対しても抑止的に働くとしつつ、証人に露頭 (disclosure) を要求する連邦議会の利益の存在とその重要さが決定的要素であるとする。⁽¹⁶⁾ 「連邦議会には、暴露のために暴露する権限 (power to expose for the sake of exposure) は存在しない」⁽¹⁷⁾ のであり、非米活動委員会の授權決議はこれ以上不明確な授權決議を想像することは困難なほどであるか、⁽¹⁸⁾ 証人には質問が調査対象に適切なものであること (pertinency) が示される必要がある、本件においては回答を拒否する権利の範囲内であるか否かを判断する適正な機会を与えられていないため、議会侮辱罪での処罰は第五修正のデュー・プロセス条項に違反するとした。⁽¹⁹⁾

一方、*Sweezy v. New Hampshire* ⁽²⁰⁾ は、マルクス主義経済学者ポール・スウィージーがニュー・ハンプシャー州の五年破壊活動規制法に基づく州議会の調査委員会としての法務総裁 (一人委員会) に召喚され、進歩党に関する質問およびニュー・ハンプシャー大学における講義内容に関する質問への回答を拒否し、裁判所においても回答を拒否したため、裁判所侮辱に問われた事案である。最高裁は六対二で有罪判決を破棄したが、ここでは法廷意見が形成できず、有罪破棄の多数派はウォーレン相対多数意見 (ブラック、ダグラス、ブレナン同調) と فرانクファータ結果同意意見 (ハーラン同調) とに分かれた。最高裁でスウィージーの代理人を務めたのは、表現の自由論の第一人者であるトマス・エマソンであり、そこでの主張は「制約のない立法府の調査権が政治的表現に与える破壊的効

果」ゆえの第一修正の権利侵害を中心にしたものであった。⁽²⁴⁾これに対し、ウォーレン相対多数意見は、学問の自由と政治的自由の保障が民主社会における基本原則であることを強調しつつも、⁽²⁵⁾議会と委員会（法務総裁）との関係が死活的であるとして、議会による授権は何が必要な情報であるかについて法務総裁の裁量を広く認め、何らの指針を与えておらず、議会が調査を授権した目的と質問とが全く無関係である場合と同様に授権がないものと扱われべきであつて、処罰は第一四修正のデュー・プロセス条項に違反するとした。⁽²⁶⁾

このように *Watkins* 判決と同様、議会による授権の問題として扱った相対多数意見に対し、フランクファータ結果同意意見は、本件と *Watkins* 事件とは全く異なるとして正面から第一修正の権利侵害を問題とする。彼にとつての問題は調査が大学における講義内容に向けられたことにあり、自由な社会における大学の自由、学問の自由の重要性を強調する。⁽²⁷⁾そして、スウィージーの回答拒否に対し、州最高裁は共産党の影響を挙げて権利制約を正当化しているが、「政治的自律というかくも基本的な自由の一部さえも捨てさせられようとしている市民にとつて、「彼に」服従を強いる州の利益は、やむにやまれぬものでなければならぬ」（the subordinating interest of the State must be compelling⁽²⁸⁾）」であり、「市民の政治的忠誠に関するプライバシーの不可侵性は、我々のような社会の福祉にとつて圧倒的な重要性を有し、理屈を言えばニュー・ハンプシャーの安全保障へのかすかな・ほんやりとした脅威に見いだされるかもしれないという程度の不十分な州側の対抗利益といった根拠に基づいては、合憲的に制約することはできない⁽²⁹⁾」とする。これこそ、後に表現の自由法理のみならず他の領域にも決定的な影響を及ぼすことになる compelling interest という定式の登場である。こうしてフランクファータは、市民の政治的プライバシーと州の自己保全という権利との利益衡量という論理枠組みのもと、前者の決定的重要性を承認したのである。⁽³⁰⁾

もつとも、この領域において、証言・露頭・暴露等を「強制する」という文脈で compel という語が用いられるこ

とは決して珍しくない。フランクファータ自身、先の引用部の前では「証人にその講義内容を論ずることを強いる (compelling)」という用法をしている。⁽⁸⁰⁾ それが、学問の自由を論ずる箇所における「政治権力は、急迫した、明白にやむにやまれぬ (compelling) 理由に基づく場合のほか、賢明な統治と人民の福祉という利益を追求して、この自由の営みへと侵入することは慎まなければならない」との言明を経て、先の定式化へと至る。こうしてフランクファータは、公権力が証人に露顕・暴露を「強制する」というこの言葉の一般的用法を「転倒」し、「強制する」とが許されるだけの強い正当化事由を公権力に要求するものとして用いたのである。⁽⁸¹⁾ さらに、ウォーレン宛のメモで「私は、大学教師として生きた四半世紀の人生という事実と、ハーヴァード・ロー・スクールに行く前もここに来てからも含む全人生を通して、大学の国家との関係が私の主要な関心であったという事実に関わると思う」と告白する利益衡量論者フランクファータにとっては、本件が大学における学問の自由に関わるものであったという事情が決定的であった。それが、「やむにやまれぬ」ほどの利益を州に要求し、「今日に至るまで、合衆国判例集における、第一修正に基づく学問の自由の最も力強い擁護」とすら称される結果同意意見を生んだのである。

これら「赤い月曜日」の判決において、最高裁は結論的には共産党員との嫌疑をかけられた者を実質的に保護する判断を示したが、多かれ少なかれ手続的な理由により、かつ規制の本体というより周縁部を対象としてその整理をはかったものであって、正面から規制の違憲性を述べたわけではない。⁽⁸²⁾ *Watkins Sweeney* 両判決も、第一修正に基づく議会調査権への一定の制約を示唆しつつ、調査権に実質的な制約を課すものというわけでもなかった。⁽⁸³⁾ しかし、これらの判決は、*Brown v. Board of Education* 以降の人種隔離撤廃に対する南部諸州選出議員の反発とも相まって、連邦議会における最高裁批判を激化させた。かかる批判は、これらの判決が扱った問題に関する最高裁の管轄権を制限し、あるいは実質的に判決の効果を削ぐための諸法案の提出にまで至る。⁽⁸⁴⁾ 加えて連邦議会外でも、連邦最高裁

による州権侵害を批判する州最高裁長官会議報告書やアメリカ法律家協会の報告書など法律家団体による批判⁽³⁸⁾、さらには学界からの理論的批判も高まりつつあった。

そうした政治的文脈の中、最高裁はこれら批判対象となった判決の立場からの一定の「後退」を示すことになる。そして、その「後退」をもたらしたのはフランクファーターであった。すでに *Watkins* 判決法廷意見を執筆中のウォーレンに対し、「我々が何を言い、何を言わずにおくかについては、連邦議会の感情を考慮しなければならぬ」と書き送っていたフランクファーターが、連邦議会からの批判が現実のものとなったとき、それに敏感に反応したことは想像に難くない⁽⁴¹⁾。こうして、フランクファーター（およびハーラン）の態度変更は、リベラル派の四名を少数派へと追いやり、新たな多数派を形成することになる。

もともと、最高裁は、連邦議会において法案審議が継続していた五七年開廷期には明確な「後退」を見せてはいない。たとえば、*Speiser v. Randall* は、第二次世界大戦の退役軍人を対象とする免税特典の申請時に合衆国およびカリフォルニア州政府を暴力またはその他の違法手段で転覆することを唱道しない旨の宣誓を要求した州法を違憲とした。フランクファーターも加わったブレナン法廷意見は、免税措置の否定が特定の言論を処罰する効果を持つことを確認した上で、本件州法の手続は申請者側に自らの言論が合法的であることの挙証責任を負わせており、それがもたらす抑止効果ゆえにデュー・プロセスの要請に反するとして違憲の結論を導いている。法廷意見は、判決の結論部分で *compelling interest* という言葉を用いているが、ある論者がこのブレナン法廷意見について「第一修正の法理の風景自体を永続的に描き直すことになる、アメリカ憲法における重要な革新」と指摘するように、手続面に着目することで具体的な規制のありようを問題とするという姿勢は、表現の自由領域におけるウォーレン・コートの重要な特徴の一つである。逆にそれゆえ、本件州法は言論そのものを規制するものだとするダグラスは、

別個同意意見を執筆している（ブラック同調）⁽⁴⁷⁾。

一方、連邦議会における最高裁の管轄権を制限する諸法案は、後にウォーレン自身「危うく可決されそうになった」と回顧するほどの状況にまで至ったが、結局五八年八月に上院でこれらの集大成であるジェンナー・バトラー法案が廃案となつて終息へと向かい、同年の中間選挙による議会構成の変化も含め、「一九五八年が最高裁の政治的盛衰の最低点を記録したとすれば、同年は（見えない）転換点でもあった」⁽⁴⁸⁾。しかし、フランクファーターのリアル・ブロックとの離反は、五八年開任期において決定的になる。最高裁は、議院調査権について同日の二判決で *Watkins, Swezy* 両判決の射程を限定した。まず、*Barenblatt v. United States* ⁽⁴⁹⁾ は、下院非米活動委員会の調査における回答拒否について五対四で有罪と判断した。ハーラン法廷意見は、委員会への授權決議が漠然ゆえに無効との主張を斥けた上で、第一修正上の論点については「政府による尋問を禁ずるものとして第一修正上の権利が主張されているときには、争点の解決は常に、特定の状況において示された競合する私的および公的利益の裁判所による衡量を含む」として利益衡量を行うことを宣言した。そして法廷意見は、議会の調査権の根拠を「国家の自己保全」の権利に求め、*Swezy* 判決フランクファーター結果同意意見とその論理を法廷意見として承認した *NAAACP v. Alabama ex rel. Patterson* ⁽⁵⁰⁾ を引用して政府側の利益はやむにやまれぬもの（compelling）でなくてはならないとしつつ、第一修正上の権利主張を排斥して、回答拒否を議会侮辱として処罰することを認めた。これに対し、ブラック反対意見（ウォーレン、ダグラス同調）は、委員会への授權決議が過度に広汎であるとしつつ、「私は、第一修正の自由を直接に縮減する法が、議会または司法部の利益衡量によって正当化されうるということに同意できない」として利益衡量論の採用に反対し、ブレナン反対意見は、議会の調査目的は「暴露のための暴露」であり憲法上の限界を超えているとしている。また、*Swezy* 判決と同じくニュー・ハンプシャー州における法務総裁の調査については、上告

人が役員を務める団体が開催した夏季キャンプの参加者リスト等の提出拒否が争われた *Uphaus v. Wynn*⁶⁵⁾ において、最高裁は五対四で州最高裁の有罪判決を維持した。クラーク法廷意見は、本件では *Sweezy*⁶⁶⁾ 判決と同程度の学問の自由・政治的自由が問題となつては、自己保全という政府の利益は、人の結社のプライバシーという利益に服従を強いるには十分やむにやまれぬものである (compelling)⁶⁷⁾ とした。ここでもブレナン反対意見 (ウォーレン、ブラック、ダグラス同調) は、州議会による調査は正当な立法目的とは関連のない「暴露のための暴露」に他ならず、上告人の言論および結社の自由にかかるプライバシーの利益と衡量されるべき正当な利益が示されていないとしている。⁶⁸⁾

この傾向は、六〇年開廷期に入つてより鮮明になる。最高裁は、ジョージア州アトランタで下院非米活動委員会の小委員会が開催した公聴会における回答拒否が争われた *Wilkinson v. United States Bruden v. United States*⁶⁹⁾ において、*Barenblatt* 判決に全面的に依拠して第一修正違反の主張をあつさり斥けた。いずれにおいてもリベラル派四名が反対意見に回つてはいるが、ブラック、ダグラスが表現の自由侵害を重視したのに対し、ブレナンは「暴露目的の暴露」であるがゆえに委員会の権限外としている。⁶⁵⁾ そして、かかる動向の「総仕上げ」ともいえるのが、共産党規制に関する同日の三判決である。まず、*Communist Party of United States v. Subversive Activities Control Board*⁶⁶⁾ は、五対四で五〇年破壊活動防止法に基づく共産党に対する登録命令の合憲性を確認した。フランクファーターが執筆した長大な法廷意見は、登録に伴う構成員名の露頭がもたらす第一修正の権利侵害の論点については、本件規制が達成しようとする公的利益は重大なものであり、これについての連邦議会の判断は尊重されるべきであつて、第一修正の権利に与える影響もこれを違憲とするものではないとしている。⁶⁷⁾ また、*Scales v. United States*⁶⁸⁾ は、五対四でスミス法の構成員条項に基づく有罪を維持した。ハーラン法廷意見は、同条項は「特別の意図」と「能動的」構成員であることを

処罰の要件とするとした原審の解釈を維持し、かかる解釈を施した上での処罰は第一修正に違反しないと、さらに *Yates* 判決に依拠して有罪の証明は厳格に行われなければならないとしつつ、本件では十分な証明があるとして有罪を維持した。両判決においてはリベラル派四名が反対に回っているが、第一修正に基づく反対を明確にしたのはブラックとダグラスであった。一方、*Scales* 事件と同種の事案である *Noto v. United States* においてハーラン法廷意見は、証拠不十分として無罪としている。この結論は全員一致であったが、ここでもブラックとダグラスは第一修正に基づく同意意見を付している。⁽⁷¹⁾

こうして最高裁は、社会的ヒステリーが終息に向かい始めてからようやく徐々に自由確保の方向へと向き出したが、*Dennis* 判決から一〇年を経て、五七年段階で示した立場からも「後退」し、広くマッカーシズムが生み出した規制を支持する態度をとることとなった。もつとも、外部からの批判を招いた「赤い月曜日」の諸判決は明示的に変更されたわけではなく、「区別」されたにとどまる。⁽⁷²⁾しかし、「赤い月曜日」の諸判決は、結論的には自由を保護したとはいえ、直接には憲法上の自由侵害を理由とするものではなかったのに対し、多数派が逆転した後の諸判決は、正面から憲法論に踏み込み、かつ合憲との結論を導いている。そして、そこで採用された論理は利益衡量論であり、その帰結は国家の「自己保全」の利益が権利主張に優位するとの判断であった。その経緯からはやはり一定の「後退」を読み取るべきであり、最高裁は、憲法適合性のレヴェルでは共産主義・共産党にかかる政治的自由の制約可能性を改めて承認することによって、政治統合の対象から排除するという態度を示したことになる。⁽⁷³⁾と同時に、*Yates, Scales, Noto* 判決の結果、スミス法による訴追は行われなくなり、制約可能性の承認とともに処罰からの事実上の解放という帰結をもたらすことになる。⁽⁷⁴⁾その意味では、最高裁の「後退」も「敗走ではなく、戦術的撤退」と評価しうる面はある。

また、最高裁の多数派が利益衡量論の枠組みを用いて自由制限を承認する中で、リベラル派の中でもとりわけブラックがその「絶対主義」の主張をさらに先鋭化させていき、多数派の側も「我々は、第一および第一四修正によって保護される言論および結社の自由が『絶対的なもの』であるとの見解を拒絶する」と明示するに至る。「利益衡量」対「絶対主義」の対立は、具体的事案に向き合う中で、の緊迫した対抗として理解されなければならないが、「後退」期の「絶対主義」が利益衡量論批判として顕在化した点にこそ、最高裁多数派の一般的志向が現れている。だからこそ、この時期に学説上も利益衡量論を批判する「絶対主義」が主張されるのである。同時に、リベラル・ブロック内部においてもブラックの主張は突出したものとなっており、それぞれ個別の反対意見を執筆することが多くなってもいく。

こうして、この時期、この領域では、最高裁は内部に強力な異論を抱えつつも、表現の自由保障を十全に展開しえなかつた。しかし、そこで生み出された論理は、同時期の他の領域における表現の自由法理の展開へと繋がることになる。

三 NAACPと表現の自由法理の生成

周知のように、五四年の *Brown* 判決に対しては、南部諸州から激しい反発が巻き起こった。そうした反発は、人種隔離撤廃、統合措置の実施への抵抗にとどまらず、公民権運動 (civil rights movement) の担い手、とりわけ *Brown* 判決を生み出す原動力ともなった全国有色人種地位向上協会 (National Association for the Advancement of Colored People) 以下、NAACPと略する。) に対し、団体の登録や役員・構成員名簿等の提出などを命ずることによつ

て、その活動を制限するという形でも現れた。⁽⁶¹⁾ これらは、しばしば公民権運動が共産主義者によって指導されていくとの名目で、共産党・共産主義者に対して開発された規制形態をNAACP規制のために転用したものである。さらにも前に見たとおり、共産主義規制に関する最高裁の態度への反発が、南部においては人種隔離撤廃への抵抗と結びつくことにもなった。⁽⁶²⁾ NAACPは、これらの規制は合衆国憲法第一修正の保障する表現の自由、結社の自由を侵害するとして訴訟で争い、それが最高裁の判断を受けることになる。

最高裁が最初にこの種の問題について明確な態度表明をしたのは、*NAACP v. Alabama ex rel. Patterson* ⁽⁶³⁾ である。アラバマ州は、NAACPが州法に基づく登録をしないまま、モントゴメリのバス・ボイコットやアフリカ系アメリカ人の州立大学入学を求める訴訟を支援するなどの活動をしているとして、州内でのNAACPの活動禁止を求めて提訴し、州裁判所はこれを認める一方的緊急差止め令 (*temporary restraining order*) を発した。NAACPは本件命令が言論および集会の自由を侵害するとしてその効力を争う訴えを提起したが、州は本案審理に入る前にNAACPの構成員リストの提出を求め、それをNAACPが拒否したため裁判所侮辱に問われ、最高裁ではこれが直接の争点となった。⁽⁶⁴⁾ 最高裁は、全員一致で州最高裁へ差し戻した。ハーラン法廷意見は、「信条および思想の促進のため結社に集う自由は、言論の自由を含む第一四修正のデュー・プロセス条項が保障する『自由』の分離しがたい一面であることを議論するまでもない」と述べてNAACPが憲法上保障された結社の自由 (*freedom of association*) を有することを承認する。そして、「結社の自由と人の結社におけるプライバシーシーとの死活的な関係」を指摘して、NAACPの構成員名の露頭は、それがもたらしうる経済的報復など公衆の敵意にさらされることによって、結社の自由を侵害する可能性を有することを確認し、⁽⁶⁵⁾ 「我々は、アラバマ州が、露頭が憲法上保護された上告人の構成員の結社の権利の自由な行使に与えるであろうと我々が結論づけた抑止効果を正当化するに十分な・上告人に露

頭を求める利益を示しているかという最後の問いに立ち至った。かかる『服従を強いる州の利益は、やむにやまぬものでなければならぬ』と述べる。ここで引用された一文こそ、*Sweezy* 判決フランクファーター結果同意意見の一節に他ならない。結論として、NAAACPの構成員(とりわけ一般のメンバー)の氏名の露顕を求める利益は、上告人の憲法上の権利を凌駕するものではないとされた。⁽⁸⁵⁾

こうして最高裁は、NAAACPの結社の自由を承認し、その活動に憲法的保護を与えたが、本判決の画期性は最高裁の法廷意見が *compelling interest* という定式を採用した点にある。ここに、マッカーシズムへの対応の中で生まれた萌芽が、公民権運動団体の保護という文脈において自由保護のための法理として展開する場が与えられた。同時に法廷意見は、*Sweezy* 判決フランクファーター結果同意意見とともに *American Communications Ass'n v. Douds*, *Schneider v. New Jersey* を引用している。これらいずれも利益衡量の考え方を典型的に示した判決の引用は、法廷意見の論理枠組みが利益衡量論であることを明確に示している。マッカーシズムへの対応では必ずしも自由保護的にははたらかなかつたこの論理が、ここでは自由への強度の保護を与えるものとして用いられたのであり、その結論を導いたのは、本件に「結社のプライバシー」の重大な侵害を見いだしたがゆえであった。

そして、かかる本判決の形成には、*Brown* 判決以来人種隔離撤廃の領域では全員一致による判決が追求されてきていたという事情が大きく作用していた。もともと *per curiam* 形式での法廷意見執筆を割り当てられたハーランは、より詳細に理由を述べた *full opinion* 形式をとるべきとして、その際「最大限の冷静さをもって、伝統的な憲法の枠組みに従い、可能な限り限定的に起草すべき」ことを主張する。⁽⁸⁶⁾ そして、回覧された判決草稿に対して、第一修正の自由侵害を明記すべきとするブラックと第一四修正のデュー・プロセス条項違反を強調するフランクファーターとの間に生じた対立を調整した結果が、フランクファーター流の利益衡量論を採用しつつ、言論の自由に関連づけ

る形で結社の自由を強調する本判決をもたらしたのである。⁽⁶⁵⁾ ハーランの最初の草稿では「言論の自由と沈黙を守る自由との死活的関係」「憲法上保障された言論と集会の自由」と述べられていた箇所にそれぞれ「結社におけるプライベートシー」「結社の自由」という表現が与えられたのは、かかる過程においてであった。一方、ハーランの最初の草稿において強制的露頭が与える抑止効果を語る文脈で書かれた「我々は、上告人の掲げる大義に反対する強い地域的感情が存在するという事実を目を閉ざすことはできない」という一文は、南部との軋轢をおそれたフランクファーターの意見を容れて削除されている。⁽⁶⁶⁾

続いて最高裁は、アーカンソー州における同種の事案である *Bates v. City of Little Rock* ⁽⁶⁷⁾ において、全員一致で州最高裁の有罪判決を覆した。ステュワート法廷意見は、結社の自由は第一四修正によって保障されているとし、本件における NAACP 支部構成員リストの強制的露頭は地域社会の敵意、経済的報復をもたらし、結社の自由に対する重大な干渉となるとする。⁽⁶⁸⁾ そして、かかる結社の自由への重大な侵害がある場合には、州側がやむにやまれぬ利益を示す必要があるとし、⁽⁶⁹⁾ 本件の場合には登録税と NAACP 支部構成員氏名の露頭との間には連関がなく、結社の自由に対する抑止を正当化できないとされた。当初ステュワートが準備した判決草稿は、「裁判所が引き受けなければならない任務は、迫り来る自由への侵害の重大性をこれに関連する達成されるべき州の利益の実質性と衡量することである」として利益衡量論の採用を明示していたが、⁽⁷⁰⁾ これにブラック、ブレナンらが反発し、⁽⁷¹⁾ それを受けて修正された結果がステュワート自身や自嘲気味に *NAACP v. Alabama* の模造品と呼ぶほどの同判決への大幅な依拠であった。⁽⁷²⁾ 結局、ブラックは、本件措置は第一修正の言論の自由を侵害することを明示する同意意見（ダグラス同調）を別途執筆しているが、⁽⁷³⁾ ここでは、前節で触れたように利益衡量論が最高裁の多数を制する中、全員一致を獲得しえた *NAACP v. Alabama* の論理が利益衡量派と絶対主義派ないしリベラル・ブロックとの妥協点として追求さ

れたことが確認できる。

また、最高裁は、州外の非商業法人の役職者が共産党、共産党外郭団体または破壊活動団体の構成員である場合に当該法人の州内での活動禁止を定め、毎年州務長官に全構成員の氏名および住所のリスト提出を義務づける二つのルイジアナ州法の差止を求めてN.A.A.C.P.が提訴した事案である *Louisiana ex rel. Gremlion v. NAACP* ⁽⁹⁰⁾ において、全員一致でN.A.A.C.P.の主張を認めた。ダグラス法廷意見は、本件州法がクー・クラックス・クラン規制のために制定されたことを確認しつつも、その適用は本件が初であり、かつリスト提出後N.A.A.C.P.の構成員が経済的報復を受けたことを指摘し、*NAACP v. Alabama, Bates* 両判決を引用して第一修正の保障するN.A.A.C.P.の結社の自由侵害を認めて、「第一修正のもとでの挑戦を生き延びるためには、いかなる規制も高度に精選されたものでなければならぬ」⁽⁹¹⁾として本件州法の執行停止を認めた。ここでは「やむにやまれぬ利益」という表現は見られず、規制の限定性という論点に限定することによって全員一致の結論に到達している⁽⁹²⁾。

さらに、すべての教師に対し、過去五年以内に所属または寄付をしたことのある団体名を記した宣誓書を毎年提出することを義務づけるアーカンソー州法違反を理由として、州立学校の教師の契約が更新されなかった事案（上告人は、共産党員ではなかったがN.A.A.C.P.のメンバーであった）である *Shelton v. Tucker* ⁽⁹³⁾ において、最高裁は五対四で本件州法を違憲と判断した。ステュワート法廷意見は、教師の適性および能力について州が調査することは問題がないとしつつ、教師に対しその結社への参加の露頭を求めることは、とりわけ不人気な結社への参加が明らかとなるときには結社の自由の重大な侵害となるとする⁽⁹⁴⁾。そして本件州法は、すべての教師に過去五年に所属したすべての団体名の露頭を求めるという無限定な調査を行うものであるとあって、政府の目的が正当かつ実質的な場合でも、それがより厳格な手段で達成できるときには、基本的な個人の自由を窒息させる手段で追求されてはならな

い、すなわち「より徹底的でない手段」(less drastic means)を要求して、本件州法は許される範囲を超えているとした。⁽⁴⁴⁾ 本判決はいわゆるLRRAの基準(less restrictive alternatives)の先駆として注目されているが、Speiser判決とも共通する規制手段への着目は、後のcompelling interest test形成のための道具を用意することになった。⁽⁴⁵⁾ しかし、同時に本判決では公民権運動の文脈で初めて全員一致が崩れ、最高裁内部の意見分裂が顕在化することにもなった。⁽⁴⁶⁾

こうして最高裁はNAACPの活動に憲法的保護を与えたが、この領域では、一方でNAACPの側の自由侵害を高く見積もり、他方で州側の主張に「やむにやまれぬ利益」というハードルを課すことによって、州の側が規制の合憲性を主張することは事実上困難になっていく。しかし、かかる態度が確立するには一九六二年のホイテック、フランクファータの引退とホワイト、ゴウルドバーグの最高裁入りを待たねばならなかった。そのことは、六年開廷期に下された二判決の経緯が示している。

公民権運動の重要な戦略として法廷闘争を位置づけていたNAACPに対し、南部諸州は訴訟教唆などを禁止する州法を適用することで、その活動を制約しようとしていた。うち、ヴァージニア州は五六年にこれに関する五つの州法を改正し、NAACPがそれらの執行停止を求めて連邦地裁に訴訟を提起した。この訴訟が連邦最高裁に最初に到達した時点では、最高裁は州裁判所による州法解釈の余地が残されていることを理由として差し戻している。⁽⁴⁷⁾ その後、州裁判所による審理を経て、訴訟勧誘を禁ずる州法につき再度NAACPからの上告を受けた最高裁では、六一年一二月の合議において五対四(リベラル・ブロック四名が反対)でNAACPの主張を斥ける結論となり、フランクファータが法廷意見を準備した。しかし、判決言い渡し前のホイテックの引退によって四対四の同数に分かれ、事件は次開廷期に回された。そして、フランクファータも引退して二名が交代した六二年開廷期における再合議では、かつての少数派にゴウルドバーグが加わり、五名の新たな多数派が形成されることになる。⁽⁴⁸⁾ こうし

てようやく判決に至った *NAACP v. Button* において、ブレナン法廷意見は、「NAACP の目標という文脈においては、訴訟は私的紛争を解決するための技術ではない。それは、この国における黒人共同体のメンバーのために、連邦、州および地方のすべての政府による取扱いの平等という合法的な目標を達成するための手段である。それゆえ、それは政治的表現の一形態である」として、NAACP の活動が第一修正の表現の自由の保障を受けるものであることを確認し、NAACP の支援する訴訟がしばしば激しい怨恨を生むものであって、訴訟勧誘を制限する本件州法は、第一修正の保障する自由を制限するものであるとする。そして、「当裁判所の諸判決は、州の憲法上の規制権限のうちにある事柄の規制についてのやむにやまれぬ州の利益 (compelling state interest) のみが第一修正の自由の制限を正当化できると判示してきた」として、伝統的に不法とされてきた訴訟勧誘行為の規制という州が主張する利益はこの権利制限を正当化しえないと結論づけた。本判決には、法律家に関する州の規制権限を連邦が侵害することはできないというハーラン反対意見（クラーク、ステュワート同調）が付されている。⁽¹²⁾

さらに、共産主義者の調査のための州議会委員会における NAACP 支部構成員リストの提出拒否が問題となった *Gibson v. Florida Legislative Investigation Committee* も同様の経過を辿る。しかも、前節で見たように最高裁は本件が到達した六一年には議院調査権を広く承認する態度をとっており、それが南部における NAACP 排除を後押ししてもいた。⁽¹³⁾ 実際、六一年一二月の合議では五対四でフロリダ州の主張を認める結論となったが、ここでもホイテッカの引退によって四対四となり、翌開廷期の再弁論となった。⁽¹⁴⁾ そして、*Button* 判決の二ヶ月後に下された本判決は、*Button* 判決と同じ五対四で州最高裁の有罪判決を覆した。逆転した多数派を代表してゴウルドバーグが執筆した法廷意見は、「州が、求める情報と最重要かつやむにやまれぬ州の利益の対象との実質的な関連を説得的に示すことは、憲法上保護された言論、出版、結社および請願の諸権利の領域へと侵入する調査の効力にとって本質的

な前提条件である」と述べる。そして、本件調査の対象はまさにN A A C Pであったとして、前節で見た諸判決を本件と区別し、⁽¹²⁾本件調査の経緯からしてもN A A C Pと破壊活動団体または共産党との実質的關係を示すものではなく、かかる団体の憲法上の権利が問題となる場合に要求される州のやむにやまれぬ規制利益は示されていないとした。⁽¹³⁾一方、ハーラン反対意見（クラーク、ステュワート、ホワイト同調）は、N A A C Pが共産主義者の影響を受けていないという証拠はなく、委員会の手続にも問題はなかったとし、さらにホワイト反対意見は、⁽¹⁴⁾法廷意見によれば共産主義者が合法的団体の名のもとで議会による調査を免れることになってしまおうとしている。共産主義の規制と公民権運動の規制という問題が交錯したこの事案について、最高裁は結論的にはN A A C Pの活動を保障する立場をとった。しかし、その結論は、フランクファーターの後任であるゴウルドバーグがリベラル・ブロックに加わることでようやく到達しえたものであり、かつ、共産主義規制と関連する文脈においては、なお四名の反対を伴わざるをえなかった。

こうしてみると、最高裁がN A A C Pに与えた憲法上の保護も、内部における異論を抱え、さらに外部からの批判をも意識しつつ、まさに最大公約数的に形成されたものであった。そして、リベラル・ブロックが最高裁の多数派を形成し、かつ連邦政府と最高裁が同一歩調をとりうる状況の中下された⁽¹⁵⁾Burton判決ブレナン法廷意見は、「我々は、戦闘的な黒人の公民権運動が、ヴァージニアにおける政治的に支配的な白人コミュニティの激しい憤りと抵抗を引き起こしたという事実を目を閉ざすことはできない」と述べており、⁽¹⁶⁾五八年のNAACP v. Alabamaからは削除されたこの種の訴訟の文脈——Brown判決への南部諸州の抵抗の一環としてのN A A C P攻撃——は、ようやく正面から判決文中で確認されることになった。さらに、Burton判決において、法廷意見はN A A C Pに特別の地位を認めるものだとするハーランからの批判に答えてブレナンが法廷意見の末尾に追加した「上告人が、平等な機会

を求める黒人の子どもの側に立って表現および結社の活動に従事しようとしているということは、我々の判決の根拠には憲法上関係がない。第一修正の領域における我々の諸判決の軌跡は、その保護は、我々の社会を上告人の目標に敵対させようと煽る者にも完全に適用されることを明らかにしている。……憲法は、その保護を求める集団のメンバーの人種、信条、政治的もしくは宗教上の帰属またはそこで示される思想および信念の真实性、人気または社会的有用性に関わりなく表現および結社を保護しているのである」という一節は、NAACPにかかる訴訟の中で最高裁が生み出した法理が、その直接の文脈を超えて広く表現の自由保障のために利用される可能性を拓くものでもあった。

四　むすびにかえて

以上の検討からは、現在ではこれを用いること自体が違憲の結論を導くとさえ理解されている「やむにやまれぬ政府利益」の基準も、その生誕の時期には必ずしもかかる厳格さを備えてはおらず、マッカーシズムへの対応という文脈と公民権運動の保護の文脈とを比較するとき、同じく *compelling* という語を用いながらもその結論は常に自由保護に資するものではなく、一方で「自己保全」など規制側の利益、他方での「結社の自由」などへの侵害の程度の双方の理解が結論を分けることになったことが確認できる。そして、かかる用法は、利益衡量というその論理的出自にはむしろ忠実であった。エマスンが、日本でも著名な六三年の論文の冒頭で「今日の合衆国における表現の自由に関心を持つ者で、第一修正の法理が不満足な状態にあることに危機を感じない者はいない」と述べたのは、かかる判例の状況を眼前にしていることであり、そこでは *NAACP v. Alabama* もまた利益衡量を採用したものとし

て批判対象となっていた。⁽³²⁾

もつとも、芦部信喜が強調するように、利益衡量という論理を共有しつつも共産党関係の事案におけるアブローチと公民権運動の事案におけるそれとの違いは大きく、さらに奥平康弘は「N A A C Pのごとき南部諸州においてきわめて不人気な団体の『結社の自由』を重視し、むしろかかるものとしての『結社の自由』を所与のフレームとして、あれこれの規制権力の名目上の利益の存在を否認した、という側面があるのではないか。別言すれば、この団体の享有しうるかもしれない『結社の自由』と、それを制約すべき規制権力側の利益とが、同一次元で衡量されているのではない、というべきであろう。この特殊な憲法問題においては、端的な、利益と利益との衡量の以前に、実はある価値の優先が先行しているのではないか。換言すれば、そこには『利益衡量』一般以外の何者かがあるのではないか」と鋭く指摘する。実際、N A A C Pとの関係ではかくも明確に語られた「結社の自由」も、共産党についてはついに語られることはなかった。もちろん、かかる最高裁の対応に一貫性の欠如を見いだすことは容易であり、端的に「政治団体に対する二重基準」と呼ぶことすら可能である。そのことを確認した上で、かかる「二重基準」をそれとして理解しようとするとき、「冷戦」が国内における自由保障に与えた影響を無視することはできない。⁽³³⁾それは、「冷戦」という時代状況に向き合った最高裁が、まさに「体制の敵」であった共産党・共産主義者に対して正面から憲法上の自由を認めることがなかったという意味にとどまらない。現在では、人種隔離撤廃は覇権国としての合衆国の地位から来る要請であったという事情が、南部諸州による抵抗の発端となったBrown判決を生み出した一つの要因であったことは広く認められている。⁽³⁴⁾そして南部諸州による抵抗がN A A C Pに向けられたとき、最高裁としては、Brown判決と最高裁自身の権威、ひいては合衆国憲法の権威を守るためにもN A A C Pに憲法的保護を与えることが必要とされたのであり、ここでは、南部諸州の人種隔離体制にとっての「敵」とされたN

AACPも合衆国全体にとつては「敵」ではなく、むしろ人種隔離撤廃に頑強な抵抗を示した南部諸州こそが合衆国の利益を損なうものとして位置づけられることになる。⁽⁴⁴⁾そしてさらに、公民権運動の保護という文脈に限定されたにしても、最高裁が示した表現の自由保護という姿勢は、「冷戦」の中で合衆国が自らの政治体制の正当性を示すものでもあった。もちろん、阪口正二郎が示すように、当時の合衆国においても、かかる形での「反共主義」に対して「体制の敵」にも表現の自由を保障すべきという「もう1つの反共主義」が提示されていた。⁽⁴⁵⁾本稿の観点からは、「絶対主義」とも結びついた「もう1つの反共主義」⁽⁴⁶⁾が最高裁の多数派を占めることはできず、六〇年代以降の表現の自由保障拡大は利益衡量の枠組みのもとで進められたという事実こそが、「最高裁は、一九六〇年代中後期のケネディ・ジョンソン流リベラリズムの機能的部分であった」⁽⁴⁷⁾ともされるウォーレン・コートと合衆国の政治体制との密接な結びつきの一表現であると理解すべきことになろう。

かかる文脈に位置づけるとき、前節で扱った諸判決は、*NAACP v. Alabama* におけるN A A C Pの代理人自身が言うように「副産物」⁽⁴⁸⁾ではあろう。しかし本稿が着目するのは、人種隔離撤廃にかかる最高裁の判決が「公共圏」における「公論」の形成に関わるといふ社会的過程⁽⁴⁹⁾と同時進行的に「公共圏」の成立と機能に不可欠な表現の自由法理が準備されたという連関であり、さらに *Button* 判決が訴訟活動を政治的表現の自由の一形態として保護したことは、訴訟過程自体を民主的政治過程の中に位置づける可能性を示すものでもあった。⁽⁵⁰⁾もちろん、クラーマンが端的に「言論の自由の運命は、それが絡み合うこととなった実体的大義の成功に部分的には依存するであろう」と指摘するように、この時期の合衆国においてかかる連関を可能としたのは、N A A C Pなど公民権運動の存在ゆえであり、そこから確認できるのは、「公共圏」は必ずしも所与の実体として存在するわけではなく、それ自体動的な社会的過程の中で形成され、機能するというごく平凡な事柄である。⁽⁵¹⁾

同時に、NAACP v. Alabama が辿った経緯は、最高裁による「結社の自由」の承認もまた、その実現は決して容易ではなかったことを示している。もともと本件は、アラバマ州裁判所がNAACPに意見陳述の機会を与えず発した一方的緊急差止命令によってNAACPの活動を禁じたことが発端となっているが、最高裁の判断は構成員リストの提出拒否に限定されており、州裁判所において一方的緊急差止命令の審理が行われることが期待されていた。⁽⁶³⁾しかし、アラバマ州最高裁は、連邦最高裁判決は「誤った前提に依拠している」とすら述べ、改めて裁判所侮辱を宣言し、⁽⁶⁴⁾さらに連邦最高裁がこれを破棄したにもかかわらず、一方的緊急差止命令の審理が行われないという状況が継続する。⁽⁶⁵⁾そして、連邦最高裁が、六二年一月二日までにアラバマ州裁判所が一方的緊急差止命令の審理を行わなければ連邦地裁が正式審理を行う権限を有すると判断したことを受け、⁽⁶⁶⁾ようやくアラバマ州巡回裁判所は審理を行ったが、連邦最高裁が示した期限のわずか四日前の六一年二月二十九日に一方的緊急差止命令を取り消し、改めてNAACPが州内で活動することを永久に禁止し、さらに州最高裁はNAACPの訴訟手続違背を理由に活動差止命令を維持した。⁽⁶⁷⁾そして、NAACPからの四度目の上告を受けて連邦最高裁が活動差止命令自体の違憲を宣言し、ようやくアラバマ州の抵抗が終息へと向かったのは、最初の最高裁判決の六年後、州裁判所による一方的緊急差止命令の発出からは実に八年後の六四年のことであった。⁽⁶⁸⁾

あるいは、NAACPの訴訟活動に表現の自由保障を与えたButon判決は、その後の公共訴訟、制度改革訴訟の本格的展開を準備することになった。⁽⁶⁹⁾しかし、公民権運動の文脈では、Buton判決が下された六〇年代初頭には、度重なる連邦裁判所における勝利にもかかわらずなお人種隔離撤廃が進まないという状況ゆえに、訴訟を中心とするNAACPの運動方針への疑問が生じ、座り込み(sit-in)、フリーダム・ライドといった直接的行動への展開が始まっていた。⁽⁷⁰⁾さらに、この時期のNAACPが南部における攻撃への対応にその労力を割かねばならなかったこ

とは、人種隔離撤廃・統合の推進を遅らせ、さらにNAACP自体の弱体化をもたらしでもいた。⁽⁶⁴⁾ こうして、最高裁におけるNAACPの勝利も、公民権運動におけるNAACPの位置が変化しつつあるときにもたらされた「あまりいな成功」にとどまらざるをえなかつた。

以上は、当時の合衆国が置かれた状況の中、「自由」の法的承認に至る過程に見られた最高裁内部の対立を含む種々の困難と同時に、最高裁によって宣言された「自由」もまた、その受容には困難を伴わざるをえなかつたという、いわば二重の「困難」の存在を確認するにとどまる。「表現の自由のシステムを維持することは、容易な課題ではない。これは、我々が現在の諸条件に直面するときとりわけ真実である」とは再びエマソンの六三年論文の一節であり、「法というものは——憲法もふくめ——こうしたブレッキがかかつてしか、変容しないものなのかもしれない、という思いをいだかせる」とはマッカーシズムの「遺産」に関する六〇年代後半の表現の自由判例を検討した奥平の感慨であるが、上記「困難」は政治的自由を擁護するという営みそのものの困難を示しているようでもあり、さらには政治的自由の保障が「公共圏」の成立と機能にとって不可欠でありながら、それを通しての「公論」の形成はなお「規範的期待」にとどまらざるをえないことを示しているのかもしれない。しかし、「規範的期待」とともにその「困難」を引き受けることができるかは、「安全」「安心」が憲法原理の変容をも迫っているかに見える現代の問題でもあろう。

注

- (1) 拙稿「合衆国における『市民的公共圏』と憲法裁判」森英樹編『市民的公共圏形成の可能性』（日本評論社、二〇〇三年）。
- (2) 毛利透『民主政の規範理論』（勁草書房、二〇〇二年）、同「自由な世論形成と民主主義」憲法問題一五号（二〇〇四年）、同

- 「表現の自由、結社の自由と公共」長谷部恭男・金泰昌編『公共哲学12 法律から考える公共性』（東京大学出版会、二〇〇四年）、同「ドイツの表現の自由判例における萎縮効果論——一九八〇年代まで」栗城壽夫先生古稀記念『日独憲法学の創造力上巻』（信山社、二〇〇三年）、同「ドイツの表現の自由判例における萎縮効果論——一九九〇年代——」法学論叢一五三巻一（二〇〇三年）、同「結社の自由、または「ウォーレン・コート」の終焉と誕生」樋口陽一先生古稀記念『憲法論集』（創文社、二〇〇四年）（以下、毛利「結社の自由」と略記）、同「表現の自由の公共性」自由人権協会編『憲法の現在』（信山社、二〇〇五年）。とりわけ、「結社の自由」論文は本稿の検討対象とも大幅に重なり、重要な指摘も多い（校正段階において、同「アメリカの表現の自由判例における萎縮効果論」）法学論叢一五八巻一号（二〇〇五年）に接した。
- (3) 松本和彦「公共の福祉の概念」公法研究六七号（二〇〇五年）一四二頁以下。
- (4) 奥平康弘「表現の自由Ⅲ」（有斐閣、一九八四年）七九頁。
- (5) 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Ⅲ部社会科学五四号（一九九八年）一八頁。
- (6) 376 U.S. 254 (1964).
- (7) LUCAS A. POWE, JR., *THE WARREN COURT AND AMERICAN POLITICS* 125 (2000). See Mark V. Tushnet, *The Politics of Constitutional Law*, 79 TEX. L. REV. 163, 165 (2000)(book review).
- (8) さしあたり、青部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1)』（有斐閣、一九九八年）四一一—四二二頁、松井茂記『日本国憲法 第2版』（有斐閣、二〇〇二年）四三四頁参照。本稿は、筆者にとつての最初の論文である「星条旗・第一修正・リベラリズム(四)完」法政論集一五九号（一九九五年）四一二頁において「予告」した課題を部分的ではあるが検討しようとしたものでもある。森英樹教授の御退職を記念する本号においてこのテーマを選択したゆえんである。
- (9) See generally WALTER GELLHORN, *INDIVIDUAL FREEDOM AND GOVERNMENTAL RESTRAINTS* (1956) (W. ゲルホーン) (猪俣幸一ほか訳)『言論の自由と権力の抑圧』（岩波書店、一九五九年）; Marc Kohr, *Communists and the First Amendment: The Shaping of Free-*

- dom of Advocacy in the Cold War Era*, 28 SAN DIEGO L. REV. 1, 12-17 (1991). 邦語文献としては、右崎正博「国家の安全と言論結社の自由」早稲田法学会誌二六卷(一九七五年)、同「国家の安全と言論結社の自由・2」早稲田法学会誌二七卷(一九七六年)、同「言論・結社の自由に関する一考察」憲法理論研究会編『精神的自由権』(有斐閣、一九八二年)、角替晃「表現の自由に関する一考察」早稲田政治公法研究五号(一九七六年)。本稿は便宜上マッカーシズムという用語を使用するが、この現象はジョー・マッカーシー上院議員個人に帰するものではなく、むしろ二〇世紀の合衆国において形成されてきた「反共主義」の二つの表れと理解する。古矢旬『アメリカニズム』(東京大学出版会、二〇〇二年)第五章参照。See also William M. Wiecek, *The Legal Foundations of Domestic Anticommunism: The Background of Dennis v. United States*, 2001 SUP. CT. REV. 375.
- (10) American Communications Ass'n v. Douds, 339 U.S. 382 (1950); Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951). 伊藤正巳『言論・出版の自由』(岩波書店、一九五九年)二六一―二七三頁、奥平康弘『表現の自由I』(有斐閣、一九八三年)三一―三六頁、阪口正二郎「合衆国表現の自由理論の現在(二)」社会科学研究四七巻一号(一九九五年)二〇三―二一六頁。
- (11) 奥平康弘『表現の自由を求めよ』(岩波書店、一九九九年)二二二頁。
- (12) See, e.g., Cole v. Young, 351 U.S. 536 (1956) (忠誠上の理由による公務員の略式解雇を認める連邦法の適用対象を限定); Pennsylvania v. Nelson, 350 U.S. 497 (1956) (連邦法の専占法理 (preemption) に基づき、州の破壊活動規制法上の有罪判決破棄)。
- (13) C. Hermann Pritchett, *The Warren Court: Turn to Liberalism*, NATION, July 14, 1956, at 31. See also ARTHUR J. SABIN, IN CALMER TIMES: THE SUPREME COURT AND RED MONDAY 124-137 (1999).
- (14) POWE, *supra* note 7, at 88-89; MICHAL R. BELKNAP, THE SUPREME COURT UNDER EARL WARREN, 1953-1969, at 20 (2005).
- (15) Dennis, 341 U.S. at 581 (Black, J., dissenting). フラントンの「絶望」に引き、阪口・前掲注⑨二〇六―二〇七頁。
- (16) 他の「赤5月曜日」の判決は、Service v. Dulles, 354 U.S. 363 (1957) (国務省の親中派解雇を内部手続違背を理由として取消); Yates v. United States, 354 U.S. 298 (1957) (コミンスタ法の共謀条項に基づいて有罪判決を、同法の限定解釈に基づき破棄)である。

Yates 判決については、右崎「言論・結社の自由に関する一考察」前掲注(9)一七五—一七八頁。同開廷期の他の判決としては、*Mesarosh v. United States*, 352 U.S. 1 (1956) (情報提供者の偽証に基づくスミス法上の有罪判決破棄); *Jencks v. United States*, 353 U.S. 657 (1957) (労働組合地方支部長が提出した非共産党員宣誓書が偽証にあたるとした有罪判決を破棄); *Kongsberg v. State Bar of California*, 353 U.S. 252 (1957) (共産党員歴に関する質問への回答拒否に基づく弁護士資格付与の拒否を取消) など。

(17) 354 U.S. 178 (1957).

(18) *Id.* at 197-198.

(19) *Id.* at 199.

(20) *Id.* at 200. 「露頭」「暴露」という訳語は、芦部信喜のものである。芦部信喜『憲法と議会政』（東京大学出版会、一九七一年）一〇九、四一六頁、同『現代人権論』（有斐閣、一九七四年）一三五頁。毛利「結社の自由」前掲注(2)九四頁参照。毛利は disclosure を「開示」の訳語を採る。

(21) 354 U.S. at 201-202.

(22) *Id.* at 213-215. フラン克福ーターの短い同意意見は、本件の判断が刑罰法規の明確性というデュー・プロセスの要請ゆえで *de jure* を強調 *de facto* *Id.* at 216-217 (Frankfurter, J., concurring). クラークは、授権に明確さを欠くところはないとして反対 *opinio*. *Id.* at 227-230 (Clark, J., dissenting).

(23) 354 U.S. 234 (1957).

(24) Brief for Appellant, in 52 LANDMARK BRIEFS AND ARGUMENTS OF THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES: CONSTITUTIONAL LAW 935, 967-990 (Philip B. Kurland & Gerhard Casper eds., 1975).

(25) 354 U.S. at 250-251.

(26) *Id.* at 251-255. *de jure* 第一四修正違反を言ふ相対多数意見の論理は必ずしも明快なものではない。Arthur E. Sutherland, Jr.,

- Foreword: *The Citizen's Immunities and Public Opinion*, 71 HARV. L. REV. 85, 90, 91 (1957).
- (27) 354 U.S. at 261-264 (Frankfurter, J., concurring in the result).
- (28) *Id.* at 265.
- (29) *Id.* at 266-267. 毛利「結社の自由」前掲注(2)はこのフランクファーター結果同意意見にも見られる表現の自由の「もちろめ」への感覚にウォーレン・コートの核心を見いだす。
- (30) 354 U.S. at 261. 相対多数意見にも「露頭を強制する (to compel the disclosures) 州の権限」という表現が見られる。 *Id.* at 235.
- (31) *Id.* at 262 (Frankfurter, J., concurring in the result).
- (32) フランクファーターはその意見を「それゆえ、私はニュー・ハンプシャー州裁判所の判断は覆されなければならない」と結論せよとせよと「compelled」と述べている。 *Id.* at 267.
- (33) Frankfurter to Chief Justice, June 3, 1957, Box 580, Earl Warren Papers, Manuscript Division, Library of Congress, Washington, D.C. [hereinafter Warren Papers]
- (34) POWE, *supra* note 7, at 97. 一方、意見の末尾近くには共産党と進歩党との区別に言及しており (354 U.S. at 266) 進歩党に関する質問の拒否にまつことが結論に影響を与えた可能性が残る。 POWE, *supra* note 7, at 98.
- (35) 同時代の受け止め方として、 Sutherland, *supra* note 26, at 90-91; *The Supreme Court, 1956 Term*, 71 HARV. L. REV. 83, 146 (1957). See also Michael J. Klarman, *Rethinking the Civil Rights and Civil Liberties Revolutions*, 82 VA. L. REV. 1, 13-14 (1996).
- (36) 347 U.S. 483 (1954).
- (37) See generally C. HERMAN PRITCHETT, CONGRESS VERSUS THE SUPREME COURT, 1957-1960 (1961); WALTER F. MURPHY, CONGRESS AND THE COURT (Phoenix ed. 1965). 奥平康弘「最近の合衆国最高裁判所をめぐる論議について」東京大学社会科学研究所編「社会科学の基本問題 下巻」(東京大学出版会、一九六三年)四四四—四四七頁。

説

(88) PRITCHETT, *supra* note 37, at 21-24, Appendix 1 & 2. 奥平・前掲注(8)四三三—四四四頁。

論

(89) See, e.g., Herbert Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 HARV. L. REV. 1 (1959); Alexander M. Bickel, *Foreword: The Passive Virtues*, 75 HARV. L. REV. 40 (1961). 日本における論評として、奥平・前掲注(8)四五—四五八頁、野坂泰司「司法審査と民主政の考察(四)」國家学会雑誌九七卷九・一〇号(一九八四年)、松井茂記「司法審査と民主主義」(有斐閣、一九九一年)九〇—九八頁。

(90) Frankfurter to Chief Justice, May 31, 1957, Box 580, Warren Papers.

(91) POWE, *supra* note 7, at 141-142; BELKNAP, *supra* note 14, at 67. See also SABIN, *supra* note 13, at 201-202.

(92) 357 U.S. 513 (1958).

(93) *Id.* at 518-519.

(94) *Id.* at 521-529.

(95) *Id.* at 529.

(96) Robert C. Post, *William J. Brennan and the Warren Court*, in *THE WARREN COURT IN HISTORICAL AND POLITICAL PERSPECTIVE* 123, 131 (Mark Tushnet ed., 1993).

(97) 357 U.S. at 532-538 (Douglas, J., concurring).

(98) EARL WARREN, *THE MEMOIRS OF EARL WARREN* 313 (1977).

(99) L.A. Powe, Jr., *The Politics of American Judicial Review: Reflections on the Marshall, Warren, and Rehnquist Courts*, 38 WAKE FOREST L. REV. 697, 715 (2003).

(100) 360 U.S. 109 (1959).

(101) *Id.* at 120-123.

- (52) *Id.* at 126.
- (53) *Id.* at 127-128.
- (54) 357 U.S. 449, 463-466 (1958). この事情については次節で触れる。
- (55) *Barenblatt*, 360 U.S. at 127.
- (56) *Id.* at 137-140 (Black, J., dissenting).
- (57) *Id.* at 141.
- (58) *Id.* at 166 (Brennan, J., dissenting).
- (59) 360 U.S. 72 (1959). 本件は、最高裁が五七年に州最高裁の有罪判決を破棄し、*Sweezy* 判決の趣旨に照らして審理するよう差し戻したが (*Updeau v. Wynn*, 355 U.S. 16 (1957))、州最高裁が再度有罪としたため再上告されたものである。
- (60) 360 U.S. at 81.
- (61) *Id.* at 82-108 (Brennan, J., dissenting). ブラックとダグラスは、このブレナン反対意見に同調しているものの、端的に第一修正違反を問題とすべきと付言している。*Id.* at 108.
- (62) 365 U.S. 399 (1961). 非米活動委員会への抗議行動のためにアトランタ入りした上告人が召喚された事案。
- (63) 365 U.S. 431 (1961). 南部における人種隔離撤廃を求める請願を行っていた上告人が召喚された事案。
- (64) *Wilkinson*, 365 U.S. at 415-423 (Black, J., dissenting); *Braden*, 365 U.S. at 438-446 (Black, J., dissenting); *id.* at 446-457 (Douglas, J., dissenting).
- (65) *Wilkinson*, 365 U.S. at 429-430 (Brennan, J., dissenting).
- (66) 367 U.S. 1 (1961). 三判決については、田中英夫「共産党取締立法に関する合衆国最高裁判所の最近の三つの判決」ジュリス ト二三三号 (一九六一年)、右崎「国家の安全と言論結社の自由・2」前掲注(9)一四〇—一四五頁、同「言論・結社の自由に関

する一考察」前掲注⑨一八三—一九〇頁。

- (67) *Id.* at 90-105.
- (68) 367 U.S. 203 (1961).
- (69) *Communist Party*, 367 U.S. at 147-169 (Black, J., dissenting); *Scales*, 367 U.S. at 259-262 (Black, J., dissenting); *id.* at 263-278 (Douglas, J., dissenting).
- (70) 367 U.S. 290 (1961).
- (71) *Id.* at 300-302 (Black, J., concurring); *id.* at 302 (Douglas, J., concurring).
- (72) Harry Kalven, Jr., *Mr. Alexander Meiklejohn and the Brandeis Opinion*, 27 U. CHI. L. REV. 315, 321-322 (1960). 註釋『憲法と議事録』前掲注⑩四—九頁。
- (73) Mark Tushnet, *The Warren Court as History: An Interpretation*, in *THE WARREN COURT IN HISTORICAL AND POLITICAL PERSPECTIVE*, *supra* note 46, at 1, 6; POWE, *supra* note 7, at 154.
- (74) See MARTIN SHAPIRO, *FREEDOM OF SPEECH: THE SUPREME COURT AND JUDICIAL REVIEW* 83 (1966); Weick, *supra* note 9, at 377-378.
- (75) MICHAL R. BELKNAP, *COLD WAR POLITICAL JUSTICE: THE SMITH ACT, THE COMMUNIST PARTY, AND AMERICAN CIVIL LIBERTIES* 258-261, 271-272 (1977); SABIN, *supra* note 13, at 203. See also Rohr, *supra* note 9, at 85.
- (76) MURPHY, *supra* note 37, at 246.
- (77) 五七年に扱った事件が再度最高裁に上告され、今度は弁護士会への登録拒否を合憲とした *Konigsberg v. State Bar of California* における反対意見は、この時期におけるブラックスの主張の集大成的言明である。366 U.S. 36, 60-71 (1961) (Black, J., dissenting).
- (78) *Id.* at 49.
- (79) *Dennis* 判決についての記述であるが、阪口・前掲注⑩二一六—二一七頁参照。

- (80) Alexander Meiklejohn, *The First Amendment Is an Absolute*, 1961 SUP. CT. REV. 245; Thomas I. Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment*, 72 YALE L.J. 877 (1963). See also Laurent B. Franz, *The First Amendment in the Balance*, 71 YALE L.J. 1424 (1962). 田口和秀「アメリカにおける表現の自由と利益衡量論」岡山大学法学会雑誌二〇巻三号(一九七一年)参照。
- (81) See generally Walter F. Murphy, *The South Commentaries: The Anti-NAACP Laws*, 12 W. POL. Q. 371 (1959); HARRY KALVEN, JR., THE NEGRO AND THE FIRST AMENDMENT 65-121 (Phoenix ed. 1966); MARK V. TUSHNET, MAKING CIVIL RIGHTS LAW: THURGOOD MARSHALL AND THE SUPREME COURT, 1936-1961, at 272-300 (1994). See also Joseph B. Robinson, *Protection of Associations from Compulsory Disclosure of Membership*, 58 COLUM. L. REV. 614 (1958).
- (82) Murphy, *supra* note 81, at 383, 388; POWE, *supra* note 7, at 165.
- (83) POWE, *supra* note 7, at 134.
- (84) 357 U.S. 449 (1958). 結社の自由とプライバシーの両面から本判決に着目する毛利「結社の自由」前掲注(8)参照。
- (85) 357 U.S. at 451-454. マンハッ州における N.A.A.C.P. と州との一連の訴訟の経緯については TUSHNET, *supra* note 81, at 283-289, 357 U.S. at 460.
- (86) *Id.* at 462-463.
- (87) *Id.* at 462-463.
- (88) *Id.* at 463 (quoting *Sweezy*, 354 U.S. at 265 (Frankfurter, J., concurring in the result)).
- (89) 357 U.S. at 464-465.
- (90) 吉部「現代人権論」前掲注(20)一七四頁は「compelling interest」という表現は *Barenblatt* 判決が初出とするが (see THOMAS I. EMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION 275 (1970))、毛利「結社の自由」前掲注(8)一三三頁注(3)も指摘するが、この最高裁が注意書きで言うように compelling interest 定式を採用したのは本判決が最初である。
- (91) 339 U.S. 382 (1950).

説

(38) 308 U.S. 147 (1939).

(39) *See generally* Dennis J. Hutchinson, *Unanimity and Desegregation: Decisionmaking in the Supreme Court, 1948-1958*, 68 GEO. L.J. 1 (1979).

論

(40) Memorandum for the Conference by Harlan, Apr. 22, 1958, Box 445, Warren Papers.

(41) TUSHNET, *supra* note 81, 285-286; BELKNAP, *supra* note 14, at 151. また、手続上の理由でクラークが準備した反対意見は、判決前日に撤回されたという。 Hutchinson, *supra* note 93, at 72-73; TUSHNET, *supra* note 81, at 286-287.

(42) Opinion draft by Harlan, Apr. 22, 1958, Box 445, Warren Papers.

(43) Opinion draft by Harlan, May 8, 1958, Box 445, Warren Papers.

(44) Opinion draft by Harlan, *supra* note 96.

(45) Hutchinson, *supra* note 93, at 71 n.607; BELKNAP, *supra* note 14, at 151. 以下のハーランドの一文を一旦削除したものの、再度撤回された手続案については、Memorandum for the Conference by Harlan, May 23, 1958, Box 445, Warren Papers.

(46) 361 U.S. 516 (1960). 団体の登録税を課すにあたって、当該団体の役員、構成員、寄付者の氏名等の提出を義務づけた市条例に基づく命令に対し、NAACP支部の記録管理者が支部構成員リストの露頭を拒否した事案。

(47) *Id.* at 522-523.

(48) *Id.* at 524 (quoting NAACP v. Alabama *ex rel.* Patterson, 357 U.S. 449 (1958)).

(49) Opinion draft by Stewart, Dec. 28, 1959, Box 458, Warren Papers.

(50) Brennan to Stewart, Jan. 7, 1960, Box 1:35, William J. Brennan, Jr., Papers, Manuscript Division, Library of Congress, Washington, D.C.

(51) Stewart to Chief Justice, Black, Douglas, Brennan, Jan. 19, 1960, Box 458, Warren Papers. ストewartは、この修正が全員一致のため必要であることを明示している。

(52) 361 U.S. at 527-528 (Black, J., concurring).

- (70) 366 U.S. 293 (1961).
 (80) *Id.* at 295-296.
 (90) *Id.* at 296.
 (10) BELKNAP, *supra* note 14, at 154.
 (11) 364 U.S. 479 (1960).
 (12) *Id.* at 485-487.
 (13) *Id.* at 487-490.
 (14) たぐえは、昔部『現代人権論』前掲注⑧二七〇頁。また、Talley v. California, 362 U.S. 60 (1960)は、抑止効果に触れつつ、匿名
 プラ配布を全面的に禁止する市条例を文面上無効と判断している。
 (15) フランクファーターは、所属団体の露頭はそれだけでは教師の自由への侵害とは言えないとして反対している。364 U.S. at 490-
 496 (Frankfurter, J., dissenting)。また、ハースンも本件州法は文面上すべての教師に適用されるとしている（フランクファーター
 タ、シャルーン、ホーリックカ同調）。*Id.* at 496-499 (Harlan, J., dissenting).
 (16) Harrison v. NAACP, 360 U.S. 167 (1959)。ハースン執筆の法廷意見に対し、ダグラスの反対意見が付えられている（ウォーレン、
 ブレナン同調）。本件の総論は、KALVEN, *supra* note 81, at 75-78; TUSHNET, *supra* note 81, at 274-282.
 (17) BERNARD SCHWARTZ, SUPER CHIEF 450-452 (1983); THE SUPREME COURT IN CONFERENCE (1940-1985), at 317-319 (Del Dickson ed.,
 2001).
 (18) 371 U.S. 415 (1963).
 (19) *Id.* at 429.
 (20) *Id.* at 431-437.

- (121) *Id.* at 438.
- (122) *Id.* at 439-444.
- (123) *Id.* at 448-470 (Harlan, J., dissenting).
- (124) 372 U.S. 539 (1963).
- (125) POWE, *supra* note 7, at 155-156.
- (126) SCHWARTZ, *supra* note 117, at 452-453.
- (127) 372 U.S. at 546.
- (128) *Id.* at 547-550. 法廷意見は、「共産党は通常のまたは合法的な政党ではなく」「これに対する制約がありうることを承認して
59° *Id.* at 547.
- (129) *Id.* at 551-557. ブラックは、「共産主義者も全く同等の憲法上の結社の自由を有する」という同意意見を、ダグラスは、「第一修正
は人の信条またはイデオロギーを調査することを禁止している」という同意意見をそれぞれ執筆して59°。 *Id.* at 558-559 (Black,
J., concurring); *id.* at 559-576 (Douglas, J., concurring).
- (130) *Id.* at 576-583 (Harlan, J., dissenting).
- (131) *Id.* at 583-585 (White, J., dissenting).
- (132) *Burton*, 371 U.S. at 435. タグラス同意意見も、本件州法が「連邦最高裁の命令のもとでの州の学校の「人種的」統合に対する
大抵抗 (massive resistance) という全体的計画の一部として」制定されたことと触れ59°。 *Id.* at 445 (Douglas, J., concurring).
このタグラスの認識は「事件が最初に最高裁で扱われたとき以来のもの」とある。 *Harrison*, 360 U.S. at 181-182 (Douglas, J., dissent-
ing).
- (133) *Burton*, 371 U.S. at 444-445. See Brennan to Chief Justice, Jan. 9, 1963, Box 497, Warren Papers.

- (134) その直接の帰結としては、労働組合についての訴訟援助禁止を違憲とした *Brotherhood of Railroad Trainmen v. Virginia ex rel. Virginia State Bar*, 377 U.S. 1 (1964)。クラーク反対意見（ハーラン同調）は、法廷意見が本件を *Button* 判決と同種の事案として扱っていることと反対している。 *Id.* at 10-11 (Clark, J., dissenting)。なお、若部『現代人権論』前掲注(20)一七五頁の記述とは異なり、本判決には *compelling interest* という類の表現は登場しない。
- (135) 市川正人『表現の自由の法理』（日本評論社、二〇〇三年）一一五頁。
- (136) Emerson, *supra* note 80, at 877.
- (137) *Id.* at 912 n. 57. See also Thomas I. Emerson, *Freedom of Association and Freedom of Expression*, 74 YALE L.J. 1, 13-14 (1964); KALVEN, *supra* note 81, at 86-90, 104-105.
- (138) 若部『現代人権論』前掲注(20)一七〇頁以下、とくに一七四—一七五頁。
- (139) 奥平・前掲注(40)六一頁。
- (140) 奥平・前掲注(41)二四九—二五〇頁参照。最高裁は、*NAACP v. Alabama* と同日の二判決で、同判決を援用するリベラル派四名の反対にもかかわらず、共産党員歴に関する回答拒否ゆえの公務員の解雇を有効と判断している。 *Beilan v. Board of Public Education*, 357 U.S. 399 (1958); *Lerner v. Casey*, 357 U.S. 468 (1958)。
- (141) 奥平・前掲注(40)六〇—六三頁、山口・前掲注(40)七九頁。
- (142) SAMUEL WALKER, IN *DEFENSE OF AMERICAN LIBERTIES: A HISTORY OF THE ACLU* 240 (1990)。
- (143) かかる視角については、七〇年代の日本の最高裁の「二つの顔」論に関する「『画期的』諸判決の代表的事例も、何ら支配の根幹や『秩序』を脅かすものではなかったし、むしろそれらを補完するものですらあるといえなくもない」という森英樹の指摘に示唆をえている。森英樹『労働事件と最高裁判所』ジュリスト六五七号（一九七八年）三六頁。
- (144) 以下の記述の大枠は、拙稿・前掲注(5)二三—二四頁でごく簡単に示した。

- (44) 同十二四頁をたひび引用した文献のほかに、MARY L. DUDZIAK, *COLD WAR CIVIL RIGHTS: RACE AND THE IMAGE OF AMERICAN DEMOCRACY* 99-112 (2000); MICHAEL J. KLARMAN, *FROM JIM CROW TO CIVIL RIGHTS: THE SUPREME COURT AND THE STRUGGLE FOR RACIAL EQUALITY* 299-300 (2004)。中野耕太郎「市民権改革の始動」紀平英作編『帝國と市民』（山川出版社、二〇〇三年）も参照。
- (45) 同時代の指摘としては、KALVEN, *supra* note 81, at 71。奥平・前掲注(9)四三三頁も参照。
- (46) ウォーレン・コートと南部との対立は、POWE, *supra* note 7 の主要なモチベーションである。See Tushnet, *supra* note 7, 166-169。
- (47) 阪口正二郎「表現の自由をめぐる『普通の国家』と『特殊な国家』」東京大学社会科学研究所編『20世紀ミステム』 国家の多様性と市場』（東京大学出版会、一九九八年）三二—三六頁、同・前掲注(10)二二二—二二三頁。
- (48) See, e.g., Braden, 365 U.S. at 443-445 (Black, J., dissenting)。
- (49) Daniel A. Farber & John E. Nowak, *Justice Harlan and the First Amendment*, 2 CONST. COMMENT. 425, 437 (1985)は、トーマスの「憲対主義」よりもハーランの利益衡量の方が、結果的には言論保護的であつたと指摘する。
- (50) POWE, *supra* note 7, at 494。See also Tushnet, *supra* note 7, at 185-187。拙稿・前掲注(9)二二—二五頁も参照。
- (51) Robert L. Carter, *Association — Civil Liberties and the Civil-Rights Movement, in LEGAL ASPECT OF THE CIVIL RIGHTS MOVEMENT* 181, 182 (Donald B. King & Charles W. Quick eds., 1965)。
- (52) 拙稿・前掲注(1)一八五—一八七、一九一頁参照。
- (53) FRANK I. MICHELMAN, BRENNAN AND DEMOCRACY 73-74 (1999); Frank I. Michelman, *Super Liberal: Romance, Community, and Tradition in William J. Brennan, Jr.'s Constitutional Thought*, 77 VA. L. REV. 1261, 1269-1270 (1991)。
- (54) Klarman, *supra* note 35, at 42。
- (55) ハの成りゆきは、同44頁のKALVEN, *supra* note 81。奥平・前掲注(9)三三三頁以下、三三四頁参照。See also Nadine Strossen,

- Freedom of Speech in the Warren Court, in THE WARREN COURT: A RETROSPECTIVE* 68, 74-81 (Bernard Schwartz ed., 1996).
- (57) やごあたり、本秀純「現代資本主義国家と『市民的公共圏』」森編・前掲注(1)一〇九—一二頁参照。
- (58) NAACP v. Alabama ex rel. Patterson, 357 U.S. 449, 466-467 (1958). See Ex parte NAACP, 265 Ala. 349, 352, 91 So.2d 214, 216 (1956).
- (59) Ex parte NAACP, 268 Ala. 531, 532, 109 So.2d 138, 139 (1959).
- (60) NAACP v. Alabama ex rel. Patterson, 360 U.S. 240 (1959). これを挙げた Ex parte NAACP, 271 Ala. 33, 122 So.2d 396 (1960) は「我々 は、連邦最高裁の結論とは同意しない」として、本案の判断確定までの間の一方的緊急差止め命令の効力を認めない。
- (61) NAACP v. Gallion, 368 U.S. 16 (1961).
- (62) NAACP v. State, 274 Ala. 544, 150 So. 2d 677 (1963).
- (63) NAACP v. Alabama ex rel. Flowers, 377 U.S. 288 (1964); NAACP v. State, 277 Ala. 89, 167 So. 2d 171 (1964).
- (64) See Abram Chayes, *Foreword: Public Law Litigation and the Burger Court*, 96 HARV. L. REV. 4, 27 (1982).
- (65) TUSHNET, *supra* note 81, at 301-313; POWE, *supra* note 7, at 171. 川島正樹「『ボートマン』から『座り込み』へ」紀平編・前掲注(4)参照。最高裁は *Garner v. Louisiana*, 368 U.S. 157 (1961) において初めて座り込みの問題を扱ったが、これを含む「真のウォーレン・コート」における表現の自由法理の展開を検討するについては今後の課題とした。
- (66) See TUSHNET, *supra* note 81, at 300.
- (67) *Id.*, at 284.
- (68) Emerson, *supra* note 80, at 893.
- (69) 奥平・前掲注(1)二五四頁。
- (70) 毛利「表現の自由の公共性」前掲注(2)二八三頁。
- (71) 森英樹「憲法学における『安全』と『安心』」『憲法論集』前掲注(2)参照。合衆国においても、二〇〇一年の「九・一一」事件

以降市民的自由の抑圧が前面化しており(本稿で扱った時期との関係で、*see* David Cole, *The New McCarthyism: Repairing History in the War on Terrorism*, 38 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 1 (2003))、合衆国最高裁は二〇〇四年に一応の「歯止め」を設定した (*Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004); *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004))。安部圭介「『孤立した少数者』としての外国人」社会科学研究所 五六巻五・六合併号(二〇〇五年)参照)。その検討も今後の課題としておきたい。

付記 本稿は、文部科学省科学研究費補助金(若手研究(B))の交付を受けた研究成果の一部である。