

合衆国最高裁判所と裁判官 ——2015年度開廷期における3つの出来事——

小 竹 聡

はじめに

一 スカリーア裁判官の死とその後任問題

- 1 「逆ボーク問題」の発生と共和党の阻止戦略
- 2 新聞辞令と候補者選考についての思考実験
- 3 ガーランドの指名とトランプの候補者名簿
- 4 スカリーアの不在と判決への影響

二 トーマス裁判官がしゃべった！

- 1 争点と判決
- 2 口頭弁論再現
- 3 質問の真意
- 4 合衆国最高裁判所における口頭弁論の意義

三 大統領選挙をめぐるギンズバーグ裁判官の発言

- 1 ギンズバーグとトランプ
- 2 発言に対する懸念

おわりに

はじめに

アメリカ憲法の研究者として、日々、無味乾燥な判例の山に囲まれて暮らしていると、ふと、判決の文面を追いかけることから離れ、個々の判決の背後にある生身の人間の息づかいに触れたいことがある。本稿は、合衆国最高裁判所の2015年度開廷期において垣間見られた、そうした人間的営みの一端を描き出そうとするものである。法律家としての全能力と情

熱をかけて編み出される、法的紛争を解決するための叡智と技法は、時として法の世界に革新をもたらし、後世まで語り継がれる不朽の遺産を生み出すことがある。しかし、そのような法の世界にあっても、法廷の内外における訴訟当事者や裁判官たちの人間的な振る舞いが存在することは改めて言うまでもない。学術の世界から少しく離れ、脈絡を欠いた逸話をたどることは、法律学の論考としては確かに破格なことかもしれないが、合衆国最高裁判所の裁判官に焦点を合わせる本稿が、人間としての趣を添えることを通して、法という論理の世界をより深く理解することに幾ばくかでも資することができるのであれば、このような文章にも、いささかの価値があるのではないかと信じたい。

一 スカリーア裁判官の死とその後任問題

1 「逆ボーク問題」の発生と共和党の阻止戦略

2016年2月13日土曜日午前、アントニン・スカリーア合衆国最高裁判所裁判官は、休暇のために前日から訪れていたテキサス州南西部のシボロ・クリーク・ランチ (the Cibolo Creek Ranch) の宿泊施設の一室で、死亡しているのが発見された。79歳であった⁽¹⁾。スカリーアは、レーガン大統領によって指名され、1986年9月から29年間、その職にあり、とりわけ、原意主義の憲法解釈方法論、修正2条や妊娠中絶、同性愛者の権利といった社会的、文化的争点における保守的な見解、口頭弁論における歯に衣着せぬ発言と辛辣な反対意見、人好きのする性格といった点で知られた保守派裁判官の重鎮であった⁽²⁾。スカリーアの死は、現在の合衆国最高裁におけ

(1) スカリーアの死に対しては、検死が行われなかったこともあり、一部には陰謀説も唱えられたが、自然死であったとされている。なお、スカリーアの死とその直後の合衆国最高裁判官の人事をめぐる動向についての邦語文献として、木下智史「党派対立に翻弄されるアメリカ最高裁判官人事—スカリーア裁判官急逝の波紋」世界2016年4月号33頁、大林啓吾「スカリーア裁判官の急逝—時の魔術師が遺したもの」判時2286号145頁(2016年)。

る保守派5名、リベラル派4名のバランスを逆転させ、1987年のロバート・ボークの指名、承認の際に生じた騒動を想起させるような「逆ボーク問題」を惹起することから、その後の展開が大きな注目を集めることになった⁽³⁾。

まず、スカリーアが亡くなったことが明らかになったその日のうちに、上院司法委員会委員長のチャールズ・E・グラスリー (Charles E. Grassley) (共和党, アイオワ州選出) が、11月の大統領選挙が終わるまで、後任候補者の承認の見送りを主張し、同日、上院院内総務、ミッチー・マコンネル (Mitch McConnell) (共和党, ケンタッキー州選出) も、これに同調した。「アメリカ国民こそが、合衆国最高裁判所の次期裁判官の選択に発言権を持つべきだ」というのが、その理由である。その後、2月23日に、上院司法委員会に所属する共和党の全委員11名は、マコンネル上院院内総務に対して、オバマ大統領によって指名されるいかなる後任候補者の承認も行わないとする書簡を送っている。他方、オバマ大統領は、2月13日、スカリーアを追悼する発言の中で、いずれ時が来れば、後任指名という憲法上の責務を遂行するつもりだと主張し、2月24日には、重ねて、合衆国憲法が大統領に与えている責務を真剣に果たすと、あるブログに寄稿した⁽⁴⁾。これに対して、3月1日に、グラスリーが、上院は同意するか

(2) スカリーアの生い立ちや業績に関する著作として、*see, e.g.,* Christopher E. Smith, *JUSTICE ANTONIN SCALIA AND THE SUPREME COURT'S CONSERVATIVE MOMENT* (1993); David A. Schultz & Christopher E. Smith, *THE JURISPRUDENTIAL VISION OF JUSTICE ANTONIN SCALIA* (1996); Richard A. Brisbin, Jr., *JUSTICE ANTONIN SCALIA AND THE CONSERVATIVE REVIVAL* (1997); Ralph A. Rossum, *ANTONIN SCALIA'S JURISPRUDENCE: TEXT AND TRADITION* (2006); James B. Staab, *THE POLITICAL THEORY OF JUSTICE ANTONIN SCALIA: A HAMILTONIAN ON THE SUPREME COURT* (2006); Joan Biskupic, *AMERICAN ORIGINAL: THE LIFE AND CONSTITUTION OF SUPREME COURT JUSTICE ANTONIN SCALIA* (2009); Bruce Allen Murphy, *SCALIA: A COURT OF ONE* (2014).

(3) 以下の一連の出来事についての記述は、各種報道による。なお、煩雑さを避けるために、出典の明記は必要最小限度にとどめる。

(4) *See* SCOTUSblog Obama, *A Responsibility I Take Seriously*, SCOTUSBLOG (Feb.

同意を差し控えるかの権限を有していると反論している⁽⁵⁾。

これとは別に、2月19日に、スカリーアの棺が合衆国最高裁の広間に安置され、翌20日には、カトリックの大聖堂で葬儀ミサが執り行われ、クラレンス・トーマスが、もう一人の列席者とともに、聖書の一節を読み上げた。2月22日には、スカリーアの死去後、初めての口頭弁論が行われたが、3月14日まで、スカリーアの椅子と裁判官席の前の場所には、追悼のための黒い掛け布が覆われた。2月25日には、トーマスが、以前から担当していた第11巡回区とともに、第5巡回区の巡回区担当裁判官(Circuit Justice)の地位を故スカリーアから引き継いだ。そして、3月11日に、候補者が3名に絞られたとの報道がなされた⁽⁶⁾後、3月16日に、オバマ大統領は、合衆国コロンビア特別区巡回区控訴裁判所長官、メリック・B・ガーランド(Merrick B. Garland)を合衆国最高裁判所裁判官に指名した。

2 新聞辞令と候補者選考についての思考実験

噂、憶測、下馬評の類は世の常である。合衆国最高裁判所裁判官の人事といえどもその例外ではない。かくして、スカリーアの死後、一日も経たずに、様々な名前が各種メディアを賑わせることになった。その主な名前を、合衆国控訴裁判所、合衆国地方裁判所、州最高裁判所の各裁判官、政治家と政治任命職、学界別に列挙すれば、以下の通りである⁽⁷⁾。

24, 2016, 8:00 AM), <http://www.scotusblog.com/2016/02/a-responsibility-i-take-seriously/>.

(5) See SCOTUSblog Grassley, *Coequal Branches of Government*, SCOTUSBLOG (Mar. 1, 2016, 7:00 AM), <http://www.scotusblog.com/2016/03/coequal-branches-of-government>.

(6) 後述の、ガーランド、スリーニヴァーサン、ワトフォードの3名。See Sari Horwitz, Robert Barnes & Jerry Markon, *President Obama Reportedly Is Down to Three Finalists for Supreme Court Vacancy*, WASH. POST (Mar. 11, 2016), https://www.washingtonpost.com/world/national-security/president-obama-is-down-to-three-finalists-for-the-supreme-court-vacancy/2016/03/11/952a716c-e7e8-11e5-bc08-3e03a5b41910_story.html?utm_term=.d5761f166d29 (last visited Feb. 16, 2017).

合衆国控訴裁判所の裁判官から名前が挙がったのは、パトリア・A・ミレット (Patricia A. Millett), スリー・スリーニヴァーサン (Sri Srinivasan), メリック・B・ガーランド, ロバート・L・ウィルキンス (Robert L. Wilkins), コーネリア・T・L・ピラード (Cornelia T. L. Pillard) (以上, コロンビア特別区巡回区), デイヴィッド・J・バロン (David J. Barron) (第1巡回区), レイモンド・J・ロヒア・ジュニア (Raymond J. Lohier, Jr.) (第2巡回区), シェリル・アン・クラウセ (Cheryl Ann Krause) (第3巡回区), グレグ・J・コスタ (Greg J. Costa) (第5巡回区), ジェーン・ケリー (Jane Kelly) (第8巡回

-
- (7) リストの作成に当たっては、以下の情報を参考にした。なお、名前の英語表記は、裁判官については、各所属裁判所のホーム・ページを参照し、それ以外の者についても、本人による表記を確認した。See Tom Goldstein, *First Reactions on the Passing of Justice Scalia* (UPDATED), SCOTUSBLOG (Feb. 13, 2016, 5:42 PM), <http://www.scotusblog.com/2016/02/first-reactions-on-the-passing-of-justice-scalia/>; Dahlia Lithwick, *Obama's Supreme Court Shortlist*, SLATE (Feb. 13, 2016, 10:57 PM), http://www.slate.com/articles/news_and_politics/jurisprudence/2016/02/obama_s_supreme_court_shortlist_is_full_of_great_candidates.html; Dylan Matthews, *Who Will Obama Choose to Replace Antonin Scalia? Here Are 7 of the Strongest Candidates*, VOX (Feb. 13, 2016, 11:21 PM), <http://www.vox.com/2016/2/13/10987836/obama-supreme-court-shortlist>; Charlie Savage, *Potential Nominees Obama May Consider to Fill Scalia's Seat*, N.Y. TIMES (Feb. 14, 2016), https://www.nytimes.com/2016/02/15/us/politics/potential-nominees-obama-may-consider-to-fill-antonin-scalias-seat.html?_r=0 (last visited Feb. 15, 2016); Tony Mauro, *Sri Srinivasan, Jeh Johnson and Kamala Harris among Lawyers' Top Bets for Scalia Replacement*, NAT'L L.J. (Feb. 14, 2016), <http://www.nationallawjournal.com/id=1202749723425/Sri-Srinivasan-Jeh-Johnson-and-Kamala-Harris-Among-Lawyers-Top-Bets-for-Scalia-Replacement> (last visited Feb. 15, 2016); Jukiet Eilperin & Paul Kane, *Supreme Court Nomination Process Sure to Be an Epic Debate*, WASH. POST (Feb. 14, 2016, 6:03 PM), https://www.washingtonpost.com/politics/supreme-court-nomination-process-sure-to-be-an-epic-debate/2016/02/14/63cd2cd6-d32a-11e5-b195-2e29a4e13425_story.html?utm_term=.4e1c86b41d3e (last visited Feb. 16, 2016); Ian Millhiser, *Four Paths Obama Could Take with His Supreme Court Nominee*, THINK PROGRESS (Feb. 22, 2016, 8:00 am), <https://thinkprogress.org/four-paths-obama-could-take-with-his-supreme-court-nominee-2298ac7725ed#.nbsjdn137> (last visited Feb. 16, 2017).

区), ポール・J・ワトフォード (Paul J. Watford), ジャクリーン・H・ニューエン (Jacqueline H. Nguyen) (以上, 第9巡回区), アダルベルト・ジョーダン (Adalberto Jordan), ジル・A・プライアー (Jill A. Pryor), ロビン・S・ローゼンバウム (Robin S. Rosenbaum) (以上, 第11巡回区) である。また, 合衆国地方裁判所の裁判官からは, ケタンジ・ブラウン・ジャクソン (Ketanji Brown Jackson) (コロンビア特別区), ルーシー・H・コー (Lucy H. Koh) (カリフォルニア州北部地区), 州最高裁判所の裁判官からは, グドウィン・H・リュウ (Goodwin H. Liu), マリアーノ=フロレンティーノ・クエラ (Mariano-Florentino Cuellar), レオンドラ・R・クルーガー (Leandra R. Kruger) (以上, カリフォルニア州最高裁), モニカ・M・マルケス (Monica M. Marquez) (コロラド州最高裁) の名前が挙がっている。

政治家や政治任用職からは, ロレッタ・リンチ (Loretta Lynch) (合衆国司法長官), カマラ・ハリス (Kamala Harris) (カリフォルニア州司法長官), エイミー・クローバチャー (Amy Klobuchar) (民主党, ミネソタ州選出上院議員), ジェイ・ジョンソン (Jeh Johnson) (国土安全保障省長官), シェルドン・ホワイトハウス (Sheldon Whitehouse) (民主党, ロード・アイランド州選出上院議員), クリストファー・クーンズ (Chris Coons) (民主党, デラウェア州選出上院議員), デイック・ダービン (Dick Durbin) (民主党, イリノイ州選出上院議員), ドナルド・B・ヴェリーリ・ジュニア (Donald B. Verrilli, Jr.) (合衆国訟務長官) の名前が取り沙汰されている。その他, 学界から, パメラ・S・カーラン (Pamela S. Karlan) (スタンフォード・ロー・スクール教授) の名前も挙がっている。

以上の候補者リストから, ここでは, 合衆国最高裁の動向を追いかける上で, 今日, 欠くことのできないプログとして知られている SCOTUSblog の創設者の一人, トム・ゴールドスティン (Tom Goldstein) による考察を例に取って, どのような考慮が候補者の選考の際になされるのかについての思考方法の一端を垣間見ることにしよう。

まず, ゴールドスティンは, 指名の可能性のある者は現職の合衆国控訴

裁判所裁判官の中から容易に見定められるとして、コロンビア特別区のミレットとスリーニヴァーサン、第9巡回区のワトフォードの3名の名前を挙げる⁽⁸⁾。次いで、翌日のブログでは、ワトフォードが最も指名される可能性の高い候補者であるとする⁽⁹⁾。その理由は、以下の通りである。今回の空席にどのように対応するかに当たって政権側が考える優先順位は、何よりも候補者が承認されることにあり、また、今回の指名は、大統領選挙の投票をすべきかどうか、誰に投票するかを決定する上で、重要な結果をもたらす数の有権者が合衆国最高裁のことを真剣に考える稀有の機会なのであるから、とりわけ大統領選挙において、できるだけ多くの政治的得点を稼ぎ、共和党にできるだけ重い政治的損害を課すことにあるとする。この観点からは、政治的に最も好ましい候補者は、おそらくはヒスパニック系ということになるが、既に、合衆国最高裁にはソトマヨールがいる。他方、オバマ大統領は、自己の歴史的遺産はアメリカ政治における黒人の参加と成功の推進にかなりの程度かかっており、また、現職の唯一の黒人裁判官であり、非常に保守的なトーマスとは対照的な人物を指名することには価値があると見るであろうから、個人的には、2人目のヒスパニックよりも黒人を指名したがつているのではないか。そこで、黒人の候補者が指名されることになるとすると、最も好ましい候補者は、51歳で、女性という利点もあるカリフォルニア州司法長官のハリスの名前が挙げられるが、ハリスは、11月の選挙で、上院議員に当選することが確実視され、その先には、将来の大統領候補の目もあるとみなされている。従って、ハリスが合衆国最高裁の裁判官職を望むことはないであろう。そこで、次に、56歳のリンチ合衆国司法長官の目が出てくる。確かにリンチは真剣な考慮に値

(8) See Goldstein, *supra* note 7. なお、年齢は、ミレットが52歳、スリーニヴァーサンとワトフォードは48歳である。

(9) See Tom Goldstein, *Ninth Circuit Judge Paul Watford Is the Most Likely Nominee to Replace Antonin Scalia (superseded)*, SCOTUSBLOG (Feb. 14, 2016, 10:07 AM), <http://www.scotusblog.com/2016/02/ninth-circuit-judge-paul-watford-is-the-most-likely-nominee-to-replace-antonin-scalia/>.

する候補者であるが、指名を受ければ、その職を辞任せざるをえず、そうすると司法長官職が無期限に空席となり、これには共和党も反対するであろう。こうして、他の黒人女性も直ちには思い浮かばないことから、ここで、黒人男性のワトフォードが浮上する。ワトフォードは、2012年に、9名の共和党議員の票を含む、61対34で承認されたばかりであり、共和党にとっては公聴会の開催を拒否することが難しい。また、身辺調査を最近終えたばかりのワトフォードであれば、比較的短期間で指名することができるから、共和党の承認拒否のキャンペーンにも十分対抗できる。インド系のスリーニヴァーサン、女性のミレットにも魅力はあるが、ワトフォードほどの政治的利点がない。

さらに、同日、ゴールドSTEINは、今度は、リンチ司法長官が指名される可能性が最も高いものの、共和党は承認を拒否するであろうと予想を改めている⁽¹⁰⁾。即ち、上院の多数を占めている共和党にとっては、候補者の審議を一切拒否することよりも、投票を行った上で、実体的な理由から候補者を否決することの方が、政治的にマイナスが少ないと考えられる。他方で、リンチが指名され、司法長官職を辞職することになっても、長官代理が置かれることになるであろうし、職業検察官であったリンチを極端なりべラルと描くことは非常に難しい。確かにリンチの年齢は懸念材料だが、政治的に仕えるのであれば、重大な障害ではない。司法長官として最近承認されていることも好材料である。承認手続における共和党の妨害は、どのみち黒人と女性の動員につながるであろう。こうして、ワトフォードよりも女性のリンチの方が非常に大きな利点がある。もっとも、そうなれば、共和党側としては、当初は承認手続を拒否するであろうが、最終的にはこれに応じながらもリンチの承認を否決し、その次に指名される候補者については、時間切れを狙うことであろう。

(10) See Tom Goldstein, *How the Politics of the Next Nomination Will Play Out*, SCOTUSBLOG (Feb. 14, 2016, 5:47 PM), <http://www.scotusblog.com/2016/02/how-the-politics-of-the-next-nomination-will-pay-out/>.

ゴールドスティンは、その後、2月16日には、さらに考えが進展したとして、合衆国コロンビア特別区地方裁判所の裁判官で、45歳の黒人女性、ジャクソンの名前を挙げる⁽¹¹⁾。まず初めに、最終的な承認の権限は、上院で54票を持っている共和党が握っており、その共和党は、オバマ大統領の指名する候補者を選挙前には承認しないであろう。他方で、極めて高い資格を有している候補者の指名は大統領の遺産の一部となり、また、大統領選挙で民主党が勝てば、その候補者が承認される現実的な可能性も高くなる。候補者の資質は、その候補者がどのように国民から見られるかにとっても大切な要素であり、ここで特に有益なことは、過去に、共和党の反対を受けることなく承認されていたということである。そこで、黒人で最初の大統領が、全3名の合衆国最高裁の裁判官の指名をいずれも黒人から行わないというのでは奇妙なことであろうし、その容認できない言外のメッセージは、黒人の有資格者がいなかったということになってしまう。加えて、大統領の歴史的遺産は、3名の女性を指名することによっても高められよう。また、今回の指名が、短期的にも長期的にも、民主党の党派的利益を最大限に促進することにつながることも重要な要素となる。こうして、即座に指名できること、無党派層を動員できること、左派の信頼がありながら過激なりバラルと戯画化されることがないこと、そして、黒人と女性の有権者を引きつけられることが考慮要素となる。これらの要素の多くに照らすと、第8巡回区のケリー裁判官が有力候補となる。彼女は96対0で承認され、共和党のグラスリー上院議員の強力な支持もある。他方で、スリーニヴァーサン裁判官には不利に働く。全会一致で承認されたと

(11) See Tom Goldstein, *Continued Thoughts on the Next Nominee (and Impressions of Judge Ketanji Brown Jackson)*, SCOTUSBLOG (Feb. 16, 2016, 5:25 PM), <http://www.scotusblog.com/2016/02/continued-thoughts-on-the-next-nominee-and-impressions-of-judge-ketanji-brown-jackson/>. なお、そのこと自体がニュースとなっている。See Jeremy Berke, *Influential Supreme Court Expert is Floating a New Candidate to Fill Scalia's Seat*, BUSINESS INSIDER (Feb. 17, 2016, 1:15 PM), <http://www.businessinsider.com/tom-goldstein-says-obama-may-nominate-ketanji-brown-jackson-2016-2>.

はいえ、政治的利点が少なすぎるし、かつてロー・クラークとして仕えた 2 名の裁判官は、いずれも共和党系であり、また、企業利益を代弁する弁護士事務所に勤務していた経験は、民主党の支持基盤やとりわけ利益団体の中で、意欲を大いに高めることが難しい。また、条件を十分に満たした黒人女性であり、最近承認されたばかりのリンチ司法長官については、承認がきわどかったことでもあるし、指名されれば、共和党から司法長官の勤務に関連した多くの文書の開示を要求され、そのことは、承認に反対するもっともらしい理由を与えることとなろう。そこで、合衆国控訴裁判所には明らかな候補者がいないことから、合衆国地方裁判所のジャクソン裁判官が有力な候補者として現れる。ジャクソンは、2013年の合衆国地裁の裁判官とそれ以前の合衆国量刑基準委員会委員に就任する際に、上院の全議員の同意を得ている。45歳と若く、黒人女性である。その資質は非の打ちどころがなく、ハーヴァードの学部とロー・スクールをそれぞれ第二位優等と優等で卒業し、ブライアと他の 2 名の裁判官のロー・クラークを務めたことがあり、公設弁護人の経験もある。家族も見事で、共和党のポール・ライアン下院議長とは姻戚関係にある。確かに、合衆国地裁の裁判官であり、経験も 3 年に満たないが、非常に大きな政治的原動力となりうる。

その後、ゴールドSTEINは、指名を受ける者はほとんど確実に合衆国控訴裁判所裁判官から選ばれることになるであろうとし、他の要素も加味して、これまでに名前が挙がらなかった者も含む、5名を列挙する3月1日のブログを経て⁽¹²⁾、3月11日に、有力と目されている5名の候補者についての格付けを行っている⁽¹³⁾。ここでの考慮要素は、①客観的な資質、

(12) アルファベット順に、コスタ、ケリー、クラウセ、ロヒア、スリーニヴァーサンの5名。ジョーダン、ブライアー、ローゼンバウムも多分リストに挙がりうるとするが、ゴールドSTEINは、様々な理由から、この3名は幾分可能性が低いとしている。See Tom Goldstein, *Five Potential Nominees from the Federal Appellate Bench*, SCOTUSBLOG (Mar. 1, 2016, 4:22 PM), <http://www.scotusblog.com/2016/03/five-potential-nominees-from-the-federal-appellate-bench/>.

②指名がもたらす遺産, ③政治, ④承認可能性という4つの中核的な規準と、その他に、⑤ワシントンのエリート筋の支持, ⑥圧力団体の支持という要素である。その結果、ジャクソンが5位, 1位, 1位, 4位, 3位, 1位, ガーランドが1位, 5位, 5位, 1位, 2位, 5位, ケリーが4位, 3位, 2位, 3位, 5位, 2位, スリーニヴァーサンが, 2位, 2位, 3位, 2位, 1位, 3位, ワトフォードが3位, 4位, 4位, 5位, 4位, 4位となり、結論として、ジャクソンがわずかに優勢であるとし、しかし、大統領が合衆国地裁の裁判官を指名する気がないとすれば、スリーニヴァーサンが指名され、その後任のコロンビア特別区巡回区控訴裁判所裁判官に、将来の合衆国最高裁入りも視野に入れて、ジャクソンの指名を行うであろうとゴールドスティンは予測する⁽¹⁴⁾。

以上の予想は、結果的には、ものの見事に外れてしまった。オバマ大統領は、ジャクソンでもスリーニヴァーサンでもなく、63歳の白人男性で、より穏健な候補者である、ガーランドをスカリアの後任に選んだ。しかし、おそらくは政権内においても、ここで見られたような類の様々な考慮がなされていたであろうことは想像に難くない。ゴールドスティンの思考実験は、将来の指名の予測を行う上でも、大いに参考になるように思われる。

3 ガーランドの指名とトランプの候補者名簿

それでは、オバマ大統領は、何故、ガーランドを指名したのであろうか。この点、一つの可能性として考えられるのは、大統領は、候補者の資質に加えて、承認可能性の問題を最優先に考えたのではないかということ

(13) See Tom Goldstein, *Handicapping the Five Potential Nominees*, SCOTUSBLOG (Mar. 11, 2016, 9:14 AM), <http://www.scotusblog.com/2016/03/handicapping-the-five-potential-nominees/>.

(14) ゴールドスティンは、統計的にはガーランドが3番目に有力な候補者であるとするが、どのようなぎりぎりの選択でも彼の年齢が決め手となるだろうとする。See *id.*

である。ガーランドの指名は、上院共和党が承認手続の開始を頑なに拒否し続けるとしても、11月の大統領選挙で、民主党のヒラリー・クリントンが当選する可能性が高くなれば、就任後の新大統領による、より若くて、よりリベラルな裁判官の指名を回避するために、共和党も承認手続を開始せざるをえなくなるという政治的効果を伴うことになる。もっとも、この見方は、ガーランドが捨石となるのもやむを得ないとする見方を内包しているだけでなく、政治的駆け引きを重視するあまり、ガーランドの個性にあまりにも焦点を合わせていない嫌いがある。オバマ大統領としては、司法省時代に、オクラホマ・シティ連邦政府ビル爆破事件の捜査を指揮した経験を持つガーランドに、あるいは、犯罪被害者への深い共感や銃規制に対する強い決意を見て取ったのかもしれない。しかし、何が決め手となったのかはともかく、大統領がいかにガーランドに肩入れしていたとしても⁽¹⁵⁾、ガーランドでは、民主党の支持基盤や無党派層に対して、大きな政治的訴求力を持つことが期待できないであろう。政党間の分極化の時代とも言われる激しい党派対立が続く中にあって、選挙の年に、大統領が合衆国最高裁判官の指名を殊更には切り札にしなかったのは、一体、何故なのだろうか。

他方、共和党の大統領候補の一人であったドナルド・トランプは、2016年5月18日に、合衆国最高裁判所裁判官指名に関する11名の候補者名簿を公表し、正式に党の候補者となった後の2016年9月23日にも、10名の新候補者名簿を公表した⁽¹⁶⁾。このリストには、合衆国控訴裁判所裁判官8名、

(15) 実には、ガーランドの名前は、2009年のソトマヨール、2010年のケイガンの指名の際にも、有力候補として挙がっており、特に2010年には、大統領との面接も行われたと報じられていた。

(16) See Matt Flegenheimer, *Donald Trump's Docket: A Look at His Supreme Court Wish List*, N.Y. TIMES (May 18, 2016), <https://www.nytimes.com/2016/05/19/us/politics/trump-scotus-justices.html> (last visited Feb. 21, 2017); Reena Flores & Major Garrett, *Donald Trump Expands List of Possible Supreme Court Picks*, CBS NEWS (Sep. 23, 2016, 12:42PM), <http://www.cbsnews.com/news/donald-trump-expands-list-of-possible-supreme-court-picks/>.

合衆国地方裁判所裁判官2名、合衆国軍法上訴裁判所裁判官1名、州最高裁判所裁判官9名と、その他に、上院議員1名からなる雑多な名前が掲載されている⁽¹⁷⁾。本当に選択を行うことができるほどに高い資質を有する候補者がこの名簿中に委細漏らさず登録されているのかどうかについては、疑問の余地がないわけではないが、ここには、共和党の政治基盤である宗教右派を初めとする保守的な有権者に訴えかけ、その動員を図るといふ政治的思惑が見え隠れしている。そして、トランプ陣営としては、合衆国最高裁の人事の問題を大統領選挙の争点として設定することに、結果的には、見事に成功したと言えるであろう⁽¹⁸⁾。共和党支持者の多くは、トランプには共感できないとしても、合衆国最高裁こそが問題なのだとする訴えには心惹かれるところが大きかったのではなかろうか。なお、共和党の主張するような、大統領は大統領選挙の年に、または、任期が最終年に達したいわゆるレイム・ダックの大統領は、合衆国最高裁判所裁判官の指名を差し控えるべきか、また、そのような慣行は存在しているかという問題については、一般に、歴史学者はこれを否定している。例えば、これまでの大統領の中で、その時期がいつであれ、合衆国最高裁の空席を埋めるべく指名を行うことを放棄した者は、一人も存在しない。それどころか、これまでに、6名のレイム・ダックの大統領が、6名の合衆国最高裁裁判官の指名を行っている。さらに、歴代の44名の大統領のうち、40名が合衆

(17) なお、トランプの最初の名簿に対抗して、クリントンと関係の深いいくつかのグループが、ヒラリー・クリントンの望ましい、11名からなる候補者について、幅広く合意したとの2016年7月30日付の報道がある。See Lydia Wheeler, *Clinton's Court Shortlist Emerges*, THE HILL (July 30, 2016, 4:02 PM), <http://thehill.com/regulation/court-battles/289643-clintons-court-shortlist-emerges>.

(18) 木下智史「トランプ政権下の最高裁裁判官任命をめぐる『法と政治』」世界2017年4月号26頁、参照。この論考は、オバマ政権末期から、トランプ新大統領による合衆国第10巡回区控訴裁判所裁判官、ニール・M・ゴースッチ (Neil M. Gorsuch) の指名に至るまでの、合衆国最高裁人事をめぐる法と政治の状況を明快に描写する。なお、ゴースッチは、前述したトランプの第二の名簿にその名前が掲載されていた。

国最高裁の裁判官を指名する機会に恵まれているが、このうち13名は、大統領選挙の年に、計19名の合衆国最高裁裁判官を指名しており、先のレイム・ダックの大統領の6名を合わせると、大統領選挙年またはその直後に、合衆国最高裁裁判官の指名を行った大統領の数は19名に達する。従って、上院は、大統領選挙の年に合衆国最高裁の任命手続を阻止できるとの伝統が存在するとの主張には、歴史上、何らこれを裏付ける証拠はないものと考えられている⁽¹⁹⁾。しかし、その詳細については、今後の検討課題とすることにしたい。

4 スカリーアの不在と判決への影響

最後に、政治文脈から離れ、スカリーアが亡くなったことの直接の影響を今開廷期の判決から見てみよう。ここで一つの指標となりうるのは、票決の結果が4対4となり、その結果、パー・キューリアムにより、「原判決は、賛否が同数に分かれた当法廷によって認容される (The judgment is affirmed by an equally divided Court)」と判示されることになった判決の数とその内容である。また、併せて、政治的に激しい議論の対象となり、イデオロギー・ラインで票決が分かれることが予想された以下の6つの事件⁽²⁰⁾の帰趨についても、ここで見ておくこととしよう。そうすると、今開廷期中、弁論が行われた69の事件のうち、スカリーアの不在によって4対4となり、原判決が維持されたのは、全部で4件あり⁽²¹⁾、この中には、

(19) See, e.g., Michael Gerhardt, *Getting the Senate's Responsibilities on Supreme Court Nominations Right*, SCOTUSBLOG (Mar. 9, 2016, 11:10 AM), <http://www.scotusblog.com/2016/03/getting-the-senates-responsibilities-on-supreme-court-nominations-right/>. なお、木下・前掲注1, 34~35頁も、参照。

(20) See David G. Savage, *Supreme Court Set to Make Pivotal Rulings on Abortion, Affirmative Action and Immigration*, L.A. TIMES (Dec. 29, 2015, 3:27 AM), <http://www.latimes.com/nation/la-na-supreme-court-year-ahead-20151229-story.html>.

(21) See Kedar Bhatia, *Final October Term 2015 Stat Pack*, SCOTUSBLOG (Jun. 29, 2016, 11:25 PM), <http://www.scotusblog.com/2016/06/final-october-term->

公共部門の労働組合のエージェンシー・シヨップ制をめぐる *Friedrichs* と、オバマ政権の移民政策をめぐる *United States v. Texas* が含まれる。この2つの事件については、スカリーアが在職していれば、5対4で、前者については原判決を覆す、後者については原判決の結論を支持する、いずれも保守的な先例が確立されることになったはずだと論評されている⁽²²⁾。また、2015年11月6日に裁量上訴が受理されていた、避妊具の保険適用をめぐる *Zubik* (弁論は3月23日、判決は5月16日) では、口頭弁論後に合衆国最高裁が求めた妥協案についての審理を尽くさせるために、事件が原審に差戻された⁽²³⁾ が、この事件においても、スカリーアの一票は、保守派の側に5票目をもたらす結果となっていたであろうと推測されている⁽²⁴⁾。その他、政治的に注目された残りの3つの事件については、「一人一票」原則をめぐる *Evenwel* (弁論は12月8日、判決は4月4日) は、多数意見が6名、結果同意意見が2名で、積極的差別是正措置をめぐる *Fisher* (弁論は12月9日、判決は6月23日) は4対3で、妊娠中絶をめぐる *Whole Woman's Health* (弁論は3月2日、判決は6月27日) は5対3で、いずれもリベラル派の側の勝利に終わっている⁽²⁵⁾。各々の判決が持つ意味

2015-stat-pack/. このうち、*Hawkins v. Community Bank of Raymore*, 136 S. Ct. 1072 (2016) (弁論は10月5日、判決は3月22日)、*Dollar General Corp. v. Mississippi Band of Choctaw Indians*, 136 S. Ct. 2159 (2016) (弁論は12月7日、判決は6月23日)、*Friedrichs v. California Teachers Ass'n*, 136 S. Ct. 1083 (2016) (弁論は1月11日、判決は3月29日) の3件は、スカリーアが弁論に参加しているが、1月19日に裁量上訴が受理されていた *United States v. Texas*, 136 S. Ct. 2271 (2016) では、スカリーアが亡くなった後の4月18日に弁論が開かれ、6月23日に判決が下されている。なお、口頭弁論後に開かれる裁判官会議から判決が下されるまでの間の裁判官同士のやり取りは、表に出ることはないから、例えば、どうしてこれらが一行判決になったのかとか、何故、弁論から判決まである程度、時間がかかっているのか、さらには、弁論後のやり取りで、4対4になることを免れた事件が他にあったのか等については、外部からはうかがい知ることができない。

(22) See Erwin Chemerinsky, *Everything Changed*, 19 Green Bag 2d 343, 344 (2016).

(23) See *Zubik v. Burwell*, 136 S. Ct. 1557 (2016).

(24) See Chemerinsky, *supra* note 22, at 344.

と結論をもたらした要因についての分析は、それぞれの判決の判例評釈に委ねるが、最後の3つの事件については、たとえスカリーアの一票が保守派とされる側についたとしても、大学側が勝訴した原判決が維持される (Fisher) か、票差が縮まるだけ (Evenwel と Whole Woman's Health) であり、いずれにせよリベラル派の勝利が変わることはなかったであろう。

二 トーマス裁判官がしゃべった！

1 争点と判決

2015年度開廷期には、スカリーア裁判官の死去と並んで、もう一つ、特筆すべき出来事があった。それは、ある事件の口頭弁論において、10年ぶりに、トーマス裁判官がしゃべった (Justice Thomas Speaks) ことである。合衆国最高裁の一裁判官が口頭弁論において質問をしたということがどうしてそれほどまでに大きなニュースになるのかを理解するためには、トーマス自身の口頭弁論についての考え方やこれまでの姿勢だけでなく、訴訟手続における口頭弁論一般が持つ意味を正しく認識する必要がある。しかし、ここでは、まず、当該事件の概要を振り返り、法廷で何が起こったのかを明らかにしておくこととしたい。

(25) See *Evenwel v. Abbott*, 136 S. Ct. 1120 (2016); *Fisher v. University of Texas at Austin*, 136 S. Ct. 2198 (2016); *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 136 S. Ct. 2292 (2016). なお、Fisher の口頭弁論で、スカリーアは、「アフリカ系アメリカ人を彼らの学業が芳しくないテキサス大学に入学させることは、より上級ではない大学、よりゆっくりした進路の大学にやることは反対に、そこでは彼らはうまくやるのだが、彼らのためにならないと主張する者がいる」と述べて、いわゆる「ミスマッチ理論 (the mismatch theory)」を口にしたが、この発言は、各方面からの厳しい批判を浴びることとなった。See Yanan Wang, *Where Justice Scalia Got the Idea that African Americans Might Be Better Off at 'Slower-track' Universities*, WASH. POST (Dec. 10, 2015), https://www.washingtonpost.com/news/morning-mix/wp/2015/12/10/where-justice-scalias-got-the-idea-that-african-americans-might-be-better-off-at-slower-track-universities/?utm_term=.60ec35fa813a (last visited Feb. 14, 2017).

トーマスが口を開いたのは、2016年2月29日に開かれた、*Voisine v. United States* 事件の口頭弁論においてであった。この事件は、「家庭内暴力の軽罪 (a misdemeanor crime of domestic violence)」につき有罪決定を受けた者に小火器の所持を禁ずる連邦法の規定⁽²⁶⁾の解釈が争われたものである。当該連邦法の規定は、制定された当初は、有罪決定された重罪犯に対して、小火器の所持を禁ずるものであったが、家庭内暴力の多くの犯罪者が、その行為の有害さにもかかわらず、重罪ではなく軽罪で訴追され、また、「小火器と家庭内暴力は潜在的に極めて有害な組み合わせである」ので、上記の規定が付け加えられたという経緯がある⁽²⁷⁾。当該規定は、「家庭内暴力の軽罪」という文言を、「物理的な力の行使またはその未遂を一要素として持つ」、被害者と特定の家族関係を持つ者によって犯された、連邦法、州法または部族法の下での軽罪を含むものと定義していた⁽²⁸⁾。合衆国最高裁は、2014年の *Castleman* 判決で、「[そのような] 力の、承知の上でのまたは意図的な (knowing or intentional) 適用は、力の『行使』である」⁽²⁹⁾と判断していたが、「未必の故意ないし認識ある過失による (reckless)」暴行がそのような力の「行使」に当たるかどうかについては、明示的に判断を留保していた⁽³⁰⁾。

本件は、上記連邦法に違反したとして訴追された上訴人たちが、メイン州法の下での自分たちの以前の有罪決定は、それぞれ暴行と軽罪の家庭内暴力によるものであり、この州刑事法の規定は、「承知の上でのまたは意図的な」行為ではなく、「未必の故意ないし認識ある過失による」行為によって犯されうるものであるから、当該連邦法の目的上、家庭内暴力の軽罪には自動的に当たらないと主張した事案である。合衆国最高裁は、

(26) See 18 U.S.C. §922(g)(9).

(27) See *Voisine v. United States*, 136 S. Ct. 2272, 2276 (2016) (citing *United States v. Hayes*, 555 U.S. 415, 427 (2009)).

(28) See 18 U.S.C. §921(a)(33)(A).

(29) *United States v. Castleman*, 134 S. Ct. 1405, 1415 (2014).

(30) See *id.* at 1414 n. 8.

2015年10月30日に、本件の裁量上訴を受理したが、その際に、裁量上訴の申立てによって提起されていた2つの問題のうち、第1の問題に限定して裁量上訴を認め⁽³¹⁾、それ故、本件では、未必の故意ないし認識ある過失という主観的要素 (the mens rea of recklessness) を有する軽罪が、18 U.S.C. §§921(a)(33)(A) および 922(g)(9) によって定義される「家庭内暴力の軽罪」に当たるかどうか争点となった⁽³²⁾。従って、上訴人が裁量上訴の申立てで述べていた第2の問題である、18 U.S.C. §§921(a)(33)(A) および 922(g)(9) は合衆国憲法の修正2条、5条、6条および事後法条項の下で違憲であるか⁽³³⁾ という問題は、合衆国最高裁によって取り上げられず、よって、家庭内暴力で有罪となった者による小火器の所持の禁止が修正2条の下での権利を侵害するかという論点は、審理の対象とはなっていない。

2016年6月27日に、合衆国最高裁は、6対2の多数で、「承知の上でのまたは意図的な」と対照してみると、「未必の故意ないし認識ある過失による」行為での有罪決定は、当該制定法上の小火器の禁止のきっかけとなると判示し、原判決を維持して上訴を斥けた⁽³⁴⁾。判決は、ケイガン裁判官によるものであり、これに、ロバーツ長官、ケネディ、ギンズバーグ、ブライア、アリーの各裁判官が同調し、他方で、ソトマヨール裁判官が一部を除いて同調した、トーマス裁判官の反対意見がある。

2 口頭弁論再現

口頭弁論時のトーマスの発言は、被上訴人である合衆国政府の代理人イラナ・アイゼンシュタイン (Ilana H. Eisenstein) 訟務長官補 (Assistant to the Solicitor General) に対してなされたものである。トーマスとアイゼン

(31) See *Voisine v. United States*, 136 S. Ct. 386 (2015) (mem.).

(32) See *Petition for Writ of Certiorari at i, Voisine*, 136 S. Ct. 2272 (2016) (No. 14-10154), 2015 WL 6561881, at i.

(33) See *id.*

(34) See *Voisine v. United States*, 136 S. Ct. 2272, 2276 (2016).

シュタインとのやりとりは、以下の通りである⁽³⁵⁾。

アイゼンシュタイン「もうこれ以上、質問がなければ。」

トーマス「アイゼンシュタインさん、一つ質問があります。私に教えて……本件は軽罪違反です。憲法上の権利を停止します。軽罪違反が憲法上の権利を停止する別の領域を、私に教えてくれませんか。」

アイゼンシュタイン「裁判官殿、私は……私は、そのことについて考えていますが、しかし、私は思うのですが、その……その質問は……裁判官殿の質問を理解する限りですが、必ずしも同法の有責性やその犯罪のことではないと思うのですが……」

トーマス「いや、私が……私が見ているのは……あなたは未必の故意ないし認識ある過失が違反のきっかけとなるのに十分だとおっしゃっている……その家庭内の行為という軽罪違反が銃の所持の生涯の禁止になる、そして、それは、少なくとも現在のところは、依然として憲法上の権利である、ということです。」

アイゼンシュタイン「裁判官殿、そこに目を向けること……」

トーマス「あなたは、州法の軽罪違反に基づいて停止することができる、別の憲法上の権利を思いつくことができますか。」

アイゼンシュタイン「裁判官殿、軽罪違反がきっかけとなるものを具体的に思いつくことはできませんが、他の例ならば、例えば、修正1条の文脈ですが、それらは、自由な言論や自由な結合でさえも、権利の停止や制限を認めており、それは、やむにやまれぬ利益や、いくつかの事案では、中間審査の下で、やむにやまれぬ利益とは決して言えない利益と結びついた危険が存在する文脈においてです。」

トーマス「私は……本件は……小火器を所有する権利のこの停止は、どれくらいの長さですか。」

(35) Transcript of Oral Argument at 35-39, *Voisine v. United States*, 136 S. Ct. 2272 (2016) (No. 14-10154).

アイゼンシュタイン「裁判官殿、その権利は無期限に停止されます。」

トーマス「よろしい。そうすると、あなたは、修正1条の停止または修正1条の権利の停止で、恒久的なものを思いつくことができますか。」

アイゼンシュタイン「裁判官殿、それは、その個人については必ずしも恒久的ではなく、特定の害悪について恒久的でありえるということです。そして、本件では、合衆国議会は、ある個人が家族に対する虐待で有罪決定を受けた最初の段階で介入しようと決定し、その理由は、合衆国議会……合衆国議会が、実質的かつ十分に文書で証明された証拠に依拠して、こうした個人が引き起こす……長期間の、実質的な……」

トーマス「そうすると、これらの事件のそれぞれで……被告人たちの誰か、または、本件では上訴人たちが、家族に対して武器を用いたのですか。」

アイゼンシュタイン「どちらの事件でも用いませんでした。しかし、上訴人たちは……」

トーマス「そうすると、その……もう一度、言いますが、その停止は、武器の使用とは直接には関係がない。それは、実際には間接的に関連した、または、実際には無関係な停止である。単に、軽罪違反に家族が関わっただけだと。その結果、憲法上の権利が停止されるのですね。」

アイゼンシュタイン「その通りです、裁判官殿。しかし、私は信じているのですが、その観点……家庭内での銃による暴力を防止しようという合衆国議会の決定と、そうすることの手段との関係からは……」

トーマス「たとえ、そのことが……もし、たとえ、その暴力が銃の使用……所持とは無関係であるとしても、ということなのですね。」

アイゼンシュタイン「いえ、裁判官殿、私が思うに、合衆国議会が……家庭内暴力の禁止という軽罪を……考案する上で依拠した研究は、そうではなく……直接、銃の使用についてであったのであり、なぜならば、それらの研究が示していたことは、以前にそうであった個人……配偶者を虐待した個人は、銃によって家族を殺す6倍にまで至る大きな危険をもたらすと

いうことであつたからです。』

トーマス「では、一例を……一例を挙げれば、出版社が子どもを利用することについて、未必の故意ないし認識ある過失によるとしてみましょう。そして、下品と考えられるものが取って代わり、そのことが、言ってみれば、これらの広告で子どもの利用を禁ずる仮定の法律に違反するきっかけとなるとして、それが軽罪違反であるとしましょう。その出版社が再び出版する権利を、あなたはずっと停止することができますか。」

アイゼンシュタイン「裁判官殿、再び出版する権利をずっと停止することができるとは思いません。しかし、私は、例えば、方法と手段を制限することはできるものと考えますし、それによって出版社は……」

トーマス「それでは、そのことは、あなたの修正2条の権利を停止することとは、どのように異なりますか。」

アイゼンシュタイン「裁判官殿、私が思うに、その観点……本件で認められたところのやむにやまれぬ目的、それは、銃による暴力の防止と……その基礎にある犯罪の……個人的性質であつたのですが、それ故、本件では、これは、人一般に向けられた軽罪ではありません。これらは、軽罪の暴行であり、構成員に向けられた……特定の構成員に……その個人の家族という……ものです。合衆国議会は……」

トーマス「これが銃による犯罪であるならば、一層申し分のない主張となりますか。」

〔以下、省略。〕

本件の口頭弁論において、トーマスは、結局、全部で11回発言して9つの質問を行い、この間の二人のやりとりは、アイゼンシュタインの応答も含めて、時間にして6分以上続いた⁽³⁶⁾。トーマスの発言の趣旨は、当該連邦法と修正2条との関係に焦点を合わせ、以前に犯した家庭内暴力の軽

(36) See Oral Argument at 41:36-47:50, *Voisine v. United States*, 136 S. Ct. 2272 (No. 14-10154), available at https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/audio/2015/14-10154.

罪で、銃を所持する権利を恒久的に停止することには問題があるのではないかと主張するものであったが、既に述べたように、この争点は、本件の裁量上訴を取り上げる際に、合衆国最高裁が扱わないこととしていたものである。それ故、上訴人側は、当然ながら、上訴趣意書および弁論において、修正 2 条の争点には何も触れていない。突然、この争点を持ち出されたアイゼンシュタインの狼狽ぶりは、上記の弁論の再現からも手に取るようによくわかる。

3 質問の真意

トーマスが、冗談を除いて⁽³⁷⁾、口頭弁論で口を開いたのは、刑事被告人の防御権と証拠排除が争点となった、2006年 2月22日の *Holmes v. South Carolina* 事件⁽³⁸⁾の弁論以来、ちょうど10年ぶりのことであった。こうして、多くのメディアは、発言内容よりもトーマスが言葉を発したことそれ自体を大きく報道した。

ところで、トーマス自身は、これまで、弁論で沈黙を貫く理由について、「ジョージアの片田舎の訛りが気になって育った」とか、「黙っているよりも多くのことに気がつく」と信じている、「たくさんの質問をするよりも耳を傾ける方が私の性分に合っている」、「どのみち質問を浴びせられる」、「スカリアを含む、同僚裁判官の大きな声と張り合うのは落ち着かない」、さらには、「我々は、終生執務室に戻ってお互いに議論することが

(37) ここではその内容は省略するが、どんな冗談を言ったかですらニュースとなっている。See Ariane de Vogue, *Mystery Solved: Justice Clarence Thomas Cracked Joke about Harvard Law School*, ABC NEWS (Jan. 23, 2013), <http://abcnews.go.com/blogs/politics/2013/01/mystery-solved-justice-clarence-thomas-cracked-joke-about-harvard-law-school/> (last visited Feb. 11, 2017).

(38) See *Holmes v. South Carolina*, 547 U.S. 319 (2006). ちなみに、この判決では、証拠が強力であることを理由に第三者の有罪の証拠の提出を否定された者の有罪決定が、破棄、差戻された。法廷意見を書いたのは、合衆国最高裁の裁判官に就任後、初めての意見の執筆となったアリートである。それ故、最近の慣例に倣って、全員一致の判決であった。

できるのに対して、弁論を行う法律家はたった30分しか主張する時間が無いのだから、十分論じさせるべきだ」、「しつこくいじめたくない」、あるいは、「上訴趣意書で書かれているのだから、そんなに多くの質問をする必要はない」等々と、様々にその理由を述べてきたとされる⁽³⁹⁾。もちろん、こうしたトーマスの姿勢に対しては、擁護する声もある一方で、双方の代理人に対して、自分の問題関心に注意を向ける機会を与えないのは弁論手続を損なうものだ⁽⁴⁰⁾とか、合衆国最高裁や同僚の裁判官に対する敬意を欠く、重大な責任放棄である⁽⁴¹⁾との批判も見られるところである。また、誰も表立っては口にしないものの、自己主張の強さというこの国の文化的伝統の中で、何もしゃべらないというのでは、裁判官としての能力

(39) See Jon Schuppe, *Supreme Court Justice Clarence Thomas Hasn't Asked a Question in a Decade*, NBC NEWS (Feb. 22, 2016, 4:41 AM), <http://www.nbcnews.com/politics/supreme-court/supreme-court-justice-clarence-thomas-hasn-t-asked-question-decade-n520801>; Ariane de Vogue, *A Ten-year Milestone for Scalia's Silent Partner*, CNN POLITICS (Feb. 22, 2016), <http://edition.cnn.com/2016/02/22/politics/clarence-thomas-antonin-scalia-supreme-court/> (last visited Feb. 11, 2017); Adam Liptak, *It's Been 10 Years. Would Clarence Thomas Like to Add Anything?*, N.Y. TIMES, SIDEBAR (Feb. 1, 2016), <https://www.nytimes.com/2016/02/02/us/politics/clarence-thomas-supreme-court.html> (last visited Feb. 11, 2017).

(40) See Schuppe, *supra* note 39 (remarks of Professor Stephen Wasby). とりわけ、トーマスは、スカリーアと並ぶ原意主義者として、独自の司法哲学の持ち主であり、また、他の裁判官とは著しく異なる生き立ちを有しているのであるから、弁論においても、新たな視点の提供に資することであろう。See Liptak, *supra* note 39.

(41) See Henry Gass, *After a Decade of Silence, Will Justice Clarence Thomas Find His Voice?*, THE CHRISTIAN SCIENCE MONITOR (Feb. 29, 2016), <http://www.csmonitor.com/USA/Justice/2016/0229/After-a-decade-of-silence-did-Justice-Clarence-Thomas-find-his-voice> (last visited Feb. 11, 2017); see also Jeffrey Toobin, *Clarence Thomas's Disgraceful Silence*, THE NEW YORKER (Feb. 21, 2014), <http://www.newyorker.com/news/daily-comment/clarence-thomass-disgraceful-silence> (last visited Feb. 11, 2017) (「9名の合衆国最高裁の裁判官が皆、トーマスが裁判官席でするように振る舞うとちょっとの間、想像してみよ。世間の人々は、正当にも、そして即座に、合衆国最高裁を全く信用しなくなるだろう。」).

が疑われることになってもあながち不当とは言えず、だからこそ、本人は、たびたび弁明を行ってきたのであろう。それでは、トーマスは、何故、唐突に、今回、こうした質問を行ったのだろうか。

この点、事案の解決にとっては、裁量上訴で認められた争点でない以上、発言内容に特段の意味がないとすれば、これまでの自己の方針なるものを破ってまで、この日、質問を行ったことには、何か特別な意図があったものと理解するのが自然なことであろう。ここで、想像をたくましくして、トーマスの真意を推測すれば、おそらくは、修正 2 条の権利の制限が我慢ならなかったというのが直接のきっかけだったのであろう⁽⁴²⁾。加えて、今は亡き、スカリアの代役を自覚したということも考えられよう⁽⁴³⁾。また、無言の行に励んだ10年の節目で、裁判官としての適性問題の再燃を鎮静化させるという動機も一部には含まれていたのかもしれない⁽⁴⁴⁾。もっとも、トーマスの「思いもよらない、強烈な目覚め」⁽⁴⁵⁾は、結局、この事件だけにとどまり、今開廷期の残りの弁論においては、トーマスは、黙して語らない、また元の「だんまりを決め込むトーマス (silent Thomas)」の姿に戻ってしまった。次にトーマスが口を開くのは、いつ、どのような事件においてなのだろうか。

(42) トーマスは、2015年12月7日に、半自動式の小火器および弾倉の所持等を禁止する条例の合憲性を是認した原判決の裁量上訴を合衆国最高裁が斥けたことに対して、スカリアの同調した反対意見を書いている。See *Friedman v. Highland Park*, 136 S. Ct. 447 (2015) (Thomas, J., dissenting from denial of certiorari) (mem.).

(43) See Adam Liptak, *Clarence Thomas Breaks 10 Years of Silence at Supreme Court*, N.Y. TIMES (Feb. 29, 2016), https://www.nytimes.com/2016/03/01/us/politics/supreme-court-clarence-thomas.html?_r=1 (last visited Feb. 11, 2017).

(44) その他にも、修正 2 条の論点が争点として取り上げられなかったことへの当てこすりがあったのだろうか。

(45) Rory Little, *Argument Analysis: An Unremarkable Gun Case May Be Harbinger of Things to Come*, SCOTUSBLOG (Mar. 1, 2016, 12:39 PM), <http://www.scotusblog.com/2016/03/argument-analysis-an-unremarkable-gun-case-may-be-harbinger-of-things-to-come/>.

4 合衆国最高裁判所における口頭弁論の意義

翻って、合衆国最高裁判所における口頭弁論は、一体、いかなる意義を持つのであろうか。例えば、口頭弁論は、判決の結果に影響を及ぼすか、しばしば語られる、「口頭弁論の出来によって勝つことはめったにないが、負けることはしばしばある」⁽⁴⁶⁾というのとは本当か。裁判官たちが弁論を用いるのは、主に、弁論を行う者から答えを得るためか、それとも、同僚裁判官に対して、影響を与えようとするためなのか。あるいは、そもそも、口頭弁論の内容は、長年にわたって変化してきたか、今日、我々が目にする口頭弁論の姿は、一体、いつ頃から行われてきたのか⁽⁴⁷⁾。また、以上の問いに関連して、現在の口頭弁論のあり方は、法廷内におけるテレビ・カメラの導入の議論にどのような影響をもたらすのであろうか。これらの問題に関しては、主として政治学者を中心とした実証的な研究の積み重ねがある。しかし、この小論では、これらの点について、とても全面的に検討することはできない。ここでは、問題の所在を示すだけにとどめ、これらの検討は、挙げて、他日を期すほかない。

三 大統領選挙をめぐるギンズバーグ裁判官の発言

1 ギンズバーグとトランプ

2016年の大統領選挙戦において、共和党の大統領候補ドナルド・ジョン・トランプは、「アメリカをもう一度偉大な国にする (Make America Great Again)」と全米各地の遊説先を回って訴えた。これに対して、民主

(46) Sarah Weddington, A QUESTION OF CHOICE 111 (With a New Chapter, 1993).

(47) これらの問題については、*see generally* Amanda Frost, *Academic Highlight: Does Oral Argument Matter?*, SCOTUSBLOG (Mar. 24, 2016, 3:52 PM), <http://www.scotusblog.com/2016/03/academic-highlight-does-oral-argument-matter/>. レンクイスト長官も、かつて口頭弁論一般について述べたことがあり、とりわけ、口頭弁論には「大きな効果がある」と語っている。See William H. Rehnquist, THE SUPREME COURT 243-45 (revised and updated ed. 2001).

党のヒラリー・ロダム・クリントンの支持者たちは、それぞれの持ち場にあつて、トランプ候補は「アメリカを再び一層悪くする (Make America Worse Again)」と応酬したことであろう。4年に一度の大統領選挙は、アメリカ民主主義にとって、修正1条が保障する民主主義の回路が機能不全に陥っていないことを証明する最大の機会でもある。何人も自己の政治的見解の表明を妨げられることはない。

それでは、合衆国最高裁判所の裁判官は、現在進行中の大統領選挙の候補者に関して、自由な意見の表明をよくなしうるか。一部の熱狂的な支持者には「悪名高き RBG」⁽⁴⁸⁾として知られるルース・ベイダー・ギンズバーグ裁判官が、2015年度開廷期終了直後の3つのインタビューで立て続けに行つた発言は、おそらくは本人の予想を超えて、大きな物議を醸すことになった⁽⁴⁹⁾。

問題となった発言は、次の通りである。2016年7月7日に、合衆国最高裁判所の執務室で行われた AP 通信とのインタビューでは、ギンズバーグは、次期大統領には民主党のヒラリー・クリントンがなると思うと述べた上で、共和党のドナルド・トランプが勝利したらどうなるかについて聞かれると、「そのような可能性については考えたくもありません。しかし、万一、そのようなことが起これば、何もかもがめちゃくちゃになるでしょう」と論評した。そして、合衆国最高裁の将来について、「次の大統領は、彼女が誰であれ、数人の指名をすることになるでしょう」と笑いながら述べた⁽⁵⁰⁾。翌7月8日に、同じく自分の裁判官室で行われたニュー・ヨーク・タイムズ紙とのインタビューでは、トランプ候補について、「ドナル

(48) See Irin Carmon and Shana Knizhnik, NOTORIOUS RBG: THE LIFE AND TIMES OF RUTH BADER GINSBURG (2015).

(49) 発言がなされた時期は、7月下旬の党大会を控えて、両党の大統領候補が事実上確定していた時期であった。

(50) See Mark Sherman, *AP Interview: Ginsburg Doesn't Want to Envision a Trump Win*, ASSOCIATED PRESS: THE BIG STORY (July 8, 2016, 11:46 AM), <http://bigstory.ap.org/article/0da3a641190742669cc0d01b90cd57fa/ap-interview-ginsburg-reflects-big-cases-scalias-death>.

ド・トランプを我々の大統領として戴くなら、この場所がどうなるか、この国がどうなるかを、私は想像することができません」と述べるとともに、「この国にとっては4年間かもしれませんが、最高裁にとってはどうでしょう、そんなことは考えたくもありません」と語った。そして、2010年に亡くなった夫のマーティン・D・ギンズバーグであれば言ったであろうことを思い起こして、「今や私たちはニュー・ジーランドに移る時だね」と悲しげに、微笑みながら答えた⁽⁵¹⁾。さらに、ギンズバーグは、7月11日に、同執務室で行われたCNNとのインタビューで、トランプ候補を「ペテン師」と呼び、「彼は自分に関して一貫性がありません。その時点で自分の頭に浮かんだことを、何であれしゃべります。本当に自尊心のかたまりです。……彼は、どのようにして自分の納税申告書を引き渡さないで済んでいるのですか。報道機関は、その点に関して、彼にととても寛大なようですね」と語った⁽⁵²⁾。

これらの発言に対しては、ニュー・ヨーク・タイムズ紙とのインタビューの場や自身のツイッターを利用して、早速、トランプ候補が反撃を加えた⁽⁵³⁾。しかし、批判はこれにとどまらない。むしろ、発言を危惧する声は、リベラルと目されたメディアや法律家からもそれなりに強かった。それは何故なのか。

(51) See Adam Liptak, *Ruth Bader Ginsburg, No Fan of Donald Trump, Critiques Latest Term*, N.Y. TIMES (July 10, 2016), https://www.nytimes.com/2016/07/11/us/politics/ruth-bader-ginsburg-no-fan-of-donald-trump-critiques-latest-term.html?_r=1 (last visited Feb. 7, 2017).

(52) See Joan Biskupic, *Justice Ruth Bader Ginsburg Calls Trump a 'Faker', He Says She Should Resign*, CNN POLITICS (July 13, 2016), <http://edition.cnn.com/2016/07/12/politics/justice-ruth-bader-ginsburg-donald-trump-faker/> (last visited Feb. 7, 2017).

(53) ここでは、その内容には立ち入らない。See Maggie Haberman, *Donald Trump Rebukes Ruth Bader Ginsburg for Deriding His Candidacy*, N.Y. TIMES (July 12, 2016), <https://www.nytimes.com/2016/07/13/us/politics/ruth-bader-ginsburg-donald-trump.html> (last visited Feb. 7, 2017); Biskupic, *supra* note 52.

2 発言に対する懸念

そもそも、この種の政治的論評を合衆国最高裁の裁判官が行うことは、倫理的にはともかく、法的には何の問題もない。確かに、合衆国裁判官行動準則規定 (Code of Conduct for United States Judges) は、その準則第 5 (Canon 5) (「裁判官は政治的活動を自制すべきである」) において、裁判官は、「政治的……候補者に関する言論をなし、または公職の候補者を公的に是認し、もしくは反対すること」をなすべきではないとし、また、「いかなるその他の政治的活動にも携わるべきではない」と規定する⁽⁵⁴⁾。しかし、この行動準則規定は、その序において、合衆国最高裁判所裁判官に適用されることを明示的に排除している。要は、合衆国最高裁の裁判官には高い職業倫理と厳しい自己規律が自ずと求められているのであるから、この種の行動を禁ずる法規範が用意されていないということなのであろう。それにもかかわらず、今回の発言が、とりわけリベラルの側から問題視されることになったのは、ひとえに実際上の考慮による。

第一に、政治的には、今回の発言は、トランプ支持者たちを活気づけるという、かえって大きな代償を払うことになった。トランプ陣営にとっては、合衆国最高裁の作り変えが大統領選挙の大きな争点であることを自分の支持基盤に改めてアピールすることができた点で、労せずして、大きな政治的得点を稼いだことになる。第二に、今後の訴訟に及ぼす影響についての懸念が生じている。合衆国法律集の除斥 (disqualification) 規定は、「合衆国の最高裁判所裁判官、裁判官または治安判事は誰でも、自己の公平性に合理的に疑義を差し挟まれる可能性があるいかなる訴訟手続においても、自らを除斥するものとする」と規定し、また、特に、「一当事者に関する個人的な偏向または偏見を有する」場合には、「自らを除斥するものとする」と定めている⁽⁵⁵⁾ が、合衆国最高裁の裁判官が自ら辞退 (recusal) することは、下級裁判所における場合と異なって代わりとなる

(54) Code of Conduct for the United States Judges, Canon 5 (A)(2), (C).

(55) 28 U.S. Code §455(a), (b)(1).

裁判官がいないことから、実際には極めて稀なことであるとされ、また、そもそも大統領が、個人の資格で、訴訟の一当事者となる場合はめったに起こりえないことであろう⁽⁵⁶⁾。しかし、例えば、今般の大統領選挙が大接戦となり、その決着が法廷闘争に持ち込まれ、2000年の選挙時のような *Bush v. Gore*⁽⁵⁷⁾ の再現が繰り返られることになるかと仮定してみよう。その仮定の *Trump v. Clinton* 訴訟において、万一、当選することになってしまったら海外への移住を考えてしまうほどに、心から勝って欲しくないと思っている候補者に対して、大統領の座に就かせないことになる一票を自分が投じることになるとしたら、その判断が自己の選好によるのではなく、法の考慮に基づいたものであるといくら主張しても、誰がその判断の公平さを信じることができようか。また、その訴訟の原判決が、仮にクリントン勝訴の判決である場合には、合衆国最高裁における4対4の判決は原判決を維持する結果となるだけに、より一層、ギンズバーグへの辞退の圧力は強くなる。リベラル派にとって、この究極のシナリオは、悪夢以外の何物でもない。また、そこまでの劇的な展開には至らないとしても、万一、トランプ政権が誕生した暁には、トランプ政権の個別の政策が訴訟に持ち込まれることは、いくらでも想定されることである。そして、その度ごとに、ギンズバーグの関与に対する批判が蒸し返されることになるのでは、司法に対する信頼は大きく揺らぐことになる。要するに、法廷外での不用意な政治的発言には、百害あって一利もないのである。

結局、この問題は、ギンズバーグが謝罪することで、ひとまずは決着を見た⁽⁵⁸⁾。各裁判官がどのような政治的立場に立ち、あるいは、どの候補

(56) See Tony Mauro, *Ginsburg Takes Heat for Remarks on Trump*, LAW.COM (July 12, 2016), <http://www.law.com/sites/almstaff/2016/07/12/ginsburg-takes-heat-for-remarks-on-trump/?slreturn=20170108215118> (last visited July 13, 2016).

(57) See *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

(58) See Ariane de Vogue, *Ruth Bader Ginsburg: 'I Regret Making' Donald Trump Remarks*, CNN POLITICS (July 14, 2016), <http://edition.cnn.com/2016/07/14/politics/ruth-bader-ginsburg-i-regret-making-donald-trump-remarks/> (last visited Feb. 7, 2017); Meg Anderson, *Listen: Justice Ginsburg Expands on Decision*

を支持しているかは、注意深い観察者であれば、おそらくは誰にでも容易にわかることであろう。しかし、声に出して言うことと外から見ればわかることとの間には、はっきりとした違いがある。今回の一件を教訓として、以後、合衆国最高裁の裁判官は、誰も自分の心の内を明かすことはないだろう。

おわりに

本稿は、2015年度開廷期において生じた3つの出来事を素材に、変わりゆく合衆国最高裁判所の姿を垣間見たものである。開廷期中にスカリアが亡くなり、その後に関われた口頭弁論でトーマスが10年ぶりに口を開き、さらに、現職の最高裁裁判官であるギンズバーグが異例にも大統領候補を批判した——逝った、しゃべった、噛みついた——とだけ書いたのでは、一過性の読み物としてはともかく、時代の転換期にあったのではないか、あるいは、少なくとも一つの時代の終わりを画したのではなかったかと、後から振り返ってみたときに評することができるかもしれないこの時期の同時代的観察記としては、極めて不十分なものに終わるであろう。しかし、本稿は、そのことを自覚した上で、あくまでも現在の合衆国最高裁の姿を現象として描写することだけにとどめ、それらの出来事が持つ規範的、歴史的意味の考察は、将来の検討に委ねることとしたい。最後に、これもまた、極めて「おたく」的な話題提供ではあるが、2015年7月11日に、ヴァージニア州のキャッスルトン・フェスティバル (the Castleton Festival) で世界初演が行われたデリック・ウエング (Derrick Wang) の話題のオペラ、『スカリア／ギンズバーグ (Scalia/Ginsburg)』の一節をもって本稿を締め括ることとしたい⁽⁵⁹⁾。

to Apologize for Trump Remarks, NPR (July 14, 2016, 6:48 PM), <http://www.npr.org/2016/07/14/486080234/listen-justice-ginsburg-expands-on-decision-to-apologize-for-trump-remarks>.

二重唱：“We are different. We are one.”

スカリーア、ギンズバーグ

……

そして、正義が行われる理由はここにある。

私たちは異なる。

が、私たちは一つなのだ⁽⁶⁰⁾。

(59) 初日の舞台をギンズバーグは観賞している。スカリーアはローマに滞在中であったとのことである。See David Lat, *ATL Opera Review: Scalia/Ginsburg, ABOVE THE LAW* (Jul. 16, 2015, 5:37 PM), <http://abovethelaw.com/2015/07/atl-opera-review-scaliaginsburg/>. なお、作曲家自身による同オペラの台本は、本人による法学的側面からする詳細な注釈（ウエングはハーヴァードとイエールから音楽の学位を取得しているだけでなく、メリーランド大学ロー・スクールも卒業している）とともに、法律雑誌に掲載されている。See Derrick Wang, *Libretto: Scalia/Ginsburg: A (Gentle) Parody of Operatic Proportions with Prefaces by Justices Ruth Bader Ginsburg and Antonin Scalia*, 38 Colum. J.L. & Arts 237 (2015).

(60) See *id.* at 282. See also Ruth Bader Ginsburg, with Mary Hartnett & Wendy W. Williams, *MY OWN WORDS* 37 (2016)（「重要な問題に関しては意見が異なりますが、我々が仕える機関への敬意の点では一つなのです。辛辣な意見の中に見られる言葉のことは気にしないで下さい、私たちはお互いに、真に尊敬しあい、好ましく思っています。この種の協調関係こそが、私たちに合衆国憲法および合衆国議会が割り当てる、常にやりがいのある仕事を、私たちの政府の政治部門の働きを現在損ねている激しい憎しみを抱くことなく、合衆国最高裁判所が行うことを可能にするものなのです。」（「オペラにおける法と法律家」と題する、2015年9月21日のイリノイ州シカゴのWFMTラジオの放送における発言）。スカリーアとギンズバーグは、イデオロギー的には対極にある裁判官と一般に考えられているが、無二の親友であったことはよく知られている。殊に、インドに旅行中に撮られた、象の背中に乗って二人仲良くポーズを取っている写真は、何とも言えず微笑ましい。