

## 合衆国最高裁判所一九六二年開廷期の sit-in cases

塚 田 哲 之

### 一 課題

本稿の課題は、前稿<sup>(1)</sup>に続き、公民権運動から生じた座り込み (sit-in) という運動形態に対する処罰の可否が争われた一連の sit-in cases における合衆国最高裁判所の対応を検証することであり、具体的には、sit-in cases の第二幕と言うべき一九六二年開廷期（一九六二年一〇月―一九六三年六月）を対象とする。前稿で検討したように、前一九六一年開廷期に初めて座り込み処罰事案を扱った最高裁は、そこで提起された私人が経営する公衆利用施設 (public accommodations) における人種隔離がステイト・アクションに該当するかという憲法問題を正面から扱うことなく、証拠不十分ゆえに治安紊乱罪による処罰は合衆国憲法第一四修正のデュー・プロセス条項に違反するとした<sup>(2)</sup>。一九六二年開廷期に最高裁が扱った事案は、人種隔離への抗議と隔離撤廃を求める座り込みが私人の不動産への侵入・不退去に該当するとして座り込み参加者を不法侵入罪 (trespass) で有罪としたものが中心となっており、かかる事案において財産保護のための私人の措置のうちにステイト・アクションを認定し、

有罪判決を破棄することには、平等保護条項を含む第一四修正はあくまで州 (state) の行為に適用されるものとする *Civil Rights Cases* <sup>(3)</sup> を前提とする限り、前開任期以上の憲法上の困難が想定されるものであった。結論を先取りすれば、最高裁は、*Civil Rights Cases* の見直しを含む憲法問題については正面から判断を示すことなく、個々の事案に含まれる (時に微細な) 事情に着目してステイト・アクションを認定し、全事件において州裁判所の有罪判決を破棄した。しかし、以下で跡づけるように、これらの事件の処理、そして憲法問題についての判断をめぐっては最高裁内部で厳しい意見対立が存在しており、この意見対立は翌一九六三年開任期には完全に表面化することになるもの、<sup>(4)</sup> 一九六二年開任期においては個別意見の形でその一端が露顕するにとどまった。その意味では、この開任期は中間期あるいは間奏曲的位置を占めるにすぎないとはいえ、一九六二年三月にホイテツカ、同八月にはフランクファータ両裁判官が引退し、それぞれの後任としてホワイト (前職は司法次官)、ゴードバーグ (前職は労働長官) が就任し、「真のウォーレン・コート」<sup>(5)</sup> とも呼ばれる時期を迎えた最高裁が、公民権運動の高揚とこれに反発する動きの激化、ジョン・F・ケネディ政権が示した運動支援姿勢といった環境の中、*sim-cases* にかなる対応を示したのかを検証することは、最高裁内部における対抗が一九六〇年代後半のブラックの「保守化」に接続することも含めて、ウォーレン・コート理解にとっても重要なピースを埋めることになるはずである。<sup>(6)</sup> そうした見通しを持ちつつ、以下で一九六二年開任期における最高裁の判断形成過程をたどることにする。

## 二 一事案

*Garner* 判決が下された一九六一年開任期の終わり近く、一九六二年六月一日付けでウォーレン首席裁判官

から回覧された文書によれば、七州（アラバマ、ジョージア、ルイジアナ、メリーランド、ノース・キャロライナ、サウス・キャロライナ、ヴァージニア）からの座り込み関連事案一九件についての裁量上訴申立ておよび権利上訴が最高裁に係属していた。<sup>(7)</sup> この文書は、これら係属中の事案を関連づけて検討すべきとしつつ、各事案の概要とそれらに含まれる争点をまとめている。ここでは、州裁判所において有罪とされた座り込み参加者Ⅱ上訴人側の基本的主張として、(1)私人による差別が州の責任を発生させ、または州自身が差別を行ったとする第一四修正の平等保護条項違反の主張、(2)有罪判決の根拠とされた不法侵入罪および治安紊乱罪の規定は禁じられる行為を適切に告知していないとする漠然性ゆえ無効の主張、(3)座り込み運動は第一修正および第一四修正の保障する表現の一形態であるとする主張、そして(4) *Garner* 判決でも用いられた証拠不十分ゆえ無罪との主張の四点を挙げ、さらに有罪判決における適用法条については、(a) 治安紊乱罪 (breach of the peace)、(b) 州法または条例が人種隔離を義務づけている場合の不法侵入罪、(c) その他の不法侵入罪、そして(d) 漠然性が問題となる治安紊乱罪および不法侵入罪を挙げ、これらに沿って各事案を分類している。<sup>(8)</sup> 適用法条との関連についていえば、最高裁はすでに *Garner* 判決において(4) 証拠不十分を理由としつつ(a) 治安紊乱罪 (d) にも関わる) による処罰を違憲としていたから、今後取り上げられる事案の中心は(b)(c) 不法侵入罪の適用が問われたものとなることが予測された。また、(2)(3) の主張は事案によっては取り上げられる可能性はあるものの、とくに(3) 表現の自由を理由とする主張は、*Garner* 判決およびハーラン裁判官同意意見における処理を前提とすれば、<sup>(9)</sup> これがあらためて取り上げられる可能性は高くなかった。そうすると、来たるべき一九六二年開廷期以降において最高裁が判断すべき憲法上の問題とは、レストラン等での人種差別・隔離に抗議し、その撤廃を求める座り込み行為を(b)(c) 不法侵入罪で処罰することが(1) 平等保護条項に違反するかというものとなる。しかし、あらためて言うまでもなく、私人の経営す

るレストラン等における人種隔離について平等保護条項違反を認定するためには、*Civil Rights Cases* 以来のステイト・アクション法理という関門が存在していた。<sup>(10)</sup> しかも、この種の公衆利用施設については、コモン・ロー上、宿屋や運輸業者など一部の業種を除いては人種に関わりなくサーヴィスを提供する義務はないとされ、そこにはレストラン等飲食を提供する施設は含まれないとされていたから、かかる法的義務を負わないとされてきたレストラン等の所有者・経営者など私人による人種隔離を平等保護条項違反と認定するには、これらの施設における人種隔離に州または自治体の実質的関与があることが示されねばならないことになる。さらにその先には、州または自治体の関与を見いださず、人種隔離が純粹にレストラン等の所有者・経営者の意思のみに基づく事案について、座り込み参加者を不法侵入罪で処罰することがなとお認められないと判断することは可能か、可能であるとしていかなる根拠に基づくか、という難題が待ち構える。こうした難題を含む *St. H. Cases* について最高裁は、一九六一年開廷期末の一九六二年六月二五日、係属中の事案のうち七件について裁量上訴を認容し、他の事案については保留とした。<sup>(12)</sup> これら七件の事実関係を確認しておこう。

(1) *Avent v. North Carolina*

上訴人 John Thomas Avent ほか五名の黒人学生および二名の白人学生が、一九六〇年五月六日、ノース・キャロライナ州ダーラム市の S. H. Kress 店舗地階奥の軽食コーナーに着席した。着席の前後に、同店の完全な管理権を持つ店長は上訴人らに軽食コーナーは店員と招待客のみが利用できるかと告げ、そこから立ち去るよう求めた。上訴人らは、サーヴィスを受けるまで退去しないと断った。店長は市警察に電話し、警官も退去するよう求めたが、上訴人らは退去せずに逮捕され、禁止通告後の立ち入り等を処罰する州法の不法侵入罪規定に基づき訴追された。

店長によれば、店の方針は地域の慣習に従ってカウンターを運営するということであり、ダーラム市においては黒人には軽食コーナーでサーヴィスを提供せず、黒人とともにいる白人にも提供しないとされていた。<sup>(13)</sup> ノース・キャロライナ州最高裁判所は、同州法はレストランからの黒人の排除も黒人とともにいる白人の排除も義務づけおらず、レストラン所有者が人種または肌の色によって差別することを禁じてもいないので、私人はその所有する建物内のレストランにおいて客を選別できるというコモン・ローのルールに従うとして有罪とした。<sup>(14)</sup>

(2) *Gober v. City of Birmingham*

黒人学生である上訴人 James E. Gober は、一九六〇年三月三十一日、もう一名とともにアラバマ州バーミングハム市にある Pizitz 店舗のカフェテリアまたはランチ・ルームに行き、テーブルに着席したが、ウェイトレスからサーヴィスは受けられなかった。店長補佐が退去を求め、地階であればサーヴィスを受けられると告げたが、Gober らは退去を拒否した。市警察の警官がレストランに行き、Gober らが着席したままであるのを見て、警告後の不動産侵入・不退去を処罰する市条例違反として逮捕した。<sup>(15)</sup> アラバマ州控訴裁判所は、Pizitz が私企業であり、政府とはまったく関係ないとしてステイト・アクションを否定し、有罪とした。<sup>(16)</sup> バーミングハム市はレストラン等飲食施設での人種隔離を義務づける条例を有していたが、州裁判所判決はこれに触れていない。

(3) *Shuttlesworth v. City of Birmingham*

本件は、Gober 事件に付随して裁量上訴が申し立てられた事案である。上訴人 Fred L. Shuttlesworth および Charles Billups は公民権運動にコミットする著名な黒人牧師であるが、刑事の証言によると、Gober らは一九六

○年三月三〇日に Shuttlesworth の自宅に行き、他の学生もいる中 Shuttlesworth が座り込み運動に参加するヴォランティアを募るのに居合わせた。Goberらは、これに応じて翌日の座り込みに参加した。Shuttlesworth および Billups は、警告後に他者の不動産に赴き、またはどごまることを教唆し、援助し、または煽動したとして、バーミングハム市裁判所においてバーミングハム市刑事不法侵入条例違反の援助および教唆を処罰する同市条例に基づき有罪とされた。巡回区裁判所でも有罪とされ、Shuttlesworth には刑務所における一八〇日の重労働と一〇〇ドルの罰金が、Billups には三〇日の重労働と罰金二五ドルが課された。アラバマ州控訴裁判所への上訴で有罪が維持され、同州最高裁判所は裁量上訴を斥けた。<sup>(17)</sup>

(4) *Griffin v. Maryland*

上訴人 William L. Griffin ら五名は一九六〇年六月三〇日に、Cornelia A. Greene ら五名は同年七月二日に、故意にメリーランド州モントゴメリ・カウンティ所在の Glen Echo 遊園地に不法侵入したとして訴追された。同遊園地は広く一般を歓迎すると広告する一方、事件当時、黒人の利用は排除するという方針をとっていたが、この方針を示す掲示等はなかった。Griffin らは Glen Echo の隔離方針に反対するため入口に集まった三五―四〇名の若者の一部であり、一時間ほどのピケッティングの後、Griffin らは集団から離れ、入園して回転木馬に向かった。遊園地の所有者と管理者は警備会社に連絡し、その遊園地担当職員であり、モントゴメリ・カウンティの特別保安官代理でもある Francis J. Collins (警備会社の制服を着用し、保安官代理のバッジをつけていた) が管理会社の方針に従い立ち去るよう Griffin らに求めた。彼らは拒否し、Collins と遊園地支配人とが相談した後、Collins から逮捕されたと通告された。また、Greene らは、契約業者が運営する園内のレストランのカウンターでサー

ヴィスを求めたが拒否され、遊園地担当職員から立ち去るよう命じられた。Greeneらもこれを拒否し、逮捕された。Griffinらは、通告後の立ち入りを処罰する州刑事不法侵入法違反としてモントゴメリ・カウンティ巡回区裁判所で有罪（各罰金一〇〇ドル）とされ、メリーランド州控訴裁判所は、Griffinらについては有罪判決を維持したが、Greeneらについては告知が適切になされていないとして有罪判決を破棄した。<sup>(18)</sup>

(5) *Lombard v. Louisiana*

上訴人 Rudolph Lombard ら三名の黒人学生と一名の白人学生は、一九六〇年九月一七日、ルイジアナ州ニュー・オーリンズ市の McCrory Fire and Ten Cent Store に入り、店舗奥の軽食カウンターに着席してサーヴィスを求めたが拒否された。掲示はなかったものの、経営者はこのカウンターでは白人にのみサーヴィスを提供するものとしていた。レストランの主任は、学生らが黒人であるがゆえ（白人学生については黒人の仲間であるがゆえ）に立ち去るよう求めたが、彼らが従わなかったのでカウンターを閉鎖するよう命じた。店長が警察に電話をかけ、警部と署長を含む多数の警官が店に到着した。警官が店長と相談した上で店長が学生らに退去するよう大声で求めたが、学生らはそれを拒否したので、警察に逮捕され、退去の求めの後に商用の場所にとどまることを処罰する州法の財産危害罪規定違反として有罪とされた。

本件に先立ちニュー・オーリンズ市当局は、人種隔離のないサーヴィスを求める上訴人らの行ったような “sit-in demonstrations” の類の試みは、整然としており、地域商業に攻撃を与えるものでなくとも許されないとしていた。本件の一週間前、九月一〇日に同市の別店舗で同種の出来事が生じたことを受けて警察本部長は声明を發し、「我々は、本日の座り込み運動に参加した白人および黒人双方の学生の親に、この種の行動は地域の利益に

含まれないことをこれらの若者に注意するよう強く求めます。：我々は、警察およびその職員は、ニュー・オーリンズ市およびルイジアナ州の法律を執行する用意があり、かつその能力を有することを完全に理解するようすべての者に求めます」と述べた。九月一三日にはニュー・オーリンズ市長もこの種の行為を非難し、その中止を要求する声明を發した。声明の一部は以下のようなものであった。「私は、本日、参加者の公言した目的または意図にかかわらず、さらなる座り込み運動は許されなことを警察本部長に指示しました。：／地域の利益、公共の安全および本市の経済的繁栄が求めるのは、この種の運動の停止であり、それゆえこれらは警察によって禁止されるべきであるというのが私の判断です。」

上訴人らはそれぞれカウンティ刑務所での六〇日の服役および三五〇ドルの罰金に処せられ、罰金を支払わない場合にはさらに六〇日の服役が追加された。ルイジアナ州最高裁判所は有罪判決を維持した。<sup>(20)</sup>

(6) *Peterson v. City of Greenville*

一九六〇年八月九日、一〇名の黒人少年・少女がサウス・キャロライナ州グリーンヴィル市の S. H. Kress 店舗に入り、サーヴィスの提供を求めてランチ・カウンターに着席した。全国チェーンに属する同店舗は広く一般大衆に開かれ、黒人客もランチ・カウンター以外の売り場では歓迎されていたが、支配人は、上訴人らがカウンターに着席しているのを見て、店員に警察署へ電話させ、照明を消してランチ・カウンターは閉鎖されたと述べた。到着した警官と州職員がいる前で、支配人はランチ・カウンターは閉鎖されており、全員その場を立ち去るよう告げた。上訴人らは、五分間ランチ・カウンターに静かに着席し続けた後逮捕された。支配人が退去を求めたのは、差別なしのサーヴィス提供は「地域の慣習に反し」、レストランにおける人種分離を義務づけるグリー



ンヴィル市条例に反するとの理由からであった。

上訴人らは、グリーンヴィル市裁判所において、警告後の不退去を処罰する州不法侵入法違反で有罪とされ、各一〇〇ドルの罰金または刑務所での三日の服役に処せられた。グリーンヴィル・カウンティ裁判所への上訴は棄却され、サウス・キャロライナ州最高裁判所もこれを維持した。<sup>(21)</sup> 州最高裁判決は市条例の存在には言及しているものの、被告人らの訴追は同条例によるものではなく、事実審においても同裁判所においても条例の適法性については問題とされていないとしている。<sup>(22)</sup>

(7) *Wright v. Georgia*

上訴人 Nathaniel Wright らは六名の若い黒人であり、一九六〇年一月二三日月曜の午後にジョージア州サヴァンナ市の Daffin 公園のバスケット・コートで遊んでいた。公園は市がレクリエーション目的で所有・管理しており、慣習的に白人のみが使用してきた。公園職員は上訴人らに公園から出て行くように命じ、上訴人の一人が「何の権限で」退去を求めると尋ねたが、職員は明らかにする必要はないと応じた。逮捕の際、上訴人らは警官に従い、連行時にも妨害をせず、群衆も集まっていなかった。

上訴人らは「治安を乱す目的で」集合し、職員の指示に従わなかったとして不法な集会を処罰する州法違反で訴追され、五名は一〇〇ドルの罰金または五ヶ月の収監に、Wright は一二五ドルの罰金または六ヶ月の収監とされた。<sup>(23)</sup>

これら七件の裁量上訴が認容された背後にはいかなる考慮があったのか。裁量上訴申立てについて審議した際

の合議の内容は確認できないが、合議に先立ってウォーレンが回覧した文書からは、不法侵入罪での処罰を認め、た原判決をいかにして破棄しうるか、そのためにサーヴィス提供拒否の背後にステイト・アクションを認定しうるだけの州権力の関与を各事案に見いだしうるかという考慮が存在したことがうかがわれる。こうした観点から、*Lombard* 事件は市の公職者による重大な関与があること、*Griffin* 事件は遊園地の職員が特別保安官代理でもあるという独特の状況ゆえにいずれも審理すべきとされる。<sup>(24)</sup> また、*Gober* 事件と *Peterson* 事件は、レストランにおける人種隔離を義務づける制定法または条例の存在が重要な問題を生むがゆえに審理されるべきとされ、かつ *Peterson* 事件は支配人が隔離条例の存在ゆえにランチ・カウンターを閉鎖すると述べていたことから「最良の事案」と位置づけられている。<sup>(25)</sup> さらに、典型的な不法侵入事案とされた事件のうち、州最高裁判決が漠然性ゆえ無効の論点につき判断していることから *Aveni* 事件を選択すべきとされている。

一方、*Shuttlesworth* 事件と *Wright* 事件は、座り込み行為自体の処罰が問題となった事案ではない。とはいえ、前者は著名な公民権運動の活動家による *Gober* 事件での座り込みへの支援が処罰対象となっており、この処罰は座り込み運動の拡大に対する嫌がらせ的措置でもあって *Gober* 事件と併せて処理する必要があったこと、そしてかかる犯罪の教唆処罰が第一修正・第一四修正に違反することは明白であるとみられたこと<sup>(26)</sup>から裁量上訴が認容されたと考えうる。また、*Wright* 事件については、上訴人らの行為に公園における隔離に抗議する趣旨が読み取られたことと<sup>(27)</sup>上記(a)治安紊乱罪の適用が問題となった事案であり、他の治安紊乱罪の適用が問題となった事例の処理のために裁量上訴が認容されたと思われる。<sup>(28)</sup>

こうして、来たる一九六二年一〇月からの開廷期で審理されるべき事案が出そろった。

### 三 憲法上の争点と対抗

上訴人らの弁護は、州裁判所段階から担当してきた各地域の弁護士に加え、前開廷期の *Garner* 判決に引き続き、全国有色人種地位向上協会法廷弁護教育基金 (NAACP Legal Defense and Educational Fund. 以下 LDF と略) から首席弁護人のジャック・グリーンバーク、ジェイムス・ナブリット三世、数少ない女性弁護士のコンスタンス・ベイカー・モトリー、さらにはチャールズ・ブラック (イェール・ロー・スクール教授) などが加わった体制で進められた。<sup>(29)</sup> この弁護人チームは、LDF が中心となって最高裁に提出する書面や弁論の内容を検討・調整するためのセミナーや模擬法廷を開催するなど、運動の同時多発的性格ゆえに限界はあったものの、可能な限りでの統一的対応を追求しつつ、<sup>(30)</sup> 有罪判決破棄を勝ち取りうるための複数の論拠を主張することになる。それらの主張は、以下の三点に大別できる。<sup>(31)</sup> 第一は、既存の判例法理を前提として個別事案での勝利を目指すというものであり、その典型は、州権力による人種差別が第一四修正違反であることを前提として、私人によるランチ・カウンターでの人種隔離の背後に州の関与を見いだすことでステイト・アクションを認定し、第一四修正違反として有罪判決破棄を主張するというものである。また、適用法令の漠然性ゆえ無効の主張や *Garner* 判決で用いられた証拠不十分の主張もここに含められよう。第二は、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 *Shelley v. Kraemer* 判決<sup>(32)</sup> を拡張して、不法侵入罪や治安紊乱罪のように文面上は人種差別・隔離に関わりない規定を人種隔離維持のために適用することをステイト・アクションとして違憲とする主張である。そして第三に、公衆利用施設における人種隔離は、私人が所有・運営し、かつ明確な州の関与がなくてもそれ自体平等保護条項違反であるとする主張である。とくに第一、第二の憲法論は、*Civil Rights Cases* 以来の

ステイト・アクション法理自体の修正ないし放棄につながる射程を有するものであり、グリーンバーグの回想によれば、この主張については弁護士チームの中でもチャールズ・ブラックの貢献が大きかったという<sup>(33)</sup>。ブラックが本格的に書面作成にも関わるのは翌一九六三年開延期の諸事件からであるが、彼はすでに一九六二年一〇月公表の論稿において、座り込み事件への直接的な言及はないものの、名目上は私人による行為についてもステイト・アクションの有無でなく州の関与の実質を問題とすべきとして、ステイト・アクション法理の放棄につながる主張を行っている<sup>(34)</sup>。こうした理論的支援も受けて構成された上訴人側の憲法論は、すでに *Garner* 判決ダグラス同意意見<sup>(35)</sup>という形でこれに呼応する見解が示されており、その後も *St. E. cases* における一方の極にあり続けることになる。これに対し、被上訴人の州・自治体側の基本的主張は、ランチ・カウンターにおける黒人へのサーヴェイ提供拒否はあくまで私人によるものであり、不法侵入罪規定の執行もステイト・アクションを構成しないというものであった<sup>(36)</sup>。その後には、私人による財産権行使にはその所有・管理する不動産への立ち入りを人種に基づいて拒否することも含まれ、かかる財産権保護のための州による不法侵入罪規定の執行は第一四修正に違反しないという、いわば「差別する権利」(right to discriminate)とも呼びうる主張<sup>(37)</sup>が存在しており、この主張がもう一方の極を形成することになる。

さらに、*Garner* 事件に引き続き、今開延期でも合衆国政府がアミカス・キュリイとして参加し、原判決破棄を求めるブリーフを提出している<sup>(38)</sup>。ロバート・ケネディ司法長官率いる司法省は、一九六二年九月にはジェイムズ・メレディスのミシシッピ大学入学のため連邦軍を派遣するなど公民権運動の高揚とともに関与を強化していたが、この時期には一連の議員定数再配分事件が最高裁に係属していたこともあって、アミカス・キュリイとしての訴訟関与も急激に増大させていた<sup>(41)</sup>。

しかし、訟務長官アーチバルド・コックスが主導した合衆国政府の主張は、これらの事件が何百万人もの黒人に対して、財産権保護のための州の責任にとって、そして国全体に対して持ちうる重要な意義を指摘した上で、<sup>(42)</sup> 上訴人側を支持して州裁判所の有罪判決を破棄すべきという結論は一貫していたものの、既存のステイト・アクション法理を拡張・修正した上で第一四修正違反といった憲法上の主張を徹底的に排除し、あくまでも個別事案の事情に即した限定的な論拠に基づき原判決破棄を求めるものであった。Aveni 事件で合衆国政府が提出したアミカス・ブリーフは、<sup>(43)</sup> 冒頭で、可能であれば争点を限定することが重要であるとして *Civil Rights Cases* の妥当性は問題としないと述べ、私人の所有する住宅内のプールから特定の人種や信条ゆえに退去を求めた場合に州が警察力や法的救済を利用させることは州による平等保護の否定ではないとの一般論——州側の主張にも合致する——を示す。このブリーフは、これに対立する上訴人側の主張をも紹介しつつ、かかる広い争点について本件では判断する必要はなく、そうすべきでもないとし、州が責任を負うべき特段の事情がない限り上述の州側の主張が適用されるべきと仮定したとしても、本件の各事案にはこの原則は適用されないとする。すなわち、本件では黒人たちは適法に店内にいたのであって、誰に対して自らの土地に入ることを禁じるか、あるいは客や取引相手として誰を招待するかを決定する土地所有者の特権は実質上含まれていない。具体的には、*Lombard* 事件の舞台となった店舗では白人も有色人種も含む一般公衆にサーヴィスを提供しており、白人のみサーヴィスを提供していたランチ・カウンターでもそれを示す掲示はなかったものであり、この事情は *Peterson*, *Gober*, *Shuttlesworth* 各事件でも実質的に同じであるとする。Aveni 事件では、軽食コーナーの利用を明示的に「招待客」に限定するとの掲示があり、これは黙示的には上訴人らを排除するものであった可能性があるが、店舗の他の区域は差別なく黒人客に開かれていたのであり、唯一の現実的制限は白人客と黒人客とが同じ場所で食事をとることを認めな

いということであった。こうしてこのブリーフは、本件に憲法上の私的財産権の実質的主張が含まれないことは明白であるとするが、さらに重要なのは、本件の訴追を通して各州は不当な差別についての責任を共有しており、州による平等保護の否定は逮捕と訴追のみによるものではなかったことであるとする。Avent, Coker, Peterson 各事件では自治体条例で公共の飲食場所での人種隔離を要求しており、Shuttlesworth 事件ではかかる場所での座り込みの教唆・援助ゆえに有罪とされていた。さらに、Lombard 事件では条例はないものの州の法と政策が同様の効果を有していたという。したがって、このブリーフによれば、本件で判断すべき唯一の問題は、店内の他の場所では黒人にもサーヴィスを提供していたにもかかわらず、飲食の提供については差別するという所有者の決定に与えた州の影響が州の行為を全体として平等保護の否定にあたるものとするのに記録上十分であるかであり、もしそうであれば有罪判決は破棄されなければならない。州がその法、行為、政策によって、全体としては公衆に開かれた事業の経営における個々の差別を引き起こしているのであれば、その同じ州が私的かつ自由な市民の決定を公平な方法で執行しているだけだとはいえないとして、このブリーフは、本件のように条例や政策が存在する上で有罪を維持しうるには、差別行為が州法・政策・公務員の行為の結果でないこと、そして上訴人らが退去を命じられた時点でそれが州の違憲の命令ではなく所有者自身の権利主張に基づくものであることを知っていることの二点が認定されねばならないとするが、本件の各事案ではいずれも認定できず、州は人種隔離すべきと自身の命令を刑事処罰の基礎として各有罪判決の破棄を求めている。<sup>(44)</sup>

こうしたコックス訟務長官による限定的主張は、しかし、司法省の一致した見解を反映したものではなかった。もともと、ハーヴァード・ロー・スクール教授から訟務長官となったコックスについては、より積極的な差別撤廃姿勢を取るべきとするケネディ司法長官だけでなく、ニコラス・カツツェンバック司法次官、バーク・マーシヤ

ル公民権局担当司法長官補佐などとの「温度差」ないし「対立」が伝えられており、<sup>(45)</sup> カッツェンバックやマーシャルなど当時の司法省高官の多くがイエール・ロー・スクール出身であったことから、すでに最高裁を引退していたフランクファーク流の司法消極主義的傾向を有するハーヴァード学派に連なるコックスとの「対立」という構図が——誇張気味ではあるもの——取り沙汰されてもいた。<sup>(46)</sup> さらにまた、グリーンバーグの回想によれば、彼と *Griffin* 事件の弁護人であるジョセフ・ラオが、ステイト・アクションの争点についての上訴人側の主張を司法省も支持するようコックスとマーシャルに要請した際、マーシャルはグリーンバーグらに同調の意を示したものの、コックスは本件でステイト・アクションを認定して端的に平等保護条項違反のゆえに有罪判決を破棄することは私人の住宅でのパーティについても人種差別を禁ずることになってしまおうとして支持を拒否した。グリーンバーグは、公務員による行為のみがステイト・アクションに該当するというコックスの見解はロー・レヴューの論文にはふさわしいものの、合衆国政府の弁護士たる訟務長官は自らは賛同できないとしても上訴人側を支持するべきだとまで述べて説得を試みたが、コックスは頑として主張を変えなかったという。<sup>(47)</sup>

もちろん、コックスにはステイト・アクションの論点の判断を回避すべきと考える彼なりの理由が存在した。彼の回想によれば、sit-in cases における要点は、裁判所が憲法問題について判断する際には公民権運動側に立つことを確保することであり、運動側が求めたようなすべての座り込みの有罪判決が第一四修正違反となるかという本質的問題については決して判断させないというものであった。そして、憲法問題の判断を回避すべき理由として、第一に将来の立法的解決を妨げうること、第二に裁判所がこの問題について判断すれば運動側に不利な判断となる可能性があったこと、そして第三に立法によることなく裁判所の判断で解決を図れば、その受容はより困難になることを挙げている。<sup>(48)</sup> コックスは、訟務長官退任後の著書においても、ありうる第一四修正に基づく



違憲論を挙げつつ、そうした違憲論は州の行為と私人の行為との区別や適用されるべき対象を無限定に拡大し、<sup>(49)</sup> 裁判断所が一刀両断的に境界線を確定するには不向きであるとし、さらには最高裁が運動側の憲法上の主張を斥けた場合、非法律家や立法者には最高裁が有罪判決とその背後にある人種差別を支持したと受け取られる危険を挙げて、かつての自らの主張を正当化しているが、結局司法省内の異論を押さえる形でコックス流の限定的論拠に基づくものとなった合衆国政府のアミカス・ブリーフは、「考えられる限り最悪のブリーフ」「くだらない」、<sup>(50)</sup> 「これまで読んだ中で最も意気地なしの文書の一つ」<sup>(51)</sup> など、上訴人側弁護士からのきわめて強い反発を生むことにもなった。とはいえ、憲法問題の判断を回避し、事案ごとの事情に即したかかると主張が、上訴人らの違憲論を強烈に意識し、それとの緊張関係の中で形成されたことには十分な注意が払われるべきだろう。

最高裁における口頭弁論は、一九六二年一月五日から七日の三日間連続で行われた。<sup>(52)</sup> *Avent* 事件の弁論に加えて他の事件でも反論に立ったグリーンバーグが「それまでもそれ以降もこんな弁論をしたことはない。裁判所は、一二〇回も私を遮った」<sup>(53)</sup> と回想するほど、裁判官たちからは事案の細部にわたる質問が繰り返された。また、*Avent* 事件の原判決は隔離を義務づけるダーラム市条例に触れていなかったものの、上訴人のブリーフが簡単に市条例に触れ、<sup>(54)</sup> 合衆国政府のアミカス・ブリーフがこの市条例の存在を重視したこと、<sup>(55)</sup> 口頭弁論でも裁判官たちからはこの点について確認する質問が出されており、<sup>(56)</sup> この種の条例の存在が重視されることをうかがわせるものであった。

そして、舞台は最高裁内部に移る。



## 四 合議

口頭弁論直後の一月九日、裁判官による合議が開かれた。<sup>(57)</sup> 冒頭、ウォーレンは、憲法上の広い論点について判断することは避けるべきとして、主要なケースたるべき *Peterson* 事件については条例の存在がステイト・アクションを構成するので有罪判決を破棄すべきとし、*Gober, Arent* 両事件についても同じ理由で破棄すべきとした。また、*Lombard* 事件については市長および警察本部長の声明が条例と同じ効果を有するとして、*Shuttlesworth* 事件については違法行為を援助した証拠はないとして、*Griffin* 事件では *Peterson, Lombard* 両事件に従うべきとして、いずれについても有罪判決を破棄すべきとした。陪席裁判官たちも全事件について有罪判決破棄という結論ではおおむね一致したものの、上訴人側が主張したステイト・アクションに関する憲法論については見解の対立が明らかになった。まず、ブラックは、「必要であれば、これらの事案で本案について判断する用意がある」と宣言し、我々は私有財産制を有しているのであって、憲法解釈によってこの財産権を否定すべきでないとする。そして、店舗所有者は、住宅所有者と同じく、自らの不動産に誰が立ち入ることができ、どれくらいとどまることができるかを述べる権利を有するのであり、退去を拒否する者がいれば警察を呼んで排除できるという。ブラックも公衆に開かれた店舗と住宅との違いは認め、かつ差別なく顧客にサービスを提供するよう義務づける州法・連邦法は維持しようというが、これは憲法上の相違をもたらすものではないとする。また、ブラックは、本件のような行為を州が訴追した場合、所有者自身の自由な意思に基づく退去の求めであったことを立証する責任は州の側にあり、州法が人種を異にする者が同じ場所で食事することを違法としていたならば、それば違憲であると明言する。さらに、*Shuttlesworth* 事件については証拠不十分、*Griffin* 事件については特別保安官代理によ

る憲法上の権利の否定を理由として原判決を破棄すべきとし、*Lombard* 事件については店舗所有者と警察との相談があったことおよび市長の声明がステイト・アクションに該当するとしている。こうしてブラックは、結論としてはすべての事件について有罪判決破棄としつつ、憲法論としては私有財産権を重視し、隔離が純粹に私人の意思のみに基づく事案であれば不法侵入罪での処罰を許容する姿勢を示した。

これに対し、ダグラスは、ブラックと正反対の憲法論を主張した。すなわち、南部における強力な隔離の慣習および州による各種規制ゆえにステイト・アクションを認定した *Garner* 判決における自らの同意意見から一歩進め、小売店は憲法適合的に隔離しえないことを明確にした上ですべての事件について有罪判決を破棄すべきとする。これは、上訴人側の主張の中でも、*Civil Rights Cases* の変更にもつながる最も広範なものに応じたものであり、ダグラス自身もブラックの見解には加われないことを明言した。

こうして憲法論の次元ではブラックとダグラスが両極の主張を提示し、憲法論を回避すべきとするウォーレンの主張を含め、三極が鼎立する格好になった。他の裁判官も、この三極を意識しつつ各々の見解を表明することになる。ブラックの主張に同調したのは、クラークとハーランである。クラークは、所有者の権利という根本的論点についてはブラックに同意するとした上で（立証責任については州法に従うべきとする）、ウォーレンとは異なる理由で全事件について原判決を破棄すべきとした。すなわち、条例が存在するのであれば隔離を義務づける州の政策が存在するのであり、州裁判所で条例の存在が示されていなかった *Avent* 事件では自由な選択の結果であるかを確認するため取消し (*Gober, Griffin* 両事件についても同様)、*Peterson* 事件については州法のような慣習および警察官の言明に基づき (*Wright* 事件も同様)、*Lombard* 事件については市長の声明に基づき、いずれも破棄すべきとし、*Shutlesworth* 事件については証拠不十分ゆえに破棄すべきとした。また、ハーランも私有

財産権については完全にブラックに同意すると述べた上で（立証責任については違憲を主張する側にあるとする）、隔離を求める条例が廃止されていないというだけでは店舗所有者の自由な選択の余地がなくなるわけではないとし、条例の存在自体によるステイト・アクションの認定には反対を示す。そして「最も簡単な事件」たる *Peterson* 事件については条例が作用したとして破棄すべきとし、<sup>59</sup> *Gober* 事件については原判決を取消しつ *Peterson* 事件に照らした審理のため差戻し、*Aveni* 事件については取消し、*Lombard* 事件については市長の声明に基づかせるのではなく新たな事実審理のために破棄すべきとする。さらに *Shuttlesworth* 事件については、*Gober* 事件がなければ有罪判決を維持すべきであるが、同事件に照らした審理のため差戻し、*Wright* 事件については漠然性ゆえに破棄すべきとし、*Griffin* 事件については原判決を維持すべきとした。

一方、ブレナンは、ブラックとダグラスのように憲法論について判断する必要はないとした。条例が存在する事案については、条例の存在ゆえに所有者の選択の余地が認められない *Peterson* 事件が主要な事件たるべきであり、*Aveni*, *Gober* 両事件もこれで解決しうるとする。また、条例が存在しない他の事件についても、*Griffin* 事件については逮捕したのが特別保安官代理であること、*Wright* 事件については黒人ゆえの訴追であること、*Shuttlesworth* 事件については証拠不十分を理由として、すべて破棄すべきとした。ステュアートは、協力する意向を表明した上で、ダグラスの理論には同意できず、所有者は顧客を選択する権利を有するという点でブラックに同意するとする。ステュアートも条例と慣習の存在ゆえに州による平等保護の否定を認定しうる *Peterson* 事件を中心とすべきとして、州法上の根拠の問題に踏み入る必要はなく、*Lombard* 事件については市長の声明ゆえに破棄という議論で納得しうるとし、*Gober* 事件については条例の存在についての司法的確知によりうるとする。このほか、*Wright* 事件については若干困難があるものの、逮捕の動機が黒人であったことから破棄すべき、

Shuttlesworth 事件については証拠不十分および言論処罰を理由として破棄すべきとした。ホワイトは、ブレナンに同意するとしてた上で、Griffin 事件については所有者の選択の権利という点で若干問題があるものの破棄に同意しうるとし、<sup>(60)</sup>Gober, Lombard, Peterson, Ament 各事件についても同様に破棄、Shuttlesworth 事件については言論処罰ゆえに破棄すべきとした。ホワイトも、ダグラスの主張した広い根拠よりも限定的な根拠に基づく方がよいとしている。最後にゴールドバーグは、ダグラスの主張、とくに Shelley v. Kraemer 判決を援用する点について大部分賛同しうるとした上で、こうした広い論点を扱う必要はなく全員一致を追求すべきとして、Peterson 事件については条例に従ったがゆえに、Gober 事件については条例の司法的確知により、Lombard 事件については明確に市長の声明ゆえに、Wright 事件については適用される制定法および証拠不十分を理由に、Griffin 事件については保安官代理による訴追を理由にいずれも破棄すべきとし、Ament 事件については Peterson 事件に照らした判断のために差戻すべきとした。

こうして出揃った各裁判官の意見は、全事件について州裁判所の有罪判決破棄という方向性では基本的に一致したものの、私人による差別自体を第一四修正違反ととらえるかという憲法問題については、私有財産権を理由としてこれを斥けるブラックの主張にクラーク、ハーラン、ステュアートが賛意を示し、これと対立するダグラスの主張にはゴールドバーグが賛同した。また、憲法論に立ち入ることを回避すべきというウォーレンの立場にはブレナンとホワイトが賛同し、意見の対立が鮮明となった。しかも、九名の裁判官のうち、財産権を重視するブラックの主張には彼自身を含め過半数獲得にあと一名となる四名が賛同している点が注目される。ウォーレンをはじめとして今回の諸事件でこの論点に立ち入る必要はないとする判断が大勢を占めたため、各事案固有の事情に基づく限定的判断という方向が採用されることにはなつたが、次開廷期に噴出することになる意見対立は

すでにこの段階で存在していた。

また、ゴールドバーグの発言にみられるように、前開廷期の *Garner* 判決と同様に全員一致での判断が追求され<sup>(61)</sup>、それが限定的根拠による判断へとつながった面はあるものの、各事案の処理については州裁判所への差戻しの可能性を含めて裁判官間に微妙な差異が存在した。とりわけ重大なのは、条例も存在せず、ステイト・アクションの認定に困難があると目された *Griffin* 事件について、ハーランが有罪判決維持を明言したことであり、かかる意見の相違はその後の事件処理に影を落とすことにもなる。ともあれ、州裁判所の有罪判決破棄との結論は全事件で過半数を占め、ブラックが法廷意見執筆の意欲を示したものの、ウォーレンは自らに法廷意見執筆を割り当てた。

## 五 法廷意見の形成

ウォーレンが作成した各事件についての法廷意見第一草稿は、一九六三年二月七日に回覧された<sup>(63)</sup>。まず、*Peterson* 事件第一草稿<sup>(64)</sup>は、事案を述べた後、言論の自由の否定、ステイト・アクションによって第一四修正が保障する法の平等保護を奪われたとする上訴人側の主張を挙げて、判断する必要があるのは最後の問題のみだとする。証拠上、店舗支配人の判断は「差別的な意図に駆り立てられた」ものであることは明らかであり、黒人であるがゆえに上訴人らをランチ・カウンタールから排除しようとした彼の行為がステイト・アクションであれば有罪判決は維持しえないとする。そして、先例を挙げつつ、州の正式の命令に応じ、またはそれに従ってなされたものではないとしてもある行為がステイト・アクションとなりうることはしっかりと確立されており、第一四修正による制限の一つの目的は、州政府の権力で包まれたある種の行為を禁止することにあつたとして、「第一四」

修正の諸条項は：「もちろん州に向けられたものであるが、それはまた自然人と法人とを問わず、州権力が託されたすべての者にも向けられたものである」とする先例の一節を引く。<sup>(65)</sup>さらに、もし州が特定の権限を自らに留保しているのであれば、その権限を行使する個人は必然的に州の代理人として行動することになり、州が特定の結果を命じているときは、州はその結果を決定する権限を自らに残していることになるとして、本件では州の代理人たるグリーンヴィル市はその隔離条例によってレストラン施設が人種隔離を行わずに運営されるべきかの判断を市に留保することを定め、条例はかかる決定を私人の選択の領域から移したのであり、それによって隔離を決定する個人の行為がステイト・アクションであることを実質的に決定したとする。したがって、黒人を排除すると決定した店舗支配人は州の権限を行使したのであり、被上訴人が主張するように支配人は条例に従って行動したのではなく、または影響を受けていないと推定したとしても、これらの有罪判決は維持しえないとした。

また、*Lombard* 事件第一草稿<sup>(66)</sup>は、市長および警察本部長による声明の引用を含む事案を述べた後、店舗支配人が市の公職者によって宣明された政策に従って行動したことを証明する必要はないとする。というのは、州または市は立法部を通してと同様に執行部を通して有権的に行動しうるのであり、本件ニュー・オーリンズ市の公職者の判断によって、市は黒人らがレストランにおいて統合されたサーヴィスを求めることを認めないとした以上、市はかかる行為を禁ずる条例を有しているのとまったく同様に取り扱われなくてはならず、*Pelerson* 事件に言及しつつ、支配人の行為はそれゆえステイト・アクションであって、州自身が混乱が生じていないのに黒人が統合されたサーヴィスを求めることを禁ずるのは憲法上許されないことに疑う余地はないとして、有罪判決は維持しえないとした。<sup>(67)</sup>さらに、*Griffin* 事件第一草稿は、上訴人らの逮捕は州の代理人たる保安官代理によるものであったことを理由としてステイト・アクションを認定し、有罪判決破棄とするものであった。<sup>(67)</sup>ウォーレンによ

るこれらの草稿は、条例の存在、市長らの声明、保安官代理による逮捕という各事案に含まれる要素に着目してステイト・アクションを認定しており、その限りでは合議で表明された限定的根拠に基づく有罪判決破棄という路線に基づいていたが、*Peterson, Lombard* 両事件では私人の行為自体がステイト・アクションとなりうる可能性を認める記述が含まれていたことが注目される。

このほか、*Shuttlesworth* 事件第一草稿<sup>(68)</sup>は、上訴人が教唆したとされる座り込み行為は州法および市条例に違反する不法侵入の一形態であって言論の自由の制限を含まないとする州控訴裁判所の判断とは異なり、「上訴人らとその支持者にとっては、それは端的に他のアメリカ市民と等しい扱いを得るための平和的努力を意味」し、*Garner* 判決および今開廷期の sit-in cases における判断からは、この語があらゆる状況において必然的に犯罪性に満ちているものでないことは明らかとする。そして、州が合憲的に犯罪としうる行為の明白かつ現在の危険を教唆が生み出したことが示されない限り、第一修正および第一四修正が州による当該行為の唱道の処罰を禁じていることは確立されており、本件では明白かつ現在の危険は何ら州によって示されていないとして、伝統的な煽動処罰にかかる事案として処理することを明示していた。また、*Wright* 事件第一草稿は、本件における警察官の退去命令は公園における人種差別を執行するものであって第一四修正の平等保護条項に違反し、かつ上訴人らの行為が他者による治安紊乱を引き起こす可能性も証拠上乏しく、憲法適合的に処罰しえない行為を処罰しうるような概括的文言を持つ制定法による処罰は適正な告知を与えるものではないとするが、これは最終的に公表された判決の後半部分と基本的に同一の内容である<sup>(69)</sup>。

これらのウォーレンによる法廷意見第一草稿に対し、ダグラスは早くも二月一日に同意する旨を伝えつつ、*Griffin, Shuttlesworth* 両事件について意見を執筆する意向を表明した<sup>(70)</sup>。また、ゴールドバーグも二月一二日に同



意の旨を伝えたが、*Peterson* 事件については、私人が自ら州権力を行使したと直接的に宣言した場合に予測される最高裁への非難を考慮しつつ、条例の存在自体が強制力を持って隔離とそれに続く刑事処罰をもたらし、その執行はステイト・アクションとなるとの文章に差し替えることなどを提案している。<sup>(71)</sup>一方、ハーランは、ウォーレンの第一草稿回覧翌日の二月八日、ウォーレンの草稿には同意できず、各事件について自らの見解を明らかにする個別意見執筆の意向を表明した。<sup>(72)</sup>

こうして各裁判官が動きを示す中、ウォーレンは、ブレナンらとの意見交換を経て四月三日に法廷意見第二草稿を回覧した。そこでは、*Peterson* 事件については意見末尾の文章が修正され、市の隔離条例ゆえに飲食場所の所有・運営・管理者には自身の選択の余地は残されておらず、州による差別を強制する法律制定という明らかな第一四修正違反は「差別者の心理的衝動と区別しようとするので救済できない」として、上訴人らの排除が店舗支配人の私的選択によるものではないことがより強調されている。<sup>(73)</sup>また、*Lombard* 事件においては、やはり意見末尾近くの文章が修正され、*Peterson* 事件をより詳細に引きつつ、白人と黒人とが一緒に着席することを拒否したのは所有者または支配人の動機に関わりなく人種を隔離するという市の政策の強制的効果によるものであり、それゆえに支配人の行為はステイト・アクションであるとされている。<sup>(74)</sup>なお、*Griffin* 事件については、原判決を取消し、*Peterson, Lombard* 両事件に照らした再検討のためメリーランド州控訴裁判所に差戻すとのごく簡単な *per curiam* 形式の草稿が回覧された。<sup>(75)</sup>ほか、*Shuttlesworth* 事件については、同開廷期の二月二五日に下したばかりの治安紊乱罪での州議会前公園における集会処罰を第一修正違反とした *Edwards v. South Carolina* 判決を意見末尾で引きつつ、第一四修正は「州が不人気な見解の平和的表現を犯罪とすることを認めていない」ので、同修正はかかる見解を表明するよう他者を勧誘したにとどまる者を州が処罰することを同じく禁じているとの文章に



修正されている。<sup>(76)</sup> さらに、*Wright* 事件では、州裁判所における審理で連邦憲法上の主張（適用上違憲）が適切に提起されていたかにつき、ゴールドバーグから疑義が示され、裁量上訴が誤って認容されたとして却下する可能性も指摘されていたが、<sup>(77)</sup> プレナンによる三月八日付けのウォーレン宛メモでの助言を受ける形で、<sup>(78)</sup> ジョージア州法に照らしても上訴人らは適切に憲法上の争点を提起していたと理解しうるとの記述が追加された。<sup>(79)</sup> プレナンはこれら第二草稿の回覧後に同意を表明し、ブラックもこれに続いた。<sup>(80)</sup>

## 六 個別意見と対抗の表出

さて、ウォーレンによる第一草稿回覧直後に意見執筆の意向を示していたダグラスは、二月一二日に *Griffin* 事件の同意意見草稿を回覧した。<sup>(81)</sup> 後述のように、最終的には修正の上 *Lombard* 判決同意意見として公表されることになるこの草稿で、ダグラスは、州裁判所が人種隔離を義務づける条例や慣習を執行するときはステイト・アクションに該当することが疑いなしとつつ、本件では州法も慣習も存在しないため、公衆に開かれた施設の所有者が個人の選択としてある人種を排除し、それを執行するために州の援助を受けられるかという「基本的問題」に直面するとする。ダグラスも個人の住宅や庭であれば所有者が侵入者を排除するため州の援助を求めることができることは否定しないが、私人の所有にかかる遊園地は小売店と同じく公衆に開かれたものであり、公共の場における人種差別を押しつけるために州警察、州裁判所や州立政府の援助を求めることはできないとする。そして、コモン・ロー上も公共の利益に仕える事業は規制されうるとの判例が存在し、法の平等保護を求める憲法のもとでは、メリーランド州は警察や司法部を通して刑事制裁を科すことはできないのであり、本件で上訴人らを排除し、逮捕した者の資格（私人であるか保安官代理であるか）は決定的ではなく、*Shelley v. Kraemer* 判決

を含む州の司法部の行為がステイト・アクションと認定された先例を挙げつつ、現代においては人々の相互依存性が増大しており、人種に基づいて特定の人々を排除することはまさに第一四修正の目的に反するものであるとする。ダグラスによれば、「ある事業のドアが公衆に開かれたとき、アパルトヘイトが我々の公共の場所に蔓延すべきでないのなら、そのドアは人種にかかわらずすべての者に開かれなければならない」のである。ダグラスはさらに、*Garner* 判決同意意見でも述べていた<sup>83)</sup>、遊園地が州から営業許可を受け、広範な監督に服することから隔離は許されないという理由も付け加えているが、この草稿の中心は、不動産取引の契約にかかる *Shelley* 判決を公衆利用施設にも拡張し、その公衆に開かれた性格から人種に基づく隔離が憲法上禁じられることを正面から主張するところにあつた。ダグラスはその後二月一日に修正版の草稿を回覧し、さらに四月五日には *Percurian* による理由なしでの破棄差戻しに反発して、無条件で破棄すべきとする意見草稿を回覧しているが、基本的な論旨に変更はない<sup>84)</sup>。

一方、ハーランは、四月二十九日に各事件についての意見を一つにまとめた形での草稿を回覧する<sup>85)</sup>。この草稿でハーランは、法廷意見草稿は *Civil Rights Cases* 以来の第一四修正は州の行為＝ステイト・アクションのみに適用されるといふ法理を前提とし、かつ、平等保護を否定するこの種の行為は、経営者がその自由な意思によって黒人を排除することを選択した民営の商業施設について不法侵入法を執行することのみに見いだされうると示唆してはいないことを確認した上で、司法的執行はもちろんステイト・アクションであるが、これは検討の終わりではなく、恣意的差別への州の関与の性質が州が差別に責任を負うべきとされるようなものであるか否かが究極の実質的問題であるとする。そして、外観上は私人の行為によって平等保護が否定されたと主張される事件の基礎には、高次の相争う憲法上の主張の衝突、すなわち自由と平等との衝突が存在し、個人が仲間や隣人を選択し、

その財産を適切と思うように利用・処分し、人間関係において不合理、恣意的、気まぐれで不公正ですらある自由は、すべて政府による干渉から広く保護されるに値する事柄であつて、この自由は、第一四修正による制限が政府の行為と私人の行為とに区別なく適用されれば、平等の名において踏み潰されてしまふとする。さらにハーランは、ステイト・アクションの概念に固有なのは連邦制の諸価値であり、連邦の権力が強力な支配をしてはならず、地方の権力に委ねられるべき個人の権利の領域があることの承認であるという。こうした基本的観点からハーランは、法廷意見草稿におけるステイト・アクションの扱い方、そして各事件における有罪判決破棄の仕方には大きな逸脱があるとし、各事件個別の取扱いと結論が求められるとする。

まず、*Peterson* 事件については、法廷意見草稿は店舗側による上訴人らの排除が現実に条例に影響されたかに関わりなく「条例の存在だけ」で州不法侵入法の執行を違憲とするが、ハーランによれば、これは「魅力的であるが、誤りに基づく主張」であり、隔離するとの店舗の決定に条例が何らかの役割を果たしたのかを検討せねばならない。法廷意見草稿は、私人のレストラン所有者が望めば隔離して運営しうる権利に外見上は手を触れていないが、実際には本件条例と同種の法が存在し続けているすべての州において所有者の権利を奪っており、ハーランは、「自力救済」に訴えることのみで執行される選択は、完全に破壊されなくとも大いに薄められた権利となるのは確かだとする。彼によれば、個人が自らの財産の利用を制限する権利は、その権利の特定の行使がいに罪深いものとされようとも第一四修正の対象を越えたところにあり、隔離を定める古くさい法が存在する場合でも、個人が自ら決定する権利を意味するようにするためには、差別的な排除が実際にこうした法によって影響されたかを問わねばならない。ハーランは、本件のような条例の存在を示すことは無効のステイト・アクションとの一応の理由となるだけであり、排除が現実に私人の選択の結果であることの証明責任を州に課すものとす

るが、事実審において市側は店舗支配人の決定が完全に私人による選択であると示すような反証を何ら挙げておらず、支配人自身の証言に照らしても、結論としてはステイト・アクションを認定して法廷意見の結論に加わるとしている。次に、*Lombard* 事件についてハーランは、法廷意見は警察本部長と市長の声明が現実に上訴人らの排除に影響を与えたかを考慮していないとし、これらの声明は市民一般に向けられ、かつニュー・オーリンズ市における隔離の継続というよりも治安維持のための努力としてとらえるものだとする。彼は、これだけであればステイト・アクションの存在を証明するには不十分として州の有罪判決を維持すべきというが、記録上警察と店舗側とのより進んだ共同関係を示しうる証拠があるにもかかわらず、事実審判事は弁護人の求めたこの点についての審理を拒絶しており、これは不利益な誤謬に当たるとして、結論としては原判決を取消し、ステイト・アクションの論点が適切に審理されるような新規の事実審理のため差し戻すべきとした。また、*Cooper* 事件については、アラバマ州控訴裁判所は隔離を義務づける市条例の影響について検討しておらず、この点の検討の必要性とステイト・アクションを認定しうるだけの条例の影響について審理させるべく、原判決を取り消して州控訴裁判所に差し戻すべきとし、*Avent* 事件については、州最高裁はレストランの隔離を定める市条例は存在しないとの誤った想定に依拠しており、さらなる審理のため事件を差し戻すことに同意するが、*Peterson* 事件の多数意見のもとで差し戻されるという前提に同意できないため、その限度で法廷意見とその結論に反対するとしている。

さらにまたハーランは、*Griffin* 事件については、*Peterson, Lombard* 両事件とはまったく事実が異なるにもかかわらず、理由なしで原判決を取り消し、*Peterson, Lombard* 両事件の判決に照らした審理のため差し戻すとする法廷意見草稿は困惑させるものであり、差し戻されるべきメリーランド州控訴裁判所にとつてもそうであろうという。彼は、その審理のため差し戻したと思われるステイト・アクションの問題に関連のある事実はすべて記録

上示されているが、法廷意見は保安官代理による本件民営遊園地からの上訴人らの排除がステイト・アクションであるか否かという争点について *Peterson, Lombard* 両判決いづれも決定的であるとはしておらず、差戻しによって何を達成しようとしているのか理解できないとして、本来当裁判所によってステイト・アクションの問題について判断されるべきとするが、とにかく州控訴裁に差し戻すとされる以上、本件ダグラス同意意見で表明された見解の検討を含めたこれらについての判断は今後最高裁が判断する機会まで差し控えるとしている。最後に *Shuttlesworth* 事件についてハーランは、法廷意見草稿は二名の上訴人は *Gober* 事件における座り込みについての教唆、援助または煽動として訴追されたという前提に立つて有罪判決を破棄しているが、両名は座り込みの教唆のみについてでなく一般的に刑事不法侵入条例違反の教唆として訴追されていたのであり、*Gober* 事件における原判決破棄は本件での破棄の根拠とはならないとする。さらに彼は、法廷意見草稿が *Edwards v. South Carolina* 判決を引く点につき、同事件は公有財産上の示威運動を憲法上保護したのであり、人種関係の領域において人民が私有地において所有者の意思に反して示威運動を行う憲法上の権利を持つとは信じたいと批判する。しかしハーランは、*Billups* については訴追された犯罪を支える証拠を記録上欠いており、有罪判決は破棄されねばならないとする一方、*Shuttlesworth* については状況が異なり、私人の所有地で所有者の反対にもかかわらず抗議を行い、刑事不法侵入を行うよう促したとの認定が憲法上許されないとはいえないが、*Shuttlesworth* が教唆したとする不法侵入は、ステイト・アクションについての事情に依存しつつ、平等保護の否定を含みうるのであり、バーミングハム市の隔離条例が持ちうる関連性についてまずは州裁判所に判断させるべく差し戻すべきとする。ハーランは、その意見を「これら六件で全般的に達成された即時の最終結論が、便宜上のもものとしては正当化するかもしれないことは理解できるとはいえ、それらが法的原則——事件の判断に際してそれを遵守することは、

長期的には法の支配の安定性をもっとも良く保障するものである——に基づいて支持しうるものと私は信ずることとはできない」との激しい言葉で締めくくっているが、*Peterson* 事件については結果同意、*Lombard*、*Gober*、*Shuttlesworth* 各事件については原判決破棄でなく取消し・差し戻すべきとする反対、*Avent* 事件についても一部反対とするその結論は、前開任期の *Ganer* 判決ではともかくも確保された最高裁の全員一致を崩すことになった。しかも、ハーランは私有財産権に基づく隔離も憲法上保護されうる——したがって、州の実質的関与を認定できない事案においては座り込み参加者の有罪維持となりうる——とする思考を随所で示し、現に *Lombard*、*Griffin*、*Shuttlesworth* 各事件については有罪維持の可能性を示唆してもおり、合議で示された意見対立は個別意見の形でも明示されることになった。<sup>(86)</sup>

こうしてダグラス、ハーランが両極の意見を回覧する中、五月三日にクラークが、*Wright* 事件について同調、*Avent*、*Peterson* 両事件については結果同意の旨の文章追加、*Gober* 事件では州控訴裁判所の判断について再検討させるべく原判決を取り消して差し戻すとの文章追加、*Shuttlesworth* 事件では *Billups* については証拠不十分で破棄、*Shuttlesworth* については隔離を義務づける条例に関する問題の判断のため取り消して差し戻すとの文章追加をそれぞれ求め、さらに *Lombard*、*Griffin* 両事件については反対意見を執筆する旨を表明した。<sup>(87)</sup> 同日回覧されたクラークの反対意見草稿は、*Lombard* 事件については、法廷意見草稿が市の公職者によって宣明された政策に従って店舗支配人が行動したことを証明する必要はないとする点につき、これは上訴人の防禦に必要な要素であるとして、*Griffin* 事件については、遊園地からの上訴人らの排除は州でなく遊園地所有者によるものであったとして、いずれも有罪判決を維持すべきとする。<sup>(88)</sup> 加えて、五月七日のウォーレン宛メモで「私はまだ *still in cases* に気をまんんでいます。できましたら来週までお待ちいただければと思います。」と書き送っていたハワイ

トが<sup>(89)</sup>、五月一二日に *Lombard* 事件同意意見草稿、*Peterson*、*Shuttlesworth* 両事件結果同意意見草稿を回覧した。ホワイトは、*Lombard* 事件では、*Peterson* 事件と同じく州の関与は白人市民と財産所有者の個人的権利のために不法侵入で有罪とすることに限定されておらず、黒人による座り込みに対抗する方針を執行するものであるとして有罪判決を破棄すべきとする<sup>(90)</sup>。*Peterson* 事件については、ハーランと同様、州による有罪判決は無効のステイト・アクションとの一応の推定がはたらし、本件では純粋な私人の選択によって上訴人らが排除されたことを州は証明できていないとするが、ランチ・カウンタからの排除が仮にレストラン所有者の完全に自由な選択の結果だとしても有罪判決は破棄されねばならないとする。ホワイトは、不動産所有者が自らの私的差別を実現するためある程度の州の救済を受けうることは確かとしつつ、グリーンヴィル市は条例の形で黒人と白人とを同じランチ・カウンタでサーヴィス提供することを禁じるという公然たる方針を有しており、不法侵入罪での処罰が持つ抑止効果は州の隔離政策の実施に資するものであって、私人による排除は後の有罪判決による州の隔離政策の正当化を曖昧にするものではなく、有罪判決は私人の自由のみに仕えるものではないとしてステイト・アクションを認定し、有罪判決を破棄すべきとする<sup>(91)</sup>。また、*Shuttlesworth* 事件結果同意意見草稿は、*Gober* 事件において有罪判決が破棄されたので本件の上訴人らは何らの犯罪も教唆、援助および煽動したことにはならず、本件有罪判決も破棄されなければならないとし、さらに多くの連邦控訴裁判決、州裁判所判決を挙げつつ、無実の行為を行つた者の援助および煽動<sup>(92)</sup>について有罪とされてはならないことは一般に認められており、かかる有罪判決はデュー・プロセスに反するとする。

前述のように、合議においてハーラン、ブラックと同様に所有者の権利を重視していたクラークがこうした態度を表明したことは不自然ではない。だが、合議においては憲法上の広い論点に触れる必要はないとするブレナ



ンに賛同していたホワイトの草稿は、有罪判決破棄とする結論こそ法廷意見草稿に同意するものの、州による訴追が財産所有者個人の意思のみに基づく場合には有罪維持とする可能性を示唆していた。そうすると、この段階でハーランはもちろん、ブラック、クラーク、ホワイト、そして合議でブラックへの賛意を示したステュアートを加えた五名が、今開廷期の諸事件とは異なり、州による積極的関与を見いだせない場合は財産権保護のため不法侵入罪での座り込み処罰を認める立場にあったと推測しうる。<sup>(93)</sup> ホワイトは、翌一九六三年開廷期における *Smith cases* の中心となった *Bell v. Maryland* 判決において不法侵入での有罪判決を維持すべきとするブラック反対意見に同調しており、<sup>(94)</sup> このこともかかる推測を裏づけよう。

## 七 妥協と収束

こうして、限定的論拠に基づく有罪判決破棄というウォーレンの法廷意見草稿の基盤は必ずしも盤石ではないことが複数の個別意見回覧という形で表面化しつつあり、かつ、ホワイトが *Griffin* 事件について次開廷期の再弁論が望ましいとの意向を表明するなど、<sup>(95)</sup> 裁判官らの分岐が混迷ともいえる様相を呈しつつあった中、事態の収束が図られる。五月一六日の合議において、ステュアートとゴールドバーグが「最初の学校の事件」——*Brown* 判決<sup>(96)</sup>を想定しているだろう——における全員一致の判決から得られた大きな利益を指摘しつつ、*Smith cases* においても可能な限り全員一致に近い結論に到達することが望ましいことを主張した。ほぼ二時間に及ぶ議論の末、合意のための努力の余地があることに全員が同意し、ブレナン、ゴールドバーグ、ホワイト、ハーランが再検討を試みることに、さらに *Griffin* 事件については判断を先送りして再弁論を行うことが合意された。<sup>(97)</sup> この再検討作業の中心になったのはブレナンであり、彼がホワイトとともに *Peterson, Lombard* 両事件法廷意見草稿に修正を



施す。まず、*Peterson* 事件については、五月一五日回覧の法廷意見第三草稿に含まれていたレストラン等における隔離を義務づける各地の条例を列挙する脚注を削除し、末尾の三段落を差し替えて、私人が州の代理人となり、その行為がステイト・アクションに該当する旨の記述とその根拠として引かれていた先例を削除し、「個人の権利を縮減する私人の行動は、州が何らかの形でそれに重大な程度で関与してきていることが示されない限り、平等保護条項に反するものではない」とする二判決<sup>(98)</sup>のみの引用にとどめ、州の代理人たるグリーンヴィル市の条例によって店舗支配人には選択の余地はなく白人客と黒人客とを隔離すべきことが実質的に決定されたとして、州裁判所の有罪判決は州代理人たる市による人種差別的執行であるので破棄されるべきとする<sup>(99)</sup>。また、*Lombard* 事件については、市長声明を引用する箇所に参加者の目的または意図に関わりなく座り込みは認められないとの文言を追加し、さらに末尾の段落に修正を加え、店舗支配人の行為がステイト・アクションとなる旨の記述を削除した上で、条例と同様の強制的効果を持つ公職者の命令を執行する有罪判決は *Peterson* 事件と同様に破棄されなければならないとする<sup>(100)</sup>。この修正の結果について、ブレナンは次のようにウォーレンに報告している<sup>(101)</sup>。

ポッター「・ステュアート」、バイロン「・ホワイト」、アーサー「・ゴールドバーグ」、ヒューゴ「・ブラック」、そして私は、*Peterson* 事件の改訂に合意しました。トム「・クラーク」は、正式にはそうしていませんが、これに加わることができるかと思いましたが。ビル・ダグラスには会うことができません。明日土曜夜のととも遅くまで連絡を取ることができないでしょう。ジョン「・ハーラン」は加わっていませんが、彼の個別意見を大幅に修正します。これを書いている時点で私は修正を受け取っていません。ポッター、バイロン、アーサー、そして私は、*Lombard* 事件の改訂に合意しました。ヒューゴはヴァー

ジニア大学におり、これを見ていませんが、私は彼が合意すると確信しています。ビル・ダグラスはもちろん見ていません。トムも合意するかもしれませんが、彼が Peterson 事件に加わるかどうかよりも疑わしいでしょう。彼は、市長の声明を条例と同じものと扱うことに疑問を持っています。しかしながら、バイロンと私は、四頁の市長の声明の最初の段落を若干修正して、参加者の目的または意図に関わりなく市長は座り込みを禁じたことを示すように、あなたの草稿のうちいくぶんかを削除しました。これによってトムを説得するいくらかのチャンスがあります。ジョンはもちろん自身の見解に従いますが、その説明の仕方にも何らかの修正をするかもしれません。

私の知る限り、Gober, Arent, Shuttlesworth および Wright 各事件については状況は変わっていません。トムは Griffin 事件を再弁論に回そうとしているように思われますし、ジョンはいまや強くこれを志向しています。疑問符は、ここでもビル・ダグラスです。：

五月一八日土曜日、ウォーレンから、「同封したのは、『座り込み』事件における意見」と Per Curiam の草稿です。ブレナン、ゴールドバーグ、ホワイトおよびハーラン裁判官は、Peterson, Lombard および Shuttlesworth 各事件について一定の修正を行いました。これらすべては、私が賛同したものです。当裁判所のメンバーのほとんどは同様に賛同しています。これらを月曜の朝に言い渡すことについては合意があります。ですから、これらに同意可能であるかを都合のよいときに知らせただければ幸いです。：」との文章とともに、ブレナン、ホワイトによる修正を反映した——とくに Peterson, Lombard 両事件について対立の火種となったステイト・アクションにかかる新規ないし広い判断と受け取られうる記述を消去した——各事件法廷意見の草稿が回覧された。<sup>(102)</sup> ホワ

イトは個別意見を取り下げ、クラークは、各事件について求めた付記の削除に同意したほか、*Lombard* 事件では反対意見に代えて、法廷意見は、運動によって暴力が発生したり、差し迫っている状況において治安維持のために市公職者が差別的でない態様で行動しうることを否定していないという留保を付す同意意見草稿を回覧しているが、これが公表されることはなかった。<sup>(104)</sup> 一方、ハーランも自らの意見に修正を加えたが、*Peterson* 事件法廷意見草稿の修正に対応した変更を施し、*Griffin* 事件に関する箇所を削除したほか、末尾の激しい批判の文章を「これらが私の見解では健全な法原則が求められるところの結論である」との一文に置き換えている。<sup>(106)</sup> また、ウォーレンは、別途ダグラスに「これらの意見は、彼らの作業の結果を反映しており、現在のものは私に関する限り完全に合意できるものです。いくつかの問題については次開廷期で扱うこととし、我々は可能な限り一致団結しているものと示すことが非常に望ましい」という会議の見解を私も共有しています。この目的のため、*Griffin v. Maryland* 事件は再弁論のため延期するのが望ましいことに全員が合意しました。／これらの修正があなたにも同意可能であることを願っています。なぜなら、そうであれば、ジョンの *Peterson* 事件における同意意見と *Lombard*, *Gober* および *Shutlsworth* 各事件における取り消すべきとの意見を例外として、我々は全員一致となるからです」と伝え、これを受けたダグラスは、判決言い渡しが予定されていた五月二〇日当日、*Griffin* 事件同意意見草稿に修正を加えたものを *Lombard* 事件同意意見草稿として回覧した。<sup>(108)</sup> そこでは事案に即した修正のほか、公に開かれた施設の所有者の私的選択によって特定人種の排除が許されるか、その人種の偏見を執行するため州の援助を受けうるかという「基本的問題」について判断する必要があるとの冒頭部に置かれていた文章が削除されてトーンは弱められてはいるが、憲法論の本体は修正されていない。

## 八 判決、そして次開廷期へ

こうして取りまとめられた *St. In. Cases* の判決は、一九六三年五月二〇日月曜日の正午近く、この日下された諸判決の最後に合衆国最高裁判所の法廷で言い渡された。<sup>(109)</sup> 個別意見は、ダグラスの *Lombard* 判決同意意見、ハーランの *Peterson* 判決結果同意、*Wright* 判決を除く他の判決での全部または一部反対意見のみとなった。ウォーレン首席裁判官が判決を読み始めたとき、法廷には興奮が広がり、ハーランを除く裁判官の全員一致で全事件の州裁判所有罪判決破棄との結論にその場にいた者全員が飛び上がったと伝えられている。<sup>(112)</sup> しかし、理由が読み上げられ、既存の憲法論から踏み出すことなく個別の事情に基づく破棄にとどまったことが明らかになると、「結果は、有罪判決が破棄された三一名の座り込み参加者を除けば、誰にとっても完全に満足いくものではなかった」と受け止められることになった。また、最高裁は、*Griffin* 事件については次開廷期に再弁論を行うこととし、<sup>(114)</sup> 判断を保留していたヴァージニア州の事案についても、口頭弁論を開くことなく六月に *per curiam* ですべて有罪判決を破棄し、*Peterson* 判決に照らした審理のために州最高裁に差し戻した。<sup>(115)</sup>

この最高裁の結論は、数千人ともされる多くの座り込み参加者の無罪を導きうるものであり、「裁判所ができる限り運動参加者を自由にしようとしていることを示したものとして、これらの判決は前途の予言者にふさわしいものであった」<sup>(116)</sup>。かつ、次開廷期でも示される有罪判決破棄の累積は、その根拠が限定的なものであったとしても「運動参加者にその活動を継続するよう励まし」、「運動参加者が示した大義に暗黙の承認印を与えた」<sup>(117)</sup>。さらにまた、以後人種隔離を定める条例や州・自治体の隔離政策を公然と掲げることとはもちろん、かかる政策・方針をほのめかすことも困難とし、それらの廃止へのインセンティブを与えるものでもあった。<sup>(118)</sup> 一方、すでに座り

込みだけでなく大規模なデモ行進等を含む直接行動へと展開していた公民権運動の主体にとって判決の持つ意味については、より限定的な評価も示されている。本稿が対象とした一九六二年開廷期における sit-in cases の事案はすべて、判決の三年前、座り込みという運動形態が広がったばかりの一九六〇年のものであり、それ以降隔離撤廃に抵抗する側の戦略もより巧妙になっており、他方ですでに多くの自治体が隔離を義務づける条例の廃止や隔離政策の修正・放棄に向かつてもいたのであつて、<sup>(19)</sup>判決はそれが下された時点での現状を脅かすものではなく、必ずしもなかつた。また、判決は運動の現場における警察権力の濫用を防ぐものではなく、各事案の個別事情に着目した判断は、それとは異なる状況における事案についてまで将来の逮捕や訴追から免れうることを保障しなかつた。さらには端的に法が無視される場合すらあり、運動家たちへの嫌がらせがやむこともなかつた。<sup>(20)</sup>「最高裁は、一度は運動を励まし、そして失望させた」との評価は、判決のかかる限定的意義を示している。

もちろん、かかる評価がなされるのは、後年のグリーンバーグが回顧して言うように、判決において「何ら重要な法的原則は示されなかつた。それどころか、解答を与えるのではなく、問いを發することで事件は処理された」<sup>(21)</sup>からではある。本稿の作業から示されるように、かかる最高裁の処理は、一方で当事者およびアマカスとして参加した合衆国政府による争点設定を前提とし、かつ裁判官の間での見解の対立も顕在化しつつあつた中、可能な限りの全員一致による判断を志向した妥協の産物であることは否めまい。だが、妥協点は常に両極との関係において設定され、受容させるべく説得が試みられるものであり、最高裁内部において、上訴人側の主張に呼応したダグラス同意意見という一方の極と州側の主張に呼応したハーラン意見という他方の極が存在したという配置の中でこそ上記妥協が成立したという消息には留意しておかねばなるまい。すなわち、私人の所有・管理する公衆利用施設における人種隔離を端的に第一四修正違反とし、*Civil Rights Cases* の変更も辞さないダグラス同

意見が安易な妥協を許さないものとして主張され、それゆえにコックス訟務長官がそうであったようにその違憲論の射程拡大への懸念を生んだのと少なくとも同程度に、ハーラン意見に示された私有財産権に基づく「差別する権利」の承認もまた「切り札」的あるいは「絶対主義」的色彩——ブラックがこの「権利」を認めていたこともあわせ——を濃厚に有していた。<sup>(124)</sup> こうした両者の立論の非妥協的性格に加え、後者がとりわけ法的世界の外部では「強い感情的影響力」を有していたという状況のもとでは、これらの主張についての判断回避は「自然な反応」<sup>(126)</sup>であったかもしれない。

しかしながら、ダグラスの主張とハーランの主張とも、かかる非妥協的な形でしか成立しえないものかについては別途検討が必要であろう。後者についてのみ簡単に述べれば、日本においても私有財産上での表現活動制約にかかる事案で財産管理権が表現の自由との衡量も認めないかのようなものとして強調されることがあるが、<sup>(127)</sup> 法的権利として構成する限り、財産権に基づく私人の「差別する権利」は必然的に「差別しない権利」をも含むことになり——結局は私人の選択の尊重に帰結する——、「差別する権利」の承認それ自体よりも、とりわけ公共的性格を有する財産に関し、差別禁止という要請から私人の選択にどの程度の制限を加えうるか、境界線をいかに設定するかこそが問われよう。<sup>(128)</sup> そしてまた、当時の最高裁内部にも、財産権の法的保護が隔離廃止を求める座り込みの処罰を正当化しうる「切り札」として扱われなければならないわけではないとの思考は存在していた。実は、一九六二年開廷期の *Stromberg* において、ゴールドバーグは回覧されることのない同意意見の草稿を残している。ハーラン意見への反論としての性格を濃厚に有するこの草稿においてゴールドバーグは、*Shuttlesworth* 事件に関し「私人の財産上で示威行動を行う憲法上の権利は存在しないという明白な事実を主張することは、論点を先取りするだけであって、それが核心ではない。むしろ争点は、州は座り込み運動の唱道や行

動をそれらの性質、それが行われる態様あるいは私有財産所有者の黙諾の有無への考慮もなしに処罰できるからである。そうできないことは明白である<sup>(129)</sup>と喝破している。もちろん、ゴールドバーグの立場からも常に座り込み参加者の無罪を導きうるわけではないにせよ、最高裁内部に存在したかかる対抗は、sit-in cases で直接問題となった私有財産における人種隔離のみならず、最高裁が一九六〇年代後半以降扱うことになる大衆示威運動との関係でも一つの軸を形成し、かつその対抗からブラックの「保守化」が顕現することにもなる<sup>(130)</sup>。そうした対立が顕在化した一連の sit-in cases は、したがって、後期ウォーレン・コートを理解するための一つの重要な補助線として位置づけられるべきものである。

だが、かかる補助線としての意味は、本稿が扱った一九六二年開廷期の sit-in cases にはなお十分に見いだしうるものではなく、その確証には翌一九六三年開廷期の諸判決を待たねばならない。一九六二年開廷期の諸判決は、純粹に私人の意思に基づく私有財産上における座り込みの排除と処罰の可否について判断を回避したが、なお最高裁には座り込み処罰事案が係属していた。一九六三年五月二〇日に判決を下した直後の五月三一日にウォーレンから回覧されたメモランダムは、「これらの係属事案のいずれも…当裁判所の最近の判決によって直接決定されるものではない」と率直に述べるが、<sup>(131)</sup>一九六三年開廷期において sit-in cases の第三幕を扱うことになる最高裁は、いよいよ先送りした問題の処理を迫られる。そしてまた、最高裁を取り巻く政治的・社会的環境も大きな変動の過程にあった。最高裁が本稿で扱った判決を形成しつつあったのと並行して、Gober, Shuttlesworth 両事件の舞台であるアラバマ州バーミングハム市では、Shuttlesworth 事件上訴人のフレッド・シャトルスワース、そしてマーティン・ルーサー・キングらが指導し、人種隔離の廃止、黒人への雇用機会付与等を求める бойкот、座り込み、デモ行進など「プロジェクトC」と命名された闘争が開始された。これに対する警察犬、高圧放水水



で用いたユージーン・ブルグ・コナー率いる警察による徹底的抑圧の様子は全国に広く報じられ、判決の約一週間前の五月一二日には連邦軍が派遣され事態の收拾にあたることになる。<sup>(182)</sup> こうして北部を含む世論が大きく公民権運動支持に傾き、さらにアラバマ大学ではジョージ・ウォレス州知事自ら黒人の入学を阻止すべく講堂前で立ちふさがったが挫折を強いられた六月一日、ケネディ大統領が公衆利用施設における隔離廃止を含む包括的な公民権法案の提出を表明する。<sup>(183)</sup> そして、最高裁が休廷中の八月二八日にはあのワシントン大行進が開催され、公民権運動はクライマックスに達することになった。<sup>(184)</sup> こうした外的環境の大きな変動は、一〇月に始まる一九六三年開廷期における *sit-in cases* の処理にも重大な影響をもたらすことになるが、その検討は次稿の課題とせざるをえない。

- (1) 塚田哲之「表現行為としての座り込み」名古屋大学法政論集三三〇号(二〇〇九年)。
- (2) *Garner v. Louisiana*, 368 U.S. 157 (1961). 塚田・前掲注(一)二四一―二四三頁参照。
- (3) 109 U.S. 3 (1883).
- (4) *See Bell v. Maryland*, 378 U.S. 226 (1964); *id.* at 242-85 (Douglas, J.); *id.* at 286-318 (Goldberg, J., concurring); *id.* at 318-46 (Black, J., dissenting).
- (5) 塚田・前掲注(一)二五七頁、および二六九頁注(107)で引用した文献参照。
- (6) 筆者によるウォーレン・コートの検討として、塚田哲之「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)、塚田哲之「前期ウォーレン・コートにおける表現の自由法理の形成」名古屋大学法政論集二二三号(二〇〇六年)、塚田・前掲注(一)。
- (7) *Memorandum from the Chief Justice, Re: The Sit-in Cases at 1, June 11, 1962, Papers of Supreme Court Justices: Earl*



- Warren, Part I, Opinions as Chief Justice, Series A, 1952-1961, Reel 23, frs. 00289-00346 (神戸学院大学図書館ポート  
 アイランド館所蔵マイクロフィルム版。塚田・前掲注(一)二六三頁注(43)参照)。この文書は、William J. Brennan, Jr.  
 Papers, Manuscript Division, Library of Congress, Washington, D.C. [hereinafter Brennan Papers] の Box 1: 77, Folder 6  
 にも残されている。
- (8) Memorandum from the Chief Justice, *supra* note 7, at 1-2. このうち(b)に関し、ヴァージニア州においては人種隔  
 離を義務づけているように思われる規定が存在するが州司法長官はそのように解釈していないとして、同州の事案五  
 件は他州の事案と区別されている。 *Id.* at 24-35, 59.
- (9) 塚田・前掲注(一)二四二-二四三-二四八-二四五頁参照。
- (10) See generally Christopher Schmidt, *The Sit-Ins and the State Action Doctrine*, 18 WM. & MARY BILL RTS. J. 767 (2010).
- (11) See generally JACK GREENBERG, RACE RELATIONS AND AMERICAN LAW 79-114 (1959); Joseph William Singer, *No Right to  
 Exclude: Public Accommodations and Private Property*, 90 NW. U.L. REV. 1283 (1996). 高橋正明「憲法上の平等原則と  
 私的自治」帝京法学二二巻一・二合併号(二〇一八年)二〇〇-二〇四頁も参照。GREENBERG, *supra*, at 101, 375-79  
 によれば、座り込み運動が爆発的な広がりを見せる直前の一九五九年時点で人種に基づく施設利用拒否を禁ずる州法  
 または自治体条例が存在したのは、二六州とコロンビア特別区であった。もちろん、これらに sit-in cases の舞台と  
 なった南部諸州は含まれていない。
- (12) *Avent v. North Carolina*, 370 U.S. 934 (1962); *Gober v. City of Birmingham*, 370 U.S. 934 (1962); *Shuttlesworth v.  
 City of Birmingham*, 370 U.S. 934 (1962); *Griffin v. Maryland*, 370 U.S. 935 (1962); *Lombard v. Louisiana*, 370 U.S. 935  
 (1962); *Peterson v. City of Greenville*, 370 U.S. 935 (1962); *Wright v. Georgia*, 370 U.S. 935 (1962).
- (13) *State v. Avent*, 253 N.C. 580, 118 S.E.2d 47, 49-50 (1961).
- (14) *Avent*, 118 S.E.2d at 51-55.

- (15) *Gober v. City of Birmingham*, 133 So. 2d 697, 699 (1961), *cert. denied*, 133 So. 2d 702 (1961).
- (16) *Gober*, 133 So. 2d at 701-02.
- (17) *Shuttlesworth v. City of Birmingham*, 373 U.S. 262, 263-65 (1963). *See also* *Shuttlesworth v. City of Birmingham*, 133 So. 2d 213 (1961); *Shuttlesworth v. City of Birmingham*, 134 So. 2d 214 (1961); *Billups v. City of Birmingham*, 134 So. 2d 215 (1961).
- (18) *Griffin v. State*, 225 Md. 422, 171 A.2d 717, 718-19, 721-22 (1961). *See also* *Griffin v. Maryland*, 378 U.S. 130, 131-33 (1964).
- (19) 上訴人 *Rudolph Lombard* は CORE (Congress of Racial Equality 人種平等会議) ニュー・オーリンズ支部のリーダー格であり、州裁判所での事件名となった *チュレレン* 大学の白人学生 *Sydney* [判決は *Sidney* と表記] *Langston Goldfinch, Jr.* は CORE のメンバーであった。 *See* *JEFFREY A. TURNER, SITTING IN AND SPEAKING OUT: STUDENT MOVEMENTS IN THE AMERICAN SOUTH, 1960-1970*, at 65, 101-02 (2010).
- (20) *Lombard v. Louisiana*, 373 U.S. 267, 268-72 (1963). *See also* *State v. Goldfinch*, 241 La. 958, 132 So. 2d 860 (1961).
- (21) *Peterson v. City of Greenville*, 373 U.S. 244, 245-47 (1963).
- (22) *City of Greenville v. Peterson*, 239 N.C. 298, 122 S.E.2d 826, 828 (1961).
- (23) *Wright v. Georgia*, 373 U.S. 284, 285-87 (1963). *See also* *Wright v. State*, 217 Ga. 453, 122 S.E.2d 737 (1961).
- (24) Supplemental Memorandum on the *Sic-in* Cases from the Chief Justice at 2, no date, Box 1: 77, Folder 6, Brennan Papers.
- (25) *Id.* at 2-3. 逆に州の関与が極小とみられた事案 (*State v. Williams*, 253 N.C. 804, 117 S.E.2d 824 (1961)) は保留すべからざつた。なお *Williams* 事件のノース・キャロライナ州最高裁有罪判決は、同州最高裁による同日の *Avent* 事件有罪判決 (*State v. Avent*, 253 N.C. 580, 118 S.E.2d 47 (1961)) に依拠したものであった。

- (26) See Supplemental Memorandum, *supra* note 24, at 1.
- (27) See JACK GREENBERG, CASES AND MATERIALS ON JUDICIAL PROCESS AND SOCIAL CHANGE: CONSTITUTIONAL LITIGATION 165 (1977).
- (28) Supplemental Memorandum, *supra* note 24, at 2.
- (29) Sit-in cases や含む公民権運動から生じた訴訟における法律家の役割については、*see generally* JONATHAN D. CASPER, LAWYERS BEFORE THE WARREN COURT: CIVIL RIGHTS AND CIVIL LIBERTIES, 1957-66 (1972). 以下は sit-in cases については、*see id.* at 61-67, 140-51; CHRISTOPHER W. SCHMIDT, THE SIT-INS: PROTEST AND LEGAL CHANGE IN THE CIVIL RIGHTS ERA 47-64 (2018). 以下は弁護士の役割については、*see, e.g.*, JACK GREENBERG, CRUSADERS IN THE COURTS: HOW A DEDICATED BAND OF LAWYERS FOUGHT FOR THE CIVIL RIGHTS REVOLUTION 270-81, 292-93, 306-17 (1994); CONSTANCE BAKER MOTLEY, EQUAL JUSTICE UNDER LAW: AN AUTOBIOGRAPHY 131-32, 196-200 (1998). グリーンバーグ「sit-in cases は最優先課題だった」と述べ。GREENBERG, *supra*, at 306. 以下は関与については、塚田・前掲注(一) 一三五—一三六頁を参照。
- (30) CASPER, *supra* note 29, at 146.
- (31) *See id.* at 65; GREENBERG, *supra* note 29, at 275-77, 307, 309. *See also* Brief for Petitioners at 9-11, 13-42, Peterson v. City of Greenville, 373 U.S. 244 (1963) (No. 71).
- (32) 334 U.S. 1 (1948).
- (33) Jack Greenberg, *Charles L. Black: His Heart and Mind*, 92 GEO. L. J. 859, 864-67 (2004); Jack Greenberg, *Charles L. Black, Jr.*, 95 YALE L. J. 1559, 1560-64 (1986).
- (34) Charles L. Black, Jr., *The Constitution and Public Power*, YALE REV., Oct. 1962, at 54. ブラックは後年の論文では、「ステイト・アクション法理の実際の機能は「人種差別主義者の活動を憲法上の統制から免れさせる」との喝破して

- 52° Charles L. Black, Jr., *The Supreme Court 1966 Term, Foreword: "State Action", Equal Protection, and California's Proposition 13*, 81 HARV. L. REV. 69, 90 (1967). ブラックの軌跡については、駒村圭吾「チャールズ・ブラック」駒村圭吾ほか編『アメリカ憲法の群像 理論家編』(尚学社、二〇一〇年)。このほか、同時代におけるステイト・アタック論法理の批判的検討を「ジョー」*see, e.g.*, Louis H. Pollak, *Racial Discrimination and Judicial Integrity: A Reply to Professor Wechsler*, 108 U. PA. L. REV. 1 (1959); Louis Henkin, Shelley v. Kraemer: Notes for a Revised Opinion, 110 U. PA. L. REV. 473 (1962); Marion A. Wright, *The Sit-In Movement: Progress Report and Prognosis*, 9 WAYNE L. REV. 445 (1963). *See also* Michael Klarman, *An Interpretive History of Modern Equal Protection*, 90 MICH. L. REV. 213, 276-77 (1991).
- (35) *Garner*, 368 U.S. at 176-85 (Douglas, J., concurring). 塚田・前掲注(一)二四六-二四八頁参照。
- (36) *See, e.g.*, Brief for Respondent at 7-16, *Peterson v. City of Greenville*, 373 U.S. 244 (1963) (No. 71).
- (37) *See* Christopher W. Schmidt, *Defending the Right to Discriminate: The Libertarian Challenge to the Civil Rights Movement*, in SIGNPOSTS: NEW DIRECTIONS IN SOUTHERN LEGAL HISTORY 417 (Sally E. Hadden & Patricia Hagler Minter eds., 2013).
- (38) 塚田・前掲注(一)二二九-二四〇頁参照。
- (39) この時期の司法省に与える各種関与については、*see generally* Victor S. Navasky, *KENNEDY JUSTICE* (An Authors Guild Backprint.com ed. 2000) (1971); Harold C. Fleming, *The Federal Executive and Civil Rights: 1961-1965*, 94 DAEDALUS 921 (1965). 司法省内の諸事については「ジョー」*see, e.g.*, BURKE MARSHALL, *FEDERALISM AND CIVIL RIGHTS* (1964); Burke Marshall, *The Protest Movement and the Law*, 51 VA. L. REV. 785 (1965).
- (40) この開廷期における重要判決は、ケネディ司法長官自らマシカス・キョリットとて口頭弁論を行なった「一票」原則が宣言された *Gray v. Sanders*, 372 U.S. 368 (1963) によらぬ。
- (41) *See* CORNELL W. CLAYTON, *THE POLITICS OF JUSTICE: THE ATTORNEY GENERAL AND THE MAKING OF LEGAL POLICY* 127,

- 135 (1992); NAVASKY, *supra* note 39, at 338-39.
- (42) JAMES E. CLAYTON, THE MAKING OF JUSTICE: THE SUPREME COURT IN ACTION 240 (1964) (quoting Brief for the United States as Amicus Curiae, Peterson v. City of Greenville).
- (43) GREENBERG, *supra* note 27, at 167-70 (quoting Brief for the United States as Amicus Curiae, Avent v. North Carolina (1962)). *Griffin* 事件については、遊園地職員かつ州の特別保安官代理である者による退去指示と逮捕という他の事件との事情の違いを理由として、別途アミカス・ブリーフを提出している。Brief for the United States as Amicus Curiae at 2, Griffin v. Maryland, 373 U.S. 920 (1963) (No. 26), 1962 WL 115637. なお、合衆国政府は *Wright* 事件には参加していない。
- (44) *Griffin* 事件については、州が自らのポリス・パワーを私人に委任したことを有罪判決破棄の理由としている。
- (45) Sit-in cases に関する司法省内の「対立」については *see* NAVASKY, *supra* note 39, at 327-32; KEN GORMLEY, ARCHIBALD COX: CONSCIENCE OF A NATION 155-60 (1997).
- (46) *See* NAVASKY, *supra* note 39, at 318-57. プロセスと司法審査の中立性を重視するハーヴァード学派とリーガル・リアリズムの承譜を継ぐイェール学派との「対立」およびチャールズ・ブラックらのウォーレン・コートの積極的的支持と訴訟くのロマンチックなイメージ *see* LAURA KALMAN, YALE LAW SCHOOL AND THE SIXTIES: REVOLT AND REVERBERATIONS 40-47 (2005); LAURA KALMAN, LEGAL REALISM AT YALE 1927-1960, at 201-04 (1986). かつつフランクフアータのクラークを務めたウォーレン・コートの理論的批判者たるイェール・ロー・スクール教授のアレクザンダー・ピッセルにしても、かかる磁場の中でその理論を構築し、かつ、少なくともこの時点では政治的には *Brown* 判決 (*Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954)) が示した方向と公民権運動を支持するリベラルなスタンスを取っていた。
- See* Edward A. Purcell, Jr., *Alexander M. Bickel and the Post-Realist Constitution*, 11 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 521, 523-25,

542-43 (1976). ビッケルは New Republic 誌の常連執筆者でもあり、言及されることは少ないが、かの一九六二年の著書の最終章も人種統合に向けた展望を示す。See ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS 244-72 (2nd ed. 1986) (1962). なお、ケネディ司法長官自身は、学士課程はハーヴァードであるがヴァージニア・ロー・スクール出身である。

(47) GREENBERG, *supra* note 29, at 309-10. NAVASKY, *supra* note 39, at 328 が伝えるロックスに対するグリーンバーグの言葉は、「あなたがその立場を信ずるなら、『ハーヴァード・ロー・レビュー』で詳しく書きなさい。しかし、今あなたは合衆国訟務長官なのであり、可能な限り差別に反対するのがケネディ政権の政策なのです」と生々しい。

(48) NAVASKY, *supra* note 39, at 331.

(49) ARCHIBALD COX, THE WARREN COURT: CONSTITUTIONAL DECISION AS AN INSTRUMENT OF REFORM 31-41 (1968). アーナルト・ロックス(吉川精一・山川洋一郎訳)『ウォレン・コート』(日本評論社、一九七〇年)四六―六〇頁。

(50) NAVASKY, *supra* note 39, at 329 (ラッパの反応)。

(51) CASPER, *supra* note 29, at 148 (匿名のインタビュー)。

(52) Oral Argument, *Avent v. North Carolina*, 373 U.S. 375 (1963) (No. 11), <https://www.oyez.org/cases/1962/11>; Oral Argument, *Griffin v. Maryland*, 378 U.S. 130 (1964) (No. 26), <https://www.oyez.org/cases/1962/6>; Oral Argument, *Lombard v. Louisiana*, 373 U.S. 267 (1963) (No. 58), <https://www.oyez.org/cases/1962/58>; Oral Argument, *Gober v. City of Birmingham*, 373 U.S. 374 (1963) (No. 66), <https://www.oyez.org/cases/1962/66>; Oral Argument, *Shuttlesworth v. City of Birmingham*, 373 U.S. 262 (1963) (No. 67), <https://www.oyez.org/cases/1962/67>; Oral Argument, *Peterson v. City of Greenville*, 373 U.S. 244 (1963) (No. 71), <https://www.oyez.org/cases/1962/71>; Oral Argument, *Wright v. Georgia*, 373 U.S. 284 (1963) (No. 68), <https://www.oyez.org/cases/1962/68>.

(53) GREENBERG, *supra* note 29, at 310.

- (54) Brief for Petitioners at 21, *Avent v. North Carolina*, 373 U.S. 375 (1963) (No. 11).
- (55) See *Goldberg to Brennan*, Oct. 30, 1962, Box I: 77, Folder 6, Brennan Papers.
- (56) Oral Argument, *Avent v. North Carolina*, *supra* note 52.
- (57) 以下の合議の内容については、see Warren, Conference Memo, Papers of Supreme Court Justices: Earl Warren, Part 1, Opinions as Chief Justice, Series B, 1962-1969, Reel 2, frs. 00168-00173 (関西大学総合図書館所蔵マイクロフィルム版)。以下このマイクロフィルム版からの引用に際しては、Warren Papers (microfilm, KU) と略記する。); BERNARD SCHWARTZ, SUPER CHIEF: EARL WARREN AND HIS SUPREME COURT — A JUDICIAL BIOGRAPHY 480-82 (unabridged ed. 1983); THE SUPREME COURT IN CONFERENCE (1940-1985), at 712-17 (Del Dickson ed. 2001) [hereinafter IN CONFERENCE]; MICHAEL R. BELKNAP, THE SUPREME COURT UNDER EARL WARREN 1953-1969, at 162 (2005); Brad Ervin, Note, *Result or Reason: The Supreme Court and the Sit-In Cases*, 93 VA. L. REV. 181, 205-08 (2007).
- (58) *Garner*, 368 U.S. at 176-85 (Douglas, J., concurring)。塚田・前掲注(一)二四六—二四八頁。
- (59) ウォーレンのメモには「おおよそ破棄する」が述べられている。Warren, *supra* note 57. See also IN CONFERENCE *supra* note 57, at 715 n. 195.
- (60) IN CONFERENCE, *supra* note 57, at 716 以下。このホワイトの発言は *Gober* 事件についてのものとしているが、ウォーレンのメモでは *Griffin* 事件となっており、内容上も *Griffin* 事件についての発言と理解した方が自然であると思われる。Warren, *supra* note 57.
- (61) 塚田・前掲注(一)二五五—二五六頁参照。
- (62) Warren, *supra* note 57; IN CONFERENCE, *supra* note 57, at 714.
- (63) *Avent* 事件については *Peterson* 事件に照らした審理のため原判決を取り消して差戻し、*Gober* 事件については *Peterson* 事件を引用して原判決破棄との結論のみをいずれも per curiam 形式で示すことになった。Draft Per Curiam,



- Avent v. North Carolina, Feb. 7, 1963, Box I: 81, Folder 1, Brennan Papers; Draft Per Curiam, Gober v. City of Birmingham, Feb. 7, 1963, Box I: 80, Folder 8, Brennan Papers. 本件に於て判決の形成過程については *see* SCHWARTZ, *supra* note 57, 482-86; BELKNAP, *supra* note 57, at 162-63; Note, *supra* note 57, at 208-12.
- (64) Warren, Draft Opinion of the Court, Peterson v. City of Greenville, Feb. 7, 1963, Box I: 81, Folder 1, Brennan Papers.
- (65) Home Telephone & Telegraph Co. v. City of Los Angeles, 227 U.S. 278, 286 (1913) (電話料金を設定する市条例に於て第一回修正の適用を認めたる事例).
- (66) Warren, Draft Opinion of the Court, Lombard v. Louisiana, Feb. 7, 1963, Box I: 80, Folder 7, Brennan Papers.
- (67) Warren, Draft Opinion of the Court, Griffin v. Maryland, Feb. 7, 1963, Part I, Series B, Reel 5, frs. 00786-00792, Warren Papers (microfilm, KU); First Draft Opinion for No. 26, 1962 Term, Griffin v. Maryland, Jan. 7, 1963, Part I, Series B, Reel 1, frs. 00728-00735, Warren Papers (microfilm, KU). この草稿の内容は「次開廷期に於てわれ等が、この同事件判決法廷意見と基本的な同一性を有す。See Griffin v. Maryland, 378 U.S. 130, 131-37 (1964); Warren, Memorandum for the Conference, May 12, 1964, Part I, Series B, Reel 5, fr. 00770, Warren Papers (microfilm, KU).
- (68) Warren, Draft Opinion of the Court, Shuttlesworth v. City of Birmingham, Feb. 7, 1963, Box I: 80, Folder 8, Brennan Papers.
- (69) Warren, Draft Opinion of the Court, Wright v. Georgia, Feb. 7, 1963, Box I: 80, Folder 8, Brennan Papers. See Wright v. Georgia, 373 U.S. 284, 291-93 (1963).
- (70) Douglas to Chief, Feb. 11, 1963, Part I, Series B, Reel 2, fr. 00017, Warren Papers (microfilm, KU).
- (71) Goldberg to Warren, Feb. 12, 1963, Part I, Series B, Reel 2, frs. 00027-00031, Warren Papers (microfilm, KU). Lombard 事件に於ては Peterson 事件と同様に市長らによる声明の存在のみで十分であるとの趣旨の文章を、Shuttlesworth 事件についてはハーランが回覧するだらうと反対意見の力を緩和するためにも、座り込みを表現行為の一

形態と認めたハーラン自身の *Garner* 判決結果同意意見を引用しつつ、あらゆる座り込みの唱道を違法とすることはできないという趣旨の文章を付加するよう求めている。

(72) Harlan, Memorandum for the Conference, Feb. 8, 1963, Part I, Series B, Reel 2, fr. 00014, Warren Papers (microfilm, KU).

(73) Warren, Draft Opinion of the Court, Peterson v. City of Greenville, Apr. 3, 1963, Box 1: 81, Folder 1, Brennan Papers.

(74) Warren, Draft Opinion of the Court, Lombard v. Louisiana, Apr. 3, 1963, Box 1: 81, Folder 1, Brennan Papers.

(75) Draft Per Curiam, Griffin v. Maryland, no date, Part I, Series B, Reel 1, fr. 00682, Warren Papers (microfilm, KU). See also Chambers of the Chief Justice, Per Curiam, Griffin v. Maryland, No. 26, Oct. Term 1962, Part I, Series B, Reel 1, fr. 00677, Warren Papers (microfilm, KU). Per curiam による処理に変更された理由は確認できているが、*Avent* 事件と同様に処理するつもりを対立を回避しようと考えられた可能性はある。仮にかかる目論見があったとしても、後述のようにそれは外れるようになった。

(76) Warren, Draft Opinion of the Court, Shuttlesworth v. City of Birmingham, Apr. 3, 1963, Part I, Series B, Reel 2, frs. 00270-00274, Warren Papers (microfilm, KU) (quoting *Edwards v. South Carolina*, 372 U.S. 229 (1963)). 公民権運動がより大規模なデモなどへと展開する中で生じた *Edwards* 事件は、最高裁内でも sit-in cases との関連が強く意識されていたが、sit-in cases とは別に審理されることになった。ウォーレンのロー・クラークが作成したメモは、争点の異なる *Edwards* 事件と sit-in cases とを同時に審理することは、最高裁が「黒人事件」を特別扱いし、一般とは異なる原則を適用しているという批判に油を注ぎかねないとして別に審理すべきことを提言している。Supplemental Memo by HJS [Henry J. Steinman, Jr.], May 9, 1962, Part 2: Conference Memoranda, Series C: 1960-1963, Reel 31, frs. 00149-00150, Warren Papers (microfilm, KU).

(77) Goldberg to Warren, Feb. 12, 1963, Part I, Series B, Reel 2, frs. 00027-00031, Warren Papers (microfilm, KU).

- (78) Brennan to Warren, Mar. 8, 1963, Part I, Series B, Reel 2, fr. 00018-00020, Warren Papers (microfilm, KU).
- (79) Warren, Draft Opinion of the Court, Wright v. Georgia, Apr. 3, 1963, Part I, Series B, Reel 1, frs. 00342-00350, Warren Papers (microfilm, KU). この記述は未回覧の三月十四日付け草稿に追加され、ブレナンは同日「ウォーレンに「この草稿を再検討せよ」を指示した。Warren, Draft Opinion of the Court, Wright v. Georgia, Mar. 14, 1963 (not circulated), Part I, Series B, Reel 1, frs. 00369-00377, Warren Papers (microfilm, KU); Brennan to Chief, Mar. 14, 1963, Box I: 81, Folder 1, Brennan Papers.
- (80) Brennan to Chief, Apr. 4, 1963, Part I, Series B, Reel 2, fr. 00032, Warren Papers (microfilm, KU); Black to Chief Justice, Apr. 5, 1963, Part I, Series B, Reel 2, fr. 00016, Warren Papers (microfilm, KU).
- (81) Douglas, Draft Concurring Opinion, Griffin v. Maryland, Feb. 12, 1963, Box I: 80, Folder 7, Brennan Papers.
- (82) Lombard v. Louisiana, 373 U.S. 267, 274-83 (1963) (Douglas, J., concurring).
- (83) *Garner*, 368 U.S. at 181-85 (Douglas, J., concurring). 塚田・前掲注(一)二四七—二四八頁。
- (84) Douglas, Draft Concurring Opinion, Griffin v. Maryland, Feb. 14, 1963, Box I: 80, Folder 7, Brennan Papers; Douglas, Draft Opinion, Griffin v. Maryland, Apr. 5, 1963, Part I, Series B, Reel 1, frs. 00683-00693, Warren Papers (microfilm, KU).
- (85) Harlan, Draft Concurring and Dissenting Opinion, Apr. 29, 1963, Part I, Series B, Reel 2, frs. 00150-00166, Warren Papers (microfilm, KU). ノーランは「Wright 事件のごときには法廷意見草稿に同意しない」。
- (86) ノーランは「五月一日、五月十六日にも意見草稿の修正版を回覧してはいるが、内容に大きな変更はない」。Harlan, Draft Concurring and Dissenting Opinion, May 1, 1963, Part I, Series B, Reel 2, frs. 00133-00149, Warren Papers (microfilm, KU); Harlan, Draft Concurring and Dissenting Opinion, May 16, 1963, Part I, Series, B, Reel 2, frs. 00116-00132, Warren Papers (microfilm, KU).
- (87) Clark to Chief Justice, May 3, 1963, Part I, Series B, Reel 2, fr. 00053, Warren Papers (microfilm, KU).

- (88) Clark, Draft Dissenting Opinion, Lombard v. Louisiana, May 3, 1963, Box I: 81, Folder 1, Brennan Papers; Clark, Draft Dissenting Opinion, Griffin v. Maryland, May 3, 1963, Part I, Series B, Reel 1, fr. 00681, Warren Papers (microfilm, KU).
- (89) White to Warren, May 7, 1963, Part I, Series B, Reel 2, fr. 00167, Warren Papers (microfilm, KU).
- (90) White, Draft Concurring Opinion, Lombard v. Louisiana, May 13, 1963, Box I: 80, Folder 7, Brennan Papers.
- (91) White, Draft Concurring in the Result, Peterson v. City of Greenville, May 13, 1963, Box I: 81, Folder 1, Brennan Papers. 五月一五日に回覧された第二草稿で、ノーラン同意書見くと言及が削除された。White, Draft Concurring in the Result, Peterson v. City of Greenville, May 15, 1963, Box I: 81, Folder 1, Brennan Papers.
- (92) White, Draft Concurring in the Result, Shuttlesworth v. City of Birmingham, May 13, 1963, Box I: 81, Folder 1, Brennan Papers.
- (93) Note, *supra* note 57, at 205-12 中、財産権を重視する裁判官のグループにホワイトを含めていないが、合議におけるホワイトの発言のみを取り上げ、彼の意見草稿には触れていない。
- (94) *Bell*, 378 U.S. at 318-46 (Black, J., dissenting).
- (95) White to Chief Justice, May 14, 1963, Part I, Series B, Reel 2, fr. 00052, Warren Papers (microfilm, KU).
- (96) *Brown v. Board of Education (Brown I)*, 347 U.S. 483 (1954); *Brown v. Board of Education (Brown II)*, 349 U.S. 294 (1955).
- (97) Warren to Douglas, May 18, 1963, Part I, Series B, Reel 2, fr. 00026, Warren Papers (microfilm, KU).
- (98) *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715, 722 (1961) (公営公園内のレストランにおける隔離をステート・アタクシヨーンとして違憲判断); *Turner v. City of Memphis*, 369 U.S. 350 (1962) (空港内レストランにおける隔離の違憲判断).
- (99) 五月一五日回覧の法廷意見第三草稿に書き込みとタイプ打ちの別紙で修正が加えられている。Warren, Draft

- Opinion of the Court, Peterson v. City of Greenville, May 15, 1963, Box I: 81, Folder 1, Brennan Papers; Brennan, Memorandum to the Conference, May 16, 1963, Part I, Series B, Reel 2, fr. 00210, Warren Papers (microfilm, KU).
- (100) やむり五月一五日回覧の法廷意見第三草稿に書込んだみ等ごじよる修訂がみせ。Warren, Draft Opinion of the Court, Lombard v. Louisiana, May 15, 1963, Box I: 80, Folder 7, Brennan Papers; Brennan, Memorandum to the Conference, May 17, 1963, Box I: 80, Folder 7, Brennan Papers.
- (101) Brennan to Chief, May 17, 1963, Part I, Series B, Reel 2, frs. 00022-00023, Warren Papers (microfilm, KU).
- (102) Warren, To the Members of the Conference, May 18, 1963, Box I: 80, Folder 7, Brennan Papers; Warren, Draft Opinion of the Court, Peterson v. City of Greenville, May 18, 1963, Box I: 80, Folder 8, Brennan Papers; Warren, Draft Opinion of the Court, Lombard v. Louisiana, May 18, 1963, Box I: 81, Folder 1, Brennan Papers; Warren, Draft Opinion of the Court, Shuttlesworth v. City of Birmingham, May 18, 1963, Box I: 80, Folder 7, Brennan Papers; Warren, Draft Opinion of the Court, Wright v. Georgia, May 18, 1963, Box I: 80, Folder 7, Brennan Papers; Draft Per Curiam, May 18, 1963, Avert v. North Carolina, Box I: 81, Folder 1, Brennan Papers; Draft Per Curiam, May 18, 1963, Gober v. City of Birmingham, Box I: 81, Folder 1, Brennan Papers.
- (103) White to Chief, May 18, 1963, Part I, Series B, Reel 2, fr. 00021, Warren Papers (microfilm, KU). ちぢぢ' 'ノの強硬な Shuttlesworth 事件法廷意見の末尾にはホフマント結果同意意見草稿の後半部分がはぢぢぢのちぢぢ取り込まれた。
- (104) Clark, Draft Concurring Opinion, Lombard v. Louisiana, May 17, 1963, Part I, Series B, Reel 2, fr. 00054, Warren Papers (microfilm, KU).
- (105) Harlan, Draft Concurring and Dissenting Opinion, May 17, 1963, Part I, Series B, Reel 2, frs. 00102-00115, Warren Papers (microfilm, KU); Harlan, Draft Concurring and Dissenting Opinion, May 18, 1963, Part I, Series B, Reel 2, frs. 00088-00101, Warren Papers (microfilm, KU).

- (106) ハーランによるこの修正は、末尾の「不愉快な含意」の削除とあわせ「私にはオリジナルから相当和らいでいるように思われず」として、トマンンの感想とある。Brennan to Chief, *supra* note 101.
- (107) Warren to Douglas, *supra* note 97.
- (108) Douglas, Memorandum to the Conference, May 20, 1963, Part I, Series B, Reel 1, fr. 008869, Warren Papers (microfilm, KU); Douglas, Draft Concurring Opinion, Lombard v. Louisiana, May 20, 1963, Box 1: 81, Folder 1, Brennan Papers.
- (109) Peterson v. City of Greenville, 373 U.S. 244 (1963); Shutlesworth v. City of Birmingham, 373 U.S. 262 (1963); Lombard v. Louisiana, 373 U.S. 267 (1963); Wright v. Georgia, 373 U.S. 284 (1963); Gober v. City of Birmingham, 373 U.S. 374 (1963) (per curiam); Avent v. North Carolina, 373 U.S. 375 (1963) (per curiam).
- (110) *Lombard*, 373 U.S. at 274-83 (Douglas, J., concurring).
- (111) *Peterson*, 373 U.S. at 248-61 (Harlan, J., concurring in the result and dissenting).
- (112) CLAYTON, *supra* note 42, at 243-44.
- (113) *Id.* at 246.
- (114) Griffin v. Maryland, 373 U.S. 920 (1963).
- (115) Randolph v. Virginia, 374 U.S. 97 (1963) (per curiam); Henry v. Virginia, 374 U.S. 98 (1963) (per curiam); Thompson v. Virginia, 374 U.S. 99 (1963) (per curiam); Wood v. Virginia, 374 U.S. 100 (1963) (per curiam); Daniels v. Virginia, 374 U.S. 500 (1963) (per curiam). ところが、*Peterson, Avent* 両事件は、*Shutlesworth* の意見に異議を述べ、*Clayton* の意見に異議を述べた。
- (116) LUCAS A. POWE, JR., THE WARREN COURT AND AMERICAN POLITICS 227 (2000). See also CLAYTON, *supra* note 42, at 245.
- (117) Jack Greenberg, *The Supreme Court, Civil Rights and Civil Dissidence*, 77 YALE L. J. 1520, 1542-43 (1968).
- (118) See SCHMIDT, *supra* note 29, at 134.
- (119) See CLAYTON, *supra* note 42, at 249; SCHWARTZ, *supra* note 57, at 486.

- (120) TOMIKO BROWN-NAGIN, COURAGE TO DISSENT: ATLANTA AND THE LONG HISTORY OF THE CIVIL RIGHTS MOVEMENT 220-21 (2011).
- (121) *Id.* at 221.
- (122) Greenberg, *supra* note 117, at 1530 n. 34; GREENBERG, *supra* note 27, at 174.
- (123) 前注(47)および(48)参照。
- (124) See Schmidt, *supra* note 37, at 431-32, 437, 439.
- (125) Greenberg, *supra* note 117, at 1533. See also Schmidt, *supra* note 37, at 420, 427-32, 437.
- (126) Greenberg, *supra* note 117, at 1541.
- (127) 典型は、立川反戦ビラ事件東京高裁判決(東京高判二〇〇五年二月九日判時一九四九号一六九頁)であるが、最高裁においてもこの種の理解はみられる。吉祥寺駅事件(最三小判一九八四年二月一八日刑集三八卷一二号三〇二六頁)、立川反戦ビラ事件(最二小判二〇〇八年四月一日刑集六二卷五号二二七頁)、葛飾事件(最二小判二〇〇九年十一月三〇日刑集六三卷九号一七九五頁)等。塚田哲之「市民の表現活動を阻むもの」法学セミナー七四二号(二〇一六年)三四一三五頁、塚田哲之「集会・結社の自由」阪口正二郎ほか編『なぜ表現の自由か』(法律文化社、二〇一七年)一〇三一一〇四頁、毛利透『表現の自由』(岩波書店、二〇〇八年)三三二一三三四、三三二九一三三三〇、三三三三三三七頁、毛利透「表現の自由①」判例時報三三四四号臨時増刊『法曹実務にとつての近代立憲主義』(判例時報社、二〇一七年)七一八頁、二二頁注(10)も参照。
- (128) See Schmidt, *supra* note 37, at 422, 436.
- (129) Goldberg, Draft of Commentary on Opinion of the Court: Sit-In Cases, no date, PLRC Collections, accessed February 23, 2019, <http://prrcollections.org/items/show/61>. ノースウエスタン大学ロー・スクールの Pritzker Legal Research Center が所蔵する The Arthur Goldberg Papers をデジタル化し、ウェブでアクセスできる<sup>129)</sup>の文書は、SCHMIDT, *supra*



note 29, at 236 n. 45 が引用する Draft concurrence, <http://plrc.omeka.net/items/show/113> (本稿執筆時点)の URL は利用できなくなると同一のものである可能性が高い。この文書は同センターによって「法廷意見についてのコメント草稿」と題されているが、文体・内容とも同意意見の草稿と理解するのが適切である。ゴールドバーグは、翌年の *Bell v. Maryland* 判決同意意見でも、ブラック反対意見に反論しつつ同種の思考を提示している。Bell, 378 U.S. at 311-12 (Goldberg, J., concurring).

[130] See Bell, 378 U.S. at 326-46 (Black, J. dissenting); Adderley v. Florida, 385 U.S. 39, 41-48 (1966) (Black, J., opinion of the Court). 毛利・前掲『表現の自由』注 [27] 一五五—一六〇、一七〇—一七二頁、塚田・前掲注(一)二三三頁参照。

[131] Memorandum from the Chief Justice, Re: The Sit-In Cases Remaining on the Docket of the Court at 1, May 31, 1963, Box I: 77, Folder 6, Brennan Papers.

[132] バーミンガム闘争についての詳細な研究として、川島正樹『アメリカ市民権運動の歴史』(名古屋大学出版会、二〇〇八年)一八三—二六七頁。簡明には、ジョン・ルイス・アンドリュー・アイデイン作/ネット・パウエル画(押野素子訳)『MARCH 2 ワシントン大行進』(岩波書店、二〇一八年)二二六—二三八頁。

[133] Radio and Television Report to the American People on Civil Rights, June 11, 1963, PUBLIC PAPERS OF THE PRESIDENTS OF THE UNITED STATES, JOHN F. KENNEDY, 1963, at 468 (1964)。この闘争の結果、レストラン等における人種隔離を義務づけた市条例が廃止されたのは、七月二三日のことである。

[134] See, e.g., MICHAEL J. KLARMAN, FROM JIM CROW TO CIVIL RIGHTS: THE SUPREME COURT AND THE STRUGGLE FOR RACIAL EQUALITY 429-39 (2004); POWE, *supra* note 116, at 223-27; 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, 383-85 (2001).

本稿は「JPS 科研費」6380053の助成を受けた研究成果の一部である。