

《論 說》

## 対抗性の要件と司法権 —アメリカの議論について—

Debates on Adversity and Judicial Power in the United States

成 瀬 トーマス 誠

序.

日本において、近年非訟事件の憲法上の位置付けをめぐる議論がなされている。従来は裁判所の担うことのできる権限を「争訟裁定」を中心とした司法権との距離によって測る見解が支配的であったが、氏の変更手続を「争訟」として把握することの困難さなどから、高橋和之教授は司法権の定義から「争訟」を除去している<sup>(1)</sup>。それに対し、裁判所の担う「作用」ないし「機能」によって分けていこうとするアプローチも提示され<sup>(2)</sup>、議論が展開されている<sup>(3)</sup>。

日本の司法権のあり方に実務上も学説上も大きな影響を与えてきたアメリカにおいても、同様に議論がみられる。すなわち、非訟事件を合衆国憲法3条の事件・争訟性(Case or Controversy)の要件とどのように整合的に位置付けるかについて、議論がみられるのである。アメリカでは1992年のLujan判決において事実上の侵害・因果関係・救済可能性、という形にスタンディングの要件が理整され<sup>(4)</sup>、その要件は今日においても維持されている。また、判例・学説の大勢は、憲法原理として「対抗性」を捉えてきた。そのようなあり方と、対抗性を必ずしも伴わない非訟事件をどのように整合させるのか、「対抗性」を巡る議論がなされているの

である。

もっとも、対抗性をめぐるのは、近年変化がみられる。すなわち、2013年の Windsor 判決は、それまでながらく憲法上の原理とされていた対抗性を自制上の (prudential) 要件として位置付け直している。また非訟事件をめぐるでも、学説上も新たな論争がみられる。

本稿では、非訟事件を争訟裁定機能と解されている司法権とどのように整合的に位置づけるのか、という問題関心から、アメリカにおける対抗性をめぐる議論についてみていきたい。以下ではまず判例における扱われ方について概観した上で、非訟事件という文脈からは若干外れるくらいはあるが、対抗性を憲法ではなく自制上の要件と位置付けた Windsor 判決を紹介する。その上で従来 of 学説の見解について素描した後、非訟事件と対抗性をめぐる Pfander 教授らと Woolhandler 教授の議論を紹介したい。

## 1. 判例における対抗性

Radcliffe 教授が指摘するように、対抗性はいくつかの意味で使われている。同教授は Frankfurter 判事の *Braxton County Court v. West Virginia* 判決における同意意見を挙げ、対抗する主張 (adverse claims)、当事者対抗主義的方法で事案が提示されること (issues presented in an adversary manner)、そして判決によって不利な影響を受けること (affected adversely by the decision)、という用例を示す<sup>(5)</sup>。もっとも、これらの他にも対抗的当事者<sup>(6)</sup>、対立した利益 (ないし法的利益) を有する当事者<sup>(7)</sup>、当事者対抗主義的文脈 (adversary context)<sup>(8)</sup>、等の形で言及もなされている。このように様々な形で対抗性への言及がなされているが、Radcliffe 教授は当事者の対抗性、すなわち対抗する両当事者の存在、として把握している<sup>(9)</sup>。同様に、対抗性が問題とされる局面も単一ではない<sup>(10)</sup>。以下ではまず、判例に即して対抗性の扱われ方についてみていきたい。

### (1) 判例における対抗性への言及

従来、対抗性を憲法原理として把握する見解が判例においても多くみられていた。初期の判例からしばしば対抗性への言及がみられていたが、例えば1842年のPrigg判決では対抗する当事者間での財産権の主張との言及がなされている<sup>(11)</sup>。友誼的訴訟の禁止<sup>(12)</sup>をめぐるのは、1892年のChicago Grand Trunk Railway Co. 判決<sup>(13)</sup>が挙げられる。同判決は、司法審査はあくまでも最終手段(last resort)のものとして、個々人の間の現実の、真剣な、極めて重要な争訟への判決の中での必要性によってのみ正当化されるものであると指摘する<sup>(14)</sup>。同じ文脈の中においてはある者の他者に対する誠実かつ現実の対抗する権利の主張、との言及もなされており、複数当事者間の対抗的な権利の主張、という点が示されている<sup>(15)</sup>。そして、立法過程において敗れた当事者がその合憲性について友誼的訴訟の形で裁判所に問題を移送することが可能とされているとは考えられてこなかったとして、友誼的訴訟を否定している<sup>(16)</sup>。ここにおいては、政治と法の区別という視点がうかがわれよう。

対抗性はムートネスやライブネスにも深く関わる概念であるが、スタンディングの文脈で扱われることが多くみられたことから、ここではスタンディングをめぐる代表的な判例を取り上げたい。対抗性を憲法上の要件として位置付けている代表的な判例として、司法権の射程をめぐるランドマーク・ケースの一つである1911年のMuskrat判決が挙げられる<sup>(17)</sup>。本件はネイティブ・アメリカンの土地への規制の合憲性が問題となった事件であるが、判決は裁判所の権限は憲法に定めるところの事件(case)及び争訟(controversy)に限定されるとした上で<sup>(18)</sup>、司法権とは対抗的当事者間に生じた現実の争訟について判断を下すものであるとする<sup>(19)</sup>。その上で、本件においては被告である合衆国に対して財産権を主張するものでもその不法とされる行為による損失への賠償を求めるものでもなく、立法の合憲性についての判断を求めるのみであるとし、合衆国は原告と対抗する利益を持つものではないとして、原告の訴えを退け

ている<sup>(20)</sup>。このように対抗性を憲法原理として位置付けているが、そこでは司法判断に適した形式で当事者の主張が提示されること、という視点が示されている点も注目される<sup>(21)</sup>。

対抗性をめぐるしばしば引用されるのが、1962年の Baker 判決および 1968年の Flast 判決における言及である。Baker 判決はスタンディングの核心(gist)を、裁判所が困難な憲法問題の解明の際に大きく拠る争点の提示を鋭くする具体的対抗性(concrete adverseness)を確保するところの争訟の結果への個人的利害関係(personal stake)を主張すること、としている<sup>(22)</sup>。この定式は、次に紹介する Flast 判決において示された見解とともに、後の判例においても多く引用されるものであり、より近年では 2011年の Camreta 判決においても示されている<sup>(23)</sup>。

Flast 判決では、合衆国憲法 3 条 2 節の事件・争訟性の要件には 2 つの補足的でありつつ異なった制限が含まれるとした上で、その 1 つを当事者対抗主義的文脈(adversary context)で提示され、歴史的に司法プロセスによる解決にふさわしいとされてきた形式で提示された問題に裁判所の職務を制限するものである、とする<sup>(24)</sup>。そしてスタンディングについては Baker 判決を引用した上で、スタンディングの問題は、その人物が特定の争点についての司法判断(adjudication)を要求することにふさわしい当事者であるか否かであり、本案がそれ自体として司法判断に適しているか否かの問題ではないとする<sup>(25)</sup>。そして適切な当事者であることが要求されることによって、裁判所が不明確(illdefined)な憲法に関する紛争や、仮想もしくは抽象的な性格の事件について判断することが防がれるとしている<sup>(26)</sup>。また同判決の特色として挙げられるのが、スタンディングはそれ自体として権力分立の問題を生じるものではないとする点である<sup>(27)</sup>。すなわち、もし権力分立の問題が生じるとすればそれは本案について生じるものであるとして<sup>(28)</sup>、訴訟の「入口」と「本案」を分けて捉えるのである。もっとも、後の判例はスタンディングや対抗性を権力分立と結びつけており、この見解は維持されていないところである。

Flast 判決において示された見解は 1974 年の Schlesinger 判決においてもみられており、そこでは Flast 判決を引用しつつ対抗性によって必要な熱意(necessary vigor)が確保されると指摘されている<sup>(29)</sup>。また同判決は裁判所は当事者の提示した事実関係や主張に基づいて法的判断を行うものであるという点にも言及している<sup>(30)</sup>。1980 年の GTE Sylvania 判決も Flast 判決および O' Shea 判決(Baker 判決を引用)を引用し対抗性を憲法上の原理として把握した上で、Moore 判決を引用しつつ両当事者が全く同一の結果(precisely same result)を望むのであれば、合衆国憲法 3 条の事件または争訟性は存在しないと指摘している<sup>(31)</sup>。

対抗性とスタンディングの要件との関係について、1978 年の Duke Power 判決は Baker 判決を引用しつつスタンディングの本質は対抗性を確保するところの個人的利害関係を提示することにあるとしている<sup>(32)</sup>。そして、1986 年の Diamond 判決は Baker 判決を引用しつつ対抗性を憲法上の要件として位置付けた上で、不一致(disagreement)がどんなに鋭く辛辣なものであったとしても、それのみでは憲法 3 条の要件を満たすことにはならないと指摘する<sup>(33)</sup>。すなわち、「主張の対立」のみではなく、相手方の違法とされる行為によって個人的に侵害を被った、もしくはそのおそれが切迫していなくてはならない、とするのである<sup>(34)</sup>。ここでは、司法権発動の要件の一つとして侵害の要件と並列的に位置付けられているといえよう。

またより近年の事例である 2007 年の Massachusetts 判決は Flast 判決を引用し当事者対抗主義的文脈で事件が提示されることを憲法原理として把握し<sup>(35)</sup>、またスタンディングの核心を Baker 判決を引用して対抗性の確保に求めている<sup>(36)</sup>。その上で、Lujan 判決において示されたスタンディングの要件を適切な当事者対抗主義的提示(adversarial presentation)を確保するためのものと捉えており、スタンディングの具体的な要件と対抗性との関係が示されている<sup>(37)</sup>。2008 年の Sprint Communications co. 判決では「一般的な意味での個人的利害関係

(general “personal stake”）」と「個別のスタンディングの要件」は同じコインの裏表の関係にあり、同じ司法による努力についての別々の表現(description)であるとする<sup>(38)</sup>。すなわち、それらの原理はあらゆる事件もしくは争訟が、具体的対抗性を持つことを確保しようとするものであるとするのである<sup>(39)</sup>。ここでは、スタンディング等が対抗性に仕える原理とされていることがうかがわれよう。

このように、判例においても対抗性を憲法原理として把握する見解がみられてきた。もっとも、憲法との関係についての見解は一様ではない。先述の Radcliffe 教授の指摘にもみられるように「対抗性」には様々な用法がみられた。その位置付けについては、合衆国憲法の要請である事実上の侵害の要件の中心的目的ないし一内容とされてきたという指摘が示すように<sup>(40)</sup>、対抗性がある目的に仕える「手段」として位置付けられている例と、それ自体を直接的に憲法上の要請とする例がみられ、必ずしも位置付けは一貫していなかった。対抗性には当事者対抗主義手続を採っていることの帰結という面が指摘されるが、関連して Flast 判決のように歴史的な司法権理解に結びつける見解に加え、権力分立とのつながり<sup>(41)</sup>、そして司法判断の適切さを確保するためという実務的な視点など、その位置付けは多岐に渡るものであった。このように多様な言及がみられた対抗性であるが、それでもなお、判例の中で求められ続けており、スタンディングと結びつくことで憲法原理としての理解が強調されてきたという流れが指摘されよう。

## (2) 非対抗的上訴と憲法原理性の否定

以上のように対抗性は憲法原理として把握されてきたが、2013年の Windsor 判決において、憲法上の要件ではなく自制上の要件であるとされるに至った。その検討に先立ち、Windsor 判決と同様の非対抗的上訴について対抗性を認めた事例である 1983年の INS v. Chadha 連邦最高裁判決についてみていきたい。

同判決は強制送還の対象となる外国人に対して出された司法長官による滞在許可について、決議によって無効(invalidate)にする権限を議会に与えた連邦法規定の合憲性が争われた事件である<sup>(42)</sup>。原告は司法長官による滞在許可が議会によって無効とされたことに対して訴訟を提起し、その中で同規定が違憲である旨を主張したが、巡回裁判所での審理において、被告たる INS も同法の規定が違憲であるという原告の主張に同意していた<sup>(43)</sup>。巡回裁判所は同法の規定は憲法上の権力分立原理に反するとして違憲判断を下したが、それに対して INS が上訴した<sup>(44)</sup>。このように、そもそも原告と被告の当該立法の合意性を巡る主張は一致しており、その主張が巡回裁判所において認められているのである。そのような状況下で訴訟を継続できるか否かが、大きな論点となった。

連邦最高裁は以下のように判断した。まず INS は議会によって原告を送還するよう命じられており、その合憲性について自ら判断する権限をもたないとして、それを実行すべく手続きを進めていた<sup>(45)</sup>。INS は行政機関として議会の命令の合憲性について自らの見解を表明していたが、その意見書は議会の命令に従って原告を送還するという INS の判断に代わるものではない<sup>(46)</sup>。また、INS は巡回裁判所の判決によって本来であれば取っていた行動を取れなくなっていることから、侵害を受けた(aggravated)とされたのである<sup>(47)</sup>。また、その執行する議会制定法が憲法違反とされた訴訟において合衆国の政府機関が当事者である場合、その政府機関は侵害を受けた当事者であるといえる<sup>(48)</sup>。以上の理由に加え<sup>(49)</sup>、判決では議会が正式に訴訟参加(intervention)していることを挙げ、対抗性を認めたのである<sup>(50)</sup>。

このように、Chadha 判決は非対抗的上訴について対抗性の存在を認定し、本案についての判断に踏み込んだ。しかし、2013年の United States v. Windsor 連邦最高裁判決は、非対抗的上訴の文脈の中で対抗性を憲法原理ではなく「自制上の要件」と捉え直している。

同事件において、合衆国政府は当該連邦法の規定が違憲であるという

原告の主張に同意し、同規定の合憲性を擁護しなかった<sup>(51)</sup>。連邦地裁の審理においては、合衆国政府は原告の当該連邦法が違憲であるとの主張に同意しつつも原告の主張する税の還付を拒否していたことから、当事者間に司法判断に適した争訟 (justiciable controversy) が存在していた<sup>(52)</sup>。しかし、そこで違憲判決が出されたことに対し合衆国政府が上訴したことから、スタンディングについての問題が生じたのである。

法廷意見は、憲法上の要請と自制を区別する。そして憲法上のスタンディングの要件として Lujan 判決において示された事実上の侵害・因果関係・救済可能性、という3点を挙げる<sup>(53)</sup>。そして巡回裁判所の判決が財務省に払い戻しを命じている以上、それは経済的な侵害に当たるとする<sup>(54)</sup>。それは当該連邦法の合憲性について両当事者が同意しているか否かによって左右されるものではない<sup>(55)</sup>。そして Chadha 判決を引用し、争訟の本案 (merit) について合衆国政府が対立する当事者と大きく合意していたとしても、当該連邦法を執行する意思がある以上、そこには対抗性が存在すると判示した<sup>(56)</sup>。また、amici や BLAG (Be-partisan Legal Advisory Group) の訴訟参加を挙げ、対抗性を認定する<sup>(57)</sup>。ここにおいて、対抗性が必ずしも「主張」についての対抗を要求するものではない点が注目される。

以上のように本件においては対抗性を認めているが、注目されるのが、対抗性を憲法原理ではなく自制上の要件として位置付けたことである<sup>(58)</sup>。そこでは Baker 判決を引用し、それを憲法ではなく自制上の要請であると判示している<sup>(59)</sup>。ここにおいて、憲法上のスタンディングの要請はあくまでも Lujan 判決の要件にとどまっており、Baker 判決で示された対抗性はそことは切り離され、自制上の要請とされるのである。先述の Massachusetts 判決にみられた、対抗性とスタンディングの要件を結びつける見解から大きく離れている。

対抗性については、Scalia 判事が反対意見 (トーマス判事が参加・ロバーツ判事もスタンディングについて述べている箇所に参加) の中で強い批



判を展開している<sup>(60)</sup>。すなわち、本件は両当事者が争点について合意していることから、抽象的ではなく現実かつ具体的な問題について判断するところの司法権の発動たり得ないとするのである<sup>(61)</sup>。また対抗性をめぐることは、友誼的な、当事者対抗主義的ではない手続きで立法の合憲性についての判断はできないとする<sup>(62)</sup>。そして法廷意見が対抗性を自制上の要件と位置付けたことについて不可解であるとし、スタンディングはただ原告についてのみ定めるものではなく、その主張を否定する対抗する当事者 (opposing party) をも要求するのであると指摘する<sup>(63)</sup>。そこにおいて、争訟は「不一致 (contradiction)」を要求するものとしており、「争訟」の理解と直結している点が注目される<sup>(64)</sup>。そして法廷意見の引用する先例についても当事者間の主張の不一致なしに憲法上の争訟性が認められうるとするには不足しているとする<sup>(65)</sup>。このように法廷意見において対抗性は自制上の要件であると判断されたが、反対意見においては憲法上の要件との姿勢が崩されておらず、今後の議論が注目される<sup>(66)</sup>。

### (3) 一方当事者手続きについての判例

以上、判例における対抗性について概観してきた。本稿では詳細には踏み込まないが、これら以外にもいわゆるキー・タム訴訟など、様々な局面で対抗性をめぐる議論がみられる<sup>(67)</sup>。もっとも、先述の諸事例においては真に「対抗」しているか否かは別として、少なくとも両当事者は存在していた。すなわち、原告・被告・裁判所、という3者の関係が成立していたのである。以下でみていくのはそれらとは質が異なるところの、一方当事者手続きの問題である。すなわち、裁判所と申立人、という2者関係についてのものである。以下では、そのような事例に対する司法判断についてみていきたい。

司法権の性格および一方当事者手続きについて極めて重要な初期の判例が1792年の Hayburn's Case である<sup>(68)</sup>。独立戦争による傷病兵への傷病年金について、連邦法は巡回裁判所の判事に、傷病年金の申請

の受理及び審査の権限を与えていた<sup>(69)</sup>。もっとも、その決定についての審査権が陸軍長官及び連邦議会に与えられていた<sup>(70)</sup>。同法に基づき Pennsylvania 巡回裁判所に申請がなされた際、Wilson、Blair、Peters 各判事は受理を拒否し、大統領に対し書簡を送付した<sup>(71)</sup>。そこでは、同法は非司法的性格な、憲法によって付与された権限から外れた権限を裁判所に与え、かつ陸軍長官や議会の審査は司法権の独立や三権分立に反するとの主張がなされていた<sup>(72)</sup>。

立法による救済が講じられたため、本件について連邦最高裁の判断は下されていない。しかし注目されるのが、各巡回裁判所の同法への反応である。North Carolina 巡回裁判所は Pennsylvania 巡回裁判所と同様の根拠に基づき、同法の定める職務の執行について疑問を呈する旨の書簡を大統領に送付し<sup>(73)</sup>、ニューヨーク巡回裁判所(Jay、Cushing、Duane 判事)も、同法が違憲であるとの判断を示している<sup>(74)</sup>。ここで注目されるのが、それら全ての巡回裁判所において「非司法的」な権限であるとの判断が示されている点である。もっとも、その根拠については見解が大きく分かれている。同判決を「非争訟的」な権限の拒否とする見解がみられる一方、同判決を主に終局性の欠如によって司法権外の権限としたとする見解もみられる<sup>(75)</sup>。「非争訟的な権限の否定」と把握するのか「終局性のない権限の禁止」と把握するのかによって司法権の性格の理解は大きく変化するものであり、その違いが後述する Pfander 教授らの議論にも色濃く反映されている。

Hayburn's Case と近似性を有するのが、1852年の United States v. Ferreira 連邦最高裁判決である<sup>(76)</sup>。そこではスペインとの条約に基づく補償について裁判所に申請をし、裁判所が審査をしたのち財務長官に移送し、その上で財務長官が支払いについての判断をすることとされていたところ、本件は申請を拒否された原告が訴訟を提起したものである<sup>(77)</sup>。判決は Hayburn's Case を引用しつつ司法権の性格について述べるが、そこでは本件で問題とされている判事に与えられた職務の一方向性、

すなわち当該手続における判事の役割は一当事者の主張を受け、手元にある、もしくは入手できる証拠と照らし合わせることであるという点を指摘する<sup>(78)</sup>。その上で、このような職務は行政官(commissioner)の職務であると捉える<sup>(79)</sup>。もっとも、本件では判事の判断について財務長官が審査することが認められている点についても言及がなされており<sup>(80)</sup>、Hayburn's Caseと同様に、解釈が分かれている。

以上でみてきた諸事例は権限を否定しているが、一方当事者手続きを司法権に入るとして肯定しているのが1926年のTutun v. United States連邦最高裁判決である。本件は、連邦地裁による市民権取得申請の拒否について連邦巡回裁判所が上訴管轄を有するか否かが論点となった事例である<sup>(81)</sup>。そこでは市民権取得手続が合衆国憲法3条の定める権限に入るか否かが問題とされたが、法廷意見は以下のように判示した。すなわち、アメリカにおいては、建国以来裁判所に市民権の付与についての権限が与えられており、その権限について疑問が呈されることはなかった<sup>(82)</sup>。もしその権限が合衆国憲法3条2節における"Case"ないし"Controversy"に含まれないのであれば、そのような権限の付与は無効とされていたであろう<sup>(83)</sup>。その上で法が裁判所における通常の裁判手続きによって執行可能(enforceable)な救済を提供し、そしてその救済が追求されるのであれば、訴訟の対象が財産権であれ地位であれ、憲法上の"Case"であるとされる<sup>(84)</sup>。もっとも、市民権に関する手続きは裁判所の任務とされているものの、そこにおいて対抗性の有無が問題となる。本判決においてもその点については言及されているが、そこでは合衆国が潜在的対抗的当事者(possible adverse party)であるとされ<sup>(85)</sup>、対抗性が認められている。

以上でみてきたように、Hayburn's CaseとFerreira判決は一方当事者手続を否定していた。そこではそのような手続を「行政官」の仕事であるとの見解が示されていたことが注目される。一方、Tutun判決では対抗性と一方当事者手続の関係性を正面から論じていた。そこでは「潜在的

対立関係」]として対抗性の要件を把握しており、拡大がみられる。対抗性を憲法上の要件とするのであれば、このような拡大は正当化のための一つの方法であるといえよう。しかし、そのような見解に対しては後述するように批判もなされている。

#### (4) 小括

対抗性をめぐるのは、数多くの判例の中で言及がなされ、様々な形で言及がなされていた。もっとも、過去においてはいわゆる友誼の訴訟が認められた例も指摘されており<sup>(86)</sup>、また Elliott 教授も初期の判例においてスタンディングは自制上のものであったとして、具体的対抗性が存在しない訴訟においても司法判断が下されていた旨を指摘する<sup>(87)</sup>。この点について Kim 教授は、対抗性 (adverseness) は当初は裁判所が自身の権限範囲の拡大を制限するための自制として使用していたものであったが、それが後に合衆国憲法 3 条の制限へと帰されていき、そしてスタンディングが対抗性を確保するためのものと捉えられるようになったと指摘する<sup>(88)</sup>。同教授の指摘からも、当初は必ずしも憲法原理ではなかった対抗性が、憲法原理とされるようになっていったという流れ及びスタンディングとのつながりがうかがわれよう。

一方、後述するように対抗性の「例外」への指摘もなされており、また Windsor 判決では自制上の要件とされ、位置付けに大きな変化がみられた。また Tutun 判決においては「潜在的対抗性」が示されるなど、必ずしもその枠内にはまらないようにうかがわれる例もみられる。それでもなお、その重要性は様々な局面で指摘されており、判例においても重要な位置を占めていた。

では、学説において対抗性はどのように把握されているのであろうか。以下、次節では学説における対抗性の扱われ方について概観していきたい。

## 2. 学説における対抗性の理解

学説においても、対抗性を憲法原理として把握する見解が多くみられる<sup>(89)</sup>。Elliot 教授は、対抗性を合衆国憲法3条から導かれる憲法原理であるとする。同教授はスタンディングの機能を①裁判所の権限の発動を正当化するため、特定の原告が裁判所に持ち込んだ紛争にふさわしい利害関係(sufficient stake)を有することを確保すること、②政治部門によってなされることがよりふさわしい判断を裁判所がしてしまうことを防ぐこと、そして③立法府がその行政府との戦いのために裁判所を駆り立てることを防止すること、という3点で把握する<sup>(90)</sup>。そのうちの①が本稿の関心である対抗性に直結するものであるが、そこでは当事者の対立は憲法上の要件であるとされ、法的な「事件」や「争訟」を構成する当事者対抗主義的關係(adversary relationship)に特徴付けられた争いに連邦裁判所の権限を限定することがスタンディングの機能であるとされる<sup>(91)</sup>。そして具体的対抗性(concrete adversity)について Baker 判決を挙げつつ、それはより良い判決をもたらすことに資するものであるとする<sup>(92)</sup>。

同教授は具体的対抗性が権力分立に資する旨も指摘している<sup>(93)</sup>が、同様の見解としては Avery 教授の見解が参照される。同教授は、事件・争訟性が2つの重要な価値を表現するものであるとした上で、当事者対抗主義的文脈(adversarial context)で提示される特定の(specific)事件に司法権の役割を限定することで、三権分立に基づく統治形態(tripartite form of government)のデリケートなバランスが保たれることを挙げ、対抗性と権力分立とのつながりを示している<sup>(94)</sup>。

Elliot 教授の指摘するように、対抗性の機能の一つとして裁判所がその職責をよりよく果たすことに資するという点がしばしば言及されるが、そのような見解として Siegel 教授の見解が挙げられる。同教授は連邦最高裁のあり方を「私権保障モデル」と位置付けた上で、その転換を主張する中で対抗性に言及する。そこでは、合衆国憲法3条が授権と制限という2つの面を持っているとした上で、その要件の一つとして勧告的

意見の禁止や、対象が対抗的当事者間の問題に関するものに限定されることを挙げている<sup>(95)</sup>。そして司法判断適合性(Justiciability)を私権保障モデルの帰結として位置付ける<sup>(96)</sup>。もっとも、同教授は初期には偽造事件(feigned case)が認められており、それは訴訟提起のための数ある「擬装手続き(fictionalizes procedure)」の一つであったとしている<sup>(97)</sup>。

同教授は私権保障モデルからの転換を主張するが<sup>(98)</sup>、その中においても、対抗性は基本的に維持されるべきであるとする<sup>(99)</sup>。すなわち、裁判所は全てのあり得る全ての主張や事実関係を調査する時間も資源も持ち合わせていない以上、判断に際しては対抗的提示(adverse presentation)に頼ることとなる<sup>(100)</sup>。そして対抗的当事者なしには劣った判断しか期待できないとし、説得力のある司法判断に貢献するとして、その価値を見出すのである<sup>(101)</sup>。

アメリカの司法制度が、当事者対抗主義手続を採っていることと結びつける見解として、Radcliffe 教授が挙げられる。同教授は英米(Anglo-American)の司法制度が当事者対抗主義(adversary system)を採用していることのごく自然な帰結として、対抗性を憲法の事件・争訟性の要件として把握している<sup>(102)</sup>。そこにおいて対抗性は、事件・争訟性の要件のもっとも明白かつ広く受け入れられている要素であるともされている<sup>(103)</sup>。当事者対抗主義手続を前提とするのであれば、その要素として対抗性を見いだすことは自然といえよう。同様に Topf 教授は、当事者対抗主義手続(adversarial process)を欠くことで裁判所は抽象的な、仮定の世界で活動することになり、司法の本質に反するとする<sup>(104)</sup>。また司法による判断は対立する見解を提示された際にのみなされるべきものであること、そして司法プロセスにおける事実は客観的に存在しているのではなく、司法プロセスの中で解釈される限りで存在するものであるとし、当事者対抗主義構造の中で事実関係や主張が提示されることを重視する<sup>(105)</sup>。

以上の他にも、対抗する利益が存在しない時に、抽象的な憲法判断を

する権限を裁判所は持たないとして「具体性」と結びつけて把握する見解も見られる<sup>(106)</sup>。

一方、対抗性を憲法原理ではないとする見解も見られる。Davis教授は、連邦最高裁が合衆国憲法3条の「事件」および「争訟」が当事者対抗主義的文脈(adversary context)で提示された問題に連邦裁判所の職務を限定しているとする主張を否定し、それは過去においてもそうではなかったとする<sup>(107)</sup>。すなわち、裁判所はそのような形で提示されていない中で様々な権限を行使していると指摘し、完全に同意している当事者への同意判決や反論していない相手への有罪判決および刑罰の言い渡し、対抗していない相手への召喚状(subpoena)の執行、市民権の付与、など多くの例を挙げる<sup>(108)</sup>。このように対抗性の存在しない例を挙げ、憲法原理ではなく、司法政策上のものであると指摘する<sup>(109)</sup>。同様に、Monaghan教授も破産宣告や帰化手続き、同意判決などを例として挙げ、真の対抗的当事者の存在が原理的に憲法上の事件・争訟性のために必要とはいえないと指摘する<sup>(110)</sup>。

そのようなDavis教授の見解に対し、Radcliffe教授は例外の存在を認めている。同教授はDavis教授による対抗性への批判について述べる中で、いくつかの例外を指摘しつつも、それらを「例外」に過ぎないとして対抗性自体については憲法原理であるとの姿勢を貫いている<sup>(111)</sup>。対抗性も他の諸原理と同様に、例外の存在しないような、確固たるものではないとするのである<sup>(112)</sup>。この点について、Resnik教授はいわば「程度問題」として把握する。過去200年間にわたり、アメリカの裁判制度は糾問主義構造(inquisitorial)ではなく当事者対抗主義構造(adversarial)であるとされてきた<sup>(113)</sup>。もっとも、純粹に当事者対抗主義構造なものではなく証拠提示手続き(evidentiary process)の判事によるコントロールなどもみられるが、それでもなおその基本原則は当事者対抗主義であったとしている<sup>(114)</sup>。

対抗性のみならず、当事者対抗主義についても様々な面で批判や疑問

が示されている。例えば、破産手続についての立法及び裁判のあり方と憲法上の司法権の射程、特にスタンディングをめぐる理論との矛盾の指摘がなされている<sup>(115)</sup>。他にも、当事者対抗主義(adversarial system)を「神話(myth)」に過ぎないとする見解もみられる。すなわち、当事者の提示した事実関係以外に頼ること(amicusや職権による証拠収集)や、上級審が独自の事実認定(fact finding)に基づいて下級審の判決を覆すことなどを挙げ、当事者対抗主義では説明できないとするのである<sup>(116)</sup>。このように、対抗性を巡っても当事者対抗主義を巡っても、そこには収まりきらないものが指摘されるのである。

以上でみてきたように、学説においても対抗性を憲法原理として把握する見解が有力であった。もっとも、そこに収まりきらない部分への指摘もなされており、それらをどのように把握するのが問題とされていた。例えばDavis教授がそれらに基づいて対抗性の憲法原理性を否定するのに対し、Radcliffe教授は「例外」として捉えている。非訟事件と対抗性を「両立」させることの困難さがうかがわれよう。

この問題について、注目されるのがPfander教授らとWoolhandler教授の論争である。そこでは特に非訟手続を取り上げ、対抗性とどのように整合させるのが議論されている。Pfander教授が非訟手続を対抗性と切り離して捉える一方、Woolhandler教授は対抗性を備えたものとして把握しようと主張する。以下では、両者の見解を紹介し、2つのアプローチを見ていきたい。

### 3. 対抗性をめぐる近年の議論

#### －Pfander教授らとWoolhandler教授の論争－

##### (1) Pfander教授らの主張<sup>(117)</sup>

###### a. 従来の学説への批判

Pfander教授らは従来の学説による非訟事件を司法権の範疇に収める



ための説明として、①孤立した逸脱 (isolated departure)、②歴史上の逸脱、そして③潜在的な対抗性の存在、を挙げている。①については、従来の学説は数ある非訟事件のうちの一つに遭遇した際に単なる孤立した逸脱として把握してきたとする<sup>(118)</sup>。しかし、そのような把握の仕方はあまりに多くの非訟事件が存在することから問題があるとして退ける<sup>(119)</sup>。②の見解は、確立されてしまったが故に捨て去ることのできない、現在のあり方からはかけ離れた建国当初からの歴史的な残滓であるとするものである<sup>(120)</sup>。しかしこの見解に従うのであれば、対抗性の憲法原理性自体が否定されることになる<sup>(121)</sup>。すなわち、もし対抗性が憲法原理であれば、そこから外れるような権限をかように幅広く、何の問題もなく認めてはこなかったはずである<sup>(122)</sup>。そして③の Tutun 判決で示された潜在的対抗性であるが、この点についてはまず、司法判断適合性の他の要素と調和し得ないと指摘する<sup>(123)</sup>。また、そもそも対抗性は裁判所の審理の質の向上や三権分立の観点から司法が行き過ぎないようにすること、そして第三者の権利に抵触しないようにすること等の目的を有するとされるが、潜在的対抗性は、これらの一切を有しないと指摘する<sup>(124)</sup>。

同教授はこのようにして既存の学説は非訟事件を十分に説明できていないと批判した上で、非訟事件の性格についての議論へと移行する。

#### b. 非訟事件の性格と "Case" と "Controversy" の区別

同教授らは非訟事件はそもそも当事者対抗主義モデルの外にあるものであり、その起源はローマ法ないし大陸法にあると指摘する<sup>(125)</sup>。そして洗練された行政機構を持たなかった植民地時代のアメリカにおいて、ローマ法由来であるか否かに関わらず、非訟事件をめぐる権限を裁判所に与えたことは理解できるものであるとする<sup>(126)</sup>。そのような状況下で非訟事件を取り込むことによって、憲法 3 条は連邦制における法の執行の要請に対応してきたと指摘する<sup>(127)</sup>。

同教授の議論は、合衆国憲法 3 条 2 節の "Case" と "Controversy" を

区別し、それぞれ異なった意味を持つものとして把握するものであり<sup>(128)</sup>、“Controversy”が対抗性を備えた、紛争裁定を趣旨とするものであることに対し、“Case”は対抗性や紛争裁定とは異なる性質の権限として把握している。ここにおいて憲法の制定者や初期の世代はローマ法や大陸法、イギリスにおける海事法(admiralty)に通じていたことが指摘される<sup>(129)</sup>。さらに、大陸法を一定のふさわしい事件に適用することは制憲会議でも想定されており、また大陸法の手続きが海事法やエクイティを律するとされていた<sup>(130)</sup>。このような大陸法由来の“Case”を憲法に盛り込んだことが、非訟事件が憲法上受け入れられる制度として位置付けられたことの証左であると指摘する<sup>(131)</sup>。

しかしながら現代の法律家は、連邦最高裁判例の流れやアメリカの対審制から、“Case”についても対抗性が求められると考えている<sup>(132)</sup>。しかし、連邦最高裁判例において“Case”と“Controversy”が同一化されたのは近年のことであり、またそのような解釈が制定者や初期の連邦最高裁で共有されていたものでもない<sup>(133)</sup>。Marshall・Story 両判事は法によって規定された形式で当事者が権利を主張した際に裁判所は審査をすることができるとしており<sup>(134)</sup>、そこでは対抗的当事者は想定されておらず、そのことから市民権取得手続きをはじめ様々な非訟事件への対応が可能なのである<sup>(135)</sup>。このような初期の“Case”の解釈はField 判事によって変更され、それが後に大きな影響を及ぼすこととなった<sup>(136)</sup>。しかしField 判事以降の流れから離れて条文に立ち戻るのであれば、“Case”は行為の対象による権限の付与に使用されている一方、“Controversy”は対立する当事者の主体(identity)によって管轄権が付与される場合について使用されており<sup>(137)</sup>、そもそも用法ないしその対象が異なっているのである。これらを踏まえ同教授は、“Case”は合衆国の法律や海事及び海上管轄権(admiralty・maritime)について必ずしも対抗する当事者が存在しなくとも担うことができるものであるとし、議会による授權をより広く認めるのである<sup>(138)</sup>。

### c. 非訟事件の要件

以上の認識を踏まえ、同教授は非訟事件の要素として、Marshall 判事の 3 要素を指摘する。すなわち①当事者が権利を主張すること、②主張が連邦法に関連すること、そして③その主張が法の規定する形式で処理されること、というものである<sup>(139)</sup>。この②によって、非訟事件は”Controversy”に該当する事柄についてはなされ得ないという制限が課される<sup>(140)</sup>。また、コモン・ローによる権限の創設も認められる<sup>(141)</sup>。そして③については、連邦議会が行政的事項に関する権限を連邦機関や裁判所に付与することや、それら諸機関の間で責任を分担するシステムを構築することができることを反映したものとされる<sup>(142)</sup>。ここにおいて、機能的な権力分立観がうかがわれる。

これら以外にも、同教授は非訟事件の要件を指摘する。第一に、Hayburn’s Case にさかのぼる終局性である<sup>(143)</sup>。そして第二に挙げられるのが、その判断の当否を律する事実関係及び法 (facts and law) についての独自の調査を上級裁判所に義務づけることである<sup>(144)</sup>。第三に、一般行政事務 (ministerial) ではなく、司法判断の行使に関連する事柄についてであることである<sup>(145)</sup>。そして第四に、ローマ法におけるのと同様に、第三者の権利に影響を与えてはならないという点である<sup>(146)</sup>。そして非訟事件についてのスタンディングとして、事実上の侵害 (injury in fact) を要求するのではなく、Marshall 判事の法によって定められた形式で権利を主張する当事者にはスタンディングが認められるべきである、と主張する<sup>(147)</sup>。

### d. 小括

Pfander 教授らの主張は、歴史に大きく依ったものである。すなわち、制定者のローマ法ないし大陸法への系譜についての指摘を始め、Hayburn’s Case を始めとする初期の判例の解釈、そして歴史的に偽造事件 (feigned case) が認められてきたこと等に大きな比重が割かれて

いる。このように制定者意思や初期の歴史によりつつ同教授は“Case”と“Controversy”を区別し、対抗性の存在しない事例を憲法上の司法権の「外」にある権限とせずに<sup>(148)</sup>、条文に基づいて把握するのである。

同教授の見解の注目すべき点として、非訟事件について対抗性が存在しないとして、従来の争訟性を中核とする司法権論では位置付け得ないとする点である。この点は、日本における非訟事件の位置付けが大きく「司法権との親和性」によっていることとは対照的であるといえよう。もっとも、同教授は“Controversy”を対抗性を中心とするものとし、そこについては従来の司法権観との接続がはかられている。このように、従来の司法権観との接続をはかりつつ、憲法の条文に沿う形で主張を展開しているのである。同時に、そこでは限界も設定されている点が注目されよう。

## (2) Woolhandler 教授による Pfander 教授らへの反論

Pfander 教授らの見解に対しては、Woolhandler 教授による反論がなされている。もっともその反論は Pfander 教授らの見解の全体に対してなされたものではない。以下、Woolhandler 教授による批判についてみていきたい。

### a. 対抗性の性格

Woolhandler 教授はスタンディングは法的に審理しうる利益 (legally cognizable interest) を主張する原告のみではなく、何らかの形で原告の利益を侵害し、救済をもたらしうる被告の存在も要求しているとして、そこに対抗性を見出す<sup>(149)</sup>。そこでは、因果関係も対抗性とのつながりで論じられている<sup>(150)</sup>。その上で、対抗性の2つの側面を区別することの重要性を指摘する。すなわち、1つは判決 (decree) によって影響を受ける法的利益の対抗性であり、もう一つは法的主張の対抗性である<sup>(151)</sup>。そして、対抗性の要件は法的利益の対立を要求するものであり、必ずしも主

張の対立を求めるものではないとする<sup>(152)</sup>。

同教授は以上の対抗性の理解に立った上で、Pfander 教授らが対抗性の欠如の例として挙げる事例においても、実際には対抗性が存在すると指摘する。債務不履行および破産手続きにおいて主張は必ずしも対立していないが、①司法手続き以外で達成されることが困難な、対抗する法的利益の終局的確定、②手続的デュー・プロセスの要求としての告知の要求、そして③対抗する利益を有する者が対抗する主張を展開できなかったとしても終局的な確定をすることが可能であること、という３点をその性格として挙げる<sup>(153)</sup>。そして Pfander 教授らが非訟事件の例として挙げる破産手続きや捕獲事件 (prize cases)、没収の免除 (remission of forfeiture)、そして破産管財 (receivership) は上述の性格を備えるとする<sup>(154)</sup>。またこれらの手続きにおいては対抗的当事者が仮に現れなかったとしても、その当事者の財産についての主張に影響を生じるのである<sup>(155)</sup>。

また友誼的訴訟においては連邦最高裁は法的利益の対立がない事例については本案に立ち入っておらず、判断の下された事例においては法的利益の対立がみられていたとする<sup>(156)</sup>。そして独立戦争時の恩給 (pension) についてはその適否はさておき、憲法３条によって創設された裁判所の判事としてではなく、あくまでも行政官 (commissioner) として担っていたとして、対抗性との衝突は存在しないとする<sup>(157)</sup>。

同教授は市民権取得手続きが最も「難題」であるとしつつも、連邦最高裁が市民権取得手続きを合衆国憲法３条に照らして合憲と判断したのは1906年に連邦法によって合衆国の告知と聴聞の手続きが定められた後であると指摘する<sup>(158)</sup>。すなわち、合衆国には告知と聴聞の機会が与えられているが、そこで反論をしない場合、それは先述の破産手続の場合と同様に、対抗する利益を持ちつつも権利を主張しないことを選択したことになると指摘する<sup>(159)</sup>。これらのことから、同教授は市民権取得手続きも対抗性を否定する根拠にはならないとするのである<sup>(160)</sup>。

### b. 歴史の捉え方

同教授は Hayburn's Case および Ferreira 判決について、司法権外の権限とされた要因の一つが政治部門による審査にあったことを認めつつも、手続きが非司法的性格の形式であったことも同様に根拠とされていたと捉える<sup>(161)</sup>。もっとも、Woolhandler 教授の反論は対抗性の性格を「主張」ではなく「利益」の対立であるとした上で Pfander 教授の挙げる例に反証することが中心であり、歴史への言及の比重は大きくなかった。ここで Pfander 教授らの歴史の捉え方については、Morley 教授の批判が参照される。

同教授は同意判決を違憲とする立場から Pfander 教授らに反論するが、そこでは対抗性を憲法上の要件とする見解に立ち、Pfander 教授らの見解は当事者同士が合意し、同じ救済を求めるような事例にまで裁判所の権限が及ぶことになるとし、拡大しすぎることになると批判する<sup>(162)</sup>。そして歴史の捉え方について、制定者を含む初期の憲法3条の解釈の多くは不正確、ないし今日では維持できないものであると主張する<sup>(163)</sup>。例えば Marbury 判決においては当該連邦法が違憲とされたが、そのことは同法を制定した最初の議会ないし違憲判決を下した連邦最高裁のいずれかが誤っていたことを意味する<sup>(164)</sup>。また、Marshall 判事や Jay 判事が最高裁長官と國務長官を兼任していたことや<sup>(165)</sup>、Hayburn's Case において、少なくとも裁判所の判断の終局性が確保されていない形で違憲な権限を裁判所に与えていたこと<sup>(166)</sup>などを挙げ、初期のあり方は憲法3条の解釈に際して参考にならないとし、それらの権限が今日では違憲とされるのであれば、なぜ非訟事件もそうならないのか、と疑問を呈する<sup>(167)</sup>。同時に、“Case”と“Controversy”の文言についても、同義で使用されていたとして Pfander 教授らの見解を批判する<sup>(168)</sup>。

### c. 小括

Woolhandler 教授の批判は Pfander 教授らの主張の全体を網羅するものではなかった。そこでは対抗性をあくまでも憲法上の要件とした上で

その内容を「主張」ではなく「利益」の対立であると把握し、非訟事件についても対抗性を認めることで争訟裁定たる司法権に含めていた。それに対し Pfander 教授は再反論を展開している。個々の論点への反論については立ち入らないが、同教授は個別的な論点への反論に加えて、理論、文言上の根拠、歴史、規範論及び方法論、の4点から批判を展開する<sup>(169)</sup>。そこでは、“Case”と“Controversy”を分けない上で潜在的な対抗性を認めると、その射程が過度に拡張するとの懸念も示されている<sup>(170)</sup>。

また歴史の捉え方についても反論を展開する。同教授は、Woolhandler 教授の見解が19世紀後半から20世紀前半における憲法3条の解釈に基づいていることを指摘した上で、初期の解釈を参照しないことを批判する<sup>(171)</sup>。すなわち、憲法の文言や歴史に基づく反論や18世紀の法律家にとって非訟事件が馴染み深いものであったことなどについて向き合うこともなければ、対抗性の有効性を政策的観点から弁護することもなく、19世紀後半から20世紀前半にかけて生じた理論の転換による“living constitutionalism”を形成したと批判するのである<sup>(172)</sup>。

このように、合衆国憲法の文言解釈の問題をはじめ、「対抗性」をどの次元で把握するのかという点についての対立、そして解釈の際に歴史をどれほど重視するのかという解釈手法の違いが大きく影を落としていた。しかし、ここでは特に非訟事件を争訟裁定として把握できるか否か、司法権をめぐる従来の要件で非訟事件を捉えるのかそれとも争訟裁定とは別の機能として把握するのか、という論争軸が本稿の関心からは示唆深いものであった。

結．

ここまで、対抗性について概観した上で、非訟事件と対抗性をどのように整合的に位置づけるのかについての議論を観察してきた。そこには、例えば Pfander 教授らの合衆国憲法の歴史や条文に根拠を求める点など、様々な形で特殊アメリカ的な要素が含まれていた。一方、日本の議論に

において参照しうる論点も含まれている。

特に注目されるのが、市民権取得手続をめぐる議論である<sup>(173)</sup>。市民権取得手続きは合衆国憲法3条に定める権限に含まれるとされているが、合衆国憲法制定初期には執行ではなく司法作用として捉えられていたと指摘されている<sup>(174)</sup>。このように把握することによって生じる憲法上の問題について Currie 教授は疑問を呈するが、当時の議会がこの点について悩んだ形跡はなかったと指摘する<sup>(175)</sup>。また Tutun 判決は潜在的対抗性によって正当化を試みるが、同教授は政府が実際に帰化申請に対し反対しない限り「争訟」が生じたとすることはできないと指摘する<sup>(176)</sup>。

本稿でみてきた対抗性を巡る問題は、裁判所が担っている様々な「非争訟的」な権限を「争訟」概念を中核とする司法権概念とどのように整合させるか、という問題であったといえよう。Davis 教授のようなそもそも対抗性は司法権の要件ではないとするアプローチがある一方、「例外」として位置付ける見解や、Woolhandler 教授による対抗性を見出す見解まで多様なアプローチが示されていた。しかしながら、ここで注意しなくてはならないのが、整合的な位置付けの模索のみではなく、権力分立や民主制の観点から、どこかで限界を設定しなくてはならない点である。同時に「例外」とするのであれば、なぜ例外が認められるのか、どのような基準で認められるのかも、問題とされよう。

そのような中で、争訟概念の拡張を抑えその枠組を維持した上で、条文に根拠を求めて整合性を見出すのが Pfander 教授らのアプローチである。同教授らは、争訟は「争い」を内包する概念であるという点を維持する。その上で条文上の「事件」に注目し、性質を分けて捉えることで司法権の範囲に収めるのである。異なる性質のものを単一の概念から把握するのではなく、かつ条文に根拠を有するものであり、説得力を有する。同時に、非訟事件を争訟で把握することの困難さにも光を当てるものである。

日本においては従来、裁判所の担うことのできる権限の範囲は争訟性



を中心に考えられてきた。しかし、氏や名の変更手続などの権限を争訟性という視点から捉えられうるのであろうか。そのような問題意識から、冒頭で述べたように、日本においても議論がなされている。アメリカにおいては上述のように条文に根拠を見出す見解もみられたが、日本においては、憲法の条文はそのような構造になっていない。しかし、争訟性のない権限を争訟性を前提とする司法権とどのように整合性をもたらすか、そのアプローチの模索に際して、様々な論点を示唆するものではないだろうか<sup>(177)</sup>。

- (1) 高橋和之『体系憲法訴訟』49頁(岩波書店、2017年)。
- (2) 成瀬トーマス誠「非訟事件と司法権」東洋法学第61巻第3号199-216頁(2018年)。
- (3) 最近の論稿として小堀裕子「司法権の概念と裁判所の権限の關係に関する試論」法政治研究第5号103頁(2019年)。
- (4) *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555, 560-61 (1992).
- (5) James E. Radcliffe, *The Case-or-Controversy Provision* 47 (1978).
- (6) *Liberty Warehouse Co. v. Grannis*, 273 U.S. 70, 74 (1927).
- (7) *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83, 101 (1968).
- (8) *Association of Data Processing Service Organizations, Inc. v. Camp*, 397 U.S. 150, 151-52 (1970).
- (9) Radcliffe, *supra* note 5, at 47.
- (10) この点については、Pfander 教授が詳細な検討をしている。*See generally*, James E. Pfander & Daniel D. Birk, *Article III Judicial Power, the Adverse-Party Requirement, and Non-Contentious Jurisdiction*, 124 *Yale L. J.* 1346 (2015).
- (11) *Prigg v. Pennsylvania*, 41 U.S. 539, 616 (1842).
- (12) もっとも、友誼的訴訟については必ずしも厳格に適用されて来なかったことが指摘されている。一例として、Charles Alan Wright & Mary Kay Kane, *Law of Federal Courts* 64-65 (6th ed. 2002).、Richard Fallon Jr., et al., *The Federal Courts and the Federal System* 96 (2015).
- (13) *Chicago Grand Trunk Railway Co. v. Wellman*, 143 U.S. 339 (1892).
- (14) *Id.* at 345.
- (15) *Id.*
- (16) *Id.*
- (17) *Muskrat v. United States*, 219 U.S. 346 (1911).
- (18) *Id.* at 356.
- (19) *Id.* at 361. なお、同判決ではより詳細なところとして①財産権に関する事柄であること、②現実の争訟の存在、③対抗的当事者の存在、④終局的かつ執行可能な判断を下すことが可能であること、という要件が示されている。*Id.* at 361-62.
- (20) *Id.*
- (21) *Id.* at 357.

- (22) Baker v. Carr, 369 U.S. 186, at 204 (1962).
- (23) See generally, Camreta v. Greene, 563 U.S. 692 (2011).
- (24) 392 U.S. *supra* note 7, at 94-95.
- (25) *Id.* at 99-100.
- (26) *Id.* at 100.
- (27) *Id.*
- (28) *Id.* 100-01.
- (29) Schlesinger v. Reservists Committee to Stop War, 418 U.S. 208, 218 (1974).
- (30) *Id.* at 221.
- (31) GTE Sylvania Inc. v. Consumers Union, 445 U.S. 375, 382-83 (1980).
- (32) Duke Power Co. v. Carolina Environmental Study Group Inc., 438 U.S. 59, 72 (1978).
- (33) Diamond v. Charles, 476 U.S. 54, 62 (1986).
- (34) *Id.*
- (35) Massachusetts v. EPA, 549 U.S. 497, 516 (2007).
- (36) *Id.* at 517.
- (37) *Id.*
- (38) Sprint Communications Co. v. APCC Services Inc., 554 U.S. 269, 288 (2008).
- (39) *Id.*
- (40) Ryan W. Scott, *Standing to Appeal and Executive Non-Defense of Federal Law After the Marriage Cases*, 89 Ind. L. J. 67, 71-72 (2014).
- (41) スタンディングが権力分立と結びついていることや当事者間の問題に対象を限定するという点、そして友誼的訴訟の否定でみられた立法過程での敗者が争いを持ち込むことの防止という点などが挙げられよう。
- (42) United States v. Chadha, 462 U.S. 919, 923 (1983).
- (43) *Id.* at 928.
- (44) *Id.*
- (45) *Id.* at 930.
- (46) *Id.*
- (47) *Id.*
- (48) *Id.* at 931.

- (49) 以上の理由から対抗性を肯定している判断は、判決の後の箇所に記されている。*Id.* at 939.
- (50) *Id.*
- (51) *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744, 753-54 (2013). Antonin Scalia, *The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers*, 17 *Suffolk. U. L. Rev.* 881 (1983).
- (52) 570 U.S. *supra* note 51, at 756.
- (53) *Id.* at 757.
- (54) *Id.* at 757-58.
- (55) *Id.* at 758.
- (56) *Id.* at 759.
- (57) *Id.* at 760-61.
- (58) *Id.* at 759-60.
- (59) *Id.* at 760.
- (60) Scalia 判事のスタンディングについては、Pfander 教授が詳細な検討を行っている。*See generally*, James E. Pfander, *Scalia's Legacy: Originalism and Change in the Law of Standing*, 6 *Brit. J. Am. Legal Stud.* 85 (2017).
- (61) 570 U.S. *supra* note 51, at 779.
- (62) *Id.* at 781.
- (63) *Id.* at 784.
- (64) *Id.* at 785.
- (65) *Id.*
- (66) 本件におけるスタンディングに関する判断について、学説でも様々な見解が示されている。また Fallon 教授はスタンディングの細分化 (fragmentation) を指摘した上で (Richard H. Fallon, Jr., *The Fragmentation of Standing*, 93 *Tex. L. Rev.* 1061, 1070 (2015).)、本件について私人が提起した上訴したのであれば、司法判断に適した争訟 (justiciable controversy) を提示したとは認められなかったであろうとして、その「文脈」を指摘する (*Id.* at 1085.)。本判決は他の権力部門の権限を削ることで憲法判断の権限を「拡大」するものではなく、むしろそれを統合 (consolidate) するものであるとの見解が示される (Scott, *supra* note 40, at 87-88.)。一方、上訴審査のハードルを高くすることで司法権の優越を危うくするとの批判

(T. Patrick Cordova, *The Duty to Defend and Federal Court Standing: Resolving a Collision Course*, 73 N. Y. U. Ann. Surv. Am. L. 109, 156 (2017).) がみられる。また事件・争訟性の要件による司法権への制限(司法によって解決できる対抗的文脈で提示された問題であること)及び権力分立に反するとする批判(Nathan Inks, *The Issue of Standing in United States v. Windsor: A Constitutional Error That Impacted the Integrity of the Judicial Process*, 60 Wayne L. Rev. 891, 912-23 (2015).)や、司法長官による拒否権(Attorney General veto)になるとの批判(Cordova, *supra* note 66, at 156.)、また、憲法原理とされる以前においても裁判所の権限の領域の限界の理解において重要な役割を果たしていたにもかかわらず、Windsor 判決がそれを「オプション」として「格下げ」したとの批判もみられる(Kylie Chiseul Kim, *The Case Against Prudential Standing: Examining the Courts' Use of Prudential Standing Before and After Lexmark*, 85 Tenn. L. Rev. 303, 330 (2017).)。なお、Elliot 教授は大きな視点での対抗性に関与していると指摘する(Heather Elliot, *Further Standing Lessons*, 89 Ind. L. J. Supplement 17, 35 (2014) [hereinafter Elliot, *Lessons*].)。同教授は同判決をロバート・コートにおけるスタンディングについての唯一の不適切(implausible)な事例であるとして批判する。*See generally*, Heather Elliot, *Does the Supreme Court Ignore Standing Problems to Reach the Merits? Evidence (or Lack Thereof) From the Roberts Court*, 23 Wm. & Mary Bill Rts. J. 189, 190-91 (2014) [hereinafter Elliot, *Roberts Court*].)。

- (67) キー・タム 訴訟と司法権について論じている論稿として、北見宏介「キー・タム訴訟の原告適格と法の執行」名城法学60巻別冊99頁(2010年)。を参照されたい。
- (68) 以下、本件に関する記述については成瀬トーマス誠「合衆国憲法制定過程及び制定直後における司法権概念」憲法研究第41号44-45頁(2009年)も参照されたい。
- (69) Charles Grove Haines, *The American Doctrine of Judicial Supremacy* 173(1959).
- (70) *Id.*
- (71) *Hayburn's Case*, 2 U.S. (2 Dall.) 409, 411n (1792).
- (72) *Id.*

- (73) *Id.* at 412n.-13n.
- (74) *Id.* at 410n.
- (75) 本項で扱う論考のほか、成瀬・前掲注(68)51頁、注61を参照されたい。
- (76) Hayburn's Case の2年後、同じ連邦法に基づく訴訟が提起されているが、本稿では割愛する。Wilfred J. Ritz, *United States v. Yale Todd* (U.S.1794), 15 Wash. & Lee L. Rev. 220 (1958). なお、その概要等については成瀬・前掲注68,を参照のこと。
- (77) *See generally*, *United States v. Ferreira*, 54 U.S. 40 (1851).
- (78) *Id.* at 46.
- (79) *Id.* at 47.
- (80) *Id.* at 52.
- (81) *Tutun v. United States*, 270 U.S. 568 (1926).
- (82) *Id.* at 576.
- (83) *Id.*
- (84) *Id.* at 577.
- (85) *Id.*
- (86) 一例として、Wright & Kane, *supra* note 12, at 64-65.
- (87) Heather Elliot, *The functions of Standing*, 61 Stan. L. Rev. 459, 471-72 (2008).
- (88) Kim, *supra* note 66, 305-06. もっとも、それ以降においても裁判所が自制上のものとして使用した例を指摘する。*Id.* at 306. 反面、Scott 教授は対抗性が過去の判例の中で自制上の要件とされたことは一度もなかったと指摘する。Scott, *supra* note 40, at 71.
- (89) 以下で扱う論稿の他、勧告的意見の禁止や Hayburn's Case を挙げて終局性と対抗性を憲法原理として把握する見解として Zachary D. Clopton, *Justiciability, Federalism, and the Administrative State*, 103 Cornell L. Rev. 1431, 1442 (2018). また、詳細な検討を展開するものとして Susan Bandes, *The Idea of a Case*, 42 Stan. L. Rev. 227 (1990). を参照されたい。
- (90) Elliot, *supra* note 87, at 468.
- (91) *Id.*
- (92) *Id.* at 470-71.
- (93) *Id.* at 472-73.
- (94) Ralph E. Avery, *Article III and Title 11: A Constitutional Collision*, 12

- Bankr. Dev. J. 397, 401 (1996). 同教授は対審的紛争 (adversary conflict) の解決を中心に置く機能 (function) としての司法権の把握は合衆国憲法 3 条に根ざしたものであるとしている。 *Id.* at 413. しかしながら、対抗的利益についても事件・争訟性 (case or controversy) に基づくものであるとしても、ごく稀な例外を示唆している点が注目される。 *Id.*
- (95) Jonathan R. Siegel, *A Theory of Justiciability*, 86 Tex. L. Rev. 73, 76-77 (2007).
- (96) *Id.* at 77.
- (97) *Id.* at 119-20.
- (98) *Id.* at 122.
- (99) *Id.* at 134.
- (100) *Id.*
- (101) *Id.* Fletcher 教授も、スタンディングの目的として当事者が真に対抗していることで事件を効果的に提示することになるであろう、と指摘する。 William A. Fletcher, *The Structure of Standing*, 98 Yale L. J. 221, 222 (1988).
- (102) Radcliffe, *supra* note 5, at 47.
- (103) *Id.*
- (104) Mel. A. Topf, *A Doubtful and Perilous Experiment*, Advisory Opinions, State Constitutions, and Judicial Supremacy 48 (2011).
- (105) *Id.* at 48-49.
- (106) Note, *Executive Discretion and the Congressional Defense of Statutes*, 92 Yale L. J. 970, 989 (1983). そこでは、真の当事者主義的争点 (genuine adversary issue) は当事者間の法的な義務 (legal obligation) が双方に向き合っている時に生じると指摘している。 *Id.* at 990-91.
- (107) Kenneth Culp Davis, *Standing: Taxpayers and Others*, 35 U. Chi. L. Rev. 601, 607 (1968).
- (108) *Id.*
- (109) *Id.* at 607-08.
- (110) Henry P. Monaghan, *Constitutional Adjudication: The Who and When*, 82 Yale L. J. 1363, 1373-74 (1973). もっとも、同教授は対抗的提示の欠如が憲法判断が適切に検討されないリスクを増大させると指摘し、意義を認めている。 *Id.* at 1373.

- (111) Radcliffe, *supra* note 5.
- (112) *Id.*
- (113) Judith Resnik, *Managerial Judges*, 96 Harv. L. Rev. 374, 380 (1982).
- (114) *Id.* at 382.
- (115) *See generally*, Avery, *supra* note 94.
- (116) *See generally*, Brianne J. Gorod, *The Adversarial Myth: Appellate Court Extra-Record Factfinding*, 61 Duke L. J. 1 (2011).
- (117) 同教授は多様な領域について多くの事例を挙げながら論を進めるが、ここではそれらの詳細には踏み込まず、同教授の主張の全体的な構造についてみていく。なお、本項では触れないが同教授の論稿として、James E. Pfander & Emily K. Damrau, *Non-Contentious Account of Article III's Domestic Relations Exception* (A), 92 Notre Dame L. Rev. 117 (2016). を参照されたい。また、本稿は Woolhandler 教授との論争に焦点を当てるが、Pfander 教授は 2018 年論文においてスコットランド法を参照しつつ、論を整理し、かつ深めている。本稿は Woolhandler 教授との論争に焦点を当てるものであり、かつ本稿でとり上げる諸論稿と多くが重複するため本稿では扱わないが、*see generally*, James E Pfander, *Standing, Litigable Interests, and Article III's Case-or-Controversy Requirement*, 65 UCLA L. Rev. 170(2018).
- (118) Pfander & Birk, *supra* note 10, at 1392.
- (119) *Id.*
- (120) *Id.*
- (121) *Id.* at 1393.
- (122) *Id.*
- (123) *Id.* at 1395.
- (124) *Id.* at 1396.
- (125) *Id.* at 1402.
- (126) *Id.* at 1413.
- (127) *Id.* at 1414.
- (128) “Case” と “Controversy” を区別する見解としては Pushaw 教授も挙げられるが、同教授は “Case” と “Controversy” を分けた上で、“Case” は法の表明 (exposition) を旨とする一方、“Controversy” は私的紛争の解決を目指すものであるとして、両概念を区別している。*See generally*, Robert



J. Pushaw, Jr., *Article III's Case/Controversy Distinction and the Dual Functions of Federal Courts*, 69 Notre Dame Law Rev. 447 (1994).

- (129) Pfander & Birk, *supra* note 10, at 1414.
- (130) *Id.* at 1416.
- (131) *Id.*
- (132) *Id.* at 1418.
- (133) *Id.*
- (134) *Id.* at 1419.
- (135) *Id.* at 1420.
- (136) *Id.* at 1422.
- (137) *Id.* at 1423.
- (138) *Id.* at 1425.
- (139) *Id.* at 1441-42.
- (140) *Id.* at 1443.
- (141) *Id.*
- (142) *Id.* at 1442.
- (143) *Id.* at 1444.
- (144) *Id.* at 1446.
- (145) *Id.* at 1447.
- (146) *Id.* at 1450.
- (147) *Id.* at 1453. このようなスタンディングを課すことは、スタンディングの目的としてしばしば指摘される三権分立の観点にも沿うものであるとされる。*Id.* at 1453-54.
- (148) James E. Pfander & Daniel Birk, *Adverse Interests and Article III: A Reply*, 111 Nw. U. L. Rev. 1067, 1072 (2017).
- (149) Ann Woolhandler, *Adverse Interests and Article III*, 111 Nw. L. Rev. 1025, 1027 (2017).
- (150) *Id.*
- (151) *Id.* at 1032.
- (152) *Id.* at 1033.
- (153) *Id.* at 1035.
- (154) *Id.* at 1036.
- (155) *Id.* at 1043. 同教授は、令状 (warrants) についても同様であると指摘

- する。*Id.* at 1046.
- (156) *Id.* at 1054.
- (157) *Id.* at 1060. この点についての Pfander 教授の反論については、Pfander & Birk, *supra* note 148, at 1080. を参照されたい。
- (158) Woolhandler, *supra* note 149, at 1062.
- (159) *Id.*
- (160) この点について Pfander 教授は、20世紀初期の解釈をベースラインとしているが、同教授らの条文および初期の歴史に根ざした見解に向き合っていないとの批判を展開する。Pfander & Birk, *supra* note 148, at 1078. 市民権をめぐる主張については後の箇所においても、Tutun 判決においてより対抗性を意識した形での立法について合憲判断が下されたとする見解に対して、それ以前にも行われていたことについて説明するものではないと批判する。*Id.* at 1090.
- (161) Woolhandler, *supra* note 149, at 1058. そこでは、政治部門の審査が唯一の理由となった根拠はないと批判を展開している *Id.* at 1065.
- (162) Michael T. Morley, *Non-Contentious Jurisdiction and Consent Decrees*, 19 J. Const. L. 1, 3 (2016).
- (163) *Id.* at 4.
- (164) *Id.* at 4-5.
- (165) *Id.* at 5.
- (166) *Id.* at 6. なお、ここでは Pfander 教授らの Hayburn's Case の解釈が正しかったとしてもなお違憲であった、という趣旨で言及したものであった。
- (167) *Id.* at 8.
- (168) *Id.* at 14.
- (169) Pfander & Birk, *supra* note 148, at 1085-95.
- (170) *Id.* at 1094-95.
- (171) *Id.* at 1069-70.
- (172) *Id.* at 1078.
- (173) 本稿では詳細に立ち入らないが、帰化手続きの歴史的な展開を示した上で司法権範囲との整合性について問題提起する論稿として Gerald L. Neuman, *Federal Courts Issues in Immigration Law*, 78 Tex. L. Rev. 1661 (2000).

- (174) David P. Currie, *The Constitution in Congress: Substantive Issues in the First Congress, 1789-1791*, 61 Chi. L. Rev. 775, 824 (1994). Neuman も、19世紀前半において市民権取得手続きは既判力をそなえた、司法判断として捉えられていたと指摘する。Neuman, *supra* note 173, 1695.
- (175) Currie, *supra* note 174, 824-25.
- (176) David P. Currie, *The Constitution in the Supreme Court: 1921-1930*, 1986 Duke L. J. 65, at 121-22 (1986).
- (177) 本稿の関心からは外れるが、Neuman 教授は市民権取得手続きにおいて判事の果たす機能を純粋に儀礼的な機能であるとして、大統領就任宣誓における連邦最高裁長官の果たす機能との近似性を示唆する。Neuman, *supra* note 173, at 1698. 各「部門」と「機能」について、興味深い指摘である。