

## 《論説》

## アメリカにおける適用審査と文面審査

宮 原 均

はじめに

- 第1章 日本における違憲立法審査の姿勢
  - 第2章 アメリカにおける実体審査の特徴
  - 第3章 アメリカにおける司法審査の根拠
  - 第4章 アメリカにおける文面審査の形成
  - 第5章 第三者の権利侵害から当事者の権利侵害へ
- まとめ

## はじめに

日本国憲法81条は、法律が憲法に違反しているかどうかを審査する権限を裁判所に認めているが（この権限は条例、政令等の行政立法及び行政処分等にも及んでいくが、本稿では専ら国会が制定する法律のみを対象とする）、審査の方法はいわゆるアメリカ型・付随的審査制とされている。すなわち、具体的な事件を解決するのに必要な限りで審査権が行使され、私権保障型である<sup>(1)</sup>とされる。

その一方で、より積極的に審査権を行使する憲法保障型が改憲論を含めて議論されている。しかし、このような裁判所による審査の間口を広げようとする議論とは別に、具体的審査制における審査の内容についても議論がある。すなわち、具体的審査制についての従来の議論は、主として、いかなる場合に裁判所による審査が開始されるかにあり、開始後、これと連動した審査のあり方、すなわち実体審査の姿勢についてはそれほど議論がなされなかった。つまり、様々なハードルをクリアして裁判所の入り口をくぐりさえすれば、法律の審査の方法については個々の事件の個性は反映されない（審査基準に

についての議論は活発であるが、制約される人権の性質ごとによるもので、個々の事件ごとによるものではない。つまり、いかなる当事者が提起しようとも、同一の法律に対しては、同一の、客観的な憲法判断がなされることが前提とされていたように思われる。

これに対して、アメリカにおいては、法律に対する審査は事件ごとであり、当事者の行為等の性質いかが法律の合憲又は違憲の判断に大きく反映されるのが原則であるとされている（もっとも、このような適用審査 *as-applied challenge* のみならず、より全面的な審査である文面審査 *facial challenge* も行われているが、前者が原則である。）。すなわち、日本とアメリカでは、付随的審査制という点では共通していながら、法律の実体判断については異なった方法が用いられてきたといえる。

このような違いがどのような理由から生じているかは興味深いですが、それと同時に、最近のアメリカでは当事者の事実即した審査 *fact-dependent scrutiny* を批判して、規範レベルで法律と憲法の齟齬をチェックする審査を提唱する学説が有力になってきている。この考え方は、アメリカの伝統的な司法審査の方法よりも、日本の最高裁の審査方法に近いように思われる。

こうした日米の司法審査の接近の状況にかんがみ、本稿においては、まず、日本においてアメリカの適用審査についての理解が重要であると考え、この審査方法が確立するに至る背景について学説の整理を試みる。次に適用審査と平行して用いられている文面審査について、それが原則である適用審査とどのようなかわりの中から展開してきたかを紹介していく。そして、最後に当事者の事実をはなれて規範の観点から審査を展開するモナハンの見解をしてみることにする。

なお、本稿においては、学説の紹介・検討が中心であり、その土台となっている個々の判例については最低限の引用にとどめられている。また、モナハンの学説を土台に現在様々な学説が存在するが、それらの紹介も別稿にゆだねられている。

- (1) モナハン<sup>1)</sup>は、違憲立法審査権の行使は「裁判所の中心的義務、すなわち、私権保護の偶然的な副産物」(incidental by-products of the central judicial duty: protection of private rights) という表現を用いている。See Henry P. Monaghan, *Third Party Standing*, 84 COLUM. L. REV. 277, 279 (1984).

## 第1章 日本における違憲立法審査の姿勢

### 1 付随的審査制の根拠と理解

日本国憲法98条1項は「この憲法は、国の最高法規であって、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又はその一部は、その効力を有しない。」とし、憲法が最高法規であることを定めている。そして、現実に法律等が憲法に違反しているかどうかの判断については、憲法81条は「最高裁判所は、一切の法律、命令…が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。」とし、その最終的な決定権が最高裁判所にあることを規定している（裁判所による憲法判断は、行政処分・行政立法等との関係でも問題になるが、本稿においては、専ら法律等の議会による立法との関係を問題にする）。この規定の文言自体からは、憲法判断を行う権限は最高裁判所のみ認められているように見えるが、下級裁判所においてもこれが認められていることについては、判例・学説においても支持されている<sup>(2)</sup>。

その根拠のひとつとして掲げられるのが、「付随的審査制」である。裁判所が法律等への憲法判断を行おうとする場合、それはあくまで現実・具体的に裁判所に係属した事件を前提に、それを解決するのに必要な限りでの憲法判断にとどめる、いわゆる「アメリカ型」であるとされている<sup>(3)</sup>。

この審査方法によれば、裁判所が憲法判断を行うためには、事件の発生・訴訟提起という「偶然」の要素が介在しなければならず、したがって憲法判断の機会はかなり狭まることになる。しかしその一方で、法律等の解釈・適用によって事件の解決を行っている下級裁判所も、その責任を果たす限りにおいて憲法判断を行うことが許され、また求められることにもなった。憲法81条の意味するところは、付随的審査制のもと、最高裁判所は「終審裁判

所」として憲法判断を行う，ということである。

このように，現行の違憲審査制が「付随的審査制」であることについては，判例・学説において承認されているが，より一歩進めて，裁判所による憲法の保障という観点からの議論がなされている。すなわち，付随的審査制によれば，裁判所による違憲法律の是正は偶然に，不徹底にしかなされない。このことは，国家権力による憲法上の権利侵害を容易に許し，ひいては憲法の破壊をもたらすことになる。そこで，より積極的に裁判所の審査を展開させ，憲法の保障を現実のものとするための方策について，様々な議論がなされている<sup>(4)</sup>のである。

そのひとつとして，ドイツ憲法裁判所の制度・判例の紹介がある。憲法の番人として，必ずしも具体的事件を契機とすることなく，またその解決を直接の目的とすることなく，専ら憲法の保障を目的とする裁判所である。このドイツ憲法裁判所の制度を参考に，解釈論としてあるいは改憲論として，日本にどこまでこの制度を取り入れることが可能であるかという議論が存在する。

その一方で，あくまで付随的審査制を前提に，裁判所はどのような場合に，何を，どこまで審査することが可能かという議論がある。この場合に問題となるのは，裁判の当事者が「事件・争訟」を提起しているかどうかである。すなわち，その当事者は，法律の解釈・適用によって解決可能な，現実の争訟に実際に巻き込まれた者であるかどうか，まず，審査されるのである。この点については，アメリカ法の影響を受けて，合衆国憲法3条及びそれに連なるスタンディングの議論が積極的に紹介され<sup>(5)</sup>これらは，日本における憲法判断の場合にもかなり参考にされているといえよう。

## 2 付随的審査制と実体判断の方法

ところで，アメリカにおける審査制の議論は，「事件・争訟」という裁判の入り口の問題に尽きるわけではなく，この入り口を通った後の法律の実体判断の方法についても議論されている。ここで注目されるべきは，この実体

判断の方法、すなわち裁判所による「審査の姿勢」についても付随的審査制を意識した議論がなされていることである。そしてこの点こそが本稿のテーマに密接にかかわることであるが、まず、日本の裁判所の実体判断における姿勢について確認しておこう。

日本においては、付随的審査制という大きな枠組みは、審査のタイミングを判断する際に考慮される（事件・争訟、当事者適格）。しかしながら、この枠組みは、その後続く法律への実体判断を、裁判所が、どのような姿勢によって行うかの議論には必ずしも反映されていないように思われる（日本においても、実体問題を扱う「審査基準」の議論は盛んである。しかし、そうした審査基準は、三権分立のもとでの裁判所の役割、及び人権の性質から導き出されることが多いように思われる。「付随的審査制」「その事件を解決するのに必要な限りの憲法判断」という視点から、いかなる姿勢で裁判所は審査に臨むかという形で議論されることは少ないと思われる。）。

具体的にいうと、当事者が憲法問題を提起する適格を有するか（憲法判断を行うに値する事件が提起されているか）については、具体的審査制という枠組みから判断され、大いに議論されてきた。しかし、この「適格」をクリアしてしまえば、当事者は、裁判所が法律の憲法判断を開始するためのきっかけを与える者として位置づけられ、このきっかけが与えられれば、裁判所は、その当事者が「いかなる事件に巻き込まれ、いかなる不利益を受け、いかなる救済を裁判所に求めているか」（以下、「司法事実」という。）については、対象となる法律の憲法判断を行うにあたっては、関心が薄くなり、その結果に影響を及ぼすことは一表面的には一少なかったように思われる。

この点を、違憲立法審査権が行使されるに至るプロセスを、誤りをおそれず確認すると次のようになるのではないか。すなわち、裁判所は当事者が裁判所による解決にふさわしい事件を提起しているかどうかを審査し（事件・争訟を提起）、これが肯定されると、その事件を解決するのに最もふさわしい法律を当事者の指摘を考慮してセレクトする。しかし、それをダイレクトに適用するのではなく、その適用に「先立って」、憲法判断というフィルタ

一を通して上で適用する。もしもここで違憲の判断がなされれば、その法律は「無効」であり、したがってその事件への適用は不可能になる。そして、この場合の憲法判断は、適用が予定されている法律の「客観的な規範」に対してなされ、したがって、証明責任その他手続き上の問題を除けば、当事者がいかなる者であるかは、審査の結果に影響を及ぼさない、と考えられてきた<sup>(6)</sup>のではなかろうか。

この点、佐藤幸治教授は次のような鋭い指摘をされている。「わが国では、付随的審査制であるとされながらも、違憲審査は具体的な事件・争訟の提起を契機にして、法令そのものを客観的・一般的見地から問題にするものだという傾きがとくに最高裁判所のレベルでみられるように思われる。…『客観的審査』ないし『一般的審査』と呼ぶにふさわしいような性質のものである<sup>(7)</sup>」。

もしも、このような理解が正しいとすれば、日本の審査制はアメリカのそれを一部だけ取り入れたもの、いわば入り口の議論についてのみアメリカ型であり、その後の実体審理については必ずしもこれを承継しているとはいえないように思われる。この実体審理の方法についてはむしろ、ドイツ憲法裁判所の、いわゆる具体的規範統制の方法に近いように思われる<sup>(8)</sup>。では、アメリカにおける実体審理の方法にはどのような特徴があるのだろうか。章を改めて紹介しよう。

(2) 最大判昭和25年2月1日刑集4巻2号73頁。樋口陽一ほか著『注解 法律学全集4 憲法』98-99頁〔佐藤幸治担当〕(青林書院, 2004年)。

(3) 日本の違憲審査制について、憲法制定過程にさかのぼって論ずるものとして、佐藤幸治『現代国家と司法権』223頁以下(有斐閣, 1988年)。

(4) アメリカにおいても、司法審査は私権保障型から憲法保障型、更には両者の合一化の傾向が見られるとされる。芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』4-5頁(有斐閣, 1981年)。日本においても、アメリカ型付随審査制を前提に、抽象的要素を有する審査制は許され、その具体的な形態を検討する段階に移行しつつあるとされている。佐々木雅寿『現代における違憲審査権の性質』177頁以下参照(有斐閣, 1995年)。

(5) 時國康夫『憲法訴訟とその判断の手法』181頁以下(第一法規, 1996年)。

- (6) このことは、審査権の行使において重要な位置を占める「事実」の扱いにも現れている。憲法訴訟においては大きく「判決事実」と「立法事実」に分かれる。前者は、当事者が、いつ、いかなるときに、何をしたかという事実で、これを重視すると適用審査に傾く。後者はその事件に適用される法律を支える一般的な事実であり、その検討は規範そのものの見直しに傾く。後者が重要であるとされている（芦部信喜『憲法訴訟の理論』152-53頁（有斐閣、1973年））。このことは、審査権の行使は当事者の事件を越えた、規範そのものの審査であることが念頭におかれていることを裏付けているように思われる。
- (7) 佐藤幸治『現代法律学講座5 憲法』367頁（青林書院、第3版、1995年）。
- (8) ドイツ憲法裁判所の具体的規範統制については、すべての裁判所は、具体的事件の審理において、法的判断の基礎となる法律について基本法に違反すると考えるとき、審理を中断して憲法裁判所の判断を求める。違憲と申立てられた法律については、すべての観点から包括的に審査する、とされている。新正幸『憲法訴訟論』245-46頁（信山社、2008年）。

## 第2章 アメリカにおける実体審査の特徴

### 1 アメリカにおける適用審査の原則

これに対して、アメリカにおける実体審査の原則的な方法は、一般に「適用審査」と呼ばれ、法律の憲法判断は当事者に適用される限りでなされる。「当事者に適用される限りでの（as-applied）憲法判断」という概念はややわかりにくいだが、裁判所は、法律の憲法判断にあたり、当事者の行為等（司法事実）が憲法によって保護されるものであるかの判断を先行させる。もしもその行為等が憲法によって保護されていると判断したならば、下位規範である法律が、これに対して規制・不利益を課すことを認めないとするものである。つまり、当事者がなした具体的・現実的な行為が憲法の保護を受けるか否かの判断が先行し、これが肯定されればその行為を規制対象とする限りにおいて、その法律は憲法違反となるのである（いわゆる合憲限定解釈も、考え方や思考プロセスは共通している。当事者の行為に対する憲法判断を先行させ、憲法の保護を受けるとの認定がなされたならば、その行為を下位規範である法律によって規制し、また不利益を及ぼさないようにするため、その法律の文言を限定的に解釈して当事者の行為を規制対象から除去し、同時に法律の有効性を維持しつつ違憲部分を解釈により削除するのである。他方、

日本の場合、当事者の行為を意識しつつも、法律の意味は憲法に照らして客観的に確定され、その上で当事者の行為は法律に該当しているかが問われる傾向があるように思われる。)

この適用審査を行う前提となるのは、法律の意味の「多義性」ないし「幅」についての認識である。この「多義性」「幅」は、程度の差はあれ、法律の宿命である。このことを裁判所がどのように受け止め、法律に対する憲法判断を下すかが問題になる。アメリカにおいては付随的審査制が考慮され、すなわち当事者が提起した事件を解決するのに必要な限りでの憲法判断にとどめる、という立場がとられている。この立場から「多義性」「幅」のある法律の憲法判断を行うため、これを全面的に見直すのではなく、その法律が、これを適用する当事者の憲法上の権利を侵害しているかどうか限定して審査しようとするのである。<sup>(9)</sup>まさに「事件解決に必要な限りでの憲法判断」「付随的審査制」の枠組みが、<sup>(10)</sup>実体判断を行う裁判所の姿勢に影響しているのである。

日本においては、付随的審査制を、主として審査の「きっかけ」「審査のタイミング」を議論する中で考慮し、その後の実体判断においては「当事者の事件を解決するのに必要な限り」での憲法判断という視点が比較的薄く、「当事者の事件・司法事実」とはかかわりなく、「客観的な規範」を対象に法律の審査が行われているように見られる。すなわち、日本においては、付随的審査制を前提としながらも、その実体判断については規範内容全般への審査が繰り返されてきたのではないかと思われる。そして、このことは、適用審査と文面審査（この審査には文面審査というよりもむしろ規範審査という用語を当てるほうが適切であろうかとも思われる。文面審査は、規範審査の一つであるが、overbreadth 理論や vagueness 理論に代表されるように「法律の文言の欠陥」を強く意識させる用語である。しかしながら、アメリカではやはり facial challenge という用語が用いられているので、本稿においても文面審査としておく。）という、性質の異なる2つの審査方法が存在することを十分に認識した上でなされたのではなく、むしろ前者の方法につい

での理解が不十分であったのが原因ではないだろうか。<sup>(11)</sup>

もっとも、適用審査及び文面審査のいずれが優れた審査であり、また、現行憲法の制度の下で、よりふさわしい審査であるかは、一概に結論することは困難であると思われる。更には、アメリカにおいても、適用審査が原則とされながらもこれに限定されているわけではなく、特に理由を示すことなく文面審査が行われることも少なくない。いかなる場合、理由に基づき文面審査がなされるのか、についても明確になっていないように思われる。それにもかかわらず、いずれの審査方法を用いたかによって、同じ法律であっても合憲・違憲、有効・無効という結論に違いが出る可能性がある。

そこで、以下の章において、アメリカにおける適用審査の方法がどのようにして形成されてきたのか、歴史にさかのぼってその理論的な根拠を明らかにし、次いで適用審査に対して規範を対象とする審査がどのような理由から主張され、位置づけを与えられようとしているかを確認していく。<sup>(12)</sup>

(9) その条文のもつ「多義性」「幅」を全面的に見直すことについて、アメリカでは一般に文面審査 facial challenge と呼ばれている。適用審査と文面審査の区別を説明するものとして、芦部・前掲注（4）現代的展開45頁以下、青柳幸一「法令違憲・適用違憲」芦部信喜編『講座 憲法訴訟3』（有斐閣、1987年）、新・前掲注（8）憲法訴訟論460頁以下。

(10) 法律の「幅」に関して、アメリカにおいても「過度に広範の理論」overbreadth doctrine が確立している。この理論は、いわゆる文面審査であり、当事者の司法事実をこえて仮定的第三者の権利侵害までも審査し、憲法違反があれば無効とする理論で、日本においても積極的に紹介されている。この理論自体は適用審査の枠を超えることを前提にしているが、この理論は、表現の自由規制立法のみが対象とされ、更には、substantial overbreadth の考え方が導入され、例外・限定的な適用が予定されている。この理論については、拙稿「オーバーブロードス (overbreadth) 理論の新展開」新法93巻3・4・5号77頁（1986年）

(11) この点、佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』206頁（日本評論社、1984年）は、わが国では従来「適用審査」と「文面審査」との区別が必ずしも明確には意識されず、あるいはむしろ「文面審査」が漠然と措定されてきた、と指摘されている。

(12) アメリカにおける司法審査制の確立については、木下毅『アメリカ公法』104頁以下（有斐閣、1993年）。

### 第3章 アメリカにおける司法審査の根拠

#### 1 人民意思としての憲法と仲介機関としての裁判所 ハミルトン

裁判所が法律の憲法判断を行うに際して、適用審査型と呼ばれる手法が用いられるようになった背景には、憲法には明文がないにもかかわらず裁判所による法律の審査が認められるようになった歴史が存在するので、これを簡単に振り返ってみることにする。

アメリカにおいて、裁判所が、議会の制定した法律が憲法に違反しているかどうかを判断する（以下、「司法審査」という。）ようになったのは、イギリス女王が、植民者に与えた特許状に関係があるとされる。この特許状は植民地の立法者をも拘束し、特許状に違反する法律は本国及び植民地の裁判所によって無視されたのである。このことが、アメリカにおいて司法審査が比較的違和感なく受け入れられたひとつの理由であると考えられている<sup>(13)</sup>。

合衆国最高裁（以下「最高裁」という。）がはじめて法律を違憲と判断したのはマーベリ事件（*Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803)）である。最高裁は、憲法の明文にない司法審査を行うにあたり、人民の意思である憲法と議会の意思である法律とを対比して、人民は、憲法によって立法者に制約を課している、この制約に違反する法律は法ではない、とする。そして、何が法 *law* であるかを宣言するのは裁判所の役割であり、2つの矛盾する規則 *rule* が存在するならば、いずれが支配するかを宣言することも裁判所の役割であるとする。最高裁は、憲法の最高法規性を明らかにすると同時に、法を宣言する機関としての裁判所の役割を確認し、司法審査を根拠づけたのである。

この見解に影響を与えたと思われるのが、ハミルトンの「人民意思としての憲法」、「制限憲法」、「人民と議会の仲介機関としての裁判所」、「上位・下位規範」等の考え方である。彼はニューヨーク州による合衆国憲法の批准を主張する中で、議会の多数派が法律により少数派の財産を脅かしているとの現実を重視し、憲法は、議会を含めた国家権力の制限を目的としていること、

「人民の代理人」に過ぎない議会が、「人民の意思」を反映する憲法を法律によって凌駕することはできないこと、そして、議会・法律を憲法の権限内にとどめておくためには、人民と議会の仲介機関としての裁判所が必要であるとされた。

裁判所が「仲介機関」として認められる理由として、まず、裁判所は事件処理にあたり相互に矛盾した法を目の当たりにすることがある。この場合にも、裁判所は両者の調和を図りつつ事件処理を行うが、それが不可能である場合には一方を排除することは当然である。そのための基準としていくつかの原則、例えば「特別法は一般法に優先する」等があるが、更に「上位法は下位法に優先する」という原則がある。これに従い、憲法に違反する議会の法律を排除して憲法を適用して事件処理しても、このことは裁判所が議会に優越したことにはならず、また三権分立にも違反しないと主張した。<sup>(14)</sup>

このように司法審査権の理論的根拠は与えられたが、実際に審査権を行使して法律を無効とするならば、そのインパクトは大きく、再度、三権分立の問題が提起されてくる。そこで、これと調和する形での司法審査のあり方が次に問われるのである。この点に答えようとしたのがセイヤーである。

彼は、憲法の意味の相対性ないし選択の余地を指摘し、その具体化は三権分立のもとでは第一次的には立法者が法律の制定という形で担い、第二次的に行われる司法審査は、憲法の唯一の、真の意味を確定するのではなく、憲法上許された選択の余地を立法者が踏み越えていないかどうかを判断することであるとす。この彼の見解をやや詳しく紹介しよう。

2 議会による憲法の具体化とその外延確定としての司法審査 セイヤー  
セイヤーは、裁判所による審査は、他の政府部門の権限を奪うことなくなされなければならないとする。もしも、裁判所が、憲法及び法律の意味をあらゆるさまに確定してしまうならば、あるいは憲法と法律の矛盾について、これをアカデミックな問題として判断するならば、裁判所はその役割を超えて、<sup>(15)</sup> 広大な公共の問題を考察する機関になってしまうとするのである。

では、この問題を回避しつつ司法審査はいかにあるべきかについて、セイヤーはまず、憲法・法律の意味が相対的であることに着目する。すなわち、憲法には異なった解釈の余地があり、しばしば選択や判断が許されている。そのために、憲法は立法者に対して、具体的な1個の見解を示すことを求め<sup>(16)</sup>ておらず、一定範囲内での選択にゆだねている。そこで、司法審査はこの選択を前提としてなされ、その結果、当該立法の、賢明さ・合理性にはこれは及ばない。なぜならば、この点は第一次的な問題として立法者の「選択」にゆだねられ、裁判所が扱うのは、第二次的な問題として、立法者にゆるされる合理的な活動の外延部分の確定であるからである。<sup>(17)</sup>

その結果、法律への合憲判決が下されたとしても、それは単に立法者の判断を裁判所がくつつがえさなかったというだけであり、法律の審査を通して憲法の真の意味について、裁判官自らの見解を示しているのではもちろんないのである。<sup>(18)</sup>したがって、法律が違憲であるとの判断は、議会が、立法の際に憲法との関係で単にミスを犯したというだけでなく、合理的な疑いを入れる余地がないほど明白なミスを犯した場合に限定される。すなわち、司法審査は「明白性の基準」に基づいてなされるとするのである。このように、司法審査は、憲法の真の意味が何かを問うことではなく、対象となった法律が、<sup>(19)</sup>「支持しうるもの」であるかどうかを判断するにすぎないのである。<sup>(20)</sup>

このように、彼は、憲法・法律の意味が相対的であるとの認識を示し、このことから「憲法に基づいて政府が処理する事項の多くは、ある者にとっては違憲に見え、他の者にとってはそう見えない」との指摘を行っている。<sup>(21)</sup>この相対性こそが、後の適用審査のひとつの基盤になっていく。更に、「[他の政府部門の]具体的な権限の行使が、憲法によって禁止されているかどうかは、裁判所に適切に提出された訴訟上の問題を判断するという目的のみから」判断するのが、司法審査の役割であるとしている。<sup>(22)</sup>

これらはいずれも、対等な政府部門である議会が合憲と判断した法律を、どうすれば裁判所は違憲と判断することができるか、という問題意識のもとになされている。そしてセイヤーは、司法審査が、具体的な事件における具

体的な権力行使を対象とすることで、この問題に対処しようとしている。同様の問題意識はコーウィンにおいても見られる。

### 3 上位法の適用による裁判上の争訟解決 コーウィン

コーウィンは、裁判所には、司法審査（違憲立法審査）の権限が具体的に委任されていないことを前提に、「司法審査は、憲法がその一部を構成している法 law を、事件の解決に関連して解釈する裁判所の権限に付随しているに過ぎない」とする。<sup>(23)</sup> すなわち、裁判所は、特定の事件の中で法を確定・判断する権限を行使する際に、必然的に、至高の法を宣言し、執行する。他方、憲法に違反し、効力なく、したがって誰も拘束しない下位の法を拒否する義務が存在するのである。<sup>(24)</sup>

この考え方は、具体的事件において適用される法律を、憲法と比較し、上位である後者を優先して事件処理しても、このことは裁判所が法律そのものを審査しこれを否定したことにはならず、当該事件の解決という、裁判所が担っている第一の機能を全うすることになり（discharge of their primary function of adjudication）、<sup>(25)</sup> 三権分立に違反しないとするのである。まさに、上述のハミルトンの考え方が受け継がれているといえよう。

このように、コーウィンは司法審査は、法の適用により「具体的事件」の解決をゆだねられた裁判所が、上位規範に基づき事件処理を行っているにすぎず、三権分立に違反しないとした。この点を「法と事実」の関係から説明しようとするのがフランクファーターである。

### 4 「事実」に基づく法律の意味の確定 フランクファーター

フランクファーターもまた、三権分立のもとでは立法は議会にゆだねられ、政府の同等の部門が合憲であると判断してなされた立法行為に対して、裁判所は敬意を払わなければならないとし、その結果、裁判所は法律の賢明さ、公正さ、功利性を判断する立場にないとする。<sup>(26)</sup>

しかしながら、立法府への敬讓を重視しつつなされる司法審査について、

彼はその本質に「事実」をすえるところに特徴がある。すなわち、司法審査の場面で問題になる、立法者と裁判所の対立は、法的原理 legal principles の争いではなく、これらを、複雑且つしばしば流動的な「事実」に適用することに関して存在するとする。例えば、憲法の保障する自由やデュープロセスの意味は非常に漠然としている。しかし、その意味は「事実」を参照することによってのみ、明らかにされるのである。<sup>(27)</sup>

このフランクファータの主張は、憲法・法律の意味は「事実」によって決定されるが、事実は複雑・流動的でありこれへの適用に関しては争いが生じる。この争いが立法と司法との間で存在するのが、司法審査の場面であるとしている。では、この「事実」とは何か。彼の見解からは必ずしも明らかではないが、その後は、これを仮定的事実と訴訟に現れた現実的事実との2つに分けて議論が展開していくことになる。そして、前者に基づく審査が文面審査、後者に基づく審査が適用審査と位置づけられるようになる。この二つの審査方法はどのような関係にあるのか、ゴーマンは次のように整理している。

##### 5 司法審査における仮定的事実と司法事実の区別 ゴーマン

彼は、仮定的な状況、すなわち法廷に提示された具体的な事実の中では示されていない状況に基づいて審査がなされる場合、それは法律の文面に基づく審査であるとしている。この審査がなされた場合、その事件の事実に適用して理解された意味とは別の意味を、その法律が有することがあるとしている。<sup>(29)</sup>更に、ゴーマンは、合衆国最高裁は、仮定的事実・状況を考慮して審査することがある一方で、これを拒み、専ら被告（人）の行為に着目して審査する場合があるとする。後者の例として、その後の学説・判例でもよく引用される著名な事件が紹介されている。

この事件では、貨物輸送に関して発生した損害に関して賠償請求をうけたコモンキャリアは、60日以内にこれに応じなければならず、怠れば罰金刑が科せられるとする法律が問題となった。被告人鉄道会社は、この法律の文言

は「正当な賠償請求」に限定することなく支払い期間を設定し、その徒過に対して罰金を規定しているから無効であると主張した。合衆国最高裁は、法律の解釈は、その事件の事実に照らしてなされるべきであり、想像上の事件に照らしてなされるべきではない。そして本件における鉄道会社への請求は、正当な賠償請求であった。そこで本件のような事件に適用される限りにおいては、法律は有効であると判断した（*See Yazoo & Miss R. R. v. Jackson Vinegar Co.*, 226 U.S. 217 (1912)）。

この判例を参考に、ゴーマンは、最高裁においては文面審査と適用審査がともに用いられているとしつつも、適用審査が一般的なルールであるとする。すなわち、法律の憲法判断は、法律の実務的な機能と効果に基づいてなされる。ある一連の事実に関して有効である法律も、別の事実については無効である。最高裁の憲法判断は、文面に基づくものではなく、争訟が提起された事件の事実に適用された場合、すなわち被告（人）の行為に着目して判断してきた、とするのである。<sup>(30)</sup>

以上、司法審査に当たり、司法事実に照らして法律の憲法判断を行ういわゆる適用審査が合衆国最高裁の司法審査の原則形態とされるようになった背景を紹介した。しかしながら、ゴーマンも認めているように合衆国最高裁が適用審査ばかりに固執して審査を行ってきたわけではない。<sup>(31)</sup>

では、適用審査が原則とされる中で何ゆえ文面審査が必要とされ、これが許されるのか問題となる。これについては分離可能性の理論及び第三者のスタンディングの議論がかなり古くから主張されてきた。ここから紹介・検討をはじめよう。

(13) *See James B. Thayer, The Origin and Scope of The American Doctrine of Constitutional Law*, 7 HARV. L. REV. 129, 131 (1893). [hereinafter cited as *Thayer*]

(14) A. ハミルトン, J. ジェイ, J. マディソン『ザ・フェデラリスト』（斉藤眞, 中野勝郎訳）343-46頁（岩波書店, 1999年）, 芦部・前掲注（6）理論6-7頁, 拙稿「英米の憲法史と違憲立法審査権」作新総合政策研究7号17-18頁（2007年）。

(15) *See Thayer*, *supra* note 13 at 143-44.

- (16) *See id.* at 144.
- (17) *See id.* at 148.
- (18) *See id.* at 151.
- (19) *See id.* at 151.
- (20) *See id.* at 150. なお、司法審査について同様の見解がニュージャージー州のギャリソン裁判官によって示されている。すなわち、裁判所は、憲法を解釈して法律が許されるものかを判断するのではなく、裁判所がその法律を無視することが憲法上許されるかどうかである。すなわち、法律の合憲性を審査するのではなく、その決定を憲法によって委ねられた政府の部門にとって許される判断がなされたかが問題なのであるとしている。See Felix Frankfurter, *A Note on Advisory Opinions*, 37 HARV. L. REV. 1002, 1004 n.7 (1924). [hereinafter cited as *Frankfurter*]
- (21) *See id.* at 144.
- (22) *See id.* at 135.
- (23) See Edward S. Corwin, *Judicial Review in Action*, 74 U. PA. L. REV. 639, 641 (1926).
- (24) *See id.* at 641.
- (25) *See id.* at 652.
- (26) See *Frankfurter*, supra note 20 at 1003.
- (27) *See id.* at 1004-05.
- (28) 憲法訴訟で問題になりうる「事実」を「司法事実」、「立法事実」、「憲法事実」の3つの観点から整理するものとして、江橋崇「立法事実論」芦部信喜編『講座憲法訴訟2』69頁（有斐閣，1987年）。
- (29) See Robert P. Gorman, *Judging the Statute in the Light of the Acts of the Defendant*, 31 Notre Dame Lawyer 689, 691 (1956).
- (30) *See id.* at 693.
- (31) 特に、修正1条表現の自由規制立法に対しては、vagueness及びoverbreadthという文面審査による審査方法が確立している。しかし、文面審査というと、とかくこの二つの審査方法に限定して理解されがちであるが、本稿における文面審査とは、適用審査に対する審査方法として、事件当事者の事実限定されずに、より広く、総合的に法律の合憲・違憲を審査することを意味している。そこで以下においては、overbreadth及びvaguenessそのものについての議論は深めずに、文面審査一般を理解するのに必要な限りで、これらに触れるにとどめる。

## 第4章 アメリカにおける文面審査の形成

### 1 分離可能性

分離可能性は、司法審査による違憲・無効判断から法律を守ろうとする立

法者の工夫のひとつとして発展してきたように思われる。すなわち、裁判所により法律のある条項が違憲・無効との判断がなされても、そのことは法律全体を違憲無効とすることにはつながらないことを、法律の条文の中に明記したのである。例えば「この法律のいかなる章、節、条、文言がいかなる理由によって違憲と判断されても、その判断はこの法律の残りの他の部分の有効性に影響を与えることはない」という条文である。

この分離可能性は、ひとつの条文に対する違憲判断が他の条文に影響しない、つまり各条文相互間についてのものである。しかし、分離可能性は更に、ひとつの条文の適用相互間をも問題にすることがある。例えば、「この法律がある者に適用された場合に無効でも、合憲的に適用される者については、この法律は依然として有効に機能するものとする」等である。

本稿においては後者の意味での分離可能性が重要になるので、特に断らなければこれを念頭に、必要に応じて前者に言及することになる。

では、このような分離可能条項は、実際の司法審査にいかなる影響を与えたのか問題になるが、裁判所はこれに忠実に従うよりもむしろ一個の適用違憲が、その法律の全体無効をもたらすのはどのような場合かについての議論を深めていくのである。この間の事情と理論についてスターンの論文を紹介しよう。

## 2 適用違憲と密接関連性を理由とする文面無効 スターン

スターンは、一個の条文に複数の適用の場面があることを前提に、その適用相互が密接に結びついているならば、一個の適用の中で下された違憲の判断は、適用違憲、一部違憲にとどまるものではなく、その条文の文面ないし全部無効を意味するとする。更に、この考え方によれば、具体的な当事者への適用が合憲・有効であっても、この当事者は他の誰かに適用された場合に違憲であることを主張し、更に「密接関連性」があれば、その法律は分離不可能として全部無効になり、救済を受ける可能性があるとするのである。<sup>(32)</sup>

このスターンによる分離可能性の理論は、司法審査は適用審査に尽きるの

ではなく、対象となる法律そのものを全部無効とする審査も行われうることを示している。そして、全部無効と判断する際の基準は、相互の適用の密接不可分性である。しかしながら、この密接不可分性及びその場合に法律が全部無効になりうることについては理解できるにしても、あくまでそれは理論的なレベルのことであり、実務的に果たしてどこまでこれを認定できるのか、また、その認定がどこまで客観的で、説得力あるものか問題が残るように思われる。

すなわち、分離不可能の判断は、立法者意思の検討が重要になる。適用が一部無効となった場合に、残りの合憲・有効な適用を重視してその法律を残すか、それとも残りの適用だけでは法律として意味がなく全部無効とするのか、この点についての立法者の意思を、具体的な事件に際して、裁判所が推測するというのである。しかし、この判断には、かなりの困難が予想される。

また、当事者の救済という司法審査の基本に立ち返った場合、当事者への適用に焦点を絞った判断がなされるべきで、当事者への適用が違憲であればその法律は適用されないということで裁判の目的は達成され、あえて密接不可分性までも判断して全体無効とする必要性はそれほど多くはないと思われる。逆に、当事者への適用が合憲であるにも関わらず、違憲適用の可能性を探り、しかもその適用と当事者への適用とが密接不可分であるかどうかまでを判断する必要性は果たしてあるのか、より慎重な検討が必要であると思われる。<sup>(33)</sup>

ところで、この分離可能性の理論には、繰り返しになるが、一個の法律に複数の適用可能性があり、適用ごとに法律が違憲とも合憲ともなりうるということが前提とされている。そこで、適用相互間が密接不可分であるかを審査する前提として、当事者は第三者の憲法上の権利を裁判所において主張できなければならない。このスタンディングを認めるか否かは、三権分立のもとでの司法審査においてきわめて重要である。なぜならば、司法部と立法部との間に軋轢を生じさせないため、裁判所は「避けることができない場合に限って」司法審査を行うとしてきた。そして「避けることのできない場合」

に限定するために、裁判所は、当事者自身の憲法上の権利侵害の有無に限定して司法審査を展開してきたのである。この点を無視して、分離可能性を探り、文面審査を行うためには第三者の権利主張を安易に認めることは、司法審査の根底を揺るがすことになる。そこで、第三者の権利を主張するスタンディングについてどのような議論が展開されてきたのか紹介しよう。

なお、スタンディングについては2つの側面があることが指摘されてきた。ひとつは「みずから司法審査手続を開始させる」当事者適格、もうひとつは「すでに正式に開始された手続において他人の権利を主張する」争点適格である。<sup>(35)</sup>

当事者適格は裁判所の入り口をくぐることができるのかを問題とし、事件・争訟を提起しているか、つまり、当事者の権利への侵害、権利・利益の救済が求められているかが要件である。争点適格は、当事者適格を有する者が、どのような憲法上の争点（ここでは第三者の権利侵害）を法廷において主張する適格を有するかが問題とされる。

この二つの「適格」は性質を異にするが、関連性は重視されねばならない。いったん、裁判所の入り口をくぐる事が認められれば、あとは自分の権利利益と全く無関係に、第三者（仮定的）の権利侵害について裁判所に判断させることができることはできない。やはり、両者の間には一貫性がなければならず、それは、裁判所による第三者の権利侵害の認定が同時に自分の権利侵害・勝訴と結びつくという関係であろうと思われる。そうすると、現実の第三者の権利侵害が、適用違憲の判断を求める際の当事者の主張を補強し、もしも自分への適用が合憲であれば、第三者の権利侵害が法律の文面・全体無効につながり、結局、根拠条文を消滅させることが必要である。この二つの場合であれば、第三者の権利侵害を裁判所に審査してもらうことは「当事者適格」の要件と矛盾しないことになる。

こうしたことを念頭に、学説の流れをフォローしておこう。

### 3 第三者の権利を主張するスタンディング 1934年ハーバート・ノート

司法審査と第三者の権利援用の問題をスタンディングの観点からとらえようとした比較的古い論文として1934年ハーバート・ノートがある。この論文では、司法審査は、裁判所と議会との関係に影響を及ぼすので、その憲法判断は慎重に「その判断が避けられない場合」に限定して行使されるべきであり、その場合として、当事者の憲法上の権利が侵害されたかどうか、に絞ってなされるのが原則であるとしている。<sup>(36)</sup>

しかしながら、分離不可能の理論によって法律を無効とする場合には、第三者の権利を援用するスタンディングが訴訟当事者に認められてきた。その理由について、この論文では、分離不可能の理論によってその法律を全部無効とすれば、以後その当事者に対する執行は一切排除される。これによって実体上の権利が偶然の訴訟の結果によって判断されることを防ぐことができる、と説明している。<sup>(37)</sup>

この論文では、従来漫然と行われていた司法審査に関して、三権分立、具体的審査制という観点から、当事者の権利侵害に限定した審査が行われるのが原則であり、第三者の権利援用は例外であるとの分析をしている。そして、分離不可能の理論において、第三者の権利侵害の主張が認められる理由は、その主張・判断により、その法律を全体無効にすることになり、そのことによって結局は当事者が裁判所により救済されうるからである、としている。

もっとも、この論文では、当事者は、いかなる理由から、どの範囲の第三者の権利侵害を援用することが一司法審査の原則論から見て一許されるのか、この肝心な問題については十分な説明がなされていないように思われる。これについては1974年ハーバート・ノート<sup>(38)</sup>が明確にしている。

#### 4 現実的及び仮定的第三者の権利援用 1974年ハーバート・ノート

まず、この論文では第三者の権利援用が問題になった事件を大きく2つに分類する。ひとつはオーバーブレイクス理論を中心とする、いわゆる文面審査の際に問題となる第三者の権利援用のケースである。そして、もうひとつが jus tertii である。前者は、法律の射程範囲が広すぎるために、第三者の憲

法上の権利を侵害するとするのである。この場合の第三者は法律の文面から適用可能とされる仮定的第三者である。<sup>(39)</sup>

これに対して *jus tertii* は、一個の法律の具体的な適用が、当事者のみならず現実の第三者の権利も巻き込んでこれを侵害しているという場合である。この論文では両者の区別が重要であるとし、主として後者を念頭に議論を展開している。以下これをフォローしよう。

第三者の権利援用が認められる根拠として合衆国最高裁が示しているのは「第三者が自分自身の権利を主張することが不可能であること」及び「当事者と第三者との間に密接な関係」があることの二つがあげられている。例えば、バーロウズ事件（*Barrows v. Jackson*, 346 U.S. 249 (1953)）では、黒人には土地を売却しないという制限協定を結んだ白人が、この制限協定に違反したとして損害賠償を請求された事件で、この白人は第三者である黒人の権利を援用できるとされた。その理由は、裁判所がこの制限協定違反を認定し、損害賠償請求を認めてしまえば黒人の平等権は侵害される。この黒人の権利を擁護できる唯一の者は、当事者の白人であるとしている。<sup>(41)</sup>

また、NAACP事件（*NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, 357 U.S. 449 (1958)）では、法人に対してその構成員のリストを開示することを内容とする裁判所命令が問題になっている。合衆国最高裁は、法人は、第三者である構成員が有する結社の自由を援用することができるとし、この裁判所命令は構成員の修正一条の権利を侵害すると判断した。その理由として、第三者・構成員自らがこの裁判所命令を争えば、その構成員であることが明らかになってしまうから、訴えの提起は不可能であること。そして、この法人と構成員は実務的な意味において一体である *identical* ことがあげられている。すなわち、第三者たる構成員は自分の権利を主張することは不可能であり、第三者の権利を主張する法人とその権利保持者である構成員との間には密接な関連性がある *the close relationship* としたのである。<sup>(42)</sup>

更に、グリズウォルド事件（*Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965)）において、出産を抑制する手段を利用することが犯罪とされ、その

従犯として避妊薬の頒布を禁止する法律を医師が争った事件である。合衆国最高裁は、この医師が、第三者である、避妊薬の提供を受けた者のプライバシーの権利を援用することを認めた。両者の間には、従犯および職業上の関係があり、第三者の権利主張を許さなければこのプライバシーの権利は希薄なものとなってしまうとした。<sup>(43)</sup>

この二つの要素「第三者自身による権利主張の困難さ」及び「当事者・第三者の密接な関連性」を中心に、合衆国最高裁は第三者の権利援用を認めてきた。では、この第三者の権利主張の問題と憲法3条「事件」「争訟」の要件との関係はいかなるものであろうか。本論文では次のように説明している。憲法3条の要件は、当事者が、その法律・政府行為によって、現実又は差し迫った損害を被ったことを主張しなければならない。つまり「司法審査における裁判所の第一の役割は法廷の前にいる私的な当事者の権利について判断することであるから、第三者の憲法上の権利が危険にさらされうるという事実があるだけでは、裁判所の介入を求める正当理由にはならない」。<sup>(44)</sup>

この憲法3条の要件からすると第三者の権利の主張は一切許されないようにも見える。しかしながら、この場合、当事者自身が現実の不利益を主張し、その上で第三者の権利を援用しているのか、それとも自らの損害は主張していないで、専ら第三者の権利を援用しているかの違いが重要である。これについて、例えばタイレストン事件（*Tileston v. Ullman*, 318 U.S. 44 (1943)）では、避妊薬の頒布・使用を制限する法律が問題になり、医師がこの法律が違憲であるとの宣言を求めた。最高裁は、医師は自分の患者の憲法上の権利、すなわち第三者の権利侵害について判断してもらうことはできない、と判断した。この事件では、第三者の権利を援用する前提となる、当事者・医師自身への損害が主張されていなかったことを重視すべきである。すなわち「最高裁は、当事者はどのような請求を行うことが許されるかを判断するに先立って、事件又は争訟が存在しているかどうかを判断すべきなのである」。<sup>(45)</sup>「第三者の憲法上の権利を主張しても、当事者への損害が存在しなければ、事件又は争訟をみだすことはない。」<sup>(46)</sup>としている。

以上、第三者の権利援用については大まかに次のようにまとめることができよう。

まず、三権分立の下、司法審査は避けられない場合に限定してなされねばならず、その結果、法律の憲法判断は、その事件に適用される限りに限定される（適用審査）。このことは、憲法3条「事件又は争訟」の要件と相まって、当事者の権利侵害に限定した審査がなされ、第三者の権利の援用は認められないとの原則が発展していく。

しかしながら、こうした適用審査は厳格に守られたわけではなく、規範を対象に審査する方法（この審査の過程において、仮定的第三者の権利侵害が審査されうる）及び第三者の権利侵害についても審査することが例外として行われてきた。しかしながら、これら第三者の権利侵害についての審査は、適用審査・当事者の権利侵害という「原則」とどのような関係にあるのか十分な理論的説明はなく、ある意味実務先行型で展開してきた。そこで、これをスタンディングの観点から整理する試みがなされてきたのである。

これによれば、第三者の権利そのものを主張することは、憲法3条の要件から認められないが、当事者自身の権利侵害を前提に、その主張を強化・補強する形であれば、第三者の権利を援用できる。そして、いかなる理由からどの範囲の第三者の権利を援用できるかについて「当事者・第三者の密接な関連性」「第三者自身による権利主張の不可能性」等のファクターが示されたのである。

このように、適用審査を原則に、文面審査を例外とし、その例外をスタンディングの議論の中から説明する考え方が一般になった。しかしながら、次に紹介するセドラーは自らの説を改め、第三者の権利侵害の問題をスタンディングの問題として取り上げるのではなく、第三者の権利侵害が当事者自身の実体的権利への侵害をもたらす、あるいはその根拠となっていること、すなわち実体審査の問題であるとしたのである。すなわち、第三者の権利侵害が、何故、当事者の権利侵害及びその勝訴をもたらすに至るのか、その点の説明こそがなされなければならないとするのである。

- (32) See Robert L. Stern, *Separability and Separability Clauses in The Supreme Court*, 51 HARV. L. REV. 76, 77-78 (1937). なお、この考え方が裁判所において最初に支持されたのは、1854年のマサチューセッツ州最高裁の判決が最初であるとされている。この判決では、問題の法律は合憲と違憲の部分に分かれるが、立法者は、あくまでそれらを一塊の法律であることを意図し、その一部が効力を持たないならば、それを切り離して残りの部分を立法しようとはしなかった、そう考えさせるほどに、各部分は相互に密接に結びつき、また依存しているならば、その法律は全体として無効にならなければならないとした (*see id.* at 80)。1つの条文の適用相互間の密接関連性については、クーリー裁判官の指摘をスターンが引用している。1868年の著書の中で、クーリーは、法律はあるクラスの者に適用されれば有効であるが、他のクラスに適用されると無効の場合がある。そこで自分の利益が害されていない当事者が、第三者の権利侵害を主張して法律が無効であると裁判所に判断させてはならない、とする。ただし、一個のまとまりとしてではなければその法律は制定されなかった、及び、ある場合には有効、別の場合には無効と判断されるならばその法律により達成しようとした目的は挫かれてしまう、ということが明らかである場合には例外である、としている (*see id.* at 81-82)。もっとも、実際には、分離不可能・全体無効とすることに裁判所は躊躇し、分離可能の方向でできるだけ解決しようとする傾向があったとされている (*see id.* at 81)。
- (33) 分離可能性の理論が有する欠点、すなわち「密接関連性」「立法者意思の認定」を克服すべく形成されてきたのが、1940年ソーンヒル事件で明らかとされた *overbreadth* 理論である。すなわち、この判決以前においては一個の違憲適用の可能性が、その条文を全体として無効とするかどうかは立法者の意思が基準とされた。しかしこの事件では、立法者の意思に反して、条文が合憲的に適用される当事者がその防御として、第三者の権利侵害を主張することが許されたのである。
- (34) See Note, *Who may Test the Constitutionality of a Statute in the Supreme Court*, 47 HARV. L. REV. 677, 677-78 (1934). [hereinafter cited as *Note 1934*]
- (35) 芦部・前掲注(6)「理論」69頁。
- (36) See *Note 1934*, *supra* note 34 at 677-78.
- (37) See *id.* at 680.
- (38) See Note, *Standing to Assert Constitutional Jus Tertii*, 88 HARV. L. REV. 423 (1974).
- (39) この仮定的第三者の権利援用を認める *overbreadth* 理論は表現の自由規制立法に限定されて用いられている。
- (40) See *id.* at 426.
- (41) See *id.* at 425.
- (42) See *id.* at 426.
- (43) See *id.* at 426. この論文では「密接関連性」について更に詳しく説明している。この関連性が問題になるのは2つある。ひとつは、当事者に法的義務が課せられ、

その義務の履行が第三者の権利を剝奪する場合、もうひとつは、第三者に法的な義務を課すことにより当事者が不利益を受けている場合である。前者の場合、憲法3条の要件は問題にならない。パーロウズ事件では、裁判所が、制限協定違反を理由に損害賠償を認めれば当事者は第三者・黒人に土地を売却することを妨げられ、その平等権を侵害することになる。他方 NACCP 事件では、法人がメンバーリストを提出する義務を果たせば、メンバーの結社の自由が侵害されてしまう。いずれのケースも、第三者の権利を援用させずに当事者に義務を履行させれば、第三者の権利は価値の薄いもの・希釈されてしまう関係にある。

後者の例として、ピアース事件が上げられている。この事件では刑事責任を背景に、両親に、その子供を公立学校に通わせる義務を負わせていることが問題になった。当事者・私立学校は、この法律を、第三者・親の権利を援用することによって争うことが認められた。親は、子供を私立学校に通わせる権利があり、この権利は私立学校の存在に依存している。一方、私立学校も、学生が通わなくなったらこれを閉鎖せざるを得ず、こうなれば親の権利行使は不可能になる、という関係にあるのである。See *id.* at 431-434.

(44) See *id.* at 429.

(45) See *id.* at 430.

(46) See *id.* at 431.

## 第5章 第三者の権利侵害から当事者の権利侵害へ

### 1 当事者の勝訴と第三者の権利援用 セドラー

セドラーはまず、第三者の権利侵害に関して従来考え方を整理し、第三者の権利が問題になるケースを2つに分ける。カテゴリー1は当事者に適用された場合には合憲だが、第三者に適用されると違憲であると主張する事件。この場合、文面攻撃を行うことになり、自分の行為への具体的な適用ではなく、その法律の文言が第三者の憲法上の権利を侵害しているかが判断される。これについては、修正1条の表現の自由への萎縮効果を重視してなされる文面審査、*overbreadth*の理論が存在する。修正1条の領域以外では、分離可能性に着目して、第三者に適用された場合の権利侵害についての判断がなされる。

カテゴリー2は、当事者の権利のみならず、同時に第三者の権利が侵害されていると主張している事件。例として、中絶規正法によって起訴された医師が、この法律の執行は自分だけでなく患者の権利も侵害するという場合で

<sup>(47)</sup>ある。そして、第三者の権利援用が許されるために最高裁が示してきたファクターは4つに整理される。①当事者の利益、②主張されている権利の性質、③当事者と第三者の関係、そして、④第三者自身による権利主張の可能性である。<sup>(48)</sup>③と④が特に重要である。

しかしながらセドラーは、この4つの視点からの分析に疑問を呈するのである。すなわち、スタンディングは、本来、具体的な法律や執行行為を裁判において争う適格の問題である。他方、第三者の権利援用は、法廷に適切に存在する当事者が、本案において勝訴するために、自分の請求・防御の中に第三者の権利の問題を含めようとするのである。すなわち、第三者の権利援用において問われているのは、第三者の権利を提起することによって「本案における当事者の請求を強化することが許されるのか」という問題である。<sup>(49)</sup>

このように、セドラーは、第三者の権利援用の問題は、当事者が本案において勝訴するためにこれらを主張できるか、であり、当事者が、第三者の権利を法廷において主張するにふさわしい者かどうかの問題ではないとする。そしてその第三者の権利への侵害が存在するかどうかの判断そのものは意味がない。第三者の権利侵害が何ゆえ当事者を勝訴せしめるのか、その点こそが分析されなければならない、とするのである。

すなわち、一定の要件を満たして当事者が第三者の権利を援用し、その侵害が認定されたとしても、そのことは当事者の勝訴には結びつかない。法律はそれぞれの個人に異なった影響を与えるから、第三者に適用された場合に違憲であったとしても、そのことは当事者に適用された場合に違憲になるとは言えないからである。

こう考えると、最高裁が、第三者の権利援用が認められるために形成してきた4つのファクターのうち「第三者自身ではその権利侵害を裁判に持ち出すことが困難」及び「その権利を擁護するにふさわしい関連性ある当事者」は、当事者の勝訴すなわち当事者の権利がその法律によって侵害されていることを示すためには一切かかわりのないファクターである。したがって、第三者の権利援用を考える場合にこの2つは意味をなさないとするのである。<sup>(50)</sup>

そこで、セドラーは、「当事者の勝訴に第三者の権利侵害を結びつける理論」が考察されなければならないとする。これについて、最高裁はかなり限定された場面ではあるが文面審査、すなわち当事者への適用ではなく、法律の文言に着目して憲法判断を行い、その際に、仮定的な第三者の権利侵害について検討してきた。しかし、セドラーはこの文面審査においても、仮定的第三者の権利侵害の有無が問題とされるのではなく、あくまで当事者自身の実体的権利への侵害をその法律がもたらしているかという観点から検討されなければならないとする。これについて以下セドラーの見解を紹介しよう。

### （１）分離不可能の理論と当事者の実体的権利

最高裁の分離可能性の理論は「法律が分離不可能で、その適用のどれかが違憲であるならば、当事者の行為に適用可能な有効な法律は存在しない…分離不可の法律はいずれかの適用において違憲であれば、有効に適用される余地は決してないの<sup>(51)</sup>である」とする理論である。これにより当事者は、第三者への適用が違憲であること、及び、分離不可であることの2つを主張することによって、法律を絶対的に無効（void in toto）とすることができ、このことによって法律の適用を免れることができるのである。

こう考えると、分離可能性及び第三者の権利侵害の主張は、法律の全体無効を引き出すための手段であり、この主張が認められるのは「全体無効の法律によって不利益を受けることがない、当事者自身の実体的権利」への侵害の有無が法廷で問題になっていると見ることができる<sup>(52)</sup>。すなわち、分離不可能かどうかを問題とする文面攻撃は、当事者自身の実体的権利への侵害の有無を裁判所によって判断してもらうことであり、第三者の権利への言及はこの実体的権利侵害の有無を認定するための手段ないし前提である。「法律が分離不可であり、第三者への適用において違憲である場合、当事者は無効の法律の下で制裁を受けない彼自身の実体的権利を主張できるので、その文面攻撃は奏効することになるのである」<sup>(53)</sup>。

## (2) 第三者の権利侵害と当事者の権利制限への正当理由

カテゴリー2の場合も、法律ないし執行行為は、当事者の憲法上の権利を侵害していたかどうかという観点から分析できる。これについては、当事者の権利は正当理由がなければ制限されない。この正当理由を判断する中で、第三者の権利侵害について議論するのである。この例として、グリズウォルド事件が引用され、避妊薬の頒布を、その使用を犯罪とする従犯として処罰することが問題になっていた。「デュープロセス理論によって、州は、その行為のためには適切な正当理由 *legitimate justification* を有することを求められ、市民は、このような正当理由なく、自分の行為を犯罪とされることから自由であるデュープロセスの権利を有している。避妊薬の使用を犯罪とすることが正当ではなかったとすれば、その従犯に当たる行為を犯罪とすることもまた不適切であったに違いない<sup>(54)</sup>」。

アイゼンシュタット事件 (*Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972)) では、マサチューセッツ州法が、資格を有する医師が「既婚者」に提供する以外は、避妊薬の頒布を禁止していたところ、医師ではない被告人が起訴されたことが問題になっている。最高裁はこの法律が、未婚者の、すなわち第三者の平等権が侵害されているとして法律を無効と判断した。しかしながら、2名の裁判官の補足意見は、第三者の権利ではなく、被告人自身の権利に基づいて勝訴できるとしている。すなわち、避妊薬頒布は実体的デュープロセスによって保護されている自由の一部であり、その制約が許されるとすれば、それが正当な政府利益を促進する限りにおいてのみであるが、この事件ではこの正当理由は存在していないのである<sup>(55)</sup>。

このセドラーの見解においては、適用審査の原則に対して、文面審査をどのように位置づけるかについてかなり説得力のある説明がなされていると思われる。すなわち、憲法に明文なく、また三権分立の制約の下にあって、なお司法審査が許されるのは、「法律の幅」「事実による法律の意味の確定」「上位規範に基づく当事者の事件の解決」等の理由から、適用審査型の司法審査が形成されてきた。この基本的な考え方に沿ってセドラーは、当事者の

憲法上の権利侵害の有無が裁判所によって確かめられ、その際に第三者の権利侵害もリンクさせることができる場合があるとの視点を提供しているのである。

もっとも、当事者の権利侵害を明確にするために第三者の権利援用を議論し、これを当事者の権利侵害のひとつの根拠とする考え方にはなお疑問がある。第三者の権利侵害を契機として侵害されるとする当事者の憲法上の権利が、かなり人為的でこじつけに見えることである。また、司法審査において、法の意味を「事実」に則して、「適用ごと」に明らかにすること自体は認められるとしても、果たしてそれだけが裁判所において許された方法であろうか。より抽象的、客観的に法律の意味を捉えることは一切許されないのだろうか。このセドラーの事実依存型の司法審査に対して、法律の客観的な解釈からサブ・ルールなるものをまず示し、司法審査を展開させようとするのがモナハンである。このサブ・ルールの考え方はわかりにくいだが、実は日本の最高裁において、法律の憲法判断を求められた場合にとられる一般的な方法と共通しているようにも見える。日本の最高裁は、具体的事件の中で法律の憲法判断を求められるとまず、その法律の意味を憲法に照らして明らかにし、その明らかにされた法律を当事者に当てはめようとする。モナハンも、その当てはめの前段階である法律の意味の確定、法律解釈をサブ・ルールとし、その適用から自由である憲法上の権利を当事者に認めようとするのである。以下、モナハンの見解を紹介する。

## 2 当事者に適用されるサブ・ルール モナハン

彼はまず伝統的な憲法上の争いが、訴訟当事者自身の権利侵害を法律がもたらしていることが主張されなければならないとする。すなわち、訴訟当事者に適用された場合にのみ争うことができることを確認する。訴訟当事者の行為が保護されているかどうかのみを裁判所は問題にするのである。そして多くの論者も、伝統的な憲法上の争いは、事実に依存する権利の請求 *fact-dependent claims of privileges* に限定されていることを当然の前提とし

てきた。

ところで、この法律の適用のプロセスを分解してみると、裁判所は法律を憲法上許される範囲に限定して解釈し、次に当事者の行為の事実に当てはめる。彼はこの解釈によって得られた法律の内容をサブ・ルールとして、具体的事件において当事者に適用されるのはこのサブ・ルールであるとする。彼はこのサブ・ルールの正当性を、自分自身の行為自体が憲法上の保護を受けているかどうかとは関わりなく、また、たとえ自分の行為は憲法によって保護されていなかったとしても、裁判において主張できるとする。「訴訟当事者は、憲法上正当なルールに従って自分の行為を判断してもらうことを主張することが許されている。…適用されるルールの内容への攻撃は当事者の置かれている状況に関する事実とは無関係に行われる。…ルールそのものが正当<sup>(57)</sup>であるべきを主張するのである」。

では、自分の行為が憲法によって保護されているかとは関わりなく、適用されるルールの正当性を裁判所によって判断させるものは何か。これについて、モナハンはず、<sup>(58)</sup>「分離不可」の理論をあげる。多くの法律は正当及び不当の2つの適用の可能性がある。それにもかかわらず、法解釈の結果、「分離不可」と判断されれば合理的で予想可能なありとあらゆる適用が正当と判断されない限りは無効になる。この無効の法律によって、不利益を受けない当事者の権利が、<sup>(58)</sup>当事者の行為が保護されているかに関わらず、存在するとするのである。同様の位置づけを与えられるのが、overbreadth 理論である。この理論のもとでは、裁判所は具体的な事実の状況から法律の憲法判断を行うのではなく、その状況に適用されるルールの文面上の正当性を審査してきたのである。<sup>(59)</sup>

こうして、モナハンは、当事者は自分に適用されるルール自体の全体無効を求める権利が認められてきたとする。そしてそのための具体的な方法が「分離不可」「overbreadth」「vagueness」であったとするのである。

(47) See Robert A. Sedler, *The Assertion of Constitutional Jus Tertii: A Substan-*

*tive Approach*, 70 CAL. L. REV. 1308, 1310 (1982).

- (48) *See id.* at 1311.
- (49) *See id.* at 1315-16.
- (50) *See id.* at 1320-21.
- (51) *See id.* at 1323.
- (52) *See id.* at 1323 n.44.
- (53) *See id.* at 1326.
- (54) *Id.* at 1330.
- (55) *See id.* at 1331-32.
- (56) *See* Henry P. Monaghan, *Overbreadth*, 1981 SUP. CT. REV. 1, 4-5.
- (57) *Id.* at 8.
- (58) *See id.* at 10.
- (59) *See id.* at 11.

## まとめ

以上、アメリカにおける司法審査について学説の展開をまとめてきた。憲法の示す価値を、民主政の基盤を有する議会が時代に即して法律という形で第一次的に実現し、裁判所は、この法律を、具体的事件における争訟の解決を目的として見直す。このような司法審査の枠組みから考えれば、やはり、適用審査の原則は動かないよう思われる。しかしながら、司法審査は、当事者の憲法上の権利侵害のみに限定してなされてきたわけではない。当事者の事実を離れて、客観的な規範のレベルで、法律と憲法の関係が議論されてきたし、その際には第三者の権利侵害の有無についても審査がなされてきた。このように現になされてきた規範に対する審査を、適用審査の原則にどのように位置づけるのか難しい問題である。本稿において紹介したセドラー及びモナハンはこの問題に正面から取り組んでいるが、いまだ十分な分析はなされていないようである。

それにもかかわらず、適用審査と文面審査のいずれがとられるかによって、対象となる同一の法律の違憲・合憲、有効・無効の結論に違いが生ずることは十分に考えられる。日本においては、まず、両審査方法の違いを意識し、そこからいかなる場合にいずれの審査方法がとられるのか整理分析される必

要があるといえよう。