

# 憲法判断の対象と範囲について (適用違憲・法令違憲)

近時のアメリカ合衆国における議論を中心に

青 井 未 帆\*

## 目 次

- はじめに
- 描写と整理
- 1 背景
- 2 意味の変化
  - (1) 適用上の訴え
  - (2) 文面上の訴え
- 3 今日の判例動向
  - (1) 妊娠中絶規制(1)
  - (2) 妊娠中絶規制(2)
  - (3) 適用上の訴えへの選好
  - (4) 文面上の訴えへの非好意的な態度
- 4 学説
  - (1) Michael C. Dorf
  - (2) 概観
- 5 小括

---

\* 成城大学法学部准教授(憲法学) e-mail: maoi@seijo.ac.jp

本稿テーマに関する報告の機会を「憲法問題研究会」、「アメリカ憲法理論研究会」、そして「信州大学スタッフセミナー」などで与えていただき、ご出席の先生方より有益なコメントやアドバイスを多数たまわった。ここに記し心より感謝の意を表したい。

検討

- 1 高橋和之の分析枠組み
- 2 文面上の判断への傾き
  - (1) Matthew D. Adler
  - (2) Richard H. Fallon, Jr.
- 3 審査の基準（・法理テスト）
- 4 「事実」の扱い
  - (1) 「客観的」・「一般的」な審査
  - (2) 審査の基準と「事実」
- 5 小括  
おわりに

## I はじめに

平成 19 年の暴走族追放条例最高裁判決<sup>1)</sup>では、当該事件で争われた「行為」と罰則規定の不明確性や広範性など「条例の文面」と、どちらに注目すべきかについて、裁判官の間で考え方に違いが見られた。藤田裁判官反対意見及び田原裁判官反対意見が後者に比重をかけていた<sup>2)</sup>のに対し、堀籠裁判官補足意見は後者の判断をなすことに消極的な姿勢<sup>3)</sup>を明らかにしていたのであった。

---

1) 最大判平成 19 年 9 月 18 日刑集 61 巻 6 号 601 頁。

2) 藤田反対意見は、その理由として、主張しうる違憲事由の範囲に制約はないこと、行為についての判断を制定法についての判断に先行せしむべきものでもないこと、そして仮に過度の広範性の故に処罰根拠規定自体が違憲無効とされれば、被告人は違憲無効の法令によって処罰されるので、「本条例につきどのような解釈を採ろうとも被告人に保障されている憲法上の正当な権利が侵害されることはない」ということはできないことを挙げている。

そして田原裁判官が、制定法文面における判断を重視する理由は、精神的自由の脆さと萎縮の効果のおそれにある。

3) 堀籠裁判官は、被告人の本件行為は本条例が規制しようとした典型的な行為なのであって、「本条例についてどのような解釈を採ろうとも、本件行為が本条例に違反することは明らかであり、被告人に保障されている憲法上の正当な権利が侵害されることはない」として、罰則規定の不明確性や広範性を理由に被告人を無罪とすることへの心理的抵抗感を記す。その上で、文面における一般的な判断の結果として違憲（被告人は無罪）とする前に、本条例が本来規制の対象としている「集会」に焦点をあて、合理的な限定解釈が可能であるかを吟味すべきと述べている。

またわが国の最高裁が、郵便法違憲判決<sup>4)</sup>、在外邦人選挙権違憲判決<sup>5)</sup>、国籍法違憲判決<sup>6)</sup>という近時の3つの判決で示した手法、すなわち問題となった規定の一部を違憲とする手法（部分無効）は、「最近の革新<sup>7)</sup>」として注目されている<sup>8)</sup>。それまで出されてきた法令違憲判決が、問題となった規定そのものを違憲としたのと比べ<sup>9)</sup>、大きな特徴を画しているのである。

具体的には、郵便法違憲判決では郵便法 68 条および 73 条の意味の一部が違憲とされ<sup>10)</sup>、在外邦人選挙権違憲判決では改正後の公職選挙法について、同法附則 8 項の規定のうち、在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間は両議院の比例代表選出議員の選挙に限定する部分が違憲とされ、そして国籍法違憲判決では、国籍法 3 条 1 項が父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したことをもって日本国籍取得に区別を生じさせている点が違憲とされた<sup>11)</sup>のだった。

4) 最大判平成 14 年 9 月 11 日民集 56 卷 7 号 1439 頁。

5) 最大判平成 17 年 9 月 14 日民集 59 卷 7 号 2087 頁。

6) 最大判平成 20 年 6 月 4 日民集 62 卷 6 号 1367 頁。

7) 宍戸常寿「司法審査 『部分無効の法理』をめぐって」法時 81 卷 1 号（2009 年）76 頁以下、76 頁。

8) 宍戸・前掲（注 7）の他、上村貞美「部分違憲について」名城ロースクール・レビュー 12 号（2009 年）61 頁以下など。

9) 最大判昭和 48 年 4 月 4 日刑集 27 卷 3 号 265 頁（尊属殺重罰規定違憲判決）、最大判昭和 50 年 4 月 30 日民集 29 卷 4 号 572 頁（薬事法距離制限条項違憲判決）、最大判昭和 51 年 4 月 14 日民集 30 卷 3 号 223 頁・最大判昭和 60 年 7 月 17 日民集 39 卷 5 号 1100 頁（議員定数不均衡違憲判決）、最大判昭和 62 年 4 月 22 日民集 41 卷 3 号 408 頁（森林法分割制限規定違憲判決）。

10) 郵便法 68 条及び 73 条の規定のうち、「書留郵便物について、郵便業務従事者の故意又は重大な過失によって損害が生じた場合に、不法行為に基づく国の損害賠償責任を免除し、又は制限している部分」と、郵便法 68 条及び 73 条の規定のうち、「特別送達郵便物について、郵便業務従事者の軽過失による不法行為に基づき損害が生じた場合に、国家賠償法に基づく国の損害賠償責任を免除し、又は制限している部分」が憲法 17 条に違反すると判断された。

11) 本判決が郵便法判決と同様の意味上の部分違憲であるのか、それとも文言上の部分無効であるのかという点について、宍戸・前掲（注 7）80 頁は後者と捉える。これに対して、長谷部恭男『憲法の境界』（羽鳥書店、2009 年）71 頁及び脚注 27 は、前者（「法廷意見の想定するベースラインに至るまでの同項の意味内容の可分な一部を違憲・無効」）と解する。

いずれにせよ判決の手法は、宍戸・前掲（注 7）80 頁のいうように「法律の規定から出発するのではなく、むしろ実体的な憲法の解釈を先行的に明示した上で、その解釈に合わせて法律の規定を違憲の部分とそうでない部分に切り分けている」のであり、本稿の関心からいえば、憲法適合性判断を経た「救済局面」での一方法として、全面無効ではなく部分無効が選択されていることが興味深い。

これらの判例により、「憲法判断と特定当事者との関係」や「『違憲』の意味」、そして「裁判所が『違憲』とする範囲」という、憲法判断の対象と範囲をめぐる問題は、目下、新たな素材を与えられて、議論の深化への足掛かりを得ているように思われる<sup>12)</sup>。

実は時を同じくして、長らくわが国の憲法訴訟論の参照国であったアメリカでも、この問題は新たな局面を迎えつつあるところである。ロバーツ・コートが再三に亘り「文面上の訴え (facial challenge)」に対する非好意的な態度と、「適用上の訴え (as-applied challenge)」の選好を明示してきており<sup>13)</sup>、「古い議論をバイパスして『救済への転回 (turn to remedy)』をする<sup>14)</sup>」動向が指摘されている。そしてたとえば、HASTINGS LAW JOURNALで「ロバーツ・コート：適用上の訴えを文面上の訴えから区別する<sup>15)</sup>」というテーマのシンポジウムが組まれるなど、学説の活性化が見られ、また下級審判例でもこの争点に留意されるようになってきているのである<sup>16)</sup>。

12) 本稿と同じような認識に立っていると思われる論考として、山本龍彦「文面上判断、第三者スタンディング、憲法上の権利 裸足のダンサーが酒場で踊る」慶應義塾大学法学部編『慶應の法律学 公法Ⅰ』(慶應義塾大学出版会, 2008年) 361頁以下〔以下, [山本・2008]とする〕がある。なお、山本龍彦「違憲審査理論と権利論」大沢秀介・小山剛編『東アジアにおけるアメリカ憲法』(慶應義塾大学出版会, 2006年) 399頁以下も参照。

13) 後述するように(Ⅱ 2など), これはロバーツ・コート下での「急転的」な動きというわけではない。たとえば2005年の論文においても、「連邦最高裁毎開廷期において最も熱く議論される憲法問題の多くが、文面上・適用上判断の間の選択を含んでいる」と指摘されていることを、一つの例証として挙げておこう (David H. Gans, *Strategic Facial Challenges*, 85 B.U.L.REV. 1333, 1334 [2005])。

14) Kevin C. Walsh, *Frames of Reference and the “Turn to Remedy” in Facial Challenge Doctrine*, 36 HASTINGS CONST.L.Q. 667, 669 (2009) (そのような近時の動向を肯定的に評価している)。なお、ここにいう古い議論とは、本稿が後ほど扱う *United States v. Salerno*, 481 U.S. 739 (1987) や *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) をめぐるそれを指している (Ⅱ 1参照)。

15) Symposium, *The Roberts Court: Distinguishing As-Applied Versus Facial challenges*, 36 HASTINGS CONST.L.Q. 563 (2009)。

16) Gillian E. Metzger, *Facial and As-Applied Challenges Under the Roberts Court*, 36 FORDHAM URB. L.J. 773, 784 n.48 (2009) [hereinafter, Metzger, *As-Applied*]。そこで例示されている判例は次の通りである。 *Warshak v. United States*, 532 F. 3d 521, 528-531 (6th Cir. 2008); *Richmond Med. Ctr. v. Herring*, 527 F. 3d 128, 146-48 (4th Cir. 2008); *N.C.Right to Life, Inc. v. Leake*, 525 F. 3d 274, 285-86, 300-01 (4th Cir. 2008); *Northland Family Planning Clinic, Inc. v. Cox*, 487 F. 3d 323, 333-35, 339-40 (6th Cir. 2007)。

しかしながら以上のような活性化における障壁と思われるのは、＜憲法判断の対象と範囲＞に関して、いかなる概念をいかなる用語によって指すが、いずれの国でも必ずしも明らかではない点である。おそらく、アメリカでの現在の用法からすると、日本の最高裁が下した近時の三つの違憲判決は「適用上の違憲判決」と言い表すことのできる可能性がある。しかし、それは「文面上の違憲判決」と位置付けられるかもしれない。どちらとされるかは、おそらく文脈によろうが、いずれとしても誤りではないと思われる。そして、日本の学説でたとえば高橋和之のターミノロジーでは、これらは適用上の判断ではなく文面上の判断がなされている例であろうし<sup>17)</sup>、今日のが国の学説では一般的に、法令違憲の中の一つの形式<sup>18)</sup>、「合憲解釈と適用違憲のちょうど中間点に位置する<sup>19)</sup>」という理解であろう。

用語の使用をめぐる分かり難さは、用語の意味の不分明さにも起因している。アメリカでは、「適用上の訴え」・「文面上の訴え」という、訴訟人のなす「訴訟選択 (a litigation choice)」の問題のために「事件を解決するにあたり裁判所が用いるメソッドについて語るところがない」はずの用語と<sup>20)</sup>、文面上無効 (void on its face)、適用審査 (as-applied scrutiny) などの、裁判所の審査の方法や判断のありように着目する用語が、不明確な区別のもとで使われている。日本ではこの用法はなくであり、これらにつきおおかた、「適用審査・文面審査」、「適用違憲・法令違憲」という言葉が通常使われているものの、それらの間での混乱が見られるところである。たとえば適用審査が適用違憲を、文面審査が法令違憲を導くという1対1対応の想定も見られる<sup>21)</sup>。

17) 高橋和之『憲法判断の方法』(有斐閣, 1995年)3頁〔以下, [高橋・1995]とする〕。

18) 上村・前掲(注8)61頁, 藤井俊夫「国籍法違憲判決の意義と課題」千葉大学法学論集23巻1号(2008年)245頁以下, 259頁。

19) 六戸・前掲(注7)76頁。

20) Luke Meier, *A Broad Attack on Overbreadth*, 40 VAL. U.L. REV. 113, 126 (2005).

21) 一般的に、適用審査と文面審査は、司法事実を前提とするかどうかで区分されている。そこで、本文で述べたような1対1対応の想定をする場合には、「司法事実を前提にした審査の結果として法令の規定を違憲とする場合」を、法令違憲とはいえなくなってしまうはずである。したがって、そのような想定は、通常は論理矛盾を引き起こす原因となる傾向がある。

このように<憲法判断の対象や範囲>をめぐる議論は、日米いずれにあって  
も論理明快というには程遠い。アメリカでも「手短かにいえばこの領域の法は、  
めちやくちゃである<sup>22)</sup>」、適用上の訴えという「ターミノロジーは、助けにな  
るというよりも、むしろ混乱を招くもの<sup>23)</sup>」などの認識が広く共有されてい  
る<sup>24)</sup>。そして、わが国でこの領域は議論の蓄積が比較的薄いところの一つであ  
り<sup>25)</sup>、論議が錯綜する傾向が観取される<sup>26)</sup>。

本稿筆者は、先に「憲法訴訟論 付随的違憲審査制と『憲法上の権利』の救  
済<sup>27)</sup>」という小論(以下、前稿とする)で、アメリカに見られる混乱状況の原

---

22) Edward A. Harnett, *Modest Hope for a Modest Roberts Court: Deference, Facial Challenges and the Comparative Competence of Courts*, 59 SMU L. REV. 1735, 1751 (2006)

23) Michael C. Dorf, *Facial Challenge to State and Federal Statutes*, 46 STAN.L.REV. 235, 294 (1994).

24) ほかに、Caitlin E. Borgmann, *Holding Legislatures Constitutionally Accountable Through Facial Challenges*, 36 HASTINGS CONST.L.Q. 563, 569-70 (2009) (「最高裁は一つの言葉によって分析的に独立した複数の概念を指すことを通じて、混乱を増長している」); Metzger, *As-Applied*, *supra* note 16, at 785 (「適用上の訴えが一体何を意味するのか、明らかではない。極めて『文面』的なものもありうる」)など。

用法における混乱を示唆する印象的な例として、たとえばある地方裁判所判決は、自らの裁定が果たして文面上のそれなのか、それとも適用上のそれなのか「分からない(I do not know)」として、他の人の解釈するところに委ねると述べている(Carhart v. Ashcroft, 331 F. Supp. 2d 805, 1042-47 (D. Neb. 2004)).

25) 先行業績としてたとえば、青柳幸一「法令違憲・適用違憲」芦部信喜編『講座憲法訴訟第3巻』(有斐閣, 1987年)3頁以下、芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』(有斐閣, 1981年)[特に「憲法訴訟の理論と技術」]、市川正人「適用違憲に関する一考察 アメリカ合衆国最高裁の『適用上違憲』判決をめぐって」佐藤幸治・初宿正典編『人権の現代的諸相』(有斐閣, 1990年)309頁以下〔以下、[市川・1990]とする〕、市川正人「文面審査と適用審査・再考」立命館法学 321・322号(2008年)21頁以下〔以下、[市川・2008]とする〕、上村貞美「違憲判断の方法について」名城法学 57巻1・2号(2007年)51頁以下、上村・前掲(注8)、君塚正臣「適用違憲『原則』について 猿払事件を端緒とする再検討」横浜国際経済法学 15巻1号(2006年)1頁以下、宍戸・前掲(注7)、[高橋・1995]、時国康夫『憲法訴訟とその判断の手法』(第一法規, 1996年)、永田秀樹「西ドイツにおける法律の憲法判断の方法」大分大学経済論集 33巻3号(1981年)86頁以下、永田秀樹「適用違憲 法令違憲との異同と問題点」法教 125号(1991年)38頁以下〔以下、[永田・1991]とする〕、永田秀樹「適用違憲の法理」ジュリ 1037号(1994年)212頁以下〔以下、[永田・1994]とする〕、藤井俊夫『憲法訴訟の基礎理論』(成文堂, 1981年)、[山本・2008]など。

26) 上村・前掲(注25)[違憲判断の方法について]53頁。

27) 安西文雄ほか『憲法学の現代的論点(第2版)』(有斐閣, 2009年)191頁以下。

本稿は前稿の脚注3で準備中と記した論考の一つである。なお本稿脚注173も参照

因の一つは用語の意味の変化にあるとして理論的な整理をなし、わが国での議論にも利用可能な概念枠組みの提示を試みたが、紙幅の都合でラフなスケッチに止まっていた。本稿の目的は、その後の研究の進展を踏まえつつ、前稿で示した議論の論証と補強をなすことにある<sup>28)</sup>。

本稿の構成は以下の通りである。II では前稿での整理を基礎に置きながら、問題状況の描写と整理をなす。その際には近時の展開を主たる考察対象としている。次いで III で判例と学説を検討・分析し、＜憲法判断の対象や範囲＞をめぐる問題へのアプローチの枠組みを、試論的にではあるが、示すこととしたい。

## II 描写と整理

### 1 背景

本稿が主に注目する今日的な動向（II 3）の前提として、これまでの議論の展開を、本節で概観しておく。

付随的違憲審査制とは、具体的な事件に付随して違憲審査がなされる制度であり、このことに由来して形成されてきた原則がある。そのような伝統的原則を明らかにしているとして、しばしば引用される、United States v. Raines<sup>29)</sup>を取り上げて確認しよう<sup>30)</sup>。

本件では、1957年市民権法（Civil Rights Act of 1957）、42 U.S.C.S. §1971 (a) (c) の合憲性が争われたが、問題となったのは、自らの行為に対して当該法が合憲的に適用される場合に、第三者に対して違憲的に適用される可能性に基づ

されたい。

28) なお、関連する本稿筆者の既刊文献としては、「選挙権の救済と国家賠償法 立法不作為の違憲を争う方法として」信州大学法学論集 9 号（2007 年）115 頁以下、「憲法訴訟・憲法判断について考える」信州大学経済学論集 58 号（2008 年）25 頁以下、「憲法判例の変更」『憲法の争点』（有斐閣、2008 年）288 頁以下、「立法不作為の国家賠償請求訴訟対象性・再論 権限規範と行為規範の区別をふまえて」信州大学法学論集 12 号（2009 年）1 頁以下がある。

29) 362 U.S. 17 (1960)（人種を理由に投票権に制約を加える如何なる者をも告訴できるよう権限を政府に与えている 1957 年投票権法の、憲法修正 15 条適合性が争われた事案）。

30) 本判決の邦語文献として「不必要な憲法判断回避に役立つ諸原則」ジュリ 248 号（1962 年）32 頁以下、芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣、1973 年）86 - 90 頁。

く主張をなしうるかであった。連邦最高裁は、現実の争訟における訴訟当事者の法的権利を判断する場合においてのみ違憲無効と判示しうること、その際には次の二つのルールに縛られることを明らかにした。すなわち、事前に憲法問題を予期してはならない、面前の事実が要求するよりも広いルールを形成してはならない、である<sup>31)</sup>。法令を違憲と攻撃しうる者は当該法令が自己に違憲に適用される者であり、そのほかの事実状況における違憲的な適用は、裁判所の判断対象ではないとの原則が明らかにされたのである<sup>32)</sup>。

もっとも、これは原則であって、*Raines* 自体も幾つかの例外を列記している。そのうちの 하나가「言論の自由に抑圧的な結果をもたらす場合」であり、表現の自由の性質に鑑みた例外たる<sup>33)</sup>、修正1条 overbreadth 法理(以下、FAO とする)<sup>34)</sup>である。

*Raines* にも挙げられている *Thornhill v. Alabama*<sup>35)</sup> が FAO のリーディングケースである<sup>36)</sup>。この法理は典型的には<sup>37)</sup>、「自らの行為は憲法上の保護の対

---

31) *Raines*, 362 U.S. at 21. なおこれは *Liverpool, New York & Philadelphia S. S. Co. v. Commissioners of Emigration*, 113 U.S. 33, 39 (1885) で明らかにされたルールである。

32) この第三者主張適格をめぐる法語文献として、たとえば、芦部・前掲(注30)55頁以下、安念潤司「憲法訴訟の当事者適格について」芦部先生還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』(有斐閣, 1985年)359頁以下、市川正人「憲法訴訟の当事者適格(一)~(三・完) 第三者の憲法上の権利の主張をめぐる」民商法雑誌91巻4号(1985年)506頁以下, 5号(1985年)756頁以下, 6号(1985年)860頁以下, 市川正人「憲法訴訟の当事者適格・再論」佐藤幸治先生還暦記念『現代立憲主義と司法権』(青林書院, 1998年)625頁以下, 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』(日本評論社, 1984年)138頁以下, 渋谷秀樹『憲法訴訟における主張の利益』(大阪府立大学研究叢書, 1988年), 時国・前掲(注25)203頁以下[「違憲の争点を提起する適格」], 藤井俊夫「憲法上の争点の主張」法セミ増刊『憲法訴訟』(日本評論社, 1983年)176頁以下, 野坂泰司「適正手続の保障と第三者の権利の主張 第三者所有物没収違憲判決」法教297号(2005年)65頁以下, など。

33) 修正1条に限定されるという判例としては, *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747, 769 (1982); *Schall v. Martin*, 467 U.S. 253, 269 n.18 (1984); *Massachusetts v. Oakes*, 491 U.S. 576, 581 (1989); *Virginia v. Hicks*, 539 U.S. 113, 119 (2003)など。

34) *See e.g. Broadrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601 (1973); *Erznoznik v. City of Jacksonville*, 422 U.S. 205 (1975); *Young v. American Mini Theaters Inc.*, 427 U.S. 50 (1976).

35) 310 U.S. 88 (1940).

36) また、本法理についての邦語文献としては、たとえば、芦部・前掲(注30)93-101頁, 佐藤・前掲(注32)180頁以下, [高橋・1995]123-44頁, 時国・前掲(注25)77頁以下[「合憲解釈のアプローチ」], 113頁以下[「広汎に失する法の禁圧効(chilling effect)と文言上違憲(void on its face)の判断」], 藤井俊夫「過度の広



象ではないが、当該制定法は overbroad に過ぎ、修正 1 条により保護される行為をもその範囲に多数含んでいるから文面上違憲である」との主張を、裁判所に許容させるものである<sup>38)</sup>。上述した伝統的法理への例外であるために、FAO は「強い薬であり……めったに認められず、最後の手段としてのみ用いられる<sup>39)</sup>」とされ、1970 年の student note によって「より新しく、より攻撃的な(審査の)方法<sup>40)</sup>」と性格付けられていた。また今日でも、少なくとも依然として例外たる特別な地位は保ち続けており<sup>41)</sup>、判例法理としては定着しているといえよう<sup>42)</sup>。

さて、伝統的立場について、より近時の判例である *United States v. Salerno*<sup>43)</sup> を契機に、議論は様相を変化させている。というのも、*Salerno* は文面上の訴えの可能性を、極めて限定的に捉える理解を示したからである。本件で合憲性が争われたのは保釈改革法 (Bail Reform Act of 1984) の 18 U.S.C.S. 3141 et seq. であり、これは、特定の場合には被疑者が他者や地域に危険を及ぼすとの

---

汎性の理論および明確性の理論」芦部信喜編『講座憲法訴訟第 2 巻』(有斐閣, 1987 年) 347 頁以下、宮原均「Overbreadth 理論の表現の自由を規制する立法への適用」大学院研究年報(中央大学)第 15 号 I - 1 (1986 年) 81 頁以下、宮原均「オーヴァーブロードス (overbreadth) 理論の新展開」法学新報 93 巻 3・4・5 号 (1986 年) 77 頁以下など。

37) [高橋・1995] 165 頁は、従来は本人の行為の憲法上の地位とは関係ないルールであったのが、射程を限定する傾向に直面して、本人の行為が憲法上の保護の対象でない場合へと限定されていった旨を指摘している。なお同 46 頁も参照。

38) See generally, Richard H. Fallon, Jr., *Making Sense of Overbreadth*, 100 YALE L.J. 853, 858-59 (1991).

39) *Broadrick*, 413 U.S. at 613.

40) Note, *The First Amendment Overbreadth*, 83 HARV. L. REV. 844, 845 (1970).

41) 2008 年の *United States v. Williams*, 128 S.Ct. 1830 (2008) でも、請求は認められなかったものの、FAO 自体は確認されている。

42) FAO は過去半世紀に亘る実践ゆえに定着した法理といえるだろうが、批判もなされている。理由としては、たとえば 本来訴えうる地位にはない者に違憲の主張を許す点において、何人に対しても違憲を訴え出ることを許すのと同型なのであって、伝統的な司法観を揺るがせる力を秘めている、可罰性の高い行為をした者の方が、本文でも引用した表現でいう「強い薬」である強い武器を手に入れられるとなるため、異論の余地がないとはいえない、などが挙げられている。See e.g. *Meier*, supra note 20, at 155; Stuart Buck and Mark L. Rienzi, *Federal Courts, Overbreadth, and Vagueness: Guiding Principles for Constitutional Challenges to Uninterpreted State Statutes*, 2002 UTAH L.REV. 381, 387 (2002).

43) 481 U.S. 739 (1987).

理由で、保釈なしに勾留することを連邦裁判所に認めるものであった。本規定が修正 8 条の保釈金条項、あるいは修正 5 条（適正手続条項）に違反すると訴えられたのである。

最高裁は次のように述べて、文面上の訴えが許容される基準を明らかにした。

「制定法への文面上の訴えは、成功させるのがもっとも難しい。なぜなら当該法が有効となりうる状況が一つもない (no set of circumstances) ことを示さねばならないからである。いくつかの見通せる状況下で当該法が違憲であるというのでは、全部を無効にするには足りない。なぜなら修正 1 条という限定的な領域の外では、overbreadth 法理は認められてきていないからである<sup>44)</sup>」、と。

上記下線部分は、「no set of circumstances テスト」、あるいは *Salerno* テストなどと称され、以後の判例で何度も引用されることとなる。

*Salerno* テストに対しては、Michael C. Dorf の先達の論考<sup>45)</sup>をはじめ、多くの学説は、実際の裁判例は文面上の訴えに、より許容的であることを指摘するなど<sup>46)</sup>、活発な議論が誘発されることとなった<sup>47)</sup>。

実態との乖離をめぐる争いの一つは、FAO の適用範囲をめぐるものであった。というのも多くの論者は、FAO が修正 1 条以外の領域にも適用範囲を広げたと解してきたのである<sup>48)</sup>。なかでも代表的には、人工妊娠中絶規制法の合

---

44) *Id.* at 745.

45) Dorf, *supra* note 23.

46) See e.g., Matthew D. Adler, *Rights Against Rules: The Moral Structure of American Constitutional Law*, 97 MICH.L.REV. 1, 154-57 (1998) [hereinafter, Adler, *Rules*]; Dorf, *supra* note 23, at 238; Richard H. Fallon, Jr., *As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing*, 113 HARV.L.REV. 1321, 1335-41 (2000) [hereinafter Fallon, *As-Applied*]; Gans, *supra* note 13, at 1336; Gillian E. Metzger, *Facial Challenges and Federalism*, 105 COLUM.L.REV. 873, 878-79 (2005) [hereinafter, Metzger, *Facial*].

47) たとえば、Dorf, *supra* note 23 は *Salerno* が現実の基準を正確に特徴付けていないとする (at 236)。他方で、III 3 で紹介するように、*Salerno* を読み替えて、「違憲ならば合憲の適用がなくなる」という意味として説明し、文字通りに捉えた場合の厳しさを和らげようとする議論もある (Marc E. Isserles, *Overcoming Overbreadth: Facial Challenges and the Valid Rule Requirement*, 48 AM.U.L.REV. 359 [1998])。

48) 修正 1 条の外に FAO が展開していることを論じるものとして、Catherine Carroll, *Section Five Overbreadth: The Facial Approach to Adjudicating Challenges Under Section Five of the Fourteenth Amendment*, 101 MICH.L.REV. 1026 (2003); John F. Decker, *Overbreadth Outside the First Amendment*, 34 N.M.L.REV. 53 (2004); John Christopher Ford, *The Casey Standard for Evaluating Facial Attacks on Abortion Statutes*, 95 MICH.L.

憲性審査の領域が挙げられる。

たとえば、Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey<sup>49)</sup>を取り上げよう<sup>50)</sup>。本件はペンシルバニア州妊娠中絶禁止法 (Pennsylvania Abortion Control Act of 1982) のいくつかの条項に対して、医師と中絶クリニックが起こした宣言的判決と差止めを求める訴訟であった。Casey は、胎児の母体外生存可能性を以って一つの区切りとする点<sup>51)</sup>では Roe v. Wade<sup>52)</sup> 以来の先例を維持した。しかしながら、Roe のトライメスター枠組み (trimester framework)<sup>53)</sup> を廃棄し<sup>54)</sup>、妊娠中絶を受けようとする女性に対して実質的障害 (substantial

REV. 1443 (1997); Skye Gabel, *Casey “Versus” Salerno: Determining an Appropriate Standard for Evaluating the Constitutionality of Abortion Statutes*, 19 CARDOZO L.REV. 1825 (1998).

FAO が中絶をめぐる判例で用いられていることを前提に、これを遺憾とする論考として、たとえば、Kevin Martin, *Stranger in a Strange Land: The Use of Overbreadth in Abortion Jurisprudence*, 99 COLUM.L.REV. 173 (1999), *Leading Cases*, 120 HARV. L. REV. 293, 301-02 (2006).

49) 505 U.S. 833 (1992).

50) なお本件に関する邦語文献として、たとえば、高井裕之「Planned Parenthood v Casey, \_\_\_ U.S. \_\_\_, 112 S. Ct. 2791 (1992) 墮胎を規制するペンシルヴェニア州法が合衆国憲法に反しないかが争われた事例において、合衆国最高裁判所の joint opinion は、『不当な負担』(undue burden) 基準を採用し、24 時間待機要件等は合憲とし、配偶者への通知要件は違憲とした」[1994-1] アメリカ法 174 頁以下、高井裕之「妊娠中絶と憲法上のプライバシーの権利(2)」、『英米判例百選〔第3版〕』(別冊ジュリスト 139号)(1996年)84頁以下、樋口範雄「妊娠中絶規制に関する最新判例」法セミ 455号(1992年)10頁以下、樋口範雄「妊娠中絶と合衆国憲法」憲法訴訟研究会・芦部信喜編『アメリカ憲法判例』(有斐閣, 1998年)269頁以下、など。

51) Casey, 505 U.S. at 870.

52) 410 U.S. 113 (1973). なお本件に関する邦語文献として、たとえば、香城敏磨「公法訴訟の要件(4) 事件の成熟性とムートネス」、『英米判例百選 I 公法』(1978年)58頁以下、佐藤幸治「Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); Doe v. Bolton, 410 U.S. 179 (1973) 墮胎を規制するテキサスおよびジョージア州法は、墮胎を決める婦人の憲法上の権利を侵害する」[1975-1] アメリカ法(1975年)111頁以下、高橋一修「妊娠中絶と憲法上のプライバシーの権利(1)」、『英米判例百選〔第3版〕』(別冊ジュリスト 139号)(1996年)82頁以下、など。

53) このトライメスター枠組みとは、妊娠期間を3分割し、最初の3分の1の時点までは中絶を自由に決められる期間、この時期以降で胎児の母胎外生存可能性が生じる時点までは、州が中絶の方法について規制することができる期間、そしてそれ以降は州が母体の生命や健康を守るための必要な場合を除いて中絶を禁止しうる期間、とするものであった。

54) Casey, 505 U.S. at 873.

obstacle) を課す「不当な負担」となっているかどうかを問う基準を、合憲性を判断する基準として採用したのであった<sup>55)</sup>。

そして、この基準の適用により配偶者通知要件が、同条項が関係する「大部分の事案 (a large fraction of the cases)」で、女性の選択への実質的な障害となるために「不当な負担」であり無効とされた<sup>56)</sup>。つまり、合憲的適用の存在にもかかわらず、「大部分の事案」で違憲的に機能するために文面上無効とされた点が、FAO と構造を同じくすると理解されてきたのである<sup>57)</sup>。

しかしながら中絶規制をめぐる判例は *Casey* テストだけを用いてきたわけではない。たとえば *Salerno* テストを用い、「上告人は文面上の訴えをなしているのだから、有効な適用が一つもないことを示さなければならない」と判示した *Ohio v. Akron Center for Reproductive Health*<sup>58)</sup> がある<sup>59)</sup>。このような基準の混在は、下級審の対応の割れを導くなど<sup>60)</sup>、中絶規制の合憲性審査における混乱の大きな要因であったが、それというのも最高裁内部で厳しい意見の対立があったことによる。Stevens 裁判官が *Salerno* は文面上の訴えへの一般的なルールではなく、FAO を中絶規制立法にも広げるべきとの考えを示すのに対し、Scalia 裁判官は FAO を修正 1 条に限定し、それ以外への適用可能性を否定したのである<sup>61)</sup>。

---

55) *Id.* at 876. もともとは *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health Inc.*, 462 U.S. 416, 463 (1983) で O'Connor 裁判官が提唱したものである。

56) *Id.* at 895.

57) Dorf, *supra* note 23, at 275-76, 他, 多数により指摘されている。

58) 497 U.S. 502, 514 (1990).

59) ほか, *Salerno* が用いられた例としては, *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173, 183 (1991) がある。

60) 第 3, 第 6, 第 8, 第 9, 第 10 巡回区控訴裁判所は *Casey* を用い, 第 4, 第 5 が *Salerno* を使用し続けた。Rachel D. King, *Comment: A Back Door Solution: Stenberg v. Carhart and the Answer to the Casey/Salerno Dilemma for Facial Challenges to Abortion Statutes*, 50 EMORY L.J. 873, 887-90 (2001).

61) *See e.g.* *Ada v. Guam Society of Obstetricians and Gynecologists*, 506 U.S. 1011, 1011-12 (1992); *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914, 956 (2000). また, *ゲイ・ライツ* の背景でも同じような対立が見られた (*Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 631-32, 640-41 [2004]). 修正 14 条 5 節に基づく立法については, 両者の立場は逆であるものの (*Tennessee v. Lane*, 541 U.S. 509, 530-31, 541-43 [1960]), 二人の対立が見られる。なお, ロバーツ・コート下では, この対立は前面には出ていない。

## 2 意味の変化

既に述べたように、アメリカでの憲法判断の手法をめぐる混乱の一因は、今日的な用語の使用方法が、伝統的なそれとは異なっているところにある<sup>62)</sup>。すなわち、違憲・無効が事件特定のな意味を超えて、一段抽象的な次元で捉えられるようになっていく。

なぜ、かような変化が起こりえたのかといえ、一方で最高裁は文面上の訴え・適用上の訴えが二つの独立のカテゴリーであるかのような口ぶりをしつつも、他方においてそれぞれの実態を的確に表現し、かつ用法を拘束する定義付けをしてこなかったためと思われる。つまり、これらの言葉に枠が嵌められていなかったことから、話者やコンテキストの要求に応じて、表象内容の変化は比較的容易であったのであろう。

現在第5版が最新版である HART AND WECHSLER'S THE FEDERAL COURTS AND THE FEDERAL SYSTEM の、1988年 つまり *Salerno* の1年前 に出版された第3版<sup>63)</sup>を参照しよう。これによれば、文面上の訴えでは「立法府や司法府によって形成された一般的なルールが問題となり、当該ルールが決定の基礎となりえたことを示すに必要な限りでの、事実を含むもの」であった。そして適用上の訴えについては、「特定の事実との関係で主張しうる連邦上の権利あるいは免除（・特権）(immunity) として、常に言い換えられるもの<sup>64)</sup>」と、狭く理解されていた。つまり適用上の訴えについては、個人の行為や選択についてのゾーンの保護としてのコモン・ロー上の権利の保護<sup>65)</sup>と、並列に見るこ

62) 意味の変遷を指摘する論考として、たとえば Alfred Hill, *Some Realism about Facial Invalidity of Statutes*, 30 HOFSTRA L.REV. 647, 648-49, 655 n.38 (2002); Metzger, *Facial*, *supra* note 46, at 881-82; Metzger, *As-Applied*, *supra* note 16, at 786 など。また、Metzger の論考を肯定的に引用するものとして、Borgmann, *supra* note 24, at 570 n.40, n.41 など。

63) PAUL M. BATOR ET AL., HART AND WECHSLER'S THE FEDERAL COURTS AND THE FEDERAL SYSTEM 662 (3rd ed. 1988)。本書は第4版以降に記述が変わり、現在では *Salerno* の説明を以てしている点も、意味の変化が生じたことを示唆している (RICHARD H. FALLON ET AL., HART AND WECHSLER'S THE FEDERAL COURTS AND THE FEDERAL SYSTEM 194-95 [5th ed. 2003])。

64) *Id.* at 662.

65) Richard B. Stewart and Cass R. Sunstein, *Public Programs and Private Rights*, 95 HARV.L.REV. 1193, 1233 (1982)。

とができよう。このような狭い概念として想定されていた点に、注意を払っておきたい。

本節では、伝統的な見方に立つ判例を、適用上の訴えと文面上の訴えのそれぞれについて概観する。

### (1) 適用上の訴え

HART & WECHSLER のテキスト第 3 版のような意味での適用上違憲の例として、*Spence v. Washington*<sup>66)</sup> を挙げよう<sup>67)</sup>。本件は、被告人がベトナム戦争などに反対する意図の下で、合衆国国旗に着脱可能なようにテープで平和のシンボル(丸の中に三叉)を張り付けて自宅のアパートの窓から掲げたことが、国旗に物を貼付して掲げることを禁ずるワシントン州法の規定に触れるとして起訴された事案である。

最高裁は次の二点に照らして、当該州法は被告人に適用されるにおいて違憲であり起訴は無効との判断を下した。すなわち、被告人のなした行為がシンボリックな表現的行為であったこと、そして私物である国旗を損傷から守ることにおける州の利益は、本件で害されていないことである<sup>68)</sup>。

すなわち、ここでなされたのは本件の具体的な事実関係における被告人の「行為」の評価であり、それを超えた当該州法についての判断は示されていない<sup>69)</sup>。特定の「行為」が保護されるかどうかの判断であることを、強調しておきたい。

---

66) 418 U.S. 405 (1974).

67) *See also* *Street v. New York*, 394 U.S. 576 (1969).

その他、たとえば *Adderley v. Florida*, 385 U.S. 39 (1966) は、仲間が人種差別への抗議行動をとったために逮捕されたことに抗議して、収監されている監獄構内でデモをなしたことがフロリダ州法違反にあたることされた事案であった。最高裁は、退去命令が出された後に引き続いて監獄構内において抗議をなす修正 1 条の権利はないと判断し、制定法と憲法との間の審査をなしたのではなく、当該行為が保護の対象かどうかという審査をなしている。

また後述するように、この伝統的な適用上の判断は、高橋和之のいう適用上判断に相当する ([高橋・1995] 3-4 頁)。そこで、このタイプの事例の紹介として、同 202-08 頁も参照。

68) *Spence*, 418 U.S. at 415.

69) 「適用上の議論で解決しているので、より包括的な overbreadth の主張については判断しない」との旨が、n.9 で述べられている (*id.*)。

(2) 文面上の訴え

(a) 客観的な違反

次に文面上の判断について、*Regan v. Time*<sup>70)</sup>の多数意見を取りあげる。本件で争われたのは、写真による通貨の複製を規制する 18 U.S.C. §474, para. 6 と 18 U.S.C. §504 であった。§504 (1) の要求する要件は、(イ) 指定の目的、(ロ) 出版の形態、そして(ハ) 色・サイズであり、また使用後にネガがすぐに破壊されることである。

本件は、世界的に有名な雑誌社である Time が、Time 誌上に掲載された通貨の写真が、本法に違反するとの連絡を当局より受けたところ、これらの規定が文面上及び Time に適用されるにおいて違憲であるとして、宣言判決と本件行為に当該法を適用することの差止めを求める訴訟を提起したものである。

本稿のテーマと関係が深いのは、(イ) と (ロ) の要件についての最高裁の判断である。まず (イ) の目的要件について最高裁は、メッセージの内容を基礎にして政府が差別することになるとして、修正 1 条に違反すると判断した<sup>71)</sup>。これは、先例によって形成されてきた表現の内容中立規制の判断テスト、すなわち 内容あるいは手段に基づく規制であってはならない、重要な政府利益に仕えるものでなければならない、当該情報のコミュニケーションへの潤沢な代替的ルートに開かれていなければならない、という三つに照らしての判断であった。つまりこれは、Time の置かれた個別的情况を超えて、制定法自体の欠陥部分に注目するものであり、制定法の文面における判断である。

これに対して (ロ) については、Time は裁判所に合憲性審査を求めていたものの、Time 自身がこの要件を満たす以上、本件では判断の対象とはなりえない旨の判示がなされた<sup>72)</sup>。すなわち、本件事件で当事者が直面している問題ではない限り憲法判断をしない姿勢が表されており、また FAO の主張も否定された<sup>73)</sup>。

注目したいのは第一に (イ) と (ロ) の関係であり、(ロ) を前提にすれば、

---

70) 468 U.S. 641 (1984).

71) *Id.* at 648-49.

72) *Id.* at 649-50.

73) *Id.* at 650.

(イ) は Time に適用されるにおける制定法の文面上違憲という意味であることを確認しうる。そして第二に、(ロ) に憲法判断と事件性の要件を結び付ける考え方が示されている点である。つまりまとめるなら、Time という当事者の関係する、具体的に争われたコンテキストにおいて、制定法の一部の文面上の違憲が判断されたということである。

これのどこが注目すべきことなのか、日本から見れば、至極普通の判断のように見えるかもしれない。しかしながら、本稿がここで対比しようとしているのは、今日のアメリカでの文面上無効という言葉の理解である。たとえば、文面上の訴えを特殊例外的と位置付ける *Salerno* の定式については、学説において「何故に訴訟人が部分的な文面上の訴えをなすことができないのか、そこには部分的な違憲を文面上違憲から排除するロジックはないはず<sup>74)</sup>」との批判が加えられているが、そこで念頭に置かれている「部分的な文面上の訴え」とは、まさに本件判決のようなものなのである。また、同様に本件判例のような判断を例に、「*Salerno* 以前には、裁判所は制定法の一部を違憲無効としながら、文面上無効とはっきりと呼んでいたのである<sup>75)</sup>」という今日的な用法への批判もある。これらの批判からも今日の文面上無効という用法が、伝統的なそれからは一段抽象的な方向へシフトしていることを知ることができよう。

(b) FAO との比較において

さて、以上のような文面上違憲から FAO<sup>76)</sup> に視線を移そう。既述のとおり FAO は、行為が保護されないにも関わらず、修正 1 条の特殊性から制定法自体の違憲を主張する適格を認めるという点において、伝統的ルールからの逸脱であり、例外である。

つまり (1) でみた伝統的な意味での適用上の訴えを提起し得ないがために、

---

74) Metzger, *Facial*, *supra* note 46, at 881.

75) Hill, *supra* note 62, at 655-56, 656 n.40. 挙げられている判例は、次の通りである。  
Thornburgh v. Am. Coll. of Obstetricians & Gynecologists, 476 U.S. 747 (1986); Colautti v. Franklin, 439 U.S. 379 (1979); Adair v. United States, 208 U.S. 161 (1908); Boos v. Barry, 485 U.S. 312 (1988); Stromberg v. California, 283 U.S. 359 (1931).

76) 本稿 II 1 参照。



法律そのものを攻撃するものであり、FAO のロジックは伝統的な適用上の訴えと対をなす点に注意を払いたい<sup>77)</sup>。

そのような FAO で裁判所が審査するのは、法令の文面における合憲性であり、文面上の訴えの代表として挙げられる。しかしながら、これが代表であるために見えにくくなることがある。こうである。可罰的行為を行った者に対して例外的に主張適格を肯定するので、必然的に FAO の可能性は抑制的・限定的に捉えられることになる。そこで、同じく文面に対する上記 *Time* のような判断<sup>78)</sup> は、法文に対する審査の点で *overbreadth* と性質を共通にするものの、「文面上の訴えは成功させるのがもっとも難しい訴えである (*Salerno*)<sup>79)</sup>」という公式見解の背後に隠れることになる。なぜなら *Time* のような文面に対する判断が前面に出るならば、文面上の訴えは「成功させるのがもっとも難しい」ことにはならないはずだからである。

結果として本節で見た *Time* のような文面に対する判断が、あたかもなされていなかの厳しい見方が公式見解なのであり、用法の混乱に拍車をかけたことは想像に難くない。実際のところ *Salerno* が記述的に正しくないという学説の批判は、本節でみたような型の、テストの結果としての文面における判断を指してのことなのである。

以上、(a) (b) で概観したように、伝統的な思考の枠組みというのは、当事者

---

77) たとえばわが国でも「適用審査・文面審査」という分類が、司法事実の有無に照らしての分類であるのは、このような消息を反映したものである。司法事実には着目しない審査の方法が文面審査である。青柳・前掲(注25)3頁,[市川・1990]309頁,佐藤・前掲(注32)205頁,[高橋・1995]55頁,藤井・前掲(注25)122-23頁など参照。

なお、芦部信喜の「事実判断の手法と文面判断の手法」(芦部信喜『憲法判例を読む』(岩波書店,1987年)37頁)を、立法事実を基礎とするかどうかによる区別として読む理解として,[高橋・1995]5-7頁がある。もっとも芦部・前掲(注30)96頁における「事件の事実」判断アプローチと「法律の文面」判断アプローチの場合は、司法事実による区分のようにも読める。

78) 青柳幸一は、「連邦最高裁は、1960年代以前から文面審査を行ってきている」こと、すなわち合理性のテストにおける審査について指摘している。青柳・前掲(注25)4頁。

79) *Salerno*, 481 U.S. at 745.

の行為を基準にして<適用上の訴え>と<文面上の訴え=FAO>を区分するものであり、「より新しく、より攻撃的な(審査の)方法<sup>80)</sup>」という言葉が表すように、後者は例外視・特別視されてきた。これは standing に着目した思考枠組であり、次節の今日的な用法による判例は、このことを念頭において見る必要がある。

他方で、憲法判断の対象を見るならば、本節でみたように法律に注目した結果としての、文面における判断はなされてきているのであり、当事者の関係する具体的なコンテキストにおいて文面上の違憲・無効は導き出されてきた<sup>81)</sup>。

このように、<standing と結びついた議論>と<憲法判断の対象に注目する議論>という、視点を異にする二つの筋が併存していることに、注意されたい。

### 3 今日の判例動向

次に、今日的な判例動向に眼を転じよう。第一に取り上げるのは妊娠中絶規制をめぐる判例である。というもこの領域では、本稿の考察対象である憲法判断の手法という技術的なレベルにてワンクッション置きつつ、実体的な争点について方向を転換しようとの思惑が観取されるために、関心を集めているからである。まずこの領域から二つ判例を取り上げる〔(1)、(2)〕。次いで妊娠中絶以外の領域から、適用上の訴えへの選好を示している判例〔(3)〕と、文面上の判断への敵視を示している判例〔(4)〕を見てみよう<sup>82)</sup>。

80) Note, *supra* note 40, at 845.

81) この型が昔からなされてきていることについて、今日特に、ニュー・ディール以前において行われていた制定法の違憲審査の方法へは、再び注目が集まりつつある。最近の邦語文献でこの点へ注目するものとして、阪口正二郎「人権論・違憲審査基準の二つの機能 憲法と理由」法時 80 巻 11 号 (2008 年) 70 頁以下など。

すなわちかつての時代に、「大上段にふりかぶった(権限創設の)制定法違憲判決(強調原文ママ)(奥平康弘「最近の合衆国最高裁判所をめぐる論議について 現代における基本的人権保障制度の一考察のために」東京大学社会科学研究所編『社会科学の基本問題: 創立 15 周年記念論文集』(1963 年) 423 頁以下, 461 - 62 頁)」が出される際に裁判所の用いていたメソドロジーであり、「異なった領域における国家の行為についての『排除される理由』を定義することに焦点を当てる (Richard H. Pildes, *Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*, 45 HASTINGS L.J. 711, 712-13 [1994])」審査の方法である。

82) 多くの事案で適用上の訴えと文面上の訴えが二者択一の関係にあるため、「適用上の訴えの選好」とするののか、「文面上の訴えの敵視」とするののかは、視点の違い

(1) 妊娠中絶規制（1）

技術的なレベルで漸次変化を生じさせようとの戦略として理解しうる好例は、*Ayotte v. Planned Parenthood of Northern New England*<sup>83)</sup>である<sup>84)</sup>。本件は、ニュー・ハンプシャー州法である「妊娠中絶前の親への通知に関する法律 (Parental Notification Prior to Abortion Act)<sup>85)</sup>」に対して、医師らが法律の施行差止めを求める執行前訴訟を請求した事案であった。

本最高裁判決が全員一致判決だったことは世に驚きを与えたのだが、それは中絶をめぐる実体的なレベルでの対立を回避して、救済側面に問題を限定する手法のなせる技であろう。既に判例法理によって健康を理由とする中絶への例外条項（健康例外条項 [emergency health exception]）がなければ違憲と解されていた状態<sup>86)</sup>、例外条項を欠く制定法に裁判所はどう対処するかが、本件で焦点となった。すなわち、O'Connor 裁判官が執筆した法廷意見は、「妊娠中絶に関するわれわれの先例を再検討することはせずに、救済の問題について判断する<sup>87)</sup>」として、「もし妊娠中絶へのアクセスを規制する法律を施行することが、医学的な緊急事態において違憲であるとするなら、この場合の適切な司法的応答とは何であろうか<sup>88)</sup>」と問うたのだった。

これについて可分性法理を用いつつ、違憲な部分を残りの部分から分離することへの選好が示され、『通常のルール』は文面上無効ではなく部分的な無効であるべきだ」というルールが確認された<sup>89)</sup>。そこで、それまでの妊娠中絶訴訟のように、一握りの潜在的な違憲的適用しか存在しないにもかかわらず制定法を文面上違憲と宣言するのではなく、部分的に救済することが選ばれたので

---

に過ぎないが、比重のかけられ方などから、一応の分類をした。

83) 546 U.S. 320 (2006).

84) 邦語文献として尾島明「法律の一部が違憲である場合の判決の在り方」法律のひろば 2008年1月号 70頁以下、「座談会：合衆国最高裁判所 2005 - 2006年開廷期重要判例概観」[2006-2] アメリカ法 282 - 85頁。

85) N.H.Rev.Stat. Ann. §§132: 24-132: 28.

86) *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000)（健康例外条項がないために *Casey* に照らしてネブラスカ州法は違憲）。

87) *Ayotte*, 546 U.S. at 323.

88) *Id.* at 323, 328.

89) *Id.* at 329.

ある。

そして立法者の意図がむしろ全面無効を選ぶのではない限り<sup>90)</sup>、その意図に忠実であるならば、部分的な救済として法律の違憲的な適用を禁ずる宣言的判決や差止め命令を出すことができると示されて、立法者の意図をさらに審理するために原判決破棄、差戻しとなった<sup>91)</sup>。

このように本判決では、本件の事実状況に適用されるに於いての違憲・無効ということを重視し、それまでなされていた全面的な無効を強く拒否する姿勢が見られる。また、これは例外条項の不存在が違憲ということを前提にした、文面における判断である点に注意を喚起したい<sup>92)</sup>。

## (2) 妊娠中絶規制 (2)

次に注目したいのは、*Gonzales v. Carhart*<sup>93)</sup>である<sup>94)</sup>。本判決の技術的なシフトを通じて、判例法理が大きく変更された<sup>95)</sup>。合憲性が問われたのは連邦法である「一部出生中絶」禁止法 (Partial-Birth Abortion Act of 2003) で<sup>96)</sup>、本法の発効前に、医師らが制定法施行に対して差止めを求めて提訴したものである。同じく「一部出生中絶」を禁じていたネブラスカ州法の合憲性につき、

90) *Id.* at 330.

91) *Id.* at 331.

92) なお、適用上の違憲との関係について、本稿脚注 168 参照。

93) 550 U.S. 124 (2007).

94) 本件に関する邦語文献での紹介として、たとえば、大島佳代子「一部誕生した胎児の墮胎を禁止する連邦法の合憲性と墮胎法理にみる先例の役割 *Gonzales v. Carhart*, 127 S.Ct. 1610 (2007) の合憲性」同志社アメリカ研究 45 号 (2009 年) 83 頁以下、小竹聡「*Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124, 127 S.Ct. 1610 (2007) 2003 年連邦「一部出生中絶」禁止法の合憲性」[2008-1] アメリカ法 121 頁以下、根本猛「判例研究 人工妊娠中絶規制の新判例 *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007)」法政研究 (静岡大学) 13 巻 3・4 号 (2009 年) 149 頁以下など。

95) *Gonzales* が実質的な判例変更をもたらしたという理解として、たとえば Jill Hamers, *Reeling in the Outlier: Gonzales v. Carhart and the End of Facial Challenges to Abortion Statutes*, 89 B.U.L.REV. 1069, 1071 (2009) (中絶規制法を FAO 型で訴えることを許容していた穴を閉じた); David L. Franklin, *Looking Through Both Ends of the Telescope: Facial Challenges and the Roberts Court*, 36 HASTINGS CONST.L.Q. 689, 703 (2009) (*Stenberg* はもちろんのこと *Casey* や *Ayotte* と調和させるのは、不可能だ)。

96) なお、Partial-Birth Abortion という言葉は医学用語ではなく、この墮胎方法がほぼ出産に近いものであることに起因して、Pro-Life 派によって倫理的非難を含めて付けられた名称である。訳語について本稿では小竹・前掲 (注 94) に従った。

Stenberg v. Carhart<sup>97)</sup>では当該法は違憲と判示されていたところ、本判決では5対4で合憲とされた。

本稿の関心との関係で興味深いのは、*Gonzales* が文面上の攻撃を全面的に退け、以後は適用上の訴えのみが許容されることとなった点である。いわく、「このような状況のなかで、(妊婦の健康などの引用者)例外を考察する適切な手段というのは、適用上の訴えによってである。合衆国政府は当該法に対する、執行前の適用上の訴えが可能であることを認めている。……適用上の訴えにおいては、文面上の攻撃におけるよりも、医学的リスクはよりよく性格付けられ、衡量されうるのである<sup>98)</sup>」と。

そして、中絶規制の領域で適用されるのが *Salerno* テストか、それとも *Casey* テストかとの争いについて触れ、「われわれは当該論議を解決する必要はない<sup>99)</sup>」とした。このように、争いが *Gonzales* で止揚され、いずれにせよ今後は適用上の訴えのみに道が開かれたのである。

ところで、この「適用上の訴え」という言葉によって、医師による執行前の適用上の訴えが意味されている。しかし、これは分かり難い概念である。上記下線部分に付された注の指定する口頭弁論起こしの箇所を読むと、Kennedy 裁判官、Ginsburg 裁判官が、この概念が具体的に何を意味しているのかに、関心を寄せていたことが分かる。

Ginsburg 裁判官は次のように発言している。

「Clement 司法長官、(妊婦の置かれた医学的引用者)状況というのは、抽象的に表せるものではありません。個々の患者の容体に依存するのがしばしばであって、そのようなことに対して執行前の訴えなど提起しえないのではないですか。……どういう状況にあるかということと特定の患者の容体のコンビネーションの問題なのでしょうから、事前にどうやってテストされうのか私に

97) 530 U.S. 914 (2000).

98) *Gonzales*, 550 U.S. at 167. なお小竹・前掲(注94)126-27頁は、このような手法が採られた結果として、「当該規制の文脈を超えて、健康例外の必要性の有無が事案ごとに判断されるようになり、従来の判例法理に動揺をもたらすことになるのかどうかが大いに注目されよう」と指摘している。

99) *Id.* at 167.

は分かりません<sup>100)</sup>」, と。

これに対して, Clement 司法長官は, 中絶医は一年に何百件も施術しているのであって, 訴えうる状況についての特定が可能であるとの返答をしている<sup>101)</sup>。特定の医学的状況にある妊婦について, 当該中絶方法が必要であるとの主張を, 医師が執行前の適用上の訴えによってなし, 裁判所が必要に応じて当該法の将来的な「適用」を無効としうるといっているのである<sup>102)</sup>。

それでもやはり依然として容易に理解できる概念ではないのだが, いずれにせよこれは, 当該法が特定の状況下で特定の人間に適用される前に起こされる訴訟であるという意味において, 行為規範違反への罰則の排除を求めるわけではないため, テキスト文面における判断を不可避に含む<sup>103)</sup>適用上の訴えであることに留意したい。

### (3) 適用上の訴えへの選好

次に Federal Election Commission v. Wisconsin Right to Life<sup>104)</sup> を, 適用上の訴えへの選好を示す例として取り上げて<sup>105)</sup>, 本判決のとした判断の方法に注目しよう。

本件は Wisconsin Right to Life (WRTL) という保守系の団体が, Federal Election Commission (FEC) を相手に提起した, 宣言判決と差止めを請求する訴訟である。2002 年に制定された超党派選挙運動改革法 (Bipartisan Campaign Reform

---

100) Tr. of Oral Arg. in No. 05-380, at 21.

101) *Id.* at 21-22.

102) したがって, 「……勇気を振り絞って女性の命を救ったお医者さんを捕まえて訴追して, あとは適用違憲で解決してください…… (「座談会合衆国最高裁判所 2006 - 2007 年開廷期重要判例概観」[2007-2] アメリカ法 205 頁 (安部圭介発言)」ということが想定されているわけではない。

103) 同旨の指摘として Borgmann, *supra* note 24, at 571 (「執行前の訴訟は, ある意味で, すべて『文面上』のそれである。なぜなら, 制定法はまだ誰にも適用されていないからだ」)。

104) 551 U.S. 449 (2007). なお本判決の邦語による紹介として, 「座談会: 合衆国最高裁判所 2006 - 2007 年開廷期重要判例概観」[2007-2] アメリカ法 176 - 84 頁。

105) 他の例として, FEC v. Massachusetts Citizens for Life, Inc., 479 U.S. 238 (1986); United States v. Grace, 461 U.S. 171 (1983); Tennessee v. Garner, 471 U.S. 1 (1985) など。なお既に考察した *Ayotte* もこのカテゴリーの重要な例と考える。関連して, 本稿脚注 168 も参照。

Act of 2002)<sup>106)</sup>の203条という、法人が一般財源の資金を「選挙運動のコミュニケーション (electioneering communication)」に用いることを禁じた条項の合憲性が争われた。

WRTL は自らのなした放送意見広告が、法203条の禁じる選挙運動のためのコミュニケーションに該当し違法となることを認識しながらも、当該法が overbroad であり自らには広告をなす修正1条の権利があると信じて訴訟を提起したのであった。

本法は争点広告 (issue advertisement) を禁ずるものだったが、この合憲性に関しては、既に2003年に *McConnell v. Federal Election Commission*<sup>107)</sup> で、広告が「支援表明 (express advocacy)」と機能的に同等である限りにおいて規制しようと判断され<sup>108)</sup>、overbreadth の訴えが退けられていた。これに照らして当初、連邦地方裁判所は適用上の訴えの余地はないとの判断を下していたところ、最高裁により破棄差戻され<sup>109)</sup>、差戻審では当該法は本件広告に適用されるにおいて違憲との summary judgment が下されていたのである<sup>110)</sup>。

そして最高裁も5対4で、法203条はWRTLに適用されるにおいて違憲との判断を下した。*McConnell* が規制可能と示した「支援表明」と機能的同等かどうかが焦点となるが、この点について本件広告の性質を検討した結果、「特定の候補者への賛成票または反対票の訴えかけ以外の何ものであると合理的に解釈できるので」機能的同等ではない、したがって *McConnell* の射程外と判断したのである<sup>111)</sup>。

そこで違憲的な適用かどうかを考察することとなり、最高裁は法203条が本件広告に合憲的に適用されるのは、やむにやまれぬ利益があり、その利益を促進するためにぴったりと裁断されている場合に限られるという、厳格審査の基準を示した<sup>112)</sup>。そして、やむにやまれぬ利益が示されていないがゆえに、厳

106) 2 U.S.C.S. §441b (b) (2).

107) 540 U.S. 93 (2003).

108) *Id.* at 204-05, 206.

109) *WRTL v. FEC*, 546 U.S. 410, 412 (2006).

110) *WRTL v. FEC*, 466 F. Supp. 2d 195 (2006).

111) *WRTL*, 551 U.S. at 476.

112) *Id.*

格審査をパスせず適用上違憲という結論<sup>113)</sup>になったのであった。

つまり厳格審査を行っていることから分かるように、ここでの適用上判断の対象は行為ではなく法 203 条であった。WRTL がなした広告へ法を適用するには問題があったためにその適用を分離することが、適用上の違憲の内容である点に留意したい。

#### (4) 文面上の訴えへの非好意的な態度

次に、最高裁の文面上の訴えに対する非好意的な態度を明示する判例として<sup>114)</sup>、Washington State Grange v. Washington State Republican Party<sup>115)</sup>を取り上げる。本件では文面上の訴えの「執行前の」性格が強調されている点が興味深い。

2004年に成立したワシントン州民によるイニシアティブは、州の予備選挙制度を改革するものであった (Initiative 872 [I-872])。I-872 は州の政党が有する修正 1 条の権利に違憲な負担を課すとして、文面上の訴えが提起されたのが本件である。Thomas 裁判官による法廷意見は、I-872 は過酷な負担を課すものではない、被上訴人の議論は投票人の混乱という仮定的な事実にもとって、文面上無効とした第 9 巡回区控訴裁判決を破棄した<sup>116)</sup>。

本稿が関心を抱くのは であり、少し詳しく見てみたい。いわく、「被上訴人は、現実の選挙という背景において I-872 に反対しているのではなく、文

113) *Id.* at 481.

114) そのほか、たとえば *Sabri v. United States*, 541 U.S. 600 (2004) では、文面上の訴えについての、比較的まとまった記述が見られる (at 608-10)。

まず、「文面上の訴えは滅多にないのが一番である」として、*Raines* を引用しながら、文面上の訴えにまつわる危険を述べる。そして *overbreadth* の主張について、「この種の訴えは、特にだめである。それらは薄い事実の記録にもとった判断を招くばかりでなく、連邦裁判所における判決の規範からの乖離をも意味する。すなわち、*overbreadth* の訴えは通常の *standing* の要件の緩和を意味し、面前にしている原告とは違う原告や状況に違憲に適用されるかどうかについての決定を許してしまう。したがって、*overbreadth* を主張する（なお *overbreadth* という言葉を用いなければならないというわけではない）文面上の訴えの有効性を、比較的わずかの状況においてのみ認めてきたのであり、一般的にいって、われわれの十分に理由のある非積極性を乗り越えるに必要な、特定の理由がある場合に限って認めてきたのだ」と。

115) 128 S.Ct. 1184 (2008).

116) *Id.* at 1187.



面上の訴えによって反対している」とし、*Salerno* 基準を引用する<sup>117)</sup>。そして *Salerno* 基準をめぐる最高裁判官の間で争いはあるものの、「制定法が『明白に合法の広い範囲を有する（“plainly legitimate sweep”）』場合は文面上の訴えは成功しないことについては、全員の見解の一致がある」という<sup>118)</sup>。

そして *Raines* を引用しながら、仮定的あるいは想像上の事件について思いを巡らせてはならないとして、本件では I-872 が執行されていない事実や、現実の論争というコンテキストで当該法を解釈する機会がまだない事実を重視する<sup>119)</sup>。そして文面上の訴えが好まれない理由を一般的に次のように説明する。文面上無効の主張はしばしば憶測に基づいていること、司法抑制に関する基本原理に真っ向から対立すること、民主政過程をショートカットするよう脅しをかけること、である<sup>120)</sup>。その上で、「本法が執行される前である以上、本件で主張されているのは、選挙人が混乱するだろう」との憶測に過ぎず、そのような単なる可能性に基づいて文面上無効とすることはできない、と判示されたのであった<sup>121)</sup>。

ここに引用した個所からは、文面上の訴えが好ましくないのは、それが「執行前の」性質を有するからだと想定しているように読めることに、注意を払っておきたい<sup>122)</sup>。これについては更に、*Gonzales*<sup>123)</sup> が「執行前の」適用上の訴えの可能性を、文面上の訴えを否定する論拠として重視していたことを<sup>124)</sup>、

117) *Id.* at 1190.

118) *Id.*

119) *Id.*

120) *Id.* at 1191.

121) *Id.* at 1193.

122) 同様に、「執行前の」性質を重要な考慮事項としている近時の判決として *Crawford v. Marion County Election Bd.*, 128 S.Ct. 1610 (2008) がある。本件は、投票にあたって写真付きの公的な ID を要求するインディアナ州法が問題となったが、最高裁は本訴訟が執行前のものであり、現実の害悪が示されていないということの一つの理由として、文面上の訴えを拒否した。

なお、このような事柄は、以前は「成熟性」などの言葉で表されていたはずという指摘として、Nathaniel Persily and Jennifer S. Rosenberg, *Defacing Democracy?: The Changing Nature and Rising Importance of As-Applied Challenges in the Supreme Court's Recent Election Law Decisions*, 93 MINN.L.REV. 1644, 1665 (2009).

123) 550 U.S. 124 (2007).

124) 本稿 II 3 (2) 参照。

関連して再度想起されたい。

#### 4 学説

##### (1) Michael C. Dorf

では、学説での用法はどうであろうか。

たとえば Michael C. Dorf は、その 1994 年のパスブレイキングな論文で、*Salerno* よりも以前においても、また以後においても、実際には *Salerno* テストは適用されてきておらず、つまり文面上の訴えというのは、より一般的であると述べている<sup>125)</sup>。また、適用上の訴えと文面上の訴えとの間は、明快に切り分けることはできないと指摘した。訴訟要件として事件又は争訟性が要求されるがゆえに、訴訟人への制定法の適用が存在することが前提であるため、この点でみれば適用上の訴えであるが、当該政府の行為の根拠法を攻撃する意味において、制定法への攻撃は文面上のそれなのである、と<sup>126)</sup>。Dorf は Henry P. Monaghan の提唱した、「憲法的に有効なルールにしたがって判断される憲法上の権利」<sup>127)</sup> という考えに依拠し<sup>128)</sup>、個人の特権的行為の保護を超えて、法令の憲法的な有効性が裁判所によって判断される現象を描いているのである。

そして、*Salerno* の「no set of circumstances テスト」は、違憲な適用が合憲な適用から分離可能であるとの可分性法理を仮定していると指摘する<sup>129)</sup>。し

---

125) Dorf, *supra* note 23. Dorf の議論の紹介として、詳しくは [山本・2008] 383 - 88 頁参照。なお、Stevens 裁判官が *Salerno* への疑問を呈するのに Dorf に依拠していることを付言しておきたい。See *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 740 n.6 (1997); *Janklow v. Planned Parenthood*, 517 U.S. 1174, 1175 (1996).

126) Dorf, *supra* note 23, at 294.

127) Henry P. Monaghan, *Overbreadth*, 1981 SUP.CT.REV. 1, 3. なおこのルールへの、明示・黙示の支持は、学界で広く認められる。たとえば, Metzger, *Facial*, *supra* note 46, at 887 n.60 では、この要件が基本的な憲法原理であることについては、一般に学説の一致があるとしている。See also, Fallon, *As-Applied*, *supra* note 46, at 1331-33 (根本原理といえるとする); Isserles, *supra* note 47, at 389-95 (この要件自体については認め、議論の基礎においている)。

128) Dorf, *supra* note 23, at 242-50. なお Dorf は Monaghan の議論をそのまま用いているわけではない。というのも、「Monaghan は、有効なルールにより裁定される一般の権利について、いかなる論拠も権威も提供していない」ので、論証が不完全であると考えているためであり (at 243 n.31), *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) や最高法規条項などから導いている。

かしながら、現実には多くのコンテキストでこの仮定が破られている<sup>130)</sup>のであって、すなわち、平等保護条項の審査方法、修正1条以外の基本的権利に対するFAO類似の訴え、そして目的審査などでは、文面上の判断が導かれているのである、と<sup>131)</sup>。

なおこのように、実体的な判断をなすための憲法法理 (constitutional doctrine) が、文面上判断を導く上で鍵を握るとする考え方は、アメリカの学説で広く見解の一致をみている<sup>132)</sup>。この論点については、本稿のテーマとの関係でも重要であり、項を改めて後述する(III 3)。論者によって言い方は違うのだが、以下本稿ではこれを、基本的に「審査の基準(・法理テスト)」という言葉で表記することとしたい<sup>133)</sup>。なおこれは、合憲性審査の際に用いられる種々のテストを包含するものであり、よく参照されるRichard H. Fallon Jr.の7つの類型によれば、次の通りである。禁じられた内容に関わるテスト、疑わしい内容に関わるテスト、衡量に関わるテスト、疑わしいわけではない

129) Dorf, *supra* note 23, at 249-51. なお、文面上の訴えがいつ可能かに関する議論は、要するに可分性をめぐる議論であるということには「学説は一般的に同意している」とされている (Metzger, *Facial*, *supra* note 46, at 887)。See also, Fallon, *As Applied*, *supra* note 46, at 1331-33; Monaghan, *supra* note 127, at 3-6.

しかしながら、可分性が文面上違憲を導く鍵を握るという主張については、実体的な法理テストや制定法の構造といった問題を中心に据えるべきであり、可分性が鍵というのは言い過ぎだとの指摘もある。David L. Franklin, *Facial Challenges, Legislative Purpose, and the Commerce Clause*, 92 IOWA L.REV. 41, 64 (2006). また Isserles, *supra* note 47, at 387, および本稿 III 3 も参照。

130) Dorf, *supra* note 23, at 251.

131) Dorf, *supra* note 23, Part II.

132) 本文のDorfのほか、本稿で後ほど取り上げるAdler, Fallon, Isserlesといった論者に加え、Stuart Buck, *Salerno vs. Chevron: What to Do About Statutory Challenges*, 55 ADMIN. L.REV. 427, 439 (2003); Franklin, *supra* note 95, 715-16 など。

133) また、わが国での判例で用いられるテストでいえば、たとえば、公務員の人権についての猿払以来のテスト、目的効果基準、わいせつ性判断基準、経済的自由規制立法についての消極・積極二分論、財産権規制の判断枠組みとしての、立法目的の正当性、及び手段の合理性と必要性などが、審査の基準(・法理テスト)として想定されうる。

なお、テストには制定法の文言や構造に着目するものとししないものが、両方含まれることに注意されたい。また、違憲審査をする際の基準足りうるのかという問題も、別途存在する。たとえばこの点につき、猿払事件最判(最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁)で示されたテストへの批判として、本稿脚注239-241に引用した諸論考を参照されたい。

内容に関わるテスト、効果に関わるテスト、目的に関わるテスト、そして適切な考慮をなしたかどうかに関わるテストである<sup>134)</sup>。たとえば、の例として政府は祈祷を強制できないというルール、の例として人種に基づく区別のテスト、の例として合理性の基準、などが挙げられている<sup>135)</sup>。また、これらは背反関係になく、裁判所の法理は複数のテストを併せて作られている場合が多いことも指摘されている<sup>136)</sup>。

したがって審査の基準・法理テストは、わが国でも参照される3つの違憲審査基準（厳格審査基準、中間審査基準、合理性の基準）という目的・手段審査の枠組みよりも、概念的には下位に位置し、より特定のテストである。

## (2) 概観

上述のように Dorf は、判例がいうよりも、文面における判断がなされているという現実を指摘した。これは要するに、憲法的に有効なルールかどうかの判断が文面における判断であることに着目した *Salerno* 批判である。ここで再び確認すれば、伝統的な基本型というのは、行為の保護対象性に注目するものであり、それに当てはまらない例外としての <FAO = 文面上の訴え>であった。Dorf はその陰に隠れてきたもう一つの類型をもって、現実とは違っていると主張したものと理解することができる<sup>137)</sup>。すなわち前述した、standing と結びついた議論と 文面という憲法判断の対象に注目する議論という二つの筋のうち、に焦点を当てるものであった。

これらが区別されるならば、相当程度において用語をめぐる混乱が解ける可

---

134) RICHARD H. FALLON, JR., IMPLEMENTING THE CONSTITUTION 76-101 (2001). なお、アメリカ憲法学界では近年、このような審査の基準（・法理テスト）への注目が高まっている。Fallon の他、たとえば、Mitchell N. Berman, *Constitutional Decision Rules*, 90 VA.L.REV. 1 (2004); Kermit Roosevelt III, *Constitutional Calcification: How the Law Becomes What the Court Does*, 91 VA.L.REV. 1649 (2005); Adam Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, 59 VAND.L.REV. 793 (2006) など。

135) *Id.* at 78.

136) *Id.* at 79.

137) もっとも、Dorf の議論はこれらの違いを、完全に明瞭にしているというわけではない。この違いは、後述する Isserles の論考がもっともよく明らかにしたところである (III 3)。

能性があるようにも思われるが、その後も学説は standing と結びついた基本型を前提にしたままで をも語り続けており、判例での用法の変化も反映して依然として混乱しやすい状況となっている。たとえば、「真の適用上の訴えなど存在しない」とする論者 (Matthew D. Adler)<sup>138)</sup> と、「すべての制定法に対する訴えは、重要な意味において適用上のものだ」とする論者 (Richard H. Fallon, Jr.)<sup>139)</sup> がいることが、このことを物語っている。

ではまったくのカオスかというそうではなく、適用上の訴えが当初の狭い免除（・特権）としての理解よりも広く解される傾向は、少なくとも指摘しうる。もちろん、伝統的な理解に立ち、適用上の訴えを「当該行為が憲法に保護されており罰しえない」とのように、適用上の訴えを特権あるいは特権（・免除）と狭く理解する論考もあるが<sup>140)</sup>、厳密に行為のみを適用上の訴えの対象として議論を展開する者は、あまりいないように見受けられる<sup>141)</sup>。

一例を挙げれば、ある論者は「適用上の訴えでは、他者に対して当該法が合憲的に適用されるかどうかに関わらず、原告は彼自身が憲法上、罰せられえないと主張するのみである（すなわち当該法が彼に適用するにおいて違憲）<sup>142)</sup>」と、行為の保護としての適用上の訴えとの理解を示している。しかし別の箇所では、全体を違憲・無効とすることに対して、部分的に違憲・無効とすることを、適用上の訴えの結果として想定しているのが窺える<sup>143)</sup>。だとすると、そ

138) Adler, *Rules*, *supra* note 46, at 157.

139) Fallon, *As-Applied*, *supra* note 46, at 1326.

140) See e.g. Ford, *supra* note 48, at 1444 n.9; Hill, *supra* note 62, at 648; Buck and Rienzi, *supra* note 42, at 385 n.11.

141) 本文で次に紹介する例の他にもたとえば、本稿脚注 140 で挙げた Ford は、「（行為が）もし保護されるものであるなら、裁判所は原告を免除するように法を解釈するのであり、そうすることにより当該制定法を合憲のサイズまで『刈り込む』のである」と説明している (at 1444 n.9)。とすると、結局のところ行為の保護を超えて、制定法解釈を含んでいるのではないか。

また同じく本稿脚注 140 で挙げた Hill も別の論考において「自らに適用されるの制定法の違憲」主張を受け入れる判決のことを「適用モードの憲法判決 (as-applied mode of constitutional adjudication)」と呼んでいる。しかし、それと伝統的用法における文面上違憲とがどう違うのかは分かり難い。Alfred Hill, *The Puzzling First Amendment Overbreadth Doctrine*, 25 HOFSTRA L.REV. 1063, 1064 (1997).

142) Buck and Rienzi, *supra* note 42, at 385 n.11.

143) *Id.* at 405 (「……連邦裁判所は、全体を違憲無効とする自身の権限には必然的に部分的に違憲無効とする権限が包含されていること（適用上の訴えにおいてなされ

れは厳密に「行為」についての判断なのではなく、文面における判断をも含むのではないのだろうか<sup>144)</sup>。

もっとも、<行為が保護されること>・<当該行為をなした者に制定法を適用することが違憲であること>・<当該行為を抽象化した類型への規制が、制定法の文面において違憲とされること>の間は、はっきりと区別しうるわけではなく、違いはそれ程明らかではないため、上の例は依然として文面における判断ではないと主張しうるのかもしれない。しかしながら、今日の学説における適用上の訴えの射程範囲は「行為」の保護性を超える傾向がある、ということとは、少なくとも言えるだろう。

## 5 小括

以上 II で扱った判例や学説の検討を通じて、適用上の訴えが免除（・特権）といった主観的な平面にとどまるのではなく、法令との関係で理解されており、伝統的な理解よりも広い意味内容を有していることが、確認できる<sup>145)</sup>。今日の適用上の違憲は、伝統的な用法も含みつつも<sup>146)</sup>、制定法（・適用）の部分的な違憲という意味をも内包するといえる<sup>147)</sup>。この点で適用上違憲は、制定

---

ているようなこと)を忘れている」という言葉が示唆することとして)。

144) 実際のところ“limited invalidation”という言葉も用いられている (e.g. at 406, 469, 471)。

145) BLACK'S LAW DICTIONARY (9th ed. 2009) によれば、適用上の訴えとは「特定の事件の事実に基づき、あるいは特定の原告への適用において、制定法が違憲であるという主張 (at 261) (強調引用者)」であり、このことから、行為の保護対象性から広がっていることが窺われるだろう。

また、Franklin, *supra* note 95 は、「適用上のモデルの言葉使いで、理由付けに文面上モデルのロジックを用いている」判決を指して、「適用上の装いの文面上判決 (facial adjudication in as-applied clothing)」と呼んでいる (at 690)。

146) たとえば近時の判決 (2000年) でいえば、ホモセクシャルであるという理由でボーイ・スカウトから排除する行為が、差別を禁止するニュー・ジャージー州法違反とされたことが、ボーイ・スカウトの修正1条の権利を侵害すると判断した、Boy Scouts of America and Monmouth Council v. Dale, 530 U.S. 640 (2000) は、当該州法についての判断をしてはいない。

関連して、See e.g. Borgmann, *supra* note 24, at 570 (「『適用上の』という言葉は、適用の部分集合に対する訴えを意味するよう用いられてきたが、原告に対する適用についてのみ意味する場合もある」)。

147) もっとも、佐々木弘通『『表現の自由』訴訟における『憲法上保護された行為』への着目』長谷部恭男・中島徹編『憲法の理論を求めて 興平憲法学の継承と展

法の部分的な違憲無効と近似する<sup>148)</sup>。そして文面上の違憲無効についても、より一般的なレベルで当該事件を超えて制定法の全面的な無効という意味も有するものとなっている<sup>149)</sup>。

もっともこう整理したところで、全ての判例がそのような用法に基づいているなどということの意味してはいない<sup>150)</sup>。ここで言わんとしているのは、文面上の訴えと適用上の訴えが、それぞれ〈法令の合憲性をより一般的に判断する〉／〈法令の合憲性に関わりながらも、違憲・無効とする射程を限定する〉傾向が指摘しうろということである。「裁判所は、事件及び争訟が解決される場としてではなく、より一層、制定法の合憲性が決められる場として見られるようになってきている<sup>151)</sup>」との指摘は、この傾向を別の側面から言い表すものだろう。

文面における判断の色彩が強くなったという用法の変化について、図1を用いながら次のようにまとめた。

- (1) 伝統的に憲法にかかわる争点の提起としては、図の「制定法Sが違憲であるかどうかにかかわらず、問題となった行為aが憲法的に保護されている（適用上違憲）」、図の「制定法Sが事実関係Aに適

---

開』（日本評論社、2009年）93頁以下のように、敢えて訴えを個人的なレベルにとどめるという戦略の可能性はある。また、事柄の性質上個人的なものにとどまる憲法上の権利もある。なお、アメリカで伝統的な適用上の判断がなされた例の多くが表現の自由の領域に見られるところでもある。

148) なお、適用違憲とドイツにおける一部無効との類似性と違いについて、[市川・2008] 35頁、[永田・1994] 215頁。

149) そのような理解を端的に表わすものとして、City of Chicago v. Morales, 527 U.S. 41 (1999)におけるScalia裁判官反対意見の、次のような説明がある。すなわち、文面上の訴えが成功すると、当該法は訴訟当事者への特定の適用だけでなく、全てのありうる適用において執行不能となる(at 74)（強調原文）。しかし、面前にしている原告を超えて、全ての適用において違憲とすることは妥当ではなく、当該事件への適用に限定されるべきである、と(at 77-80)。なおScalia裁判官は後者を適用上違憲と考えている。

つまりScalia裁判官は、文面上の訴えという言葉で当該事件を超えたレベルで制定法の無効がもたらされるものとし、また伝統的な意味での文面上の訴えを適用上の訴えとして理解しているのである。

150) たとえば本稿で検討した例の中でいうならば、Gonzalesは、文面における判断を含みながら個別具体的な要素を非常に重視するという意味において、事件特定性が高いといえる。

151) Meier, *supra* note 20, at 155.

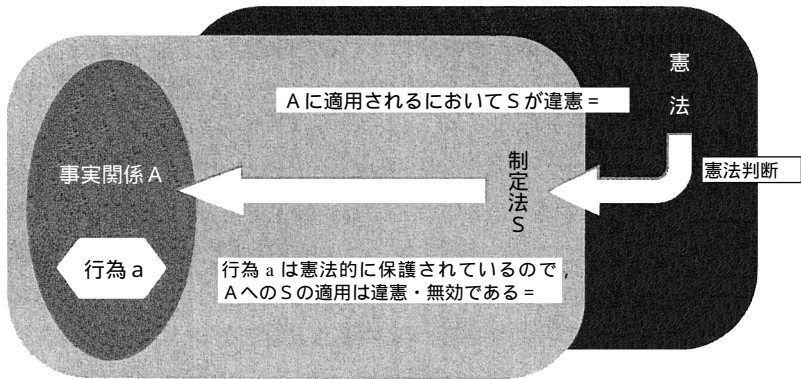


図 1

用されるにおいて、制定法が違憲である（文面上違憲）」であった。

- (2) 今日では、より一般的な判断であるところの、図の が文面上の訴えの結果の範囲に入ってきており、また も含みながら が適用上違憲の範囲となっている。つまり伝統的意味における文面上違憲が、今日いう適用上違憲となる傾向がある。
- (3) 今日では適用される制定法自体の憲法的な有効性に関する判断の重要性が高まっている<sup>152)</sup>。
- (4) 用語をめぐる混乱の一つの理由は、<standing と結びついた議論>と<憲法判断の対象に注目する議論>とが混在していることにある。

次に III において議論を整理・検討したのち、今日の文面上の判断の優勢を踏まえた考え方の枠組みを、試論的に提案してみたい。

152) なお近時の判例でいえば、District of Columbia v. Heller, 128 S.Ct. 2783 (2008) でも、文面上の判断がなされて、銃の所持を禁ずるワシントン州法が違憲とされたが、文面上の訴え・対・適用上の訴えという枠組には、一切触れられていない。このことから、文面上の訴えへの一般的な敵視の口ぶりとは違い、その敵視の射程の限定性が窺われる。



### III 検討

#### 1 高橋和之の分析枠組み

これまでの記述からも明らかなように、本稿が対象としているこの領域では、ある言葉が何を意味するのかが、不明確である。そのような中で判例・学説を通して見たときに、高橋和之が提示した理論枠組み<sup>153)</sup>の有する理論的明晰性は抜きんでている<sup>154)</sup>。というも、高橋は概念上の区別を徹底して行っているからである。

この理論枠組みは (i) 裁判所の違憲審査の方法と、(ii) 裁判所の出す憲法判断の方法という二つの軸を持っている。(i) の審査の方法という「判断に至るプロセス」の観点からは、適用審査・文面審査が区別され<sup>155)</sup>、(ii) の憲法判

153) ここでは[高橋・1995]の枠組みを紹介する。なお本稿 III 3 及び脚注 226 も参照されたい。

154) Meier, *supra* note 20 も、従来の裁判所の審査の方法の違いに着目した二つのモデルを提示しており、この種の分析があまりアメリカで見られない中、興味深い。ただ、それは憲法判断の方法に関する一般的な枠組みではなく、*overbreadth* 法理を考察における補助線たるにとどまるため、本脚注にて簡単に紹介することとしたい。

Meier は、裁判所のなす審査の方法という観点から、表現行為に刑事罰を課す制定法違反の事件を念頭にして、「表現モデル」・「制定法モデル」という分類をしている (at 117-27)。いわく、「表現モデル」とは、表現に焦点を当てる審査モデルであり、当該事案の特定事実の中で、表現を禁ずる政府の利益を考察するものである。「制定法モデル」とは、被告人の行為が修正 1 条の保護された表現行為であるかを審査したのちに制定法自体に眼を向け、立法府と同じような視点から、政府目的の重要性や目的達成手段を考察するものである。この審査方法においては、被告人の表現はほとんど重要性を持たず、制定法と憲法との関係が争点になる。

この「制定法モデル」・「表現モデル」は、「文面上の訴え」・「適用上の訴え」と対応関係があるとされ、前者が判決の理論であるのに対し、後者は、原告によってなされる訴訟選択である (at 125)。「制定法モデル」の下では、裁判所は必然的に文面上で制定法を審査することとなる (at 130)。

そして、この補助線を用いて、FAO の特徴が「文面上の訴えにおいて表現モデルを用いることにある」、すなわち表現モデルを用いて制定法に対する文面上の訴えを文面上で考察することを許容する法理であると、鮮やかに示している (at 135)。

155) たとえば[高橋・1995] 55 頁。同 121 頁の説明では「事件の具体的事実が法律の定める要件に該当するのかがどうか、また、その事実が憲法の保障するものであるのかがどうか不問に付し、法律そのものの合憲性判断のみによって事件を解決する審査方法」とある。また、それぞれについて「事実判断」先行型、「憲法判断」先行型という言葉も使われている (同 187 頁)。

断の方法としては、適用上判断と文面上判断が区別されている<sup>156)</sup>。

(i) の観点による文面審査は、「司法事実には着目しないで、適用されるべき法律の文面に着目してその憲法判断を行う」もので、「立法事実に基づく場合もあれば、基づかない場合もありうる」<sup>157)</sup>。そして適用審査は、「事件の具体的な事実関係（司法事実）をまず調べ、それに関係法律を適用し、その適用法律につき憲法問題が提起されれば立法事実を調べて憲法判断をする」ものであり、「付随審査制の下においては適用審査が原則」である<sup>158)</sup>。

(ii) は憲法的評価を受ける対象の違いである。文面上判断とは、「法律（の条文）そのものの合憲・違憲の判断<sup>159)</sup>」であり、「法律そのものを憲法に照らして合憲あるいは違憲と評価する<sup>160)</sup>」方法である。つまり対象は「法律」である。これに対し、適用上判断では「『法律を本件に適用する限りにおいて合憲あるいは違憲』とするという判断方式<sup>161)</sup>」であり、「問題となった行為が憲法上保護された行為なのかどうかを直接判断されており、その行為に適用されようとしている法律そのものの憲法的評価は、少なくとも直接にはなされ<sup>162)</sup>」ない。したがって、対象は「行為」であり<sup>163)</sup>、「立法事実は関係してこない<sup>164)</sup>」。

文面審査がなされた場合の (ii) 憲法判断の方法は、「文面上判断しかありえない<sup>165)</sup>」。適用審査がなされた場合の (ii) 憲法判断の方法は、「適用上判断と文面上判断の両方がありう<sup>166)</sup>」る。また、「文面上違憲という判断は、法律そのものが違憲であり、裁判所としては一切適用しないという意見表明であるから、法律を制定した議会との間で最も軋轢を生む判断方法」であり、「文面上

---

156) [高橋・1995] 55 頁。

157) [高橋・1995] 55 頁。

158) [高橋・1995] 55 頁。

159) [高橋・1995] 55 頁。

160) [高橋・1995] 3 頁。

161) [高橋・1995] 55 頁。

162) [高橋・1995] 3 頁。

163) [高橋・1995] 4 - 5 頁。また、同 186 頁も参照。

164) [高橋・1995] 6 - 7 頁。

165) [高橋・1995] 55 頁。

166) [高橋・1995] 55 頁。

違憲はきわめて例外的な判断方法であり、通常は適用上判断のアプローチを採るべきものと理解されている<sup>167)</sup>。

この枠組みの検討をするに、「判断に至るプロセス」と「判断の方法」が、視点を異にする分類である以上、議論の見通しを良くすることに資し、理論枠組みとしての有用性は、依然としてあるだろう。しかしながらその一方で、高橋のいう適用上違憲は、アメリカでの伝統的な理解における適用上違憲にほぼ相当するものであるため、アップデートの必要があるのではないかと考える。というも、高橋の理論枠組が描写的な性格も持っている以上、この枠組みだけに依拠するのは、少なくとも現在のアメリカの状況を参照する以上は不足となってしまうからだ<sup>168)</sup>。

すなわち繰り返しになるが、適用上の訴えの理解には、個人的な特権（・免除）といった狭い範囲を超えて、一段抽象的な法令の合憲性が取り込まれている状況がある。この点に関して、高橋の議論の中で興味深いのは、*United States v. Grace*<sup>169)</sup> の White 裁判官による法廷意見を「原告の文面上違憲の主張に対し、本件行為が構成要件に該当する旨の判断をまずした上で、結論として適用上違憲の判断にたどりついている点が注目される（強調原文<sup>170)</sup>）」とするもの

167) [高橋・1995] 178 頁。

168) たとえば尾島・前掲（注 84）は、*Ayotte*, 546 U.S. 320 (2006) の評釈に際して [高橋・1995] の理論枠組みで眺めているため、適用違憲を「具体的事実関係に法律を適用した結果を憲法的に評価して違憲とする判決」、すなわち行為を保護の対象としたものとして理解している。その結果として *Ayotte* は「裁判所が出し得る他の判決の可能性として、文面上違憲であるとしても法律の一部を違憲とする部分違憲判決や適用違憲の判決の方法にも言及している（同 73 頁）」と読んでしまっている。しかしながら、それは高橋の理論に整合的な判決の理解であって、同判決自体はそのような理路整然としたことを述べているわけではない。

というも、同判決は「適用上の」という言葉は用いていないが、「文面上の無効ではなく、部分的な無効」を通常のルールとしていること (at 329)、本稿本文すぐ後ろでも取り上げる、*United States v. Grace*, 461 U.S. 171 (1983) での救済の形式を、*Ayotte* でのそれと類似のものとして認識しているのだが、これは適用上違憲という判断であったこと (*id.*) から、本稿のなしたように、文面上の訴えへの敵視に基づく、適用上の訴えを選好する流れの中で解すべきと思われる。そしてその適用上の訴えとは、全面的な違憲ではなく部分的な違憲・無効を求めるものであり、尾島のいう意味での「適用違憲」の可能性は示唆されていないと考える。

169) 461 U.S. 171 (1983)。なお、本稿脚注 105 及び本文も参照。

170) [高橋・1995] 131 頁。

の、そこで付されている脚注において「適用上違憲といっても、若干微妙な点がある。というのは、本件の具体的行為を直接憲法的に評価しているわけでは必ずしもないからである<sup>171)</sup>(強調原文)」と述べているところである。また、本件についての別の個所の脚注では「歩道上における本件の行為を直接憲法的に評価したのではなく、歩道に適用される限りにおける法律の憲法的評価を行った」という理解の可能性を示し、「この場合には適用上違憲というよりは、部分違憲といった方がよいかもしい<sup>172)</sup>」とする。

高橋のしたように本判決を、伝統的な意味での適用上違憲と理解する可能性もあるのかもしれないが、「行為か法律か」で区分する枠組みにおける限界事例であることは間違いなからう。したがって判例において文面上における判断がなされる傾向が生じている中で、判断対象による区分の有意性は低下しているものと思われる。今日的用法における「適用上違憲」は高橋のいう文面上違憲のサブ・カテゴリーとなる傾向があるのだ。

## 2 文面上の判断への傾き

次に文面上における判断をなす判例の傾向に関わる理論的検討として、Matthew D. Adler と Richard H. Fallon, Jr. の議論を取りあげたい。

というのも本稿の背景には、「文面上の判断がなされる傾向は憲法訴訟において、性質上本来的に生じているのか、もしそうだとするならば、憲法訴訟と個人の権利の救済とはどのような関係になるのか」などの関心があるためであり、これらの点につき興味深い議論をなしている二人に学びたいと思う。

もっとも、個人の憲法上の権利論についての詳細な考察をなすことは本稿の範囲を遙かに超えるため、本稿では文面上の判断への傾きの検討を主とし、権利論については、問題の所在と疑問を簡単に示すにとどまっていることを予め述べておく<sup>173)</sup>。

---

171) [高橋・1995] 140頁・注14。

172) [高橋・1995] 141頁・注17。

173) 本節で取り上げる議論は、わが国では、新正幸の展開している権限規範と行為規範の区別に基づく憲法上の権利論(『憲法訴訟論』[信山社, 2008年] 195 - 231頁など)や、長谷部恭男が展開している「公共の福祉に基づく権利」としての憲法上

(1) Matthew D. Adler

Adler は、憲法上の権利がルール（法令）と本来的な関係性を有することを指摘し、憲法訴訟や憲法上の権利が必然的に、文面における判断を導くと考えている。

すなわち、憲法上の権利というのは多くの場合で、いかなる事実関係の下にあってその行為をなす権利を有するのようになり、ある人の行為を保護するものではない<sup>174)</sup>。むしろ、ある状況に適用される具体的なルール（法令）に対し、憲法との適合性審査の結果を踏まえて、不適合な部分の修正を求める権利と位置付けられるのであり<sup>175)</sup>、憲法上の権利とは「ルールに対抗する権利（“Rights Against Rules”）」なのである<sup>176)</sup>。厳格審査基準や、平等条項での反差別テストといった、ルールの有効性をチェックするテストが、ルールが司法的に修正されるべきかどうかのテストに他ならない。また憲法上の権利がルール依存的存在であるため、憲法上の権利を主張する者は、個人的権利を保持している

の権利論（『憲法の理性』〔東京大学出版会、2006年〕第 部など）、そしてニュー・ディール以前の憲法訴訟の審査スタイル（本稿脚注 81）と、親和的な思考である。詳細な検討については、前稿（青井・前掲〔注 27〕）の脚注 3 で記した別稿として、準備中である。

174) See e.g. Adler, *Rules*, *supra* note 46, at 3-5.

175) *Id.* at 6 (The Derivative Account), Part III.

176) *Id.* at 3.

Adler はこれを「基本構造」と呼んでおり、その上で、憲法上の権利の「道徳的内容 (moral content)」についての説明として、直接的説明（個人へ科されるサンクションは、無効とするに十分な道徳的な理由があり、直接的に誤りである）と、

派生的説明（ルールの適用範囲を変更するに当たって十分な道徳的理由がある）のどちらが妥当であるか詳細に検討し (Part II, Part III)、の妥当性を論証しようとしている。それぞれの定義は、*id.* at 5 を参照。

とはつまり憲法上の権利がコモン・ロー上の権利と同じような「個人的な権利」であるという主張であるが、これを否定する議論 (Part II) は大要次のような展開である。

まず、仮に憲法上の権利が個人的なものであるなら、それは権利保持者に義務を科している法的ルールを無効化することとは独立に、権利保持者の義務ないしはサンクションを覆すにあたり、裁判所は十分な道徳的理由を有していることが必要であるという。そしてありうる構成を、網羅的に検討したのちに、そのような固有の個人的な道徳的価値の構成はいずれも失敗するとの結論を得たものである。

結果として、Adler によれば、憲法上の権利を有することの意味は、たとえば、行為の制約を解除する道徳的理由があるという意味で「行為」自体が道徳的に保障されているということではない。ルールを改変することには道徳的理由があるということ、当該個人との関係で、道徳的な内容は < 派生的 > なのである。

わけではないこととなる<sup>177)</sup>。

Adler によれば、すべての憲法訴訟はルールの文面における審査に関わっている<sup>178)</sup>。したがって、「真の適用上の訴えなどというものは存在しない<sup>179)</sup>」。そのうえで、文面上の訴えと適用上の訴えは、それぞれ「訴訟人の個別的状況の特徴になんら言及しないルール依存型のシナリオ」と、「ルール依存型であり、かつ原告の個別的状況の特徴に言及するシナリオ」と位置付けられる<sup>180)</sup>。つまり、これらは救済段階での違いであり、後者は部分無効たる性格を有する<sup>181)</sup>。いずれも文面における判断であり、どちらが採られるかは開かれた問いとして、憲法条項の性質により異なるのである、と。

以上の見解は要するに、憲法上の権利という概念に、個人を超える客観的な要素を内包させるものである<sup>182)</sup>。そのような Adler の理解からすれば、憲法訴訟において個人を超える要素が含まれること、そして判例が文面における判断をなす傾向があるのは当然のこととなる<sup>183)</sup>。

Adler の議論は従来の見方を大きく揺さぶるものである。しかしながら次に扱う Fallon をはじめ、憲法上の権利の有するルールとの密接な関係性については、これを肯定する論者を認めることができることに言及しておきたい<sup>184)</sup>。

---

177) Matthew D. Adler, *Personal Rights and Rule-Dependence: Can the Two Coexist?*, 6 LEGAL THEORY 337, 344 (2000) [hereinafter, Adler, *Personal Rights*].

178) Adler, *Rules*, *supra* note 46, at 157.

179) *Id.*

180) Adler, *Personal Rights*, *supra* note 177, at 348.

181) Matthew D. Adler, *Rights, Rules, and the Structure of Constitutional Adjudication: A Response to Professor Fallon*, 113 HARV. L. REV. 1371, 1378 (2000) [hereinafter, Adler, *Reply*].

182) なお Adler の議論の検討として、前稿(青井・前掲〔注27〕)193-99頁も参照されたい。Adler 自身は、権限・権能という概念を中心に正面から議論をしているわけではないのだが、政府による制約が権限内のものかと問うことによって「権利や自由」に対してアプローチする考え方に、親和的であるといえる。

183) この点に関して、Henry P. Monaghan, *Constitutional Adjudication: The Who and When*, 82 YALE L.J. 1363 (1973) の私権モデル (private rights model) と特殊機能モデル (special function model) という概念を用いた議論は、わが国でも知られているが(芦部・前掲〔注25〕3頁以下など)、Adler の議論はこの議論を更に徹底させたものとして理解できる。すなわち、記述的に捉えても、憲法上の権利や憲法訴訟は私権アナロジーでは理解しえないとして、ルール適合性審査の観点からの説明を貫徹させているものである、と。

憲法上の権利の中には、権利とはいえ純粋に個人の権利として自己完結している権利とは違うものが含まれることは、多くの論者によって認められているといえるのであり、興味深い。

以上のような Adler の議論を刺激的かつ魅力的と考えているが、しかし私見によれば、上記構成の抱える難点の一つは、議論の中での「個人の占める位置」の曖昧さにある<sup>185)</sup>。Adler の議論で、彼の言うルールとは個人に作為・不作為を命じそれへの違反に罰則を科する行為規範であることから<sup>186)</sup>、ここに個人との「接点」はあるのだが、彼の議論のなかで個人の果たす「役割」はどうかというと、ほとんどない。ルール修正の提案者たるに止まるのである。また誰が修正の提案者となることができるかといえは、合衆国憲法3条論、具体的にはこれまでの standing 法理に依拠するとしており<sup>187)</sup>、つまり standing の問題が権利論から切り離されている。そこで、これを「個人」の有する憲法上の権利に関する議論と呼べるのか、という疑問が生じるのである。

(2) Richard H. Fallon, Jr.

次にアメリカ憲法学界の第一人者である Fallon の議論を見てみよう。

いわく、適用上の訴訟と対になるような、単一・独立のカテゴリーとしての文面上の訴訟というのは、存在しない<sup>188)</sup>。全ての訴訟は、自分には当該法律は適用されないと主張することで始まり、適用上の訴訟の中で法理テスト

184) たとえば、政府の規制を免れている行為を形作るというような憲法上の権利は少ないのであり（例外として奴隷にされない権利など）、違法な目的に基づく立法の場合など、Adler の『ルールに対抗する権利』という主張に賛成とする、Franklin, *supra*, note 129, at 80-81 など。See also Christopher L. Eisgruber and Lawrence G. Sager, *Religious Liberty and the Moral Structure of Constitutional Rights*, 6 LEGAL THEORY 253, 257 (2000); Matthew D. Adler and Michael C. Dorf, *Constitutional Existence Conditions and Judicial Review*, 89 VA. L. REV. 1105, 1166-67, 1166 n.159 (2003).

185) 憲法訴訟のいわゆる「憲法保障」機能を重視する論者は、多かれ少なかれ同様の難点を抱えよう。See e.g. Owen M. Fiss, *Foreword: The Forms of Justice*, 93 HARV.L. REV. 1, 11 (1979); Pildes, *supra*, note 81, at 726; Richard H. Pildes, *The Structural Conception of Rights and Judicial Balancing*, 6 REVIEW OF CONSTITUTIONAL STUDIES 179, 187 (2002).

186) Adler, *Rules*, *supra* note 46, at 17.

187) *Id.* at 122, 165.

188) Fallon, *As-Applied*, *supra* note 46, at 1321, 1324, 1336.

(doctrinal test) の副産物として文面上の無効が、時に生じるのである<sup>189)</sup>。またいつ文面上の判断が適当であるかを決するにあたり鍵となるのは、条項の特定性と可分性である<sup>190)</sup>。したがって、このような意味における適用上の訴えが基本であるべきという伝統的な立場は、理解できることである、と<sup>191)</sup>。なお、以上の考え方に基づく「適用上の訴えはビルディング・ブロックである<sup>192)</sup>」という Fallon の言葉が、判例の中で適用上の訴えへの選好を補強する権威として、引用されていることも付言しておく<sup>193)</sup>。

Fallon の言葉を表面的に捉えるならば、「真の適用上の訴えなど存在しない<sup>194)</sup>」という Adler の見解とは、180 度異なっているように見えるが、主張の内容をみると、実はそれほど遠く隔たっているわけではない。というのも Fallon は、「多くの憲法上の権利がルールに対抗する権利であるという Adler の重要な洞察は受け入れる<sup>195)</sup>」としつつ、個別の事例での適用のプロセスにおいて初めて明確化されるサブ・ルールによって、制定法の意味は明らかになるとの理解を採るためである<sup>196)</sup>。つまり、いずれの論者においても憲法判断の対象として、個人的な行為ではなく、ルールとの関係が想定されている点に注意を払いたい。

その上で、Adler との違いとして本稿が目指したいのは、Fallon は「個人」を憲法訴訟のアクターとして積極的に採用している点である。というのも Fallon は先に挙げた Dorf と同様、Monaghan の「憲法的に有効な法にしたがって判断される憲法上の権利」という考えを、「ほぼ自明なもの」として採用しており<sup>197)</sup>、したがって、憲法訴訟は個人的な憲法上の権利の実現となるからで

189) *Id.* at 1321, 1324, 1336, 1342-48.

190) *Id.* at 1344-46.

191) *Id.* at 1329. また、Fallon の確認する *Raines* の三つの理由とは、第一に憲法問題についての不必要なあるいは未熟な決定を避けること、第二に訴えられた制定法の完全な法的意味はしばしば不明瞭であること、第三に制定法の一つの適用を合憲には執行されないと判断されたとしても、制定法の残りは無効な適用から分離され有効であること、である。

192) *Id.* at 1328.

193) 今日用法 (理解) の典型たる *Gonzales* においてなど。127 S.Ct. 1610, at 1639.

194) Adler, *Rules*, *supra* note 46, at 157.

195) Fallon, *As-Applied*, *supra* note 46, at 1325.

196) *Id.* at 1333-34.



ある。つまり個人は、ルールが適用されるにおいて憲法的に十分な基礎を有していると主張する権利を常に有することになる。ここにいう権利は、< 権利 = 救済 = 訴訟原因 > を一体的に理解してきたコモン・ローにおける権利概念<sup>198)</sup>とは大きく異なるが、「権利」という言葉で議論を構築しようとしているのである。

このように、「憲法的に有効な法」という考えと個人の憲法上の権利を結び付けることに対しては、批判もある。たとえば Adler のように、ルールの改変を求めることにおける利益として憲法上の権利を理解する論者からは、受け入れられない議論となる<sup>199)</sup>。また他にも、Alfred Hill によって次の理由により「憲法上の」権利としての構成は批判されている。すなわち、州法が第三者への適用において連邦憲法に違反し、その規定が分離不能であると州の裁判所で判断された場合、分離不能の主張は連邦憲法の下で生じているのではなく州法の下で生じている、もし憲法上の権利の侵害という構成が可能ならば、連邦制定法の解釈をめぐる全ての権利規制的な決定が、憲法上の権利剝奪で訴えられることになってしまう、と<sup>200)</sup>。

先に検討した Adler の構成に比べると、Fallon のように個人と結び付けて議論を構成する戦略は、対審制をとる司法裁判所での憲法訴訟が「権利」を媒介にして組み立てられている以上、理論の上での収まりは断然に良い。この点につき、Fallon は別の論文で、政府が権限内で適正に行動しているかどうかという、特定個人との関係が極めて薄い事柄であっても、われわれの文化においては「権利」という言葉で表現する傾向があると指摘している<sup>201)</sup>。また権限超越 (ultra vires) である政府の行為を訴える手段として「権利」概念が用いられた例、つまり通常一般の意味での権利がない場合であっても、裁判官によって

197) Fallon, *supra*, note 38, at 874.

198) 蔡秀卿「アメリカ行政訴訟の原告適格法理の再検討（一）」法政論集（名古屋大学）139号（1992年）311頁以下、320-21頁。

199) See e.g. Adler, *Rules*, *supra* note 46, at 160. なお HARVARD LAW REVIEW 113 巻上での Adler と Fallon との論争において、本稿本文で注目したような個人の位置付けが、一つの論点になる可能性もあったが、噛み合った議論はなされなかった。

200) Hill, *supra* note 140, at 1083-84.

201) Richard H. Fallon, *Individual Rights and the Powers of Government*, 27 GA.L.REV. 343, 364-65 (1993).

「権利」が作りだされた例を脚注で引用している<sup>202)</sup>。

そこで、本来的な意味での「権利」ではなく、プラグマティックに「権利」という言葉を用いるという割り切りをするものとして、Fallon の議論を理解することもできよう。

しかしながら、要するに反射的利益のようなものまで、憲法上の権利に取り込むのであるから、大きな問題を孕むといえる。便宜的な用法とはいえ、憲法上の権利の概念を希薄化させないだろうか。どのような訴訟が司法的解決に適しているかの判断を、裁判官に任せて良いのだろうか、などの疑問が浮かぶところであるが、ここでは問題の所在の指摘に止める。

本稿の関心に引きつけて二人の議論をまとめるに、憲法訴訟（憲法上の権利）自体の性質と、審査の基準（・法理テスト）とにより、裁判所がなす判断が文面におけるものとなる傾向を、肯定しているといえる。の示唆する「<憲法訴訟>と<個人>との間の論理的非連続性」については、既述の通り本稿ではこれ以上の検討をなさない。について、*Salerno* をどう理解するかという問題を介しながら、次の 3 でもう少し詳しく考察することとしたい。

### 3 審査の基準（・法理テスト）

一方で文面上の訴えの典型として、伝統的な法理への例外であり「強い薬<sup>203)</sup>」という喩も使われる FAO を思い浮かべるならば、「当該法が有効となりうる状況が一つもない<sup>204)</sup>」場合に限り文面上の訴えが認められるとする *Salerno* ルールは、違和感がないようにも思われる。

しかしながら他方でそれは、本稿で描いてきたような、判例が文面における判断をなす傾向と、調和不能にも見える。この点につき、Marc E. Isserles による次のような説明が<sup>205)</sup>、われわれに考えるヒントを与えてくれる<sup>206)</sup>。

---

202) *Id.* at 365 n.90 (Dennis v. Higgins, 498 U.S. 439 [1991]) .

203) *Broadrick*, 413 U.S. at 613.

204) *Salerno*, 481 U.S. at 745.

205) Isserles, *supra* note 47. なおこの説明は直接には、しばしば指摘される *Casey* と *Salerno* の間における「衝突」に対して向けられており、そのような考え方は、全

いわゆる文面上の訴えは、(i)「overbreadth 型・文面上の訴え (overbreadth facial challenge)」と、(ii)「有効なルール型・文面上の訴え (valid rule facial challenge)」の二つに分けることができる。(i)型は違憲な適用の多さ（総数）がポイントとなり、文面で違憲性を同定する訴えではない<sup>207)</sup>。(ii)型は法令の文言上の欠陥が文面上の無効を引き出すのであって、*Salerno* はこのことを描写したに過ぎない。*Salerno* の下で裁判所は制定法の適用を全て数え上げて合憲な適用がないかを審査しているのではなく、憲法の要求に制定法がこたえているかとの審査をするに当たり、制定法の文言に着目しているのである、と<sup>208)</sup>。

この (i)・(ii) 型と同様の区分は、実はわが国でも示されている。高橋和之による「過度の広汎性の理論」と「全面無効の理論」とがそうであり<sup>209)</sup>、*Members of the City Council of the City of Los Angeles v. Taxpayers for Vincent*<sup>210)</sup> で Stevens 裁判官が示した区分を基にしたものである<sup>211)</sup>。前者が「表現活動を規制する法律が過度の広汎な場合」で、後者が「法律がその適用のすべてにおいて違憲とされる場合」である<sup>212)</sup>。

本稿が目じりたいのは、Isserles / 高橋のいう、それぞれ「有効なルール型・文面上の訴え」/「全面無効の理論」と、違憲審査の基準（・法理テスト）との

ての文面上の訴えが FAO の訴えと同型という想定をする点において誤りであるとするものである。

206) Isserles の説明を説得的と考える論考は多い。たとえば、Buck, *supra* note 132, at 440-41; Franklin *supra* note 129, at 58-62; Adler and Dorf, *supra* note 184, at 1164 n.147 など。

207) これを Buck は「*Salerno* のボトムアップ型の見方」と呼んでいる。Buck, *supra* note 132, at 433。

208) Buck は「トップダウン型の見方」と呼んでいる。Buck, *supra* note 132, at 439-43。

209) [高橋・1995] 121 頁以下 [「文面上違憲の法理」]。同 35 頁以下も参照。

210) 466 U.S. 789 (1984)。

211) なお Isserles もこの判決を、「overbreadth が修正 1 条の文面上の訴えの唯一の方法であるかのような口ぶりとは違って、実際のところ裁判所は度々に亘り、修正 1 条の背景において、二つの別個の文面上の訴えを区別してきている (Isserles, *supra* note 47, at 390)」という文章の脚注で引用している (n.145)。なお、その他に挙げられている判例は、*R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 381-92 n.3 (1992); *New York State Club Ass'n v. New York*, 487 U.S. 1, 11 (1988); *Secretary of State of Md. v. Joseph H. Munson Co., Inc.*, 467 U.S. 947, 965 n.13 (1984); *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747, 768 n.21 (1982) である。

212) [高橋・1995] 178 頁。

関係である。

Isserles は、「有効なルール型・文面上の訴え」が成功するかどうかに、実体的な法理テストが果たす役割の大きいことに注目しており、文面上の判断がなされる場合を、次のように整理している<sup>213)</sup>。

原告が純粋な適用上の訴えをなしているとか、(i) 型の文面上の訴えをなしているのではない場合であること、

制定法の文言が法理テストを使った合憲性審査を惹起すること

そのテストが制定法の文言の憲法的有効性を分析するもので、制定法の適用の有効性を分析するものではないこと

という前提条件が満たされる場合である、と。

そして、裁判所が用いている種々のテストをよく調べると、その多くが文面における判断をもたらす性質を備えていることが明らかになり、伝統的に裁判所が表してきた適用上の訴えや事件特定性という選好に照らすなら「いささか驚きの結論」へと導かれる、という<sup>214)</sup>。「すなわち、憲法判決の主要部分を構成している法理テストは、特定の制定法の適用の特定の特徴の審査に依存していないのである<sup>215)</sup>」、と。

このように Isserles は、それまで FAO の蔭に隠れていた文面における判断をなしている判決をカテゴリーとして括り出し、裁判所が用いる実体的な法理やテストとそれとの密接なつながりを指摘した点において、注目に値する<sup>216)</sup>。

他方で高橋は、当初『憲法判断の方法』において示していたのは、次のような理解であった。すなわち、上述の通り Isserles と同じく 2 種類の文面上違憲判決を認めていたのだが、文面上違憲は法律を制定した議会との間で最も軋轢を生む判断方法であるという考えの下で<sup>217)</sup>、「原則は適用上判断で、文面上判断は例外<sup>218)</sup>」との図式を明らかにする。そして、適用上判断が先行させられ

---

213) Isserles, *supra* note 47, at 425.

214) *Id.* at 439.

215) *Id.*

216) II 2 (2), II 4 (1) も参照されたい。

217) [高橋・1995] 178 頁。

218) [高橋・1995] 178 頁。

た結果としての適用上違憲が、「法律そのものの憲法的瑕疵から生じているようなとき<sup>219)</sup>」に、文面上違憲と明示する可能性が出てくる<sup>220)</sup>、と。

しかし上記下線とは、結局のところ、法律の文面における判断をしているからこそ、そういえるのであって<sup>221)</sup>、実は「法律そのものの憲法的瑕疵」が存在するや否やの判断が、「原則」と「例外」の優先順序を決定する鍵となるのではないのか、という疑問が生じる。

実際、最近の講演を起こしたものの<sup>222)</sup>中では、審査基準の問題を適用上判断と文面上判断という区別と絡めて論じている<sup>223)</sup>。そして適用上判断の手法の場合には、通常は審査基準論は問題にはならない<sup>224)</sup>のに対して、文面上判断の場合には、法令の条文そのものの合憲性を決するに当たり審査基準論が用いられる<sup>225)</sup>している<sup>226)</sup>。

219) [高橋・1995] 180 頁。

220) もう一つの可能性としては、適用上違憲にとどめて解釈者の推測に任せる方法が挙げられている ([高橋・1995] 180 頁)。

221) 適用上判断は、「行為」の憲法的な評価であり、「適用上判断においては、いわば定義上当然に、法律そのものの憲法判断はしない([高橋・1995] 7 頁)」はずだからである。

222) 高橋和之「違憲判断の基準、その変遷と現状」自由と正義 60 巻 7 号 (2009 年) 98 頁以下。

223) なお『憲法判断の方法』(高橋・1995)では、審査基準と憲法判断の手法との関係について、直接に論じられてはいなかったが、「法律の目的が違憲である場合、および、目的達成の手段が目的と適格的でない場合」、「不明確性の第一類型や検閲の場合などは、手段そのものが違憲である場合」に、一般に全面違憲になることは指摘されていた (同 47 頁)。

224) 高橋・前掲 (注 222) 104 頁。

225) 高橋・前掲 (注 222) 105 頁

226) なお、高橋説の審査基準論と憲法判断の方法の、高橋憲法学における位置付けに関連して、疑問に思っているところを述べておきたい。

高橋憲法学は、その司法権の定義からも、客観的な法秩序における法規範囲の整合性という問題に、重きを置いていることが窺われる。またこの傾向は、人権制限立法の審査として「憲法が裁判所に期待する役割に対応する独自の観点から立法事実を具体的に検討して結論を出し理由づけを行う」(高橋和之『立憲主義と日本国憲法』〔有斐閣、2005 年〕115 頁)という、「通常審査」が提唱されている点にも見て取ることができる。さらに本文で紹介した近時の講演により「文面上判断」・「審査基準」との間の関連に加え、「法の支配は審査基準論の採用を要請している」(高橋・前掲〔注 222〕114 頁)とされて、「法の支配の要請」ともつながったことで、一層、文面上判断志向の傾斜を強めたように思われる。

とすると、[高橋・1995]で描いていた適用上判断優先とはどう整合するのだろうか。高橋憲法学の想定する憲法訴訟の中で、本当に適用上判断は優先されるのだ

したがって以上により、第一に、文面上の訴え・文面上判断は、FAO 型だけではないこと、そして第二に、Isserles をはじめとして前節で扱った Adler, Fallon などアメリカの学説の多く<sup>227)</sup>、そして高橋も認識するように、司法審査において審査の基準（・法理テスト）の多くが文面上の判断を導くことについて<sup>228)</sup>、学説に広い見解の一致が認められる点を、確認したい。またその上で Isserles の説明にしたがって、以上のことと *Salerno* 基準は両立するとの立場に与したい。

#### 4 「事実」の扱い

##### (1) 「客観的」・「一般的」な審査

これまでの叙述において、憲法上の権利や司法審査の、特定事件を超える「客観的」・「一般的」側面に注目してきた。しかしながら、このような姿勢へは、疑問が提起されるかもしれない。

というのも日本についていえば、次のような問題がある<sup>229)</sup>。わが国ではただでさえ「法令そのものをより客観的・一般的見地から問題にする」審査方法を「何とはなしに措定してきたところがある<sup>230)</sup>」ため、そのような性質を更に強調することが持つ意味を考えなくてはならないのである。本稿の姿勢に対しては、司法のより一層の司法消極主義的帰結がもたらされるとの批判もあるところであろう<sup>231)</sup>。

---

ろうか、という疑問を抱いている。

227) なお本稿脚注 132 参照。

228) なお、違憲審査基準の目的・手段審査を厳格に行うことが、違憲な政府の目的を熾り出す機能を果たすことに着目し、政府の行為の公共性を担保するものとしての憲法上の権利論の可能性を指摘する論考として、阪口・前掲（注 81）がある。

229) アメリカでの議論でも本稿のように「客観的」・「一般的」な側面を強調することは、これ迄の伝統と衝突する。たとえ *Salerno* を描写的ルールと解したとしても、仮定的・想像上の事件に思いを巡らせてはならないとする伝統的な法理、法の意味は具体的な状況の中でこそ明らかになるという法理との整合性を説明することは、容易ではない。

230) 佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣、1988年）218 - 19頁。また藤井俊夫『司法権と憲法訴訟』（成文堂、2007年）135頁も参照。

231) たとえば、市川正人「日本における違憲審査制の軌跡と特徴」立命館法学 294号（2004年）104頁以下、112頁は、憲法保障機能が意識されたことが却って、違憲審査権行使を自己抑制的にしたと指摘する。

たとえばわが国の裁判所がそのような審査の傾向を有することについて、市川正人は具体的な事実状況を踏まえる重要性を、夙に強調してきている。いわく、「わが国の裁判所は、具体的事実状況を重視して憲法判断をするという姿勢に乏しく、法律の合憲性を一般的、抽象的に問題とすることが多い<sup>232)</sup>」が、その結果として、緩やかな違憲審査や安易な合憲判決が生みだされている、と<sup>233)</sup>。そして、「法の意味は具体的事実状況の中で明らかになるという法の捉え方が受け入れられること」が、付随審査制の機能のためには必要であると指摘する<sup>234)</sup>。

確かに論拠が薄弱な「一般的・抽象的」な憲法判決は説得力に欠け、憲法 81 条により司法審査が裁判官の職責とされていることに照らしてみたときに、疑問を生じさせる。たとえば、今世紀に入らんとする平成 2 年に出されたわが国の最高裁判決（渋谷暴動事件最判<sup>235)</sup>）は、破壊活動防止法 39 条及び 40 条のせん動罪処罰規定の合憲性につき、次のような判断を示していた。

すなわち、せん動行為は表現活動としての性質を有しているが、「表現活動といえども、絶対無制限に許容されるものではなく、公共の福祉に反し、表現の自由の限界を逸脱するときには、制限を受けるのはやむを得ない。本件で問題となったせん動は「重大犯罪をひき起こす可能性のある社会的に危険な行為であるから、公共の福祉に反し、表現の自由の保護を受けるに値しないもの」である。ゆえにこれに制約を加えることは、憲法 21 条 1 項違反とならない、と。

このような極めて表面的な審査は、アメリカの Brandenburg 原則<sup>236)</sup> のような判断基準を用いた審査と比較されるなど、多くの学説から厳しい批判を浴び

232) 市川正人「違憲審査制の軌跡と展望」紙谷雅子編『日本国憲法を読み直す』（日本経済新聞社、2000年）167頁以下、182頁。

233) 市川・前掲（注231）112頁。

234) 市川正人「違憲審査の活性化 アメリカとの比較から」憲理研編『法の支配の現代的課題』（敬文堂、2002年）21頁以下、33頁。

235) 最二小判平成2年9月28日刑集44巻6号463頁。

236) Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969)（暴力や違法行為の唱道をする言論の規制は、その唱道が、差し迫った違法行為を扇動または生み出すことに向けられており、かつそのような違法行為を鼓舞または生み出す可能性のあるものである場合にのみ、なしうる）。

た<sup>237)</sup>。

では審査の基準を定立すれば、そのような「一般的・抽象的」な審査が改善されるかといえば、当然、そういうことにはならない。たとえば公務員の政治活動の規制における、猿払事件最高裁判決<sup>238)</sup> 以来のテスト 禁止目的の正当性、禁止目的と禁止との合理的関連性、禁止により得られる利益と失われる利益の比較衡量によって、当該制約が合理的で必要やむを得ない限度にとどまっているかを問うもの に対しては、「基準なしの審査であり、個別的利益衡量 (ad hoc balancing) として性格づけられる手法<sup>239)</sup>」, 「アメリカで築かれてきた理論的な道具 (を) ……見てくれのよさだけを理由に、あろうことか本来の文脈とは正反対の方向で用いる目的で……継ぎ接ぎして提示されたのが、猿払三基準に他ならない<sup>240)</sup>」などの批判がなされているところである<sup>241)</sup>。

## (2) 審査の基準と「事実」

そもそもわが国の判例・学説は違憲審査基準論と利益衡量論との間の違いを理解しているのかという高橋和之によってなされた問題提起もあり<sup>242)</sup>、本来は違憲審査基準論そのものを検討する必要があるが、本稿ではその余裕はない。ここでは目的・手段審査という大きな枠組みよりも概念上下位に位置し、より特定のな、本稿のいう審査の基準 (・法理テスト) に着目しながら、「一般的・抽象的」な判決の改善の可能性を考えてみたい。

237) 右崎正博・平成2年度重判解(ジュリ980号)22頁以下, 君塚正臣・判例研究・阪大法学41巻4号(1992年)501頁以下, 松井幸夫・法セミ438号(1991年)126頁以下など。

238) 最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁。

239) 高橋和之「審査基準論の理論的基礎(上)」ジュリ1363号(2008年)64頁以下, 71頁。

240) 佐々木弘通「猿払事件判決批判・覚書 『表現の自由』論の観点から」成城法学77号(2008年)49頁以下, 59頁。

241) 他にも本テストへの批判として, 野坂泰司「国家公務員の政治活動の自由 猿払事件判決」法教331号(2008年)89頁以下, 98-100頁, 亘理格「利益衡量型司法審査と比例原則」法教339号(2008年)37頁以下, 39頁など。

242) 高橋・前掲(注239)は, 審査基準を用いているかのような判例がある一方, 実態として利益衡量論を採用したにもかかわらず猿払テストの適用範囲が拡大している状況を前に, 「審査基準論への萌芽がこれ以上成長する前に摘み取られてしまいかねない(64頁)」との問題意識を記している。



改善の一つの鍵は、「事実」の扱いにあると考えている。憲法訴訟で観念される「事実」は、日米ともに、Kenneth C. Davis 以来の「立法事実 (legislative facts)」と「司法事実 (adjudicative facts)」という2種類であり<sup>243)</sup>、事件特定の事実である司法事実に対して、立法事実は法律の基礎である一般的事実と理解するのが通常である<sup>244)</sup>。そして立法事実の扱いが判決の説得力を大いに左右することから、立法事実の内容や顕出方法などにつき検討が加えられてきたところである（立法事実論<sup>245)</sup>）。

本稿は立法事実論を包括的に論ずるものではなく、限定的な視角からの問題提起に過ぎないが、立法事実を違憲審査の基準（・法理テスト）という観点から更に分類することは、一定の意義を有するのではないかと考えている。Davis の司法事実と立法事実は、紛争当事者に関する事実と法定立 (lawmaking) における事実の区別であるが<sup>246)</sup>、立法事実を更に類似の考え方で区別して、ルール定立における事実とルール適用における事実とに分けることは、説得力のある判決を考察する上で有用なのではないか。

というのも、法令だけでなく審査の基準（・法理テスト）などを含めてルール定立を考えるとすると<sup>247)</sup>、それらを形成する際に関係する事実と、それらルールの適用において関係する事実とは性質を異にするため、区別

243) Kenneth C. Davis, *An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process*, 55 HARV. L. REV. 364 (1942).

244) 芦部信喜の「法律を制定する場合の基礎を形成し、かつその合理性を支える一般的事実、すなわち社会的、経済的、政治的もしくは科学的な事実（芦部・前掲〔注25〕24頁。なお芦部・前掲〔注30〕152頁も参照）」が代表的な見解である。

245) 立法事実論に関する邦語の文献として、たとえば、江橋崇「立法事実論」芦部信喜編『講座憲法訴訟第2巻』（有斐閣、1987年）69頁以下、[高橋・1995][「審査の方法と立法事実」]、時国・前掲（注25）1頁以下[「憲法事実 特に憲法事実たる立法事実について」]、安西文雄「憲法訴訟における立法事実について（一）～（三・完）」自治研究64巻12号（1988年）122頁以下、65巻2号（1989年）86頁以下、65巻3号（1989年）76頁以下など。

246) 3 KENNETH C. DAVIS, *ADMINISTRATIVE LAW TREATISE* § 15.1, 15.2 (2d ed. 1980).

247) わが国の判例において、審査の基準（・法理テスト）が十分に展開されていないという問題があるが、本稿では一先ず措く。なお事件によっては、審査の基準というルールの必要なしに、憲法の条文解釈に必要な事実しか必要ない場合がある。たとえば、日本の例でいえば、憲法の意味の画定することにより解決した外国人の地方参政権に関わる事件（最三小判平成7年2月28日民集49巻2号639頁）などが挙げられよう。

しうるだろう。は当該事件解決のために審査の基準（・法理テスト）が適用される際に採用される事実であり、個別事件を超えながらも、司法事実と同様、具体的な事実状況を反映する事実と理解することもできる<sup>248</sup>。

すなわち、は通常の場合、個々の事件の影響を受けずに変わらない性格を持つといえる一方で、は事件の背景にある社会生活の質の変化や科学技術・医学の進歩などを受けて、柔軟に変化する一般事実といえるのではないが。

図にまとめると下の通りである。

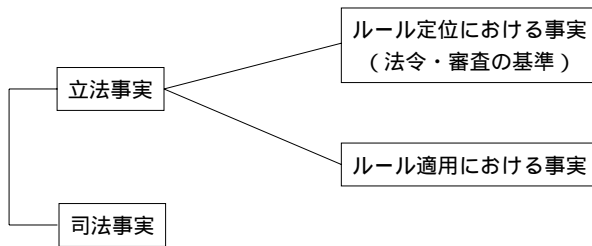


図 2

以上の考察は David L. Faigman<sup>249</sup> の分類を参考にしている。Faigman は、「立憲事実」と「司法事実」という二分法の「立憲事実」を更に二分して、全部で三分法とすることを提唱しており、具体的にはこうである<sup>250</sup>。Davis の「立憲事実」を二分した、「憲法法理的事実 (constitutional doctrinal facts)<sup>251</sup>」と「憲法審査的事実 (constitutional reviewable facts)<sup>252</sup>」<sup>253</sup>、そして Davis の「司法

248) なお は江橋のいう「憲法事実」(前掲〔注 245〕77 頁)、高橋のいう「憲法解釈事実」(〔高橋・1995〕13 頁)に相当しよう。

249) David L. Faigman, *Defining Empirical Frames of Reference in Constitutional Cases: Unraveling the As-Applied Versus Facial Distinction in Constitutional Law*, 36 HASTINGS CONST. L.Q. 631 (2009).

250) Faigman, *supra* note 249, at 635, 638-41.

251) *Id.* at 638-39. 憲法の意味を確立するに当たり、テキスト、原意、憲法構造、先例、学説などを接合し、時にその一部となる事実である。たとえば原意というのは、ほぼ全面的に事実に関する議論 たとえば、表現の自由条項は猥褻にまで及ぶや否や である。そこでこれは個別事件を超えて一般的適用されるところのルールあるいは基準を作る際に採用されるもの、となる。

事実」にあたる「事件特定的事実 (constitutional case-specific facts)<sup>254)</sup>」である<sup>255)</sup>。

「憲法審査の事実」とは、審査の基準（・法理テスト）の司法審査における

252) *Id.* at 639-40. 裁判所は「関係する憲法的ルールあるいは基準の下で審査の事実を審査する」とされており、要するに審査の基準が指定する事実のことである。たとえば、通商条項の下で用いられている基準は「連邦法が州際通商に相当の影響を与えるかどうか」であり、この基準を支える事実が「憲法審査の事実」となる。

253) 「憲法法理的事実」と「憲法審査の事実」は、カテゴリカリーに排他的ではない。それらの間に明白な線引きをすることはできず、またどちらになるかは、その後の判例の動向によると指摘されている。そして、違いは、大要、ルールと原理の対比で理解されている。たとえば医学的事実と医学の進歩の例を挙げれば、「憲法法理的事実」は固定的でその後の医学の進歩に影響を受けないルール、「憲法審査の事実」は柔軟で、一定範囲に判断を導く原理として、その後の医学の進歩に応じて時と共に変化する可能性を秘めたもの、となる (Faigman, *supra* note 249, at 641-44)。

なおこれを事例に即していうと、*Roe*, 410 U.S. 113 (1993) の設定したトリメスター枠組みにおける 12 週（第 1 トリメスター終期）、24 週（生存可能性）といった事実が、どちらとして働いているかについて、12 週が後続判例である *Akron* で医学的進展の影響を受けないルールとして扱われたのに対し（*Casey* で判例変更されたのではあるが）、24 週が であり医学的進展に伴って変化の可能性のある審査可能な事実として扱われたと指摘されている (at 643)。

254) *Id.* at 640. 憲法的なルールを特定の事件へ適用するに関連する事実であり、そこで挙げられているのは、白人が高得点をとれるようなテストに基づく雇用決定を黒人の警察官に対してなすことが、警察署による「意図的な差別」といえるかどうか、という例などである。

255) たとえばわが国の判例で、Faigman のいう「憲法法理的事実」と「憲法審査の事実」について考えてみたい。在外邦人選挙権違憲訴訟最高裁判決（最大判平成 17 年 9 月 14 日民集 59 卷 7 号 2087 頁）を見てみよう。在外国民の選挙権の行使を制限することの憲法適合性について述べている箇所は、まず憲法前文及び 1 条、43 条 1 項、15 条 1 項、同条 3 項、44 条ただし書きを挙げて憲法の意味することを述べ、国政選挙における投票権を憲法の保障する権利とし、投票の機会が平等であることを憲法の保障と解している。この部分は、Faigman のいう「憲法法理的事実」に当たるといえる。この事実を前提にテストを設定しており、ルール定立的な性格を有している。

そして、そのテストとは、制限することがやむを得ない事由がある場合に限って制限は合憲となるとして、「そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不可能ないし著しく困難であると認められる」かを問うものである。そのうえで、本件改正前の公職選挙法の憲法適合性について述べれば、(a) 昭和 59 年の時点で在外国民の選挙権の行使を可能とする法律案を国会に提出していること、(b) 廃案となったのち 10 年以上放置したことを取り上げて、「やむを得ない事由があったとは到底いうことができない」と結論しているのである。

(a) (b) はルール適用に関わる事実であり、Faigman のいう「憲法審査の事実」に当たろう。(a) (b) はともに、訴訟を提起した者たちに固有の特定の事情ではないこ

重要性に鑑みての 카테고리であると思われる<sup>256</sup>)。実体的な法理やテストそして違憲審査の基準が果たしている役割を踏まえれば、それらに当てはめる「事実」に注目することは、司法審査を豊かにするための判例分析の道具として有用なのではないか。「憲法審査的事実」はテストに関わる点において予見可能性や安定性を有しつつも、同時に事件の具体的な事実状況に開かれた一面を持つ。したがって、たとえ具体的な原告の状況に関わらない「一般的」な審査がなされて<文面上>の判断が下されたとして、「審査的事実」の検討如何によっては、十分な論拠を付する説得的な判決になる可能性があるのではないかと思われる<sup>257</sup>)。

## 5 小括

以上 III の考察をまとめ、裁判所の表す憲法判断を分析する際の考え方の枠組みを、次のように試論的に整理したい。これは高橋和之の (i) 裁判所の違憲審査の方法と、(ii) 裁判所の出す憲法判断の方法という二つを区別する枠組みに沿いつつ、(ii) において更に 2 つの要素を考慮するものである。

### (i) 違憲審査の方法

(1) 通常の場合、法令が訴訟人に適用されることを切掛けとする以上は、適用における審査が基本型である<sup>258</sup>)。

---

と、しかしながらこの憲法問題をめぐる社会的政治的事実状況の変化に開かれていることに注意を払いたい。「やむを得ない事由があったとは到底いうことができない」という結論が説得的であるかは、まさにこれらの事実依存している。

256) もっとも Faigman は、「憲法法理的事実」と「憲法審査的事実」を文面上の訴えに、そして「事件特定的事実」を適用上の訴えに結びつけて、両者の違いを強調する (Faigman, *supra* note 249, at 639-50)。確かに、伝統的な用法では、そのように分けることも可能であろうが、適用上の訴えがより一般的な帰結をもたらすに至った今日的用法を、このような理解ではうまく説明することはできないと考える。本稿は「憲法審査的事実」というカテゴリーの有用さは認めるが、Faigman とは違い、両者の性質の類似性に注目したい。

257) 立法事実の内容として考察されることは、これまでなされてきた内容、たとえばわが国でもしばしば参照される Kenneth Karst, *Legislative Facts in Constitutional Litigation* 1960 SUP. CT. REV. 75 が提案することと径庭はない可能性がある。しかし、少なくとも議論の見通しを良くすることには資するのではない。

- (2) これまでわが国でも文面審査という言葉で想定されてきたのは FAO であるが、FAO 型の違憲判決が出されたことがないこと、また一般的・抽象的な審査に慣れ親しんでいることから、わが国において FAO を想定した文面審査という類型を立てる意義は、そもそも小さいのではないか<sup>259</sup>。

(ii) 憲法判断の方法

- (1) 純粹に、行為が憲法上保護されるかどうかを判断する類型もある。伝統的な意味での適用上違憲である。
- (2) しかし、法令の文言や構造などに着目し、一般的な含意を引き出す審査の基準（・法理テスト）が多く用いられることに起因し、結果として裁判所の表す判断は、制定法などルールに関わる、文面上の判断となる傾向がある。

(2-1) そこで文面上の判断を更に分類する際に有用な視点として、

(A) 「事実」の性質（ルール定立に関わる事実、ルール適用に関わる事実、事件特定の事実）

(B) 救済の局面における違憲判断の範囲（全面的・部分的）

という2つを提案したい。

図で示せば以下のようなものである。

---

258) なおたとえば中絶規制法の領域がそうであるように、執行される前に訴訟を提起することについて、たとえば *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973); *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976) など。直接的な害悪の発生の恐れを強調して standing を認めるものであるが、むしろ規範統制自体を事件（紛争）と擬制するものとの説明が適しているのではないかと考える。

259) たとえば本稿脚注2で引用した藤田裁判官の考え方も、「過度の広範性の故に」という言葉はあるが、アメリカの FAO 法理のような「数え上げ」思考（本稿脚注260も参照）というよりもむしろ文面における欠陥と理解しているものと思われる。

		文面上違憲・ 法令違憲	適用上違憲・ (適用違憲)
(A) 事実の性質	(B) 違憲判断の範囲	全面的	部分的
	事件特定の事実		
	ルール適用に関わる事実		
	ルール定立に関わる事実		

図 3

は FAO 型であり<sup>260)</sup>、のうちでも特定個人に射程が限られるものが、伝統的な意味での適用上の判断と等しくなる。

(2-2) これは、文面上違憲・適用上違憲を、(B) 救済の局面での範囲の問題として理解しながら、(A) 考慮される事実の性質に注目するものである。どのような(B)となるかは、適用される法理やテスト、法令の構造や文言、事案の性質、そして(A)でどのようなレベルで問題を設定するかという裁判所の選択などに、大きく依存しよう<sup>261)</sup>。したがって、文面上違憲と適用上違憲とは性質を共通にする部分が多く、連続体として理解されるべき側面も、持ち合わせていよう。

なお(B)において部分的な判断となる場合には、法令全体の合憲性の確定<sup>262)</sup>までは含意されないと解すべきであろう。なぜならそれは判示された範囲外の事柄であり、また、もし「法令の合憲性に疑問がないということであれば、当該規定を違憲的に適用した国家行為(処分)を端的に違憲と判示すれば足りる<sup>263)</sup>」からである。

260) 合憲な適用の「数」を数え上げる思考であるためである。なお本稿 II 1 (FAO 概説)、III 3 (Isseries の議論)も参照されたい。

261) したがって、アメリカ判例の強調する「執行前の」という性格(II 3(4))は、文面上の訴えを決するに当たってコントロールングというわけではないと考える。

262) たとえば、わが国でいえば芦部信喜は、「法令そのものを違憲とする法令違憲の判決と、法令自体は合憲でも、それが当該事件の当事者に適用される限度において違憲であるという適用違憲の判決」と説明している(芦部信喜・高橋和之補訂『憲法〔第4版〕』〔岩波書店、2007年〕370頁)。

263) 野坂泰司「憲法判断の方法」『憲法の争点』(有斐閣、2008年)286頁以下、286頁。

(2-3) アメリカの判例を参照する際には、適用上違憲・文面上違憲という言葉を上記のように救済に関わる問題として捉えることは、記述的にも理論的にも問題を生じせしめるものではないと思われる<sup>264)</sup>。

しかしながら、わが国の適用違憲という言葉については、通常は部分違憲と同義としては用いられていないことを考慮に入れる必要がある。おそらく法令違憲の一種という位置付けが無難なのであろう。しかしながら、そうする場合には適用違憲の意味が不明瞭になるのではないか。わが国では通常、適用違憲の対象もまた法令と解してきたはずである<sup>265)</sup>。規定全体の合憲性を確定するのではなく、具体的事件に適用されるにおいて、違憲な部分を無効とする救済方法なのであるから、適用違憲なのではないのだろうか。もっとも、仮にそういえるとしても、法令違憲の一種と考えるべきかあるいは適用違憲と考えるべきかは、現実のわが国での用法に依存する側面があることは否めない<sup>266)</sup>。

いずれにせよこの領域は、ある言葉で何を指しているのかという内容を明確にすることが、混乱を避ける上で必要である。

(2-4) 違憲は即、当該規定の全体としての無効という選択肢のみではない。全面的に合憲か違憲かではなく、裁判所のなす司法審査の「量」をコントロールすること、すなわち当該事件に応ずる形で無効の範囲を限定する形態は、展開への可能性を秘めている（ <sup>267)</sup>。また、制定法の文

264) 救済の問題として捉える論考として、たとえば Adler, *Reply, supra* note 178, at 1378; Note: *After Ayotte: The Need to Defend Abortion Rights With Renewed "Purpose"*, 119 HARV.L.REV. 2552, 2554 (2006) 参照。

またこの点に密接に関連することとして、「可分性」が救済の段階での問題であるとの指摘として、David H. Gans, *Severability as Judicial Lawmaking*, 76 GEO.WASH.L.REV. 639, 643 (2008) がある。

265) 本稿脚注 262 参照。

266) この点で前稿は、「適用違憲（部分違憲）(205頁)」、「無効の範囲を限定する適用違憲（206頁）」という言葉を用いることにおいて拙速であったのかもしれない。

267) 近年にいたるまで長らく、わが国の判例は適用違憲という手法を活発には展開してこなかった。代表例として猿払事件最高裁判決（最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁。青柳・前掲（注25）19頁、君塚・前掲（注25）18-19頁、戸松秀典「違憲判断の方式」樋口陽一編『講座・憲法学第6巻権力の分立（2）』（日本評論社、1995年）167頁以下、179頁など。

アメリカでも、違憲が全体としての無効に結び付けられがちであるところ、部分

面に関わる判断をなす場合であっても、ルール適用に関わる事実を緻密に積み上げることで、具体的な状況に開かれた、より説得的な判決になる可能性がある。図3の中で網掛けをした の展開可能性に大いに期待したい<sup>268)</sup>。

#### IV おわりに

本稿は、「憲法判断の範囲と対象」をめぐるアメリカの議論における混乱について整理を試み(II)、現在の状況に照らして意義を有すると思われる考え方の枠組みを提案したものである(III)。

前者についていえば、アメリカでは特権的な行為の保護を中心とする伝統的な思考の枠組みがいまだに用いられつつも、その中で別の作法の議論、すなわちルールに力点を移した議論がなされているという、用法や用語の変化に注目して、状況を整理した。そして後者では、「憲法判断の範囲と対象」を、ルールとの関わりで捉えながらも、審査の基準(・法理テスト)の当てはめで採用される「事実」を豊かにすることで、具体的状況への柔軟な対応が可能ではないかとの考え方を示した。

最後に本稿のテーマをもう少しマクロな視点、すなわち司法審査権行使をめぐる裁判官の裁量統制という視点から眺めて、終えることとしたい。

裁判所のなす司法審査のモデルとして、私権モデル(private rights model)と特殊機能モデル(special function model)というタームを使った Monaghan の議論<sup>269)</sup>は、わが国でも広く知られている<sup>270)</sup>。私権モデルはアメリカでの伝統的な憲法訴訟観に関わり、憲法上の権利をコモン・ロー上の権利のアナロジーで捉えて<sup>271)</sup>、その実現として憲法訴訟を理解するものである。しかしそれは、

---

的な無効とインジャンクションという救済の方法を指摘する論考として、Buck and Rienzi, *supra* note 42.

268) なお以上における適用上違憲は、その判断をするに先立ち、一定の合憲性判断をなしているといえることに注意されたい。

269) Monaghan, *supra* note 183.

270) 芦部・前掲(注25)3頁以下[「憲法訴訟の理論と技術」]など。

271) すなわち、「個人的な憲法上の権利の擁護 (*Broadrick*, 413 U.S. at 610-11 [1973])」である。



<憲法上の権利 = 私権 = 不法行為法や財産法が私人に対して保障しているもの> という等式がほぼ成り立っていた時代の考え方であることに、注意しなくてはならない<sup>272)</sup>。

これに対して今日の多くの憲法上の権利は、特定の個人を超えた一般的なレベルで働いており、憲法上の権利と一般的通用性を有するルールとの、密接なつながりが指摘されうる。そして違憲審査をする際に裁判所の用いるテストの多くが、本来的な性質上、制定法の文面に焦点を当てるために、特定の事件を超える意味内容を持つ、文面における判断を、裁判所から引き出している。これはⅡで描いた意味の変化、すなわち違憲性が、より一般的・抽象的なレベルで解される傾向を後押しするものであったろう。無論、正確に言えば、個別事件に適用する限りでのルールの違憲・無効が裁判所の示しうる最大限なのだが、現実には将来の類似の判断にまで影響を及ぼすために、裁判所のなす憲法判断（合憲にせよ、違憲にせよ）の現実の威力は大きい。

では、そのような審査の基準（・法理テスト）を適用した結果が違憲であった場合、裁判所はどうすればよいのか。軽々に国民の代表機関の立法を十分な論拠にも基づかずに全面的に違憲としてはならないことは明白である一方で、憲法によって司法審査権が認められているにもかかわらず、あからさまな人権侵害立法で十分な具体的損害が生じている状況下で違憲を回避することが適切ではないこともまた明白である。したがって、これらの間のどこかでバランスを取る必要がある。

「誰がそのバランスをとるのか」、「誰が裁判所の役割を決定するのか」といえば、結局のところ答えは、裁判官自身ということになる。どのような憲法判断をどのような範囲で示すのかも、裁判官の裁量のうちである。したがってつまるところ、本稿のテーマとした「憲法判断の範囲や対象」に関わる問題とは、裁判官の裁量を統制する論理の問題となる。

伝統的には、個別具体的な事件に憲法判断を限定することにより、司法審査に当たる裁判官の裁量をコントロールしようとしてきた。しかしながら、憲法

272) Monaghan, *supra* note 183, at 1366 n.18. なお Stewart & Sunstein, *supra* note 65, at 1233 も参照。

訴訟が特定個人の権利の実現で完結せずに、より広く一般的な意味を有する以上は、伝統的な裁量統制の試みで十分ということにはならない。

この点で、日本においてもアメリカにおいても、「全面的に合憲とする」と「全面的に違憲とする」との間にある領域が、目下の注目を浴びているということは、裁判所による現実へのモデストな対応方法<sup>273)</sup>が手探りで求められているということの意味するのかもしれない。そのような現実を前にして、なされる司法審査の「量」を理論的に整序しようとする本稿は、裁判官の裁量を統制する論理への、アプローチ方法の一試論である<sup>274)</sup>。

〔付記〕 本研究は科研費 (21730025) の助成を受けたものである。

#### 訂正

この場をお借りして前稿のミスリーディングな記述を訂正させていただきます。

199 頁「まずは 1940 年代の・・・」 代をとる (「まずは 1940 年の・・・」)

(あおい・みほ = 本学准教授)

---

273) 本文で述べた「現実へのモデストな対応」というのは、実体的な権利の、ある種手続的な表現方法とも言える。実際のところ、「権利と救済」、「原告適格と権利」の間の密接な関係は指摘されてきている。たとえば、原告適格は実体法の定め依存するとする Cass R. Sunstein, *Standing Injuries*, 1993 SUP.CT.REV. 37, 40 や、権利と救済がもつれあっていることを指摘する Daryl J. Levinson, *Rights Essentialism and Remedial Equilibration*, 99 COLUM.L.REV. 857 (1999) など。また、憲法判断のあり方という、ある種手続的なレベルと実体的な憲法法理の密接な関係も、そのような相互依存関係の一つの例とする Franklin, *supra* note 129, at 103 も参照。

274) なお「事件性」と「憲法判断」の間の論理的なつながりを断つ理解に基づき、違憲判断を出しうる裁判官の裁量を前提にして、その裁量の統制を考察するという試みを選挙権の国家賠償法による救済の文脈でなしたものが、拙稿「選挙権の救済と国家賠償法 立法不作為の違憲を争う方法として」及び「立法不作為の国家賠償請求訴訟対象性・再論 権限規範と行為規範の区別をふまえて」である (青井・前掲 [注 27])。