

Title	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
Sub Title	
Author	山本, 龍彦(Yamamoto, Tatsuhiko)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	2008
Jtitle	慶應の法律学 公法I： 慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集 (2008.) ,p.361- 396
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BA88452463-00000001-0361

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

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——

山
本
龍
彦

- 一 はじめに
- 二 「適用上判断の原則性」という建前
- 三 文面上判断の遍在
- 四 結語に代えて

一 はじめに

a 過度広汎性のドクトリン (Overbreadth Doctrine) に代表される文面上判断は、付随的違憲審査制を採用する憲法システムにおいてはアブノーマルなものとして理解されてきた。⁽¹⁾

周知のように、かかる審査制の下での裁判所は、「具体的な争訟事件が提起されないのに将来を予想して憲法及びその他の法律命令等の解釈に対し存在する疑義論争に関し抽象的な判断を下すとき権限を行い得るものはな」⁽²⁾く、かかる要請を制度的に担保するという観点から、裁判所において憲法問題を提起できる資格（以下、「スタンディング」と呼ぶ⁽³⁾）を、基本的に自己の「憲法上の権利」を侵害された者に限定する。そしてこの理解によれば、原則として、法律によって自己の権利を侵害されていない者が、当該法律が裁判所の面前に現われていない第三者の権利を侵害しようということをもって、当該法律の違憲性を主張することはできない。⁽⁴⁾ 裁判所は、法律の可分性が認められる限り、当事者の権利を侵害する本件適用について判断すれば足り、別状況にある第三者への適用について思いを馳せながら、法令それ自体を無効とすることはできないのである。

しかし、過度広汎性のドクトリンは、右原則から逸脱する。同ドクトリンによれば、ある法律に違反したとして起訴された被告人が、憲法上保護されない行為にかかわっていたために、本件においては、その法律の適用によって憲法上の権利を侵害されていないにもかかわらず、この法律が過度広汎であるために第三者の憲法上の権利をいずれ侵害することになるとか、第三者の権利行使に萎縮効果を与えるとかいう理由で、その法律の無効を主張できるからである。モナハン (Henry P. Monaghan) が示す例によれば、裸足でない限りは酒場でダンスする憲法上の権利が認められているという状況下で、ダンサーが靴を履いているかどうかにかかわらず酒場でのダンスを広く禁止する州法が存在している場合、同法違反で起訴された「裸足のダンサー」は、自らの行為が憲法上保

護されたものではないにもかかわらず、当該州法の違憲性を主張することができる、⁽³⁾ というわけである。⁽⁶⁾

このように、過度広汎性の審査など文面上判断がなされる場合には、法律の本文における適用によって自らの憲法上の権利を侵害されていない者——法律の合憲的適用を受ける者、裸足のダンサー——が、裁判所の前に現われていない他の仮想的状況において当該法律が第三者——靴を履いたダンサー——に対して違憲的に適用されるかもしれないということ根拠に、当該法律の全体に異議を唱えることが許されるのであり、⁽⁷⁾ したがってそれは、付随的審査制の建前から逸脱することになるのである。⁽⁸⁾ 付随的審査制の下では、「訴訟当事者は他者の権利ではなく彼『自身』の権利のみを主張することができる」、「よって彼は、彼に対して『適用される限りで』⁽⁹⁾ applied」ある法律に異議を唱えることができる、⁽⁹⁾ というのが原則である。

b 文面上判断の「例外」的位置づけは、わが国における過度広汎性ドクトリンの消極的な使用を説明しうる。たとえば、広島市暴走族追放条例の違憲性が争われた最近の事件で、⁽¹⁰⁾ 最高裁判所多数意見は、憲法上保護されているとは解し難い行為を行った被告人に対し、当該条例の違憲無効を主張するスタンディングを認めながらも、⁽¹¹⁾ 比較的安易に文面上有効と認め、また堀籠裁判官の補足意見は、「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のであるから、罰則規定の不明確性、⁽¹²⁾ 広範性を理由に被告人を無罪とすることは、国民の視点に立つと、どのように映るのであろうかとの感を抱かざるを得ない」との見解を提示したうえ、「このような場合、条例の文面を前提にして、他の事案についての適用関係一般について論じ、罰則規定の不明確性を理由に違憲と判断して被告人を無罪とする前に、……本条例が本来規制の対象としている『集会』がどのようなものであるかをとらえ、合理的な限定解釈が可能であるかを吟味すべきである」とし、文面上判断に強い抵抗感を示した。⁽¹²⁾

c しかし、付随的審査制を採用しているとされるアメリカや日本で、文面上判断が「例外的に」ではなく、

「当たり前に」行われてきたとすると、どうであろうか。少なくとも最近のアメリカでは、文面上判断の遍在（ubiquitous）をめぐって活発な議論が展開されている。連邦最高裁判所では、文面上判断を厳しく制限した一九八七年の *United States v. Salerno* 事件判決⁽¹³⁾の位置づけをめぐり、ステイーブンス裁判官とスカリア裁判官が依然として熱い火花を散らしているし、学説上も、ドルフ（Michael C. Dorf）やアドラー（Matthew D. Adler）が、文面上判断に対する新たなアプローチを提示している。

本稿は、このようなアメリカの議論を紹介し、若干の検討を加えようとするものであるが、それは主として以下の二つの理由に基づく。

第一は、実践的な理由である。周知のように、先の暴走族追放条例事件には、文面上判断を積極的に認める藤田裁判官、田原裁判官の反対意見が付されており、今後わが国でも、とくに「堀籠裁判官 v. 藤田・田原裁判官」というかたちで、文面上判断の位置づけ、文面上判断が許容される際の基準等について活発な議論が展開される可能性がある。このことを踏まえると、文面上判断をめぐるアメリカの議論動向を参照しておく意義は小さくないように思われる。

第二は、もう少し理論的な理由である。先述のように、一般にわが国は付随的審査制を採用していると説かれるが、仮にアメリカの議論が示唆するように、客観訴訟と問題点を一部共有する文面上判断が、「例外的に」ではなく「当たり前に」行われてきたとすれば、「憲法訴訟」や「憲法上の権利」という観念それ自体の再考が迫られることになる。実際、アメリカでは、アドラーが、裁判所が一般に着目するのは、主張者が行った特定の行為の性質ではなく、ルールそれ自体の有効性であるとして、「憲法上の権利」を「特定の行為にかかわる権利（rights to engage in particular conduct）」ではなく、「ルールに対する権利（rights against rules）」として再定義しようとして⁽¹⁴⁾いる。ここではさしあたりこの議論の妥当性をおいておくとしても、文面上判断の遍在は、「憲法上の権

利」の主観的性格それ自体を動揺させることになりうる。⁽¹⁶⁾

さらに、いま述べたことと関連して、アメリカの議論は、どぶろく裁判など、わが国最高裁のいくつかの判例に一定の正当性を与えうる。周知のように、どぶろく裁判の最高裁判決は、人格的利益説によれば「憲法上の権利」が侵害されたと解するのが難しい者に、酒税法の違憲無効を主張するスタンディングを与え、酒税法の規定に対して文面上審査を加えたが、これは、人格的利益説を標榜する憲法学の通説的見解からは実は正当化困難なアプローチであった（「憲法上の権利」を侵害されていない者に、なぜ当該法律の違憲無効を主張する資格が与えられるのか）。⁽¹⁸⁾近年のアメリカの議論は、一般的行為を制約されたにすぎない者にも、平等原則や比例原則とのかかわりから当該規制立法を訴訟上問題とすることを認めるわが国の通説的見解の「ミステリー」⁽¹⁹⁾を何らか解消する途を切り拓くかもしれない。

d 本稿は、まず、アメリカの判例法理にみる「適用上判断＝原則」という建前について概観する。そして次に、主としてドルフの議論を参照しながら、判例における文面上判断の遍在について検討し、その説明理論として、モナハン、アドラーの権利論を紹介する。最後に、このようなアメリカのアプローチが日本の議論に与える示唆について若干の考察を加えることとしたい。

- (1) Matthew D. Adler, *Rights, Rules, and the Structure of Constitutional Adjudication*, 113 *HARV. L. REV.* 1317, 1391-92 (2000).
- (2) 最大判昭和二十七年一〇月八日民集六卷九号七八三頁。
- (3) 時国康夫「違憲の争点を提起する適格」公法研究三七号（一九七五年）五九頁以下、佐藤幸治「憲法・第三版」（青林書院、一九九五年）三三二頁、戸松秀典『憲法訴訟・第二版』（有斐閣、二〇〇八年）八八、九二頁参照。ここでいうスタンディングは、訴訟要件としての「原告適格」とは異なり、「主張適格」と訳されることもある。藤井俊夫「過度の広汎性の理論および明

確性の理論」若部信喜編『講座 憲法訴訟・第二巻』（有斐閣、一九七八年）三四八頁（藤井教授のその他の業績も重要である）、木下智史「明確性の原則について」『現代社会における国家と法』（成文堂、二〇〇七年）二三四頁参照。以下、誤解を避けるため、単に「スタンディング」と呼ぶ。

(4) この問題については、若部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣、一九七三年）五五頁以下、市川正人「憲法訴訟の当事者適格（一）」～（三・完）」民商法雑誌九一卷四号（一九八五年）五〇六頁^A、五号七五六頁^B、六号八六〇頁以下^C、安念潤司「憲法訴訟の当事者適格について」『憲法訴訟と人権の理論』（有斐閣、一九八五年）三五九頁以下、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、一九八八年）九五―一二二頁参照。

(5) Henry P. Monaghan, *Overbreadth*, *Sup. Ct. Rev.* 1, 9-10 (quoting *Thompson v. City of Louisville*, 362 U.S. 199 (1960)). Thompson 事件では、飲酒後、カフェで踊り始めた被告人の行為が、市の治安紊乱禁止条例の下で処罰されうるかが問題とされた。

(6) 「われわれは、……ある者の行為が明らかに保護されないものであるとしても、その者が過度に広汎な法律を攻撃することを許容してきた」。New York v. Ferber, 458 U.S. 747 (1982); *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88, 97-98 (1940).

(7) 過度広汎性ドクトリンのこのような性格から、それを「私的司法長官（private attorney general）」をめぐる議論との関連で捉える見解と¹⁷。Trevor W. Morrison, *Private Attorneys General and the First Amendment*, 103 *Mich. L. Rev.* 589, 646-54 (2005).

(8) *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601, 610-11 (1973).

(9) *Monaghan*, *supra* note 5, at 4-5.

(10) 最判平成一九年九月一八日刑集六一巻六号六〇二頁。

(11) これは、これまでの最高裁の一般的な傾向でもある。藤井俊夫「憲法上の争点の主張」法学セミナー増刊・憲法訴訟（一九八三年）一八二頁参照。なお、本来の過度広汎性ドクトリンは、適用の可分性が認められる場合でも、萎縮効果に対する懸念からあえて「可分不能性の推定」を働かせ、その全体を違憲とするものである。See e.g., Michael C. Dorf, *Factual Challenges to State and Federal Statutes*, 46 *Stan. L. Rev.* 235, 262 (1994).

(12) この見解は、「典型的な適用上審査の主張」と批判された。徳島市公安条例事件上告審判決（最大判昭和五〇年九月一〇日刑集二九巻八号四八九頁）の高辻裁判官の意見を髣髴とさせる。藤井・前掲注（11）一八一頁。

(13) 481 U. S. 739 (1987).

(14) 藤田裁判官の反対意見は次のように述べる。「被告人の本件行為は、本条例が公共の平穩を維持するために規制しようとしていた典型的な行為であって、多数意見のような合憲限定解釈を採ると否とにかかわらず本件行為が本条例の規定自体に違反することは明らかである」が、「被告人が処罰根拠規定の違憲無効を訴訟上主張するに当たって、主張し得る違憲事由の範囲に制約があるわけではなく、またその主張の当否……を当審が判断するに際して、被告人が行った具体的行為についての評価を先行せしむべきものでもない」と。このように、藤田反対意見は、行為の具体的内容にかかわらず、被告人は処罰根拠法令の違憲無効を争うことができるとし、違憲の争点を提起する適格(スタンディング)をきわめて広く捉えている。

田原裁判官の反対意見も次のように述べる。「限定解釈によって、本条例の合憲性を肯定した場合、仮にその限定解釈の枠を超えて本条例が適用されると、それに伴って、国民(市民)「それを」潜在的第三者」といつてもよいであろう——山本」の行動の自由や表現、集会の自由等精神的自由が、一旦直接に規制されることとなり、それがその後裁判官によって、その具体的適用が限定解釈の枠を超えるものとして違法とされても、既に侵害された国民(市民)の精神的自由自体は回復されないものであり、また、一旦、それが限定解釈の枠を超えて適用されると、それが違憲、無効であるとの最終判断がなされるまでの間、多くの国民(市民)は、本条例が限定解釈の枠を超えて適用される可能性があり得ると判断して行動することとなり、国民(市民)の行動に対し、強い萎縮の効果をもたらしかねない」と。

(15) Matthew D. Adler, *Rights Against Rules: The Moral Structure of American Constitutional Law*, 97 MICH. L. REV. 1, 157 (1998). アトラーの論致については、すでに青井未帆准教授による丁寧かつ適確な紹介がある。青井未帆「憲法訴訟・憲法判断について考える」信州大学経済学論集五八号(二〇〇八年)二五頁以下(青井^A)。アドラーの見解によれば、「憲法上の権利」とは、「ルールの無効ないし修正を主張する法的権限」として理解される。同上、三五頁。さらに、青井未帆「憲法訴訟論——付随的審査制と『憲法上の権利』の救済」安西文雄ほか「憲法学の現代的論点・第二版」(有斐閣、近日刊行予定)(青井^B)。

(16) See Richard H. Fallon, Jr., *As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing*, 113 HARV. L. REV. 1321, 1364-68 (2000).

(17) 最判平成元年一二月一四日刑集一三三〇八四一頁。

(18) 言うまでもなく、この問題の発端は、人格的利益説と一般的自由説との対立にある。この点については実に多くの文献が

あるが、最近のものとして、駒村圭吾「自己決定権の射程」小山剛＝山本龍彦＝新井誠『憲法のレシピ』（尚学社、二〇〇七年）三頁以下がある。

(19) たとえば、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法・第四版』（岩波書店、二〇〇七年）一一六―一七頁参照。この芦部教授の記述を学生にとつての「難所」と捉えるものとして、穴戸常寿「自由と法律」法学セミナー六四一号（二〇〇八年）七二―七三頁。

二 「適用上判断の原則性」という建前

1 判例法理にみる適用上判断の原則性

(一) 判例の展開——Yazoo 判決から Salerno 判決まで

a 適用上判断の原則性に関するアメリカの判例法理の展開を考えるとまず重要なのは、いわゆる第三者スタンディング (third-party standing) を制限した一九二二年の Yazoo & Miss. Valley R.R. v. Jackson Vinegar Co. 事件⁽²⁰⁾ 判決である。

本件は、鉄道会社は品物の損失・損傷に関するすべての請求 (claims) について六〇日以内に解決しなければならず、遅延した場合には実際の損害に加え、ペナルティとして二五ドルを支払わなければならないとする州法があつたにもかかわらず、期日内に右請求に応じず、よつて裁判所により実際の損害と遅延金二五ドルの支払いを命じられた Yazoo 鉄道が、遅延金支払いを命ずる同法が、法のデュー・プロセスによらずに運送会社から財産を奪うものであり、合衆国憲法第一四修正に違反するなど主張した事案である。また本件で、Yazoo 鉄道は、「本法は本件のような事案に限定されず、過大または突飛な請求に応じなかつた場合にも同様にペナルティを科すものである」と主張していた。言い換えれば、Yazoo 鉄道は、詐欺的なものも含むすべての請求を即座に解決

するよう鉄道会社に要求する当該法律の広汎性についても異議を唱えていたのである。

バンデバンダー首席裁判官が執筆した全員一致の法廷意見は、まず、「本件に適用される限りで、当該法律は法のデュー・プロセスにも、平等保護条項にも反しない」（傍点は山本）としたうえで、「正当な請求」への対処を怠った本件被告（Yazo 鉄道）は、本件において、「過大または突飛な請求」がなされた場合に対する不満を述べる資格をもたないとした。²¹⁾「当裁判所が処理しなければならないのは、面前の事案であつて、想像的な事案 (imaginary ones) ではなく、「本件のような事案に適用される限りで、当該法律は有効であるといえは十分である」と述べたのである。²²⁾

第三者のスタンディングを制限することで文面上の異議を斥けたこの Yazo 判決は、後の判決でも繰り返し引用される。たとえば、文言上、「いかなる人でも (any person)」、人種に基づく投票権の阻害にかかわった場合には、司法長官は合衆国の名において訴訟を提起し、差止めを求めることができる」と規定した一九五七年市民権法の合憲性が争われた一九六〇年の United States v. Raines 事件判決が有名である。²³⁾本件で問題とされた差別的行為は、州の公務員によってなされたもので、疑いもなく第一四修正の下で連邦議会が正当に規制できる「州の行為 (state action)」に含まれるものであったが、²⁴⁾連邦地方裁判所は、「いかなる人でも」という文言を使用する当該条項は、連邦議会が規制できない「私人による行為 (private conduct)」に対しても適用されうるから、同法は全体として無効であり、本件のような公務員による行為に対してさえ執行できないとした。²⁵⁾これに対し最高裁は、「本件の訴えが、第一四修正の下で明らかに合憲な法律の適用を要求するものであるとすれば、そこで合憲性の問題は終結すべきである」としたのである。²⁶⁾「ある法律の合憲的な適用を受ける者」[本件であれば州の公務員——山本]は、当該法律が、他者または他の状況において違憲的に適用されるかもしれないということをほめかすことによって、当該法律を攻撃されることは許されない」というわけである。²⁷⁾

この Raines 判決は、先述の Yazoo 判決を引用しつつ以上のように述べて、地方裁の判断を覆したのであるが、⁽²⁸⁾ こうした最高裁の態度はさらに一九八二年の *New York v. Ferber* 事件判決でも確認されている。本件は、児童ポルノ規制の合憲性が問題とされた事案で、表現の自由ともかわるものであったが、上述の Yazoo 判決および Raines 判決を明示的に引用して、「法律の合憲的適用を受ける者は、同法が最高裁の前に現れていない状況下で他者に対して違憲的に適用されうるということを根拠に、当該法律に異議を唱えることはできない」という第三者スタンディングの制限ルールを「伝統的なもの」として再確認したのである。⁽³⁰⁾

b 以上のような判例の延長線上にあつて、「最高裁が、文面上判断に関する伝統的見解のとりわけ強固な再声明を発表した」とされるのが、一九八七年の *United States v. Salerno* 事件判決である。⁽³²⁾

本件は、どのような保釈条件をつけても、「他者およびコミュニティの安全を合理的に保証しない」という明確かつ説得的な証拠が提示された場合、裁判所は当該被告人の身柄を保釈することなく拘束できるとした一九八四年保釈改革法 (*the Bail Reform Act of 1984*) の合憲性が問題とされた事案である。連邦地裁は、本件の被告人が、組織化された犯罪「一家 (family)」の「親分 (boss)」や「頭領 (captain)」であつたことなどから、同法の規定に基づき本件における保釈なしの身柄拘束を認めたと、⁽³³⁾ 控訴裁は、コミュニティに対する危険を根拠に公判前拘留を認める同法は、そもそも、犯罪予防の見地から自由を奪い去ることができないとする実体的デュー・プロセスの観念に反するとして、文面上無効であると判断していた。⁽³⁴⁾

これに対して、レインキスト首席裁判官による多数意見は、「議会制定法に対する文面上の異議は、成功するものが最も難しい挑戦である」とし、かかる挑戦が成功するのは、「法律が有効となりうる状況がまったく存在しない」(傍点は山本) ということを申立人が立証した場合に限られるとした(以下、これを「有効状況の皆無性テスト (no set of circumstances test)」と呼ぶ)。そして、「われわれは、第一修正という限定された文脈の外で『過度広

汎性」のドクトリンを承認してこなかったのであるから、保釈改革法がいくつかの考えられる状況で違憲的に機能するという事実は、その全体を無効とするには不十分である」と述べたのである。⁽³⁵⁾ 結論的にも、本法が逃亡リスクのある被告人に対して合憲的に適用される以上、有効に適用される状況が「皆無」とはいえないなどとし、本法を文面上無効とした原審の判断を覆したのである。⁽³⁶⁾

言うまでもなく、この *Salerno* 判決は、適用上判断の原則性をより強固にするものである。状況の皆無性テストは、一見したところ、他のあらゆる仮想的状況への適用についても裁判官が思いをめぐらせる判断枠組みのように思えるが、実際には、当該法律が一面面でも合憲的適用の余地を含んでいる限り文面上の異議を斥けるものであるから、「本件に適用される限りで合憲」と判断された段階で、第三者への適用状況を考慮することなく、文面上の異議も斥けられることになる。⁽³⁷⁾ この「過酷 (Treasonian)」なテストの下では、明らかに違憲的適用の可能性を含む法律であっても、憲法上の権利を侵害することなく適用される場面がわずかにでも存在する限り、その他の適用はどうあれ、当該法律は文面上無効とはされない。これは、結局のところ、文面上判断を忌み嫌ってきた、憲法訴訟の「伝統的ルール」⁽³⁹⁾ を是認または強化するものとみることができる。⁽⁴⁰⁾

(二) 「適用上判断の原則性」の根拠

では、このような伝統的ルールは、いかなる考えに根拠づけられているのであろうか。先に挙げた *Reber* 判決は、右ルールは「われわれの憲法秩序の二つの基本的原理を反映したものである」と述べている。⁽⁴¹⁾ その第一は、「憲法上の権利」の主観的性質である。伝統的に憲法上の権利とは、ある者が特定の行為にかかわる権利を意味してきたとされる。⁽⁴²⁾ このように、憲法上の権利を純粹に主観的なもの、個人的なものと解する以上、「何人も、潜在的第三者の憲法的主張を争う憲法上の権利を有しない」ということになる。⁽⁴³⁾

第二は、憲法訴訟の自制的 (prudential) 性格である。Raines 判決の述べるところによれば、「最高裁が、複雑

かつ包括的な立法の適用において生ずるかもしれないすべての考えられる状況を考慮することは、実際に望ましいこととはいえない」。権力分立原理または民主主義的観点からみて、「連邦議会の制定法を違憲と宣言するデリケートな権限は、想像される仮定的事案への言及をとおして行使されるべきではない」というわけである。また、第三者スタンディングを制限する伝統的ルールは、裁判所の制度的能力といった観点からも正当化されることがある。「裁判所は、抽象的ではなく具体的争訟が現われたときに最もうまく機能する」とすれば、憲法問題に対する不必要な意見表明から裁判所を解放し、またその憲法的適用が不明瞭な状況⁽⁴⁵⁾での早熟な解釈（prematute interpretations）からも裁判所を解放する右ルールは、裁判所における判断の過誤を減じることにつながるというのである。もちろん、このような自制的要請は、司法権の範囲を画する合衆国憲法三条の「事件および争訟」要件とも関連している。実際、いくつかの事案において、最高裁は、自制的要素と、「それよりも重い（more weight）」⁽⁴⁶⁾三条の原則とを結びつけてきた。たとえば *Ferber* 判決は、脚注においてであるが、「当最高裁は、……現実の争訟における訴訟当事者の法的権利を裁定することを要求される場合を除いて、……法律を無効と宣言する管轄（jurisdiction）を有しない」とし、これを第三者スタンディングの制限ルールの追加的論拠としていた。⁽⁴⁷⁾

(三) 「例外」としての表現の自由——第一修正上の過度広汎性ドクトリン

a 連邦最高裁のいう、これら「議論の余地のない命題」⁽⁴⁸⁾に基づく第三者スタンディングの伝統的ルールからすれば、憲法訴訟において適用上判断が「原則」となり、過度広汎性のドクトリンはあくまでもその「例外」と位置づけられることになる。⁽⁴⁹⁾このドクトリンは、憲法上の権利を侵害されていない者が、潜在的第三者に対する権利侵害——仮定的状況における違憲的適用——の可能性を根拠に文面上の異議を申し立てることを認めるものであるからである。実際、近年の最高裁が、「第一修正上の過度広汎性ドクトリンは、文面上の異議に対する基準に関する通常ルールに対する例外として」⁽⁵⁰⁾認められるとか、「スタンディングの伝統的ルールから逸脱する」⁽⁵¹⁾

と明言しているように、右ドクトリンは、スタンディングに関する例外的ルールとして再定義できるのである。⁽⁵²⁾

b もちろん、すでに数多くの論者が指摘しているように、とりわけバーガー・コート以降の最高裁は、過度広汎性ドクトリンの射程を限定的に捉えてきた。⁽⁵³⁾ たとえば、州公務員の政治活動を制限した州法の合憲性を争った一九七三年の *Broadrick v. Oklahoma* 事件⁽⁵⁴⁾ において、ホワイト裁判官執筆の法廷意見は、とりわけある法律が純粹な言論ではなく「行為 (conduct)」を標的にしている場合は、「法律の広汎性は、現実的であるだけでなく、法律の明らかに正統な範囲との関係で、実質的 (substantial) なものでなければならぬ」と述べた(以下、これを「実質的過度広汎性ドクトリン」と呼ぶ⁽⁵⁵⁾)。ここでは、スタンディングの伝統的ルールから逸脱した過度広汎性ドクトリンが、あくまでも「劇薬」であり、「最後の手段」として用いられるべきことが強調され、萎縮効果の実質性が比較的厳密に問われたのである(したがって、限定解釈によって「憲法上保護された表現」に対する萎縮効果が除去されない限りで、文面上無効が宣言されることになる)⁽⁵⁶⁾。

このような実質的過度広汎性ドクトリンは、徐々に一般化されてきた。たとえば、児童ポルノ規制の合憲性が争われた先述の *Forbes* 事件で、やはりホワイト裁判官執筆による法廷意見は、「われわれは *Broadrick* 判決において、実質的過度広汎性の要求は、『少なくとも』言論プラスの行為がかかわる事案に拡張されること」を示唆したにとどまり、同ドクトリンの使用が *Broadrick* 事件のような「行為」規制事案に限定されることを明示したわけではないとした。さらに、二〇〇三年の *Virginia v. Hicks* 事件⁽⁵⁸⁾ において、第三者スタンディングに基本的に厳しい態度を示すスカリア裁判官が執筆した全員一致の法廷意見は、規制対象——言論か行動か——についてとくに言及することなく、より一般的に、「ある法が、保護された自由な言論の『実質的な』量 (amount) を処罰している」ならば、(そのときにはじめて) 当該法律の全執行を無効にすることができる⁽⁵⁹⁾ と述べた。

c 過度広汎性ドクトリンの縮減は、アレクサンダー (Lawrence A. Alexander) が指摘するように、その理論的

根拠が、保護された言論への萎縮効果⁽⁶⁰⁾という点を超えて——たとえば「憲法上の権利」としての「表現の自由」とはそもそも何なのか、⁽⁶¹⁾というところにまで溯上せず——じっくり探求されてこなかったことにもよる。⁽⁶²⁾ただ、右ドクトリンの縮減の最もシンプルな理由は、先述のように、あくまでもそれが憲法訴訟の「伝統的ルール」に対する「例外」であった、という点に求められよう。

2 混乱——スカリア v. ステイブンス

a 以上みてきたように、アメリカの判例法理においては、伝統的に適用上判断を「原則」、文面上判断を「例外」とする建前がとられてきた。しかし、後述のように、近年、このような原則—例外関係に根本的な疑問を投げかける見解があらわれてきており、実際、最高裁においてもこの点について若干の混乱が生じている。⁽⁶³⁾その発端となり、現在でも激しい論争が展開されているのが、過度広汎性ドクトリンの中絶規制立法に対する拡張である。

b 周知のように、当該事案の事実関係をとくに考慮することなく文面上判断を行った一九七三年の *Ro v. Wade* 事件判決以来、最高裁は中絶規制立法に対する文面上判断のあり方について複雑なシグナルを送ってきたのであるが、一九九二年の *Planned Parenthood v. Casey* 事件判決⁽⁶⁴⁾で、ある程度その立場を明確化したとされる。本件で、最高裁はまず、①ペンシルバニア州法の二四時間待機条項は、中絶を選択する女性の憲法上の権利それ自体を標的としないう効な目的に資するとし、その限りで合憲であるとした。しかし次に、②待機条項がかかる権利に対する違憲的な負担となっていないかを問い、種々の記録から、当該条項が地方や貧しい女性のような何人かの女性——潜在的第三者——に耐え難い負担を課すことになりうるという地方裁の判断を覆したのである。⁽⁶⁵⁾ドルフが指摘しているように、ここでは、①待機条項が「保護されない活動」を標的にしたものであるとしたう

えて、②違憲的適用の可能性が、合憲的適用との関係で「実質的な」ものであるかを問うているのであり、1(c) bでみた実質的過度広汎性ドクトリンと非常によく似た判断枠組みを示している。⁽⁶⁾ 実際、Casey判決は、同州法の配偶者告知条項については、「当該条項が」関連する大部分の事案(a large fraction)で、それが女性の中絶を受けず選択権に対する実質的障害として機能しうる」(傍点は山本)がゆえに無効であると判断したのである。⁽⁷⁾

c このように、最高裁は、Casey判決で、中絶規制立法に対する実質的過度広汎性ドクトリンの拡張を示唆したのであるが、こうした態度が後の判決において固定化されることはなかった。いま述べたように、Casey判決は、問題となる条項が「大部分の事案」で違憲的に機能するならば、他の状況における合憲的適用にもかかわらず当該条項を文面上無効とするものであったが、それはSalerno判決における「有効状況の皆無性テスト」(1-b)と鋭く矛盾することになるからである。そこで、Casey判決以降、同判決が示唆したように、表現の自由規制立法だけでなく中絶規制立法に対しても実質的過度広汎性ドクトリンを拡大適用すべきとするステイプルス裁判官の立場と、右ドクトリンはあくまでも表現の自由の文脈に限定され、それ以外の文脈ではSalerno判決が適用されるとするスカリア裁判官との間で激しい論争が展開されることになったのである。

たとえば、一九九二年のAda v. Guam Society of Obstetricians and Gynecologists事件⁽⁸⁾は、妊娠が女性の生命または健康を脅かすことを二人の医師が確認した場合を除くすべての中絶を禁止するグアム法を文面上無効とした控訴裁判決についてサーシオレイライを否定するものであったが、スカリア裁判官はこれに反対意見を付し、同法が母胎外生存可能性発生以後の中絶など、いくつかの状況において合憲的に適用されうることを根拠に、文面上の判断をなすべきではないとした。⁽⁹⁾ Salerno判決の有効状況の皆無性テストを適用し、第一修正の文脈以外で過度広汎性ドクトリンを使用することを頑なに拒否したのである。⁽¹⁰⁾ さらに、一九九六年のJanklow v. Planned Parenthood事件⁽¹¹⁾では、ステイプルス裁判官とスカリア裁判官の対立がより一層鮮明となったとされる。同事件

は、Casey 判決の實質的過度広汎性ドクトリンに従い、中絶に先立つて親への告知を要求するサウスダコタ州法を文面上無効とした控訴裁判決に関するサーシオレイライを否定するものであったが、スティーブンス裁判官は、これに同意するメモランダムのみならず、Salerno 判決は、「法律が、考えられるいくつかの事案において違憲的に機能するという事実は、それを全体として無効とするには不十分である」と述べたにとどまり、同判決の有効状況の皆無性テストは傍論にすぎないとした。⁽⁷⁴⁾ この見解によれば、当然、第一修正以外の文脈でも文面上判断の余地が出てくることになる。これに対し、スカリア裁判官の反対意見は、Salerno 判決の状況の皆無性テストを、「われわれの判例においてすでに確立された原理」であると述べ、本件における適用上判断を示唆したのである。⁽⁷⁵⁾

d 両者の対立は、中絶規制立法に対するアプローチをめぐる下級審レベルの混乱を引き起こしたとともに、⁽⁷⁶⁾ 中絶規制以外の文脈における最高裁の混乱をも招いた。実際、現在の最高裁において、「文面上の異議と適用上の異議との対立に関する論争、混乱、不確定性は、「憲法領域の」あちこちで現われてきている」と指摘されるのである。⁽⁷⁷⁾

e 以上みてきたように、最高裁は、中絶規制立法をめぐるスティーブンス裁判官とスカリア裁判官との争いを端緒に、過度広汎性ドクトリンを表現の自由の文脈以外にも拡張すべきか否かについて激しい内部抗争を展開している。⁽⁷⁸⁾ そして、学説上も、文面上判断の拡張に反対する見解と肯定する見解とがしのぎを削っている。⁽⁷⁹⁾ しかし、この問題については、そもそも最高裁は通常イメージされている以上に文面上判断にかかわってきた、というドルフの見解を抜きに語ることができない。実のところ、文面上判断を積極的に認めるスティーブンス裁判官の見解も、ドルフの議論の引用によって構成されていたのであり、⁽⁸⁰⁾ かかる議論が文面上判断をめぐる近年の論争の火付け役になったといっても過言ではないのである。次章ではドルフの見解を中心にアメリカの議論を紹介し、若干の検討を加えることにしたい。

- (20) 226 U. S. 217 (1912).
- (21) *Kazo*, 226 U. S. at 219.
- (22) *Id.* at 219-20.
- (23) 362 U. S. 17 (1960).
- (24) *Raines*, 362 U. S. at 25.
- (25) *See United States v. Raines*, 172 F.Supp. 552, 562 (M. D. Ga. 1959).
- (26) *Raines*, 362 U. S. at 24-25.
- (27) *Id.* at 21.
- (28) 本件は直接上訴 (direct appeal) がなされたうえ、原審が地方裁ということになる。
- (29) 458 U. S. 747 (1982).
- (30) *Ferber*, 458 U. S. at 767.
- (31) Fallon, *supra* note 16, at 1321.
- (32) 481 U. S. 739 (1987).
- (33) 631 F. Supp. 1364 (SDNY 1986).
- (34) 794 F.2d 64 (2d Cir. 1986).
- (35) *Salem*, 481 U. S. at 745.
- (36) *See Dorf, supra* note 11, at 239-42.
- (37) *Id.* at 239; Mark E. Isserles, *Overcoming Overbreadth: Facial Challenges and the Valid Rule Requirement*, 48 Am. U. L. Rev. 359, 372-73 (1998).
- (38) Dorf, *supra* note 11, at 239.
- (39) この「伝統的ルール」は、最近の最高裁判決でも再確認されている。 *Washington v. Wash. State Republican Party*, 128 S. Ct. 1184, 1191 (2008).

- (40) *Dorf, supra* note 11, at 236. *Salerno* 判決に比べて異なる見方を示すものとして、*Isserles, supra* note 37, at 395-415.
- (41) *Ferber, 458 U.S. at 767*.
- (42) *Adler, supra* note 15, at 13-14. なるなる「重要なのは、「申立人の行動 (activities) が「憲法上」保護されたものであるか否か」である。See GUNTHER, CONSTITUTIONAL LAW, CASES AND MATERIALS, 1187 (10th ed. 1980).
- (43) *Isserles, supra* note 37, at 367; see also *Ferber, 458 U.S. at 767*; *Broadrick v. Oklahoma, 413 U.S. 601, 610 (1973)*; *Raines, 362 U.S. at 22*. この点につき、メリーランド州日曜休日法の合憲性について争った *McGowan v. Maryland* 事件判決では、以下のように述べられている。日曜日特定の商品を販売した巨大ディスカウントデパートの被用者は、「自身に対する経済的な被害のみを主張するのみで、日曜日休日によって自身の宗教上の自由が侵害されたとは主張していない。実際、上訴人の宗教的信念がいかなるものかについて、記録は沈黙している。訴訟当事者は、自分自身の憲法上の権利または特権のみを主張することができる」というのが一般的ルールであるから、上訴人はこの主張「日曜休日法は宗教上の自由を侵害している」との主張——山本」を行うスタンディングをもたない」。366 U.S. 420, 429 (1961).
- (44) *Raines, 362 U.S. at 21-22*. 民主主義的観点を強調するものとして、*Ayotte v. Planned Parenthood of Northern New England, 546 U.S. 320, 329-30 (2006)*.
- (45) *Dorf, supra* note 11, at 246; see also *Raines, 362 U.S. at 22*. 最高裁の基本的な考えによれば、法律の具体的意味は「事実依存的でケース・バイ・ケースに行われる決定の積み重ねによって、最もよく見出される」。Fallon, *supra* note 16, at 1331.
- (46) *Isserles, supra* note 37, at 367 n. 27. *Secretary of Md. v. Joseph H. Munson Co., 467 U.S. 947, 955 n. 5 (1984)* に *Ferber* 判決の二つが引用されている。
- (47) *Ferber, 458 U.S. at 767 n. 20* (quoting *Liverpool, New York & Philadelphia S. S. Co. v. Commissioners of Emigration, 113 U.S. 33, 39 (1885)*).
- (48) *Raines, 362 U.S. at 21*.
- (49) 市川教授が指摘するように、第三者スタンディングの問題は、①「自己に対する法律の適用とは別個の、架空の第三者に対する架空の適用が違憲であると主張されている場合」と、②「自己に対して損害を与える行為（たとえば法律の適用）が同、

時に、第三者の権利を侵害すると主張される場合」に区別される。市川・前掲注(4)④五一―一六頁参照。過度広汎性のドクトリンは①の原則禁止に対する例外を構成する。②も原則的に禁止されるが(justified rule)、最高裁は、(a)実質的な障害が、権利保持者が自らの権利を主張することを困難にしており、かつ、(b)権利保持者と第三者スタンディングを主張する当事者との間に何らかの関連性が存在している場合には、例外的に第三者スタンディングを認めてきた。See e.g., Fallon, *supra* note 16, at 1359-60. また、最高裁は、法律の違憲的適用が合憲的適用から切り離せない(inseverable)ことを立法者が意図したという(ことを当事者が立証した場合にも、第三者スタンディングを認めてきた。See e.g., Iserles, *supra* note 37, at 368-67; Monaghan, *supra* note 5, at 10.

- (50) Virginia v. Hicks, 539 U. S. 113, 118 (2003); see also Village of Schaumburg v. Citizens for a Better Environment, 444 U. S. 620, 634 (1980).
- (51) Alexander v. United States, 509 U. S. 544, 555 (1993).
- (52) Richard H. Fallon, Jr., *Making Sense of Overbreadth*, 100 YALE L. J. 853, 867-75 (1991); Dorf, *supra* note 11, at 262, 263-64. したがって、過度広汎性ドクトリン等を、表現の自由に対する萎縮効果という観点からのみ論じるアプローチは妥当ではない。文面上判断を要求するこのドクトリンは、スタンディングの問題とも絡めて議論する必要があるであろう。
- (53) 菅部信喜「憲法訴訟の理論と技術」公法研究三七号(一九七五年)一七頁、松井茂記「アメリカ憲法入門・第五版」(有斐閣、二〇〇四年)一六一―一六二頁、毛利透「アメリカにおける表現の自由判例における萎縮効果論(四)・完」法学論叢一五九卷二号(二〇〇六年)二四―三七頁参照。
- (54) 413 U. S. 601 (1973).
- (55) *Broadrick*, 413 U. S. at 615.
- (56) *Id.* at 613. たゞせば、一九九二年の *Burson v. Freeman* 事件判決は、限定解釈によって萎縮効果が除去されるとして、テネシ州の選挙運動規制法に対する文面上の異議を斥けている。504 U. S. 191 (1992).
- (57) *Ferber*, 458 U. S. at 771.
- (58) 539 U. S. 113 (2003).

- (59) *Hicks*, 539 U. S. at 118-19. 同様の判断は、やはりスカリア裁判官執筆による *United States v. Williams*, 128 S. Ct. 1830, 1838 (2008). なお、本件には、第三者スタンディングに比較的寛容なスティーブンス裁判官による同意意見が付されており、文面上判断に対する見解を多数意見と分けている。 *See id.* at 1847-48 (Stevens, J., concurring).
- (60) アメリカにおける萎縮効果論の展開は、本来、 *Dombrowski v. Pfister*, 380 U. S. 479 (1965) を抜きには語れないが、本稿では割愛した。詳細は、毛利透「アメリカの表現の自由判例における萎縮効果論（三）」法学論叢一五八巻四号（二〇〇六年）三五一—四〇頁参照。
- (61) 後述するように、この点で参照に値するのが長谷部教授の権利論である。長谷部教授のいう「公共の福祉に基づく権利」としての「表現の自由」には、あらかじめ第三者あるいは社会全体の利益が組み込まれているからである。長谷部恭男「憲法の理性」（東京大学出版会、二〇〇六年）七五頁参照。
- (62) アレクサンダーは、「過度広汎性」ドクトリンに関する最も注目すべき事実は、それが何であるか、何がそれを正当化するのか（どう）か未だ論争と混乱の最中に置かれている（どう）ことである」と述べている。 *Lawrence A. Alexander, Is There an Overbreadth Doctrine?*, 22 SAN DIEGO L. REV. 541, 542 (1985).
- (63) *See Edward A. Hartnett, Modest Hope for a Modest Roberts Court: Deference, Facial Challenges, and the Comparative Competence of Courts*, 59 SMU L. REV. 1735, 1748 (2006).
- (64) 410 U. S. 113 (1973).
- (65) ドルフは、「*Roe* 判決は、中絶規制法を審査するのに適切と思われる基準を示した後で、第一修正上の過度広汎性ドクトリンと区別し難い分析を加えた」と指摘する。 *Dorf, supra note 11*, at 272.
- (66) *Leading Case*, 120 HARV. L. REV. 293, 293 (2006). *Roe* 判決以降、中絶規制立法への文面上判断を拒否したものとして、たとえば *Ohio v. Akron Center for Reproductive Health*, 497 U. S. 417 (1990).
- (67) 505 U. S. 833 (1992).
- (68) *Roe*, 505 U. S. at 885-87. *Casey* 事件は、当該規制法が施行される以前に、中絶を実施しているクリニックや医師等が差止め命令による救済を求めて提起したものであり、すでにこの段階で、第三者スタンディングの問題を含んでいた。

- (69) See Dorf, *supra* note 11, at 275-76.
- (70) *Roe*, 505 U. S. at 895.
- (71) 506 U. S. 1011, 113 S. Ct. 633 (1992).
- (72) *Ada*, 506 U. S. at 1011-12 (Scalia, J., dissenting from the denial cert.).
- (73) 517 U. S. 1174 (1996).
- (74) *Janklow*, 517 U. S. at 1175 (Stevens, J., respecting the denial cert.) (quoting Salerno, 481 U. S. at 745).
- (75) *Id.* at 1178 (Scalia, J., dissenting from the denial cert.).
- (76) 下級審の混乱状況については、ほちなみに最近の第九巡回区連邦控訴裁判決は、中絶規制立法については Salerno 判決の状況の皆無性テストではなく、Casey 判決の美質的過度広汎性ドクトリンを使用すべきであると見なされる。See Tucson Woman's Clinic v. Eden, 371 F.3d 1173, 1181 (9th Cir. 2004).
- (77) Hartnett, *supra* note 63, at 1749; see also Fallon, *supra* note 16, at 1322-23. 一九九九年の City of Chicago v. Morales 事件判決で、スカーリア裁判官は「「loitering」を規制する条例に対する文面上の異議を支持したスティーブンス裁判官執筆の相対多数意見に強く反対している」。527 U. S. 41, 73 (1999) (Scalia, J., dissenting)。他に、第一四修正第五節に基づいて立法をめぐって、両者間に対立がみられる（ただしこの場合は両者の立場は逆転する）。See e. g., Florida Prepaid Postsecondary Education Expense Board v. College Saving Bank, 527 U. S. 627 (1999).
- (78) ただし、ロバーツ・コーナーは適用上判断を好む傾向があるところを指摘がある。See Hartnett, *supra* note 63, at 1756-57.
- (79) 文面上判断の拡張傾向に反対する論考として、Leading Case, *supra* note 66; Kevin Martin, *Stranger in a Strange Land: The Use of Overbreadth in Abortion Jurisprudence*, 99 COLUM. L. REV. 173, 175 (1999).
- (80) See Washington v. Glucksberg, 521 U. S. 701, 738-42 (1997) (Stevens, J., concurring) (citing Dorf for support); Janklow, 517 U. S. at 1175 (Stevens, J., respecting the denial of cert.) (same).

三 文面上判断の遍在

1 判例にみる文面上判断の遍在——M・ドルフの慧眼

前章では、アメリカの判例法理が、伝統的に適用上判断を「原則」とし、文面上判断を第三者スタンディングとの関係で「例外」として扱ってきたことを明らかにした。⁽⁸¹⁾これに対し、ドルフは、「文面上の攻撃は一般に承認されているよりも当たり前（common）のものである」と主張することで、この原則—例外関係に根本的な疑問を提示した。以下では、「ドルフが「隠れた文面上判断」として挙げるものを簡単にみてみることにしたい。

(一) 平等保護条項

a まず、この例としてドルフが挙げるのが、平等保護に関する一連の事案である。ドルフによれば、Salerno判決に代表される最高裁の伝統的法理は、「裁判所に対して、第三者の行為ではなく、面前の当事者の行為に焦点を絞るよう要請するもの」であったが、平等保護条項は、「裁判所に、異なるアクターに対する相対的負担を比較するよう命じている」とされる。⁽⁸²⁾とくに過少包摂（underinclusive）立法の場合は、その傾向が顕著であるという。

b たとえば、一九七九年のOrr v. Orr⁽⁸⁴⁾事件は、離婚男性が、アラバマ州裁判所により、男性にのみ、離婚手当の支払いを求める州法の下で同手当の支払いを命じられたのにもかかわらず、右支払いを怠り、前妻の申立てによって裁判所侮辱に問われた事案であるが、この男性が、右申立てのなかで前妻から離婚手当を得る資格を主張していなかったために、そもそもこの男性に、同法の違憲性を主張するスタンディングがあるかどうかが問題とされた（要するにこの男性は、違憲無効を述べることによる自分自身の利益を主張していなかった）。最高裁自身が適切に問題設定したように、「州は、離婚手当を受ける権利を、妻だけでなく、必要な夫にも中立的に拡大するこ

とによって、「州裁判決の」破棄に應對することができるので、本件における彼の成功は、最終的に、彼に支払いを命じた判決から彼を救済しないかもしれない。結局のところ、「妻に対するO氏の義務は残存するからである。そうすると、『適切な原告 (proper plaintiff)』は、自身への離婚手当を要求する夫ということになり、単にその支払いを拒否する『O氏のような』夫ではない、という主張もありうるのである」⁽⁸⁵⁾。

しかし、O判決は、このような問題を次のような理由で斥け、本件におけるO氏のスタンディングを認め
た。

「過少包摂だとして法律に異議を唱えるすべての平等保護上の主張に際して、州は、その恩恵を以前に冷遇されていたクラスにまで拡大するか、その恩恵を両者ともに否定する（たとえば、法律全体を廃止する）かのどちらかによって、憲法上の要求を満たすことになる。本件では、もし違憲とされた場合、アラバマ州の離婚法は、たとえば、（一）離婚手当を妻だけでなく夫にも認めるか、（二）両者ともに離婚手当を否定するか、のどちらかの修正を行うことによって有効なものとなりうる。たしかに、前者の下では、O氏は当裁判所における成功によって何も得ない。『手当を』要求する」仮定上の原告はそれで救済されるとしても、である。しかしながら、州が後者を選択し、両者に離婚手当を否定したならば、恩恵を得るのは仮定上の原告ではなく、O氏その人である。われわれ「裁判所」は、州が事実上どの道を選ぶのかを知ることがない。よって、すべて、の (and) 原告の成功が理論上裏をかかれる……と判断されない限り、O氏は本件におけるスタンディングを認められるべきである。われわれは、いくつかの事案において、過少包摂立法への異議申し立てに含まれるこのような本質的問題について考慮してきており、そこでは、原告のスタンディングを否定してこなかったのである」⁽⁸⁶⁾。

ドルフは、このアプローチは、なおO'Connor氏の主観的利益との関連性を維持しているとしつつも、全体として、異議の成功が当事者を救済するかどうかにかかわらず、過少包摂上の異議の本案での裁定を許容するものであったとする。「O'Connor判決は、過少包摂立法に対する平等保護上の異議を申し立てる当事者が救済されるということを要求していない。それは、裁判所が、その憲法上の主張に勝利した後で当該申立人に救済を否定する可能性を残し、ただ憲法問題が判断されることを要求している」（傍点は山本）というのである。⁽⁸⁷⁾

c このようなO'Connor判決のアプローチは、決して「異常(aberrational)」なものではない。たとえば、ニューヨーク州最上級裁判所によるPeople v. Liberta 事件判決⁽⁸⁹⁾も、妻でない女性を強姦して有罪とされた者に、配偶者への強姦(spousal rape)を例外的に処罰対象から除外していた州の強姦法に対する文面上の異議——同法は「妻を強姦した男」と「妻でない女性を強姦した男」とを異なっており扱っている——を主張するスタンディングを認めている。本判決は、同被告人の主張を受け容れ、配偶者強姦の例外規定を平等保護条項に反するとしながらも、救済を考慮する段階において被告人の有罪を維持した。⁽⁹⁰⁾この点からも、本件における平等保護上の主張と本人利益との不連続性をみることができよう。

以上のように、過少包摂に関する主張についていえば、当事者は、たとえその最終的な救済が、対象範囲の拡大によって自分自身に何の利益ももたらさないとしても、法律に異議を唱えることが可能とされてきた、というわけである。

(二) 疑わしい内容テスト (suspect-content test)

a 疑わしい内容テストとは、特定の区分を行っている法律についてはその時点で違憲性の推定を働かせ、当該法律がやむにやまれぬ政府利益を促進することを政府が立証しなければそれを違憲無効とするものである。⁽⁹¹⁾単純に言えば、このテストは、裁判所に、法律の特定の「適用」ではなく、もっぱらその「文面」について審査す

ることを要求するものである。たとえば、一九九二年の R. A. V. v. City of St. Paul 事件判決⁽⁹²⁾で、最高裁は、「けんか言葉 (fighting word)」のような保護されない表現を禁止する市条令であっても、それが内容によって区分されている限りで文面上無効であり、すべての状況において執行不能であるとした。平等保護の文脈では、法律の文言が「疑わしいクラス」に基づく分類を行っている場合、その時点で、——本件の適用状況はどうあれ、あるいは本件当事者の行為はどうあれ——文面上厳格審査が導かれることになる。

b ドルフは、このことについてさらに考察を進めて、疑わしい内容テストが、憲法上の権利(の侵害)とスタンディングとの関係を一層曖昧化させることになると指摘している。たとえば、白人の財産に向けてごみを投棄した者を罰し、黒人の財産に向けてごみを投棄した者は罰しないとする法律があったと仮定して、同法に基づき白人の財産に対してごみを投棄した白人が起訴されたとしても、この白人は疑わしい内容テストに基づき厳格審査の適用を要求しうる。しかし、ドルフによれば、同法が人種に基づき区分しているのは、被告人の方ではなく、財産の所有者の方である。つまり、被告人である白人は、人種によって自身を選別されているわけではないにもかかわらず、この審査基準によって同法を攻撃する資格を得ているのである。詳しい検討は他日を期さざるを得ないが、さしあたりここでも以下のように述べることはできよう。すなわち、「最高裁が、区分それぞれ自体を損害として認める場合、法律は、構造的に憲法典を侵害しているということになり、不適切な区分を主張するすべての当事者は、主観的権利とは異なる何かを主張している、ということになる」と⁽⁹⁴⁾。

(三) 目的審査 (purpose test)

a 目的審査とは、ある特定の法律を制定した政府側の理由の正統性を査定するもの——多元的メンバーによって構成される立法機関の動機を客観的に探求することの困難性からしばしば批判されてきたが、いまなお違憲審査ドクトリンの重要な一部をなしている⁽⁹⁵⁾——で、最高裁は、ただ一つの例外を除いて、正統でない目的を有す

る法律を文面上無効と判断してきた。ここでも、立法上のインプットの正統性に照準が合わせられるから、法律それ自体に含まれる憲法的脆弱性（infirmity）が問題とされ、法律の特定の適用状況は捨象される。そして、正統でない目的は、条項の適用すべてに「伝染する（infect）」ために、裁判所は結局のところ当該法律を文面上無効と判断することになるのである。もちろん、正統でない目的がすべての適用に波及するという点を踏まえれば、Salerno 判決の有効状況の皆無性テストを通過していると解することができるかもしれない。ただ、ドルフによれば、「Salerno 判決の原則は法律の目的ではなく適用に照準を合わせるものであって、裁判所が法律の目標の合憲性を審査する際のいかなるガイドランスも提供しない」。

b 進化論と創造説をバランスよく教育することを義務づけたルイジアナ州法の合憲性が争われた一九八七年の Edward v. Aguilard 事件判決は、いわゆるレモン・テストの目的審査を行い、同法を文面上無効とするものであった。同法は、一つの理論を教えるのであればもう一つの理論も等しく扱わなければならないとするもので、厳密には創造説の講義を義務づけるものでなく、州も同法の目的は学問の自由を促進する点にあると主張していたが、最高裁はこれを否定し、当該目的は宗教的見解を是認することにあると判断したのである。無論、最高裁は、本件で、当該法律がそのすべての適用においてこのような宗教的目的をもつかどうかをそれ以上探求することなく、同法を文面上無効とした。

（四）選挙権

ドルフによれば、選挙権が関連する領域においても、最高裁は過度広汎性ドクトリンに基づく文面上判断を行ってきたことがあるとされる。たとえば、州が選挙権行使の条件として課した人头税を違憲とした一九六六年の Harper v. Virginia Board of Elections 事件判決は、「人头税を払いたくはないと思い、それを支払うことなく投票しようとした裕福なバージニア州市民〔以下、「X」という〕」を想定したとき、その最も顕著な例として浮かび上

がるという⁽¹⁰⁾。ここで、たしかに州は、この裕福なXは人頭税を支払う能力も用意もあるため、同法はXの権利を直接制約していない（少なくともX本人の選挙権の行使に直接的なダメージを与えていない）と主張しうるが、それにもかかわらずXは、貧しい市民（潜在的第三者）の選挙権に対する萎縮効果を理由に、同法の違憲性を争いうるからである。

ドルフは、実際にHarper判決が、「Harper氏が支払う余裕があるかどうかを判断せずに、かかる人頭税を無効にした」とし、第三者への萎縮効果を考慮する過度広汎性ドクトリンが表現の自由以外の文脈にも拡張された例として位置づけている⁽¹¹⁾。もちろん、こうした理解については、Xは、「その支払能力の有無にかかわらず、人頭税を支払わずに投票できる主観的な憲法上の権利」を有しているのであり、第三者への違憲的適用だけでなく、X自身への違憲的適用を主張しているのであるから、本件と過度広汎性ドクトリンとはイレラバントである、との批判も成り立つであろう。しかし、こうした見解はHarper判決の理由づけを軽視しているように思える。Harper判決は、「投票資格は裕福であるとか、あれこれの税を支払えたり支払えなかつたりすることは何の関係もない」と述べ、Harper氏の境遇にかかわらずに、平等保護の観点から人頭税を違憲としているからである⁽¹²⁾。

2 若干の考察——M・アドラーの議論を中心に

a 以上みてきたように、ドルフは、様々な判例を挙げることによって、われわれが通常考えている以上にアメリカの裁判所で文面上判断が行われてきた（行われている）ことを示した。こうした試みは、プライバシー関連事案におけるステイブンス裁判官による複数回の引用からも窺い知れるように、それ自体、付随的審査制の下における「適用上判断」原則、文面上判断「例外」という固定観念に再考を迫るという点で意義深いものであったといえる。

b ただ、ドルフは、少なくともこのアイデアを示した一九九四年の段階では、かかる現象を制度的に正当化するにとどまった。すなわち、文面上判断は、「立法権に対する司法権の超過」という観点から非難されてきたが、実のところ、適用上判断への固執こそ、立法府と司法府との境界を曖昧化させることになると指摘したのである。要するに、規定の仕方が適切でない法律を、限定解釈によって司法的に救済するという手法は、「司法による法律の書き換え」を容認し、最終的には「議会の怠慢」を常態化させることになることと述べたのである。「連邦議会が、立法における憲法的脆弱がその残余部分に対してわずかにしか影響しないということを知っていれば、合憲的法律のみを通すというインセンティブが減少する。最悪それは、法律の合憲性審査は完全に司法府の仕事であるとみなすよう、連邦議会を促すことにもなる」。これに対して、文面上判断は、「憲法典に対する立法府の関心呼び起こす」⁽¹⁸⁾。

c もちろん、こうした制度的視点の重要性を否定することはできないが、モナハンやアドラーは、さらに権利的観点から文面上判断の遍在を説明しようと試みており、注目される。詳細な検討は他日を期さざるを得ないが、最後に、彼らの見解を簡単に紹介しておきたい。

モナハンは、過度広汎性ドクトリンなどの文面上判断を、「憲法上有効 (valid) な法に従って裁定される権利」から当然に要請される判断形式として説明する。すなわち、モナハンの理解によれば、過度広汎性ゆえに無効と主張する当事者は、単に、憲法上有効なルールによらなければ政府による制裁を科されないという「個人的な権利 (personal right)」を主張しているにすぎない、ということになるのである。ただ、右見解には、その根拠の曖昧性だけでなく、文面上判断の遍在を説明できないという弱点がある。なお権利の主観性を強調する右見解からすれば、法令を分離することによって当事者個人が救済される場合でも、当該法令の一体性を維持してその全体を無効とするような判決群を説明できないのである。同説によれば、分離された法が「有効」であれば、それで

よいはずである。

d これに対し、アドラーは、権利の主観性をさらに薄めて、「憲法上の権利」とは、そもそも、性的な表現物を配布するといったような、「特定の行為にかかわる権利」を意味するものではないとする。それは、「ルールに対する権利 (Rights against rules)」であるというのである。アドラーがこのことを端的に示す例として挙げるのが、国旗焼却に関する一九八九年の Texas v. Johnson 事件判決⁽¹⁰⁾である。本判決で最高裁は被告人への処罰を覆したが、それは、この処罰が、国旗冒瀆を禁止し、したがって行為、というより、言論を標的にした法に基づいてなされていたことを理由とした。つまり、仮に放火や暴行を禁止するルールのような、被告人の国旗焼却行為をカバーする中立的な法を根拠に訴追されたとすれば、彼は同じ行為をなしたにもかかわらず憲法上の主張を行うことができなかったというのである。⁽¹⁰⁾アドラーの言葉を借りれば、「Johnson 氏は、ある特定の法的ルール、言論標的ルールが存在していたからこそ、裁判所から救済を得ることに成功した」というわけである。ここでは、そういう憲法不適合的ルールがあつたから、たまたま彼の国旗焼却行為が保護されたにすぎない(性的表現にかかわる行為が保護されるのも同じ理由による)。

そして、アドラーは、憲法上の権利をこのように捉える限り、ある法律が特定の行為に「適用される限りで」合憲か否かを問うことはまったく理解できないとする。憲法訴訟のポイントは、当事者の行為の道德的性格ではなく、法的ルールの属性 (predicate) ないし有効性に置かれるのであり、「すべての憲法的挑戦は、ルールに対する文面上の審査を含む」ということになるからである(ただしアドラーも、「救済」の問題として、有効でないとしたれたルールについて法令違憲とするか適用違憲とするかという選択肢が残存することを認めている)⁽¹¹⁾。

e このようなアドラーの権利論は、「保障範囲の確定の問題を棚上げし、国家による侵害の側からアプローチ」する長谷部恭男教授の権利論と相通じるところがある。そしてまた、アドラーの議論を検討するうえで、こ

うした権利論を展開する長谷部教授が、憲法上の権利を「人権」と「公共の福祉に基づく権利」または「政策上保障された権利」に分類している点が注目される。後者の「権利」は、その道徳性ゆえに認められているのではなく、法的ルールの合理性を司法審査の場にのせる「水路 (channel)」として認められているからである。また、そもそも表現の自由、マスメディアの報道の自由、営業の自由、法人の自由に代表される「公共の福祉に基づく権利」は、純粋な主観的権利というより、その権利観念のなかに、もともと「第三者の利益」、あるいはより広く「社会全体の利益」が組み込まれていた「権利」である。そうなると、本稿の問題関心に引きつけて考えれば、これらの「権利」侵害の違憲性に関する「通常」の司法的判断と、「権利」侵害がないがゆえに第三者スタンディングが問題とされる文面上判断との間に、果たしてどれほどの距離があるであろうか。報道の自由への侵害が争われるときは、常に「国民」という（抽象化された）第三者の権利、あるいは広く民主主義的価値が問題となっているのであり、法人の自由が争われる訴訟では、常にそれを構成する「自然人」の利益や、社会生活の根本的価値が問題となっているのである（よって、そこで争われるのは、結局のところ法令の一般的・客観的妥当性である）。また、憲法価値の核心的侵害を予防するために道具主義的に構成された「不純な (impure)」「権利」の侵害に関する事案でも、同様のことが言えるかもしれない。たとえば、取調べに先立ち黙秘権等の警告を受けるというミランダの「権利」⁽¹⁴⁾や、違法収集証拠排除原則は、当事者本人の利益というよりも、将来の違法な捜査活動を抑止し、潜在的第三者に対する実際の権利侵害を未然に防ぐという客観的機能を有しているからである。

f 繰り返しになるが、アドラーや長谷部教授等の権利論の詳細な検討は他日を期すしかない。ただ、文面上判断の遍在を権利論的に説明するアプローチの可能性・将来性についてはここでも強調しておきたい。法的統制機能の強化といった観点から「司法権」や「憲法訴訟」なる観念に再検討を加えることで、スタンディングの拡張や、文面上判断の非例外性を説明することも不可能ではなく、こうしたアプローチも実際に非常に重要である⁽¹⁶⁾

が、それによる「訴訟」と「権利」との乖離は「憲法上の権利」それ自体のアイデンティティ・クライシスを引き起こす可能性もある。権利論の再構成もまた、不可避であるように思われる。⁽¹⁷⁾

- (18) 文面上判断の問題と第三者スタンディングの問題との分かち難い関係については、*Morales*, 527 U. S. at 55 n. 22 が明確に述べらる。
- (82) ドルフの議論を評して、Fallon, *supra* note 16, at 1322.
- (83) Dorf, *supra* note 11, at 251.
- (84) 440 U. S. 268 (1979).
- (85) *Ort*, 440 U. S. at 271-72.
- (86) *Id.* at 272.
- (87) Dorf, *supra* note 11, at 254. なお、Ort 判決は結論的にもアラバマ州法を違憲とするものであった。
- (88) *Id.*
- (89) 474 N. E. 2d 567 (1984), *cert. denied*, 471 U. S. 1020 (1985).
- (90) *Id.* at 578-79.
- (91) Richard H. Fallon, Jr., *Foreword: Implementing the Constitution*, 111 HARV. L. REV. 54, 68, 88-90 (1997).
- (92) 505 U. S. 377 (1992).
- (93) See Dorf, *supra* note 11, at 259.
- (94) *Id.* at 260 (quoting *Shaw v. Reno*, 509 U. S. 630, 641-42 (1993)).
- (95) *Isserles*, *supra* note 37, at 440.
- (96) See *City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr. Inc.*, 473 U. S. 432, 447 (1985). 最高裁は、本判決で、精神遅滞者に対する不合理な偏見をもって制定された条例を、特定の当事者に適用される限りで無効とした。

- (97) See Alexander, *supra* note 62, at 544-47.
- (98) Dorf, *supra* note 11, at 279.
- (99) 482 U.S. 578 (1987).
- (100) See Dorf, *supra* note 11, at 280.
- (101) 383 U.S. 663 (1966). なお、現在では、選挙権行使に伴う人頭税の賦課は合衆国憲法第二四修正が明確に禁止している。
- (102) Dorf, *supra* note 11, at 266-67.
- (103) *Id.* at 267.
- (104) Harper, 383 U.S. at 666.
- (105) Dorf, *supra* note 11, at 293. フォロンも「法律が完全に無効にされるといふ立法者の不安は、より厳密で限定的な法律を書くために立法者を促すもの」と指摘している。 See Fallon, *supra* note 55, at 888-89.
- (106) See Monaghan, *supra* note 5, at 3.
- (107) 491 U.S. 397 (1989).
- (108) See Johnson, 491 U.S. at 413 n.8.
- (109) Adler, *supra* note 1, at 1373. 青井・前掲注(15)㉠三五—三六頁参照。
- (110) Adler, *supra* note 15, at 157.
- (111) See *id.* at 123-32, 158.
- (112) 長谷部教授の権利論を評して、櫻井智章「基本権論の思考構造(二)・完」法学論叢一五五巻六号(二〇〇四年)一〇七頁(傍点は省略)。この点に関する長谷部教授の議論は、長谷部・前掲注(61)七六—七七頁参照。さらに、これらの議論との関係で、「憲法上の権利」を、個人の原子論的利益を保障するものではなく、「裁判所が、政府が自らの行為の正当化のために提示しうる目的の種類を統制するための技術」として理解するビルデイスの「権利の構造的観念(structural conception of right)」が注目される。Richard H. Pildes, *Why Rights are Not Trumps*, 27 J. LEGAL STUD. 725, 730 (1998).
- (113) 問題の所在について、山本龍彦「違憲審査理論と権利論」大沢秀介・小山剛編著『東アジアにおけるアメリカ憲法』(慶應

義塾大学出版会、二〇〇六年）三九九頁以下。

(14) See *Dickenson v. United States*, 530 U.S. 428, 435 (2000).

(15) See Henry P. Monaghan, *Foreword: Constitutional Common Law*, 89 *HARV. L. REV.* 1, 3-10 (1975). 山本・前掲注(11)四一九―二一頁参照。これらの「権利」(予防的ルール)を「制約」する(あるいは「後退」させる)法令が争われるときも、結局、かかる法令の客観的・予防的機能性が問題となる。

(16) この点については、宍戸常寿「司法のプラグマティック」法学教室三三二二号(二〇〇七年)二四頁以下などを参照。宍戸准教授は、「裁判所が司法権を行使しなければならない場面(コア)と行使してはならない場面(外周)の間」に、争訴裁決および法的統制の「必要性と有用性」によって画される「中間部分が広く横たわっている」と指摘する。当事者の(真正の)憲法上の権利は侵害されていないが、その国家行為を放置しておくといずれ第三者の権利が侵害されたり客観的憲法価値が破壊されたりする場合は、この中間部分に当たるものとして司法審査の対象になりえよう。

(17) 同様のアプローチを採るものと解されるものとして、青井・前掲注(15)①三五頁、②(青井准教授は、アドラーの「権利」論の有用性・可能性を「違憲審査」との関係で積極的に認めつつも、「道徳哲学的な憲法理論をも含む包括的な権利論」の重要性を否定しているわけではない)。また、ドイツの議論から、「基本権」概念の再構成を図り、そこから「憲法訴訟」の固有領域を模索するものとして、鶴澤剛「憲法訴訟の新たな可能性」立憲法学七一号(二〇〇六年)二八三頁以下がある。

四 結語に代えて

以上、本稿は、付随的違憲審査制の国・アメリカにおいて、伝統的に適用上判断が原則とされてきたものの、近年、とりわけ中絶規制立法に対する過度広汎性ドクトリンの拡張をめぐる、適用上判断と文面上判断との関係に若干の混乱が生じていること、とくに学説においては、ドルフやアドラーの見解を中心に、文面上判断の遍在を語る見解が数多く提示されてきていることを示してきた。このような検討は、わが国の憲法状況に対して次

のような示唆を与えるように思われる。

第一に、最高裁は、少なくとも表現の自由領域において過度広汎性ドクトリンを使用することに消極的となるべきではない、ということである。

第二に、どぶろく裁判など、（人格的利益説をとれば）「憲法上の権利」の侵害がないと解される事案で、その規制立法に対して文面上審査が加えられてきたという「ミステリー」を主題化し、若干の説明を与えうることである。たとえば、「萎縮効果」という観点から第三者スタンディングを許容する過度広汎性ドクトリンと、どぶろく裁判等の存在は、（少なくとも経験的には）相互にその正当性を補完しうる。また学説は、憲法一四条後段列挙事由に基づく取扱い上の差異については、本件の事実、本件で対象となる権利利益の性質、行為の性質にかかわらず一律に厳しい審査を行うべきとするが、これも根底において第三者スタンディングの問題と関連している。もちろん、このような「ミステリー」は、アドラーのように「憲法上の権利」を再定義することによって、さらに明瞭に説明されることになろう。

第三に、いま述べたことと関連するが、とりわけ文面上判断の遍在に関する議論は、「憲法上の権利」の内実について再考を促す重要な契機となりうる。今後の検討課題と言わざるを得ないが、「憲法上の権利」には、表現の自由のように、はじめから第三者の利益や社会全体の利益を背負っているものや、憲法の客観的価値を効果的に実現するためにプラグマティックに構成されたものもあるかもしれない。たとえば、アドラーの議論が示唆するように、性的表現物を配布する自由や、飲酒の自由は、それ自体に道徳的価値があるから保護されるのではなくて、その規制立法の合理性・妥当性を司法的土俵の上にあげるといふ理由で、あるいは、その規制立法が第三者や社会全体に消極的效果を及ぼすことを未然に防ぐという理由で、手段的に保護されているだけなのかもしれない。このことを本稿との関連で換言すれば以下のようになる。裸足のダンサーは、憲法価値の効果的な実

現のために、靴を履かずに酒場で踊る「権利」をもたされている。⁽¹¹⁸⁾

(118) 科学技術の発展により、今後、個人の主観的権利を直接侵害したとはいえない巧妙な統治技術がより一般化するとすれば、第三者スタンディングや、「権利」観念それ自体の見直しは不可避であるように思える。問題の所在について、Michael C. Dorf, *Incidental Burdens on Fundamental Rights*, 109 HARV. L. REV. 1175 (1996).