



憲法的救済

大 林 啓 吾

序

I 憲法的救済

- 1 権利と救済
- 2 憲法的救済の概念
- 3 憲法的救済のアプローチ

II 憲法的救済の特性

- 1 憲法訴訟の類型と憲法的救済
 - (1) 憲法訴訟の種類と救済内容
 - (2) 憲法訴訟の特徴と救済との関係
- 2 憲法的救済と政治部門の対応
- 3 憲法の規範的救済

III 憲法的救済の周縁

- 1 違憲判断という救済
- 2 解釈的救済
- 3 救済の時間的効力
- 4 救済のタイミング
- 5 社会変化形成

IV 憲法的救済と憲法解釈

- 1 Marbury判決における憲法的救済と憲法解釈
- 2 憲法解釈の領分
- 3 傍論および個別意見
- 4 憲法的救済の意義と射程

V 憲法的救済からみた日本の憲法訴訟

- 1 救済の観点
- 2 国家賠償法上の違憲合法
- 3 社会変化の法理

後序

「それがどうした？ わしはこの国を救ったのだ。」[オイディプスの台詞](ソポクレス(藤沢令夫訳)『オイディプス王』52頁(岩波書店、1967年))

序

かつて憲法訴訟論が興隆を迎えていた頃⁽¹⁾、それを主導した芦部信喜や佐藤幸治はアメリカの憲法訴訟動向を比較分析しながら日本における憲法訴訟論の構築を試みた⁽²⁾。とりわけ、同じ付随的違憲審査制をとっているにもかかわらず、アメリカでは司法が積極的に憲法判断のみならず違憲判断を下していたことから、その実践状況はもちろんのこと、社会的背景や理論的基盤が考察対象となり、司法権のあり方を考える一素材とされた。

興味深いのは、両者ともにアメリカの司法が個人の権利保障を軸としながらもそれにとどまらない機能を果たしているという分析をしながらも、その積極的機能について強調する部分に温度差があったという点である。芦部は、アメリカの司法が『私権保障型』の審査制がここである『憲法保障型』の審査制としての性格を強めつつあるという事実を認め、その意義を的確に理解しておくことが、たとえば……『必要性の準則と憲法判断回避』のような憲法訴訟上の具体的な問題点を考察するうえで、きわめて重要な視点を提供することに、まず注目しなければならない⁽³⁾として、違憲審査制の性格や憲法判断の方法などの観点から司

(1) 戸松秀典『憲法訴訟』〔第2版〕5頁(有斐閣、2008年)。「憲法訴訟論は、1960年代に意識されるようになり、70年代に盛んになった」と指摘されており、その頃が興隆期にあったと推定される。

(2) 両者の憲法訴訟論に対する分析については、たとえば、長谷部恭男「芦部信喜教授の憲法訴訟論」法律時報59巻9号33頁(1987年)、市川正人「佐藤幸治教授の憲法訴訟論」法律時報59巻9号39頁(1987年)などを参照。

(3) 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』6-7頁(有斐閣、1981年)。

法の積極的側面に照射したのに対し、佐藤はその変遷の事実を受け止めつつ⁽⁴⁾、とりわけ衡平法上の救済に着目し、「この衡平法上の権限こそ、アメリカ合衆国の裁判所が、人種差別撤廃や議員定数不均衡是正等の問題に関し、憲法上の権利や原則を実現して行く上での欠くことのできない手段となってきたものである」⁽⁵⁾とし、抽象的違憲審査制と付随的違憲審査制という憲法裁判の二大潮流の中で「『救済』の問題は、かかる『二大潮流』の間にあって取り残された領域ではなかったか」⁽⁶⁾と問いかけた。両者ともにアメリカの司法が個人の権利保障を軸にしながらもその範囲を超えて憲法保障的役割を果たしているという認識においては共通しているが、佐藤はその役割の主要因が救済にある点を殊更に強調したのである。

こうして佐藤は、アメリカの司法的救済を手掛かりにしながら、権利の実効的保障に向けたプロセスやそれに関する司法の役割を検討した。佐藤は、救済を実体法と手続法の間に位置付けつつ、かかる観点から憲法訴訟や司法権を分析し、権利保障において司法が担う役割につき、「具体的な訴訟における個別的救済を通じて権利・自由が生み出され形づくられて行く点にも留意する必要がある」⁽⁷⁾り、「わが国の裁判所も権利の救済・保護手段面については政策的配慮も加えてより積極的であってよいのではないか」⁽⁸⁾と提示した。

井上典之もまた憲法上の権利または価値の実効的救済のためには訴訟要件論から具体的な救済方法を考察する必要があるとする⁽⁹⁾。井上によれば、憲法上の権利規定を司法審査における憲法適合性判断の客観的規準としての役割に限定して捉えるだけでは、権利がどのように侵害され、それに対していかなる是正措置を導出するのかが見えてこないことから、特に違憲判断の後始末の問題を考察することが重要であるとい

(4) 佐藤幸治『現代国家と司法権』219頁(有斐閣、1988年)。

(5) 佐藤・前掲注(4)253頁。

(6) 佐藤・前掲注(4)263頁。

(7) 佐藤・前掲注(4)265頁。

(8) 佐藤・前掲注(4)270頁。

(9) 井上典之『司法的人権救済論』20頁(信山社、1992年)。

う⁽¹⁰⁾。そして司法的救済の観点から、裁判所が権利の具体的実現方法として何をなしうかを考える必要があるとし、それを有効かつ効果的に利用できる解釈論を展開し、そこで既存の訴訟制度では不十分な場合には裁判所の創造的活動を探求する必要があるとしている⁽¹¹⁾。

ところが、こうした救済論がその後の憲法訴訟論に十分反映されているかといえば、必ずしもそうとはいえない状況にある。裁判所が時に一部無効の判断などを用いることにつき、救済の観点から分析が試みられることがあるものの⁽¹²⁾、それは憲法訴訟全般を扱っているわけではない。また、そこで対象となっているのは憲法判断の方法であり、救済の本来の対象である訴えの種類と権利回復方法の関係等は十分吟味されていない。

救済論が十分展開していない理由としてまず考えられるのが、それが英米法的な衡平法に由来するがゆえに、日本の憲法訴訟とは径庭があるという理由である。しかし、佐藤にしても井上にしても、アメリカの救済論をそのまま導入しようと試みたわけではなく、アメリカの救済論は分析視角を提供する程度のものという扱いであり、かれらはあくまで日本をベースに分析を行い、日本型の司法権のあり方を検討している。

もし日米の差が理由でないとすれば、他に何が考えられるだろうか。たとえば、興隆期の憲法訴訟論がアメリカを参照した時期が関わっている可能性がある。1969年にリベラルコートで有名なウォーレンコートが幕を閉じたが、憲法訴訟論が参照したのは司法がリベラルな憲法秩序形成に注力した時期であったといえる。ところが、その後はバーガーコート、レーンキストコート、ロバーツコートと保守的コートが続いており、アメリカの司法がそれまでほど魅力的に映らなくなってきたという理由があるかもしれないというわけである。だが、バーガーコートはた

(10) 井上・前掲注(9)109-181頁。

(11) 井上・前掲注(9)167-175頁。

(12) たとえば、松本哲治「一部違憲判決と救済」土井真一編『憲法適合的解釈の比較研究』179頁(有斐閣、2018年)(なお、同書については、以下、『憲法適合的解釈の比較研究』と表記する)、山崎皓介「アメリカにおける可分性の法理について」北大法政ジャーナル21・22号137頁(2015年)などを参照。

だちに保守に転換したわけではなく、ブレンナン(William J. Brennan Jr.)裁判官をはじめとするリベラル色の強い層がなお影響力を持っている⁽¹³⁾。また、保守的コートが救済的視点を放棄したわけではなく、後述するようにアメリカでは救済論がなお盛んな状況にある。さらにいえば、そもそも日本の司法のあり方を考えるのであれば、アメリカの司法のイデオロギー的動向が必然的に関係するわけではないだろう。

そうなると、救済論自体の分析がなお発展途上にあるのかもしれない。たとえば、日本ではアメリカの実際の憲法訴訟類型と救済方法の関係が必ずしも十分に検討されているとはいえない。もともと、憲法訴訟論はそれまでの伝統的な憲法解釈論のように憲法の規範的意味を明らかにする作業に拘泥しているだけでは憲法価値の具体的実現を十分にはかることができないとして、とりわけ裁判を通じた憲法価値の実現を目指すことを1つの狙いとしていたが⁽¹⁴⁾、しかし、憲法訴訟論が訴訟に重きを置くがゆえに、手続論にとどまってしまっているのではないかという批判がなされ⁽¹⁵⁾、さらには実体面と訴訟手続面の両方からの批判にさらされることとなった。すなわち、一方では訴訟技術論に固執してしまい実体的権利保障という憲法本来の目途が疎かになっているのではないかという批判があり⁽¹⁶⁾、他方では実定訴訟法を十分考慮できていないのではないかという批判がなされたのである⁽¹⁷⁾。

救済論は、かかるジレンマを脱する可能性を有していたように思われる。救済が個人の権利を回復することを目途とするものであるとすれば、それは自ずから実体的権利保障に寄与することになる。同時に、救

(13) See, e.g., Roger K. Newman, *The Warren Court and American Politics: An Impressionistic Appreciation*. Book Review: *The Warren Court and American Politics*, by Lucas A. (Scot) Powe, Jr., 18 CONST. COMMENTARY 661, 692-693 (2001).

(14) 戸松秀典「序論——憲法訴訟と憲法訴訟論」法学教室175号32頁、34-35頁(1995年)。

(15) 藤井俊夫「憲法訴訟論批判・雑感」法律時報61巻2号110頁(1989年)。

(16) 浦部法穂「憲法訴訟論」法律時報58巻6号60頁、61-69頁(1986年)。

(17) 安念潤司「いわゆる定数訴訟について(-)」成蹊法学24号181頁(1986年)。

済は訴訟手続と密接に関わることから憲法訴訟と実定訴訟法を連動させる可能性を秘めていたといえる。

ところが、憲法訴訟論については今もなお訴訟法の観点からの吟味が不十分ではないかとの批判がある⁽¹⁸⁾。それによれば、憲法訴訟論には訴訟法上の知見が反映されておらず、様々な訴訟法上の概念と憲法訴訟のそれとの異同を十分検討しないまま活用しているという。かかる問題は救済的観点から憲法訴訟を分析することの必要性にもリンクするわけであるが、そのためにはそれを考える際の素材となるアメリカの訴訟類型と救済方法の関係の検討が求められることになる。

さらにいえば、憲法訴訟と救済の接続は訴訟類型と救済方法との関係に限られない。むしろ憲法訴訟における救済は政治部門との関係や社会的影響など、憲法訴訟以外の訴訟では射程に含まない事柄がその範疇に含まれ、時に当事者救済の枠を超えて憲法価値の実現や憲法規範の維持をはかることが主な狙いになることもある。さらに、救済はその前提となる法制度の分析が重要になる反面、その具体的実現方法については司法裁量に委ねられる部分も大きく、司法権の概念や司法の役割論とも密接に関わる。そのため、そこでは憲法訴訟に固有の救済論が考察対象になる。

かかる救済論の考察は、実効的な権利保障をはかるとともに、憲法保障にも資する側面があり、またそれが司法裁量に委ねられる部分が少なくないことから、司法による人権保障および憲法保障のさらなる可能性を探求することにつながる。実際、先述した佐藤や井上の考察もそうした側面を有していた。憲法訴訟論が脚光を浴びていた当時、アメリカでは公共訴訟⁽¹⁹⁾が盛んであり、まさにそれが実効的救済に直結することから、かれらも日本に導入すること自体には躊躇しながらもそれを参照し⁽²⁰⁾、わずかにでも司法の積極的機能をそこに見出すことができるのではないかという問題意識があったといえる⁽²¹⁾。

(18) 安念潤司「憲法訴訟論とは何だったか、これからも何であり得るか」論究ジュリスト1号132頁(2012年)。

(19) 救済の観点から公共訴訟を考察したものとして、川嶋四郎『公共訴訟の救済法理』(有斐閣、2016年)がある。

ただし、アメリカにおいても公共訴訟における司法の積極的法創造に対しては批判も強く、近年では、司法的救済ではなく憲法的救済という概念を使ってラベルを貼り直し、司法を前面に押し出すのではなく、あくまで憲法を軸とした、憲法のための救済という観点からアプローチするようになってきている。すなわち、公共訴訟についてはいったん脇に置き、憲法上の権利救済においてそれぞれの訴訟類型がどのような関係にあり、そしてどのように救済を果たしているのかあるいは果たすべきなのかを分析したり、さらには当事者の権利救済にとどまらない救済にはいかなる種類があり、それがどのように用いられているかあるいは用いるべきなのかを考察したりしながら、司法の役割を考える研究が登場するようになってきているのである。

そこで、本稿では、アメリカの憲法的救済の分析を一層深めるとともに、それを素材にしながら、あらためて救済の観点から憲法訴訟を考察する。まず、権利と救済の関係を振り返りながら、憲法的救済においてそれがどのように機能し、またそれ以外にどのような特徴があるのかを分析する。とりわけ、裁判所が憲法的救済をはかる際にどのようなアプローチを採用するかにつき、権利の最大化を試みるアプローチと様々な比較衡量を行いながら判断するアプローチを取り上げながら、いずれのアプローチが適切なのかを検討する。次に、憲法的救済の特徴を具体的に炙り出すべく、憲法訴訟の種類と救済の関係、政治部門との関係、憲法の規範的救済(憲法保障)などを考察する。さらに、憲法的救済の周縁に位置すると思われる事項を取り上げ、憲法的救済に、違憲判断、解釈的救済、時間的効力、タイミング、社会変化がどのように関連するかを検討する。一方、憲法的救済と密接に関わりそうでありながら、それとは分離されうる事項として憲法解釈などがある。これについては、両者が接近する側面と距離が生じる側面があるので、その両面について分析する。最後に、憲法的救済の観点から日本の憲法訴訟を見た場合に、い

(20) 佐藤幸治「現代における司法権の観念と機能について」公法研究46号19頁、53頁(1984年)。

(21) 佐藤・前掲注(4)3-9頁、井上・前掲注(9)183-332頁。

かなる示唆を得ることができるかを考える。かかる視点から憲法訴訟を考えることにより、司法権について具体的争訟のみならず権利保障や憲法保障を含む機能と位置付けることが可能になり、客観訴訟もそうした側面から正当化することができるようになると思われるが、ここではそうした抽象論よりも、憲法的救済の観点から考えることにより国家賠償請求訴訟における違憲合法の判断や社会変化を理由とした憲法判断を可能ならしめる側面があることを指摘する。

I 憲法的救済

1 権利と救済

Black's Law Dictionaryの「救済」(remedy)の頁を捲ると、救済は、「権利の実現又は不法な侵害の防止若しくは不法な侵害からの回復をはかる方法」⁽²²⁾と定義されている。たとえば、権利を実現するために裁判所から命令を出してもらったり、権利侵害の回復をはかるために損害賠償を請求したりすることなどがそれにあたる。

救済の概念は古くから権利との関係で意識されてきた。ラテン語の法諺である「権利あるところに救済あり」(Ubi jus, ibi remedium)⁽²³⁾は端的にそれを物語っている。救済の由来は諸説あるものの、古くは1215年マグナカルタにその一端をうかがうことができ、その後はコーク(Edward Coke)やブラックストーン(William Blackstone)が救済に言及してきた⁽²⁴⁾。とりわけ、ブラックストーンはその著書『イングランド法講義』(Commentaries on the Laws of England)⁽²⁵⁾においてすべてのイングランド臣民に救済の権利があることを明らかにしていた。同書第1巻の第1章「個人の絶対的権利」(Of the absolute rights of individuals)は、臣民には安全、

(22) BLACK'S LAW DICTIONARY 1547 (11th ed. 2019).

(23) *Id.* at 2020.

(24) Thomas R. Phillips, *The Constitutional Right to a Remedy*, 78 N.Y.U.L. REV. 1309, 1319-1325 (2003).

(25) 1 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES (Dawsons of Pall Mall Reprints, 1966).

自由、財産に関する権利が保障されとした上で、救済について次のように言及している。すなわち、「すべての英国人が持つ臣民としての3つ目の権利は裁判所に損害を回復することを求めることである。法はイングランドにおけるあらゆる者の生命、自由、財産について最高の権威であるがゆえに、裁判所は常に臣民に開かれていなければならない、法はそこで正しく適用されなければならない」⁽²⁶⁾と。ここでは、権利侵害に対して裁判所にその回復を求める権利があることに主眼を置いていることがわかる。それは、「臣民は……その侵害に対して……法の過程によって救済を受け」⁽²⁷⁾と述べている点にも表れている⁽²⁸⁾。

これを判例において示したのが、司法審査を確立したMarbury v. Madison連邦最高裁判決⁽²⁹⁾であった。マーシャル(John Marshall)長官の法廷意見は、「あらゆる権利は、もしそれを有しているのであれば、救済が与えられなければならない。すなわち、あらゆる権利侵害に対して適切な救済が与えられなければならない」⁽³⁰⁾と判示したのである。

たしかに、「権利・自由も、それらを実効あらしめる効果的な救済の方法が用意されていなければ、その意義は損なわれ、極端な場合には画餅に帰すものとなる」⁽³¹⁾。一般に、権利は一定の行為をしたり、それを求めたり、また一定の利益を得る資格があることを表すが、そのままの状態ではそれが存在することを示すにすぎない。「救済の機能は法規範を現実にすることであり、生きた形にすることである」⁽³²⁾といわれるように、権利の実効には救済が必要になるのである。

そのため、裁判の結果、権利侵害が認められたときには一定の法的効

(26) *Id.* at 137.

(27) *Id.*

(28) *Id.* at 140. ブラックストーンは、権利が侵害された場合、まず裁判所に救済を求め、次に国王や議会に請願を行い、最後的手段として自己防衛を行うことになる」と述べており、段階的な救済プロセスを想定している。

(29) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

(30) *Id.* at 163. なお、これはブラックストーンの言述を引用した部分である。

(31) 佐藤・前掲注(4)65頁。

(32) Paul Gewirtz, *Remedies and Resistance*, 92 *YALE L.J.* 585, 587 (1983).

果を得て権利を回復する必要がある。実際、民事上の救済は、一般に、裁判の結果として立ち現れるものとして理解されている。救済法の泰斗であるレイコック (Douglas Laycock) は、法 (legal) と衡平法 (equity) を峻別するためのツールとして救済を用いた。それによれば、両者は裁判の結果もたらされる効果によって区別されるとし、損害賠償、執行令状、人身保護令状などは法、差止は衡平法であり、宣言的判決のように衡平法に由来するものであるが法制定後は両方に属するようになったものに分類できるという⁽³³⁾。そしてレイコックは、被った侵害に対してそれに見合う代替 (損害賠償など) を求める代替的救済と、損害に対して特定の作為・不作為 (差止など) を求めることを特定の救済とに分けている⁽³⁴⁾。

このように救済は裁判の結果もたらされる権利回復の内容や方法を意味するわけであり、権利の実効には救済が必要ということになる。ただし、権利と救済を連動させることは必ずしも権利と救済が一体不可分の関係にあることを意味するわけではない。権利が認められれば自動的に救済も行われるわけではないからである。だからこそ、権利を実効する手段として救済のあり方を考える必要があるのである。

また、当事者適格、政治問題の法理、公務員の免責法理、立法による裁判管轄権の限定などがあり、救済にとって不利に働く法理や法制度があり、権利と救済が親和的關係にない場面が存在する⁽³⁵⁾。そのため、救済につき、「特定の実質的権利の侵害に対して利用可能な特定の救済を受ける法的資格」⁽³⁶⁾と位置付け、権利と救済を連動させるアプローチもある。このアプローチは、救済の実効性を高めるものであるが、それと同時に救済を求める権利を別途想定することにもなり、救済自体が権利的色彩を帯びることになる。ゆえに、権利と救済の連動が、かえって権利と救済を分離してしまう結果をもたらす可能性を内包しているといえる。

(33) DOUGLAS LAYCOCK, *MODERN AMERICAN REMEDIES* 6 (4th ed. 2010).

(34) *Id.* at 5-6.

(35) Thomas K.S. Fu, *Against Doctrinal Convergence in Constitutional Remedies*, 10 STAN. J.C.R. & C.L. 293, 294-295 (2014).

(36) Michael Coenen, *Right-Remedy Equilibration and the Asymmetric Entrenchment of Legal Entitlements*, 61 B.C.L. REV. 129, 139 (2020).

もっとも、憲法上の権利についてはその侵害が認められること自体に意義があることもあり、その場合にも権利と救済は接近と懸隔というアンビバレントな要素を併有する。たとえば、免責法理によって公務員が損害賠償責任を負わない場合でも、憲法上の権利の侵害が認められれば、それが政治部門や行政機関に是正を迫ったり、また将来的にそれが確立した権利侵害となって免責を否定することにつながっていったりする可能性がある。また、憲法訴訟では、結果として権利侵害が認められなかった場合でも、憲法上の権利が認められること自体に意義がある場合もある。本来、侵害された権利の回復を主眼とするのであれば、当事者がそれについて直接救済を受けることが救済となるはずである。したがって、たとえば損害賠償請求訴訟において、損害賠償金を得られなかったり権利侵害が認められなかったりする場合は、たとえ権利の存在が確認されたとしても、救済とは距離が生じることになる。他方で、憲法上の権利の存在や権利侵害の認定を受けることが当事者にとって意義がある場合、その憲法判断自体が救済に当たる可能性がある。このような視点は通常の裁判上の救済を超えた当事者の主観的な訴訟目的に依拠するものであるが、憲法訴訟においてはこうした判断も救済に入る余地がある。さらにいえば、憲法訴訟は個人の権利の延長線上で権力分立や法の支配といった憲法規範が問題になることがある。この場合、違憲判断によって当事者が救済されることになりうるものの、違憲判断そのものが直接個人の権利と結びついているわけではない。すなわち、そこでは個人の権利利益と必ずしも直結しない憲法判断により、救済がなされるということになる。

このように、憲法問題における救済は通常法律問題における救済とは異なる特性があり、憲法という領域における救済の姿を独立して検討することが必要になる。

2 憲法的救済の概念

アメリカでは、憲法上の権利の救済を表す際に、憲法的救済(constitutional remedy)という言葉がしばしば用いられる。端的に言えば、「憲法上の権利を活用して違憲の行為の是正のために利用できる救済のことを

憲法的救済という」⁽³⁷⁾。憲法は実体的権利と公権力の侵害から権利を守る方法を同時に保障している⁽³⁸⁾。そのため、「政府が違憲の行為を行った場合、政府は侵害を受けた者を回復させることで、ある意味その侵害がなかった状態に戻さなければならない」⁽³⁹⁾ことが要請される。

つまり、憲法的救済とは、憲法上の権利が侵害された場合に、当該権利の実現や回復をはかることを指す。三権はいずれも憲法忠誠に基づく憲法尊重擁護義務があることから、違憲な行為を是正し、侵害を受けた者の権利を回復させなければならないが、通常、権利を侵害することが多いのは政治部門や行政機関であり、そして権利を侵害された者がその救済を求めるのは裁判所である。もちろん、権利を侵害された者は請願を通じて対応を迫ったり、選挙によって立法府を動かしたり、異議申立等の制度によって行政機関に回復を求めたりすることもある。だが、政治部門や行政機関が権利侵害を行うことが多く、また公平な見地から個人の権利救済を行う役割は裁判所が想定されている。

そのため、憲法的救済においては、多くの場合、裁判所が第一次的責務を負うことになる。アメリカは連邦制を採用しているので、次のように指摘される。「連邦または州の裁判所が差止、所有権回復、損害賠償のような救済を与える一般的な資格があるとすれば、最終的には連邦最高裁が憲法を実施するために適切な救済を判断することになる」と⁽⁴⁰⁾。

以上を踏まえると、憲法的救済とは、憲法上の権利が侵害された場合には、裁判を通じて当該権利の実現や回復をはかることを指す。具体的には、「憲法的救済の基本は次のようなものである。すなわち、もし公務員があなたのいずれかの憲法上の権利を侵害した場合、あなたは個人と

(37) Alfred Hill, *Constitutional Remedies*, 69 COLUM. L. REV. 1109, 1111 (1969).

(38) Eugene Kontorovich, *The Constitution in Two Dimensions: A Transaction Cost Analysis of Constitutional Remedies*, 91 VA. L. REV. 1135, 1136 (2005).

(39) Akhil Reed Amar, *Of Sovereignty and Federalism*, 96 YALE L.J. 1425, 1427 (1987).

(40) Hill, *supra* note 37, at 1112–1113.

して当該公務員を訴えることができ、当該公務員がその行為について正当化できなければ、あなたは勝利することになる」⁽⁴¹⁾ということである。

ただし、後述するように、憲法的救済には様々な特性があり、その定義次第では範囲が広がる可能性がある。したがって、まずは狭義の意味として、憲法的救済は、憲法上の権利が侵害された場合に、裁判を通じて当該権利の実現や回復をはかることを指すものとしておく。

3 憲法的救済のアプローチ

憲法的救済の目的が憲法上の権利侵害に対する救済であるとするれば、裁判所は救済方法を考慮する際に権利の最大化を中心に考えればいいのか。つまり、被侵害者の権利の回復を最大化することだけを考えて救済の方法を考えればいいのかということである。もちろん、当事者が選んだ訴えの種類が救済方法を決めることになるが、通常、当事者は損害賠償、差止、宣言的判決など複数の種類の請求を同時に主張することが多く、それを受けて裁判所が事件の内容や訴訟手続上の要件を検討しながら救済方法を選択し、その内容を決めていくことになる。そのため、裁判所はどのようなスタンスで救済を考えるかという論点が浮上するのである。

この点につき、ゲワーツ (Paul Gewirtz) は2つのアプローチがあるという⁽⁴²⁾。1つは権利最大化 (rights maximizing) アプローチである。このアプローチは、権利を侵害された者にとって最も効果的な救済とは何かを中心に考えるものである。そのため、被侵害者の権利を侵害した行為を排除するのに効果的かどうかのみを検討し、救済にかかるコストは考慮しないことになる。もう1つは、利益衡量 (interest balancing) アプローチである。このアプローチは、救済には限界があるという前提の下、救済の利益 (効果的な救済) とそれによって生じる不利益 (救済を与えた結果影響を受ける社会的利益) を比較衡量して救済方法を考えるもので

(41) Sina Kian, *The Path of the Constitution: The Original System of Remedies, How It Changed, and How the Court Responded*, 87 N.Y.U.L. REV. 132, 138 (2012).

(42) Gewirtz, *supra* note 32, at 591–593.

ある。

憲法上の権利の内容はしばしば抽象的であることから、どのような救済方法を実施するかは司法の裁量に委ねられる側面があるが、権利に限界があるように救済にも限界がある。そのため、ゲワーツは、救済は権利の限界に合わせて判断する必要があると同時に、時に社会的利益と衝突する場面があることから、利益衡量アプローチが適切であるとする。たとえば、公立学校の人種別学制度が平等に違反すると判断する場合、法律上の人種別学制度を対象とするのか、それとも事実上の人種別学になっている学校も対象に含めるかという問題が生じる。しかし、平等条項は事実上の差別の禁止を求めているわけではないと考えられていることから、平等違反の対象は法律上の人種別学制度に限られることになり、また救済対象(人種統合が要求される学校)も法律上の人種別学制度に限られることになる⁽⁴³⁾。また、救済方法としては救済の実現可能性や社会的影響を検討しなければならない⁽⁴⁴⁾。人種別学制度によってもたらされた損害は黒人の教育であることを踏まえれば、人種統合以前に黒人の教育レベルの向上施策を検討することが救済方法として効果的であるが、このケースでそれを救済として実践することは難しい。さらに人種統合制度は社会的影響が強く、それに反発する者が妨害する可能性があることから、いかにしてそれを実現するかという問題も考慮しなければならない。

一般に、憲法訴訟論では、個人の権利救済にとどまらない憲法問題の解決は違憲判決の効力の問題として捉えられる傾向がある⁽⁴⁵⁾。しかし、利益衡量アプローチに立脚すれば、司法が救済を考える際に個人の権利の回復にとどまらず、様々な考慮を行うことになるため、当該判決の社会的影響や政治部門との協働などを考慮することも救済マターとなりうる。ファロン＝メルツァー(Richard H. Fallon, Jr. and Daniel J. Meltzer)も、救済は権利を回復さえすればいいのではなく、様々な考慮要素が必

(43) *Id.* at 592-593.

(44) *Id.* at 594-595.

(45) たとえば、戸松・前掲注(1)394-395頁など。

要であり、救済対象の線引きを検討しなければならないとしている⁽⁴⁶⁾。

このように、利益衡量アプローチに基づく場合でも、救済の内容は司法裁量に任せられる範囲が広い。ただし、権利および救済の限界、政治部門との関係、社会的影響など様々な制約事項を考慮しなければならないので、権利最大化アプローチと比べれば司法裁量が狭まるともいえるが、それでもなお裁量に委ねられる部分が広いといえよう。

もっとも、利益衡量を行う際に当事者の権利以外のことを考慮して当事者の権利救済の内容を縮減することは司法権を過小化していないか、あるいは逆に社会的影響など当該事件にとどまらない事項を考慮することは司法権を過大化していないかという問題がある。

このように利益衡量アプローチは相反する両面から挟撃される格好となるが、それぞれについて以下のような反論ができよう。前者は、主として権利最大化アプローチからの批判である。すなわち、司法の役割が権利保障にあるとすれば、権利最大化アプローチこそが司法が果たすべき救済の責務であって、当事者以外の事柄を考慮すべきではないという批判である。しかし、これについてはゲワーツが主張したように権利も救済も無制約のものではなく、また救済は政治部門との関係や社会的影響を踏まえなければ実効的な内容にすることができないことが少なくない。したがって、司法の役割が権利保障にあるとしても、当事者の権利救済以外の事柄を考慮することが必要以上に司法権の範囲を狭小化しているとはいえない。

一方、後者は救済に関する司法裁量を広く認めすぎているのではないかという問題である。だが、政治部門との関係については司法が常時気に留めていることであり、だからこそ政治問題の法理などのような政治部門との距離に関する法理が存在するといえる。むしろ、政治部門との関係を考慮しないまま当事者の権利救済を貫徹しようとする姿勢の方が司法裁量を広く認める結果となろう。社会的影響も司法がしばしば配慮する事項であり、司法は社会動向を伺いつつ当事者適格や成熟性の法理

(46) Richard H. Fallon, Jr. & Daniel J. Meltzer, *New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies*, 104 HARV. L. REV. 1731, 1753 (1991).

などの司法判断適合性の要件を駆使しながら救済を出すタイミングをはかったりしている。たしかに、ゲワーツが例示した人種別学の問題では人種統合プランを実施する際の課題のみならず、より効果的な教育改善を狙った代替案も浮上しており、そこでは救済的效果に加え、政策的効果も考慮要素になっているように思われる。しかし、これも司法がどこまで踏み込めるかという点を考慮した判断であり、司法権の著しい拡大につながるとはいえないだろう。

Ⅱ 憲法的救済の特性

1 憲法訴訟の類型と憲法的救済

(1) 憲法訴訟の種類と救済内容

通常の事件であれば、権利の実現や回復は相手方に特定の作為・不作為を求めるか、損害賠償を求めることが救済の内容となる。そのため、先のレイコックの分類を憲法に適用すると、特定の憲法的救済と代替的憲法的救済とに分かれ、前者は憲法が保障する権利に対する侵害を止めることでその者の権利を回復させ、後者は憲法上の権利を侵害された者に対して金銭を提供することで回復させることになる⁽⁴⁷⁾。つまり、差止命令によって直接的にその権利を回復するか、損害賠償によって代替的に権利の回復をはかる方法があるというわけである。

しかしながら、憲法問題は通常法律問題と異なる側面があり、救済方法は上記の2つに限られない。たとえば、憲法事件においては違憲宣言自体に大きな意義があることが少なくない。連邦最高裁がある法律に対して違憲の宣言を行った場合、当事者に対しては無効となるが、それは差止ではないので、立法府は具体的な作為または不作為の義務を負うわけではない。だが、違憲判断が下された以上、その改廃につながったり適用が差し控えられたりする可能性がある。

そこで、アメリカにおける憲法的救済は、差止や損害賠償に加え、違

(47) John M. Greabe, *Constitutional Remedies and Public Interest Balancing*, 21 WM. & MARY BILL OF RTS. J. 857, 866 (2013).

憲宣言もそれに含まれることになる。これらの救済方法は憲法的救済の基本形であり、訴訟手続にも連動している。アメリカには憲法訴訟に特化した憲法訴訟法は存在しないが、違憲の行為に対して利用可能な訴訟手続制度として、損害賠償を求める訴訟、差止を求める訴訟、宣言的判決を求める訴訟がある。損害賠償請求については1983条訴訟⁽⁴⁸⁾、差止についてはその態様に合わせた法制度⁽⁴⁹⁾、宣言的判決については1934年宣言的判決法⁽⁵⁰⁾が存在する⁽⁵¹⁾。したがって、権利侵害行為に対する違憲判断、特定の作為または不作為による権利の回復や実現、違憲行為に対する損害賠償が主な内容となる。

(2) 憲法訴訟の特徴と救済との関係

このように、アメリカでは、違憲な行為による権利侵害に対して、損害賠償、差止命令、宣言的判決を得ることができ、権利回復のための金銭賠償、特定の作為または不作為、違憲の宣言がなされることが予定されている。損害賠償や差止は、直接的にせよ代替的にせよ、事件の当事者を救済することに直結し、違憲の宣言も当事者の権利侵害を引き起こす政府行為に対して違憲と宣言するわけなので当事者の救済に寄与する側面があるといえるだろう。

実際の訴訟では、原告側がまずは試みに様々な訴訟手続を組み合わせて違憲主張と救済の必要性を主張することが多いが、各々救済内容が異なるので、救済のあり方を考える際にはそれぞれに応じた特性を踏まえておく必要がある。

まず、1983条訴訟は憲法的不法行為(constitutional tort)と呼ばれることもあり、憲法訴訟において広く用いられる訴訟である。この制度は、南北戦争後も南部において人種差別的行為が横行し、州の公務員が時にそれに加担することもあったことから、デュープロセス侵害や平等違反

(48) 42 U.S.C. § 1983.

(49) See, e.g., Fed. R. Civ. P. 65 (a) and (b).

(50) Declaratory Judgment Act of 1934, 28 U.S.C. § 2201.

(51) アメリカの憲法訴訟に関する訴訟手続およびそれぞれの比較検討については、大林啓吾「憲法訴訟の手続と制度」大林啓吾編『アメリカの憲法訴訟手続』63-120頁(成文堂、2020年)を参照。

などの行為から権利を回復させるために設けたものである。そのため、まさに権利の救済をはかるための制度であった。当初は公務員の違法行為の射程が限定されていたが、Monroe v. Pape連邦最高裁判決⁽⁵²⁾によって違法行為の対象が拡大されると、憲法訴訟として大いに活用されるようになった。また、連邦の公務員の違憲または違法な行為に対しては、Bivens v. Six Unknown Named Agents連邦最高裁判決⁽⁵³⁾によって損害賠償請求をすることが認められている。

実際に損害賠償請求が認められるためには憲法上の権利侵害や過失の認定など一定の要件を満たさなければならないが、訴えを提起する際の要件はそれほどハードルが高いわけではない。また、公務員の行為を直接規律するわけではないことから、裁判所は差止ほど他の機関との関係を考慮しなくてもよい可能性がある。あまりに賠償請求を簡単に認めすぎると、公務員が委縮してしまうというおそれもあるが、違法または違憲の認定自体は必ずしも緩やかではなく、むしろ厳格な側面があるので、かかる懸念は憲法訴訟としての1983条訴訟を控えるべきとの理由にはならないだろう。

一方、差止は各憲法アクターに直接一定の作為または不作為を命じるので、当事者に対して直接救済を与えることになるものの、他の機関と衝突するという側面がある。差止には、①一方的緊急差止命令(temporary restraining order)、②暫定的差止命令(preliminary injunction)、③本案的差止命令(permanent injunction)があり、前2者は、本案の前に行われる差止である。本案前の差止は本案前に出さなければならないほどの迅速な対応を迫られるものの、同時に差止によって生じる影響も考慮しなければならないことから、一定の要件を満たすことが要求される。たとえば、暫定的差止については、①申立人の主張が本案で認められる可能性があること、②回復不可能な損害があること、③申立人の損害と相手方の損害を比べて前者が大きいこと、④公益性があることが求められる⁽⁵⁴⁾。

(52) Monroe v. Pape, 365 U.S. 167 (1961).

(53) Bivens v. Six Unknown Named Agents, 403 U.S. 388 (1971).

2 憲法的救済と政治部門の対応

憲法的救済には、憲法問題に固有の解決方法上の問題がある。違憲判決の対象が法律の場合、その対応は立法府に委ねられるからである。事件の当事者との関係では、違憲無効となった法律は適用されない。差止命令であれば当事者に対する法律の執行が停止され、損害賠償や宣言的判決における違憲無効の判断でも当事者に対して法律の執行は行われないと考えられている。しかし、その法律を削除または改正するかどうかは立法府に委ねられている。そのため、法律によって権利を侵害された場合に、その法律の違憲無効を求めて提訴し、連邦最高裁が違憲無効の判断を行った場合でも当該法律が残されたままになる可能性がある。そのような場合でも、憲法的救済が果たされたと考えていいのかという問題が生じる。

憲法的救済の対象をあくまで当事者に限定するのであれば、違憲とされた法律の対応の問題は違憲判決の効力の問題であり、憲法的救済の範囲外のものとみなすことになる。しかし、違憲とされた法律が残されていると、当該事件以外の場面ではその法律が実施される可能性があり、場合によっては事件の当事者に対しても当該事件とは別の場面でその法律が再び適用される可能性すらある。また、憲法的救済の問題を考える際、差止、損害賠償、宣言的判決が政治部門に対して与える影響の強弱を考慮し、まずは弱い方法によって政治部門の対応を促し、政治部門の動きが鈍い場合に差止のような強い方法を用いるべきであるとするアプローチが提唱されている⁽⁵⁴⁾。これは司法判断と政治部門の対応という協同作業を念頭に置きながら救済方法の選択を検討するものであり、憲法問題を一般レベルで解決することで憲法的救済が実現されると考えるものといえる。

また、法律が違憲と判断されたにもかかわらず、立法府が法律を改廃

(54) Taylor Payne, *Now Is the Winter of Ginsburg's Dissent: Unifying the Circuit Split as to Preliminary Injunctions and Establishing a Sliding Scale Test*, 13 TENN. J.L. & POL'Y 15, 32-33 (2018).

(55) See, e.g., Samuel L. Bray, *The Myth of the Mild Declaratory Judgment*, 63 DUKE L.J. 1091, 1109-1113 (2014).

しないという状況は、ある意味、権利と救済のギャップを生じさせている。というのも、当事者に対して権利侵害を行っている法律が存置されることは、たとえ当事者に適用されないとしても、外観上は当事者の権利が侵害され続ける結果となる。したがって、少なくとも形式上、権利侵害に対する救済が十分はかられていない状況となっており、権利と救済の間に溝が生じているといえる。さらに、事案によっては法律を削除するだけでは解決しない場合もありうる。たとえば平等違反や選挙権侵害のケースでは当事者の権利を回復するような法改正が望まれることになる。このとき、裁判所が一部無効などの憲法判断の方法によって対応することも考えられるが、当該規定が残されたままでは根本的な解決にならない。これらの問題を解決するためにはやはり政治部門の対応を検討対象に含める必要があるため、憲法的救済は政治部門の対応の検討も含まれることになる。

3 憲法の規範的救済

憲法訴訟類型と連動した憲法的救済は当事者救済にリンクしているという点で、通常の救済の概念の範囲内にある。つまり、当事者の権利侵害に対する救済という射程の範囲内にある。ところが、憲法は権利だけを保障したのではなく、権力分立などの統治制度や法の支配などの一般原則を保障しており、これらに反する行為も違憲と判断される。こうした問題が裁判で争われる場合、国家の行為に利害関係のある当事者が存在し、かつ当事者が判決結果によって何らかの利益を得たり不利益を被ったりすることが前提となるが、しかし、肝心の憲法判断自体は権利とは直接関係しない。United States v. Nixon連邦最高裁判決⁽⁵⁶⁾を例に考えてみる。この事件は特別検察官の文書提出請求に端を発し、連邦地裁が文書提出命令を出したため、大統領の執行特権と衝突した事件である。当事者は〈合衆国対大統領〉という構図であり、当事者はそれぞれ判決結果によって利益または不利益を受けることになるため、その意味では当事者を前提とした救済が与えられることになるが、憲法判断の内

⁽⁵⁶⁾ United States v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974).

容は権力分立や執行特権である。執行特権は大統領の特権なので、いわゆる憲法上の個人の権利とは法的性格が異なる。連邦最高裁は権力分立を根拠にして執行特権の憲法上の位置付けを行うと同時に執行特権の権力分立上の限界を示し、効果的な執行府の機能を確保しつつ権力統制をはかった。また、大統領の項目別拒否権の合憲性が問題となったClinton v. City of New York連邦最高裁判決⁽⁵⁷⁾も、個人の憲法上の権利が問題となったわけではないが⁽⁵⁸⁾、権力分立の観点から違憲判断を下している。

これらの判決が重視した権力分立原理は間接的に個人の権利を保障することに寄与しているものの、権利に直結しているとはいえない。とはいえ、かかる司法判断が憲法的救済と無関係とはいえないだろう。たとえ当事者の憲法上の個人の権利に直接関わらないとしても、裁判所が当事者の主張に基づきながら憲法規範を適用して事件を解決することは、憲法問題を処理することによって事件を解決しているわけであり、憲法的救済に含まれると思われる。この点につき、ファロン＝メルツァーは次のように述べている。

「憲法的救済は立憲政体において2つの機能を果たしている。1つは個人に対する侵害を救済することである。“あらゆる権利に救済を”というスローガンはこれを指している。もう1つもそれに関連するが、別の特徴を持つ。すなわち、権力分立や法の支配などを含む構造的価値を補強することである。憲法は緊急事態に耐えうる政府を創造しようとしただけでなく、憲法起草者はその権力が政治部門に集中してしまうことで独裁や圧政が行われてしまうことを懸念していた。立憲体制における司法の役割は、人民の多数派、あるいは民主的機関がしばしば見失いがちな長期にわたって妥当する価値に関する人民の利益を表すことである。したがって、憲法は司法に政治部門を“チェック”させ、特定の侵害に対して救済を行うだけでなく、政府に法の支

(57) Clinton v. City of New York, 524 U.S. 417 (1998).

(58) なお、この事件では、ニューヨーク市等が項目別拒否権によって損害を受けたとして訴訟を提起した。

配などの憲法的価値を尊重させる役割を担わせたのである。』⁽⁵⁹⁾

かれらによれば、司法による憲法保障は個人の権利救済だけでなく権力分立や法の支配といった憲法規範の維持および適用を含むものであり、かかる司法判断はいずれも憲法的救済の範疇に含まれるというのである。そのため、憲法的救済は、個人の権利救済(権利保障)と憲法規範の救済(憲法保障)という2つの側面を持つことになる。

このように、憲法的救済の目的は、違憲な行為によって侵害された権利を回復または実現すること、あるいは憲法規範を維持・適用して違憲な行為を統制することにある。そのため、原則として相手方(権利を回復または実現しなければならない側)は国家となる。ただし、民事事件における私人間の争いにおいて、その事件の当事者に適用される法律の合憲性が問題になる場合がある⁽⁶⁰⁾。このとき、事件の当事者は私人同士であるものの、そこで問題とされる法律が違憲とされることがある。たとえば、*Dred Scott v. Sandford*連邦最高裁判決⁽⁶¹⁾は原告が奴隷身分からの解放を求めて主人を訴えた事件であるが、連邦最高裁は自由州において奴隷を解放するミズーリの妥協(Missouri compromise)⁽⁶²⁾(連邦法)が財産を侵害するとして違憲判断を下した。

このように、憲法的救済の中には、個人の権利救済にとどまらず、憲法規範の救済も対象になることがあり、さらに政治部門の対応も射程に含まれるとすれば、そのような広義または最広義の憲法的救済の定義を明らかにしておく必要がある。そこで、憲法上の権利が侵害された場合に裁判を通じて当該権利の実現や回復をはかり、または違憲の行為が行われた場合に裁判を通じて憲法規範を維持・適用して違憲の是正を行うことを広義の憲法的救済とし、それに加えて司法と政治が協働するプロセスも考慮に入れながら憲法問題の解決を目指すことを含むものを最広

⁽⁵⁹⁾ Fallon and Meltzer, *supra* note 46, at 1787-1788.

⁽⁶⁰⁾ 日本の事例でいえば、森林法共有林分割請求事件判決(最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408)が挙げられる。

⁽⁶¹⁾ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

⁽⁶²⁾ Missouri Compromise Act of 1820, ch. 22, 3 Stat. 545.

義の憲法的救済と定義する。

憲法的救済の特性は他にも存在するが、その中には憲法的救済に関わるものの、厳密には救済と一線を画すべきような側面を有するものもある。そこで、憲法的救済のマージナルな部分を検討する。

Ⅲ 憲法的救済の周縁

1 違憲判断という救済

憲法判断の中には、判決結果としては当事者の請求がしりぞけられて救済を得ることができなかった場合でも、裁判所が判決の中で違憲判断を行う場合がある。その典型が損害賠償請求訴訟において公務員の免責法理が適用された場合である。アメリカでは、憲法的不法行為訴訟において憲法判断(憲法上の権利侵害の有無の判断)と当該行為を行った公務員の責任(確立された権利の侵害の有無の判断に伴う公務員の免責の判断)とが区別される場合がある。憲法的不法行為訴訟とはいわゆる1983条訴訟のことであり、州の不法行為(違憲な行為も含む)に対する損害賠償請求訴訟制度である。連邦最高裁は、違憲な行為を行った公務員の損害賠償責任を判断する際に権利侵害があったかどうかの判断(憲法上の権利が侵害されたかどうか=憲法判断)とそれが確立した権利侵害といえるかどうかの判断(公務員が責任を負わなければならないかどうか=免責判断)とに分け、たとえ権利侵害があっても、それが確立した権利侵害でなければ責任を負わないとの判断を行っている⁽⁶³⁾。

ゆえに、仮に当該訴訟の当事者の憲法上の権利が侵害されたと判断された場合でも、公務員の責任が免除されることがありうる。換言すれば、免責法理により公務員の責任は問われなかったものの、違憲な行為が認められるケースもありうるわけである。

このとき、当事者の救済という点ではそもそも敗訴しているので救済も得られないわけであるが、しかし、憲法的救済の観点からすれば、違憲の行為の統制が重要であり、それが救済にあたると考える余地があ

⁽⁶³⁾ See *Saucier v. Katz*, 533 U.S. 194 (2001).

る。そのため、救済を考えると、当事者の救済から離れることができないというのであれば、かかる判断は救済と分離されることになる。他面、憲法的救済には違憲な行為の統制という側面が重要であると考えるのであれば、憲法的救済の特性としてこれも救済に含まれることになる。あるいは、当事者の救済の枠を広げて考えるアプローチもありうる。本来、当事者の救済は当事者が請求する内容と合致していることが必要になるが、憲法訴訟においては、当事者が違憲判断を求めて提訴することが少なくなく、場合によっては違憲判断を得られれば当該事件で敗訴してもかまわないと考えている当事者も少なくないと思われる。当事者にとって違憲判断を得ることこそが重要であることを示すものとして、名目的損害賠償も挙げられる。名目的損害賠償は、実質的損害がないものの、些少な損害賠償金を認めて違憲判断を出すというものである。通常の法律事件においても契約違反などにおいて認められることがあるが、憲法上の権利の場合は金額よりも権利を保障することに意義があることが多いため、こうした救済方法がより大きな意義を持つことになる。名目的損害賠償が認められる場合は当事者が勝訴するので当事者救済と密接に関わるのであるが、実質的な利益はほとんど得られないに等しいので、その意味では救済と離れたところに主眼が置かれているといえる。つまり、名目的損害賠償は、当事者にとっては違憲判断を得られることが重要であり、違憲判断こそが当事者が求める救済であることを示す例になるのである。したがって、当事者の救済の枠を広げて、当事者の主観的狙いをも含めるのであれば、こうした判断も救済の範疇に含まれることとなろう。

また、違憲判断が下されると、政治部門がその対応を検討せざるをえない状況が創出される。判決には一般的効力がないと考えられているので、違憲判断を宣言しただけの判示はなおさら政治部門を法的に拘束する力はない。しかし、違憲判断が出れば、司法の判断通りに対応するかどうかはともかく、世論との関係を踏まえると、政治部門はその対応を検討しなければならないことが少なくない。最広義の憲法的救済が政治部門との関係をも射程に入れていることを踏まえると、かかる判断もそれに含まれることになろう。

2 解釈的救済

憲法事件においては、憲法判断方法が一定の救済的機能を果たすことがある。憲法判断方法を駆使した事件解決はいわゆるブランダイスルール⁽⁶⁴⁾に基づく司法の謙抑を表す法理として位置付けられる傾向にあるが、たとえばカナダでは憲法判断方法を救済と位置付ける傾向にあり⁽⁶⁵⁾、それをアメリカに応用するアプローチも出てきている⁽⁶⁶⁾。

ただし、救済の捉え方次第で、憲法判断方法は救済に寄与する側面もあれば、そうならない場合もある。一般に、ブランダイスルールは合憲限定解釈と憲法判断回避の2つに大別される⁽⁶⁷⁾。

まず、合憲限定解釈と救済との関係である。合憲限定解釈にも様々な手法があるが、たとえば、合憲限定解釈を行うことで、法律の規定を存置したまま権利侵害を排除する場合がある。刑事事件ではあるが、わいせつ表現規制の合憲性が問題となったMiller v. California連邦最高裁判決⁽⁶⁸⁾は規制対象となるわいせつ表現物をハードコアポルノに限定する解

(64) ブランダイスルールは、ブランダイス(Louis D. Brandeis)裁判官が結果同意意見で示したものであり、事件名をとってアシュワンダールールと呼ばれたり、憲法判断回避の準則と言われたりしている。See *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288, 346 (1936) (Brandeis, J., concurring).

(65) カナダのアプローチについては、白水隆「カナダにおける憲法適合的解釈」『憲法適合的解釈の比較研究』87頁、富井幸雄「最高法規条項と人権侵害の法令違憲判決における救済——カナダ憲法における解釈的救済、とくに暫定的無効中断の意味」法学会雑誌59巻1号99頁(2018年)などを参照。

(66) Eric S. Fish, *Choosing Constitutional Remedies*, 63 UCLA L. REV. 322, 339-342 (2016).

(67) これはブランダイスルールの4(憲法判断回避)と7(合憲限定解釈)に該当する。すなわち、裁判所は、憲法問題が記録上適切に提示されていてもその事件を処理することができる他の理由が存在する場合には、憲法問題について判断しない(4に該当)、連邦議会の法律の有効性について重大な疑いが提起された場合でも、裁判所は憲法問題を回避できるような法律の解釈が可能かどうかを最初に検討しなければならない(7に該当)、とするものである。

(68) *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

釈を行った。その結果、被告人は下級審で有罪判断を受けていたが、下級審に差し戻されることになったので、合憲限定解釈により当事者(被告人)の表現の自由の侵害が救済されたことになる。

また、自らが法令の対象に含まれないことが憲法違反であると当事者が主張するとき、当該法令を違憲にするだけではその当事者は救済されない。そのような場合、当該法令に当事者も含まれるという解釈を施すことで救済をはかる方法がある。その例として、社会保障法⁽⁶⁹⁾が寡婦にのみ児童扶養手当の受給資格を認めていたため、児童扶養手当を受給できなかった寡夫が平等違反であるとして訴訟を提起したWeinberger v. Wiesenfeld連邦最高裁判決⁽⁷⁰⁾が挙げられる。連邦最高裁は、同制度は十分な収入のない遺族の育児を補助することを狙いとしたものであり、性別に基づいて差別することは平等違反であるとした。その結果、連邦最高裁は寡夫を差別する限りにおいて違憲であると宣言した原審を認容した⁽⁷¹⁾。つまり、当該制度を全体として違憲無効にしたわけではなく、寡夫を差別する部分を違憲無効としたのである。

また、合憲限定解釈には立法救済の側面があることに着眼する見解もある。それによれば、合憲限定解釈は通常曖昧な内容の法律の意味を憲法に適合するように限定して解釈することが多いが、時に法律の意味を変更したり、あるいは先例が示してきた解釈を変えたりして、憲法適合的な内容にすることもある。これはもはや解釈の枠を超えていることから、救済的解釈(remedial reinterpretation)として位置付けるべきであるとする⁽⁷²⁾。通常、法律に看過し難い違憲の瑕疵があり、憲法に適合するような解釈を施すと法律の内容を変えてしまうような場合、合憲限定解釈の枠を超えるので違憲の判断を行うことが要請される。しかし、違憲判断を行うことは立法府と正面から衝突することになってしまう。そのため、合憲とすることで立法を救済しつつ、法律の内容を憲法適合的に

(69) 42 U.S.C. § 402(g) of the Social Security Act of 1935.

(70) Weinberger v. Wiesenfeld, 420 U.S. 636 (1975).

(71) 420 U.S. at 653, aff'g 367 F. Supp. 981 (D.N.J. 1973).

(72) Eric S. Fish, *Constitutional Avoidance as Interpretation and as Remedy*, 114 MICH. L. REV. 1275 (2016).

する解釈が必要な場合があるというのである。この場合、法解釈によって当事者も救済されることになり、また憲法の観点から法解釈が行われるのであるから、憲法的救済の範囲に入るというわけである。

一方、合憲限定解釈を行ったものの、当該事件に適用する限りにおいては合憲という判断もありうるので、その場合には当事者を救済する結果にはならない。ただし、合憲限定解釈により当該法律の違憲な部分を取り除かれる結果になるため、広い意味では当該法律による権利侵害を防ぐ結果になったともいえる。これは当事者の枠を超えた救済になるので、これを救済に含めるかどうかについては検討の余地がある。

次に、憲法判断回避についてである。これは憲法判断を行わずに他の方法で事件を解決できる場合には憲法判断を行わないというものである。当事者救済を重視するのであれば、当事者を救済できるのであれば、憲法判断が行われなくてもかまわないことになる。その例として、Ricci v. DeStefano連邦最高裁判決⁽⁷³⁾が挙げられる。この事件は、消防士が昇進試験に合格したにもかかわらず、市は試験結果が白人優位になっていることから差別的効果を招くとしてそれを認証しなかった。そのため、消防士が差別に当たるとして訴訟を提起した。原告は平等に反するとして憲法違反の主張も行っていたが、連邦最高裁は市民権法⁽⁷⁴⁾上の差別を認めることで当事者が救済されるので、憲法判断を行う必要はないとして平等違反の問題については判断しなかった。

この判決のように憲法判断を回避しても当事者を救済することが可能なケースは憲法的救済に含まれるのだろうか。当事者の救済という観点からすれば、かかるケースはまさに救済に寄与するものである。しかし、憲法的救済という観点からすれば、憲法判断がなされない以上、憲法的救済とは呼べないようにも思える。また、憲法判断回避を行った結果、当事者も救済されなかったというケースもありうるので、その場合は当事者の救済にすらなっていないことになる。

また、連邦最高裁は憲法問題に踏み込まずに法令の解釈を行うことに

(73) Ricci v. DeStefano, 557 U.S. 557 (2009).

(74) Title VII of the Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C.S. § 2000e et seq.

よって当該事案を解決することがある。とりわけ、当該事案においては合憲性の判断を行わずに憲法問題を指摘するだけにとどめ、その後も法令の修正が行われない場合に、将来の事件において憲法判断に踏み込み、場合によっては違憲判決を下す段階的アプローチが登場している。

その卑近な例が1965年投票権法の適用法域指定方式と事前承認制度の合憲性の問題である⁽⁷⁵⁾。1965年投票権法は、州や地方自治体が投票資格等の要件について人種差別等を行っていないかどうかを司法長官がチェックする制度を創設した。すなわち、対象地域を決める適用法域指定方式と対象地域の投票資格等の制度が改善されたかどうかを判断する事前承認制度である。もっとも、これらの規定は時限立法であり、かねてからその必要性がなくなっているとして訴訟が提起されてきた。そして2009年のNorthwest Austin Municipal Utility District Number One v. Holder連邦最高裁判決⁽⁷⁶⁾は事前承認制度が不要になっている可能性を指摘しつつ、憲法判断には踏み込まずに、訴訟を提起した地域を適用除外にするという解釈運用を行って解決した。つまり、合憲性の判断は行わなかったものの、これらの制度の合憲性について疑義を呈しつつ、この時点では法解釈によって対応を行ったのである。ところが、その後もなお当該制度が修正されなかったため、新たに訴訟が提起された2013年のShelby County v. Holder連邦最高裁判決⁽⁷⁷⁾は適用法域指定方式を違憲とした。連邦最高裁は、2009年のNorthwest Austin判決を挙げながら、「2009年に投票権法の合憲性が争われたとき、我々は投票権法の合憲性の判断を回避するように努め、法解釈によってその事件を解決した。そしてその際、我々は同法の合憲性に問題があることを表明した。連邦議会はそれを受けて適用法域指定方式を修正する機会があったにもかかわらず、それを行わなかった。そのため、我々は今日同法4条(b)を違憲と宣言せざるをえない。」⁽⁷⁸⁾としたのである。

(75) See § 4(b) and 5 of the Voting Rights Act of 1965, 42 U.S.C. § 1973b(b).

(76) Northwest Austin Municipal Utility District No. 1 v. Holder, 557 U.S. 193 (2009).

(77) Shelby County v. Holder, 570 U.S. 529 (2013).

このように、いったん立法府に対して法制度を憲法に適合するように修正する猶予を与えておき、一定の期間が経過してもなお改善されない場合に違憲判断を下す手法がアメリカにおいても垣間見えるようになってきている。救済の観点からすれば、最初の事件において、法解釈によって当事者の救済をはかると同時に立法府に違憲な制度の改善を促しているの、それは憲法的救済の範囲に入ることになる。また、続く事件において、改善が見られない場合に違憲判断を下すことは、前の事件と連続性のある点においても、また違憲判断を下すことで当該事件の当事者を救済するという点においても、憲法的救済に親和的であるといえる。

3 救済の時間的効力

違憲判断は時間的にどの範囲までを救済対象とするかという問題がある。いわゆる違憲判断の遡及効の問題である。すなわち、違憲となった法令の適用によって損害を被ってきた人が当事者以外にも存在する場合、そうした人々の権利をも回復させることが必要かどうかという問題である。たとえば、違憲とされた法律によって過去に形成された権利義務関係をどうするか、違憲とされた法制度に基づいて刑罰を科された者の処遇をどうするかなどの問題である。当事者の救済という点からすれば、当該事件に限定されるのが原則ということになるが、違憲の法律によって侵害された者をできる限り救済するという観点からすれば、遡及を検討する余地もある。

このとき、連邦最高裁は当該事件を判断する際に遡及の範囲について言及することもあれば、別の事件を取り上げる際に先例の射程が及ぶかどうかを判断することがある。たとえば、*Ramos v. Louisiana* 連邦最高裁判決⁽⁷⁹⁾が修正6条の陪審を受ける権利は重罪事件における陪審の全員一致の有罪評決が必要であると判断したところ、別の事件の被告人が自らの判決も全員一致で判断すべきであったと主張した *Edwards v. Van-*

(78) *Id.* at 556–557.

(79) *Ramos v. Louisiana*, 140 S. Ct. 1390 (2020).

noy連邦最高裁判決⁽⁸⁰⁾がある。連邦最高裁は、遡及的に認められるかどうかの要件を提示しながら本件には遡及適用されないと判断した。このように、救済の時間的対象の問題は実際に生じうる問題であり、連邦最高裁はケースごとにそれが認められるかどうかを判断する傾向にある。

一方、将来のある時点から違憲の効力を発生させる将来効の問題もある。これについては、選挙関連の事件で議論があるが、一般的レベルの将来効については反対意見も根強い。たとえば、スカリア (Antonin Scalia) 裁判官は「私は、将来効を持つ判断が司法の役割にそぐわないというスティーブンス (John Paul Stevens) 裁判官の見解に共感しており、司法の役割は法の意味を明らかにすることであり、将来の法の効力を決めることではない。」⁽⁸¹⁾と述べている。スカリア裁判官が将来効を否定するのは彼自身の原意主義に由来している。スカリア裁判官によれば、「憲法は時代が変わるにつれて変化するわけではない。憲法は司法判断に従うのではなく、司法判断が憲法に従わなければならない。したがって特定の事件に関する憲法解釈が将来的に効力を有すると考えることはできない。」⁽⁸²⁾という。つまり、将来効を認めることは司法が憲法の意味を時代に応じて変えることであり、それは司法権の役割を超えているというのである。

また、将来効は必ずしも当事者救済に直結するわけではない。しかし、他の機関や社会的影響を踏まえるとただちに違憲とすることが難しい場合、違憲状態の現実的な解決方法を探る手段の1つとして効果的となる場合もあり、違憲状態の解消という意味で救済に寄与する側面があるといえよう。

将来効は時限爆弾をセットして期限までに修正しないと爆発させるという脅しに似た側面があり、一見すると強力な武器のようにみえる。その点においても、司法の範囲を逸脱しているという批判がありうる。他面、政治部門が修正に応じなかったとしても、爆発の威力が不十分に終

(80) Edwards v. Vannoy, 141 S. Ct. 1547 (2021).

(81) Am. Trucking Ass'ns, Inc. v. Smith, 496 U.S. 167, 201 (1990) (Scalia, J., concurring in the judgment);

(82) *Id.*

わる可能性もある。というのも、期限が到来して違憲になったとしても、それでもなお政治部門が対応しなければ意味がなく、救済にはならないからである。そうすると、司法の違憲判断の権威が弱まってしまうので、司法の側もそうならないように慎重に政治部門との関係や社会的影響を考慮しながらその利用方法を検討することになろう。

4 救済のタイミング

当事者が裁判所の救済を受けるためには司法判断適合性を満たさなければならない。すなわち、裁判所が当該事件を判断するための要件を満たさなければならないということである。もともと司法権の対象となるためには争訟性(case or controversy)の要件を満たす必要があるが、それを含めて、当事者適格、ムートネス、成熟性、政治問題の法理などを包括するものとして司法判断適合性という言葉が使われることも少なくない。

連邦最高裁は、事件によっては、どの時点で救済を与えることが望ましいかという点から司法判断適合性を用いて判断することがある。その際、当事者の権利救済を中心に考えることもあれば、政治部門との関係や社会的影響を考えて判断することもある。

当事者の権利救済を中心に考えた事例としては有名なRoe v. Wade連邦最高裁判決⁽⁸³⁾が挙げられる。この事件は、妊娠中の原告が中絶規制が違憲であるとして訴訟を提起したものであるが、連邦最高裁が事件を審理する頃にはすでに出産を終えていた。そのため、連邦最高裁はムートネスによって請求をしりぞけることもできた。しかし、連邦最高裁は、中絶規制の合憲性の問題についてムートネスを適用するとこの問題の合憲性を判断できなくなってしまうことから、この事件ではムートネスを適用せず、中絶規制の合憲性の判断に踏み切った。つまり、本判決は司法判断適合性の要件の例外を設けることで当事者の権利救済を行ったのである。

他面、当事者救済の切迫性がなく、かつ政治的色彩の濃い問題を扱う

(83) Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

場合、連邦最高裁は司法判断適合性を用いて憲法判断を先延ばしして政治部門の解決に委ねることもある。そうした例としてTrump v. New York連邦最高裁判決⁽⁸⁴⁾が挙げられる。この事件では、トランプ(Donald Trump)大統領が国勢調査から不法移民の数を除いた数を算出するように商務長官に命じるメモを発行したところ、州、地方自治体、不法移民らが不当な扱いであるとして訴訟を提起した。連邦最高裁は、まだ商務省長官に計算を指示しただけで原告らに具体的な損害が生じているわけではなく、それによってどのような政策が実施されるかは予測の域を出ないとし、当事者適格および成熟性が満たされていないとして請求を却下した。その際、連邦最高裁は争訟性が満たされるまで司法が口出しをしないことで、司法が政策問題に介入することを避けることができると述べており、政治部門との関係を考慮しながら、救済のタイミングをはかっていたことがうかがえる。

たしかに、この事件では当事者の損害がまだ具体的に生じていない段階であったが、損害発生 of の蓋然性という点ではきわどいタイミングであったともいえる。連邦最高裁自身も認めている通り、トランプ大統領が議席配分において不法移民を排除することを望んでいることは明らかであった。そのため、この計算がそのまま議席配分に反映される可能性が高かったといえる。また、不法移民の数を除外する計算を行うこと自体が従来 of の慣行に反していたことから法解釈上の問題があったことに加え、平等の問題も生じると考えることもできたようにも思える。とりわけ、この判決の前年にはDepartment of Commerce v. New York連邦最高裁判決⁽⁸⁵⁾が、商務長官が国勢調査の際に市民権の有無に関する質問を盛り込むメモを発行したことを違法としていた。連邦最高裁は、本件においては国勢調査の回答に影響するような具体的方法が問題になっていないとして同判決との区分をはかっているが、本件では議席配分に影響する可能性が高いため、国勢調査の回答以上に大きな影響をもたらすものといえる。そのため、連邦最高裁が判断しようと思えば、この段階で

(84) Trump v. New York, 141 S. Ct. 530 (2020).

(85) Department of Commerce v. New York, 139 S. Ct. 2551 (2019).

も判断に踏み切れたように思える。

それでもなお判断しなかったのは、当事者救済の切迫性が弱かったことと、政治性の高い問題への介入をできるだけ避けたいと考えていたからであろう。というのも、この事件は2020年の大統領選挙の最中に起きたものであり、11月の選挙後の12月にこの判決が下された。その時点で選挙結果をめぐってトランプ陣営とバイデン(Joseph Biden Jr.)陣営が揉めている状況であったが、もし政権交代になればこの計算を活用した政策が行われないと考えられるため、この問題を判断する必要がなくなる。もし政権が継続した場合には具体的政策が行われたときにあらためて判断すればよいわけであり、そうであるとすれば、まだ具体的損害が生じていない以上、当事者救済および司法のリスクという観点から判断を行わなかったと考えられる。実際、この後バイデン政権が誕生したことから、本件で問題となった行為は議席に反映されず、連邦最高裁はこの問題を判断する必要がなくなった。

このように、司法判断適合性の判断はかなり司法裁量に委ねられる部分が広い。そのため、連邦最高裁は司法判断適合性を駆使して救済のタイミングをはかることができるような運用をしているといえる。

5 社会変形成

社会変化が生じると、かつて存在していた立法事実の合理性が薄らいでくることがある。自由権侵害のケースの場合、立法事実の合理性がなければ、司法が違憲判断に踏み込みやすいが、平等や婚姻のように法律制度を前提とし、かつ立法裁量が広く認められる領域の問題である場合には、立法事実の合理性が弱まっているからといって、ただちに違憲判断に踏み込むことが難しい。というのも、社会変化の実証自体が難しく、またそれによってどのような対応を行うかは立法府の判断に委ねられている側面が強いからである。しかし、それではいつまでも権利侵害の状態が続いてしまうことから、法的に認識できる形で社会変化を明示できるようにし、救済の方途を考える必要がある。たとえば、先例において取り上げた際に合憲性の問題を提示したり、先例において違憲判断を下すべきという個別意見が増えていたり、下級審で違憲判断を下すケー

スが増えたりするなど、司法自らがそうした社会変化を法的に認識させる要素を提示していくことがある。

同性婚をめぐる問題はまさにそのような側面を含んでいる。2015年の *Obergefell v. Hodges* 連邦最高裁判決⁽⁸⁶⁾ は同性カップルも婚姻の自由を享受するとしたが、それは同性婚を容認する州が多数に上っていることが背景となっている。というのも、連邦最高裁はここにきてようやく同性婚容認に踏み切ったのであり、そのためには社会が変化したという理由が必要になるからである。そしてそうした状況は、州が自発的に同性婚を容認することで形成されたわけではなく、複数の連邦高裁が同性婚を認めないことを違憲と判断したことによってもたらされたものであった。もっとも、連邦最高裁は同性婚運動の高まりを受けてただちにそれに反応したわけではなく、*Obergefell* 判決の前から段階的に対応するという形をとってきた。それは2013年の2つの判決に遡る。*United States v. Windsor* 連邦最高裁判決⁽⁸⁷⁾ は連邦の婚姻防衛法⁽⁸⁸⁾ を違憲としたが、それは連邦が婚姻制度に介入しすぎていることが理由であり、同性婚を認めるかどうかは州に委ねられる結果となった。その際、連邦最高裁は婚姻防衛法が敵意をもって州の管轄事項である婚姻制度に容喙したとしているので、間接的に同性婚禁止が違憲になる可能性を示唆していたといえる。

そして同日の *Hollingsworth v. Perry* 連邦最高裁判決⁽⁸⁹⁾ は同性婚を禁止するカリフォルニア州の州民発案の合憲性について当事者適格を理由に請求を却下した。つまり、連邦最高裁はこの時点で同性婚の合憲性について判断を示さず、いったん州に投げると同時に、州が同性婚を認めないことが違憲かどうかは下級審の判断を待つことにしたのである。その後、連邦高裁レベルで多くの違憲判決が出て、結果的に州の大半で同性婚禁止が違憲となった状況を受けて、*Obergefell* 判決はようやく同性婚禁止に対して違憲判断を下した。

(86) *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

(87) *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013).

(88) The Defense of Marriage Act (DOMA), 1 U.S.C. § 7.

(89) *Hollingsworth v. Perry*, 570 U.S. 693 (2013).

ここでは、社会動向を踏まえながら判断すべき憲法問題については、どのタイミングで連邦最高裁が救済に入るかを見極めていた様子をうかがうことができる。また、下級審の判断の蓄積を土台にして、違憲判断を出す適宜のタイミングを創出していたといえる。

Windsor判決によって当該事件の当事者を救済するとともに、同性婚の合憲性自体の問題についてはいったん政治部門(州)にボールを投げて反応を待ち、下級審の判断を踏まえながら同性カップルの救済を行うというプロセスは最広義の憲法的救済に入るといえよう。そうだとすれば、司法が社会変化を理由に違憲判断を行う場合には救済の観点からこれを行うことがあるということになり、それは救済手法の1つということになる。しかも、時に憲法的救済を実現するために司法自らが社会変化の一端を担うこともありうるということになる。

このように、憲法的救済の周縁には、それに含まれるものとそうでないものが混在しており、それぞれの内容や結果を吟味しながら、その範疇に含まれるかどうかを検討する必要があるといえる。他面、憲法学において、憲法的救済とは異なる別のカテゴリーに設定されていながらも、憲法的救済と密接に関わる事項がある。

IV 憲法的救済と憲法解釈

1 Marbury判決における憲法的救済と憲法解釈

憲法的救済が政治部門の対応をも射程に入れ、当該事件に限らず、憲法問題の一般的解決をも含むのであれば、憲法的救済の範囲はきわめて広範に及ぶ可能性がある。とりわけ、そこで問題となるのが憲法解釈との関係である。憲法訴訟においては、当事者が当該事案の解決以上に、実質的には憲法解釈を求めていることがある。司法権の対象が争訟性のある事件に限られる以上、表面上は違憲行為の差止や違憲宣言などを求めるわけであるが、仮に違憲判断を得られなかったとしても、そこで付随的に述べられる憲法解釈に期待して訴訟が提起されることがありうる。たとえば、憲法上明文規定のない権利が問題となっている場合に裁判所が憲法の関連条文の解釈を通じて当該権利の存在を認めるときなど

が挙げられる。

また、違憲の判断を導く場合であっても、裁判所は単に結論を述べるだけでなく、そこに至るまで様々な憲法解釈を行うことが少なくない。たとえば、中絶規制の合憲性を判断する際、修正14条からプライバシー権およびそれに付随する自己決定権を解釈によって導き出し、その上で規制がその権利を侵害していないかどうかを判断するプロセスには憲法解釈が多分に含まれている。

他面、違憲審査基準のように、憲法解釈と憲法的救済の狭間にある事項も存在する。たとえば、表現の自由に関する事件を判断する際に、内容規制・内容中立規制区分論に基づき、内容規制に対して厳格な基準を設定した場合、一見するとその法理の形成自体は憲法解釈の領域に含まれるようにみえるものの、それは違憲判決を先取りした可能性があるという点において憲法的救済にも関わりうる。

この点、Marbury判決は、権利と救済の連動だけでなく、司法審査を述べるくだりで解釈にも言及したことから、憲法的救済と憲法解釈の両方に言及した重要判決である。

マーシャル長官が権利と救済について言及したのは、職務執行令状の執行を求めるマーベリー(William Marbury)の権利について判断した箇所である⁽⁹⁰⁾。マーシャル長官は、「もし彼にその権利があるのなら、そしてその権利が侵害されているとしたら、この国の法は彼に救済を与えるだろうか。何人も侵害を受けた場合は常に法の保護を主張する権利が

⁽⁹⁰⁾ Marbury判決は、アダムズ(John Adams)前大統領がフェデラリスツの勢力を司法府に温存しておくために退任前に多くの連邦裁判所の裁判官を任命する職務執行令状を用意していたところ、それを交付するのを失念していたため、裁判官に就任予定だったマーベリーが職務執行令状の発行を求めて訴訟を提起したものである。裁判所法13条が職務執行令状について連邦最高裁に第1審管轄権を与えていたため、マーベリーは直接連邦最高裁に訴えを提起した。マーシャル長官は、憲法3条2節2項が連邦最高裁に第一審管轄権を付与しているのは外交使節等事項(大使、外交使節、領事に関する事件)と州際事項のみであり、それ以外に立法で追加することは憲法に反するとし、違憲かどうかを判断するのは法解釈を行う司法の役割であるとして、司法審査権を確立した。

あるとするのが市民の自由の本質的部分である。』⁽⁹¹⁾と述べ、ブラックストーンの言葉を引用して、先述した権利と救済の関係を示したのだった。つまり、ここではマーベリーの権利が侵害されているならば、それを救済する必要があることを述べているので、まさに事件の当事者の救済という文脈で権利と救済の関係を述べていることがわかる。

その上で、マーシャル長官は、①マーベリーは裁判官に任命されているのでその職務に就く権利を有する、②それにもかかわらず任命状が交付されないのであれば、その権利は侵害されたことになり、彼は救済を受けることができる、③救済の可否を検討する際には、職務執行令状の性質と連邦最高裁の権限について検討しなければならないとし、③について判断を進める⁽⁹²⁾。

マーシャル長官によれば、マーベリーは職務執行令状を求めて連邦最高裁に直接提訴したが、それを認めた根拠規定である裁判所法13条は憲法が規定する連邦最高裁の第一審管轄権を追加したため、いかなる機関が立法府の行為が憲法に反するかどうかを判断すべきかを検討しなければならないという。すなわち、マーシャル長官は、「もし立法府の行為が憲法に反して無効であるとすれば、それにもかかわらず、つまりそれが無効であるにもかかわらず、それは裁判所を拘束し、その効力を認めることを要求するのだろうか。あるいは、それはもはや法ではないとしても、法であるかのように作用するルールとして機能するのだろうか。これは理論上の問題として放っておくべきものかもしれない。一見すると、それはわかりにくくて問いを立てるほどのものでもないかもしれない。しかし、それは検討してしかるべき問いなのである」⁽⁹³⁾と述べたのである。

この問いに答えるくだりで、マーシャル長官は有名な一節を述べる。すなわち、「何が法であるのかを語るのは司法の本質的役割である」⁽⁹⁴⁾と宣言し、「特定のルールを特定の事件に適用するためには必然的にその

(91) *Marbury*, 5 U.S. at 162-163.

(92) *Id.* at 167-168.

(93) *Id.* at 177.

(94) *Id.*

ルールを解釈しなければならないことになる。もしルール同士が衝突した場合には、裁判所はどちらが優先するのかを決めなければならない。したがって、もし法律が憲法に反していて、憲法も法律も特定の事件に適用される場合、裁判所は憲法ではなく法律を優先するか、それとも憲法を優先するかを決めなければならない。裁判所は当該事件における両者の衝突についてどちらが優先するのかを決めなければならない。これはまさに司法の責務の本質なのである」⁽⁹⁵⁾と説いたのである。

ここでは2つの意味で解釈が登場している。法解釈を行うのは司法の責務であるという場面と、ルールを事件に適用する際にそのルールの解釈が必要であるという場面である。前者はまさに裁判所が司法審査権を行使できることの理由を述べている箇所であり、救済の可否を判断する際に合憲性の問題が絡んでいる場合には、法解釈は司法の役割であることから、司法がその合憲性を判断するとした文脈である。一方、後者は司法判断の過程を述べる文脈であり、事件にルールを適用するにあたり、ルールの解釈は司法が行うという文脈である。

両方とも救済と解釈を連動させていることから、憲法的救済の射程に憲法解釈を含める余地を生じさせているようにみえる。他面、司法権の解釈を行って司法審査権を構築したことは必ずしも権利救済に直結しているわけではない。マーベリーには裁判官になる権利があり、その救済を受ける資格があったにもかかわらず、ルールの解釈の段階で連邦最高裁の第一審管轄権という手続上の問題が発覚し、それが違憲とされたことで、肝心のマーベリーの権利は救済されない結果になったからである。また、ルールを解釈する作業とルールを適用する作業を分けていると理解する余地もあり、そのように考えると、それぞれ別の作用として考えることになる。

以上の点を踏まえると、Marbury判決は、司法の憲法判断のプロセスには憲法解釈と憲法的救済の両方があり、それぞれ別々の機能を果たしていることを示したといえる。換言すれば、憲法解釈と憲法的救済は別々の作用ではあるものの、両方とも司法権の作用であることが示され

⁽⁹⁵⁾ *Id.* at 177-178.

たということである。

ここから2つの意義を見出すことができる。1つは、司法権の作用に救済が含まれる以上、救済の捉え方次第で司法権の範囲が影響を受けるという点である。狭義の憲法的救済であれば司法権の活動範囲が狭まり、広義の憲法的救済であればその逆の結果となろう。もっとも、Marbury判決は当事者救済にはつながらない形できわめて重要な憲法判決を下したことを考えれば、広義の憲法的救済に親和的な判断ということになろう。

もう1つは、憲法的救済と分離された憲法解釈の領域がありうるということである。「何が法であるのかを語る」ことが法解釈の典型であるとするれば、憲法解釈とは憲法の意味を明らかにする作業ということになる。したがって、たとえば違憲宣言ではなくても、憲法の意味を明らかにする作業が判決の中に含まれている場合、それは憲法的救済の領域には含まれない憲法解釈として捉えられることとなる。

2 憲法解釈の領分

連邦最高裁が示した憲法解釈は事件の結果以上に重要な役割を果たしうる。判決結果に結びつかない場合でも、その憲法解釈が将来の憲法判断や他の機関の憲法解釈に影響を与えることがあり、当該事件の枠を超えたところで作用するからである。

当事者が敗訴しかつ違憲判断が下されなくても、憲法解釈を示すことがその権利にとって大きな意義を持つことがある。その例として、ある行為が憲法によって保障されるかどうかなど憲法上の権利の存否に関わる憲法判断や憲法上の権利の保障に必要な法理に関わる憲法判断が示される場合などが挙げられる。たとえば、女性の加入を認めてこなかったジェイシーズクラブが平等違反に当たるという州の人権委員会の決定を受けたため、ジェイシーズクラブ側が結社の自由が侵害されたとして訴訟になったRoberts v. United States Jaycees連邦最高裁判決⁽⁹⁶⁾では、結社の自由は親密な結社の自由と表現的結社の自由を含むことが示され

(96) Roberts v. United States Jaycees, 468 U.S. 609 (1984),

た。ただし、連邦最高裁は、ジェイシーズクラブは親密な結社に当たらないとし、また州の規制は表現的結社の自由の制約を正当化するとした。つまり、この事件ではジェイシーズクラブ側が敗訴したものの、親密な結社の自由が提示されるなど、憲法判断としては重要な判断が示されたのである。

憲法解釈が直接当事者の権利救済につながらない場合、それは憲法解釈と憲法的救済を分けるメルクマールとなりそうである。しかし、そのような区分は憲法判断の内容を憲法解釈と憲法的救済とに分断してしまい、判決としてのインテグリティに欠けるのではないかという問題をはらむ。

この問題は権利と救済の関係をどのように考えるかという点に関連するところがあり、D・レビンソン(Daryl J. Levinson)は権利本質主義と救済平衡という2つのアプローチを提示している⁽⁹⁷⁾。D・レビンソンによれば、権利本質主義は憲法上の権利を価値判断に基づく理想的なものと捉えているという。そして、憲法上の権利は救済とは別に存在するものであるとみなし、司法府が権利の意味を明らかにし、立法府がその実施をはかるものとする。ゆえに、権利本質主義は、司法が憲法の意味を明らかにするとしたMarbury判決に強く依拠し、多数派の影響を受けずに憲法解釈に従事することになる⁽⁹⁸⁾。

しかし、このような抽象的判断は現実社会に接合されておらず、そのままでは理想を掲げるだけで終わってしまう。そこでD・レビンソンは権利と救済とつなげることで権利の実践をはかろうと試みる。憲法上の権利は条文等の抽象的な解釈で終わるわけではなく、救済を考慮して実践されることで現実の意味を有することになる。そのため、権利を救済と連動させて考える必要があるというのである。

これを憲法解釈／憲法的救済の区分の観点から考えると、権利本質主義は憲法解釈の判断に近い。なぜなら、一定の価値観に基づきながら憲法上の権利を明らかにする作業は憲法の意味を明らかにする作用に親和

(97) Daryl J. Levinson, *Rights Essentialism and Remedial Equilibration*, 99 COLUM. L. REV. 857 (1999).

(98) *Id.* at 914.

的だからである。一方、D・レビンソンは権利と救済を連動させることから、憲法解釈と憲法的救済を区分しない。

実際の憲法判断には、憲法解釈と憲法的救済が結び付く場合もあれば、そうでない場合もあり、さらに容易には両者を分離できない場合もあるが、少なくとも、憲法の意味を明らかにしたり抽象的な価値判断を行ったりする作業は憲法解釈の領分であり、それが当事者の救済や違憲判断に結び付かない場合は、憲法的救済とは分離された憲法解釈として認識すべきであろう。

かかる区分論に対して佐藤幸治は、権利は理念、救済は現実という単純な区分によって割り切ることに警鐘を鳴らしつつ、司法権のあり方からすれば、権利の判定・宣言と救済にはやはり違いがみられるとする⁽⁹⁹⁾。すなわち、司法権には権利の判定・宣言の段階と救済の段階という2つのレベルがあり、前者は法原理的決定が要請されるのに対し、後者は政策的配慮に基づく法創造的側面をはらむとされる。司法が権利の判定・宣言を行う場合には憲法および法律に基づいて権利の存否を判定すべきであり、そこに法創造的側面がないわけではないが、自己の解釈を絶対的なものとせず慎重に判断する必要がある。他面、救済においては個別の事情に応じた政策的考慮が働く余地がある。ただし、救済における裁量によって権利の判定が不当に曇らされる——たとえば救済を考慮するあまり権利侵害の問題が矮小化される場合など——ことのないようにする必要があるとし、その意味でこの区分が意味を持つことになるという。

佐藤がいうところの権利の判定・宣言の作用を憲法解釈に置き換えると、ここでも憲法解釈と憲法的救済は区別されることになる。とりわけ、この区分を分析するにあたり、佐藤が、憲法解釈にも法創造的側面があるものの、それについては独善的内容にならないように慎重さが求められる反面、救済は裁量が認められるからといってそのような法原理的決定の内容の価値を低下させないようにしなければならないとした点は特筆に値する。

(99) 佐藤・前掲注(4)282-285頁。

Marbury判決をそのまま受け止めると、司法は憲法解釈の任務を果たすにあたって広い裁量を持つようにみえ、実際そうした理解に基づき、アメリカでは憲法解釈の最終的権威をめぐって司法優越主義とディパートメンタリズムの対立に発展し、司法優越主義は連邦最高裁が憲法解釈において他権の追従を許さないスタンスを固持している⁽¹⁰⁰⁾。しかし、民主的正当性の弱い司法が司法優越主義を邁進してしまうと、司法が憲法典の意味を自在に操れる存在になりかねず、また政治部門から強い反発を受けてしまい、司法の存立的基盤を揺るがしてしまうおそれがある。そのため、司法がある意味謙抑的に自らの憲法解釈を研ぎ澄ましながらか済において事案に応じた一定の法創造性を実践するというアプローチは司法の憲法上の立ち位置を考慮した内容となっているように思える。

他面、アメリカでは司法がそうした自己規律的姿勢を垣間見せながら他権と協働的に憲法秩序を形成する側面がある反面、憲法解釈と救済の両方において自らの見解を提示し、妥協をいとわない場面も散見される。そして、連邦最高裁は事案に応じて憲法解釈と憲法的救済の両方または一方を駆使しながら、憲法価値の実現に寄与してきたといえる。

このとき、憲法解釈の場面ではたとえば原意主義などの一定の枠を自らに課すことで、あくまで憲法の枠内における司法判断という姿を演じてきたといえる。ところが、それは表面的には司法裁量の抑制に見えても、その独特な憲法解釈論を展開していく様は実質的には法創造的側面もはらんでいる。また、憲法的救済は差止などの強力な処方を実施場合には憲法解釈以上に政治部門と激しい緊張関係に立つこともある。そのため、憲法解釈には憲法条文や解釈方法という点において一定の枠の中で展開することが要請されるという点で憲法的救済よりも裁量が狭くなるが、その中で司法が法創造的にそれを行う余地は残されている。また

(100) この論争については、たとえば、大林啓吾「ディパートメンタリズムと司法優越主義——憲法解釈の最終的権威をめぐって——」帝京法学25巻2号103頁(2008年)、鈴木繁元「憲法解釈の最終性をめぐって——動態的憲法秩序形成に関する序論的考察——」北大法政ジャーナル26号131頁(2019年)などを参照。

憲法的救済は憲法解釈の内容を矮小化しないようにしなければならないのみならず、ここでも他権との関係に留意して対応しなければならないことが求められる。

したがって、憲法解釈と憲法的救済をそれぞれ別の機能として位置付けることの意義は、事案の内容、社会状況、政治部門との関係などに応じてその両方または一方を選ぶことを可能にすることで、適切かつ効果的な憲法判断を行えるようにする点に求められると思われる。

3 傍論および個別意見

当該事件や法廷意見の枠を超えることになるが、傍論や個別意見における憲法解釈も将来的救済に寄与する場合がある。傍論としては *United States v. Carolene Products Company* 連邦最高裁判決⁽¹⁰¹⁾ が挙げられる。ストーン (Harlan F. Stone) 裁判官の法廷意見における脚注 4⁽¹⁰²⁾ が日本でいうところの 2 重の基準のモデルとなったことはあまりに有名である。個別意見では、ブランドイス裁判官がいくつかの例を残している。犯罪的サンジカリズム法の適用が表現の自由を侵害するかどうかを争われた *Whitney v. California* 連邦最高裁判決⁽¹⁰³⁾ において、法廷意見はあっさりとは有罪判決を支持したが、ブランドイス裁判官の結果同意意見は事件の結果には賛同しつつも、表現の自由の問題に言及し、公的討論の重要性や明白かつ現在の危険の基準の厳密化をはかった⁽¹⁰⁴⁾。この同意意見は、*Whitney v. California* 判決を覆した *Brandenburg v. Ohio* 連邦最高裁判決⁽¹⁰⁵⁾ や *Buckley v. Valeo* 連邦最高裁判決⁽¹⁰⁶⁾ など、後の判決に影響を与え、表現の自由の発展に大きく寄与した。また *Olmstead v.*

⁽¹⁰¹⁾ *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938).

⁽¹⁰²⁾ 304 U.S. at 152 n. 4.

⁽¹⁰³⁾ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927).

⁽¹⁰⁴⁾ 274 U.S. at 372 (Brandeis, J., concurring).

⁽¹⁰⁵⁾ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969). なお、同判決は *Whitney v. California* 判決のブランドイス裁判官の同意意見に言及してはいないものの、ブランドイス裁判官が指摘した表現の自由の重要性などを参考にしていくことがうかがえる。

United States連邦最高裁判決⁽¹⁰⁷⁾では、法廷意見が令状のない盗聴行為を合憲としたのに対し、ブランダイス裁判官はプライバシーの権利を侵害するとして反対意見を執筆し、後のKatz v. United States連邦最高裁判決⁽¹⁰⁸⁾はOlmstead v. United States判決を覆している。

傍論や個別意見における憲法解釈の影響は当該事件の解決や当事者の救済には寄与しないことから、救済の枠を超えているとみるのが一般的であろう。傍論や個別意見によって重要な憲法判断や憲法法理を示すことはむしろ憲法解釈の領域に入るように思える。

しかし、他方で、傍論や個別意見は将来の判断や政治部門に影響を及ぼすという点では広義の救済に含まれる余地もある。そもそも1983条訴訟における免責法理において、権利侵害が認められても公務員の行為の違法性が認められなかった場合、権利侵害の判断は傍論となりかねない。これを傍論と位置付けると、違憲宣言の部分が傍論になってしまい、憲法保障としての機能の重要な部分を失ってしまうおそれがある。

また、個別意見については、たとえばブランダイス裁判官が提示したプライバシーの権利のようにそれが社会変化を反映させたものであった場合、連邦最高裁に社会変化を認識させるという機能を持つ。それによって、法的に社会変化を認識しうる状態となり、それが後の判決につながるという点で、段階的救済に近い側面がある。

4 憲法的救済の意義と射程

以上の検討を踏まえると、憲法的救済は次のような特徴を有する。まず、その中心となるのは、当事者の憲法上の権利が侵害された場合に、その回復をはかるものである。その際、差止によって直接侵害を除去したり権利を回復したりすることもあれば、損害賠償によって間接的に権利を回復することもある。もっとも、憲法上の権利侵害については、権利の性質次第では金銭的填補よりも、裁判所が違憲と判断することが効

(106) Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1, 53 (1976). ブランダイス裁判官の同意意見を引用し、政治的問題に関する公的討論の重要性を指摘した。

(107) Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928)

(108) Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).

果的な場合もある。そのため、損害賠償請求訴訟における違憲判断や宣言的判決における違憲宣言も大きな意味を持つことになる。

また、憲法的救済は当事者の権利という側面以外にも、憲法の特性に応じてその射程が広がるという特徴がある。すなわち、当事者の権利救済を超えて、①権力分立などの憲法規範の維持や適用(憲法保障)、②憲法問題の解決を目指した政治部門との協働(他権との関係)、③司法判断適合性、段階的救済、遡及、社会変化など違憲判断のタイミングを考慮した救済(時宜適応)、④憲法判断方法を駆使した対応(憲法判断方法)までもがその射程に含まれるということになる。その際、損害賠償、差止、宣言的判決などの憲法訴訟の種類に応じてそれぞれの要素を検討することもあれば、訴訟類型に関係なく憲法保障や憲法秩序形成のあり方を中心に判断されることもある。

このように、憲法的救済は通常の救済と比べてその射程が広く、方法も多様であるという特徴がある。それは司法裁量を広く認めることを前提としたものであり、その意味で司法の役割を広げる結果となり、ひいては司法権の概念に影響を及ぼす。一般に、司法権は争訟性を前提とする作用と理解されているが、それは司法権発動の要件を示したにすぎず、司法権の内実や機能を明らかにしたものではない。ゆえに、憲法的救済は司法権の実体的機能を明らかにさせる契機をはらむ。その淵源は権利と救済を連動させながら、司法の役割として法解釈を打ち出したMarbury判決に遡る。Marbury判決は、法解釈と権利救済を司法の責務として提示したのであり、司法権の内実はこの2つの機能の実践にある。そして憲法の文脈でこの2つの役割を考えると、それは憲法解釈と憲法的救済として認識されることになり、争訟性の要件も司法判断適合性の判断の1つとして、憲法的救済に内包されることとなる。

憲法的救済が司法権の重要な役割の1つであるとすれば、かかる分析視角から憲法訴訟を捉えることによって、これまでに司法が行ってきた憲法判断を司法の機能として説明し、それを正当化できる可能性をはらんでいる。というのも、司法権を争訟性の要件だけで捉えてしまうと、司法判断適合性はまだしも、当事者の権利から距離のある憲法保障に関する判断、政治部門との関係を考慮した判断、憲法判断回避や合憲限定

解釈などをどのように説明するのかという問題がつきまとう。これに対し、憲法的救済はこれらの事柄を救済の観点から説明し、正当化することができるといわけである。

この憲法的救済は、国によってその広狭があるとしても、付随的違憲審査制を採用する国においてはおよそ一般に司法がそうした機能を有する可能性がある。憲法に明文規定がないにもかかわらず司法審査権を導出したMarbury判決は、司法審査権が司法権に内在することを示すと同時に⁽¹⁰⁹⁾、その論理の中で憲法解釈と憲法的救済が司法の役割であることを示したわけであり、そのことは、付随的違憲審査制における司法権には普遍的に司法審査権のみならず、憲法解釈と憲法的救済の役割を持つことを明らかにしたといえるからである。そうであるとすれば、日本の司法権も憲法的救済を果たす機能を有していることになり、そのような角度から憲法訴訟や憲法判例を分析することで、たとえば次のような示唆を得ることができるように思われる。

まず、理論的示唆として、①司法が憲法保障の観点から憲法規範の維持を行うことが要請されることからより積極的な憲法判断が要請される⁽¹¹⁰⁾、②憲法判断について当事者の権利救済を意識することで実践に根差した憲法訴訟論を提示することができる⁽¹¹¹⁾、③民主的正当性とい

(109) かつて日本の最高裁も、憲法81条がなくても憲法76条の司法権規定等から司法審査権が導き出されると判示したことがある(最大判昭和23年7月8日刑集2巻8号801頁)。同判決は、「現今通常一般には、最高裁判所の違憲審査権は、憲法第八一条によって定められていると説かれるが、一層根本的な考方からすれば、よしやかかる規定がなくとも、第九八条の最高法規の規定又は第七六条若しくは第九九条の裁判官の憲法遵守義務の規定から、違憲審査権は十分に抽出され得るのである。米国憲法においては、前記第八一条に該当すべき規定は全然存在しないのであるが、最高法規の規定と裁判官の憲法遵守義務から、一八〇三年のマーベリー対マデイソン事件の判決以来幾多の判例をもって違憲審査権は解釈上確立された。日本国憲法第八一条は、米国憲法の解釈として樹立せられた違憲審査権を、明文をもって規定したという点において特徴を有するのである。」(806頁)と判示した。

(110) また、このような憲法的救済の機能から、客観訴訟を捉え直すことも一考に値すると思われる。

う抽象的観点からのみならず、具体的な救済方法を念頭に置きながら政治部門との関係を考えることができる、などが挙げられる。また実際の憲法判例との関係では、たとえば国家賠償法上の合法違憲の判断や社会変化を理由とした違憲判断につき、憲法的救済の観点からこうした判断が可能になることを示すことができると思われる。

憲法的救済は様々な効用があると思われるが、より実践的意義を明らかにするため、以下ではさしあたり憲法的救済の観点から憲法判例を分析する。

V 憲法的救済からみた日本の憲法訴訟

1 救済の観点

日本では、法令の一部無効⁽¹¹²⁾や合憲限定解釈⁽¹¹³⁾など、憲法判断の方法をめぐる問題が救済の観点から分析されることはあるが⁽¹¹⁴⁾、憲法訴訟全般と救済との関係はなお開拓の余地がある。かかる状況は、救済の観点から広く憲法判断を考察対象にしながらも憲法判断方法と救済との関係についてはそれほど注目されていないアメリカと比べると対照的である。日本の最高裁は法令違憲を中心に考えてきたこともあり、法令違憲を行う際の救済のあり方に関心が向いてきたこと、そして適用違憲が

(111) 山本龍彦『『憲法訴訟』における見すごし難いギャップ——救済なき違憲判断』中林暁生・山本龍彦編『憲法判断のコンテクスト』225-237頁。この点につき、山本龍彦は、憲法判断と救済との間にあるギャップを意識し、それを埋めたり巧みに使いこなしたりする技術が必要であることを提示している。

(112) 郵便法違憲判決(最大判平成14年9月11日民集56巻7号1439頁)や国籍法違憲判決(最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁)などが挙げられる。

(113) 税関検査事件(最大判昭和59年12月12日民集38巻12号1308頁)などが挙げられる。

(114) 救済の視点を織り込みながら合憲限定解釈や憲法適合的解釈を分析したものとして、土井真一「違憲審査の対象・範囲及び憲法判断の方法——憲法適合的解釈と一部合憲判決の位置付け」『憲法適合的解釈の比較研究』213頁を参照。

生じうる問題については合憲限定解釈を施して違憲の部分を排除することで権利侵害となりうる状況を回避して実質的な救済としてきたことが1つの理由として考えられる。他面、こうした手法は司法による法創造の側面があるため、司法積極主義的傾向のあるアメリカ連邦最高裁はそれを意図的に避けてきた反面、日本の最高裁は違憲判断が少なく司法消極主義的傾向があるからこそ、合憲限定解釈によって法令を生かしてきたという体裁を保つことで、かかる手法を用いてもそうした法創造的批判をある程度回避することができ、むしろ違憲部分の排除を強調することでそれを正当化してきたように思える。

たしかに、救済と憲法判断方法を結びつけることで、当事者の権利救済をはかると同時に違憲の状況を是正し、さらに一部無効や合憲限定解釈といった方法を正当化することができるという側面がある⁽¹¹⁵⁾。それはこれまでに最高裁が果たしてきた憲法判例の蓄積を生かしながら、将来的に発展させていく可能性をはらむものといえる。しかしながら、本来幅広い射程を持つ救済をそれだけで十分生かしているかといえ、やはり疑問が残る。

この点、必ずしも当事者の権利救済に縛られない憲法的救済概念は、国家賠償請求訴訟における違憲合法判決や社会変化にウェイトを置いた違憲判決に対して新たな視座を提供することができるように思われる。以下では、憲法的救済のレンズを通してこのような違憲判決を考察する。

2 国家賠償法上の違憲合法

国家賠償法上の違憲合法判決の典型は再婚禁止期間違憲判決⁽¹¹⁶⁾である。民法733条1項は父性推定の重複回避のために女性にのみ6か月間の再婚禁止期間を設けていた。原告(女性)は離婚後すぐに再婚しようと

(115) 土井真一は宍戸常寿の合憲限定解釈と憲法適合的解釈の区別を整理しながら、前者と救済としての合憲解釈の類似性を指摘し、その手法が法令全部違憲をかわしながら合憲適用部分を維持することで法令が保護する法益が侵害されるのを防ぐ効果があるとした上で、そうした創造的解釈が抱える課題とその治癒を検討している。土井・前掲注⁽¹¹⁴⁾259-264頁。

(116) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁。

考えていたが、民法733条1項の再婚禁止期間の規定のために離婚後すぐに再婚することができなかった。そこで原告は、同規定が憲法14条1項および24条2項に違反して違憲であるとし、国会が嫡出推定の重複を回避するのに最低限必要な100日に再婚禁止期間を短縮する等の改正の立法をしなかったという立法不作為によって精神的損害を被ったとして、国家賠償法1条1項の規定の適用上違法であると主張し、165万円の損賠賠償を求めて訴訟を提起した。

最高裁はまず民法733条1項の合憲性について判断を行った。最高裁によれば、立法当初、当該規定は子の利益のための父性重複回避のための制度として合理性があったとする。しかしながら、最高裁は、医療や科学技術が発達していることに加え、世界的には再婚禁止期間を設けない国が多くなっていることを踏まえると、100日を超える部分は合理性を欠いた過剰な制約を課すものとなっているとし、原告が離婚した時点において、100日超過部分は国会に認められる合理的な立法裁量の範囲を超えたとし、憲法14条1項および憲法24条2項に違反するとした。

もっとも、国家賠償法上の違法性については、先例⁽¹¹⁷⁾が20年前に当該規定を合憲とし、その改廃は立法政策に委ねるのが相当であると判示していたこと、そしてその頃に法制審議会が法務大臣に答申した「民法の一部を改正する法律案要綱」においては再婚禁止期間を100日に短縮するという本件規定の改正案が示されていたものの、同改正案は現行の嫡出推定の制度の範囲内で禁止期間の短縮を図るもの等の説明が付され、100日超過部分が違憲であることを前提とした議論がされた結果作成されたものとはいえないことなどを踏まえると、原告が離婚した時点において、100日超過部分が憲法14条1項及び24条2項に違反するものとなっていたことが国会にとって明白であったということは困難であるとし、「上記当時においては本件規定のうち100日超過部分が憲法に違反するものとなっはいたものの、これを国家賠償法1条1項の適用の観点からみた場合には、憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反することが明白で

(117) 最3小判平成7年12月5日集民177号243頁。

あるにもかかわらず国会が正当な理由なく長期にわたって改廃等の立法措置を怠っていたと評価することはできない。したがって、本件立法不作為は、国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではないというべきである。」⁽¹¹⁸⁾とした。

つまり、民法733条1項の再婚禁止期間の100日超過部分は違憲であるものの、国家賠償法の適用上違法とはいえないと判断したのである。そのため、原告の損害賠償請求は棄却される結果となり、当該事件における権利侵害につき、原告の救済はなされなかったことになる。

他面、最高裁は民法733条1項の100日超過部分を違憲としているわけであるが、この判示部分は判決結果に影響を及ぼさない。そのため、違憲と判断した部分は単なる傍論ということになりかねない。

しかしながら、憲法的救済の観点からすれば、最高裁は民法733条1項の100日超過部分を違憲と判示していることから、原告の憲法上の権利は違憲判断という形で救済されたことになる。もちろん、最終的な憲法問題の解決のためには国会が再婚禁止期間を100日未満とする法改正を行う必要があるが、この点も憲法的救済の射程に含まれる。つまり、最高裁は国会に法的責任を負わせなかったものの、違憲判断という形で国会にボールを投げ、その改正を促したわけである。この時点で、国会は同規定が法的に違憲であることを認識したことになるので、いつまでも改正に取り掛からなければ、将来的に同種の事件で法的責任を負わされる可能性が高まる。この判断は、最高裁がまずは違憲判断というマイルドな形で国会に改正を促したとみることができるのである。

したがって、国家賠償法に基づく合法違憲の判断は、通常であれば傍論として終わってしまう点を、憲法的救済の観点から見ることによって重要な憲法判断として救い上げることができるのである。

3 社会変化の法理

連邦最高裁は、法律の合憲性を考える際に社会の変化を勘案しながら、当該立法の合理性を検討することがある。それは立法事実の検証に

(118) 再婚禁止期間違憲判決・前掲注(116)2440-2441頁。

において顕現する一断面であり、特に現時点における立法の合理性を支える事実を判断する場面がそれにあたる。

もっとも、先述したように、平等や婚姻のように法制度を前提とし、かつ立法裁量が広く認められる場合、立法事実の合理性が弱まっているからといって、ただちに違憲判断を下すことができないことがある。これについて違憲判断を下すのであれば、立法裁量を勘案してもなお立法事実の合理性が失われていることを明らかにする必要がある、そのためには社会変化を法的に認識できるようにする必要がある。

その例が非嫡出子相続分規定違憲決定⁽¹¹⁹⁾である。本件は、非嫡出子の相続分を嫡出子の相続分の2分の1と定める民法900条4号ただし書の合憲性が争われたものである。平成13年、死亡した親の遺産につき、嫡出子らが遺産分割を求めて非嫡出子に対して審判を申立てたところ、原告人(非嫡出子)は当該規定が憲法14条の定める法の下での平等に反すると主張した。一審および抗告審は原告人の主張をしりぞけたため、最高裁がその合憲性を判断することになった。

最高裁は、1995年の先例⁽¹²⁰⁾が法律婚主義や当該規定の相続の補充的機能などを理由にその合憲性を認めたことを顧慮した上で、「これらの事柄は時代と共に変遷するものでもあるから、その定め合理性については、個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない。」⁽¹²¹⁾とし、当該規定制定以降の社会変化の分析を行った。

最高裁は、同規定が制定時に外国の影響を受けていたことを確認した上で、その後、日本の社会状況の変動に伴って婚姻や家族の実態が変化し、その在り方に対する国民の意識も変化してきたことを例証する。まず、本件規定の立法に影響を与えた諸外国の状況が大きく変化し、嫡出子と非嫡出子の相続分に差異を設けている国は、欧米諸国ではなく、世界的にも限られているとする。そして、日本が児童の権利に関する条約

(119) 最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁。

(120) 最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁。

(121) 非嫡出子相続分規定違憲決定・前掲注(119)1324頁。

を批准するなど国際条約において子供の地位に関する条約を締結し、さらに嫡出子と非嫡出子に関する法制度も変化するようになり、また法制審議会が両者の法定相続分を平等とする答申を行っていたことなど、制定時とは大きく状況が異なることを確認した。

ただし、最高裁は、当該規定の合憲性については「種々の要素を総合考慮し、個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らし、嫡出でない子の権利が不当に侵害されているか否かという観点から判断されるべき法的問題であり、法律婚を尊重する意識が幅広く浸透しているということや、嫡出でない子の出生数の多寡、諸外国と比較した出生割合の大小は、上記法的問題の結論に直ちに結び付くものとはいえない。」⁽¹²²⁾とし、社会変化が憲法判断の結果に直結するわけではないとする。

そこで最高裁は法的判断としてその合憲性に対する変化が生じていたかどうかの判断を行う。最高裁は、「平成7年大法廷決定において既に、嫡出でない子の立場を重視すべきであるとして5名の裁判官が反対意見を述べたほかに、婚姻、親子ないし家族形態とこれに対する国民の意識の変化、更には国際的環境の変化を指摘して、昭和22年民法改正当時の合理性が失われつつあるとの補足意見が述べられ、その後の小法廷判決及び小法廷決定においても、同旨の個別意見が繰り返し述べられてきた」⁽¹²³⁾とし、僅差でその合憲性が維持されていたにすぎないとした上で、立法改正を期待する補足意見も違憲判断を下すことができないとしているわけではなく、また補充的機能は合理性を支える理由にはならないとして、法的にもその合理性を支える基盤が揺らいでいることを示した。

そして、以上の社会変化および法的認識を踏まえると、「法律婚という制度自体は我が国に定着しているとしても、上記のような認識の変化に伴い、上記制度の下で父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきているものということができ

(122) 非嫡出子相続分規定違憲決定・前掲注(119)1328頁。

(123) 非嫡出子相続分規定違憲決定・前掲注(119)1328頁。

る。』⁽¹²⁴⁾とし、「以上を総合すれば、遅くともAの相続が開始した平成13年7月当時においては、立法府の裁量権を考慮しても、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を区別する合理的な根拠は失われていたというべきである。したがって、本件規定は、遅くとも平成13年7月当時において、憲法14条1項に違反していたものというべきである。』⁽¹²⁵⁾とした。

このように、最高裁は社会変化と法的認識の変化を合わせることで、当該立法の合理性が欠如するに至ったとし、違憲判断を下した。最高裁は、社会変化と法的問題を区別し、社会変化が法的判断に直結するわけではないとしているが、最終的には社会変化と法的認識の変化の両方を合わせて立法の合理性の欠如につなげているので、社会変化だけを理由に違憲判断を導出することはできないが、社会変化も立法の合理性を判断する上では重要な要素になることを示したといえる。

また、法的認識の変化として先例の個別意見を取り上げている点が注目される。先例の個別意見の判断が法的側面から社会変化を裏付ける機能を果たしているからである。そして、これらの変化によって、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立し、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されないという法的判断を導き出すことになった⁽¹²⁶⁾。

ここでは、先例の個別意見も社会変化の一要素として捉えられているようにみえるが、それは非嫡出子の相続分を2分の1とすることが平等違反になるという社会変化を法的側面から支えるものであり、いわば司

⁽¹²⁴⁾ 非嫡出子相続分規定違憲決定・前掲注⁽¹¹⁹⁾1330-1331頁。

⁽¹²⁵⁾ 非嫡出子相続分規定違憲決定・前掲注⁽¹¹⁹⁾1331頁。

⁽¹²⁶⁾ こうした理解を提示するものとして、蟻川恒正『尊厳と身分——憲法的思惟と『日本』という問題』164頁(岩波書店、2016年)がある。蟻川によれば、「国民意識の変化を含む『諸事情の変遷等』を列举した最後に、『個人〔として〕の尊重』をも国民の意識の変化の一環として語ることによって、二〇一三年の最高裁大法廷は、そこまでしてきた『諸事情の変遷等』の列举が単なる『事実問題』の記述にとどまるものではなく『法的問題』に遙かに連なるものであったことを含意させようとした公算が高い」という。

法が社会変化の決定打を打つ格好になっている。

本件の問題は、平等以外にも家族制度や相続という財産権に関わる側面があり、権利が制度内容に大きく依存し、立法裁量が認められやすい領域であるといえる。そのため、社会変化による立法の合理性の欠如を理由にただちに違憲判断を下すことが躊躇される問題である。そこで司法が社会変化の一端を担い、法的に社会変化が認識される状態を創出することによって違憲判断を下す状況を整えたわけである。

かかる手法は、タイミング、政治部門との関係、社会的影響などを考慮しながら違憲判断を下すものであり、憲法的救済を考慮した内容になっている。また、最高裁は結論に至る前に本決定の法的効力の射程についても判示しており⁽¹²⁷⁾、本決定を下すにあたり、救済的思考が念頭にあったことをうかがわせている。最高裁は、「本決定は、本件規定が遅くとも平成13年7月当時において憲法14条1項に違反していたと判断するものであり、平成7年大法廷決定並びに前記3(3)キの小法廷判決及び小法廷決定が、それより前に相続が開始した事件についてその相続開始時点での本件規定の合憲性を肯定した判断を変更するものではない」⁽¹²⁸⁾とし、法的安定性を確保する重要性を指摘しながら、「本決定の違憲判断は、Aの相続の開始時から本決定までの間に開始された他の相続につき、本件規定を前提としてされた遺産の分割の審判その他の裁判、遺産の分割の協議その他の合意等により確定的なものとなった法律関係に影響を及ぼすものではないと解するのが相当である。」⁽¹²⁹⁾とした。こうして最高裁は本決定に基づく救済の射程を平成13年7月以降に限定し、また法的に確定したケースについては影響を及ぼさないとする

(127) 非嫡出子相続分規定違憲決定・前掲注⁽¹¹⁹⁾1336-1337頁(千葉勝美裁判官の補足意見)。なお、千葉勝美最高裁裁判官はこの部分について補足意見を執筆し、違憲判決の拘束力の問題の観点からではあるが、判決の効果の及ぶ範囲に関する判示は傍論ではなく、判旨として扱うべきであると指摘している。あわせて、千葉勝美『違憲審査——その焦点の定め方』77-85頁(有斐閣、2017年)も参照。

(128) 非嫡出子相続分規定違憲決定・前掲注⁽¹¹⁹⁾1331頁。

(129) 非嫡出子相続分規定違憲決定・前掲注⁽¹¹⁹⁾1332-1333頁。

ことで法的安定性を維持しようと努めた。ここでは、本決定を下すにあたり、当該規定の影響を受ける者に対する救済の射程をどのように考えるか、そしてその社会的混乱をどのように回避するかを検討しており、憲法的救済の射程が当事者の救済にとどまらないことを表すと同時に、最高裁がそのような広い憲法的救済の視点から決定を下していたことを示しているといえる。

本決定は一見すると社会変化だけを理由に違憲判断を導いたようにみえる。そしてその手法は、合憲性判断をほぼ丸ごと国民意識に依存させ、ひいては憲法の規範的要求を国民の規範意識に依存させてしまっていると指摘されるところでもある⁽¹³⁰⁾。また、憲法解釈に関する判断も少なく、たとえば本決定は区別の合理性を判断するにあたり個人の尊厳と法の下の平等に照らして検討すると述べたにもかかわらず、個人の尊厳や平等の意味は明らかにされておらず、またそれが合憲性判断において具体的にいかなる機能を果たすのかも明らかではない⁽¹³¹⁾。したがって、憲法判断における論理的説得力や必要な憲法解釈が欠けているという問題を抱えていることは否めない。しかしながら、かかる憲法判断が許されないわけではなく、先述したように憲法的救済の観点からすれば正当化される余地があると考えられる。つまり、違憲判断を下すのに必要な社会変化につき、個別意見を交えるなど司法自らコミットすることで法的变化を創出し、適宜のタイミングを見計らって、救済の射程も考慮しながら判断したのであり、かかる手法は司法の役割の1つである憲法的救済にあたり、その観点から正当化されると考えられるのである。

(130) 毛利透「国民意識の変化と憲法解釈」法律時報91巻5号38頁、39-40頁(2019年)。

(131) 千葉勝美『憲法判例と裁判官の視線——その先に見ていた世界』244頁(有斐閣、2019年)。この点は、千葉元裁判官も述懐している点である。千葉は、「このような合憲性審査方法を一般化すれば、……今日の社会では、様々な錯綜する法制度が制定され、そこでは種々の区別が不可避免的に生じ、それが個人の尊厳に関係してくればすべて違憲という判断になりかねず、法制度の創設が容易ではない事態になる場合も想定されるところが気になる」と述べている。

後序

本稿では、アメリカで提示されている憲法的救済という概念道具を用いながら、あらためて救済のレンズを通して憲法訴訟を考察した。憲法的救済は、憲法上の権利侵害に対する回復をはかるものであるが、憲法訴訟の類型と救済との関係や憲法判断の内容を分析すると、その射程は必ずしも当事者の救済にとどまらない側面があることがわかる。それには権力分立などのような憲法規範の維持をはかる憲法保障も含まれる。さらには判決結果において原告が敗訴した場合、原告は救済されないわけであるが、違憲判断が下された場合には実質的に原告の狙いが実現されることも少なくなく、そうした判断も憲法的救済に含まれることになる。また、裁判所は憲法判断を行う際に解釈的救済を行ったり、救済的観点から政治部門との関係、時間的効力、タイミング、社会変化などを考慮して憲法判断を行ったりすることもある。

憲法的救済の観点から憲法訴訟を考察することは、ある意味、憲法訴訟論が扱ってきた各論点を救済の視点から捉え直すという側面があることから、ともすると憲法訴訟の構造を焼き直しただけのように見えるかもしれない。しかしながら、憲法的救済の観点から見ると、憲法訴訟において当事者の救済をどのようにはかるべきかという視点が重要になり、憲法の観点から訴えの種類に応じた救済のあり方を考えることになる。たとえば、原告が様々な請求を複合的に主張した場合に、それが訴えの形式的要件を充足しているのであれば、憲法上の権利の回復を果たすためにはどれが適切かを考えることになる。

訴えの種類と憲法上の権利回復との関係については、在外邦人選挙権訴訟⁽¹³²⁾における泉徳治裁判官の反対意見が国家賠償請求訴訟における権利救済を素材に説明を行っている。泉裁判官は、「本件国家賠償請求は、金銭賠償を得ることを本来の目的とするものではなく、公職選挙法が在外国民の選挙権の行使を妨げていることの違憲性を、判決理由の中で認定することを求めることにより、間接的に立法措置を促し、行使を

(132) 最大判平成17年9月14日民集59巻7号208頁。

妨げられている選挙権の回復を目指しているものである。上告人らは、国家賠償請求訴訟以外の方法では訴えの適法性を否定されるおそれがあると思惑から、選挙権回復の方法としては迂遠な国家賠償請求を、あえて付加したものと考えられる。一般論としては、憲法で保障された基本的権利の行使が立法作用によって妨げられている場合に、国家賠償請求訴訟によって、間接的に立法作用の適憲的な是正を図るという途も、より適切な権利回復のための方法が他にない場合に備えて残しておくべきであるとする。また、当該権利の性質及び当該権利侵害の態様により、特定の範囲の国民に特別の損害が生じているというような場合には、国家賠償請求訴訟が権利回復の方法としてより適切であるといえよう。⁽¹³³⁾と述べている。つまり、原告は権利回復に適切な訴えの適法性が認められやすいという観点から国家賠償請求訴訟を選び、権利回復をはかろうと試みており、国家賠償請求訴訟によって間接的に立法作用の違憲の是正をはかる方途も必要であるとしているのである。

ただし、泉裁判官によれば、少なくともこの事件についてかかる手法を用いることは不適切であるとしている。というのも、「立法の不備により本件選挙で投票をすることができなかった上告人らの精神的苦痛は、数十万人に及ぶ在外国民に共通のものであり、個性性の薄いものである。したがって、上告人らの精神的苦痛は、金銭で評価することが困難であり、金銭賠償になじまないものといわざるを得ない。」⁽¹³⁴⁾からである。そして泉裁判官は名目的損害賠償の制度がない以上、実際の損害の認定が困難なケースについてかかる判断を行うべきでないとしている。

名目的損害賠償の是非はさておき、ここでは訴えの種類は憲法上の権利救済に密接に関わっていることがわかる。そして、先に検討したように、原告の国家賠償請求が棄却される場合でも、違憲判断が下されることで原告が救済される場合がある。最高裁は、立法行為の違法性を問う国家賠償請求訴訟において、立法行為自体については国会の裁量を尊重して合法とする場合でも、憲法判断を行って違憲判決を下すことがある

(133) 在外邦人選挙権訴訟・前掲注⁽¹³²⁾2109頁(泉徳治裁判官の反対意見)。

(134) 在外邦人選挙権訴訟・前掲注⁽¹³²⁾2109頁(泉徳治裁判官の反対意見)。

からである。一見すると傍論として扱われてしまう部分であるが、憲法的救済の観点からみれば、この違憲判断こそが救済に必要な憲法判断となる。

また、裁判所が憲法問題の解決に向けて政治部門との関係や社会的影響力を踏まえて時間的効力やタイミングなどを考慮することが憲法的救済に含まれる⁽¹³⁵⁾。換言すれば、これらが司法裁量に委ねられる部分が大きいことになり、司法が憲法秩序形成において重要な役割を果たしうることを提示することになる。勿論、かかる裁量を認めることは行き過ぎた司法積極主義を招き、ともすると、エピグラフのオイディプス王のように、まるで司法が国の救世主のように振る舞ってしまうおそれがないわけではない。しかしながら、しばしば抑制に過ぎると批判されてきた日本の司法はむしろ一歩前に進むことが重要であり、憲法的救済の概念はそれを後押しする可能性をはらむものと思われる。

(135) 坂田隆介「最高裁と『司法的ステイツマンシップ』論——立法事実変遷論と司法的救済を手がかりに」立命館法學366号441頁(2016年)。この点に関連して、坂田隆介が司法的ステイツマンシップという観点から救済についても分析している点が興味深い。それによれば、司法的ステイツマンシップとは、長期的な正当性を維持しうる妥当な回答を追求する裁判官の責務であり、換言すれば事件の社会的背景や文脈、現実の政治状況、国民の意識などを視野に入れ、判決が社会や政治に及ぼす影響を踏まえて、公衆が受容できるような妥当な意見を構築する責務であるとし、最高裁の救済のあり様にそうした司法的ステイツマンシップの姿を垣間見ることができるとしている。