

基本権の司法的救済論・覚え書き

—アメリカ憲法理論を中心に—

宇都宮 純 一

目 次

- 一、問題の所在と本稿の課題
- 一、憲法的救済の法理論と司法権—救済と法創造—
- 二、司法的救済理論—コモン・ローとエキイテイ—
- 三、司法の役割と「救済の方法」
- 二、憲法的救済の法の一般原理
- 一、憲法事件における救済
- 二、「新しい法」の意味と救済の法（枠組）
- 三、憲法的救済の理論
- （一）憲法的伝統における権利と救済
- （二）憲法的救済の法の一般原理
- 三、おわりに

一、問題の所在と本稿の課題

一、憲法的救済の法理論と司法権―救済と法創造―

(1) 今日の憲法学にあつては、救済をめぐる問題が憲法の保障する基本権の具体的実現に関わるさまざまの局面において登場し、この問題は基本権保障や司法権の性質とそのあり方を規定する重要な要素となつていて、この認識が、一般的になりつつあるように思われ、実際、この問題を自覚的に取り上げたいくつかの先行業績も既に存在するところである。このように憲法的概念としての救済は、総合的、体系的、多面的な考察を必要とすると考えられるが、そこで本稿は、司法権の觀念の内実としての権利侵害に対する救済の付与の検討を課題として設定し、その準備作業の一環として、主としてアメリカ憲法理論、とりわけ憲法的救済理論を取り上げて考察を加え、そこにおける救済理論の一般原理を検証しようとするものである。

今日裁判所が提供する救済の問題は、英米法の領域、とりわけ制度の改革を求める、いわゆる公共訴訟 (Public law litigation) の領域で論じられることが多く、権利侵害の認定を前提として、その侵害によつて生じた「違憲、違法の状態を是正し、被害を救済すること」が右のような現代型訴訟と言われる裁判の中心的な争点を形成していとされる。⁽¹⁾ この救済をめぐる問題は日本においても、いわゆる定数訴訟の判決方法との関係で活発に論じられてきた経緯がある。さらにこの問題は、基本権保障一般の問題領域においても重要な意義を有するものと考えられ、「確認された違法状態を除去し権利を実現するために必要」とされる法的救済の問題を、基本権の実効的实现という観点から独自の問題として考えることの必要性は、既に憲法学の論者によつて指摘されているところである。

(2) ところで、これまで司法権の観念の内実をめぐる憲法学上の議論は、憲法上司法権に割り当てられた役割の検討を通じて司法権の内容の外延を拡大していくという方向性と、権利、基本権の請求権的要素あるいは含意から、司法府の憲法上の役割を帰納していくという方向性ととの二つの方向性をそれぞれとりながら進められてきたと思われる。換言すれば、これら二つの方向性は、司法権の内容の問題として、あるいは司法審査の射程範囲の問題として権利侵害に対する救済の問題を考察するアプローチと人権の「法的含意」から司法的救済の問題を考察するアプローチとに分類することができる。そして、司法権の観念の内実の問題領域における司法的救済をめぐる論議は、憲法解釈と裁量、違憲審査制の今日的課題の問題にとどまらず、さらに裁判による法創造、法による裁判と司法の役割の関係、民事訴訟の目的と司法の役割の関係、訴えの利益論、救済の方法といった問題領域へと、その議論の場を拡大しつつある。いずれにせよ、ここでは「救済の独自の意義に関する観点」あるいは「救済法の視座」が重要であり、その「固有の意味をそれ自体としてもっと考えていく」ことが「単に救済というだけではなくて同時に権利の創造に連なっていくところがある」という示唆が考察の道標となるであろう。⁽²⁾

先ず前記二つのアプローチのうち前者のアプローチの系譜に属する憲法解釈学ないし司法的裁量論の見地から、権利の存否を判定する通常の憲法解釈における裁判官の裁量の問題とは別個に、社会の変化に対応する憲法解釈の発展の問題、さらに裁判官の裁量による法規範の創造が許される領域の問題を考察の対象として取り上げ、検討する実務裁判官によるアプローチがある。⁽³⁾ このアプローチの基本的立場は、裁判官は自らの規準すなわち政策に基づいて法解釈を下すことは許されず、法規範を含む全法体系の原理にしたがって法解釈を下す義務を負うとする、いわゆるR・ドウォーキンの二つの理論モデルのうち第二モデルを正当とする。その上で裁判官の現実の法解釈が法適用作用を超える機能を果たす法解釈に及ぶことを認定し、そのような法解釈の司法に配分されている権限との関

係における正当性が問われている。そしていわゆる法創造の事例として、規則制定的な法原則の定立、救済手段の法原則の定立、保護手段の法原則の定立、予防手段の法原則の定立の四つの事例が取り上げられ、このうち最後の事例につき正当性、妥当性の点の議論の余地があるとされるのを除き、他の三つの事例については司法の役割として概ね容認されている。そのなかで救済手段の法原則の定立に係る事例とは、法規範がある権利を付与しながら、それが侵害されたときの救済手段を講じていない場合に、法解釈によってこれに関する法原則を定立する事例であるが、この事例については、権利とその救済手段とは一体不可分であつて特別な事情が存しないときは、権利の付与は当然に救済手段の付与を内在しているものと解すべきとの基本的理解に基づき、法規範に欠けている救済手段を合理的な範囲で法解釈によつて補充することは司法の役割を逸脱するものとはいえず、むしろ権利の救済を任務とする司法にとつてその責務であるとする。

(3) 右と同趣旨の立場は憲法学の立場からも既に提示されており、権利と救済とは密接な関係にあり、法令のレヴェルで救済手段に関する法規範が欠けている場合に、裁判所が合理的な範囲で法解釈により補充するなど、裁判所が「救済」の領域で柔軟で創造的な活動を行うことは「法原理部門」としての裁判所の性格に矛盾するものではなく、実体的権利の存否を確定することが「司法権」の中樞をなすとしつつ、それを前提に然るべき救済手段を与え争訟の適正な解決をはかる作用も当然に「司法権」の内実をなすものとの理解が示されている。⁽⁴⁾したがつて裁判所が「救済」形成の問題についてより積極的に取り組み、それに対応して裁判の構造について一定の工夫をすることは、「権利の判定」の段階をゆるがせにしない限り「司法権」の現代的適応としてその本質にもとることはないと思われるのである。また、救済の付与に係る裁量性の問題について同立場は、救済の裁量性を正面から認めた上で、その裁量的救済を「法による裁判」（実体法による裁判）の実を害しないに足る法的枠組ないし法的統制下に位置づ

ける、あるいは裁判官の救済的裁量を基準化、限定するという課題を指摘し、法と裁量とを相補い合う関係のものとして捉えつつ、権利の判定、宣言の段階と救済の段階を区別し、裁量的救済を明確に構成された「権利」の実現に就いては、やむをえない事情と範囲に限定することを提言する。⁽⁵⁾ この立場にとって「司法権」は、解釈されるべき憲法的価値、規範が存在することを前提とし、裁判官がその規範の拘束を免れ、自己の最善と考えるところに従って裁断する裁量を正面から認めることは、立憲主義的「司法権」を否定するに等しいのである。

(4) 右のいずれの立場も、救済手段の創設は本来立法府の権限に属し、したがって法解釈による救済手段の創設は本質的には法創造であるとの理解を示しており、それゆえ立法府が然るべき救済手段を設けたときは裁判所はそれに従うべきものとされ、その意味で裁判所が憲法上の権利の救済をはかるためにとった措置は暫定的な法創造と把握される。⁽⁶⁾ このように両立場は、司法権の内実を権利の存否の確定と捉えることを前提としつつも、なお権利、自由が個別具体的な救済、つまり具体的な訴訟における個別的救済を通じて形成されていくことを否定しない。実体法上の権利に対し「救済」はその実現のレヴェルの問題に関わり、これも司法（法を宣言して、法を維持するの作用）を有する裁判所）の役割にふさわしいと評価されるのである。

なお、周知のように右のような立論と趣旨の主張は既に判例による法形成をめぐる論議の中でも展開されてきたところである。ここでは判例の法形成作用を司法権に内在する機能と捉え、その機能の行使によって形成される法が立法部によって形成される法の下位に立つことによって三権分立原理との整合性が確保される。また裁判所による法形成の問題を考察するにあたって、実体法のうち先行規範 (primary law) と救済規範 (remedial law) とが区別され、後者は法が一つの価値を設定するという性格を有するところの先行規範がいかなる手段で実現されるかに関するもので、そこでの問題は第一次的には法の認められた価値をいかにして法的な形で実現するかという（立法府

ではなくて) 法律家が主たる責任を担うことが期待されている領域とされ、それだけに裁判所はより積極的に法形成を行うべきではなからうかと提言されている。⁽⁷⁾ この点、憲法学の立場からも権利を保護したり、実現するため保障の範囲を拡大していくという点で本来の憲法上の規定の趣旨よりも拡大して保障されるという形の創造的な法解釈を裁判官に是認する見解も示されており、⁽⁸⁾ 同様に民事訴訟法学の立場においてもこれを支持する見解が有力である。⁽⁹⁾

また近時の憲法学説にあつては、人権の実質的な救済こそがすぐれて現代的な使命として違憲審査制に期待されているとしつつ、憲法上の権利が不十分にしか実現されていないことは、それが部分的にせよ侵害されていることにはかならないから、その救済は違憲審査権を与えられた裁判所の本来的任務に属するはずであるとの主張や、⁽¹⁰⁾ 憲法が裁判所に司法権を付与している以上、その裁決を意味あるものにし、法的救済を求める当事者に意味ある救済を与える権限が伴わなければ裁決権は無意味であるとし、憲法七六条は裁判所に当然このような意味ある適切な救済を与える権限を付与しているものと解すべきとの主張も登場するに至っている。⁽¹¹⁾

(5) 右のような所説に対して前記二つのアプローチのうち後者のアプローチは、先ず前者のように司法権の本質論あるいは司法権概念が憲法解釈論上、憲法典と救済の問題には有効に機能しえず、「救済規範としての憲法典」の問題を探究する方法としては司法権概念の理論化という道は不毛であると断じて、より直截に裁判的救済に対する人権の法的含意を検討する必要性を指摘する。⁽¹²⁾ その上で自由一般のうち「基本的」諸自由が憲法典に限定列挙された由縁は裁判による保障を権利として各人に与えたことにあるという理解のもと、人権(少なくとも自由権)の法的含意とは、各享有主体が自己の発意に基づいて裁判所での判断を受けることを保障することであり、自由権は判定の場の確保や法的救済が実定制度により十分に確保されていない場合、直接憲法典に基づく救済を裁判所に要求

しうる権利であるとの結論が導かれる。このように自由権の法的含意として、実定制度が不備の場合それが直接憲法典に基づく救済（違憲状態の除去）を要求しうる根拠となる権利であるとすると、その実定制度の不備の存在の認定、選択されるべき救済の種類如何の問題を考察する法分野が指定され、それは「憲法的救済法」と命名されている。そして、この法分野の問題の判断について司法府に一定程度の裁量が付与されるとともに、その裁量権行使の準則化の必要性が説かれるが、そこで救済付与者としての裁判官の裁量権を拘束する準則（司法府の救済創設権を枠付ける準則）が判例法理の中から抽出される。すなわちそれは救済創設が認められる場合、どのような事実が存在していなければならないか、についての判例の発展を方向づける判例上の原理であり、それは具体的事件において裁判官が下す判決理由中の判断（重要な事実プラス結論）の積み重ねから生じてくる先例法理とされる。この先例法理は裁判官が具体的事件の解決で示した憲法解釈の積み重ねであるとされ、既存の法の重要な構成要素として後の裁判官を拘束し、重要な事実プラス結論という形で表現されること⁽¹³⁾によって裁判官を導きうる有力なガイドラインとなりうると評価される。

右の立論にみられる人権そのものの法的含意を探究するアプローチ及びその法的含意として実効的救済付与請求権的な内容を導き出す解釈論は、救済付与の問題への考察の切り口を転換したものとして首肯できないわけではないが、このような解釈と憲法三二条及び七六条の規定との関係が憲法保障体系の中でどのように説明されることになるのか、今少し解釈理論の深化が要求されるように思われる。また、右のアプローチという司法府の救済創設権を枠付ける準則については、その内容の抽象度がやや高く、準則としてのアヴェイラビリティや有効性の観点から、内容の理論的精緻化が必要ではなからうかと思われる。

二、司法的救済理論—コモン・ローとエクイティ—

(1) さて、救済(レメデイ)をその独自の意義という観点から考察するという傾向は日本においてはうすかったといわれる。日本法にとってエクイティ上の救済は縁遠いものとの感覚が支配的であつたようである。しかし、前述のようにアメリカ的なエクイティに基づく救済手段というものが基本権保障において重要な位置を占めることが認識され、しかも憲法学においてそのような救済を裁判所が示したとしても日本の司法権の概念に矛盾しないとの理解が有力になるにつれて、改めて法的救済の意義を問う学問的気運が高まつていった。前款でみたように権利と救済手段とを一体不可分の関係として把握する立場もその一例となしえよう。ただ、一口に救済といつても既に指摘されているように、前記公共訴訟という訴訟類型が登場して以後は個人の権利救済という従来型のエクイティ上の救済とは異なる「新しい形のレメデイ」あるいは「エクイティ上の救済の伝統の拡張」が生み出され、それゆえ新しい観点のもとに、たとえば判例による法形成の問題についての積極的な立場を前提にレメデイの問題領域で創造的な法解釈が学説・判例の双方に求められているように思われる。それは前記第二のアプローチが「憲法的不法行為訴訟という新たな救済の創設」を提言している点にもその実践例をみて取ることができる。したがって日本法の体系の中でエクイティ上の救済の要素や機能を生かそうとすることに⁽¹⁴⁾は理論的にも実務的にも難しい問題点が存在することはこれを認識しつつ、その趣旨、精神を生かす方が模索されて然るべきである。

(2) 周知のごとく英米法における法的救済はコモン・ロー上の救済とエクイティ上の救済とに分けられる。前者は金銭による損害賠償が主たる内容であり、これに対して後者は金銭賠償のようなコモン・ローによる事後的救済では被害者にとって適切かつ十分な救済となり得ず、正義が実現できないときに予備的に事前に認められる救済と⁽¹⁵⁾説明される。エクイティ(衡平)が個別的正義の実現と理解される所以である。このエクイティに基づく救済の主

要な手法は差止（インジャンクション）であるが、このほか宣言判決ないし確認判決、特定履行等が挙げられる。

これまでの英米法学説に依れば、コモン・ローは厳格な法理に基づく普遍的な正義を求め、エクイティは具体的事件に柔軟に適合する個別的な正義を求めるとされる。エクイティの裁判官は良識と衡平観に基づいて「具体的事件に最も妥当な救済を与える」が、その多くの部分は裁判官の裁量に任せられるという。ここでも裁判官の裁量権行使が問題となる以上、その範囲と基準が論点となるのは当然である。このような議論を通じてアドホックなエクイティに基づく救済の範囲や限界を画する法理が生み出されていくことになる。⁽¹⁶⁾この点、憲法学にあつては前述のごとく、裁判官の裁量権の行使によって「具体的事件に最も妥当な救済を与えること」が正当な司法権の行使と言えるのか、あるいは日本においてエクイティに基づく救済を裁判所が提供することが司法権の内容に含まれるのかという論点に焦点をあてて検討が加えられてきたところである。

たしかにエクイティ上の救済の伝統あるいは「エクイティという領域のたて方」は日本法には存在せず、エクイティ上の救済手段をもたない日本ではアメリカのやり方はとりえなないと考える向きが強かつたことは事実である。しかし、内外の救済規範の発展に伴い、今日、日本の英米法学、憲法学の分野を問わず、エクイティの観念が日本法にとつて縁遠いという捉え方はかつてほど強調されることはなくなつたように見受けられる。その意味では救済の法の領域で正面からこの観念を取り上げて論議する土壌なり条件がかなり整いつつあるように思われる。いかなる国の法律制度、法体系であれ、そのなかには必ずエクイティの要素があると指摘されるように、⁽¹⁷⁾エクイティ（衡平）の観念は、法的安定性を犠牲にしての具体的妥当性、個別的正義の実現を志向するものであり、⁽¹⁸⁾ある意味では実定法を破るものとさえ捉えられるものでもある。それが消極的立法の機能を果たす点では違憲審査権の行使と同様の効果をもつ。したがって前記アメリカの公共訴訟のような現代型訴訟におけるエクイティの役割とそ

の問題点を検討することは日本法のなかにあるエクイティなるものに目を向けることにつながる。この英米法学説の指摘は重要であり、その精神を日本法のなかに生かす道に通ずるものと考えられる。

(3) ところでエクイティ上の救済の分野で形成されてきた理論は、主として判例を中心に展開されてきたもので、専ら裁判所によって提供されてきたものであると言える。ただ、その判例理論の形成過程においては、訴訟当事者によって提起されながら裁判所によって拒否された救済理論も散見される。それはともかく今日一方において救済手段としての差止(インジャンクション)に関わる訴訟、他方においてダイバーシティ(Diversity)に関わる訴訟のプロセスの中で展開された理論や法理についての論議が活発に展開されているところである。日本においても救済の範囲を定める憲法判例の法理として、たとえば「比較衡量の法理」や「被害に合致する救済の法理」等が紹介されているが、⁽²⁰⁾そこでは憲法、制定法又はコモン・ロー上の権利の侵害の存在が前提とされることは言うまでもない。また、連邦制や三権分立といった構造的な原理に基づく連邦司法権の自己抑制を基盤とする「統治体の自治の利益を考慮する」という要件にも留意しておく必要がある。

なお前記公共訴訟においては救済の範囲も論点となったが、そこでは伝統的な権利侵害と救済の間の論理的な結びつきが薄れることが指摘される。⁽²¹⁾それは、この種の訴訟における救済の目的が過去の違法な行為によって生じた損害の賠償ではなく、現行制度のもとでの違法な状態を是正(あるいは改革)することにありとされることに由来する。このためエクイティ上の救済と訴訟提起の原因となった違法行為との関係が一つの論点として登場してくることとなり、この点はアメリカでも「憲法における権利と救済のギャップ」の問題として論じられているところであり、救済の範囲を限定する法理の探究が課題となる。

三、司法の役割と「救済の方法」

(1) 先に司法的救済の問題は民事訴訟制度の目的論や訴えの利益論とも密接に関わる旨を述べたが、民事訴訟法にあっては、その理論が既存の権利の実現というパターンを前提として作られているために新しい利益について救済を求める訴訟過程で法や権利の創造という裁判所の活動のための手続法理論を提供することにおいて手薄であったといわれる。⁽²²⁾ しかし、今日の民事訴訟法においては司法の核心的役割を憲法を頂点とする実体法規範によって認められた権利を対審構造をもつ手続きにおいて確定し、これに必要とされる救済を与えることによって司法的に保障（保護）することに求めるべきものとした上で、民事訴訟制度の目的も権利、利益の保障にあると解し、権利（実質権）に有効、適切な救済を付与することをその目的の中に位置づける立場が有力となっている。⁽²³⁾ この立場にあっても救済（の方法）は実質権の内実を成す利益にいかなる保護を与えるかの問題であるから、それはかかる利益を法的権利として保護することと不可分一体の関係であるとの理解が示される。そして権利の侵害に対していかなる救済を与えるかの問題は立法院により一義的に決定されず、むしろ司法が訴訟制度を通じ、立法院の定めた枠内で個々の事件の事情に即して具体的に形成することが予定されているとして、救済の具体的形成は裁判所に委ねるのが問題の性質に適していると主張される。そのため救済については裁判所の創造的、裁量的判断の要素が含まれてくることは救済という事柄の性質に由来するものであり、それは司法を通じて権利の保護を確保しようとする立憲民主制の下における権力分立原理に反するものではなく、むしろその趣旨に合致すると理解されることとなる。

(2) 右の立場が述べる「救済の方法」という概念は、これまでの日本の法律学にはなく、また実定法規上もそれに相当する概念は見い出せないとされるが、しかし、ひとたび「救済の方法」という概念を立て、「救済の方法」を

定める法は実体法であるとの認識を前提としてみると、既存の実体法の中に「救済の方法」に関する規定と解すべきものが存在するという。したがって日本法の解釈として具体的場合に、ある権利にいかなる「救済の方法」が認められるかが問題となるときは、第一次的には実体法の諸規定ないしその解釈によって定められることになるが、直接の手懸りとなる明文規定がない場合はその権利（の内実をなす利益）の性質、侵害又はその危険を生ぜしめて
 いる行為、状態の性質、態様などの実体法上の諸要素を考慮して決定されるべきことを提言する。⁽²⁴⁾ 右のように保護の対象、利益如何によつて救済のあり方も変わるのであつて、保護の対象となる法的利益としていかなるものを訴訟が取り上げるかは訴えの利益論との関係においても民事訴訟法として重要な関心事である。⁽²⁵⁾

(3) なお、右の民事訴訟法学の立場にあつても、裁判所はいかなる実質権に対していかなる種類の救済をいかなる内容で認めるかを全く自由に決定しうるものではなく、「裁判官を拘束する法」は救済のレベルでも存在すると考えられている。すなわち裁判所は実体法の定める救済とその成立要件に拘束されるのは当然として、さらに「救済」を認めた確立した判例の基礎にある法原則との整合性が必要とされるなどの条件が課されている。⁽²⁶⁾ ただ、「裁判官を拘束する法」は基本的に具体的事件への適用である点で個別化の程度が大きく、事案ごとでの柔軟な対応を裁判官に許しかつ期待するような法であるとして規定される。したがつて救済法の体系は個別的なものとなり、裁判官の裁量の幅が広がる。⁽²⁷⁾ この点はドイツにおいても裁判による法創造の問題の文脈で指摘されているところと軌を一にする。すなわち法律は原則的なるもの、一般的に妥当するもの、継続的なるものを規律するのに対して、裁判判決は具体的なもの、個別的なもの、現在に即したものを決定するのであつて、両者は原則とその具体化の関係に立つ。また法律は現在及び未来のあらゆる人に適用されるがゆえに抽象的に定式化されるのに対して裁判判決は訴訟関係者に適用され、この関係者（当事者）に理解されなければならないという。⁽²⁸⁾ 右のような立論は個別的事案に適

切な救済を創案する役割を司法に委ね、裁判所に対する裁量的な救済創造の権能の付与を是認するものであり、法原則の具体化を通じて「法に柔軟性を持たせる」効果を生み出すことを期待するものである。また、「救済法」の分野においては当事者（訴訟関係者）の果たす役割も大きく、その真髄は「当事者による救済内容の創造的な形成可能性」にあり、救済の原点は両当事者が自ら状況を切り開き創り上げることにあるとする指摘も重要である。⁽²⁹⁾

(4) 法的救済をめぐる論議は日本においても右のようにその根柢、裁量統制の問題を中心に活発な論究の対象となつている。以下本稿では、その論議の一端をアメリカ憲法理論に求めて、権利侵害とりわけ憲法的権利の侵害に對する法的救済の分野を規律する一般原理の抽出を模索すべく検討を加えていくことにする。

〔註〕

(1) 藤倉皓一郎「アメリカにおける裁判所の現代型訴訟への対応—法のなかのエクイティなるもの」石井・樋口編・外から見た日本法（一九九五）三三〇頁参照。

(2) 研究会「憲法裁判の客観性と創造性」ジュリスト八三五号（一九八五）三五頁（佐藤幸治発言）、川嶋四郎「救済法」の課題と展望に関する一試論・序説」民事訴訟雑誌四三号（一九九七）九八頁以下参照。

(3) 香城敏彦「憲法解釈と裁量」ジュリスト六三八号（一九七七）二〇五頁以下参照。

(4) 佐藤幸治「現代国家と司法権（一九八八）二九頁、二七七頁以下参照。また、この立場にあつては憲法一三条の規定は、国民が裁判を受ける権利（三二条）の行使として権利・自由の実現を求めた場合に、裁判所としても司法権の性質と矛盾しない範囲でできるだけ実効的な救済を与えるべきことを要請する趣旨を含んでいると解すべきとの解釈論が提示されている。同書二六一頁参照。ここでは「司法権」のあり方と憲法八一条及び二三条の規定を結びつけて理解する見地が示されている。

(5) 佐藤幸治・前掲書一一二頁参照。なお、この問題との関連で援用されているフレッチャーの以下の論文は注目すべき重要文献と

思われる。William A. Fletcher, *The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy*, 91 *Yale L.J.* 636 (641) (1982).

- (6) 佐藤幸治・前掲書二八一頁参照。
- (7) 田中英夫「判例による法形成」(初出一九七七) 同・法形成過程(一九八七)二三頁以下参照。
- (8) 研究会「憲法裁判の客観性と創造性」三二頁(芦部信喜発言) 参照。
- (9) 竹下守夫「民事訴訟の目的と司法の役割」民事訴訟雑誌四〇号(一九九四)二三頁以下参照。また、同じく民事訴訟法学の立場からの立論として、原竹裕「裁判による法創造と事実審理」(一)〜(四)「一橋大学研究年報法学研究二八」〜三一(一九九六)〜一九八、民法学の立場からのそれとして、大村敦志・典型契約と性質決定(一九九七)二二二頁以下がある。
- (10) 野中俊彦「立法義務と違憲審査権―選挙訴訟を素材に―」(初出一九八五) 同・憲法訴訟の原理と技術(一九九五)八一頁以下参照。
- (11) 松井茂記・日本国憲法(一九九九)一二四頁、二四九頁参照。
- (12) 遠藤比呂通「憲法的救済法への試み」(一)〜(四・完)「国家学会雑誌第一〇一卷第十一・十二号」第一〇五卷第一・二号(一九八八)〜一九九二この立場は、裁判を受ける権利に訴権の保障以外の実質的内容を盛り込もうとする試みについても司法権概念と同様のことが言えるとする。同・(二)「国家学会雑誌第一〇二巻第七・八号(一九八九)三五頁以下参照。
- (13) 遠藤比呂通・前掲論文(四・完)六五―六六頁及び七四頁註(5) 参照。なお、裁量権行使の準則化を検討する素材として、エカイティ上の救済に関する議論は適さないものとして斥けられている。同・(三)四―五頁参照。
- (14) 研究会「憲法裁判の客観性と創造性」三五頁(佐藤幸治発言)は、レメデイを通じて権利がつくられていき、それを基に一種のカテゴリカルな新しい権利なり既存の権利の再構成が可能となるというところもあると指摘する。
- (15) 伊藤正己・田島裕・英米法(一九八五)一五七頁参照。
- (16) 藤倉皓一郎・前掲論文三三二頁参照。

- (17) 藤倉皓一郎・前掲論文三二二八頁参照、エクイティを欠く法は活力を失う、と説く。またフランスにおける司法的エクイティについて、Vernon Valentine Palmer, *From Embrace to Banishment: A Study of Judicial Equity in France*, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 47, No. 2, 1999, pp. 277
- (18) 田中成明・法理学(一九九四)一八五頁参照。
- (19) たとえば、青井未帆「憲法上の権利の司法的救済—インジャンクション類似の救済手段利用に向けての予備考察—」本郷法政紀要第七号(一九九八)三三頁以下参照。Ann Woolhandler, *The Common Law Origins of Constitutionally Compelled Remedies*, *The Yale L. J.* Vol. 107, Nr. 1, (1997) pp. 77.
- (20) 藤倉皓一郎・前掲論文三三六頁以下参照。
- (21) 藤倉皓一郎「アメリカにおける公共訴訟の「原型」—法協百年論集第三卷(一九八三)二八七頁以下参照。
- (22) 谷口安平「権利概念の生成と訴えの利益」講座・民事訴訟2・訴えの提起(一九八四)一七九頁参照。
- (23) 竹下守夫・前掲論文一頁以下(一〇頁)参照。また山本和彦「民事救済システム」岩波講座・現代の法5現代社会と司法システム(一九九七)二二六頁以下参照。
- (24) 竹下守夫「救済の方法」基本法学8—紛争(一九八三)一八五頁以下参照。
- (25) 山本和彦「民事訴訟における法的利益の保護」一橋論叢第一一七巻第一号(一九九七)七六頁参照。
- (26) 竹下守夫・前掲論文「民事訴訟の目的と司法の役割」二四頁以下参照。また山本和彦・前掲論文「民事救済システム」二二八頁以下は、実体的統制のほかに個別事件の当事者(原告)の意思による統制、手続的統制(救済形成過程の透明化)が挙げられている。
- (27) 谷口安平・前掲論文二七一頁参照。
- (28) Paul Kirchhof, *Der Auftrag des Grundgesetzes an die rechtsprechende Gewalt*, in: *Richterliche Rechtsfortbildung, Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen*; *Festschr. der Jur. Fak. zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität*.

二、憲法的救済の法の一般原理

一、憲法事件における救済

(1) アメリカの連邦最高裁判所は、救済についての請求が「新しい法」に基づいている場合には裁判所は過去の憲法的侵害に対する賠償を否定すべきであると判決してきたとされる。たとえばウォーレン・コートは刑事手続を規律する新しい憲法的決定を遡及しないものと判断し、後継の裁判所は、法的な斬新さを政府官吏の憲法上の不法行為訴訟、連邦の人身保護訴訟そして租税払戻を求めるところの憲法上基礎づけられた訴訟において救済を否定するための根拠としたのである。この「新しい法」の法理は総合的な分析の対象とされることはめったになかったが、この法理を憲法的救済の法 (the law of constitutional remedies) の問題との関連で分析し、政府を法の限界内に確保するために適当な賠償を命じるが、時に特別な事件において個別的に効果的な救済の否定を容認する二つの原理の検討を中心に憲法的救済の一般理論を展開しているのがファロン (Richard H. Fallon, Jr.) とメルツァー (Daniel J. Meltzer) 両教授である。⁽¹⁾ 以下において憲法における救済理論のアメリカ的展開を知る上で有益な素材と考えられる彼らの論文を取り上げて考察を加えていきたい。

(2) ファロンらが先ず考察の素材として取り上げているのは刑事事件において訴訟に持ち込まれた問題である。すなわち「新しい」憲法判決は遡及効を否定されるか否かという問題である。一般に刑事事件における判決の遡及効は、その判決の公表前に開始された事件あるいは提起された訴訟に適用できないものと考えられるが、その例としてファロンらは連邦最高裁が一九六五年のリンクレター事件判決において、修正第四条を侵害する態様で押収された証拠を排除するよう州裁判所に要求した一九六一年のマップ事件に対する完全な遡及効を否定する法的権限を強く主張している事例を引用している。⁽²⁾ここで問題とされるのは遡及的救済が否定されたことが稀ではないという点である。

右のような「新しい法」の遡及効を否定する根拠として、たとえばW・ブラックストーンの定式すなわち裁判所の機能は法を適用することであつて法を作ることではない、裁判官はそれに関係する行為が行われた場合に関係なく法を適用することを拒絶する権限を持たないという定式が援用されたり、あるいは純粹に未来の法形成は連邦憲法第三条のもと司法権の限界を越えるという説示がなされる。さらにそれに加えて右の立論は、ウォーレン・コートの判決にみられる「新しい法」の非遡及的適用も実際の意味において連邦最高裁をしてあまりに容易に刑事手続についての憲法に大変革をもたらすことになるという点に異議を唱える。ファロンらの理解に依れば、ウォーレン・コートの時代においては法的ルールや決定の斬新さに関連性なり重要性を置く法理は、自由主義的、積極主義的な含意を持つと考えられたのである。⁽³⁾

(3) ウォーレン・コート以後一九八〇年代、一九九〇年代に保守色を強めたバーガー・コート、レーンキスト・コートにおいては、法理的重要性は法的ルールの「新しき」(newness)に置かれ、判決には全く異なる効果が結びつ

けられることとなった。とりわけレーンキスト・コートは刑事事件における非遡及法理を意味深く作り直したと評価される。同コートは連邦の人身保護手続における非遡及の重要性を拡大し、連邦最高裁は連邦人身保護裁判所が憲法についての新しいルールに基づく請求を退けるべきことを判示している。⁽⁴⁾ フアロンらの分析に依れば、ここでは「新しい法」と看做されるものの連邦裁判所の観念の広さが人身保護管轄権を型にはまつた法的問題を含むケースに限定したのである。

こうしてウォーレン・コート以後の時代、訴訟当事者は彼らが「新しい」ルール及び判決に依拠しているがゆえに、救済を否定される（かもしれない）という観念は、刑法の範囲を越えて中心的役割を引き受けることになる。たとえばハーロウ事件判決において連邦最高裁は、憲法的不法行為訴訟において告訴された官吏は彼らの行為が「明確に確立した法律上あるいは憲法上の権利」を侵害しなければ損害賠償責任から免れると判決している。⁽⁵⁾ フアロンらの評価に依れば、ハーロウ事件判決はテイグ (Teague) 事件判決とともに裁判官が新しい請求に取り組む機会を制限することによって、憲法の発展を凍結させることに資するものであった。右のような連邦最高裁の傾向はさらに別の分野、たとえば租税払戻訴訟においても継承されていくこととなり、「新しい法」という概念が憲法的救済を否定するためにうまく使われるという傾向はその定着の度合いを深めていく。

二、「新しい法」の意味と救済の法（枠組）

(1) それでは「新しい法」とは、いかなる内実を持っており、それは救済の法と理論的にどのように関わるのか。右の「新しい法」という概念は、いくつかのルールや司法的決定が相対的にその公表に先立って予測できないものであったということの実際の認識を反映するものであることが先ず強調される。その上でこの法的な斬新さと予測

不可能性との関連性を含む問題は、救済の法の領域内での問題の取り組みとして理解されるのが最も良いという認識が示される。その問題とは、基準となる救済はルールや決定の相対的予測不可能性に鑑みて、どのような場合に差し控えられるべきかという問題である。そしてこのように「新しい法」の法理を救済の法の領域内に位置づけることは憲法的救済の一般理論の必要性を明らかにするとし、この領域をフアロンらは憲法の補助的分野 (subdepartment) として捉えている。⁶⁾ そこで後にも言及する憲法的救済の法の基礎にある二つの原理を提示する。これら二つの原理は、それぞれそれ自体のやり方で競合する価値を調整する能力を有するものとされる。すなわち第一の原理は憲法的侵害の個々の被害者に対する効果的な補償を要求するもので、強い原理ではあるが弾力に欠けるものではない。そして第二の原理は政府を法の限界の範囲内に確保するのに適した憲法的救済の一般的構造を要求するところの、より絶対的な原理である。これら二つの原理のもとで連邦憲法は典型的には救済の代用を認めるが、時に個々の被害者が効果的な補償を受けないという状況を容認することがある。つまり法的斬新さがある種の事件において救済の保留を正当化することを手助けすることがありうるが、ただその正当化は制限されたものである。全体としてこの二つの原理は現在一般に存在するものよりも広い憲法的救済の利用可能性を要求するものと推測される。フアロンらは法律学理論の地平から「新しい法」という概念の評価を試みるが、前述のごとく「新しい法」の問題は救済の法の領域内で生起するものとして概念化されるのが最も良いとの立論が展開される。それを受けて憲法のシエーマ (スキーマ) における救済の一般的位置を論じ、憲法的救済についての理論の核心を提供する諸原理を導入するという論旨の展開を見せているが、彼らのフォーカスは基本的に憲法事件における遡及の問題と救済の上に置かれている。

(2) ところで前記遡及効に関する論議は法律学理論の深遠な問題を提起すると考えられる。すなわち新しい法と古い法との間は区別することができるとか、そして区別されるべきかどうかという問題がそれであり、それは、裁判官は法を作るのか、あるいは単に既に存在するごとく法を宣言するののか、ということによつて決まる。ここでもブラックストーンの定式すなわち裁判所の役割は新しい法を宣言することではなくて、古い法を維持し解釈することであるという定式が一方の立場の根拠として持ち出される。けれどもファロンらの理解に依れば、法は作られるのか、あるいは発見されるのかに関する議論は少なくとも遡及の問題に対するアプローチとしてはミスリーディングである。ファロンらにとつてここで重要な問題は、裁判所は主張された権利の司法的容認が容易に予測されなかったことを理由に、それが与える救済をどんな場合に変更すべきか、あるいは全く判決を見合わせるべきかという問題である。⁽¹⁾そしてこの問題は彼らにとつて前述のごとく救済の法の領域内で取り組まれ、解答されるべき課題である。

(3) このように「新しい法」については、法は創造されるのか、発見されるのかという局面での意味と、それが予測不可能という意味の二つの意味を有すると捉えられる。果たして先のブラックストーンの定式に倣つて表現するならば、司法の役割は現在何が法であるかを述べることであつて、将来、法がどんなものになるか（あるいは、なるべきか）を指示することではないのであろうか。

周知のように憲法は制定された当時の意味で解釈されるべきだというのが合衆国の伝統的な考え方と捉えるアン・トニン・スカリア連邦最高裁判事は右の問いに対して肯定の回答をするが、彼の理解では、司法審査の目的は大多数による専制を抑えることであり、裁判官に言葉の意味を勝手に解釈する権利を与え、背景や伝統を無視してしま

うと、裁判官になったごく少数の人たちが重要な問題を決定してしまふことになり、「少数派による専制」を招くと説く。⁽⁸⁾市民には権利侵害について裁判所に提訴して救済を求めることが構造的に保障されているアメリカ憲法のもとで、司法の審査権は時に連邦政府などの権限を制限することにもなり、その意味で他の二権との関係でデリケートなもので、そのためスカリア判事は注意深くバランスをとっていくことの必要性を強調する。もちろんこれに対してドイツ連邦憲法裁判所のキューリンク (Jurgen Kuhlring) 判事のように、昔の法律の考え方や憲法だけで現代のすべての問題にかかわるのは難しく、憲法を含めた基本的な規範については社会の情勢に合わせて、その都度判断していくことが重要だと反論することは十分に理由のあることであると思われる。このような立場の違いは、法の解釈に関してドイツで行われた立法者意思説と法律意思説との間の論争を想起させる。⁽⁹⁾ただ、立法者意思説の立場は立法者の意思を明らかにするに役立つ「立法資料」を重要視するが、前記スカリア判事は法律を解釈するにあたって「立法史」の利用は原理的に、また実際面から見ても間違いであるとする。⁽¹⁰⁾それはともかく日本においても裁判官の立法機能には一定の限界があるものの、変遷する社会に適合するように憲法解釈を通じて立法機能を果たすことは常識として受け入れられていると述べる見解も存し、⁽¹¹⁾またA・シェイズが述べるように、伝統的な裁判概念およびそれが依拠している諸前提が現代の司法の役割の機能性を評価したり、その正統性を評価したりする枠組として役に立たない、あるいは誤りを生じやすいものとなる可能性は、これを否定できないし、⁽¹²⁾法の目的の実現に役立つかぎりでは司法的創造の正当性が肯定される場合もありうると思われる。

この点についてたとえばファロンらによってブラックストーンの精神的相続人と目されるロナルド・ドウォーキンは、裁判官は新しい法的義務を立法し、それらを遡及的にそれに先行する訴訟当事者に課するという意味で法を創造しないし、創造すべきでないと考える点ではブラックストーンの定式に従っている。⁽¹³⁾これに対して、法をルー

ルの体系(通常市民に義務を課する第一ルールと公務員に法創造と裁決の権威を授ける第二ルール)と捉えるH・L・A・ハートにとつて裁判官によつて創造された新しい法と裁判官によつて発見された古い法との間の概念的区別は、実際の運用の中ではばやける傾向があるものと理解されている点にも留意しておく必要がある⁽¹⁴⁾。

また予測不可能性としての「新しさ」についても、法的推論における予言と予測可能性の中心たることを説いたホームズ(Oliver Wendell Holmes)を引用しての批判に対して、これを法の予言的理論という謬見としてフアロンらは斥けている。この点、ドウォーキン⁽¹⁵⁾は、正しい決定は驚きを引き起こし、信賴利益をひっくり返すことを承認し、ハートは、ほとんどの重要な事件において異なる裁判官が異なる方法で関連する原理と政策を比較検討するという制限された意味で選択が存在することを認めていたところである。法的安定性のみが唯一絶対の価値ではないことは誰もが認めるところであり、新しい法を立てるに当つて、その規律の予測不可能性を免れないとしても、そのことは、そのような解釈理論を放棄すべき根拠にはならず、したがつて予測不可能性は司法の役割にとつて必ずしもそれを制約する要素として働くわけではないと言える。

三、憲法的救済の理論

(一) 憲法的伝統における権利と救済

(1) 「新しい法」を含む事件において救済を制限し、あるいは差し控える判決は、フアロンらにとつて一般的な法律学の問題を提起するだけでなく、憲法的権利と憲法的救済の關係に関する問題をも提起する。周知のように憲法的侵害のために提供される救済は、損害賠償、原状回復、差止め、職務執行令状、不動産占有回復訴訟、宣言的判決、証拠排除、再審あるいは再審議のための再拘束、人身保護令状を包含する。フアロンらの理解に依れば、これ

らの救済及びその判定の基準となる条件は、よく知られているにも拘わらず最も基礎的な問題に関して不確定さが広く一般に存在する。その問題とは、どのような場合に連邦憲法は憲法的侵害のための特定の救済を要求するのか、あらゆる憲法的侵害のための効果的な救済が存在しなければならぬとすれば、効果的とはこの設定において正確に何を意味するのかという問題である。

(2) そこでファロンらの探究は憲法的救済の理論の構築に向けて、その理論的枠組の模索へと進むことになる。すなわちその目的とするところは、事実の問題としてしばしば競合する価値の働きの中で、救済を制限する伝統の枠内で理想のために一つの中心的な位置を保持する枠組を構成するということである。ここで理想とは、前述のあらゆる権利の侵害のために救済が存在しなければならぬという一八〇三年のマーベリー判決(5: U.S. (1 Cranch) 137 (1803))の主張である。しかしファロンらの理解に依れば、すべての憲法的侵害に対する効果的な矯正(救済)というマーベリー事件判決の「約束」と思しきものは一つの原理を反映したものではあっても、厳格なルールを反映したものではないし、しかもその理想は常に達成されるとは限らない。したがってあらゆる権利侵害に対する救済という原理は、硬い命令としての地位を首尾よく要求することはできないという歴史的及び制度的文脈の中に位置づけられることになる。

そもそもファロンらはポール・ゲヴァーツの言説に依拠しつつ救済の法の性格を次のように捉える。すなわちすべての法は理想と現実との間を調停する。そして救済の法は格別にこの機能によく適合している。というのは救済の法とは本来「不足(額)の法律学(a jurisprudence of deficiency)」つまり権利を宣言することと救済を履行することとの間で失われているものの法律学である。が、ファロンらは、このありきたりの文句の受容は憲法の領域においては低下すると指摘する。また、ここでは損害賠償が原告を損傷のない完全なものにするというのは、しば

しば法的フィクションに過ぎず、エクイティ上の救済は常に衡平のバランスングが公的な要求と私的なそれを調停することを要求してきたし、コモン・ロー上の救済といえども同様のバランスングが行われることに留意する必要がある。⁽¹⁶⁾

(3) 右のファロンらの理解にみられるように、マーベリー事件判決の言明は一つの原理を反映したものと捉えられ、それがまさに彼らのいう憲法的侵害に対する救済を支える二つの原理のうちの一つである。この原理は今一つの構造的な原理、すなわち法の限界の範囲内に政府を確保するのに適合した憲法的救済システムを要求する原理とともに、それぞれ異なる方法で競合する利益の調整を容認するが、時に効果的な救済を要求するいわゆる「マーベリー原理」が勝ることがありうる。これに対して適法な政府の体制を維持するという目的にとって効果的な救済の総合的システムを要求する原理は、機構に関わる硬い原理という性格を持つが、前述のごとく特別の救済の否定、そして時に個々の矯正の否定を許容することがありうる。右の二つの原理を基礎としてファロンらは、憲法的救済の理論の概括的な輪郭を提示することを試みる。

(4) そもそも憲法は一部の例外を除いて一般に救済に言及する規定を持たない。憲法は、憲法的保証が履行されるところの十分な救済メカニズムを伴った現に存在する法的システムを前提とするがゆえに、憲法制定者にとつておそらく憲法的救済のための特別の規定は不要と考えられたとされる。このことを前提にすると、この文脈におけるマーベリー事件判決の主張は、憲法に関する要求ではなくて、憲法がその中に設置されているところの広い法的システムに関する要求であったということの意味し、実際W・マーベリーによつて主張された権利は制定法律に基

づくものであった。そして憲法制定時に存在し、一九世紀を通じて発展した実体的、管轄（権）的及び救済的法理の構造は、決して法的に保護された権利や利益の侵害すべてに対する効果的な是正を保証するものではなかった。言わば救済なき権利、すなわちアメリカにおいては個々の効果的な救済なき憲法的権利の存在が一般的な法的伝統の一つの事実として存在したと考えられている。⁽¹⁷⁾ しかもしばしば指摘されるように、一方で実体法の問題としてコモン・ロー上の特権（主権免責あるいは官吏免責法理）が十分な救済に対する障壁として立ちふさがり、他方でエグゼクティブ上の救済の利用可能性は、前述のごとく少なくとも部分的には公的な要求と私的なそれを調停するために体系化されたところの balanシング・システムによって決まるとされる。

けれども憲法的シエーマの中で効果的な救済は常にほとんどの法的権利の侵害、特に憲法的権利侵害のために利用可能であったのであり、また連邦憲法も明らかに救済の含意を持つていと理解されてきた。それゆえ連邦最高裁判は、連邦憲法に直接基礎を置いた差止めの提供を是認してきたとされる。事実、際立った事例として連邦最高裁判が州裁判所に州法上の権限を欠くにも拘わらず憲法的救済の提供を強制した例も存する。⁽¹⁸⁾ そしてフアロンらに依ればその説示の正当化は連邦憲法それ自体に由来しなければならぬとされるのである。重要なのは憲法上の根拠が憲法的救済の法を支えているという点であり、それは時に憲法的命令 (imperative) のレベルへと上昇していくことになる。⁽¹⁹⁾ このような理解はフアロンらも援用するウォルター・E・デリンジャーの「剣としての憲法」の觀念や⁽²⁰⁾ 前節でみた第二のアプローチのいう「自由権の法的含意」の觀念と発想の基礎を同じくするものと考えられる。

(5) ただ、これまでの判例をみると、一方において憲法的救済を命じ、すべての憲法的侵害に対する効果的な救済が存在しなければならぬことを暗示するケースがあり、他方で主権免責及び官吏免責法理を是認するケース、

すなわち効果的救済に対する要求が時に主権的要求や便宜の利害関係に屈するという前者のケースと矛盾する見解を反映しているという例が存在することも事実である。また憲法が何らかの救済を要求しているケースにおいてさえ、その救済がどのような内容のものであるべきかについて裁量と柔軟性の要素が残されているとの指摘もなされているところである。そこでフロンラにとって必要とされる憲法的救済の利用可能性に関するさらなる理論的展開が次の課題として提起される。前記法的救済に関する一般原理（の可能性）に関わる問題である。

（二）憲法的救済の法の一般原理

(1) フロンラの理解に依れば、憲法的救済は憲法的シェーマの中で二つの基本的な機能に仕える。第一の機能は個々の侵害を是正するということであり、あらゆる権利に救済を、というスローガンはこの機能、目的を反映している。そして第二の機能は権力分立及び法の支配の基礎をなす価値を含むところの構造的な価値を補強するということであり、それは第一の機能に関係するが、それとは別個のものである。先ず憲法のしくみの中で司法の重要な役割は、人民の大多数が彼らの選挙された代表と同様に時に見失うかもしれない長期にわたる価値を、人々の間断なく続く利益を代表して保護することであり、こうして憲法は単に特別の侵害、違反を是正するためだけではなく、政府が一般に憲法的価値を尊重するということを確保するために政治部門への司法的チェック（抑制）を意図していると把握される。このような憲法的救済を提供することに対する構造的関心は、抑止的（効果をもつ）救済、すなわち個々の不正行為を是正するためではなく、官吏が一般に憲法規範を尊重する動機を与えるために立案された救済を生み出す修正第四条の排除ルールのような法理の中に明白に反映されている。その点では損害賠償を含むコモン・ロー上のより伝統的な救済もまた体系的機能に仕えるものである。確かに損害賠償の裁定は違法行為の

中断を要求するものではないが、しかしそれは政府及びその官吏に憲法上の限界を尊重させるべく重要な圧力、すなわち抑止的効果を發揮するからである。そしておそらく憲法的救済の構造的機能は、損害賠償の救済の提供を拒む際に、進行中の政府の非合法行為を妨げるため、別の形式の救済の利用可能性を明示的あるいは暗黙に期待するケースの中にその最も際立った表出を見い出すとされる。⁽²¹⁾

(2) 憲法的救済によって果たされる二つの機能のうち、個々の被害者に対して効果的な救済を提供する機能がよく知られたものであるのに対して、法に対する政府の忠実さを確保することは前者よりも根本的なものではないにせよ、少なくともそれより弾力に欠けた硬性の機能である。⁽²²⁾ただ、前者の機能については歴史的には前述のごとく、個々の効果的な是正の要求に応じられないケースが存在してきたし、今後も存続し続けることが予測される。このような事態はフアロンらにとって遺憾なことではあるが、耐え難いことではない。彼らにとって耐え難いことは、相対的に分離独立した司法的地平から確認されるところの法の制限に対して、体系的に応答できなかった公的管理運営の体制 (a regime of public administration) である。⁽²³⁾

右のように二つの価値が憲法的救済の法の基礎にあることを承認することは、伝統的な法理の多くを説明してくれることになるという。また法の生命を与える価値の分離、区別は、前記の特別のケースにおける特別の救済の利用可能性に関する未解決の問題に取り組みするための枠組を進展させる助けとなると評価される。これまでみてきたように、あらゆる憲法的侵害に対する個々の効果的な救済への強い願望は、重要な救済の第一の原理を表すものであるが、制限なき命令を表すものではない。しかもその強さは救済が求められるところの憲法的侵害の性質によつて変化する可能性がある。フアロンらが挙げる例では、憲法伝統は政府の契約条項違反に対する救済を獲得するより

も、間断なく続く強制からの救済、たとえば違憲の有罪判決を破棄することにより強い利益ないし関心を承認している。ただ、ファロンらの指摘するところに依れば、個々の利益の重さがいかにほどであろうと、救済の（入り組んだ）システム (calculus) は、権力分立の価値及び法の下の統治の体制を保護するのに適した救済の総合的な構造を要求する第二の原理を包含していなければならないのである。

(3) 右の二つの救済の原理は、ファロンらにとって憲法的救済の理論のために健全な基礎を提供してくれるものであり、彼らのもつ伝統に適合するとともに、矯正的正義及び法の支配を促進するところの規範的に魅力あるものでもある。ここで措定される救済は要求されるが、単に自由でアドホックな司法的政策形成の結果としてのものではないし、また救済の原理は必要とされるならば扱い難い現実と和解するし、不完全な世界から投げかけられる困難事を調停し、時に予測できない法理の方向転換を調整するのに十分な柔軟性をもつものとして捉えられるのである。

(4) 以上のように憲法概念としての「新しい法」は憲法的救済の法の分野において総合的、体系的な考察を要求するものであった。予測不可能という要素は、その認定によって憲法判定に緊張関係を惹起するが、救済の法は必要な調整を達成するための妥当な法理的枠組を提供してくれるものと評価される。救済の法は基本的に潜在する価値の衝突を消滅させることはできないにせよ、救済のアプローチは立憲主義の原則に基づいた枠組の範囲内で、実際のな問題に対して実用的な解決を約束してくれるものであり、それは「便宜 (convenience) 有用性 (utility) として正義の最も深遠な趣旨 (sentiments) の考慮 (シンジヤミン・カードーン)」を用いたアプローチの効能でもあ

る。

右にみたように、ファロンらは前記マーベリー判決の「すべての憲法的侵害に対する効果的な救済(是正 redress)」という約束と思しきものを厳格なルールとしてではなく、一つの原理として作り直した。いわゆるマーベリー原理の標榜する理想は理想であるがゆえに実際には常に達成されるとは限らない。ファロンらは、この理想法の限界の範囲内に政府を確保するのに適した憲法的救済の一般的構造の要求—それはより絶対的な要求として把握される—の下にリンクづけすることを通じてマーシャル首席裁判官の提示した原理を改めて公式化したのである、それはジョン・C・シエフリーズ教授とともにオリジナルを越える重要な利点を持つこととなったと評価することができようである。⁽²⁴⁾

〔註〕

- (一) Richard H. Fallon, Jr. and Daniel J. Meltzer, *New Law, Non-Retroactivity, And Constitutional Remedies*, Harvard L. R. Vol. 104, Nr. 8 (1991), pp. 1733.
- (二) Linkletter v. Walker, 381 U. S. 618 (1965), *Mapp v. Ohio*, 367 U. S. 643 (1961)
- (三) Fallon, Meltzer. *ibid.*, p. 1734. それに対してシャッツフイ教授は裁判所が法創造を行いうる法的根拠として「法に従って事件および争訟を審判する」憲法上の権限すなわち連邦憲法第三条を挙げる。Louis L. Jaffe, *English and American Judges as Lawmakers*, 1969. 田島裕「著書紹介」アメリカ法一九七三—一九七四、二二九頁参照。
- (四) Teague v. Lane 489 U. S. 288 (1989).
- (五) Harlow v. Fitzgerald 457 U. S. 800 (1982). 「最近の判例」アメリカ法一九八六—一九八七、二二七頁以下参照。

(6) Fallon, Meltzer, *ibid.*, p. 1736.

説
(7) Fallon, Meltzer, *ibid.*, p. 1758. ここで法的運用の1つの中心的な事実として、司法判決は予測可能か、あるいはさまざまな程度に予測しないものであるとどういふことが挙げられる。

論
(8) 「違憲審査制度の現在と未来(国際シンポジウム)朝日新聞一九九七年二月二十五日付二〇面の記事及びアントニン・スカリア「憲法解釈の方法」近畿大学法学第四巻第三・四号(一九九七)一三頁以下参照。

また制定法の解釈を憲法解釈とリンクさせるスカリア判事の議論については Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation*, *Federal Courts and The Law* (1997), pp. 14.

(9) 来栖三郎・法とフィクション(一九九九)二五頁以下及び広中俊雄・民法解釈方法に関する十二講(一九九七)三〇二四頁参照。また、長谷部恭男「制定法の解釈と立法者意思」(初出一九九八)同・比較不能な価値の迷路(二〇〇〇)一三三頁以下も参照。

(10) スカリア(中川丈久解題)「法律解釈における立法史の利用について」ジュリスト一一二九号(一九九八)七七頁以下、Scalia, *ibid.*, pp. 29.

(11) 田島裕・比較法の方法(一九九八)八五頁註(一一五)参照。

(12) エイブラム・シェイズ(柿嶋美子訳)「公共的訴訟における裁判官の役割」アメリカ法一九七八―一、二頁以下参照。

(13) Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), at 84-87. 参看 Dworkin, *Law's Empire* (1986), pp. 365.

(14) H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983) at 105-108. also Hart, *The Concept of Law*, Second Edition (1994), at 79-99. またイギリスにおける制定法解釈の沿革については、望月礼二郎・英米法(新版)(一九九七)一一二―一三三頁参照。

(15) Dworkin, *ibid.* at 84-86., Hart, *The Concept of Law*, at 12-13.

(16) Fallon, Meltzer, *ibid.*, p. 1765, 1778, Paul Gewirtz, *Remedies and Resistance*, 92 *Yale L. J.* 585, 587 (1983).

(17) Fallon, Meltzer, *ibid.*, p. 1786.

- (18) *Mckesson Corp. v. Division of Alcoholic Beverages & Tobacco*, 110 S. Ct. 2238, 2250-52 (1990).
- (19) *Fallon, Meltzer, ibid.* p. 1786.
- (20) *Walter E. Dellinger, Of Rights and Remedies: The Constitution as a Sword*, 85 *Harvard L. R.* 1532, 1557 (1972).
- (21) *Fallon, Meltze, ibid.* p. 1788.
- (22) ファロンにとっては、連邦憲法第三条の権力分立価値は個々の公正を達成することへの関心よりも根本的なものである。Fallon, *Of Legislative Courts, Administrative Agencies, And Article III*, 101 *Harvard L. R.* 916, 943.
- (23) *Fallon, Meltzer, ibid.* p. 1789.
- (24) *John C. Jeffries, Jr., The Right-Remedy Gap in Constitutional Law*, *The Yale Law Journal*, Vol. 109, Nr. 1 (1999), p. 88.

三、おわりに

(1) 以上ファロンらの所説を主たる検討素材として憲法的救済の法理論のアメリカ的展開を検討してきたが、ここではカードゾのいう「便宜、有用性及び正義の最も深遠な趣旨の考慮」を重視するアプローチがとられ、また憲法的救済を規律する二つの原理が提示され、そのうち彼らが重視するのは権力分立の価値に根ざした構造的原理であるということを見てきた。それは連邦憲法第三条に明確に示された価値とされる。ただ、注目すべきは、憲法に直接基礎を置いた救済の要求が裁判所において是認されるケースがみられるという点であり、この点に関連して前述のごとく連邦並びに州裁判所は、それらの通常の管轄権及び救済的権限がその場合に適する限りにおいて、憲

法の履行にふさわしいと決定された、究極的に連邦最高裁によって決定された救済を与えることを義務づけられるとの原理が既に学説によっても提示されていたところである。⁽¹⁾ こうして「憲法によって強制される救済」という考え方が一つの法理として定着しつつあるように思われる。このような考え方は近時のアン・ウルハンドラー教授の所説にも登場しており、彼女は「憲法によって強制される救済」のコモン・ロー上の源泉を探り、その素材としてダイバステイター（州籍相違事件管轄権）の問題を取り上げ、この中で州法上の諸制限を考慮することなく、ダイバステイターにおいて救済の権利を提供するという連邦裁判所の実践の展開を検討している。⁽²⁾ そしてこのダイバステイター管轄権 (diversity jurisdiction) は、憲法的権利の第一の保証人としての役割を引き受けた連邦裁判所が連邦問題管轄権 (federal question jurisdiction) の代用の形式として利用し、そのことを通じて連邦裁判所はコモン・ロー及びエキステイターの訴訟の双方において州及び地方の官吏の憲法的侵害のための救済を發展させたと評価される。こうして連邦最高裁は時に憲法上の請求を受け入れるためにダイバステイター（州籍相違）の拡張的解釈を提示してきたが、その際、同裁判所は州裁判所に対して違憲の行為を矯正するための補足的手段として、州の官吏に対するトレスパス（不法侵害）救済の強制を用意していたとされ、このトレスパス訴訟は官吏の不正行為の除去を保証するための一種の憲法上の基礎に使えたとウルハンドラー教授は捉えている。ここに州裁判所において強制される救済、州籍相違の憲法事件そして従来の連邦問題憲法事件という三層になった救済システム（それらすべては政府の官吏に対する基礎的トレスパス訴訟の推定に基づく利用可能性に基礎を置く）が提示されることになる。

(2) なお、前節において「憲法における権利と救済のギャップ」の問題に触れたが、この問題についても近時の

アメリカの学説、特にジェフリーズ教授は、過失に基礎を置いた損害賠償責任のための標準といわゆる構造改革インジャンクションとの間には深いそして興味深い関係が存在することを指摘している。⁽³⁾ その中で根本的に憲法においては権利と救済の二つのギャップが存在し、それらのギャップは正反対の方向性を持つことが指摘されている。

すなわち制限された免責 (qualified immunity) の抗弁は憲法的権利と損害賠償の救済の間の不足を作り出す一方で、構造改革訴訟は憲法的権利を越えて差止めの救済を拡大する。つまり金銭の損害賠償を求める訴訟においては救済は権利(を補填する)までには至らない。このケースにおいて制限された免責は権利と救済の間にくさびを打ちこみ、完全な救済を挫折させる。これに対して構造改革的差止めを求める訴訟においては救済は権利の範囲を越える。このケースにおいて裁判所は先行するところの侵害のリスクを生み出す構造や運用を規制することによって憲法的侵害を妨げようと努める。いずれの文脈においても救済は完全には権利と一直線にそろえられないのである。ただ、憲法的不法行為訴訟における救済と構造改革訴訟におけるそれとの間のギャップは、教義上正反対ではあるが、機能的には相補助作用の関係にあり、それらは共に未来を志向した変化と再配分的傾向のためのヘルシーな受容力(キャパシティー)をアメリカの立憲主義の深い構造へと仕立て上げてくれるものと期待されている。

また、右学説においてコモン・ロー上の救済手段としての損害賠償とエクイティ上のそれとしての差止めを、損害賠償は過去と結びつき、差止めは未来と結びつくというように過度に単純化せず、つまり適用される時空間を異にする救済手段として捉えるのではなく、両者とも過去及び未来の二つの局面を持つものとして捉えられている点も注目される。すなわち一方で損害賠償は過去の権利侵害に対する遡及的救済ではあるが、損害賠償責任の展望は未来の法的規範の遵守を促進することであり、他方、差止めは未来の権利侵害に対する将来的救済であるが、それは過去の不履行に対する遡及的ペナルティーによって強制されるという。二つの救済はともに過去の侵害に対する

罰が未来の遵守を助長する機能を果たすことになる。この点は前記日本の英米法学説によってもエクイティ上の救済にコモン・ロー上の損害賠償の視点を加えることが今後の適切な救済措置を考える上で有用であるとの指摘も存するところである。⁽⁴⁾

右の二つの問題については必ずしも日本の憲法的救済の問題と直接結びつかない点も存するが、司法権の觀念の内実の問題という観点から検討することを課題として設定し、ひとまず稿を閉じることにする。

〔註〕

- (1) Alfred Hill, *Constitutional Remedies*, Columbia L. R. Vol. 69, Nr. 7(1969), p. 1158.
- (2) Ann Woolhandler, *ibid.* pp. 77.
- (3) John C. Jeffries, Jr., *ibid.* pp. 87.
- (4) 藤倉皓一郎・前掲論文「アメリカにおける公共訴訟の一原型」二六一頁参照。