

「第三者の権利の主張適格」 に関する補足的覚書

大 石 和 彦

- 1 当事者または第三者のうち一方に対する適用が同時に（偶然ではなく必然的に）もう一方の憲法上の権利を制約する場合
 - (1) 当事者に対する適用が同時に第三者の権利に対する制約にもなる場合
 - (2) 第三者の権利に対する制約が当事者自身の権利に対する制約にもなる場合
 - (3) 共通項——第三者を「特定しうる」ことか、それとも…
- 2 コア・ケース該当当事者をめぐる事案においてボーダーライン・ケース該当者に及ぶ害悪を理由に憲法判断しうるか

本稿筆者はかつて、大石眞・石川健治〔編〕『憲法の争点』にて「違憲の争点を提起する適格」というテーマの下、従来の学説・判例を整理し、若干の私見を述べる機会をいただいた¹⁾。本稿は、スペースの関係上そこで十分述べるができなかった点、さらに同テーマにつき、不十分ながらその後さらに私なりに考えてみた若干の論点につき、さしあたり現段階での覚書程度のものを残しておこうというものである。上掲拙稿も、また本稿も、アメリカの判例・学説にまで及ぶ十分網羅的な調査の上書かれたものではない。法科大学院生の前で立場上「知らない」とは言えず冷や汗をかきながらの日々の中、自分なりに徒手空拳で考えてみたらこのようになった、という程度のものに過ぎない。特にその方面に詳しい方々からのご叱正を仰げれば幸甚である。

1) ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ3（有斐閣2008）278頁。

1 当事者または第三者のうち一方に対する適用が同時に（偶然ではなく必然的に）もう一方の憲法上の権利を制約する場合

（1）当事者に対する適用が同時に第三者の権利に対する制約にもなる場合

（i）情報発信者と受信者

ある情報を発信する自由が保障されることは、同情報の受領を希望する者の知る権利の実効的保障にとっても不可欠である。ということは、発信者の表現の自由に対する制約は、間接的・実質的には、受信者の知る権利を制約することにもなる。一方、受信側の知る権利の行使に障壁が設けられている場合には、発信者の知ってもらう自由も、実質的に制約されているといえる。つまり、受信者側に知る権利が保障されることは、発信者側の表現の自由の保障にとって不可欠でもある。ここに、発信者（または受信者）を当事者とする裁判で、受信者（または発信者）たる第三者の知る権利（または表現の自由）の制約の合憲性という争点を取り上げる余地が生じる。「憲法26条は児童、生徒がすぐれた学問研究の成果を自由に学び、これによって個性を尊重され、人間としての全面的な発達を自由に追求しうるような教育を受ける権利を保障したものであって、教科書検定制度は国が教科書の内容に介入し、これを規制することによって、右のような児童、生徒の教育を受ける権利を侵害する」という教科書執筆側主張²⁾や、参拝者に課せられる拝観税の特別徴集義務者に指定された社寺（宗教法人）が、自らの布教の自由のみならず、当該社寺の教えに触れる参拝者の自由の侵害を主張するのも³⁾、情報発信者が受信者の知る権利の侵害を主張するのとはほぼ同様の構造を持つものといえる。

もっとも、発信者（または受信者）を当事者とする裁判では、当事者自身の権利に対する制約が合憲かどうかを問えば足り、あえて加えて第三者の知る権

2) 「第2次家永教科書訴訟」第一審判決（東京地判昭和45年7月17日・行集21巻7号別冊1頁）。

3) 京都地判昭和59年3月30日・行集35巻3号353頁。

利（または表現の自由）の制約問題を取り上げる必要性があるかどうかは疑問である。例えば、性表現を行った者が刑法175条で起訴された場合、それが表現の自由の保護領域に該当するか否かの問題含め、被告人の表現の自由の問題として構成すれば足りるのであって、これをあえて見たい人の知る権利の問題として（も）構成しなければならない必然性は見出し難い。したがって、当事者ではなく第三者の表現の自由または知る権利の制約問題を取り上げなければならない必然性が生じるのは、当事者自身が表現者でもなければ受信者でもなく、情報発受信行為の間にあって媒介する者の場合などであると考えられる。具体例としては、有害指定図書を自販機に納入した罪に問われた被告人の裁判で、当該刑罰法規が購入希望者（特に未成年者）の知る権利との関係で憲法21条1項に違反しないと断じた「岐阜県青少年保護育成条例事件」（最三小判平成元年9月19日・刑集43巻8号785頁）および、「関税定率法（昭和55年法律第7号による改正前のもの…）21条1項三号に掲げる貨物に関する税関検査による輸入規制は、…国民の知る自由を事前に規制するものであるから、憲法21条…1項の規定に違反する」との上告人主張に対し最高裁も「猥褻表現物である書籍、図画等の輸入が一切禁止されることとなる結果、…国民のこれに接する機会も失われ、知る自由が制限されることとなる」と述べた「札幌税関検査事件」（最大判昭和59年12月12日・民集38巻12号1308頁）をあげることができよう。これら当事者の行為もまた、第三者の憲法上の権利の実現に不可欠だ（いいかえれば、当事者の行為を制約する法令の適用が同時に必然的に第三者の権利を制約することにもつながる）という。

(ii) その他の場合

以上の他、当該法令の直接の規制（適用）対象たる当事者の活動が第三者の憲法上の権利の実現に不可欠であるといえる二者間関係としては、医師と患者、または団体とそのメンバーの間のそれがあげられる。すなわち患者に対し人工妊娠中絶や、安楽死を行った医師を処罰することは、間接的・実質的には患者の自己決定権を制約すると考えられるし⁴⁾、宗教法人の解散を命ずることは

個々の信徒の宗教活動の自由をも間接的には制約するであろう。つまりここにも、一方に対する法令適用が同時に、もう一方の憲法上の権利に対する制約ともなる、という関係が認められる。

もっとも、情報発信者と受信者の関係が対称的なそれである（両者の憲法上の権利が問題となり、また一方の権利の保障がもう一方の権利の保障に不可欠だという関係が相互に認められる）のに対し、医師と患者の関係においては、専ら患者の憲法上の権利の問題のみが想定されている（医師が患者の自己決定権を主張することはありえても、逆はない。）。

では、例の「第三者所有物没収事件」（最大判昭和37年11月28日・刑集16巻11号1593頁）はこのパターンに該当するか。当該法令の直接の規制（適用）対象たる被告人の密輸が、第三者の弁明機会を与えられる権利の実現にとって不可欠であるとは到底思えない⁵⁾。もっとも、被告人自身に対する刑罰法規の適用（付加刑を科すること）が同時に第三者の権利に対する制約にもなるという点では、ここにあげた他の例と共通する。

（2） 第三者の権利に対する制約が当事者自身の権利に対する制約にもなる 場合

第三者所有物没収事件に関する上記昭和37年判決の評釈において平野龍一は、同判決以前から日本では、「証人の黙秘権が侵害された場合にも、…被告人はこれを理由として原判決の破棄を求めることができる」と解されていた⁶⁾。

4) 避妊具を使用する罪の教唆に当たるとして、避妊の指導をした医師が起訴された *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) で合衆国最高裁は、医師に対し、避妊具の使用を禁ずる刑罰法規の違憲主張の適格を認めた。また医師による末期患者の自殺補助に対する規制の合憲性に関する *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997) および *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997) でも、安楽死を選択する患者の権利の主張適格を原告医師らが有することを前提に判断がなされた。

5) もっとも被告人が主張した第三者の権利は財産権（憲法29条1項）であったが。

(1)であげた例がいずれも、当事者に対する当該法令の適用が同時に第三者の権利に対する制約にもなる場合であったのに対し、平野があげているのは、第三者の権利が侵害されることが同時に、被告人本人の公正な刑事裁判を受ける権利の侵害にもなるという、いわば正反対の例である。自分の患者の権利が侵害されたと主張する医師自身の憲法上の権利の侵害が通常想定されていないのに対し、平野があげる例の場合、結局は当事者自身の憲法上の権利が侵害されている。したがって、「第三者の権利の主張適格」を認めない理由は、前者より少ない（あるいは認められて当然）であろう。

(3) 共通項——第三者を「特定しうる」ことか、それとも…

(i) 第三者を「特定しうる」ことの本来の意味

これまであげてきた例は、特定の第三者の権利の主張適格問題という名でカテゴライズされる場合が少なくない⁷⁾。確かに「第三者所有物没収事件」や(2)で取りあげた例の場合、当事者が特定されれば、それに対応して第三者もまた特定されるであろう。もっとも、(1)にあげた例の受信者（例えば有害指定図書を見たい未成年者）、教科書を読まされる児童生徒、または拝観者は不特定多数であろう。これをどう考えるか。

常識的に（法技術論的にでなく）考えれば、当事者と第三者が、いわば“運命共同体”とでもいうべき“特別な関係”にあるからこそ、夫（親）が特定されれば、妻（子）が自動的に特定されるがごとく、前者が特定されれば後者も

6) 『憲法判例百選』（有斐閣 1963）77 頁 [平野 竜一^(ママ)]

7) 時國康夫「憲法上の争点を提起する適格」芦部信喜編『講座 憲法訴訟 第1巻』253 頁（有斐閣 1987）（後に時國康夫『憲法訴訟とその判断の手法』〔第一法規 1996〕225 頁所収）；市川正人「憲法訴訟の当事者適格・再論」『現代立憲主義と司法権（佐藤幸治先生還暦記念）』（青林書院 1998）625 頁以下（以下「市川・再論」〔前掲注 7〕と引用）；阪本昌成『憲法理論 I（補訂第三版）』（成文堂 2000）421 頁；『憲法判例百選 II（第4版）』（有斐閣 2000）418 頁 [市川正人]；初宿正典ほか著『憲法 Cases and Materials 憲法訴訟』（有斐閣 2007）405 頁；新正幸『憲法訴訟論（第2版）』（信山社 2010）392 頁以下。

特定されることが多いのであろうし、特定表現者と不特定受信者、教科書執筆者と児童生徒、社寺と拝観者との間の関係も、後者の数が多ければその性格が希薄化することはあるのかもしれないが、やはりある意味“運命共同体的関係”（片方が困ればもう片方も困る関係）である。では、この“運命共同体的（特別）な関係”とは、技術論的にパラフレーズした場合、どのようなものとなるであろうか。

市川正人によれば、いわゆる「第三者の憲法上の権利の主張」の問題は、「自己に対する法令の適用が、自己に対して不利益を与えると共に、特定される第三者の憲法上の権利を侵害すると主張する場合、ないし自己に適用される法令が特定される第三者の憲法上の権利を侵害するがゆえに違憲であると主張する場合」と、「自己に合憲的に適用される法令が、不特定の仮想上の第三者に対して適用される際には違憲であると主張する場合」とに分かたれる⁸⁾。第三者が「特定」か「不特定」かという要素が、この二分法のメルクマールとして（少なくとも前者の特徴を表すのに）妥当でないことは先に指摘したとおりである。ここではむしろ「適用」という要素に着目すべきである。実は市川は以前に、上記2パターンのうち前者を「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」⁹⁾とも呼んでいた。要するに後者の（「不特定の仮想上の第三者」の権利主張）パターンとの対比した場合の、前者の問題パターンの真の特徴とは、当該法令の一つの適用が同時に第三者にも必然的に不利益となることだと考えられる。この点に着目した場合、後者の問題パターンの特徴は、当該法令の自己への適用と「不特定の仮想上の第三者に対」する適用が一つ（同時）でない点にこそあることになる。もっとも、市川の前者のパターンの定式化は、本稿でいえば上掲(1)のパターンのみを指すことになる。(1)および(2)で述べた例をすべて包摂し

8) 市川・再論（前掲注7）628-629頁（ただし傍点は本稿筆者）。

9) 市川正人「憲法訴訟の当事者適格（一）」民商法雑誌91巻4号34頁（通頁506）以下（1985）[44（516）頁]（傍点は原文）。

ようすると、「当事者または第三者のうち一方に対する法令適用が同時に（偶然ではなく必然的に）もう一方の憲法上の権利を制約する場合」とでも修正すべきであろう。

(ii) A説とB説との間の実際の距離

私は上掲旧稿にて、第三者の権利制約問題をめぐる学説の分布状況につき「第三者の権利の制約につき当事者には『適格』又は『利益』が認められないのを『原則』としつつ、『例外』としてそれが認められる場合がありうるという立場（A説）と、適法に提起された訴えの当事者の勝敗を決する憲法上の争点なら全てこれを主張・提起する『適格』又は『利益』が認められるべきであり、たとえそれが第三者の権利制約問題であったとしても、それを殊更排除する理由は無いとする立場（B説）とがある」と書き、市川を後者に分類した¹⁰⁾。

ところでA説は、「例外」該当要件の一つとして、当事者と「第三者との関係」（それが「偶然的なもの」に過ぎないか、それとも「実質的な関係」か）というファクターをあげてきた¹¹⁾。「第三者の権利の享有・実現にとって訴訟当事者の行為が不可欠であるか否か」という渋谷秀樹¹²⁾が掲げる要件も、要するに当事者と第三者の間の関係の属性である（そのような関係については、本稿上記(1)および(2)で検討した）。

上述のように、B説に立つ市川もまた、当事者と第三者が、同一の適用により同時に不利益を被るという、まさに運命共同体的な特別の関係にあるといえないようなケースは、そもそも「第三者の憲法上の権利の主張」問題の土俵にすら乗ってこないと考えている。とすると、A説もB説（少なくとも市川）も、「第三者の憲法上の権利の主張適格」が認められるための要件として、当事者

10) 念のため指摘しておく、市川自身、浦部法穂や戸波江二の見解を自己のそれと「同様」と述べ、それを渋谷秀樹の見解と対置している（市川・再論〔前掲注7〕649頁以下）。

11) 芦部信喜「憲法訴訟における当事者適格」同『憲法訴訟の理論』（有斐閣1973）55頁以下〔72-73頁〕。

12) 渋谷秀樹『憲法訴訟要件論』（信山社1995）454頁。

と第三者間に上記のような特別の関係があることを、共通に要求していることになり、その限りでは、両者の間の懸隔は、一見したほど遠くはないものと見る余地もあろう。

2 コア・ケース該当事者をめぐる事案においてボーダーライン・ケース該当者に及ぶ害悪を理由に憲法判断しうるか

次に以下では、市川いわくの「自己に合憲的に適用される法令が、不特定の仮想上の第三者に対して適用される際には違憲であると主張する場合」に関して本稿筆者が抱いている素朴な疑問を提示し、ささやかな問題提起としたい。

上記のような場合、例えば表現の自由など精神的自由の規制については、それがもたらす萎縮的效果を早急に排除する必要から「例外」としてその主張を認めるべきだとする見解¹³⁾が有力である。とすると、「川崎民商事件」上告審判決（最大判昭和47年11月22日・刑集26巻9号554頁）のうち以下引用部分は、上記「例外」に該当しないがゆえの「原則」どおりの判断ということになるだろうか。

「所論は、昭和40年法律第33号による改正前の所得税法（以下、旧所得税法という。）70条10号の罪の内容をなす同法63条は、規定の意義が不明確であって、憲法31条に違反するものである旨主張する。

しかし、第一、第二審判決判示の本件事実関係は、被告人が所管川崎税務署長に提出した昭和37年分所得税確定申告書について、同税務署が検討した結果、その内容に過少申告の疑いが認められたことから、その調査のため、同税務署所得税第二課に所属し所得税の賦課徴収事務に従事する職員において、被告人に対し、売上帳、仕入帳等の呈示を求めたというものであり、右職員の職務上の地位および行為が旧所得税法63条所定の各要件を具備するものであることは明らかであるから、旧所得税法70条10号の刑罰規定の内

13) 例えば渋谷秀樹『憲法』（有斐閣2007）646頁。

容をなす同法63条の規定は、それが本件に適用される場合に、その内容になんら不明確な点は存しない。」(傍点本稿筆者)

上記(コア・ケース該当当事者はボーダーライン・ケース該当者に及ぶ害悪を理由とした違憲主張を認められないのが「原則」だとする)“見解”は、当該法令につき「自己についてはその適用が合憲となる」ことを前提としている。だがそもそも、法令そのものが違憲無効であれば、その適用もありえないの(無効)でなければ、「法の段階構造」(「法令」が上で「適用」が下)からして、おかしくないだろうか。

もしかしたらここで、「恵庭事件」判決¹⁴⁾につき、「自衛隊法の合憲を前提としたものだ、という意見があるようであるが、賛成できない」、つまり同判決は自衛隊法につき「合憲・違憲の判断をする必要がない」との前提に立つものだとして述べた、かつての宮沢俊義の議論¹⁵⁾を想起する人もいるかもしれない。だが、その宮沢自身同じ論稿で、「自衛隊法の規定によって有罪とした場合ならともかく、自衛隊法の規定にあたらな^いとして無罪とした判断が、その自衛隊法の合憲を前提としていると見るのは、おかしい」(傍点本稿筆者)と述べている。つまり、恵庭事件につき札幌地裁が憲法判断そのものを回避できたのは、あくまで同事件が当該刑罰法規の適用をしていないケースであったがゆえにであって、同規定を適用した場合についても憲法判断回避と見ることが可能であるなどといってるわけではない。上掲川崎民商事件は、あくまで当該刑罰法規が適用された事案なのである。適用の前提として、法令自体の合憲性が前提とされていると見なければならぬ。「自己についてはその適用が合憲となる」ためには、法令自体が合憲であることが必然的に前提とされざるを得ない。また、この単純素朴な理屈は、問題となっている権利が精神的自由権(特に表現の自由)か、そうでない権利かの区別には一切関心を持たないはずなのであ

14) 札幌地判昭和42年3月29日・下刑集9巻3号359頁。

15) 宮沢俊義『憲法と裁判』(有斐閣1967)278-279頁。

る。

最後に、「広島市暴走族追放条例事件」上告審判決（最三小判平成19年9月18日・刑集61巻6号601頁）の藤田宙靖裁判官反対意見のうち以下部分を賛意をもって引用し、もう一度重ねて問題を提起し、この小稿を閉じる。

「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。しかしいうまでもなく、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（すなわち処罰根拠規定自体の合憲性の有無）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。そして、当審の判断の結果、仮に規律対象の過度の広範性の故に処罰根拠規定自体が違憲無効であるとされれば、被告人は、違憲無効の法令によって処罰されることになるのであるから、この意味において、本条例につきどのような解釈を採ろうとも被告人に保障されている憲法上の正当な権利が侵害されることはないということとはできない。」（下線及び傍点は本稿筆者）