HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	アメリカにおける可分性の法理について
Author(s)	山﨑, 皓介
Citation	北大法政ジャーナル, 21-22, 137-160
Issue Date	2015-12-18
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/60353
Type	bulletin (article)
File Information	HokudaiHouseiJournal_No21-22_05.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

アメリカにおける可分性の法理について

山崎皓介（やまざきこうすけ）

目　次

はじめに …… 139
第一章　問題の所在 …… 139
　第一節　本稿の主題 …… 139
　　（一）国籍法判決の重要性 …… 139
　　（二）国籍法判決で提示された判決手法の検討必要性 …… 140
　　（三）本稿の目的及び本稿の扱う問題 …… 140
　第二節　可分性の法理と国籍法判決 …… 141
　　（一）国籍法判決多数意見の段階的構造？ …… 141
　　（二）可分性の法理との関連 …… 143
　　（三）研究の必要性 …… 143
第二章　可分性の法理 …… 144
　第一節　可分性の法理の概要 …… 144
　第二節　判例 …… 145
　　（一）可分性の法理の歴史 …… 145
　　（二）三つの立法者意思テスト …… 146
　　（三）分離の手法についての一般原則 …… 147
　第三節　学説 …… 147
　　（一）立法者意思テストへの批判 …… 147
　　（二）可分性の法理の理論的根拠、可分性へのアプローチ …… 148
　　（三）学説の提示する解決策 …… 148
　第四節　検討 …… 150
第三章　法律スキーム上の違憲 …… 150
　第一節　法律スキーム上の違憲の概要 …… 150
　第二節　United States v. Booker事件判決 …… 150
　　（一）事件の概要と憲法適合性判断 …… 150

（二）救済 …… 151
第三節　Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Board事件判決 …… 151
（一）事件の概要と憲法適合性判断 …… 151
（二）救済 …… 151
第四節　検討 …… 152
第四章　若干の考察 …… 152
第一節　国籍法判決 …… 153
第二節　一部違憲判決の類型 …… 153
第三節　昭和51年衆議院議員定数不均衡訴訟 …… 153
おわりに …… 154

はじめに

近年、違憲審査制は「活性化」してきているとされている[1]。これに伴って、ますます憲法適合性審査後の具体的な問題処理方法、すなわち、部分無効や違憲確認判決、将来無効判決、遡及効の制限等といった「違憲判断の後始末[2]」の問題がより重要になってきているように思われる[3]。なぜなら、違憲審査の活性化という観点から見れば、憲法適合性審査それ自体の検討も不可欠であることは当然であるが、違憲判断が下された後の、「どのような判決が下り、判決はどのように執行されるのかという、訴訟の出口の問題」[4]、憲法判断を踏まえた「具体的な問題処理方法」[5]の検討も必要だからである。

そのような問題の一例として、最高裁判所は、非嫡出子の法定相続分を二分の一とする民法900条4号ただし書は違憲であるとした平成25年非嫡出子相続分決定[6]において次のように判示した。

「……憲法に違反する法律は原則として無効であり、その法律に基づいてされた行為の効力も否定されるべきものであることからすると、……本決定の先例としての事実上の拘束性により、上記当時以降は無効であることとなり、また、本件規定に基づいてされた裁判や合意の効力等も否定されることになろう。しかしながら、……本決定の違憲判断が、先例としての事実上の拘束性という形で既に行われた遺産の分割等の効力にも影響し、いわば解決済みの事案にも効果が及ぶとすることは、著しく法的安定性を害することになる。……当裁判所の違憲判断も、その先例としての事実上の拘束性を限定し、法的安定性の確保との調和を図ることが求められている……。したがって、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」。

ここでは、民法900条4号ただし書が違憲であると判示されたことによる現実への影響を考慮して、違憲判断の遡及効を制限する判断がなされている。このように、「違憲判断の後始末」問題は、違憲判断があってはじめて問題となる以上、違憲審査制が「活性化」してきているとされる現在においては、これまで以上に現実的で重要な課題となりつつあるように思われる。

第一章　問題の所在

第一節　本稿の主題

（一）国籍法判決[7]の重要性

違憲判断後の具体的な問題処理の方法を考えるうえで、わが国においてもっとも重要な判例の一つに国籍法判決があるように思われる。平成20年6月4日、最高裁判所大法廷は、国籍法3条1項（平成20年法律88号による改正前のもの。以下、同じ。）の規定が日本国民である父と日本国民でない母との間に出生した後に父から認知された子につき父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した（準正のあった）場合に限り日本国籍の取得を認めていることによって国籍の取得に関する区別を生じさせていることは憲法14条1項に違反するものであると判示した。本判決は、貴重な八つめの法令違憲判決であるということのみならず、重要な論点が多岐にわたって争われたため、近年の最も重要な判例の一つであるとされている[8]。本判決で議論がなされた点は、大きく二つに分けることができ、それは、「国籍法3条1項による国籍取得の区別の憲法適合性について」と「本件区別による違憲の状態を前提として上告人らに日本国籍の取得を認めることの可否」である。後者の問題としては、国籍取得の可否について、国籍法という授権的・権利創設的とみえる規定の一部である要件の一つを「無効」とし、残余の要件を満たす場合には国籍が付与されるべきであると解することで利益付与の対象を拡大し当事者の救済を図ったことが、従来みられなかった新しい手法であるとして注目を集めた[9][10]。部分無効の手法に関しては、郵便法

判決[11]、在外邦人選挙権判決[12]において既に採られていたが[13]、本判決の最大の特色は、違憲判断後の事件の具体的な処理として、部分無効の手法により当該規定の適用範囲を拡大したという点にあるといえる[14]。それは裏を返せば、この問題がもっとも議論誘発的であるということを示す。補足意見、意見、反対意見をみれば、裁判所内部においても激しく議論がなされたことが窺える[15]。利益付与という結果は、積極的な立法に類似する作用ともみられるのであって、権力分立原則との関係で許されるかが問題となったのである[16]。

（二）国籍法判決で提示された判決手法の検討必要性

国籍法判決多数意見が用いた「部分無効」の手法は新しい手法であったが、憲法訴訟において裁判所による人権保障の実効が難しい場面が生じうるということ自体は、早くから指摘されていたところである。例えば、佐藤幸治教授は次のように述べている[17]。

「……問題の法律ないし行為を違憲無効と宣言することによって救済がはかられる場合が多いであろうけれども、違憲無効とするだけでは救済としての意味をもちえず、あるいは違憲であっても無効とはなしえないような事情がありうる。……選挙権や社会権の侵害の場合とか、平等違反の場合等にあっては、問題の法律ないしそれに基づく国家行為を違憲無効として適用を排除するだけでは権利の救済がはかられず、ときにはかえってゆゆしき事態が招来されかねない」。

もっとも、上記のような憲法的救済法に関する研究においては、アメリカの「公共訴訟」等とよばれるいわゆる現代型訴訟や、一連の議員定数不均衡訴訟に関連しての事情判決・違憲確認判決に研究の主眼が置かれてきたのであって[18]、国籍法判決で問題となったような違憲判断にともなう立法作用について未だ十分に検討されてきていないように思われる[19]。

国籍法判決では、それぞれ国籍法3条1項は違憲であるとした上で、多数意見が「一部無効判決」、藤田裁判官の意見が「合憲補充（拡張）解釈」、甲斐中・掘籠裁判官の反対意見が「違憲確認判決」を採用した[20]。そして、これらの手法に関しての議論の蓄積は十分でなく、それぞれの意義や限界について検討が必要であるということが学説においてしばしば指摘されている[21]。別の言い方をすれば、「〈司法権に許容された立法作用のあるべき限界〉こそが、今後真正面から主題化されるべき」状況にあるといえるのである[22]。

（三）本稿の目的及び本稿の扱う問題

さて、ここで本稿の目的、本稿が扱う問題について述べておこう。筆者の関心は、冒頭で述べたような、裁判所による「違憲判断の後始末」、「具体的な問題処理方法」の包括的・体系的研究にある。より具体的な例を挙げるならば、部分無効、全部無効、合憲限定解釈[23]、合憲補充(拡張)解釈、違憲確認判決（・事情判決の法理）、将来無効判決、違憲判断の遡及効制限等といった手法である。とはいえ、本稿の時点において、これら全てを扱う余裕も能力も筆者にはない。そこでさしあたっては、上記研究にとって非常に重要な位置を占めるであろう国籍法判決についての検討から取りかかろうと考えている。しかしながら、この国籍法判決多数意見の部分無効の手法を検討するにあたっては、それに先立って取り組まなければならない研究課題があるように思われる。それは、可分性の法理（severability doctrine）の研究である（可分性の法理とは、詳しくは後述するが、法令の一部分が違憲と判断された場合に、違憲部分と不可分である部分もまた無効となるという法理であって、一部違憲判決の可否を決する基準となる）。したがって、本稿は、目下準備中である別稿[24]のための予備的研究という性格を有する。では、なぜ可分性の法理を研究する必要があるかを、国籍法判決多数意見の判示を必要な限りで確認しながら、以下に節を改めて示していく。

第二節　可分性の法理と国籍法判決

（一）国籍法判決多数意見の段階的構造？

国籍法判決多数意見は、まず「国籍法３条１項による国籍取得の区別の憲法適合性」について、「国籍法３条１項の規定が本件区別を生じさせていることは、憲法14条１項に違反するものであったというべきである（傍点筆者、以下同じ）」と結論づける。最初に確認しておきたい点は、多数意見が憲法適合性判断において違憲であるとしたのは国籍法3条1項の規定そのものではなく、「本件区別を生じさせていること」であるという点である。

そして、それに続けて「５　本件区別による違憲の状態を前提として上告人らに日本国籍の取得を認めることの可否」という項目を立てて、次のように判示したのである。

「国籍法３条１項が日本国籍の取得について過剰な要件を課したことにより本件区別が生じたからといって、本件区別による違憲の状態を解消するために同項の規定自体を全部無効として、準正のあった子……の届出による日本国籍の取得をもすべて否定することは、血統主義を補完するために出生後の国籍取得の制度を設けた同法の趣旨を没却するものであり、立法者の合理的意思として想定し難いものであって、採り得ない解釈であるといわざるを得ない。そうすると、準正子について届出による日本国籍の取得を認める同項の存在を前提として、本件区別により不合理な差別的取扱いを受けている者の救済を図り、本件区別による違憲の状態を是正する必要があることになる。……このような見地に立って是正の方法を検討すると、憲法14条１項に基づく平等取扱いの要請と国籍法の採用した基本的な原則である父母両系血統主義とを踏まえれば、……出生後に認知されたにとどまる子についても、……同法３条１項の規定の趣旨・内容を等しく及ぼすほかはない。すなわち、このような子についても、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したことという部分を除いた同項所定の要件が満たされる場合に、届出により日本国籍を取得することが認められるものとすることによって、同項及び同法の合憲的で合理的な解釈が可能となるものということができ、この解釈は、本件区別による不合理な差別的取扱いを受けている者に対して直接的な救済のみちを開くという観点からも、相当性を有するものというべきである」。

ここでは、ありうる「違憲状態の解消」ないし「是正」の方法として、国籍法3条1項の「規定自体を全部無効」とするものと、「同項の存在を前提として」準正要件「部分を除」くものとが挙げられている。本件のように平等原則に反して区別された集団の一方のみに利益付与がなされている過少包摂の事案においては[25]、その区別された２つの集団に属する者のどちらに対しても利益を与えないことによっても、どちらに対しても利益を与えることによっても「平等」は達成される[26]。すなわち、多数意見が違憲としたのは「本件区別を生じさせていること」である以上、「全部無効」と「部分」無効は、両方とも「違憲状態の是正」となるのである。

上記の判示においては、この二つの選択肢のみが示されているのであるが、他方、過少包摂による不平等の解消として立法府が採りうる選択肢はこの限りでない[27]。例えば、今井裁判官の補足意見が示すように、「国籍付与の要件として、準正要件に代えて例えば日本国内における一定期間の居住等の他の要件を定める」等、準正要件廃止と3条1項全体廃止に限られないのである。多数意見がここで二つに限定していることの意味は、違憲無効の規定を当該事件に適用しないという原則的な違憲審査権の行使方法に則るときに[28]、司法的救済としては、この「全部無効」と「部分」無効しかありえないということである。今井裁判官補足意見の次の部分が、それを端的に示している。すなわち、「現行国籍法の下における準正子と非準正子との間の平等原則に違反する差別状態を裁判所が解釈によって解消するには、準正子に与えられた効果を否定するか、非準正子に準正子と同様の効果を与えるしかない」。

そして多数意見は次のように続いていく。

「……上記の解釈は、本件区別に係る違憲の瑕疵を是正するため、……過剰な要件を設けることにより本件区別を生じさせている部分のみを除いて合理的に解釈したものであって、その結果も、準正子と同様の要件による日本国籍の取得を認めるにとどまるものである。この解釈は、……同項の規定の趣旨及び目的に沿うものであり、この解釈をもって、裁判所が法律にない新たな国籍取得の要件を創設するものであって国会の本来的な機能である立法作用を行うものとして許されないと評価することは、国籍取得の要件に関する他の立法上の合理的な選択肢の存在の可能性を考慮したとしても、当を得ないものというべきである」。

多数意見は、本件事案においては、「部分」無効の手法が「立法作用」にはあたらないとしているわけであるが、事案が異なれば「立法作用を行うものとして許されないと評価すること」が「当を得」ることもあるのは当然である[29]。では、立法作用にあたり許されない場合、いかなる判断が下されことになるのだろうか。多数意見や補足意見がこの点についてどのように考えているかは、必ずしも明らかでない。しかし、本件のように「全部無効」が「採り得ない解釈であるといわざるを得ない」とされるような場合であるならば、「部分」無効が許されないからといって「全部無効」を選択し直すことは考えにくい。また、「規定の趣旨及び目的に沿う」ことを理由として「立法作用」にあたらないことの理由の一つとしている以上、より「規定の趣旨及び目的に沿」わない「全部無効」は、むしろ、より「立法作用」的であると評価される可能性すらある。

そうすると、「部分」無効の手法が許されない場合には、「違憲確認判決」の手法が採られると見る余地はないか。この点、甲斐中・掘籠裁判官反対意見は、前提となる法律解釈として、多数意見のように準正要件が「過剰な要件」であるとせず、非準正子に国籍を付与する規定がないという立法不作為の状態にあるとしており[30]、その立法不作為の状態が違憲であるから国籍は付与されえないとしている。この説示をもって、いわゆる「違憲確認判決」の手法がとられたと評されるわけである[31]。したがって、甲斐中・掘籠裁判官反対意見と対比させたとしても、立法不作為の状態にあるとは考えない多数意見においては、「部分」無効の手法が「立法作用」にあたり許されない場合には「違憲確認判決」が想定されているとは必ずしもいえない。とはいえ、原告への国籍付与が「立法作用」にあたるか否かという点で一応は論点が共通していることや、立法不作為としたうえでなおも「合憲拡張解釈」により救済をはかる藤田裁判官意見と甲斐中・掘籠裁判官反対意見の対比の裏返しを考えるならば、やはり「違憲確認判決」的手法が想定されていたと考えることもできないではない。この点につき、調査官解説は「そのような場合における判決の手法としては、将来効判決等が提唱されている」としており、注目に値する[32]。

以上のように考えるならば、「違憲状態の是正方法」の選択（「全部無効」か「部分」無効か）と、そこで選択された解釈それ自体の可否（法令が無効であるという解釈から導かれる判決か違憲確認判決・将来効判決か）とは異なる問題であり、最終的にどのような判決を下すかの結論に至るまでには、このような段階的構造があるのではないだろうか。

段階的構造の有無について、今度は国籍法判決の泉裁判官の補足意見を見てみよう。泉裁判官補足意見は、本件区別が「憲法14条１項の規定に違反するといわざるを得ない」としたうえで、「上告人に対しては、国籍法３条１項から『父母の婚姻』の部分を除いたその余の規定の適用により、日本国籍が付与されるべき」とする。その理由として、国籍法３条１項の「主旨」を「できる限り生かすのが、立法意思に沿うものというべきであ」り、また、部分無効の手法は「『すべての児童は、国籍を取得する権利を有する』ことを規定した市民的及び政治的権利に関する国際規約24条３項や児童の権利に関する条約７条１項の趣旨に

も適合する」ということをあげる。条約の趣旨を援用していることについては、これらの条約が国籍法を含むより大きな法的スキームの一規定であると考えれば、多数意見と延長線上にあると評価できるだろう。したがって、あえて多数意見とリンクさせるならば、ここでは「全部無効」か「部分」無効かという「違憲状態の是正方法」の選択について述べられていると考えられる[33]。

そして、これに続けて、「ただし」という言葉をもって段階をわけて、次のようにいうのである。

「上記のような国籍法３条１項の適用は、国会の立法意思として、『父母の婚姻』の部分を除いたままでは同項を存続させないであろうというがい然性が明白である場合には、許されないと解される」。

「違憲状態の是正方法」の選択においては「部分」か「全部」かの二択のみが検討されるのに対して、泉裁判官補足意見のここでの記述においては「『父母の婚姻』の部分を除くことに代わる選択肢」として「同条全体を廃止すること」のほか、「国籍法２条の適用対象となっている日本国民である母の非嫡出子及び胎児認知された非嫡出子についても、『父母の婚姻』という要件を新たに課するという選択肢」、「『日本で生まれたこと』、『一定期間以上日本に住所を有すること』、『日本国民と生計を一にすること』など、日本社会との密接な結合関係を証するための新たな要件を課するという選択肢」という立法府による違憲状態の是正方法が検討されているのである。これは、「部分」無効という解釈をとることそれ自体の可否を論じているものであって、多数意見がひとことで済ませてしまっている「他の立法上の合理的な選択肢の存在の可能性」について述べ、「立法裁量権の侵害に当たらない理由を補足的に説明」[34]するものであると解すべきであろう。以上のように、多数意見及び泉裁判官補足意見においては、「違憲状態の是正方法」の選択（第一段階）と解釈それ自体の可否（第二段階）というように問題が段階的に分けられていると読むこともできそうである。

（二）可分性の法理との関連

そして、上記の泉裁判官補足意見の解釈それ自体の可否を問題提起する記述については、「もし法律の違憲的な部分または違憲的な適用が除去されてしまえば、議会は、残りの有効な部分または適用だけでは満足しなかっただろう、という蓋然性が明白かどうか、つまりそれだけを有効な法として存立させようと意図しただろうか（would have intended）どうか」[35]という可分性の法理（severability doctrine）の可分・不可分の判断基準についての「支配的な学説の見解を念頭に置いたものと思われる」と指摘されることがある[36]。学説上では、この可分性の法理に言及する際、しばしば、部分無効の手法の可否の基準として上記基準が紹介される[37]。ただ、この問題を考えるにあたっては、不可分で部分無効の手法が許されない場合はどうなるのかというこの問題の帰結こそが重要なのではないだろうか。「可分性の法理」とは、「法律の違憲な部分」が「残余の部分」から不可分であるときには、その「残余の部分」も「無効」となることを内容とするものである[38]。したがって、可分性の法理においては、既に違憲無効の部分があることを前提にしているのであって、未だ無効部分が決まっていない「違憲状態の是正方法」の選択段階とは区別されなければならないのではないか[39]。

さらにいえば、今述べたように、可分性の法理が違憲部分から不可分である部分をも無効とするものであるなら、結論として「違憲確認判決」的手法をとるか否かという解釈それ自体の可否という問題とも別次元の問題であるかもしれない。

すなわち、国籍法判決多数意見においては、「違憲状態の是正方法」の選択と、そこでの解釈それ自体の可否という二つの問題設定を見出しうるのであるが、それらは可分性の法理の問題と異なるものではないだろうかという疑問が生ずるのである。

（三）研究の必要性

学説上、国籍法判決に関連させて可分性の法理

が言及されることがあるということは先に示したとおりであるが、わが国の憲法訴訟論が「可分性の法理」を「継受」して以来、同法理の議論の継受はその後途切れてしまっており[40]、わが国の判例においても、「あまり可分性については論じてこなかった」[41]。また、可分性の法理について繰り返し参照されているところの芦部教授と時國康夫判事の研究[42]においては、違憲主張適格、第三者スタンディングの問題に対する関心が「前景」にあり、その「前提作業として可分性の法理が扱われたという側面もあるように思われる」[43]。

国籍法判決の中で大々的に可分性の法理が取り上げられた訳でないけれども、おそらくは複数の問題設定が構造的に存在しているであろう国籍法判決を正しく理解するためには、長年棚上げされてきた同法理について研究する必要があるのではないか。また、そもそも一部違憲判決の可否を決する基準であるとされている可分性の問題を研究しておくことは、「違憲判断の後始末」の問題を扱ううえでは必須のものではないかと思われるのである[44]。そこで、本稿では、現在のアメリカにおいて可分性の法理がどのように議論されているかを確認していくこととする（第二章）。

また、本稿では、可分性の法理を検討する上で有益となるであろう、一つの違憲性の類型についても紹介する。国籍法判決の多数意見は、準正要件を「過剰な要件」と解しているが、それはつまり、国籍法3条1項の中に、準正子に国籍を付与する規範と非準正子には国籍を付与しない規範を見出しているともいえそうである[45]。そして、憲法14条1項に違反するのは、準正子と非準正子を国籍付与の場面で区別することそれ自体であるとしているのである。したがって、準正子に国籍を付与する規範と非準正子には国籍を付与しない規範は、それぞれ単独では違憲の評価を受けておらず、この両規範が組み合わさって作用することではじめて違憲となるのである。したがって、この組み合わせを解消する（違憲状態を解消する）方法としては、二つの規範のいずれを無効とすることでも可能となるわけである。以下では、このように単独では違憲とならず、各規範が組み合わさって違憲となることを「法律スキーム上の違憲」と表現する。わが国において、管見の限りでは、この法律スキーム上の違憲が最高裁判所判例で問題となったのは国籍法判決以外になく、学説上も法律スキーム上の違憲という考えが真正面からは認識されてきていないように思われる。そこで、近年のアメリカの最高裁判例における、法律上のスキーム上の違憲が問題となった二つの事案を確認する（第三章）。

そして最後に、そこで得られた知見を基にして、わが国の憲法訴訟論についての考察を試論的・予示的に示す（第四章）。

第二章　可分性の法理

第一節　可分性の法理の概要

可分性法理は、もし法令の一部が違憲であるなら、その残部が有効なものとして残るかどうかという問いを規定するものである[46]。言い換えるならば、違憲である部分以上に、合憲である部分をも無効とするか、するとしてどれだけ無効とするのかを問うものである。可分性問題は、適用レベル（ある条項の一部である適用が違憲であるとき）と、条項レベル（ある法律の一部である条項が違憲であるとき）のどちらにおいても生じうる[47]。また、条項レベルでの可分性問題の結論として、分離（severance）か法令全部無効か、というオールオアナッシングではなく、三つの無効の形態がありえる。すなわち、①違憲の部分のみの無効、②法律全体を無効とはせずに違憲の条項といくらかの合憲である条項の無効、そして③法律全体の無効である[48]。なお、この点でわが国における「全部」と「部分」という言葉の用いられ方との異同に注意が必要である。日本において「全部無効」ないし「部分無効」というとき、通常は一つの条項が「全部」であって、その条項の意味上ないし文言上の一部が「部分」とされる[49]。他方、可分性の法理において、可分・不可分は一つの条項の中でも、条項と条項との間でも、条項と

法令全体との間でも論じられるのである。したがって、可分性が問題となる範囲は非常に広い。

可分性は立法者意思テスト（legislative intent test）によって決せられる。すなわち、もし議会が違憲部分なしにはそれを制定しなかっただろうという場合には、違憲部分とともに不可分である部分も無効となる。議会は、法律の中に可分性条項[50]を含めることでその意思を表示し、可分性を一定程度コントロールしうるが、しかし、それは決定的なものとはならない[51]。可分性条項は、極めてありふれているのであって、またその規定の仕方も一般的・包括的である[52]。つまり、議会は、実際に判示された違憲性を具体的に想定しているわけでないのである[53]。したがって、可分性条項は可分性の推定（presumption）をもたらすのみである[54]。しかし他方で、この推定は可分性条項がない場合にも及ぶものでもある[55]。

また、可分性は立法者意思によって決せられるため、州法の可分性は州法マターであり、連邦法の可分性は連邦法マターとなる。

第二節　判例

（一）可分性法理の歴史

では、合衆国最高裁判所は実際にどのような立法者意思テストを用いてきているのだろうか。まずは、簡単に可分性法理の歴史[56]を振り返り、その後にテストについてまとめることとする。

不可分無効という考えは、最初から司法審査の歴史にあったものではない。司法審査制が確立してしばらくは、そのような考え自体が存在していなかったのである。当時は、ある条項が無効とされた場合、当該法律の残部は有効なものとして残るということが当然のこととされていた[57]。

不可分性の理論を議論し、実際に法律が不可分であると判示した最初の判決は、1854年のマサチューセッツ州最高裁判決、Warren v. Mayor of Charlestown事件判決[58]である。そこで示されたテストは、違憲の部分と合憲の部分が「相互に条件（conditions）、約因（considerations）、代償（compensations）として、互いに結びつき依存し合うことから、立法府がそれらをひとまとまりとして意図したということ、そして、もし全てに効果が与えられないならば残部を別個に可決しなかっただろうということを信じるに十分な理由があるといえる場合には、違憲の部分と共に、そのように依存し、条件であり、結びついている条項は全て無効とならなければならない」というものであった[59]。

その後、このアプローチは、他の州最高裁にも採用されるようになり[60]、最終的には、1880年のAllen v. Louisiana事件判決[61]において、合衆国最高裁にも採用されるに至った。この19世紀後半においては、裁判所は不可分性を理由として法全体を無効化することに対して消極的であった[62]。

ところが、いわゆるロクナー時代に入り違憲審査がより積極的になされるようになると、合衆国最高裁は、不可分無効に対しても積極的になっていく[63]。そのような傾向の中で、最高裁は、Williams v. Standard Oil Co.事件判決[64]において、「そのような立法府の宣言〔可分性条項の意〕がないときには、立法府は法律を全体として機能させることを意図しているということが推定される」[65]として、デフォルトにおいて不可分性を推定する旨判示した。*Williams*は可分性条項があるときには可分性が推定されるとしている一方で[66]、この頃の最高裁は、可分性条項がある場合にも不可分決定をしばしば下している[67]。不可分決定に対して積極的であったこの時代においても、テスト自体は*Allen*や*Warren*において確立した法の独立性と立法府が残部のみを可決しただろうかという二点を見るものであり、消極的であった頃と大きく変わるものではなかった。例えば、近年の可分性法理におけるランドマーク的判決の一つであり[68]、現在まで引用され続けているChamplin Refining Co. v. Corp. Commission of Oklahoma事件判決[69]は、次のように判示した。「法律の一部の違憲性は、必ずしも残りの条項の効力を失わせたり、またはその効力に影響を与えるものではない。議会が、その権限外の条項〔違憲の条項の意〕とは別個に、権限内の条項〔合憲の条項の意〕を制定

しなかっただろうということが明白でない限りは、無効な部分は、もし残りの部分が法律として完全に機能する（fully operative）ならば、除外（drop）されうる」。

ロクナー時代が終焉を向かえて以降（すなわち1940年代以降）、裁判所は再び不可分決定に対して消極的な態度をとるようになった[70]。そのような傾向の中で、最高裁は、1983年のRegan v. Time, Inc.事件判決[71]において、*Williams*で判示した可分性条項がないときの不可分性の推定を覆し、可分性の推定を判示した[72]。

そして、1987年のAlaska Airlines v. Brock事件判決[73]では、この不可分無効に対する消極的傾向とは裏腹に、より不可分決定を促すように見える新しいテストが示された。*Alaska*では、行政の裁量に対して事後的に議会によるチェックの機会を与える議会拒否権（legislative veto）条項[74]の可分性が問題となったところ、残部が独立に機能するかどうかというテスト[75]では、その性質上実体的な条項から完全に独立する議会拒否権条項の可分性についてほとんど示唆するところがないため、「可分性を評価するにおいてより適切な問いは、法律が議会の意思に合致するように（in a manner）機能するだろうかということである」[76]と判示した。ただし、その判示に続いて、「他の条項と同じように、議会拒否権においても、その最終的なテストは伝統的なものである。すなわち、違憲の条項は、それなしに創られた法律が議会の制定しなかったであろうものでない限り、分離されなければならない」[77]とも判示している。

そして2012年、このような歴史の上に、最高裁は、可分性問題を扱った非常に注目を集めた訴訟に判決を下した。National Federation of Independent Business v. Sebelius事件判決[78]である。*Sebelius*で問題となったのは、オバマ政権下で議会が制定した医療保険改革法（Patient Protection and Affordable Care Act）であり、これは全11編900頁にも及ぶ長大な法であった。違憲性が問題となったのは、医療保険改革法の核心部分である、個人に医療保険制度への加入を義務付ける個人加入義務付け（individual mandatory）条項と低所得者への無料医療提供制度であるメディケイドの拡大について同意しない州に対しメディケイド補助金を廃止する部分であった。問題は連邦議会に認められた憲法上の権限を超えるものかどうかということであった。ロバート首席裁判官が執筆する法廷意見では、個人加入義務付けは合憲、メディケイド拡大条項は補助金打ち切りによる州に対する強制の部分が違憲であるとし、この違憲部分は全体から可分であると判示した[79]。可分性のテストについては、「ここでの問題は、議会が、州は新規メディケイド拡大に参加するかしないかにつき実質的な選択権をもつと知っていたなら、当該法律の残部を成立させただろうかということである」とした[80]。それに対し、スカリア、ケネディ、トーマス、アリトーの４裁判官による反対意見では、加入義務付け及びメディケイド拡大どちらも違憲であるとし、それらは全体から不可分のため、医療保険改革法全体が無効となると判示した[81]。この反対意見において、可分性のテストは、「２パートの判断基準」が適用されるとして、それぞれ*Alaska*を引用した上で、第一に「分離された法が議会の意図した方法で機能するかどうか」を検討し、そして第二に「たとえ残部の条項が議会の意図したように機能するとしても、当裁判所は、議会が残部を違憲の部分無しに単独で制定しただろうかを決定しなければならない」と判示した。

（二）三つの立法者意思テスト

以上のように、最高裁の多数意見は、大きく分けて三つの異なる立法者意思テストを用いているように思われる。すなわち、①残部が違憲部分から独立して機能しうるかどうか（独立テスト）、②議会が違憲部分なしに法律を可決しただろうか（仮定可決テスト）、③違憲部分なしに法律は議会が意図したように機能するか（意図テスト）の３つである[82]。

しかし、これら三つのテストの相互の関係は必ずしも明確なものではない[83]。例えば、独立テス

トは、独立して機能しえないような場合であれば、議会が意図したように機能していないとみることで意図テストに組み込んで理解することも可能であるし[84]、意図テストがクリアされる場合に他の二つのテストがクリアされないような場合がありうるのかは疑わしい。だとすれば、意図テスト以外の他の二つのテストがなおも維持される理由はあるといえるのだろうか[85]。また、「最終的なテスト」として仮定可決テストを挙げる*Alaska*の判示からすれば、意図テストも結局仮定可決テストに含まれるようにも思えるが[86]、他方、*Sebelius*反対意見はそれらを完全に別個のテストとしているようにも思える[87]。

（三）分離の手法についての一般原則

ここまで見てきたように、最高裁における可分性の法理は実は曖昧不明確なものである。しかしながら、決して手がかりないわけではない。ニューハンプシャー州法の妊娠中絶前の親への通知に関する法律（Parental Notification Prior to Abortion Act）の違憲性を扱ったAyotte v. Planned Parenthood事件判決[88]がそれである。中絶規制において、健康例外条項を欠くことは違憲であることが既に判例法理として確立していたところ[89]、第一審、第二審では法律全体が無効とされていたが、最高裁は本案に立ち入らず、救済についての問題のみを判示したのであった。以下の判示は、最高裁の判例法において、初めて詳細に、しかも全員一致で、可分性の法理の基本原則を述べたものとして非常に有益であるとされる[90]。

「三つの相互に関連する原則が、当裁判所の救済に対するアプローチを特徴付ける。第一に、当裁判所は、立法府の作るものを必要以上に無効化しないよう努める。というのも、違憲の決定が選挙された市民の代表の意図を妨げることを知っているからである……。第二に、当裁判所の憲法上の使命と制度上の能力を踏まえて、州法を憲法上の要求に合致させるために書き換えることを自制する……。第三に、いかなる救済についての決定も、その試金石は立法者意思である。なぜなら、裁判所は、その救済権限を立法者の意思に反して用いることはできないからである。」[91]

ここで確認しておきたいのは、不可分の決定でも（Ayotteで示された第一の原則）可分の決定でも（第二の原則）権力分立原則との関係で緊張が生じうるということである。すなわち、可分性決定において、不可分無効については必要以上に合憲部分を無効とすることで、可分の決定については法律を書換えてしまうことで権力分立に反するという可能性があるということである。

第三節　学説

（一）立法者意思テストへの批判

最高裁の立法者意思テストには様々な批判が加えられている[92]。まず、そもそもこのような立法者意思は、議会が実際に当該違憲の場面を想定していないことが普通であるから、実際の意思が存在しないため、検討が困難である[93]。このような意思の検討は、裁判所が立法府の立場に立って考えることになりがちであるため、しばしば学説において、想像による復元（imaginative-reconstruction）であるとか、非現実の評価（evaluating a counterfactual）であると評される[94]。それ故、立法者意思テストは、可分性決定について裁判所に実質的な拘束を一切かけることなく[95]、非常に広い裁量を与えてしまっていると批判されるのである[96]。

また、立法者意思テストそれ自体では、議会による可分性についての明示的な意思表示がない場合に、どのような情報源（立法経過、法律の構造・設計、一般的可分性条項）が最も有益であるのか、どれが優先されるのかということについても何らの指標を与えないということが指摘されている[97]。

以上のことから、立法者意思テストの下での可分性判断は、本来的に司法になじまない政策的判断へと傾きやすい。このことは、1934年のStern論文において既に指摘されていた。曰く、「その法に賛成しない裁判官はそれを不可分と考える一

方で、法を合憲と見なした裁判官は可分性においても逆の立場をとる」[98]のであり、「最高裁は、選択として、容易に法律を可分とも不可分とも判示しうる」[99]というのである。そしてこのような批判は、現在の最高裁判所の裁判官に対してもなされうるかもしれない。*Sebelius*反対意見は、まさに政策的議論に基づいていたとされる[100]。例えば、反対意見は、「著名な経済学者」が、保険会社はメディケイド拡大から7000億ドルの収入が見込まれ、そして個人加入義務付けにより新たに7000億ドルの支出が必要となるだろうということ、そしてこの新たな収入がなければ、保険料が上がるだろうという情報を提供したことを指摘している[101]。

それでは、このように批判され続けてきている現在の可分性の法理に対して、学説上どのような解決策が提示されているか。まずは、その前提として、可分性の法理についての理論的根拠を以下にみていく。

（二）可分性の法理の理論的根拠、可分性へのアプローチ

可分性の法理、すなわち合憲のものをも無効とすることの理論的根拠について、最高裁は明示的に述べることはしていない[102]。しかし、今見てきたように、救済について立法者意思をキーにしていることからすれば、少なくとも以下の二つの理論的根拠が考えられる。

（ア）契約法における可分性のアナロジー

まず一つ目は、契約法における可分性の問題のアナロジーとして可分性の法理を捉えるものである。契約を保護することは伝統的な司法の権限であるが、法律を契約の一形態としてみるのである[103]。この考え方によれば、司法は立法者間の妥協を保護する役割を担うことになる。例えば、ある条項を法律に含める代わりに別の条項について賛成の票を入れるといったような立法者間の取り決めは不可分となる。

*Warren*が「約因（consideration）」という言葉を含んでいたことからも分かるように、可分性の法理は、この契約法の可分性を起源にもつものといえるだろう。しかしながら、このようなアナロジーには限界があると言わざるをえない[104]。まず、そもそもそのような立法者間の妥協と*Ayotte*で示された書換えに対する警戒（第二原則）との関係が希薄である[105]。例えば、ある分離によって法律の機能が変わってしまうような場合であっても、立法者間でトレードオフにあったものを不可分無効とすることでは、必ずしもそのような書換えを防ぐことはできない。なぜなら、適切な機能に相互が必要かどうかという点に着目して可分・不可分を決するわけではないからである。さらにいえば、必ずしも公式の記録に残る場で取り決めがなされるとは限らない、一つの法律の中でトレードオフがなされるとも限らない等、立法者間の取り決めは特定が非常に難しい[106]。

（イ）意図主義的法律解釈

現在の最高裁の可分性法理にもっとも合致するのは、可分性問題を法律解釈と捉える考え方だろう[107]。つまり、具体的かつ明示的な議会の意思表示がない場合でも、立法目的や法律構造等を参照し、解釈による欠文補充をすることで、違憲性が発見された場合にどの条文が無効化されるかについての法律上の規定を読み取るという考え方である[108]。この場合、裁判所は自身の権限を行使しておらず、立法府の権限により不可分部分が無効化されるということになる。*Ayotte*が立法者意思を強調していることや（第三原則）、可分性問題が法律解釈であるということそれ自体は学説・判例の多くが指摘していることからも[109]、この理解がもっとも整合的であるように思われる。

しかし、実質的な拘束を一切もたらさない現在の立法者意思テストの下では、解釈の域を超え、司法による法創造となる危険がある。また、そもそもそのような可分性に関する議会の意思は特定が困難であることは先に述べたとおりである[110]。

（三）学説の提示する解決策

以上のことを踏まえて、学説ではどのような解

決策が提示されているかを見ていくこととする。当然、論者ごとに理由付けや細かい点に相違はあるが、その帰結に着目するならば、大きく二つのグループに分けることができるように思われる。それは、*Ayotte*で指摘される合憲部分の必要以上の無効化を警戒して（第一原則）、不可分無効の余地をより限定的にしようとするものと、同じく*Ayotte*で指摘される「書換え」の危険を重視して（第二原則）、不可分無効をより積極的に活用しようとするものとの二つである。現在の立法者意思テストの下では、裁判所に対する拘束がほとんどないため、どちらの危険も生じうるのであって、したがって、どちらの学説にも理由はある。以下、両者の概観を試みる。

（ア）不可分決定を具体的・明示的意思表明がある場合に限定する説

一つ目のグループは、不可分性決定の余地を限定しようとするものである[111]。すなわち、立法者意思テストの下で、裁判所による政策的判断がなされていることを批判し、そのような不可分無効を抑止するために、立法府によるテキスト上の明示的かつ具体的な意思表示（不可分性条項を含むFallback law[112]等）がある場合、ないしは黙示的であっても客観的に不可分の意思を見出すことができる場合（例えば、残部が、法として完全に機能しない場合や、専ら違憲部分を補助する目的であるような場合等）に限定して不可分性を認めるといったものである[113]。

この議論の背景には、不可分無効が合憲である部分を無効にすること、すなわち、それは本来立法府にのみ許される行為であることへの意識があるように思われる。言い換えれば、司法が、曖昧な「立法者意思」の名の下に、自身の政策的判断によって完全に合憲である部分を無効にしてしまうことへの警戒である。ここでの可分性の法理の根拠は先に見たように法律解釈であるから、この説はその解釈を枠付けしたものと見ることができるだろう。

しかしながら、これらの説を採用した場合、「書換え」の問題は残ることになる。ある違憲部分の無効が当該法律の機能を変えてしまうことになっても、明示的な意思表示がなければ、司法は可分の決定をせざるをえない。ある論者は、この問題について、分離により生じる「混乱は、我々の事後的司法審査制度の必然的コストである」[114]と述べる。他方で、違憲部分は憲法の最高法規性により制定当初から効果を有しないのだから、「分離された法は制定時のものと同じものであると考えるならば、これらの憲法上の懸念は緩和される」[115]と述べられることもある。

（イ）不可分無効の活用

もう一つのグループは、対照的に、不可分無効を活用ないし強制することを主張するものであるが、このような説を採る論者は不可分決定を限定するグループよりも比較的少ないと思われる[116]。ここでは、「書換え」の危険を強調するDavid H. Gansによる議論を簡単にではあるが紹介したい。

まず、Gansは、現在の立法者意思テストが裁判所に対して実質的な拘束を一切かけないために、最高裁が可分であると判断した事案においても、実際には「書換え」がなされていることを指摘し、その例として、United States v. Booker事件判決[117]や、Buckley v. Valeo事件判決[118]などを挙げる。*Booker*では、量刑ガイドラインを裁判官を拘束する強制的なものにする規定の条文が分離され、ガイドラインは勧告的なものとなった。*Buckley*は、選挙運動における候補者の支出の制限を無効とし、献金の制限をする条項から分離したが、その結果として囚人のジレンマ的状況がつくりだされたとする[119]。また、この分離により、裕福な候補者は資金を潤沢に使えるのに対し、貧しい候補者は資金集めにおいて大きな法の障壁にぶつかることになるという点においても法律の機能が変化したと評価することが可能だろう[120]。

そして、Gansは、可分性問題を法律解釈ではなく、救済問題として捉え[121]、それは権力分立との関係で理解されなければならないとし、可分性を立法者意思でなく書換えの程度によって判断する

ことを提唱する[122]。その判断基準は以下の三つである。すなわち、①法律のどれだけの量が裁判所の違憲の宣言に影響を受けるか、②分離は部分的に無効である法律を根本的に変えるのか、それとも微調整をするのか、③分離は法の命令を受ける者に対する公正な警告をもたらしうるような明確な線引きを残すのか、それとも立法府のつくったスキームに相当な不明確さをもたらすのかという基準である。

また、不可分全体無効が混乱をもたらすような場合でも、最高裁が実際にしばしばおこなっているように[123]、その判決を数ヶ月猶予して立法府に新たな立法を行う機会を与えるという選択肢をとることにより混乱を最小限度に抑えることが可能であると述べる[124]。

第四節　検討

可分性の法理は、合憲である部分までを無効にするものである以上、その無効ならしめる力の淵源は立法府に求めるほかない。したがって、理論的説明としては、可分性の法理は法律解釈であるという見解をとるのが妥当である。すなわち、不可分無効は立法者の権限なのである。

この点、Gansは、可分性問題が救済問題であるとしているが、合憲のものまで無効と判断することを裁判所の判断作用としては正当化できないことから、この見解は採りえない。

他方で、現在の立法者テストには脆弱性があり、司法に対する実質的な拘束がなく、簡単に裁判官の政策的選好の侵入を許してしまうおそれがある。また、可分・不可分の判断は、元来司法になじまない政策的なものであり、不可分無効は、その政策的判断についての立法者意思によって決定されなければならない。したがって、可分性の法理におけるテストは、明示的かつ具体的な立法者意思が示されている場合にのみ不可分決定が可能となるとする明示的立法者意思テストを採用するべきである。

ここまで可分性の法理について見てきた。しかし、可分性の法理をより明瞭に理解するために、これにいわば隣接する問題を認識することが必要であるように思われる。そこで以下では、可分性の法理と関連しながらも、それとは区別されるべき別の問題をも含む法律スキーム上の違憲という類型について見ていくこととする。

第三章　法律スキーム上の違憲

第一節　法律スキーム上の違憲の概要

法律スキーム上に違憲性がある場合、すなわち、単独では違憲とならない諸規範が組み合わさることで違憲の作用をなす場合、この違憲性を解消するには選択肢がある。組み合わせを解消するには、スキームを構成する規範のいずれを取り除くことによっても可能だからである。

例えば、過少包摂の事案においては、本体となる規定と例外規定のいずれを無効とすることでも平等は達成されうる[125]。実際に最高裁もその点を確認しているが、ここで重要であることは、最高裁が、この拡大か全部無効化かの選択は裁判所の憲法上の権限内にあるとしていること、そして、「裁判所は救済権限を立法者の意思に反して用いてはならない」としていることである[126][127]。可分性の法理における可分・不可分の選択は立法府の権限であるのに対して、ここでの選択については裁判所の権限であるとされていることは注目に値する。

この法律スキーム上の違憲は、平等事案に限られるわけではない。そこで、近年の法律スキーム上の違憲が問題となった近年の二つの最高裁判例みていくこととする。その際、どのようなことに着目して違憲の是正方法を選択しているかに注目したい。

第二節　United States v. Booker事件判決

（一）事件の概要と憲法適合性判断

United States v. Booker事件判決[128]では、陪審事件において、証拠の優越の心証のもと裁判官の限りで認定される刑の加重事由に基づき、陪審が合理的疑いを超える証明のもと認定した事実によ

り科しうる上限を超える量刑範囲で刑を科すことを裁判官に義務付ける連邦量刑ガイドラインが修正６条の陪審審理を受ける権利を侵害するとされた。

Bookerは、50グラム以上のコカイン所持で起訴され、陪審により合理的疑いを超える証明で認定された事実を前提として、上記ガイドラインにより210月～262月の刑期が決められていた。しかし、その後の量刑手続段階で、ほかに566グラムのコカインを所持していたことが裁判官限りで事実認定された。その結果、裁判官は、上記ガイドラインにより360月から終身刑の間で量刑することを義務付けられたのである。これでは、実質的には陪審が刑を決定していないのと同じであるため修正6条違反となったのである。

（二）救済

この違憲判断を踏まえて、ブレイヤー裁判官執筆の一部法廷意見は、次のように判示した。

「第二の問題、救済に関する問題へと移る。当裁判所は、可分性の分析の問題として、指針の全体が適用できないのか、そのために量刑手続をする裁判所が、有罪決定の犯罪に関する法令により定められた上限と下限の範囲内で被告人の刑を決定する自由裁量を行使しなければならないのかどうか、もしくはどの程度そうなのかについて決定しなければならない。」[129]「当裁判所は立法者意思に目を向けることでその救済問題に答える。…当裁判所は、最高裁の憲法判断を踏まえて、議会が何を意図しただろうかを決定しようとする。本件では、以下に述べる２つの救済アプローチのいずれが1984年の量刑手続法で具体的に示される立法者意思により適合的かを決定しなければならない。」[130]

そして提示されたアプローチは、①ガイドラインを維持して、「修正６条の陪審審理要件を付け足」して、量刑手続における事実認定も陪審によってなすか[131]、②「指針のシステムを勧告的なものにする一方で処された刑と被告人の実際の行いとの強い関連を維持する」とうものであった[132]。

そして、どちらがより立法者意思に適合的であるかを判断する基準について、「法律の文言、立法経過、法律の基本的目的を踏まえて、当裁判所が判断した憲法の要求の影響を評価することで」、「可能性の高い（likely）意思を決定しなければならない」[133]と述べ、結論として、後者のアプローチを採用し、ガイドラインを義務的なものとする規定を無効としたのである。

第三節　Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Board事件判決

（一）事件の概要と憲法適合性判断

Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Board事件判決[134]は、企業の会計監査をする会計事務所の監督をする公開会社会計監督委員会が、会計事務所に対して調査、規則制定、制裁等様々な規制権限を有していたところ、同委員会委員は、独立行政委員会である証券取引委員会により任命され、正当な理由がない限り罷免されないことに加え、証券取引委員会も大統領による任命を受けた後は正当な理由がない限り罷免されないことから、大統領から公開会社会計監督委員会までには二重の独立性があり、そのことが大統領の執行権を規定する憲法２条に違反するとされた事案である。

ここでは、執行権が問題となっているため、二重に独立性があったとしても、権限をもたない勧告的な委員会であれば憲法に反することはなかった。すなわち、公開会社会計監督委員会の諸々の権限規定と任期保障規定は、それぞれ単独では合憲であるが、それが組み合わさって違憲となるのであった[135]。

（二）　救済

この違憲判断を踏まえて、ロバート首席裁判官執筆の法廷意見は、違憲性を認定した後で、公開会社会計監督委員会の権限が削除されるべきであるとする原告の要求を否定し、「一般的にいって、法律の憲法上の瑕疵に向き合うとき、当裁判所は問題に対する解決策を限定することを試み

る」という分離の手法の一般原則を述べる*Ayotte*を引用した上で[136]、任期保障規定の可分性を論じはじめる。その際、「残部が完全に有効である」なら「議会が残部を無効な部分とは独立に制定しなかっただろうということに蓋然性があるというのでない限り」残部を有効なままとするという最高裁が通常用いる立法者意思テストにより判断がなされた[137]。

そして、任期保障規定が残部から可分であると結論づけた後に、次のように判示した。

「理論的には、おそらく、最高裁は、委員が『合衆国の公務員』にあたらないようにするために十分な数の委員会の責務を削除（blue-pencil）しうる。または、完全に勧告的なパネルにするために、委員会の執行権限を制限しうる。または、委員会は将来、大統領により正当な理由によって、ないしは随意に解任されうるものに変えられうる。しかし、そのような編集の自由（当裁判所の今回の判示よりもずっと広範である）は、司法ではなく、議会にある」[138]。

第四節　検討

まず、*Booker*は、「可分性の分析の問題」として救済方法の選択を行ってはいるが、少なくとも典型的な可分性問題の形式にはなっていないし、学説上、この問題を救済方法の選択と区別する見解もある[139]。また、ここで判断されている基準は、「どちらがより立法者意思に適合的であるか」を検討するものであって、法律に与える「影響」を評価して決定するのである。したがって、ここでの「立法者意思」というのは、典型的な可分・不可分の基準である「～しただろうか」というような政策判断的思考ではなく、どちらの救済方法がより法律に対するインパクトが小さいかをみるものであって、より客観的なものであると評価できる。したがって、典型的な可分性問題より司法による判断になじみやすいものといえる。同じ「立法者意思」という言葉であってもその内容は異なる。

*Free Enterprise Fund*は、可分性問題と救済選択の問題の区別がより前面にでているようにみられる。すなわち、記述の順番こそ逆転しているけれども、最高裁が採りえた選択肢として「責務を削除」、「執行権限を制限」といったものをあげており、任期保障規定の可分性をそれとは別に検討しているのである。この点、最高裁は、任期保障規定の分離という救済方法を選択するにおいて、任期保障規定の分離以外の選択肢がより広範な「編集」となることを理由としているようにも読める。そうだとすれば、やはりここでも選択の基準は、いずれの救済方法がより立法に対するインパクトが小さいかというものであると言い換えることができるだろう。

したがって、法律スキーム上の違憲が問題となるときの救済方法の選択という問題は、可分性問題と区別され、その選択基準は、いずれの救済方法がより立法に対するインパクトが小さいかというものであるといえる。

ここまでみてきたように、可分性の法理と法律スキーム上の違憲は区別されるべきであると思われる。可分性の法理は、①合憲のものを無効にする立法府の権限に属するものであること、②理論上はほぼ全ての違憲無効において問題となる射程の非常に広い問題であること、他方、法律スキーム上の違憲は、①’違憲性に由来する無効であって、その判断は裁判所によってなされるものであること、②’法律のスキーム上に違憲がある場合は例外的であることから、両者は異なるものであるといってよいだろう。

この点、*Free Enterprise Fund*において、違憲の是正方法の選択を経た上で可分性問題が論じられていることは、端的に両者の区別可能性を示しているといえる。

第四章　若干の考察

ここまで、アメリカにおける可分性の法理の議論の一端を垣間見てきたのであるが、その議論が当然にわが国の憲法学にそのまま妥当するものではないことはいうまでもない。しかも、アメリ

カにおいても可分性の法理については学説上議論の一致には至っていない状況にあるといえるだろう。とはいえ、そこから得られた知見はわが国の問題を分析するのにまったく無益であるとまではいえないものと思われる。そこで以下では、第二章及び第三章の「検討」の節で示した本稿の立場（すなわちアメリカの議論における一定の見解）を踏まえて、いくつかのわが国の問題について、試論的・予示的に本稿の見解を示したいと思う。

第一節　国籍法判決

まずは、本稿冒頭で論じたように、本研究のきっかけとなった国籍法判決と可分性の法理の関係についての考えを述べておく。

多数意見は、準正要件を「過剰な要件」として捉えている以上、法律スキーム上の違憲として本件事案をみているといえる。だからこそ、「全部無効」か「部分」無効かという「違憲状態の是正方法」の選択が生じたものと思われる。そして、先に述べたように、「違憲状態の是正方法」の選択の問題については、可分性の法理とは別問題であるように思われる。

また、泉裁判官の補足意見については、「上記のような国籍法３条１項の適用は、国会の立法意思として、『父母の婚姻』の部分を除いたままでは同項を存続させないであろうというがい然性が明白である場合には、許されないと解される」という部分が、可分性の法理の立法者意思テストに近い言葉を用いているため、一見すると可分性を論じているようにもみえる。しかし、可分性の法理は、部分無効後の法律のあり方についての議会の意思を読み取り、その意思としての法律のあり方を実現するというFallback law的法律解釈の問題であった。これに対して上記の一節では、部分無効後の3条1項を「存続させないであろう」という消極的意思を検討するにとどまっており、その立法者の意思が当該裁判上で実現され、その当事者を拘束することまで予定しているかは不明である。したがって、泉裁判官補足意見の上記部分は、可分性の法理がそのままの形で問題となっているとまでは言い難い。

第二節　一部違憲判決の類型

学説においては、郵便法判決[140]、在外邦人選挙権判決[141]、国籍法判決[142]が、部分無効の手法を用いた最高裁判例として一つの類型にまとめられ、その中で「意味上の一部違憲（・無効）」と「文言上の一部違憲（・無効）」に分類されることが多いように思われる[143]。本稿の見解としては、それとは別に、異なる類型でも分けられることを指摘しておきたい。すなわち、郵便法判決と在外邦人選挙権判決は、違憲部分と無効部分が重なっているが、それに対して国籍法判決は、法律スキーム上に違憲があった上で部分無効が選択されたのであって、同じ「部分無効」でも、その結果に至るまでのプロセスに違いがあるという分類である。すなわち、郵便法判決と在外邦人選挙権判決では、違憲性の認定の時点で既に「一部」に絞り込まれており、その違憲部分がそのまま無効となっているのであるが、これ対して、国籍法判決では、高次である法律スキーム上に違憲性が見出されたのであり、それ故、どの規範が無効となるかという選択の余地が生じたのであった。したがって、前二者において、部分か全部かという論点が判決文に出てこなかったのは、この類型により説明が可能であると思われる。

第三節　昭和51年衆議院議員定数不均衡訴訟

最後に、学説上、昭和51年衆議院議員定数不均衡訴訟判決[144]において、可分性の法理が用いられたとしばしば説明されてきている点についても[145]、本稿の立場から言及しておきたい。

多数意見は、定数配分規定について、訴訟で問題となった千葉一区と配分規定全体の関係について、次のように判示した。

> 「選挙区割及び議員定数の配分は、議員総数と関連させながら、前述のような複雑、微妙な考慮の下で決定されるのであつて、一旦このようにして決定されたものは、一定の議員総数の各選挙区への配分として、相互に有機的に関連

し、一の部分における変動は他の部分にも波動的に影響を及ぼすべき性質を有するものと認められ、その意味において不可分の一体をなすと考えられるから、右配分規定は、単に憲法に違反する不平等を招来している部分のみでなく、全体として違憲の瑕疵を帯びるものと解すべきである」。

確かに、「不可分の一体」という言葉が用いられてはいるが、これは可分性問題（立法者意思）というよりは、配分規定の性質がいかなるものであるかについて述べているのではないだろうか[146]。結論として、全体が「違憲の瑕疵を帯びる」ということからも、違憲性の範囲が問題となっているのであって、アメリカにおける（ないし本稿のいう）「可分性の法理」の問題とは異なるとも評価できそうである。

おわりに

本稿は、甚だ不十分ではあったが、これまで棚上げされてきていた可分性の法理について、アメリカの議論を参照し、その正体に迫ろうとしたものであった。先にも述べたとおり、本稿は、「違憲判断の後始末」について多分に示唆を含んでいるものと思われる国籍法判決の考察の予備的研究であり、これについては別稿を準備中であるが、スタンディングの問題やFallback law等、可分性の法理についてもなお検討すべき課題は残されていると思われる。また、より長期的な今後の課題として、部分無効、全部無効、合憲限定解釈、合憲補充(拡張)解釈、適用違憲、違憲確認判決（・事情判決の法理)、将来無効判決、違憲判断の遡及効制限等といった手法を体系的に論じることが、違憲審査制のさらなる活性化のためにも必要であると考えている。積み残された課題は多々あるが、他日を期して筆を擱く。

---

[1] 宍戸常寿「最高裁と『違憲審査の活性化』」法時82巻4号（2010）56頁。

[2] 井上典之『司法的人権救済論』（信山社、1992）59頁以下参照。

[3] これらの問題を扱う最近の文献として、宍戸常寿「合憲・違憲の裁判の方法」戸松秀典・野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012）64頁〔以下、［宍戸・2012］とする〕、宍戸常寿「司法審査―『部分無効の法理』をめぐって」法時81巻1号（2009）76頁〔以下、［宍戸・2009］とする〕、畑尻剛「違憲判断の具体的処理方法―違憲確認判決を中心に―」中央ロー・ジャーナル 7巻1号（2010）65頁、上村貞美「部分違憲について」名城ロースクール・レビュー12号（2009）61頁等がある。

[4] 遠藤比呂通「憲法的救済法への試み（一）―基本的人権の法的含意―」国家学会雑誌101巻（1988）721頁。

[5] 畑尻・前掲（注3）66頁。

[6] 最大決判平成25年9月4日民集67巻6号1320頁。

[7] 最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁。

[8] 畑尻・前掲（注3）66頁。

[9] 佐久間健吉「国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決」法律のひろば61巻11号（2008）56頁、森英明「国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決の解説と全文」ジュリスト1366号（2008）92頁、97頁。

[10] ただし、国籍法判決以前にも、児童扶養手当の受給資格についての最高裁第一小法廷判決（最判平成14年１月31日民集56巻1号246頁）において、児童扶養手当法施行令１条の2第3号（平成10年改正前のもの）の「(父から認知された児童を除く。)」という括弧書き部分のみを無効とする判断がなされている。もっとも、ここでは委任立法の限界の問題として扱われているので、直接的に立法府との関係が問題になったという意味では国籍法判決がはじめてのものであるといえるだろう。

[11] 最大判平成14年9月11日民集56巻7号1439頁。

[12] 最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁。

[13] ［宍戸・2012］83頁。それぞれ、前者は「意味上の一部無効」、後者は「文言の一部無効」という形式がとられたとされる。

[14] 常本照樹「平等判例における違憲判断と救済方法の到達点」論究ジュリスト1号（2012）100頁、105頁。

[15] 奥田安弘「国籍法違憲訴訟に関する最高裁大法廷判決」法律時報80巻10号（2008）1頁、3頁。

[16] 藤井俊夫「国籍法違憲判決の意義と課題」千葉大学法学論集23巻1号（2008）255頁、261頁。森・前掲（注9）97頁。

[17] 佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣、1988）258頁。

[18] 公共訴訟については、井上・前掲（注2）185頁以下、大沢秀介『現代アメリカ社会と司法―公共訴訟をめぐって―』（慶応通信、1987）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（1984）19頁、等参照。公共訴訟においては、構造的インジャンクション（structural injunction）といわれる裁判所による具体的作為命令により、裁判所が組織的かつ継続的に制度を改善していくことになる。その意味で非常に踏み切った救済のあり方である。違憲確認判決については、川端和治「事情判決の法理」芦部信喜編『講座憲法訴訟（第3巻）』（有斐閣、1987）69頁、野中俊彦『憲法訴訟の原理と技術』（有斐閣、1995）、竹下守夫「違憲判断の多様化・弾力化と違憲判決の効力」三ヶ月章古稀『民事手続法学の革新（中）』（有斐閣、1991）669頁、等参照。

[19] ただし、国籍法判決で問題となった「部分無効」が、「救済法」の問題であるのか否かは別途考察が必要である。

[20] 青柳幸一「差別の直接的救済と司法の使命―国籍法3条1項違憲判決―」筑波ロー・ジャーナル5号（2009）1頁、1頁以下、飯田稔「国籍取得阻害要件の合憲性」亜細亜法学44巻1号（2009）270頁、276頁以下、奥田・前掲（注15）3頁以下、木村草太「国籍法３条１項に基づく届出国籍取得に関する区別と憲法14条１項」法学協会雑誌127巻2号（2008）147頁、佐久間・前掲（注9）63頁以下、佐野寛「国籍法違憲判決と国籍法の課題」ジュリスト1366号（2008）89頁以下、常本・前掲（注14）105頁以下、藤井・前掲（注16）256頁以下、森・前掲（注9）96頁以下等。

[21] 佐久間・前掲（注9）65頁、佐々木雅寿「日本における法の下の平等（シンポジウム 日仏シンポジウム――法の下の平等と刑事規制に関する日仏比較）」北大法学論集59巻5号（2009）172頁、190頁、佐野・前掲（注20）90頁、常本・前掲（注14）166頁、畑尻・前掲（注3）66頁、森・前掲（注9）99頁、横尾日出雄「国籍法３条１項の合憲性と違憲の是正方法―国籍法違憲訴訟最高裁判決をめぐって―」CHUKYO LAWYER12号（2010）21頁、37頁、吉田仁美「国籍法違憲事件大法廷判決」関東学院法学19巻3号161頁、175頁。

[22] 山元一「国籍法違憲大法廷判決」ジュリスト臨時増刊1376号（平成20年度重要判例解説）13頁、15頁。

[23] 憲法判断回避の手法として憲法適合性判断に先立って行われるような合憲限定解釈の場合、「違憲判断の後始末」とはいえないかもしれない。しかし、そのような合憲限定解釈も、部分無効の手法と実践的な意味合いにおいてはほとんど径庭ない（長谷部恭男「国籍法違憲判決の思考様式」ジュリスト1366号（2008）79頁、83頁、青柳幸一「法令違憲・適用違憲」芦部信喜編『講座憲法訴訟（第3巻）』（有斐閣、1989）7~10頁参照）。また、法令の違憲性への司法の対応方法であるという点では他の手法と共通するといえるだろう。

[24] 国籍法判決を「違憲判断の後始末」という観点から考察し、そこで提示される諸々の手法を憲法訴訟論上どのように位置づけることができるか、またそれぞれの手法ではどのような要素を考慮し採用の可否を決するべきであるか（最高裁はどのように決しているのか）を検討することを予定している。その際、「憲法訴訟論」とはそもそも何を指すものであって、そのような「憲法訴訟論」において「救済」とは何を意味するものであるかということも検討する予定である。

[25] アメリカにおいては「underinclusive」と称される。*See e.g.*, Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535(1942); Orr v. Orr, 440 U.S. 268 (1979); Heckler v. Mathews, 465 U.S. 728 (1984).

[26] 阿部照哉「平等原則の適用に関する若干の考察」法学論叢 94巻3・4号（1974）30頁、41頁、長谷部・前掲（注23）80頁、棟居快行『憲法講義案Ⅰ［理論演習］（第２版）』（信山社、1999）38頁以下、野中俊彦・江橋崇・浦部法穂・戸波江二『［ゼミナール］憲法裁判』（日本評論社、1986）92頁以下。

[27] 野中ほか・前掲（注26）93頁、佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』（三省堂、2013）198、199頁。

[28] 佐藤・前掲（注）17、258頁。なお、この点、東京高裁昭和57年6月23日判例時報1045号78頁は、「憲法によって裁判所に与えられた違憲立法審査権は、存在する規定についてそれが違憲であるかどうかを審査し、違憲と判断したときにはこれを無効として、つまりいわば存在しないものとして、適用しないことを本質とする」と判示している。

[29] 佐久間・前掲（注9）65頁。森英明「判解」『民事篇平成20年度』307頁 は、「多数意見の見解に関する考察」として、部分無効により適用範囲を拡大する手法につき、「常に法創設にあたり許されない」とするのではなく、「具体的な立法裁量権の侵害の有無を検討してその許否を判断するのが相当ではないかと思われる」とする。また、「多数意見もこのような見解に立つものということができる」とする。同311頁も参照。

[30] 藤田裁判官の意見も同様の立場をとる。

[31] 畑尻・前掲（注3）70頁参照。

[32] 森・前掲（注29）311頁。

[33] 多数意見は、国籍法の「趣旨」を「全部無効」・「部分」無効の選択（全部無効が「趣旨を没却する」とする）とその解釈可否（「趣旨及び目的に沿う」ことを一つの理由に立法作用にあたらないとする）の両方において用いているのだから、泉裁判官補足意見のこの部分が解釈の可否をも論じている、ひいては、そもそも多数意見においてさえも選択と可否を区別していないようにもみえる。しかし、同じ要素を考慮していても、いかなる問題設定の下で論じているかによって分析しなければならないだろう。また泉裁判官補足意見においては、本段落の最後に「また，『父母の婚姻』の部分を除いて国籍法３条１項の規定を適用することは，憲法の平等原則の下で同項を解釈し適用するものであって，司法が新たな立法を行うものではなく，司法の役割として当然に許されるところである」として解釈の可否について別に述べていることから、上記の条約の趣旨を援用する部分は、無効の選択について述べているものとみることができる。

[34] 森・前掲（注29）310頁。

[35] 芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣、1973）172頁。この記述は、可分性法理のアメリカにおける先駆的研究であるRobert L. Stern, *Separability and Separability Clauses in the Supreme Court*, 51 HARV. L. REV. 76 (1937)に主としてよっている。

[36] 長谷部・前掲（注23）84頁。

[37] 国籍法3条1項の合憲性と司法的救済」青森県立保健大学雑誌11巻（2010）1頁、14頁、常本・前掲（注14）105頁、長谷部・前掲（注23）83頁、吉田・前掲（注21）173頁、森・前掲（注29）300頁。

[38] 藤井俊夫『憲法訴訟の基礎理論』（成文堂、1981）32頁。また、［宍戸・2009］77頁も参照。

[39] この点、［宍戸・2009］80頁は、多数意見の「全部無効」を否定する際の「立法者の合理的意思」について、可分・不可分の判断基準と読む可能性を指摘している。

[40] ［宍戸・2009］77頁。

[41] 甲斐素直「国籍法三条一項のうち準正を要件とする部分の可分性と憲法十四上違反」判例評論577号（2007）2頁、6頁。

[42] 芦部・前掲（注35）172頁以下、時國康夫『憲法

訴訟とその判断の手法』（第一法規、1996）94頁以下、143頁以下参照。

[43] ［宍戸・2009］77頁。

[44] ［宍戸・2012］83頁は、端的に「今後は可分性に関する判例実務および学説の深化が求められよう」としている。

[45] 奥田・前掲（注15）3頁は、「法規範は、当然のことながら、明文の規定だけではない。準正子に国籍取得を認める規定の反対解釈として、認知のみを受けた子には国籍取得届を認めないという法規範が存在している」としている。棟居快行『人権論の新構成 憲法論集1』（信山社出版　1992）146頁も同旨。

[46] John C. Nagle, *Severability*, 72 N.C. L. REV. 203, 204 (1993).

[47] Gillian E. Metzger, *Facial Challenges and Federalism*, 105 COLUM. L. REV. 873, 885 (2005)（適用可分性（application severability）と文言可分性（text severability）を区別する）.

[48] Rachel J. Ezzell, Note, *Statutory Interdependence in Severability Analysis*, 111 MICH. L. REV. 1481,1482 (2013)（それぞれを、①単純分離（simple severance）、②複合分離（compound severance）③全体無効化（total invalidation）と呼ぶ）.

[49] ［宍戸・2012］81-83頁。

[50] 日本においては、ほとんどみられないが、例として次のようなものがある。国家公務員法第1条第4項「この法律のある規定が、効力を失い、又はその適用が無効とされても、この法律の他の規定又は他の関係における適用は、その影響を受けることがない。」金融商品取引法第196条「この法律のある規定が無効であるとされた場合においても、この法律の他の規定は、これによって影響されることはない。」

[51] United States v. Jackson, 390 U.S. 570, 585 & n.27 (1968)（「最終的な可分性の決定が可分性条項の有無次第となることはめったにない」）.

[52] David H. Gans, *Severability as Judicial Lawmaking*, 76 GEO. WASH. L. REV. 639 ,649 and n.51 (2008)

[53] *Id. See also*, Stern, supra note 35, at 122.

[54] *See* Alaska Airlines v. Brock, 480 U.S. 678, 686 (1987).

[55] Regan v. Time, Inc., 468 U.S. 641, 653 (1983); *Alaska* , 480 U.S. at 686 （「可分性条項を欠くとき、議会の沈黙は単なる沈黙であって、不可分性の推定を生じせしめるものではない」）、ただし、可分性条項がある場合とそうでない場合の可分性推定において、その推定の強さに違いがあるかどうかは現在の法理の下では不明確である。*See*, Ezzell, supra note 48, at 1490.

[56] 可分性の歴史については、Stern, supra note 35, at 79-82, Kenneth A. Klukowski, *Severability Doctrine: How Much of a Statute Should Federal Courts Invalidate?*, 16 TEX. REV. L & POL. 1, 10-30 (2011) に詳しい。

[57] *See*, Bank of Hamilton v. Lessee of Dudley, 27 U.S. 492, 526 (1829); Stern, supra note 35, at 79.

[58] 68 Mass. (2 Gray) 84 (1854)..

[59] *Id*. at 99.

[60] *See, e.g.*, Lathrop v. Mills, 19 Cal. 513, 530 (1861); Campau v. City of Detroit, 14 Mich. 276, 285 (1866); Gordon v. Cornes, 47 N.Y. 608, 616－17 (1872); State *ex rel*. Huston v. Comm’rs of Perry Cnty., 5 Ohio St. 497, 506－07 (1856).

[61] Allen v. Louisiana, 103 U. S. 80 (1880).

不可分無効の決定としてはUnited States v. Reese, 92 U.S. 214 (1875)が先であるが、*Reese*は、*Warren*を引用していないこと、合憲限定解釈の問題との混同が指摘されていること、事案そのものが合憲の適用でスタンディングの例外としての特徴をも持つことに注意が必要である。

[62] Stern, supra note 35, at 81;（当時はまだ可分性の推定が明示的に述べられることはなかったが、その推定があったことは明らかであると指摘する）.

[63] Eric C. Fish, Severability as Conditionality, 64 EMORY L. J. 1293, 1303 (2015)（条項レベルでの不可分決定について、1910年から1937年の間

に、州法については７件、連邦法については５件あったことを指摘する）.

[64] Williams v. Standard Oil Co. of Louisiana, 278 U.S. 235 (1929).

[65] *id*. at 242.

[66] *id*. at 243.

[67] *See* Hill v. Wallace, 259 U. S. 44 (1922); Railroad Retirement Board v. Alton R. R., 295 U. S. 330 (1935); Carter v. Carter Coal Co., 298 U. S. 238 (1936).

[68] Klukowski, supra note 56, at 21.

[69] 286 U.S. 210, 223-224 (1932).

[70] Fish, supra note 63, at 1304.

[71] Regan v. Time, Inc., 468 U.S. 641 (1983)

[72] 注55参照。

[73] Alaska Airlines v. Brock, 480 U.S. 678 (1987)

[74] 議会拒否権それ自体の違憲性は既にINS v. Chadha, 462 U.S. 919 (1983)で判示されていた。

[75] *Alaska* , 480 U.S. at 684（Hill v. Wallace, 259 U.S. 44, 70－72 (1922)を引用）.

[76] *Id*. at 685.

[77] *Id*.

[78] National Federation of Independent Business v. Sebelius, 132 S.Ct. 2566, 2668 (2012).

[79] *Id*. at 2607.

[80] *Id*.

[81] *Id*. at 2668.

[82] Fish, supra note 63, at 1303.

[83] *Id*. at 13.

[84] Ezzell, supra note 48, at 1485 ; Klukowski, *supra*, note 56, at 25.

[85] Fish, supra note 63, at 1305.

[86] 本節（一）参照。

[87] 本節（一）参照。

[88] Ayotte v. Planned Parenthood of Northern New England, 546 U.S. 320 (2006).

[89] Stenberg v. Carhart, 530 U.S. 914 (2000).

[90] Klukowski, supra note 56, at 26.

[91] *Ayotte*, 505 U.S. 174－77.

[92] Mark L. Movsesian, *Severability in Statutes and Contracts*, 30 GA. L. REV. 41, 45–46 (1995)（「違憲の法律条項に関する確立した可分性法理には、考えられるほとんど全ての根拠に基づいて批判がなされてきている。」）.

[93] Stern, supra note 35, at 98.

[94] Ezzell, supra note 48, at 1489; *See e.g.*, Kevin C. Walsh, *Partial Unconstitutionality*, 85 N.Y.U. L. REV. 738, 744 (2010); Nagle, supra note 46, at 229.

[95] Gans, supra note 52, at 663.

[96] Walsh, *supra* note 94, at 740.

[97] Ezzell, supra note 48, at 1491.

[98] Stern, supra note 35, at 113.

[99] *Id*. at 111.

[100] Fish, supra note 63, at 1308.

[101] *Sebelius*, 132 S.Ct. 2566, 2672.

[102] Fish, supra note 63, at 1295, 1296（「学説もまた、その淵源を説明することなく、不可分性の権限を所与のものとして扱ってきている」）; See also, Ezzell, supra note 48, at 1487.

[103] Fish, supra note 63, at 1306.

[104] *See*, Movsesian, *supra* note 92, at 66-73.

[105] *Id*. at 15-16.

[106] Ezzell, supra note 48, at 1495, and n.93.

[107] Fish, supra note 63, at 1321-1325.

[108] Fallback lawを解釈により読み込むことになる。Fallback lawについては、後掲（注112）参照。

[109] Gans, supra note 52, at 642 n.15.

[110] 注93、注94及びその本文参照。

[111] *See, e.g.*, Laurence H. Tribe, *The Legislative Veto Decision: A Law by Any Other Name*, 21 HARV. J. ON LEGIS. 1, 21–27 (1984); Nagle, supra note 46, at 206; Movsesian, *supra* note 92, at 79-80; Michael D. Shumsky, *Severability, Inseverability, and the Rule of Law*, 41 HARV. J. ON LEGIS. 227, 271–72 (2004); Walsh, *supra* note 94, at 777-788; Ezzell, supra note 48, at 1500-1509; Fish, supra note 63, at 1330-1334.

[112] Fallback lawとは、裁判所が法の一部または全部が違憲であると宣言し、無効化されたこと

を契機として効力を持つようになる予備の規定のことである。(*See*, Michael C. Dorf, *Fallback Law*, 107 COLUM. L. REV. 303 (2007).)

[113] ただし、そのような場合には、ことさらに不可分無効であると宣言する必要性は小さいだろう。

[114] Fish, supra note 63, at 1342

[115] Ezzell, supra note 48, at 1509; *See also*, Nagle, supra note 46, at 228-229.

[116] Michael C. Dorf, *Facial Challenges to State and Federal Statutes*, 46 STAN. L. REV. 235, 293 (1994)（適用上判断への固執は、書換えの危険を導くことや立法府と司法府の間で法律に対する責任の所在が不明確になる等の理由から、不可分性の推定を主張する）; Tom Campbell, *Severability of Statutes*, 62 HASTINGS L.J. 1495, 1498 (2011)（分離はいかなる場合でも憲法第1条に規定される立法手続を介さない立法行為になるから、違憲判断は法律全体を無効にするべきであると主張する）; Gans, supra note 52, at 663.

[117] United States v. Booker, 543 U.S. 220 (2005).

[118] Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976).

[119] Gans, supra note 52, at 667.

[120] Fish, supra note 63, at 1310 and n.67.

[121] Gans, supra note 52, at 656-662. 但し、その理由付けは、可分性問題が違憲性判断の後に決定されるものであるということにつきており、無効の宣言や差止命令それ自体は救済であっても、時機を理由として可分性問題そのものを救済とすることは必ずしも論理的ではないように思われる。

[122] *Id*. at 687-694.

[123] Gansはその例として、Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipe Line Co. , 458 U.S. 50 (1982) と*Buckley*を挙げる。これは、一連の議員定数不均衡訴訟におけるルールと同様のものであると指摘する。

[124] Gans, supra note 52, at 692

[125] Dorf, *supra* note 116, at 252

[126] Heckler v. Mathews, 465 U.S. 728, 739 n.5 (1984)（「拡張か無効化かの選択は連邦地方裁判所の憲法上の権限内にあり、また、通常は無効化よりも拡張の法がより適切であるけれども、当然、裁判所はその救済権限を立法者の意思に反して用いてはならない」）

[127] 学説上もこの点を指摘する。（Evan H. Caminker, *A Norm-Based Remedial Model for Under-Inclusive Statutes*, 95 YALE L.J. 1185, 1185 (1986)（「基底にある法律のスキームを活気づける立法目的をもっとも促進する」救済を決定しなければならない））.

[128] United States v. Booker, 543 U.S. 220 (2005).

[129] *Id*. at 245

[130] *Id*. at 246

[131] *Id*. at 249

[132] *Id*. at 250

[133] *Id*. at 255

[134] Free Enter. Fund v. Pub. Co. Accounting Oversight Bd., 130 S. Ct. 3138 (2010)

[135] *Id*. at 3162

[136] *Id*. at 3161

[137] *Id*. at 3162

[138] *Id*.

[139] Fish, supra note 63, at 1311 n.71（「厳密に考えればこれは可分性の問題ではない、というよりは裁判所がその違憲審査権限を如何に行使するかという問題である」）

[140] 最大判平成14年9月11日民集56巻7号1439頁。

[141] 最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁。

[142] 最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁。

[143] 上村・前掲（注3）64頁以下等。

[144] 最大判昭和51年4月14日民集30巻3号223頁。

[145] 上村・前掲（注3）74頁、常本・前掲（注14）105頁、戸松秀典『憲法訴訟』（有斐閣、2000）214頁など。

判例とは離れて、「可分性を法理」を適用する見解につき、芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣、1981）336頁。なお、高橋和之教授は、芦部教授が論じる配分規定における「可

分性の法理」について、「アメリカの判例の中には、今回の最高裁判例が直面した可分・不可分論と同じ問題を直接的に扱ったものは見い出しえない」と指摘する。（高橋和之「定数不均衡違憲判決に関する若干の考察」法学志林 74巻4号（1977）79頁、96頁以下。）

[146] もっとも、配分規定の性質により客観的に立法者意思が確定している場合とも考えられるかもしれない。ただし、そのように考えた場合、なぜ立法者意思によって、単に「全体」が「無効」となるのではなく、「違憲」の瑕疵まで帯びるのかという点で疑問は残る。

（やまざき　こうすけ　北海道大学大学院法学研究科修士課程修了）