

第三者の憲法上の権利の主張

——第三者没収事件の再考——「憲法的事件争訟性」要件の例外的許容範囲

君 塚 正 臣

はじめに

日本においては、裁判所は、事件争訟性を有さない事件を取り上げることはできない¹⁾。対立当事者の存在、当事者の具体的法的利益などは当然に必要である。憲法判断もまた、憲法76条が規定する「司法権」を根拠として成立する以上、当該訴訟において、憲法を持ち出せば結論に影響するという意味での（憲法）事件争訟性がなければ、裁判所は憲法判断も原則として下し得ない²⁾。憲法判断がどう転んでも、法律以下の法令の解釈適用での解決に影響がないときにも憲法判断は下し得ないのである。

そこで次に、事件争訟性と、憲法事件争訟性というべきものの間に微妙な齟齬が生じたとき、憲法判断を行うべきか。例外はあるのではないか、というのが、整理すれば、一般的な議論としてあったものであった。では、何が、何故、例外なのか。これがこの先の課題である。ここでは、いわゆる第三者の憲法上の権利の援用の問題を取り上げる。当事者の立場に立てば、当事者適格はあるが、憲法事件争訟性における自己の憲法上の権利がないものであり、第三者の立場に立てば、自己の憲法上の権利は有するが、自らが当事者である具体的事件に巻き込まれていない、当該事件においては当事者適格がない、というケースに当たる。これをどう考えたらよいかを検討してみたい。

1 第三者没収事件再考

第三者の憲法上の権利の援用として、あまりにも人口に膾炙してきたものが、1962年のいわゆる第三者没収事件最高裁判決³⁾である。このテーマに沿う著名判例は第三者没収の事案にほぼ尽きている⁴⁾。また、その後、この判例に従い、同様の事件での下級審判決は次々と覆されるに至っており⁵⁾、ほぼこの判決でこの問題は決着した感も強いので、まずは、本判決を検討し直すことから議論を始めるべきであろう。

当時、犯罪者から、犯行時の凶器や、賄賂など、犯罪から得た利益を没収することは認められようが、これが訴外第三者の所有物であるとき、それを、他人である被告人の裁判の結果、自動的に没収することについては疑問とする声が生じていた。特に、それが、事情を知らない善意の第三者の所有物である場合までそうであることには批判があり、最高裁も1957年に、これは憲法29条違反であると認めるに至った⁶⁾。そこで、旧関税法83条は改正され、第三者が所有し、第三者が犯罪の行われることを事前に知らなかった場合や、犯罪後に事情を知らずに取得した場合には没収しないものとされた。その後、善意か悪意かが合憲・違憲の分水嶺とされ、第三者没収の実体法的要件を合憲の線まで絞ることが可能だとする指摘もなされた⁷⁾。だが、同規定は、なお、没収前に第三者に告知・聴聞の機会を付与しなかったため、憲法上も疑

問であるとの批判が続いていた⁸⁾。

1960年の本条に関わる判決⁹⁾では、「訴訟において、他人の権利に容喙干渉し、これが救済を求めるが如きは、本来許されない筋合のものと解するを相当とするが故に、本件没収の如き事項についても、他人の所有権を対象として基本的人権の侵害がありとし、憲法上無効である旨論議抗争することは許されない¹⁰⁾ものであるなどとして上告が棄却された。しかし、これには、「被告人に対し、『主刑プラス没収』の言渡をするのであり、被告人に対する裁判である点においては、その没収が当該被告人の所有物に対するものであると、第三者の所有物に対するものであるとによつて区別はないと考える。しからば、被告人が第三者没収を言渡した裁判に違憲、違法ありと考えた場合には、自己に対する裁判に不服ありとしてこれを上訴によつて争いうる」し、「第三者を証人として法廷に召喚し、証人調の段階においてこれに第三者没収の趣旨を告知し、意見を開陳し、弁解、防禦を試みうる機会を事前に与える」必要があるなどとする入江俊郎裁判官ら5裁判官による意見など、計7裁判官もの反対意見が付され、多数意見はそのまま無差別没収を容認するものだとの批判もあって¹¹⁾、動向が注目されていた¹²⁾。

1962年最高裁判決の事案は以下の通りである。1955年の第一審¹³⁾によると、「被告人兩名は共謀の上、韓国向け¹⁴⁾に貨物を密輸出しようとして所轄税関の輸出免許を受けずに、「大阪港尻無川岸壁で機帆船大栄丸」¹⁵⁾に別紙目録記載の貨物49梱包(原価約410万円)を積載し下関港へ回航した上、「大栄丸にジヨンベルベット18反を積載、同日同港を出航し博多沖合相の島附近海上において韓国向けの漁船蛭子丸に積替えようとしたが途中下関市六連島沖海上で時化に遭つたためその目的を遂げ」ず、関税法118条第1項、刑法60条に反するとして、被告人2名は共に執行猶予3年が付いた懲役6カ月と懲役4カ月を宣告された。荷主は大阪市のAで、受取人は福岡市のBで、被告人

らは途中で変心して韓国に持ち込もうとしたようである¹⁶⁾。荷の所有者は不明であった。

没収について、第一審は、「司法巡査の差押に係る機帆船大栄丸(17.5屯30馬力)1隻及判示別表目録記載の物件並ジヨンベルベット18反は何れも之を没収する」とした。大栄丸は被告人のうち1名が所有し、兩名が共同占有していた。そして、「税関職員の差押に係る主文記載(判示別表反外にジヨンベルベット18反)の貨物は本件犯罪に係る貨物であつて犯人以外の者の所有に係るけれども」「本件犯罪が行われることをあらかじめ知らないで本件犯罪が行われた時から引き続き所有しているものとは認められないから関税法第118条第1項に依り夫々被告人兩名に対し之を没収」と、第三者所有物についてもあっさり宣告したのである。

同年の控訴審¹⁷⁾も、「門司水上署司法警察員の暴行脅迫或は誘導により為された任意性なき供述調書」だとの主張を斥けた後、没収の可否の点についても、「没収を科した原判決別表貨物」が「犯罪貨物であることは、原判示自体から明らかであり、原判決挙示の各証拠と対照すれば被告人等所有の貨物でなく、他人からその輸送を依頼せられたものであることは容易に看取せられるのであるが、右貨物が」韓国人A「の所有に属するや否については原判決も認定していない」と判断した。その上で、「しかし仮に本件貨物が所論のように」A「の所有に係るものとしても、記録」に「に徴すれば、」AとB「とはいとこの親戚関係にあつて」AもB「等と相談の上被告人の本件船舶に積込ましめたもので本件犯行のような危険のあることは予知していたものと認められるので、原判決が」「本件貨物を没収したのはまことに正当である」として、被告人の控訴を棄却したのである。

上告を受けて約7年、即ち前述の2つの先例を超えて最高裁は次のように判示したのである。

「関税法118条1項の規定による没収は、同項所定の犯罪に係る船舶、貨物等で同項但書に該当しないものにつき、被告人の所有に属

すると否とを問わず、その所有権を剥奪して国庫に帰属せしめる処分であつて、被告人以外の第三者が所有者である場合においても、被告人に対する附加刑としての没収の言渡により、当該第三者の所有権剥奪の効果を生ずる趣旨であると解するのが相当である。

しかし、第三者の所有物を没収する場合において、その没収に関して当該所有者に対し、何ら告知、弁解、防禦の機会を与えることなく、その所有権を奪うことは、著しく不合理であつて、憲法の容認しないところであるといわなければならない。けだし、憲法 29 条 1 項は、財産権は、これを侵してはならないと規定し、また同 31 条は、何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられないと規定しているが、前記第三者の所有物の没収は、被告人に対する附加刑として言い渡され、その刑事処分の効果が第三者に及ぶものであるから、所有物を没収せられる第三者についても、告知、弁解、防禦の機会を与えることが必要であつて、これなくして第三者の所有物を没収することは、適正な法律手続によらないで、財産権を侵害する制裁を科するに外ならないからである。そして、このことは、右第三者に、事後においていかなる権利救済の方法が認められるかということとは、別個の問題である。」「従つて、前記関税法 118 条 1 項によつて第三者の所有物を没収することは、憲法 31 条、29 条に違反するものと断ぜざるをえない。

そして、かかる没収の言渡を受けた被告人は、たとえ第三者の所有物に関する場合であつても、被告人に対する附加刑である以上、没収の裁判の違憲を理由として上告をなしうことは、当然である。のみならず、被告人としても没収に係る物の占有権を剥奪され、またはこれが使用、収益をなしえない状態におかれ、更には所有権を剥奪された第三者から賠償請求権等行使される危険に曝される等、利害関係を有することが明らかであるから、上告によりこれ

が救済を求めることができるものと解すべきである。これと矛盾する「大法廷言渡の判例は、これを変更するを相当と認め」、「原判決および第一審判決は、この点において破棄を免れない」としたのである¹⁸⁾。

これにはまず、入江俊郎裁判官による補足意見¹⁹⁾がある。「現行刑事訴訟法の上で証人調の手続には一定の限界があり、証人として尋問するというのが、直ちに防禦の機会を与えたことになるとはいい得ず、また、現行訴訟手続の上で、所有者たる第三者の悪意を認定するにつき、第三者たる所有者を証人として尋問せねばならぬという証拠調上の制約もなく、」「第三者がその所有物を没収される場合には、」「第三者を訴訟手続に参加せしめ、これに告知、弁解、防禦の機会を与えるべきであり、単に第三者を証人として尋問し、その機会にこれに告知、弁解、防禦をなさしめる程度では、未だ憲法 31 条にいう適正な法律手続によるものとはいい得ない」と述べている。

垂水克己裁判官の補足意見も、「現行刑訴法には、被告事件の第三者からその所有物を没収する場合について右のような第三者の利益保護のための特別の手続規定がない。この特別規定が立法されない間は、」「第三者所有物を没収した判決は憲法 31 条違反、従つて同 29 条 1 項違反となる」とした。そして、「一般に、」「その理由として他人の利益が侵害されることだけを主張し、ひいて被告人の自己利益が害される虞ある具体的関係の主張を含まないものは、自己に有利な判決すなわち、原判決を上訴人自身の利益に変更する判決を求めるものでないから適法な上訴理由とならないのが原則である。本件上告理由は、被告人に対する附加刑として第三者所有物が没収されることは違憲であるというのであるが、その理由として、この没収判決の破棄により被告人は附加刑を免れる具体的、必然的關係にあるという主張が含まれていると解されないことはない。とすれば、本件では上告趣意に対して一応次の如く実体判断をすること

はでき」るとした。また、「第三者から所有権を奪つても犯人に対しては懲罰にも教育にもならず」「多数意見に従えば、適法手続の立法されるまでは、実際は故意過失ある第三者たる所有者も、被告人も、不当に没収を免れる判決を受ける不正義が通ることになろうが、やむをえない」とも述べたのである。

奥野健一裁判官の補足意見は、本件の「場合でも所有者たる第三者は民事訴訟により救済を求め得ると論ずる者もあるが、国が一方において没収の対象たる物件が被告人の所有物であると第三者の所有物であるとを問わず、等しく没収により国庫に帰属せしめるという制度を採りながら、他方で第三者たる所有者に、没収の判決確定後でも、民事訴訟により国家に対し没収に係る物件の返還又は不当利得の返還の請求を許容するというが如きことは国家意思の矛盾であつて、到底是認することを得ない」とした。

対して、藤田八郎裁判官の少数意見は、「被告人は第三者の所有権を対象として、第三者の権利が侵害されることを理由として上告を申立てることは許されない」というものであった。

山田作之助裁判官の少数意見は、「被告人以外の第三者の所有物であつても、密輸入に係る宝石の如く、関税法118条等に規定されているもの等については、何人がこれを所有しているとしても、これを没収する必要が国家的見地からみて認められるときは、実体法上（刑法、関税法等で）、これら物件を没収し得ると規定することは、もとより、不当でも違憲でもない」し、「実体法上第三者の所有物を没収し得るとの規定があつても、その規定を実現するには、必ず、刑事訴訟法において、何らかの方法により（例えばその第三者を民訴における参加手続、若しくはかつての附帯私訴手続の如く）その訴訟の当事者とする（判決書に少くともその第三者が当事者として記載され得る）手続を要するのであつて、今その手続規定を欠くに拘らず、訴訟法の根本理論を無視し、被告人に対する附加刑としての没収の言渡の効果が第三者に

まで及ぶと解することは、到底これを是認することが出来ない」というものである。

下飯坂潤夫裁判官の反対意見²⁰⁾は、「被告人以外の第三者の所有に係る物件の没収が附加刑として言い渡された判決に対し、没収物の所有者でない被告人がその憲法上の効力を争つている本件のような場合は、該没収の裁判が没収物の所有者たる第三者に対し違憲か否かを判断する必要は毫末もないのであり、したがつて、本判決は右に反し不必要な憲法判断をしている」と断じる。「憲法81条の下で裁判所に付与されている違憲審査権は司法権の範囲内で行使すべきであり、」「自己に付き適用されない又は自己に合憲に適用される法令等を、他人に適用される場合、」特に「違憲審査の対象となる法令等により当事者が現実の具体的不利益を蒙っていない」とときには、「その違憲性についての争点に判断を加えることは、将来を予想して疑義論争に抽象的判断を下すことに外ならず、司法権行使の範囲を逸脱する」として、本件でも、「没収物の所有者たる第三者が賠償請求権を行使するかどうかは未定の問題であり、この危険は未確定、抽象的なものに止る」ので、「悪意の第三者の所有物の没収は憲法29条に反するものではない」と言う。そして、「被告人は没収に係る貨物を密輸出せんとした犯罪者であり、悪意者なのであるから本件没収の裁判確定により被告人がその物の占有権を奪われ、またはこれを使用収益し得ない状態におかれるに至つても、その結果被告人は憲法29条の財産権を不法に剥奪されたことにはならないし、また被告人に対しては告知、弁解、防禦の機会が与えられているのであるから、右没収の裁判確定により被告人が自らの憲法上の権利を現に侵害されていない」などとしたのである。

この判決は、憲法31条²¹⁾が刑事手続の法定だけではなく、その適正も要求していることを、しかも財産刑についても明確にした点でも重要である²²⁾が、本稿で取り上げるべきは、無論、「一旦適法に成立した訴訟内で攻撃防禦の方法

として違憲の主張をなす『適格』²³⁾の方であり、換言すれば、事件争訟性が成立しているときに、「どのような形態や範囲において憲法上の争点を提起できるかという問題の一局面としてみるべき」²⁴⁾かという点である。この頃の下級審から最高裁判例、個別意見まで見ると、一方には、違法に占有している物の没収は、およそ特段の司法手続なしに可能とする立場があった²⁵⁾。その中には、没収に保安処分的な性格を認める立場もある²⁶⁾。他方、第三者の所有物を没収するには、第三者に対し、被告人にするに匹敵する告知・聴聞（弁解）の機会を付与せねば適正手続ではないとする立場もあった。加えて、1962年判決には、あくまでも被告人に対するもので第三者には効果が及ばず、被告人が第三者の権利を理由に上告することを否定したり、第三者が改めて訴訟で争えばよいとしたりする意見もあった。判例はこの間を動いたのである²⁷⁾。

なお、この判決のままでは、本当は被告の所有物でありながら、あたかも第三者の所有物だと主張して没収を免れようとする事態も発生し始めてきた²⁸⁾こともあり、「刑事事件における第三者所有物の没収手続に関する応急措置法」が制定されるに至っている²⁹⁾。

2 第三者の憲法上の権利の判例展開

第三者没収事件をきっかけに、「被告人が自分のことを何も言わないで第三者の権利だけを援用して違憲を主張してきた場合には、門前払いと申しますか、はねてもいい」³⁰⁾のだとしても、ではどのような場合にその憲法上の主張を認めるのか。日本でも、裁判において第三者の憲法上の権利の援用の範囲について議論され始めたが、1962年判決に先行して、同じく付随的違憲審査制を採るアメリカの憲法訴訟論の研究が、芦部信喜によってまずなされた。

アメリカの *Ashwander v. TVA*³¹⁾ におけるブランドイス裁判官補足意見が指摘したように、「まず当事者が違憲を主張する国家行為によって個人の法律上の利益を侵害されねば」「憲法

上の争点を提起する当事者適格」はない³²⁾であろう。そして、医師が患者の憲法上の権利を根拠に憲法判断を求めることは、当事者適格³³⁾がなくできないとする連邦最高裁判例もある³⁴⁾。まず、第三者の憲法上の権利を援用して当該第三者の権利のみを擁護することが目的であってはならず、その結果、自己の権利利益が保護される当事者こそがこのような援用ができるものであることは、真っ先に確認されるべきである³⁵⁾。そして、事案の解決に無用な第三者の権利に対する憲法判断を下すべきでもない³⁶⁾。

これに対して、アメリカ連邦最高裁判例には、黒人差別の約款を破った白人当事者に、この点を争う、つまりは訴訟上第三者である黒人の憲法上の権利を援用する適格を認めた判断もある³⁷⁾。主な理由に、このまま州裁判所による判決を放置してしまうと、憲法修正14条違反を常態化させてしまう状況にあったことが指摘できる³⁸⁾。*NAACP v. Alabama*³⁹⁾ は、州が団体にその会員の氏名・住所などの記録を求めた事案であるが、連邦最高裁は、もし、会員が訴えを起せば当該団体の会員と知られ、経済的報復や敵意を浴びるという事情も踏まえ、会員自らが権利侵害を訴えられないとしても、団体に会員の権利を援用することを許したのである。

アメリカにおける第三者の憲法上の権利の援用のルールは、合衆国憲法3条の事件性の要件から要求されるものではなく、分別に基づく（prudential）自制的なルールであり、「裁判上の慣行準則」（rule of practice）であるとされる⁴⁰⁾。政策的理由により、また法律により例外が認められている⁴¹⁾。これは、いわゆるスタンディングの問題ではなく、「訴訟の場に適切に登場している（または登場させられている）者がどのような争点を提起しうるのかという次元の問題である」⁴²⁾と、芦部は述べる。

そして芦部は、以上のアメリカ連邦最高裁判例を踏まえ、「4つの要素が見出される」⁴³⁾と論じ、また、「一定のかぎられた場合」にのみそれが「許されることは、疑いない」⁴⁴⁾と断じた。

第1には、「他人の憲法上の権利を援用して国家行為を攻撃する者の訴訟における利益の程度の違い」があると言う⁴⁵⁾。適格を認めた事件では、「もし他人の権利を主張する利益なしと判断されれば、原告に損害賠償をしなければならない」⁴⁶⁾とか、団体が「会員の権利を援用することができなければ、重い罰金刑に処せられる」⁴⁷⁾などの事情があったのだと言う。こうなると、訴訟当事者が「自己に対する回復できない損害を主張しているのだから、そのstanding to sueについては問題がない」⁴⁸⁾というだけのことも含んでいるように思われる。但し、芦部は、刑事裁判の証人として出頭を求められた海外居住の米国民が、それを拒絶して侮辱罪に問われ、国内の財産を差し押さえられた事件で、アメリカ連邦最高裁が当事者適格を否定した判決⁴⁹⁾を取り上げ、「第三者が独立に争うことは十分に可能である」ことを理由に、この判断を肯定的に捉えており⁵⁰⁾、改めて第三者が別途訴訟を提起して、自らの権利侵害として争える場合に、第三者の憲法上の権利の援用を認める必要がないことを示唆したと思われる。

第2に、「援用される憲法上の権利の性格」であり、例えば「優越的地位をもつ思想表現の自由か」などという点であるという⁵¹⁾。逆に、アメリカ連邦最高裁の「財産権その他の経済的自由が問題となる事件では、」⁵²⁾「ほとんどここでいう援用者のstandingが認め」られない⁵²⁾。

なお、芦部は、United States v. Reese⁵³⁾を例に、大「原則を刑事法に適用して憲法問題を回避すると、『右刑事法が、その禁止する行為をもはや明瞭に警告しなくなるという状態を作り出すほどに、法律の文言の改正が必要となる場合』」も、第三者の憲法上の権利の援用を認めるべきだと述べ⁵⁴⁾、この場合には「法律の合憲的な部分と違憲的な部分が不可分の関係にある場合、被告人は、違憲的に適用される可能性のある第三者の権利侵害を主張する利益をもつ」としている⁵⁵⁾のである。これは刑事手続上の権利であることを重視したものとすれば、

憲法上の権利の性質に基づく議論であろう。

第3に、「援用者と第三者との関係を当然考慮に入れるべきであることは、いうまでもなからう」と芦部は述べる⁵⁶⁾。「事件前から援用者と第三者との間に実質的な関係が存在する場合に、援用者の他人の権利を主張する利益が認められる可能性は、はるかに大きい」⁵⁷⁾。対して、「偶発的な関係しか認められないときは、援用される権利がかなり高い価値をもつものであっても、第三者がみずから独立の訴訟を起こす可能性とその実効性が存在する場合がほとんどであるし、かりにその可能性がなくても、そこで援用される権利が低い価値しか認められない場合には、援用者のstandingは認められない」とする⁵⁸⁾。このため、私立の教区学校が保護者の有する教育の自由を援用したPierce v. Society of Sisters⁵⁹⁾など、援用者と第三者が専門的な職業関係で密接に結びついているときは、第三者の憲法上の権利の援用が認められ易い⁶⁰⁾。市川正人が、「法律の訴訟当事者への適用が第三者への違憲の適用と不可分に結びついている場合」⁶¹⁾とするものとほぼ同じであろう。

最後、第4に、「第三者が独立の訴訟で自己の権利侵害を主張することが實際上可能かどうか」だと言う⁶²⁾。そして、「第三者の権利を主張する利益を認めることは、『本来許されない筋合のもの』であることは、いうまでもない」ので、「この司法審査の基本原則に対する例外を認めるためには、強度の必要性が存在しなければならない」ので、この「要素こそ、それにもっとも強い理由を提供する」と述べた⁶³⁾。

以上を踏まえて、芦部は、当時のアメリカでは「判例理論も十分に固まっているとはいえない」⁶⁴⁾としながらも、「ある法律が適用された訴訟当事者が、もし適用上の不可分性を証明することができれば、右当事者は法律の適用範囲にある第三者の権利利益を理由として、その法律を攻撃することができる」とした⁶⁵⁾。4要素を要約するならば、第三者が自ら訴訟を提起できず、そのままだとその第三者と密接な関係を

有する者の重要な権利が侵害される場合は、例外としてその第三者の憲法上の権利を援用してもよい、ということなのであろう。

なお、芦部の整理については、第1は、第三者没収事件の事案もこれに含まれるが、「第三者の権利保護の趣旨・範囲が訴訟当事者に対して派生的保護を与えることになるかどうか（つまり本質はあくまでも当事者自身の利益主張）の観点から捉えうる」⁶⁶⁾ 場合であり、第2と第4は「訴訟当事者には、『派生的保護』は及ばず、したがって当該違憲主張は当事者の利益ないし事件と無関係であるが、裁判所が、司法政策的観点から付随審査制の例外として、当該訴訟において第三者固有の権利の保護を図ろうとする場合」であり、第3は「団体とその会員の関係のように、実質的には『第三者』とよべない関係を含んでおり、カテゴリー自体必ずしも適当とは思われない」ものだとする、棟居快行の分析がある⁶⁷⁾。とは言え、芦部の整理を基礎に、批判も含めて、長く日本の憲法学界で議論されてきたことは確かであろう。

この後、アメリカ連邦最高裁は、第三者の憲法上の権利の主張をより広く認めるようになったと言われる⁶⁸⁾。例えば、21歳未満の男性へのビールの販売を禁ずる州法が性差別であり、中間審査基準の下で違憲とされた著名判決でも、当該男性が判決時に21歳以上となっているが、ビール販売業者による、当該男性の憲法上の権利の援用を認めている⁶⁹⁾。敗訴した場合の売主の潜在的買主の権利に対する影響を理由に、スタンディングを簡単に認めたのである⁷⁰⁾。これらを見ると、「厳格な付随的違憲審査制からの逸脱を過大評価すべきではない」⁷¹⁾としても、最早、「第三者自身による権利主張に対するなんらかの障害があれば、第三者の憲法上の権利の主張を主張するスタンディングは認められ」⁷²⁾ている。加えて、その後、修正1条の事案の文面審査の際には、このような当事者適格の拘束は妥当しないことを確認している⁷³⁾し、刑事被告人は、陪審員選任段階で人種に基づ

く専断的忌避に対して、平等保護条項に基づく権利の主張ができることとされていた⁷⁴⁾。

ところで、芦部はこれだけアメリカの連邦最高裁判例を検討しながら、肝心の第三者没収に匹敵するような例を取り上げていない。実は、アメリカにおける第三者没収手続のうち、第三者の権利に関わる場合は別途、分離手続が提起されなければならない、刑事没収が連邦で立法されたのはやっと1970年のRICO法と薬物規制法からなのである⁷⁵⁾。コモンローでは重罪者の財産は全部没収であったが、アメリカ合衆国は建国に当たってこれを継受しなかったのである⁷⁶⁾。対して、伝統的で大半を占め、特に薬物規制法で多用されている⁷⁷⁾民事没収では、そもそも日本の刑事事件のような問題にならないからである。民事没収手続では、犯罪から得た収益の没収は1978年の法改正まで行われていなかった⁷⁸⁾。民事没収手続は規定が100以上あると言われ⁷⁹⁾、刑事事件とは完全に独立した特別の対物手続であり⁸⁰⁾、「物」自体が損害の惹起について有罪だと擬人的に説明され、「被告人」は所有者ではなく物自体なのであって⁸¹⁾、犯人以外の第三者の所有物であっても、所有者の善意・悪意を問わず没収してもよいのが原則である⁸²⁾。ただ、その後、現在、多くの立法は善意の所有者保護の明文規定を多く有するようになってきている⁸³⁾。「没収対象財産に関するすべての権利や権益は、没収の原因となる行為が行われた時点で合衆国に帰属する」こと（Relation Back Doctrine）の例外として、善意の第三者の抗弁（innocent owner defense）が認められるに至っているのである⁸⁴⁾。このような民事没収が多用されるのは、その簡便さ、財産と一定の犯罪の遂行との関連を「相当の理由（probable cause）」の程度で政府側が証明すれば足りることなどによる⁸⁵⁾。憲法上も、相当の告知と審判の機会だけを要するとされる⁸⁶⁾。

このような広範な没収が修正8条違反ではないのか争われてもいるが、裁判所は消極的である⁸⁷⁾。不動産所有者が、親密な関係にあった

薬物取引者から得た金銭で当該不動産を購入していたため、連邦政府が民事没収をかけたのに対し、アメリカ連邦最高裁が、遡及的な没収から外れる善意の所有者とは対価を支払った善意の購入者に限られないとして、没収を認めなかった例がある⁸⁸⁾。しかし、近年でも、夫が売春婦と自動車内で関係をもったとして、当該自動車を没収する際に、その共同所有者である妻の主張を斥けて没収を行った事案において、アメリカ連邦最高裁が憲法問題は生じないとした例がある⁸⁹⁾。長年、所有者の善意は抗弁として認められてこなかったものである⁹⁰⁾。

アメリカでの没収の多くが刑罰の一種ではなく、対象物件が再び犯罪行為に用いられるのを防止するという観点からの保安処分的没収が主流であった⁹¹⁾ことも大きい。そこでは誰からであれ、取り上げることが重要であり、他方、没収物売却代金の一部を補償金として支払うよう命じる裁量が裁判官に認められている⁹²⁾。これが適切になされれば、その物の保全是微妙だが、善意の第三者たる所有者が財産価値を侵害されることは、最小限度に留められた。

アメリカとは違い、日本では没収は形式的にも実質的にも、民事手続ではなく明らかに刑事手続であり刑罰である。この点で、アメリカでの同様の事案での第三者没収に告知・聴聞が特に不必要であることが、日本でも不必要であるとする根拠にはなり難い。日本において第三者没収が憲法違反とされたのは、没収があくまでも刑事手続の一環であるという日本法の文脈の中、憲法31条が特に刑事手続について厳密な適正さを要求しているからである。民事手続の「断行の仮処分」で第三者の異議を事前に認めるところまで憲法は要求していないと思われ⁹³⁾、この点でも、憲法31条及び32条は刑事裁判に特化して読むべきである⁹⁴⁾。

刑事手続の適正に着目して読めば、1962年最高裁判決の多数意見が、被告人への附加刑を第三者の所有権を剥奪する効果を有すると当然に解していることが問題であり⁹⁵⁾、第三者所有

物没収を被告人への附加刑としていること自体が憲法違反の疑いを生じさせることになる⁹⁶⁾。刑事法学の立場から、刑罰の一身専属性という観点から問題であったとする指摘もある⁹⁷⁾。

このことは、「刑事事件における第三者所有物の没収手続に関する応急措置法」制定後、同法適用不適用に拘らず、なお「第三者」本人に対して告知・聴聞の手続がなければ憲法違反となることを示す。しかし逆に、別の刑事裁判で「第三者」本人に没収を科している際に、被告人たる「本人」の裁判で「第三者」に告知・聴聞の機会を付与しなかったからといって、憲法31条違反の問題は一般に生じない⁹⁸⁾。

では、その後、日本における第三者没収について、裁判所はどのように判断しているか。

いわゆる「シコシコ模索舎」事件において、『面白半分』7月号転載の「四畳半襖の下張」等の冊子を販売目的で所持したため、猥褻文書所持罪で起訴され、うち35冊を没収された被告人らが、「刑事事件における第三者所有物の没収手続に関する応急措置法」に違反したとされた例がある。控訴審⁹⁹⁾は、「本件文書は、「東峰企画」というものから販売の委託を受け」「たもので」、「その所有者は、それが本件文書の製造者、中間取引者、被告人兩名への販売委託者のいずれであつても、本件文書の記載内容を了知し、少なくとも未必的にはそのわけつ性を認識していたこと、被告人兩名への販売委託の際、直接あるいは販売委託者を通じて、被告人兩名と、被告人兩名が本件文書を販売の目的で所持することを共謀していたことが推認されるのであるから、実体法上没収の要件に欠けるところはなく、当該法律の「条項がすみやかに告知または公告をしなければならない」としている趣旨は、没収を必要と認める物の所有者に、問題の被告事件の手続への参加の機会を与え、その権利を擁護しようとするものであるから、仮に右のすみやかにの要件を満たさない告知または公告であつても、右の趣旨に沿うのであれば、なお、告知または公告として有効なもの

とみてよいものと考えられるところ、本件では、既に弁論は終結されてはいたもののいまだ判決宣告にまでは至っていない間に、公告が行われ参加申立の期間が経過したわけであり、適法な参加の申立があれば、請求によりまたは職権で、いつでも終結した弁論を再開して審理を続行することができたのであるから、本件公告はなお有効なものといわなければならない」などとしたのである。公告の遅れを寛容に扱うことも問題であるなど、第三者の権利、特に表現の自由の保全の意欲があまり感じられない。

近年では、電磁媒体の没収も問題となっており、第三者から預かった合法的データも記録されている媒体について、第三者没収の手続によらずとも没収ができるとした判決もある¹⁰⁰⁾。専ら、児童ポルノの所持が問題であるとする判断であり、第三者を参加させて一部消去して返却するなどの措置は考えられていない。この判決でも、あまり第三者への告知・聴聞の保障が十分に果たされていないと思える。

また、宗教法人オウム真理教の解散命令が争われた抗告事件では、1962年判決が引用され、「この手続の当事者ではない特定の第三者の憲法上の権利が右国家行為により侵害される」として、当該国家行為が憲法に違反する旨主張する適格」「を有するかどうかは、右特定の第三者の憲法上の権利の性質、当事者と第三者との関係、第三者が独立の手続において自らの当該憲法上の権利を擁護する機会を有するかどうか、当事者に対し第三者の憲法上の権利主張の適格を認めないときには第三者の権利の実効性が失われるおそれがあるかどうか等を考慮し、当事者に右適格を与えるのが相当と認められる場合は格別、そうでない限りは許されないものというべきである」ことを確認した上で、「抗告人は、抗告人に対する解散命令により、その信徒の憲法13条の規定により保障されている権利が侵害されるから、当該解散命令は憲法上の右条項に違反する旨主張するが、右条項に基づく権利につき、抗告人に前記第三者の憲法上の権利主

張の適格を与えるのを相当とすべき事情について具体的に主張するところがなく、また、右のような事情は認められないから、抗告人には右適格を与えることはできない」と判示した¹⁰¹⁾。

これに対して、被告人が漁具一式を没収された事案で、漁具に有限会社と漁業協同組合が動産売買の先取特権を有しており、第三者が没収物に対して有する権利が制限物権である場合について、当該第三者に何らの告知、弁解、防御の機会を与えることなく、これを没収し、当該第三者が有する制限物権を失わせることは、第三者の有する権利が所有権である場合と同じく、憲法31条、29条に違反するとして、原判決を破棄した控訴審判決もある¹⁰²⁾。「第三者」に所有権者だけではなく担保物権者も加えた点が、適切なものと感じられる。このような判決には、第三者没収の最高裁判例が生きている印象が色濃くあり、憲法から思考した望ましい判断であると評価できよう。

3 第三者の憲法上の権利の援用を考え直す

さて、以上のようなアメリカ及び日本の裁判例を踏まえ、日本の学説は、日本におけるこの問題についてどのように考えるべきだと主張してきたか。これを確認し、再検討したい。

確認すると、一般に、訴訟における第三者の権利の主張が許されないとされるのは、通常、他人の権利侵害を内容とする事項が訴訟物となるわけでもなく、それを主張しても訴訟当事者本人の利益にならないからである¹⁰³⁾。また、この場合の「第三者」には特定人もあるが、不特定人も想定できる¹⁰⁴⁾。そしてこの問題は、訴訟経済上の問題でもある¹⁰⁵⁾。つまりは、第三者の権利の主張においても、その結果、当該訴訟で当事者が法的利益を得ることは原則として必要であり、そうでないものは適格を欠くと言ってよい¹⁰⁶⁾。論点は、「当事者はどのような違憲の主張をすれば裁判所の憲法判断を引き出しうるかということであ」って¹⁰⁷⁾、訴訟法で通常言われるところの当事者適格、原告適格と

はやや意味が異なる点には留意が必要である。

しかし、この、第三者の権利主張は許されないという原則は、「通説によれば、この原則は絶対ではなく司法の裁量的準則と解され」¹⁰⁸⁾、実際には緩く解されており、こういった「原則がどこまで厳密に妥当しなければならないかは多分に疑問の余地がある」¹⁰⁹⁾とも言われており、「第三者の権利を主張する『適格』は、「アメリカの連邦司法権の行使に特有の要件であり、裁判所の政策的考慮に基づく自己制限の一側面として捉えられるべきもの」¹¹⁰⁾であるなどとする主張もある。1962年判決の事例についても、第三者に有効な手段がないという例外的な場合に該当するとして、同判決を評価する意見¹¹¹⁾が強い。刑事法学からも、刑事処分の謙抑を理由に賛成する意見¹¹²⁾がある。

確かに、裁判所が憲法判断を積極的に行うことはよいことであり、それを制約する理論は寧ろ有害であるかのような空気が憲法学界には多かったと思える。浦部法穂は、「違憲主張の理由は当該当事者自身の憲法上の権利を侵害するという点でなければならないとする理由は、さらさらない。当該国家行為が、憲法の何らかの条項に反するということが言えればよいのである」として、損害賠償訴訟や刑事事件で、当事者有利の判決を得るために政教分離原則違反や自衛隊違憲論を広く主張できると述べた¹¹³⁾。そして、更にこれを進め、第三者没収の事案においては、「被告人に直接科される刑の違憲性が問題になっているのであるから、」「被告人がその違憲を主張しうるのは当然であって、違憲主張の理由に何ら限定を受けるべき筋合のものではない」¹¹⁴⁾、「没収の刑が被告人にとって痛くも痒くもないものだとしても、」「被告人がその刑罰の違憲を主張してはいけないということになるはずのものではない」¹¹⁵⁾と述べている。

戸波江二は、第三者の憲法上の権利を援用する者は、「第1段階として、特定の国家行為によって自己の権利が侵害されたことを主張・立証しなければならないが、次いで、第2段階と

して、当該国家行為が違憲・違法のものであることを主張・立証しなければならない」のであるが、「第1段階での主張が原告・被告適格という意味での当事者適格の問題である」と指摘する¹¹⁶⁾。そして、それをクリアすれば、「第2段階における当該国家行為が違憲・違法」だとする「主張の理由は自己の権利・利益に関係する必要はなく、」「あらゆる方向から違憲の理由をもち出すことができると解すべきである」と言う¹¹⁷⁾。何故ならば、アメリカでも違憲主張適格は裁判官の裁量的な準則に留まるし、日本の訴訟運用ではアメリカほど徹底した当事者主義は採用されておらず、違憲審査権の柔軟な行使という現代的要請があるなどの理由があるからだとする¹¹⁸⁾。そして、「総じて、違憲主張の適格性に関する議論は、実際上の意義ないし効果の点でそれほど大きな意味を有しない」と断じるのである¹¹⁹⁾。こういったことは、戸波の「法律によって抽象的違憲審査制を導入することは憲法上可能である」¹²⁰⁾とする立場を色濃く反映しているように思える。

これらとはやや異なるが、安念潤司も、「訴訟の当事者が訴訟の場で法令等の違憲を主張することに、何ら妨げはない」¹²¹⁾と述べる。そして、「法の解釈適用は、裁判所がその職責として行うべき作業であって、」当事者の主張は「裁判所にとって何ら拘束的な意味をもちえない」し、「当事者の主張がないからといって、ある解釈の採用を断念しなければならないいわれはない」¹²²⁾のだから、「それが訴訟法上、『適法』であったり、『不適法』であったりすることは、一般にない」と断じる¹²³⁾。被告人は、そ「の目的とするところが、自らが無罪の裁判を獲得すること」¹²⁴⁾なのだから、必要なら主張すればよいとし、結局、standingとは「理論上先行している実体法上の解釈論を、別の言葉に言い換えたものではないか」¹²⁵⁾、「刑事法の分野でいえば、結局のところ、当該罰条が被告人との関係で違憲であるか否かという、実体法上の判断を言い換えたものにはかならない」¹²⁶⁾と批判した。

このほか、「わが国の違憲審査の本質を、『事件性』の要件の範囲内でできるだけ憲法保障的な性格をもつものとしてとらえていくという考え方からすれば、何よりも『違憲な』法律が適用されることによって具体的事件の解決がはかれること自体が問題とされるべきであり、その意味では、第三者の権利の援用は広く認める方向で考えるべきである」という見解¹²⁷⁾や、「裁判所」は「訴訟のなかで職権によって違憲判断をすることができる（裁10条2号）」ことを強調した見解¹²⁸⁾も、同様の傾向を有する。

だが、日本国憲法76条の規定する「司法権」が抽象的違憲審査を含まない以上、事件の解決に無用な憲法判断は原則として否定されなければならぬ。一旦、事件争訟性を具備すれば、後は如何様にも憲法判断は自由である、と最高裁が考えている¹²⁹⁾なら、最高裁の自己認識が憲法裁判所であるということであり、疑問である。事件争訟性を踏まえれば、憲法裁判が「第三者の権利行使を代行するボランティア活動」では困るのである¹³⁰⁾。訴訟において第三者の憲法上の権利を援用することが許されるかは、やはり慎重に、どのような例外的な場合において許容されるのかを論じなければならない。松井茂記が述べるように、権利の侵害を受けた者が自らの決定によりそれを争うべきであり、その利益を十分に代表していない他人の訴訟によって自己の権利利益の判断が下されるべきではない¹³¹⁾。「狭義の『第三者の憲法上の権利の主張』は認められないという『原則』は、付随的違憲審査制であることから当然に導かれるものというよりは、付随的違憲審査制のあり方についてのある種の消極的な考え方に基づくものではないか¹³²⁾」という市川正人の指摘もこれに近い。佐藤幸治も、「第三者が自らの権利を主張しえず、または主張することがきわめて困難である」ときや、「訴訟当事者が申し立てている損害が同時にまた第三者の憲法上の権利を奪うような性質のものである場合とか、訴訟当事者と第三者との間にある種の実質的な関係があるよう」

な「場合（例えば、医師と患者との関係のような専門職業的関係）」ならば、言わば限定的・例外的に認めてもよいとしている¹³³⁾。

憲法上の権利を有する「第三者」が自己の訴訟で主張できるかもしれない場合、他人である「当事者」がそれを援用して主張できるのかは、微妙である。「事件の帰結と関係する主張であっても、訴外第三者の権利・自由の主張である場合、第三者の権利の有無をその第三者が出廷していない法廷で判定してしまうこと」¹³⁴⁾への疑問である。踏み込んで言えば、多くの学説は、第三者の憲法上の権利を援用すれば、将来的に第三者の権利保護になる事案を専ら想定しているように思えるのであるが、当事者と第三者の利害が対立するような事案を黙殺すべきではない。第三者がその主張を望まないことも十分考えられるのである¹³⁵⁾。このため、当事者が必要であると考えると、「第三者」の自己決定を常に蔑ろにしてでも、「第三者」の憲法上の権利を常に援用できるかという命題には、原則としては否と答えざるを得ず、あくまでもそれは、緊急性や重大性の観点からそうせざるを得ない例外に限定すべきものである。

市川は、アメリカでの1970年代以降のこの問題におけるスタンディングの拡大を踏まえつつも、そのような主張が認められる場合を整理する。「『第三者の憲法上の権利の主張』が訴訟当事者自身の権利・利益との関連で捉えられる場合には、刑事訴訟の被告人」、「取消訴訟の原告」などに「認められる」とする¹³⁶⁾。「自分自身の権利の侵害を主張するために第三者の権利の侵害を援用する場合」もそうだと述べ、「訴訟当事者の権利が、第三者の権利が保護されていることを権利内容としている」とき、「第三者の憲法上の権利を侵害するが故に違憲である法令を自己に適用すること」が「自己の憲法上の権利の侵害」となるとき¹³⁷⁾、「訴訟当事者が、自己に対する規制が第三者の憲法上の権利を侵害することを指摘して、それが自己に対して正当化理由を持たず、あるいは、正当な政府

目的に仕えず、自己の権利を侵害すると主張するとき¹³⁸⁾などがこれに該当すると言う。また、「自己の法的権利・利益の主張と結びつけることのできない『第三者の憲法上の権利の主張』は」「刑事訴訟においてはその適否をなお問題としうる」としている¹³⁹⁾。

結局、市川は、「我国においては、被告人は、第三者の権利を侵害する行為が自己に不利益を与えていると主張すれば、それだけで第三者の権利の主張を認められる」と結論付ける¹⁴⁰⁾。1962年判決も、常にそれを認めたものと捉える¹⁴¹⁾。多くの事例は、訴訟当事者の権利の問題と捉えることが出来¹⁴²⁾、「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ともに、特定されうる第三者の憲法上の権利を侵害すると主張」する際には、その主張「を認めることは、付随的違憲審査制の枠組みを超え」ないし、「わが国においては、文面審査が当初から措定され、職権による違憲審査が認められてきている等、違憲審査制の憲法保障機能が相当重視されてきたことからして、」1962年「判決の立場は支持されよう」とするのである¹⁴³⁾。更に、このような「文面審査を前提と」する日本の司法では、「自己に適用される法令が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当事者適格を、当該法令の適用によって不利益を受ける訴訟当事者に否定するルールを採用する基盤はないのであり、行政事件訴訟法10条1項の下でも、そのような訴訟が認められるべきであるとするのである¹⁴⁴⁾。

芦部はより慎重であると言ってよい。第三者没収に関する1960年判決を評して、「旧関税法83条1項」が「法律の受範者が一直接・間接の別はあるけれども一複数であって、一方（間接）の受範者に適用された場合に違憲ならば、当然に他方（直接）の受範者に適用された場合に違憲になるというようなケースかどうか」ということを疑問視し、「かように2つの権利が『からみ合っている』（interwined）場合には、直接の受範者に適用された場合に違憲か否かを

決定するためには、間接の受範者に適用された場合に違憲かどうかを決定しなければならない¹⁴⁵⁾と注意を喚起している。そして、「第三者が独立の訴訟で自己の権利侵害を主張することが實際上可能かどうか」が問題であるのに、この種の主張を是認する「多数説はこの点何も触れていない」ことを批判した¹⁴⁶⁾。

この流れからして、芦部は1962年判決多数意見に対して、実は批判的である¹⁴⁷⁾。「被告人には十分に告知・聴聞の機会が与えられているのだから占有権の点は問題にならないし、賠償請求のおそれも第三者の手続的な権利の侵害に由来するのではなく、第三者の所有物が没収されたからにはほかならない。したがって問題は、被告人自身の権利・利益の侵害がないのに第三者の権利侵害を主張して違憲判断を求める当事者適格が被告人にあるか否か」であると述べる¹⁴⁸⁾。その上で、学説の多くが、形式的に「没収が被告人に対する附加刑であること」と、実質的に「第三者の救済方法が少数意見の主張する民事訴訟法の請求や刑事訴訟法497条の活用では『実際上きわめて不十分』である」ことを理由にしている¹⁴⁹⁾が、これだけでは理由は不十分であると述べたいようである。しかし、芦部は、最後に、「没収処分が対世的効力をもち、第三者が独立に救済を求めることが不可能（ないしきわめて困難）だとすれば、私の立場からいっても多数意見の結論が支持されることになるであろう¹⁵⁰⁾」と、かなり限定的に学説の多数と当時新たであった判例にやっと同意しているように見受けられるのである¹⁵¹⁾。

そして、渋谷秀樹は、この立場に近いように思われる。特に、「第三者の権利の享有に関わるような判断を求めることになる場合には、」「第三者の権利主張を禁止すべきことを個人主義の原理が要請する¹⁵²⁾」との部分にはそれが感じられる。但し、1962年判決の事案に関して言えば、芦部説の要求する「第三者の独立の訴訟で自己の権利侵害を主張することの実上の可能性」についての判断は示されていないと

指摘する¹⁵³。「主観的違憲性の主張」のうち、「第三者の権利の主張」であってそれが「訴訟当事者の利益と相称的な者の権利の主張」を念頭に¹⁵⁴、権利の帰属者以外がパターンリスティックな役割を果たすことに反対する¹⁵⁵。そして、「裁判所は機能的に実効的な弁論に依存しており、通常は権利者自身が当該権利の最善の擁護者である」と思えるからであるし、「実効的な弁論が展開されずに下された判決に当該訴訟手続に参加しなかった者を先例拘束性の原理の下で拘束するのは正当ではない」と述べる¹⁵⁶。結局、「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」、「訴訟当事者が訴訟の実効的な擁護者となりうるか否か」、「当該権利に対する侵害を排除し、救済を与える場・機会が存在するか否か」の「③要因を総合的に勘案して例外的に主張を認めると構成されることが望ましい」とする¹⁵⁷。

渋谷はなお、「客観的違憲性の主張」のうち「訴訟当事者の法的地位に影響が及ぶことを論理的に明快に証明できない場合」及び、「主観的違憲性の主張」のうち「第三者の権利の主張」ではあるが、「訴訟当事者と類似の立場にある者の権利の主張」や「その他の者の権利の主張」においては、「他者への法令の適用の違憲性の主張として把握することができる」とする¹⁵⁸。そして、これらは、「原則として、その行動が合憲的に規制される可能性のある者は、法令の係争規定の適用範囲内に入る可能性のある他者とは明らかにその属するクラスを異にするにもかかわらず、あるいはその属するクラスを明確にすることなく、当該規定の文面上の違憲性を主張することはできない」とする¹⁵⁹。但し、これを打ち破る「特殊例外的な状況」があれば、例外的に主張を認めるとしている¹⁶⁰。

そして、「司法権」と事件争訟性の原則を、有力説の中でも最も厳格に適用しようとするのが阪本昌成であろう。「付随的審査制のもとで彼（彼女）は、特定の第三者であれ、不特定のそれであれ、他人の権利侵害またはその蓋然性

を理由に違憲性を争えないのが原則である」と言う¹⁶¹。「攻撃防御の方法として、一定の違憲の争点を提起して憲法判断を求めるためには、一定の制約のもとに置かれる」¹⁶²とされ、「第三者の自律的決定権を尊重すること」や「第三者が、最も鋭利で効果的な主張をするであろうから、第三者が法廷に存在する場合にのみ、裁判所はその法的権利につき判断すべきであること」などの理由から、「裁量上のルール」となったと整理する¹⁶³。そこから、「事実上の損害を被っている本人が、当該法令を自己に適用することは同時に特定の第三者の権利を侵害していることを理由とする違憲主張を許さない」ことになると言う¹⁶⁴。そして、1962年判決に対し、「最高裁のあげた」「理由は、」このような「ルールを破るに十分でない」と批判し¹⁶⁵、「第三者への違憲適用のおそれの主張が例外的に容認された理由は、」[「実際上の困難性に求める以外な」]いと¹⁶⁶。しかし、この立場は、「司法権」概念は他の憲法原則を全て排するほど厳格なものと捉え過ぎているきらいがあり、文面審査の否定などに繋がる恐れもある。

振り返って見ると、第三者没収の1962年判決は、本事案が第三者の憲法上の権利の主張が認められる場合に該当する理由を十分に示したわけではない¹⁶⁷。1962年判決「から直ちに、他人の権利だけを援用して違憲の主張ができるかどうかにについては疑問が残る」¹⁶⁸という慎重な主張は再考するに値する。

1962年判決の事案で、初犯ということで執行猶予が付きながら、被告人らが控訴を望んだのは、積荷まで没収され、荷主に対する損害賠償の問題があるので放置できないと考えたためのものである¹⁶⁹。この判決の本質をここに読み込む有力な見解¹⁷⁰もある。実際、荷主に告知・聴聞を行えば済むことであった。本件では、被告人が突然考えを変えて密輸を試みたようであり、荷主は善意と思われる。また、没収後、善意の第三者による不当利得返還請求も許容される¹⁷¹であろうが、一旦没収しても、それを後に

裁判で争えばよいというのは「国家意思としては、なんとしても、矛盾の譏りを免れない」¹⁷²⁾。所有権者である「第三者」を軸に考えれば、告知・聴聞なしに没収がなされるとすれば、善意が立証できないならば没収という推定有罪であり¹⁷³⁾、許されまい。本件ではそうではなかったようであるが、もし、荷主らが密輸の専門家であれば、裁判で争わず、裁判所による没収の判決がかえって闇の世界での解決を助長することにもなりかねない。密輸の首謀者にも法廷で主張させ、十分な抗弁ができない、ときとして出廷しないならばその責任を負わせて密輸品を没収する方が、純粹に法の支配の完徹としても望ましいのではなかろうか。

だが、他方、所有者や担保物権者が国外にいるなどにより召喚できなければ没収が困難、という問題に逢着しよう¹⁷⁴⁾。また、所有権者が悪意であっても、これ以外に善意の抵当権者があればどうなるのかという疑問もある¹⁷⁵⁾。担保物権者が当初見えず、訴訟提起後に登場することなども視野に入れざるを得ない。被告人の裁判で証人として出廷すれば憲法31条の要件を満たすというものでもない¹⁷⁶⁾。「第三者」本人の告知・聴聞が可能であればこれを行うが、その存在を知りつつ、これを行うことが可能ながら、被告人「本人」に没収を付加することは違憲の疑いが濃いというのが一線であろうか。

第三者没収の事例で、第三者の憲法上の権利の援用が認められるのは、そうすることで一旦没収を止め、当該第三者に司法手続を行うべきことになるからであろう。第三者に告知・聴聞を行う主体的刑事司法手続が保障されていなかったこと、根拠条文が憲法31条であったことが画期的判決を導いた理由であり、仮に、このような手続がありながら、第三者が名乗り出ない場合や、民事の手続における差押え、事後に金銭的代償が可能である単なる財産の収用にまで第三者の憲法上の権利の援用を一般的に認めてよいかは、疑問であることになるであろう。

またもし、そうであれば、第三者として、刑

事事件の証人も含まれ、その権利として黙秘権なども含まれ、これが十分に保障されていない限りは被告人の憲法上の刑事手続の適正が保障されていないと考えられるべきであろう¹⁷⁷⁾。やはりここでは、刑事手続保障の厳密性から、権利を剥奪される者への告知・聴聞の徹底が要求されるという一般化が適切のように思われる。第三者の憲法上の権利の援用の問題は、「第三者」本人への刑事適正手続保障の一端として捉え直されるべきように思われる。

おわりに

第三者の憲法上の権利の援用は、「司法権」ないしそれに付随する付随的違憲審査制からして原則として認められないが、憲法上のより重要な原則から、例外的に認められる場合がある、というのが、一般的な結論であろうか。いわゆる第三者没収の事案は、第三者の刑事手続上の権利が侵害されたこと、善意の第三者が自らこれを争う機会がおよそ考えられず、重要な憲法原則が否定されるのを回避したものと言え、事案を詳細に見て、妥当と解せるものである。

このような主張は、文面違憲の主張とパラレルである。表現の自由を規制する法令が文面違憲とされるとき¹⁷⁸⁾、それは、当事者は、明らかに処罰されてもやむを得ないレベルの活動を行っているにも拘らず、将来の表現者の憲法上の権利（表現の自由）一般を制限し、萎縮させることに鑑みて、当該法令を違憲と宣言し、当事者も救済するのである¹⁷⁹⁾。但し、第三者没収のケースのような「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ともに、特定しうる第三者の憲法上の権利を侵害する」場合ではなく、「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」場合¹⁸⁰⁾である。準じて、精神的自由に関する制度的保障に反する行為がなされた事案でも、当事者の救済が適切かは微妙ながら、最も適切な憲法上の主張者を仮想しつつ、違憲の宣言を行うことは可能と考えるべ

きであろう¹⁸¹⁾。この点、芦部が、第三者の憲法上の権利の援用を論じながら、その延長として「優越的自由が問題となる事件」において文面上無効の場合があることを論じている¹⁸²⁾ことは、同様の例外性を有していることを図らずも示しているよう¹⁸³⁾。これらは、精神的自由の優越的地位や、準じて、選挙権や憲法14条1項後段列挙事由の差別が問題となる事案における例外的判断と解するべきであろう。

このほか、ムート¹⁸⁴⁾や立法の不作为の違憲確認の場合も憲法判断が求められるケースもあるが、やはり、当該事件で争われているものが、集会の自由や選挙権などの重要な憲法上の権利であることを要し、この事案で判断を行わねばならぬほど、直ちには適切な当事者が登場しないことが、その要件として求められよう。逆に言えば、法令の解釈で解決する事案や、当事者が憲法の経済的自由を持ち出している事案では、裁判所はおおよそ憲法判断をするべきではないことになろう。司法権、事件訴訟性に関する原則を覆すには、やはりこれを超える憲法上の根拠が必要¹⁸⁵⁾であることが再認識されよう。

注

- 1) 川岸令和ほか『憲法』〔第4版〕338頁（青林書院、2016）〔君塚正臣〕。
- 2) 同上352頁〔君塚〕。君塚正臣「付随的違憲審査制の活性化に向けて」関西大学法学論集52巻6号81頁（2003）なども参照。
- 3) 最大判昭和37年11月28日刑集16巻11号1593頁。本件評釈には、板倉宏「判批」シュトイエル9号1頁（1962）、脇田忠「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和37年度』223頁（法曹会、1963）、谷口正孝「判批」ジュリスト266号48頁（1963）〔以下、谷口前掲註3〕Ⅰ評釈、と引用〕、同「判批」判例評論54号1頁（1963）〔以下、谷口前掲註3〕Ⅱ評釈、と引用〕、平野龍一「判批」ジュリスト臨時増刊276-2号『憲法判例百選』76頁（1963）、植松正「判批」一橋論叢50巻2号55頁（1963）、河井信太郎「判批」中大法学新報70巻12号55頁（1963）、S・H・E「判批（上、下）」時の法令447=448号108頁、449号

30頁（1963）、田宮裕「判批」ジュリスト臨時増刊307-2号『刑法判例百選』106頁（1964）、同「判批」平野龍一=松尾浩也編『刑法判例百選Ⅰ』〔第2版〕216頁（有斐閣、1984）、奥平康弘「判批」雄川一郎=金子宏編『租税判例百選』242頁（有斐閣、1968）、香川達夫「判批」小林直樹編『憲法の判例』〔第3版〕114頁（有斐閣、1977）、伊藤正己「判批」芦部信喜編『憲法判例百選Ⅰ』昭和37年度144頁（1980）、元山健「判批」上田勝美編『ゼミナール憲法裁判』〔増補版〕205頁（法律文化社、1994）、戸波江二「判批」樋口陽一=野中俊彦編『憲法の基本判例』〔第2版〕156頁（有斐閣、1996）、市川正人「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第4版〕418頁（有斐閣、2000）、今関源成「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル憲法Ⅱ』156頁（三省堂、2000）、松井茂記「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第5版〕250頁（有斐閣、2007）、尾形健「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法Ⅱ』294頁（悠々社、2010）、野坂泰司「判批」『憲法基本判例を読み直す』33頁（有斐閣、2011）、笹田栄司「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第6版〕244頁（有斐閣、2013）、矢口俊昭「判批」同414頁などがある。また、角谷三千夫「第三者没収の違憲判決について」法律のひろば16巻2号9頁（1963）、鈴木義男「第三者没収の手続（1）」警察研究34巻10号17頁（1963）、清宮四郎ほか「座談会・無差別没収の違憲判決をめぐって」ジュリスト268号10頁、12頁（1963）も参照。

- 4) 時國康夫『憲法訴訟とその判断の手法』213頁（第一法規、1996）。
- 5) 最大判昭和37年11月28日刑集16巻11号1577頁、最大判昭和37年12月12日刑集16巻12号1672頁、最大判昭和37年12月12日集刑145号443頁、451頁、461頁、533頁、最大判昭和37年12月19日集刑145号581頁、最大判昭和38年1月30日集刑146号127頁、最大判昭和38年6月19日判時341号1頁、最大判昭和38年12月4日刑集17巻12号2415頁（本件評釈には、清水春三「判批」警察研究36巻2号109頁（1965）などがある）、最大判昭和39年10月20日判時389号81頁、最大判昭和41年5月18日判時445号15頁など。
- 6) 最大判昭和32年11月27日刑集11巻12号3132頁。本件評釈には、青柳文雄「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和32年度』609頁（法曹会、1958）などがある。
- 7) 香川前掲註3）評釈115頁参照。
- 8) 伊藤前掲註3）評釈145頁。
- 9) 最大判昭和35年10月19日刑集14巻12号

- 1574頁、同日判決の刑集14巻12号1611頁も参照。本件評釈には、龍岡資久「判批」ジュリスト215号68頁(1960)、洪川満「判批」法学論叢70巻4号90頁(1962)などがある。ほかに、両判決について論じたものに、宮崎澄夫「『無差別没収』における第三者の救済について」民事訴訟雑誌8号74頁(1962)などがある。
- 10) この点については、被告人に上告の利益がないということなのか、上告の利益を認めた上で第三者の権利を援用することが適法な上告理由ではないということなのか、不明であるとする野坂前掲註3) 評釈44頁の指摘がある。
- 11) 龍岡前掲註9) 評釈72頁参照。関連して、白井滋夫「第三者没収についての若干の考察(2)」警察研究32巻3号89頁、94-95頁(1961)は、没収の効果は第三者にも及ぶと解していた。
- 12) 1960年最高裁判決で反対意見を述べたのは、小谷勝重、島保、河村又介、入江俊郎、池田克、河村大助、奥野健一の各裁判官である。その後、田中耕太郎、小谷勝重、島保の各裁判官が退職し、横田喜三郎、山田作之助、五鬼上堅磐、横田正俊の各裁判官が任命されている。1960年判決の多数意見側から2名が退職し、退職間際の1名が評議に関与せず、新規任命のうち少数意見を述べたのは山田作之助裁判官に留まるので、3裁判官が判例変更に関与したことになり、単純にこれだけでも判決は逆転する。このほかに垂水克己裁判官が意見を変えて大差が付き、この判例変更が裁判官の交代による僅差のものという印象を免れた。ただ、結果として9対5であり、僅か2年の間に判例が変更されたことから、これを「正当化するに足りる十分な理由づけを提示しているか否かは別個の問題である」という佐藤幸治『現代国家と司法権』372頁(有斐閣、1988)の指摘もある。他方、伊藤正己「違憲判決の効果と憲法判例の変更」法律時報35巻2号36頁、41頁(1963)は、少数意見が将来の判例変更の「予測可能性という法の機能に奉仕し」たものであると評価する。
- 13) 福岡地小倉支判昭和30年4月25日刑集16巻11号1629頁。
- 14) 当時の韓国は戦後の荒廃と物資不足の時期で、密輸船は瀬戸内海から関門海峡を抜けて、北九州沖合の白島付近で他船に洋上積替えをすることが多かった。緒方英三郎「第三者没収事件」自由と正義38巻5号17頁、18-19頁(1987)。
- 15) 小型の漁船で、乗組員は被告の広島漁師親子2名である。緒方前掲註14) 文献19頁。
- 16) 緒方前掲註14) 文献19頁。
- 17) 福岡高判昭和30年9月21日刑集16巻11号1630頁。控訴審までは、1955年最高裁判決で7裁判官の反対意見が出る前であり、また、控訴審から最高裁判決まで7年も要したことが被告人側の勝因とも受け取れる。
- 18) 気になる点の一つある。上告から7年経過しているが、一旦没収した荷物の大半は衣服だという。最高裁判決を経て返却されたとして、流行も変わり、商品価値があるとは思えない。結局、荷主は金銭による損害賠償を国や本件被告人に求めることになるのであり、「没収」という不名誉な刑を受けるのはあくまでも「被告人」であると考えれば、将来に向けての違憲判決の意味はさておき、本件解決の限りで没収そのものを否定する意味があったかは謎である。なお、宮崎前掲註9) 論文92-93頁は、当時の救済方法として、刑事訴訟法497条の救済と民事訴訟による救済があり、行政訴訟による没収判決及び執行処分の取消し、国家賠償法による賠償は否定される、とする。
- 19) 「憲法31条にいわゆる法定手続の保障は、単に形式上法律で定めれば、それで本条の要請を満たしたものであるというのではなく、たとえ法律で定めても、その法律の内容が、近代民主主義国家における憲法の基本原理に反するようなものであれば本条違反たるを免れず、単に手続規定のみについてでなく、権利の内容を定めた実定規定についても、本条の保障ありと解すべきであり、更に本条は単に刑罰についてのみの規定ではなく、『若しくは自由を奪われ』という中には、刑罰以外に、国家権力によつて個人の権利、利益を侵害する場合をも包含しているものと解すべきである」と考える。(本条は明治憲法23条の趣旨を引継いだ規定でもあり、明治憲法23条は、刑事上のみならず行政上の逮捕、監禁、審問、処罰についても保障した規定であると一般に解せられていたことと意思合致すべきである。)と述べていることも興味深い。
- 20) 石坂修一裁判官反対意見もこれとほぼ同じである。
- 21) 弁護人は、同様の事件の弁護人が専ら財産権侵害を主張したのに対し、憲法31条違反を展開したのが勝因であったと懐古している。緒方前掲註14) 文献20頁。確かに、白井滋夫「第三者没収についての若干の考察(3)」警察研究32巻4号41頁(1961)は、憲法29条違反の問題に言及し、29条違反ではないとの結論に達している。
- 22) 松井茂記『裁判を受ける権利』15-16頁(日本評論社、1993)。併せて、君塚正臣「日本国憲法31条の射程について—行政の適正手続保障の憲法上の根拠の議論を中心に」横浜国際経済法学13巻2号31頁(2005)、同「『裁判を受ける権利』の作法の発想転換—日本国憲法32条の法意の再再検討」同21巻3号25頁(2013)[以下、君塚前掲註22) II論文、と引用]も参照。
- 23) 野坂前掲註3) 評釈46頁。

- 24) 佐藤前掲註12) 書217頁。
- 25) これに対して、植松前掲註3) 評釈57頁は、「それは文字の末にこだわる概念法学的傾向の強かった時代の産物であって、とうてい正当な解釈とは考えられない」と批判する。
- 26) 白井滋夫「第三者没収についての若干の考察(1)」警察研究32巻1号87頁、90頁(1961)は、1960年判決の高木補足意見をそう評価する。また、この立場は当時有力であった。小野清一郎『新訂刑法講義総論』240頁(有斐閣、1948)など。
- 27) なお、よく議論されるように、本判決が法令違憲なのか適用違憲なのか、あるいは近時主張されるような処分違憲概念の創設を必要とするものなのか、手続が法律に欠けていることを違憲としたのか、松井前掲註22) 書17頁が述べるように、手続を欠いて没収の裁判をすることが違憲と判断したのかも不明である。この点については、君塚正臣「法令違憲—適用違憲とこれのほかに、運用違憲、処分違憲は存在するか」横浜国際経済法学20巻3号29頁(2012)など参照。谷口前掲註3) I 評釈50頁は、「無差別没収を認めた規定(ここでは関税法118条1項)の憲法31条、29条に違反する所以が明確に宣言」された、同51頁は「当該判決(処分)が違憲無効たるに止まらず、広く関税法118条1項の規定自体が違憲無効としている」と評する。樋口陽一『憲法I』524頁(青林書院、1998)同旨。藤木英雄「第三者の所有物に対する没収をめぐる問題点」法律のひろば16巻2号4頁、5頁(1963)は、「判決の趣旨は、」「被告人以外の第三者の所有物の没収一般(かりに手続法的意味における第三者没収というべきか)に及ぶ」と指摘する。清宮ほか前掲註3) 座談会12頁[平野龍一]は、関税法118条が2項を有していないことが違憲であるとする。対して、伊藤前掲註12) 論文36-37頁は、「どちらかといえば、法律を違憲としたのではなく、具体的な没収処分のみを違憲としたとみられる表現が多く、最高裁が正式には裁判書の正本を国会に送付せず、「参考」のために送付したことも指摘しながら、37頁では、判決が「間接的に、関税法の規定の効力に一般的な影響を及ぼしていることを否定でき」ず、「関税法そのものを違憲としたと解するのが自然である」、伊藤前掲註3) 評釈145頁は「具体的な処分のみが違憲であるとしたとみられる」と解している。植松前掲註3) 評釈58頁は、「規定自体を憲法違反だと言っているのではない」と分析する。このほか、清宮ほか前掲註3) 座談会12頁[芦部信喜]は曖昧として判断を保留し、高橋和之『憲法判断の方法』221頁(有斐閣、1995)は「いずれでもない」とするが理由は不明である。
- 28) 白井滋夫「第三者所有物の没収手続に関する応急措置法案について」ジュリスト75号36頁、37頁(1963)。
- 29) 同上40頁は、「第三者に対し、没収の裁判に限って一種の再審の途をひらいたものである」と抑制的に理解している。同法制定過程については、谷口正孝「いわゆる『無差別没収』と憲法31条」法学セミナー90号52頁(1963)、白井滋夫=谷口正孝「刑事事件における第三者所有物の没収手続に関する応急措置法の解説」法曹時報15巻9号1頁、9頁以下(1963)、栗田啓二「第三者没収応急措置法とは何か」時の法令475号17頁(1963)も参照。なお、この法律の制定をもってそれが憲法31条に適合的であることを保証するものではない、松井前掲註3) 評釈251頁、野坂前掲註3) 評釈48頁。酒税法、漁業法のほか、刑法、刑事訴訟法にも同様の規定があり、法改正が求められた。板倉前掲註3) 評釈2頁、同様の規定は1991年制定の麻薬特例法にも見られる。鈴木義男「第三者没収の手続(2)」警察研究34巻11号11頁(1963)は同法の問題点を指摘する。同法の判例としては、最大判昭和39年7月1日刑集18巻6号323頁(本件評釈としては、田宮裕「判批」警察研究36巻11号132頁(1965)などがある)、最決昭和44年7月8日判時561号19頁などがある(本件評釈としては、谷口正孝「判批」ジュリスト臨時増刊『昭和44年度重要判例解説』142頁(1970)、鈴木義男「判批」判例評論131号27頁(1970)、などがある)。なお、谷口は、偽造文書の没収についてまでこのような手続に従う必要がないとする。谷口正孝「偽造文書の没収」司法研修所論集39号1頁(1968)。
- 30) 清宮ほか前掲註3) 座談会21頁[芦部信喜]。
- 31) 297 U.S. 288(1936)。
- 32) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』61頁(有斐閣、1973)。
- 33) この問題については、藤田泰弘「原告適格(Standing)に関するアメリカ判例法の展開」公法研究37号140頁(1975)、市川正人「事件性の要件とスタンディング(1-4・完)」法学論叢112巻5号23頁、6号74頁、113巻3号79頁、6号60頁(1983)、井上典之「司法的救済、原告適格そして公共訴訟」阪大法学141=142号445頁(1987)、渋谷秀樹『憲法訴訟要件論』96頁以下及び283頁以下(信山社、1995)、宮原均「スタンディングと三権分立」東洋法学54巻2号1頁(2010)、同「法令の憲法判断を求める当事者適格」同57巻3号1頁(2014)、成瀬トーマス誠「連邦最高裁判例の歴史におけるスタンディング概念」憲法論叢18号87頁(2011)なども参照。
- 34) *Tileston v. Ullman*, 318 U.S. 44(1943) .

- 35) 市川正人「憲法訴訟の当事者適格(1)」民商法雑誌91巻4号34頁, 40頁(1985).
- 36) 同上44頁.
- 37) *Barrows v. Jackson*, 346 U.S. 249(1953).
- 38) 市川正人「憲法訴訟の当事者適格(2)」民商法雑誌91巻5号104頁, 105頁(1985).
- 39) 357 U.S. 449 (1958). 本判決については, 木下智史「アメリカ合衆国における『結社』観」立命館大学人文科学研究紀要80号121頁(2002), 毛利透『表現の自由その公共性ともろさについて』73頁以下(岩波書店, 2008)なども参照.
- 40) 市川前掲註35) 論文40頁.
- 41) 同上40頁.
- 42) 同上同頁.
- 43) 芦部前掲註32) 書68頁.
- 44) 同上84頁.
- 45) 同上68頁.
- 46) 同上同頁.
- 47) 同上69頁.
- 48) 同上78頁.
- 49) *Blackmer v. United States*, 284 U.S. 421 (1932).
- 50) 芦部前掲註32) 書70頁.
- 51) 同上同頁. 市川前掲註35) 論文42頁もそう指摘する.
- 52) 芦部同上71頁.
- 53) 92 U.S. 214(1875).
- 54) 芦部前掲註32) 書87頁.
- 55) 同上89頁.
- 56) 同上72頁.
- 57) 同上同頁.
- 58) 同上73頁.
- 59) 268 U.S. 510(1925). 本判決については, 上原貞雄「米国連邦憲法上のホームスクールを行う親の権利」広島文化女子短期大学紀要3号5頁(1969), 下村一彦「アメリカ法における公立学校と私立学校の性格」日本教育行政学会年報29号94頁(2003)なども参照.
- 60) 芦部前掲註32) 書77頁.
- 61) 市川前掲註35) 論文43頁.
- 62) 芦部前掲註32) 書73頁.
- 63) 同上74頁.
- 64) 同上110頁.
- 65) 同上90頁.
- 66) 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』152頁(日本評論社, 1984).
- 67) 棟居快行『憲法講義案Ⅰ—理論演習Ⅰ』〔第2版〕203頁(信山社, 1999).
- 68) 市川前掲註38) 論文111頁.
- 69) *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190(1976). 同上113-114頁. 本判決については, 君塚正臣『性差別司法審査基準論』18頁以下(信山社, 1996)など参照.
- 70) 市川同上114-115頁.
- 71) 市川正人「憲法訴訟の当事者適格(3・完)」民商法雑誌91巻6号30頁, 46頁(1985).
- 72) 同上45頁.
- 73) *Secretary of State of Maryland v. Joseph H. Munson Co., Inc.*, 467 U.S. 947(1984). 市川正人「憲法訴訟の当事者適格・再論」佐藤幸治還暦記念『現代立憲主義と司法権』625頁, 633頁(有斐閣, 1998)参照.
- 74) *Powers v. Ohio*, 499 U.S. 400(1991). 市川同上638頁参照.
- 75) 佐伯仁志「アメリカ合衆国の没収制度」ジュリスト1019号16頁(1993). 芝原邦爾「アメリカ合衆国の没収制度」法律時報63巻2号74頁(1991), 岡上雅美「アメリカ合衆国における『犯罪』に対する非刑事的制裁と被告人の憲法上の諸権利」新潟大法政理論31巻3号193頁, 197頁(1998)も参照.
- 76) 佐伯同上16頁. ローリ男爵の裁判が想起される. *Raleigh's Case*, 2 How. St. Tr. 1 (1603). 関連して, 君塚正臣「対審権と伝聞証拠」大沢秀介=大林啓吾編『アメリカ憲法判例の物語』411頁, 420頁(成文堂, 2014)参照.
- 77) 懲罰的損害賠償が一般化しているアメリカでは, ここでも民事制裁が「懲罰」化しているという. 岡上前掲註75) 論文228頁.
- 78) 佐伯前掲註75) 論文19頁.
- 79) 同上同頁.
- 80) B・J・ジョージ・Jr. (鈴木義男訳)「アメリカの没収制度」法律時報35巻13号78頁, 79頁(1963).
- 81) 岡上前掲註75) 論文197頁. 二重の危険の対象である「処罰」ではないとされる. *See, United States v. Ursery*, 518 U.S. 267(1996). 本件評釈には, 林美月子「米判批」アメリカ法[1997-2] 221頁などがある.
- 82) 鈴木義男「善意の第三者の所有物の没収と適正手続」法律のひろば51巻7号64頁(1998).
- 83) 岡上前掲註75) 論文197-198頁.
- 84) 芝原前掲註75) 論文76頁.
- 85) 岡上前掲註75) 論文198頁.
- 86) ジョージ前掲註80) 論文84頁.
- 87) 佐伯前掲註75) 論文20頁.
- 88) *United States v. 92 Buena Vista Ave.*, 507 U.S. 111(1993). 本件評釈には, 佐伯仁志「米判批」アメリカ法[1994-1] 203頁などがある.
- 89) *Bennis v. Michigan*, 517 U.S. 1163 (1996).
- 90) *See, The Palmyra*, 25 U.S. 1 (1827); *Dobbin's Distillery v. United States*, 96 U.S. 395(1878); *Van Oster v. Kansas*, 272 U.S. 465(1921); *Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.*, 416 U.S. 663(1974).

- 91) 鈴木前掲註 82) 論文 67 頁.
- 92) 同上同頁.
- 93) 最判昭和 36 年 5 月 26 日民集 15 卷 5 号 1398 頁参照. 本件評釈には, 三日月章「判批」法学協会雑誌 80 卷 2 号 95 頁 (1963) などがある.
- 94) 君塚前掲註 22) II 論文参照.
- 95) 松井前掲註 22) 書 18 頁.
- 96) 同上 19 頁.
- 97) 藤木前掲註 27) 論文 6 頁.
- 98) 谷口前掲註 29) 評釈 144 頁.
- 99) 東京高判昭和 54 年 10 月 4 日高刑集 32 卷 3 号 235 頁. 本件評釈には, 山本輝之「判批」上智法学論集 25 卷 2=3 号 269 頁 (1992) などがある.
- 100) 東京高判平成 15 年 6 月 4 日刑集 60 卷 5 号 446 頁. 奥村徹「電子媒体上の第三者のデータの没収について」情報処理学会論文誌 46 卷 8 号 2036 頁 (2005) など参照.
- 101) 東京高決平成 7 年 12 月 19 日高民集 48 卷 3 号 258 頁. 本件評釈には, 棚村政行「判批」判例タイムズ 913 号『平成 7 年度主要民事判例解説』208 頁 (1996) などがある. また, 戸松秀典『憲法訴訟』〔第 2 版〕93 頁 (有斐閣, 2008) も参照.
- 102) 高松高判平成 17 年 12 月 139 日高刑集 58 卷 4 号 7 頁.
- 103) 野坂前掲註 3) 評釈 45 頁同旨.
- 104) 時國前掲註 4) 書 203-204 頁.
- 105) 阿部照哉ほか編『憲法』(4) 229 頁 (有斐閣, 1996) [野坂泰司].
- 106) 時國前掲註 4) 書 250-251 頁.
- 107) 浦部法穂ほか「ゼミナール憲法裁判・第三者の権利の主張」法学セミナー 360 号 66 頁, 67 頁 (1984) [浦部].
- 108) 矢口前掲註 3) 評釈 415 頁.
- 109) 佐藤幸治『日本国憲法論』632 頁 (成文堂, 2011).
- 110) 野坂前掲註 3) 評釈 46 頁同旨.
- 111) 例えば, 山下健次「第三者の権利侵害の憲法訴訟」法学セミナー 201 号 94 頁, 96 頁 (1972) など.
- 112) 板倉前掲註 3) 評釈 6 頁.
- 113) 浦部ほか前掲註 107) 座談会 68 頁 [浦部].
- 114) 同上 68 頁 [浦部]. 浦部は, 同文献 69 頁において, 「直接科される刑だ」ということを改めて強調している.
- 115) 浦部法穂『憲法学教室』〔第 3 版〕414 頁 (日本評論社, 2016).
- 116) 戸波前掲註 3) 評釈 156 頁.
- 117) 同上同頁.
- 118) 同上同頁.
- 119) 同上同頁.
- 120) 戸波江二『憲法』〔新版〕440 頁 (ぎょうせい, 1998).
- 121) 安念潤司「憲法訴訟の当事者適格について」芦部信喜還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』359 頁, 363 頁 (有斐閣, 1994).
- 122) 同上 371 頁.
- 123) 同上 372 頁.
- 124) 同上同頁.
- 125) 同上 373 頁.
- 126) 同上 383 頁.
- 127) 藤井俊夫『司法権と憲法訴訟』139 頁 (成文堂, 2007). 中村陸男=常本照樹『憲法裁判の 50 年』316 頁 (悠々社, 1997) も, 憲法保障機能を重視する.
- 128) 樋口前掲註 27) 書 518 頁. 杉原泰雄『憲法 II』414 頁 (有斐閣, 1989) も, 第三者が権利主張困難であるか, 第三者と密接な利害関係にあるときには援用可能という立場である.
- 129) 安西文雄ほか『憲法学読本』〔第 3 版〕328 頁 (有斐閣, 2014) [安西].
- 130) 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的展開』370 頁 (日本評論社, 2013).
- 131) 松井茂記『日本国憲法』〔第 3 版〕106 頁 (有斐閣, 2007).
- 132) 市川前掲註 35) 論文 35 頁.
- 133) 佐藤前掲註 109) 書 632 頁. なお, この「困難」性につき, 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』〔第 3 版〕415 頁 (有斐閣, 2013) は, 「没収により所有権が確定的に国家に帰属するのであれば, 第三者は別訴で争うことはできないから」ということを根拠としているが, それは, 突然の没収をなされた「当事者」や, 甚だしきは露骨な検閲をされた者と同じであって, 理由にならない.
- 134) 渋谷秀樹『憲法』〔第 2 版〕700 頁 (有斐閣, 2013).
- 135) 渋谷前掲註 33) 書 454 頁.
- 136) 市川前掲註 71) 論文 47 頁.
- 137) 同上 48 頁.
- 138) 同上 49 頁.
- 139) 同上同頁.
- 140) 同上 50 頁.
- 141) 市川正人『基本講義憲法』358 頁 (新世社, 2014).
- 142) 市川前掲註 73) 論文 656 頁.
- 143) 市川前掲註 3) 評釈 419 頁. この主張の後半部分は, 平野前掲註 3) 評釈 77 頁も主張している.
- 144) 市川前掲註 73) 論文 668 頁.
- 145) 芦部前掲註 32) 書 111 頁.
- 146) 同上 112 頁.
- 147) 同上 114 頁.
- 148) 同上 115 頁.
- 149) 同上同頁.

- 150) 同上 116 頁。
 151) それでもなお、芦部の主張は、「第三者が独立の訴訟で自己の権利侵害を主張することが実際上可能かどうかをより精密に論証すべきだと指摘」したものとする評価がある。山下前掲註 111) 論文 95 頁。
 152) 渋谷前掲註 134) 書 702 頁。
 153) 渋谷前掲註 33) 書 399 頁。
 154) 区分について、同上 453 頁の分類図参照。
 155) 同上 454 頁。
 156) 同上同頁。
 157) 同上 454-455 頁。
 158) 同上 455 頁。
 159) 同上同頁。
 160) 同上 456 頁。
 161) 阪本昌成『憲法理論 I』〔補訂第 3 版〕420 頁 (成文堂, 2000)。
 162) 同上 420 頁。
 163) 同上同頁。
 164) 同上 421 頁。
 165) 同上同頁。
 166) 同上 422 頁。
 167) 矢口前掲註 3) 評釈 415 頁。
 168) 池田政章「違憲審査制」『憲法講座 4—司法・財政・地方自治・最高法規・改正』56 頁, 73 頁 (有斐閣, 1959, 参照した第 7 刷は 1969)。
 169) 緒方前掲註 14) 文献 19 頁。
 170) 長谷部恭男『憲法』〔第 6 版〕430 頁 (新世社, 2014)。
 171) 谷口前掲註 3) II 評釈 4 頁。
 172) 同上 3 頁。
 173) 緒方前掲註 14) 文献 20 頁。
 174) 河井前掲註 3) 評釈 67 頁。
 175) 谷口正孝「第三者所有物の没収」判例評論 34 号 4 頁 (1961)。
 176) 同上 7 頁。
 177) 平野前掲註 3) 評釈 77 頁。
 178) 君塚正臣「事前抑制と教科書検定一家永教科書裁判第一次訴訟最高裁判決」東海大学文明研究所紀要 15 号 95 頁 (1995), 同「明確性の原則」戸松秀典=野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』324 頁 (有斐閣, 2012), 同「過度に広汎性ゆえ無効の法理」横浜法学 23 巻 2 号 1 頁 (2014) など参照。
 179) 時國前掲註 4) 書 240 頁以下参照。関連して、浦部法穂は、「漠然不明確な場合」について、第三者の憲法上の権利の援用が可能かという戸

- 波江二の質問に対し、「表現の自由については認められる」が、「財産権については認められないだろう」と回答している。浦部ほか前掲註 107) 座談会 69 頁 [浦部]。
 180) 尾形前掲註 3) 評釈 295 頁の分類による。
 181) 国の政教分離違反の場合について、君塚正臣「政教分離と原告適格」榎原猛古稀記念『現代国家の制度と人権』194 (法律文化社, 1997) 参照。
 182) 芦部前掲註 32) 書 93 頁以下。
 183) 松井茂記『アメリカ憲法入門』〔第 7 版〕91 頁 (有斐閣, 2012) もそう指摘する。また、樋口範雄『アメリカ憲法』151 頁 (弘文堂, 2011) は、「過度の広汎性 (overbreadth) ゆえ違憲とする場合の例外」を「第三者の代わりとなる当事者適格」の一例として解説している。
 184) 君塚正臣「成熟性・ムートネスの法理—『司法権』要件の動中静的要請」横浜国際社会科学研究所 20 巻 4=5=6 号 13-28 頁 (2016) 参照。
 185) 二重の基準論は重いということである。この点に関して、君塚正臣「二重の基準論の根拠について」横浜国際経済法学 16 巻 1 号 1 頁 (2007), 同「二重の基準論の応用と展望」同 17 巻 2 号 1 頁 (2008), 同「二重の基準論とは異質な憲法訴訟理論は成立するか—併せて私人間効力論を一部再論する」同 18 巻 1 号 17 頁 (2009), 同「二重の基準論の意義と展開—『二重』は『三重』ではない」佐藤幸治古稀記念『国民主権と法の支配下巻』31 頁 (成文堂, 2008), 同「司法審査基準—二重の基準論の重要性」公法研究 71 号 88 頁 (2009) など参照。

付記

本稿は、平成 25 年度—29 年度日本学術振興会科学研究費基盤研究 (C) 一般「司法権・憲法訴訟論の総合構築」(課題番号 25380029) による研究成果の一部である。本稿では、原則として敬称は略させて頂いた。

本稿執筆中に、法律系の事務のトップであられた法科大学院院長の鈴木誠彦氏が亡くなられた。明田川玲前係長に続く本学在職中のご逝去である。謹んで哀悼の意を表します。

[きみづか まさおみ 横浜国立大学大学院国際社会科学研究院教授]