

## 「適用違憲」の可能性

折田, 雄哉  
九州大学法学部

<https://doi.org/10.15017/1833542>

---

出版情報：学生法政論集. 10, pp.1-12, 2016-03-25. 九州大学法政学会  
バージョン：  
権利関係：

# 「適用違憲」の可能性

折 田 雄 哉

## 〈目 次〉

はじめに

### I 憲法判断の方法

1. 違憲審査の方法
2. 違憲判断の方法

### II 適用違憲と他の手法との異同

1. 法令違憲との異同
2. 合憲限定解釈との異同
3. 部分違憲との異同

### III 適用審査優先の原則

### IV 検討

1. 立法府との「対話」という視点
2. 「対話」における適用違憲の可能性

おわりに

## はじめに

「適用違憲」判決を下したことで著名ないわゆる時国判決<sup>1</sup>が、上告審<sup>2</sup>によって「法令が当然に適用を予定している場合の一部につきその適用を違憲と判断するものであって、ひっきょう法令の一部を違憲とするにひとし [い]」と非難されて以来、「適用違憲」は影を潜めることとなった。しかし、この説示を素直に読めば、部分違憲に対しても否定的な評価を与えていると考えられるところ、最高裁はここ十数年の間に立て続けに部分違憲判決を下しており<sup>3</sup>、「適用違憲」をめぐる状況にも変化が生じているように感じられる。そこで本稿では、まず前提となる憲法判断の方法について概観したうえで、「適用違憲」に焦点を当て、その可能性について検討することにした。

---

<sup>1</sup> 旭川地判昭和43・3・25下刑集10巻3号293頁。

<sup>2</sup> 最大判昭和49・11・6刑集28巻9号393頁。

<sup>3</sup> 郵便法違憲判決（最大判平成14・9・11民集56巻7号1439頁）、在外邦人選挙権訴訟違憲判決（最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁）、そして国籍法違憲判決（最大判平成20・6・4民集62巻6号1367頁）。

## I 憲法判断の方法

従来、一般に違憲審査の方法については文面審査と適用審査に大別され、違憲判断の方法については法令違憲と適用違憲に大別されると考えられてきた。しかし近年、違憲審査の方法における「文面審査の拡張」と違憲判断の方法における「適用違憲の縮小」という大きな変化が生じる<sup>4</sup>とともに、処分審査及び処分違憲という概念も含めた検討が加えられるに至っている。そこで以下では、こうした近年の傾向を踏まえて、これらの用語法の整理を行うことにする。

### 1 違憲審査の方法

芦部教授の説明によれば、文面審査とは「立法事実をとくに検出し論証せず、法律の文面を検討するだけで結論を導き出す方法」<sup>5</sup>であり、その例として検閲該当性や法文の明確性が争われる場合が挙げられる。しかし、この定義によれば、立法事実<sup>6</sup>を踏まえた上で法令の目的・手段を検討するといったような、私たちになじみの深い審査手法が「文面審査」の対象に含まれず、適切な位置づけが与えられないことになってしまう。そこで近年では、このように立法事実を踏まえて法令の内容を審査する手法も「文面審査」に含めて理解されるようになってきている<sup>7</sup>。そのため、文面審査とは、「ある法令の『文面上の』合憲性・違憲性を検討する審査方法」<sup>8</sup>であると定義され、ここには、立法事実を考慮せず法令の用いる文言そのものに着目する審査方法と、立法事実を考慮に入れた上で法令の内容を審査する方法が含まれることとなる。以下、前者を「狭義の文面審査」、後者を「法令内容審査」と呼ぶ。両者を含む「文面審査」では、司法事実<sup>9</sup>を審査の直接の対象とはせず、法令を一般的・客観的に審査するという点が重視されているのである。

これに対して、適用審査とは、「法令の当該事件に『適用される限りでの』合憲性を審査する方法」であり、「法令の合憲性を当該訴訟当事者に対する適用関係においてのみ個別的に判断しようとするもの」<sup>10</sup>であるとされる。このように、適用審査は、当該事件に係る

---

<sup>4</sup> 山本龍彦「違憲審査の手法と憲法判断の方法」法律時報増刊『国公法事件上告審と最高裁判所』（日本評論社、2011年）171～173頁参照。

<sup>5</sup> 芦部信喜（高橋和之補註）『憲法（第五版）』（岩波書店、2011年）372頁。

<sup>6</sup> 「違憲か合憲かが争われる法律の立法目的および立法目的を達成する手段（規制手段）の合理性を裏づけ支える社会的・経済的・文化的な一般事実」のこと。芦部・前掲註5）372頁。

<sup>7</sup> 山本・前掲註4）171～172頁。

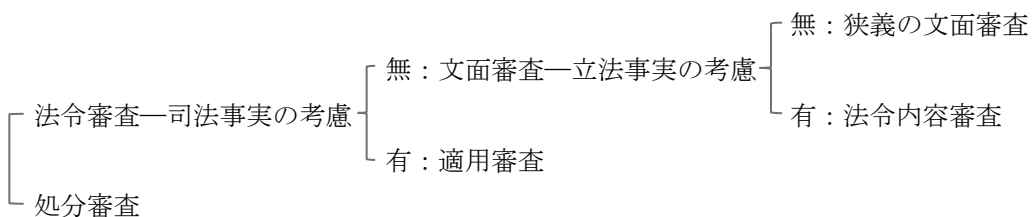
<sup>8</sup> 市川正人「文面審査と適用審査・再考」立命館法学321・322号（2008年）22頁。

<sup>9</sup> 「『誰が、何を、いつ、どこで、いかに行ったか』という、当該事件に関する事実」のこと。芦部・前掲註5）372頁。

<sup>10</sup> 市川・前掲註8）23～24頁。

司法事実から抽出される事実類型<sup>11</sup>（以下「適用事実類型」と呼ぶ）の範囲において、適用法令の違憲性が審査の対象となる点に特徴があるが<sup>12</sup>、あくまで「法令」を審査の対象とする類型であることに注意が必要である。適用審査が「事案限定的な法令審査」<sup>13</sup>と呼ばれているのもそのためである。

以上のように、文面審査及び適用審査は、当該事件を超えた一般的・客観的な審査であれ、当該事件の適用事実類型に強く影響された事案限定的な審査であれ、ともに「法令」を審査の対象としているのであり、その意味で両者をあわせて「法令審査」と呼ぶこともできよう。これらに対して、近年では行政機関等の適用行為や処分を審査する方法を「処分審査」として類型化する傾向にある<sup>14</sup>。これは「法令の違憲性とは独立に、個別的・具体的国家行為のみ」<sup>15</sup>を違憲審査の対象とする方法であり、「処分」に固有の憲法問題が生じている場合に用いられるものである。以上で検討した違憲審査の方法を簡単に整理すると、以下の図のようになろう。



なお、これらの審査方法、とりわけ文面審査と適用審査は、必ずしも固定的・直線的にのみ用いられるものではない。審査の出発点の段階から法令に着目した文面審査が用いられる場合もあれば、出発点では当該事実類型に着目した適用審査が行われていたが、その

<sup>11</sup> 例えば、猿払事件第一審判決（時国判決）において抽出された事実類型は、「非管理職である現業公務員で、その職務内容が機械的労務の提供に止まるものが、勤務時間外に、国の施設を利用することなく、かつ職務を利用し、若しくはその公正を害する意図なしで行った人事院規則14-7, 6項13号の行為で且つ労働組合活動の一環として行われたと認められる行為」というものである。

<sup>12</sup> 土井真一「憲法判断の在り方—違憲審査の範囲及び違憲判断の方法を中心に」ジュリスト1400号（2010年）52頁参照。なお、土井教授の言う「適用事実審査」は、法令を直接の審査の対象とするのではなく、法令の適用行為について審査を行う点で、処分審査に位置づけるほうが適切であるように思われる。

<sup>13</sup> 山本龍彦『適用か、法令か』という悩み—違憲審査の対象・範囲と憲法判断の方法」法学セミナー681号（2011年）87頁。

<sup>14</sup> このような類型化を採用する代表的論者として駒村教授を挙げることができる。駒村教授は、従来の文面審査と適用審査の双方を「法令審査」に包括して理解したうえで、法令を直接・間接に審査する「法令審査」と、処分そのものが惹起する憲法問題を審査する「処分審査」の区分を基本に据えている（駒村圭吾「憲法判断の方法」同『憲法訴訟の現代的転回—憲法的論証を求めて』（日本評論社、2013年）40頁以下参照）。

<sup>15</sup> 土井・前掲註12）52頁。

後文面審査に移行するような場合、ないし文面審査から出発したがうまくゆかず、途中から事実に着目した適用審査に移行するような場合も考えられよう<sup>16</sup>。

## 2 違憲判断の方法

従来の通説的見解として、芦部教授は、「法令そのものを違憲とする」法令違憲に対して、適用違憲を「法令自体は合憲でも、それが当該事件の当事者に適用される限度において違憲である」という判決と定義し、以下の3つの類型に区分する<sup>17</sup>。

- ① 法令の合憲限定解釈が不可能である場合に、違憲的適用の場合をも含むような広い解釈に基づいて法令を当該事件に適用するのは違憲である、という趣旨の判決。
- ② 法令の合憲限定解釈が可能であるにもかかわらず、法令の執行者が合憲的適用の場合に限定する解釈を行わず、違憲的に適用した、その適用行為は違憲である、という趣旨の判決。
- ③ 法令そのものは合憲でも、その執行者が人権を侵害するような形で解釈適用した場合に、その解釈適用行為が違憲である、という趣旨の判決。

しかしながら、近年、かかる芦部教授の三類型に対して、これらの類型間における重要な相違点が指摘されるようになり、これら3つを一括りに「適用違憲」として扱うことに批判的な見解が有力となっている<sup>18</sup>。その相違点とは、まず審査の対象に関して、①類型では、具体的事件によって切り取られたものであるとはいえ、「法令」が対象とされているのに対し、②③類型においては、「適用行為」ないし「処分」が直接の審査対象となっている点である。そしてその結果、何が違憲と判断されるか、という点についても相違が生じることとなる。すなわち、①類型においては、具体的事件において適用される「法令」が違憲と判断されるのに対して、②類型では限定解釈された法令に適合しない「処分」が、③類型では執行者の「適用行為（処分）」が、それぞれ違憲（違法）と判断されるのである。

これらの相違を受けて、近年では、「適用違憲」を具体的事件において切り取られた法令部分を審査しこれを違憲とする①類型に限定し、②を「処分違法<sup>19</sup>」、③を「処分違憲<sup>20</sup>」

<sup>16</sup> 詳しくは駒村・前掲註14) 43～52頁を参照。

<sup>17</sup> 芦部・前掲註5) 376～378頁参照。

<sup>18</sup> 山本・前掲註4) 172～173頁参照。

<sup>19</sup> この類型では、合憲限定解釈によって法令の違憲的部分が払拭されるために、処分がかかる限定解釈された法令に適合するかどうかを判断すればよく、したがって処分が限定を超えてなされた場合は、法令の誤った適用として単に「違法」と判断すれば足りるとされている。

<sup>20</sup> この類型で違憲とされているのは、憲法81条の文言でいえば「法律、命令、規則」ではなく、その適用行為すなわち「処分」である。もっとも、この芦部教授の三類型に対応するような「処分違憲」があり得るかという点については議論がある（宍戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開（第二版）』（日本

と呼ぶ傾向が強まっている。そしてこのような新たな分類法を採用することによって、「適用違憲」概念の複雑化を避けることができるとともに、憲法違反に対する責任の所在を明確化することが可能となる。つまり、①適用違憲においては、違憲的に適用される可能性がある法律を作った立法者に責任が、他方、③処分違憲においては、違憲的な適用行為（処分）を行った執行者に責任があることになる。残る②処分違法では、限定解釈が必要な法律を作ったという点で立法者の責任が、さらに限定解釈可能な法令に従わずに処分をしたという点で執行者の責任がともに問われているといえよう。かかる観点からすれば、「適用違憲」においては、あくまで立法者の責任を追及するということが明確になったのである。

それでは、このような展開を踏まえつつ、違憲判断の方法について簡単にまとめておく。

### (i) 法令違憲

法令違憲には、問題となった法令の規定全体を違憲とする全部違憲（全部無効）の場合と、法規定の可分性を前提に、問題となった法規定の文言ないし意味の一部分だけを違憲とする部分違憲（部分無効）の場合がある。前者の全部違憲が下される場合としては、漠然性のゆえに無効の法理など狭義の文面審査で違憲判断が下された場合や、法令内容審査の結果、法令の立法目的や規制手段が違憲であるなど、現実に訴訟で争われた事実関係だけでなく他のあらゆる事実関係でも違憲となるような場合、そして、適用審査の結果違憲と判断された事実類型が法令の想定する典型的な事例であり、かかる類型を除いては法令を存続させる意味が乏しいような場合などが考えられる。これに対して、後者の部分違憲は、文面審査によって違憲となる部分を確定したうえで、違憲であると判断された部分が合憲的適用部分と可分の関係にあって、合憲的な残余部分をなお法令として温存すべき場合に用いられる手法である。

### (ii) 適用違憲

適用違憲は、法令が合憲的に適用される場合と違憲的に適用される場合とを明確に区分することが不可能な場合に、適用審査に基づいて、具体的事件における適用事実類型によって切り取られた範囲に限って法令を違憲と判断する方法である。適用違憲の判決が下されることによって、法令自体の合憲性は維持しつつも、当該事実類型に限って法令の効力が否定され、その適用が排除されるために、訴訟当事者の権利を救済することが可能となる。しかし他方で、この場合の違憲判断はあくまで本件の事実類型に限ってなされたものであり、当該事実と異なる事実類型の場合に法令が違憲となるかどうかについての判断は下されないため、予見可能性や法的安定性といった観点からは問題があるとも言える。

---

評論社、2014年）297～299頁）。

### (iii) 処分違憲

処分違憲は、処分審査の結果、個別具体的な国家行為に対して違憲との判断を下すことであるが、それはさらに2つに区別できる。すなわち、法令の適用行為について、適用される法令の合憲性についての判断は下さず、執行者による適用行為についてのみ違憲と判断する場合<sup>21</sup>と、法令に基づかない公権力の具体的な処分を違憲と判断する場合<sup>22</sup>であり、後者が典型的な処分違憲であると思われる。

## II 適用違憲と他の手法との異同

以上概観した憲法判断の方法のうち、適用違憲について検討するにあたって、その特徴を捉えるためにも他の手法との異同について、ここで取り上げることにしたい。

### 1 法令違憲との異同

法令違憲と適用違憲は、ともに法令についての違憲判決であるものの、その違憲の瑕疵の範囲に応じて、違憲判決の効力という点で重大な差異が生じる。法令違憲は、当該規定には合憲的な適用の余地はないとの判断であるから、当該訴訟事件を超えて判決が効力を持ち、法的なものであれ事実上のものであれ、立法府や行政府に対して一定の拘束力を有することになる。それに対して、適用違憲では、違憲判断が当該適用事実類型に限定され、当該事案を超えた他の事件に関する法令の違憲性についての判断はなされない。したがって、判決の効力は当該適用事実類型限りのものであって、表現活動の萎縮効果の除去等には寄与せず、拘束力としてはその蓄積によって政治部門の対処を期待することとどまることになる。

### 2 合憲限定解釈との異同<sup>23</sup>

合憲限定解釈と適用違憲は、ともに当該法令の全体を違憲とすることなく、法令の効力自体は維持することによって、立法府との摩擦・緊張を回避する点で共通するが、両者の相違点として、第一に、審査方法とそれに伴う法令違憲の回避の仕方が挙げられる。合憲限定解釈が、狭義の文面審査において、文言の不明確さや過度の広汎性が問題となる場合に用いられ、規定の欠陥を解釈で補い、法令を合憲にすることで法令違憲を避けるのに対

---

<sup>21</sup> 芦部教授による適用違憲の分類における第三類型がここに該当すると考えられる。

<sup>22</sup> 愛媛県玉串料訴訟（最大判平成9・4・2民集51巻4号1673頁）や空知太神社事件（最大判平成22・1・20民集64巻1号1頁）が例として挙げられる。

<sup>23</sup> 蟻川恒正「合憲限定解釈と適用違憲」樋口陽一ほか編『国家と自由・再論』（日本評論社、2012年）269～272頁、及び青柳幸一「法令違憲・適用違憲」芦部信喜編『講座憲法訴訟（3）』（有斐閣、1987年）24～26頁を参考にした。

し、適用違憲は、適用審査の結果として、規定の欠陥を攻撃する意味で違憲判断を下すものの、その違憲判断を当該事実類型に限定することによって法令違憲を避けるという点に違いがある。第二は、法令が合憲的に適用される場合と違憲的に適用される場合を明確に区別できるか否かという点での相違である。合憲限定解釈は、それが許されるための条件として、「合憲的に規制しうる行為とそうでないものとを明確なカテゴリーによって区別して示すことができる」<sup>24</sup>ことが求められるが、他方、適用違憲は、このような区別をすることができない場合、すなわち合憲限定解釈が不可能な場合に用いられる手法である。第三に、合憲限定解釈がなされた場合、その解釈はその種の規制が憲法上許される範囲を示すことになるため、それに逸脱するようなかたちで新たな立法をすることは基本的に許されないのに対し、適用違憲の場合、違憲判断は当該事実類型に限定されることから、それは立法の改善を視野においた暫定的なものとしての側面が強いと考えられる<sup>25</sup>。

### 3 部分違憲との異同

部分違憲と適用違憲は、実質的にはともに法令の定める規制の一部につき違憲判断を下し、その適用を排除するものである点で、かなり似通った性格を持つものである。そのため、アメリカでは両者が同視されていることが指摘される<sup>26</sup>など、両者を区別することなく論じる見解も存在する。しかしながら、以下に挙げる相違点を考慮すれば、両者は異なる判断方法として区別して取り扱われるべきだと思われる。まずその前提として両者の定義を確認しておく、部分違憲は、法律全体を審査したうえで違憲的部分を確定した後、それが合憲的部分と明確に区分できる場合に、当該違憲部分を合憲部分から切り分けて違憲と判断し、残る合憲部分の効力を温存する手法である。これに対して、適用違憲は、法令の合憲的な適用部分と違憲的な適用部分が区別できない場合に、当該事実類型によって切り取られた範囲の限りで法令が違憲とされるものである。

このような違いから生じる相違点として、第一に、違憲審査の方法及びそれに伴う違憲判決の効力の違いが挙げられる。部分違憲が、法令の規定の側を基礎にして文面審査を行い、「法の意味のほうを仕分け」するのに対し、適用違憲は、具体的な事実を基礎にして適用審査を行い、「事例＝状況のほうを仕分け」するものである<sup>27</sup>。その結果、部分違憲の場合、その判断は当該事実類型を超えた効力を有するものとなり、法令全部違憲の場合と同

<sup>24</sup> 蟻川・前掲註23) 271頁。

<sup>25</sup> 石川健治、神橋一彦、土井真一、中川丈久「〔座談会〕『公法訴訟』論の可能性（2・完）一連載終了にあたって」法学教室392号（2013年）73頁土井発言参照。

<sup>26</sup> 市川正人「適用違憲に関する一考察—アメリカ合衆国最高裁の「適用上違憲」判決をめぐって—」佐藤幸治ほか編『人権の現代的諸相』（有斐閣、1990年）314頁。

<sup>27</sup> 蟻川・前掲註23) 281～282頁、及び樋口陽一「法令違憲と適用違憲」樋口陽一＝佐藤幸治編『憲法の基礎』（青林書院新社、1975年）228頁を参照。



様に、立法府や行政府に対して一定の拘束力を持つこととなる。他方で、適用審査の場合は、個別の事実関係に依存する性格が強く、当該事実類型とは異なる事案に法令が適用された場合に関する判断は下されていないため、その射程も極めて限定的なものとなる。したがって、憲法判断の明確性や法的安定性といった観点からは部分違憲のほうが優れていると考えられる。第二に、第一の違いとも関連するが、部分違憲は、文面審査によって法律の全体が審査されたうえで判断が下される以上、違憲とは見なされなかった残りの部分について、その合憲性が積極的に肯定されるのに対し、適用違憲の場合、その判断は当該事実類型に限られたものであるために、異なる事案に法令が適用された場合の合憲性については不明確なままに残されることとなる。最後に、部分違憲の場合、それが国会の事後処理を要請するものである以上、違憲部分がある程度の量的範囲を伴って明確に切り出される必要があると考えられ、例えば猿払事件第一審判決のような適用事実類型<sup>28</sup>では小さすぎ、部分違憲に適さないように思われる。それに対して、適用違憲の場合、適切な適用事実類型が構築できなかったとしても、当該被告人の所為に限ったかたちで違憲判断を下すことも可能であろう。以上の諸点を踏まえると、適用違憲とは、部分違憲との対比において、「違憲性の範囲、程度、効果等を制限する」<sup>29</sup>かたちでなされた判断であるということもできよう。

### Ⅲ 適用審査優先の原則<sup>30</sup>

適用審査優先の原則とは、アメリカの判例において、「裁判所は法令の合憲性につき適用審査を行うのが原則であり、文面審査は例外である」<sup>31</sup>とされていることを指す。この原則は、司法権を適切に行使して憲法判断を下すためには具体的な事実状況が必要であるというアメリカの伝統的な司法観念に由来するものであり、「裁判所は、法令の現実の適用に焦点を当てることによって初めて、『十分な情報を得た上での判断にとって関連しかつ適切な』資料を伴った「血と肉」のある法的判断に出会う』ことができる」などと表現される。換言すれば、アメリカでは、法の意味は具体的事実状況のなかで明らかになるという発想のもと、適切な憲法判断を行うのに必要な条件を確保するために、問題の法令が適用される特定の諸事実が決定的な要素とされるのである。

もっとも、この適用審査優先の原則は付随的審査制から当然に導かれるものではなく、以下のような政策的・制度的考慮に基づくものだと考えられている<sup>32</sup>。すなわち、不必要

---

<sup>28</sup> その内容については註11)を参照。

<sup>29</sup> 阿部照哉「適用違憲について」同『演習憲法』(有斐閣、1985年)226頁。

<sup>30</sup> 「適用審査優先の原則」は、違憲審査の方法を文面審査と適用審査に区別したうえでの表現であり、処分審査も含めて考える場合には、「文面審査例外の原則」と呼んだほうが適切かもしれない。

<sup>31</sup> 市川・前掲註8)24頁。

<sup>32</sup> 市川・前掲註26)316～318頁、及び土井・前掲註12)54～58頁参照。

な憲法判断をすることが違憲審査権の行使として正当化しにくいという状況において、(ア)法律の効力を維持することで民主的正当性を有する立法府の判断に敬意を払いつつ、政治部門との衝突をできるだけ回避したいという考慮、及び、(イ)憲法判断のための必要なデータを獲得する手段や、専門的・政策的見地が要求される場合に裁判所が有する知識・経験といった、裁判所の制度的な能力に関する考慮等である。

したがって、適用審査優先の原則は、「裁判所による違憲審査が適切に行われることを確保するとともに、その憲法判断が他の憲法上の国家機関および国民によって受容されるための積極的な工夫」であって、「合衆国における司法審査制の歴史的経験の中で編み出された実践的智恵」として捉えることが適切であろう<sup>33</sup>。その意味では、適用審査優先の原則は厳密な意味での法規範ではなく、それゆえ、いかなる審査方法を採用するかについては、規制されている利益の性質や立法事実の顕出の程度等の諸要素を勘案したうえで、裁判所の賢慮に基づく裁量的判断に委ねられていると考えるのが妥当であろう<sup>34</sup>。

## IV 検討

### 1 立法府との「対話」という視点

上述のように、アメリカの判例においては、適用審査優先の原則が採用されてきたのに対し、日本においては、違憲審査の方法として、これまで漠然と文面審査が措定されてきた。もっとも、審査方法の選択が裁判所の裁量に委ねられているのであれば、それ自体は必ずしも否定的にのみ捉えられるべきものではない。しかし、問題なのは、それが表現の自由といった優越的な自由を保護するために行われた「権利救済のための文面審査」ではなく、法令の合憲性を支持するための「法律救済のための文面審査」となっていることである<sup>35</sup>。すなわち、法令の適用をめぐる具体的事実にもかかわらず文面審査を行うことによって安易な合憲判決を生むとともに、法令自体が合憲であるという判断に達した場合には、その適用が違憲であるか否かについて十分な検討を行わないという傾向がある<sup>36</sup>。さらに、

<sup>33</sup> 土井・前掲註12) 56頁。

<sup>34</sup> 市川・前掲註8) 29～30頁。

<sup>35</sup> 青柳・前掲註23) 31頁。

<sup>36</sup> 最高裁のこのような状況において、適用違憲の可能性を追求するよう試みたのが伊藤正己裁判官であり、大分野外広告物事件(最三判昭和62・3・3刑集41巻2号15頁)における補足意見が有名である。もっとも、伊藤裁判官型の「適用違憲」は、文面審査を行って規定の合憲性を確認した上で、さらに具体的事案について改めて適用審査を行い、その結果、当該事案に適用する限りで規定を違憲と判断するものであり、法令の合憲性をその前提としている点で本稿における「適用違憲」とは異なる。したがって、伊藤裁判官型の「適用違憲」判決が下されるのは、当該規定が想定していないようなきわめて特殊な事例に限定されると考えられる。参考、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年)79～81頁、及び宍戸・前掲註20)301頁～303頁。

文言の不明確さや規制の過度広汎性等により違憲の疑いが強い法令に対して、無理な合憲限定解釈を行うことによってその合憲性を維持する判決も散見される。このような状況のもとでは、国民の人権保障や憲法が重視する諸価値の実現といった観点からは、それが不十分なものとどまっていると言わざるを得ない。

このように、最高裁が違憲判決を出すことに対して極めて抑制的になっている原因としては、違憲審査の一般的なあり方を文面審査とそれに伴う法令違憲と捉えることにより、違憲審査権を行使して違憲判決を下した場合の効果や影響力を過大視していることが挙げられよう。そしてその背景には、最高裁の違憲判決は立法府が制定した法律を全否定するものであり、その判断が憲法保障・憲法価値についての最終決定となるという考え方があるのではないだろうか。しかしながら、人権保障や憲法的価値の実現は、違憲審査権を有する最高裁のみが担っているものではなく、立法府や行政府も含めた憲法上の機関が相互に協働して実現していくべきものであり、そのためには最高裁と政治部門との対話という一連の相互作用のプロセスが重要な意味を持っているように思われる<sup>37</sup>。そのような観点からすると、「違憲判決は、立法府が決定した政策に対する拒否権の発動ではなく、人権の尊重と社会全体の利益のために行われる社会的・経済的政策の達成との調整方法に関する裁判所と立法府との対話のはじまりにすぎない」<sup>38</sup>であり、今日の日本の最高裁のように、立法府との対話の可能性を狭く限定する態度は好ましいとは言えないだろう。そこで最後に、この立法府との対話を促すためにはいかなる方法で憲法判断を下すことが有効かという観点から、適用違憲判決の持つ可能性について考察したい。

## 2 「対話」における適用違憲の可能性

最高裁と立法府との対話においては、制定された法律に対して最高裁が審査を行い、その判断で示された“働きかけ”に対して立法府が法令の改廃によって対応する、というプロセスが予定されている。最高裁による“働きかけ”には、違憲判決だけでなく、結論は合憲だが理由中で違憲状態を指摘する方法、違憲の疑いを示唆する方法、反対意見が違憲判断を示す方法などがあるが、多数意見が合憲判決である場合には立法府は対応しない傾向が強く、対話のためには多数意見での明示的な違憲判決が求められていると思われる<sup>39</sup>。

そして、対話を促す違憲判決が有する影響力には強弱があり、法令違憲であれば、違憲判決が一定の拘束力を有するため、立法府は違憲状態を解消するために法律の改廃を行う義務を負うのに対し、適用違憲は、事案限定的な判断であるため、立法府による自発的な法改正を期待するにとどまる。この点からすれば、法令違憲のほうが立法府に対するより

---

<sup>37</sup> このような「対話理論」については、佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』（三省堂、2013年）、及び土井・前掲註12）54～59頁を参考にした。

<sup>38</sup> 佐々木・前掲註37）7頁。

<sup>39</sup> 佐々木・前掲註37）16～17頁、196～197頁参照。

強力な要請となるが、上述のように、違憲判決を出すことに自制的な最高裁の態度からすると、法令違憲を契機とする対話が行われるのは極めて稀なケースということになる。

したがって、最高裁と立法府における対話の活性化を促すためには適用違憲をいかに活用するかが要点となるが、このことは同時に、最高裁による「法律救済のための文面審査」という状況を打開するためにも重要な役割を果たすように思われる。というのも、適用違憲は適用審査に基づいてなされる違憲判断であるが、そもそもアメリカで適用審査優先の原則が重視された背景には、文面審査が推測に基づく観念的な憲法判断を惹起することに対する嫌悪があり<sup>40</sup>、事案限定的な適用審査は、裁判所が厳密な検討を行うという立場と結びつきやすいとされているからである<sup>41</sup>。

これまで「法律救済のための文面審査」と揶揄されてきたのは、(ア)本来は適用違憲となり得たが、法令が合憲である以上は適用も合憲とされてもやむをえない、という結論を導いてきた事例、(イ)無理な合憲限定解釈により法令の合憲性を維持してきた事例であるが、このような場面でこそ、適用違憲という手法の有用性が発揮されるように思われる。なぜなら、適用違憲を用いることによって、違憲判決のもたらす影響・混乱を最小限にとどめつつ、訴訟当事者の憲法上の権利を救済することが可能になるからである。(ア)合憲判決を下す場合には、憲法上の権利保障や憲法的価値の実現という点で問題が、(イ)無理な合憲限定解釈を行う場合には、立法に対する過度の干渉になるだけでなく、法令を違憲の瑕疵がないものと認定することで、立法者が法令を改正するインセンティブを奪ってしまうという問題がある。これらに対し、適用違憲判決は、立法者の意思を可能な限り尊重しつつ、憲法的にみた法令の不備または欠陥を指摘することで、当該法令の廃止または修正を立法者に要請する意味をもつ<sup>42</sup>。その結果、法令の違憲性を除去し、政策的にも適切な法令を制定・改正する責務とそれに伴う能力を有する立法府に、いかなる修正を行うかにつき第一次的な判断権を委ねることができる。この点で、適用違憲判決は、立法府の判断を尊重し、政治部門との衝突の回避を志向する最高裁の立場とも符合するものであると言えよう。

さらに言えば、従来、萎縮効果との関係において、適用審査ではなく文面審査を用いるべきだと指摘されてきた表現の自由等の領域においても、適用違憲の意義は認められる。確かに、適用審査—適用違憲の手法では、過度に広汎な表現規制立法に対して違憲判断を行ったとしても、訴訟当事者以外の諸個人に対してはなんら効果的な指針は提示されず、法令の萎縮効果は治癒されない<sup>43</sup>。しかしながら、最高裁はこれまで表現の自由に関して法令違憲判決を出したことはなく、文面審査によってたとえ萎縮効果が除去されたとして

---

<sup>40</sup> 山本・前掲註13) 90頁。

<sup>41</sup> 市川・前掲註26) 318頁。

<sup>42</sup> 阿部・前掲註29) 227頁。

<sup>43</sup> 市川・前掲註26) 326頁。

も、それは合憲判決により広汎な規制が容認される結果として、表現の自由が制限されたかたちでの除去である場合が多く、決して望ましい解決であるとは言えないだろう。このような状況のもとでは、最高裁による違憲判決によって萎縮効果を除去しようと試みるのではなく、適用違憲の判断を下すことによって、当該事案に限ったものであるとはいえ法令に「違憲」との評価を与えることを通じて、立法府に法改正の必要性を訴えかけることが萎縮効果の除去という点からも有効な手法となるのではなかろうか。

もちろん、適用違憲による“働きかけ”は、立法府に対して強制的な要素を有するものではないため、その実効性が保証されているわけではない。しかしながら、最高裁と立法府の補完的な関係に目を向けることは、人権保障や憲法的価値の実現に向けて最高裁に考え方の転換を迫るきっかけとなり、少なくとも、適用違憲によって、判決の影響力を気にすることなく訴訟当事者の救済を可能にするこの意義は認められるように思われる。また、法的予見可能性や法的安定性は、個々の事案を契機とする最高裁の判例ではなく、立法府による法律の制定によって最も明確に実現されることからすると、適用違憲判決を受けた立法府の真摯かつ誠実な対応に期待をかけることも許されよう。

以上のように、人権保障や憲法的価値の実現は主に最高裁と立法府との対話という一連の相互作用のプロセスのなかで実現するという観点からすれば、適用違憲という手法は、訴訟当事者の憲法上の権利の救済を図るとともに、立法府との摩擦・緊張を回避するという消極的な意味だけでなく、立法府に対し適切な働きかけを要請するという積極的な意味においても、大きな意義と可能性を有しているように思われる<sup>44</sup>。

## おわりに

「適用違憲」には、その違憲性が指摘されている法令につき、法令それ自体の憲法上の疑義を問わず、法令違憲判決を回避するという意味で、司法消極主義的な手法であるとの評価が与えられてきた。しかしながら、日本の最高裁は、違憲判決に対する過度の自制的結果、文面審査のもと安易な合憲判決を下し、また、無理な合憲限定解釈を行うことにより、違憲の疑いがある法令につき「合憲」のお墨付きを与える傾向がある。このような現状においては、問題となっている法令に「違憲」との判断を下し、政治部門との衝突をさけつつ、当該法令の修正の必要性を立法府に問いかけることを可能とする適用違憲の手法には、より積極的な評価が与えられてもよいのではないだろうか。

---

<sup>44</sup> 蟻川・前掲註23) 277～228頁。