九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

違憲判決の効力

小川, 亮
九州大学法学部

https://doi.org/10.15017/21925

出版情報：学生法政論集. 6, pp.43-59, 2012-03-23. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University
バージョン：
権利関係：

違憲判決の効力

小　川　　亮

はじめに
第一章　「望ましい」違憲判決の効力
　Ⅰ．従来の学説の望む違憲判決の効力
　Ⅱ．若干の修正
　Ⅲ．小括
第二章　理論的検討
　Ⅰ．「違憲判決の原則的な効力」の学説による正当化
　Ⅱ．事情判決の法理の学説による正当化
　Ⅲ．検討
　Ⅳ．結語

はじめに

違憲判決の効力は、伝統的には個別的効力と一般的効力の対立を軸として論争が行われてきた。近年では、その対立自体への疑問[1]から「個別的効力・一般的効力のどちらか」という枠組みに囚われない効力を提案するものも現れている[2]。しかしながら、その効力をなぜ及ぼすことができるかという理論的な正当化に関しては、十分な検討がなされていない[3]。そこで、本稿の第一章では従来の学説の対立を見返すことで、現在の学説がどのような効力を希望しているのかを指摘し、それに加えて従来の学説が「違憲判決の効力論」の前提として考えてきた部分を批判して「望ましい違憲判決の効力」を提示する。次に、第二章では「望ましい違憲判決の効力」の各部分は、理論的にどのように正当化され、またはさ

1　佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣、1988年）336頁は個別的効力説と一般的効力説の相対性を指摘する。 そして、戸松秀典『憲法訴訟論〔第２版〕』（有斐閣、2008年）392頁以下は、違憲判決の訴訟の当事者に対する法的効力を「効力」、訴訟の当事者に限らず広く及ぶ効力を「効果」と呼び区別し、「個別的効力と一般的効力」ではなく「個別的効力と一般的効果という基本概念」（395頁）のもとに、違憲判決の影響力を考えることを提案する。

2　佐藤・前掲註１）、松井茂記「最高裁判所と行政府の関係」ジュリ1037号（1994）97-102頁、工藤達朗「『違憲判決の効力』論の再検討」法政理論第39巻第４号（2007）186-208頁、竹下守夫「違憲判断の多様化・弾力化と違憲判決の効力」三ヶ月章先生古希祝賀論文集（中）（有斐閣、1991）674-711頁。

3　竹下・前掲註２）673頁にも同様の指摘がある。

れないのかを検討することで「望ましくまた正当化可能な違憲判決の効力」を結論として提示したい。それによって、違憲判決の効力について一つのそれだけで完結した違憲判決の効力の定式を掲げる事を目指す。

なお、本稿では違憲判決の効力について「法令が一般的に無効になるか」という観点からでなく、「国会と行政にどのような影響を与えるか」[4]という観点から分析を行っていくことにする。本来、法律の無効の範囲と国会と行政に対して与える影響は表裏一体のものであって、どちらの面からも論ずることができるが、学説は前者のみに重点を置き、後者にはあまり触れてこなかった[5]。しかし、私には、後者の観点から考えたほうが、無効の意味、そしてその性質がより具体的で論じやすいものになるように思われる。また、本稿での法令等の「無効」という言葉の意味は「行政に対して当該法令等の不執行の義務付けをすること」程度に解してほしい。

第一章　「望ましい」違憲判決の効力

この章では、Ⅰで今までの学説を概観し、Ⅱでそれらの前提に若干の修正を加えることで「望ましい違憲判決の効力」を提示する。

Ⅰ．従来の学説の望む違憲判決の効力

従来の学説が検討してきた「違憲判決」には二つの前提があった。一つは違憲判断の対象、もう一つは違憲判決の効力の普遍性についてである。

まず、違憲判断の対象としては、法令そのもの（法令違憲）と、法令に基づく適用（適用違憲）があると言われている[6]が、「違憲判決の効力」という問題を考えるとき、多くの論者は法令違憲のみを念頭に置いてきた。適用違憲については、その事件限りにしか効果を及ぼさないことは当然であるとされてきたのだ[7]。

更に、学説は「違憲判決の効力」を論じる際に一つの効力しか提示してこなかった。つ

4　（下級）裁判所に対しての拘束力についても論じる必要があるが、今回は紙幅の都合により省略する。

5　違憲判決の効力について、はっきりと部門別に述べているものは少ない。松井・前掲註２）101頁の「違憲判決が他の事件、政府の他の部門にとってどのような影響を与えるかをも考えるべき」だという示唆にもそれが現れている。

6　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、1987）３頁以下、市川正人「文面審査と適用審査・再考」立命館法学321・322号（2008）22頁以下。山本龍彦「『適用か、法令か』という悩み（前篇）」法セミ681号（2011）88頁はその枠組みを成立しえないと批判し「具体的・主観的な審査で行くべきか、一般的・客観的な審査で行くべきか」という枠組みを提案する。竹下・前掲註２）672頁も参照。違憲判断の手法は法令違憲と適用違憲という２つの類型には分類しつくせないとする。

7　長谷部恭男『憲法〔第5版〕』（新世社、2011年）418頁、芦部信喜『憲法〔第5版〕』（岩波書店、2011年）378頁、新正幸『憲法訴訟論〔第2版〕』（信山社、2010年）599頁以下。

まり、ある一定の効力が「違憲判決」に普遍的に妥当することを前提としてきたのであり、違憲を宣言するだけで無効の効果を及ぼさない違憲確認判決については「違憲判決の効力論」としては論じられてこなかったのだ。

後ほどこの前提に対しては批判を加えるが、とりあえずはこの前提を受け入れて学説を紹介していき、一見反対に見える学説が望む効力が本当は共通していることを指摘する。

(1) 一般的効力説

一般的効力説とは、法令違憲判決は「当該法令を廃止する効力を有する」[8]とするものである。国会に対しては当該法令の改廃義務を、行政に対しては当該法令の当該事件への適用を排除し、また未来にわたって適用しない義務を課すものである[9]。

その根拠としては「①憲法98条１項によれば、日本国憲法は最高法規であり、それに反する法律は当然に無効である」こと、そして「②ある人との関係では違憲無効で、他の人との関係では合憲有効と言うのでは、法律の一般性に矛盾するばかりか、憲法14条が定める法の下の平等に反する」[10]ことが挙げられる。それに加えて、③法令違憲の審査方法は文面審査が原則であるから、憲法問題が前提事件から独立に判断されるという性質を持つことを根拠にあげる論者[11]も存在する。

しかしながら、①と②に関しては有力な反論が提出されている。①に関しては比較法の観点からの批判[12]があり、また98条のみから一般的効力という強力な効果を導き出すことは困難であるとされる[13]。②に関しては、今までの人にも等しく無効とする為に、法令の無効に遡及効を認めるとすれば法的安定性をむしろ害する[14]とされる。

③に関しては首肯できるところであるが、一般的効力には次のような難点があるが為に、今まで通説とはされてこなかった。

一つ目は「付随的違憲審査においては、当該事件の解決に必要な限りで審査が行われ、したがって、違憲判決の効力も当該事件に限って及ぶと解される」という、付随的違憲審査制を前提としたものである。二つ目は「一般的効力を認めると、それは一種の消極的な立法作用であり、国会のみが立法権を行使する（中略）という憲法四一条の原則に反する

---

8 長谷部・前掲註７）418頁。また、一般的効力説・個別的効力説のバリエーションについては佐藤・前掲註１）301-307頁

9 ここでの記述は、戸波江二「違憲判決の効力」法セミ480号（1994年）75頁の記述に依った。ただし、戸波は無効の効果とは別に部門別の義務付けについて述べている。

10 工藤・前掲註２）187頁。

11 戸波・前掲註９）73頁。

12 野中俊彦「違憲判決の効力」芦部信喜編『講座憲法訴訟〔第３巻〕』115頁（有斐閣、1987）、また佐藤・前掲註１）で詳細に検討されている。

13 戸波・前掲註９）74頁、野中・前掲註12）117-118頁。

14 野中・前掲註12）114-116頁、戸松・前掲註１）394頁。

ことにもなる」という41条に基づいたものである[15]。しかし、これらの難点も、説得的なものではない。付随的違憲審査制であるからといって、必然的に個別的効力説が導かれるわけではなく、判決が一般的効力を持つからといって必然的に消極的立法権の行使になるわけでもないことは、多くの論者が指摘するところである[16]。

(2) 個別的効力説

個別的効力説とは「当該法令を廃止するわけではなく、当該事件の当事者には、その法令が適用されないという効果を持つにとどまる」[17]とする説であって、伝統的には通説だとされてきた。一般的効力説の難点がそのまま、個別的効力説の根拠となる。

純粋な個別的効力説では、国会に対しても行政に関しても（当該事件における適用を排除する義務を除いて）何の義務も課さない。しかし、現在ではそのような純粋な個別的効力説を主張する者は皆無である。なぜなら、そうだとすると行政は違憲となった法律を執行する義務を負ったままになるからである。そこで、現在の個別的効力説は何らかの形でその難点を回避しようと、違憲判決の効力に何らかの形で「行政に対しては違憲な法律を執行しない義務を課す」という、この点においては一般的効力を持たせる修正をせざるを得なくなった[18]。国会に対しての改廃義務についても、認めようとする学説が多い[19]。

通説は、この点について、国会や行政は、裁判所の違憲判決を尊重して国会は自ら改廃し、行政は執行を控えるという政治的・道徳的義務[20]があるのだとした（礼譲期待説）。また、それを一歩推し進めて、法的義務があるのだと主張する学説（法的義務説）もある。

しかしながら、これらの説には問題がある。まず、礼譲期待説は、礼譲期待は法的概念

---

15 芦部・前掲註６）379頁。

16 阪本昌成『憲法理論［補訂第３版］』（成文堂、2000）452-453頁、戸波・前掲註９）73-74頁、佐藤・前掲註１）310-311頁など。

17 長谷部・前掲註７）418頁。

18 同旨の指摘は、最近の違憲判決の効力論に関しての言説のほとんどでされているが、詳しく論ずるものとして、まずは佐藤・前掲註１）を参照。そして、佐藤の説を含む接近傾向について新・前掲註７）606頁以下。

19 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』209-210頁（日本評論社、1984）は「強い効力」として」「法令違憲の判決は――特にその旨定めた法律規定が存しない限り――当該法律を法令集から除去せしめるような効果を持ちえないが、特にその事件に適用される限りと断らない限り、一般的に無効にしてもはや誰に対しても適用されないという趣旨」を含むことを前提に、「弱い効力」として、国会は法令を改廃すること、行政はその法令を執行しないことが要請されるとする。竹下・前掲註２）は「特別拘束力」を根拠に、国会・行政に法的義務を課す。戸波・前掲註９）は最高裁が憲法問題の最終的判断権を持つことを理由に、国会・行政に法的義務を課す。

20 なお、法的義務とは「従わないことがありえない義務」、道徳的・政治的義務とは「従うことが要請されること」を指すこととする。例えば、「国会に対して法的義務を課す」と、国会に課される義務とは改廃または立法の義務であるので「国会は絶対に改廃または立法しなければならず、しないことはありえない」ことになる。それに対して、「国会に対して道徳的・政治的義務を課す」と、「国会には改廃または立法が要請されるが、国会がそれに従わない事もあり得る」ことになる。

でないにもかかわらずなぜそれが憲法73条１項に規定される行政の「法律を誠実に執行する」義務に優越するのかを説明していない[21]。また、法的義務説に関しては、その法的義務を課すことができる根拠が不明確であるとされる（註３を参照）。

Ⅱ．若干の修正

Ⅰでの流れをみると、一般的効力説であるか個別的効力説であるかにかかわらず、今までの学説の「（法令）違憲判決の効力の希望」は「国会に対しては当該法令の改廃義務を、行政に対しては当該法令の当該事件における適用を排除し、かつ未来にわたって適用しない義務を法的に課すこと」であるとまとめることができる。

しかし、この学説の「希望」には２つの問題があるように思われる。それは、第一章の冒頭で指摘した従来の学説の前提部分である違憲判断の対象と違憲判断の効力の普遍性についてである。そこで、私見としてその２つの前提を修正して、「望ましい違憲判決の効力」を提示することにする。

(1)　違憲判断の対象

先述のように、今までの学説は、法令違憲判決を前提としてきたのであって、比較的最近のものもそうである[22]。しかしながら、それは適切ではない。なぜならば、法令違憲か適用違憲かという基準は、違憲判決の効力の射程を判断する基準とはならないからだ。

従来の学説では、適用違憲は特定の事件のみを前提にしているから適用違憲判決の効力の射程は一般的なものでないとされるが、そうとは限らない[23]。例として、第三者没収違憲判決[24]がある。これは、関税法118条１項の規定による没収はそれが第三者の所有物であっても没収する旨を規定しているが、関税法には当該第三者に告知・聴聞の機会を与える規定がなかったことを違憲とした判決である。この判決に関しては、適用違憲判決とするものも多い。しかし、仮に違憲判決後何の措置もないままこの規定によって他の第三者が没収を受けたとき、それを合憲とすることは許されない[25]とするならば、この判決の効力は一般的射程を持つといえる。

21　戸波・前掲註９）75頁。

22　新・前掲註７）600頁は野中・前掲註12）111頁と同じく、はっきりと「法令違憲のみが問題となり、適用審査は問題とならない」と述べる。

23　山本・前掲註６）を参照。また、戸松・前掲註１）393-394頁も「同じような事実状態にある者は、同じように違憲の効果を受けるとの期待が抱かれ、法令違憲と同様の裁判の効果の問題が生じるといえる」とする。

24　最大判昭和37年11月28日刑集16巻11号1577頁。

25　松井茂記「第三者所有物の没収と告知・聴聞」憲法判例百選Ⅱ250頁は「手続は法律で定められていることを要するから、結果的に法律で適正手続が与えられない限り没収はできないことになろう」と述べる。仮にそれを無視して没収した場合に違憲となることは当然であろう。

これは、適用違憲判決も事例によっては一般的射程を持つことを意味する。つまり、第三者没収違憲判決では法令の欠缺という一般性の強い事実を基礎にしているためにその効力が広い射程を持っているのだ。そうだとすれば、違憲判決の効力の射程は基礎となる事実がどれだけ一般性を持つかという基準によって決せられることになり、法令違憲か適用違憲かという基準はもはや意味を持たないことになる。

(2) 違憲判決の効力の普遍性

違憲判決といっても、その対象や内容は様々である。それにもかかわらず、本当にその効力は一つに定まった効力で一律に処理することが出来て、その例外は「違憲判決の効力論」という文脈で考える必要はないほど例外的なものなのだろうか。

この点について示唆的なのは、議員定数配分規定違憲判決[26]における事情判決の法理の援用である。事情判決の法理を援用すると、違憲の宣言はするが無効の効果は及ぼさないという事になる。これは、従来の違憲判決とは異なり、法令の無効の効果を持たない「例外」である実質的な違憲確認判決である。議員定数配分規定違憲判決における事情判決の法理の援用には賛否両論[27]あるところだが、事情判決の法理の援用のような実質的な違憲確認判決が必要とされる事態は一般的に生じうる。

なぜならば、無効によって「憲法の所期しない結果を生じる」のは議員定数配分規定違憲判決のような選挙権訴訟に限られないからだ。野中の言葉を借りれば「法律ないしそれに基づく国家行為が違憲だとしても、それを無効だとすることによっては、なんらの法律上の利益の回復も得られず（議院定数訴訟の場合だと、当該選挙区選出の議員数の増員がむしろ望まれているのに、かえってゼロになるだけで終わる)、憲法上の利益の回復のためにはなんらかの新しい立法措置が必要とされる（議員定数訴訟の場合だと、国会における定数改正が必要である）場合があり、このような場合には違憲即無効とするのは、当該具体的事件の解決にとって適切ではないのではないかという問題」[28]が、どこの分野についてでも生じ得るのだ。また、国会への礼譲が必要となる分野も当然存在する[29]。従って、選挙権訴訟だけでなく、その他の領域でも違憲確認判決を選びうることが必要であると考える[30]。

---

26 最大判昭和51年４月14日民集30巻３号223頁。

27 越山康「ある憲法訴訟にみる実務と学説」ジュリ756号123-125頁（1982)、川端和治「事情判決の法理」芦部伸樹編『講座憲法訴訟［第３巻]』69-108頁（有斐閣、1987)、また新・前掲註７）623-627頁も参照。

28 野中・前掲註12）133-134頁。

29 後述のように川端・前掲註27）92-96頁は、事情判決を「立法府に対する暫定的な礼譲」だとして正当化する。

30 野中・前掲註12）も、違憲確認判決を必要だとする。工藤・前掲註２）は事情判決の法理の援用によって、実質的な違憲確認判決を提案する。竹下・前掲註２）はそれを一歩進めて、憲法訴訟の類型化

そうだとすると、「違憲判決の効力」について論ずる際に、従来の違憲判決についてだけ述べ、例外ではあるが一般的に必要とされる違憲確認判決については無視してしまえば、違憲を宣言する判決としての「違憲判決」についてその全領域をカバーしていないことになるのではないか。もちろん、従来の違憲判決についてだけ関心を限定する事は非難されるべき事ではない。しかし、限定しているという事について無自覚である事は、違憲確認判決の必要性を見失うことにつながる。本稿では、違憲確認判決も含めてそれだけで完結している「違憲判決の効力」の定式を結論として掲げることを目標とする。

そこで、事情判決の法理の援用に代表される違憲確認判決の効果を確認しておく。まず、違憲確認判決に最も求められる効果は、国会に対して速やかに当該法令を改廃する法的義務を課すことである。なぜならば、違憲確認判決は当該法令を無効にすると「憲法が所期しない事態」が発生するゆえに選択されるものだから、当該法令は有効であり続けるので、行政はそれを執行し続ける義務があり行政による解決は現実的には望めないからだ。ただ、このことは、行政に対して法令を執行しつつも問題を解消するような行動を可能な限りとるように努力する法的義務が課されると考えない理由にはならない。従って、そのような法的義務を課すこととする。

Ⅲ．小括

Ⅰで従来の学説が希望する「効力」を指摘し、Ⅱでそれに私見による若干の修正を加えた。その結果「違憲判決の望ましい効力」は次のように言うことが出来る。

ある法令やまたその適用などに対して違憲判決が出た場合、その判決は「原則的に、国会に対しては速やかにその法令自体または適用の根拠法令を改廃する法的義務を課し、行政に対してはその法令の全部または一部の執行あるいは当該処分の当該事件における適用を排除し、また未来にわたって適用しない法的義務を課す」。しかしながら、そのような効果を及ぼした際に憲法の所期しない不都合が起こる場合には、違憲確認判決をすることが可能である。違憲確認判決では違憲判決のような、行政に対する当該法令または処分の当該事件における排除義務、また未来にわたる不執行義務を課す効果は持たず、「国会に対しては速やかにその法令自体または適用の根拠法令を改廃する法的義務が課され、行政に関してはそのような問題を回避するような行動をする法的義務が課される」。

に基づいて、事情判決に加え違憲確認判決も必要だと述べる。しかしながら、後述のように、事情判決の法理の正当化は一般的な射程を持つものであって、事情判決の法理の援用は実質的な違憲確認判決として使えるので、新たな判決類型は必要ない。

第二章　理論的検討

第一章で得られた定式はあくまで「望ましい」ものに過ぎない。この章では、その効力を理論的に正当化することが出来るかについて論じる。まず、Ⅰにおいて違憲判決の原則的な効力を正当化する学説を紹介し、次に違憲確認判決としての事情判決の法理を正当化する学説を紹介する。それらの学説を受けて、Ⅱでは、まず違憲判決の原則的な効力を部門別に正当化する検討を試み、次に違憲確認判決としての事情判決の法理の正当化について検討する。

Ⅰ.「違憲判決の原則的な効力」の学説による正当化

先述したように、違憲判決の効力の法的な正当化はあまり論じられてこなかったが、少数ながら存在する法的正当化を試みている学説について検討する。

(1)　特別拘束力説[31]

特別拘束力とは「法を執行し、あるいはその改廃の権限を有する者に対して、違憲判断の趣旨に従い、必要とされる作為・不作為を義務付ける」ものである。違憲判断の趣旨に従わず、内閣や国会が合理的期間内に改正を怠れば「それによって損害を受けたものがいれば、国家賠償を請求しうるし、また判決により具体化された作為義務違反として立法の不作為の違法の確認請求訴訟を提起できる」[32]。

この説では、ドイツ連邦憲法裁判所31条１項[33]にある判決の拘束力や、行政事件訴訟法33条にある取消判決の行政庁に対する拘束力を「一般に、裁判所が、立法府・行政府の行為を違憲・違法と判定した場合に、その観念的判断のみで違憲・違法な状態が完全に除去されないときは、裁判の趣旨を貫くため、その裁判には、観念的な違憲・違法の除去の効力と並んで、関係する機関をして、その趣旨に沿った行動をとるよう義務づける拘束力を認める必要があることを示すものである」[34]とし、これを一般法理だと位置づける。更に、憲法99条に規定されている国務大臣・国会議員・裁判官など公務員の憲法尊重擁護義務をも持ち出して、一方では先ほどの一般法理に従うべきこと、またもう一方ではこの憲法尊重擁護義務により特別拘束力を根拠づける。

この説には、２つほど難点がある。まず、「一般法理」であるが、参考としている条文では行政に対して効果を及ぼすことは明言されているものの、国会に対しては何も述べていない。行政に対する拘束力を拡張して国会にまで及ぼすことは、後述するように三権分立

31　竹下・前掲註２）704-706頁。
32　竹下・前掲註２）706頁。
33　「連邦憲法裁判所の裁判は、連邦及び州の憲法機関ならびに全ての裁判所および行政庁を拘束する」。
34　竹下・前掲註２）705頁。

などの問題を孕んでいる以上難しいように思える。さらに、憲法尊重擁護義務であるが、これは作為・不作為まで要求できるような義務なのであろうか。憲法99条が規定するこの義務は「一般には、倫理的・道徳的性質のものであって、本条から直ちに具体的な法的効果が生ずるものではない」[35]とされている。そうであれば、これらを国会への義務付けの根拠とするのは難しい。結局、この説で正当化に成功しているのは、行政に対する法的義務のみである。

(2) その他の学説

その他の学説は、まず、国会に対しては法的義務ではなく、政治的・道徳的義務を要請しているものが多い[36]。次に、義務があるとはっきり述べているにもかかわらず、その論拠が明らかでないものもある。また、第一章で検討したような一般的効力説の根拠から法的義務の根拠を導き出すもの[37]も多いが、前述のように決定的なものではない。

Ⅱ．事情判決の法理の学説による正当化[38]

違憲確認判決は、第一章で述べたように、選挙訴訟だけでなく他の分野でも一般的に必要となる。とりあえずは、現に行われている事情判決の法理による判決が一般的に利用可能な違憲確認判決としての役割を果たすことが期待できる。そこで、以下では事情判決の法理の正当化についての学説を見る。

事情判決の法理の法的正当化についてはいくつかの学説がある。これらの学説に共通しているのは「事情判決の法理は、一見事情判決制度を流用したものにみえるものの、実質は事情判決制度の形を借りた別物である」[39]という分析である。その論拠としては①事情

---

35 江島晶子『新基本法コンメンタール 憲法』［芹沢斉、市川正人、阪口正二郎編］（日本評論社、2011）516頁。

36 阪本・前掲註16）455頁は、「違憲判決は、問題の法令を『相対的無効』または『取り消されて無効となりうる』状態に置く」とし、結果として「国会は妥当性をもった法令を制定するよう再考を求められ、また、内閣及び行政機関は、新たな法条が制定されるまで執行を差し控えなければならない」とする。佐藤・前掲註１）342頁では「弱い効力」として「立法府は当該法律の改廃を求められ、行政府は当該法律の執行を一般的に控えるべきことが要請される」とする。野中・前掲註12）122頁にも佐藤と同様の記述があるが、野中は「そのような要請は一義的な憲法上の要請とまでは解しがた」いとする。しかし、その直後に「右のような措置が何ら講じられないことは憲法98条１項や『法の支配』の原則を含む憲法全体の趣旨に反する」と述べている。戸松・前掲註１）392-395頁で検討され、結論とされる一般的「効果」は事実上のものである。

37 戸波・前掲註９）75頁は最高裁判所が「憲法問題の最終的判断権をもつ」ことを根拠とするが、それのみによっては三権分立などの問題は克服できないように思われる。

38 川端・前掲註27）85-96頁に、事情判決の法理の法原理的正当性についての学説の整理・検討がある。

39 野中俊彦「憲法訴訟における『事情判決』の法理――定数不均衡違憲判決を素材として――」金沢大学法文学部論集法学篇25号47-55頁、雄川一郎「国会議員定数配分規定違憲訴訟における事情判決の法理」田上譲治喜寿・公法の基本問題(1984)289-296頁、川端・前掲註27）85-96頁。

判決制度は一般的な法理を述べた確認規定ではなく、この規定がなければ認められないものを認めたものであること[40]②事情判決制度は原告と国の利益調整を図る制度であるところ、選挙訴訟ではそのような利益考量をする余地はないといえること[41]③そもそも、公職選挙法219条は事情判決制度を適用しないことを明文で規定していることなどが挙げられる。

そこで、学説は、実質面において事情判決制度に頼らない法的正当化について論じる必要に迫られた。以下にその学説を列挙する。

ⅰ）違憲性確認判決創造説[42]

事情判決の法理は、裁判所が違憲確認判決のような新しい定型的判決方法を創造したのであって、その法的正当性を同じ判決方式である事情判決制度で説明し、またそれを流用することを「憲法の所期しない混乱の予防」により正当化したとする説である。その実質的な根拠は「実害の発生防止というより、選挙を無効にすることが勝訴者をかえって不利に置くのは背理」[43]だということに求められる。

ⅱ）実体法的請求棄却説[44]

事情判決の法理は、行訴法の事情判決制度によっては正当化できないことを前提に、事情判決制度そのものによってではなく、通常の法理・法原則を「高次の法的見地」[45]から否定することを、実体法上の法理としての正当化を試みる説である。

ⅲ）立法府に対する暫定的な礼譲説[46]

そもそも、事情判決をする必要が絶対にあるとまでは言えないにもかかわらず、実際にはなされていることを根拠に、事情判決は司法の自己抑制であるとする説である。

思うに、これらの学説にはそれほど径庭がないのではないだろうか。どの学説も、一見事情判決制度に依ったように見える51年判決の事情判決の法理が、実はそうではなくより「高次の法的見地」[47]に基づいたものであることは承認している。その「高次の法的見地」

40　川端・前掲註27）85-86頁。
41　雄川・前掲註39）286-288頁。
42　野中・前掲註39）１頁以下。
43　川端・前掲註27）89頁。
44　川端・前掲註27）291頁以下。
45　雄川は、類似する原則として「私法における権利濫用やクリーンハンドの法理、刑法における正当防衛や期待可能性の理論、公法における統治行為や抵抗権の理論」（前掲註・41）296頁）を挙げる。
46　川端・前掲註27）92頁以下。
47　前掲・註24)。

の内容はそれぞれであるが、どの説をとっても当該訴訟だけでなく一般的な正当化に成功するように思える。つまり、これらは事情判決の法理を適用できる場面をそれぞれに論じたものとして見ることができるのではないか[48]。そうだとすれば、当該法令等を無効にすることで①逆に勝訴者の不利益となる場合②「憲法の所期しない事態」といえるほどの不都合が生じる場合③不都合が生じることが明白であって、かつ司法の立法に対する礼譲が求められる場合には、「高次の法的見地」から事情判決の法理を援用することが可能だということが出来る。また、これらの論理は一般的なものであるから、どのような訴訟にも基本的には妥当するということができるので、事情判決の法理の援用を実質的な違憲確認判決として利用することが出来る。また、そうした方が新たな違憲確認判決の創造を裁判所に迫るよりも実際的だといえる。

Ⅲ．検討

Ⅰ、Ⅱで検討した学説の正当化を受けて、私見を交えながら部門別に、まずは従来の違憲判決の効力の正当化について検討する。その後、違憲確認判決としての事情判決の法理の援用について検討する。

(1)　行政に対する効果

まず、一口に行政といっても、どちらが行政権にとって本質的かという議論はともかく、法律の執行である部分と外交・予算の作成など執政と呼ばれる部分に分けることが可能である[49]。前者については、法律の存在を前提としており法律による行政の原理が妥当するが、後者については法律の存在を前提とせず、法律による行政の原理が妥当しない。そうなると、自ずと三権分立における位置づけが異なってくることになる。そこで、違憲判決の行政に対する効果は、法律の執行である部分と、執政の部分に分けてその正当化を論ずることにする。

48　川端・前掲註27）93-94頁は、「国会は是正の具体的方法について大幅な裁量権を持っていること」そして「国会の自発的・自主的是正を待つとき、是正訴訟の対象とされた当該選挙区の議員も是正作業に参加させるべきことが妥当である」ことを前提に「この礼譲はあくまでも以上のような定数是正訴訟固有の特殊事象から行われるものであるから、他の類型の訴訟に及ぶものではない。」とするが、前者は結局、無効にした場合の勝訴者に対する不都合を意味しているといえる。だとすれば、無効とすることが可能ではあるが不都合が起こり、かつ国会に対する礼譲が必要とされる場合には事情判決の法理を援用することを認めることになるのではないか。

49　執政権については阪本昌成「議院内閣制における執政・行政・業務」佐藤幸治・初宿正典・大石眞編『憲法五十年の展望Ⅰ』（有斐閣、1988）204-272頁、佐藤幸治「権力分立 /法治国家」樋口陽一編『講座憲法学５　権力の分立【１】』（日本評論社、1994）11-52頁を参照。

ｉ）「法律の執行」という行政に対する効果

ア　正当化

この分野では、法律による行政の原理が妥当する。この「法律」とは、何でも構わないわけではなく「憲法に適合した内容を備えたものであることを前提として」[50]いる。その内容は①法律の優位②法律による留保③法律の法規創造力の３つだと伝統的に言われてきた。そのうち①法律の優位とは、法律が存在する領域において「法律規定と行政活動の内容が抵触する（=矛盾する）場合に、法律は『あらゆる』行政活動に優位する」[51]というものである。これは、時を問わず妥当すると言わなければならない。つまり、裁判所によってある行政活動が違法だとされた場合には、当該事件にその適用が排除されるのはもちろん、未来においてもそれは違法な行政活動であるが故にその行政活動をすることは不可能だと考える必要がある。そうでなければ、ある時点においては法律の優位が妥当するが、他の時点においてはそうではないということになり、結局、法律の優位は全体として妥当していないことになってしまう。

そうだとすれば、違憲な法律に基づく行政活動（それは結局「違憲な行政活動」である）でも同じことが言えるのではないだろうか。憲法が法律に優位することは明らかであるから、憲法が行政活動に優位することは明らかである。従って、法律の優位が妥当するために違法な行政活動は未来にわたって行われてはならないのと同じく、憲法の法律と行政活動に対する優位が妥当するために違憲な行政活動も未来にわたって行われてはならないことになる。したがって、最高裁判所の違憲判決は、行政に対してその法令を当該事件において排除し、また未来にわたって執行しない法的義務を課すことが出来ると考えられる。

また、歴史的にも、行政に対して憲法のコントロールが及ぶことは明らかである。そもそも、我が国も採用する立憲主義は「国家の任務を個人の権利・自由の保障にあると考えるが、その任務を果たすために強大な権力を保持する国家自体からも権利と自由を守らねばならないとの立場をとり、このような目的に即して、国家機関の行動を厳格に制約しようする」[52]意義を持って生まれたものである。現代ではそれに加えて、「国家による自由」も要請されているが、「国家からの自由」という性質をも持つことは間違いない。そして、ここで言われている「国家機関の行動を厳格に制約する」とは、具体的には行政活動の制約を含むことは疑いがない。実際に私たちの生活に直結する行政活動を制約しなければ、到底「国家からの自由」は達成できないからだ。そうだとすると、行政に対しては、立法による事前制約では足りず、司法による事後制約も必要であることは明らかである。

特別拘束力説のいう「一般法理」、そしてそれが根拠とする取消判決の規定やドイツの憲

50　大橋洋一『行政法Ｉ　現代行政過程論』（有斐閣、2009年）24頁。

51　大橋・前掲註50）24頁。

52　長谷部・前掲註７）10-11頁。

法の規定もこのような原理の表象であると考えられる。その意味で、特別拘束力説は行政に対する法的義務の正当化には成功しているように思える。

イ　違憲判決の正当性

上記のように、行政との関係では正当化される行政の不執行義務であるが、これは国会に対しても正当化する必要がある。なぜなら、違憲な法令を執行しないことは、裁判所の判断を国会の判断に優先させることを意味するからだ。この問題は「なぜ民主的正当性に優れる国会の法律を、民主的正当性に乏しい裁判所が無効にできるのか」という形で問題とされてきた[53]。そもそも、この議論は憲法に違憲審査制が明文で規定されていないアメリカで起こったものであって、違憲審査制が明文規定されている我が国では必要ないとの見方もありうる。しかし、憲法81条の無効が一義的ではない以上、なぜ当該事件を超えて法令を否定する効力を持たせられるかという点については応答が必要であろう。これに対してはいくつかの答えがあるが、示唆する程度に述べておくと、以下の理由により、全く問題はないと思われる。

まず、民主的正当性が正当な作用を担保するかどうかについて明らかでない。ある程度はその機能を認めるとしても、国会の民主的正当性は国会の作用の正当性を完全に担保出来るものではない。これは、ヒトラーの例を出すまでもなく、選挙権や表現の自由に代表される精神的自由権の分野における国会の自浄作用の乏しさ、そして少数者の自由を無視する性質を考えると明らかであろう。民主的正当性は、自ら（それは議会の多数者であって、少数者は含まない）の暴走を抑えるすべを持たない。

また、裁判所は民主的正当性こそ持たないが、憲法に基づく判断という立憲主義に基づく正当性[54]をもつ。ただし、この立憲主義も個人の権利の保護に集中しすぎるかもしれないという危険性を孕んでいる。そこで、民主主義と立憲主義が相互に抑制し合う構造を作り上げているのが我が国の憲法、権力分立ではないだろうか[55]。その抑制が最終的に行き着くところとしては憲法改正になるが、これは国民に最終的な判断権を託すということを意味し、国民主権の原理にも適合的である。

53　阪口正二郎『立憲主義と民主主義』（日本評論社、2001）、松井茂記「なぜ立憲主義は正当化されるのか――阪口正二郎『立憲主義と民主主義』を読んで（上・下）」法時905・907号（2001）を参照。

54　これは「多数の人が現に憲法に従っている」という憲法の正統性に由来する。「憲法に従うべき」という主張の根拠としての憲法制定権力の消去可能性、そして実質的に「従っている」ことで足りるとする説について長谷部泰男『憲法の境界』（羽鳥書店、2009）3-25頁を参照。

55　同じく、民主的正当性と裁判所の正当性の対抗・抑制・補強という側面から司法権の正当性を論ずるものとして栗城壽夫「権力分立体制における司法権の正当性――裁判所の基本的あり方」法教151号（1991）28-32頁。ただし、栗城は裁判所の正当性を「人権尊重主義を根拠とする正当性（＝法理的正当性）」と「裁判のために確立されたルールをふむことによって獲得される正当性」（＝手続的正当性）（31頁）だとする。

ここで留意しておいて欲しいのは、この論理は裁判所の判断が国会の判断に優越することを示してはいないということである。ここにおいて示されたのは、「国会と裁判所の判断、どちらが優先されるべきかが分からない」ということのみである。言い換えれば「国会の判断が裁判所の判断に優越する理由は無い」ということであって、逆もまた然りである。したがって、国会の判断または裁判所の判断を優越させるためには、更なる根拠が必要となる。そこで、行政が裁判所の判断に従うか国会の判断に従うかについての更なる根拠としては、先述の法律の優位の論理や立憲主義の意義などが妥当するので、行政は国会の判断よりも裁判所の判断に従う事が要請される事となる。一方、国会が自らの判断ではなく、裁判所の判断に従うべき更なる理由があるかどうかについては、後述の国会に対する効果の正当化の項で検討する。

ⅱ）「執政」という行政に対する効果

執政という部分には法律による行政の原理が妥当しない。これはなぜだろうか。立法が行政を抑制することを重視する伝統的な権力分立論[56]によれば、その理由は消極的に解されるか、そもそも行政権に法律による行政の原理が妥当しない範囲はないとされる[57]だろう。しかし、これを積極的に解すことも出来る。つまり、例えば条約の締結権を憲法が内閣に任せているのは「外交活動は機敏な対応を不可避的に養成するため、内閣に適している」[58]からだと考えるのだ。そうだとすると、条約の締結を含む外交に関しては内閣が大きなイニシアチブを持つので、国会の予算修正権は認められない方向に傾く。この権力分立の理解の仕方は機能的権力分立論[59]と呼ばれる。

この考え方からすれば、憲法が内閣にその任務を任せており、法律による行政の原理が妥当しない分野には、他の権力の介入が制限されることになる。それは司法権にとっても同様である。裁判所による解決に適さず内閣に任せる方が適している分野には、裁判所は謙抑的にならなければならない。そうだとすると、前述の国会に対する暫定的礼譲説による正当化は、内閣に対する礼譲が必要な場合にも当てはまるというべきである[60]。

56　我が国の権力分立論が、立法権の行政に対する抑制を重要視してきたという指摘として村西良太「権力分立論の現代的展開――機能的権力分立論の可能性――」九大法学（2005年）216-237頁。

57　行政権の概念に関して、控除説が行政の活動を包括的に法律の拘束をうけるものとする機能をもつことについて阪本・前掲49）240頁、今関源成「『行政』概念の再検討」公法研究67号（2005）161頁。

58　村西・前掲註56）277頁。

59　村西・前掲註56）を参照。

60　しかしながら、内閣に対する礼譲が必要な分野では、そもそも違憲という判断を出すこと自体が大きな影響力をもつことがほとんどであろう。その場合は、違憲判決を出さずに判決を棄却することも認められるべきであって、それは自律権や政治的裁量論、統治行為論によって正当化される。したがって、内閣の執政権に対する礼譲ゆえに事情判決を行うことはほぼないと言っていいだろう。以降では、内閣の執政権に対する違憲確認判決は事実上出すことがないという前提で進めていくことにする。

しかしながら、行政が個人の利益を侵害するときにそれが是正されなければならないという根本的な要請は、法律による行政の原理が妥当する分野と変わらない。従って、違憲であることが明白かつ重大であって、当該事件における適用の排除または未来にわたって適用しないことが強く要請されるような場合には、司法が介入して行政に義務付けを行う必要がある。その場合には、当該処分を排除する義務を課すことは、立憲主義の意義により正当化されるだろう。

(2) 国会に対する効果

結論からいうと、違憲判断により国会に対して改廃の法的義務を課すことは出来ない。裁判所の違憲判決が国会に対して、当該法令の改廃義務又は立法の義務を課すとすれば、それは①立法するかしないか決める権限が国会になく②時期についても、出来るだけ速やかであることが要請され③その内容も裁判所の違憲判決の内容に従わなければならないことになるからである。これはもはや、裁判所による法規の創造であって、国会中心立法の原則に反することは明らかである。

内閣の法案提出権に関する論争を見ても、先ほどのような性質を持つ法的義務を課すことが出来ないのは明らかである。内閣の法案提出権が、国会中心立法に少なくとも反しないとされている根拠の一つは「国会は法律案を自由に修正・否決できること」[61]である。この点が否定されるような法的義務は課すことが出来ないであろう。

従って、裁判所は違憲判決により国会に対して立法又は改廃の法的義務を課すことが出来ない。しかし、ここで忘れられてはならないのは、道徳的・政治的義務である。裁判所が法的義務を課すことは出来ずとも、国会が裁判所の判断を尊重すべきことは、立法権に対する抑制として違憲審査制が発達してきたことに照らしても明らかであるし、（1）のアで述べたように、裁判所、特に違憲審査が国会の機能を抑制・補強する機能を果たすものとして正当化されることからも明らかである。従って、裁判所の違憲判決は、国会に対して法的義務は課さないものの、道徳的・政治的義務を課すといえる[62]。

---

61 芦部・前掲註７）287頁。

62 第一部で検討した結果よりも緩やかな義務しか正当化できなかったが、事実上さほど問題はない。その理由の一つは、これまで国会は、１つの例外を除いて、違憲判決の前または判決から１年以内に改正法案を成立させているという迅速な対応をしてきたからである。唯一の例外たる存続殺重罰規定違憲判決については、対応が遅れた理由が①当時の与党内での反発が強かったこと②尊属殺重罰規定違憲判決後、尊属傷害致死罪については最高裁が合憲判決を出したこと③刑法全面改正問題が浮上していたため、尊属殺重罰規定だけを切り離して検討・改正することが難しかったことの３つであったとされる。そうだとすれば、改正が遅れたのは国会内での論議が行われたことや、国会が改正の便宜を図ったことに由来するので、これは国会の立法権の正当な行使であるといえるから何の問題もない。また、行政は、尊属殺重罰規定違憲判決も含め、全ての法令違憲判決において判決から数日以内に対応をしているため、実際上の問題は生じていない。もう一つ、国会に対しては道徳的・政治的義務で足りるといえるのは、行政が法令を執行しなければ、法律を執行してもらいたい国会は何らかの対応

(3) 違憲確認判決としての事情判決の法理

違憲確認判決としての事情判決の法理については、Ⅱにおける学説の正当化で十分であると考える。しかし、ここで事情判決の法理がどのような場合に使用可能かという類型化をする必要がある。なぜなら、学説の3つの正当化は抽象的であって、事情判決の法理の濫用の危険性を持つからだ。そこで、ドイツにおいて、違憲確認判決が許される場合の類型を参考に具体化する[63]。

ドイツでは次の場合に違憲確認判決が許されるとされている。

① 立法者の不作為が違憲とされる場合
② 立法が憲法の要求する水準に達しないが故に違憲とされる場合[64]
③ 差別立法を違憲とする場合
④ 無効宣言が収拾しえない法的混乱を引き起こす場合

①については、ドイツでは、そもそも無効を出すべき法令がないため無効判決を出せず、違憲確認判決を出さざるを得ないとされているようだが、日本では在外邦人選挙権制限違憲訴訟において実際に立法の不作為について違憲判決が出されている。そもそも、違憲判決の効果は国会・行政・裁判所に対して義務を課すことであるから、不作為に対して違憲判決は出すことは可能である。この類型は日本には妥当しない。

②については、これは無効にしてしまうと、むしろ勝訴者の不利益になるものである。これは違憲確認判決創造説によって正当化されているものであるから、この類型は日本でも妥当する[65]。

③についてだが、この類型に対する解決方法は、無効にする以外にも他の者にも同じ利益を与える、全く新しい法律を立法するなどの解決策が考えられるものである。そして、どの解決策をとるかについては、立法の権限に属する事項であるといえる。また、当該法律の適用が排除されれば、一度は与えられた利益が奪い去られることになって非常に不都合である。つまり、この類型は立法に対する暫定的な礼譲説によって正当化されているも

をしなければならない状況に追い込まれるからである。つまり、国会の対応の履行確保は事実上されているのである。註36）に示したように、多くの学説が国会に対しては道徳的・政治的義務で足りると考えていることも、そのような考慮に基づくものであろう。また、道徳的・政治的義務にしろ、それに明白かつ重大に違反する場合には、損害賠償義務が発生することもあると解すべきである。

63 ここでの議論は、竹下・前掲註２）681-682頁の記述に大きく拠っている。

64 例としては、憲法の委任にこたえて立法された社会立法が憲法の求める水準に達していない場合が挙げられる。

65 そもそも、野中は、西ドイツの違憲確認判決の類型に示唆を得ている。野中・前掲註39）19-20頁を参照。

のである。したがって、この類型は日本にも妥当する[66]。

④は、まさに「憲法の所期しない」事態で著しい不都合が生じる類型であるから、この類型については実体法的請求棄却説による正当化がなされている。したがって、この類型は日本にも妥当する。しかし、違憲判決の効果を無効宣言と表現すると、違憲判決が三権に対して義務を課すものであることが見失われるので、ここでは単に「違憲判決」としておく。

結局、日本で事情判決の法理の援用が許されるのは次の 3 つの類型の場合である。

① 立法が憲法の要求する水準に達しないが故に違憲とされる場合
② 差別立法を違憲とする場合
③ 違憲判決が収拾しえない法的混乱を惹起する場合

Ⅳ．結語

第一章では違憲判決の効力の「希望」をまとめ、第二章ではそれがいかにして理論的に正当化されるか、またされないかについて論じてきた。その結果、違憲判決の効力は次のようなものとなった。

ある法令やまたその適用などに対して違憲判決が出た場合、その判決は「原則的に、国会に対しては速やかにその法令自体または適用の根拠法令を改廃する道徳的・政治的義務を課し、行政に対してはその法令の全部または一部の執行、あるいは当該処分を当該事件において排除し、また未来にわたって適用しない法的義務を課す」。しかしながら、①立法が憲法の要求する水準に達しないが故に違憲とされる場合②差別立法を違憲とする場合③違憲判決が収拾しえない法的混乱を惹起する場合には、高次の法的見地から事情判決の法理を援用して違憲確認判決をすることが可能である。違憲確認判決では、違憲判決のような行政に対する当該法令または処分を当該事件において排除し、また未来にわたって適用しない義務を課す効果は持たず、「国会に対しては速やかにその法令自体または適用の根拠法令を改廃する政治的・道徳的義務が課され、行政に関してはそのような問題を回避するような行動をする法的義務が課される」。

これが「正当化可能な望ましい効力」の最大範囲である。

---

66 川端もドイツの類型に示唆を得ている。川端・前掲註27）93頁を参照。