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

憲法判断の方法と違憲審査制

稲井, 雄介
九州大学法学部

https://doi.org/10.15017/8281

出版情報：学生法政論集. 1, pp.15-28, 2007-03-26. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

憲法判断の方法と違憲審査制

稲　井　雄　介

Ⅰ　はじめに
Ⅱ　法令違憲
Ⅲ　適用違憲
Ⅳ　最高裁判所の懊悩

Ⅰ　はじめに

裁判所に憲法についての最終的な有権解釈権限を付与し、立法及びそれ以下の国家行為についての審査が託されるとする違憲審査制度は、近代立憲主義の確立期から当然に認められてきたものではない。初期の立憲主義では、議会がその固有の権限である立法をもって憲法の内容を法律、及び法律の留保の下に置かれた行政へと反映させてゆくことが有権的な憲法解釈であり、憲法に対する最終的な判断であった。憲法は国民の代表によって構成された議会によって維持されてゆくのが当然である、と考えられたのである。

しかし、1803年、アメリカ合衆国最高裁判所によって、この当然の思考は覆される。合衆国最高裁判所は、法律が憲法に適合的か否かの判断権限が自らにあると述べて審査を行い、法律を憲法違反としてその適用を排除したのである。当然の思考に仇なすこの裁判所による違憲審査という制度は、しかしながら第二次大戦とファシズムの経験を契機に脚光を浴び（もっとも、ドイツ型の違憲審査制は憲法裁判所を擁し、アメリカ型のそれとは異なる性質のものとして成立したのではあるが）、多くの国の憲法に採用されるに至った。

日本国憲法もその例外ではない。憲法81条は「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である」としており、その性質はアメリカ型の違憲審査制であるとされている[*1]。

このような違憲審査制を備えた憲法の下、有権解釈機関である裁判所が法令についての憲法判断を行う際に、その判断方法には大別すれば二種類のアプローチがある。一つは憲法問題を生じている法令の、そのテキストのみに注目して合憲または違憲の判断を行うと

---

*1　違憲審査制の概要について、芦部信喜『憲法〔第三版〕』（岩波書店・2002年）347頁以下、樋口陽一『憲法〔改訂版〕』（創文社・2004年）420頁以下、高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（有斐閣・2005年）356頁以下、野中俊彦＝中村睦男＝高橋和之＝高見勝利『憲法Ⅱ〔第四版〕』（有斐閣・2006年）258頁以下（野中執筆）などを参照。

いうものであり、文面上判断という手法である。この方法によって下される判決は、違憲の場合には必然的に、法令そのものを違憲と判断するものとなるため、裁判所は立法府に対し積極的態度を示すことになる。以下、これを「文面上違憲」と称する。

もう一つの判断方法は適用上判断と呼ばれるものである。これは、ある法令が適用されている「行為そのもの」が、憲法上の保障を受ける行為であるか否かについての審査を行うものであり、この方法により違憲の判断が下された場合には、その法令自体が憲法に照らして違憲か合憲かには関係なく、その法令を「本件に（即ちその行為に対して）適用する限りにおいて違憲」とする判決が下される。これが一般に「適用違憲」の判決と呼ばれているものである。適用違憲の判決は、当事者の権利救済を実現すると同時に、法令そのものに対しては違憲の判断を回避しているという点に注目しなければならない。このような一面から適用上判断は、立法府の権限を尊重し、法令への干渉の可能な限りの抑制という裁判所の慎重な態度を意味するものでもあると言えよう[*2]。

これらの判断方法について当面注意すべき点は、付随的審査制との関連である。付随的審査制とは、アメリカ型の違憲審査制が採用する制度設計の一つであり、通常の裁判所が「具体的事件」の解決に付随して、その事件の解決に必要な限りにおいて違憲審査を行うというものである。アメリカ型の制度を採用する日本でも、一般に付随的審査制を採用していると解されており、裁判所の運用においても、警察予備隊訴訟（最大判1952. 10. 8）[*3]以後、確立されたものとなっている。

このような付随的審査制は、訴訟の当事者本人の私権救済を第一の目的としており、その目的達成のためには、私権を侵害している疑いのある法令について、当該法令そのものについて違憲と判断しても、当該行為について法令を適用することを違憲と判断してもかまわない。法令が違憲なのでその当事者には適用されない、という構成と、法令の適用がその当事者に限っては違憲なので、彼には適用されない、という構成とで、当事者本人が疑わしい法令の制約から解放されるという結論が左右されるわけではないからである。よって、付随的審査制という制度設計の論理的帰結として二つの判断方法のどちらかが選択されるわけではないことは明らかである。しかし、判断方法の選択が、他の何らかの原理によって帰結されることを否定するものではないこともまた明らかであると言えよう。

さて、そのような判断方法の優先原理の一つとして、適用違憲の方が法令違憲よりも立

---

*2　以上、高橋和之『憲法判断の方法』（有斐閣・1995年）2～50頁を参照。
ここでは文面上判断と適用上判断の定義について高橋教授の考え方に従っている。一方芦部信喜教授は立法事実論に基づき、立法事実の審査を必要とするか否かによって適用上・文面上判断を定義しているが、高橋教授はこれについて、立法事実の審査は程度の問題であるとしている。立法事実論について詳しくは、芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣・1973年）を参照。

*3　民集6巻9号783頁。最高裁は抽象的審査権はないことを述べた。

法府に対して消極的であり、裁判所にとってみれば、いわば簡便な判断方法である、というものを想像するのはさほど困難ではない。そのような原理が働くならば、日本の最高裁判所において、適用違憲判決が優先されるという傾向にあっても良いはずであろう。ところが、我が国の最高裁判所における法律に対する違憲判決は、全て法令違憲であると考えられており、これは文面上違憲の一種である全面違憲と同質のものである、と解されている。そして、明白に適用違憲であると考えられる最高裁判決は存在していないとされる[*4]。最高裁判所を、あえて立法府への干渉の大きな法令違憲の判断に踏み込ませる要因は何なのか。本稿では、二つの判断方法の選択原理について、アメリカで確立されている判例理論を検討し、その理論の日本での採用の可否について考えてみたい。

Ⅱ　法令違憲

1　文面上違憲の内容と日本の最高裁判決

まずは適用違憲と対置される文面上違憲についての検討から始めよう。文面上違憲とは、当該事件で問題となっている法令のテキストそのものに着目してその合憲性を審査し、法令そのものが違憲であると判断する方法である。

この判断方法はその性質上、原則として事件について違憲判断を求め得る主体を選ばない。それはつまり、適用違憲の判断においては「合憲」との判決を下され権利救済を受けられない可能性の高い当事者、即ち法令の合憲的適用部分に該当する当事者が、にも関わらず法令違憲を主張することで自らの権利を救済することが可能になるということである。

より具体的には、適用上判断の方法が用いられる場合には自らの行為が憲法上の保障の対象となるか否かが直接に判断されるのであり、明らかに憲法上保障されないような行為をした者は救済されない可能性が高い。しかし、彼が文面上違憲の判断を求めることはなお可能である。文面上違憲はその人の行為の内容に関わらず、法令のテキストが憲法に照らして違憲であるという判断であるので、このような判断がなされれば、彼に適用された法令自体が違憲無効となり、自らの行為についても法令の適用を排除し、救済を受け得ることとなる。これは、とりもなおさず文面上違憲が、法令の合憲的適用部分さえも排斥することを意味する。

さて、法令が違憲であるという判決のためには、当事者はどのような主張をなすべきなのであろうか。これは文面上違憲の内容を理解することで明らかとなる。以下アメリカで発展した理論に即して文面上違憲の内容を簡単に俯瞰する。

文面上違憲は法令のテキストに着目した判断方法であり、その内容の一つは、過度の広

---

*4　芦部・前掲註１）357頁などを参照。

汎性の理論によるものである。これは、法令のテキストがその瑕疵として違憲的適用場面をも含むような過度の広汎性を与えられている場合には、法令そのものが違憲となるとする理論である。次に、不明確性の理論による違憲判断が存在する。これも構造的には過度の広汎性の理論と類似するが、テキストが不明確であり、そのために法令自体が瑕疵を帯びるという考え方である。

さらに、法令の文面があらゆる適用場面について違憲となると判断されるために、法令そのものが違憲となる場合が考えられる。これは全面違憲の理論と呼ばれている。既に述べたように、日本における最高裁判所の法律に対する違憲判断は、法令違憲と呼ばれており、このような日本の法令違憲はその判断内容について見るとき、アメリカの文面上違憲のうち、全面違憲判決に対応するものであると考えられている[*5]。しかし、全面違憲判決には、純粋にこれを文面上判断であるとは言い切れない特徴があると思われる。それについて考察する前に、日本の最高裁判所による法令違憲判決について少し検討してみよう。以下の七つが、現在法令違憲判決であるとされているものである。

①尊属殺重罰規定違憲判決（最大判昭和48年４月４日刑集27巻３号265頁）
②薬局開設距離制限事件判決（最大判昭和50年４月30日民集29巻４号572頁）
③衆議院議員定数不均衡事件判決（最大判昭和51年４月14日民集30巻３号223頁）
④衆議院議員定数不均衡事件判決（最大判昭和60年７月17日民集39巻５号1100頁）
⑤森林分割請求訴訟事件判決（最大判昭和62年４月22日民集41巻３号408頁）
⑥郵便法違憲判決（最大判平成14年９月11日民集56巻７号1439頁）
⑦在外日本人選挙権剥奪違法確認訴訟事件判決（最大判平成17年９月14日民集59巻７号2087頁）

２　第三者没収違憲判決

この点、第三者没収違憲判決（最大判昭和37年11月28日刑集16巻11号1593頁）については、これを法令違憲の判決として上記の列挙群に加えるか否か、未だに問題とされている。これは我が国初の法律についての違憲判決であるが、この違憲審査制草創期の判決の判断方法は、判旨から必ずしも明らかではない。

事案は、密輸に対する有罪判決の附加刑として貨物を没収された被告人が、この貨物には被告人らの所有物以外のものが含まれていたために、このような所有者不明の物については適正な手続を経て没収されたものではないのだから、当該処分は財産権（29条１項）の保障に反する、と主張して上告したというものである。

これに対して最高裁は、「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

---

*5　高橋・前掲註２）180～183頁。

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」、その第三者から「適正な法律手続によらないで」所有物を没収することは「財産権を侵害する制裁を科するに外ならない」にもかかわらず、「関税法118条１項は」そのような第三者に対する適正手続を「定めておらず」、よって「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」とした。

この判決をどのように解するべきであろうか。まず法令違憲と考えることが可能かと言う点であるが、この判決の効果として、第三者の所有物を没収するためには適正手続を立法せねばならず、そうしなければ第三者没収についてはどのような場面で適用しても違憲となるのであって、法律を違憲としたのとひとしい、とも考えられよう[*6]。

しかし、はたしてそのような判決のいわば付随的な効果だけから法令違憲の一例とまで言って良いかは疑問であるとの反論もある[*7]。この事案は、ある場面（第三者の所有物）における処分を違憲と判断したところ、実はその処分が違憲とならないような他の場面（第三者の所有物）が観念できないという特殊な事例であると言える。判決は確かに法文に対する文面上の審査は行っていないものの、当該処分を違憲としたことであらゆる適用場面で違憲となるという、全面違憲（法令違憲）の状態が結果的には生じていると言えるであろう。

この判決では、裁判所の態度としてはあくまで処分に対しての違憲判決を下したのみなのであって、法文に対する文面上審査は行っていない[*8]。このことは補足意見からも読みとれる。垂水克己裁判官は、「適正手続規定が無いのに第三者所有物を没収する判決をした場合には判決が憲法31条、29条１項に違反するということを示すものと解するしかあるまい（或る法令の特定の条項を明示しないで或る法令を違憲だと言うような判決は違法であろう）」[*9]と述べており、この部分は裁判所の態度が法令違憲に向けられていなかったことを示唆しているものと評すべきであろう。法令違憲は、裁判所が法令のテキストについて、その内容を精査した結果のものであると言うべきであって、処分についての違憲判決が偶然全面違憲の状態を生じたとしても、法令違憲とは言い得ないと考えるべきではなかろうか。

結局、当該判決は、単に処分が違憲であるとした例に過ぎないと考えるべきであろう[*10]。

---

*6　伊藤正己「適法手続と第三者所有物の没収」憲法判例百選Ⅰ（1980年）144～145頁。

*7　高橋・前掲註２）220～221頁。

*8　この点、伊藤正己も判決の読み方としては処分に対する違憲判決であると読めることは認めており、ただその効果が法令違憲と同じであるとしている。芦部信喜は適用違憲との立場（憲法判例百選Ⅱ〔第四版〕430～431頁参照）とも思えるが、他の文献（清宮他・後掲註11を参照）では異なった主張をしており明確ではない。

*9　法学教室319号９頁最上段を参照。

*10　高橋・前掲註２）221頁。この節の脚注において高橋和之は、このような判断も適用違憲と呼ぶならばそれは用語法の問題であるとしている。

適用違憲である、との考え方もあるだろうが、適用違憲とは、ある行為に法令（ここで言うならば関税法118条１項）が適用されるについて、その行為が法令の内部に含まれる違憲な適用部分にあたる、という判断である。ここで問題となっているのは118条１項自体に内在する欠陥ではなく、手続を欠いての没収という裁判所の決定、つまり処分が違憲であるとの判断に過ぎないと言えるのである[*11]。

３　全面違憲判決における「想定」の困難

以上のように、判断方法の検証において、裁判所の違憲判決への態度を重視すべきと考えるのには理由がある。それは、文面上判断による違憲判決に共通する特徴として、多かれ少なかれ、裁判所は法令の違憲的適用場面を「想定」しなければならないという点が上げられるためである。例えば過度の広汎性の理論において法律を違憲と判断するには、その法令が適用される場面が過度に広汎であるために、それを適用すれば違憲となるような場面を少なくとも一つ以上「想定」しなければならない。アメリカの判例において、違憲的適用場面に該当する当事者は文面上違憲を求めることができないとしたものが存在する[*12]が、これは裁判所のそのような「想定」を出来るだけ回避させようとする趣旨であろう。

そして、論理的にはこの場合には適用違憲の判決も可能ということになるが、想定され得る違憲的適用場面が多数に上る場合に、テキスト自体の瑕疵として法令を違憲とするのが過度の広汎性の理論であると言えよう。

これに対し、裁判所の「想定」の量について見ると、全面違憲判決はこの比ではない。法令があらゆる場面に適用されるにおいて違憲であるという判断には、法令の適用についての全てのケースが「想定」されなければならない。その上でその全ての適用場面において法令が違憲となるという判断が下されることになるのである。これは裁判所にとっては困難な判断であると言わざるを得ないだろう。裁判所には非常に高度な判断能力と、適用場面の「想定」についての十分な注意義務が要求される。このような視角より、先の第三者所有物没収判決は、裁判所が全ての適用場面を「想定」しようとする態度ではあり得ないことから、法令違憲ではなく、ただ偶然、適用場面が裁判所が違憲とした場面以外に考えられないものであったために全面違憲と酷似した効果を呈したに過ぎない、と評することとなるのである。

このように考えるならば、日本における法令違憲判決とは、適用違憲の判断方法が、法令のあらゆる適用場面にまで裁判所の「想定」によって拡大されたために、法令自体が違

---

*11　清宮四郎＝田中二郎＝平野竜一＝芦部信喜＝田中英夫「無差別没収の違憲判決をめぐって　座談会」ジュリスト268号（1963年）10～12頁参照。田中・平野両氏は、118条に２項が存在しないということが問題であって、118条１項が違憲であるわけではなく、それに伴った処分が違憲とされたのであるとする。ちなみに芦部教授はここでは法令違憲説に立っている。

*12　高橋・前掲註２）129～133頁。

憲となる、いわば適用違憲判断の一類型であると理解することも、全くの誤解であるとは言い切れないであろう。

ともあれ、全面違憲判決がなされるにあたっては特に、裁判所が過多の「想定」を行わなければならないという点が、適用違憲との関係で最も問題となる点である。

4　判決の効果

法令違憲判決の章を締めくくるにあたって、判決の持つ効力について触れておきたい。アメリカ型の違憲審査制度下では、判決の効力は常に訴訟に上った事件単位でしか及ばないとする個別的効力が一般的であり、日本でもこのように解されている[*13]。つまり、理論上は当該判決が文面上判断による法令違憲判決を採用したとしても、当事者が救済されるという効果はもちろん、それが違憲とされた法律に及ぼす効果も事件限りにおいてのものである。しかし、実際の運用では、法令違憲がなされることは重大な意味を持つ。一つは、法令が違憲とされた場合に生じる判例の後訴拘束力とでもいうべきものである。つまり、後の同様の訴えにおいても、判例変更がない限り、最高裁判所は法令を違憲とした判決に拘束される。

そして一つは、立法及び行政も法令違憲判決に対してはその判決の尊重が要求されることになる点である。立法府は当該法令の改廃を、行政府は当該法令の執行の抑制を促されるということである。事実上の効果にとどまるとは言え、やはり法令違憲判決の影響力が大なることは否めない。

以上のような意味において、法令違憲と適用違憲を区別することに実益が付与されるのである。

Ⅲ　適用違憲

1　適用違憲判決の優先原則

適用違憲とは、法律が当該事件に適用される限りにおいて違憲・無効とする判断であり、より具体的には問題となっている行為そのものが憲法上保障されるという判断であった。前章の全面違憲との対比を強調するならば、適用上判断では裁判所は架空の適用場面を「想定」する必要が無いということになる。

アメリカ合衆国では判決において明文で示されるわけではないものの、適用上判断と文面上判断という二つの審査方法が使い分けられており、前者は事件性を前提とする付随的審査制における「より伝統的で、抑制的なアプローチ」であるとされ、後者は「より新し

---

*13　芦部・前掲註１）360頁などを参照。

く、より攻撃的な審査方法」と呼ばれる[*14]。

アメリカ合衆国連邦最高裁判所は、憲法裁判は裁判所の目前にいる当事者の行為への法律の適用の審査が一般的ルールであり、法令の文面上の審査に先立って、当該事件に適用される限りでの違憲の検討が優先されると考えている。つまり、憲法判断に際しては適用上判断の方法が原則であって、文面上判断は例外であるという立場を明らかにしているのである。またこの原則の一側面として、訴訟当事者は自己に対する法律の適用が違憲であるとの主張をすることが原則で、法律自体の違憲性を攻撃することは例外とされている。

このような適用違憲の優先原則は、不必要な憲法判断を回避するという考え方と合致するものであり、アメリカでは本原則は憲法判断回避の準則であるブランダイスルールの第二（憲法問題について決定する必要が生ずるに先立ってあらかじめそれを取り上げることはしない）・第三準則（憲法問題をそれが適用されるべき明確な事実によって要求される以上に広く定式化しない）と連動しているとされる[*15、*16]。

しかし、適用違憲優先原則の実質的根拠は、法令を違憲とすることの回避が可能であるという点に限られるわけではない。重要なのはそこに存在するより積極的な根拠である。

根拠の第一は、「適切な憲法判断を行うのに必要な条件の確保」である。そもそも、適用上判断の審査方法は、法令の実際の意味は抽象的な審査により決せられるのではなく、具体的事件における適用場面を通じて初めて確定され得るものである、との発想を基礎とする。法律は常にある事実状態との関係において問題となるのであって、裁判所は当該事実状態を中心に据えた適用上の審査を優先させるべきであり、もしこのような場面に適用したらどうなるだろうか、という架空の適用場面を「想定」することによって法律を違憲とする審査方法は、裁判所の判断能力や資料の面から見ても審査が不十分となる危険があると考えられるのである。司法権の適切な行使には具体的事実状態が伴うことを必要とする考え方がアメリカの司法権観念であり、アメリカ型の違憲審査制はこの思想を基盤として成立している[*17]。実は付随的審査制という制度設計や個別的効力という考え方も、この基盤から演繹されるものである。付随的審査制と適用上判断が一見して親和的に見えるのもこのためであろう。

根拠の二番目は、違憲審査制の正当化の理論と結びついている。これは当該事件を解決するにあたって必要以上の憲法判断をすることは、正当性を欠くという考え方である。つまり、司法府が立法作用に対して、事実上の効果とは言え、干渉することの正当性は、目の前の事件解決に加えて、それ以上の効果をもたらす法令違憲には認められにくいという

---

*14 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年）4頁。

*15 市川正人「適用違憲に関する一考察」佐藤幸治他編『人権の現代的諸相』（有斐閣・1990年）316頁。

*16 ブランダイスルールについては芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣・1973年）44頁などを参照。

*17 この部分について、市川・前掲注15）314～321頁を参照。

思考である。

2　例外原則と適用違憲の運用への一考察

以上のような理由をもって、連邦最高裁判所は適用上判断の方法を優先するのが原則であるとしている。しかし、この適用違憲優先原則が常に妥当するか、という問いに対して、必ずしもこれを首肯することはできないという点に留意しなければならない。

適用上判断は当該行為が憲法上保障されるか否かは、言ってしまえば裁判所に判断を仰ぐまでは不明であるという判断方法である。法令の規制によって権利侵害を受けた当事者は、これに対して訴訟を起こし、適用上判断を裁判所にしてもらい、自分に適用されるにあたっては当該法令は違憲であるとの判決を得なければ、法令の適用を回避できない。適用違憲では、どのような行為が憲法上保障されたものであって、どのような行為がそうでないのかの線引きが明らかとならないために、国民に対しての法令の萎縮効果を除去できないのである。

この点こそが適用違憲最大の問題点であり、その克服は適用違憲の効果的な使用については不可欠である。これに対して、アメリカの判例理論は実に巧妙にこの問題をクリアしている。それが、表現の自由に関するような、早急に萎縮効果の除去が必要と考えられる場合には、文面上判断を優先的に用いるという例外原則である。文面上判断による違憲判決ではその法令そのもののテキストが違憲であると判断される。全面違憲判決では、「想定」されうるあらゆる適用場面において法令の適用が違憲となる。それは、ある法律に直面するような行為が憲法で保障されているかどうかが不明な状態の人に対して、それが憲法により保障された行為であり、法令の適用は常に排除されるという確約を与えることになるのである。つまり、法令違憲の判決は萎縮効果の除去に優れていると言える[*18]。

この例外原則は、裁判所の判断能力の側面からも実に理に適っていることが解る。経済立法に対する裁判所の判断能力は精神的自由権に対するそれに比して劣っており、あらゆる適用場面の「想定」が要求される全面違憲による法令違憲判決は裁判所にとっても、またその正当化についても困難な面が多い。しかし、適用上判断では裁判所は具体的事件を目前に、その事件についての判断だけを行えばよいのであるから、十分な資料収集と緻密な検討が可能となり、例えば二重の基準論の論拠の一つとして用いられる、経済立法等に対する判断能力の不足を補うことが可能となる。つまり、適用上判断の方法は経済立法等に対する裁判所の判断能力不足を補填するという作用を持つと言える。

更に一歩、この考えを推し進めれば、一つ一つの適用場面が緻密に検討され、適用にお

---

*18　個別的効力説を採っても、上述した、事実上の影響力の側面を鑑みるならば、萎縮効果の除去については法令違憲判決の方が優れていることになろう。アメリカの判例理論については高橋・前掲註２）124頁など。

いて違憲とされる判例が積み重なってゆくことで、自ずとその問題となる法令が、多数の適用場面において憲法に合致するのか、そうでないのかが明らかになってゆくという過程を想像できる。そうした判例の蓄積の頂上に、法令違憲判決を出すならば、架空事例の「想定」に頼らない、より厳格な文面上違憲判断が可能となる。またそれは、法令違憲の場合についての違憲審査制の正当性を保つことをも可能とするのである。つまり、適用違憲を法令違憲判決の足がかりとすることで、法令違憲の厳格性を確保することが可能になると考えられる。

ただ、この例外的な文面上判断の優先原則は萎縮効果の除去がその目的であるので、憲法判断回避準則（ブランダイスルール）に従い、合憲限定解釈が可能な場合にはその手法によるべきであるとされている[*19]。合憲限定解釈とは、法令の解釈について「ある解釈を採ると違憲となるかあるいは違憲の重大な疑いが生じ、他の解釈を採れば合憲となるかあるいは少なくとも違憲の疑いは生じないという場合には、後者の解釈を採用する」[*20]という文面上判断の一種である。

合憲限定解釈について詳説する紙面はないが、この解釈方法は法令全体が違憲となることを回避すると同時に、裁判所が不明確な法令のテキストの解釈を示すことで、国民に対し合憲的適用部分と違憲的適用部分の境界線を示すこととなるため、ある程度の萎縮効果除去の効果を持っていると言える。ただし、この判断方法はそのような特殊な手法ゆえ、合憲的適用部分と違憲的適用部分が不可分である場合には用いることはできない。つまり、「全ての形式の行為を規制するというのが立法者の意思で、その意思に照らして考えると、当事者の行為を当該法令の禁止するその他の行為から区別する限定解釈は成り立たない」[*21]場合には合憲限定解釈による判断は不可能ということになるのである。

3　猿払事件判決

さて、以上のようなアメリカの判例理論における原則に従うとすると、適用違憲判決を用いる場合を類型化できるとされてきた。（ⅰ）合憲限定解釈が不可能である場合で適用違憲を用いる場合、（ⅱ）合憲限定解釈は可能である場合で適用違憲を用いる場合、（ⅲ）法令そのものは合憲である場合で適用違憲を用いる場合、という三類型である。そして、それぞれのリーディングケースとして猿払事件第一審判決（旭川地判昭和43年３月25日刑集10巻３号293頁）、全逓プラカード事件第一審判決（東京地判昭和46年11月１日行集21巻11＝12号1755頁）、教科書検定第二次訴訟第一審判決（東京地判昭和45年７月17日行集21巻７号

---

*19　高橋・前掲註２）194頁。

*20　高橋・前掲註２）77頁。

*21　芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣・1981年）45頁。

別冊１頁）が挙げられる[*22]。

ここでは紙面の都合上、猿払事件判決について検討してみよう。これは最高裁が適用違憲を採用した第一審判決を破棄した興味深い事案であるが、この最高裁の思考を辿ることで日本の最高裁判所が適用違憲判決、またはアメリカの判例理論を採用せずに法令違憲によっている、その理由を明らかにできるだろうか。

第一審において、国家公務員法上の公務員の政治的行為の制限において、その違反者を処罰している同法110条１項19号は、制限解釈を加える余地はなく、本件は被告人の行為に適用される限度において憲法21条及び31条に違反すると判示された。これは合憲限定解釈が不可能である場合であり、適用違憲の方法によったものである。

これに対し最高裁判決は、以下のように述べる[*23]。刑罰についての第一審判決の判断は相当ではなく、また第一審判決は「被告人の本件行為につき罰則を適用する限度においてという限定を付して右罰則を違憲と判断するのであるが、これは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。

最高裁判決は、第一審判決が「ひっきょう、法令の一部を違憲とするにひとし」いと述べる。ただこれは、第一審判決は適用違憲ではなく法令の一部違憲判決である、と主張しているに過ぎず、例え適用違憲の手法によっても、刑罰についての第一審の考察に瑕疵があり、その批判を免れ得ないことを示しているのみであることが解る。よって当最高裁判決は、国家公務員法が全面的に合憲であるとの立場からは当然の事柄を述べたものであり、適用上判断という判断方法そのものを否定してはいない[*24]。となれば当然、やはり、最高裁は、最高裁判所が適用上判断を採用しない理由はこの判決には示されていない。

ただ、罰則が合憲との立場から「右罰則を被告人の右行為に適用することも、憲法の右各法条に違反するものではない」という結論を安易に導出しており[*25]、やはり最高裁は、適用違憲を用いることには否定的であると評すべきであろう。

ところで、ここでの最高裁の主張は、第一審判決が適用違憲ではなく一部違憲判決であるとの主張であった。第一審判決が適用違憲と呼べるものか、それとも法令の一部違憲判

---

*22 芦部・前掲註21）47～52頁、「違憲判断の方法」『憲法判例百選Ⅱ〔第四版〕』（有斐閣・2000年）430～431頁、前掲注２）357～359頁など。

*23 なお、原審は上記一審判決を維持している。

*24 樋口陽一「公務員の「政治的行為」と刑罰」『憲法判例百選Ⅱ〔第四版〕』（有斐閣・2000年）31頁を参照。
これに対し、青柳・前掲注11）20頁以下では、適用違憲のアプローチへの批判論と分析されているが、当該判決は適用違憲のアプローチ自体を否定するものではないと評価するのが正当であろう。

*25 市川・前掲註15）311頁。

決に過ぎないのかという点について、一応の検討を試みてみよう。ちなみに、この一審判決を合憲限定解釈の一種とする考え方も存在する[*26]が、合憲限定解釈を文面上判断の一種と捉える以上、この解釈方法では法令のテキストの限界を超えるような解釈はできない。そして、最高裁判決も述べるように、110条1項19号の文言から、限定的な解釈を導くことは強引に過ぎ、またそのことは第一審判旨も認めるところである。少なくとも合憲限定解釈の手法を採用したと評価することはできないであろう。

この点、最高裁判決の第一審判決解釈の通り、一審判決は法令の一部違憲判決であると読めなくもない[*27]。確かに、適用違憲と法令の一部違憲の区別は困難な場合がありうるだろう。両者の実質的差異は極めて小さく[*28]、また、このような区別がどれほどの意味を持ち得るのかについても疑問である。それほどこの二つの判断方法は実質的には類似するものであるが、本判決の場合について見ると、ここでも裁判所が法令の一部を違憲とする態度で法文に取り組んでいないと考えられる以上、適用違憲判決であると考えるのが説得的ではなかろうか。加えて、「法令の有効性が維持されている点から言えば」適用違憲の類型に属するものである[*29]と考えるのが自然であろう。

別の視点から第一審判決を批判するとすれば、本事案は政治活動の自由という表現の自由の規制が問題となっている場面であるので、裁判所としては早急に萎縮効果の除去をなすべきであったと思われる。アメリカの判例理論によれば、萎縮効果の除去にはまず合憲限定解釈が使用できるが、本判決ではこれは不可能である。とするならば法令違憲判決を下すべきであったのではないか。適用違憲の判断方法は具体的事実に忠実に、緻密な審査が可能であるという点が最大の利点であったはずである。表現の自由規制の場合には、適用上判断の便宜以上に萎縮効果の除去が求められるのであって、本判決のように適用違憲を法令違憲の回避を主眼として使用することは望ましいことではない。

Ⅳ　最高裁判所の懊悩

猿払事件判決から明らかとなるのは、最高裁判所が適用違憲という判断方法自体を否定しているわけではないということであった。とは言え、日本の最高裁判例が適用違憲およびアメリカの判例理論の採用を拒んでいるという分析は、過去の判例の蓄積と、猿払判決の判旨を見れば、決して的はずれなものではないであろう。

日本の違憲審査制は、付随的審査制及び個別的効力の理論についてはアメリカ型のそれ

---

*26　有倉遼吉「違憲判決の動向－その理論と心理－」『憲法と政治の接点』（成文堂・1974年）71～73頁。
*27　高橋・前掲註２）222頁。
*28　青柳・前掲註14）25頁を参照。
*29　芦部・前掲註21）49頁。

に追従している。ならば、憲法判断の方法の選択についても、アメリカで用いられている適用違憲優先原則がそのまま妥当するべきなのではないか。アメリカの判例理論は、アメリカ型の、常に具体的事件を重視するという司法観の下、非常に完成されたものであると評価すべきである。にも関わらず、日本の最高裁判所がこの原理を採用しないのはなぜであろうか。なぜ執拗に法令違憲判決に拘泥するのか。

日本の違憲審査制はアメリカ型を採用しながら、時に、アメリカとは違うから、という言説を用いてその機能を限定する「すきまに落ち込んだ状況となっている」[*30]と樋口陽一は批判する。そしてそのような事態は、日本国憲法をとりまく政治状況の特性によるとするのであるが、日本の最高裁判所が適用違憲判決に踏み切れない理由の根幹も、ここに存在するのではないだろうか。

適用違憲判決では、本件に適用される限りにおいて違憲であるとの判示がなされるが、これに対して立法府がどのように対応するかは未知数である。もちろん、法令違憲においても立法府の対応は明白ではない。あくまで判決効が個別的事件単位でしか及ばないというアメリカ型制度設計下では、法令の改廃や行政による執行の抑制は事実上の影響という意味しか持たない。更に究極的には、例え憲法が違憲とされた法律は一般的に無効となることを定めていたとしても、立法府や行政府がこれに従わないとすれば、結局は違憲審査制度は画餅に帰することになる。つまり、違憲審査制という制度自体が、立法、行政、ひいては国民の意識の、憲法への信頼を担保として成立しているにすぎないのである。そして、日本における政治状況の特性とは、日本国憲法をコンセンサスの対象と出来ていない日本の現状であり、それは、違憲審査制度の成立のための担保が極めて薄弱であるという一側面として露呈する。

日本の最高裁判所は、適用違憲判決の乱発により引き起こされる立法府の無関心、違憲判決の権威ともいうべきものの喪失を危惧しているのではないだろうか。適用違憲を、考察を加えたような使用方法で、法令違憲のための足がかりとするならば、多数の適用違憲の後に法令違憲の判決がなされることとなる。その時に、立法府・行政府に対する違憲判決のインパクトが薄れてしまっており、それに対し立法府及び行政府が沈黙するならば、結局は裁判所が違憲とした法令の適用が続いてゆくこととなる。個別的効力説は、それで構わない、訴訟では当事者は救済されることになるのだから、と説明するかもしれない。しかし、その時に最高裁判所、ひいては日本国憲法が失うものは大きい。それは、最高裁判所の権威、日本国憲法の権威であろう。

現在の日本の最高裁判所は、法令違憲判決によって、かろうじてその権威を繋ぎ止めていると考えられる。つまり、上述のような状況の打破がなければ、先に述べたような適用

---

*30　樋口・前掲註１）449頁。

違憲判決の効果的な使用は望めないということになろう。違憲審査制の採用から60年、立法、行政、さらには我々国民の意識のレベルにおいても、司法権の権威と憲法の正統性を再認識すべき時を迎えているのかもしれない。