

# 文面審査と適用審査・再考

市川正人\*

## 目次

- はじめに
- 一 文面審査と適用審査
  - (1) 文面審査と適用審査の意義
  - (2) わが国における文面審査の優先
  - (3) 文面審査と適用審査の適切な使い分け
- 二 文面審査の契機としての具体的事実
  - (1) 具体的事実契機型文面審査
  - (2) 一部違憲判決
- 結びに代えて

## はじめに

日本国憲法下での違憲審査制は、通常の司法裁判所が裁判を行うのに必要な限りで憲法判断を下すという司法裁判所型の違憲審査制（付随的違憲審査制）として運用されてきたが、最近、変化の兆しはあるものの<sup>1)</sup>、この付随的違憲審査制の運用はきわめて消極的なものであったと評されている。このようにわが国において違憲審査制が消極的に運営されてきた原因についてさまざまな分析がなされ、また、さまざまな改革案が提唱されている。私自身は、違憲審査権の消極主義的運用はさまざまな要因がからみあった構造的な問題に根ざしたものである<sup>2)</sup>から、制度改革だけで違憲審査制を活性化することができるのか疑問があり、違憲審査制の基盤の形成、

---

\* いちかわ・まさと 立命館大学教授

充実化が伴わなければならないこと<sup>3)</sup>、わが国における付随的違憲審査制を活性化しうる基盤を育てると共に、そうした基盤に照らして制度改革案を議論することが必要であること<sup>4)</sup>を指摘してきた。そして、私は、付随的違憲審査制が機能するためには、法の意味は具体的事実状況の中で明らかになるという法の捉え方が受け入れられることが必要であること、それゆえ、わが国の裁判所の司法権・違憲審査権行使に関する基本的な発想を検討し、適切な違憲審査権行使にとっての具体的な事実状況の提示の必要性をより強調していくことと共に、こうした法観念に立った違憲審査制の運用理論を展開することが憲法訴訟論の課題であることを主張してきた<sup>5)</sup>。私が、そこで憲法訴訟論の具体的な課題として挙げたものは、憲法訴訟の当事者適格や憲法判断回避の準則等についての理論を深めること、文面審査と適用審査という違憲審査の方法の使い分けの基準を構築していくこと、違憲審査の方法と違憲審査の基準との関連性を明らかにしていくことであった。本稿は、そうした自己の課題提起を踏まえて、文面審査と適用審査という違憲審査の方法につき若干の検討を加えようとするものである。

## 一 文面審査と適用審査<sup>6)</sup>

### (1) 文面審査と適用審査の意義

まず最初に、文面審査と適用審査についての整理を行っておこう。付随的違憲審査制の下での違憲審査の方法には、文面審査と適用審査とがある。この二つの審査方法は、アメリカにおいてとられてきた審査方法であるが、同じく付随的違憲審査制を採用しているわが国においても妥当するものと解されている。

文面審査 (facial scrutiny) は、ある法令の「文面上の」(on its face) 合憲性・違憲性 (facial [in]validity) を検討する審査方法である。このような審査の結果、違憲との判断に至れば、文面上違憲無効 (facially invalid, void on its face) の判決 (facial invalidation) が下されるが、それは、「法

が『全体として（in toto）無効であり　それゆえ、どのような有効な適用の可能性もない』ということの意味する<sup>7)</sup>。

わが国では、立法事実に基づかず法令の合憲性を判断するものを文面審査と呼ぶ論者もいる。たとえば、芦部信喜教授は、「文面判断の方法」につきそのような説明をしている<sup>8)</sup>。このような捉え方によれば、法令が漠然不明確であるか、立法事実を照らして判断するまでもなく過度に広汎な規制であるか、絶対的に禁止される検閲にあたるかどうかを審査する場合が文面審査ということになる<sup>9)</sup>。しかし、法令の「文面上」というのは、法令それ自体を一般的に問題にするということであって、必ずしも法令の文言そのものを問題にするということだけではない<sup>10)</sup>。文面審査は、当該訴訟事件の事実（司法事実）を直接の対象とせず、法令それ自体の合憲性を判断しようとするものであり、立法事実を考慮するものも含むのである。

たとえば、アメリカ合衆国最高裁は、子どもを保護するためにインターネットにおける性表現を規制する連邦法律（通信品位保持法）の規定を、なぜより制限的でない規制では同じ程度に効率的でないかを説明する重い責任を連邦政府が果たしていないとして（つまり立法事実を提示しての正当化が不十分であるとして）、過度に広汎な規制であって表現の自由を保障する連邦憲法修正1条に違反する、と判示している<sup>11)</sup>が、これも文面審査をしたものである。

また、アメリカ合衆国最高裁の判決の中には、法令が想像しうるすべての適用において違憲であるがゆえに文面上無効であるとする判決を下すものもある。この「全適用違憲」判決も、立法事実についての判断を含む文面審査に基づく判決である<sup>12)</sup>。

以上要するに、文面審査には、立法事実を考慮しない文面審査（狭義の文面審査）と立法事実を考慮に入れる文面審査（「客観的審査」ないし「一般的審査」）<sup>13)</sup>とがあるのである。

他方、適用審査（“as applied” scrutiny）は、法令の当該事件に「適用さ

れる限りでの」(as applied)合憲性を検討する審査方法である。つまり、それは、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に判断しようとするものである。この場合、裁判所は、当該事件に適用されている姿での法令の合憲性を、当該事件の具体的事実を前提として判断しようとするのであり<sup>14)</sup>、問題の法令が「適用されないと主張されている事実状況のケースバイケースの分析」<sup>15)</sup>を行う。適用審査に基づく判決には、法令の解釈(特に限定解釈)の結果<sup>16)</sup>、本件には適用されないとの判決、法令は本件に適用される限りで合憲であるとする判決、法令が本件に適用される限りで違憲とする判決、法令の適用(つまり処分等)が違憲であるとする判決がある。

このうち、法令は本件に適用される限りで合憲であるとする判決(「適用上違憲」の判決)は、わが国ではあまりなじみがないものであり、例が少ない<sup>17)</sup>が、アメリカにおいては最も典型的な違憲判決の方法である。この「適用上違憲」の判決は、法令の意味の一部違憲の判決と類似したものであり(両者の異同については二(2)で論ずる)、松井茂記教授が言うように<sup>18)</sup>、これも法令違憲の一類型であると見ることもできる。

このように、文面審査・適用審査の区別<sup>19)</sup>は、結局、直接に司法事実を前提として合憲性を審査するか否かによる審査方法の区別である<sup>20)</sup>。

## (2) わが国における文面審査の優先

アメリカ合衆国最高裁は、「憲法裁判は、最高裁の前にいる当事者の行為への法令の適用の審査を要求する」というのが「一般的ルール」であり<sup>21)</sup>、法令の文面上の有効性の検討に先立って、法令が当該事件に適用される限りで無効かどうかを検討するのが、「憲法裁判の優先的な(preferred)コース」である<sup>22)</sup>と、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としている(適用審査優先原則)。アメリカ合衆国最高裁の判決の中には、適用審査が圧倒的な原則であり、法律が文面上違憲であると主張する者は、「法律が有効であるよ

うな何らの状況も存在しないと論証しなければならない」とまで言っているものもある<sup>23)</sup>。これに対して、学説からは、法令に対する文面上の攻撃は、通常考えられているよりも一般的であるといった批判がある<sup>24)</sup>。確かに、アメリカ合衆国最高裁は通常考えられているよりもしばしば文面審査を行っているが、適用審査優先原則がなお維持されていることは確かである<sup>25)</sup>。

こうした適用審査優先原則は、どうしても必要というわけではない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ことから、そのような場合に政治部門との衝突をできるだけ回避したいといったような政策的な判断に基づくものでもある。しかしまた、なんといっても、適切な憲法判断を行うのに必要な条件の確保を根拠とするものである<sup>26)</sup>。すなわち、裁判所は、法令の現実の適用に焦点を与えることによって初めて、「『十分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』のある法的問題に出会う」<sup>27)</sup>ことができるとされている。裁判所がいまだなされていない適用を想定して法令の未成熟な解釈を行い、それについて憲法判断を行うならば、現実とは無関係の不毛な結論に帰着することになるかもしれないので、現実の事件において提示された具体的な法的争点を扱うべきである、というのである。

このような、司法権の適切な行使にとって具体的事実状況が必要であるという考えは、アメリカの司法権観念の中核をなすものである。これは、合憲性は固定的なものではなく、合憲性の判断にとって事実、とりわけ問題の法令が適用されるよう求められている特定の諸事実が決定的な意味をもつという考え方に基づいている。そこには、法の意味は具体的事実状況の中で明らかになるという英米法系の発想がある。法令の意味はその文言からだけでは明らかにならないのであり、実際に適用される中で明らかになるというわけである。それゆえ、法令の合憲性は、法令の実際上の働きと効果によって決定されるべきであり、裁判所の前に提示された一定の事実に関して有効な法令が、別の事実に関しては無効ということがありうる

のである。

しかし、わが国では、判例も学説も、違憲審査の方法として、漠然と文面審査を措定してきているように思われる<sup>28)</sup>。すなわち、違憲審査とは、法令そのものの合憲性を客観的・一般的見地から問題にするものであると漠然と捉えられてきているようである。たとえば、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)は、「尊属でありながら卑属に対して非道の行為に出で、ついには卑属をして尊属を殺害する事態に立ち至らしめる事例」ですら実刑となるほど極端に法定刑が重いことを理由に、尊属殺重罰規定が憲法14条1項に反するとした。この事例は、まさに「尊属でありながら卑属に対して非道の行為に出で、ついには卑属をして尊属を殺害する事態に立ち至らしめる事例」であったのであるから、適用違憲の判断をすることも可能であった。確かに、かつて初宿正典教授が指摘したように、「本件における量刑の不合理を避けるためには、とりあえず本件に対して刑法二〇〇条を適用することは、同条の本来の立法目的ないし法益に合致するものではないから、本件への適用は違憲であるとしても構成することが、最高裁判所の従来論理からして可能であったのみならず、むしろ、その論理の一貫性を維持しうる方法であったとすら思われる」<sup>29)</sup>。しかし、最高裁は、「当該事件の具体的な司法的解決における妥当性(ここではとくに量刑上の合理性)という観点だけからすれば」合理的な手法であると思われる適用違憲の手法<sup>30)</sup>をとらず、法令違憲判決を下したのである。すなわち、最高裁はまず刑法200条の合憲性を一般的に検討し法令違憲を宣した上で、当該事例に刑法199条を適用し、執行猶予付き有罪判決を下したのである。その他、これまでの最高裁の法令違憲判決はすべて、法令の合憲性を一般的に問題にし、違憲であるとの判断に至っている。

このようにわが国において違憲審査の方法として文面審査「客観的審査」ないし「一般的審査」とも呼ぶべき審査方法<sup>31)</sup>が標準であると意識されてきたのは、大陸法の影響の下、裁判所による法の解釈は法の

客観的・一般的な意味を明らかにするものである、というイメージがもたれきたことによるものであろう。また、違憲審査制の憲法保障機能が早くから意識されてきたからでもあろう。しかし、このように裁判所が、漠然と違憲審査の一般的な姿を、文面審査 - 法令違憲（文面上無効判決）と捉えてきていることが、違憲審査権行使の結果の過大視を導き、立法府の判断を尊重する緩やかな違憲審査をもたらす一因であるように思われる。また、法令の適用をめぐる具体的な事実にもかかわらず文面審査を行うことが、安易な合憲判決（「法律救済のための文面審査」<sup>32）</sup>に基づく合憲判決）を生む傾向を生んでいる。

そして、最高裁は、法令自体が合憲であるとの判断に達した場合には、それで満足し、その適用が違憲であるか否かを厳密に検討していない。たとえば、国家公務員法上の公務員の政治的行為の制限が争われた猿払事件において、下級審判決（旭川地判昭和43年3月25日下刑集10巻3号293頁，札幌高判昭和44年6月24日判時560号30頁）は、国公法102条1項に規定する政治的行為の制限に違反した者を処罰すると規定している同法110条1項19号には制限解釈を加える余地はなく、本件被告人の所為に適用される限度において憲法21条および31条に違反すると判示していた。しかし、同事件の最高裁判決（最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁）は、問題の罰則規定が合憲であるとの立場から、「第一審判決及び原判決の判示する事実関係のもとにおいて、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」という結論を簡単に導き出している。そして、下級審判決に対して、「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」と批判を加えている。また、最高裁は、屋外広告物条例の適用の合憲性についても、同様に、条例の合憲性を当該事件への適用の合憲性に直結させている（最判昭和62年3月3日刑集41巻2号15頁）。

このようにわが国の裁判所において適用審査 適用違憲の手法が軽視さ

れているのは、違憲審査とは法令の合憲性を一般的に判断するものであると捉えられているからであり、そうした捉え方の背景には、法の意味は一般的に確定できるとの発想があるように思われる。しかし、法令の合憲性を判断する段階で裁判所があらゆる適用を想定しておくことは不可能である以上、裁判所が法の意味を一般的かつ完全に確定できると想定することには無理がある。

それゆえ仮に文面上合憲の判断が下されても、それは、「その法令の一般的かつ適切な適用においては完全に有効である」ということを意味するにすぎず、「その法令が特定の事例においてある憲法上の権利を侵害するように働く」<sup>33)</sup>ことを否定するものではないと解されるべきである。文面審査の結果、合憲判決が下されていても、それは標準的な適用を前提に法令が合憲であると判断されたにすぎないのであって、文面審査に基づく合憲判決は、適用審査に基づく適用違憲の判断をあらかじめ排除するものではないのである<sup>34)</sup>。文面上合憲との判断が想定していたものとは異なる非典型的な適用が後日なされ、それがいかにも不合理であるのに、合憲限定解釈でそれを法令の意味内容から除去することができない場合には、裁判所は適用審査に基づく適用違憲の判決を下すべきである。それゆえ、適用審査に基づく適用違憲の判断を適切に行うためには、文面審査に基づく合憲判断の射程を明らかにする必要があるが、そのためには、合憲判断がどのような具体的事実を前提として下されたかを考慮に入れる必要がある<sup>35)</sup>。

### (3) 文面審査と適用審査の適切な使い分け

付随的違憲審査制の長所は、具体的事実状況に応じた人権保障的な判断がなされる可能性があることにある。付随的違憲審査制の下における裁判所の憲法判断は、法令の具体的な適用、事件の具体的事実状況に基づきりぎりの判断であることからくる強み、合理性を有するのである。非民主的な機関である裁判所の憲法判断が正当なものとして主張できるのは、それが

法の専門家である裁判官の判断だというだけでなく、具体的事件を対象とする裁判の構造が裁判官の憲法判断に合理性、客観性を与えるがゆえでもある。それゆえ、適用審査が正当に理解された上で実施されることが、わが国の付随的違憲審査制を活性化させる上で重要である。

このように私が適用審査の重要性を指摘していることに対しては、「適用審査に徹することによって違憲判決を出しやすくするという市川の戦略は確かに有効なのであるが、違憲審査制の『活性化』としてはやや物足りない印象は否めない」との評が加えられている<sup>36)</sup>。しかし、私は、確かに、「司法審査制〔付随的違憲審査制〕が機能するためにはこうした〔法の具体的意味は具体的事実状況の中で明らかになるという〕法観念が受け入れられることが必要であり、そうした法観念に立った違憲審査制の運用理論を展開することが憲法訴訟論の課題である。すなわち、わが国の裁判所の司法権・司法審査権行使に関する基本的な発想を検討すると共に、適切な司法審査権行使にとっての具体的な事実状況の提示の必要性をより強調していくことが憲法訴訟論の重要な課題であろう」<sup>37)</sup>と述べているが、適用審査・適用違憲の手法に徹することを主張しているのではない。むしろ、付随的違憲審査制の下における具体的事実の重要性を踏まえながら、適用審査と文面審査という違憲審査の方法の使い分けの基準を構築していくこと、違憲審査の方法と違憲審査の基準との関連性を明らかにしていくことを課題として掲げたのである<sup>38)</sup>。

付随的違憲審査制である以上、適用審査が基本形であることは認められなければならない。しかし、文面審査に基づく文面上無効の判断も、それによって具体的事件の解決をもたらすことができるのであれば、付随的違憲審査制の枠組みの内にあるものである。そして、付随的違憲審査制の憲法保障機能がそれなりに重視されてきたわが国における違憲審査制の運用状況を踏まえれば、適用審査優先原則を厳格に貫徹する<sup>39)</sup>ことは適切でなかろう。適用審査にとどめるか、文面審査に進むかにつき、裁判官は、「被規制利益の性質、国家行為の違法性の程度、当事者の攻撃防禦方法、

立法事実の顕出の程度等、さまざまな要素を勘案し<sup>40)</sup>た上で、規制されている自由の性格(たとえば規制の萎縮的効果を受けやすいという性格)からして文面上の判断が望ましい場合や、違憲的な適用の部分が大半をしめると思われるような法律の場合、さらには、訴訟当事者に対するの適用がまさに法令の標準的で代表的な適用であって司法事実についての判断が立法事実についての判断と重なるような場合などに、文面審査が望ましいとの判断に至れば文面審査を行うことができると解される。その意味で、適用審査と文面審査のいずれを選ぶかは、適用審査が原則であることを踏まえつつなされる、裁判所の賢慮(prudence)に基づく裁量的な判断に委ねられるべきものと解される。今後、適用審査にとどめるか文面審査を行うかの裁判所の裁量の行使にあたっての基準を明確にすることが、重要であろう。

## 二 文面審査の契機としての具体的事実

### (1) 具体的事実契機型文面審査

佐藤幸治教授は、適用審査に基づく違憲判断には、「自己の行為が憲法上保護されたものであることを示した訴訟当事者に対しては、適用違憲ないし適用された限りにおいて当該法律は違憲であると判示される場合(『適用審査による当事者限りの違憲無効型』と呼ぶことにする)と、それだけにはとどまりえず、法律自体を文面上違憲無効と宣せざるをえない場合とがありうるのではないか」、としており、「『適用審査』から出発しつつも、そのような重大な欠陥を持つ法律そのものを非とし、その適用は一切認められないという趣旨を持つことになる」後者の型を「適用審査に基づく文面上違憲無効型」と呼んでいる<sup>41)</sup>。そして、佐藤教授は、「適用審査に基づく文面上違憲無効型」の例として、尊属殺重罰規定違憲判決を挙げている。同判決の「多数意見の基礎には、本件の事実状況への配慮があることはもちろんであろうが」、同時に、「量刑の実状をみても、尊属殺の

罪のみにより法定刑を科せられる事例はほとんどなく、その大部分が減輕を加えられており、なかでも現行法上許される二回の減輕を加えられる例が少なくないのみか、その処断刑の下限である懲役三年六月の刑の宣告される場合も決して稀ではない。このことは、卑属の背倫理性が必ずしも常に大であるとはいえないことを示すとともに、尊属殺の法定刑が極端に重きに失していることをも窺わせるものである」という同判決中の指摘に示される配慮が重要な意味をもったのではないかとして、同判決を「適用審査に基づく文面上違憲無効型」の手法によったものと解することができる、というのである<sup>42)</sup>。

確かに、最高裁がこの法令違憲の判断を下すにあたって当該事案が「尊属でありながら卑属に対して非道の行為に出で、ついには卑属をして尊属を殺害する事態に立ち至らしめる事例」であったことが大きな影響を与えたことは、想像に難くない。これほどの事例について執行猶予を付すことができないということが、刑法200条の法定刑の不合理性を裁判官に意識させたものと思われる。ただ、この判決は、当該事例につき触れることなく一般的に刑法200条の合憲性を判断しており、刑法200条が憲法14条1項に違反するので刑法199条を適用するしかないとの結論に至った後、当該事案へのあてはめの段階になって初めて被告人の行為をめぐる具体的事情が記述されるのである。それゆえ、判決自体としてはあくまでも文面審査（「客観的審査」ないし「一般的審査」）を行って文面上違憲無効の判決が下されている。とすれば、これを「適用審査に基づく文面上違憲無効型」と呼ぶのは、ややミスリーディングである。適用審査から出発し文面審査に転換したと見るべきであろう。

もっとも、適用審査から出発し文面審査に転換したことが、判決の論理からこれほど明確に推測できる事例はそうはないであろう。ただ、厳密な意味では適用審査に基づく合憲性の判断がなされているとは言えなくても、当該具体的事実に応用された法律の合憲性についての裁判官の（個別のまたは議論に基づく共通の）認識を契機として文面審査がなされるというこ

とは、かなり多いように思われる<sup>43)</sup>。私としては、このような場合を、「具体的事実契機型文面審査」と呼んでおくことにしたい。

あるいは、たいていの文面審査判決は、多かれ少なかれ当該具体的な事案に拘束されているので、「具体的事実契機型文面審査」を行っているのだとも言える。たとえば、一般的な合憲判決を下した典型例とも言える猿払事件最高裁判決を見てみよう。この判決は、一見すると当該事件の事情にあまりこだわらずに、憲法上の自由の制限を許容する包括的、一般的な判断を示したもののようだが、実は具体的事件についての裁判所の認識によって文面審査が大きな影響を受けているのである。すなわち、この判決は、被告人の行為が、衆議院議員選挙に際して、特定の政党を支持する政治的目的を有する文書を掲示または配布したという、「具体的な選挙における特定政党のためにする直接かつ積極的な支援活動であり、政治的偏向の強い典型的な行為」であること、さらに、問題の行為が労働組合運動の一環として組織的に、そしてかなり公然となされたものであることで、「組合員に対して統制力をもつ労働組合の組織を通じて計画的に広汎に行われ、その弊害は一層増大することとなる」ことを強調している。してみれば、猿払事件判決の違憲審査の枠組みは、労働組合運動の一環として公然となされた公務員の組織的な選挙運動が問題となっていた、という事案の特徴を意識して組み立てられたものと言えよう。同判決においては、こうした事案の特徴に引きずられた過度の一般化がなされているのであり、その「判決理由」(ratio decidendi)はその一般的な叙述よりは限定されたものであると見るができるのである。猿払事件判決は、当該事件の事実状況にこだわらず、過度に広汎であるとの批判がある法令をきわめて包括的な理由付けによって合憲であるとしたように見えるが、下級裁判所としては、当該事件の事実との関係で「判決理由」の範囲・射程を限定できないか検討を加えるべきである<sup>44)</sup>。

いずれにせよ、ここで私が強調したいことは、最高裁が文面審査を行うといっても、文字通り一般的抽象的に行うとは限らず、当該具体的事実に

についての最高裁（裁判官）の認識を契機とし、あるいはその影響を受けていることが多い、ということである。次に、比較的明確に「具体的事実契機型文面審査」を行っており、また、そのことによって違憲審査の厳格度を高めたと解される郵便法違憲判決を検討することにする。

## （2）一部違憲判決

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）は、郵便業務に関する損害賠償責任を限定していた郵便法68条、73条の規定のうち、(イ) 書留郵便物について、郵便業務従事者の故意または重大な過失によって損害が生じた場合に、不法行為に基づく国の損害賠償責任を免除または制限している部分、(ロ) 特別送達郵便物について、郵便業務従事者の軽過失による不法行為に基づき損害が生じた場合に、国家賠償法に基づく国の損害賠償責任を免除または制限している部分は、憲法17条に違反すると判示した。これは、法令の意味の一部違憲判決であるが、「具体的事実契機型文面審査」を行ったものと言える。

同判決では、郵便局員が債権差押命令の正本を誤って銀行の私書箱に投函したため預金が引き出されてしまったとの原告（上告人）の主張を受けて、書留郵便物および特別送達郵便物に関する損害賠償責任限定の合憲性という論点が設定されている。同判決は、書留郵便物および特別送達郵便物の場合に国の損害賠償責任を限定する必要があるか否かを厳密に検討することによって違憲の判断に至っているが、このように最高裁が厳密な違憲審査を行ったのは、郵便物一般について国の損害賠償責任を限定することの必要性・合理性ではなく、書留郵便物および特別送達郵便物について国の損害賠償責任を限定する必要性を問題にしたからにほかならない。つまり、事案に照らしての論点の限定が、厳密な違憲審査をもたらしたのである。こうした論点の限定は、書留郵便物の一種である特別送達郵便物の郵送についての過誤が問題となっていたからであり、最高裁は、こうした事案の具体的な事実状況を踏まえて論点を設定したのである。ここでは、

「具体的事実契機型文面審査」による事案の諸事情に応じた審査が厳密な違憲審査をもたらしているのであり<sup>45)</sup>、本件は、《具体的事件についての司法権の行使に付随して違憲審査権が行使される》という付随的違憲審査制の長所が現れている事例であると言えよう<sup>46)</sup>。

ところで、本判決は法令の意味の一部違憲判決であるが、上告人は適用違憲の主張もしており、「郵便法68条、73条は、書留郵便物を取り扱った郵便業務従事者の故意または重過失による不法行為に適用される場合には、憲法17条に違反する」などといった適用違憲(法令の「適用上違憲」)の判断を示すこともありえた。私は、この点につき、評釈において、最高裁がこれまで適用違憲の判断を示すことに消極的であり、文面審査(「客観的審査」ないし「一般的審査」)が漠然と指定されていたことからして、「最高裁にとってはアメリカ型の『適用される限りで』違憲という手法よりも、法令の意味上の一部違憲の手法の方がなじみやすいのであろう」と指摘した<sup>47)</sup>。これに対して、野坂泰司教授は、こうした筆者の説明には「にわかには賛成し難い」と批判している。適用違憲には「当該規定を異なる事例に適用した場合に合憲となるのか違憲となるのかが判決の時点では必ずしも明確でないという難点」があり、また、「一定の事例に関する限り当該規定の適用が否定されることが明確であるならば、結局それは法令の意味の一部を切り取る効果をもち、法令の一部を違憲とするに等しいと見ることもできよう」とした上で、「このような場合には適用違憲ではなく、法令の一部違憲の判断を示したほうが法的安定に資するということになるのではないか」、としているのである<sup>48)</sup>。

この事例は、アメリカの判例の手法をとるとすれば、「郵便法68条、73条は、特別送達郵便物について、郵便業務従事者の故意・過失による不法行為に基づき損害が生じた場合に適用される限りで[または、特別送達郵便物について、郵便業務従事者の故意・過失による不法行為に基づき損害が生じた場合にも損害賠償をすることができないと解釈され、適用される限りで]、憲法17条に違反する」といった「適用上違憲」の判決となるで

あろう。ただ、この「適用上違憲」の判決は、アメリカにおいては一部違憲判決（partial invalidation）とも呼ばれ<sup>49)</sup>、実質的には、法令の当該条項の定める規制の一部ないしありうる意味の一部を違憲と宣言し、そうした適用を排除するものである。学説上も、法令が「適用される限りで」違憲という表現と、法令の一部が違憲という表現とが互換的に用いられており<sup>50)</sup>、アメリカ合衆国においては、法令の「適用上の」違憲と法令の意味の一部違憲とが同視されていることがうかがわれる。それゆえ、「適用上違憲」の手法がドイツにおける一部違憲の手法に相当するという指摘<sup>51)</sup>は適切なものと言えよう。但し、「適用上違憲」の判決は、あくまでも事件の具体的な事実から出発するものであって、適用審査に基づく違憲判断であるのに対して、一部違憲の場合は、規定の側から出発する文面審査に基づく違憲判断である<sup>52)</sup>。

それゆえ、「適用上違憲」か「一部違憲」かは、判決内容にそれほどの違いをもたらすものではなく、「適用上違憲」が野坂教授が指摘するような適用審査の難点を伴うとは限らない。にも関わらずアメリカ法に造詣の深い野坂教授に一部違憲の手法が適切であったと言わせるほどに、わが国においては「適用上違憲」という判断方式は特異なものである、ということなのであろう。それに対して私が「適用上違憲」という手法でないという点にこだわったのは、一部違憲が（当該事件の具体的な事実状況によって論点が限定されているとはいえ）文面審査であるからであった。

この点で興味深いのは最近、宍戸常寿教授が、最高裁の最近の3つの法令違憲判決が部分無効（一部違憲）の手法を用いていることに「学説は刮目して相対すべきである」としていることである<sup>53)</sup>。宍戸教授は、「部分無効の手法が憲法学界で大きな関心を呼ぶには至らなかった」背景には、「判例に対する代替的選択肢が、適用違憲の手法の活用を求める形で定式化されたこと」もあるのではないかと、部分無効は適用違憲に近いというよりも、むしろ法令の『客観的・一般的審査』に連なるものとして敬遠されたのではなからうかと、と筆者らの対応に批判の目を向ける<sup>54)</sup>。その上

で、「部分無効の諸判決が、法律の規定の違憲部分とそれ以外の部分を裁断するに先立ち、まさに憲法の解釈をしている」ことを指摘し、「ここには市川の説く、憲法の意味が適用を通じて具体的に確定されるという思想への転換の萌芽が見られる」と指摘している<sup>55)</sup>。

筆者も、(法令の意味の)一部違憲の手法が、訴訟の具体的事実に応じたきめ細かな違憲審査(文面審査)を導く可能性がある点は評価したい。「適用上違憲」の手法に対するわが国における抵抗感を考えれば、裁判所に対して一部違憲の判決を求めていくことも有力な戦略として考慮されるべきであろう<sup>56)</sup>。但し、一部違憲の判断において具体的事実についての判断・評価をどのように反映させていくか、そのために一部違憲の判断を行おうとする裁判所に対してどのようなアプローチをすべきか、検討が必要であろう<sup>57)</sup>。

## 結びに代えて

棟居快行教授が指摘しているように、具体的事件の解決、ミクロの正義を重視する『小さな司法』が大きな影響力を図らずももたらし、制度改革に結びつく<sup>58)</sup>ことがあるのであって、訴訟の具体的事実状況を踏まえた訴訟の遂行は、憲法保障という観点からも付随的違憲審査制(司法裁判所型違憲審査制)の可能性を発揮させる大きな可能性をもっていると思われる。こうした可能性を踏まえた憲法訴訟論の展開が望まれるのである。

以上、そうした見地から、文面審査と適用審査の関係、両者の使い分け、文面審査の契機としての具体的事実の意義、法令の意味の一部違憲の手法に対する評価などについて論じてきた。問題を概観したにすぎず、たとえば文面審査と適用審査の使い分けの基準についての明確な提示までは行っていない。また、文面審査がきわめて緩やかになされた上で合憲とされていた場合には、非常に広汎な適用範囲を有する規制であっても、目的の実現に役立っており、法令は合理性を有する規制を施していると判断され

ているのであるから 事実上、適用審査に基づく適用違憲の判断が封じられているといった、違憲審査の厳格さ・緩やかさと違憲審査の方法との関連性についても検討ができなかった（但し、具体的事実契機型文面審査に基づく合憲判決であることに着目して、合憲判決の射程を限定し適用違憲の判断につなげうことは示した）。これらについては、引き続き課題としたい。

- 1) このところ最高裁は3年おきに3つの法令違憲判決を下しており、最近の最高裁判決から「最高裁大法廷の覚醒期として再検討されるべき潜在性」が認められるとの指摘（宍戸常寿「司法のプラグマティック」法教322号24頁〔2007年〕）もなされている。今のところ最高裁が司法消極主義から脱却したとまでは評価できないが、法令違憲判決の数だけでなく、確認判決の手法の容認、一部違憲判決の手法の利用、学説でも消極論が強かった合憲補充解釈に類似した手法の採用など、注目される点がいくつかある。私も、国籍法違憲判決（最大判平成20年6月4日判時2002号3頁）が、当事者の救済という見地から一部違憲の判断に基づく合憲的な法律解釈を行ったことは、「人権救済の見地からしても、また、憲法保障という観点からしても、高く評価されるべきものと考えている。拙稿「判批」判評599号6頁（判時2021号168頁）（2009年）参照。
- 2) 拙稿「違憲審査制の軌跡と展望」紙谷雅子編著『日本国憲法を読み直す』180-182頁（日本経済新聞社、2000年）、拙稿「日本における違憲審査制の軌跡と特徴」立命294号111-113頁（2004年）、拙稿「違憲審査制の活性化」『岩波講座 憲法4 変容する統治システム』289-294頁（岩波書店、2007年）参照。
- 3) 拙稿「違憲審査制の活性化」前掲注(2)300頁参照。
- 4) 拙稿「違憲審査制の活性化 アメリカとの比較から」憲法理論研究会編『法の支配の現代的課題』34頁（敬文堂、2002年）参照。
- 5) 拙稿「違憲審査制の活性化」前掲注(2)304頁参照。
- 6) 本節は、拙稿「違憲審査権の行使（2）文面審査と適用審査」ジュリ増刊『新・法律学の争点シリーズ 憲法の争点』276頁（2008年）を敷衍したものである。
- 7) Village of Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates, Inc., 455 U.S. 489, 494 n. 5 (1982) (quoting Steffel v. Thompson, 415 U.S. 452, 474 [1974]). See also United States v. Petrillo, 332 U.S. 1, 6 (1947). 芦部信喜『憲法訴訟の理論』99頁（有斐閣、1973年）参照。
- 8) 芦部信喜『憲法判例を読む』38頁（岩波書店、1987年）、同『憲法学 人権総論』227-228頁（有斐閣、1994年）（但し、文面判断のアプローチの場合であっても、事件によっては立法事実を審査することが必要になることがある、としている）参照。文面審査につき同様の理解をするものとして、野中俊彦ほか『ゼミナール』憲法裁判』184頁（日本評論社、1986年）（江橋崇執筆）、阪本昌成『憲法理論 補訂第三版』445-446頁（成文堂、2000年）（「裁判所が、当該事件の事実関係を斟酌せず、しかも、立法事実の審査にも従事することなく、問題の条規の文面を形式的に審査することをいう」文面審査と、

「裁判所が、立法に当たって議会の認定した立法事実の存在を確定したり、立法目的を支える事実は妥当であるか、または、立法目的にとって規制範囲・手段は過大でなく必要最小限度性(または必要かつ合理性)を満たすかにつき、独自の観点から、再評価したりすることをいう」法令審査とを区別)、渋谷秀樹『憲法』652-654頁(有斐閣, 2007年)(「文面審査」と「立法事実の審査」とを区別)、長谷部恭男『憲法 第4版』437頁(新世社, 2008年)(「文面上の審査」と立法事実の存否という観点からの法令の合憲性の判断とを対置)。

- 9) このように立法事実を考慮せずに法律の文言のみから合憲性を判断することができるのは、非常に限られた場合である。検閲にあたらぬ事前抑制は例外的に許容されうるとするのであれば、事前抑制の仕組みを打ち立てている法律がそうした例外にあたるかは、法律の文言だけでなく、立法事実をも考慮しなければ判断できないであろう。それゆえ、単なる事前抑制にとどまらない検閲は絶対的に禁止されるという立場をとった場合に、検閲にあたるか否かが立法事実の考慮なく法律の文言から判断されるということになる。同じことは検閲と事前抑制とを同視する立場(検閲についての広義説)についても言える。それゆえ、芦部教授は、検閲(事前抑制)にあたるか否かの審査を「文面判断の方法」の例として挙げているが(芦部『憲法判例を読む』38頁, 同『憲法学』229頁参照)、これは芦部教授が検閲について広義説をとり検閲と事前抑制とを同視すること(芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法 第四版』185頁〔岩波書店, 2007年〕参照)と矛盾する点がある。また、法律の規制が過度に広汎であるというのも、多くは、本文の次の段落で挙げる例のように、立法事実を照らして過度に広汎であるとの判断に至るであろうから、立法事実を見るまでもなく法律の文言からして過度に広汎であると言えるような場合はまれであろう。法令の文言が不明確であるという点についても、合憲限定解釈を認めるのであれば、通常当該合憲限定解釈の妥当性、許容性の判断をするのに立法事実の考慮は必要である。それゆえ、合憲限定解釈が許されず、あくまでも法令自体が明確であるかどうか判断されるべきであるという場合(たとえば表現の自由を制限する法律については一切合憲限定解釈は許されないという立場をとった場合)や、法令の文言があまりにも不明確でおよそ合憲限定解釈はありえないという場合のみ、法律の文言のみから合憲性が判断されることになる。
- 10) 藤井俊夫「過度の広汎性の理論および明確性の理論」芦部信喜編『講座憲法訴訟 第2巻』350-351頁(有斐閣, 1987年)、高橋和之『憲法判断の方法』55頁(有斐閣, 1995年)、戸松秀典『憲法訴訟 第2版』220-221頁(有斐閣, 2008年)、新正幸『憲法訴訟論』461頁(信山社, 2008年)参照。
- 11) *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).
- 12) アメリカ合衆国最高裁は、この判決方式は、「憲法裁判は、最高裁の前にいる当事者の行為への法令の適用の審査を要求するという一般ルール」からの例外を作るものではないとし、あくまでも適用審査に基づくものだとしている。しかし、たとえば、集めた慈善募金の25%以上を募金活動に支出することを禁止する州法についてこの型の判決を下した *Secretary of State of Maryland v. Joseph H. Munson Company, Inc.*, 467 U.S. 947 (1984) を見ても、実際には、そこでの「法令が考えられるあらゆる適用において違憲である」との

判断には、法令自体の違憲性の判断が先行している。それゆえ、この「全適用違憲」判決は、実質的には文面審査に基づく文面上無効判決と解すべきものであり、適用審査への執着に基づく一つのレトリックと見るべきであろう。「全適用違憲」判決につき詳しくは、宮原均「オーバブレドス（overbreadth）理論の新展開」新報93巻3・4・5号94頁以下（1986年）、高橋『憲法判断の方法』144頁以下参照。

- 13) 後述するように、わが国の裁判所においては、こうした「客観的審査」ないし「一般的審査」と呼ぶことができるようなタイプの文面審査が主流である。なお、「立法事実を考慮に入れる文面審査」といっても、裁判所が独自の立場から合憲性を支える立法事実の存否を精査する場合だけではない。裁判所が、合憲性の推定を働かせ、合憲性を支える立法事実の存在を推定する場合も含まれる。
- 14) See P. BATOR, D. MELTZER, P. MISHKIN & D. SHAPIRO, HART AND WECHSLER'S THE FEDERAL COURTS AND THE FEDERAL SYSTEM 662 (3d ed. 1988).
- 15) Broadrick v. Oklahoma, 413 U.S. 601, 616-617 (1973).
- 16) それゆえ、合憲限定解釈は、文面審査においてなされる場合と適用審査においてなされる場合とがある。
- 17) 「本件被告人の所為に、国公法110条1項19号が適用される限度において、同号が憲法21条および31条に違反する」とした猿払事件第一審判決（旭川地判昭和43年3月25日下刑集10巻3号293頁）は、こうした「適用上違憲」の判決を下したものと見ることができる（但し、この判決の違憲判断の方法に関して理解が分かれている点につき、上村貞美「違憲判断の方法について」名城57巻1・2号66-67頁〔2007年〕参照）。また、伊藤正己裁判官は適用違憲となりうることを指摘する多くの補足意見を書いたが、その中にはサラリーマン税金訴訟判決（最大判昭和60年3月27日民集39巻2号247頁）の補足意見のように、「適用上の違憲」の手法を示唆しているものもある（「本件課税規定は、かかる〔給与所得に係る必要経費の額がその者の給与所得控除の額を著しく超過するという事情がみられる〕場合に、当該給与所得者に適用される限度において、憲法14条1項の規定に違反するものといわざるを得ない」）。
- 18) 松井茂記『日本国憲法 第3版』120頁（有斐閣、2007年）参照。
- 19) 文面審査・適用審査という審査方法の区別はアメリカの判例において確立してきたものであるが、最近のアメリカの学説においては、両者の区別に対して批判が向けられている。たとえば、アドラーは、憲法上の権利を誤った内容の「ルールに対抗する権利」（rights against rules）と捉える立場から、「真の適用上の憲法違反の主張（as-applied constitutional challenge）などというものは存在しない」と主張している。See Adler, "Rights against Rules: The Moral Structure of American Constitutional Law," 97 MICH. L. REV. 1, 157 (1998). See also Adler, "Rights, Rules, and the Structure of Constitutional Adjudication: A Response to Professor Fallon," 113 HARV. L. REV. 1371 (2000). アドラーの「ルールに対抗する権利」論について詳しくは、青井未帆「憲法訴訟・憲法判断について考える」信州大学経済学論集58号35-36頁（2008年）、同「憲法訴訟論 付随的違憲審査制と『憲法上の権利』の救済」『憲法学の現代的論点（第2版）』（有斐閣、近刊）参照。また、文面審査を適用審査の結果（outgrowth）と捉える見解も有力に主張されている。

See Fallon, "As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing," 113 HARV. L. REV. 1321 (2000). このファロンの主張は、次節で述べる見解と通ずるところがある。

- 20) 高橋和之教授は、審査の方法(文面審査・適用審査)と憲法判断の方式(文面上の判断・適用上の判断)とを区別している。高橋『憲法判断の方法』55頁参照。しかし、本稿では、審査の方法を高橋教授のいう「憲法判断の方式」を含むものと捉え、特に両者を区別しない立場をとる。適用審査をしていた裁判所が法律の文面上の合憲性に踏み込んだ場合、適用審査から出発した裁判所が文面審査に踏み込んだ、つまり、適用審査から文面審査への転換がなされた、と見るべきであろう。
- 21) *Members of the City Council of the City of Los Angeles v. Taxpayers for Vincent*, 466 U.S. 789, 798 (1984).
- 22) *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432, 447 (1985). See also *Brockett v. Spokane Arcades, Inc.*, 472 U.S. 491, 504 (1985).
- 23) *United States v. Salerno*, 481 U.S. 739, 745 (1987).
- 24) See Dorf, "Facial Challenges to State and Federal Statutes," 46 STAN. L. REV. 235, 268-271 (1994).
- 25) この点については、拙稿「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』321頁以下(有斐閣, 1990年)参照。
- 26) 詳しくは、拙稿「適用違憲に関する一考察」前掲注(25)316-318頁参照。See also Fallon, "As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing," *supra* note (19) at 1330-31.
- 27) *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747, 768 (1982) (*quoting* Frankfurter & Hart, "The Business of the Supreme Court at October Term 1934," 49 HARV. L. REV. 68, 95-96 [1935]; A. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH 115-116 [1962]).
- 28) 藤井俊夫『憲法訴訟の基礎理論』60頁(成文堂, 1981年), 同「過度の広汎性の理論および明確性の理論」前掲注(10)352頁, 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』144-146頁(日本評論社, 1984年), 永田秀樹「適用違憲 法令違憲との異同と問題点」法教125号39頁(1991年)等参照。
- 29) 初宿正典「刑法二〇〇条と適用違憲の可能性 最高裁判例の論理に即して」ジュリ766号85頁(1982年)。
- 30) 同上。
- 31) 佐藤幸治『現代国家と司法権』219頁(有斐閣, 1988年)。
- 32) 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』4頁(有斐閣, 1987年)(原文の傍点は省略した)。
- 33) *Poindexter v. Greenhow*, 114 U.S. 270, 295 (1885). See also *Griffin v. Illinois*, 351 U.S. 12, 17 n.11 (1956); *United Mine Workers of America, District 12 v. Illinois Bar Association*, 389 U.S. 217, 222-223 (1967).
- 34) 君塚正臣「適用違憲『原則』について 猿払事件を端緒とする再検討」横浜国際経済法学15巻1号23頁(2006年), 松井『日本国憲法 第3版』120頁参照。

- 35) こうした見地から最高裁の合憲判決後の下級裁判所の対応のあり方を説くものとして、拙稿「付随的違憲審査制における下級審の役割・考 国公法・社会保険事務所職員事件を素材として」『国民主権と法の支配 佐藤幸治先生古稀記念論文集 [上巻]』357頁（成文堂，2008年）参照。
- 36) 市川正人ほか「学界展望 憲法」公法70号253頁（2008年）（工藤達朗執筆。拙稿「違憲審査制の活性化」前掲注(2)への評）。
- 37) 拙稿「違憲審査制の活性化 アメリカとの比較から」前掲注(4)33頁。
- 38) 拙稿「違憲審査制の活性化」前掲注(2)304頁参照。
- 39) 適用審査優先原則を厳格に貫くことを主張するものとして、君塚正臣「付随的違憲審査制の活性化に向けて」関法52巻6号93-94頁（2003年）、同「適用違憲『原則』について」前掲注(34)23頁以下、松井『日本国憲法 第3版』119頁参照。
- 40) 阪本『憲法理論 補訂第三版』444頁。
- 41) 佐藤『憲法訴訟と司法権』213-214頁。
- 42) 同217-218頁参照。
- 43) 阪本『憲法理論 補訂第三版』445頁は、裁判所は適用審査を契機として「法令審査」（筆者の用語では、立法事実を考慮した文面審査）に入ることがあるとし、そうした「適用審査 法令審査 法令違憲」の手法によった例として、尊属殺重罰規定違憲判決のほか、薬事法違憲判決、森林法違憲判決を挙げている。また、野坂泰司「憲法判断の方法」ジュリ増刊『新・法律学の争点シリーズ 憲法の争点』286頁（2008年）（「通常は、法令違憲の判断も具体的事件への法令の適用を個々に検討する中で下されるものである。」）も参照。
- 44) 拙稿「付随的違憲審査制における下級審の役割・考」前掲注(35)371頁以下参照。
- 45) 堀木訴訟の第一審判決（神戸地判昭47年9月20日行集23巻8・9号711頁）も、問題を児童扶養手当法の併給禁止規定一般の合憲性ではなく、「視覚障害者として、障害福祉年金を受給している者であって、児童を監護する母であるという地位にある女性」への併給の禁止の合憲性という論点に限定することによって、より実態に立ち立った審査を行い一部違憲の判決を導いている。それに対して上訴審では論点につきそのような限定がなされず、併給禁止規定一般の合憲性が緩やかな審査によって判断されている。事案に応じて法令の意味の一部の合憲性を判断することには、このようにより慎重で立ち立った審査を導く傾向があるのである。
- 46) ただし、この事件の場合、福田・深澤裁判官の意見が指摘するように、書留郵便物一般につき国の損害賠償を限定する点を判断することは、本件の解決にとって必ずしも必要でなかった。付随的違憲審査制の下での違憲審査権の行使は、厳密な意味で当該事案の処理に必要な最低限度の憲法判断をすることに限定されないというのが、最高裁の立場なのである。
- 47) 拙稿「郵便法免責規定違憲判決」法教269号57頁（2003年）。
- 48) 野坂泰司「郵便法免責・責任制限規定と憲法17条」法教295号131頁（2005年）。
- 49) See *Brockett v. Spokane Arcades, Inc.*, 472 U.S. 491, 503-504 (1985).
- 50) See e.g., Stern, "Separability and Separability Clauses in the Supreme Court," 51 HARV.

L. REV. 76 (1937); Note, "Supreme Court Interpretation of Statutes to Avoid Constitutional Decisions," 53 COLUM. L. REV. 633, 641 & n.49 (1953).

- 51) 永田秀樹「適用違憲の法理」ジュリ1037号215頁(1994年)(適用違憲[「適用上違憲」]がドイツにおける質の一部無効[法令の意味の一部違憲]に相当するとする)参照。
- 52) 青柳「法令違憲・適用違憲」前掲注(32)10頁,永田秀樹「適用違憲」前掲注(28)39頁参照。
- 53) 穴戸常寿「司法審査 『部分無効の法理』をめぐって」法時81巻1号76頁(2009年)。
- 54) 同78頁。
- 55) 同81頁。
- 56) 拙稿「付随的違憲審査制における下級審の役割・考」前掲注(35)374頁参照。
- 57) この点で,穴戸「司法審査」前掲注(53)82頁注40が,ドイツで質的部分無効(法令の意味の一部違憲)の手法を擁護する論者が,「ある規範の実体的違憲性は抽象的ではなく,事案との関連ではじめて確定できるのが通常だ」と説いていることを紹介しているのが,興味深い。
- 58) 棟居快行「最高裁は何処へ? 司法権の現状と将来」憲法問題19号62頁(2008年)。