

# 適用違憲・再考

——違憲審査と違憲判断の方法について（二）——

市川正人\*

## 目次

はじめに

### 1 適用違憲の概念

- (1) 適用違憲の類型
- (2) 適用前提型適用違憲
- (3) 合憲限定解釈可能型適用違憲と違憲的解釈適用型適用違憲
- (4) 処分違憲の概念

### 2 適用前提型適用違憲に関する諸問題

- (1) 適用前提型適用違憲と一部違憲
- (2) 法令合憲判断と適用前提型適用違憲
- (3) 適用前提型適用違憲と違憲審査基準

結びに代えて

## はじめに

付随的違憲審査制の下での違憲審査の方法についての学説の最近の展開にはめざましいものがあるが、逆に議論がわかりにくくなった点も見受けられる。わが国の裁判所における近時の違憲審査権行使の積極化傾向をさらに進め、より適切な形で違憲審査権行使をもたらすためには、違憲審査の方法、違憲判断の方法についての議論を明確化し、わかりやすいと共に有用性のある理論を構築し提示していく必要があるだろう。こうした見地から、前稿<sup>1)</sup>

---

\* いちかわ・まさと 立命館大学大学院法務研究科教授

1) 拙稿「違憲審査の方法と法令違憲——違憲審査と違憲判断の方法について（一）——」

では、わが国において文面審査が広く措定されてきたことと、付随的違憲審査制の適切な運用を導くために訴訟の具体的な事実状況が必要であることとをどう調整するかという視点から、最近の学説の展開に触れつつ、また、適宜アメリカの判例、学説を参照しつつ、違憲審査の方法と法令違憲について論じた。引き続き、本稿では適用違憲について論じることとする。

## 1 適用違憲の概念

### (1) 適用違憲の類型

適用違憲は、法令違憲と対比される違憲判断の方法であり、通常、適用審査(“as applied” scrutiny)に基づき、法令が当該事件に適用される限りで違憲、あるいは、法令の適用が違憲であるとする違憲判断の手法とされている。芦部信喜は、適用違憲判決には、①「法令の合憲限定解釈が不可能である場合……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」、の3類型があると提唱した<sup>2)</sup>。芦部のいう適用違憲の第1類型は合憲限定解釈不可能型適用違憲、第2類型は合憲限定解釈可能型適用違憲、第3類型は違憲的解釈適用型適用違憲と呼ぶことができるが、芦部が提唱した適用違憲の3類型は広く受け入れられてきており<sup>3)</sup>、また、最近の批判・議論の対象ともなっている。

---

1) 立命館法学369・370号30頁(2017年)。

2) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法 第六版』387～388頁(岩波書店、2015年)(原文の傍点を取った)。芦部信喜『演習憲法 新版』307～309頁(有斐閣、1988年)、同『人権と憲法訴訟』310頁(有斐閣、1994年)も参照。

3) 芦部の適用違憲3類型の提唱を基本的に受け入れるものとして、阿部照哉『憲法』

## (2) 適用前提型適用違憲

### (a) 適用前提型適用違憲の概念

このうち、第1類型の適用違憲は、アメリカにおいて最も典型的な違憲判決の方法であり、私は、「法令は本件に適用される限りで（as applied）違憲である」とするこの判決手法を、かつて直訳風に「適用上違憲」と呼んだ<sup>4)</sup>。最近では「適用違憲」の概念をこのタイプのものに限定すべきであるという意見が強い<sup>5)</sup>。

もっとも、この第1類型の適用違憲（「適用上違憲」）は、わが国ではあまりなじみがないものであり、例が少ないが、「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日下民集10巻3号293頁）は、第1類型の適用違憲の判決を下したものと見ることができる<sup>6)</sup>。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

---

255頁（青林書院新社，1982年），杉原泰雄『憲法Ⅱ 統治の機構』419～420頁（有斐閣，1989年），井口文男『憲法Ⅰ [総論・統治]』161～162頁（有信堂高文社，2002年），粕谷友介『憲法 改訂』408～410頁（上智大学，2003年），新正幸『憲法訴訟論 [第2版]』470頁（信山社，2010年），佐藤幸治『日本国憲法論』657～659頁（成文堂，2011年），野中俊彦ほか『憲法Ⅱ 第5版』316～317頁（有斐閣，2011年）（野中執筆），加藤一彦『憲法』257～258頁（法律文化社，2012年），長谷部恭男『憲法 第6版』426～427頁（新世社，2014年），辻村みよ子『憲法 第5版』472～473頁（日本評論社，2016年）等参照。

私も、概説書において、適用違憲の類型として、芦部の提唱する適用違憲の3類型と「法令に憲法上の権利を守るための手続について必要な規定がなく、そうした法令を法令の定め通り、つまり憲法上の権利を守るための手続なしに適用した場合に、その適用行為を違憲とするもの」を挙げた。拙著『基本講義 憲法』374～378頁（新世社，2014年）参照。

4) 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』311頁（有斐閣，1990年）参照。

5) 山本龍彦「違憲審査の対象と憲法判断の方法——法令違憲・適用違憲論」法時増刊『国公法事件上告審と最高裁判所』172～173頁（2011年），駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回——憲法的論証を求めて』48頁（日本評論社，2013年），宍戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開 第2版』297頁（日本評論社，2014年）等参照。

6) 猿払事件控訴審判決（札幌高判昭和44年6月24日判時560号30頁），全通ブラカード事件控訴審判決（東京高判昭和48年9月19日行集24巻8・9号1018頁）も、国公法110条1項19号ないし102条1項に対して、猿払事件第一審判決と同様の適用違憲の判断を下している。

多くの補足意見を書いたが、その多くは、「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」とした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）の補足意見や、大分県屋外広告物条例事件判決（最3判昭和62年3月3日刑集41巻2号15頁）の補足意見、吉祥寺駅前事件判決（最3判昭和59年12月18日刑集38巻12号3026頁）の補足意見のように、第1類型の適用違憲の手法を示唆するものである。さらに比較的最近の事例としては、民法900条4号ただし書およびこれを準用する民法1044条を「本件事案に適用する限りにおいては、違憲と評価され、効力を有しないというべき」とした下級審判決（東京高判平成22年3月10日判タ1324号210頁）もある。

しかし、芦部がこの型の適用違憲を「合憲限定解釈が不可能な場合」になされるものとしているのは、定義として限定しすぎているように思われる。猿払事件第一審判決が、国公法110条1項19号について、「同法102条1項に規定する政治的行為の制限に違反した者という文字を使っており、制限解釈を加える余地は全く存しない」とした上で、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条に違反するとしているのを受けて、芦部は、「法令の合憲限定解釈が不可能である場合……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」と定義したのである<sup>7)</sup>。だが、アメリカ合衆国最高裁（以下、「合衆国最高裁」と略）は、法律が本件に適用される限りで違憲とする場合に、必ずしも合憲限定解釈が可能かどうか検討していないのである。

それはまず、合衆国最高裁において合憲性が争われる法律の大多数が州法であるが、州法の解釈権は州裁判所にあるため、連邦裁判所である合衆国最

---

7) 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』48頁（有斐閣、1981年）等参照。

高裁は問題の州法の意味についての州裁判所の解釈を前提に審査を進めざるをえないからである。州裁判所が訴訟当事者の行為は当該州法によって禁止されていると解釈していれば、合衆国最高裁はそれを前提として、当該州法が訴訟当事者の行為に適用される限りで違憲ではないかと検討するわけである。しかしまた、連邦法律が争われる場合でも、合衆国最高裁は、必ずしも、合憲限定解釈の可否を判断した上で、「適用上違憲」でないか否かを判断しているわけではない。たとえば、その例として、妊娠中絶の規制を主張するプロライフの団体（MCFL）のニューズレターの特別号でプロライフの立場に立つ候補への投票を呼びかけることが、選挙に直接結びつく支出を法人に禁止する連邦選挙運動法の規定に抵触するとして、連邦選挙委員会（FEC [Federal Election Commission]）によって提起された訴訟における最高裁判決である *FEC v. Massachusetts Citizens for Life, Inc.*, 479 U.S. 238 (1986) が挙げられる。この判決は、当該法律規定の文言と立法史に基づき、当該特別号が禁止の対象にあたるという法律解釈が正しいとした上で、当該法律規定は MCFL に適用される限りで、表現の自由を保障する修正 1 条に違反するとしている。ここでは、合憲性についての疑いを排除する限定解釈が可能かどうか、といった検討はなされていないのである。

このように合衆国最高裁の「適用上違憲」の判断の前提は、当該法令の規定が当該事例において適用されるということ自体なのであり、合憲限定解釈が不可能かどうかではない。そこで、本稿では、第 1 類型の適用違憲を「適用前提型適用違憲」と呼んでおくことにしたい。

#### (b) 高橋和之の「適用上違憲」

芦部の挙げる第 1 類型の適用違憲（適用前提型適用違憲）を「適用上違憲」と呼んだ拙稿が公表される直前に、高橋和之が「適用上違憲」という言葉を別の意味で用い出しており<sup>8)</sup>、そちらの方が人口に膾炙している。

---

8) 高橋和之「憲法訴訟における適用上判断の法理」雄川一郎先生献呈論集『行政法の諸問題 下』37頁（有斐閣、1990年）（高橋和之『憲法判断の方法』〔有斐閣、1995年〕所収）

高橋がいう「適用上違憲」も、合衆国最高裁判決の、法令が「本件に適用される限りで違憲」とする違憲判断手法を指しているのだが、それを私よりももっと限定的なものとして捉えている。

高橋は、「適用上」判断の結果、「本件に適用される限りで法律は違憲である」という「適用上違憲」の判断は、「法律が適用されようとしているある行為が、憲法上保護された行為であるという場合」に下されるのであって、そこでは、法律そのものについては憲法判断がなされていない、としている。「この場合には、法律の合憲、違憲と関係なく、法律は適用できないということになるだけなのである<sup>9)</sup>。このように、高橋の理解によれば、「適用上違憲」の判断は、当該訴訟当事者の行為を禁止することは憲法上できないのだから、当該法律規定を適用することはできないというものであり、その意味の一部であれ法律規定の違憲判断をするものではない。

しかし、高橋が、合衆国最高裁の「法令が適用される限りで違憲」とした諸判決や猿払事件第一審判決の手法を高橋がいう意味での「適用上違憲」の判決手法と理解したことが適切か、疑問がある。たとえば、高橋が紹介する判決の一つである *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516 (1945)<sup>10)</sup> は、州内で労働組合を組織する活動を行おうとする者は、氏名、労働組合との関係等が記載された労働組合組織者カードを州務長官から得なければならないというテキサス州法の規定に基づき発せられた裁判所の一時的抑止命令 (temporary restraining order) に違反したとして裁判所侮辱に問われた事例である。CIO 系労働組合の幹部であるトーマスは、集会において、自分がテキサス州にやってくるのに合わせて発せられたこの命令を批判した上で、一般的に労働組合に加入することを薦めると共に、演説の最後で

---

ㄨ取) 参照。

9) 高橋『憲法判断の方法』21頁。同書194～195頁、高橋和之『体系憲法訴訟』167頁以下、322頁以下(有斐閣、2017年)、同『立憲主義と日本国憲法 第4版』444頁(有斐閣、2017年)も参照。

10) 高橋『憲法判断の方法』204頁以下参照。

聴衆の1人に対して組合への加入を薦めていた。州の最高裁は、本件に適用される限りで州法の規定が違憲であるとの主張を認めていなかった。それに対して、上告を受けた合衆国最高裁は、本件の事案をまとめた上で、「当該法律は、本件で適用されたところによれば (as it was applied), トーマスに対して、演説の中で個別的な勧誘だけでなく一般的な勧誘も制限し、処罰した」ということになる<sup>11)</sup>とし、当該州法の規定の「本件での適用が修正1条に違反するか」<sup>12)</sup>に問題を限定する。そして、「本件で適用されたような当該規定 (the statute as applied) は憲法に違反する」<sup>13)</sup>と判示した。ここでは、州法が、州裁判所においてトーマスの表現の自由を制約するように適用されていることを前提に、違憲とされているのである。

また、高橋は、キリスト教の一派であり機械文明を拒否する伝統的なアーミッシュにその子供に義務教育を受けさせることを拒否することを認めた判決として著名な *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972) も「適用上違憲」の判決の例として挙げている<sup>14)</sup>。確かに、この判決は、「修正1条と修正14条は州が被告人たちにその子供たちを16歳以上まで正規の高校に通わせるよう強制することを妨げる」と、高橋のいう「適用上違憲」を思わせる判示をしている<sup>15)</sup>。しかし、この事例では、州の第一審裁判所がアーミッシュの親たちについて有罪判決を下しており、州最高裁が当該義務教育法の規定がアーミッシュである上訴人たちに適用される限りで違憲であるとして<sup>16)</sup>、この有罪判決を破棄していた。本判決はこの州最高裁判決を維持したのであるから、州の下級裁判所において法令が適用されていることを前提に、そのような適用をされた限りで法令は違憲とする立場をとったものと解される。

---

11) *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516, 529 (1945).

12) *Id.*, at 533.

13) *Id.*, at 542.

14) 高橋『憲法判断の方法』207頁以下参照。

15) *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, 234 (1972).

16) *State v. Yoder*, 49 Wis. 2d 430, 447 (1971).

このように高橋が「適用上違憲」判決の例として挙げる合衆国最高裁判決は、いずれも州法が本件へ適用されることを前提に、当該州法が本件に適用される限りで違憲かどうか判断した州裁判所の判決が上告されてきた事例についてのものである。それゆえ、先に述べたように合衆国最高裁判決には州法の解釈権がないので、合衆国最高裁判決としては、当該州法が本件に適用されているということを前提にその限りで州法の合憲性を判断することになったわけである。また、連邦法律についても、合衆国最高裁判決が本件に適用されることを前提に、それが本件に適用される限りで違憲か否かを判断していることも先に見た通りである<sup>17)</sup>。

また、高橋が適用上違憲の判断を示したものと捉えている猿払事件第一審判決も、「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所為」を禁止処罰することは憲法21条に違反するというにとどまっているわけではなく、国家公務員法、人事院規則14—7の諸規定が、

---

17) 青井未帆は、合衆国最高裁判決の展開やアメリカの学説における指摘を踏まえて、アメリカにおいて、元々、「適用上の訴えについては、『特定の事実との関係で主張しうる連邦上の権利あるいは免除（・特権）(immunity)として、常に言い換えられるもの』と、狭く理解されていた」が、最近では、適用上の訴えでは、「違憲・無効が事件特定の意味を超えて、一段抽象的な次元で捉えられるようになってきている」と指摘している。青井未帆「憲法判断の対象と範囲について（適用違憲・法令違憲）——近時のアメリカ合衆国における議論を中心に——」成城79号53頁以下（2010年）参照。そして、高橋のいう「適用上違憲」はアメリカでの伝統的な理解にほぼ相当するとしている。同75頁参照。確かに、「法令が適用される限りで違憲」とする合衆国最高裁判決には、先に見た Thomas v. Collins のように、実質的には、憲法上、訴訟当事者の当該具体的行為を規制することができるか否かに焦点を当てているものがあり、その限りでは、そうした判決は高橋の「適用上違憲」と通ずるところがある。しかし、本稿で指摘したいことは、これらの諸判決は、高橋が主張するように法令の合憲性の判断に踏み込んでいないのではなく、「憲法上規制できない訴訟当事者の行為を禁止する内容を含んでいる限りで法令は違憲である」とするものである、ということなのである。

合憲限定解釈ができず、そうした被告人らの行為に適用されるということ  
を前提に、諸規定が「適用される限度において」違憲との判断を下してい  
るのである<sup>18)</sup>。

やはり裁判所がこのタイプの適用違憲の判断を下すにあたっては、法令  
の規定の自然な解釈の結果、当該事件で問題となっている行為が法令の規  
制対象となるということが前提となっている、と見るべきであろう。高橋  
は、「判例の表現には必ずしも囚われないで、むしろ理論的な類型化を行  
い、それを枠組として判例を分析するというアプローチを採っている」<sup>19)</sup>  
のだが、諸判決の表現、論理構造にはそれぞれ意味があるのであって、そ  
れを本質的なものでないとして軽視すべきではないであろう。ただ、こ  
こで言いたいことは、「法令が適用される限りで違憲」とした諸判決に対す  
る高橋の理解が適切なものでない<sup>20)</sup>ということであって、高橋のいう「適  
用上違憲」という手法が成り立たないとか、違憲審査権の行使の仕方とし  
て意味がないということではない。

### (3) 合憲限定解釈可能型適用違憲と違憲的解釈適用型適用違憲

#### (a) 合憲限定解釈可能型適用違憲と違憲的解釈適用型適用違憲の区別

合憲限定解釈可能型適用違憲と違憲的解釈適用型適用違憲は、いずれも  
解釈を誤った法令の適用を違憲とするものなので、裁判所による適用違憲  
の判断がいずれの型なのか理解が分かれることがある。たとえば、「現行  
の教科書検定制度自体が思想内容の審査にわたるもので検閲に該当すると  
断定するのは相当でない」としつつ、当該検定不合格処分は「教科書執筆  
者としての思想（学問的見解）内容を事前に審査するものというべきであ  
るから、憲法21条2項の禁止する検閲に該当し」違憲であるとした第二次

18) そこで、高橋『憲法判断の方法』222頁は、猿払事件第一審判決を純粋な適用上違憲で  
はなく、適用上違憲＝部分違憲の判決と理解し得るとしている。

19) 高橋『体系憲法訴訟』324頁。

20) 従って、高橋のいう「適用上違憲」を「伝統的意味での適用違憲」（穴戸『憲法 解釈  
論の応用と展開 第2版』300頁）と呼ぶことは、適切でないであろう。

家永教科書訴訟第一審判決（東京地判昭和45年7月17日行集21巻7号別冊1頁）は、違憲的解釈適用型適用違憲（あるいは後述する処分違憲）の例として挙げられることが多い<sup>21)</sup>が、合憲限定解釈可能型適用違憲の判断を示したものと捉える立場もある<sup>22)</sup>。

また、家屋明渡及び占有回収に関する純然たる訴訟事件である当該訴えに対して、金銭債務臨時調停法7条による調停に代わる裁判をすることを正当とした下級裁判所の判断は、「同法に違反するものであるばかりでなく、同時に憲法82条、32条に照らし、違憲たるを免れない」とした強制調停違憲決定（最大決昭和35年7月6日民集14巻9号1657頁）も理解が分かれる。これは、純然たる訴訟事件につき事実を確定し当事者の主張する権利義務の存否を確定する裁判については、対審と判決を公開で行わなければ

- 21) 芦部（高橋補訂）『憲法 第六版』388頁のほか、杉原『憲法Ⅱ』420頁、横田耕一ほか『現代憲法講座 上』192頁（日本評論社、1985年）（野中俊彦執筆）、伊藤正己『憲法 第三版』643頁（弘文堂、1995年）、井口『憲法Ⅰ』161頁、大隈義和編『憲法Ⅰ 総論・統治機構』255頁（法律文化社、2002年）（笹田栄司執筆）、吉田善明『日本国憲法論 第3版』273頁（三省堂、2003年）、粕谷『憲法 改訂』409頁、岩間昭道『憲法綱要』303頁（尚学社、2011年）、藤田尚則『日本国憲法 [2改訂版]』250頁（北樹出版、2011年）、小泉洋一ほか『憲法の基本 [第2版]』273頁（法律文化社、2011年）（尾形健執筆）、加藤『憲法』258頁、長谷部『憲法 第6版』427頁、辻村『憲法 第5版』473頁等参照。
- 22) 阿部照哉ほか編『憲法(4) 第3版』254頁（有斐閣、1996年）（野坂泰司執筆）、戸松秀典『憲法訴訟 第2版』348頁（有斐閣、2008年）、新『憲法訴訟論 [第2版]』478～479頁、藤井俊夫「適用違憲と法曹教育」戸松秀典ほか編『憲法訴訟の現状分析』374頁（有斐閣、2012年）等参照。興味深いことに、杉本コートの右陪席を務めた中平健吉は、第二次家永教科書検定訴訟第一審判決とともに、同じく杉本コートの判決である東京地判昭和44年12月2日行集20巻12号1608頁も、合憲限定解釈可能型適用違憲の判決であるとしている。中平健吉「憲法訴訟における実務上の諸問題——行政事件訴訟を中心として——」公法35号83～84頁（1973年）参照。後者の判決は、東京都公安条例は、公共の安寧を保持するうに明白かつ現在の危険が認められる場合に限り条件を付することを認めるものであるとの解釈を前提に、そうした明白かつ現在の危険がなかったにもかかわらず「本件[国会周辺での集団示威運動への進路変更]条件を付した許可処分は、その条件の部分につき都公安条例3条1項但し書6号の規定の解釈適用を誤り、もしくは同条項により認められる裁量権の範囲を逸脱し、違法であるといわなければならない」ばかりか、「単に違法たるにとどまらず、憲法21条の保障する表現の自由を侵害したも」として、違憲、無効であるといわざるを得ない」としたものである。

ならないという「憲法82条, 32条の法意に照らし」、金銭債務臨時調停法7条の法意は、単に既存の債務関係について、利息、期限等を形成的に変更することに関するもの、すなわち性質上非訟事件に関するものに限って調停に代わる裁判をするというものであるとする法令解釈に基づくものである。この「憲法82条, 32条の法意に照らし」での金銭債務臨時調停法7条の解釈が、憲法適合的解釈にとどまると見れば、この決定は違憲的解釈適用型適用違憲（または処分違憲）の判断を示したものと理解される<sup>23)</sup>が、この法解釈が合憲限定解釈であるというのであれば<sup>24)</sup>、この決定は合憲限定解釈可能型適用違憲の判断を示したということになる<sup>25)</sup>。

さらに、堀越事件控訴審判決（東京高判平成22年3月29日判タ1340号105頁）も挙げられる。同判決は、国家公務員の政治的行為を禁止し処罰する本件罰則規定（国家公務員法110条1項19号, 102条1項, 人事院規則14—7第6項7・13号）は合憲であるとしつつ、それらには「過度に広範に過ぎるものが対象とされている部分があるという憲法解釈との関係や、本件犯罪については、抽象的危険犯と解すべきところ、これを形式犯としてとらえることは、表現の自由という憲法上の極めて重要な権利を制限するものである点からして相当ではなく、抽象的危険の存在についても、ある程度実質的なものを要求することによって、初めて刑事罰を科すことについても正当化できると考えられる」とした上で、「被告人の本件各所為は、未だ本件罰則規定の構成要件、すなわち国家公務員として政党の機関紙や政治的文書を配布するという政治活動をしたものと認定することができないとともに、本件各所為に対し、本件罰則規定を適用して被告人に刑事責任を問う

---

23) 戸松『憲法訴訟 第2版』350頁, 拙著『基本講義 憲法』377頁参照。

24) 本判決が合憲限定解釈をしていると理解するものとして、宮井清暢「純然たる訴訟事件につきなされた強制調停と公開裁判の原則」別冊ジュリ『憲法判例百選Ⅱ [第6版]』279頁（2013年）参照。

25) 新『憲法訴訟論 [第2版]』484～485頁, 佐藤『日本国憲法論』659頁注69参照。合憲限定解釈を加えて原決定を違憲とした処分違憲の判断を示したとするものとして、上村貞美「違憲判断の方法について」名城57巻1・2号93頁（2007年）参照。

ことは、保護法益と関わりのない行為について、表現の自由という基本的人権に対し必要やむを得ない限度を超えた制約を加え、これを処罰の対象とするものといわざるを得ないから、憲法21条1項及び31条に違反するというべきである」とした。これも合憲限定解釈可能型適用違憲の判決とも、違憲的解釈適用型適用違憲の判決とも捉えられ得る<sup>26)27)</sup>。

このように合憲限定解釈可能型適用違憲なのか、違憲的解釈適用型適用違憲なのか理解が分かれるのは、裁判所が合憲限定解釈であると明言して合憲限定解釈を行うとは限らないため、裁判所の限定解釈が合憲限定解釈なのか、憲法の趣旨を踏まえた限定解釈(憲法適合的解釈)なのか判別しにくい場合があるからであろう。全通プラカード事件第一審判決(東京地判昭和46年11月1日判時646号26頁)や札幌税関検査違憲訴訟第一審判決(札幌地判昭和55年3月25日行集31巻3号637頁)のように、合憲限定解釈をすべきであったことを明示している場合には、それが合憲限定解釈可能型適用違

---

26) 拙稿「国家公務員による政党機関誌等の配布に対して国家公務員法の罰則規定を適用することが憲法に違反するとされた事例」法セミ増刊『速報判例解説 Vol. 8』25～26頁(2011年)のほか、永田秀樹「国家公務員の政治的行為禁止の合憲性」ジュリ臨増『平成22年度重要判例解説』22頁(2011年)、上田健介「〔判例批評〕堀越事件控訴審判決(東京高判平成22年3月29日)」近畿大学法科大学院論集7号149頁以下(2011年)参照。また、堀越事件控訴審判決を合憲限定解釈可能型適用違憲の判断を下したと捉えるものとして、長岡徹「国家公務員の政治活動の自由をめぐる二つの東京高裁判決——堀越事件判決と世田谷事件判決の意義——」法と政治(関西学院大学)61巻4号54頁(2011年)、岩間『憲法綱要』303頁参照。

27) 最3判昭和60年1月22日民集39巻1号1頁における伊藤正己裁判官の補足意見は、「外務大臣において、著しく且つ直接に日本国の利益又は公安を害する行為を行う虞があると認めるに足りる相当の理由がある者」に旅券発給を拒否することができるとする旅券法13条1項5号の規定は、不明確であるがゆえに文面上無効であるとは言えないが、「海外渡航の自由が精神的自由の側面をも持つ以上、それを抑止する旅券発給拒否処分には、外務大臣が抽象的に同号の規定に該当すると認めるのみでは足りず、そこに定める害悪発生の相当の蓋然性が客観的に存する必要がある、このような蓋然性の存在しない場合に旅券発給拒否処分を行うときは、その適用において違憲となると判断され、その処分は違憲の処分として正当性を有しないこととなる」、としている。これは違憲的解釈適用型の適用違憲の可能性を認めるものと思われるが、合憲限定解釈可能型適用違憲の可能性を指摘しているように読めないこともない。

憲の判決であることは明らかである<sup>28)</sup>が、合憲限定解釈であることが明示されるとは限らないのである。

ただ、法令の解釈を誤った適用が違憲であるとする判断が、合憲限定解釈可能型なのか違憲的解釈適用型なのかは、講学上は重要でも、実践的にはあまり重要でないように思われる。しかし、「合憲限定解釈可能型適用違憲」と「違憲的解釈適用型適用違憲」という手法自体に対して、その有用性や成立可能性について批判があるので、以下、この点に触れたい。

#### (b) 「合憲限定解釈可能型適用違憲」概念と「違憲的解釈適用型適用違憲」概念の成立可能性

まず、合憲限定解釈可能型適用違憲に対しては、「合憲限定解釈が可能だということであれば、限定解釈により除去されるべき法令の一部を適用したことについては、要するに法令の解釈適用を誤った違法があるといえれば足りるであろう」といった批判がある<sup>29)</sup>。違憲的解釈適用型適用違憲についても、法令の誤った解釈適用を違憲とするものなので、「問題となる国家行為を『違法』とすれば足り、違憲という必要はないともいえる」<sup>30)</sup>

---

28) 他方、限定解釈を行わず法令を合憲とした上で、誤った法令の解釈適用であり違憲でもあるとする判決が違憲的解釈適用型適用違憲の判決であることは、明らかである。たとえば、酒類販売業免許制を合憲とした最3判平成4年12月15日民集46巻9号2829頁の園部逸夫裁判官の補足意見が、既存の酒類販売業者の権益の保護という機能をみだりに重視するような形で行政庁の裁量が行使され、酒類販売業の免許拒否処分が下されるのであれば、「それは、酒類販売業の許可制を財政目的〔酒税の徴収確保〕以外の目的のために利用するものにほかならず、酒税法の立法目的を明らかに逸脱し、ひいては、職業選択の自由の規制に関する適正な公益目的を欠き、かつ、最小限度の必要性の原則にも反することとなり、憲法22条1項に照らし、違憲のそしりを免れないことになる」とするのは、違憲的解釈適用型の適用違憲となる可能性を示唆するものである。

29) 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）。今村成和「人権と裁判」60頁（北海道大学図書刊行会、1973年）、高橋『憲法判断の方法』223～224頁、宍戸『憲法 解釈論の応用と展開 第2版』297頁等も参照。

30) 長谷部『憲法 第6版』427頁。

と指摘されている。

芦部信喜も、合憲限定解釈可能型適用違憲と違憲的解釈適用型適用違憲について、「通常は、それらの処分が法令の解釈・適用を誤った違法な処分だという理由にもとづいて、事件は解決される」が、「場合により、憲法事件としての重要性などの要件を考慮に入れ、処分の違法性のみならず違憲性をも判断することは可能であるし、それに十分な意義を認めることができるケースが考えられる」、「[違憲審査制の]『憲法保障型』の趣旨を加味して考えれば、以上のような違法にして違憲という憲法判断の方法が首肯される可能性はより強くなる」、と論じていた<sup>31)</sup>。現代の付随的違憲審査制の憲法保障機能を考慮して、裁判所があえて通常は不要な「違憲」との判断を加える余地を認めようというのであった<sup>32)</sup>。それゆえ、「通常は違法との判断で十分」というだけでは、芦部の提唱に対する十分な反論とはならないであろう。永田秀樹が「違法かつ違憲」とする違憲的解釈適用型適用違憲について指摘しているように、「『かつ違憲』という部分はいらないような気もするが、違憲審査権をもっている裁判所としては、その行政[等]によって人権侵害が生じていることを確認する意味がある」ので、「裁判所の使命である『法の支配』を徹底しようとしているのだと考えれば理解できる」わけである<sup>33)</sup>。

---

31) 芦部『憲法訴訟の現代的展開』50, 52頁。

32) また、芦部『人権と憲法訴訟』310頁は、第二次家永教科書訴訟第一審判決と同じように、「処分違憲という適用違憲判決があり得ると考えるし、それは人権の保障を確保するという観点から言えば、裁量権の濫用ないし逸脱のレベルで解決する場合（この場合はどうしてもバランスが裁量権に有利に働く）よりも、はるかに大きな意義を持っていると思うことができると思う」という。

33) 永田秀樹ほか『基礎から学ぶ憲法訴訟[第2版]』38頁（法律文化社、2015年）（永田執筆）（[等]は筆者による挿入）。「合憲限定解釈で違憲性が払拭可能なわけであるから、合憲な法令に基づかない処分は違法と判断されれば十分であると思われる」として、「合憲限定解釈可能型適用違憲」に相当する場合を「処分違法」と呼ぶ駒村圭吾も、「合憲限定解釈を施さなければ合憲になりえない法令の潜在的瑕疵を非難する趣旨で『適用違憲』との評価を取って行うことには意味がないわけではない」という。駒村『憲法訴訟の現代的転回』46頁注14参照。

それにしても違憲的解釈適用型適用違憲の判断の実質は、法律解釈、国家行為の適法性の判断（たとえば、行政裁量の行使に対する適法性審査）である。憲法の出番は、法令解釈、行政裁量の司法審査の結果、違法とされたその後と、あるいは法令解釈の出発点において憲法の趣旨という形である（憲法適合的解釈）のみである<sup>34)</sup>。ただ、こうしたものであっても、このタイプの適用違憲の判決には、法律の解釈を誤った行政機関の行為が人権を侵害し憲法秩序に反するものであることを明らかにする意義があろう。また、最高裁も、家永教科書検定訴訟において、憲法の諸規定に違反しない「本件〔教科書〕検定が、制度の目的及び趣旨に従って行われる限り、それによって教科書の執筆等に一定の制約が生じるとしても、適用上違憲になるということはない」が、「教科書の検定が、教育に対する不当な介入を意図する目的の下に、検定制度の目的、趣旨を逸脱して行われるようなことがあれば、適用上の違憲の問題も生じ得る」と、この型の適用違憲の判断がありうることを認めている（第三次家永教科書訴訟上告審判決〔最3判平成9年8月29日民集51巻7号2921頁〕）。それゆえ、実際にこの型の適用違憲の判断がどれほど下されるのか疑問もあるが、適用違憲の一手法としてありうることは認めておくべきであろう。

以上より、合憲限定解釈可能型適用違憲の判決も、違憲的解釈適用型適用違憲の判決も、違憲判決の手法としてあり得ることは認められよう。しかし、合憲限定解釈可能型適用違憲の判断には、文面審査に基づき、合憲限定解釈をして法令を合憲とする判断が先行しており、引き続き、適用審査の形をとって適用違憲の判断が示されることになる。ここでは、「適用

---

34) 新司法試験の平成23年採点実感等に関する意見 (<http://www.moj.go.jp/content/001131108.pdf>) は、「処分違憲の審査で、法律適用の合法性、妥当性のみを論じる答案が今年も多かった」が、「憲法との関係を論じないと、合憲性審査を行ったことにならない」と指摘している。しかし、違憲的解釈適用型適用違憲の判断は、法令適用行為を違法であると結論づける最後の段階で、違憲でもあると宣言するものであり、違憲との判断に至るほとんどの部分は法令解釈であるのだから、法律適用の合法性、妥当性を中心に論じるのは当然のことである。

審査」といっても、文面審査の際の合憲限定解釈によって排除されたはずの法令の適用がなされていることが確認されるだけである。また、違憲的解釈適用型適用違憲も、その実質は法律解釈、国家行為の適法性の判断である。それゆえ、適用審査に基づく典型的な違憲判断である適用前提型適用違憲（適用上違憲）と、合憲限定解釈可能型適用違憲・違憲的解釈適用型適用違憲とは大きく性格が異なる点に注意が必要である<sup>35)</sup>。理論的な明晰さを追求するのであれば、適用前提型適用違憲だけを適用違憲と呼ぶのが最もすっきりするであろう。しかし、わが国において違憲審査権がより豊かに行使されるようにするという実践的な見地からは、多様な形の「適用違憲」の手法の存在を認めておく意義はあろう。

#### (4) 処分違憲の概念

##### (a) 処分違憲と処分審査

第3類型の適用違憲（違憲的解釈適用型適用違憲）については、適用違憲ではなく、「処分違憲」という概念の方がふさわしいといった主張がなされている。「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』であり、いわゆる処分違憲と整理した方が、スッキリする」<sup>36)</sup>、というのである<sup>37)</sup>。ただ、「処分違憲」という概念が用いられる場合、通常、「処分」は広く捉えられており、

---

35) それゆえ、佐藤『日本国憲法論』658頁が、違憲的解釈適用型適用違憲を「通常型適用違憲」と呼んでいることには、それが典型的な適用違憲の手法であるかのような印象を与える点で疑問がある。

36) 穴戸『憲法 解釈論の応用と展開 第2版』297～298頁。

37) 野坂『憲法判断の方法』前掲注29)286頁、同『憲法基本判例を読み直す』38頁（有斐閣、2011年）、戸松『憲法訴訟 第2版』349～350頁、駒村『憲法訴訟の現代的転回』38頁、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1400号52～53頁（2010年）、山本龍彦「適用審査と適用違憲」曾我部真裕ほか編『憲法論点教室』33～34頁（日本評論社、2012年）、糠塚康江ほか『エスプリ・ド憲法』285～286頁（ナカニシヤ出版、2012年）（吉田仁美執筆）、毛利透ほか『憲法I 総論・統治』第2版』353頁（有斐閣、2017年）（松本哲治執筆）参照。

「刑事処分や行政処分を典型とする法令適用行為一般と事実行為を含んでいる」<sup>38)</sup>とされる。そこで、第三者所有物没収事件判決（最大判昭和37年11月28日刑集16巻11号1593頁）、刑事事件が裁判所に係属している間に憲法37条1項の迅速な裁判の保障条項に反する事態が生じたとした高田事件判決（最大判昭和47年12月20日刑集26巻10号631頁）、地方公共団体による公金支出や財産の無償貸与が憲法の政教分離規定に違反しているとした愛媛玉串料訴訟判決（最大判平成9年4月2日民集51巻4号1673頁）、空知太神社訴訟判決（最大判平成22年1月20日民集64巻1号1頁）などもその例とされている<sup>39)</sup>。

それに対して、君塚正臣は、「処分を問題にするのは、法令のまさに『適用行為』なのであるから、適用違憲に分類すればよいだけ」であり、「処分違憲という概念は認める必要はな」として、処分違憲概念を提唱する立場を批判している<sup>40)</sup>。しかし、すべての具体的な国家行為は何らかの意味で法令の適用であるにしても、典型的な法令適用行為（授権法律を適用しての公権力行使）とは性格が異なる公金支出や事実行為までも、法令の適用であるから「適用違憲」となるとするのは、いささか概念として広すぎるように思われる。とすると、「公権力の行使として個別的・具体的な行為（処分）そのものの憲法適合性を問題とする類型」<sup>41)</sup>として「処分違憲」概念を採用することには、十分理由があるように思われる。また、適用前提型適用違憲（「適用上違憲」）は「法令に違憲の瑕疵が存するとの判断を直接に含む」のに対して、処分違憲の場合には、「法令に違憲の瑕

38) 別冊法セミ『新基本法コンメンタール 憲法』436頁（2011年）（駒村圭吾執筆）。

39) 戸松『憲法訴訟 第2版』350～351頁、別冊法セミ『新基本法コンメンタール 憲法』436頁（駒村執筆）、泉徳治『私の最高裁判所論——憲法の求める司法の役割』155頁（日本評論社、2013年）、本秀紀編『憲法講義』283頁（日本評論社、2015年）（大河内美紀執筆）等参照。

40) 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39～40頁（2012年）。木村草太ほか『憲法学再入門』92頁注11（いわゆる根拠規範や制限規範なしになされる行政機関の行為も、「組織規範たる法律の適用行為として観念すべき」とする）（有斐閣、2014年）（木村執筆）も参照。

41) 辻村『憲法 第5版』473頁。

疵があるとの判断を直接には含まない<sup>42)</sup>のである<sup>43)</sup>から、両者を区別する理論上、実践上の意義はあろう。

ただ、「処分違憲」とされるものには、違憲的解釈適用型適用違憲の類型にあたるとされてきた、誤った法令の解釈適用だけでなく、典型的な法令の解釈適用行為でない具体的国家行為が憲法に違反するという場合や、第三者所有物没収事件判決の事例のように、本質的には立法的な措置の不存在が違憲の理由である場合など、憲法上の瑕疵のあり様はさまざまである。また、先に高橋和之の「適用上違憲」の捉え方が「法令が適用される限りで違憲」とする判断の理解として適切でない<sup>44)</sup>と指摘したが、高橋が描くような、法令の意味・合憲性には踏み込まず、訴訟当事者の行為を憲法上規制することができないとするような憲法判断の類型は、理論的にはありうる<sup>44)</sup>ところであり、「処分違憲」の一種と捉えることができるように思われる<sup>44)</sup>。そこで、裁判所による適切な違憲審査権行使をもたらそうとす

---

42) 土井「憲法判断の在り方」前掲注37)53頁。曾我部真裕「部分違憲」曾我部ほか編『憲法論点教室』64頁注4も参照。

43) それに対して、木村ほか『憲法学再入門』93頁(木村執筆)は、政教分離規定違反の公費支出等について法令違憲と捉えることができるとしている。たとえば、「普通地方公共団体の長は、当該普通地方公共団体の事務を管理し及びこれを執行する」と定める地方自治法148条は、玉串料の公費からの支出をする権限が含まれているのであれば、それを基礎づけている部分が違憲無効となるという。対話形式の学生向け書物の場合、登場人物の発言のうちそれが著者の立場なのかかわかりにくい<sup>44)</sup>が、この発言が「見事」な演繹と評されていることからして、木村自身の立場と見てよいであろう。しかし、地方自治法148条は、地方公共団体の長の権限についての一般的な規定であるが、長がその権限を憲法を遵守して行使することを当然の前提としているはずであり、政教分離規定であれ平等原則であれ憲法に違反しての権限行使を授權している規定であると解するべきではない。木村が周到にも「そんな権限が含まれているなら」、「そんな議決を基礎づけているとすれば」当該条項のその部分は無効であると限定を付しているのも、地方自治法148条が「政教分離違反の公金支出をする権限が含まれている」とか、地方議会の議決事件につき定める同法96条が「政教分離規定に違反して私有地を宗教団体に無償貸与する議決を基礎づけている」とかいった法解釈が自然なものでないことを意識しているからであろう。地方公共団体による政教分離規定違反の公金支出等は、法令が違憲なのではなく、それ自体が違憲であると見るのが自然であろう。

44) 実際、青井未帆は「高橋説にいう『適用上の判断』と……『処分違憲』とは、いわば表裏の関係として捉えることができる」とし、「法令の文面に一定の『解釈』を施した結

るならば、個別的・具体的国家行為の違憲という類型をひとまとまりに捉えるだけでは不十分であり、さらに「処分違憲」とされるものの各類型ごとの分析・検討が必要である<sup>45)</sup>。とするならば、「処分違憲」のうち、法令の誤った解釈適用行為を違憲とする場合を「適用違憲」という名称で呼び、その具体的なあり方を検討することも、差し支えないであろう<sup>46)</sup>。

なお、「法令の違憲性とは独立に、個別的・具体的国家行為のみが違憲審査の対象となる」場合の審査、「処分に固有の憲法問題を対象とする審査」を「処分審査」と呼ぶ向きがある<sup>47)</sup>。確かに、「問題となっている違

ゝ果としての『適用違憲』と『適用上違憲』／『処分違憲』』とを区別している。青井未帆「適用上違憲と処分違憲に関する一考察——起立斉唱命令違反を理由とする懲戒処分の『合憲性』を主な素材に」高橋和之先生古稀記念『現代立憲主義の諸相 上』489、492頁（有斐閣、2013年）参照。また、青井未帆「演習憲法」法教359号137頁（2010年）も参照。但し、高橋が「処分違憲」観念を限定的に捉えていることについては、注45）参照。

45) 高橋和之は、処分違憲を「処分の直接の根拠法律（授權法律）については違憲の争点が提起されていない（ゆえに、授權法律の憲法上の根拠規定との関係では合憲が前提となっている）ときに、その法律に基づいて行った処分が直接憲法的評価を受けて違憲と判断される場合」を指すと限定して捉えている（高橋『体系憲法訴訟』327頁）。その例としては、「公務員の懲戒（懲戒規定の適用）を思想や宗教を理由に行ったり、平等原則や適正手続に反して行ったりする場合」（同書279頁）などが挙げられている。「処分違憲型審査」における事件の事実関係の憲法的評価は、「法律の規制する人権による評価ではなく、それとは別の人権による評価」（同書172頁）である。それゆえ、「処分違憲」は、処分が法令が本来規制している人権とは別の人権を侵害しており違憲とするものということになる。本文では「処分違憲」の概念を「処分が違憲とされる場合」と広く捉えた上で、そうした広い「処分違憲」にはさまざまなものがあるので、「処分違憲」とされる各類型の性質に応じた検討が必要であろうと指摘した。しかし、高橋のように「処分違憲」を限定して捉えることも、「処分」違憲という用語がもたらす印象との齟齬はあるものの、厳密な分析・検討を可能とする一つのあり方であろう。他に処分違憲の概念を限定的に捉えるものとして、佐藤『日本国憲法論』659頁、藤田『日本国憲法〔2改訂版〕』250頁参照。

46) 私自身は、拙著『基本講義 憲法』において、違憲的解釈適用型適用違憲や、「法令に憲法上の権利を守るための手続について必要な規定がなく、そうした法令を法令の定め通り、つまり憲法上の権利を守るための手続なしに適用した場合に、その適用行為を違憲とするもの」も適用違憲と捉えた上で、さらに「国の私法上の行為や国の事実行為のように、法令の適用という形をとらない国家行為も……違憲審査の対象となる」と指摘した（同書378頁）。このような立場も認められるのではないかと思われる。

47) 土井「憲法判断の在り方」前掲注37）52頁、駒村『憲法訴訟の現代的転回』14頁。さ

憲性の帰責点を、法令ではなく、処分に求め、それを検証する審査パターン<sup>48)</sup>である「処分審査」を「適用審査」とは別個に捉えることは、違憲審査のあり方の明確化につながるであろう。しかしまた、「処分違憲」の多様性に触れたように、個別・具体的国家行為の憲法上の瑕疵もさまざまであるから、「処分審査」のありようもさまざまなはずである。個別・具体的国家行為の種類・性質、憲法上の瑕疵の所在に応じたきめ細かな違憲審査のあり方が追求されなければならないであろう。

ところで、処分違憲あるいは違憲的解釈適用型適用違憲の判断について、「法令が合憲であることを前提として」<sup>49)</sup>なされるものであると言われることが多い<sup>50)</sup>。これに対して、土井真一は、処分違憲とは「個別的・具体的国家行為に対する違憲判断であって、法令に違憲の瑕疵があるとの判断を直接には含まないことが、『処分違憲』概念の徴表である」として、「個別的・具体的国家行為に個別の根拠法令がない場合や、適用事実審査において根拠法令の違憲審査が回避された場合等も含まれることから、必ずしも、法令の合憲性が前提にされているとは限らない」と指摘している<sup>51)</sup>。確かに、個別的・具体的国家行為が典型的な法令の適用行為であったとしても、裁判所がその合憲性を判断するためには、まず当該法令の合憲性を判断し、合憲であるとの結論に至っていなければならないわけではなからう。まず、法令の合憲性の判断が前置されなければならないというのは、かなり厳格な文面審査先行主義を前提とするものであるが、日本国憲法の下での違憲審査を厳格な文面審査先行主義をとるものと解すべきで

---

ゝらに、山本龍彦「『適用か、法令か』という悩み(前篇)——適用審査の対象・範囲と憲法判断の方法」法セミ681号87頁(2011年)も参照。

48) 駒村『憲法訴訟の現代的転回』28頁。

49) 戸松『憲法訴訟 第2版』349頁。

50) 芦部(高橋補訂)『憲法 第六版』388頁、別冊法セミ『新基本法コンメンタール 憲法』436頁(駒村執筆)、木下智史ほか編『新・コンメンタール 憲法』643頁(日本評論社、2015年)(大河内美紀執筆)等参照。

51) 土井「憲法判断の在り方」前掲注37)53頁。

はない<sup>52)</sup>。さらに、法令は合憲性が推定されるのであるから、裁判所は当該法令が合憲であることを一応の前提としてそれを適用することができ、また、法令適用行為それ自体の合憲性を判断することができるであろう。法令を適用しているということは、法令の合憲性について特に疑いを向けていないと理解できるが、厳密な意味で合憲性の判断が下されているということではないのである。いずれにせよ、処分違憲や違憲的解釈適用型適用違憲の判断は、法令の合憲性判断を先行させているとは限らないという点を確認しておきたい。

#### (b) 「処分違憲」概念への批判

ここで、「処分違憲」が観念できるのか、論理的にあり得ないのはいかという安念潤司と木村草太の批判を検討しておきたい。安念は、「処分の（違法ではなくて）違憲というものをそもそも観念できるのであるか。当該処分が、根拠法令の定める要件をすべて満足していてもなお『違憲』だということがあり得るのか」としており<sup>53)</sup>、木村も、安念の指摘を引きつつ、「合憲な法律に基礎付けられた違憲な処分なるものは、形容矛盾以外の何物でもなく、そもそもそのような事態は論理的にあり得ない」と厳しく批判している<sup>54)</sup>。この批判は、処分違憲を、〈合憲な法律を正しく適用した処分が違憲〉とするものであると捉えた上でのものようである。しかし、「処分違憲」を個別的國家行為が違憲であるという場合であるとすれば、それは〈合憲な法律を正しく適用した処分が違憲〉という場合だけではない。それゆえ、安念、木村の批判は処分違憲の一類型への批

---

52) 拙稿「違憲審査の方法と法令違憲」前掲注 1) 34頁以下参照。

53) 安念潤司「〔ブック・レビュー〕 宍戸常寿著『憲法 解釈論の応用と展開』」法セミ679号125頁（2011年）。

54) 木村草太「憲法判断の方法——『それでもなお』の憲法理論」高橋和之先生古稀記念『現代立憲主義の諸相 上』517頁。また、同534～535頁（「『法律合憲かつ処分違憲（その法律に基礎付けられた処分は全て合憲だが、この処分は違憲である）』という事態は、論理的にあり得ない。」）も参照。

判であり、「処分違憲」の観念がまったく成り立たないということにはならないと思われる。実際、木村は、適用違憲の第三類型（違憲的解釈適用型適用違憲）の定義を処分違憲の定義として引いて議論しているが、これを「形容矛盾を伴う概念としてではなく……法律に違憲的適用例はなく、行政機関がその法律で基礎付けられ得ない処分をした場合」を指すものと解することもできるものの、それは「違法な処分であり」、「こうした類型を設ける必要はない」と述べている<sup>55)</sup>。これは、先に見たような、「違憲的解釈適用型適用違憲」の観念は「不必要」であるとの批判であり、論理的に成り立たないという批判ではない。

では、〈合憲な法律を正しく適用した処分が違憲〉という手法への木村らの批判は妥当であろうか。まず、この批判の前提は、法令が合憲であるとの判断がすでになされているということである。しかし、適用審査（または処分審査）が先行する場合には、法令の合憲性の判断に踏み込まず、処分（法令の適用）自体の合憲性を判断するという判断手法が認められよう。先に述べたように、高橋のいう「適用上違憲」はこうした形の処分違憲と理解し直すことができる<sup>56)</sup>。次に、文面審査が先行し、法令が合憲であると判断されている場合にも、問題の適用が当該法律が一般的に規制の対象とする人権とは別の人権を侵害しており違憲である場合（高橋がいう「処分違憲」<sup>57)</sup>の場合）もありえよう。

しかしまた、文面審査の場合と適用審査（処分審査）の場合とで同一の人権の制約が問題となる場合に、合憲な法律を正しく適用したにもかかわらず処分が違憲となるとしたら、それは、論理的に突き詰めれば、そもそも当該法律が違憲（意味の一部違憲を含む）であるか、当該法律が「適用上違憲」（適用前提型適用違憲）であるということであろう。これに対して、

---

55) 同519頁注11参照（傍点は引用者）。

56) しかし、高橋は、こうした場合をあくまでも「適用上違憲」とするのであって、当該処分を違憲とするわけではない。青井が言うように、高橋の「適用上違憲」論を処分違憲観念に引きつけて理解すれば、本文のように考えることもできるということである。

57) 注45) 参照。

宍戸常寿は、「仮に当該法律が合憲的に適用できる事例が相当想定される場合には、裁判所が法令違憲にためらってしまい」、その結果、法律が合憲、当該法律に基づく処分も合憲とされてしまうことを危惧して、「論理的には不徹底であるかも知れませんが『賢慮』の問題として、『違憲の帰責点』……を法律へ遡及させないまま当該処分限りで違憲と判断するテクニックを残して置くのも、一手で」ある、と応じている<sup>58)</sup>。

私も、下級裁判所が、すでに最高裁によって一般的に合憲との判断が示されている法令について、その具体的適用が不当に人権を制約しているとの判断に至った場合、最高裁が「適用上違憲」の手法に好意的でないことなどを考慮して、「処分（当該適用）が違憲である」という表現を用いることは許されると考える。この場合、学者は、「この判決は、処分が違憲であるという表現ぶりではあるが、実は、法令が『適用上違憲』であるとする判決である」と分析、評価することになろう<sup>59)</sup>。ただ、これはあくまでも学者による事後的な分析、評価であって、裁判所による実践には実践の仕方、手法があることが認められなければならないであろう。結局、私も、宍戸と同様に、「プラグマティックな事情」<sup>60)</sup>から、合憲な法律を正しく適用した処分を——文面審査と適用審査（処分審査）とで同一の人権の制約が問題となるとしても——違憲とする手法もありうるかと考えるのである。

---

58) 宍戸『憲法 解釈論の応用と展開 第2版』298頁。

59) たとえば、大分県教組人勧スト処分訴訟第一審判決（大分地判平成5年1月19日判時1457号36頁）は、地公法37条を合憲とした上で、全農林警職法事件判決（最大判昭和48年4月25日刑集27巻4号547頁）の岸・天野追加補足意見に依拠して、人事院勧告制度が実際上画餅に等しいとみられる状態が生じた下で「人事院勧告の完全実施を求めて行った本件ストライキは、憲法で許容された争議行為と認められるから……本件ストライキの参加者である原告らについて地公法37条に違反したとしてこれに対して懲戒処分を科すことは憲法28条に違反するものであって、無効といわなければならない」とした（傍点は引用者）が、実質的には、適用前提型の適用違憲の判断を示したものと捉えられる。

60) 宍戸『憲法 解釈論の応用と展開 第2版』298頁。

## 2 適用前提型適用違憲に関する諸問題

### (1) 適用前提型適用違憲と一部違憲

#### (a) 一部違憲との異同

本稿のこれまでの論述が明らかにしているように、適用前提型適用違憲（「適用上違憲」）の判決は、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。それゆえ、適用前提型適用違憲（「適用上違憲」）は、実質的に、法令の意味の一部違憲と異ならない。実際、アメリカでは、判例上、「適用上違憲」の判決は、一部違憲判決（partial invalidation）とも呼ばれ<sup>61)</sup>、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>62)</sup>、アメリカにおいては、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<sup>63)</sup>。そこで、松井茂記や駒村圭吾が言うように、適用前提型適用違憲（「適用上違憲」）を法令違憲の一類型であると見ることもできよう<sup>64)</sup>。

但し、適用前提型適用違憲（「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

---

61) See *Hatch v. Reardon*, 204 U.S. 152,161 (1907); *Brockett v. Spokane Arcades, Inc.*, 472 U.S. 491, 503-504 (1985).

62) 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).

63) 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。

64) 松井茂記『日本国憲法 第3版』120頁（有斐閣、2007年）、駒村『憲法訴訟の現代的転回』48～49頁参照。さらに、穴戸『憲法 解釈論の応用と展開 第2版』299頁、野坂「憲法判断の方法」前掲注29）286頁も参照。

づく違憲判断である<sup>65)</sup>。さらに、その帰結として、一部違憲の場合には、違憲となる意味を一般化・類型化して示すことになるのに対して、適用前提型適用違憲（「適用上違憲」）の判決の場合には、法令の違憲の意味を明確に一般化・類型化する必要がないことになる。とすると、適用前提型適用違憲には、違憲となる意味を一般化・類型化した上で「本件に適用される限りで違憲」とするものと、そうした一般化・類型化をせずに「本件に適用される限りで違憲」とするものがある、ということになる<sup>66)</sup>。

そこで、宍戸常寿や蟻川恒正は、前者の場合には法令の意味の一部違憲（部分違憲）の判断を下すことにし、後者の場合に「適用上違憲」の判断を下す、といった形で法令の意味の一部違憲と適用違憲とを使い分けることを提唱している。たとえば、宍戸は、「部分無効の裁判が判例上も承認されている現在……この類型〔「適用上違憲」〕を独立の裁判方法として観念する意義は乏しいようにも思われる」としながらも、「部分無効の裁判が、法令の規定のうち違憲の部分と合憲の部分とを線引きした上で前者の効力を否定する方法だとすると、その中に、量的にも『非管理職である現業公務

65) 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』10, 24頁（有斐閣, 1987年）、青井未帆「憲法訴訟論——付随的違憲審査制と『憲法上の権利』の救済」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点 [第2版]』203頁注19（有斐閣, 2009年）、曾我部「部分違憲」前掲注42）64頁、駒村『憲法訴訟の現代的転回』50頁注18参照。しかしさらに、駒村は、部分違憲（法令の意味の一部違憲）と適用違憲の間には、「違憲判断に対する国会の事後処理を求めるか否かにおいて違いがあり、その観点から区別しておく意義がある」、としてもいる。駒村『憲法訴訟の現代的転回』397頁注21, 398頁参照。

66) 高橋和之は、「適用上違憲を事案の類型化により当該類型について違憲判断を行う手法と理解する見解が唱えられている」とし、「この見解においては、違憲判断は当該事案に限定されず、それが属する類型についてなされるものと理解され、したがって適用上違憲（適用違憲）も文面上違憲（法令違憲）と質的に違いはなく、法令違憲の一種であるとされる」が、このような適用上違憲の捉え方では、「適用上違憲は文面上違憲の判断を回避するという意味を失うことになり、付随審査制の長所を生かす重要な手法を失うことになる」などと批判している。高橋『体系憲法訴訟』322～323頁（傍点は原文）。しかし、本文のように「適用上違憲」を法令違憲と同質のものとして捉えるといっても、必ずしも違憲範囲が類型化されて示される場合だけが「適用上違憲」とされることになるわけではない。この点に「適用上違憲」と法令の一部違憲との一つの相違があるわけである。

員で……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』は違憲の部分として小さすぎ、また質的にも他の部分について積極的にその合憲性を示すものではない猿払事件第1審判決を数え入れることは、なおためられる」ので、「現状では、『適用する限り法令の規定が違憲である』という裁判の方法を観念しておいた方が良いように思われる」、としている<sup>67)</sup>。そして、宍戸は、「① 違憲になる理由が当該事実関係に限られる場合……には、適用違憲とする。② 一定の事実類型について常に適用違憲といえる場合には、その部分を違憲とする(部分違憲)」という形で、適用違憲(「適用上違憲」)と法令の意味の一部違憲(部分違憲)とを使い分けることを提唱している<sup>68)</sup>。

私自身は、「適用上違憲」の概念を広く捉えており、宍戸が挙げる①の場合に裁判所が「適用上違憲」の判断を下すこともできると考えている。しかし、最高裁が一部違憲の手法をしばしば用いており、わが国において一部違憲の手法が定着しつつある状況の下では、宍戸の提案するような使い分けも十分合理的であろう。もっとも、文面審査に基づく一部違憲の判断がなされることによって、事件の具体的事実への着目に基づく憲法判断という「適用審査—適用違憲(「適用上違憲」)」手法の利点が失われないよう注意すべきである<sup>69)</sup>。

#### (b) 「適用上違憲」概念の成立可能性

木村草太は、適用違憲とは「違憲部分を『明確なカテゴリー』で示すこ

---

67) 宍戸常寿「合憲・違憲の裁判の方法」戸松ほか編『憲法訴訟の現状分析』76頁。

68) 宍戸『憲法 解釈論の応用と展開 第2版』311頁。蟻川の主張については、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』265頁(日本評論社、2012年)参照。駒村『憲法訴訟の現代的転回』49～50頁、曾我部「部分違憲」前掲注42)64～65頁も参照。

69) そこで、私は、以前、「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」、と主張した。拙稿「文面審査と適用審査・再考」立命館法学321・322号36頁(2009年)参照。

となく、当該法律は『本件』に適用される限りで違憲無効だとする処理だとされる」が、これは違憲部分を明示しない部分無効ということだと理解した上で、「『適用違憲』という特殊な部分無効の類型は存在しないと解さざるを得ない」と批判している<sup>70)</sup>。というのも、「抽象化の程度に違いはあれど、規制された行為の『明確なカテゴリー』化は、違憲審査そのものの前提であり、違憲審査を経て部分無効の処理がなされる場合には、必ず『明確なカテゴリー』の提示が伴っているはずである」からである<sup>71)</sup>。木村のこの主張の基礎には、「裁判所による憲法判断が『司法』作用として行われる限り、一般的・抽象的な定式で表現し得ない要素、『この事件』や『木村草太』といった固有名を用いないと表現し得ない要素は、憲法判断の視野の外に置かれる」といった理解がある<sup>72)</sup>。「これは『司法』概念の帰結であり、理論性を維持しようとする限り、これ以外の結論は出てこない」、それゆえ、「固有要素による憲法的自由のための免責の途を拓こうとするのは、『司法』作用とは異なる免責、いうなれば、憲法的自由のための『恩赦』の権能……を裁判所に付与すべきだという主張」をするものと批判する<sup>73)</sup>。

しかし、合衆国最高裁は、しばしば本件訴訟の訴訟当事者に適用される限りで法令が違憲であるとする判決を下している。本稿では、選挙に直接結びつく支出を法人に禁止する連邦選挙運動法の規定が妊娠中絶の規制を主張する特定のプロライフの団体（MCFL）に適用される限りで修正1条に違反するとされた判決<sup>74)</sup>、特定の労働組合活動家が一時的抑止命令を発せられた事例において、労働組合組織者カードを得ることを求める州法の本案での適用が修正1条に違反するとされた判決<sup>75)</sup>、「修正1条と修正14

---

70) 木村「憲法判断の方法」前掲注54) 517頁。

71) 同上。

72) 木村「憲法判断の方法」前掲注54) 535頁。

73) 同上。

74) *FEC v. Massachusetts Citizens for Life, Inc.*, 479 U.S. 238 (1986).

75) *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516 (1945).

条は州が被上告人たちにその子供たちを16歳以上まで正規の高校に通わせるよう強制することを妨げる」とした判決<sup>76)</sup>を挙げたが、これらは、必ずしも違憲部分を「明確なカテゴリー」で示してはいない。

確かに、これらの判決も「適用上違憲」と判断される理由は示しているもので、そこから違憲とされる範囲、場合を推測することはできる。たとえば、FEC v. Massachusetts Citizens for Life, Inc., 479 U.S. 238 (1986)は、被上告人であるMCFLの3つの特徴（政治的思想を宣伝する目的で結成された団体であり、営業活動に従事することができないこと、株主その他、その財産や収入に関して請求権を有するような形で関係を持つ人々がいないこと、営利法人や労働組合によって設立されたものでなく、そうした団体から寄付を受ける政策を有していないこと）が、憲法上、問題の規定によってMCFLを拘束することができないとの判断において不可欠であるとしている<sup>77)</sup>ので、そこから、そうした3つの特徴を有する法人に対して選挙に直接結びつく支出を禁止することが違憲であるという形で、違憲範囲を読み込むことはできよう。しかし、これは判決自体に違憲部分が「明確なカテゴリー」で示されているわけではなく、判決を読んだ者が後から、違憲範囲と解されるものを構成（違憲範囲の事後的類型化）しているにすぎない<sup>78)</sup>。

さらに、必ずしも常にそうした違憲範囲の事後的類型化ができるとは限らない。たとえば、比較衡量論を用いて適用違憲であると判示される場合には、違憲とされる場合の類型的一般化は困難であろう。わが国の最高裁判決で例を挙げるとすれば、大分県屋外広告物条例事件判決の伊藤補足意見がとる適用違憲の手法がある<sup>79)</sup>。この補足意見は、「それぞれの事案の

---

76) Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972).

77) FEC v. Massachusetts Citizens for Life, Inc., 479 U.S., at 263-264.

78) この点で、高橋和之が、高橋のいう「適用上違憲」の判断について、「それが法令の適用対象の類型として機能するのは、判決が先例として機能する段階になってからのことである」と指摘しているのは、示唆に富む。高橋『体系憲法訴訟』169頁（傍点は原文）参照。

79) 但し、伊藤正己裁判官の補足意見の中には、「特定の給与所得者について、その給与と

具体的な事情に照らし、広告物の貼付されている場所がどのような性質をもつものであるか、周囲がどのような状況であるか、貼付された広告物の数量・形状や、掲出のしかた等を総合的に考慮し、その地域の美観風致の侵害の程度と掲出された広告物にあらわれた表現のもつ価値とを比較衡量した結果、表現の価値の有する利益が美観風致の維持の利益に優越すると判断されるときに、本〔大分県屋外広告物〕条例の定める刑事罰を科することは、適用において違憲となる」として、諸般の事由を考慮した比較衡量によって適用違憲となるか否か判断すべきである、としている。こうした総合考慮による比較衡量の結果、適用違憲との判断が示された場合、ここでは、違憲とされた規制内容が類型化、一般化された形で示されていないばかりか、違憲範囲を事後的に類型化するのも困難である。このような形の適用違憲の判決は、後の事件において下級裁判所に十分な指針を与えていないのではないかと、市民や立法府に対して行動や立法の指針を十分与えていないのではないかと、これでは市民による自由の行使に萎縮的效果を与えてしまうのではないかと、といったことが問題となる。しかしまた、裁判所がこうした適用違憲の判断を下すことが「司法の作用」ではないとまでは言えないであろう。

「司法」の概念の理解にも争いがあるし、「司法」の概念から何が論理的に導かれるかも判断が分かれうる。『「司法」概念の帰結』、「理論性を維持しようとする限り、これ以外の結論は出てこない」といった主張は、相当慎重になされるべきものであろう。結局、「違憲部分の明示」、「違憲部分の『明確なカテゴリー』」を示すことが、望ましいとは言えても、適用違憲の判断において不可欠とまでは言えないのである。

---

ㄨ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は、右給与所得者に対し本件課税規定を適用して右超過額を課税の対象とすることは、明らかに合理性を欠くものであり、本件課税規定は、かかる場合に、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」としたサラリーマン税金訴訟判決の補足意見のように、違憲部分を「明確なカテゴリー」で示すものもある。

## (2) 法令合憲判断と適用前提型適用違憲

### (a) 法令合憲判断後の適用前提型適用違憲判決

伊藤正己裁判官は、大分県屋外広告物条例事件判決やサラリーマン税金訴訟判決の補足意見において、法令の合憲性を認めた上で、事例によっては適用違憲（「適用上違憲」）となるということを指摘していた。また、下級審判決であるが、民法900条4号ただし書について合憲判断を示した上で、被相続人が一度も婚姻しておらず、嫡出子が被相続人の養子である「本件事案において、本件規定を準用して本件区別をもたらすことと立法理由との間に直接的な関連性は認められず、法律婚の尊重という立法理由からは、その合理性を説明できないというべきである」から、「本件規定ないしこれを準用する民法1044条が法令として違憲・無効であるとはいえないにしても、これを本件事案に適用する限りにおいては、違憲と評価され、効力を有しないというべき」とし、「適用上違憲」の判断に至ったものがある（東京高判平成22年3月10日判タ1324号210頁）。これらは、いずれも、文面審査が第一になされ法令合憲の判断に至った上で、適用審査において適用前提型適用違憲（「適用上違憲」）にあたるかどうか検討する、という審査の順番をとるものである。

この点について、山本龍彦は、「法令一般審査〔筆者の言うところの立法事実考慮型文面審査<sup>80)</sup>〕の結果であるところの法令合憲判断は、法令には憲法上の瑕疵がないということの意味するので、かかる判断の後に、適用審査が行われ、適用違憲判断がなされることは、論理的にはありえない」と指摘している。「〈法令合憲→適用違憲〉という組み合わせは、本来はありえない」というのである<sup>81)</sup>。しかし、山本は、わが国で適用審査が行われた事例を分析して、そこでは「積極的に法令合憲判断がなされていない」ことに着目している。すなわち、そこでの法令一般審査においては、法令には広汎にすぎる点があるが、それは一部にすぎず、合憲限定解釈もでき

80) 拙稿「違憲審査の方法と法令違憲」前掲注1)33頁参照。

81) 山本「適用審査と適用違憲」前掲注37)35～36頁。

ないので、「法令の全部無効を結論するには及ばないと宣言されるにとどま」っているが、これは、「法令全体を無効とする必要性に乏しい……ことを認めただけで、法令の合憲性を積極的に是認するものではな」く、「法令はグレーであり続けている」。「ここに、適用審査というかたちで、なお法令審査を継続する余地が生まれることになる」、というわけである<sup>82)</sup>。

しかし、この山本の主張の前提である、法令合憲判決は法令を全面的に合憲とする判決であるという前提に問題があるように思われる。前稿で述べたように、合憲判決とは、標準的な適用を前提に法令が合憲であると判断したものにすぎないのであって、適用審査に基づく適用前提型適用違憲の判断をあらかじめ排除するものでないのである<sup>83)</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場合には、下級裁判所は——「事案」の相違に着目して、合憲とした最高裁判決の論理の射程を限定することによって<sup>84)</sup>——適用審査に基づく「適用上違憲」（あるいは法令の意味の一部違憲）の判決を下し、不当な人権侵害から訴訟当事者を救済すべきであろう。最高裁が、しばしば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から合憲と判断しているだけに、この点を強調することは重要であろう。

#### (b) 法令合憲判断の先行？

以上見てきたように、法令合憲の判断が下された上で適用前提型適用違憲（「適用上違憲」）の判断に至ることもあり得る。しかし、適用前提型適用違憲（「適用上違憲」）か否かは、まず法令合憲の判断が下された上でのみ検討すべきものなのであるだろうか。この点、芦部信喜は、適用前提型適用

82) 同36頁（傍点は原文）。

83) 拙稿「違憲審査の方法と法令違憲」前掲注1）44頁以下参照。

84) 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]』371頁以下（成文堂、2008年）参照。

違憲(「適用上違憲」)を含む適用違憲の判決を、「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」ものとしており、法令合憲の判断の先行を前提としていると読めなくもない<sup>85)</sup>。また、戸松秀典は、より明確に、「適用違憲の判断は、法令の規定に対する合憲性の審査において、その規定を文面上違憲と判断することはしないで、当該訴訟・事件における法令の規定の適用の仕方が違憲であると裁判することである」とした上で、「文面審査がなされ、当該訴訟・事件で適用される法令の規定を合憲とする余地があるとの判断がなされている」ものであるとしている<sup>86)</sup>。

確かに、このような捉え方は、文面審査中心に違憲審査制を理解するわが国の学説、判例の傾向に沿ったものである。また、実際の裁判例における適用違憲(「適用上違憲」)の主張が、裁判所によって十分な検討なしに文面審査に基づく法令合憲の判決が下されることが多いというわが国の実状を踏まえて、その中でも何とか実質的な合憲性の審査を導こうとする「それなりに頷ける」戦略<sup>87)</sup>としてなされていることの反映でもあろう。

しかし、前稿で述べたように、日本国憲法下での違憲審査制においても、適用審査を基本形と捉えつつ、例外的に文面審査を先行させる場合の判断基準を明確にしていくことが必要である<sup>88)</sup>。あるいは文面審査を先行

85) 芦部『人権と憲法訴訟』310頁、芦部(高橋補訂)『憲法 第六版』387頁。

86) 戸松秀典「違憲判断の方式」樋口陽一編『講座憲法学 6 権力の分立 2』177頁(日本評論社、1995年)。戸松は、『憲法訴訟 第2版』では、適用違憲を、「法令の規定が文面解釈上は合憲と判断できるにしても、それが当該訴訟・事件に適用されるかぎりにおいて違憲であると裁判すること」と定義している(346頁)が、ここでも合憲判断の後に適用違憲の判断が下されるとされているように読める。他に「適用上違憲」を含む適用違憲について、法令が合憲であることを前提とするかのような定義をするものとして、藤井俊夫『憲法訴訟の基礎理論』105頁(成文堂、1981年)、伊藤『憲法 第三版』642頁、井口『憲法 I』161頁、上村「違憲判断の方法について」前掲注 25) 81頁、新『憲法訴訟論 [第2版]』469～470頁、藤田『日本国憲法 [2改訂版]』249頁、加藤『憲法』257頁、小山剛ほか編『判例から考える憲法』236頁(法学書院、2014年)(小山執筆)参照。

87) 穴戸『憲法 解釈論の応用と展開 第2版』302頁。

88) 拙稿「違憲審査の方法と法令違憲」前掲注 1) 34頁以下参照。

させることが通常となっているというわが国の現状を前提とするとしても、適用審査が先行する場合があることは認めるべきである。いずれにせよ適用審査が先行して適用違憲の判断が下される場合があることを考えると、そうした場合には法令の合憲性についての判断はまだされていないのであるから、「法令の規定が文面解釈上は合憲と判断できるにしても」という限定は、適用前提型適用違憲を含む適用違憲の定義において不要かつ不適切である。そうした限定は、文面審査先行というわが国の実務の傾向にとらわれすぎたものと言えよう。

このように適用前提型適用違憲（「適用上違憲」）の判断にあたり法令合憲の判断が先行していなければならないわけではないのである<sup>89)</sup>。この点で、司法試験では、「被告（当事者）としては法令違憲の主張をまず行い、それが認められない場合でも本事件に関して適用違憲（処分違憲）が成り立つことを主張する方法が、まず検討されるべき<sup>90)</sup>と、法令違憲、適用違憲の順で論じることが求められていることが問題となる。確かに、弁護人としては被告人に対する無罪判決を勝ち取ろうとするのであれば、無罪判決を導くあらゆる主張をすべきであるから、憲法に基づく主張についても法令違憲と適用違憲の双方を主張するのは当然であろう<sup>91)</sup>。司法試験では、小問（2）で、裁判所はどう判断すべきかではなく、小問（1）での弁護人の主張に対する「あなた自身の考え」を聞いているので、小問（2）でも法令違憲、適用違憲の順で自分の考えを論述することになる。しかし、実際には裁判所は文面審査—法令違憲の判断を先行させるとは限

---

89) それに対して、合憲解釈可能型適用違憲の判断は、まず法令が合憲であるとの文面審査に基づく判断がなされた上で、それに続いて示されるものであり、文面審査に基づく法令合憲の判断が先行するものである。

90) 平成20年新司法試験の採点実感等に関する意見（<http://www.moj.go.jp/content/000006427.pdf>）。

91) 適用審査・適用違憲の手法を優先する君塚正臣も、「事件当事者が、事案が味方しないなどの理由で、適用違憲より前に法令違憲を主張することはあり、新司法試験の第1問の論述としてもありうるものではある」としている。君塚「法令違憲」前掲40) 50頁注88。

らず、適用審査—適用違憲の判断を先行させ、それに留まることもあるのだから、裁判所がどのように判断すべきかを問えば、適用違憲の論点のみの解答もありうることになる。このような解答は司法試験においては許容されておらず、このことは司法試験が「実務家としてのセンス」を問うといいながら、案外実務的でないことを示している。このように司法試験が法令違憲、適用違憲の順で論じることを求めていることは、裁判所は必ず「法令違憲→適用違憲」の順で検討すべきであるといった思考を将来の法曹（特に裁判官）に醸成する点で問題があろう。

### (3) 適用前提型適用違憲と違憲審査基準

適用審査において、裁判所はどのような判断枠組みに基づいて合憲性の判断を行うべきか。文面審査の場合とはどのような点で異なるのであろうか。既に触れたように大分県屋外広告物条例事件判決の伊藤補足意見は、比較衡量論を用いて適用違憲（「適用上違憲」）にあたるか否か判断することを提唱していた。また、宍戸常寿は、比例原則を用いて適用違憲にあたるか否かの判断を示唆している<sup>92)</sup>。では、適用前提型適用違憲（「適用上違憲」）の判断にあたり目的手段審査を行う違憲審査基準（合憲性判断基準<sup>93)</sup>）を用いることはできるであろうか。

アメリカにおいては、適用審査において違憲審査基準が用いられ、法令

---

92) 宍戸『憲法 解釈論の応用と展開 第2版』140、303頁参照。また、宍戸は、違憲的解釈適用型の適用違憲（処分違憲）についても、「比例原則の厳格な適用」の余地があるとしている。宍戸・同314頁のほか、宍戸「裁量論と人権論」公法研究71号109頁（2009年）参照。

93) 私は、「違憲審査の基準」として扱われているものについて、法律等が憲法に合致しているかどうかを判断するための一般的基準である「合憲性判断基準」と、法律が憲法に合致しているか否かを合憲性判断基準を用いてどのように審査するかに関する基準である「審査基準」とを区別して論ずるべきと主張してきた。拙著『基本講義 憲法』68頁、拙稿「違憲審査制と民主制」佐藤幸治ほか編『憲法五十年の展望Ⅱ 自由と秩序』326頁（有斐閣、1998年）参照。ただ、本稿では、以下、議論のわかりやすさを優先して、一般的に用いられる「違憲審査基準」という用語を用いて論ずることとする。

が「適用上違憲」とされている。たとえば、法人が一般財源から選挙に関するコミュニケーションのために支出することを禁ずる法律規定が妊娠中絶に反対する団体のラジオ広告に適用される限りで違憲とした *FEC v. Wisconsin Right to Life*, 551 U.S. 449 (2007) は、当該法律規定が既に過度に広汎であるがゆえに文面上無効とは言えないとされていた<sup>94)</sup>ことを踏まえて、法令の典型的な対象（連邦選挙の候補者の当選もしくは落選を明示的に唱道する広告またはそれと実質的に同視できる広告）でない場合について「適用上違憲」とならないか判断するにあたっては「やむにやまれぬ政府利益」テスト（規制が、やむにやまれぬ [compelling] 政府利益に仕えるのに必要であり、かつ、その目的を達成するよう限定的に作られていることが示されている場合に、合憲とされる）が妥当するとした。同判決は、その上で、当該団体が連邦裁判所判事の指名承認に対してフリバスターを行った上院議員を批判する広告のために一般財源から支出することを禁ずることには「やむにやまれぬ政府利益」は存在しないとした<sup>95)</sup>。このように適用審査を行った合衆国最高裁の諸判決は違憲審査基準を用いて「適用上違憲」でないかどうか判断している。違憲審査基準は、適用審査を「原則」とするアメリカで、適用審査における基準として発展してきたのである。

以上見てきたように適用前提型適用違憲（「適用上違憲」）の判断にあたり、当然、違憲審査基準（目的手段審査の基準）を用いることができるのである<sup>96)</sup>。このことは、適用前提型適用違憲（「適用上違憲」）が実質的に法

---

94) *McConnell v. FEC*, 540 U.S. 93 (2003).

95) 詳しくは、青井「憲法判断の対象と範囲について（適用違憲・法令違憲）」前掲注17）62頁以下参照。

96) 永田秀樹は、「目的手段審査は立法事実の審査である。司法事実の審査に使うことを目的として開発されたものではない。だから適用違憲において目的手段審査を行うのは筋違いだ」という（永田ほか『基礎から学ぶ憲法訴訟 [第2版]』44頁 [永田執筆]）が、これは、永田が「適用違憲」概念について合憲限定解釈可能型と違憲的解釈適用型の適用違憲のみが適当という立場をとっている（同36～38、45頁参照）からである。村田尚紀「憲法訴訟における憲法判断と事実」関西大学法科大学院ジャーナル7号103頁（2012年）が、適用（処分）違憲の判断にあたり目的・手段審査基準は用いられないとしているのも、

令の意味の一部違憲と重なることからしても、当然のことであろう。

では、次に適用審査において違憲審査基準(目的手段審査の基準)が用いられるとして、目的審査はどのようになされるのであろうか。

この点、上記の *FEC v. Wisconsin Right to Life*, 551 U.S. 449 (2007) だけでなく、合衆国最高裁の「適用上違憲」判決の多くは、訴訟当事者(たち)の行為を規制するのを正当化できる政府利益があるか否かを問題とし、そのような政府利益の存在は認められないとしている。たとえば、先に紹介した *FEC v. Massachusetts Citizens for Life, Inc.*, 479 U.S. 238 (1986) は、選挙に直接結びつく支出を法人に禁止する連邦選挙運動法の規定が政治的表現に課す負担はやむにやまれぬ国家利益(state interest)によって正当化されなければならないという立場から検討を加え、当該連邦選挙運動法による支出の禁止を正当化するやむにやまれぬ正当化事由は認められないとしている。また、先に紹介した *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972) も、アーミッシュの親たちにその16歳になった子供たちにさらに2年間義務教育を強制することについて、彼(女)らの宗教の自由に対する負担を正当化するのに十分なほどやむにやまれぬ州の利益は存在しない、として違憲であるとしている。

これらは「やむにやまれぬ政府利益」テストという最も厳格な違憲審査基準を用いて適用審査を行った事例であるが、合理性の基準を用いて、目

---

ㄨ村田が適用(処分)違憲として違憲的解釈適用型を念頭に置いているからである。また、高橋和之が「適用上判断の手法を採る場合には、審査基準論は理論上はあり得るのですが、通常、問題にはならぬのではないか」と述べている(高橋和之「違憲判断の基準、その変遷と現状」自由と正義60巻7号104頁[2009年])のも、高橋のいう「適用上違憲」の判断が当該行為が憲法上保護されるかに焦点を当てた審査の結果下されるものであり、処分違憲の一種と捉えうるものだからであろう。確かに、駒村『憲法訴訟の現代的転回』30頁以下が指摘しているように、処分審査では目的手段審査は行われぬのが通常であろう。しかし、先に見たように処分審査といってもさまざまなものがあるので、目的の重要性、手段の必要性などを考慮して「処分」の合憲性を判断することもありうるように思われる。なお、高橋は、最近、高橋の定義による処分違憲(注45)参照)について、「目的・手段審査の枠組みをここに応用することは可能であろう」としている(高橋『体系憲法訴訟』280頁)。

的審査をパスせず「適用上違憲」とした合衆国最高裁判決として、City of Cleburne v. Cleburne Living Center, 473 U.S. 432 (1985)がある。これは、「精神異常者もしくは精神薄弱者のための病院、アルコール中毒者もしくは麻薬常用者のための病院、または刑罰施設もしくは矯正施設」の設置には特別使用許可を要するという市条例規定の下で、市が精神遅滞者用のグループホームについて「精神薄弱者のための病院」に当たるとした上で、特別使用許可を与えなかったことが争われた事例である。この判決は、まず、精神遅滞であることによる分類は準疑わしい (quasi-suspect) 分類とは言えないので、中間的な審査 (heightened scrutiny) ではなく、合理性の基準 (区別が正当な政府の目的と合理的に関連していれば合憲であるとする基準) の下で平等保護条項違反か否かの審査がなされるべきであるとした。しかし、実際には、比較的厳密な審査を行い、記録は、問題のホームが市の正当な利益に対する、他の特別使用許可を要しない施設 (アパート、病院、高齢者のための養護ホーム等) と異なった特別な脅威を与えるであろうと信じる合理的な根拠を示しておらず、精神遅滞者に対する偏見に基づく規制であるとして、「適用上違憲」であるとしている<sup>97)</sup>。

このように「適用上違憲」とする合衆国最高裁の諸判決の多くは、目的審査をパスしないとしているが、そのほとんどは適用審査優先原則の下で適用審査が先行しているものである。それに対して、文面審査が先行して法令が目的手段審査の結果、合憲であるとされている場合には、その後に行われる適用審査の目的審査と既に行われている文面審査の目的審査との重複が問題となるであろう。たとえば、小山剛は、文面審査に続く適用審査では目的審査はなされないとしている。(合憲限定解釈と対になる概念である) 狭義の適用違憲か否かの審査である「過剰包摂型の適用審査では、適用の審査に先行して、法令自体の合憲性が審査される」としている。すなわち、まず、「法令……の合憲性について、目的および手段の審査が行な

---

97) 詳しくは、拙稿「適用違憲に関する一考察」前掲注 4) 323頁以下参照。

われ……目的が合憲であり、手段(禁止等)も大部分において合憲的な範囲に属する」と判断された上で、「適用の審査においては、目的が合憲であることを前提に」、本件当事者の具体的行為が法令の目的をどの程度害するのか、法令の目的を害する程度が低いとすれば、法令の定める手段を当該当事者の行為に適用してよいか(目的達成のための最小限度の手段ということができるか)が審査される、とする<sup>98)</sup>。

しかし、先に見たように *FEC v. Wisconsin Right to Life*, 551 U.S. 449 (2007) では、文面審査による合憲判決がなされていることを前提に、目的審査がされており、当該団体の広告について一般財源からの支出を禁止することを正当化できるやむにやまれぬ政府利益が認められないと判示している。それゆえ、文面審査が先行した場合でも、次になされる適用審査において目的審査の余地はあろう。ただ、訴訟当事者への規制を正当化できる政府利益がないということは、裏を返せば、文面審査では正当な(重要な、あるいはやむにやまれぬ)ものとされている政府利益を実現するために訴訟当事者の行為を規制する必要性がないということでもあり、手段が必要最小限度でないとも見ることできる。ここには目的審査、手段審査それぞれの範囲、役割をどのように捉えるのか、という問題がある(この点については別の機会に論じたい)。

ところで、立法府が包括的な(過大包摂的な)規制を意図的に選択している場合には、裁判所はその包括的な規制自体を認めるか否かの判断を迫られることになろう。そして、そうした法令の文面上の合憲性が認められるならば、その文面上合憲の判断には広い範囲に亘る適用の合憲性が含意されているのであるから、事後の適用審査による違憲適用の切り取りの手法の活用可能性は非常に限定されることになる。この場合でも、法令の規制範囲に入らない適用であると主張することはなお可能であるが、法令による規制の範囲に入るがそれに規制を及ぼすのは違憲になるという「適用

---

98) 小山剛『「憲法上の権利」の作法 第3版』258頁(尚学社, 2016年)。

上違憲」の主張が認められるためには、規制に服している他の者と異なる特徴を有することを示さねばならない。というのも、こうした場合、それまで規制するのは行き過ぎではないかと思われる事例の合憲性についての判断事由は、通常、そのようなものまで含む規制システムの合憲性についての判断事由と重なるからである。しかし、合理性の基準による最小限審査が採用されている場合に、「適用上違憲」と言えるためには、当事者が他の者と著しく異なる特徴を有しており、彼への適用が最小限審査の下でも違憲となるほど著しく不合理であることが示されねばならないであろう。かくして、過大包摂的な規制を定める法令につき、文面上合憲の判断がなされる場合、最小限審査の下ではまずよほどのことがない限り「適用上違憲」とはされないことが理解できよう。

City of Cleburne 判決が比較的厳密な審査によって「適用上違憲」の判決を下したように、「適用上違憲」の手法が意味を持つためには、合理性の基準による審査なのか、中間的な審査なのかというそのラベルはともかく、比較的厳密な審査がなされる必要があるのである。逆に、法令が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「適用上違憲」の判断が封じられることになる。

## 結びに代えて

以上、適用違憲について、その概念・類型を整理し、特に適用前提型適用違憲（「適用上違憲」）に関わる諸問題について検討を加えてきた。本稿における適用違憲の概念・タイプの整理は、いわば博物学的な分類を行うことを意図してのものではなく、あくまでも違憲審査権の適切な行使をもたらすという見地からのものである。裁判所（特に下級裁判所）に対して違憲

審査権を適切に行使するための豊富な道具、武器を——それぞれの意義と限界を明らかにしつつ——いかに提供するかが、本稿の問題意識であった。憲法訴訟論は実践の学であって、論理的な首尾一貫性、明晰さ、体系性がある程度求められるものの、それだけを追求することで適切な理論が提示できはしないであろう。本稿での主張について、論理的な首尾一貫性、明晰さ、体系性がある程度備えつつ、実践的に意義のあるものとなっているか否かという見地から検討、批判を受けることができれば幸いである。