

適用違憲における三類型説の再検討

福井康佐

はじめに.....	52
I 適用違憲の意義.....	52
II 適用違憲における三類型説の再検討.....	57
III 適用違憲の類型化の意味と類型選択に係る問題.....	75
むすび.....	81

はじめに

法科大学院で憲法の授業を担当するようになって気がついたことは、学生の適用違憲に対する知識が不十分で、混乱している、という点である。新司法試験の問題の解説でも、繰り返し、適用違憲に係る理解の不足が指摘されているところである⁽¹⁾。しかし、こうした理解の不足は、必ずしも学生に一方的な責任があるわけではない。すでに少なからぬ文献が存在するとしても、「不可分性」等の適用違憲の類型を識別するための概念が分かりにくいこと、用語の不統一が見られることから、そもそも何が適用違憲なのか、という点を確実に理解することが難しい状況にあるからである。

本稿は、法令違憲・適用違憲・処分違憲の間の異動、適用違憲の各類型間の区別に理論的基礎を与えることを目的としている。このため、まず、本稿Iでは、憲法訴訟論における適用違憲の位置付けと意義を明らかにして、IIでは、通説である三類型説を再検討し、続いて、IIIでは適用違憲とそれに関連する法令違憲・違法な行政処分を統一的に説明し、適用違憲に係る類型選択の問題を考察する予定である。そして、論説の展開にあたっては、できる限り判例等の具体例を提示して、「適用違憲」という難解な法現象を、理解しやすいものになりたい。

I 適用違憲の意義

1 原則としての適用違憲

付随的違憲審査制を採用する日本国憲法においては、裁判所は、具体的事件の解決に関わる範囲で違憲審査を行い、判決の効力についても当該事件にかぎって違憲・無効とするのであるから、法令違憲ではなく、適用違憲を原則とすべきことになる⁽²⁾。すなわち、具体的な事件の解決に必要な場合に限って、違憲審査権を行使することから、一般的なルールとしての法の除去を行う法令審査よりも、法の効力を維持したうえで、法の適用行為を審査する適用審査が、原則的な違憲審査のあり方となる。以下、具体的な違憲審査権の行使のプロセスの中で、適用違憲がどのような位置にあるのかを見ていく。

憲法訴訟では、刑事事件・行政事件等の具体的な事件が提起され、処分または起訴の違憲性が争われる。憲法問題としては、処分または起訴等において、法令が適用される事例(以下「法令の適用事例」という。)が、憲法上、保護に値するかどうか、

⁽¹⁾たとえば、平成21年新司法試験受験書類(公法系科目)に対するヒアリング概要にも同旨の指摘がある。

⁽²⁾戸松秀典『憲法訴訟』(2007年、有斐閣)221頁。

法令	
適用事例	
合憲的 適用部分	違憲的 適用部分

図1 適用違憲の基本構造

最初に問題となる。ここで、法令の適用事例の中で、憲法に反するものを本稿では、「違憲的適用部分」、憲法に反しないものを「合憲的適用部分」という⁽³⁾。

このように、合憲限定解釈から適用違憲というコースを採用することが原則であり、全農林事件最高裁判決における5人の裁判官の意見も、萎縮効果の除去の必要性がある場合や基本的人権の侵害が問題となる場合を除いて、当該事件を全面的に違憲とすることなく、できる限り合憲限定解釈を行い、それが困難な場合には、適用違憲によって処理すべき旨を、次のように指摘しているところである⁽⁴⁾。

「およそ、ある法律における行為の制限、禁止規定がその文言上制限、禁止の内容において広範に過ぎ、それ自体憲法上保障された個人の基本的人権を不当に侵害する要求を含んでいる場合には、右基本的人権の保障は憲法の次元において処理すべきものであつて、刑法の次元における違法性阻却の理論によつて処理することは相当でなく、また、右基本的人権を侵害するような広範に過ぎる制限、禁止の法律といつても、常にその規定を全面的に憲法違反として無効としなければならないわけではなく、公務員の争議行為の禁止のように、右の基本的人権の侵害にあたる場合がむしろ例外で、原則としては、その大部分が合憲的な制限、禁止の範囲に属するようなものである場合には、当該規定自体を全面的に無効とすることなく、できるかぎり解釈によつて規定内容を合憲の範囲にとどめる方法(合憲的制限解釈)、またはこれが困難な場合には、具体的な場合における当該法規の適用を憲法に違反するものとして拒否する方法(適用違憲)によつてことを処理するのが妥当な処置といふべきであり、この場合、立法による修正がされないかぎり、当該規定の適用が排除される範囲は判例の累積にまつこととなるわけであり、ことに後者の方法を採用した場合には、これに期待せざるをえない場合も少なくないと考えられるのである。」(下線部著者)

ここからは、適用違憲から法令違憲という司法消極主義的姿勢を読み取ることができる。

⁽³⁾戸松・前掲注(2)347頁も合憲的に適用される部分、違憲的に適用可能な部分という表現を用いている。

⁽⁴⁾最判昭和48年4月25日刑集27巻4号547頁。

2 法令違憲の類型

適用審査から開始されても、事例によっては、適用審査から法令の違憲が導かれる場合もある。適用審査の結果、薬局距離制限違憲判決の場合のように、立法事実を精査することによってあらゆる適用部分が違憲となると認められるときは、法令は全体が違憲(全面的違憲)となる⁽⁵⁾。これが、図2の場合である。

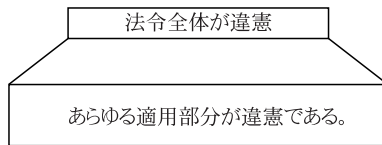


図2 法令違憲(全面的違憲)

また、適用部分の一部が違憲となる場合でも、表現の自由や行動の予測可能性の保障が問題となる場合は、当該法令の文言の明確性が検討される。明確性の原則の下では、法令には、恣意的運用の抑制、公正な告知、萎縮効果の除去が期待されている⁽⁶⁾。そうすると、最初に、法令が明確であるかどうか、という審査がなされる。ここでは、「わいせつ」「淫行」「管理上支障をきたす」といった不確定概念⁽⁷⁾が、国民の行動を制限しないか、刑罰権・許認可権等の国家権力の濫用が生じないか、が審査される。また、規制目的に照らして、過度に広汎な規制となっているかどうか審査される。これらは、適用審査から文面審査へと進む場合である。もちろん、原告の法令違憲の主張に沿って、最初に文面上の判断をすることもあろう。これが、図3と図4の場合である。

図3では、法令の適用部分として、合憲的適用部分A・違憲的適用部分Cとそれらの中間に位置するグレーゾーンとしてのBがあり、Bの存在のために行動の予測可能性が十分に保障されないことから、漠然性ゆえに無効であるとして法令違憲になる。図4では、法令の規制目的Pに照らすと、規制手段M1までは、必要なかつ正当な規制の範囲であるが、規制手段M2は広汎な規制範囲となっている場合も、過度に広汎な規制の原則に反して法令違憲となる。このように、図3と図4の場合は、当該適用法令の意味を、

⁽⁵⁾青柳幸一「適用違憲」(芦部信喜編『講座憲法訴訟第3巻』(1987年、有斐閣)所収)は、法令違憲となる4つ場合として、①立法目的が違憲、②規制手段が違憲、③目的と手段が不適合・不必要・不均衡の関係にある場合、④規定が不明確か、過度に広汎である場合を挙げる。

⁽⁶⁾芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第四版)』(2007年、岩波書店)191頁。

⁽⁷⁾この不確定概念の意味は、「わいせつ」「淫行」については、行動規範として分かりにくいというものであり、「管理上支障をきたす」については、規制当局の裁量権が広い、というものである。

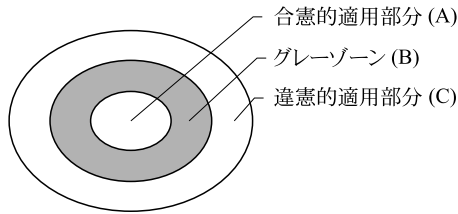


図3 法令違憲(漠然性ゆえに無効)

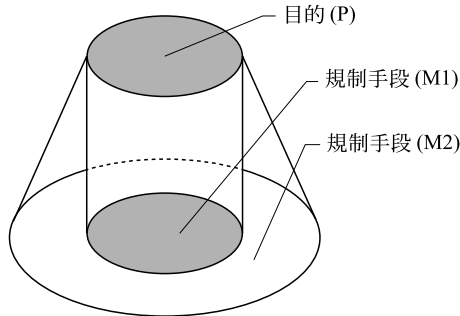


図4 法令違憲(過度の広汎性ゆえに無効)

合憲の部分と違憲の部分に分けることができない。これを「法文の意味の不可分性⁽⁸⁾」という。法文の意味が可分であれば、法令解釈上は、合憲限定解釈ができることになる。

さらに、法令の中の違憲的適用部分が、重大な人権侵害を引き起こし、こうした部分が存在することは法令を制定した趣旨を没却することから、法令全体が違憲となるという場合がある(図5)。これを、「適用事例の不可分性」という⁽⁹⁾。この適用事例の不可分性には、二つの可能性がある⁽¹⁰⁾。一つは、違憲的適用部分の適用事例全体に占める割合は多くないが、重大な人権侵害がある場合である(これを「質的不可分性」という)。もう一つは、図2とは異なり、すべての適用部分が違憲になるわけではないが、高い割合で違憲的適用部分が多い場合である(これを「量的不可分性」という)。つまり、100%の適用部分が違憲になるというわけではないが、たとえば60～80%が

⁽⁸⁾青柳・前掲注(5)7頁。

⁽⁹⁾同上。

⁽¹⁰⁾戸松・前掲注(2)221頁以下は、適用事例の不可分性という言葉を用いていないが、可分性が認められないときは、その規定の違憲が他の部分に及ぶから文面審査の場面で違憲・無効を宣言しなければならない、とする。

違憲となるという場合である⁽¹¹⁾。なお、不可分性ゆえに法令全体が違憲となる場合と、上述のとおり明確性の原則及び過度に広汎な規制の原則に違反するがゆえに違憲無効となる場合は、重複することがある。例えば、質的に不可分であると同時に、その部分が多くグレーゾーンを含む場合などである。

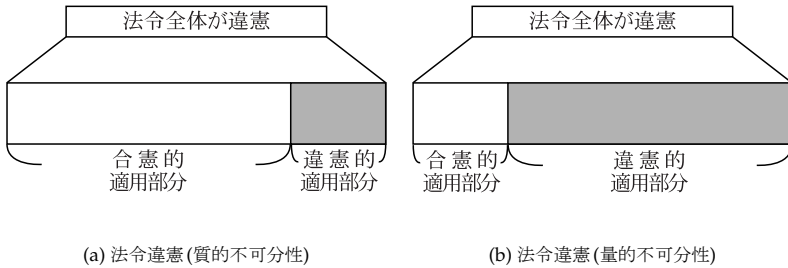


図5 法令違憲(不可分性ゆえに違憲)

以上のように、適用審査から法令審査に進んだ場合、または当初から法令審査に進んだ場合には、上述の通りの4つの類型の法令違憲になる可能性がある。

3 適用違憲の類型

法令の違憲的適用部分を認定しながら、上記のとおり法令違憲という判断が下されない場合は、裁判所は、法令が合憲限定解釈できるかどうか、という判断を下すことになる。ここでの判断は上述のとおり適用事例の不可分性と法文の意味の不可分性についての2つの判断がなされる。通説の適用違憲における3つの分類は、ここから始まることから、以下、本稿で用いる適用違憲の3つの類型⁽¹²⁾について概説する。

第一類型(合憲限定解釈が不可能な場合) 適用される法令における、合憲的適用部分と違憲的適用部分が不可分であることから、すなわち、適用事例の不可分性から、当該法令を、事件に適用する限りにおいて、違憲とするもの。これを、本稿では第一類型とする。後述するように、適用事例の不可分性は、①法令違憲を導く場合と、②一部違憲を導く場合と、③この第一類型を導く場合がある。

⁽¹¹⁾例えば戸別訪問は、現行の公職選挙法では、全的に禁止されているところ、その中の一部は、確かに、利益誘導等につながるものが多いことから、合憲的適用部分が20～30%位は存在すると思われる。しかし、残りも、正当な政治活動(違憲的適用部分)と評価すべきであろう。これが量的不可分性の例である。

⁽¹²⁾芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』(1977年、有斐閣)47頁以下。

第二類型(合憲限定解釈が可能な場合) 適用される法令の合憲限定解釈が可能である場合に、つまり、法令解釈によって、違憲的適用部分と合憲的適用部分に分類することが可能である場合に、合憲的適用部分に限定する解釈を行わず、違憲的適用部分を含む広い解釈を行って法令を適用した、その適用行為を違憲とするもの。ここでは、法文の意味の可分性が前提となる。

第三類型(法令は合憲である場合) 適用される法令は合憲であるが、当該適用行為によって人権が侵害された場合に、その適用行為を違憲とするもの。なお、この第三類型を処分違憲として、適用違憲から除外する説も有力であるが、処分違憲の意味と位置付けについては、後述する。

II 適用違憲における三類型説の再検討

以下、代表的な判決を例にとりて、各類型の意味を詳しく検討する。

1 第一類型

第一類型は、合憲的適用部分と違憲的適用部分が不可分な場合である。この類型の典型例と言われるところの、猿払事件第1審⁽¹³⁾を素材として、判断の枠組みをとらえてみる。

本件では、非管理職の現業公務員(郵便局員)が、休日に職場外で政党の支持政党のポスターを掲示したところ、国家公務員法(以下「国公法」という。)102条1項(政治行為の制限)およびそれに基づく人事院規則14-7第5項3号・6項13号の禁止(特定の政党を支持する政治目的を有する文書の掲示または配布の禁止)に違反するとして、国公法110条1項19号により、起訴された。当該公務員は、簡裁で5000円の罰金を支払う旨の略式命令を言い渡されたことから、正式な裁判を請求した。

公務員も1人の国民として、当然に、表現の自由、特に政治活動の自由は保障されること、一方で公務員には、政治的中立性が要求されることから、その調整が問題となる。確かに特定の党派性を帯びた行政サービスの提供は、公務に対する信頼性を失わせる可能性がある。しかし、政治的中立性を理由として、全ての公務員のあらゆる政治活動が禁止されるわけではないことから、公務の中立性を維持すべき限度で、政治活動が許容されなければならない。

同判決は、次のように、公務員の政治活動について基本的な考え方を述べる⁽¹⁴⁾。

⁽¹³⁾旭川地判昭和43年3月25日。

⁽¹⁴⁾同上。

「憲法21条1項の保障する表現の自由に由来する政治活動を行う国民の権利は、立法その他国政の上で最大の尊重を必要とする国民の基本的な人権の中でも最も重要な権利の一であると解されるが、右の自由と絶対無制限のものではないばかりでなく、全体の奉仕者であつて一部の奉仕者でない国家公務員の身分を取得することにより、ある程度の制約を受けざるを得ないことは論をまたないところであるが、政治活動を行う国民の権利の民主主義社会における重要性を考えれば国家公務員の政治活動の制約の程度は、必要最小限度のものでなければならない。」

ここでは、公務員にも政治的活動の自由があり、全体の奉仕者であることから、ある程度の制約を受けるとしても、政治活動の自由の民主主義における重要性から、必要最小限度の制約を受けるといふ、適用事例における違憲審査基準の定立がなされている。

続いて、国公法と政令の該当規定を解釈し、次のように合憲的適用部分の存在を示す。

「公務員中国の政策決定を密着した職務を担当する者、直接公権力の行使にあたる者、行政上の裁量権を保有する者および自分自身には裁量権はないが、以上のような職務の公務員を補佐し、いわゆる行政過程に關与する非現業の職員については、これら公務員が一党一派に偏した活動を行うことにより、これがその職務執行に影響し、公務の公正な運営が害され、ひいては行政事務の継続性、安定性およびその能率が害されるに至る虞が強いことはいふをまたないところである。これに反し行政過程に全く關与せず且つその業務内容が細目迄具体的に定められているため機械的勞務を提供するにすぎない非管理職にある現業公務員が政治活動をする場合、それが職務の公正な運営、行政事務の継続性、安定性およびその能率を害する程度は、右の場合に比し、より少ないと思料される。勿論右に述べたような現業公務員が国の施設を利用し、政治活動をするならばこれがその職務の能率に影響を及ぼさないとはいえないから、合理的な程度においてならば、このような政治活動を国が合憲的に規制し得るものであり、人事院規則14-7、6項12号はこの禁止規定である。更に、これら職員がその職権その他公務員であることから生ずる公私の影響力を政治目的のために利用したならば、公務の中立性についての国民の信頼を裏切ることになるのは勿論であり、一般国民に与えられている政治活動の自由以上の力がこの種公務員に付与されることになり不合理であるから、このような行為は国が合憲的に規制し得るところであり、人事院規則14-7、6項1号は現にこのような政治活動を禁止する為の規定である。非管理者である現業職員を監督管理する地位にある職員も又行政過程に關与する職員の範疇に属するものであるが、その下に働く現業職員が、上司におもねり、政治的目的をもつ何らかの行為をし、昇進その他職員の地位に關し、利益を得ようと企てるならば公務の公

正が害されるに至る虞なしとしないからこの種活動をも国は合憲的に規制し得るものと解されるのであり、人事院規制14-7、6項2号は現にこの種政治活動を禁止する規定である。現業公務員といえども勤務時間内に政治活動を行うとするならば職務の能率を害することは明らかであり、人事院規則14-7、6項1号ないし17号の所為が勤務時間内になされた場合これを禁止しても憲法に違反するものではない。」(下線部筆者)

一方、同判決は次のように述べて違憲的適用部分(必要最小限の制約を越えた部分)を示している。

「従つて、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つた人事院規則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に刑事罰を加えることをその適用の範囲内に予定している国公法110条1項19号は、このような行為に適用される限度において、行為に対する制裁としては、合理的にして必要最小限の域を超えたものと断ぜざるを得ない。」(同上)

ここでは、法令に合憲的適用部分と違憲的適用部分があることが明示されている。そして、同判決は、最後に次のように、適用違憲を下している。

「同号は同法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つており、制限解釈を加える余地は全く存しないのみならず、同法102条1項をうけている人事院規則14-7は、全ての一般職に属する職員にこの規定の適用があることを明示している以上、当裁判所としては、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条に違反するもので、これを被告人に適用することができないと云わざるを得ない。」(同上)

この「制限解釈を加える余地は全く存しない」という文言は、文字通りに読めば誤解を招きかねない。この「制限解釈」は合憲限定解釈という意味であるとすると、合憲限定解釈は不可能という意味になる。しかし、上述の通り、違憲的適用部分と合憲的適用部分が両方存在するにもかかわらず、合憲限定解釈ができないとすれば、違憲的適用部分の存在によって法令全体が違憲性を帯びるという意味になる。つまり、表現の自由、とくに政治活動の自由を侵害する著しい違憲的適用部分があつて、それによって、法令の制定の趣旨が没却されるという意味であろう。したがって、ここは、法文の意味の不可分性ではなく、適用事例の不可分性を指して「制限解釈を加える余地は全く存しない」と判示していると、解することができる。

そうすると、第一類型は、法技術的には、合憲限定解釈が可能であるが、合憲限定

解釈をすべきではないもの、ということになる⁽¹⁵⁾。

図6をみると、「制限解釈(合憲の限定解釈)の余地がない」という意味は、当該法令の違憲的適用部分Bが、法令の全体の正当性を失わしめるほど大きいものであるので、AとBというように、二つの適用部分に分けることは可能であるが、そうすることは不可能または不適切であるという判断が先行している。

公務員の政治行為	
A 合憲的適用部分	B 違憲的適用部分
P 管理職の政治活動等	Q 現業公務員の政治活動

図6 適用事例の不可分性(合憲限定解釈は不可能)

これまでの学説上の説明は、著しい違憲の部分を含む法令は、その不可分性から本来法令違憲とするか、Bの部分に対応する法令を一部違憲とすべきところを、司法消極主義の姿勢から、Bを含むような法令を本件に適用する限り、適用違憲とするというものである。したがって、第一類型は、いわば「妥協」⁽¹⁶⁾であるという評価が下されていた。

しかし、果して第一類型は妥協なのであろうか。むしろ、適用事例の不可分性を認識した裁判所が、合憲的適用部分に対する評価に従って、第一類型<一部違憲<法令(全部)違憲という、司法消極主義から司法積極主義へと至る階段の中の一つから、選択したとみることはできないであろうか。第一類型の猿払事件第1審は、適用事例の不可分性を指摘しているが、一方では合憲的適用部分が多いことも指摘している。つまり、本件の違憲的適用部分には、表現の自由及び政治活動の自由という点で、重大で看過できない人権侵害が存するが、公務の中立性を維持するために必要な部分であるところの、合憲的適用部分も並存することから、法令を維持しながら、すなわち、法令違憲・一部違憲という判断を下さずに、本件に係る適用のみを違憲とするという判断を下したのではないであろうか。そうすると、裁判所が、不可分性ゆえに法令違憲と判断した場合は、法令の合憲性を維持できない程度に、合憲的適用部分が小さいことになる。また、同様に、不可分性ゆえに一部違憲の場合は、法令違憲ほどではないが、一部違憲と宣言することによって、法令を維持できる程度の、合憲的適用部分が存在することになる。

⁽¹⁵⁾新正幸『憲法訴訟論』(信山社、2008年)469頁は、第一類型の前提として「法令の合憲限定解釈が不可能または不適切であること」を指摘している。

⁽¹⁶⁾新・前掲注(15)474頁。

適用事例	
A 合憲的適用部分	B 違憲的適用部分

図 7

まとめると、図7にみるように、第一類型・一部違憲・法令違憲は、Bの存在によって不可分性を有するという点で共通である。そして、この三つの類型の相違点は、合憲的適用部分Aの適用事例全体に占める割合で決定される。法令を維持できないレベルが、法令違憲であり、法令の一部を違憲とすることで維持できるレベルが一部違憲であり、法令を維持できるレベルが第一類型となる。

以上より、裁判所は、適用事例の不可分性を認識した後は、合憲的適用部分が占める割合を判断要素として、法令違憲・一部違憲・第一類型を選択することになる。

ここで、一部違憲について触れたい。一部違憲は、違憲的適用部分を指摘するのであるから、合憲限定解釈と同一の機能を営むのではないか、という指摘もある⁽¹⁷⁾。一部違憲は、上述のとおり、適用事例の不可分性があり、この点、合憲限定解釈とは、適用部分の違憲の程度が異なることから、同一の機能があるということとはできない。

2 第二類型

第二類型は、適用される法令の合憲限定解釈が可能であることを前提とする。第二類型の典型例とされる、全通プラカード事件第一審判決⁽¹⁸⁾の判断過程を以下で、分析したい。同判決は、一般職の郵便局員が政治集会とデモ行進に参加し、その際に、内閣打倒の横断幕を掲げて行進した、という事例である。当該公務員は、国公法102条1項(政治行為の制限)およびそれに基づく人事院規則14-7第5項3号・6項13号の禁止(特定の政党を支持する政治目的を有する文書の掲示または配布の禁止)に違反するとして、同法82条1号・3号(懲戒規定で、平成11年改正前の規定)に該当するとして、戒告処分を受けた。

本件は、当該公務員は、その取り消しを求めた事例である。同判決は、最初に、適用される法令の合憲性に対する疑いを提起する。まず、一般論として次のように言う⁽¹⁹⁾。

「一般職の国家公務員のうち、どの範囲のものについて政治的行為を制限するか、どの範囲の政治的行為を禁止・制限するかは、第一次的に立法事項として国会の権限に

⁽¹⁷⁾青柳・前掲注(5)9頁がこの問題について論じている。

⁽¹⁸⁾東京地判昭和46年11月1日。

⁽¹⁹⁾同上。

属する。しかし、ことは、憲法の保障する表現の自由の制限に関する問題であるから、国会が選択した制限よりも「より制限的でない他の選択しうる手段」がある場合には、その制限は法目的達成の必要最小限をこえるものとして違憲といふべきである。」

「しかしながら、法律を文理的にのみ解釈してみだりに違憲と断ずることは相当ではない。規定の文言にとらわれることなく、憲法に調和するよう合目的的に解釈することによって、規定に合理的な限界を付することができるならば、このような合理的解釈を施して、法律を合憲的に適用すべきである。」

「国公法一〇二条一項、人事院規則一四一七について、このような合理的解釈をとることが可能であろうか。」として、検討を加え、漠然不明確であり、罪刑法定主義に反する疑いがあるとする。「公務員がその担当する職務執行とは関連なく、またその地位を利用せずに、一市民または一個人としてする政治的行為を禁止・制限することは、合憲性判断の基準である必要最小限の制限という要件を欠くものといわなければならない。」としたことを踏まえて、次のように合憲限定解釈を行う。

「以上のような疑問があるけれども、当裁判所は、合理的解釈によつて、国公法一〇二条一項、人事院規則一四一七は、辛うじて合憲性を保持できるものと解する。そうすると右各規定は、その文言にもかかわらず、前述したような合憲性判断の基準にのつとり適用の範囲を限定すべきなのである。すなわち、右各規定により禁止される一般職国家公務員の政治行為は、(1)主体の側から見れば、政策または法律の立案等に参画し、あるいは行政裁量権をもつて政策または法律の施行を担当する職務権限を有する公務員の行為に限り、(2)行為の状況から見れば、公務員がその地位を利用し、またはその職務執行行為と関連して行なつた政治的行為に限るものと解するのである。」(下線部筆者)

そして、次に、本件の適用違憲を示す。

「したがつて、公務員の行為が文理上は右各規定に該当する場合であつても、右の基準に該当しない行為にこれを適用することは、本来憲法上政治的自由を制限できない場合に、これを制限するものとして、法律の適用において違憲となるのである。」

「そうすると、形式的文理上は、本件横断幕の文言は、人事院規則一四一七第五項四号に、これを掲げて行進した行為は、同規則一四一七第六項一三号に該当し、原告の本件行為は、国公法一〇二条一項に違反するけれども、右各規定を合憲的に限定解釈すれば、本件行為は、右各規定に該当または違反するものではない。したがつて、本件行為が右各規定に該当または違反するものとして、これに右各規定を適用した被告の行為は、その適用上憲法二一条一項に違反するものといわなければならない。」

以上の論理をまとめると次のようになる。

最初に、本件の公務員の政治活動に係る規制理由・審査基準が提示される。そして、適用法令の検討がなされ、明確性の原則・罪刑法定主義違反と疑いありとされる。しかし、法令の合理的解釈の必要性が論じられ、本件は図8のように、法文の意味が可分であることから、合憲的限定解釈が可能であるとする。そして、法令が禁止できるのは、A = P領域のみと合憲限定解釈が可能であるにも関わらず、違憲的適用部分B = Qの領域を含む広い解釈をして、本件に当該法令を適用する限りにおいて違憲とする。これは、別の言い方をすると、本来Qは、Bに属する場面であるにも関わらず、誤ってAを適用したこと、すなわち、適用部分の誤り(取り違え)である。第一類型が、適用部分の不可分性ゆえに当該法令を適用できないとしたのとは異なり、第二類型は、法文の意味の可分性を前提として、違憲的適用部分に法令の合憲的適用部分を誤って適用したというものである。ただし、第一類型と第二類型は、法令を「適用すること」が誤っているという点では共通している。後述のように、第三類型は、法を適用することではなく、「法が適用されている状態」を違憲とする点が、他の二類型とは異なる⁽²⁰⁾。

A 合憲的適用部分(禁止される政治行為)	B 違憲的適用部分(禁止されない政治行為)
P 裁量権を持つ公務員の、地位を利用しまたは職務執行に係る政治行為	Q その他の地位の公務員の政治活動

図8 第二類型(適用事例は不可分ではなく、法文の意味は可分であるもの)

そして、第一類型と第二類型の根本的な相違は、合憲的適用部分と違憲的適用部分の割合と違憲的適用部分の人権侵害のレベルの強弱にある。第一類型は、適用事例の不可分性が認められるが、第二類型の違憲的適用部分は、その適用事例全体に占める割合も、人権侵害も第一類型よりレベルが低く、違憲的適用部分を切り離すと法令を維持できる程度であると説明が可能である。

ところで、第二類型に対しては、その存在を否定または消極的に解する有力な説(以下「第二類型不要説」という。)が展開されている⁽²¹⁾。この説によると、合憲限定解釈を行って、違憲的適用部分と合憲的適用部分に分ける場合、合憲的適用部分を当該事件に当てはめるのは、合法的処分であり、違憲的適用部分を当該事件に当てはめるの

⁽²⁰⁾ 同旨 青柳・前掲注(5) 24頁。

⁽²¹⁾ 野坂泰司「憲法判断の方法」(『憲法の争点』(2008年、有斐閣)所収) 286頁。

は、法適用の違法であり、違法な処分であるという⁽²²⁾。そうすると、焦点は、「法適用の違法」と「法適用の違憲」の違いということになる。ここで説得力を有するのは、第二類型・第三類型の場合に、裁量権の濫用などにより、処分の違法・無効と判断することも可能であるが、人権の重大な侵害の場合は、処分そのものを無効にすべきものがあるという見解である⁽²³⁾。つまり神戸高専事件⁽²⁴⁾を例にとると、同判決は信教の自由を侵害する退学処分は裁量権の濫用により違法としたのであるが、この見解によれば、人権の侵害の程度が顕著である場合は、退学処分を違憲とするという方法をとるべきである、ということになる。これを第二類型に当てはめると、法適用の誤りを違法ではなく、あえて違憲とすべき場合もある、ということになる。

第二類型における法適用の「違法」と法適用の「違憲」を、泉佐野市民会館事件⁽²⁵⁾を例にとって、詳しく説明してみたい。同判決は、次のように合憲限定解釈を行う⁽²⁶⁾。

「本件条例七条一号は、「公の秩序をみだすおそれがある場合」を本件会館の使用を許可してはならない事由として規定しているが、同号は、広義の表現を採っているとはいえ、右のような趣旨からして、本件会館における集会の自由を保障することの重要性よりも、本件会館で集会が開かれることによって、人の生命、身体又は財産が侵害され、公共の安全が損なわれる危険を回避し、防止することの必要性が優越する場合をいうものと限定して解すべきであり、その危険性の程度としては、前記各大法廷判決の趣旨によれば、単に危険な事態を生ずる蓋然性があるというだけでは足りず、明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されることが必要であると解するのが相当である(最高裁昭和二六年(あ)第三一八八号同二九年十一月二四日大法廷判決・刑集八巻一一号一八六六頁参照)。」

この判決は、当該事件には「差し迫った危険の発生が具体的に予見される」ことから、憲法21条と地方自治法244条に違反しない、と判断した。第二類型不要説をとると、仮に憲法上保護に値する集会で、差し迫った危険がない場合に、集会の申請に対

⁽²²⁾高橋和之『憲法判断の方法』(有斐閣、1995年)192頁以下は、全通ブラカード事件第1審を第二類型ではなく、合憲限定解釈の判決ととらえるべきであるとしている。

⁽²³⁾芦部・前掲注(12)50頁は、「しかし、この類型(筆者注:第二・第三類型を指す)の事件でも、場合により、憲法事件としての重大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。」とする。

⁽²⁴⁾最判平成8年3月8日。

⁽²⁵⁾最判平成7年3月7日。

⁽²⁶⁾同上。

する拒否処分が下された場合は、裁判所は、法適用の違法として、処分を違法と判断するということになる。しかし、法適用の違法と法適用の違憲を区別する私見では、図9において違憲的適用部分Bとしての当該集会の重要性が認定できる場合は、適用違憲と判断する必要があるということになる。

A 合憲的適用部分 (規制できる集会の自由)	B 違憲的適用部分 (規制できない集会の自由)
P 差し迫った危険の発生が具体的に予見されること	Q 重要な集会で差し迫った危険がない場合

図9 「公の秩序をみだすおそれがある場合」

まとめると、第二類型は、第一類型との間では適用事例の不可分性の点で区別可能であり、合憲限定解釈を行った結果、「法適用の違法となったこと」を理由とする違法な処分との間でも区別可能である。

3 第三類型

第三類型は、「法令そのものは、合憲でも、その執行者がそれを憲法で保障された権利・自由を侵害するような形で適用した場合に、その解釈適用行為が違憲であるという論理構造をもつもの⁽²⁷⁾」である。法令は合憲であるとは、これまでの説明に従うと、適用事例の不可分性はなく、法文の意味がある程度明確である場合ということになる。

この第三類型には、2つのタイプがある。第一のタイプは、違憲的適用部分の存在を認識しつつも、法令を合憲として、個々の適用部分を検討するというタイプである。本稿は、これを「違憲的適用部分残存型」という。第二のタイプは、立法の段階では、違憲的適用部分が通常予想されなかったが、規制利益が人権と衝突し、利益衡量の結果、当該適用を例外的に違憲とするというタイプである。本稿は、これを、「例外認定型」という。第一のタイプと第二のタイプは、共に法令の合憲性を維持するという意味では共通しているが、次に説明するように、維持する法令の意味が異なる。第一のタイプが、法令の適用部分における違憲部分を個々の場面で「削っていく」というものであるのに対して、第二タイプは、「例外を認めていく」というものである。

第一のタイプである違憲的適用部分残存型は、第一類型・第二類型に比較すると、違憲的適用部分の割合が小さい場合である。公務員の政治活動に係る近時の東京高裁判決⁽²⁸⁾(以下「堀越事件高裁判決」という。)はこのタイプに属する。同判決は、法令

⁽²⁷⁾ 芦部・前掲注(12) 49頁以下。

⁽²⁸⁾ 東京高裁判決平成22年3月29日。

には、漠然不明確で過度に広汎な規制という点から疑わしい部分があり、また、立法事実¹に照らして、規制目的の正当性を認めることはできるが、手段に合理的関連性が欠けているおそれがあることから、違憲的適用部分が存在することを認めつつ、合憲的適用部分の割合が十分に大きいので、法令の合憲性を維持し、違憲の可能性の場面については、個別に吟味して、違憲の判断を下すというものである。

事案の概要を述べると、本件は、社会保険事務局に勤務する厚生労働事務官が、衆議院議院総選挙に際し、特定の政党を支持する目的で、政党の機関誌や政党を支持するビラを配付した行為について、国公法違反で起訴された事案である。人事院規則6項は、国公法102条1項所定の上記「政治的行為」に関する定義規定であり、その7号で、「政党その他の政治的団体の機関誌たる新聞その他の刊行物を発行し、編集し、配付し又はこれらの行為を援助すること。」と、13号で、「政治的目的を有する署名又は無署名の文書、図画、音盤又は形象を発行し、回覧に供し、掲示し若しくは配付し又は多数の人に対して朗読し若しくは聴取させ、あるいはこれらの用に供するために著作し又は編集すること。」と、それぞれ定めている。さらに、人事院規則4項は、「国家公務員法又は人事院規則によって禁止又は制限される職員の政治的行為は、6項16号に定めるものを除いては、職員が勤務時間外において行う場合においても、適用される。」と規定している。本件は、これらの規則に該当する行為であると判断され、起訴された。

堀越事件高裁判決は、適用審査から開始して、適用部分の可分性を認定し、文面審査を行い、文面上の合憲(過度に広汎ではなく、明確性を欠いていないこと)を確認する。ただし、次のように法令の合憲性は維持すべきであるが、なお、一定の違憲的適用部分を認識する。

「そして、これらを前提とした上で、前記のような規制目的は誠に正当と認められることや、さらなる具体的事案での検討と集積が必要であるけれども、現段階において広範に過ぎるとみられる部分は配布行為の一律禁止という場面の一部にすぎず(本件における審理対象は、前記のような被告人による配布行為であって、それ以外の政治的行為について幅広く検討することは、訴訟構造上困難であるし、また、適当でもないことを考えると、このような限定を付すことはやむを得ないと考える。)、そのような事案については、具体的な法適用の場面で適正に対応することが可能であることを考えると、その過度の広範性や不明確性を大きくとらえ、本法及び本規則の政治的行為の規制をすべて違憲であるとすることは決して合理的な思考ではないというべきであろう。」(下線部筆者)

このように、合憲限定解釈を施すよりも、法令そのものを維持し、具体的な法の適

用の場面で、違憲かどうかを検討すべきであるという判断が下されるのである。判決は違憲の適用部分及び不明確性が残っていることを示唆しつつも、合憲的適用部分が多く、法令を維持すべきであるという判断を下したことになる。

また、教科書検定に係る杉本判決⁽²⁹⁾では、教科書検定に係る法律自体を合憲とした上で、個々の検定で、憲法に反するような形で、検定処分を行った場合は、適用違憲になるという判断を下している。

杉本判決は、検閲に該当するか、否かの判断において、以下のとおり、思想内容及ぶものではない限り、検閲に該当しないとしている。

「教科書検定は、叙上のとおり、国の行政機関である文部大臣が教科書の発行に先立ち、申請教科書について審査を加え、その結果検定において不合格とされた図書を教科書として出版することを禁止するものであつて、その法的性格は事前の許可と解せられるのであるが、しかし出版に関する事前許可制がすべて検閲に該当するわけではないことはいうまでもない。してみると、右の審査が思想内容及ぶものでない限り、教科書検定は検閲に該当しないものというべきである。

なお、ここで思想内容の審査とは、政治思想の審査のみならず、広く精神活動の成果に対する審査をいい、したがつて、学問研究の成果としての学問的見解(学説)に対する審査も当然にこれに含まれると解すべきである。これを歴史教科書の内容についていえば、史観や個々の歴史事象の評価などに対する審査はもとより、年代などについてもそれが歴史学上の評価にかかるときは、右にいう学問的見解に含まれると解するのが相当である。」(同上)

そして、教科書検定制度が、憲法21条に違反するか、否かという点については、次のように述べる。

「ところで、原告は、現行教科書検定制度は文部大臣が自ら定めた検定基準に従い教科書の内容を審査し、教科書としての適否を公権的に決定する仕組みになつているところ、右の検定基準は、「立場の公正」とか「教育の目的との一致」というように、きわめて自由で包括的な裁量を検定権者に付与するものであるばかりでなく、またその基準の実質内容を学習指導要領によつているのであつて、これらの基準によつて審査が行なわれるときは、のちに述べる検定手続の不正ともあいまつて、公共の福祉または教育的配慮の名のもとに教科書の著者の学説、見解を排除し、著者の学問研究の成果を教科書に反映する可能性を封ずることになるから、かような教科書検定制度は憲

⁽²⁹⁾東京地判昭和45年7月17日。

法二一条一項に違反する旨を主張するので案ずるに、検閲に該当しなければいかなる検定を行なつてもよいというわけではなく一定の限度があることは上記のとおりであり、この点からすると、現行の検定基準は右の限度を超え、原告が主張するように著者の学問研究の成果を教科書に反映する可能性を封ずる恐れのあるものであることは否定しえないから、その運用に当たっては、いやしくも著者の学問的成果を封ずることのないよう戒心すべきは当然であるが、しかし、このことをもつて直ちに教科書検定制度が表現の自由を侵害するものというのは相当でないというべきである。」(下線部筆者)

本判決は、教科書検定は、執筆者の思想(学問研究の成果である学説も含む)の内容にわたらない限り、検閲に該当するとはいえない、としている。また、限度を超えて表現の自由を侵害する恐れがある、としている。つまり、法令自体を維持できるが、憲法に反する処分もありうるというのであるから、法令の適用事例の中では、合憲的適用の割合が高く、一部に違憲的適用部分が残っているという判断であろう⁽³⁰⁾。すなわち、このタイプにおいては、裁判で問題となる法令はぎりぎり合憲性を維持することは可能であるが、違憲的適用部分が存在することから、明確性の原則と過度の広汎性の原則に照らすと、公正な告知・萎縮効果の除去・恣意的な運用の抑制という点で問題があることになる⁽³¹⁾。つまり、公務員の政治活動の全面的禁止・教科書検定のように、法令が人権に掛ける規制の「網」がもともと広い場合は、裁判によって、法令に残存する違憲的適用部分を「削っていく」必要がある、ということになる⁽³²⁾。

二つ目のタイプの例外認定型は、法文の意味は明確であり、規制利益も明らかであるが、法の適用によって、人権侵害が生じるというものである。一つ目のタイプと比較すると、明確性の原則と過度の広汎性の原則に反することがなく、このタイプに係る法令は、行動の予測可能性を保障している。例えば、後述の具体例で問題となる法令は、「人前で裸になってはいけない」(公然わいせつ罪)・「親は子供を学校に行かせなさい」(学校教育法の修学義務の履行)という規範は、はっきりと示されている。この点は、上述のとおり3種の公務員の政治的活動に係る判決のように、「休日に現業公務員が政治活動を行ってはならない」、という規範が定立されているかどうか疑わしい

⁽³⁰⁾ 新・前掲注(14) 477頁は、杉本判決は、第二類型にも第三類型にも解することができるとしながら、第三類型に分類することに説得力があるとする。

⁽³¹⁾ 合憲的な検定処分とは、「著者の学問的研究の成果を教科書に反映する可能性を封ずる恐れのないもの」というように、合憲限定解釈が可能であるととらえるなら、第二類型となる。戸松・前掲注(2)も、杉本判決を第二類型に分類する。

⁽³²⁾ 青柳・前掲注(5) 26頁は、第三類型は、「違憲な適用を切り取るアプローチである」としている。

一つ目のタイプとは異なる。しかし、このような法令でも、適用の場面の中には、法律が保護する利益(規制法益)と対立する権利が存在し、法令を執行することによって、権利・自由が侵害されるというものである。つまり、ある法令は、法令の適用によって、法が保護する利益(規制利益)を確保することができるが、その一方で、他の権利または自由を侵害する場面があり、その対立する利益を衡量した結果、人権が侵害されているとして、認定せざるを得ない場合があるということである。利益の衡量が必要である以上、常に、人権が侵害されるというわけではなく、むしろ、立法者の想定外、つまり、適用違憲の場面が法令の適用の例外と位置付けられる。以下、事例を挙げて、細かく論じたい。

具体例その1 義務教育の強制と信教の自由

学校教育法16条は、保護者の子に普通教育を受けさせる義務を規定している。そして、同法18条によれば、病弱、発育不完全その他やむを得ない事由のため、就学困難と認められる者の保護者に対しては、市町村の教育委員会は、文部科学大臣の定めるところにより、就学義務を猶予又は免除することができる。免除・猶予を申請せず、また申請してもそれらに該当しない場合、教育委員会から就学義務履行の督促を受けても、なお、履行しない場合は、10万円以下の罰金に処される(同法144条)。

ここで、宗教上の理由のために、子に義務教育に受けさせない保護者を、同法144条に違反するとして、起訴した場合を想定してみる。この場合、義務教育制度を維持するという法の目的は正当であるが、未就学に係る宗教上の理由が、強固でかつ憲法上保護に値する場合(終日農業を行うことが重要な宗教上の行為である場合など)は、当該起訴行為と裁判所による可罰は、信教の自由を侵害する可能性がある。

ここでは、義務教育の維持という利益と信教の自由が対立している。常に信教の自由の方が優先するわけではないとしても、場合によっては、義務教育に対する免除・猶予を行う必要性が生じてくるであろう。免除・猶予を行わずに起訴し、可罰することが、親の宗教的核心を侵害する場合は、学校教育法144条を本件に適用する限りにおいて、違憲となる可能性がある。これは、米国の判例⁽³³⁾を参考にした仮想例ではあるが、義務教育の維持と信教の自由の衡量の末に、違憲とせざるを得ないという場面を明らかにしていると思われる。

なお、前述のとおり、神戸高専事件は、退学処分を校長の裁量権の濫用として違法と判断したのであったが、第三類型として処分に対する違憲という判断もありえたは

⁽³³⁾Wisconsin v.Yoder, 406 U.S.205 (1972). 本判例と適用違憲については、高橋・前掲注(22)207頁以下参照。

ずである。その場合、宗教的中立性を維持し、学則の遵守を求めるといふ利益と信教の自由が対立し、信教の自由の保障が優先されたということになる。また、適用の場面とは言え、違憲と判断することは、信教の自由の保障を一段「格上」にしたことになることから、司法積極主義的な要素を有することになる⁽³⁴⁾。

具体例その2 公然わいせつと芸術的表現・政治的表現

次の二つの事例は、適用違憲という主張が可能であると思われる。

①欧米で行われているようなヌードサイクリングが、日本の公道で実施された場合を想定してみる⁽³⁵⁾。ヌードサイクリングは、全裸で自転車に乗ることによって、「自動車社会では、自転車は裸も同然である(立場が弱く無防備である)」というメッセージを、公道で訴えるというものである⁽³⁶⁾。また、それには象徴的表現という側面もある。しかし、日本国内では、公然わいせつ罪として、逮捕起訴されることは容易に予想される。この際、弁護士側からは、確かに形式的には構成要件に該当し、違法な行為のように見えるが、本件は、訴える政治的表現の価値が高く、公道というパブリックフォーラムで行われた、マイノリティーとしての自転車利用者の表現であることに鑑み、本件を起訴し、可罰することは、表現の自由を侵害するものであるとして、適用違憲という主張がありうる。

②休日の日中に駅前広場で、高名な芸術集団が、「衣服を脱ぐことで人間性の解放」を訴えるために、裸で芸術行為の一環としてパフォーマンスをした場合も、公然わいせつ罪で起訴されることになるであろう⁽³⁷⁾。弁護士は、②については、①同様に本件パフォーマンスは、芸術的価値が高く、当該場所(パブリックフォーラムとしての駅)と時間(人通りの多い時間)に、裸ですることに意味があるという点が強調されて、適用違憲の主張がなされるであろう。

これらの例は、公然わいせつ罪という法令の適用事例のうちで、例外的な違憲的適用部分を認定していくという作業であろう。ここで問題となるのは、適用違憲をどのような基準で判断していくのか、という点である。これらの場合、公然わいせつ罪の

⁽³⁴⁾ 逆に言うと、行政法上の「裁量権の濫用による違法」で処理した最高裁は、学校教育の場面における信教の自由を、「格上げ」することを控えたということもできる。これは、一つの司法積極主義的姿勢である。

⁽³⁵⁾ ヌードサイクリング事件を設例として取り上げたものとして、山本元「ヌードサイクリング事件」(渡辺康行他編『事例研究憲法』所収) 316頁以下がある。

⁽³⁶⁾ 山本・前掲注(35) 316頁参照。

⁽³⁷⁾ 高橋・前掲注(22) 28頁に同様の例が論じられている。

「健全な性的風俗・性道徳・性秩序の維持」⁽³⁸⁾、という保護法益は明確であり、行動の予測可能性も十分に保障されている。一方、予想される主張によれば、①②には、それぞれ政治的表現の高さと芸術性の高さがある。わいせつ性は高いが表現の内容の価値も高いという場合に、「悪徳の栄」事件最高裁判決⁽³⁹⁾の「芸術性、思想性が性的刺激を減少、緩和させる」という考え方をとれば、当該表現行為を罰することは、適用違憲になる場合もあると思われる。

具体例その3 補足意見に見られる適用違憲

次に、例外認定型の適用違憲の可能性を示した最高裁判決の補足意見を取り上げたい。

①最判昭60・1・22 (伊藤正己裁判官補足意見)

「旅券法一三条一項五号の規定が文面上無効であるとはいえないが、そのことの故をもって、その規定の適用が常に合憲と判断されることにはならない。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。」(下線部筆者)

旅券法

第13条 外務大臣又は領事官は、一般旅券の発給又は渡航先の追加を受けようとする者が左の各号の一に該当する場合には、一般旅券の発給又は渡航先の追加をしないことができる。

5. 前各号に掲げる者を除く外、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

伊藤裁判官補足意見は、害悪発生の防止という規制利益と対立する権利として、精神的自由の要素を有する海外渡航の自由を挙げている。ここでは、当該法令は合憲と判断できるとしても、当該法令の適用によって、海外渡航の自由を制約する場面においては、害悪発生の蓋然性が低く、規制によって得られる利益よりも規制しないことによって得られる自由の方が大きい場合は、適用違憲となる可能性がある、ということ

⁽³⁸⁾ 西田典之『刑法各論(第四版補正版)』(2009年、弘文堂)362頁。

⁽³⁹⁾ 最判昭44年10月15日。

になる。ここでは、利益衡量によって、違憲・合憲の判断をしていることになる⁽⁴⁰⁾。

②最大判昭60・3・27、サラリーマン税金訴訟(伊藤正己裁判官補足意見)

「本件課税規定それ自体は憲法一四条一項の規定に違反するものではないが、本件課税規定に基づく具体的な課税処分が常に憲法の右規定に適合するとまではいえない。特定の給与所得者について、その給与所得に係る必要経費(いかなる経費が必要経費に当たるかについては議論の余地があり得ようが、法廷意見もいうように、給与所得についても収入金額を得るための必要経費の存在を観念し得る。)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、憲法一四条一項の規定に違反するものといわざるを得ないと考える(なお、必要経費の額が給与所得控除の額を著しく超過するような場合には、当該所得が真に旧所得税法の予定する給与所得に当たるかどうかについて、慎重な検討を要することは、いうまでもない。)」

給与所得者の経費の額が大きく、給与所得控除よりも著しく上回る場合に、関連する所得税法を、当該事案に当てはめる場合には、他の給与所得者に比して著しく不公平であることから、憲法14条1項に違反するので、適用違憲(第三類型)となる。これを政府の得られる利益と権利の対立の構造でとらえると、一方で確実な徴税という要請があって、もう一方で、公平な課税(課税における平等権)がある。給与所得控除の設定は、確実な徴税のために行われているとしても、その確実性を維持するという利益よりも、公平な課税が蔑ろにされるばあいは、適用違憲になるというものである。

このような利益衡量をして、適用違憲を導くタイプで結論を導く型を発展させると、次に述べるように、適用部分における政府の規制目的と規制手段を考察して、当該適用部分が憲法上保護に値するかどうか、という手法へと進むことになる。

③最判昭57・3・30(横井大三、伊藤正己裁判官補足意見)

「外国人登録法三条一項、一八条一項の規定を本邦に不法に入った外国人にも適用することが憲法上是認されるのは、外国人登録申請手続が、刑事責任の追及を目的とする手続でも、そのための資料収集に直接結びつく作用を一般的に有するものでもないうえに、同法一条所定の行政目的を達成するために必要かつ合理的な制度であると考えられるからであつて、このことは、法廷意見の引用する当裁判所第一小法廷判決(昭

⁽⁴⁰⁾ 芦部・前掲注(6)99頁以下にある、利益衡量から違憲審査基準への発展が適用違憲の場面で示されたものである。

和五四年(あ)第一一二号同五六年十一月二六日判決)の説示するとおりである。このように、不法入国外国人にも外国人登録申請の義務を課し、その違反に刑罰をもつてのぞむことが憲法上是認される理由の一つが、同法一条所定の行政目的との関係にあることからすれば、外国人登録に関する現実の取扱いにおいても、右行政目的を達成するために必要かつ合理的とされる限度をこえて外国人の入国に関する秘密の開示を求めることの許されないことは当然であつて、もし現実の取扱いにおいて、右の限度をこえて秘密の開示を求める取扱いがされていると認められるときには、いわゆる適用違憲の問題を生ずる余地があると解すべきである。」(下線部筆者)

目的を達成するために必要かつ合理的な限度をこえて外国人の入国に関する秘密の開示を求めることは、適用違憲(プライバシーの侵害)になるとして、適用部分における目的・手段審査を行っている。

④最判平成4年12月15日酒類販売業免許制判決(園部裁判官補足意見)

まず、園部裁判官は、次のように述べて、酒類販売業の許可制に係る酒税法の規定には、酒税の確保と徴収という立法目的との関係で必要性と合理性があるとす。

「他方、酒類販売業の許可制が、許可を受けて実際に酒類の販売に当たっている既存の業者の権益を事実上擁護する役割を果たしていることに対する非難がある。酒税法上の酒類販売業の許可制により、右販売業を税務署長の監督の下に置くという制度は、酒税の徴収確保という財政目的の見地から設けられたものであることは、酒税法の関係規定に照らし明らかであり、右許可制における規制の手段・態様も、その立法目的との関係において、その必要性と合理性を有するものであったことは、多数意見の説示するとおりである。」

そして、次のように適用違憲の第三類型の可能性を示唆する。

「酒税法上の酒類販売業の許可制は、専ら財政目的の見地から維持されるべきものであって、特定の業種の育成保護が消費者ひいては国民の利益の保護にかかわる場合に設けられる、経済上の積極的な公益目的による営業許可制とはその立法目的を異にする。したがって、酒類販売業の許可制に関する規定の運用の過程において、財政目的を右のような経済上の積極的な公益目的と同一視することにより、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行政庁の裁量を容易に許す可能性があるとすれば、それは、酒類販売業の許可制を財政目的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、憲法二二条一項に照らし、違憲のそしりを免れないことになるものといわなければならない。しかしながら、本件は、許可申請者の経済的要件に関する酒税法一〇条一〇号の規定の適用が争われている事件であるところ、原審の確定した事実関係から判断する限り、右のような見地に立った裁量権の行使によって本件免許拒否処分がされたと認めることはできないのである。」(下線部筆者)

酒税の確保と徴収という立法目的を超えて、酒類販売業者の既得権益を保護する目的で酒類免許の許可が行われる場合は、目的を逸脱し、最小限度の必要性の原則に反するとして、適用違憲第三類型の可能性を示している。ここでも、適用の場面で、違憲審査基準として、目的・手段を用いて審査を行っていることがわかる。

さらに、注目すべき点は、目的を逸脱するとして、許可処分が、裁量権の逸脱・濫用の違法ではなく、違憲となる場合があるとしていることである。ここでも、処分の違法ではなく、処分の違憲を宣言する必要がある場合があることが、示されていると思われる。

4 公権力行使型処分の違憲

有力な学説は、第三類型=処分違憲であるとして、第三類型を適用違憲とは認めていない⁽⁴¹⁾。つまり、この説(以下これを「二類型説」という。)は、第一類型と第二類型のみを適用違憲であると認めている⁽⁴²⁾。

まず、二類型説の言うところの処分違憲とは、司法処分・公金の支出行為のように公権力の行使としての処分が、憲法の規定に反するもの(以下これらを「公権力行使型処分」という。)をいう⁽⁴³⁾。これまで、私見が説明してきた第三類型は、法令の合憲性を維持しながら、法令の適用の場面の中から、違憲の場面を「削りとっていく」(適用違憲部分残存型)と違憲の場面を例外として認定していくもの(例外認定型)であるとする。こうした公権力行使型処分に対する違憲では、当該処分を支える法律がそもそも存在しない点異なる。愛媛玉串料違憲判決⁽⁴⁴⁾で問題となった県知事による公金の支出行為には、違憲の支出と合憲の支出があるとしても、その根拠となる予算措置はあっても法律・条例は存在しない。空知太神社違憲判決⁽⁴⁵⁾も、市による土地の無償提

⁽⁴¹⁾ 戸松・前掲注(2) 349頁以下。同旨野坂前掲注(21)。

⁽⁴²⁾ 青柳前掲注(5) 24頁以下、及び高橋・前掲注(22)も第三類型を適用違憲の本質としている。

⁽⁴³⁾ 戸松・前掲注(2) 349頁。

⁽⁴⁴⁾ 最判平成9年4月2日。

⁽⁴⁵⁾ 最判平成22年1月20日。

供には条例等の法令が存在しない。第三者所有物没収事件⁽⁴⁶⁾は、判決が、第三者に対して、告知と聴聞の機会を与えないことが違憲ということであるので、これも法令を適用した処分ではない、ということになる⁽⁴⁷⁾。これらは、むしろ、市役所・県庁・裁判所による公権力の行使が問題となっているのであり、法令の適用のあり方を論じるものではない。したがって、公権力行使型処分に対する違憲は、法令を適用しない以上、私見の枠組みでは、適用違憲の第一・第二・第三類型のいずれにも該当せず、また、新たに別の適用違憲のカテゴリーとする必要もないことから、それらを適用違憲の類型に含めることはできない。

以上のとおり、本稿では、公権力行使型処分に対する違憲判断を、「公権力行使型処分の違憲」と呼ぶことにする。なお、公権力行使型処分は、行政事件訴訟法上の概念としての処分(行政事件訴訟法3条2項)ではなく、違憲審査の対象としての「処分」という概念である。憲法81条の「処分」は、行政事件訴訟法上の処分だけではなく、このような「処分」も含むと解すべきであろう⁽⁴⁸⁾。

そうすると、二類型説と私見との共通点は、公権力行使型処分の違憲の概念を認識し、それらが適用違憲ではないと指摘していることであり、相違点は、第三類型の存在を認めるかどうか、という点である。次節で詳細に論じるように、私見では、第三類型は、適用違憲という憲法判断を説明するために、必要な概念であると思われる。また、通説(従来の三類型説)との私見との共通点は、第三類型を適用違憲として認識している点であり、相違点は、公権力行使型処分の違憲を第三類型に含めるかどうか、という点になる。

III 適用違憲の類型化の意味と類型選択に係る問題

以上までの議論をまとめて、1では、裁判所が違憲的適用部分ないしは人権侵害の状態を認識した場合に、どのような法令違憲・適用違憲・処分の違法等の判断を下すのか、という点を統一的に説明する予定である。また、2では、弁護士が適用違憲を主張する場合には、どの類型を主張することができるのか、という適用違憲に係る選択の問題を論じたい。

⁽⁴⁶⁾最判昭和37年11月28日。

⁽⁴⁷⁾芦部・前掲注(6)372頁は、本判決は第一類型と解する余地がある、とする。

⁽⁴⁸⁾新・前掲注(15)310頁は、行政機関以外の処分も81条の処分に含まれる、とする。

1 適用違憲類型化の意味～法令違憲・適用違憲等に対する統一的説明の試み

(1) 類型化のための要因と類型化の意義

公務員の政治活動に係る適用違憲の判決は、すでに取り上げたように、第一類型(猿払事件第1審)・第二類型(全通ブラカード事件第1審)・第三類型(堀越事件東京高裁判決)が存在し、すべての類型がそろっている。そうすると、「休日の職場外における非管理職の現業公務員の政治活動」という点に焦点を当てると、裁判所は、法令の違憲的適用部分を認識した場合には、法令違憲・一部違憲・適用違憲第一類型・合憲限定解釈・適用違憲第二類型・適用違憲第三類型というように、いくつかの選択肢を有することになる。これらの違いはどのような理由から発生するのであろうか。

訴訟が提起されて、事実認定に続いて、法令の適用部分を審査する際に、裁判所が違憲的適用部分を認識した場合でも、その法令の適用があらゆる場面において違憲となることは稀である⁽⁴⁹⁾。違憲的適用部分が多い場合もあれば、合憲的適用部分が多い場合もある。これまで述べてきたように、本稿は、法令の適用事例全体に占める合憲的適用部分の割合と違憲的適用部分の強弱(人権侵害の程度)で、法令違憲・適用違憲・違法な処分に係る類型化が可能であるという立場を採り、次の(2)で示すように、10の型で示すことができると考える。

ところで、以下の検討を行うために、類型化は何のために行うのか、という点を確認する必要がある。適用違憲に係る類型化は、判例に通底する論理を明らかにし、各類型の憲法保障上の意味を提示し、行動の予測可能性の程度を示すとともに、弁護士の主張、裁判官の判決に対するガイドラインとしての機能が期待される。しかしながら、実際の裁判は、類型化の枠に当てはめるために下されているわけではなく、あくまでも、具体的事案の解決のために下されるものである。そうすると、類型化・図式化はあくまで便宜的なものであると考えるべきであり、判例が累積する等によって類型化が変化していく可能性を封じ込めてはならない⁽⁵⁰⁾。すなわち、「類型化」のための類型化であってはならない。しかしながら、現時点での知識を整理することは、上記のとおり、法学教育及び実務に対しては一定の意義を有するものと思われることから、以下、類型論を検討していきたい。

⁽⁴⁹⁾長谷部恭男『憲法(第4版)』(2009年、新世社)432頁。

⁽⁵⁰⁾ただし、最高裁は、猿払事件上告審判決(昭和49年11月6日)で、適用違憲という判断手法に対して否定的な見解を示している。

(2) 法令違憲・適用違憲・違法な処分等に係る諸類型

最初に、本稿で論じてきた法令違憲・適用違憲・違法な処分・処分違憲の類型を、列挙する。これは、合憲的適用部分の適用事例全体に占める割合と、違憲的適用部分の人権侵害の程度という二つの要因の強さに従って、並べているものである。

(A) 二つの要因による類型化

法令違憲

- ①法令違憲(全面違憲型)
- ②法令違憲(法文の不明確性ゆえに法令全体が違憲)
- ③法令違憲(不可分性ゆえに法令全体が違憲)
- ④法令の一部違憲

適用違憲とそれに関連する違法な処分

- ⑤適用違憲第一類型
- ⑥適用違憲第二類型(合憲限定解釈した法令を誤って適用し違憲)
- ⑦法適用が違法な処分(合憲限定解釈した法令を誤って適用し違法)
- ⑧適用違憲第三類型(違憲的適用部分残存型)
- ⑨適用違憲第三類型(例外認定型)
- ⑩裁量権の逸脱・濫用等による違法な処分

公権力行使型処分の違憲

- ⑪公権力行使型処分の違憲

(B) 類型化のためのテスト

次に、これらを分類するテストによって、分類の意味を詳述したい。

テスト1: 違憲審査権行使の対象となる処分には、法令が適用されているか?

- YES テスト2へ
- NO 公権力行使型処分に対する違憲

テスト2: 法令の適用事例が全面的に違憲か?

- YES ①法令違憲(全面違憲型)
- NO 一部に違憲的適用部分があるタイプ: テスト3・テスト4へ

法令違憲は、本稿Iで説明したように、適用する全ての事例が違憲である場合⁽⁵¹⁾に

⁽⁵¹⁾野坂・前掲注(21)は、法令違憲はすべての場合に当てはまる場合であるとする。

違憲となるもの(①)がある。薬局開設に係る距離制限規定が違憲とされた判決が、典型例である。

テスト3: 違憲的適用部分が、漠然不明確または過度に広汎な規制か?

- YES ②法令違憲(法文の不明確性ゆえに法令全体が違憲)
- NO テスト5へ

法令の適用部分に、合憲的適用部分もあるが、違憲的適用部分とグレーゾーンを含んでいた(法文の意味の不可分性があった)り、立法目的に照らすと過度に広汎な規制になっていたりする場合も、法令違憲となる(②)。

テスト4: 違憲的適用部分に不可分性があるか?

- YES ③法令違憲(不可分性ゆえ法令全体が違憲)
④法令の一部違憲(不可分性があるが、法令の一部が違憲)
⑤適用違憲第一類型(不可分性があるが、法令は合憲で適用が違憲)
(③④⑤の違いは、合憲的適用部分に対する評価による)
- NO テスト5へ

合憲的適用部分と違憲的適用部分が存在し、違憲的適用部分が法令制定の趣旨を没却するほど重大な人権侵害を含む場合は、当該適用部分の不可分性ゆえに法令を違憲とすることも(③)。また、③と同じく違憲と合憲の両方の適用部分を含むとしても、法令全体を違憲とせずに、合憲的適用部分を維持するために、法令の一部を違憲とする場合もある(④)。第一類型(⑤)は、合憲的適用部分と違憲的適用部分の両方を含み、適用事例の不可分性がある点は、③及び④と共通しているが、合憲的適用部分が多く、法令を一部または全部違憲とするほどは、適用事例全体に対する割合が高くないことになる。

テスト5: 違憲的適用部分があるが、法令を維持するために合憲限定解釈をする必要があるか?

- YES 合憲限定解釈をする必要がある。
⑥適用違憲第二類型(合憲限定解釈した法令を誤って適用し違憲)
⑦法適用が違法な処分(合憲限定解釈した法令を誤って適用し違法)
(⑥⑦の違いは、違憲的適用部分の人権侵害の程度による)
- NO 合憲限定解釈をする必要がない
⑧第三類型 違憲的適用部分残存型

⑨第三類型 例外認定型

⑩裁量権の逸脱・濫用等による違法な処分

第二類型(⑥)と法適用が違法な処分(⑦)は、適用事例の不可分性はないのであるから、合憲的適用部分と違憲的適用部分のうち、合憲的適用部分の割合が高く、法文の意味の可分性を有している点が共通である。しかしながら、⑥と⑦の相違点は、形式的には法適用の「違憲」と法適用の「違法」の違いであるが、実質的には、⑥の方が、人権侵害の程度が重く、違法ではなく、違憲と宣言すべき適用部分が存在する、という点の違いを見出すことができる。なお、⑥及び⑦が②と異なるのは、法文の意味の可分・不可分という点である。②は、萎縮効果発生レベルが高く、法文を合憲限定解釈することによって、法令を維持できるものではない(法文の意味の不可分性)。一方、⑥と⑦も、一定の萎縮効果を生じさせるが、法文を合憲限定解釈して、違憲的適用部分に対応する法文を切り離すことによって、法令を維持することができる(法文の意味の可分性)。

なお、第一類型が⑥及び⑦と異なる点は、前者が、違憲的適用部分の存在のため「法令を適用できない」(適用事例の不可分性)ことであり、後者が、「法令の誤った適用をしている」(法文の意味の可分性)ということである。一方、第三類型及び⑩(裁量権の逸脱濫用等による違法な処分)は、適用事例が不可分ではなく、法文を合憲限定解釈する必要もない。第三類型は、合憲的適用部分が十分に大きいために、わずかながらも違憲的適用部分の存在が残る場合(違憲的適用部分残存型⑧)と、違憲的適用部分が立法段階では通常予想されない場合(例外認定型⑨)があり、これらは、第二類型と比較すると、違憲的適用部分のレベルが違うといえる。また、⑩は、本来は⑦と同様に、法適用の誤りによる違法な処分といえることができるが、⑧⑨と比較すると、違憲的適用部分の人権侵害の程度が低いことから、違憲という評価を受けないものと、みなすことができる。

以上のとおり、①~⑩の分類は、合憲的適用部分の割合・違憲的適用部分の人権侵害の程度を主要因とし、さらに適用事例の不可分性・法文の意味の不可分性(法文の明確性)という要因を加えることによって、行うことができると思われる⁽⁵²⁾。

⁽⁵²⁾なお、このように統一的に説明できるのであれば、適用違憲のどの型が適用違憲の本質であるのか、という議論は不要であると思われる。

2 適用違憲の類型選択に係る問題

1で説明したように、裁判所は、法令に係る違憲的適用部分を認識した場合は、10個の選択肢を有することになる。裁判所の決定を左右する要因の認定が、客観的に認識できるものなのか、それとも、その決定はあくまでも裁判所の裁量なのか、という大きな問題が当然存在するが、不可分性の認定の基準は何か⁽⁵³⁾、という問題を含めて、この問題については、今後十分検討する必要がある。これらの大きな問題が存在する一方で、実際の法学教育としては、弁護士が適用違憲をどのように主張していくのか、という問題に対する指針を示す必要がある。

弁護士は、通常、法令違憲の主張をして、続いて、予備的主張として、適用違憲の主張を行なう。ここで、考察すべき点として、各事例は、1)三種の適用違憲を全て主張することができるのか、2)主張できないとしたら、適用法令ごとに主張できる適用違憲が決定されるのか、3)複数の適用違憲を主張できる場合は、最適な(説得力のある)適用違憲の型は存在するのか、という3つの問題を提示することができる。

上記の3つの問題に対して、本稿では、次の仮説を提示したい。まず、1)については、形式的にはどの事案も、三類型を全て主張することが可能である⁽⁵⁴⁾と思われる。ただし、実質的には、あまり説得力のない主張、主張自体が失当である場合も存在する。そして、このような1)に対する否定的な解答を前提とするなら、2)の答えとしては、類型ごとに、3つ主張できるもの(A群)、2つ主張できるもの(B群)、1つしか説得力を持たないもの(C群)というように分けられると思われる。以下具体的に説明する。

① A群1(全面規制型)は、国家公務員の政治活動の全面禁止のように、例外を認めず、広く規制の網をかける法律である。このタイプは、公務員の政治活動に係る三種の判決からも理解できるように、三類型全てを主張できる。このA群1に属するものとして、戸別訪問の全面禁止規定がある。

② A群2(グレーゾーン存在型)は、わいせつ物頒布罪・淫行条例のように、規制対象をある程度絞ることができるとしても、グレーゾーンがあるために、その規制の輪郭がはっきりしないタイプの法律である。このタイプでは、わいせつ部分を含むが芸術性の高い小説などにおいて、適用事例の不可分性が主張される。したがって、第一類型が主張可能である。また、合憲限定解釈をしようと思えばできるはず、と主張で

⁽⁵³⁾ 芦部信喜『憲法訴訟の理論』(1973年、有斐閣)172頁は、「法律の違憲的な部分が除外されてしまえば、議会は残りの有効な部分のみでは満足しなかったであろう蓋然性が明白か否か」が不可分性の判定基準となる、とする。

⁽⁵⁴⁾ 三類型のどの類型の主張も可能であるという意味であって、すべてを主張すべきである、という意味ではもちろんない。

きる第二類型、例外認定型の第三類型の主張も可能であると思われる。

③ B群(裁量権付与型)は、公共施設の利用に係る条例(「管理上支障をきたす場合」)・旅券法13条(「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」)のように、不確定概念を用いて、一定の裁量権を行政庁に認める必要がある法令である。このタイプは、第二類型と第三類型を主張できる。しかし、法令の抽象化と規制の必要性から、合憲的適用部分が大きいことが推定されるので、第一類型は適切ではない。

④ C群(裁量権収縮型)は、就学義務に係る規定(学校教育法144条)・酒類免許の許可制を定める酒税法の規定・公然わいせつ罪のように、規制利益が明確で、行政庁の裁量の余地が少ない法律である。このタイプは、例外認定型の第三類型の主張が適している。

そして(3)に対する一応の解答としては、適用可能な類型が複数ある場合は、説得力のある類型が存在するというものである。A群は、通常、最初に漠然不明確・過度の広汎性を理由にして法令違憲を主張するのであるから、第一類型を主張するよりも、表現の自由・政治活動の自由を強調して、第二類型を主張する方が適していると思われる。B群は、規制の必要性を認めつつ、恣意的な運用を抑止するという視点から、例外としての第三類型よりも、第二類型を主張する方が適していると思われる。以上のように、複数の適用違憲の主張が可能であるとしても、法令と訴訟の形に応じて、説得力のある適用違憲の形は、一つに決まるのではないかと思われるが、今後の検討課題にしたい。

むすび

本稿は、適用違憲に係る従来の三類型説を再検討して、法令違憲から違法な処分までについて、統一的な説明を行う目的のために、各類型に係る判例を中心に分析を加えてきた。むすびとして、適用違憲に係る私見のポイントである、以下の5つの点を確認したい。

①法令違憲・一部違憲・第一類型には、適用事例の不可分性を共通としつつ合憲的適用部分のレベルの違いがあること、②第二類型(法適用の違憲)と法適用が違法な処分との違いは、違憲的適用部分における人権侵害のレベルの違いであること、③第三類型には、違憲的適用部分を認識しながら法令を維持するタイプと、例外的に違憲的適用部分を認定するタイプがあること、④第三類型と裁量権の濫用等による違法な処分の相違は、②と同様に、人権侵害のレベルの違いであること、である。そして、⑤第三類型の中には、公権力行使型処分(自治体の支出行為・無償貸与・判決等)に対する違憲は、含まれず、これらは、適用違憲とは異なるカテゴリーである。

最後に、本稿の執筆の動機を説明したいと思う。執筆のきっかけは、次のような質問を、学生から受けたことにある。「裁量権の濫用による違法な処分と適用違憲の第三類型はどこが違うのか」「判決文では、合憲的規制を受ける公務員の政治活動と違憲的規制を受けるものに分けているのに、猿払1審は、なぜ、制限解釈を加える余地は全く存しない、と判示しているのか」「合憲限定解釈という概念があれば、第二類型はいらぬ、という学説があるが、どういう意味か?」「近時の堀越事件東京高裁判決は、規制目的と手段の間の合理的関連性に疑いがあり、不明確性の疑いがあることから違憲的適用部分があると指摘しているにもかかわらず、法令は合憲と言っているが、これは、どの適用違憲の類型にも属さないのではないか?」。つまり、本稿は、これらの質問に解答し、整合性を保ちながら解説できるようにしたい、という動機で執筆したものである。結果的には、これまで執筆された優れた先行業績を参照しつつ、自分で論理的に整理展開したものが多く、「独自の論理」になっていることを恐れつつも、適用違憲に係る問題意識は、少なくとも示すことができたのではないかとと思われる。今後は、アメリカ等の外国の適用違憲の動向⁽⁵⁵⁾を参照して、自説の更なる検証をしていきたいと思う次第である。

⁽⁵⁵⁾近時のアメリカにおける適用違憲に係る議論を紹介する文献としては、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」(2010年、成城大学79号)がある。