

# 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）——

市 川 正 人\*

## 目 次

はじめに

### 1 違憲審査の方法

(1) 文面審査と適用審査

(2) 違憲審査の順序

### 2 法令違憲

(1) 法令違憲の意味

(2) 適用審査と法令違憲

(3) 合憲判決の意味

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は、2009年の拙稿「文面審査と適用審査・再考」<sup>1)</sup>で論じたが、その後の学説の展開にはめざましいものがあり、「審査方法論・判断方法論は百家争鳴の状況にある」<sup>2)</sup>と言えるほどである。そこでは、論点・問題の所在、方向性が明確になったところもあるが、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、わかりやすく有用性のある

---

\* いちかわ・まさと 立命館大学大学院法務研究科教授

理論を構築し提示していく必要があろう。そこで、旧稿と重複する点もかなりあるが、最近の学説の展開に触れつつ、また、適宜アメリカにおける違憲審査の方法、違憲判断の方法を参照しつつ、わが国における違憲審査の方法、違憲判断の方法のあり方について再度論じたい。本稿では、まず、違憲審査の方法と法令違憲について論じ、別稿で適用違憲について論じることとする。

## 1 違憲審査の方法

### （1）文面審査と適用審査

本稿がいう「違憲審査の方法」とは、法令そのものの合憲性を判断するのか、当該事件に適用された限りで法令の合憲性を判断するのか、あるいは、法令の適用の結果としての具体的な国家行為の合憲性を判断するのか、を問題とするものである。

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（facial scrutiny）と適用審査（“as applied” scrutiny）とがある。この二つの審査方法は、アメリカ合衆国においてとられてきたものだが、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きている。

文面審査は、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>3)</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、芦部信喜は、「文面判断の方法」につきそのような説明をしている<sup>4)</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>5)</sup>。

ただ、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。まず、通説的な理解によれば、「漠然性のゆえに無効」、「過度に広汎であるがゆえに無効」、検閲禁止が問題となるのは、基本的に<sup>6)</sup>表現の自由規制立法（あるいはせいで精神的自由規制立法）に限られる。しかし、表現の自由に対する規制が過度に広汎であるとの判断には、多くの場合、立法事実の考慮が必要である。実際、アメリカ合衆国最高裁（以下、「合衆国最高裁」と呼ぶ）は、しばしば立法事実を考慮して、過度に広汎な規制であり憲法に違反するとの判断を下している。たとえば、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上の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>7)</sup>。さらに、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<sup>8)</sup>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、立法事実の考慮をするまでもなく法令の文言からして合憲限定解釈が不可能であることが明らかな場合にのみ、法律の文言のみから合憲性が判断されることになる。

こうしてみると立法事実を考慮することなく法律の文面のみで法律の合憲性を判断するという形の文面審査がなされることは、それほどないであろう<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に、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。先に見たような立法

事実を考慮して法律の過度の広汎性や不明確性を判断する場合も文面審査に含まれる。さらに、後で見るように、わが国の最高裁の場合、立法事実を考慮して法令の合憲性を一般的に審査する手法をとることが通常である<sup>11)</sup>が、こうした手法も文面審査なのである。

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とがあるのである<sup>12)</sup>。この後者のタイプの文面審査（立法事実考慮型文面審査）は、「客観的審査」ないし「一般的審査」<sup>13)</sup>、「法令審査」<sup>14)</sup>、「立法事実の審査」<sup>15)</sup>、「内容審査」、「構造審査」<sup>16)</sup>などとも呼ばれている<sup>17)</sup>。

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>18)</sup>、問題の法令が「適用されえ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>19)</sup>を行う。もっとも、合憲性の判断対象が「当該事件に適用されている姿での法令」であるといっても、訴訟当事者の具体的な行為の禁止・規制について類型化がなされることを否定する趣旨ではない。Aさんの○○という行為を禁止し処罰する△△法×条の合憲性を判断する場合だけでなく、（Aさんの行為を類型化した）●●を禁止し処罰する△△法×条の合憲性を判断する場合も適用審査に含まれる。しかし、類型化された被規制行為の範囲が広がっていけば、それは法令の意味の一部が違憲でないかどうかを判断する文面審査に接近することになる<sup>20)</sup>。適用違憲の判断のあり方や、適用違憲と（法令違憲の一種である）一部違憲の関係については、適用違憲を検討する別稿で検討するので、ここでは、適用審査と文面審査の限界が案外不明確であることを確認しておきたい。

このように、文面審査・適用審査の区別は、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。ただ、定義をどうするかは選択の問題であり、それほど重要ではないであろう。重要なのは、法令の違憲審査の方法には、① 司法事実も立法事実も考慮せず法令の合憲性を判断するもの、② 立法事実を考慮して法令の合憲性を判断するもの、③ 司法事実を考慮して当該事件に適用された限りでの法令の合憲性を判断するものの3つがあるということである。この点については、学説においてはほぼ共通の理解があるように思われる。

さらに、最近では、「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」場合があるとされ、それが「処分審査」と呼ばれている<sup>21)</sup>。この概念の適否については、別稿において「処分違憲」の概念と共に論じることにする。

なお、高橋和之は、審査の方法（文面審査・適用審査）と憲法判断の方式（適用上の判断・文面上の判断）とを区別している<sup>22)</sup>。「審査の方法」とは、「法律の適用の前提となる事実の存在あるいは不存在」の確定（「事実判断」）と「法律の直接的あるいは間接的な違憲審査」（「憲法判断」）のうちいずれが先行するのかという、審査のプロセスのレベルの問題であり、「憲法判断の方式」は、法律そのものと法律の適用によって生じる事態そのもののうちいずれを直接憲法的に評価するのかという、憲法判断の対象のレベルの問題である。

しかし、高橋が、憲法判断の方式の区別は「法律の憲法判断に至るプロセスの違いにも絡んでくる」<sup>23)</sup>と認めているように、裁判所が何について憲法判断をするのかということは、そこに至るプロセスと密接に関連している。そこで、本稿では、先のように「違憲審査の方法」について、直接的には高橋の「憲法判断の方式」に対応した定義をしつつ、そこに至るプロセスについても関連するものとして捉えておきたい。

## (2) 違憲審査の順序

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>24)</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、「裁判の優先的な（preferred）コース」である<sup>25)</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）。しかし、最近ではよく知られているように、実際には合衆国「最高裁は、わが国で通常理解されている以上にしばしば文面審査を行っている」<sup>26)</sup>。ただそれでも、建前のレベルでは適用審査優先、文面審査例外が維持されており、特に、現在のロバーツコートにおいて適用審査への固執がかなり顕著になっている<sup>27)</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政策的な判断に基づいている。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>28)</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>29)</sup>ことができるとされている。裁判所がいまだなされて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。

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中にあるものであり、付随的違憲審査制だから必然的に適用審査でなければならないというものではない。むしろ適用審査優先原則は、コモンロー的な法、司法の捉え方を背景にして、「合衆国における司法審査制の歴史的経験の中で編み出された実践的智恵」<sup>30)</sup>とすべきである。そして、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のであって、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、事実状況に基づくぎ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。それゆえ、日本国憲法下での違憲審査制においても、適用審査が基本形と捉えられるべきであろう。

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。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。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（本稿のいう立法事実考慮型文面審査）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。

このように文面審査—文面上無効が漠然と措定されてきたことが、違憲審査権行使の結果の過大視を招き、立法府の判断を尊重する緩やかな違憲審査をもたらしてきた面があるように思われる。また、裁判所が文面審査中心で違憲審査権行使をしてきたために、当該事例によって示される問題状況への着目が弱まり、おおざっぱな合憲判断にとどまってしまったのではなかろうか。しかし、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>31)</sup>ことは適切でなかろう。そこで、適用審査を原則としつつ、例外的に文面審査先行となる場合をどのような基準によって判断するか、適用審査と文面審査のいずれを先行させるかを判断する基準が問題となる。この点について、筆者は旧稿「文面審査と適用審査・再考」において以下のように論じた。

「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』た上で、規制されている自由の性格（たとえば規制の萎縮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られるような法律の場合、さらには、訴訟当事者に対して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。』<sup>32)</sup>

旧稿の後、適用審査と文面審査の選択の基準について、理論的な展開が見られる。まず、土井真一は、違憲審査の範囲等を選択する際の考慮事項として、① 当該法令に関連する権利・利益、② 法令の適用が想定される範囲のうち、違憲の瑕疵がどの程度の範囲で認められるか、③ 判決の時点で裁判所が適切に憲法判断を示すことができる範囲、④ 国会その他の憲法上の機関との制度的関係を挙げている<sup>33)</sup>。また、山本龍彦は、『具体的な審査〔適用審査〕か、一般的・客観的な審査〔文面審査〕か』は、結局のところ、問題となる憲法上の権利・自由の性格を踏まえつつ、裁判所の制度的能力等から、裁判所としてどれだけ実質的で適切な憲法判断が行えるか（そのような判断を行うべきか）どうかに依存している」、「裁判所が憲法訴訟において何を審査対象とすべきか、あるいは法令のいかなる範囲を審査対象とすべきかは、結局のところ、問題となる権利・自由の性格に関する規範的検討と、裁判所の制度的能力等に関する政策的検討によって裁量的に決せられる」、と主張する。そして、「そうであるならば……(a) 問題となる憲法上の権利・自由の性格と、(b) 文面審査を志向する憲法法理ないし合憲性判定テストの存在や、その形成過程などによって、裁判所

として積極的に文面審査に踏み込み、文面上の判断を行うべき場合も出てくるように思われる」、としている<sup>34)</sup>。

土井や山本が指摘しているように、裁判所が適用審査、文面審査のいずれから入るかを判断するにあたり第一に考慮されるべきは、問題となっている憲法上の権利・自由であろう。山本は、「個人を超える価値を含んでいる」権利・自由が法令によって制限されている場合には、「法令一般審査〔本稿のいう立法事実考慮型文面審査〕を優先的かつ重点的に行うべきだろう」とし、そうした権利・自由として表現の自由のほか、「集団」としてのスティグマ化と関連する平等権や、反全体主義的な価値を含むプライバシー権を挙げている<sup>35)</sup>。

確かに、これまでのわが国の学説には、民主主義過程の維持保全にとって不可欠な権利である表現の自由を制約する法令については、基本的に文面審査を行うべきであるという理解があったように思われる。但し、土井が指摘するように、「表現の自由に対する制約であるから、当然に文面審査あるいは法令違憲が優先するといった画一的判断を導けるわけではない」点に注意すべきである<sup>36)</sup>。

次に、土井、山本が指摘しているように、文面審査か適用審査かについては、裁判所と国会その他の憲法上の機関との制度的関係についての考察、裁判所の制度的能力等に関する政策的検討も必要である。しかし、適用審査優先原則は、政治部門との不必要な衝突の回避だけでなく、裁判所にとって適切な憲法判断をするための場の確保という発想に基づくものでもある。そして、裁判所が適切な憲法判断をすること自体が政治部門との衝突を和らげるという意義があることにも、留意すべきであろう。

また、山本が「文面審査を志向する憲法法理ないし合憲性判定テストの存在や、その形成過程」にも着目し、「現状、日本では、内容上の法令審査ないし構造審査を裁判所が実質的に行うための法理・テストが（あるいはそれらに関する議論が）不足している」と指摘している点<sup>37)</sup>は、見平典のいう、司法積極主義を支える規範的資源<sup>38)</sup>の必要性とつながるものであ

り、注目されよう。

## 2 法令違憲

### (1) 法令違憲の意味

「法令違憲」とは、訴訟において問題となっている法令の規定自体を違憲とする違憲判断の手法である。法令違憲は、基本的に法令の文面審査に基づくものであるが、狭義の文面審査に基づき文面上無効とする場合と、立法事実を考慮してのものがありうる。先に見たように、狭義の文面審査に基づき法令違憲の判断が下されるのはきわめて限られた場合であり、法令違憲の基本形は立法事実考慮型の文面審査に基づくものである<sup>39)</sup>。わが国の裁判所は、法令の合憲性を立法事実を考慮して一般的に判断するというタイプの文面審査をすることが通常であり、最高裁の法令違憲判決もすべてそうした文面審査の結果、下されたものである。

法令違憲は「想定されるいかなる事態に適用しても違憲になるという判断を示すもの」と言われることがある<sup>40)</sup>。これは、わが国における法令違憲の判決が、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である、合衆国最高裁の「全適用違憲」判決<sup>41)</sup>と同じものであるという趣旨のようにも読める。合衆国最高裁が、United States v. Salerno, 481 U.S. 739, 745 (1987)において、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」とする原則を打ち出し、ロバート・コートがこの Salerno 理論を厳格に用いる傾向にあることは、わが国でもよく知られている<sup>42)</sup>。しかし、合衆国最高裁の「全適用違憲」判決は法令が想像しうるすべての適用において違憲であるとするものとされているが、「あらゆる適用事例において違憲となりうることを論証することは無理である」ので、「おそらくは、法規制が想定する主要な適用事例のほとんどにおいて合憲的適用ができない、という程度の趣旨」<sup>43)</sup>と解されよう。

としても、このように理解された「全適用違憲」がわが国における「法令違憲」と同趣旨であると解するのは<sup>44)</sup>、「法令違憲」の意味を限定的に捉えすぎているように思われる。わが国の「法令違憲」の多くは、法令の典型的、中心的な意味を問題として憲法適合性を判断した結果、憲法上の権利に対して必要かつ合理的な制約を加えるものとは認められないとか、不合理な差別をするものであるなどと判断されたものである。「法令違憲」のうちの（後で述べる一部違憲と対比される）「全部違憲」が、「法規定の核心的部分に重大な瑕疵があり、当該法規定の基本的な構造設計が崩壊するときに、その全体を違憲とする判断手法」を指すという指摘<sup>45)</sup>も同趣旨であろう。法令違憲の判断が下された場合、法令が違憲（文面上無効）となるので、結果として、その法令の規定の適用がすべて違憲となるということにすぎないのである。

法令違憲には、特定の法令の規定をすべて違憲とするもの（全部違憲）だけでなく、特定の法令の規定の一部を違憲とする一部違憲（部分違憲）もある。一部違憲には、法令の規定の文言の一部を違憲とするものと、法令の規定の意味の一部を違憲とするものとがある。前者の法令の文言の一部違憲判決は、公職選挙法の附則 8 号の文言の一部を違憲とした在外国民選挙権訴訟判決（最大判平成17年 9 月14日民集59巻 7 号2087頁）がこれにあたる。それに対して、郵便法免責規定違憲判決（最大判平成14年 9 月11日民集56巻 7 号1439頁）は、郵便事故に対する損害賠償責任を限定していた当時の郵便法68条、73条が有する意味の一部を憲法17条違反としたものである。女性再婚禁止期間規定違憲判決（最大判平成27年12月16日民集69巻 8 号2427頁）も、女性の 6 ヶ月の再婚禁止期間を定める民法733条 1 項（当時）の規定のうち100日を超えて再婚を禁止する部分（同条項の意味の一部）について憲法14条 1 項としたものである。国籍法違憲判決（最大判平成20年 6 月 4 日民集62巻 6 号1367頁）は、判決文からは明確でないが、当時の国籍法 3 条 1 項の意味の一部を違憲としたものと解される。このように今世紀に入ってから最高裁の法令違憲判決のほとんどは一部違憲、とりわけ意味

の一部違憲の判決であり、今日、一部違憲の手法が重要な違憲判断手法として注目を集めている<sup>46)</sup>。意味の一部違憲と適用違憲とは類似しているだけに、両者の異動、関係が問題となるが、適用違憲についての別稿において論じることとする。

他方、一部違憲と全部違憲との使い分けも問題となる。この点、駒村圭吾は、「法令を部分的に無効化することの必要性和合理性が認められなければならない」として、「① 法令の違憲無効を宣言する法令違憲の一類型である以上、法令の瑕疵は重大なものに限られ、② 憲法的に瑕疵ある部分、法規定の文言あるいはその意味において明確に可分であって……、③ 可分性の判断とそれに基づく違憲部分の削除が、立法府の判断に対する過剰な司法介入にならないこと」が条件となると指摘している<sup>47)</sup>。この指摘はおおむね支持できる。但し、通常、法令の「可分性」(separability, sevarability)は駒村の挙げる③をも含めて捉えられている<sup>48)</sup>。そこで、法律規定の文言または意味の一部を切り取った「残部だけだと元の法文とは趣旨が大きく変わり、むしろ新たな立法として司法権の範囲を超え、立法権を侵害すると考えられるような場合には、当該規定は不可分のものとして、部分違憲〔一部違憲〕の手法は利用できず全部違憲とすることになる」、などと言われる<sup>49)</sup>。もっとも、厳密に言えば、法令の規定の違憲の部分論理的に可分であるという判断が先行し、裁判所がそうした論理的に切り離しうる部分を実際に切り離すことが立法権の篡奪とならないか、という順で検討がなされるであろう。駒村の指摘はそうした検討の段階を示すものと捉えられる。

いずれにせよ、一部違憲の判断にとどまるか全部違憲の判断に進むかにおいて最も重要な点は、裁判所が一部違憲の判断を示すことがかえって立法権を侵害しないかである。郵便法免責規定違憲判決は、違憲とされる意味の部分が法令の意味のごく一部であったからか、(広義の)可分性について説明をしていない。しかし、国籍法違憲判決ではこの点が最大の論点となり、多数意見は、国籍法の採用した基本的な原則が父母両系血統主義で

あること、届出により国籍取得を認める国籍法3条1項の規定の趣旨・目的が血統主義の補完であることを指摘して、「同項を全体として無効とすることなく、過剰な要件を設けることにより本件区別を生じさせている部分のみを除いて合理的に解釈」して、一部違憲の判断に基づき上告人の日本国籍を認めた。これは、立法者の意図、当該法律規定の趣旨・目的を考慮して、立法権の篡奪にならないとの判断の下で意味の一部違憲の判断に至ったものである。違憲となる部分を「過剰な要件」を課すものと捉えている点、国籍法3条1項を血統主義を補完する規定と理解した点について、反対意見からは厳しい批判が向けられた。しかし、多数意見は、巧みな解釈によって事実上の「合憲拡張解釈」を成し遂げたものとして高く評価できよう。

## (2) 適用審査と法令違憲

先に法令違憲は基本的に文面審査の結果下されると述べたが、適用審査の結果、法令違憲の判断に至る場合もあるという指摘もなされている。たとえば、既に1980年代に、佐藤幸治が、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、『『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もつことになる』後者の型を「適用審査に基づく文面上違憲無効型」と呼んでいた<sup>50)</sup>。そして、佐藤は、「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（最大判昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁）を挙げていた。最近でも、君塚正臣が、「適用審査の下での法令違憲とは、違憲的適用場面を想定し、それが法文自体の評価に及ぶときに下されるものである」としており<sup>51)</sup>、佐藤同

様に尊属殺重罰規定違憲判決を「適用審査から出発した法令違憲の判断」と解している<sup>52)</sup>。

確かに、最高裁が尊属殺重罰規定について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抽象的に刑法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を行って法令違憲の判決が下されている。とすれば、これは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。

高橋和之が審査の方法（文面審査・適用審査）と憲法判断の方式（適用上の判断・文面上の判断）とを区別しているのは、尊属殺重罰規定違憲判決のような場合を、「法律の適用の前提となる事実の存在あるいは不存在」の確定（「事実判断」）を先行させた（適用審査）上で、法律そのものを直接憲法的に評価するという憲法判断の方式（文面上の判断）をとったと緻密に理解できるからであろう<sup>53)</sup>。しかし、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、と見ることで十分であろう。

高橋はこうした「事実判断先行型審査〔適用審査〕における『文面上』判断こそ、法律の司法審査の伝統的な形態であった」という<sup>54)</sup>。ただ、適用審査から出発し文面審査に転換したことが、判決の論理から尊属殺重罰規定違憲判決ほど明確に推測できる事例はそうはないであろうから、高橋がいうほど基本的な姿とまでは言えないであろうが、ある程度見られるこ

とは確かであろう<sup>55)</sup>。

一方、山本龍彦は、「適用審査の結果が『全面無効』と結びつくこともある」とする。そして、たとえばとして、「立法府が、もし適用審査の結果『違憲』とされた法令部分がなかったならば、すなわち、当該事件から抽出された特定行為類型に法令が適用されないならば、そもそもかかる法令を制定しなかったであろうと推測される場合……、裁判所としては法令の全体を無効とすべきであろう。……また、適用審査を始めたところ、その過程で法令の『目的』が許容されざるものと判断されれば、裁判所はその法令の全部を違憲無効とすべきであろう」、という<sup>56)</sup>。確かに、山本が指摘するように、裁判所が適用審査の対象となった法令の部分（正確には、当該事例に適用された限りでの法令）が違憲との判断に到達したが、その部分が法令の他の部分と不可分である場合に、法令違憲の判断を下すということは、論理的にはありうる。しかし、適用審査の対象となるべき法令の部分が法令の他の部分と不可分な場合、山本も認めているように<sup>57)</sup>、適用審査ではなく文面審査がなされるのが——特にわが国のように文面審査への志向が強い所では——一般的であろう。

以上見てきたように、実際にはわが国において適用審査によって直接、法令違憲の判断が下されるということはほとんどないように思われる。

### (3) 合憲判決の意味

文面審査の結果、法令について「合憲」との判断が下された場合、それは法令が全面的に合憲である（その適用において違憲となるような部分はない）ということを意味するのであろうか。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>58)</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。それゆえ、文面審査の結果下された「法令合憲の裁判は、一般的な、あるいは規定で念頭に置かれる典型的な事例に適用する限りでの規定の合憲性を示すものであ」って<sup>59)</sup>、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ないのである<sup>60)</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。法令合憲判決と適用違憲との関係については、適用違憲についての別稿において詳述したい。

ここでは合憲判決の射程についてだけ、若干述べておきたい。先に適用審査から文面審査への転換があることを述べたが、厳密な意味では適用審査から出発して合憲性の判断がなされているとは言えなくても、当該具体的事実适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。私は、このような場合を「具体的事実契機型文面審査」と呼んでいる<sup>61)</sup>。そして、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判決（最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁）ですら、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。すなわち、この判決は、被告人の行為が、衆議院議員総選挙に際して、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

のであるので、「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」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ことができるのである。

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から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った<sup>62)</sup>。猿払事件判決が広く国家公務員の政治的行為を禁止し処罰する国家公務員法102条1項・110条1項19号、人事院規則14-7をそのまま合憲としたように読めるにもかかわらず、国公法二事件において最高裁第二小法廷はこれらの諸規定について大胆な限定解釈を加えた<sup>63)</sup>が、そこにはおそらく、猿払事件判決の判示が当該事案に拘束されているとの理解から、事案の相違による「区別」ができるとの判断があったように思われる<sup>64)</sup>。

いずれにせよ、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。そして、最高裁による憲法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ことによって、その射程を明らかにすることができる。この点に着目することが、最高裁の文面審査に基づく合憲判決後において下級裁判所や最高裁小法廷が、一部違憲、合憲限定解釈、憲法適合的解釈、適用違憲といった手法を用いて判例を展開させていく上で重要なのである。

## 結びに代えて

以上、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、違憲審査の方法と法令違憲について論じてきた。ただ、いくつかの論点については後の検討に回した。そうした点を含めて、「適用審査と適用違憲」について、引き続き、別稿において検討を加えることにしたい。

- 1) 拙稿「文面審査と適用審査・再考」立命館法学321・322号21頁（2009年）。
- 2) 別冊法セミ『新基本法コンメンタール 憲法』433頁（2011年）（駒村圭吾執筆）。
- 3) 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。
- 4) 芦部信喜『憲法判例を読む』38頁（岩波書店、1987年）、同『憲法学Ⅱ 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。
- 5) 検閲にあたらない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。芦部のように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。芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法 第六版』198～199頁〔岩波書店、2015年〕参照）がとられた場合には、検閲該当性の判断に立法事実の考慮が必要となろう。
- 6) 一般に、不明確な刑罰法規は憲法31条違反と解されている（但し、筆者は憲法41条違反と捉えている。拙著『基本講義 憲法』194頁〔新世社、2014年〕参照）が、少なくとも「全く」不明確な刑罰法規については、法令の文面だけを見て「漠然性のゆえに無効」との判断がなされう点では、学説上異論がないように思われる。
- 7) Reno v. American Civil Liberties Union, 521 U.S. 844 (1997).
- 8) わが国における「漠然性のゆえに無効」の法理（明確性の要件）の主唱者であった芦部信喜も、合憲限定解釈を認める立場であった。芦部（高橋補訂）『憲法 第六版』205頁（「合理的な限定解釈（それには厳格な枠がある）」によって法文の漠然不明確性が除去され

ないかぎり、かりに当該法規の合憲的適用の範囲内にあると解される行為が争われるケースでも、原則として法規それ自体が違憲無効（文面上無効）となる。」参照。

- 9) 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回——憲法的論証を求めて』（日本評論社、2013年）も、「文面上の法令審査」を、「法令の文面つまり法規定だけを参照して違憲審査を行うもの」とし、「司法事実はもちろんのこと立法事実も参酌されない」とする（44頁）が、「『参酌されない』の意味をどこまで純化しうるかは議論の余地がある」（44頁注10）という。それは、法令の文言が立法経緯、立法事実を参酌することによって明確化できる場合があるので、文面上の法令審査においても「立法経緯ないし立法事実を参照することはありうる」からである（378頁）。
- 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）等参照。
- 11) 但し、「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。
- 12) 同旨のものとして、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頁（2010年）、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」法ゼミ681号87頁（2011年）等参照。
- 13) 佐藤幸治『日本国憲法論』655頁（成文堂、2011年）。
- 14) 阪本昌成『憲法理論Ⅰ 補訂第三版』445～446頁（成文堂、2000年）。
- 15) 渋谷秀樹『憲法 第2版』709頁（有斐閣、2013年）。
- 16) 駒村圭吾は、法令がはらむ違憲性を審査する「法令審査」には、法規定の文言のみを違憲審査の対象として判断を下す「文面上の法令審査」と、法令の内容や構造を問題とする「内容上の法令審査」とがあるとする。そして、「法規定を目的と手段の連関構造に分解し、必要性や合理性を審査指標にその基本骨格を憲法的に査定する」目的手段審査は、内容上の法令審査（内容審査）における審査手法であり、法令の構造的欠陥を追及する点に特徴があるとして、「構造審査」と呼んでいる。駒村『憲法訴訟の現代的転回』22頁参照。
- 17) 永田秀樹ほか『基礎から学ぶ憲法訴訟〔第2版〕』34頁注15（法律文化社、2015年）（永田執筆）は、文面審査と立法事実の審査とを区別する立場から、「文面審査に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がある」という筆者の見解を、「これはわかりにくい。文面審査という言葉は狭義に限って使うべきだと思う」と批判している。永田は、続けて、「市川の理論の前提には、付随的違憲審査制においては適用審査が原則だということがあるが、私は日本の違憲審査においてそこまでアメリカ型にこだわる必要はないと考えている。」と述べている。この永田の後者の主張自体は、もちろんありうるものであり、わが国においても適用審査を原則と考えるか否かは一つの論争点である。ただ、この叙述は、位置からして、文面審査を広義に捉える私の立場への批判の論拠として述べられていると解される。しかし、文面審査を広義に捉えることは適用審査を原則とする立場と関係はなく、批判にとってまったく筋違いの論拠を挙げていると言わざるを得ない。アメリカの最高裁判決が述べていることにこだわるのであ

れば、文面審査を狭義の文面審査とのみ捉え、それは例外的にのみ認められ、原則として適用審査がなされるべきという立場がとられることになろう。私は、むしろ立法事実を考慮して法令の合憲性を一般的に審査する手法が広くとられているという日本の実状をも踏まえて、文面審査を広義に捉えることを主張しているのである。

- 18) See P. BATOR, D. MELTZER, P. MISHKIN & D. SHAPIRO, *HART AND WECHSLER'S THE FEDERAL COURTS AND THE FEDERAL SYSTEM* 662 (3d ed. 1988).
- 19) *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601, 616-617 (1973).
- 20) 合衆国最高裁は、「適用審査」の形をとっていても、実質的には文面審査にあたることがあるとしている。たとえば、合衆国最高裁は、州民投票の実施を求める署名の署名者の開示が州の情報公開法に基づき求められたことが争われた事例において、情報公開法が（特定の州民投票を求める署名ではなく）州民投票を求める署名一般に適用される限りで違憲との主張は、形式的には適用審査の主張だが、文面審査の基準を満たさなければならぬとした。実質的に適用審査の主張であると言えるのは、当該州民投票実施請求署名について適用される限りで違憲との主張であるという。See *Doe v. Reed*, 561 U.S. 186 (2010).
- 21) 土井「憲法判断の在り方」前掲注 12) 52頁、駒村『憲法訴訟の現代的転回』27頁以下、43頁参照。
- 22) 高橋『憲法判断の方法』55、186～187頁参照。高橋説を支持するものとして、駒村『憲法訴訟の現代的転回』40～41頁も参照。
- 23) 高橋『憲法判断の方法』186頁。
- 24) *Members of the City Council of the City of Los Angeles v. Taxpayers for Vincent*, 466 U.S. 789, 798 (1984).
- 25) *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432, 447 (1985).
- 26) 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』322頁（有斐閣、1990年）。See Dorf, “Facial Challenges to State and Federal Statutes,” 46 *STAN. L. REV.* 235, 268-271 (1994). Dorf 論文を紹介しつつ、アメリカにおける「文面上判断の遍在」を論ずるものとして、山本龍彦「文面上判断、第三者スタンディング、憲法上の権利——裸足のダンサーが酒場で踊る——」慶應義塾大学創立一五〇年記念法学部論文集『慶應の法律学 公法 I』383頁以下（慶應義塾大学出版会、2008年）参照。
- 27) 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——」成城法学79号58頁以下（2010年）参照。しかし、青井論文72頁注152が指摘しているように、適用審査に固執しているロバーツコートの下ですら、表現の自由の規制が問題となっていない領域で、なぜ文面審査をするのか特に説明することなく文面審査を行い違憲判断を下している例がある。
- 28) 詳しくは、拙稿「適用違憲に関する一考察」前掲注 26) 316～318頁参照。See also Fallon, “As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing,” 113 *HARV. L. REV.* 1330-31 (2000).
- 29) *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]).
- 30) 土井「憲法判断の在り方」前掲注 12) 56頁。
- 31) 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——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頁以下 (2006年)、松井茂記『日本国憲法 第3版』119頁 (有斐閣, 2007年) 参照。
- 32) 拙稿「文面審査と適用審査・再考」前掲注 1) 29～30頁 (引用部分は阪本『憲法理論 I 補訂第三版』444頁)。
- 33) 土井「憲法判断の在り方」前掲注 12) 56～57頁参照。
- 34) 山本龍彦「『適用か、法令か』という悩み (後篇)——違憲審査の対象・範囲と憲法判断の方法」法セミ682号87頁 (2011年)。
- 35) 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』37～38頁 (日本評論社, 2012年) (傍点は原文)。山本「『適用か、法令か』という悩み (後篇)」前掲注 34) 87～88頁も参照。
- 36) 土井「憲法判断の在り方」前掲注 12) 58頁。
- 37) 山本「『適用か、法令か』という悩み (後篇)」前掲注 34) 87～88頁。
- 38) 見平典『違憲審査制をめぐるポリティクス——現代アメリカ連邦最高裁判所の積極化の背景——』132, 183, 200頁 (成文堂, 2012年) 参照。
- 39) 私は、「過度の広汎性のゆえに無効の法理はわが国でも広く知られているが、わが国では、アメリカと異なり文面審査が広く行われているので……、表現の自由につき特別に文面審査を導く理論であるこの法理の意義はあまりない」、と述べたことがある。拙著『基本講義 憲法』139頁参照。それは、先に述べたように、第一に、狭義の文面審査によって「過度に広汎であるがゆえに文面上無効」と判断されるような場合はきわめて限られた場合であるからである。さらに、より制限的でない他のとりうる手段が示されていないとして通信品位保持法の規定が過度に広汎な規制であり違憲とした合衆国最高裁判決 (注 7) とその本文参照) が示しているように、立法事実を考慮して「過度に広汎であるがゆえに文面上無効」と判断する方式も、立法事実考慮型文面審査の下での通常的手段審査に吸収されてしまうからである。それに対して、狭義の文面審査の下での「過度に広汎であるがゆえに無効の法理」になお意義を見出すものとして、君塚正臣「過度に広汎性ゆえ無効の法理」横浜国際経済法学23巻 2 号 1 頁 (2014年) 参照。
- 40) 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)。
- 41) 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。当初、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を前提とするものだとしていた。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、実質的には一般的な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、高橋『憲法判断の方法』45頁以下、144頁以下参照。

- 42) 前掲注 27) とその本文参照。
- 43) 駒村『憲法訴訟の現代的転回』385頁。ところで、合衆国最高裁判事の間で意見の相違があり、法令が「明らかに適法な適用範囲」（“plainly legitimate sweep”）を欠くのであれば文面上無効の主張をなしうとする立場も表明されている。See *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 740, n. 7 (1997) (Stevens, J., concurring in judgments)。そして、Salerno 理論と“plainly legitimate sweep” 欠如論とが並び立っていることを前提とする判示もなされている。See *Washington State Grange v. Washington State Republican Party*, 552 U.S. 442, 450 (2008)（「最高裁判事の中には Salerno 判決の定式化を批判する者もいるが、最高裁判事全員が、法令が『明らかに正当な適用範囲』を有する場合には、文面上の主張が認められてはならない点で一致している。」）；*United States v. Stevens*, 559 U.S. 460, 472 (2010)（典型的な事例において Salerno 理論と“plainly legitimate sweep” 欠如論のいずれが妥当するかは本件で検討する必要がない）。“plainly legitimate sweep” 欠如論については、本文での指摘はより妥当しよう。
- 44) 穴戸常寿『憲法解釈論の応用と展開 第2版』300～301頁（日本評論社、2014年）は法令違憲をそのように説明していると理解できる。
- 45) 駒村『憲法訴訟の現代的転回』386頁。
- 46) 最高裁において一部違憲判決がいくつか下されてきていることの重要性をいち早く指摘した穴戸常寿「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）（辻村みよ子ほか編『憲法理論の再創造』195頁〔日本評論社、2011年〕）が重要な業績である。また、一部違憲の手法をとる最高裁判決を詳細に分析したものとして、上村貞美「部分違憲について」名城ロースクール・レビュー12号61頁（2009年）参照。
- 47) 駒村『憲法訴訟の現代的転回』45頁。
- 48) 法令の可分性についての理論はアメリカの判例において発展してきたが、そこでは、「具体的事件において可分か不可分かを判断する基準は、『もし法律の違憲的な部分または違憲的な適用が除去されてしまえば、議会は、残りの有効な部分または有効な適用だけでは満足しなかつただろう、という蓋然性が明白かどうか、つまり、それだけを有効な法として存立させようと思図したかどうか（would have intended）どうか』による」、とされている。芦部『憲法訴訟の理論』172～173頁。
- 49) 曾我部真裕「部分違憲」曾我部ほか編『憲法論点教室』66頁。
- 50) 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』213～214頁（日本評論社、1984年）。
- 51) 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32～33頁（2012年）。
- 52) 同上31頁。
- 53) 高橋『憲法判断の方法』189頁参照。駒村『憲法訴訟の現代的転回』54頁注22も参照。

- 54) 高橋『憲法判断の方法』189頁。
- 55) 阪本『憲法理論Ⅰ 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」(本稿のいう立法事実考慮型文面審査)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(最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁)、森林法違憲判決(最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁)を挙げている。
- 56) 山本龍彦「『適用か、法令か』という悩み(前篇)」前掲注12)88頁。
- 57) 山本「適用審査と適用違憲」前掲注35)38頁(「当該事件から抽出される適用事実類型が、法令のメイン・ターゲットである……とみなされるならば、適用審査ではなく法令一般審査[本稿のいう立法事実考慮型文面審査]……を行うべきと言えよう」)参照。
- 58) *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).
- 59) 穴戸常寿「合憲・違憲の裁判の方法」戸松秀典ほか編『憲法訴訟の現状分析』67頁(有斐閣, 2012年)。もっとも、「いわゆる合憲判決も『本件適用の限りでは違憲ではない』という判断に過ぎない」(君塚「法令違憲」前掲注51)39頁)とまでは言えないであろう。
- 60) 君塚「適用違憲『原則』について」前掲注31)23頁、松井『日本国憲法 第3版』120頁参照。
- 61) 拙稿「文面審査と適用審査・再考」前掲注1)30頁以下参照。
- 62) 筆者は、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いたことがある。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。
- 63) 堀越事件判決・最2判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁、国公法世田谷事件判決・最2判平成24年12月7日刑集66巻12号1722頁。
- 64) 国公法二事件判決において理論面でリーダーシップを発揮したと思われる千葉勝美裁判官は、補足意見で、「猿払事件大法廷判決の上記判示は、本件罰則規定自体の抽象的な法令解釈について述べたものではなく、当該事案に対する具体的な当てはめを述べたものであり、本件とは事案が異なる事件についてのものであって、本件罰則規定の法令解釈において本件多数意見と猿払事件大法廷判決の判示とが矛盾・抵触するようなものではないというべきである」と述べている。