

## 違憲判断の方法について

上  
村  
貞  
美

- 一 はじめに
- 二 法令違憲
  - (一) 序
  - (二) 第三者所有物没収事件違憲判決
    - (ア) 法令違憲説
    - (イ) 適用違憲説
    - (ウ) 処分違憲説
- 三 適用違憲
  - (一) 序
  - (二) 猿払事件第一審判決
  - (三) 全通ブラカード事件第一審判決
  - (四) 第二次教科書検定訴訟第一審判決(杉本判决)

- (五) 大分県教組人勧スト第一審判決・北海道教組人勧スト第一審判決
  - (六) 札幌税関検査事件第一審判決
- 四 運用違憲
- (一) 序
  - (二) 日韓条約反対デモ第一審判決(寺尾判決)
- 五 処分違憲
- (一) 序
  - (二) 純然たる訴訟事件につきなされた強制調停事件
  - (三) その他の判例
    - (ア) 高田事件
    - (イ) 愛媛玉串料訴訟
- 六 おわりに

## 一 はじめに

憲法の概説書や体系書等には、「違憲判断の方法」という項目のもとで、法令違憲と適用違憲という二つの方法について、その定義とそれを採用した具体的判決について、叙述されているのが通例である。さらに後者の適用違憲については、それをいくつかの類型に分け、それぞれの類型について説明するとともに、その類型を採用した具体的な判決について言及されている。これら二つの方法に加えて、運用違憲と最近では処分違憲について説明しているのも散見される。

ところで、これらの違憲判断の方法の意味については、共通した理解が得られているようにには思われない。とりわけ、適用違憲の概念が多義的でかつ明確でないことも加わって、違憲判断を下した具体的な判決が、どの違憲判断の方法を採用したのか、とりわけ適用違憲の方法を採用したといえるのか、について見解が分かれているケースが少なからずある。その具体的な事例をいくつか取り上げてみる。昭和三十七年の最高裁の第三者所有物没収事件判決は、法令違憲の方法を採用したとする説が最も多いが、適用違憲説やさらにはそれらに加えて処分違憲説も少なからず主張されている。また全通ブラカード事件第一審判決についても、適用違憲説が最も多いが、部分違憲説や合憲解釈説も散見される。第二次教科書検定訴訟第一審判決(杉本判决)についても、適用違憲説が最も多いようであるが、運用違憲説も少なからずみられるし、検閲概念について合憲的限定解釈を加えたものであるとする説も主張されている。

右のように、個々の具体的な違憲判決が、どのような違憲判断の方法を採用したのかということについて見解が分かれているのは、まず第一に、判決自身が自ら採用した違憲判断の方法を明示していないことに原因がある。第二に、適用違憲という概念が多義的で共通した理解が得られておらず、論者によって異なった意味で用いられていることにも原因があるように思われる。通説の見解を代表すると思われる芦部説は、適用違憲を次の三つのタイプに類型化している。<sup>1)</sup>「第一は、法令の合憲的限定解釈が不可能である場合、すなわち合憲的に適用できる部分と違憲的に適用される可能性のある部分とが不可分の関係にある場合に、違憲的適用の場合を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。」(傍点原文)、その例として猿払事件第一審判決をあげている。「第二は、法令の合憲的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。」(傍点原文)その例として全通ブラカード事件第一審判決をあげている。「第三は、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。」(傍点原文)その例として第二次教科書検定訴訟第一審判決(杉本判決)をあげている。このように芦部説によって三つに類型化されている適用違憲のタイプを、二つに類型化している学説がある。それによれば、第一類型は、「法令自体は合憲であるとしても、その適用した行政処分や判決を違憲とするもの」(傍点引用者)で、第二次教科書検定訴訟第一審判決や全通ブラカード事件第一審判決がこの方法を採用している。第二類型は、「法令を当該事件に適用されるかぎりでは違憲である」とするもので(傍点引用者)、猿払事件第一審判決がこのタイプを採用している。そして第一類型の適用違憲のタイプを、「法令違憲とならぶオーソドックスな違憲判断の方法である」とする見解もあるが、筆者の見解によれば、後述するように、この類型は適用違憲ではなく処分違憲の方法である。法令の執行者が法令を適用して行なった行政処分や(下級審の)裁判所が法令を適用して下した判決が、(上級審の)裁判所によって違憲の「処分」と判断されるからである。適用違憲は裁判所が法令を具体的事件に適用することを違憲と判断する方法であるとする筆者の理解によれば、第一類型こそが適用違憲なのである。青柳幸一氏は、第二類型こそが「本来的な適用違憲である」と指摘しているが、筆者も同じ見解である。

このように見解が分かれるのは、法令の適用という概念の用いられ方を、裁判所の違憲判断の方法という視点から考察する場合に、どの国家機関が法令を適用することを問題にしているのか、すなわち、裁判所が適用することを問題にしているのか、あるいは法令の執行者が適用することを問題にしているのか、さらには両者が適用するのを区別せずに問題にしているのかを、明確に区別していないことに一因があると考えられる。

このことを言い換えれば、次のようにいうことができよう。法令を適用するのは裁判所だけではない。法令の執行者たる行政庁も法令を適用して行政処分を行なうのである。違憲審査制を定めた憲法八一条は、違憲審査の対象として、「一切の法律、命令、規則又は処分」をあげているが、この「処分」には右の行政処分はもとよりのこと、

法令を適用して下された(下級審の)裁判所の判決や決定も含まれるのである。この場合の「適用」は、違憲判断の方法としての適用違憲の適用とは、適用の場面が異なるのである。後者は、裁判所が問題となっている法令が合憲であることを前提としたうえで、その法令を当該事件に適用するかぎりにおいて違憲と判断するものであり、これこそが違憲判断の方法としての適用違憲であると考えられる(猿払事件第一審判決)。

なお、法令違憲というのは、具体的な法令を違憲と判断するのであるから、違憲判断の対象であると同時に、法令そのものを適用上ではなく文面上違憲と判断するのであるから、違憲判断の方法でもあるといえよう。

本稿は、違憲判断の方法としての法令違憲、適用違憲、運用違憲および処分違憲のそれぞれについて、筆者なりの視点から関連する判例と学説を網羅的に検討を加えるものである。

(1) 芦部信喜著 高橋和之補訂『憲法(第四版)』三七〇-三七二頁・同『司法のあり方と人権』二〇八頁以下。

適用違憲に三つの類型があることを最初に提唱したのは、芦部信喜『憲法訴訟の理論と技術』公法研究三七号(一九七五年)である。

(2) 戸波江二『憲法「新版」』四五七頁。

(3) 佐藤幸治編著『憲法』(浦部法穂執筆)三三三頁。

(4) 青柳幸一「法令違憲・適用違憲」『講座憲法訴訟第三卷』二六頁。

## 二 法令違憲

## (一) 序

法令違憲とは、どのような違憲判断の方法であるのか、について、学説は一致しているといつてよい。

「法令そのものを違憲とする法令違憲の判決（芦部信喜）」、「法令の規定それ自体を違憲とする（法令違憲）」（佐藤幸治）、「法令の条項そのものを端的に違憲無効とし、その事件への適用を排除するのが、いわば正攻法である。」（樋口陽一）、「これは争われた法令の規定そのものを違憲と判断する方法である。きわめて明快でわかりやすく、オーソドックスな方法だといつてよい。」（野中俊彦）

そして、法令違憲の方法を採用した最高裁の判例として、尊属殺重罰規定違憲判決、薬事法距離制限条項違憲判決、衆議院議員定数不均衡違憲判決、森林法共有分割制限規定違憲判決、郵便法免責規定違憲判決をあげる点も一致している。見解が分かれるのは、昭和三十七年十一月二日の第三者所有物没収事件違憲判決である。

## (二) 第三者所有物没収事件違憲判決

本判決は次のように述べている。

「所有物を没収せられる第三者についても、告知、弁解、防御の機会を与えることが必要であつて、これなくして第三者の所有物を没収することは、適正な法律手続によらないで、財産権を侵害する制裁を科するに外ならないからである。そして、このことは、右第三者に、事後においていかなる権利救済の方法が認められるかということとは、別個の問題である。然るに關稅法一一八条一項は、同項所定の犯罪に關係ある船舶、貨物

等が被告人以外の第三者の所有に属する場合においてもこれを没収する旨規定しながら、その所有者たる第三者に対し、告知、弁解、防御の機会を与えるべきことを定めておらず、また刑訴法その他の法令においても、何らかかる手続に關する規定を設けていないのである。従つて、前記關稅法一一八条一項によつて第三者の所有物を没収することは、憲法三一条、二九条に違反するものと断ぜざるをえない。」

上記のように述べた後、本判決は結論として次のように判示した。

「本件につきこれを見るに、没収に係る貨物が被告人以外の第三者の所有に係るものであることは、原審の確定するところであるから、前述の理由により本件貨物の没収の言渡は違憲であつて、この点に關する論旨は、結局理由あるに歸し、原判決および第一審判決は、この点において破棄を免れない。」（傍点引用者）

松井茂記氏は、「この判決が何をもつて違憲と判断したのかについては、見解が分かれている。それは、違憲判断が法令違憲か適用違憲か定かでない、手続が法律に欠けていることを違憲としたのか、手続を欠いて没収の裁判をすることを違憲と判断したのかも定かではなかったのである。」と述べている<sup>1)</sup>。しかし、この判決は、法令違憲でも適用違憲でもなく、実務の上では処分違憲として扱われたのである。というのは、法律違憲の場合には、最高裁判所裁判事務処理規則一四条によれば、裁判書の正本を内閣と国会に送付することになっているが、本判決の判決書正本は参考として国会に送付されただけであつたのである。

実務上はともかくも、本判決については、学説上、法令違憲説、適用違憲説、処分違憲説の三つの説が対立している。

## (ア) 法令違憲説

上記の三説の中では、法令違憲説が最も多く、樋口陽一氏、青柳幸一氏、戸波江二氏、阪本昌成氏<sup>2)</sup>、渋谷秀樹氏<sup>3)</sup>

小林武氏<sup>(4)</sup>、伊藤正己氏<sup>(5)</sup>、今村成和氏<sup>(6)</sup>等がその支持者である。

法令違憲説の主張者は、その根拠について次のように述べている。

青柳幸一氏は、「本判決の違憲判断の方法は、判旨からは必ずしも明らかではない。……しかし、本判決を実質的にみれば、それは関税法一一八条一項自体を違憲とする、すなわち、法律違憲の判決と解される。なぜなら、判旨からすれば、関税法の第三者没収条項は、第三者に告知・弁解・防御の機会を保障する規定を備えない限り、適用されるたびに違憲とされることになるからである。従って、違憲とされないためには、実質的には、法律自体が是正されなければならないことになるのである。」と主張する。<sup>(6)</sup>

樋口陽一氏も、「……第三者所有物の没収に関する違憲判決……は、関税法(旧)一一八条一項の規定によって、同項所定の犯罪にかかわる被告人以外の第三者の所有物を没収することを、違憲としたものであり、適用違憲の例として説明するのが普通であるが、最高裁自身は、猿払事件判決でこの判決になんら言及していないから、『ひっきょう法令の一部を違憲』としたもの、つまり端的な法律違憲判決と見たうえでそれを是認した、ということになる。」と述べている。<sup>(7)</sup>

戸波江二氏も、「本判決には、その他にもさまざまな問題がある。主なものとしては、第一に、本判決が法令違憲判決か適用違憲判決かという問題がある。適正手続によらない没収判決を違憲と判示したにとどまるとする見解もあるが、前述のように、没収手続が法定されていないことを違憲とする本判決の論理からすれば、法令違憲の判決と解すべきであろう。もっともそれは、告知と聴聞の手続を定める法律の不存在を違憲としたものであり、したがってそれは立法府の立法義務を確認したものと解されるが、具体的にいかなる没収手続が定められるべきかは、立法府の裁量的判断段に委ねられることになる。」と述べる。<sup>(8)</sup>

伊藤正己氏は、判決文からは法令違憲か処分違憲かは明らかとはいえないが、「この判決の結果として、現行の法体系のもとでは、関税法一一八条一項は、第三者没収については、適用の余地を失ったのであり、もしそれを生かそうとするならば、この実体規定をうらづける手続を適正にするための立法措置を必要とすることになるであろう。」「このように、当然に法律の実効性に影響の及ぶ以上、この判決は、関税法そのものを違憲としたと解するのが自然であるように思われる。判決の文章は、前述のように処分違憲の色彩がつよいが、その論旨をたどってみると、関税法一一八条一項は、適正な手続によらない刑事処分を規定する第三者没収に関する限度では違憲であることが前提となって、具体的に被告人に対する没収処分が違憲無効となるとしていると思われる。」と述べている。<sup>(9)</sup>

以上が、この判決が法令違憲を採用したとする代表的な論者の見解である。この違憲判決の一年後の昭和三八年に、「刑事事件における第三者所有物の没収手続に関する応急措置法」が制定されたのは、この違憲判決を承けて関税法等の関連規定の欠陥を是正するためであったからである。したがって、この違憲判決は結果として法令違憲と同じ効果をもたらしたといえるが、しかし、そのことはこの違憲判断の方法が法令違憲であったということには必ずしもならないように思われる。<sup>(10)</sup>

#### (イ) 適用違憲説

第三者所有物没収事件判決が採った違憲判断の方法は、適用違憲であると、一部の学説は主張する。芦部信喜氏<sup>(11)</sup>、佐藤幸治氏<sup>(12)</sup>、野中俊彦氏<sup>(13)</sup>、藤井俊夫氏<sup>(14)</sup>、辻村みよ子氏<sup>(15)</sup>、浦部法穂氏<sup>(16)</sup>等である。

芦部信喜氏は、本判決が適用違憲の方法を用いたものであるとして、次のように述べる。

「旧関税法一一八条一項による第三者所有物の没収を違憲とした判例……も、実質的には法令自体を違憲にした判決と解するのが自然であるように思えるが、一般的には本件と同じ第(1)類型の適用違憲判決(猿払事件第一審判決のこと——引用者)の例と解されている。判決の論理は、合憲的限定解釈を加える余地のな

い法規（旧関税法一一八条一項）に基づいて行なわれた第三者所有物の没収という司法処分を違憲とするものと解することができるので、そうだとすれば適用違憲の判決ということになる。」（傍点引用者）

もつとも、芦部氏は別の個所で次のように述べている。

「もつとも、この判決の趣旨は、告知・聴聞を事実上行なえばよいというのではなく、その手続規定を制定しない限り旧関税法の第三者所有物の没収規定は適用できないという意味に解されるので、純粹の適用違憲ではなく、実質的には法令違憲の意味をもっている」と。<sup>16</sup> 芦部氏のこのような主張の背景には、アメリカ連邦最高裁の判例では適用違憲と法令違憲との区別は、それほど厳格になされてないという認識がある、と思われる。<sup>17</sup>

野中俊彦氏も、第三者所有物没収事件判決は、「適用違憲がピツタリあてはまるケースではないか」として、次のように述べる。<sup>18</sup>

「この判決は、関税法の第三者所有物没収の規定（旧一一八条一項）を違憲と判断したのか、それとも適正手続によらないので第三者所有物を没収した具体的な処分を違憲と判断したのか必ずしも明瞭ではない。学説においても法令違憲と受け止める立場と適用違憲と受け止めるとの両方の立場がある。しかしこの場合、第三者所有物を没収すること自体が違憲のではなく、適正な手続を踏まなかつた点が違憲なのであり、いわば手続の不備が違憲とされたと捉えるのが適切だと思われる。そしてそのような手続は関税法自体の中に設けなくとも、没収等に関する一般的な手続法で定めることが可能であり、関税法違反の場合の没収に限っても別の法律で定めることも可能である。さらには法律がなくても行政規則等により實際上適切な手続が踏まれることもありうるであろう。そのような場合にも旧関税法一一八条一項を違憲とする趣旨ではないと思われる、したがって具体的な処分について適用違憲と解すべきであろう。」（傍点引用者）

右記のように、芦部氏は、本判決は第三者所有物の没収という「司法処分」を、野中氏は「具体的な処分」を違憲判断したものであると解している。本判決は、後述するように処分違憲の判断をしたものと解されるが、芦部氏や野中氏は、処分違憲という概念を用いず、処分違憲を適用違憲の一類型として捉えているので、そのために本判決は適用違憲と解しているのではないか、と思われる。<sup>19</sup>

#### （ウ） 処分違憲説

本判決を処分違憲説であると解しているのは、横田喜三郎氏<sup>20</sup>、平野龍一氏<sup>21</sup>、松井茂記氏<sup>22</sup>、高橋和之氏、戸松秀典氏、市川正人氏<sup>24</sup>、野坂泰司氏<sup>25</sup>等である。

戸松氏によれば、「処分違憲の裁判は、適用違憲の場合のように法令の合憲性については問題とせず、つまり法令が合憲であることを前提として、裁判を含めた公権力の権限行使（処分）そのものの合憲性について審査を加え、違憲との見解を示すことである。適用違憲との区別が明確でない場合もあり得るが、法令の適用よりも処分そのものの合憲性を問う場合がよくある」と。

そして、第三者所有物没収違憲判決は、「法令違憲なのか適用違憲判決なのか不明とされることが多いのであるが」、「処分違憲とするのが適当である。」この判決は、「第三者所有物の没収権限を定めた関税法一一八条一項自体の合憲性を問題にしているのではなく、同規定によって与えられた権限の行使の仕方が違憲だと判断しているのである。それゆえ、多くの学説が法令違憲ないし適用違憲と位置づけているのに対して、あえて処分違憲と呼ぶのが適当と考えるのである。」

高橋和之氏も、本判決について、「これが法令違憲の判決なのか、適用違憲の判決なのかにつき見解の対立がある。」私はそのいずれでもないと思う。本判決の趣旨は、適正手続によらないで第三者所有物を没収した判決（憲法八一条の「処分」に当たる）が憲法違反であるというにあり、法律（関税法一一八条一項）自体については、文

面上の判断はもちろんのこと適用上の判断もなされていないと、私は理解する」と述べている。<sup>(27)</sup>  
筆者も、本判決は処分違憲説を採ったものであると解する。

- (1) 松井茂記「裁判を受ける権利」一七頁。もつとも松井氏自身は処分違憲説を採っている。「第三者所有物の没収と告知・聴聞」『憲法判例百選』(第五版)二五〇—二五一頁。
- (2) 阪本昌成『憲法理論』補訂第三版四四七頁。
- (3) 渋谷秀樹『憲法訴訟要件論』三九六頁。
- (4) 小林武「第三者没収事件」法セミ増刊『憲法訴訟』六四頁。
- (5) 今村成和『人権と裁判』六一頁。
- (6) 青柳幸一・前掲論文一一—一二頁。
- (7) 樋口陽一『憲法』五二四頁。
- (8) 戸波江二「第三者所有物の没収と適法手続」樋口陽一編『憲法の基本判例』一四五頁。
- (9) 伊藤正己『憲法の研究』二〇三—二〇九頁。もつとも、伊藤正己氏は、「適正手続と第三者所有物の没収」『憲法判例百選』一四五頁では、「それは関税法の第三者没収の規定を違憲としたのではなく、適法手続によらないで第三者所有物を没収した具体的処分が違憲としたとみられる。」と述べ、法令違憲説ではなく処分違憲説を採っている。
- (10) 高橋和之氏も、次のように主張している。「もつとも、この判決の結果、手続を適正にする立法措置をとらない限り、第三者没収はしえなくなったのであり、その点に着目すれば、たしかに、法律を違憲にしたにひとしい」といえよう。しかし、だからといって、「法律を違憲とした一例と解してよい」というのは理論上無理と思つ」と、『憲法判断の方法』三三一頁。
- (11) 佐藤幸治『憲法』第三版「三六八頁。
- (12) 藤井俊夫『司法権と憲法訴訟』一五五頁。
- (13) 辻村みよ子『憲法』五二〇頁。

- (14) 浦部法穂・前掲書三五三頁。
- (15) 芦部信喜『司法のあり方と人権』二六九頁。
- (16) 芦部信喜『演習憲法』二八七頁。
- (17) 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』四五頁。
- (18) 野中俊彦他『ゼミナール憲法裁判』一三四頁。
- (19) 野中俊彦『憲法訴訟の原理と技術』四〇〇頁。
- (20) もつとも、芦部氏は、教科書訴訟に関する違憲審査のあり方として、「処分違憲という適用違憲判があり得る」と述べて、処分違憲という概念を用いている。芦部信喜『人権と憲法訴訟』三一〇頁。
- (21) 横田喜三郎『違憲審査』八二四頁。
- (22) 平野龍一「適法手続と第三者所有物の没収」『憲法判例百選』七七頁。
- (23) 松井茂記「第三者所有物の没収と告知・聴聞」『憲法判例百選』第五版「二五一頁。
- (24) 市川正人「適用違憲に関する一考察」『人権の現代的諸相』所収三二二頁。
- (25) 野坂泰司「憲法判断の方法」『憲法の争点』(第三版)二五七頁は、「関税法旧一一八条一項の規定それ自体に問題があつたのではなく、手続保障を欠いた没収処分に問題があつたのであるから、法令違憲でも適用違憲でもなく、典型的な処分違憲とみるべきものと解される。」と指摘している。
- (26) 戸松秀典『憲法訴訟』三三七—八頁。
- (27) 高橋和之『憲法判断の方法』二二二頁。

## 三 適用違憲

## (一) 序

適用違憲とはどのような違憲判断の方法なのであろうか。芦部氏は、「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」という判断方法であるとす<sup>1)</sup>。佐藤幸治氏によれば、「法令の規定が当該事件に適用される限りにおいて違憲という処理の仕方」であるとされる<sup>2)</sup>。

両者の定義に共通するのは、法令の規定を適用するのが明示的に裁判所に限定されていないということ、別言すれば、行政庁が行なった法令の適用も含んでいるということである。そのことは、芦部氏が、前述した適用違憲の第二類型である全通ブラカード事件第一審判決の対象となった公務員に対する懲戒処分、第三類型である第二次教科書検定訴訟第一審判決（杉本判决）で問題になった教科書検定不合格処分をその例として取り上げていることから明らかである。また、佐藤幸治氏も、第一類型として杉本判决、第二類型として全通ブラカード事件第一審判決をあげていることから、行政庁の行なった法令の適用行為も適用違憲に含められていると解される。

戸松秀典氏も、適用違憲の手法は、裁判所が「法令の規定の適用場面についてのみ違憲の判断を加えるから、合憲性の統制機能は、立法府ではなく、法の執行者（多くは行政権）との関係で現われることになる」と主張している<sup>3)</sup>。

それに対して、高橋和之氏、青柳幸一氏、藤井俊夫氏、市川正人氏等は、法令の適用を裁判所に限定している。高橋和之氏は、「法律」を「事実」に適用するに際して、「事実」に着目してその憲法的評価をする場合と、「法文」に着目してその憲法的評価をする場合がある。前者の場合、事実が憲法上保護されたものであるときには、これを

規制する法律を適用すれば違憲となるのであり、「本件に適用する限りにおいては違憲（適用上違憲）」と判断して事件を解決することが可能となる」と述べているが<sup>4)</sup>、ここでの適用は、裁判所によるそれが当然の前提になっているものと思われる。

青柳幸一氏は、「適用違憲の概念に関する通説的見解において、まず、法律を当該事例に適用すること自体が違憲であるというレヴェルと、法律の下での適用処分が違法であるばかりでなく違憲であるというレヴェルが区分されなければならない」とし、後者は典型的な処分違憲であり、前者こそが「本来的な適用違憲」であるとす<sup>5)</sup>。そして前者は、「当該法令の文面上の合憲性が基本的に承認され、その上で、具体的事例への法律の適用を人権の擁護の点で検討し、違憲な適用を切り取るアプローチである。」<sup>6)</sup>としている。

藤井俊夫氏は、「適用違憲の論理構造」について次のように述べている<sup>7)</sup>。

「ある広汎な規制立法があつてそれが広汎に失するが故に違憲の疑いがあるという場合、それはいいかえれば合憲的に適用されうる（法の中核的な部分）と、違憲的に適用されうることになってしまう（たとえば必要最小限度を越えた）部分との二つの適用部分の可能性がある、ということになる。……その場合、この二つの

『適用』が何らかの理由で不可分であるとか、規制の対象が表現の自由であるからとか、その他の理由によってその合憲的、違憲的『適用』の如何を問わず全体として違憲としなければならないと認められた場合には、『立法違憲』を直しなければならないが、右のような特段の事情が認められない場合には（議会の意思をできるだけ尊重する等の理由により）合憲的に適用される場合はそのまま適用し、違憲的な適用となってしまう場合にはその限りにおいて違憲無効である（相対的無効）と宜することになる。この場合には、裁判所に係属する事実状況の如何によって当該立法が適用されるか否か（当該事件への法律の適用が合憲・有効か違憲・無効か）が決められることになる。このように、『適用違憲』とは、立法そのものについては全体として違憲とされな

いという意味においての合憲性を認めつつ、当該事実状況に適用される限りは違憲となる（したがって適用されない）という、「適用」における一部違憲あるいは相対的違憲の考え方なのである。」

市川氏の論文は、アメリカ合衆国の最高裁の適用違憲判決に関する唯一の本格的な研究論文であるが、この論文は、その対象となる判例を、合憲限定解釈が不可能な法令が適用される場合——わが国の猿払事件第一審判決のタイプ——、すなわち、「法令が本件に適用される限りで違憲とする判決……は、法令が当事者（の行為）または当該事実適用される限りで（as applied to）、または、当事者の行為を規制する限りで（so far as）違憲無効とするもの」に絞っている。

右のように、適用違憲という場合の法令の適用という概念について、前者のように、裁判所による適用も行政庁による適用も含めて用いている論者と、後者のように裁判所による適用に限定して用いている論者とがいる。以下において、その差異が具体的な判決の採用した違憲判断の方法についての両者の解釈に、どのような違いをもたらしているのかを検討することとする。

### （二）猿払事件第一審判決

本判決の採用した違憲判断の方法については、見解が分かれている。圧倒的多数の説は、適用違憲の方法を採用したと解している。それに対して、少数ながら合憲的限定解釈を採用したとする説もある<sup>(9)</sup>。もっとも、永田秀樹氏によれば、「このタイプの適用違憲と合憲限定解釈との違いは微妙である。裁判所自らが法令の合憲的限定解釈を行って一般的な適用基準を示している以上、適用違憲ではなく合憲的限定解釈の判決であるという評価も可能である」<sup>(10)</sup>からである。

さらに、本判決は法令の一部違憲を宣言したと捉える説もある<sup>(11)</sup>。阿部照哉氏は、「法令の一部違憲または部分違

憲したがって一部無効というのは、法規の一部が違憲無効とされ、残部のみが有効とされることである。これには、（一）法規の可分な文言の一部が違憲とされる場合と、（二）ある法規の有する可分の意味の一部が違憲無効とされる場合がある。後者の一部違憲無効は法の文言形式でこれを示すことができず、通常、限定条項（Soweit-Klausel）を付すことによつて違憲の範囲と効果を確保することになる。猿払事件第一審判決がその例といえる」と述べている<sup>(12)</sup>。

猿払事件第一審判決が上の三つのうちのどの違憲判断の方法を採用したと解したとしても、本件については、政治的表現の自由を規制する立法が過度に広汎であることが問題になっているのであるから、萎縮効果を除去する必要がある。そのために合憲限定解釈を採る方法も考えられうるが、それが不可能であるならば、文面上違憲と判断すべきであったといえよう<sup>(13)</sup>。その意味において、本判決は、適用違憲の「固有の守備範囲」を越えているという評価は、的を得ているといえよう<sup>(14)</sup>。

### （三）全通プラカード事件第一審判決

本判決は、次にように述べて、原告に対する東京郵便局長の懲戒処分を取り消している。

「当裁判所は、合理的解釈によつて、国公法一〇二条一項、人事院規則十四 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っ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的行為は、（一）主体の側からみれば、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、（二）行政の状況から見れば、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った政治的行為に限るものと解するのである。し

たがって、公務員の行為が文理上は右各規定に該当する場合であっても、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。」

「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。したがって、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、その適用上憲法二二条一項に違反するものといわなければならない。」

本判決は違憲判断の方法として適用違憲を採用したとする学説が最も多い。芦部信喜氏、佐藤幸治氏、熊本信夫氏、青柳幸一氏、野坂泰司氏、阪本昌成氏、野中俊彦氏、佐藤功氏、戸波江二氏、戸松秀典氏等である。

それに対して、本判決は合憲解釈を採用したものであるとする説、ないし本判決は、合憲解釈のアプローチと適用違憲のアプローチとの混同を犯したものであるとする説が主張されている。

合憲解釈説は、田口精一氏、阿部照哉氏、藤井俊夫氏、有倉遼吉氏等が主張している。

本判決が合憲解釈と適用違憲の二つのアプローチを用いていることについては、批判が加えられている。合憲解釈を採用するならば、適用違憲は採用されず、両者は二者択一の関係にあるからである。

高橋和之氏は、「本判決が採った適用上違憲の構造は、合憲解釈を前提にし、その解釈により切り捨てた違憲的部分にあたる対象に当条項を適用しようとするものであるから適用違憲であるとする」が、「適用違憲の判決というより、合憲解釈の判決と捉えるべきである。」「合憲解釈のアプローチをとりながら、同時に法を本件行為に適用するのは、その適用上憲法二二条一項に違反する」と述べ、適用違憲のアプローチとの混同を犯している。

筆者も、法令——本件の場合、国公法一〇二条と人事院規則十四 七に、合憲部分と違憲部分が含まれ、合

憲限定解釈によって、どちらかの部分、ないし双方の部分が画定され、当該事実が違憲部分に該当すれば、違憲・違法であり、合憲部分に該当すれば、合憲・合法ということになり、適用違憲の出番はない。

しかし、このような考え方には批判もある。永田秀樹氏は、適用違憲と合憲限定解釈のいずれに分類しようとも「同じ判決理由の中の解釈部分と結論部分との関係をどうみよるかの問題であり、判決の効果において区別の意味は余りない。このようなレベルでの区別にこだわることは、適用違憲を狭く解すべきことにはならないだろうかと述べる。」

しかし、本来、「憲法論に基づく法規の限定解釈という方法は、多くの場合、適用違憲という判断方法と裏腹の関係に立つのである。」したがって、適用違憲というアプローチは、猿払事件第一審判決が述べるように、合憲的限定解釈が不可能な場合にとりうる判断方法なのであって、両者は併用できる性質のものではないのである。

にもかかわらず、全通プラカード事件第一審判決が下された昭和四十六年前後に、東京地裁のいくつかの判決が、両者を併用するアプローチを採用したのである。昭和四十四年十二月二日の国会周辺デモ禁止に対する国賠訴訟において、担当裁判官の一人であった中平健吉氏は、行政事件訴訟における憲法判断の回避の問題に関連して、次のように述べている。

「右のようについ、解釈を限定することによって法律を実質的に合憲としながら、その具体的適用において違憲を認めるという手法が、最高裁判昭和三十五年七月二〇日（東京都公安条例事件——引用者）判例以来、最高裁判所の趣旨に従いつつ、現実の違憲状態を厳しく排除していきつつとする下級審によってとられている。『限定的合憲解釈と適用違憲論のアプローチである。……略……』

かかるアプローチの手法は、最高裁判例の趣旨に従いながら、Case by caseで裁判所の違憲審査の機能をフルに活かそうとする下級裁判所の『生活の知恵』ともいべきものである」と。

しかしながら、その後、昭和四八年四月二五日の全農林警職法事件最高裁判決において、田中二郎氏等五人の裁判官が、次のような意見を述べてからは、右のような併用論は、用いられなくなったようである。

「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權を不当に侵害する要求を含んでいる場合には、右基本的人權の保障は憲法の次元において処理すべきものであって、刑法の次元における違法性阻却の理論によって処理することは相当ではなく、また、右基本的人權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ぬわけではなく、公務員の争議行為の禁止のように、右の基本的人權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っ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）によってこれを処理するのが妥当な処置といふべきである。」と。

いずれにしろ、全通ブラカード事件についても、表現の自由を汎汎に規制している法律が問題になっているのであるから、法令違憲の判断をすべきで、適用違法の方法を用いたのは適切ではなかったといえよう。<sup>28)</sup>

#### (四) 第二次教科書検定訴訟第一審判決（杉本判决）

杉本判决が採用した憲法判断の方法についても、さまざまな説がある。その原因は、この判決の意味が読みとりにくいということにあるように思われる。そこでこの判決のエッセンスの部分を用いてみることにする。

杉本判决は、一方で、「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いわざるを得ない。」として、検定制度自体が検閲であり違憲であると主張を否認しておきながら、他方で、「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ふべきである」と述べている。前段部分と後段部分とは矛盾するのではないか。制度の運用如何によっては憲法違反になりうるような制度は、果たしてそれ自体合憲といえるのか、疑問である。

とりわけ、判決は、「この制度の目的自体のうち、教科用図書の記事内容に対する価値判断を含んでおり、さらに、教科用図書検定基準に定められている検定の基準ははなはだ抽象的、かつ包括的であって、検定権者の恣意に基づいた判断を容認するものであり、これにより教科用図書の内容すなわち教科書に盛られた思想の内容を審査するものである、このことはこの制度の運用の状況からいえるのであって、たとえば思想審査にわたる検定の事例をいくつか具体的に指摘している。さらにそれに続いて、「現行の検定基準は、……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、その運用にあたっては、いやしくも著者の学問的成果を封ずることのないように戒心すべきは当然である」と述べていることから、運用の実態、状況と切り離して制度の合憲性を協調してみても、説得力があるように思われない。

この杉本判决の採用した憲法判断の方法については、適用違憲説、運用違憲説、合憲限定解釈説の三つの見解が述べられている。

適用違憲説がもっとも多く、芦部信喜氏、栗城寿夫氏、佐藤幸治氏、戸波江二氏、青柳幸一氏、戸松秀典氏、藤井俊夫氏等が支持している。

前述したように、芦部信喜氏は適用違憲を三つの類型に分け、杉本判决は、第二類型、すなわち、「法令そのものは合憲でも、その執行者が人權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」である、とする。（傍点原文）そして、杉本判决について、「この判決には必ずしも明確でない点

が少なくないが、その論理は、後述する寺尾判決と同じ趣旨の運用違憲論ではなく、現行教科書検定制度の合憲性を前提としたうえで、それを本件教科書検定に適用した処分を違憲だとする構成をとっている点からいえば、一般にいわれているように現行制度をいわゆる運用違憲に当たると判断したと解するよりも、ここでいう第三類型の適用違憲に属すると考える方が妥当であろう。(28) (傍点引用者)と述べている。前述したように、この類型の適用違憲は、法令の執行者(文部省)の適用行為を違憲と判断するものであり、裁判所の違憲判断の方法としての「本来的意味の適用違憲」ではないと考える。

戸松秀典氏は、杉本判决が処分違憲を採用した裁判例としてあげられることがあるが、「合憲限定解釈の可能性に踏み込んだ解釈を展開しているから、適用違憲の裁判に帰属させるのが適当である。」と述べている。(29) しかし、前段部分から何故、後段部分の結論が引き出されるのか、よく分からない。もっとも、この杉本判决を担当した裁判官の一人であった中平健吉氏は、前述の論文の中で、「限定的合憲解釈と適用違憲論」のアプローチを採用した裁判例として、本判決をあげているから、戸松氏の見解は裁判官の意図に合致しているのかもしれない。

永田秀樹氏も、杉本判决は適用違憲かあるいは限定解釈かの「境界線上の事例」であると主張する。(30)

それに対して、杉本判决は合憲限定解釈を採用した裁判例である、と明確に主張するのが高橋和之氏である。芦部氏のように、「これも適用違憲の一つの典型的な方式である」と捉える見解もある。一般に、違憲的部分を内包する法律について合憲限定解釈を行った場合、違憲的として法律の意味から排除された対象に対しその法律を適用すれば、その適用は違法であると同時に違憲でもある。ゆえに、違憲である点に着目すれば適用違憲という捉え方もたしかに可能であろうが、しかし、その対象は合憲限定解釈の下に法律の意味から排除されているのであるから、違憲以前に違法なのであり、あえて適用違憲という必要はないのではなからうか。合憲限定解釈と適用違憲とは、概念上区別すべきだと思う。本件の場合、検定制度につき合憲限定解釈がほどこされたと理解しうるので、適用違

憲の判例ではなく、合憲限定解釈の判例と理解すべきであろう。(31)と述べている。

後述する運用違憲の方法を杉本判决が採用したとする見解も少なからずみられる。樋口陽一氏、永井憲一氏、山内敏弘氏、有倉遼吉氏、今村成和氏、杉村敏正氏がその主張者である。

樋口陽一氏は、「教科書検定訴訟で、検定制度そのものは合憲としながら、審査が思想内容に及ぶときは検閲に該当するとした地裁判決も、一種の運用違憲判決と見ることできる。」と述べている。(32)

永井憲一氏も、「判決は、家永教授の個人的な検定の事情、つまり検定制そのものではなく、検定制度の運用に対して『本件不合格処分は……略……憲法二二条二項の禁止する検閲に該当し……略……』といっているのである。だから、こんどの判決は『検定制度の運用違憲論』だとも評されるのである。」と述べている。(33)

山内敏弘氏も、「現行の教科書検定の制度は……略……かりに百歩譲って現行法令を合憲的に限定解釈してその違憲性を不問に付するとしても、その運用の実態は結局のところ前述した憲法規定に照らして違憲とせざるをえないと思われる。」と主張している。(34)

有倉遼吉氏も、「制度は、通常、法令によって定立されているのであるから、制度の違憲性は法令の違憲性の問題に帰し、運用は行政の分野においては通常、行政処分によって行なわれるのであるから、運用の違憲性は処分の違憲性の問題に帰す(35)、別言すれば、『検定処分自体の違憲性』ということであれば、それは処分の『運用状況』を離れては論じえないであろう。行政処分は法令と異なって個別具体的なものであり、処分自体と運用状況とは密接不離の関係にある(36)』として、運用違憲論を支持している。

今村成和氏は、本判決は、「法令の合憲解釈の方法により、運用違憲の結論を導き出したもの(37)であるとし、杉村敏正氏も、運用違憲・違法説であるとする。(38)

なお、第三次教科書検定訴訟上告審判決(平成九年八月二九日判例時報一六二三号)は、上告人(家永氏)の本

件検定は適用違憲である、との主張に対して、次のように述べている。

「本件検定が、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等の執筆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。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、適用上違憲の問題も生じ得るが、原審の認定によれば、本件検定処分等を通じてそのような運用がなされたとは認められないというのであるから、所詮違憲の主張は、その前提を欠く。」(傍点引用者)

右に引用した判決文において、「適用上違憲」という概念は、杉本判决やその評釈にもとづいた上告理由には根拠がないとするために用いられたと推測されるが、それが果たして講学上の適用違憲と同じ意味で用いられたのか、また運用との関係はどうか、判然としないという印象を受ける。

(五) 大分県教組人勸スト第一審判決・北海道教組人勸スト第一審判決<sup>(41)</sup>

人事院勧告が不完全実施や凍結されたため、公務員労働組合が人事院勧告の完全実施を求めて全国各地でストライキを行なった。それに対して、当局は、ストライキを行なった公務員に対して、地方公務員法と国家公務員法にもとづいて懲戒処分を行なった。その懲戒処分の取消を求めて提起された訴訟において、公務員労働者からストライキ権を剥奪していることの代償措置としての人事院勧告が、その機能を喪失しているか否かが、争点となったのである。

最高裁は、佐教組事件(昭和六三年一月二二日)、北海道教組事件(平成四年九月二二日)、全農林事件(平成二年三月一七日)の各判決において、懲戒処分は適法と判示した。下級審においても、懲戒処分を適法と判示した判決が少なくないが、本稿で取り上げる二つの判決は、適用違憲や合憲解釈に言及して懲戒処分を違法とした数少

ない判例なので、これを検討することとする。

これらの判例を検討する前提として、人事院勧告という代償措置がどのように位置づけられているのかを検討することが不可欠である。

最高裁の昭和四一年一〇月二六日の全通中郵事件判決は、労働基本権を具体的に制約することが合憲となるための四つの条件をあげ、その一つとして「(4)職務または業務の性質上からして、労働基本権を制限することがやむを得ない場合には、これに見合う代償措置が講ぜられなければならない」ことを指摘していた。そして、これらの四条件は、「労働基本権の制限を目的とする法律を制定する際に留意されなければならない」だけでなく、すでに制定されている法律を解釈適用するに際しても、十分に考慮されなければならない」と注意をつながしていた。

昭和四四年四月二日の都教組事件判決において、最高裁は、「右判決(全通中郵事件判決のこと——引用者)に示された基本的立場は、本件の判断にあたっても、当然の前提として、維持すべきものと考える」と述べていた。

また昭和四八年四月二五日の全農林警職法事件判決における追加補足意見として、岸盛一、天野武一両裁判官は、次のように代償措置を位置づけていた。

「代償措置こそは、争議行為が禁止されている公務員の利益を国家的に保障しようとする現実的な制度であり、公務員の争議行為の禁止が違憲とならないための強力な支柱なのであるから、それが十分にその保障機能を発揮しうるものでなければならず、また、そのような運用がはからなければならないのである。したがって、当局側においては、この制度が存在するからといって、安易に公務員の争議行為の禁止という制約に安住すべきでないことは、いうまでもなく、もし仮りにその代償措置が迅速公平にその本来の機能を果たさず實際上画餅にひとしいとみられる事態が生じた場合には、公務員がこの制度の正常な運用を要求して相当と認められる範囲を逸脱しない手段態様で争議行為にでたとしても、それは、憲法上、保障された争議行為というべき

であるから、そのような争議行為をしたことだけの理由からは、いかなる制裁、不利益をうける筋合いのものではなく、また、そのような争議行為をおおる等の行為をしたからといって、その行為者に国公法一一〇条一項一七号を適用してこれを処罰することは、憲法二八条に違反するものといわなければならない。」(傍点引用者)

また、判例変更に反対した田中二郎氏を含む五人の裁判官は、その意見の中で、代償措置について次のように述べた。

「代償措置制度の存在は、国民生活全体の利益の保障という見地から、最小限度公務員の労働基本権を制限する場合において、文字どおり代償として必要とされるものにすぎず、代償措置制度を設けさえすれば労働基本権を制限することができるというわけのものではない。しかも、實際上、人事院の存在およびその活動が労働基本権の行使と同じ程度に、公務員の勤労条件に関する正当な利益を保護する機能を常にも果すものとはいいがたく、とくに、人事院勧告は、政府または国会に対してなんら応諾義務を課するものではないから、政府または国会に右勧告に應ずる措置をとらせるためには、法的強制以外の政治的または社会的活動を必要とし、このような活動は、究極的には世論の支持、協力を要するものであり、世論喚起のための唯一の効果的手段としての公務員による団体行動の必要を全く否定することはできず、また、人事院勧告の成立過程においても、勧告の内容に対する公務員の要求を表示するために同様の方法をとる場合のありうることも否定できない。」

「現代の代償措置制度の運用については、状況に応じた公務員の団体行動による監視、批判、要求、圧力などを必要とする場合もありつべく、単なる代償措置制度の存在を理由として公務員の争議行為を全面的に禁止し、これをあおる等の行為に対して刑罰を科することを正当化することは、とうてい、不可能である。」(傍点引用者)

このような重要な位置づけを与えられている代償措置であるにもかかわらず、政府は昭和五七年度に人事院勧告の実施を凍結した。これに反対して、大分県教組および大分県高教組に加盟している組合員が、昭和五八年度的人事院勧告の完全実施を求めて二時間の争議行為を行なった。それに対して、大分県教育委員会が懲戒処分を行なったので、その取消を求めて訴えたのが本件である。

大分地裁は、大要次のように述べて、本件懲戒処分を取消した。

「地方公務員に争議行為を禁止することは、労働基本権の保障に代わる適切な代償措置が講ぜられている限り、憲法二八条に違反するものではない。」

「代償措置とは公務員の争議権を制約することに対する措置として、憲法二八条に直接由来する重要な意義をもつ制度としての意味を有するのである。」

「人事院勧告制度が明らかに不十分な機能しか果たしていない場合には、人事院勧告制度は、實際上画餅に等しいものとみられる状態が生じたものとみられ、右のような事態に立ち至ったときには、国家公務員がこの機能の回復を要求して相当と認められる範囲を逸脱しない手段態様で争議行為に出ることは、例外的に憲法上許容されるものと解すべきものと思われる。地方公務員についても同断である。」(傍点引用者)

原告らのストライキの目的が、「代償措置の正常な機能の回復、運用を求めるものである」であり、「争議行為の手段・態様・内容等において相当と認められる範囲を超えるものではないと認めるのが相当である。」

「したがって……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、これを禁止するために出された職務命令は無効であり、職務専念義務に違反するとしてもこれを咎めることができず、また本件ストライキの参加者である原告らについて地公法三七条に違反したとしてこれに懲戒処分を科すことは憲法二八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。」(傍点引用者)

右の大分県教組人勧スト第一審判決は、適用違憲の方法を用いたものであると、多くの判例評釈者によって解釈されているが、果たしてそうであろうか。筆者は、本判決は「本来の意味の適用違憲判決」ではなく、後述するように、懲戒処分を違憲と判示した「処分違憲」の手法を用いたものである、と理解している。

前述したように、政府は、昭和五十七年度に人事院勧告の実施を凍結し、翌昭和五十八年度は人事院勧告の引き上げ率を圧縮して不完全実施をした。北海道当局も北海道人事委員会も同様に扱った。北教組は、人事委員会の勧告の完全実施を求めて二時間の時限ストライキを行なった。それに対して本部中央執行委員に懲戒処分が課せられ、その処分の取消を求めて訴えたのが本件である。

本件では、以下の三つの問題が争点となった。

第一の争点は、地公法三七条一項は、憲法二八条に違反するか、ということである。

本判決は、この点について、「代償措置をもうけることを前提として、法律により、争議権に合理的な制限を加えることを許したものであり、右趣旨に沿う適切な代償措置がもうけられている以上、地公法三七条一項は、憲法二八条に違反しないというべきである」と述べた。(傍点引用者)

第二の争点は、本件処分は地方公務員法二九条一項の適用上、憲法二八条に違反するか、ということである。

「人事院勧告制度は、代償措置の中で最も重要なものの一つであり、給与などの勤務条件改善のためのほとんど唯一の手段である。したがって、人事院勧告が誠実に実施されないことは、代償措置が本来の機能を果たさず、その実効性を失うような事態の生じていることを意味し、違憲状態を招きかねないものであるから、憲法九九条により憲法尊重擁護義務を負う国会及び政府としてはこれを十分尊重し、真摯に実施するよう努めなければならぬ。国会及び政府側において真摯誠実に努力を尽くした上で、人事院勧告を実施しないことが真にやむを得ないと認められる場合は別として、国民を納得させるべき何ら合理的な理由もなく、人事院

勧告の全部もしくは大部分が実施されないなど、人事院勧告制度が明らかに不十分な機能しか果たしていない場合には、代償措置がその本来の機能を失ったとみられ、右のような事態に立ち至ったときには、国家公務員がこの機能の回復を要求して相当と認められる範囲を逸脱しない手段態様で争議行為に出ることは、例外的に憲法上許容される余地があると解すべきである。地方公務員と人事委員会勧告との関係についても同断である。したがって、適用違憲の判断においては、国会、政府及び地方公共団体において、人事院勧告ないし人事委員会勧告の完全実施について真摯誠実に努力を尽くしたか否かが大きな要素になるといべきである。」(傍点引用者)

争議行為が、「人事院勧告の完全実施を主目的とし、その形態が職場放棄にとどまっていたからといって、その故にその争議行為の違法性が阻却されるものではなく、これをもって憲法二八条によって保障された争議権の行使であるということはできないのであって、これに対して地公法二九条一項を適用して懲戒処分をしたとしても、憲法二八条に違反するということとはできない。」

第三の争点は、本件処分は懲戒権を濫用したものと見えるか、ということである。

本判決は、「本件争議行為に対し懲戒処分をもって臨むことは、社会通念上著しく妥当性を欠き、裁量権を濫用したものと見て違法」と判示した。

本判決は、「適用違憲」という言葉を判決文中に用いた、おそらく唯一のものであると思われるが、適用違憲の方法を採用したわけではなく、労働基本権の制約と合憲と解釈するためには、代償措置である人事院勧告の完全実施に向けての国会、政府及び地方公共団体の真摯誠実な努力を強調したものである。

右に述べたように、二つの人勧スト懲戒処分取消訴訟判決は、懲戒処分を違法と判示した結論は同じであるが、その結論を導き出すプロセスは異なっている。

大分教組人勧スト第一審判決は、全通東京中郵事件判決と都教組事件判決にない、国公法と地公法による労働基本権の制約を合憲と解釈しうるためには、代償措置である人事院勧告制度が存在し本来の機能を果たしていることが不可欠であるとした。したがって、人事院勧告制度が「實際上画餅にひとしいもの」とみられる事態に立ち至ったときには、人事院勧告の完全実施を求めて実行された争議行為は、憲法上許容される、と判示した。ということは、国公法と地公法を合憲と解釈しうる四つの条件のうちの一つが充足されていない場合であるから、本事件においては合憲限定解釈は成り立たないと判断したということである。したがって、本件ストライキは地公法三七条一項に該当せず、地公法二九条一項を本件行為に適用して行なった懲戒処分は違憲である、と判示されたのである。

前述したように、本判決は適用違憲の手法を用いたものであると解釈されているが、果たしてそれはこの判決の正しい解釈であるのか。大分県教育委員会が地公法二九条一項を適用して懲戒処分を課したことが、憲法一八条に違反して違憲であると判示したからといって、この判決が違憲判断の方法として適用違憲の手法を用いたことにはならないのではないかと、いうことである。第一に、違憲と判断されたのは、地公法二九条一項を適用して行なった大分県教育委員会の懲戒処分である。つまり、具体的な処分が違憲であると判示されたのである。第二に、適用違憲の場合には、適用される法令は一応合憲であることが前提になっているはずである。本件においては、争議行為を禁止している地公法三七条一項の合憲性には言及されていないが、前述したように合憲限定解釈する条件が充たされていないと、すくなくとも本件のように、地公法三七条一項が人勧ストをも合憲的に禁止しているとは解釈していいないのであるから、適用違憲の手法を用いる前提が崩れているのではないかと、考える。

#### (六) 札幌税関検査事件第一審判決<sup>45)</sup>

本来の意味の適用違憲の方法を採用した判決として、本判決を指摘することができる。

本判決は、本件の税関検査による輸入禁制品に該当する旨の通知——実質的には輸入不許可処分——の合憲性について、大要次のように判示した。関税率法二二条三項の通知及び同条五項の決定を行うことは、検閲に該当する、表現の自由に対する「制約を実現させるための手段として検閲を行うことは、当該規制の対象となる行為の性格が特に他人の利益と衝突するおそれの程度が強く、若しこれを行わなければ社会公共の福祉にとって明白かつ差し迫った危険が存在する」ような例外的な場合には、許容される余地がある、本件は、「例外的にそれが許される場合である」とい難いところであるから、本件物件について本件通知及び本件決定を行ったことはその限りで違法、違憲であるといわなければならない。

本判決は、税関長の具体的な行政処分を違憲と判断したのであるから、全通ブラカード事件における懲戒処分や第二次家永教科書検定訴訟における検定不合格処分を違憲と判示した第一審判決と同じように、「処分違憲」の判決といえる。しかし、それは違憲審査の対象になったのが行政処分であったという意味であり、違憲判断の方法としては適用違憲を採用した判決であったといえよう。その意味において、青柳幸一氏が、本判決を「処分違憲的適用違憲判決」と表現しているのは、きわめて適切である。<sup>46)</sup>

阪本昌成氏<sup>47)</sup>も浦部法穂氏<sup>48)</sup>も、本判決は適用違憲の手法を用いたものであるとしている。

とはいえ、適用違憲の場合には、問題となっている法令は一応合憲であることが前提で、裁判所が当該法令の具体的な事案への適用を違憲と判示する方法であるが、本件の場合には、関税率法二二条三項と五項を違憲と判断しているのであるから、いわば変則的な適用違憲の判決であることに、注意する必要がある。

(1) 芦部信喜著『高橋和之補訂』憲法(第四版) 二七〇頁。  
 (2) 佐藤幸治・前掲書二六六頁。

- (3) 佐藤幸治『注釈日本国憲法(下)』一四一―二頁。
- (4) 戸松秀典「違憲判断の方式」樋口陽一編『講座憲法学(6) 権力分立(2)』一七七頁。
- (5) 高橋和之・前掲書三六五頁。
- (6) 青柳幸一・前掲論文二四―二六頁。
- (7) 藤井俊夫『憲法訴訟の基礎理論』一〇四―五頁。
- (8) 市川正人・前掲論文三一〇―四頁。
- (9) 有倉遼吉『憲法と政治の接点』七一―三頁。
- (10) 永田秀樹「適用違憲」法学教室二五号四〇頁。
- (11) 今村成和『人権と裁判』四二頁。
- (12) 阿部照哉「公務員の政治的行為に対する懲戒処分 of 違憲性」判例評論六五二号一三八頁、同『演習憲法』二二三頁。
- (13) 高橋和之・前掲書八八頁および二二二頁。
- (14) 青柳幸一・前掲論文二六頁。
- (15) 熊本信夫「違憲立法審査の方法」清宮・佐藤・阿部・杉原編『新版憲法演習3』二〇二頁。
- (16) 阪本昌成・前掲書四四八頁。
- (17) 佐藤功『統憲法問題を考える』一七四頁。
- (18) 戸波江二「政治的行為」『公務員判例百選』一四六頁、「ゼミナール」憲法裁判一三三頁。
- (19) 田口精一「公務員の政治活動——全通プラカード事件」昭和四八年重要判例解説二二頁。
- (20) 藤井俊夫・前掲書九五頁。
- (21) 有倉遼吉『憲法と政治の接点』七八―九頁。
- (22) 室井力『公務員の権利と法』一三二頁。
- (23) 高橋和之・前掲書二二四―五頁。
- (24) 高橋和之「公務員の『政治的行為』と懲戒処分」『憲法判例百選』(第五版)三五頁。

- (25) 永田秀樹「適用違憲の法理」ジュリスト一〇三七号二二五頁。
- (26) 奥平康弘「公安条例をめぐる裁判」同編著『青少年保護条例・公安条例』所収二三三頁。
- (27) 中平健吉「憲法訴訟における実務上の諸問題」公法研究三五号八三―四頁。
- (28) 芦部信喜『現代人権論』二七九―二八二頁、青柳幸一・前掲書三三三頁。
- (29) 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』四九頁。
- (30) 戸松秀典『憲法訴訟』三三八頁。
- (31) 中平健吉・前掲論文八四頁。
- (32) 永田秀樹「適用違憲」法学教室二二五号四二頁。
- (33) 高橋和之・前掲書二二三頁。
- (34) 樋口陽一『憲法』五二五号、同『憲法』四二五頁。
- (35) 永井憲一「教科書判決」樋口陽一他著『続日本の憲法判例』所収一五八―九頁。
- (36) 山内敏弘「教科書裁判における適用違憲論」芦部信喜編『教科書裁判と憲法学』所収一八二頁。
- (37) 有倉遼吉「検閲と検定」判例時報六〇四号二二頁。
- (38) 有倉遼吉『憲法秩序の保障』二〇二頁。
- (39) 今村成和「教科書検定制度の違憲、違憲性の有無に関する判断について」判例時報六〇四号七頁。
- (40) 杉村敏正『憲法と行政法』二八頁以下。
- (41) 大分地裁平成五年一月九日判例時報一四五七号。
- (42) 札幌地裁平成一年二月二六日判タ九九七号。
- (43) 永田秀樹「適用違憲の法理」ジュリスト一〇三七号二二六頁、高橋清一「人勧ストと公務員の労働基本権」労働法律旬報一三〇六号一〇頁、渡辺章「地方公務員の争議行為と代償措置」ジュリスト一〇二七号九六頁、金子征史「人事院勧告の完全実施を要求するストライキを行った公務員に対する処分の違法性」法学教室一五六号一一二頁、石井保雄「人事院勧告完全実施を求めるストライキと懲戒処分の違法性」季刊労働法一一九号一八七頁、向井久了「公務員の争議行為と代

償措置」判例セレクト<sup>93</sup>、一六頁。ただし、浦田賢治「大分県教組人勧スト処分訴訟第一審判決」重要判例解説平成五年三五頁は適用違憲ではないとする。

なお、唐津博「公務員の労働基本権の代償措置である人事院勧告制度が、代償機能を喪失していたと認定された事例」判例評論四二〇号二二二頁は、本判決についての本格的な批評である。

(44) 片岡昇「人事院勧告と労働基本権」ジュリスト七七九号二八頁、同「人事院勧告の凍結と代償措置の限界」季刊労働法二二六号七八頁。

(45) 昭和五年三月二五日判例時報九六一号二九頁。

(46) 青柳幸一・前掲書三〇頁。

(47) 阪本昌成・前掲書四四七 八頁。

(48) 浦部法穂『違憲審査の基準』五六頁。

#### 四 運用違憲

##### (一) 序

違憲判断の方法の一つに、「ひとによっては『適用違憲』のひとつの場合として説明されるが、より適切には『運用違憲』とよばれる判断の仕方がある。これは、法令そのものは完全に合憲としたうえで、その解釈適用の仕方が憲法に反するものになっているものとし、その法令の運用を違憲とするものである。論理的にいえば、この場合は、執行者が法令違反をおかしているのであるから、純粹にその事件の解決という観点からすれば憲法問題にふれる必要はないのであるが、いわば法令の上位に憲法規定を重ねることによって、その法令の本来の解釈適用のあるべきすがたを示す、という意味をもつ」<sup>94</sup>。

この方法は、具体的な処分を違憲とする結論においては処分違憲と同じであるが、当該処分を、法令の運用のあり方が違憲であることの環としてなされている場合に、違憲と判断する点において処分違憲と異なる。この運用違憲の手法を用いたものとして異論なく認められているのが、昭和四二年五月一〇日の日韓条約反対デモ事件第一審判決（寺尾判決）である。

##### (二) 日韓条約反対デモ事件第一審判決（寺尾判決）

寺尾判決は、本件で問題となっている東京都公安条例を合憲と判示した最高裁の昭和三五年七月二〇日の判決の以下の部分を、自らが運用違憲の判断をする前提として引用し、次のように述べている。

「『もつとも本条例といえども、その運用の如何によつて憲法二二条の保障する表現の自由を侵す危険を絶対に包蔵しないとはいえない。条例の運用にあたる公安委員会が権限を濫用し、公共の安寧の保持を口実に、平穩で秩序ある集団行動まで抑圧することのないよう極力戒心すべきこともちろんである。しかし、濫用の虞があり得るからといって、本条例を違憲とすることは失当である。』として、運用が濫用にわたらないよう強く戒めているのである」と。（傍点引用者）

そして、それを承けて寺尾判決は、「本件の条件付許可処分とその運用基盤」について、検討を加えている。公安委員会の通達によれば、「集団行進」については、「旗、プラカード、のぼり、横断幕、その他これに類する物件の携行または着装する等示威にわたる行為をしないこと」「放歌、合唱、かけ声、シユプレヒコール等示威にわたる言動を行わないこと」という許可条件が付けられていた。

この許可条件について、寺尾判決は、「元来、集団行進はさきにも述べたとおり政治、経済、労働、世界観等に關する何等かの思想、主張、感情等の表現を内包し、一般大衆に訴えんとするものである以上、プラカード、のぼ

り、横断幕等思想、主張、感情等を表現する手段となる物件の携行または着装は、集団行進の実質的要素ともいえるべく、これらをすべて許可条件に結びつけて禁止することは、表現の自由自体を否定するにも等しい。」

さらに、「本件の許可に付せられている多数の条件をながめるとき、そこには必要最小限度をこえた大小さまざまな条件が付せられており、……このような許可制はむしろ一般的禁止の解除として機能しており、かかる運用体制ができあがっていて、個々の条件付許可処分はその具体的適用として行われているものと断ぜざるをえない。」

「以上を要するに条件付許可処分に関する都公安委員会の運用は、総括的にみて手続及び内容において著しく取締の便宜に傾斜し、憲法の保障する集団行動としての表現の自由を事前に抑制するものとして最小限度の域を超えており、かかる運用の一環として流出したともいふべき本件条件付許可処分は、憲法二一条に違反しその瑕疵が重大かつ明白であつて違憲、無効であると認めざるをえない」(傍点引用者)として、被告人を公安条例違反については無罪とした。

それに対して、控訴審判決(足立判決)は、次のように述べて原判決の違憲判断の方法を批判し、被告人に有罪判決を宣告した。<sup>(3)</sup>

「原判決は、本条例の運用一般にからませて本件各条件付許可処分の違憲性を導き出していることが明らかである。しかしながら、司法裁判所の違憲審査権は、一定の事件性(本件においては、公訴事実の訴因に記載された具体的な犯罪事実)を前提として、これに適用される特定の法令或は具体的処分が合憲か違憲かを判断すべきものであつて、法令の運用一般或はその運用の実態を憲法判断の対象とすべきではなく、ただ特定の適用法令或は具体的処分についての憲法判断に当たり、その補助的事実として、法令適用の実態が考慮されるに止まるべきである、と解するのが相当である。」(傍点引用者)

青柳幸一氏によれば、「運用違憲というアプローチは、二面的性格をもつ。一面で、それは、法令自体の違憲には触れない点で適用違憲と同じ性格をもつ。他面で、運用違憲は、当該事件での不利益な処分を受けた者の具体的救済をめざすのではなく、当該制度の運用自体を違憲とする点で法令違憲に類似した効果をもつ。」<sup>(4)</sup>

運用違憲という違憲判断の方法が複合的性格を有するためか、運用違憲そのものについて、これを積極的に評価する見解と消極的に評価する見解に分かれている。

積極的に評価するのは、芦部信喜氏、永田秀樹氏、小林武氏等である。

芦部信喜氏は、運用違憲について、「足立判決の指摘するように、事件性の要件と矛盾するのではないか、という疑問も生ずる。しかし、事件性の要件から直ちに、当該法令の運用一般ないし運用の実態を憲法判断の対象とすることができない、という結論が当然にでてくるわけではない。むしろ、当該具体的事件で違憲性が争われている国家行為が当該法令の運用一般を不可分に関連し、その一環として流出したものと考えられる場合には、法令の運用一般ないし運用の実態の審査も許されると解するのが自然であり、そして運用状況いかによつては、運用体制の具体的適用としての当該事件の処分の効力ではなく、違憲的な運用を許す法令自体の効力を問題にするのが妥当であろう。このような形の法令違憲の判断形式もあり得ると考えられる。」(傍点原文) この見解によれば、運用違憲は法令違憲という判断形式の一つ、ということになる。

永田秀樹氏も、「事件性の要件を根拠として、法令の運用一般を憲法判断の対象にしてはならないと判示するが、文面審査や法令違憲を全く否定する立場に立たない限り、この議論は成り立たない」と、足立判決を批判する。そして、「運用の違憲性だけを問題にすることによつて、その根拠となつてこの法令自体の違憲判断を回避するところに、この手段の特徴がある」とする。<sup>(5)</sup> この点は、前述の芦部氏の見解とは対照的であるということになる。

栗城寿夫氏も、寺尾判決に対する足立判決の批判に関連して、「事件性の要件が審査の方法・判断の方法を拘束

的に規定するとはいえないであろうし、拘束的に規定するといのであれば、およそ文面審査の方法は許されないということになるであろう。

運用違憲の方法は、最高裁が法令そのものを合憲としている場合にそれを違憲とする下級審の工夫であるが、最高裁に対する関係では、法令そのものを合憲としたうえでその具体的適用の違憲性を問題にする方がより効果的だと考えられる」と積極的に評価している。

小林武氏は、運用違憲は「当該具体的措置の違憲のみを判示する点で、むしろ付随的違憲審査制の本旨にも叶うものと評価できるのでなかるうか」と、積極的に評価している。<sup>8)</sup>

反対に、運用違憲という手法について消極的な評価をしているのは、戸松秀典氏、野坂泰司氏、奥平康弘氏、佐藤幸治氏等である。

戸松秀典氏は、寺尾判決の運用違憲論には次のような基本的な問題がある、と批判する。<sup>9)</sup>

「裁判所が法執行機関による法令の運用実態について審査を加えることができるとしても、それは、当該事件で争われている処分の効力の判定のために補助事実として、あるいは、法令全体ないしその規定の違憲・無効をいうための補強事実として用いるのが付随的審査制のもとでの適正なあり方であろう。上記の判決における運用違憲の手法がそのいずれでもないとするれば、裁判所が東京都公安条例の運用実態に対して裁判所としての憲法上の論評を加えたもの、すなわち、勧告的意見に等しい見解を表明したものと性格づけをせざるを得ない。

また、上記の判決は、結局は、東京都公安条例に基づき公安委員会がした集団行動の条件付許可処分を憲法二一条に違反する無効なものとして、被告人に無罪を言渡した判決をみることができ、そうであるなら、前述の処分違憲の裁判だといえるし、違憲・無効の運用の実態を強調しているところからみれば、そのような運用を生む公安条例の文面上の違憲・無効を判示した法令違憲の裁判だとみることでもできる。このように、同判決は、不明確な裁判

であるといえるし、判決理由に裁判官の個人的見解が色濃く現われていて、この点でも疑問視される。」

佐藤幸治氏も、寺尾判決のような運用違憲の方法を採用することも許されるが、「そのような運用一般を許容している点では法令自体に欠陥があるというべきであって、法令違憲とすることが本来の筋であるといえよう。」<sup>10)</sup>としている。

奥平康弘氏も、運用違憲論の方法を採用した寺尾判決について、次のような評価をしている。<sup>11)</sup>

「条例自体の違憲性と、個々の処分の違法性との中間に、条例運用の違憲性という法的評価をほめこんでかかる条例運用から派生するさまざまな処分を——それが運用の一環を構成するものであるかぎりにおいて——すべて違憲無効たらしめようとする方法は、注目すべきものがある。けれども、それだけにこの手法に対する反対論も強力でありうる。つまり、条例そのものの効力が個々の処分の効力かという二元論的な裁断方式の方が伝統的に確立しており、通常、裁判所に受容され易い。条例の運用実態の総体といった中間領域の効力を論ずる余地は、この二元論からすれば、成り立ちがたいことになる。要するに、運用実態の総体ではなく、個々の処分の有効・無効を問うほかないということになる。」

本事件は、東京都公安委員が日韓条約反対デモの許可申請に際して付した許可条件の効力が争われた行政事件ではない。もしそうならば、条件付許可処分が違憲と判断されたであろうし、そしてそれは処分違憲の判決ということになる。本事件はそうではなく、公安委員会が付した条件に違反してデモ行進をしたために、起訴された刑事事件である。この場合には、行政庁の行政処分や下級審の判決・決定が違憲審査の対象になったわけではないから、処分違憲ということはない。ただ、有罪か無罪かを判断するために、公安委員会が付した条件の合憲性が争われたのである。東京都公安条例については最高裁の合憲判決がすでに出されているから、法令違憲の判決を下してそれと抵触することを避け、かつその運用が濫用にわたらないように最高裁判例によって警告がなされていることに着

目し、運用違憲というテクニックを案出したものと推測される。

- (1) 樋口陽一・前掲書五二四 五頁。
- (2) 判例時報四八二号二五頁。
- (3) 判例時報七〇六号一〇三頁。
- (4) 青柳幸一・前掲書六 七頁、同じ指摘は、佐藤幸治、『注解日本国憲法』(一)一四四頁においてなされている。
- (5) 芦部信喜、『憲法訴訟の現代的展開』五四頁。
- (6) 永田秀樹『適用違憲』法学教室一二五号四一頁。もっとも、永田氏は、この事件は法令違憲とすべき事例である、としている。
- (7) 栗城寿夫・樋口陽一『憲法と裁判』三三三頁。
- (8) 小林武『都条例日韓デモ事件』法セミ増刊『憲法訴訟』七二頁。
- (9) 野坂泰司・前掲書一五七頁は、「法令の運用一般や運用実態そのものを憲法判断の対象となしうるかは疑問だといえよう」と指摘している。
- (10) 戸松秀典・前掲書三四三頁。
- (11) 佐藤幸治・前掲書一四四頁。
- (12) 奥平康弘・前掲書二〇〇頁。

## 五 処分違憲

### (一) 序

上述したように、違憲判断の方法には、法令違憲、適用違憲および運用違憲の三つの類型があるとするのが通例

であるが、最近ではそれに加えて処分違憲という新しい類型がとりあげられるようになってきている。これは、適用違憲の場合と同じように、法令の合憲性については問題とせず、行政庁の行政処分や裁判所の判決や決定の合憲性に審査を加え、違憲である、との判断を示すものである。憲法八一条は、違憲審査の対象を「一切の法律、命令規則又は処分」と定めているが、法令違憲は前三者を、処分違憲は「処分」を対象にしている。したがって、法令違憲と処分違憲は、違憲判断の方法であると同時に、違憲審査の対象に着目した分類である。

これまでの最高裁判例の中で、処分違憲とされたのは、高田事件、愛媛玉串料訴訟、強制調停事件、第三者所有物没収事件であるが、後の二つの事件については見解が分かれている。

### (二) 純然たる訴訟事件につきなされた強制調停事件(昭和三五年七月六日)<sup>1)</sup>

本件は、家屋明渡請求事件を金銭債務臨時調停法(以下金調法とする)によって、調停に代わる裁判、いわゆる強制調停したことが、憲法三三条および八二条に違反するか否かが争われたものである。

強制調停は、昭和七年の金調法によって定められ、その後、昭和一三年の農地調整法、さらに昭和一七年の戦時民事特別法に受けつがれた。この戦時民事特別法の一九条一項により、借地借家調停法による調停に準用されている<sup>2)</sup>。

本法にもとづいて下級審の行なった強制調停に対する特別抗告に対して、最高裁は、昭和三一年一〇月二二日に、八対七の僅差で憲法三三条および八二条に違反しないと決定を下した<sup>3)</sup>。

その後、昭和三五年七月六日に、最高裁大法廷は、大要次のように述べて、この決定を変更した。

「憲法は一方において、基本的人権として裁判請求権を認め、何人も裁判所に対し裁判を請求して司法権による裁判、利益の救済を求めることができることとすると共に、他方において、純然たる訴訟事件の裁判につ

いては、前記のごとき公開の原則の下における対審及び判決によるべき旨を定めたのであって、これにより、近代民主社会における人権の保障が全うされるのである。従って、若し性質上純然たる訴訟事件につき、当事者の意思如何に拘わらず終局的に、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ような裁判が、憲法所定の例外の場合を除き、公開の法廷における対審及び判決によってなされないとするならば、それは憲法八二条に違反すると共に、同三二条が基本的人権として裁判請求権を認めた趣旨をも没却するものといわねばならない。

「(金調法) 七条の調停に代わる裁判は……結局当事者の意思いかんに拘わらず終局的になされる裁判といわざるを得ず、そしてその裁判は、公開の法廷における対審及び判決によってなされるものではないのである。

よって、……(金調法) 七条の調停に代わる裁判は、単に既存の債務関係について、利息、期限等を形式的に変更することに関するもの、即ち性質上非訟事件に関わるものに限られ、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のごときは、これに含まれていないものと解するのを相当とする。」

「本件訴は……純然たる訴訟事件であることは明瞭である。……このような本件訴に対し……裁判所は、いずれも(金調法) 七条による調停に代わる裁判をすることを正当としているのであって、右各裁判所の判断は、同法に違反するものばかりでなく、同時に憲法八二条、三二条に照らし、違憲たるを免れない。」

右記の多数意見は六人の裁判官の意見であるが、三人の裁判官は金調法七条自体が違憲無効であるとし、結局、九対六で原決定が破棄されたのである。

要するに、この事件においては、金調法七条の適用範囲が問題となったのである。多数意見は、その適用範囲に関して制限説を採用した。すなわち、金調法七条による強制調停が非訟事件に限定して適用されるならば違憲では

ないが、本件のような純然たる訴訟事件である家屋明渡請求に関してなされたならば、金調法七条に違反し、それは同時に憲法にも違反するとしたのである。それに対して、三人の裁判官は、金調法七条を借地借家調停法の調停に準用する戦時民事特別法の規定が、憲法三二条と八二条に違反し、したがって右法律にもとづいてなされた裁判——強制調停も違憲無効と判示したのである。<sup>4)</sup>

本判決については、齋藤秀夫氏<sup>5)</sup>、長谷部茂吉氏<sup>6)</sup>が法令違憲説を、佐藤幸治氏<sup>7)</sup>と市川正人氏<sup>8)</sup>が適用違憲説を、戸松秀典氏が処分違憲説を採っている。<sup>9)</sup>

本決定は右の三つのいずれの説にも解しうる余地はある。しかし、すくなくとも、六人の多数意見の理由づけに反対した三人の裁判官は法令違憲説を採用したのであるから、六人の多数意見が法令違憲説を採用したとは考えにくい。筆者は、適用される法令について限定解釈を加えて、処分違憲の判決を下したものであると解している。

その理由は以下の通りである。金調法七条は、「調停二代へ利息、期限其ノ他債務関係ノ変更ヲ命ズル裁判ヲ為スコトヲ得」とし、調停に代わる裁判を定めていたが、「この裁判は、もっぱら調停の対象となる債務の履行に関してなすものとし、債務の存否についての判断を含まないとするのが、制定当時の一般の見解であった。」<sup>10)</sup>そしてこの規定を、戦時民事特別法一九条二項は借地借家調停法に準用していた。本件家屋明渡請求事件は借地借家調停法が適用される訴訟なのであるから、金調法七条が準用され、調停に代わる裁判が下級審において行われたのである。最高裁の六人の多数意見は、金調法七条を限定解釈して、同条は非訟事件にのみ適用されるべきであり、純然たる訴訟事件である家屋明渡請求訴訟に適用される借地借家調停法が準用している同条を適用した原決定を違憲と判断したと解したのである。別言すれば、金調法七条は合憲部分と違憲部分を含んでおり、金調法七条自体は、本来、非訟事件のみに適用されることを予定して制定されたもので合憲であるが、それが戦時民事特別法により借地借家調停法に準用された結果、訴訟事件にも適用されることになったのであり、後者が違憲部分に該当するので、

この部分を法文の意味から解釈によって切り捨て、この部分に該当する原決定を違憲として破棄したのである。

(三) その他の判例

(ア) 高田事件(昭和四七年二月二〇日)<sup>14)</sup>

憲法三七条で保障された迅速な裁判を受ける権利が問題となった本件において、最高裁は次のように判示した。

「本件は、昭和四四年第一審裁判所が公判手続を更新した段階においてすでに、憲法三七条一項の迅速な裁判の保障条項に明らかに違反した異常な事態に立ち至っていたものと断ぜざるを得ない。したがって、本件は、冒頭説示の趣旨に照らしても、被告人らに対して審理を打ち切るという非常救済手段を用いることが是認されるべき場合にあたるものといわなければならない。

刑事事件が裁判所に係属している間に迅速な裁判の保障条項に違反した場合において、その審理を打ち切る方法について現行法上よるべき具体的な明文の規定はないのであるが、前記のような審理経過をたどった本件においては、これ以上実体的審理を進めることは適当ではないから、判決で免訴の言渡をするのが相当である。

よって、これと相反する判断をした原判決は、各上告趣意その余の点において判断を加えるまでもなく、刑訴法四一〇条一項本文によって破棄を免れ」ないとした。(傍点引用者)

本判決について、佐藤幸治氏は、「一五年余にわたり審理を中断したままであったことを(不作為の)処分と解すれば、処分違憲と捉えることができる。ある特定の法令規定の適用が違憲とされたとはいいいくい例である。」<sup>15)</sup>と述べている。戸松秀典氏も同じ見解である。<sup>16)</sup>

(イ) 愛媛玉串料訴訟(平成九年四月二日)<sup>17)</sup>

政教分離原則が争点となった裁判において、最高裁が唯一違憲判断を下した本判決の中で、次のように述べている。

「本件玉串料等を靖國神社又は護國神社に前記のとおり奉納したことによってもたらされる県と靖國神社等とのかわり合いが我が国の社会的・文化的諸条件に照らして相当とされる限度を越えるものと解されるのであるから、本件支出は、同条の禁止する支出に当たり、違法といふべきである。」(傍点引用者)

戸松秀典氏は、本判決について、「最高裁判所は、靖國神社等への玉串料等の名目で行った公金支出行為を憲法二〇条の政教分離原則に違反すると裁判したのであるから、行政権の行為を違憲と判断した処分違憲の典型だといふことができる」(傍点引用者)<sup>18)</sup>と許している。戸松氏によれば、最高裁が処分違憲の裁判を行った例としては、強制調停違憲決定、第三者所有物没収違憲判決、高田事件判決および愛媛玉串料訴訟判決の四つがあり、前三者は下級審裁判所の決定ないし(不作為)処分、すなわち司法手続を対象としたものであるのに対し、本件だけは行政権の行為を対象とした点に特徴があり、これこそが処分違憲の典型だとするのである。しかし、戸松氏は、別の論文で、「適用違憲の判断は……当該訴訟・事件における法令の適用の仕方が違憲であると判断することである。……法令の規定の適用場面についてのみ違憲の判断を加えるから、合憲性の統制機能は、立法府ではなく、法令の執行者(多くは、行政権との関係)で現われることになる」と述べている。<sup>19)</sup>また、運用違憲の方法を採用したとされる寺尾判決についても、公安委員会が行なった条件付許可処分を無効と判断したものであるとみるならば、処分違憲の判決だとみることができるとしている。ということは、行政権の行為を違憲判断の対象にするのは、処分違憲の場合に限られるのではなく、運用違憲や適用違憲の場合も同様である。戸松氏は、適用違憲を定義して、「適用違憲の裁判は、法令の規定が文面解釈上は合憲と判断できるにしても、それを当該訴訟・事件に適用されるかぎりに

において違憲であると裁判することである。」と述べて、全農林事件判決において五人の裁判官の意見が示唆している裁判手法として合憲的制限解釈と適用違憲の二つをあげている。

適用違憲は法令違憲とならば裁判所による違憲判断の方法であり、後者は法令、すなわち国会の制定する法律と行政立法を裁判所が違憲無効と判断するものである。法令違憲が問題となるのは、民事訴訟、刑事訴訟、行政訴訟のすべての訴訟においてである。それに対して、民事訴訟と刑事訴訟（全農林事件は刑事事件である）において、法令を適用するのは裁判所だけである。したがって、猿払事件第一審判決を「本来の意味の適用違憲」と呼ぶのは正しい。行政訴訟においては、行政庁が法令を適用して行なった行政処分、たとえば教科書検定不合格処分、公務員に対する懲戒処分、輸入不許可処分等について、裁判所が行政処分を取消すことは適用違憲ではない。同じように上級裁判所が法令を適用して下した下級審の判決や決定を取消すのも適用違憲ではない。

- (1) 判例時報二二八号五頁。
- (2) 宮沢俊義『憲法』（新版）四四八 九頁。
- (3) 判例時報九二号三頁。本決定に関する批評については、中田淳一「調停に代わる裁判の合憲性」民商法三五卷四号六〇五頁以下。
- (4) 判例時報二二八号五頁、新堂幸司「強制調停を違憲とする決定について」ジュリスト二〇九号四六頁。
- (5) 斎藤秀夫「純然たる訴訟事件につきなされた調停に代わる裁判」民商法四四卷二号一〇二頁。
- (6) 長谷川茂吉「いわゆる強制調停は憲法に違反するか」法律のひろは二二卷一〇号一二頁。
- (7) 佐藤幸治・前掲書一四五頁。
- (8) 市川正人・前掲書二二二頁。
- (9) 戸松秀典・前掲書三三七頁。

- (10) 中村宗雄「純然たる訴訟事件につきなされた調停に代わる裁判の効力」判例評論三〇号六頁。
- (11) 判例時報六八七号一八頁。
- (12) 佐藤幸治・前掲書一四五頁。
- (13) 戸松秀典・前掲書三三八頁。
- (14) 判例時報一六〇一号四七頁。
- (15) 戸松秀典・前掲書三三八頁。
- (16) 戸松秀典「違憲判断の方式」樋口陽一編『講座憲法学六権力分立（2）』一七七頁。

## 六 おわりに

違憲判断の方法としての法令違憲、適用違憲、運用違憲および処分違憲のそれぞれの定義については、論者によって大きな差異はない。また、合憲限定解釈の意味についても同じことがいえる。しかし、具体的な判決や決定が上記の五つの方法のうちどれを採用したのかについては、論者によって見解が大きく異なっていることが、本稿によって明らかにされたと考えている。

その原因はどこにあるのか。最高裁はもとよりのこと、下級審においても違憲判決の数が非常に少ないこと、そしてそのためにそれに触発された違憲判断の方法についての学界での論争がこれまで活発とはいえなかったこと、一因があるように思われる。今後の判例と学説の動向に注目していきたい。