HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	違憲判断の多様化・弾力化理論（１）：過小包摂立法の違憲判断を端緒として
Author(s)	山﨑, 皓介
Citation	北大法学論集, 71(1), 47-78
Issue Date	2020-05-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/78265
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_71_1_02_Yamazaki.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

違憲判断の多様化・弾力化理論（１）

―― 過小包摂立法の違憲判断を端緒として ――

山　崎　皓　介

目　　次

はじめに
１章　問題の所在
　Ⅰ．多様化・弾力化の意義
　　１．多様化・弾力化の所在
　　２．弾力化の具体的形態
　　３．多様化の具体的形態　　（以上、本号）

はじめに

憲法81条は、違憲審査を「一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する」ものとして規定している。そして、憲法に適合しないことの法効果を、憲法98条１項は、次のように規定している。すなわち、「この憲法は、国の最高法規であって、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」。ところが、裁判という実践の場においては、このような合憲有効／違憲無効という二項対立は、窮屈とならざるをえない。

裁判は、少なくともその現実の姿において、非人格的な法の声ではありえない。それは、「具体的紛争の適切妥当な法的解決」を目的とした主体的な実践活動である[1]。ここでいう「適切妥当な」とは、当事者間の

[1] 中村治朗『裁判の世界を生きて』（判例時報社、1989）323、415頁。

利益衡量、将来の同種事案への影響、社会における受容可能性、法的理論構成、合議体としての意思形成の必要等、様々な事柄を総合判断した結論がそう表現されているにすぎない[2]。重要なことは、裁判官の思考過程においては、正当化の過程とは裏腹に、こうした「妥当な結論」が出発点ないし中心点になっているということである[3]。

以上のことは、違憲審査がなされる場合であっても変わらない[4]。もっとも、違憲審査という裁判官にとって「危険な領域」においては、自ずと「妥当な結論」の判断要素やその重点の置き方に特性がでてこよう[5]。すなわち、基本的人権の重要性、政治部門との緊張関係、社会における価値観の対立等、極めてセンシティブな事柄がより強く関係してくるのである[6]。

さて、違憲審査において「妥当な結論」が志向される際、それが違憲審査の結論、すなわち合憲有効／違憲無効という二項対立とうまく噛み合わない事態の生じうることは、考えてみれば当然である。この問題が顕在化したのが、古くは投票価値の平等をめぐる選挙無効訴訟であり[7]、比較的新しいものとしては、国籍法事件判決[8]、非嫡出子相続分事件判決[9]である。そこでみられたのは、問題となった法令を合憲とするわけにはいかないが、単に違憲無効とするのでは、政治的・社会的に大きなインパクトが伴い、あるいは救われるべき当事者が救われないという事態である。ここに、「違憲判断の多様化・弾力化」が要請されることに

---

[2] 中村･同上332-335頁、藤田宙靖『裁判と法律学――『最高裁回想録』補遺――』（有斐閣、2016）79-80、82-84頁。

[3] 中村治朗『裁判の客観性をめぐって』（有斐閣、1970）121-123頁、土屋文昭『民事裁判過程論』（有斐閣、2015）219-222頁。

[4] 藤田宙靖『最高裁回想録――学者判事の七年半――』（有斐閣、2012）138頁。

[5] 中村・前掲注（３）155-161頁。

[6] 参照、千葉勝美『憲法判例と裁判官の視線――その先に見ていた世界』（有斐閣、2019）はしがきⅰ-ⅲ頁。

[7] 最大判昭和51年４月14日民集30巻３号223頁、最大判昭和60年７月17日民集39巻５号1100頁。

[8] 最大判平成20年６月４日民集62巻６号1367頁。

[9] 最大決平成25年９月４日民集67巻６号1320頁。

なる――というより、「要請されざるをえない」のである[10]。

さればといって、憲法の規定からくる「窮屈」さを取っ払い、好き勝手に多様化・弾力化させてよいということにはならない。なぜなら、裁判官の任務は、「あくまで法による裁判という性格を失うことのない適切妥当な解決」にあるからである[11]。そこには、法ルール、法原理、あるいは法体系全体との論理的整合性という「頗る窮屈なわく」[12]が存在していなければならない。なるほど、ここで「法による裁判」という建前の擬制性を指摘することは容易である。しかし、要点は、「その擬制を、当為としてくみかえて提示し直すこと〔傍点原文〕」にあったはずである[13]。裁判の理由づけには、自己拘束および他者への説得という内的・外的ふたつの側面において意味があり[14]、それは、結局のところ、立憲主義の問題であり、また裁判の正統性（legitimacy）の問題なのである[15]。したがって、「適切妥当な法的解決」を求めてなされる総合判断の中で、理由づけ（法的理論構成）が果たすべき役割を矮小化してはならない[16]。

違憲判断の多様化・弾力化が、単なる技術的問題というよりも、当事者の具体的な権利利益の実現に直結する切実な問題である以上、こうした視座は重要であるように思われる。

＊　　＊　　＊

本稿は、以上のような問題意識に基づいて、違憲判断の多様化・弾力化の法的理論構成を考究するものである。その際、個々の多様化・弾力化形態を統制し、体系的に説明することのできる、多様化・弾力化の法解釈学的理論を構築することを試みる。というのも、体系的円環の中に

---

[10] 竹下守夫「違憲判断の多様化・弾力化と違憲判決の効力」三ヶ月章先生古稀祝賀『民事手続法学の革新（中）』（有斐閣、1991）672頁。

[11] 中村・前掲注（１）332-336頁。

[12] 中村・同上334頁。

[13] 樋口陽一＝栗城壽夫『憲法と裁判』（法律文化社、1988）22-23頁〔樋口〕。

[14] 中村・前掲注（３）79-81頁。

[15] 樋口＝栗城・前掲注（13）21頁〔樋口執筆〕、中村・前掲注（３）194頁。

[16] 参照、田中成明『現代法理学』（有斐閣、2011）453-456、557-559、564-565頁。

それらを位置付けることで、より高い「説明可能性」[17]が期待でき、同時に、複数の多様化・弾力化形態が選択肢として浮上してくる局面にも対応可能となるからである。

ただし、筆者の能力上の問題から、以下のような限定をかけざるをえなかった。第一に、適用違憲および処分違憲をさしあたりの考察対象から除いている。これらについては、自ずと別途考察を要するのみならず、そもそも様々な分類・整理の仕方があるところである[18]。そこで、まずは、判例上も「標準」[19]となっている文面審査・法令違憲から扱うこととした。第二に、法令違憲の判断における多様化・弾力化理論の全体をくまなく描き出しているわけではない。本稿では、理論の大枠を示した上で、理論化・体系化の要となる過小包摂立法に対する違憲判断の多様化・弾力化に焦点を絞っている。これは、後にみるように、理論化に際して、多様化・弾力化の諸形態を一括するのではなく、憲法98条1項のルールから派生的に一つひとつ構成していくというアプローチを採ったことに起因する。

これら残された課題については他日を期することとして、以下、本論に移るが、まずは、違憲判断の多様化・弾力化とは何であるかということも含め、もう少し詳しく問題の所在を論じておく必要があろう。

---

[17] 樋口＝栗城・前掲注（13）53頁〔樋口〕。

[18] ただし、近年の重要な論考として、土井真一「違憲審査の対象・範囲及び憲法判断の方法――憲法適合的解釈と一部合憲判決の位置づけ」同編著『憲法適合的解釈の比較研究』（有斐閣、2018）224-240頁。

[19] 市川正人『司法審査の理論と現実』（日本評論社、2020）254-255頁。

1章　問題の所在

本章では、違憲判断の多様化・弾力化とは具体的にどのようなものであり、なぜそれが要請されるのか（Ⅰ）、そして、それはいかなる特性あるいは機能を有するか（Ⅱ）を考察し、それを足がかりとして、多様化・弾力化を統制する法解釈学的理論という課題と、理論化に際して採られるべき基本的視座を設定する（Ⅲ）。

Ⅰ．多様化・弾力化の意義

そもそも、違憲判断の多様化・弾力化とはいかなるものであるか。以下では、本稿が取り上げようとする局面を明確にするべく、わが国違憲審査制の構造の中で多様化・弾力化がどのような位置を占めるかを確認した上で（**1**）、学説・判例にみられる具体的な多様化・弾力化形態を、その実践的意義にも着目しつつ概観する（**2**、**3**）。

1．多様化・弾力化の所在

(1) 伝統的違憲審査観

周知のとおり、わが国の違憲審査制は、付随的違憲審査制であり[1]、違憲とされた法令の効力については、当該裁判の限りで否定される（個別的効力説）、とされている。ここには、伝統的違憲審査観とでもいうべき連関がある[2]。その中核にあるのは、違憲審査が「司法権の範囲内」にあるという理解である[3]。すなわち、「司法権の作用はほんらい具体的事

---

[1] 最大判昭和23年７月８日刑集２巻８号801頁、最大判昭和25年２月１日刑集４巻２号73頁、最大判昭和27年10月８日民集６巻９号783頁（警察予備隊事件判決）。わが国における抽象的違憲審査の可能性については、佐々木雅寿『現代における違憲審査権の性格』（有斐閣、1995）、特に第二部を参照。

[2] 以下の記述については、鵜飼信成「違憲性判決の効力」同『司法審査と人権の法理――その比較憲法史的研究――』（有斐閣、1984〔初出・1948〕）３頁以下、清宮四郎『憲法Ⅰ〔第３版〕』（有斐閣、1979）371-372、375-376頁、佐藤功『憲法（下）〔新版〕』（有斐閣、1984）1052-1065頁、樋口陽一ほか『注解法律学全集４ 憲法Ⅳ〔第76条～第103条〕』（青林書院、2004）90-94、152-158頁〔佐藤幸治〕を参照。

[3] 警察予備隊事件判決は、「最高裁判所は法律命令等に関し違憲審査権を有す

件に対し法を適正に解釈し、適用する作用であるが（法の適用には当然にその解釈を必要とする）、その法の解釈・適用は当然に憲法の解釈および憲法の下にある法令が憲法に違反しないかどうかの解釈を含む」というわけである[4]。したがって、違憲審査は、「特定の具体的裁判に当たって、適用すべき法律を明らかにする」[5]ものとして、具体的事件に付随して行われなければならないし[6]、法令の効力についても、「その事件に関する限り、その法律は無効とされ、適用を拒否される」にとどまることとなる[7]。

この個別的効力（無効・適用拒否）[8]は、憲法98条１項（「この憲法は、国の最高法規であって、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」）の法効果そのものである[9] [10]。すなわち、この無効という法効果[11]は、憲法違反

るが、この権限は司法権の範囲内において行使されるものであり、この点においては最高裁判所と下級裁判所との間に異なるところはないのである（憲法76条１項参照）」としている。

[4] 佐藤功・前掲注（２）1040頁。

[5] 鵜飼・前掲注（２）８頁。

[6] ここでいう「司法権」には、それに固有の「法律上の争訟」の裁判のみならず、「その他法律において特に定める権限」（裁判所法３条）としての裁判も含めて理解されるため、非訟事件や客観訴訟等においても違憲審査はなされうる（参照、土井真一「違憲審査の対象・範囲及び憲法判断の方法――憲法適合的解釈と一部合憲判決の位置づけ」同編著『憲法適合的解釈の比較研究』（有斐閣、2018）215頁）。

[7] 鵜飼・前掲注（２）28頁。「憲法の司法的解釈が正当性を主張し得るのは、決して絶対的なものでなく、たんに司法権の領域内で、即ち『事件』の決定の範囲内においてのみである」からである（同上）。もちろん、そうした解釈は、先例拘束性を持つのであるが。

[8] 個別的効力説のバリエーションとして、政治部門は最高裁の違憲判断に従う政治的ないし法的義務があると説かれることがあるが、当面の関心からは外れるので、ここでは立ち入らない。

[9] 最大判昭和23年７月８日は、「憲法第81条の規定は、第98条第１項……と密接な表裏の関係が存する」としている。もっとも、通説的理解によれば、違憲法令が「効力を有しない」のは、憲法が（形式的）最高法規であることの当然の帰結であるから、98条１項は特別の意味をもたない（鵜飼・前掲注（２）5-6頁、

という構成要件に結合されて法命題を形作っており、違憲審査において、裁判官は、この法命題の当為を「確認・認定」[12]するのである（法律学的判断）[13]。そして、この無効は、伝統的なドグマーティクからしても[14]、同項の規定ぶりからしても、何らの行為を要しないという意味で当然無効であり、したがってまた、憲法違反となった時点から無効という意味で当初無効である[15]。

以上要するに、わが国において想定されてきた違憲審査の典型は、次のような構造を持つ。第一に、それは適法に係属した事件に適用されうる法の解釈・適用の一環である（①付随審査）。第二に、それは無効という法効果を――当該裁判の限りで――確認・認定するものである（②法律学的判断）。第三に、その帰結は、「有効・無効という単純な二値論理」[16]である（③二値論理）。このような構造連関を、本稿では、便宜的に、

清宮・前掲注（２）370頁、佐藤功・前掲注（２）1278頁、樋口ほか・前掲注（２）335頁〔佐藤〕）。これに対して、本稿では、①確認的規定であることが解釈対象とならないことを意味するわけではないこと、②憲法がわざわざ明文の規定を用意していること、③通説がそれを強調するのは、「違憲判決の効力」に関する規定として98条１項に特別の意味を見いだす一般的効力説への反論という意味合いが強いことを踏まえ、98条１項を一種の総則的規定として理解した上で、「効力を有しない」ことを同項の法効果として扱う。しかしながら、このことは、必ずしも上記通説的理解を否定する趣旨ではない。

[10] この法効果を指す場合には、「違憲判決の効力」という言葉はミスリードであろう（参照、兼子一＝竹下守夫『裁判法〔第4版〕』（有斐閣、1999）96-97頁）。

[11] ここでいう「法効果」とは、法効果内容ではなく、法効果指示を意味するから、無効もまた「法効果」の一種でありうる（青井秀夫『法理学概説』（有斐閣、2007）55-56頁）。

[12] 青井・同上405頁注３によれば、「『何法の何条によれば、～すべしということになっている』という法律学的判断は、ある命令的当為を純然たる思考形象として受け止め確認・認定する、論理学的意味での判断であ」る。

[13] 鵜飼・前掲注（２）20頁。

[14] 我妻栄『新訂民法総則』（岩波書店、1965）385-386頁。

[15] 清宮・前掲注（２）370頁。最大判昭和51年４月14日民集30巻３号223頁（昭和51年衆議院選挙無効訴訟判決）は、「憲法に違反する法律は、原則としては当初から無効であ」るとしている。

[16] 石川健治「憲法解釈学における『論議の蓄積志向』――『憲法上の権利』への

伝統的違憲審査観と呼ぶこととする。

(2) 伝統的違憲審査観の構造的問題

さて、こうした伝統的違憲審査観の構造にかかる問題の一つとして、憲法上の権利がうまく実現されえない事態がありうるということが、つとに、例えば、野中俊彦教授や佐藤幸治教授によって指摘されてきた[17]。佐藤教授は、次のようにいう。

「……権利・自由の侵害の文脈や態様は様々であり、したがってその救済もかかる文脈や態様に応じて様々でありうるであろうし、またそうでなければならない。憲法訴訟の次元でいっても、問題の法律ないし行為を違憲無効と宣言することによって救済がはかられる場合が多いであろうけれども、違憲無効とするだけでは救済としての意味をもちえず、あるいは違憲であっても無効とはなしえないような事情がありうる。……選挙権や社会権の侵害の場合とか、平等違反の場合等にあっては、問題の法律ないしそれに基づく国家行為を違憲無効として適用を排除するだけでは権利の救済がはかられず、ときにはかえってゆゆしき事態が招来されかねない。」[18]

要するに、伝統的違憲審査観においては、③合憲有効／違憲無効という二値論理で結論されるために、「違憲無効の論理的帰結が提訴者救済の実を挙げることのできない場合や憲法秩序に無用の混乱を生じさせるだけに終る場合」[19]があるというわけである。それは、もう少し一般的にいえば、「違憲状態を真に排除するためには立法府の新たな立法行為を必要とする場合、あるいは必要でなくてもそれに待つ方がより妥当な結果を生じさせうる場合」である[20]。しかしながら、こうした事情が憲法適合性判断に反作用して合憲となってしまうのでは、いかにも「本末顛

招待」樋口陽一ほか編著『国家と自由・再論』（日本評論社、2012）19頁。

[17] 野中俊彦「違憲判決の方法――定数違憲判決を素材に――」Law school 4号（1979）7-8頁、佐藤幸治「基本的人権の保障と救済」同『現代国家と司法権』（有斐閣、1988〔初出・1985〕）257-261頁。

[18] 佐藤・同上258頁。

[19] 野中・前掲注（17）7頁。

[20] 野中・同上。

倒」[21]である。

(3)「基本権訴訟」論の系譜

この伝統的違憲審査観の構造にかかる問題（の一つ）に対する解答としては、大きく二つの方向がありうるが、そのうちの一つが、「基本権訴訟」論およびその流れを汲む議論である。これは、先にみた連関でいえば、①付随審査のレベルで伝統的違憲審査観にメスを入れるものである。

棟居快行教授によれば、「憲法上の実体的基本権（自由権・社会権・参政権）は、基本権の裁判による実効的保護を保障した憲法32条『裁判を受ける権利』（手続的基本権）と併せ読めば、すべて訴権性を有する実体的請求権である」から、実定訴訟法の定めが尽きたところでも、憲法解釈上、「基本権の裁判的自己実現のプロセス」、すなわち「基本権訴訟」が導出されうるという[22]。そこでは、憲法上の権利が、当事者間の具体的な権利義務または法律関係として、直接的に法律上の争訟を構成する[23]。すなわち、伝統的違憲審査観においては、憲法上の争点は、法律以下の権利義務関係の存否等を審判する中で[24]、その前提問題（法令の有効・無効）として現れるのに対して、「基本権訴訟」においては、憲法上の権利それ自体が紛争の主題となっているのである[25]。具体的には、「公

---

[21] 佐藤・前掲注（17）261頁。

[22] 棟居快行「『基本権訴訟』の可否」同『人権論の新構成』（信山社、1992〔初出：1985〕）314、295頁。なお、中川丈久教授が指摘するように、ここでいう「実体的請求権」とは、「給付訴訟＋強制執行をもたらす権利という意味ではなく、給付であれ確認であれ、それが侵害されることが裁判的救済の根拠となる憲法上の具体的な権利（国家の義務）という意味と捉えられるべきであろう」（同「取消訴訟の原告適格について（3・完）――憲法訴訟論とともに」法教381号（2012）86頁）。

[23] 棟居・前掲注（22）289-290頁。宍戸常寿「司法のプラグマティク」法教322号24頁（2007）28-30頁も参照。

[24] 刑罰権の存否や、非訟事件・行政事件訴訟における申立事項の審判を含む。

[25] 「基本権訴訟」を公法上の当事者訴訟として理解すれば、憲法上の権利が――給付請求権等の形をとって――訴訟物となることを意味する。ただし、確認訴訟の確認対象は権利の存否に限られないから、その場合は除く。

の営造物利用差止訴訟」、「法律施行差止訴訟」、「国費支出禁止（差止）訴訟」、「法律違憲確認訴訟・基本権確認訴訟」、「法案提出義務確認訴訟」等が考えられるという[26]。

この「基本権訴訟」論は、「1980年代当時の行政訴訟に関する学説判例を批判する文脈で登場したもの」であり[27]、「訴訟法の留保」というキーワードに集約されているように、「基本権侵害の救済を求める訴訟」についての「訴訟要件・訴訟類型」に焦点が当てられている[28]。しかしながら、それは、先にみた問題にも一つの解決策を提示している[29]。なぜなら、請求の趣旨または申立事項と判決内容が厳格に対応するわが国では[30]、「訴訟類型」が選択されたなら、同時に判決内容も決まるため、「基本権訴訟」論は、必然的に「判決の形式および救済方法」[31]を含意するからである。すなわち、伝統的違憲審査観においては、有効か無効かという選択肢しかなかったがためにジレンマが生じるわけであるが、「基本権訴訟」においては、請求の趣旨および判決内容という形で、比較的自由に憲法問題に対する司法的解決を考えることができるのである。

そして、この意味で「基本権訴訟」と同型の裁判を構想しつつ、今度は、「判決の形式および救済方法」の側に視座を置いた論者も登場してくる。

---

[26] 棟居・前掲注（22）303-312頁。これらは、「実定訴訟類型からも離れて当該基本権の実効的保護にとって最適の訴訟類型を創出するタイプ」の「訴訟類型創出型基本権訴訟」＝「真性基本形訴訟」であるが、これに対して、「実定訴訟法の用意している訴訟をそのまま借用する」、「訴訟要件拡充型基本権訴訟」＝「不真正基本権訴訟」もある（同294-297、315頁）。

[27] 中川・前掲注（22）86頁。

[28] 棟居・前掲注（22）286-287頁。なお、これと基本的には同型の議論が、裁判を受ける権利に関する研究において、その保障内容の一側面として登場することがある（笹田栄司『実効的基本権保障論』（信山社、1993）329-338頁、藤井俊夫『事件性と司法権の限界』（成文堂、1992）21-40、402-488頁、松井茂記『裁判を受ける権利』（日本評論社、1993）190-199頁）。

[29] 参照、棟居快行『憲法学の可能性』（信山社、2012）159頁。

[30] このあたりが、英米法の救済（remedy）とは異なるところである（参照、谷口安平「アメリカ民訴における判決の申立と裁判」法学論叢88巻１・２・３号（1970）106頁以下）。

[31] 棟居・前掲注（22）287頁。

例えば、「『具体的権利』とされる憲法上の実体的な利益から、どのような法的強制措置の発動を裁判所に対して請求できるのか」という「救済方法」の問題を主題とする井上典之教授[32]、「憲法上の権利救済におけるインジャンクション類似の救済手段利用の可能性」を検討する青井未帆教授[33]、「固有の意味の『憲法訴訟』」としての確認訴訟について検討する鵜澤剛教授[34]がそうである[35]。

また、いわゆる立法不作為の違憲確認訴訟をめぐる議論もこの文脈に位置づけることができよう[36]。近年、最高裁による活用の兆しがみられる立法行為の国賠訴訟もそれと同様の機能を果たす場合がある[37]。

---

[32] 井上典之『司法的人権救済論』（信山社、1992）、特に第一部（引用は169頁）、同「救済方法」ジュリ1037号（1994）222頁以下。同「基本権の客観法的機能と主観的権利性――ドイツ基本権解釈学の粗描――」覚道豊治先生古稀記念『現代違憲審査論』（法律文化社、1996）267頁以下も参照。

[33] 青井未帆「憲法上の権利の司法的救済――インジャンクション類似の救済手段利用に向けての予備的考察――」本郷法政紀要７巻（1998）33頁以下（引用は55頁）。

[34] 鵜澤剛「憲法訴訟の新たな可能性」立教法学71号（2006）283頁以下（引用は291頁）。

[35] 前二者の議論においては「救済」という言葉がキーワードとなっているが、関連して、先に引用した佐藤幸治教授や遠藤比呂通教授等、それを憲法解釈論上の法的概念として用いる論者がいる。ところが、その場合、「救済」はある種のマジックワードとなってしまっているように思われる。この点については、次章で扱う機会があるのでそちらに譲る。

[36] 公法上の当事者訴訟としての違憲確認訴訟については、山本隆司『判例から探究する行政法』（有斐閣、2012）493-495頁、山崎友也「在外邦人選挙権訴訟再考」論ジュリ29号（2019）16頁、興津征雄「憲法訴訟としての公法上の当事者訴訟」曽我部真裕ほか編『憲法論点教室〔第２版〕』（日本評論社、2020）196頁を参照。

[37] 立法行為の違法性を判断するために問われるのは、立法内容の違憲性であって、当該法令の効力ではないからである。近年の展開については、大林啓吾「憲法訴訟の転機と司法積極主義の兆し――契機としての再婚禁止期間違憲訴訟と夫婦別姓訴訟」法時88巻７号（2016）66頁以下、同「憲法訴訟における違憲・合法――国賠訴訟における立法内容の合憲性と立法行為の合法性の区分」樋口陽一ほか編『憲法の尊厳――奥平憲法学の継承と展開』（日本評論社、2017）425頁以下を参照。

(4) 違憲判断の多様化・弾力化

以上のような「基本権訴訟」型の裁判は、国家行為の有効・無効という憲法98条１項のルールを通さないため、③二値論理の桎梏を免れることができる点にメリットがある。しかしながら、憲法上の権利から直接に判決事項を導出するにも限界はあろうし、また、法令上付与された利益等、無効という解釈論上の操作を経ることではじめて成果が得られる場合もある[38]。さらにいえば、現行法を対象とする違憲確認訴訟の場合、結局、当該法令がその後の実務でどのように扱われるべきかが問題とならざるをえない[39]。したがって、「基本権訴訟」型の裁判について今後も研究が進められるべきである一方で[40]、実務上、98条１項のルールを適用する従来型の違憲審査（あるいは同ルールそれ自体）が重要であり続けることに変わりはないのである。

かくして、「違憲無効の論理的帰結が提訴者救済の実を挙げることのできない場合や憲法秩序に無用の混乱を生じさせるだけに終る場合」に対処する、もう一方の解決ルートとして、違憲判断の多様化・弾力化が要請されることとなる。ここで、「違憲判断の多様化とは、裁判所が、ある法令を違憲・無効としつつも、それを、その法令全体ではなく、そ

---

[38] 参照、興津・前掲注（36）195-196頁。なお、鵜澤・前掲注（34）283-284頁は、在外日本人選挙権事件判決（最大判平成17年９月14日民集59巻７号2087頁）について、「いわば『憲法上の権利の確認訴訟』が許容された」、あるいは憲法上の争点が「直接の審判対象」となったと評するが、精確には、同判決は、憲法上の権利である選挙権の行使について規定する公職選挙法上の地位（「次回の……〔衆参選挙区選出議員〕選挙において、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票をすることができる地位」）を――同法附則８項の部分無効の判断を通して――確認するものである。この限りでは、同判決は、むしろ従来型の違憲審査の枠内にあるといえよう。

[39] 実質的には違憲確認訴訟の機能を果たした平成27年再婚禁止期間事件判決（最大判平成27年12月16日民集69巻８号2427頁）において、櫻井龍子裁判官ほか補足意見が、「100日以内部分の適用除外に関する法令解釈上の問題について補足」したのは、そうした意識の表れであろう。

[40] 「基本権訴訟」論の展開としては、棟居快行「『基本権訴訟』としての確認訴訟」同・前掲注（29）153頁以下、同「基本権としての人権――『基本権訴訟』その後」同『憲法の原理と解釈』（信山社、2020）247頁以下。

の量的または質的一部にとどめる場合に、違憲判断が多様なることを指し、またその弾力化とは、ある法令を違憲としつつも無効とせず違憲の確認にとどめ、あるいは、判決において無効の時期を将来の一定の時点に延期する等、法令の無効を違憲の判断と時間的に直結させない内容の判断をすることを指す」[41]。これは、98条１項の法解釈論により、③二値論理のレベルで何とかその不都合を回避しようとするものである。すなわち、同項にかかる②法律学的判断の枠内で対処するわけである。

そうすると、違憲判断の多様化・弾力化は、基本的には、「訴訟のある瞬間的一断面（本案審理の過程で適用が問題となる法令の効力審査の時点）」[42]における論理なのであって、つまり、実体法の問題というべきである[43]。この点、違憲判断の多様化・弾力化は、従来、「違憲判決の効力」、「違憲判決の方法」、あるいは「救済（法）」といった標題の下に論じられることも多かったが、それにより、上記のような位置づけが不鮮明となってきたうらみがある。そこで、本稿では、よりニュートラルな語感を持つ竹下守夫教授の用語法をお借りすることとした[44]。

なお、この「判決」や「救済」として語る学説の中には、多かれ少なかれ、②法律学的判断のレベルにまで手を入れるものもある。憲法解釈論上、無効という法効果を裁判所のある種の権限行使の結果として理解するアプローチである[45]。こうしたアプローチや実体法平面への位置づけ

---

[41] 竹下守夫「違憲判断の多様化・弾力化と違憲判決の効力」三ヶ月章先生古稀祝賀『民事手続法学の革新（中）』（有斐閣、1991）675頁。

[42] 棟居・前掲注（22）286頁。

[43] 違憲審査基準論に限らず、「憲法訴訟論」としてなされてきた議論の本来的土俵は、基本的には、実体法平面であろう（参照、石川・前掲注（16）26頁、安念潤司「憲法訴訟論とは何だったか、これから何であり得るか」論ジュリ１号（2012）132-134頁）。

[44] ただし、「違憲判決の効力」論（竹下・前掲注（41）700-709頁）も含め、内容的に竹下教授の立場に同調する趣旨ではない。

[45] 精確には、それも裁判所の権限行使を構成要件とする法効果の認定であり、したがって法律学的判断であるといえるが、伝統的違憲審査観において前提とされていた、発生に際して何らの行為を要しない法効果（当然無効）の確認・認定という法律学的判断とは明らかに異質である。

等、多様化・弾力化に関する理論的考察は次章以降に回して、まずは、理論化という課題とそこでの基本的視座を設定するための準備作業として、その実践的側面にも定位しつつ、多様化・弾力化が具体的にいかなるものであるかを概観する。

2．弾力化の具体的形態

違憲判断の弾力化とは、「ある法令を違憲としつつも無効とせず違憲の確認にとどめ、あるいは、判決において無効の時期を将来の一定の時点に延期する等、法令の無効を違憲の判断と時間的に直結させない内容の判断をすることを指す」[46]。以下では、理論的問題の所在を予示しつつ、実践的意義にも着目して、弾力化の具体的形態に関する学説[47]・判例状況を概観する。

(1) 違憲確認

わが国において、違憲確認とは、違憲とされた法令の効力を維持することを指す[48]。この場合の違憲確認は、違憲確認訴訟の判決主文における違憲性の確認とは異なる。それは、実体法上、法令が違憲であるにもかかわらず有効であることを意味するからである。このような判断は、わが国では、以下に見るように投票価値の平等をめぐる選挙無効訴訟に出自を持つが、より一般的に用いられる可能性も指摘されている[49]。もっとも、わが国の学説は、違憲確認を「違憲判断の一つの類型として正面から認めることに対して、極めて慎重な態度をとっているように見える」、と評されることもある[50]。

---

[46] 竹下・前掲注（41）675頁。

[47] 次章で多様化・弾力化の理論的検討を行う関係上、ここではごく簡単に触れるにとどめる。

[48] 野中俊彦『憲法訴訟の原理と技術』（有斐閣、1995）408-409頁、竹下・前掲注（41）686-687頁、戸松秀典『憲法訴訟〔第2版〕』（有斐閣、2008）361頁、新正幸『憲法訴訟論〔第2版〕』（信山社、2010）637頁、宍戸常寿「合憲・違憲の裁判の方法」戸松秀典＝野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012）84頁。

[49] 野中・前掲注（48）409頁、竹下・前掲注（41）688頁、新・前掲注（48）638-639頁、宍戸・前掲注（48）65頁。

[50] 竹下・前掲注（41）686-687頁。

こうした違憲確認については、昭和51年衆議院選挙無効訴訟判決[51]が重要であることはいうまでもない。同判決は、違憲とされた議員定数配分規定に基づく選挙の効力について次のように説示している。

「憲法98条１項は、……憲法の最高法規としての性格を明らかにし、これに反する国権行為はすべてその効力を否定されるべきことを宣言しているのであるが、しかし、この法規の文言によって直ちに、法律その他の国権行為が憲法に違反する場合に生ずべき効力上の諸問題に一義的解決が与えられているものとすることはできない。憲法に違反する法律は、原則としては当初から無効であり、また、これに基づいてされた行為の効力も否定されるべきものであるが、しかし、これは、このように解することが、通常は憲法に違反する結果を防止し、又はこれを是正するために最も適切であることによるのであって、右のような解釈によることが、必ずしも憲法違反の結果の防止又は是正に特に資するところがなく、かえって憲法上その他の関係において極めて不当な結果を生ずる場合には、むしろ右の解釈を貫くことがかえって憲法の所期するところに反することとなるのであり、このような場合には、おのずから別個の、総合的な視野に立つ合理的な解釈を施さざるをえないのである。

そこで、本件議員定数配分規定についてみると、……右規定及びこれに基づく選挙を当然に無効であると解した場合、これによって憲法に適合する状態が直ちにもたらされるわけではなく、かえって、右選挙により選出された議員がすべて当初から議員としての資格を有しなかったこととなる結果、すでに右議員によって組織された衆議院の議決を経たうえで成立した法律等の効力にも問題が生じ、また、今後における衆議院の活動が不可能となり、前記規定を憲法に適合するように改正することさえもできなくなるという明らかに憲法の所期しない結果を生ずるのである。それ故、右のような解釈をとるべきでないことは、極めて明らかである。」

これは、あるルールに例外を読み込むタイプの体系的・目的論的解釈であって、法解釈における定石の一つである[52]。もっとも、この説示を理

[51] 最大判昭和51年４月14日民集30巻３号223頁。

[52] いうまでもなく、そのことが法的正当化の容易さを意味するわけではない。憲法98条１項は、立憲主義を形式面から支える規定であるから、その例外につ

解するにあたっては、ここでの「無効」が憲法98条1項によるものであることに注意が必要である。というのも、同判決は、上記引用部分に続けて、「次に問題となるのは、現行法上選挙を将来に向かって形成的に無効とする訴訟として認められている公選法204条の選挙の効力に関する訴訟において、判決によって当該選挙を無効とする（同法205条1項）ことの可否である」としているからである。しばしば混同されるが、《憲法98条1項による違憲な配分規定（ひいては選挙）の当然無効》と《公選法205条1項の無効判決による違法な選挙の「形成的無効」》とは別の事柄であり、いわゆる事情判決の法理（行訴法31条1項前段に含まれる「一般的な法の基本原則」）は、後者において展開されているのである[53]。違憲判断の弾力化を理論的に考察しようとする本稿にとっては、この切り分けは重要である。

さて、同判決の違憲確認あるいは事情判決の法理が実践的配慮に基づいていることは、上記説示からも明らかである。この点、同判決の調査官解説は、同判決の各意見において「最も苦心の跡がみうけられるのは、……違憲とした場合における事後処理」であり、また、「従来、常識的に考えれば、選挙人の投票価値にかなりの不平等が生じていたとみられるのに、判例があえて議員定数配分規定の違憲の判断に踏み切らなかったのは、これを違憲とした場合には、必然的にこれに基づく選挙も無効とせざるをえず、場合によっては国政の運営に重大な支障を生ずるおそれがあるということを懸念したためではなかったかと思われる」という[54]。裁判官のバランス感覚においては、違憲確認あるいは事情判決の法理があってはじめて配分規定の違憲判断が可能となったというわけで

いては慎重な判断を要する。とはいえ、98条1項の下で違憲有効という状態はおよそ説明がつかないとしているように見受けられる見解（高橋和之『体系憲法訴訟』（岩波書店、2017）343頁注67）には疑問がある。

[53] 野坂泰司『憲法基本判例を読み直す〔第2版〕』（有斐閣、2019）119頁は、次のようにいう。「本件訴訟を公選法204条の訴訟として認めるのであれば、……当然無効は問題にならないはずである。本判決は、まず当然無効の解釈を否定し、次いで公選法204条の訴訟において判決で選挙を無効とすることの可否を検討しているが、両者が論理的にどうつながるかは明確でない」。

[54] 越山安久「判解」最判解民事篇昭和51年度157-158頁。

ある[55]。選挙無効訴訟に限らず、一般的に、違憲確認は、無効判断に伴う弊害を、端的に無効としないことにより回避するものといえよう。なお、本稿では憲法98条１項の問題に焦点を当てている関係上、むしろ憲法適合性判断の問題である、いわゆる違憲の警告[56]は、取り上げない。

(2) 将来無効

次に、将来無効とは、法令を違憲とするが無効の法効果が一定期間経過後に発生することを指す[57]。これも、やはり選挙無効訴訟をきっかけに論じられるようになったものである。学説は、選挙無効訴訟における利用可能性については「概して肯定的」なようであるが[58]、より一般的な利用可能性については、論者ごと肯定的・否定的なニュアンスを持たせつつも、基本的にはなお残された課題としているように見受けられる[59]。

---

[55] 事情判決の法理を発案したのは中村治朗首席調査官（当時）であるとされているが、園部逸夫「裁判官中村治朗イン・メ92アム――その公法理論管見」判時1484号（1994）８頁は、同法理について、「中村の『状況感覚』に由来するもので、裁判所の決断としては定数配分違憲の判決をしなければならないが、その結果として生ずる目前の混乱について裁判官としては何の対策も講じえないとき、無責任な判決はできないという、彼一流の禁欲主義的裁判観から編み出した咄嗟の間の妙技」であると評している。

[56] 野中･前掲注（48）411-412頁、竹下･前掲注（41）691-692頁、戸松･前掲注（48）354-55頁、宍戸・前掲注（48）86-87頁。

[57] 野中・前掲注（48）410頁、竹下・前掲注（41）693頁、戸松・前掲注（48）359頁、新･前掲注（48）639頁、宍戸･前掲注（48）88頁。ここに掲げた論考も含め、このような判断は「将来効」と呼ばれることが多い。しかしながら、この言葉は、もともと判例変更により作られた新ルールの遡及・不遡及の問題を表すprospective overrulingに当てられた訳語であるところ、法令が無効となる時期を判決時より将来に延ばすことにもこれと同じ言葉を当てるのは、ミスリードである（竹下･同上696頁注23）。そこで、本稿では、戸松秀典教授による「将来無効」（戸松・同上）という表現を用いている。

[58] 野中・前掲注（48）411頁。新・前掲注（48）640頁も同旨。

[59] 新･同上。肯定的なものとして、佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』（三省堂、2013）220頁、辻信幸「将来効判決に関する一考察」高見勝利先生古稀記念『憲法の基底と憲法論――思想・制度・運用――』（信山社、2015）613頁。否定的なものとして、竹下・前掲注（41）693-694頁、戸松・前掲注（48）360-361頁。

将来無効を論じるに際して、必ずといっていいほど引用されるのが、昭和60年衆議院選挙無効訴訟判決[60]の寺田治郎裁判官ほか補足意見における次の一節である。

「……是正措置が講ぜられることなく、現行議員定数配分規定のままで施行された場合における選挙の効力については、多数意見で指摘する諸般の事情を総合考察して判断されることになるから、その効力を否定せざるを得ないこともあり得る。その場合、判決確定により当該選挙を直ちに無効とすることが相当でないとみられるときは、選挙を無効とするがその効果は一定期間経過後に始めて発生するという内容の判決をすることも、できないわけのものではない。けだし、議員定数配分規定の違憲を理由とする選挙無効訴訟（以下「定数訴訟」という。）は、公職選挙法204条所定の選挙無効訴訟の形式を借りて提起することを認めることとされているにすぎないものであって……、これと全く性質を同じくするものではなく、……その判決についてもこれと別個に解すべき面があるのであり、定数訴訟の判決の内容は、憲法によって司法権にゆだねられた範囲内において、右訴訟を認めた目的と必要に即して、裁判所がこれを定めることができるものと考えられるからである。」

しかしながら、この説示と学説における将来無効の説明との間には、実は距離がある。先にも述べたように、《憲法98条１項による違憲な配分規定（ひいては選挙）の当然無効》と《公選法205条１項の無効判決による違法な選挙の「形成的無効」》とは別の事柄であるところ、学説は前者の問題（98条１項の法効果）として捉えているように見受けられるのに対して、上記説示は、明確に後者の問題（判決の形成力）として論じているからである。そうすると、将来無効の一般的な利用可能性を考えるにあたっては、98条１項の下で無効の法効果が一定期間経過後に発生することの理論的根拠が別途問われねばならないだろう。

上記補足意見が示唆した将来無効判決には、再選挙の実施を念頭に置きつつ、配分規定の改正が当該選挙区選出議員を欠いた状態でなされる等、選挙無効の「弊害を最小限にくい止めつつ、事情判決的処理の繰り

[60] 最大判昭和60年７月17日民集39巻５号1100頁。

返しを回避する」という狙いがある[61]。これは、違憲確認の場合と比べると、より強く国会に配分規定改正を迫るものといえるが、政治的混乱に対する配慮という面では同じである。将来無効として、一般的な利用可能性を念頭に置く場合も、基本的には同様に、国会に時間的猶予を与えつつ、無効により改正を迫るという意義が想定されている[62]。

(3) 不遡及的無効

最後に、不遡及的無効とは、違憲法令は本来的には当初無効であるところ、違憲判断がなされた時点よりも以前に生起し、かつ当該法令が合憲なものとして適用された他の事件について、当初無効を貫徹しないことを指す[63]。

不遡及的無効は、平成25年非嫡出子相続分事件決定[64]において実際に問題となり、耳目を集めた。同決定は、非嫡出子の法定相続分を嫡出子の２分の１とする旧民法900条４号ただし書前段の規定が憲法14条１項に違反するとした上で、次のように説示した。

「……本件規定は、本決定により遅くとも平成13年７月当時において憲法14条１項に違反していたと判断される以上、本決定の先例としての事実上の拘束性により、上記当時以降は無効であることとなり、また、本件規定に基づいてされた裁判や合意の効力等も否定されることになろう。しかしながら、……平成13年７月から既に約12年もの期間が経過していることからすると、その間に、本件規定の合憲性を前提として、多くの遺産の分割が行われ、更にそれを基に新たな権利関係が形成される事態が広く生じてきていることが容易に推察される。……それにもかかわらず、本決定の違

---

[61] 濱野惺「判解」最判解民事篇昭和60年度296頁。なお、広島高判平成25年３月25日判時2185号36頁や最大判平成27年11月25日民集69巻７号2035頁の大橋正春裁判官反対意見において、実際に将来無効判決の結論が出されるに至っている。

[62] 辻・前掲注 (59) 613頁。佐々木・前掲注 (59) 218-219頁も参照。

[63]「不遡及的無効」という呼び方は、宍戸・前掲注 (48) 88頁による。なお、このような判断にも「将来効」という言葉が当てられることがあるが、前述の将来無効との関係等、紛らわしい場合もあるため（参照、高橋一修「先例拘束性と憲法判例の変更」芦部信喜編『講座憲法訴訟第３巻』（有斐閣、1987）179頁）、本稿では、「不遡及的無効」という表現を用いている。

[64] 最大決平成25年９月４日民集67巻６号1320頁。

憲判断が、先例としての事実上の拘束性という形で既に行われた遺産の分割等の効力にも影響し、いわば解決済みの事案にも効果が及ぶとすることは、著しく法的安定性を害することになる。法的安定性は法に内在する普遍的な要請であり、当裁判所の違憲判断も、その先例としての事実上の拘束性を限定し、法的安定性の確保との調和を図ることが求められているといわなければなら〔ない〕。」

「したがって、本決定の違憲判断は、Aの相続の開始時から本決定までの間に開始された他の相続につき、本件規定を前提としてされた遺産の分割の審判その他の裁判、遺産の分割の協議その他の合意等により確定的なものとなった法律関係に影響を及ぼすものではないと解するのが相当である。」

このような不遡及的無効（＝当初無効の制限）は、問題の所在としては、つとに認識されていたが[65]、具体的な議論が「手薄」であったことは否めない[66]。そして、その理論的説明については、なおも混迷状態にあるように思われる。というのも、この問題は、従来、「違憲判決の効力」論の一局面として論じられることが多かったが[67]、同決定は、明確に先例拘束性の問題として捉えているからである[68]。しかも、同決定は、伝統

---

[65] 法学協会編『註解日本国憲法下巻（2）』（有斐閣、1953）1221-1222頁、佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』（日本評論社、1984）222-225頁、戸松・前掲注（48）395頁。なお、比較法研究としては、高柳賢三教授がこの問題をいち早く論じていた（同「違憲判決の効果」『司法権の優位〔増訂版〕』（有斐閣、1958〔初出・1935〕）195-210頁）。

[66] 宍戸常寿「日本型違憲審査制の現在」全国憲法研究会編『日本国憲法の継承と発展』（三省堂、2015）265頁。

[67] 工藤達朗『憲法学研究』（尚学社、2009）194頁、新・前掲注（48）636-637頁、佐々木・前掲注（59）206頁、竹下守夫「最高裁判所の違憲判断の効力――平成25年9月4日大法廷決定にいう『先例としての事実上の拘束性』を手懸りとして」日本学士院紀要72巻1号（2017）8-10頁、同・前掲注（41）707頁。

[68] 「違憲判決の効力」と先例拘束性の関係は微妙である。参照、高橋一修「違憲判決の効力論・考」田中英夫先生還暦記念『英米法論集』（東京大学出版会、1989）123頁以下、笹田栄司「『違憲判決の効力論』についての覚書」高見古稀・前掲注（59）547頁以下、巽智彦「法令等の違憲・違法を宣言する裁判の効力――『違憲判決の効力論』を手がかりとして」成蹊法学83号（2015）183頁以下、

的な見解[69]を維持して、「事実上の拘束性」として語るのである。「事実上の拘束性を限定」するとは、一見して、法的な説明が困難なように思われる。この点、同決定の千葉勝美裁判官補足意見は、それを「最高裁判所の違憲審査権の行使に性質上内在する、あるいは付随する権能」として説明するが、法的な根拠づけとしてはなお不十分であって、仮にそう解するとしても、なぜ「性質上内在する」といえるかが問われねばならないのではないか[70]。

本稿の結論を先取りすれば、以上のような議論状況に対して、不遡及的無効を、「違憲判決」あるいは違憲判断それ自体の効力というよりも、――遡求が制限される事件の側からみることで――違憲法令の効力（98条１項）の問題として、換言すれば、違憲判断の弾力化の一形態として構成する途が残されているように思われるのである[71]。多様化・弾力化を主題とする本稿が不遡及的無効を取り上げるのは、そのためである。

さて、旧民法900条４号ただし書前段の憲法問題について、藤田宙靖裁判官は、「過去その法令に基づき形成されて来た様々の法関係はどうなるのかという問題」が「決定的に重要な意味を持つ」とまで評していた[72]。「最高裁が、この問題についての理論的処理が明確になされない限り迂闊に違憲判断をすることはできない、という判断に傾きやすいことは、おそらく否定できない」というのである[73]。この点、裁判官は、違憲

巻美矢紀「判決の効力」公法研究77巻（2015）196頁以下。

[69] 最高裁判所事務総局総務局編『裁判所法逐条解説上巻』（法曹会、1968）39-40頁、中野次雄編『判例とその読み方〔三訂版〕』（有斐閣、2009）10-28頁。

[70] こうした説明の不十分さが、「違憲判断の遡及効の有無、時期、範囲等」に関する「白紙委任」のおそれの原因となっているというべきである（参照、高橋和之ほか「――座談会――非嫡出子相続分違憲最高裁大法廷決定の多角的検討」法の支配175号（2014）31頁〔山本和彦発言〕）。

[71] その事件との関係では違憲有効となると考えれば、違憲確認の一種であるといえよう。なお、98条１項の問題とする限りでは、方向性を同じくするものとして、高橋・前掲注（52）359-360頁。

[72] 藤田宙靖『最高裁回想録――学者判事の七年半――』（有斐閣、2012）153頁。

[73] 藤田・同上152頁。実際にも、例えば、最判平成15年３月31日判時1820号64頁の島田仁郎裁判官補足意見は、そうした事情を率直に披瀝している。曰く、「〔民法900条４号ただし書前段〕を違憲としてその適用を排除するには、その

審査の局面に限らず、一般的に、面前の事件を解決するにも、その裁判が他の同種事件にいかなる影響を与えるかということを重要な考慮要素とする[74]。不遡及的無効には、同種事件への影響を抑えることで[75]、違憲判断に対する抵抗を低減するという意義があるのである。

3．多様化の具体的形態

違憲判断の多様化とは、「ある法令を違憲･無効としつつも、それを、その法令全体ではなく、その量的または質的一部にとどめる場合に、違憲判断が多様なること」を指す[76]。以下、同様に学説･判例状況を概観する[77]。

遡及効や関連規定との整合性の問題等について十分な検討と準備が必要である。それなしに直ちに違憲無効の判決をすると、大きな混乱を招いて法的安定性が著しく損なわれることは避けがたい……。私は、現在本件規定が明白に違憲の状態に立ち至っているものとまではいえない以上、それを押してまで今直ちに違憲無効の判決を出すことについては、やはり躊躇せざるを得ない」。この問題は、その他の上記平成25年決定以前の判決・決定においても、個別意見のレベルで繰り返し論じられていたところである（最判平成12年１月27日判時1707号121頁の藤井正雄裁判官補足意見、最判平成21年９月30日判時2064号61頁の竹内行夫裁判官補足意見等）。

[74] 藤田・前掲注（72）152頁。土屋文昭『民事裁判過程論』（有斐閣、2015）219頁は、「実務上の意識としては、裁判官は自己の判断の結果、すなわち法解釈上の現実の結果とその影響に最も関心を払わざるをえないように思われる」としている。ニール･マコーミック（亀田洋ほか訳）『判決理由の法理論』（成分堂、2009）107-113頁も参照。

[75] なお、上記平成25年決定が「本件規定に基づいてされた裁判や合意の効力等も否定されることになろう」としていることに関して、実際にそれほど法的安定性が害されるのかが問題となりうるが、伊藤正晴「判解」最判解民事篇平成25年度331頁注24は、この説示を「理念論、観念論」にすぎないとしつつも、特に可分債権・債務の当然分割につき不当利得を構成しうることをもって、当初無効「の影響は多大なものとなることが想定される」としている（同318頁）。

[76] 竹下・前掲注（41）675頁。

[77] ただし、先にも述べたように、適用違憲・処分違憲については扱わない（**はじめに**）。

(1) 部分無効①

部分無効とは、規定の一部分が無効となることを指す[78]。この点、学説においては、部分（一部）違憲とも呼ばれるが、「部分違憲」と「部分無効」を区別して観念する方が、そこでなされた憲法判断の構造をより精確に捉えられるように思われる。ここでは、まず、前者の例を扱う。

部分違憲の嚆矢となったのが、郵便法事件判決[79]である。旧郵便法68条および73条は、68条１項各号に列記されている場合（「書留とした郵便物の全部又は一部を亡失し、又はき損したとき」等）に生じた損害を、同条２項に規定された金額の範囲内で、差出人又はその承諾を得た受取人に限り（73条）、損害賠償請求を認め、それ以外の場合を制限していた。同判決は、憲法17条の国家賠償請求権について、「国又は公共団体が公務員の行為による不法行為責任を負うことを原則」とした上で、それを免除・制限する規定の憲法適合性は、「当該行為の態様、これによって侵害される法的利益の種類及び侵害の程度、免責又は責任制限の範囲及び程度等に応じ、当該規定の目的の正当性並びにその目的達成の手段として免責又は責任制限を認めることの合理性及び必要性を総合的に考慮して判断すべきである」とした。そして、上記制限の「郵便の役務をなるべく安い料金で、あまねく、公平に提供する」という目的は正当であるとしつつも、手段としての損害賠償責任の限定について、次のように説示している。

「書留郵便物について、郵便業務従事者の故意又は重大な過失による不法行為に基づき損害が生ずるようなことは、通常の職務規範に従って業務執行がされている限り、ごく例外的な場合にとどまるはずであって、このような事態は、書留の制度に対する信頼を著しく損なうものといわなければならない。そうすると、このような例外的な場合にまで国の損害賠償責任

---

[78] 意味上のものと、文言上のものとが区別されることが多いが、近時は、こうした区別に実益はないとされることが多い（宍戸常寿「司法審査――『部分無効の法理』をめぐって」辻村みよ子・長谷部恭男編『憲法理論の再創造』（日本評論社、2011）206頁、土井真一ほか「違憲審査制と最高裁の活性化」論ジュリ２号（2012）189頁〔長谷部恭男発言〕、曽我部真裕「部分違憲」曽我部ほか編・前掲注（36）73頁。

[79] 最大判平成14年９月11日民集56巻７号1439頁。

を免除し、又は制限しなければ法1条に定める目的を達成することができないとは到底考えられず、郵便業務従事者の故意又は重大な過失による不法行為についてまで免責又は責任制限を認める規定に合理性があるとは認め難い。」

かくして、旧郵便法68条および73条のうち「書留郵便物について、郵便業務従事者の故意又は重大な過失によって損害が生じた場合に、不法行為に基づく国の損害賠償責任を免除し、又は制限している部分は、憲法17条……に違反し、無効である」と結論づけられている[80]。この著名な判決の内容を今一度振り返ってまで確認しておきたかったのは、ここでは、憲法解釈により、法律の規定上に違憲／合憲の線引きがなされているということである。すなわち、旧郵便法68条および73条は、部分違憲なのであって、それゆえ当該部分は無効なのである。同様の構造は、在外日本人選挙権事件判決[81]や再婚禁止期間事件判決[82]にもみられる[83]。換言すれば、これらのケースでは、「権利『制限』判定のための基準線として、

[80] 同判決は、同様にして、「特別送達郵便物について、郵便業務従事者の軽過失による不法行為に基づき損害が生じた場合に、国家賠償法に基づく国の損害賠償責任を免除し、又は制限している部分」を無効としている。

[81] 最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁。同判決は、次回の衆参選挙区選出議員「選挙について在外国民に投票をすることを認めないことについて、やむを得ない事由があるということはできず」、「公職選挙法附則8項の規定のうち、在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定する部分は、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するもので無効であ」るとしている。

[82] 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁。同判決は、旧民法733条1項の再婚禁止期間「規定のうち100日超過部分は合理性を欠いた過剰な制約を課すもの」として、「憲法14条1項に違反するとともに、憲法24条2項にも違反する」としている。同判決は、立法行為の国賠訴訟であるから無効の判断を下してはいないが、それを含意しているとはいえよう。

[83] 学説上、部分（一部）無効あるいは部分（一部）違憲というとき、このように規定の一部分のみが違憲であり、それゆえ当該部分が無効となるとなることを念頭に置くのが一般的であるように思われる（竹下・前掲注（41）686頁、新・前掲注（48）443-444頁、宍戸・前掲注（48）88頁、曽我部・前掲注（78）72頁）。

憲法から導かれる『原則』が想定されて〔傍点原文〕」いるのである[84]。

このような部分違憲の当否は、違憲 / 合憲の「線引きの、憲法解釈としての説得力次第」であり[85]、そうすると、これは、憲法98条１項に固有の問題というよりは、憲法適合性判断の問題といえよう。

(2) 部分無効②

以上のような部分違憲に対して、以下にみる国籍法事件判決[86]は、いわば部分違憲に由来しない部分無効ということができる。

旧国籍法３条１項は、同法２条１項の父母両系血統主義の下での生来的国籍取得規定を前提に、「父母の婚姻及びその認知により嫡出子たる身分を取得した子で20歳未満のもの……は、……法務大臣に届け出ることによって、日本の国籍を取得することができる」規定しており、これにより日本国民たる父と日本国民ではない母との間に出生した非嫡出子で、生後認知に加えて、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した子（＝準正子）は届出により国籍を取得できるのに対して、同じく日本国民たる父と日本国民ではない母との間に出生した非嫡出子であっても、生後認知されたにとどまる子（＝非準正子）は、帰化によらなければ国籍を取得できないこととなっていた。同判決は、この準正子と非準正子の区別（「本件区別」）について、「本件区別は合理的な理由のない差別となっていたといわざるを得ず、国籍法３条１項の規定が本件区別を生じさせていることは、憲法14条１項に違反する」と結論づけている。

その上で、同判決は、「本件区別による違憲の状態を解消するために同項の規定自体を全部無効として、〔準正子〕の届出による日本国籍の取得をもすべて否定することは、……立法者の合理的意思として想定し難いものであって、採り得ない解釈であるといわざるを得ない」として、３条１項の全部無効を否定し、次に、「憲法14条１項に基づく平等取扱いの要請と国籍法の採用した基本的な原則である父母両系血統主義とを

---

[84] 大石和彦「『国籍法違憲判決』は『郵便法違憲判決』または『在外国民選挙訴権訴訟』判決と似ているか？」阪本昌成先生古稀記念『自由の法理』（成分堂、2015）428頁。

[85] 宍戸・前掲注（78）202頁。

[86] 最大判平成20年６月４日民集62巻６号1367頁。

踏まえれば、〔非準正子〕についても、血統主義を基調として出生後における日本国籍の取得を認めた同法３条１項の規定の趣旨・内容を等しく及ぼすほかはない」として、「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、上告人らに国籍取得を認めたのであった。

ここで注意が必要なのは、同判決において、何が違憲とされたかである。同判決によれば、旧国籍法３条１項の規定それ自体ではなく、同規定が「本件区別を生じさせていること」が違憲なのである。すなわち、法律の規定レベルで何が違憲であるかは特定されておらず（≠部分違憲）、それゆえに、直ちに何が無効となるかは決まってこないのである[87]。こうした事態には、平等原則の性質が関係している。というのも、平等原則の内容を「等しきものは等しく」と理解すれば[88]、平等達成の方途は常に複数あり、そのうちどれが採られるべきかは、憲法上決まってこないからである[89]。したがって、この場合には、法律レベルで実現されるべき「原則」あるいは「ベースライン」が探求されることとなる[90]。

以上みてきた部分無効に関して、理論的に検討されるべきことは未だ多い。第一に、部分無効に伴う「立法作用」の限界である[91]。すなわち、部分無効は、「条文の文言や意味の一部を恣意的に切り取ることによって新しい意味を生みだし、法律を書き換えることになって立法者の権限を侵すおそれ」があるため、その限界が問題となるのである[92]。特に、上

---

87 参照、土井ほか・前掲注（78）190頁〔宍戸常寿発言〕。

88 これに対して、平等原則の「実体内容」を論じるものとして、棟居・前掲注（22）113頁以下。

89 戸波江二「平等権の新しい救済方法」野中俊彦ほか『ゼミナール憲法裁判』（日本評論社、1986）92-93頁、野中俊彦ほか『憲法Ⅰ〔第５版〕』（有斐閣、2012）289頁、大石・前掲注（84）429頁。国籍法事件判決において、一旦は全部無効が検討されたのは、このためである。なお、公選法の配分規定・区割り規定の違憲判断にもこうした問題が潜在していると考えられる。

90 大石・前掲注（84）429頁、長谷部恭男『憲法の境界』（羽鳥書店、2009）64-67頁。

91 山元一「判批」平成20年度重判解15頁。

92 曽我部・前掲注（78）73頁。この問題は、アメリカにおいては古くから存在しており、その中心にあるものこそ、本稿が後に扱う可分性の法理（severability

記の部分無効②の場合には、違憲性の是正方法が複数ありうる中から裁判所がいわば先取りするため、より深刻となりうる[93]。

第二に、違憲確認との関係である。もともと、部分無効が限界を超える場合には、全部無効となるということが想定されていた[94]。しかしながら、例えば、旧国籍法３条１項の場合、部分無効が許されないからといって、「同法の趣旨を没却する」全部無効がとられるというのも不合理である。この点で、宍戸常寿教授が提示する国籍法事件判決の「再構成」は、示唆的である。それによれば、第一段階で全部無効が「法の趣旨を没却するもの」であるとして否定された後に、第二段階で部分無効による適用範囲の拡大は「法の趣旨・目的に適うものであること」が確認されているとした上で、「この点が確認できない場合には、平等違反は、それを是正する立法上の選択肢が複数ある限りで違憲の瑕疵であるにとどまり、規定は全体として有効という結論になるかも知れないのである」[95]。このように、部分無効、全部無効、および違憲確認の間の理論的関係については、検討の余地がある。多様化と弾力化は、連続しているのである。

部分無効の実践的意義については、無効となる範囲を限定し、違憲判断のインパクトを抑制するといわれることもあるが、今みたように、むしろ政治部門との緊張関係を生む場合さえある。それよりも、特に在外日本人選挙権事件判決[96]や国籍法事件判決にみられるように、部分無効が権利利益実現のための論理となりうることが注目されよう。この点、

---

doctrine）である（さしあたり、芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣、1973）172-174頁を参照）。

[93] 特に、国籍法事件判決のように、授権的規定の部分無効により「適用範囲を拡大する場合」には、「違憲審査権の行使によるものとはいえ、既存の規定が対象としていない者にも権利利益を付与し、積極的な立法と類似の作用を行う結果となることから、立法権の侵害にならないかという点について特に慎重な検討が必要になると考えられる」（森英明「判解」最判解民事篇平成20年度301頁）。

[94] 新・前掲注（48）442-443頁、曽我部・前掲注（78）77頁。「可分・不可分」とは、まさにそうしたことを前提とした言葉である。

[95] 宍戸・前掲注（78）204-205頁。

[96] 前出注（38）も参照。

宍戸教授は、部分無効の「法理を背後で支え嚮導しているのが、近年ますます水際立ってきた最高裁の『救済』志向であることは明らかであろう」としている[97]。

(3) 合憲補充解釈

合憲補充解釈（合憲拡張解釈、合憲類推解釈）とは、「ある法令について違憲の疑いがある場合における合憲解釈の手法の一つとされるが、合憲限定解釈と異なり、法律の適用範囲を拡張するものである」[98]。例えば、平等原則違反の場合、原則的・一般的規定から被差別グループを排除する明示的な規定、あるいは「明確な立法的判断」[99]を含む場合には、違憲審査上、それを無効とすることがありうるが、被差別グループについて沈黙する形で他のグループのみを包摂する規定の場合には、立法の相対的な不存在が違憲性を構成するため、無効による適用範囲の拡張はできない。こうした場合に権利利益を実現するための論理として考えられてきたのが、合憲補充解釈である。

合憲補充解釈を考えるに際して参考になるのが、やはり以下にみる国籍法事件判決の藤田宙靖裁判官意見である。

> 「〔国籍法３条１項〕が準正要件を定めているのは、準正子でありかつ同項の定めるその他の要件を満たす者についてはこれを特に国籍取得の上で優遇する趣旨なのであって、殊更に非準正子を排除しようという趣旨ではない。……それ故また、同項に準正要件が置かれていることによって違憲の結果が生じているのは、多数意見がいうように同条が『過剰な』要件を設けているからではなく、むしろいわば『不十分な』要件しか置いていないから

---

[97] 宍戸・前掲注（78）206頁。ただし、同206-207頁は、そこで「救済」されているものは何であるかが問われなければならないと注意を促している。

[98] 森･前掲注（93）302頁。したがって､それは､違憲判断（の多様化）ではない。

[99] 森・同上305頁。明文の規定によって排除が示されていなくても、包摂しないことについて「立法裁量権の行使」（同304頁）があれば、それが無効という判断の対象となりうるという趣旨であると考えられる（竹田光広「判解」最判解民事篇平成14年度169頁176-177頁も同旨）。しかし、森英明、竹田光広両調査官が認めているように、この点の評価については、「一律明確な判断基準を示すことは困難である」（森・同上304頁、竹田・同上176頁）。

というべきなのであって、同項の合理的解釈によって違憲状態を解消しようとするならば、それは『過剰な』部分を除くことによってではなく、『不十分な』部分を補充することによってでなければならないのである。」

「一般に、立法府が違憲な不作為状態を続けているとき、その解消は第一次的に立法府の手に委ねられるべきであって、とりわけ本件におけるように、問題が、その性質上本来立法府の広範な裁量に委ねられるべき国籍取得の要件と手続に関するものであり、かつ、問題となる違憲が法の下の平等原則違反であるような場合には、司法権がその不作為に介入し得る余地は極めて限られているということ自体は否定できない。しかし、立法府が既に一定の立法政策に立った判断を下しており、また、その判断が示している基本的な方向に沿って考えるならば、未だ具体的な立法がされていない部分においても合理的な選択の余地は極めて限られていると考えられる場合において、著しく不合理な差別を受けている者を個別的な訴訟の範囲内で救済するために、立法府が既に示している基本的判断に抵触しない範囲で、司法権が現行法の合理的拡張解釈により違憲状態の解消を目指すことは、全く許されないことではないと考える。」

一般的に、規定の相対的な不存在が問題となる場合に法令の適用範囲を拡張することについては、「立法権の侵害となるおそれが強くなる面がある」と理解されており[100]、それゆえ、学説上、合憲補充解釈は、原則的には許されないが、立法的選択肢が一つに限られる場合には例外的に許容されると解されてきた[101]。上記藤田裁判官意見も、これと軌を一にす

[100] 森・前掲注（93）302頁。赤坂幸一「法令の合憲解釈」大石眞・石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、2008）341頁、常本照樹「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選Ⅰ〔第５版〕』74頁（有斐閣、2007）75頁も参照。

[101] 阿部照哉『演習憲法』（有斐閣、1985）212頁。ただし、立法的選択肢が一つに限られるということの意味については、「表面上選択肢が複数存在するようにみえても、論理的あるいは実際的に、平等違反を除去する方法が唯一であるような場合」を指すものとして、一定程度緩和して考えられてきた傾向にある（戸波・前掲注（89）92頁、畑尻剛「判批」芦部信喜・高橋和之編『憲法判例百選〔第３版〕』（有斐閣、1994）67頁）。このことを正面から認めて、「立法府がある特定の内容の規定を創設するであろうという高度の蓋然性が認められるとき」には合憲補充解釈が許されることを示唆する内野教授の見解は、そうした傾向の

るものといえよう。

このような合憲補充解釈についても、なお議論の余地はある。なぜなら、規定が「過剰」か「不十分」かは、所詮技術的な問題であって、「本質的な差異が認められるわけではない」[102]のだとすれば、部分無効に比して、合憲補充解釈のハードルがあまりにも高いようにみえるからである。この点で、「このような文理的な点を、もちろんおよそ考えなくていいというべきではないが、しかし同時に決定的な争点とすべきでもない」[103]との評価には共感するが、そうであればこそ、「決定的な争点」とならないようにするための理屈が必要となるはずである[104]。

そうすると、根本的な問題は、合憲解釈という位置づけにあるように思われる[105]。先にもみたように、伝統的違憲審査観において想定されていたのは、法令の有効・無効という二値論理に基づく違憲法令の適用拒否であった。そのため、規定の相対的不存在という問題は、この違憲審査の論理に乗らず、法令解釈（合憲解釈）にしか居場所がないのであ

先駆けであった（内野正幸「判批」自治研究60巻６号（1984）162頁）。そうすると、学説の多数派は、立法上の選択肢が事実上一つに限られている場合には、合憲補充解釈が許されるとしているといえよう（常本・前掲注（100）75頁）。

[102] 土井・前掲注（６）251頁。

[103] 松本哲治「一部違憲判決と救済」土井編著・前掲注（６）196-197頁。

[104] 大石和彦「立法不作為に対する司法審査・その３」白鴎大学法科大学院紀要10号（2017）211頁注７は、国籍法事件判決をめぐっては「補充」、「類推」などの「ジャーゴン」が飛び交っているが、「無効」や「補充」等の「現行法の《文言》をどういじくるか……という差異」は、「些末なもの」であって、「当該規定の《趣旨・目的》」こそが「本質的な問題」であるとしているが、本文に述べたような理由から、前者を「些末なもの」として片づけてしまうことには疑問が残る。

[105] この点、蟻川恒正教授は、国籍法違憲判決について、次のように評している。「多数意見は違憲判決ですから、ある意味では立法府の意思を無視してでも、これは違憲だということができる。それに対して藤田意見は、どこまでも国籍法解釈として論を展開しているので、立法者の意思を無視することができない。その中で、多数意見と結局のところ同じ結論に達するのは至難の業であ〔る〕」（藤田宙靖『裁判と法律学――『最高裁回想録』補遺――』（有斐閣、2016）281頁〔蟻川発言〕）。ただし、蟻川教授は、学説上の「合憲拡張解釈」と藤田意見の「拡張解釈」を区別しているようである（同282頁〔蟻川発言〕）。

る[106]。その一方で、合憲補充解釈の議論は、違憲判断を前提としてきたのであり、実質的には違憲審査の一環として考えられてきた[107]。以上のような状況を踏まえれば、合憲補充解釈（に相当するもの）を違憲判断の多様化の一形態として構成することも試みられてよい。

さて、合憲補充解釈が、実践的には権利救済のための論理であることは、以上からも明らかであろう。藤田裁判官は、退官後、自身の「合理的拡張解釈」の実践性を率直に披瀝している。

> 「この事件の原告は、そもそもそれ自体としてはそれなりに理由のある何本もの線引きの谷間に落っこちてしまっている人なのです。本人の責任では全くないのに偶然落っこちてしまった、そういう非常に稀有な例なのです。しかも国籍の有無という重大な問題に関わるケースで、これを何も救済できないということで本当にいいのだろうかという疑問がある。……これは……穴埋めの問題なのだから、救おうと思ったら正面から勝負せざるを得ない。しかし本当に正面からできるだろうかどうだろうかというので、それこそ正に七転八倒です。それで最終的なギリギリのところで、これはやるしかないんじゃないか、と決断しました。これは正に個別的ケースでの個別的判断ですよ。」[108]

ここにみられるのも、宍戸教授のいう「『救済』志向」[109]に他ならない。もっとも、藤田裁判官は、国籍法事件判決は「国籍の有無という重大な問題に関わるケース」であって、「一般的にこういう手法を拡げることはで

---

[106] 合憲補充解釈が論じられるきっかけとなった東京高判昭和57年６月23日判時1045号78頁は、次のように説示している。「憲法によって裁判所に与えられた違憲立法審査権は、存在する規定についてそれが違憲であるかどうかを審査し、違憲と判断したときにはこれを無効として、つまりいわば存在しないものとして、適用しないことを本質とする。ある規定が実定法上に存在しないとき、それがいかに憲法上望ましいものであろうとも、違憲立法審査権の名の下に、これを存在するものとして適用する権限は裁判所に与えられていないのである」。

[107] 山田哲史「日本における『憲法適合的解釈』論の現状分析」土井編著・前掲注（６）17頁。

[108] 藤田・前掲注（105）283頁〔藤田発言〕。

[109] 宍戸・前掲注（78）206頁。

きない」としているから[110]、「合理的拡張解釈」という論理が「救済」を可能にしたというよりも、当該ケースに固有の強力な「救済」志向が結果的に「合理的拡張解釈」と相成ったというのが実態であろう[111]。

[110] 藤田・前掲注（105）283頁〔藤田発言〕。

[111] 藤田裁判官は次のようにいう。「だから、藤田が合憲拡張解釈を認めたとか、拡張解釈で憲法適合的な判断の例を示したというように、あまり大々的に評価されても困るのですが、……究極の決断であることを理解して頂ければと思います」（藤田・同上284頁〔藤田発言〕）。