

合憲判断の方法

——合憲限定解釈と憲法適合的解釈——

渡 辺 康 行

- I はじめに
- II 合憲限定解釈
- III 憲法適合的解釈
- IV 通常の限定解釈
- V 結びに代えて

I はじめに

今世紀に入り、最高裁による違憲審査が活性化してきたと共に、学説における憲法訴訟論も再び盛んになってきた。その要因の一つに、ドイツの憲法裁判論研究を基盤として日本の憲法訴訟を論ずる研究動向からの刺激があるだろう。⁽¹⁾ その代表例は三段階審査論・比例原則論であろうが、その他に憲法適合的解釈という概念の導入なども挙げること

とができる。そこで本稿は、憲法訴訟論研究の一環として、従来から用いられてきた合憲限定解釈という概念と新たに提唱された憲法適合的解釈をめぐる議論状況について考察したい。⁽²⁾

考察の出発点として、憲法適合的解釈という概念の首唱者である穴戸常寿による整理を確認しておく。「広義の憲法適合的解釈」とは、「憲法が全法秩序における最高法規であることを前提に、憲法上の要請を見据えながら法令を解釈し、そのように解釈された法令を事実関係に適用する」ことである。その下位類型として「合憲限定解釈」と「狭義の憲法適合的解釈」がある。合憲限定解釈とは、「法令の適用者が違憲審査権を有することを前提に——従って、わが国では裁判所によって——、①当該法令の規定に、違憲的な適用部分が含まれるという違憲の瑕疵が存し、②当該違憲的適用部分を排除する解釈が可能であり、換言すれば合憲的適用部分と違憲的適用部分が可分 (separable) であり、③当該解釈が法令の解釈の限界の範囲内に収まっている場合」である。他方で「狭義の憲法適合的解釈」とは、「①法令の規定に違憲的適用部分が含まれておらず、従って違憲の瑕疵が存しないけれども、②当該規定には憲法上の要請を考慮した解釈の余地が開かれており、③当該解釈によって、憲法上の要請を考慮しない通常の解釈とは異なる、適用ないし帰結が導かれるような場合」だとされる。⁽³⁾

このような概念の整理はドイツ法研究を下敷きとしたものであるが、ドイツの用語法をそのまま引き継いだものではない。⁽⁴⁾ さらに比較法対象国を拡大した研究も現れているなかで、本稿は先行業績による比較法研究の成果を土台として、視野を日本に限定した考察を行う。まず日本でもよく知られてきた合憲限定解釈にかかわる事例について確認したあと (Ⅱ)、近年に導入された憲法適合的解釈という概念で整理されうる事例について考察する (Ⅲ)。さらに補足的に、通常の限定解釈とされうる事例についても言及する (Ⅳ)。上記した対比では、要するに、合憲限定解釈は

違憲の瑕疵が存在することを前提とするのに対して、憲法適合的解釈はそれを前提としない、ということである。しかし、それぞれの違いは相対的であり、本稿による事例の位置づけ方も暫定的なものである。最後に、憲法適合的解釈の射程はかなり広く及ぶものであるため、その手法を活用する際の意義と想定される副作用などについても言及したい(V)。

II 合憲限定解釈

1 根拠、類型、限界

合憲限定解釈は、かつてはブランダイズ・ルールの一つとして、付随的違憲審査制の本質的要素とされることもあった。しかし、例えばドイツにおいても、この手法は、法秩序の統一性の原理、法律の合憲性推定の原則、法的混乱の回避といった根拠によって広く認められている。また、一般に、法律の文言、制定史、立法目的に明確に反するような合憲限定解釈は限界を超える、といわれている。(6) これらは、おそらく違憲審査制をもつ国で共通に説かれていることであろう。(7)

合憲限定解釈は、日本の判例でもしばしば用いられてきた。合憲限定解釈の類型化もいくつかされているが、以下では、それが法令の明確性、過度の広汎性が審査される形式的正当化審査の文脈で使われている場合と、制約目的や手段の過剰性などが審査される実質的正当化審査の文脈で使われている場合に分けて、代表的な判例を概説したい。(8)(9) もっとも、この二つが重なりあう形で使われている場合もあり、また過度の広汎性はどちらの文脈で使われているか

の判断が微妙な場合もある。

実際に争われるのは、主に合憲限定解釈が限界を超えているか否かである。伝統がある問題だけに、これに関連して様々な分析視角が提示されてきた。例えば、「法文の明確性」と「法解釈の明確性」の区別がある。⁽¹⁰⁾ また、後述する徳島市公安条例事件判決(Ⅳ2)以降の判例は、「通常の判断能力を有する一般人」を判断基準として据えていると思われるが、そこで「通常の判断能力を有する一般人が当該規定から限定された解釈を読み取ることができるか」という問題と、「通常の判断能力を有する一般人が限定解釈された規定が具体的な行為に適用されるかを判断できるか」という問題が区別される⁽¹¹⁾。さらにより大きな視点から、合憲限定解釈の限界の問題は、立法府との関係と国民との関係に区別して考察する必要性も説かれている。⁽¹²⁾ これらの区別論は観点が異なるだけでなく、それぞれ主に念頭に置く判決があり、また相互に重なり合う側面もある。そのため、本稿でも併用できるものである。

2 形式的正当化審査の場面

(1) 札幌税関検査事件判決

関税率法二二条一項三号が輸入を禁止すべき物品として、「風俗を害すべき書籍、図画」等と規定することは明確性を欠き違憲無効ではないか、つまり「法文の明確性」が札幌税関検査事件における争点の一つだった。この判決は、表現の自由の重要性を意識して、限定解釈の許容性を論じていることが特徴である。つまり、「表現の自由を規制する法律について限定解釈をすることが許されるのは」、①「その解釈により、規制の対象となるものとそうでないものとが明確に区別され、かつ、合憲的に規制し得るもののみが規制の対象となることが明らかにされる場合でな

ければならず」、また、②「一般国民の理解において、具体的場合に当該表現物が規制の対象となるかどうかの判断を可能ならしめるような基準をその規定から読み取ることができ」ことを要件としている。⁽¹³⁾②でいう「その規定」とは、法文そのものか、裁判官によって解釈された結果なのかは、必ずしも明らかではないとされることがあるもの⁽¹⁴⁾、判決の文言を素直に受け取れば、法文を意味していると解さざるをえない。そのうえで判決は、③三号でいう「風俗を害すべき書籍、図画」等のなかに猥褻物以外を含めて解釈すると、広汎、不明確のため違憲となることから、「風俗」という文言を「専ら性的風俗を意味し、右規定により輸入禁止の対象とされるのは猥褻な書籍、図画等に限られる」、と限定解釈した。そう解さないと違憲となるという趣旨であるため、これは典型的な合憲限定解釈の例である。また、その限定解釈は「社会通念に合致」し、「猥褻性の概念は刑法一七五条の規定の判例の蓄積により明確化されて」いる、というのである。判決はここで、憲法三一条適合性が争点となっていた徳島市公安条例判決を先例として挙げている。徳島市公安条例事件判決が構成要件の明確性について示した判示が、この判決では合憲限定解釈の許容性判断のために転用された。⁽¹⁵⁾

これに対して伊藤正己、谷口正孝など四裁判官の反対意見は、表現の自由の重要性を考慮することから、これを規制する法律の限定解釈には他の場合より厳しい枠があるべきであり、「規制の目的、文理及び他の条規との関係から合理的に導き出し得る限定解釈のみが許される」(第三要件)としたうえで、多数意見の解釈はこの限界を超えるものであり、かつ「通常の判断能力を有する一般人に可能であるとは考えられない」と批判する。⁽¹⁶⁾「解釈として許される範囲を超えてはならない」という、反対意見が示した第三要件は、「多数意見が提示した基準に欠落している」点を指摘したものととして理解されている。⁽¹⁷⁾反対意見は、さらに、「より明確な立法をすることが可能かどうかも重要な意

味を持つ」という観点から、「右規定を『猥褻な書籍、図画』等と規定することによってより明確なものにすることは、立法上容易なはず」、ということも指摘している。この視点も重要である。⁽¹⁸⁾なお多数意見は、「本件のように、日本国憲法施行前に制定された法律の規定の如きについては、合理的な法解釈の範囲内において可能である限り、憲法と調和するように解釈してその効力を維持すべく、法律の文言にとらわれてその効力を否定するのは相当でない」という。⁽¹⁹⁾これは反対意見のいう第三要件にかかわっていたのかもしれない。

この判決における対立は、①②要件の充足性および多数意見による解釈が合理的に導き出し得る限定解釈か、という各点にあった。「通常の判断能力を有する一般人」の捉え方にもかわるものであるが、⁽²⁰⁾学説上は、反対意見を支持するものが多い。⁽²¹⁾これに対して奥平康弘は、違憲無効という結論は反対意見だから言えるのであり、違憲無効と判断すると新たな立法ができるまでは規制法がない状態になるため、「実際上の見地やコストの点からみて、司法的解決（多数意見）のほうが立法的解決（反対意見）よりも、優れている」、⁽²²⁾という。規制法がない状態をどれほど重大と判断するかにかかわる、今日までも継続する基本的な対立点である。

(2) 福岡県青少年保護育成条例事件判決

福岡県青少年保護育成条例事件では、同条例一〇条一項、一六条一項による処罰の範囲が不当に広汎に過ぎないか、一〇条二項にいう「淫行」の範囲が不明確ではないか、が争われた。判決は、「淫行」とは、広く青少年に対する性行為一般をいうものと解すべきではなく、①「青少年を誘惑し、威迫し、欺罔し又は困惑させる等その心身の未成熟に乗じた不当な手段により行う性交又は性交類似行為のほか」、②「青少年を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められないような性交又は性交類似行為をいう」、と解した。このような解

釈は、(ア)「規定の文理から合理的に導き出される解釈の範囲内」であり、(イ)「通常の判断能力を有する一般人の理解にも適うものであり」、(ウ)「右のように解釈するとき、同規定につき処罰の範囲が不当に広過ぎるとも不明確であるともいえない」、⁽²³⁾という。このように論ずるに際して、この判決は先例を挙げていない。担当調査官は、徳島市公安条例事件判決と札幌税関検査事件判決を先例として解説している。⁽²⁴⁾

この判決では、札幌税関検査事件判決とは異なり、「法文の明確性」ではなく「法解釈の明確性」が主な争点となった。多数意見に対しては、そこで採用された合憲限定解釈の仕方に反対し、「淫行」という文言を明確性を欠くため違憲だとする三つの反対意見が付されている。その一つである伊藤正己裁判官の反対意見は、淫行処罰規定について顕著な地域差があることの不合理性、刑法の規定との整合性の保持を考慮して、「淫行」を多数意見のいう①の場合だけに限定すべきだという。しかしそのような限定解釈は、「通常の判断能力を有する一般人の理解の及ぶえないものであり、『淫行』の意義の解釈の域を逸脱したもの」であるため、条例一〇条一項の規定は憲法三一条に違反し無効だ、とするものだった。⁽²⁵⁾これは本稿Ⅱで示した分析視角でいえば、「通常の判断能力を有する一般人が当該規定から限定された解釈を読み取ることができるか」にかかわる。谷口正孝裁判官の反対意見は、「多数意見の示す誘惑、威迫等性行為にいたる手段の違法性の如きは、これを加えることにより『淫行』の違法性を限定するというのであれば、私はすでに解釈の作業を超え新たな立法作業の範ちゅうに属するものと考ええる。そしてまた、多数意見の示す右の手段の違法性を除いた場合の概念規定も、通常人の理解をもつてしては、とうていその意味内容を把握するに困難」だ、⁽²⁶⁾という。後半部分は、「通常の判断能力を有する一般人が限定解釈された規定が具体的な行為に適用されるかを判断できるか」にかかわる。⁽²⁷⁾

学説上も反対意見と同趣旨の批判が多く出されている。⁽²⁸⁾これに対して、「その限定解釈が可能か否かを『法文の明確性』の議論に結びつけるのは、議論を混乱させる」、「本件に関しては、あくまで解釈が不明確だからでなく、多数意見の②の類型に該当する行為は処罰することが不合理だと、批判すべき」という見解が注目される。⁽²⁹⁾この見解については、後にⅡ4でも触れたい。他方で、「解釈の限度を超えらるるといつても、処罰範囲を広げたのではなく狭めようとしているのであるし、外延のあいまいな部分にふれる可能性のある者に対する自由制約のいわゆるチリング・エフェクト……は、表現の自由の場合に比べれば実害は小さいとも考えられ、その小さい分だけ……限定解釈の許される余地が若干広くなる」、⁽³⁰⁾という指摘も有力である。

(3) 広島市暴走族条例事件判決

広島市暴走族条例の規定の仕方が不適切で、文言どおりに適用されると規制対象が広汎に過ぎないか、つまり「法文の広汎性」が、最高裁における一つの争点だった。判決は、条例の文言が憲法二一条、三一条との関係で問題があることを認める。しかし判決は、「本条例の全体から読み取ることができる趣旨、さらには本条例施行規則の規定等を総合すれば、本条例が規制の対象としている『暴走族』は、本条例二条七号の定義にもかかわらず、暴走行為を目的として結成された集団である本来的な意味における暴走族の外には、服装、旗、言動などにおいてこのような暴走族に類似し社会通念上これと同視することができる集団に限られるものと解され、したがって、市長において本条例による中止・退去命令を発し得る対象も、被告人に適用されている『集会』との関係では、本来的な意味における暴走族及び上記のようなその疑似集団による集會が、本条例一六条一項一号、一七条所定の場所及び態様で行われている場合に限定される」、⁽³¹⁾という。

この判示では「規定の仕方」に焦点が当てられているため、形式的正当化審査の場面で、「過度の広汎性」を理由とする合憲限定解釈がなされた代表例だと位置づけられる。この判決も、札幌税関検査事件判決が示した合憲限定解釈の二つの要件は援用していない。もっとも担当調査官は、それを「意識し、前提としていることは明らか」だと解説している。⁽³²⁾ 「過度の広汎性」を理由とする合憲限定解釈に際しても、不明確性を理由とする合憲限定解釈と同様な要件が用いられると考えられたようである。判決では、前述した判示に続けて、「このように限定的に解釈すれば」、「弊害を防止しようとする規制目的の正当性、弊害防止手段としての合理性、この規制により得られる利益と失われる利益との均衡の観点に照らし」⁽³³⁾ 違憲ではない、という判断が続く。これは実質的正当化審査の場面である。

この判決には二人の裁判官による反対意見があった。藤田宙靖裁判官の反対意見は、(ア)「通常人の読み方からすれば、ある条例において規制対象たる『暴走族』の語につき定義規定が置かれている以上、条文の解釈上、『暴走族』の意味はその定義の字義通りに理解されるのが至極当然」、(イ)「本条例一六条では『何人も、次に掲げる行為をしてはならない』という規定の仕方がされて」おり、「法文の規定そのものから多数意見のような解釈を導くことには、少なくとも相当の無理がある」、(ウ)本件の場合、「問題となる諸規定をその趣旨に即した形で改正することは、技術的にさほど困難」ではない、⁽³⁴⁾ という。おそらく(ア)は国民との関係、(イ)は議会との関係で、合憲限定解釈の限界を超えている、という趣旨であろう。この反対意見からすると、この事件では札幌税関検査事件判決がいう②要件、およびその反対意見が付け加えた第三要件を充足しているか否かの判断が、結論を分けた要因だったようである。想定されている「一般人」の水準も、多数意見と反対意見と異なる。⁽³⁵⁾ 学説上は、反対意見を支持する見解が多い。⁽³⁶⁾

3 実質的正当化審査の場面

(1) 東京都教組事件判決

東京都教組事件判決は、①地公法三七条一項、六一条四号の規定が、「文字どおりに、すべての地方公務員の一切の争議行為を禁止し、これらの争議行為の遂行を共謀し、そのかし、あおる等の行為（以下、あおり行為等という。）をすべて処罰する趣旨と解すべきものとすれば、それは前叙の公務員の労働基本権を保障した憲法の趣旨に反し、必要やむをえない限度をこえて争議行為を禁止し、かつ、必要最小限度にとどめなければならないとの要請を無視し、その限度をこえて刑罰の対象としているものとして、これらの規定は、いずれも、違憲の疑を免れない」。「しかし、法律の規定は、可能なかぎり、憲法の精神にそくし、これと調和しうるよう、合理的に解釈されるべきものであって、この見地からすれば、これらの規定の表現にのみ拘泥して、直ちに違憲と断定する見解は採ることができない」⁽³⁷⁾、という。

この判決は、最高裁が合憲限定解釈の立場を明示した最初の例である。⁽³⁸⁾ また、そう解さないと禁止は必要最小限度ではない、という実質的正当化審査の場面で使われているということも特徴的である。ここで著名な「二重のしほり」論が展開される。②「地方公務員の行為が地公法三七条一項に禁止する争議行為に該当し、しかも、その違法性の強い場合も勿論あるであろうが、争議行為の態様からいって、違法性の比較的弱い場合もあり、また、実質的には、右条項にいう争議行為に該当しない」場合もある。地公法六一条四号は、「争議行為自体が違法性の強いものであることを前提とし、そのような違法な争議行為等のあおり行為等であつてはじめて、刑事罰をもつてのぞむ違法性

を認めようとする趣旨と解すべき」である。③「『あおり行為等にもさまざまの態様があり、その違法性が認められる場合にも、その違法性の程度には強弱さまざまなものがありうる』。「争議行為そのものを処罰の対象とすることなく、あおり行為等にかぎって処罰すべきものとしている地公法六一条四号の趣旨からいっても、争議行為に通常随伴して行なわれる行為のごときは、処罰の対象とされるべきものではない」。⁽³⁹⁾

これに対して、奥野健一など五名の裁判官による反対意見は、「『あおり』の概念を、強度の違法性を帯びるものに限定したり、『あおり』行為者のうち、組合構成員と組合外部の者とを区別し、外部の者の行為若しくはこれと共謀した者の行為のみを処罰の対象となると解したり、または『あおり』の対象となつた争議行為が違法性の強いもの、ないし刑事罰をもつてのぞむべき違法性のあるものである場合に限り、その『あおり』行為が可罰性を帯びるのであるというが如き限定解釈は、法の明文に反する一種の立法であり、法解釈の域を逸脱したもの」だ、という。⁽⁴⁰⁾この反対意見が、四年後の全農林警職法事件判決で多数意見となる。⁽⁴¹⁾これに反論するのが、松田二郎裁判官の補足意見である。「多数意見は、形式上より見ても、いわば条文を狭く解釈したものであつて、何等条文の拡張又は類推解釈をしたものでもない。換言すれば、多数意見の『あおり』についての解釈は、条文の枠内に止まるものであつて、反対意見の如く、これを『逸脱』したのではない」、⁽⁴²⁾という。学説でも、「条文を解釈して導かれた、実際の処罰範囲を示す『構成要件』は、第一義的には裁判の際の結論を導く基準なの」だから、「『国民からみて分かりやすい』という要請より『具体的に妥当な結論が容易に導ける』ことが大切」だという観点から、多数意見を擁護する見解がある。⁽⁴³⁾

東京都教組事件判決では、後年の札幌税関検査事件判決が示したような、合憲限定解釈が許されるための要件は存

在しなかった。そのこともあってか、多数意見の意欲は理解できるが合憲限定解釈としては成功していない、法解釈として不明確である。といった評価が学説上でも一般的だったと思われる。⁽⁴⁴⁾むしろ、この判決における岩田誠裁判官の意見が、違法性の強弱によって処罰範囲を限定するのではなく、「地公法によって認められた地方公務員の職員団体がその本来の目的達成のため自主的に行なう争議行為の発案、計画、遂行の過程として行われる『あおり行為等』は……暴力等を伴わないかぎり」処罰の対象とならない、⁽⁴⁵⁾とした合憲限定解釈の方が明確だったという評価もある。⁽⁴⁶⁾もちろん、この事件における主要な対立点は、合憲限定解釈の明確性などではなく、地方公務員法の規定に違憲の疑いを認めるか否かにあった。⁽⁴⁷⁾

(2) 成田新法事件判決

新東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法（以下では、成田新法という）が定めるいくつかの規定が過度に広汎な規制か、明確か、が一つの争点となった。判決は、同法二条二項にいう、「『暴力主義的破壊活動等を行い、又は行うおそれがあると認められる者』とは、本法一条に規定する目的や本法三条一項の規定の仕方、さらには、同項の使用禁止命令を前提として、同条六項の封鎖等の措置や同条八項の除去の措置が規定されていることなどに照らし、『暴力主義的破壊活動を現に行っている者又はこれを行う蓋然性が高い者』の意味に解すべきである」。また「本法三条一項にいう『その工作物が次の各号に掲げる用に供され、又は供される蓋然性が高いと認めるとき』とは、「その工作物が次の各号に掲げる用に供され、又は供される蓋然性が高いと認めるとき」の意味に解すべきである。「したがって、同項一号が過度に広汎な規制を行うものとはいえず、その規定による要件も不明確なものであるとはいえない」と解した。⁽⁴⁸⁾これは限定しないと違憲という趣旨を含むため、合憲限定解釈の例である。また判決文にいう「過

度に広範な規制」とは禁止範囲が広すぎるという、実質的正当化審査の場面の事柄であるように思われる。

学説では、「法廷意見のように限定解釈をしても、行政庁の主観的認定を排除する客観的基準が示されたとはいいに、依然として、不明確性が解消されたとはいえない」、といった批判的見解が多数ある⁽⁴⁹⁾。これは法解釈の明確性に着目した、形式的正当化審査の文脈での反応であった⁽⁵⁰⁾。しかし判決では前記した判断部分に異論はなく、調査官解説でも特段の説明はない⁽⁵¹⁾。最高裁にとつては、当該規定を違憲無効としたうえで立法者による法改正を待つ、という選択肢はなかったであろう。

(3) 泉佐野市民会館事件判決

泉佐野市民会館条例七条一号は、市長が使用を許可してはならない場合として、「公の秩序をみだすおそれがある場合」を規定する。上告理由は、この規定の漠然不明確性や過度の広汎性という形式的正当化審査の場面での違憲論を主張していた。これに対して最高裁は、実質的正当化審査の文脈に置き直して答えた。

つまり同判決は、利用拒否を集会の自由に対する制限と構成し、利用を拒否しうるのは、「利用の希望が競合する場合のほかは」、「他の基本的人権が侵害され、公共の福祉が損なわれる危険がある場合に限られる」という立場を示し、二重の基準論の発想を踏まえた「厳格な基準」の下における比較衡量の立場を採用する。そのうえで、①七条一号は「広義の表現を採っているとはいえ、……本件会館における集会の自由を保障することの重要性よりも、本件会館で集会が開かれることによって、人の生命、身体又は財産が侵害され、公共の安全が損なわれる危険を回避し、防止することの必要性が優越する場合をいうものと限定して解すべきであり」、②「その危険性の程度としては、前記各大法廷判決〔皇居前広場事件判決、札幌税関検査事件判決、「北方ジャーナル」事件判決、成田新法事件判決――

引用者注」の趣旨によれば、単に危険な事態を生ずる蓋然性があるというだけでは足りず、明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されることが必要である。③「そう解する限り、このような規制は、他の基本的人権に対する侵害を回避し、防止するために必要かつ合理的なものとして、憲法二二条に違反するものではなく、また、地方自治法二四四条に違反するものでもない」という⁽⁵²⁾。こうして①と②という形で、二重に合憲限定解釈がなされた⁽⁵³⁾。

この判決による合憲限定解釈には、学説上、賛否両論がある。一方で、この規定は、「あいまいな文言によって行政庁に対してかなり広汎な裁量権を与え」ており、「本来ならば文面上無効として再立法をうながすべきであった⁽⁵⁴⁾」、「このような解釈は決して明確とはいえず、『通常の判断能力を有する一般人』にとっては不可能に近い⁽⁵⁵⁾」、といった批判がある。しかし他方では、条例を厳しく限定解釈したことは「十分評価してよい⁽⁵⁶⁾」、とくに②については、「オリジナルの文言と比べると、かなり⁽⁵⁷⁾がっちり⁽⁵⁷⁾と音がするような勢いで『限定』がなされている⁽⁵⁷⁾」、といった形で評価する見解も多い。なお批判論のなかには、「合憲限定解釈をする際に比較衡量論という違憲審査基準まで用いて法令を合憲とすることは、余りにもアクロバチックな解釈手法であり、大いに疑問である⁽⁵⁸⁾」、とするものがある。しかし、「法文の明確性⁽⁵⁹⁾」や「法解釈の明確性⁽⁵⁹⁾」に関し許容範囲か否かを判断する際に、比較衡量という観点は不可避的であるように思われる⁽⁵⁹⁾。さらに、この判決における合憲限定解釈は実質的正当化審査の文脈で行われているため、形式的正当化の場面で要求された札幌税関検査事件判決が示した要件に付加的な要素が加味されることもありうる。

4 小 括

刑法学では、刑罰法規の定める犯罪構成要件の明確性が論じられてきた。そこでは、「行為規範としての法文の明

確性と、法文から導かれた「解釈（構成要件）」の明確性は別個の問題⁽⁶⁰⁾であり、法解釈の明確性は限定解釈の合理性の問題として論ずるべき、という指摘が重要である。もちろん訴訟のなかでは両者が争われることになる。ただしこれは刑法学による議論であるため主に「明確性」に注目されているが、憲法学では「過度広汎性」も懸念されている。これまで扱った事例のなかでは、主に「法文の明確性」ないし「法文の過度広汎性」が問題となったのが、札幌税関事件判決、広島市暴走族条例事件判決、成田新法事件判決、泉佐野市民会館事件判決である。これに対して、主に「解釈の明確性」が議論の対象となったのが、福岡県青少年保護育成事件判決、東京都教組事件判決といえる。明確性の理論は、もともととは法文の明確性を要求するものであるが、法文の解釈の明確性も、それと同程度に要求するかはともかく、必要だと思われる⁽⁶¹⁾。ただし前者は立法者に対する要求であるのに対して、後者は裁判所に対する要求であるため、考慮される要素が異なる可能性がある。当該規定について他の形で立法することが容易かどうかは、主に前者にかかわる考慮要素であろう。法文を限定解釈する場合は罪刑法定主義に反しないかどうかを緩やかに判断できると論じられることがある⁽⁶²⁾。これは後者にかかわる事柄であった。図式的には、刑法学では限定解釈に伴ってある程度は国民が萎縮することに寛容であるのに対して、憲法学は表現の自由の領域などにかかわる場合には、合憲限定解釈により法文が存続することによる萎縮効果を懸念する傾向にあるともいえるが、論ずる際の重点の置き方の違いに過ぎないようにも思われる。

最高裁は、合憲限定解釈されうるか否かに関する最小限度の要請として、禁止の対象とそうでないものを区別するための基準が必要であり、かつそれが「社会通念」や「通常の判断能力を有する一般人」によって読み取ることができているようである⁽⁶⁴⁾。これは札幌税関検査事件判決が示した二要件として定式化されたが、それを後の

判例が明示的に援用しないのは、それが「表現の自由を規制する法律」に関するものとして記されたからかもしれない。これまで概観してきた諸判決における裁判官の間では、「一般人」として想定されているものが違っている、という見方もできる。おそらく、このような包括的な基準を用いることはある程度致し方ないのであるが、「現実には裁判所のアクロバットな解釈を限界づける機能に乏しい」ことも繰り返し指摘されている。⁽⁶⁶⁾ 実際には役割を演じているのは、「通常の判断能力を有する一般人」基準を用いる裁判所による様々な要素の衡量に基づく判断であろう。

Ⅲ 憲法適合的解釈

1 根拠、類型、限界

憲法適合的解釈の根拠や限界は、合憲限定解釈のそれと基本的には同様であるため、繰り返すことはしない。本稿の「はじめに」で紹介した、この概念の首唱者である宍戸は、その下位の類型化をも提唱している。⁽⁶⁷⁾ それを参照しながら、以下で暫定的な考察を行う。この概念が意識されるきっかけとなったのは、堀越事件判決である。そこで時系列を離れて、まずこの判決から叙述を始めた。

2 当該規定の意義を明らかにするもの

(1) 堀越事件判決

堀越事件判決は、政治活動の自由が「民主主義社会を基礎付ける重要な権利であることに鑑みる」という見地か

ら、「公務員に対する政治的行為の禁止は、国民としての政治活動の自由に対する必要やむを得ない限度」に限られる、という。そのうえで、国公法一〇二条一項の「文言、趣旨、目的」や、「同項の規定が刑罰法規の構成要件となることを」も考慮して、「同項にいう『政治的行為』とは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが、観念的なものにとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるものを指し、同項はそのような行為の類型の具体的な定めを人事院規則に委任したもの」だと解した。さらに判決は、委任に基づいて定められた人事院規則の罰則規定の憲法適合性を肯定しつつ、当該事件で問題とされた行為は罰則規定の構成要件に該当しない、と判断した。⁽⁶⁸⁾

この判決の担当調査官は、前記した限定解釈を「憲法適合的解釈」に当たると解した。⁽⁶⁹⁾ このことが、憲法適合的解釈という概念を広く知らしめた。もともと、この判決の主任裁判官であった千葉勝美裁判官による補足意見は、国家公務員法の解釈を、「その文理のみによることなく」、同法の「構造、理念及び本件罰則規定の趣旨・目的等を総合考慮した上で行うという通常の法令解釈の手法」としての「限定的な解釈」だ、と述べている。⁽⁷⁰⁾ 実務的には、最高裁や千葉裁判官にとって、既に大法院が合憲判断を示している法令に対して、小法院が違憲の疑いをもって審査したとはいえないという事情がある。⁽⁷¹⁾ なおこの補足意見は、前記した限定解釈は合憲限定解釈ではなく、国家公務員法自体の「条文の丁寧な解釈」だという趣旨のものであり、憲法適合的解釈ではないということを述べているわけではない。さらにこの補足意見も「憲法の趣旨を十分に踏まえた上で」、「条文の丁寧な解釈」を試みるべきだというのであるから、調査官が判決による限定解釈を「憲法適合的解釈」に当たると解説するのは無理もない。もともと千葉自身は、退官後も「(通常の)法解釈」だと述べており、こだわりがある模様である。⁽⁷²⁾

堀越判決による限定解釈を「合憲限定解釈」として読むべきだとする代表的論者は、蟻川恒正である。その綿密な議論を逐一再現することはできないが、とりわけイデオロギー的機能が懸念されている。「憲法適合的解釈には実質的な部分的違憲判断といいうる要素がないか、たとえあるとしてもその要素をできるだけ目立たなくするイデオロギー的機能を果たすという面がある。合憲限定解釈といいうる解釈であるのにこれを殊更に憲法適合的解釈と呼ぶ場合には、このイデオロギー的機能の弊害は一層大きい」⁽⁷³⁾。別の論稿でも、「本当は憲法規定そのものの価値がぶつかり合っている問題でありながら、にもかかわらず、それを法令の趣旨、せいぜいが『憲法の趣旨』の話にすぎないといつて殊更に『合憲限定解釈』ではないなどと当の法解釈者が強弁しているような法解釈にまで『憲法適合的解釈』の名を冠することは、この法解釈コンセプトの本来の趣旨をむしろ没却するのではないか」⁽⁷⁴⁾と論ずる。このような蟻川の見解に対して、暫定的な見解だという留保をつけたうえ、異論を示すのが駒村圭吾である。つまり、「隠蔽化機能そのものは、違憲の疑義を示唆しつつも最終的にはそれを判断の裏側に回収してしまう合憲限定解釈にも、程度の差こそあれ、同様に指摘し得ることであるし、また、憲法適合的解釈もその『適合』の判断過程に「違憲の疑義」が潜在しているとも言えるだろう」というのである⁽⁷⁵⁾。

このような見解の相違を踏まえつつ、穴戸は、「本判決を狭義の憲法適合的解釈を行ったものだと整理することは、本判決を決して正当化するものではなく、むしろ本判決が前提とする、規定の構造の理解をあぶり出すことにつながる」という観点を示す。そこでいわれる「規定の構造」とは、「『政治的行為』を憲法上の価値に開かれた構造を持つ抽象的な規定として理解する」ということである。さらに、「本判決が狭義の憲法適合的解釈であったのだとすれば、憲法上の価値としての政治活動の自由とは何か、それは十分に考慮されたといえるのかといった、具体的な解釈

の「質」が問われることになる」、とも説かれる。⁽⁷⁶⁾ 現在のところ、堀越事件判決をめぐる議論は膠着状態にあるため、別の事件に目を向けてみたい。

(2) H S式無熱高周波療法事件判決

旧「あん摩師、はり師、きゅう師及び柔道整復師法」は、「医業類似行為」を業とすることを禁止していた。H S式無熱高周波療法を業として施したものを有罪とした原審判決を、最高裁が破棄差戻しした事件がある。この最高裁は、職業選択の自由が憲法上保障されていることに言及したあと、「医業類似行為を業とすることが公共の福祉に反するのは、かかる業務行為が人の健康に害を及ぼす虞があるからである。それ故前記法律が医業類似行為を業とすることを禁止処罰するのも人の健康に害を及ぼす虞のある業務行為に限局する趣旨と解しなければならぬ」とし、原判決が本件療法に関し「人の健康に害を及ぼす虞があるか否かの点について」判示せずに、本件療法を業として行った事実だけで有罪と即断したことを違法としたものである。⁽⁷⁷⁾ こう解すると「憲法二二条に反するものではない」という判示を、こう解さないと違憲だという疑義を含むと解して合憲限定解釈と捉えることもできるし、違憲の疑義を示すことのないものと解して憲法適合的解釈と捉えることもできるだろう。⁽⁷⁸⁾

この判決には、二通りの反対意見が付いていた。一つは、田中耕太郎・下飯坂潤夫両裁判官による。それによると、「人の健康に害を及ぼす虞があるかないかは」、一概に判断できない場合が多いため、法律は「この種の行為を画的に禁止したもの」であり、「かような画一性は法の特色」だ、という。⁽⁷⁹⁾ 有力な学説も、「経済的自由の規制立法には、立法府の裁量がかなり大幅に認められることを考え合わせると、社会生活における安全の保障や秩序の維持に対する危険は原則として抽象的危険で足りる」、とする。⁽⁸⁰⁾ もう一つの反対意見は、石坂修一裁判官によるものである。

つまり、「医業類似行為」を禁止した理由には「正常なる医療を受ける機会、ひいては医療の適期を失い、恢復時を遅延する等の危険」もあるためであり、それを理由とする禁止は職業の自由に対する不当な制限ではない、という。⁽⁸¹⁾ 学説上も、「消極的弊害について、多数意見がなら言及せず、単に、人の健康に害を及ぼす虞の有無のみを問題にしていることは、理解し難い」、という指摘がある。⁽⁸²⁾

このような反対意見や学説の説くところは、了解できる。そうすると、この判決による「医業類似行為」の限定的な解釈を職業選択の自由の要請を考慮した憲法適合的解釈だと位置づけたとしても、それを適切な判断だとするかどうかは別の問題だ、ということが確認できるだろう。

3 違法性阻却ないし免責に関する規定の解釈に関するもの

(1) 全通東京中郵事件判決

全通東京中郵事件判決は、旧公共企業体等労働関係法（以下では公労法という）一七条一項による労働基本権の制限を、内在的制約という観点から必要最小限度のものとして合憲と判断した。他方で、公労法は、同条に違反して争議行為をした者に対して、「憲法二八条の保障する労働基本権尊重の根本精神にのっとり、争議行為の禁止違反に対する効果または制裁は必要最小限度にとどめるべきであるとの見地から、違法な争議行為に関しては、民事責任を負わせるだけで足り、刑事制裁をもって臨むべきではないとの基本的態度を示したもの」だ、と解する。この観点から、労働組合法一条二項による刑事免責の可能性について、「争議行為が労組法一条一項の目的を達成するためのものあり、かつ、たんなる罷業または怠業等の不作為が存在するにとどまり、暴力の行使その他の不当性を伴わない場合

には、刑事制裁の対象とはならない」と解した。⁽⁸³⁾ 最高裁は、これを「憲法二八条および公労法一七条一項の合理的解釈」というが、刑事免責規定の解釈に際して憲法上の権利を考慮しているため、憲法適合的解釈の例と位置づけうるだろう。⁽⁸⁵⁾

(2) 外務省秘密電文漏洩事件決定

被告人の行為が国公法一一一条にいう同法一〇九条一二号、一〇〇条一項所定の行為の「そのかし」に当たるか、が争点だった。最高裁は、被告人の行為が構成要件に該当することを認めたくて、報道の自由を国民の知る権利に奉仕するものという観点から特に重要とし、また「取材の自由も憲法二一条の精神に照らし、十分尊重に値する」という憲法論を踏まえて、違法性阻却の可能性を論ずる。つまり、「報道機関が取材の目的で公務員に対し秘密を漏示するようにそのかしたからといって、そのことだけで、直ちに当該行為の違法性が推定されるものと解するのは相当ではなく、報道機関が公務員に対し根気強く執拗に説得ないし要請を続けることは、それが真に報道の目的から出たものであり、その手段・方法が法秩序全体の精神に照らし相当なものとして社会観念上は認められるものである限りは、実質的に違法性を欠き正当な業務行為といふべきである」、⁽⁸⁶⁾ というのである。決定はこのようにして実質的な権利救済の可能性を示しており、「憲法論を踏まえた法令の解釈」の例として位置づけられる。⁽⁸⁷⁾ なおこの決定は、当該事件については「正当な取材活動の範囲を逸脱している」と判断した。

(3) NHK記者証言拒絶事件決定

民訴法一九七条一項三号は、「職業の秘密に関する事項」について証言を拒絶することを認めている。NHK記者証言拒絶事件決定は、「職業の秘密」に該当するか否かの判断に際し、比較衡量の見地を示す。そのうえで、報道の

自由や取材の自由の意義に照らして、「取材源の秘密は、取材の自由を確保するために必要なものとして、重要な社会的価値を有する」という観点から、「証人は、原則として、当該取材源に係る証言を拒絶することができる」と判断した⁽⁸⁸⁾。この決定も、証人尋問に関する免責規定の解釈に関して、憲法上の権利からの要請を考慮しているため、憲法適合的解釈の例と位置づけられうる⁽⁸⁹⁾。当該事案についても、証言拒絶に正当な理由がある、と判断された。

4 小括

ある法規定の解釈に際して憲法上の要請を考慮に入れた解釈をする例は、これまで扱った事件に限定されるものではない。行政裁量の統制に際し、審査密度を高める要因として、憲法上の権利に対する制約が認められることが考慮される場合がある。読み方に異論がないわけではないものの、エホバの証人剣道受講拒否事件判決や、「君が代」訴訟懲戒処分事件判決⁽⁹¹⁾などがその例である⁽⁹²⁾。そのため、これらの判決も憲法適合的解釈の例とされうる⁽⁹³⁾。

憲法適合的解釈が直接的に違憲審査の場面で用いられるのは、前述した類型では「当該規定の意義を明らかにするもの」の場合だけである。堀越事件判決による解釈は主に実質的正当化の文脈であるが、その後続く人事院規制の罰則規定の憲法適合性審査においては、そのような解釈をすれば「不明確なものとも、過度に広汎な規制であるともいえない」、という形で副次的に形式的正当化審査にも充たされている⁽⁹⁴⁾。H S式無熱高周波療法事件判決による憲法適合的解釈は、実質的正当化審査の場面で用いられている。

憲法適合的解釈に対して出される疑義の一つとして、「憲法の趣旨を参酌した法律解釈といっても、どのように、あるいはどの程度参酌をするのか明らかではない」、という指摘がある⁽⁹⁵⁾。その明確化は今後の課題としても、「明らか

ではないこと」自体は憲法適合的解釈という位置づけをすることの責任ではない。むしろ、「憲法の趣旨を参酌した法律解釈」が行われないこともあることの方をより問題とすべきではないか、とも思われる。

IV 通常の限定解釈

1 根拠、類型、限界

制定法解釈の手法の一つとして、限定解釈がある。⁽⁹⁶⁾ 本稿は、制定法の限定解釈を行う際に、憲法上の要請を考慮に入れることを憲法適合的解釈と呼んでいる(より詳しくは1を参照)。これに対し、通常の限定解釈は、当該制定法の構造や理念、目的などから限定的な解釈を行うことだと位置づけられる。それらに反する限定解釈は限界を超えている。また通常の限定解釈にも、合憲限定解釈に際すると同様に、形式的正当化の文脈と実質的正当化の文脈で使われる場合がありうる。通常の限定解釈は違憲の疑いを示すものではないため、そのような区別を行うことは不正確なのであるが、使われ方の態様を示すために便宜的にこの二つに類型を分けて扱いたい。さらにここでも、「通常の判断能力を有する一般人が当該規定から限定された解釈を読み取れることができるか」と、「通常の一般人が限定解釈された規定が具体的な行為に適用されるかを判断できるか」という問題も区別可能である。

2 形式的正当化審査に相当する場面

ここで扱うことができる事例として、徳島市公安条例事件判決を挙げておく。この事件における一つの争点が、徳

島市公安条例三条三号の「交通秩序を維持すること」という規定が犯罪構成要件の内容として明確かどうか、であった。つまり、「法文の明確性」が争点であった。判決は、当該規定が不明確だということを認め、「立法措置として著しく妥当を欠く」と批判する。しかし、①「刑罰法規の定める犯罪構成要件があいまい不明確のゆえに憲法三一条に違反し無効であるとされるのは、その規定が通常の判断能力を有する一般人に対して、禁止される行為とそうでない行為とを識別するための基準を示すところがなく、そのため、その適用を受ける国民に対して刑罰の対象となる行為をあらかじめ告知する機能を果たさず、また、その運用がこれを適用する国又は地方公共団体の機関の主観的判断にゆだねられて恣意に流れる等、重大な弊害を生ずるからである」。②その場合に当たるかは、「通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうかによってこれを決定すべきである」。③同号は、「道路における集団行進等が一般的に秩序正しく平穩に行われる場合にこれに随伴する交通秩序阻害の程度を超えた、殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為を避すべきことを命じているものと解され」、「通常の判断能力を有する一般人が、具体的場合において、自己が行おうとする行為が右条項による禁止に触れるものであるか」は、「通常その判断にさほどの困難を感じることはない」。

以上の判示では「法文の明確性」の要請の根拠として、犯罪行為の事前告知と恣意的な運用のおそれを明示したことが、重要だった。この判決は、合憲限定解釈の代表例として扱われることも多い。判例上も、「法文の明確性」判断のために示された判旨①と②は、札幌税関検査事件判決（Ⅱ2（1）参照）で、合憲限定解釈の要件へと転用されている。こうして本判決は、「法文の明確性」や合憲限定解釈の許容性に関して、初めて「通常の判断能力を有する一

一般人」基準を示したものととして、後年の判例に大きな影響を与えた。⁽⁹⁸⁾ただし、通常の解釈によるならば違憲となると
いう判断は本判決中に明確には含まれておらず、条例の趣旨から③のような限定解釈が導かれているため、通常の限
定解釈と位置づけてもよいように思われる。

判決が、当該条項を「殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為を禁止すべきこと」と限定解釈した結果の明確
性の判断について、高辻正己裁判官の意見は、「裁判規範としての機能の面ではなく、その行為規範としての機能の
面に着目し、裁判時を基準としてみるのではなく、行為者の行為の当時を基準として、されなければならぬ」と
いう。そのうえで、多数意見による限定解釈は、「通常の判断能力を有する一般人である行為者が、行為の当時にお
いて」理解できるか、もしそれを期待できるとしても、多数意見による解釈の結果が「禁止される行為とそうでない
行為との識別を可能ならしめる基準」といえるか、を共に疑問としていた。⁽⁹⁹⁾この二つの次元について、担当調査官
は、「刑罰法規の対象となる一般人にとって重要なことは、この規定を解釈しこれに定義を与えることではない」、
「一般人が自己がしようとする具体的行為がその刑罰法規によって禁止されるものかどうかを判断するのに困難を感
じないようなものであれば、その刑罰法規は不明確ではない」、⁽¹⁰⁰⁾という。つまり判旨③が重要だというのである。こ
の点に関して小川信雄、坂本吉勝裁判官の補足意見は、「集団行進等がその本来の性質上肅然とした行進の程度を何
程か超える行進形態にわたりうるものであることを容認しながら、さらにその程度を超えた殊更な交通秩序阻害行為
を禁止すべきことを命じている」という意味であると理解して、その意見に同調する⁽¹⁰¹⁾、と述べる。このように解せば
明確性は向上するが、これは補足意見であり多数意見がそう考えていたわけではない。

また団藤重光裁判官の補足意見は、「構成要件の明確性の問題を検討するにあたっては、それが表現の自由との関

連において国民一般に対して有するかも知れないところの萎縮的・抑止的作用をもとくに考慮に入れたつもりである。そうして、わたくしは、多数意見もまた、同じ見地に立つものと理解している⁽¹⁰⁾。この理解であれば本判決は合憲限定解釈を行ったものと位置づけられうるが、多数意見が本当にそういう立場にあったのかは不明である⁽¹⁰⁾。

学説では、「本件のような事例でも不明確ではないというのであれば、実際に「あいまい不明確」の故に違憲無効とされる事例を見出すことは困難であろう」といった批判的な見解が多い⁽¹⁰⁾。表現の自由という重要な憲法上の権利に係る事案であると共に、判決自身が述べているように、禁止行為を例示するなどの明確化は立法技術上可能であり、また条例を無効としても道路交通法による規制は存在するため全く無規制になるわけではないことなどが考慮されている⁽¹⁰⁾。

3 実質的正当化審査に相当する場面

(1) 交通事故報告義務事件判決

道路交通法の前身である道路交通取締法の施行令六七条二項は、交通事故があつた場合、運転者は「事故の内容」などを警察官に報告する義務を課していた。「事故の内容」には刑事責任を問われるおそれのある事項も含まれるため、憲法三八条一項に反しないかが争われた。最高裁は、次のようにいう。①「法の目的に鑑みるときは、令同条は、警察署をして、速に、交通事故の発生を知り、被害者の救護、交通秩序の回復につき適切な措置を執らしめ、以つて道路における危険とこれによる被害の増大を防止し、交通の安全を図る等のため必要かつ合理的な規定」で

ある。しかも、②「同条二項掲記の『事故の内容』とは、その発生した日時、場所、死傷者の数及び負傷の程度並に物の損壊及びその程度等、交通事故の態様に関する事項を指すものと解すべきである。したがって、右操縦者、乗務員その他の従業者は、警察官が交通事故に対する前叙の処理をなすにつき必要な限度においてのみ、右報告義務を負担するのであって、それ以上、所論の如くに、刑事責任を問われる虞のある事故の原因その他の事項までも右報告義務ある事項中に含まれるものとは、解せられない」。③「したがって、令六七条二項により前叙の報告を命ずることは、憲法三八条一項にいう自己に不利益な供述の強要に当たらない」。⁽¹⁰⁶⁾

判決が②のような限定解釈を行うに際しては、限定解釈をしないと違憲となるという趣旨は含まれていないので、合憲限定解釈とはいえない。また憲法上の要請を考慮した解釈であるとも明示的には述べていないため、通常の限定解釈と位置づけうる。多数意見はこのような限定解釈を行えば黙秘権に対する制約はないと判断した。これに対して奥野健一裁判官の補足意見は、報告義務の範囲を限定したとしても「少なくとも事実上犯罪発覚の端緒を与えることになり、多数意見の如く全然憲法三八条の不利益な供述を強要することにあたらないと断定することには躊躇せざるを得ない」という観点から、「道路交通の安全の保持、事故発生の防止、被害増大の防止、被害者の救護等の公共の福祉の要請」を考慮して、制約は正当化されうるとい⁽¹⁰⁷⁾う。現行の道交法七二条一条後段（昭和三五年法律一〇五号）は、最高裁判決に先立って限定した内容を規定している。現在の学説は、説明の仕方は異なるものの、奥野補足意見と同じく黙秘権の制約を認め⁽¹⁰⁸⁾たうえで、制約は正当化されると考えている。例えば、「高度の危険性を帯びる自動車運転については、公共の利益をはかるため、この種の報告義務により一定限度黙秘権を縮減させることを前提として、はじめ⁽¹⁰⁸⁾て運転が許される制度が設営されている」、といった説明である。

(2) 「政経タイムス」事件判決

公職選挙法一四八条一項は、新聞紙、雑誌による報道および評論の自由を保障する。さらに、同条三項イは、「新聞紙」について「毎月三回以上……号を逐つて定期に有償頒布するもの」と規定する。この規定の合憲性について、最高裁は次のように判断した。①一四八条三項は、「いわゆる選挙目当ての新聞紙・雑誌が選挙の公正を害し特定の候補者と結びつく弊害を除去するためやむをえず設けられた規定であつて……、公正な選挙を確保するために脱法行為を防止する趣旨のものである」。②「右のような立法の趣旨・目的からすると、同項に関する罰則規定である同法二三五条の二第二号のいう選挙に関する『報道又は評論』とは、当該選挙に関する一切の報道・評論を指すのではなく、特定の候補者の得票について有利又は不利に働くおそれがある報道・評論をいうものと解するのが相当である」。③「さらに、右規定の構成要件に形式的に該当する場合であっても、もしその新聞紙・雑誌が真に公正な報道・評論を掲載したものであれば、その行為の違法性が阻却されるものと解すべきである（刑法三五条）」⁽¹⁰⁹⁾。

この判決は、判旨②と③により、前記の条文に二重の限定解釈を行った。一方では、これを合憲限定解釈だと理解する見解がある⁽¹¹⁰⁾。これに対して、担当調査官は、「右のような制限的解釈は、憲法二一条の表現の自由の保障からくるものではなく、立法の趣旨・目的から引き出されていることに注意すべき」と解説していた⁽¹¹¹⁾。学説上も趣旨の見解が多く、通常の限定解釈だと解するのが妥当であろう。また判決の手法を合憲限定解釈と解するか、通常の限定解釈と解するかにかかわらず、それを批判する見解は多い。公選法一四八条三項のような「過度に広汎な規制」を置いておくことが、選挙に関わる表現活動への萎縮効果をもつ、というのである⁽¹¹²⁾。このような違憲説が憲法学上の通説といつてよいのだろうか⁽¹¹³⁾。学説としてはそれでよいであろうが、当時の低調な大法院の状況を鑑みて、全面的に合憲と

した原審判決とは異なり、小法廷限りで可能な限定解釈を施した第一小法廷の努力も軽視すべきではない。⁽¹⁵⁾ ただし、当該事件については、原審による有罪判決が維持されている。

(3) 証券取引法事件判決

証券取引法一六四条一項(当時)は、上場会社等の役員または主要株主がその職務または地位により取得した秘密を不当に利用することを防止するため、同項所定の特定有価証券等の短期売買取引による利益を当該上場会社等に提供すべき旨を規定し、同条八項は、役員または主要株主の行う買付け等または売付け等の態様その他の事情を勘案して内閣府令で定める場合には同条一項の規定を適用しないと定めていた。最高裁は、「同条八項は、取引の態様等を勘案してこのような秘密の不当利用の余地がないものと観念される取引の類型を定めることを内閣府令に委任したものであるが、上記の目的を達成するために同条一項の規定を適用する必要のない取引は内閣府令で定められた場合に尽きるものではなく、類型的にみて取引の態様自体から上記秘密を不当に利用することが認められない場合には、同項の規定は適用されない」と解した。⁽¹⁶⁾

この限定解釈は、そう解さないと違憲となるという合意はないので合憲限定解釈ではない。また憲法の趣旨を勘案したものでもないため憲法適合的解釈でもなく、通常限定解釈だと思われる。⁽¹⁷⁾

4 小括

本章では、通常限定解釈について、形式的正当化審査に相当する場面か、実質的正当化審査に相当する場面か、に大別した整理を試みた。通常限定解釈についても、「法文の明確性」と「法解釈の明確性」の区別もありうる。

徳島市公安条例事件判決では、刑罰法規の明確性を判断する際の基準が示されていた。しかし、その他の判決では類
似の判示は存在しない。合憲限定解釈は多少の無理はあっても違憲の疑念が生じない解釈を選ぶという手法であるの
に対し、通常の限定解釈はそうではないという前提があるため、通常の限定解釈は比較的容易になされるためだと思
われる。もちろんその点については評価が分かれ、解釈の限界を超えていないかが疑問とされることもある⁽¹¹⁸⁾。

V 結びに代えて

本稿では、類型化は相対的で暫定的なものだということを前提としたうえで、様々な判決を合憲限定解釈、憲法適
合的解釈、通常の限定解釈に整理してきた。このような検討は、もちろん「分類論のための分類」を意図していたわ
けではない。「裁判所が法令の規定の構造をどのように理解したのか、そこでどのような憲法的考慮を行ったのかを
明らかにし、進んで必要があればそれを批判する出発点となる限りで、意味がある⁽¹¹⁹⁾」、という指摘を受け継ぐもの
がある。

これらの概念のなかで現在の憲法学において最も議論があるのが、憲法適合的解釈である。この概念については、
「憲法を意識した法解釈を顕在化させる可能性、さらには、必要性という視点は、憲法学にとって、そして憲法学に
とどまらない日本の法学全般にとつて重要なもの」だ、という評価がなされる⁽¹²⁰⁾。また掘越事件に関する判決手法につ
いては、「司法部の持つ武器、すなわち目立たないが切れ味の良い刃物」だ、と積極的に擁護されることもある⁽¹²¹⁾。

他方で、憲法適合的解釈には懸念も表明されている。例えば、「掘越事件の限定解釈を『憲法適合的解釈』とみた

場合、それは、立法府の憲法配慮意図を『擬制』することになりますから、立法府の現実の憲法軽視をカバーする一方で、立法府が、あるいは民主主義が、このことを反省・再考する機会を裁判所が奪うこととなります」という見解がある。⁽¹²⁾ また、『憲法適合的解釈』概念の導入によってかえって憲法問題が隠蔽される危険性も浮上した⁽¹³⁾、とも言われる。さらに、「便利な手法ということで、合憲限定解釈が行われるべき場合にも憲法適合的解釈がなされるようになれば、憲法判断の蓄積を通じて憲法の意味を明らかにし、憲法秩序を形成する営みが停滞することにならないだろうか。憲法適合的解釈が選好されるようになれば、日本の違憲審査の姿は、ごくわずかの法令違憲判決と、違憲審査を行わない憲法適合的解釈との極端な二極化に至らないだろうか」、とも指摘される。⁽¹⁴⁾

憲法適合的解釈を様々な観点から検討する試みは、極めて重要である。しかし、憲法適合的解釈と整理すること、それを正当化することとは別の問題であることを再度確認したい。また、これらの懸念は合憲限定解釈を過大評価しているようにも思われる。裁判所が合憲限定解釈をした場合に、立法府が反省・再考するとは限らないし、「憲法の意味を明らかに」するという点では、合憲限定解釈と憲法適合的解釈との間の違いは相対的ではなからうか。他方で、解釈の対象となる法文自体の違憲性を問うことは、憲法論に固有の役割であることは意識し続ける必要がある。法令違憲、適用違憲、合憲限定解釈、憲法適合的解釈といった様々な手法を、裁判所が適切に使い分けることが重要である。また、比較法研究の成果を踏まえながら、学説がそうなるよう働きかけることも必要だと思われる。

さらに、合憲限定解釈や憲法適合的解釈にはより理論的な背景があることも無視すべきではない。ドイツでは、憲法を枠秩序として捉えるか、価値秩序・基本秩序として捉えるかについて、長年にわたる議論があった。⁽¹⁵⁾ そして、合憲限定解釈は枠秩序としての憲法観に、憲法適合的解釈は価値秩序・基本秩序としての憲法観に親和的だとされてい

る。⁽¹²⁶⁾ もちろん、枠秩序としての憲法観と価値秩序・基本秩序としての憲法観は「思考モデル」⁽¹²⁷⁾であり、一つの憲法典のなかに、枠規定と価値規定、あるいは「通常法律以下の法令の統制規範として憲法が機能する場面」と、「通常法の解釈にあたって、嚮導的な役割を憲法が果たす場面」⁽¹²⁸⁾とが含まれている。したがって、合憲限定解釈と憲法適合的解釈の使い分けを試みる場合には、学問上は、いかなる憲法規定にかかわるかにについても配慮する必要があるだろう。

- (1) 高橋和之『体系 憲法訴訟』(岩波書店、二〇一七年) v頁以下(はしがき)など。本文のような研究動向を牽引してきた一人が畑尻剛教授であった。
- (2) このテーマに関しては、既に、渡辺康行ほか『憲法Ⅱ 総論・統治』(日本評論社、二〇二〇年) 三六五頁以下(渡辺執筆)で簡単な整理を行っている。本稿は同書における叙述の不足を、多少なりとも補おうとするものである。
- (3) 宍戸常寿「シンポジウム 憲法適合的解釈についての比較法的検討 1. 日本」比較法研究七八号(二〇一七年) 四―六頁。憲法適合的解釈と合憲限定解釈の区別を実質的に受容している例として、さしあたり、駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回』(日本評論社、二〇一三年) 三八〇頁以下、高橋・前掲注(1) 二〇二―二〇三頁、畑尻剛「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ(第七版)』(有斐閣、二〇一九年) 四一九頁など。
- (4) 宍戸常寿『憲法裁判権の動態「増補版」』(弘文堂、二〇二一年) 二七一頁以下は、ドイツにおいて「憲法志向的解釈(verfassungsorientierte Auslegung)」と「憲法適合的解釈(verfassungskonforme Auslegung)」が区別されていることを指摘していた。日本における「憲法適合的解釈」に該当するのはドイツの「憲法志向的解釈」であり、ドイツでいう(狭義の)「憲法適合的解釈」は日本の「合憲限定解釈」に近い。参照、毛利透「ケルゼンを使って『憲法適合的解釈は憲法違反である』といえるのか」辻村みよ子ほか(編)『国家と法』の主要問題』(日本評論社、二〇一八年) 三〇九頁。その他、コンラート・ヘッセ(著)／初宿正典・赤坂幸一(訳)『ドイツ憲法の基本的特質』(成文堂、二〇〇六年) 四四頁以下、原島啓之「ドイツ連邦行政裁判所の『憲法判断』の考察(一)(二・完)」阪大法学六四卷(二〇一五年) 五号一二八七頁、六

号一七八七頁など。

(5) 代表的研究として、前掲注(3)で掲げた比較法学会のシンポジウムと、土井真一編著『憲法適合的解釈の比較研究』(有斐閣、二〇一八年)を挙げるができる。

(6) 古典的な研究として、阿部照哉『基本的人権の法理』(有斐閣、一九七六年)二一八頁以下。近年の文献として、新正幸『憲法訴訟論(第二版)』(信山社、二〇一〇年)四一五—四一七頁、四三六頁、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、二〇〇八年)三四〇頁、同「合憲限定解釈」曾我部真裕ほか編『憲法論点教室(第二版)』(日本評論社、二〇二〇年)六四頁以下。さらに、土井真一「違憲審査の対象・範囲及び憲法判断の方法」土井編・前掲注(5)二四五—二四九頁も参照。

(7) ここでも、前掲注(3)で挙げた比較法研究のシンポジウムのほか、土井編・前掲注(5)書を参照。

(8) 明確性の理論と過度の広汎性との異同などについては、渡辺康行「集会の自由の制約と合憲限定解釈」法政研究七五巻二号(二〇〇八年)四一—四頁以下。山下純司ほか『法解釈入門(補訂版)』(有斐閣、二〇一八年)一八七頁(島田聡一郎)は、憲法学者は「過度の広範性」について表現の自由を特別視するが、刑法学者の多くは、表現の自由が問題となる場合に限らないと考えている、という。ただし、刑法学者の主な関心は明確性の理論にあつたように思われる。

(9) 本文の区別については、小山剛『憲法上の権利』の作法(第三版)』(尚学社、二〇一六年)六二頁、大石和彦「合憲限定解釈」または『憲法適合的解釈』の諸相」白鷗法学二五巻一—二号(二〇一八年)八九—九〇頁、柴田憲司「合憲限定解釈と憲法適合的解釈」横大道聡編『憲法判例の射程(第二版)』(弘文堂、二〇二〇年)三七—四頁など参照。

(10) さしあたり、渡辺・前掲注(8)四二七頁以下、本稿II 4を参照。

(11) 前田雅英『現代社会と実質的犯罪論』(東京大学出版会、一九九二年)五九頁、宍戸常寿「判批」憲法判例研究会編『判例ブラクシス憲法(増補版)』(信山社、二〇一四年)四〇—五頁。本文の区別は、徳島市公安条例事件判決に関して本稿(IV 2)が紹介する判旨①と②から示唆を得たものと思われる。最大判昭和五〇年九月一〇日刑集二九巻八号四八九頁(五一八—五一九頁)。

(12) 高橋・前掲注(1)二二—二二二頁。ここでは、「立法府との関係では、立法府の意図をねじ曲げて司法府による法文の書き換えとなつてはならない」ということであり、「国民との関係では、何が禁止されるかについて十分な告知機能をもた

ねばならず、そのためには特に解釈結果が一般人の理解しうる程度に明確でなければならない」と説かれる。

- (13) 最大判昭和五九・一二・一二民集三八卷三号一三〇八頁(一三二四頁)。
 (14) 駒村・前掲注(3) 三八三頁。同じ趣旨の指摘として、高橋和之一「判批」判例評論三二二号(判時一一六三号、一九八五年)二〇二頁、井上典之「憲法判例に聞く」(日本評論社、二〇〇八年)二六一頁。
 (15) 参照、渡辺・前掲注(8) 四三一―四三二頁。高橋・前掲注(1) 二二二頁注(126) は、次のように論ずる。徳島市公安条例事件判決で判断されたのは、「合憲限定解釈の許容性の問題ではなく、法文の不明確性の問題であった。したがって、国民との関係において告知機能をもつための条件を判示した判例であり、議会との関係で法文の解釈が法文の書き換えとならないための条件を判示したものではなかったのであり、その判決を合憲解釈の許容性の先例として引用することにそもそも問題があった」。「合憲限定解釈の許容性の問題と不明確性の問題は、完全には重ならないのである。国民に対する告知機能の面では重なるが、立法府との関係では重ならない」。
 (16) 民集三八卷三号一三〇八頁(一三三四頁)。
 (17) 高橋・前掲注(1) 二二〇頁。
 (18) 同趣旨の考慮は、後述する広島市暴走族追放条例事件判決における藤田宙靖裁判官の反対意見(Ⅱ(2)(3)(ウ))など、繰り返し現れる。
 (19) 民集三八卷三号一三〇八頁(一三三五頁)。なお、大橋進など四裁判官の補足意見も、「日本国憲法施行前の古い時代に制定され、憲法施行後においてもその内容に変更を受けることなく施行されている法律については」、「合理的な法解釈の範囲内のもので許される限りにおいて、憲法秩序と矛盾することのないように解釈し、その効力を肯認するのが相当である」と、同旨のことを述べる。
 (20) 中林曉生+山本龍彦「憲法判例のコンテクスト」(日本評論社、二〇一九年)六一頁(山本)は、多数意見で「登場する『一般人』は『通常の判断能力』というより『合理的な判断能力』をもった人間である」という。
 (21) さしあたり、米沢広一「合憲限定解釈の許否」法教一〇七号(一九八九年)四二頁、芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1)(増補版)』(有斐閣、二〇〇〇年)三九九―四〇〇頁、上村貞美「合憲限定解釈について」名城ロースクールレビュー二二号(二〇一二年)三〇頁以下など。近年では、木下智史「明確性の原則について」佐藤幸治ほか(編)『現代社会にお

ける国家と法——阿部照哉先生喜寿記念論文集（成文堂、二〇〇七年）二三三頁が、「一般人」に対して、「法規の変遷」や「判例の蓄積」についての知識を要求するのは、酷」という。

(22) 奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』（東京大学出版会、一九八八年）一一〇—一一二頁。

(23) 最大判昭和六〇・一〇・二三刑集三九卷六号四一三頁（四一六頁）。本文②（ウ）の文章から、本稿はこの判決が合憲限定解釈をとったものと位置づけている。他方で、通常の限定解釈を採ったものとして理解する見解もある。村西良太「判例」長谷部ほか編・前掲注（3）二四一頁など。本判決では憲法上の権利について言及がないことをどのように解するかにかかわっているのであろう。ちなみに、田宮裕「判批」判時一一七四号（一九八六年）一一頁は、徳島市公安条例事件判決は明瞭に合憲限定解釈といえるかには若干の疑問があるのに対して、札幌税関事件判決は明らかな合憲限定解釈であり、本判決はその中間程度の地位にある、と位置づけている。

(24) 高橋省吾「判解」最判解判昭和六〇年度（一九八九年）二二三頁。

(25) 刑集三九卷六号四一三頁（四二九—四三七頁）。宍戸常寿「判批」磯部力ほか編『地方自治判例百選（第三版）』（有斐閣、二〇〇三年）五七頁は、伊藤反対意見を、「合憲的に処罰可能な行為の画定と、それが規定から導出可能かの検証とを自覚的に分離した」という点から評価する。

(26) 刑集三九卷六号四一三頁（四四一—四四二頁）。

(27) 宍戸・前掲注（11）四〇五頁。

(28) 戸松秀典『憲法訴訟（第二版）』（有斐閣、二〇〇八年）二四一—二四二頁、米沢・前掲注（21）四三頁、上村・前掲注（21）一二頁、佐伯仁志「判批」山口厚・佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ総論（第七版）』（有斐閣、二〇一四年）七頁、矢島基美『現代人権論の起點』（有斐閣、二〇一五年）二九三頁、赤坂・前掲注（6）「合憲限定解釈」六九—七〇頁など。

(29) 前田・前掲注（11）六〇—六三頁。

(30) 田宮・前掲注（23）一一頁。同趣旨の議論は、しばしば説かれる。

(31) 最三小判平成一九・九・一八刑集六一卷六号六〇二頁（六〇四頁）。この判決では、札幌税関検査事件判決で用いられていた「社会通念」という文言が再び採用されている。もつとも先例では、解釈結果が「社会通念」に合致することが求められていたのに対して、この判決では合憲限定解釈の内容のなかで登場しているため、文脈が異なっている。

- (32) 前田巖「判解」最判解刑平成一九年度(二〇一二年)三九七頁。
- (33) 渡辺・前掲注(8)四四二頁以下、大石・前掲注(9)八九頁。
- (34) 刑集六一卷六号六一頁(六一—六一三頁)。
- (35) 内野廣大「判批」法学論叢一七二卷一號(二〇二二年)一一二—一一三頁。
- (36) 渡辺・前掲注(8)四三三頁以下で詳しく論じている。その後の文献として、曾根威彦「判批」判例評論六〇四号(判時二〇三六号、二〇〇九年)一八二頁、船山泰範・山本善貴「判批」日本法学七六卷三號(二〇一〇年)一四九—一五〇頁、西村裕一「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ(第七版)』(有斐閣、二〇一九年)一八三頁、赤坂・前掲注(6)「合憲限定解釈」七〇頁など。これに対して調査官は、多数意見は、「定義規定を法技術上の明白な誤りと見た」うえで、「誤りの部分は無視して解釈・適用することが許される」と解した、と説明する。また限定解釈の結果は、一般市民の立場からは「自然で常識的な解釈」であり、「萎縮効果」も懸念されない、という。前田・前掲注(32)四〇—四〇二頁。また、土井・前掲注(6)二五六頁注(167)。
- (37) 最大判昭和四四・四・二刑集二三卷五号三〇五頁(三一〇頁)。
- (38) 船田三雄「判解」最判解刑昭和四四年度(一九七二年)七三頁注(5)。
- (39) 刑集二三卷五号三〇五頁(三二—三二四頁)。
- (40) 刑集二三卷五号三〇五頁(三二七頁)。
- (41) 最大判昭和四八・四・二五刑集二七卷四号五七四頁。この判決は、「二重のしほり」論について、「このような不明確な限定解釈は、かえって犯罪構成要件の保障的機能を失わせることとなり、その明確性を要請する憲法三一条に違反する疑いすら存する」(五六四頁)、という。これに対して、最高裁自身が「不明確な限定解釈」を行ってきたのではないか、といった指摘はしばしばなされる。戸松・前掲注(28)二四二頁、宍戸常寿「判批」憲法判例研究会編・前掲注(11)四〇三頁、君塚正臣『司法権・憲法訴訟論 下巻』(法律文化社、二〇一八年)四五八頁など。
- (42) 刑集二三卷五号三〇五頁(三一八頁)。このような論じ方は、注(30)で引用した田宮裕などに継承されている。
- (43) 前田・前掲注(11)四九頁。前田は裁判規範に重点を置くが、刑法学上、刑法規範を裁判規範と行為規範のどちらの側面に重点を置いて理解するかは、見解が分かれる。例えば、後述する徳島市公安条例事件判決における高辻正己裁判官の意見

は、行為規範の側面を重視している（IV 2 参照）。

(44) さしあたり、芦部信喜「現代人權論」（有斐閣、一九七四年）三三〇頁以下。ここでは当時の批判論が、「文理逸脱論」「限定方法不当論」「構成要件不明確論」に分類されて検討されている。

(45) 刑集二三卷五号三〇五頁（三二二頁）。

(46) 例えば、野坂泰司『憲法判例を読み直す（第二版）』（有斐閣、二〇一九年）四〇七頁。千葉勝美『憲法判例と裁判官の視線』（有斐閣、二〇一九年）一〇七頁は、「二重のしぼり」の解釈を「労働基本権の保護の理念から当然に導かれるものとはいえ、あるいは、裁判所が、政策的な観点から刑事罰を否定する立法裁量権の行使と類似した法解釈を行っているようにみられるおそれ」がある、指摘する（二〇七頁）。そのうえで、全通名古屋中郵便事件大法廷判決（最大判昭和五二・五・四刑集三一巻三号一八二頁）による限定的解釈を高く評価する（一〇八頁、一一七頁以下）。

(47) さしあたり、高橋・前掲注（1）二〇七頁。

(48) 最大判平成四・七・一民集四六卷五号四三七頁（四四四頁）。

(49) 野中俊彦「判批」ジュリ一〇〇九号（一九九二年）三二頁。その他の学説については、上村・前掲注（21）七―八頁を参照。

(50) 永田秀樹「判批」法七四五五号（一九九二年）一二二頁が、「判決は、一部の規定について限定解釈を加えているが、……依然として広汎に過ぎる」と論ずるのも、過度広汎性を形式的正当化審査の文脈で捉えたものだと思う。

(51) 千葉勝美「判解」最判解民平成四年度（一九九五年）二四四頁は、限定解釈の「内容は明確であり、しかも限定的で合理的」だという。

(52) 最三小判平成七・三・七民集四九卷三号六八七頁（六九六―六九八頁）。判決は、続けて、「右事由の存在を肯認することができるのは、そのような事態の発生が許可権者の主観により予測されるだけでなく、客観的な事実を照らして具体的に明らかに予測される場合でなければならない」という。

(53) 穴戸常寿「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、二〇二二年）六九頁は、本文で②として引用した部分を憲法適合的解釈の例として扱っている。

(54) 藤井俊夫「判批」平成七年度重判解（ジュリ一〇九一号、一九九六年）一七頁。

- (55) 上村・前掲注(21) 三〇頁。
- (56) 芦部・前掲注(21) 四九二頁。
- (57) 駒村・前掲注(3) 三八二頁。
- (58) 上村・前掲注(21) 二頁。
- (59) 前田雅英「罪刑法定主義の変化と実質的構成要件解釈」中山研一先生古稀記念祝賀論文集編集委員会編『刑法の理論 中山研一先生古稀祝賀論文集 第三卷』(成文堂、一九九七年) 六一頁。ここでは、「①国民の行動の自由の利益、②刑罰権の濫用防止の利益に対し、③当罰性の高い行為を禁圧することにより得られる国民の利益が比較衡量されざるを得ない」とされる。広島市暴走族条例事件判決における田原睦夫裁判官の反対意見は、限定解釈が可能な場合を全面的に比較衡量で判断する見地を示している(刑集六一巻六号六〇一頁(六二〇頁))。
- (60) 前田・前掲注(59) 六二頁。なお、前田によると、「法文の明確性の理論は、合憲限定解釈とは相対立する面を有する。合憲限定解釈は、条文がある程度多義的であることを前提とし、逆に明確性の理論は一般人にも処罰範囲を読み取れるだけの法文の明確性・一義性を要請する」とされる。同・前掲注(11) 五八頁。
- (61) 渡辺・前掲注(8) 四二七頁以下を参照。
- (62) 本稿で扱ったなかでは、福岡県青少年保護育成条例事件判決に関する田宮裕の見解、東京都教組事件判決における松田二郎裁判官の補足意見は、これを肯定する。刑集二三巻五号三〇五頁(三二八頁)。また、前田・前掲注(11) 四六頁は、「処罰範囲を限定する方向への解釈については、刑法学者はある程度寛容なのです」という。これらに対して、芦部・前掲注(44) 三三八頁は、「狭く解釈しても明確性を充足できない場合がある」と批判的なコメントを行っている。
- (63) 参照、君塚・前掲注(41) 六四九―六五〇頁。
- (64) 橋本基弘「表現の自由」(中央大学出版部、二〇一四年) 三二四―三二五頁。
- (65) 憲法判断に際して「社会通念」という基準を用いることについては、渡辺康行「違憲審査の正当性と〈コンセンサス〉なし〈社会通念〉」ジュリー二〇二二号(一九九三年) 一二九頁以下。
- (66) 例えば、宍戸常寿「判批」磯部力ほか編『地方自治判例百選(第四版)』(有斐閣、二〇一三年) 五一頁。
- (67) 宍戸・前掲注(53) 六九頁以下、同・前掲注(3) 一二頁。さらに、柴田・前掲注(9) 三八一頁。

- (68) 最二小判平成二四・一二・七刑集六六卷二二号一三三七頁。これに対して、同日に言い渡された世田谷事件判決では、起訴された行為について構成要件該当性を認めた。参照、最二小判平成二四・一二・七刑集六六卷二二号一七三二頁。
- (69) 岩崎邦生「判解」最判解刑平成二四年度(二〇一五年)五一六頁。
- (70) 刑集六六卷二二号一三三七頁(一三五四―一三五五頁)。
- (71) さしあたり、渡辺康行「最高裁判官と『司法部の立ち位置』」工藤達朗ほか編『憲法学の創造的展開 下巻―戸波江二先生古稀記念』(信山社、二〇一七年)五七三頁、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・前掲注(5)七頁など。
- (72) 千葉勝美『違憲審査』(有斐閣、二〇一七年)七〇頁。
- (73) 蟻川恒正「国公法二事件最高裁判決を読む」法七六九七号(二〇一三年)三一頁。この論文では、さらに、「実質的な部分的違憲判断というに等しい合憲限定解釈を単にそうとは明示しただけでなく進んで合憲限定解釈ではないとして示すことは……当該法令によって危殆に晒されているものが何であるかを曖昧にし、そうすることによって、それを危殆に晒した国家机关の責任を穏やかに免罪する機能を果たす」とも主張する(三三二頁)。
- (74) 蟻川恒正「国公法二事件最高裁判決を読む(1)」法教三九三三号(二〇一三年)八八頁。その他、蟻川恒正「社保庁職員事件最高裁判決を読む」世界六四〇号(二〇一三年)一九三頁は、堀越事件判決は、「猿払事件判決が『憲法の要請』と書いたのと全く同じ中身を、あえて『国公』法一〇二条一項の『趣旨』ないし『国公』法一〇二条一項の『目的』と書き換えた上で、『国公』法一〇二条一項の文言、趣旨、目的』を重視して限定解釈したのであるから、これは合憲限定解釈ではない、と見せかけているのである」と論ずる。
- (75) 駒村圭吾「さらば、香城解説!」長谷部恭男ほか編『高橋和之先生記念 現代立憲主義の諸相 下』(有斐閣、二〇一三年)四二八頁注(5)。憲法適合的解釈にも違憲の疑義が潜在していると捉えることができるかは、概念の使い方によるだろう。
- (76) 宍戸・前掲注(3)一五―一六頁。ここで、「規定の明確性」や「解釈の明確性」も論じられることになる。
- (77) 最大判昭和三五・一・二七刑集二四卷一号三三三頁。この事件と類似する最近の事例が、タトゥー施術業が医師法一七条・三二条一項一号違反に問われたことに対して、構成要件該当性を否定した、最二小決令和二・九・一六裁時一七五二号三頁

である。ちなみにこの判決は、一七条の「医業」に通常の限定解釈を行ったものようである。

- (78) 穴戸・前掲注(53) 七二―七三頁は、本判決が「限定解釈の理由を『公共の福祉』に求めているため、そう限定しなければ同条が違憲とするのか、それとも規制における『事の本質』について語ったにすぎないのか、明らかではない」という。これは本判決が合憲限定解釈か通常の限定解釈かを見分けにくい、という趣旨である。これに対して、蟻川・前掲注(74)「社保庁」一九二頁は、本判決を合憲限定解釈の例とし、堀越事件判決の法解釈との類似性を指摘する。

- (79) 刑集一四卷一号三三頁(三七頁)。

- (80) 芦部信喜「人權と憲法訴訟」(有斐閣、一九九四年)三六六―三六七頁。その他、工藤達朗「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選Ⅰ(第五版)』(有斐閣、二〇〇七年)二〇一頁など。

- (81) 刑集一四卷一号三三頁(三七―三九頁)。

- (82) 時國康夫「判批」芦部信喜・高橋和之編『憲法判例百選Ⅰ(第三版)』(有斐閣、一九九四年)一八三頁。

- (83) 最大判昭和四一・一〇・二六刑集二〇卷八号九〇一頁。

- (84) 担当調査官は、刑事免責の可能性に関する判示を「公労法を中心とする現行法秩序の趣旨」を論拠とする、と解説している。中野次雄「判解」最判解刑昭和四一年度(一九六九年)二四四頁。判決が趣旨を汲んでいるのは、公労法などだけではなくその根本にある憲法二八条も含まれているものと思われる。

- (85) 穴戸・前掲注(53) 七〇―七一頁、同・前掲注(3) 一〇頁。千葉・前掲注(46) 一一頁以下は、「国際法学者としての横田長官の国際法制との調和やあるべき公法理念がそのまま表に出た処理」だとして、解釈が「短兵急」だと批判している。

- (86) 最一小決昭和五三・五・三一刑集三二卷三号四五七頁。

- (87) 穴戸・前掲注(53) 七〇―七一頁、同・前掲注(3) 一〇―一一頁。

- (88) 最三小決平成一八年一〇月三日民集六〇卷八号二六四七頁。

- (89) 担当調査官は、「民訴法の解釈において、上位規範である憲法上の要請がある場合には、これを受けて解釈がされるべきことは当然である」と解説している。戸田久「判解」最判解民平成一八年度(下)(二〇〇九年)一〇一五頁。これは、本文で示した位置づけと実質的には同趣旨であろう。

- (90) 最二小判平成八・三・八民集五〇卷三号四六九頁。

- (91) 第一小判平成二四・一・一六判時二二四七号二二七頁①②事件。
- (92) これらの判決については、渡辺康行『内心の自由』の法理』（岩波書店、二〇一九年）二八六頁以下。
- (93) 六戸・前掲注(53) 七一頁。
- (94) 刑集六六卷一二号一三三七頁（一三四四頁）。
- (95) 曾我部真裕『憲法判断の方法』法教四七九号（二〇二〇年）七二頁、山田・前掲注(71) 一四頁、二三頁以下。
- (96) 例えば、団藤重光『法学の基礎（第二版）』（有斐閣、二〇〇七年）三四六頁以下。
- (97) 最大判昭和五〇・九・一〇刑集二九卷八号四八九頁。
- (98) 門田成人「刑罰法規明確性の理論と「公正な告知」の概念（二完）」島大法學三四卷三号（一九九〇年）八九頁。
- (99) 刑集二九卷八号四八九頁（五一八―五一九頁）。ただし高辻裁判官は、当該事件におけるだ行進は交通秩序侵害行為の典型であるから、条例三条三号を適用しても問題はない、という。また学説上、「具体的事実に対する適用関係を越えて同条例の適用関係一般にわたり明確性に欠けるところはないと裁判所が判断することの適切さには疑問が残る」、という見解も有力に存在する。長谷部恭男『憲法（第七版）』（新世社、二〇一八年）二〇八頁。しかし他方では、「本件が政治的な表現の自由に関係する問題であることを考えると、畏縮効果除去を考えるべき事例ではないか」という疑問も出されている。
- 高橋・前掲注(1) 二〇一頁。本稿は、この論点は扱わない。
- (100) 小田健司「判解」最判解刑昭和五〇年度（一九七九年）一九四頁。
- (101) 刑集二九卷八号四八九頁（五〇九頁）。
- (102) 刑集二九卷八号四八九頁（五一六頁）。
- (103) この点については、渡辺康行「最高裁判所判事としての団藤重光」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、二〇一七年）五〇九―五一〇頁。
- (104) 野坂・前掲注(46) 二七〇頁。
- (105) 三井誠「判批」平野龍一編『刑法判例百選Ⅰ 総論』（有斐閣、一九七八年）二三頁、木村草太「判批」長谷部ほか編・前掲注(36) 一八一頁、佐藤幸治『日本国憲法論（第二版）』（成文堂、二〇二〇年）二九〇頁など。
- (106) 最大判昭和三七・五・二刑集一六卷五号四九五頁。

- (107) 刑集一六卷五号四九五頁(四九九一五〇〇頁)。山田作之助裁判官の補足意見も、類似した趣旨のものであった。
- (108) 長谷部・前掲注(99)二七〇—二七一頁。
- (109) 最一小判昭和五四・一二・二〇刑集三三卷七号一〇七四頁。
- (110) 野中俊彦『選挙法の研究』(信山社、二〇〇一年)二七〇頁、上脇博之「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選Ⅱ』(第五版)〔有斐閣、二〇〇七年〕三五七頁など。
- (111) 田中清「判解」最判解刑昭和四四年度(一九八三年)四三〇頁。
- (112) 中山研一「判批」判例評論二六一号(判時九七五号、一九八〇年)一九七頁、宇都宮純一「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選Ⅱ』(第四版)〔有斐閣、二〇〇〇年〕三四五頁、曾我部真裕「判批」憲法判例研究会編・前掲注(11)三二五頁、木下智史「判批」長谷部恭男ほか編『メディア判例百選』(第二版)〔有斐閣、二〇一八年〕一七七頁、高橋・前掲注(1)二〇三頁注(104)など。
- (113) 野中・前掲注(110)二七一頁、上脇・前掲注(110)三五七頁、曾我部・前掲注(112)三三五頁、木下・前掲注(112)一七七頁など。
- (114) 芦部信喜『演習憲法』(新版)〔有斐閣、一九八八年〕一一九頁。芦部は、「一四八条三項の立法目的は、たとえば事後処罰という『より制限的でない』規制手段でも達成できると考えられるので、現行の規制は、強い正当化理由が論証できない限り、合理的にして必要最小限度の範囲を超えている疑いが濃い」と述べていた。
- (115) 主任は団藤重光裁判官だった。参照、渡辺・前掲注(103)五一七—五一八頁。
- (116) 最大判平成一四・二・一三民集五六卷二号三三三頁。
- (117) 宍戸・前掲注(53)七三頁。これに対して合憲限定解釈だとするのが、渡辺康行ほか「憲法Ⅰ 基本権」(日本評論社、二〇一六年)三四八頁(宍戸)、松本哲治「判批」長谷部ほか編・前掲注(36)二二一頁。なお松本哲治「判批」棟居快行ほか編『判例トレーニング憲法』(信山社、二〇一八年)一三八頁は、留保を示す。
- (118) 例えば、木下・前掲注(112)一七七頁は、「政経タイムス」事件判決による限定解釈を、札幌税関事件判決が示した合憲限定解釈の許容要件を満たさないと疑問視する。
- (119) 宍戸・前掲注(3)一六頁。その他にも、大石・前掲注(9)七六頁、柴田・前掲注(9)三八〇頁、駒村・前掲注(74)四

二八頁注(5)も、「解釈技法の分類論そのものが、判決から読み取るべき核心的論旨を、隠蔽」するかもしれない」と論じていた。

(120) 山田・前掲注(71) 三八頁。

(121) 千葉・前掲注(72) 七五頁。ただし千葉は、これを「条文の丁寧な解釈」について述べている。

(122) 宍戸常寿ほか編著『憲法学のゆくえ』(日本評論社、二〇一六年) 四七頁(山本龍彦発言)。この見解は、「憲法適合的解釈は法律内在的な憲法論、合憲限定解釈は、同じ構成要件レベルの処理であるにしても、外在的な憲法論」だ、という理解に基づいている(五一頁)。

(123) 山田・前掲注(71) 三八頁。

(124) 曾我部・前掲注(95) 七二頁。

(125) さしあたり、渡辺康行「憲法学における『ルール』と『原理』区別論の意義」樋口陽一ほか編『栗城寿夫先生古稀記念日独憲法学の創造力 上巻』(信山社、二〇〇三年) 一〇頁以下。

(126) 山田哲史「ドイツにおける憲法適合的解釈の位相」土井編・前掲注(5) 一四二頁、柴田憲司「書評・土井真一編著『憲法適合的解釈の比較研究』憲法研究七号(二〇二〇年) 二〇一頁。

(127) 柴田・前掲注(126) 二〇二頁。

(128) 山田・前掲注(126) 一四二頁。

(一橋大学大学院法学研究科教授)